

《刑法概要》

- 一、甲在路邊看到一群人，慌亂的圍著一台沒有掛車牌的報廢汽車，趨前一看，原來車內有一學齡前的小孩B趁父母沒注意時爬進汽車遊玩，卻誤把自己鎖在車內。該車門鎖顯然故障，無法正常打開。由於天氣炎熱車窗緊閉，車內氣溫急劇升高，甲眼看情狀危急，小孩B有生命危險，遂在附近撿拾一支鐵棒，想以鐵棒破窗救人。不料在揮落鐵棒時，由於過度緊張，鐵棒滑手順勢飛出，鐵棒不僅未能擊中車窗，反而打到站在旁邊A的額頭，所幸A送醫後無大礙。至於車內小孩B則由其他人破窗救出。試問甲的行為依刑法如何評價？（25分）

試題評析	本題涉及「阻卻違法行為附隨過失結果」爭點，亦即客觀上存在阻卻違法事由情狀，主觀上行為人亦存在阻卻違法之意思；惟倘行為人為阻卻違法事由行為時，不慎發生過失結果，是否得主張阻卻違法事由進而阻卻違法，於學說上有兩種不同的看法。
考點命中	《高點·高上刑法講義》第二回，旭律編撰，頁15。

答：

- (一)甲揮落鐵棒的行為，不構成刑法第354條毀損器物罪。

主觀上，甲雖有揮鐵棒打破車窗之毀損器物故意；但客觀上，甲著手於毀損器物之構成要件，而未發生犯罪既遂結果，又依刑法第25條第2項，毀損器物罪不罰未遂，甲不構成犯罪。

- (二)甲揮鐵棒想救助B卻不慎打到A，不構成刑法第284條過失傷害罪。

1.客觀上，甲揮鐵棒行為，因過度緊張沒有抓緊，導致鐵棒飛落砸傷他人，是製造法所不容許的風險，且風險也實現在構成要件效力範圍；主觀上，甲應注意、能注意而不注意，具有過失。

2.惟有疑問者在於，倘客觀上存在阻卻違法事由情狀，主觀上行為人亦存在阻卻違法之意思；惟倘行為人為阻卻違法事由行為時，不慎發生過失結果，是否得主張阻卻違法事由進而阻卻違法？

(1)有學者認為，學說上認為，既然行為人基於故意行為所為之緊急避難行為，得以阻卻違法，基於「舉輕以明重」及「故意犯與過失犯不法性的高低層級關係」，過失犯自然也可以主張阻卻違法事由。

(2)惟管見認為，必須就個案具體判斷，是否符合緊急避難等阻卻違法事由之要件，不得一概認為所有阻卻違法行為附隨過失結果均得阻卻違法，亦有成立緊急避難之可能。

(3)本件行為人甲為救助B拿鐵棍欲破窗之行為，應屬於風險是否得以轉嫁給無辜第三人的緊急避難問題，而甲不慎打傷A之行為，是否得以主張緊急避難？有無避難過當問題？管見認為就具體個案而言，存在B生命危險的緊急情狀，且除了破窗一途別無他法，甲選擇以鐵棍破窗的侵害財產法益手段，保全他人生命法益，符合避難行為必要性，而得以阻卻過失傷害罪之違法。

3.綜上，甲不構成本罪。

- 二、甲在家中堆放超量之未經核准的爆竹。某日，爆竹不慎爆炸，炸毀房屋，並引發大火。消防車到達現場時，消防隊員A聽聞甲仍在屋內，冒險進屋救人。將甲救出後，甲告知A似有小孩B仍在屋內，此時A不顧大火可能致命再進屋內搜索，不幸因此與B同時喪生火窟。試問甲的行為成立何罪？（25分）

試題評析	本題涉及的是過失導致爆竹爆炸引發火災，究竟是普通失火行為，還是準失火罪，必須討論。此外，由於題目暗示甲告知A火場有人，使其進入火場救援而不幸喪生，則會涉及告知消防隊員進入火場救援的行為，是否屬於製造法不容許風險，若是，則該風險是否屬於具有專業救災知識的消防隊員專屬責任領域的問題，都必須詳加討論。
考點命中	1.《高點·高上刑法講義》第二回，旭律編撰，頁1。 2.《刑法爭議研究》，高點文化出版，旭律師編著，4版，頁3-20~3-21。

