

## 刑法篇

主筆人 | 榮台大 (張鏡榮)

### 壹、前言

從法研所的刑法考題來預測國考方向，最主要的任務應該是去除掉某些在特殊見解下才會被看到的爭點，並且把握傳統考點迸出的放入新見解，以及傳統爭議所延伸出的新問題（例如：重罪想像競合與輕罪的保安處分）。最近這幾年的法研所考題已經漸漸去暗器化，與之相對，司律考題卻讓過去被認為「難過頭」的學理爭議浮出檯面，例如：過失共同正犯、不作為共同正犯、不法減輕事實的構成要件錯誤、想像競合去夾結效果等等，都算是「德國吵翻天、台灣少論及」的問題。這些爭議的出現，也代表著單純傳統爭點的背誦，可能已經不足以應付司律考試，需要的是更多基本功的訓練。

### 貳、刑法總則

#### 一、不能未遂 (109 台大 B 卷第 2 題)

##### (一) 不能未遂 vs 普通未遂

不能未遂的認定是考場老～到不行的爭議，其中「舊客觀危險說」、「具體危險說」以及「重大無知說」都是大家非常熟悉的，但因為最近開始有採客觀危險概念的老師主張「修正具體危險說」，特將此說提出，以供大家複習：

因傳統見解將行為人行為時的主觀事實認知作為判斷對象之一，有悖離客觀觀點之嫌，故應排除行為人主觀事實認知之背景，並以客觀視角區分成兩階段之判斷<sup>1</sup>：

首先，應以事後調查的客觀事實為基礎，在時間座標上根據先後順序切割出無數個測量時點，以一般人科學知識剔除自始即「不能發生犯罪之結果」的極端案例。據此，菊花茶無論如何都不會造成墮胎結果、被害人於開槍前死亡即無攻擊客體存在、黃金於搶奪前即被調包而不存在，均為不能犯 (§26)。

再者，若根據行為時序的預測無法確定能否發生結果，則應進入第二階段「無危險」的認定。就此，同樣應依照各個測量時點中所握有的具體事實，依照一般人科學知識來預測後續發展，若危險量超過閾值即有危險，而具體判準包括：時空發展上既遂的緊迫性、客體是否已經入攻擊領域等，例如：開始製作毒藥後因技術不足而失敗、被害人因身穿防彈背心致身體未被子彈貫穿，均為普通未遂 (§25)。

<sup>1</sup> 謝煜偉，刑法總則修正後不能犯理論的再檢討——事前客觀危險理論之倡議，收錄於：刑法總則修正十年之回顧與前瞻，一版，2019年，頁188-193。類似見解參照林書楷，刑法總則，四版，2018年，頁275-277；蕭宏宜，未遂犯的處罰依據及其影響，東海大學法學研究，第45期，2015年4月，頁78-85。

## (二) 考題解析

本題甲讓乙白忙一場自己很爽，看起來好像有點壞，但仔細檢驗他做的事情，包括恐嚇取財、詐欺取財、投放毒物間接正犯與不作為犯等等，都不會成罪，毒化飲食物品罪的部分也能用可罰違法性理論排除不法；而那幾天過得很不安的乙把飲料倒入排水溝，則必須討論投放毒物罪的不能未遂與可罰違法性。

在不能未遂的討論上，乙誤認含有瀉藥之飲料為毒藥，而決定將其投放至排水溝，此一含瀉藥之飲料並非有害人體健康之化學物質，且亦無危害不特定多數人健康或危害環境之特性，故非毒物或有害健康之物，不該當行為客體之要件。就此，舊客觀危險說認為是客體不能之絕對不能、具體危險說則因一般人無法辨認該飲料之內容物，故應認有危害環境或大眾健康之具體危險，而為普通未遂；重大無知說結論上亦同。

但若採「修正具體危險說」，因含瀉藥的飲料本來就非毒物，因此屬於「自始客觀不能」之「不能發生犯罪之結果，應為不能犯」。

## 二、過失犯與正當防衛 (109 政大刑法第 2 題)

## (一) 過失正當防衛？

過失犯能否主張正當防衛，在學理上向來受到忽視，近期學說開始對此有部分討論<sup>2</sup>：

## 1、否定說

過失犯無主觀構成要件要素，違法性階層亦無須考量主觀防衛意思。此外，就不法行為的實質面向來看，過失不罰未遂，故只要存在防衛情狀且防衛行為不過當，即可阻卻其結果不法而不成罪，是否有防衛意思不重要。

