

方案一

2021讀家

**律師司法官
全修班**

▶ 108年律師司法官榜首
大力推薦師資群，只在讀家！

雙師資優惠 (即日起至7/31止)**雲端****34800**元 原價 39500元**贈送**

B班雙師資+程穎民事財產法、楊過刑法

面授**34800**元 原價 35900元

科目	師資	上課日期	堂數
民事財產法	張璐(洪健智)	2020/7/17起每周一、三、四、五18:45上課	32
	賴川(賴建樺)	2020/12/5起每周六10:00、14:00上課	33
	程穎(陳姿嵐)	2020/11/23起每周一、二18:45上課	32
身分法	程穎(陳姿嵐)	2020/10/20起每周二、四18:45上課	11
刑法	連芯(簡佑君)	2020/6/30起每周二、五18:45、日14:00上課	33
	周易(楊駿賢)	2020/12/17起每周二、四18:45上課	33
	楊過(郭文傑)	2020/11/10起每周二、四14:00上課	32
憲法	徐偉超	2020/7/4起每週六9:30、14:00(7/25停課)、7/26(日)9:30、8/2(日)9:30、8/9(日)9:30	20
	寧尚(李俊良)	2020/9/28起每周一、三18:45上課	16
行政法	徐偉超	2020/9/5起每週六9:30、14:00(9/12停課)、9/20(日)9:30、9/27(日)9:30、10/4(日)9:30	34
	鍾禾(莊智翔)	2020/12/19起每周六18:45上課	30
民事訴訟法	慧偉(張建偉)	2020/10/23起每周三、五18:45、日9:30、14:00上課	36
	李甦(李杰峰)	2020/11/6起每周一、三、五18:45上課	36
刑事訴訟法	言頁(許願)	2020/12/19每周六14:00、18:45上課	30
	益明(林邦彥)	2021/1/3起每周日9:30、14:00上課	30
公司法	祁明(林子堯)	2020/12/13起每周日10:00、14:00上課	14
	陳楓(雷鈞威)	2021/3/17(三)18:45、3/19(五)18:45及2021/3/27起每周六9:30、14:00上課	14
證交法	祁明(林子堯)	2021/1/31起每周日10:00、14:00上課(2/28停課)	10
	陳楓(雷鈞威)	2021/4/15起每周四18:45上課	10
保險法	高宇(高振格)	時間安排中	10
	柏達(吳治霖)	時間安排中	10
票據法	歐政(毛書傑)	2021/2/24起每周三、五18:45上課	6
強制執行法	歐政(毛書傑)	2021/3/24起每周三、五18:45上課	6
法律倫理	歐拉(陳慶鴻)	2021/5/21起每周五18:45上課	4
法律英文	Alexis(郭怡媛)	2021/6/12起每周六9:30、14:00上課	4
國際公法	云揚(盧起揚)	2020/10/25起隔周六14:00上課及2020/12/1起每周二、四18:45上課	8
國際私法	路易(蔡松萍)	2021/5/22起每周六09:30、14:00上課	6
智財	凝以(林穎)	2021/3/29起每周一、五18:45、日9:30上課	15
海商/海洋	許霍(方凱弘)	2021/5/2起每周日9:30、14:00上課	12
勞社	游正曄	2021/5/3起每周一、三18:45上課	12
財稅	王介(曾玠智)	2021/3/30起每周二18:45上課	11

※本年度雲端課程僅提供線上筆記

☆讀家保留調整上述師資權利與課程時間權利

讀家

02-7726-6667 · 02-7726-6766

台北市私立讀家法律商業技藝文理短期補習班

READER PLAC

10047 台北市中正區館前路八號四樓 北市教終字第10730162700號



方案二

2021讀家

律師司法官 全修班



單師資優惠 (即日起至7/31止)

雲端

25800元

- ▶ 民法刑法雙師資
- 一樣給你12期分期
- 每期不到2000元即可上課
- 期限最久到2022年10月



108年律師司法官榜首大力推薦師資群，只在讀家！

科目	師資	上課日期	堂數
民事財產法	張璐(洪健智)	2020/7/17起每周一、三、四、五18:45上課	32
	程穎(陳姿嵐)	2020/11/23起每周一、二18:45上課	32
身分法	程穎(陳姿嵐)	2020/10/20起每周二、四18:45上課	11
刑法	連芯(簡佑君)	2020/6/30起每周二、五18:45、日14:00上課	33
	楊過(郭文傑)	2020/11/10起每周二、四14:00上課	32
憲法	徐偉超	2020/7/4起每週六9:30、14:00(7/25停課)、7/26(日)9:30、8/2(日)9:30、8/9(日)9:30	20
行政法	徐偉超	2020/9/5起每週六9:30、14:00(9/12停課)、9/20(日)9:30、9/27(日)9:30、10/4(日)9:30	34
民事訴訟法	慧偉(張建偉)	2020/10/23起每周三、五18:45、日9:30、14:00上課	36
刑事訴訟法	言貞(許願)	2020/12/19每周六14:00、18:45上課	30
公司法	祁明(林子堯)	2020/12/13起每周日10:00、14:00上課	14
證交法	祁明(林子堯)	2021/1/31起每周日10:00、14:00上課(2/28停課)	10
保險法	高宇(高振格)	時間安排中	10
票據法	歐政(毛書傑)	2021/2/24起每周三、五18:45上課	6
強制執行法	歐政(毛書傑)	2021/3/24起每周三、五18:45上課	6
法律倫理	歐拉(陳慶鴻)	2021/5/21起每周五18:45上課	4
法律英文	Alexis(郭怡妘)	2021/6/12起每周六9:30、14:00上課	4
國際公法	云揚(盧起揚)	2020/10/25起隔周六14:00上課及2020/12/1起每周二、四18:45上課	8
國際私法	路易(蔡崧萍)	2021/5/22起每周六09:30、14:00上課	6
智財	凝以(林穎)	2021/3/29起每周一、五18:45、日9:30上課	15
海商/海洋	許霍(方凱弘)	2021/5/2起每周日9:30、14:00上課	12
勞社	游正曄	2021/5/3起每周一、三18:45上課	12
財稅	王介(曾玠智)	2021/3/30起每周二18:45上課	11

※本年度雲端課程僅提供線上筆記

☆讀家保留調整上述師資權利與課程時間權利

讀家

02-7726-6667 · 02-7726-6766

台北市私立讀家法律商業技藝文理短期補習班

READER PLACE

10047 台北市中正區館前路八號四樓 北市教終字第10730162700號



從近期重要刑法實務見解看國考出題趨勢

編者：楊過

PART 1 刑法總則

幫助行為之因果關係：

最高法院 109 年度台上字第 979 號判決：

又關於幫助犯對正犯之犯罪是否具有因果性貢獻之判斷，學理上固有「結果促進說」與「行為促進說」之歧見，前者認為幫助行為對犯罪結果之發生，須具有強化或保障之現實作用始可；後者則認為幫助行為在犯罪終了前之任一時間點可促進犯罪行為之實行即足，不問其實際上是否對犯罪結果產生作用。茲由於實務及學說均肯定幫助行為兼賅物質上或精神上之助力，且從即令物質上之助力於犯罪實行時未生實際作用，仍非不得認為對行為人產生精神上之鼓舞以觀（例如提供鑰匙入室竊盜，但現場未上鎖，事後看來是多此一舉），可徵幫助行為對於犯罪結果之促進，並非悉從物理性或條件式之因果關係加以理解，尚得為規範性之觀察。換言之，若幫助行為就犯罪之實行，創造有利條件或降低阻礙，進而提升或促進結果發生之蓋然性而惹起結果，即堪認定其因果性貢獻之存在，進而可將法益侵害之結果，於客觀上歸責予提供犯罪助力之行為人，而成立幫助犯。

學說見解：

學說上對於幫助犯之因果關係此問題，眾說紛紜，可以簡化成以下這幾種說法¹：

1、有認為在幫助犯的脈絡下否定任何因果關係之要求，將之理解為一種抽象危險犯的結構。依此，不具因果關係之幫助行為，或者甚至是無效的幫助行為，均可成立既遂的幫助犯。

2、亦有採應肯定條件因果關係的立場。在此應援用與正犯相同的條件公式，即幫助行為應係正犯既遂結果不可想像其不存在的條件，才能論以幫助既遂。（如果其幫助行為根本沒有作用到正犯著手時點，則是現行法下不罰的未遂幫助；如果幫助行為的作用有持續到正犯犯行未遂階段時，仍可成立幫助未遂；而如果有持續作用到正犯既遂時，則可成立幫助既遂。）

