

《刑法概要》

一、某日深夜十一時許，甲、乙夫妻與二位男性友人丙、丁於卡拉OK店外道別回家，因乙穿短裙跨坐上機車，外籍勞工A經過，瞄了乙一眼，引發甲、乙等人不滿，認為A偷窺底褲，甲嗆聲A「看什麼！」，A因語言不通，未發一語，甲上前打A但未成傷，A挨打後往宿舍奔逃。四人見A逃跑，一路追趕，A害怕狂奔至某平交道前，正逢警鈴響起，橫桿已降下；前有火車、後有追兵，A硬著頭皮強闖平交道，但因列車疾駛而至，司機煞車不及而撞上A，A當場死亡。試問：甲等四人應負何刑責？（25分）

試題評析	本題涉及損害交通設備罪之解釋、客觀歸責、誤想防衛與過失共同正犯之解釋，考點眾多，務需平均分配時間。
考點命中	1.《高點·高上刑法講義》第一回，許台大編撰，頁17、24-28。 2.《高點·高上刑法講義》第二回，許台大編撰，頁44。 3.《高點·高上刑法講義》第五回，許台大編撰，頁31。

答：

(一)甲等四人追趕A致A死亡之行為，不構成刑法第277條之傷害罪：

按傷害罪乃結果犯，且不罰未遂，故甲等四人雖打A但未成傷，不成立傷害罪。

(二)甲等四人追趕A致A死亡之行為，不構成刑法第184條妨礙公眾安全罪：

1.本罪中的「以他法」，依體系解釋，以及本罪保護法益乃保護使用公眾交通工具之用路人，與往來大眾角度觀之，應限於類似損壞軌道、燈塔、標識者。

2.今甲等四人並未採取類似損壞軌道、燈塔、標識之行為，故難認符合本罪之構成要件。

(三)甲等四人追趕A致A死亡之行為，依實務見解，可能各自構成刑法第284條過失致死罪：

1.構成要件：

(1)客觀上，甲等四人追趕A並攻擊A，與A死亡間具有不可想像其不存在之條件說因果關係。又依一般人生活經驗，可得知遭追打者會逃跑，而受害者逃跑過程中可能遭受意外，故係製造一對A之生命風險，且A死亡之風險亦實現。

(2)有疑義者乃A之死亡，係出於A自行選擇闖紅燈之行為，故是否可認為乃被害人自我負責領域而阻卻歸責？查受害者遭追打而逃跑，應不算被害人出於完整自我意思之決定，故無法阻卻四人的歸責。

(3)主觀上，四人對於A之死亡應有預見可能性，且違反注意義務。

2.違法性

(1)甲等四人追打A，係出於誤認A乃偷窺底褲，方追打之，是否構成容許構成要件錯誤中之誤想防衛？

按誤想防衛所誤認者只能為不法侵害存在與否。然就算A有偷窺底褲，然A只為偷看一眼，此等侵害並無出於現時性，故無法成立誤想防衛。

(2)無阻卻違法事由

3.無阻卻罪責事由。

4.本題甲等四人可能涉及共同正犯之問題，然其四人主觀上就致A死亡一事僅有過失，是否仍得成立共同正犯？

(1)否定說：此說認為行為人間要有行為決意才成立共同正犯，過失頂多成立同時犯。實務44年台上字第242號判例：「惟查刑法第二十八條之共同正犯，以實施犯罪行為者有共同故意為要件，若二人以上同有過失行為，縱皆於其過失行為均應負責，然亦無適用該條之可言。」亦採之。

(2)肯定說：只要有共同注意義務又破壞之，即可成立過失共同正犯，而有一部行為全部責任之交互歸責原則的適用，且此並非想像上無法存在之事。此說亦值傾聽。

二、甲檢察官負責偵查成年被告乙之賣淫援交案件。甲於訊問時發現乙怕其從事性交易之事被家人得知而欲隱蔽該案，甲便向乙要求發生性關係，否則將向乙之家人告知該案，甲並表示若乙同

意性交，將作出不起訴處分，乙唯恐家人知情，因此和甲在甲之休旅車上發生性關係。隨後甲對乙作出不起訴處分。試問：甲應負何刑責？（僅依刑法作答，不討論特別刑法）（25分）

