

## 從 113 年法研所試題看國考趨勢—刑法篇

編目 | 刑法

主筆人 | 蔡台大 (張鏡榮)

### 壹、前言

從法研所的刑法考題來預測國考方向，最主要的任務應該是抓到各大刑法學者近三年的主要研究議題，這在近年學術期刊刑法文章數量激增的情況下，抓住法研所考題比起廣蒐文章，更能發揮預測國考取向的功能。然而在題目的選擇上，必須盡可能去除在特殊見解下才會被看到的爭點，或是為這些學者個人特殊見解量身打造的案例，必須要把握的重點包括：從傳統考點迸出的新見解（例如：不能未遂、因果歷程錯誤、原因自由行為、各罪強暴脅迫的解釋），以及傳統爭議所延伸出的新問題（例如：強制性緊急避難、訴訟詐欺）。

觀察最近這幾年的法研所考題，可以發現法研所刑法考試已經漸漸去暗器化，與之相對，司律考題卻會適時讓過去被認為「難過頭」的學理爭議浮出檯面，例如：不作為共同正犯、不法減輕事實的構成要件錯誤、想像競合去夾結效果等。但是這並不表示我們要把焦點都放在特殊議題的背誦，因為近三年司律刑法考題爭點的取向相對分散，多半會結合傳統考點、新實務見解（最高法院參考價值裁判、大法庭裁定、憲法法院判決）以及新學說見解三個面向設計爭點，本文既然關注的是最新法研所考古題，所選擇的題目自然會是與新學說見解有關的考題，而這包括上面所提到的「從傳統考點迸出的新見解」與「傳統爭議延伸的新問題」兩類考題。當然，學說在討論這些問題的時候，多半會參考或評釋較新的實務見解，也因此新實務見解的臚列與分析也會是本文選擇題目的標準。

### 貳、刑法總則

#### 一、強制性緊急避難 (112 台大 A 卷第 1 題)

##### (一) 法律效果

##### 1、寬恕罪責說 (通說)

避難人保護個人法益之利益與法秩序維護之利益陷入衝突，此時避難人立於不法的一方，法秩序不應放棄自身效力來容許此一避難行為，否則將使得第三人不得對避難人行使正當防衛，只能忍受自己的法益無端遭侵害，而且亦將使對避難人與強制行為人的評價出現矛盾<sup>1</sup>。

<sup>1</sup> 採此見解者，參照王皇玉，刑法總則，九版，2023 年，頁 370；林鈺雄，新刑法總則，十一版，2023 年，頁 309；陳子平，刑法總論，四版，2017 年，頁 373；許澤天，刑法總則，四版，2023 年，頁 184-185；黃惠婷，強制性的緊急避難—評最高法院九十四年台上字第二三四號判決，月旦法學雜誌，第 133 期，2006 年，頁 220。

## 2、阻卻不法說

依照文義解釋，緊急避難並不區分危難來源，無論是來自自然事件、意外事故或他人的強制，法秩序效力的動搖均不影響利益衡量，避難行為同時實現他人犯罪計畫，只是評價上無關緊要的事實特徵<sup>2</sup>。

### (二) 考題解析

本題故事圍繞在一個敗家子甲與他的債主乙身上。甲窮到去偷超商即期食物，此處應討論刑法第 320 條普通竊盜罪，以及甲是否有攻擊型緊急避難。甲就算窮到要被鬼抓，還是要用很貴的手機，為了抵債才屈服於乙的強迫，交出被害人的卡號給乙，此一行為可能是乙的共同正犯，涉及的犯罪包括刑法第 339 條詐欺罪，以及刑法第 339 條之 3 電腦詐欺罪。而甲受到乙強制才移轉危難給乙，這是「強制性緊急避難」，甲能否因此阻卻違法有各種爭議，這是本題最重要的爭點。

乙的部分就相對簡單，主要檢討刑法第 304 條強制罪、第 339 條詐欺罪以及第 339 條之 3 電腦詐欺罪。只是在寫作順序上，因為甲交付他人信用卡號讓乙去消費，同時實現乙的犯罪計畫，共同正犯甲能否成罪，應先討論乙是否成立正犯，因此解題順序要從乙寫到甲。

## 二、結果延後發生的因果歷程錯誤（112 政大刑法組第 1 題）

### (一) 法律效果

#### 1、概括故意說

前後兩個行為係整體的行為過程，且均在第一個故意下實現，自不排除其故意既遂歸責<sup>3</sup>。

#### 2、數罪併罰說

應將第一行為與第二行為切割觀察，並將判斷重點放在後行為，前行為成立故意未遂罪，後行為過失既遂罪，兩罪數罪併罰（§50）。

#### 3、重要性說（通說）

客觀歸責論者認為，客觀上延後發生的結果都是第一行為製造風險的實現，故判斷重點應著重在第一行為，而若客觀上行為人製造的風險已經相當地實現，則只能依行為人的犯罪計畫觀察，視該等錯誤是否有規範重要性並在行為人的預期範圍內分別論斷：

