

《刑法》

一、向來身體健康的甲，駕車於市區時，無任何前兆突然右半身麻痺，由於其右腳緊踩油門，故而無法煞車或減速。甲見前方及左側停有多輛機車，若撞上去，恐將造成大規模之人員死傷，其看右側人行道無人，即用左手使盡最後的力氣，將方向盤打向右邊衝上人行道，詎料人行道上蹲坐著甲未看到的遊民乙，乙因閃避不及遭甲撞死。試問甲有何刑責？（25分）

試題評析 本題主要測驗過失緊急避難要件的操作，時間允許可稍微討論自招危難之問題。

考點命中 《透明的刑法—總則編》，高點文化出版，張鏡榮編著，頁9-31至9-34。

答：

(一)甲為避免大規模人員受傷而轉向撞死乙之行為，成立刑法（下同）第276條過失致死罪，但得依第24條第1項但書過當避難減輕罪責：

- 1.客觀上，甲將車輛開上人行道與乙死亡結果間具條件因果關係，而甲駕車時將車輛開上人行道，係違反交通規則及不得致人於死等客觀注意義務之行為，又依理性第三人之標準，因甲係於市區中違反注意義務駕車，於其轉向時因對撞死乙之結果有一般可預見性與可避免性，乙之死亡結果可歸責於甲，僅因甲於行為時並未預見乙於人行道上，應為第14條第1項無認識過失。
- 2.甲駕車時突因右半身麻痺而對其行為欠缺意志支配，故其並未製造現在不法侵害，又甲於面臨可能侵害前方多數人生命身體法益之緊急危難時，將他人生命風險轉嫁於乙身上，使乙承擔生命不利益效果，應討論緊急避難而非正當防衛，分析如下：
 - (1)甲對於右半身突然麻痺使其可能侵害他人生命身體之危難，並非出於己身可責難原因自行招致，自非自招危難，甲仍享有完整避難權限。
 - (2)甲將方向盤轉向時面臨緊急危難已如前述，其轉嫁風險於乙之避難行為雖可有效保護左側多數人之生命身體法益，且甲已無其他選擇餘地而不得已為之，惟在利益權衡之考量上，因生命法益具有決定性而不可量化，左方多數人之生命位階並未高於乙之生命，且自損害發生機率及危險性而言，將車子轉向開入市區人行道難認對他人有較低之生命侵害風險，故不得依第24條第1項本文阻卻違法。
- 3.甲於面臨緊急危難時為避難而轉向侵害乙之生命，因處於情緒緊張等特殊心理狀態，使其遵守規範之期待可能性較低，得依第24第1項但書減輕其罪責。

(二)綜上，甲成立過失致死罪，但得減輕罪責。

二、甲與乙素有嫌隙，某日甲聽聞乙在外造謠誹謗自己，怒不可遏，遂帶著球棒找到乙，將其痛毆一頓。甲本來只想讓乙吃點皮肉之苦，不料下手過重，竟打到乙口吐白沫，失去意識。甲見事情鬧大，知道若不立刻將乙送醫急救，乙很有可能會死掉，惟因旁邊有路人經過，對其指指點點，甲方寸大亂，心想最後乙不管是死亡，還是變成植物人，雖然不是自己最初的本意，自己這輩子都完了，遂迅速逃離現場，亡命天涯。乙因為無人伸出援手，最後竟死於現場。嗣後經調查，若甲當時將乙送醫急救，其尚可存活，不致喪命。試問甲有何刑責？（25分）

試題評析 故意危險前行為的爭論，因為近年來有不少學者提出肯定說的論述，是一個較為重要的議題，本題即是測驗此一爭點，而若採肯定說，後續的競合問題也須一併論述。

考點命中 《透明的刑法—總則編》，高點文化出版，張鏡榮編著，頁19-13至19-15。

答：

(一)甲持球棒痛毆乙之行為，成立刑法（下同）第277條第1項普通傷害罪：

- 1.客觀上，甲持球棒痛毆乙與乙受傷結果間具條件因果關係，且甲毆打乙係製造乙身體機能受損之法不容許風險，該風險亦在乙受傷時於傷害構成要件內實現；主觀上，甲毆打乙時對於乙受傷結果有認知並決意為之，具傷害故意無疑。
- 2.甲雖因乙在外誹謗自己而毆打乙，惟因乙誹謗之不法侵害已終了，客觀上欠缺防衛情狀，甲不得依第

