

# 《刑法》

一、A 女與甲係孀姪關係，二人相處不睦，某日，甲因細故與 A 爭吵，一時怒不可遏，在空曠的廣場上隨手拿起小桶裝之瓦斯桶，自 A 背後用瓦斯向其全身上下噴灑，並拿出打火機試圖點火，幸因當時風勢強勁而未點燃，嗣經警察據報趕赴現場阻止，A 就醫後並無大礙。甲：甲的刑責為何？辯護律師主張甲的行為不罰，是否有理？（25 分）

|      |  |
|------|--|
| 命題意旨 | 測驗考生對於「公共危險罪」與「具體危險犯」概念的熟稔程度，以及刑法第二十六條「不能未遂」概念應如何解釋、法律修正前後的異同等。  |
| 答題關鍵 | <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 本題事實清楚，爭點單純，惟考生應注意題示「空曠廣場」與「風勢強勁」等關鍵字，始能正確探討是否有「致生公共危險」的具體危險情況存在。</li> <li>2. 解答實例題時，考生務必要「實體說理」，將考題線索涵攝入解答中，才能得到高分。例如本題中瓦斯的「公共危險」究竟何在？應詳細分析後得出結論，切忌無憑無據、驟下結論。</li> <li>3. 「不能未遂」是萬年考古題，又有九十四年大修法的「加持」，蕭台大老師於平日上課與本期考場特刊中曾再三強調，並詳加講解概念與解題方式，相信考生一定能順利過關。</li> </ol>                                      |
| 高分閱讀 | <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 蕭台大，律師司特三等班，刑法講義第二回，第 108-109 頁（具體危險犯概念說明）。</li> <li>2. 蕭台大，律師司特三等班，刑法講義第四回，第 3-7 頁（燒燬定義與放火、失火罪之整理）。</li> <li>3. 蕭台大，律師司特三等班，刑法講義第二回，第 36-38 頁（不能未遂概念說明、94 年修法精析）。</li> <li>4. 本期高點法觀人，律師司特考場特刊，【98 法研考題趨勢】重要爭點 4：未遂犯之三大類型：普通未遂、不能未遂、中止未遂（清楚列出今年法研考題中，與不能未遂有關之考題）。</li> </ol> <p><b>*【命中率 100%】！</b></p> |

## 【擬答】

（一）甲噴灑瓦斯之行爲，可能成立漏逸氣體致生公共危險罪（刑法第一七七條第一項）：

客觀上，甲漏逸瓦斯氣體；主觀上甲對此有預見。惟本罪之成立尚需以「致生公共危險」爲要件，題示甲係於「空曠廣場」上噴灑瓦斯，且當時「風勢強烈」，此時是否仍致生公共危險，即有疑問。按，犯罪成立以「致生公共危險」爲構成要件者，學說上稱爲「具體危險犯」。此類犯罪是否成立，應以案件具體情況是否確實足使公眾發生危險爲斷，此爲通說與實務咸認之見解。

本條漏洩瓦斯氣體對於公眾之危害，在於瓦斯無形無貌、易使公眾在無意間吸入，而造成生命或身體之嚴重損害；或因瓦斯易燃易爆，可能因微弱火星而引發爆炸之危險。然本題中，甲既於無人或人數較少之「空曠廣場」噴灑瓦斯，又因「風勢強烈」使瓦斯遭強風吹散、濃度降低，顯見並無使公眾吸入或引致爆炸之具體危險。因甲之行爲未致生公共危險，構成要件不該當，不成立本罪。

（二）甲試圖點火之行爲，可能成立放火燒毀住宅等以外之物罪（刑法第一七五條第一項）：

客觀上，甲於廣場試圖點燃瓦斯，可能因而燒燬「廣場」；主觀上，甲之目的雖在於殺 A，但對於可能造成廣場燒燬的法益侵害雖有預見，卻蠻不在乎，係有間接故意。惟本罪以「燒燬」爲要件，並不處罰未遂。甲試圖點火卻未成，縱以學說見解中對「燒燬」最寬鬆的定義：「獨立燃燒說」判斷，亦未達於使廣場「獨立燃燒」之程度，不成立本罪。

