

三版序

本書二版距今有六年之久，期間，刑法歷經數次修法，遂興起改版的動機。除了因應修正條文與更新德文新版文獻外，主要是盡可能地收錄最新的實務見解。最大亮點應該是增加全新 10 題案例，以豐富刑法案例研習系列書的內容，計有：教唆既遂故意與間接正犯、洩漏國防以外之秘密罪、不能安全駕駛罪與過失致傷罪之競合、肇事逃逸罪與遺棄罪、強制性交罪之「其他違反意願之方法」、加重強制性交罪、殺人或幫助自殺、妨害秘密罪之「非公開活動」、妨害秘密罪之竊錄行為以及竊盜罪之間接正犯或三角詐欺。讀者透過各種專題的解題演練，在潛移默化下不僅能對解題技巧了然於胸，更能舉一反三。除了以粗體字標示該題的解題重點外，同時也對每個專題提供進一步的相關觀念，以充實讀者的視野。本書得以順利出版，在此感謝新學林編輯群的細心校閱。

黃惠婷

2020.07.30

自序

有「一」就有「二」是邏輯上的必然，自 2006 年推出「刑法案例研習（一）」後，出版「刑法案例研習（二）」乃勢在必行。本書是刑法案例研習（一）的延續，其最大不同的特色是對於重要見解標明出處，因為引註是對學術的負責，對考試解題雖然效益不大，惟在兩相權衡下，本書儘量於必要之處加註，至於刑法案例研習（一）已論述過的概念就不再標示了。

本書內容架構分為二大部分，第一部分係有關案例解題之導引，這一部分是刑法案例研習（一）第一部分的延伸與詳解，雖已刊載於「月旦法學教室」，因其內容與解例有密切關聯，故將之收錄於本書內，以提高本書的閱讀性；第二部分搜羅四十則案例，讓讀者面對形形色色的具體案例時，能依第一部分之導引學習如何論證與解例。由於個人能力實在有限，對於解決系爭問題時，主要援引德國學界各種見解，故國內學者與實務看法即難以有圓滿周全的參閱與介紹，事實上，讀者對於後者的取得並不難，因此，如有遺珠之憾，另外可於答案中的適當之處加入，即可豐富內容，所以本書各案例的結論是個人對系爭問題於取捨後的立場。

本書得以完成，感謝新學林出版社編輯的惕勵與家人的支持，尤其，就讀小二的女兒於寫作期間不但在生活上自動自發，還天天督促本書的寫作進度，而外子與新學林編輯群的細心校閱，讓本書得以順利付梓，功不可沒，特此申謝。

黃惠婷

2008.06.01 華亞

目 錄

第一部分	刑法案例解題導引	1

第二部分	案例分析	21

第一題	失敗教唆與從舊從輕原則.....	23
第二題	刑法上的行為.....	29
第三題	職業風險的客觀歸責.....	35
第四題	緊急避難.....	45
第五題	原因自由行為結合客體錯誤.....	53
第六題	未遂犯之犯罪決意.....	61
第七題	方法不能.....	67
第八題	準中止犯之防止行為.....	73
第九題	準中止犯防止行為之「盡力」要件.....	79
第十題	客觀歸責與準中止犯.....	85
第十一題	參與犯之準中止犯.....	91
第十二題	共同正犯之著手.....	99
第十三題	不作為犯之共同正犯或幫助犯.....	107

第十四題	共同正犯之逾越行為.....	117
第十五題	間接正犯.....	125
第十六題	共犯之從屬原則.....	133
第十七題	未遂教唆或預備犯之教唆犯.....	139
第十八題	教唆既遂、教唆未遂或未遂教唆.....	147
第十九題	被教唆者改變犯意的行為.....	157
第二十題	教唆既遂故意與間接正犯.....	163
第二一題	過失犯之結果不可避免性.....	171
第二二題	正面容許構成要件錯誤.....	179
第二三題	幻覺犯.....	185
第二四題	偽證罪之罪數認定.....	191
第二五題	自首.....	199
第二六題	洩漏國防以外之秘密罪.....	207
第二七題	脫逃罪.....	217
第二八題	湮滅刑事證據罪之行為客體.....	225
第二九題	偽證罪之虛偽陳述.....	233
第三十題	教唆偽證與具結之性質.....	241
第三一題	指定犯人之誣告罪.....	247
第三二題	不能安全駕駛罪與過失致傷罪之競合.....	257
第三三題	肇事逃逸罪與遺棄罪.....	267
第三四題	強制性交罪之「其他違反意願之方法」.....	281
第三五題	加重強制性交罪.....	291
第三六題	生命的開始.....	305
第三七題	義憤殺人罪.....	311

第三八題	受囑託殺人罪	319
第三九題	殺人或幫助自殺	327
第四十題	強制罪之方法——目的關聯性	335
第四一題	妨害秘密罪之「非公開活動」	341
第四二題	妨害秘密罪之竊錄行為	351
第四三題	竊盜罪之間接正犯或三角詐欺	363
第四四題	「使用竊盜」或竊盜既遂	371
第四五題	竊盜或詐欺	381
第四六題	意圖與動機之區別	389
第四七題	侵占罪之侵占	395
第四八題	詐欺罪之財產損失	403
第四九題	擄人勒贖罪	409
第五十題	共犯或贓物犯	415

第一部分

刑法案例解題導引

壹、前言

刑法是法律規範中的一部分，相信不少初次接觸刑法的人對刑法各種抽象理論與專有名詞感到艱深難懂。國內雖有不少法律生，然能成為優秀的法律人卻不容易，其原因固然是多方面的，但學生如果能於吸收刑法基本知識的同時，也學習如何解決具體案例，讓汲取基本知識與案例解題相輔相成，肯定會有良好的學習成效。

值得注意的是，國內法律系的學生在升學主義與就業競爭的壓力下，仍有人不重視刑法基本知識的全面建立，唸書反而偏向針對國家考試的選擇性學習，也許應付考試沒問題，但將來可能沒有能力面對從未接觸過之新興或複雜的問題。因此，刑法初學者有必要一開始先理解刑法思維與體系架構，這對往後考場上的案例解題或解決工作上的法律疑難雜症提供基本能力，本文即在此目的下，試著引導法律初學者認識刑法與學習如何推演刑法案例，所提供者只不過是一種途徑與個人學習經驗而已。

因刑法理論深奧，初學者有必要先瞭解刑法的任務與特色，方能明瞭各種理論的依據、目的與彼此之間的關聯性，學習的最後目的則在於有能力獨立解決刑事案例，因此，如何解題是一項終究無法逃避的課題，且這項能力也關係各種考試成績的高低，學習推演刑法案例遂成為習法者最關切的焦點。本文參考德國文獻，先介紹刑法的任務與特色、刑法的體系架構以及案例解題應有的認識，以供國內初學者參考。

貳、刑法的任務與特色

一、法益保護是刑法任務

很少人能永遠或長久地過著離群索居的生活，人類基於生存條件的本質必須共同生活，互通有無以及彼此信賴，而人類得以共同生活，主要是遵循代代流傳下來的規則，這些規則逐漸累積形成社會規範。然而，既存規範的影響或施行不在於外在的強制力，而是建立在對於規範必要性的理解，以及透過內部懲罰予以保障，後者是對違規行為的反應，久而久之，遂建立起一套社會控制的整體機制。社會控制分別由各種不同的機構或團體承擔，小至家庭、鄰居、社區，逐漸擴大於學校、企業、宗教團體、聯盟或協會等，刑事司法只不過是在這體系中的一個環節而已。

事實上，僅憑社會規範並無法保障人類社會的共同生活，尚有賴於法律規範予以補充與強化，特別需要具有集體制約性的法律規範，方能保證現存規範的效力與抗制規範的破壞者。對此，國家與社會應擔負對多元社會中生活條件的保障以及排除現代社會人類生存危機的任務，而刑法最重要的就是透過國家制約，確保法律規範的不可破壞性，職是，刑法的任務是保障人類社會的共同生活，可稱之為一部保護與和平之規範。但另一方面也不能為了人類共同生活的保障，遂讓國家的刑罰權能恣意地擴大，以莫須有之名加諸於人民身上，故刑法有必要配合民族的整體文化及個人權利予以形式化¹，這也是刑法第 1 條開宗明義地確立「罪刑法定原則」的

¹ Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts AT, 1996, § 1 I, 1 f.

目的。

當然，不是所有干擾社會共同生活的行為皆是刑法處罰的對象，而是侷限於社會規範的基本價值。刑法僅保障生活上重要的利益與基本價值，刑法規範即是對生活上重要的利益經由積極價值判斷後而予以明文保障，故屬於社會倫理規範的刑法只是最低的道德標準。而這些基本的生活利益卻關係個人的生存價值與人格的開展，甚至攸關共同生活的永續發展，計有生命、身體的完整性、個人意思決定與行動自由、財產、交通使用安全、公共秩序與和平，以及國家內、外部的安全等，這些價值被納入刑法規範中而形成所謂的「法益」。反面傳達的意義是，所有的刑法規範均建立在對一個或數個法益保障的基礎上，例如殺人罪保護的單一法益是生命，而指定犯人的誣告罪一方面保障司法功能，避免公務機關因行為人的誣告誤導，而為無益的偵查或其他處分；另一方面也保障個人利益，避免被誣告者遭受不合理的國家調查，故保障的是數個法益。

二、刑法的特色與組成

刑法是集合可罰行為的要件及其法律效果的規定，其對犯罪行為的描述即是行為可罰的要件，例如依刑法第 271 條第 1 項規定，「殺人者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。」其中，「殺人者」是殺人罪的構成要件；「處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑」則是殺人罪的法律效果，因刑法是將犯罪人置於國家公權力行使之下，刑罰權由國家壟斷，禁止私刑，故刑法是公法的一部分，其有別於民法，而且針對禁止行為（不應為的行為）或誡命行

為（應有所作為）予以規範，法律效果主要是科以刑罰，刑罰係刑法第五章第 32 條以下的規定，上述的特色是刑法與其他具有關連性法律區別之所在。因刑法處理的是可罰行為的要件與效果，這些行為是刑事司法作用的對象，因此稱為「實體刑法」。

廣義的刑法主要是實體刑法、刑事訴訟法以及監獄行刑法。實體刑法又分為總則編（第 1 條至第 99 條）與分則編（第 100 條至第 363 條），如此區分是為了符合立法技術的需求，依形式與實質準則劃分為二部分。刑法分則描述各種犯罪類型的要件、法律效果與其他補充性質的特別規定，前者例如殺人罪、傷害罪、剝奪行動自由罪、竊盜罪、詐欺罪或擄人勒贖罪等；後者例如告訴乃論或特定親屬的刑之減免規定。不同的犯罪類型各有其保護的法益，法益的概念是一種判斷標準，提供立法者與司法者於制定和解釋法條時的參考，故分則是保障法益的目錄。又行為是否具可罰性或行為觸犯何種罪，科處何種刑罰，均規定於刑法分則中。分則也是刑事不法內涵的集大成，刑法總則與之相較，因為根本不具有獨立形成不法內涵的意義，故僅具有犯罪類型的補充功能²。

刑法總則是規定所有犯罪類型行為的可罰條件與效果的通則，這些規定對分則的所有條款具有普遍意義與共通性，例如分則各種犯罪類型的條款皆有時、地、人適用效力的問題（第 1 條至第 9 條），以 2006 年新刑法為例，新法廢除第 56 條連續犯後，則行為人連續違犯同一種犯罪應成立數罪併罰，假設連續行為發生於新法生效前、後時，則產生各行為之間應如何論罪科刑的疑義，而此間

2 Roxin, Strafrecht AT, Band I, 1994, § 2 VI, Rn. 16.

題可能發生於任何一種犯罪類型上。又在特殊情況下，殺人、傷害或剝奪行動自由等不同犯罪類型的行為，因為行為人出於正當防衛或依法令的行為，導致行為不罰（第 21 條至第 24 條）。行為雖符合分則對犯罪構成要件所描述的行為，卻可能因行為人不具有罪責能力而不罰（第 18 條至第 20 條）；放火、竊盜或擄人勒贖等行為如未發生犯罪之結果，亦皆有未遂犯或中止未遂的問題（第 25 條至第 27 條）。分則描述的各種犯罪類型可以是一人獨自實現，也可能是二人以上參與犯罪而完成，如獨行大盜搶銀行或二人參與搶銀行，總則乃對二人以上參與任何一種犯罪類型區分正犯與共犯（刑法第 28 條至第 31 條）。此外，總則也對於各種犯罪的法律效果，尤其是刑罰種類與保安處分予以明定，至於行為觸犯分則所描述的數個構成要件時，法條之間的關係與應如何評價行為人之數個觸法行為，乃屬於競合理論要解決的問題。以上都是分則所描述의各個犯罪類型延伸而出之抽象、形式的規定，也是刑法理論的核心問題。

參、案例解題之推演

一、必備的基本知識

工欲善其事，必先利其器，刑法案例解題最重要的準備工作是基本知識的具備，這些基本知識涉及刑法上的法律概念，由於刑法是規定犯罪構成要件與法律效果，由罪刑法定原則得出刑法的定

律：「誰做了什麼，成立了什麼罪」³。在這樣的前提下，刑法初學者首先應對一些重要的刑法分則所描述的犯罪類型有初步的認識。以刑法為考試科目，若案例涉及其他刑事法，例如毒品危害防制條例或槍砲彈藥刀械管制條例，可略過不論，僅針對刑法規定發揮即可。至於分則中哪些犯罪類型對初學者屬於重要而須先充分掌握其要件？應以殺人罪與傷害罪最常見，因為二罪是結合刑法總則各項問題的典型犯罪類型，特別是下列總則中重要的概念：因果關係、構成要件錯誤、阻卻違法事由、未遂犯、中止犯、參與犯、故意犯與不作為犯，例如行為人甲在深夜中看見林中採藥者的頭前燈，誤以為是羌鹿的眼睛而射殺，甲是否應負殺人罪？此處所涉及的是構成要件錯誤。其次，也可能透過財產犯罪理解總則的各種規定，如竊盜罪、搶奪罪或詐欺罪，只是財產犯罪牽涉主觀上的特定意圖，對初學者以此犯罪類型設例時，「不法所有意圖」往往不會成為系爭的問題重點，例如行為人基於不法所有意圖破壞他人門窗準備入內時，屋主正巧出現，這時系爭的重點在於：破壞保護財產的安全設備能否視為已著手實行竊取？

不管是初學者或進階者，對於解題而言，刑法總則之基礎與整體關聯的理解乃是不可或缺的知識，因為這關係著行為可罰性的條件，亦即成立任何一種犯罪的共同條件，此部分稱為犯罪論。刑法總則包括各種犯罪類型的一般理論，特別重視歸責原則，此原則決定行為人已實現分則所描述的構成要件時，行為人是否即應負此罪的刑責，例如甲基於殺害故意，對乙揮砍數刀，受重創的乙於救護

3 Tiedemann, Die Anfaengeruebung im Strafrecht, 1993, S. 1 f.

車送醫途中，遭違規駕駛的丙駕車撞擊，造成乙當場死亡。按刑法第 271 條第 1 項殺人罪的要件是「殺人者」，甲有殺人故意，揮砍數刀重創乙是殺害行為，乙最後也死亡，當殺人罪的構成要件已實現時，甲是否應負殺人既遂罪？又若該當犯罪構成要件的行為符合正當防衛，是否仍須對結果之發生負責任？設若不成立故意既遂犯時，是否成立未遂犯或過失犯？教唆他人犯罪，他人卻發生客體錯誤，結果是否應歸責於教唆者？這些歸責原則於總則中對行為可罰性的判斷，猶如分則中對可罰行為方式的描述一樣重要，刑法總則的各種理論可說是在解決責任的歸責問題。

雖然法律效果屬於總則的一部分，稱為刑罰論，但於案例解題時可以略過不提，不同於刑罰論的是競合論，其亦屬於實體刑法的一部分，於解題的最後必須說明各項罪名之間的競合關係，這部分反而在學習刑法分則的過程中較重要，因為同一行為可能觸犯各種罪名，罪名之間的競合問題無法避免。在 2006 年新刑法生效後，有關刑法的效力範圍也是案例系爭的重點，至於行為是否係刑法上的行為，除非是申論題，否則，罕以實例呈現。

當初學者透過對刑法全面性與系統性地學習而具有基本知識後，仍需要不斷地對刑法案例進行演練，尤其是截至目前為止尚未接觸過的問題應勇於挑戰，隨時充實解決問題的能力，也不能因為練習過一、二題有關正當防衛或緊急避難的案例，就認為已經能掌握阻卻違法事由，反而必須了解阻卻違法性的基本原則與相關的社會秩序規範，才能對從未看過的案例做出滿意的解答，否則，對刑法的認識若僅是透過數個案例拼嵌而成，得到的是支離破碎或浮光

掠影的片面知識，遇到變化題時將會陷入不知所措的窘境。

二、解題模式異於判決格式

刑法的考試題目大致上分為兩大類，一種是較少見的申論題型，申論題的作答技巧可以採概念式的鋪陳，基本問題先於特別問題，肯定與否定見解依序並列，甚至對一般陳述可透過案例輔以說明，但不能僅有案例或抽象的表達而已。以「何謂中止犯？」的申論題為例，可以先指出刑法第 27 條的條文，由條項中得出現行法分單獨正犯與參與犯的中止犯與準中止犯後，再論述中止犯的立法理由與新法為何增訂準中止犯，二者要件與法律效果各為何，同時穿插具體實例說明。只不過可能因申論題型較不務實，有時被戲稱為「童話考題」⁴。

另一種是常見的案例題型，案例題型的作答技巧有一套解題模式，這模式是為了回答系爭的問題，而針對各個參與者可罰性的部分問題進行推演，而且先以假設結論為自問自答地檢驗，最後得出假設結論是肯定或否定，以「甲基於殺害故意揮刀砍乙，因乙哀求放過他，甲遂讓負傷的乙離開現場就醫」為例，因為犯罪結果明顯未發生，故以「甲是否成立刑法第 271 條第 2 項與第 25 條殺人未遂罪？」開展解題模式。

刑法解題模式應依循檢驗格式，這與判決格式不同，判決格式首先呈現的是法官具權威且確定的審判結果，緊接著才說明判決結果的理由。相反地，檢驗格式常以條件式或虛擬式呈現，例如檢驗

4 Tiedemann, aaO., S. 38 f.

是否成立詐欺罪，則使用「甲必須先有行使詐術的行為」或「甲標示減肥特效藥是天然食品製成，甲的行為可能是行使詐術」等。唯有透過檢驗格式以及各個犯罪類型依一般犯罪論逐步推論，方能確保沒有忽略案例中所涉及的刑法概念。在檢驗過程中，有爭議的問題應陳述各種不同見解，至於已無爭議的概念或已有壓倒性的通說見解，則不需要解釋其理由，例如參與犯類型中的間接正犯，雖然法未明定，但實務與學界皆肯認此法律概念，則毋庸對此概念的存在與否下工夫。當然，對於初學者而言，決定何者已有一致性的見解，何者仍是爭議性的概念，並非是一件容易的事。較無疑義者大多是描述性的構成要件要素，例如竊盜罪的「動產」、殺人罪的「殺」或傷害罪的「傷害」，較困難的是規範性的法律概念，例如竊盜罪的「竊取」或義憤殺人罪的「義憤」，解題時對於後者應利用多一些時間闡述。

三、案例解題以人與行為為單位

刑法是描述禁止或誡命的行為，稱為行為規範，於案例解題時，判斷行為人是否有刑事責任，應從行為人的各個行為入手，涵攝行為是否符合刑法分則所描述的客觀構成要件要素，若符合數個犯罪構成要件，則須逐一檢驗，而具備如此判斷能力的先決條件是必須認識刑法處罰哪些行為，故有必要先熟悉刑法分則第 100 條至第 363 條。至於最後是否應負起該罪的刑責，則是總則犯罪論的重點。犯罪論系統地架構行為可罰性的條件，循序漸進推演系爭行為是否應處罰，乃是一種符合邏輯與務實的思維模式，掌握刑法體系

與體系下的要素對刑法案例的解題具有實際意義。

案例解題先以人為單位，再分別以人的行為分開說明，數個行為觸犯的法條之間若無主要與次要之分，可以時間發生之先後開始檢驗，而且作答僅針對題目提問之人的刑責進行，若題目最後問所有參與者的刑責，則對案例中所有參與者的行為逐一檢驗，且基於共犯從屬原則，也以正犯的刑責開始論述。例如甲酒醉開車載乙回家，途中撞到丙，乙下車查看後，告知甲實情，並催促甲趕快離開，丙延誤送醫而不治死亡。此例應先檢驗甲的刑責，分別是「甲可能成立刑法第 185 條之 3 醉態駕駛罪」、「甲可能成立刑法第 276 條過失致死罪」、「甲可能成立刑法第 185 條之 4 交通肇事逃逸罪」與「甲可能成立刑法第 294 條第 2 項違背義務遺棄罪的結果加重犯」。另外，再針對乙的刑責，「乙可能成立刑法第 185 條之 4 與第 29 條交通肇事逃逸罪的教唆犯」與「乙可能成立刑法第 294 條第 2 項與第 29 條違背義務遺棄罪之結果加重犯的教唆犯」。

四、解題架構的基本原則與注意事項

解題架構的基本原則源自刑法理論，具有某種程度上的強制性，以下列舉解題時應注意的基本原則：當探討參與犯刑責時，應優先檢驗正犯或直接實行犯罪者，理由是共犯具有從屬性，於正犯刑責確定後，共犯方有刑責可言，而間接正犯於直接實行犯罪者無刑責或發生錯誤下，可得出具有犯罪支配，故應先檢驗直接正犯。若所有參與者皆實行部分的犯罪構成要件，例如持刀共同殺害被害人或一位持槍施以強制，另一位搜刮錢財，則採共同檢驗的方式；

相反地，若參與者雖在現場，卻沒有實行犯罪構成要件，則分別檢驗，且以核心人物，亦即實行構成要件者先檢驗。即使不純正的參與犯也同理可推，如贓物罪以他人犯罪為前提，應先檢驗他人的刑責後，方有贓物可言。犯罪發生結果時，先檢驗既遂犯，再檢驗未遂犯，理由是先探討為何結果不能歸責於行為人的行為，排除既遂刑責後，才有未遂犯的問題。

至於檢驗行為是否成立未遂犯，主觀要件的「犯罪決意」先於客觀要件「著手實行犯罪」檢驗，因為行為是否已著手，視行為是否立即、直接實現犯罪結果，後者有賴於各個犯罪構成要件所描述的行為而定，而行為成立何種犯罪的未遂犯，又必須依行為人的主觀犯意。作為也應優先不作為之前檢驗，當作為已成立刑事責任時，毋庸評價其不作為，例如行為人基於殺害故意將被害人砍殺倒地，隨即離開，被害人因流血過多致死，行為人已成立故意殺人罪的作為犯，其未將被害人送醫急救的不作為不再論以不純正不作為犯，除非作為因特定事由而不罰，如正當防衛，方有討論不作為的必要。實害犯優先危險犯考量，例如行為人揚言教訓被害人，之後持棒傷害被害人，若成立傷害罪，恐嚇個人危安罪退居其次。基本犯罪類型優先結果加重犯，若問題重點在於基本罪是否成立，則對基本罪應多加論述；反之，當基本罪顯然毫無疑義，可以結果加重犯開展論述。

因為考試的作答時間有限，考生在短時間內一方面必須清楚題目的問題爭點，另一方面得思考行為成立何種犯罪，若匆忙下筆，最後才發現方向錯誤，時間卻已然流逝，所以建議考試時先將所有

題目瀏覽一遍，從較有把握的題目先開始，但也不要急著作答，先在草紙上擬答，建議以犯罪三階模式簡單註記重點並下結論，謹記「有行為才有不法，有不法才有罪責」的原則，預先擬答才能在整個卷面上四平八穩地推展論述，也可以避免潦草、塗改、遺漏或有跳躍頁數的補充作答。

囿於作答時間與記憶能力，解答陳述各種見解時，只要表示「依實務見解」、「依大法官解釋」或「部分學者主張」即可，判決字號或學者姓名對解題並不重要。若不確定見解是源自實務界或學界，也可以表示「有主張」與「反對見解認為」的對立方式呈現。通常有爭議性的問題若僅陳述一種意見時，在評價上當然不如羅列各種正、反意見者，因為案例解答的重點在於論證過程，學習與認識在法律上各種議題的不同見解很重要，再依據理性判斷何者較具說服力，甚至提出自己的看法，唯有廣角地學習，才能有容乃大。通說理論固然重要，但也不應忽略少數說，因為後者有可能成為明日的通說。最後，每一題案例可能是針對一個或數個刑法上重要的問題而設，尤其競爭較激烈的司法考試往往會牽涉數個犯罪構成要件，故解答時必須充分利用所有時間，同時兼顧問題的寬度與深度。

五、犯罪二階論或三階論？

案例解題應依刑法分則的構成要件予以分類檢驗，而非以刑法總則的概念為基準，例如並非以「甲與乙是否成立共同正犯」或「甲可能成立未遂犯」開展檢驗模式，而是「甲與乙可能成立強盜

罪的共同正犯」或「甲可能成立殺人罪的未遂犯」，透過階段性的檢驗後，最後得出行為人是否成立此罪，故刑法分則中的犯罪構成要件是判斷行為可罰性的開始，也是結束。刑法案例解題並沒有共同適用的檢驗模式，除了上述的共通之基本原則外，總則中的每種犯罪態樣各有其組成結構，大致上可分為故意的既遂犯、未遂犯、共同正犯、間接正犯、共犯、過失犯、不純正不作為犯與過失的不作為犯。

在犯罪論中，構成要件理論屬於核心基礎，對具體案例的解題很重要，在罪刑法定原則的要求下，國家的刑罰干預必須有法律依據，故刑法分則所描述的法定構成要件係判斷行為是否觸犯刑法的出發點，只是犯罪論中的「構成要件」不見得是分則所描述的要素，例如行為與結果之間的因果關係或客觀歸責問題對於故意既遂犯之認定即屬必要，這是成立結果犯的必備要件；相反地，並非所有分則所描述的要素亦都屬於犯罪的構成要件，例如屬於客觀可罰性要件的刑法第 238 條「致婚姻無效之裁判或撤銷婚姻之裁判確定」。不管何種犯罪態樣的檢驗模式，其在實質內涵上皆包括構成要件該當性、違法性與罪責性，其中，違法性應先於罪責檢驗，理由是刑法第 19 條第 1 項與第 2 項顯示此犯罪架構的原則，即判斷精神障礙或心智缺陷者是否能辨識行為的違法性或依辨識而行為的能力，故必須先有違法行為在先，因此，將二者顛倒檢視是一位受過法律教育的人不應該犯的錯誤。

區分違法性與罪責性較無爭議，二者分別針對客觀規範的違反與主觀一個人有所他為的能力，只是有否必要區分構成要件該當性

或違法性，則有不同見解。有主張構成要件該當性與違法性屬於整體的犯罪構成要件，二者合稱為不法，另外加上罪責性，故犯罪採二階論。此見解認為阻卻違法事由只不過是基於技術理由而存在，不應將其視為各個犯罪必備的構成要件，當不具有阻卻違法事由時，違法性只是一種消極的犯罪構成要件要素。惟這樣的主張對具體案例的法律適用不具決定性的意義，大概只有在案例解題時方有實際的影響，尤其發生容許構成要件錯誤時。

通說則反對上述見解，因為將違法性視為消極犯罪構成要件要素（負面犯罪構成要件要素），無法解釋行為若符合刑法以外的其他容許規範時，為何犯罪構成要件不該當？基於規範一致性原則，現行法第 21 條明定依法令之行為或依所屬上級公務員命令之職務上行為，也是阻卻違法事由而不罰，但這些民法（第 151 條自助行為）或行政法的容許規範不能以犯罪構成要件要素相稱，故具體行為唯有經過違法性檢驗後，才是充分的評價，而且以犯罪三階論方能說明只要符合任何一種容許規範，皆能阻卻行為的違法性，而使該當犯罪構成要件的行為成為合法。此外，主張犯罪二階論者認為不該當構成要件的行為與阻卻違法行為同義，此論點對以下情形難以提出合理的解釋：甲面臨乙施以現在不法侵害，甲只好傷害乙，並主張正當防衛，主張犯罪二階論者認為甲的傷害行為不該當傷害罪的構成要件，但無法解釋，當乙面臨甲不該當犯罪構成要件的行為時，為何得忍受而不能還擊？故只有犯罪三階論的見解方能得出，甲的正當防衛將一個該當犯罪構成要件的行為予以合法化，乙負有忍受被傷害的義務，因此，構成要件該當性與違法性是兩種不

同層次的價值判斷過程，在刑法體系與案例解題時應分別討論⁵。

六、「涵攝」與總結

在法律用語上有事實情況與犯罪構成要件之分，待檢驗的案件含有事實素材，解題者從中過濾出事實情況，接著逐步檢查部分的事實是否符合犯罪的法定要件，這樣的過程稱為「涵攝」。涵攝乃是對問題爭點做邏輯性的結束⁶，例如依刑法第 271 條第 1 項殺人罪的「殺人者」是犯罪構成要件，「涵攝」事實情況是否符合構成要件，則是「在本案中，甲故意持槍對乙之要害開槍，造成乙死亡，因此甲成立殺人既遂罪。」

在刑法原理下，對事實的涵攝是一種邏輯且井然有序的論證過程，透過對刑法原理解釋予以評價事實並得出結論，但法律用語往往既抽象又不夠明確，有必要經由解釋以瞭解其意義與適用範圍，而解釋就是對法律與事實二者為價值判斷。解釋通常有擴大解釋與限縮解釋之分，此二分法並非是指過程，也不是特定的解釋方法，只不過是針對解釋結果而言，例如加重竊盜罪的攜帶「兇器」，有依立法目的而解釋兇器係指依一般社會觀念或客觀上足以對人生命、身體安全構成威脅，且具危險性而言⁷；但有主張此認定標準過於廣泛，應限縮「兇器」的解釋，認為兇器除了客觀上具有危險性外，必須行為人攜帶器械是為了嚇退事主或抗拒逮捕之

⁵ Tiedemann, aaO., S. 115 ff.

⁶ Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 2005, Rn. 14.

⁷ 原最高法院 70 年台上字第 1613 號判例；原最高法院 79 年台上字第 5253 號判例；林山田，刑法各罪論（上），2002，頁 300 以下。

用，方是加重竊盜罪的「兇器」⁸。在案例解題時，決定系爭問題是否該當構成要件要素時，若有各種不同見解，於陳述各個意見後，建議緊接著說明系爭問題的可能結果，然後解題者再表達自己的立場。

當檢驗各個參與犯的各個行為是否符合構成要件該當性、違法性與罪責性後，緊接著檢驗是否有阻卻或解除刑罰事由，例如中止犯或自首等，原則上這些情形必須在案例事實中積極出現，方有檢驗的必要，否則，只要檢驗犯罪三階即肯定成立本罪。最後，對於所有檢驗過的行為應做一個總結，亦即各罪之間的競合問題。競合問題於解題時不能忽略，雖然解題者無須說明量刑結果，但競合是確定量刑的發展方向，其關係行為人應成立一罪或數罪。現行刑法有關競合種類規定於第 50 條與第 55 條，而第 55 條一開始即謂「一行為……」，且刑法是一部行為刑法，因此，以行為的單數與複數作為罪數的認定基準，是簡單又較容易判斷的方法，下列思考模式可供參考：首先判斷行為人的動作係行為單數或行為複數，若為行為單數，先考慮法條之間是否具有法律單數（或法條競合）關係；若不具有法律單數關係，則成立第 55 條想像競合。假設成立的數個罪名並非一個行為所造成，而係行為複數，這時先考慮法條之間是否有與罰前行為或與罰後行為的關係（補充或吸收關係）；若不具此情形，則成立第 50 條實質競合。

8 林東茂，刑法綜覽，2002，頁 277 以下；林東茂，加重竊盜——實務相關見解評析，月旦法學雜誌，第 71 期，2001/4，頁 156。

肆、結論

自有人類就有犯罪，所以刑法可以說是一部古老的法規範，刑法的核心任務是保護法益免受他人非法侵害，而怎樣的行為是刑法所禁止或誡命的對象，並科以刑罰，都必須遵守罪刑法定原則。刑法分為總則與分則，各有其特色與功能，初學刑法者必須先瞭解刑法的體系架構以及成立犯罪應具備哪些要件，其中，以犯罪三階論較合理且符合邏輯，掌握各種犯罪態樣的三階內涵，才能清楚認識刑法各種理論之間的關聯性。唯有對刑法有全面性的認識，才能對各種案例的解題培養舉一反三的能力，而增強解題能力的不二法門是多練習實例，以犯罪三階論按部就班地論證，不會出現跳躍式的思考，也不會遺漏檢驗刑法上重要的概念。當完成法律專業教育且具實務經驗的法律人，在面對案例時，毋庸透過犯罪三階論逐步檢驗行為的可罰性，即可憑著自己的法學素養下結論了。

第二部分

案例分析

第一題 失敗教唆與從舊從輕原則

甲女與有婦之夫乙發生婚外情，並導致乙與妻子丙之婚姻生變。1996 年丙因不堪感情上之痛苦，於乙開設的診所內服藥自殺，經乙即時趕回搶救而未果，但仍陷於昏迷中。甲得知後，打電話給乙，確定丙有寫遺書後，即告訴乙「寫說她是自殺的，這樣子成全她吧」，但遭乙反對。甲繼續舉出古代劉邦與李世民等例，要乙當機立斷。又在稍後的通話中，當乙反問甲「請問要怎麼解脫，難道要我再給她加藥，嚇死了」時，甲回稱「對，沒錯，是很狠！」但仍被乙回絕，甲的計畫因而未得逞。假設 2005 年 6 月甲經高等法院判決成立教唆殺人未遂罪，甲不服提起上訴，試問：最高法院於 2006 年 7 月前應如何適用法律？

壹、問題爭點

舊法第 29 條第 3 項未遂教唆的意義及性質為何？處罰未遂教唆的理由何在？從而，舊法以「未至犯罪」為要件是否得宜？因 2005 年 2 月 2 日修正刑法，並刪除本條項，依罪刑法定原則的規定，甲的行為應該適用舊法？還是新法？

貳、案例分析

一、甲是否成立刑法第 271 條第 2 項、第 29 條第 1 項教唆殺人未遂罪？

刑法第 29 條第 1 項規定「教唆他人使之實行犯罪行為者，為教唆犯。」甲必須出於教唆故意而為教唆，他人因此而成立犯罪。所謂教唆，係指喚起他人犯罪決意的行為，在本案中，當甲得知丙自殺獲救，並確定留遺書後，即對乙說「寫說她是自殺的，這樣子成全她吧。」尤其一再以劉邦（弑殺功臣）及李世民（殘害手足）之史實，以古況今。並於乙稱「難道要我再給她加藥？」時，接稱「對，沒錯，是很狠！」足認甲之前所稱「成全她」之意思，係在唆使乙應「當機立斷」，利用丙留有遺書之機會，將丙予以毒害。甲的唆使行為肯定出於教唆故意，而且符合雙重教唆故意，即教唆行為故意以及教唆他人犯罪既遂的故意。只是甲的教唆行為並沒有喚起乙殺害丙之決意，基於共犯從屬原則，乙不成立任何犯罪型態的正犯，因此，甲不成立教唆犯。

二、甲是否適用舊法第 271 條第 2 項、第 29 條第 3 項教唆殺人未遂罪？

（一）罪刑法定原則

依刑法的罪刑法定原則，哪些行為是刑法上的犯罪以及應如何處罰，必須在行為之前透過法律明確加以規定，因此，刑法第 1 條規定「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限。」在本案

中，甲雖然不成立第 29 條第 1 項的教唆他人犯罪的教唆犯，惟甲有教唆故意與教唆行為，而新法於 2005 年修正時雖刪除第 29 條第 3 項，但甲的行為發生於 1996 年，故應考慮是否適用舊法第 29 條第 3 項。本條項規定「被教唆人雖未至犯罪，教唆犯仍以未遂犯論。但以所教唆之罪有處罰未遂犯之規定者，為限。」依此，被教唆人雖未至犯罪，教唆者仍以未遂犯論，其不同於依第 1 項與第 2 項而成立的教唆未遂，而是學說上的未遂教唆。

國內多數學者認為¹，舊法的未遂教唆包含教唆者出於教唆故意，已開始實行教唆行為，但被教唆人尚未知悉教唆意思；或雖然已知悉，但被教唆人拒絕實行；或被教唆者已產生犯罪決意，但尚未著手實行犯罪行為等情形。在本案中，甲教唆乙殺害丙，雖然教唆內容已達於乙瞭解的程度，但為乙當場拒絕，甲的教唆行為屬於未遂教唆中的「失敗教唆」。

按舊法之所以例外處罰未遂教唆，是因為這種行為具有漸升的危險性，其危險性建立在教唆者著手實行教唆後，對他人的犯罪因果歷程不再能支配（即使稍後有阻止行為，也屬中止犯的問題），這時不像單獨正犯一樣，隨時可依自己的喜惡取消犯罪計畫²。此處罰理由對正犯已答應執行犯罪的情形言之有理，教唆者的確對於

¹ 如林山田，刑法通論（下），2005，頁 104 以下；林鈺雄，新刑法總則，2018，頁 468 以下；但有學者以教唆未遂稱之，至於被教唆者達於未遂階段時，則稱為狹義的教唆未遂，甘添貴，刑法案例解評，1999，頁 180 以下。另有學者將被教唆者著手於犯罪，被教唆者並沒有成功的情形歸納為未遂教唆的一種，甚至於認為未遂教唆的概念屬多餘，統稱為教唆未遂即可，黃榮堅，基礎刑法學（下），2006，頁 886 以下。本文認為未遂教唆是教唆者的行為達於未遂，是針對教唆者的行為而論；教唆未遂是教唆他人犯罪，該犯罪達於未遂，是針對正犯而言，二者概念不同，評價也有不同。

² Roxin, Strafrecht AT, Band II, 2003, § 28 Rn. 5.

自己製造的風險已失控，故具有應罰性，然失敗教唆的情形也處罰，卻有商榷的餘地。因為正犯當場拒絕犯罪時，教唆行為未發生誘導作用，這時根本沒有開展犯罪因果歷程，何來風險失控？即使教唆者具有犯罪故意而且著手教唆，但不像正犯的未遂犯一樣，對他人法益侵害在時、空上具有密接關聯，而足以震撼人心。又間接正犯的著手認定，依通說見解，幕後利用者若放任可能發生結果的因果歷程獨立運作與進行時，亦為間接正犯的著手³，但為何對可罰的教唆犯著手行為之認定比間接正犯的著手時間還早？乃是刑罰不當的擴張。然依上述國內多數學者對舊法「未至犯罪」要件的解釋，因為殺人罪有處罰未遂犯，甲的失敗教唆於行為時符合第 271 條第 2 項與第 29 條第 3 項，成立教唆殺人未遂罪。

（二）從舊從輕原則

國家對違反刑法者得科以刑罰或剝奪人身自由的保安處分，這些嚴厲手段應於行為人能事先預見或預計的情況下，方得適用，故在罪刑法定原則的要求下，引申出禁止溯及既往，其係指禁止刑法在事後惡化行為人的法律地位，使行為人蒙受在行為當時不可預見或不可預計的罪與刑⁴。從而，刑法第 2 條第 1 項前段規定「行為後法律有變更者，適用行為時之法律」，乃是將隱藏於第 1 條罪刑法定原則中之「禁止溯及既往」予以具體化。2005 年新法將本條項「行為後法律有變更者，適用裁判時之法律」修正為「適用行為時之法律」。事實上，不管採從新或從舊，其結果並無不同，修正理由中指出是為了配合第 1 條罪刑法定原則之精神而已。

3 黃惠婷，間接正犯之「著手」，月旦法學教室，第 24 期，2004/10，頁 16-17。

4 林山田，同註 1，頁 83 以下。

至於「法律有變更」係指足以影響行為可罰性的範圍以及其法律效果的一切法令之修正或廢止，甚至於依刑法施行法第 8 條之 1 規定，追訴權時效或行刑權時效變更時，應適用最有利於行為人的規定。但是否包含刑事法律以外的其他法律或行政規章或命令的變更？實務認為應限於刑罰法律的變更，行政法令縱可認為具有法律同等之效力，但因其並無刑罰之規定，故不適用之⁵；反對見解則認為，若構成要件屬於有待補充的空白構成要件，行政規章或命令雖不具法律形式，且無刑法的實質內涵，然與空白構成要件結合，足以影響行為可罰性的範圍，也應屬本條項的法律變更⁶。又因本條項規定「法律變更」，故行為後針對法律爭議的最高法院刑事大法庭裁定見解有變更，並無禁止溯及既往之適用。

依新法第 2 條規定，除了沒收、非拘束人身自由之保安處分適用裁判時之法律外，原則上採從舊原則，只是本條第 1 項後段又規定：「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」，因此，不管修法前後的從新或從舊原則，結果皆為從輕原則，即使溯及既往而有利於行為人，也不會違反罪刑法定原則。職是，行為後法律變更為不處罰，依但書規定，假設案件已進入刑事程序中，若仍於偵查中，檢察官應為不起訴處分（刑事訴訟法第 252 條第 4 款）；若在審判中，法院應諭知免訴之判決（刑事訴訟法第 302 條第 4 款）；若在裁判確定後，不影響裁判確定力，但影響裁判之執行，依本條第 3 項規定，免其刑之執行。

在本案中，甲於 2005 年 6 月經高等法院判決成立教唆殺人未

⁵ 原最高法院 51 年台非字第 76 號判例。

⁶ 林山田，同註 1，頁 121 以下。

遂罪，甲不服，提起上訴，最高法院於 2006 年 7 月前審理本案時，雖 2005 年 2 月 2 日修正公布的新刑法刪除第 29 條第 3 項，但立法者為了避免修正後適用之困擾，乃於刑法施行法第 10 條之 1 明白規定，新法自 2006 年 7 月 1 日起施行，故甲於行為時及高等法院裁判時，刑法第 29 條第 3 項仍屬有效施行之法律，高等法院論處甲教唆殺人未遂罪刑，並無違法可言⁷。

參、結論

甲教唆乙殺害丙，雖為乙拒絕，但依舊法第 29 條第 3 項規定，此失敗教唆屬於可處罰的行為，因本條項於行為時與判決時仍屬有效施行之法律，高等法院論甲成立教唆殺人未遂罪，適用法則並無不當，只是於 2006 年 7 月後，甲的刑期有尚未執行完畢者，免其刑之執行。

⁷ 參考最高法院 94 年度台上字第 3738 號。

第二題 刑法上的行為

甲女在沒有關車窗下駕車沿著山壁下山，途中遇到進香團沿山路上山，突然乙由鼓車後座施放鞭炮以示迎接，拋出的鞭炮正好落在甲車內，並在車內爆開，甲因驚嚇而失控，向左衝撞正徒步上山的團員，甲因避免車子墜崖，再將車轉向右邊山壁而撞上丙，丙當場死亡。試問：甲是否有任何刑責？

壹、問題爭點

在現代刑法理論中，行為概念具有不同的基本任務，而刑法意義上的行為係一個可處罰行為的上位概念。由行為判斷行為人是否成立故意犯或過失犯、作為犯或不作為犯，故行為係各種犯罪類型的基本元素。行為概念也具有實際意義，因為對刑責的判斷，此概念可以先將不處罰的行為或動作排除於構成要件是否該當之外，因此具有區別的功能。至於刑法上的行為應具備何種要件，則係判斷是否成立犯罪各階前應先確定的前提。從而，甲因鞭炮在車內爆開，造成駕駛失控撞上丙，應先判斷是否為刑法上的行為，又失控前未關上車窗的行為是否有過失刑責？此為本案例爭點所在。

貳、案例分析

一、甲駕車失控衝撞丙是否成立刑法第 276 條過失致死罪？

(一) 丙因甲開車撞擊造成死亡，死亡結果已發生。

(二) 有疑義的是，甲的行為是否係刑法上的行為？何種行為是刑法上的行為概念？在學說上尚有爭議。惟依據各種行為理論，刑法上的行為至少應具備下列要件¹：

1、人類的行為

只有自然人才具有行為能力與罪責能力，故刑法處罰的對象係自然人所為的犯罪行為或可歸責於特定自然人的行為，自然災害或動物的行為不具有刑法上的行為性質，除非洪水係人為引起或飼主唆使動物咬人，甚至飼養動物，卻疏於監督而侵害他人的過失行為，飼養動物屬人類行為。

2、外在的身體行為

思想無罪，僅係想法、意念或希望的內心意思形成並非行為，而必須有外在可見的身體行止，方是行為。在各種行為理論中，社會行為理論成為通說，認為刑法僅對造成社會損害的行為予以處罰，如果行為不具社會重大意義者，在刑法上也不具意義。所謂社會重大意義係指任何一種行為涉及個人對其外在世界的關係，行為人在所追求或不希望的結果發生後，其行為為於社會領域內可以成為與價值關聯的判斷對象者，肯定行為具有社會重大意義。刑法上的行為包含積極作為與消極的不作為，後者只要行為人對結果不發生

¹ 林山田，刑法通論（上），2005，頁 187 以下；Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 2019, Rn. 144 ff.; Roxin, Strafrecht AT, Band I, 1994, § 8 Rn. 1, 60.

不為任何影響，而此影響係法律上所期待者即已足。

3、意思所控制的行為

外在行為的控制必須係內在意思的影響所造成，至於是否出於故意或具備罪責能力，在所不問，因此，小孩、精神病患或喝醉酒者的行為可以係刑法上的行為。

（三）基於上述觀點，以下情形並非刑法上的行為²：

1、完全無意識的動作

例如熟睡中、夢遊中、昏迷中、在酒精或毒品影響下而完全癱瘓者的身體反應。有爭議的是，催眠下的動作是否係刑法上的行為？有主張不是刑法上的行為，但有主張係刑法第 19 條精神障礙或心智缺陷者的行為。類似情形也發生在乩童起乩下的行為，解決此問題有賴精神醫學的專業鑑定。

2、直接強制力所造成

行為人的動作係因機械式的不可抗拒之力量所直接造成，例如遭人推倒而壓傷第三者。相反地，間接強制力所造成的動作，例如遭他人持槍威脅，只好傷害第三者，這種情形仍係刑法上的行為，僅考慮行為人是否有阻卻違法事由或寬恕罪責事由。

3、反射動作

這是經由毫無意識下的生理反應動作，純粹的本能行為或意志所無法控制的驚嚇行為，如此的動作與意思決定無關。相反地，即決行為下的反應係意思操控下的結果，屬於刑法上的行為，例如行為人基於「義憤」而殺人或以手揮趕黃蜂，造成機械操作失控而傷人。而自動化的行為係在潛意識下的反覆動作，例如開車踩油門，

² Wessels/Beulke/Satzger, aaO., Rn. 150 ff.

也是刑法上的行為。

在本案例中，甲沿山壁開車下山，突然因鞭炮掉進車內爆開，造成駕駛失控，偏向山崖的一邊，因避免墜崖，再將車轉向山壁，導致衝撞徒步上山的丙而致死。如果運動神經的反應並非出於心靈的影響，而係由接收中樞傳輸到運動中樞後的直接身體反應時，則有如眼睛遭受碰撞後，即會眨眼一樣。甲因鞭炮在車內爆開，駕駛失控先衝向山崖，再轉向山壁而衝撞丙，此瞬間的連續反應係鞭炮炸開後的直接反射動作，難以證明甲衝向山崖再轉向山壁的動作係出於意思可操控下的行為。甲在驚嚇後的失控行為雖造成丙死亡，衝撞行為非刑法上的行為，不具有刑罰的譴責性³。

二、甲先前未關車窗行為是否成立刑法第 276 條過失致死罪？

丙因甲衝撞而死，甲基於驚嚇失控的衝撞行為而不處罰，但甲失控前的行為——未關上車窗——是否應負過失刑責？甲的前行為——未關車窗——係一個意志可控制的外在身體行為，因為甲行車沒有關上車窗，造成乙燃放鞭炮時，鞭炮方掉進車內，未關車窗係鞭炮在車內爆開的原因，而對於過失結果犯而言，任何一種具有行為不法與結果不法的行為，包括源自前行為，都可能成立過失犯。

（一）結果原因

行為與結果間是否具有因果關係以條件理論為判斷標準，在本

³ 此結論雖與實務判決結果相同，但論理卻不同，士林地方法院 86 年度交訴字第 57 號、臺灣高等法院 87 年度交上訴字第 137 號、士林地方法院 88 年度交訴更字第 1 號。

案例中，如果甲事先有關上車窗，鞭炮就不會掉進車內並爆開，隨而造成駕駛失控衝撞丙，因此，甲未關上車窗的行為與失控撞擊丙致死的結果間具有因果關係。

（二）行為不法

刑法第 14 條第 1 項規定「行為人雖非故意，但按其情節應注意，並能注意，而不注意者，為過失。」因此，過失犯的行為不法係結果發生具有客觀可預見性以及行為違反客觀注意義務，亦即行為製造法律上所不容許的風險，因而導致他人法益遭受破壞或危險。在本案例中，甲因未關車窗而造成鞭炮掉進車內爆開，除非甲先前已經有聽到進香團燃放鞭炮，否則結果不具有可預見性，且沿著山壁開車下山或開車遇到進香團，並沒有規定駕駛者要關車窗，因此，甲開車行為所含的不作為要素——未關上車窗——並沒有製造法律上所不容許的風險，行為不具不法，甲不成立過失致死罪。

參、結論

甲開車衝撞丙致死的行為，非刑法上的「行為」。又甲在鞭炮爆開前未關車窗的開車行為並沒有製造法所不容許的風險，甲的行為不處罰。

第三題 職業風險的客觀歸責

甲與妻子乙離婚後，屢次要求復合，均遭乙拒絕，因此懷恨在心。某日深夜，甲跑到乙住處縱火，當消防車來到現場滅火時，消防員丙聽說裡面有人，於是衝進裡面救人，卻因樓層坍塌而葬身火窟，乙的住處也燒燬。試問：甲的刑責為何？

壹、問題爭點

故意結果犯之成立以行為與結果間具有因果關係為必要，因果關係應如何認定？只要行為與結果間具有因果關係，則行為人對結果的發生即應負刑責嗎？刑事責任應如何認定與分配方為合理？尤其，從事特定職業者負有排除危險的義務，若履行此職務時，因而造成自己法益受損，損害結果是否應由製造風險者承擔？

貳、案例分析

一、甲考慮成立刑法第 173 條第 1 項放火罪

（一）現供人使用的住宅

本罪客體之一住宅係指供人居住生活之房屋或房間整體而言，住宅等客體必須是現供人使用或現有人所在。所謂「現供人使用」

係指住宅事實上在放火當時被充當居住使用；不以行為當時真的有人在裡面為要件。在本案中，甲縱火的客體是乙的住處，肯定係現供人使用的住宅。

(二) 放火燒燬

甲須有放火行為，其係指引起行為客體燃燒之原因行為，即使將引燃物撤離行為客體、或將引燃部分撲滅，行為客體尚可獨立繼續燃燒者，亦為放火。行為結果必須造成客體燒燬，方為本罪既遂。行為客體的特定使用目的完全喪失，固為燒燬，即使客體部分毀損，但造成其特定的使用功能喪失而無法使用時，亦屬既遂，又放火行為與完全燒燬或部分燒燬之間必須具有因果關係。今甲對乙住處縱火，並造成燒燬，肯定客觀構成要件已成立。甲具有對現供人使用之住宅的放火故意，違法性與罪責性皆成立，甲成立本罪。

二、甲考慮成立刑法第 353 條第 1 項毀壞建築物礦坑船艦罪

建築物係指四周有門壁，上有屋蓋，足以遮風避雨且定著於土地上的工作物而言，乙的住屋屬於本罪的客體。毀壞係指破壞建築物的主要部分，使建築物的主要效用或一部效用喪失者，今乙住處遭燒燬，甲對此也具有故意，違法性與罪責性皆成立，甲成立本罪。

三、甲對丙的死亡是否成立刑法第 271 條第 1 項殺人既遂罪？

(一) 死亡結果

丙衝入火宅救人，卻葬身火窟，死亡結果已發生。

（二）因果關係

丙的死亡必須與甲的縱火行為具有關聯性，亦即甲的行為與丙的死亡結果間具因果關係。依條件理論，具有刑法意義的原因係造成具體結果所不可想像其不存在的每個條件，倘可想像其不存在而具體結果仍會發生者，即非刑法上的原因。在本案例中，甲縱火燒屋，丙衝入屋內救人，因樓層倒塌而葬身火窟，甲的縱火行為與丙的死亡結果間肯定具有因果關係。

（三）客觀歸責

自然科學意義上的因果關係對於行為與結果的關聯雖屬必要，但不足以認定行為與結果間具有刑罰性的關聯。在學術上提出各種修正理論，目的是避免條件理論過度擴張結果的歸責範圍。我國實務界多採相當因果關係理論，學界則提出客觀歸責理論。

1、相當因果關係理論

依相當因果關係理論，並非造成結果的所有不可想像其不存在的全部結果條件皆為原因，而係只有與構成要件相當的條件，方為刑法意義的原因。至於條件是否相當，必須依經驗法則為客觀判斷，綜合行為當時所存在的一切事實，為客觀之事後審查，在通常情況下，有此環境、有此同一條件，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；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，其行為與結果即無相當因果關係¹。然有實務判決採客觀歸責理論，例如被害人自車禍至死亡間近半年內，被害人由清醒出院，經二次跌倒、多次發燒，終至

¹ 最高法院 76 年度台上字第 192 號。

死亡，並非被告製造並實現危及生命之風險，自非其負責之領域，無客觀歸責可言²。近期更指出結果發生是否可歸責於行為人，除應具備條件上之因果關係外，尚須行為人之行為對行為客體製造法所不容許之風險，而該風險在具體結果中實現（即結果與行為之間具有常態關聯性，結果之發生在規範之保護目的範圍內），且結果存在於構成要件效力範圍內，該結果始歸由行為人負責³。在本案中，依相當因果關係理論，丙因為進屋救人，才葬身火窟，死亡結果與甲縱火行為不相當，屬偶然、意外的事實，甲無須對丙的死亡負責任。

相當因果關係遭致批評的理由是於通常情形下，縱火而造成消防隊員喪生，涉及「可能性」的問題，而「可能性」的判斷又以相當、完全脫軌或偏離常態等不確定法律概念為標準，難以精確地判斷何者係法律上的原因。又因為相當因果關係理論係依據經驗法則判斷結果發生的「可能性」機率，因此，並非係探究行為與結果相關聯的因果關係，而係判斷結果可否歸責於行為人的規範問題，從而學界乃提出客觀歸責理論以取代之⁴。

2、客觀歸責理論

因果關係之認定係依自然法則的關聯性，以條件理論為基準。至於結果是否可歸責，則依客觀歸責理論。此理論主要論旨如下：行為人的行為對於行為客體製造一個法律上重要的危險，且該危險在具體事件中實現構成要件該當結果，因而發生的構成要件結果歸

2 最高法院 96 年度台上字第 5992 號。

3 最高法院 108 年度台上字第 3842 號。

4 林山田，刑法通論（上），2005，頁 213 以下。

責於此行為。目的係讓無法自圓其說的條件排除於刑責之外，令刑罰更公平合理。行為人欠缺製造法律上重要的危險時，行為不處罰，而行為人雖製造法律上重要的危險，危險卻沒有實現結果時，考慮成立未遂犯⁵。

1) 製造法律上重要的危險

在現今社會中不管是合法或非法行為有太多係對他人法益製造風險，以積極方式臚列，範圍無限，故以下說明是以消極方式排除之。學者對下列情形認為沒有製造法律上所不容許的風險，較無爭議：

(1) 損害結果的發生不在人類操控能力的範圍內，例如在一個天候不佳，卻不至於被警告禁止出海的情況下，行為人慫恿被害人出海釣魚，被害人認為機不可失，於是大膽出航。事實上，行為人希望被害人遇上強風造成船難而死。果真如行為人所願，被害人遇上強風大浪，發生船難而死；或例如在颱風季節中，行為人慫恿他人登山，希望被害人遇上颱風受困死亡，果真如行為人所願。在上述例子中，行為人無法操控大自然，且被害人經驗或智識程度與一般人無異，具有判斷能力，選擇係出於自由，屬自我負責範圍，否定行為人製造法所不容許的風險。

(2) 社會相當的行為並非法律所不容許，此行為雖然可以預見損害結果的發生，卻係法律規範所容許，例如核能廠的設置、汽車或飛機等交通工具的生產與使用或販賣非違禁物的刀械等行為，這些行為雖預見會造成損害結果，但因應現代生活的需求且符合社

⁵ 以下參閱 Rudolphi, in: SK-StGB, 2001, vor § 1 Rn. 62; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 2019, Rn. 261 ff.; Roxin, Strafrecht AT I, 1994, § 11 Rn. 36 ff.

會利益而容許其存在。甚至於人與人之間的社交往來行為，也沒有超越容許風險的界限，例如透過拜訪將一般流行性感冒傳染給他人，希望他人因感冒併發症而死亡，得到流感並未禁止從事社交活動。

(3) 降低風險，卻沒有對行為客體製造新的、獨立的危險者；易言之，行為人的行為目的是降低對被害人已存在的風險。例如行為人猛推被害人，造成由空而降的降落物擊中被害人的腿部致傷。行為人的目的在於避免降落物重創被害人的頭部，導致更嚴重的傷害或死亡。相反地，有人要求行為人將致死的毒藥置入第三者的飲料中，行為人於答應後心生後悔，但陷於由不得已的情形，只好以其他不會致死的藥粉代替，造成第三者昏迷，讓小偷竊取財物得逞。行為人的行為固然對第三者的法益降低風險，卻製造一個新的、獨立的風險，損害結果仍客觀歸責於行為人的行為，下藥迷昏行為考慮是否有阻卻違法事由或寬恕罪責事由。

2) 危險實現

行為人製造法律上重要的危險後，危險實現構成要件該當之結果，方能歸責於此危險行為。同樣以較無爭議的消極排除方式，說明行為人所製造的危險欠缺實現：

(1) 結果的實現係一種非尋常、偏離常態的損害結果，或事件的發展過程超乎生活經驗，例如行為人毆打被害人成傷後，任不能動彈的被害人留在犯罪現場，造成被害人稍後被雷電擊中而死。

(2) 結果的發生超乎行為所違犯之規範的保護目的範圍，例如行為人基於殺害故意，對被害人揮砍數刀，被害人在送醫途中，救護車卻遭違規駕駛的第三者迎面撞上，被害人當場死於車禍。被

害人並非死於行為人製造的刀傷危險，而係任何一位駕駛人都可能因違規駕駛而實現的生活風險，因此，行為人的行為欠缺構成要件（行為所違犯之規範）典型的危險關聯，死亡結果應歸責於違規駕駛的第三者；換言之，非傷害構成要件的效力範圍內。

（3）結果的實現係因第三人、行為人本身或被害人自己第二次完全新的危險而完成，則結果與第一次的危險行為不再具有價值關聯。例如行為人對被害人下致死的毒藥，被害人回家肚痛難忍，於是懸樑自盡，被害人的死亡係因自己製造第二個且完全新的獨立危險所實現，結果應歸責於被害人的第二次行為。

在本案中，甲對乙宅縱火，乃係製造法律上重要的危險。問題是，丙衝入火窟造成死亡，甲的行為是否實現危險？學者對此有不同的見解：

肯定說認為，行為人對於特定法益製造法律上重要的危險，造成第三者有義務採取危險的拯救措施，若因而死亡時，肯定一個經由自我危害所導致的損害結果應客觀歸責於行為人的行為。理由在於：拯救者依法律有義務排除他人危險，若不履行此義務，則可能觸犯法令，例如成立不純正不作為犯。因此，拯救者為了避免他人法益受侵害，才不得已自陷於行為人所製造的危險中，履行義務係出於被迫而不自由。況且，行為人透過危險的製造，強迫有義務者為自我危害的行為，行為人應負的責任係其故意或過失製造危險後，卻沒有阻止拯救者稍後的自我危害行為。既然拯救者營救成功，將令行為人無須負過失責任或既遂刑責時，對於自己製造法律上重要的危險而令拯救者不得不自陷於危險，且導致結果實現時，

結果應客觀歸責於行為人的危險行為⁶。

反對見解則認為，拯救行為究竟係遵守義務規範或自願冒險，事實上難以區分，而後者基於自我危害觀點，結果不能歸責於第一次製造危險的行為；其次，被害人以排除危害義務為職業係在認識下的自由選擇，因此，職業風險係出於自願承擔；再者，立法者對於放火罪並沒有對危害拯救者的行為特設加重結果犯，例如刑法第135條妨害公務員執行職務罪，故拯救者職業上特有的風險並非典型且可歸責於行為人的危險行為。最後，基於刑事政策考量，若行為人知道對於拯救者的損害須負刑事責任時，大概也會想盡辦法阻止拯救者的拯救行為或寧可自己冒險拯救，因此，職業上的風險屬於從事此職業者的責任範圍內，不應歸責於其他人⁷。

從事某些特定職業者依規範負有排除危險的義務，不為法律上期待的作為固然可能成立不作為犯，但法律也不會強人所難，要求職業上有排除危險義務者應捨身取義，反而應依現場緊急狀況，亦即依期待作為的事實可能性為專業判斷，故以上述的反對見解較合理。在本案中，丙衝入火窟救人，卻因樓層倒塌死亡，係事前準備不周或臨場判斷失誤所致，丙的死亡結果不應歸責於甲。同理，甲也不成立刑法第353條第2項毀壞建築物礦坑船艦罪的加重結果犯。

⁶ Rudolphi, aaO., Rn. 80 f.

⁷ Roxin, aaO., Rn. 106.

四、甲對丙的死亡是否成立刑法第 275 條第 2 項加工自殺罪？

丙當場選擇進入火窟救人，在客觀上係一種自我危害的行為，今葬身火窟，甲的縱火行為是否成立幫助他人自殺？幫助他人自殺以他人已有自殺的意思為前提，行為人再從旁予以精神上的鼓舞或提供物質上的助力。在本案例中，丙選擇冒險進入火窟並非基於自殺意思，反而希望自己與受難者皆能逃生，故甲不成立加工自殺罪。

參、結論

甲成立刑法第 173 條第 1 項放火罪與第 353 條第 1 項毀壞他人建築物等罪，前者涉及公共危險，後者侵害個人法益，二罪從一重處斷。

第四題 緊急避難

某晚，甲獨自開車回家，在十字路口因闖紅燈而與機車騎士乙相撞，甲發現乙跌坐在地上，手臂受傷流血，於是下車查看，卻看見與乙共乘機車的丙由車座下取出一把小開山刀，不懷好意地朝他走來，甲轉身進入車內，迅速逃離現場。試問：甲的刑責為何？

壹、問題爭點

刑法第 185 條之 4 肇事逃逸罪規定於公共危險罪章中，立法目的是為維護交通安全，能對被害人即時救護而增設。行為人肇事後，避免自己法益遭受損害而逃逸，可否犧牲第三人法益或超個人的一般法益而主張緊急避難？

貳、案例分析

一、甲考慮成立刑法第 284 條過失致傷罪

乙因撞擊而受傷，傷害結果與甲的闖紅燈行為間具有因果關係。在十字路口闖紅燈的行為會造成他人傷亡，乃是客觀可預見，同時違反客觀注意義務，製造法律所不容許的風險。今乙因甲闖紅

燈而受傷，甲製造的風險已實現，違法性成立，甲也違反主觀注意義務，肯定罪責性成立，甲成立過失致傷罪。

二、甲是否成立刑法第 185 條之 4 肇事逃逸罪？

(一) 肇事逃逸

行為人成立肇事逃逸罪必須駕駛動力交通工具肇事，致人死傷而逃逸。所謂肇事係指車禍肇事的交通事故，依本條立法理由：「為維護交通安全，加強救護，減少被害人死傷，促使駕駛人於肇事後能對被害人即時救護。」在大法官作出釋字第 777 號解釋以前，實務認為本罪限於意外事故，若行為人蓄意運用交通工具以為殺人或傷害的犯罪工具，難以期待加害人仍應停留於現場，且對被害人為即時救護，因此，行為人嗣後駕車逃離現場，論以死傷刑責，非本罪的肇事逃逸。肇事雖限於非故意，但也不以行為人對於事故之發生應負過失為前提¹。亦即本罪之成立，祇以行為人有駕駛動力交通工具肇事，致人死、傷而逃逸之「事實」為已足，至於肇事責任歸屬及行為人有無過失，則非所問²。

然大法官釋字第 777 號指出，有關「肇事」部分，除因駕駛人之故意或過失所致之事故為該條所涵蓋，而無不明確外，其餘非因駕駛人之故意或過失所致事故之情形是否構成「肇事」，尚非一般受規範者所得理解或預見，於此範圍內，其文義有違法律明確性原則，此違反部分，應自本解釋公布之日起失其效力。是以，對於車

¹ 最高法院 89 年度台上字第 2157 號；最高法院 92 年度台上字第 1102 號。

² 最高法院 107 年度台上字第 758 號。

禍之發生沒有故意或過失的肇事者，並不構成肇事逃逸罪³。在本案中，甲開車闖紅燈而與乙車相撞，已成立過失致傷罪，故為駕駛動力交通工具而肇事。

行為人除了駕駛交通工具肇事外，必須有人因車禍發生而死傷，且不以重傷為要件，而行為人在此情形下竟然逃逸。所謂逃逸係指行為人肇事後，未採取救護或其他必要措施，也未向警察機關報告即逃離現場。在本案中，乙因撞擊受傷，甲雖然下車查看，但未採取任何救護措施與報警，即驅車離開現場，符合肇事致人死傷而逃逸的要件。又甲必須具有肇事逃逸的故意，至於「致人死傷」屬構成要件要素或客觀可罰性要件？部分學者與實務見解認為是前者，因此，行為人對於死傷必須有認知，且不以明知為要件⁴。在本案中，甲開車發生車禍，看見乙受傷，仍逃離現場，肯定具有肇事逃逸的故意。

（二）甲是否得主張刑法第 24 條緊急避難？

行為人對已該當肇事逃逸罪構成要件的行為是否能阻卻違法？值得探討。實務案例：A 發生交通事故當時，被害人 B 騎乘之機車倒地，B 受傷，而 A 所駕駛之小客車失控滑行約 30 公尺始煞停，正待下車查看 B 是否受傷予以協助送醫，卻見 B 衝至其駕駛座車門，大肆咆哮欲毆打，A 表示道歉認錯，並允諾承擔肇事與賠償責任，仍遭 B 辱罵，且打手機噏聲要「撂人來將其拖下來打」，A 恐遭暴力報復，且見 B 身體無傷，即開車離去，其後也

³ 最高法院 109 年度台上字第 1013 號。

⁴ 林山田，刑法各罪論（下），2004，頁 323；最高法院 91 年度台上字第 7194 號；最高法院 107 年度台上字第 4731 號。

主動到案說明，告知駛離原因。最高法院判決有認為⁵，A 始終無肇事逃逸之犯意，有別於一般肇事逃逸，若論以肇事逃逸罪，顯有未洽。然不同的判決認為，肇事逃逸罪所侵害之法益是公共利益，立法目的是為促使駕駛人於肇事後能對被害人即時救護，以減少死傷，故不論被告就車禍事故有無過失，駕車肇事逃逸犯行即已成立，A 具有肇事逃逸之直接故意，成立本罪，但未論及 A 是否有任何阻卻違法或寬恕罪責事由⁶。

行為人該當犯罪構成要件後，理應檢驗是否具有違法性，方能肯定行為不法與結果不法。在本案中，甲是否得主張刑法第 23 條正當防衛？正當防衛係防衛者面對現在不法侵害，採取必要與適當的防衛行為，惟防衛行為只能針對侵害者，若造成無辜的第三者遭受損害，無法主張正當防衛，只能考慮緊急避難。在本案中，甲面臨丙持刀危害，選擇逃離現場，置車禍受傷的乙不顧，依肇事逃逸罪的立法目的乃是避免被害人面臨加重危害的風險，故甲肇事逃逸的行為考慮成立緊急避難。

刑法第 24 條第 1 項規定「因避免自己或他人生命、身體、自由、財產之緊急危難而出於不得已之行為，不罰。」只是危難之發生須非出於行為人之故意或過失所致？實務認為，若災難之發生係由於行為人之故意或過失所致，則其故意或過失之行為自應依法處罰，殊無主張緊急避難之餘地，即所謂「自招危難行為」不得主張緊急避難⁷。學界有主張行為人對於危難的產生縱使與有過失，也

5 最高法院 107 年度台上字第 86 號。

6 臺灣高等法院臺中分院 107 年度交更一字第 10 號；最高法院 107 年度台上字第 2743 號。

7 最高法院 105 年度台上字第 383 號。

可以適用緊急避難，關鍵在於是否符合利益衡量原則，但意圖挑撥製造危難者則不適用之⁸。緊急避難的要件如下⁹：

1、緊急危難

危難係指足以危害生命、身體、自由或財產的特定、現在的危險災難。避難行為所要保護者可以是個人或一般利益，但須出於不得已。危難來自自然災害或人為造成皆可，即使危難是一種持續性的危險狀況，只要此危險隨時可能轉化為法益侵害，也能施以避難行為。緊急避難不以危難直接來臨為要件，只要稍後不再存有避難措施、或當前情況若繼續發展下去，顯然地令人害怕損害會發生或加深，即屬緊急。

2、避難行為

避難行為必須出於「不得已」，亦即客觀上符合必要性，其係指避難措施適合排除危難，而且由第三者立場判斷，避難措施確定可以保護受危難威脅的法益，若避難的法益毫無挽回機會時，即不能讓無辜的第三者法益平白犧牲。避難者不適用正當防衛者「面對非法無須退讓」的原則，若有多種選擇時，應選擇對他人法益侵害較小的方式，設若能即時獲得公權力排除時，也應請求公權力介入。只是避難行為是否能合法化，還得判斷是否符合利益衡量原則與適當性。

實務認為，緊急避難行為必須在客觀上係不得已，亦即須因自己或他人之生命、身體、自由、財產正處緊急危難之際，非侵害他

⁸ Fischer, Strafgesetzbuch, 2019, § 34 Rn. 11.

⁹ Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 2019, Rn. 458 ff.; Roxin, Strafrecht AT, Band 1, 1994, § 16 Rn. 9 ff., 25 ff., 90; 林山田，刑法通論（上），2005，頁321以下。

人法益別無救護之途，為必要之條件，因此行為人若有其他可行之方法，自不能主張緊急避難，例如行為人可選擇逃避措施，或能請求政府機關協助¹⁰。

依利益衡量原則，避難者想保護的利益應比因避難而受侵害的利益明顯地優越，考量者計有：危險的種類、來源、強弱與遠近、受危難威脅法益的種類與損害範圍、二者法益的價值位階、避難者的終極目的、發生的損害是否有替代性以及拯救機會的高低等。可以肯定的是，避免具體損害發生而觸犯秩序法可以主張緊急避難。又除非為了搶救陷入火窟的重大財物而對人施以強制或輕微的傷害外，一般而言，個人價值優於身外物。應無疑義的是，生命或生存價值優先其他個人價值或超個人的一般法益。至於避難措施是否適當，則依社會倫理判斷，例如父母急需開刀以拯救生命，兒女不能為了籌措醫療費而偷搶，因為縱然身處此種危難，即使社會機構無法提供援助，他人（尤其是富人）也沒有義務忍受而成為犧牲者。

3、避難意思

因本條規定「因避免……」，故行為人主觀上須有避難意思，其係指避難者認知自己或他人身處危難，且所要保護的法益比因避難而受侵害者具優越性。

在本案中，甲肇事致乙受傷，看見丙持刀要脅，肯定面臨緊急危難，在來不及獲得公權力或其他人的援助下，考量乙的受傷情形與獲得支援的可能性、自己生命及身體健康與乙身體健康受害之程度，以及採取逃逸以保障自己法益的機會，甲逃逸行為符合必要性、適當性與利益衡量原則，甲也具有避難意思，因此阻卻肇事逃

¹⁰ 最高法院 108 年度台上字第 1799 號。

逸行為的違法性。

參、結論

甲開車擦撞乙的機車，導致乙受傷倒地，甲見狀仍逃逸，該當肇事逃逸罪構成要件。甲看見丙持刀朝他走來，因生命或身體健康面臨緊急危難，在當下無任何其他求援機會，開車逃逸以維護自己較優越的法益乃是出於不得已，符合緊急避難規定，僅負過失致傷罪。

第五題 原因自由行為結合客體錯誤

甲個子矮小且懦弱，屢遭妻子乙譏笑，成為朋友茶餘飯後的話題，甲為此倍感屈辱。當離婚後，甲得知乙的住處，遂心生縱火洩恨之意，只是提不起勇氣，乃藉酒壯膽，在喝得醉醺醺的情況下拿三顆汽油彈跑到乙住處縱火。因酒醉加上天色昏暗，甲誤認二樓的丙宅為乙三樓的住處而丟擲，當消防員滅火後，仍造成丙家客廳大部分遭焚毀。甲當場遭逮捕並經鑑定後，行為時的精神狀態符合刑法第 19 條第 1 項的規定，試問：甲的刑責為何？

壹、問題爭點

刑法第 19 條第 1 項與第 2 項要求行為人於行為時，應同時具備罪責能力，此合致原則因增訂第 3 項而有例外。第 3 項規定行為人於因故意或過失自行招致有第 1 項與第 2 項情形者，不適用前 2 項規定。排除適用前 2 項的法理基礎為何？何謂原因自由行為？原因自由行為導致發生客體錯誤時，又應如何評價？

貳、案例分析

甲考慮成立刑法第 173 條第 1 項放火罪。

一、構成要件該當性

刑法第 173 條放火罪的行為客體是「現供人使用之住宅或現有人所在之建築物、礦坑、火車、電車或其他供水、陸、空公眾運輸之舟、車、航空機者」，在本案中，門窗遭燒燬的丙宅屬現供人使用之住宅。甲對丙宅陽台丟擲三顆汽油彈，引火燃燒，肯定是放火行為。甲的放火行為造成丙宅客廳大部分遭焚毀，對住宅部分結構造成功能喪失，達於燒燬程度。

甲必須具放火故意，在本案例中，甲想燒燬者是乙的住處，行為時卻將丙宅誤認為乙住處，成立所謂的「等價客體錯誤」，行為人發生等價客體錯誤時，學術通說與實務見解認為不影響構成要件故意，即對於放火罪而言，只要行為人於放火時，知道客體是現供人使用之住宅等，卻仍為之的想法即已足，在本案中，肯定甲具有放火故意。

二、違法性

甲不具任何阻卻違法事由。

三、罪責性

在本例中，甲縱火後，當場遭逮捕，經鑑定，甲當時精神狀態符合刑法第 19 條第 1 項規定：「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」。但有疑義的是，甲縱火前即具有放火故意，又故意喝酒壯膽縱火，可能符合第 19 條第 3 項，而排除本條第 1 項之適用。

按第 19 條第 3 項規定：「前二項規定，於因故意或過失自行招致者，不適用之。」立法理由謂：「倘行為人之欠缺或顯著減低前述能力，係由於行為人因故意或過失自行招致者……依規範責任理論，即難謂其屬無責任能力或限制責任能力」。由此得出，立法者乃將學理上的原因自由行為予以明文化，明定行為人有原因自由行為時，排除適用第 1 項與第 2 項，否則，若仍有第 1 項與第 2 項之適用，將導致違背罪責——行為時的合致原則以及罪刑法定原則。

依學術通說見解，行為區分自由與不自由，自不自由決定於精神或意識是否受到干擾而定，行為出於自由，肯定具有歸責能力；反之，則否，在這樣的前提下，遂提出原因自由行為的概念。原因自由行為係指原因形成時，行為人係自由的，在精神正常狀態下具有侵害特定法益或對侵害結果可預見，而有責任地自陷於無罪責能力（或限制罪責能力）的狀態，造成行為時不自由且實現特定犯罪。原因自由行為可分為故意原因自由行為與過失原因自由行為¹。前者係行為人在精神正常狀態下，即具有藉無罪責能力狀態以侵害特定法益的故意，於自陷於無罪責能力後故意實現犯罪，此為故意聯結故意之原因自由行為，要件係具備雙重故意，即行為人不僅故意自陷於無罪責能力狀態，且於原因階段故意利用此狀態犯

¹ 最高法院 99 年度台上字第 6035 號；最高法院 107 年度台上字第 2672 號。

罪²。故意的原因自由行為在實務上不常見，較具實際意義者係過失原因自由行為，其可以係故意（自醉）聯結（於原因階段）過失的原因自由行為，也可以係過失（自醉）聯結（於原因階段）過失的原因自由行為。例如駕駛人開車時發病，發現身邊的氣管擴張劑已用完，仍貿然繼續開車，導致在陷於無自主意識下發生車禍致人於死，屬過失原因自由行為³。

在本案中，甲於放火時處於無罪責能力狀態，但放火前即有放火故意，又故意喝酒壯膽，且於無罪責能力下縱火，應屬故意的原因自由行為。有疑義的是，甲於此情況下將丙宅誤認為乙住處，應如何評價甲的等價客體錯誤？因不同的原因自由行為可罰性法理基礎會得出不同的結論，對於原因自由行為可罰性的法理基礎有加以說明的必要：

（一）規範責任說或例外說

於第 19 條第 3 項之立法理由中，僅簡單地說明依規範責任論排除適用第 1 項與第 2 項之適用。主張規範責任說者認為，刑法基於規範之機能在於對行為予以評價，否定該行為之社會價值性，使行為人負擔不應為違法行為決意之義務，自心理上強制行為人不為違反刑法規範行為之決意，故原因自由行為基於法之規範作用，出於犯罪行為之意思決定乃為原因之設定，不能以事後之實行行為處於無責任能力狀態而免責，且就常識性所為之判斷與規範性予以觀察，該等行為之全體與通常之行為並提觀察，同樣具可罰性。是故，原因自由行為之可罰性是以刑法規範作用為理論基礎，認為對

2 Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 2019, § 20 Rn. 37.

