

# 《刑法概要》

## 甲、申論題部分

一、甲在某私人公司上班，因乙欠其新臺幣10萬元，某日甲需錢孔急，前往乙住處要債，惟乙對甲叫窮，甲不相信，乃未經乙同意對乙住處翻箱倒櫃，然未找到任何值錢財物而作罷，甲有無犯罪？（25分）

試題評析	1.刑法第306條之「無故」如何認定，即債權人行使債權之行為可否認為係正當理由？ 2.刑法第307條之違法搜索罪是否限於有搜索權限之人？ 3.刑法第321條加重竊盜罪之主觀構成要件要素「不法所有意圖」如何認定？即債權人行使債權之行為可否認為係不法所有意圖？ 4.老師上課常說，只要涉及一個行為人成立多數罪名，一定要討論競合問題，本題主要涉及刑法第306條及刑法第307條之競合問題。 5.本題要獲取高分必須補充學說見解。
考點命中	《高點·高上刑法講義》第二回，劉律編撰，頁 64-67、132-135。

**答：**

甲成立之罪名分別論述如下：

(一)甲未經乙同意進入乙之住處，構成刑法第306條第1項侵入住居罪

- 客觀上，債權人甲未經債務人乙同意進入乙之住處，仍構成無故侵入住宅，蓋債權人對債務人雖有債權，惟債務人對債權人並非即有忍受其自由出入其住宅之義務。債權人雖為討債而進入，然法律另有規定行使債權之正當方法，債權人不能因對債務人存有債權即得自由進出債務人門戶之權利。故債權人未經債務人允許，強行侵入債務人住宅，亦構成無故侵入住宅，侵害乙之居住或使用場所之私密性與寧靜，破壞其居住之平穩。
- 主觀上，甲對於客觀之犯罪事實均有認識及意欲，具有直接故意，故構成要件該當。
- 甲之行為不合乎民法第151條之自助行為，故未有任何法律上之授權及正當化之事由，即無阻卻違法事由，具備違法性。
- 甲無阻卻罪責事由，甲成立本罪。

(二)甲未經乙同意對乙住處翻箱倒櫃，構成刑法第307條違法搜索罪

- 客觀上，甲未經乙同意對乙住處翻箱倒櫃，係屬於無法令依據搜索他人住宅，侵害乙之居住或使用場所之私密性與寧靜，破壞其居住之平穩；主觀上，甲對於客觀之構成要件事實均有認識及意欲，具有直接故意。
- 惟有疑問者係，構成違法搜索罪之行為主體是否須限於有搜索權限之人，依據最高法院32年非字第265號判例固認：「刑法第307條所定不依法令搜索他人身體、住宅、建築物、舟、車、航空機之罪，係以有搜索權之人違法搜索為成立要件。若無搜索職權之普通人民，侵入他人住宅擅行搜索，祇應成立刑法第306條第1項之罪，要不能執同法第307條以相繩。」惟該則判例業經最高法院105年度第15次刑事庭會議決議不再援用，益徵刑法第307條規定實不以有搜索職權之人為其成立要件，本文從之。
- 本文亦認為刑法第307條之規定，其法條文字並無如其他關於身分犯規定，將公務員明列為該罪行為主體之情形，且該條文係列於刑法分則之妨害自由罪章，而非瀆職罪章，則依此立法體例，解釋上應認為任何人均得成為該罪之行為主體，而不以具有搜索職權之人為限，僅係具搜索職權之人如具公務員身分，須另依刑法第134條規定加重其刑而已，如此始能完足保障人民之個人隱私權兼及人身自由、住居自由等權利，並符該條立法意旨。
- 甲無阻卻違法及罪責事由，構成本罪。

(三)甲乃未經乙同意對乙住處翻箱倒櫃，不構成刑法第321條第2項之加重竊盜罪未遂罪

- 客觀上，甲乃未經乙同意對乙住處翻箱倒櫃，依據主客觀混合理論，甲已著手，惟主觀上甲是否具有不法所有之意圖，依據多數實務見解認為甲係因乙欠其新臺幣10萬元，而前往乙住處要債，且未經乙同意對乙住處翻箱倒櫃，以便尋找任何值錢財物以抵債，其所為之目的顯係在保全債權，自難認其有不法所有之意圖，縱使其行為在形式上類似竊取，亦與刑法竊盜罪所定之主觀構成要件不合，故不構成本罪。

2.惟，另有論者認為此實務見解以完全破壞刑法藉由本罪保護所有權之意旨，亦即僅具有金錢債權之行為人僅能請求債務人履行金錢債務，不能藉由竊取之方式侵害債務人對於金錢以外之物之所有權，一併補充敘明之。

