

讀家 2023 刑法講座

試在必得一 司律二試刑法考前猜題講座

講者：楊過

爭點 1、緊急避難：強制性緊急避難

會考的原因：

之所以覺得這個爭點有可能考出來，是因為近期實務見解對此爭點有所表態，採取寬恕罪責說的看法(最高法院 109 年度台上字第 5037 號判決)，而學者薛智仁教授亦對此爭點有詳細的評釋，外加違法性本來就是刑總愛考的熱區，所以我認為這個爭點絕對是今年司律二試大家務必要注意的熱點啊！

所謂的強制性緊急避難，指的是客觀上存在著緊急的危難情狀，而行為人同時也是強制罪的受害人，行為人因為遭受強暴、脅迫而處於持續性的危難，主觀上為了救助自己或他人的法益，而被迫做出違法行為的情形。那重點在於，強制性緊急避難的情形，行為人是否得主張刑法第 24 條緊急避難進而阻卻違法呢？

一、阻卻違法說：

強制狀態下之行為，如果是緊急危難下之不得已行為，且符合利益衡量要求，亦可阻卻違法性。

二、寬恕罪責說：

強制狀態下之行為，一律不能根據緊急避難而阻卻行為之違法性，僅能以欠缺期待可能性而寬恕罪責。(若認其成立緊急避難，則避難行為下之被害人將無法行使正當防衛)→採寬恕罪責說，得維護被害人之正當防衛權。

黃惠婷教授亦支持寬恕罪責說。其認為如果行為人以觸犯刑章的方式避難，行為既然為現行法所處罰者，當然也應是不法的行為，不能因為符合利益衡量原則而予以阻卻違法，況且若排除行為人行為之違法性，亦會不當地限縮遭避難者的正當防衛權，因此強制性的緊急避難不宜阻卻行為的違法性，而僅能影響到罪責(寬恕罪責)¹。

¹ 黃惠婷，強制性的緊急避難，月旦法學雜誌，133 期，2006 年 6 月，頁 220。同樣看法，可參王皇玉，刑法總則，2021 年 7 月，7 版，頁 359；許澤天，刑法總則，2023 年 5 月 4 版，頁 184-185。

而在實務見解的部分，大多亦是採取寬恕罪責說的見解。

最高法院 98 年台上字第 6806 號判決：

行為人受不法之強暴、脅迫而實行犯罪行為，倘無期待可能性，依學者通說，固應阻卻責任，惟仍以所受之強暴、脅迫，已致其生命身體受有危險，而臻於不可抵抗，而又不能以其他方法避免之情形，始足當之。

最高法院 109 年度台上字第 5037 號判決：

而本件應再探究《強制性的緊急危難》，係指行為人客觀上有緊急之危難情狀，而其同時也是強制罪的受害人，行為人因遭受強暴、脅迫而處於持續性的危難，主觀上為了救助自己、親屬或密切關係者生命、身體、自由或財產，而被迫作出違法行為（例如黑道老大威脅目睹其重傷他人犯行之證人，敢為不利指證將斷證人手腳，該證人乃作出偽證之違法行為）。於此情形，固然有持續性的緊急危難，且出於救助之避難意思，惟現代社會既有治安機構及司法機關，於個案之權衡，通常難認所施之違法行為符合必要性及手段相當性，而不得主張緊急危難之阻卻違法事由，但於符合過當避難之要件時，應視個案事實之罪責程度而寬恕罪責或減輕罪責。

三、薛智仁教授的見解：

在強制性緊急避難的情形，被強制者的法益危險是來自於他人的不法行為，屬不可歸責於己的危險，在保全利益重大優越於犧牲利益的範圍內，就應該可以適用阻卻不法之緊急避難²。

免除罪責說反對被強制者適用阻卻不法之緊急避難，實質理由是在於，被強制者的避難行為實現了他人的犯罪計畫，產生動搖法秩序的後果，致使其保全利益並未重大優越於犧牲利益，不合於衡平性的要求。但被強制者是否實施避難行為，最多只能影響幕後的強制者所支配的不法侵害是發生在自己身上或是第三人身上，但卻無法改變法秩序被破壞的結果，可見被強制者實施避難行為與否，並無產生保護法秩序效力的效果，就毫無理由為了保護注定被破壞的法秩序效力，禁止被強制者對他人主張社會連帶義務³。