## 2、肯定說

過失犯有主觀不法，亦即對法益侵害的認知可能性，故過失犯仍須在認知防衛情狀而為防衛行為時，始能阻卻違法，此時其不法性較無防衛意思的過失犯低，若不能阻卻違法則有失公平。

## (二) 考題解析

針對題目第一個問題，甲放任樓梯板損壞使乙摔倒撞地之行為，成立過失致重傷罪之不作為犯(§284 + §15)。在違法性階層的討論上，乙未經甲同意進入甲家具侵入住宅不法，而為現在不法侵害，惟甲使乙受重傷之過失行為得否主張正當防衛，須視是否承認過失正當防衛而定。若採肯定說，過失犯有認知法益侵害可能之主觀不法，故採肯定結論。又主觀不法程度較強之故意犯得因正當防衛排除違法性，舉重以明輕，過失犯亦得為之，方不失公平。

<sup>2</sup> 許恒達，過失犯罪與正當防衛，月旦法學教室，第 207 期，2020 年 1 月，頁 38-52。

本題中，甲不維修樓梯時即有以此防盜之防衛意思，且甲排除乙不法侵害之手段能有效防止達到防衛目的，但因使乙重傷並非同等有效手段最小侵害者，又兩人員最近親屬關係而使乙在社會倫理限制下負迴避義務，自非正當防衛。

### 三、正當防衛與打擊錯誤 (110 台大 A 卷第 1 題)

正當防衛的過程中若出現打擊錯誤，應該如何論處其刑責，學說上對原本要防衛的對象成立正當防衛，但對誤擊對象因為欠缺防衛意思，應該以緊急避難論斷。

本題中，乙出於殺甲故意而對甲丟擲菜刀，卻因實行手段失誤誤擊丙，係學理上所稱「打擊錯誤」，應分別對甲與丙的部分論處。首先，乙基於防衛意思，在甲毆打丙之現在不法侵害持續時，對甲為丟菜刀之防衛行為，此一防衛手段因未能有效阻止甲之不法侵害，使其殺人危險結果無法因防衛行為而抵銷，故不得依第 23 條正當防衛阻卻違法，但得依第 23 條但書過當防衛減輕罪責；再者，乙出於防衛意思對甲丟菜刀卻誤擊丙，雖對丙欠缺防衛意思，惟乙主觀上認知到丙面臨毆打之危難情狀存在，故而為排除危難之行為，僅因其避難行為未能有效排除危難，且保全與犧牲法益屬同一人之同位階法益，而不符利益衡量，僅能因乙期待可能性較低，依第 24 條第 1 項但書過當避難減輕罪責。

### 四、原因自由行為 (110 台大 A 卷第 1 題)

#### (一) 處罰依據

##### 1、例外模式

原因自由行為是行為與罪責同時性原則的例外，因為人民具有保持自我責任能力的「不真正義務」（對己義務），若其違反此等義務而抵觸刑法上的行為規範，將形成喪失無責任或減輕責任抗辯的「失權效果」，此時應將行為人視為具有完全責任能力之人<sup>3</sup>。構成要件行為仍維持在結果行為，僅行為人例外地不得減免其刑<sup>4</sup>。

#### (二) 構成要件模式 (通說、實務)：前置理論

「構成要件模式」未將構成要件行為侷限在結果行為，而是透過解釋的方式來擴張構成要件行為時點，將原因行為視為構成要件行為的一部分，以符合行為與罪責同時性原則

<sup>5</sup>。此一模式又分為兩種理論：**【高點法律專班】**

<sup>3</sup> 目前有越來越多學者採此見解，請參照王皇玉，刑法總則，六版，2020 年，頁 338-341；林書楷，刑法總則，五版，2020 年，頁 206-208 (修正例外模式 + 雙重故意)；許澤天，刑法總則，一版，2020 年，頁 203-206 (修正例外說 + 雙重故意)；許恒達，原因自由行為的刑事責任，收錄於：法益保護與行為刑法，一版，2016 年，頁 372-412 (修正例外模式 + 客觀因果關係 + 主觀責任關聯)。

<sup>4</sup> 許恒達，殺人未遂與原因自由行為—評最高法院九十六年度台上字第六三六八號刑事判決，收錄於：法益保護與行為刑法，一版，2016 年，頁 418。針對例外模式批評者的回應，參照許恒達，析論原因自由行為明文規範十年來的實務暨學理發展，收錄於：刑法總則修正十年之回顧與前瞻，一版，2019 年，頁 77-96。

<sup>5</sup> 林鈺雄，新刑法總則，八版，2020 年，頁 313。

構成要件行為時點應提前至「自行招致責任能力障礙狀態」的原因行為，結果行為(B)只是犯罪實現的事實流程，只有在行為人為結果行為導致構成要件實現時，始能將兩行為視為一個構成要件行為的整體<sup>6</sup>，此一見解亦為實務所採<sup>7</sup>。

