

《刑法概要》

試題評析

- 第一題：行為人之行為涉及搶奪罪、強制罪、脫逃罪、妨害公務罪以及殺人罪。其中殺人行為以外的行為事實部分，在本例中並未出現較大的爭議問題，主要的焦點應是未遂之概念，即本例中甲以未裝彈匣之槍枝殺乙未果，究屬普通(障礙)未遂抑或不能未遂(或稱不能犯)？此一問題向來是未遂理論中最具爭議的一章，特別是在2005年修法時，將不能未遂的法律效果修改為不罰後，兩者之區分在學說與實務上更顯重要。
- 第二題：犯罪事實為典型的原因自由行為。原本有違反罪刑法定原則疑慮的原因自由行為，在2005年修法過後已經在第19條第3項取得實定法上的地位，而不再僅僅是學說上的一種概念。不過即便如此，由於該規定僅規定，故意或過失自行招致無責任能力或限制責任能力之人，無第19條第1項與第2項(無責任能力人之行為「不罰」、限制責任能力人之行為「得減輕其刑」)之適用，因此在解答時必須以學說上的觀點來對法條加以補充詮釋，否則只是使用法條寥寥數語帶過，恐怕算不上是完整的解答。
- 第三題：測驗考生對分則條文的理解程度，傷害罪與墮胎罪都不是冷僻的條文，相信考生大多有能力處理本題，不過，愈是針對基本概念的考題，想要拿高分愈不容易。在看到題目立刻把握重點，並且針對重點應答，才能在有限的時間內得到高分。本題的重點為：
1. 傷害罪的行為客體是否包括胎兒？(處理時必須一併注意行為與結果發生之時點)
 2. 墮胎罪的結果為何？
- 第四題：犯罪事實看似單純，事實上需要檢討的條文不少，而且涉及的爭議皆是刑法分則上十分重要的問題。基本上多數考生對於這些問題的內容並不陌生，不過在實際應試之中，能否發現問題所在，並就應該加以討論的問題進行論述，是這類題型的困難之處；而時間的分配、內容份量的拿捏，則決定了分數的高低。

一、通緝犯甲搶奪巡邏員乙的配槍，對準乙的太陽穴扣扳機，但是未能擊發，因為乙出勤時疏忽未裝彈匣。問甲成立何罪？(25分)

答：

- (一)甲搶奪乙配槍之行為，可能構成刑法(以下同)第325條第1項搶奪既遂罪：
- 依題旨，客觀上甲搶奪乙之配槍且已得手，惟於本例中甲對其搶奪行為雖具故意，不過目的僅在於殺害乙而非出於不法所有之意圖，故不具該條項之構成要件該當性。
- (二)甲之行為可能構成第161條第2項脫逃罪：
- 本例中甲雖為通緝犯，其搶槍欲殺乙之行為係使用有形力之方式加惡害於他人，亦符合本罪強暴之要件，不過按該條項之規定，行為主體須為依法逮捕、拘禁之人，而甲行為時，乙是否依法對甲進行逮捕，題意未明，因此應做對行為人有利之認定，亦即甲不具本罪行為主體之身分要件，自無由構成本罪。
- (三)甲之行為可能構成第135條第1項妨害公務罪：
- 甲搶槍欲殺乙之行為符合強暴之要件已如上述，本例中行為客體必須是依法執行公務之公務員，乙之身分為警察，係屬第10條第2項第1款之身分公務員，且於甲行為之時乙正在進行巡邏任務，應屬執行公務之時，甲出於故意而施強暴於巡邏中的員警乙，又無阻卻違法或罪責之事由，應成立本罪。
- (四)甲之行為可能構成第304條第1項強制罪：
- 依前(二)、(三)所述，甲之行為可解為以強暴妨害乙行使權利，又無阻卻違法或罪責之事由，因此構成本罪。
- (五)甲槍殺乙未果之行為，可能構成第271條第2項殺人未遂罪：
1. 本例中甲係基於殺人之故意向乙頭部開槍，不過因未裝槍匣導致其殺人結果並未發生，此等情形，不論按客觀理論、主觀理論或混合理論，皆足以認定其行為已達著手實行之階段。惟其殺人之方法係持無子彈之槍欲殺人，究屬普通未遂(第25條第1項)抑或不能未遂(或稱不能犯，見第26條)，不無疑問。學說上對於第26條不能未遂之判斷標準，容有不同見解，詳論如下：
 - (1) 甲說：此說認為條文中「行為不能發生犯罪之結果」，指的是不能發生法益侵害之實害或危險，而與法條上另一用語「無危險」同其含意，兩個條件為同義贅詞。而對這兩個用語在判斷上所提出的標

