

【第一編 基本原則】

壹、「罪刑法定主義」¹

一、意義：

「罪刑法定主義」又稱為「罪刑法定原則」，係指犯罪的「成立要件」以及「法律效果」，必須事先以成文法律加以規定，如非法律所明文處罰之行為，即無犯罪可言。

例如：未婚男女之劈腿行為，儘管道德上具有非難性，仍非犯罪行為。

二、條文規定：

第 1 條：「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限。拘束人身自由之保安處分，亦同。」

三、內涵（衍生原則）：

(一)禁止溯及既往：

係指刑法之效力只能及於法律公布生效後發生的行為，而不得追溯處罰法律生效前業已經發生之行為。其目的在於確保法之安定性，以保障人權，貫徹法治主義，避免因法律溯及既往而致人民行為失所準據。

例如：刑法第 201 條之 1 之「偽造卡片罪」係於民國 90 年 6 月 1 日所增訂，故在民國 89 年之偽造信用卡行為即不得以該罪處罰。

(二)禁止類推適用：

法院僅得依據立法機關經過立法程序而明定之法律條文論罪科刑，不得比附援引近似之條文，作為創設或擴張可罰範圍、加重刑罰或保安處分的方法。

例如：刑法第 195 條之「偽造貨幣罪」，所謂貨幣限定於國家發行、具有強制流通性的硬幣或紙鈔。從而，若偽造「玩具鈔票」、「紙錢」，因刑法禁止類推適用，自不該當本罪。

(三)禁止以習慣法作為定罪依據：

即法官審理刑事案件，只能以成文法作為論罪科刑之法律依據，而不能援用不成文之習慣法作為定罪之依據。所謂習慣法，係指社會上不特定多數人的反覆慣行且具有法之確信的

¹ 何謂「罪刑法定主義」？我國 94 年 2 月新修正之刑法規定如何？試申述之。【93 年司法人員委任升等考試、95 年原住民特考】

無形規範。習慣法雖與成文法同係來自社會之法確信，但未經立法程序加以條文化，故內涵和法律效果均有未盡明確之處，不應作為不利行為人之有罪判決之依據。

(四)罪刑明確性原則：

「罪刑明確性」，包括：

- 1.「構成要件明確」，即刑法所規範之各個犯罪的構成要件必須具體明確。例如以「行為不檢」、「思想不正」、「奇裝異服」作為犯罪構成要件即不符合此原則。
- 2.「法律效果明確」，係指刑罰的效果必須明確，禁止絕對不定期刑，以避免法官擅斷。

※例題 1：何謂空白刑法？試舉一例說明之。此種法律有無違反罪刑法定原則？理由為何？【91 年高考政風】

【擬答】

(一)「空白刑法」又稱為「空白構成要件」，即尚待補充之構成要件。質言之，乃刑法法條中未完整規定全部的構成犯罪事實，而須待其他法律或行政規章之補充，始足以運作之構成要件。

(二)例如：刑法第 192 條第 1 項之違背預防傳染病法令罪，法條僅規定：「違背關於預防傳染病所公布之檢查或進口之法令者，處二年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金。」然而預防傳染病法令之具體內容為何，例如禁止進口某疫區之肉類等，則須待衛生福利部公告之命令始能確定。

(三)由於空白刑法之構成要件的內容須由其他法律或行政法規加以補充，此種立法方式有無牴觸罪刑法定原則，有以下二說：

1.違反罪刑法定原則：

罪刑法定原則下之「罪刑明確性原則」，係指犯罪之構成要件及法律效果均須以法律明確規定。由於空白刑法欠缺全部的構成犯罪事實，而須待其他法律或行政規章之補充，始足以運作，是以空白刑法本身並不符合罪刑明確性原則下，構成要件需具體明確之要求。從而，空白構成要件自牴觸罪刑法定原則。

2.不違反罪刑法定原則：

補充空白刑法之行政機關的行政規章或命令，雖非由國會立法權直接運作而制定的刑事法律，但仍係經國會授權行政機關制定，具有委任立法的性質，故仍受到立法權的監督，而非謂行政機關可以恣意為之。從而，空白構成要件並不違反罪刑法定原則。通說、實務採取第二說，拙見亦贊同之。蓋空白刑法透過行政法規加以補充後，該犯罪之成立要件及法律效果仍屬明確，符合罪刑明確性原則。此外，空白刑法所規範的犯罪類型，與當時之社會環境或特定領域之專業判斷具有密切之關係，技術上甚難事前以立法方式具體規定其構成要件，而直交由行政機關依其專業判斷制頒具有彈性、

符合社會需要之行政法規加以補充。基此，拙見認為空白構成要件之立法並不違反罪刑法定原則。

※例題 2：強制工作之保安處分有無罪刑法定主義之適用？試說明之。【96 年交通事業公路人員士級晉佐級政風】

【擬答】

- (一)所謂罪刑法定主義，是指犯罪之成立要件及其法律效果均須以事先的、成文的法律加以規定，法律若無明文規定處罰者，即無犯罪與刑罰可言。例如刑法第 201 條之 1 之「偽造卡片罪」係於民國 90 年 6 月 1 日所增訂，故在民國 89 年之偽造信用卡行為即不得以該罪處罰。刑法第 1 條：「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限。拘束人身自由之保安處分，亦同。」即罪刑法定主義之明文規定。
- (二)學理上多數見解認為，刑罰係為了達到應報及預防目的之一種懲罰措施，而保安處分則是為了預防犯罪、維護社會安寧、矯治具有危險性的犯人之一種社會保安措施。由於二者的目的及性質迥不相侔，從而傳統見解認為只有刑罰法規須受到罪刑法定主義的拘束，而保安處分則否。然而，晚近學說及實務咸認為二者亦有所交疊，其中兼具自由刑性質的保安處分（即拘束人身自由之保安處分），例如感化教育、監護處分、禁戒處分、強制工作及強制治療，由於亦產生剝奪受處分人自由法益的效果，故此種保安處分即有罪刑法定主義之適用，刑法第 1 條後段可資參照。至於不拘束受處分人之身體自由的保安處分（保護管束、驅逐出境），則無罪刑法定主義之適用。
- (三)按刑法第 90 條第 1 項規定：「有犯罪之習慣或因遊蕩或懶惰成習而犯罪者，於刑之執行前，令入勞動場所，強制工作。」強制工作乃針對遊手好閒且有犯罪習慣者，所施予的強制勞動處分。由於強制工作係集中於特定勞動場所（例如台東的泰源技訓所），本質上帶有拘束自由的性質，可謂「勞動型」加「自由刑」的雙重制裁，性質上係屬拘束人身自由之保安處分，故有罪刑法定主義之適用。