3 最高法院 105 年度台上字第 2198 號。

此種行為予以處罰，方符合刑法之規範意義⁴。

在原因自由行為未條文化的國家如德國，有認為原因自由行為係罪責——行為時合致原則的例外，之所以例外，係因行為人於意思自由狀態即具有實現犯罪之意思，只要行為人故意或過失導致結果發生，行為時是否具有責任能力，亦即責任與符合構成要該當的行為之間是否存有時間上的同時性，則非所問，此說係為了保護利益與出於公平正義而對合致原則作出的目的性限縮⁵。從第 19 條第 3 項立法理由觀之，其所揭示之「規範責任論」與例外說似乎並無差異。

依實務見解⁶，「原因自由行為係由前後相續不可分之原因階段（原因自由）與行為階段（結果不自由）所構成，兩者應具有一貫性及續性；且可細分為本具有犯罪故意，故意或過失使自己陷於精神障礙之狀態，而實行犯罪之情形，及原不具犯罪故意，因故意或過失使自己陷於精神障礙之狀態後，於主觀上有預見法益遭侵害之可能，卻違反客觀注意義務，致發生犯罪結果等不同類型。」

在本例中，依規範責任說或例外說，甲之所以肯定罪責能力，係因為於原因階段對乙住處具有縱火的故意，著手實行犯罪的對象雖然係丙宅，此等價的客體錯誤不影響甲放火的故意，仍論以放火罪的既遂犯。

（二）構成要件說或間接正犯說

依構成要件說，自行招致無罪責能力的行為與法益侵害結果間

⁴ 郭棋勇，原因自由行為之理論，刑事法雜誌，第 32 卷第 4 期，1988/8，頁 34 以下。

⁵ Schönke/Schröder, aaO., § 20 Rn. 35a; 馮軍，論「原因中自由的行為」，收錄於：刑事法之基礎與界限——洪福增教授紀念專輯，許玉秀主編，2003，頁 333 以下。

⁶ 最高法院 106 年度台上字第 3538 號。

具有因果關係，屬於與罪責有關聯的犯罪行為之一部分，歸責問題不在於無罪責能力時的行為，而係自行招致無罪責能力的行為，此前行為出於故意或過失是構成要件結果該當的可罰原因，故前行為即是有罪責地開始實現構成要件⁷。

過失原因自由行為的法律結構於解釋上較容易，因為行為人違反客觀注意義務的行為可以發生於構成要件實行前，此類型於法理上屬理所當然的結果，故明定過失原因自由行為僅具提示作用而已。較具爭議性者是故意的原因自由行為，固然行為人自陷無罪責能力的行為本身並非係稍後構成要件所描述的行為，但行為人一開始在完全責任能力下，將自己變成犯罪的工具，其故意自陷於無責任能力的行為對犯罪結果實現而言，乃係一種具有罪責性且著手實行犯罪之行為。既然行為人於具罪責能力時有侵害特定法益的故意，故意令自己陷於無責任能力的狀態，再藉此機會故意實現犯罪，此情形類似間接正犯，是利用「人」為犯罪工具，此為間接正犯說。當行為人具有犯罪故意，又故意自陷於無罪責能力，並於此狀態下實現犯罪，肯認行為人於原因階段，對於稍後犯罪結果的實現與否（故意自醉），以及如何實現（藉由酒精類等麻醉自己）握有犯罪支配。此犯罪支配與單獨正犯的行為支配不同，前者係行為人在排除自己的責任能力時，對於被利用的犯罪工具握有犯罪支配，在行為時任由犯罪工具實現犯罪⁸。

在本例中，依構成要件說或間接正犯說，甲在具罪責能力時已有特定的侵害對象，當自陷於無罪責能力時，有如間接正犯的犯罪

⁷ Roxin, Strafrecht AT, Band I, 1994, Rn. 56.

⁸ Roxin, aaO., Rn. 69; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 2019, Rn. 663.

工具一樣，甲此時已無法操控犯罪的因果歷程，被利用的犯罪工具（自醉的我）在行為時，若發生侵害的客體與清醒時想侵害的客體不一致，行為時發生的客體錯誤應係一種因果歷程發生重大偏離的打擊錯誤，故甲對於丙宅成立刑法第 173 條第 2 項失火罪，對目的是燒燬乙住處的著手行為論以本條第 3 項的未遂犯，二者從一重處斷。

參、結論

甲於行為時處於無罪責能力狀態，但於行為前具有放火故意，且故意自陷於無罪責能力，在此狀態下將丙宅誤為乙住處，此故意原因自由行為所造成的等價客體錯誤，依規範責任說或例外說成立第 173 條第 1 項放火既遂罪。依間接正犯說成立打擊錯誤，甲成立刑法第 173 條第 2 項失火罪與第 3 項放火未遂罪，二者想像競合。

第六題 未遂犯之犯罪決意

甲因妻子乙有外遇而心生不滿，適巧丙向其要約投保，甲替乙投保一千萬元壽險，受益人為其女兒丁。之後，甲見乙仍未改善，經常離家且要求離婚，遂萌殺人念頭。於是邀請戊以製造假車禍方法一起殺害乙，甲私下再向保險公司申領保險金。某日，甲開車載乙，二人在車上吵架，甲將乙拉下車，自行上車往前開，且撞倒乙，再由開車在後的戊直接往乙身上輾過，造成乙當場死亡。甲備妥資料向保險公司申領保險金，心想若保險公司有懷疑時，立即撤回申請，再伺機而動。當保險公司準備理賠時，本案卻因警方處理車禍的過程中發現疑點，才讓真相大白。試問：甲、戊成立何罪？

壹、問題爭點

故意犯罪的行為階段可分為犯罪決意的產生、預備階段、未遂階段與犯罪既遂，其共同點是行為人主觀上均有犯罪決意，但未遂犯之犯罪決意與既遂犯之構成要件故意是否完全相同？尤其行為人的犯罪決意有所保留時，是否足以肯定具有未遂犯的犯罪決意？

貳、案例分析

一、甲、戊可能成立刑法第 271 條第 1 項與第 28 條殺人罪的共同正犯？

乙因甲、戊二人開車先、後撞擊與輾壓，導致當場死亡，死亡結果與甲拉乙下車並開車撞擊，戊繼而開車由後輾壓的行為之間具有因果關係與客觀歸責。甲、戊均以正犯意思實行殺害乙的行為，肯定二人對於殺害乙具有犯罪支配。又二人事前計畫殺害乙，肯定具有殺人的共同犯罪決意與犯罪支配意思，違法性與罪責性皆成立，甲、戊成立殺人罪的共同正犯。

二、甲是否成立刑法第 339 條第 3 項與第 25 條詐欺未遂罪？

（一）結果未發生

甲向保險公司申請理賠，保險公司正準備理賠時，由於真相大白，保險公司並未有任何財產處分，因此，財產損失結果未發生，考慮成立詐欺未遂罪，而本條第 3 項有處罰未遂犯。

（二）犯罪決意

故意犯罪是行為人先產生犯罪決意，繼而預備犯罪，再著手犯罪，最後才實現犯罪。刑法不處罰剛萌生的犯罪決意，客觀上的行為唯有達於可罰的預備階段或未遂階段，在刑法上方具有意義。刑法第 25 條未遂犯雖然未明定主觀要件，但未遂犯屬於故意犯，行為人在主觀上必須具有犯罪決意。犯罪決意不等同於故意，既遂的故意應比未遂的犯罪決意要求更多，即行為人放任事件發展，行為

人不須要有任何積極行為，亦即達於既了未遂，此時方足以滿足既遂的故意內涵，在犯罪階段上同時也是未遂的終了。從而，對未遂犯的犯罪決意僅要求「剛開始的故意」即可，此「剛開始的故意」也應包含系爭犯罪的必要構成要件故意，例如殺人未遂要求剛開始的「殺人」故意，具體情形是行為人基於殺害故意對被害人舉槍，在瞄準被害人之前，於舉槍之際因槍枝走火而射中被害人要害致死，因為死亡結果發生在未了未遂階段，行為人尚未有既遂故意，應論以殺人未遂罪與過失致死罪的想像競合¹。

在本案中，甲知道乙的死亡非出於意外，而是自己製造假車禍，其遞出申請表矇騙保險公司，想藉此領取巨額保險金，故甲知道自己施行詐術，目的是想進一步令保險公司陷於錯誤而處分財產，且對於保險金有不法之所有意圖。有疑義的是，甲遞出保險金的理賠資料時，心想若保險公司有所懷疑時，立即撤回申請，這樣的想法是否滿足犯罪決意的要求，抑或僅是一種犯罪傾向而已？犯罪傾向是犯罪決意的前階段，犯罪傾向者尚未決定犯罪，而只是有想過實行犯罪，也許在特定條件成熟下，才會下決定。例如行為人私下看見他人衣櫃內的金飾，心想下次若需要錢時，再來偷取，這時行為人客觀上雖已經接近財物，但主觀上尚未產生竊取他人動產的決意，而只是犯罪傾向，不足以成立竊盜未遂。

相反地，未遂犯的犯罪決意是行為人對於犯罪已有終局的決定，行為人傾向實現犯罪的動力比可能會碰上阻礙的想法具明顯的優勢，即使仍有些許懷疑，也肯定有犯罪決意。若犯罪的決定有賴條件的完成時，否定已有犯罪決意；但行為人有所保留的是犯罪計

¹ Roxin, Strafrecht AT, Band II, 2003, § 29 Rn. 59 ff.

畫是否實現，則無關犯罪決意的成立。以下三種情形肯定具有犯罪決意²：

1、犯罪決意建立在已知曉不確定的事實基礎上

行為人具有實現犯罪的故意（含未必故意），但執行能否如願，則視外在情況而定，例如密醫決定對少女進行違法墮胎，在執行前對少女評估檢查是否還有危險，此時肯定具有違法墮胎決意。

2、擇一的犯罪決意

行為人已下定決意，最後結果是實現何種構成要件，皆無所謂，亦即發生所有可能會實現的一種結果，也不違背其本意，例如行為人看見他人持槍射殺仇人，待他人離開後，又拾起棍棒猛擊倒地不起的仇人要害，心想不管仇人這時仍活著，還是已死亡都無所謂，則行為人對於最後結果是傷害、重傷或殺人，皆肯定具有相關的未必故意。

3、具有保留中止或防止犯罪的犯罪決意

行為人於行為前對犯罪有所保留，心想若發生某種狀況，則停止犯罪或中斷已開始的犯罪，例如小偷入宅行竊，心想若有人回來，即使沒找到要的東西，也要迅速由陽台逃離，不久在翻箱倒櫃時聽見屋主開門聲，立即逃離現場，肯定加重竊盜的決意。

在本案中，甲備妥資料向保險公司申領保險金時，心想若保險公司有懷疑時，立即撤回申請，屬於上述的第三種情形。詳言之，甲遞出資料時是對能否矇騙過關有所保留，因此不是犯罪決意的形成依附於某條件上（例如甲當面對乙嗆聲，再次提離婚就殺人，此時殺人決意尚未形成，形成與否依附於「再次提離婚」的條件

² Roxin, aaO., § 29 Rn. 82 ff.

上），而是犯罪決意的實現依附在某條件上，即保險公司有懷疑馬上撤回申請，故肯定甲有詐欺未遂的犯罪決意。

（三）著手實行犯罪

詐欺罪以行為人施用詐術為著手實行犯罪，並以被害人陷於錯誤而交付財物，並造成他人財產損失為既遂。由於詐欺罪的行為始於詐術之實行，所謂詐術係指與事實背離而足以影響他人認知的行為，但是否任何一種客觀上違背事實的行為皆屬之？有學者主張並非所有的欺騙行為皆為詐欺罪的詐術，而係限於為了騙取他人財物或利益而為的錯誤影響才是，如此的詐術行為須含有對他人財產已產生法律上所不允許的風險³。另有論者主張只要客觀上足以造成他人陷於錯誤者皆是，不實主張的認識對客觀要件——「詐術」的認定並非必要，而是影響詐術故意與否的問題⁴。

在本案中，甲萌生殺人念頭，邀戊共同執行殺人行為，二人共同製造假車禍致乙死亡，再由甲以此申領保險金。當甲殺害乙後，即備妥證件向保險公司申請理賠，而保險公司也正準備理賠，可見甲的詐術行為已導致保險公司陷於錯誤。行為至此階段，依主、客觀混合之未遂理論（印象理論），甲的行為在不受任何干擾下，應可以直接造成保險公司的財產受損失，或詐術行為與財產損失結果之間在時空上具有緊密關係，而足以立即與直接危及保險公司的財產法益，帶來震撼印象，肯定甲已經著手實行詐欺行為，違法性與罪責性皆成立。

³ Murmann, Versuchsunrecht und Rücktritt, 1999, S. 15.

⁴ Fischer, Strafgesetzbuch, 2019, § 263 Rn. 14.

三、戊是否成立刑法第 339 條第 3 項與第 30 條詐欺未遂罪的幫助犯？

戊與甲共同殺害乙，以實現甲詐領保險金的目的，戊成立殺人罪的共同正犯，是否也成立詐欺未遂的共同正犯？因甲事前的投保與事後申請保險金都由甲決定與實行，戊對甲詐欺行為不具正犯意思與犯罪支配，不成立詐欺未遂罪的共同正犯，考慮成立幫助犯。

幫助犯是幫助他人犯罪，依共犯限制從屬原則，甲成立詐欺未遂罪，存有可從屬的正犯。戊對甲的殺人計畫知悉，為了讓甲達成目的，共同與甲製造假車禍殺害乙，以便讓甲得以申請保險金，乃是對甲的詐欺提供精神幫助，肯定對甲著手實行詐欺行為具有因果關係，也具有幫助詐欺故意與幫助詐欺既遂故意，違法性與罪責性皆存在，成立詐欺未遂罪的幫助犯。

參、結論

甲、戊二人成立殺人罪的共同正犯，另外，甲成立詐欺未遂罪，與殺人罪屬二行為且犯意各別，二罪數罪併罰，戊則成立詐欺未遂罪的幫助犯，並與殺人罪數罪併罰。

第七題 方法不能

甲持雙槍闖入乙家尋仇，先用槍抵住乙頭部，大聲咒罵「都是你們害我現在走投無路」，說完即開槍射擊，所幸第一槍卡彈，乙的孫子丙當場嚇呆，發現甲的手槍卡彈後，馬上撲過去保護乙，甲猶如殺紅眼般，再以另外一把手槍抵住丙的頭部再開一槍，第二把手槍又出現卡彈，甲緊張地轉身逃逸。試問：甲成立何罪？

壹、問題爭點

舊法第 26 條但書規定，行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，成立可罰的不能未遂或不能犯。依現行法規定，不能犯的法律效果為不罰。不罰的不能犯要件為何？何謂「無危險」？學界與實務見解又為何？

貳、案例分析

一、甲對乙是否成立刑法第 271 條第 2 項與第 25 條殺人未遂罪？

甲對乙開槍射擊，乙因槍卡彈未造成死亡結果，刑法第 271 條

第2項有處罰殺人未遂行為。首先，甲必須對乙具有殺人的犯罪決意，甲錯誤認為自己持有的槍枝具有擊發的殺傷力，透過擊發槍枝想致乙於死，行為是否肯定具有殺人的犯罪決意？犯罪決意有如既遂犯的主觀構成要件，行為人必須認識自己的行為將會實現所有的不法構成要件。若行為人因錯誤認識導致既遂犯的故意遭否定，也可以否定未遂犯的犯罪決意；相反地，若行為人錯誤認識事實狀況，認為其行為將受處罰，客觀上卻不然，仍肯定行為人的犯罪決意，後者稱為反面構成要件錯誤，並不影響犯罪決意的存在。由於行為人錯認事實，認為行為已該當犯罪構成要件而應受處罰，此有關犯罪可以既遂的事實，僅存於其主觀想法，因此是一種不能未遂。

若從事後觀察，任何一種失敗的未遂都應該是「不能」發生犯罪之結果，因此犯罪既遂的「可能」概念是以事前判斷。當行為人誤認所有構成要件要素都存在，客觀上的事實條件有所欠缺，導致犯罪無法達於既遂，其可以是事實原因或法律原因，例如行為主體、行為客體或行為方式對實現該犯罪不適格，或欠缺行為結果、因果關係或客觀歸責，此未遂即為「不能」未遂¹。因為行為人主觀上仍有犯罪決意且著手為之，其錯認的只是犯罪的可能性而已，仍屬可罰的行為，且適用於不作為犯，其刑罰的正當性是基於未遂犯處罰理論的「印象理論」，即由客觀著手確認行為人對規範的漠視，且視為對法律和平的干擾。然論者認為其可罰性是擴大刑罰至法益侵害的前階段，因為一個不可能實現既遂的攻擊是針對具體法益，因此不是抽象，而是根本無危險，故不能未遂不能歸類於抽象

¹ Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 2019, Rn. 980.

危險犯，對其處罰充其量是象徵性的規範確認²。另有論者認為，未遂犯建立在危險觀點上，不能未遂（untauglicher Versuch）與可能未遂（tauglicher Versuch）的差異，在於前者只是危及法益而已，後者還進一步危害具體的法益或客體³。

不能未遂較無爭議的是客體不能與方法不能類型，主體不能是一種可罰的不能未遂，還是不處罰的幻覺犯，尚有爭議。

- （一）客體不能：行為人著手實行犯罪，針對一個根本不存在的行為客體，例如誤以為氣絕的仇人正在午睡，開槍殺之；誤以為懷孕而服用墮胎藥。
- （二）方法不能：行為人著手實行犯罪，採行的手段不可能實現犯罪構成要件，例如對人下毒，因劑量不足，而未發生死亡結果；或基於殺人故意，誤取砂糖為砒霜而殺之。
- （三）主體不能：行為人欠缺不法構成要件所明定的行為主體資格，而著手實行構成要件的行為，例如在公家機關當工友的 A 以為自己是公務員，當有人給予酬勞請代為疏通人事，行為人收下「賄賂」時，認為自己觸犯瀆職罪。

依舊法第 26 條但書規定，不能未遂或不能犯屬於「行為不能發生犯罪之結果，又無危險者」，仍是可處罰的行為，只是減輕或免除其刑。現行法第 26 條在同一條件下，將不能未遂的法律效果改為不罰。修正理由中指出：「參諸不能犯之前提，係以法益未受

² Fischer, Strafgesetzbuch, 2019, § 22 Rn. 39 f.

³ Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 2019, § 22 Rn. 65.

侵害或未有侵害之危險，如仍對於不能發生法益侵害或危險之行為課處刑罰，無異對於行為人表露其主觀心態對法律敵對性之制裁，在現代刑法思潮下，似欠合理性。因此，基於刑法謙抑原則、法益保護之功能及未遂犯之整體理論，宜改採客觀未遂理論，亦即行為如不能發生犯罪之結果，又無危險者，不構成犯罪。」

普通未遂或障礙未遂幾乎是即將實現構成要件，發生犯罪結果具有可能性，類似具體危險犯，且危險是達於既遂的必要經過階段；有危險的不能未遂則類似抽象危險犯，由事前觀點判斷，構成要件的實現不是完全不可能；而無危險的不能未遂則不具備此要件。爰此，未遂犯的危險觀點符合建構構成要件理論的客觀歸責，亦即只有危險的未遂犯才會製造法律所不容許的風險⁴。行為有無危險，顯然是未遂犯的處罰界限，而此問題同時涉及刑法第 26 條之適用範圍。

依第 26 條規定，不能未遂必須具備二要件：不能發生犯罪之結果以及無危險，由於不能未遂與普通未遂情形一樣，都沒有發生犯罪結果，因此區別二者的重點在於行為有無危險性，若有危險，則屬普通未遂；反之，無危險的不能未遂適用第 26 條，屬不罰的行為。學者與實務對於「危險」的判斷標準有如下見解：

- (一) 重大無知說：行為人主觀上的犯罪計畫是基於一個完全偏離一般公認的因果關聯想像，亦即依一般人的反應，認為行為人的行為愚蠢或可笑，故此行為在一般大眾的心目中，對於侵害法律的意義薄弱。從而，行為有無危險，必須由社會大眾的觀點判斷，即使行為人認為行為

⁴ Roxin, Strafrecht AT, Band II, 2003, § 29 Rn. 9 ff.

具危險性，但實際上危險趨近於零，這是行為人認知的極大誤差，乃是一種重大無知的行為⁵。

（二）絕對危險說：依一般人的認知，是否認為此行為有絕對危險而定。有學者主張，不罰的不能未遂係指依一般人主觀認知，行為絕對無危險的情形，亦即一般人都認為行為人的行為根本不可能發生犯罪之結果⁶。

（三）具體危險說：不能犯之判斷基準，應以行為當時所存在的具體情狀為基礎，以行為人及一般人所認知者判斷行為有無危險⁷、或認為行為不能發生犯罪事實，但有客觀具體危險性者，為一般未遂；若不能完成犯罪之事實，且無客觀具體危險性者，但具有一般抽象危險者，屬不能未遂；至於行為人雖有犯意，但行為事實並無抽象危險性者，屬絕對不能犯⁸。

（四）實務見解：第 26 條「不能發生結果」與「未發生結果」不同，前者絕無發生之可能，為不能犯，後者雖有發生之可能而未發生，為一般未遂犯；至於「無危險」則指行為而言，危險之有無，以客觀之具體事實認定之，或謂由一般人所認識之事實來觀察行為是否有危險的可能；又行為若未完成目的，非出於行為人的嚴重無知，但對公眾安寧法益之侵害非無危險，應屬普通未遂，而

5 蔡聖偉，九五年刑事判決評釋：不能未遂，台灣本土法學雜誌，第 91 期，2007/2，頁 168 以下。

6 黃榮堅，基礎刑法學（下），2006，頁 556。

7 余振華，未遂犯，收錄於：二〇〇五年刑法總則修正之介紹與評析，台灣刑事法學會編印，2005，頁 150。

8 蘇俊雄，刑法總論 II，1998，頁 372。

非不能犯⁹。

在本案中，甲持槍到乙家尋仇，甲以槍抵住乙頭部，罵完即對乙開槍，沒想到槍卡彈，無法有效擊發子彈，卡彈的原因有多種，可能是因彈藥室不潔或生鏽、彈匣變形、子彈裝填不正確、子彈裝藥量不足、子彈不潔或變形或扣板機動作不確實等。因此，不管依上述何種見解，甲的行為並非出於重大無知，因為甲認為此槍具有能擊發的殺傷力，才會肆無忌憚地持槍到乙家尋仇，甲使用的槍枝也非絕對不具殺傷力，且依一般人以行為當時所存在的具體情狀判斷，持槍對人要害開槍的行為並非無危險，故甲不成立不處罰的不能未遂，當甲以客觀上不能達於既遂的手段對乙頭部扣板機時，甲具有殺人的犯罪決意。又甲對乙頭部扣板機，肯定已著手於殺人罪之實行，違法性與罪責性皆成立，甲對乙成立殺人未遂罪。

二、甲對丙考慮成立刑法第 271 條第 2 項與第 25 條殺人未遂罪？

甲稍後持另一把手槍對丙開槍，同樣也卡彈，基於上述理由，甲對丙成立殺人未遂罪。

參、結論

甲先後殺人行為係針對不同的人，侵害的客體又涉及一身專屬法益，故甲成立二個殺人未遂罪，數罪併罰。

⁹ 最高法院 95 年度台上字第 5758 號；最高法院 96 年度台上字第 4650 號。

第八題 準中止犯之防止行為

甲在廟裏當乩童，常提供符水給信徒喝，認為可排難解厄。當甲與兄長乙因遺產不和後，心生殺害乙的念頭。某日，甲在乙飲料中下毒，乙喝下後，出現身體不適，甲反而心生後悔，遂以符水讓乙喝下，乙的家人仍然不放心，送乙到醫院檢查，方確定甲下的毒劑因份量不足，只會造成身體不適，尚不至於致死。試問：甲的刑責為何？

壹、問題爭點

刑法第 27 條為準中止犯，準中止犯成立的客觀要件是已盡力為防止行為，立法理由指出係為鼓勵犯人於結果發生之先儘早改過遷善，放寬中止犯之條件。犯罪之未完成，雖非由於中止者之所為，祇須行為人因己意中止而盡防止犯罪完成之誠摯努力者，仍足認定其成立中止犯。本案爭點是，行為人依其主觀認知，認為採取的防止行為足以令結果不發生，是否已盡力防止？符合真摯努力？尤其是行為人的防止行為是一種不切實際的迷信行為時，應如何評價此行為？

貳、案例分析

一、甲可能成立刑法第 271 條第 2 項與第 25 條殺人未遂罪？

甲基於殺害故意對乙飲料下毒，但未發生死亡結果，不成立殺人既遂罪。又刑法有處罰殺人未遂罪，甲必須具有殺人的犯罪決意且著手實行殺害行為。甲與兄長乙因遺產而不和，心生殺害歹念，並在乙飲料置入毒藥，肯定甲具有殺人決意。只是乙因毒藥劑量不足而未發生死亡結果，即在著手時註定不能發生犯罪之結果，屬於方法不能，國內學者與實務則認為是障礙未遂。甲是否適用刑法第 26 條而不罰？不能未遂是依事前判斷，著手時確認不可能實現犯罪既遂，但不能未遂唯有行為無危險，才適用刑法第 26 條。甲不知著手時毒藥劑量不足，無法造成乙死亡，然甲是以可毒殺他人的行為方式為之，亦即在他人飲料中放入自認為可以殺人的藥劑，且乙也喝下，只是毒藥份量根本不會危害生命，行為仍足以震撼人心，動搖法律和平，行為有危險。甲已著手實行殺人，違法性與罪責性皆肯定，成立殺人未遂罪。

二、甲是否成立刑法第 27 條第 1 項前段中止犯？

甲於乙飲料中置毒，當乙喝下造成身體出現不適現象後，心生悔意，以符水令乙服下，此行為是否成立中止犯？刑法第 27 條中止犯是「已著手於犯罪行為之實行，而因己意中止或防止其結果之發生者。」其前提是行為人的犯罪須達於未遂階段，但不能是既遂。甲已成立殺人未遂罪，乙的死亡結果未發生，只是成立中止犯

的前提是未遂行為不能是一種失敗未遂。失敗未遂是依行為人主觀認知，認為犯罪在客觀上不再可能實現或繼續犯罪已喪失意義，因而決定放棄犯罪；簡言之「即使我想要，我也不能實現犯罪」。理由是行為人主觀上既然認為「不能」犯罪或無意義，就沒有必要探討行為人「要不要」的己意與否問題¹。甲置毒時認為可以實現犯罪，故心生悔意時的未遂非屬失敗未遂，仍有成立中止犯的可能。

中止犯的要件是行為人因己意中止或防止其結果之發生，且結果不發生與行為人的中止或防止行為具有因果關係。在本案中，甲在乙飲料中下毒，乙喝下後，未遂行為屬既了未遂，故甲必須有積極的防止行為，方有中止犯之適用。甲因心生後悔，以符水讓乙喝下，依其主觀認識是積極的防止死亡結果發生。只是乙未發生死亡結果，是因為甲下毒劑量不足所導致，因此，未發生死亡結果並非甲的符水拯救乙的生命，防止行為與結果不發生之間不具因果關係，甲不能主張刑法第 27 條第 1 項前段的中止犯。

三、甲是否成立刑法第 27 條第 1 項後段準中止犯？

依刑法第 27 條準中止犯之規定，其前提是結果不發生，結果不發生雖因其他原因所致，造成其防止行為與結果不發生之間並無因果關係存在，但行為人心生後悔，對結果之不發生已盡防止之能事，為鼓勵行為人於結果發生前儘早改過遷善，遂適用中止犯之刑罰減免。在本案中，甲想毒害乙，於著手後既遂前，心生後悔，其下毒並未造成乙死亡結果。因為甲平常在廟裏從事乩童工作，認為喝符水可以排難解厄，遂於心生悔意下令乙服下符水，雖然符水與

¹ Roxin, Strafrecht AT, Band II, 2003, § 30 Rn. 77 ff.

未發生死亡無關，但甲的行為是否符合準中止犯之「盡力防止」要件？

不管是中止犯或準中止犯，二者成立的前提是行為人主觀上認為未遂行為還有實現的可能，否則就是失敗未遂。即使被害人或第三者已發現行為人，行為人仍有成立準中止犯的可能，因為行為人不知已被察覺，尚非失敗未遂；在得知被發現後，只要依行為人主觀想法，認為此時仍有可能實現犯罪，遂努力排除結果發生，也有可能成立準中止犯，關鍵在於努力是否出於「己意」而已²。行為未遂可以成立準中止犯的情形是普通未遂、不能未遂、犯罪結果最後意外地不發生，或經由第三者有意地防止結果發生。當無法確定結果不發生是否因中止行為所造成或基於其他原因時，也應有罪疑唯輕原則之適用³。

其次，準中止犯成立的客觀要件是盡力為防止行為，何謂盡力？若防止行為在客觀上是一種足以防止結果發生的行為，肯定是盡力。只是適合防止結果發生的行為並不一定得具客觀的適合性，因為防止行為的行為有價是準中止犯減免刑罰的關鍵，行為人客觀上是否已盡力不能脫離主觀想法。換言之，行為是否適合防止結果發生應依行為人的主觀認知，只要依其想法，認為所採取的方式足以防止結果發生，且真摯地盡力為之，即使結果不發生與防止行為不具因果關係，也可以是準中止犯的盡力防止行為。

在本案中，有疑義的是，對於排除乙可能死亡的結果而言，送醫應是客觀上最好的方法，但甲平日從事乩童工作，依其主觀認知

² Roxin, aaO., § 30 Rn. 274.

³ Vogler, in: StGB. Leipziger Kommentar, Einleitung §§ 1-31, 1985, § 24 Rn. 132.

與信仰，認為符水可幫人除厄去病，若由「盡力」出於誠摯性之觀點評價甲的行為，甲可謂是衷心懊悔。問題是：以迷信方法防止結果不發生是否能享有準中止犯之刑罰減免優待？學者認為準中止犯之盡力與否，雖強調行為人之主觀認知與能力，但以一種不切實際的防止方法，如宗教上的祈禱或神秘的巫術，例外地一致否定行為人已盡力。理由是：行為人以迷信的方法開始實行犯罪行為時，此行為既是出於重大無知或行為毫無危險，於客觀上不能發生犯罪之結果，而屬不處罰的迷信犯。理所當然地，行為人以迷信或不切實際的方法為防止措施，亦無法消弭其因開始實行犯罪所帶來的震撼印象，因此，刑罰無減免必要⁴。即使非迷信犯，而是刑法第 26 條不能未遂的情形亦同。例如認為喝菊花茶可以墮胎，刑法既然不處罰此類型的不能犯，若行為人基於己意以不處罰的不能方法防止結果發生，同迷信行為一樣，不能享有刑罰的減免優待。例如行為人誤拿無危害的藥以為是 RU486 墮胎藥，讓被害人服用後心生悔意，認為蜂蜜可以安胎，提供蜂蜜給被害人服用也非準中止犯的「盡力」。從而，在本案中，甲令乙服下符水，固然是出於己意，且由甲立場而言，已真摯地盡力防止結果發生，但基於上述理由無法成立準中止犯。

參、結論

甲的下毒行為成立殺人未遂罪，因防止行為與結果不發生無因果關係，不成立中止犯，也因為以不切實際的迷信行為防止結果發

⁴ Roxin, aaO., § 30 Rn. 283; Rudolphi, in: SK-StGB, 2002, § 24 Rn. 30; Vogler, aaO., § 24 Rn. 136.

生，即使行為人出於真摯努力防止，有如刑法不處罰迷信犯的理由一樣，不能以迷信的防止方法而享有刑罰減免的優待，故甲不成立準中止犯。

第九題 準中止犯防止行為之「盡力」要件

甲到乙家拜訪，二人聊到深夜，隨後二人為了欠債問題發生爭吵，甲於是拿起桌上酒瓶砸破後，基於殺害故意揮擊乙頭部，導致乙倒地不起，甲立即離開乙屋。甲於途中心生悔意，折回乙家，想打電話請救護車，卻在乙宅門前發現乙的妻子丙正照顧乙，甲立即再度離開現場，乙最後因丙送醫急救而倖免於死。試問：甲的行為是否符合解除刑罰事由？

壹、問題爭點

行為人著手於犯罪構成要件之實行後，若犯罪結果未發生，行為人在何種條件下可主張中止犯？中止犯與準中止犯有何區別？準中止犯的成立要件為何？何謂「盡力防止」？盡多少力，方為「盡力」？

貳、案例分析

一、甲是否成立刑法第 271 條第 2 項與第 25 條殺人未遂罪？

乙未發生死亡結果，刑法有處罰殺人未遂罪，甲基於殺害故意

而拿破酒瓶對乙頭部揮擊，肯定具殺人決意，且已著手實行殺害行為，違法性與罪責性成立，甲成立殺人未遂罪。

二、甲能否主張刑法第 27 條第 1 項前段中止犯？

甲已著手於殺人行為，雖然乙的死亡結果未發生，但成立刑法第 27 條前段中止犯必須行為人因己意中止或防止其結果之發生，中止或防止行為與結果不發生必須具有因果關係。甲出於己意回到乙家，發現丙正照顧乙，於是離開現場，乙未發生死亡結果是因為丙的介入，與甲的行為無因果關係，因此，甲不成立殺人未遂罪的中止犯。

三、甲是否成立刑法第 27 條第 1 項後段準中止犯？

依刑法第 27 條第 1 項後段規定，準中止犯必須結果不發生，行為人出於己意而真摯努力地防止結果發生，最後結果不發生雖非防止行為所致，而是意外的結果時，也有減免刑罰之適用。在本案中，甲主觀上認為已著手實行之犯罪結果並非不可能實現，故非屬於失敗未遂，仍可能因出於己意而防止結果發生。乙的死亡結果雖然未發生，但其與甲的行為不具因果關係，因此，考慮甲的返回現場行為是否能成立準中止犯。

由立法理由中可得知，準中止犯強調的是行為人於結果發生前「已盡力防止結果發生之誠摯努力」，準中止犯之所以減免其刑，係因行為人的主觀認知已改變，顯示已改過遷善，至於防止行為於客觀上是否為結果不發生的原因，並非重點。立法者讓防止與結果不發生不具因果關係的情形亦有適用中止犯的可能，乃是擴大中止

犯適用範圍，但不要求客觀因果關係，可謂是對中止犯（或犯罪）客觀原則的突破，故可以肯定的是，準中止犯是主觀未遂理論下的產物；簡言之，行為人努力防止的行為有價，方是刑罰減免的關鍵¹。

準中止犯的客觀要件要求行為人「已盡力為防止行為」，理由是對於一個毫無實現希望的不能未遂而言，若要求行為人之防止必須導致結果不發生，即使出於真摯地努力防止，根本不可能實現，而永遠無法成立中止犯，故為了避免不合理的評價，「準中止犯」有存在的必要²，且不要求行為人的防止行為必須成功，反而要求行為人已盡力為防止行為即可。既然規定「防止」，而非如本條前段尚有「中止」結果的可能，此「防止」是否侷限於積極行為？較無疑義的是，僅是想要盡力防止，卻不付諸行動，並不符合規定。但何謂「盡力防止」？盡個人最大努力或盡一般人最大努力？做多少才是必要的盡力？有以下見解：

有論者認為，行為人雖盡力為防止行為，但該防止行為在客觀上不足以防止結果發生，亦即非屬必要的防止行為時，若有準中止犯之適用，實有違平等原則，因此，為了避免中止犯過度擴張，行為人是否已盡力，則視防止行為是否屬必要而定³。另有主張，由立法理由要求「盡力防止」須出於真摯以觀，防止行為與結果不發生之間唯有具備積極性與相當性，防止行為方具有「真摯性」，故

1 Vogler, in: StGB. Leipziger Kommentar, Einleitung §§ 1-31, 1985, § 24 Rn. 131; Krauß, Der strafbefreiende Rücktritt vom Versuch, JuS 1981, S. 885.

2 Roxin, Strafrecht AT, Band II, 2003, § 30 Rn. 265 f.

3 余振華，未遂犯，收錄於：二〇〇五年刑法總則修正之介紹與評析，法務部編印，2005，頁 96。

要求行為人必須積極地實行足以防止結果發生的相當行為，方肯定已盡力⁴。實務亦指出，行為人未實行有效防止結果之相當性行為，即無已盡力為防止行為可言⁵。倘行為人僅消極停止其犯罪行為，並容忍外力之介入，致未發生結果；或其防止結果行為，尚有未盡，而係因外力之介入，致未發生結果者，仍屬障礙未遂，非準中止未遂⁶。

準中止犯並未規定「已盡力為防止行為」必須出於己意，亦即並無中止犯有「己意」的主觀要件，因此，已盡力似乎應純粹依第三人的客觀標準而定。毫無疑義的是，若防止行為在客觀上是一種足以防止結果發生的行為，肯定符合上述的必要性，只是適合防止結果發生的行為並不一定得具客觀的必要性。防止行為的行為有價，是準中止犯減免刑罰的關鍵，行為人客觀上是否已盡力不能不考慮其主觀想法。方法對防止結果發生是否必要與適合，應依行為人的主觀認知而定。只要依其想法，認為所採取的方式足以防止結果發生，且真摯地盡力為之，即使結果不發生與防止行為不具因果關係，基於準中止犯之立法理由，仍適用中止犯的規定。此見解與要求準中止犯之盡力必須出於真摯性有密切關係，防止行為應屬於行為人所能認識的範圍內，且依其觀點足以防止結果發生而盡力為之即可，不能因為行為人在客觀上還可以做更多，卻沒有做而否定其已盡力。只不過行為人讓被害人或第三者採取防止措施，也必須確認其採取的措施真的有效，方能放任離開。如果採取明顯不足以防

4 曾淑瑜，中止犯修法前後之檢討，收錄於：刑法總則修正重點之理論與實務，台灣刑事法學會主編，2005，頁234。

5 最高法院108年度台上字第3635號。

6 最高法院108年度台上字第584號。

止結果發生或愚蠢的方式，視為未盡力。別特別是攸關人命時，必須採取盡可能最有效的防止措施，方足以肯定盡力⁷。

學者對於防止是否已盡力，提出「預備防止」與「著手防止」概念。有主張對於「盡力」的要件不應做嚴格解釋，因為盡力是依行為人主觀認知，任何一種足以提高防止結果發生機率的行為皆屬之，即使防止僅做到半途亦可，故預備防止的行為也是盡力。在本案中，甲既然有心返回現場，由刑事政策觀點而言，此念頭的產生比稍後的撥打電話更困難，故足以認定其已盡力⁸。

反對見解則否定甲已盡力，認為甲只是比停留於想做的層次多一些，甚至是做到半途而已，其提出合理的見解是，盡力防止的方式必須在客觀上或依行為人主觀認知已開展結果排除的可能。因為中止犯是未遂犯的逆向概念，未遂犯的著手認定標準也適用於是否已盡力防止的判斷上，遂要求行為人的防止行為應由外在表現明顯地可看出直接、立即導致結果不發生，或防止行為與結果不發生具有時空緊密關聯。此情形有如既了未遂一樣，依行為人主觀認知，因果歷程不再朝向結果推進，防止行為方能消弭因未遂行為所產生的震撼印象，因此，行為人「著手防止」才是盡力。更何況，對生命法益而言，應嚴格認定「盡力防止」的要件。依此見解，在本案中，甲返身走回現場僅是預備防止，只有當甲自己撥打電話或確定丙撥打救護車電話時，才是著手防止行為⁹。今甲看見丙照顧乙，隨即離開現場，並非著手防止結果發生，而僅是預備防止而已，甲

7 Vogler, aaO., § 24 Rn. 135; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 2019, Rn. 1061.

8 Roxin, aaO., § 30 Rn. 272.

9 Vogler, aaO., § 24 Rn. 137; Rudolphi, in: SK-StGB, 2001, § 24 Rn. 30.

的行為不符合「盡力防止」要件，不成立準中止犯。

參、結論

甲著手於殺害乙的行為成立殺人未遂罪，甲雖然出於己意返回現場，但最後結果未發生與甲的行為無因果關係，不成立中止犯。又甲看見丙照顧乙，在沒有確定丙是否通知救護車下即離開現場，至此的行為僅是預備防止而已，並非「盡力防止」，不成立準中止犯。

第十題 客觀歸責與準中止犯

甲不忍罹患癌症的妻子乙長期受病魔折磨，於是在乙的食物中置入致死的毒藥，藉此方法想結束乙的痛苦。當乙用完餐後，因毒藥發作而腹痛，甲突然心生後悔，告訴乙實情，並要求乙一起到醫院就醫，惟乙因久病且於腹痛難忍下，遂產生一死了之的念頭，對甲的要求悍然拒絕。甲雖然試圖強制帶走乙，沒想到乙竟然趁機跑到陽台一躍而下致死。事後證明，若乙當時送醫急救，並不至於會因毒致死。試問：甲的刑責為何？

壹、問題爭點

行為人具有殺人決意而著手實行殺害，出於己意中止或防止結果發生，結果仍舊發生時，是否應負既遂的刑事責任？尤其是行為人出於真摯盡力防止結果發生，結果還是發生，是否排除中止犯之適用？

貳、案例分析

一、甲是否成立刑法第 271 條第 1 項殺人既遂罪？

乙跳樓發生死亡結果，乙之所以跳樓係因為甲的下毒行為，造成乙腹痛後，進而產生厭世念頭，肯定甲的下毒行為與乙跳樓身亡具有因果關係。只是乙的死亡結果必須客觀歸責於甲的下毒行為，甲下毒行為是製造法律上重要的危險，但乙趁機跑到陽台跳樓是對自己生命置入一種新的、獨立的危險，乙死於墜樓，應屬自我負責的行為，甲的下毒行為與乙死亡結果不具危險關聯，甲不成立殺人既遂罪。依實務所採的相當因果關係理論，甲的下毒行為與乙墜樓發生死亡結果之間並不具相當因果關係，甲不負殺人既遂罪。

二、甲考慮成立刑法第 271 條第 2 項與刑法第 25 條殺人未遂罪

甲的行為與乙死亡結果間欠缺相當因果關係或客觀歸責關聯，不成立殺人既遂罪，考慮是否成立殺人未遂罪。刑法有處罰殺人未遂罪，又甲於下毒時具有殺人決意，下毒讓乙食用後，令乙產生腹痛，肯定著手實行殺人罪的構成要件。即使乙罹患不治癌症，甲也不能任意剝奪或縮短他人生命，行為具違法性與罪責性。

三、甲是否成立刑法第 27 條第 1 項中止犯或準中止犯？

當乙因毒藥發作並導致腹痛，甲此時心生悔意，要求乙就醫，於遭乙拒絕後，甲也試圖強制乙到醫院，甲是否能主張刑法第 27

條第 1 項中止犯？因該條項規定「已著手於犯罪行為之實行，而因己意中止或防止其結果之發生者」，成立中止犯，若「結果之不發生，非防止行為所致，而行為人已盡力為防止行為者」，成立準中止犯。不管是中止犯或準中止犯，二者成立的前提是結果不發生，在本案中，甲的努力白費，因乙趁機跑到陽台，一躍而下造成身亡，依法條規定，甲無法成立中止犯或準中止犯。只是乙的身亡不能客觀歸責於甲的下毒行為，考慮甲出於真摯盡力防止結果發生之行為是否成立準中止犯？

有學者認為，行為結果不能歸責行為人的行為，仍適用中止犯¹。或有認為結果雖已發生，但行為人已真摯地防止結果發生，依責任減少說，因不要求防止行為與結果不發生之間須有因果關係，於論理上可適用中止犯之規定。採違法性減少說者認為，因結果已發生，在違法性不減少的情況下，無中止犯之適用。在二說的折衷考量下，行為人放棄主觀違法性要素之故意時，也減低其行為無價值，違法性亦減少。此外，行為人法敵對性減弱，責任也隨之減少，因此，主張在刑的限度上可考慮適用準中止犯²。

另有基於準中止犯之立法理由與刑法論理的一致性，考慮甲的行為是否成立準中止犯。問題是，乙已經死亡，當行為發生結果時，在何種條件下仍有準中止犯之適用？探究此問題之前，先說明結果不發生為何是準中止犯的前提。依刑法第 27 條第 1 項後段規定，結果不發生非防止行為所致，而行為人已盡力，成立準中止

1 林山田，刑法通論（上），2005，頁 492 以下。

2 余振華，未遂犯，收錄於：二〇〇五年刑法總則修正之介紹與評析，法務部編印，2005，頁 96。

犯；相反地，行為人同樣努力地防止結果發生，卻陰錯陽差，犯罪結果仍發生，卻無法適用準中止犯。例如行為人基於殺害故意持刀揮砍被害人後，心生悔意，開車載被害人就醫，途中因路況不熟迷路，導致被害人未能即時送醫而死亡。後者就行為人主觀上放棄犯罪決意與客觀上真摯盡力防止而言，與結果不發生下的準中止犯並無軒輊，但刑罰卻有天壤之別。理由是行為發生犯罪結果，這是行為人著手實行犯罪的後果，此時不再是未遂犯的問題而已，行為人所應探討的反而是一個故意既遂犯的刑事責任。

既遂犯的處罰係因行為具有結果非價與行為非價；反之，未遂犯的應罰性與可罰性在於行為非價上，行為非價不僅是未遂犯的刑罰基礎，同時也應是中止犯減免刑罰的基礎。不管是中止犯或準中止犯，能獲得刑罰減免的客觀要件是犯罪結果不能發生，因此，在失敗中止或不能中止的情形中，因防止行為不適合或未能或不足以即時防止結果發生，行為人不成立準中止犯。

現行法規定準中止犯，係因「行為人已著手於犯罪行為之實行終了後，而於結果發生前，已盡力防止結果發生之誠摯努力，惟其結果之不發生，事實上係由於其他原因所致者，因其防止行為與結果不發生之間並無因果關係存在……惟就行為人衷心懊悔，對結果之發生已盡其防止能事之觀點，（實與一般中止犯）並無二致。為鼓勵犯人於結果發生之先儘早改過遷善，中止犯之條件允宜放寬。」職是，成立準中止犯的關鍵是行為人於結果發生前「盡力防止結果發生之誠摯努力」。「結果不發生」似乎係指犯罪結果不發生而言，依此，行為人再怎麼努力，若發生犯罪結果，行為人都不能主張任何中止犯。在本案中，乙的死亡結果與甲的下毒行為不具

客觀歸責關聯，犯罪結果在不能客觀歸責於行為人的行為時，即使結果仍發生，行為人不負既遂刑責，而成立未遂犯。此情形可以是因外力介入、第三人或被害人自己的行為導致結果發生，行為與結果之間欠缺因果關係或客觀歸責，基於法律因素令客觀構成要件不該當，不論以既遂³。任何一種形式的未遂犯，只要不是主觀的失敗未遂，於法理上，行為人出於己意而真摯努力地防止結果發生，基於立法理由與刑法體系的論理一致性，應有準中止犯之適用。惟囿於現行法「結果不發生」之規定下，難以直接適用準中止犯，應類推適用準中止犯之規定。

參、結論

乙的死亡結果不能客觀歸責於甲的下毒行為，成立殺人未遂罪。乙雖然死亡，但死亡係乙自己故意製造另一個新的、獨立的危險行為，造成甲不再能操控因果歷程，並導致結果實現。甲出於己意且盡力防止乙的死亡結果發生，考慮準中止犯的立法理由與刑法論理的一致性，其防止行為類推適用準中止犯的規定，減輕或免除其刑。

3 Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 2019, Rn. 1060.

第十一題 參與犯之準中止犯

甲女說服乙殺害甲之前男友丙，乙持槍找丙算帳，並朝丙腹部開槍，結果子彈射偏，擊中丙大腿，丙哀求乙放過他，乙心想丙已受到教訓了，於是讓丙離開就醫，幸未大礙。這時甲剛好趕到現場，因為深覺良心不安，前來阻止乙殺丙的行為，試問：甲、乙刑責各為何？

壹、問題爭點

刑法第 27 條第 2 項規定參與犯之中止犯，但二人以上共同犯罪，一律適用第 2 項嗎？適用第 2 項的主體有哪些？其中，本條項後段有如單獨正犯一樣，也有準中止犯的規定，參與犯之準中止犯的要件又為何？

貳、案例分析

一、乙可能成立刑法第 271 條第 2 項、第 25 條與第 27 條殺人中止未遂罪

（一）殺人未遂罪之構成要件

乙朝丙腹部開槍，子彈射偏，擊中丙大腿，經丙哀求後，讓丙

離開就醫而無大礙。刑法有處罰殺人未遂罪，未遂罪的主觀要件是行為人必須具有犯罪決意。乙在甲的說服下殺丙，持槍對丙腹部開槍，肯定乙具有殺人決意，且著手於殺害行為，違法性與罪責性皆成立。

(二) 解除刑罰事由

乙具殺人故意，惟子彈射偏，擊中丙的大腿，乙於丙哀求下放過他，讓丙離開就醫，考慮成立刑法第 27 條中止犯。只是本案中有甲、乙二人參與犯罪，刑法第 27 條第 1 項與第 2 項規範的主體不同，乙應適用本條第 1 項或第 2 項？

單獨正犯沒有與任何人共同參與犯罪，毫無疑義地適用本條第 1 項。問題是，被教唆或被幫助的正犯係適用第 1 項或第 2 項？刑法第 27 條第 2 項規定的主體係「正犯或共犯中之一人或數人」，從法條文義而言，第 2 項似乎也包括被教唆或被幫助的正犯。不過，由本項規定「防止犯罪結果之發生」而言，握有犯罪支配者係正犯，正犯即使沒有教唆者或幫助者的防止行為，自己也可以經由「中止」繼續犯罪而讓結果不發生。

又刑法第 27 條第 1 項規定中止犯可以是「中止」或「防止」，第 2 項僅限於「防止」，後者要件比前者嚴格，有學者認為是二人以上參與犯罪的未遂比單獨正犯的未遂更具有危險性，遂要求參與犯的中止者必須有效防止犯罪結果發生，方有中止犯之適用¹。或認為基於處罰未遂犯的印象理論得出，參與者經由參與而達於未遂所帶來的動搖法律和平之震撼印象，不是只有想防止結果發生之參與者排除自己參與的具體危險所能消除，而是必須完全站

¹ Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 2019, Rn. 1073.

在法益保護的立場而為，不僅證明自己與犯罪保持距離，且當參與者盡力防止，方足以消弭震撼印象，並有刑罰減免的必要²。然而在刑事政策上，沒有理由排除被教唆或被幫助的正犯可以適用條件較寬鬆的第 1 項規定，因此，第 2 項規範的主體應限於共同正犯、教唆犯與幫助犯。若共同正犯其中之一因己意防止犯罪結果發生，適用第 2 項；但所有共同正犯一致同意中止或防止結果發生時，應適用第 1 項。此外，學術上提出的「正犯背後之正犯」概念，利用人因握有犯罪支配也應適用第 1 項。同理，被教唆或被幫助的正犯適用第 1 項³，在本案中，乙屬被教唆的正犯。

刑法第 27 條第 1 項中止犯的前提是犯罪結果不發生，今乙令丙離開就醫，死亡結果未發生。乙讓丙離開現場而未繼續開槍，並非是主觀上的失敗未遂，仍然可能成立中止犯。乙子彈射偏擊中丙的大腿，此時的未遂是一種未了未遂，依本條項規定，乙只要簡單地中止繼續犯罪即可。又乙讓丙離開並未受到任何強制，依心理觀點與規範觀點肯定出於己意，成立中止犯。

二、甲可能成立刑法第 271 條第 2 項與第 29 條殺人未遂罪之教唆犯

（一）教唆犯的要件

甲說服乙殺害丙，乙因而著手於殺害丙，乙成立殺人未遂罪，依共犯從屬原則，一個可附麗的正犯已存在。甲說服本無犯意的乙

² Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 2019, § 24 Rn. 102.

³ Fischer, Strafgesetzbuch, 2019, § 24 Rn. 37; 黃惠婷 參與犯之中止犯問題，台灣本土法學雜誌，第 86 期，2006/9，頁 27 以下。

殺害丙，乃是一種教唆行為，甲具有唆使他人犯罪的故意，而且也有唆使他人犯罪既遂的故意，違法性與罪責性皆成立，甲成立殺人未遂罪的教唆犯。

(二) 甲是否成立刑法第 27 條第 2 項中止犯或準中止犯？

1、結果不發生

甲教唆乙殺害丙後，深覺良心不安，前往現場阻止乙殺丙，只是當甲趕到現場時，乙出於己意讓丙離開現場，甲想阻止乙殺害的行為與丙未發生死亡結果之間不具因果關係。因刑法第 27 條第 2 項前段中止犯要求行為人的防止行為必須與結果不發生具因果關係，故考慮甲是否成立後段的準中止犯，其要件是「結果之不發生，非防止行為所致，而行為人已盡力為防止行為者」。

刑法規定參與犯的中止犯或準中止犯在客觀上必須以結果不發生為前提，二者差異在於：防止行為與結果不發生是否具因果關係。至於何種原因導致結果不發生，在所不問。從而，準中止犯可適用於下列情形：行為具危險性的不能未遂（或有稱障礙未遂）、結果不發生而成立的客觀失敗未遂（或障礙未遂）、第三者或被害人自己令犯罪結果不發生。甚至於結果不發生係因其他參與犯已經有效防止，此其他參與犯可以是正犯自己為中止或防止行為，中止者在不知情下為防止行為，仍然可能成立準中止犯。在本案中，甲即屬於後者的情形，雖然丙未發生死亡結果與自己的防止無因果關係，只是甲尚須符合參與犯之準中止犯的其他要件。

2、盡力防止

依本條第 2 項後段規定，參與犯防止結果不發生必須盡力。有主張其與單獨正犯的情形應有不同的要求，因為參與犯之中止犯要

件比單獨正犯嚴苛，若對參與犯之準中止犯的「誠摯努力」採嚴格解釋，將使參與犯很少能成立，造成刑罰不公平，故主張參與犯只要為了阻止犯罪結果發生，能讓自己的參與不具有侵害性即可，即使稍後認識到努力無效，也一樣視為盡力⁴。或認為若有多種防止可能性，也不要求應該用盡所有可能，只要行為人主觀認為，所採取的防止措施對於結果不發生是必要與適當即已足⁵。

不同見解認為，盡力是否出於誠摯，應依參與者主觀認知，所採取的方法對於避免侵害儘可能是最好的。罪責理論中的期待不能原理可作為判斷標準，亦即不能強求參與者採取可能危害自己生命、身體或自由的方法以防止結果不發生。若參與者積極收回自己的參與，只能視為參與者想與其他參與犯保持距離，尚不足以證明準中止犯所要求的「誠摯努力」⁶。

上述爭議以後者較合理，從法條規定與增修理由而言，參與犯的誠摯努力與單獨正犯的要求實無不同，參與者不能僅是收回自己的參與而已，而是必須由外在顯現其防止作為足以消弭其參與犯罪所帶來的震撼印象，方證明係出於己意的誠摯努力。

3、雙重防止故意

由於參與犯之準中止犯不要求防止行為與結果不發生具因果關係，因此，參與者盡力防止行為之主觀認識顯得特別重要。現行法對主觀要件並未明文規定，只規定「已盡力為防止行為」。可以肯定的是，參與者必須有防止意思，此防止意思應具有雙重故意，不

4 Vogler, in: StGB. Leipziger Kommentar, Einleitung §§ 1-31, 1985, § 24 Rn. 182 ff.

5 Schönke/Schröder, aaO., § 24 Rn. 103.

6 Roxin, Strafrecht AT, Band II, 2003, § 30 Rn. 341 ff.

僅具有令自己的參與中止的意思，且有防止其他參與犯繼續犯罪的意思⁷。理由是對共同正犯要求須有犯罪決意與彼此間共同的犯意聯絡，對於共犯則要求雙重故意（教唆或幫助故意與教唆既遂或幫助既遂故意），因此，對參與犯之準中止犯也要求應有反向的雙重故意，且不違背平等原則。

4、防止出於己意與誠摯

本條項之增修理由中曾謂：「犯罪之未完成，雖非由於中止者之所為，祇須行為人因己意中止而盡力防止犯罪完成之誠摯努力者，仍足認定其成立中止犯」。從參與犯與單獨正犯成立準中止犯之立法理由得知，行為人的盡力中止須具備誠摯性，基於誠摯性肯定出於己意。事實上不管何種中止犯，行為人能享有刑罰減免，其中止或防止結果發生的行為必須出於己意。更何況，立法者對於準中止犯在客觀要件上不要求因果關係，較低的門檻只有透過行為人主觀上的己意與基於誠摯盡力方能彌補。

在本案中，當乙著手殺害丙後，於結果發生前，甲因心生悔意親自前往犯罪現場阻止乙殺害行為。依甲主觀認知，所採取的方法對於避免丙受侵害是最好的方法，因為難以期待甲應該報警處理，故甲外在顯現之防止作為足以消弭其參與犯罪所帶來的震撼印象，甲的盡力出於己意且誠摯，雖然丙未發生死亡之結果與甲的防止行為不具因果關係，甲仍有準中止犯之適用。

⁷ Schönke/Schröder, aaO., § 24 Rn. 101.

參、結論

乙接受甲的請託殺害丙，著手殺害後，因己意而中止犯罪行為，中止行為與結果不發生具因果關係，乙成立殺人未遂罪的中止犯。乙之所以殺害丙，係因甲的教唆行為所致，甲教唆乙殺害丙，甲成立殺人未遂罪的教唆犯。甲親自到現場想阻止乙殺害丙，雖然丙未發生死亡結果，其與甲的阻止無因果關係，但甲出於己意且誠摯，符合第 27 條第 2 項後段之規定，適用準中止犯，乙與甲均減免刑罰。

第十二題 共同正犯之著手

甲、乙二人無固定的工作，年關將近時，二人計畫到某知名年貨街行竊，約定好由甲趁人潮擁擠下摸走他人錢包，再迅速轉手給附近接應的乙，讓被害人當場無法指證，事後二人平分所得。想不到二人第一次合作即失利，當甲伸手掏取他人皮包時，當場被逮個正著，乙發現後立即趁機溜走。試問：甲、乙的刑責各為何？

壹、問題爭點

共同正犯是基於共同犯罪決意，共同分擔犯罪之實行，共同正犯之間的參與與間接正犯不同，前者是直接且橫向互相歸責，故共同正犯對於整體犯罪負責任。若共同正犯其中一人達於未遂階段，其他共同正犯尚未著手於事先約定的參與行為或仍處於預備階段，是否也應論以未遂犯的共同正犯？

貳、案例分析

一、甲考慮成立刑法第 320 條第 3 項竊盜未遂罪

當甲伸手掏取他人皮包時，當場被人發現，竊取行為未完成，

且竊盜罪有處罰未遂犯。甲以手伸入他人皮包，具有竊取他人動產之決意與不法所有之意圖。實務認為未遂犯的著手係指對於構成犯罪要件之行為，已開始實行者而言¹。學界通說對未遂犯之處罰採主觀——客觀混合理論，又稱印象理論，「著手」是依行為人的犯罪計畫，直到目前為止的行為即使非構成要件所描述的行為，但只要實現犯罪的過程不受任何干擾，且不須有任何進一步重要的行為介入；或行為對於法益的侵害結果具有時間與空間的緊密關聯，而足以動搖法律和平與造成社會大眾的不安，即為「著手於犯罪之實行」²。在本案中，甲伸手掏取他人皮包，肯定對於他人財物著手實行竊盜罪的竊取行為，違法性與罪責性皆成立，甲成立竊盜未遂罪。

二、乙是否成立刑法第 320 條第 3 項與第 28 條竊盜未遂罪的共同正犯？

甲、乙二人事先約定到年貨街行竊，由甲竊取他人財物，乙在附近接應，因甲著手後遭人察覺而失敗，乙尚未接觸贓物，對甲的未遂結果是否應負竊盜未遂罪的共同正犯？

（一）共同的犯罪決意

刑法第 28 條規定「二人以上共同實行犯罪之行為者，皆為正犯。」共同正犯的主觀要件是參與者須有共同的犯罪決意，今乙與甲二人事先共同約定，趁人潮擁擠時對他人財物行竊，乙具有竊取

¹ 最高法院 108 年度台上字第 1909 號。

² 黃惠婷，預備行為與未遂行為之區別，月旦法學雜誌，第 108 期，2004/5，頁 160 以下。

他人財物之決意與不法所有意圖。又依犯罪計畫，由甲先對他人財物下手，再轉手給附近的乙，讓被害人當場無法指證甲行竊。乙承諾轉手接應的行為不屬於竊盜罪所描述的構成要件，但成立共同正犯，不以參與者皆須實行犯罪構成要件為必要。共犯理論有主觀理論與犯罪支配理論之分，主觀理論是以正犯或共犯之意思參與犯罪為依據；依犯罪支配理論是由參與者的參與行為判斷是否對犯罪握有功能支配而定³。在本案中，乙負責當場接應贓物的工作，足以影響甲的行竊是否能成功，故參與對甲利用人潮擁擠而貼身扒竊的行為扮演重要的角色，肯定對於整個犯罪握有是否與如何實行的犯罪支配。又二人採分工合作，事後擬平分行竊所得，不管是依主觀理論或犯罪支配理論，乙具有正犯意思與功能支配意思參與行竊，與甲具有共同犯罪的犯意聯絡。

（二）共同正犯之「著手」認定

單獨正犯之著手認定有如上述對甲之行為的判斷，而共同正犯之著手應如何認定？毫無疑義的是，若所有共同正犯皆已各自著手實行事先約定的參與行為，肯定所有參與者皆達未遂階段。有疑義的是，只有共同正犯其中一人達於未遂階段，其他共同正犯尚未開始於事先約定的參與行為、或仍處於預備階段，是否也應論以未遂犯的共同正犯？對此有不同的見解：

1、整體說

學界通說採整體解決原則，認為共同正犯之犯罪著手認定問題應採一致性解決。當其中一人依共同的犯罪計畫開始著手實行犯罪之行為時，所有共同實現犯罪計畫的參與者，均視為已著手，至於

³ 林山田，刑法通論（下），2008，頁76。

他人是否已開始實行其參與行為，則在所不問。因此，其中一人論以未遂犯，其他參與者也以同樣罪名處罰，即使他人根本尚未實行依計畫所約定的參與行為時，亦同。實務亦採此見解⁴，認為「共同正犯之行為人已形成一個犯罪共同體，彼此相互利用，並以其行為互為補充，以完成共同之犯罪目的。故其所實行之行為，非僅就自己實行之行為負其責任，並在犯意聯絡之範圍內，對於他共同正犯所實行之行為，亦應共同負責。此即所謂『一部行為全部責任』之法理。」

此論點基於共同正犯的特性，即參與者分工合作實現犯罪，每位共同正犯對於其他人的實行行為也應負責，而視為自己實行犯罪一樣。在共同犯罪的前提下，參與者之一的未遂行為足以表示全體意思的客觀化，其論點建立於所有參與者都有共同的犯罪決意，並由此引申出，分工合作的犯罪行為模式讓彼此的參與橫向互相歸責。此說優點是符合刑法第 28 條共同正犯的本質，參與者基於共同的犯意而實行犯罪，在彼此互相歸責原則下，一人達於未遂階段，所有承諾共同參與的實行者也達於未遂階段⁵。

2、個別說

少數說採個別說，即個別檢驗各個共同正犯所約定的自己參與行為是否已進入未遂階段而定。另有學者提出「以犯罪支配為取向的個別說」，每位共同正犯必須開始著手於自己的參與部分，方肯定對於可罰的未遂犯握有必要的犯罪支配。例如：A、B 與 C 三人

⁴ 最高法院 100 年度台上字第 5925 號。

⁵ Küper, Versuchs- und Rücktrittsprobleme bei mehreren Tatbeteiligten, JZ 1979, S. 776 f.; Fischer, Strafgesetzbuch, 2019, § 22 Rn. 21; 林山田，同註 3，頁 95；王皇玉，刑法總則，2019，頁 458。

計畫行搶，依計畫是由 A 先擊倒守衛，B 打開保險櫃，C 負責將贓物運走。當 A 棒打守衛時，因警鈴大作，三人見狀落荒而逃。強盜罪的未遂不必然開始於 A 的棒打，行為人只要非法入侵，強取財物將立即、直接發生時，也是著手實行強盜罪。A 已棒打警衛，A 成立加重強盜未遂罪。B 與 C 的未遂開始於自己的參與，即打開保險櫃與運送贓物，因為二者尚未著手於自己事先承諾的參與。依個別說，二者對 A 的著手加重強盜提供事前的允諾，應論以加重強盜未遂罪的幫助犯。此論點不違背共同正犯的互相歸責原則，理由是：行為互相歸責的前提是每位共同正犯至少著手實行依分配的行為，方由此得出握有共同犯罪支配，進而有彼此歸責的問題⁶。

支持此論點的學者也認為，既遂犯的共同正犯必須於實行階段共同支配犯罪的實現；同理，對未遂犯的共同正犯也應要求在未遂階段中提供重要的參與。理由是：依犯罪支配理論，共同正犯之著手判斷標準不應有既遂犯與未遂犯的差別，當共同正犯能藉由自己的積極參與以阻止犯罪發生，方能印證自己握有犯罪支配。例如：D 未參與謀議搶劫銀行，但聲明會到現場共同搶劫，在趕往現場的途中因故延遲，其他人在沒有 D 參與下仍然行搶成功（強盜案）。依犯罪支配理論，毫無疑義的是，D 不論以加重強盜罪的共同正犯。但假設其他人成立強盜未遂時，也沒有理由如整體說一樣，認為 D 應負強盜未遂罪的共同正犯。因此，唯有自己的參與部分已進入未遂階段，方肯定對成立的犯罪未遂握有共同支配。

再者，整體說也不符刑法對未遂犯的規定。依未遂犯理論，行

⁶ Rudolphi, Zur Tatbestandsbezogenheit des Tatherrschaftsbegriffs bei der Mittäterschaft, in: Festschrift für Bockelmann, 1979, S. 369, 383 ff.; ders. in: SK-StGB, 2003, § 22 Rn. 19a.

為人必須著手實行犯罪行為，若尚未開始實行自己的參與行為，只因他人已達未遂階段而論未遂的共同正犯，乃是不當擴大未遂犯的處罰範圍。甚至整體說對於中止犯之適用也會得出不合理的結論，例如：E 與 F 約定共同侵入他人工廠行竊，且隨時以電話聯絡。當 E 先到現場進入工廠搜尋時，突生悔意而中止犯罪，並先行離開。尚未到達現場的 F 因無法聯絡上 E，心想沒有 E 參與，自己也不想獨自實現犯罪，在沒有聯絡上 E 的情形下，於是驅車回家。E 可以成立竊盜未遂罪的中止犯，但處於預備階段的 F 依整體觀點，反而因共同正犯的 E 已著手犯罪之實行而論以竊盜未遂罪。因此，為了避免上述不合理的情形發生，共同正犯的著手認定依犯罪支配理論與未遂犯理論，應個別論斷參與者是否已著手自己的參與部分而定。倘若共同犯罪的他人已著手犯罪之實行而不遂，則尚未開始實行事先答應參與行為的人，成立未遂犯的精神幫助犯⁷。

在上述不同見解中，重點在於不管是既遂犯或未遂犯，依犯罪支配理論，成立正犯必須握有犯罪支配。而支持犯罪支配理論的學者有廣義犯罪支配與狹義犯罪支配之爭，前者認為參與犯罪預備階段者於實行階段交由其他參與者實行犯罪，可經由其在預備階段的參與程度與整個犯罪過程扮演的角色與地位，平衡其在實行階段缺席所形成的「負值」，以（共謀）共同正犯論，此情形特別是發生於幫派首領的參與。狹義犯罪支配理論支持者則認為僅參與犯罪預備階段，於實行階段反而不在場或未以任何方式操控他人犯罪之實行時，難謂對犯罪之「是否」與「如何」實現握有犯罪支配，因此，不論以共同正犯。例如幫派首領負責策劃搶劫銀行，交由其他

⁷ Roxin, Strafrecht AT, Band II, 2003, § 29 Rn. 297 ff.

成員實行強盜行為，當強盜達於既遂，依廣義犯罪支配理論，肯定幫派首領的參與具有功能支配，論以（共謀）共同正犯；依狹義犯罪支配理論，則認為不在場或不再持續操控他人實行犯罪時，論以教唆犯或間接正犯。

對共同正犯之著手認定，廣義與狹義犯罪支配理論也得出不同結論。如果強盜僅達於未遂階段，採整體說者認為幫派首領論以強盜未遂罪的共同正犯。即使依犯罪支配理論，每位參與者必須著手實行自己的參與部分，才會成立未遂犯的共同正犯，但支持廣義犯罪支配理論者也與整體說一樣，對未遂犯著手的認定有相同的結論，理由是幫派首領雖然於實行階段缺席，但於預備階段提供的參與經由其他人著手實行犯罪時也進入未遂階段；反之，主張狹義犯罪支配理論者堅持認為，僅在預備階段的參與不可能握有犯罪支配，因此，不管其他人達於既遂或未遂，皆不成立共同正犯，只能成立共犯。

參與者僅參與預備階段，如果所參與的行為不足以對犯罪的實現握有犯罪支配（非幫派首領），不管採整體說或個別說、廣義犯罪支配理論或狹義犯罪支配理論，對於共同正犯的著手認定，均有相同的結論。例如 G 對於他人的強盜案僅提供交通工具，他人的強盜行為達於未遂階段，G 參與的行為屬於幫助行為，成立強盜未遂的幫助犯。同理也應該適用上述的強盜案，D 與他人約定屆時出現在現場共同行搶銀行，因故未趕上，其他人仍行搶成功，其他人在遲到者未提供任何參與下仍實現犯罪，可見 D 原先承諾的參與是可有可無，亦即所承諾者並非是重要的、必要的參與，故不管是支持何種犯罪支配理論，D 應論以（精神）幫助犯。綜上所述，在

犯罪支配理論的廣義或狹義說之下所造成的整體說或個別說，在強盜案中僅對共同正犯的犯罪支配有不同的論點而已，對於共同正犯之著手認定並無影響⁸。

在本案中，甲伸手掏取他人皮包時，乙當時也在附近準備隨時接應，雖然乙尚未有承諾的接應行為，但人已在犯罪現場，亦足以肯定著手實行接應工作，亦即著手的認定不以乙真的接應為必要，而是在場與接應具有時空緊密關聯⁹，行為帶來震撼印象，故依整體說或個別說，乙成立竊盜未遂罪的共同正犯。

參、結論

甲伸手掏取他人皮包被發現，竊取結果未發生，成立竊盜未遂罪。乙雖然沒有機會實行事先承諾的接應贓物行為，但依二人犯罪計畫，接應工作對於行竊是否成功握有犯罪支配，且人已在犯罪現場，與接應具有時、空緊密關聯，視為著手實行接應行為，因此，依共同正犯之著手認定的整體說或個別說，論以竊盜未遂罪的共同正犯。

⁸ Krack, Der Versuchsbeginn bei Mittäterschaft und mittelbarer Täterschaft, ZStW 1998, Haft 3, S. 611 ff.

⁹ 採個別說的學者也主張此結論，Roxin, in: StGB. Leipziger Kommentar, Einleitung §§ 1-31, 1985, § 25 Rn. 199 f.

第十三題 不作為犯之共同正犯或幫助犯

社區警衛甲與住戶乙結怨，某日，看見陌生人丙試圖攀爬圍牆潛入乙宅，丙鬼祟行為是想入宅行竊，但甲對乙存有心結，於是對於丙的行為故意視而不見。乙一家人回到家後，發現家中遭小偷光顧，事後確認是丙搬走屋內的價值物品。問：甲、丙的刑責為何？

壹、問題爭點

以積極作為參與他人犯罪應成立正犯或共犯，在學術上主要有主觀理論與犯罪支配理論，但負有防止結果發生者對他人積極犯罪不阻止時，究竟應成立正犯或共犯，對支持主觀理論者似乎不是問題，但犯罪支配理論則難以解決。刑法對於不純正不作為犯雖然沒有減輕刑罰的規定，幫助犯卻得以減輕其刑，因此居於保證人地位者以不作為令他人實現犯罪，仍有區別成立正犯與幫助犯的意義，只是標準何在，是本案的爭點。

貳、案例分析

一、丙考慮成立刑法第 321 條第 1 項第 1 款加重竊盜罪

丙趁乙一家人不在時，搬走屋內價值物品，乃是違反乙的意願秘密取走他人之動產，破壞乙對其所有物的持有關係，並建立自己對乙所有物的持有關係，肯定是竊取。此外，丙以侵入乙住宅的方式犯之，該當加重竊盜罪的客觀要件，丙具有加重竊盜故意與為自己不法所有之意圖，違法性與罪責性皆成立。

二、甲成立刑法第 321 條第 1 項第 1 款加重竊盜罪的正犯或幫助犯？

甲是社區警衛，看見陌生人丙試圖攀爬圍牆潛入乙宅，卻未加察看或制止，導致乙的貴重物品遭竊，只是甲對於乙損失動產的結果並非是經由積極作為所促成，而是消極的不作為令丙得以行竊成功。因此，甲考慮成立加重竊盜罪的不作為犯。

依刑法第 15 條第 1 項規定：「對於犯罪結果之發生，法律上有防止之義務，能防止而不防止者，與因積極行為發生結果者同。」不純正不作為犯的構成要件是行為人不為期待作為，然法律不會強人所難，因此，行為人對於結果發生在事實上必須具有防止可能性，亦即行為人須有作為能力卻不為期待作為時，方有刑責，且不作為與結果之間具有因果關係與客觀歸責。最重要的是，行為人居於保證人地位而負有防止特定結果發生的義務。在本案中，甲身為社區警衛，社區安全屬警衛重要的業務項目，應屬無疑。甲基

於契約關係事實上承擔社區的安全，對乙住宅安全居於保證人地位，負有保護義務。今甲看見丙入乙宅準備行竊，卻不加以阻止，其不履行法律上防止義務，導致乙宅遭竊，不作為與竊取結果之間肯定因果關係與客觀歸責。較特別的問題是，甲成立加重竊盜罪的正犯？還是幫助犯？亦即居保證人地位者以不作為參與他人作為犯罪應如何評價？相反地，以作為參與他人不作為犯罪又應如何判斷？

（一）參與他人不作為犯罪的情形

參與犯有共同正犯、間接正犯、教唆犯與幫助犯，二人以上居於保證人地位者不履行作為義務可以是不作為犯的共同正犯，只是不作為犯在本質上欠缺基於犯罪計畫的實行行為，其能成立共同正犯是因事先約定或默許不作為，讓犯罪結果實現，例如父母二人基於共同決意不餵食腦麻兒，致令其死亡¹；反之，彼此不具有共同犯罪決意，則是同時犯。不作為的共同正犯在刑法判斷上不具有重大意義，因為對不作為者而言，彼此之間沒有所謂的橫向歸責，他人的行為與其對結果負責無關係。作為犯與不作為犯可以共同實現犯罪而成立共同正犯，例如銀行行員與搶匪約定好，假裝遭到搶劫並讓其取走款項，卻故意不按警鈴，不作為者成立共同正犯是因為基於共同犯罪計畫而令作為者的行為歸責於他。行為人是否可以透過不作為成立間接正犯？有主張肯定說，另有認為在親手犯或特別身分犯情形中，未親自實行犯罪構成要件或不具特別身分者不可能成立間接正犯²。但行為人可以成立不作為犯的間接正犯³，例如 A

¹ Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 2019, Vor §§ 25 ff., Rn. 88.

² Fischer, Strafgesetzbuch, 2019, § 25 Rn. 10.

