

《刑法概要》

一、甲為司法警察，某日其弟乙來電，告知其因故與人發生糾紛慘遭毆打，雖不知對方姓名，但已記下其車號。故要求其兄能予協助，找出該人。甲因與監理所職員某丙熟稔，乃委託丙代查之後，將該人之住址告知其弟乙。問：某甲應成立何罪？（25 分）

命題意旨	只涉及到「公務員洩漏國防以外秘密罪」，客體是否限於公務員職務上所知悉之秘密？」此單一考點，算是十分單純的考題。
答題關鍵	案例事實正是法務部 76 法檢（二）字第 1130 號法律問題的剪貼，必須就該法律問題的肯否兩說並列，才能拿到高分。
考點命中	《高點刑法分則》，方律師編著，頁 4-58~4-59。

【擬答】

(一)甲將該人住址告知其弟乙之行爲，成立刑法（以下同）第 132 條第 1 項的公務員洩漏國防以外秘密罪。

1.本罪以「**公務員洩漏或交付關於國防以外應秘密之文書、圖畫、消息或物品**」爲犯罪成立要件。所謂洩漏或交付，係指使秘密讓不應知悉者處於可得了解的狀態或持有之，且只要一有洩漏或將秘密置於對方可得而知之狀態，本罪即告既遂。有疑問的是：本罪應秘密之客體是否限於「公務員職務上所知悉」，還是也可以包括「公務員非職務上所知悉」的祕密？

(1)**否定說**：本罪立法意旨在於處罰公務員違背職務上的保密義務，若秘密由來與公務員職務無關，尙難指摘公務員違背該保密義務而成立本罪。

(2)**肯定說**：本罪只要行爲主體是公務員，並洩漏國防以外應秘密之文書、圖畫、消息或物品即可，至於所洩漏者是否基於公務員職務上所知悉在所不問，否則毋寧增設現行法所無之限制。法務部 76 法檢（二）字第 1130 號法律問題、100 台上 6422 號決均採此說，本文從之。

2.客觀上，司法警察甲乃第 10 條第 2 項第 1 款前段所謂「依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關，而具有法定職務權限」之身分公務員，而他人之地址資料對乙而言屬於國防以外應秘密之消息，且依循前述實務見解，毋庸考慮該秘密是否基於公務員職務上所知悉，甲將該人住址告知其弟乙，符合洩漏。主觀上，甲明知前述事實卻仍有意爲之，構成要件該當。

3.甲無阻卻違法或阻卻罪責事由，成立本罪。

(二)結論：甲成立公務員洩漏國防以外秘密罪。

二、睡於透天厝二樓的原住民甲在清晨四點多時被樓下的嘈雜聲響所吵醒，甲的直覺判斷很可能是小偷，於是拿起其合法擁有的獵槍，迅速衝到二樓外面陽臺上，對著樓下正搬運甲所產銷的二箱水梨（市價約 3000 元）往外離去之竊賊乙大喊：「不要動，否則我要開槍了。」但乙繼續往前奔跑。甲見此狀，便朝乙的腳開槍射擊，雖然甲知道有可能射擊到乙之其他致命部位，但其根本無所謂，結果甲一槍擊中乙之心臟，乙一命嗚呼。問甲之行爲應如何論罪？（25 分）

命題意旨	典型「正當防衛合宜性的判斷」，而且是課本中最常舉的「櫻桃案」翻版，按部就班就一定沒有問題。
答題關鍵	時間若是足夠的話也可以帶一下緊急避難，不過結論與操作正當防衛完全相同，可以略充點篇幅（當然時間不夠的話就別勉強了）。
考點命中	《高點刑法總則（圖說）》，易律師編著，頁 7-6~7-15。

