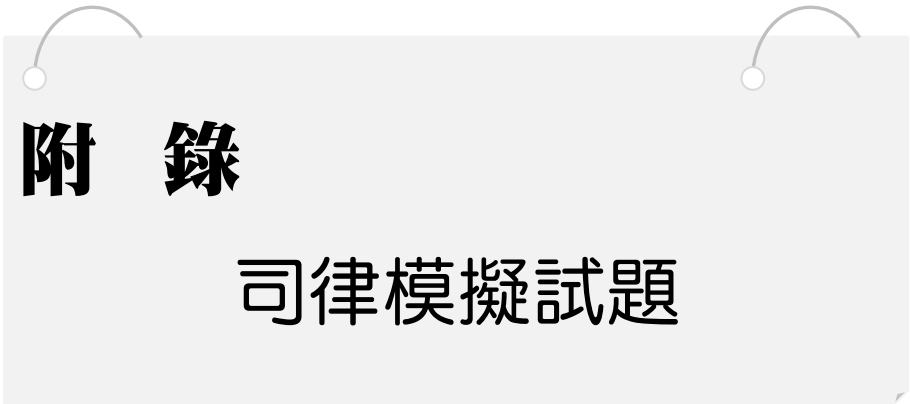




附 錄

司律模擬試題

有鑑於許多讀者可能在刑法的學習過程中，多少都有接觸到律師司法官的考古題，導致在練習考古題的時候，難免已經事先了解到題目或答案，進而難以客觀地評估自己應對真實國家考試時的情況。

職此，筆者在這個章節安排五回的自擬試題，提供各位讀者練習，同時也附上詳盡的擬答，其命題方式乃仿照律師司法官的國家考試，但排除部分較冷門的考點或罪名（例如110年的堵塞逃生通道罪），並在傳統或較新爭點的架構下增加鑑別度，而在作答時間上應該也會顯得稍加緊湊，如果讀者對於此類考題能夠掌握，那麼相信對於國家考試以及接下來可能因電腦化而提升答題份量的司律二試也會更加從從容容、游刃有餘。

第一回

甲因丙經營生意向其借款一百萬逾期遲未清償，屢催不還，遂以五萬元請乙到丙所經營的火鍋店裡砸店，並恐嚇丙盡快還錢。乙在與好友丁談及此事時，丁也因曾與丙有過結，而隨即將自己的木製球棒出借給乙，乙雖然備感溫馨並決意大幹一場，但在將木製球棒帶回後，擔心木頭材質不耐敲打，便帶著自己的鐵製球棒前往砸店。乙在營業時間持球棒進入火鍋店後，隨即開始一陣敲打，將店內擺設及餐具敲毀後，發現唯一一位正在用餐的客人戊竟是自己的仇人，便二話不說，將桌上滾沸的火鍋湯頭往戊的臉上潑灑，戊頓時倒地呻吟。丙聽到店內動靜後，便從廚房出來查看，乙隨即對丙又是一陣猛敲，致其全身多處瘀傷，離走前揚言若丙不盡快還甲錢，下次就還會帶著球棒來光顧。待乙走出火鍋店後，丙恐懼的心始稍微平復，便馬上回廚房拿起菜刀衝出店外，從背後將乙的右手腕一刀砍斷，乙痛得在地上哀號並苦苦哀求，丙才放下菜刀，拿起手機電召救護車，將乙連同戊送往醫院，經一段時間治療後，乙的手腕成功接回，雖然不能完全像正常人般靈活轉動，但仍能應付一般生活及工作上的庶務，而戊的臉部則有百分之六十的燒燙傷疤痕殘留。試問甲、乙、丙、丁之行為在刑法上應如何評價？（答題除引用相關學說或實務見解外，應就本案之論斷附具個人見解）（100分）

【筆者自擬】

答題架構

一 乙之刑責：

1. 侵入建物罪（§ 306）
 - (1) 概括性同意之開放建物
 - (2) 意思侵害說／功能干擾說
2. 毀損罪（§ 354）、對戊之重傷罪（§ 278 I、§ 10 IV）、對丙之傷害罪（§ 277 I）
3. 不成立恐嚇取財罪（§ 346）、成立恐嚇危害罪（§ 305）
4. 競合

—甲之刑責：

1. 侵入建物罪之教唆犯（§ 306、§ 29）
2. 毀損罪之教唆犯（§ 354、§ 29）
3. 不成立對戊重傷罪之教唆犯
4. 對丙過失致傷罪（§ 284）
5. 恐嚇危害罪之教唆犯（§ 305、§ 29）
6. 競合

