

名師啟試錄 ②

刑法學習方法與解題說明

編目：刑法

主筆人：旭台大

壹、刑法學習方法

一提到刑法，分為刑法總則與刑法分則兩大區塊，難免給人抽象、艱澀、難懂的印象，尤其是刑法總則這一考科，偏重理解，考生往往對於一堆名詞該擺在體系階層中的哪一個位階中檢討，一頭霧水；另外，刑法分則這一考科，偏重爭點記憶，除必須理解爭點外還必須統整概念，自然準備方法與刑法總則不同。白話點來講，以蓋一棟名為「刑法第 271 條殺人罪」的房子舉例，刑法總則猶如房子鋼筋骨幹，必須先蓋好骨架構，確認哪幾樓為構成要件、違法性、罪責後，再分別填入刑法殺人罪的構成要件，最後才能蓋好地基穩固的房。因此，針對刑法學習方法本文將從總則及分則兩大區塊分別講解。

一、刑法總則—抽象概念的理解

刑法是決定人的行為是否構成犯罪，並對該犯罪施以何種刑罰。刑法主要的任務在於：1.決定人的行為是否構成犯罪；2.如果人犯了罪，刑法該如何反應？而決定人的行為是否構成犯罪，必須先確定行為人做的是一件壞事，且他又是一個壞人的時候，才是刑法的犯罪行為，刑法才會加以介入反應。

首先，面臨到的第一個問題是，什麼是刑法所稱的壞事，其實立法者早就已經預先在法條規定怎樣的行為是違反刑法規範，屬於刑法的壞事，這是「構成要件」層次所要處理的問題，例如：刑法第 271 條殺人罪所規範的殺人行為。而構成要件除了客觀上要符合立法者所訂立之要件外(客觀構成要件)，行為人主觀上還必須具有故意或過失(主觀構成要件)。

抽象一點來講，在「構成要件」層次，必須先判斷行為人的行為是否透過故意或過失行為，實現具體構成要件，並違反刑法上所課予之義務(禁止規範、誡命規範)。

不過，如果被害人沒有被殺死，就會產生犯罪是否未遂問題 (§25 以

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

下)；若有多數行為人共同、教唆或者幫助殺人者，則會有是否成立正共犯 (§28) 的問題。

其次，在確認行為人的行為是實現構成要件的行為後，原則上會推定該行為具有「違法性」，而進入違法性階層進行討論。於違法性階層中，主要處理的是「法益衡量」的問題，也就是當行為人為了立法者所規範的構成要件行為，而侵害法律所保護的利益，但若行為人是為了保護更重要的利益時，經過「利益衡量」後，決定是否屬於符合「社會法秩序」所期待的法益侵害行為，而被法秩序所允許 (例如：§23、§24 等)，進而「阻卻違法性」，而這些事由則被稱為「阻卻違法事由」。也由於實現構成要件的法益侵害行為，只有在特殊情況下才可以被允許，也因此才會反面檢視有無「阻卻」違法事由。