² 薛智仁，強制性緊急避難－最高法院 109 年度台上字第 5037 號刑事判決，台灣法律人，3 期，2021 年 9 月，頁 195。

³ 薛智仁，強制性緊急避難－最高法院 109 年度台上字第 5037 號刑事判決，台灣法律人，3 期，2021 年 9 月，頁 195－196。

免除罪責說反對被強制者可以適用阻卻不法之緊急避難，另一個重要理由即在於如此將會不當地剝奪掉第三人對被強制者的正當防衛權。然正當防衛其行使對象應限於即時、清楚否定他人主觀權利之人，而不是無法為不法侵害負責之人。於強制性緊急避難的情形，始終是實施強制行為的幕後者在支配不法侵害，此一不法侵害始終不可歸責給被強制者，讓被強制者立於不法的一方而承擔正當防衛的風險，反而會對被強制者構成過苛的後果⁴。

且免除罪責說批評，倘容許被強制者實施避難行為，將造成「立於不法一方的避難行為被評價為合法的矛盾」。亦即幕後者與被強制者既然參與同一法益侵害，則對兩者評價應相同，否則將會是法秩序上的評價矛盾。然我們從通說與實務皆承認的「利用他人合法行為」的間接正犯類型，即可得知參與同一法益侵害的不同行為可以被割裂評價，卻不會構成法秩序上的評價矛盾⁵。

綜上所述，薛智仁教授認為只要避難行為其保全的利益重大優越於所犧牲的利益，即應可適用阻卻不法之緊急避難。

⁴ 薛智仁，強制性緊急避難—最高法院 109 年度台上字第 5037 號刑事判決，台灣法律人，3 期，2021 年 9 月，頁 196。

⁵ 薛智仁，強制性緊急避難—最高法院 109 年度台上字第 5037 號刑事判決，台灣法律人，3 期，2021 年 9 月，頁 196—197。

【考題實戰】

甲威脅乙去剝奪丙之行動自由，否則甲就殺死乙，於是乙在被脅迫的情形下，只好去剝奪丙之行動自由。試問：乙應如何論罪？

【筆者自擬】

擬答：

(一)乙剝奪丙行動自由之行為，不成立刑法(下同)第 302 條第 1 項之剝奪行動自由罪：

1、客觀上，乙未得丙的同意，即將丙置於自己的實力支配之下，係屬剝奪其行動自由之行為，主觀上，乙亦具備剝奪自由之故意。

2、於違法性，乙若不去剝奪丙之行動自由，則甲將殺死自己，此針對生命法益之危難雖非迫在眼前，惟隨時可能轉化成實際損害之情形，係屬「持續性危難」，且乙同時亦係強制罪之受害人，此種情形學理上將之稱為「強制性緊急避難」，是否得以主張刑法第 24 條第 1 項緊急避難之規定而阻卻違法，容有爭論，析述如下：

(1)阻卻不法說：在強制性緊急避難的情形，被強制者的法益危險是來自於他人的不法行為，屬不可歸責於己的危險，在保全利益重大優越於犧牲利益的範圍內，就應該可以適用阻卻不法之緊急避難⁶。且採取此說並不會不當地剝奪掉第三人對被強制者的正當防衛權。因為正當防衛其行使對象應限於即時、清楚否定他人主觀權利之人，而不是無法為不法侵害負責之人。於強制性緊急避難的情形，始終是實施強制行為的幕後者在支配不法侵害，此一不法侵害始終不可歸責給被強制者，讓被強制者立於不法的一方而承擔正當防衛的風險，反而會對被強制者構成過苛的後果⁷。

(2)寬恕罪責說：強制性緊急避難之情形，一律不能根據緊急避難而阻卻行為之違法性，僅能以欠缺期待可能性而寬恕罪責。理由在於，若認行為人得主張緊急避難阻卻違法，則將不當剝奪掉第三人對其主張正當防衛之權利。

(3)管見認為應採阻卻不法說，於強制性緊急避難之情形中，不法侵害之發生僅得歸責於幕後者，而不得歸責於受強制者，讓受強制者承擔正當防衛之風險，不啻於一種極端不公平之風險分配。

3、客觀上，乙確實面臨一持續性之危難，其所為之剝奪丙行動自由此避難

⁶ 薛智仁，強制性緊急避難－最高法院 109 年度台上字第 5037 號刑事判決，台灣法律人，3 期，2021 年 9 月，頁 195。

⁷ 薛智仁，強制性緊急避難－最高法院 109 年度台上字第 5037 號刑事判決，台灣法律人，3 期，2021 年 9 月，頁 196。

行為，確屬可有效達成避難目的之具適當性的行為，且亦屬所有相同有效手段中，對他人侵害最小者，又所欲維護之生命利益明顯優越於所犧牲之自由利益，具衡平性，主觀上，乙亦具備避難意思。