##### (1) 第一行為時有第二行為的犯罪計畫

若行為人一開始就打算第一行為做完後做第二行為，則應將評價視角放在第一行

<sup>2</sup> 林山田，刑法通論（上），十版，2008 年，頁 351；林書楷，刑法總則，六版，2022 年，頁 253。

<sup>3</sup> 我國並無學者支持此一見解，相關批評見李聖傑，殊途同歸的思考，月旦法學雜誌，第 35 期，2005 年 8 月，頁 20。

為，結果的發生只是行為人在因果流程無須認識的細節，並未超出行為人可預期的範圍，反而是犯罪計畫的實現，自不排除甲的故意既遂責任<sup>4</sup>。

## (2) 第一行為時無第二行為的犯罪計畫

若行為人第二個犯意是在第一行為後才產生，且行為人知悉錯誤將會放棄犯行，則屬因果歷程的重大偏離，故成立故意未遂罪與過失既遂罪，兩罪數罪併罰；相對地，若行為人知悉錯誤仍不會放棄原本的計畫，則應將前後兩行為視為一個整體評價，成立故意既遂罪<sup>5</sup>。

## (二) 考題解析

本題後半段甲出於殺人間接故意而壓制乙為窒息式性愛後，再將乙裝進行李箱丟進水池之行為，涉及結果延後發生之因果歷程錯誤。依照概括故意說，甲會成立殺下既遂罪(§271I)；依照數罪併罰說，甲成立殺人未遂罪與過失致死罪數罪併罰(§271II + §276 + §50)；如果依重要性說，甲在為窒息式性愛時並無棄屍之計畫，乙的死亡是重大因果偏離，故結論與數罪併罰說相同。

## 三、原因自由行為(112台大B卷第1題)

### (一) 處罰依據

#### 1、例外模式

原因自由行為是行為與罪責同時性原則的例外，因為人民具有保持自我責任能力的「不真正義務」（對己義務），若其違反此等義務而抵觸刑法上的行為規範，將形成喪失無責任或減輕責任抗辯的「失權效果」，此時應將行為人視為具有完全責任能力之人<sup>6</sup>。構成要件行為仍維持在結果行為，僅行為人例外地不得減免其刑<sup>7</sup>。

#### 2、構成要件模式(通說、實務)：前置理論

「構成要件模式」未將構成要件行為侷限在結果行為，而是透過解釋的方式來擴張構成要件行為時點，將原因行為視為構成要件行為的一部分，以符合行為與罪責同時性原則<sup>8</sup>。此一模式又分為兩種理論：

<sup>4</sup> 林山田，刑法通論(上)，十版，2008年，頁425-426；王皇玉，刑法總則，九版，2023年，頁253；林鈺雄，新刑法總則，十一版，2023年，頁218；徐育安，概括故意與結果延後發生，政大法學評論，第115期，2010年6月，頁49。

<sup>5</sup> 王皇玉，刑法總則，九版，2023年，頁253-254；李聖傑，悔不當初——再談因果歷程錯誤，月旦法學教室，第45期，2006年7月，頁27。更細部區分第一行為是否足以導致結果實現的見解，參照徐育安，概括故意與結果延後發生，政大法學評論，第115期，2010年6月，頁50。

<sup>6</sup> 目前有越來越多學者採此見解，請參照王皇玉，刑法總則，九版，2023年，頁350-353；林書楷，刑法總則，六版，2022年，頁206-208(修正例外模式+雙重故意)；許澤天，刑法總則，四版，2023年，頁223-225(修正例外說+雙重故意)；許恒達，原因自由行為的刑事責任，收錄於：法益保護與行為刑法，一版，2016年，頁372-412(修正例外模式+客觀因果關係+主觀責任關聯)。

<sup>7</sup> 許恒達，殺人未遂與原因自由行為——評最高法院九十六年度台上字第六三六八號刑事判決，收錄於：法益保護與行為刑法，一版，2016年，頁418。

<sup>8</sup> 林鈺雄，新刑法總則，十一版，2023年，頁315。

構成要件行為時點應提前至「自行招致責任能力障礙狀態」的原因行為，結果行為(B)只是犯罪實現的事實流程，只有在行為人為結果行為導致構成要件實現時，始能將兩行為視為一個構成要件行為的整體<sup>9</sup>，此一見解亦為實務所採<sup>10</sup>。

