

《刑法》

試題評析

- 第一題：測驗考生對於正當防衛此等阻卻違法事由相關要件的瞭解，除了需熟悉要件外，尚須能將案例事實涵攝於條文中予以具體使用，並針對防衛情狀之現在性與防衛手段之客觀必要性作清楚的說明。
- 第二題：測驗考生對於刑法第130條構成要件之熟悉度，屬於萬年考古題，回答上應無困難，只要把握時間，有條理地分析案例事實即可輕鬆得分。
- 第三題：涉及著手時點之認定，以及共同正犯打擊錯誤與中止未遂之處理方式等爭點，雖題目設計平易近人，但要將此考點說明清楚，必須對刑法之錯誤理論與著手時點認定學說具有相當之熟悉度，屬於有辨識力的題目。
- 第四題：應係改編自「灑錢怪客」之時事題，測驗考生對於刑法分則公共危險罪章中相關條文之熟悉度，雖刑法第185條於國家考試出現的頻率不高，但此時事所引發之相關條文應尚不至於對考生造成困難。

一、甲與仇敵乙狹路相逢，乙企圖拔槍行兇，尚未舉槍瞄準，甲為了自保，拾起地上磚塊，擲向乙的頭部，打瞎一隻眼睛。問甲是否有罪？（25分）

答：

(一)甲拾磚塊砸向乙的頭部，打瞎乙的一隻眼睛，依據刑法第10條第4項第1款之規定，該當刑法第278條重傷罪之構成要件，惟其行為是否成立刑法第23條正當防衛以阻卻違法，析述如下：

1.正當防衛之要件：

(1)緊急防衛情狀

A.侵害法益之人力行為

甲所面臨的危急狀況，係仇人乙企圖拔槍行兇，屬於來自於人的侵害行為。

B.侵害具有現在性

所謂現在性，係指侵害或攻擊迫在眼前、業已進行或正在持續，現在的侵害與未來的侵害，區分界限有不同見解：

(A)著手理論

凡未著手於侵害行為之實行者，即為未來之侵害；否則即為現在之侵害。

(B)預備理論

凡未預備實施侵害者，即為未來之侵害，否則即為現在之侵害。

(C)有效性理論

即將錯過最後或最可靠的防衛機會時，就可以說明該侵害行為為現在之侵害。

小結：關於現在性之具體內涵，不應拘泥於著手實行之概念，而應著重於防衛者利益之保護，因此侵害者之行為雖尚未達到著手之階段，但仍可能被判定為現在進行之侵害。本題情形，乙雖尚未舉槍瞄準甲，但其企圖拔槍行兇，對甲而言，侵害或攻擊已迫在眼前，具有現在性。

C.侵害具有不法性

拔槍行兇，為刑法第271條殺人罪或同法第277條傷害罪所規範之對象，客觀上已違背法的規範評價，具有不法性。

(2)緊急防衛行為

A.針對侵害者為之

本題甲之防衛行為係針對侵害者乙為之。

B.防衛行為必須客觀必要

(A)防衛行為是否為客觀上所必要，應就侵害或攻擊行為之方式、輕重、緩急與危險性等因素，並參酌侵害或攻擊當時防衛者可資運用的防衛措施等客觀情狀而為判斷。倘若手段適於達成目的，且其所選擇的方法係同等有效的方法中，最小損害之防衛手段，則符合客觀必要之要求。

(B)本題情形，甲面對乙企圖拔槍行兇之緊急狀況，採取以磚塊砸其頭部的措施，有助於保護自己的生命或身體法益；惟甲拾磚塊砸乙之手應足以有效防止其拔槍行兇，遽對其頭部敲擊，並非同等有效之方法中損害最小者，故甲之行為並未符合客觀必要之要求。

2.甲主觀上對緊急防衛情狀有認知，且對於防衛行為之採取亦有意欲，故雖其客觀上實施之防衛手段不符客觀必要之要求，屬於過當防衛，但仍可視其為不知覺的過當防衛或有知覺的過當防衛，決定是否得免除或減輕其刑。

(1)有知覺的過當防衛(故意的過當防衛)：

行為人之防衛行為之所以逾越必要性，並非恐慌、驚嚇所導致，而是出於其他心理因素（例如：給攻擊者一個教訓等），有意選擇侵害程度較重的防衛手段。基於罪責程度降低、不法程度亦降低等之考量，得視情況減輕罪責。

(2)不知覺的過當防衛(過失的過當防衛)：

行為人之防衛行為之所以逾越必要性，乃恐慌、驚嚇所導致，由於法律欠缺對人民「臨危不亂」之期待可能性，故可視情形免除或減輕其刑。

(二)綜上，甲不得主張正當防衛阻卻違法，成立重傷罪；至多依其所成立之過當防衛，視具體情形決定是否得以免除或減輕其刑。

【參考書目】

1.利台大刑法講義第2回，頁16～17。

2.金律師，《刑法總則經典題型》，高點文化出版，頁2-135。

二、甲是負責消防安全檢查的公務員，對於友人所經營的KTV，明知消防設施不完備，不符合法規，仍予以通融。某日，KTV員工準備餐點，不慎失火，由於消防設備不合格，無法即時撲滅火勢，致釀多條人命。問甲成立何罪？（25分）