貳、刑法之效力

一、「時之效力」²：

(一)意義：

刑法時的效力，係指行為後刑法條文若有變更或修改時，應如何適用法律的問題。

關於刑法時的效力問題，有以下學說：

² * 有關刑法之「時之效力」的學說有那些？我國刑法第 2 條如何規定？試分別說明之。【93 年警察人員特考三等】

* 試問「行為時」刑法法律發生變更，應如何決定新舊法律規定之適用？【93 年地方特考三等】

- 1.從舊原則（適用行為時法）：不論新、舊法孰輕孰重，一律適用行為時的法律。
- 2.從新原則（適用裁判時法）：本說認為行為後法律既然有變更，代表舊法已經不合所需，應以新法作為審判依據。
- 3.從輕原則（最有利行為人法）：此說認為基於保護行為人之立場，應比較行為時法及行為後之新法孰輕孰重後，適用較輕即對被告較有利之法律。
- 4.折衷原則，又可分為：
 - (1)從舊從輕原則：即原則上以適用行為時之舊法為原則，若行為後之新法較舊法對被告更有利，則適用較輕之新法。
 - (2)從新從輕原則：即原則上以適用行為後之新法為原則，若行為時之舊法較新法對被告更有利，則適用較輕之舊法。

(二)條文規定：

第 2 條：「行為後法律有變更者，適用行為時之法律。但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律（第 1 項）。沒收、非拘束人身自由之保安處分適用裁判時之法律（第 2 項）。處罰或保安處分之裁判確定後，未執行或執行未完畢，而法律有變更，不處罰其行為或不施以保安處分者，免其刑或保安處分之執行（第 3 項）。」

※民國 104 年 12 月本條修正理由摘要：

- 一、本次沒收修正經參考外國立法例，以切合沒收之法律本質，認沒收為本法所定刑罰及保安處分以外之法律效果，具有獨立性，而非刑罰（從刑）。
- 二、本次修法在第五章之一以「沒收」專章規範，確認沒收已不具刑罰本質，專章中既未規定犯罪構成要件，亦無涉及刑罰之創設或擴張，自無罪刑法定原則之適用與適用行為時法之必然性。況且，與沒收本質較為相近之保安處分，就非拘束人身自由之保安處分，即適用裁判時之法律，故沒收適用裁判時法並非特例。

(三)內涵：

根據刑法第 2 條規定，可知我國刑法在行為後法律發生變更或修改之情形時，刑法之適用兼採「從舊從輕原則」、「從新原則」。

1.從舊從輕原則：

刑法第 2 條第 1 項「行為後法律有變更者，適用行為時之法律。但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律。」

2.從新原則：

刑法第 2 條第 2 項「沒收、非拘束人身自由之保安處分適用裁判時之法律。」

(四)實例解說：

「葉少爺」（葉冠亨）於民國 101 年 4 月 25 日在高雄市大帝國舞廳，與陳姓友人等飲酒

作樂後，清晨 6 時許仍執意駕車狂飆，行經光復路口時撞上垃圾車，再撞到李姓婦人，致李姓婦人及同車之陳姓友人死亡之事件，歷經一、二、三審審判，最高法院於民國 102 年 11 月駁回雙方上訴，葉少爺因犯刑法第 185 條之 3 第 2 項之「醉態駕駛致死罪」遭判處有期徒刑 6 年定讞。

「醉態駕駛致死罪」之法定刑原為「一年以上七年以下有期徒刑」，民國 102 年 6 月修法加重為「三年以上十年以下有期徒刑」，惟因葉少爺之酒駕行為係在修法前所為，基於刑法第 2 條第 1 項「從舊從輕原則」，法官仍必須於舊法之刑度內量刑。

二、「地之效力」³：

(一)意義：

係指刑法效力所及之領域及範圍。在立法例上，有以下幾種原則：

1. 屬地原則（亦稱「屬地主義」）：

刑法之效力僅及於本國領域內，不論本國人民或非本國人民，凡在本國領域內犯刑法之罪，均應適用本國刑法處罰之。所謂「領域」，包括領土、領海、領空，甚至「浮離領土」（包括航空器、船艦）亦屬之。

2. 屬人原則（亦稱「屬人主義」）：

刑法之效力僅及於本國人民，只要是本國人民，無論於任何地方犯本國刑法之罪，均應適用本國刑法處罰之。

3. 保護原則（亦稱「保護主義」）：

刑法之效力在於保護本國或本國人民之「法益」，凡侵害前述法益，而犯本國刑法之罪者，不論是否為本國人民，亦無論在任何地方犯罪，均應適用本國刑法處罰之。

4. 世界法原則（亦稱「世界法主義」）：

刑法之效力在於保護國際社會公認不容侵害之秩序及利益，申言之，世界各國都將此種行為規定為刑法上之犯罪，不論是否為本國人民，亦無論在任何地方為此行為，均屬於犯罪行為，都可以用本國刑法加以處罰。

5. 折衷原則（亦稱「折衷主義」）：

以屬地原則為主，兼採其他各種原則。

³ * 對於張三之下列犯行，刑法有無適用之效力？【97年普考（法律政風）】

(一) 中華民國國民張三搭乘華航客機，飛抵日本名古屋機場時，在機艙內毆打日本人某甲，甲因而受輕傷。

(二) 中華民國國民張三在美國舊金山，費時一年，偽造中華人民共和國之人民幣一批。

* 試說明下列情形，可否適用中華民國刑法？【91年監獄官、94年鐵路人員升等考試】

(一) 德國人乙，在日本東京，將我國人民 B 殺死。

(二) 日本人丙，在法國巴黎，偽造我國之新台幣。

(二)條文規定：

1.在中華民國領域內犯罪，採取「屬地原則」：

第 3 條：「本法於在中華民國領域內犯罪者，適用之。在中華民國領域外之中華民國船艦或航空器內犯罪者，以在中華民國領域內犯罪論。」

第 4 條：「犯罪之行為或結果，有一在中華民國領域內者，為在中華民國領域內犯罪。」

2.在中華民國領域外犯罪，再區分為：

(1)「屬人原則」：

第 6 條：「本法於中華民國公務員在中華民國領域外犯左列各罪者，適用之：

- 一、第 121 條至第 123 條、第 125 條、第 126 條、第 129 條、第 131 條、第 132 條及第 134 條之瀆職罪。
- 二、第 163 條之脫逃罪。
- 三、第 213 條之偽造文書罪。
- 四、第 336 條第 1 項之侵占罪。」

