

《刑法》

一、民國九十四年二月二日總統令修正公布而自九十五年七月一日施行之刑法，其中第二十九條「教唆犯」作如何之修正？設甲教唆乙去殺害丙，乙應允後，不幸於前往丙家途中，因車禍身亡，問甲的行為，應如何論處？試就刑法第二十九條修正前後之規定，分別說明之（32分）

命題意旨	本題主要在測驗考生對於刑法第二十九條「教唆犯」之規定，是否瞭解在修正前、後之差異，以及對於教唆者已經完成教唆行為，但被教唆者卻尚未著手於犯罪時，應如何論其刑事責任之問題。
答題關鍵	本題在作答上，只要就第二十九條在修正前、後之規定內容，分別加以論述，並且說明其差異性即可。
高分閱讀	1.高點《重點整理系列-刑法概要》（梁國治），P.166：教唆犯之修正（相似度 60%）。 2.高點《重點整理系列-刑法（概要）》（方律師），P.2-197~2-198：未遂教唆之刪除（相似度 50%）。 3.經典題型系列-刑法總則經典題型（金律師），P.2-570~2-579：教唆犯之修正與未遂教唆（相似度 80%）。 4.高點《重點整理系列-刑法總則》（方律師），P.2-345~2-346：教唆犯之修正（相似度 60%）；P.2-363~2-366：未遂教唆之刪除（相似度 70%）。
參考資料	1.月旦法學教室 第 33 期：P.78~88：犯罪之階段-預備、未遂（林鈺雄） 第 32 期：P.24~25：教唆犯定義的變更及新規定的提前適用（鄭逸哲） 第 40 期：P.72~82：修法後的「正犯與共犯」構成要件適用與懲罰（上）（鄭逸哲） 第 41 期：P.85~95：修法後的「正犯與共犯」構成要件適用與懲罰（下）（鄭逸哲） 2.月旦法學雜誌，第 123 期：P.34~42：由法學方法論角度論未遂之概括、結構與修法（劉幸義）

【擬答】

(一)民國九十四年二月二日刑法修正中，關於刑法第二十九條「教唆犯」之變動如下：

1.關於第一項「教唆犯」之定義：

依照修正前之規定，所謂教唆犯，是指「教唆他人犯罪者」。而依照修正後之規定，則是「教唆他人使之實行犯罪行為者」。依照立法理由觀之，具有「共犯從屬性」的教唆犯，所採取之從屬形式為「限制從屬形式」。並且由於使用「實行」一詞，而將被教唆者僅至預備或是陰謀階段之教唆行為，排除在處罰範圍外。

2.關於第三項「未遂教唆行為」之法律效果：

在教唆者已經從事教唆行為，但被教唆者尚未著手於犯罪之情形中，關於教唆者所應負之刑事責任，依照修正前之規定，如果教唆者所教唆之罪，在刑法上設有處罰未遂犯的規定時，教唆者亦應成立所教唆之罪的未遂犯。而依照修正後之規定，由於第三項之規定被刪除，因此，對於此種情形，教唆者並不成立任何犯罪。

(二)甲之行為所應負之刑事責任如下：

1.由於被教唆者（正犯）乙，在尚未著手實行於殺人行為前，即已死亡。而其前往丙宅之行為，由於與殺人罪之實現之間，並不具有直接關聯性，亦非屬於殺人罪之預備行為，故乙不成立任何犯罪。

2.而教唆者甲使得特定之人乙產生了實現殺人行為之犯罪決意，且在主觀上具有教唆之雙重故意，故甲已經具有教唆行為。

3.但由於被教唆者乙尚未著手於犯罪，關於甲所應負之刑事責任，依照修正前刑法第二十九條第三項以及第二百七十一條第二項之規定，甲之行為仍應成立教唆普通殺人罪之未遂犯。如依照修正後刑法第二十九條之規定，則因第三項之規定已被刪除，故甲之行為並不成立任何犯罪。

4.如果甲之行為具有「法律變更」之情形時，依照刑法第二條第一項之規定，應適用對行為人法律地位較為有利的「修正後」刑法第二十九條之規定。

二、「繼續犯」與「狀態犯」其告訴期間、追訴期間各自何時起算？又「繼續犯」如在其犯罪行為繼續實施當中，其間遇有法律變更，有無刑法第二條第一項「行為後法律變更」之適用？(32分)

