

# 《刑法概要》

一、甲偕同孕妻A外出後，乙侵入甲住處行竊，迨甲與A返家，甲欲進入屋內浴室時，躲藏在浴室門板後方之乙隨即揮拳攻擊甲，並試圖衝出浴室，甲旋與乙扭打，將乙推倒，並以左手壓制乙左側臉部，再跨至乙身上，同時以右手反向緊拉乙之衣領，直至A報案、警員到場將乙上銬後，甲始放手。乙已因呼吸衰竭而死亡。請問甲之行為如何論斷？（25分）

考題評析	1. 本次高普考的四題考題，如果有勤做考古題的同學就會發現，先前已經出過很多類似題了，這題「保護孕妻勒死竊賊」的案子，也是一考再考，「103年地特一般行政」就已經有考過。 2. 本題毫無懸念的，就是上課一再強調「延展型防衛過當」的考點，也改編士林地院的判決帶著大家練習，主要考點有二：(1)構成要件行為特定；(2)延展型防衛過當。
考點命中	1. 《高點·高上刑法講義》第一回，旭律編撰，頁138。 2. 《高點·高上刑法總則狂作題班講義》第一回，旭律編撰，頁37，相似度高！。 3. 《刑法爭點解讀》，高點文化出版，2018年11月，旭律師編著，頁3-37，相似度高！

答：

(一)甲壓制致乙死亡的行為，構成刑法第277條第2項傷害致死罪，惟得主張防衛過當減輕罪責（刑法第23條但書）。

1. 首先有疑問者在於，甲之行為可分為「壓制乙」與「勒斃乙」前後行為，應如何檢討其罪名？

(1) 有認為，應以「二行為」作為區分。就「甲對竊賊乙基於傷害故意將其制伏於地並受傷之防衛行為」部分，於一般人之合理判斷下，亦難認有何違反必要性之情形可言，是其所為「故意傷害」部分之所為，本難認有何防衛過當之情形可言，應依刑法第23條前段正當防衛之規定阻卻違法。至於「過失致死」之逾越正當防衛必要性結果，僅係其整體行為中「不慎用力過猛導致發生死亡結果」之部分，甲所成立之罪名應係過失致死罪，並依刑法第23條但書防衛過當之規定減輕其刑。

(2) 惟管見認為不論是甲的「壓制」或「勒斃」行為，考量整個犯罪過程，甲均有明確傷害故意，也對於反擊過程中可能導致乙死亡的風險，雖無構成要件之故意，然甲有所預見而具有過失，因此應論以單一傷害致死的構成要件。否則將造成強行割裂甲主觀想法為二行為之批評。

2. 於違法性階層，甲「壓制並勒斃」乙之行為是否得主張正當防衛阻卻違法？

(1) 有認為，雖然甲於壓制竊賊乙時，係屬於對於現在不法侵害予以正當防衛情狀；惟一旦竊賊遭到壓制，現在不法侵害情況即以消滅，甲後續不慎勒斃乙的行為，當時已無防衛情狀存在，形成甲的同一行為一部分具有防衛情狀，一部分不具防衛情狀，而認為甲之行為均不得主張正當防衛阻卻違法。

(2) 惟管見認為，此時可適度承認「延展型防衛過當」。所謂「延展型防衛過當」，則指「行為人原先面臨不法侵害，而採取必要防衛手段排除不法侵害後，因為驚恐而在時間、空間不中斷的情況下，另行攻擊原不法侵害者，雖然後階段侵害行為並無明確的不法侵害，但基於與前階段合法防衛行為的整體關係，仍應該擴張解釋第23條但書。」

(3) 系爭案件中，甲壓制反擊的前行為雖有防衛情狀存在，惟後階段不慎勒斃行為已無防衛情狀存在，然後階段行為係與前階段反擊屬於同一行為的延展，甲出於驚恐而繼續進行正當防衛，可主張延展型正當防衛，依刑法第23條但書減輕或免除罪責。又可再考量刑法第59條量刑之減輕事由。