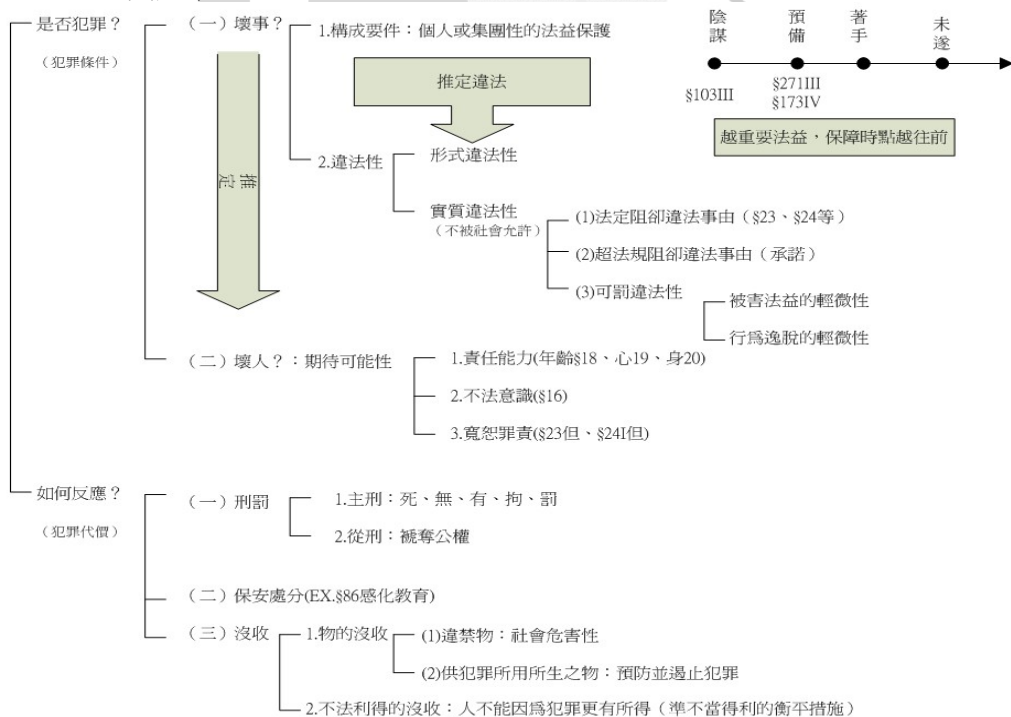
在違法性階層中的利益權衡，常常出現在緊急避難的討論中。例如：甲為避免野狗的攻擊而搶奪乙的雨傘阻擋野狗的攻擊，符合刑法第325條第1項搶奪罪的構成要件。然而，甲是為保護自己的「生命、身體法益」，而侵害乙的「財產法益」，當生命身體法益與財產法益二者被擺在天秤上衡量時，社會秩序會傾向保護生命、身體法益一方，而甲的搶奪行為就是社會秩序所允許的，就不是刑法所說的壞事。最後，如果肯定行為人的行為是該當構成要件行為，且是社會秩序所不容許的違法行為，屬於刑法的「壞事」時，就會進入「罪責」階層的討論。而罪責階層的核心內涵，說穿了就是「選擇」的可能性，當行為人能夠認識法條，且具有足夠能力選擇是否為違法行為，仍然執意往違法的道路走，而做構成要件該當且具備違法性的壞事，他就是刑法上值得非難的「壞人」。也因此，行為人除了需具備**責任能力** (§18 以下)，以及**違法性認識** (§16) 或**認識可能性** 外，對行為人而言，另外還需有為**適法行為的期待可能性** 存在。

也因此，行為人在實施某違法行為時，在當時的具體情況，縱有故意或過失，倘依其周圍的環境情況或附隨的情事，無法期待其避開違法行為，而為適法行為時，仍不予責任的非難，**無期待可能性得為責任阻卻事由**。行為人有否實施適法行為的期待可能性，原則上採**行為人標準說**，亦即以行為人個人通常的能力以及行為之際，行為人本身具體的事情為標準，判斷有否可能期待行為人為適法行為 (臺高院 102 上易 2792 決)。

當行為人的行為通過構成要件、違法性及罪責的檢驗後，確認該行為

屬犯罪行為後，接著要問的就是：行為人該為違法行為付出怎樣的代價。而這些代價原則上會有三種類型：刑罰（主從刑）、保安處分及沒收，各自有不同的效果。刑罰之目的，不外應報與預防，前者重在對於被告自由意志決定下所產生之犯罪行為，由國家施以對等之惡害，作為平衡；而保安處分係對受處分人**將來之危險性**所為拘束其身體、自由等之處置，以達教化與治療之目的，為**刑罰之補充制度**；至於沒收則是對於違禁物、供犯罪所用之物及犯罪所得等，藉由剝奪犯罪行為人所有以預防並遏止犯罪，應為避免違禁物等將來危害社會、徹底剝奪犯罪誘因等目的，剝奪物或犯罪所得，而其性質上並非**刑罰**。

其實，刑法總則就像超級瑪莉一樣，當超級瑪麗目標是衝往城堡救公主前，必須通過名為構成要件、違法性及罪責的層層關卡檢驗，而每一層關卡中有各自應討論的爭點，就如同櫃子般，哪樣東西應該擺放在櫃子的哪裡，「**依序歸位**」，都有原因及道理，只要一層關卡一層關卡破解，刑法總則就沒有想像中的困難。我把名為刑法總則的櫃子繪圖如下：



【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

二、刑法分則—具體爭點的整理

刑法分則是奠基在刑法總則的討論基礎上，就保護法益類行為分類，分為侵害個人法益（包含：財產法益）、社會法益及國家法益類型犯罪，依照行為人的犯罪行為挑選侵害法益類型犯罪後，對應條文規定要件，塞進明為刑法總則的櫃子中，依照構成要件、違法性、罪責的順序依次排列檢討。

例如：甲殺害其父乙，即是侵害生命法益，屬於侵害個人法益犯罪，因此由刑法第 271 條以下開始搜尋，找到刑法第 272 條殺害直系血親尊親屬罪，便開始了將條文要件歸類放回櫃子的流程。