第 7 條：「本法於中華民國人民在中華民國領域外犯前二條以外之罪，而其最輕本刑為三年以上有期徒刑者，適用之。但依犯罪地之法律不罰者，不在此限。」

(2)「保護原則」：

第 5 條：「本法於凡在中華民國領域外犯下列各罪者，適用之：

- 一、內亂罪。
- 二、外患罪。
- 三、第 135 條、第 136 條及第 138 條之妨害公務罪。
- 五、偽造貨幣罪。
- 六、第 201 條至第 202 條之偽造有價證券罪。
- 七、第 211 條、第 214 條、第 218 條及第 216 條行使第 211 條、第 213 條、第 214 條文書之偽造文書罪。
- 十一、第 339 條之 4（第 1 項**第 1 款**）之加重詐欺罪。（民國 105 年 11 月新增）」

第 8 條：「前條之規定，於在中華民國領域外對於中華民國人民犯罪之外國人，準用之。」

※刑法第 339 條之 4：「（第 1 項）犯第三百三十九條詐欺罪而有下列情形之一者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科一百萬元以下罰金：

- 一、冒用政府機關或公務員名義犯之。
 - 二、三人以上共同犯之。
 - 三、以廣播電視、電子通訊、網際網路或其他媒體等傳播工具，對公眾散布而犯之。
- （第 2 項）前項之未遂犯罰之。」

※台灣常見的電信詐騙案，多屬於境外犯罪，惟刑法第 339 條之 4 並非屬於刑法第 7 條所謂犯（舊法）第 5、6 條以外，且最輕本刑為三年以上有期徒刑之可處罰的境外犯罪。這種情形下，由於非我國刑法效力所及，檢察官無法起訴、法院更無法審理，此乃近年來備受批評的問題，故民國 105 年 11 月立法院三讀通過修正刑法第 5 條，將境外犯加重詐欺罪增列納入第 5 條之國外犯罪時之本國刑法適用範圍內，以期能有效打擊跨國詐騙犯罪。

(3)「世界法原則」

第 5 條：「本法於凡在中華民國領域外犯下列各罪者，適用之：

四、第 185 條之 1 及第 185 條之 2 之公共危險罪。

八、毒品罪。但施用毒品及持有毒品、種子、施用毒品器具罪，不在此限。

九、第 296 條及第 296 條之 1 之妨害自由罪。

十、第 333 條及第 334 條之海盜罪。

十一、第 339 條之 4（第 1 項**第 3 款**）之加重詐欺罪。（民國 105 年 11 月新增）」

(三)實例解說：

※試說明下列各種情形，可否適用中華民國刑法？（91 年檢察事務官）

- 1.我國人民甲，在美國加州，將英國人 A 打成輕傷。
- 2.德國人乙，在日本東京，將我國人民 B 殺死。
- 3.日本人丙，在法國巴黎，偽造我國之新台幣。

【擬答】

1.甲在美國加州將 A 打成輕傷：

(1)甲之犯罪地在美國加州，並非在我國領域內，因此無刑法第 3 條、第 4 條屬地原則之適用。

(2)甲係我國人民，但題意並未特別表示其為公務員，且其所犯者為刑法第 277 條第 1 項之普通傷害罪（傷害人之身體或健康者，處三年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金。），並非最輕本刑三年以上有期徒刑之罪，即無刑法第 6 條、第 7 條屬人原則之適用。

(3)甲所犯之罪亦非刑法第 5 條所列舉之罪，故不適用保護原則及世界法原則。

結論：甲之行為無我國刑法之適用。

2.乙在日本東京將 B 殺死：

(1)乙之犯罪地在日本東京，不在我國領域內，無刑法第 3 條、第 4 條屬地原則之適用。

(2)乙為德國人，並非我國公務員或我國國民，即無刑法第 6 條、第 7 條屬人原則之適用。

(3)因乙所犯為刑法第 271 條第 1 項之殺人罪，依刑法第 8 條規定，刑法第 7 條規定於在中華民國領域外對於中華民國人民犯罪之外國人準用之，此即學說上的保護原則。因乙所犯為刑法第 271 條第 1 項之殺人罪，為刑法第 5 條、第 6 條所列舉以外之罪，其最輕本刑為十年以上有期徒刑，且依日本法亦屬可罰之行為，故依刑法第 8 條準用第 7 條規定，乙之行為有我國刑法之適用。

結論：乙之行為應適用我國刑法。

3.丙在法國巴黎偽造我國新台幣：

(1)丙之犯罪地為法國巴黎，非屬我國領域，不適用刑法第 3 條、第 4 條屬地原則。

(2)丙為日本人，非我國公務員或我國人民，亦無刑法第 6 條、第 7 條屬人原則之適用。

(3)因丙所犯為刑法第 195 條第 1 項偽造通用貨幣罪，依刑法第 5 條第 5 款規定，雖丙係於我國領域外犯罪，基於保護原則，仍有我國刑法之適用。

結論：丙之行為應適用我國刑法。

三、外國裁判與服刑之效力⁴：

(一)意義：

係指同一犯罪行為，若已經過外國法院裁判確定，本國法院應如何處理，以及行為人就同一犯罪行為，已在外國服刑完畢，本國法院應如何處理的問題。學說上有以下原則：

1.複勘原則（併算原則）：

外國裁判係基於外國司法權之作用，與本國主權不相容，充其量僅能將外國裁判當作是一種「事實狀態」，不能認為有法律之效力。

2.終結原則：

若同一犯罪行為已經外國法院裁判確定，無論判決內容為何，本國法院均依「一事不再理」原則，不再予以處罰。此說承認外國法院之裁判亦生法律效力及既判力，故有「一事不再理」原則適用。

(二)條文規定：

第 9 條：「同一行為雖經外國確定裁判，仍得依本法處斷。但在外國已受刑之全部或一部執行者，得免其刑之全部或一部之執行。」

(三)實例解說：

⁴ * 刑法是否承認外國法院之裁判？試說明之。【87 年郵政公路人員升等考試】

* 某甲係我國籍船員，因在國外運輸毒品海洛因，經美國法院判處有期徒刑十年確定，並執行完畢。請問某甲遣送回國後，我國可否再適用毒品危害防制條例第四條第一項，對同一事實，予以處罰？【94 年警察人員四等考試】

※某甲係我國籍船員，因在國外運輸毒品海洛因，經美國法院判處有期徒刑十年確定，並執行完畢。請問某甲遣送回國後，我國可否再適用毒品危害防制條例第四條第一項，對同一事實，予以處罰？（94年警察人員四等考試）