攜帶弱智的小孩出遊，聽見有人喊叫有小孩落水，會游泳的 A 認為是自己的小孩想前往探究究竟，在一旁的好友 B 卻出手攔阻並告訴 A，他剛剛拿錢給小孩到附近超商買飲料，事實上 B 知道落水的人是 A 的小孩，欺騙 A 的目的是不想讓小孩拖垮 A，認為小孩溺斃對二人是一種解脫。B 透過欺騙令 A 在不知情下不履行防止義務，B 是透過積極作為欺騙 A 不作為，肯定 B 對事件的因果歷程握有犯罪支配。

甚至不作為犯的參與者可以是教唆犯或幫助犯，前者如 A 看見中風的先生 B 從輪椅跌下來昏倒在地，A 想上前扶起並送醫，好友 C 見狀忙勸阻 A，並勸說一切聽天由命，因為 B 死亡對二人未嘗不是不好，A 聽從 C 的建議，二人於是外出，B 稍後被其他人發現時，已回天乏術。成立幫助犯的情形原則是精神幫助，例如在上例中，A 喃喃自語地猶豫到底要不要將 B 送往醫院，C 了解 A 的矛盾心理，出言表達不要拯救，堅定 A 不作為的犯意。

(二) 經由不作為參與他人積極作為犯罪的情形

1、否定不作為成立間接正犯或教唆犯

以積極作為參與他人犯罪成立各種參與犯，固然沒有問題，但參與者是否能以不作為成立各種參與犯？有疑義者是間接正犯與教唆犯。間接正犯是利用他人實現犯罪，雖有主張以不作為方式可以成立間接正犯，例如居保證人地位的人對於小孩犯罪不加以阻止，但反對見解認為不可能以不作為方式成立間接正犯。在上述情形中，負保證義務者的不作為不應成立間接正犯，而是直接的不作為正犯或作為犯的幫助犯。若視為間接正犯，不僅多此一舉，且違背

事實，因為不作為者並沒有讓作為者成為其實現犯罪的工具，而是滿足作為者的意思⁴。

教唆犯是唆使正犯犯罪，對於正犯的犯罪決意應具有因果關係，而且教唆行為製造法律上重要的危險，例如傭人故意不關窗戶，目的是引誘小偷入室，以報復雇主。傭人的不作為只是製造一種情境，此情境雖可能會促成他人起盜賊心，但對被害人的法益並未製造法律上重要的危險，充其量僅是製造令他人法益受侵害的可能機會而已，此間接的因果關係不成立教唆犯。其次，教唆的方法不限制，但經由不作為是不可能喚起他人犯罪決意，除非將不作為視為可推理的作為，故以不作為方式不可能成立教唆犯⁵。然有認為，負有監督義務者對其受監督者教唆他人犯罪卻不加以阻止，考慮成立教唆犯，例如父親看見未成年的小孩教唆第三者為傷害行為，因為父親的符合義務行為可以令第三者不因小孩的教唆而傷害他人，其不作為的不法內涵與積極教唆行為等同⁶。只是父親的不作為是否能等同於積極的教唆，不無疑義，教唆犯必須透過對他人心理影響才能喚起犯罪決意，亦即有精神接觸，而不作為只是不阻斷正犯形成犯罪決意的過程，不阻止受監督者的教唆行為是讓正犯實現犯罪更順利與容易，應該論以正犯的幫助犯。

2、參與他人作為犯罪的不作為成立正犯或幫助犯？

有爭議的是，行為人透過不作為而參與他人故意的積極犯罪，究竟成立正犯？還是幫助犯？有主張完全沒必要區分二者，並認為

4 Roxin, Strafrecht AT, Band II, 2003, § 31 Rn. 175.

5 Roxin, aaO., § 26 Rn. 86, 75 f.

6 Weigend, aaO., § 13 Rn. 88.

是一種特別的參與模式，採單一正犯概念。一說認為居於保證人地位者對於故意的作為犯不加以干預，原則上成立幫助犯，因為犯罪支配落在作為犯身上，不作為者扮演的是犯罪事件的邊緣角色。只有當作為犯不再能支配事件的因果歷程時，犯罪支配轉移到不作為者身上⁷。此見解的爭議在於，成立幫助犯依法得減輕其刑，而且現行法不處罰未遂幫助，倘若一律論以幫助犯，恐造成刑罰不公平或漏洞。再者，若母親故意對剛出生的嬰兒不餵哺，導致嬰兒死亡，此不作為的不法與罪責內涵不亞於對剛出生的嬰兒予以勒斃的積極作為⁸。

另一說將不作為犯歸屬於義務犯，義務犯的正犯不在於握有犯罪支配，其對犯罪結果不排除是該當構成要件的理由。由於保證人地位具有成立正犯的功能，從而主張以不作為參與他人故意的作為，原則上成立正犯⁹。此見解被認為在理論上可議，因為居於保證人地位者為了履行防止義務，必須與他人積極犯罪發生衝突與承擔特別的風險，與對受保護人受到自然災害、技術性風險或自己的不小心而陷於危險時所應履行的保證義務相較，在處境上顯得更艱難。從而主張居於保證人地位者若自己有能力防止結果發生，不作為成立正犯；反之，如果克服結果發生比積極造成結果發生還更困難時，其不作為原則上成立幫助犯¹⁰。此見解似乎是將不作為犯的要件「期待作為可能性」視為區分正犯與幫助犯的標準，然而立法者規定不作為犯「能防止而不防止者」，用意並非是區別正犯與幫

7 Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts AT, 1996, S. 696.

8 Roxin, aaO., § 31 Rn. 141 f.

9 Roxin, aaO., § 31 Rn. 140.

10 Weigend, aaO., § 13 Rn. 95.

助犯或刑責的高低，而是能否成立不作為犯的條件。再者，此說也會造成刑罰不合理現象，例如 A 賣槍給 B，事後得知 B 將持此槍殺害 C，A 因為危險前行為居於保證人地位而有義務防止 B 的行為，若 A 能防止而未防止導致結果發生，依此說，A 成立不作為正犯。但 A 如果事前知悉 B 買槍是為了殺害 C，事前的積極賣槍行為則論以幫助犯¹¹。因此，以不作為參與他人故意的作為原則上成立正犯，難有說服力。

其他尚有主張依共犯學說的主觀理論，視不作為者是以正犯意思或共犯意思參與而定¹²。實務即採類似見解，共同正犯與從犯之區別，係採主觀與客觀擇一標準說。行為人就他人故意積極作為之犯罪所侵害法益具體結果之發生，負有法律上防止義務之人，若對該他人之犯罪有所參與，其究竟應負共同正犯或從犯之責，原則上仍應依上述之區別標準決定之。是以，立於保證人地位者，縱然僅是消極不為阻止或防止行為，其與故意作為之正犯間，若於事前或事中有以自己犯罪意思之共同正犯之犯意聯絡，即係利用作為正犯之行為以達成其等共同犯罪之目的，即便其參與之方式，在形式上係以消極不阻止或防止之不作為使故意作為犯之構成要件行為（作為）易於實現，而未參與作為之構成要件行為，亦係共同正犯。反之，若立於保證人地位者，對他人故意積極作為之犯罪，與該他人間並無共同正犯之犯意聯絡，而僅能認有幫助之犯意，應成立該故意作為犯之幫助犯；若其主觀上難認有正犯或幫助之犯意，

¹¹ Schönke/Schröder, aaO., Vorbem §§ 25 ff., Rn. 101.

¹² Schönke/Schröder, aaO., Vorbem §§ 25 ff., Rn. 93; Fischer, aaO., § 13 Rn. 96.

則考慮成立過失犯¹³。

主觀理論的缺點有如區別積極作為的正犯與共犯一樣，未能提出一套客觀標準。由於標準具有不確定性，有可能同一種情形所形成的保證人地位而未履行保證義務，時而認定為正犯，時而成立幫助犯。進而有論者認為區別二者不是犯罪支配理論或主觀理論，因為潛在的犯罪支配本身即為條件——防止犯罪結果發生的義務。惟不管採何種見解，對於下列兩種情形都認為僅成立幫助犯，一為對於親手犯的行為不加以阻止，例如以不作為方式參與他人作偽證，縱使產生共同作用，只能論以幫助犯；二為犯罪構成要件要求應具有特定意圖或正犯資格時，也僅成立幫助犯，例如居保證人地位者對他人的竊盜行為不阻止，不作為者本身不具有（取得）所有意圖，論以幫助犯¹⁴。

另有學者指出，正犯與共犯的區別是為積極作為而提出，在不作為犯中難有相對應的情形。居於保證人地位者對於他人的殺害行為不阻止，並非是「幫助」，只不過是對於犯罪結果不排除，故經由不作為參與他人犯罪的關鍵在於刑法第 15 條規定，視防止義務的性質與內容為何而定，理由是：此義務正是行為人透過不作為而違反。對此，學者提出較符合不作為犯本質的標準¹⁵：

倘若行為人對受保護的對象或法益是基於特別關係而負有保護義務者，對他人的侵害不加以阻止，適用正犯原則。因為特別關係所形成的保證義務，其保護的對象或法益與受保護者具有直接密切

¹³ 最高法院 105 年度台上字第 88 號。

¹⁴ Roxin, aaO., § 31 Rn. 145.

¹⁵ Schönke/Schröder, aaO., Vorbem §§ 25 ff., Rn. 102.

關係，例如母親看見同居人虐待自己的小孩是在發洩情緒，卻不予以阻止。但防止義務的範圍必須有所限制，不作為者僅對於應保護的對象或法益受到侵害時，方負責任，例如受僱保護他人財產，對於他人財產遭竊時不阻止，對於竊盜結果共同負責，但如果財產所有人面臨第三者不法取財時，同時遭人毆打，卻沒有出手防止，對傷害或強制結果毋庸負責。

反之，負有作為義務者對於特定人基於監督義務負有特別責任，不阻止特定人的犯罪行為，成立幫助犯，理由是不作為者對於受侵害的第三人或法益不具有保證義務。例如老師看見班上學生為偷竊或恐嚇取財行為，不加以阻止，或警察服勤時看見 A 持棒正想毆打弱小的 B，卻視而不見，或監獄管理員對於受自己監督的受刑人傷害他人不予以制止，或父親看見自己未成年的小孩在毆打同學不勸阻。不同的是，被害人如果已經受傷，見狀的父親不將其送醫，導致發生加重結果時，因為對於被害人不負有法律上防止義務，對於傷害致死無須負責任。

在本案中，甲身為社區警衛，對於社區住戶與財物安全居於保證人地位。當甲看見丙侵入乙宅行竊，事實上具有期待為防止行為的可能性，故意視而不見，導致乙的財物遭丙竊取，甲的不作為與因積極行為發生結果者同，符合不作為犯的客觀構成要件。又甲的不作為依其防止義務（保護義務）性質與內容，消極不阻斷丙為自己不法所有意圖的行竊，不成立加重竊盜罪的正犯，而應論以幫助犯。依共犯從屬原則，丙成立加重竊盜罪，存有可從屬的正犯。又依刑法第 30 條第 1 項後段規定，幫助犯可以是片面或秘密提供幫助，甲的不作為只是令丙的加重竊盜結果更容易與順利，幫助故

意、違法性與罪責性皆成立，甲成立加重竊盜罪的幫助犯。

參、結論

以積極作為參與他人故意、積極的作為犯罪或以積極作為參與他人故意、消極的不作為犯罪，皆能成立各種參與犯型態。以不作為參與他人故意、積極的作為犯罪，不可能成立間接正犯與教唆犯。至於成立正犯或幫助犯，則以保證人地位的由來與保證義務的性質見解較可採。丙論以加重竊盜罪，甲是社區警衛，依其防止義務性質與內容，消極不阻斷丙為自己不法所有意圖的行竊，具有幫助故意，不作為成立加重竊盜罪的幫助犯。

第十四題 共同正犯之逾越行為

甲得知女友乙遭前任男友丙騷擾後，燃起教訓丙的決意，於是夥同丁一起教訓丙。甲、丙二人談判不久遂起口角，甲、丁即對丙拳打腳踢，當丙受傷倒地後，甲仍然猛踢打，丁見狀唯恐鬧出人命，立即出言阻止甲，甲不聽從，丁於是透過手機呼叫乙前來，等乙趕來制止甲的行為後，並將丙送醫，丙仍不治死亡。試問：甲、丁刑責為何？

壹、問題爭點

共同正犯的成立要件有哪些？在互相歸責原則下，若有共同正犯的行為逾越共同計畫時，此部分是否也應歸責於其他共同正犯？又在何種情形下，所有共同正犯應對加重結果負責任？

貳、案例分析

一、甲考慮成立刑法第 277 條第 1 項傷害既遂罪？

傷害罪的客觀構成要件是傷害他人的身體或健康，前者是對身體所有物質上的損害影響及任何一種痛苦的對待，造成嚴重的身體不適；後者是造成或加深疾病狀況。在本案中，甲對丙拳打腳踢，

造成丙受傷倒地，肯定是一種傷害行為，行為與結果之間具有因果關係與客觀歸責。又甲找丙即有教訓意思，甲也具有傷害故意，違法性與罪責性皆成立，甲成立傷害既遂罪。

二、甲考慮成立刑法第 277 條第 2 項傷害致死罪？

甲的傷害行為造成丙死亡，考慮甲是否成立傷害致死罪？依本條項規定，犯傷害罪因而致人於死者，成立傷害罪的加重結果犯。其要件如下：

（一）實行故意的基本構成要件

加重結果犯的性質是結合故意與過失，故要求行為人必須實行故意的基本構成要件，傷害致死罪則以實行故意傷害罪為前提，今甲已成立傷害既遂罪。

（二）發生死亡結果與具備因果關係

行為人實行故意的基本構成要件時，必須發生加重結果。在本案中，甲為傷害行為，造成丙最後死亡，丙的死亡與甲的傷害之間具因果關係。依相當因果關係理論，綜合行為當時存在的一切事實為客觀之事後審查，在一般情形下，有此環境、有此行為之同一條件均可能發生同一之結果者，行為人對結果應負責任，依此理論，甲的行為與丙的死亡結果之間具有相當因果關係。

（三）結果須客觀能預見以及行為違反注意義務

基於加重結果犯的性質以及刑法第 12 條第 1 項「行為非出於故意或過失者，不罰」的規定，行為人對於加重結果的發生必須有過失責任。過失犯的行為不法要求結果必須客觀能預見，刑法第 17 條規定「因犯罪致發生一定之結果，而有加重其刑之規定者，

如行為人不能預見其發生時，不適用之。」實務即認為，所謂「能預見」乃指客觀上一般人對此加重結果之發生是否有預見之可能而言，與行為人當時主觀上對於此加重結果之發生是否已經預見（有無預見）之情形不同，即加重結果犯係以該行為人對於其行為所生，「在客觀上有預見可能」之加重結果，但行為人事實上因案發時之疏忽或其他原因，致其主觀上「未預見」為要件¹。在本案中，當丙受傷倒地後，甲繼續猛打丙，最後導致丙死亡，此結果係客觀上一般人能預見，亦肯定違反客觀注意義務，製造重要的危險。

（四）傷害與致死結果之間具特別的危險關聯

加重結果犯屬於結合犯的一種類型，在刑事政策上也科以較基本罪為重的刑度，故要求基本罪與加重結果之間應有特別的危險關聯。對於傷害致死罪而言，只要故意傷害行為方式含有特別的危險性，即可肯定傷害與致死之間具有直接關聯性。在本案中，甲於丙受傷倒地後，仍繼續猛踢打，丙在沒有其他外力介入下因傷害造成死亡現象，死亡結果肯定出自甲的傷害行為。甲的行為具違法性，且主觀上應能預見加重結果的發生，同時也具有主觀注意義務之違反，成立傷害致死罪。

三、丁考慮成立刑法第 277 條第 1 項與第 28 條傷害罪的共同正犯？

共同正犯依刑法第 28 條是二人以上共同實行犯罪之行為者，「共同實行犯罪」是共同正犯異於單獨正犯與間接正犯的特徵，前

¹ 最高法院 108 年度台上字第 1405 號。

者建立在分工合作與功能性的角色分配上。因為是共同實行，故彼此之間應有共同的犯罪決意，實務亦認為共同正犯之要件不僅以有共同行為為已足，尚須有共同犯意之聯絡²。依此，成立要件如下：

（一）共同犯罪決意

共同犯罪決意是每一位參與者基於同等地位共同實行犯罪的意思，參與者之間可以不必全部互相認識，但彼此必須知道有人且願意共同實現犯罪。因此，兩個以上的行為人有同一目的，在互相不知道有對方或知道有對方，卻各自實現犯罪的情形下，因欠缺共同實現犯罪的意思，或只是單方面的想共同實現犯罪，皆不成立共同正犯。共同犯罪決意不以同時形成或有共同犯罪計畫內容為必要，意思的合致可以發生於犯罪前或犯罪開始實行後。實務亦採此見解，「意思之聯絡並不限於事前有所謀議，即僅於行為當時有共同犯意之聯絡者，亦屬之，且其表示之方法，亦不以明示通謀為必要，即相互間有默示合致，亦無不可³。」只要二人以上互相認識他方之行為而有互相利用他方之行為以完成犯罪之意思，共同正犯對其中任何一人在合同意思範圍內所為之結果，均應共同負責⁴。

惟共同正犯共同完成犯罪時，若其中有人繼續犯罪，此非共同犯罪決意的範圍內，單獨逾越的部分不應歸責於其他共同正犯。至於共同犯罪計畫不須要對每位共同正犯的行為規定得鉅細靡遺，仍保留或多或少的自由行為或反應的空間，只要在具體個案中，依生

2 原最高法院 28 年上字第 3242 號判例。

3 最高法院 73 年度台上字第 2364 號；最高法院 109 年度台上字第 625 號。

4 最高法院 100 年度台上字第 4039 號。

活習慣可以預期共同正犯的偏離行為，而偏離行為也符合其他共同正犯的利益、或偏離行為仍符合開放性的犯罪計畫時，則沒有逾越共同犯罪決意的範圍⁵，甚至對其他參與者的行為方式不在乎，彼此行為也互相歸責⁶。

（二）共同實行犯罪

共同正犯的客觀要件是每位參與者，基於共同犯罪計畫以及在共同計畫範圍內對於實現犯罪提供參與。每位共同正犯的參與對於犯罪之實現必須具有功能性的犯罪支配，不能僅是隸屬性的參與而已。參與是否具有功能性，應考量計畫時如何分配角色與任務，以及稍後犯罪發展過程中是否係重要的參與而定。在本案中，丁應甲的要求一起教訓丙，肯定二者對傷害丙具有共同犯意，共同毆打丙，二者共同實行傷害行為，違法性與罪責性皆成立，丁成立傷害罪的共同正犯。

四、丁是否成立刑法第 277 條第 2 項與第 28 條傷害致死罪的共同正犯？

丁與甲共同實行傷害行為，甲見丙受傷倒地後，仍然繼續猛踢打，造成丙不治死亡，丁是否也應負傷害致死罪？共同犯意是共同正犯的基礎，因此，共同正犯對於其他人的行為應負責任，其前提是他人的行為必須在自己的故意（知與欲）範圍內。對於不在現場的參與者而言，如果對實行者的具體行為方式不在乎，則對他人行為結果應負責任。如果發生不在現場者無法預見且無法容任的結

5 Roxin, Strafrecht AT, Band II, 2003, § 25 Rn. 190 ff.

6 Fischer, Strafgesetzbuch, 2019, § 25 Rn. 36.

果，例如過程偏離共同計畫而出現完全新的構成要件，則是逾越歸責的界線⁷。

在加重結果犯中，只要對於基本罪有共同計畫與共同實行即可成立共同正犯，至於加重結果的部分，如致死或致重傷，則要求每位共同正犯應有過失，亦即共同正犯基於共同犯罪決意實行基本罪時，能認識行為將可能導致加重結果即已足⁸。依實務見解，「共同正犯間之犯罪行為，既彼此互相利用，作為自己犯行之一部，自應整體觀察，合一判斷；共同正犯之個別行為或舉動，是否均為加重結果發生之直接原因，在所不問⁹。」又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¹⁰。」

在本案中，甲約丁一起教訓丙，二人當場聯手毆打，但丙受傷倒地後，丁見甲仍繼續猛踢打，由於二人約定是教訓丙而已，丁見狀唯恐甲鬧出人命，立即出言阻止甲繼續打，見甲不聽從，並打手機呼叫乙前來阻止，因此，當丙受傷倒地後，丁認為二人的犯罪計畫已實現，無須繼續毆打並加重傷害結果，丁也明示不要再毆打，甚至透過手機呼叫乙前來，等乙趕來制止甲的行為，故甲繼續毆打丙致死的行為逾越二人的共同犯罪計畫，丁無須對甲的逾越行為負責，不成立傷害致死罪的共同正犯。

7 Fischer, aaO., § 25 Rn. 37.

8 Roxin, aaO., § 25 Rn. 197; Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 2019, § 25 Rn. 95.

9 最高法院 100 年度台上字第 6092 號。

10 最高法院 105 年度台上字第 2164 號。

參、結論

甲成立傷害致死罪，丁與甲共同約定教訓丙，但甲在丁出言阻止繼續毆打仍不停手，造成丙因傷致死，此加重結果逾越二人的共同犯罪計畫，丁對甲的逾越行為不負責任，僅成立傷害罪的共同正犯。

第十五題 間接正犯

甲與乙女二人因債務發生爭吵，甲下樓僱一輛計程車在街口等候，然後上樓強拉乙上其所僱的計程車，藉詞乙精神病發作，強將乙送到某醫院。又打電話告訴醫生丙，若放走乙，她會打人，有事要丙負責。丙因乙曾有精神病住院之紀錄，又誤信甲之言，故在未診察前，強留乙在精神病房內觀察，不讓其自由行動，最後經丙診斷結果，認為乙並無精神病症狀，前後歷經約四小時，乙方得以離院返家。試問：甲、丙刑責為何？

壹、問題爭點

刑法對於參與犯的刑事責任採區分原則，在第四章分正犯與共犯，雖然現行法對於間接正犯未明文規定，但學界與實務界均肯認間接正犯的犯罪類型。何謂間接正犯？要件為何？與教唆犯有何區別？

貳、案例分析

一、丙是否成立刑法第 302 條第 1 項剝奪行動自由罪？

(一) 剝奪行動自由罪的構成要件

本罪保護的法益是個人的行動自由，個人只要具有變更或停留處所的意思決定能力以及行動實現此意思決定的能力者，均可成為本罪保護的客體。行為人必須私行拘禁或以其他非法方法剝奪他人的行動自由，私行拘禁屬於非法方法剝奪他人行動自由的例示，行為人使用的方法只要足以侵害或限制被害人的行動自由，影響其繼續停留於某一處所或離去停留處所而他往，即屬之。

若於行為時，被害人並無離去被拘禁處所的意思，或不知其自由已遭剝奪，但當被害人產生離去的意思，卻因行為人的行為，使其意思決定未能實現，亦可成立本罪，因此，保護具有潛在自由行動的人¹，例如趁他人睡覺時將房門上鎖，被害人醒後無法離去。而所謂「其他非法方法」，係指除私行拘禁以外之其他各種非法剝奪他人行動自由之方法而言。例如 A 以教學為由誘使 B 女進入值班室，將摻有「FM2」之咖啡邀請 B 飲用，B 飲用後失去意識，昏睡於案發現場，數小時後才恢復意識，A 除了觸犯毒品危害防制條例外，同時成立本罪²。在本案中，丙將乙留在精神病房內觀察，不讓其自由行動，長達四小時，乃是剝奪乙的行動自由，丙對此具有故意。但丙是否有法律依據或其他正當理由，足以阻卻行為

¹ Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht BT1, 2019, Rn. 352; 林山田，刑法各罪論（上），2004，頁 179 以下。

² 最高法院 108 年度台上字第 1566 號。

的違法性？

（二）違法性

拘禁或其他方法必須是「非法」，若行為人具有阻卻違法事由，則是合法。依精神衛生法第 37 條第 2 項規定，精神醫療機構為醫療之目的或為防範緊急暴力意外、自殺或自傷之事件，得拘束病人身體或限制其行動自由，於特定之保護設施內，並應定時評估，不得逾越必要之時間。丙因為甲將乙送到醫院後，聲稱乙精神病發作，且有暴力行為，依專業知識與經驗，認為未診察前，並不知乙究竟有無精神病發作，將乙留在精神病房觀察，並限制其行動自由，依刑法第 21 條第 1 項乃是依法令之行為，丙不成立本罪。

二、甲是否成立刑法第 302 條第 1 項剝奪行動自由罪的間接正犯？

甲事先僱計程車在街口等待，再強拉乙上計程車，並藉詞乙精神病發作，強將乙送往醫院，是否也成立剝奪行動自由罪？本罪的成立係被害人在行動自由完全被剝奪下，無法離開原處所或繼續留於原處所，僅是讓行動自由受到困難，被害人為了克服障礙而不會有直接危險時，尚不足以肯定剝奪行動自由。又本罪屬於繼續犯，而非狀態犯，犯罪的既遂開始於行動自由的喪失，犯罪的終了係直到再次恢復行動自由時，僅短暫干預行動自由，原則上不成立本罪³。實務亦認為所謂非法方法，係指以強暴、脅迫等非法拘束妨礙他人身體之行為，而將被害人置於自己實力支配之下，達於剝奪其人身行動自由之程度者而言。否則，僅使人行無義務之事或於其

³ Wessels/Hettinger/Engländer, aaO., Rn. 357.

行使正當權利時妨害其意思決定之自由，不成立本罪⁴。在本案中，甲藉詞乙精神病發作，故意強拉乙上計程車，乃是以強暴方法使人行無義務之事，行為不具阻卻違法事由，且肯定實質違法性及罪責性，成立刑法第 304 條第 1 項強制罪。

只是甲強將乙送到醫院，又警告醫師丙不得放走病人，否則，如果發生事故，應由醫師丙負責，以致丙誤信甲之言，而將乙留在精神病房觀察，甲有可能成立剝奪行動自由罪的間接正犯。間接正犯係故意透過強制、詐術或他人的錯誤而利用他人實現犯罪，因為幕後利用者對於被利用者（或稱工具人）的行為握有認知支配或意思支配，具有將被利用者的行為視為自己犯罪的意思，被利用者的行為直向歸責於利用者，其要件是利用者對於結果的發生提供一個具有因果關係的參與，此參與可以是促使被利用者有所作為或不作為、或提供助益皆可，而且利用者在主觀上具有自己支配犯罪的意思。剝奪行動自由罪因不是親手犯或身分犯，故本罪的行為人可以成立間接正犯⁵。實務也肯定間接正犯概念，行為人利用他人之行為，實現犯罪構成要件，以遂其犯意之正犯，例如強制他人為構成要件該當行為，他人因慌於威勢，意思失其自由而實行者，實行之人因無犯罪故意，既不構成犯罪，行為人則成立間接正犯⁶。

在本案中，丙對乙的剝奪行動自由行為是否可歸責於甲的行為，而視為甲自己的犯罪行為？間接正犯的犯罪支配可透過被利用者的行為不罰而肯定，因為當被利用者在法律上不具刑事責任時，

4 最高法院 99 年度台上字第 7625 號。

5 Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 2019, § 25 Rn. 7.

6 最高法院 99 年度台上字第 7625 號。

原則是他人對其影響，此影響足證利用者對於具體事實握有優越的認知或優越的意思而形成。間接正犯之被利用者不具刑事責任的情形如下：

（一）被利用者的行為不該當客觀構成要件

被利用者的行為不該當客觀構成要件，因此不成罪。例如 A 想置鄰居 B 於死，對冷凍水餃注射足以致死的蓖麻毒素後贈送予 B，B 食用後死亡；或 A 佯稱與 B 謀為同死，當 B 喝下農藥無氣息後，A 反而報警並聲稱 B 自殺身亡，上述二例的 A 以詐欺方法讓 B 自行解決生命，A 對事實發生握有優越認知，成立殺人罪的間接正犯。

（二）被利用者不具主觀構成要件該當性

被利用者的行為不具客觀構成要件該當性時，利用者是否成立間接正犯，尚有爭議，例如參與他人自殺行為。然被利用者的行為已該當客觀構成要件，但欠缺構成要件故意，此時較無爭議地肯定利用者具有優越的認知支配。例如 A 利用不知情的人，拿偽造金融卡幫忙提款，或利用不知情的人拿偽鈔購物，被利用者不具行使偽造金融卡或通用貨幣的故意，利用者握有優越認知，成立間接正犯。

（三）被利用者構成要件該當的行為不具違法性

被利用者的行為雖然該當不法構成要件，但具有阻卻違法事由，行為不罰。例如 A 與 B 因故爭吵，二人看見警察巡邏車接近，A 突然大喊搶劫，B 因心虛拔腿就跑，警察誤認 B 犯罪嫌疑重大，進而逮捕 B，行為是依刑事訴訟法第 88 條第 1 項現行犯之逮捕，不罰。A 握有優越的認知支配，對警察強制或剝奪 B 的行動

自由行為成立間接正犯。

(四) 被利用者違法的行為欠缺罪責性

當被利用者不具罪責能力，甚至於屬於限制責任能力時，因為利用者利用其欠缺或限制辨識能力或行為控制能力，利用者握有犯罪的意思支配或認知支配，例如行為人唆使精神病患對於被害人的機車予以縱火燒燬。

(五) 被利用者發生不可避免的禁止錯誤

被利用者對於行為違法性有錯誤的認識，若有正當理由而屬於不可避免時，依刑法第 16 條規定，免除刑事責任。例如律師 A 對 B 佯稱詐欺罪僅能針對人行使詐術，對電腦施詐不會成立詐欺罪，A 對 B 的電腦詐欺行為成立間接正犯。

(六) 利用他人發生容許構成要件錯誤

容許構成要件錯誤是行為人誤以為客觀上存有阻卻違法事由，為了防衛自己或他人利益進而侵害他人法益。通說見解採限制法律效果之罪責理論，行為人不具有罪責故意，考慮成立過失⁷，縱使該行為不處罰過失，利用者皆成立間接正犯。例如 A 與鄰居 B 相處不睦，得知 C 對 B 門前的桃花樹很有意見，遂偽造 B 的委託書，對 C 佯稱 B 不在國內且已經同意處理桃花樹，C 立即砍倒桃花樹。C 誤以為存有 B 的承諾，不具有毀損故意，又毀損不處罰過失，A 成立毀損罪的間接正犯。

在本案中，甲知道乙並沒有精神病發作，卻強拉乙到醫院，告知乙是精神病患，又打電話警告醫師丙，若放人而造成意外，丙須負責任。由於丙誤信甲之言，以為乙真的精神病又發作，依法將乙

⁷ Schönke/Schröder, aaO., § 32 Rn. 64.

留在精神病房，並限制其行動。因為丙的行為是依法令行為，甲對於乙將會被院方誤認為是精神病發作而限制行動，即使是幾小時也一樣，肯定握有認知支配。若依主觀理論也得出同樣結論，因為甲想透過醫院的留置，進而限制乙的行動自由，甲樂見此結果的發生，強拉乙到醫院具有正犯意思、剝奪行動自由故意以及犯罪支配意思，違法性與罪責性皆成立，甲成立剝奪行動自由罪的間接正犯⁸。

甲強拉乙上車的行為該當刑法第 304 條強制罪之構成要件，目的是透過丙剝奪乙的行動自由，實務認為行為人成立強制罪與剝奪行動自由罪，前者為後者高度行為所吸收，合併為剝奪行動自由一罪評價，毋庸另行論罪⁹，學術上則認為基於法律單數關係的特別關係，成立剝奪行動自由罪¹⁰。

參、結論

丙限制乙的行動自由是依法令行為，阻卻行為的違法性，丙不成立剝奪行動自由罪。甲知道乙當時並沒有精神病發作，卻利用醫師依法令之行為，實現對乙之行動自由的限制，甲對結果的發生握有認知支配，成立剝奪行動自由罪的間接正犯，雖然之前強拉乙上車到醫院也成立強制罪，但論以剝奪行動自由罪即已足。

8 最高法院 85 年度台上字第 5582 號。

9 最高法院 93 年度台上字第 3309 號。

10 林山田，刑法通論（下），2008，頁 328 以下。

第十六題 共犯之從屬原則

甲得知 13 歲的乙對外揚言，若下次再見到丙，將會好好痛打丙。甲平日與丙相處不睦，樂見丙遭乙修理。某日，甲得知乙與朋友在網咖內，於是立即約丙到此網咖碰面談判，自己則爽約，其目的係想讓乙、丙碰面，令丙遭乙痛打一頓，果然如願以償，丙身上多處瘀腫，問：甲、乙刑責為何？

壹、問題爭點

刑法第四章規定正犯與共犯，正犯有共同正犯與間接正犯，共犯則是教唆犯與幫助犯。如何區別正犯與共犯？教唆犯的教唆行為與幫助犯的幫助行為應如何認定？甲約丙到網咖，目的是讓乙、丙碰面，結果令丙遭乙痛打，甲的行為是間接正犯、教唆犯還是幫助犯？

貳、案例分析

一、乙的刑責

乙考慮成立刑法第 277 條第 1 項傷害既遂罪，傷害罪是傷害人的身體或健康，前者係指對身體所有物質上的損害影響以及任何一

種痛苦的對待，並造成嚴重的身體不適。在本案中，乙痛打丙一頓，造成丙身上多處瘀腫，乃是一種傷害，行為與結果之間具因果關係與客觀歸責，乙對此結果具有傷害故意，且不具有阻卻違法事由。惟乙未滿 14 歲，依第 18 條第 1 項規定，乙欠缺罪責能力，不罰，因此，不負傷害既遂罪之刑責。

二、甲的刑責

（一）甲是否成立刑法第 277 條第 1 項與第 28 條傷害罪的共同正犯？

甲沒有親自毆打丙，卻故意誘使丙到現場，令乙得以遇見丙而實現先前的願望，甲的行為與傷害結果之間肯定具有因果關係，但應如何評價甲的參與行為？

刑法第 28 條共同正犯，其是二人以上基於共同行為決意且共同實行犯罪之行為者，惟甲與乙對傷害丙的行為並無任何犯意聯絡，因此，不成立傷害罪的共同正犯。

（二）甲是否成立刑法第 277 條第 1 項傷害罪的間接正犯？

間接正犯是利用他人為犯罪工具，以實現自己的犯罪目的，透過對「工具人」（直接實行犯罪者）的利用，肯定行為人間接地支配犯罪過程。依共犯理論中的主觀理論，幕後利用者若具有正犯意思與犯罪支配意思，成立間接正犯；依犯罪支配理論，間接正犯必須握有意思支配或認知支配，其情形可能是直接實行犯罪者遭受他人強制，而不得不實行犯罪，或因他人故意行為導致實行者對事實狀況產生對刑責有影響的錯誤認知，進而實行犯罪，他人則成立間接正犯。其特徵是被利用者基於事實或法律原因居於劣勢，利用者

則是因利用工具人的缺陷而居於犯罪支配的角色，且具有計畫性的操控意思將被利用者掌控在手心理，被利用者有如「木偶」般，任其操控¹。至於唆使或促成未滿 14 歲之無責任能力者實現犯罪之情形，依通說認為應視個案而定。若未滿 14 歲者的心智成熟發展，是足以理解與辨識自己行為是非以及依其辨識而能有所為或有所不為，雖然利用者具有犯罪支配意思，但客觀上能否支配他人，不無疑義²，尤其是暴力犯罪。在本案例中，甲對乙並未施以強制、或令乙對於當時狀況產生任何誤解，甲只是製造一種巧合機會，令乙得以遇見丙，而 13 歲的小孩對痛毆他人的行為當能理解其意義，故乙當場對丙是否以及如何傷害，完全由乙自行決定，甲不具犯罪支配，不成立間接正犯。

（三）甲是否成立刑法第 277 條第 1 項與第 29 條傷害罪的教唆犯？

刑法第 29 條教唆犯係指「教唆他人使之實行犯罪行為者」，教唆者必須具有教唆行為與教唆故意，前者係喚起特定人或得以特定之人違犯特定犯罪決意的行為，後者則是行為人教唆他人為犯罪之故意，且具有唆使他人實行既遂行為之故意。因法條沒有細緻的規定教唆意涵，是否只要是惹起他人犯罪的原因都是教唆，還是應要求特別的型態，遂有爭議。無爭議的是，教唆行為對正犯的犯罪必須是共同的原因，因為教唆犯有如正犯一樣處罰，遂要求教唆的不法內涵應等同於正犯。教唆者喚起他人犯罪決意被視為中間結

1 Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 2019, Rn. 841.

2 Roxin, Strafrecht AT, Band II, 2003, § 25 Rn. 45 ff., 142; Wessels/Beulke/Satzger, aaO., Rn. 851; 林山田，刑法通論（下），2008，頁 110。

果，且是對他人法益間接的侵害，他人犯罪客觀歸責於教唆者，因此，依「溝通接觸理論」，二者之間必須有精神接觸，教唆者方能影響被教唆者的意思。如果只是製造情況或挑起犯罪誘因導致他人為犯罪行為，尚未超越容許風險的界線，不足以成立教唆犯的教唆³。在本案中，乙對丙具傷害的行為決意，但傷害行為並非由甲透過精神接觸而喚起，甲不成立傷害罪的教唆犯。

（四）甲是否成立刑法第 277 條第 1 項與第 30 條傷害罪的幫助犯？

刑法第 30 條幫助犯係「幫助他人實行犯罪行為者」，幫助犯成立的前提是「他人實行犯罪行為」，這也是共犯具從屬性的理由。依立法理由幫助犯採共犯限制從屬原則，以正犯之主行為存在為必要，且被幫助者著手犯罪之實行與具備違法性為必要。至於被幫助者是否具有有責性，皆不影響幫助犯之成立。在本例中，乙的傷害行為具備傷害罪的構成要件該當性與違法性，存有可從屬的正犯，甲考慮成立傷害罪的幫助犯。

1、幫助行為

甲必須對他人傷害結果於客觀上提供幫助，幫助係指透過語言或行動而對他人的違法行為更可能、更容易、更順利或更迅速地實行，甚至是堅定他人犯罪決意亦可。因為法條並未詳細規定可罰的幫助條件，當行為人不成立共同正犯或教唆犯時，原則上任何一種參與都可以考慮成立幫助犯。至於是在預備階段或實行階段提供、或提供的是物質幫助或精神幫助，均在所不問。有爭議的是幫助與

³ Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 2019, § 26 Rn. 3; Wessels/Beulke/Satzger, aaO., Rn. 882.

正犯的犯罪是否應具有因果關係？有主張任何一種只要有助益的幫助行為，皆屬之。理由是正犯的犯罪並非視為幫助者的成果而歸責之，幫助只是一種中間結果而已，因此，幫助犯的可罰性不以因果關係為條件⁴。然通說要求幫助犯的參與應與正犯的犯罪具有因果關係⁵，若否定幫助與正犯犯罪之間的因果關係，刑罰將可能不當擴大於不處罰的未遂幫助，尤其是精神幫助概念恐招致濫用。實務也認為幫助行為基於行為與侵害法益結果間之連帶關聯，乃是刑事客觀歸責之基本要件，固須與犯罪結果間有因果關聯⁶。

又刑法第 30 條第 1 項後段規定「雖他人不知幫助之情者，亦同」，因此，受幫助者不知有人暗中提供幫助，亦可成立「秘密幫助」；易言之，不管物質幫助或精神幫助，即使幫助者與受幫助者無任何精神接觸，亦可以成立幫助犯。在本案中，因為甲參與的是引誘丙到網咖，製造乙、丙見面機會，故甲所提供者是他人傷害行為之前的一種精神幫助。

2、幫助故意

幫助犯的幫助故意依多數見解認為須具有雙重故意⁷，於行為時除了幫助他人犯罪行為的幫助故意外，且須具有幫助他人實行不法構成要件的幫助既遂故意。至於他人犯罪最後是否既遂，以及受幫助者真正身分、實行地點、時間、或被害人是誰，不僅不重要，且不影响行為時之幫助故意。在本案中，甲得知乙想教訓丙，樂見結果實現，引誘丙到網咖製造乙、丙碰面的機會，令乙傷害丙，肯

4 Wessels/Beulke/Satzger, aaO., Rn. 901 f.

5 Schönke/Schröder, aaO., § 27 Rn. 3.

6 最高法院 102 年度台上字第 1650 號；最高法院 107 年度台上字第 1837 號。

7 Schönke/Schröder, aaO., § 27 Rn. 28; Wessels/Beulke/Satzger, aaO., Rn. 904 f.

定具有秘密幫助乙傷害丙的幫助故意與傷害既遂的故意，違法性與罪責性皆成立，甲論以傷害罪的幫助犯。

參、結論

乙故意痛打丙，行為該當傷害罪的構成要件與具違法性，因欠缺罪責能力而不負傷害罪。甲對乙傷害丙不具犯罪支配與共同犯罪決意，不成立共同正犯與間接正犯。甲只是製造乙、丙碰面機會，與乙不具有精神接觸，難以認定是教唆犯的教唆意義。幫助犯是基於雙重幫助故意提供一種有因果關係的物質或精神幫助，且可以祕密為之，甲論以傷害罪的幫助犯。

第十七題 未遂教唆或預備犯之教唆犯

甲與乙女發生不倫戀，甲雖然想與乙長相廝守，但礙於身分關係，不願以離婚方式結束與妻子丙的婚姻關係。為了一勞永逸，甲竟然唆使丁駕車衝撞丙，企圖以製造假車禍方式殺害丙。丁前往丙住處，在外等候丙出現，因丙臨時有事未回住處，計畫方未得逞。後來因有不明人士將甲、丁上開電話通聯錄音帶置於丙的辦公室，丙才得知上情。試問：甲、丁成立何罪？

壹、問題爭點

教唆犯是教唆他人使之犯罪，他人的犯罪應具備何種要件，教唆者才成立教唆犯？若被教唆者達於可罰的預備階段時，教唆者應論以預備犯的教唆犯？還是未遂教唆？學界與實務見解為何？刑法已廢除第 29 條第 3 項未遂教唆之處罰，是否會影響教唆他人為可罰之預備犯的評價？

貳、案例分析

一、丁成立刑法第 271 條第 2 項、第 25 條殺人未遂罪或刑法第 271 條第 3 項殺人預備罪？

丁答應甲的要求，計畫駕車衝撞丙，殺害丙的目的未實現，而刑法第 271 條第 2 項有處罰殺人未遂罪。丁對丙具有殺人決意。問題是，當丁開車前往丙住處，並等候丙出現時，是否已著手殺人？依通說之主、客觀混合理論，行為必須立即、直接導致結果發生，行為人無須介入任何重要的行為、或行為與結果發生具有時空緊密關聯時，方為著手。今丙並未出現於現場，故丁尚未著手殺人。但刑法第 271 條第 3 項有處罰殺人預備罪，丁開車到現場等待丙的出現，行為屬於預備行為，丁對丙具有殺人決意，違法性與罪責性皆成立，丁成立殺人預備犯。

二、甲是否成立刑法第 271 條第 3 項與第 29 條殺人預備罪的教唆犯？

甲唆使丁駕車衝撞丙，企圖以製造假車禍方式殺害丙，丁是否殺害丙以及何時何地駕車衝撞丙，均由丁自行決定，因此，甲對於殺害丙不具有犯罪支配，也欠缺犯罪支配意思。另依主觀理論，甲不具有正犯意思，於法理上也不會成立殺人預備罪的共同正犯。另 2005 年刑法第 28 條修正理由否認有「預備共同正犯」之概念，基於上述理由，甲不成立殺人預備罪的共同正犯。只是丁尚未著手於殺人罪之實行，其行為僅停留於預備階段，甲成立不處罰的未遂教

唆？還是殺人預備犯的教唆犯？現行法已刪除舊刑法第 29 條第 3 項對未遂教唆的處罰，因此，如何評價甲的行為將影響刑責之有無，對此有如下見解：

（一）成立不處罰的未遂教唆

舊刑法第 29 條第 3 項規定被教唆人雖未至犯罪，教唆犯仍以未遂犯論，稱為未遂教唆，其係指教唆者出於教唆故意，並已開始實行教唆行為，只是他人尚未達於可處罰的未遂階段。學者認為，此概念包含被教唆人尚未知悉教唆意思（未至教唆）；或雖然已知悉，但被教唆人拒絕實行（失敗教唆）；或被教唆者已產生犯罪決意，但尚未著手實行犯罪行為（無效教唆）；被教唆者早已有犯罪決意，教唆與被教唆者的犯罪決意無關；教唆者誤信被教唆者將形成犯罪決意；被教唆者限縮教唆者的授意範圍；被教唆者實施行為發生客體錯誤¹。然，未遂教唆也可以是一種不能教唆，其係教唆者教唆他人以不能發生犯罪之結果，又無危險的方法實行犯罪，如 A 教唆 B 對 C 的置物櫃放置金紙、符咒與巫毒娃娃，目的是置 C 於死。

針對舊刑法第 29 條第 3 項，有學者主張²，刑法對教唆犯的處罰採從屬原則，教唆者的教唆導致正犯行為達於著手階段，或所教唆之罪雖只處罰既遂，但正犯行為已達於既遂時，教唆者依第 1 項與第 2 項處罰。若正犯行為仍處於預備階段，只要所教唆之罪有處罰未遂犯，不管所教唆之罪是否有處罰預備犯，教唆者以舊法第 3 項未遂教唆論。

1 林山田，刑法通論（下），2008，頁 125、127。

2 陳子平，共犯處罰根據論，1992，頁 133 以下。

早期實務見解亦認為，對教唆犯採獨立處罰主義，若 A 教唆 B 殺人，B 達於預備階段。被教唆人 B 雖被判處預備殺人罪確定，但教唆犯 A 係教唆 B 殺人，並非僅教唆其預備殺人而已，B 成立預備殺人罪，於教唆犯 A 無涉，其未達成殺人之目的，實與「未至犯罪」無殊，故應依舊刑法第 29 條第 3 項論 A 以教唆殺人未遂，否則被教唆人未至犯罪，教唆犯尚應論以教唆殺人未遂罪，而已至預備殺人階段者，反論教唆犯以教唆預備殺人之輕罪，輕重倒置，殊不盡人情³。於未遂教唆除罪化之前的判決亦採同樣見解，即使被教唆者成立預備犯，未遂教唆者仍以未遂犯論⁴。

現行刑法已刪除對未遂教唆行為的處罰，修正理由謂：「關於教唆犯之處罰效果……在適用上係指被教唆者著手實行，且具備違法性後，教唆者始成立教唆犯。」顯然地，修法後第 29 條第 1 項為「教唆他人使之實行犯罪行為者，為教唆犯」，限於他人必須「著手」實行犯罪，排除教唆他人為可罰預備行為適用第 29 條第 1 項的可能。實務判決肯認修法理由，認為成立教唆犯必以他人著手犯罪之實行⁵。亦有論者認為，所謂「實行犯罪行為」應與刑法第 28 條為一貫性之解釋，係指他人犯罪達於著手階段，不含「陰謀」與「預備」，故教唆他人犯罪，他人雖達於可罰的預備行為，教唆者無由成立教唆犯⁶。依此說，在本案中，甲教唆丁殺害丙，丁成立殺人預備罪，甲成立未遂教唆，行為不處罰。

3 最高法院 52 年度台非字第 14 號；最高法院 64 年度第 7 次刑庭庭推總會決議（二）。

4 最高法院 94 年度台上字第 5235 號；最高法院 94 年度台上字第 3738 號。

5 最高法院 96 年度台上字第 6958 號；最高法院 100 年度台上字第 4914 號。

6 王皇玉，刑法總則，2019，頁 468 以下。

（二）成立預備犯的教唆犯

不同見解認為舊法未遂教唆除了失敗教唆及無效教唆外，還包含有效教唆。至於共犯之成立與處罰與否，是否應以正犯必須達著手階段為前提，實屬刑事政策問題，反對修法以共犯採限制從屬原則為理由，而將未遂教唆除罪化，亦即未遂教唆與教唆犯採限制從屬原則毫無關係，遂認為除罪是一個錯誤的修法，且製造法律漏洞⁷；或認為若正犯為處罰的預備行為，正犯非「未至犯罪」，本無舊法第 29 條第 3 項適用之可能，而是依共犯從屬原則，論以預備犯之教唆犯⁸。

刑法處罰預備行為必須以法有明文規定者為限，因為預備行為未達處罰的未遂階段，且距離犯罪之既遂仍遙遠，故原則上不處罰預備行為，例外地，方處罰預備行為。學者將處罰的預備行為分為實質預備犯與形式預備犯，但舊法第 29 條第 3 項未遂教唆既不是共犯、也不是未遂犯的特別規定，而是對特定犯罪（有處罰未遂犯者）之預備行為，也是對參與犯之前階段行為的獨立處罰。由教唆者立場而言，未遂教唆是教唆犯的未遂犯；由被教唆者（正犯）的立場而言，未遂教唆在整體犯罪中是一種預備行為，依舊法是一種獨立可處罰的預備行為，且限於他人因教唆而產生犯罪決意；或他人達於不處罰之預備階段的一種教唆行為⁹。

上述不管實質預備犯與形式預備犯，只要行為人實現法所規定的構成要件，就是一種形式上的既遂犯¹⁰，既然是一種既遂犯，當

7 林山田，同註 1，頁 127 以下。

8 高金桂，論不能未遂與未遂教唆，月旦法學雜誌，第 130 期，2006/3，頁 209、211。

9 黃惠婷，新、舊法未遂教唆之檢討，月旦法學教室，第 66 期，2008/4，頁 85 以下。

10 Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 2019, Vor §§ 22 ff., Rn. 14.

然也有參與犯的問題。刑法於第 28 條修正理由中指出預備犯之行為欠缺正犯之定型性，遂不承認有預備共同正犯之概念。只是同樣規定於刑法分則中的未遂犯，難道就具有「正犯之定型性」？解決參與者於著手犯罪實行前脫離犯罪之繼續參與的問題，並非得否認有「預備共同正犯」之概念，方能克服。例如 A、B 二人策劃擄人勒贖計畫，事前分工負責勘查被害人出沒地點與準備綁架用品，A、B 毫無疑義地可以成立擄人勒贖預備犯的共同正犯（共同犯意與分工合作）。若此計畫是 C 教唆時，C 為何不能成立預備犯的教唆犯？上述實務見解認為正犯被判預備殺人罪，於教唆犯無涉，乃是忽略正犯的預備殺人行為與教唆者的教唆行為之間具有因果關係，而二者的因果關係正是教唆者對於正犯法益侵害也應負起連帶責任的基礎，因為教唆者喚起正犯犯罪決意或正犯達於預備階段，教唆者乃是對被害人製造風險，這也是共犯為何採從屬原則之所在。

又被教唆者為可罰的預備行為，教唆者若論以預備犯的教唆犯，如上述實務見解，認為刑罰有輕重倒置之譏。但被教唆者因教唆者教唆犯罪而達於預備階段時，正犯論以刑罰較輕的預備犯，背後的教唆者反而論以較重的未遂犯刑罰，何者行為較具危險性與較高的不法內涵，實在不難判斷，否則也不會有正犯與共犯之分。因此，將刑法分則特別設立的預備犯視為舊法第 29 條第 3 項的「未至犯罪」，果真帶來刑罰公平嗎？因此，較合理的見解是正犯達於可罰的預備犯，不管舊法或新法都是第 29 條第 1 項的所稱的「犯罪」。

若依此說，在本案中，甲唆使丁殺丙，丁已成立殺人預備罪，因被教唆者丁並非舊法未遂教唆的「未至犯罪」，而是不管依舊法或新法，皆符合第 29 條第 1 項規定，甲教唆丁使之犯罪，應成立殺人預備罪的教唆犯。若依新法修法理由，甲成立未遂教唆，行為不處罰，但此結論有違現行法第 29 條第 1 項「犯罪」的規定，也忽略在現行體系中立法者對特別犯罪另設預備犯的目的，其造成刑罰漏洞，在法理上難具說服力。

參、結論

丁成立殺人預備犯，甲在法理上成立殺人預備犯的教唆犯，但依刑法第 29 條修法理由，教唆犯成立的前提是正犯達於可處罰的未遂階段，故無由成立預備犯的教唆犯，又現行法不處罰未遂教唆，甲無罪。

第十八題 教唆既遂、教唆未遂或未遂教唆

甲得知妻子與隔壁村的乙有曖昧關係，於是收買丙殺害乙，並且提供乙的個人資料與照片給丙。某日清晨，丙將正下田工作的丁誤以為是乙，對丁連開三槍後逃離現場，造成丁不治死亡。試問：甲、丙刑責各為何？

壹、問題爭點

直接正犯發生等價客體錯誤時，其法律評價較無爭議。當正犯發生等價客體錯誤時，對於教唆者而言，是否也是一種不影響故意的客體錯誤，而論為教唆既遂？還是屬於因果歷程錯誤下的特別情形——打擊錯誤？若視為打擊錯誤時，教唆者對於正犯的行為客體固然可成立過失犯，但在一行為之下，是否可同時視為對目的客體的未遂犯，而成立教唆未遂？還是屬於不處罰的未遂教唆？

貳、案例分析

一、丙可能成立刑法第 271 條第 1 項殺人既遂罪？

（一）客觀構成要件

丁因為丙連開三槍不治死亡，死亡結果已發生。若沒有丙開

槍，丁也不會死於槍傷，丙的行為與丁的死亡結果之間具因果關係。依經驗法則，綜合行為當時存在之一切事實為客觀之事後審查，在一般情形下，有此環境、有此行為之同一條件均可能發生同一之結果者，該條件與結果之間具相當性。在本案中，丙開槍與丁死亡具相當因果關係，即使依客觀歸責理論亦可得出相同結論，丙的開槍行為乃是製造法律所不容許的風險，丁的死亡也肯定風險實現，死亡結果客觀歸責於丙的開槍行為。

(二) 主觀構成要件

丙必須具殺人故意，在本案中有疑義的是，丙受甲之託殺害乙，沒想到於行為時誤認丁為乙，亦即丙計畫時針對乙，行為時卻殺害另外一個人丁，丙對於行為客體發生錯誤。刑法上所謂的「客體錯誤」係指行為人依其認識行為結果應發生在特定客體上，卻因辨識錯誤而對於事實發生的客體同一性發生錯誤¹。對於客體錯誤的法律評價會因客體在構成要件的法益評價是否相同而異其結果，分為等價的客體錯誤與不等價的客體錯誤。在本案中，丙於計畫時的目的客體是乙，行為發生的失誤客體是丁，二者涉及的法益價值在構成要件上是等價。實務界與學界對於等價客體錯誤認為不影響行為時的殺人故意，因為對殺人罪而言，只要行為人於行為時認識行為客體是人，進而殺害即可，丙具有殺人故意，違法性與罪責性皆成立，丙成立殺人既遂罪。

¹ Fischer, Strafgesetzbuch, 2019, § 16 Rn. 5.

二、甲是否成立刑法第 271 條第 1 項與第 29 條第 1 項殺人罪的教唆犯？

甲收買丙殺害乙，丙卻誤丁為乙，發生所謂的客體錯誤，但丙對客體的身分同一性之辨識錯誤並非由甲造成，亦即甲並沒有操控丙的認知而令其發生客體錯誤。又丙錯認行為客體屬於不影響故意的動機錯誤，成立殺人既遂罪，肯定丙對殺害丁具有犯罪支配，甲不成立間接正犯，考慮成立殺人罪的教唆犯。依刑法第 29 條第 1 項規定，教唆他人使之實行犯罪行為者，為教唆犯。教唆犯之成立要件如下：

（一）以正犯不法行為為前提

刑法對共犯的處罰採限制從屬原則，在本案中，丙成立殺人既遂罪，行為具備不法與罪責內涵，存有可從屬的正犯。

（二）教唆行為

在本案中，丙最後殺害丁是因為聽從甲之意，依計畫是殺害乙，卻誤殺丁。甲的收買行為乃是喚起丙的殺人決意，進而令丙實行殺人行為，收買行為係一種教唆行為，且肯定唆使行為與丁的死亡結果之間具有因果關係。

（三）教唆故意

甲必須具有教唆故意，所謂教唆故意依多數見解認為，教唆犯必須具雙重教唆故意，教唆者一方面故意教唆他人為犯罪行為，另一方面唆使他人實行既遂的犯罪行為。只是唆使他人為犯罪行為之故意，以針對特定人或得以特定之人，且唆使違犯特定犯罪為

限²。在本案中，甲唆使丙殺害乙，符合教唆故意針對特定人與特定犯罪之要件。有疑義的是，甲教唆丙殺害乙，且將乙的個人資料與照片交給丙，沒想到丙誤丁為乙而殺之，此結果出乎甲意料之外。甲是否只要對教唆殺害乙的行為負責即可，還是對於丙誤殺丁的行為也要負責呢？當正犯發生等價的客體錯誤時，不影響正犯的構成要件故意，但是否會影響教唆者的教唆故意？較無爭議的是，教唆犯應負責的範圍僅限於正犯所為符合其教唆故意，教唆犯對於正犯逾越教唆故意部分不負刑責。若正犯之犯罪偏離教唆故意，此偏離屬於不重要，也不影響教唆犯的成立。只是教唆者已提供被教唆者具體的犯罪對象時，被教唆者的客體錯誤是否是一種重要的偏離？應如何評價教唆者的教唆行為，對此問題則有爭議：

1、教唆既遂說

此說主張客體錯誤對於正犯的故意不影響，對於教唆犯的刑責當然也不影響。教唆犯的成立關鍵在於：被教唆者的犯罪決意是否因教唆者的教唆行為所致，犯罪偏離對於正犯之刑責若屬不重要，對教唆者而言，並非逾越教唆故意的範圍，故對教唆者之刑責認定也不重要，例如有關犯罪時間、地點，甚至對行為客體發生錯誤³。當正犯知悉教唆者所描述的被害人特徵，則正犯對於被害人的個人形塑乃建立在教唆者的描述基礎上，正犯在犯罪現場之作為正是教唆者所想像，亦即教唆者想要正犯殺一個人，而正犯在現場所殺的人是正犯認為符合教唆者描述的對象，故正犯已實現的構成要件同一性對教唆者想要實現者而言，不是意外的偶發事件，而是

² Fischer, aaO., § 26 Rn. 7 f.

³ Fischer, aaO., § 26 Rn. 14a.

早有的預謀。即使正犯發生客體錯誤而偏離計畫的歷程發展，如此偏離並未超越一般生活經驗可預見的範圍，而是一種不重要且於法律上不具意義的偏離，教唆者應承擔正犯的錯誤風險。何況教唆者當時並未在犯罪現場，充其量只是希望被教唆者打擊正確的客體而已。相反地，若正犯的客體錯誤屬於不可預見，教唆者方不論以教唆既遂。由於正犯對被害人的個別化想像符合教唆者的故意，正犯的客體錯誤不能視為教唆者的打擊錯誤，其因錯誤而導致的結果應歸責於教唆者。此情形有如安裝定時炸彈一樣，行為人裝置妥當後，無法確知何人會被炸死，因此，只要有人因炸彈而被炸死，皆屬於行為的效力範圍內⁴。在本案中，甲對丙提供乙的個人資料與照片，丙也由這些資料鎖定具體目標，因丙遵循指示辦事，甲對丙於選擇行為客體時所造成的錯誤，甲不應卸責，依刑法第 271 條第 1 項與第 29 條第 1 項成立殺人既遂罪的教唆犯。

2、教唆未遂說

對於正犯發生客體錯誤時，部分論者否定教唆者成立既遂犯的教唆犯（教唆既遂），而是未遂犯的教唆犯（教唆未遂）。正犯將他人誤以為目的客體而殺之，行為客體雖非教唆者的目的客體，但正犯在殺害行為客體時，由教唆者的立場論，乃是對目的客體的著手殺害。視個案之具體情形，若正犯的客體錯誤風險非教唆者的指示所造成，正犯客體錯誤對教唆者不成立教唆既遂，教唆者應論以教唆未遂⁵。依此說，在本案中，甲提供乙的個人資料與照片，甲

4 Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 2019, § 26 Rn. 26; Maurach/Zipf, Strafrecht AT, Teilband 1, 1992, § 23 Rn. 26; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 2019, Rn. 577, 897 ff.

5 Stratenwerth, Strafrecht AT 1, 2000, § 8 Rn. 98.

的教唆故意所針對的目的客體應屬具體明確，依刑法第 271 條第 2 項與第 29 條第 1 項之規定，甲對丙的客體錯誤行為成立殺人未遂罪的教唆犯，其與過失致死罪從一重處斷。

3、未遂教唆說

另有論者認為，正犯的客體錯誤對於教唆者而言是一種非故意的逾越，既然正犯故意逾越教唆者的教唆範圍，教唆者對逾越部分不負責任，則在正犯非故意的逾越情形中，正犯的偏離行為與故意逾越情形一樣，均超乎教唆者的想像，二者的偏離並無不同，故偏離結果皆不應由教唆者承擔。如此的結論是建立在錯誤理論上，被教唆的正犯有如教唆者的「箭」，射出的箭因偏離軌道，若擊中非弓箭手原本瞄準的目標，則正犯的客體錯誤對教唆者而言是一種打擊錯誤，依通說對打擊錯誤的評價，認為教唆者不負既遂責任⁶。

此說反駁教唆既遂說的有力見解是：假設被教唆者發現行為發生客體錯誤後，緊接著又侵害正確的客體時，二次先後的犯罪結果毫無疑義地皆歸責於正犯，因為正犯第二個犯罪行為正是教唆犯所要實現者，故沒有逾越教唆範圍，教唆者也必須對於正犯先、後行為負教唆犯刑責。如此一來，若被教唆者發生一連串不重要的錯誤，終於實現教唆犯的計畫時，教唆者難道應負起全部責任？例如在本案中，若丙殺害丁後發現錯誤，再殺害乙，甲須負二個殺人既遂罪的教唆犯。但事實並非如此，甲只教唆一個殺人行為，丁的死亡不能透過教唆丙殺害乙的行為而歸責於甲，故依教唆既遂說，將

⁶ Roxin, Strafrecht AT, Band II, 2003, § 26 Rn. 119 ff.; Bemmman, Die Objektsverwechslung des Täters in ihrer Bedeutung fuer den Anstifter, in: Festschrift fuer Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, 1993, S. 397 ff.; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts AT, 1996, S. 689 f.; Hoyer, in: SK-StGB, vor § 26 Rn. 53.

得出刑罰不合理的結論。即使有論者認為，若正犯發現客體錯誤後，再殺害真正的對象時，正犯的第二次行為反而逾越教唆者的教唆，教唆者只要負責第一個既遂犯的教唆犯即可。但此見解也不合理，因為正犯逾越行為之要件是必須偏離教唆者的想像，當正犯殺害真正的對象時，行為不僅在客觀上與教唆行為具因果關係，且符合教唆者的願望，故第二次行為並沒有逾越教唆範圍⁷。

上述教唆既遂說與未遂教唆說的差異見解在於：被教唆的正犯到底是教唆者安置的炸彈？還是引弓的箭？若為前者，則正犯的客體錯誤對於教唆者而言不重要，對教唆者而言也視為客體錯誤。若為後者，則被教唆者的客體錯誤應視為教唆者的打擊錯誤。教唆犯與正犯依犯罪支配理論判斷，前者對於犯罪是否與如何發生不具支配性，當教唆者已將被害者具體個別化，正犯對於犯罪的發生握有實行支配，在不受任何操控且依循教唆者指示的正犯並不會像炸彈一樣，毫無特定目標地四處亂發射，反而有如鎖定特定目標的弓箭一樣。因此，正犯的客體錯誤是教唆犯的打擊錯誤，正犯的行為客體並不符合教唆者教唆故意的目的客體。試舉一例，假設 A 教唆 B 傷害 A 兄弟 C，B 在天色昏暗下竟然將 A 誤以為 C 而傷害，B 的傷害行為是否符合 A 的故意，其理甚明⁸。再者，若如教唆既遂說的論點所言，正犯的客體錯誤是一種不重要的偏離，因此偏離並沒有超乎一般生活經驗，而具有可預見性。只是結果於客觀上具有可預見性，並不代表行為人進一步想要實現或實現也不違背其本

⁷ Roxin, aaO., § 26 Rn. 120, 125.

⁸ 即使採教唆既遂說的論者也認為，在此例中，因為教唆者不能以符合構成要件該當性的正犯論處，教唆者的行為並沒有不法，應成立未遂教唆。Schönke/Schröder, aaO., § 26 Rn. 27.

意，而客觀可預見性不也是過失犯處罰的要件之一？故一般生活經驗的可預見性有可能肯定故意的存在，卻不一定是故意，還應進一步判斷教唆者是否有此意欲。

教唆者對於正犯的客體錯誤不成立教唆既遂，也不應成立教唆未遂，此由共犯從屬原則可得知。因為教唆未遂係指正犯僅達於未遂階段，當正犯的行為達於既遂時，因共犯從屬原則並沒有未遂正犯可從屬，此欠缺從屬的主體不能透過教唆者的立場可替代（想殺特定人，此特定人卻沒死），而將行為客體的殺害視為對目的客體的著手⁹。以本案為例，甲教唆丙殺害乙，丙卻誤殺丁，丙成立殺人既遂罪，一個未遂的正犯不存在，故甲不可能成立殺人未遂罪的教唆犯。

綜上所論，正犯的客體錯誤應視為教唆犯的打擊錯誤較合理，教唆犯對於正犯的行為客體成立過失犯，但對於目的客體卻異於正犯打擊錯誤的評價。因為在正犯的打擊錯誤中，正犯瞄準的是自己想像的真正目標且著手實行犯罪；在教唆犯的打擊錯誤中，正犯所瞄準且著手實行犯罪的對象並非教唆犯真正的目標，其對教唆者的真正客體尚未著手實行。在本案中，丙雖然接受甲的委託且心生犯罪決意，只是尚未針對乙著手實行殺害，甲的行為是一種未遂教唆，惟現行法已廢除第 29 條第 3 項未遂教唆的處罰，但刑法第 271 條第 3 項處罰預備殺人罪，丙雖然尚未著手殺害乙，卻已達預備階段，一說認為在法理上正犯既然達於形式上的既遂犯，依第 29 條第 1 項規定，教唆他人使之「犯罪」者，成立教唆犯，甲應該成立預備殺人罪的教唆犯，因此，甲對丙誤殺丁的行為論以過失

⁹ Roxin, aaO., § 26 Rn. 122.

致死罪與預備殺人罪的教唆犯，二者成立想像競合。然依刑法第29條修法理由，教唆犯成立的前提是正犯達於可處罰的未遂階段，無由成立預備犯的教唆犯，因此，甲成立過失致死罪。

參、結論

丙接受甲請求殺害乙，丙在甲指示具體特定對象後，將丁誤以為乙而殺之，乃是一種等價的客體錯誤，丙論以殺人既遂罪。丙的客體錯誤有認為是不重要的偏離，甲成立殺人既遂罪的教唆犯。不同見解則視丙的客體錯誤為甲的打擊錯誤，甲對丁的死亡結果成立過失致死罪，對教唆殺害乙的行為成立不處罰的未遂教唆，且依第29條修法理由也不成立預備殺人罪的教唆犯。

第十九題 被教唆者改變犯意的行為

甲唆使剛入幫派的乙殺害丙，乙當場答應，事後認為不妥，但對這位幫中大哥級的甲也不願拂逆，在左右為難下，乙於是持刀故意對丙手臂劃兩刀，造成丙受傷，並故意讓丙趁機逃脫，再回去對甲交差，佯稱無法追上丙而作罷。試問：甲、乙刑責各為何？

壹、問題爭點

行為人教唆他人犯罪，被教唆者產生犯罪決意，但於著手實行犯罪時，卻改變犯罪決意，有可能為教唆內容以外的行為，有可能是在構成要件上屬於加重的行為，也可能是減輕的構成要件。在被教唆者改變犯意的情形下，教唆者應負何種刑事責任？尤其，被教唆者違犯的法益侵害程度僅是質量上較輕的構成要件時，教唆者對於教唆他人為較重的構成要件之行為是否應負刑責？

貳、案例分析

一、乙考慮成立刑法第 277 條第 1 項傷害罪

傷害罪的客觀構成要件是傷害人的身體或健康，前者係指對身體所有物質上的損害影響及任何一種痛苦的對待，造成嚴重的身體不適，傷害的嚴重性是否造成被害者不適，並非依個人主觀的感受，而是以客觀的第三者立場評斷，惟個人因素也應列入考慮，健康傷害則係指造成或加深疾病現狀。今乙持刀對丙手臂劃兩刀，肯定是一種對身體的傷害，行為與結果之間具因果關係與客觀歸責。乙雖然答應甲殺害丙，但構成要件故意是以行為時為準，乙已改變犯意為傷害，肯定具有傷害故意，違法性與罪責性皆成立，乙成立傷害罪。

二、甲是否成立刑法第 277 條第 1 項與第 29 條傷害罪的教唆犯？

（一）共犯之從屬性質

刑法第 29 條規定教唆犯是教唆他人使之犯罪，對共犯採「限制從屬原則」，依此原則，共犯之成立係以正犯行為之存在為必要，且正犯行為具備構成要件該當性與違法性即可，至於有無罪責性，則依個別的正犯與共犯判斷之。在本案中，乙已成立故意的傷害罪，一個為違法行為的正犯已存在。

（二）教唆行為與教唆故意

甲必須有教唆他人犯罪的行為，所謂教唆係指喚起他人犯罪的

決意，他人犯罪決意與教唆行為必須具有因果關係，但不必是他人犯罪決意的唯一原因。若他人已有犯罪決意，則教唆者的教唆不再可能成為他人犯罪決意的原因，此時教唆者考慮成立精神幫助犯或是一種不能教唆，後者屬於舊法第 29 條第 3 項未遂教唆的類型之一，依現行法屬不處罰的行為。教唆犯在主觀上必須有雙重教唆故意，即教唆行為故意與教唆他人為既遂的故意，在本案中，甲以大哥輩分唆使乙殺害丙，乙當場答應，甲的行為是一種足以喚起他人犯罪決意的教唆，甲對此也具有雙重的教唆故意。

（三）正犯改變教唆內容

被教唆者實行的犯罪必須符合教唆者教唆故意的重要特徵，教唆者才須要對教唆行為負刑責，若被教唆者逾越教唆範圍，則對於逾越部分視情形而決定應否負責。在本案中，有疑義的是，甲唆使乙殺害丙，乙卻決定僅為傷害行為而已，此傷害行為不符合甲的教唆故意內容，乙的改變犯意是否影響甲的教唆刑責？

對於正犯的逾越行為可分為故意逾越與非故意逾越，後者具有意義的是被教唆者發生客體錯誤的情形，於本案中，乙在左右為難下決定為傷害行為，屬於故意的逾越。正犯的故意逾越行為係指正犯實行犯罪時，行為背離教唆的意涵，其情形可以是違犯其他犯罪或比教唆的內涵做得更少或更多的情形。至於教唆者對正犯逾越的情形是否仍成立教唆犯，視正犯逾越的內容是否重要而定¹。

若正犯逾越的是教唆者之犯罪實行或進行方式，是一種不重要的背離，教唆者成立教唆犯，例如教唆者教唆正犯行竊，正犯邀第三者共同行竊，或唆使正犯攜刀搶劫，正犯改以攜帶棍棒。但正犯

¹ Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 2019, § 26 Rn. 25.

若變更特定的行為客體，則是實行另一種犯罪計畫，屬於重要的背離教唆內容，教唆者對此不負責任，例如教唆者教唆正犯殺害自己的仇人，正犯卻殺害與教唆者無關的第三者。若被教唆者變更犯罪構成要件，教唆者對變更的犯罪不負教唆責任，例如教唆他人行竊，被教唆者卻施以恐嚇取財或性侵害。若正犯逾越的行為涉及同一種構成要件的類型或在犯罪能量上有所不同時，這時應視侵害的法益以及侵害的類型是否仍在教唆犯罪的不法範圍內而定。例如教唆者教唆正犯行竊櫥窗內的物品，正犯卻搜取店內所有的物品，正犯所逾越的部分僅是在量上的提升而已，教唆犯仍應負教唆刑責，至於教唆者較低的故意內涵僅在量刑上考量。相反地，教唆者教唆正犯竊取店內所有財物，正犯卻只搬走玻璃櫃內的財物，因為教唆者教唆較高的犯罪不法內涵已涵蓋正犯所實行的較低之犯罪不法內涵，基於共犯從屬原則，仍應成立教唆犯，至於教唆犯在量上具較嚴重的損害意思，則於量刑上考量²。

在本案中，甲教唆乙殺害丙，乙卻改變犯意而僅傷害之，因為殺人罪的較高不法內涵包含較低的傷害罪不法內涵，乙的逾越不會改變甲應對傷害罪負教唆犯的刑責，甲的教唆行為具違法性與罪責性，甲成立傷害罪的教唆犯。

三、甲是否成立刑法第 271 條第 2 項、第 25 條與第 29 條殺人未遂罪的教唆犯？

甲除了應負教唆傷害罪的刑責外，因為唆使乙殺害丙，乙也當場答應，事後卻僅故意對丙手臂劃兩刀，造成丙受傷，甲是否成立

² Roxin, Strafrecht AT, Band II, 2003, § 26 Rn. 109 ff.

殺人未遂罪的教唆犯？依第 29 條第 1 項規定，「教唆他人使之實行犯罪行為者，為教唆犯」，故被教唆者必須知悉教唆者教唆之意，並且著手實行犯罪行為，依該條修正理由，被教唆者的犯罪行為必須達於既遂或可罰的未遂，才是一種有效教唆。在本案中，乙對丙手臂以刀劃傷時，是基於傷害故意，而非出於殺人決意的著手殺害，甲的教唆不是一種有效教唆，不成立殺人未遂罪的教唆犯，而可能是一種未遂教唆。

舊法第 29 條第 3 項規定「被教唆人雖未至犯罪，教唆犯仍以未遂犯論。但以所教唆之罪有處罰未遂犯之規定者，為限。」依此，被教唆者因未至犯罪，教唆者雖以未遂犯論，不同於依第 1 項與第 2 項而成立的教唆未遂，而是學說上的未遂教唆。未遂教唆的類型可以是未至教唆、失敗教唆、無效教唆或不能教唆。在本案中，甲唆使乙殺害丙，乙當場答應，事後因故放棄殺害行為，所以是一種未遂教唆³，現行法已刪除第 29 條第 3 項未遂教唆的處罰，故甲教唆乙殺丙的行為不再以未遂犯論。只是甲主觀上不僅有法敵對意識，客觀上也有教唆行為，並令乙產生犯罪決意，這樣的行為究竟有無處罰的必要？

舊法第 29 條第 3 項未遂教唆之規定與刑法分則的犯罪態樣不同，並不具獨立的構成要件要素，而是限制刑法分則有處罰未遂犯罪類型的刑罰擴張事由。共同正犯、共犯與未遂犯也是刑罰擴張事由，從犯罪階段而言，未遂教唆的形成時間距犯罪既遂，比共同正犯、共犯與未遂犯的成立還前面，故是一種潛在性的刑罰擴張。雖然舊法將未遂教唆規定於總則編內，但本條既不是共犯、也不是未

3 Schönke/Schröder, aaO., § 26 Rn. 25.

遂犯的特別規定，而是對特定犯罪（有處罰未遂犯者）之預備行為、對參與犯之前階段行為的獨立處罰，由教唆者立場而言，未遂教唆是教唆犯的未遂犯。又因為一般未遂犯以著手實行犯罪為要件，未遂教唆的被教唆者尚未著手犯罪，故由被教唆者（正犯）的立場而言，未遂教唆在整體犯罪中是一種預備行為。在採共犯從屬原則下，未遂教唆欠缺正犯的存在，所以也不是共犯的特別規定。從而，舊法處罰未遂教唆應該是基於此預備行為具有特別的、漸升的危險性，其危險性建立在教唆者著手實行教唆後，對他人的犯罪因果歷程不再能握有支配，遂有處罰的必要⁴。若教唆者教唆他人犯特定之罪，但被教唆者為較輕微的犯罪或普通犯罪，捨棄危害法益較嚴重的教唆行為，固然教唆者對於被教唆者已成立之罪，仍應負教唆既遂的刑責，只是仍無法涵蓋教唆者教唆行為的全部不法內涵，實屬刑罰漏洞。

參、結論

乙成立傷害既遂罪，甲雖然教唆乙殺害丙，因乙答應後又改變犯意為傷害，甲仍論以教唆傷害罪。至於教唆殺人行為，則因乙於著手前已放棄殺人，甲的教唆是一種未遂教唆，現行法不處罰未遂教唆，甲成立教唆傷害罪。

⁴ Roxin, aaO., § 28 Rn. 1 f.