3、亦有採折衷立場。依照促進公式，只要幫助者的行為對於實現犯罪構成要件的主行為於任何一個時點有所促進、支助，即為已足。所要求的是一種增強、促進的因果作用。

¹ 以下整理自 蔡聖偉，刑法案例解析方法論，頁 328—329，2017 年 2 月 2 版。

【考題觀摩】

建商甲欲收購 A 地段土地興建商用大樓，乙於該地段經營一家小型居酒屋已久，該店是其與亡妻的心血結晶，故一再拒絕甲的要約。甲的計畫受阻，便要自己的司機丙去砸店，讓乙做不成生意，丙爽快答應，希望能報答甲對自己長久以來的照顧。當晚丙和好友丁吃宵夜時，提到自己要替老闆砸店，**丁為表示支持，便主動出借木棍一支供其使用。丙將木棍帶回後，擔心木頭材質不耐敲打，最後還是決定用自己的鋁質球棒。**數日後，丙帶著鋁棒前往乙的居酒屋，在路邊等到店家打烊關門，見店內僅剩乙一人，便翻牆潛入，一進去就用球棒四處猛敲，打破許多餐具和裝潢擺飾，乙上前制止，也被丙一陣亂打而全身受有多處挫傷。後來丙踩到餐具碎片滑倒，乙便趁機衝進廚房拿起菜刀，丙起身後揮舞球棒打算繼續攻擊乙，乙為自保便朝丙的腿部劃了一刀，受傷的丙轉身由後門逃出居酒屋。乙見愛妻遺物被嚴重破壞，怒火中燒，持刀追了出去，丙因傷口疼痛無法快跑，見乙持刀自後方追來，便蹲下高舉雙手求饒，乙竟想砍下丙的手，猛力揮刀砍去，將丙的左手掌自手腕處斬斷，登時血流不止。乙見狀怒氣稍微平復，便返回店內報警並委請警方電召救護車，丙則倉皇拾起斷掌自行勉力前往一旁的醫院急診室。由於傷口整齊，且在黃金接合時間內進行手術，丙的左手於術後復原良好，未留下任何永久性的功能障礙。試問甲、乙、丙、丁之行為在刑法上應如何評價？(108年司律)

不能未遂無危險的判準：

最高法院 109 年度台上字第 1566 號判決：

刑法第 26 條規定，行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，不罰。故不能未遂係指已著手於犯罪之實行，但其行為未至侵害法益，且又無危險者而言；雖與一般障礙未遂同未對法益造成侵害，然須並無侵害法益之危險，始足當之。而有無侵害法益之危險，應綜合行為時客觀上通常一般人所認識及行為人主觀上特別認識之事實為基礎，本諸客觀上一般人依其知識、經驗及觀念所公認之因果法則而為判斷，若有侵害法益之危險，而僅因一時、偶然之原因，致未對法益造成侵害，則為障礙未遂，而非不能未遂。

刑法第 26 條是不能未遂的規定，其法條上規定：「行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，不罰。」行為人已達未遂階段的行為，如果符合刑法第 26 條的規定，即可獲致不罰的法律效果，故何時始能該當本條的規定，自然為一件重要的事情。又因為行為不能發生犯罪之結果應理解為對於所有未遂的客觀面所作的描述，從客觀事後之觀點來看，所有未遂犯在客觀上都是不可能發生犯罪之結果，故到底能否適用刑法第 26 條之主戰場應在於「無危險」此要素。以下即整理對於無危險此要素，實務以及學說上有哪些判準²。

一、視犯行是否自始無法既遂：

此說將「不能」與「無危險」畫上等號，也就是說無危險的判準其實就是用犯行到底是否不能來做判斷。即視行為人的犯行是否自始(著手時)便因為事實上或法律上的原因而註定不能既遂。

二、具體危險說：

應以一般人於行為時立於行為人之立場所認識之事實及行為人所特別認識的事實為基礎，輔以一般經驗法則有無危險(未遂行為之危險性取決於客觀、事前的判斷)。

而要予以注意的是，絕大多數的實務見解都是採取此說！

最高法院 97 年度台上字第 351 號判決：認為不能未遂有無危險的判斷應採取具體危險說的見解。亦即應綜合行為時客觀上通常一般人所認識及行為人主觀上特別認識之事實（例如：行為人自信有超能力，持其明知無殺傷力，但外觀完好，足使一般人均誤認有殺傷力之手槍殺人）為基礎，再本諸客觀上一一般人依其知識、經驗及觀念所公認之因果法則而判斷有無危險。

最高法院 108 年度台上字第 2046 號判決：重申要適用不能未遂的規定就必須無法益侵害的危險。而到底有無法益侵害的危險，就必須客觀且事前的依照一般人所認識及行為人主觀上特別認識的事實，再輔以一般所公認之因果法則而為判斷。

三、以印象理論解釋有無危險：

最高法院 105 年度台上字第 1433 號判決：所謂「危險」，不能純以法益是否受損為唯一標準，如行為人所為引起群眾之不安，造成公共安寧之干擾，並動搖公眾對法秩序有效性之信賴，破壞法和平性者，亦係有危險。即此處所謂之「危險」，包含對於公共秩序及法秩序之危險，始不致過度悖離人民之法感情。

² 以下綜合整理自 蔡聖偉，評 2005 年關於不能未遂的修法—兼論刑法上行為規範與制裁規範的區分，載：刑法問題研究(一)，頁 97—108，2008 年 7 月。

四、重大無知說：

所謂的出於重大無知，指的是行為人主觀上的犯罪計畫是基於一個完全偏離於一般公認之因果關聯的想像。從積極之一般預防角度來看，這類出於重大無知的行為並不會造成他人的仿效，對於行為規範的效用並沒有造成需要嚴肅對待的影響，因此國家可以放棄對行為人施加刑罰，可以不罰。(也就是說雖然行為人已經牴觸了行為規範，但是從制裁規範的制裁需求性來看，並無所謂的制裁需求性。)

這說白話來講，就是智障說，到底能否適用刑法第 26 條，我們就是看看行為人是否是智障，如果是智障(重大無知)，始能有刑法第 26 條不罰效果的適用。

少數實務見解是採取重大無知說的見解。

最高法院 98 年度台上字第 5197 號判決：行為人必須誤認自然之因果法則，非僅單純錯認事實或僅因一時、偶然之原因，致未對法益造成侵害等情狀，而係出於「重大無知」，誤認其可能既遂，始有成立不能未遂之可言。否則，仍與障礙未遂同應受刑罰制裁，並使基於與法敵對意思而著手實行犯罪，足以動搖法信賴，造成破壞法秩序之行為，得收一般預防之規範效果，以求兼顧。基於上述，不能未遂無危險之判斷應採取重大無知說。

【考題觀摩】

甲為了殺害乙，準備了毒藥一小瓶，計劃於隔天在乙的飲料內下毒。未料當晚甲的兒子丙擦桌子時，不小心打翻毒藥，丙害怕被甲罵，因此在該寫明毒藥的空瓶中，加入自來水，藉以讓甲不要發現此事。隔天，不知上述情事的甲，出於殺害乙之意思，將該瓶中之液體倒入乙的飲料中，乙喝下後並無任何反應。試說明：甲之刑事責任為何？(109 年 高考三級 一般行政)

容許構成要件錯誤：

最高法院 106 年度台上字第 3989 號判決：
行為是否成立犯罪，係以不法與罪責為前提，故行為雖適合於犯罪構成要件之規定，但如欠缺實質的違法性，仍不成罪，故不論學術界或實務界，均普遍承認超法規阻卻違法事由。其中，得被害人承諾或同意，即是一例，於受保護之法益具有可處分性時（例如身體、自由、財產、隱私等），在一定要件下，容許被保護

人基於自主決定權，捨棄法律的保護；而犯罪行為，既屬行為人受意思決定與意思活動所主宰支配的人類行止，就有可能發生錯誤或失誤的問題，學理上乃有錯誤理論之發展，並對於不同的錯誤態樣，給予不同的評價。就阻卻違法事由的錯誤而言，苟行為人誤認有阻卻違法事由的行為情狀存在（例如：誤想防衛、誤想避難、誤認得被害人承諾或同意等等）而為防衛、避難、毀損財物、侵害人之身體、自由等行為，依目前實務見解，認應阻卻犯罪故意（主觀構成要件），緩解其罪責；就其行為因過失造成錯誤，於法條有處罰過失行為時，祇論以過失犯；法無過失犯處罰者，不為罪。

容許構成要件錯誤是比較進階的錯誤類型，意義即是指事實上本無阻卻違法事由之存在，而誤信為有此事由之存在，是屬於對阻卻違法事由前提事實之錯誤，也就是誤想系列的錯誤，常出現的包含誤想防衛及誤想避難。那麼容許構成要件錯誤的法律效果到底如何³？

1、嚴格罪責理論：此說認為行為人既然是出於故意侵害他人法益，就應該構成故意犯的不法行為，其誤會阻卻違法事由前提事實存在，只會使得行為人自認其行為是合法的，在罪責的層次上會因此欠缺不法意識，必須比照禁止錯誤的法律效果處理，區分是可避免亦或是不可避免異其法律效果。

