

《刑法》

試題評析

- 第一題：緊急避難向為考試之重點，只要掌握其意義與要件，即可輕鬆獲取高分。
- 第二題：除測驗考生對於間接正犯基本概念的熟悉度之外，尚測試考生對於身分犯概念的理解，屬於靈活的出題類型。
- 第三題：考點甚多，除了著手時點的認定爭議頗多，且涉及修法前後之更迭外，想像競合概念的掌握，與竊盜既未遂之判斷等，也是不容小覷的重點，考生必須要熟悉貫通刑總與刑分的內容，並且加以靈活運用，才能在有限時間內將本題答得清晰完整、切中題旨。
- 第四題：主要在測驗考生對於贓物罪章中的「牙保」、「贓物」等概念是否清晰，只要掌握法條規定與學說實務之見解，即可得分。

一、甲四層樓別墅位於荒郊野外之山區，某日深夜該別墅樓下發生火災，甲為避免財物之損失，竟將內裝珠寶之保險箱從四樓窗口往地面推落，適乙騎車從樓下經過，竟被該保險箱擊中不治死亡，檢察官追究刑責時，甲主張緊急避難有無理由？（25分）

答：

甲主張緊急避難為無理由：

- (一)刑法第24條「因避免自己或他人生命身體自由財產之緊急危難而出於不得已之行為，不罰」，學理上稱為緊急避難。其客觀要件包括避難情狀與避難行為，亦即須有迫在眼前或正在進行的危難發生，若不及時挽救，法益必受損害，而避難行為必須適當且必要；主觀要件則為避難行為必須出於避難之意思。
- (二)本題情形，甲之別墅樓下於夜間突然發生火災，若不及時挽救，其財產法益必受損害，故客觀上有避難情狀存在，甲為避免財物損失而將保險箱從樓上往地面推落，有避難意思，主觀上雖有避難意思，但客觀上所採取的避難行為是否適當且必要，仍有待商榷。
- (三)緊急避難行為必須從法益保護的觀點來進行權衡，亦即必須權衡具體個案中衝突的兩造法益是否符合「優越利益保護原則」，也就是只有當被救助的法益明顯高於被犧牲的法益時，才能阻卻違法。本題甲為救助自己的財產法益而犧牲了乙的生命法益，並未符合優越利益保護原則之要求，故甲不得主張緊急避難阻卻違法。

【參考書目】高點吳律師刑法總則2-150~151頁。

二、何謂間接正犯，其類型為何？（12分）甲無任何疾病，為圖向服務之公司請假遂至長庚醫院看診，向醫師乙謊稱嚴重暈眩、耳鳴，請求診治並出具證明，乙誤信為真，遂出具記載上開病情之診斷書予甲，甲是否屬刑法第215條之間接正犯？（13分）

答：

(一)

- 所謂「間接正犯」，係指利用或透過他人作為犯罪工具，而實現自己犯罪之人。間接正犯之特性在於，其實行行為係將他人當作自己犯罪之工具來使用，以遂行自己的故意犯行。從犯罪支配的角度觀之，間接正犯之支配性在於其優越的意思支配，亦即間接正犯雖於犯罪實現之歷程中，隱藏於被利用人的背後，惟其居於意思支配的主導地位，操縱支配整個犯罪流程，故學說認為應將間接正犯視為正犯。
- 間接正犯之類型：
 - 利用他人構成要件不該當之行為：
 - 利用他人客觀構成要件不該當之行為：

例如利用對於他人的支配性影響，或施以詐術利用他人之錯誤，而促成該他人自傷或自殺的情形。
 - 利用他人主觀構成要件不該當之行為：
 - 利用他人無故意或過失之行為：

