

# 《刑法概要》

- 一、甲女因缺錢購買毒品吸食，某日於某建築工地旁持刀向路人乙男強取財物，然因乙男反擊將甲女所持之刀奪取，甲女遂拿起該工地旁之木棍欲再攻擊，乙男不得已之下持刀與甲女對峙。此際，甲女之男友丙男經過該處，誤以為甲女受到乙男持刀攻擊，亦拿起該工地旁之木棍擊往乙男持刀之手臂，除使刀掉落地上外，乙男手臂亦受傷。試問丙男應負何刑責？(25分)

|      |  |
|------|--|
| 命題意旨 | 本題乃測驗考生對於容許構成要件錯誤之概念與處理方式之問題。  |
| 答題關鍵 | 雖然題目頗長，但卻僅問丙男之刑責，故同學應緊扣核心，盡量將誤想防衛之概念與在處理方式上之學說爭議說明清楚，方能答得完整。   |
| 高分閱讀 | 1.司法四等考場特刊：<br>第9題：誤想正當防衛要件、效果(相似度 90%)<br>2.司法三等考場特刊：<br>第4題：誤想防衛之效果(相似度 50%)<br>3.經典題型系列-刑法總則經典題型(金律師)<br>P.2-122~2-143：正當防衛要件(相似度 80%)<br>4.重點整理系列-刑法總則(方律師)<br>P.2-168~2-172：容許構成要件錯誤(相似度 90%) |

## 【擬答】

本題涉及誤想防衛之概念與處理方式的問題，分別討論如下：

- (一)1.容許構成要件錯誤係對於阻卻違法事由之基礎事實發生錯誤，亦即客觀上並不發生存在有阻卻違法之事實，但行為人誤以為有阻卻違法事實存在。以正當防衛而言，就是指客觀事實並不存在著現在不法之侵害，但行為人卻誤以為存在著正當防衛情狀，而為防衛行為，此即所謂的「誤想防衛」。
- 2.本題情形，乙男持刀與甲女對峙，係屬面對甲女之攻擊所採取的正當防衛行為，故乙男之行為乃合法之行為，丙男誤判該合法行為為不法侵害，並進而採取防衛行為，當屬誤想防衛無疑。
- (二)誤想防衛為容許構成要件錯誤之一種，關於其處理方式約有以下數種：
- 二階理論(負面構成要件要素理論)：構成要件該當性(正面的構成要件要素)與違法性層次(負面構成要件要素)融合成爲一個「整體不法構成要件」，無論行為人係對正面或負面構成要件要素認識錯誤，均會導致欠缺不法構成要件故意之結果。
  - 故意理論：不法意識乃故意之一環，若行為人誤認某個阻卻違法事由之前提事實，發生容許構成要件錯誤之情形，便會因爲欠缺不法意識而排除故意。
  - 嚴格罪責理論：欠缺不法意識皆屬罪責層次的問題，毫無例外可言，故所有關於不法意識之錯誤都是禁止錯誤，均會產生排除罪責的結果。
  - 狹義之限制罪責理論：容許構成要件錯誤雖不是構成要件錯誤，但就本質上來看，兩者卻有高度的類似性，應該比附援引構成要件錯誤而爲相同之處理，亦即認爲行為人欠缺構成要件故意而不成立故意犯。
  - 限縮法律效果之限制罪責理論：容許構成要件錯誤並不影響構成要件故意，但會影響故意罪責，亦即係在罪責層次上影響故意犯之成立，而非影響不法層次之故意，依情形可能成立過失犯。
- (三)關於容許構成要件錯誤之處理方式，國內多數說採取限縮法律效果之限制罪責理論，依此說本題中之丙男因誤認爲有正當防衛情狀存在，乃出於防衛意思傷害乙男，並不會阻卻其構成要件故意，而係在罪責的層次上欠缺故意罪責，其法律效果應以過失犯來處理。

