

# 《刑法》

一、甲為某綜合醫院家庭醫學科主任，與其妻妹乙發生戀情，瞞著妻丙將乙金屋藏嬌，某日丙因頸部有硬塊到醫院向甲求診，甲懷疑丙罹患淋巴瘤，陪同丙至另一較大型醫院一般外科求診，聯絡資料填寫乙之住址、電話，切片結果證實丙罹患淋巴瘤，甲乙攔截外科醫師回診通知，甲並且告訴丙已打過電話查問切片結果，其頸部硬塊為良性淋巴瘤，過些日子可能會自動消失，不必擔心，乙亦勸丙寬心，並邀丙出國旅遊三個星期，回國途中丙深感不適，返家後再度掛號求診，始知淋巴瘤已轉為鼻咽癌，緊急安排開刀和化療，丙於二個月後病逝。試說明丙之死亡可否歸責於甲乙。（25 分）

命題意旨	作為與不作為、因果關係、義務犯的法理
答題關鍵	應以整合的作答為宜，無法以單一行為各自評價。
擬答鑑示	1.參考：方律師，《刑法總則》，頁 2-10 以下、頁 2-118 以下，高點出版。 2.參考：林東茂，當愛已成往事，收錄於《一個知識論上的刑法學思考》，頁 71 以下。 3.參考：許玉秀，實質的正犯概念，收錄於《刑法的問題與對策》47-60 頁。 4.參考：陶聲洋防癌基金會，淋巴瘤 <a href="http://tis.mc.ntu.edu.tw/~dao/icon4-15.htm">http://tis.mc.ntu.edu.tw/~dao/icon4-15.htm</a>

## 【擬答】

### (一)甲的部分

甲是否能被歸責，必須先討論甲是那一部分的行為應該受到歸責，甲在本案中的行為有，最初的陪同行為、進一步的填乙之資料行為、攔截回診通知的行為、告知為良性之行為，原則上最初甲之所以要陪同丙去找外科醫師是因他只是家醫科醫師，無法作癌症的進一步判斷，不是對丙的法益在社會上有意義的侵害行為，至於進一步的填資料行為，甲只要在事後將資料轉交，對於丙的法益也不會有any侵害的社會意義。重點在於甲進一步的攔截行為和其後的欺騙行為，那麼這兩部分是一行為還是兩行為，是作為還是不作為？就第一個問題而言，管見以為應屬一行為，因為這是甲在想要透過不讓丙得知其病情而侵害她生命法益的想法下所作出來前後接續為之的動作，因此只能論以一行為；就第二個問題而言，管見以為必須從作為和不作為的區別理論看起，通說對其區別理論採「社會事實評價重點為何」作判斷，在此評價重點應該是在於「不告知」的行為，而不是「積極的欺騙」，因為法所期待的是甲在此對乙為告知，而不是單純的不欺騙，因此屬於不作為。

甲對於丙死亡必須透過他的「不告知」（欺騙只是進一步的不告知）有可能受到歸責，擔負不作為殺人的責任，以下即就是否構成不作為殺人罪進行討論：

客觀構成要件上，甲是丙的丈夫，是刑法上保證人地位所謂密切生活關係的類型，此外又有醫病關係的「自願承擔義務」的類型，具雙重保證人地位；甲有不作為的不告知，丙也已經死亡，問題是不告知和死亡間有無因果關係，通說上對於不作為犯的因果關係稱之為「假設的因果關係」，其判斷標準是以幾近確定之可能性來看，如果已為告知時，丙就可免於死亡時，甲的不告知就有因果關係，就丙原先只是淋巴瘤的初期（頸部硬塊），現在醫學對於淋巴瘤有相當高的治癒率，初期的病人有很高的康復比率，因此如果甲有告知時，丙應該是不會死亡的，所以不告知和丙的死亡有因果關係。此外甲在當時，也有作為的可能性，因此甲的不作為的行為手段與作為之方式是等價的，所以客觀構成要件該當。

