

《刑法》

一、甲男乙女為夫妻，甲某日提早下班回家，卻意外看見乙女與同事丙男在床上親熱，甲心中難忍氣憤，越想越氣，竟持桌上的美工刀刺向丙男的胸部，丙男送醫不治。請依下列問題討論甲男刑責：(25 分)

(一)刑法第 273 條之義憤殺人罪，請問何謂「義憤」？

(二)甲男的行為是否可成立刑法第 273 條之義憤殺人罪？

命題意旨	本題是單純的刑法分則犯罪構成要件解析題，只要平常有練習分則要件的拆解分析工作，自然迎刃而解。
答題關鍵	重點僅在於「當場基於義憤」要件的解釋與涵攝，此外，因為題目只有寫「乙、丙兩人在床上『親熱』」，所以有無該當通姦之概念就只能自行假設了。
高分閱讀	易台大，《刑法講義》第六回，P.18 以下。 黃仲夫，《簡明刑法分則》，元照 2010 年，P.299 以下。

【擬答】

(一)關於刑法(以下同)第 273 條義憤殺人罪之「義憤」，係本於道義上之理由，一時受刺激而生憤慨；換言之，**不僅以被害人先有不義行為，還必須該行為在客觀上令人無可容忍，而足以引起公憤者而言**，例如自己或親屬受到莫大之侮辱，或配偶與他人通姦等情是也(最高法院 28 上 2564、本罪立法理由參照)。

(二)甲男之行為是否可成立第 273 條之義憤殺人罪，分述如下：

- 1.客觀上，甲以美工刀刺向丙男的胸部，該當「殺」之定義，最終丙男送醫不治，亦發生「死亡」結果，刺殺行為與死亡結果間具備條件理論下的因果關係，且行為係製造法所不容許的風險，風險也正常地實現結果而有可歸責性，故客觀構成要件該當。主觀上，甲明知刺殺行為將導致死亡之結果，卻仍有意為之，具有殺人故意。
- 2.甲之行為無阻卻違法事由；至於罪責部分除無阻卻罪責事由外，尚須審查是否該當「**當場基於義憤**」之要件。依題意，甲下班撞見其妻乙與丙男在床上親熱，假設達到第 10 條第 5 項性交之程度，則參考前揭立法理由，自屬「**激於義憤**」。此外，本罪之實現還必須有**時間與場所的密接關連性**，由於甲係撞見後隨即著手行凶，時空上均緊密相接，符合「當場」要件。
- 3.綜上所述，甲之行為成立第 273 條之義憤殺人罪。

二、甲男有高血壓宿疾，長期服用抗高血壓藥物。某日與網友乙女相約見面，隨後因乙女突然肚痛難耐，甲即載乙至附近的汽車旅館休息。在汽車旅館房間中，甲男因情緒高亢而血壓升高，故等待乙女如廁沐浴中甲服用抗高血壓藥物。隨後乙女沐浴完畢，甲男突然獸性大發將乙女壓倒在床上，但甲卻因服用抗高血壓藥物導致性功能不佳而無法勃起，以致於未能對乙女為性交行為。請依下列問題討論甲男刑責：(25 分)

(一)何謂不能未遂？

(二)甲男應成立刑法第 221 條強制性交罪之不能未遂或普通未遂？



命題意旨	本題係在測驗考生是否能清楚區分普通未遂及不能未遂，是很基本的題型，而本題另外一個重點就是不能未遂的認定，考生也應分別從實務以及學說的見解進行分析。
答題關鍵	考生首先須就第一小題論述不能犯的性質，說明不能犯認定的實務以及學說標準，並接著將此標準適用於第二小題之上，而在解題順序上，須先論述甲成立普通未遂，才能再接著探討有無不能犯成立的空間，蓋不能未遂係以普通未遂為前提。
高分閱讀	方律師，《刑法總則》，2009 年 9 月，P.2-66~2-73。 默成，《刑法總則》，2010 年 3 月，P.8-23~8-33。

【擬答】

(一)不能未遂的意義：

- 1.不能犯指行為在本質上即不能達到既遂狀態的未遂犯，即行為人雖然著手實行以實現構成要件為目的的行為，但是由於事實上或法律上的原因，使行為決意的實現與行為人原所認識者不相一致，而不能完全實現客觀不法構成要件所成立的未遂犯。
- 2.不能未遂的判斷在學說及實務上有以下數說：
 - (1)構成事實欠缺說：若欠缺「結果」以及「因果關係」以外的其他構成要件類型化的本質要素，而自始不能達成既遂者，則屬構成事實欠缺，而為不能未遂。
 - (2)主觀危險說：以行為人主觀之犯罪計劃或對於犯罪事實之想像為基礎，依行為人個人主觀之認知是否足以導致法益侵害之可能，若肯定者即為普通未遂。
 - (3)具體危險說：此為現行實務的見解，以一般人所能認識及行為人特別認識的事實為判斷基礎，從一般人的觀點來看，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，即屬不能犯。
 - (4)抽象危險說：此為學界通說，係以行為人於行為時所認識的事情為判斷基礎，在該認識事實係屬現實情況時，從一般人觀點認為具備發生結果之危險時，即成立普通未遂犯；若不具備危險性而屬行為人本身「重大無知時」，即成立不能犯。

