

《刑法概要》

一、A因缺錢花用，遂潛入甲宅行竊，正當翻箱倒櫃尋找財物之際，不慎驚動甲。甲聽聞樓下聲響，查看後發現A正在行竊，氣憤之下立即從廚房取出菜刀追砍A。A見狀顧不得竊取財物，火速逃離甲宅。甲追出屋外，口中大喊「捉小偷」，未久追上A後，竟持刀砍殺A多刀，致A傷勢過重當場身亡。試問：甲之刑事責任如何？（25分）

試題評析	本題涉及正當防衛、防衛過當之解釋，屬於較為學理的題目，建議考生在作答時將學說併陳(至少併陳肯定說與否定說)加以適用，當可獲得高分。
考點命中	《高點刑法講義》第二回，任政大編撰，頁77。

答：

一、甲持刀砍殺A多刀，致A傷勢過重當場死亡之行爲，成立刑法第277條第2項傷害致死罪，但得減輕或免除其刑(刑法第23條但書)：

(一)不法構成要件部分，客觀上A有死亡結果，惟甲主觀上出於何種故意，題目所未示，依照罪疑惟輕原則，本文認定甲出於傷害故意。甲之傷害行爲造成A死亡之加重結果，不法構成要件該當。

(二)本件甲得否主張其係針對A之不法行爲所爲之正當防衛，阻卻違法(刑法第23條前段參照)？

1.按阻卻違法之正當防衛，客觀上須危害符合防衛情狀之現時性與不法性，且行爲人所爲之防衛行爲適當且必要，主觀上須具有防衛意思，始足當之。

2.查本案之情狀，A竊賊之竊取行爲遭甲撞見，因而逃離甲宅，甲係跟追進而持刀砍殺，衡諸一般常情，A所爲之竊盜不法行爲，似已非「現時不法侵害」，甲之行爲不具防衛情狀之現在性，自無阻卻違法之正當防衛主張餘地。

(三)本件甲得否主張其係針對A之不法行爲所爲之防衛過當，減輕或免除刑責(刑法第23條但書)？

1.防衛過當係指防衛行爲必要性的逾越，在概念上可以區別爲「強度」與「時間」防衛過當兩者。前者係針對行爲人必爲選擇最小侵害手段而逾越手段必要性，後者則係指防衛行爲並非針對現在不法侵害爲之，屬於「延展之防衛過當行爲」，本案屬之。「延展之防衛過當行爲」得否主張防衛過當，學理上有不同見解：

(1)限制說：學理上有見解認爲「延展之防衛過當行爲」不符合防衛情狀，本非屬防衛行爲，自無防衛過當主張之餘地。

(2)擴張說：學理上有見解認爲行爲人處於異常的情緒下，應認行爲人罪責程度明顯較低，應得主張防衛過當。

(3)區分說：此說認爲應區分「事前時間防衛過當」與「事後時間防衛過當」兩者，後者應處於慌亂、驚嚇等心理狀態所爲之過當防衛行爲，仍應得以主張防衛過當，減輕或免除刑責。

2.本文採取擴張說、區分說之見解，應考量行爲人因不法行爲發生之特殊情狀，放寬防衛過當之解釋較有利行爲人，故本件甲仍得主張刑法第23條但書之防衛過當，減輕或免除其刑。

二、甲為建築師，受聘擔任某政府機關公有建築物之設計人及監造人，由A營建公司承造。A營建公司未依核准圖說施工，甲監造時知情並未予糾正，竟以合格通過。試問：甲之刑事責任如何？（25分）

試題評析	本題涉及公務員圖利罪之檢驗，由於刑法上公務員之範圍迭有爭議，本題容有不同見解，考生僅須具體敘明理由，應均可獲取相當之分數。
考點命中	《高點刑法講義》第九回，任政大編撰，頁24。