除「燒燬」要件不成立外，由於甲係於空曠廣場點火，亦可能未致生公共危險，因而不成立本罪。又此處討論放火罪的客體，僅爲題示的「廣場」（物），而非 A（人），蓋 A（人）本即非屬本罪所欲保護之客體，在此一併敘明。



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>  
 北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586 (代表號)

(三) 甲試圖點火之行爲，可能成立殺人未遂罪（刑法第二七一條第二項）：

客觀上，甲試圖點燃 A 身上的瓦斯，已對 A 之生命法益造成直接危險，是爲著手，但並未發生死亡結果，僅爲未遂；主觀上，甲對此亦有預見，且又無阻卻違法及罪責事由。惟甲係因風勢強勁而無法點燃瓦斯，是否屬刑法第二十六條所稱「行爲不能發生犯罪之結果，又無危險」之「不能未遂」情況，則有疑問。

按，學說與實務對於刑法第二十六條之「又無危險」應如何解釋，有各種不同見解。惟較多學者認爲，應限於「社會一般大眾是否均認該行爲無危險」時，始得依不能未遂之規定予以減輕，亦即應以行爲人是否出於「重大無知」爲斷。因僅在社會大眾均認該行爲無危險時，始不致因法律減輕刑罰或不罰，動搖一般人對刑法規範意義之確信與遵守。民國九十四年二月二日修正刑法第二十六條時，將「不能未遂」的法律效果由「減輕或免除其刑」改爲「不罰」，更應採取上述學說的限縮解釋方式，以避免過度縱容犯行。

本題中，甲試圖對全身布滿瓦斯的 A 點火，乃一般大眾認爲極危險之行爲，僅因風勢而未成功，若不罰該行爲，將嚴重動搖社會大眾的遵法意識，故並非不能未遂。綜上，甲成立本罪，辯護律師之主張並無理由。

二、甲看見國中生 A 正使用行動電話與人交談，見有機可乘，上前佯稱是某單位的便衣刑警，因為附近有人東西被竊，竊賊特徵與 A 相似，A 必須當面和被害人對質，要求 A 將錢包與手機交給他暫時保管，A 擔心被誤認爲賊，而惹來麻煩，遂交出財物，甲隨後則伺機逃逸。問：甲成立何罪？（25 分）

|      |   |
|------|---|
| 命題意旨 | 測驗考生對於今日常見「冒充公務員身分詐騙」犯罪類型的解讀能力，以及「詐欺型竊盜」等常見爭點。  |
| 答題關鍵 | <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 只要對國家法益條文有基本的熟悉程度，考生在看到「甲佯稱刑警時」，即應有「冒充公務員、侵害國家法益」的反射。</li> <li>2. 題目特別提示被害人是「國中生」，即應分析準詐欺罪與詐欺罪的區辨，與此相關的 29 年上字 1156 號判例見解，代表通說與實務一貫的見解，不可不知。</li> <li>3. 「詐欺型竊盜」的考題，只要瞭解 33 年上字 1134 號判例的說理方式，幾乎全部引用判例內容，即可順利得分。以上兩則判例見解，蕭台大老師於上課時均詳細解說，並在講義上以粗黑體字加上畫線標明重點，完全掌握出題趨勢。</li> </ol> |
| 高分閱讀 | <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 蕭台大，律師司特三等班，刑法講義第三回，第 88 頁（準詐欺罪與詐欺罪之區辨、29 年上字 1156 號判例重點分析）</li> <li>2. 蕭台大，律師司特三等班，刑法講義第三回，第 86-87 頁（詐欺罪之處分行爲概念、與竊盜罪之區辨、33 年上字 1134 號判例重點分析）</li> <li>3. 蕭台大，律師司特三等班，刑法講義第三回，第 56-58 頁（竊盜罪之成立方式、要件與相關判例見解整理）</li> </ol> <p><b>*【命中率 100%】！</b></p>                             |