## (二) 前置理論的論罪要件

### 1、故意犯

(1) 客觀：條件因果關係 + 客觀歸責

(2) 主觀：雙重故意

行為人必須在「自陷責任能力缺乏」與「在此狀態下實施特定犯行」具有「雙重故意」，並進而故意地實現構成要件，始能成立故意犯<sup>8</sup>。

### 2、過失犯

除了原因與結果行為的條件因果關係外，仍須至少在原因設定階段，對於將進入欠缺責任能力狀態下進而為結果行為之因果流程具有預見可能性，始能以過失犯評價之<sup>9</sup>。

## (三) 例外模式的論罪要件<sup>10</sup>

依照「例外模式」，構成要件行為應限定在結果行為，故只要結果行為係出於故意所為，且行為人因故意或過失自陷責任欠缺狀態，均應排除減免罪責的刑罰待遇並論以「故意犯」<sup>11</sup>。換言之，只有在結果行為屬過失行為時，始可能成立過失犯。

## (四) 考題解析

甲於持藤條持續毆打丙時已陷入無責任能力狀態，其得否主張第 19 條第 1 項減免罪責之責任抗辯，因其係故意自陷責任欠缺狀態，故涉及同條第 3 項原因自由行為之爭議。依據文義解釋，應該僅對於結果行為有故意或過失時，即可排除責任抗辯，無須區分故意之主觀現實責任關聯與過失之預見可能性兩種不同程度加以論罪。主觀上，甲雖在喝酒時並無於此狀態下傷害丙之雙重故意，惟從其長期喝酒毆打妻兒之事可推斷，甲於喝醉時具有預見毆打丙之可能性，又其係故意毆打丙，應為故意原因自由行為，甲成立刑法第 277 條普通傷害罪。

<sup>6</sup> 蔡聖偉，「醉」無可赦—原因自由行為案例的審查模式，月旦法學教室，第 139 期，2014 年 5 月，頁 28-29；張麗卿，原因自由行為適用疑義之分析，收錄於：刑法總則修正重點之理論與實務，一版，2006 年，頁 405。贊同此見解者，參照林山田，刑法通論（上），十版，2008 年，頁 393、396-397；陳志輝，刑法第十九條第三項之適用限制—臺灣高等法院臺南分院一〇二年度侵上訴字第九四六號刑事判決評析，月旦裁判時報，第 32 期，2015 年 2 月，頁 42-44；薛智仁，論原因自由行為之處罰基礎，中研院法學期刊，第 21 期，2017 年 9 月，頁 26。

<sup>7</sup> 最高法院 108 年台上字第 1292 號判決（參考價值）。

<sup>8</sup> 王皇玉，刑法總則，六版，2020 年，頁 336。

<sup>9</sup> 王皇玉，刑法總則，六版，2020 年，頁 336。

<sup>10</sup> 關於「修正例外模式」的論罪要件，請參照林書楷，刑法總則，五版，2020 年，頁 212-217；許恒達，原因自由行為的刑事責任，收錄於：法益保護與行為刑法，一版，2016 年，頁 378-404。

<sup>11</sup> 王皇玉，刑法總則，六版，2020 年，頁 338-339。

## 五、容許構成要件錯誤 (109 台大 A 卷第 1 題、108 台大 B 卷第 1 題)

### (一) 定義

「阻卻違法事由」又稱「容許構成要件」，若行為人誤以為得阻卻違法的客觀情狀存在，亦即對阻卻違法事由的「事實情狀」（例如：防衛或危難情狀）產生誤認，即屬「容許構成要件錯誤」。

### (二) 法律效果

#### 1、學說見解

有見解認為應阻卻或減輕罪責，採此見解者包括「故意理論」（知、欲、不法意識皆為罪責要素）、「嚴格罪責理論」（罪責僅有不法意識，以第 16 條禁止錯誤處理）<sup>12</sup>，以及「限縮法律效果罪責理論」（具構成要件故意推定具故意罪責，容許構成要件錯誤為例外）<sup>13</sup>。

另亦有學說排除行為人之主觀構成要件或不法，包括：限制罪責理論（類推適用構成要件錯誤）<sup>14</sup>、負面構成要件要素理論（二階層，排除主觀不法）<sup>15</sup>，以及「修正負面構成要件要素理論」（知、欲與不法意識均為構成要件要素）<sup>16</sup>。