例如甲利用不知情的乙，持偽造之貨幣至市場購貨。

(B)利用他人欠缺特定意圖之行爲：

例如甲向乙謊稱爲教學之用，請乙製造數張上市公司股票。

(2)利用他人阻卻違法之行爲：

例如甲向巡邏警察乙謊稱丙爲竊盜現行犯，利用警察合法拘捕行爲來拘束丙的人身自由。

(3)利用他人欠缺或減免罪責之行爲：

A.利用無責任能力者之行爲：

例如利用幼童或重度精神障礙者來遂行自己的犯罪。

B.利用限制責任能力者（滿十四歲未滿十八歲者）之行爲：

有爭議，通說認爲應取決於行爲人對於犯罪支配的程度，若被利用人對於其行爲已具有相當程度的決定能力，則行爲人對於整個犯罪行爲並非處於支配的地位，此時應論以教唆犯，反之，則爲間接正犯。

(4)利用他人禁止錯誤之行爲：

例如甲明知伯勞鳥爲保育類動物，卻告訴乙伯勞鳥可以獵捕。

(5)被利用人本身可以成立犯罪時：

此即所謂「正犯後正犯」的類型，被利用人的行爲可能具備故意犯罪或是過失犯罪之所有要素，但利用者仍應成立間接正犯。例如黑道大哥甲要小弟乙殺死仇人丙，因乙只是整個組織運作下隨時可替換的部分零件，在此種有組織支配關係的情況下，甲仍可成立殺人罪之間接正犯。

(二)甲不屬於刑法第215條之間接正犯：

- 1.某些犯罪類型，本質上不可能以間接正犯的方式來違犯。例如在純正身分犯的情形，因行爲人欠缺構成要件所預定的主體適格，縱使其可操縱整個犯罪流程，仍無法成立間接正犯。
- 2.刑法第215條業務登載不實罪，構成要件所預定的行爲主體爲從事業務之人，通說認爲該條爲純正身分犯的類型，無業務身分之人不能成立本罪的正犯，亦不能成立本罪之間接正犯。
- 3.在本題中，甲向醫師乙謊稱其有嚴重暈眩、耳鳴，利用不知情的乙開具不實的診斷證明，乙係因誤信甲所言，而於其業務所掌之診斷證明上爲不實之記載，乙所爲欠缺主觀上之犯意，故乙不成立刑法第215條之業務登載不實罪。而甲不具醫師身分，故亦無從成立刑法第215條業務登載不實罪之間接正犯。

【參考書目】高點吳律師刑法總則第2-203頁～2-204頁。

三、某日賽鴿協會舉辦飛鴿競賽，甲於鴿子飛行路徑之某處山區高地，架設網子計劃捕捉賽鴿。試問：

- (一)架設網子完成比賽並已開始，但尚未捕到賽鴿即經查獲，係預備竊盜或竊盜未遂？（8分）
- (二)如同時捕捉到A、B、C三人之賽鴿，是否成立想像競合犯？（9分）
- (三)賽鴿入網是否即屬竊盜既遂？（8分）

答：

(一)此種情形應屬竊盜未遂：

- 1.預備犯與未遂犯之區別，在於前者尚未著手，而後者則已經著手，但欠缺構成要件完全的實現；也就是說，行爲人之行爲必須達到著手實行之階段，始有成立未遂犯之可能。故本題的關鍵即在於著手時點之認定。
- 2.著手時點之判斷標準，學說上迭有爭議，包括形式客觀理論、實質客觀理論、主觀理論、主觀與客觀混合理論等。刑法修正前，通說採取主觀與客觀混合理論的見解，認爲關於著手與否之判斷，應依行爲人之想像與其對於行爲客體之直接侵害爲考量，當犯罪的意思已於行爲中顯露，而該行爲由行爲人的整體犯罪計畫觀察，以客觀旁觀者的角度，在認知行爲人對於犯罪過程之想像後，判斷是否已直接導致相關構成要件所保護之客體的危險，如有危險，即爲著手。依據此說，甲架設網子完成，比賽並已開始，任何旁觀者立於行爲人之角度，均會認爲其已直接導致相關構成要件所保護之客體的危險，故應係已著手。
- 3.刑法修正後，以客觀未遂理論爲基準，重新架構未遂犯之體系，則對於未遂犯成立之客觀要件「著手」的判斷，自應傾向客觀未遂理論的「客觀理論」作爲判斷著手與否的準據。惟客觀理論中的形式客觀理論，對於著手認定標準過嚴，將導致法益保護欠周之弊，故應以實質客觀理論的見解較妥。據此，倘行