2、限制罪責理論：此說認為雖然行為人故意且積極地侵害他人法益，但行為人是為了保護自己，根本上欠缺了實質上損害他人法益的侵害意思，因此必須類推適用構成要件錯誤，認定行為人因此欠缺故意犯的不法，只能轉論以過失犯。

3、限制法律效果的罪責理論：此說認為容許構成要件錯誤的行為人仍具備故意犯不法，但是因其主觀上誤以為存在阻卻違法事由的前提事實，這會使得行為人形成故意侵害意思的過程，只會受到較低的規範上非難，因此行為人欠缺一般故意犯的罪責程度，欠缺故意罪責，此時應該進一步探討過失犯是否成立。

【考題觀摩】

節目製作公司劇組人員在導演的指揮下，深夜於三峽老街拍攝槍戰場面。由演員 A 持道具槍「追殺」穿著警察制服的演員 B。劇組為了省事，事前並未向轄區警局報備，拍片當時，便衣員警甲因查緝毒品案件碰巧行經該地，驚見員警被追殺，立即掏槍瞄準 A 的腿部射擊，A 小腿中彈，所幸送醫處理後並無大礙。刑法上應如何評價上述事實？

³ 以下整理自 許恒達，員警槍擊拒捕通緝犯的正當防衛爭議－評最高法院 105 年度台非字第 88 號刑事判決與其歷審裁判，月旦法學雜誌，276 期，2018 年 5 月，頁 35。

甲在夜市肉圓攤吃肉圓，有一位外帶顧客乙因老闆忘記在肉圓裡加辣，跑回攤位前辱罵老闆，離去前並高聲咆哮：「囂張什麼！待會讓你好看！」甲因未戴眼鏡又天色昏暗，致誤認當時在慢車道旁正欲騎機車離去的丙，就是剛才辱罵老闆的乙，甲見丙猛催油門貌，誤以為丙正準備要用機車衝撞老闆，於是上前拿出防身用的辣椒噴霧劑朝丙臉上噴灑數秒，並且大聲喊道：「這才是肉圓加辣啦！」丙當場倒地哀嚎，機車也失控翻覆撞倒了行經該路段的機車騎士丁，致丁受輕傷。甲見丙倒地，更拾起路邊的鐵條朝丙胸前猛力一揮，然後渾身正義感的離開現場。事後證實丙左眼因此失明，且由於胸腔大量出血，經多日手術急救後仍不治死亡。請附理由說明甲的刑事責任為何？(108年 台大民商法組 刑法)

自招危難：

最高法院 107 年度台上字第 2618 號刑事判決：
刑法之正當防衛，係以對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行為為要件，是倘無現在不法之侵害，自不得主張正當防衛；又如侵害業已過去，亦無正當防衛可言，即侵害已過去後之報復行為，自不得主張正當防衛。再刑法上之緊急避難行為，須係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，且災難之發生非出於行為人之故意或過失所致為前提，若災難之發生係由於行為人之故意或過失所致，殊無主張緊急避難之餘地。即所謂「自招危難行為」不得主張緊急避難。

學說見解：

通說主張應採取實質二分說。也就是應依個案情形實質認定，除非是事先預謀而想藉此遂行犯罪行為，屬於緊急避難權之濫用而不得主張緊急避難外(所謂假緊急避難之名，行侵害法益之實的情況)，其他案例縱因自身故意或過失行為招致危難發生，仍應具體判斷避難行為是否具有優越利益而定，如符合優越利益衡量原則，避難者仍可以主張緊急避難⁴。

【考題觀摩】

甲見乙家門口狗籠內的狗兒長相可愛，乃興起逗弄之意，雖狗籠上貼有字條警告

⁴ 陳志輝，緊急避難與自招危難，月旦法學教室，112期，頁34-35，2012年2月。

「內有惡犬，請勿騷擾」，惟其認為係乙為遏止狗被偷的人唬人字句，並不以為意，甲不停逗弄該犬，終致其兇性大發，恰狗籠並未關緊，該犬衝出籠外撲向甲攻擊，甲為自保，順手拾起木棒，打死該犬。試問：甲之刑責為何？(100 年司法四等)

刑法第 146 條第 2 項與可罰之違法性：

最高法院 106 年度台上字第 1744 號判決：

刑法第 167 條，係就犯人或依法逮捕、拘禁之脫逃人的配偶、一定親屬，為圖利該犯人或依法逮捕、拘禁之脫逃人，而犯第 164 條（藏匿、使之隱避或頂替）或第 165 條（湮滅刑事證據）之罪，基於社會防衛之考量、司法審判之維護，及其等親屬關係密切，相為容隱，雖觸法禁，情有可原等情，所設減輕或免除其刑之特別規定。該行為人之所以犯罪，乃為避免配偶或一定親屬之不利益，此與刑法第 146 條第 2 項，係為意圖使特定候選人當選，以虛偽遷徙戶籍取得投票權而為投票，致觸犯刑章，二者有其本質上之不同。申言之，前者如行為人不為犯罪（藏匿、使之隱避、頂替或湮滅刑事證據），其配偶、一定親屬恐將身陷囹圄，基於親情不忍見之受罰，其有強烈之動機鋌而走險，甚至犯罪；後者如行為人不為犯罪（虛偽遷徙戶籍），其親屬至多未能當選，並無何緊迫之危險可言，難認其有非虛偽遷徙戶籍不可之情，是立法者未就刑法第 146 條第 2 項另設相當於同法第 167 條減免其刑之規定，其來有自。實務上關於刑法第 146 條第 2 項，就行為人支持配偶或直系血親之競選而遷徙戶籍，未實際居住者，基於法、理、情之調和與社會通念之容許，雖認不具可罰違法性或非難必要性，然此係就特別親屬間人倫關係而為考量，尚難執此遽謂應擴大及於五親等內之血親或三親等內之姻親等其他親屬，亦應認無可罰違法性或非難必要性。

可罰的違法性指涉的情形大多都是行為人破壞的法益極其輕微的狀況。例如說行為人偷走別人一張計算紙，在這樣的情形下，當然還是該當竊盜罪的構成要件，但是到底從整體法秩序的角度以觀，如此的行為具不具有違法性？這就會涉及到可罰之違法性的爭點！

一、實務見解：肯認可罰的違法性概念

最高法院 74 年度台上字第 4225 號判決：當行為人之行為侵害之法益極其輕微，依照一般社會倫理觀念即難認有科以刑罰之必要。且此項行為，不予追訴處罰，亦不違反社會共同生活之法律秩序，故可以將其視為無實質之違法性。

二、學說見解：肯認可罰之違法性概念

有學說見解是肯認可罰之違法性的概念。其認為在符合侵害法益輕微性+手段逸脫輕微性此兩個要素的情形下，肯認其是屬於不可罰的違法。

所謂被害法益輕微性，係指行為的結果對於法益所造成的侵害或危險，必須極為輕微；而所謂行為逸脫的輕微性，是指侵害法益的行為方法或態樣違反社會倫理規範或社會相當性的程度，必須極為輕微⁵。

三、學說見解：否認可罰之違法性的概念

不過有學者大概是少林足球這部電影的影迷，在這部電影中，當周星馳去找三師兄時，三師兄就和周星馳說：「你看這硬幣，要馬就是人頭，要馬就是數字，永遠沒有中間的！」所以有學者即認為違法並非一具層升性的概念，而係有無的概念(就像硬幣一樣)，所以一個行為要不是合法，就是違法，並無可罰違法性這樣的概念。而若個案中侵害的法益若真的是非常輕微，同樣是違法行為，僅檢察官可以依照刑事訴訟法第 253 條微罪不舉的規定而不起訴⁶。

不作為正共犯之區辨：

最高法院 105 年度台上字第 88 號判決：

就他人故意積極作為之犯罪所侵害法益具體結果之發生，負有法律上防止義務之人(即立於保證人地位者)，若對該他人之犯罪有所參與，其究竟應負共同正犯或從犯之責，原則上仍應依主客觀擇一理論決定之。

惟因不作為並非是構成要件行為，所以其實實務見解所謂的主客觀擇一理論實際操作下來會變成純粹的主觀理論，而以是基於正犯意思抑或是共犯意思而決定是成立正犯或是共犯。(因為客觀標準已經被鎖死在構成要件以外的行為，所以決定是正犯或是共犯就完全取決於主觀標準了)

當一個犯罪流程中，除了有作為犯以外，還有具備保證人地位的不作為犯存在時，到底這個不作為犯在整體犯罪流程中的角色為何？是犯罪的主角，亦或是犯罪的邊緣倫呢？而要判斷其是正犯亦或是居於共犯(幫助犯)的地位，究竟應該以怎樣的判準予以判斷，這在學說上發展出非常多的說法，且實務見解方面在 105 年亦有一則最高法院具有參考價值的裁判對此問題發表看法。在近幾年的國家考試上重要性爆表，愛珠以喔⁷！