命題意旨	本題主要在測驗考生對於「繼續犯」與「狀態犯」在性質上之區分，以及兩者在告訴與追訴期間起算時點上之差異，是否有所理解。此外，也涉及到在「繼續犯」的情形中，是否有刑法第二條「法律變更」規定適用的問題。
答題關鍵	本題雖然難度不高，但卻將刑事訴訟法上「告訴期間」的概念，一併納入考題範圍內。因此，考生是否有寫出大法官會議第一百零八號之解釋，將成為是否能獲得高分的關鍵。
高分閱讀	1.高點《重點整理系列-刑法概要》（梁國治），P.1-242：追訴時效之起算（相似度 60%）；P.1-24-25：刑法時的效力與從舊從有利原則（相似度 50%）。 2.高點《重點整理系列-刑法（概要）》（方律師），P.4-43：追訴時效之起算（相似度 60%）；P.1-19~1-20：刑

	法第二條第一項之解釋適用（相似度 80%）。 3.高點《經典題型系列-刑法總則經典題型》（金律師），P.1-33~1-42：繼續犯與刑法第二條第一項之適用（相似度 80%）。 4.高點《重點整理系列-刑法總則》（方律師），P.4-65：追訴時效之起算（相似度 50%）；P.1-35~1-37：刑法第二條第一項之適用與繼續犯（相似度 80%）。
參考資料	月旦法學雜誌，第 128 期：P.142~157：新刑法時效規定沿革與評析（張麗卿）。

【擬答】

(一)關於刑法上之「繼續犯」與「狀態犯」，其告訴期間以及追訴期間之起算時點如下：

1.繼續犯之部分：

- (1)所謂的「繼續犯」，是指行為人之犯罪行為雖已既遂，但行為人仍能以其意思決定違法狀態之持續與否，如行為人以其意思加以延續時，則違法狀態並未終了，例如：和誘罪、略誘罪、私行拘禁罪或擄人勒贖罪。而其違法狀態終了之時點，是在行為人放棄繼續為該行為，或是遭受外力阻斷該行為之時。
- (2)關於繼續犯之「告訴期間」之起算時點，依照刑事訴訟法第二百三十七條第一項之規定，告訴乃論之罪，其告訴應自得為告訴之人知悉犯人之時起，於六個月內為之。如從條文規定觀之，當告訴權人知悉犯罪者為何人之際起，告訴之時效即應起算。但大法官會議第一百零八號解釋，則認為犯罪行為如有連續或繼續之狀態者，其六個月之告訴期間，應自得為告訴之人，「知悉犯人最後一次行為」或是「行為終了之時」始能起算。以避免犯罪行為尚在連續或繼續狀態中，而告訴期間業已屆滿，不得告訴之不當情形。
- (3)關於繼續犯之「追訴期間」之起算時點，依照刑法第八十條第二項之規定，如犯罪行為具有繼續之狀態者，自行為終了之日起算。因此，必須行為人所造成之違法狀態已經終了時，追訴時效才開始起算。

2.狀態犯之部分：

- (1)所謂的「狀態犯」，是指行為人之行為一旦導致違法狀態之出現時，通常犯罪即屬既遂，而違法狀態亦告終了，例如：重婚罪、傷害罪或毀損罪等。
- (2)關於狀態犯之「告訴期間」之起算時點，依照刑事訴訟法第二百三十七條第一項之規定，告訴乃論之罪，其告訴應自得為告訴之人知悉犯人之時起，於六個月內為之。因此，當告訴權人知悉犯罪者為何人之際起，告訴之時效即應起算。
- (3)關於繼續犯之「追訴期間」之起算時點，依照刑法第八十條第二項之規定，當行為人犯罪成立之日起，即應計算追訴時效。

(二)在繼續犯的情形中，是否有刑法第二條第一項「行為後法律變更」之適用：

- 1.由於在繼續犯的情形中，行為人得以其意思而延續違法狀態，必須在違法狀態結束之時，始為犯罪行為之終了。換言之，在違法狀態尚未結束之前，行為人仍在持續實施犯罪行為。
- 2.因此，向來我國實務界及學界多半認為，如繼續犯之違法狀態仍在持續中，其間縱使具有法律變更之情形，但由於行為人之行為已經是持續至新法實施後，故並無所謂「行為後法律有變更」之情形，自無刑法第二條第一項規定之適用。

三、下列行為，該如何論處？（每小題各 12 分，共 36 分）

- (一)在民間合會（互助會）之標單上，偽造會員署押，並書寫出標金額，標取會款。
- (二)冒用他人名義在支票背面背書。
- (三)甲在夜間以手伸入鄰居乙住宅前方之窗門，從窗內竊取乙之衣服。