準，重點乃是在於無危險，認為所謂的無危險係指「無任何侵害法益之危險」，並採具體危險說(新客觀說)，認為「一般人所能認識以及行為人特別認識的事實作為判斷基礎，從一般人的觀點，如果有發生結果的可能性時，屬於(普通)未遂犯，若沒有發生結果的可能性時，則屬不能犯」。

- (2)乙說：由條文上來看，我國刑法第26條的規定乃是以「又」來連結「不能發生結果」與「無危險」，因此只有一個行為同時符合這兩個要件時，才會構成不能未遂。此說特色在於，「不能」乃是**所有未遂共通之要件**，因此「無危險」才是真正重要的判準，而無危險的判斷，係以行為人之行為是否出於**重大無知**為標準，亦即當行為人錯認自然法則，而非錯認事實情形時，方屬不能未遂。而我國刑法對於不能未遂之法效規定為**不罰**，並非行為不具不法之性質，而是基於刑事政策的考量，因此在體系上係屬**阻卻刑罰事由**。

拙見以為，若採甲說，則普通未遂與不能未遂區分未若乙說明確，且乙說所持理由乃由行為的客觀危險性區分兩種未遂，而在所有結果未發生之未遂案例中，由純粹客觀面所觀之行為皆不具引起結果發生的可能性(例如射擊失準而未中目標客體，依照自然法則，於行為人扣下扳機時即可確定不會引起結果)，若如此，除不具因果關係之類型外，豈非所有未遂皆不可罰不能未遂？綜上所述，應以乙說為妥。

- 2.本例中甲開槍殺乙未果，乃是因為行為人誤以為無彈匣之槍枝內有子彈，為對事實的偶然誤認，並非出於重大無知，因此並非不能未遂，而是普通未遂。因此，甲開槍之行為應構成第271條第1項、第25條第1項之普通殺人未遂罪。

- (六)競合：甲奪槍欲殺乙之行為，構成第135條第1項妨害公務罪、第304條第1項強制罪，前者為後者之特別規定，因此依法條競合(特別關係)之法理，僅論前者即足評價該行為。又，是項妨害公務罪之行為與甲開槍射擊乙之行為，行為在時間上具有部分重疊性，而侵害之法益則並非同一(自由法益與生命法益)，因此應依第55條想像競合之規定，從法定刑較重之第271條第2項殺人未遂罪處斷之。

【參考書目】

- 1.甘添貴，《刑法總則修正重點評述》，〈自由、責任與法—蘇俊雄教授七秩祝壽論文集〉。
- 2.甘添貴、謝庭晃，《捷徑刑法總論》，初版。
- 3.陳子平，《刑法總論》，二版，元照出版。
- 4.蔡聖偉，《評2005年關於不能未遂的修法》，〈政大法學評論第91期〉(2006,6)。
- 5.黃常仁，《刑法總論》，二版。
- 6.林東茂，《刑法綜覽》，五版。
- 7.黃榮堅，《基礎刑法學(下)》，三版，元照出版。

二、甲為了殺害仇人乙，藉酒壯膽，於陷入爛醉、精神恍惚之際，將乙砍死。問甲的可罰性如何？(25分)