試題評析	本題涉及強制性交之違反他人意願之解釋，以及違背職務瀆職罪，皆為傳統爭點，務必要熟悉。
考點命中	1.《高點·高上刑法講義》第三回，許台大編撰，頁45-46。 2.《高點·高上刑法講義》第六回，許台大編撰，頁33-36。

答：

(一)甲要求並與乙性交之行為，依實務見解可能成立刑法第221條之強制性交罪

1.構成要件：

(1)客觀上甲有與乙性交，並無疑義，但是否出於乙之自由意願，則有爭議：

A.通說認為，本罪之違反他人意願之解釋，必須還是具備類似強暴、脅迫之行為，否則本罪會從強制性交罪變成違反意願性交罪，而且如此一來也無法與趁機性交、利用權勢性交與詐術性交區別，且實務上於缺少客觀證據狀況下，將難以證明行為人非違反意願而為性交。故學說從體系上解釋，認為應符合強暴、脅迫、恐嚇或催眠術等類似強制性質之方法，否則趁機、詐術或利用權勢性交等，即可刪除。

B.而最高法院九十七年度第五次刑事庭會議決議「民國八十八年四月二十一日修正前刑法第二百二十四條第一項，原規定「對於男女以強暴、脅迫、藥劑、催眠術或他法，至使不能抗拒而為猥褻之行為者，處……。」所謂「他法」，依當時規定固指類似於強暴、脅迫、藥劑、催眠術或與之相當之方法。惟該條文於八十八年四月二十一日修正時，已修正為「對於男女以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法，而為猥褻之行為者，處……（修正後僅有一項）。」依立法理由說明，係以原條文之「至使不能抗拒」，要件過於嚴格，容易造成受侵害者，因為需要「拼命抵抗」而致生命或身體方面受更大之傷害，故修正為「違反其意願之方法」（即不以「至使不能抗拒」為要件）。則修正後所稱其他「違反其意願之方法」，應係指該條所列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術以外，其他一切違反被害人意願之方法，妨害被害人之意思自由者而言，不以類似於所列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術等相當之其他強制方法，足以壓抑被害人之性自主決定權為必要，始符立法本旨。」故不要求手段具有強暴、脅迫之特性，本文採之。

(2)主觀上，行為人具有本罪故意。

2.無阻卻違法及罪責事由。

(二)甲與乙性交並為不起訴處分之行為，成立刑法第122條2項之加重違背職務瀆職罪

1.構成要件：

(1)客觀上，甲為公務員並無疑義。且其對於違背職務之行為，亦即「公務員因收受賄賂或其他不正利益，而故意違背其職務上所應忠誠踐履之責任或義務，積極為其職務上所不應為之行為，或消極不履行其職務上所應為之行為而言。例如：檢察官或法官對於依法本應起訴或論罪科刑之案件」之行為（100台上1105判決參照），就本應起訴的案件為不起訴處分，自屬違背職務之行為。

(2)又收受性服務，亦屬不正利益之一種。且乙與甲性交與甲違背職務之不起訴行為，具有對價或對等關係。

(3)主觀上，行為人具有本罪故意。

2.無阻卻違法及罪責事由。

三、甲男在網路上認識15歲的少女乙，佯稱願每月以5萬元對價包養乙，誘使乙離家與甲同居。3個月後甲因錢花光，於是強迫乙援交賺錢供甲花用。試問：甲應負何罪責？（25分）

試題評析	本題較似為測驗考生對法條熟悉度，內容涉及和誘及媒介性交等罪。
考點命中	1.《高點·高上刑法講義》第三回，許台大編撰，頁52。 2.《高點·高上刑法講義》第六回，許台大編撰，頁11、18-25。

答：

(一)甲意圖與乙性交並誘使脫離家庭之行為，成立刑法第240條3項之罪

1.構成要件：

- (1)客觀上，乙屬未滿二十歲之人，應有家庭或監督權人存在。甲未違反被誘人之意思而加以引誘脫離家庭，自屬和誘。
- (2)又所謂將被誘人移置自己實力支配範圍，係指己力得支配之範圍內，並不以被誘人行動自由實際已被支配限制為必要。故即使乙先前之行動自由未受拘束，甲仍符合本罪行為。
- (3)主觀上，甲有本罪故意及性交之意圖。