⁵ 陳子平，刑法總論，頁 248，2017 年 9 月 4 版。

⁶ 林山田，刑法通論(上)，頁 310，2008 年 1 月 10 版。

⁷ 以下整理自 林書楷，刑法總則，頁 477-483，2018 年 9 月 4 版。

一、學說見解：主觀理論

在具保證人地位者不阻止第三人實施犯罪的情形，應視該不阻止犯罪之行為人係出於正犯意思或共犯意思，而分別成立不作為正犯或不作為幫助犯。

二、學說見解：犯罪支配理論

通說所採區別正犯與共犯的犯罪支配理論，不論是在作為犯或是在不作為犯中都應該一體適用。所以仍應該視該具保證人地位者之不作為是否達到犯罪支配地位之程度而定。

三、學說見解：正犯理論

不純正不作為犯是義務犯，義務犯中決定正犯與共犯的標準並非是犯罪支配，而是在於特別義務的違反，因此倘若具保證人地位者違反其作為義務而不阻止他人實施犯罪，結論上都應該成立不作為正犯，此說又稱為義務犯說。

但採此說的學者也認為，在純正身分犯、己手犯或是意圖犯等情形，具保證人義務但欠缺適格身分、或未親手實施犯罪、或欠缺意圖者，其違反義務之不作為仍無法構成正犯，而是應該成立不作為幫助犯。

四、學說見解：幫助犯理論

在違反保證人義務而不阻止他人犯罪之情形，只有那個直接實施犯罪之行為人具犯罪支配地位，而不作為相較於積極犯罪行為往往僅具備較少之犯罪操控力，因此違反作為義務而未採取介入措施之保證人僅屬於犯罪之配角，僅因其升高了正犯犯罪行為成功的機會而構成不作為幫助犯。

五、學說見解：區別理論(義務內涵理論)

此說從保證人義務類型出發而以之作為區別不作為正犯與幫助犯之基準者。倘若具保證人地位者係違反保護義務而不阻止他人犯罪，應視為不作為正犯；但如果其所違反的是監督義務，則僅構成不作為幫助犯。

這說的論理是從有無「保護對象特定性」立論。保護型保證人地位是有保護對象特定性所以論正犯；而監督型保證人地位並無保護對象特定性所以論幫助犯。其實這其中道理並不難理解，舉個日常生活中的例子即可清楚理解：如果今天你媽媽叫你期末考只要顧好刑法這科就好，此種情形具有「保護」對象特定性，如果你竟然還顧不好，但這時對你的非難譴責當然就應該很高(論正犯)；但如果今天你媽媽叫你要顧好你要考的所有科目(包含通識等等都要顧好)，如果你今天沒顧好，我們對你的非難譴責就會比較低(論幫助犯)，畢竟有太多科要顧，不具「保護」對象特定性，沒顧好並不能太苛責呀！

六、實務見解：主客觀擇一理論(此部分參考前述的最高法院 105 年度台上字第 88 號判決)

【考題觀摩】

A 得慢性病臥病在床多年，日常起居都由大兒子甲照料。甲為了想早日得到父親的遺產，遂想出一招借刀殺人之計。雖然 A 仍有堅強的求生意志，但是甲竟然摹仿 A 的字跡捏造了一封信，信中 A 表明希望好友乙能讓 A 無痛苦地早日死亡。隨後甲將信拿給乙看，希望乙能成全 A 的意願，而乙也信以為真。乙在隔日碰到 A 的小兒子丙，向丙出示上述信件，丙不知信件係甲所偽造而誤以為真，出於尊重 A 的求死意願，對於乙的計畫也不予阻攔。甲、丙二人各自知悉乙計畫下手的時間，分別外出，任由乙趁 A 熟睡時，以枕頭將 A 蒙住口鼻使其窒息而死。試問甲、乙、丙有何刑責？（答題除引用相關之學說或實務見解之外，應就本案之論斷附具個人意見）(106 年 律師)

甲在我國籍某遠洋漁船擔任船長，乙、丙均為外國籍，與其他外籍人士受僱於該船擔任漁工。乙則因體格瘦弱，做事反應較慢，常受到甲和部分漁工的不當對待。最初，甲在乙不熟悉船務時，責罵乙。乙上船一週後甲開始動手毆打乙。第三週開始，乙犯錯，甲不僅毆打，並且予以禁食，有時一天禁食一餐，有時三餐都禁食。同時，甲只准許乙一天睡 2 至 4 小時，其餘時間必須工作或顧守船隻。**部分漁工有時也毆打乙，甲從不阻止。**經歷這些待遇，乙在海上工作三個月期間，體重減輕 10 公斤，臉部及身體常有傷口或瘀青，後腦勺也曾著地受傷。對於甲經常責罵與動粗，乙因擔心失去工作，不敢反抗。丙見乙的遭遇，不時趁甲不注意時，給予關切。(節錄自 107 年 司法官)

PART 2 刑法分則

無過失肇事及肇事逃逸罪之保護法益：

最高法院 109 年度台上字第 2525 號判決：

民國 102 年 6 月 11 日修正公布刑法第 185 條之 4 規定肇事逃逸罪之構成要件有四：「駕駛動力交通工具」、「肇事」、「致人死傷」及「逃逸」。其中有關「肇事」部分，可能語意所及之範圍，包括「因駕駛人之故意或過失」或「非因駕駛人之故意或過失」（因不可抗力、被害人或第三人之故意或過失）所致之事故，除因駕駛人之故意或過失所致之事故，依其文義及刑法體系整體關聯性判斷，為該條所涵蓋，而無不明確外，其餘非因駕駛人故意或過失所致事故之情形是否構成「肇事」，尚非一般受規範者所得理解或預見，於此範圍內，其文義有違法律明確性原則，此違反部分，應自司法院釋字第 777 號解釋公布之日（即 108 年 5 月 31 日）起失其效力，有該號解釋意旨可資遵循。是上開條文之規定，關於違反法律明確性原則，經宣告失其效力部分，即非因駕駛人故意或過失所致事故之情形，與該條所定「肇事」之構成要件，並不該當，自不得論以肇事逃逸罪。

按刑法第 185 條之 4 係於 88 年刑法修正時，為了維護交通安全，加強救護，減少被害人之死傷，促使駕駛人於肇事後能對被害人即時救護而增訂之新條文。其所保護之法益係在於往來交通安全之維護，減少被害人死傷，以保護生命身體之安全，屬重層性法益之犯罪，亦即所著眼者，除公共交通安全之保障外，並兼及使被害人獲得及時救護或其他必要措施而減少死傷之個人生命身體法益。故肇事逃逸罪，於侵害公共安全之社會法益中，兼具侵害個人生命身體法益之性質。

無過失肇事是否屬於肇事，對此實務見解及學說見解有不同的意見！

一、早期實務見解：肯定說

最高法院 107 年度台上字第 2571 號判決：刑法第 185 條之 4 規定之目的，在對於肇事後未於現場即時救護被害人而逃逸之行為加以處罰，以維護交通安全及被害人之利益。故祇要行為人駕駛動力交通工具肇事，致人死傷而逃逸，即構成上開罪名，至於行為人是否自認有肇事原因，以及實際上有無過失責任，則屬另一問題，並不影響上述罪名之成立；否則，祇要肇事者自認無肇事原因或過失責任，即可置被害人生命、身體危難於不顧，而逕行離去，顯違前揭條文之立法旨意。

實務見解認為，只要車禍事故的發生與行為人有因果關係，即使可以認定行為人對於車禍是無過失，也仍屬肇事。

二、學說見解：否定說

學說上對實務肯認無過失肇事亦為肇事此見解則有嚴厲的批判，認為我們譴責肇事逃逸，必須是逃逸者有一個違法的前行為，如果認為被撞的人必須救助追撞者，這個追撞者的法律地位反而因為撞人而升高，遭到追撞是無辜的被害人，竟然還必須承擔法律義務，去救助製造災禍的人，天底下有這種道理？為避免對合法駕駛人過苛，行為人須對交通事故有過失始為本罪之肇事者⁸。

【考題觀摩】

甲開車到大賣場購物，將車違規暫停在大賣場外面道路旁劃有紅線處，並打雙黃燈提醒其他用路人注意。甲進入大賣場後，行經開架式保養品區，基於偷竊的意思，將一罐乳液放入自己的小型手拿包中。服務人員 A 注意到甲的舉止，上前要求查看甲的手拿包，甲不理會 A 的要求，自行將乳液放回貨架上，然後離開賣場。適 B 騎著自行車靠近甲違規停車處，突然自己重心不穩而摔出，其頭部不巧猛烈撞擊到甲的車輛後車廂一角，倒地流血不止。甲走出賣場時正好目睹撞車過程，認為 B 受傷是因為自摔，與己無關，隨即駕車離開現場。雖經一旁路人即時送醫急救，B 仍然傷重不治死亡。試問甲的行為應如何論處？（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見解）（107 年 律師）