4、綜上所述，乙之行為得主張刑法第 24 條第 1 項緊急避難之規定而阻卻違法，不成立本罪。

甲在犯罪組織中擔任打雜工作，某日目睹該組織首腦乙拿刀刺死叛逃組織的小弟 A。在乙受到檢察官的犯罪調查時，乙知悉甲有看到其殺害 A 的情狀，竟在甲收到檢察官的證人傳喚通知後，將甲叫到身前對甲冷笑說：「如果你向檢方說明你有看到我殺 A，可能上天不知道什麼時候一把無名火就把你全家燒光光，或者不知道為什麼全家突然因為不明原因死光光。你保佑自己和全家平安的方式，我看就是跟檢方說我是清白無辜的」。甲知道乙向來做事殘暴，並有一群小弟受其支配從事犯罪行為，心裡極為恐懼，甲因此在檢方偵查作證時，雖已具結，卻仍偽稱案發當日乙不在現場，且願意擔任乙並沒有在現場的目擊證人。試問甲、乙的行為依刑法如何論處？

【112 年 退除役軍人轉任公務人員 三等 法律廉政】

爭點 2、客體錯誤 VS 打擊錯誤

會考的原因：

依照我自己改同學考卷的經驗以觀，絕大多數的同學對「客體錯誤與打擊錯誤區分的難題」此爭點都不熟悉，幾乎都太過直覺式地認為這種情形就是客體錯誤或是打擊錯誤，而並沒有詳細列出兩說進行分析檢討，相當可惜！所以如果今年二試要出錯誤論的考點的話，這個爭點真的有極高的機率會考出來啊！

客體錯誤與打擊錯誤區分的難題⁸

探討案例：行為人在其所欲殺害之人(例如其政敵)所擁有的汽車上裝置炸彈，但是其後開車而被炸死的卻是第三者(例如該政敵的妻子)。

一、客體錯誤說：

此說認為只要實際被攻擊的對象是合於行為人對於因果鏈的設計，就應論以客體錯誤。既然在汽車炸彈案中，依照裝置的設計，是要炸死第一個步入汽車的駕駛者，而既然之後正是第一個步入汽車的人被炸死，此時就不應阻卻行為人故意既遂之責任。

二、打擊錯誤說：

在汽車炸彈案中，行為人於行為時，事實上就是沒認識到後來會是另一個人步入汽車內，因此對其應無故意可言，故本案應屬打擊錯誤。

三、不區分說：

既然構成要件對於行為客體以種類作為規定內容，則對於故意當然也只要求對於此一種類有所認識即可，故於此案例中不應阻卻行為人之故意既遂責任。

四、徐育安教授見解：

在汽車炸彈案中究竟是否能阻卻行為人的故意，關鍵在於能否確定法敵對意志的存在。在汽車炸彈案中，行為人由於樂觀地認為其如意算盤將會實現，故對實際的因果流程，亦即對於不相關的第三人被炸死並無預見，在此行為人欠缺的是具體的認識。但還是必須繼續檢驗是否依照抽象知識此因果鏈必然或是很可能實現構成要件。由於汽車就是供人交通之用，在停放後不久就會有人再度使用，故行為人此裝炸彈於車上的行為，必然造成其後的使用者死亡，法敵對意志所包含的範圍當然包含這一個必然的結果，故此情形與客體錯誤相同，人別的錯誤應認為並不重要。

⁸ 徐育安，刑法故意與錯誤理論之發展與重建－以構成要件錯誤為核心，台灣法學雜誌，400 期，2020 年 9 月，頁 95－97、113。

【考題觀摩】

甲計劃殺死乙，乃趁周末在乙平日上班騎機車必然經過的乙家大門口前方，挖了一個大洞，洞的下面鋪滿刀片，並在路面上作好偽裝，完全看不出來路上有大洞。未料隔天周一早上，本來要上班的乙突然生病，乙之妻丙為了買成藥而騎機車出門，丙未能發現路上有洞，連同機車摔入洞內而被刀片刺死。試說明：甲的刑事責任為何？

