

《刑法概要》

一、甲為我國國民，至日本留學期間，因愛慕同為從臺灣至日本留學的乙女，向其索愛不成，遂趁乙不注意時以水果刀將其刺死。甲在日本被判殺人罪，服刑期滿返臺後，我國法律是否得再對甲進行追訴？（25 分）

命題意旨	本題主要在測試考生對於「刑法適用效力」的熟悉程度，考點在於「屬地原則擴張」以及「複勘原則」，只要掌握這兩個爭點，本題自然迎刃而解。
答題關鍵	請先詳述有關「地的適用效力」的相關體系，再將案例事實涵攝入內即可。
考點命中	《高點刑法講義第一回》，易台大編撰，頁 16。

【擬答】

(一)關於我國刑法的適用效力，主要基準係採取「**屬地原則**」，也就是說國家對於在該國主權領域之「內」所發生的所有犯罪，均具有刑罰權；至於領域內犯罪的行為人或受害人是何者，原則上在所不問。這在我國刑法（以下同）第 3 條前段定有明文。然而在我國主權領域「外」之犯罪，我國刑法另有對於「**屬地原則擴張**」的特別規定：

1. **國旗原則**：在我國主權領域外之我國船艦或航空器內犯罪者，鑒於本國籍航空器與船艦與本國連結度高，因此將其視為本國領域之延長。第 3 條後段定有明文。
2. **屬人原則**：以行為人之「國籍」為連繫因素，認為本國國民縱使身處本國主權範圍以外，仍應僅可能遵守本國法之規定，至少不得為重大違反刑法之行為。我國法另分為「公務員之屬人原則（第 6 條）」與「一般國民之屬人原則（第 7 條）」兩種。
3. **保護原則**：以「受害法益」為連繫因素，認為若侵害本國國家法益或本國個人法益之特定犯罪，不問行為人國籍為何，皆適用本國刑法處罰，以周到地保護本國與本國國民之法益。關於保護「本國國家法益」者，我國法規定於第 5 條 1 至 3 款、5 至 7 款；保護「本國人民法益」者，規定於第 8 條。
4. **世界法原則**：本於世界所共同維護的法秩序，不論行為人之國籍，亦不論犯罪地何在，更不問是否侵害內國法益，均有內國刑法的適用。我國法規定於第 5 條第 4 款與第 8 至 10 款。

(二)依題示，我國國民甲使用水果刀將同屬我國國民之乙刺死，所觸犯者乃殺人罪，係最高本刑 3 年以上有期徒刑之罪，且依據日本法律亦有處罰明文規定。按第 7 條屬人原則之規定，有我國刑法適用空間。

(三)惟甲已經在日本被判殺人罪且服刑期滿返臺，我國法律是否仍得再對甲進行追訴，不無疑問。依據第 9 條之規定，同一行為雖經外國確定裁判，仍得依本國刑法處斷，只不過在外國已受刑之全部或一部執行者，得免其刑之全部或一部之執行，學說上稱此作「**複勘原則**」。職是之故，我國法律仍得再對甲進行追訴，不過鑑於甲已在日本服刑期滿，故得免其刑之全部或一部之執行。

二、甲為防止偷車賊，於車庫上方設置機關，如有人偷車誤觸機關則石頭將落下。某日，小偷乙果然上門偷車，被石頭落下砸中一眼失明。請問甲是否要對乙失明的結果負刑事責任？如果是在附近玩球的丙，為撿球誤觸機關致自己失明，答案是否不同？（25 分）

命題意旨	測驗關於正當防衛要件的熟悉程度，尤其注意「預先防衛」的考點；至於後半部則是單純過失犯的操作，著墨於客觀歸責理論與預見可能性的說明即可。
答題關鍵	預先防衛的重點有二，其一為防衛情狀「現在不法侵害」之判斷，其二為防衛行為「必要性」之判斷，只要抓住這兩個重點，本題並不困難。
考點命中	《高點刑法講義第二回》，易台大編撰，頁 62、頁 66-69、頁 83-90。

【擬答】

(一)甲設置機關導致小偷乙一眼失明之行為，成立刑法（以下同）第 278 條第 1 項的重傷罪。

1. 甲在車庫上方設置機關導致小偷乙一眼失明之結果，該結果屬於第 10 條第 4 項第 1 款所稱之重傷結果，行為與結果之間具備條件理論下的因果關係，又製造法所不容許的風險且在結果中加以實現，客觀構成要件該當。主觀上甲對於前述事實的發生雖有所預見，卻不違背其本意，屬於第 13 條第 2 項的未必故意，主觀構成要件亦該當。