【擬答】

1.毒品危害防制條例亦有刑法總則之適用：

首先，刑法第11條規定：「本法總則於其他法律有刑罰或保安處分或沒收之規定者，亦適用之。但其他法律有特別規定者，不在此限。」因毒品危害防制條例中亦有刑罰之規定，從而亦有刑法總則之適用。

2.某甲在我國領域外運輸毒品海洛因，亦有我國毒品危害防制條例之適用：

運輸海洛因毒品之行為，係屬於刑法第5條第8款規定之「毒品罪」的犯罪類型，依刑法第11條及同法第5條第8款之世界法原則，在國外運輸毒品仍應適用我國之毒品危害防制條例。

3.某甲雖經美國法院判處有期徒刑10年確定，並執行完畢，我國法院仍得對同一犯罪事實予以處罰關於同一犯罪行為，若已經過外國法院裁判確定，或行為人已在外國服刑完畢，本國法院應如何處理，學說上有以下原則：

(1)複勘原則（併算原則）：

外國裁判係基於外國司法權之作用，與本國主權不相容，充其量僅能將外國裁判當作是一種「事實狀態」，不能認為有法律之效力。

(2)終結原則：

若同一犯罪行為已經外國法院裁判確定，無論判決內容為何，本國法院均依「一事不再理」原則，不再予以處罰。此說承認外國法院之裁判亦發生法律效力及既判力，故有「一事不再理」原則適用。

刑法第9條規定：「同一行為雖經外國確定裁判，仍得依本法處斷。但在外國已受刑之全部或一部執行者，得免其刑之全部或一部之執行。」從而我國採取複勘原則，但為避免一罪兩罰，行為人在外國已受刑之全部或一部執行者，法院得免其刑之全部或一部之執行。

4.結論：我國仍得依毒品危害防制條例對甲之行為加以處罰，但得免其刑之全部或一部之執行。

四、大陸地區裁判與服刑之效力⁵：

(一)條文規定：

⁵ 臺灣地區人民在大陸地區犯罪並受處罰，回臺後對其在大陸之犯罪應否予以處罰？試說明之。【83年司法官】

臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 2 條：「本條例用詞，定義如下：

- 一、臺灣地區：指臺灣、澎湖、金門、馬祖及政府統治權所及之其他地區。
- 二、大陸地區：指臺灣地區以外之中華民國領土。
- 三、臺灣地區人民：指在臺灣地區設有戶籍之人民。
- 四、大陸地區人民：指在大陸地區設有戶籍之人民。」

第 75 條：「在大陸地區或在大陸船艦、航空器內犯罪，雖在大陸地區曾受處罰，仍得依法處斷。但得免其刑之全部或一部之執行。」

(二)實務見解：

最高法院 97 年度台上字第 6412 號判決：「中華民國憲法第四條明文：『中華民國領土，依其固有之疆域，非經國民大會之決議，不得變更之。』，而國民大會亦未曾為變更領土之決議。又中華民國憲法增修條文第十一條復規定：『自由地區與大陸地區間人民權利義務關係及其他事務之處理，得以法律為特別之規定。』；且台灣地區與大陸地區人民關係條例第二條第二款更指明：『大陸地區：指台灣地區以外之中華民國領土。』，在在揭示大陸地區仍屬我中華民國之領土；同條例第七十五條復規定：『在大陸地區或在大陸船艦、航空器內犯罪，雖在大陸地區曾受處罰，仍得依法處斷。但得免其刑之全部或一部之執行。』。據此，大陸地區現在雖因事實上之障礙為我國主權所不及，但在大陸地區犯罪，仍應受我國法律之處罰，即明示大陸地區猶屬我國領域，並未對其放棄主權。」

參、名詞定義

一、以上、以下、以內：

刑法第 10 條第 1 項：「稱以上、以下、以內者，俱連本數或本刑計算。」

二、公務員⁶：

(一)條文規定：

舊刑法第 10 條第 2 項：「稱公務員者，謂依法令從事於公務之人員。」民國 94 年 2 月 2 日修正公布之現行法第 10 條第 2 項：「稱公務員者，謂下列人員：

- 一、依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限，以及其他依法令從事於公共事務，而具有法定職務權限者。
- 二、受國家、地方自治團體所屬機關依法委託，從事與委託機關權限有關之公共事務者。」

⁶ 甲為某署立醫院醫師，署立醫院為了鼓勵醫師專心於院內工作，對於不在外開業或兼業者，按月發給不開業獎金三萬元。甲於任職之初，在醫院切結書上簽名，清楚表示不會在院外開業或兼業，院方於是每月發給不開業獎金。甲後來某診所兼業，經過一年，並未告知任職的醫院。同事向法院方舉發，院方則向地檢署提告。問：甲成立何罪？【100 年鐵路人員特考（法律政風）】

【第一編 個人法益（生命、身體、自由、名譽）】

第一章 殺人罪

壹、普通殺人罪¹

一、刑法條文：

刑法第 271 條：「殺人者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑（第 1 項）。前項之未遂犯罰之（第 2 項）。預備犯第一項之罪者，處二年以下有期徒刑（第 3 項）。」

二、犯罪構成要件：

(一)客觀構成要件：

- 1.行為主體：任何自然人。
- 2.行為客體：行為人以外之自然人。

※何謂「人」？

甲說：獨立呼吸說

依最高法院 20 年上字第 1092 號判例：「過失致人於死之罪，係以生存之人為被害客體，故未經生產之胎兒，固不在其列，即令一部產出尚不能獨立呼吸，仍屬母體之一部分，如有加害行為，亦祇對於懷胎婦女負相當罪責。」（最高法院 20 年上字 1092 號刑事判例）

乙說：一部露出說

胎兒若有部分已產出母體之外即屬出生，而成為殺人罪所保護的客體。

丙說：全部露出說

必須要等到胎兒全部露出於母體之外，才可以開始稱之為人。

丁說：陣痛（分娩開始）說

上開數說均屬生產階段的中後期，從保護胎兒的目的觀之，可能會造成保護空窗期。蓋若認為要到生產之後階段，才能將胎兒當作「人」加以保護，則自生產開始到生產之中後期之間，可能既不構成墮胎罪，亦無法以殺人罪處罰的情形，故

¹ * 甲本想毆打乙洩憤，動手後，愈想愈氣，決定把乙活活打死，乙死後丙恰好路過，將甲逮捕，並立即將之扭送警局法辦。問：甲的刑責如何論處？丙有無刑責？【101 年警察特考三等】