## (二) 前置理論的論罪要件

### 1、故意犯

(1) 客觀：條件因果關係 + 客觀歸責

(2) 主觀：雙重故意

行為人必須在「自陷責任能力缺乏」與「在此狀態下實施特定犯行」具有「雙重故意」，並進而故意地實現構成要件，始能成立故意犯<sup>11</sup>。

### 2、過失犯

除了原因與結果行為的條件因果關係外，仍須至少在原因設定階段，對於將進入欠缺責任能力狀態下進而為結果行為之因果流程具有預見可能性，始能以過失犯評價之<sup>12</sup>。

## (三) 例外模式的論罪要件<sup>13</sup>

依照「例外模式」，構成要件行為應限定在結果行為，故只要結果行為係出於故意所為，且行為人因故意或過失自陷責任欠缺狀態，均應排除減免罪責的刑罰待遇並論以「故意犯」<sup>14</sup>。換言之，只有在結果行為屬過失行為時，始可能成立過失犯。

## 參、刑法分則

### 一、強制罪合法惡害內容通知之脅迫 (113 台大刑法組 A 卷第 1 題)

#### (一) 脅迫定義

「脅迫」係行為人透過自己可控制的惡害，連結自己期待被害人作為、不作為或忍受的某種狀態 (= 受迫行為) 告知被害人，令被害人在行為人設定之「惡害」與「受迫行為」二擇一條件中作選擇，通常為了規避惡害，被害人只能實行受迫行為，此種使被害人不再

<sup>9</sup> 蔡聖偉，「醉」無可赦—原因自由行為案例的審查模式，月旦法學教室，第 139 期，2014 年 5 月，頁 28-29；張麗卿，原因自由行為適用疑義之分析，收錄於：刑法總則修正重點之理論與實務，一版，2006 年，頁 405。贊同此見解者，參照林山田，刑法通論（上），十版，2008 年，頁 393、396-397；陳志輝，刑法第十九條第三項之適用限制—臺灣高等法院臺南分院一〇二年度侵上訴字第九四六號刑事判決評析，月旦裁判時報，第 32 期，2015 年 2 月，頁 42-44；薛智仁，論原因自由行為之處罰基礎，中研院法學期刊，第 21 期，2017 年 9 月，頁 26。

<sup>10</sup> 最高法院 108 年台上字第 1292 號判決（參考價值）。

<sup>11</sup> 王皇玉，刑法總則，九版，2023 年，頁 351-352。

<sup>12</sup> 王皇玉，刑法總則，九版，2023 年，頁 352。

<sup>13</sup> 關於「修正例外模式」的論罪要件，請參照林書楷，刑法總則，六版，2022 年，頁 212-217；許恒達，原因自由行為的刑事責任，收錄於：法益保護與行為刑法，一版，2016 年，頁 378-404。

<sup>14</sup> 王皇玉，刑法總則，九版，2023 年，頁 355-356。

享有自我決定權能之惡害通知行為即屬之<sup>15</sup>。

## (二) 合法內容之惡害 = 脅迫？

案例：記者甲在採訪過程中意外發現大牌明星乙內線交易事證，告知乙：「你如果不把專訪放給我們家，我會把內線交易的證據交給警察。」乙不得已只好答應專訪。

【案例】的甲通知乙的惡害內容「交犯罪證據給警察」係合法作為之惡害，此案例涉及之合法惡害通知，是否成立「脅迫」，容有爭議：

### 1、內在關聯性說<sup>16</sup>

合法惡害內容雖本為被害人應承受的不利益，但法律不允許行為人透過惡害通知連結兩者，再以此作為要脅去破壞被害人的意思決定自由，故原則上合法惡害的通知雖是符合構成要件的脅迫行為，惟須在違法性階層考量是否合於法秩序允許的內在關聯性，來判斷能否阻卻違法。

【案例】中，甲以送交證據給警察之合法惡害作為內容，迫使乙必須接受甲的專訪，實現其受通知的受迫行為，故屬於「脅迫」。

### 2、法律義務說<sup>17</sup>

「內在關聯性說」標準不明確，蓋是否具備內在關聯應考量社會理性第三人標準，反而使得被害人個人偏好的權衡與利益設定等內在需求，成為自由法益是否受干擾的決定因素，這將掏空本罪法益內涵。因此，合法惡害內容是行為人依法可實行的行為，合法惡害通知反而給予被害人利害權衡的機會，使其可自行選擇何者為重，以規避其中一個不利益，並未破壞被害人意思決定自由，自不該當構成要件。