2. 違法性部分，甲預先設置機關防止他人不法侵害之結構學理上稱作「預先防衛」，是否可以主張第 23 條的正當防衛阻卻違法則有待討論。通說主張在小偷乙上門偷車時的確對甲造成一個現在不法之侵害，亦即**當下存有一個迫在眉睫的侵害行為**，甲所設置的機關正是對這個不法侵害加以反應，故可以滿足防衛情狀之要求。真正的問題點毋寧是防衛行為的手段選擇，縱使機關落石足以排除乙的侵害行為，然而使用令人受重傷的方式似乎並非最小侵害手段，因而無從通過「必要性」的檢驗。相同的道理，第 24 條緊急避難也無從通過最小侵害性的檢驗。總此而言，甲無從阻卻違法。

3. 甲雖然不能阻卻違法，**卻因為逾越必要性而成立防衛過當而可得寬恕罪責**，據第 23 條但書之規定，成立重傷罪但可以減輕或免除其刑。

(二) 甲設置機關導致撿球的丙一眼失明之行為，成立第 284 條第 1 項的過失致重傷罪。

1. 甲設置機關導致丙一眼失明之重傷結果，行為與結果之間具備條件理論下的因果關係，又甲設置後便任其自然運作，竟然未在機關附近樹立警語或從旁監督，**乃製造法所不容許的風險且在結果中使風險實現**，客觀構成要件該當。主觀上甲雖然沒有使無辜者受重傷之意欲，卻對不善加管理裝置可能導致其他人受傷有預見可能性，依據第 14 條第 1 項之規定至少有「**無認識過失**」。

2. 甲無阻卻違法或阻卻罪責事由，成立過失致重傷罪。

三、甲見路邊有一未上鎖之自行車，企圖據為己有，趁車主 A 在商店買東西，便將車騎走。A 見狀緊追不捨。幾百公尺後，甲撞遇友人乙，告以原委，並請乙共同將 A 驅離，乙應允。甲與乙將自行車放在身後，A 氣喘吁吁趕到後，甲向 A 表示「錢財乃身外之物，現在四下無人，你孤立無援不要因小失大，趕快離開」。A 發現甲乙兩人眼露凶光，因而心生恐懼，急忙離去。甲、乙依刑法如何評價？(25 分)

命題意旨	本題考點全數集中於準強盜罪，並且落在「強制程度」以及「參與關係」的問題之上，前者要留心司法院大法官解釋，後者要注意學說上的三種不同意見。至於要選擇哪一說則無傷大雅，體系一貫即可。本題也算是整張考卷內較複雜的題型，時間分配時請小心拿捏。
答題關鍵	準強盜罪強制程度的三種見解，臚列時缺一不可，請謹慎。本題算是整張考卷內較複雜的題型，時間分配時請小心拿捏。
考點命中	《高點刑法講義第七回》，易台大編撰，頁 37-44。

【擬答】

(一) 甲將他人自行車騎走之行為，成立刑法（以下同）第 320 條第 1 項的竊盜罪。

1. 客觀上該自行車係 A 之動產，甲破壞 A 對於動產的持有並建立屬於自己的持有，該當竊取行為；主觀上甲明知前述事實並有意為之，又清楚知悉自己並無請求該動產的法律上權利，卻仍然想以所有權人自居，具備竊盜故意與不法所有意圖。

2. 甲無阻卻違法或阻卻罪責事由，成立竊盜罪。

(二) 甲施加脅迫要 A 離去之行為，成立第 329 條的準強盜罪。

1. 客觀上甲符合「**犯竊盜或搶奪在先**」的成罪前提要件，且由於車主 A 一路追躡甲在後，無論通說抑或實務見解都承認其時間與場所的密接性質，該當「**當場**」文義無疑。較有疑義的是「**施以強暴脅迫**」，究竟要達到何種程度始足，以下分述之：

(1) 學說上曾有主張（甲說），既然本條並無類同第 328 條強盜罪「至使不能抗拒」之規定，便是不要求要達到不能抗拒之程度，**此乃基於罪刑法定解釋的必然**。

(2) 學說上另有主張（乙說），既然本條最終的法律效果是「以強盜論」，為了避免產生罪刑不相當的疑慮，自應以第 328 條為藍本，要求達到不能抗拒之程度，**始合於罪刑相當原則**。

