

刑法實例報告第1題 評論報告

評論組：財法二/411630018/孫嘉妤、財法二/411630019/陳映竹
報告人：財法二/411630020/潘佳英、財法二/411630034/陳曉椿
評分成績：82

壹、內容評析

一、爭點整理

1. 甲乙相約一同結束A的生命並打倒A是否構成殺人未遂罪之共同正犯？
2. 甲乙之行為是否成立中止未遂？
3. 甲乙放任A於荒地是否構成遺棄罪？

二、評論

報告人有將上述爭點以表格形式點出，惟本文認為，報告人所列出之二爭點，似無法與表格完全對應，應針對此處修改，表格僅得作為輔助。

貳、解題內容

一、針對解題架構，就第一部分而言，報告人先探討乙的部分再探討甲的部分。惟本文認為本題甲乙均涉及中止未遂，應一併討論。由是，本題應先討論甲乙成立殺人罪之共同正犯，再討論甲乙是否成立中止未遂，如此一來解題會更加流暢。

二、本文認為，報告人於第一部分探討乙是否著手，實屬多餘。依本題之陳述，乙將A打倒在地，已然著手於殺人罪之構成要件，洵無爭議。報告人應簡略帶過，方屬恰當。

三、中止犯之檢驗須注意，由於立法者針對具有中止情狀之行為人免除或減輕其刑，使其享有比普通未遂更為寬貸的法律效果，故中止未遂的性質是個人解除或減輕刑罰事由，屬於量刑層次之問題，在實例解題中必須先確認行為人構成未遂犯後，再就法律效果選擇層次檢討中止未遂之成立要件，¹因此，於書寫層次上應將其置於三階審查之後，而報告人將中止犯之檢驗置於構成要件之後、違法性及罪責之前，洵屬有誤。

四、針對報告之第一部分之不同見解，其中所提及之法蘭克公式，以及近期之其他發展，本文予以補充

1. 實務與學說意見之法蘭克公式²

最高法院對於自願與否之判斷，過去所持之見解可以被稱為客觀說，最高法院於73年度第5次刑庭決議指出，若犯罪之未完成，係一般經驗上屬通常之現象者，屬障礙

¹ 許澤天，刑法總則，初版，頁402。

² 徐育安，東窗事發之憂——中止意思之自願性，月旦法學教室第214期。

未遂。此說的判斷標準仰賴於所謂的一般人之社會經驗，尤其是一般犯罪人面對特定情狀的做法，有時並不容易為法律適用者獲知。

最高法院近年來，對於自願性之要件有相當清楚的意見轉折，認為：該要件是指「縱使我能，我也不會」，此乃與障礙未遂之區別。否則，著手犯罪後，因非預期之外界因素影響，依一般社會通念，可預期犯罪之結果無法遂行，或行為人認知，當時可資運用或替代之實行手段，無法或難以達到犯罪結果（包括行為人繼續實行將會招致過大風險，例如事跡敗露之風險），因而消極放棄犯罪實行之情形，即非因己意而中止未遂，應屬障礙未遂之範疇。

2. 後法蘭克時代之發展³

首先是以純粹行為人的心理為基礎之主張，提出更進一步的劃分方式，亦即自主／他律 (autonom/heteronom) 區分的判斷標準，逐漸成為德國多數見解。此說認為是否具備自願性要件，所要考量的是行為人決定中斷犯行之原因，所以仍然是以行為人的主觀作為判斷的基礎，並認為審查的關鍵在於，放棄犯罪是否仍屬自我的意思決定。依此，行為人若是認為其犯行之繼續仍屬可能，但出於自主性的動機而不欲為之者，即屬出於自願；反之，若係受到外在事物干擾以致放棄犯行者，則是屬於所謂的他律，當非自願。此說之標準僅在於檢視是否出於自主決定，至於其動機是否純正，則非所問。以德國聯邦法院判決意見為例，不論是行為人中止的原因是出於良心不安、悔悟、羞恥心、同情被害人、心靈上受到的震驚或是擔心將來可能的刑罰，皆可認為係己意中止。

