

## 刑法篇

主筆人 | 蔡律師

### 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新見解（例如：不能未遂、結果提前發生的因果歷程錯誤、原因自由行為），以及傳統爭議所延伸出的新問題（例如：強制性緊急避難、訴訟詐欺）。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：因果歷程錯誤、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。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、結果提前發生的因果歷程錯誤（111 台大 A 卷第 2 題）

##### （一）法律效果：排除故意既遂歸責？

##### 1、著手區分說

只要行為人進入了著手實行階段，無論是否意識到當下的行為可能招致結果，一概論以故意既遂犯；相對地，若在預備階段引起結果，僅得視情形成立故意預備犯與過失既遂犯<sup>1</sup>。

##### 2、重要性說<sup>2</sup>

經由客觀歸責風險製造與實現的檢驗後，在主觀構成要件層次進行故意既遂責任的評價。既然行為人必須對重要的因果歷程有所認識，始能成立故意既遂犯，自應以一般生活經驗判斷因果歷程的偏離是否重要，以決定行為人是否應負故意既遂之責。

##### 3、修正風險說

故意既遂犯的成立，必須建立在故意的行為人對於客觀上實現的風險有所支配的前提下，只要行為人主觀想像與客觀事實在「製造不受容許風險」的範圍內重合，亦即只要其放任抵觸行為規範的決定實現，即表示對於所製造的風險有所認知，便可肯定支配關係而評價為故意既遂犯<sup>3</sup>。

<sup>1</sup> 學說的介紹見蔡聖偉，論結果提前發生之因果歷程偏離，收錄於：刑法問題研究（二），一版，2013 年，頁 199。

<sup>2</sup> 林山田，刑法通論（上），2008 年，十版，頁 491-492；許玉秀，妨害性自主與打擊錯誤，收錄於：刑法的問題與對策，二版，2000 年，頁 292-293；甘添貴，謝庭晃，捷徑刑法總論，二版，2006 年，頁 104。

<sup>3</sup> 蔡聖偉，重新檢視因果歷程偏離之難題，收錄於：刑法問題研究（二），一版，2013 年，頁 163-167；蔡聖偉，論結果提前發生之因果歷程偏離，收錄於：刑法問題研究（二），一版，2013 年，頁 204-207。

## (二) 修正風險說導讀

「修正風險說」雖然也使用對應的原理來判斷故意既遂歸責，但是此對應非彼對應，因為此說使用的是「兩階段對應」。第一階段的對應，就是傳統的對應理論，這一個層次的對應只是在確認行為人的「故意」，換句話說，確認「故意」的標準與該當構成要件的標準是同一個，行為人主觀上想的事實如果與構成要件一致，那表示他有「故意」，但不等於他要負「故意既遂」的責任，所以必須進入到第二階段的對應，而修正風險說所做的正是第二階段的對應。簡單來說，我們如果要一個故意的行為人為結果負責，必須這個結果的發生受他的故意所支配，如果沒有支配，他就只能成立故意未遂犯或（及）過失既遂犯。那要如何確定行為人「有支配」？我們在「客觀構成要件」層次用「客觀歸責理論」確定行為與結果間的客觀支配關係，在這裏只要用同一個標準，也就是「製造不受容許風險」來檢驗行為人主觀面是否有此認知，如果有就表示主客觀在這項標準下重合，並論以故意既遂罪。

## (三) 考題解析

丙爬上甲家陽台再跌落陽台之行為，應分成兩個部分討論：第一，先討論跌入陽台的部分，因刑法上之行均須行止出於人的意志支配作為前提，丙之身體雖進入屬甲住宅一部之陽台，惟此舉並非透過其意志支配的身體行止，自非刑法上之行為；第二，再討論爬陽台後提前跌入的因果歷程錯誤，此處無論依照著手區分說、重要性說或修正風險說，都會得到成立侵入住宅罪的結論。以重要性說為例，陽台上方與陽台距離臨近，且陽台上方有其高度及攀爬不便處，故丙爬入或跌入陽台均在一般經驗可預見，此一錯誤自非重大之因果偏離，丙負故意既遂之責。而丙後續於甲屋內停留之行為，因刑法第 306 條第 2 項之「留滯」限於前行為合法進入者，丙既成立第 1 項侵入住宅罪，無須論以第 2 項之純正不作為犯。

