

# 《刑法概要》

## 試題評析

- 第一題：本題重點在於開放性構成要件的違法性檢討、罪責層次期待可能性、以及分則中恐嚇得利罪、湮滅刑事證據罪等問題，難度應屬適中。需特別注意實務見解對於恐嚇的定義已有所改變，考試上若能引出實務見解的字號，必有大大加分的作用。
- 第二題：本題考驗同學對於條件因果關係下累積因果的檢驗，以及傷害的定義，屬於基本觀念的考題。另外本題看似有客觀上不能發生結果的不能未遂問題，但實際上案例事實不屬於不能未遂的主體、客體、方法不能等情形，解題上需特別注意此陷阱！
- 第三題：本題爭點明確限縮在過失犯上，建議以「客觀歸責理論推定過失模式」加以討論，則可有效率地聚焦於客觀歸責理論的檢驗。重點在於行為人有無製造法所不容許的風險，可以由「容許風險」或「信賴原則」的角度分別切入說明（兩者基本上是同一個概念）。違法性階層討論緊急避難的適用與否；罪責階層則審查有無避難過當或禁止錯誤。嚴格說來，雖然是一個必須小題大做的考題，但每個階層都有可以敘述的考點，想要完整的回答其實並不簡單。
- 第四題：本題著重於公務員瀆職罪章，主要可以討論的是賄賂罪（行賄＋收賄）以及圖利罪，相較前題單純許多。要特別注意的是，題目中述及行為人雙方僅達「協議」之階段，故「交付、收受賄賂」以及圖利罪之「獲取利益」要素並未該當，這應是較容易忽略的地方。

- 一、甲犯案累累，被通緝中。甲在逃亡中之某日闖入某整形診所，在表示自己是通緝犯後，即以槍威脅整形醫生乙為其整容，以逃避警方追捕。乙因恐懼而不得不為甲進行整形手術。術後，甲幾乎被改頭換面，變成另一個人。試分析甲、乙可能涉及之刑事責任。（25分）

答：

### （一）甲的部分

#### 1. 甲闖入整形診所的行為可能成立刑法§306侵入住居罪：

本罪以未得他人同意侵入他人住宅、建築物或附連圍繞土地、船艦為構成要件。本罪的保護法益，學說上共計有居住權說、平穩權說、隱私權說、自由權說，但無論採何說，客觀上甲未得診所主人乙的同意，無正當理由侵入乙的自主空間範圍，主觀上具有對未得同意、侵入他人自主空間有認知和意欲，無阻卻違法事由，並有罪責，成立本罪。

#### 2. 甲威脅乙為其整容的行為可能成立刑法§304強制罪：

（1）本罪之成立係以強暴脅迫他人為無義務之事或妨害行使權力為構成要件。客觀上甲以槍威脅乙為其整容屬於直接的行使物理力，該當強暴。所謂為無義務之事，必須考慮雙方的利益衡平關係，學說上認為係指手段和目的間關連性的問題，屬於違法性層次的問題。主觀上甲有對所有客觀不法構成要件事實的認知和意欲，不法構成要件該當。

（2）本罪構成要件的規定範圍過於廣泛，學說上稱之為「開放性構成要件」，認為有必要加以修正，使可罰性的範圍在可容忍的範圍內，故在違法性的判斷上，須先正面審查行為的「手段目的間是否具有合理關連性」。甲以槍威脅的手段非法，未逃避通緝的目的亦屬非法，手段和目的間欠缺合理關連性，無其他阻卻違法事由，並有罪責，成立本罪。

#### 3. 甲威脅乙為其整容的行為可能成立刑法§364 II 恐嚇得利罪：

本罪以恐嚇之方式使人將財產上之不法利益交付為構成要件。早期實務認為所謂恐嚇係指將來惡害之告知，而所謂脅迫係指現在惡害之告知（最高法院49台上266判例參照），但由於將來和現在的區別十分模糊，現今實務已揚棄這種判斷標準，而認為恐嚇和脅迫的本質相同，都是惡害之告知，而恐嚇亦無須達使被害人不能抗拒的程度，僅需使被害人感到恐懼即可（最高法院79台上5023判決參照）。甲以槍威脅的行為造成乙心理恐懼而為甲進行整形手術，該當本罪所謂的恐嚇。惟本罪保護法益為個人財產利益，學說通說和實務認為，所謂財產上不法利益係指無體物（司法院（73）廳刑一740），且包括積極利益、消極利益，然整形手術雖為無體物，但並非此處所為積極債權取得或消極債務免除財產上的不法利益，故甲不成立本罪。

