

《刑法概要》

一、甲路過某宅，見飄落在地上之衣服一件，乃撿拾欲放回原處，宅主乙見之誤認甲竊取該衣服，上前抓住甲肩膀，欲將甲扭送警察局，甲雖然辯白卻不為乙所接受，甲為脫身而用力掙扎但未成功，只好咬乙之手臂與手指，直至乙放手後，甲即乘機逃跑。乙緊追不捨約二百公尺後再度抓住甲，雙方倒地，乙仍然緊緊抓住甲之腿，甲以腳踢乙數次，致乙受傷。試問：甲和乙之行為在刑法上應如何論斷？（25 分）

命題意旨	測驗考生對於「正當防衛」與「誤想防衛」之理解與運用。
答題關鍵	掌握基本觀念，分點分段回答即可得分。
高分閱讀	1.利台大刑法講義第二回，頁 6-21。 2.利台大刑法講義第四回，頁 8-10。

【擬答】

(一)乙誤以為欲幫其撿拾掉落地衣服放回原處的甲是小偷，乃抓住甲不放，可能構成妨害自由罪（刑法第 302 條第 1 項）：

1.乙之行為構成誤想防衛

所謂「誤想防衛」，係指行為人對於阻卻違法事由之前提事實要件認識錯誤，且其誤認係對自己有利，亦即行為人誤以為有阻卻違法之前提事實情狀存在，但實際上該情狀並不存在，進而採取防衛行為之情形。本題甲撿拾掉落地衣物，目的是要幫乙放回原處，乙誤以為小偷正在竊取衣物，進而採取拘束甲行動自由之防衛措施，自屬誤想防衛無疑。

2.誤想防衛在法律上之評價

(1)阻卻構成要件故意

二階理論認為犯罪成立要件包括整體不法構成要件與罪責兩部分，而關於整體不法構成要件之內涵，則包含了正面不法構成要件要素與負面不法構成要件要素，行為人主觀上必須對此兩者均有正確的認識，倘若對於任何一部分的事實狀況有所誤認，便會因為欠缺不法構成要件故意而不成立故意犯罪。

(2)嚴格罪責理論

此理論認為不法意識是一個獨立的罪責要素，欠缺不法意識概屬罪責層次的問題，毫無例外，故所有關於不法意識的錯誤都會產生排除罪責的效果。

(3)限縮法律效果之限制罪責理論

此理論乃從故意在犯罪階層體系之雙重定位出發，認為容許構成要件錯誤不會影響構成要件故意，只會影響罪責故意，亦即犯罪類型係在罪責層次影響故意犯罪的成立，而非在不法層次阻卻構成要件故意。

小結：在三階層犯罪理論下，由於嚴格罪責理論不區分容許構成要件錯誤與禁止錯誤、容許錯誤，悉以排除罪責來處理，屢遭質疑，故多數學者採取限縮法律效果之限制罪責理論。依此說，乙仍成立妨害自由罪。

(二)甲為脫身而攻擊乙，致乙受傷，可能成立傷害罪（刑法第 277 條第 1 項）：

1.甲具有傷害乙之故意，且亦造成乙受傷之結果，該當傷害罪之構成要件。

2.甲雖該當傷害罪之構成要件，惟其行為係為了避免來自於乙之攻擊，茲依刑法第 23 條檢驗其是否可主張正當防衛阻卻違法：

(1)緊急防衛情狀

甲面臨來自於乙的現在侵害，且乙之行為係誤想防衛，屬於違犯整體法秩序的行為，故亦具有不法性。

(2)緊急防衛行為

甲之防衛行為係對攻擊者乙為之，且其防衛行為並未逾越客觀必要之程度，亦無權利濫用之情形。

(3)主觀上甲知有防衛情狀，亦有防衛意識。

小結：甲可主張正當防衛阻卻違法。

(三)結論：甲不成立犯罪；乙依據多數說之見解，論妨害自由罪。



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>
北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586 (代表號)

二、甲明知所持有之某家便利商店中華民國九十八年三月至四月份、編號 VP63640310 之統一發票一張並未中獎，因積欠房租而房東催繳甚急，甲遂將該發票末五位號碼「40310」其中號碼「3」之部分改造為「8」，使與該期第四獎中獎號碼相同後，交付房東以抵房租。房東持該統一發票至某銀行向行員要求兌領第四獎中獎獎金新台幣四千元，經行員發現發票有異而報警處理。試問：甲應負何刑責？（25 分）