#### (四)競合

非法搜索罪之客體既包括他人住宅，則在搜索他人住宅之情形，通常即會伴隨有侵入他人住宅之情形，且住居自由、平穩同為非法搜索、侵入住宅罪所保護之法益，故二罪間應具有法規競合之吸收關係，故於非法搜索他人住宅之情形，應僅論以刑法第307條非法搜索罪即為已足，毋庸另論以刑法第306條之侵入住宅罪。

二、甲、乙為鄰居，素有積怨。某日兩人因故口角，乙便拿出預先準備好的木棍朝甲的頭部揮擊，甲急忙閃躲並順勢將木棍擋開，手臂因此骨折，然木棍也反彈擊中乙的頭部，乙當場血流如注。甲、乙之刑責為何？(25分)

試題評析	本題本題主要爭點涉及： 1.如何區辨行為人主觀係屬於殺人故意、重傷故意、傷害故意？ 2.正當防衛之要件。
考點命中	1.《高點·高上刑法講義》第一回，劉律編撰，頁38-39、78。 2.《高點·高上刑法講義》第三回，劉律編撰，頁24。

答：

(一)乙拿出預先準備好的木棍朝甲的頭部揮擊，構成刑法第271條第2項之故意殺人未遂罪：

- 1.主觀上，乙是否具備殺人之故意，素有爭議，而實務見解認為殺人、重傷害與傷害之區別，應以其犯意為斷，被害人受傷處是否致命部位，及輕重為何，所持兇器種類、性質等，雖不能據為絕對之判斷標準，但仍得供為審判者心證參考之重要資料；而行為人於行為當時，主觀上犯意為何，除應斟酌衝突起因、行兇動機及與被害人之關係外，尚應就行為人使用兇器種類、攻擊部位、行為時之態度、表示，行為時所受刺激、下手力量輕重，被害人受傷情形及行為人事後態度等各項因素綜合，予以研析判斷。(最高法院105年度台上字第253號刑事判決參照)
- 2.本件乙便拿出預先準備好的木棍朝甲的頭部揮擊，而人之頭、臉及頸部，均為人體重要部位，內有腦部組織及主要動脈，若以棍棒硬物用力揮擊，極可能造成頭部嚴重受創或大量出血之傷害，導致死亡結果之發生，此為具一般智識能力之人皆可得預見之事，自難諉為不知，故乙至少具備殺人之間接故意。
- 3.客觀上，乙以木棍朝甲的頭部揮擊，依據主客觀混合理論，依其犯罪計畫，業已啟動與該犯罪之構成要件密切相關之行為，且對保護客體甲形成直接生命危險，故已著手。
- 4.乙無阻卻違法與罪責事由，構成本罪。

(二)甲將木棍擋開，致木棍也反彈擊中乙的頭部，致血流如注，不構成刑法第284條之過失傷害罪：

- 1.客觀上，甲將木棍擋開，致木棍也反彈擊中乙的頭部致血流如注，造成乙之身體健康傷害；主觀上，甲係為閃躲而順勢將木棍擋開，不具有傷害乙之故意，惟對乙受傷應具有預見可能性，係屬於未盡其注意義務之過失。
- 2.然，通說認為法定阻卻違法事由之正當防衛，不僅可適用於故意行為，亦可適用於過失行為。故甲可主張正當防衛阻卻違法，蓋客觀上，乙便拿出預先準備好的木棍朝甲的頭部揮擊，已著手，係屬於現在不法之侵害，且甲為閃躲並順勢將木棍擋開，此防衛手段係為排除乙對甲之身體所為不法侵害行為之相當且必要行為；主觀上，甲為閃躲木棍揮擊，順勢將木棍擋開具有防衛意思。
- 3.準此，甲不成立過失傷害罪。

#### 乙、測驗題部分

【版權所有，重製必究！】

(B)1.類推適用在刑法的運用，下列敘述何者正確？

- (A)禁止類推適用與罪刑法定主義無關
- (B)貫徹禁止類推適用原則可保障人民不受無法律依據的刑罰制裁
- (C)不論對行為人有利或不利，均應嚴格禁止類推適用
- (D)法院可以運用類推適用的原理對行為人的不法行為處罰，以免造成法律漏洞