甲駕駛小貨車，行經十字路口時遇到紅燈停下。十秒後，乙騎乘機車至該路口，竟未注意前方的紅燈號誌，撞上停等紅燈的甲車並摔倒。甲遭到撞擊後立刻下車察看，見到乙雖然手腳多處擦傷，但是仍能自行起身檢視機車狀況，自己的貨車也沒有太嚴重的損傷。甲雖然認為自己是該事故的倒楣苦主，但因為還要趕著送貨，懶得花時間追究，僅碎念了乙幾句便上車駛離現場，乙則前往警局告發甲肇事逃逸。刑法上應如何評價甲的行為？（107 年台北大學刑事法組）

甲於綠燈亮時開車向前行駛，有一機車闖紅燈攔腰撞上其汽車，機車騎士 A 因激烈碰撞受傷倒地昏迷。甲看四下無人竟直接開車逃逸離去，A 經路人發現送醫，A 最後幸運地僅遭受輕傷。事後交通鑑定結果，本件車禍係全因 A 闖紅燈所致，甲完全無過失。試討論本案中甲可能應負之刑責？（108 年 地方特考四等法律廉政）

丙駕駛自小客車行駛於道路，因丁騎自行車違規逆向行駛發生車禍，造成丁受傷，丙雖有協助被害人撿拾其掉落物及短暫停留，丁表明請警方到場處理時，丙未對丁施以必要醫療救護、等待警方到場處理，且未經丁同意或留下姓名、聯絡

⁸ 林東茂，刑法分則，頁 269—270，2018 年 9 月。

方式，即逕自駕車離開現場。請評析上述案例法律適用。(109年 台北大學刑事法組)

準強盜罪與加重強盜罪：

最高法院 108 年台上字第 2922 號判決：

按刑法第 330 條所謂犯強盜罪，不僅指自始犯強盜罪而言，即依同法第 329 條以強盜論者，亦包括在內。而所謂犯準強盜罪而有同法第 321 條第 1 項第 3 款之情形，不論行為人於竊盜之初即持有兇器，或於施強暴脅迫行為時始臨時起意持有兇器，其對生命、身體、安全之構成威脅並無二致。

筆者自己覺得準強盜罪真的在財產犯罪中具有非常重要的地位，原因除了準強盜罪本身的爭點就已經夠多惹之外，還有就是因為要犯準強盜罪前提是要先犯竊盜罪，所以 嘿嘿嘿(變態)，一講到竊盜罪，千萬不要忘了加重事由喔喔喔！所以以下就幫大家整理重要的竊盜罪之加重事由吧！

【加重竊盜罪加重事由總整理】：

一、第一款：侵入住宅或有人居住之建築物、船艦或隱匿其內而犯之。

1、公寓大廈樓梯間

最高法院 76 年度台上字第 2972 號判決：公寓大廈的樓梯間為住宅的一部份，和公寓有密切不可分的關係，有刑法第 321 條第 1 項第 1 款之適用。

林東茂教授:出入通道如樓梯間者，歸巢倦鳥之引道，卻非歸巢的自身，非心靈之所寄居，非飄盪靈魂的歸宿。因此侵入公寓大廈樓梯間行竊，應該是普通竊盜，而非加重竊盜⁹。

2、醫院病房

最高法院 101 年度台非字第 140 號判決:醫院病房既係病人接受醫療及休養生息之處所，病人住院期間，病房即為其生活起居之場域，各有其監督權，除負責診治

⁹ 林東茂，刑法分則，頁 135，2018 年 9 月。

之醫生及護理人員在醫療必要之範圍內，得進出病房外，尚非他人所得隨意出入，自不屬於公共場所或公眾得出入之場所。是醫院病房即係有人居住之建築物，倘乘隙侵入醫院病房內行竊，自己構成刑法侵入有人居住之建築物竊盜罪。

以上這則實務見解表明醫院病房是有人居住的建築物，所以有第 1 款的適用！

二、第三款：攜帶兇器而犯之。

1、兇器的認定

實務見解對兇器認定此問題是採取客觀說的觀點，可見以下這則有名的標竿實務見解。

最高法院 79 年度台上字第 5253 號判決：按刑法第 321 條第 1 項第 3 款之攜帶凶器竊盜罪，係以行為人攜帶凶器竊盜為其加重條件，此所謂凶器，其種類並無限制，凡客觀上足對人之生命、身體、安全構成威脅，具有危險性之凶器均屬之，且只需行竊時攜帶此種具有危險性之凶器為已足，並不以攜帶之初有行兇之意圖為必要。螺絲起子為足以殺傷人生命、身體之器械，顯為具有危險性之凶器。

實務見解認為凶器指的就是客觀上具有危險性的物品，不以有行兇意圖為必要，基此，螺絲起子因為具有客觀上的危險性，所以是凶器。

學說見解則認為：典型武器，例如：西瓜刀、開山刀、手槍等等，具有兇器適格的客觀明確性；惟若是非典型武器的情形，例如螺絲起子、扳手等等，則需參酌工具使用人的特殊認知與行為人使用該物件所呈現之危險能力而判斷其是否為兇器¹⁰。

2、自然界物質

實務見解遵循偉大韓總的支持者「凍未條姊」名言的腳步「喔器器器器器」，而認為自然界物質(例如石頭)，雖然有可能很兇(客觀上足對人之生命、身體、安全構成威脅，具有危險性)，但不合於法條上的「器」，因為此字是代表器械的意思。而自然界物質如石頭顯然並非是器械，因此並非兇器。

最高法院 92 年度台非字第 38 號判決：刑法第 321 條第 1 項第 3 款攜帶兇器竊盜罪，所稱之兇器，乃依一般社會觀念足以對人之生命、身體、安全構成威脅，而具有危險性之「器械」而言，而磚塊、石頭乃自然界之物質，尚難謂為通常之「器械」。

¹⁰ 李聖傑，攜帶兇器竊盜概念，月旦法學教室，59 期，頁 13，2007 年 9 月。

學說見解則認為：實務見解僅依自然界物質並非器械就將其排除在兇器概念之外，並不合於最基本的文義解釋，畢竟器這個字也可以表示器物，不一定是代表器械之意。因此自然界物質是否為兇器，還是要參酌工具使用人的特殊認知與行為人使用該物件所呈現之危險能力而為認定¹¹。

3、當場撿到

實務見解認為即使是當場撿到也還是算是攜帶兇器。(國文造詣真的不錯 ㄟㄟ)

學說見解認為攜帶指的就是從一地攜至另外一地，故當場撿到並不算是攜帶。

三、第四款：結夥三人以上而犯之。

在結夥三人以上而犯之這款加重事由，其實爭點意識非常明確，就是要考你應該要把哪些人排除在人數計算之外。事實上出題者不可能是想單純考你數學(啊人家就是數學爛才來念法律的 XDDD)，所以在哪些情況應該排除計算就是個至關重要的問題！

三大排除：排除共犯、共謀共同正犯(不在場)、無責任能力人。

最高法院 23 年度上字第 2752 號判決：結夥三人竊盜的人數計算應排除教唆犯。

最高法院 37 年度上字第 2454 號判決：因為無責任能力人不可能和他人有犯意聯絡，故將之排除在本質上為共同正犯的結夥三人竊盜的人數計算之外。

最高法院 76 年度台上字第 7210 號判決：結夥犯應以在場共同實施或在場參與分擔實施犯罪之人為限，不包括同謀共同正犯在內。

【考題觀摩】

甲擔任某豪宅之保全人員，某日從監視器上發現竊賊乙入侵，本欲通報警察，後來仔細一看，發現竊賊乙竟然是自己的弟弟。甲不忍自己弟弟被抓，出於協助的意思，不僅消極的不予制止，並且藉故離開保全辦公室前去便利商店買菸。乙進入豪宅後竊得珠寶一批，放入背包內，正欲離去時，仍然被另一名保全人員丙發現，兩人發生扭打，乙拿出隨身攜帶的水果刀砍向丙的手臂，丙因傷口太大而不得不鬆手，乙則乘機帶著珠寶順利逃走。試問甲、乙之行為應如何論罪？(108 司特三等 司事官 財經事務組)

¹¹ 李聖傑，攜帶兇器竊盜概念，月旦法學教室，59 期，頁 13，2007 年 9 月。

性侵未滿 7 歲幼童與「其他違反其意願之方法」：

最高法院 108 年台上字第 1794 號判決：

未滿 7 歲之幼童，雖不得謂為全無意思能力，然此情實際上頗不易證明，故民法第 13 條第 1 項規定「未滿 7 歲之未成年人，無行為能力」，以防無益之爭論，觀諸該條立法理由即明。從而，本於相同法理，於刑事法上，亦應認未滿 7 歲之男女，並無與他人為性交合意之意思能力。