## 【參考資料】

- 林鈺雄，新刑法總則第 327-332 頁，元照出版。

- 二、甲、乙二人與年僅 13 歲之丙共同商議至 A 宅行竊，並由甲、乙二人進入 A 宅行竊，丙在外把風，經竊得珠寶一批後央請丁代為銷贖。惟丁取得贓款後卻將其據為己有花費殆盡，不肯返還。試論甲、乙、丙、丁四人之罪責？(25分)

|      |   |
|------|---|
| 命題意旨 | 本題主要測驗考生對於結夥三人犯加重竊盜罪之結夥人數之計算是否包含無責任能力人之爭議問題的瞭解，以及竊盜、贓物等財產犯罪之熟悉度 |
| 答題關鍵 | 題目之設計呈現頗爲靈活，由於需討論之爭點不少，同學作答時務需把握時間。                             |
| 高分閱讀 | 1.司法四等考場特刊：第 15 題：收受贓物罪要件(相似度 70%)                              |

|  |
|--|
| 2.重點整理系列-刑法分則（方律師）<br>P.2-10～2-11：竊盜罪之所有說及持有說（相似度 60%）<br>P.2-38～2-39：結夥三人之認定（相似度 60%） |
| 3.重點整理系列-刑法總則（方律師）<br>P.2-291～2-307：共同正犯之要件（相似度 70%）                                   |
| 4.重點整理系列-刑法概要（方律師）<br>P.2-122～2-135：未滿 13 歲之罪責（相似度 50%）                                |

## 【擬答】

(一)甲、乙、丙可能成立之犯罪討論如下：

1.甲、乙、丙可能構成普通竊盜(刑法§320 I)或加重竊盜(刑法§321 I)之共同正犯：

- (1)刑法第 18 條第 1 項規定：「未滿 14 歲人之行為，不罰」，丙為 13 歲之未成年人，不具責任能力，故其雖有犯罪行為之參與實行，在構成要件上可能與他人成立共同正犯，仍不會成立犯罪，無須負擔刑事責任之罪責。
- (2)刑法第 321 條第 1 項第 4 款「結夥三人以上」之加重竊盜類型，是否以具有責任能力之人為限？容有不同見解，分述如下：
  - A.肯定說：結夥犯應以具有責任能力之人為限，無責任能力之人，不能算入結夥人數之內(30 上 1240)。
  - B.否定說：結夥犯乃是一種共同正犯的類型，屬於構成要件層次的問題，依共同正犯理論，結夥犯中的個別行為人是否具有責任能力，應屬個別行為人是否擔負刑事責任的罪責問題，與結夥犯之成立要件無關。
  - C.學生以為有責任能力人利用無責任能力人之加入實施竊盜行為，已使竊盜之犯行較易實現，而此亦為結夥竊盜之所以加重處罰的主要理由，故該無責任能力人自應計入結夥犯之行為人數中。
- (3)經由以上分析，甲、乙應成立加重竊盜罪之共同正犯，而丙係無責任能力人，不會成立犯罪。惟上述爭議若採取肯定說之見解，則甲、乙成立普通竊盜罪之共同正犯，丙不成立犯罪。

2.甲、乙可能構成侵入住居(刑法§306 I)之共同正犯：

- (1)甲、乙擅自進入 A 宅，沒有任何正當理由(即無阻卻違法事由)，為無故侵入他人住宅。
- (2)甲、乙成立侵入住居罪之共同正犯。

3.侵入住居罪與加重竊盜罪之競合：

- (1)甲、乙侵入住居之目的係為了竊盜，兩者有方法與目的之牽連關係，屬於修正前刑法第 55 條「犯一罪而其方法或結果之行為犯他罪名者」從一重處斷之牽連犯。
- (2)94 年刑法修正刪除牽連犯，立法理由除指出「牽連犯之實質根據既難有合理之說明，且其存在亦不無擴大既判力範圍，而有鼓勵犯罪之嫌，實應予刪除為當」，亦指出「牽連犯廢除後，對於目前實務上以牽連犯予以處理之案例，在適用上，則得視其具體情形，分別論以想像競合犯或數罪併罰，予以處斷」。
- (3)修法後究應如何將修法前之牽連犯「視其具體情形，分別論以想像競合犯或數罪併罰」？此涉及行為單、複數的認定問題，尤其牽連犯在實務運作下，都是把行為複數的「數行為」評價成裁判上一罪，而想像競合在前提上卻是「行為單數」的一行為，如何將兩者湊在一起更是其困難點所在。
- (4)上述問題的答案或可從刑法修正前主張廢除牽連犯之學者見解得知一二：「行為數係以行為決意數來決定，牽連犯所要求的方法目的關係，其意思其實就是指主觀上的手段目的關係。依此，牽連犯的方法行為與目的行為，就是在單一行為決意下所支配之不同時間點的身體現象，而非數行為。因此，有了想像競合的規定，牽連犯的規定便沒有意義，僅是想像競合的例示規定，可以省略」。
- (5)本題情形，甲、乙主觀上的完整犯罪計畫就是侵入 A 宅行竊，故渠等侵入住居與竊盜係出於概括犯意，亦即「在單一行為決意下所支配之不同時間點的身體現象」，應認為一行為。又侵入住居所保護者係個人自我決定是否允許他人進入其住居，以保障生活和平與安全的自由法益，與竊盜罪所要保障的財產法益不同，故甲、乙應依刑法第 55 條想像競合，從一重處斷，論以加重竊盜罪。