#### 2、實務見解：阻卻構成要件故意

早期實務判例認為，應排除容許構成要件錯誤行為人的故意<sup>17</sup>，後來雖有主張在侵害重大法益時不得阻卻故意的見解<sup>18</sup>，但目前較有參考價值的是「阻卻構成要件故意、緩解罪責」的說法<sup>19</sup>。

### (三) 考題解析

108 台大考題結合時事與台灣美食「肉圓」，出了一個典型的客體錯誤和容許構成要件錯誤的題目。甲朝丙臉上噴胡椒噴霧的行為看似是一種傷害故意，但是筆者認為甲後來朝丙胸前猛力揮鐵條的行為，應該可以把整體評價為殺人故意下的接續犯。在主觀構成要件的層次，應討論「等價客體錯誤」的爭議，通說採取「法定符合說」，甲該當刑法第 271 條

<sup>12</sup> 採此見解者，參照陳子平，刑法總論，四版，2017 年，頁 365；黃常仁，刑法總論，二版，2009 年，頁 102；林書楷，刑法總則，五版，2020 年，頁 241-243。

<sup>13</sup> 此說為國內通說，採此見解者包括林山田，刑法通論（上），2008 年，十版，頁 442；王皇玉，刑法總則，六版，2020 年，頁 261；林鈺雄，新刑法總則，八版，2020 年，頁 348-349；林東茂，刑法總則，二版，2019 年，頁 331；張麗卿，刑法總則理論與應用，四版，2011 年，頁 293；黃惠婷，正面阻卻違法事由錯誤，月旦法學雜誌，第 76 期，2009 年 2 月，頁 78-79。

<sup>14</sup> 許恒達，論誤想防衛，中研院法學期刊，第 18 期，2016 年 3 月，頁 129。

<sup>15</sup> 黃榮堅，基礎刑法學（上），四版，2012 年，頁 245-246。

<sup>16</sup> 薛智仁，禁止錯誤之法律效果——為故意理論辯護，政大法學評論，第 142 期，2015 年 9 月，頁 62；許玉秀，犯罪階層體系及其方法論，一版，2000 年，頁 66、70、草圖十四。

<sup>17</sup> 最高法院 29 年上字第 509 號判例。

<sup>18</sup> 最高法院 102 年台上字第 3895 號判決。

<sup>19</sup> 最高法院 106 年台上字第 3989 號判決（參考價值）。

第 1 項殺人既遂罪構成要件<sup>20</sup>。違法性與罪責的部分則應討論甲是否成立誤想防衛，以及誤想防衛的法律效果。若採通說的「限縮法律效果罪責理論」，在罪責層次排除甲的故意殺人刑責，並另逐一檢視過失致死罪的要件，以確立甲成立第 276 條過失致死罪。

## 參、刑法分則

### 一、教唆或幫助自殺罪（110 政大刑法第 1 題）

#### （一）自殺意思

##### 1、通說

行為客體在具自我決定能力的前提下，自主且自我負責決定自殺，始能成立本罪。若欠缺決定能力或其決定是由行為人的強暴脅迫而來，則行為人應成立普通殺人罪（§271）<sup>21</sup>。換言之，行為客體完整無瑕疵的自殺意思是本罪的必要條件，亦是與普通殺人罪（§271）的區分標準。

例 1：甲教唆 3 歲小孩乙從高樓往下跳，乙跳下後死亡，由於乙無完整意思能力判斷跳下後死亡之意義與結果，乙只是甲殺人的行為工具，故甲成立普通殺人罪（§271I）之間接正犯。

例 2：甲想要早日得到養父乙的財產，遂對乙謊稱醫生判定乙胃癌末期，乙信以為真，認為自己的人生已經沒有希望，便吞下安眠藥自殺。甲以詐術欺騙乙，讓乙產生錯誤做出自殺決定，乙的死亡結果雖是自行造成，但因其決定是由甲的殺人計畫與教唆行為所支配而成，故甲成立普通殺人罪（§271I）之間接正犯<sup>22</sup>。

##### 2、少數說<sup>23</sup>

本罪應限於行為客體有自殺意思但「意思不健全」的情況始能成立，亦即「類似免責狀態」的情形，包括具強暴、脅迫、詐欺，或利用被害人情緒狀態予以勸說兩類。

例如：甲對數次考不上律師高考的乙說，人生無望不如吃安眠藥自殺，導致乙服藥自殺，甲應成立本罪。

## 高點法律專班

<sup>20</sup> 若依部分學者「主觀歸責基礎認知」的觀點，以規範角度確認甲的主觀歸責時，因為甲於視線模糊下朝「特定人」噴灑有胡椒噴霧，又朝其胸前揮鐵條，其主觀認知所開啟的可能性範圍應及於誤認客體同一性的情況，故該當刑法第 271 條第 1 項殺人既遂罪的構成要件。詳細的理論說明，參照周濛沂，從客觀轉向主觀：對於刑法上結果歸責理論的反省與重構，臺大法學論叢，第 43 卷第 4 期，2014 年 12 月，頁 1498-1511。