命題意旨	測驗考生對於統一發票之性質是否瞭解，以及對於偽造與變造行為之區別標準是否熟悉。
答題關鍵	同學們須掌握爭點，關於統一發票之性質、偽造與變造之判斷標準，以及偽造變造行為與行使行為之競合等，學說與實務均有不同的處理方式，解題應兩說併陳、條理清晰、層次分明，方可獲致高分。
高分閱讀	1.利台大，刑法總複習講義，頁 5。 2.方律師，《刑法分則重點整理》，頁 3-124。

【擬答】

(一)統一發票之性質：

1.有價證券說－

學說上有認為中獎之統一發票，已有類似中獎彩券之性質，不但表彰一定的財產權，且領獎時須提示該統一發票，具備占有性，已符合有價證券之特性，應認為係有價證券。

2.私文書說－

實務上認為統一發票為私文書，並非有價證券。

(二)將未中獎之統一發票號碼改為符合當期中獎數字之號碼，究屬偽造行為或變造行為：

1.若認為中獎之統一發票性質上屬於有價證券，則私自將本質上非有價證券之未中獎之統一發票，改變號碼，使之成為具有有價證券性質之中獎統一發票，持有人於其上簽名，即得行使領取獎項之權利，係屬無製作權人所製作之虛偽有價證券，應成立偽造有價證券罪。

2.若依實務見解，認為統一發票為私文書，則因刑法上所謂偽造文書，係指妄冒他人名義制作文書、或就他人名義所制作文書於既有本質消滅後使生完全相反之效用，若原有文書之本質並未變更，雖就其內容有所更改，而於固有本質之外另生其他證明效果，仍為變造而非偽造。倘統一發票收執聯固有之銷貨憑證本質並未喪失，雖將未中獎之統一發票號碼改造為符合當期中獎號碼，仍屬變造行為（台灣高等法院 89 上訴字 1030 號，89 台高院法律座談會）。

(三)本題甲明知其所持有之統一發票並未中獎，為抵繳房租而將該發票號碼改為中獎號碼，其可能構成之罪名分析如下：

1.若依學說上之見解：

(1)甲意圖供行使之用，而故意將未中獎之發票改為具有有價證券性質之中獎統一發票，該當偽造有價證券罪之構成要件（刑法第 201 條第 1 項）；且其以該偽造之有價證券抵繳房租，亦該當行使偽造有價證券罪之構成要件（刑法第 201 條第 2 項）。

(2)由於行使行為可說是利用前行為所侵害的法益，並無擴大或改變前行為所造成之損害狀態，屬於與罰（或不罰）之後行為，故僅論以偽造有價證券罪即可。

2.若依實務見解：

(1)統一發票之本質為銷貨憑證，將未中獎的號碼改為中獎號碼，並不會使此本質消失，且因統一發票之性質為私文書，故甲故意變更統一發票的號碼，應構成變造私文書罪（刑法第 210 條）；又其以該變造之私文書抵繳房租，應亦該當行使變造私文書罪（刑法第 216 條）。

(2)由於變造行為為高度行為，行使行為為低度行為，後者應為前者所吸收，故應依前者處斷（24 上 458 參照）。

(四)結論：甲無阻卻違法與阻卻罪責之事由，倘依學說見解，成立刑法第 201 條第 1 項偽造有價證券罪；倘依實務見解，成立刑法第 210 條之變造私文書罪。



三、甲在某公司擔任出納工作，由於積欠地下錢莊債務，遭到暴力催討，頗有生命上的威脅，於是將經手的五百萬元挪做償債之用。事隔不久，東窗事發，甲主張緊急避難，問是否有理？（25 分）

命題意旨	本題旨在測驗考生對於緊急避難之熟稔程度，重點在於行為人避難情狀、行為及自招危難之情形得否主張緊急避難。
答題關鍵	答題時須注意自招危難在學者間向有爭議，宜就得否主張緊急避難之正反兩面意見予以檢討。出題者已於明示問題點在於「主張緊急避難是否有理」，因此對業務侵占、背信等甚為複雜的不法構成要件之解析，簡單帶過即可。
高分閱讀	1.林山田，《刑法通論（上）》，十版。 2.黃榮堅，〈刑法解題——關於故意及過失〉，《刑法問題與利益思考》，初版。 3.蔡墩銘，《刑法精義》，二版。 4.陳子平，〈自招的危難、義務衝突與利用過失行為之間接正犯〉，《月旦法學教室 61 期》。

【擬答】

本例中甲身為出納，將經手五百萬元挪作償債之用，係基於為自己不法所有之意圖，而為將因業務上持有之金錢易持有為所有；又，甲基於與該公司間之契約而為其處理財產上之事務，於本案例中甲將錢轉作自己償債之用，係為圖自己不法利益而為違背其任務之行為，並且致生該公司財產上之損害。綜上所述，甲的行為具第 336 條第 2 項業務侵占罪與第 342 條第 1 項背信罪之不法構成要件該當性。惟甲之所以挪用款項償債，係因實現中遭暴力催討而有生命威脅，得否主張緊急避難不無疑問，以下就緊急避難之要件檢討如下：

