

《刑法》

一、甲企圖殺乙，持刀守候乙家附近，傍晚時分，乙偕同小女兒返家，甲不忍小孩驚慌，於是放棄行動。越數日，甲再度持刀守候於乙家門前，時近黃昏，乙獨自返家，甲揮刀刺殺乙，乙血流如注，但仍奮力抵抗。甲突生悔意，逃離現場，並即電召救護車。救護車未到，乙已先行攔搭計程車就醫，雖然傷勢不輕，但倖得不死。試問，如何論處甲的先、後行為？（25分）

命題意旨	本題是個簡單的開門考題，主要係測驗關於預備犯與未遂犯的操作，還有刑法第 27 條有關中止未遂犯的熟悉度，基本上穩紮穩打便可得到不錯的分數。
答題關鍵	「預備行為」請稍加說明；至於「形式預備犯可否適用第 27 條之規定？」算是本題的最大考點，必須多花些篇幅來鋪陳；還有「準中止犯」的要件涵攝，最後可用簡單的競合做出總結。
高分閱讀	1.易台大，上課用刑法講義，第二回第 25 頁、35 頁以下。 2.易台大，總複習刑法講義，第 19 頁。 3.陳子平，《刑法總論》，2008 年，元照出版，427 頁以下。

【擬答】

- (一)甲第一次企圖殺乙之行為，成立刑法（以下同）第 271 條第 3 項的預備殺人罪。
- 1.甲本於殺乙之企圖而持刀守候在乙家附近，卻因不忍小孩驚慌而放棄犯行，並無實現殺人罪之客觀構成要件，**非既遂**；且無論依據主客觀混合說、密切行為說，抑或形式客觀說，甲之行為俱無達到著手之程度，故也**非未遂**。
 - 2.刑法上有所謂「**預備行為**」階段，意指行為人以實現某一犯罪行為的決意，所從事的準備行為，以便於創設犯罪實現的條件或排除犯罪實現的障礙。依題意，甲先行守候在乙家附近，係便於創設犯罪實現條件的準備行為，該當預備之意義，無阻卻違法或阻卻罪責事由，而可以成立預備殺人罪。
 - 3.甲所成立之預備殺人罪，可否適用第 27 條有關中止未遂犯之規定？學說上容有爭議：
 - (1)否定說：既然第 27 條第 1 項明文規定「**已著手於犯罪行為之實行**」之要件，則僅有著手後的未遂階段有本條文之適用。
 - (2)肯定說：預備犯乃未遂犯之前階段，且有朝未遂發展之階段性，既然後階段（未遂）有本條之適用，前階段（預備）亦應有其適用，否則將形成不法內涵較高之未遂階段有減免刑罰之機會，不法內涵較低之預備階段卻反而無此機會，而有刑罰不均衡之現象。
 - 4.縱上所陳，本文認為肯定說之理由較為堅強，惟在技術上應類推適用第 27 條之規定，此有利於被告之類推，不生違反罪刑法定原則之問題。是故，甲成立預備殺人罪，但可類推第 27 條第 1 項，減輕或免除其刑。
- (二)甲第二次企圖殺乙而守候乙家門前之行為，成立第 271 條第 3 項的預備殺人罪。
甲先行守候在乙家門前，係便於創設犯罪實現條件的準備行為，該當預備之意義已如上所述，且無阻卻違法或阻卻罪責事由，可以成立預備殺人罪。
- (三)甲揮刀刺殺乙之行為，成立第 271 條第 2 項的殺人未遂罪。
- 1.由於乙最終並未發生死亡結果，殺人罪之客觀構成要件並未既遂。甲主觀上具有殺死乙之故意，客觀上無論依據主客觀混合說、密切行為說，抑或形式客觀說，俱已達到著手之程度，未遂犯之構成要件該當。
 - 2.甲之行為無阻卻違法或阻卻罪責事由，成立殺人未遂罪。
 - 3.依題意，甲主觀上已經認為完成犯罪實行行為，故屬「**既了未遂**」。甲主觀上本於己意中止之意思，電召救護車前來救乙，雖客觀上乙係自行攔搭計程車前往就醫，甲之中止行為與未發生既遂之間不具備因果關係，惟甲之行為仍具有積極性與相當性，得依據第 27 條第 1 項後段有關「**準中止犯**」之規定，減輕或免除其刑。
- (四)競合：甲第二次之行為成立預備殺人罪與殺人未遂罪，兩罪係行為單數而侵害同一法益，成立法條競合之補充關係，僅論殺人未遂罪已足；該殺人未遂罪與第一次的預備殺人罪係行為複數而侵害同一法益，乃與罰的前行為，論殺人未遂罪即為已足。