第二十題 教唆既遂故意與間接正犯

甲對乙在外囂張的行徑很不滿，一直想找機會傷害教訓乙。某日，甲得知丙的工廠常遭竊，平常住在2樓的丙已在1樓安裝針孔攝影機。甲私下竊喜，不安好心唆使乙到丙工廠行竊，告知廠內常存放大量現金。事實上，甲確信早有防備的丙不會讓小偷得逞，且依乙、丙二人衝動暴躁的個性，丙不會輕易放過小偷，屆時將有好戲上演。某夜，乙潛入丙的工廠取得現金正轉身離去時，面對持棍棒而來的丙阻擋去路，身材壯碩的丙將乙擊倒，乙受傷並遭丙壓制在地，隨即報警處理。問：甲、乙與丙成立何罪？

壹、問題爭點

行為人喚起他人犯罪，明知他人的犯罪最終無法如願，對他人犯罪是否成立教唆犯？教唆犯的要件為何？何謂教唆故意？行為人是否具有教唆（既遂）故意，其對財產犯罪的既、未遂認定是否有影響？又行為人教唆他人犯罪，事實上另有目的，被教唆者對教唆者的計畫不知情，卻造成第三者實現行為人的犯罪計畫，應如何評

價行為人的利用行為？

貳、案例分析

一、乙考慮成立刑法第 321 條第 1 項加重竊盜罪

竊盜罪是意圖為自己或第三人不法之所有，竊取他人動產。丙的現金對乙而言，係他人動產。竊取是乘他人不知，以和平或隱密之方法，違背他人之意思，擅自取走他人持有之物，使之移置自己實力支配之下¹，即中斷動產之舊的持有關係，且建立新的持有關係。在本案中，乙已經取得現金，雖然尚未離開現場，仍肯定是中斷丙對其現金之持有並為自己建立新的持有。又，乙潛入丙的工廠行竊，符合刑法第 321 條第 1 項第 1 款侵入住宅或有人居住之建築物內之加重竊盜行為，乙具有竊取故意與不法所有意圖，違法性與罪責性皆成立。

二、丙考慮成立刑法第 277 條第 1 項傷害既遂罪

傷害是對人身體的完整性與健康狀況予以侵害，身體傷害係指對身體所有物質上的損害影響以及任何一種痛苦的對待，行為造成嚴重的身體不適皆屬之。在本案中，丙持棍棒將想逃跑的乙擊倒受傷在地，肯定具有傷害故意，行為該當傷害罪之構成要件。

丙的傷害行為是否具有阻卻違法事由？刑法第 23 條正當防衛是對於現在不法侵害，出於防衛自己或他人權利之行為。客觀要件是現在不法侵害與防衛行為，侵害係指任何一種經由人類行為對法

¹ 最高法院 96 年度台上字第 2849 號；臺灣高等法院 104 年度上易字第 1566 號。

律所保護的法益造成直接的威脅。侵害必須是不法，只要是客觀上違背法秩序的行為皆屬之，例如當場面臨不斷地言語性騷擾。「現在」係指直接來臨、正在進行或仍在持續中，其中「直接來臨」有「著手說」與「有效理論」之分，前者以未遂犯的「著手」概念肯定正當防衛侵害的開始，依此，侵害行為與損害結果之間具有時空緊密關聯並帶來震撼印象，攻擊者的行為即將直接轉成侵害或處於轉成侵害的威脅中²；後者則以侵害行為已達於防衛者最後或最安全防衛可能性的時點³。

在本案中，乙已經取得財物，有疑義的是，犯罪既遂後原則上侵害作用已經結束，但攻擊者對法益的侵害尚未結束，亦即對仍持續中的法益侵害施以防衛行為是否符合「現在性」？論者指出，侵害結束階段如同對侵害開始的判斷，二者不在於侵害行為本身，而是侵害行為對法益所產生的侵害性。由刑法第 80 條追訴權之時效期間規定可得出，立法者如學者見解一樣，犯罪階段可分犯罪既遂與犯罪終了，正當防衛的侵害「不法性」應包含犯罪的實質結束，當犯罪達於既遂階段後，但仍處於終了階段前，肯定符合正當防衛的侵害「現在性」，此觀點對財產犯罪如竊盜罪、搶奪罪或強盜罪具有實務意義。同理對於不合憲的靜坐抗議行為，行動自由因而受阻礙者可以施以防衛行為予以排除。甚至對逃跑者也可以施以正當防衛，要件是逃跑會令侵害持續或加深，例如小偷對偷竊財物的持有尚未達於穩固狀態，重點是防衛行為應符合適當性。只是當侵害

2 Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 2019, § 32 Rn. 14；柯耀程，正當防衛界線之認定，月旦法學雜誌，第 60 期，2000/5，頁 87 以下。

3 Schmidhäuser, Strafrecht AT, 1975, 9/94；黃榮堅，論正當防衛，收錄於：刑罰的極限，1999，頁 93。

者已經倒地，不再存有危險性時，施以繼續的傷害應認定出於報復而成立傷害罪⁴。反對「犯罪終了」概念者指出，對於已經脫離所有人或持有者的遭竊的動產，小偷對贓物的加深侵害不是竊盜罪構成要件所要保護的範圍，因此竊盜既遂不再存有現在侵害⁵。在本案中，乙對贓物持有尚未達於穩定狀態，不法侵害屬於現在。

防衛行為須必要且適當，必要的防衛行為係指任何一種適合排除不法侵害的防衛手段，並依規範與社會倫理判斷防衛行為是否具備適當性，特別是對無罪責或有誤會者的攻擊、輕微的損害、具有親密關係者的攻擊或非有挑撥意圖之行為時，要求防衛者應先盡可能採取閃避行為，再採取保護性的防衛，最後才能採取攻擊性的防衛。在本案中，乙的竊盜行為達於既遂，贓物尚未達於穩固狀態，犯罪尚未終了，依上述肯定見解，對丙財物的不法侵害仍屬於現在，丙持棍棒對想逃跑的乙擊倒受傷在地，同時具有防衛財產的意思，行為符合正當防衛而不具違法性。

三、丙考慮成立刑法第 304 條第 1 項強制罪

丙將乙壓制在地，讓乙無法離開現場，行為符合刑法第 304 條第 1 項以強暴等行為，妨害乙行使行動自由的權利，丙具有強制故意。丙可以主張刑事訴訟法第 88 條第 1 項現行犯，不問何人得逕行逮捕之。本條項允許檢察官、檢查事務官、司法警察，甚至私人，得不經法官核可，為了刑事追訴目的短暫地拘束現行犯之行動

⁴ Leipziger Kommentar StGB, Band 2, §§ 32-55, 2006, § 32 Rn. 148.

⁵ Guenther, in: Rudolphi/Horn/Guenther/Samson, SK-StGB, 2005, § 32 Rn. 79.

自由。此逮捕屬特別的緊急權限，且不是建立在義務性上⁶。行為人對於他人犯罪成立正當防衛或緊急避難等阻卻違法事由時，也不影響同時存有對現行犯之逮捕權。現行犯依該條第 2 項是犯罪在實施中或實施後即時發覺者，犯罪是指違犯刑事實體法的不法構成要件，行為得以依刑事訴訟法提起訴訟，進而科以刑罰或保安處分，因此對於未滿 14 歲之人不得主張現行犯之逮捕。現行犯的犯罪不須要達於既遂，可罰的未遂與預備行為也是犯罪。逮捕的時間點必須犯罪實施中或實施後即時遭人發覺，發覺者不須要目睹全程經過，只要依經驗法則可以辨識出是不法行為即可。換言之，犯罪結束與發覺或逮捕的開始之間必須存有時間與空間的緊密性，有如未遂犯之「著手」概念必須依具體個案判斷之。有疑義的是，現行犯逮捕是否須具備「逃亡之虞」方能逮捕，由於本條規定與刑事訴訟法第 101 條第 1 項第 1 款要件不同，所以合理見解是客觀上不須存有逃亡危險，只要逮捕者依據具體情況作出符合規定的立即決定即可⁷。

在本案中，乙已經取得現金正轉身離去，丙將乙擊倒，乙受傷並遭丙壓制在地，隨即報警處理，逮捕行為符合刑事訴訟法第 88 條現行犯之逮捕與第 92 條逮捕現行犯後之處理規定，強制行為不具不法。

⁶ Löwe-Rosenberg, StPO, Band 4, §§ 112-150, 2007, § 127 Rn. 1.

⁷ Löwe-Rosenberg, aaO., § 127 Rn. 7, 13 f.

四、甲是否成立刑法第 321 條第 1 項與第 29 條加重竊盜罪的教唆犯？

刑法第 29 條教唆犯是教唆他人使之犯罪，因此，教唆犯採共犯限制從屬原則，即正犯只要為違法行為即已足。在本案中，乙成立加重竊盜既遂罪的正犯，存有從屬的正犯，甲必須有教唆行為與教唆故意。前者是喚起他人的行為決意，目的是使他人實行犯罪行為；後者則要求應具有雙重的教唆故意，即教唆者除了喚起他人犯罪決意的故意外，且具有使他人實現特定犯罪既遂的故意。反之，唆使者只想令犯罪達於未遂，亦即不想讓犯罪結果發生或法益受到侵害，此情形可以是即時通報警察或當事人，甚至明知被教唆者的行為是一種有危險的不能犯，例如唆使他人入空屋行竊，並無財物損失，其法律評價基於刑法任務在於保護法益，依通說共犯處罰理由採從屬導向的法益侵害說，雖然唆使行為對他人法益可能產生侵害或危害的風險或提高已存在的風險，但唆使者自始即無法益侵害的意思，故欠缺主觀的行為非價，不具有教唆既遂故意，此為學說上的「虛偽教唆」或「陷害教唆」⁸。

在本案中，甲知道住在 2 樓的丙已經在 1 樓安裝針孔攝影機準備逮捕小偷，還不安好心地唆使乙到丙工廠行竊，甲確信有防備的丙不會讓小偷得逞，唆使目的是希望暴躁的二人碰面時，讓乙遭丙毆打，但不影響其對乙已經成立加重竊盜既遂罪的教唆犯。縱使甲不認識竊盜罪的既遂不以行為人離開犯罪現場為要件，也不影響教唆既遂故意。換言之，乙竊盜既遂結果並沒有違背甲的本意且無超

⁸ 黃惠婷，刑法案例研習（一），2016，第二六題，頁 237 以下。

越甲的教唆故意範圍，並非是虛偽教唆或正犯逾越教唆範圍之情形，違法性與罪責性皆成立，甲成立加重竊盜既遂罪的教唆犯。

五、甲是否成立刑法第 277 條第 1 項傷害罪的間接正犯？

丙對乙傷害，傷害的不法經由正當防衛而阻卻違法，只是丙的傷害行為是甲的計畫範圍內，也是甲教唆乙竊盜的真正目的，甲考慮成立間接正犯。間接正犯係行為人利用他人實現犯罪，行為人對於被利用的他人行為握有認知支配或意思支配，利用者對客觀事實狀況或發展比被利用者具有優越的認識，肯定具有認知支配，且被利用者的行為直向歸責於利用者⁹。在本案中，甲唆使乙入宅行竊，明知丙早有防竊準備，故意製造丙對乙的傷害可以成立正當防衛的情境，乙遭丙傷害是甲預見範圍內，也不違背其本意，甲利用他人不罰行為以實現犯罪目的，肯定甲對乙受傷結果的發展過程比丙具有優越的認識，甲具有犯罪支配與支配意思，違法性與罪責性皆成立，甲成立傷害罪的間接正犯。

參、結論

乙侵入丙居住之建築物內行竊，並取得丙的財物，乙成立加重竊盜罪。丙持棒傷害乙，因為面臨現在不法侵害而施以防衛行為，丙對於傷害行為成立正當防衛。甲教唆乙進入丙工廠內行竊，因竊盜既遂在於行為是否破壞舊的持有關係且建立新的持有關係，乙已經取得財物，雖然尚未離犯罪現場即遭阻擋去路，也不影響竊盜既遂的成立，甲放任此結果發生，肯定具有教唆的雙重故意，成立加

⁹ Schönke/Schröder, aaO., § 25 Rn. 7.

重竊盜罪的教唆犯。甲教唆乙行竊的目的是樂見乙被丙毆打，丙傷害乙的行為因正當防衛而不罰，對此結果甲具有優越的認知，乃是利用丙傷害乙，肯定具有認知支配與支配故意，甲成立傷害罪的間接正犯，此間接傷害與教唆加重竊盜乃出自於同一教唆行為，二罪從一重處斷。

第二一題 過失犯之結果不可避免性

甲於上午騎重型機車行駛於路上，適逢乙騎腳踏車沿同方向行駛於右前方，乙於腳踏車左手把上掛一把青菜，後座載有一箱柳丁，因乙未將該等物品綑紮結實，導致該把青菜掉落於地上。乙試圖不下車座而想彎腰撿拾時，因重心不穩，導致乙往右側傾斜，而手中青菜則往左側拋出，此時甲輾及青菜，又因未保持兩車並行之間隔，造成重型機車打橫倒地而擦撞乙，乙向右側傾倒，經送醫急救，最後不治死亡。試問：甲是否應負過失致死罪？

壹、問題爭點

過失犯屬於有待補充的構成要件，對於成立過失犯的要件仍有不同的見解，但通說肯認過失犯的成立應與結果應具有因果關係，且行為人製造法所不容許的風險以及風險關聯。當行為人的行為屬於不能容許的風險後，應如何判斷行為與結果之間的歸責問題？在結果的歸責判斷上，過失犯是否與故意既遂犯相同？二者有何不同？

貳、案例分析

甲是否成立刑法第 276 條過失致死罪？

一、結果已發生

過失致死罪屬於實害犯，必須有法益受侵害的結果發生，今乙送醫後，仍不治死亡，肯定結果的發生。

二、結果原因

刑法第 14 條第 1 項規定「行為人雖非故意，但按其情節應注意，並能注意，而不注意者，為過失。」因此，過失犯的成立是因為違反客觀注意義務，然此違反客觀注意義務往往含有不作為的要素，例如未開車燈或未保持時速等，故對過失犯而言，判斷行為與結果間是否具因果關係前，先確定結果是作為或不作為所造成，即顯得重要。因為刑法第 15 條第 1 項規定：「對於犯罪結果之發生，法律上有防止之義務，能防止而不防止者，與因積極行為發生結果者同」，行為若是不作為時，行為人必須居於保證人地位，於能防止卻不防止的情形下，不作為導致與因積極行為發生的結果相同，方有刑事責任。在本案中，甲未保持兩車並行的安全間隔，當甲的機車打橫倒地而擦撞乙，造成乙向右側傾倒而受傷致死，依能量說或社會規範說，後者是以非難的重點何在為準¹，甲在沒有保持安全間隔下的騎車行為是一種積極作為。

又甲的積極作為必須與乙的死亡具有因果關係，因果關係的認

¹ Fischer, Strafgesetzbuch, 2019, § 13 Rn. 5.

定有如故意犯一樣依條件理論判斷。在本案中，若沒有甲騎車打橫倒地而擦撞乙，乙也不會跌倒，故肯定二者之間具因果關係。

只是實務界對於過失犯之成立與否，僅檢驗行為是否與結果之間具有因果關係，在本案中認為，甲本應注意車前狀況及兩車並行之間隔，並隨時採取必要之安全措施，竟疏未注意車前狀況及兩車並行之間隔而輾及青菜，甲之過失行為與乙之死亡結果間，顯有因果關係，甲應負過失致死罪²。而學界則主張行為除了應與結果發生具有因果關係外，對過失犯進而要求必須具備行為不法與結果不法，前者是行為製造法所不容許的風險，後者是風險實現。

三、行為不法

行為人必須在客觀可預見結果的發生下違反客觀注意義務，在本案中，依道路交通安全規則第 94 條第 3 項規定，汽車行駛時，駕駛人應注意車前狀況及兩車並行之間隔，並隨時採取必要之安全措施。第 100 條第 5 款規定，汽車會車相互之間隔，不得少於半公尺，依第 2 條第 1 款規定，汽車指在道路上不依軌道或電力架線而以原動機行使之車輛（包括機車）。又結果發生的可能性必須客觀可預見時，行為方具不法。在本案中，甲沒有保持應有的兩車間隔可能會在機車打滑或其他情況下擦撞他人，乙因甲的擦撞而跌倒，這是甲違反客觀注意義務下可預見的結果。此外，汽車駕駛人對防止危險發生之相關交通法令之規定，業已遵守，並盡相當之注意義務，以防止危險發生，可信賴他人亦能遵守交通規則並盡同等注意義務。若因此而發生交通事故，方得以信賴原則為由免除過失責

2 臺北地方法院 93 年度交易字第 378 號。

任³。甲未遵守交通規則，不能主張信賴原則而免除過失責任。

四、結果不法

行為除了製造法所不容許的風險外，結果之發生也必須與風險有關聯，方該當過失犯的構成要件。依道路交通安全規則規定，駕駛人應注意車前狀況及兩車並行之間隔，會車時至少應保持半公尺。今甲未保持安全間隔，造成擦撞，此結果發生屬規範保護的目的範圍內。問題是，甲的違法行為與乙死亡結果之間是否具有法律的因果關聯？其係指行為人行為的違反義務性是發生結果的原因，而此結果的過失原因與過失犯的原因不同。

過失犯的刑罰非難類似不作為犯的結構，二者的法益侵害均與不為期待行為有關。通說認為過失犯不同於故意的既遂犯，允許前者以假設的因果歷程排除結果的歸責關聯，其係指行為人遵守應當的注意義務時，同樣的構成要件結果也會發生，否定違反注意義務的行為結果之間的客觀歸責，故成立過失犯的性質應以構成要件實現的可避免性為前提。當行為人遵守注意義務時，社會損害的結果發生也無法避免時，在具體個案中已存在的注意義務違反對於結果的發生並不重要；易言之，處罰過失行為係因為行為人客觀上有義務，且主觀上有能力避免結果發生，行為人卻不避免，則主觀的個人不可避免性影響罪責的認定，客觀的不可避免性排除構成要件的違反義務關聯以及結果的歸責⁴。

³ 最高法院 105 年度台上字第 3279 號。

⁴ Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 2005, Rn. 678; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 2019, Rn. 1130.

實務亦認為⁵，「過失犯罪行為之不法，不只在於結果發生之原因，而且尚在於結果乃基於違反注意要求或注意義務所造成者；若行為人雖違背注意義務，而發生構成要件該當結果，但可確認行為人縱然符合注意義務之要求，保持客觀必要之注意，而構成要件該當結果仍會發生者，則此結果即係客觀不可避免，而無結果不法，行為人即因之不成立過失犯。」是以，行為人雖有超速違規，但於見被害人超速跨越中心線，占用其車道迎面快速駛來時，行為人已煞車減速而仍被撞及，實屬無可避免，故行為人之超速與被害人死亡無相當因果關係，即無過失可言。

行為的可避免性與風險思維息息相關，毫無爭議的是，若可以確定遵守注意義務的行為也會導致同樣結果發生時，則超越容許風險的行為在事件的歷程中並未實現結果，否定行為與結果的客觀歸責。有爭議的是，假設遵守注意義務的行為無法確定是否可避免結果發生，而是可能或似乎可避免的情形，應如何論斷歸責問題？對此問題則有不同見解：

一說主張，行為人若遵守道路交通安全規則，也可能會發生同樣結果時，應有罪疑唯輕原則之適用，即結果的不可避免性排除過失責任，只是不能以第三者違反同樣注意義務也會造成結果發生的理由，而免除過失責任⁶。依此說，在本案中，假設甲保持兩車並行間隔，也可能因為事出突然而輾壓青菜，造成機車打滑並擦撞乙時，則排除甲違反注意義務的行為與乙死亡結果的客觀歸責關聯。

反對見解主張風險升高說，假設合法的行為雖然不能確定是否

⁵ 最高法院 92 年度台上字第 4164 號。

⁶ Wessels/Beulke, aaO., Rn. 682; Wessels/Beulke/Satzger, aaO., Rn. 1134.

能挽救被侵害的法益，但仍有挽救的機會時，則行為人未遵守注意義務的行為逾越容許的風險，肯定此風險升高法益侵害的機率，並否定罪疑唯輕原則適用於假設因果歷程的判斷，特別是瑕疵行為在事實情況中，到底會不會升高危險時，此原則應限制適用。因為立法者制定注意義務規範，要求相關人員遵守的目的在於提高法益保障的機會，卻無法保障絕對的安全，因此，只要行為人違反注意義務，事實上也因為此瑕疵行為造成結果發生，基於法規範本身不可能寬恕一個可能升高風險的行為，仍應肯定行為與結果的歸責關聯⁷。依此說，在本案中，甲未保持兩車安全間距，升高乙遭擦撞而跌倒的風險，故肯定甲的行為與結果的歸責關聯。

除了上述的義務違反關聯性外，自我負責原則也會限制結果的歸責。如果被害人因自己的自我危害行為或危險行為導致他人過失行為，或促使、有益於他人的過失行為，被害人也認識自我危險的行為是製造風險，而最後風險也實現時，因為被害人對於繼續發展的因果歷程也違反義務地置入原因，亦即同時促成此可預見的結果，則否定他人過失行為與結果之間的客觀歸責。但不是所有被害人的瑕疵行為皆能排除他人違反注意義務行為與結果之間的歸責關聯，若被害人的行為在不幸事件過程中僅扮演隸屬性的原因時，行為人不能主張結果歸責的排除，判斷的關鍵在於被害人的疏忽行為對整個事件過程、以及結果的影響具何種分量與意義而定⁸。

由於風險升高的見解限制罪疑唯輕原則的適用，以及將屬實害犯的過失犯視為一種危險犯，故通說不採風險升高說。在本案中，

7 Roxin, Strafrecht AT, Band I, 1994, § 11 Rn. 72 ff.

8 Wessels/Beulke, aaO., Rn. 684 f.; Wessels/Beulke/Satzger, aaO., Rn. 1136.

依規定駕駛人應注意車前狀況及兩車並行之間隔，會車時至少應保持半公尺，不過，當乙拋出青菜時，是否能期待甲立即做出正確反應。再者，假設甲保持會車至少應有的半公尺，是否真的能避免輾壓青菜而不至於打滑？若甲保持半公尺間距的要求，仍然也會輾壓青菜，甲的違反注意義務行為難以確定真的升高擦撞乙的機會。又如果非乙拋出青菜，甲也不會因輾壓青菜而打滑，依道路交通安全規則第 88 條第 7 款規定，機車附載人員或物品時，附載坐人、載運貨物必須穩妥，物品應綑紮牢固，堆放平穩。乙違反規定，未將後方物品紮穩，又試圖不下車座而彎腰撿拾左方掉落的青菜，乙自己的疏忽行為對整個事件與結果發生屬重要的、直接的原因，故依罪疑唯輕原則以及自我負責原則，甲不應負過失刑責。

參、結論

甲雖然沒有保持兩車會車時的安全間隔，製造法律上所不容許的風險，造成輾壓乙拋出的青菜時，機車打滑擦撞乙，乙傾倒致死。假設甲當時保持兩車安全間距，也可能會輾壓青菜，則因機車打滑而擦撞乙的行為，基於罪疑唯輕原則視為不可避免的結果，宜否定乙的死亡結果與甲的風險行為之間的關聯性，甲不負過失致死罪。

第二二題 正面容許構成要件錯誤

甲生性喜愛搞怪，在萬聖節這一天假裝扮成搶匪模樣，手持明顯的塑膠玩具槍溜進某銀行，想對裡面的職員開玩笑。甲高喊搶劫，由於事出突然，生性緊張的職員乙以為甲是搶匪，拿起一旁的滅火器由後朝甲身上猛打，甲受傷倒地。試問：乙的刑責為何？

壹、問題爭點

犯罪之成立應具備何種要件？行為人認識自己的行為對他人法益會造成侵害，但誤認自己的行為符合阻卻違法事由，所誤認者有關事實或規範是否有差別？法律上應如何評價？

貳、案例分析

乙是否成立刑法第 277 條第 1 項傷害罪？

一、傷害行為與傷害故意

傷害人之身體或健康者為傷害罪，身體傷害係對身體所有物質上的損害影響，健康傷害則係造成或加深疾病現狀。在本案中，乙拿滅火器對甲身上猛打數下，造成甲受傷，行為與結果間具有因果

關係與客觀歸責，乙對此具有傷害的知與欲，構成要件成立。

二、乙是否成立刑法第 23 條正當防衛？

正當防衛的要件是行為人面臨現在不法侵害，出於防衛自己或他人權利而為防衛行為。所謂侵害係指任何一種經由人類行為對法律所要保護的法益造成直接的威脅。在本案中，甲在萬聖節裝扮成搶匪模樣，目的是進入銀行對人開玩笑而已，並非真的要搶劫銀行，因此，乙當時並沒有面臨任何侵害，正當防衛之要件不成立，乙的傷害行為具有違法性。

三、罪責性

問題是，乙當時雖然沒有遭遇任何不法侵害，但乙主觀上誤認甲係搶匪，入內想要搶劫銀行，遂認為自己有權利防禦自己或他人的財產，乙可能成立誤想防衛。行為人心裡所想的是建立在其想像上，但其對構成要件實現的主觀關聯則以行為時為準¹。如果行為人不認識事實情況，而這些事實屬於犯罪構成要件者，行為人不具有構成要件故意；若對構成要件的事實有錯誤認識，則可能成立正面或反面構成要件錯誤。不同的是，行為人誤認的是有關阻卻違法事由，涉及的可能是有關客觀事實或法規範的認知，前者係指行為人認為存有足以阻卻行為違法性之事由，但客觀上卻不存在，學理上稱為容許構成要件錯誤，其可以是誤想防衛、誤想避難或誤想承諾等。然現行刑法對於錯誤問題僅有第 16 條禁止錯誤，至於構成要件錯誤或容許構成要件錯誤則未明定。而學術上如何評價容許構

¹ Fischer, Strafgesetzbuch, 2019, §16 Rn. 2.

成要件錯誤，則有不同的見解²：

（一）故意理論

故意屬於罪責要素，包含認知、意欲與不法意識，行為人誤認客觀事實，還是誤認阻卻違法事實的存在或界限，並無不同，皆屬於構成要件錯誤，重點在於行為人欠缺故意。因此，故意不僅是實現構成要件的意欲，進一步也是社會損害的意欲。依此說，在本案中，乙認識自己的行為不具有社會損害性，故否定具有傷害故意。

（二）罪責理論

1、嚴格罪責理論

罪責理論的支持者認為不法意識屬於獨立的罪責要素，行為人對於阻卻違法事由的事實有錯誤認識，與行為人認為自己的行為非法律所禁止的情形一樣，皆影響罪責要素的不法意識。此說之所以稱為「嚴格」，是因為行為人只要欠缺不法意識，毫無例外地成立禁止錯誤。依現行法第 16 條規定，若錯誤具有正當理由，而屬於不可避免時，行為不具罪責性；若為可避免的錯誤時，則是具罪責性的故意行為，按情節得減輕其刑。

依此說，在本案中，行為當天是萬聖節，甲持的是塑膠玩具槍，因乙生性緊張，在未辨明當時情況之下，即出手傷人，此錯誤屬於可避免，成立故意傷害罪，但視情節得予以減輕其刑。

2、限制罪責理論

此理論的支持者主張，行為人對阻卻違法事由的事實有錯誤認

2 Roxin, Strafrecht AT, Band I, 1994, § 14 Rn. 68; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 2019, Rn. 679, 727, 740 ff.; Fischer, aaO., § 16 Rn. 20 f.; Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 2019, § 26 Rn. 14 ff.

識（容許構成要件錯誤）與有關阻卻違法事由的存在與範圍的錯誤（容許錯誤）有所不同。前者是行為人對事實狀況有錯誤認識，認為行為已因客觀事實而阻卻違法性，如果行為人對於事實狀況的錯誤屬於可避免時，則是非難其欠缺注意以及對法規範注意義務的疏忽想法；後者則是行為人對於已承認的阻卻違法事由的法律界限有錯誤認識、或認為法律上存有阻卻違法事由，事實上則無此規範，行為人對犯罪行為的價值認知可導出其法敵對意識，具可非難性。在容許構成要件錯誤的情形中，從犯罪體系的三階段而言，法定構成要件的不法要素與容許構成要件的不法要素並無性質上的差別，二者都是決定行為的不法，具有同樣的意義，因為實質上的不法即由建構不法的構成要件要素與排除不法的阻卻違法事由所組成，行為人仍然忠於遵守法規範，故由質的方面導出，行為相當於過失罪責的非難性，法律效果有如真正的構成要件錯誤。

在本案中，乙看見甲的裝扮如搶匪，手持狀似槍枝的物體，又高喊搶劫，認為當時面臨搶劫，遂認為傷害甲的行為為法律所許可，可以阻卻行為的違法性，故屬於容許構成要件錯誤。依限制罪責理論，乙不成立故意傷害罪，只是對於此結論的解釋卻有不同見解：

（1）負面（或消極）構成要件理論

此理論主張阻卻違法事由情狀屬於整體不法構成要件內涵，阻卻違法事由要件是消極的構成要件要素，行為人必須對於所有積極構成要件要素有認識，而且也認識欠缺消極構成要件要素時，方肯定行為出於故意。行為人若發生容許構成要件錯誤，屬於構成要件錯誤，直接排除構成要件故意。

（2）排除故意不法理論

此理論的支持者承認犯罪應具有構成要件該當性、違法性與罪責性，因為阻卻違法事由的要件也是法定的構成要件，故構成要件錯誤與容許構成要件錯誤在質方面並無不同，只是並不排除狹義的構成要件故意，而是影響違法層次的故意不法。

（3）限縮法律效果的罪責理論

故意在構成要件與罪責層次上具有雙重功能，故意實現不法構成要件是一種行為型態，此與以可非難性形塑的罪責形式相關連，故意罪責則是透過構成要件故意的肯定而被證明。只有當行為人錯誤認為存有阻卻違法事由的事實條件時，故意罪責方具有意義。容許構成要件錯誤既非構成要件錯誤，亦非禁止錯誤，而係一種獨立的錯誤類型，行為人對於阻卻違法事由的客觀事實有錯誤認識，並不完全排除行為非價與影響構成要件故意，僅在罪責上免除故意罪責，法律效果類推適用構成要件錯誤，不成立故意犯。

依實務見解，行為人誤認有阻卻違法事由的行為情狀存在而為防衛、避難、毀損財物、侵害人之身體、自由等行為，認應阻卻犯罪故意（主觀構成要件），緩解其罪責；就其行為因過失造成錯誤，於法條有處罰過失行為時，祇論以過失犯；法無過失犯處罰者，不為罪³。

由於現行法第 16 條已明定「不得因不知法律而免除刑事責任」，行為人不知事實狀況與不知法律有所區別，因此，故意理論不符合現行法規定。而嚴格罪責理論受質疑之處在於，行為人對阻卻違法事由的客觀事實有錯誤認識時，錯誤若屬可避免，猶如對過

³ 最高法院 106 年度台上字第 3989 號。

失犯的非難一樣，若仍論以故意犯，則與一般人民的法感相違背。在本案中，依上述限制罪責理論的見解，不管基於何種理由，乙不成立故意傷害罪，而是考慮是否成立過失犯。因為行為當天是萬聖節，又依一般生活經驗，真正的搶匪反而不會扮成搶匪模樣，乙雖然生性較緊張，但也應該進一步確認甲是否為搶匪，尤其一眼即可看出是塑膠的玩具槍，因此，乙疏於客觀注意義務之履行，於尚未查明前即出手打人，行為不僅是傷害結果的原因，也具有行為不法與結果不法，同時肯定乙對於結果的發生具有主觀可預見性與主觀注意義務的違反，應成立刑法第 284 條過失致傷罪。

參、結論

乙錯誤認為面臨現在不法侵害，對於傷害甲的行為認為可以主張正當防衛，成立所謂的誤想防衛。依限制罪責理論，乙不成立故意傷害罪，論以刑法第 284 條過失致傷罪。

第二三題 幻覺犯

身材高大的甲生性嫉惡如仇，某晚步行返家，途中遇見歹徒乙正在行搶獨行女子丙的皮包，在丙高喊搶劫下，甲立即趨前制止乙的搶奪，並限制乙的行動。乙當場哀求甲放過他，因為家中老母生病等他回家，甲不予採信，並立即將乙扭送警局。甲在警局中聲稱，只有偵查機關才有逮捕嫌犯的權利，因實在無法忍受歹徒的囂張行徑，自己的逮捕行為乃是違法剝奪他人行動自由。試問：甲是否成立剝奪行動自由罪？

壹、問題爭點

行為人對於客觀事實有正確的認識，且對自己的行為意義也有正確的瞭解，但因對法律不認識或錯誤認識，認為自己的行為為法律所禁止或不容許，應該受到處罰，只是此錯誤的法律認識僅存在於行為人的想像中而已，此時應如何評價行為人主觀上的法敵對意識？又應如何區別不能未遂與幻覺犯？其法律效果又為何？

貳、案例分析

一、甲是否成立刑法第 302 條第 1 項剝奪行動自由罪？

本罪之行為人必須以拘禁或其他非法方法剝奪他人的行動自由，造成他人無法繼續停留於某一處所或被迫離去停留處所而他往。在本案中，甲將乙制伏後，在乙哀求讓其離去時，違反乙的意思，強制乙不得離去並強行押往警局，乙的行動自由受到剝奪，甲也具有剝奪行動自由的故意。

只是甲的逮捕行為可能符合刑事訴訟法第 88 條第 1 項，本條規定對於現行犯，不問何人得逕行逮捕之，而所謂的現行犯係指犯罪在實施中或實施後即時發覺者。在本案中，甲看見乙正搶奪丙的皮包，丙也高喊搶劫，因此，乙的犯罪是正在實施中，甲逮捕乙後，立即將乙扭送警局，甲施行的強制力並未逾越逮捕時應遵守的必要程度，而且符合刑事訴訟法第 92 條第 1 項「無偵查犯罪權限之人逮捕現行犯者，應即送交檢察官、司法警察官或司法警察。」甲的逮捕行為符合刑法第 21 條第 1 項，屬於依法令之行為，阻卻剝奪行動自由罪的違法性。

二、甲是否成立刑法第 302 條第 3 項剝奪行動自由罪的未遂犯？

甲不成立剝奪行動自由罪的既遂犯，但本罪有處罰未遂犯，因為甲主觀上認為只有偵查機關對現行犯才具有逮捕權，私人則無，甲的認知是否成立剝奪行動自由罪的未遂犯？首先，甲必須具有剝

奪行動自由的犯罪決意。未遂犯的主觀要件強調行為人決定著手為犯罪行為之實行，此犯罪決意包含構成要件故意以及特定犯罪的法定意圖，前者於認知上是行為人對於法定構成要件有事實上的認識與意義上的認識即已足。即使行為人誤解客觀情況，認為自己的行為已實現犯罪構成要件，也肯定具有構成要件故意。至於意欲則要求同樣具有實現犯罪故意的形式，亦即行為人不能只是想達於未遂而已，而是希望實現犯罪¹。行為人具備未遂犯應有的犯罪決意後，且行為具有危險性，成立方法或客體不能未遂，但非刑法第26條無危險的不能犯。在本案中，甲認識自己的行為是限制乙的行動自由，甲所誤會者是有關現行法的規定，認為自己無權限剝奪現行犯的行動自由，如此錯誤是成立可處罰的（客體）不能未遂？還是不處罰的幻覺犯？則有區別的必要。

所謂幻覺犯係指行為人對於客觀事實有正確的認識，但基於錯誤的法律見解，認為自己的行為應該受處罰²。區別方法或客體不能未遂與幻覺犯的關鍵在於：前者的行為是出於對事實的錯誤認識，誤認在具體個案的情況中，自己已實現犯罪構成要件；後者是行為人正確認識所有外在情況，卻錯誤認為自己的行為為法律所禁止。然刑法不處罰幻覺犯，理由是基於罪刑法定原則。因為刑法對行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限，行為包含既遂或未遂，甚至於預備行為，但行為人僅有法敵對意識，並沒有刑罰的必要。刑法對行為具危險性的不能未遂仍以未遂犯論，卻不處罰幻

¹ Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 2019, § 22 Rn. 12 ff.

² Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 2019, Rn. 991；最高法院 100 年度台上字第 4942 號。

覺犯，區分二者關係刑事責任的有無。儘管二者有如上述的區別標準，但有時想嚴格區分，仍有困難之處，較無疑義的是以下幻覺犯的類型³：

(一) 反面的禁止錯誤

行為人有利於己的錯誤認識，認為自己的行為觸犯刑事法，應該受到刑罰制裁，但事實上不存有法規範禁止其行為。例如行為人認為人獸交的行為會受到刑罰制裁；或認為私下暫時使用他人書籍參考的行為成立竊盜罪；或認為丟棄自己作案的兇刀成立湮滅刑事證據罪；或刑事被告認為在法庭說謊成立偽證罪；或認為與婚姻關係外的人發生親密關係成立通姦罪等。

(二) 反面的包攝錯誤

行為人完全認清事實狀況，但對於犯罪構成要件為不利於己的錯誤解釋或擴大其適用範圍，認為自己的行為已符合禁止規範所涵攝的範圍。行為人錯誤的法律見解可以有關於描述性的構成要件要素、或規範性的構成要件要素，例如懷胎婦女認為只要對成形的胎兒予以墮胎，應負刑法的殺人罪，行為人是對殺人罪之描述性構成要件要素「人」為不利於己的擴大解釋；或違犯秩序法的人被警察帶到派出所查問時，乘隙脫逃，逃跑時認為自己成立脫逃罪，行為人是對脫逃罪「依法逮捕、拘禁之人」的規範性構成要件要素為不利於己的錯誤解釋；或行為人看見鄰居昏倒在地，認為鄰居之間應守望相助，自己未即時將鄰居送醫，造成鄰居因延誤治療而死亡，自己有刑事責任，這是行為人對於刑法第 15 條第 1 項「法律上有

3 Roxin, Strafrecht AT, Band II, 2003, § 29 Rn. 378 ff.; Fischer, Strafgesetzbuch, 2019, Rn. 49 ff.; Wessels/Beulke/Satzger, aaO., Rn. 992 ff.

防止之義務」要件有錯誤的法律認識；或基於法律上的錯誤認識，誤認自己的動產為他人所有而竊取。

（三）反面的容許錯誤

行為人雖然認識客觀事實，卻因為不認識阻卻違法事由的存在或對其適用界限為不利於己的限縮解釋，而誤認自己該當犯罪構成要件的行為應該受處罰。例如行為人看見他人因車禍陷於昏迷中，肇事者已逃逸無蹤，即使車主反對，在無計可施下仍強行取走汽車鑰匙，立即將昏迷者送醫再還車，行為人認為他人沒有義務暫時提供汽車以解救他人性命，故自己已成立強制罪，但事實上只要避難行為符合利益衡量原則，即可主張緊急避難而不罰。

在本案中，甲當場看見乙搶劫丙女，不僅出手制止乙的犯罪行為，而且將乙移送法辦，乃是正確認識當時的客觀情形。甲稍後在警局中聲稱，只有偵查機關才有逮捕嫌犯的權利，私人的逮捕行為是違法剝奪行動自由，因此，甲不知道刑事訴訟法規定人人得逕行逮捕現行犯，而將一個依法令的不處罰行為，誤認為應受到刑罰制裁，故屬於反面的容許錯誤，甲成立不處罰的幻覺犯。

參、結論

甲雖然認為自己沒有權限逮捕現行犯，遂認為已違法剝奪他人行動自由，但事實上甲逮捕行為屬於依法令的行為，不罰，甲對於法律的錯誤認識成立不罰的幻覺犯。

第二四題 偽證罪之罪數認定

甲因目睹乙等人持棒毆打丙致死的經過，而經地方法院傳喚，以證人身分到場作證，甲經具結與告知偽證罪之處罰後，對法官提出的三項有關當場發生經過的問題為虛偽陳述。同一案件經上訴於高等法院後，甲再度以證人身分出庭，經具結與履行告知義務後，仍為虛偽陳述。試問：甲先後的偽證行為應如何論斷？

壹、問題爭點

行為人基於單一意思，為多數的同種動作，彼此間具有時間與空間的緊密關聯時，應如何評價其罪數？何謂接續犯？對於偽證罪而言，行為人在同一訊問下，為多次的偽證行為，與在先後不同審級中，對同一案件為多次偽證行為之罪數論斷是否相同？

貳、案例分析

一、甲可能成立刑法第 168 條偽證罪？

偽證罪是「於執行審判職務之公署審判時，或於檢察官偵查時，證人、鑑定人、通譯於案情有重要關係之事項，供前或供後具

結，而為虛偽陳述者。」本罪係就已出具書面擔保，猶違反據實陳述義務之證人課予刑事責任，乃為實現要求證人據實為證，以達保護司法權正確行使之立法目的所為之具體規範¹。所謂審判係指審理與裁判，含民事、刑事與行政訴訟的審判，行為主體限於證人、鑑定人與通譯。證人係對他人訴訟案件曾目擊或經歷事實的人，具有不可替代性。依刑事訴訟法第 187 條規定，證人具結前，應告以具結之義務及偽證之處罰，故具結是命證人以文書擔保其所陳述者屬實，並且告知違反具結義務的法律效果。因此，本罪是「己手犯」，即正犯是唯有藉由一己親手實行者，其特徵在於正犯以外之人，雖可對之加功而成立本罪之幫助犯或教唆犯，但不得為本罪之間接正犯或共同正犯²。

行為人必須對於案情有重要關係之事項為虛偽陳述，方成立偽證罪。所謂於案情有重要關係之事項，係指該事項之有無足以影響裁判結果者；虛偽陳述則係指陳述內容與事實存在的陳述客體不符合，理由是為了確保司法審判機關在從事訴訟程序的事實認定時，不受偽證行為危害，不考慮陳述者是否將其所經歷或所知的事實正確地陳述，而是以陳述者陳述內容是否符合客觀事實所發生或存在者為斷，若互有出入，則是虛偽陳述³，實務見解亦採客觀陳述理論⁴。又刑法之偽證罪不以結果之發生為要件，只要有偽證行為，無論當事人是否因而受有利或不利之判決，均不影響犯罪

1 最高法院 106 年度台上字第 3740 號。

2 最高法院 107 年度台上字第 4227 號。

3 Fischer, Strafgesetzbuch, 2019, § 153 Rn. 4.

4 最高法院 69 年度台上字第 2427 號。

之成立⁵。

在本案中，甲因目睹乙等人持棒毆打丙致死的經過，而經地方法院傳喚，以證人身分到場作證，因此，屬適格的主體。甲具結與經告知偽證罪之處罰後，對法官當場提出的三項有關發生經過的問題為虛偽陳述，符合證人於審判時，經具結與告知後，對於案情重要事項為虛偽陳述的要件。甲對此具偽證故意，行為不具阻卻違法事由，罪責性也成立。問題是，甲對於同一審判程序中法官所提的三項問題分別為虛偽陳述，以及對同一案件經上訴於高等法院後，仍為虛偽陳述，其先後多次的虛偽陳述應如何評價？

二、先後多次偽證行為之競合問題

刑法對於競合論有採區別原則，有採單一刑罰原則，前者立法例區別犯罪單數與犯罪複數，後者不管行為單數或行為複數，皆以一個單一的刑罰處斷。我國透過刑法第 50 條與第 55 條區分犯罪複數與犯罪單數，故採區別原則。然採區別原則的競合論，對於判斷犯罪複數或犯罪單數，仍有不同的見解。依國內見解，大致上有採行為說與法益說，前者係以行為單、複數作為罪數之判斷基準⁶；後者則是依法益之侵害個數與次數為準，而法益侵害個數又因種類與性質不同而互異⁷。由刑法第 55 條犯罪單數（想像競合）之前提

5 最高法院 71 年度台上字第 8127 號。

6 林山田，競合論概說與行為單數，收錄於：刑事法論叢（二），1997，頁 99 以下；蘇俊雄，刑法總論 III，2000，頁 1 以下；黃常仁，刑法總論：邏輯分析與體系論證，2001，頁 241 以下。

7 靳宗立，連續犯牽連犯廢除後罪數判斷與科刑處斷之因應，月旦法學教室，第 37 期，2005/11，頁 89 以下。

要件係「一行為」（行為單數）可得出，區別犯罪單數或犯罪複數（實質競合）時，應先界定哪些是想像競合的前提——「一行為」，若非一行為時，則係複數行為，故以行為單數或行為複數為基準點，係一個符合法規範且可行與較容易的解決途徑。

惟認定行為單數（一行為）概念時，因術語的問題以及其他認知的差異，往往導致界定此概念的困難。行為單數有各種不同的態樣，在學術上也呈現不同的名稱與適用範圍，於行為單數的情形中，較無疑義的是自然意義上的行為單數，其係一個犯罪決意下的一個動作；而構成要件的行為單數有稱為法的（或規範的）行為單數，例如各種類型的結合犯。至於自然上的行為單數則與利益說的包括一罪有重疊現象，「包括一罪」的意義與範圍尚未有定論，有學者認為僅限於三種：集合犯、接續犯與狹義的包括一罪⁸；而自然上的行為單數則係指行為人整體的意思，透過多數同種的行動來實現，這些個別實現的動作基於時間與空間的緊密關聯性，在客觀上依生活經驗或自然觀點足以視為行為單數，故要求自然上的行為單數須具備四個要件：一、基於單一意思，二、多數的同種動作，三、行為間具有時間與空間的緊密關聯，四、依客觀與第三者的立場判斷，各個行為間明顯屬於一個整體的行為，所謂的接續犯即屬之⁹。

接續犯是行為人透過多數的動作以類似與密接的方式，實現同一個構成要件，行為人的多數動作係加劇對同一法益的侵害，同時在數量上提高行為的不法性與罪責性，但沒有形成異種的法律單一

8 甘添貴，接續犯與連續犯之界限，軍法專刊，第44卷第2期，1998/2，頁6，註5。

9 Roxin, Strafrecht AT, Band I, 2003, § 33 Rn. 33 ff.

評價，因此，視為行為單數。實務界承認此概念，「行為人在同一機會接續而為同一性質之行為，依一般社會觀念，此數次行為並無時間之間斷，得認係一個行為之持續者¹⁰。」或「數個在同時同地或密切接近之時、地，侵害同一法益之行為，因其各個舉動之獨立性極為薄弱，依一般社會通念，認為無法強行分割，乃將之包括視為一個行為之接續進行，給予單純一罪評價之謂。惟並非漫無限制，如客觀上先後有數行為，逐次實行，侵害數個相同或不同性質之法益，其每一前行為與次行為，依一般社會觀念，時間差距上可以分開，刑法評價上，各具獨立性皆可各別成罪，所犯又非屬預設其係持續實行之複次行為，具備反覆、延續實行複次作為之特徵，即應就每一行為分別論罪，而併合處罰¹¹。」

依此，證人在同一訊問下為數次的偽證行為，數個偽證行為成立接續犯，較無疑義。在本案中，甲於地方法院作證時，對法官當場提出三項問題均為虛偽陳述，三次的虛偽陳述行為係三個自然意義上的行為單數，一次虛偽陳述足以成立一個偽證罪，但三次的虛偽陳述係在同一訊問下所為，成立接續犯。有疑義的是，行為人在不同審級中，對同一案件先後數度為偽證，應如何評價？有以下不同見解：

（一）以訴訟件數為準

我國實務界與部分學者認為，本罪為侵害國家法益之犯罪，其罪數應以訴訟之件數為準，如被告於同一訴訟之同一審級，或不同審級先後數度偽證，因僅一件訴訟，祇侵害一個國家審判權之法

¹⁰ 最高法院 73 年度台上字第 1798 號。

¹¹ 最高法院 107 年度台上字第 3337 號。

益，應論以單純一罪，即使依舊法也無連續犯可言¹²。依此見解，甲先後於不同審級為虛偽陳述，但屬同一案件，甲成立一個偽證罪。

(二) 以影響審級判決次數為準

以訴訟件數為準的見解有待商榷，偽證罪主要在於保障國家司法權之行使，確保國家司法機關在訴訟程序中，確認事實而做出正確的決定，不因虛偽陳述而受到危害，因此，若行為人對同一案件，在不同審級中數度偽證，不宜認為僅侵害一個國家法益或基於人性所趨而視為行為單數。理由是，依刑事訴訟法第 187 條規定，具結者在具結前，應告知具結義務與偽證的處罰，此義務在於告知具結意義與違反的效果，目的係發現真實，同時也避免因誤判而浪費訴訟資源。行為人在不同程序階段或審級的具結程序下偽證，雖然係針對同一案件，但行為人數次偽證，若足以影響不同判決的正確性時，則是對國家司法權行使的多次侵害，否則，司法機關只要對同一案件，於第一次訊問時，概括性的一次具結與告知即可，刑事訴訟法何必規定第 188 條「具結應於訊問前為之」，以及第 187 條「證人具結前，應告以具結之義務及偽證之處罰。對於不令具結之證人，應告以當據實陳述，不得匿、飾、增、減。」再者，刑法第 172 條設有偽證罪自白的減免規定，行為人只要對偽證的案件於裁判確定前自白，即有本條適用，目的在於讓司法機關於每次判決前即時與隨時釐清事實真相，因此，訊問前應具結，而告知義務是

¹² 最高法院 82 年度台上字第 6367 號；最高法院 102 年度台上字第 3418 號；學者主張在同一訴訟案件為之，成立接續犯，高金桂，接續犯與連續犯之再探討，收錄於：刑事法之基礎與界限——洪福增教授紀念專輯，許玉秀主編，2003，頁 519。

慎重昭示具結的義務，故宜以影響判決次數作為行為數的認定標準，而非案件的多寡。依此說，在本案中，甲分別於第一審與第二審為虛偽陳述，也分別足以影響每一審級判決的正確性，危害司法判決的公信力與浪費司法資源，對於當事人亦有嚴重影響，故甲之先後行為宜論以二個偽證罪。

參、結論

甲以證人身分於審判程序中對案情有重要關係之事項，供前具結，而為虛偽陳述，成立偽證罪。甲對於法官當場提出有關案情的三項問題，為虛偽陳述，論以接續犯。對同一案件於先後審判程序中為虛偽陳述，依實務見解成立一個偽證罪，不同見解則認為其行為均足以影響不同審級判決的正確性，應論以二個偽證罪，數罪併罰。

第二五題 自首

甲攜帶改造手槍一支與改造子彈數顆，駕駛向乙借的小客車行駛，其間因與駕駛大客車的丙發生行車不愉快事件，於是多次拉槍機指向丙，卻不慎於收槍時，槍枝擊發，打中大客車車身。丙下班後發現，並向分局報案製作筆錄，但僅陳明遭一名男子駕駛車牌號碼〇〇 - 〇〇〇〇持槍恐嚇並射擊車身，該男子留長髮，年紀約 30 歲。警察尋線打電話與乙聯絡，乙稱：「只知道將車借給綽號××的人，但不知其真實姓名。」隨後，乙陪同甲一起到分局說明，承辦警員此時還不知道當時駕駛小客車者到底是甲或乙。試問：甲是否符合自首要件？

壹、問題爭點

行為人犯罪既遂後，若直接或間接向偵查機關自承犯罪，依現行法在何種條件下符合自首的要件？尤其在本案中，偵查機關僅知行為人的綽號，真正的姓名尚未知曉，是否屬於自首規定的「未發覺之罪」？現行法將自首原規定必減刑改為得減刑，修法理由何在？

貳、案例分析

甲是否成立刑法第 305 條恐嚇個人危安罪？

一、恐嚇個人危安罪的要件

本罪是以加害生命、身體、自由、名譽、財產之事恐嚇他人，致生危害於安全者，實務認為保護的法益是個人免於恐懼之意思決定自由¹。行為人以加害生命、身體等事項恐嚇，亦即以犯罪方式讓人心生畏懼，若此行為不處罰，將令被通知者生活在不平靜或恐懼中，故保護的法益可以是個人對法律安全信賴的法律和平，保障每個人不受他人危害而影響行為自由²，並以致生危害於個人安全之結果為要件，屬具體危險犯。恐嚇內容或事項必須是對人的生命、身體、自由、名譽或財產等加諸不法惡害，至於加害的對象是針對被通知者或被通知者以外的人，在所不問，重點是導致被通知者心生畏懼，例如恐嚇他人將對其妻女不利。至於惡害是針對他人已不存在的親人，不該當本罪。

行為是將恐嚇內容通知他人，並造成他人心生畏懼。行為是否該當恐嚇，則本於社會客觀經驗法則或觀念衡量之，所加害的事項通知足以使受通知者心生畏懼。至於行為方式可以是言語、文字或舉動，例如以言語通知對方「給我小心點」、或透過語音訊息傳達「出門被潑硫酸」、或朝他人方向比手槍扣板機的手勢，皆屬之。如果行為人以詐術方式對他人傳達不實的恐嚇事項，則非本罪處罰

¹ 臺灣高等法院 103 年度上易字第 1911 號。

² Vgl. Fischer, Strafgesetzbuch, 2019, § 241 Rn. 2.

的行為，例如 A 向 B 訛稱 C 將致 B 於死，B 因此心生畏懼而不敢出門，A 以不實事項恐嚇 B，A 的目的雖實現，卻無法以本罪處罰之。又本罪之恐嚇行為只要完成，並令被害人心生畏懼，即為既遂，不以客觀上是否發生危害為要件，也不以行為人真有加害之意為必要³。若將恐嚇內容付諸實現，造成實害，另外成立實害犯。在本案中，甲多次拉槍機指向丙，乃是對丙的生命或身體健康造成威脅，足以令人心生畏懼與構成危害，對此具有恐嚇個人危安故意，違法性與罪責性皆成立。

二、自首的要件

甲在乙陪同下一起到分局說明，考慮是否符合自首的規定。刑法第 62 條本文規定「對於未發覺之罪自首而受裁判者，得減輕其刑。」立法理由係為了獎勵犯罪者悔過投誠而設，國外對於特別自首有規定於分則中，若無特別規定，則是犯後態度良好，成為量刑參考因子。我國規定於總則中，係因緣於中國法系。刑法於 2005 年前對於自首規定必減刑，該年修法時認為自首者之動機不一而足，有出於內心悔悟者、有基於情勢所逼迫者、也有因預期邀獲必減之寬典者，若一律必減其刑，有失公平，且有使犯人自恃以犯罪之虞。尤其，必減刑政策有時令過失犯罪行為人為獲減刑判決，急往自首，坐令損害擴展，故得減刑政策可讓實務因應各種不同動機而為彈性判決。惟現行法改為得減刑後，是否具有實際意義？因為法官於科刑時，對真誠悔悟者可以依第 57 條第 10 款犯罪後之態度從輕量刑，改為「得減刑」政策後，對自首要件的認定似乎不再具

3 臺灣高等法院 103 年度上易字第 1911 號。

有「必減刑」規定下的重要性，甚至於存有是否必要於總則編專條規定的疑惑，且將自首由必減刑改為得減刑，獎勵行為人自首的誘因將大打折扣。

依現行之規定，自首必須符合下列要件：

(一) 在有偵查犯罪職權之公務員對犯罪尚未發覺前自承
犯罪

所謂未發覺「乃指犯罪事實未為有偵查犯罪職權之公務員發覺，或犯罪事實雖已發覺，而犯人為誰，尚不知者而言⁴。」相反地，發覺則是「偵查犯罪職權之公務員已知悉犯罪事實與犯罪人而言，不以確知其人犯罪為必要，而所謂知悉，固不以確知其為犯罪人為必要，但必其犯罪事實確實存在，且為該管公務員所確知，始屬相當。如犯罪事實並不存在而懷疑其已發生或雖已發生而為該管公務員所不知，僅係推測其已發生而事實巧合，均與已發覺之情形有別，且所謂發覺固非以有偵查犯罪權限機關或人員確知其人犯罪無誤為必要，而於對其發生嫌疑時，即得謂為已發覺，但此項對犯人之嫌疑仍須有確切之根據為合理之懷疑者，始足當之⁵。」若已由監視錄影帶鎖定某人或由衣服上的血跡懷疑某人時，則是偵查機關已有確切的合理依據產生懷疑。

自承犯罪不限於必須親自向偵查犯罪公務員為之，即使託人代理或向非偵查機關請其轉達亦可⁶，而且不以先向該管公務員告知為必要，即使受追問時，只要該管公務員對其未產生犯罪嫌疑時，

4 最高法院 92 年度台上字第 487 號。

5 最高法院 75 年度台上字第 1634 號；最高法院 90 年度台上字第 3400 號；最高法院 91 年度台上字第 102 號；臺灣高等法院 94 年度上訴字第 2455 號。

6 最高法院 50 年度台上字第 65 號。

受詢問者向其告知，仍不失為自首⁷。實務上認為，對於裁判上一罪關係之犯罪，若全部犯罪未被發覺前，行為人僅就其中一部分犯罪自首，仍生全部自首之效力，例如竊賊在行為未被發覺前坦承行竊，自首效力及於未說明攜帶兇器或毀越門扇等加重事由；反之，倘其中一部分犯罪已被有偵查權之機關或公務員發覺，行為人事後方就其於未被發覺之部分自動供認其犯行時，不得適用自首規定⁸。

值得注意的是，依最高法院大法庭見解，想像競合犯在犯罪評價上為數罪，僅在科刑上從一重處斷，該未為偵查機關發覺之部分犯罪事實，屬自首所稱「未發覺之罪」文義射程之範圍；再者，如行為人於偵查機關發覺前，主動供出，偵查機關即因行為人之供述，得悉整個犯罪之全貌，進而依法偵辦，自有助益偵查；且其主動申告尚未被發覺部分之罪，擴大犯罪之不法及罪責內涵，依社會通念，多有悔改認過之心。是依文義、體系、歷史及目的性等解釋方法，裁判上一罪之想像競合犯，行為人就未發覺之重罪部分之犯罪事實，主動供出，接受裁判，於從該重罪處斷時，應認有自首減輕其刑規定之適用。況法律之所以將想像競合犯規定為科刑上一罪，乃為避免對同一行為過度或重複評價，以符合罪刑相當原則，自無因科刑上從一重處斷之結果，而剝奪行為人享有自首減刑寬典之理。從而，若輕罪部分之犯罪事實先被發覺，重罪部分之犯罪事實自首於後，法院從一重罪處斷時，自得依自首之規定減輕其刑；反之，重罪之犯罪事實發覺於前，輕罪部分自首於後，從一重罪處斷時，因重罪部分非屬自首，固不得依自首規定減輕其刑，但因行

7 最高法院 92 年度台上字第 487 號。

8 最高法院 96 年度台上字第 327 號。

為人主動供述輕罪部分之犯罪事實，倘認其確有悔改認過之心，自得資為犯後態度良好、從輕量刑之依據⁹。例如行為人侵占他人毒品或槍枝而予以販賣，偵查機關僅知行為人侵占，行為人主動供出販賣全貌，侵占罪與販賣毒品或槍枝屬一行為，成立想像競合，販賣行為仍有自首之適用；反之，偵查機關僅知行為人販賣毒品或槍枝，行為人主動供出侵占，販賣行為符合自首，侵占則依第 57 條第 10 款為量刑參考因子。

如果行為屬於數罪關係，成立實質競合，雖已被發覺其中一罪，於偵查中自行供出他罪之犯行，該他罪是否符合自首之規定，應以自白他罪之前，有偵查權之公務員是否已發覺該他罪為斷¹⁰。例如殺人罪已被發覺，另外供出對被害家屬事後行恐嚇。但複數行為之間具與罰前、後行為關係的情形，應以行為人自承主要行為，其自首效力及於與罰前、後行為，例如僅自承撿到被害人掉的汽車鑰匙，對於偷竊汽車不承認，若後者為偵查機關發覺，則不符合自首要件。最高法院大法庭認為實質上一罪，如接續犯、繼續犯、加重結果犯、結合犯、吸收犯、常業犯或集合犯等，既非裁判上一罪，倘部分犯罪事實已先被發覺，即難認其主動供出其他部分事實仍有自首減輕其刑規定之適用¹¹。依此，偵查機關已知行為人搶奪 A 超商，行為人另外供出前一小時也搶了 B 超商；或偵查機關已知行為人的強盜事實，行為人另外供出以殺人方法為強盜；或偵查機關已知行為人的殺人部分，行為人主動供出先對被害人強制性交

⁹ 最高法院 108 年度台上大字第 3563 號。

¹⁰ 最高法院 92 年度台上字第 74 號。

¹¹ 最高法院 108 年度台上大字第 3563 號。

再減口，上述主動供出部分皆不符合自首。有疑義的是，如結合犯，行為人供出較重的罪，從助益偵查與悔過之心而言，若認為不符合自首，有探討餘地。不過，誠如上述，現行法將自首從必減刑改為得減刑，其與量刑參考因子實無多大差異，對刑法第 56 條適用範圍的錙銖必較，實際意義似乎不大。

附帶一提的是，最高法院大法庭也認為¹²，自首「係賦予就偵查機關未發覺之罪，主動申告並接受裁判之行為人，得以減刑之優惠，屬刑之減輕事由，乃犯罪處斷之實體法上效果；而單一案件，係起訴效力擴張或一事不再理原則之問題，與偵查無關。是於偵查程序，並無所謂案件單一性，更無所謂偵查不可分可言。從而，刑法第 62 條向偵查機關自首之『犯罪事實』，與訴訟法上起訴或認定之『犯罪事實』，乃不同之概念。前者，行為人所供述者，為過去發生之單純社會事實，至是否成立自首，由法院依法認定之；而後者，檢察官所起訴者，乃已經賦予法律評價之法律事實，評價之對象為實體法上應予非難之行為。故而想像競合犯自首事實之認定，尚無程序法上起訴及審判不可分法理之適用。」

（二）願接受裁判

行為人除了符合於有偵查犯罪職權之公務員未發覺犯罪事實或犯罪人之前自首犯罪外，尚須接受裁判，兩項要件必須兼備，方成立自首。願意接受裁判不以明示或言語為之為必要，即使由行動中可得知亦可；反之，犯罪行為人自承犯罪後，經合法傳喚而無正當理由不到庭或逃逸無蹤；或請人報警，但稱幾天後再前往警局，在沒有留下任何聯絡方式下而與他人共遊；或在犯罪現場聯絡警察，

¹² 最高法院 108 年度台上大字第 3563 號。

見警察到場後卻拔腿奔跑，皆不符合自首要件。

在本案中，警方僅透過乙得知使用其汽車者的綽號，而不知使用人的真實姓名，即使乙將甲的聯絡電話告知警方，但警方未使用電話系統查詢使用人之資料。由於警方對於甲的姓名、年籍資料均未知悉，並無確切證據足資證明此綽號之男子是否即為持槍射擊之人，警方僅係推測此綽號之男子涉有重嫌，而主觀上之推測尚未有確切之根據而達合理懷疑之程度，故當甲與乙至分局說明時，應屬犯罪未發覺¹³。又甲與乙前往警局說明，顯示有願意接受裁判之意思，因此，甲符合自首之要件。

參、結論

甲成立恐嚇個人危安罪，並與乙一起到分局說明，因承辦警員此時還不知道當時駕駛小客車者到底是甲或乙，行為符合刑法第62條自首規定。甲另外觸犯槍砲彈藥刀械管制條例，二罪數罪併罰。

¹³ 臺灣高等法院 94 年度上訴字第 2455 號。

第二六題 洩漏國防以外之秘密罪

警員甲與乙私下交情好，明知乙在其轄區內經營屬營利性質之職業賭場，某日，甲擔任值班勤務時，探知該分局偵查隊警員正聚集準備將進行非例行性之專案勤務之訊息，推測有可能要臨檢或取締違法經營職業賭場，為避免乙所營職業賭場遭查緝，乃以行動電話連絡乙想通知該消息，但乙因故未接聽電話。乙於同日回撥電話予甲，告知賭場未營業，甲仍於電話中以「打電話給你『請安』，知道了吼！」「有朋友出去啊！」等語暗示乙注意。問：甲的刑責為何？

壹、問題爭點

甲明知乙經營非法賭場，向乙告知警察可能要臨檢或取締，告知內容是否屬公務員應保密的秘密？洩漏國防以外之秘密罪保護的法益何在？國防以外應秘密之事項如何界定？公務員包庇他人圖利聚眾賭博，刑法予以特別加重處罰，公務員是否泛指一切公務員而言？又何謂「包庇」？

貳、案例分析

一、甲是否成立刑法第 132 條第 1 項洩漏國防以外之秘密罪？

(一) 應秘密之文書、圖畫、消息或物品

公務員洩漏或交付關於中華民國國防以外應秘密之文書、圖畫、消息或物品者，成立本罪。甲是警員，屬於本罪之公務員。應秘密之客體係國防秘密罪所保護之國防應秘密以外之與國家政務或事務上具有利害關係而應保護之秘密者而言，舉凡內政、外交、司法、財政、經濟、監察、考試等國家政務與事務上應行保密之一切文書、圖書、消息或物品，均可成為本罪之客體，但不以有明文規定為唯一標準¹，至於行為人所洩漏或交付者是否為職務上所知悉或持有者，並非所問²。

關於秘密事項之範圍，實務有不同見解，有認為車主姓名、身分證統一編號、地址等車籍資料，公務員若使用個人帳號登入系統查詢所得，不失為公務機關保有個人資料檔案而為應秘密之事項。因為經洩漏可能使車主之個人資料遭他人冒用之危險狀態，損害個人保障隱私之人格權，其他如戶籍、口卡、前科、通緝、勞保等資料及入出境紀錄或涉個人隱私或攸關國家政務或事務，均屬應秘密的資料³。不同見解認為，本罪保護之法益為國家法益，秘密限於

¹ 林山田，刑法各罪論（下），2006，頁 128 以下；臺灣高等法院 98 年度上易字第 1826 號。

² 最高法院 100 年度台上字第 6422 號。

³ 最高法院 91 年度台上字第 3388 號；臺灣高等法院 96 年度上訴字第 589 號。

與國家政務或事務上具有利害關係者而言，故「犯罪前科」雖涉及個人之隱私，原則上均屬應公開之消息及資料，其與國家政務或事務無利害關係，不該當本罪⁴；或認為個人之戶籍資料經洩漏也與國家政務或事務當不致產生利害關係⁵。學者認為本罪之秘密應限於對政府機關形象具有具體危害者，排除單純違反職務義務的行為，尤其僅單純涉及個人秘密之事項，例如刑案資料等⁶。另有認為客體限於不能對外流通或對無權限者流通的國家政務或事務事項，且事項涉及國家利益，保護的對象不是個人隱私，也不含人民與國家雙方皆有權利保有的事項，例如個人的年籍與住居地⁷。

文書、圖畫、消息或物品等雖然可以成為秘密，卻不一定是本罪保護的客體，關鍵是客體須「應保密的秘密」。何謂「應秘密」？此概念過於抽象與廣泛，因為秘密可以是與公共事務有關的秘密，也可以僅是與個人隱私有關的秘密，因此，本罪適用範圍之認定唯有透過保護法益予以確認，才能得出合理的見解。學者有從體系而論，認為本罪置於瀆職罪章中，公務員執行公務須依法令規定忠誠、廉潔而公正地從事職務工作，倘若違背或濫權，將影響政府威信，有損國家利益且侵害人民合法權益，故本罪的不法核心是公務員對其守密義務的違背以及因違背所造成的對公共利益的危

4 臺灣高等法院 93 年度上易字第 563 號。

5 臺灣高等法院 90 年度上更（二）字第 140 號；臺東地方法院 102 年度易字第 98 號。

6 柯耀程，洩漏國防以外秘密之洩密罪——兼論台北地方法院九十七年易字第三二九號刑事判決，月旦裁判時報，第 5 期，2010/10，頁 114 以下。

7 盧映潔，議員亮票與洩漏國防以外之秘密罪，台灣法學雜誌，第 225 期，2013/6，頁 151 以下。實務認為議會議員於投票選舉議長、副議長時之亮票行為，非國家基於政務或事務所形成之秘密，不成立洩漏國防以外之秘密罪，最高法院 104 年度台非字第 217 號。

害⁸；或有從行為客體觀之，保護的法益應包含國家法益與個人法益⁹。實務認為，本罪所保護之客體與國家政務或事務上之利益有關¹⁰，故除侵害個人法益外，復侵害國家之法益。只是直接被害人仍為國家，倘個人受有損害，亦屬間接被害人¹¹。

刑法第 109 條處罰洩漏國防秘密的行為，刑法第二十八章針對的是妨害個人秘密的行為，至於個人資料則透過「個人資料保護法」保障，該法立法目的是為規範個人資料之蒐集、處理及利用，以避免人格權受侵害，並促進個人資料之合理利用。第 2 條明定個人資料係指自然人之姓名、出生年月日、國民身分證統一編號、護照號碼、特徵、指紋、婚姻、家庭、教育、職業、病歷、醫療、基因、性生活、健康檢查、犯罪前科、聯絡方式、財務情況、社會活動及其他得以直接或間接方式識別該個人之資料。另外針對公務員洩漏個人資料明定於第 44 條，公務員假借職務上之權力、機會或方法，犯本章之罪者，加重其刑至二分之一。是以，本罪保護客體應限縮於與國家政務或事務上之利益有關，亦即立法目的與保護法益應是公共利益的維護，甚至擴及保護大眾對公務機關或其他單位保密義務的信賴¹²，至於個人利益的保護僅是反射利益而已。不可否認地，個人資料的洩漏或交付如果會危及公共利益，也應有本罪之適用，如同私文書與公文書結合後，行為人對前者加以變

8 林山田，同註 1，頁 69、130。

9 林鈺雄，再洩多少都沒關係——從檢察總長洩密案談洩密同一性問題，台灣法學雜誌，第 236 期，2013/11，頁 22。

10 臺灣高等法院 93 年度上易字第 563 號。

11 最高法院 91 年度台上字第 3388 號；臺灣高等法院 99 年度上易字第 1808 號。

12 Fischer, Strafgesetzbuch, 2019, § 353b, Rn. 2；黃惠婷，洩漏國防以外之秘密罪，警察法學，第 14 期，2015/7，頁 208 以下。

造，應視為變造公文書一樣。

本罪客體之「秘密性」以行為時為準，秘密的訊息如果已為社會大眾所周知，就不是秘密。只是秘密不會因為一度洩漏，必然喪失秘密屬性，這是秘密同一性問題。秘密是否具同一性，在於內容的同一性與秘密價值的相當性¹³。早期實務見解認為，已經洩漏之秘密，不為秘密，應無洩密可言¹⁴。不同的實務見解則認為，「已洩漏之秘密不為秘密」係針對洩漏或交付秘密對向行為之收受者而言，除該對向行為之收受者為公眾外，若該收受者將秘密洩漏或交付予其他不應知悉秘密者，仍應成立犯罪¹⁵。即刑法上所保護之秘密，必須具備「非公知性」，倘具有通常知識經驗者，依媒體相關之報導，參酌客觀之情事，得以判斷該報導係出自於確切之資料或消息來源者，即足認為該資訊已經「公知」，而非秘密。縱使該資訊洩漏或交付於某特定人或機關知悉，而未達公開之程度；或內容雖經謠傳揭露而猶待確認時，仍具「非公知性」，而不失其秘密之性質，倘再洩漏或交付於第三人，即有擴大損害範圍或內容遭雙重確認之虞，此種再洩漏或再交付之行為，仍難謂非洩密，自有處罰之必要¹⁶。

又本罪客體的秘密性不在於行為人是從外部知悉，還是由行為人在職務範圍內自行決定的結果。重點是本罪的客體於行為時對相對人而言，仍屬應保密的秘密。洩漏的秘密是否有繼續保密的需

13 林鈺雄，同註9，頁19以下。

14 最高法院17年9月19日17年度決議（二）；最高法院92年度台非字第33號；最高法院97年度台上字第5954號；最高法院98年度台上字第1140號。

15 最高法院100年度台上字第6422號。

16 最高法院101年度台上字第2970號。

要，視個案而定，但秘密不會因他人已經洩漏後而喪失秘密性。洩密尚未達於公開或令人容易獲悉的狀態下，如果再洩密肯定會損及公共利益時，縱使他人已經洩密，仍屬「應秘密」的客體。

甲在本案中私下通知乙，警察可能會有臨檢或取締違法經營職業賭場之行動，以避免乙非法經營職業賭場行為遭受查緝，甲洩漏的內容是否屬本罪應秘密之事項？刑事訴訟法第 231 條第 1 項第 1 款、第 2 項規定：「下列各員為司法警察，應受檢察官及司法警察官之命令，偵查犯罪：一、警察。」、「司法警察知有犯罪嫌疑者，應即開始調查，並將調查之情形報告該管檢察官及司法警察官」，同法第 241 條規定：「公務員因執行職務，知有犯罪嫌疑者，應為告發。」實務認為，公務員服務法第 4 條第 1 項規定：「公務員有絕對保守政府機關機密之義務，對於機密事件無論是否主管事務，均不得洩漏；退職後亦同。」警察機構因應治安之需所規劃之勤務計畫及內容，不論專案勤務、臨檢等任務，或是勤區巡邏、盤查等勤務，均屬犯罪偵防、查緝活動，攸關社會治安之維護，一旦勤務內容事先外洩，使不法業者有所防備，勢將嚴重影響犯罪查緝之成效，自屬關於中華民國國防以外應秘密之消息¹⁷。警察任務與工作項目繁雜，為了達成任務所採取的措施有屬非強制性質者，但不少具強制性質的干預或處分，因此掌握不少資料或資訊，但能成立本罪的洩密行為也應該以與公共利益有關的應秘密事項為限，例如臨檢、搜索、扣押，監聽或逮捕具有貫徹國家意志與實現公共利益的特定目的；反之，備勤、值班或巡邏等屬例行性勤務，不具突襲性與秘密性，而與公共利益無關連，應予以排除。至

¹⁷ 最高法院 100 年度台上字第 6422 號。

於洩漏個人資料保護法所明定的個人資料，若與公共利益無關，也應排除本罪之適用。刑法明定賭博罪，甲將員警即將外出執行非例行性之專案勤務行動內容透露予乙，足以影響警方前往取締效果，屬於本罪應秘密之事項，應無疑義。

（二）洩漏或交付

本罪的行為是洩漏或交付，前者係擅私透露，導致不應知悉其內容秘密之人因而知悉，其係單純的揭露行為，且原則上只要行為人的揭露會讓具理解能力的人因而知曉，或一般人經由可靠的來源在不需專門知識下即可瞭解時，即屬之，至於對方是否應不應該知悉，則是關於「應秘密」要件的問題，與洩漏行為無關。交付則指將應秘密事項脫離本人持有，將之移交予他人持有，方式不限，公開或私下，直接或間接，明示或暗示，洩漏或交付之內容為全部或一部，及知悉者之多寡，皆與本罪之成立不生影響，祇須其洩漏或交付之內容，足使不應知悉秘密者可知或可推知其該秘密內容之全部或一部，即足當之。本罪為即成犯，一有洩密行為，其犯罪即告完成，後續發展為何，不影響犯罪之成立¹⁸。又本罪屬抽象危險犯，行為人主觀認為自己洩漏應秘密之事項，對方實則已知悉此秘密，屬客體不能，因本罪不處罰未遂行為，行為不罰。

在本案中，甲以行動話連絡乙，當乙回撥電話予甲，並告知賭場未營業，甲仍於電話中以「打電話給你『請安』，知道了吼！」「有朋友出去啊！」等語暗示乙注意，乃是洩漏行為。縱使甲使用暗語或乙的賭場當天未營業，本罪屬即成犯，不影響客觀構成要件

¹⁸ 最高法院 93 年度台上字第 6220 號；臺灣高等法院 101 年度上訴字第 2356 號；黃惠婷，同註 12，頁 220 以下。

之成立，甲基於洩漏臨檢情資為故意為之，違法性與罪責性皆成立。

二、甲考慮成立刑法第 268 條與第 270 條公務員包庇圖利聚眾賭博罪

刑法第 268 條是行為人意圖營利供給賭博場所或聚眾賭博者而言，乙長期經營屬營利性質之職業賭場，非法提供賭博場所聚眾賭博，乙成立本罪。又第 270 條明定公務員包庇他人犯賭博罪章各條之罪者，依各條之規定，加重其刑至二分之一。從文義解釋而言，行為人只要具公務員身分即為適格之主體，但有學者認為應限於公務員具有包庇的權力¹⁹，亦即限於其職務與取締賭博有關的公務員；或認為限於公務員違背其職務而包庇他人犯罪的情形，即以取締犯罪行為為其責任的公務員²⁰。依實務見解，不以公務員包庇對象為其主管或監督之事務權責範圍內為限²¹。刑事訴訟法第 230 條第 2 項與第 231 條第 2 項規定司法警察官或司法警察知有犯罪嫌疑者，應即開始調查，因此，只要他人涉嫌犯罪，具備司法警察官或司法警察身份者，都是「包庇」犯罪的適格主體。

行為是「包庇」，即包攬庇護之意，須有積極掩蔽庇護之行為，以避免他人犯罪不受刑事追訴或追訴困難，方成立本罪。至於單純不舉發之消極縱容行為，非包庇。包庇的本質是幫助他人犯罪，只是立法者予以正犯化，即使無正犯，也可以獨立成罪。舉凡

¹⁹ 林山田，同註 1，頁 476。

²⁰ 黃榮堅，刑法妨害風化罪章增修評論，月旦法學雜誌，第 51 期，1999/7，頁 89 以下。

²¹ 最高法院 106 年度台上字第 2862 號。

一切藉其勢力，提供庇護，以利他人犯罪進行或使犯罪不易被人發覺，而助益他人犯罪完成之積極行為，皆屬之。公務員包庇的既定內容可以是查緝犯罪的積極作為或消極不作為，因為二者能使他人得以規避查緝，並趁隙進行犯罪，即公務員告知他人有關警察勤務內容，告知動作屬積極行為，縱使告知警察不查緝或不臨檢，亦足以影響他人是否犯罪，亦屬包庇²²。

在本案中，甲是警察人員，雖非主管排定或執行該等勤務計畫內容之人，但對轄區非法行為負有取締、查緝之責，因此是本罪適格的主體，其利用擔任值班勤務之機會，查知員警正聚集即將出勤，且知悉乙有經營職業賭場，將訊息告知乙，希望乙得以預先防範、規避查緝。縱使甲係乙回電時被動告知，所為顯然係以積極行為避免乙經營賭場行為之事跡敗露，屬積極包庇賭博之行為²³，甲具有包庇故意，違法性與罪責性皆成立。

參、結論

甲是查緝犯罪之公務員，對乙洩漏警察可能要臨檢或取締違法律業者的訊息，成立洩漏國防以外之秘密罪。甲向乙洩漏警察臨檢行為，目的是希望違法經營賭場的乙有所防範而不被查緝，告知行為屬積極行為，成立公務員包庇圖利聚眾賭博罪，二罪係一行為觸犯數罪名，論以想像競合，從一重之公務員包庇圖利聚眾賭博罪處斷，並應依刑法第 270 條之規定，加重其法定本刑。

²² 最高法院 100 年度台上字第 957 號。

²³ 最高法院 106 年度台上字第 2862 號。

第二七題 脫逃罪

受刑人甲被羈押於看守所，某日，在乙等三人戒護下前往醫院就醫。看診前，甲聲稱內急要上廁所，由乙、丙二人戒護前往。當甲看診完畢後，乙等人跟隨其後，準備搭乘由丁載送的計程車。此時，甲突然從夾克內掏出一把手槍，槍口朝向乙等三名戒護員，隨即喝令丁離開駕駛座，丁下車後，甲即上車，加足油門揚長而去。警方展開全面攔捕，約三小時後，在醫院後側空地上發現丁的計程車。事後確認，甲上廁所時，戊事先躲藏於隔壁間，拿槍與開鎖工具給甲。試問：甲、戊刑責各為何？

壹、問題爭點

脫逃罪保護的法益何在？脫逃罪的行為主體是否有限制？何謂脫逃？何謂縱放或便利？既、未遂又應如何區別？此外，行為人為了脫逃而搶走他人計程車，利用後即任意停放，是否具有財產罪應有的不法所有意圖？

貳、案例分析

一、甲是否成立刑法第 161 條第 2 項加重脫逃罪？

(一) 依法逮捕或拘禁之人

本罪立法目的不是維護司法權的行使，而是在法治國法定的權力壟斷範圍內，對公權力拘束安全性的保障，故行為主體限於依法逮捕或依法拘禁之人。前者是依法暫時拘束其行動自由，並將解送一定處所之人，且依立法目的是現受公權力拘束者¹，因此，若私人或利害關係人依法逮捕現行犯或通緝犯，在未送交有權逮捕拘禁之機關前，因尚未置於公權力拘束下，非本罪適格的主體；後者則是依法拘束其人身自由，將之拘禁於法定處所之人，例如司法警察受命拘提者、現行犯、通緝犯、受刑人（含接受感化教育的少年犯）或受羈押者等，無論有罪或無罪，不管是否已提起公訴，皆屬之。至於二者的行動自由遭剝奪，於實質上是否具合法性，在所不問，只要在形式上限制二者的行動自由是出於合乎義務性的權限行為即可，重點不在於剝奪行動自由的合法性上，而是法律上的有效性²。

逮捕或拘禁開始於形式上合乎義務的公權力拘束已建立，結束於公權力拘束之事實上的解除，因此，若由法院取保，令其在外候訊，已因合法的允許而脫離公權力之拘束，不再是本罪之主體³。不同的是，公權力拘束雖然受中斷，只要形式上是一種「機動性的

1 臺灣高等法院 97 年度重上更（十）字第 149 號。

2 Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 2019, § 120 Rn. 1.