(二) 綜上，甲成立本罪。

二、甲因涉嫌持有安非他命，經警察乙逮捕留置在警察局偵訊室調查。當乙製作筆錄時，甲竟當場辱罵乙三字經，並大罵警察都是垃圾、米蟲，將桌椅踢倒，文件散落一地，且甲將製作一部分之筆錄撕毀。經數位警察壓制後始就範。請問甲之行為如何論斷？（25分）

考題評析	本題也是考古題的常客，「102年調查局」也考過類似大鬧警局的題目。本題主要在測驗侮辱公務員罪、妨害公務罪以及毀損公務員職掌文書罪的討論，如果還有時間的話，也可以特別指明為何不成立公然侮辱罪的理由。
考點命中	《高點·高上刑法講義》第四回，旭律編撰，頁224-225。

**答：**

(一)甲辱罵警察乙三字經，涉及下列犯罪：

1.甲上開行為，不構成刑法第309條第1項公然侮辱罪。

(1)客觀上，甲於偵訊室辱罵警察乙，而偵訊室僅限執行偵查之公務員及特定人士得以進出之場所，不該當本罪所稱「不特定人或特定多數人得以共見聞之公然場合」，雖甲辱罵乙三字經足以貶損其名譽，仍不該當本罪之「公然」要件。

(2)綜上，甲不成立本罪。

2.甲上開行為，構成刑法第140條侮辱公務員。

(1)客觀上，甲係於警察乙製作筆錄執行職務時，雖然偵訊室非屬不特定人或特定多數人得以共見聞之公然場合，只要甲「當場」對乙辱罵三字經，且足以貶損其名譽即符合本罪之客觀構成要件；主觀上，甲明知並有意為之，具有本罪之故意。

(2)甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，成立本罪。

(二)甲踢倒桌椅，構成刑法第135條妨害公務罪。

1.客觀上，甲於乙執行職務時，行使物理力而踢倒桌椅，是否該當本罪所稱之「施強暴」要件？

(1)管見認為，所稱「強暴」，係指一切有形力即物理力之行使而言，不問其係對人或對物為之均包括在內（82台上608決），只要其結果影響及於公務員之執行職務者，亦屬之（84台非333決）。

(2)基此，甲縱使僅踢倒桌椅而對物施強暴，其業已影響警察乙製作筆錄的職務執行，已該當本罪之客觀構成要件。

2.主觀上，甲明知並有意為之，具有本罪之故意。

3.甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，成立本罪。

(三)甲撕毀筆錄，構成刑法第138條毀損公務員職掌文書罪。

1.客觀上，甲撕毀筆錄致令不堪用，且該筆錄亦屬警察乙基於職務上所職掌之文書，又足以生損害於公眾，該當本罪之構成要件；主觀上，甲明知並有意為之，具有本罪之故意。

2.甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，成立本罪。

(四)競合：甲上開行為個別、犯意互殊，分別犯刑法第140條侮辱公務員、刑法第135條妨害公務罪、刑法第138條毀損公務員職掌文書罪，應論以數罪併罰。

三、警察甲某日執行酒測臨檢勤務時，發現乙酒後駕車，經酒測已超過標準值，乙旋即打電話請民意代表丙到場向甲關說，丙除請託甲勿將乙移送地檢署外，乙亦拿出二千元給甲，慰勞其辛苦。甲接受丙之請託，而未填製舉發違反道路交通管理事故通知單，逕行讓乙隨丙離去，且未將乙移送檢察官偵查。請問甲、乙、丙之行為如何論斷？（25分）