二、甲為警察，竟對乙所經營之賭場連續索取保護費及乾股利潤每月十萬元，共計十次。某日，甲穿著制服偽裝執行勤務，實則擬收取當月之款項。此時適有乙之仇家丙前來尋仇，丙舉槍射殺乙時，甲不加以制止，反而迅即臥倒躲避，倖免於難，乙則被殺身亡。甲針對未制止丙開槍一事，以其係緊急避難行為辯解之。試問，甲的行為如何論處？（25分）

命題意旨	本題爭點相當全面，包括國家法益、社會法益、個人法益、幫助犯、不作為犯、緊急避難、競合等概念，且各部分之份量相等，出題老師顯係有意測驗考生對於刑法概念的全面理解。
答題關鍵	本題事實分為兩大部分：1.包庇賭場之行為；2.見死不救之行為。前者測驗到違背職務收賄罪（國家法益）、包庇賭場罪（社會法益）；後者則以個人法益中的殺人罪，測驗不作為犯、幫助犯、緊急避難等總則概念。由於題目強調行為人收錢「十次」，最後競合的部分也應妥善處理。上述概念均經蕭台大老師詳細講授，針對緊急避難在特殊公務者的適用，與多次行為的競合處理，蕭台大老師更曾反覆提醒注意，同學若能依老師平日指導，冷靜抓住主要爭點、依序分層作答，漂亮答題應不困難。此外，於正確解題後，應可發現三大部分的答案（包庇、不救與競合）份量相等，應為出題者有意設計之結果，可說是近年司法官特考中難得的好題目。
高分閱讀	<p>【命中率 100%】</p> <p>1.蕭台大，《破解刑法分則》，第 3-5~3-12 頁。</p> <p>2.蕭台大，2010 年律司正規班刑法講義，第一回第 54-55 頁；第二回第 107 頁、第 125 頁；第四回第 77-79 頁。</p> <p>3.蕭台大，《高點法觀人 2010 年司特考場特刊—重要爭點 6：正當防衛與緊急避難之爭點整理》，4-7~4-8 頁。</p>

【擬答】

(一)甲向賭場索取利潤而不予取締之行為部分：

1.甲可能成立加重違背職務收賄罪（刑法第一二二條第二項）：

客觀上，甲身為警察（公務員）原有取締賭場之義務，竟為索取保護費等利潤而不予取締，顯係違背警察職務之行為，且與所收受之利潤有對價關係；主觀上，甲對此亦有預見，又無阻卻違法及罪責事由，成立本罪。

此外，甲不再成立刑法第一三一條之公務員圖利罪，蓋依實務見解，第一三一條之罪為公務員圖利之基本概括規定，若公務員已成立其他圖利犯罪時，即無第一三一條之適用，併此敘明（51 年台上字第 750 號判例）。

2.甲可能成立濫權不追訴罪（刑法第一二五條第一項第三款後段）：

依實務見解，警察僅為有「偵查」權能之公務員，尚非屬本罪主體之「有追訴或處罰犯罪職務」之公務員，故甲不成立本罪。

3.甲可能成立包庇賭博罪（刑法第二七〇條）：

客觀上，經營賭場者成立刑法第二六八條之罪，甲身為公務員卻予以包庇不取締；主觀上，甲對此有預見，又無阻卻違法及罪責事由，成立本罪。

(二)甲未制止丙殺人部分：

1.甲可能成立普通殺人罪之不作為幫助犯（刑法第二七一條第一項、第三〇條第一項、第十五條）：

客觀上，丙殺乙既遂，甲身為警察依法具有制止犯罪發生之保證人地位，卻未制止，係以不作為之方式，對丙施以助力（減少丙殺人之阻礙）；主觀上，甲於未制止時，對於其不作為將減少丙殺人之阻礙（幫助故意），並致使乙死亡（幫助既遂故意）均有預見，構成要件該當。

違法性部分，客觀上甲確實面臨緊急危難情狀，主觀上甲亦有犧牲乙來避難之意思，雖依刑法第二十四條第二項規定，公務上有特別義務者不得主張避免自己之危難，惟多數學說仍認為，若依理性一般人的標準判斷，行為人不可能不避難時，仍得容許其主張緊急避難而阻卻違法，故此處甲確有主張緊急避難之可能性。

惟欲成立緊急避難，避難行為必須符合比例原則，本案甲以不作為方式避難之行為，雖有助於避免自己被害（適合性），且是當場所能採取之唯一手段（必要性），但甲犧牲乙之生命拯救自己之生命，係屬犧牲等價法益避難，不符合衡平性，不成立緊急避難。