答：

甲將乙砍死的行為，可能構成第271條第1項之殺人既遂罪，就此分析如下：

- (一)依題旨，甲係出於殺人之故意將乙砍死，具有本罪之不法構成要件該當性。又，本例中甲乃是為了殺害仇人，並無阻卻違法事由存在，因此甲的行為亦具有違法性而為一不法之殺人行為。
- (二)甲將乙砍死之時，因為飲酒而自陷於精神恍惚，就題意觀之，可解為甲欠缺識別能力與控制能力，或此兩項能力呈顯出減低之狀態，亦即甲處於第19條第1項「不能辨識其行為違法或欠缺依其辨識而行為之能力」或同條第2項「辨識行為違法或依其辨識而行為之能力，顯著減低」的心理狀態。此等自陷於無責任能力或限制責任能力之情形，稱之為原因自由行為。根據行為與責任同時存在原則，行為人於行為時必須具有責任能力，否則即無刑事責任可言。惟行為人於行為時的責任能力欠缺如可歸咎於行為人之故意或過失，並於具責任能力時即有侵害特定法益之故意或有預見可能性時，倘仍援用第19條第1項、第2項之規定，則將造成處罰上的漏洞。在學理上乃有原因自由行為理論的提出，藉此填補此一漏洞。我國刑法於2005年修正時，增設第19條第3項之規定，而將原因自由行為明文化。依第19條3項之規定，若是行為人故意或過失所招致者，即無第19條第1項與第2項之適用。

致於原因自由行為的理論基礎，學說上容有不同看法：

- 1.例外說：

對無責任能力及限制責任能力之規定(第19條第1項、第2項)採目的性限縮解釋，使原因自由行為成為責任與行為同時存在原則之例外。在修法之前，此說被認為是以不利於行為的人習慣法，將行為與罪責同時存在原則加以排除，與罪責原則不符。第19條第3項之修正理由指出：「……，倘行為人之欠缺或顯著減低前述能力，係由於行為人因故意或過失自行招致者，即難謂其屬無責任能力或限制責任能力；爰參酌國外之立法例，於第三項予以明定。」即有學者認為，由立法理由觀察，我國第19條第3項規定是採「例外模式」。

2.前置說：

雖然行為人實現構成要件時處於無責任能力，但是使其陷於無責任能力狀態的行為是具有責任能力的。學者有認為，此說乃是將行為時點提前至在先前的自陷行為，自陷於無責任或限制責任能力的行為，就是實施構成要件的行為，而與其後在精神狀態有瑕疵的時候所實施的違法行為，是「一個整體的構成要件」。

3.間接正犯說：

除了前述學說外，亦有學者根本否定原因自由行為概念存在的必要，而認為只要能夠正確的認定行為的時間點，就可以解決所有相關的問題。也就是說，真正的犯罪行為時點是在行為人先前自陷於無責任能力狀態的行為，而非行為人進入無責任能力狀態後的身體現象。進而指出原因自由行為的現象與間接正犯的原理相同，是先前有責任能力的行為人，利用後來沒有責任能力的自己。按照此一看法，「原因自由行為」並不是只有有責任性的問題，同時還可能有故意、過失的欠缺及根本不符合行為概念的問題。因此，問題的關鍵在於行為的概念，行為人在為前行為時，已經控制了後來該當於犯罪構成要件現象的實現，對於構成要件的實現，即應負刑事上之責任。

(三)就本例觀之，甲係基於殺害乙之目的，而於飲酒前先設定好酒醉後的犯罪行為，並於責任能力產生缺陷後將實現殺乙的結果，不論採何種見解，都可以得到排除第19條第1項與第2項適用之結果。因此應成立第271條第1項之殺人既遂罪，並依該條論罪科刑。

惟拙見以為，前揭例外說只是說明了原因自由行為的法效為何，對於其為何得排除第19條第1項與第2項之適用，並未附理由以對；而前置說與間接正犯說都是由行為時點的提前來確定原因自由行為的正當性，不過後者說理較為完整、較具有說服力。以下擬以此說就甲之行為分析如下：