<b>考題評析</b>	1.本題為圖利罪與違背職務收受賄賂罪的經典題型，也就是關說案。「102年調查局調查工作組」就考過前基隆市長關說案了，因此類似的題型也必須特別注意。這也證明寫考古題的重要性！ 2.另外，本題必須特別注意的是，應先討論警察甲的行為後，再論及丙、乙的行為。不過，由於丙、乙二人僅「請託甲勿將乙移送地檢署」，而未就「是否為填製舉發事故通知單」為請託，因此我選擇將兩個行為拆開討論。
<b>考點命中</b>	1.《高點·高上刑法講義》第四回，旭律編撰，頁263。 2.《刑法爭點解讀》，高點文化出版，2018年11月，旭律師編著，頁11、18~22。

**答：**

(一)甲的刑事責任討論如下：

1.甲收受2000元，構成刑法第122條第2項違背職務收受賄賂罪。

(1)客觀上，身為公務員之員警甲本應於發現乙酒駕後，立即將乙移送至地檢署，竟收受乙之2000元賄款，因而為違背職務行為，逕行讓乙離去；主觀上，甲明知並有意為之，已該當違背職務收受賄賂罪之構成要件。

(2)甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，成立本罪。

2.甲未填製事故通知單，構成刑法第131條圖利罪。

- (1)客觀上，公務員甲對於交通警察負責取締酒駕之主管事務，明知應開單取締而未開單，已違背法令，因而直接使乙獲得免繳納酒駕罰單的不法利益；主觀上，甲明知並有意為之，具有本罪之故意。
- (2)甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，成立本罪。
- 3.甲讓乙離去的行為，不構成刑法第163條第1項之公務員縱放人犯罪。
- (1)客觀上，乙雖係酒醉駕車的現行犯，但甲未依法逮捕乙，乙非屬於依法受逮捕拘禁，而置於公權力支配下之人，縱甲使乙離去，也不該當本罪之構成要件。
- (2)綜上，甲不成立本罪。
- 4.競合：甲上開行為個別，犯意互殊，各犯刑法第122條第2項違背職務收受賄賂罪及刑法第131條圖利罪，應論以數罪併罰。
- (二)丙請託甲勿將乙移送地檢署的行為，涉及犯罪討論如下：
- 1.丙上開行為，不構成刑法第163條第1項之公務員縱放人犯罪之教唆犯（刑法第29條、31條第1項參照）。
- (1)承前所述，乙並非依法逮捕拘禁之受公權力拘束的人犯，丙縱使請託甲勿將乙移送地檢署，而有挑唆甲犯意的行為，仍不該當本罪之構成要件。
- (2)綜上，丙不成立本罪。
- 2.丙上開行為，不構成刑法第131條圖利罪之教唆犯（刑法第29條、31條第1項參照）。
- (1)客觀上，丙僅請託甲勿將乙移送地檢署，並未請託不填製事故通知單，由於圖利罪為結果犯，丙之行為與乙獲得免繳罰單之圖利結果間，不具有因果關係，丙不該當本罪之客觀構成要件。
- (2)又主觀上，丙並未挑起甲不填製事故通知單之犯意，毋寧是甲自願不開立事故通知單，丙不具有教唆故意，而不該當本罪之主觀構成要件。
- (3)綜上，丙不成立本罪。
- (三)乙交付予甲2000元，請託勿將其移送地檢署的行為，討論如下：
- 1.乙上開行為，構成刑法第122條第3項違背職務行賄罪。
- (1)客觀上，乙對於公務員甲應依法取締酒駕，反而違法不將其移送地檢署之違背職務行為，交付2000元具有對價關係之賄款；主觀上，乙亦明知並有意為之，具有本罪之故意。
- (2)乙無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，成立本罪。
- 2.乙上開行為，不構成刑法第131條圖利罪之教唆犯（刑法第29條、31條第1項參照）。
- (1)客觀上，承前所述，乙與丙相同，均僅有請託甲不將乙移送予地檢署，乙之行為與自己獲得免繳罰單之利益間，並不具有因果關係；主觀上，乙亦未有使甲不開立通知單之教唆意思，亦不該當教唆之主觀構成要件。
- (2)綜上，乙不成立本罪。