罪責上，甲雖身為警察，且亦穿著警察制服到場，但槍手狙擊猝不及防，不論就其個人或一般人之標準，



似均難期待甲冒生命危險挺身救乙，故甲得依刑法第二十四條第一項但書之避難過當規定，得減輕其刑。

(三)競合：

甲十次向賭場索取利潤而不取締，就其收賄十次、不取締十次部分，成立十個加重違背職務收賄罪，惟依題意與社會常態，此種索利行為多係先行約定金額，之後按月索取，堪認甲係以同一行為決意為之。甲並以此同一決意包庇賭場，由於「包庇」行為之概念本即含有多次、連續不斷之性質，故甲僅成立一個包庇賭博罪。

又由於加重違背職務收賄罪係侵害公務員正潔性之國家法益、包庇賭博罪係侵害善良風俗之社會法益，甲以一行為侵害數法益而成立數罪名（十個加重違背職務收賄罪、一個包庇賭場罪），應依刑法第五十五條論以想像競合，再與另行起意之不作為幫助殺人既遂罪，依刑法第五〇條數罪併罰之。

三、甲、乙、丙三人長期失業，因聽聞鋼筋類資源回收價格頗高，遂共同商議行竊鋼筋販賣牟利。某夜，由甲駕車搭載乙、丙二人隨機尋找目標，行經 A 宅旁正在興建房屋之工地，見工地內散置成袋鋼筋，即分頭進入行竊。於陸續搬運至車上時，被 A 發現，A 取菜刀一把趕往制止。甲見狀乃迅速駕車逃離，乙、丙二人未及離去，為免遭逮捕，乙遂持地上木樁一支，作勢揮打，丙則與 A 發生拉扯，並搶下 A 之菜刀後，將 A 右手割傷，逃離現場。試問，甲、乙、丙三人之行為如何論處？（25 分）

命題意旨	本題著重測驗準強盜罪（釋字第六三〇號解釋理由書之見解）、加重竊盜罪與共同正犯等三大概念。
答題關鍵	在釋字第六三〇號解釋做成之後，準強盜罪即有較明確的解釋方式可以依循，其理由書見解也因而成為刑法考試中的一級爭點。蕭台大老師無論是在授課、文章或《判解刑法分則》書中，均再三強調其重要性，同學應該已經非常熟悉。特別是老師今年還將「準強盜罪之三大考點菁華」放入司特考場特刊中，有看到的同學一定能順利解題，可以說是「有看有保佑」，恭喜各位！而對於加重竊盜罪各款事由、共同正犯的成立要件，實務見解非常重要，亦均為蕭台大老師授課時反覆強調，更於《判解刑法分則》書中設有多則「作者叮嚀」專欄提醒，果然再度命中，相信同學必能輕鬆解題成功。
高分閱讀	<p>【命中率 100%】</p> <p>1.蕭台大，《高點法觀人 2010 年司特考場特刊—重要爭點 7：準強盜罪之三大考點菁華》，4-10~4-11 頁。</p> <p>2.蕭台大，《破解刑法分則》，第 1-63~1-72；1-79~1-84 頁。</p> <p>3.蕭台大，2010 年正規班刑法講義，第二回第 94-98 頁；第三回第 65-72 頁、第 77-82 頁。</p>

【擬答】

(一)乙之罪責

- 乙持木樁作勢揮打 A 之行為，可能成立準強盜罪（刑法第三二九條）：
客觀上，乙有竊盜鋼筋行為，並為脫免逮捕，當場對 A 施以有形力之強暴行為，惟依大法官釋字第 630 號解釋理由書之見解，此種「當場虛張聲勢」之行為，其不法程度尚不足與強盜罪「致使不能抗拒」之不法相當，不能成立本罪。
- 乙持木樁作勢揮打 A 之行為，可能成立恐嚇危害安全罪（刑法第三〇五條）：
客觀上，乙作勢打 A，係以加害身體之事，致生危害於 A 之安全；主觀上乙對此有預見，又無阻卻違法及罪責事由，成立本罪。又由於乙之行為係欲逃脫，並非為取得財產，故不成立恐嚇取財罪（刑法第三四六條）。
- 乙與甲、丙於夜間至工地內行竊鋼筋之行為，可能成立共同加重竊盜罪（刑法第三二一條第一項第一、三、四款、第二八條）
客觀上，乙搬運鋼筋至車上，並由甲駕車離去，已足排除原所有人之持有支配、建立自己之新持有支配關係，是為既遂；主觀上，乙有預見及不法所有意圖。又無阻卻違法及罪責事由，本應成立竊盜罪，惟依題意，甲、乙、丙三人係共同在場竊盜，應依刑法第三二一條第一項第四款「結夥三人以上」之加重事由，成立加重竊盜罪。
此外，因夜間行竊地點僅為「工地」，並非「住宅」或足蔽風雨、供人出入之「建築物」（50 年台上字第 532 號判例），乙不成立第一款之加重事由；而乙雖於 A 發現後持地上木樁恐嚇，但該木樁與乙之竊盜行