據此，【案例】的甲本應受到內線交易罪之刑責處罰，甲要求乙接受專訪，表面上使乙遭受不利益，但實質上是給乙免於刑罰危險之不利益，甲所為非為「脅迫」行為。

## 【高點法律專班】

<sup>15</sup> 許恒達，論合法/不作為惡害通知的可罰界限——以強制罪、強制性交罪及恐嚇取財罪為中心，台灣法律人，第25期，2023年7月，頁3。

<sup>16</sup> 許恒達，論合法/不作為惡害通知的可罰界限——以強制罪、強制性交罪及恐嚇取財罪為中心，台灣法律人，第25期，2023年7月，頁8-9、21-22。採此見解者，參照盧映潔，刑法分則新論，十九版，2023年，頁596-597；吳耀宗，德國刑法強制罪第二項可非難性概念之研究，收錄於：犯罪與法之抗制(一)，一版，2000年3月，頁103-130；王皇玉，強制罪之比較研究，軍法專刊，第59卷第5期，2013年10月，頁10。

<sup>17</sup> 許恒達，論合法/不作為惡害通知的可罰界限——以強制罪、強制性交罪及恐嚇取財罪為中心，台灣法律人，第25期，2023年7月，頁9-13、21-22。採此見解者，參照黃榮堅，冷面夏娃，月旦法學雜誌，第47期，1999年4月，頁13。

### 3、修正法律義務說<sup>18</sup>

「法律義務說」強調被害人能自主權衡合法惡害與受迫行為之利弊得失，建立在被害人擁有充足周邊條件支持選擇的前提之上，若欠缺此一前提，被害人僅能實行受迫行為才能規避不利益時，即無選擇自由可言。因此，原則上合法惡害通知非脅迫行為，惟例外在被害人存在窘迫情境時，行為人利用此一情境發出惡害通知罔限被害人之選擇自由，使其只能身陷與行為人交易的不自由時，仍可成立脅迫型強制罪。而所謂「窘迫情境」可參考重利罪（§344）中「急迫、輕率、無經驗或難以求助之處境」之描述，進一步將窘迫情境區分為「周邊情境型」與「個人權衡或交易能力型」兩類：第一類必須滿足「強烈規避合法惡害之現實需求」、「無其他解套選項」以及「合法惡害帶來被害人利益嚴重干擾」三個要件；第二類則應考量被害人個人的交易知識、社會應對以及人際往來能力的缺乏，使得被害人只能聽任行為人的要求時，始為陷入窘迫情境。

【案例】中，若乙前途看漲而有強烈規避留下前科紀錄的需求，乙亦無其他方法規避司法偵查（例如：無法透過行賄法律實務人士以設法壓下內線交易案件），且甲掌有證據充足，乙所涉刑事風險甚高，可認乙欠缺其他應對方法而陷入窘迫情境，此時甲知悉乙存在此一狀態仍利用此狀態提出合法惡害的脅迫，應成立強制罪。

### （三）考題解析

甲第一次跟乙討債，是以條件式句型結合「提出民事訴訟」的惡害與「還錢」的受迫行為，使得乙要在兩者之間權衡並決定要不要跟甲「交易」，但因為提起訴訟是一個合法惡害，能不能構成強制罪（§304）的「脅迫」，學說上有不同見解：如果採「內在關聯性說」，提起訴訟是未來的惡害通知，乙既然已經心生畏怖而使得意思決定自由受壓抑，甲當然構成脅迫，只是在違法性階層的審查上，因為手段目的都合法且具有一般理性第三人認知當中的合理關聯，因此可以排除甲脅迫的違法性；如果採「法律義務說」的話，甲提供乙一個不用上法院私下還錢的機會，實際上是給乙更多的利益衡量空間，沒有破壞他的意思決定自由，構成要件不該當；如果支持「修正法律義務說」，甲的合法惡害告知必須另外考慮乙是否陷入窘迫情境，來判斷行為跟乙的意思決定自由有沒有法益關聯性，如果乙沒有特殊狀況，結論會跟「法律義務說」相同。

甲第二次開始當起了噁男，想要乙用性交來抵債，傳統見解認為提起民事訴訟是未來惡害，因此應該論以「恐嚇」而非「脅迫」，但也因為乙沒有感到害怕，所以強制性交罪的構成要件不該當；但是如果認為強制性交罪的「脅迫」必須是生命與身體的惡害，那麼這種未來的合法惡害只能夠回到強制罪去討論（討論脈絡跟第一次的行為相同）；另外，

<sup>18</sup> 許恒達，論合法/不作為惡害通知的可罰界限——以強制罪、強制性交罪及恐嚇取財罪為中心，台灣法律人，第25期，2023年7月，頁13-18、27-28。

如果不支持第二種看法，那麼依照「修正法律義務說」就要用惡害的可感受性來判斷，但因為提起訴訟是合法惡害，而且乙沒有任何窘迫情境，還直接跳出甲設定的二擇一條件之外，告訴他老娘不跟你玩，因此甲不該當強制性交罪的脅迫，自然也不是強制罪的脅迫。