3 原最高法院 27 年非字第 22 號判例。

拘束」，也可以成為本罪的主體。在本案中，甲是羈押於看守所的受刑人，雖然離開押所到外面就醫，甲仍受戒護中，屬「機動性」的拘束，因此是依法拘禁之人。

（二）脫逃

行為人必須有脫逃行為，所謂脫逃係指未受允許，完全脫離合法逮捕或拘禁之公權力拘束或監督，進而回復自由，至於行為人是自行脫逃或透過他人縱放或便利脫逃而回復自由，在所不問，但行為人必須具有脫逃故意。又行為人若損壞拘禁處所或械具或以強暴、脅迫脫逃，則成立加重脫逃罪。

脫逃行為的既、未遂是以事實上是否已逃出監督力之外而定，即使僅是短暫地重獲無拘束的自由，也是既遂，故立法理由指出，人雖在監督者耳目之外，但尚為監督力之所能及、或雖逸出監督之外，而仍在官員追跡中者，屬於未遂。在本案中，甲以手槍朝向乙等三名戒護人員，隨即喝令丁離開駕駛座，開車脫離乙等人的戒護，不僅符合加重脫逃的要件，而且已完全脫離公權力拘束。

行為人必須具有脫逃故意，甲知道自己是依法仍受拘禁之人，趁機持槍強迫乙等人阻止其逃離現場，肯定具有加重脫逃故意，違法性與罪責性皆成立，甲成立加重脫逃罪。

二、甲是否成立刑法第 330 條第 1 項加重強盜罪？

甲以槍阻止乙逮捕，並喝令載送的丁離開駕駛座，隨即開車離開現場，是否成立加重強盜罪？計程車對甲而言是他人之物，甲持槍逼迫丁交出計程車，乃是對丁施以至使不能抗拒的脅迫而取得此計程車，方法與目的之間具有關聯性。

甲雖然具有加重強盜故意，但甲必須對計程車具有為自己或第三人不法之所有意圖，其係指占為己有以及排斥所有的意思，前者只要行為人短暫持有或使用其價值，即肯定存在；後者是行為人必須有長期排斥原持有人的持有權，方肯定具有排斥所有的意思。甲雖然短暫使用此計程車逃離現場，肯定行為時具有占為己有之意思，但甲將搶來的計程車遺留在現場附近，甲知道乙等人一定隨即在附近展開全面性搜捕，應該可以立即發現停放在附近的計程車，否定甲具有長期排斥所有的意思，行為只是一種僭越權限的使用（或稱使用竊盜）而已，欠缺為自己或第三人不法之所有意圖，甲不成立加重強盜罪，同理，甲的行為也不成立恐嚇取財罪。

三、甲是否成立刑法第 304 條第 1 項強制罪？

甲持槍逼丁交出計程車，乃是以強暴、脅迫的方法令丁行使無義務之事，甲的強暴方法與丁交出計程車之間具有方法——目的的直接關聯性，甲具有強制故意，又可以肯定方法與目的關聯的非難性，違法性與罪責性皆成立，甲成立強制罪。

四、甲是否成立刑法第 135 條第 1 項妨害公務罪？

本條項是行為人對於公務員依法執行職務時，施強暴脅迫，第 2 項則是行為人意圖使公務員執行一定之職務、或妨害其依法執行一定之職務、或使公務員辭職，而施強暴脅迫，二者差別在於：第 1 項的強暴、脅迫發生於公務員依法執行職務之時，其係指自開始執行職務至執行職務完畢為止，稱為事中妨害公務罪；第 2 項之強暴、脅迫行為限於公務員執行職務之前為之，稱為事前妨害公務

罪。在本案中，甲利用乙等人在其後戒護並準備上計程車時，突然掏槍強迫乙等人令其離開現場，因此，甲持槍施脅迫行為時，乙等人正在執行戒護的職務，甲對於乙等人依法執行職務有認識，且具有脅迫之認知，進而為之，肯定具有妨害公務故意，違法性與罪責性皆成立，甲成立妨害公務罪。

五、戊是否成立刑法第 162 條第 1 項縱放或便利脫逃罪？

（一）行為主體

本罪的行為主體除了受公權力拘束者（適用刑法第 161 條）以及在職務上負有管束人犯之責的公務員（適用刑法第 163 條）外，原則上任何人皆可成立本罪主體，包含一起受逮捕或拘束者。有疑義的是，若行為人為了自行脫逃，導致同時便利他人脫逃時，應適用何種罪刑？例如受刑人彼此之間互相幫忙逃亡，因為唯有幫忙對方，方能讓自己重獲自由，其情形可以是二個受刑人共同使用一個手銬或腳鍊。因為現行法對於自行脫逃或助人脫逃的行為分別科處不同的罪刑，基於刑事政策考量，第 161 條的刑度較第 162 條為低，若行為人為了自行脫逃，不得不便利他人脫逃，而同時成立二罪時，應適用較輕的自行脫逃罪。

（二）縱放或便利脫逃行為

本罪行為是縱放或便利依法逮捕或拘禁之人脫逃。所謂縱放是縱容依法逮捕拘禁之人脫離公權力監督而逃逸；便利脫逃則是給予方便與助力，使依法逮捕拘禁之人得以脫離公權力拘束或監督。便利行為雖然本質上是一種幫助行為，但本罪將此行為予以正犯化，參與者仍可能成立共犯。至於成立正犯或共犯，則依參與犯理論，

例如唆使他人攜帶開鎖工具給受刑人，應是本罪的教唆犯。行為透過建議或行動皆可，但必須與他人脫逃具有因果關係。若欠缺因果關係，考慮成立未遂犯，例如他人夾帶送進監獄的開鎖工具遭查獲，受刑人最後是自行想辦法逃亡成功。又受公權力拘束者是否願意脫逃，在所不問，實務即認為本罪旨在保護國家之拘禁權，行為人基於縱放之意思，而縱使職務上依法逮捕拘禁之人脫離公權力監督，回復其自由，國家之拘禁權已遭受侵害，罪即成立，非必相對之依法逮捕拘禁人皆須有脫逃之意思，始符合該罪之構成要件⁴。若受公權力拘束者是無辜，他人也不能縱放或便利其脫逃而主張正當防衛，否定的理由不是因為防衛行為欠缺必要性，而是根本不存有不法侵害⁵。

本罪之既、未遂以受公權力拘束者是否已重新獲得自由為標準，若行為人僅是製造有逃亡的可能機會時，受拘束者尚未利用，則非既遂，例如將開鎖工具先置於廁所的垃圾桶內，等戒護就醫的受刑人取用。由於本罪有處罰未遂犯，未遂行為始於縱放或便利行為的開展，而非受公權力拘束者事實上開始的脫逃。行為若非刑法第 26 條不能發生犯罪之結果，又無危險者，也可以成立本罪的未遂犯，例如提供的開鎖工具無效。另外，行為人對於上述客觀構成要件要素必須具有故意，只不過刑法不處罰過失致他人脫逃的行為。

在本案中，戊知道甲是依法拘禁之人，事先躲藏於廁所內，趁甲上廁所時，拿槍與開鎖工具給甲，行為是一種便利甲脫離公權力

⁴ 最高法院 91 年度台上字第 4883 號。

⁵ Schönke/Schröder, aaO., § 120 Rn. 11/12.

監督的行為，戊對此具有故意，違法性與罪責性皆成立，戊成立便利脫逃罪。

參、結論

甲持槍威脅乙等三名戒護員，並駕駛計程車逃離現場，成立加重脫逃罪與妨害公務罪，二罪成立想像競合。甲另外持槍脅迫丁下車並開走計程車，因不具長期或永久排斥丁對計程車所有的想法，欠缺加重強盜罪的不法所有意圖，論以強制罪，強制罪與加重脫逃罪成立數罪併罰。戊提供槍與開鎖工具給甲脫逃，成立便利脫逃罪。

第二八題 湮滅刑事證據罪之行為客體

甲僱用乙負責拆解偷來的贓車，某日，甲於凌晨4點打電話指示乙到某地，將贓車開回工廠寄放數天以便解體，再依指示將解體完的贓車零件裝在小貨車內，開車到約定地點，貨車鑰匙則置放在車內音響下方的置物盒，乙隨即自行離開現場。試問：乙成立何罪？

壹、問題爭點

乙知道替甲拆解的汽車屬於贓車，仍然予以拆解，由於行為發生於甲竊取既遂之後，乙應成立何罪？贓物罪與湮滅刑事證據罪皆以他人有犯罪行為為前提，二罪對先行行為有何要求？尤其，湮滅刑事證據罪是以「關係他人刑事被告案件」之證據為客體，但何謂「刑事被告案件」？

貳、案例分析

一、乙是否成立刑法第349條第1項贓物罪？

行為人收受、搬運、寄藏、故買贓物或媒介者，成立贓物罪，

行為客體是贓物。贓物係指他人因侵害財產法益而所得之物，若他人侵害財產以外之罪所得之物或自己犯財產罪所得之物，皆非贓物。因此，成立贓物罪必須有他人的先行為在前，而贓物罪之行為係緊接於後的犯罪，先行為人對物的取得在法律上或時間上必須先於贓物犯，且先行為必須事實上達於既遂，方有贓物可言。

贓物罪的行為可以是收受，其係故意取得持有贓物，行為人繼而對贓物握有處分權；行為可以是搬運，其係行為人著手搬運他人違法取得之財物，使之離開原所在地，但不以運抵目的地為必要條件；也可以是寄藏，只要受託寄存並為藏匿，則屬之；故意以有償行為取得贓物之所有，則是故買行為；即使居間介紹買賣其他交易的媒介行為，也是贓物罪的行為之一。

在本案中，乙受僱拆解甲偷來的贓車，拆解過程必定有一段時間之繼續，因此是一種寄藏行為，乙也具有寄藏故意，違法性與罪責性成立，乙成立寄藏贓物罪。又乙即使有搬運行為再有寄藏行為，寄藏行為之後再有搬運行為，因為行為人只要成立法條所描述的任何一種行為，均足以成立贓物罪。當行為人有多種行為時，基於構成要件上的行為單數，論以一個贓物罪。實務則認為後階段行為吸收前階段行為，乙先後的搬運行為是不罰的前或後行為，不另外論罪¹。

二、乙是否成立刑法第 165 條湮滅刑事證據罪？

（一）保護的法益

本罪立法理由在於行為人湮滅證據乃是侵害官吏之搜索權，實

¹ 臺灣高等法院 90 年度上訴字第 3934 號。

務也認為所保護的法益是國家的搜索權，個人尚非本罪的直接被害人²。惟現今偵查實務因應新興的犯罪型態、無國界的時代以及科技發展，蒐集犯罪證據的方法不限於搜索，故本罪成立的目的不在於影響搜索權，而是破壞搜索的目的——證據的取得。裁判的基礎是證據，而行為人若湮滅證據，將造成國家刑罰權實現的困難或不可能，進而無法執行有效的犯罪抗制。此外，禁止湮滅他人刑事證據也能斷絕他人犯罪後還能獲得（行為人）稍後的幫助。因此，本罪與藏匿人犯或頂替罪一樣，在於保護國家司法權行使的法益，包含對刑事追訴或刑罰執行的任何一種妨害行為。

（二）行為客體

本罪的行為客體是「關係他人刑事被告案件之證據」，證據係指在訴訟中得作為認定事實的一切資料，包含供述證據與非供述證據。前者是證人，後者則是證物，而這些證據不管是對他人有利或不利，只要是關係他人的刑事被告案件即為已足，至於證據是否足以動搖他人犯罪之成立與否，則非所問。

有疑義的是，何謂「他人刑事被告案件」？行為人於行為時，他人的「案件」應具備何種要件？可以肯定的是，本罪之行為必以他人有違犯刑事規範在先，如此才有所謂的刑事被告案件之證據可言。至於刑事上的「被告案件」，則有以下不同的見解：

1、開始偵查說

一說主張係指因告訴、告發、自首等情形，而開始偵查或起訴的案件。若偵查機關尚未知情，即使眾所皆知，行為人予以湮滅證據係在偵查前，因不存有所謂的刑事被告案件，故不成立本罪。實

² 最高法院 89 年度台上字第 2230 號。

務採此見解，所謂「刑事被告案件」係指因告訴、告發、自首等情形，已開始偵查後之刑事案件而言，故在偵查開始以前，即無所謂刑事被告，自亦無刑事被告案件可言³。例如客人在餐廳喝酒鬧事，一方拔槍射殺對方，餐廳負責人見狀恐惹麻煩，在警方獲報前儘速清洗現場血跡，因為滅證行為發生在偵查機關知情前，不成立本罪。依此說，在本案中，甲已觸犯竊盜罪，一個先行犯罪行為已存在，但乙拆解贓車，縱使造成贓車原貌不能辨識，導致警察無法依犯罪證據釐清犯罪事實，然警方在乙行為時對甲的偷竊行為並未開始偵查，遂否定贓車是「他人刑事被告案件」之證據，乙無從成立本罪⁴。

2、刑事案件發生說

反對見解認為，上述見解不符合本罪為確保刑事證據真實性的立法旨意，遂主張刑事被告案件不必限於已繫屬於司法機關的刑事案件，而應解釋為實質上業已發生的刑事案件，至於是否開始進行刑事追訴，在所不問。因為在案件開始偵查或自訴前，對他人刑事證據予以偽造、變造、湮滅或隱匿，均足以妨害國家司法偵查或審判權的作用，從而，偵查前的刑事證據皆可成為本罪的行為客體⁵。依此說，在本案中，乙對甲偷來的贓車予以拆解，致不能辨識原貌的行為發生於偵查前，但足以妨害偵查機關或法院對於甲偷竊行為的偵查或審判，肯定贓車屬於關係他人刑事被告案件的證據。

3 最高法院 94 年度台非字第 53 號；臺灣高等法院臺南分院 103 年度上易字第 623 號。

4 最高法院 24 年度總會決議（三六）；臺灣高等法院 90 年度上訴字第 3934 號。

5 林山田，刑法各罪論（下），2006，頁 236 以下。

上述爭議中，以後者見解較符合本罪立法目的，按「刑事被告」屬於刑事訴訟法上的概念，刑事訴訟法對於偵查或審判的對象有犯罪嫌疑人與被告之分，通說認為二者以檢察官起訴與否為判斷標準，因此，針對本罪「刑事被告案件」的要件，似乎是檢察官起訴後的案件，但如此解釋勢必降低本罪的實際意義，因為起訴是以檢察官認為有足夠的犯罪嫌疑為要件，嫌疑達於足夠程度時，證據調查也應有一定的掌握，此時本罪的禁止規定能發揮的作用有限，以起訴的案件為客體顯然不足以保護本罪的法益。即便開始偵查說以告訴、告發或自首等情形開始偵查後的案件為限，被告或自首者也不符合「刑事被告」的意義，因此，本罪的行為客體應該是關係他人「成為」刑事被告之案件的證據，而他人的先行為只要是已經發生的刑事案件即可，但案件限於「刑事」性質，排除民事案件，而且也不包含秩序罰，而是能科以刑罰的案件，例如死刑、徒刑、罰金或保安處分⁶。另依現行法規定，既然是「刑事被告」，則他人必須有資格成為刑事被告，其可以是共犯、或可罰的未遂犯或預備犯。若湮滅證據的行為發生於追訴時效已過後或被告已死亡，因他人不再可能成為刑事被告，所湮滅的證據非本罪之客體。

至於他人的先行為屬於告訴乃論罪，例如傷害罪，若有告訴權者尚未提出告訴時，該證據是否可以成為本罪客體？雖然只有提出告訴，犯罪行為方有被追訴的可能，但從另一角度而言，即使未提出告訴，只要未超過告訴期間，他人亦有可能成為刑事被告。告訴是犯罪追訴的要件，卻不是犯罪偵查的要件，故依本罪立法目的，

⁶ 黃惠婷，湮滅刑事證據罪修法之芻議，月旦法學雜誌，第158期，2008/7，頁262以下。

行為人於湮滅證據時，有權限者是否已提出告訴，並不重要。此外，他人的刑事案件最後是否成罪，也不影響行為人湮滅證據行為的認定，只要行為時，他人可能成為刑事被告之案件的證據恐遭湮滅或隱匿等即已足。

刑事被告的案件限於「他人」，行為人湮滅自己的刑事證據，因欠缺期待可能性，不成立本罪的正犯。同理，行為人教唆或幫助他人湮滅自己的刑事證據，也不會成立共犯。但行為人參與先行行為時，犯罪證據是否屬於本罪的行為客體？固然於湮滅自己的證據時，同時也湮滅他人證據，基於本罪客體限於「他人」的刑事證據，行為人若為了湮滅自己的刑事證據，而不得不湮滅他人的刑事證據時，應視為不成立本罪⁷。教唆或幫助他人自行湮滅刑事證據，基於共犯從屬原則，也不成立本罪。只是教唆他人湮滅他人自己的刑事證據，例如教唆殺手焚燬作案工具，若教唆者完全未參與他人的先行行為，卻不處罰此教唆行為，反而是一種刑罰漏洞。至於幫助他人自行湮滅刑事證據，到底成立本罪的正犯，還是一種不處罰的幫助行為？則以參與犯的區別理論為標準。

在本案中，甲的偷車行為屬於刑事案件，贓車又屬於重要的刑事證據，乙雖然在警察偵查甲偷竊行為前予以拆解贓車，並導致無法辨識，然此行為適足以影響司法機關對於甲成立竊盜罪的追訴，贓車仍可以成為本罪的行為客體。

（三）行為

本罪的行為可以是：偽造、變造、湮滅、隱匿或使用。偽造係製造虛偽的犯罪證據、模仿真實的犯罪證據或無中生有；變造則係

⁷ 林山田，同註5，頁235以下。

就真實之證據加以變更改造；湮滅則是一種毀損的行為，令證據不復存在或根本無法辨識，喪失功能；隱匿是隱蔽藏匿，讓人難以或無法發現；使用則係將偽造、變造之證據冒充真實的犯罪證據加以利用，使用時機可以發生於偵查、起訴或審判階段，至於司法機關是否加以採證，則非所問。又行為針對他人部分或全部的刑事證據，也不影響本罪之成立。在本案中，乙拆解甲偷來的贓車，造成無法辨識贓車的原貌，因此是一種湮滅行為。

（四）湮滅證據故意

湮滅刑事證據故意包含對行為客體與行為的認知與意欲，亦即行為人主觀上對於行為客體係為關係他人刑事被告案件之證據須有所認識，並進而為偽造、變造、湮滅或隱匿之行為者，始能構成犯罪⁸。若行為人不知是他人刑事證據，欠缺構成要件故意。例如 A 聽聞警察即將上門，匆忙將桌上所有賭博用具裝進大垃圾袋內丟棄，殊不知將 B 準備販賣的毒品一併丟棄，A 不具湮滅刑事證據故意。反之，行為人誤以為證據是關係他人刑事被告的案件，由於本罪並無未遂犯之處罰規定，行為不成立犯罪。例如 A 聽聞 B 殺人後逃逸無蹤，看見 B 臥室桌上有把沾血的水果刀，趕緊拿去丟棄，事實上 B 使用的兇器是棍棒，A 誤認殺人兇器，所誤認者是有關殺人事實，屬於不處罰的未遂行為（行為有危險的客體不能未遂）。

行為人誤認他人證據是有關「刑事」與否，則是對法規範的錯誤認識。例如 A 見警察上門查案，誤以為預備竊盜有刑事問題，趕緊將 B 準備晚上行竊的工具藏起來，A 成立不處罰的幻覺犯。

⁸ 臺灣高等法院 97 年度上易字第 2584 號。

相反地，A 得知 B 女將對 C 偷拍沐浴一事提告，A 誤以為刑法不處罰竊錄行為，仍將所有檔案銷毀，A 成立刑法第 16 條禁止錯誤。

在本案中，乙於凌晨 4 點接獲甲的指示，依一般交易習慣，乙對於拆解的車輛來源應有所認識，因此，乙對於甲涉及刑事案件的證據予以湮滅，具有相關的故意，違法性與罪責性皆成立，乙成立湮滅刑事證據罪。

參、結論

乙知道甲通知拆解的汽車是贓物，仍寄藏於自己的工廠內進行拆解，成立寄藏贓物罪，又知道拆解後，將導致司法機關追訴甲的偷竊行為更困難或無法進行，仍然加以拆解，令贓車無法辨識原貌，乙成立湮滅刑事證據罪，二罪成立想像競合。

第二九題 偽證罪之虛偽陳述

甲以證人身分被法院傳喚作證，作證事項係有關朋友乙涉嫌於91年10月5日凌晨2點左右行竊一案。甲在法庭上於具結後證稱：乙於91年10月5日凌晨2點找他，二人一起到岸邊喝酒。事實上二人一起喝酒之事經確定是發生於91年10月4日，原來甲記錯日期，但只要甲能仔細回顧，應能發現自己弄錯日期。試問：甲是否成立偽證罪？

壹、問題爭點

偽證罪的行為是行為人對於他人案情有重要關係之事項為虛偽陳述，陳述在何種情形下屬虛偽？依行為人主觀認知？還是與客觀事實不一致即屬之？或以本罪的立法目的為基準？還是以陳述者在訴訟程序中所扮演的角色判斷陳述是否虛偽？偽證罪之「虛偽陳述」要件是本案系爭的重點。

貳、案例分析

甲是否成立刑法第168條偽證罪？

一、適格的行為主體

刑法第 168 條規定於執行審判職務之公署審判時或於檢察官偵查時，證人、鑑定人、通譯於案情有重要關係之事項，供前或供後具結，而為虛偽陳述者，成立偽證罪。立法目的在於保護司法權正確行使，無關乎個人的利益，而是訴訟上的公共利益，讓符合真相的事實能夠確定且建立司法的信賴。依偽證罪之規定，行為主體限於證人、鑑定人或通譯，證人係對他人訴訟案件曾目擊或經歷事實的人，具有不可替代性；鑑定人係經選任後，以其專業知識或特別技術而對特定事物從事鑑定，並提出鑑定報告者；通譯則係於訴訟程序中擔任外語或方言傳譯工作者，其譯述言詞文字互通雙方意思之人，藉其語言特別知識陳述所觀察之現在事實，故與鑑定人相似¹。

依刑事訴訟法第 187 條規定，證人具結前，應告以具結之義務及偽證之處罰，具結係命證人以文書擔保其所陳述者屬實，並且告知違反具結義務的法律效果，故證人依規定必須經具結程序方能成為本罪的行為主體，本罪屬於親手犯或稱「己手犯」，依此性質，正犯以外之人雖可因參與其中，而成立該罪之幫助犯或教唆犯，但不得為該罪之間接正犯或共同正犯，縱使參與者彼此間有犯意聯絡，仍不以共同正犯論，而是各自成立單獨正犯²。在本案中，甲以證人身分對乙涉嫌竊盜案作證，作證前並經具結，因此，甲是本罪適格的主體。

1 最高法院 106 年度台上字第 2919 號。

2 最高法院 107 年度台上字第 4227 號。

二、行為

行為是對於案件有重要關係的事項為虛偽陳述，只要符合此要件，不以結果之發生為必要，也無論當事人是否因而受有利或不利之判決，均不影響本罪之成立³，本罪屬於抽象危險犯。有爭議的是，何謂「虛偽陳述」？實務認為以行為人明知反於其所見所聞之事項，故意為不實之陳述，方與偽證罪要件相當，如果行為人就其聽聞而為證述、或因誤會或記憶不清有所錯誤，因欠缺犯罪故意，不成立偽證罪⁴。學界有以下不同見解⁵：

（一）主觀理論

陳述者陳述的內容違背其所經歷或所知悉的事實，則陳述係虛偽的，縱使陳述內容符合客觀事實，也是虛偽的陳述，故虛偽陳述是陳述違背認知。其立論基礎建立在陳述者的訴訟功能，認為人的經驗是感官認知的結果，經驗的內容不見得是真正的事實，而是感官對於事實的印象，證人的義務是對待證事項的澄清而陳述其認知與經驗，並非主張自己的陳述是客觀事實，因此，客觀事實無法透過對證人詢問而得出，詢問的反而是證人對事件的個人認知而已。且依刑事訴訟法第 160 條規定：「證人之個人意見或推測之詞，除以實際經驗為基礎者外，不得作為證據。」因此，證人只要依實際經驗而陳述者，即使與客觀事實有出入，也非虛偽，例如證人證

3 最高法院 108 年度台上字第 4094 號。

4 最高法院 96 年度台上字第 7266 號。

5 Hillenkamp, 40 Probleme aus dem Strafrecht, BT, 2001, S. 44 ff.; Otto, Grundkurs Strafrecht: Die einzelnen Delikte, 2002, § 97 Rn. 8 ff.; Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 2019, Vorbem. §§ 153 ff. Rn. 4 ff.; Fischer, Strafgesetzbuch, 2019, § 153 Rn. 4 ff.

稱：「被告元旦當天在現場。」只要證人依自己的認知而陳述，不管被告當天是否在現場，陳述即屬真實；相反地，若證人事實上認為被告當天不在現場，反而證稱：被告當天在現場，則不管被告是否在現場，陳述反而屬虛偽。

（二）客觀理論

客觀理論又稱為陳述理論，若陳述內容與客觀事實不符，陳述即屬虛偽，所以陳述違背事實。此理論係基於本罪的立法目的在確保司法審判機關於從事訴訟程序的事實認定工作時，不因偽證行為而受危害，行為能對司法正確性造成危害者，只能發生於陳述違背客觀事實時，而非陳述者主觀的想法。例如證人故意違反自己的認知而陳述，事實上所陳述者符合客觀事實，即使司法的正確性並不會受到危害，但依主觀理論，證人仍然成立偽證罪，故主觀理論譴責的是行為人違背道德以及誠實信用，這並非是本罪的立法目的。又法條規定「虛偽陳述」，此要件屬於客觀構成要件要素，陳述是否虛偽，沒有必要調查陳述者是否依其內心正確的認知而表達，後者僅關係陳述者是否出於故意或過失。

此理論將陳述內容分為外在事實與內心事實，若證人陳述元旦當天看見被告在現場，證人陳述的是無關自己想法的外在事實。假設被告當天真的在現場，則證人的陳述係真實，即便證人事實上認為被告不在現場也一樣；相反地，若被告元旦當天不在現場，證人的陳述則屬虛偽，即使證人認為被告在現場也一樣。

內心事實則是證人對外界事物的感受、察覺、認知或確信，若證人在法庭上證稱：「他記得被告元旦當天在現場。」證人所陳述者是他目前的記憶，不管被告元旦當天是否在現場，陳述屬真實。

相反地，若證人陳述的並非或無關他目前的記憶，不管被告當天是否在現場，陳述屬虛偽。

（三）義務理論

依義務理論，若陳述者違反其訴訟法上的真實義務時，陳述係屬虛偽，亦即陳述者若沒有審慎檢驗自己的認知或回想其記憶而陳述，是一種不符合訴訟法所要求的行為，所表達的不是他個人認知。由於陳述者的陳述是外在事件在其內心圖像的傳達，任何一種陳述只不過是內心世界的事實，故區分外在事實與內心事實不具意義。由訴訟程序中角色的分配而言，法官的任務是真實發現，但證人卻不負有此任務，證人的證詞只是法官澄清事實的一種方法而已，法官的心證是綜合所有證據後的結論。但陳述者若沒有致力於自己認知的呈現，法官的心證形成將受影響，故只要陳述者克盡其訴訟上的真實義務，盡力呈現其記憶所及的認知，陳述即非虛偽，至於對陳述內容的評價不屬於陳述者的任務，而是法官。

上述義務理論是以陳述者是否盡力依其認知而表達，而決定陳述是否虛偽，如此見解係將「虛偽」與「注意義務違反」視為同義詞，不合法條之規定。至於主觀理論與客觀理論只有當陳述的是外在事實，而事實真相與證人的認知有出入時，二種理論方有不同的結論。反而對於內心事實的陳述，均得出相同結論，認為只要證人不違背其認知或感覺，不管客觀事實如何，因為證人描述的不是認知或感覺的客體，而是認知或感覺本身，故陳述屬真實。

此外，依本罪之規定，陳述必須是有關案情之重要事項，其係指該事項之有無，足以影響裁判之結果者⁶。因為證人就此事項為

⁶ 最高法院 108 年度台上字第 4094 號。

虛偽陳述，方有使裁判陷於錯誤之危險，故以「於案情有重要關係之事項」為特別構成要件，以限定虛偽陳述之範圍。

在本案中，依主觀理論，甲陳述的內容與陳述時的認知並無相悖，甲沒有為虛偽陳述。但依本罪之立法目的及虛偽陳述屬本罪之客觀要件，以客觀理論較合理，因甲的陳述與事實有出入，肯定陳述屬虛偽；同樣地，因甲沒有善盡證人真實陳述的義務，審慎地回顧當時情形，甲的陳述依義務理論也屬於虛偽。又甲陳述與乙一起到岸邊喝酒的日期，足以證明被害人遭竊時，乙有不在場證明，乃是對於乙涉及竊盜案的重要事項為虛偽陳述。

三、特別情狀

行為人於案情有重要關係之事項為虛偽陳述，此行為必須處於執行審判職務的公署審判時或於檢察官偵查犯罪時，方有本罪之適用。所謂審判係指審理與裁判，含民事、刑事與行政訴訟的審判；於檢察官偵查時，則始於檢察官開始偵查程序至偵查終結之前⁷。在本案中，甲以證人身分被法院傳喚作證，符合本罪特別情狀之要件。

四、偽證故意

行為人必須認識具結以及其陳述對於司法正確性有影響下，仍然決意為虛偽陳述時，方肯定具備偽證故意；相反地，若行為人因

⁷ 證人於檢察官偵查時須具結，若對案情重要關係之事項為虛偽陳述，應負偽證罪。此規定悖離現行刑事訴訟制度之改良式當事人進行主義，詳參黃惠婷，現行偽證罪規範之缺失與建議，軍法專刊，第63卷第6期，2017/12，頁59以下。

錯覺或記憶不清，導致陳述內容與客觀事實有出入，則欠缺偽證故意。在本案中，甲記錯乙拜訪以及一起到岸邊喝酒的日期，造成陳述內容與客觀事實不符，甲欠缺偽證故意。

參、結論

甲屬適格的證人，卻對乙涉嫌竊盜案的重要事項為虛偽陳述，只是記憶不清，一時不察，而為與客觀事實有出入的陳述，甲欠缺偽證故意，又偽證的過失行為不罰，甲不成立偽證罪。

第三十題 教唆偽證與具結之性質

15 歲的甲利用暑假在某餐廳當服務生，某晚，目睹客人乙及數名男子共同毆打丙，乙等人一路追打到外面路上，致使丙有腦震盪現象及身上多處挫傷。丙對乙等人提出傷害告訴，法官以證人身分傳訊甲，餐廳老闆丁要求甲作證時不能說乙在現場。當法官詢問乙等人於案發時是否在現場，甲證稱：「當天我沒有看到乙在現場，也沒有看到任何人毆打丙。」試問：甲、丁成立何罪？

壹、問題爭點

偽證罪的行為主體限於特定人，但行為主體於何種情形下方有偽證罪的刑責？又偽證罪中的「具結」意義與性質為何？若行為人唆使不得令具結的證人為虛偽陳述，唆使者是否能論以偽證罪的教唆犯？還是不處罰的行為？

貳、案例分析

一、甲是否成立刑法第 168 條偽證罪？

偽證罪的要件是證人、鑑定人或通譯於執行審判職務之公署審

判時或於檢察官偵查時，於案情有重要關係之事項，供前或供後具結而為虛偽陳述，行為主體限於證人、鑑定人或通譯。證人係對他人訴訟案件曾目擊或經歷事實的人，具有不可替代性，故依刑事訴訟法第 176 條之 1 規定，除法律另有規定者外，不問何人，於他人之案件，有為證人之義務。又第 178 條第 1 項規定，證人經合法傳喚，無正當理由而不到場者，得科以罰鍰，並得拘提之。然非所有證人的虛偽陳述均得以成立偽證罪，而是只有經具結程序，並告知具結義務及偽證罪之處罰的證人，方有偽證罪之刑責問題，此由刑事訴訟法第 187 條規定可得出。

具結是命證人以文書擔保其所陳述者屬實，即依法有具結能力之人，履行其具結義務而言，若法律上不得令其具結之人，而誤命其具結者，即不發生具結之效力，但其所為之證言仍具有證據能力¹。依刑事訴訟法第 189 條第 1 項規定，具結應於結文內記載當據實陳述，決無匿、飾、增、減等語；其於訊問後具結者，結文內應記載係據實陳述，並無匿、飾、增、減等語。按具結與歐陸法系的宣誓不同，後者含有宗教意味，背誓即係違背宗教，宣誓除了上述結文的內容外，尚以「我發誓」字句保證不違背信仰的宗教，從而，我國證人具結與否的差別在於是否另以簽名、蓋章或按指印的書面加強保證陳述的真實性。刑事訴訟法第 186 條第 1 項另外規定兩種證人例外地依法不得令其具結，而無偽證罪的問題，分別是未滿 16 歲者以及因精神障礙，而不解具結意義及效果者，之所以免除具結義務，係因為二者無法理解具結意義及效果。

在本案中，因甲目睹客人乙及數名男子共同毆打丙，屬目擊證

¹ 最高法院 109 年度台上字第 821 號。

人，但於法官調查乙傷害罪一案時，卻證稱乙不在案發現場，也沒有看到任何人毆打丙。不管是依主觀理論，證人陳述的內容違背其所經歷或所知悉的事實；或依客觀理論，陳述內容與客觀事實不符；或依義務理論，陳述者違反其訴訟法上的真實義務，陳述屬虛偽，肯定甲對於案情有重要關係之事項為虛偽陳述。只是甲未滿16歲，依法不得令其具結，既無具結，陳述即使虛偽，亦無偽證罪的刑責，甲不成立偽證罪。

二、丁是否成立刑法第168條與第29條偽證罪的教唆犯？

偽證罪的行為主體限於證人、鑑定人或通譯，唯有行為主體直接、親自違背此義務，方能成立本罪的正犯，故偽證罪屬親手犯。丁未目擊乙等人毆打丙，丁無法成為乙涉嫌傷害丙的證人，但丁要求甲作證時不能說乙在現場，丁是否成立偽證罪的教唆犯？

刑法第29條教唆犯是教唆他人使之犯罪，依共犯限制從屬原則，教唆犯成立的前提是正犯的行為具備構成要件該當性與違法性即可。在本案中，甲以證人身分於檢察官偵查時為虛偽陳述，因未具結而不負偽證罪，但對於「具結」這項要素於偽證罪中具何種性質，不同見解將影響教唆他人偽證行為的刑責：

（一）客觀可罰性要件

有學者主張偽證罪的具結性質上屬於客觀可罰性要件，此要件雖與犯罪有直接關聯，但不屬於不法與罪責，而是行為可罰性的實質條件。可罰性問題在於事實存在與否，無須探究行為人對事實出於故意或過失。因此，此客觀條件在犯罪時已存在或稍後出現，即

使行為人不知情或無法預見，行為人仍具有可罰性²。由此得出，在偽證罪中，不管係具結之證人或不得令具結之證人，於刑事程序中既然皆為供述證人，只要陳述有所不實，對國家司法權之信賴造成影響，並無不同。二者的差別僅在於，經具結的證人乃係法律課以真實之義務，如有違反，應屬義務之違反，其比不具結之虛偽陳述者具有更高的不法意涵而已，從而，認為具結與否無關偽證罪的不法內涵。依此說，行為人教唆或幫助不得令具結的證人為偽證時，仍得以偽證罪之教唆犯或幫助犯相繩，也不至於造成刑罰上的漏洞³。

在本案中，甲之所以不成立偽證罪，是因為其屬於不得令其具結的證人，甲的行為仍具有構成要件該當性與違法性，一個可附麗的正犯不法行為已存在。丁喚起甲於作證時為虛偽陳述的故意，肯定丁為教唆行為與具備教唆犯應有的雙重教唆故意，違法性與罪責性皆成立，丁論以偽證罪的教唆犯。

（二）客觀構成要件要素

此說認為具結性質屬客觀構成要件要素，理由是刑事訴訟法規定證人具結前，訊問者應告以具結之義務及偽證之處罰，目的是令證人透過具結之告知義務而對作證義務嚴肅以待，且於認識偽證處罰的負擔下據實陳述，輔助審判公署發現真實，此由刑事訴訟法第186條例外規定亦可得知，為何未滿16歲者以及因精神障礙不解具結意義者能免除其具結義務的理由。因此，證人必須在理解與認

² Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts AT, 1996, S. 555.

³ 柯耀程，偽證罪是否得以成立連續犯？評最高法院八十九年度台上字第七五九一號判決，月旦法學雜誌，第77期，2001/10，頁176以下；柯耀程，聰明反被聰明誤，月旦法學教室，第22期，2004/8，頁18以下。

識具結的意義與效果下，仍決意為之，方能課以偽證罪，「具結」應屬於構成要件要素。若為了彌補現行法對於教唆或幫助證人虛偽陳述的刑罰漏洞，遂將「具結」視為客觀可罰性要件，乃是不符刑事訴訟法之相關規定，屬於不當的擴大解釋⁴。

實務採此說，若證人不具備偽證罪之要件，行為人唆使其為虛偽陳述，與教唆犯應依其教唆之罪處罰的條件不合，不負教唆偽證罪⁵。又現行法係採具結文書認定證人是否具結，應負偽證罪之責，自應以證人是否確已明白、認知結文之意義而簽名、蓋章或按指印為判斷基準。如證人已明白結文之真實意思，應認證人已具結；反之，則不生具結之效力⁶。或謂書面結文之出具，係證人具結法定程序中不可或缺之生效要件，更為成立刑法偽證罪之重要構成要件要素，影響重大，自不容以其他證據替代⁷。是以，依實務見解以證人是否認識結文的意義為必要。在本案中，依此說，證人甲的虛偽陳述行為不該當偽證罪之構成要件，基於共犯限制從屬原則，丁不成立偽證罪的教唆犯。

參、結論

甲屬於不得令其具結的證人，雖然於法官調查時，對於案情有重要關係之事項為虛偽陳述，甲不成立偽證罪。丁雖有教唆甲虛偽陳述的行為，但偽證罪的「具結」屬客觀構成要件，甲的行為不具

4 黃惠婷，偽證罪可罰性範圍之檢討，台灣本土法學雜誌，第 89 期，2006/12，頁 79 以下。

5 原最高法院 28 年上字第 312 號判例。

6 最高法院 96 年度台上字第 4365 號。

7 最高法院 98 年度台上字第 5001 號。

構成要件該當性，因為不存有一個具不法行為的正犯，所以丁不成立偽證罪的教唆犯。

第三一題 指定犯人之誣告罪

某地有匹「中山之狼」逍遙法外，令女性民眾聞狼色變。某日，勤務指揮中心接獲甲女報案電話，甲泣訴在路邊突遭一名持刀陌生男子強押上車，遭蒙眼後載到荒山予以性侵得逞。甲告知警方，歹徒自稱是「中山之狼」，且曾瞄到對方證件，名字為「劉○○」。警方於是展開偵查，發現諸多疑點，待警方過濾出「劉○○」本人後，「劉○○」坦承與甲有金錢糾紛。事後，甲承認案情都是虛構。試問：甲成立何罪？

壹、問題爭點

刑法第 169 條第 1 項指定犯人的誣告罪保護法益為何？本條項的行為是誣告，何種情形才是誣告行為？對於誣告內容有何要求？又本罪以行為人必須具有令他人受刑事處分的意圖為限，何謂刑事處分？此問題關係本罪的適用範圍。

貳、案例分析

一、甲是否成立刑法第 169 條第 1 項指定犯人之誣告罪？

(一) 保護的法益

指定犯人之誣告罪的保護目的具有雙重性質，一方面保障司法功能，避免公務機關因行為人的誣告誤導喪失自主性，而為無益的偵查或其他處分，另一方面保障個人利益，避免被誣告者遭受不合理的國家調查。不同見解認為本罪僅保障司法功能而已，對於個人利益的保護，只不過是一種反射的保護。學術通說認為本罪雙重目的的關係並非累積，而是擇一，只要其中一種法益遭受侵害即為構成要件之實現，其具有實際意義之處在於，若誣告行為已徵得被誣告者同意，基於保護司法功能，仍然可以成立本罪¹。

實務認為，誣告行為一經實施，足使國家司法上之審判權或偵查權妄為開始，同時至少使被誣告者受有名譽上之損害，縱使審判或偵查結果未能達到誣告者想令其受懲戒處分或刑事處分之目的，然而被誣告人在名義上已一度成為刑事被告，其所受名譽之損害，亦係誣告行為直接且同時所加害²，因此，主要保護法益為國家審判權之正確行使，被誣告人利益之保護則為次要。肯認本罪具有雙重目的。

¹ Fischer, Strafgesetzbuch, 2019, § 164 Rn. 2.

² 最高法院 107 年度台上字第 897 號。

（二）誣告

1、誣告行為

誣告係指虛構事實向有權受理刑事或懲戒處分的公務員提出申告。因為追訴機關只要有事實依據，認為有嫌疑即應調查，且只要基於嫌疑而能得知特定人，不以指出全部姓名為必要，因此，誣告行為依其種類與內容足以促成該管機關開啟程序，至於採取何種方式，在所不問，以言行或行動喚起或指引該管公務員皆可，甚至是強化或改變既有的嫌疑，其可以是透過對事實的主張或本罪第 2 項以偽造、變造或行使偽造、變造的證據之方式，導致無辜者陷於調查情境的危險中，關鍵是所主張或所使用的證據足以產生犯罪嫌疑，而令另該管機關介入³。若僅是價值的判斷或合乎事實的傳達，則非誣告。誣告行為不限於積極行為，也可以是消極不作為，例如行為人非故意的不實主張，導致他人陷於程序的開啟，事後得知指證非屬實，因危險前行為形成其居保證人地位，不作為仍可論以誣告⁴。

2、誣告內容

誣告的內容必須在客觀上是不真實的，但是否只要申告的事實內容不真實即為已足，還是必須得針對一個無犯行或沒有行應懲戒事項者為誣告才成立本罪？一說認為只有當申告內容至少在重要事項與事實不符，並且導致沒有為違法行為的他人因而遭到調查，申告才是不真實。因此，如果行為人違背事實，例如申告在犯罪現場看到被告，或提出偽造、變造證據，縱然嫌疑者確實有為申告的犯

³ Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht BT1, 2019, Rn. 706.

⁴ Vgl. Fischer, aaO., Rn. 3 f.

罪事實或行應懲戒的事項，依此說，雖然申告內容與事實不符，但並非針對一個無罪的人，故非誣告。反對見解則認為，誣告的本質不在於受刑事或懲戒處分的不真實，而是提出的嫌疑事實不真實，誣告行為是否針對一個無犯行或沒有行應懲戒事項的人，在所不問，申告內容是真實或虛偽的判斷標準，在於足以形成嫌疑的事實核心為何⁵。

誣告罪僅以誣告行為為客觀要件，成立本罪另外要求行為人必須有使他人受刑事或懲戒處分之意圖，但意圖是否實現無關既遂之成立，因此，只要申告內容不符客觀事實，不管被誣告者是否有做，皆足以危害誣告罪所要保護的法益，亦即所虛構之事實足使被誣告人有受刑事或懲戒處分之危險，即足以構成，故不以全屬虛構為限，倘若部分虛構之事實，客觀上已有使他人受刑事或懲戒處分之危險者，仍係誣告⁶。他人是否受有刑事或懲戒處分之危險，以誣告時的法律為準，且誣告內容是針對已經發生者，排除將來發生的指控⁷。

所謂受刑事或懲戒處分之危險，係以所申告之虛構事實，在法律上有無可能使誣告對象受刑事或懲戒處分為斷，而非其憑信性高低⁸。至於行為人陳述虛構他人犯罪之事實，並不以使用法律規定之犯罪構成要件用語為必要⁹。又行為人申告時難免會有誇大其詞的現象，若加重被申告者的犯罪事實，例如違犯傷害罪，卻故意申

5 Wessels/Hettinger/Engländer, aaO., Rn. 709 f.

6 最高法院 107 年度台上字第 1903 號。

7 Fischer, aaO., Rn. 4.

8 最高法院 106 年度台上字第 338 號。

9 最高法院 107 年度台上字第 1672 號。

告是強盜罪，由於涉及形成嫌疑基礎的事實核心之真實性，肯定是誣告。但如果是依據真實的客觀事實，卻因法律知識不足所造成或誤解罪名，遂認為有嫌疑而申告，則非誣告行為，例如誤認搶奪的行為在法律上稱為強盜。

較無疑義的是，若申告時申告的內容同時指出有阻卻違法事由、或申告時所指出的行為因法律變更而不罰、或行為已過追訴時效或告訴期間、或欠缺其他訴訟要件而不具有追訴性時，因為如此申告既不會讓人成為刑事被告，也不會危害司法，基於本罪的保護目的，並非誣告¹⁰。但法條明定的刑事處分不應等同刑事責任，本罪以刑事處分為要件的目的係限制僅觸犯刑事制裁法，排除秩序法等其他法規範，故申告指出的行為只要可能導致任何一種刑事處罰的效果即可，包含保安處分或免刑的情形。

3、誣告對象

本罪以具有他人受刑事或懲戒處分意圖為要件，故誣告的對象必須能受刑事或懲戒處分者，且是自己以外的特定或得以確認的第三人¹¹，例如行為人為了躲避黑道追殺或吃牢獄飯，向警察申述自己犯案，不會成立對自己的誣告。有疑義的是，刑事處分的意涵為何？實務見解認為，以被誣告人因虛偽之申告而有受刑事或懲戒處分之危險為要件，故以不能構成犯罪或懲戒之事實誣告人者，雖意在使人受刑事或懲戒處分，也不成立本罪¹²，例如意圖使他人受刑事處分申告他人相姦或從事性交易，或對未滿 14 歲或因精神障礙

¹⁰ Fischer, aaO., Rn. 5a f.; 最高法院 107 年度台上字第 1853 號。

¹¹ Fischer, aaO., Rn. 7.

¹² 最高法院 89 年度台上字第 1840 號；最高法院 89 年度台上字第 2610 號。

或心智缺陷而不具罪責能力者，誣指其犯罪。

4、誣告行為必須向該管公務員提出

該管公務員係指對刑事或懲戒處分之實現，有其職權關係而可受人申告者而言。在刑事案件中，係指有追訴或處罰犯罪職權的公務員，含法官、檢察官與司法警察機關；在懲戒案件中，則是有提出彈劾、移付懲戒或有自為懲戒處分職權的公務員¹³。

在本案中，甲向勤務指揮中心申告遭一名持刀陌生男子強押上車，被蒙眼後載到荒山予以性侵得逞，過程中曾瞄到對方證件，名字為「劉○○」，經警方調查過濾後，發現案情都是虛構，肯定甲向該管公務員誣告特定人劉○○。

(三) 誣告故意與使他人受刑事或懲戒處分的意圖

誣告故意是行為人主觀上認識到令他人受刑事或懲戒處分的可能，並進而決意為之，實務則認為以犯人明知所訴虛偽為構成要件，若出於誤信、誤解、誤認或懷疑有此事實，或其目的在求判明是非曲直者，均不得謂屬於誣告，即其所申告之事實，並非完全出於憑空捏造或尚全然無因，只以所訴事實，不能積極證明或因證據不充分，致被申告人不受追訴處罰者，仍不得成立誣告罪¹⁴。但告訴人以自己親歷被害事實，堅指被訴人有犯罪行為，經不起訴處分或判決無罪，即不能謂告訴人不應負誣告罪責¹⁵。

此外，行為人必須具有令他人受刑事或懲戒處分的意圖，意圖是否得逞，與本罪既遂無關。有必要加以區別的是誣告與自我辯

¹³ 最高法院 88 年度台上字第 609 號。

¹⁴ 最高法院 106 年度台上字第 1166 號；最高法院 108 年度台上字第 156 號；最高法院 109 年度台上字第 251 號。

¹⁵ 最高法院 105 年度台上字第 66 號。

護，行為人若無積極誣告行為，僅因公務員之推問而為不利於他人之陳述¹⁶。例如行為人因酒醉駕車遭警察攔停時，擔心自己遭刑事處分，於是報他人之姓名，欠缺令他人受刑事處分的意圖。

由於在刑事訴訟程序中，沒有人有義務為不利於己的陳述，故行為人僅是否認涉嫌，卻同時造成加深他人的嫌疑、或共同正犯互推責任給對方時，則該管公務員基於已存在的事實所產生的嫌疑，並不會因而加深。同樣地，被告在法庭上的詰問過程中，基於訴訟角色與防禦的需求，若在被告的言行中，沒有相關的具體事實足以令追訴機關對證人產生剛開始的懷疑，則其對證人證詞的否認或攻防，並非誣告。只不過不能積極地偽造或變造不利於他人的證據，否則則是逾越基於防禦目的之可容許的自我保護範圍，試圖轉移嫌疑對象，而屬於誣告¹⁷。

在本案中，甲明知申告的事實是虛構，仍向勤務指揮中心申告，申告的內容屬於妨害性自主案件，乃是有意令被誣告者因強制性交罪而受刑事處分，誣告罪的主觀要件成立，違法性與罪責性亦皆成立，甲成立指定犯人的誣告罪。

二、甲考慮成立刑法第 310 條第 1 項誹謗罪

誹謗罪是意圖散布於眾，而指摘或傳述足以毀損他人名譽之事者。立法目的在保護他人名譽，故一般人無從得知行為人所指或可得推知之人，該他人名譽即無從受毀損之危險，是否得以知悉被誹

¹⁶ 最高法院 89 年度台上字第 2527 號。

¹⁷ Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 2019, § 164 Rn. 5; Wessels/Hettinger/Engländer, aaO., Rn. 707 f.

謗對象應就誹謗內容，客觀地予以觀察¹⁸。客觀要件是對於具體「事實」之指摘或傳述，且足以毀損他人名譽者。至於行為人所指摘或傳述之事是否「足以毀損他人名譽」，應就被指述人之個人條件以及指摘或傳述內容，以一般人之社會通念為客觀之判斷，如行為人所指摘或傳述之具體事實，足以使被指述人受到社會一般人負面評價判斷，則可認為足以損害被指述人之名譽，屬第 1 項誹謗行為；再散布之文字倘依其遣詞用字、運句語法整體以觀，或依其文詞內容所引發之適度聯想，以客觀社會通念價值判斷，如足以使人產生懷疑或足以毀損或貶抑人之人格聲譽，或造成毀損之可能或危險者，即為第 2 項誹謗行為¹⁹。

不同的是，行為人係針對特定事項，依個人之價值判斷而提出主觀之意見及評論，縱其批評內容足令被批評者感到不快或影響其名譽，仍不構成誹謗罪。此由刑法第 310 條第 3 項可得出，因事實有能證明真實與否之問題，意見則為主觀之價值判斷，無所謂真實與否。是以，「對於所誹謗之事，能證明為真實者，不罰。但涉於私德而與公共利益無關者，不在此限。」反之，內容非涉於私德、而與公共利益有關之事，倘能證明其為真實者，即阻卻誹謗罪構成要件之成立，而為阻卻構成要件事由。證明強度不必達於客觀的真實，但至少應有相當理由確信其為真實，故只要行為人並非故意捏造虛偽事實，或並非因重大的過失或輕率而致其所陳述與事實不符，皆不成立本罪²⁰。

18 臺灣高等法院 102 年度上易字第 1793 號。

19 臺灣高等法院 100 年度上易字第 3010 號。

20 臺灣高等法院 102 年度上易字第 484 號；臺灣高等法院 103 年度上易字第 2095 號。

行為人主觀上除了誹謗故意外，尚須有散布於眾之意圖，否則私下傳述，欠缺主觀要件。在本案中，甲向勤務指揮中心報案並虛構劉○○是「中山之狼」，讓警方展開偵查，乃是基於散布於眾之意圖，故意指摘足以毀損劉○○名譽之事，違法性與罪責性皆成立。

參、結論

甲向勤務指揮中心申告劉○○性侵案件純屬虛構，成立指定犯人的誣告罪。甲的行為同時也成立刑法第 310 條第 1 項的誹謗罪，與誣告罪成立想像競合，實務上則認為誣告行為對於被誣告者之名譽信用也都有妨害，基於吸收關係論以誣告罪。

第三二題 不能安全駕駛罪與過失致傷罪之競合

甲凌晨與友人在餐廳飲酒歡唱，餐後搭載 A、B 回家，行經速限為時速 50 公里之道路，竟以時速 100 公里之速度行駛，轉彎時不慎撞及安全島，導致自己與同車後座之 A 與 B 身上分別受有多處擦傷。甲經送醫並接受抽血檢測，測得血液酒精濃度值相當於呼氣酒精濃度值為每公升 0.855 毫克。問：甲的刑責為何？車輛是否沒收之？

壹、問題爭點

不能安全駕駛罪的性質與要件為何？駕駛動力交通工具者是否應該認識自己不能安全駕駛？有疑義的是，行為人在不能安全駕駛中另外侵害他人法益，應如何競合？如果行為導致他人死亡或重傷，適用刑法第 185 條之 3 第 2 項加重結果犯。行為僅造成被害人受輕傷，行為人出於故意，因主觀犯意與法益保護不同，各別獨立論罪，較無疑義。但在不能安全駕駛下違反注意義務的過失致傷，二罪成立想像競合還是數罪併罰？甲駕駛的汽車是否屬於刑法第 38 條第 2 項「供犯罪所用之物」？其範圍應如何認定？

貳、案例分析

一、甲考慮成立刑法第 185 條之 3 第 1 項第 1 款不能安全駕駛罪

本罪是駕駛人駕駛動力交通工具而有下列情形之一者，一為吐氣所含酒精濃度達每公升 0.25 毫克或血液中酒精濃度達百分之 0.05 以上。二為有前款以外之其他情事足認服用酒類或其他相類之物，致不能安全駕駛。三為服用毒品、麻醉藥品或其他相類之物，致不能安全駕駛。客觀要件是駕駛動力交通工具，其係指裝有機械動力設備，由引擎驅動的交通工具，含水、陸、空裝有機械或引擎動力的交通工具¹。實務認為「駕駛」係行為人操作控制交通工具，在電力或引擎動力等作用正常運作下進行移動即屬之²。

又法條明定駕駛人於行為時吐氣所含酒精濃度達每公升 0.25 毫克，即符合第 1 款不能安全駕駛之情形，且無論所使用之動力交通工具種類、駕駛模式、情狀、行駛距離如何，甚至於個別行為人對於其參與交通行為時，是否尚具有安全駕駛能力或清醒之個別認知，均非所問³。其他二款服用酒類、毒品或相類之物的情形要求必須「致不能安全駕駛」程度，但不要求應達於「完全」不能駕車的程度，也非以瀕死亡、休克為判斷標準，只要精神狀態有所缺損，或操控車輛能力降低，即屬不能安全駕駛。理由是駕駛人在此情形下，雖可駕車上路，過程中或亦可煞車或閃避物品，然肇事率

1 林山田，刑法各罪論（下），2006，頁 312。

2 臺灣高等法院 106 年度交上易字第 459 號。

3 臺中地方法院 105 年度審交簡字第 620 號。

相較常人仍屬大增，故駕駛人行車縱使尚可煞車或閃避民房，仍無礙其已構成不能安全駕車的情形⁴。

條文中「不能安全駕駛」要件的性質為何？屬不法構成要件要素還是客觀可罰性要件？攸關駕駛人是否能成立本罪。有學者認為酒精濃度的本質是在證明不能安全駕駛，而非建構不法構成要件要素，在實體法上屬客觀處罰條件⁵。依此說，縱使駕駛人認為自己酒量好，不至於達標或不能安全駕駛，只要客觀上符合各款酒測值或導致不能安駕駛，不影響本罪之成立。反之，若認為是客觀構成要件要素，駕駛人至少對酒測值或不能安全駕駛必須具有未必故意，否則屬過失。尤其是宿醉駕駛，例如行為人前一晚就寢前喝酒，睡了約 8 個小時後，醒來自認無任何宿醉感，認為不會有何不能安全駕駛之情形，故主張於案發當日駕駛時，對不能安全駕駛並無直接故意或未必故意。實務則認為，一般人於飲用酒類後，其駕駛技巧、視覺及行為反應能力因酒精作用而受影響，在客觀上能預見於飲酒後騎車上路，因精神不佳及注意力、反應力、駕駛操控力均降低，若稍有不慎，極易造成其他用路人受傷或死亡之結果，此係一般人所能知悉且為客觀上所得預見之事⁶。駕駛人若尚處於宿醉未醒之狀態，依法有注意不得駕車的義務⁷。況且依一般人之生活經驗，於深夜飲酒導致翌日上午宿醉之情況亦屬正常，故不採駕

4 服用毒品等物是否達於不能安全駕駛程度，實務認為由法醫研究所依各國統計分析，鑑定血中毒品濃度是否達於不能安全駕駛之標準而定，最高法院 107 年度台上字第 205 號。

5 許澤天，吐氣值不應作為判定不能安全駕駛的一般有效經驗法則，台灣法學雜誌，第 247 期，2014，頁 207。

6 最高法院 107 年度台上字第 4907 號。

7 臺灣高等法院 90 年度交上訴字第 214 號。

駛人主張酒後醒來並無任何宿醉感之辯解，仍成立本罪⁸。

2013 年修正立法理由有指出：「不能安全駕駛罪係屬抽象危險犯，不以發生具體危險為必要。」故立法者為了有效遏阻酒醉駕車事件發生，於該條文增訂酒精濃度標準值，以此作為認定「不能安全駕駛」之判斷標準。依本條項第 1 款規定，只要駕駛動力交通工具之人吐氣所含酒精濃度達每公升 0.25 毫克以上者，即為不能安全駕駛。第 2 款與第 3 款規定駕駛人服用酒類、毒品或其他相類之物必須達於「致不能安全駕駛」程度，立法模式如刑法第 173 條與第 175 條一樣，有所謂抽象危險犯與具體危險犯之分，後者是否「致生公共危險」，由法官依具體個案判斷。因此，本條項第 1 款屬抽象危險犯，第 2、3 款屬具體危險犯，駕駛人只要認識服用酒類、毒品或其他相類之物與駕駛動力交通工具，肯定構成要件故意，此情形尤其是不能安全駕駛罪的再犯、有飲酒經驗者或職業駕駛者，不可能不知道酒精對生理的影響與立法嚴禁飲酒駕駛。至於是否達於吐氣所含酒精濃度達每公升 0.25 毫克以上或致不能安全駕駛，屬法官認事用法範圍。在本案中，甲飲酒後駕駛動力交通工具，當時血液酒精濃度值相當於呼氣酒精濃度值為每公升 0.855 毫克，已符合本條項第 1 款要件。甲知道服用酒類並駕車上路，肯定具有不能安全駕駛故意，違法性與罪責性皆存在。

二、甲對 A 與 B 考慮成立刑法第 284 條過失致傷罪

A 與 B 因甲駕車失控導致身上多處受傷，甲於案發時超過限速，且呼氣酒精濃度值為每公升 0.855 毫克，依研究分析飲酒開車

8 臺灣高等法院臺南分院 104 年度交上訴字第 316 號。

對於速度快慢與應變能力會出現障礙、判斷力降低情形，故傷害結果與甲酒駕及超速失控行為具有因果關係，此行為對危及其他用路人生命或身體健康應可預見，亦違反客觀注意義務。A 與 B 的受傷結果屬可避免，甲製造法所不容的風險且風險實現，行為與結果具有相當因果關係，肯定行為不法與結果不法，違法性與罪責性皆成立。甲對 A 與 B 的傷害結果是一行為所造成，成立一個過失致傷罪。

三、不能安全駕駛罪與過失致傷罪之競合

甲成立不能安全駕駛罪與過失致傷罪，二者應如何競合？針對此問題，最高法院 100 年度台非字第 373 號有詳述不同見解：

（一）想像競合說

不能安全駕駛罪屬繼續犯，一經駕駛上路即構成該罪，並已開始製造過失傷害或致死之風險行為。行為雖已既遂，惟尚未終了。因其行為具有持續性，繼續行為並無中斷，屬一行為，成立想像競合。

（二）數罪併罰說

最高法院認為，行為人在犯罪繼續中，另犯其他犯罪構成要件者，他行為與繼續行為有部分重合或全部重合之情形時，得否認為一行為，應就客觀之構成要件行為之重合情形、主觀意思活動之內容、所侵害之法益、行為間之關連性等要素，依社會觀念，視個案情節加以判斷。

- 1、如行為人著手於繼續犯行為之始，即同時實現他罪之構成要件時，因二罪之構成要件行為的著手行為同一、時間及

場所完全重合，例如不能安全駕駛動力交通工具而駕駛，一開車即誤油門為煞車，而撞傷路人，依社會觀念，故意行為與過失行為之主觀意思與客觀行為之發生時點無法明顯區別，自應論以一行為之想像競合犯。

- 2、倘行為人於繼續行為著手後，不法侵害持續中，另因故意或過失偶然犯他罪，即著手行為不同一，而有構成要件行為重合之情形者，因繼續犯通常有時間之繼續或場所之移動（狀態犯無此現象），若該後續所發生之其他犯罪行為無論故意或過失，與實現或維持繼續犯行為目的無關，且彼此間不具有必要之關連性時，應認係行為人另一個前後不同之意思活動，獨立成罪。

是以，行為人不能安全駕駛動力交通工具而駕駛之行為，固然會降低行為人之注意能力，且與其嗣後之過失行為，雖同為被害人受傷或死亡之條件，然並非一定發生傷亡之結果。酒醉駕車而過失致人死、傷之情形，因駕駛行為通常伴隨著時間之繼續與場所之移動，於此過程中所生傷亡之行為，係駕駛行為繼續中某一時點、某一場所的現象，如果從自然觀察的角度，不論酒醉駕駛是否為發生事故中過失之內涵，兩者依社會通念應評價為不同行為，且犯意各別，不應論以一行為。雖不能安全駕駛罪有因而致人於死或重傷之加重結果犯處罰規定，然不影響其本質上係二行為之認定，故不能安全駕駛罪與過失致傷罪應予以併合處罰。

上述實務見解值得肯定，繼續犯的行為人在犯罪持續中另犯他罪，應就客觀之構成要件行為之重合情形、主觀意思活動之內容、所侵害之法益、行為間之關連性等要素，依社會觀念，視個案情節

加以判斷成立想像競合或數罪併罰。判斷關鍵應該是行為人在犯罪繼續中是否另外製造繼續犯以外的風險，例如行為人為了教訓被害人，將被害人關在房間內連日毆打，屬一行為，剝奪動自由罪與傷害罪成立想像競合。倘若行為人在剝奪被害人自由期間內因故起傷害故意，則是數罪併罰。不能安全駕駛罪是繼續犯，也是危險犯，而過失傷害罪是狀態犯，也是實害犯。刑法禁止酒駕理由是駕駛人會因酒精之影響而致注意能力與駕駛能力受損，進而傷及他人。倘若他人死傷結果是駕駛人不能安全駕駛的原因，不能安全駕駛製造風險，結果也是此風險所造成，依實務見解彼此間具有相當因果關係時，因為該危險已升高為實害，則應視為一行為；反之，若無因果關係與結果歸責，則是數罪併罰。例如不能安全駕駛者因精神不濟而逆向行駛，導致撞擊對向騎士受傷，危險升高為實害，屬一行為。不同情形是，不能安全駕駛者想超車而駛入對向車道，卻撞擊對向騎士致傷，此結果是因違法超車所致，超車不當對他人製造新的風險且風險實現，數罪併罰。同理，不能安全駕駛者途經路口闖紅燈，撞傷綠燈過馬路的行人，在路口闖紅燈乃是製造新的風險，不能安全駕駛與過失致傷非一行為所致。或不能安全駕駛者低頭取檳榔，不慎擦撞機車騎士受傷，開車低頭取物，未注意前方車況，乃是製造新的風險。在本案中，甲酒駕又超速，導致車內的 A 與 B 受傷，除酒駕的危險行為外，違規超速製造新風險，故意不能安全駕駛與違反注意義務屬二行為，過失致傷罪與不能安全駕駛罪，數罪併罰。

四、車輛是否屬沒收範圍？

刑法第五章之一規範沒收，刑法所謂「刑」，係指宣告刑及數罪併罰所定應執行之刑，包括主刑及從刑，沒收已非從刑，而係獨立於刑罰及保安處分以外之法律效果，惟仍以犯罪（違法）行為存在為前提，而具依附關係。又新法修正後之沒收性質類似不當得利之衡平措施，已不具刑罰本質，因此，刑法關於犯罪所得之沒收，並無刑事訴訟法第 370 條第 1、2 項關於不利益變更禁止原則之適用⁹。第 38 條第 2 項規定：「供犯罪所用、犯罪預備之物或犯罪所生之物，屬於犯罪行為人者，得沒收之。但有特別規定者，依其規定。」犯罪工具物本質上仍受憲法財產權之保障，祇因行為人濫用憲法所賦予之財產權保障，持以供犯罪或預備犯罪所用，造成社會秩序之危害，故藉由剝奪犯罪行為人所有以預防並遏止犯罪，除有其他特別規定者外，由法官審酌個案情節決定有無沒收必要¹⁰。針對「供犯罪所用之物」，由最高法院 106 年度台上字第 1374 號判決意旨得出：

（一）適用範圍限縮於故意犯

所謂「供犯罪所用之物」，乃指對於犯罪具有促成、推進或減少阻礙的效果，而於犯罪之實行有直接關係之物而言。由於供犯罪所用之物與犯罪本身有密切關係，透過剝奪所有權的沒收宣示，除能預防再以相同工具易地反覆非法使用之外，亦能向社會大眾傳達

⁹ 最高法院 107 年度台上字第 3559 號；最高法院 107 年度台上字第 3837 號；林鈺雄，新刑法總則，2018，頁 700 以下。

¹⁰ 最高法院 107 年度台上字第 1109 號。

國家實現刑罰決心的訊息，對物之所有權人濫用其使用權利也產生更強烈的懲戒作用，寓有一般預防與特別預防之目的。沒收雖未明文限制故意犯或過失犯，但過失行為人欠缺將物品納入犯罪實行媒介之主觀利用認識，並未背離其使用財產的合理限度或有濫權使用財產之情形，故無剝奪其財產權之必要，自應將犯罪工具沒收適用範圍限縮為故意犯，方符合目的性解釋。

（二）沒收範圍排除犯罪之關聯客體

倘若物品是行為人為實現犯罪構成要件的事實前提，亦即行為人欠缺該物品，無由成立犯罪，此類物品稱為關聯客體，該關聯客體本身不具促成、推進構成要件實現的輔助功能，故非供犯罪所用之物，對其沒收必須有特別規定，方得為之。例如不能安全駕駛罪，行為人所駕駛之汽車或機車即為構成該罪之事實前提，僅屬該罪之關聯客體，而不具促成、推進犯罪實現的效用，即非屬供犯罪所用而得行沒收之。或例如行為人對他人性侵時所使用的小客車或肇事逃逸罪的汽（機）車等，亦屬關聯客體。至於犯罪加重構成要件中若有特別工具，例如攜帶兇器竊盜罪或強盜罪、利用駕駛供不特定人運輸之交通工具之機會犯強制性交罪，該兇器、交通工具屬於犯罪行為人者，分別對於基本構成要件之普通竊盜罪、強盜罪與強制性交罪而言，仍具有促成、推進功能，即屬於供犯罪所用之物，而在得沒收之列。

在本案中，甲成立不能安全駕駛罪與過失致傷罪，汽車是為實現犯罪構成要件的事實前提，本身不具促成、推進構成要件實現的輔助功能，而非供犯罪所用之物，不得沒收之。

參、結論

甲駕駛汽車發生自撞，案發時測得血液酒精濃度值相當於呼氣酒精濃度值為每公升 0.855 毫克，符合刑法第 185 條之 3 第 1 項第 1 款，成立不能安全駕駛罪。甲在酒醉下超速駕駛，導致車上的 A 與 B 受傷，結果是一行為所造成，成立一個過失致傷罪。對 A 與 B 的過失致傷是因甲在不能安全駕駛下，另外製造超速的風險行為所致且風險實現，二罪應成立數罪併罰。至於所駕駛的汽車屬犯罪關聯客體，非供犯罪所用之物，不得沒收之。

第三三題 肇事逃逸罪與遺棄罪

甲於某日中午 12 時駕駛自用小貨車途經山區路段時，不慎撞及行駛於對向車道的乙所騎乘之普通重型機車，導致乙彈飛而摔落山谷，因而受有左鎖骨骨折、左股骨骨折、左脛骨骨折、肺挫傷性出血、枕部挫傷及顱內出血等傷害，並於事發後約 5 至 10 分鐘內因嚴重傷勢引發中樞神經休克而死亡。因事發地點位處山區，與最近之醫院相距約 6 公里，救護車駕駛需約 15 分鐘始可抵達事發現場。甲當時雖下車查看，但為避免犯行遭警察查獲，即逕自駕車離開現場。嗣經警察於同日獲報後通知救護人員，並於同日下午 3 時許到場，發覺乙已死亡。

問：甲的刑責為何？

壹、問題爭點

行為人在公共道路上使用動力交通工具代步，致人死傷並逃逸，可能觸犯過失致死傷罪、肇事逃逸罪與違背義務遺棄罪等罪名。有爭議的是，何謂「駕駛」與「逃逸」？當行為人故意駕駛動力工具犯罪，是否仍有肇事逃逸罪之適用？「致人死傷」是構成要件要素還是客觀可罰性要件？二者有何差異？行為人駕駛動力交通

工具肇事當場致人於死，是否仍有遺棄致死罪之適用？

貳、案例分析

一、甲考慮成立刑法第 185 條之 4 肇事逃逸罪

刑法第 185 條之 4 駕駛動力交通工具肇事，致人死傷而逃逸罪，立法理由係「為維護交通安全，加強救護，減少被害人之死傷，促使駕駛人於肇事後，能對被害人即時救護。」如果行為人將被害人即時救護，可減輕或避免被害人之傷亡，攸關社會大眾生命、身體之安全，目的除維護交通安全外，並兼顧公共安全之保護。實務亦指出，駕駛人於事故發生後，隨即駕車逃離現場，不僅使肇事責任認定困難，更可能使受傷之人喪失生命或求償無門¹。

(一) 駕駛動力交通工具

行為是駕駛動力交通工具肇事，動力交通工具係指裝有機械動力設備，由引擎驅動的交通工具，含水、陸、空裝有機械或引擎動力的交通工具²，例如汽車、火車、飛機、捷運列車、遊艇、電動機車、電動腳踏車，甚至代步用的電動輪椅。若由人力驅動者，不屬之，例如腳踏車、三輪車、牛車或騎馬等。

實務認為「駕駛」行為並未規定所駕駛之地點僅限於「公路」或「車道」而已，亦未規定行駛須達一定時間或距離以上，至於行

¹ 最高法院 108 年度台上字第 3144 號，有學者認為本罪之立法目的主要在於行為人肇事逃逸所製造的公共危險，行為人在肇事後，不留在事故現場採行應適當處置的預防措施，因而衍生的公共危險狀態，余振華，肇事逃逸罪之比較法研究，警察法學，第 12 期，2013/6，頁 110。

² 林山田，刑法各罪論（下），2006，頁 312。

為人之駕駛姿勢、是否端坐等，更非所問。祇要該交通工具係受行為人之操作控制，在電力或引擎動力等正常運作下進行移動，即屬之³，本罪保護法益是公共交通安全，行為人在供公眾通行、隨時有不特定用路人經過的騎樓或人行道騎車撞倒行人，亦有本罪之適用，甚至不特定用路人得以使用的停車場應該也屬之。牽車行走不應視為「駕駛」，因為機車非處於發動狀態，且機車鑰匙並未置於鑰匙孔內⁴。有爭議的是，行為人因機車引擎故障，操控機車滑下山坡，途中與另一台機車相撞，是否為「駕駛」？有主張機車引擎並未發動，使用人力推動拋錨的機車或滑行未發動引擎的機車，並非「駕駛」⁵；不同見解認為引擎沒有發動，但機車仍處於人為操控中，有可能造成危險，肯定是駕駛⁶。另有學者認為引擎是否啟動不是問題，重點在於交通工具達到動力引擎驅動的速度，至於是引擎驅動或重力牽引，後者如下坡路段放空檔滑行，在所不問⁷。

3 臺灣高等法院 106 年度交上易字第 459 號。

4 臺灣高等法院臺中分院 102 年度交上易字第 48 號；臺灣高等法院 103 年度交上易字第 343 號。

5 王皇玉，不能安全駕駛罪之「駕駛」，月旦法學教室，第 153 期，2015/7，頁 66。

6 新北地方法院 104 年度審交簡字第 150 號；臺灣高等法院臺中分院 98 年度交上易字第 161 號。

7 蔡聖偉，刑法第 185 條之 3 的「駕駛」行為——評台灣新北地方法院 104 年度審交簡字第 150 號判決，台灣法學雜誌，第 292 期，2016/3，頁 186。德國刑法第 315 條 c 道路交通危險罪的要件是「駕駛交通工具……」，「駕駛」不以藉由動力的移動為要件，而是移動交通工具或在移動下操控機械設備，所以包含在沒有動力下的推車或操控、由坐在司機旁的乘車人操控、操控或煞住被牽引的汽車等皆屬之。交通工具是所有在公共道路上出現的移動方式，目的是運輸人或物，不只含動力交通工具，也包含腳踏車。Fischer, Strafgesetzbuch, 2019, § 315b Rn. 6, § 315c Rn. 3. 因此，有些條文使用「動力交通工具」（Kraftfahrzeuge），如刑法第 306 條放火罪，有些條文使用「交通工具」（Fahrzeug），如第 315 條 b 危害道路交通安全罪與第 315 條 c 道路交通危險罪，反觀我國刑法第 185 條之 3 或第 185 條之 4，都以「動力交通工具」為要件，畢

上述爭議以前者較合理，本罪的主體不是任何一位「肇事參與者」，也不是任何使用交通工具的行為與肇事具有因果關係者，都視為駕駛，行為人操控故障機車滑下山坡或下波為了省油關上引擎或車輛故障由其他車輛拖曳，行為與腳踩滑板車下坡無異。若以車輛進行速度判斷是否「駕駛」有疑義，例如電動自行車最大行駛速率在每小時 25 公里以下，雖屬「慢車」，仍是動力交通工具，速度快慢才是令本罪「駕駛」要件沒有客觀的統一標準。而電動輔助自行車雖是人力踩踏為主，但亦可轉換由電能提供動力，如果僅透過人力移動不應視為「駕駛動力交通工具」。依道路交通管理處罰條例第 62 條第 3 項規定，汽車駕駛人駕駛汽車肇事致人受傷或死亡者，應即採取救護措施，因此，肇事者對他人因而受傷居於保證人地位，本有刑法第 294 條違背義務之遺棄罪適用，故本罪規範目的在於即時救護。比較二罪差異，本罪的救助義務應限縮於行為人須駕駛動力交通工具，動力交通工具在引擎驅動下的危險性才是重點。因為行為人發動交通工具引擎並在其控制下移動，倘若失控催動油門，可能導致車輛暴衝，所帶來的危害性較大，是以，「駕駛」係指行為人透過引擎驅動操控交通工具或前或後移動。行為人僅是發動引擎或坐上駕駛座而尚未移動，或熄火違規停車導致他人自摔，或認為是與結果具因果關係的「肇事」，但因本罪要件是「駕駛」，而非「使用」，動力交通工具若處在靜止狀態，難謂本罪的「駕駛」，違規停車則是肯定過失犯的注意義務違反；反之，機車後座乘客與騎士聯手操控機車移動，二者都是駕駛；或短暫停車等紅燈，卻遭後方來車撞擊；或短暫路邊停車，開車門撞擊機車

騎士；或坐在發動引擎的機車上，以雙腳滑行前進，縱使目的是移車，不管距離多遠，皆為駕駛。

（二）肇事

本罪之行為人駕駛動力交通工具必須「肇事」，在大法官釋字第 777 號解釋前，實務認為肇事係指因駕駛人之行為致被害人死傷之事故，依現場之客觀情形，對車禍之發生有「條件原因」之人，諸如直接碰撞，或引擎發動下的違規停車或迴轉，後方來車因閃避而跌倒，或因為錯誤的號誌，導致他人反應不及摔車，或閃避行為人逆向行駛的來車而緊急煞車，人車倒地受傷，二車雖未碰撞，也因該車係造成閃避之原因等，均屬之⁸。因此肇事之原因為何，均非所問⁹。理由是依立法精神，交通事故一旦發生，而有發生人員傷亡之情況下，不論是撞人或被撞，或是因其他事故而造成死傷，只要是在駕駛動力交通工具過程內所發生，參與整個事故過程之當事人皆應協助防止死傷之擴大，故以行為人有駕駛動力交通工具肇事，致人死傷而逃逸之事實為已足，至行為人之肇事原因如何，是否有過失，亦非所問¹⁰。早期判決甚至認為，駕駛人和汽車是一整體，而且駕駛人與其乘客也是一整體，例如：駕車者臨停違規、下車離開，或車上乘客違規亂丟物品或隨意打開車門等，一旦肇事而逃逸，無論車內違規的一方係親友或一般人員，對於受害的另一方，都應共同構成一整體，居於保證人的地位，全該當於本罪所規