【擬答】

(一) 甲冒充刑警要求 A 交付財物之行爲，可能成立僭行公務員職權罪（刑法第一五八條第一項）：

客觀上，甲冒充刑警此一公務員身份，並僭行刑警之職權（要求對質、交出財物）使人民誤認，因而破壞本罪所欲保護的國家秩序法益；主觀上甲對此有預見。甲又無阻卻違法及罪責事由，成立本罪。



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>  
 北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586 (代表號)

(二) 甲要求國中生 A 交出財物之行爲，可能成立準詐欺罪（刑法第三四一條第一項）：

客觀上，甲冒充刑警，要求未滿二十歲的國中生 A 交出財物，似可成立準詐欺罪。惟甲取得財物並非因 A 「智慮淺薄」，而係甲「行使詐術」（冒充刑警）所致。依通說及判例見解，只要行爲人取得財物之「原因」爲「行使詐術」，縱令被害人未滿二十歲，亦不成立本罪（29 年上字 1156 號判例參照）。

(三) 甲要求 A 交出財物之行爲，可能成立詐欺取財罪（刑法第三三九條第一項）：

客觀上，甲以冒充刑警爲詐術，使 A 陷於錯誤而交出錢包與手機等財物，似可成立本罪。惟依學者通說見解，詐欺罪之成立，以被害人有「處分行爲」爲要件。此處所謂「處分行爲」，雖不限於民法上的法律行爲、凡事實上足使被害人財產價值降低的行爲均屬之，但仍須以被害人主觀上有對於財產之處分意識者爲限。

本題中，A 雖因甲行使詐術而交出財物，惟其目的僅在於使甲「暫時保管」財物，A 並未意識到在做財產處分，因此並非處分行爲。綜上，甲取得財物並非因 A 之處分行爲而來，不成立本罪。

(四) 甲要求 A 交出財物之行爲，可能成立普通竊盜罪（刑法第三二〇條第一項）：

客觀上，甲以冒充刑警方式佯稱爲 A 「暫時保管」財物，趁 A 對該財物之支配力一時鬆弛，乘機取得；主觀上甲對此有預見，且有不法所有意圖。甲又無阻卻違法及罪責事由，成立本罪。

此種先藉由詐術使被害人對財產之持有支配關係鬆動（但非財產處分），行爲人進而「自行」建立新持有支配關係之犯罪類型，學說上有稱爲「詐欺型竊盜」，通說認爲仍應論以竊盜罪，實務判例見解亦同（33 年上字 1134 號判例參照）。

(五) 競合：

甲以冒充刑警要求 A 交出財物之一行爲，成立僭行公務員職權罪（刑法第一五八條第一項）與普通竊盜罪（刑法第三二〇條第一項），分別侵害國家秩序法益與個人財產法益，應依刑法第五十五條想像競合之規定，從一重處斷。

三、某縣市即將發放消費券，警方爲防止歹徒覬覦，於是結合郵局舉行防槍演練。路人甲見頭戴半罩式安全帽的 A、B，分別持刀控制警衛與上車行搶，甲見義勇爲，拾起路旁的鐵條棒打持刀的 A，造成 A 受傷，事後才得知 A、B 是假扮搶匪的警員。問：甲的刑責為何？（25 分）

|      |   |
|------|---|
| 命題意旨 | 本題所測驗者，乃國家考試常客「容許性構成要件錯誤」之問題，本題之類型則爲誤想防衛。   |
| 答題關鍵 | 本例事實部分單純，所需檢討者僅甲（因誤想防衛）造成 A 受傷應否負責而已，因此整個解題的重心皆在容許性構成要件錯誤。而此等錯誤爲刑法上錯誤問題中爭議最大的一種類型，因此答題者必須就學說爭議仔細介紹，並擇一採用於解題中。最後，在是否得出成立過失的結果上，務必就過失之體系檢驗，並附理由說明。  |
| 高分閱讀 | <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 林山田，《刑法通論（下）》，十版。</li> <li>2. 黃常仁，《刑法總論》，二版。</li> <li>3. 陳志龍，《人性尊嚴與刑法體系入門》，五版。</li> <li>4. 黃榮堅，《基礎刑法學（上）》，三版。</li> <li>5. 黃榮堅，〈刑法解題——關於不法意識及犯罪結構〉，《刑法問題與利益思考》，初版。</li> <li>6. 陳子平，《刑法總論》，二版。</li> <li>7. 林東茂，《刑法綜覽》，五版（2007,09）。</li> <li>8. 余政大，《刑法總複習講義第一回》，頁 77；《刑法總複習實例演練》，錯誤篇第二題（相似度 99 %）。</li> </ol> |