首先，要先拆解法條規定「殺害直系血親尊親屬」究竟屬於何種類型的要件。「殺」為構成要件行為，法條雖然沒有規定「死亡」，但對應該條第 2 項可以確認第 1 項必須是「既遂」也就是被害人死亡，因此死亡屬於不成文構成要件。而「直系血親尊親屬」，則比較複雜，有認為屬於構成要件，但也有認為因基於社會倫常觀念，可期待子女不逆倫殺親，為處罰逆倫弑親而予以罪責加重，屬於罪責要件。雖然此要素有不同爭議，但考試上，若沒有特殊爭議而影響答案（例如：誤他父為己父而殺之），都可以寫在構成要件或罪責階層。

其實，刑法分則各個條文都可以拆解成犯罪三階層予以檢驗，準備刑法分則此一考科建議考生可以用構成要件、違法性及罪責層次，依序檢討即不會漏掉考點。另外，要特別提醒考生，在檢討刑法分則爭點時，別忘記總則的爭點，例如：有多數行為人者，則應該要討論正共犯問題。

貳、解題說明

一、審題及時間分配的重要

當一拿到考卷時，第一時間應該要做的是審題，花十分鐘好好將「所有題目」看過一次，將涉及爭點題目的語句，**用筆圈起來，並註明條號**，以提醒自己答題時不要漏掉考點，千萬不要沉不住氣，拿到考卷直接寫第一題。先審過所有題目的優點在於，可以明確知道哪些題目爭點較多，需要多分配時間，哪些題目爭點較少，可以將該題時間挪用至他題。考試最遺憾的不是不會寫，而是會寫但沒時間寫完！

二、下標題言簡意賅

以刑法寫題下標而言，有兩種：1.鑑定式（甲下毒殺死乙的行為，「可

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

能」構成刑法第 271 條第 1 項故意殺人既遂罪)；以及 2.判決書式(甲下毒殺死乙的行為，「構成」刑法第 271 條第 1 項故意殺人既遂罪)。就寫題而言，筆者偏好判決書式的開標方式，目的在於改題老師看到標題時，即可知道你對行為人該行為的評價，而非僅看到「可能」兩字，而必須從考生的答案中找尋蛛絲馬跡。根據筆者聽聞多數老師的意見，也都偏好判決書式的下標方式。

另外，也可以利用判決書式的下標直接在標題直接點出本題爭點，例如：甲出拳毆傷乙的行為，可主張刑法第 23 條正當防衛之阻卻違法事由，不構成刑法第 277 條第 1 項故意傷害既遂罪。可讓改題老師明確看出你的爭點意識。相對的，如果考生對题目的爭點不是把握，建議不要直接寫在標題，否則改題老師一看標題有誤，直接撇掉那就虧慘了。

三、善用關鍵字及罐頭文句

如何在有限時間及有限字數下，吸引改題老師的目光是十分重要的，因此要懂得善用關鍵字。例如：在共同正犯的題目當中，「行為分擔」與「犯意聯絡」即是必須出現的關鍵字，考生可利用上下引號，將關鍵字引號特別標記起來，吸引改題老師目光。

另外，考生在平常練習寫題時，就要練習罐頭文句。例如：題目重點並非考在因果關係，考生只需要寫^{註1}：客觀上，甲的行為是造成乙受傷結果不可想像其不存在的條件，且甲之行為係製造法不容許風險，風險也實現在構成要件效力範圍內，因此甲之行為具客觀可歸責性。此文句即直接在題目中丟出，讓改題老師知道雖然因果關係並非本題考點，但你還是知道相關概念。

四、千萬別「漏」點

每一題考題都會對於出題的考點有固定的配分，可能一題 25 分的考題，有 5 個考點，一個考點就是 5 分，有寫到就會有分數，沒有寫到一個考點，該題分數就是從 20 分往下扣減。也因此，解題時必須鋪陳，以能解到最多考點的模式為主，以避免漏解爭點無辜失去分數。

^{註1}當然，如果時間來不及，就可以直接省略因果關係的檢驗，直接切入該題爭點解答即可。

參、實例應用

對於刑法學習方法及解題說明講解那麼多，不如實際動筆練習題目來得有用。我在底下列了去年高普考題目及司法官題目，分別就解題應該注意的事項，用提醒的方式標註起來，請大家跟著練習唷。

【106 地特三等一般行政】

甲無業並染上毒癮，常與父親 A 發生激烈爭吵，甲對 A 懷恨在心，A 則揚言要教訓甲，讓他回歸正途。某日，甲缺錢買毒，回家向 A 要錢，A 拿起球棒但未舉起，稱甲如果再要錢，就要棒打教訓。甲不假思索拿起木椅擲向 A，A 跌倒受傷流血，憤而提告傷害，甲在法庭上辯稱當時施以防衛行為。試問：甲之行為應如何論罪？（25 分）

