

# 111 年司律二試刑法重點講解

## — 兼論抽象危險犯之限定解釋

### 目次

壹、	前言.....	3
貳、	抽象危險犯之目的性限縮解釋.....	4
參、	無故取得他人電磁紀錄罪.....	10
肆、	不正使用電腦詐欺罪.....	12
伍、	不能未遂.....	14
陸、	打擊錯誤、未必故意或擇一故意？.....	16
柒、	偶然防衛.....	17
捌、	罪名概覽.....	19

### 題目

某甲架設伺服器經營線上博弈網站，秘密招攬賭客前往投注，方式是由賭客註冊帳號密碼登入網站後，付款儲值遊戲幣，再下注進行博弈遊戲，所贏得之遊戲幣再兌換為現金提取。賭客僅能看見博弈遊戲總投注金額，無法得知其他賭客的投注情況。甲另僱請某乙等人進行網站維護以及線上客服，處理儲值及兌換現金等事務。乙瞞著甲，在伺服器後台植入可偷取他人遊戲幣（亦即隨機挑選賭客，將其儲值之遊戲幣的一小部分移轉到乙自己支配的帳戶名下）的程式，乙再將遊戲幣兌換成現金，網站開幕迄今已獲利新臺幣（以下同）數十萬元。某日，賭客某丙在前述博弈網站儲值相當於二十萬元的遊戲幣，簽注時卻發現每簽一次，遊戲幣就會短少一些，懷疑有詐。丙立刻撥打客服專線欲退錢，乙接聽後向丙謊稱系統一切正常，回絕丙欲退錢的請求。丙氣不過，放話要當面跟網站經營者理論，乙怕丙尋仇，於是謊報一個廢棄工廠的地址予丙。丙夥同朋友某 A、某 B 共三人到廢棄工廠門口的馬路旁咒罵、咆哮，丙朝廠房高聲說：「裡面的人再不出來，就讓你們死得很難看！」並隨手撿起地上的磚塊，朝四周亂扔，並準備要衝進廠房找人理論。當時雖然沒有人車經過該路段，但磚塊仍造成巨大的聲響，驚動了躲在廠房角落睡覺的通緝犯某丁。丁驚醒之餘，以為正欲衝進廠房的丙、A、B 等人是前來追捕自己的警察，為脫免逮捕，順手拾起地上的鐵條朝丙的方向猛力一擲，卻砸中了跟在後頭的 A，A 因頭部受創當場倒地，丁見狀立即逃離現場。A 經丙及 B 送醫急救後仍不治死亡。問：甲、乙、丙、丁的刑事責任為何？（100 分）

（附註：1. 僅需檢討中華民國刑法典之罪名，毋須檢討其他特別法。2. 答題除引用相關學說或實務見解外，應就本案之論斷附具個人意見。）

## 壹、 前言

本次考出了較為冷門的罪名：§266 以下的賭博罪及§150 的聚眾施強暴脅迫罪，前者大多數人看到法條應該會大概知道怎麼寫，但後者可能許多人連法條都沒有想到，而只開了個人法益的罪名。就這個部分來說，本次講座想要處理的問題是，在我們有一定基礎的狀況下，究竟我們應該要如何看出老師想要考什麼、想看到什麼，以及如何運用我們既有的知識，在對特定爭點認識不深的狀況下開展自己的論述，即便可能寫出老師本來沒有想到的東西，我們也可以有不錯的分數。

除了前述冷門罪名外，較為次要，但仍舊不好處理的問題是，電腦詐欺罪之問題、無故取得他人電磁紀錄罪之問題，以及兩者間之關係。特別是妨礙電腦使用罪章，向來在考試上較少出現，很多同學可能看到的當下能找到法條就覺得萬幸了。但即便在找到法條後，我想許多人可能會忽略的是，好好涵攝條文中所有的構成要件，導致連最基本的分數都拿不到。

前述問題其實都在考驗同學的思考能力，考驗大家在有一定基本功的狀況下，是否能進一步的思考，並適量的在考卷上表達出來。題目中也不乏一些萬年爭點，如：錯誤論、正當防衛、競合論等問題，但這些所謂「萬年爭點」要寫得出眾也是不容易的，最忌諱的就是將各種模板複製貼上，會直接被老師們看破手腳，知道你就是「沒料」。