(二)本題甲男應成立刑法第 221 第 2 項強制性交未遂罪，不屬第 26 條不能未遂：

- 1.甲男成立刑法第 221 第 2 項強制性交未遂罪：
 - (1)前審查階段：
 - A.甲男非強制性交既遂。
 - B.刑法第 221 第 2 項有處罰強制性交未遂之規定。
 - (2)構成要件該當性：
 - A.主觀構成要件：甲主觀上基於強制性交既遂之故意。
 - B.客觀構成要件：依甲主觀上的犯罪計劃觀察，其行為係與強制性交既遂罪的構成要件之實現有密切的關聯，故依主客觀混合理論，甲已達著手實行之階段。
 - (3)違法性：甲無任何阻卻違法事由。
 - (4)有責性：甲無任何阻卻罪責事由。
 - (5)小結：故甲成立本罪。
- 2.甲男不成立第 26 條不能未遂：
 - (1)構成事實欠缺說：本題乃欠缺結果而非其他構成要件類型化的本質要素，故非不能未遂。
 - (2)主觀危險說：以甲男主觀的犯罪計劃或對於犯罪事實的想像來看，已足以導致強制性交既遂的結果出現，故非不能未遂。
 - (3)具體危險說：綜合甲男當時的認識以及一般人的認識，從一般人的觀點來看，長期服用抗高血壓藥物非必導致性能力功能不佳而無法實現強制性交罪的構成要件結果，故仍具備發生結果之危險，故非不能未遂。



(4)抽象危險說：以甲男當時的認識，從一般人的觀點來看，長期服用抗高血壓藥物非必導致性能力功能不佳而無法實現強制性交罪的構成要件結果，甲男並無重大無知的情況，故非不能未遂。

(5)綜合以上討論，甲男不成立第 26 條不能未遂。

3.結論：甲男應成立刑法第 221 第 2 項強制性交未遂罪，不屬第 26 條不能未遂。

三、甲、乙皆為某海水浴場的救生員。某日甲、乙的輪班表為：甲是上午十點至下午四點，乙是下午四點至晚上八點。甲該日值班至下午四點，乙卻因塞車遲遲未能夠趕到海水浴場，甲因有私事，沒有等到乙趕到海水浴場交接值班即自行離去。乙後來於下午六點始趕到海水浴場，但已有泳客丙因腳抽筋且無人救援而溺斃。丙的家屬因而對甲、乙提告。請依下列問題討論甲、乙刑責：(25 分)

(一)甲、乙兩人誰對泳客丙居於保證人地位？

(二)甲、乙兩人是否成立不純正不作為之過失致死罪？

命題意旨	本題係在測驗考生是否清楚理解不作為犯成立的要件，而其中的關鍵就在於保證人地位的有無，唯有具備保證人地位才有可能成立不作為犯，本題就是將焦點置於保證人地位的成因之一「自願承擔」義務，甲和乙在本題中是否因自願承擔義務而對泳客丙居於保證人的地位，即成為答題的重點。
答題關鍵	考生須在第一小題論述甲和乙是否因為自願承擔義務而對泳客丙居於保證人之地位；在第二小題中則須具體判斷甲和乙是否分別會成立不純正不作為之過失致死罪。
高分閱讀	方律師，《刑法總則》，2009 年 9 月，P.2-120~2-145。 默成，《刑法總則》，2010 年 3 月，P.10-1~10-42。

【擬答】

(一)甲和乙對泳客丙皆不具有保證人地位：

- 1.保證人地位之意義：不作為犯的成立係以行為人在法律上有防止結果發生之義務為要件，刑法第 15 第 1 項已有明文，而所謂「防止結果發生之義務」即為保證人地位。
- 2.本題關鍵在於甲和乙是否因自願承擔救助義務而具保證人地位？
 - (1)若行為人自願承擔保護法益的義務，則行為人對於被保護的法益即居於保證人地位。
 - (2)在認定上係以「事實上」處於承擔保護義務的地位為準，與契約的存否無關，亦不論履行契約的時間是否屆至。
 - (3)甲雖依法律上的契約關係而承擔保護海水浴場遊客生命身體安全的義務，然在泳客丙溺水之時，甲並未在現場，其在事實上並未處於承擔保護義務的地位，是以甲對泳客丙不具有保證人地位。
 - (3)乙雖然依法律上的契約關係亦承擔保護海水浴場遊客生命身體安全的義務，且在泳客丙溺水之時亦為其本應執行勤務之期間，然乙在事故發生時並未在現場，在事實上並未處於承擔保護義務的地位，是以乙對泳客丙亦不具有保證人地位。

