

《刑法概要》

一、下級公務員甲，聽從上級公務員乙之指示而實行了某種行為。如果該項行為對於丙之法益構成侵害，而且該當於某一犯罪之構成要件。此時，影響下級公務員甲犯罪與否之關鍵因素為何？試分析之。（25分）

試題評析	單考刑法第21條第2項「公務員依上級命令行為」此阻卻違法事由的條文解析，重點放在「上級命令違法」與「下級明知上級命令違法」兩種情形，算是非常容易。
考點命中	《圖說刑法總則》，高點文化出版，易律師編著，頁7-36~39。

答：

- (一)按通說所採犯罪三階層體系論，犯罪係由「構成要件該當性、違法性與罪責」三個階層所組成，必須循序漸進予以判斷。依題意下級公務員甲對丙既已該當構成要件，則將繼續進入違法性階層審查。
- (二)刑法（下同）第21條第2項明定：「依所屬上級公務員命令之職務上行為，不罰。但明知命令違法者，不在此限。」此乃「下級公務員依命令之行為」之阻卻違法事由。要件上，首先行為人必須是公務員；其次行為人所執行的職務行為不能逾越命令範疇；最後行為人必須遵守關於執行程序的規定或注意事項。如符合前述三個要件，則甲可阻卻違法而不罰。
- (三)惟若下級公務員甲「所依據的命令本身違法時」，是否仍得以阻卻違法，有下列爭議：
- 1.形式審查說：下級公務員對形式要件完備之命令，即應推定其合法性而予以服從並加以實行，因此當上級命令形式合法時，甲即可阻卻違法。
 - 2.實質審查說：由於違法之概念包括了實質違法在內，所以下級公務員亦應允准作實質審查，因此唯有當上級命令形式與實質均合法，甲始能阻卻違法。
- (四)今多數意見採取「折衷說」，以形式審查為主、實質審查為輔，只要上級命令具備形式外觀且實質內涵無明顯違法情事，則下級公務員便可據此阻卻違法。按此說，倘乙所下達之命令符合形式要件，又實質上無顯然違法，甲當可阻卻違法而不罰。
- (五)附帶一提，若甲自始「明知」乙所下達之命令違法，即便通過前述折衷說之審查，按第21條第2項但書之規定，甲依舊不能阻卻違法，繼而還須討論其罪責。

二、試分析下列各例中甲與丙之罪責。

- (一)甲幫助乙殺害張三時，乙並不知情。試問乙的不知情，是否會導致甲不能成立幫助犯？（12分）
- (二)丙見到丁正在遭受李四現在不法之侵害，於是丙為丁進行正當防衛。但是，當時丁並不知道丙所作所為之用意。試問丁的不知情，是否會導致丙不能成立正當防衛？（13分）

試題評析	「片面幫助犯」與「防衛救助」的基本問題，由於是申論題型，建議小題大做以充實版面與篇幅，同時一定要援引、解釋條文，才能拿到理想成績。
考點命中	《圖說刑法總則》，高點文化出版，易律師編著，頁7-11、11-42。

答：

- (一)就甲是否成立幫助犯，分析如下：
- 1.刑法上共犯之行為可分為「教唆」與「幫助」兩種類型，前者乃引發他人犯意，後者則重在促進（已有犯意之）他人犯行，兩者最重大的差別有二：其一，幫助行為為可用不作為方式實現，教唆行為則難以想像；其二，幫助行為不要求與正犯有精神上聯繫，承認單純創造情狀的片面幫助犯，教唆行為因採取「串通理論」之故，以和正犯有精神上聯繫為必要。
 - 2.依題旨，正犯乙雖不知甲的幫助，由於幫助行為不要求與正犯有精神上聯繫，甲依舊成立片面幫助犯，這也正是刑法（下同）第30條第1項後段稱「雖他人不知幫助之情者，亦同」之意義所在。
- (二)就丙可否主張正當防衛，析述如下：
- 1.查正當防衛之「現在不法侵害」，可以是針對自己而來，也可以是針對他人而去，這種為他人排除侵害

的正當防衛，學理上有稱作防衛救助。鑑於正當防衛的權利還是源自於受侵害者，故有認為此時必須特別尊重受侵害者之意願，當受其「明示」願意承受不法侵害而不反擊時，救助者不能越俎代庖，若救助者率然為之將構成違背受侵害者意願的「強加防衛」，僅在涉及到生命或重大身體法益的不法侵害時，防衛者始能阻卻違法。