* 甲為我國國民，至日本留學期間，因愛慕同為從臺灣至日本留學的乙女，向其索愛不成，遂趁乙不注意時以水果刀將其刺死。甲在日本被判殺人罪，服刑期滿返臺後，我國法律是否得再對甲進行追訴？【101 年司法特考四等書記官】

應認為只要陣痛一開始，即係胎兒成為人的時點。

3. 殺害行為：方法、手段並無限制，不論積極之作為或消極之不作為均屬之。

4. 死亡結果：

學理上有「呼吸停止說」、「心跳停止說」、「脈搏停止說」、「腦死說」等，目前學說又實務多數採「腦死說」²。

5. 因果關係及客觀可歸責性：

※因果關係³：

刑法上的因果關係，指的是構成要件該當行為與構成要件該當結果間之聯絡關係。除了不需要特定結果發生即可成立犯罪的「舉動犯」不必檢討因果關係外，以特定結果發生為必要的「結果犯」，若行為、結果間並無刑法上的因果關係，則不構成犯罪。然而，到底應如何認定有無因果關係，以下說明各位同學一定要懂的幾個重要學說：

(1) 條件說：

I 意義：

亦稱為條件理論或等價理論，係指不可想像其不存在的條件，皆為結果之原因（非 P 則非 Q）。換言之，如果可以想像這個條件不存在，而具體結果仍會發生時，該條件與構成要件結果間即無因果關係。此外，該理論認為，所有符合因果關係之條件，對於因果關係之判斷，皆具有同一價值，不考慮其對於結果之引起，其重要性或比重多大多小，因此又稱為「等價理論」。

II 修正延伸：

A 擇一因果（雙重因果、選擇因果）：

數個具有擇一關係之條件（即每個條件都足以單獨引發結果），當其中一個條件不存在時，結果雖然仍會發生，但既然結果確係由任一條件所致，則每一個條件均為結果的原因，也都是每一個條件和結果間都有因果關係。

例如：甲、乙各自對丙下毒，而甲或乙所下毒的份量皆足以引起丙死亡的結果，因而就丙死亡結果而言，甲、乙之中任何一人之行為皆足以獨立引發結果，並非「不可想像其不存在」，如依條件理論，甲、乙之行為對丙之死亡皆無因果關係，將導致有犯罪行為卻無人對丙死亡負責之不當結果。因此提出擇一因果（雙重因果、選擇因果）來修正條件理論。是以，在擇一因果下，甲、乙之下毒行為皆與

² 人體器官移植條例第 4 條：「醫師自屍體摘取器官施行移植手術，必須在器官捐贈者經其診治醫師判定病人死亡後為之。（第 1 項）前項死亡以腦死判定者，應依中央衛生主管機關規定之程序為之。（第 2 項）」腦死亡通常指包括腦幹在內的全腦功能喪失的不可逆轉的狀態。一般認為，腦死亡應符合以下標準：1、自主呼吸停止。2、不可逆性深度昏迷。無自主性的肌肉活動，但脊髓反射仍可存在。3、腦幹神經反射（顫反射）消失。4、瞳孔散大或固定，對光線強弱無反應。5、腦電波消失，呈平直線。6、腦血液循環完全停止。

³ * 犯罪行為是否成立，須具有因果關係，請就「因果關係」之意義說明之，並就條件說，依何種方法來判斷因果關係之有無？請舉例說明之。【89 年基層特考三等】

* 甲與 A 因故爭執甚烈，甲突然自懷中取出尖刀將 A 刺成重傷後，急速逃逸。A 經路人呼叫救護中送醫急救，惟行經某路口時，因由乙所駕駛之大卡車闖紅燈，撞及救護車，致當場將 A 撞斃。試問甲、乙應負何刑責？【94 年警察人員特考三等】

丙之死亡有因果關係。

B 併合因果⁴：

如為數個具有累積關係的條件（即每一個條件並不足以單獨引發結果），則多數條件併合時，每一個條件均為結果的原因，每一個條件和結果間都有因果關係。例如：甲、乙各自下毒，其份量皆不足以致丙死亡，但甲、乙同時下毒，丙也因此死亡時，甲、乙之任何一個人的下毒行為，都是「不可想像其不存在的原因」，因此符合條件理論，甲、乙之下毒行為，與丙之死亡結果間，具有因果關係。

C 因果關係中斷：

因果關係進行中，如有他人之行為或自然事實介入，而支配結果時，則前行為與結果間之因果關係即為中斷。換句話說，在原有的因果關係中，因另有條件介入，而單獨地引發結果，則原條件（前行為）的原因性即被阻斷，而認為與結果間無因果關係。

例如：甲在乙的食物中下毒打算毒殺乙，乙在毒藥斃命前，因與丙爭吵，丙遂開槍殺乙。此時丙之開槍行為，單獨且完整的引發之死亡結果，而完全阻斷甲之毒殺行為，因而甲對乙之死亡結果即無因果關係，只能處以殺人未遂罪。或者，甲已將下毒之食物給乙吃，在毒未發前，乙回家途中因車禍身死，甲對乙死亡結果即不具因果關係。因甲下毒行為對乙之死亡已無任何效果，甲只能處以殺人未遂罪。

(2) 相當因果關係說：

本說認為，在一般情形下，有此環境、有此行為之同一條件，均可發生同一之結果者，則該條件即為發生結果之相當條件，行為與結果間即有相當之因果關係。換言之，在通常情形下均足以引起構成要件結果之行為，始具有因果關係，如在偶然情形下，始能引起結果者，便不具備因果關係。目前國內實務採相當因果關係說⁵。

例如：甲想殺乙，心想乙若搭乘飛機說不定會墜機，便說服乙搭機去旅行，結果乙所搭乘班機真的失事墜毀，無人倖存。正常情形下，讓他人去搭乘飛機不會發生死亡之結果，因此甲之說服行為與乙之死亡間即無因果關係。

(3) 重要性理論：

此說認為，刑法之所以要處罰行為，是因為該行為所造成的具體結果具有刑法的重要

⁴ 甲及乙互不相識，但均想殺死丙。某日丙生日，因丙愛吃巧克力，甲、乙各自製作摻入毒物之巧克力送予丙，然而不論是甲或乙之巧克力，單獨之劑量均不足以致死，只有合在一起之劑量始足以產生死亡之結果。由於丙貪吃。一次吃下甲、乙送之巧克力，因而毒發死亡。試問甲、乙應對丙之死亡結果負殺人既遂之刑責？【99年普通考試】