3.綜合以上論述，甲和乙對泳客丙皆不具有保證人地位。

(二)甲和乙皆不成立不純正不作為之過失致死罪：

- 1.本題甲和乙若要成立不純正不作為之過失致死罪，在構成要件該當性層次上須具備以下要件：
 - (1)保證人地位。
 - (2)不作為。
 - (3)作為可能性。
 - (4)假設因果關係與客觀歸責。
 - (5)具預見可能性和注意義務之違反。
- 2.本提甲和乙並未積極消滅泳客丙死亡之風險，其行為型態係屬不作為。
- 3.然如上(一)所述，甲和乙對泳客丙並未具有保證人地位；退一步言，就算肯認甲和乙對泳客丙具有保證人地位，甲和乙在事故當時並未在現場，根本不具有作為可能性。
- 4.故甲和乙本罪構成要件不該當，不成立不純正不作為之過失致死罪。



四、甲為管委會主委，某日因停車問題，甲與住戶乙爭論，雙方一言不合，乙即以手持之鑰匙向甲頭部劃過去。甲經送醫治療後確定僅頭部表皮輕微刮傷，敷藥數日即可。孰料甲腦部潛藏腫瘤，因受傷刺激腫瘤壓迫視神經，甲之後因而雙目失明。試問乙應負何等刑責？（25 分）

命題意旨	本題主要在測驗「反常因果歷程」的判斷。
答題關鍵	反常因果歷程，依據通說見解是定位在客觀歸責理論的第二個階層（風險實現）中檢驗，故建議將客觀歸責理論獨立出來操作，較能突顯出答題重點。
高分閱讀	易台大，《刑法講義》第一回，P.72 以下。 林鈺雄，《新刑法總則》，元照 2006 年，P.154 以下。

【擬答】

(一)乙用手持鑰匙劃傷甲頭部之行爲，成立刑法（以下同）第 277 條第 1 項的普通傷害罪。

1.客觀上，無論採取生理機能障礙說或身體完整性保護說，本題中乙使用鑰匙劃傷甲頭部，均該當本罪之行爲與結果要件；劃傷行爲與傷害結果間具備條件理論下的因果關係，且行爲係製造法所不容許的風險，風險也正常地實現結果而有可歸責性，故客觀構成要件該當。主觀上，乙對於劃傷行爲將導致傷害結果有所認知卻仍有意爲之，具有傷害故意。

2.乙無阻卻違法或阻卻罪責事由，成立普通傷害罪。

(二)乙劃傷甲頭部致腦部腫瘤壓迫視神經而失明之行爲，不成立第 278 條的故意重傷罪。

1.重傷如第 10 條第 4 項所示，甲最終雙眼失明，該當毀敗雙目視能的重傷定義，雖攻擊行爲與重傷結果間具備條件理論下的因果關係，惟客觀上該重傷結果是否可歸責於劃傷行爲，容有疑義。

2.乙使用手持鑰匙劃傷甲頭部，乃製造法所不容許之風險。然而在風險實現關係的檢驗上，由於雙目失明係甲腦部潛藏之腫瘤所致，劃傷行爲所製造之風險並未實現重傷結果，亦即重傷結果之發生係「反常的因果歷程」，不符合風險實現的常態關連性，故重傷結果不可歸責於劃傷行爲，客觀構成要件並不該當。

(三)乙劃傷甲頭部致腦部腫瘤壓迫視神經而失明之行爲，不成立第 284 條的過失致重傷罪。

1.本罪之客觀構成要件要素與故意重傷罪相同，差異僅在於本罪係過失犯之，而第 278 條則是故意爲之。既然故意重傷罪之客觀構成要件並不該當，已如前所述，則本罪之客觀構成要件自然也不該當，故不成立本罪。

2.附帶而論，第 277 條第 2 項的普通傷害致重傷罪，乃結果加重犯的立法模式，是「故意傷害罪」與「過失致重傷罪」的特殊結合形式，由於乙不成立過失致重傷罪，故亦無成立普通傷害致重傷罪的空間。

(四)結論：乙僅成立普通傷害罪單純一罪。