命題意旨	此題在測驗考生對實務見解的了解，如偽造文書的競合、背書屬於哪種偽造、以及毀越門扇、侵入住居，皆為實務特殊見解。
答題關鍵	將實務見解點出即可得分，因為有三小題，答題不宜過長，其餘的構成要件討論可一筆帶過，直接進入爭點，才不會有時間不夠用之危機。學者對此亦多無意見，將實務做法鉅細靡遺敘述即可。若能將實務見解的字號寫出，則此題必能高分。
高分閱讀	1.高點《重點整理系列-刑法分則》（方律師），P.2-33~2-35：加重竊盜（相似度 90%）；P.3-79：私文書（相似度 90%）；P.3-112~3-115 偽造羈押（相似度 60%） 2.高點《重點整理系列-刑法概要》（梁國治），P.2-107~2-108 偽造羈押（相似度 60%）；P.2-102~2-103 偽造變造私文書（相似度 50%）；P.2-192~2-193 加重竊盜罪（相似度 80%） 3.高點《重點整理系列-刑法（概要）》（方律師），P.7-16~7-20：加重竊盜罪（相似度 90%）；P.8-44：偽造私文書（相似度 90%） 4.高點《錦囊系列-刑法-分則篇》（蔡律師、余律師），P.250：加重竊盜（相似度 90%）。 5.高點《2006 律師司法官歷屆試題詳解-刑法》，P.92-5~92-6：92 年司法官第三題（相似度 90%），P.79-14：79 年律師第三題（相似度 90%）
參考資料	1.參照判例 33 台上 1504 2.參照判例 69 台上 695 3.參照判例 59 台上 2588，64 年 7 月 15 日刑庭決議

【擬答】

(一)互助會之標單偽造會員署押，書寫標金額並標取會款

- 1.其可能該當刑法第二一七條偽造署押罪，其客觀上係屬偽造署押，亦足生公共損害於他人，造成社會對於公共信賴之損傷，客觀構成要件該當，其亦應有故意，故其違法有責，該當偽造署押罪。
- 2.至於標單，乃民間互助會願以該金額取得當期合會金之意思表示，依八十七年台非字十二號判決，其乃準私文書之體現，其僅記載姓名及一定金額，必須依一定之特約或習慣方能辨識其用意，故應屬二二〇條之準文書，而其僅為一定之文件，並非表彰一定之權利，故非有價證券。
- 3.依此，偽造署押並偽造標單，應屬刑法二一〇條偽造準私文書罪，而偽造署押之部份，應僅為偽造私文書一部份，故不另外論罪。
- 4.其之後標取會款，乃屬刑法第二一六條行使偽造私文書無疑，而其行使後得取會款，亦應屬詐欺取財罪，其乃使其他會員誤認得標者，進而陷入錯誤，交付會款而使行為人得利，故該當刑法三三九條之詐欺取財罪。
- 5.競合方面，六十九年台上字六九五號判例認為偽造私文書而後行使，偽造之低度行為由行使之高度行為吸收，故僅成立行使偽造文書罪，至於和詐欺罪競合之部份，以往認為具有方法與結果之牽連關係，成立牽連犯，但因牽連犯已廢除，故行使偽造文書罪與詐欺取財罪，乃一行為觸犯束法益，應想像競合之。

(二)冒用他人名義在支票背後背書

- 1.冒名背書，係屬偽造行為，對於公共信賴有所損傷。
- 2.背書乃證明、擔保票據責任，故依六十四年台上字一五九七號判例、七十年台上字二一六二號判決，其乃獨立之偽造私文書，和偽造有價證券有所不同。蓋其未就票據本身偽造金額或發票人簽名，而是在其後背書使他人負票據責任，就此責任之文書而言，應為偽造私文書使他人負責任，進而造成社會對票據信賴之損傷爾。
- 3.因之，行為人應該當刑法二一〇條偽造私文書罪。

(三)以手伸入鄰居乙住宅前之窗門，竊取乙之衣服。

- 1.竊取乙之衣服，係屬竊盜罪無疑。其客觀構成要件該當、亦有故意，違法有責。
- 2.茲有疑義者，哪其是否該當加重竊盜罪？我國刑法第三二一條規定第一款規定：於夜間侵入住宅者，加重之，此題是否為夜間不得而知，但對於侵入住宅，應以身體侵入為要件，故僅將手伸入並不該當。(三十三年上字一五〇四號判例)
- 3.另有疑義者，我國刑法第三二一條規定第二款規定，毀越門扇、牆垣或其他安全設備而犯竊盜罪者，需加重之，若僅將手伸入住宅前之窗門，是否屬毀越門扇之加重要件？
- 4.窗戶在一般人之認知下，應為安全設備之一環，其性質與門扇相似，此亦為二十五年上字四一六八號判例所肯認，因之，伸手入窗即該當踰越要件，責雖無毀壞，但依實務見解仍得成立加重要件。
- 5.因此，行為人對此加重要件亦有認識，則其成立刑法第三二一條第二款之加重竊盜罪。