

# 高點 司法四等考取班

投資一年學費，贏得上榜保證

★ 備考高 CP 值，兼顧好品質 ★

✔ **省學費** 只須繳交第一年費用，第二年**免學費**！

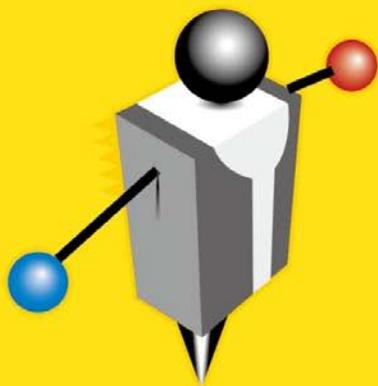
(僅須支付講義費，輔導至考取為止)

✔ **課完整** 基礎、正規、總複習，上課堂數完整！

✔ **師資多** 多位師資可選，多梯次循環開課！

✔ **教材新** 年年更新內容，隨時掌握最新命題趨勢！

✔ **強試榜** 高點學員每年強佔好名次！



110/11/15 前  
准考證特價：**49,000 元**  
(定價88,000元)

立即私訊小編卡位

法政瘋高點  
@ded9361m



※以上優惠限面授/VOD，課程詳情速洽高點櫃檯或考場服務處。

# 《刑法與刑事訴訟法》

- 一、甲男以狗繩牽著飼養多年的狼犬小黑至公園散步，途中遇到素有嫌隙的鄰居乙男，兩人為了平常的鄰居糾紛爭吵起來。因兩人越吵越兇，手勢激烈，致小黑誤以為乙要攻擊甲，小黑護主心切，遂掙脫甲手中的狗繩撲前攻擊乙。由於小黑力量龐大，甲無法操控繫住其之狗繩，故而無法阻止小黑攻擊乙。甲見小黑已經將乙撲倒在地並不斷撕咬，有可能將乙咬死，且若自己出面安撫小黑，可使小黑停止攻擊，但因兩人平常結怨已深，故放任小黑繼續攻擊乙。渾身鮮血的乙疼痛不已，厲聲揚言做鬼也不會放過甲，甲方驚覺事態嚴重，連忙令小黑停止攻擊，並至路邊撥打 119 召喚救護車。此時乙已經失血過多，若不送醫急救，必死無疑。惟在甲電召之救護車來之前，一旁圍觀的路人丙主動將乙送往醫院急救，乙經大量輸血後檢回一命。試問甲有何刑責？（25 分）

命題意旨	本題爭點在於不作為犯的刑事責任，以及中止未遂的要件。
答題關鍵	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 本題第一個行為是甲牽著狼犬小黑散步，小黑掙脫狗繩攻擊乙，甲無法阻止小黑的行為，但當時小黑力量龐大，甲無法操控，應無作為可能性。</li> <li>2. 第二個行為則是甲一開始沒有牽好狗繩的行為是否有過失傷害罪的討論。又雖然小黑有誤以為乙要攻擊甲的情形，但小黑並非「行為人」，故不涉及誤想正當防衛的爭點，合先敘明。</li> <li>3. 第三個行為則是小黑開始咬乙，並可能將乙咬死，甲明知可以阻止小黑卻不阻止的行為，涉及殺人未遂的不作為犯。這裡需要討論不作為犯、保證人地位、殺人故意。此外，因乙出言詛咒，甲命令小黑停止攻擊，並打電話叫救護車，涉及中止未遂的要件。惟本題乙係因路人叫救護車而送醫，並非甲叫來的救護車，涉及中止未遂的因果關係，以及「準中止」的爭點。</li> </ol>
考點命中	《刑法總則（圖說）》，高點文化出版，陳奕廷（易律師）編著，頁 4-37~4-42、5-34~5-38。

