

# 《刑法概要》

一、試說明「空白刑法補充規範」的意義，並論述「空白刑法補充規範」之變更所可能存在的刑法意義。(二十五分)

命題意旨	此為常見之記憶型考題，測驗考生對於空白刑法相關爭點之熟悉度。
答題關鍵	答題時應先從空白刑法開始說明，再說明空白刑法補充規範之意義，並適時加以舉例。而空白刑法補充規範之變更可能存在之刑法意義只要將事實變更說與法律變更說熟記，想要取得高分並不是難題。
參考資料	方律師，刑法總論，P.1-34~P.1-35；方律師，刑法概要，P.1-20~P.1.22
高分閱讀	1.司法四等考場寶典，P6-2：題目3（相似度80%） 2.高點重點整理系列《刑法總則》，方律師（L234），P.1-34~P.1-35：空白構成要件（相似度90%） 3.高點重點整理系列《刑法概要》，方律師（L117），P.1-20~P.1.22：空白構成要件（相似度90%） 4.高點法學錦囊系列《刑法-總則篇》，蔡律師、余律師（L207），P36~37：空白構成要件（相似度90%） 5.高點經典題型系列《刑法總則經典題型》，金律師，P.1-33~1-34(相似度80%)、P.2-288~289(相似度20%)

## 【擬答】

(一)空白刑法，學說上又有稱為「空白構成要件」，係指立法者僅規定罪名、法律效果以及部分之犯罪構成要素，至於其他之禁止內容則規定於其他法律或是行政命令，亦即必須由其他法律或行政命令補充後，方能明確確定可罰範圍之刑法法規。我國普通刑法中第一百十七條違背局外中立命令罪與第一百九十二條違背預防傳染病之法令罪即為空白刑法之適例。換言之，若僅有刑法第一百十七條或是第一百九十二條之規定，並無法確定可罰性之範圍，必須有行政命令之補充（例如局外中立命令或預防傳染病之法令），方得確定可罰性之範圍，故為空白刑法。

(二)空白刑法補充規範之變更，可能會影響到刑法第二條從新從輕原則以及行為人發生錯誤時之適用。

1.「空白刑法補充規範」之變更，有無刑法第二條第一項從新從輕原則之適用？

(1)空白刑法補充規範變更為法律之變更：學說上認為，空白刑法補充規範雖不具備法律之形式，且無刑法之實質內涵，但與空白構成要件結合，即成為空白構成要件之禁止內容，而足以影響可罰性之範圍，故此種行政命令之變更與刑罰法律之變更並無不同，故空白刑法補充規範變更應視為為法律之變更。

(2)空白刑法補充規範變更為事實之變更：實務見解認為，刑法第二條所說之「行為後法律有變更」，係指經立法機關所制訂之「刑罰法律」本身有變更而言。空白刑法補充規範並無刑罰之規定，並非刑法第二條所稱之法律，故其變更並非法律觀念之改變，純為反應社會事實變遷之現象。故空白刑法補充規範變更應視為事實之變更。

(3)小結：本文認為空白刑法補充規範之變更，因足以影響可罰性之範圍，而具有規範性，故屬法律之變更，而有刑法第二條第一項之適用。

2.「空白刑法補充規範」之變更，而行為人發生錯誤時之處理？

依通說見解，空白刑法之補充規範乃空白構成要件不可或缺之部分，倘若欠缺補充規範之禁止內容，則空白刑法根本無法運作，而失卻其存在價值，故行為人對於補充規範之不瞭解而形成之錯誤，即有如對於具體描述行為之客觀不法構成要件之錯誤。因此，刑法對於此等錯誤行為即可適用一般之錯誤規則，加以評價，亦即：行為人對補充規範之客觀不法構成要件要素之錯誤，即適用構成要件錯誤之評價規則，而對於行為人因錯誤致不知有補充規範之存在，或誤認其行為係補充規範所不禁止者，則適用禁止錯誤之評價規則。

二、下列情形，主張正當防衛是否有理由？(二十五分)

(一)甲於路上，遭乙所飼養之狼犬狂咬時，乃持路旁之木棍，擊打該狗死亡。

(二)身材嬌小之甲女，出手毆打體格壯碩之乙男，詎乙竟持鐵條反擊，把甲女打成重傷。

命題意旨	測驗考生對於正當防衛要件之熟悉度。
答題關鍵	答題時必須將正當防衛之規定先行說明，每一小題中再對於關鍵的要件詳加說明即可。
參考資料	方律師，刑法總則，P.2-149~P.2-165；方律師，刑法概要，P.2-83~P.2-87
高分閱讀	1.司法四等考場寶典，P.6-6~7：例題7 2.高點重點整理系列《刑法總則》，方律師（L234），P.2-149~P.2-165：正當防衛要件（相似度60%） 3.高點重點整理系列《刑法概要》，方律師（L117），P.2-83~P.2-87：正當防衛要件（相似度60%） 4.高點法學錦囊系列《刑法-總則篇》，蔡律師、余律師（L207），P96~102：正當防衛之要件（相似度60%） 5.高點法研所歷屆試題詳解（M502），P.2-3-8 輔大93年考題（相似度40%） 6.高點經典題型系列《刑法總則經典題型》，金律師，P.2-202~2-205(相似度50%)、P.141~P.142(相似度50%)