- 1.甲侵害乙之生命法益時的舉動雖非行為，但是先前飲酒(使自己陷於非行為狀態的原因階段)則是行為。
- 2.侵害發生時，甲對於乙死亡結果的發生沒有認識，所以無故意，但是先前飲酒之行為，甲對於乙死亡結果之發生仍有認識，所以有故意。(因此甲之行為係故意的原因自由行為)
- 3.先前的行為(飲酒)，是法律意義的行為，是該當於犯罪的行為，是具備違法性的行為，也是具備故意的有罪責的行為，所以當然構成犯罪。

綜上所述，甲在計畫飲酒壯膽以便殺死乙時具有殺人之故意，而於責任能力正常之狀態下，透過自陷於無責任能力的方式來實現其殺人行為，而結果一如甲所預知發生，因此甲是在有責任能力的情形下故意地實現殺人的不法構成要件，應成立第271條第1項故意殺人既遂罪。

【參考書目】

- 1.柯耀程，《刑法總論釋義—修正法篇(上)》，初版，元照出版。
- 2.黃榮堅，《基礎刑法學(上)(下)》，三版，元照出版。
- 3.張麗卿，《新刑法探索》，二版，元照出版。
- 4.黃常仁，《刑法總論》，二版。

三、孕婦甲有濫用藥物的習慣。醫師對甲提出警告，濫用藥物可能導致胎兒畸形，但甲仍執意繼續服用。甲果然生出一畸形的嬰兒。問甲是否成立傷害罪或墮胎罪？(25分)

答：

本例中甲在醫師提出警告後，即對其濫用藥物之行為可能導致胎兒出生後畸形有所認識，但仍繼續服用藥物，並因而導致其所生嬰兒畸形，對此結果甲應負何等刑事責任，以下就傷害罪與墮胎罪檢討如下：

(一)傷害罪部分

傷害罪章所保護之法益為「人」之身體法益，係以人為其行為客體。對於身體法益，學說上有生理機能說(使人之生理機能發生障礙或是使健康狀態有不良變更者，即屬傷害)、身體完整性說(有害於身體之完全性

者，不僅是妨害生理的正常機能或不良變更健康狀態，即僅僅改變身體外貌者，亦屬傷害)以及兼含前二說之折衷說三種不同見解。而導致他人身體產生畸形之結果，對於身體完整性與生理機能皆有破壞，因此，不論採取何種見解，皆可謂侵害身體法益而實現傷害罪之構成要件結果。惟於本例中，甲係於胎兒出生前濫用藥物，導致胎兒出生後畸形，由於傷害結果乃是懷胎期間即已發生，是否屬於對「人」之身體法益的侵害而構成傷害罪，不無疑問，學說上有肯否兩說：

- 1.肯定說：胎兒於懷胎期間受有外力而致身體受有傷害，於出生後始能顯現於外，而既已出生為人，即屬傷害罪之適格行為客體，又復有傷害之結果發生，自可依傷害罪加以論處。
- 2.否定說：傷害罪之成立，須視傷害罪之行為客體是否存在，亦即侵害行為的對象必須是刑法概念上的「人」，始有成立傷害罪之餘地。至於行為客體性質之認定，則應以行為對於行為客體開始發生作用之時為準，而非結果發生之時。也就是說，若於出生之前即存在胎兒身體傷害結果，且持續至出生後，而非自出生為人後始產生傷害結果者，由於發生結果之時，胎兒尚非刑法概念上的人，因此此等行為自不能構成傷害罪。

拙見以為，肯定說之見解有違背罪刑法定原則之虞，且由體系解釋觀之，我國刑法對於胎兒之保護，僅於墮胎罪章中就其生命法益設有處罰侵害行為之規定，因此，否定說之見解應值贊同。若欲制裁此種行為，只能透過立法，否則，因過失致胎兒於死者法無處罰明文，而情節較為輕微的過失傷害胎兒反而仍須依傷害罪處罰，即與現代刑事法基本原則不符。