又刑法第 221 條第 1 項所稱之「其他違反其（被害人）意願之方法」，係指該條所列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術以外，其他一切違反被害人意願之方法，妨害被害人之意思自由者而言。於被害人未滿 14 歲之情形，參照聯合國「兒童權利公約」第 19 條第 1 項規定之意旨、「公民與政治權利國際公約」第 24 條第 1 項、「經濟社會文化權利國際公約」第 10 條第 3 項及上開後 2 公約施行法第 2 條等規定，自應從保護該未滿 14 歲之被害人角度，解釋「違反被害人意願之方法」之意涵，不必拘泥於行為人必須有實行具體之違反被害人意願之方法行為，否則，於被害人未滿 7 歲之情形，該未滿 7 歲之被害人既不可能有與行為人為性交之合意，行為人往往亦不必實行任何具體之「違反被害人意願之方法行為」，即得對該被害人為性交，亦即若認被害人未滿 7 歲者，因其無從表達「不同意」之意思，竟令行為人僅須負刑法第 227 條第 1 項之對於未滿 14 歲之男女為性交罪責，法律之適用顯然失衡，是以，倘被害人係未滿 7 歲者，則基於對未滿 14 歲男女之保護，應認行為人對於被害人為性交，所為已妨害被害人「性自主決定」之意思自由，屬「以違反被害人意願之方法」而為，應論以刑法第 222 條第 1 項第 2 款之加重違反意願性交罪。

蔡聖偉教授評釋¹²：

1、民刑法各有其規範脈絡，民法上關於行為能力的規範重在智能發展上是否能理解法律交易，與性自主決定意思並無必然關聯。從保護法益(性自主決定權)來看；既然未滿七歲幼童無法理解行為人的行為，自無侵害其與此相關之自由法益可言，所以不構成強制性交罪。

2、從保護法益著眼，刑法第 227 條所要保護者是幼童的身心健全發展，故並無必要將本罪之適用限縮在雙方合意實施性行為的情形。行為人若與尚未具性相關意識的未滿七歲幼童為性交行為，行為人應成立刑法第 227 條的犯罪才是。

¹² 蔡聖偉，論「對幼童性交罪」與「強制性交罪」的關係——評最高法院九十九年第七次刑事庭決議，月旦裁判時報，8 期，頁 65—69，2011 年 4 月。具體案例審查可參 蔡聖偉，性侵害未滿七歲幼童的案例審查示範，月旦法學教室，115 期，頁 33—35，2012 年 5 月。

對於違反意願性交罪(或違反意願猥褻罪)其中所規範的行為態樣，計有：強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法。在這其中，爭議最大且引起最多討論的應該要屬「其他違反其意願之方法」。學說及實務上對於到底要用如何的判準來判斷這個性強制罪的概括條款，有許多不同的說法，以下即幫大家整理之¹³。

一、強制手段不要說

將「違反意願」這個要素界定成日常口語中「非心甘情願」的意思，使其囊括一切足以影響被害人意願的行為，而不限於其意思自由受到強制、壓抑。依此，無論是基於何種因素而心不甘情不願地做成決定，都算是這裡所稱的「違反意願」。

最高法院 97 年度第 5 次刑庭決議：「違反其意願之方法」，應係指該條所列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術以外，其他一切違反被害人意願之方法，妨害被害人之意思自由者而言，不以類似於所列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術等相當之其他強制方法，足以壓抑被害人之性自主決定權為必要。

最高法院 107 年度台上字第 3348 號判決：性自主權的內容包含拒絕權、自衛權、選擇權以及承諾權。而對於其他違反其意願之方法的解釋，應認為是指列舉的手段之外任何一切違反被害人意願之方法而言。故當被害人對於性行為之拒絕、自衛、選擇以及承諾等表彰性自主權的要素被破壞時，即應認為是違反其意願。

以上的實務見解就是採取強制手段不要說，也就是認為概括條款就是要包括那些不像前面所列舉出的具有強制性質的任何一切違反被害人意願的手段。

二、強制手段必要說

1、法律適用者在解釋概括條款時，應該要受到前導例示概念牽制(限制性例示)，讓概括條款仍保持妨害自由的性質。依照這種看法，透過概括條款來掌握的情形就必須與前導例示概念(強暴、脅迫)類似，限於被害人受到強制、性自主受到壓迫的情形，或是要求應限於與強暴、脅迫之強度相當的手段。

2、要求一種類似「優越支配」的低度強制手段、行為人製造了一個使被害人無助、難以逃脫、難以反抗的狀態。

最高法院 100 年度台上字第 4578 號判決：此判決認為性強制罪的概括條款應採取低度強制手段的觀點。所謂低度強制手段，係指行為人縱未施強暴、脅迫、恐嚇、

¹³ 以下整理自 蔡聖偉，論強制性交罪違反意願之方法，中研院法學期刊，18 期，頁 65 以下，2016 年 3 月。較簡明的介紹，可參 蔡聖偉，非禮勿試－強制猥褻罪違反被害人意願之他法，月旦法學教室，165 期，頁 25－27，2016 年 7 月。

催眠術，但只要行為人製造一個使被害人處於無助而難以反抗、不敢反抗或難以逃脫之狀態，達於妨害被害人意思自由者，即屬之。

3、蔡聖偉教授見解：利用既存的強制狀態說。

(1)首先，概括條款在解釋上必須受到前導例示概念的束縛，也就是說其必須具有強性質。但法條中的強暴、脅迫、恐嚇、催眠術這些行為態樣已經窮盡妨害自由的強制罪的所有強制手段(范瑋琪歌聲響起：我找不到，我到不了，你所謂的概括的條款)。所以在解釋概括條款時，當然就只能從強制手段以外的行為模式著眼。

(2) 故應該將概括條款的適用限於「行為人利用行為時業已存在的強制狀態」。所謂的強制狀態，與前導例示概念相對應，包括了物理(例如第三人將被害人捆綁在柱子上，此時和第三人無共犯關係的行為人前來對意識尚清醒的被害人性交的情形)和心理(例如被害人早就已經被挾持監控，被害人已經處於聽任行為人宰制的無助情境中)兩方面。

由於這些影響意思自由的因素在行為前便已存在，行為人自然沒有再為任何強制行為的必要。

【考題觀摩】

甲於傍晚散步時，見6歲幼女乙獨自於路邊玩耍，便將乙抱起放在自己大腿上，並將右手伸入乙內褲，以手指插入乙之性器官，乙因疼痛而大哭，路人發覺有異上前制止並報警。刑法上應如何評價甲之所為？(109年 台北大學三年級轉學考)

強盜罪 VS 恐嚇取財罪 強盜罪 VS 擄人勒贖罪：

最高法院 108 年度台上字第 3575 號判決：

又刑法上恐嚇取財罪、強盜罪及擄人勒贖罪，三者就其同具有不法得財之意思，及使人交付財物而言，固無異趣，惟恐嚇取財罪，不以將來之惡害恫嚇被害人為限，即以目前之危害相加，亦屬之。但必其強暴、脅迫手段，尚未使被害人達於不能抗拒之程度始可，如其強暴、脅迫行為，已使被害人達於不能抗拒之程度，即應構成強盜罪；擄人勒贖罪，則以意圖勒贖而擄人為構成要件，其犯罪態樣，係將被害人擄走脫離其原有處所，使喪失行動自由，而移置於自己實力支配下，予以脅迫，以便向被害人或其關係人勒索財物。

以下幫大家詳細整理在考試上比較重要的「強盜罪 VS 擄人勒贖罪」的實務見解及學說見解吧！

一、實務見解

最高法院 101 年度台上字第 4508 號判決：此判決認為區分強盜與擄人勒贖罪，係以是否將被害人擄走脫離其原有處所，使喪失行動自由，而移置於自己實力支配下，為其區別標準。即單純施以強暴、脅迫等手段，使人交付財物，構成強盜罪；如先將被害人擄走置於行為人實力支配下，再予以脅迫，以便向被害人或其關係人勒索財物行為，一經實現，犯罪即屬既遂，不以須向被害人以外之人勒索財物為必要。

也就是說，實務見解認為所謂擄人勒贖，即係指行為人以取財的目的，使被害人脫離原處所，長期地置於自己的實力支配之下之意，至於是否有行為人、人質、付贖金者的三面關係，在非所問。

二、學說見解

學說見解普遍認為區分強盜罪與擄人勒贖罪的關鍵是在於「三面關係」的有無。也就是說，要想成立擄人勒贖罪，必須具備行為人、人質以及付贖金者三方的關係，藉由三面關係，可以造成更大的社會恐慌，也因為利用了付贖金者對於人質生命身體安全的憂慮，將可造成更巨大的財產侵害。如此始能合理解釋擄人勒贖罪的法定刑遠高於強盜罪的實質理由¹⁴。

【考題觀摩】

甲某日於一豪華別墅區設置路障，A 開車回家經此路障無法通行因而下車察看，此時甲即持水果刀出現，逼迫 A 一同前往 A 宅搜取財物，剛進屋中 A 就乘機掙脫甲的控制奔向屋外求救。當時甲雖然看到許多貴重財物，但是由於頗為擔心被捕，只好空手速離 A 宅，行至不遠處有一間中古機車行，甲向老闆 B 表示欲購買店中的某部機車，所以要先試騎看看，B 同意在其視線範圍內測試，但甲一騎上車後，卻以據為己有之意思，頭也不回地逃離該處。試根據實務與學說見解詳盡分析，本案甲之行為應如何論處？(103 年 司法官)