## 4. 甲進行整形手術的行為可能成立§164 I 藏匿人犯罪：

本罪以藏匿犯人或使之隱蔽為構成要件。依學說通說見解，本罪之行為主體係指犯人以外之人，理由在於犯人無不為藏匿自己的期待可能性，故甲不成立本罪。

## 5. 甲進行整形手術的行為可能成立§165 湮滅刑事證據罪：

本罪偽造、變造、湮滅、隱匿關於他人刑事被告案件之證據為構成要件。被告為刑事訴訟法上所規定的五種法定證據方法之一，故為此處所謂之證據，故使被告整容可為隱匿刑事證據的一種態樣。惟本罪的行為客體為「關係他人」之刑事證據，理由在於藏匿自己刑事被告案件證據，是無期待可能性的不罰行為，故甲不成立本罪。

## 6. 競合：

甲基於一個威脅乙為其整容的決意為一行為，成立一個侵入住居罪和一個強制罪，依刑法§55想像競合，論以強制罪之刑。

## (二) 乙的部分

## 1. 乙為甲進行整容手術可能成立§164 I 藏匿人犯罪：

(1) 客觀上乙為甲進行整容手術，使甲改頭換面變成另一個人，使甲得以躲避偵查機關的搜查追捕，主觀上有對所有客觀不法構成要件的認知和意欲，不法構成要件該當。

(2) 惟客觀上甲拿槍威脅乙，若乙不採取避難措施，即可能喪失對自己生命身體法益救助的機會，是為緊急危難。為甲進行整形手術的行為，客觀上能夠使生命法益受侵害的危難有效避免，或至少降低，具有適當性。以乙的相同情境之理性第三人角度客觀事後判斷，應亦可認為現實上不存有迴避的可能手段，且是同等有效手段中侵害最小者，具有必要性。該行為雖侵害國家司法權的正當作用，但保全自己的生命法益，法益位階的衡量下具有衡平性。主觀上，乙對於緊急危難、避難行為的適當、必要、衡平性皆有認知，且有避難的意思，成立阻卻違法的緊急避難。

(3) 縱使認為乙無法依緊急避難阻卻違法，在罪責層次上，亦不能期待乙在面臨自己生命法益受侵害的高度危險下，仍然能夠不為法律規範所禁止的行為，無期待可能性，欠缺罪責，不成立本罪。

## 2. 乙為甲進行整容手術可能成立§165 I 湮滅刑事證據罪：

本罪偽造、變造、湮滅、隱匿關於他人刑事被告案件之證據為構成要件。被告為刑事訴訟法上所規定的五種法定證據方法之一，故為此處所謂之證據，故為被告整容可為隱匿刑事證據的一種態樣。惟如上所述，乙此時或可依緊急避難阻卻違法，或可依無期待可能性，阻卻罪責，不成立本罪。

## 【高分閱讀】

1. 羅台大，刑法第三回，P. 3-4、P. 21-24。
2. 方律師，刑法分則，P. 2-49。

二、甲在網路上查詢何種毒藥可以致人於死之相關訊息。經過研究，甲決定以一種藥劑來實現殺乙的決意。甲雖按照計畫在乙的飲料中放入此藥劑，並讓乙喝下，但由於計算錯誤，甲不知道自己所放置的藥劑劑量是不足以導致成年人死亡。喝下放入藥劑飲料之乙當時正好罹患某種疾病，喝下飲料後立即陷入昏迷，險些喪命。試分析甲可能涉及之刑事責任。（25分）

**答：**

## (一) 甲上網查詢毒藥資訊可能成立刑法§271 III 殺人罪的預備犯：

上網查詢毒藥資訊故屬預備殺人行為，但由於預備犯欠缺犯罪的定型，處罰之正當性不足，故解釋上應以提高危險的預備行為為限。相較於後續下毒的行為，上網查詢毒藥資訊的行為明顯尚未提高危險，不成立本罪。

## (二) 甲在乙之飲料下毒的行為可能成立刑法§271 I 殺人既遂罪：

客觀上，就因果關係而言，涉及累積因果的問題。所謂累積因果係指對於結果之發生有兩個以上條件事實存在，但個別條件事實之存在，並不足以導致結果發生，必須所有條件事實結合後共同作用，始足以導致結果發生。但在因果關係的判斷上，仍依條件因果判斷該事實是否為結果發生不可想像其不存在的條件，換言之累積因果的情形，並不影響條件因果的判斷。本題甲以殺人故意在飲料中下毒，雖然藥量不足以致死，但和乙罹患某種疾病，同為乙險些喪命之結果不可想像其不存在的條件，故都有條件因果關係。甲下毒行為製造所不容許的風險，該風險亦在具體結果中實現，下毒行為和乙險些死亡結果間具有客觀可歸責