為無關，依判例見解（20 年上字第 1183 號判例），乙亦不成立第三款之加重事由（丙奪 A 刀之部分，亦同），併此敘明。

4.競合：

乙於成立加重竊盜罪後，另行起意恐嚇 A，係以數行為侵害數法益而成立數罪名（加重竊盜罪、恐嚇危害安罪），應依刑法第五〇條規定，數罪併罰之。

(二)丙之罪責：

1.丙與 A 拉扯並以菜刀割傷 A 之行為，可能成立準強盜罪（刑法第三二九條）：

同上，丙雖亦於竊盜後，為脫免逮捕而對 A 施以強暴，但釋字第 630 號解釋理由書認為，此種「與被害人有短暫輕微肢體衝突」之情形，仍與強盜罪「致使不能抗拒」之不法有間，是丙亦不能成立本罪。

2.丙與 A 拉扯並以菜刀割傷 A 之行為，可能成立剝奪行動自由罪（刑法第三〇二條第一項）：

客觀上丙與 A 拉扯，依題意應已限制 A 之行動自由；主觀上丙對此有預見。又無阻卻違法及罪責事由，成立本罪。此外，實務見解向認本罪之不法，即含有對普通傷害罪之評價在內，故就丙於剝奪行動自由過程中傷 A 之部分，不再論以普通傷害罪（30 年上字第 3701 號判例）。

3.丙之竊盜行為成立共同加重竊盜罪（刑法第三二一條第一項第四款、第二八條）：

理由同乙部分。

4.丙可能與乙成立共同恐嚇危害安罪（刑法第三〇五條、第二八條）：

乙、丙雖均為脫免 A 之逮捕而對 A 施暴，但依題意乙、丙係各自採取不法行為脫困，尚難認為乙、丙就其各自行為已有犯意聯絡與行為分擔，故丙不成立本罪（同理，乙就丙剝奪 A 自由之部分，亦不負共同正犯之責）。

5.競合：

丙以數行為犯數罪（加重竊盜罪、剝奪行動自由罪），數罪併罰之。

(三)甲之罪責：

1.甲與乙、丙竊取鋼筋之行為，成立共同加重竊盜罪（刑法第三二一條第一項第四款、第二八條）：

理由同乙部分，因甲、乙、丙基於客觀上之共同行為分擔、主觀上之共同行為決意而竊盜鋼筋，成立本罪之共同正犯，且於甲順利將鋼筋載運走時，三人之加重竊盜罪即均已既遂。

2.甲就乙、丙分別對 A 施以恐嚇、剝奪行動自由部分，均不成立犯罪：

如上所述，乙、丙出於竊盜中之意外，分別對 A 犯罪。依題意，尚難認甲於犯竊盜罪時，即存有「若他人阻撓時，將為脫逃而由乙、丙對其人施以恐嚇、剝奪行動自由」之認知，亦即甲並未就此部分與乙有犯意聯絡與行為分擔，不成立犯罪。

四、甲駕駛小客車，於遵守交通規則下與闖紅燈之機車騎士 A 相撞。甲見 A 倒地流血不止，僅以電話囑託其外甥報案。警方接到報案後，及時到現場，不見甲之蹤影。惟甲之車牌號碼經路人記下並告訴前來處理的警察，於警察尚未查出車主時，甲主動打電話報警告知肇事。數月後，甲又駕車違規擦撞由 B 所騎乘之機車，B 倒地受傷。甲下車責問 B 騎車過慢，路人則通報救護人員到場，並將 B 送往醫院。甲目送救護車離開後，因未見警察前來，遂駕車離開現場前往醫院探望 B。試問，如何論處甲先、後的行為？（25 分）