## 【擬答】

- (一)甲不阻止小黑攻擊乙之行為，可能成立刑法（下同）第 15 條、第 284 條過失傷害罪不作為犯：
1. 甲未阻止小黑攻擊乙，屬於放任既存風險不排除之「不作為」，又甲身為狼犬小黑的飼主，對於兇猛之狼犬應負有監督義務，屬於「危險源監督」之保證人地位。
  2. 惟小黑當時掙脫甲的狗繩撲向乙，因小黑力量龐大，甲無法操控繫住其之狗繩，故無法阻止小黑攻擊乙，應屬不具備防止結果發生的能力，不具備「作為可能性」，不該當不作為犯。
  3. 綜上，甲不阻止小黑攻擊乙之行為，不該當過失傷害罪。
- (二)甲以狗繩牽著小黑散步之行為，可能成立第 284 條過失傷害罪：
1. 客觀上，甲以狗繩牽著狼犬小黑至公園散步，造成小黑掙脫甲的狗繩撲向乙並攻擊乙，造成乙受傷，具有因果關係。
  2. 主觀上，甲應明知狼犬小黑具有攻擊性，惟並未做適當防護措施，僅以狗繩牽著，應有違反注意義務；甲對於兇猛之狼犬小黑會有掙脫狗繩並攻擊他人的風險應具有預見可能性，具有過失。
  3. 甲和乙僅係因鄰居糾紛爭執，乙無任何攻擊甲之行為，故甲無法主張正當防衛或其他阻卻違法事由。又小黑為狼犬而非行為人，故小黑縱使誤以為乙要攻擊甲，亦不該當誤想正當防衛之要件，本題無阻卻違法事由。
  4. 無阻卻責任事由。故甲以狗繩牽著小黑散步之行為，成立第 284 條過失傷害罪。
- (三)甲放任小黑繼續攻擊乙之行為，可能成立第 15 條、第 271 條第 2 項殺人未遂罪不作為犯，並依據第 27 條第 1 項後段準用中止未遂：
1. 甲身為狼犬小黑的飼主，未阻止小黑繼續撕咬乙，屬於放任既存風險不排除之「不作為」。
  2. 主觀上，甲明知狼犬小黑兇猛，知悉如繼續撕咬會將乙咬死、造成乙之生命危險，仍放任小黑繼續攻擊乙，故具有殺人認知及意欲，具有殺人故意。
  3. 客觀上，甲身為狼犬小黑的飼主，對於兇猛之狼犬應負有監督義務，屬於「危險源監督」之保證人地位。又甲如果出面安撫小黑，可以阻止小黑，故具有「作為可能性」。甲放任小黑不斷咬乙，造成乙受傷嚴重，已對乙的生命造成具體危險，該當著手。
  4. 無阻卻違法及阻卻責任事由，故甲該當殺人未遂罪之不作為犯。

5. 惟本題甲於著手犯罪後，命小黑停止攻擊並試圖將乙送醫，似有中止未遂之適用，討論如下：

- (1) 甲已著手犯罪，已造成乙失血過多之生命危險，屬於「既了未遂」，而甲命小黑停止攻擊並叫救護車，屬於積極救助之中之行為。而甲雖係因乙揚言變厲鬼而中止犯行，然變厲鬼並非個人可掌握之事項，亦非不可預期之障礙，應不致影響犯罪結果發生，甲仍得繼續犯罪，故甲中止犯罪應屬於「因己意」。
- (2) 惟乙並非因甲叫來的救護車獲救，而係一旁圍觀的路人丙將乙送醫，故甲之中止行為和死亡結果不發生沒有因果關係，不符合第 27 條第 1 項前段之中止要件。然本題考量甲已命小黑停止攻擊，並叫救護車，縱使路人丙未將乙送醫，乙亦能依甲叫來的救護車獲救，故應認甲有真摯的努力，並已盡力為防止行為，可依據第 27 條第 1 項後段準用中止要件。

6. 綜上，甲該當殺人未遂罪之不作為犯，可依據準中止減輕或免除其刑。

(四) 競合：

本題甲該當過失傷害罪和殺人未遂罪之不作為犯，屬於不同行為，應依照第 50 條數罪併罰。

二、黑道小混混甲與乙在聊天過程中，得知乙昨晚行竊得手贓款 1 萬元現金。甲心想：這 1 萬元是不義之財，若任乙花用不符「公平正義」，遂決定「替天行道」。甲知道乙有嚴重毒癮，便向乙佯稱自己熟識一毒販，可以極低之價格購得毒品。乙一聽之下，心中毒癮難耐，便拜託甲代其購買毒品。甲故做扭捏，最後才佯裝極不甘願地收下乙的 1 萬元幫忙買毒品。甲拿到乙給的 1 萬元之後，便將其花用一空，消聲匿跡。試問甲有何刑責？(25 分)