### 【擬答】

一、本例中甲將 A 打傷的行爲，客觀上雖然符合傷害罪的不法構成要件的要求，但事實上 A、B 持刀控制警衛與上車行搶之行爲，僅是防搶演練而非**現在不法侵害**，亦即 A、B 之行爲並未構成**正當防衛**（刑法第 23 條）之前提事實。惟在主觀上，甲誤以爲 A、B 兩人所爲係強盜行爲，並因而基於防衛



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>  
 北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586 (代表號)

意思而持鐵條棒攻擊 A 並造成其受傷，此等情形，學說上稱**誤想防衛**，屬於**容許性構成要件錯誤**的一種。對此種錯誤究應如何處理，學說上容有不同見解如下：

- (一) **故意理論**：在早期（古典、新古典犯罪階層體系），行為人對於客觀構成犯罪與客觀阻卻事由的認識皆屬**責任故意**之要件，亦即對此兩種事實誤認時即發生阻卻故意視之效果。故於誤想防衛的情形，行為人因為誤以為客觀上存在正當防衛的前提事實，因此發生阻卻責任故意。我國曾有判例（**29 年上字第 509 號判例**）以「出於錯覺防衛，而難認為有犯罪之故意，惟被告目睹某甲伸手撈衣，究竟是否取槍抗拒，自應加以注意，又非不能注意之事，乃竟貿然開槍，致某甲受傷身死，核其所為，仍與**過失致人於死**之情形相當，原審竟認為防衛過當之傷人致死，於法殊有違誤。」應可認為係採此說。
- (二) **罪責理論**：於目的論以降之犯罪階層體系中，行為人對於事實的認識不再是罪責要素，在三階論中分為構成要件故意與主觀的合法化要素，因此於容許性構成要件錯誤的情形，行為人雖對現在不法侵害（如：正當防衛的前提事實）有所認識是出於防衛意思而為侵害法益之行為，惟客觀上由於欠缺該前提事實，因此不能成立阻卻違法事由。於此等體系之中，容許性構成要件錯誤究應如何處理，學說上可分為三種說法：
1. **嚴格的罪責理論**：將容許性構成要件錯誤視為**禁止錯誤**（不法意識欠缺，參見刑法第 16 條之規定），即不得排除行為人之故意，而僅生**免除**（不可避免的錯誤）或**減輕罪責**（可避免的錯誤）之效果。
  2. **一般的限制罪責理論**：由於容許性構成要件錯誤與構成要件錯誤皆為對**事實**發生誤認，在性質上具有類似性，且刑法上並不禁止有利於行為人的類推適用，因此在容許性構成要件錯誤之情形應**類推適用**構成要件錯誤之法理，阻卻故意視情形成立過失。
  3. **限縮（制）法律效果的罪責理論**：此說認為容許性構成要件錯誤為一獨立之錯誤類型，既非禁止錯誤，亦非構成要件錯誤。因此認為容許構成要件錯誤並不影響**行止形態**的故意（即構成要件故意），而只影響**罪責形態**的故意（故意罪責），因此不成立故意之犯罪，惟行為人的錯誤若係出於注意上的瑕疵者，則可能成立**過失犯罪**。
- (三) **負面構成要件要素理論**：由**二階論**的體系觀之，由於構成要件故意認識的對象包括構成犯罪事實的存在與阻卻違法事由的不存在，因此行為人若對於阻卻違法事由的前提事實不存在不具認識時，屬於**構成要件錯誤**的一種，因此主觀不法構成要件不具備，應阻卻故意且視情形成立過失。