## 二、性犯罪（112 政大刑法組第 1 題）

### （一）其他違反其意願之方法

#### 1、高度強制手段說

本要件為立法者所例示四類強制手段之概括規定，解釋上必須是與強暴、脅迫、恐嚇、催眠術強度相當的手段<sup>19</sup>。

#### 2、低度強制手段說

新法刪除「至使不能抗拒」要件後，本罪構成要件行為仍以強制手段為必要，但只要達「低度強制」即可，包括「低度強制手段」與「低度強制程度」兩要件：前者係指行為人製造一個使被害人處於無助而難以反抗或逃脫的狀態，行為人即具備「優越支配」而屬強制手段（例如：以身體阻擋被害人逃脫而性侵）；後者則指行為人實施的手段已使被害人難以抗拒，或因害怕而沒有抗拒<sup>20</sup>（例如：行為人多次試探被害人，被害人拒絕後行為人再以更積極手段試探之，使被害人心理高度恐懼，無法施展有效的抗拒行動<sup>21</sup>）。

#### 3、利用既存強制狀態說

因強制手段與違反意願為構成要件選擇要素，兩者具有不法等價性，故所謂「違反意願」係指被害人從事具體性行為的選擇自由被剝奪，若性交決定是自我選擇的結果，即不屬之。據此，當行為人利用既存強制狀態遂行性交目的時，即已違反被害人意願。而「強制狀態」包括心理與物理強制兩類：前者係被害人已身處聽任行為人宰制的無助狀態（例如：被狹持或監控中）；後者則指被害人客觀上已失去選擇自由而無法抵抗，但主觀上仍能表達意願的情形<sup>22</sup>。

#### 4、強制手段不必要說（實務）

「強暴、脅迫、恐嚇、催眠術」為妨害性自主之列舉規定，故只要足以壓抑被害人性

<sup>19</sup> 林山田，刑法各罪論（上），五版，2005年，頁225-226；甘添貴，刑法各論（下），四版，2018年，頁237；盧映潔，刑法分則新論，十九版，2023年，頁382-383。

<sup>20</sup> 王皇玉，強制手段與被害人受欺瞞的同意：以強制性交猥褻罪為中心，國立臺灣大學法學論叢，第42卷第2期，2013年6月，頁398-400。類似見解參照陳子平，刑法各論（上），四版，2019年，頁226；李聖傑，妨害性自主：第三講 類型闡述，月旦法學教室，第23期，2004年9月，頁103-104；許恒達，刑法裁判精選——評強制性交罪基礎犯解釋的實務近況，月旦法學雜誌，第321期，2022年2月，頁137-138。近期實務上亦出現支持的說法，參照最高法院108年台上字第165號判決。

<sup>21</sup> 最高法院109年台上字第1702號判決、最高法院110年台上字第3294號判決。

<sup>22</sup> 蔡聖偉，論強制性交罪違反意願之方法，中研院法學期刊，第18期，2016年3月，頁85-96。

自主決定權之方法均屬違反意願，不以類似於所列舉之強制手段為必要<sup>23</sup>。換言之，「違反意願」相當於生活語意的「非心甘情願」，不須審查行為手段之強度<sup>24</sup>。依此，為性行為之一方有確認他方意願之義務，經他方明示或默示積極同意後之性行為，始非違反其意願之性行為<sup>25</sup>。

## (二) 不具恐嚇性質的詐術

### 1、高度強制手段說

詐術施用的手段強度與立法者例示的強制手段並不相當<sup>26</sup>，本題僅能考慮成立利用權勢性交罪。

### 2、法益關聯性說<sup>27</sup>

依照「低度強制手段說」，行為人施用之詐術內容若與法益侵害有關，或是被害人就法益侵害的種類、方式、範圍或危險性誤認，則被害人的同意無效，行為人成立本罪，例如：謊稱進行拔罐、推拿與淋巴排毒，卻塗抹春藥在被害人性器上與其性交<sup>28</sup>。

相對地，被害人僅就法益侵害的對價、目的受到欺瞞，但對於性交並未誤認，例如：欺騙對方以結婚為前提發生性關係、白嫖等，即存在阻卻構成要件該當性的有效同意。

本題中，乙同意範圍限於一般之性行為，就窒息式性愛部分並未加以同意，故甲成立強制性交罪。

### 3、利用既存強制狀態說

為了避免乘機性交猥褻罪（§225）被架空，被害人的同意雖受到欺瞞而屬無效，但同意無效不表示被害人就是否發生性關係的選擇受剝奪，換言之，未得同意不等於「違反意願」，此時僅能論以其他性犯罪或妨害自由犯罪<sup>29</sup>。

乙仍有表達意願的能力，就發生性行為一事享有實際上的選擇自由，甲自不成立本罪，但其濫用制度上上司與員工的權威地位與乙對其之信賴，以遂行性交目的，應成立利用權

<sup>23</sup> 最高法院 97 年第 5 次刑庭決議、最高法院 107 年台上字第 3348 號判決（參考價值）、最高法院 107 年台上字第 3065 號判決、最高法院 104 年台上字第 3857 號判決、最高法院 102 年台上字第 3692 號判決、最高法院 97 年台上字第 4589 號判決。