主觀上甲本來就是想要透過不告知而造成丙的死亡，因此有殺人故意，沒有其他阻卻違法與罪責事由，甲構成本罪。（當然如果甲祇有重傷的故意，則應該成立重傷致死罪。）

丙的死亡，甲必須加以歸責，其罪名是不作為殺人既遂罪。

### (二)乙的部分

乙對於丙的死亡，歸責的考量應該先討論她的行為那部分要歸責，在此乙的行為包含了與甲一同的攔阻回診信件、約丙出國、出國玩，但是就社會意義而言，真正對於乙的生命法益有意義的，仍是在攔阻信件時的不告知行為，後來的約丙出國、一同出國都只是踐行不告知的接續行為而已，因此乙在歸責上還是必須回到不告知的部分。

因此，乙對於丙的死亡要討論的是可不可能構成不作為殺人既遂罪：

本罪在客觀構成要件上必須行為人有保證人地位，乙是丙的妹妹，通說上認為姐妹間就生命、身體法益有「密切共同生活關係」的保證人地位，因此乙對於丙具保證人地位，此外就假設因果關係的討論上和甲相同，而乙當時也有作為可能性，因此，乙的不作為和作為等價，所以客觀構成要件該當。主觀上乙對於丙的死亡也有認識和意欲，有故意，沒有其



他阻卻違法及罪責事由，乙構成本罪。但是另一個問題是，乙是否可能和甲一同成立共同正犯，在此因為甲、乙兩人的行為都是不純正不作為犯，學說上有將不純正不作為犯歸類為「義務犯」的類型，就義務犯類型上是不適用共同正犯在「功能支配」的法理而認定正犯的，而只要行為人違背了他的義務，就可以論以正犯，換言之，不適用共同正犯的規定，因此甲、乙都是不純正不作為犯的情況，不可能構成共同正犯。但國內通說認為具有作為義務之行為人，共同決意不作為，亦可成立不作為犯之共同正犯。

丙的死亡，乙必須加以歸責，其罪名是不作為殺人既遂罪。

- 二、甲曾犯貪污罪，入獄執行，尚餘二年徒刑時，因合假釋條件，經假釋出獄後，在某私人並業任職。惟因先前之貪污事件，屢受同事乙、丙、丁三人之冷嘲熱諷，心頗憤懣，乃思加以殺害。某日，持刀侵入乙宅，將乙殺害後，旋開車馳赴丙宅，見丙與其妻 A 正於門前路旁洗車，乃持刀猛刺，因丙躲閃，致誤刺 A 之腹部，頓時鮮血如注，經送醫急救，仍告藥石罔效。甲殺人後立即開車逃逸，至某路口時，忽見 B 之背影酷似丁，遂加足馬力衝撞，致 B 當場死於非命。試問對甲應如何論罪科刑？（25 分）

命題意旨	客體錯誤、打擊錯誤、科刑一罪競合、假釋 79 之 1 的規定
答題關鍵	先就各別行為討論犯罪是否成立，再說明競合的問題，最後談刑罰的科處。
擬答鑑示	1.參考：方律師，《刑法總則》，2-55 頁以下、3-98 頁、3-101 頁。 2.參考：許玉秀，竊盜之著手與科刑一罪之競合，《台灣本土法學》21 期

### 【擬答】

- (一)甲侵入乙宅，可能構成刑法三 六條一項侵入住居罪：

甲無正當理由，係屬無故侵入乙家，客觀構成要件該當，甲也認識他在無故時為該行為，主觀構成要件該當，沒有阻卻違法及罪責事由，甲構成本罪。

- (二)甲殺乙，可能構成刑法二七一條一項的殺人既遂罪。

甲對乙實施殺害行為，有故意，沒有阻卻違法及罪責事由，甲構成本罪。

- (三)甲持刀刺丙，可能構成刑法二七一條第一項之殺人未遂罪

甲持刀刺丙時，誤刺 A，因此丙並未死亡，故不符合殺人既遂之構成要件，但甲基於殺人故意已著手殺害丙，但客觀構成要件並未實現，故應具備了殺人未遂之構成要件該當，且無阻卻違法及罪責之事由，故應成立殺人未遂罪。

