

# 《刑法》

## 一、試說明「保證人地位」之意義，並列舉其種類？（25分）

試題評析	本題是近年少見的單純申論題型，沒有任何深奧的答題技巧，簡要說明「保證人地位」的基本意義與類型介紹，便大功告成。要注意的是，近年來保證人地位的類型流行功能理論式的分類法，請依據「保護者保證」與「監督者保證」扼要說明之。
考點命中	《刑法總則》，易律師編撰，高點出版，第4-38~41頁。

**答：**

(一)刑法第15條第1項規定：「對於犯罪結果之發生，法律上有防止之義務，能防止而不防止者，與因積極行為發生結果者同。」此即所謂**不純正不作為犯**，行為人以消極不作為方式達到通常須以積極作為才能實現的構成要件。欲成立不純正不作為犯，行為人必須負有防止結果發生之積極作為義務，而積極作為義務發生之原因，學理上便稱作「**保證人地位**」。總之，就不純正不作為犯而言，不作為之行為人僅在具備保證人地位時，始能與積極作為作相同之評價。

(二)保證人地位的種類，學說採取功能理論，由法益保護的實質觀點切入觀察，將保證人地位區分為負擔保護義務的保護者保證以及承擔監督義務的監督者保證。

1. **保護者保證**：行為人對於特定法益，負有避免該法益遭受侵害之義務。

- (1)自然的連結關係：例如特定近親之間負有保護及教養義務，這種情形通常都有民事法的規範，例如民法第1084條。
- (2)緊密的共同關係：指為達成特定目的而組成之彼此互助、互負危難排除義務之共同體，而形成特別信賴關係。可以包含同財共居者、登山探險隊等。
- (3)事實上自願承擔：指具有事實上的承擔擔保行為，至於有無法律上的約定則在所不問。適用於裸母、救生員、醫護人員等。
- (4)法人機關或公務員：這些人員在特定範圍內負有特殊保護義務，例如警察之於治安的維護，或消防員之於救災等。

2. **監督者保證**：行為人對特定危險源，負有避免該危險源對外侵害之義務。

- (1)**危險源監督**：危險源可以分為「物之危險源」與「人之危險源」，前者如養狗的人要避免狗咬傷他人，後者如精神病患者的看護要避免病患攻擊他人。
- (2)**場所管理者**：場所管理者對於其場所中可能發生的法益侵害有防止義務，例如酒吧的老闆對於自己酒吧內的秩序負有管理的義務。
- (3)**商品製造者**：商品製造者對於其所製造的商品負有防止法益侵害的義務，例如藥商必須回收有問題的藥品、汽車製造商必須召回煞車失靈的問題車。
- (4)**危險前行為**：刑法第15第2項「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」，便是危險前行為建構作為義務的明文。

二、甲男、乙女為情侶，乙女因為罹患絕症全身癱瘓。某日，乙跟甲提及自己生不如死，希望甲能讓自己早日解脫，乙說完後隨即入睡，甲心有不捨，遂以枕頭將乙悶死。嗣後，經由乙的日記以及多位閨中密友證實，乙跟甲表達想死的念頭只是撒嬌，希望能獲得甲更多的關愛，事實上並沒有要求甲結束自己生命的意思。試問：甲有何刑責？（25分）

試題評析	涉及「減輕構成要件錯誤」，算是今年較富有學理性的題目，也是最難的一題。甲成立殺人罪並無疑義，快速帶過就行，重點在於加工自殺罪的審查。請先帶出適用一般構成要件錯誤思維法則所可能造成的缺點，再提出解決方法並得出成立加工自殺罪的結論即可，最後請別忘記競合。
考點命中	《刑法總則》，易律師編撰，高點出版，第10-30~33頁。

**答：**

(一)甲用枕頭悶死乙之行為，成立刑法（以下同）第271條的殺人罪。

- 1.客觀上甲用枕頭悶乙，乃製造使乙死亡的不容許風險，又不可想像其不存在地導致乙窒息死亡，實現法規範欲避免之結果；主觀上甲明知上述事實卻有意為之，構成要件該當。
- 2.甲無阻卻違法、罪責事由，成立本罪。