## 【擬答】

(一)行為人欲主張正當防衛以阻卻違法，必須其所該當之犯罪構成要件，符合刑法第二十三條之規定：對於現在不法之侵害，



而出於防衛自己或他人權利之行爲。換言之，該行爲必須出於防衛意思，且是在防衛情狀下的防衛行爲。

本題中之甲，持路旁之木棍將乙所飼養之狼犬擊斃，主客觀均該當毀損罪之構成要件(刑§354)，而是否得主張正當防衛以阻卻違法，關鍵在於乙之狼犬對甲狂咬，是否爲「不法之侵害」？通說認爲，法條所稱之不法之侵害，必須是人爲的，且構成要件該當而具違法性之侵害。因此，若乙所飼養之狼犬對甲狂咬，是出於乙之挑撥，則此時乙之行爲對甲成立傷害罪，爲人爲且構成要件該當、違法之侵害，該狼犬僅爲乙不法侵害之工具，對甲而言屬於現在不法之侵害，故甲將該狼犬擊斃，主張正當防衛以阻卻違法爲有理由。假如乙所飼養之狼犬，並無挑撥之，乃是出於自發而對甲狂咬，此時對甲而言並非不法之侵害，僅爲一類似天災之自然危難而已，甲擊斃該狼犬，即不得主張正當防衛，頂多僅能主張緊急避難。

- (二)本題中，乙把甲打成重傷，該當重傷罪之構成要件(刑§278 I)，而乙得否主張正當防衛，關鍵在於乙之反擊行爲是否爲適當且必要之防衛行爲。學說上認爲正當防衛之防衛行爲，必須符合適當性、必要性的要件，且僅有例外在輕重極爲失衡之情形，才考慮衡平性的問題。依題示，甲出手毆擊乙，乃是對甲實施「現在不法侵害」之行爲，乙之反擊行爲的確能達到排除當下不法侵害之目的，故具有適當性。然而依題示乙男體格壯碩，甲女身材嬌小，可認爲乙男持鐵條反擊並非在眾多具有相同效果手段中，造成損害最小的手段，例如乙可以將甲女抓住扭送警局即可，並無將甲女打成重傷之必要，故不符合必要性之要件。因此，乙男之行爲應不得主張正當防衛阻卻違法，頂多僅能成立防衛過當而減免其罪責(刑§23但)。

三、甲男乙女係屬夫妻，乙因賭博輸錢負債累累，甲乃對之冷嘲熱諷並教唆乙女自殺，惟乙拒絕，問甲犯何罪？(二十五分)

命題意旨	加工自殺罪之著手時點，學說上不同之見解。
答題關鍵	題目並不大，答題時應盡量將兩個不同的學說見解分別介紹，並依各自之見解答題，如此答題方不至於顯得過於簡略。
參考資料	方律師，刑法分則，P.1-19；方律師，刑法概要，P.6-16
高分閱讀	1.高點重點整理系列《刑法分則》，方律師（L235），P.1-19：加工自殺罪處罰之前置（相似度 80%） 2.高點重點整理系列《刑法概要》，方律師（L117），P.6-16：加工自殺罪處罰之前置（相似度 80%） 3.高點法學錦囊系列《刑法-分則篇》，蔡律師、余律師（L208），P34～38：加工自殺罪之未遂犯（相似度 80%） 4.高點法研所歷屆試題詳解（M503），P.4-2-6：高雄大學 93 年考題（相似度 80%）

#### 【擬答】

甲對乙冷嘲熱諷並教唆乙女自殺，可能成立刑法第二百七十五條之加工自殺罪。該條規定，教唆或幫助他人使之自殺，或受其囑託或得其承諾而殺之者，成立加工自殺罪。甲教唆乙自殺而乙拒絕之，客觀上並未生死亡結果，客觀構成要件不該當。惟甲主觀上應有教唆乙自殺並死亡之認識與意欲，故主觀構成要件該當。此時應檢討是否成立未遂犯。

刑法第二百七十五條第二項有處罰加工自殺罪未遂犯之明文，而甲是否成立加工自殺罪之未遂犯，關鍵在於其行爲著手與否。對於加工自殺罪之著手標準，學說上有兩種不同見解，分述如下：