【擬答】

(一)甲開槍命中乙之心臟致其死亡之行爲，成立刑法（以下同）第 271 條第 1 項的殺人罪。

1.本罪以「**行爲人殺害他人並致死結果**」爲犯罪成立要件。

2.客觀上，甲朝乙所在位置方向開槍，乃製造死亡風險之殺人行爲，又不可想像不存在地實現法規範欲避免的命中心臟死亡結果；主觀上甲雖預見朝乙開槍有可能擊中致命部位，**卻不違背其本意地容任爲之**，具備第 13 條第 2 項的間接故意（＝未必故意、容任故意），構成要件該當。

3.違法性：審查第 23 條的正當防衛。客觀上，竊賊乙正在搬運甲所產銷的兩箱水梨之行爲，依事後角度觀

之，乃具備不法品質的現在人爲侵害無疑，該當**防衛情狀**。甲朝乙開槍射擊係足以排除侵害的實效手段，且當下情形由事前角度觀之，乃是唯一能夠阻止乙離去並保全財產的必要手段，然而甲的行爲還必須通過合宜性的檢驗而非權利濫用（又稱正當防衛的社會道德限制）。本案例甲爲了保全市價約三千元的水梨而犧牲掉乙的生命，此乃**保全利益與犧牲利益極度懸殊的絕對失衡**情形，按通說見解將剝奪甲的正當防衛權，故甲無從主張正當防衛阻卻違法。

4. 甲無阻卻罪責事由，成立本罪。

(二) 結論：甲成立殺人罪。

三、司法警察甲手執法官所簽發之拘票至乙家拘提某乙。乙見狀，遂從後門溜走，並至其弟丙工作處，央求某丙回家，爲其打探警察所為何來。惟丙一踏入家門，司法警察甲即認出丙雖非乙，卻是當年橫刀奪愛之情敵，舊事雖已過，忿恨猶未消，未待分說，即將某丙拘提而去。問：某甲應成立何罪？（25 分）

命題意旨	重點在於「濫權訴追處罰罪的行爲主體限制？」以及私行拘禁罪搭配不純正瀆職罪。
答題關鍵	前者考點有 22 年上 1930 例爲據，如果沒有碰觸到這個問題的話，配分可能會很不好看。至於強制罪與私行拘禁罪應該算刑法 ABC 了。
考點命中	《高點刑法分則》，方律師編著，頁 4-34~4-35。

【擬答】

(一) 甲拘提丙之行爲，成立刑法（以下同）第 304 條第 1 項的強制罪。

1. 本罪以「**行爲人以強暴、脅迫使人行無義務之事或妨害他人行使權利**」爲犯罪成立要件。
2. 客觀上，甲施用強制力將丙拘提而去，該當強暴此構成要件行爲，又不可想像不存在地令丙行無義務之事，畢竟應受拘提者乃是乙而不是丙。主觀上，甲明知人別有誤，卻爲了洩當年奪愛之忿而有意爲之，構成要件該當。
3. 違法性：甲所追求之目的乃侵犯乙的自由，故強制行爲可非難而具備違法性。
4. 甲無阻卻罪責事由，成立本罪。

(二) 甲將丙拘提而去之行爲，成立第 302 條第 1 項的私行拘禁罪。

1. 本罪以「**行爲人拘禁或以其他方法剝奪人之行動自由**」爲犯罪成立要件。
2. 客觀上，甲拘提丙而去該當拘禁此構成要件行爲，又不可想像不存在地剝奪丙的身體行動自由。主觀上，甲明知上述情形卻仍有意爲之，構成要件該當。
3. 甲無阻卻違法或阻卻罪責事由，成立本罪。