(二)丁將他人竊得並請其銷贖之珠寶轉換成贓款後，據為己有、花費殆盡、不肯返還，其可能成立之犯罪討論如下：

1.丁可能成立普通侵占罪(刑法§335 I)：

(1)基於不法原因而給付之物，是否可成為本罪之客體？有不同見解，討論如下：

- A.否定說：不法原因給付物之給付人，既已喪失返還請求權(民法§180)，受給付人已不具返還義務，因此法律上自無保護之必要，否則有害於法律秩序之統一性。
- B.肯定說：因不法原因而為給付者，不能請求返還之規定係屬債權關係，而非所有權得喪之物權關係，交付人雖有不法行為，對其給付之物縱然不能依法請求返還，但取得持有之受託人並不因此而取得所有權，受託人易持有為所有，自可成立侵占罪。
- C.折衷說：委託關係屬不法原因給付，雖依民法之規定喪失返還請求權，但在委託人與受託人間，其委託信任關係之本質並無改變。此時給付物是否可成為本罪之客體，應依委託意旨而定，若受託人未完成委託人所託付之不法目的，便須將原物返還，亦即需回復到原先委託人對該物之持有狀態，此時倘受託人擅自處分該物，仍得成立本罪；若僅需返還替代物時，則因無須回復到原先委託人對該物之持有狀態，故縱使受託人擅自處分該替代物，亦不會成立本罪。

(2)按所謂「侵占」，係指易持有為所有之行為，故行為人只要將其所持有之他人之物變更持有為所有之意思，即可該當

侵占罪，而不問該物之給付原因合法與否。實務上亦認為，如以自己或第三人不法所有之意思而侵占自己持有他人之物，不論該物究為原物或替代物，均應成立本罪(36 院 3742)。故本題情形，丁成立普通侵占罪。

2.丁可能成立背信罪(刑法§342)：

(1)本罪以「為他人處理事務者」為犯罪主體，而為他人處理事務之緣由，故包括因法律行為而為他人處理事務之情形在內，然必須此項法律行為具備適法性，方受法律之保護，否則無以維護社會善良風俗與安寧秩序。

(2)故丁不成立背信罪。

3.丁可能成立收受或牙保贓物罪(刑法§349 I 或 II)：

(1)所謂「收受贓物」，乃指一切自他人手中取得或持有贓物之行為，至於有償或無償則非所問。本題丁係因甲、乙、丙之委託銷贓，而取得或持有渠等所竊取之珠寶，丁成立刑法第 349 條第 1 項之收受贓物罪。

(2)所謂「牙保贓物」，學說上有認為係指居間介紹買賣或其他交易，亦即為贓物有償處分行為之媒介，亦有認為係指代他人處分贓物之一切必要之法律行為。本題丁將該竊得之珠寶變換成現金，依題意雖無從得知其究係以何種方式銷贓，惟若可以肯定其所為係代他人處分贓物之一切必要之法律行為，則丁成立刑法第 349 條第 2 項之牙保贓物罪。