綜上所述，甲濫用藥物致其嬰兒畸形之行為不構成傷害罪。

(二)墮胎罪部分

按照通說的見解，墮胎罪所保護之法益係胎兒之生命法益，並兼含孕婦之身體法益。至於墮胎之定義，學說上有二：

- 1.胎兒殺死說：僅令早產，而胎兒猶生，非墮胎。按照此說見解，墮胎罪之成立，以導致胎兒之死亡結果為其要件。
- 2.早產說：不問胎兒之生死，凡未至自然分娩時期，以人為令其早產者，即為墮胎。我國刑法墮胎罪章之立法理由及優生保健法第4條第1項規定(「稱人工流產者，謂經醫學上認定胎兒在母體外不能自然保持其生命之期間內，以醫學技術，使胎兒及其附屬物排除於母體外之方法。」)即採此一見解。
- 3.擇一說：我國實務上曾有判例，認為：「墮胎罪之成立，以殺死胎兒或使之早產為要件…。」(25年上字第1223判例)，即以胎兒殺死或早產兩種結果擇一，作為墮胎既遂或未遂之判斷標準。
- 4.另外，我國學者有認為，墮胎指的是以人為之方式，對原本自然懷胎狀態與至分娩過程加以破壞，可能態樣有二：一、使胎兒死於母體中；二、使胎兒早產，因發育尚未完成，而欠缺生命能力，導致於產出母體外後立即死亡。即原則上以胎兒死亡為要件，但於胎兒欠缺生命能力之早產情形時，若於早產後立即死亡，仍可論以墮胎罪。

就本例觀之，甲所產下之嬰兒雖有身體上之畸形，惟既未早產、亦未胎死腹中或於早產後登時死亡，故無論採前揭何種見解，皆不能認為屬墮胎之行為。

綜上所述，甲之濫用藥物行為亦不構成墮胎罪(第288條第1項)。

【參考書目】

- 1.林東茂，《刑法綜覽》，五版。(請注意，該書2-43頁以下之例，與本題極為相似)
- 2.甘添貴，〈論刑法上人之始期與終期〉，《刑法之重要理念》，初版。
- 3.林山田，《刑法各罪論(上)》，五版，元照出版。
- 4.王皇玉，〈墮胎行為胎兒未死亡之探討〉，《月旦法學雜誌156期》(2008,04)。
- 5.蔡聖偉，〈一不做二不休〉，《月旦法學教室79期》(2009,05)。

四、甲長期失業在家，企圖行竊富商乙。當甲破壞監視錄影器之時，乙恰好返家，大叫捉賊。甲見乙勢單力孤，取出預藏之老虎鉗毆打乙。乙頭骨破裂，顱內大量出血，智力嚴重受損。問甲成立何罪？(25分)

答：

(一)甲破壞監視器的行為，可能構成第354條毀損器物罪：

甲於破壞之際巧遇乙返家，因此行為是否已造成監視器毀損之結果，題目中並未說明，應採有利於行為人

之認定，即毀損結果未發生，而本罪不罰未遂，因此縱甲之毀損行為已達著手實行之階段，仍不構成犯罪。

(二)甲破壞監視器之行為，可能構成第320條第2項之竊盜未遂罪：

本例中甲雖具行竊之意思，但客觀上只是開始破壞監視器之行為，尚未接近財物或物色財物，依照實務見解，尚未達著手實行之階段。而由學說上之理論觀之，不論採掌握理論、移去理論、接觸理論或是藏匿理論，因為甲根本還未接近財物，因此並未著手。故甲之行為並不構成本罪。

(三)甲破壞監視器之行為，可能構成第321條第2項之加重竊盜未遂罪：

首先必須說明的是，第321條之性質在學說上有兩種不同的看法：

甲說：本條與德國加重竊盜規定相同，為量刑的例示規定而非構成要件，因此未遂的判斷必須就第320條普通竊盜罪之構成要件加以認定，而非著手於第321條第1項各款之行為時，即為加重竊盜罪之未遂。