答：

(一)公務員甲通融友人所經營的KTV消防設施不合法規之情形，未嚴格要求其改善至完備程度，終至火災來時無法及時撲滅，釀成多條人命，可能成立刑法第130條公務員廢弛職務釀成災害罪，其要件分別析述如下：

1.客觀要件

(1)行為主體須具有公務員身分

A.本罪為純正身分犯，具有公務員身分者始有成立本罪之可能，依據刑法第10條第2項之規定：「稱公務員者，為下列人員：一、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，以及其他依法令從事於公共事務，而具有法定職務權限者。二、受國家、地方自治團體所屬機關依法委託，從事與委託機關權限有關之公共事務者。」

B.本罪之公務員是否限於對災害有防止義務之公務員，有不同見解：

(A)否定說

凡具有公務員身分者，即有可能成為本罪之行為主體，不以對於災害具有防止義務之公務員為限。

(B)肯定說

刑法第130條之罪，以對於某種災害有預防或遏止職務之公務員，廢弛其職務，不為預防或遏止，以致釀成災害，為其成立要件，若不合於所列要件，即難謂為應構成該條罪名（30上2898例）。

小結：學生以為本罪災害之釀成，既與其職務之廢弛有關，解釋上似以須負有此種職務之公務員始能構成本罪較為妥適。

(2)有廢弛職務之行為

所謂廢弛職務，係指公務員未盡其職務所應盡之職責，故本罪之性質為「純正不作為犯」。至於公務員未盡其職務上應盡之職責，須至何種程度，始能認為有廢弛職務之事實，則應依該公務員職責之性質、內容，就各個具體情況，綜合客觀資料判斷之。

(3)有災害之發生

此所稱之「災害」，包括人為災害、自然災害，該災害之發生，不論出於自然力、人力或其他機械力均屬之；至於災害所造成損害之輕重，以及受災人數之多寡，雖然法無明文，但在解釋上應指損害重大法益之災害。

(4)廢弛職務行為與釀成災害之間具有因果關係

本罪所稱之「釀成」，係指行為人之廢弛職務行為，與災害結果之發生間具有因果關係。

2.主觀要件

行為人主觀上須具有廢弛職務之故意，亦即其對於法定職務內容有所認識，且進而決意廢弛職務之主觀心態。

- 3.本題中，甲為負責消防安全檢查之公務員，具有本罪行為主體之適格，且其職務內容對於消防設施之不完備或不合法規之情形，均應嚴加監督、促其改善，此法定職務內容為其所認識，而其竟為了私人友情而決意予以通融，未加以監督改善，自屬廢弛職務之行為；且火災發生，因為該消防設備不合格，無法及時撲滅火勢，釀成多人死亡之結果，可知此損害重大法益之災害結果發生與甲之廢弛職務具有因果關係，故甲成立本罪。

(二)綜上，甲無阻卻違法或阻卻責任之事由，故成立刑法第130條之公務員廢弛職務釀成災害罪。

【參考書目】

- 1.利台大刑法講義第4回，頁3~4；第5回，頁8~10；第6回，頁43、50。
- 2.金律師，《刑法總則經典題型》，高點文化出版，頁2-443~444。

三、甲乙丙與張三有仇。某日，甲等人探知張三將於飯店用餐，乃共謀殺害張三。甲持槍、乙持開山刀、丙持西瓜刀共同前往。剛抵達飯店，丙接聽手機後匆忙離去。甲、乙兩人對張三展開圍殺，張三躲避敏捷，只受到輕微槍傷；乙未砍中張三卻誤中一同用餐的李四，李四傷重，送醫不治。問甲乙丙三人的罪責如何？（25分）

答：

(一)所謂「共同正犯」，係指二人以上，基於共同犯罪決議，各自分擔犯罪計畫之一部，而共同實現犯罪之人。依據犯罪支配理論之觀點，共同正犯屬於功能支配者，在整個共同犯罪的過程中，透過彼此之間的相互作用，共同支配整個犯罪過程，實現犯罪成果，故各個犯罪參與者對於共同認知與意欲相互作用範圍內之犯罪貢獻，均應負起全部責任，此即所謂「直接的交互歸責原則」，一人既遂，全體既遂；一人著手，全體著手。據此，甲乙丙之罪責，以及是否成立共同正犯，分別析述如下：

1.甲乙丙之罪責：

(1)本題甲乙丙各持兇器共同前往飯店欲殺張三，惟丙接聽手機後匆忙離去，僅甲乙兩人留在現場對張三展開圍殺，甲乙丙究竟構成殺人未遂罪（刑法§271II）抑或預備殺人罪（刑法§271III），此乃涉及著手時點之認定，學說見解如下：