爲人之行爲，依據客觀的見解，已可認係與客觀要件之行爲密切相關或有必要關聯，或對於構成要件所保護的行爲客體構成直接危險者，即可認已著手實行。本題甲在飛鴿必經之處架設網子，比賽又已開始，其行爲已可認爲與客觀要件之行爲密切相關或有必要關聯，或對於賽鴿者之財產法益構成直接危險，故爲已著手。

4.依據以上分析，甲架設網子完成，比賽並已開始，但尚未補到賽鴿即被查獲，應屬竊盜未遂。

(二)此種情形成立想像競合犯：

- 1.通說認爲想像競合係指行爲人之同一行爲，實現數犯罪構成要件，且侵害數法益，依刑法第55條「一行爲而觸犯數罪名者，從一重處斷」可知，想像競合在犯罪宣告上爲數罪，只不過在量刑時從一重處斷，是以，國家對於行爲人只有單一的刑罰權，亦即所謂的「裁判上一罪」。
- 2.想像競合可分爲兩種類型，若行爲人之同一行爲實現了數個不同種罪名的構成要件，稱爲「異種想像競合」，若行爲人之同一行爲實現了數個同種罪名的構成要件，則稱爲「同種想像競合」。
- 3.本題情形，甲架設網子同時補到A、B、C三人的賽鴿，同一行爲實現數個同種罪名（竊盜罪）之構成要件，且分別侵害了三個人的財產法益，屬於同種想像競合的類型，故成立想像競合犯。

(三)此種情形應尚未既遂：

- 1.竊盜行爲是否既遂，判斷重點在於行爲人是否已建立了自己的持有支配關係。
- 2.本題情形，飛鴿雖已入網，惟在甲尚未至該處收網之前，其對於飛鴿之支配持有關係均尚未穩固，易言之，仍可能因爲其他外力之介入，例如網中飛鴿遭他人取走等，而無法實質地建立起自己的持有支配關係，故此情形應屬未遂。

【參考書目】

- 1.高點吳律師刑法總則第2-66頁～2-67頁、第2-276頁。
- 2.高點方律師刑法分則第2-29頁。

四、關於贓物罪，請回答下列問題：

(一)甲介紹明知其情之乙向丙購買贓車一部，乙、丙洽談買賣中經警查獲，甲之罪責為何？（13分）

(二)甲竊得勞力士手錶乙只售得10萬元，而後以該金錢購得鑽戒乙枚送於知悉上情之女友A，A收受之，A是否構成收受贓物罪？（12分）

答：

(一)甲可能成立牙保贓物罪（刑法第349條第2項）：

- 1.牙保贓物的概念範圍雖在學說上有爭議，但無論如何，都包括居間介紹買賣或其它交易的行爲。
- 2.居間介紹他人買受贓物，不論他人是否明知爲贓物，只要行爲人明知，即可成立牙保贓物罪。
- 3.本罪未處罰未遂犯，故必須處分贓物的契約已經成立，才會成立本罪，至於契約是否履行、贓物是否交付，則不影響本罪之成立。
- 4.本題情形，甲雖有居間介紹買賣贓物之行爲，但因乙丙仍在洽談中即經警查獲，買賣契約尚未成立，故甲牙保贓物僅屬未遂，而本罪並未處罰未遂，甲不成立牙保贓物罪。

(二)A不構成收受贓物罪：

- 1.刑法第349條第3項規定：「因贓物變得之財物，以贓物論」，承認因贓物變得之財物，仍具有贓物性，是以贓物之代替物，得稱爲「準贓物」。
- 2.準贓物之範圍必須有所限制，否則將對交易秩序造成影響，學說上認爲應限於與原物具有同一性者，始足當之；且必須是贓物之原物所變得之財物才是準贓物。
- 3.本題情形，甲竊取手錶變賣現金後，再以該現金購買鑽戒，該鑽戒已不得以贓物論，故縱使A收受該鑽戒，亦不構成收受贓物罪。

【參考書目】高點方律師刑法分則第2-220～221頁。