<sup>21</sup> 王皇玉，幫助自殺之幫助方式—四十二年台上字第一一八號刑事判例，月旦裁判時報，第 9 期，2011 年 6 月，頁 148。

<sup>22</sup> 許澤天，刑法分則（下）：人格與公共法益篇，二版，2020 年，頁 55、59-60。

<sup>23</sup> 許澤天，刑法分則（下）：人格與公共法益篇，二版，2020 年，頁 55、59-60。類似說法參照徐育安，刑法第二七五條之法理基礎與改革芻議，月旦法學雜誌，第 144 期，2007 年 5 月，頁 50。

## (二) 考題解析

甲向丙提議殉情係使丙行成自殺意思之教唆行為，嗣後提供藥水給丙則為促成丙自殺之幫助行為，雖丙同意喝下藥水自殺係出於自己意思決定，惟因父母反對等做成決定之事實前提被甲所欺騙，故其意思決定有瑕疵，甲是否成立本罪有所爭議：多數見解認為，須出於丙完整無瑕疵之自主決定，甲始能成立本罪；另有見解則主張，為了避免與自殺無不法之前提相衝突，並使本罪有適用空間，應限於丙出於意思不健全即類似免責狀態之情形，始能成罪。依照多數見解，甲對丙謊稱父母反對係施用詐術之行為，丙因陷於錯誤而決定自殺，其自殺決定並非於無瑕疵狀態下自主為之，故甲不成立本罪，但是甲以詐欺手段利用丙使其自殺之行為，係以意思支配支配丙之死亡結果發生，成立刑法第 271 條第 1 項殺人既遂罪之間接正犯。

## 二、司法罪之共犯（110 北大刑法第 3 題）

### (一) 教唆他人藏匿自己

#### 1、舉重明輕說（實務）

既然犯人自行隱避不成立犯罪，教唆他人隱避自己，當然亦不在處罰之列<sup>24</sup>。

#### 2、欠缺期待可能性說（通說）

犯人自己隱匿自己為人之常情，該等行為之所以不罰，係出於「期待可能性」的法理，也就是排除其罪責<sup>25</sup>。

### (二) 教唆他人湮滅自己案件刑事證據

#### 1、否定說

基於「期待可能性」與「限制從屬性」的理由，行為人湮滅自己刑事證據不成立犯罪，則其教唆他人湮滅行為人自己的刑事證據亦應排除不法或罪責，而不成立本罪教唆犯<sup>26</sup>。

#### 2、肯定說

他人湮滅行為人刑事證據具有不法性，依照處罰共犯的「惹起說」，行為人仍得依「限制從屬性」概念從屬於正犯的不法<sup>27</sup>，又加上行為人自己湮滅證據雖欠缺期待可能性，但不表示教唆他人為之亦無期待可能性<sup>28</sup>，故成立本罪教唆犯。

## (三) 考題解析

甲央請丁代為隱匿證據之行為，因「他人」為罪責要素，學說有主張甲欠缺期待可能性而排除罪責，另亦可依「舉重明輕」法理，認為甲隱匿自己犯罪證據既不成立正犯，教唆他人為之自不成立共犯。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

<sup>24</sup> 最高法院 25 年總會決議（一）、最高法院 47 年台非字第 50 號判決。學說相同見解，參照許玉秀，教唆他人隱匿自己和教唆他人自行隱匿是否成立犯罪，收錄於：刑法的問題與對策，二版，2000 年，頁 157。

<sup>25</sup> 林山田，刑法各罪論（下），五版，2005 年，頁 231；甘添貴，刑法各論（下），四版，2018 年，頁 497；陳子平，刑法各論（下），三版，2020 年，頁 829；許澤天，刑法分則（下）：人格與公共法益篇，二版，2020 年，頁 532-533。

<sup>26</sup> 林山田，刑法各罪論（下），五版，2005 年，頁 235；甘添貴，刑法各論（下），四版，2018 年，頁 502；黃榮堅，圖利罪共犯與身分，台灣本土法學雜誌，第 3 期，1999 年 8 月，頁 190。

<sup>27</sup> 陳子平，刑法各論（下），三版，2020 年，頁 840。

<sup>28</sup> 法務部（80）法檢（二）字第 1778 號法律問題。