命題意旨	測驗有關刑法第 185 條之 4 肇事逃逸罪之爭點，尤其是「保護法益的解釋」以及「肇事是否必須限於故意」這兩大點，是必須詳加論述之處。
答題關鍵	要注意的是，雖然本罪保護法益的爭議有「生命身體安全之保障」、「民事請求權之保障」、「公共利益之維護」與「確認利益之保障」四大說，但爭執最烈的當屬前兩說，在時間有限的情況下，建議直接拿前兩說來加以論述比較。此外，所有的不法要件都要緊扣保護法益來做解釋，故「逃逸」之要件也必須在所採取的保護法益下來解釋，體系始能一貫。
高分閱讀	1.易台大，上課用刑法講義第八回，第 23 頁以下。 2.林鈺雄，〈從肇事逃逸罪看實體法與訴訟法的連動性〉，月旦法學雜誌第 94 期，第 255 頁以下。

【擬答】

(一)就甲第一次之行為究竟成立何罪，分別討論如下：

1.甲駕車撞擊 A，致 A 倒地流血不止之行為，不成立刑法（以下同）第 277 條的傷害罪。

(1)客觀上，甲駕車撞擊 A 係破壞他人身體完整性的傷害行為，亦造成 A 受傷之結果，且行為與結果之間



具備條件公式下的因果關係。惟於客觀歸責理論的討論上，甲係遵守交通規則之狀態下撞擊違規闖紅燈之 A，甲得援引「信賴原則」，主張應可合理信賴 A 不會違反交通規則，故甲之行爲本身並未製造法所不容許的風險而不受歸責，客觀構成要件不該當。

(2)承上所述，甲之行爲不受歸責，故不成立本罪。

2.甲以電話囑託報案，卻未留在現場之行爲，不成立第 185 條之 4 的肇事逃逸罪。

(1)有關肇事逃逸罪之保護法益爲何？學理上主要有下面兩種看法：

A.生命身體安全的保障：本罪爲遺棄罪之特別規定，用以減少被害人之死傷。

B.民事請求權的保障：重點在於排除交通事故證據滅失之危險，而使事故原因的調查不至於困難重重，其利益兼及交通事故的雙方參與者，來確保當事人的民事賠償請求權。

第 185 條之 4 的立法理由係採取「生命身體安全保障」之見解，惟如此一來，將造成與遺棄罪疊床架屋之現象，故學說上有力見解認爲應採取「民事請求權保障」之解釋，本文從之。

(2)有關肇事逃逸罪之「肇事」要件，是否以過失爲限？學理上亦有不同見解：

A.肯定說：如果是無過失肇事，由於無過失者根本不會建構一個救助義務，並無科處刑罰的必要；如果是故意肇事，本來就不會期待行爲人繼續留在現場，因此亦無法科處刑罰。故肇事限於「過失肇事」之情形。

B.否定說：因事故死傷者的死傷原因與行爲人有關，無論在法律上或道義上，行爲人皆應負救護之義務，倘若行爲人不盡救護之義務而逃逸，即應依本罪處罰。故肇事行爲可能出於故意犯罪行爲或是過失犯罪行爲，也可能是不成立故意或過失的單純事故行爲。

實務上多採取否定說之看法（91 年台上 3776 號決參照），本文亦認同與肇事有關係之人即應負有保全法益之義務，而與肇事者之故意、過失無關。

(3)本題中，雖然甲對於肇事行爲本身並無故意或過失，但依前述說明仍不應擅自離去；惟關於「逃逸」之解釋，在採取「民事請求權保障」的前提，應統攝在「脫免於民事損害賠償請求責任」的理解之下，甲既然在當下隨即報案（而不是只有電召救護車）且於之後主動告知肇事，應可解爲「並非欲脫免民事損害賠償請求責任」，故不該當逃逸之解釋，客觀構成要件不該當。

(二)就甲第二次之行爲究竟成立何罪，分別討論如下：

1.甲駕車擦撞 B，致 B 倒地受傷之行爲，成立第 284 條的過失傷害罪。

(1)客觀上，甲駕車撞擊 B 係破壞他人身體完整性的傷害行爲，亦造成 B 受傷之結果，且行爲與結果之間具備條件公式下的因果關係，且甲係違規製造風險在先而可受歸責。主觀上，甲對於違規駕車恐造成他人傷害具有預見可能性，卻違背注意義務而有過失。故本罪構成要件該當。

(2)甲無阻卻違法或阻卻罪責事由，成立過失傷害罪。

2.甲至醫院探望 B，卻未留在現場之行爲，不成立第 185 條之 4 的肇事逃逸罪。

關於「逃逸」之解釋，在採取「民事請求權保障」的前提，應統攝在「脫免於民事損害賠償請求責任」的理解之下，已如上所述。甲既然係至醫院探望 B，即無「欲脫免民事損害賠償請求責任」之意，應不該當逃逸之意涵，故客觀構成要件不該當。

(三)結論：甲僅後行爲成立一個過失傷害罪。