## 二、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。

## 三、正當防衛與客體錯誤（111 台大 A 卷第 1 題）

110年的台大法研考了正當防衛的打擊錯誤，111年則是正當防衛過程中出現客體錯誤。違法性階層較困難的點在於A的部分，因為甲想要殺B來保護自己卻殺死A，這樣對A算是容許構成要件錯誤嗎？還是其實跟打擊錯誤一般，對A討論緊急避難？如果我們確定依舊要審查正當防衛，那麼這個手段有沒有符合防衛手段的必要性要求？甲是A的女兒，她的防衛手段有沒有逾越社會倫理限制？

甲誤A為B而刺A之行為，是學理上所稱「等價客體錯誤」，依照通說所採的「法定符合說」，因目標與誤認之客體生物屬性均為自然人，故此類錯誤係無規範意義之動機錯誤，不影響行為人故意之認定，甲對A具有殺人故意。

接著進入違法性的審查，B之性侵行為雖具持續性，惟於甲為殺人行為時是否具「現在性」而使甲得對A主張「預防性防衛」，容有爭議。依通說的「有效理論」，若甲此時不將B殺死，未來即可能再度遭受B性侵之不法侵害，故雖B並未正在對甲性侵，惟甲面臨之持續性侵害仍應評價為現在不法侵害。接著，於防衛手段審查上，因客體錯誤不影響不法之認定，無須區分A與B之防衛分別論斷。又，甲刺殺A之防衛行為並非同等有效手段中最小侵害者，且甲對客體均有最近親屬關係之保證人義務，應優先使用迴避之防衛手段，甲選擇刺殺之積極攻擊行為已逾社會倫理限制，自非第23條本文正當防衛。

雖然解到這裡頭髮已經白了一半，但還是得跟大家說明，本題有些立場選擇可能對論罪方向有重大影響。如果在B的現在不法侵害部分採「未遂階段說」或「預備行為最後階段說」，上述正當防衛的點全部都要變成審查緊急避難，就此甲殺人在結論上當然是不符合利益衡量，應成立過當避難。這個答題方向有個優點，就是沒必要去審查正當防衛的客體錯誤，行為人對誤認客體A要算是正當防衛還是緊急避難，因為全部都是緊急避難。如果跟我一樣想走正當防衛的路，那甲對A的攻擊算不算正當防衛，就會需要耗點心力。我們在構成要件階層已經說了，依照「對應理論」或「法定符合說」，等價客體錯誤不會影響主客觀構成要件該當的結論，也就是「甲目標的客體B」跟「甲誤認的客體A」不必分別審查，這個誤認對刑法來說沒差。依照同一個邏輯，我們在違法性的地方也應該認為，他的防衛意思是針對A或者B，不會影響主觀不法，所以也不可能說他對A是誤想防衛，對B是正當防衛。同理，在客觀不法的認定上，他的防衛行為是針對何人，在規範評價上也不重要，不必在違法性階層又突然說A不是不法侵害源，只能對他成立緊急避難。如果真要區分對A與對B的論罪，應該要在等價客體錯誤先採「具體符合說」，因為此說就是把「目標客體」與「誤認客體」分別評價。按照這個邏輯走下去，甲第一次的攻擊應該對B討論正當防衛、對A討論緊急避難，而對A的部分也不是誤想避難，因為所謂的避難意思並不需要像正當防衛一般，針對特定的侵害來源，只要認知到這是一個危難情況，就算是有避難意思了。

#### 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>4</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>5</sup>。

### 2、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>6</sup>。此一模式又分為兩種理論：

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>7</sup>，此一見解亦為實務所採<sup>8</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>9</sup>。

### 2、過失犯

<sup>4</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>5</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>6</sup> 林鈺雄，新刑法總則，八版，2020年，頁313。