(3)收受贓物罪與牙保贓物罪法條競合，由於前者(§349 I)為補充規定，後者(§349 II，即收受以外的其他贓物罪)為基本規定，故於此丁應論以牙保贓物罪。

4.丁分別成立普通侵占罪與牙保贓物罪，兩者之競合關係依不同情形討論如下：

(1)若丁自始即係為了將贓款據為己有而牙保贓物，則牙保只是為達到侵占目的之手段而已，主觀上只有一個行為決意，且贓物罪保護的法益係財產犯罪被害人(本題為竊盜罪之被害人 A)返還請求權之行使，而侵占罪所保護之法益則為原持有人(本題為甲、乙、丙)對於財物之持有利益，故丁乃一行為侵害數法益，依刑法第 55 條想像競合。

(2)若丁係於牙保贓物後另行起意侵占贓款，則應依刑法第 50 條數罪併罰。

【參考書目】

1.黃榮堅基礎刑法學(下)，469 頁。

三、甲從事豬肉販賣，每日清晨均駕駛其貨車至屠宰場批貨後，再運至市場販賣。某日清晨甲欲至屠宰場批貨而開其貨車從家出發不久，不慎撞死清晨早起運動之老人乙。試問甲應成立何罪？(25 分)

|      |  |
|------|--|
| 命題意旨 | 業務過失致死罪。   |
| 答題關鍵 | 依照犯罪論證的階層體系，詳細檢驗各罪構成的要件。   |
| 高分閱讀 | 1.重點整理系列-刑法分則（方律師）<br>P.1-23～1-25：過失致死罪、實務見解（相似度 80%）<br>2.律師／司法官歷解題庫研習系列-刑法<br>P.92-13～92-15：業務過失致死之「業務」定義（相似度 95%） |

【擬答】

(一)甲撞死老人乙，應成立刑法第 276 條第 2 項之業務過失致死罪：

1.不法構成要件該當性：

(1)業務過失致死罪之成立，係以從事業務之人，因業務上之過失致人於死為要件。依最高法院 89 年台上 8075 判例，係指「刑法上所謂業務，個人基於其社會地位繼續反覆所執行之事務，包括主要業務及其附隨之準備工作與輔助事務在內。此項附隨之事務，並非漫無限制，必須與其主要業務有直接、密切之關係者，始可包含在業務概念中，而認其屬業務之範圍。」至所謂過失，則指刑法第 14 條所定，行為人雖非故意。但按其情節應注意，並能注意，而不注意者(第 1 項)，或行為人對於構成犯罪之事實，雖預見其能發生而確信其不發生者(第 2 項)而言。

(2)客觀上，本題中，甲既係從事豬肉販賣者，自屬從事特定業務之人，而甲每天既均需駕駛貨車至屠宰場批貨再載運至市場販賣，則甲駕駛貨車之行為，乃係與其販賣豬肉之主要業務具有直接、密切關係之準備工作或輔助行為之附隨事務，故甲駕駛貨車，仍屬業務行為。又依題示，若非甲駕駛貨車撞到乙，不會發生乙死亡之結果，故甲之駕車行為乃係乙死亡之原因。

(3)主觀上，甲無撞死乙之故意。惟甲於載運途中不慎撞死乙，係違反一般具有理性且謹慎小心之汽車駕駛人，於駕車時應謹慎小心以免傷及其他用路人之客觀必要注意義務，製造法所不容許之風險，具有行為不法，同時，只要甲謹慎駕駛，即可避免乙之死亡，甲卻不慎駕駛，故亦違反客觀結果迴避之義務，實現法所不容許之風險，亦有結果不法。

(4)綜上，甲駕駛貨車不慎撞死乙，該當業務過失致死罪之構成要件，

2.結論：甲無阻卻違法及罪責事由，故成立業務過失致死罪。

(二)結論：甲成立業務過失致死罪。

【參考資料】

1.月旦法學教室

第 45 期：P.34～46：刑法上之「業務」概念，刑法之解釋方法與業務作為阻卻犯罪成立之要素（吳耀宗）

第 50 期：P.63~75：業務作為犯罪加重處罰之要素與排除阻卻違法事由適用之要素（吳耀宗）

2. 考古題參照：甲每天以小貨車載運水果至市場販賣，某日，甲於載運途中，不慎撞死路人乙。問：甲應如何處斷？又「業務過失致死罪」所謂「業務」，涵義如何，並說明之。（92 輔大法研）