(二)甲用枕頭悶死乙之行為，成立第275條的加工自殺罪。

- 1.加工自殺罪以被害人具備「**嚴肅的囑託或承諾**」為前提，由於乙並沒有要甲結束其生命之真意，故甲雖該當加工自殺罪的主觀構成要件，客觀上卻僅該當殺人罪之構成要件，形成「**減輕構成要件錯誤**」。減輕構成要件錯誤若適用一般構成要件錯誤的思維法則，那麼甲應成立殺人與加工自殺未遂兩罪，因為客觀上欠缺加工自殺罪的「嚴肅性要件」，但這將對甲十分不公平，理由如下：
  - (1)若立法者針對同一法益設計兩個輕重不等的構成要件，按照一般的評價原則，當構成較重之罪既遂時，理應也同時構成較輕之罪「既遂」才是，何以本例竟成立普通殺人「既遂」與加工自殺「未遂」？
  - (2)未遂犯的結構應是主觀不法多於客觀不法，何以本案例主觀是低度不法的加工自殺罪，客觀是高度不法的殺人罪，卻可論加工自殺「未遂」罪呢？
  - (3)在主客觀沒有任何加重減輕事由的一般殺人情事，僅論殺人既遂罪已足，何以主觀上出現減輕事由時，反而要論以殺人既遂與加工自殺未遂兩罪？
- 2.鑑於這些評價矛盾，我們可以從形式與實質兩個面向重新思考這個問題。就形式而言，減輕構成要件相對基本構成要件是特別規定，**因此該當減輕構成要件（加工自殺罪）也必然該當基本構成要件（殺人罪）**。就實質而言，減輕構成要件的不法內涵應該永遠被基本構成要件所包含，**因此滿足基本構成要件（殺人罪）的不法內涵，勢必同時滿足減輕構成要件（加工自殺罪）的不法內涵**。
- 3.因此，案例中甲主觀上該當加工自殺罪的構成要件，至於客觀不法內涵可透過該當殺人罪的客觀要件予以滿足，加工自殺罪便在主、客觀構成要件的共同滿足下完全該當。
- 4.甲無阻卻違法、罪責事由，成立本罪。

(三)結論：甲同一行為為犯殺人與加工自殺兩罪，兩罪侵害同一法益且條文處於包含關係，按不真正競合僅論加工自殺罪已足。

三、大學生甲發現同為室友的同學乙在期末考時作弊，甲遂要求乙必須獨自承擔本來是平均分配的寢室清潔工作，不然便要舉發乙作弊情事，乙迫於無奈只好照做。試問：甲有何刑責？（25分）

試題評析	雖說今年有關強制罪的文章如雨後春筍般冒出，但本題只要聚焦於「強制罪正面審查違法性」的操作即可，至於「構成要件解決理論」與「違法性解決理論」之爭，則毋庸著墨。解題重點可以更針對「手段可非難性審查，是否尚需考量內在關聯性？」，肯否並陳後用通說見解作答，會節省不少書寫時間。
考點命中	《刑法總則》，易律師編撰，高點出版，第7-51~55頁。

答：

(一)甲以「舉發乙作弊」要脅乙承擔原屬乙自己清潔工作之行為，成立刑法（以下同）第304條的強制罪。

- 1.客觀上甲以「舉發乙作弊」要脅乙承擔清潔工作，該當惡害通知被害人並使之心生畏懼之脅迫行為，又不可想像其不存在地導致「乙無奈下照做」，實現法規範預設「使人行無義務之事」結果；主觀上甲明知上述事實卻有意為之，構成要件該當。
- 2.違法性：通說認為本罪屬**開放性構成要件**，因此違法性部分應採取**正面審查形式**，審查目的與行為是否可非難。
  - (1)**目的可非難性**：由於甲目的在於要求乙承擔原屬乙自己清潔工作，目的正當、合法而不可非難。
  - (2)**手段可非難性**：「舉發乙作弊」作為脅迫手段，雖看似正當、合法，惟是否尚需考量手段與目的之間的內在關聯性，則頗有爭議。有採否定說，認為只要目的與手段本身都合法，代表兩者都是乙應承擔的義務，沒有理由用「甲會成立強制罪」作為逃避義務的藉口；然而通說採肯定說，主張行為人必須選擇達成合法目的的通常合理手段，若選擇偏離常理的異常手段，則依舊具備可非難性，本文從之。就本例而言，「舉發乙作弊」並非達成「乙承擔原屬乙自己清潔工作」之通常合理手段，故具備手段