23條正當防衛阻卻違法，又甲具罪責，成立本罪。

(二)甲於乙失去意識時離去現場致乙死亡之行為，成立刑法(下同)第271條第1項殺人既遂罪之不作為犯(第15條第2項)：

- 1.甲於乙口吐白沫失去意識等生命危險狀態時離去，依照風險說，係不排除乙生命法益受害風險之不作為。
- 2.客觀上，乙死亡之風險係由甲傷害之違反義務前行為所致，惟甲傷害乙係出於故意而為，其是否具有排除乙生命受害風險之保證人地位，涉及「故意危險前行為」保證人地位之爭議：
 - (1)否定說認為，故意前行為之行為人因欠缺期待可能性而不負後行為之作為義務，且要求行為人負擔作為義務將違反不自證己罪原則，亦有重複評價之嫌。
 - (2)肯定說則主張，過失行為人對於前行為製造之風險負有消滅之作為義務，依照舉輕明重法理，故意之行為人亦應具保證人地位。
 - (3)本文以為，採否定說將於後行為有共犯及前行為故意過失事實不清時，形成處罰漏洞，且重複評價之問題可依競合處理，故以肯定說可採。
 - (4)本題中，甲對於前行為故意傷害乙所製造之生命風險，應負有消滅此一風險之作為義務，且乙死亡結果係甲傷害之前行為危險延續所生，而有危險密切關連性，甲具第15條第2項危險前行為保證人地位。
- 3.甲若救助乙可幾乎確定使乙存活，故具假設因果關係，且依其能力於行為時應有救助乙之可能性，甲之不作為應與作為受同等評價。
- 4.主觀上，甲於離開現場時對於乙生命法益危險有認知，且甲幾經估算後始離開現場，應對乙死亡結果有所容任，甲有第13條第2項殺人間接故意。
- 5.甲無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

(三)小結：甲傷害乙係出於單一意思決定，時空緊密侵害乙單一身體法益之接續犯，應論以傷害罪一罪。又，甲成立之傷害罪與不作為殺人罪，因其傷害犯意升高為殺人犯意，且兩罪有法條競合補充關係，故依法條競合論以後者即可。

三、律師甲受知名政治人物A委任協助A預立遺囑，因而知道A與B女有婚外情及私生子C。甲因為不齒A對婚姻不忠，且因A遺囑中又擬將大部分遺產留給B跟C，而非其髮妻D，故而託甲與A的共同朋友乙私下將上情告訴D，並要乙別透露是自己說的。D知情後與A天天吵架，A因而提出相關告訴，要找出誰出賣他。試問甲、乙有何刑責？(25分)

試題評析	本題涉及洩漏業務秘密罪的討論，主要爭點集中在身分犯正共犯的問題上。但是，如果依照先正犯乙再共犯甲的檢驗順序，會發現甲乙最後都不成罪，這正是提出義務犯理論的實益之一，因此建議轉向以義務犯理論，論甲為洩漏業務秘密罪之正犯，再依第31條第1項討論乙成立共同正犯或幫助犯。
考點命中	《透明的刑法—總則編》，高點文化出版，張鏡榮編著，頁12-64至12-65。

答：

(一)甲託乙洩漏業務上得知A私事之行為，不成立刑法(下同)第316條洩漏業務秘密罪之教唆犯(第29條)：

- 1.本罪為純正身分犯，乙並無保守甲因擔任律師職務而知悉之A秘密之義務，故其洩漏A此一秘密欠缺本罪主體適格而無正犯不法。
- 2.依照限制從屬性理論，乙欠缺正犯不法，教唆洩密之甲自無得以從屬之對象而不成立教唆犯。