命題意旨	本題在測驗考生對於正當防衛現在性及社會倫理限制的認知。
答題關鍵	1. 首先，對於甲拿起木椅擲父親 A 行為，必須討論的是刑法第 280 條傷害直系血親尊親屬罪，而不是普通傷害罪。 2. 另外，由於題目 A 「未舉起球棒」則在暗示是否具有正當防衛之現在性，縱使符合現在性要件，還必須討論防衛行為是否需受到社會倫理的限制，而可能會有防衛過當問題。

【擬答】

(一)甲拿起木椅擲 A 致受傷之行為，構成刑法第 280 條傷害直系血親尊親屬罪。

- 客觀上，甲拿起木椅擲其父 A 之行為係造成 A 受傷結果不可想像其不存在的條件，亦具有客觀可歸責性；主觀上，甲明知並有意為傷害直系血親尊親屬的行為，具有本罪之故意。^{註2}
- 惟有疑問者在於，甲得否辯稱當時係施以防衛行為，而主張刑法第 23 條正當防衛？^{註3}

(1)正當防衛之要件，以遇有現在不法之侵害，始能成立，如不法侵害已過去，或預料有侵害而不法侵害尚未發生，則其加害行為，自無正當防衛可言。而甲得否主張為防衛 A 「現在」之侵害主張正當防衛？^{註4}

①有實務見解認為，**何謂侵害之「現在性」，乃指該侵害或攻擊直接迫在眉睫、業已開始或正在繼續中**（98 台上 6558 決）。基此，A 拿起球棒尚未舉起時，A 傷害行為雖未著手，但對於甲而言已迫在眉

^{註2}此處為構成要件的討論，如果非本題爭點所在，則不需要花時間仔細檢討，一筆帶過即可。

^{註3}本題重要爭點在檢討正當防衛，因此要將篇幅花在正當防衛的檢討。

^{註4}點出爭點後分列肯否兩說。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

睫，下一步即可能遭受攻擊而得主張對侵害之現在性。

②惟管見以為，所謂現在，乃別於過去與將來而言，此為正當防衛行為之「時間性」要件。**過去與現在，以侵害行為已否終了為準，將來與現在，則以侵害行為已否著手為斷**，故若侵害已成過去，或預料有侵害而侵害行為尚屬未來，則其加害行為，自無成立正當防衛之可言（100台上4939決）。基此，A既未舉起球棒，則未著手於傷害罪，對甲而言則不具有侵害之現在性。

(2)退步言之^{註5}，縱認A傷害罪之侵害具有現在性，惟甲之防衛行為係對其父A為之，對該「生活上具親密信賴關係的親屬」為防衛行為，是否符合「社會倫理」的限制？

①在符合正當防衛的要件下，即可以暴力手段合法救濟自己的權利，惟在某些情況下，當防衛者負有協助、顧慮受害者的責任時，則權衡個人利益與受害者利益保全可能性後，為兼顧二者，則要求防衛者避需先採用迴避措施或較溫和的防衛手段，並藉由「社會倫理的觀點」限制正當防衛權的發動。

②系爭案件中，管見認為A為甲之父親而具有親密親屬關係，縱認A對於甲有傷害罪之現在不法侵害行為，甲亦不得優先採用防衛手段保護其法益，原則上具有一定程度的退讓義務，而不得直接丟擲椅子，即使無法退讓，甲也只能採取輕微、溫和的防衛手段。基此，甲丟擲A椅子的行為則屬防衛過當。

3.甲無阻卻罪責或減免罪責事由，綜上甲成立本罪。

^{註5}如果採此說認為A傷害行為不具有現在性，則無法進一步討論到防衛過當的爭點（成立防衛過當的前提必須具有防衛情狀），也因此利用「退步言之」的方式，鋪陳出一個防衛過當的爭點，以避免「漏點」。