A.客觀理論

(A)形式客觀理論

唯有行為人已經開始實行嚴格意義的構成要件行為，才能算是已著手，之前的行為充其量都僅止於預備階段而已。

(B)實質客觀理論

依照客觀觀察，行為人開始實行與構成要件具有必要關聯性之行為，而足以當作構成要件之一環者，或者開始實行對於構成要件保護客體形成直接危險的行為，又或者其行為已密切接近於構成要件行為者，即可認為已著手。

B.主觀理論

倘若依行為人之犯意及其犯罪計畫認為已經著手，即可認定為著手。

C.主客觀混合理論

以行為人之主觀想像為基礎，混合實質客觀說，關於行為對受保護客體之直接侵害觀點，認為倘若行為人依其對於犯罪的認識或整體犯罪計畫，開始實行足以實現犯罪構成要件或招致法益直接受侵害的行為時，犯罪即已著手。

小結：現行法中關於未遂犯之處罰依據，多數採主客觀混合之印象理論，故關於著手時點之認定，似乎亦以主客觀混合理論較為妥適。

(2)若採取主客觀混合理論之見解，則甲乙已對於張三為圍殺行為，所從事者係嚴格意義之構成要件行為，自為已經著手無疑；有問題者，係丙於抵達現場隨即離去，是否可認為已著手；倘若已著手，則方有成立未遂之可能，倘若尚未著手，則僅止於預備階段，沒有未遂之問題。

由於丙已持西瓜刀抵達現場，則其已處於隨時可對正在該飯店用餐之張三砍殺之狀態，張三的生命、

身體法益均已處於直接的危險，故丙之行爲已可認爲係與殺人罪之構成要件具有必要關聯性之行爲，而可認爲是構成要件之一環，故丙亦已著手。

(3)依據刑法第28條之規定，甲乙丙成立殺人未遂罪之共同正犯。

2.共同正犯之打擊錯誤

(1)本題情形，乙持開山刀砍張三，卻誤中與其一同用餐的李四，此即所謂的打擊錯誤。由於共同正犯在共同犯罪決意之範圍內，對於所有的犯罪貢獻均有「直接交互歸責原則」之適用，故其中一人的打擊錯誤自亦適用之。

(2)依據通說與實務對於打擊錯誤之處理方式，甲乙丙對於張三，應成立殺人未遂罪（刑法§271II）；對於李四，則成立過失致死罪（刑法§276）。由於係一行爲觸犯數罪名，故應依刑法第55條之想像競合，論以較重之殺人未遂罪。

(3)共同正犯之中止未遂

本題丙接聽完手機隨即匆忙離去，倘若其符合己意中止之要件，則必須還要採取防止結果發生之行爲，並且該行爲亦確實成功地阻止了犯罪結果之發生，始能成立中止未遂。丙離去前後均未採取任何防果行動，故不成立中止未遂。附帶一提，中止未遂在體系定位上，屬於不法與罪責以外之「個人解除或減輕刑罰事由」，縱使共同正犯中之一人成立中止犯，其他共同正犯亦不會隨之亦成立中止未遂。

(二)綜上，甲乙丙成立刑法第271條第2項之殺人未遂之共同正犯。

【參考書目】

- 1.方律師，「刑法分則重點整理」，高點，頁4-44~45。
- 2.金律師，《刑法分則經典題型》，高點文化出版，頁4-20~21。

四、甲失戀，又霉事連連，為去除霉運，搭計程車行經高速公路，將兩百多萬元現金陸續灑向窗外。許多駕駛人見狀，紛紛煞車，不顧一切，停車撿拾現鈔，高速公路上頓時險象環生。問甲成立何罪？（25分）

答：

(一)甲搭計程車行經高速公路，將巨額現金陸續灑向車外，造成其他路人不顧一切下車撿拾，造成高速公路險象環生，其可能成立刑法第185條妨害公眾往來安全罪，析述如下：

- 1.本罪之成立，係以損壞或壅塞陸路、水路、橋樑或其他公眾往來之設備或以他法致生往來之危險為要件。
- 2.本題情形，客觀上甲以灑錢的方法讓其他用路人均下車撿錢，雖錢本身並不會產生如損壞公眾往來設備之致生往來危險效果，但許多人在高速公路上撿錢卻足以達到壅塞交通之結果，倘若已達車輛必須非常謹慎小心，而非只是稍加注意就可通行之程度，則可認爲係以其他與損壞、壅塞類似之方法，致生往來之危險。
- 3.行爲人主觀上除認識其行爲外，尚必須有致生往來危險之認識，並決意爲之。本題情形，甲為去除霉運而在高速公路上灑錢，雖其目的在於改運，而非欲導致往來危險之發生，惟其若能認識其灑錢行爲，且認識灑錢行爲會造成用路人紛紛下車撿拾之狀況，而仍不顧公共危險之產生仍決意爲之，則至少有間接故意，倘若無阻卻違法或阻卻罪責之事由，則成立本罪。

(二)綜上，甲成立刑法第185條妨害公眾往來安全罪。

【參考書目】

- 1.方律師，《刑法分則重點整理》，高點文化出版，頁3-25~26。