總結來說，本次考題在刑法分則的部分，回歸了分則的核心，即對保護法益的掌握與理解，如果同學在解釋適用的時候沒有先辨明各罪的保護法益，那就失去了獲得高分的機會；在總則的部分，則是考驗大家是否真的有在思考，而非流於背誦各個見解及模板而已。

## 貳、 抽象危險犯之目的性限縮解釋

### 一、 危險犯

- 具體危險犯：行為對法益客體造成了實害的密接可能性，因此具有可罰性，法官必須個案判斷行為是否招致構成要件所定的危險狀態<sup>1</sup>。
- 抽象危險犯：處罰對法益客體帶有典型危險的行為方式。人們經過對於無數事例的反覆觀察及經驗歸納之後，有鑑於這種附隨於特定行為的典型危險，直接由立法方式推定「只要從事該行為即具危險性」<sup>2</sup>。
- 墨說：相對於前述我們對於抽象危險犯、具體危險犯的普遍理解，學說見解近來提出了更為詳細的理解方式。比如說：具體危險犯是事後的危險判斷，而抽象危險犯則是事前的行為危險性的判斷。

### 二、 抽象危險犯的實質解釋<sup>3</sup>

相較於以往對於抽象危險犯形式意義的理解（危險的擬制或推定），目前的有力見解，無論基於全盤否定抽象危險犯正當性的立場，或部分承認其正當性的立場，均採取實質的解釋方向。周漾沂老師採取具體危險性說，從社會交往觀點的容許風險的角度出發，倘若從經驗法則或一般人觀點，該風險已經超出固有的風險範圍，方可成立犯罪。而謝煜偉老師則認為，抽象危險犯要表彰的是：「基於日常生活中的大量觀察，將經驗上易轉化為實害的行為加以類型化，透過構成

---

<sup>1</sup> 林鈺雄（2016），新刑法總則，5 版，頁 101，元照。

<sup>2</sup> 林鈺雄，前揭註 1，頁 101。

<sup>3</sup> 綜整理自：謝煜偉（2016），風險社會中的抽象危險犯與食安管制—「攙偽假冒罪」的限定解釋，月旦刑事法評論，1 期，頁 70-90；周漾沂（2017），2016 年刑事法實務見解發展回顧：食品安全、交通安全，與抽象危險犯，臺大法學論叢，46 卷，特刊，頁 1465-1491。

要件的設定表彰類型的危險性。」

若根據謝老師之觀點進一步具體化，抽象危險犯之解釋，「應先將條文背後的經驗法則明確化，包括經驗法則與保護法益之間的關連性、經驗法則的射程範圍，以及其所欲保護之領域」，進而將條文中的行為、行為主體、行為客體、場所予以限縮。這樣的觀點，所有的抽象危險犯都可以一體適用，我們均必須檢驗各該條文的經驗法則與法益之關聯性、各構成要件要素在甚麼樣的範圍內可以做為經驗法則的前提，以及在個案中，是否所有前提要素均已齊備。

### 三、 聚眾施強暴脅迫罪 (§150) 的限定解釋

#### (一) 保護法益<sup>4</sup>

首先，我們必須確定本罪的法益，以往學說多將本罪之保護法益理解為社會安寧秩序與平穩之維護，不過這種說法將會使得保護法益的概念空洞化，也使其喪失體系批判與限定解釋機能，因此應定位為保護公眾安全<sup>5</sup>。進而，我們針對每個構成要件要素作出合保護法益及經驗法則的限定解釋。

#### (二) 構成要件與經驗法則<sup>6</sup>

1. 「公共場所或公眾得出入之場所」：應以在相當區域內的不特定多數民眾居住或通行出入的特性為限。如：車站、港口、大型購物中心或市中心鬧區。

---

<sup>4</sup> 謝煜偉 (2022)，以治安之名－評新修刑法第 150 條之罪之解釋與適用，台灣法律人，12 期，頁 87-89。

<sup>5</sup> 相同定位，許澤天 (2019)，刑法分則 (下)，1 版，頁 626，新學林。定位為公共安全，但認為兼及個人法益，且所謂的公共安全，沒有必要限於生命身體或財產的侵害可能性，而是可以擴及公眾安全感之破壞，只要在強暴脅迫的部分發展明確之標準即可，見：薛智仁 (2022)，聚眾施強暴脅迫罪之限縮解釋－最高法院 110 年度台上字第 6191 號刑事判決，台灣法律人，15 期，頁 160-161、165。