2.無阻卻違法及罪責事由。

(二)甲與乙性交，成立刑法第227條3項之罪：

- 1.構成要件：客觀上乙乃15歲，並無完整之性交同意權，故甲與之性交，成立本罪行為。且主觀上亦有故意。
- 2.無阻卻違法及罪責事由。

(三)甲逼乙賣淫，成立刑法第231-1條之罪：

1.構成要件：

- (1)本罪構成要件為意圖營利，以強暴、脅迫、恐嚇、監控、藥劑、催眠術或其他違反本人意願之方法使男女與他人為性交或猥褻之行為者。
- (2)客觀上，乙不願意賣淫卻受甲逼迫為之，成立本罪。主觀上，甲亦具有營利之意圖與本罪故意。

2.無阻卻違法及罪責事由。

(四)甲逼乙賣淫，成立刑法第233條2項之罪：

1.構成要件：

- (1)本罪構成要件為：意圖營利與意圖使未滿十六歲之男女與他人為性交或猥褻之行為，而引誘、容留或媒介之者。
- (2)客觀上，未滿16歲之乙既不願意賣淫，其自為甲上網攬客，並容留乙援交，故符合本罪行為。主觀上，甲亦具有使乙與他人性交，與營利之意圖，自成立本罪。

2.無阻卻違法及罪責事由。

四、甲因分家產和其兄乙在甲家激烈爭吵，甲因氣憤，企圖燒燬該屋與乙共赴黃泉，遂打開浴室外之瓦斯鋼瓶開關並拔掉軟管後，點燃瓦斯起火燃燒。然而因火勢猛烈，除甲之房屋外，鄰屋亦受波及，計有三家被燒燬。同時，乙因陷身火海當場被燒死。試問：甲應負何刑責？(25分)

試題評析	本題測驗同學對於刑分的熟悉度，以及相關競合適用狀況，考點雖細但不困難。
考點命中	1.《高點·高上刑法講義》第三回，許台大編撰，頁1-10。 2.《高點·高上刑法講義》第五回，許台大編撰，頁21、28。

答：

(一)甲點燃瓦斯之行為，構成刑法第271條殺人罪

1.構成要件：

- (1)客觀上，有乙死亡之結果。且甲點燃瓦斯之行為與乙死亡間，有不可想像其不存在之條件說因果關係，並具有客觀歸責。主觀上，甲亦具有故意。
- (2)無當場激於義憤之減輕要件：本減輕要件要求激於義憤之不義行為，須違反正義與社會倫理且該行為客觀上有無可容忍，引起公憤而言。然今本案中僅為分家產一事，似無此事由，故不成立。
- (3)無謀為同死之減輕要件：本要件限於行為人教唆或幫助他人自殺，或受囑託得承諾而殺之。然本題並無此狀況，故亦不適用。

2.無阻卻違法及罪責事由。

(二)甲點燃瓦斯燃燒之行為，可能構成刑法第173條之放火罪

1.構成要件：

- (1)本罪構成要件為，放火燒燬現供人使用之住宅。所謂放火係指以火力燃燒特定物之行為。然今甲所燒者乃甲之房屋，是否仍成立本罪？

(2)本罪強調的是有人使用或有人在裡面，至於行為客體之所有權人為何，在所不問。且依實務28上3218判例，本條之放火罪，係以放火燒燬之住宅或建築物等現既供人使用或有人所在，依通常情形往往因放火結果遭受意外之危害，為保護公共安全起見，特為加重處刑之規定。故該條項所稱之人，當然係指放火人犯以外之人而言。基此，即使甲燒甲家，但因乙仍在其內，故仍得構成本罪要求之客體。

(3)又甲確有放火行為。主觀上並有本罪故意。

2.無阻卻違法及罪責事由。

3.競合：甲一放火行為燒燬三家房屋，應如何計算罪數？因本罪係著重於社會公益之保護，故放火罪之個數，應以放火行為為準，即一個放火行為，縱燒燬數家之房屋，仍只論以一罪。

(三)甲放火延燒至他人之房屋，可能構成刑法353條之毀損他人建築物罪

1.構成要件：本罪行為為毀壞他人建築物、礦坑、船艦或致令不堪用者。甲客觀上符合本行為，主觀上亦有故意。

2.無阻卻違法事由

3.與放火罪之競合：放火罪原包含毀損之性質在內，故放火燒燬他人住宅，不必再論以毀損罪(29上2388判例參照)。不過純從理論上而言，放火是對於不特定人法益之危險，而毀損是對於特定個人法益的實害，二罪所保護的法益範圍不同，似應論以想像競合，此說亦值傾聽。

【版權所有，重製必究！】