答：

【版權所有，重製必究！】

(一)甲超量堆放爆竹，發生爆炸引發大火的行為，涉及下列犯罪：

1.甲上開行為，構成刑法第176條準用第173條第2項之準失火罪。

(1)客觀上，爆竹屬於爆風、高熱等急烈膨脹力，致其物毀壞或焚燬之爆裂物；而主觀上甲堆放爆竹應注意不應超量及其保存方法，應注意能注意而不注意，導致爆竹爆炸炸毀房屋，為有過失，該當準失火罪之構成要件。

(2)甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，甲構成本罪。

2.甲上開行為，致B命喪火窟，構成刑法第276條第1項過失致死罪。

(1)客觀上，甲超量堆放爆竹導致爆炸，是造成B死亡不可想像其不存在的原因，且具有客觀可歸責性；主觀上，甲堆放爆竹應盡注意義務，卻未盡注意義務導致爆炸燒死B，為有過失。

(2)甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，甲構成本罪。

3.競合：甲一行為侵害數法益而觸犯準失火罪及過失致死罪，屬於想像競合，應從一重過失致死處斷。

(二)甲告知消防隊員A屋內有人，致A死亡，不構成刑法第276條第1項過失致死罪。

1.客觀上，甲告知A屋內有人的行為，是造成A衝進火場死亡不可想像其不存在的原因；惟是否具有客觀可歸責性？

(1)管見認為，告知消防隊員火場內有人的行為，不是製造法不容許風險的行為，毋寧是請求專業人士救助降低在火場內人員死亡的風險。

(2)退步言之，縱認為是製造法不容許風險，也會因為A是消防隊員，對火災救助甚為瞭解，屬他人或被害人本身專屬責任領域範圍內時，則結果之發生，不可歸責於行為人之行為，而認為風險並沒有實現在構成要件效力範圍內，甲不需要對A的死亡負責。

2.綜上，甲不構成本罪。

三、未婚媽媽甲與使其受孕之男子乙，兩人謀議在甲產出小孩後，即將該小孩棄置後巷暗處，死活由天。某日甲住處剛生下小孩A，乙隨即按照先前兩人的規劃將A放置偏僻後巷後離去。甲在乙帶走A後，心生不忍，尾隨乙並看著乙將A棄置離去後，甲隨即以手機報警謊稱發現棄嬰，並躲在一旁，看著警察把A抱走後才放心回家。試問甲、乙的行為成立何罪？(25分)

試題評析	本題涉及有義務者遺棄罪的討論，必須特別注意的是，當甲於乙遺棄嬰兒後，通知警方將A帶走保護其安全的行為，甲是否仍然構成有義務者遺棄罪，此時必須討論無自救力之人有其他義務人保護時，是否成立遺棄罪？而該義務人是否包含警察等無因管理之人？這就是上課時一再強調「104台上2837決」的討論內容。
考點命中	《刑法爭議研究》，高點文化出版，旭律師編著，4版，頁8-9~8-18。

答：

(一)乙棄嬰行為，構成刑法第294條第1項有義務者遺棄罪。

1.客觀上，乙為剛出生無自救力嬰兒A之生父，違反其保護義務將A棄置於後巷；而主觀上，乙明知並有意為遺棄行為，該當有義務者遺棄罪之構成要件。

2.乙無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，乙構成本罪。

(二)甲與乙謀議棄嬰後卻通知警方將嬰兒帶回，構成刑法第294條第1項有義務者遺棄罪之共同正犯（刑法第28條參照）。

1.客觀上，生母甲與生父乙均對於嬰兒具有扶養義務，而共同對棄嬰，違反保護義務一事具有行為分擔與犯意聯絡；惟有疑問者在於，甲於乙遺棄嬰兒後通知警方將A抱回，是否影響遺棄罪成立？

(1)依實務見解，有義務者遺棄罪的保護法益在於「維持生命繼續存在的生存權」，只要行為人一旦不履行其義務，對於無自救力人之生存，已產生抽象危險現象，罪即成立，不以發生具體危險情形為必要（87台上字2395例）。

