

- (C)應一律適用行為時之法律，不論是否有利於行為人
(D)當發生法規競合情形，且新法不對行為人更有利時，應依行為時的法律進行處罰。

(筆者自擬)

解 答 (D)

本題參酌最高法院113年度台上字第2459號判決撰擬，詳細判決內容，詳參拙著最後整理最高法院具有參考價值判決(+)。

- (A)錯誤，依第2條第1項規定，行為後之法律有利於行為人者，始得適用。
(B)錯誤，因法規競合之故而應適用特別法之規定時，仍屬法律變更，且因適用之法律不同，自有新舊法比較之問題。
(C)錯誤。
(D)正確。

二、不作為犯、加重結果犯、未遂犯



試題 1

有關不作為犯的敘述，下列何者錯誤？

- (A)純正不作為犯，乃指行為人僅能以不作為的方式，實現刑法上所規定的犯罪行為
(B)不純正不作為犯違反者乃命令規範，亦即以不作為的方式實現刑法通常以作為方式所規定的犯罪行為
(C)殺人罪的成立，行為人可以作為犯為之，也可以不作為犯為之
(D)純正不作為犯的行為態樣，在於不為規範所期待的積極行為。

(107司律)

解答 (B)

- (A)如第149條聚眾不解散罪中之「不解散」。
 (B)不純正不作為犯違反者為「禁止規範」。
 (C)(D)正確。

試題 2

關於不作為犯，下列敘述何者正確？

- (A)純正不作為犯之成立，以行為人有保證人地位為必要
 (B)依實務見解，刑法第15條第1項所稱「法律上有防止之義務」，不包括依契約有防止義務之情形
 (C)甲在其飼養之猛犬撲向路人乙撕咬成傷之際，未將該犬召回，依通說構成傷害罪之不純正不作為犯
 (D)不純正不作為犯之成立，僅限於既遂犯。 (110司律)

解答 (C)

- (A)錯誤，不純正不作為犯始需保證人地位。
 (B)錯誤，包括依契約有防止義務之情形³。
 (C)正確，甲對於其飼養之猛犬，具監督義務之保證人地位，故得成立不純正不作為犯。
 (D)錯誤，不純正不作為犯為「結果犯」，須生犯罪結果，包括實害及危險結果。故未遂犯有構成危險結果之可能，仍得成立不純正不作為犯。

3 最高法院107年台上字1133號刑事判決：「不作為犯責任之成立要件，除須具備作為犯之成立要件外，尚須就該受害法益具有監督或保護義務之法源依據，此存在監督或保護法益之義務狀態，通稱為保證人地位。而保證人義務之法源依據，除上揭刑法第15條之規定，依一般見解，尚有基於契約、其他法律行為或「危險前行為」之危險共同體等來源。」



試題 3

甲與乙素有嫌隙，一日見乙在路上閒晃，遂出手毆打乙，乙遭毆後大驚，即轉身要逃，卻不小心掉落路邊施工坑洞，導致乙身上除了被甲所毆之身體挫傷之外，右腳小腿還因此粉碎性骨折而截肢。依實務見解，下列敘述何者正確？⁴

- (A)乙轉身要逃，自己不小心掉落路邊施工坑洞，應屬被害人乙自我負責之行為，甲僅就毆打乙頭部之挫傷負刑法第277條第1項普通傷害罪之責
- (B)乙右腳僅小腿骨折而截肢，不符合刑法第10條第4項第4款規定「毀敗或嚴重減損一肢以上之機能」之重傷
- (C)甲對於乙受毆逃跑掉落坑洞而右腳截肢之結果，應具有客觀預見可能性，甲應負刑法第277條第2項後段傷害致重傷罪之責
- (D)乙之截肢結果並非源自頭部挫傷之加重後果，故不成立刑法第277條第2項後段傷害致重傷罪之責。

(113司律)

解 答 (C)

(A)錯誤，最高法院110年度台上字第5318號刑事判決：「此結果存在於避免危險的構成要件效力範圍之內，則由此行為所引起的死亡結果，始得算作行為人的成果而歸責予行為人。結果之發生，倘係應由被害人自我負責之領域，或第三人專屬之責任領域，則損害的發生不該歸責於行為人的行為。」