答：

甲明知A建設公司未依規定施作工程，仍准許其合格通過之行爲，不成立刑法第131條第1項圖利罪：

- (一)圖利罪之不法構成要件，須行為人為公務員，就其主管或監督之事務，明知違背法令，直接或間接圖自己或其他私人不法利益，並使其因而獲得利益，始足當之。再者，圖利罪為其他瀆職罪章公務員職務上圖利之概括規定，必其圖利行為不合刑法各條特別規定者，方有本罪之適用(最高法院51年台上字第750號刑事判例參照)。
- (二)查本案中甲並未有何收取不法對價之行為，自無賄賂等罪之適用，合先敘明。複查甲明知A建設公司未依規定施作工程，仍准許其合格通過之行為，故符合就其監督之事務明知違背法令、圖他人不法利益並使其因而獲得利益等要件，惟甲為建築師，建築師受行政機關委託為設計、監造人，是否為刑法上之公務員並行使公權力，容有不同見解：
- 1.肯定說：建築師為監造人應符合「授權公務員」，其所為公共事務固限於涉及有關公權力行使之事項，然如係依政府採購法規定之兼辦採購事務人員，其採購內容，縱僅涉及私權或私經濟行為之事項，惟因公權力介入甚深，仍宜解為有關公權力之公共事務，負有一定公共事務之處理權限，縱其未依政府採購法所定程序進行採購，仍屬新刑法第10條第1項第1款後段之授權公務員。
 - 2.否定說：受行政機關委託為工程設計、監造之工程師，並未因受託而取得公權力，其行為純屬民事法律關係，尚難認係屬於受任範圍內行使該所公務上之力(最高法院100年台上字第2783號刑事判決參照)。
 - 3.本文認為刑法上之公務員，應係就其行為於法上是否已可評價為「公權力行使」、「與公務機關相當」而得為准駁之高權行為，本案中甲縱使受託加以監工，仍與一般建築師監工無異，並不因此即構成刑法上公務員，不構成本罪。附帶一提的是，甲明知A建設公司未依規定施作工程，除構成建築法之相關刑責外，若涉及業務上登載之行為，亦可能構成刑法第215條業務登載不實罪。

三、甲夜間駕駛自用小客車行駛於偏僻路段時，不慎撞死路人A。甲下車查看發現A已然身亡，驚恐之下立即駕車逃離現場並前往尋找好友乙。乙聞後乃勸誘甲將肇事車輛清洗修理，除去跡證。甲遂前往經營修車廠的友人丙處，私下告知案情後，由丙將肇事車輛完成清洗修理。試問：甲、乙、丙之刑事責任如何？(25分)

試題評析	本題在測驗考生基本刑法分則之罪名、湮滅刑事證據罪之「他人」之性質、共犯從屬性與限制從屬性理論等爭點。
考點命中	《高點刑法講義》第七回，任政大編撰，頁81-86。

答：

一、甲之刑責：

- (一)甲駕駛小客車撞死A之行為，成立刑法276條第1項過失致死罪：
- 1.不法構成要件部分，客觀上甲駕駛小客車撞死A，惟依照題意甲主觀上不具有故意，而係因其疏於注意，不慎導致結果之發生，甲具有過失，不法構成要件該當。
 - 2.甲無阻卻違法事由，且具罪責，成立本罪。
- (二)甲逃離肇事現場之行為，成立刑法第185條之4肇事逃逸罪：
- 1.按駕駛動力交通工具肇事，致人死傷而逃逸者，處一年以上七年以下有期徒刑，刑法第185條之4訂有明文。
 - 2.查甲駕駛小客車不甚撞死A，客觀已生肇事結果，且其仍加以逃逸肇事現場，主觀上甲對上述事實明知並有意使其發生，具有逃逸故意，不法構成要件該當。甲無阻卻違法事由，且具罪責，成立本罪。
- (三)甲將車輛駛至修車廠，請他人除去汽車跡證之行為，不成立刑法第165條湮滅刑事證據罪：
- 1.湮滅刑事證據罪，刑法限制僅限於「關係他人刑事被告案件之證據」，尚不包括關係行為人本人之刑事證據，此係基於期待可能性之考量，殊難期待行為人本人不湮滅涉及自己刑事被告案件之證據。
 - 2.本案中，甲固有請他人除去汽車跡證之行為，惟此行為尚非刑法第165條湮滅刑事證據罪之處罰範圍，甲不成立本罪。

二、乙之刑責：

(一)乙唆使甲除去汽車跡證之行爲，成立刑法第165條湮滅刑事證據罪之教唆犯：

- 1.按湮滅刑事證據罪，刑法限制僅限於「關係他人刑事被告案件之證據」，尚不包括關係行爲人本人之刑事證據，此因係基於期待可能性之考量，已如前述。惟我國學理見解咸認法文所謂「他人」者，其性質上屬於罪責要素，換言之正犯湮滅自己之刑事證據，仍具有本罪之不法，共犯所爲之教唆、幫助行爲，仍符合限制從屬性之要求。
- 2.查乙客觀上有唆使甲除去汽車跡證之行爲，主觀上有教唆故意及教唆既遂之雙重故意，雖形式上正犯甲不構成湮滅刑事證據罪，惟甲不構成該罪係因欠缺期待可能性，其行爲仍有具有本罪之不法，故乙教唆甲湮滅刑事證據之行爲，自仍得從屬前述不法行爲，成立本罪。