⁵ 最高法院 76 年台上字第 192 號判例：「刑法上之過失，其過失行為與結果間，在客觀上有相當因果關係始得成立。所謂相當因果關係，係指依經驗法則，綜合行為當時所存在之一切事實，為客觀之事後審查，認為在一般情形下，有此環境、有此行為之同一條件，均可發生同一之結果者，則該條件即為發生結果之相當條件，行為與結果即有相當之因果關係。反之，若在一般情形下，有此同一條件存在，而依客觀之審查，認為不必皆發生此結果者，則該條件與結果不相當，不過為偶然之事實而已，其行為與結果間即無相當因果關係。」

性，故造成具體結果的條件，必須同樣具有刑法的重要性，始可認為是原因。在因果關連判斷上，重要性理論係以條件理論為本，而在結果歸責上，重要性理論係考慮因果關連在刑法上之重要性而決定其是否為結果之原因，而有無刑法上之重要性，原則上唯有構成要件相當之條件（類似於相當理論），始為原因。因其區分因果判斷與結果歸責，為其後之客觀歸責理論奠定理論基礎。

※客觀歸責理論：

I 意義：

唯有行為人之行為對於行為客體製造或是升高了一個不被容許之風險，並且該風險在構成要件的效力範圍內實現，則該結果方可歸責於行為人。此一理論吸收「相當因果關係說」，同時以客觀歸責之標準限制「條件說」之過度擴張。

II 要件：至於客觀可否歸責，以下述標準定之：

A 製造不被容許之風險：

換言之，若行為人之行為雖然製造風險，卻是法律所容許，例如捷運或其他大眾交通工具司機的駕駛行為，雖然對乘客或路人的生命、身體、財產造成風險，不過該風險卻是法律所容許的，因此，如果司機遵守交通規則仍然發生事故，即不應對該事故負責，即客觀歸責應被排除。

另一方面，降低風險的行為，例如甲阻擋飛來即將射中乙心臟之飛刀，不料該飛刀仍射中乙之手臂。乙之受傷，雖係甲之阻擋行為所生，但若無甲之阻擋，乙可能已死在飛刀下。就此而言，甲既已降低乙死亡之風險，縱發生受傷之結果，亦不負客觀歸責。

此外，若該風險在法律並不重要，例如懲患某人於雷雨天外出散步，因而致該人被雷電擊斃，或懲患某人去搭飛機，致該人因飛機失事而殞命。由於散步或搭飛機而生之風險，並非法律上重要之風險，因而對該人之死亡即不負客觀歸責責任。此點與相當因果關係理論的判斷亦是一致的。

B 實現不被容許之風險：

行為人製造不被容許之風險，仍須該風險因而實現（即構成要件結果發生），該結果始可歸責於行為人。若結果之發生，非基於該風險所導致，則無風險實現可言，亦無客觀歸責。

例如：甲在路上超速駕駛汽車，因輪胎有瑕疵而爆胎，輪胎碎片導致路人乙受傷，由於爆胎並非超速所引起，則甲雖然違規，但仍不應將結果視為該駕駛行為所引起，因而即無客觀歸責可言。

相對的，如果行為人之行為係提高法律上具有重要性的風險，而行為與結果間之因果歷程相當，則雖實際上的因果歷程與行為人之主觀認知有所差異，行為人仍應負客觀歸責責任。例如：甲將不會游泳之乙從橋上丟下河，本意要淹死乙，結果乙沒被淹死，卻因從橋上掉落至橋墩致頸子折斷而死，則仍有客觀歸責，蓋該

死亡之結果和摔落橋下間有邏輯上之高度關聯性，而且該死亡結果亦非偶然不尋常之情形，從而甲仍須負責。

C 構成要件效力範圍內：

結果必須在構成要件之效力範圍內，或構成要件之保護效力所及者，始可歸責於行為人。如果構成要件不是為預防該等結果之出現而制定的話，就算該結果出現亦不能以該構成要件而歸責。

例如：母親目送幼兒上學，卻目睹其兒子過馬路時出車禍，其母因而精神崩潰。該精神崩潰之結果即不應歸責於肇事的駕駛。蓋過失傷害或過失致死罪之構成要件之保護目的，不在防護此種間接之精神傷害。另外，如為「同意他人之危害行為」，例如風大浪大的天候下，甲仍執意要船夫乙開船，船夫乙勸阻，甲不聽，仍執意要求出海，終至翻船，甲淹死。

(二)主觀構成要件：殺人之構成要件故意，包括直接故意或間接故意。

三、例題：甲發現同居女友乙最近常會因為瑣事與他吵架，他懷疑乙另結新歡，因而惱羞成怒萌生殺機。某日，甲於凌晨外出買酒與一把菜刀，決定要殺乙，在回途中突覺不妥而將菜刀丟棄路邊。甲回家喝酒後倒頭就睡，沒想到半夜被乙吵醒，兩人又發生爭吵，甲不堪其擾，憤而出門撿回先前丟棄的菜刀，狂砍乙致死。警方偵訊時，其酒測值達零點五九毫克。問：如何論處甲的行為？

【擬答】

(一)甲出門買菜刀可能構成刑法第 271 條第 3 項之預備殺人罪

1.構成要件該當性方面：主觀上，甲有殺害乙之故意。客觀上，關於甲是否已為殺人行為之著手，學說上素有「客觀理論」、「主觀理論」及「主客觀混合理論」，通說以「主客觀混合理論」作為著手與否之判斷標準，即當犯罪之意思已於行為中顯露，而該行為由行為人之整體計畫觀察，以客觀旁觀者的角度，在認知行為人對於犯罪過程之想像後，判斷是否已導致構成要件所保護之客體之危險。依題旨，甲購買菜刀後，未為進一步行為前即丟棄該菜刀，故難認對乙之生命法益構成危險，從而依通說，甲購買菜刀並不構成殺人行為之著手，僅係著手前之準備行為，而屬預備犯。

此外，甲雖將菜刀丟棄路邊，惟刑法第 27 條第 1 項中止犯之規定，乃限於著手實行後始適用之，故甲無從爰引該條中止未遂之規定，併此敘明。

2.甲無任何阻卻違法事由或阻卻罪責事由，成立本罪。

(二)甲將乙砍死可能構成刑法第 271 條第 1 項之殺人既遂罪

1.構成要件該當性方面：客觀上，甲之殺人行為與乙之死亡結果間，有條件理論上之因果關係及客觀可歸責性。主觀上，甲對其殺害行為有認識及意欲，具有殺人之直接故意。從而，構成要件該當。