命題意旨	本題爭點主要在於財產犯罪中的財產概念。
答題關鍵	1. 本題主要爭點為乙竊得之贓款，遭甲佯稱代購毒品而交付予甲，甲之行為是否該當詐欺罪要件，以及乙的「贓款」是否為刑法保護的範圍，即涉及法律上的財產概念、經濟上的財產概念、法律與經濟綜合財產概念。又甲自以為「替天行道」，是否可以主張無「不法意圖」，亦屬本題可以討論的範圍。 2. 如甲前行為已該當詐欺罪，則甲拿到錢後花用一空，應不再另成立侵占罪。
考點命中	《透明的刑法一分則編》，高點文化出版，張鏡榮編著，頁 5-91~5-92。

【擬答】

(一) 甲向乙佯稱認識毒販，讓乙交付 1 萬元之行為，可能成立刑法（下同）第 339 條第 1 項詐欺取財罪：

1. 客觀上，甲向乙佯稱認識毒販，可以極低價格購得毒品，屬於「施用詐術」，而乙因而受騙，拜託甲代購，屬於「限於錯誤」，乙進而交付 1 萬元現金予甲，甲卻未實際購買毒品，似屬有交付財物，並有財產上損失，有因果關係。惟乙交付之 1 萬元現金為乙行竊而來之贓款，是否為刑法上保護之財產概念，尚有爭議，分述如下：
  - (1) 法律的財產概念：此說認為，需要在民法上財產權利義務範圍內才屬刑法上保護之財產。
  - (2) 經濟的財產概念：此說認為，所有具有金錢交換價值的物質與利益皆屬財產，包括賭債跟偽鈔。
  - (3) 法律與經濟綜合財產概念：此說認為刑法上財產包括所有物質與利益狀態，但仍必須受其他法律之規制，如在民法上被認為屬非法之利益，則刑法不予保護。
  - (4) 本文認為，只要具有金錢交易價值之物或利益，即應受刑法所保護，以維護交易秩序，不需區分民法上是否有合法所有權，故應採「經濟的財產概念」。故乙交付之 1 萬元雖屬贓物，仍有財產價值，應受刑法保護，屬於財產上損失。本題客觀上該當詐欺罪之構成要件。
2. 主觀上，甲為騙取乙的 1 萬元，向乙佯稱認識毒販，具有詐欺故意。又甲對 1 萬元具有剝奪原他人所有、建立自己所有，將 1 萬元花費殆盡之「所有意圖」，而甲應知悉自己對 1 萬元亦無合法權源，縱使甲認為乙係竊得贓款，自認「替天行道」，亦不代表甲有權將該 1 萬元騙得供自身花用，故甲應知悉行為違法，而有「不法意圖」。
3. 無阻卻違法及阻卻責任事由，故甲該當詐欺取財罪。

(二) 甲將 1 萬元花用一空之行為，可能成立第 335 條第 1 項侵占罪：

1. 客觀上，甲獲得乙交付之 1 萬元後，並未如約定替乙購得毒品，反而將 1 萬元佔為己有、花用一空，似該當易持有為所有之侵占行為要件。惟查，實務見解認侵占罪之持有，需基於法律或契約關係而來，如為非法原因持有，則不該當侵占罪之要件。本題甲獲得乙交付之 1 萬元縱使係因乙希望甲代為購毒之非法來源，亦非合法原因持有，不該當侵占罪要件。況本題甲並無替乙購買毒品之真意，而係出於詐欺故意騙取乙之 1 萬元，而甲既已成立詐欺取財罪如前述，則不另成立侵占罪。

2. 綜上所述，甲不該當侵占罪。

三、偵查後，檢察官針對甲的竊盜案件提起公訴。法院在審查該起訴後，認為檢察官所指出的證明方法顯不足認定被告有成立犯罪之可能，於是裁定命檢察官補正。檢察官補正後，法院仍認，依起訴卷證不足以認定被告有成立犯罪的可能，於是裁定駁回起訴。檢察官認法院駁回裁定違法。請問，檢察官對於法院的裁定，得否聲明不服？請附詳細理由說明之。(25分)

命題意旨	本題考點為起訴審查機制。
答題關鍵	本題考點主要在測試考生是否熟悉刑事訴訟法第161條之規範。
考點命中	《高點刑事訴訟法講義》第四回，劉律編撰，頁2。