8 臺灣高等法院高雄分院 107 年度交上訴字第 77 號；最高法院 107 年度台上字第 3198 號。

9 最高法院 99 年度台上字第 2246 號；最高法院 102 年度台上字第 4023 號；最高法院 107 年度台上字第 2571 號。

10 臺灣高等法院臺南分院 105 年度交上訴字第 614 號。

範的肇事概念¹¹。

大法官於 2019 年釋字第 777 號解釋指出，「有關『肇事』部分可能語意所及之範圍，包括『因駕駛人之故意或過失』或『非因駕駛人之故意或過失』（因不可抗力、被害人或第三人之故意或過失）所致之事故，除因駕駛人之故意或過失所致之事故為該條所涵蓋，而無不明確外，其餘非因駕駛人之故意或過失所致事故之情形是否構成『肇事』，尚非一般受規範者所得理解或預見，於此範圍內，其文義有違法律明確性原則，此違反部分，應自本解釋公布之日起失其效力。」自此，實務判決已指出，倘非因駕駛人故意或過失所致事故之情形，即非該條所定「肇事」¹²。然駕駛人是否有過失，也因過失犯屬空白構成要件，有待法律解釋，逃逸者若認為自己行為無過失，因非「肇事」而逃逸，涉及的是「肇事」要件之法律意義解釋，關係行為人不法意識之有無，成立禁止錯誤，適用刑法第 16 條。

釋字第 777 號解釋認為「肇事」語意及於故意或過失所致之事故，但行為人對於事故之發生出於故意，逃逸是否成立本罪？不無疑義。按所謂駕駛動力交通工具肇事係指「發生交通事故」、「發生車禍」而言，應屬「意外」之情形。實務認為，「刑法上之殺人罪，不論積極行為殺人，抑消極行為殺人，均以行為人有戕害他人生命之決意為其主觀要件，而刑法第十五條規定之不作為犯，則僅止於消極行為之犯罪與積極行為之犯罪，在法律上有同一之效果，並非對於犯罪行為之意思要件，特設例外規定，故被告之行為縱令

¹¹ 最高法院 104 年度台上字第 2570 號。

¹² 最高法院 109 年度台上字第 28 號。

客觀上係違反法律上之防止義務，仍應視其主觀上之犯罪意圖，定其應負之刑責，非謂一有被害人死亡之結果，即必負消極殺人之責。至同條第二項所指之危險前行為，如係出於行為人故意犯罪之情形，對於防止其結果之發生並不具備保證人地位，於事實上亦無期待可能性，縱因自己之前行為在客觀上有發生一定結果之危險，仍無從課以防止危險結果發生之義務¹³。」是以，如果行為人蓄意使用交通工具以為殺人或傷害人之犯罪目的，由該條立法理由觀之，立法者本無對於行為人於故意殺人或傷人後，仍有停留現場對被害人為即時救護之期待，而是應成立殺人或傷害罪，非謂駕駛動力交通工具肇事¹⁴，本罪「肇事」範圍不應包含駕駛人故意發生交通事故的情形。

（三）逃逸

所謂「逃逸」係指逃離肇事現場而逃走之行為，駕駛人於肇事致人死傷時有「在場義務」，僅須行為人主觀上有逃逸之直接或間接故意¹⁵，客觀上有逃逸之行為為已足，擅離肇事現場之行為一旦付諸實施，犯罪即已完成，不論其逃逸行為是否得逞，被害人是否在他人的協助下獲得救護，皆不影響逃逸之成立。肇事駕駛人雖然不是不得委由他人救護，但仍應留在現場等待或協助救護，並確認被害人已經獲得救護、或無隱瞞而讓被害人、執法人員或其他相關人員得知其真實身分、或得被害人同意後，始得離去。縱使被害人已於第一時間死亡，而無救護可能時，亦應等候檢、警等相關人員確

¹³ 最高法院 100 年度台上字第 2643 號。

¹⁴ 最高法院 92 年度台上字第 1102 號；最高法院 95 年度台上字第 4264 號；最高法院 102 年度第 9 次刑事庭會議決議；林山田，同註 2，頁 318 以下。

¹⁵ 最高法院 107 年度台上字第 4099 號；最高法院 108 年度台上字第 3269 號。

認事故或責任歸屬後，始得離開現場。否則，僅委由他人處理或撥打救護專線請求救助，而隱匿其身分，或躲藏在圍觀人群中或留在肇事現場觀望，未向警員表明肇事身分，逕行駕駛機車離開現場，或現場確有其他人得以施救，或未適當處理事故而離開現場，嗣後自行折返，卻沒表明肇事身分，或經他人要求返回肇事現場或自認被害人並無受傷或傷無大礙，即可不待確認被害人已否獲得救護、不候檢、警等相關執法人員到場處理善後事宜，而得自行離去，以上皆屬逃逸¹⁶。

反之，行為人離開車禍現場前已通知救護車到場，且於救護人員到場對被害人實施救護，確認被害人生命、身體法益已獲救助之情況下始離開現場，縱其後係為躲避追訴而逃逸，依立法意旨不該當本罪¹⁷。又本罪是純正身分犯，並非所有與肇事具因果關係者，都有停留照料傷患的義務，例如將交通工具借給新手或無駕照的人使用，自己雖然在車上，因為不是駕駛動力交通工具，不該當本罪。行為人若使用詐術讓駕駛者誤認沒有肇事或無人傷亡，也不成立間接正犯，但唆使或幫助肇事致人死傷的駕駛者逃逸，仍可成立教唆犯或幫助犯。

（四）致人於死或傷

行為人成立本罪的要件須因肇事發生他人死亡或受傷之結果，如果僅是財損，無由成立本罪。有爭議的是，此要件是構成要件要素還是客觀處罰條件？主張前者的學者認為，行為人主觀上必須認

¹⁶ 最高法院 99 年度台上字第 2246 號；最高法院 100 年度台上字第 645 號；最高法院 106 年度台上字第 373 號；最高法院 107 年度台上字第 2831 號；最高法院 107 年度台上字第 744 號。

¹⁷ 最高法院 106 年度台上字第 2551 號。

識有事故發生以及在事故中有人因此死傷¹⁸。不同見解認為「致人於死或傷」是客觀處罰條件，只要肇事導致客觀上發生死傷結果即已足，至於逃逸者是否認識此結果，在所不問¹⁹。實務見解採客觀構成要件說，行為人主觀上對致人死傷之事實有所認識，並進而決意擅自逃離肇事現場，方成立本罪²⁰。由規範目的而論，肇事者如果不知有人死傷，何有不為救助之意，所以以客觀構成要件說較合理。至於行為人騎車自摔或駕車撞電線桿受傷，因條文並非是致「他」人死傷而逃逸，行為雖符合客觀構成要件，基於刑法保護他人法益，規範目的要求對他人即時救護，方禁止肇事逃逸，因此自摔行為不成立本罪。

有爭議的是，傷害程度從依文義解釋包含輕傷，無須達於無自救能力程度²¹。行為人駕駛動力交通工具肇事，他人受傷未達自救能力程度，成立刑法第 284 條前段過失輕傷罪，科以 1 年以下有期徒刑，但本罪規定逃逸則是 1 年以上 7 年以下有期徒刑，刑責顯不相當。其次，如果確認他人已經死亡，救助已無意義，禁止逃逸的目的無關即時救護，而是要求行為人應履行道路交通管理處罰條例第 62 條第 3 項「在場義務」，維護交通安全與釐清法律責任²²，既有行政罰可依憑，另以本罪論處是否符合立法意旨，不無疑義。

18 張麗卿，肇事逃逸罪「致人死傷」的判斷——最高法院 96 年度台上字第 5015 號判決評析，月旦裁判時報，第 22 期，2013/8，頁 97 以下。

19 林鈺雄，從肇事逃逸罪看實體法與訴訟法的連動性——評最高法院八十九年度台上字第七六二二號、九十一年度台上字第一三七號刑事判決，月旦法學雜誌，第 94 期，2003/3，頁 261；余振華，同註 1，頁 113。

20 最高法院 108 年度台上字第 3269 號。

21 最高法院 102 年度台上字第 4948 號。

22 最高法院 103 年度台上字第 4174 號。

甚至行為人以傷害故意駕車撞人後逃逸，不僅不成立肇事逃逸罪，尚可事後和解撤回告訴，免受訴追，而過失致人受傷後逃逸則無適用餘地，益見罪責失衡²³。只是實務對本條之適用仍認為無疑義²⁴，縱使行為人已預見或確信死、傷者能在他人協助下獲得救護，例如案發地點在消防分隊、警局或醫院前，仍無礙於本罪之成立²⁵。然而，本罪以加深生命或身體健康之抽象危險犯規定之，適用上卻不考慮具體情形可排除危險或不再存有危險，或限縮抽象危險犯之可罰性範圍，或以刑罰實現行政目的是否妥適等，實有斟酌之處。

在本案中，甲開車撞及騎乘機車的乙，導致乙彈飛、摔落山谷，因而受到嚴重傷害，甲雖然下車查看，為避免犯行為警查獲，即逕自駕車離開現場，肯定該當本罪之客觀與主觀構成要件，違法性與罪責性皆成立。

二、甲是否成立刑法第 294 條第 2 項遺棄致死罪？

（一）加重結果犯要件

刑法第 294 條違背義務遺棄罪是對無自救能力之人，依法令或契約應扶助、養育或保護而遺棄之，或不為其生存所必要之扶助、

²³ 最高法院 107 年度台上字第 3027 號上訴意旨。

²⁴ 最高法院 107 年度台上字第 3027 號，依據立法理由課以肇事者在場及救護義務，既合情、合理，且有正當性，負擔也不重，更具人道精神，復可避免衍生其他交通往來的危險，尤以社會大眾對於駕車肇事逃逸，咸認罪惡重大，立法機關呼應民意，修法提高罪責，乃全民意志之體現，無違法憲法第 23 條比例原則。

²⁵ 最高法院 107 年度台上字第 103 號，行為人肇事逃逸既侵害死、傷者得受即時救護權益，而合於本罪預定之一般、抽象性危險，不論行為人是否（能否）預見或有無死、傷者已陷於無從獲得即時救護危險之確信，均與本罪之成立無關。

養育或保護者。本罪屬身分犯，保護法益在於維持生命繼續存在的生存權，行為主體以法令有規範或契約所明定負擔扶養、保護義務之人為限。至於本罪是抽象危險犯與具體危險犯，存有不同見解。但由條文觀之，應屬前者，亦即行為人一旦不履行其義務，對於無自救力人之生存，罪即成立，不以發生具體危險情形為必要。因此，實務認為，行為人將無自救力的人轉手給警所、育幼院或醫院，無論是驅使無自救力之人自行進入，或將之送入，或遺置後不告而別，對於警所等而言，其交付或收受乃屬暫時性，充其量為無因管理，自不能因行為人單方的意思表示，課以各該機關（構）等公益團體長期接手扶養、保護的義務，而行為人即可免除自己的責任，故無礙本罪之成立²⁶。

本條第 2 項是加重結果犯，行為因而致人於死或重傷。刑法第 17 條加重結果犯係指行為人故意實行基本犯罪行為，因過失致發生加重之結果，故遺棄致死罪係犯故意遺棄致發生死亡結果之加重結果犯。在本案中，甲駕車不慎撞及乙，導致乙彈飛、摔落山谷，因而受有嚴重傷勢並引發中樞神經休克而死亡，故意遺棄成立基本罪。乙摔落山谷受重傷確實係無自救力之人，甲應該可以認識乙為無自救力之人，依法令應保護之，卻基於遺棄故意，消極不為其生存所必要之保護，導致乙經救護人員發現時已死亡。有疑義的是，肇事發生地點位處山區，與最近之醫院相距約 6 公里，救護車駕駛需約 15 分鐘始可抵達事發現場。甲逕自駕車離開現場，事發後約 5 至 10 分鐘內乙因嚴重傷勢引發中樞神經休克而死亡，亦即救護人員即使立即趕到現場，乙也無獲救可能，甲是否應負遺棄致死罪？

²⁶ 最高法院 104 年度台上字第 2837 號。

(二) 相當因果關係與客觀歸責

實務認為遺棄致死罪之成立，係以被害人之死亡與遺棄行為間具有因果關係者為限，此種加重結果犯之因果關係，不以直接因果關係為限，也包括間接因果關係，亦即不獨以遺棄行為直接致人於死者為限，即因遺棄而生死亡之原因，如因自然力之參加助成遺棄應生之結果，亦不得不認為因果關係存在。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，均足以造成同一結果者，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，並就事後客觀予以審查，認為被害人之死亡，確因行為人之傷害或遺棄行為所引起，足以發生此項結果而言。相當因果關係不僅是因果關係認定，且是責任歸屬之判斷，「行為與結果間，是否有相當因果關係，不僅須具備『若無該行為，則無該結果』之條件關係，更須具有依據一般日常生活經驗，有該行為，通常皆足以造成該結果之相當性，始足當之。若行為經評價為結果發生之相當原因，則不論有無他事實介入，對該因果關係皆不生影響；結果之發生如出於偶然，固不能將結果歸咎於危險行為，但行為與結果間如未產生重大因果偏離，結果之發生與最初行為人之行為仍具『常態關連性』時，最初行為人自應負既遂之責²⁷。」

實務針對遺棄致人於死罪，認為加重結果須客觀能預見，即依一般人之知識經驗，可得預見而言。至於在遺棄之過程中或其後，是否另有其他原因介入，合併為引發死亡之結果，此乃因果關係是

²⁷ 最高法院 107 年度台上字第 847 號。

否中斷之問題，與行為人對於死亡之結果，在客觀上能否預見，兩者應予分辨²⁸。反之，傷害行為後，在因果關係進行中，若被害人所受傷害，原不足引起死亡之結果，係因其後之妨害自由或遺棄行為獨立發生死亡之結果者，則被害人之死亡與加害者傷害之行為，並無相當因果關係，自難令負傷害人致死之罪責，而應依實際情形論以傷害、妨害自由與遺棄致人於死等罪或傷害、妨害自由致死罪、遺棄罪等罪。是以，實務認為若被害人之傷勢嚴重，足以獨立為其死亡原因者，雖有妨害自由、遺棄行為，惟被害人之死亡與妨害自由、遺棄行為無相當因果關係可言，自難成立妨害自由致死或遺棄致人於死罪²⁹。此結論與客觀歸責理論相同，加重結果犯的行為人實行故意基本行為，其與死亡或重傷結果具有因果關係，倘若此條件並非製造另一個獨立的、新的加重風險且有特別風險關聯，加重結果的發生應歸責於故意的基本行為。在本案中，甲逃逸之遺棄行為與乙之死亡結果間具有因果關係，甲雖有逃逸之遺棄行為，然乙傷勢嚴重，縱使即時送醫也無法改變已經死亡的結果，乙死亡結果與甲遺棄行為間，不具相當因果關係與客觀歸責，不成立遺棄因而致人於死罪³⁰。

三、甲考慮成立刑法第 276 條過失致死罪

行為人成立過失致死罪須因過失導致他人死亡，今乙因甲駕車

28 臺灣高等法院 106 年度侵上訴字第 248 號。

29 最高法院 91 年度台上字第 7168 號；最高法院 99 年度台上字第 6997 號；最高法院 101 年度台上字第 2402 號；最高法院 106 年度台上字第 2100 號。

30 參照臺灣高等法院 105 年度交上更（一）字第 4 號；最高法院 106 年度台上字第 3529 號。

不慎導致彈飛而摔落山谷，先受有傷害，因嚴重傷勢引發中樞神經休克而死亡，死亡結果已發生。又死亡結果必須與行為人的行為具有因果關係，甲駕車撞擊乙，行為屬積極作為，如果沒有甲開車撞擊乙，乙也不會跌落山谷，故肯定二者之間具因果關係。依相當因果關係，在一般情形下，有此環境、有此行為之同一條件，均足以造成同一結果者，則該條件即為發生結果之相當條件，肯定甲的行為與死亡結果具有相當性。學界主張過失犯除了行為是結果原因外，必須具有行為不法與結果不法，前者是行為人在客觀可預見結果的發生下違反客觀注意義務，亦即製造法所不容許風險；後者是行為除了製造不容許的風險外，結果之發生也必須與風險有關聯³¹。在本案中，甲不慎撞及對向車道的騎士乙，肯定違反客觀與主觀注意義務，違法性與罪責性皆存在，成立過失致死罪。

參、結論

甲駕駛貨車與騎士乙在公共道路上發生意外的交通事故，甲明知乙墜落山谷，不予以施救，反而仍逃離現場，行為成立肇事逃逸罪。甲逃逸之遺棄行為與乙之死亡結果間雖具有因果關係，只是乙傷勢嚴重，縱使即時送醫，也無法避免死亡結果的發生，其死亡結果與甲之遺棄行為間，不具相當因果關係與客觀歸責，不成立遺棄致死罪。甲開車不慎撞擊乙致死，行為與結果間具有（相當）因果關係與客觀歸責，成立過失致死罪其與肇事逃逸罪，二罪分屬二行為，犯意不同，侵犯不同法益，數罪併罰。

³¹ Fischer, aaO., § 18 Rn. 2.

第三四題 強制性交罪之「其他違反意願之方法」

甲係「茲○堂」之壇主，乙女至該處擔任義工，甲與乙數度交談後，得知乙篤信宗教、敬畏鬼神，且認知、理解及辨別事理之能力均較一般具有正常智識程度之成年人為差。又乙曾自3樓跳樓，導致有肢體障礙，腳、下半身脊椎傷害，無法自理生活，甲萌生淫念，多次向乙灌輸要與其發生性行為才可以治療乙上述病情，並稱乙體內有無形的魔，陰氣太重，而其八字可以退除陰氣，必須用管子插著，把污水、陰氣清洗，透過陰陽調和，身體才會變好。乙害怕鬼神之說，讓甲分別對其為性交5次得逞。問：甲成立何罪？

壹、問題爭點

行為人以科學上無法印證之手段誘使他人與之性交，靈異災厄之說令人心生畏懼，但是否為刑法上的「恐嚇」？強制性交罪的方法有列舉的強暴、脅迫、恐嚇、催眠術，「其他違反其意願之方法」之性質為何？又應如何解釋？此爭點關係行為人趁人急迫無助下的非理性性交決定，行為人究竟成立強制性交罪或乘機性交罪？

貳、案例分析

一、甲是否成立刑法第 221 條第 1 項強制性交罪？

強制性交罪是對於男女以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法而為性交。本條於 1999 年有重大修改，認為「姦淫」一詞其意為男女私合，或男女不正當之性交行為，不無放蕩淫逸之意涵，對於被害人誠屬難堪，故予修正為「性交」。保護的被害人不分性別，甚至配偶對另一方為強制性交，亦可成立本罪，後者依刑法第 229 條之 1 為告訴乃論罪。而修法最大的改變莫過於將原條文中的「致使不能抗拒」修正為「違反其意願之方法」，理由是原條文要求過於嚴格，容易造成受侵害者須要「拼命抵抗」才能成立，卻可能造成生命或身體方面更大的傷害。

「性交」意義明定於刑法第 10 條第 5 項，「非基於正當目的所為之下列性侵入行為：一、以性器進入他人之性器、肛門或口腔，或使之接合之行為。二、以性器以外之其他身體部位或器物進入他人之性器、肛門，或使之接合之行為。」今甲對乙為性交，只是性交必須透過對乙施以強暴等方法為之。強暴是行為人針對人的身體施以直接或間接的力量，令被害人身體受強制；脅迫與恐嚇則是對被害人精神施以影響，令人不得不屈服或順從行為人的意思。對恐嚇與脅迫之區別，有主張行為人施以現時惡害通知者，為脅迫；如以未來之惡害告知者，則為恐嚇¹。或有認為二者無區別實

¹ 甘添貴，強制性交罪之評析與適用，收錄於：刑事思潮之奔騰——韓忠謨教授紀念論文集，2000，頁 331。

益，只是強制程度必須依據個別條文所保護之法益而定，故將「脅迫」與「恐嚇」並列，應該是重複的規定²，另有論者主張司法實務上只要注意行為是否壓抑他人的意思自由即可，無須費神區別「脅迫」與「恐嚇」概念³。

「脅迫」與「恐嚇」相同之處是對被害人施以精神上的影響，且與「強暴」一樣，必須對被害人產生強制效果。依現行法規定，脅迫的最低強制效果是刑法第 304 條強制罪，只要敏感的惡害即已足，最高的效果是刑法第 328 條的強盜罪「至使不能抗拒」，處於中間者是依大法官釋字第 630 號對準強盜罪的解釋，強制程度是「難以抗拒」。與脅迫不同的是「恐嚇」，後者強制效果必須令人心生畏怖，但未達於不能抗拒，如刑法第 346 條恐嚇取財罪即屬之。對強制性交罪而言實無區別必要，皆屬違反他人意願。刑法以強制為要件的犯罪目的是禁止對他人意思決定與行動自由為任何的干預，因此，任何一種手段與其產生效果的終局目的在於令被強制者作出特定行為、忍受或不作為，皆為強制，強制性交罪的強制是行為人得以遂行性交目的，至於被害人是否有做出抗拒反應，並非重點⁴。

在本案中，甲萌生淫念，多次向乙灌輸要與其發生性行為才可以治療乙病情，並稱乙體內有無形的魔，陰氣太重，而其八字可以

2 陳子平，性交及傷害與加重強制性交罪，月旦法學教室，第 86 期，2009/12，頁 34。

3 薛智仁，強制性交罪（刑法第二二一條第一項）修正之研究，刑事法雜誌，第 44 卷第 1 期，2000/2，頁 94。

4 黃惠婷，證明「違反意願」非強制性交罪之必要條件——簡評九九年度臺上字第四八九四號判決與九九年度刑事庭第七次會議決議，台灣法學雜誌，第 161 期，2010/10，頁 201。

退除陰氣，但必須用管子清洗體內污水與陰氣，並透過陰陽調和，身體才會變好。甲一番說詞令乙害怕鬼神，遂讓甲性交得逞。有疑義的是，乙心生畏怖，甲是否對乙施以脅迫或恐嚇？脅迫與恐嚇是一種未來惡害的通知，學者提出所謂的「影響原則」，認為惡害之實現與否應視行為人的意思而定，才是刑法上的脅迫或恐嚇。如果惡害的實現與否獨立於行為人的意思外，應是一種「警告」，而非脅迫或恐嚇⁵。換言之，行為人的脅迫或恐嚇的惡害內容必須經由行為人的積極作為以實現，縱使假手或利用他人行為以達目的，行為人也必須能影響他人，例如揚言派殺手殺害；反之，惡害的實現必須由行為人以外的人或被害人作為下才可能發生，行為人無法影響之，例如告知被害人若不趕快逃跑，仇家馬上到，則是警告⁶。

有疑義的是，行為人若以怪力亂神之說恐嚇被害人，是否為本條項「其他違反其意願之方法」？實務認為本條項所稱「『其他違反其意願之方法』，並不以類似同條項所列舉之強暴、脅迫、恐嚇或催眠術等方法為必要，祇要行為人主觀上具備侵害被害人性自主之行使、維護，以足使被害人性自主決定意願受妨害之任何手段，均屬之。而人之智能本有差異，於遭逢感情、健康、事業等挫折，而處於徬徨無助之際，其意思決定之自主能力顯較薄弱而易受影響，若又以科學上無法即為印證之手段為誘使（例如法力、神怪、宗教或迷信等），由該行為之外觀，依通常智識能力判斷其方法、

5 Omlin, *Intersubjektiver Zwang und Willensfreiheit*, 2002, S. 40.

6 黃惠婷，由實務判決探討宗教性侵害問題，軍法專刊，第 62 卷第 1 期，2016/2，頁 10 以下。

目的，欠缺社會相當性，且係趁人急迫無助之心理狀態，以能解除其困境而壓制其理性思考空間，使之作成通常一般人所不為而損己之性交決定，此行為即屬一種違反意願之方法，是以，行為人若施以此方法而使人為性交之行為，即與犯罪構成要件該當⁷。」在本案中，甲係對有精神及身體障礙之乙，以鬼神之說、陰陽調和之術等事由，使尚具有保護自身意識、然懾於甲說詞之乙不敢反抗，以壓制乙性自主決定之意思，而遂行其對甲女為性交犯行，成立強制性交罪⁸。學界有採肯定見解者，認為行為人手段在製造被害人心理恐懼，藉此強化進行行為支配，至少已令被害人陷於不自由、無助或不受保護的強制作用下，屬類似「恐嚇」的強制手段⁹。

上述見解有待商榷：

理由一：行為人使用自然科學知識所不承認存在或非實際且脫離人之支配力的方法或影響、或針對不實際的客體，以實現構成要件的不法結果，稱為「迷信犯」。國內學者有主張，迷信犯欠缺刑法上的決意或構成要件故意，行為人單純的希望不會動搖一般人遵守法規範的意思，縱使不加以處罰也不會動搖法律威信，行為不具可罰性¹⁰。甚至有論者認為行為人是出於「加重型的重大無知¹¹」，適用新法第 26 條，行為不罰。實務見解亦採之¹²，認為行

7 臺灣高等法院 104 年度侵上訴字第 273 號。

8 最高法院 102 年度台上字第 3692 號；最高法院 103 年度台上字第 3490 號；最高法院 105 年度台上字第 2866 號。

9 王皇玉，強制手段與被害人受欺瞞的同意——以強制性交猥褻罪為中心，臺大法學論叢，第 42 卷第 2 期，2013/6，頁 410。

10 黃常仁，刑法總論——邏輯分析與體系論證，2009，頁 177 以下；王皇玉，刑法總則，2019，頁 389 以下。

11 林鈺雄，犯罪之階段——不能未遂、中止未遂，月旦法學教室，第 34 期，2005/8，

為人以施放符咒之手段想危害生命或身體健康，乃係以自然科學上無法證明之超自然手段為之，根本是人力所無法支配之因果歷程，自不可能發生其所欲達到之犯罪結果，亦無危險。或認為行為完全不足以引起一般人對行為人法敵對意識之聯想或法規範威信之動搖¹³。因此，行為人假借宗教之名或方法恐嚇被害人，既無法成立恐嚇個人危安罪，又豈能對同在刑法體系中的強制性交罪「恐嚇」要件為不同解釋，而肯定是「恐嚇」。宗教與信仰的教義或儀式活動無法證實真假，如果行為人基於自己的信仰而告知，為警告。如果行為人根本不相信，而是別有目的地胡言亂語（如取財或性交），則是使用詐術。再者，行為人使用的方法無法轉化為實際可以感受的惡害，縱使被害人心生畏懼，也難以評價為刑法上所禁止的「恐嚇」。因為具有刑法意義的恐嚇除了足以令人心生畏懼外，必須是人類力量可操控或支配的方法，並以可能發生實害結果為要件。又刑法處罰的行為必須是製造法所不容許的風險，以宗教之名的靈異之說是否能製造風險，已超乎人類的知能以外。因此，行為人施以鬼神之說、陰陽調和之術以達性交目的，不應視為刑法上的「恐嚇」方法。

理由二：行為人是否該當犯罪構成要件，以「行為時」為準，例如 A 開車前往想殺害 B，途中天色昏暗且下大雨，不小心撞擊機車騎士，下車發現是 B，且已身亡，A 成立殺人罪嗎？其理至明。強制性交罪是行為人施以違反意願程度的強制，目的是性交。

頁 56。

12 雲林地方法院 97 年度聲判字第 7 號裁定。

13 桃園地方法院 94 年度訴字第 2568 號。

性交是否違反意願，針對人而言，法條規定違反「其」意願，所違反者是性交對象的意願，但不是依一般人或主事者的經驗與認知判斷。針對時而言，是以性交「行為時」為準，而非性交「行為後」或「行為前」的認知與感受。近期實務判決亦指出¹⁴：「性自主決定權，乃個人一身專屬且隨時存在之權利，故判斷猥褻、性交行為是否違反被害人之意願，自應以被害人遭猥褻、性交時，當下之性自主決定權是否受到壓抑為準。」

綜上所述，行為人利用被害人的愚昧無知，使用連自己也不會相信的話術欺瞞恐嚇，也不應將被害人有瑕疵的同意性交視為「其他違反其意願之方法」。本條項的強暴、脅迫、恐嚇與催眠術是列舉的強制方法，其他違反其意願之方法是概括規定，亦即其他方法也必須有如強暴或脅迫一樣，強制程度是違反意願。否則，如採實務見解，行為人利用被害人篤信鬼神之說，被害人擔心不立即交付財物，災厄立現，現世報之說難道也是強盜罪的「他法」嗎？因此，實務認為此概括規定不以類似同條項所列舉之強暴、脅迫、恐嚇或催眠術等方法為必要，乃是不利於行為人的類推適用，有違罪刑法定原則。

二、甲考慮成立刑法第 225 條第 1 項乘機性交罪

本條項乘機性交罪是對於男女利用其精神、身體障礙、心智缺陷或其他相類之情形，不能或不知抗拒而為性交者。本罪配合刑法第 19 條用語，修正為利用「其精神、身體障礙、心智缺陷或其他相類之情形」，並於立法理由揭明「本條被害人狀態之認定，不以

¹⁴ 最高法院 106 年度台上字第 1652 號。

被害人是否領有身心障礙手冊為判斷之依據，而係以被害人身、心之客觀狀態作為認定之標準，以與保護被害人之意旨相呼應。」

本罪之性質在於行為人係趁被害人囿於本身因素所造成無法或難以擷取意願之狀態下而為性交或猥褻行為¹⁵。實務進而認為，本罪與刑法第 222 條第 1 項加重強制性交罪之主要區別，「在於犯人是否施用強制力及被害人不能抗拒之原因如何造成，為其判別之標準。如被害人不能抗拒之原因，為犯人所故意造成者，應成立強制性交罪。如被害人不知或不能抗拒之原因，非出於犯人所為，僅於被害人精神、身體障礙、心智缺陷或其他相類之情形，犯人乘此時機以行性交行為者，則依乘機性交罪論處¹⁶。」

由條文規定得知，行為人是故意利用他人不知或不能抗拒的特殊情形，立法者基於規範理由而使被害人的同意無效或認定欠缺意思表達，行為人的性交行為是一種趁人之危或處於弱勢情境下的性濫用，其與違反被害人意願的性強制不同。「不知反抗」是有能力反抗，但不清楚或誤解客觀事實而沒有反抗或表達抗議，例如因智能障礙或因酒醉辨識能力顯著降低，後者俗稱「撿屍性侵」¹⁷。所謂「不能反抗」係指沒有反抗的能力，被害人對反對行為人性要求的意思決定無法形成、表達或實現，例如被害人昏迷、使用藥物或毒品陷於神智恍惚。但被害人雖然手腳或身體無能抗拒或不能動彈，卻能以翻身、搖頭或口頭傳達拒絕，則行為人強行寬衣解帶而性交行為的方法應歸屬「強暴」。在多數的宗教性侵害情形中，行

¹⁵ 最高法院 102 年度台上字第 5128 號。

¹⁶ 最高法院 106 年度台上字第 2292 號。

¹⁷ 黃惠婷，以宗教之名行性交行為之刑責——最高法院 104 台上 2902 判決，台灣法學雜誌，第 290 期，2016/2，頁 183 以下。

為人趁人急迫、無助、絕望或茫然之心理狀態，以能解除其困境而說服被害人聽從其意，被害人多屬有精神、身體障礙、心智缺陷或其他相類之情形，被害人因信仰宗教，相信行為人所言，因可認定其是在「無知」或「不知」下而與之為性交，故從規範目的、要件與刑罰相同而論，成立乘機性交罪較合理。

在本案中，乙篤信宗教、敬畏鬼神，且認知、理解及辨別事理之能力均較一般具有正常智識程度之成年人為差，甲得知後反而假借宗教之名滿足自己的性慾，乙不知抗拒的原因不正是如上述實務見解所言，是出於自己的信仰才主動親近或依附甲，甲具有乘機性交故意，違法性與罪責性皆成立，甲成立乘機性交罪。

參、結論

實務認為甲以科學上無法印證之手段為誘使，令乙相信靈異之說，是強制性交罪所稱「其他違反其意願之方法」。此見解不僅混淆強制性交罪與乘機性交罪或利用權勢性交罪的界限，且造成對刑法其他條文之概括要件解釋欠缺一致性，屬不利行為人的類推適用。人的智能本有差異，於遭逢感情、健康、事業等挫折，而處於徬徨無助之際，其意思決定之自主能力顯較薄弱而不知對他人的性交予以抗拒，故合理見解是乘機性交罪。

第三五題 加重強制性交罪

甲、乙、丙與丁4人同住於法務部○○署○○中學同一樓房內，平常4人會互相開玩笑或惡作劇，例如抓下體、摟摟抱抱等。某日下午，甲、乙與丙坐在丁的床上聊天，因聊及「千年插」話題，丙在旁聽聞後，對丁嬉笑稱「看一下屁股」，詢問丁想不想被插「屁眼」（即肛門）看看，丁表示「不要」，甲與乙仍然徒手壓住丁的雙腿，無視丁企圖掙脫，執意由丙到房間後方置物櫃拿取1支棉花棒沾沐浴乳後，將棉花棒插入丁的肛門約2分鐘左右。甲、乙及丙不顧丁一再拒絕、掙扎想起身，仍共同強力壓制丁，以棉花棒插入丁的肛門得逞，甲等人法庭上辯稱：不知道行為是「性交」。問：甲、乙與丙的刑責為何？

壹、問題爭點

強制性交罪之「性交」意義為何？如果行為人的行為符合第10條第5項之法定「性交」定義，卻無關性慾之滿足，而是出於開玩笑、惡整或教訓心態，是否仍為「性交」行為？另外，現行法第222條有處罰加重強制性交罪，其中第1項第1款是「二人以上

共同犯之」，應如何認定「二人以上」？參與者之責任能力與否會影響人數的認定嗎？

貳、案例分析

一、甲、乙與丙是否成立刑法第 221 條第 1 項強制性交罪？

強制性交罪是對於男女以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法而為性交。本條列舉的強制方法是強暴、脅迫、恐嚇或催眠術，其中強暴是行為人針對人的身體施以直接或間接的力量，令被害人身體受強制。在本案中，丁已經對甲等人表示「不要」被插「屁眼」（即肛門），甲、乙與丙仍然徒手壓住丁之雙腿，不顧丁一再拒絕、掙扎想起身，仍共同強力壓制丁，以棉花棒插入丁肛門得逞，肯定甲等人使用強制。只是甲等人共同合意以棉花棒插入丁肛門是否為「性交」？實務針對本案有正反意見解：

（一）否定說

依刑法第 10 條第 5 項規定，性交是「非基於正當目的所為之下列性侵入行為：一、以性器進入他人之性器、肛門或口腔，或使之接合之行為。二、以性器以外之其他身體部位或器物進入他人之性器、肛門，或使之接合之行為。」有學者認為，行為人基於滿足性慾望或性侵害之意圖，而以器物進入他人之性器、肛門時，依強制性交罪論處，應屬無疑。本罪無主觀意圖或目的之限制，行為人係純以傷害之意思，而為此等行為，除成立輕傷或重傷罪外，倘認其亦構成強制性交罪，不僅與罪刑法定原則有違，且亦已超出責任

原則之範圍¹。另有學者認為性犯罪是傾向犯，除了一般的故意外，還必須具備特殊的心理傾向，是以，性犯罪必須出於滿足淫慾的傾向，如以竹竿插入性器官或打氣筒插入肛門致傷，應成立傷害罪或重傷罪²。

地方法院針對「性交」定義認為，刑法特設妨害性自主罪章係為保障他人關於性意思形成與決定之自由，必須以妨害他人關於性意思之自由為前提，並就壓制性自主權之強制行為特設重罰規定，故與一般侵害身體自主權之傷害、妨害自由或強制等罪有別。性自主權相較於其他自由法益或身體主權，為一種對於身體私密領域更貼近、更嚴重的侵入與破壞，行為人是否成立妨害性自主罪章等罪名時，應考量行為人是否對侵害被害人之性自主權有所認識，因此要求行為人主觀上尚須要有性交之意識，亦即認識其行為與性方面有關，以該侵入行為，興奮或滿足自己性慾之性意識，始具有本罪之故意。其次，強制性交未遂與強制猥褻之區別，應視行為人有無性交之犯意為斷。若行為人意在性交（姦淫），而已著手實行，縱未達目的，仍應論以強制性交未遂罪，不得論以強制猥褻罪。又行為人如係出於強制性交之犯意，先對被害人為強制猥褻，繼而為強制性交，其中強制猥褻行為係強制性交之前置行為，依刑法行為階段理論，則強制猥褻行為已被強制性交之高度行為所吸收，不另論罪。因此，強制猥褻罪之低度行為成立須行為人有滿足其性慾之主觀要件，則若謂論處強制性交罪之高度行為時，主觀上卻不以滿足

¹ 甘添貴，強制性交罪之評析與適用，收錄於：刑事思潮之奔騰——韓忠謨教授紀念論文集，2000，頁335。

² 林東茂，刑法分則，2018，頁72以下。

性慾為必要，此評價顯有失衡。從而認定是否成立強制性交罪時，須審究行為人於行為時其主觀是否具有性交之意識，其可以是滿足行為人自己之性慾，或有意以壓制性自主權之方式羞辱、凌虐被害人，而使之成為發洩性慾之工具，皆屬之。因此，如客觀上符合刑法第 10 條之性交行為，主觀上係基於傷害、妨害自由或其他犯意而為之，仍不得以強制性交罪相繩。在本案中，甲等人以強暴之方式，違反丁之意願，以棉花棒沾沐浴乳進入丁之肛門，客觀上雖符合法定所稱之性交定義，惟主觀上對於以棉花棒進入被害人肛門之事，並無滿足或興奮在場任何之人性慾之性意識，因此不構成強制性交³。

（二）肯定說

最高法院向來的見解認為，本罪係為保護個人之性自主決定權之立法目的，關於性交行為之成立，自不以主觀上欲興奮或滿足性慾為必要。器物可以是飲料瓶罐、掃帚柄、馬桶刷、竹筷、白板筆、胡蘿蔔或打氣筒等，縱使是基於傷害報復或惡作劇仍符合「以器物進入他人之性器」要件⁴。此外，判決亦指出刑法所禁止的猥褻行為，「除碰觸個人身體的隱私處或敏感部位，足以刺激或滿足自己性慾，或挑動他人引起性慾之客觀行為外，因尚須行為人主觀上具有滿足性慾之意思，且客觀外顯行為具多樣化，無法以抽象、客觀的文字，予以特定類型化、具體化，故刑法的『猥褻行為』，並無以立法方式，明文規定其定義，則是否成立猥褻行為，尚須參酌行為人主觀的動機、目的及意欲，始能判明；然性交行為，已在

3 臺灣橋頭地方法院 105 年度侵訴字第 172 號。

4 最高法院 102 年度台上字第 1471 號；最高法院 104 年度台上字第 292 號。

刑法第 10 條第 5 項第 1、2 款明文規定其定義，有意不將行為人主觀上須有欲興奮或滿足性慾之性意識，納入該條項法文中，並於立法理由中強調說明此係為維護被害人的性自主權及性尊嚴。足見『猥褻』與『性交』二行為，在行為人主觀上，需否具有欲興奮或滿足性慾之性意識，顯有不同。『猥褻』雖然係『性交』之前階段行為，且強制性交罪之法定刑較強制猥褻罪為重，也不能依『舉輕以明重』法則，認為『性交』行為，亦應與『猥褻』行為，同以行為人在主觀上須具有滿足其個人性慾為必要。」是以，最高法院認為，甲等 3 人的行為既非基於醫療目的，且依各該行為當時的情境，亦難認有何其他正當目的；甲等人縱使僅係出於嬉戲，而無滿足自己性慾之主觀性意識，亦與前開條文所規定的「性交」行為相符，故該當刑法第 221 條第 1 項之強制性交罪構成要件⁵。

2005 年增修刑法第 10 條第 5 項的理由如下：為避免基於醫療或其他正當目的所為之進入性器行為，被解為係本法之「性交」行為，爰於序文增列「非基於正當目的所為之」文字，以避免適用上之疑義。另為顧及女對男之「性交」，難以涵括於「性侵入」之概念，增列「使之接合之行為」，後者如行為人逼迫被害人口含行為人性器、或逼迫被害人以器物進入其性器或肛門。由此可見，立法者先擴大性交行為的定義，之後寧可以「正當目的」與否限縮性交定義，仍不考慮「性交」應與性慾有關聯；換言之，行為人的行為符合第 10 條第 5 項規定，目的在於羞辱或傷害被害人，或動機純為開玩笑，縱使無關性慾，甚至雙方不知如此行為是刑法所處罰的性交，也是對被害人性自主的侵害。在性開放與兩性價值觀改變的

5 最高法院 107 年度台上字第 1614 號。

時代，無關性慾的「性交」是否應以強制性交罪論處，不無疑義。否則只要觸及身體不該碰之處，一律視為妨害性自主，導致僅攜帶兇器為強制性交，卻無關滿足性慾（7 年以上有期徒刑），比重傷罪（5 年以上 12 年以下有期徒刑）處罰更重，於刑罰均衡上有斟酌之餘地。更何況，現行法對無關性慾的上述行為並非無法可制約，如（重）傷害罪、強制罪或剝奪行動自由罪等。在本案中，甲與乙徒手壓住丁的雙腿，無視丁企圖掙脫，肯定是強暴行為，丙將棉花棒插入戊的肛門，行為依實務見解與性交定義，三人乃是基於共同決意分工為強制與性交行為，具有共同強制性交的故意。

二、甲、乙與丙是否成立刑法第 222 條第 1 項第 1 款加重強制性交罪？

刑法第 222 條規定八款情形屬加重強制性交罪，學界對此八款之性質有不同見解，一說主張加重處罰條件說⁶，因為各事由係針對普通強制性交犯罪所可能造成更加嚴重的法益侵害情形，予以加重處罰，只要行為人符合加重事由所描述者，即擬制已造成被害人更大之損害，故加重處罰之。不同見解認為是加重構成要件要素⁷，行為人主觀上必須對加重要素有所認識。實務判決曾指出，行為人對於被害人之精神、身體及心智狀態列為犯罪成立之客觀構成要件，主觀上應有所認識或預見，至少亦應具對該等之人為強制

6 褚劍鴻，刑法分則釋論（上冊），2004，頁 660；陳友鋒，少女殺手的下場——刑法上性行為尺度之概略輪廓，華岡法粹，第 39 期，2007/11，頁 237。

7 林山田，刑法各罪論（上），2006，頁 236；盧映潔，刑法分則新論，2018，頁 387。

性交之不確定故意，始與該罪之構成要件相當⁸。上述爭議以後者較合理，例如針對該條項第 1 款情形，強制性交罪的行為人支開他人，沒想到他人為了讓其犯罪過程順利，在行為人不知情下主動在外把風或為其排除障礙，顯然地，二人彼此之間無犯意聯絡，不成立加重強制性交罪，而是普通強制性交罪的（秘密）幫助犯。又例如行為人不知被害人是未滿 14 歲或心智缺陷之人或不知隨身背包內有兇器等情形，若論以加重強制性交罪，有違規範目的。

有疑義的是，第 1 項第 1 款「二人以上共同犯之」之意義為何？是否只要參與本罪者皆算入「二人以上」的人數嗎？針對此問題有如下見解：

（一）輪姦說

舊刑法第 222 條為輪姦罪，乃必要共同正犯，須有二人以上之男子，基於共同之犯意聯絡，而共同輪流實施強姦之行為，始足當之；換言之，輪姦罪以在場共同輪流實施姦淫之行為者為限，不包括同謀共同正犯在內⁹。實務判決也認為輪姦罪為必要共犯，須二人以上有意思聯絡共同實施，始足當之¹⁰。學者認為舊法輪姦罪屬加重規定，其是行為人連續數次透過共同正犯的關係而強姦既遂之情形，本質是數次的強姦既遂之結合犯，且因輪姦罪未處罰未遂犯，每位行為人必須達於強姦既遂¹¹。1999 年增訂本條項款的理由稱「本條除第一款於原條文中有規定外，其餘各款均係增訂。」是以，有主張第 1 款是取代舊法的輪姦罪，如果實施性交者只有一

8 最高法院 103 年度台上字第 18 號。

9 最高法院 86 年度台上字第 445 號。

10 最高法院 72 年度台上字第 5148 號。

11 黃榮堅，刑法問題與利益思考，1998，頁 408 以下。

人，另外一人僅為強制行為，二人成立普通強制性交罪之共同正犯¹²。

(二) 共同正犯說

此說認為二人以上共同犯強制性交罪之構成要件行為，不以二人均有輪姦行為為必要，若有犯意聯絡及行為分擔，縱推由其中一人對於男女為性交之行為，仍應加重強制性交論處，實務採之¹³。例如 A 夥同少年 B 想對 C 女為強制性交，並由 B 摀住 C 之口，且強拉至路邊暗巷內壓制在地，A 因恐被路人識別出所騎乘機車之車牌號碼，蓄意將機車騎至距離案發地點約 30 公尺外之隱蔽處停放，再徒步返回現場欲和 B 實施強制性交。但 B 正想為性交犯行之際，適巧聽聞附近住家傳來鐵門開啟之聲響，深怕遭人察覺，二人乃倉皇離去，致未能強制性交既遂，成立刑法加重強制性交未遂罪。此外，依實務見解，本條項款的行為人必須具有責任能力，方能計入共同正犯的數目¹⁴。

實務肯定犯意聯絡可以是默示，認為所有人「應對其共同犯意聯絡範圍內之全部犯罪事實負責，而其犯意聯絡表示之方法，固不以明示通謀為必要，即相互間有默示之合致者，亦屬之。惟所謂默示之合致，係指就其言語、舉動或其他相關情事，依社會通常觀念，得以間接推知其意思者而言。如僅係同時在場或單純之沉默，

¹² 蔡墩銘，刑法各論，1999，頁 396。

¹³ 臺灣高等法院臺中分院 99 年度上訴字第 2455 號；最高法院 101 年度台上字第 1228 號。

¹⁴ 原最高法院 28 年上字第 3242 號判例：「刑法對於無責任能力者之行為，既定為不罰，則其加功於他人之犯罪行為，亦應以其欠缺意思要件，認為無犯意之聯絡，而不算入於共同正犯之數。」

尚與默示之合致有間。故除有證據證明未明示之一方確有推由他人共同實行特定行為者外，縱其於他人實行行為之過程中，未為反對之陳述或另為表意，仍不宜任意擴張共同正犯之概念，認其嗣後之客觀行為與他人先前之行為者間有默示合致之共犯行為¹⁵。」

行為人參與實施犯罪構成要件以外之行為或以自己共同犯罪之意思，事先同謀而由其中一部分人實施犯罪之行為者也可以是共同正犯，「共同正犯之意思聯絡，不限於事前有所協議，其於行為當時，基於相互之認識，以共同犯罪之意思參與者，亦無礙於共同正犯之成立¹⁶。」近期判決在以下案例對共同正犯之犯意聯絡有如下認定：某晚 A 女與 B、C、D 三男一起跳舞喝酒，A 女因酒醉失去意識，三男遂將 A 女抬入計程車，A 女酒醒恢復意識，欲離開旅館返家，B 對 A 女強制性交得逞，B 放開 A 女後，A 女急欲開門離去，原本在一旁觀看的 C 又對 A 女強制性交得逞。C 罷手後，A 女欲起身離去，又遭 D 強制性交得逞。最高法院認為 B、C、D 其中一人對 A 女強制性交時，其餘二人均僅在旁觀看，並無共同壓制 A 女或替行為人把風、看守，使其犯行順遂之行為分擔，且均待該人行為結束，A 女欲離開之際，下一人始再將 A 女拉回要求發生性行為，是各自臨時起意所為，自均僅應就自己所實施之強制性交犯行負擔罪責，對於他人之強制性交犯行，尚乏犯意聯絡及行為分擔，無從論以共同正犯，因此係分別犯強制性交罪，則彼此間並非共同正犯關係¹⁷。

¹⁵ 最高法院 106 年度台上字第 745 號。

¹⁶ 最高法院 96 年度台上字第 4214 號。

¹⁷ 最高法院 106 年度台上字第 3523 號；地方法院則認為，三人就各該強制性交犯行間有犯意聯絡與行為分擔，應成立二人以上共同為強制性交罪，桃園地方法院 104 年

又「所謂參與犯罪構成要件以外之行為者，係指其所參與者非直接構成某種犯罪事實之內容，而僅係助成其犯罪事實實現之行為而言，苟已參與構成某種犯罪事實之一部，即屬分擔實行犯罪之行為，雖僅以幫助他人犯罪之意思而參與，仍屬共同正犯¹⁸。」因此，僅為強制或在外把風行為¹⁹，甚至他人強制性交前的參與都可計入「二人以上共同犯之」，後者如 A 女鼓吹被害人 B 女與 C 交往，稱 C 不近女色，要被害人主動向 C 示好，以達由 C 對 B 強制性交之目的，A 於 C 強制性交當下並未在場共同實行或分擔強制性交行為，實務仍以二人以上共同犯強制性交罪論²⁰。

（三）在場說

早期的最高法院判例曾指出²¹：「刑法分則或刑法特別法中規定之結夥二人或三人以上之犯罪，應以在場共同實施或在場參與分擔實施犯罪之人為限，不包括同謀共同正犯在內。司法院大法官會議釋字第一〇九號解釋『以自己共同犯罪之意思，事先同謀，而由其中一部分之人實施犯罪之行為者，均為共同正犯』之意旨，雖明示將『同謀共同正犯』與『實施共同正犯』併包括於刑法總則第二十八條之『正犯』之中，但此與規定於刑法分則或刑法特別法中之結夥犯罪，其態樣並非一致。」故有學者對「二人以上共同犯之者」即以「在場」作為限縮的標準，即「二人」均須在場，始得算

度侵訴字第 135 號。

18 最高法院 102 年度台上字第 2142 號。

19 最高法院 102 年度台上字第 922 號。

20 最高法院 98 年度台上字第 1207 號。

21 原最高法院 76 年台上字第 7210 號判例。

入²²。另有學者認為，共同強制性交加重處罰的理由依據並非單純著眼於加害人共同實施強制行為，對被害人人身安全有高度的危害性，而係有其他的考量²³。性所涉及的是個別個體內在性的感覺、私密的想像，是個體性格的核心要素，本身具有隱密性的特質。此種隱密性質在性價值的社會演進過程中，進而衍生出性的獨占性，而躍升為性自主支配的核心價值²⁴。支持此說的學者認為，性行為的獨占性與私密性說明性自主具有特殊價值，行為人在場與否所顯現之意義，實則已超越了實務上所考慮「在場」之原因，並非僅在於固有意義的行為潛藏危險性的增加而已。當個人的性價值也成為重要的參考參數時，即使共同正犯中之個別行為人沒有參與任何強制行為或性交行為，但基於共同犯意聯絡而在現場，由於被害人遭強制性交之際猶供人觀看，對被害人所產生之身心創傷不可謂未加重，同時侵害社會對於性的隱密性之價值認識，因此「在場」之行為應屬於第 222 條第 1 項第 1 款二人以上共同犯強制性交罪的適用範疇，前提是個別行為人之間仍須有主觀犯意聯絡，倘若僅是偶然出現在現場，而單純於一旁參看，則排除之²⁵。

上述見解以「在場說」較合理，刑法以二人或三人以上共同犯罪為加重構成要件要素，不外乎是著眼於此多人在場會降低被害人的抵抗機會，而且行為人彼此之間相互激勵提高行為的危險性，故

²² 黃榮堅，美麗陷阱，收錄於：月旦法學教室（4）刑事法學篇，2002，頁 134。

²³ 王乃彥，加重強制性交罪之存廢的檢討，法令月刊，第 59 卷第 8 期，2008/8，頁 27。

²⁴ 許玉秀，妨害性自主之強制、乘機與利用權勢——何謂性自主？——兼評台北地院九一年度訴字第四六二號判決，台灣本土法學雜誌，第 42 期，2003/1，頁 26。

²⁵ 李聖傑，刑法第二二二條第一項第一款「二人以上共同犯之」之適用思考，政大法學評論，第 115 期，2010/6，頁 35 以下。

行為人無須親自為強制或性交行為。在現場者不管是共同正犯、教唆犯或（物質或精神）幫助犯都應計入二人以上的數目，至於是否具有責任能力，則非所問。此見解確實壓縮刑法共同正犯與共犯之適用範圍，例如不在場的共謀共同正犯不計入。反之，基於上述的規範目的，不具此嚴重或危險性的情形是居於保證人地位者，其在旁任由強制性交事件發生，不應算入二人以上的數目，例如一旁的母親不積極阻止同居人性侵自己的女兒。在本案中，依上述見解，除了輪姦說以外，甲、乙、丙三人依共同正犯說與在場說成立本罪，對於二人以上共同為強制性交罪具有故意。

甲等人並無阻卻違法事由，只是甲、乙、丙與丁4人同住於○○中學同一樓房內，平常4人會互相開玩笑或惡作劇，例如抓下體、摟摟抱抱等，對於現行法的「性交」意義與涵攝範圍或有可能不知或誤解，亦即欠缺不法意識而成立「禁止錯誤」。刑法第16條規定：「除有正當理由而無法避免者外，不得因不知法律而免除刑事責任。但按其情節，得減輕其刑。」所謂禁止錯誤係指行為人因不認識禁止規範、或認為禁止規範不適用或錯誤解釋規範，對於事實上要處罰的行為認為是法律所允許或不該當。錯誤是否可不可避免，考量行為人之社會地位、家庭背景、教育程度、職業、個人能力、可期待的認識能力與機會以及其法律價值觀念與習慣等，不可避免的錯誤免除刑事責任，縱使錯誤是可避免，按情節得減輕其刑。

參、結論

甲、乙、丙三人基於共同犯意聯絡，違反丁的意願以棉花棒插

入其肛門內，行為不具有正當目的，雖然出於開玩笑心態，依實務見解此動機不影響行為符合「性交」的定義。三人分工為強制與性交，該當刑法第 222 條第 1 項第 1 款「二人以上共同為之」，成立加重強制性交罪。行為同時成立刑法第 304 條強制罪，不再另予論斷。至於甲等三人對法律的錯誤認識，依刑法第 16 條成立禁止錯誤，在相關資訊容易取得以及存有可詢問的可能性下，錯誤應屬可避免，按情節得減輕其刑。

第三六題 生命的開始

甲、乙未婚同居，不久乙懷孕，甲因經濟因素反對保留胎兒，二人因而經常爭吵。某日，於接近分娩期時，二人又因故爭吵，這時乙感到周期性的陣痛，要求甲帶她上醫院，當二人步下樓梯時，甲故意將乙往下推，造成乙不僅受傷且送醫後胎兒性命不保，試問：甲成立何罪？

壹、問題爭點

刑法有不少針對生命法益的保障規定，其中，墮胎罪的行為客體是胎兒，而胎兒階段的結束正是人之生命的開始，二者應如何區別？人的生命從何時開始？區別的實益何在？

貳、案例分析

一、甲是否成立刑法第 271 條第 1 項殺人罪？

（一）行為客體是人

刑法對於生命法益的保護設有殺人罪章、傷害罪章以及遺棄罪章，三者均以具有生命的人為行為客體，另外，刑法也設有墮胎罪章，保障的法益係胎兒。在本案中，當甲故意將乙由樓上往下推

時，造成胎兒死亡的行為是適用第 271 條？還是第 291 條？二罪相異之處在於保護的法益以及行為客體的不同，刑罰也有高低之別。人的生命是以出生為開始，問題是，何時才是出生的開始？

（二）生命的開始

刑法殺人罪章保障的是生命，生命的開始從生物學觀點而言，始於受孕的那一刻，然刑法上的生命的開始則是由規範決定¹。立法理由中指出「法律上之人，自有法人與自然人之別，刑律指自然人而言，惟胎兒及死體，不在人之範圍內，因胎兒未出生者，當為母體之一部分，法律上不認為人。」學者有主張本罪之「人」必須為出生後死亡前²；或謂開始於胎兒部分已產出於母體之外時³。現今通說則採分娩的開始，而非分娩過程的結束，依此說，分娩程序開始之時，只要仍是活體，不管存活能力或肢體是否健全，均可成為殺人罪章或傷害罪章適格的行為客體；反之，分娩程序開始之前則為胎兒。至於分娩的開始，係指子宮開始排擠胎兒而導致周期性陣痛開始之時，而且係事實的開始，而非施行目的性措施造成分娩的開始⁴。

刑法對於生命採絕對保護原則，生命不考慮生存能力、對個人的生存期待、年齡老少、健康狀況、對社會的貢獻、對他人的價值、男女、國籍、身體是否有嚴重缺陷或精神障礙等，皆享有受保護的權利。在法律的評價上沒有不具生存價值的生命或甚至於有毀

1 Fischer, Strafgesetzbuch, 2019, Vor §§ 211-217 Rn. 5.

2 褚劍鴻，刑法分則釋論（下冊），2000，頁 856。

3 甘添貴，論刑法上人之始期與終期，收錄於氏著：刑法之重要理念，1996，頁 282。

4 林山田，刑法各罪論（上），2006，頁 116 以下。

滅的權限⁵，這由刑法第 275 條「受其囑託或得其承諾而殺之」的他殺行為仍屬於可罰的行為可印證，即使個人對於自己的生命也沒有處分的權限。

在生命採絕對保護原則下，刑法區別人與胎兒則顯得重要，因為就墮胎行為而言，除了第 291 條未得孕婦同意使之墮胎罪以外，不處罰其他墮胎未遂行為，殺人罪則有未遂犯與預備犯的處罰；其次，墮胎罪章不處罰因過失造成胎兒死亡的行為，之所以不處罰過失犯，理由係如此一來將嚴重限制懷孕婦女的日常生活舉止與行為，而且在懷胎期間，任何一種動作對胎兒都可能是一種風險行為，例如做家事、爬樓梯、騎車或服用藥物等，且過失行為與胎兒死亡的因果關係認定很困難，基於同樣理由，也不處罰對胎兒的傷害行為；反之，刑法對於人的保護，設有過失致死、故意傷害、傷害致死、過失致傷以及遺棄罪⁶。除此以外，在違法性方面，二者的區別也具有意義，墮胎行為若符合優生保健法規定，可以阻卻墮胎的違法性，當胎兒出生為人時，此時將其殺害，即使有優生保健法第 9 條規定的情形，也不能阻卻殺人行為的違法性。

在上述對於生命開始的爭議中，除了保障生命的觀點外，考量現代醫學觀點以及現行刑法之規定，人之生命的開始應以分娩開始說較可採，由於胎兒在生產過程中充滿高度危險，刑法對於此階段應充分發揮保障的功能，才不至於造成法益保護的空窗期，故在生產過程中若造成胎兒死亡或傷害，行為方有殺人罪、傷害罪、過失致死傷罪的適用；其次，此見解也符合刑法第 274 條的規定，本條

⁵ Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht BT1, 2019, Rn. 1.

⁶ Wessels/Hettinger/Engländer, aaO., Rn. 9.

第1項規定「母於生產時……殺其子女」，屬於殺人罪的減輕構成要件也適用於「生產時」。

(三) 以開始侵害時點判斷行為客體

有疑義的是，當甲將乙由樓上往下推時，乙腹內的生命體是否已經是刑法上的人？判斷的關鍵點以甲的行為時為準，亦即對行為客體開始發生作用之時。在刑法的評價上，分娩陣痛的開始點猶如休止符，其開始是胎兒階段的結束，同時也是出生為人的開始。行為人侵害行為適用殺人罪或墮胎罪，應以行為對客體開始造成侵害影響時，客體的性質為何而定，但非侵害結果發生時。依此，行為時的客體是胎兒，行為的干預導致早產，生下的生命體雖然仍活著，但已經是不具生存能力的小孩，若行為人沒有進一步干預導致小孩死亡時，則屬於墮胎行為。不同的是，若墮胎行為導致生下早產兒，不管生命體是否有生存力，只要仍活著，行為人對其生命進行新的、積極的干預，並導致死亡時，則成立殺人既遂罪⁷。

在本案中，當甲推下乙時，乙已經有周期性的分娩陣痛，甲此時干預的客體屬於殺人罪所要保障的「人」。甲在樓梯間將乙往下推乃是一種殺害行為，行為與胎兒死亡結果之間具因果關係與客觀歸責。又之前甲與乙因是否保留胎兒一事已有爭執，此時故意將乙往樓下推，甲至少有殺人未必故意，違法性與罪責性皆成立，甲成立殺人既遂罪。

⁷ Wessels/Hettinger/Engländer, aaO., Rn. 10 f.

二、甲對乙是否成立刑法第 277 條第 1 項傷害罪？

傷害是對人的身體或健康為不利之影響，方式可以經由對身體或心理影響而造成。身體傷害係指對身體所有物質上的損害影響以及任何一種痛苦的對待，行為造成嚴重的身體不適。在本案中，甲將乙從樓上往下推，造成乙受傷，甲的行為與乙受傷結果之間具因果關係與客觀歸責，甲對乙也具有傷害故意，違法性與罪責性皆成立，甲成立傷害罪。

參、結論

甲明知乙懷孕並有周期性的陣痛，於樓梯間故意將乙推下樓，造成乙腹中胎兒死亡，由於行為時的客體屬於刑法上的人，因此，甲成立殺人既遂罪。甲的行為同時造成乙受傷，此結果屬於甲殺害乙腹中胎兒的伴隨現象，論以殺人既遂罪即可。

第三七題 義憤殺人罪

甲與乙女交往後，懷疑乙與丙有染。某日，三人同時借住丁家，飯後丙先入屋內休息，並藉口有事要求乙入房間。甲見二人在房內甚久，心生懷疑，遂持一根粗鋼筋進入丙房內，發現二人衣冠不整且有身體上的親暱動作，憤而持鋼筋朝俯臥在床上的丙之後腦連續揮擊數下，造成丙送醫不治死亡。試問：甲是否得主張義憤殺人？

壹、問題爭點

義憤殺人罪是普通殺人罪的減輕構成要件，二者差異在於前者行為人必須當場激於義憤而殺人，但義憤是規範性的構成要件要素，成立義憤的標準何在？實務見解又為何？殺人與義憤之間是否須有特別的關聯？

貳、案例分析

甲成立刑法第 271 條第 1 項普通殺人罪或第 273 條第 1 項義憤殺人罪？

一、殺人行為

甲持粗鋼筋朝丙的後腦揮擊，造成丙送醫不治死亡，死亡結果與甲的行為之間具因果關係與客觀歸責。甲具有殺人故意，只是甲的行為是否適用第 273 條第 1 項義憤殺人罪？

二、當場激於義憤的特別情狀

刑法第 273 條第 1 項義憤殺人罪是當場激於義憤而殺人者，法律性質屬於第 271 條普通殺人罪的減輕構成要件，限於行為人於殺人時當場激於義憤。在本案中，甲看見乙與丙衣冠不整躺在床上，當場又有身體上的親暱動作，憤而持粗鋼筋揮擊丙後腦，是否屬於「當場激於義憤」？本條立法理由指出：「所謂出於義憤者，例如自己或親屬受莫大之侮辱或妻子與人通姦等情節。」本罪是一種被挑釁的殺人行為，要件如下：

（一）自己或親屬受到不義的侮辱

本罪必須客觀上存在被害人的侮辱行為，而刑法第 309 條的「公然侮辱」是否足以成為本罪的挑釁行為？在本條的立法理由中指出侮辱必須是「莫大」，早期判決曾謂：「所謂當場激於義憤而殺人，非祇以被害人先有不正行為為己足，且必該行為在客觀上有無可容忍，足以引起公憤之情形，始能適用¹。」若純因可歸於行為人之私人事由所致之殺人行為，顯無義憤可言²；或因受被害人之毆辱欺凌，致憤而殺人，則非基於道義之理由，而是因私仇而生

¹ 原最高法院 28 年上字第 2564 號判例。

² 最高法院 101 年度台上字第 5133 號。

憤怒之心殺人，自非出於義憤而殺人。實例：A 因自身遭通緝，有償委託 B 代辦偷渡事宜，卻衍生糾葛，於雙方談判失和，已互有間隙之際，A 突遭 B 駕車衝撞，A 持槍射擊。實務認為 A 萌生殺意縱起因於 B 駕車衝撞之不義行為，亦顯非基於客觀上足以引起公憤之道義理由所致，純屬為私人恩怨而洩憤之一般殺人行為，無與義憤殺人相比擬之餘地³。在實務嚴格的解釋下，被害人下列行為也不是不義行為⁴：惡言相激且動手毆打、或持刀傷害、或向同居生子的男子自稱已另結新歡，並辱罵沒經濟能力及沒出息、或主動到行為人家中喧鬧，並打倒行為人父親、或踹踢行為人之妻的腹部以至跌倒尿失禁等。

是以，實務限縮侮辱須達於「無可容忍」的程度才是「不義」，如此見解係衡量與要求殺人行為與挑釁行為之間應符合比例關係，而非所有的挑釁行為都足以激起本罪的義憤，亦即視挑釁行為的種類與嚴重性，且被害者也具有侮辱的故意。只是，行為人殺人若不成立正當防衛時，被害人挑起的憤慨依實務見解也不容易被認定已達到「無可容忍」而須殺人的程度，而令本罪的重點置於殺人與義憤之間應適用利益衡量原則，而非考量行為人在被激起憤慨下，抑制自己的行為能力明顯降低，導致罪責性減少，刑罰應予以減輕的立法意旨上。

侮辱是否達於不義的程度，應綜合整體情形為客觀判斷，且不限於身體傷害，還包含精神施虐，考慮者有雙方生活圈的價值觀

³ 最高法院 101 年度台上字第 4064 號。

⁴ 最高法院 89 年度台上字第 1793 號；最高法院 89 年度台上字第 388 號；最高法院 91 年度台上字第 7261 號；最高法院 92 年度台上字第 1289 號；最高法院 92 年度台上字第 7000 號；最高法院 92 年度台上字第 4055 號；最高法院 97 年度台上字第 233 號。

點、社會地位、教育程度、宗教信仰、雙方彼此之間的關係、行為人的心理狀況及行為人是否知悉被害人處於沮喪狀況，又行為人的主觀想法也應列入考量。只是依本罪立法理由，侮辱不應只是刑法第 309 條的侮辱程度而已，而必須是莫大或嚴重，導致行為人抑制自己的行為能力明顯降低⁵。至於陳述內容是否屬實，不是判斷重點，因為表達方式或態度在客觀上是一種嚴重的侮辱時，即使內容屬實也可以是不義的行為，只是被害人的虐待或嚴重侮辱必須針對行為人或其親屬，甚至於親密關係的人亦可，且挑釁的行為必須出自被害人本身，若挑釁來自第三者，甚至被害人親屬，行為人卻殺害非挑釁者，不成立本罪⁶。

（二）侮辱係在行為人無過錯下所造成

本罪規定行為是激於「義」憤，故行為人必須無過錯，而是在他人有罪責下受到挑釁，此時方有「義」憤可言⁷。毫無疑義的是，被害人的侮辱非行為人所引起者，則行為人沒有不義在先，才能認為被害人的挑釁是不義行為；反之，行為人在人際來往中的不明智或不成熟的言行舉止，即使造成被害人有挑釁行為，也不宜認定是挑起被害人不義行為的過錯，常見的情形是雙方都有挑釁的行為或於長時間的爭吵後，導致殺人結果，在此情形中應綜合考量當時雙方的行為而為整體判斷，尤其探查行為人行為當時是否不再挑起被害人的侮辱了，被害人卻不放過。

然行為人侮辱已過去，若結合當下行為，而足以誘發被害人的

5 Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht BT1, 2019, Rn. 35 f.

6 Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 2019, § 213 Rn. 5.

7 Schönke/Schröder, aaO., § 213 Rn. 6 f.

挑釁，則被害人的反應屬於可理解的範圍，仍肯定行為人有不義行為。實例：A 基於 B 長期家暴而引發口角憤恨，然於拿取菸灰缸揮擊傷害 B 之頭部，並以雙手掐住 B 之脖子壓制在地後，B 顯然已無對 A 施暴可能，此時另因不滿 B 仍揚言報復，始提升為殺人犯意，改持剪刀猛刺 B 頸肩，致 B 死亡，實務認為 A 殺害 B 之情狀，並非「當場激於義憤」⁸。較合理的解釋是，A 之所以不成立義憤殺人罪，係因為 A 先傷害與暴力壓制 B 在先，導致 B 揚言報復，B 的挑釁行為是 A 先有罪責的行為所造成，A 不能主張基於義憤而殺人。

（三）侮辱激起行為人義憤

義憤係指基於道義理由而產生憤慨，被害人的侮辱導致行為人的惱怒反應，生氣或接近憤怒的激動也可以⁹。又法條規定「激」於義憤，殺人的反應與被害人的挑釁之間必須具有因果關係，且當行為人認識客觀上存有侮辱，方有因果關係可言。因此，在挑釁之前行為人早已決定殺人、或行為人被挑起的憤慨已消逝，行為人卻藉口殺人，皆欠缺挑釁與殺人之間的因果關係。例如 A 雖先遭 B 毆打，然於 B 停止毆打時，A 即持折疊刀朝 B 腹部、胸部猛刺，由形式上觀之，實務認為顯難認定 A 所為係出於義憤¹⁰。然較合理的見解是，行為人若仍處於持續憤慨中，不宜否定二者之間的因果關係，畢竟是被害人不義行為在先，豈能因不義行為停止，憤慨也應隨之消失。

⁸ 最高法院 107 年度台上字第 4890 號。

⁹ Wessels/Hettinger/Engländer, aaO., Rn. 36.

¹⁰ 最高法院 104 年度台上字第 2555 號。

(四) 當場殺人

行為人殺人必須發生於激起義憤時，殺人與心理激動應有空間與時間上的密接關聯性，若侮辱沒有直接導致殺人，而是隔了一段時間再動手，則非當場。

實務認為，如行為人原先對他人所實施之不義行為，並未因此引起公憤，係另因不滿該他人之回應，或有其他因素介入，或基於過去之事實，致情緒失控而為殺害或傷害行為，即非該條所稱之「當場」。實例：A 返回寢室時，驚見 B 與 C 女發生性行為，A 怒喝 B「我給你 5 分鐘穿衣服穿褲子」後，隨即走出屋外，俟於 2 分鐘內再度返回寢室，質疑 C「討客兄」，出手毆打 C，並質問 B，二人因此發生口角、互罵三字經及肢體衝突，A 持桌下之尖刀 1 把，朝 B 右肩刺 2 刀，A 再度與 B 互罵三字經，A 遂持尖刀朝被害人腹部猛力刺入 1 刀，B 經送醫仍死亡。依實務見解，A 原未受目睹 B 與 C 為性交行為而激生公憤，其是因 B 仍一再挑釁，盛怒之下始生殺人犯意，尚難認為與刑法第 273 條第 1 項義憤殺人罪之「當場激於義憤」之要件相符¹¹。然而判斷是否成立本罪的重點應該是，行為人決定殺人時，是否仍然明顯處於被激起的憤慨中¹²。A 雖退出房間 2 分鐘，再次進房是否仍處於激於義憤的當場，應視其著手殺人時，是否仍持續處於 B 與 C 發生性行為的憤慨中而定，不能因當場見狀沒動手，在走出屋外 2 分鐘後，憤慨視為已消失。

¹¹ 最高法院 108 年度台上字第 418 號。

¹² Wessels/Hettinger/Engländer, aaO., Rn. 36.

（五）激於義憤而殺人的故意

行為人殺人必須出於義憤而為，因此，在認識被害人的挑釁行為下產生殺人故意。但行為人對客觀事實狀況發生誤解，被挑起憤慨後，繼而殺人，是否仍有本罪之適用？例如 A 本來即懷疑朋友 B 與自己的妻子有染，有人告知剛目睹二人進入 B 房間，A 衝進 B 房間，發現 B 床上的被窩內果然有女人，憤而持刀殺害 B，事後才確認是其他女人。A 出於義憤殺人的故意，客觀上雖不存有足以引公憤之情形，因為欠缺殺人罪的較高行為不法，宜有減輕構成要件之適用。若行為人認為被害人的行為是一種嚴重的侮辱，但客觀上未達於足以激起義憤的程度，則是對犯罪構成要件要素之涵攝有錯誤認識，屬於包攝（或禁止）錯誤，適用刑法第 16 條。

在本案中，甲懷疑丙與乙有染，而心生怨隙，於殺人當時，丙與乙有身體上的親暱動作，但乙當時只是甲的女友，並非其配偶，乙有選擇男友並享有性自主的權利，乙的劈腿並不違反道義，甲只是妒火中燒，並非激於義憤，故不能適用殺人罪的減輕構成要件¹³。又甲對當時俯臥床上的丙之後腦以粗鋼筋揮擊數下，丙當時處於無反擊可能的情狀下，甲對丙的要害攻擊數下，肯定具有殺人故意，違法性與罪責性皆成立。

參、結論

甲、乙並無婚姻關係，乙有選擇與何人交往並發生親暱關係的權利，因此，甲的殺人行為並非當場激於義憤，不能主張減輕的殺人構成要件，甲成立刑法第 271 條第 1 項殺人罪。

¹³ 最高法院 89 年度台上字第 5209 號。

第三八題 受囑託殺人罪

甲因一場車禍癱瘓在床，遂有輕生的念頭，要求乙持槍解決自己的生命，乙不忍甲長期受折磨，於是持槍朝甲頭部開槍，子彈射偏，甲沒有立即死亡，反而痛苦呻吟。乙心生後悔，將甲送醫急救，甲反而成為植物人。試問：乙的刑責為何？

壹、問題爭點

乙殺害甲，係因甲授意，甲的「表示」是否符合刑法第 275 條第 1 項「囑託」的減輕構成要件？乙於甲死亡結果發生前將甲送醫，並挽回甲的生命，卻造成甲重傷，重傷結果是否也視為甲的囑託，而有減輕構成要件的適用？減輕的殺人構成要件符合減免刑時，若與其他既遂罪競合時，又應如何評價？

貳、案例分析

一、乙是否成立刑法第 275 條第 3 項、第 25 條與第 27 條第 1 項加工自殺罪的中止未遂犯？

乙基於殺人故意對甲開槍，符合刑法第 271 條殺人者的行為。

乙殺人是因甲要求解決其生命，故考慮適用刑法第 275 條第 1 項受囑託殺人罪。本罪係殺人罪的減輕構成要件，通說認為減輕理由有二：一為被害人在自殺意願下的法益放棄減輕行為人的不法內涵；二為行為人因受囑託殺害而產生內心衝突，此憐憫動機降低對其非難¹。只是在本案中，甲經送醫急救後，未發生死亡結果，乙考慮成立本罪第 3 項未遂犯。未遂犯之行為人必須具有犯罪決意，亦即對於受囑託殺人的各種客觀構成要件要素具有認識且決意為之。當乙開槍時，肯定決意殺害甲。未遂犯的客觀行為是行為人著手於犯罪行為之實行，依本罪規定，行為依第 1 項是「受他人囑託或得其承諾而殺之者」，屬「他殺」行為，係行為人從事殺人之構成要件行為；第 2 項「教唆或幫助他人使之自殺者」，屬「自殺」行為，係被害人自行結束生命。2019 年修法理由指出「生命法益主體之個人處分自己生命之自殺行為，不構成犯罪。然因生命法益同時是社會國家存立基礎的法益，而具有絕對最高之價值」，故舊法處罰四種態樣：受囑託殺人、得承諾殺人、教唆自殺及幫助自殺，法定刑一致。然此四種行為態樣之惡性不相同，在法律評價上應有所區別。因此，對教唆或幫助自殺行為酌減其刑，以符罪刑相當原則。在本案中，乙係應甲要求持槍解決其生命，屬於受被害人囑託殺人的類型，乙必須認識行為是基於甲的囑託，何謂「囑託」？

囑託係指被害者一種具特定目的的意思活動，且應比單純的「同意」或忍受更明確，依其文義是一種嚴肅的明示，被害人表示特定目的是唆使他人殺害自己。行為人是否殺害被害人的決定權操之於後者，被害人透過言語或舉止表達皆可，只要不會讓人產生誤

¹ Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht BT1, 2019, Rn. 106.

解即可，故決定須建立於毫無瑕疵、自由負責的意思形成上；易言之，非出於強暴、脅迫、詐術或誤解等。基於此，遂要求被害人能理解與判斷行為的意義以及效果，而此能力在青少年、精神病患、醉酒或吸毒者身上，原則上欠缺完備，甚至情緒性的反應或在短暫性的沮喪下所做出的決定，原則上否定出於嚴肅²；相對要求的是，行為人必須認識被害人的囑託出於自由意志，且表達的目的是殺害囑託人，因此，若行為人根本不知道被害人的表示，而是自己決定殺人或因其他因素的誘使而殺人，例如第三者利誘，應成立普通殺人罪。

囑託是一種唆使行為，有如教唆犯的教唆一樣，可針對特定人或特定的一群人進行託付或指定，囑託的效力必須持續至行為時，且隨時可以撤回囑託。行為人若非受囑託者，卻殺害囑託者，縱使被害人有囑託他人殺之，行為人也不能援引本條。同樣地，被害人特別交代死亡方式時，行為人的殺害方式若嚴重偏離囑託內容，也不符合受囑託殺人罪的要件，例如希望經由過量藥物或注射而寧靜地離開人世，行為人卻以開槍或掐頸結束生命。至於行為人受囑託殺人時是否具有其他動機，例如想提早繼承遺產，只要受囑託殺之的動機具有優越的犯罪驅動力，原則上不影響本罪之成立³。

實務亦有相同見解，「受囑託而殺人，係指受原有自殺意思之人直接囑託，進而對之實施殺人行為，此所謂之囑託，攸關性命，自應嚴格解釋，以出自被害人之直接、主動、明確、真摯之表示為

² Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 2019, § 216 Rn. 4; Wessels/Hettinger/Engländer, aaO., Rn. 107.