2.甲無任何阻卻違法事由。

3.罪責部分：刑法第 19 條規定：「行為時因精神障礙或其他心智缺陷，致不能辨識其行為違法或欠缺依其辨識而行為之能力者，不罰（第 1 項）。行為時因前項之原因，致其辨識行為違法或依其辨識而行為之能力，顯著減低者，得減輕其刑（第 2 項）。前二項規定，於因故意或過失自行招致者，不適用之（第 3 項）。」第三項乃學說上「原因自由行為」之明文規定。

又原因自由行為之成立要件如次：

(1)對於犯罪之發生有故意或過失。

(2)對於陷於無責任能力或限制責任能力狀態有故意或過失。

如前述，甲有殺人之直接故意，又依題旨，甲係故意飲酒自陷於意識不清之精神障礙狀態，自符合原因自由行為之要件。從而，甲不得爰引刑法第 19 條第 1 項阻卻罪責、亦不得依第 19 條第 2 項減免罪責。

(三)競合：甲所犯預備殺人與殺人既遂二罪間，犯意各別，行為殊異，應予分論併罰。

貳、殺害直系血親尊親屬罪⁶

一、刑法條文：

刑法第 272 條：「殺直系血親尊親屬者，處死刑或無期徒刑（第 1 項）。前項之未遂犯罰之（第 2 項）。預備犯第一項之罪者，處三年以下有期徒刑（第 3 項）。」

二、犯罪構成要件：

(一)行為主體：須為行為客體之直系血親卑親屬。

(二)行為客體：須為行為主體之直系血親尊親屬。

(三)殺害直系血親尊親屬之構成要件故意。

參、義憤殺人罪

一、刑法條文：

刑法第 273 條：「當場激於義憤而殺人者，處七年以下有期徒刑（第 1 項）。前項之未遂犯罰之（第 2 項）。」

⁶ * 甲自幼被 A 收養，長大後因遊手好閒，時與 A 發生爭吵。某日，因 A 責其不知上進，乃憤而持刀將 A 殺害。同時，甲對其生父 B 將其送人扶養之事，一直懷恨在心，旋於殺 A 後，轉赴生父家將 B 砍斃。試問甲應如何論罪科刑？【97 年地方特考三等】

* 張三係 A 養子，因向 A 及其本生父親 B 索討金錢花用，均遭拒絕，憤而持刀先後將 A、B 殺死，問張三所為應如何論斷？又若張三與 A 終止收養關係後，才因上開原因殺死 A、B，張三所犯之罪有何不同？【102 年公務人員普通考試法律廉政刑法概要】

二、犯罪構成要件⁷：

(一)行為情狀，即「當場」：

被激起義憤之當場當地，著重於行為人受到刺激與其行為之間，在時間與空間上之緊密接合性。

(二)義憤：

係指其義憤之發生，係因直接見聞該不義行為，致一時受激而難以忍受者而言。

最高法院 91 年台上字第 529 號判決：「刑法第二百七十三條第一項所謂當場激於義憤而殺人，非祇以被害人先有不正行為為已足，且必該行為在客觀上有無可容忍，足以引起公憤之情形，始有其適用。本件上訴人於行為時既已與其前夫離婚，則被害人縱與其前夫交往，亦難謂係不正行為，況上訴人並非當場撞見被害人與其前夫有姦情，僅係因懷疑其事而邀被害人談判，引發口角而萌殺機，自與當場激於義憤之情形有間。」

肆、生母殺嬰罪⁸

一、刑法條文：

刑法第 274 條：「母於生產時或甫生產後，殺其子女者，處六月以上五年以下有期徒刑（第 1 項）。前項之未遂犯罰之（第 2 項）。」

二、犯罪構成要件：

(一)行為主體：嬰兒之生母。

(二)行為客體：生產中或甫生產後之嬰兒。

(三)行為時點：

即「生產時」或「甫生產後」，學者認為，「甫生產後」至遲應以生產完畢當日為限。

三、例題：甲男、乙女為一對年輕夫妻，因恐無力扶養小孩，乙甫將嬰兒丙生下後，甲、乙遂共同將丙悶死。試問：甲、乙之刑事責任如何？

【擬答】

(一)刑法第 31 條第 2 項規定：「因身分或其他特定關係致刑有重輕或免除者，其無特定關係之人，科以通常之刑。」依本規定，不具身分之人與具有身分之人倘若共同犯「不純正身分犯」（即行為人的資格在於加重、減輕或免除刑罰，若不具該特定之資格，僅能成立基本構成要件之犯罪，不能適用該加重、減輕、免除刑罰之規定，例如刑法第 272 條之殺害

⁷ 刑法第 273 條規定當場基於義憤而殺人罪。試說明：一、何謂「當場」？二、何謂「激於義憤」？【87 年郵政公路人員佐升】

⁸ A 與 B 為夫妻，於產前檢查得知 B 所懷之胎兒有畸型之缺陷，基於事前之謀議，由 A 於產後立即將嬰兒勒斃。問：A、B 之行為應如何處罰？【87 年警察人員特考三等】

直系血親尊親屬罪等)之罪時,不具身分之人應適用刑法第31條第2項科以通常之刑。
(二)甲、乙共同殺害丙,甲成立刑法第271條第1項殺人既遂罪,乙成立同法第274條第1項生母殺嬰既遂罪

- 1.客觀上,甲、乙具有共同殺害丙之行為分擔,主觀上,亦有殺人之犯意聯絡,故均該當殺人既遂罪之犯罪構成要件,且甲、乙之行為違法、有責,故甲、乙原應成立殺人既遂罪之共同正犯。
- 2.惟乙係丙之生母,且於甫生下丙後即殺害之,故乙亦成立刑法第274條第1項之生母殺嬰既遂罪。由於刑法第274條與第271條之間屬於法條競合之特別關係,乙論以第274條第1項生母殺嬰既遂罪為已足。
- 3.又甲係丙之父親,不具備刑法第274條之「生母」之身分,依刑法第31條第2項規定,仍應論以刑法第271條第1項殺人既遂罪。

伍、加工自殺罪⁹

一、刑法條文：

刑法第275條：「教唆或幫助他人使之自殺，或受其囑託或得其承諾而殺之者，處一年以上七年以下有期徒刑（第1項）。前項之未遂犯罰之（第2項）。謀為同死而犯第一項之罪者，得免除其刑（第3項）。」