<sup>24</sup> 許玉秀，妨害性自主與打擊錯誤，收錄於：刑法的問題與對策，二版，2000 年，頁 117。

<sup>25</sup> 最高法院 110 年台上字第 1781 號判決（參考價值）。

<sup>26</sup> 林山田，刑法各罪論（上），五版，2005 年，頁 227；甘添貴，刑法各論（下），四版，2018 年，頁 217；盧映潔，刑法分則新論，十九版，2023 年，頁 382-383。

<sup>27</sup> 王皇玉，強制手段與被害人受欺瞞的同意：以強制性交猥褻罪為中心，國立臺灣大學法學論叢，第 42 卷第 2 期，2013 年 6 月，頁 418-423。

<sup>28</sup> 案例事實出自最高法院 98 年台上字第 3312 號判決。

<sup>29</sup> 蔡聖偉，施行詐術促成性交決意是否亦屬違反意願？——評最高法院 102 年度台上字第 248 號刑事判決，收錄於：刑法判解評析，一版，2019 年，頁 154-157。

勢性交罪<sup>30</sup>。

#### 4、強制手段不必要說

只要性交行為的實施違反被害人意願即可成立本罪，即使係使用無恐嚇性質的詐術亦同，至於是否違反其意願應以有無壓制其理性思考空間為準<sup>31</sup>，本題甲就窒息式性愛部分未得乙積極同意，應成立強制性交罪。

### 三、訴訟詐欺與三角詐欺（111 北大刑法第 3 題）

#### （一）法律效果

處分財產的相對人與財產受損的被害人不同時，即為學理上所稱的「三角詐欺」。而「三角詐欺」與利用不知情工具竊盜的「竊盜間接正犯」在外觀上相同，如何區分兩者即產生爭議<sup>32</sup>：

##### 1、貼近理論

處分財產的第三人與受處分之財產若在空間上距離鄰近，此一事實關係即表示第三人對於財產在現實上可以直接予以支配，因此第三人處分該財產造成他人財產損失，行為人應論以詐欺罪。

##### 2、立場理論<sup>33</sup>

若行為人要成立詐欺罪，重點應該在於第三人與所有人的關係屬性，當第三人處於一個為所有權人保管財物的地位時，行為人即應成立詐欺罪，否則應論以竊盜罪（§320I）的間接正犯。

##### 3、權限理論<sup>34</sup>

成立詐欺罪的關鍵在於處分者的行為效力是否及於財產所有權人，從而令其受有損害。換言之，應以財產歸屬效力作為基準，僅有在第三人具有處分權限時，始能將行為人論以詐欺罪。

#### （二）考題解析

本題是實務上已發表過多次見解的訴訟詐欺案例，過去實務認為法院受詐騙作出判決，

版權所有，重製必究！

<sup>30</sup> 蔡聖偉，濫用診療信賴關係促成性交的刑法評價—評臺灣高等法院台南分院 105 年度侵上訴字第 232 號判決，收錄於：刑法判解評析，一版，2019 年，頁 182-183。

<sup>31</sup> 最高法院 107 年台上字第 1075 號判決（參考價值）。

<sup>32</sup> 徐育安，三角詐欺之實務與理論—最高法院九十五年度台上字第七四〇號及臺灣高等法院九十九年度上易字第二一八七號判決評析，月旦法學雜誌，第 194 期，2011 年 7 月，頁 245-249。

<sup>33</sup> 學說名稱出自林東茂，詐欺罪的財產處分，月旦法學教室，第 8 期，2003 年 6 月，頁 92-93。採此見解者，參照許澤天，刑法分則（上）：財產法益篇，五版，2023 年，頁 134。

<sup>34</sup> 林東茂，詐欺罪的財產處分，月旦法學教室，第 8 期，2003 年 6 月，頁 94。

即使行為人使第三人交付財產行為，應成立詐欺罪（29 上 990 判例）。然而，如果仔細去看訴訟詐欺的行為，他其實與三角詐欺結構相同，三角詐欺的理論便能拿來運用。採「貼近理論」與「立場理論」均不成立詐欺罪，但如果依照「權限理論」，法院依法有權處分 A 財產權利，且在作出判決處分 A 財產權利時，該判決即可作為假執行名義（民訴§390）而使 A 受整體財產危險損失，甲自應成立詐欺得利罪（§339II）。此外，持偽造的假證據去騙法院的行為，國家還可以搬偽造私文書罪跟使公務員登載不實罪出來走一圈嚇唬一下甲，但這個部分最終都不成罪。