³ Wessels/Hettinger, Strafrecht BT1, 2006, Rn. 156 f.; Wessels/Hettinger/Engländer, aaO., Rn. 109.

限，且若被害人已明示或依客觀情狀得認係默示終止其同意後，即不能認仍有囑託，自屬當然。另囑託之內容包括方法與結果，如被害人僅囑託發生死亡結果，而未指示具體方法時，固可由受託人選擇適當之方法，倘被害人對於結束生命之方法已明確指示，基於尊重當事人意願，自當以其指示之方法為限，逾此之其他方法，均難認係受被害人囑託⁴。」

在本案中，甲癱瘓在床而有輕生念頭，乃託付乙殺之，係出於嚴肅與明示，乙於認識此情形下開槍，肯定乙具有受囑託殺人的故意，乙著手於殺人行為，違法性與罪責性成立。又乙將甲送醫急救，免於一死，殺人結果未發生，且因己意而積極防止結果發生，符合刑法第 27 條第 1 項中止犯要件，乙成立受囑託殺人未遂罪的中止犯。

二、乙是否成立刑法第 282 條第 1 項受囑託傷害而致重傷罪？

刑法第 282 條第 1 項是受他人囑託或得其承諾而傷害之，第 2 項是教唆或幫助他人使之自傷，其結果是因而致死或致重傷，行為態樣則與第 275 條的行為相同，可分為第 1 項的「他傷」與第 2 項的「自傷」，並分別科以不同刑度，性質則是第 277 條第 2 項傷害致死或致重傷罪的減輕構成要件。重傷的定義依刑法第 10 條第 4 項規定，是毀敗或嚴重減損視能、聽能、語能、味能或嗅能、或一肢以上之機能或生殖機能，第 6 款則屬概括條款，其他對於身體或健康有重大不治或難治之傷害也是重傷，健康包括生理與心理健

4 最高法院 103 年度台上字第 1528 號。

康。行為必須造成對他人身體或健康造成毀敗或嚴重減損，前者係指上述功能完全或永遠喪失機能，若僅為減衰或一時喪失，則非毀敗；嚴重減損行為亦屬重傷範圍，例如須以輔助器，方能恢復正常的機能。

在本案中，乙對甲開槍，造成甲成為植物人，肯定是重傷行為，結果與行為之間具因果關係與客觀歸責，乙對甲頭部開槍，得以認識殺人過程中會造成他人身體或健康嚴重傷害，仍決意為之，乙具有重傷故意。乙的開槍傷害行為起因於甲的囑託，行為是否可以阻卻違法性？每個人對於自己的法益可以自由處分，但對身體不可侵犯性有其限制，原則上，被害人的同意傷害效力不能阻卻傷害罪的構成要件該當性，而是具有阻卻行為違法性質的承諾，但違背善良風俗的傷害，即使徵得同意，如同受囑託殺人罪一樣，刑法亦予以明文禁止，也不能阻卻違法性⁵，故乙的行為具違法性與罪責性。又依刑法第 27 條第 1 項規定，行為不發生犯罪之結果，方有中止犯之適用，今乙的開槍行為造成甲重傷，乙之重傷行為不成立中止未遂。

三、競合問題

受囑託殺人罪屬於殺人罪的減輕構成要件，且係獨立的構成要件。有如殺人罪一樣，受囑託殺人達於既遂時，同時也該當傷害罪或重傷罪的構成要件，在客觀上，（重）傷害是殺害的必經過程，主觀上的殺害故意也包含傷害或重傷故意，故基於法律競合，不論傷害罪或重傷罪。

⁵ Wessels/Hettinger/Engländer, aaO., Rn. 296.

但受囑託殺人罪達於未遂時，其與傷害罪的競合則須視情況而定。若（重）傷害僅達於未遂時，殺人未遂的行為不法與結果不法包含（重）傷害未遂；相反地，（重）傷害罪達於既遂時，應與殺人未遂罪成立想像競合，理由是：殺害故意固然包含（重）傷害故意，但因為殺人未遂不見得涵括（重）傷害既遂的結果不法，故以想像競合解決，不會造成雙重評價⁶。例如漸凍人 A 囑託其友 B 開槍殺之，B 不忍心 A 受苦，但不敢直視開槍，於是閉眼扣板機，沒想到子彈射偏，B 經 A 家人制止，若 A 毫髮未傷，B 成立受囑託殺人未遂罪；若 A 僅受皮肉擦傷，B 成立受囑託殺人未遂罪與（重）傷害罪，二罪想像競合。

較特別的情形是，受囑託殺人未遂有中止犯適用時，應如何評價傷害既遂，尤其是重傷既遂的行為？問題是，被害人的殺害囑託是否也隱含傷害囑託？當行為人的殺人未遂行為符合中止犯要件時，享有減刑，甚至免刑優待，減免刑法律效果的法條對較重的罪是否具有「封鎖效力」，亦即不論以較重的罪名？在本案中，乙成立減輕構成要件的受囑託殺人罪，又有中止犯減免其刑之適用，是否能封鎖受囑託傷害致重傷罪之適用？依現行法規定，因為中止犯規定減刑或免刑，而非必免刑，因此，受囑託殺人的中止未遂罪宜與受囑託傷害而致重傷罪成立想像競合，中止行為為量刑參考因子。

⁶ Fischer, Strafgesetzbuch, 2019, § 212 Rn. 22.

參、結論

乙基於甲嚴肅且明示的囑託而著手殺害甲，卻又出於己意而避免甲發生死亡結果，成立受囑託殺人之中止未遂罪。乙於受囑託殺人的過程中，同時導致甲重傷，因受囑託殺人的行為不法內涵包含受囑託傷害而致重傷故意，但受囑託殺人未遂的結果不法不一定含受囑託傷害致重傷既遂的結果不法，今乙的受囑託殺人雖符合中止犯要件，仍應與受囑託傷害致重傷罪成立想像競合。

第三九題 殺人或幫助自殺

甲女與乙男原為男女朋友關係，二人租屋同居 3 年，嗣因乙與 A 女交往，致感情生變。某日，乙返回租屋處，再度向甲提及與 A 繼續交往之事，兩人對感情處理方式無法達成共識，乙因無法擺平感情糾紛，心煩意亂而萌生自殺念頭。甲見狀，自隨身包內取出就診領取之心臟藥物，連同 10 顆安眠藥交付予乙服用，乙要求甲撥打電話給 A，告知想結束所有感情，甲遂以乙手機撥打電話至 A 手機，告知乙自殺之情。同日下午 4 時許，乙因藥效發作，產生腹瀉、失禁現象，甲察覺情況有異，仍未報警請求協助，乙即失去意識。下午 4 時 18 分許，A 偕同友人趕往乙住處瞭解狀況，甲發現 A 到場，心生不滿，要求 A 到屋外等候，A 見情況有異，即報警求助。下午 4 時 38 分許，救護人員 B 與 C 抵達現場。甲知乙有意識不清、大便失禁等生命垂危症狀，走出門外仍向 B、C 表示屋內人員沒事，乙只是想睡覺，並關閉房門，阻止其入屋救助，嗣雙方經過 3 至 5 分鐘的溝通，甲才開門讓 B、C 進屋，但仍表示乙只是想要休息，希望不要吵乙等詞。B、C 發現乙情況危急，將乙送往醫院急救，惟乙於到院前之下午 4 時 57 分許，因服用藥物導致多重藥物中毒，致中毒性休克及心因性休克而死亡。問：甲的刑責為何？

壹、問題爭點

行為人提供助力使人自殺身亡，過程中不僅消極不作為且又積極阻撓他人對自殺者的救助，行為是否成立殺人罪？殺害行為是作為還是不作為？居於保證人地位的行為人同時成立殺人罪與加工自殺罪時，二罪的關係為何？

貳、案例分析

一、甲是否成立刑法第 271 條第 1 項殺人既遂罪？

殺人罪的行為是殺害，行為並導致被害人死亡。乙已經死亡，只是甲的殺害行為是積極作為還是消極不作為？二者區別的目的在於行為人於後者情形時必須具有保證人地位。依刑法第 15 條第 1 項規定：「對於犯罪結果之發生，法律上有防止之義務，能防止而不防止者，與因積極行為發生結果者同。」甲與乙租屋同居 3 年，屬於家庭暴力防治法第 3 條的家庭成員，肯定甲對乙居於保證人地位。有疑義的是，甲為了讓乙結束生命之目的，不僅向救護人員 B、C 表示屋內人員沒事，且將房門關上，阻止其入屋救助，是否視為積極作為？有學者認為，當他人基於拯救意願而對被害人施以援救時，行為人反而積極中斷或破壞現存的拯救方法或阻礙拯救措施的執行，進而影響拯救的因果歷程者，肯定行為人對結果發生握有犯罪支配，應論以作為的直接正犯¹。

在本案中，乙當時有正當職業，為智識成熟之成年人，不可能

¹ Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 2019, Vorbem §§ 13, Rn. 160.

遭甲哄騙而一次服用 10 顆安眠藥，故可以認定乙自願吞服藥物，並未有陷入類似免責狀態的意思瑕疵²，甲欠缺間接正犯應具備的認知支配或意思支配。又因為無法證明甲如果不阻撓 B、C 入屋施救，乙應該得以獲救，亦即乙的死亡結果是否與甲的阻撓行為具有因果關係，而論以直接正犯，存有疑義。倘若乙的死亡與甲積極阻撓救護無因果關係，但甲看見乙服藥後陷入意識不清下，卻不即時送醫，甲可以將乙送醫，卻不有所作為，不作為與死亡結果間具有因果關係且客觀歸責，甲仍然可成立不純正不作為的殺人罪。

二、甲是否成立刑法第 275 條第 2 項加工自殺罪？

乙心煩意亂而萌生自殺念頭，甲見狀，反而自隨身包內取出心臟藥物，連同 10 顆安眠藥交付予乙服用，因此係乙自行服用藥物，甲是否能免除刑責？實務指出，刑法上所謂「被害人之承諾」，意指基於被害人承諾所為之行為，原則上排除犯罪之成立，此即學說上普遍承認之超法規阻卻違法事由。然「被害人之承諾」而阻卻違法之前提，係以被害人所捨棄之法益必須是法律所允許者為限，我國刑法與大多數國家相同，並不認為生命法益係屬被害人得以自由捨棄之法益，特別於刑法第 275 條明定加工自殺應予刑事制裁，是以，對於保護他人生命法益之犯罪，不能以被害人之承諾而阻卻違法³。然現行法對行為人得他人承諾而殺之，行為屬殺人罪的減輕構成要件，其與受他人囑託而殺之因而減輕行為人罪責情形不能相比，刑事政策實有疑義。

2 許澤天，刑法分則（下），2019，頁 52。

3 臺灣高等法院 106 年度重上更（二）字第 20 號。

刑法第 275 條加工自殺罪是受他人囑託或得其承諾而殺之或教唆或幫助他人使之自殺，其與普通殺人罪之區別，係以被害人有無死亡之決意與否而定，即本罪的被害人必須有死亡之決意。本罪名一般稱為「加工自殺罪」，第 1 項「受他人囑託或得其承諾而殺之」，應屬「他殺」行為，只有第 2 項「教唆或幫助他人使之自殺」，才是加工「自殺」行為。「他殺」屬刑法應處罰的行為，行為人縱使得自殺者的同意也不能代替其為之。自殺者的殺「人」行為是透過體系解釋不成罪，因為刑法保護他人法益，自殺未遂沒有侵犯他人法益，不成立殺人未遂罪。現行刑事政策不考慮自我負責原則，將教唆或幫助他人使之自殺行為入罪⁴。但教唆或幫助他人自殺者對於他人自殺並無任何支配可言，最終決定仍出自於自殺者的自由決定且親自為之，現行法已將二種「經同意他殺」與「加工自殺」行為科以輕重不同的刑罰。

本罪第 2 項的行為態樣是「教唆」與「幫助」，前者是他人原無自殺意思，因行為人透過精神接觸誘發其萌生自殺念頭，方法可以是激將、鼓動、央求、指示、利誘等，例如 A 長期以手機通話及簡訊鼓勵 B 自殺的想法，並在 B 猶豫不決時促使其果斷決定，並說如果不自殺，就送回精神疾患醫院，B 果真在車上燒炭自殺身亡，屬教唆他人使之自殺。但以被害人具有意思能力為限，例如想自殺的父母先要求小孩喝下毒藥，小孩身亡，自己卻獲救，應與使用強暴、脅迫或詐術使人自殺的行為一樣，成立殺人罪的間接正

⁴ 學者認為基於被害人自我負責原則，應限制本罪的教唆概念，行為人對有健全意思的被害人教唆自殺，難以評價具有本罪的教唆不法，只能視為不合社會倫理的莽撞舉止。許澤天，同註 2，頁 57 以下。

犯。「幫助」是他人已有自殺意思，行為人從旁予以精神或物質上的助力，不論動機與方法，凡物質、精神、言語、動作之助力均包括在內。例如 A 得知 B 想自殺，B 自行布置卡車的毒氣環境，在策劃過程中 A 有參與並提供心理上的加強，屬幫助自殺。不管是教唆或幫助者，二者須有教唆或幫助故意與使他人自殺既遂的雙重故意，而且有如受囑託或承諾而殺之的情形，教唆或幫助者以及囑託與承諾者都必須出於嚴肅、認真與自由的決定，而非情緒或激動的言語。例如夫妻吵架，妻在夫面前揚言自殺，夫不僅不安撫，反而嗆聲：「要死一起死！」妻轉身跳樓身亡。夫當時出言究竟是出於嚴肅與認真，應綜合當時客觀情境與主觀意思而定，不宜遽論具有教唆或幫助自殺故意。

至於幫助自殺是否應限於積極作為？論者認為幫助自殺罪不應適用在不作為的情形，因為保證人是法益主體的守護者，而非監護者⁵。此見解容有討論空間，一為幫助與教唆不同，後者基於行為本質唯有積極的作為才能喚起他人犯罪決意，幫助則不宜限於積極作為，行為違反第 15 條應防止而不防止的誡命規定，不作為與結果具有因果關係且結果可歸責於保證人的不作為，也是利於他人犯罪之實現。二為倘若幫助自殺排除不作為，具有保證人地位者如果不為防止犯罪結果發生，行為將無減輕構成要件之適用，例如夫看見長期臥病在床的妻吞食大量安眠藥企圖自殺，夫成全其決定，或父見未成年小孩企圖為愛殉情，具保護與監督義務的父親不為所動，導致兒子身亡。夫與父將成立不純正不作為殺人罪，且刑法第 15 條無減輕其刑規定，不管是第 15 條與第 275 條第 2 項規定有商

5 許澤天，同註 2，頁 60。

權餘地，但在現行法肯定加工自殺罪下，具保證人地位者以不作為幫助他人自殺，應有本罪之適用。

在本案中，乙萌生自殺念頭，甲才從隨身包內取出藥物與安眠藥交付予乙服用，甲是幫助乙使之自殺。有爭議的是，當行為人同時成立不純正不作為殺人罪與加工自殺罪時應如論斷？實務認為，在幫助他人使之自殺過程，因行為人之助力是否足以造成加工死亡之結果，應就整體行為合一評價。乙於案發日因吞服甲所提供的過量藥物，已致多重藥物中毒而瀕臨死亡，甲既不主動將乙送醫，或請求前來支援的消防人員及 A 協助送醫，猶向各該人員表示，乙正在休息，請勿打擾，甚或一度關閉房門，不讓消防局人員進屋救助，坐視同居男友乙自殺身亡，只是阻撓行為屬「助力」自殺之一環，不能課以犯罪行為人施救之責，自不得再論以遺棄致死罪，否則即屬過度評價，遂認定甲確有幫助乙自殺的犯意，論處甲成立幫助他人自殺罪⁶。

惟殺人罪與加工自殺罪屬於基本罪與變種構成要件，行為人同時成立時，應論以後者，而非如實務所言，居於保證人地位者的不作為原是加工自殺罪幫助的「助力」一環，而無須判斷甲的阻撓行為是否是成立基本罪。又乙服藥後已經陷入意識不清，屬無自救能力者，但甲不成立刑法第 294 條第 2 項遺棄致死罪，不是為了避免過度或重複評價，而是因該罪為遺棄故意結合過失致死，甲本來即具有使乙發生死亡結果的故意，而非故意遺棄，所以才一再阻撓他人的救助。甲具有幫助他人使之自殺故意，違法性與罪責性皆成立，論以加工自殺罪。

⁶ 最高法院 107 年度台上字第 1584 號。

參、結論

甲得知乙自殺決意，遂提供藥物供乙自行服用，並發生死亡結果，甲與乙同居生活，對危害乙生命健康之結果負有防止義務，肯定居於保證人地位，甲未將乙即時送醫，不作為與乙死亡具有因果關係與客觀歸責，成立不純正不作為的殺人罪，但甲基於幫助乙自殺故意而提供乙自殺的助益行為，同時成立刑法第 275 條第 2 項減輕構成要件，論以後者。

第四十題 強制罪之方法——目的關聯性

甲得知女友乙遭到丙性侵害且導致懷孕並加以墮胎，為了教訓丙，由乙以電話約出丙談判。甲夥同友人以丙誘姦女友為由，眾人圍住丙，逼迫丙簽下本票 20 萬元，捐款給一家育幼院，並出言喝令丙，以後不准繼續對乙糾纏與騷擾，丙為了息事寧人，只好捐款給育幼院。試問：甲以「德」報怨的行為是否有刑責？

壹、問題爭點

強制罪屬於概括的構成要件，行為人只要施以強暴或脅迫造成他人意思決定自由與活動自由受到影響，即可成立。何謂強暴？何謂脅迫？行為人施以強暴或脅迫後，必須對被害人產生何種效果，方成立既遂？又強制罪是否須具有特別的方法——目的之因果關係？尤其，是否應存有方法目的關聯的非難性，強制行為方具有實質違法性？

貳、案例分析

甲是否成立刑法第 304 條第 1 項強制罪？

一、強制方法

強制罪保護的法益是個人的意思形成自由與意思活動自由，但不是任何一種對意思的影響皆該當強制罪的構成要件，例如詐術，而是僅限於透過強暴或脅迫促使他人為特定行為者，方屬本罪保護的範圍。刑法也非絕對地保障個人自由，沒有人可以完全自由地做愛做或想做的事，個人的行動自由仍須透過法規範或風俗習慣約束，因為對一方的自由保障，同時是對另一方施以強迫性的自由限制¹。

強制罪的方法係行為人施以強暴或脅迫，強暴係透過對被害人身體或心理強制，讓被害人感受身體上的影響，導致放棄或影響意思活動與行動自由，方式可以是直接或間接，前者稱為直接強暴，例如抱住他人身體而令他人行動受阻；後者是間接強暴，例如在出口處擺放障礙物，阻止住戶通行。強暴可以針對第三者，例如 A 猛推 B 倒向 C，讓想離開的 C 跌倒；也可以針對物，例如將房門上鎖，不讓被害人離開；或房東將門窗拆下，強迫房客搬出。脅迫是施以可預期的敏感惡害，如果被害人不配合行為人意思，惡害將會實現，屬於精神上的強制，其與間接強暴的差別在於前者的惡害發生於將來，例如要脅將予以解聘、將列入呈報給主管參考的黑名單；後者的惡害則是現在進行中，但不管是強暴或脅迫，二種強制

¹ Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht BT1, 2019, Rn. 362.

方法必須對被害人發生現在的強制作用²。

實務認為，所謂「強暴」應採廣義之解釋，乃指對人施用有形物理力之行為，即以實力不法加諸他人之謂，惟不以直接施之於他人身體為必要，縱間接施諸物體而影響於他人者，亦屬之³。「脅迫」固指「使被害人心生畏懼之惡害通知」，然非直接以「強暴」手段為之者，應均屬脅迫之態樣範疇，例如行為人單純以被害人或其相關親密人之生命、身體、自由、財產會受到危害，予以要脅致被害人心生畏懼，或行為人利用造成自己生命、身體之危害將會使被害人因須擔負民刑事責任之顯而易見事項而心生畏懼之手段，因而迫使被害人行無義務之事或妨害其行使權利，例如行為人以身體極度接近挖土機履帶方式，阻擋他人使用挖土機施工，應同屬以脅迫手段而成立刑法第 304 條之強制罪⁴。

縱使行為人對物所為不法有形力之行使，雖非對他人身體直接為之，或行為時被害人未在現場，但客觀上對被害人所有物之強脅行為，已可發生延展效力，藉由被害人與物品之緊密關係，同樣可達到對他人意思形成或決定自由妨礙之結果，亦應該當刑法第 304 條。例如行為人將房屋大門以腳踏車鋼絲鎖鎖上、自房屋內反鎖、私自取走被害人所有房屋及汽機車鑰匙、遙控器及拆取房屋之自來水錶等行為，客觀上已足使被害人無法正常使用房屋及其所有汽機車，其所有權行使之自由已然受到妨害，行為該當強制罪⁵。

在本案中，甲等人當場圍住丙，並逼迫丙簽下 20 萬元本票，

2 Wessels/Hettinger/Engländer, aaO., Rn. 366 f., 380, 389.

3 臺灣高等法院 102 年度上易字第 2778 號。

4 臺灣高等法院臺中分院 103 年度上易字第 107 號。

5 臺灣高等法院高雄分院 102 年度上易字第 5 號。

乃是施以精神上的脅迫。

二、強制結果

行為人施以強暴或脅迫後，必須導致被害人行無義務之事或妨害其行使權利，此強制結果是任何一種被害人在強制影響下所為的反應，作為、不作為或忍受皆可，只要被害人並無義務履行或放棄權利的行使即已足。若被害人開始配合行為人的意思而有所作為或不作為時，屬既遂，反之，行為人僅著手實行強暴或脅迫，成立強制未遂。在本案中，丙要不要捐款給育幼院，應屬於丙意思的形成自由範圍，由不得甲做決定，甲等人逼迫丙簽下 20 萬元本票，丙為了息事寧人，只好捐款給育幼院，甲的脅迫令丙行無義務之事。

由於法條規定行為人「『以』強暴……」，因此，強制罪的強制方法與強制結果之間應具有特別的因果關聯，其係指從被害人的反應中，得出是屈服行為人意志下的表現。因此，若被強制者的反應與強制無關，例如被害人配合警察建議而為行為人指定的作為，非強制既遂。在本案中，丙簽下本票給育幼院，肯定是在甲逼迫下的反應，強制結果與強制方法之間具因果關聯，而且甲具有強制故意。

三、特有的違法性判斷——方法與目的關聯的非難性

強制罪屬於概括性的構成要件，其以強暴或脅迫為強制方法，只要對身體或精神產生強制作用，即可成立強制罪，只不過，如此將導致本罪之適用範圍過廣，因此學界主張只有當方法——目的關聯之間具有非難性，方肯定行為的違法性。若該當構成要件的行為

具有法定的阻卻違法事由，基於法規範已明定是允許的行為，當然沒有非難性的問題，但對於強制罪而言，強制行為雖不具法定阻卻違法事由，然因為強暴或脅迫所涵蓋的範圍甚廣，遂有必要對本罪進一步採取實質違法性審查，亦即判斷行為人為了追求的目的，與因而施行的強暴或脅迫之間是否具非難性。實質違法審查不僅是有利行為人的刑罰限縮，同時也是確認因犯罪而受侵害者的防禦權與可能施以防禦措施於刑法上的重要性。強制罪特有的違法性判斷不能僅單就使用的強制方法或追求的目的個別探求，而是就二者之間的關聯性加以判斷。至於是否具法律上的非難性，則依社會倫理價值決定，當行為嚴重干預他人決定自由，肯定具有高度的社會非難性，有必要以刑罰制裁；而追求的目的愈具有價值，則愈能接受使用強制手段以達目的⁶。

強制罪的方法與目的關聯之非難性判斷，有如下的準則：若強制時間短暫或強制結果屬輕微，則可能欠缺非難性，例如短時間占用馬路卸貨，造成其他道路交通使用者必須繞路；施以可非難的方法，即使追求的目的是允許時，原則上肯定二者之間的非難性，例如債權人不顧債務人反對，施以威脅並搬走債務人家中的財物以抵債，尤其，當強制的方法是一種可罰的行為時，例如砸店逼迫還債，更可以肯定二者的非難性。但不見得方法允許，即可排除強制罪的違法性，因為使用允許的方法，追求的目的卻具有社會非難性時，方法——目的之間的關聯性也可能具有實質違法性，例如店家要求小偷付商品的十倍價錢，否則報警究辦。甚至於使用合法的方法以實現允許的目的，也因為方法——目的之間欠缺內部關聯性，

⁶ Fischer, Strafgesetzbuch, 2019, § 240 Rn. 42 f.

強制行為具有非難性⁷，例如逼債務人借貸還錢，否則將公開其逃稅行為，令其喪失工作。

在本案中，甲逼丙捐款給育幼院，目的是教訓丙對女友乙的性侵害，並導致乙懷孕而進行墮胎，教訓丙的目的不具社會非難性，強逼丙捐款給育幼院卻是社會倫理價值判斷上可責難的方法，肯定方法——目的之間的非難性，甲的行為具有強制罪應有的實質違法性，罪責性也成立，甲成立強制罪。

參、結論

甲等人逼迫丙簽 20 萬元本票捐給育幼院，目的是教訓丙對乙的性侵害，雖然行為目的於社會倫理上不具非難性，但以強逼的方法實現目的，肯定施以脅迫，導致丙簽本票捐款，令丙行使無義務之事，方法與目的間具有因果關係，且二者的關聯於社會倫理價值上具有非難性，甲成立強制罪。

⁷ Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 2019, § 240 Rn. 17 ff. 臺灣高等法院臺中分院 103 年度上易字第 107 號指出，行為人之妨害行為雖屬短暫，但使被害人困擾甚大，行為仍應受處罰。即使行為具有公益內涵，也不足以作為除罪之要件，只能作為量刑之參酌事項。

第四一題 妨害秘密罪之「非公開活動」

甲是某傳媒公司攝影總監，負責該公司外出攝影等工作。某日，甲於下午二時許，至 A 女巷內住宅附近，發現 A 與 B 男一同站在住處窗台前，該窗戶之窗簾並由 A 與 B 分別向左右兩方橫向拉開一角，形成略似菱形之大片空隙（其面積大約可容納二位成年人之上半身），B 並自左側打開活動窗扇，且將其臉部及左手臂斜探出窗外，而 A 則以左手拉扶窗簾邊緣，露出上半身影像。A 住處樓下巷道之馬路上，一般人以肉眼抬頭略向上仰望，即能見到 A 與 B 之活動姿態，甲遂以數位攝影機之錄影方式，由下往上斜拍大廈 10 樓窗邊之景象，將拍錄得之照片及靜態擷取畫面，刊登在雜誌娛樂新聞版，佐以文字說明並撰述後公開販售。問：甲的刑責為何？

壹、問題爭點

行為人利用工具偷拍私人活動是否侵犯他人秘密？妨害秘密罪保護何種法益？何謂「活動」？他人屋內的所有活動都屬於本罪保護範圍嗎？如何定義本罪的「非公開」？A、B 站在高樓窗邊的行

為舉止屬於本罪「非公開之活動」嗎？

貳、案例分析

甲考慮成立刑法第 315 條之 2 第 3 項圖利為妨害秘密罪。

一、保護法益

刑法第 315 條之 2 第 3 項規定「製造、散布、播送或販賣前二項或前條第二款竊錄之內容者，依第一項之規定處斷。」本條第 2 項是「意圖散布、播送、販賣而有前條第二款之行為者，亦同。」前條第 2 款是「無故以錄音、照相、錄影或電磁紀錄竊錄他人非公開之活動、言論、談話或身體隱私部位者。」妨害秘密罪章保護目的係「對於無故竊錄他人非公開活動、言論、談話或身體隱私部位之行為，予以限制，以保障人民秘密通訊自由及隱私權¹。」民國 88 年增訂理由是「目前社會使用照相、錄音、錄影、望遠鏡及各種電子、光學設備者，已甚普遍。惟以之為工具，用以窺視、竊聽、竊錄他人隱私活動、言論或談話者，已危害社會善良風氣及個人隱私，實有處罰之必要……。至未透過工具之窺視或竊聽，則依社會秩序維護法之規定，以秩序罰處罰之。」故本罪保障的是個人生活領域相關資訊的自決權，屬於一般人格權的一部分，禁止他人透過科技工具侵犯私領域。

在本案中，甲以數位錄影機錄影方式，未經同意攝錄 A 與 B 在住宅內之私人活動照片及錄影靜態擷取照片，並刊登在雜誌，優先探討的問題是，行為是否為「竊錄他人非公開之活動」？

¹ 最高法院 100 年度台上字第 4780 號。

二、竊錄他人非公開活動

（一）活動

本罪的行為客體是他人活動、言論、談話及身體隱私部位，重點是這些客體必須「非公開」。活動係指個人身體的動與靜，後者含身體狀態²；或謂個人私密活動，包含動態與靜態的活動，因為後者也會混合動態活動，如睡眠³；或謂附著於人類身體活動的隱私資訊，言論、談話與身體隱私部位只是「活動」的例示規定⁴；或謂自然人出於特定目的所為的舉止⁵。然「活動」限於「他人」，且是自然人，自拍或拍攝死人的行為，不屬之，例如行為人以其手機拍攝往生者屍體之身體隱私部位，透過 LINE 軟體傳送予同事觀看，實務即認為，所謂隱私係指自然人，即活人之隱私，刑法除非特設如第 247 條之侵害屍體罪加以規範外，各條文所保護之主體均指自然人而言，不包括死者在內，因此，死亡者並無所謂「非公開之活動」可言⁶。此外，本罪的「他人」限於不能由第三人可以辨識為何人，縱使僅拍攝部分而已，只要能讓第三人辨識何人所為，也是本罪保護的範圍⁷。在本案中，A、B 一同站在住處窗

2 李茂生，刑法秘密罪章新修條文評釋，月旦法學雜誌，第 51 期，1999/7，頁 104。

3 高金桂，拍攝婦女大腿是否成立妨害秘密罪？——臺中地方法院九十九年度易字第 2926 號判決評析，月旦法學教室，第 103 期，2011/5，頁 25。

4 薛智仁，衛星定位追蹤之刑責——評臺灣高等法院 100 年度上易字第 2407 號判決，科技法學評論，第 11 卷第 1 期，2014/6，頁 130。

5 蔡聖偉，再論私裝 GPS 跟監與「竊錄非公開活動」——評最高法院 106 年度台上字第 3788 號刑事判決，月旦裁判時報，第 76 期，2018/10，頁 38 以下。

6 基隆地方法院 104 年度訴字第 92 號。

7 Fischer, Strafgesetzbuch, 2019, § 201a Rn. 5.

台前，B 自左側打開活動窗扇，且將其臉部及左手臂斜探出窗外，A 則以左手拉扶窗簾邊緣，露出上半身影像，這一連串的動作對甲而言，屬於本罪之「他人活動」。

（二）活動非公開

1、學者見解

「活動」必須是非公開，非公開活動等涉及個人隱私權。有學者提出「無意暴露原則」，個人隱私期待不限於私領域中，在公共場所的活動也可能具有合理的隱私期待，例如採取遮掩行為。隱私主張可以是控制他人接近與控制他人公開或揭露，其涵蓋人的外在有形與內在精神領域，行為人對前者的侵擾係指住宅或其他財產領域之身體上的入侵與個人「領域上獨處狀態」的破壞；後者是因應現代科技，賦予與他人精神上的距離與隔離的主張，因為不是有形的入侵，所以又稱「心理上獨處狀態」⁸。較無疑義的是，住宅內是個人隱避與獨處的空間，在住宅內的活動可以理解為不被人接近、關注與瞭解，當然不希望自己的資訊成為他人或媒體八卦的話題。「非公開」含有隱藏意思，具有雙層意涵，當事人有意不想被人接近關注與瞭解，以及隱藏不為外人或一般公眾所知的狀態。行為人利用五官而沒有伴隨領域的入侵，雖然不是隱私權的有形侵擾，但在公共領域被接近觀察、關注，即屬之，如流浪漢在公園睡覺肯定具有合理的隱私期待⁹。

另有學者認為，主觀隱私期待概念不明確，因此要求應有足供

8 蔡蕙芳，從美國隱私權法論刑法第三一五條之一與相關各構成要件（上），興大法學，第6期，2010/5，頁79以下。

9 蔡蕙芳，同註8，頁84；蔡蕙芳，從美國隱私權法論刑法第三一五條之一與相關各構成要件（下），興大法學，第7期，2010/6，頁35以下、頁39。

辨識的客觀外觀，利益持有人是否存有不公開的隱私利益，無須考量其個人意思。判斷個案是否有隱私合理期待，應考量揭露於公眾的風險程度、揭露範圍、可預期的揭露對象以及其他符合社會成員客觀觀察的共同指標。由於本罪「不公開」應依社會承認的合理隱私標準，如行為人的手段與被害人的隱私措施，同時考量侵害時間與空間範圍綜合判斷¹⁰。

多數學者見解採主觀意向與客觀情狀並重¹¹。「非公開活動」不能僅以物理性的場所界定，而是必須再以活動內容限縮，因此，「非公開活動」是只有少數人知悉，一旦公開即會產生當事人內心痛苦或不安的活動¹²；或謂合理期待不會被偶然惡意侵入或窺視，但當事人主觀上不能過度主張其隱私權範圍，必須客觀上有一定的物理性加以區隔。活動具有隱密性必須有保持隱密性的客觀條件，例如在汽車內的活動，如果汽車處於公開領域，則不是非公開的活動¹³。另有學者指出，「非公開」與「合理隱私期待」屬不盡相同的概念，後者是前者輔助解釋的工具而已，事實是否為「一般人不知」或該事實是否具有「秘密」或「非公開」的屬性，分屬兩回事。例如行駛在公開道路的行為所產生的汽車位置與行駛路線資訊，並非是駕駛活動，不該當本罪的「非公開活動」，且透過GPS追蹤器所得取得的資料也非「竊錄」行為¹⁴。

10 許恒達，GPS 抓姦與行動隱私的保護界限——評臺灣高等法院一〇〇年度上易字第 二四〇七號刑事判決，月旦裁判時報，第 24 期，2013/12，頁 63 以下。

11 如林山田，刑法各罪論（上），2006 年，頁 280；蔡聖偉，同註 5，頁 31 以下。

12 李茂生，同註 2，頁 105。

13 王皇玉，車內活動是「非公開」活動嗎？，月旦法學教室，第 76 期，2009/2，頁 15。

14 薛智仁，同註 4，頁 130；蔡聖偉，同註 5，頁 38 以下。

2、實務見解

實務指出，「非公開之活動」必須包含主觀之隱密性期待以及客觀之隱密性二個要件，前者是活動者主觀上具有隱密進行其活動而不欲公開之期待或意願；後者是在客觀上已利用相當環境或採取適當設備，足資確保其活動之隱密性者，例如在私人住宅內、公共廁所、租用之「KTV」包廂、旅館房間或露營之帳篷內，進行不欲公開之更衣、如廁、歌唱、談判或睡眠等活動，均屬之。由規範目的而言，「非公開之活動」之認定，固應著重於活動者主觀上具有不欲其活動遭他人攝錄之意願或期待；但活動者主觀意願如何，外人不易確知，且該項意願未必恆定不變，若單憑活動者主觀上是否具有不公開之意願，作為認定此犯罪構成要件之唯一標準，難謂與罪刑法定及法律明確性原則無違，因此必須同時兼顧活動者在客觀上是否已利用相當環境或採取適當設備，足以發揮隱密性效果，足資確保其活動之隱密性；反之，例如在透明之玻璃屋或野外空地沐浴或更衣，或情侶在公眾得出入之公園、停置在馬路旁邊之自用小客車內，或在住宅內未設有窗簾或未拉下窗簾之透明窗戶前為親暱或愛撫之私人活動等¹⁵，在客觀上難以認定活動具有隱密性。

是以，「非公開活動」所劃定應受刑法保護之隱私法益範圍，當以一般受規範人均能理解、判斷，亦即客觀上具有預見可能性者為限。至於住宅內的「私人活動」是否屬於本罪之「非公開之活動」？不能一概而論。「私人活動」可以是不同態樣，其範圍很廣，有「公開」者，例如在草皮上舉辦野餐；可以是「部分公開」者，例如在野外搭帳篷露營，帳篷外的野炊或康樂活動是公開，帳

¹⁵ 最高法院 100 年度台上字第 4780 號。

棚內的活動則是非公開；也可以是「非公開」，例如在四周有不透光圍牆阻隔的私人庭院裡辦轟趴或私人包廂內的活動等，因此不是私人活動一定是本罪之「非公開之活動」。又租用 KTV 包廂消費之人，在主觀上期待該包廂具隱密性，不輕易受外界干擾。故在該包廂內之活動，從主、客觀事實觀之，具有隱私或秘密之合理期待，應屬非公開活動。因此，小販擅自闖入招攬生意，縱因其停留時間極為短暫，而未能即時命其退出，不影響隱密合理期待之存在，也不得因而推認包廂內之人未出聲反對，遂認為同意闖入者為錄音或錄影之行為¹⁶。

在本案中，甲拍攝的照片是 A 與 B 在屋內的活動，只不過站在窗邊且無特別遮掩下的活動是否屬之？依法院見解，A 主觀上縱無公開其與 B 活動之意願，但因其與 B 各自將原可遮蔽屋內活動之窗簾拉開一半而形成空隙，導致窗戶中間形成略似菱形之大片空隙，在客觀上即難認足以擔保其等在該窗簾空隙部分活動之隱密性，而得以使一般人均能藉以確認其二人主觀上對上述活動具有隱密性期待。此外，在 A 住處樓下的不特定人，只需站在馬路上抬頭仰望，無須特別努力，即使以肉眼，也能察見 A 與 B 在窗臺以上、無窗簾以資屏障的活動內容。是以，A 主觀上固然認為其與 B 在窗簾空隙部分之活動有隱私之期待，惟因在客觀上無相當之設備或環境足資確保其隱密性，即非得以謂屬「非公開活動」。至於甲藉由錄影設備之助，而得以將鏡頭拉近之方式拍攝，也因 A、B 之活動不屬「非公開活動」之內容，不該當本罪¹⁷。

¹⁶ 最高法院 105 年度台上字第 1434 號。

¹⁷ 臺灣高等法院 100 年度上更（一）字第 269 號。

不同見解認為，刑法第 315 條之 1 及第 315 條之 2 所定妨害秘密罪，並不處罰以「肉眼」觀察他人非公開活動之行為，而係專就利用設備工具窺視或竊錄他人之非公開活動之嚴重侵害他人隱私法益行為，特設刑事制裁手段予以處罰。個人或許無法期待其於住宅內之一切活動完全不為附近他人以肉眼所見，然至少得以合理期待其宅內之非公開活動不至於為他人利用設備工具進行窺視或竊錄，此方為該條文之立法本旨。由於「利用設備工具」窺視或竊錄他人非公開活動之行為，對於個人隱私法益產生極大之威脅，刑法「妨害秘密罪」之相關要件，即不應過度限縮，造成法益保護之漏洞。因此，所謂「客觀上並有相當之設備或環境，足茲確保其活動之隱密性者」，不宜過度嚴格解釋。更何況，因樓高距離甚遠，一般第三人即便特別努力，以肉眼仰望難辨識二人之五官容貌，即無法以肉眼見聞 A 所欲保持之隱私。除非行為人以特殊設備將鏡頭拉近，才能攝得清楚面貌，肯定 A、B 之活動屬「非公開活動」¹⁸。

毫無疑義的是，他人在自家屋內或有防窺視的特別空間內之活動具有高度可信，不願意在未經允許下被注視、偷拍或竊錄，屬於絕對保護的空間。陽台、屋頂平台、花園、庭院或停車場等的活動屬於相對保護的空間，應視個案而定，即客觀上是否有避免窺視等之裝置或措施以免隱私被侵犯，例如簡易更衣間、廁所或診療室屬之¹⁹。在相對保護的空間是否有隱私期待而受本罪保護，應以空間客觀功能而定，在個案不能僅憑被害者的主觀使用目的，是以，被害人雖然不想公開，但無意間或知道有可能造成公開，造成第三人

¹⁸ 臺灣高等法院 100 年度上更（一）字第 269 號中的檢察官上訴意旨。

¹⁹ Fischer, aaO., § 201a Rn. 6 f.

無須特別努力即可看見或聽聞，稱為「事實公開（faktisch öffentlich）」，非本條款保護範圍²⁰。

空間隱私認定可以是被害人在行為時認為應受保護，例如汽車窗戶貼上防窺視的玻璃貼紙、或可移動的辦公桌隔板、或施以具體的短暫保護措施，例如關門、拉上窗簾或病床隔簾等。因此，「非公開活動」概念以通說見解較合理，因為被害人對於活動是否認定「非公開」，惟有從客觀情狀才能反推得出，從中得出，「非公開」係指不是針對一般人而言，局外人不能得知或難以得知的情狀²¹。只是客觀上是否有合理情狀判斷是否「非公開」，不僅是一般人可理解，甚至也應包含依一般經驗法則可推測活動的當事人根本不會想公開，因此同時考量活動、言論或談話等之目的與性質。換言之，當活動者或言談者知道或至少應該知道活動或言談處於公開或可能公開的狀態，其對於活動或言談內容不再具有單獨的自決權²²。除了兼顧當事人主觀意思與客觀條件外，事實公開活動如果涉及個人隱私的核心領域，乃屬高度隱私，依一般經驗法則可推測當事人不會想公開，仍應受本條款保護。例如客人住宿高樓飯店，誤以為玻璃外牆屬單向玻璃，只有內部人才能看到外面情景，外面看不到內部情形，卻在不知情下導致高度隱私的活動讓對面住戶或街上路人一覽無遺。可推測的非公開活動限於個人的高度隱私活動，例如房間內的性愛、女性更衣、入浴或如廁的活動，理由是可推測沒有人願意成為任人免費觀看身體隱私部位或 A 片的男女主

²⁰ Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 2019, § 201 Rn. 9; Fischer, aaO., § 201 Rn. 4.

²¹ Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht BT1, 2019, Rn. 519.

²² Vgl. Hoyer, in: SK-StGB, 2003, § 201 Rn. 10 f.

角，因此，行為人不能主張屬非公開活動，利用工具或設備偷拍或竊錄，否則仍該當本罪。

綜上，「非公開之活動」係當事人除了主觀上具有不欲人知外，客觀上存有防止窺視、偷拍或窺錄設施，而可得知或推知對其動態與靜態的行為舉止保有隱私。在本案中，A 與 B 站在窗邊，二人分別向左右兩方橫向拉開窗簾一角，且將臉部及左手臂斜探出窗外與露出上半身影像，如同法院判決，A 主觀上雖有隱私期待，但客觀上無法得知或可推知 A 與 B 的上述舉止屬非公開活動。甲利用工具或設備照相，因為行為客體不屬於本罪保護的範圍內，甲不成立本罪。

參、結論

妨害秘密罪保護的是「他人非公開之活動」，A 與 B 站在高樓窗邊的互動屬於私人活動，私人活動並非皆為「非公開」，「非公開」的判斷除了考量當事人主觀上是否具有不欲人知外，客觀上也必須有防止窺視或竊錄的物理性設施，而足以得知或可推知對其動態與靜態的活動保持隱私。A 與 B 雖站在屋內，卻走到窗邊並將窗簾向左右拉開，並露出上半身影像，可得知自己的卸除防窺行為將暴露彼此的互動，又互動非涉及高度隱私，一般人無法可推知 A、B 欲保持隱私，因此屬公開活動，甲不成立妨害秘密罪。

第四二題 妨害秘密罪之竊錄行為

甲於○○診所工作，與負責管理工作的 A 多有嫌隙糾紛，甲認為 A 常對他出言不尊重及侮辱，也曾遭 A 喝斥開除，彼此之間無信賴關係。嗣後，甲遭資方無故解僱，乃向勞工局申請勞資爭議調解，請求資方給付積欠之薪資等費用。A 要求甲前往其私人住處商討。甲考慮是獨自前往，為蒐集與保全證據以利後續提起訴訟，在未經 A 之同意下，私自以錄音設備錄下其與 A 在私人住處之談話內容。之後，在甲與 A 之民事訴訟事件審理中，甲提出該錄音內容以為證據，A 方查知談話被竊錄之情形，遂提出告訴。問：甲的刑責為何？

壹、問題爭點

私人以錄音、錄影之行為所取得之證據，應受刑法第 315 條之 1 妨害秘密罪與通訊保障及監察法之規範。妨害秘密罪保護的法益何在？何謂「活動」、「言論」、「談話」與「身體隱私部位」？參與該活動、言論或談話者的竊錄行為是否不符合條文的「他人」與「非公開」要件？本條規定行為態樣必須出於「窺」或「竊」，行為人強制拍攝或錄製是否該當本罪？另本罪以「無故」限縮適用範圍，「無故」的性質與意義為何？

貳、案例分析

一、甲是否成立刑法第 315 條之 1 第 2 款妨害秘密罪？

(一) 保護的客體

本條款禁止無故以錄音、照相、錄影或電磁紀錄竊錄他人非公開之活動、言論、談話或身體隱私部位者。立法目的係保障人民秘密通訊自由及隱私權，保護的客體是「活動」、「言論」、「談話」與「身體隱私部位」。「活動」是自然人基於內心意思決定而顯現於外的身體動作；「言論」係指對外發表的意見或議論；「談話」是兩人或多人在一起的說話；「身體隱私部位」係指一般人會刻意以衣物遮蔽的身體部位，包括胸部，生殖器官或臀部，屬於個人不欲人知曉或看見的身體部位，或可以「猥褻」的定義理解之，即令人感到羞恥或足以令人產生性慾的身體部位，只是上述保護的客體必須是處於「非公開」狀態下。實務認為，「非公開」係當事人主觀上具有隱密進行而不欲公開之期待或意願，且在客觀上已利用相當環境或採取適當設備，足資確保其活動之隱密性者而言，兼具主觀之隱密性期待與客觀之隱密性環境¹。例如行為人手持手機拍攝穿著貼身短褲外著大衣和站姿的女子，僅拍攝到露出的腿部，並非「身體隱私部位」²。論者進一步指出，二人以上的活動隱私，如果超出談話者同意範圍，仍屬「非公開」，例如在住家內的談話內容，只同意在場者聽聞，除非經談話者同意，否則對第三人

1 最高法院 100 年度台上字第 4780 號。

2 臺灣高等法院 107 年度上易字第 208 號。

而言，仍有隱藏的意願。即使一方同意另一方錄音或錄影，對第三人而言，仍屬「非公開」³。

本罪之言論或談話內容是關於純私人事務、職業、商業或職務，則非所問。尤其是警察偵訊筆錄，雖然事後可能在審判中公開，也不會影響訊問時的秘密性。本條款不同於刑法第 315 條對文字與書信秘密的保障，只要是透過文字對外口述有思想內容者，即屬之。使用外國語言或他人是否能理解，例如說夢話、喝醉後的胡言亂語或無意義的話等，皆為本罪保護的言談。甚至以唱歌方式表達，或所傳達者是自己或第三人的思想，或對人談話或自言自語，皆為本條款保障的範圍。至於純以聲音表達的呻吟、喘息或哈欠，有論者認為不屬之⁴。只是其可以是他人從事親密活動或言談過程中不耐的表達，至少也可以視為「活動」中的一環。

（二）「他人」的意義

非公開之活動、言論、談話或身體隱私部位必須針對「他人」。較無疑義的是，行為人自拍或自錄行為不屬之，但參與活動、言論或談話的一方為之，是否該當本條款？在本案中，甲私自以錄音設備錄下其與 A 在私人住處之談話內容，是否會因本身是參與者，所以不符合「他人」要件？

實務認為，所竊錄者係對話之一方，對他方而言其秘密通訊自由並無受侵害可言⁵；或認為行為人之錄音行為係於雙方對話過程

3 蔡蕙芳，從美國隱私權法論刑法第三一五條之一與相關各構成要件（下），興大法學，第 7 期，2010/6，頁 53。

4 Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht BT1, 2019, Rn. 518; Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 2019, § 201 Rn. 5 f.; Fischer, Strafgesetzbuch, 2019, § 201 Rn. 3.

5 最高法院 103 年度台上字第 1352 號。

所為，顯與該款所稱窺視及竊聽之要件有間，而難以妨害秘密罪名相繩⁶。在本案中，實務即認為甲和 A 雙方參與該談話，而於談話過程中彼此知悉該等談話內容，因此，對二者而言，談話內容不具私密性，亦即參與對話者對該等對話內容，無從對參與對話之他方主張具有合理隱私期待，故甲錄音行為不該當本條款⁷。類似見解亦認為，如果雙方對話，受話者雖未經談話者同意，直接錄下兩人交談內容，因該對話內容已經被受話者知悉，其內容無從保密，談話者必須承擔談話內容被揭露的風險，所以認定談話者主觀上欠缺隱私期待⁸。

上述見解有可議之處，立法目的指出現代科技社會的日益更新，行為人透過工具用以窺視、竊聽、竊錄他人隱私活動、言論、談話或身體隱私部位，危害個人隱私，遂有保護的必要。個人隱私源自於人格權的保障，妨害秘密罪的目的在於保障每個人有發展人格權的自由空間，並對每個人非公開的書信、活動、言論、談話與身體隱私部位等提供信賴保障。以本條項的言談為例，其係保障每個人的言談能不拘謹地盡情發揮以及在非公開下能隨性暢談的信賴，在法律保障範圍內無須擔心自己的言談會被公開以及被改變為可以隨時重播的錄音檔⁹。從立法目的與規定而言，行為人單純透過目視或耳聞他人非公開的活動、言談或身體隱私部位，非處罰行

6 臺灣高等法院 106 年度上易字第 1396 號。

7 高雄地方法院 106 年度自字第 3 號。

8 許恒達，GPS 抓姦與行動隱私的保護界限——評臺灣高等法院一〇〇年度上易字第 二四〇七號刑事判決，月旦裁判時報，第 24 期，2013/12，頁 64。

9 Wessels/Hettinger/Engländer, aaO., Rn. 517；王皇玉，刑法對隱私權的保障——以刑法第三一五條之一為中心，台灣法學雜誌，第 122 期，2009/2，頁 37；王皇玉，車內活動是「非公開」活動嗎？，月旦法學教室，第 76 期，2009/2，頁 14。

為，唯有利用工具窺視、竊聽或竊錄才是本條處罰的重點。受話者將非公開的談話內容以工具竊錄，有機會廣泛地、隨時地轉知於未參與談話的第三人聽聞，因此竊錄肯定侵犯談話者的秘密信賴。

從人格權保障而言，如果談話者知悉對方會將其言談內容錄下，談話者不見得當下願意做出同樣的言談。從資訊隱私權保護而言，談話者一方願意讓受話者另一方知悉的言談內容，不一定也會想讓其他人知道。更重要的是，談話者的內容也不會因此成為受話者自己的言論，任由受話者無故地隨時隨地使用，因此，每個人有權決定自己言談內容的範圍、受話者範圍以及是否錄製存檔。至於非公開談話事實上是否屬秘密，則非所問¹⁰。更何況，當下的談話內容也會因人的記憶流失而之後無法完全呈現，卻因為受話者的錄音錄影讓談話的全文內容得以原音原影永久保留，讓談話的完整內容如「罐頭」一樣，得以原音原影長久「保鮮」或永久歸檔¹¹，有違談話者當下的意願，故僅有兩人之間的談話也應受憲法隱私權的保障，禁止以科技設備竊錄彼此談話內容，方符合本罪之立法目的。

詳言之，參與言談者單純透過語言或文字轉述非公開的談話內容讓第三人知悉，雖然也會揭露他人隱私或秘密，但非本罪處罰的範圍，唯有行為人利用工具或設備窺視、竊聽或竊錄，才是禁止的行為。學者指出，本條款「竊」與「非公開」構成要件要素的功能相同，顯示隱私權的主張，強調行為人透過工具或機器為之是禁止的理由，因行為人利用工具輔助可以達到接近身體的效果，且該行

¹⁰ Wessels/Hettinger/Engländer, aaO., Rn. 517; Fischer, aaO., § 201 Rn. 4.

¹¹ Kränz, Der strafrechtliche Schutz des Persönlichkeitsrechts, 2008, S. 136.

為特性具有隱密性、持續性與密集性，故比五官觀察的侵害更加嚴重¹²。是以，受話者在未徵得談話者同意下，將非公開的談話內容以工具竊錄，甚或轉知於未參與談話的第三人聽聞，肯定侵犯談話者的隱私與秘密。

最重要的理由是，本條款要件是「無故以錄音、照相、錄影或電磁紀錄竊錄他人非公開之活動、言論、談話或身體隱私部位者」，如果受話者可以竊錄談話內容，是否也表示男歡女愛時，一方密錄或偷拍性愛活動過程，也能主張非公開的活動或身體隱私部分對相對人而言，並無隱私期待可言，而可以錄製保存，甚至傳給第三人分享。於此，實務反而有一致見解，認定行為人未經他方同意，以手機竊錄彼此之間的性愛活動，該當妨害秘密罪¹³。然而非公開的言論或談話與活動或身體隱私部位規定於同一法條中，沒有理由贊同受話人就可以未經談話人同意而竊錄談話內容。侵害言談的秘密性或許不及侵犯非公開活動與身體隱私部位之秘密性嚴重，但男女戀愛時的甜言密語或誓約也不應該被竊錄，因為未來雙方各自發展，沒有人願意將來重現事過境遷的雙方談話內容，甚至無故讓第三者知悉而影響目前生活。此外，依實務見解，認為受話人因為當下沒有隱私期待，受話人可以竊錄彼此談話內容，則行為人在大眾池泡裸湯，是否可以主張所有在場泡湯者也無隱私期待而可以竊錄？此理甚明。

¹² 蔡蕙芳，同註3，頁34以下。

¹³ 臺灣高等法院106年度上訴字第1475號。

（三）竊錄與故意

本罪的行為是錄音、照相、錄影或以電磁紀錄竊錄，「竊錄」乃「行為人將錄音、照相、錄影或電磁紀錄之設備藏於被錄者難以發現或未能發現之暗處或隱處等，錄取被錄者之聲音或影像之義，惟不以被錄者確未發現為必要¹⁴。」亦不以錄取者須為聲音或影像為限，故以 GPS 追蹤器係將自人造衛星所接收之資料透過通訊系統傳至接受端電腦，顯示被追蹤對象之定位資訊，透過通訊網路傳輸，結合地理資訊系統對於個人所在位置進行比對分析，而獲取被追蹤對象之所在位置、移動方向、移動速度以及滯留時間之電磁紀錄，雖非為捕捉個人之聲音、影像，但仍屬本條所規範之「竊錄」行為¹⁵。

「錄音」是將聲音信號記錄在媒質上的過程，且得以隨時重現，但限於「直接」錄音，如果對既存的錄音內容再次錄音，因欠缺干預的直接性，則不屬之¹⁶；「錄影」是透過工具或機械操作，將影像或各種視訊記錄於磁帶上；照相係以工具攝取圖片、類似或數位儲存的照片、影片、錄影下的單一照片等，但不含素描、繪圖或漫畫行為¹⁷。行為人只要錄攝部分非公開的活動、言論、談話或身體隱私部位，行為即為既遂。

實務認為，行為人實施侵害行為時，其行為縱使為被害人所知悉，只要被害人未予同意，例如拍攝前有躲避、抵抗之行為，拍攝行為所侵害者均為受法律所保護之隱私權利，被害人知不知悉，對

¹⁴ 臺灣高等法院 107 年度上易字第 418 號。

¹⁵ 最高法院 106 年度台上字第 3788 號。

¹⁶ Wessels/Hettinger/Engländer, aaO., Rn. 520.

¹⁷ Fischer, aaO., § 201a Rn. 4.

被揭露隱私秘密之痛苦，則無分軒輊。是以，行為人為了捉姦取證對躲避、抵抗的第三者強掀衣裙，並以手機拍攝其裸露之臀部，仍成立本罪¹⁸。

只是錄音、照相或錄影等行為應出於「竊」，行為人不僅出於違反對方面意思而為，且如同竊盜罪一樣，行為人主觀上有以秘密地、趁人不知情下為之的想法為之，亦即行為人未經被害人同意且和平裝設錄音或錄影設備錄取被害人隱私資訊，行為方符合「竊錄」要件。隱私權屬於個人可得放棄的權利，因此徵得相對人同意拍攝其活動、言論、談話或身體隱私部位，行為未侵害他人法益，故本罪成立要件須未經被害人同意，乃理所當然。縱使行為人不知相對人知悉其所為，主觀上認為是「竊」錄，基於法律理由也不成立既遂，卻仍有竊錄的犯罪故意並著手實行，只因本罪不處罰未遂，才不處罰，例如女方知道男方正竊錄彼此的性愛活動，當場不反對，竊錄行為不罰。不同的是，行為人偷拍他人裙下風光，手機拿反面或正巧沒電而未如願，主觀上有竊錄故意，卻於著手實行竊錄時註定不能實現結果，屬方法不能，因為本罪不處罰未遂行為而不罰。

現行法規定本條款以「竊」為要件，強調的是行為人主觀上自認不為人知的錄製行為，涵括的範圍不僅為談話者以外的第三人，且含談話的參與者。不可否認地，妨害秘密罪適用的主要情形是行為人秘密地錄製行為，事實上，在被害人知情卻未同意下的強行錄製，如上述強掀衣裙拍攝案例，同樣是侵害他人隱私，故在刑事政策上不應該限於「竊」錄。但依現行法規定，錄製行為仍應符合

¹⁸ 臺灣高等法院 107 年度上易字第 418 號。

「竊」字意涵，才不會有違背罪刑法定原則之譏¹⁹。

在本案中，甲前往私人住處，與 A 商討工資等費用問題，在未經 A 同意下，私自以錄音設備錄下其與 A 之談話內容，依上述實務見解，對二者而言，談話內容不具私密性，不成立本罪。然依本文上述理由，甲的行為符合竊錄他人非公開的談話，並具有相關故意。

（四）違法性

本條款禁止行為人竊錄他人非公開之活動、言論、談話或身體隱私部位，但行為人必須「無故」竊錄，始得成立本罪。立法者以「無故」限縮本罪適用範圍，是為了兼顧基於正當理由而有拍攝、錄影之必要，俾免刑罰過苛，而妨礙正當偵查作為或其他社會公共利益，以調濟法益衝突²⁰。「無故」屬於阻卻違法事由，其可以是一般阻卻違法事由，如正當防衛、緊急避難、依法令行為或可推測承諾等。

依實務見解，所謂「無故」係指欠缺法律上正當理由者而言，所謂正當理由，不以法律明文規定者為限，即習慣上或道義上所許可，而無背於公序良俗者，亦屬之。因此對「無故」之認定應依阻卻違法事由之一般原理，視其行為是否具有社會相當性為斷，亦即視其行為是否符合社會倫理、公序良俗及法益保護之精神，如未逾越歷史文化所形成之社會倫理秩序規範，即具有社會相當性。換言之，縱一般人有伸張或保護自己或他人法律上權利之主觀上原因，

¹⁹ 強拍他人身體隱私部位不應符合現行規定的「竊」錄，故現行規定在法益保護與刑事政策上實有疑義。比較本條款與強制罪，除了刑度相同、罰金不同外，強制罪屬非告訴乃論，且處罰未遂犯，故建議本條項刪除以「竊」為要件，且增設處罰未遂行為。

²⁰ 最高法院 100 年度台上字第 4780 號；最高法院 104 年度台上字第 1210 號。

亦應考量法律規範之目的，兼衡侵害手段與法益保障間之適當性、必要性及比例原則，避免流於恣意。以配偶捉姦為例，夫妻之間懷疑對方外遇，是否可以主張蒐證之竊錄行為並非無故？通訊保障及監察法等相關法律基於保障人民隱私權，確保人民秘密通訊自由不受非法侵害，而以有事實足認該他人對其言論及談話內容有隱私或秘密之合理期待者，依該法規定進行通訊監察之必要，固然得由職司犯罪偵查職務之公務員，基於偵查犯罪、維護國家安全及社會秩序之目的，對嚴重危害國家、社會犯罪之類型依法定程序，方得在法院之監督審核下進行通訊監察。「相較於一般具利害關係之當事人間，是否得僅憑一己之判斷或臆測，藉口保障個人私權或蒐證為由，自行發動監聽、跟蹤蒐證，殊非無疑。質言之，夫妻雙方固然互負忠貞以保障婚姻純潔之道德上或法律上之義務，以維持夫妻間幸福圓滿之生活，然非任由配偶之一方因而須被迫接受他方全盤監控自己日常生活及社交活動之義務。故行為人不得藉口懷疑或有調查配偶外遇之必要，即認有恣意窺視、竊聽他方，甚至周遭相關人士非公開活動、言論、談話或身體隱私部位之舉措，而認為其具有法律上之正當理由。」從而，所謂「正當理由」，非謂行為有其目的、或動機良善（例如為挽回感情），即足當之。縱使認為行為人錄製之目的在於維護婚姻純潔，也已逾越必要程度，難認有法律上之正當理由²¹。反之，談話雙方顯非首次對話，且彼此之對話被懷疑是有關一方涉嫌違法案件之內容，足可證明一方之密錄行為係出

21 最高法院 103 年度台上字第 3893 號；臺灣高等法院 107 年度上易字第 418 號；臺灣高等法院 107 年度上易字第 1537 號。

於蒐集犯罪證據，以維護權利之意所為，非屬無故竊錄之行為²²。

在本案中，甲因與 A 平日因工作存有諸多不睦行為，且其間亦有勞資糾紛，甲為保障其自身權利，以防將來勞資爭議訴訟程序中相關待證事實之證據需求，基於搜集證據之目的，於未經 A 之同意之情形下，私自錄製其與 A 之談話內容，即非屬刑法本條款之「無故」竊錄他人之非公開談話之情形²³。

二、甲是否成立通訊保障及監察法第 24 條第 1 項違法監聽？

通訊保障及監察法係為保障人民秘密通訊自由及隱私權不受非法侵害所制定之法律，屬刑法第 315 條之 1 第 2 款特別法，而應優先於後者之規定適用²⁴。該法第 3 條規定通訊含言論及談話，並以有事實足認受監察人對其通訊內容有隱私或秘密之合理期待者為限。第 24 條第 1 項規定「違法監察他人通訊者，處五年以下有期徒刑。」但第 29 條第 3 款規定「監察者為通訊之一方或已得通訊之一方事先同意，而非出於不法目的者，不罰」。依此，對話之一方為保護自身權益及蒐集對話他方犯罪之證據，並非出於不法之目的而無故錄音²⁵，二者要件缺一不可。因此，在本案中，甲錄音行為不具不法目的，且係談話之一方，符合該法第 29 條第 3 款之要件，不成立違法監察他人通訊罪²⁶。

22 臺灣高等法院 106 年度上易字第 1396 號。

23 高雄地方法院 106 年度自字第 3 號。

24 高雄地方法院 106 年度自字第 3 號。

25 最高法院 103 年度台上字第 1352 號。

26 高雄地方法院 106 年度自字第 3 號。

參、結論

甲在 A 住處內私自錄下彼此之談話內容，因甲是談話一方，依實務見解不成立本罪。不同見解是，甲本身雖然是談話者一方，但在未經 A 同意下以錄音設備竊錄，行為仍應視為侵害 A 的談話隱私，符合刑法第 315 條之 1 第 2 款「竊錄他人非公開的談話」，同時具有相關故意。只是甲於行為前有事實足認與 A 有糾紛，為了保障其自身權利而密錄搜集證據，行為雖該當該構成要件，卻非出於「無故」，阻卻行為的違法性，同時符合通訊保障及監察法第 29 條第 3 款規定，甲的行為不罰。

第四三題 竊盜罪之間接正犯或三角詐欺

甲女是乙女僱用的菲傭，通常由甲將大衣送到丙女經營的洗衣店，因為乙是老顧客，丙在完成後有時會通知乙，乙再請甲到店內取回衣物。某日，甲未徵得乙同意，私自先到洗衣店告訴丙，因乙臨時有事出門，晚上急需送洗的皮草大衣，派她來取回皮草大衣。丙聽信甲所言，將皮草大衣交給甲，甲隨後失蹤，乙損失一件皮草大衣。問：甲成立何罪？

壹、問題爭點

竊盜罪與詐欺罪的性質與構成要件不同，前者是他人損害財產，後者是自我損害財產。竊盜罪可以是直接正犯或間接正犯，詐欺罪的處分財產者與財產損失者可以不是同一人，導致行為人施以詐術使人處分財產，究竟是竊盜罪之間接正犯還是詐欺罪？區分二者的實際意義涉及財產損失者的民事求償問題，且二罪的加重處罰要件也不同，甚至準強盜罪的先行為可以是竊盜罪，排除詐欺罪。丙聽信甲所言，將乙的皮草大衣交給甲，甲取得行為是源自於竊盜罪的破壞持有關係？還是詐欺罪的處分財產結果？

貳、案例分析

甲取走乙的皮草大衣是否成立刑法第 339 條第 1 項詐欺既遂罪？

詐欺罪係行為人為了自己或第三人之不法所有意圖，透過詐術使人將本人或第三人之物交付，或得財產上不法之利益或使第三人得之。行為先後順序是行為人施以詐術，令被害人陷於錯誤，被害人因錯誤而處分財產，因處分財產導致財產損失，環環相扣，具有因果關係。既遂是否應以行為人須取得財物或獲利為準？因刑法是保護他人法益免於受侵害，被害人法益受侵害已產生，故行為人取財獲利與否與既遂無關。

「詐術」是行為人為了不法取得財物或利益而傳遞與事實不符的資訊，因而令被害人陷於錯誤。「錯誤」係指任何一種不正確而與事實真相不符合的事件或狀態，但被害人必須認為行為人所主張的事實係真實，部分真實或部分不真實，只要不真實部分與進一步的處分財產有因果關係即已足，不要求全部是不真實，因法條明定「使人……交付」，僅要求詐術與財物交付須有因果關係即該當。交付財物是一種財產上的處分，係指處分者依其自由決定，直接導致財產減損的任何作為、不作為或容忍，包含一切使財產利益發生變動的行為。在本案中，甲未徵得乙允許，私自到洗衣店告訴丙，因乙臨時有事出門，急需送洗衣物中的皮草大衣。丙聽信甲所言，將皮草大衣交給甲，肯定甲使用詐術，令丙誤信甲所言，認為乙讓甲取回。有疑義的是，丙將皮草大衣交給甲，交付是詐欺罪的「處分財產」嗎？還是甲在未徵得乙同意下，利用不知情的丙取得乙的

皮草大衣？此問題涉及「三角詐欺」與竊盜罪間接正犯的區別。

實務認為¹，「刑法上之詐欺罪與竊盜罪，雖同係意圖為自己或第三人不法之所有而取得他人之財物，但詐欺罪以施行詐術使人將物交付為其成立要件，而竊盜罪則無使人交付財物之必要。所謂交付，係指對於財物之處分而言，故詐欺罪之行為人，其取得財物，必須由於被詐欺人對於該財物之處分而來，否則被詐欺人提交財物，雖係由於行為人施用詐術之所致，但其提交既非處分之行為，則行為人因其對於該財物之支配力一時弛緩，乘機取得，即與詐欺罪應具之條件不符，自應論以竊盜罪。」

無爭議的是，詐欺罪的財產處分者與財產損失者不以同一人為條件，但被騙者與處分者必須同一人，否則欠缺詐欺罪構成要件應有的連貫性因果關係²。因為詐欺罪是一種自我損害，竊盜罪是他人損害，當行為人施行詐術時，財產處分者「貼近」財產損失者的財產，此情形是詐欺行為，而非竊盜罪的間接正犯，較無爭議。有爭議的是，財產處分者應具備如何的「貼近關係」，才能令陷於錯誤的第三者之財產處分歸責於財產損失者？學界對此問題有以下三種見解³：

一、事實貼近理論

如果第三者事實上能夠支配財產損失者的財物，特別是共同持

¹ 最高法院 86 年度台上字第 487 號

² Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 2019, § 263 Rn. 65.

³ Hillenkamp, 40 Probleme aus dem Strafrecht: Besonderer Teil, 2001, S. 148 ff.; Schönke/Schröder, aaO., § 263 Rn. 66 f.; 林東茂，刑法分則：第三講——詐欺罪的財產處分，月旦法學教室，第 8 期，2003/6，頁 90、93。

有者，第三者對財產損失者的財物處分可歸責於財產損失者。理由是行為人從事實上有權限貼近財物的第三者手中接受其權限可及的財物，因此沒有侵害他人的持有權，而是從持有權人手上交出，此為詐欺，非竊盜。詳言之，詐欺罪的行為人是利用被害者將其對財物具優勢的地位轉移到自己身上，因為被害者對財物所擁有的地位，正是行為人所想要的。被害者對財物轉移與處理權限的優勢地位，不僅是行為人所欠缺，其他人也如行為人一樣無法觸及，故只有事實上能貼近財物者才具有此優勢。對於詐欺罪而言，關鍵不在於被騙的人須對財產損失者擁有法律上獨立的持有權與處分權限，而是與行為人相較，在有處分權限者權力範圍中擁有事實上優勢與較貼近的地位。特別是共同持有者，其對財物更貼近，在空間上對於財物有直接的影響可能，可獨立於其他共同持有者而為事實上的處分財物。行為人對其施以詐術導致共同持有人因此喪失持有，這是對財物的處分，而非秘密地中斷原持有人對財物的持有關係。

二、權限理論

主張權限理論者認為，只有被騙的第三人在法律上有處分權限時，所為的財產處分才能歸責於財產損失者，且無須對處分行為進一步檢查。理由是：詐欺罪的情形是行為人透過詐術促成自我損害，只有當第三者對財產損失者具有處理後者財產的權限以及主觀上認為有權限者允許其處理，結果方得以歸責並視為自我損害。如果第三者與財產損失者站在同一邊，沒有理由認為其財產處分可歸責於財產損失者，只因為貼近財物而有輕易取走財物的可能性，這是竊取，不是財產處分。如果將第三人的交付財物事實可能性解釋

為具處分財產權限，是將竊盜罪間接正犯以詐欺罪論。故共同持有者只允許處分有關自己的持有部分，是否能夠處分其他共同持有人的部分，不能是因為共同持有即得以處分，而應是取決於共同持有人之間是否存有約定的權限。

三、規範貼近理論

主張規範貼近理論者認為，所謂對財物的貼近關係可以比法律的處分權限要求較低，但必須比僅有事實影響可能性的要求高，被騙者必須身處財產損失者的授權範圍內，其地位有如財產損失者，透過其財產處分的損失才能視同財產損失者。依事實貼近理論，詐欺罪的處分財產要求須有事實上的處分可能，但何時具有事實可能性，則是一個開放性問題。再者，此理論沒有說明，在未徵得權限持有者的意思下的處分為何是可歸責於財產所有的自我損害，因為財產處分的事實可能並非是結果歸責的理由。持權限理論者主張財產損失須以財產所有者的財產發生法律改變為要件，處分的影響只有具法律的處分效力才屬之，如此主張只有超越法律的財產概念方屬合理。是以，處分者對財物是否或具有何種持有關係不是決定要件，因為不具持有關係者也可以代表財產損失者處分財產，且結果歸責於後者。只不過，財產處分結果能歸責於財產損失者的情形，是被騙的第三人必須是站在財產損失者同一面，且在處分財產前與財產損失者基於貼近關係而有權限處分財產，此說又稱為特別事實關係理論。

有關詐欺罪與竊盜罪的區別，學術通說採規範貼近理論，認為依據民法的權限理論不可採，因為刑法詐欺罪的財產與財產處分概

念是以經濟觀點為準，「持有」概念是事實問題。法律權限概念不明確，在具體情形中會令可能的授權範圍發生質疑，且嚴格限制刑法上的財產處分概念，有違刑法體系，無法得出明確的解決之道。事實貼近理論又過於寬鬆，認為只要事實上有能力影響他人財物即可，並含善意的第三人，令三角詐欺與竊盜罪的間接正犯缺乏可區別的論點，因為事實取得可能性不能是將損失視為財產所有者親自所為的理由⁴。

「三角詐欺」與竊盜罪間接正犯的區別關鍵是被害人為詐欺罪的處分財產，還是行為人取得動產。詐欺罪的犯罪架構是由行為人、陷於錯誤的處分財產者與財產損失者的三角關係所組成，財產損失建立在被害人的財產處分上，財產處分是因陷於錯誤，之所以有錯誤認知是因為行為人施以詐術，故財產處分是出於被騙者的自由決定，被騙者取得持有轉移結果的同意，屬於自我損害型的犯罪。前提是被騙者基於法律或對財物的特別貼近關係之純事實狀態而能處分財產，原則上是因財產所有者的同意進而對其財產擁有保護、保管或檢查功能，且在保管任務範圍內主觀上轉移持有，其可以基於法律、委託關係、商業往來或默示授予權限等，例如法定代理人、遺產執行者、具共同持有關係的持有者，甚至是隸屬性共同持有關係的持有者取得優越性共同持有者的同意⁵。此情形可以是在強制執执行程序中的訴訟詐欺，行為人透過虛偽陳述或偽、變造證據以影響法官的判決，進而造成他人損失財物。訴訟詐欺是透過他人對他人財物的干預，即行為人以高權者的處分作為犯罪工具而濫

4 Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht Besonderer Teil 2, 2019, Rn. 644.

5 Wessels/Hillenkamp/Schuh, aaO., Rn. 642; Fischer, Strafgesetzbuch, 2019, § 263 Rn. 82 f.

用之，類似間接正犯架構，屬於詐欺罪範圍⁶。

竊盜罪的被害人是行為人自己對他人之物的干預，亦即取得持有並導致被害人持有權喪失，是一種他人損害型的犯罪。竊盜罪間接正犯則是行為人使用詐術讓第三者提交財物，第三者是善意的工具人，行為人利用第三者破壞他人對其物的持有關係而取得財物，例如利用飯店櫃檯的服務生在不知情下給予他人寄放的大衣或行李箱⁷。又擁有保管權者若故意逾越任務的範圍界限並導致持有轉移結果，非詐欺，而是竊取。學術通說進而合理地指出，對同一事件過程與同一財產持有者不可能同時成立詐欺或竊盜，二罪的構成要件的本質是自我損害與他人損害，彼此互斥。區別的關鍵在於財產處分要件。三角詐欺罪的被害人有如物主代理人的給予行為一樣，基於認識與同意的處分導致直接的損失，因行為人無須自己拿取，故為自我損害；反之，若被害人既沒有給予，也沒有同意，則是他人損害的破壞持有，其情形是處分者既沒有貼近損失的財物或具有保管關係，而是必須由外部取得持有，沒有理由將損失結果歸責於財產所有者，故是一種他人損害的竊盜罪⁸。

在本案中，甲是乙僱用的菲傭，通常由甲將大衣送到丙的洗衣店送洗，再由甲到店內取回。因丙對客戶的衣物具有保管義務，基於契約關係具有處理的權限，今甲未徵得乙同意，私自到洗衣店告訴丙，乙臨時有事出門，晚上又急需送洗的皮草大衣，派她來先取回。甲使用詐術令丙陷於錯誤，相信甲所言，出於有利於乙的利益

⁶ Schönke/Schröder, aaO., § 263 Rn. 69.

⁷ Fischer, aaO., § 263 Rn. 81.

⁸ Wessels/Hillenkamp/Schuh, aaO., Rn. 648.