¹⁴ 林東茂，刑法分則，頁 212，2018 年 9 月。

刑法第 339 條之 2 的不正方法：

最高法院 108 年度台上字第 2123 號判決：

按刑法第 339 條之 2 第 1 項之以不正方法由自動付款設備取得他人之物罪，所謂不正方法，係泛指一切不正當之方法，並不以施用詐術為限，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，均屬之。

學說見解：

1、主觀理論

此說認為只要是違反財產處分權人(銀行)明示或默示之意思而使用資料或程式者，即屬不正方法¹⁵。

2、詐欺近似說

之所以在付款設備交易中要求密碼，無非出於密碼具有極高之私密性，只有存戶本人及得到本人授權之人才能夠知悉，透過密碼能管控提款者是本人或至少得到本人授權，密碼的存在毋寧表現出整個交易結構中，銀行管控提款者身分關係的期待。故付款的前提有三：真正卡片、真正密碼、使用者是存戶本人或得到本人授權。整體來說，本條的不正方法應該要從有無本人授權關係觀察，即便行為人提出真卡真密碼，但只要欠缺合法取款授權，仍屬本罪處罰的不正方法範圍。

而不正方法的解釋，應該採取詐欺近似說。本說認為應該本於第 339 條之 2 的詐欺屬性解釋不正方法，實際操作重心在於將電腦設備代換為行員，只要行員同樣因行為人出示的身分認證資料而陷於錯誤，即可認為是不正方法。也就是行為人的默示意思表示才是不正方法的判定關鍵，只要行為人出示能使用的卡片及正確密碼，就表達了他得到本人授權而可以合法取款的默示意思，礙於電腦無從驗證行為人表達的默示意思是否存在，屬於交易技術上無法克服的瓶頸，行為人利用該技術瓶頸而取款，即屬本罪之不正方法¹⁶。

因為這說比較複雜些，所以以下附上一些具體案例，然後用詐欺近似說操作一遍使讀者更可以熟悉此說的應用。

¹⁵ 盧映潔，不拿白不拿，月旦法學教室，77 期，頁 24-25，2009 年 3 月。

¹⁶ 許恒達，電腦詐欺與不正方法，政大法學評論，140 期，頁 124 以下，2015 年 3 月。

以詐欺近似說檢討具體案例：

(1)使用偽造卡片提款:偽卡的使用未得本人或銀行同意，卻又能通過付款設備的審核機制，符合不正方法。

(2)不法取得他人卡片提款:雖然行為人提出的卡片及密碼均屬真實，但該行為的默示意思牴觸了帳戶所有人的意思，故應認為是不正方法。

(3)卡片保管者越權提款:縱然行為人持用真卡真密碼取款，但其盜領行為揭示已獲本人授權的默示意思，但實際上卻未獲本人授權，屬於利用付款設備無從判斷的設計缺陷而取款的行為，故應認定為不正方法。

(4)利用設備故障溢領款項:即便行為人在後階段明知付款設備的重大瑕疵，但從行為人本來就是合法存戶，也提出正確密碼，更在提款時表明只提領自己戶頭內的餘額，行為人的取款行為的默示意思表示，並未違反實情，客觀上屬於完全合法的行為，理論上非不正方法，如果僅因其主觀知悉設備已經故障，就要轉認為不正方法，不免過度強化主觀惡性。故本例中行為人尚無類似詐欺的不法侵害行為，不構成刑法第三三九條之二的犯罪。

3、設備使用規則說

此說認為設備設置者的意思已經轉化成設備使用規則，既然如此，在解釋到底何謂本罪的不正方法時，必須實質地去探討到底設備使用規則為何。因為自動付款機只在意真卡真密碼，故行為人只要是使用真卡真密碼提款，即並未違反彰顯設備設置者意思地設備使用規則，故非不正方法¹⁷。

【考題觀摩】

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

¹⁷ 蔡聖偉，論盜用他人提款卡的刑事責任，月旦法學雜誌，144期，頁31，2007年5月。

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）（106 年 司法官）

刑法第 294 條有義務遺棄罪之罪質：

最高法院 107 年度台上字第 1362 號判決：

刑法第 294 條第 1 項之違背義務遺棄罪，係抽象危險犯，故不以果已發生危險為必要。又負有此項義務之人，不盡其義務時，縱有其他無照護義務之人為之照護，因該非出於義務之照護（類似無因管理）隨時可能停止，對無自救力之人之生命既仍處於有可能發生危險之不確定狀態，自不影響該依法令負有此義務之人遺棄罪之成立。

學說見解

1、抽象危險犯說

此說認為有義務遺棄罪應為抽象危險犯。否則如果將其解釋為具體危險犯，在現代支援體系或扶助網絡綿密的社會裡，被遺棄者總是可以得到照護，則有義務遺棄罪幾無可以成立的空間¹⁸。

2、具體危險犯說

此說認為有義務遺棄罪之成立，僅對於生命具有抽象危險仍有未足，需有具體危險。因為並非對無自救力之人之遺棄行為，均具應刑罰性，而是只有遺棄行為會導致無自救力之人喪失生命之高危險性，始有加以刑罰制裁之必要。

將有義務遺棄罪添加上「致生命危險」的不成文構成要件要素，將其解釋成具體危險犯的作法，可以有效達成限制刑罰的功能，且較貼近從保護法益為生命法益的視角上立論¹⁹。

¹⁸ 林東茂，遺棄罪，月旦法學教室，83 期，頁 28-29，2009 年 9 月。

¹⁹ 許恒達，不作為遺棄罪免責規範的法律定性，台灣法學雜誌，300 期，頁 102，2016 年 7 月。

【楊過貼心小叮嚀】：

大家一定要非常清楚這個爭點什麼時候要使用。這個爭點使用的時機都會是在行為人將無自救力之人放在一個「相對安全的地方」時才會提及此爭點。例如說像是「醫院、警察局、育幼院」。

不然如果今天將無自救力之人放在動物園的老虎獅子區裡面，說真的你採哪說都沒差，因為不管你採哪說都一定會有危險嘎嘎嘎！

【考題觀摩】

甲女因與其夫 A 感情不睦，於醫院產子 B 後，棄子於醫院。數日後，A 接獲醫院通知，領回其子。A 旋即喪生，A 母乙接手照料 B，並找到甲，電請負起扶養義務。甲回絕乙的要求，且開始避不見面。乙無奈只好以家境不佳、年邁無力照顧為由，將 B 交付予私立育幼院。往後一年乙不僅不去探視，也不交付相關費用。育幼院長丙與乙多次協調不果，不堪負擔，也不諳法令，一心只想解脫麻煩，遂於某日深夜將書明戶籍資料的信件置於 B 懷中，並將 B 棄置在警局門口。警察旋即發現 B，立即施以保護，並於翌日通報地方政府社會科，社會科將 B 安置於公立育幼院。(100 年 司法官)

試問：按實務見解甲、乙、丙各觸犯何罪？

請問你對於實務見解有何評論？

甲女於醫院產下男嬰乙後，因擔心自己無經濟基礎無法獨自扶養乙，遂於半夜逕自離開醫院，不顧處於醫院新生嬰兒室的乙而離去。試問：甲之行為應如何處斷？(107 年 司法四等法院書記官)

刑法第 315 條之 1 與 GPS 跟監：

最高法院 106 年度台上字第 3788 號判決：

按刑法第 315 條之 1 第 2 款妨害秘密罪之立法目的，係對於無故竊錄他人非公開活動、言論、談話或身體隱私部位之行為，予以限制，以保障人民秘密通訊自由及隱私權。所謂「非公開之活動」，固指該活動並非處於不特定或多數人得以共見共聞之狀態而言，倘處於不特定或多數人得以共見共聞之狀態，即為公開之活動。惟在認定是否為「非公開」之前，須先行確定究係針對行為人之何種活動而定。以行為人駕駛小貨車行駛於公共道路上為例，就該行駛於道路上之車輛本體

外觀言，因車體本身無任何隔絕，固為公開之活動；然由小貨車須由駕駛人操作，該車始得移動，且經由車輛移動之信息，即得掌握車輛使用人之所在及其活動狀況，足見車輛移動及其位置之信息，應評價為等同車輛使用人之行動信息，故如就「車內之人物及其言行舉止」而言，因車輛使用人經由車體之隔絕，得以確保不欲人知之隱私，即難謂不屬於「非公開之活動」。