【106年司法官】

一、臺北世貿正在舉辦電腦展，甲打算前往購買筆記型電腦，至銀行自動提款機領錢。甲原本預計要領新臺幣（下同）30,000元，不過不小心按錯鍵，按到「3,000」數字，甲一按完後，立刻感覺到自己按錯鍵了，但沒想到提款機吐出的金額一眼即看出不只3,000元（因為千元鈔票不只三張，而是一疊），拿起來仔細一算，竟是30,000元，而帳戶的明細表金額卻僅扣除3,000元。由於甲不是非常確定是否自己按錯鍵，故而決定再試一次，繼續提款，這次他很清楚自己按下「3,000」，果然提款機吐出的金額還是30,000元，但帳戶的明細表金額仍只扣除3,000元。甲發現提款機作業系統出問題，喜出望外，正想要好好撈一筆，誰知接下來，提款機竟出現無法操作的畫面，甲雖不免有些失望，但他還是很高興地拿著60,000元迅速離去。回家後，由於甲一直抽不出時間前往世貿電腦展選購筆記型電腦，因此，甲乃委託專精電腦的鄰居好友乙代他前往選購。甲交付乙40,000元，將其主要需求的規格設備告訴乙，至於其他細節部分則授權乙決定，並言明多退少補。乙至電腦展會場後，依甲所需要的規格設備選定了A廠牌筆記型電腦，原來定價為42,000元，電腦展期間特價為38,000元，經過乙的討價還價，最後以36,000元購得。然而乙回家後交付該筆記型電腦給甲時，卻向甲騙稱，該電腦原來定價為42,000元，經其一番辛苦殺價後，以38,000元購得，所以他再退還甲2,000元，甲信以為真，感謝再三。問甲、乙之行為各應如何論處？（答題除引用相關之學說或實務見解外，應就本案之論斷附具個人意見）（100分）

命題意旨	今年司法官考題刑法只有一題佔分一百分，一題定生死。且採用一題一份答案卷共計10頁的方式，又題目要求除實務及學說見解外，必須附具個人意見，目的在測驗考生是否能夠論述說理清楚，因此必須將有爭議處明確列出不同見解後，敘明自己所採見解之理由。
答題關鍵	<p>1. 今年刑法考題落在傳統財產犯罪範圍，爭點不難但很多且難鋪陳。本題旨在測驗考生溢領存款刑事責任及詐欺取財與背信罪問題討論。首先，就溢領存款刑事責任，因行為人主觀認知不同，必須先將甲先後兩次提領存款行為分開討論，又必須將個別提款行為中，正常提款金額與溢領金額各別分析討論。也因此，就溢領存款爭點之鋪陳必須非常小心，必須討論是否構成竊盜罪、侵占罪、侵占遺失物罪與不正使用自動付款設備罪，最後以學說通說作結，認為不構成刑法上犯罪，僅是民法不當得利行為而已。</p> <p>2. 其次，就乙謊報電腦價格而賺取價差行為，除必須討論以詐術賺取價差兩千元之詐欺取財罪外，還須討論乙違背任務行為是否構成背信罪，最後若認為同時構成詐欺取財與背信罪後，別忘記要討論競合。</p>

【擬答】

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

(一)甲第一次提領存款的行為，涉及溢領存款之刑事責任^{註6}，討論如下：

- 1.甲第一次提領存款，對於鍵入3千元且實際於甲之帳戶扣款之3千元，並無溢領情狀，係符提領存款事實，且銀行亦有移轉持有予甲之意思，因而不構成任何犯罪^{註7}。
- 2.惟甲第一次提領存款，雖鍵入3千元然因機器故障所溢領2萬7千元之行為，不構成刑法第320條第1項普通竊盜既遂罪。
 - (1)^{註8}客觀上，縱使認因機器故障而銀行未將該2萬7千元之持有移轉予行為人甲，該筆金額仍屬他人持有之物；然主觀上，甲第一次提領存款時，對於可能破壞持有而建立持有行為並無認識，且無不法所有意圖，不該當竊盜罪之構成要件。
 - (2)綜上，甲不構成本罪。
- 3.甲第一次溢領2萬7千元之行為，不構成刑法第335條第1項普通侵占罪。
 - (1)客觀上，對於侵占罪之持有原因，實務見解認為侵占罪之成立，必須以被侵占之物先有**法律或契約上之原因**在行為人持有中者為限（52台上1418例）。本案，甲係因機器故障取得溢領金額之持有，亦即非基於法律或契約關係持有該筆金額，縱甲將該款項據為己有，也不該當侵占之構成要件。
 - (2)綜上，甲不該當本罪。
- 4.甲第一次溢領2萬7千元之行為，不構成刑法第337條侵占遺失物罪。
 - (1)客觀上，有疑問者在於該筆溢領金額是否屬於非出於本人意思，而離本人所持有之物，必須探究銀行有無移轉鈔票之持有予甲：^{註9}
 - ①有學者認為，甲於提領存款時，與銀行間讓與鈔票合意範圍僅及於輸入款項金額之3千元，至於溢領之2萬7千元之現鈔所有權，係因機器故障導致，並未基於銀行讓與合意而移轉予甲，該筆溢領金