(一)主觀要件

甲乃是出於對於生命法益遭受威脅的認識，而為保全該法益而為挪用款項之行為，主觀上具避難意思應無疑問，先行敘明於此。

(二)客觀要件

1.依題旨，甲受有生命威脅，受有危難者即係其生命法益，符合第 24 條第 1 項前段緊急避難對於保全法益之限制。

2.甲挪用款項之行為所保全者係其生命法益，所侵害者為該公司之財產法益，就法益位階之權衡觀之，保全之生命法益明顯優於犧牲之財產法益，此亦符合緊急避難之法理。

3.本例中甲之危難係來自地下錢莊，惟甲於借錢之際即應可預見，若無資力償還可能遭受生命上的危險，亦即甲所面臨之危難係因自己故意招致。按此，得否主張緊急避難，學說上容有爭議：

甲說：危難若係自己故意招致者，則非屬此處之危難，而無緊急避難情狀可言，自不得主張緊急避難。我國刑法修正草案即曾持此立場，實務上 72 年台上字第 7058 號判決亦採此說。

乙說：除非是預謀藉此犧牲他人利益，否則只需就具體情形加以衡量即足，而不必考慮避難人先前有無過失行為或過錯。25 年上字第 337 號判例，對於故意自招危難之情形，亦認為仍得主張緊急避難（惟該判例於法益衡量的標準上與通說見解不符，於此一併敘明）。

拙見以為，緊急避難之立法意乃由利益權衡為出發，旨在保全法益，因此以乙說為宜，重心應在保全與犧牲之法益間的權衡。就本例觀之，甲所保全之法益為自己的生命法益，犧牲者為他人之財產法益，如上述 2.之分析，應認為此處與緊急避難之要件並無不符。

4.所謂緊急避難情狀，必須是危難具有緊急性，即行為人若未立即採取避難措施，任由危難繼續發展，即可能喪失救助法益的機會，而導致損害的發生或擴大。因此危難之緊急性與正當防衛中侵害之現在性略有不同，在範圍上應較防衛情狀為廣。

惟另有學者認為，危難須屬突發，即避難行為人主觀上不能預見，始足當之。行為人可以預見之危難，意味著行為人得以提前預防，因此並非緊急。拙見以為就本例觀之，甲對其生命法益之危難自始即有預見，因此後來所生之危難，似與緊急性不符。

5.按通說見解，避難行為必須是不過當且不得已之行為，方得主張緊急避難。本例中甲之行為在法益權衡上並無過當，已如前述，惟是否為不得已之行為，則不無疑問。所謂客觀上不得已，係指緊急避難行為在客



觀上必須是爲了達到避險目的的必要手段，此一手段，必須剛好足以挽救法益或利益陷於急迫危險。換言之：

- (1) 行爲須具「適當性」：也就是按照行爲當時做客觀判斷，是可能立即有效達到避難之目的
- (2) 行爲須具「必要性」：也就是說，緊急避難行爲必須是具「適當性」（有效避免法益受侵害）的方法中最溫和的一種方法。

準此以言，甲挪用款項以保全自己生命，雖然具有適當性，惟在諸多可能選項之中，未必具有必要性。質言之，就此等情形觀之，甲尚有機會得以挪用大筆金額，足見並非無法求助公權力介入，以保全其性命，甲未選擇比較沒有傷害其他法益的手段，諸如報警求援等，而是逕自爲一侵害他人財產法益之行爲，因此並非適格之避難行爲。

(三) 結論：甲主張緊急避難無理由，應成立前揭之罪名。

四、甲在暗夜裡遇上持刀的搶匪乙，乙脅令甲交出身上的錢財，甲不從，奪刀反擊。甲手腕受傷，但乙在搶奪中也受到刀傷，流血倒地。甲知道乙流血受傷，但不予理會，也沒有報警處理，逕行離去。翌日，乙失血過多死亡。問甲成立何罪？（25 分）

命題意旨	本題重點在於行爲人之行爲若屬正當防衛，是否因其正當防衛行爲而對受其攻擊之不法侵害者居於保證人地位。
答題關鍵	1. 先就行爲人之行爲雖具該當性、但因正當防衛阻卻違法加以說明。 2. 就保證人地位之學說見解加以介紹，並附理由提出個人看法，再據此解答問題。 3. 分則中所有可能的條文宜盡可能加以檢討。
高分閱讀	1. 黃榮堅，〈論保證人地位〉，《刑罰的極限》，初版。 2. 黃榮堅，《基礎刑法學（下）》，三版。 3. 許玉秀，〈最高法院七十八年台上第三六九三號判決的再檢討〉、〈前行爲保證人類型的生存權〉，《主觀與客觀之間》，初版（1997,09），頁。 4. 林山田，《刑法通論（下）》，十版。