(2)又實務為限縮遺棄罪抽象危險犯成罪範圍，依29上3777例：「事實上尚有他人為之養育或保護，對於該無自救力人之生命，並不發生危險者，即難成立該條之罪」乙節，乃專指義務人不履行其義務「之際」，「業已」另有其他義務人為之扶養、保護為限。所稱其他義務人，其義務基礎仍僅限於法令及契約，應不包括無因管理在內，否則勢將混淆了行為人的義務不履行（含積極的遺棄，和消極的不作為）惡意，與他人無義務、無意願，卻無奈承接的窘境（104台上2837決）。

- (3)依此，管見認為兒童及少年福利與權益保障法第7條第2項第6款，雖然規定警員應維護兒童安全，又警察法第二條亦規定警察應保護社會安全，防止一切危害，促進人民福利，**仍非謂警察應長期替代、承擔對於棄童的扶養義務**。基此，甲仍該當有義務者遺棄罪之構成要件。
- 2.甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由。且有義務者遺棄罪為抽象危險犯，犯罪行為結束罪即成立，甲通知警方將嬰兒抱回，亦無刑法第27條中止未遂之適用。
- 3.基此，甲構成本罪。

四、某財團法人董事長甲明知依該法人之章程規定，應將財團法人的公款存入財團法人的銀行帳戶。甲在某次取得一筆對於該財團法人的鉅額捐款後，卻擅自無息借支週轉以支付其私人緊急債務。數月後，甲才將該款項存入財團法人的銀行帳戶。試問：甲的行為成立何罪？（25分）

試題評析	<p>1.本題看似簡單，但應該是這次四題考題中最難的一題。本題甲表面上是挪用公款，但最後卻把公款存入銀行帳戶，看似法人沒有受到任何財產上損失，但仔細思考，題目暗示「無息借支」、「數月」後才歸還，與按時將捐款存入銀行狀態相比，損失了什麼？行為人不法所有的意圖是什麼？就是利息的利益！因此，業務侵占罪的對象必須討論，行為人是否對於該利息有不法所有意圖，而構成業務侵占罪。</p> <p>2.本來，行為人構成侵占罪後，因其具有特別背信罪性質，不另外討論背信。但本題因為爭點少，必須再討論是否成立背信罪，以及同時成立侵占及背信的競合問題，小題大作，如此分數才會拿得高。</p>
考點命中	《刑法爭議研究》，高點文化出版，旭律師編著，4版，頁9-88~9-90。

答：

- (一)甲無息借支財團法人鉅額捐款行為，構成刑法第336條第2項業務侵占罪。
- 客觀上，甲為財團法人董事長而具有業務身分，依其業務關係而持有該法人的公款，卻擅自無息借支數月後返還，是否該當自己持有他人之物為自己所有之侵占行為？
 - 管見認為，甲侵占的對象並非該筆鉅額捐款，而是該筆鉅額捐款存進銀行的利息，亦即甲若依照法人章程規定將捐款存入銀行，則銀行會依其比例派發利息給予法人，而甲竟明知並有意對於該筆捐款予以無息挪用，對於捐款利息具有易持有為所有的不法侵占意圖，該當本罪之構成要件。
 - 甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由。
- (二)甲無息借支財團法人鉅額捐款行為，構成刑法第342條背信罪。
- 客觀上，有疑問者在於甲無息借支捐款行為，是否該當背信之要件？
 - 刑法第342條第1項之背信罪，係指為他人處理事務之受任人，意圖為自己或第三人不法之利益，或損害本人之利益，而違背其任務之行為而言。所謂「**違背其任務**」，除指受任人違背委任關係之義務外，尚包括受託事務處分權限之濫用在內（86台上3629決）。
 - 依照財團法人章程規定，甲為董事長，屬於為他人處理事務之人，其本即應將捐款存於法人銀行帳戶，而具有委任關係，甲竟違背上開委任關係而無息貸用該筆存款，明知並有意為違背任務行為，該當背信罪之構成要件。
 - 甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，甲成立本罪。
- (三)競合
- 依實務見解，**刑法上之背信罪，為一般的違背任務之犯罪**，如果其違背任務係圖為自己不法之所有，已達於竊盜或侵占之程度，縱另有以舊抵新之彌縫行為，仍應從竊盜或侵占罪處斷（51台上58例）。
 - 基此，甲違背任務之背信行為，已達業務侵占程度，僅成立業務侵占罪，不另論背信罪。

【版權所有，重製必究！】