<sup>6</sup> 謝煜偉，前揭註 4，頁 89-91。

2. 「聚集三人以上」：為構成要件行為而非行為情狀，且必須要達到得以妨礙不特定多數人人身自由財產之類型上危險之程度<sup>7</sup>。
3. 「施強暴脅迫」：部分文獻將此要素理解為客觀處罰條件，將使得本罪的行為不法內涵不當的前置在聚集行為，且可能近一步地導致聚集行為毋庸對於後續的強暴脅迫行為具備任何故意，而使得本罪過度擴張，此要素應為構成要件要素。此外，「強暴與脅迫須達到足以生不特定多數人生命身體財產之危險的程度」<sup>8</sup>。

### (三) 本案適用

丙夥同朋友某 A、某 B 共三人到廢棄工廠門口的馬路旁咒罵、咆哮，丙朝廠房高聲說：「裡面的人再不出來，就讓你們死得很難看！」並隨手撿起地上的磚塊，朝四周亂扔，並準備要衝進廠房找人理論。

#### 1. 廠房

廠房是否符合「公共場所」之要素，可能必須要判斷一下該廠房是否有不特定多數人出入之可能性，但題目既已強調是「廢棄工廠」，恐怕即脫離我們依照經驗法則所建立的想像，無類型上危險性，構成要件不該當。

#### 2. 丙夥同 A、B

丙夥同 A、B，如果單純依照文義解釋，可能即是「聚集三人以上」，但必須注意如果該三人的侵害對象有所特定而無擴大並傷及他人之可能，該聚集三人以上所產生的危險性即未達本罪之程度<sup>9</sup>。在本件中，既始終只能聚集到三人，恐未

<sup>7</sup> 不同見解：薛智仁，前揭註 5，頁 162-163，認為強暴脅迫行為才具有對於個人法益及公共安全的危險性，因此無須對此要件作限縮，而應將重點放在對強暴脅迫行為的限縮解釋上，聚集行為只是行為情狀而已。但本講義認為，縱或理解為行為情狀，不代表不能對其作限縮解釋。

<sup>8</sup> 進一步認為聚集行為與強暴脅迫行為必須要有風險實現關係者：薛智仁，前揭註 5，頁 165-166。

<sup>9</sup> 可從德國法的群體失控風險、證明困難、個人在群體遮掩下妄為或罪惡感低落之心理之角度予

達應罰之程度。

### 3. 施強暴脅迫

由於本罪所保護的是公共安全，因此強暴脅迫行為須與不特定多數人之生命、身體、財產之危險建立關聯。因此丙之高聲發話行為與亂丟磚塊行為，或許可以解釋成具有類型上的危險性，因為該二行為本身應已合乎經驗法則與保護法益間之關聯。

### 4. 補充

許澤天老師援引德國法之理解，而認為§150 應著重在行為人利用多人聚集的聲勢所產生的高度行為危險性，其目的在避免群體情緒被操縱，進而失控。並認為三人以上並非重點，必須要觀察是否人數已無法立即辨明<sup>10</sup>。薛智仁老師則著重在強暴脅迫的解釋，以及聚集行為與強暴脅迫行為的風險實現關係。結論上本案均不會成立犯罪。

## 四、 賭博罪的限定解釋

### (一) 保護法益

本罪章的保護法益有認為是善良風俗，有認為是財產法益<sup>11</sup>，不過無論何者似乎均有缺失。縱或認為本罪有保護國民經濟之功能，仍無法說明為何彩券、股票等同樣具有風險的行為，未被刑法所禁止。更好的達成前開任何目標的方式應該是透過其他社會政策，而不是透過一個僅具有幻想中之功用的罪名。因此從立法論來看，本罪章之正當性殊值商榷；而從解釋論來看，倘若我們認為賭博罪仍舊存在的原因，是因為立法者基於其他政策性的考量所以不刪除<sup>12</sup>，那麼我們也