(三) 甲將丙拘提而去之行爲，不成立第 125 條第 1 項的濫權訴追處罰罪。

1. 本罪以「**有追訴或處罰犯罪職務之公務員，濫用職權爲逮捕或羈押**」爲犯罪成立要件。有疑問的是：本罪行爲主體是否包含司法警察在內？
 - (1) **肯定說**：學說上有認爲司法警察乃執行偵查工作的第一線人員，最容易發生濫用職權逮捕之情，就人權保障而言，更應有適用必要。
 - (2) **否定說**：實務見解（22 年上 1930 例）向來認爲有追訴或處罰犯罪職務之公務員，限於有實質追訴處罰職權的檢察官、法官，司法警察只不過是輔助機關罷了。本文從之。
2. 客觀上甲乃司法警察，依上述實務見解並非有追訴或處罰犯罪職務之公務員，自始不該當本罪主體。

(四) 結論：甲同一行爲犯強制與私行拘禁兩罪，有鑑於保護同一自由法益，故形成不真正競合關係僅論私行拘禁罪已足。此外，公務員甲假借職務上之機會故意犯私行拘禁罪，應按第 134 條之規定，加重其刑至二分之一。

四、甲於假日傍晚時分帶著 15 歲之乙與 13 歲之丙，父子三人來到住家附近國小操場玩棒球。甲等三人於操場中央，由乙擔任投手、丙擔任打擊手、甲擔任捕手兼裁判，玩得不亦樂乎。未久，丙擊出一顆長遠的平飛球，沒想到，該球不偏不倚擊中正在操場跑步的 A 之左眼。由於該球力道強勁，A 當場倒地。A 被甲緊急送醫，經醫師診查後，發現眼角膜與視網膜嚴重受損，視力從 1.0 退化至 0.2。問甲、丙之行爲應如何論罪？（25 分）

命題意旨	涉及過失犯與過失不純正不作為犯的審查。
答題關鍵	其實案例相當單純，涵攝解釋上應不成問題。不過請小心本題是第四題，時間分配上這題會比較匆促，但請務必提及父親作為義務的來源。
考點命中	《高點刑法總則（圖說）》，易律師編著，頁 6-1~6-19。

【擬答】

(一)丙打出平飛球而擊中 A 左眼之行爲，不成立刑法（以下同）第 284 條第 1 項的過失致重傷罪。

- 1.一眼視力由 1.0 降至 0.2，雖不該當第 10 條第 4 項第 1 款所稱之「毀敗」，卻已「**嚴重減損**」一目之視能，符合重傷之立法定義，合先敘明。
- 2.客觀上，丙在國小操場使用球棒擊出平飛球，乃製造他人重傷風險之行爲，又不可想像不存在地實現法規範欲避免的 A 被棒球擊中受重傷之結果。主觀上，丙無意致 A 受重傷而欠缺重傷故意，**但對於擊球恐怕危及在操場周邊運動的他人有預見可能性**，又由於揮棒擊球當下已可預見構成犯罪之事實，因此屬於第 14 條第 2 項所稱**有認識過失**。
- 3.丙無阻卻違法事由，卻因年僅 13 歲，依據第 18 條第 1 項無責任能力而阻卻罪責。

(二)甲未制止丙揮擊棒球之行爲，成立刑法第 284 條第 1 項過失致重傷罪的不純正不作為犯。

- 1.行爲：甲未採取任何制止行爲，對 A 而言係未排除既存風險之不作為。
- 2.客觀上，**甲對自己的親生小孩丙負有避免其對外侵害之作爲義務，這乃是基於危險源監督或危險前行爲（第 15 條第 2 項）而來的監督者保證**，甲在丙揮擊當下有制止的物理作為可能性，卻不透過該特定行爲排除不受容許的重傷風險，該風險又不可想像其不存在地導致「A 一目視能嚴重減損」，實現法規範所預設之重傷結果。主觀上，甲無意致 A 受重傷而欠缺重傷故意，**但對於擊球恐怕危及在操場周邊運動的他人有預見可能性**，又由於未制止當下已可預見構成犯罪之事實，因此屬於第 14 條第 2 項所稱**有認識過失**。
- 3.甲無阻卻違法或阻卻罪責事由，成立本罪。

(三)結論：甲成立過失致重傷罪的不純正不作為犯。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！