可非難性。

3.甲另無阻卻違法、罪責事由，成立本罪。

(二)結論：甲成立強制罪。

四、便利商店店員甲趁店長乙不注意時，將限量商品小熊放進自己的背包中，下班前甲對乙佯稱該贈品小熊似乎遭客人偷走，乙信以為真只好自認倒楣。甲將贈品小熊帶走後，將此小熊以1千元賣給不知情的丙。試問：甲有何刑責？(25分)

試題評析	今年唯一的財產犯罪，由於放在最後一題，鑑於時間考量，建議以不成立犯罪來作答較佳。竊盜罪爭點在於「持有的歸屬」，這會影響到竊盜與侵占的區分；背信罪爭點在「背信行為是否限於對外與第三人作成法律行為之行為」，採取權限濫用理論會比較簡單。至於侵占罪重點在「持有他人之物以具有合法原因為前提」，詐欺罪重點在「買到盜贓物也是一種財產損害」，簡要說明、帶過即可。最後別忘記要以競合作結。
考點命中	《高點刑法分則講義》，易律師編撰，第44、53~54、56~58、68頁。

答：

(一)甲將贈品小熊放入自己背包之行為，成立刑法(以下同)第320條的竊盜罪。

- 1.本罪以行為人基於不法所有意圖而竊取他人持有之動產為成立要件。本罪係破壞持有之犯罪，通說、實務俱認持有是基於主觀支配意思的客觀支配關係，而在便利商店中，通常店長自己也在店內工作，所以店長客觀上對於店內所有商品都有客觀支配關係，主觀上也有支配意思，乃是店長單獨持有。因此本案例贈品小熊係由店長乙持有，合先敘明。
- 2.客觀上甲未得店主乙同意而破壞持有並建立自己對贈品小熊的持有關係，該當竊取行為；主觀上甲明知前述事實並有意為之，又知悉自己無取得贈品小熊的民法基礎，卻意圖剝奪店主乙所有而建立自己的所有地位，構成要件該當。
- 3.甲無阻卻違法、罪責事由，成立本罪。

(二)甲佯稱贈品小熊被人偷走之行為，不成立第342條的背信罪。

- 1.本罪背信行為是否限於「對外與第三人作成法律行為」？素有爭議。採權限濫用理論者認為，行為人基於法律原因而對本人財產擁有對外處分權，背信行為即是對於此等財產處分權之濫用，故須對外與第三人作成法律行為；採信託違背理論者主張，行為人基於法律原因或其他事實原因而負有經營或管理本人財產之義務，背信行為即是此等違背義務之失信，故不限對外與第三人作成法律行為。本文採取權限濫用理論。
- 2.客觀上甲受託幫乙處理店內事務，乃是為他人處理合法、財產並具有裁量權限事務之人，然而甲甲佯稱贈品小熊被人偷走並非「對外與第三人作成法律行為」之背信行為，構成要件不該當，甲不成立本罪。

(三)甲將贈品小熊賣給不知情的丙之行為，對甲不成立第335條的侵占罪。

- 1.本罪行為人基於不法所有意圖而侵占自己持有他人之物為成立要件。學說與實務見解多強調，本罪行為人持有他人之物，必須以具有合法原因為前提。
- 2.客觀上甲持有乙的贈品小熊係因竊取在先，自始不具備合法原因，構成要件不該當，甲不成立本罪。

(四)甲將贈品小熊賣給不知情的丙之行為，對丙成立第339條的詐欺罪。

- 1.客觀上甲以盜贓物當無瑕疵之物，乃傳遞不實資訊的施詐行為，丙信以為真而用1000元購買，係陷於錯誤而處分財產，並導致「贈品小熊遭追討危險」的財產損害；主觀上甲明知前述事實並有意為之，又知悉自己無取得價金的民法基礎，卻意圖建立自己的受領利益地位，構成要件該當。
- 2.甲無阻卻違法、罪責事由，成立本罪。

(五)結論：甲不同行為對乙成立竊盜罪、對丙成立詐欺罪，按第50條規定數罪併罰。