

刑事實例第七題評論

報告人:財法二/411630003/陳侑琪、財法二/411630022/張晟菡

評論人:財法二/411630033/高盈庭

評分:80

壹、爭點

一、爭點整理

1. 甲不施救,致乙生命、身體法益受有危害,是否成立殺人罪之不純正不作為犯?
2. 乙受到其他泳客協助而脫困而未死亡,甲是否能成立殺人之未遂?

二、爭點評論

爭點分別對甲不施救之行為與乙未死亡之結果進行探討,均契合解題要點。

先探討甲的罪責再來探討是否構成未遂,符合思路順序。

且以紅字標明重點,方便閱讀及理解題意。

貳、解題內容

一、第(一)部分

(一)、故意不純正不作為犯構成要件

1.學說與實務觀念見大致解統一

報告方參考了多方著作與實務見解,用心整理出故意不純正不作為犯之構成要件。因而將報告中的要件整理如下:

- (1)發生構成要件結果(先有結果才能探討行為結果與行為情狀之間之因果關係)

- (2)因果關係與結果客觀歸責
- (4)對於規範所期待之行為不作為(有作為義務及作為可能性)
- (5)不作為與作為等價(法益受到侵害的程度相同)
- (6)主觀構成要件與錯誤(不作為故意、未必不作為故意、錯誤問題)

然而，縱觀三項學說，並沒有過於明顯的分歧。

我認為並不需要特地羅列論述，僅統整故意不純正不作為犯的構成要件，並針對甲之情形逐一探討即可。

(二)、保證人地位之評論

報告方將多方學說匯整比較，閱讀清晰易懂，令人欣喜。

然，有幾項想針對報告予以補充、建議及提問：

1. 甲說與丙說應合而為一

丙說(林山田教授)分保證人地位為保護義務與防害義務或監督義務兩類型，應是來自德國法學家Armin Kaufmann(阿明·考夫曼)提出的功能理論¹。

Kaufmann將保證人地位分為監督型保證人地位與保護型保證人地位二大類型，該系統與丙說內容有異曲同工之妙。

依注釋參讀甲說(王皇玉教授)相關著作，內容提到：

「我國學說上關於保證人地位之見解與分類，則多從保護型保證與監督型保證之概念加以開展」²，由此可推測，甲說著作其後論述中的多種情形，並非單純的分類，而是建立在上述二元理論之下的一個架構整體。

¹ 林山田，刑法通論(下)，10版，2008，頁249前

² 王皇玉，刑法總則，8版，2022，頁536

甲、丙兩說皆自功能理論開展，雖對情形分類略有不同，仍應視為相同的學說將其匯整，而非分開闡述，避免觀念混肴。

2.對乙學說進行的補充

依報告組描述，乙說認為保證人地位的界定不因僅考慮道德、倫理層面加以判斷，該觀點與基爾學派的實質法律義務說³相似。

因該學說認為行為人具有防止結果發生的法律義務，訴諸公平正義與整體考察觀點。

我國早期學說採形式法律義務關係之見解⁴，其特徵為保證人地位的來源來自於法令，契約，先行行為三者。

二者通稱為法義務說，僅在細部略有不同。

近代，學界則開始實質認定保證人地位來源，判斷範圍也更加多元（例如：即使無法律或契約，具有信賴關係也是一種保證人地位之形式）

3.小結之解題過程

報告方選用出於法律規定而構成保證人地位之樣態，因其匯整的三項學說皆有此情形，且我國法律亦有針對救生員的特殊法規，符合其中法律規定規定賦予其義務的性質。

此外，報告方有提出實務見解輔佐自身論點，認為具保證人地位者，需在法律上有防止結果發生的義務。

4.對小結之提問

小結參採甲、乙、丙三方說法，先以形式依法律規定被賦予保護義務而具備保證人地位認定，並佐以《救生員資格檢定辦法》有賦予救生員法律義務之事實，認定甲具有法律賦予之保證人地位。

³ 黃奕文,《刑法不作為犯保證人地位法理基礎的反思— 在存有和規範之間》,中研院法學期刊第23期,2018年9月,頁238

⁴ 同3

然而，依臺灣高等法院⁵之節錄：

「原則上，大致可歸納分類為：依法令之規定（如海商法第一百零二條船長對於淹沒或罹難之人之救助義務）、自願承擔義務者（如游泳池救生員、接受病患之醫師）、最近親屬、危險共同體（如登山探險隊）、違背義務之危險前行為、對於危險源之監督義務等六種」，實務見解似與學說分析有些許不同。

此外，題目開頭提到，甲是受雇於該海水浴場，為何不是基於受雇關係的契約信賴關係（海水浴場雇用甲，必然期望對方在泳客遇難時進行救援），或法院實務的自願承擔義務，而是依法律規定被賦予保護義務進行簡略說明？

二、殺人罪之不純正不作為犯構成要件檢視之評論

該部分論述相當完整，亦有參照各方見解，無缺漏客觀與主觀要件。

然有學者認為⁶，檢討不純正不作為犯的構成要件該當性時，應採取一定次序探討⁷。

三、不純正不作為犯之未遂之評論

我國刑法有對未遂犯的規定，且殺人罪亦有針對未遂犯之處罰⁸

報告方未提到的是，未遂之構成要件有以下三點⁹：具有實現特定犯罪的行為決意，客觀上已達著手實行，及行為尚未達到既遂程度。

其中，甲刻意視而不見已可看出其實現特定犯罪之決議，且乙獲救之結果即可得知甲行為並未既遂。

⁵ 依臺灣高等法院 花蓮分院 92 年度上訴字第 106 號刑事判決

⁶ 林東茂，刑法綜覽，8版，2016，頁 1-170。

⁷ 詳見前「第（一）部分」之論述

⁸ 第 271 條第二項

⁹ 王皇玉，刑法總則，8版，2022，頁385

除此之外，報告方對各個學說描述詳盡，並有各自判斷甲是否處於著手狀態，並附上理由，是一大優點。

參、心得

一、解題過程清晰。

二、閱覽藏書豐富，並善於整理不同資料，將其納入評論，並發表自己的看法。

三、部分學說之間也有相差無幾者，可以作為一體敘述。