

# 《刑法概要》

一、甲行經暗巷時，發覺不遠處其仇人乙欲持刀伺機砍殺自己，甲覺得事態緊急，雖知持磚頭朝人丟擲會造成身體上之傷害，仍基於傷害之意思，拾起工地旁堆放之磚頭一塊朝乙丟去，致乙右手臂受傷而倒地。甲之行為應如何論罪？（25 分）

命題意旨	本題測驗考生對於正當防衛現在性的理解。
答題關鍵	解題時，必須特別針對正當防衛「現在性」的要件為闡述，盡量能把學說及實務對於現在性的見解分列各說後予以討論，最後別忘記要討論是否有防衛過當。
考點命中	1.《高點刑法總複習講義》第一回，旭律編撰，頁 44。 2.《刑法爭議研究》，高點文化出版，旭律師編著，2018 年 4 月（4 版），頁 3-27。

## 【擬答】

(一)甲拿磚頭丟乙使其受傷的行為，不構成刑法第 277 條第 1 項故意傷害既遂罪。

1.客觀上，甲的行為是造成乙受傷結果不可想像其不存在的條件，且製造乙受傷法不容許風險，風險也實在構成要件效力範圍內；主觀上，甲明知丟磚頭將造成傷害仍有意為之，具有構成要件故意之「知」與「欲」，而具有本罪之故意。

2.惟甲得否主張其係因乙持刀欲砍殺自己，而以刑法第 23 條正當防衛阻卻違法？涉及乙之行為是否屬於「現在」不法侵害。

(1)有實務見解認為，何謂侵害之「現在性」，乃指該侵害或攻擊直接迫在眉睫、業已開始或正在繼續中（98 台上 6558 決）。惟本件乙僅係「伺機」砍殺自己，侵害並未開始，不屬現在不法侵害。

(2)亦有實務見解認為，所謂現在乃別於過去與將來而言，此為正當防衛行為之「時間性」要件。過去與現在，以侵害行為已否終了為準，將來與現在，則以侵害行為已否著手為斷（100 台上 4939 決）。惟本件乙因為著手砍殺甲，非現在不法侵害。

(3)有學者採取「預備行為最後階段說」，其侵害著手實行之前，且緊鄰於密接行為的預備階段最後階段，作為現在不法侵害定義的最前緣。當行為人出於特定計畫而實行犯罪行為時，輔以犯罪時空背景及手段因素加以判斷，即足定性預備行為的最終時點。本件乙之行為雖未著手於殺人罪之構成要件，但已該當預備殺人行為，屬於現在不法侵害，甲得對之主張正當防衛。

(4)然管見以為，侵害的開始是以侵害行為已達防衛者最後或最安全防衛可能性的時點，因為侵害若超越此時點，防衛者通常較難達到防衛目的，或必須承擔遭受法益損害的風險，而且此說較能避免侵害者承擔較嚴重反擊的風險。基此，既然依題示乙在「不遠」處伺機，若超過此時點，乙則會發動侵害，甲難以達到防衛目的，因此屬於現在不法侵害，甲得主張正當防衛。

3.又甲防衛行為是否超越必要之程度，須就實施之情節而為判斷，即應就不法侵害者之攻擊方法與其緩急情勢，由客觀上審查防衛權利者之反擊行為，是否出於必要以定之（63 台上 2104 例）。管見認為，乙「持刀」而甲係以磚頭防衛，並未逾越必要程度。

(二)綜上，甲得主張刑法第 23 條正當防衛，阻卻故意傷害既遂罪之違法。

二、乙向甲炫耀自己於珠寶店竊得之翠玉，甲明知該翠玉為贓物，但覬覦該物，便騙乙說：「這只是展示用的假玉，根本不是真玉，交給我吧，不然你被查獲也麻煩。」乙信以為真，將翠玉交予甲。甲之刑責為何？（25 分）

命題意旨	本題考點除了竊盜罪與詐欺罪的區辨外，也在測驗對於贓物罪的理解。
答題關鍵	討論詐欺罪時，除了先討論與竊盜罪的區別外，還必須特別注意，由於該翠玉是竊盜之贓物，被他人騙走時，是否屬於詐欺罪所保護之財產損害，必須特別討論。
考點命中	1.《高點刑法總複習講義》第一回，旭律編撰，頁 187。 2.《刑法爭議研究》，高點文化出版，旭律師編著，2018 年 4 月（4 版），頁 9-8。

## 【擬答】

(一)甲騙乙將翠玉交給他的行為，構成刑法第 339 條第 1 項詐欺取財罪。

1.客觀上有疑問者在於，甲騙乙將翠玉交給他的行為，是否該當竊盜抑或詐欺行為？

(1)詐欺罪為「自損」行為，必須出於被害人移轉、處分財物之意思予行為人；而竊盜罪為「他損」行為，則係行為人「未經被害人」同意，破壞被害人對物持有。

(2)基此，甲係向乙謊稱資訊使其信以為真，而施用詐術，使得乙陷於錯誤後，進而出於「處分意思」進而交付財物。

(3)至於，因該翠玉是乙竊盜而來，被甲騙取翠玉後，乙是否受有財產上損害？所稱財產，是指除「純經濟的財產概念」外，亦包含「法律的財產概念」。前者指，凡一個人所應得的財貨總數，且與是否被法律承認，是否有正當來源並無關係；而後者則是受法律保護的財產。管見以為，本件雖翠玉係竊盜而來，但仍屬乙應得財貨總數，該當財產損害之構成要件。