二、前述**故意理論**與現今犯罪階層體系不符；而**嚴格罪責理論**將屬事實錯誤之容許性構成要件錯誤，視為規範錯誤的禁止錯誤，並不允當；**一般限制罪責理論**結論上雖合理，但以類推適用之方式處理，說理上較不嚴謹，且此說原意係指類推適用德國刑法第 16 條，我國並無類似之錯誤法效規定條文，更有不妥之虞。至於**負面構成要件要素理論**，其推論過程與結果雖無方法上瑕疵，惟此等體系有破壞



構成要件警示功能之虞，且由於該說認為發生錯誤的行為人其行為並非不法，於現行法明示教唆犯、幫助犯之認定採限制從屬標準下，對於知情之教唆、幫助犯將發生處罰上的漏洞。綜上所述，拙見以為，前揭學說介紹中應以限縮法律效果的罪責理論為當。以下以此為據，就本例中甲之行為檢討如下：

(一) 甲將 A 打傷之行為，可能成立第 277 條第 1 項之故意傷害罪：

甲將 A 打傷的行為，由於其主觀上誤以為 A 與 B 正在控制警衛與行搶，基於此一認識與防衛他人自由與財產法益之意思對 A 予以攻擊，係屬誤想防衛，依前述限縮法律效果的罪責理論，因欠缺故意罪責而不成立本條項之罪。

(二) 甲將 A 打傷之行為，可能成立第 284 條第 1 項前段之過失傷害罪：

依前所述，若甲的錯誤若係出於注意上的瑕疵者，則可能成立過失犯罪，惟此處仍應依過失之要件予以審查，於本例中，重點在於 A、B 兩人之行為只是演練而非不法侵害（正當防衛的前提事實）一事，是否具客觀與主觀預見可能性。就本例之事實而言，一般人立於甲之立場（客觀預見可能性），是否能夠預見 A、B 之行為事實上並非行搶而是演練，題意未明，可能該演練極為逼真，亦可能一般人皆能理解並非果有行搶之行為。拙見以為，依罪疑唯輕原則宜做有利於甲之認定，即本例中甲之行為因不具客觀預見可能性而不構成過失傷害罪。

三、結論：甲的行為不構成犯罪。

四、已婚的甲男與二十二歲的 A 女相戀，卻遭 A 的父母強力反對，甲慫恿 A 於周日演出「燒炭死諫」的戲碼，以迫使其父母同意讓兩人在一起。A 採納並在家裡燒炭，不巧當天家人臨時外出而無人在家，由於甲擔心 A 真的發生意外，打手機告訴 A 的母親 B，暗示應注意 A 的現況，俟 B 趕回家已經是四小時以後，然 A 已陷入重度昏迷，經醫生搶救後，認知功能如同三歲小孩。問：甲是否有任何刑責？（25 分）

|      |   |
|------|---|
| 命題意旨 | 測驗考生精確掌握「行為時點」的能力、是否熟悉不作為犯等刑法總則基本概念，以及判讀題目線索與實體說理的功夫。   |
| 答題關鍵 | <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 本題看似簡單，實則暗藏玄機，共設計了三個關卡，相當有層次。</li> <li>2. 第一關：加工重傷罪是所有考生都會注意到的明確考點，應該都能輕鬆過關。</li> <li>3. 第二關：甲單純的慫恿（或說與 A 議定）採取燒炭戲碼，並非造成 A 受傷的原因。題目所給的「A 女二十二歲」、「A 女採納」、「家人臨時外出」等線索，在在指向一個重要提示：甲與 A 在議定計畫當時，對於之後發生的實害，尚無預見可能性。</li> <li>4. 第三關：若能看穿上述陷阱，應可發現真正造成 A 重傷的行為，是甲的「不作為」。題目用一半以上篇幅來描述「因家人外出，甲擔心 A 出意外」、「甲僅暗示 B」、「B 四小時後始返家」等線索，正是要明確告訴考生：甲應作為而不作為，且此時始對法益侵害有預見可能性。</li> <li>5. 以上「精確掌握犯罪行為時」、「正確判讀題目線索」、「充分實體說理」概念，均為蕭台大老師平日上課反覆闡述，並多次以實例題詳細說明，同學只要冷靜答題，定可獲致高分。</li> </ol> |
| 高分閱讀 | <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 蕭台大，律師司特三等班，刑法講義第二回，第 58-59 頁（有認識過失與間接故意之明確區辨標準、專欄 ★重點提示）</li> <li>2. 蕭台大，律師司特三等班，刑法講義第二回，第 67-70 頁（不純正不作為犯與八大保證人地位）。</li> <li>3. 本期高點法觀人，考場特刊，【歷年重要爭點】重要爭點 3：不作為也不行：保證人地位之整理（再次強調並命中八大類保證人地位的重要性）。</li> </ol> <p><b>*【命中率 100%】！</b></p>   |