性。惟行為並未造成死亡的結果，客觀構成要件不該當，不成立本罪。

(三)甲在乙之飲料下毒的行為可能成立刑法§271 II殺人未遂罪：

- 1.主觀上甲對於下毒行為、下毒足以造成乙死亡結果等客觀不法構成要件要素有認知和意欲，具有故意。
- 2.甲係基於一個殺人故意而在乙的飲料中下毒，依學說通說所採之主客觀混合理論，甲主觀上已經形成一個法敵對意思，並基於此意思而為完成犯罪計畫中實踐殺人的必要手段，下毒手段為死亡結果發生之密接行為，已達著手程度。
- 3.無阻卻違法事由，並有罪責，成立本罪。

(四)甲在乙之飲料下毒的行為可能成立刑法§277 I普通傷害罪：

本罪以傷害他人身體或健康為構成要件。關於如何認定傷害結果，學說上共計有生理機能障礙說、身體完整性侵害說、以及折衷說。學說多數見解採生理機能障礙說，認為基於生理學的觀點，必須使他人生理機能發生障礙或健康狀態導致不良變更，始為傷害結果。客觀上甲在乙的飲料中下毒，造成乙昏迷的結果，已經影響乙之生理機能和健康狀態，故該當本罪的傷害結果。此處不涉及主體不能、客體不能、方法不能之不能未遂，併此敘明。主觀上甲有下毒行為、昏迷結果等雖原為對殺人罪客觀構成要件的認知和意欲，但由於殺人故意包含傷害故意，故應可認為甲對傷害罪之所有客觀不法構成要件要素的認知和意欲（直接故意），或至少具有明知和容任（間接故意），不法構成要件該當。無阻卻違法事由，並有罪責，成立本罪。

(五)競合：

甲基於一個犯罪行為決意，成立殺人未遂罪和普通傷害罪，學說通說認為立法者於制定重罪法定型的時候，已將伴隨之輕罪納入考量，依法律單數的吸收關係，僅論以一個殺人未遂罪。（實務見解同此結論，23上2783判例參照）

#### 【高分閱讀】

- 1.羅台大，刑法第一回，P. 53-56。
- 2.方律師，刑法分則，P1-49。

三、甲是某縣政府消防局某分隊消防隊員，某日甲駕駛救護車載送病患就醫，在市區十字路口要通過紅燈時，甲雖已經開警示燈與鳴警笛，但直行的機車騎士乙完全沒有迴避，因而撞上救護車的右車身，送醫傷重不治。甲主張救護車有優先路權，不必等待前方車輛避讓後才前進。試分析甲是否成立業務過失致死罪。（25分）

**答：**

就甲駕駛救護車載送病患就醫通過紅燈時，與機車騎士乙發生撞擊且致乙死亡之行為，是否構成刑法（以下同）第276條第2項的業務過失致死罪，分析討論如下：

- (一)客觀構成要件上，甲駕駛救護車通過紅燈而造成騎士乙傷重不治之結果，係不可想像不存在之原因，故行為與結果間具有條件關係下的因果關係。惟乙死亡之結果是否可歸責於甲通過紅燈之行為，亦即甲之行為是否具備客觀上的可歸責性，則不無疑義。
- (二)關於行為可歸責性的審查上，首先必須檢驗的是：**甲駕駛救護車通過紅燈之行為是否製造法所不容許的風險？**按道路交通安全規則第93條第2項之規定，消防車執行緊急任務時不受相關行車速度、標誌、標線與號誌之限制，故甲於駕駛救護車執行緊急任務時得不受號誌（紅燈）之限制，就此而言，甲之行為並無製造法所不容許的風險。然從另一個角度論，依據道路交通安全規則第101條之規定，駕駛人間有救護車之警號（警示燈與鳴笛）時，應立即避讓，此乃救護車擁有優先路權之明文規範。但要注意的是，**此優先路權並非絕對路權，甲駕駛時仍然必須顧及其他人車之安全，待前方車輛避讓後始前進，而非無顧忌地行駛於道路之上。**甲行為時雖是駕駛救護車執行緊急任務，縱使通過紅燈係符合交通法規，惟卻未顧及橫向機車騎士乙之安全，貿然行車導致死亡結果發生，違反交通規則而仍製造法所不容許之風險。
- (三)同理，前述論證亦可由「**信賴原則**」來加以詮釋。亦即甲無法主張信賴乙會按交通安全規則加以避讓，因為甲本身未顧及他人安全而違反交通安全規則在先，且於乙方行駛道路為綠燈的前提下，甲在相當程度內已經可以預見乙的直行行為，是以甲的信賴基礎（乙見聞救護車而避讓）並不存在。
- (四)主觀構成要件上，由於甲違反交通安全規則而有注意義務的違反，且甲對於乙直行而遭撞擊亦具有預見可能性，**至少具備第14條之過失。**是以本罪之構成要件該當。