4 類似考題：

關於加重結果犯成立之要件，依實務見解，下列敘述，何者錯誤？ (A)加重結果犯之基本行為必須為故意犯，過失犯並無成立加重結果犯之餘地 (B)加重結果犯之行為人，於行為時對於行為可能造成加重之結果，除須能預見之外，對於加重之結果尚須有預見，始對加重之結果負責 (C)加重結果犯之加重結果，須與基本行為間具有相當因果關係，始有成立加重結果犯之可能 (D)加重結果犯，以刑法對於加重之結果有明文規定者為限，始能論以加重結果犯。((B)，104司律)

簡言之，行為人必須具備製造風險、風險實現及構成要件效力範圍之要件，始具有客觀歸責。」本題乙係因甲對其毆打使其欲逃走時跌入坑洞造成骨折，並不可歸責於乙，故不屬乙應自我負責之情形。

(B)錯誤，最高法院112年度台上字第851號刑事判決：「所稱「毀敗」，係指一肢以上之機能，因傷害之結果完全喪失其效用者而言；所稱「嚴重減損」，則指一肢以上之機能雖未達完全喪失其效用程度，但已有嚴重減損之情形。至該傷害是否達於「嚴重減損」程度，則應參酌醫師之專業意見、被害人實際治療回復狀況及一般社會觀念對於被害人之肢體機能是否受到限制而無法發揮一般功能等綜合判斷之。」本題乙之小腿已截肢，屬因傷害之結果完全喪失其效用者，符合重傷之定義。

(C)正確，最高法院112年度台上字第3090號刑事判決：「就刑法第278條第2項所定重傷害致人於死之加重結果犯情形，各共同正犯應否就死亡之加重結果負責，端視其本身就加重結果之發生「客觀上能否預見」為斷，亦即以一般人於事後，基於客觀第三人之立場，觀察行為人當時對於加重結果之發生有無預見可能而言，與行為人本身主觀上有無預見之情形不同。」

(D)錯誤，依客觀預見可能性判斷，第三人應可預見乙遭毆打後會逃走，進而忽視逃跑路徑上之障礙或坑洞，乙截肢之結果係源於乙遭甲毆打之挫傷結果。



加重結果犯之「預見可能性」

1. 實務多數見解

最高法院111年度台上字第4104號刑事判決：「又共同正犯之犯意聯絡，僅限於故意犯，其等就加重結果犯之過失加重結果部分，並無犯意聯絡可言。是就刑法第277條第2項前段所定傷害致人於死之加重結果犯情形，各共同正犯應否就死亡之加重結果負責，端視其本身就加

重結果之發生「客觀上能否預見」為斷，亦即以一般人於事後，基於客觀第三人之立場，觀察行為人當時對於加重結果之發生有無預見可能而言，與行為人本身主觀上有無預見之情形不同。」

2. 學說見解

學說見解則採「主觀預見可能性」，其認為第17條之「預見可能」，應以主觀上行為人能否預見為判斷。否則有違反罪責原則之疑慮⁵。另外，由於加重結果為客觀不法構成要件，亦須具備主觀上之故意過失，故17條規定之「預見」應為主觀預見可能性⁶。

試題 4

有關刑法第17條加重結果犯的論述，下列何者錯誤？

- (A) 傷害致死罪之成立，以行為人犯故意傷害罪為前提
- (B) 傷害致死罪之成立，行為人前行為不構成傷害罪，縱發生死亡結果，依情形可能構成殺人罪或過失致死罪，不成立本罪
- (C) 傷害致死罪之成立，如果傷害行為未遂，只要之後發生死亡的結果，犯罪成立
- (D) 重傷致死罪之成立，以行為人能預見死亡結果為要件。 (107司律)

解 答 (C)

(A)(B)正確，最高法院110年度台上字第4560號刑事判決：「刑法第17條規定加重結果犯之成立，以『行為人能預見結果之發生』，方能構成。此係指客觀上可能預見，且行為人主觀上能預見而未預見（無認識之過失），

5 陳子平，刑法總論，四版，2017年9月，頁369。

6 王效文，加重結果犯之性質與構造－評最高法院98年台上第5310號刑事判決，月旦裁判時報，5期，2010年10月，頁109-110。

或雖預見但確信其不發生（有認識之過失），亦即就加重結果之發生具有過失。良以加重結果犯之刑責較諸基本犯罪大幅提高，解釋上自不能徒以客觀上可能預見，即科以該罪，必也其主觀上具有過失，始符合結合故意基本犯罪與過失加重結果犯罪之本質，以符合罪責原則之要求。」