【109 年高考三級一般行政】

甲欲傷害其政敵 A，知悉某日 A 會參加一場剪綵活動，主辦單位將提供便當，甲於是在其便當中下毒，不料 A 並未食用放在其座位桌上的便當，剪綵完即匆匆離去。活動結束後，有一遊民 B 見狀趁隙偷取該便當食用，因中毒嚴重上吐下瀉，住院兩天後始康復出院，試分析甲的行為在刑法上應如何予以判斷。

【110 年台北大學刑法組】

甲懷疑室友乙時常偷喝甲存放在共用冰箱中的牛奶，但苦無證據，便將洗廁所用的鹽酸倒入一瓶新買的牛奶中，再放回冰箱，試圖阻止乙偷喝的行為。當日甲有事外出，乙的朋友丙來訪，丙未經同意就打開冰箱飲用甲的牛奶，結果灼傷口腔和食道。請問甲之刑事責任如何？

【112 年高考三級一般行政】

爭點 3、容許構成要件錯誤

會考的原因：

只要是認識我的同學們都知道，這個爭點我已經連續好多年都認為他會考了，但是就是一直不考啊啊啊，容許構成要件錯誤作為在刑法總則眾多重要爭點中，具有各式各樣不同說法的超熱門爭點，相信今年出題老師應該會順我的意考一下的吧(嗎)？

容許構成要件錯誤(誤想系列的錯誤，常見的有誤想防衛與誤想避難)，其定義是行為人對於阻卻違法事由之前提事實產生誤認，誤以為此可以主張阻卻違法事由的前提事實存在的情形。其屬於比較進階的錯誤類型，對於其法律效果也有非常多不同的說法，以下分別介紹之⁹。

一、故意理論：

此說立基於古典犯罪體系。其認為故意除了對犯罪事實之知與欲外，尚包括不法意識。所以在容許構成要件錯誤的情形，行為人因為欠缺不法意識，結論上就是阻卻故意。

二、負面構成要件要素理論：

此說並非基於通說所主張的三階層犯罪審查體系，而是立論於二階層犯罪審查體系。其認為阻卻違法事由之行為情狀亦屬整體不法構成要件的內涵，而屬負面的構成要件要素，行為人主觀上誤認負面構成要件有關行為情狀之存在，即屬構成要件錯誤，足以排除構成要件故意，至多成立過失犯。

三、嚴格罪責理論：

此說認為行為人既然是出於故意侵害他人法益，就應該構成故意犯的不法行為，其誤會阻卻違法事由前提事實存在，只會使得行為人自認其行為是合法的，在罪責的層次上會因此欠缺不法意識，必須比照禁止錯誤的法律效果處理，區分是可避免亦或是不可避免異其法律效果。

四、限制罪責理論¹⁰：

此說認為雖然行為人故意且積極地侵害他人法益，但行為人是為了保護自己，根本上欠缺了實質上損害他人法益的侵害意思，因此必須類推適用構成要件錯誤，認定行為人因此欠缺故意犯的不法，只能轉論以過失犯。

⁹ 以下綜整理自 林東茂，刑法總則，2018年5月，頁306-309。林鈺雄，新刑法總則，2022年9月10版，頁346-352。許恒達，員警槍擊拒捕通緝犯的正當防衛爭議—評最高法院105年度台非字第88號刑事判決與其歷審裁判，月旦法學雜誌，276期，2018年5月，頁35-40。

¹⁰ 許澤天教授原先採取限制法律效果的罪責理論，惟其最新版的教科書已改採限制罪責理論，參許澤天，刑法總則，2023年5月4版，頁289-290。

許澤天教授認為阻卻違法事由與不法構成要件皆具有決定不法的功能，應對於具有守法態度之行為人行為採取排除故意不法之限制罪責理論，方屬妥適¹¹。

五、限制法律效果的罪責理論：

此說認為容許構成要件錯誤的行為人仍具備故意犯不法，但是因其主觀上誤以為存在阻卻違法事由的前提事實，這會使得行為人形成故意侵害意思的過程，只會受到較低的規範上非難，因此行為人欠缺一般故意犯的罪責程度，欠缺故意罪責，此時應該進一步探討過失犯是否成立。

六、實務見解整理：

最高法院 29 年度上字第 509 號判決：

此判例稱誤想防衛為錯覺防衛，而結論上認為處理方式為行為人成立過失犯，但並未交代詳細理由。(不能 bj4 嘎嘎嘎)