【擬答】

(一) 甲奪刀致乙受有刀傷的行爲，可能構成第 277 條第 1 項之普通傷害既遂罪：

1. 依題旨，甲於奪刀過程中導致乙受有刀傷，且對此結果有所預見，應具該條項之不法構成要件該當性。
2. 惟本例中，乙持刀行搶之行爲對甲之生命、身體及財產法益構成現在不法侵害，甲奪刀行爲雖造成乙之身體法益受有侵害，然而此舉係出於防衛自己之意思，而爲之必要行爲，係屬正當防衛之行爲，依照第 23 條前段之規定，阻卻其違法性。
3. 小結：甲之行爲不構成該條項之罪。

(二) 甲奪刀致乙受有刀傷，乙嗣後因失血過多而死，其奪刀行爲可能構成第 271 條第 1 項之殺人既遂罪：

1. 本例中甲奪刀行爲對乙死亡結果，係不可想像其不存在之條件，按條件理論，兩者間具有因果關係；且該行爲係在殺人罪之構成要件效力範圍之內，製造並實現了對生命法益而言不被容許的風險。就主觀面觀之，甲於奪刀行爲時應可預見，兩人爭奪刀械可能導致乙被殺傷甚或死亡，因此具本條項之構成要件故意。因此甲的行爲具殺人罪之構成要件該當性。
2. 同前揭(二)所述，甲的行爲得主張正當防衛，故得阻卻其殺人行爲之違法性。
3. 小結：甲之行爲不構成該條項之罪。

(三) 甲明知乙受傷流血而逕自離去，最終乙因流血過多而死，其行爲可能構成第 271 條第 1 項、第 15 條第 1 項之不作爲殺人既遂罪：

1. 行爲人之行爲是否構成不純正不作爲犯，應以具保證人地位爲前提。本例中甲因正當防衛之行爲致乙有生命危險之虞，對此甲是否具有保證人地位，亦即危險前行爲是否爲構成保證人地位之法理基礎，學說上容有不同看法，詳論如下：
 - (1) 否定說：認爲如以危險前行爲建構保證人地位，對於個案中之因果歷程將有雙重評價之虞，而且於我國刑法上加重結果犯與中止未遂之規定在論理上有所矛盾，因此否定此等保證人地位之類型。
 - (2) 肯定說：按照學說的看法又可分爲兩種



甲說：認為形成保證人地位的危險前行為必須是違背義務的危險前行為（違背義務的危險前行為理論）。

乙說：危險前行為製造構成要件實現之風險即形成保證人地位，換言之，合法的危險前行為也足以形成保證人地位（因果前行為理論）。

2.我國刑法第 15 條第 2 項設有規定：「因自己行為致有發生犯罪結果之危險者，負防止其發生之義務。」就此觀之，應可認為我國立法上係承認危險前行為之保證人地位類型。惟上述肯定說中甲、乙兩說，究竟何者合宜，不無疑問。國內學者另有提出的修正看法，即：原則上採因果前行為理論，蓋基於法益保護的需求，製造風險的人不管有沒有違背義務，都必須控制風險，不過如果風險應由被害人應自我負責，風險製造人即不負保證責任。因此，在正當防衛之情形，不法侵害者（即本例中的乙），自己間接製造自己的風險（自己可能遭到防衛行為的攻擊），所以必須自己負責。按此，甲對於乙之生命法益非居於保證人之地位。

拙見以為，前揭修正見解應值贊同，因為行為人不應因為行使權利（正當防衛權）而承受不利益，否則將違反防衛權的意義，造成責任歸屬的錯誤。

3.小結：甲對乙之生命法益不具保證人地位，因此不構成該條項之罪。

(四)甲明知乙受傷流血而逕自離去，最終乙因流血過多而死，其行為可能構成第 294 條第 1 項後段之有義務之不作為遺棄罪：

1.本例中乙受刀傷後流血倒地，處於無法排除對於自己生命所構成之危險，係屬本條中之無自救力之人。惟依前揭(三)2.之說明同一理由，甲對乙並無保護之義務，因此不具適格之行為主體資格。

2.小結：甲之行為不構成該條項之罪。

(五)承上述(四)所述，甲之離去行為既不構成第 294 條第 1 項後段之不作為遺棄罪，自亦無由構成第 294 條第 2 項之遺棄致死罪。

(六)結論：甲之行為不構成犯罪。