五、在探討中止犯不同見解之部分，本文以為其見解對於事實認定有誤，探討如下

1. 依題幹敘述如下：「...乙果然將 A 打倒在地，乙正要直接取 A 性命，甲過來表示就放著讓 A 慢慢死去吧，兩人離開日常罕無人跡的現場，...急忙將 A 送醫急救，挽回一命。」
2. 而其見解指出：「採本文主觀理論立場，武藝高強的乙在 A 倒地時，係認為其第一次下手力道不足，故打算第二次動手直接取了 A 的性命，因此可得知，乙尚未完成其主觀上認為殺人必要之全部行為，為未了未遂。」
3. 其見解認第一次下手力道不足之推論，似難以成立，應屬過度詮釋。首先，題幹敘述甲表示讓 A 慢慢死去，表示其第一次出手之行為造成之風險足以持續致 A 發生死亡結果，甲也以此為由勸說乙放任 A 死亡風險之發生，乙因而停手之行為係接受甲之說法，足以證明乙主觀上確信其行為足已導致 A 死亡風險之發生；其次，題幹述及案發於日常罕無人跡之現場，更足以證明甲乙二人確信 A 依一般通念，將無法獲得任何援救，A 幾乎確定將發生死亡結果，而 A 最後僥倖未死係第三人 B 偶然所救，故甲乙應論以既了未遂，方屬合理。
4. 而甲乙既屬既了未遂，且並未為積極之防果行為，應不得適用中止犯減免其刑。附帶一提，中止犯之立法理由在於鼓勵行為人於結果發生之先儘早改過遷善。刑罰目的理論認為，行為人衷心懊悔之態度表示主觀惡性較低，刑罰需求性也較低，故給予減

³ 同註二。

免其刑之優惠⁴，因此，本文以為從通說刑罰目的理論觀之，本題甲乙二人主觀惡性並未降低，難謂無刑罰之必要性。

六、其中報告人之見解，認為甲乙離開現場有犯意變更的問題。惟本文以為，實務上之犯意變更係指行為人在著手實行犯罪行為之前或行為繼續中，就同一被害客體，改變原來之犯意，在另一犯意支配下實行犯罪行為，導致此罪與彼罪之轉化，因此仍然被評價為一罪。⁵本題之甲乙離去之行為，未改變其原本之殺人犯意，倘難認為是在另一犯意支配下實行犯罪行為，應無犯意變更。

七、在第二部分，報告人既已採實務見解：「甲乙故意打倒A之危險前行為，依實務見解及無期待可能性法理，無法課予他們刑法第15條第2項的防止A生命法益受侵害之防果義務。」證明甲乙無作為義務，不具保證人地位，不成立刑法第294條之違背義務遺棄罪之理由已昭然若揭，似無必要後面又接續探討是否構成該罪，造成邏輯不一貫，頗為矛盾，本文建議應予以刪除。

八、關於報告人對於第294條之違背義務遺棄罪與保證人地位之探討，似有疑義

1. 保證人地位之來源在於刑法第15條第1項：「對於犯罪結果之發生，法律上有防止之義務，能防止而不防止者，與因積極行為發生結果者同。」第2項：「因自己行為致有發生犯罪結果之危險者，負防止其發生之義務。」第1項係以「法律明文」、「契約」、「法律精神」觀察負有防止義務者為標準；第2項乃「危險前行為」所產生之防果義務的明文規定。而我國學說上保證人地位之見解與分類，分為保護型保證人地位與監督型保證人地位。⁶
2. 實務見解認為，所謂消極遺棄行為，即指不為其生存上所必要扶助、養育或保護而言。惟無論何種遺棄態樣，均以行為人具有保證人地位者為限，殆無疑義。再保證人地位之法源依據，除刑法第15條第2項之規定，依一般見解，尚有基於契約、其他法律行為或危險前行為等來源。⁷
3. 本文以為依照實務見解，第294條違背義務遺棄罪後段，不為其生存所必要之扶助、養育或保護者係消極遺棄行為，其歸責原因係行為人具有保證人地位，故兩者係有所關聯。惟報告人認第294條係非保證人之保護義務，並將兩者區分論斷，並認為有金字塔之高低位階差異，誠有可議。此外，報告人指出「第294條係非保證人之保護義務」之見解，與目前學說將保證人地位分為具保護義務與監督義務之見解，相互衝突，本文不甚理解。

參、心得分享

一、報告人在報告上運用許多巧思，例如製作圖表比對以及重點整理歸納，內容敘述也相當詳盡，更引用許多文章、文獻，內容豐富，當值讚賞。

⁴ 王皇玉，刑法總則，5版，2019，頁395以下。

⁵ 最高法院106年度台上字第824號判決

⁶ 王皇玉，同註4，頁521以下。

⁷ 最高法院107年度台上字第1133號判決

二、一般而言，文章中不會出現學者全名，大多均稱「有文獻」、「有學說」。報告人宜將文章中之人名省略，在註腳中提及即可。

三、報告內容出現題目未曾出現之「甲乙駕車離去」，雖然並不影響後續討論，報告人仍應注意。

四、註腳部分可以善用「同註」。

五、建議報告人組內統一見解。