^{註6}如果行為人同一個行為涉及多個犯罪，我會先開一個大標題後，再下位階層討論該行為所成立的其他犯罪。

^{註7}對於非爭點處可以簡單帶過即可。

^{註8}對於司律考試而言，由於爭點量多且雜，無法依循構成要件、違法性及罪責三階層撰寫的話，可以合併寫成這樣。

^{註9}點出爭點後，分列肯否兩說。先將自己不要採的一說列出後，再將自己欲採取的說法「直接納入」作為管見看法。否則，先將實務及學者看法分列後，自己若要採學者看法，臨時生不出理由就糗了。簡單來說，就是適當的將要採取那一說的看法，移花接木當作自己的見解。

額屬於脫離本人持有之物，而甲主觀明知並有意為之，且具有不法所有意圖，該當侵占遺失物之構成要件。

②惟管見以為，甲雖操作提領 6 千元，但銀行利用提款機所為之意思表示範圍則因機器故障為 3 萬元為**新要約**，而該**新要約**被甲**承諾**領取，因此就甲所提領 3 萬元範圍內，銀行與甲之間具有讓予 3 萬元之合意，甲已受移轉而持有該筆金額，非屬脫離他人持有之物，甲不構成侵占遺失物之構成要件。

③綜上，甲不構成本罪。

5.甲第一次溢領 2 萬 7 千元之行為，不構成刑法第 339 條之 2 不正使用自動付款設備罪。

(1)客觀上有疑問者在於，甲插入真正卡片而輸入真正密碼提領存款，卻因機器故障而溢領金額之行為，是否屬於本條所稱之「不正方法」？

①基於「**主觀理論**」，所謂不正方法即使一切違反處分權人明知或可得推知之意思，而使用付款設備者。亦即，此說以處分權人主觀意思決定行為人之行為是否屬於無權、不正當行為。基此，溢領部分已違反銀行明示或默示之意思，甲上開行為構成本罪所稱之不正方法。

②又有採取「**詐欺特性理論**」者，其認為因為機器不會陷於錯誤，但如果將機器比擬為人，行為人之方法具有類似詐術特性時，則屬不正方法。基此，甲未傳遞不實資訊，係因程式設定錯誤而取得該溢領之存款，非屬本罪所稱之不正方法。

③另實務見解認為，所謂「不正方法」，係泛指**一切不正當之方法而言，並不以施用詐術為限**，例如：以強暴、脅迫、詐欺、竊盜或侵占等方式取得他人之提款卡及密碼，再冒充本人由自動提款設備取得他人之物，或以偽造他人之提款卡由自動付款設備取得他人之物等等，均屬之。基此，甲取得該款項係因機器程式設定錯誤，非因甲不正當行為導致，不該當本罪之不正方法。

④惟管見以為，基於「**設備使用規則理論**」，所謂不正方法，係指違反自動付款設備使用規則，進而影響該設備程式運作。若係出於自動提款機內部程式設計有誤，則該程式錯誤已成為設備使用規則之一部分，只要行為人使用真正提款卡並輸入真正密碼，已屬依照設備使用規則提領現金，不該當本罪之不正方法。基此，本案行為人甲係插入真正卡片而輸入真正密碼，僅係內部機器錯誤而導致溢領存款，非屬本罪所稱之不正方法。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

(2)綜上，甲不構成本罪。

(二)甲第二次提領存款的行為，涉及溢領存款之刑事責任，討論如下：

1.承前所述，甲對於第二次提領存款之 3 千元因符合提款事實，不構成犯罪。

2.甲第二次溢領 2 萬 7 千元之行為，不構成刑法第 320 條第 1 項普通竊盜罪。

(1)客觀上，有疑問者在於溢領金額是否屬於他人之動產，必須討論銀行是否有移轉持有予甲之意思，分述如下：

①有學者認為，基於消費寄託契約，銀行並無移轉超出甲提領存款之 3 千元額度，就溢領之 2 萬 7 千元部分，無移轉現鈔所有權之意思，屬於他人持有之物，而甲取走溢領金額則為破壞他人持有而建立自己持有之竊盜行為。

②惟管見以為，承前所述，銀行與甲就提款之 3 萬元金額範圍內具有要約及承諾，而銀行有移轉所有權予甲之意思，甲因而取得現鈔所有權，甲將該筆金額取則之行為，不該當竊取「他人動產」之構成要件。