- (四)甲持刀誤刺 A，可能構成刑法二七六條第一項之過失致死罪。

甲持刀誤刺 A 導致 A 送醫後死亡，具有因果關係，且甲的行為也製造了法律所不容許的風險，該風險也實現了結果，所以客觀構成要件該當，而甲當時是要刺丙，因丙閃躲而誤刺 A，此種情形學說上稱為「打擊錯誤」，通說認為打擊錯誤對於誤中之客體應阻卻故意，且甲當時見 A 與丙在路旁洗車，對於誤刺 A 的情形，應有預見的可能性，故甲應已具備了過失致死罪的構成要件該當性，且無阻卻違法及罪責的事由，應成立過失致死罪。

- (五)甲開車撞 B，可能構成刑法二七一條一項的殺人既遂罪

客觀上甲如果不撞 B，B 不會死亡，有因果關係及客觀歸責，故客觀構成要件該當，主觀上甲雖然心裏想侵害的是丁，而去殺了自以為是丁的 B，此種情形學說上稱為「客體錯誤」，而因為殺人故意是對於他人生命侵害的認識，在行為人對於行為客體是他人認識無誤的情況下，縱使該特定者的身分不是行為人原先所設想的分時，只要行為人所侵害的特定者始終是同一人，即可論為有故意。所以，本題中甲誤 B 為丙，仍有殺人故意，此外並沒有其他阻卻違法及罪責事由，甲構成本罪。

- (六)競合：甲第一個行為構成殺人和侵入住居，應該是牽連關係，但是甲在進行第一個殺人時，已經對於他要連殺乙、丙、丁有了整體故意，因此甲在其後的殺人罪部分，只要在時間上不相隔過遠的前提下，均可以透過連續犯的規定處理；甲在第二個行為構成殺人未遂和過失致死的想像競合，但是殺人未遂部分和第一個殺人既遂是連續犯；而第三個殺人既遂也和第一、二個殺人罪是連續犯的關係，在此種第一、二的連續關係又和其他犯罪競合的狀況稱為科刑一罪的競合，其如何處理有不同見解，唯管見以為宜先處理連續犯，再處理想像競合，最後處理牽連犯。因此本案中甲三個殺人依五十六條構成一個連續殺人罪，然後和過失致死想像競合，從一重連續殺人，最後再和侵入住居論以牽連關係，從一重連續殺人罪，因此甲只按一個連續殺人罪處斷。

- (七)因此甲連續殺人部分應就殺人罪之法定刑得加重二分之一來量刑；此外，甲就之前的貪污還有二年的刑期而假釋出獄，其期間未滿而犯故意之罪，因此依七十八條撤銷假釋，至於撤銷後應如何論處，依七十九條之一第五項的規定，甲必須先執行二年的假釋殘餘刑期，再執行依本案所討論之犯罪所科予的執行刑。

- 三、現行刑法第一百條規定：「意圖破壞國體、竊據國土，或以非法之方法變更國憲、顛覆政府，而以強暴或脅迫著手實行者，處 」。試問：



- (一) 本條是否有構成要件行為？(5 分)  
 (二) 本條是否有行為客體？(5 分)  
 (三) 本條規定有無違反罪刑法定原則，其理由為何？(15 分)

命題意旨	內亂罪的爭議。
答題關鍵	分點說明之即可。
擬答鑑示	1.參考：劉幸義，內亂罪的爭議問題與新舊法的評估，《中興法學》36 期。 2.參考：方律師，刑法總則，1-14 頁，高點出版。 3.參考：林山田，各論（下），2-9 頁。