三、丙之刑責：

(一)丙洗去汽車跡證之行爲，成立刑法第165條湮滅刑事證據罪：

丙客觀上洗去甲汽車跡證之行爲，主觀上依照題意，丙已知前開跡證爲甲刑事被告案件之證據，仍執意爲之，具有湮滅故意，不法構成要件該當。丙無阻卻違法事由，且具罪責，成立本罪。

四、甲於民國92年間涉嫌觸犯刑法第336條第1項之公務侵占罪，經檢察官提起公訴後，一審法院於95年6月25日宣判，諭知有期徒刑1年6月、褫奪公權2年，並宣告緩刑3年。本案於95年7月10日確定。試問：本件應如何執行緩刑與褫奪公權？(25分)

試題評析	本題過去曾在100年輔仁大學法律系碩士班考試命題，完整作答實屬不易。考點涉及新舊法比較、修法歷程、緩刑效力範圍、褫奪公權與緩刑執行之適用、最高法院95年第8次刑事庭決議等考點。考生在作答時，可自題目內容涉及新舊法期間，推測涉及新舊法比較加以評估作答方式，或至少就現行之規定完整加以適用，確保獲取基本分。
考點命中	《高點刑法講義》第五回，任政大編撰，頁46-58。

答：

一、甲之「緩刑宣告」應自裁判確定之日即95年7月10日起算之，至於甲之「褫奪公權宣告」亦暫緩執行，視甲之緩刑宣告是否期滿未經撤銷定其效力：

- (一)接受二年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告，而有下列情形之一，認以暫不執行爲適當，得宣告二年以上五年以下之緩刑，其期間自裁判確定之日起算，刑法第74條第1項訂有明文。換言之，緩刑係自「裁判確定之日」起算當屬無疑。
- (二)褫奪公權之執行，是否受緩刑宣告之影響，歷經我國刑法於94年2月2日修正並自95年7月1日施行後迭有更異(下稱修正前、修正後刑法規定)：
 - 1.修正前刑法規定：褫奪公權除主刑宣告死刑或無期徒刑者外，係自主刑執行完畢或赦免之日起執行，如裁判確定同時宣告緩刑及褫奪公權者，褫奪公權宣告亦暫緩執行，而緩刑期滿，緩刑之宣告未經撤銷者，主刑及從刑(含褫奪公權)之宣告，均失其效力，此參修正前刑法第74條並無限制緩刑效力之範圍即明。
 - 2.修正後刑法規定：修正理由考量從刑與主刑間並無必然牽連關係，且基於社會防衛及改善教育之目的，從刑與保安處分暫不執行爲適當之本旨不合，因而於刑法第74條修正爲「緩刑之效力不及於沒收和保安處分之宣告」。另參修正後刑法第37條第2項規定，明文規定如褫奪公權遇有同時宣告緩刑之情形，係自裁判確定時起執行，不因緩刑宣告是否撤銷而受影響。
- (三)本案應適用修正前或修正後之規定，容有不同之見解：
 - 1.最高法院95年第8次刑事庭決議第7點：「緩刑：犯罪在新法施行前，新法施行後，緩刑之宣告，應適用新法第七十四條之規定。」換言之，若依照我國最高法院之見解，即應直接適用新法之規定，甲之緩刑及褫奪公權宣告，均自裁判確定之日起算之。
 - 2.惟本文容有不同見解，本案一審法院於95年6月25日受宣判，其適用舊法之規定，本案另於95年7月10日確定，其適用新法之規定。新舊法比較基於刑法第2條從舊從輕原則，應以舊法就褫奪公權宣告暫緩執行，明顯對行爲人較爲有利，亦較符合法文、法理之適用。本件爰適用舊法之規定，甲之「緩刑宣告」應自裁判確定之日即95年7月10日起算之，至於甲之「褫奪公權宣告」應暫緩執行，視甲之緩刑執行是否期滿未經撤銷，而定其效力。