2.按題意，由於丁並未明示願意承受李四不法侵害而不反擊，並非違背丁意願的強加防衛，是故丙可主張第23條本文「出於防衛他人權利之行為，不罰」之規定，阻卻違法。

(三)結論：甲成立幫助犯；丙仍可主張正當防衛。

三、公然侮辱罪與誹謗罪有何區別？試分析之。(25分)

試題評析	非常單純的罪名比較，幾乎沒有難度存在，只要條文熟悉，幾乎可說是送分。換言之，拿分關鍵就在於誰的分析較為細緻。
考點命中	《高點·高上刑法分則講義》，易律師編撰，頁35~37。

答：

(一)刑法(下同)第309條之「公然侮辱罪」與第310條之「誹謗罪」，均屬對於名譽法益之破壞，惟兩者要件設計仍有諸多不同，茲分述如下：

- 1.構成要件行為部分，一者為**抽象謾罵**之「侮辱行為」，另一者為**具體指摘**之「誹謗行為」，兩者顯然有別。又侮辱行為必須在「**不特定人或特定多數人得以共見共聞**」之公然情狀下為之，誹謗行為則無此限制。
- 2.構成要件意圖部分，誹謗罪較公然侮辱罪多出「**散布於眾意圖**」，即行為人主觀上有分散傳佈於不特定人或多數人之目的，但本要件屬於純主觀的想法，客觀上不需要真的散布於眾。
- 3.違法性部分，第310條第3項「**對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰。但涉於私德而與公共利益無關者，不在此限**」，此係真實惡意原則與公益關聯原則，乃針對誹謗罪所特設之規定，與公然侮辱罪全然無關。至於第311條的「**善意發表演論者，不罰**」之特別阻卻違法事由，學說雖有主張乃是誹謗與公然侮辱兩罪所共通，然實務多認為乃誹謗罪所專有，併此指明。

(二)附帶補充，公然侮辱罪與誹謗罪均有加重處罰之規定，惟前者係「**以強暴犯之**」的暴行侮辱罪，後者乃「**以散布文字、圖畫而犯之**」的加重誹謗罪，兩者仍有不同。

四、試分析下列各例中甲與丙之罪責。

(一)甲欲毒殺乙，在乙之食物中下毒。但是，因毒物劑量不足，乙飯後雖感身體不適，但並未死亡。(12分)

(二)丙欲傷害丁，在丁之飲料中投放不足以致死之毒物。只是，當丁喝下該飲料之後，竟然身亡。事後查證結果，丁的身體中原已有毒素，丁是因為兩毒發而導致死亡。(13分)

試題評析	非常基礎的故意既遂犯、未遂犯與過失犯的審查思考，留意「無危險不能未遂」、「預見可能性判斷」以及「競合的書寫」即可。
考點命中	《圖說刑法總則》，高點文化出版，易律師編著，頁5-23~27、6-9~16、12-33~34。

答：

(一)甲在乙食物中下毒，就其成立罪名討論如下：

- 1.成立第271條的殺人未遂罪：客觀上乙雖未死亡，惟甲下毒時主觀上具備殺人故意，客觀上又已實行典型殺人行為，該當著手無疑，其無阻卻違法、罪責事由，成立本罪。另甲犯行自始不能達成既遂，然倘若一般人由事前角度觀之，均會認為甲所下劑量已足，且甲亦非出於嚴重誤解自然法則的重大無知，無論如何皆不該當第26條「無危險」之要件，因此沒有「不罰」之空間。
- 2.成立第277條的傷害罪：客觀上甲對乙下毒係製造受傷風險之傷害行為，又不可想像不存在地導致乙身體不適，實現規範目的預設之結果；主觀上甲明知前述事實又有意為之，復無阻卻違法、罪責事由，成立本罪。
- 3.結論：甲同一行為犯殺人未遂與傷害兩罪，鑑於前者不法內涵難以包括後者，故按第55條想像競合。

(二)丙在丁飲料中下毒，就其成立罪名討論如下：

1. **不成立第276條的過失致死罪**：客觀上丙投入不足以致死的毒藥，並無製造使丁死亡所不受容許之風險，且主觀上丙不僅欠缺殺丁之故意，亦對「丁體內原已有毒素」一事欠缺預見可能性，按第12條第1項之規定，不罰。
2. **成立第277條的傷害罪**：客觀上丙對丁投毒係製造受傷風險之傷害行為，又不可想像不存在地導致丁身體產生不良變化，實現規範目的預設之結果；主觀上丙明知前述事實又有意為之，復無阻卻違法、罪責事由，成立本罪。
3. **結論**：丙犯傷害單純一罪。

高點 · 高上

【版權所有，重製必究！】