二、犯罪構成要件：

(一)教唆他人使之自殺：

對於原無自殺之意之人加以教唆，使其產生自殺之決意，進而為自殺行為。

(二)幫助他人使之自殺：

對於已決意自殺之人，事前、事中予以物質或精神上之助力。

(三)受其囑託或得其承諾而殺之：

「囑託」乃被害人居於主動之地位，主動要求他人將其殺害；「承諾」則是被害人居於被動地位，由行為人主動發起，而被害人被動給予殺害之承諾。

三、免刑規定：行為人若係謀為同死而犯本罪，得免除其刑。

四、例題：

※甲男乙女係屬夫妻，乙因賭博輸錢負債累累，甲乃對之冷嘲熱諷並教唆乙女自殺，惟乙拒絕，問甲犯何罪？（93年司法四等）

⁹ 婦人甲久病臥床，又因其夫移情別戀，拋棄其母子二人，生活陷入困頓，心生絕望，乃攜同其五歲稚子乙，擬跳海自殺。在懸崖上，甲婦對乙童說：「和媽媽一起死好嗎？」乙童應允。甲婦遂抱乙童跳海。惟甲婦旋為路人救起，但乙童卻被海浪捲走，葬身海底。問甲之刑責如何？【94年警察人員特考四等】

【擬答】

(一)甲教唆乙自殺，乙拒絕，甲不成立刑法第 275 條第 1 項前段教唆自殺罪既遂罪

關於加工自殺罪，何時始告既遂，學者間有不同見解：

甲說：須發生自殺死亡之結果時，始告既遂。

乙說：僅須教唆或幫助行為完成本罪即為既遂。

以上二說，應以甲說見解較為可採，蓋刑法第 275 條所保護之法益亦屬生命法益，而刑法第 271 條至第 274 條，學說、實務對於該四條之犯罪以發生被害人死亡結果為既遂，並無異見，從而第 275 條在解釋上應無不同。質言之，本罪仍以對生命產生實害，即造成被害人死亡結果出現，方告既遂。

基此，由於乙拒絕自殺，死亡結果未發生，客觀構成要件不該當，自不成立刑法第 275 條第 1 項前段之教唆自殺罪既遂罪。

(二)甲教唆乙自殺，乙拒絕，成立刑法第 275 條第 2 項教唆自殺罪未遂罪

1.構成要件該當性方面：甲對其教唆乙自殺之行為具有知與欲，具本罪故意。惟有疑義者，係在客觀上，甲教唆乙自殺但乙拒絕，可否認為甲已達教唆罪之著手？關於本罪之著手，學者間有以下不同見解：

甲說：以被害人開始自殺行為為本罪之著手。

乙說：以教唆或幫助者開始教唆或幫助自殺行為即為本罪之著手。

若依甲說，由於本案中乙拒絕自殺行為，甲之行為尚未達於本罪之著手，僅屬於預備行為，惟因本罪不罰預備犯，故甲不成立犯罪。若採乙說，由於甲已開始教唆自殺行為，堪認其已達本罪之著手階段，故甲之行為應成立加工自殺罪未遂。

實務採甲說，學說則多採乙說。管見認為以乙說為可採，蓋本罪並非刑法總則之共犯規定，而係分則所獨立規定之犯罪構成要件，應無共犯從屬性之適用。從而，本罪著手與否仍應依教唆者之行為為準。是以，甲之行為成立本罪。

2.甲別無阻卻違法或阻卻罪責事由。

(三)結論：甲教唆乙自殺，乙拒絕，甲成立刑法第 275 條第 2 項教唆自殺罪未遂罪。

※婦人某甲久病臥床，又因其夫移情別戀，拋棄其母子二人，生活陷入困頓，心生絕望，乃攜同其五歲稚子某乙，擬跳海自殺。在懸崖上，甲婦對乙童說：「跟媽媽一起死好嗎？」乙童應允。甲婦遂抱乙童跳海，甲婦旋為路人救起，但乙童卻被海浪捲走，葬身海底。問某甲之刑責如何？

【擬答】

(一)甲抱乙跳海不構成刑法第 275 條第 1 項後段之得承諾殺人罪

本罪之成立係以得被害人承諾而殺之為構成要件，而承諾人必須具有承諾能力，其所為之承諾始為有效之承諾。所謂「承諾能力」，係指依被害人心智程度，有能力認知捨棄法益之意義及效果而言。

本題中，乙雖應允與甲一同赴死，甲似有得被害人乙之承諾，然乙僅 5 歲，顯無足夠能力認知捨棄生命法益之意義及效果，自無承諾能力，從而乙所為之承諾乃無效之承諾。是以，由於甲並未得被害人乙之有效承諾，客觀構成要件不該當，故甲不構成本罪。

(二)甲抱乙跳海構成第 271 條第 1 項之普通殺人既遂罪

- 1.構成要件該當性方面：客觀上，甲抱乙跳海致乙死亡，甲之行為與乙之死亡結果間有條件理論之因果關係，並具有客觀可歸責性。主觀上，甲認識其行為將致乙死亡，仍執意為之，自有殺人之直接故意，構成要件該當。
- 2.違法性：本例中，乙並無承諾能力，無法為有效之承諾，業如前述，從而甲不得援引得被害人之承諾而阻卻違法。又甲別無其他阻卻違法事由，其行為具違法性。
- 3.罪責：甲並無任何阻卻罪責事由。

(三)結論：甲構成普通殺人既遂罪。

陸、過失致死罪

一、刑法條文：

刑法第 276 條：「因過失致人於死者，處二年以下有期徒刑、拘役或二千元以下罰金（第 1 項）。從事業務之人，因業務上之過失犯前項之罪者，處五年以下有期徒刑或拘役，得併科三千元以下罰金（第 2 項）。」

二、犯罪構成要件¹⁰：

(一)行為主體：

- 1.一般自然人。
- 2.從事業務之人。

※業務：

I 定義：

最高法院 87 年台非字第 295 號判決：「刑法上所謂業務係指以反覆同種類之行為為目的之社會活動而言，至於執行此項業務，有無報酬，是否賴以為生，均與業務之成立無關。」

II 主要業務與附隨業務：

最高法院 71 年台上字第 1550 號判例：「刑法上業務，係指個人基於其社會地位繼續反覆所執行之事務，其主要部分之業務固不待論，即為完成主要業務所附隨之準備工作與輔助事務，亦應包括在內，且此項附隨之事務不問其與業務係直接或間接之關係，均屬於其所執行之業務範圍。」

¹⁰ 何謂「業務過失」？以安全人員的工作為例舉例說明之。【90 年調查人員特考三等】