**【擬答】**

檢察官對於法院的裁定，得聲明不服，論述如下：

- (一)按「法院於第一次審判期日前，認為檢察官指出之證明方法顯不足認定被告有成立犯罪之可能時，應以裁定定期通知檢察官補正；逾期未補正者，得以裁定駁回起訴。」、「駁回起訴之裁定已確定者，非有第二百六十條各款情形之一，不得對於同一案件再行起訴」、「違反前項規定，再行起訴者，應諭知不受理之判決」，於刑事訴訟法第161條第2項、第3項、第4項分別定有明文。
- (二)準此，法院在審查該起訴後，認為檢察官所指出的證明方法顯不足認定被告有成立犯罪之可能，應以裁定定期通知檢察官補正，若補正後，法院仍認，依起訴卷證不足以認定被告有成立犯罪的可能，此種客觀情狀法條疏未規範，解釋上仍係屬於逾期未補正之情狀，故得裁定駁回起訴，此時檢察官若認法院駁回裁定違法，則檢察官於裁定確定前得依刑事訴訟法第403條抗告於直接上級法院；倘若駁回起訴之裁定已確定者，又再行起訴，法院應諭知不受理之判決，而檢察官則可上訴於上級法院救濟。

四、偵查後，檢察官以普通傷害罪起訴甲。在二審審判中，刑法修正，普通傷害罪的法定刑由「三年以下有期徒刑、拘役或（銀元）一千元以下罰金」，修正為「五年以下有期徒刑、拘役或（新臺幣）五十萬元以下罰金」。法院在審理後，諭知有罪判決。甲不服，向最高法院提起上訴。請問，此上訴是否合法？請附詳細理由說明之。(25分)

命題意旨	本題在考點係上訴第三審之限制。
答題關鍵	本題答題論述僅須熟悉上訴第三審之要求，亦即從案件之限制以及理由之限制進行推導即可。
考點命中	《高點刑事訴訟法講義》第四回，劉律編撰，頁97-98。

**【擬答】**

上訴之合法性，論述如下：

- (一)按「下列各罪之案件，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院。但第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，經第二審法院撤銷並諭知有罪之判決者，被告或得為被告利益上訴之人得提起上訴：一、最重本刑為三年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪。二、刑法第三百二十條、第三百二十一條之竊盜罪。三、刑法第三百三十五條、第三百三十六條第二項之侵占罪。四、刑法第三百三十九條、第三百四十一條之詐欺罪。五、刑法第三百四十二條之背信罪。六、刑法第三百四十六條之恐嚇罪。七、刑法第三百四十九條第一項之贓物罪。」，於刑事訴訟法第376條第1項定有明文。
- (二)次按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。
- (三)再按刑事訴訟法第381條規定，原審判決後，刑罰有廢止、變更或免除者，得為上訴之理由。
- (四)末按實務見解認為：「原審判決後，中華民國刑法業於九十五年七月一日修正施行，依刑法第二條第一項比較新舊法之規定後，新法並非有利於上訴人，亦即仍應適用舊法。原判決雖未及比較，但對判決不生影響，不得執為適法之第三審上訴理由。衡以上述說明，應認其上訴違背法律上之程式，予以駁回。」(最高法院109年度台上字第3845號刑事判決意旨參照)
- (五)準此，本題於二審審判中，刑法修正，普通傷害罪的法定刑由「三年以下有期徒刑、拘役或（銀元）一千元

以下罰金」，修正為「五年以下有期徒刑、拘役或（新臺幣）五十萬元以下罰金」，故於修法後似已無刑事訴訟法第 376 條第 1 項案件之限制，然本題普通傷害罪於修正後提高法定刑，惟新法並非有利於上訴人，亦即仍應適用舊法，倘若原判決雖未及比較，但對判決不生影響，依上開實務見解仍不得執為適法之第三審上訴理由，應認其上訴違背法律上之程式，予以駁回，惟須特別強調者係，倘若二審於修正前之舊法法定刑內諭知較重於原審判決之刑，則此時可能依照違背不利益變更禁止原則，亦即以判決違背法令為理由，提起第三審上訴。

# 高點 · 高上

【版權所有，重製必究！】