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>  
 北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586 (代表號)

**【擬答】**

(一) 甲慫恿 A 燒炭之行爲，可能成立加工重傷罪（刑法第二八二條）：

客觀上，甲慫恿 A 燒炭，結果導致 A 認知功能如同三歲小孩，似可能成立本罪。惟本罪之成立，係以教唆或幫助他人使之重傷爲要件，亦即被害人在行爲人的教唆或幫助下，從事自傷行爲並成重傷，始足當之。

依題意，甲確實喚起 A 原本所無的燒炭決意，但依甲與 A 之計畫，燒炭目的並非自傷，而是迫使父母同意的「戲碼」。故依其計畫，A 所爲既非自傷行爲，甲自無教唆（加工）自傷可言。綜上，甲構成要件不該當，不成立本罪。

(二) 甲慫恿 A 燒炭之行爲，可能成立過失重傷罪（刑法第二八四條第一項）：

客觀上，甲慫恿 A 燒炭，導致發生 A 認知功能如同三歲小孩的結果。由於認知功能退化仍爲現代醫學難以治療甚至無法治療的重大病症，該當刑法第十條第四項第六款之「重傷」。

惟主觀上，甲與 A 係事先謀議以燒炭方式達成目的，該計畫雖具備一定危險性，但衡諸 A 爲二十二歲的成年女性，演出燒炭戲碼時應有能力自行注意安全；加上依其預定計畫，「演出」時 A 家中原應有人可阻止與救援，故尚難認甲於「提議（慫恿）燒炭計畫」時，對於 A 之後發生重傷結果即有預見可能性。綜上，甲對於 A 之重傷並無過失，不成立本罪。

(三) 甲在知道無人在家後，仍未適時救援 A 之行爲，可能成立過失重傷罪之不純正不作爲犯（刑法第二八四條第一項、第十五條）：

客觀上，甲與 A 所共同議定的燒炭戲碼具有一定危險性，甲與 A 具備「危險共同體」之保證人地位，甲因而負有不使 A 發生實害之作爲義務。依題意，A 之家人臨時出門一事，雖非甲所能事先預見，但在已明知家中無人、A 可能發生意外的情況下，甲仍未採取足以避免重傷結果的作爲。主觀上，甲在知道無人在家後，對於危險可能轉爲實害已有預見可能性，是有過失。甲又無阻卻違法與罪責事由，成立本罪。

按，或有認爲甲打電話通知 B 的行爲，已盡作爲義務以避免結果發生。惟依題示，甲在認知到乙可能發生意外後，仍只是打電話「暗示」B 應注意 A，以致於 B 仍在四小時後始返家，未及救援 A。甲有採取更積極作爲的可能性（如直接撥打一一九、明示 B 其女 A 在家燒炭等），卻未爲之，放任結果發生，仍屬未盡作爲義務，而應成立不做爲犯。此外，由於題示甲仍擔心 A 真的發生意外，可見其主觀上並非「蠻不在乎」之間接故意，而係因「自信過度」（認爲 B 來得及趕回，或 A 不至出事）之有認識過失，於此一併敘明。