### 【擬答】

- (一)所謂構成要件行為是指犯罪客觀構成要件上明白指出的行為「內容」，換言之，必須有明確的具體指稱對象才可以稱為構成要件行為。本罪的構成要件中，前半段規定的是行為人主觀上的意圖要素，真正的客觀構成要件只有「以強暴脅迫著手實行」，學說上有認為這種以「著手」為其構成要件要素者為著手犯，但必須注意的是，所謂的著手是在「行為階段」的前提下進行討論的，指的是行為人對於法益侵害實現所達到的程序，這種行為階段的用語無法指陳構成要件應該有的「內容」，因此就內亂罪的規定看來，只有行為階段而沒有任何構成要件行為的規定；至於「強暴」、「脅迫」只是行為方法的規定，而不是構成要件行為的規定。因此本條沒有構成要件行為。
- (二)所謂行為客體是指構成要件行為的對象而言，本條在前半段規定對於國憲、國體、政府、國土侵害的文字，但是這都只是主觀意圖的規定而已，換言之，是意圖的對象而不是構成要件行為的對象，而本罪因為沒有構成要件行為，所以也沒有構成要件行為的對象—行為客體。
- (三)罪刑法定原則的目的是要界定國家刑罰權的界線，以發揮刑法上的保證功能，故要求的是立法者必須以形式的法律條文規定犯罪的內容。進一步來說，這些法律明文的規定至少在客觀上必須有一個能夠被審查的行為，在內容上明白具體地出現於構成要件中，才能符合罪刑法定的要求，否則單純以主觀要件作為罪刑法定的內容，容易陷入於罪，違背了罪刑法定原則中所謂的「構成要件明確原則」。本條根據前面的分析根本沒有任何構成要件客觀行為，而唯一的客觀要件是著手，又無法發揮限定行為態樣的機能，例如，以竊據國土的意圖，對於特定公務員施強暴、脅迫亦可能成立內亂罪，但是這樣的行為應該不會影響國家的存立，故成立內亂罪，顯有不當。因此本罪違反罪刑法定原則中之構成要件明確原則。

- 四、國際情勢風起雲湧，A 國與 B 國正欲開戰。B 國人士某甲正於我國擔任某國立大學的客座教授，於是利用職務之便，透過學術網路，藉著特殊的技巧規避了 A 國國防部電腦網路系統中管理登入登出的程式（亦即所謂的防火牆）的管制，成功地進入系統中觀看了 A 國記錄其兵力配置狀態的檔案，並留下警告性的語句。某甲本以為神不知鬼不覺，不料，卻不小心留下自己的 ip 紀錄，進而被 A 國情報人員查獲蹤跡。A 國據此要求我國將某甲當成刑事犯予以處理，並揚言若我國不採取妥當的行動，則不惜發動經濟制裁。試問某甲有無獨犯刑法法規。（25 分）

命題意旨	測驗考生對於刑法 220、323 條中對於電磁紀錄被視同文書的規定在其他法條上的運用。
答題關鍵	電腦侵入刑法沒有直接的處罰，但是卻透過其他的規定技巧性地處罰。
擬答鑑示	1.參考：蔡律師，《刑法分則》，頁 219、403，高點出版。 2.參考：黃榮堅，刑法增修後的電腦犯罪問題，收錄於《刑罰的極限》，頁 312。 3.參考：李茂生，資本、資訊與電腦犯罪，收錄於《權力、主體與刑事法》，頁 219~223、285~286。

### 【擬答】

- (一)甲進入 A 國的國防部電腦，可能構成刺探國防秘密罪（刑法 111 條一項）  
 本罪客觀上必須刺探刑法一 九條之文書、圖畫、消息或物品，但是依據刑法一 九條的規定，這些文書、圖畫、消息、物品至少必須是和中華民國國防之秘密有關，這是因為本罪章保護的是國家法益，而原則上刑法保護的國家法益是我國的國家法益。本案中甲刺探的對象是 A 國國防部兵力配置的檔案，並不是中華民國的國防秘密，所以不滿足本罪的客觀構成要件。
- (二)甲進入 A 國的國防部電腦，可能構成刺探國防秘密未遂罪（刑法 111 條 2 條）  
 如前所述，主觀上甲必須有刺探中華民國國防秘密的故意才可以該當本罪的故意，甲在進入時已經知道這是 A 國的國防部電腦，所以不可能有本罪的故意，甲不構成本罪。