四、某流浪漢甲，某日因飢餓難耐，遂進入路旁以設有門窗之活動貨櫃為家之乙宅，強令乙煮一碗泡麵給其止飢，乙迫於無奈便遂其目的。試論甲應負何刑責？(25 分)

|      |  |
|------|--|
| 命題意旨 | 侵入住宅罪、強制罪、強盜取財罪、恐嚇取財罪。   |
| 答題關鍵 | 依照犯罪論證的階層體系，詳細檢驗各罪構成的要件。   |
| 高分閱讀 | 重點整理系列-刑法分則（方律師）<br>P.1-84~1-92：強制罪要件（相似度 80%）<br>P.1-98~1-104：侵入住居罪要件（相似度 80%）<br>P.2-59~2-68：強盜罪之致使不能抗拒（相似度 75%） |

### 【擬答】

(一)甲進入乙所住之活動貨櫃，可能成立侵入住宅罪(刑§306 I)：

1. 不法構成要件該當性：

(1) 本罪之成立，係以無故侵入他人之住宅為要件。所謂住宅，係指人類日常起居生活作息之場所。惟若以活動貨櫃為生活起居之棲身處所者(即俗稱貨櫃屋)，是否該當本罪之住宅，則有爭議：

- ① 甲說：侵入住宅罪之立法意旨，乃為保障人民之居住安寧而設。因此只要在事實上供人生活起居之用，即應認係住宅，不以該處所有無固定附著於土地上為必要，據此，貨櫃屋仍為住宅。
- ② 乙說：所謂住宅泛指凡人居住之房屋及房間，且需固定及附著於土地上，貨櫃屋既未定著於土地，即非住宅。
- ③ 小結：上開二說，實務係採乙說(司法院(83)廳刑一字第 20483 號)。惟依通說，從人民之住居自由之保障而言，應以甲說為當。

(2) 客觀上，本題中之甲雖有未經某乙同意而擅自進入其所住之貨櫃屋行為。若依實務見解，因貨櫃屋並非住宅，則甲進入乙貨櫃屋之行為，即不該當侵入住宅罪之構成要件。惟本文從通說見解，乙既以貨櫃作為棲身處所，該貨櫃即應認乙之住宅，則甲侵入乙之貨櫃屋，仍該當侵入住宅之構成要件。主觀上，甲有侵入乙宅之故意。

(3) 綜上，甲進入乙之貨櫃屋，該當侵入他人住宅之構成要件。

2. 小結：依題中，甲侵入乙之住宅，乃為強令乙煮一碗泡麵予其食用，因乙並無為甲泡麵之義務，故甲所為顯無正當理由，又無其他阻卻違法及罪責事由，故成立本罪。

(二)甲強令乙煮泡麵給其止飢，可能成立強制罪(刑§304)：

1. 不法構成要件該當性：

(1) 本罪之成立，係以強暴、脅迫使人行無義務之事或妨害人行使權利為要件。所謂「強暴」，係指一切外在有形之不法腕力使用，亦即行為人施用暴力而強制他人，剝奪或妨害他人的意思形成、意思決定或意思活動的自由之行為。「脅迫」則泛指一切足使人生畏怖之惡害通知而致使不能抗拒之行為，亦即行為人以一個未來的惡害知會被害人，使其心生畏懼或有所顧忌之行為。

(2) 客觀上，乙並無為甲煮泡麵之義務，是甲強令乙為其煮泡麵，乃是使乙行無義務之事。惟本題示，僅謂甲「強令」乙煮泡麵，究竟甲有無對乙施「強暴」或「脅迫」之舉動，依題示並無法確知，從罪疑唯利被告原則應認甲並無強暴、脅迫之行為，而無由該當本罪。

(3) 縱認甲「強令」乙煮泡麵，係屬「強」制性的命「令」，惟該「強令」是否達於強暴或脅迫行為之程度，而得成立本罪，仍有疑義：

① 甲說：刑法第 304 條之強制罪，須對特定人施以強暴脅迫始成立。司法院院解字第三五六七號解釋：「甲強令乙承頂其所購置之公物，如未達於強暴脅迫之程度，即不應論罪」。