2. 司法院大法官第 630 號解釋曾針對此爭議發表意見，原則上贊成乙說之見解，不過在用語上卻採取「**使人難以抗拒**」作為判準。據此用詞，強度似乎略遜於至使不能抗拒，然有鑑於大法官解釋有拘束全國各機關人民之效力，本文姑且從之。案例中甲所施加的現在惡害通知該當脅迫概念，且令 A 心生恐懼而急忙離去，該當使人難以抗拒之要件。

3. 甲主觀上對前述事實明知且有意為之，更具備防護贓物與脫免逮捕之意圖，無阻卻違法或阻卻罪責事由，成立準強盜罪。

(三) 乙施加脅迫要 A 離去之行為，成立第 329 條準強盜罪的幫助犯。

1. 乙該當「意圖防護贓物、脫免逮捕而當場施以脅迫」之要件，然而並未犯竊盜罪在先，本情形該如何適用法條，學理上容有爭議。主張準強盜罪係**純正身分犯者**，依循第 31 條第 1 項之規定，論乙與甲成立準強盜罪之共同正犯；主張準強盜罪係**不純正身分犯者**，依循第 31 條第 2 項之規定，論乙成立普通之強制罪。
2. 惟新近學說見解認為乙對於前行為並無犯罪支配，故不應論準強盜罪正犯，而是思考共犯的成立可能。循此見解，客觀上乙有幫助行為、正犯故意既遂不法以及因果關係，主觀上有幫助犯的雙重故意，應依據第 30 條成立準強盜罪之幫助犯。
3. 乙無阻卻違法或阻卻罪責事由，成立準強盜罪之幫助犯。

(四) 結論：甲所成立之竊盜與準強盜兩罪，乃是不真正競合而僅論準強盜罪已足；乙則成立準強盜罪之幫助犯。

四、甲受警匪片影響，經常想像自己為身手不凡之便衣刑警。某日，甲在街上目睹 A 行竊，趨前將 A 制服，並自稱便衣刑警，請圍觀民眾報警。警察製作筆錄時，發覺甲根本不是警務人員。甲的行為，如何評價？（25 分）

命題意旨	算是很簡單的題目，但卻因為考到了冷門條文而增加了難度。只要掌握「現行犯之逮捕」、「可罰的違法性理論」即為已足，分則條文比較像是點綴的。
答題關鍵	建議朝行為人不成立犯罪的方向思考，因此別忘記「可罰的違法性」這個超法定的阻卻違法事由。
考點命中	《高點刑法講義第二回》，易台大編撰，頁 99、頁 104。

【擬答】

(一) 甲制服 A 並扭送警局之行為，不成立刑法（以下同）第 302 條第 1 項的私行拘禁罪。

1. 客觀上甲剝奪 A 之身體行動自由，主觀上甲明知前述事實卻仍有意為之，構成要該當。
2. 違法性部分，須檢驗甲是否無正當理由而該當「私行」與「非法」之要件。依題旨，A 係一名當街行竊者，按刑事訴訟法第 88 條之規定，A 是一名現行犯無疑，依法任何人都得將其逮捕，並旋即依刑事訴訟法第 92 條之規定送交警方處理。甲所作所為是現行犯之逮捕，且亦履行了送交義務，當可按第 21 條第 1 項之規定，主張依法令之行為阻卻違法。

(二) 甲制服 A 並扭送警局之行為，不成立第 158 條的僭行公務員職權罪。

客觀上甲雖冒充公務員，卻並未有行使公務員職權之行為，畢竟現行犯之逮捕是任何人都可以做的。縱使認為甲主觀上有冒充公務員並行使公務員職權之想法，也因本罪並不處罰未遂而無討論實益。

(三) 甲自稱便衣警察之行為，不成立第 159 條的冒用公務員官銜罪。

1. 客觀上，大街屬於不特定人可得共見共聞之公然情狀，甲公然自稱便衣警察，實務見解傾向認為是冒用官銜之行為（法務部 80 年法檢 2 字第 130 號法律問題）；主觀上甲明知前述事實並有意為之，具備故意。
2. 違法性的檢驗上，由於冒用官銜並非具有實效性的正當防衛行為，甲並無任何法定的阻卻違法事由可供主張。惟此種情形若論甲成立本罪實在過刻，畢竟甲並非冒用官銜從事不法行為，故應依循所謂「可罰的違法性理論」處理之。案例中甲所造成的結果不法極其輕微，且係使用在現行犯之逮捕或為他人防衛的情境之中，行為逸脫性也極度輕微，當可依據可罰的違法性阻卻違法而不成立犯罪（74 台上 4225 例立場亦同）。