---

以理解。許澤天，前揭註 5，頁 626。

<sup>10</sup> 許澤天（2021），論刑法「聚眾犯」概念與近期相關修法，台灣法學雜誌，416 期，頁 1-7。

<sup>11</sup> 保護法益之整理，見：陳子平（2016），刑法各論（下），頁 525。

<sup>12</sup> 其實現實上可能什麼都沒考量，就是怠惰或是為了下一次的選票而已啦。

應該採取限縮解釋的方法，而不應該任由這樣不具正當性的罪名存在。

## (二) 構成要件與經驗法則

如果我們認為，本罪章的保護法益是善良風俗，那麼所有的罪名，都會成為抽象危險犯，因為善良風俗是否受損，沒有辦法證明，而只存在我們的想像之中。於是，各罪名的構成要件要素，均應通過經驗法則的檢驗。

### 1. §266I 之「公共場所或公眾得出入之場所」

或許可以認為，立法者設定這個要件，是因為賭博之所以會敗壞風俗，是因為賭博被人知道，所以大家覺得風俗被敗壞了。換言之，如果只有賭博者彼此知道，那麼便不會產生社會風俗敗壞的效果。於是，應認為此處的場所均應限於會將賭博事實公開，而導致敗壞風俗之效應擴散之處所。

### 2. §266II：「以電信設備、電子通訊、網際網路或其他相類之方法賭博財物者，亦同。」

立法者增訂本項，是為了解決實務上網路賭博適用第一項的爭議，但本項所有的賭博方法，並不會因為立法理由，而跳脫我們一貫的解釋策略，甚至於從立法理由，我們更應該如此解釋<sup>13</sup>。詳言之，所有的方法都必須有侵害社會風俗之可能，而那些方法之所以會侵害社會風俗，就是因為它具有擴散出去之可能，倘若賭博之方法無法使得賭博之事實使他人知悉，那麼就不能認為該當本罪。

### 3. §268：「意圖營利，供給賭博場所或聚眾賭博者...。」

若延續我們前述的解釋方法，似乎在這邊會遇到一些困難，因為本罪並無「公共場所或公眾得出入之場所」之限定，且供給場所本身就會有將賭博事實擴散使

---

<sup>13</sup> 111.1.12 賭博罪立法理由節錄：「惟在特定人或不特定人可得參與之賭博場所，賭博網站、社群或群組內等網路空間，以電信設備、電子通訊、網際網路或其他相類之方法，與該賭博場所、賭博網站或社群經營者對賭，或與其他參與者進行賭博財物之行為，易使此類新興賭博方式迅速蔓延至整個網路社會，其與在公共場所或公眾得出入之場所賭博財物之可罰性無異，而有處罰之必要，爰增訂第二項明文規定以電信設備、電子通訊、網際網路或其他相類之方法賭博財物之刑事責任。」

他人知悉之可能。不過應該認為，此處的供給場所，應觀察其所供給之場所是否可以容納龐大之賭博人數，倘若僅是提供一張桌子、幾張椅子，應排除於外，因為此時並不合乎侵害善良風俗的經驗法則。甚至於，我們應確認該場所本身是否有使公眾查知之可能，若否則構成要件不該當。

至於聚眾賭博，或許可以援用聚眾犯之向來之實務見解，該聚眾行為必須要人數隨時可得增加，並且再添加聚眾須達到一定人數之要求。

### (三) 本案適用

某甲架設伺服器經營線上博弈網站，秘密招攬賭客前往投注，方式是由賭客註冊帳號密碼登入網站後，付款儲值遊戲幣，再下注進行博弈遊戲，所贏得之遊戲幣再兌換為現金提取。賭客僅能看見博弈遊戲總投注金額，無法得知其他賭客的投注情況。

甲架設博弈網站，是否符合§268 之罪，所要判斷的即是其是否合乎「供給賭博場所」之要素，而根據我們前述的討論，由於甲是秘密招攬賭客，且賭客間投注資訊無法流通，應不該當本罪之構成要件。