<sup>7</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9四六號刑事判決評析，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>8</sup> 最高法院108年台上字第1292號判決（參考價值）。

<sup>9</sup> 王皇玉，刑法總則，六版，2020年，頁336。

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>10</sup>。

### (三) 例外模式的論罪要件<sup>11</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>12</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。

## 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>13</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。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

<sup>10</sup> 王皇玉，刑法總則，六版，2020 年，頁 336。

<sup>11</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>12</sup> 王皇玉，刑法總則，六版，2020 年，頁 338-339。

<sup>13</sup> 王皇玉，幫助自殺之幫助方式—四十一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。

**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>14</sup>。

## 2、少數說<sup>15</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。

### (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、訴訟詐欺與三角詐欺（111 北大刑法第 3 題）

### (一) 法律效果

處分財產的相對人與財產受損的被害人不同時，即為學理上所稱的「三角詐欺」。而「三角詐欺」與利用不知情工具竊盜的「竊盜間接正犯」在外觀上相同，如何區分兩者即產生爭議<sup>16</sup>：

## 【高點法律專班】

<sup>14</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>15</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。

<sup>16</sup> 徐育安，三角詐欺之實務與理論—最高法院九十五年度台上字第七四〇號及臺灣高等法院九十九年度上易字第2187號判決評析，月旦法學雜誌，第194期，2011年7月，頁245-249。此外，「訴訟詐欺」也是三角詐欺的其中一類，因此下述學說亦可適用在訴訟詐欺的案例中，相關說明參照林山田，刑法各罪論（上），五版，2005年，頁458；陳子平，刑法各論（上），四版，2019年，頁624；徐育安，訴訟詐欺—29年上字第990號刑事判例（二），月旦裁判時報，第8期，2011年4月，頁146。

### 1、貼近理論

處分財產的第三人與受處分之財產若在空間上距離鄰近，此一事實關係即表示第三人對於財產在現實上可以直接予以支配，因此第三人處分該財產造成他人財產損失，行為人應論以詐欺罪。

### 2、立場理論<sup>17</sup>

若行為人要成立詐欺罪，重點應該在於第三人與所有人的關係屬性，當第三人處於一個為所有權人保管財物的地位時，行為人即應成立詐欺罪，否則應論以竊盜罪（§320I）的間接正犯。

### 3、權限理論<sup>18</sup>

成立詐欺罪的關鍵在於處分者的行為效力是否及於財產所有權人，從而令其受有損害。換言之，應以財產歸屬效力作為基準，僅有在第三人具有處分權限時，始能將行為人論以詐欺罪。

## (二) 案例解析

本題是實務上已發表過多次見解的訴訟詐欺案例，過去實務認為法院受詐騙作出判決，即使行為人使第三人交付財產行為，應成立詐欺罪（29上990判例）。然而，如果仔細去看訴訟詐欺的行為，他其實與三角詐欺結構相同，三角詐欺的理論便能拿來運用。採「貼近理論」與「立場理論」均不成立詐欺罪，但如果依照「權限理論」，法院依法有權處分A財產權利，且在作出判決處分A財產權利時，該判決即可作為假執行名義（民訴§390）而使A受整體財產危險損失，甲自應成立詐欺得利罪（§339II）。此外，持偽造的假證據去騙法院的行為，國家還可以搬偽造私文書罪跟使公務員登載不實罪出來走一圈嚇唬一下甲，但這個部分最終都不成罪。

## 三、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>19</sup>。

版權所有，重製必究！

<sup>17</sup> 學說名稱出自林東茂，詐欺罪的財產處分，月旦法學教室，第8期，2003年6月，頁92-93。採此見解者，參照許澤天，刑法分則（上）：財產法益篇，三版，2021年，頁134。

<sup>18</sup> 林東茂，詐欺罪的財產處分，月旦法學教室，第8期，2003年6月，頁94。

<sup>19</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。

## 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>20</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>21</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>22</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>23</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>20</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>21</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>22</sup> 陳子平，刑法各論（下），三版，2020年，頁840。

<sup>23</sup> 法務部（80）法檢（二）字第1778號法律問題。