(二)甲託乙洩漏業務上得知A私事之行為，成立刑法(下同)第316條洩漏業務秘密罪之正犯：

- 1.甲不成立本罪教唆犯已如前述，惟此一結論將形成甲乙均無罪之法益保護漏洞，故應以「義務犯理論」加以論罪，始能充分評價，合先敘明。
- 2.客觀上，律師甲與客戶A之間存有特殊信賴關係，甲對職務上知悉之A與BC間之私人事務，具有保密義務，故其洩漏該等秘密予乙，並託付乙告知D之行為，已違反建構本罪正犯之保密義務，並侵害A之隱私法益；主觀上，甲明知告知乙此等秘密將違反保密義務並侵害A之隱私仍決意為之，具本罪故意。
- 3.甲無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

4.小結：甲洩漏業務秘密予乙並囑託乙洩漏之行為，係出於單一意思決定而為時空緊密侵害A單一隱私法益之接續犯，論以一罪即為已足。

(三)乙替甲洩漏A秘密之行為，成立刑法（下同）第316條洩漏業務秘密罪之幫助犯（第31條第1項）：

- 1.甲具洩漏業務秘密不法，已如前述，依第31條第1項揭示之共犯不法從屬意旨，雖乙無本罪身分，仍得從屬於甲之不法。
- 2.客觀上，乙協助甲將A隱私洩漏予D知悉，使其易於實現本罪構成要件，應為幫助行為；主觀上，乙洩漏A隱私時有幫助甲實質侵害A隱私法益之幫助與幫助既遂雙重故意。
- 3.乙無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

四、甲至乙開的珠寶店佯裝要買鑽戒，並請乙不斷拿出不同鑽戒觀賞，但甲表示都不滿意。最後乙拿出全店最貴重的鑽戒，開價新臺幣300萬元。甲對乙佯稱，希望到珠寶店門口用視訊讓家人看看鑽戒的大小及外觀，並與家人私下商量願出多少價錢，他的名牌跑車停在店外面，車鑰匙可放在櫃臺上以為擔保。甲帶著鑽戒走到珠寶店門口，正佯裝要打電話時，竟立刻拔腿狂奔，逃逸無蹤。乙拿著車鑰匙追出門外，發現無法打開車門，過了半小時後，真正車主才出現，並表明自己只是在隔壁銀行辦事，根本不認識甲，乙方知受騙上當。試問甲有何刑責？（25分）

試題評析	本題著要爭點在於「詐術式竊盜」的認定，亦即竊盜罪與詐欺罪的區分，這是萬年考點，應該多多注意。
考點命中	《透明的刑法—總則編》，高點文化出版，張鏡榮編著，頁5-84至5-85。

答：

(一)甲向乙佯稱購買並取走鑽戒之行為，不成立刑法（下同）第339條詐欺取財罪：

- 1.客觀上，甲並無購買轉介意思仍佯稱之，並交付車鑰匙予乙，係傳遞與現實不符資訊之施用詐術行為。
- 2.又，乙雖陷於錯誤交付鑽戒，惟其交付時係為借甲使用，並無終局處分財產之意思，故不得依本罪論處甲之行為，僅能討論竊盜罪。

(二)甲向乙佯稱購買並取走鑽戒之行為，成立刑法（下同）第320條第1項普通竊盜罪：

- 1.客觀上，甲向乙謊稱購買並取得300萬鑽戒、提供假鑰匙供擔保、佯裝講電話，均係為實現其竊取財物之目的而為之手段，應屬「詐術式竊盜」而非「詐欺」（33上1134判例）。
- 2.客觀上，甲佯稱購買鑽戒之係使用和平方法破壞乙對鑽戒之鬆弛持有支配，且依照「掌握理論」，甲攜鑽戒出店門時已建立自己之持有支配而既遂；主觀上，甲有竊盜故意與不法所有意圖無疑。
- 3.甲無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

(三)甲向乙佯稱購買並取走鑽戒之行為，雖依實務見解係公然趁乙不及抗拒之搶奪行為，惟本文以為搶奪罪法定刑較高，且有加重結果犯之規定，應於施用不法腕力時始能成立，故甲使用和平手段取得鑽戒，不成立刑法第325條普通搶奪罪。

【版權所有，重製必究！】