又偵查機關為偵查犯罪而非法在他人車輛下方底盤裝設 GPS 追蹤器，由於使用 GPS 追蹤器，偵查機關可以連續多日、全天候持續而精確地掌握該車輛及其使用人之位置、移動方向、速度及停留時間等活動行蹤，且追蹤範圍不受時空限制，亦不侷限於公共道路上，即使車輛進入私人場域，仍能取得車輛及其使用人之位置資訊，且經由所蒐集長期而大量之位置資訊進行分析比對，自可窺知車輛使用人之日常作息及行為模式，難謂非屬對於車輛使用者隱私權之重大侵害。而使用 GPS 追蹤器較之現實跟監追蹤，除取得之資訊量較多以外，就其取得資料可以長期記錄、保留，且可全面而任意地監控，並無跟丟可能等情觀之，二者仍有本質上之差異，難謂上述資訊亦可經由跟監方式收集，即謂無隱密性可言。

蔡聖偉教授見解：

蔡聖偉教授在其近期文章中區分不同的涵攝素材，將 GPS 跟監的問題討論更加細緻化，即區分成「**車輛的行駛與靜止**」、「**抽象的車輛行蹤**」予以討論。

(1) **車輛的行駛與靜止**：車輛本身行駛在公共道路上就已經是公開的活動。車體當然對於車內之活動提供了一個足以確保隱私的物理屏障，但就該車的行駛動靜來說，車體當然就不能算是有物理隔絕。

而對於所謂的馬賽克理論，也就是如果累積大量資訊，即會對個人隱私產生嚴重危害，就如同馬賽克拼圖，將眾多的瑣碎圖案拼湊在一塊，便可呈現出全面的圖像。但是只要我們認為本案中，以車輛的行駛動靜為涵攝素材，但這樣的活動是公開的，不合於非公開此要素的話，量變即不會導致質變，終究還是不合於要構成刑法第 315 條之 1 犯罪的非公開此要素。

又更為重要的是，如果我們是以車輛的行駛動靜為本罪所指涉的活動，那麼竊錄的對象(車輛的行駛動靜)根本自始不屬於竊錄的內容(抽象的車輛行蹤)，則自始難以合於竊錄此要素。

(2) **抽象的車輛行蹤**：既然本罪所要保護的是個人的隱私或秘密法益，那麼就應該將本罪的活動限縮在自然人作為行為主體的情形。而透過 GPS 追蹤器側錄到

的只是抽象的位置資訊，這和自然人的行為舉止有著很大的差異。

(3)綜上所述，應認為行為人以 GPS 側錄他人的行車位置及行駛路線等等資訊的行為，不合於「非公開活動」此要素，不成立刑法第 315 條之 1 的竊錄罪²⁰。

²⁰ 以上整理自 蔡聖偉，再論私裝 GPS 跟監與「竊錄非公開活動」－評最高法院 106 年度台上字第 3788 號刑事判決，月旦裁判時報，76 期，頁 33－39，2018 年 10 月。



考生的心聲，讀家聽到了！

由補教名師**常陽**
擔任年度導師，



帶領你從先修到正規課程，步步站穩根基！

2021
讀家補習班

司法四等 全修班

書記官 · 法警
執達員 · 執行員

7/4 SAT先修課程開課

面授 21800元起

函授 23800元起

憑109年司法四等同類科准考證
再優惠3000元

讀家優惠價即日起至8/31止

加贈當年度總複習課程

專業科目	師資	上課日期	堂數
民法概要	常陽 (黃映智)	先修 2020/7/4(六) 10:00、14:00	2
		正規 2020/8/22起每周六10:00、14:00	40
刑法概要	王子璽	先修 2020/7/10(五)18:45、7/15(三)18:45	2
		正規 2020/9/1起每周二、四18:45	30
行政法概要	陳希 (洪宜辰)	先修 2020/7/26(日)9:30、14:00	2
		正規 2020/8/30每周日9:30、14:00	34
民事訴訟法概要	李甦 (李杰峰)	先修 2020/7/14(二) 18:45、7/16(四)18:45	2
		正規 2021/2/18起每周一、四18:45	25
刑事訴訟法概要	莫莉 (王妙華)	先修 2020/8/1(六) 9:30、14:00	2
		正規 2021/1/10起每周日9:30、14:00	25
法院組織法	徐偉超	2020/10/21起每周三18:45	12
強制執行法概要	徐偉超	2020/12/23起每周三18:45	12

☆共同科目請洽班內詳細課表☆

☆讀家保留調整上述師資權利與課程時間權利

讀家

READER PLACE

02-7726-6667 · 02-7726-6766

台北市私立讀家法律商業技藝文理短期補習班

10047 台北市中正區館前路八號四樓 北市教終字第10730162700號





110年度律師/司法官課程師資表

- 民事財產法 — 張璐 (洪健智) 台大法研所民事法組 / 教育部公費留學考試民事法學組考試榜首 / 律師高考及格
賴川 (賴建樺) 台大法研所民事法組 / 律師高考及格
路易 (蔡崧萍) 北大法研所民事法組 / 法院書記官及格 / 東吳大學法律系講師 / 律師高考及格
程穎 (陳姿嵐) 台大法研所民事法組 / 律師高考及格
陳楓 (雷鈞崱) 台大法研所商事法組 / 司法官特考及格 / 律師高考及格
- 身分法 — 程穎 (陳姿嵐) 台大法研所民事法組 / 律師高考及格
毅文 (連弘毅) 台大法研所商事法組 / 司法官特考及格 / 律師高考及格
- 刑法 — 連芯 (簡佑君) 政大法研所刑法組 / 律師高考及格
周易 (楊駿賢) 政大法研所刑法組 / 補教名師
楊過 (郭文傑) 北大法研刑法組 / 律師高考及格
王子璽 台大法研所刑事法組 / 律師高考及格
- 民事訴訟法 — 李甦 (李杰峰) 輔大法研所民商法組碩士 / 律師高考及格
蕙偉 (張建偉) 台大法研所民事法組 / 司法官特考及格 / 律師高考及格
- 刑事訴訟法 — 言頁 (許願) 政大法研所刑法組 / 律師高考及格
莫莉 (王妙華) 政大法研所刑法組碩士 / 律師高考及格
益明 (林邦彥) 東吳法研所刑事法組 / 律師高考及格
- 憲法 — 徐偉超 輔大法研所博士班 / 高雄大學法學院講師 / 律師高考及格
寧尚 (李俊良) 台大法研所公法組 / 律師高考及格
陳希 (洪宜辰) 政大法研所公法組碩士 / 律師高考及格
鍾禾 (莊智翔) 台大法研所公法組 / 律師高考及格
- 行政法 — 徐偉超 輔大法研所博士班 / 高雄大學法學院講師 / 律師高考及格
陳希 (洪宜辰) 政大法研所公法組碩士 / 律師高考及格
鍾禾 (莊智翔) 台大法研所公法組 / 律師高考及格
- 保險法 — 高宇 (高振格) 政大風管所 / 律師高考及格
柏達 (吳治霖) 北大法研所 / 產物保險公司核保人員、法令遵循從業人員 / 律師高考及格
毅文 (連弘毅) 台大法研所商事法組 / 司法官特考及格 / 律師高考及格
曉涵 (吳小涵) 台大法研所商事法組 / 律師高考及格
- 公司&證交 — 祁明 (林子堯) 東吳法研所民商法組 / 法院書記官及格 / 調查局特考及格 / 律師高考及格
希言 (林佳儒) 美國南加州大學法學碩士 / 中正法研所 / 律師高考及格
陳楓 (雷鈞崱) 台大法研所商事法組 / 司法官特考及格 / 律師高考及格
毅文 (連弘毅) 台大法研所商事法組 / 司法官特考及格 / 律師高考及格
- 強執&票據 — 歐政 (毛書傑) 政大法研所財經法組 / 律師高考及格
- 國公 — 林毅 (葉祐逸) 中山學術研究所法學博士
路易 (蔡崧萍) 北大法研所民事法組 / 法院書記官及格 / 東吳大學法律系講師 / 律師高考及格
- 國私 — 林毅 (葉祐逸) 中山學術研究所法學博士
云揚 (盧起揚) 中正大學法研所國際法組 / 武漢大學國際法研究所博士班 / 律師高考及格
- 海洋&海商 — 許霍 (方凱弘) 海洋大學輪機工程學系商船組博士班 / 海洋大學法研所 / 航海系專技助理教授
- 法倫 — 歐拉 (陳慶鴻) 台大法研所基礎法學組 / 律師高考及格
- 智財 — 凝以 (林穎) 台大法研所經濟法組 / 律師高考及格
艾格 (許家華) 北大法研所法律專業組 / 律師高考及格
- 財稅 — 王介 (曾玠智) 台大法研所財稅法組 / 律師高考及格
- 勞社 — 游正曄 東吳大學法研所 / 律師高考及格
士音 (盧品澤) 政大勞社法組
- 法英 — Alexis (郭怡妘) 台大財經法學組 / 律師高考及格 / 美國紐約大學智慧財產權法組碩士 / 英國University of Bristol資訊工程碩士 / 美國紐約州律師考試及格