## (三)甲進入 A 國的國防部電腦，可能構成竊視罪（刑法三一五條之一第一款）

本罪客觀上必須是無故利用工具窺視他人非公開的活動、言論或談話，A 國國防部將兵力配置的狀況揭露於網路上，並不是本條所稱的活動、言論或談話，所以甲不構成本罪。

## (四)甲進入 A 國的國防部電腦，可能構成背信罪（刑法三四二條一項）

本罪在客觀上必須為他人處理事務，違背其任務，致生損害於本人。甲擔任我國國立大學的客座教授，和我國的國立大學簽有學術合作的契約關係，但是卻利用我國國立大學的學術網路進行自己侵入 A 國國防部電腦的行為，是否有本罪的適用必須先考量有無「為他人處理事務」的符合，學說上對於在此的事務有不同的見解，有認為在此的處理事務必須是涉及第三人的事務，也就是本人授權行為人和第三人進行法律事務的授與權限行為才是此處的事務，也有認為在此的事務指的是有裁量權的事務，至於是內部事務或是外部事務均可，而甲和我國大學簽定的是學術合作的契約，我國的大學也才會在甲進行學術合作的範圍之內讓甲使用學術網路，而甲透過學術網路進行與學術無關的行為，即使是違背任務，但並未直接使本人造成財產上之損害，故不構成本罪。

## (五)甲進入 A 國的電腦，可能構成竊盜罪（刑法三二 條一項）

竊盜罪的成立客觀上以未得他人同意，破壞他人對於動產的支配而建立自己對於動產的支配為要件，甲只是單純進入，但是就電腦的特性而言，一旦侵入他人的電腦時，縱使沒有將所瀏覽的檔案下載，記憶體上也會出現將這部分透過網路而取得的電磁紀錄，因此只要是侵入時，對於以 0 與 1 組成無法為人所視的電磁紀錄而言，將已經發生被侵入者取得的狀況。此外，我國刑法三二三條又將電磁紀錄視為動產，因此在電腦侵入的情況下會發生動產（電磁紀錄）的支配為侵入者取得的特殊現象，但是學說上有認為即使將電磁紀錄擬制為動產，亦無法滿足「竊取」概念的要求，因此竊取必須是行為人建立持有而使原持有人喪失了持有，所以在電腦入侵的情形下並未使被害人喪失了電磁紀錄的持有，所以不成立竊盜罪。然而，學說上對電磁紀錄的竊盜亦有又認為只要能建立持有即可，不必達到破壞持有的情況，因此甲單純侵入的行為，可能該當於「建立動產持有」的竊取要件。問題在於甲是否有得到同意？A 國國防部在網頁上設計防火牆，以排除不相干之人進入瀏覽，可以肯定為這是表明了 A 國國防部不樂見非該部所喜之人進入而將這部分的內容取得在記憶體上，因此已經符合了「未經同意」的「竊」取要素。是以如果電磁紀錄之竊取不以使被害人喪失持有為要件，則行為人應成立竊盜罪。

## (六)甲進入 A 國電腦，可能構成毀損文書罪（刑法三五二條一項或第二項）

本罪客觀上以毀棄、損壞他人文書為要件，A 國的國防部設有防火牆，防火牆是一種程式，也同樣是電磁紀錄，依刑法二二 條的規定，就整部刑法的任何罪章而言都視為文書，因此防火牆是一種文書，甲在進入 A 國電腦時並沒有破壞該防火牆，而只是技巧性地規避，不該當於毀棄損壞的規定。又甲的行為並未干擾 A 國電腦之正常運作，亦不符合本條第三項之規定。因此甲不構成本罪。

## (七)甲入侵 A 國電腦可能成立三一五條之妨害書信秘密罪：A 國的兵力配置之檔案為電磁紀錄，並且可以證明 A 國兵力配置狀態的事實，故屬於文書（§220 ），A 國的兵力配置檔案是有透過防火牆的形式加以保護是否符合「封緘」的概念，則是本題的重點，學說上有認為封緘必須是一個具有形體的障礙物，是以電腦入侵的情形下便不能成立本罪。但亦有認為既然立法者將某些具有證明力之電磁紀錄當作文書，因此「封緘」的概念應該擴及到電磁紀錄具有保護措施的情形，因此甲可以成立本罪。

## (八)結論：如果認為電腦入侵不會構成竊取電磁紀錄及妨害秘密罪，則本題行為人無罪。但如果認為甲應成立竊取電磁紀錄罪及妨害書信秘密罪，則行為人應論以想像競合。