最高法院 102 年度台上字第 3895 號判決：

此判決認為應區分情形而異其法律效果。在重大案件時，採取嚴格罪責理論，而在非重大案件時，採取限制法律效果的罪責理論。

最高法院 106 年度台上字第 3989 號判決：

其認為容許構成要件錯誤依照目前實務見解，法律效果是應阻卻犯罪故意(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。

臺灣高等法院臺南分院 110 年度上訴字第 821 號判決：

(一)按事實上本無阻卻違法事由之存在，而誤信為有此事由之存在，並因而實行行為者，即所謂阻卻違法事由之錯誤。此種錯誤，其屬於阻卻違法事由前提事實之錯誤者，乃對於阻卻違法事由所應先行存在之前提事實，有所誤認，例如本無現在不法之侵害，而誤認為有此侵害之存在而為正當防衛，此即所謂誤想防衛，學說稱之為「容許構成要件錯誤」(最高法院 102 年度台上字第 3895 號判決意旨參照)。

四、誤想正當防衛之法律效果

(一)學說上：大致分為「故意理論」與「責任理論(罪責理論)」兩派，以及「二階層犯罪理論」。而主流學說均是從「責任理論(罪責理論)」出發探討，而不採「故意理論」與「二階層犯罪理論」。是以下僅介紹「責任理論」所細分之三種理論：一是「嚴格責任理論」：認為欠缺不法意識，並不影響構成要件故意的成立，僅會影響故意責任的成立。故應根據「禁止錯誤」之規定解決，即仍論

¹¹ 許澤天，刑法總則，2023 年 5 月 4 版，頁 289—290。

以故意犯，惟倘行為人對於此等錯誤屬具有正當理由而無法避免時，則可阻卻故意責任；如屬可避免之錯誤，僅能減輕刑罰。二是「限制責任理論」：此說認為容許構成要件錯誤，雖非構成要件錯誤，但兩者有其相似性，故應類推適用構成要件錯誤，因而否定行為人之故意，僅能論以過失，此一見解乃德國聯邦最高法院發展出來的理論，也是目前德國實務界所採取之見解，亦為部分學說所採。三是「限縮法律效果之責任理論」：此說認為行為人誤以為具有阻卻違法事由之存在，主觀上存在正當意識或法忠誠性，並未顯露對整體法律價值秩序的敵對態度，即欠缺不法意識而阻卻故意責任，但仍應繼續檢驗行為人是否出於疏忽或不注意而對錯誤未盡檢驗義務，如是，則其責任內容應比照過失犯加以非難，如該行為不處罰過失犯，則應以民事侵權行為損害賠償途徑謀求解決。此一見解雖非德國實務所採，但說理清楚一貫，在學說上獲較多認同，屬多數見解（見王皇玉，誤想防衛之成立要件與法律效果—最高法院 102 年度台上字第 3895 號判決評析，月旦裁判時報，第 40 期，第 66 頁至第 68 頁，許恆達，員警槍擊拒捕通緝犯的正當防衛—評最高法院 105 年度台非字第 88 號刑事判決與其歷審裁判，月旦法學雜誌，第 276 期，2018 年 5 月，第 35 頁）。

（二）我國近來司法實務

（1）最高法院 102 年度台上字第 3895 號判決意旨按誤想防衛本非正當防衛，蓋其欠缺正當防衛要件之現在不法之侵害，故誤想防衛不阻卻違法性，然而對於此種情形，即不知所實行者為違法行為，是否得以阻卻故意，因學說對於容許構成要件錯誤之評價所持理論的不同，而異其後果。在採限縮法律效果之罪責理論者，認為容許構成要件錯誤並不影響行止型態之故意，而只影響罪責型態之故意，亦即行為人仍具構成要件故意，但欠缺罪責故意，至於行為人之錯誤若係出於注意上之瑕疵，則可能成立過失犯罪。本院 29 年上字第 509 號判例意旨以行為人出於誤想防衛（錯覺防衛）之行為，難認有犯罪故意，應成立過失罪責，論以過失犯，即與上開學說之見解相仿。但亦有學說認為，在一些重大案件中，不能完全適用過失犯之刑罰，否則會產生難以彌補的可罰性漏洞，因此應放棄罪責理論之適用，轉而適用嚴格罪責理論，亦即將容許構成要件錯誤視為禁止錯誤，並不排除行為人之故意。本院 27 年上字第 2879 號判例意旨，即對於阻卻違法事由前提事實之錯誤，不認為得阻卻故意（最高法院 102 年度台上字第 3895 號判決意旨參照）。即此一見解兼採：最高法院 29 年上字第 509 號判例意旨所認應成立過失罪責，即採上開「限制法律效果的罪責理論」，27 年上字第 2879 號判例意旨則不認為得阻卻故意，乃採「嚴格罪責理論」，僅得成立故意犯而減刑。但最高法院 102 年度台上字第 3895 號判決意旨，又以是否為「重大案件」作為區別適用兩種不同理論之標準，法理上並不一貫，且如何區分重大與非重大案件，亦可能叢生爭議（見王皇玉，同上文，第 70 頁；許恆達，同上文，第 36 頁）。