—丁之刑責：

◎可能成立毀損罪之幫助犯（§ 354、§ 30）

(1) 幫助未遂

- ① 行為促進說
- ② 風險升高說
- ③ 結果惹起說

(2) 心理幫助

—丙之刑責：

1. 重傷既遂或未遂（§ 278 I、III）
2. 中止未遂（§ 27 I 前段）

擬答

（2,671字）

(一) 乙之刑責：

1. 乙為砸店而於營業期間進入火鍋店之行為，成立刑法（下同）第306條侵入建物罪：

(1) 客觀上，乙所進入之火鍋店係屬建物所有人或管領人對於進入該建物之人事先為「概括性同意」之「開放式建物」，惟就此等建物，應如何判斷行為人係未經同意而侵入，容有爭議：

- ① 意思侵害說認為，凡基於違法或不受歡迎之目的而進入建物者

均屬之，故乙成立本罪。

②惟本文以為，行為人之內在想法難以證明，且有處罰思想之虞，故應限於行為人進入建物時，其外在形象已清楚偏離受概括的許可，亦即干擾建物設置功能，始得認其未經同意。

③本件，依上開本文見解，乙於火鍋店營業時間持球棒進入，其外在形象已清楚偏離受概括的許可，已干擾火鍋店設置以供客人用餐消費之功能，故難認乙已經場所管領人丙之同意，而屬侵入建物。

(2)主觀上，乙有侵入建物之故意。

(3)乙無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

2. 乙敲打店內擺設及餐具之行為，成立第354條毀損罪：

(1)客觀上，乙敲打店內擺設及餐具之行為，係損壞店內擺設及餐具並致其無法繼續發揮裝飾及盛裝食物功能之致令不勘使用，且致生損害於所有權人之毀損行為；主觀上，乙具毀損故意。

(2)乙無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

3. 乙以滾沸湯頭潑灑戊臉之行為，成立第278條重傷罪：

(1)客觀上，乙以滾沸湯頭潑灑戊臉，致其經相當治療後，臉部仍有百分之六十的燒燙傷疤痕殘留，而對社會交往形成長期之重大不便，符合第10條第4項第6款之重傷要件；主觀上，乙有重傷之故意。

(2)乙無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

4. 乙猛敲丙致其全身多處瘀傷之行為，成立第277條第1項傷害罪：

(1)客觀上，乙持球棒猛敲丙，屬對丙之身體安適性及完整性造成顯非輕微不利影響之身體傷害，且丙因此受有全身多處之瘀傷，亦屬對身體功能造成偏離之健康傷害；主觀上，乙有傷害之故意。

(2)乙無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

5.乙揚言若丙不還甲錢則還會帶著球棒來光顧之行為，因甲本對丙有民法上之債權，催討還債係在實現其合於法秩序之債權，故不成立第346條恐嚇取財罪。

6.乙揚言若丙不還甲錢則還會帶著球棒來光顧之行為，成立第305條恐嚇危害罪：

(1)客觀上，乙揚言若丙不還甲錢則還會帶著球棒來光顧，係加害丙身體及財產法益之不法惡害通知，已致生丙安全之危害；主觀上，乙具恐嚇危害之故意。

(2)乙無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

7.乙上開所成立之毀損罪、傷害罪、重傷罪及恐嚇危害罪係屬狀態犯，係於侵入建物之繼續犯期間所為，惟法定刑重於侵入建物罪，基於「輕罪不得夾重罪」，應予以「去除夾結效果」，不得與侵入建物罪論以想像競合（Idealkonkurrenz），又其各罪間犯意個別，行為互殊，係數行為侵害數法益，應按第50條實質競合（Realkonkurrenz），數罪併罰之。

(二)甲之刑責：

1.甲以五萬元請乙前往砸店之行為，成立第306、29條侵入建物罪之教唆犯：

(1)客觀上，甲以五萬元請乙前往砸店，乃促使乙產生犯意而具造意作用之教唆行為，且乙持球棒進入火鍋店之主行為已達著手而可供甲為共犯限制從屬；主觀上，甲有教唆及使被教唆犯罪既遂之「雙重故意」。

(2)甲無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

2. 甲請乙前往砸店之行為，成立第354、29條毀損罪之教唆犯：

(1) 客觀上，甲請乙前往砸店，乃促使乙產生犯意之教唆行為，且乙持球棒敲打店內擺設及餐具之主行為已達著手而可供甲從屬；主觀上，甲有教唆之雙重故意。

(2) 甲無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

3. 甲請乙前往砸店，乙因此猛敲丙而致其瘀傷之行為，成立第284條過失致傷罪：

(1) 客觀上，甲請乙前往砸店之行為與乙猛敲丙而致其瘀傷之結果間有條件因果關係及客觀歸責；主觀上，甲應可叮囑僅須砸店與恐嚇，毋須敲傷丙，而有注意義務之違反，且應有預見與避免可能性。