乙說：本條之規定為構成要件之規定，因此未遂的判斷應就第321條第1項各款之行為加以認定之。

由我國於第321條設有第2項未遂犯處罰的規定，因此就立法模式觀之，我國之規定與德國立法例殊不相同，因此本條第1項各款之規定應為加重構成要件，亦即著手之判斷須以該各款之規定為標準。

按此，以下分兩個部分加以討論：

1.甲破壞監視器之行為，是否屬第1項第2款毀壞安全設備之加重竊盜罪，即不無疑問。本款所謂之安全設備，依照實務與通說之見解，係指門扇牆垣以外，依通常觀念足以認防盜之設備，且須與門扇牆垣具類似性。準此以言，監視器依一般通念雖為防盜設備，但並不具有此類似門扇牆垣之性質，因此並非此處所謂之安全設備。

2.甲預藏老虎鉗，是否屬第1項第3款之攜帶兇器加重竊盜罪，亦是迭有爭議。依照實務見解竊盜攜帶鉗子雖係行竊之工具，然如客觀上足對人之身體、生命構成威脅，仍應成立本罪(最高法院74年度第3次刑事庭會議決議)，因此，舉凡對人之身體生命安全構成威脅者即屬之(79台上字第5253號判例)，且不問行為人於攜帶之初即具有據之以行兇之意圖為必要(62台上字第2489例)。

惟學說上認為實務見解過廣，因此提出不同的限縮見解，認為是否為兇器應以客觀上器械之一般用途為斷。依此說攻擊他人並非老虎鉗之一般用途，因此自非本款所謂之兇器。

拙見以為，實務見解已逾兇器之文義解釋，而與一般通念相去甚遠，有違明確性原則，故以學說上之限縮見解為妥。

綜上所述甲破壞監視器之行為以及攜帶老虎鉗之行為，第321條第2項之加重竊盜未遂罪。此外，由於甲的行為未達未遂之程度，由於準強盜罪之成立係以竊盜或搶奪行為達著手實行為前提(參見57年台上字第1017號判例、68年台上字第2772號判例)，因此甲後續對乙的攻擊無論如何不會構成第339條之準強盜罪，於此一併述明。

(四)甲毆打乙，致其頭骨破裂、顱內大量出血、智力嚴重受損，可能構成第278條第1項之重傷既遂罪：

客觀上乙因甲之毆打致受有上述傷害結果，行為結果間具有因果關係且客觀上具可歸責性；甲持老虎鉗毆打乙之頭部，對於該結果可解為具有故意，自不待言。有疑問者在於，本例中之傷害結果是否屬刑法上之重傷。

首先，本例中之傷害結果非屬第10條第4項第5款之情形，因此判斷重心在於該項第6條之「其他於身體或健康，有重大不治或難治之傷害。」(參見48年台上字第194號判例)對此，早期實務認為，傷害雖屬不治或難治，如於人之身體或健康無重大影響者，仍非本款所稱之重傷(參見29年上字第685號判例)。另有學者以「傷勢是否接近生命危險」來理解所謂的「重大不治或難治」。拙見以為，就本例中所發生之結果觀之，頭骨破裂、顱內大量出血足以證明傷勢確有接近生命危險，且智力嚴重受損，不僅重大且多半難以治療，因此應符合第10條第4項第6款之規定。

綜上所述，甲毆打乙之行為構成第278條第1項之重傷既遂罪。

【參考書目】

- 1.林山田，《刑法各罪論(上)》，五版，元照出版。
- 2.林東茂，《刑法綜覽》，五版(2007,9)；〈加重竊盜〉，《月旦法學雜誌71期》(2001,04)。
- 3.甘添貴，《體系刑法各論第二卷》，二版。
- 4.黃惠婷，〈加重竊盜罪之「攜帶兇器」與「著手」〉，《月旦法學雜誌116期》(2005,01)
- 5.陳志龍，《人性尊嚴與刑法體系入門》，五版。