賭客某丙在前述博弈網站儲值相當於二十萬元的遊戲幣，簽注時卻發現每簽一次，遊戲幣就會短少一些，懷疑有詐。

賭客丙簽注的行為，由於是在秘密網站進行，也無法得知他人投注情形，因此無法合乎§266II 經驗法則的前提條件，構成要件不該當。

## 五、 小結

抽象危險犯之解釋，近來之學說多已脫離形式上之擬制說、推定說，而採取實質認定的方式，畢竟推定說有違反不自證己罪原則之疑慮，擬制說又忽略了個

案的獨特性，而均有刑罰權過度擴張之可能。至於各個抽象危險犯要如何解釋，則有賴同學們先釐清各罪之保護法益，並找出合乎保護法益的經驗法則之後，針對各個構成要件去討論，最後套用到個案。當然，每個人的經驗法則可能有所不同，不是所有事情都有涇渭分明的一般經驗法則，這個時候就看同學的論述能力了<sup>14</sup>。

## 參、 無故取得他人電磁紀錄罪

### 一、 保護法益<sup>15</sup>

我們對保護法益的理解，會影響到我們對構成要件的解釋，因此必須要先表明所採見解，雖然我們會介紹薛智仁老師的看法，但因為目前通說見解比較偏向社會法益，因此考試上如果慮及時間，可以逕採通說。

#### (一) 整體財產法益

薛智仁老師認為，由於資訊安全信賴之社會法益觀點，太過模糊，並忽略本罪為告訴乃論，且個人法益之解釋取徑不僅較為明確，也可避免國家刑罰權過度擴張，因此應優先考慮。其中，整體財產法益之解釋較貼合本罪之立法沿革及法定刑，應屬可採。

#### (二) 資訊安全的社會信賴

許恒達老師認為，顧及妨害電腦使用罪章之保護法益一致性、本罪法定犯行

---

<sup>14</sup> 考試上的大致論述方式，可參歐陽墨（2022），2022 讀家模考實戰班講義，頁 42-43。

<sup>15</sup> 綜合整理自：許恒達（2011），資訊安全的社會信賴與刑法第三五九條的保護法益—評士林地方法院九十九年度訴字第一二二號判決，月旦法學雜誌，198 期，頁 233-249；薛智仁（2014），無故取得電磁紀錄罪之解釋及立法，政大法學評論，136 期，頁 45-128。

之共通性，且資訊科技與財產制度相同，都是我們現在所不可或缺者，因此資訊安全的信賴應有保障之必要。

### (三) 小結

本講義認為，本罪既是現象立法，某程度也代表了刑法系統必須要予以回應，既然比較法上已有先例，且立法理由也有明白之表示，此新興之利益亦有保障之必要，因此，我們的思考方向應轉為如何在肯認現行法及其保護法益的狀況下，合理的予以限縮。

## 二、 構成要件

### (一) 薛說

若採取薛老師的理解，那麼本罪的構成要件就必須要與財產法益有所關連。其中最需要予以強調的就是行為模式之中的暫時性重製行為（如：無權瀏覽網頁或檔案），此時未必會有財產損害的發生，但應已破壞他人對資訊的獨占性，這正是基於電磁紀錄之特性而來的對財產法益的保護，因此仍應肯認為構成要件行為，至於是否有損害則是結果要素之問題。

### (二) 許說

需要考量者有：1.客體的資訊重要安全性；2.行為的外在效果；3.是否足以影響資訊安全的社會信賴。

### 三、 本案適用

乙瞞著甲，在伺服器後台植入可偷取他人遊戲幣（亦即隨機挑選賭客，將其儲值之遊戲幣的一小部分移轉到乙自己支配的帳戶名下）的程式，乙再將遊戲幣兌換成現金，網站開幕迄今已獲利新臺幣（以下同）數十萬元。

若採取薛老師的觀點，首先必須要面對的就是賭博的財物是否受刑法保障之問題。但若採取許老師的觀點，也是有許多要論述的空間，雖然許老師已經列出了資訊重要性、行為外在效果及影響資訊安全信賴之可能性等要件，但正是由於信賴感的高度不確定性，我們其實很難整齊劃一地說什麼樣的行為侵害了我們對這個制度的信賴。或許可以說線上賭博者既然使用該網頁從事不法活動，那在本身就不法的狀態受有損害，並無損及大眾資訊信賴之可能；但也可以說，其不法行為與損害結果間之關聯，應非大眾所關心的，大眾所在意的就只是使用電腦網路是否可以毋庸承擔風險。端賴同學自己的論述能力了。