(2) 甲無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

4. 甲請乙前往砸店之行為，因其對於乙會碰巧遇見仇人戊而以湯頭潑灑戊臉部，欠缺預見可能性，甲無須為被教唆人乙此等逾越行為負責，故不成立第278、29條重傷罪之教唆犯。

5. 甲請乙前往砸店並恐嚇還錢之行為，成立第305、29條恐嚇危害安罪之教唆犯：

(1) 客觀上，甲請乙前往砸店並恐嚇還錢，乃促使乙產生犯意之教唆行為；主觀上，甲有教唆之雙重故意。

(2) 甲無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

6. 甲上開所成立之各罪，皆出於同一意思決定，係一行為侵害數法益，應按第55條想像競合，從一重處斷。

(三) 丁之刑責：

丁提供乙木製球棒之行為，可能成立第354、30條毀損罪之幫助犯：

1.客觀上，乙並未使用丁所提供之木質球棒以實行犯罪行為，此乃學理所稱之「無效幫助」，其是否成立幫助犯，涉及幫助行為與正犯行為對法益侵害間因果關係之爭議：

(1)有認為只要幫助行為促進正犯侵害法益之風險，即得成立因果關係；亦有認為只要幫助行為升高法益受有侵害之風險，即可滿足該因果關係。

(2)惟本文以為，上開二說皆有將實害犯當作危險犯處罰之虞，從而僅有幫助行為對於最終法益侵害結果係不可想像其不存在之條件時，始得成立幫助既遂。

(3)本件，依上開本文見解，因乙將木製球棒帶回後，即帶著自己的鐵製球棒前往砸店，而並未將木製球棒使用於犯罪之實行，然其因丁提供球棒之行為而備感溫馨並決意大幹一場，屬對其犯罪之實行有心理上之幫助，故對於最終法益侵害結果係屬不可想像其不存在之條件，而具有因果關係。

2.客觀上，丁提供乙球棒而使其備感溫馨，乃使乙之犯罪障礙減少而具促進作用之心理幫助；主觀上，丁有幫助及使被幫助犯罪既遂之「雙重故意」。

3.丁無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

(四)丙之刑責：

丙砍下乙右手腕之行為，成立第278條第3項重傷未遂罪，且得依第27條第1項前段主張中止未遂（Rücktritt vom Versuch）以減免其刑：

1.或有認為，是否符合重傷要件應以行為當下為斷，惟本文以為，鑒於重傷相對一般傷害之法定刑大幅提升，其所應保護之重大身體法益應以影響被害人於社會上之長期分工為限。查，乙之右手腕經相

當治療後成功接回，雖不能完全像正常人般靈活轉動，但仍能應付一般生活及工作上的庶務，足認並未影響其社會上長期所反覆進行之事務，從而並不構成第10條第4項之重傷。

2.主觀上，丙具重傷故意；客觀上，丙砍下乙之右手腕，依「主客觀混合說」，其與既遂結果間無須再介入具重要意義之「中間行為」，而以侵入乙重大身體法益之保護領域，並對其造成「直接危險」，從而已達著手階段。

3.又因乙已走出火鍋店，其砸店及傷害之防衛情狀已然結束，從而欠缺「現在性」，丙不得主張第23條本文之「正當防衛」以阻卻違法。

4.丙無其他阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

5.又丙所為砍下乙手腕之行為屬既了未遂，丙主觀上係出於己意而為放棄犯罪之實行並電召救護車積極防果之中止行為，符合「法蘭克公式」，而得依第27條第1項前段主張「中止未遂」而減免其刑。

解後提要

本題算是改編自108年司律第1題的PRO MAX版，整體而言並沒有涉及太過冷門或新穎的考點，但增加了如重傷判斷、中止未遂、被教唆人逾越等較傳統且多次出現在國家考試中的考點，考驗考生的論述以及對時間掌控分配的能力。

就重傷成立與否的論述，其實這裡要認為構成重傷亦無不可，只要論述到位，其實考試有時候並不會有絕對標準的答案，所以這部分反而是可以讓考生不會那麼有壓力的地方。

而就「夾結效果」的具體論處，學說上還存在不少爭議，不過筆者向來的主張是，競合固然是必須要處理的部分，但通常不會是

考試的重點，除非題目本身就是專門在考競合，否則我們不必花費太多的篇幅去探討，所以我們也必須學著如何用最精簡的語句與方式來處理複雜的競合問題。

而且確實也存在不少對於夾結效果存在必要性的質疑，亦即，基於夾結效果「輕罪不得夾重罪」，進而必須去除夾結效果的論處，其實也就是我們單純依照想像競合從一重處斷的論處結果而已，實在沒有必要再多此一舉發明這個看似欠缺實益的概念。

另外，與108年司律第1題已經打烊而不對不特定人概括同意進入的居酒屋不同的是，由於正值火鍋店的營業時間，所以這裡毫無懸念地是要討論到侵入開放性建物的爭點。