② 乙說：刑法第 304 條之強制罪，不以對特定人施強暴、脅迫為必要，凡一切有形力之行使，直接間接對人對物，均足以成立本條之罪。

③ 如依甲說，甲強令乙煮泡麵，因該行為未至強暴脅迫之程度，即無由成立本罪；若依乙說，甲強令乙煮泡麵，既已迫使乙行無義務之事，而對於乙個人之意思自由造成妨害仍應認構成本罪。上開二說，從法條之文義而言，應以甲說為當。但從規範保護目的之觀點而言，則以乙說較妥。惟基於罪刑法定以及文義的解釋的方法，應已甲說較妥。

(4) 綜上述，甲強令乙煮泡麵，雖係使乙行無義務之事，惟甲之「強令」行為，是否達於強暴脅迫之程度，容有疑義，依罪疑唯利被告原則，應該認甲不該當本罪之行為。

2. 小結：甲強令乙煮泡麵，不成立強制罪。

(三)甲強令乙煮泡麵給其止飢，可能成立強盜取財罪(刑§328 I)：

1. 不法構成要件該當性：

(1) 本罪之成立，係以意圖為自己或第三人不法之所有，以強暴、脅迫、藥劑、催眠術或他法，至使不能抗拒，而取他人之物或使其交付為要件。

(2)客觀上，甲強令乙煮泡麵，承前所述，既非強暴脅迫等足以使人喪失抗拒能力之強制手段，且乙之所以為甲煮泡麵，乃係迫於無奈，而非因意思自由受到甲強令行為之壓制，加以從題意所示，甲不過係因飢餓難耐，始強要乙為其煮泡麵，故難以證明甲主觀上自始即有為強盜取財或得利之意思。

(3)綜上，甲強令乙煮泡麵，不該當強盜罪。

2.小結：甲強令乙煮泡麵，不成立強盜罪。

(四)甲強令乙煮泡麵給其止飢，可能成立恐嚇取財罪(刑§346 I)：

1.不法構成要件該當性：

(1)本罪之成立，係以意圖為自己或第三人不法之所有，以恐嚇使人將本人或第三人之物交付為要件。所謂恐嚇，凡一切之言語、舉動足以使他人生畏懼心者，均包含在內(22 台上 1310 判例參照)。

(2)客觀上，本題中，甲固有「強令」乙煮泡麵之行為，但甲之行為是否足使甲產生畏懼心理，不無疑義，而從題示，乙之所以為甲煮泡麵，乃係迫於無奈，而非出畏懼之心理，可見甲之強令乙煮泡麵，尚不能認係恐嚇行為。

(3)甲強令乙煮泡麵給其止飢，不該當恐嚇取財罪。

2.違法性：

綜認甲強令乙煮泡麵給其止飢，該當恐嚇取財罪之構成要件。甲所為又無阻卻違法事由存在，而具違法性。然甲所為者不過是令乙煮泡麵給其止飢，其對乙財產法益之侵害者，從一般人之觀念而言，非常輕微，且甲所為之「強令」行為，亦非屬嚴重逸脫吾人社會生活倫理規範之行止，則甲可否援用學理上之「可罰的違法性」理論，主張其行為欠缺可罰的違法性而不成立犯罪，容有疑義：

(1)可罰的違法性肯定論：所謂可罰的違法性，係指該當犯罪之違法行為，到達足以科處刑罰地步之違法性而言。蓋基於刑罰之謙抑思想，以及實質的違法性理論，應承認特定的違法行為，倘所侵害法益輕微，且逸脫社會規範輕微者，即無可罰的違法性，而不成立犯罪。

(2)可罰的違法性否定論：違法性乃行為是否違反整體法規所形成之價值體系的判斷，並無程度高低，或可罰與否的問題，故無承認可罰違法性之必要。

(3)上開二說，實務係採肯定說。據此，甲所為強令乙煮泡麵給其止飢之行為，應可解係法益侵害輕微以及逸脫規範輕微之舉動，即應認甲無違法性。

3.小結：綜上述，甲強令乙煮泡麵給其止飢，要非不該當本罪之構成要件，即欠缺可罰之違法性，均無由認甲成立本罪。

(五)結論：甲強令乙煮泡麵給其止飢，不成立犯罪。

#### 【參考資料】

林山田著，刑法各罪論(上)，第 190 頁、第 192 頁。