而將皮草大衣交付，乃是基於認識與同意的處分，導致客戶乙損失，甲具有詐欺故意與不法所有意圖，違法性與罪責性皆成立，成立詐欺罪。

參、結論

甲對丙謊稱，乙委託她取回皮草大衣，不實陳述的目的是為了取得他人財物，此為詐欺罪的詐術。由於乙的大衣平時都由甲送洗與取回，丙誤認甲已經徵得乙的同意取回，因此才將手中保管乙的皮草大衣交付予甲，肯定交付是陷於錯誤的處分財產，並導致乙遭受財產損失，成立詐欺罪。

第四四題 「使用竊盜」或竊盜既遂

就讀某大學的甲係武俠小說迷，因經濟因素考量，想利用在書店選購書籍時趁機帶走新版的小說，準備在家中看完後，隔日再原書歸回書店。當甲將未加塑膠套密封的武俠小說塞入自己的隨身背包時，整個過程已被監視錄影器錄下，書店職員待甲通過收銀台而不付帳的情形下，於店門口外即時攔阻甲。試問：甲是否成立竊盜罪？

壹、問題爭點

竊盜罪的主觀要件除了竊取故意外，另要求行為人須具備為「自己或第三人不法之所有意圖」，何謂「所有意圖」？尤其，當行為人於行為時僅有暫時使用他人動產的意思，是否肯定有「取得意圖」而成立竊盜罪？使用竊盜與竊盜既遂應如何區別？

貳、案例分析

甲是否成立刑法第 320 條第 1 項竊盜既遂罪？

一、竊取他人動產

竊盜罪的客觀要件是竊取他人動產，書店的武俠小說對甲而言是他人動產，甲必須有竊取行為。竊取是中斷他人對動產的持有或共同持有並建立新的持有，後者並不以為自己建立新的持有為必要條件，為他人建立新的持有關係亦可，持有則係指具有自然的支配意思而對物品握有事實上的支配而言。在本案中，甲將他人小說塞入自己背包時，一開始即打算在不付款的情況下帶回家，此取走行為不僅未經書店同意，且取走過程透過書店安裝的監視錄影器而一目了然，甲的行為是否係「竊」取？竊取行為只要係行為人於行為時基於主觀秘密而取走即可，至於客觀上是否秘密，則非所問。因為甲於行為時，主觀上自以為沒有人察覺或店方未察覺，因此，肯定甲在主觀秘密進行下中斷書店所有人對此書的持有，且為自己建立新的持有，當甲攜帶小說走出店門外時，竊取結果已發生。

二、竊取故意與不法所有意圖

甲未經書店同意拿走店內的小說走出店外，肯定具有竊取故意，甲同時也應具有為自己或他人不法之所有意圖，至於此意圖是否實現，無關既遂問題。本罪以行為人具有特定意圖為要件，目的在於限縮本罪的適用範圍，將不具不法所有意圖者排除於竊盜罪適用之外，避免造成人們在日常生活上的不便利，否則動輒成立竊盜罪，因此，此特別主觀要件要素對於竊盜罪具有顯著的實際意義¹。本案值得探討的是，甲竊取書店的小說時，具有使用後歸還

¹ 黃惠婷，意圖與動機——評最高法院九十六年台上字第五九八號判決，月旦法學雜

書店的意思，是否肯定甲具有不法所有意圖？還是屬於不處罰的「使用竊盜」？竊盜罪規定行為人必須具有「為自己或第三人不法之所有意圖」，此所有意圖異於詐欺罪的獲利意圖，而係指取得意圖。何謂「取得」？至今尚未有定論，學界則有以下見解²：

（一）物體理論（Substanztheorie）

取得的本質係行為人僭居所有人的地位而取得動產本身，以及在排除所有人使用下實現行為人的使用目的。

（二）價值理論（Sachwerttheorie）

取得係指依動產的經濟價值，行為人是否獲得物的利益而定，亦即在排除所有人使用下，將動產體現的價值轉成自己的財產。我國判決曾有類似的見解，認為「竊盜之成立須意圖為自己或第三人之所有，……則該項犯罪之主觀要件，即令不須被告有於法律上使自己或第三人取得所有權之故意，至少亦須有於經濟上使自己或第三人與所有人享有同等利益、或為同等支配之故意³。」

（三）綜合理論（Vereinigungstheorie）

早期物體理論與價值理論對立，今日通說則綜合二種理論。綜合二種理論的理由在於：一方面物體理論難以滿意地解決取得概念的問題，例如行為人將他人存款簿的存款全部提領後，再將存款簿歸還原主，行為人獲得存款簿所體現的價值，並未取得存款簿本

誌，第154期，2008/3，頁252以下。

2 Münchener Kommentar, Stragesetzbuch, §§ 185-262, 2003, § 242 Rn. 108 ff.; Fischer, Stragesetzbuch, 2019, § 242 Rn. 33 ff.

3 臺灣高等法院 105 年度上易字第 2035 號指出最高法院 16 年上字第 139 號之判決意旨。國內學者認為以使自己或第三人在經濟上與所有人享同等利益或同等支配之意思肯定取得意圖，因此，將他人停放於路旁的汽車擅自開走兜風，成立竊盜罪，甘添貴，體系刑法各論（第二卷），2000，頁50。

身，由於領款並非對存款簿本身的損耗，通說認為依價值理論，行為人即使歸還存款簿，對存款簿的所有者而言，存款簿內的物品價值，亦即被確認的請求權已遭否定排斥，存款簿成為沒有內容的外殼而已，肯定對存款簿具有取得意圖；但另一方面為了讓取得罪與獲利罪有所區隔，學者主張綜合理論對於物體的「價值」要素應採限制解釋，且於綜合理論中具補充性質，認為並非任何一種對物的使用可能性加以利用即為取得，例如取走他人證件，看完即歸還或於偽造文書後再歸還，不成立竊盜罪，故應依動產體現的價值種類與功能而定。

是以，依綜合理論，取得係指行為人在排除所有人影響下，將他人動產本身或其體現的價值併入自己的財產。在實質觀點下之「取得」概念應具有積極與消極二種要素，通常以「占為己有」與「排斥所有或持有」稱之。前者係指行為人將他人動產併入自己的財產或使用其價值；後者係指行為人透過永久或長時間對物體本身或其體現的價值完全或嚴重地剝奪，而排除所有者對此動產的經濟地位⁴。

取得意圖所包含的二種要素是竊盜罪與不處罰的使用竊盜、單純對物的剝奪或一般毀損罪區分的關鍵要素。行為人具有占為己有意思，但欠缺「排斥持有或所有」要素，則係不處罰的使用竊盜，例如基於歸還意思借用鄰居的花園工具除草或借用鄰居的腳踏車買早餐等行為；相反地，行為人具有排斥持有或所有的意圖，卻欠缺占為己有意思，考慮係不處罰的單純對他人之物的剝奪或毀損罪。占為己有與排斥所有或持有這二種要素必須同時存在，方肯定取得

⁴ Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht BT2, 2019, Rn. 146 f.

意圖，但排斥所有或持有不一定須透過占為己有方成立。有論者進而認為，取得意圖的形式要素係行為人僭居所有權人地位而有處分此物的意思，如果行為人在沒有否定動產係他人的財產下，而另有目的地使用此動產時，則欠缺取得意圖，例如將他人的寵物帶走，目的係領取寵物所有權人稍後提供的尋獲獎金，行為成立詐欺罪；或行為人抱走他人寵物，目的係以此恐嚇取財，行為成立恐嚇取財罪⁵。不同的是，行為人抱走他人寵物再要求他人「買回」，肯定具有不法所有意圖⁶。只是不法所有意圖必須於竊取時即存在，若行為人於暫時使用中才產生排斥所有或持有意圖時，考慮成立侵占罪⁷。

實務肯認「使用竊盜」概念，認為行為人如僅因一時方便而使用失竊之物，而無將之據為己有之意，不成立竊盜罪⁸。例如行為人騎用他人機車，前往他處取物，然後即騎回該機車原停放處，行為人係急於達到迅速趕抵可能成為失物的皮包所在地，而僅依該機車之經濟上用法，加以使用，並無排除權利人、將他人之物當作自己之物之意思，行為人僅取得他人之物為一時之用，且又具有使用後交還原所有人之意思，不成立竊盜罪⁹。

在本案中，甲必須有占為己有之意思。對占為己有的判斷，不論占有時間久暫，只要行為人有意使用此物即成立，故甲想拿小說

5 Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 2019, § 242 Rn. 47; Wessels/Hillenkamp/Schuh, aaO., Rn. 150.

6 Fischer, aaO., § 242 Rn. 35a; Wessels/Hillenkamp/Schuh, aaO., Rn. 172 f.

7 Wessels/Hillenkamp/Schuh, aaO., Rn. 204.

8 臺灣高等法院 84 年度上易字第 5771 號。

9 臺灣高等法院 93 年度上易字第 2143 號。

回家看，具有占為己有之意思。惟甲也必須具有排斥所有或持有之意思，才肯定不法取得意圖。行為人排斥原持有或所有人對物的持有或所有，雖不以造成永遠不再能支配此物為要件，但排斥所有或持有必須持續一段時間。若行為人有準備歸還意思，則不具有排斥持有或所有的意思，此情形即為不處罰的「使用竊盜」，其係指行為人以短暫使用他人的動產為目的，在不使該物發生質變、不是明顯減低動產的經濟價值以及不否定原所有權人的財產情形下，而具有歸還的意思，因此，長時間的排斥係二者決定性的區別標準¹⁰。

至於多久時間的剝奪與使用才轉為排斥持有或所有、或是否有歸還意思，尚未有一致的見解。學術上有主張沒有一定的標準，應由排斥所有或持有的概念依個案而定。如果僭越的使用達到一定期間，造成由客觀的第三者觀察，原持有者對此物的持有已經永遠喪失以及無可避免地必須以其他物替代，即肯定排斥所有或持有¹¹，例如拿走他人信件於使用後再予以銷毀、或例如不告而借用鄰居的電鋸伐木，卻一直擺放在自家宅院，不知情的鄰居因需要電鋸而另外購買。又行為人基於暫時使用的目的而開走他人自小客車代步，使用後的停放地點可以證明是否有歸還意思，若停放在警察局前、停車場內或所有人住家或取走地附近，則可以證明不具有排斥所有

¹⁰ Wessels/Hillenkamp/Schuh, aaO., Rn. 156 ff.; 我國實務上也肯認有所謂的使用竊盜，如臺灣高等法院花蓮分院 103 年度上易字第 101 號。惟以「使用竊盜」一詞稱之，容有商榷，因為我國並無德國刑法第 248 條 b 無權限使用交通工具的處罰規定，且「使用竊盜」一詞仍具竊盜性質，德國學界對於不告而使用他人動產的行為以「僭越使用」（*Gebrauchsanmassung*）稱之，只是「使用竊盜」一詞為國內學界與實務界採之，本文暫從之。

¹¹ Wessels/Hillenkamp/Schuh, aaO., Rn. 162; Maurach/Schroeder/Maiwald, *Strafrecht BT*, Teilband I, 1988, § 33 Rn. 40.

或持有的意思；相反地，若隨便停放且不鎖車門，任由第三者有偷走的機會時，應肯定具有取得意圖¹²。

實務認為，行為人是否自始即有不法所有意圖，屬內心狀態，得由其表現在外的客觀狀態或物本身之性質加以綜合判斷，諸如有無攸關權義或處分之行為、使用時間之久暫、該物是否因使用而產生耗損、是否事後為隱含某種不法的目的，而將所竊之物放回原處，並非意在歸還原物，甚至在一般相同之客觀情狀下，所有人或權利人有無可能同意行為人之使用行為等，予以綜合判斷¹³。

基於上述見解，實務認為「使用竊盜」與犯竊盜罪後事後物歸原主之行為不同，肯定前者係自始即無不法所有意圖，後者則係意圖為自己或第三人不法之所有，破壞原持有人對於財物之持有支配關係，而建立新的持有支配關係，事後因某種原因，而歸還所竊取之物。事實如下：A 為了到他處搶奪之目的而擅自取用 B 的機車，主觀上即有「不法意圖」，因為其目的不無在使辦案人員誤以為機車所有人或持用人為搶奪罪犯嫌，而誤導偵辦方向，自啟動機車開始騎用之時起，主觀上顯然已有排除原權利人對於該機車之支配狀況而以所有人或有權使用人地位自居之心態。又 A 使用 B 的機車目的係為搶奪，依一般常理常情，此非法使用目的，客觀上根本不可能取得 B 之同意使用，其在明知其情之狀況下，猶擅自騎用 B 的機車並用以搶奪，其情狀與一時未能取得他人同意而暫時使用他人管領支配之物之「使用竊盜」迥異。竊盜罪為即成犯，A 以不法動機，竊取 B 的機車，將該機車置於自己實力支配之下

¹² Wessels/Hillenkamp/Schuh, aaO., Rn. 158.

¹³ 臺灣高等法院花蓮分院 103 年度上易字第 101 號。

時，該竊盜犯罪即已既遂，縱 A 事後將該機車騎回原處附近停放，亦屬贓物之事實上處分行為，並不影響其竊盜犯罪之成立¹⁴。

上述實務見解容有討論餘地，竊盜罪的行為人本來即是在違反被害人意願下破壞舊的持有並建立新的持有，故 A 客觀上根本不可能取得 B 之使用同意，而未徵得被害人同意是「竊取」要件的本質，無關不法所有意圖。又實務認為竊盜罪是即成犯，不無疑義。竊盜罪不同於侵占罪，行為人於行為時基於竊盜故意與不法所有意圖竊取他人動產，行為必須發生他人對動產的持有關係在違背他人意願下轉移至行為人身上的結果，方為既遂，且屬「他損」的財產犯罪。誠如判決指出，A 使用 B 的機車目的在於誤導警察偵辦方向，因此考慮成立刑法第 169 條第 2 項誣告罪，即 A 意圖使 B 受刑事處分而偽造證據，而非具有長期或永久排斥 B 對其機車的所有意圖。

在本案中，甲取走小說時想隔日將原書歸還書店，一日的持有剝奪尚不致於係長時間排斥書店對書本的持有。惟對他人的排斥所有或持有是否可能基於書本本身的特別功能之喪失，而依價值理論肯定行為人的取得意圖？物品的核心價值是使用的價值，僅對使用可能性的剝奪，尚非「排斥持有或所有」，否則，在日常生活中隨意一種不告而取的行為皆成立竊盜罪，例如室友不在，為了趕報告而短暫取用室友的書籍參考，或未經同意暫時使用他人文具等等。較合理的見解是，行為人的短暫使用若轉成為消耗且造成物的價值明顯受到損失時，即肯定對動產價值的取得¹⁵。

¹⁴ 臺灣高等法院 104 年度上易字第 839 號。

¹⁵ Wessels/Hillenkamp/Schuhr, aaO., Rn. 162.

書本的一般使用價值在於閱讀的享受及資訊的取得，惟此價值不會因書本曾被閱讀過而受損害。問題是，書本價值的特別功能是否因翻閱而被剝奪？亦即物品的價值是否不侷限於使用而已，應該還有其他經濟上的功能？有爭議的是，商家擺設販賣物之「嶄新」價值是否係物品價值的特別功能？一說主張嶄新價值在經濟交易中扮演重要的角色，因為汽車廠製造的新車在短暫使用後，只能以中古車賣出；服飾店的衣服經使用後，也只能以二手貨出售，因此，對生意人而言，物品的「嶄新性」乃是賣點，而肯定嶄新的價值也具有經濟功能。同樣地，新書若被翻閱過，對書店而言，此書將明顯減少交易價值。不同見解認為行為人小心翻閱，書籍販賣的功能並未喪失，而且考量現代書店經營的方式與生態，站在原地翻閱書籍，也不會因剝奪書的嶄新價值功能而成立竊盜¹⁶。

由上述爭議中可得知，嶄新的價值並非一定係書籍之經濟價值上的特別功能，尤其，有些書店擺放椅子讓讀者可長時間閱讀，可見翻閱書籍不一定影響書店的經濟交易，除非書店以塑膠套密封書籍，甚至加警告標誌「拆封視為購買」，書店之如此作為至少係在保證書籍的全新價值，以增強顧客購買慾。在本案中，甲取走的小說並未以塑膠套密封，表示顧客可在原地翻閱，但甲將書帶回家翻閱，肯定違背書店的交易原則，書店允許顧客翻閱書籍只限於店家支配的空間範圍內，而且允許翻閱書籍的目的並非如圖書館一樣，在無償提供下讓顧客有如書本主人一樣，可以隨時隨地實現資訊的享受與取得，反而目的在於方便或吸引顧客決定是否購買，故販賣與享受資訊才是書店的經營目的，此理同樣適用於租書店。甲將小

¹⁶ Schönke/Schröder, aaO., § 242 Rn. 53.

說帶回家閱讀，想以類似此書的所有權人地位一樣享受與獲取資訊，即使甲將此書閱畢再歸還，仍是僭居所有權人處分此書，肯定損害此書置放書店目的的販賣價值，故於行為時具有取得意圖，又甲對此書並無請求權，肯定取得意圖為不法，違法性與罪責性皆成立。

參、結論

甲違背店家意思將小說放進隨身背包內，肯定竊取他人動產。甲於行為時雖然具有歸還小說的意思，但對於以販賣資訊的書店而言，將小說帶回家閱讀乃是對書店書籍的經濟價值明顯減損，因為對書店老闆而言，此書將變成二手書，故是對小說嶄新價值的剝奪，應論以竊盜既遂罪。

第四五題 竊盜或詐欺

甲進入大型賣場內購物，乘人不注意下，將已裝箱封妥且標價新臺幣 1200 元的電器自箱內取出，置於一旁，換裝價格 3600 元的電器後，再將箱外封妥回復原狀，搬到賣場出口收銀處結帳，收銀人員乙見裝箱封口完好，於是對此電器收取 1200 元，並將該箱電器交給甲。試問：甲成立何罪？

壹、問題爭點

行為人在賣場內對商品裝箱動手腳，以低價取得高檔品的行為成立竊盜還是詐欺？區別這兩種財產犯罪是否有意義？二者在民事上的結果相同，於刑法上卻有差別，差別在於竊盜罪另有規定加重竊盜罪，詐欺罪則無；行為人竊盜後，為了防護贓物施強暴或脅迫，成立準強盜罪，但詐欺卻非準強盜罪的先行行為，故區別二者具有實際意義，只是應如何區別「物的詐欺」以及「詐術竊盜」？另外，甲更換電器的價格標籤是否犯偽造文書罪？

貳、案例分析

一、甲是否成立刑法第 339 條第 1 項詐欺罪？

(一) 施用詐術

詐欺罪的要件是行為人意圖為自己或第三人不法之所有，以詐術使人將本人或第三人之物交付，行為含成文與不成文要件要素，先後順序是詐術、陷於錯誤、處分財產與財產損失。所謂詐術係指足以影響他人認知的一切行為，而傳遞的內容與事實不符合者皆是，以語言、文字或舉動的方式皆可，至於透過積極作為或消極不作為，皆可以成立詐術行為，只要後者居於保證人地位，而負有保證義務。在本案中，甲將已裝箱封妥且標價新臺幣 1200 元的電器自箱內取出置於一旁，換裝價格 3600 元的電器後，再將箱外封妥回復原狀，目的是想稍後於結帳時，讓人認為箱內裝的是 1200 元的電器，因此是一種足以影響他人認知的積極作為，造成箱外的價格標籤與箱內電器價值不符合的訊息，故甲使用詐術。

(二) 令他人陷於錯誤

行為人施以詐術後，必須令他人因而陷於錯誤。錯誤是任何一種不正確且與事實真相不相符合的事件或狀態，只要被騙者認為行為人所主張者是真的或至少有可能是真的，即是詐欺罪不成文的構成要件要素——「錯誤」。在本案中，當甲將已經換裝過的電器交給乙，且拿到櫃檯結帳時，因為乙見裝箱封口完好，認為箱內應該裝的是 1200 元的電器，故肯定乙因甲施詐後陷於錯誤。

（三）處分財產

被騙者因陷於錯誤後必須進而處分財產，其不以民法上之法律行為為限，而是其他一切對其本人或第三人財產之任何事實行為，如作為、忍受或不作為皆可，對第三人的財產只要具有處分權限亦可。在本案中有疑義的是，甲私下將高檔品放入貼低價格標籤的紙箱內，造成乙對此電器收取 1200 元，並將該箱電器交給甲，甲的行為是「物的詐欺」？還是「詐術竊盜」？解決此問題，應判斷竊盜罪的竊取與詐欺罪處分財產的區別。

詐欺罪的財產損失係因為被害人的處分財產，之所以處分財產，是因為他人使用詐術而產生錯誤後的一種意思決定下的行為。被騙者在處分財產後，行為人不必有任何進一步的犯罪行為，直接導致被騙者的財產損失，故詐欺罪屬於自我損害的財產犯罪類型，要求被害人於處分財產時須有處分認知，即被害人是心甘情願地轉移財產持有權，且認知移轉後自己將喪失對物的持有權；反之，竊盜罪或搶奪罪必須透過行為人自行操控的干預行為，方能取得對於物的持有，行為人取得持有是違反被害人的意思，秘密地或公然不畏形聲地移轉他人對財產的持有關係，導致他人喪失對物的持有權。當被騙者完全不知道自己的行為導致持有的移轉，或沒有辦法阻止持有的移轉，並非是一種「同意」，而是竊盜或搶奪，因此，二罪屬於他人損害的財產犯罪。詐欺罪與竊盜罪之區別，可由財產損失是否因處分財產後直接造成、被騙者的處分財產是否基於處分認知以及是否出於自由意思決定而定¹。因此，在同一具體事件中，對同一物以及同一財產持有者，行為不可能同時成立詐欺罪或

¹ Fischer, Strafgesetzbuch, 2019, § 263 Rn. 70, 74.

竊盜罪，而成立想像競合，二者的構成要件在本質上有所不同而互相排斥。

在本案中，甲將電器搬到賣場收銀處結帳，乙見裝箱封口完好，於是對此電器收取 1200 元，並將該箱電器交給甲，故乙係出於認知且在自由意思下處分財產，同意將紙箱內的電器持有權轉移給甲，而乙處分財產是基於錯誤認知而處分，其交付電器是詐欺罪要件的處分財產。

（四）財產損失

詐欺罪的被害人必須在處分財產後造成財產損失，而且被害人之損失與行為人之獲利之間須具有直接關係，亦即對價關係。今乙將原價 3600 元的電器以 1200 元賣給甲，乙的財產遭受損失。

（五）主觀要件

甲將 3600 元的電器裝在貼有標示 1200 元的紙箱內，並拿給乙結帳，乙不察，將此電器以 1200 元賣給甲，肯定甲具有詐欺罪客觀構成要件要素的相關故意，甲也有為自己不法之所有意圖，違法性與罪責性皆成立。

二、甲是否成立刑法第 210 條、第 216 條與第 220 條偽造與行使準私文書罪？

（一）文書

偽造私文書罪是行為人偽造、變造私文書，足以生損害於公眾或他人者。文書具有三大性質與功能，一為穩固功能，其係體現於外，與有形物結合一起，並可透過感官察覺其存在，而令一般人或至少相對人可理解的人類思想表示。二為保證功能，即此思想表示

顯示名義人或可辨識的名義人，但名義人不必要是文書形體的創作人，只要文書聲明可歸責者，亦可成為此文書的名義人。三為證明功能，思想表示應適合證明且確定重要事實，故能發生權利義務的關係。因此，文書是體現思想表示，在人際往來中適合作為證明、確定法律關係以及確認名義人²。

實務認為，文書係指使用文字、記號或其他符號記載一定思想或意思表示之有體物，除屬刑法第 220 條之準文書外，祇要該有體物以目視即足明瞭其思想或意思表示之內容，而該內容復能持久且可證明法律關係或社會活動之重要事實，具有明示或可得而知之作成名義人者，即足當之。所謂名義人，並非指文書之製作人或書寫人，而是指在文書之形式上為思想或意思表示之表意人且須為文書內容負責之人，至於該名義人是否實際存在，並非所問。是以，文書具備「有體性」、「持久性」、「名義性」、「文字或符號性」與「證明性」之功能³。

刑法第 220 條第 1 項規定在紙上或物品上之文字、符號、圖畫、照相，依習慣或特約足以為表示其用意之證明者，以文書論，稱為準文書。又現行法區分私文書與公文書，後者依刑法第 10 條第 3 項係指公務員職務上製作之文書；反之，文書若具有上述性質與功能，非屬公文書，則為私文書。在本案中，賣場之裝箱封妥的標價表示具備文書的穩固性、保證性與證明性，屬於準私文書。

2 Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht BT2, 2019, Rn. 808.

3 最高法院 107 年度台上字第 3038 號。

(二) 行為態樣

偽造文書罪章的行為可以是偽造、變造或行使，刑法第 210 條之「偽造」係無製作權而不法製作，「變造」係無改造權而不法改造，且不變更其文書之本質；若對原文書之本質有所變更者，即應屬偽造，而非變造⁴。第 216 條之「行使」是在法律來往中提出偽造或變造之文書，並本於該文書之內容有所主張⁵。在本案中，甲將已裝箱封妥且標價新臺幣 1200 元的電器自箱內取出，換裝價格 3600 元的電器，屬變造行為。甲隨後在賣場出口收銀處結帳，完成交易行為，係行使變造準私文書。

(三) 足以生損害於公眾或他人

偽造私文書罪所保護的法益是以文書或準文書作為證明方法的法律交往之安全性與信賴性⁶，因此，文書係以法律關係或社會活動之重要事實為思想內容者為限，且行為結果必須足以生損害於公眾或他人。「足以生損害」係指公眾或他人有可受法律保護之利益，因行為人之行為而遭受損害或有受損害之虞，不以實際發生損害者為必要，損害也不以經濟上之損害為限，即民事、刑事或行政上之損害皆屬之⁷。又被害人不得以其文書之真正名義人為限，若因該偽造或變造之文書足以蒙受損害者，亦屬之⁸。在本案中，甲以變造的較低價格標籤購買原本價格較高的電器，導致賣場經濟上受損害。甲具有變造準私文書與行使變造準私文書之故意，違法性與

4 最高法院 80 年度台上字第 4141 號；最高法院 107 年度台上字第 1243 號。

5 最高法院 82 年度台上字第 2424 號。

6 Wessels/Hillenkamp/Schuh, aaO., Rn. 807.

7 最高法院 107 年度台上字第 3038 號。

8 最高法院 56 年度台上字第 2736 號；最高法院 71 年度台上字第 1934 號。

罪責性成立。甲行使變造準私文書是詐欺取財之手段，二罪屬一行為，成立想像競合⁹。

參、結論

甲將高價格的電器貼上低價格的標籤，施以詐術讓乙陷於錯誤，且在認知與自由意思下以低價賣給甲，導致乙受財產損失，甲成立詐欺罪。甲行使詐欺的方法是變造價格標籤，再以低價買進高價格電器，成立行使變造準私文書罪，二罪從一重處斷。

⁹ 最高法院 108 年度台上字第 2567 號。

第四六題 意圖與動機之區別

甲受乙委託，處理乙與丙女之間的債務糾紛，甲夥同友人赴丙住處，雙方在談判過程中，甲發現丙在角落放置攝影機，密錄催討債務之過程。甲為免討債過程遭側錄，遂上前想取走該攝影機，丙趨前阻攔，甲則出手毆打丙，造成丙身上多處鈍挫傷，丙因害怕而任由甲取走此攝影機，甲之後也沒有歸還。試問：甲成立何罪？

壹、問題爭點

強盜罪如其他財產犯罪一樣，要求行為人必須具有不法所有意圖，何謂意圖？其與動機如何區別？二者對於犯罪之成立有何影響？進一步有疑義的是，行為人強行取走他人財物時，若僅對容器的內容物有興趣，取走內容物時，一併將容器物帶走時，是否也肯定行為人對容器物具有不法所有意圖？

貳、案例分析

一、甲是否成立刑法第 328 條第 1 項強盜罪？

(一) 施用至使不能抗拒的強制方式以取財

強盜罪的客觀構成要件是使用強暴、脅迫、藥劑、催眠術或其他法的強制行為，強暴係指施以對身體的影響，直接強暴或間接強暴皆屬之。不管是強暴或脅迫，其強制程度必須達於至使不能抗拒的程度，否則考慮恐嚇取財罪。在本案中，丙阻撓甲取走攝影機，甲於是毆打丙，造成丙身上多處鈍挫傷，乃是一種直接的強暴。丙害怕甲等人在現場，任由甲取走攝影機，甲的強暴達於令丙至使不能抗拒的程度。甲施暴取走丙的攝影機，強制與取財間具有客觀的方法——目的關聯，且甲對於強暴以取財的行為具有故意。

(二) 不法所有意圖

強盜罪之主觀構成要件除了須有強盜故意外，行為人於行為時必須具有不法所有意圖。今甲向丙催討債務時，發現丙以攝影機密錄催討過程，為了避免討債過程遭側錄，遂另起取走攝影機的決意，甲對攝影機是否具有不法所有意圖？還是純為動機，而欠缺不法所有意圖？

實務認為「故意係認識犯罪之構成事實，且進而決定為其行為之意思。決定為其行為之意思皆有一定之遠因，即動機。除特殊犯罪，法律明定以行為人主觀不法構成要件之構成要素，如刑法分則中規定以意圖為成立要件之罪，動機已成犯罪內容之一部分者外，通常犯罪之動機或以之為科刑時應予審酌之事項，或以之為減刑之

要件，或以之為加重之要件，惟與犯罪之成立並無必然之關係，事實審雖未查明被告確實犯罪之動機，尚不能指稱有調查職責未盡之違法¹。」職是，實務界認為意圖、故意與動機仍有不同，且動機不影響犯罪之成立。

動機與意圖不同，有時很難區分，尤其當動機導致行為目的的選擇時，動機與目的幾乎重疊，但二者不必然是同義。區分的重點在於：動機係指引發且導致行為人行為背後之認知，動機與行為人的構成要件故意無關，動機發生錯誤不影響故意的存在；意圖則是在動機促成下所形成的行為方向與目的，行為人的行為意思針對法條所描述的行為結果（針對特定目的的結果意思）。例如行為人致力於行為的目的是令他人死亡，動機則可能是為了貪得遺產、或基於仇恨、或詐領保險金等。意圖是直接故意的提升形式，強調的是故意要素中的「意欲」，所以是針對目的的結果意欲，意圖與動機在概念上可以行為人的目的想法與其行為的行動理由區分。對意圖而言，行為目的的實現可以不是最後的目的，也可以不是主要的目的，甚至可以不是唯一追求的目的，亦即此意圖可以只是附帶的目的，行為人若同時另有其他目的亦可。行為人致力於行為結果的實現，不以行為人必須認為此目的值得追求為必要，即使行為人不是積極致力於結果的實現或甚至不希望發生，但只要行為人認知，為了實現最後目的時，邏輯上必然會發生此結果，也可以肯定意圖的存在，惟特定意圖是否實現，並不會影響既遂的成立²。

1 最高法院 94 年度台上字第 2370 號。

2 Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 2019, Rn. 327 ff.; Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 2019, § 15 Rn. 66.

在本案中，甲強取丙的攝影機，是因為擔心被害人留下討債的過程，將來恐不利於己，故湮滅證據是促成強取攝影機的動機，也是行為的目的。甲為了湮滅證據，當場唯有先搶過來，方能排斥丙持有此攝影機，進一步握有確鑿的科學證據。然動機與意圖重疊，或有多重行為目的，或實現最後目的，必然會發生某種行為結果時，誠如上述，仍肯定構成要件特定意圖的存在。

財產犯罪的不法所有（取得）意圖含占為己有與排斥所有二要素，基於法律理由，犯罪行為人不可能對偷、搶或盜來的財物取得民法上的所有權，因此，占為己有的要素僅要求行為人對於他人財物，取得或想要取得有如所有權人一樣的地位即可，行為人事實上取得對物的支配權，即肯定占為己有的意思。又行為人占為己有的意思不以長期持續為必要，只要短暫地對物行使處分權或利用其價值即已足，行為人對此要素的致力追求程度，要求應有如直接故意一樣強烈；至於排斥所有要素，則要求行為人必須具有長期排斥的意思，其程度僅要求如未必故意一樣，只要原持有人不再擁有的結果有可能發生即可³。

在本案中，如果甲想達到湮滅證據目的，當場必須擁有此攝影機，其真正想取走的應是裡面的儲存媒介物，只有讓丙不再擁有儲存媒介物，方能達成湮滅證據的最後目的，至此，肯定甲對儲存媒介物至少有長期排斥所有的意思，雖然對裝在攝影機內的儲存媒介物已短暫占為己有，但是否符合「占為己有」的要素？此外，甲為了儲存媒介物而順手取走攝影機，是否也對攝影機本身具有不法所

3 進一步可參黃惠婷，意圖與動機——評最高法院九十六年台上字第五九八號判決，月旦法學雜誌，第154期，2008/3，頁252以下。

有意圖？

較無爭議的是，行為人僅對內容物有興趣時，當場打開容器取走內容物，對於容器予以毀損或棄置，顯示行為人不要此容器物，故對其欠缺占為已有的意思。但在多數的情形下，是因行為人若不同時取走容器物，就不可能將內容物帶往他地，且安心地檢視內容物，當然，也不排除行為人當時可能基於攜帶方便的理由而取走容器物。有論者認為判斷此問題的重點，不在於容器物對於行為人拿走內容物是否必要、或行為人即使沒有容器物，也可以取走內容物，反而是行為人是否將容器物當成運輸內容物的工具，而且也做如是想⁴。如上述所言，即使行為人僅短暫使用容器物，足已肯定積極的占為已有要素，至於使用後如何處置此容器物，並不影響行為時的占為已有意思。

在本案中，甲為了湮滅討債過程的證據，肯定對攝影機的儲存媒介物感興趣。因為甲不是當場取出儲存媒介物，丟下攝影機，而是一併將攝影機帶走，事後也沒有歸還攝影機，即使甲真的對攝影機沒興趣，也因為只要短暫占為已有，即能肯定占為已有的意思，至於是否具有長期排斥所有的意思，應視被害人是否因而造成使用上的不便或排擠，甚至另外購買攝影機而定，因此，肯定甲對含儲存媒介物的攝影機具有不法所有意圖，行為具有違法性與罪責性，成立強盜罪。

4 Russ, Die Aneignungskomponente bei Wegnahme eines Behältnisses—Eine Würdigung der Rechtsprechung zum Handtaschendiebstahl(-raub), in: Strafrecht, Unternehmensrecht, Anwaltsrecht: Festschrift für Gerd Pfeiffer, 1988, S. 64 ff.

二、甲可能成立刑法第 304 條第 1 項強制罪

甲因丙阻撓，出手強行取走丙的攝影機，乃是使用強暴手段妨害丙行使權利，方法與目的間具有因果關係與特別的違法性關聯，強制故意、違法性與罪責性也成立。

三、甲考慮成立刑法第 277 條第 1 項傷害既遂罪

甲出手毆打丙，造成丙身上多處受鈍挫傷，乃是對身體與健康的傷害，行為與結果之間存有因果關係與客觀歸責，甲對此具有傷害故意，違法性與罪責性皆成立。

參、結論

甲為了湮滅向丙討債的過程，想取走丙的攝影機，並出手毆打丙，再取走攝影機，雖然甲意在攝影機內儲存的媒介物，但取走攝影機後也沒有歸還丙，肯定對攝影機具有不法所有意圖，成立強盜罪。甲施以強暴阻撓丙的行為，成立強制罪，基於法律競合不論強制罪，但強盜時使用強暴或脅迫，不見得一定有傷害結果，因此強盜罪應與傷害罪成立想像競合。

第四七題 侵占罪之侵占

甲向好友乙借機車，某日，女友丙以為機車屬於甲，於是向甲借車代步，丙覺得有機車很方便，向甲表達想擁有一部機車，甲為了討好丙，於是告訴丙，這部機車送給她，丙欣然接受，當乙向甲要求返還機車時，甲謊稱遺失。試問：甲成立何罪？

壹、問題爭點

甲將乙的機車送給丙，係侵占還是竊取行為？侵占罪與竊盜罪同屬財產犯罪，二者如何區別？持有與侵占的意義為何？怎樣的侵占行為方能證明行為人的侵占故意？侵占故意與不法之所有意圖有何差別？侵占罪有必要如竊盜罪一樣，以不法所有意圖限制適用範圍嗎？

貳、案例分析

甲是否成立刑法第 335 條第 1 項侵占罪？

一、侵占自己持有他人之物

侵占罪是「意圖為自己或第三人不法之所有，而侵占自己持有

他人之物」，甲向乙借車，為了討好女友丙而將機車送給丙，卻向乙謊稱機車遺失，行為是否該當「侵占自己持有他人之物」？

（一）持有他人之物

他人之物是普通侵占罪的行為客體，包含動產與不動產、有體物與無體物（刑法第 338 條），無形的權利則排除在外¹。物是否為他人所有，應依民法所有權的得喪變動判斷，只是對於侵占罪而言，他人之物必須行為人自己持有，單獨持有屬之，共同持有則視與他人共同持有之間的關係而定行為是「竊取」或「侵占」，例如承租的房客原則上對於屋內的家具是單獨持有，搬離租屋時取走屋主的家具，論以侵占；不同的是，住宿房客退房時取走旅館房間內的物品，成立竊盜²。

是以，持有依「事實觀點」判斷，係指持有者對於物基於支配意思而具有事實的支配關係，即基於事實可能性而對於物擁有物理上的實際影響可能性，主觀的支配意思與客觀事實支配不可或缺。另有提出「社會——規範觀點」，認為支配關係應依社會通念，判斷物是否仍歸屬於個人可支配的範圍內，若原持有人與財物存有空間距離，依社會通念，仍具有支配意思，且可以立即或毫無阻礙地恢復持有，則對該物的持有支配關係僅是暫時鬆弛而已，他人若破壞此關係，則屬竊盜行為³。

持有的原因可以是他人委託或契約關係、或未受委任的無因管

1 最高法院 71 年度台上字第 2304 號。

2 Fischer, Strafgesetzbuch, 2019, § 242 Rn. 14.

3 Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 2019, § 242 Rn. 23 f.；質疑此區別標準未達最低限度之明確性，主張竊盜罪與侵占罪保留其中一罪即可，黃榮堅，侵占罪之基本概念，日新，第 4 期，2005/1，頁 28 以下。

理而持有他人之物，在受委託或契約關係而持有他人之物的情形中，所有人出於意願而將物的持有關係轉交受託人，受託人因而享有對物的特別支配權，但基於信賴關係負有返還的義務或使用於特定目的的義務，例如租賃、出借、寄託、委任、運送、使用借貸或合夥等。行為人若因公務、公益或業務關係而持有，則屬第 336 條加重侵占罪之行為客體。在本案中，機車歸屬乙單獨所有，乙將之借給甲使用，甲負有返還義務，因此，機車對甲而言，符合本罪「自己持有他人之物」。

（二）侵占

甲必須有侵占行為，現行法的侵占罪與竊盜罪一樣，行為人於行為時主觀上必須具有為自己或第三人不法之所有意圖，二者同為財產罪的取得（所有）罪，只是侵占罪的侵占異於竊取，前者的行為人必須客觀上將物「不法占為己有」，方謂「侵」且「占」，即「占為己有」屬客觀構成要件要素；後者只要主觀上有不法占為己有的意圖即可，二者最大的區別在於：除侵占遺失物罪是以持有與取得同時發生外，侵占罪原則上是一種未中斷他人持有的取得罪；竊盜罪則是一種經由中斷他人持有的取得罪，是故，竊盜罪保護的法益不僅是財產所有權，也含持有權；侵占罪保護的法益僅有財產所有權⁴。

侵占是將自己持有他人之物「易持有為所有」，此「所有」的意義即為取得罪的「取得」。按「取得」是行為人透過其行為顯露排斥所有人對於物的支配權，以及建立自己或第三人對於物的支配權，行為人此時可以使用物的經濟價值、任意處分或影響，故侵占

⁴ Schönke/Schröder, aaO., § 246 Rn. 1; Hoyer, in: SK-StGB, 2000, § 246 Rn. 1.

罪客觀之取得（或侵占）行為必須實現主觀取得（或侵占）故意的內涵。不法「所有」含「占為己有」與「排斥所有」二要素，一方面由行為人的立場判斷，侵占應該包含行為人對於他人之物至少短暫的占為己有，另一方面由被害人的立場判斷，行為人長時間排斥所有人對物的所有。現行法條規定行為是「侵占」，似乎只要求占為己有的要素即可，但解釋侵占行為時，仍應包含排斥所有的要素，否則無法與「使用侵占」（僭越權限的侵占）區別。由於行為人遭發現犯罪行為後可能立即歸還其物，因此，客觀上不容易確定行為人是否為長期排斥所有，此情形若論以侵占未遂罪，似乎不合理，於是侵占罪的侵占（取得）在客觀上不以長時間排斥所有為必要，只要外在行為足以印證其取得故意即可。可以肯定的是，當所有人對於物永遠不再能夠隨意處分使用時，是一種長期的排斥所有。至於外在行為如何印證侵占故意？則有下列見解⁵：

1、廣義的顯示理論

依廣義顯示理論，只要具體情形可證明行為人具有取得故意的任何一種行為，均屬侵占，即使行為具多重意義時也一樣；換言之，客觀第三者認為行為人有取得故意，此行為成為侵占故意的確證，例如將持有他人之物予以張貼廣告，尋找買主。此見解的缺點是難以區別不處罰的預備侵占與處罰的未遂侵占及既遂侵占，甚至於合理的行為也可能視為具有取得故意，例如將他人遺失物放進自己的隨身袋，即為侵占。只不過，撿拾者的行為有可能是方便攜帶至警局招領，但如此動作依廣義理論，肯定是侵占。

⁵ Hoyer, aaO., § 246 Rn. 12 f.

2、狹義的顯示理論

狹義的顯示理論要求侵占行為必須建立在顯著的客觀事實上，此事實足以理解為侵占故意的體現，故並非所有客觀上看似取得的行為皆是侵占，而是行為人主觀上也應肯定具侵占故意。甚至於行為人以其他方式排擠所有人對於物的經濟地位，也是侵占，例如贈送、交易、消耗或加工等行為，阻止所有人重新取得借出之物、否認持有所有人之物、到警局報遺失或堅持自己才是所有人等；反之，行為人將自己持有他人之物予以毀損或拋棄，除非是使用經濟價值或消費後的行為，否則欠缺占為己有故意，未必成立侵占罪，而是毀損罪。

在本案中，甲將自己持有乙所有的機車送給不知情的丙，並對乙謊稱遺失，贈送行為乃是僭居所有人地位而處分自己持有他人之物，造成乙永遠不再能使用或處分機車，肯定是一種長期排斥所有與占為己有的侵占行為。

二、侵占故意

甲必須具有侵占故意，因為「所有」包含排斥所有與占為己有二要素，侵占罪要求行為人主觀的不法取得（所有）故意必須體現於外在客觀的「侵占」行為上，故主觀上要求具備侵占故意。「侵」本身含有不法性，「占」則為占為己有，從而，現行法對於侵占罪的取得行為強調的是占為己有。對於被害人而言，最關心的是自己是否被排斥對物的處分配；對行為人而言，在乎的反而是占為己有，因此，以「為自己或第三人不法之所有意圖」為要件的財產罪，均要求行為人對於排斥所有只要相當於未必故意的程度即

可，但對於占為己有則要求絕對的欲。即使現行法侵占罪強調客觀上「占為己有」的結果不法，卻不影響侵佔應同時具備「排斥所有與占為己有」的本質，現行規定反而凸顯行為人具備占為己有的絕對欲望，因此，侵佔故意不是僅追求排斥所有與占為己有的目的想法而已（意圖），而是要求行為人認知自己的行為對於持有他人之物占為己有且造成排斥所有，仍進而為之的主觀想法，在客觀上也真的發生取得如所有權人之地位的結果，方肯認侵佔罪的行為不法與結果不法。在本案中，甲送乙的機車給丙，又對乙謊稱遺失，此外在行為足證具有長期排斥所有與占為己有的侵佔故意。

三、為自己或第三人不法之所有意圖

現行法要求侵佔罪的主觀要件除了侵佔故意外，還必須具有為自己或第三人不法之所有意圖。國內學者也主張侵佔罪的行為人於主觀上除有侵佔故意外，另須具備不法所有意圖，後者是行為人明知自己在法律上不具合法權利，卻讓自己或第三人在經濟上與所有人享同等利益或同等支配之意思⁶。實務界亦採肯定見解，認為「公務上侵佔罪之成立，以對於公務上所持有之物，變更其持有意思，圖為自己或第三人之不法所有為構成要件，如僅開支或報銷會計科目不當，而無上述不法所有之意圖，尚難令負公務上侵佔罪責⁷。」或認為以擅自處分自己持有之他人所有物，或變易持有為所有之意，而逕為所有人之行為為其構成要件，雖行為之外形各有

6 甘添貴，體系刑法各論（第二卷），2000，頁 241；林山田，刑法各罪論（上），2006，頁 446。

7 最高法院 87 年度台上字第 1450 號。

不同，要必具有不法所有之意思，始能成立，如僅將持有物延不交還或有其他原因致一時未能交還，既缺乏主觀要件，不該當侵占罪。是行為人如誤認自己對於某財產有處分或支配權，因而為其他移轉之行為，非屬基於不法所有意圖，易持有為所有之行為，又如行為人沒有取得所有之意圖，而僅有「使用意圖」，亦即其僅為暫時使用，嗣後有交還原所有人之意，亦非有取得意圖之不法所有⁸。

上述見解恐混淆「意圖」與「故意」，故意型態有三種：意圖、直接故意與間接故意，三者皆是對犯罪構成要件具有「知與欲」。對意圖而言，在知方面要求行為人對於結果只要認識到有些微發生的可能性即已足，因行為人致力追求結果，故對結果須有強烈的欲。意圖無關法益侵害，而是在實現法益侵害的行為中，強調行為人只有具某種特定心理意向者，方處罰此行為，是故，限縮處罰範圍乃是意圖的功能，至於意圖最後是否實現，不影響犯罪既遂⁹。由於侵占罪之侵占已涵蓋取得（所有）的二要素，甚至強調具絕對意欲之「占為己有」，故只要外在行為足證行為人之取得（所有）故意，即不再僅是「使用侵占」或對物的剝奪而已，亦即侵占罪之行為人的主觀認知不能只要求有些微發生的可能性即已足，而是應確定結果（排斥所有與占為己有）會發生或預見發生的可能性，故行為人對排斥所有至少具未必故意以及對於占為己有具絕對的欲。現行法以「侵占故意」要求行為人的主觀不法，立法者

8 臺灣高等法院臺中分院 105 年度上易字第 1164 號；臺灣高等法院 106 年度上易字第 477 號。

9 Roxin, Strafrecht AT I, 1994, § 12 Rn. 2 ff.; 黃榮堅，基礎刑法學（上），2006，頁 438。

對侵占罪之主觀要件另要求取得（所有）意圖，反而造成行為人於侵占時只要有此心理意向即可，至於目的結果最後是否實現，無關本罪的既遂成立，此「意圖」要件與本罪既遂應有侵占的結果不法相互矛盾，並造成困擾，實屬多餘。

在本案中，即使依現行法規定，甲將乙的機車送給丙，肯定具有為自己或第三人不法之所有意圖，丙也欣然接受此機車，甲所追求的目的——「為第三人不法之所有意圖」亦已實現，違法性與罪責性皆成立。

參、結論

甲向乙借機車，將此車贈送給丙，又對乙謊稱機車遺失，乃是具有利用機車經濟價值的占為己有以及長期排斥乙對機車所有的意思，贈送行為肯定是內在侵占意思顯現於外的侵占行為，成立刑法第 335 條第 1 項普通侵占罪。

第四八題 詐欺罪之財產損失

甲經營電器行，因同行競爭激烈，甲於是對某廠牌的電視機標明「血拼價 49000 元」，當顧客乙上門且對此電視機感興趣時，甲上前宣稱此品牌與型號再也沒有如此低價，乙在甲的一番遊說後，當場心動並買下。事實上，此價格是此電視機的原價，根本沒有任何打折優待，乙得知此事後，心有不甘，告甲詐欺，試問：甲是否成立詐欺罪？

壹、問題爭點

店家以商業推銷手法，將商品的原價宣傳為打折後的價錢，吸引顧客，顧客在沒有貨比三家的情況下進行買賣交易，最後造成原先主觀上認為獲利的期待幻滅，甚至購買了不是需求孔急的物品時，是否得以主張財產損失？詐欺罪保護的法益何在？何謂財產？何種情況屬於詐欺罪的財產損失？

貳、案例分析

甲是否成立刑法第 339 條第 1 項詐欺罪？

詐欺罪是意圖為自己或第三人不法之所有，以詐術使人將本人或第三人之物交付者，客觀要件含成文與不成文者是詐術、陷於錯

誤、處分財產與財產損失，彼此具先後順序的要件要素互為因果。

一、施用詐術

所謂詐術係指足以影響他人認知的一切行為，而傳遞的內容與事實不符合且為可檢驗者皆是。在本案中，甲將電視機標明「血拼價 49000 元」，並對乙聲稱，此品牌與型號再也沒有如此低價，但事實上此價格是此電視機的原價，根本沒有折扣優待，因此，甲對乙傳達不實的訊息，屬於詐術。

二、陷於錯誤

行為人施用詐術必須造成被騙者陷於錯誤，錯誤係指任何一種不正確且與事實不符合的事件或狀態，即使被騙者對於行為人傳達的資訊有所懷疑，仍然相信有可能是真的，也是詐欺罪的不成文要件「陷於錯誤」。在本案中，甲標明血拼價的意義是一種不計損失的價格，又積極地以言詞鼓吹難得有此低價位，遂讓乙心動而買下，肯定乙因甲施用詐術而陷於錯誤，認為自己幸運，碰到如此好機會，能以較少的價格買到高品質的電視機，乙因甲施詐術而陷於錯誤。

三、處分財產

被騙者陷於錯誤後，進而處分財產，係指被騙者透過作為、不作為或忍受讓財產移轉於行為人，財產處分者必須出於自由意思與處分認知，而且處分後直接造成財產損失。在本案中，乙看到血拼價以及在甲一番說詞後，當場心動而買下，付給甲 49000 元，乙的

給付是一種出於自由意思與認知下的財產處分。

四、財產損失

被害人處分財產後必須有財產損失，雖有主張詐欺罪的既遂不以財產損失為要件，但刑法的任務在於保護法益，詐欺罪屬於財產犯罪，若行為人的詐術沒有造成被害人有財產損失，則刑法沒有保護的必要，因此，本罪之既遂應以造成被害人有財產損失為要件。

何謂財產？對於詐欺罪的財產概念有以下不同見解¹：

（一）法律財產概念

依法律財產概念，只要是財產法上的權利，即使毫無經濟利益或價值可言，也可以是詐欺罪所要保護的財產，將詐欺罪視為一種財產權利的剝奪，依此見解，財產損失是一種權利的喪失或有義務的承擔。

（二）經濟財產概念

依經濟財產概念，所有能夠折算金錢而具有經濟利益或價值之物或勞務，不管是否為法律應保護的財產權皆屬之。財產是經濟權利，也是個人金錢價值的總數，因此，當整體經濟事實上短少時，即為財產損失。

（三）個人財產概念

依個人財產概念，財產是財產持有者的經濟生產力，經濟生產力建立在對客體的支配上，而此客體在法律社會中被視為經濟交易的對象。支持此概念者認為，財產的功能是個人人格發展的基礎，

¹ Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht BT2, 2019, Rn. 530 ff.; Hillenkamp, 40 Probleme aus dem Strafrecht Besonderer Teil, 2001, S. 154 ff.

有關「損失」的確認以財產所有人的經濟潛力降低及藉由財產追求的目的為優先考量。是以，詐欺罪的財產不是物的總合或抽象的金錢總數，本罪是保障個人經濟開展的可能性，只有個人財產概念才能有效保障個人享有獨自決定自己財產組合的權限，從而，不符合給付的經濟目的，也是一種財產損失，財產持有者的經濟生產力減弱時，肯定是財產損失。

（四）法律——經濟財產概念

依法律——經濟財產概念，凡是具有經濟利益價值而能以金錢折算之物或勞務，均屬財產，但違反強制或禁止規範而形成的經濟利益或價值，因不是法律上所要保護的財產權，排除於財產的概念之外。刑法的財產概念不能完全無視法規範，既然其他規範禁止被害人的財物處分，也不保障其對財物的事實地位。基於整體法規範的一致性，刑法也沒有必要保障之，甚至行為人的不法所得依法得予以沒收。至於財產是否有損失，則由客觀判斷被害人整體財產，在處分前、後經折算是否有減少而定。但被害人自認有損失，非詐欺罪的財產損失，否則，詐欺罪本來應是保障財產損失的犯罪，將轉為保障商業交易的真實性。

刑法第 339 條第 1、2 項分別規定詐欺取財罪及詐欺得利罪，前者之行為客體係指財物，後者則指取得債權、免除債務、延期履行債務或提供勞務等財物以外之財產上不法利益²。實務認為，立法目的既在懲罰行為人以不法手段獲取利益之行為，所謂之利益，僅需依社會生活之現實角度觀之為具有財產性質之利益即已足，重在其事實上之價值，不以該等利益本身需合於民法、勞動法或其他

² 最高法院 86 年度台上字第 3534 號。

法律規定為必要。是以，性交易之行為係屬於違反善良風俗之約定，性工作者提供性服務，對方因此獲得免付對價之利益，客觀上可認為是財產上之利益，該當詐欺得利罪之客體。否則若謂詐欺得利罪之利益本身需以不違法或不違善良風俗之利益為要件，則無異變相鼓勵行為人對於該等利益可任予欺罔手段獲取而免負任何刑事責任，亦導致被害人任意以自力救濟方式保障該等利益，將使社會財產秩序更加紊亂，當非立法本意³。因此，俗稱「白嫖」行為該當刑法第 339 條第 2 項詐欺得利罪，實務見解採經濟財產概念。

在本案中，事實上，49000 元是此電視機的原價，只是沒有打折優待而已。問題是，被騙的人在交易關係中獲得經濟上同價的相對勞務或財物時，是否也是一種財產損失？由於詐欺罪保障的是財產，而非財產所有者的處分權，處分權的自由應是其他財產犯罪所要保障的範圍，例如恐嚇取財罪或強制罪，透過強暴、脅迫或恐嚇行為強制被害人處分財產，造成財產損失，故財產處分權的自由並非詐欺罪施詐術所要保障的對象。即使被騙者若知道事實真相時，並不會處分財產亦同，因為行為人僅是干預被騙者經濟上的處分決定自由，尚不足以成立詐欺罪。又被騙者基於錯誤而處分財產，雖然造成財產短少的後果，但透過直接獲得的財產在前後能於經濟上加以平衡時，並非財產損失⁴。

乙因為甲使用詐術而締結買賣契約，乙有義務給付約定的價錢，但乙同時取得交貨的請求權，在乙的整體財產中雖然損失現金 49000 元，乙因而獲得同等價值的電視機，雖然乙事後得知電視機

3 臺灣新北地方法院 103 年度易字第 627 號。

4 Fischer, Strafgesetzbuch, 2019, § 263 Rn. 114; Wessels/Hillenkamp/Schuh, aaO., Rn. 544.

並沒有折扣優待，而心有不甘，只要此電視機並沒有法律上的問題或品質上有瑕疵，即使主觀上認為自己有所損失，對於詐欺罪財產損失要件的判斷並不重要。因為詐欺罪在於避免財產的損失，而不是保障獲利的期待，倘若乙當時知情絕不會購買或事實上沒有使用電視機的需求，亦與詐欺罪的成立與否無關⁵。乙的財產處分決定固然受甲施詐而影響，但財產在經濟整體上最後並無短少，故沒有財產損失，甲不成立詐欺罪。

參、結論

甲使用詐術，令乙相信自己買到便宜的電視機，乙當時心甘情願地給付 49000 元，也獲得同等價值的電視機，由於詐欺罪係保障財產避免受到損失，而非保障財產處分的決定自由，因此，乙的整體財產並沒有損失，甲不成立詐欺罪。

⁵ Fischer, aaO., § 263 Rn. 114。

第四九題 擄人勒贖罪

甲於自家門口突遭乙、丙分持一把槍押上車並離去。二天後，甲安然無恙獲釋，甲向警方表示，自己並不認識歹徒，歹徒雖然有要親人的聯絡電話號碼，但未談及贖金，也沒有交付贖款，反而向他說「原來是綁錯人了」，便將他釋放在山區。試問：乙、丙刑責為何？

壹、問題爭點

現行擄人勒贖罪的要件存有不同見解，爭議的重點在於擄人是否須將被害人帶離原所在地？本罪之既遂是否須有勒贖行為？擄人勒贖的過程中是否須具備三面關係？又行為人的烏龍綁架是否會影響本罪之成立？擄人勒贖罪屬重罪，對其要件之解釋關係適用範圍與刑罰輕重，甚至也涉及強盜擄人勒贖罪之認定。

貳、案例分析

乙、丙是否成立刑法第 347 條第 1 項與第 28 條擄人勒贖罪的共同正犯？

一、擄人

依刑法第 347 條第 1 項規定「意圖勒贖而擄人者」，為擄人勒贖罪，本罪的行為是擄人。擄人係指擄掠人身或強行綁架，以強暴、脅迫或其他不正方法使被擄者脫離其所在地，喪失行動自由且受制於行為人的實力支配下。實務界與部分學者認為擄人勒贖罪與強盜罪的差別在於是否將被害人擄走，脫離其原有處所，使之喪失行動自由而移置於自己實力支配下為標準¹。本罪與恐嚇取財罪同屬財產上之犯罪，主觀上均具不法得財之意思，前者係基於不法得財之意思，而施行強暴、脅迫，將被害人置於自己實力支配之下，予以脅迫，目的是交付財物，以贖取被害人之人身自由；後者則係以恐嚇方法，使人心生畏懼，而交付財物。因此，擄人勒贖罪在目的行為上，固然具有恐嚇行為之性質，但在手段行為上，則具有妨害自由之本質，二罪仍有差異²。

依上述區別強盜與擄人勒贖的見解，行為人就地以至使不能抗拒的方法強逼被害人交出財物，成立強盜罪；行為人一開始即強押被害人前往提款機領錢，再交付給行為人以換取人身自由，可以成立擄人勒贖罪。然不同見解反對以強制力使被害人離其原所在地作為強盜罪與擄人勒贖罪之區別標準，認為被害人遭綁架後，不管是帶離原處所或就地遭挾持，只要將遭限制行動自由者視為人質，且以此作為脅迫其家屬或他人交付財物的手段，皆可成立本罪³。在

1 最高法院 92 年度台上字第 2913 號；褚劍鴻，刑法分則釋論（下冊），1999，頁 1284。

2 最高法院 103 年度台上字第 2389 號。

3 許澤天，擄人勒贖罪之構成要件與特殊中止犯——借鏡德國刑法第 239 條之 1 與同條

本案中，乙、丙持槍將甲押上車並駛離現場，二天後，甲才獲釋，乙、丙係基於犯意聯絡而共同擄人。

二、勒贖

有疑義的是，本罪是否要求行為人須有勒贖行為？學者與實務見解分歧。有學者主張本罪客觀行為除了應有擄人外，另外須有勒贖行為⁴。所謂勒贖，係令被擄者的親友或他人因擔憂人質的安危，遂配合行為人的意思，提供金錢或其他財物，以贖回被擄者的生命、身體或自由，故本罪須具備三面關係，即擄人又勒贖者、被擄者以及被勒贖者。理由是由立法體系論，本罪置於恐嚇取財罪之後，顯然地，保護的法益是財產，其異於恐嚇取財罪在於取財的方法是擄人，而非僅是恐嚇而已。因此，擄人與勒贖之間應具有直接的方法——目的關聯性，保障的法益包含個人的行動自由以及財產。當被擄者的行動自由與被勒贖者的財產遭受損失時，方為擄人勒贖罪的既遂，否則，若沒有勒贖行為，乃是背離本罪「擄人勒贖罪」的語意，而且違反刑罰公平原則與國民之法律情感。

依實務見解，擄人勒贖係指意圖勒贖而擄人，行為人以勒贖之目的而擄人，只須被擄者喪失行動自由，置於加害者實力支配之下，行為即屬既遂，其事後是否有實施勒贖、向何人勒贖、有無取得贖款以及何人交付贖款，均不影響其已成立的犯罪。因此，被擄者與被勒贖者可以不是同一人，亦即不以向被害人以外的人勒贖財

之2，法學講座，第4期，2002/4，頁48以下。

4 甘添貴，體系刑法各論（第二卷），2004，頁412。

物為必要，雙面關係或三面關係都可以成立擄人勒贖罪⁵。例如 A 直接對被害人施以強暴、脅迫，強押被害人並命其聯絡親友交付贖金，被害人聯絡其親屬籌款，A 得知警察已受理報案後，才在未經取贖之情形下，釋放被害人。實務認為，A 要求交付贖金之對象為被擄之人，並不影響其擄人勒贖罪之成立⁶。

然並非所有行為人將被害人帶離原處所以取財，都能成立擄人勒贖罪，而是必以被害人生命、身體安全或自由，換取相當之對價，例如贖金，方具有擄人勒贖之行為概念中應有「贖」的因素，而此為單純之強盜或恐嚇取財所無。從而，在押人以強盜財物之情形，若並要脅被害人提領存款或舉債支應，以滿足行為人之需索，倘依社會通念，其與「贖身」之概念不相適合時，仍為原強盜之不法意圖所涵攝，成立強盜罪⁷。

現行法明定「勒贖」要件為主觀意圖，行為人客觀上是否勒贖，並非本罪要件。立法者於剝奪行動自由罪、恐嚇取財罪與強盜罪之外，另外制定本罪，顯然有其特別考量。擄人勒贖罪的立法理由是「因為擄人勒贖係屬於一種非常惡劣的罪行，本應從重量刑，同時也希望犯罪人能心存慈悲，有所悔悟，而主動釋放被害人，免生『撕票』的悲劇，以保護被害人的人身安全……」，因此，本罪處罰理由在於行為人想利用被勒贖者對人質安危的擔憂予以勒贖。只要行為人製造擔憂人質安危的情況，被勒贖者是否害怕人質的安危或擄人者是否向第三者以此要脅，已經不重要與必要，故行為人

5 最高法院 85 年度台上字第 3675 號；最高法院 92 年度台上字第 2913 號。

6 最高法院 99 年度台上字第 2661 號。

7 最高法院 100 年度台上字第 4911 號。

擄人時具有利用此情況而勒贖的意圖，即符合本罪處罰的目的，肯定成立既遂。其次，本條第 5 項規定犯第 1 項之罪，未經取贖而釋放被害人者，減輕其刑，取贖後而釋放被害人者，得減輕其刑，此為擄人勒贖既遂罪的特別中止犯規定。是以，立法者認為勒贖行為與否與本罪之既遂無關，否則，若本罪並以勒贖行為為要件，行為人擄人後放棄勒贖，應可適用刑法第 27 條中止犯規定，無需另訂本罪之特別減免刑罰規定。再者，2002 年增訂第 348 條之 1 準擄人勒贖罪也僅規定「意圖勒贖」，故可以確定立法者不以勒贖行為是本罪客觀要件的立場。

在本案中，乙、丙向甲要求其親人的聯絡電話號碼，但未談及贖金，也沒有收取贖款，依現行法與實務見解，肯定乙、丙有擄人行為，雖然未進行勒贖，也該當本罪的客觀構成要件。

三、擄人故意與勒贖意圖

擄人勒贖罪的主觀要件是擄人故意以及勒贖意圖，行為人必須於擄人時，即有使被擄者以財物取贖人身之意思。如果行為人另有其他原因，例如綁架人質逼清償債務，不成立本罪之既遂，考慮成立剝奪行動自由罪。

在本案中，乙、丙基於共同犯意將甲帶離原處所，肯定具有擄人故意，而甲遭乙、丙共同擄走後，二人反而向他說「原來是綁錯人了！」乃是乙、丙對於擄掠客體的同一性發生身分辨識上的錯誤，此種情形是一種等價的客體錯誤，通說認為是一種不影響故意的動機錯誤，肯定乙、丙二人具有共同擄人的故意。又從二人擄人後，要求甲交出其親人的聯絡電話號碼，並說「原來是綁錯人

了」，可印證二人於擄人時具有勒贖意圖，違法性與罪責性皆存在，成立擄人勒贖罪的共同正犯。只是二人並未談及贖金，也沒有收取贖款，便將甲釋放在山區，依同條第 5 項規定，減輕其刑。

參、結論

乙、丙基於犯意聯絡共同擄走甲，雖然事後發現綁錯人，屬於等價客體錯誤，不影響擄人故意。二人擄人後要求甲交出其親友電話號碼，雖未取贖款即釋放甲，肯定二人在擄人時具有勒贖意圖。因現行法不以勒贖行為或取財既遂為要件，乙、丙論以擄人勒贖既遂罪的共同正犯，其未經取贖即釋放甲，減輕其刑。

第五十題 共犯或贓物犯

甲經營汽車材料行，某日向乙指定所需車款之樣式，由乙於各地尋覓相符合的車型與車種後，乙再以螺絲起子等兇器竊取停放路邊的他人汽車，俟得手時即聯繫甲，相約在某地交車，甲以一萬元價格收買，並於汽車解體後出售獲利。試問：甲、乙成立何罪？

壹、問題爭點

贓物罪的立法目的何在？何謂贓物？在本案中具爭議性的是，行為人已經參與贓物罪的先行行為，事後對贓物的影響是否仍能成立贓物罪？尤其未親自實行先行行為犯罪構成要件的共犯是否也能成立贓物罪？

貳、案例分析

一、乙考慮成立刑法第 321 條第 1 項加重竊盜罪

乙必須有竊取他人動產的客觀行為，汽車對乙而言是他人動產，竊取係指違背他人意思而中斷舊的持有關係，並建立新的持有關係。持有係依一般生活經驗具有支配意思，且對動產握有事實上

的支配，乙未徵得他人同意而將他人汽車竊走，肯定竊取行為。

乙以螺絲起子行竊，考慮成立攜帶兇器的加重竊盜行為。「兇器」係指一般社會觀念或客觀上足以對人之生命、身體安全構成威脅之物。因為本罪加重理由在於行為人攜帶兇器，對於被害人或發覺者具有客觀危險性，故只要行竊時，器械足以充當攻擊或防禦用，即可成立本罪，至於攜帶當時是否有以器械為攻擊或防禦之工具的意思，則在所不問，實務認為螺絲起子依上述定義與立法目的，屬於兇器¹。乙具有竊取他人汽車的故意以及不法所有意圖，違法性與罪責性皆成立，乙成立加重竊盜罪。

二、甲考慮成立刑法第 321 條第 1 項與第 29 條加重竊盜罪的教唆犯

教唆犯是教唆他人使之犯罪，基於共犯限制從屬原則，教唆犯必須以正犯違法行為為前提。今乙成立加重竊盜罪的既遂犯，可附麗的正犯已存在。教唆犯的客觀要件是教唆行為，教唆是喚起他人犯罪決意。在本案中，甲對乙指定特定車款，由乙尋找相符合的行竊目標，乃是對乙喚起竊盜的犯罪決意，肯定是教唆行為。又甲應可以認識自己的指示行為將會喚起乙可能以任何方法竊取他人汽車，亦即具有教唆他人加重竊盜故意。甲同時也有讓乙竊取特定車款的既遂故意，仍進而決意教唆，符合教唆犯的雙重教唆故意要求，違法性與罪責性皆成立，甲成立加重竊盜罪的教唆犯。

¹ 臺灣高等法院 103 年度上訴字第 3032 號。

三、甲是否成立刑法第 349 條第 1 項故買贓物罪？

當乙竊取符合甲指定的車款後，二人相約見面交車，甲以一萬元收購乙偷來的汽車，收購行為是否該當贓物罪構成要件？本罪行為人係收受、搬運、寄藏、故買贓物或媒介者，行為客體是贓物，行為則是上述列舉的五種情形。

（一）贓物

贓物係指他人因實行財產犯罪所得之物，包含動產與不動產²。財產犯罪如竊盜罪、搶奪罪、強盜罪、侵占罪、詐欺罪、背信罪，或以獲取財產為目的的恐嚇取財罪與擄人勒贖罪，甚至是贓物罪³。由於法條僅規定「贓物」，故應是實行財產犯罪行為而不法取得他人財物即可，至於是否具有罪責性，就贓物的判斷而言並不重要。即使他人的財產犯罪已不具有追訴性或欠缺追訴要件的告訴乃論，也不會影響因財產犯罪所獲得之物而具有的「贓物性」。重點是他人的財產犯罪行為在法律上與時間上已不法取得他人之物，從而，在贓物罪的行為人之前必須已存有他人實行財產犯罪的先行為，贓物罪的各種行為與先行為的關係成立所謂的「接連犯」⁴。現行法擴大贓物的認定範圍，本條第 2 項明定因贓物變得更之財物，以贓物論，稱為擬制贓物或準贓物，例如行為人以詐欺得手的現金購買旅行支票，該旅行支票屬於準贓物⁵，或將偷來的外

² 臺灣高等法院 108 年度上易字第 1353 號。

³ Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 2019, § 259 Rn. 6.

⁴ Schönke/Schröder, aaO., § 259 Rn. 9 f.; Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht BT2, 2019, Rn. 832.

⁵ 臺灣高等法院 108 年度上易字第 1353 號。

國貨幣兌換成本國貨幣，亦屬之，現行法所保障的不僅是因財產犯罪而受侵害的財物，還包含此財物的價值。但實務認為擬制贓物再予擬制的贓物，不應視為贓物⁶，例如竊得外國貨幣兌換成本國貨幣後再購買珠寶，珠寶非贓物。在本案中，汽車是乙竊取所得，故是贓物罪所規定的「贓物」。

（二）行為主體

本罪規定收受或搬運等贓物者，成立贓物罪，是否任何人皆可成為本罪之行為主體？毫無疑義的是，只要行為人沒有參與先行行為者，皆可以成為本罪的行為主體。有爭議的是，行為人若參與先行行為或因參與程度的不同，是否亦可成為本罪之主體？因本罪並非規定收受、搬運、寄藏、故買「他人」贓物者，似乎任何人皆可成為適格的主體，欲解決此問題，有必要先探討贓物罪的立法目的以及保護的法益何在，方能釐清參與先行行為者對所得贓物是否可以成立贓物罪的疑義。

實務認為，贓物罪在防止因竊盜、詐欺、侵占等罪而被奪取或侵占之物難於追及或回復，故其前提必須犯上述各罪所得之物，才得以稱為贓物⁷。因為透過贓物罪所列舉的行為，導致先行行為所造成的違法財產情況得以維持與加深危害及難以證明，故本罪保護的法益係先行行為受害者的財產。至於在具體個案中，違法財產情況是否發生加深危害的結果，並不重要，只要行為可能導致如此效應即可，因此，本罪是一種抽象的財產危險犯⁸。

⁶ 法務部（76）法檢（二）字第2207號。

⁷ 最高法院41年度台非字第36號。

⁸ Schönke/Schröder, aaO., § 259 Rn. 1.

論者認為，贓物罪行為的危害對象不僅是先行為之被害者的財產，應該也包含未來財產犯罪的可能受害者。因為贓物罪的行為提供先行為人無憂慮的銷贓管道或市場，當今竊車集團行徑囂張，贓物罪的行為是助長先行為的犯罪誘因，故本罪一方面保障個人利益，另一方面也保障集體利益，否則，本罪若只是保障因先行為對財產所造成的個人危害而已，實難以說明本罪為何須以先行為為前提，以及為何透過先行為人對被害人於民事上的賠償還不夠充足，而須制定本罪⁹。

基於本罪保護的法益，學者遂主張贓物罪的行為主體不能是先行為的正犯或共同正犯，因為不管是先行為的共同正犯或單獨正犯，對於行為所獲得贓物已經負全部的刑事責任，故從其他共同正犯取得贓物或要回贓物，不是對另外一個新法益的侵害，亦即，非獨立的不法行為，無須再評價成立贓物罪。除非贓物源自其他共同正犯逾越的行為¹⁰。例如二人約定搶奪他人財物，得手且遭路人追趕時，其中一人不顧另一人的反對，將追趕者打倒在地，並搶奪其身上所有財物，原先反對施行強暴者，若收下因準強盜罪所獲得的財物，另可成立贓物罪。有爭議的是，贓物罪的先行為之共犯若收受、搬運、寄藏、故買贓物或媒介是否能成立贓物罪？

實務判決曾指出¹¹：「竊盜罪之成立，原以不法取得他人之財物為其要件，教唆行竊而收受所竊之贓物，其受贓行為當然包括於教唆竊盜行為之中，不另成（立）收受贓物罪名。」因此，實務認

⁹ Hoyer, in: SK-StGB, 2000, § 259 Rn. 1 ff.

¹⁰ Schönke/Schröder, aaO., § 259 Rn. 50.

¹¹ 原最高法院 28 年上字第 2708 號判例；最高法院 84 年度台上字第 4642 號。

為參與先行為的教唆犯或幫助犯，若事後有收贓等行為，也不另外成立贓物罪。在學術上則有以下見解¹²：

1、肯定說

學術上通說採肯定見解，認為先行為的教唆犯或幫助犯收受贓物，也可以毫無限制地成立贓物罪，甚至行為人教唆或幫助正犯時，即已經針對正犯所得的贓物而為，也可成立贓物罪的行為主體。因為共犯只是喚起或幫助正犯獲取財物，自己本身並沒有親自實行犯罪。此外，行為人也不會因為參與先行為已經受處罰，而抵銷其維持他人違法狀態的不法行為，故除了對正犯剝奪他人財產負責任外，也應對正犯不法取得財物現狀的維持負責任。

2、否定說

先行為的共犯雖然因自己對贓物的影響，而加深先行為之被害者對財物請求返還機會的困難，但對於共犯是否成立贓物罪，判斷重點在於遏阻他人繼續為財產犯罪的預防功能是否受影響。若有人參與贓物罪的先行為，顯示對他人財產的不尊重，其繼續對於此財物的收受或故買等行為，也不會對其不尊重他人財產的行為再產生失望。再者，先行為的共犯與正犯互相比較，前者的處境不應比後者惡劣。更何況，先行為的幫助犯有得減刑的適用，若成立贓物罪的正犯，反而無減刑的適用，不利於對先行為的幫助者。因此，不僅是先行為的共同正犯，即使是先行為的共犯，不會因收受或故買贓物等行為而另外成立贓物罪。

¹² Schönke/Schröder, aaO., § 259 Rn. 51; Fischer, Strafgesetzbuch, 2019, § 259 Rn. 31; Kindhäuser, Strafgesetzbuch, 2005, § 259 Rn. 7 ff.; Hoyer, aaO., Rn. 8 f.

3、折衷說

折衷說反對任何一種參與先行為的共犯都可以成立贓物罪，若先行為的共犯原先之所以參與，目的在於特定贓物的共同取得，而且參與先行為是獲得部分贓物的方法，則稍後對贓物的影響，也因此贓物是他和正犯共同獲得的，故不成立贓物罪，且在刑事政策上沒有必要將僅獲得少許贓物的先行為之幫助犯，以贓物犯論；相反地，若行為人教唆或幫助正犯，目的在於製造取得贓物的機會而已，則論以贓物罪，其要件是共犯沒有權利要求贓物的分配，贓物的轉移與否，反而完全視先行為人的自由處分而定。例如行為人教唆先行為人行竊或提供行竊工具的目的係有機會向其買贓物，所成立的贓物罪與先行為的教唆犯或幫助犯，仍然可以成立數罪併罰。

上述肯定見解與折衷見解，將可能令先行為的共犯不僅成立先行為的共犯，且可以與贓物罪成立數罪併罰，在刑罰上與先行為的正犯相比較，實有不合理之處。事實上，無論是先行為的教唆犯或幫助犯，也不管共犯於先行為人實行財產犯罪之前是否聲明事後收買贓物，先行為的共犯與共同正犯皆應一視同仁，對於贓物的影響不宜再論以贓物罪。因為先行為的共犯對於先行為置入一個具因果關係的參與，沒有先行為，就不會有稍後的贓物罪行為，共犯稍後對贓物的影響應是對其參與先行為的一種犯罪後的回饋，即使僅是製造稍後能收購的機會也一樣。實務採不同見解，認為竊盜罪的教唆者事後故買贓物，成立贓物罪，而未論先行為的教唆犯¹³。

在本案中，甲向乙指定所需車款之樣式，再由乙尋覓相符合的車款，當乙竊取符合指定的車款後，通知甲前來收購，甲雖然對於

¹³ 臺灣高等法院 96 年度上訴字第 4519 號。

乙偷來的汽車必須以一萬元的代價方能獲得，仍然無礙於已成立先行行為的教唆犯。即便甲事後對於贓物毫無權利主張分配，但甲之前的指定含有之後收購的暗示，這足以讓乙不用擔心銷贓管道或藏放贓物的處所，也是一種對乙竊盜罪的精神幫助，只是教唆犯的不法內涵足以包含幫助犯的不法內涵，依學界的否定說，甲已成立先行行為教唆犯，不再另外論以贓物罪。

參、結論

乙成立加重竊盜罪，甲則成立加重竊盜罪的教唆犯。行為人參與贓物罪的先行行為，不管是單獨正犯、共同正犯或共犯，之後的故買贓物等行為不應論以贓物罪，故甲教唆乙竊盜，目的在於收購贓車，稍後收購乙偷來的汽車不成立贓物罪，論以加重竊盜罪的教唆犯。

國家圖書館出版品預行編目資料

刑法案例研習(二)／黃惠婷著．-- 三版．--

臺北市：新學林，2020.09-

冊； 公分

ISBN 978-986-5532-55-0 (第2冊：平裝)

1.刑法

585

109012165

刑法案例研習(二)

作 者：黃惠婷

出 版 者：新學林出版股份有限公司

地 址：台北市大安區和平東路三段 38 號 4 樓、4 樓之 1

電 話：(02) 2700-1808 傳 真：(02) 2377-9080

網 址：<http://www.sharing.com.tw/>

總 經 理：毛基正 副總編輯：林靜妙 營運特助：許承先

副總經理：王翠華 副 理：李啟琳 主 編：李惠婷

內文編排：陳怡君 責任編輯：羅映婷

出版日期：2008 年 7 月 一版一刷

2020 年 9 月 三版一刷

郵撥帳號：19889774 新學林出版股份有限公司

劃撥金額 1000 元以上免郵資，未滿 1000 元加收郵資 70 元

定 價：500 元

ISBN 978-986-5532-55-0

本書如有缺頁、破損、倒裝，請寄回更換

團購專線：(02) 2700-1808 分機 18

讀者服務：law@sharing.com.tw

電子商務：<http://www.sharing.com.tw/>

展售門市：新學林出版股份有限公司 電話：02-27001808

地址：台北市大安區和平東路 3 段 38 號 4 樓、4 樓之 1

廈門外圖臺灣書店有限公司 電話：0592-2986298

地址：廈門市湖里區悅華路 8 號外圖物流大廈 4 樓

中國圖書進出口廣州公司 電話：8620-34202231

地址：廣州市海珠區新港西路大江沖 25 號大院 5 樓

中國科技資料進出口總公司 電話：010-88820201

地址：北京市海淀區西三環北路 72 號世紀經貿 B 座 2307 室