#### 四、毀損器物罪之致令不堪用（113 政大刑法組第 2 題）

##### （一）致令不堪用

相較於「毀棄」與「損壞」係針對物體外型的破壞，所謂「致令不堪用」則是對物品功能的毀損型態<sup>35</sup>，亦即「毀棄、損壞」之外，足令物之價值效用喪失或減損之任何行為，包括喪失物理功能（例如：將他人關在籠中的鳥放走<sup>36</sup>、拔掉他人機車汽油管使他人無法騎乘<sup>37</sup>）與使被害人心理抗拒而不願使用（例如：在他人碗盤抹大便）<sup>38</sup>兩類。

##### （二）單純改變物體外觀形象＝致令不堪用？

案例：甲為了抗議宗教反對同性婚姻，便將彩虹旗掛在哥德式建築教堂的尖拱上，使人難以取走。

【案例】的甲在教堂掛彩虹旗，未對建築物的物理性質造成任何不良改變，但都造成所有權人對於建築物美感遭破壞的主觀不良感受，是否能評價為使其功能效用喪失的「致令不堪用」，容有爭議：

##### 1、狀態變更說<sup>39</sup>

本罪保護法益係所有權人自由使用收益或處分所有物並排除他人干涉之權能，為避免對所有權保護不周，決定所有物的狀態或樣貌也在此一法益範圍內，故物品功能的減損也包括美觀的破壞在內。

【案例】中，因教堂所有權人不支持同性婚姻而抗拒彩虹氣掛置於教堂上，甲掛上彩

35 李聖傑，普通毀損罪的行為態樣分析，月旦裁判時報，第 19 期，2013 年 2 月，頁 111-112。實務上則多將三種構成要件行為併用，亦即須「致令不堪用」方能稱為「毀棄、損壞」，參照最高法院 47 年台非字第 34 號判例、臺灣高等法院 108 年上易字第 561 號判決、臺灣高等法院 108 年上易字第 508 號判決。

36 李聖傑，飛走的金絲雀——包攝錯誤，月旦法學教室，第 22 期，2004 年 8 月，頁 23。不同看法見許澤天，刑法分則（上）：財產法益篇，五版，2023 年，頁 357。

37 臺灣高等法院暨所屬法院 73 年法律座談會刑事類提案第 43 號法律問題。

38 甘添貴，刑法各論（上），五版，2019 年，頁 409。

39 盧映潔，刑法分則新論，十九版，2023 年，頁 818；薛智仁，毀損古蹟罪，台灣法學雜誌，第 192 期，2012 年 1 月，頁 182-183。

虹旗違背其主觀意願而侵害所有權。

## 2、預定效用減損說<sup>40</sup>

採「狀態變更說」將使本罪法益質變為保護所有權人意思自由，而脫離財產犯罪之特質<sup>41</sup>，建物美觀、通風或採光僅具附加價值作用，故除建物原本即用以展示或受污損部分有藝術設計外觀情形外，其客體之客觀效用（例如：建築物的防閑或維護安全功能）若未減損，如【案例】之教堂均未因吊掛彩虹旗而無法使用，即不成立本罪。

## 3、客觀使用可能性減損說

為免判斷流於恣意且過度入罪化，「預定效用減損說」之立論可採，惟排除所有權人主觀抗拒使用之類型與「致令不堪用」之文義不符，且過度強調建物功能，將使本罪和毀損建物礦坑船艦罪（§353）不易區分。依此，本罪之「致令不堪用」應限於未使建物結構受損，但客觀上對其提供內部活動效用有所減損之情形，包括影響建物採光或功能（例如：噴漆導致教室採光不足無法教學）、所有人無法依預定用途提供服務或從事活動（例如：高級餐廳、古蹟或經設計美術館外觀污損使得影響開放），以及外部指示內部活動效用無法發揮（例如：餐廳大門看板遭噴漆而無法辨識為該餐廳）等情形<sup>42</sup>。

【案例】中，即使教堂遭掛上彩虹旗將影響教堂所有權人開放使用之意願，惟其供奉或參觀等內部活動並不因此受到阻礙而無法進行，自未達致令不堪用程度。

### （三）考題解析

本題跟臺灣高等法院 109 年上易字第 2400 號判決在警政署圍牆潑漆的案例事實類似。首先，甲對鐘錶店玻璃潑漆算不算毀損器物罪的「毀棄」跟「損壞」，這又會延伸出另外兩個問題，也就是跟「致令不堪用」要件的差異，以及如何跟毀損建物罪區分。而潑漆行為並不會造成客體物理性的毀壞，不太可能是毀棄跟損壞，因此核心問題是「致令不堪用」的解釋。如果採「狀態變更說」，看到店面外觀被人家弄成黑色看起來很不吉利，心情一定會很不爽，可能會影響到乙丙的開店意願，而且也讓他們不能夠依自己的意志隨心所欲使用店面的物品，因此會成立本罪；如果採「預定效用減損說」，甲只是潑個漆又不可能讓你整家店的建築物倒塌，而且你鐘錶店也不是以藝術外觀當成賣店，不要在那邊大驚小