### 肆、 不正使用電腦詐欺罪

#### 一、 構成要件

解釋上應掌握幾個重點：（一）構成要件行為限於與電腦機能相關的輸入資料或指令行為；（二）不正方法實為贅詞，並無特別意義；（三）輸入的資料不符合客觀實情，即屬虛偽，包括不符合過去財產及交易情狀，或是以該資料創造不符合應有財產分配等兩類；（四）輸入的指令不符合電腦系統設置者意思，即屬不正。並進而造成財產權變更的中間結果，最終造成財產損害<sup>16</sup>。

簡言之，同學必須緊扣著行為人是如何透過電腦的特性而侵害他人財產來論

---

<sup>16</sup> 許恒達（2015），電腦詐欺與不正方法，政大法學評論，104期，頁148-150。

述。

## 二、 本案適用

乙瞞著甲，在伺服器後台植入可偷取他人遊戲幣（亦即隨機挑選賭客，將其儲值之遊戲幣的一小部分移轉到乙自己支配的帳戶名下）的程式，乙再將遊戲幣兌換成現金，網站開幕迄今已獲利新臺幣（以下同）數十萬元。

乙之行為正是利用伺服器將不屬於其管理權限範圍的財產紀錄，從他人帳戶移轉到自己帳戶下，已經造成了財產權紀錄的變更，並由於遊戲幣具有價值，於移轉完成時即已該當§339-2II 之得利罪，其後續之兌換行為只是犯罪的典型現象而已，客觀構成要件該當。

## 三、 小結

這種偷走他人虛擬幣之行為，實務見解及學說幾乎都主張成立本罪，而無成立竊盜罪之空間<sup>17</sup>，因為電磁紀錄就是有可複製性，與竊盜罪破壞他人持有進而建立自己持有之行為模式自始不相容，此從立法沿革亦可得知，根本不可能適用竊取準動產罪，同學在論述上應予注意。此外，有些同學可能誤將§339-2 的「不正方法」的討論套用在此處而論述過多，但一方面本罪之規範方向不同，一方面學說上在本罪幾無爭議，應無論述之必要。

---

<sup>17</sup> 許恒達（2015），電腦詐欺與不正方法，政大法學評論，104 期，頁 153；甘添貴（2003），虛擬遊戲與盜取寶物，台灣本土法學雜誌，頁 181-182。

## 伍、 不能未遂

### 一、 學說爭論

#### (一) 具體危險說

實務多數見解採之，以一般人觀點立於行為時，判斷結果之未發生是否出於偶然。

#### (二) 重大無知說（主客觀混合理論）

通說採之，以行為人對損害流程的想像為背景，從行為時，以一般人的角度判斷行為人之計畫是否重大無知。

#### (三) 客觀危險說

近期學說主張，危險之判斷應採取客觀的標準，而不應採取一般人或行為人觀點。下分兩個支派，為假設客觀危險說<sup>18</sup>與事前客觀危險理論<sup>19</sup>，兩說的最大差別在於危險的判斷時點，不過大部分結論相同。具體的操作方式，前者係以假設流程中損害是否可能發生為標準，並應於構成要件階層首先檢討；後者則以事前（不限於行為時）的客觀危險為判斷，並將成為著手的危險的指標。

---

<sup>18</sup> 許恒達（2022），不能未遂的概念定性與審查方法—評最高法院 110 年度台上字第 3511 號刑事判決及其歷審裁判，月旦裁判時報，121 期，頁 46-61。

<sup>19</sup> 謝煜偉（2019），刑法總則修正後不能犯理論的再檢討，吳俊毅、薛智仁編，刑法總則修正十年之回顧與前瞻，頁 145-196，新學林。

#### (四) 小結

本講義並不贊同重大無知說及具體危險說，理由在於近代刑法的唯一處罰基礎就是對他人重大利益的侵害，因此任何基於其他如一般預防或特別預防的想法而來的論述，均有檢討的空間，於是危險的判斷應採取客觀的觀點，不應融入一般人或行為人觀點，採取客觀危險理論較為恰當。

## 二、 本案適用

丙朝廠房高聲說：「裡面的人再不出來，就讓你們死得很難看！」並隨手撿起地上的磚塊，朝四周亂扔，並準備要衝進廠房找人理論。當時雖然沒有人車經過該路段，但磚塊仍造成巨大的聲響，驚動了躲在廠房角落睡覺的通緝犯某丁。