(五)違法性部分，甲可否主張第24條第1項的緊急避難以阻卻違法？客觀上救護車內的病患正面臨傷病的緊急危難，快速通過紅燈送醫之行爲也符合實效性之行爲要件，但撞傷乙似乎並非最小侵害手段，而無法通過必要性之檢驗。縱然具備必要性，其犧牲乙之生命來救助病患也不可能通過利益衡量（衡平性），故無法主張阻卻違法的緊急避難。

(六)罪責部分，首先甲爲消防隊員，駕駛救護車載送病患係其主要業務。其次，甲可否主張避難過當以寬恕罪責？有鑒於寬恕罪責事由仍係不法行爲，且著重期待可能性的考量，故學理上主張其範圍不宜過廣，有關「避難救助（爲他人避難）」僅能限於行爲人的親屬或親密夥伴。依題意甲與病患間並無此等關係，無法主張避難過當以寬恕罪責。然而甲誤解救護車「優先路權」之意義，該法律意義的誤認（禁止錯誤）係屬可以避免，至多得按第16條但書減輕其刑。

#### 【高分閱讀】

1. 林鈺雄，《新刑法總則》，元照，2006，481頁以下。
2. 默成，《刑法總則》，高點，2010，6-47頁以下。

四、甲經營汽車保養場，為招攬生意，而與公務員乙、丙協議每月以一定金額，供乙、丙服務單位同仁平日聚餐與旅遊之費用，以交換維修公務車之業務。試分析甲、乙、丙可能涉及之刑事責任。（25分）

答：

(一)甲與公務員乙、丙協議以一定金額交換維修公務車業務之行爲，成立刑法（以下同）第122條第3項的違背職務行賄罪。

1. 構成要件部分：本罪客觀上係對公務員關於違背職務之行爲，行求、期約或交付賄賂或其他不正利益；且實務與學說上均認同「賄賂或不正利益」與「違背職務之行爲」間，必須存有「對價關係」作為本罪之不成文構成要件要素。本題中，甲除對公務員乙、丙行求以一定金額換取修護公務車之業務外，更針對此事加以約定，該當本罪行求與期約之構成要件行爲。公務員乙、丙本應就維修公務車業務按相關法律規定加以遴選廠商，今卻因行賄行爲而內定由甲承包此業務，該行求、約定內容俱屬違背職務無疑。甲爲圖取該業務而預定交付賄賂，之間具有對價關係，故客觀構成要件該當。主觀上，甲明知構成本罪之事實且有意爲之，具本罪之故意。

2. 甲無阻卻違法與阻卻罪責事由，成立本罪。

(二)公務員乙、丙與甲協議以維修公務車業務交換一定金額之行爲，分別成立第122條第1項的違背職務受賄罪。

1. 構成要件部分：本罪與違背職務行賄罪屬於對向關係，乃學理上所稱必要共犯之對向犯。客觀上乙、丙爲公務人員，與甲期約以一定金額換取維修公務車之業務，其內容係違背職務且具有對價關係，已如上述；主觀上乙、丙明知構成本罪之事實且有意爲之，具本罪之故意。

2. 乙、丙無阻卻違法與阻卻罪責事由，成立本罪。

(三)公務員乙、丙協議將維修公務車業務賦予甲之行爲，可能成立第131條第1項的圖利罪。

1. 構成要件部分：本罪係公務員對於主管或監督之事務，明知違背法令，直接或間接圖自己或他人不法利益，並因而獲得利益者。依題示，公務員乙、丙主管維修公務車業務，竟違反相關遴選法定程序而直接圖利他人，該當本罪之構成要件行爲。惟本罪還要求必須發生「獲得利益」之構成要件結果要素，因乙、丙今僅協議將維修公務車業務賦予甲，尚未致甲因而獲得利益，故客觀構成要件並不該當。

2. 由於本罪並無處罰未遂犯之明文，縱使乙、丙兩人的行爲已該當著手於犯罪構成要件行爲之實施，本於罪刑法定原則（第25條第2項參照）之精神，乙、丙不構成本罪。

(四)結論：甲成立違背職務行賄罪，乙、丙成立違背職務受賄罪。且由於甲、乙、丙三人僅止於期約階段，還未爲進一步的賄賂交付、收受，故尚無第122條第4項有關沒收與追徵價額規定之適用，併此指明。

#### 【高分閱讀】

1. 黃仲夫，《簡明刑法分則》，元照，2010，61-65頁、74-77頁。
2. 劉振鯤，《圖解刑法入門》，元照，2010，223-225頁、230頁。