(C)依多數實務見解，必以基礎行為既遂始得成立加重結果犯。

(D)實務多數採「客觀預見可能性」，以能預見而非有預見為要件。



基礎行為是否須既遂始得成立加重結果犯

1. 實務見解

最高法院99年度台上字第2964號刑事判決：「加重結果犯之成立，不以基本犯罪既遂為必要，如基本犯罪未遂，並設有處罰未遂犯規定，因而發生加重結果者，即屬構成。倘基本犯罪未遂，亦未有處罰未遂犯之規定時，雖加重結果已發生，仍不能成立加重結果犯，此時應視刑法對於該加重結果是否設有處罰過失犯之規定，或有無合於其他犯罪構成要件，而分別論處。」由此可知，實務係以基礎行為是否設有處罰未遂犯之規定而異其處理。

2. 學說見解

有學者認為，法律須有明文未遂行為有加重結果時，使得予以處罰，等同於以罪刑法定主義為依歸⁷。

3. 行為危險理論

只要行為人為基礎行為之犯罪，其所生之危險造成加重結果，即有處罰之必要，不以基礎行為既遂為必要⁸。

7 鄭逸哲，未遂行為與結果加重構成要件，月旦法學教室，37期，2005年11月，頁18-19。

8 黃榮堅，刑法問題與利益思考，元照，2003年10月，頁29-30。

4. 結果危險理論

加重結果犯相對於基礎犯罪而言，刑度提升不少。故基礎行為所生之危險現於源自其「結果」而言，故未遂無法成立加重結果犯⁹。

5. 區別理論

本說認為，加重結果犯應區分為「行為續生型」及或「結果續生型」。前者係指加重結果須來自於基礎構成要件中即包含之危險，縱其未遂，仍得成立加重結果犯（如強盜致死）；後者係指造成加重結果之危險源自於既遂始生之結果危險性，故基礎行為須既遂始得成立加重結果犯（如傷害致死）¹⁰。

加重結果犯是否得成立共同正犯

1. 否定說（學說通說）

故意之基本行為成立共同正犯，而後階段之過失行為應僅論單獨正犯，惟前提是應承認過失犯不成立共同正犯

2. 肯定說（實務）

(1) 共同正犯中之一人所引起之加重結果，其他之人應否同負加重結果之全部刑責，端視其就此加重結果之發生，於客觀情形能否預見；而非以各共同正犯之間，主觀上對於加重結果之發生，有無犯意之聯絡為斷（參最高法院105年台上字第2164號刑事判決）。

(2) 傷害罪之共同正犯中之一人所引起之加重結果，其他之人應否同負加重結果之全部刑責，端視其就此加重結果之發生，於客觀情形能否預見而定（本院91年台上字第50號判例意旨參考）。倘若此一死亡加重結果之發生，係傷害罪之其他共同正犯於客觀上所能預見（主觀上未預見）者，即應論以「共同」傷害致人於死罪（參最高法院105年台上字第1239號刑事判決）。

9 前揭註8。

10 許恒達，傷害或妨害行動自由致死的論罪難題－評最高法院110年度台上字第151號刑事判決及歷審見解，月旦裁判時報，111期，2021年9月，頁61。



試題 5

甲與乙兩人共同傷害A，甲以棍棒敲打A頭部數下，因下手過重，致A顱內大量瘀血，送醫後不治死亡。依實務見解，有關甲與乙兩人之罪責，下列所述何者正確？

- (A) 甲與乙無論能否預見，均應負傷害致死罪之共同正犯責任
- (B) 乙若對A之致死結果能預見，則甲與乙應負傷害致死罪之共同正犯責任
- (C) 乙若對A之致死結果有預見，且不違背其本意，則甲與乙應負傷害致死罪之共同正犯責任
- (D) 乙若與甲有致死結果之犯意聯絡，則甲與乙應負傷害致死罪之共同正犯責任。

(101司法官)

解

答 (B)