很明顯本案中並沒有產生任何強制結果，因此需要討論未遂。若依照通說觀點來審查，丙主觀上有故意，且客觀上也已做出了依其行為計畫具有密接危險之行為，其計畫依一般人觀點也非重大無知，應成立犯罪。

不過若依假設客觀危險理論，可能會有不同結論。此時的判斷方式是，丙做出強制行為的時候，綜合考量所有因素，是否可能會產生強制結果。可能認為，丁只是在睡覺，隨時有起床的可能，因此損害流程重啟後，丁真的會因為丙的惡害告知而出廠房而發生既遂結果；也可能認為丁就是睡得不省人事，在丙做出惡害告知時無醒來之可能，僅在丟磚塊時才會醒來。端看同學之涵攝。

若依事前客觀危險理論，則必須考量，丙之惡害內容是否會傳進丁的耳朵，具體涵攝方式跟假設客觀危險理論差異不大，只是論述過程有差異而已。不過從本案事實來看，由於丁就是要達到丟磚塊的程度才會醒來，因此偏向認為是不能犯（根本未達到著手程度）。

## 陸、 打擊錯誤、未必故意或擇一故意？

### 一、 作答重點

行為人「事前主觀想像」與「事後生成之客觀事實」不一致之情形，多數學說均已認為重點不是在於案例的搭配，而是故意內容與客觀情事之對應關係<sup>20</sup>。因此，在考試上千萬不要以我們事後歸納出來的案例與法律效果即逕行套用，而是要具體確認行為人之故意內容與客觀上之事實是否符合，以及我們是用甚麼標準去認定兩者間的合致關係。當然，倘題目未有明白說明，那麼行為人之故意就需要我們透過客觀事實，去描繪其可能的內容，這就是特別需要同學涵攝的地方。

### 二、 本案適用

(丁) 為脫免逮捕，順手拾起地上的鐵條朝丙的方向猛力一擲，卻砸中了跟在後頭的 A，A 因頭部受創當場倒地，…A 經丙及 B 送醫急救後仍不治死亡。

丁脫免逮捕，始終只是行為背後的動機而已，與其故意內涵並無相關，我們應觀察的是丁在丟東西的當下，知不知道會打中丙。依提示無法得知丁之主觀，我們只能觀察其行為外觀，去判斷拾起鐵條往丙丟之傷害／殺人故意，是否及於 A。而本講義認為，以鐵條往特定方向丟擲，該特定方向首當其衝者，本會對迎面而來之危險予以閃避，此時跟在後頭者即成為替罪羔羊，丁未有特殊情事，對此事應有認知，因此對 A 至少有未必故意。

此外，以鐵條往該方向丟，由於三人似是排成一列，因此鐵條在擊中其中一

---

<sup>20</sup> 王皇玉 (2018)，刑法總則，4 版，頁 230-236，新學林；林鈺雄，前揭註 1，頁 210-214；謝煜偉 (2014)，具體事實錯誤：論具體符合說與法定符合說，月旦法學雜誌，227 期，頁 31-46。

人後其動能即大量減低，而不具有致人於死之能量，故丁應僅具有一個殺人故意，即擇一故意（選擇故意）。至於是否有傷害故意，則看各位同學之涵攝。

附帶一提，如果認為丁是過失，則可能需要討論一下丁離去現場的行為是否成立不作為犯，但即便討論，結論上也會因沒有因果關係而不成立。

### 三、 小結

所有涉及主觀的討論，倘題目沒有明示，那就非常考驗同學的涵攝及論述能力，每個人的論述過程及結論都會有所不同，這也不用太擔心，只要把你的想法精簡的寫在考卷上，並注意整張考卷的邏輯一貫性，那就不會有問題了。

## 柒、 偶然防衛

### 一、 學說爭論

#### (一) 既遂說（量刑說）

若根據通說脈絡，自然會推論出本說。原因在於，行為人既已實施一個構成要件該當的行為，且在違法性的層次只合乎客觀要件，主觀上不具有防衛意識，自無法阻卻違法。這個客觀上不法相抵銷之結果，只能在量刑層次考量。