(2)綜上，甲不構成本罪。

3.承上所述，甲因與銀行間無法律或契約關係，不構成刑法第 335 條侵占罪；又溢領款項部分，銀行已有移轉所有意思，非屬離本人持有之物，不構成刑法第 337 條侵占遺失物罪；最後，基於「**設備使用規則理論**」，甲符合設備使用規則使用提款機，就溢領存款行為非屬不正方法，而不構成刑法第 339 條之 2 不正使用自動付款設備罪。

4.基此，甲第二次溢領存款行為不構成犯罪，至多是民法不當得利問題。

(三)甲第三次提領存款的行為，雖未提得款項，依主客觀混合理論已該當竊盜罪之著手，惟管見以為就溢領金額部分銀行有移轉所有權予甲之意思，甲不該當刑法第 320 條第 3 項竊盜未遂罪。

(四)乙騙稱電腦以 3 萬 8 千元購得，賺取價差 2 千元之刑事責任，討論如下：

1.乙上開行為^{註10}，構成刑法第 339 條第 1 項詐欺取財罪。

(1)客觀上，乙係向甲謊稱電腦以 3 萬 8 千元購得，惟實際上係以 3 萬 6 千元購得，係為傳遞不實資訊之施用詐術行為，使甲陷於錯誤，進而

^{註10}直接用上開行為代稱「乙騙稱電腦以 3 萬 8 千元購得，賺取價差 2 千元」，這樣只要寫四個字就夠了。

處分價差 2 千元而未向乙索討，且甲受有 2 千元之損害，上開行為之間亦具有貫串因果關係。

(2)惟有疑問者在於，乙欺騙甲使其免除乙返還 2 千元價差行為，究竟是取財或得利行為？管見以為，由於乙目的是在騙取 2 千元現鈔，而使甲為免除返還價差現鈔 2 千之意思表示，應構成詐欺取財行為。又有學者認為，詐欺罪係保護整體財產，只要整體財產有所減損即該當詐欺罪，取財或得利僅係交付財產之手段而已，不應區分取財或得利行為，此見解殊值傾聽^{註11}。

(3)主觀上，乙明知並有意為詐欺取財之行為，且具有不法所有意圖，該當本罪之構成要件。

(4)乙無阻卻違法、罪責或減免罪責事由。

(5)綜上，乙成立本罪。

2.乙上開行為，構成刑法第 342 條背信罪。

(1)客觀上，有疑問者在於乙雖為甲代買電腦而為處理事務之行為，惟是否謊報電腦價格，是否該當本罪之「違背任務」行為？

①有採取「**信託違背理論**」者認為，背信行為的本質在於信託義務的違背。因此，所謂為他人處理事務除本人與第三人的事物外，也包括行為人與本人間的內部事務，也不論是法律事務或事實上之事務，均包括在內。基此，乙未遵守與甲「多退少補」之約定，未退還 2 千元，屬於違背與甲間內部任務之行為，該當違背任務之要件。

②惟管見認為，基於「**權限濫用理論**」，背信罪的本質在於權利（代理權）的濫用。行為人基於**法律原因**，而對他人之財產擁有代理權限，背信行為即是對於此等財產處分權之濫用，而造成他人財產上損失。基此，乙係違背「多退少補」之內部事務，非濫用對外之代理權限，對於受任人乙違背任務的行為，未退還 2 千元所造成本人的損害，都只能基於內部的契約關係去尋求民事上的解決，而不該當本罪違背任務之要件。

