

刑法實例演習第8題評論

報告人:財法二/411630018/孫嘉妤 財法二/411630019/陳映竹
 評論人:財法二/411630020/潘佳英 財法二/411630034/陳曉椿

分數:68

評分標準	說明	占比	打分	
			潘同學	陳同學
事實認定	對案例事實掌握程度及查找爭點	15%	86	80
法律應用	構成要件內容有什麼(定義、爭議等)	20%	60	65
	理解學說、實務看法	15%	70	50
	具體應用於個案上能力(涵攝)	20%	65	65
內文嚴謹度	整體邏輯性	15%	60	65
其他	排版架構、資料來源	15%	85	75
計算結果	潘	$86 \times 0.15 + 60 \times 0.2 + 70 \times 0.15 + 65 \times 0.2 + 60 \times 0.15 + 85 \times 0.15 = 70.15$		$(70.15 + 66.5) \div 2 = 68.325$ 四捨五入=68 #
	陳	$80 \times 0.15 + 65 \times 0.2 + 50 \times 0.15 + 65 \times 0.2 + 65 \times 0.15 + 75 \times 0.15 = 66.5$		

壹、內容評析

【爭點】

- 1 甲之行為係屬正當防衛或緊急避難？
- 2 正當防衛後之甲，是否應對乙之死亡結果負責？

【評語】

爭點大致上與題目相符，不過爭點一的部分，可以寫得明確一點，因本件甲的行為不只一個，何種行為要被討論是否具有阻卻違法事由，直接寫出會更直觀一點。以及管見以為本件尚有甲推乙是否成立過失傷害的問題和甲推乙的行為是否會成立防衛過當的問題。

貳、解題內容

1. 故意殺人或故意傷害？

第一部分開頭，報告人使用刑法第271條作為法律依據，然而第271條所規定的為殺人罪，自報告人的內容及開頭所稱「不成立...故意傷害罪」，應是要討論甲是否成立傷害罪，則應該使用刑法第277條傷害罪之條文。另外，在進行構成要件該當性判斷時，報告人在主觀要件方面提到甲具有間接故意，但缺少詳細的論述，所謂間接故意是行為人對於結果之發生有所預見卻不以為然，本件甲真的就是希望乙受傷嗎？抑或是雖然可預見乙受傷卻不希望真的發生呢？建議可以多加入論述，說明為何認為甲具有間接故意。

2. 成立正當防衛或緊急避難

爭點一是討論甲之行為係屬正當防衛或緊急避難，不過在違法性討論部分，報告人對於甲之行為僅討論會成立正當防衛，而未討論是否會成立緊急避難，對於爭點的回答不夠完整，建議可以加入相關敘述，或是在初始僅討論「甲之行為是否成立正當防衛」。

3. 過失犯或是不純正不作為犯？

第二部分開頭，報告人使用刑法第276條過失致死罪為法律依據，惟過失犯所要討論的是客觀上違反注意義務的問題，亦有刑法第14條明文，至於刑法第15條所規定的危險前行為之防止義務，屬於不純正不作為犯保證人地位來源之一，與過失犯並無關聯，報告人於內容討論危險前行為之界線問題，惟此並非過失犯所要討論的，建議可從不純正不作為犯下手，或是討論甲是否具有客觀上的注意義務。

4. 採學說，要述明理由

針對報告人第二大題，報告人認為應採取「違背義務之危險前行為理論」，管見認為不論要採取何種理論都很好，只不過一定要「敘明採取本說理由」，不應只給出答案，卻缺乏論述過程，實屬不妥。

5. 錯字更正

違背義務之險前行為理論→違背義務之危險前行為理論

6. 學說出處

而學說上針對危險前行為構成要件有不同看法¹，報告人針對此一問題有引用學說不同看法，值得嘉許，惟較可惜的地方是應特別留意出處來源。報告人皆是引用邱忠義老師著作內容，這些學說不可能是老師一人所提出，本應是出自不同老師的見解，應回歸提出者著作中找尋對理論的描述，因老師畢竟是人，難免有不夠客觀的地方，甚有可能誤解提出者意思，應特別留意。

7. 針對學說描述

承上題，報告人直接原封不動引用邱忠義老師著作文字來說明理論內容，建議應使用自己的話語去闡述這些理論實際意涵為何，就算要引用老師的文字，也應加上引號「」，否則恐捲入抄襲爭議。

評論組試整理各學說內容：

¹ 其實與本組第一題第二大題中探討問題相同，只是角度層次有點不一樣，詳看本組第一題報告

學說	內容	
因果關係之危險前行為理論 ²	只要危險由自己之行為所惹起，皆須依15條負防果義務，亦即不須考慮前行為故意或過失、違法或合法(林山田老師採此說)	
	批評：責任範圍過廣	
違背義務之危險前行為理論 ³ 我國通說	危險密接性	前行為製造損害發生密接危險
		遙遠危險、一般社會生活之通常行為、他人單獨負責之情況不屬之
	義務違反性	危險因前行為違反義務所致
		違反義務不限於刑事不法行為
反危險前行為理論 ⁴	危險前行為本身即可完整評價行為人之責任，不需追究後面不作為之責(重複評價禁止)	
有預見可能性及期待可能性之危險前行為理論 ⁵	行為人對自己之行為致發生結果之危險有預見可能性並具期待可能性 實務所採	

叁、評語

整體敘述不完整，讓人有點摸不著頭腦，法條引用及適用都有明顯錯誤，資料來源引用須特別留意。建議針對每個構成要件，特別是有討論空間的地方，應各開標，如：第一題中正當防衛要件其實有蠻多可討論地方，但報告人針對每個要件都是輕輕帶過，論證不夠嚴謹，比較無法得出有說服力的結果，本件甚可能有過當防衛之嫌，但在報告人報告找不到相關敘述。而第二大題亦看不到論述過程，僅將法條及學說列出，報告人為何認為本題是過失致死，亦在報告中找不到相關敘述，僅討論不作為，會令人對內容感到疑惑。

² 參照林山田，刑法通論下冊，增訂十版，頁254。

³ 參照林鈺雄，新刑法總則，10版，頁552。

⁴ 周漾沂，重新建構刑法上保證人地位的法理基礎，頁254，台大法學論叢第43卷第1期，2014年3月。

⁵ 最高法院100年度台上字第2643號判決。