- (一)有學者認爲，行爲人基於使他人自殺之犯意，而開始實施教唆或幫助行爲時，即爲加工自殺罪之著手。即使被教唆人尚未有自殺之行爲，教唆人仍成立加工自殺罪之未遂犯。若依此見解，被教唆人乙即使拒絕甲之教唆，並未自殺，甲仍然成立加工自殺罪之未遂犯。
- (二)另有學者認爲，加工自殺罪之未遂犯必須是被害人已爲自殺行爲，而未生死亡結果，若行爲人已爲教唆行爲，但被教唆人尚未進行自殺之行爲者，教唆人不成立本條之未遂犯。若依此見解，由於乙對於甲之教唆加以拒絕，並未進入自殺之階段，故甲尚未著手，並不成立加工自殺罪之未遂犯。

四、甲於便利商店購物結帳時，見店員背後之置物架上販售一小巧可愛的玩偶，竟一時心起貪念，佯稱有意購買並請店員將玩偶取下而假意賞玩。此時甲見左右無人，竟當著店員的面，帶著玩偶飛快離開便利商店，臨走前並回頭向店內監控之攝影機招手說再見，等店員回過神時，甲已經逃逸無蹤。問甲的行爲依刑法應如何論處。(二十五分)

命題意旨	竊盜、搶奪與詐欺行爲之區分。
答題關鍵	關於竊盜、搶奪、詐欺行爲之區分，實務與學說見解相當分歧，回答時應詳細說明其中之不同，此亦爲本題最重要之考點所在。至少要將實務見解與通說見解答出較佳。若亦能將少數學者之見解答出，應能獲得不錯的分數。
參考資料	方律師，刑法分則，P.2-44～P.2-47；方律師，刑法概要，P.7-23～P.7-25
高分閱讀	1.高點重點整理系列-方律師，《刑法分則》（L235）：搶奪罪（相似度 60%） 2.高點重點整理系列-方律師，《刑法概要》（L117）：搶奪罪（相似度 60%） 3.高點法學錦囊系列-蔡律師、余律師，《刑法-分則篇》（L208），264～265：搶奪罪（相似度 80%） 4.高點律師司法官歷屆試題詳解（LA005），92 年書記官第 4 題（相似度 80%）



## 5.高點法研所歷屆試題詳解 (M503), P.3-3-8: 東海 93 年考題 (相似度 60%)

## 【擬答】

甲趁店員不備，帶著玩偶飛快離開便利商店之行爲，可能成立之刑法上犯罪，依實務或不同之學說見解，會有不同。茲分述如下：

- (一)實務見解認為，搶奪行爲係趁人不備而公然掠取他人之財物。而搶奪罪與竊盜罪之區分則在於公然與否，若行爲人公然取走他人財物，則爲搶奪；若行爲人非公然取走他人財物，則爲竊盜。故本題中之甲當著店員的面飛快離開便利商店，即是趁店員不及防備，而便利商店亦爲公眾得出入之場所，亦屬公然，因此依實務見解甲應成立刑法第三百二十五條之搶奪罪。
- (二)學說認為，詐欺罪乃是行爲人行使詐術使相對人陷於錯誤而將物交付，本題中甲佯稱有意購買並請店員將玩偶取下而假意賞玩，乃是詐術之行使，惟學說上認為此時店員將玩偶交給甲，並無移轉其所有權之意思，故尚不該當詐欺罪中「交付」之要件，故甲不成立刑法第三百三十九條之詐欺取財罪。此外，強取財物之行爲，相對於竊盜罪而言，除非可能造成其他利益的損害，否則就沒有獨立爲犯罪類型之必要。故搶奪行爲指的應該是以身體的攻擊所進行的竊取行爲，也就是可能同時造成被害人身體傷害的竊取行爲，或是對於他人緊密持有的動產所爲之強取行爲，因爲此種奪取往往會造成被害人身體上的傷害，故相對於竊盜罪有加重處罰之必要。若依此見解，甲雖公然趁店員不及防備，將玩偶強取而去，惟該玩偶已由店員交至甲手上賞玩，店員對於該玩偶僅存有一寬鬆的持有，並非緊密持有之動產，且甲亦未對店員進行身體的攻擊。故甲亦不成立第三百二十五條之搶奪罪。由是可知，甲僅因破壞店員對玩偶的持有而建立自己的持有，成立第三百二十條之竊盜罪。
- (三)另有不同見解認為，搶奪乃是行爲人以當場直接侵害持有人或輔助持有人自由意思之手段，破壞持有人對物之監督支配關係，其與強盜之區分，在於搶奪行爲對於被害人自由意思之侵害，尚未達抑制持有人或輔助持有人自由意思之程度。至於實務見解所主張之公然、秘密等要件，則非所問。因此，本題中之甲當著店員的面將玩偶取走，破壞店員對於該玩偶之監督支配，且其使用之手段，當場直接的侵害店員之自由意志，惟其尚未達足以抑制該店員自由意思之程度，故甲應成立第三百二十五條之搶奪罪。