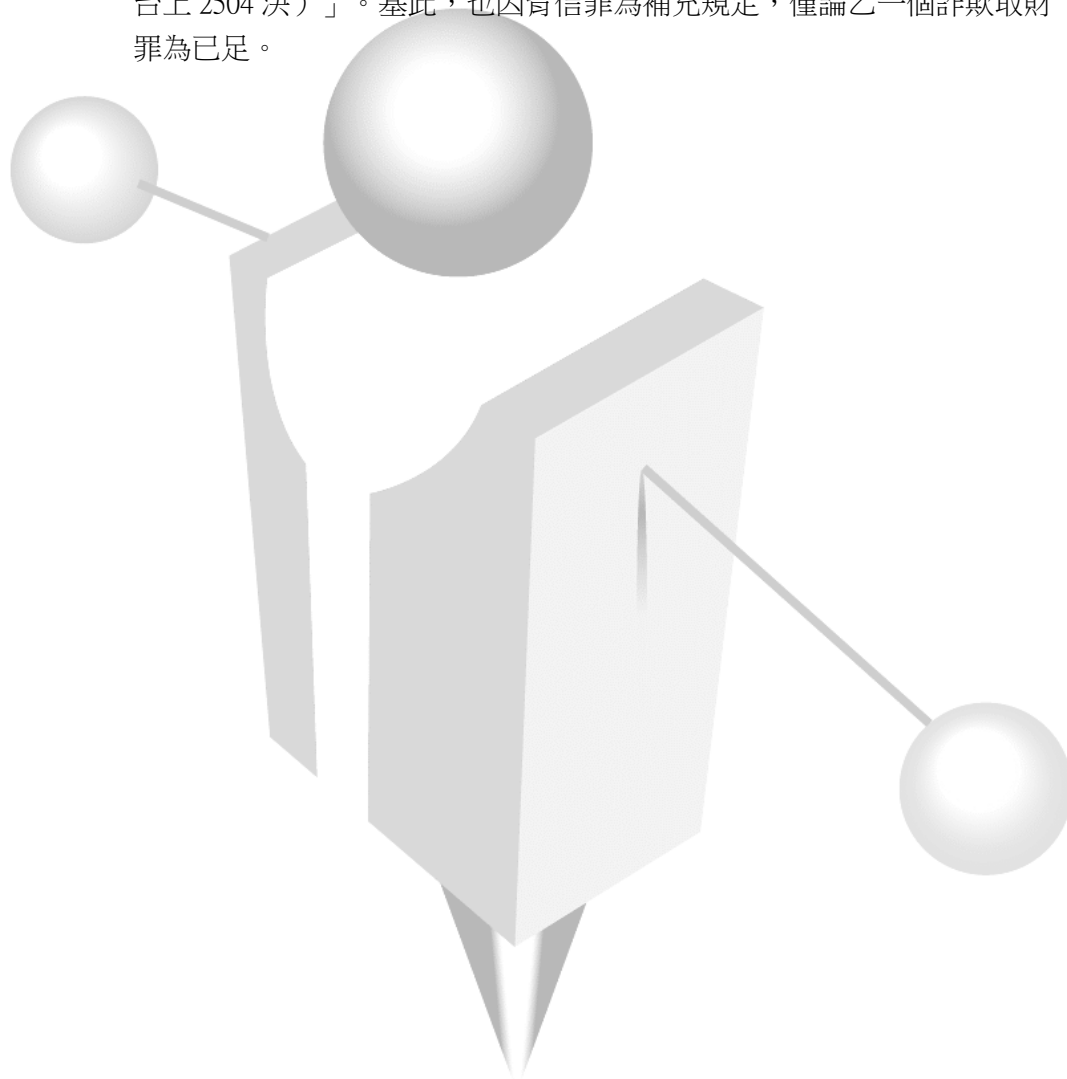
(2)綜上，乙不構成本罪。

3.競合：退步言之^{註12}，縱認乙上開行為構成背信罪，依實務見解：「刑法上之背信罪，為一般性違背任務之犯罪。故為他人處理事務之人，若違

^{註11}這幾句話，只是告訴老師說，雖然我知道這個見解，但我現在沒有要採這個見解，不過我學得很多，所以可以多給我分數我也無所謂這樣的心態，哈。

^{註12}以解出最多爭點作為解題宗旨。

背任務，將持有他人之物予以侵占，或以詐術使他人交付財物或得財產上不法之利益者，除成立侵占或詐欺罪外，並無依背信罪處斷之餘地（95台上2504決）。基此，也因背信罪為補充規定，僅論乙一個詐欺取財罪為已足。



【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

高點
考點直擊

旭律師刑法爭議研究

影音課程+書同時貫通，精準掌握爭點！

《刑法爭點一熱門案例解析》課程

名師影音解題精華，用題目理解觀念，讓你短時間內熟悉刑法重要爭點，不僅懂，更會寫！

真人講解，用題目理解觀念，網羅熱門爭議問題，並配合時事、重要修法或易混淆爭點作為課程內容！



▶ 我要試聽



搭配旭律師《刑法爭議研究》一書使用

快速複習爭點，亦可加強解題能力

以實務見解為主，輔以學說見解、國考試題、簡單易懂之圖表，一本書快速複習！

- 蒐錄經典實務見解、輔以學者文章評釋，貫徹一本書主義。
- 爭點式論述重要爭議，魔鬼考點一目瞭然。
- 將困難的刑法爭議轉化為簡單易懂之體系圖、心智圖、表格、流程圖，減輕記憶負擔。

掌握爭點，律師、司法三等、法研所必備好書+好課

品名	定價	特價
刑法爭議研究(含爭點、解題影音)/旭律師(行動版)(書+課)	1150	790
刑法爭議研究(書籍)	550	495
刑法爭點一熱門案例解析/旭律師(行動版)(課程)	600	420

高點文化事業
publish.get.com.tw



【高點法律專班】

版權所有，重製必究！