四、甲因非法持有毒品被起訴，因甲在假釋中，擔心假釋被撤銷，遂唆使妻子乙承認毒品為乙所購買。甲案開庭時，乙出庭作證，證稱在甲宅所查獲之毒品為其所有，供述後法院始命乙具結。最終法院不採納乙之證詞，仍為甲有罪判決。請問甲、乙所為是否成立犯罪？（25分）

考題評析	<p>1.猜測本題本來應該考的是在「具結有效」前提下，「教唆他人偽證是否成立偽證罪」以及「被告受不利判決結果是否仍成立偽證罪」這兩個考點。</p> <p>2.不過，我覺得題目似乎忘記考量刑事訴訟法具結效力的問題。也就是，由於偽證罪之成立是以刑事訴訟法上的具結合法為前提，而本題法院未告知乙得拒絕證言，且又不符合供後具結的要件，本題具結應屬無效，乙、甲都不會成立偽證罪。</p> <p>3.另外，你可能想說，如果具結無效、甲乙都不成立犯罪的話那我要怎寫？可退步言之，假設具結有效時，是否會成立偽證罪，再去作答。</p>
考點命中	<p>1.《高點·高上刑法講義》第四回，旭律編撰，頁276。</p> <p>2.《刑法爭點解讀》，高點文化出版，2018年11月，旭律師編著，頁5-32。</p>

答：

(一)乙供述後具結該批查獲之毒品為其所有的行為，不構成刑法第168條偽證罪。

- 1.客觀上，乙於開庭時就案情有重要關係事項，即毒品為何人所購買一事，虛偽陳述毒品為其所購買；惟有疑問者在於，乙供後之具結是否有效？

【版權所有，重製必究！】

- (1)依刑事訴訟法規定，具結應於訊問前為之，但應否具結有疑義者，得命於訊問後為之。刑事訴訟法第186條第1項、第188條定有明文。此供後具結之所謂「應否具結有疑義者」，係指證人於訊問前，有無同法第186條第1項但書所列不得令具結之情形不明，因而未能使其供前具結者而言（最高法院105年台上字第141號判決）。
- (2)依此，管見認為，乙與甲之間為夫妻關係，依刑事訴訟法第180條有拒絕證言權，又本題亦不符合上開實務見解所稱「供後具結」之前提要件，法院應告知乙有拒絕證言權後，命乙供前具結，乙所為之具結方為有效。
- (3)因此，本題法院既然未告知乙具結證言權，又無命其供後具結之例外，應命乙供前具結，乙供後之具結不生合法效力，乙不構成偽證罪。

2.綜上，乙不構成本罪。

(二)甲教唆乙偽證的行為，不構成刑法第168條偽證罪。

- 1.客觀上，承前所述，管見認為乙之具結既然無效，則甲教唆乙偽證之行為，依共犯限制從屬性，自不該當本罪之構成要件。
- 2.退步言之，倘乙之具結為合法有效時，則犯罪行為人甲教唆他人為自己偽證，是否仍構成偽證罪之構成要件？
  - (1)有認為，犯人不據實陳述其犯罪行為，在刑法上並無處罰之規定。某甲教唆某乙為自己之刑事案件偽證，其目的在脫免自己之刑責，當在不罰之列，應不構成犯罪（司法院（81）廳刑一字第13529號參照）
  - (2)惟近期實務見解認為，如被告積極教唆他人偽證，為自己有利之供述，已逾越緘默權對被告保障範圍，應構成偽證罪（101台上865決）。
  - (3)倘採取成立偽證罪之見解，本題最終法院未採納乙之證述，是否甲仍成立教唆偽證？依實務見解，刑法上之偽證罪，不以結果之發生為要件，一有偽證行為，無論當事人是否因而受有利或不利之判決，均不影響其犯罪之成立（71台上8127例），甲仍成立教唆偽證罪。
- 3.綜上，由於管見認為乙之具結無效，甲因而不成立教唆偽證罪。

高  
上

【版權所有，重製必究！】