(4)且上開行為間具有貫串的因果關係。

2.又甲主觀上亦有詐欺取財之故意，而該當本罪之構成要件。

3.甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，甲成立本罪。

(二)甲騙乙將翠玉交給他的行為，構成刑法第 349 條第 1 項收受贓物罪。

1.客觀上，該翠玉係乙犯財產犯罪之贓物，而甲竟收受該翠玉，造成被害人請求返還的困難；主觀上，甲明知並有意為收受贓物的行為，具有本罪之故意。

2.甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，甲成立本罪。

(三)競合

甲一行為侵害數法益而觸犯刑法第 339 條第 1 項詐欺取財罪及刑法第 349 條第 1 項收受贓物罪，成立想像競合，從一重詐欺取財罪處斷。

三、甲與乙有宿怨，某日甲於練習射箭完畢後，攜其弓箭至乙辦公室欲找乙談判，見酷似乙之人正在影印機旁影印（實則該人為丙），甲頓時萌生殺人犯意對該人射出一箭，該人中箭後倒臥血泊之中而死亡，嗣甲趨近一看，發現被其射中之人為丙。甲之行為應如何論罪？（25 分）

命題意旨	本題為等價客體錯誤的考題。
答題關鍵	每次上課，都會特別強調每年高普考或三四等考題，至少都會出一題錯誤，而且都是事實層面的錯誤，尤其是客體錯誤與打擊錯誤，果然今年又以等價客體錯誤為考點，應注意等價客體錯誤是採取法定符合說。
考點命中	1.《高點刑法總複習講義》第一回，旭律編撰，頁 66。 2.《刑法爭議研究》，高點文化出版，旭律師編著，2018 年 4 月（4 版），頁 4-7。

#### 【擬答】

(一)甲射死丙的行為，構成刑法第 271 條第 1 項故意殺人既遂罪。

1.客觀上，甲射箭的行為是造成丙死亡結果不可想像其不存在的條件，且製造丙可能死亡的法不容許風險，而風險也實現在構成要件效力範圍內，該當本罪之客觀構成要件。

2.惟主觀上，甲欲殺害乙卻誤殺丙之行為，是否具有殺人故意，涉及等價客體錯誤應如何處斷？

(1)按行為人認識之犯罪事實與發生之犯罪事實不符，為構成事實之錯誤，而其不符之原因，係對於犯罪客體之屬性認識有誤者，為客體錯誤。此項錯誤，如認識之客體與現實客體屬同一法定構成要件，在刑法規範上所受保護之價值相等，且二者又為合一之目標，應視為認識與事實無誤，不影響犯罪之故意（102 台上 335 決）。

(2)基此，甲射擊之客體為丙與認識之客體為乙雖有不符，惟主觀上之認知與實際發生之結果均係殺人，法律上之評價並無不同，屬「等價之客體錯誤」，無礙其殺人故意之認定，因此仍該當殺人故意。

3.甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由。

(二)綜上，甲成立本罪。

【版權所有，重製必究！】

四、甲開車前往高鐵站接朋友。於十字路等紅燈時，突然遭後方超速行駛的機車衝撞。機車駕駛乙當場跌至馬路上，身體有多處嚴重擦傷，甲則是沒有大礙，只是後車燈受到毀損。甲自認無過失，且為準時赴約，便趕緊開車離開現場。甲的刑責應如何論處？（25 分）

命題意旨	本題為肇事逃逸罪的基本考題。
答題關鍵	本題除了必須回答行為人對於肇事原因無過失，是否仍該當肇事要件外，還必須討論是否符合逃逸要件。
考點命中	1.《高點刑法總複習講義》第一回，旭律編撰，頁 251。 2.《刑法爭議研究》，高點文化出版，旭律師編著，2018 年 4 月（4 版），頁 10-28、10-30。

## 【擬答】

(一)甲駕車離開的行為，構成刑法第 185 條之 4 肇事逃逸罪。

1.客觀上，有疑問者在於甲係駕駛動力交通工具的機車，惟係遭乙從後追撞，是否該當本罪肇事要件？

(1)有學者認為，所謂肇事，當然指事件的發端，肇事逃逸的行為人，必須居於類似不純正不作為犯的保證人地位，有一個值得譴責的前行為，**必須行為人至少有過失的參與了車禍**。基此，行為人不該當肇事要件。

(2)惟管見認為，行為人對事故發生「非出於故意」為前提，如出於故意殺人、傷害、重傷害之主觀犯意、傷害、重傷害之主觀犯意，而駕駛動力交通工具肇事，致人死傷時，其死傷之結果，本可包括評價於殺人罪、傷害罪、重傷罪及其加重結果犯之刑責內。另外，不論發生肇事之原因是否因行為人過失行為所致，**只要行為人有駕駛動力交通工具肇事，致人死傷而逃逸之事實，則其不能離開現場**（102 年第 9 次刑事庭會議）。

(3)又本罪所保護的法益，除維護各參與交通的眾人往來安全、避免事端擴大，和立即對於車禍受傷人員，採取救護、求援行動，以降低受傷程度外，還含有釐清肇事責任的歸屬，及確保被害人的民事求償權功能（104 台上 2570 決）。

(4)基此，縱使甲對於事故之發生並無過失，仍必須等待警察到達現場，釐清肇事責任歸屬後，方能離去；既然甲於釐清肇事責任前離去，且未對乙為救助，仍離去的行為，該當本罪所稱之逃逸。

2.主觀上，甲明知並有意為肇事後逃逸之行為，具有本罪之故意。

3.甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由。

(二)綜上，甲成立本罪。

【版權所有，重製必究！】