- (B)2.甲與友人聚餐，飲用不少啤酒。會後甲明知自己已不能安全駕駛，卻騎腳踏車回家，結果不勝酒力，不慎未注意前方狀況，在路口撞倒行人乙，導致乙受傷。經酒測結果，甲呼氣中酒精濃度達每公升 0.30 毫克。下列敘述何者正確？
- (A)甲犯刑法第 185 條之 3 不能安全駕駛罪與刑法第 284 條過失傷害罪  
 (B)甲犯刑法第 284 條過失傷害罪  
 (C)甲犯刑法第 185 條之 3 不能安全駕駛罪  
 (D)甲犯刑法第 284 條過失傷害罪及刑法第 185 條之
- (C)3.不能安全駕駛罪，為想像競合犯，從一重處斷 3 行為人行為後，沒收之法律變更，改採總額原則，包括違法行為所得、其變得之物或財產上利益 及其孳息，均應沒收。此種法律之變更，應如何適用？
- (A)適用行為時之法律  
 (B)適用行為時之法律，但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律  
 (C)適用裁判時之法律  
 (D)適用裁判時之法律，但行為前之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律
- (A)4.甲誤丙為乙而取刀刺殺丙身亡，下列敘述何者正確？
- (A)為客體錯誤，甲成立殺人既遂罪  
 (B)為打擊錯誤，甲成立殺人既遂罪  
 (C)為客體錯誤，甲成立過失致人於死罪  
 (D)為打擊錯誤，甲成立過失致人於死罪
- (B)5.甲翻牆進入乙家中搜刮財物，於得手前，適乙返家遭發覺，甲為避免遭查獲乃奪門而出，此種犯罪之形態符合下列何者之概念？
- (A)中止未遂 (B)障礙未遂 (C)不能未遂 (D)預備犯
- (B)6.甲與乙在珠寶店佯裝欲購買珠寶，當店員丙拿出一枚鑽戒供選購時，甲藉故將丙支開，乙看丙離開櫃台趁機以假鑽戒調包，把假鑽戒留在櫃台上而後離去，丙雖然發現鑽戒被調包，但已不見二人蹤影。下列敘述何者正確？
- (A)甲、乙成立詐欺罪的共同正犯  
 (B)甲、乙成立竊盜罪的共同正犯  
 (C)乙成立詐欺罪的正犯，甲成立詐欺罪的幫助犯  
 (D)乙成立竊盜罪的正犯，甲成立竊盜罪的幫助犯
- (C)7.甲勸誘乙使其萌生竊盜之犯意至超商偷取汽水 1 瓶，乙亦聽從建議而竊取，下列敘述何者正確？
- (A)甲構成幫助犯 (B)甲不構成犯罪  
 (C)甲構成教唆犯 (D)甲構成共同正犯
- (A)8.甲搶奪步行婦女之皮包，於審判中坦承所為，請求法院宣告緩刑，法院判處有期徒刑 2 年 6 月，可否為緩刑之宣告？
- (A)不符合緩刑要件，不得宣告緩刑  
 (B)得依其情狀宣告緩刑  
 (C)得命其賠償被害人損失後，為緩刑之宣告  
 (D)得命其提供義務勞務後，為緩刑之宣告
- (D)9.下列有關公務員之敘述，何者正確？
- (A)公務員執行職務中所為之任何行為，均屬不罰  
 (B)甲並非警察，雖目擊乙肇事逃逸，仍不能逮捕乙  
 (C)公務員依所屬上級公務員命令之職務行為，即可阻卻違法  
 (D)公務員執行上級之違法職務命令時，若明知命令違法，不得阻卻違法
- (C)10.下列何者為法定阻卻違法事由？
- (A)義務衝突 (B)不可罰之違法性 (C)業務上之正當行為 (D)推測之承諾
- (D)11.下列何者不屬於刑法所規定「易刑」處分？
- (A)易科罰金 (B)易服勞役 (C)易服社會勞動 (D)易服保護管束
- (C)12.下列何種情況，不得易科罰金？
- (A)犯竊盜罪，處有期徒刑 5 月  
 (B)犯詐欺罪，處有期徒刑 6 月