【尚點法律尋班】

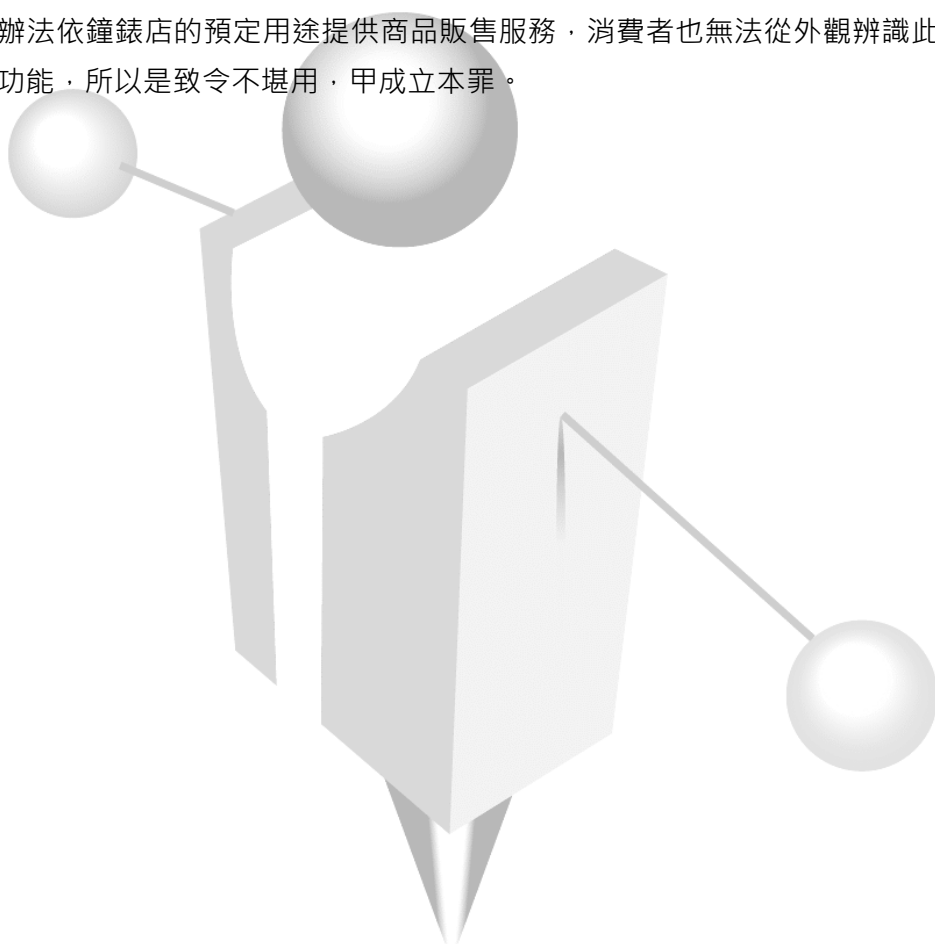
版權所有，重製必究！

40 甘添貴，甘添貴，刑法各論（上），五版，2019 年，頁 405-406；許澤天，刑法分則（上）：財產法益篇，五版，2023 年，頁 351-352；臺灣高等法院 106 年上易字第 1999 號判決。

41 黃士軒，對建築物潑漆等行為與毀損罪的「致令不堪用」概念——評台灣高等法院 109 年度上易字第 2400 號刑事判決、台灣高等法院台南分院 110 年度上易字第 81 號刑事判決與台灣高等法院 106 年度上易字第 1999 號刑事判決，台灣法律人，第 18 期，2022 年 12 月，頁 107-108。

42 黃士軒，對建築物潑漆等行為與毀損罪的「致令不堪用」概念——評台灣高等法院 109 年度上易字第 2400 號刑事判決、台灣高等法院台南分院 110 年度上易字第 81 號刑事判決與台灣高等法院 106 年度上易字第 1999 號刑事判決，台灣法律人，第 18 期，2022 年 12 月，頁 109-113。

怪，構成要件不該當！最後如果採「客觀使用可能性減損說」，因為鐘錶店玻璃櫥窗的功能是用來要讓大家看那些美美的手錶，他的功能在於增加購買意願，你把人家的玻璃潑上黑色，路過的人誰知道你在賣些什麼，誤以為在賣無光晚餐或麻油烏骨雞也可以吧！總之，乙丙沒辦法依鐘錶店的預定用途提供商品販售服務，消費者也無法從外觀辨識此一建築物內部的功能，所以是致令不堪用，甲成立本罪。



【高點法律專班】

版權所有，重製必究！