#### (二) 未遂說

有從結果不法與行為不法這組刑事不法概念出發者，認為既然客觀不法已經抵銷，那麼就不具備結果不法，在只具有行為不法之情形下，應論以未遂。

### (三) 客觀主義刑法理論

在考試上，若採取通說之犯罪審查體系，應只需要提到前開兩說就好，因為本說之犯罪審查架構與通說並不相同，而是認為行為人的故意、過失，是對於所有犯罪事實的認知，即包含構成要件該當性及違法性，而構成要件該當性及違法性是純客觀的判斷，而不存在任何主觀要件。於是，若採取本說，勢必就要調整整個犯罪體系，是一個浩大的工程。但若就結論而言，若採取本說會阻卻違法，而不成立犯罪。

### (四) 小結

犯罪審查體系只是一個審查技術而已，不代表審查出來的結論就必須予以接受，因此既遂說的技術操作並沒有辦法提供正確的思考方向。較為多數之見解採取未遂說，因為就是欠缺客觀上的不法評價，僅存主觀上的可非難性。

## 二、 本案適用

丁驚醒之餘，以為正欲衝進廠房的丙、A、B 等人是前來追捕自己的警察，為脫免逮捕，順手拾起地上的鐵條朝丙的方向猛力一擲，卻砸中了跟在後頭的 A，A 因頭部受創當場倒地，丁見狀立即逃離現場。

本題其實有各種不同的涵攝方向，而本講義其實偏向認為不具有防衛情狀，而毋庸討論到偶然防衛，但慮及同學可能有人討論了偶然防衛，故特予說明。不過，本題涵攝的重點應該是在於正當防衛之客觀要件。

### (一) 現在不法侵害

丙、A、B「正欲」衝進廠房，若認為侵入住居罪之保護法益為管理監督權，可能構成侵入住居罪，因此，雖丁根本不具有管理監督權，但其仍可為廠房之所有人為防衛行為；若認為侵入住居罪之保護法益為住居權之平穩，則應涵攝丁是否可以作為居住之平穩狀態之保護對象，若是，則有現在不法侵害之存在。至於其他法益，可能要等到三人真的衝進廠房而接近丁之時始出現現在不法侵害。

### (二) 防衛手段

用鐵條丟向丙，應該可以通過適當性的要求，但必要性則有商榷餘地，蓋要排除三人侵入住居，應可報警或是嚇退。不過同學亦可認為合乎必要性之要求。

### (三) 防衛意識（偶然防衛）

應先說明的是，雖丁「為脫免逮捕」而擲鐵條，但這只是行為之動機而已，不影響我們對於防衛意識的判斷，因為即便是侵害他人的想法，也可以與防衛自己的想法併存。本件中，因為丁是認為三人即將逮捕自己，是依法令而為之合法行為（§21I），因此不存在現在不法侵害，無防衛意識，因此應討論偶然防衛，至於其結論如何，端看同學採取何說。

## 捌、 罪名概覽

一、甲架設伺服器經營線上博弈網站之行為，不成立刑法（下同）第 268 條之圖利供給賭博場所罪

二、乙

（一）幫甲管理網站之行為，不成立犯罪（可略）

- (二) 將他人遊戲幣轉移到自己帳戶之行為，成立第 339-3 條第 2 項之不正使用電腦詐欺罪
- (三) 將他人遊戲幣轉移到自己帳戶之行為，成立第 359 條之無故取得他人電磁紀錄罪
- (四) 將他人遊戲幣轉移到自己帳戶之行為，不成立第 342 條第 1 項之背信罪（可略）
- (五) 乙謊報工廠地址之行為，不成立犯罪（可略）
- (六) 競合：不正使用電腦詐欺罪與無故取得他人電磁紀錄罪想像競合

### 三、丙

- (一) 在博弈網站賭博之行為，不成立第 266 條第 2 項之網路賭博罪
- (二) 夥同朋友某 A、某 B 共三人到廢棄工廠門口咒罵、咆哮並丟磚塊之行為，不成立第 150 條第 1 項之聚眾施強暴脅迫罪
- (三) 咒罵、咆哮並丟磚塊之行為，不成立第 305 條之恐嚇危安罪
- (四) 咒罵、咆哮並丟磚塊之行為，不成立第 304 條 2 項之強制未遂罪
- (五) 準備衝進廠房之行為，不成立第 306 第 1 項之侵入住居罪

### 四、丁丟鐵條之行為，對 A 成立第 271 條 1 項之殺人罪