- (C)犯背信罪，處有期徒刑 7 月  
 (D)犯傷害罪，處有期徒刑 6 月，犯誹謗罪處有期徒刑 3 月，應執行有期徒刑 8 月
- (C)13.甲素行良好，無犯罪前科，因故殺死乙後，被判處殺人罪，處無期徒刑確定，最快於執行多少年後，得由監獄報請法務部許予假釋？  
 (A)10 年 (B)20 年 (C)25 年  (D)30 年
- (A)14.下列何者非屬刑法定義上的公務員？  
 (A)受某縣（市）政府委託從事橋梁規劃設計之建築師  
 (B)直轄市、縣（市）首長  
 (C)依法令經辦學校工程營繕與財物購置等事務之公立學校校長  
 (D)直轄市、縣（市）議會議員
- (A)15.甲、乙出於殺人犯意各持木棒共同毆打丙致死後，因聽見汽車聲響，心虛將木棒丟棄並逃離現場，乙事後又返回現場，將木棒及丙的屍體均予以焚燒後就地掩埋。甲、乙之行為，依實務見解，應如何評價？  
 (A)甲、乙成立共同殺人罪  
 (B)甲、乙成立共同殺人罪及湮滅證據罪  
 (C)甲、乙成立共同殺人罪，乙另應論以湮滅證據罪  
 (D)甲、乙成立共同殺人罪，甲另應論以湮滅證據罪
- (C)16.下列關於洩露秘密行為之敘述，何者錯誤？  
 (A)警察洩漏因執行職務知悉之偵查不公開的事項，應成立犯罪  
 (B)公務員故意洩漏國防以外之秘密，應成立犯罪  
 (C)公務員因過失洩漏國防以外之秘密，不成立犯罪  
 (D)非公務員洩漏因職務或業務知悉或持有國防以外之秘密，應成立犯罪
- (D)17.下列對於違反公務行為之敘述，何者錯誤？  
 (A)對於公務員依法執行職務而施以強暴脅迫，應成立犯罪  
 (B)除去張貼於法院之文告，應成立犯罪  
 (C)損壞公務員職務上保管之物品，應成立犯罪  
 (D)撕毀員警依規定製作並交付之報案三聯單收執聯，應成立犯罪
- (A)18.甲冒充與我國有邦交之乙國外交部人員，並出示偽造之證件，向丙謊稱可受理移民該國手續，致丙信以為真，而交付相關文件，則甲冒充的行為應成立何罪？  
 (A)僱行公務員職權罪 (B)妨害公務罪 (C)背信罪 (D)侵占罪
- (D)19.下列何種情形，甲之行為觸犯刑法第 315 條之 1 妨害秘密罪之規定？  
 (A)太太甲未徵得其先生乙之同意，逕自拆開某房屋仲介公司寄給乙之廣告信件  
 (B)律師甲將業務上知悉之當事人有外遇對象的秘密對記者透露  
 (C)某電腦設備製造公司之離職工程師甲，違反約定而將職務上所知悉之商業機密洩漏給另一家同業競爭公司  
 (D)經營女服飾店之甲在店內更衣室安裝攝影機偷拍客人試穿衣服之鏡頭
- (D)20.甲於喜宴後飲酒已達不能安全駕駛之程度，但自認為沒有問題，仍自行開車返家，返家途中，因酒精作用，注意力不集中，致撞傷機車騎士 A，使 A 跌倒在地，幸好 A 僅身體多處擦傷，甲應如何論罪？  
 (A)僅成立刑法第 185 條之 3 不能安全駕駛罪  
 (B)僅成立刑法第 284 條過失傷害罪  
 (C)同時成立刑法第 185 條之 3 不能安全駕駛罪與刑法第 277 條原因自由行為之故意傷害罪  
 (D)同時成立刑法第 185 條之 3 不能安全駕駛罪與刑法第 284 條過失傷害罪
- (D)21.甲因虛榮心作祟，明知「法學博士」頭銜於航空公司會員申請並無任何優待與利益，仍於航空公司會員資料表上填具自己個人資料時，在自己的名字前面加上「法學博士」的頭銜。甲之行為應如何評價？  
 (A)甲成立業務文書登載不實罪 (B)甲成立偽造私文書罪  
 (C)甲成立偽造特種文書罪 (D)甲不成立犯罪
- (A)22.甲因 A 積欠債務避不見面，駕車前往 A 住處討債，見 A 騎乘機車自外返回，即以車輛阻擋，將

- A 強拉下機車，恫稱如不提出擔保，即要斷其手腳，A 甚害怕而趁隙掙脫逃離。下列敘述何者錯誤？
- (A)甲構成刑法第 302 條之剝奪他人行動自由罪  
(B)甲構成刑法第 304 條第 1 項之強制罪  
(C)甲構成刑法第 305 條之恐嚇危害安全罪  
(D)甲為索討債務，尚無從認定其係意圖為自己不法之所有
- (C)23.甲與乙因行車糾紛而爭吵，乙坦承有過失但不願賠償，甲便對乙大聲揚言：「我一定告死你，等著跑法院吧」等語，甲是否構成恐嚇危害安全罪？
- (A)會，因為「告死你」係以加害乙生命之事恐嚇乙  
(B)會，因為以一般人的角度判斷，乙會擔心害怕  
(C)不會，因為甲之意思是要提出告訴之意思，係法律賦予其行使之救濟權利  
(D)不會，因為乙已坦承有過失
- (B)24.下列何者並非刑法第 321 條加重竊盜罪之處罰類型？
- (A)甲在港埠竊取他人錢包  
(B)乙、丙二人結夥竊取丁之機車  
(C)戊破壞門鎖進入己之住家偷取財物  
(D)庚攜帶剪刀侵入辛之工廠內竊取電纜線
- (A)25.甲不滿其女友乙移情別戀，於是將乙之前寄給他之充滿濃情蜜意的電子郵件列印封緘後，寄給乙之現任男友丙，作為報復。甲的行為應如何評價？
- (A)甲無罪 (B)甲應負妨害書信秘密罪責  
(C)甲應負洩漏利用電腦知悉他人之秘密罪責 (D)甲應負誹謗罪責

高  
上

【版權所有，重製必究！】