1. 過去實務見解多認為，應以行為人客觀上能否預見加重結果作為判斷標準。只要共同正犯間客觀上能預見其中一人致加重結果，全體即為加重結果之共同正犯。（參如最高法院103年度台上字第1397號刑事判決、最高法院101年度台上字第1668號刑事判決）
2. 最高法院111年度台上字第4472號刑事判決：「加重結果犯就基本犯罪而言，為故意犯；對加重結果而言，則為過失犯。而共同正犯在犯意聯絡範圍內，就其合同行為，均負全部責任，惟加重結果犯之加重結果，行為人僅有過失，主觀上均未預見，則各共同正犯間就加重結果之發生，無主觀上之犯意，當無犯意聯絡可言，各共同正犯就加重結果應否負責，端視其本身就此加重結果有無過失為斷。」此為晚近實務見解與學界通說¹¹，應

¹¹ 徐育安，共同正犯之意思聯絡與加重結果—最高法院99年台上字第3430號刑事判決，月旦裁判時報，7期、2011年2月，頁104-105；陳子平，結果加重犯—以最高法院90年度台上字第4594號判決為主軸對近年相關判例判決之評釋，台灣本土法學雜誌，35期，2002年6月，頁24-25。

就加重結果部分就各行為人個別判斷。

3. 而本題(B)選項無論採何種見解均為可選，惟若題目係針對共同正犯對於加重結果的預見可能性，似乎以主觀判斷之晚近見解為較為妥適之選項；反之若係單一行為人對於加重結果之預見可能性，仍以客觀預見可能為解答較為妥適。



試題 6

村長時常炫耀家中財富，引起村民甲的厭惡。某日，甲得知村長買入新的高檔豪車後，決定深夜前去村長家，以鐵棍破壞村長的車，給村長一個教訓。甲持鐵棍到了村長家，卻發現村長開車外出，只好作罷。沒想到，甲於返家途中，巧遇村長停車在對街的便利商店門口，便順手撿起路邊石塊，擲向村長的車；沒想到石塊卻反彈砸中剛好路過的村民乙之車，使得乙車的車窗玻璃破碎。下列敘述何者正確？

- (A) 村長開車外出，出乎甲意料之外，甲成立毀損罪的障礙未遂犯
(B) 村長開車外出，使得甲無法損壞村長的車，甲成立毀損罪的不能未遂犯
(C) 甲朝村長的車丟擲石塊，但未能砸中，故甲成立毀損罪的普通未遂犯
(D) 甲朝村長的車丟擲石塊，卻砸中乙車，但毀損罪不罰過失，故甲不成立犯罪。

(114司律)

解

答 (D)

(A)(B) 甲持鐵棍至村長家，尚未著手毀損行為，故不成立毀損罪之未遂犯。再者，毀損罪亦不罰未遂。

(C) 毀損罪不罰未遂犯。

(D) 本選項為打擊錯誤，實務多數及通說採「具體符合說」，對原目標客體成立未遂；實際發生結果之客體成立過失，兩者想像競合。故本題甲對

村長的車成立未遂；對乙之車成立過失，惟第354條毀損罪並無處罰未遂及過失，故甲無罪。



試題 7

甲計畫毒殺A，預計持用一倍劑量之P毒藥在A之午餐中下毒。未料於犯罪當日因為不小心，甲未取用正確劑量，只拿了一半劑量之P毒藥（該劑量不足以致死）投入。豈知同日另有乙也計畫殺A，同樣計畫在A之午餐中放入一倍劑量之P毒藥毒殺A，而乙同樣也因不小心，只取用了三分之二劑量之P毒藥。A吃下午餐後，不久即毒發死亡。甲成立何罪？

(A)殺人罪之障礙未遂犯

(B)殺人既遂罪

(C)傷害致死罪

(D)殺人罪之不能未遂，不罰。

（109司律）

解

答 (A)

1. 最高法院109年度台上字第3578號刑事判決：「倘有前、後數個可能導致產生犯罪結果之條件時，評價前、後條件之因果關係，學說上有所謂因果關係中斷、超越的因果關係及累積因果關係等不同主張。所謂累積因果關係，係指個別條件之存在雖均不足以獨自造成結果之發生，惟當所有條件共同結合發生作用時，即足導致結果之發生。換言之，乃結果之發生是累積個別條件所成。」
2. 本題考點為「累積因果關係」，甲乙兩人之行為對於A死亡之結果均具條件因果關係，惟依目前實務穩定見解採「客觀歸責理論」，兩者行為均為「反常之因果歷程」，無法單獨構成犯罪結果，故僅得單獨論以殺人障礙未遂。