（2）最高法院 104 年度台上字第 3901 號判決此一判決意旨雖未明確說明是採用何種見解，然該案上訴駁回之個案，乃確屬重大矚目案件（該案原一審案號為：臺灣桃園地方法院 103 年度曠訴字第 19 號），原一審採用「限制法律效果的罪責

理論」，認為誤想正當防衛而擊斃嫌疑人之員警行為，得阻卻故意犯罪，然仍應成立過失罪責，故論處業務過失致人於死罪名，二審駁回上訴，最高法院亦駁回上訴後確定。嗣檢察總長對該案提起非常上訴，仍經最高法院以 105 年度台非字第 88 號判決駁回上訴。雖最高法院 104 年度台上字第 3901 號、105 年度台非字第 88 號判決均未具體說明其認定之依據，亦未提及最高法院 102 年度台上字第 3895 號判決的區別說，然就結果而言，應已接受該重大案件之事實審對誤想正當防衛之法律效果，即採得阻卻故意，但成立過失罪責之「限制法律效果的罪責理論」（許恆達，同上文，第 37 頁）。

(3) 綜上，可認我國司法實務及學說均已肯認誤想正當防衛之法律效果宜採「限制法律效果的罪責理論」，而本件被告行為符合誤想正當防衛，已如前述，故其應得阻卻刑法第 277 條第 2 項前段之傷害致人於死罪之故意罪責。

【考題觀摩】

節目製作公司劇組人員在導演的指揮下，深夜於三峽老街拍攝槍戰場面。由演員 A 持道具槍「追殺」穿著警察制服的演員 B。劇組為了省事，事前並未向轄區警局報備，拍片當時，便衣員警甲因查緝毒品案件碰巧行經該地，驚見員警被追殺，立即掏槍瞄準 A 的腿部射擊，A 小腿中彈，所幸送醫處理後並無大礙。刑法上應如何評價上述事實？

【台北大學 105 年蔡聖偉老師刑總期中考】

擬答：

(一) 甲持槍射擊 A 的腿部之行為，可能成立刑法第 277 條第 1 項之傷害罪：

- 1、客觀上，甲持槍射擊 A 腿部與 A 受傷之結果具不可想像其不存在的條件因果關係，而持槍射擊他人腿部，係製造法所不許之傷害風險，且風險亦在結果中實現，落於構成要件效力範圍內。主觀上，甲具有傷害故意。
- 2、於違法性階層，甲得否主張第 23 條之正當防衛，按欲主張正當防衛，需客觀上面臨現在不法侵害之防衛情狀，而實施適當必要之防衛手段，主觀上具備防衛意識，始足當之。
- 3、對於侵害判斷的時點有事前、事後判斷兩種不同的見解，管見認為正當防衛權之行使可不必考量衡平性，考量其手段之強烈，應嚴格且謹慎判斷個案中有無侵害，故採事後判斷之觀點。本例中，若以事後的角度觀察，A 與 B 僅係在拍攝槍戰場面，事實上根本未有追殺此現在不法侵害存在，即客觀上不存在現在不法侵害之防衛情狀，惟甲主觀上具備保全 B 權利之防衛意識，此種情形學理上稱之為「容許構成要件錯誤」，本題情形為誤想防衛，對此，應如何論處，容有爭論：

- (1)故意理論：認為故意除了對犯罪事實之知與欲，亦包含不法意識。因此在容許構成要件錯誤之情形，因行為人欠缺不法意識，進而阻卻故意，應另論過失。
- (2)負面構成要件要素理論：故意的成立在二階層理論中，必須是行為人正面預見構成要件要素之事實存在，與負面構成要件要素之事實不存在。則行為人主觀上誤認存在阻卻不法事由之事實，即欠缺故意，應另論過失。
- (3)嚴格罪責理論：此說認為容許構成要件錯誤法律效果同禁止錯誤，皆係欠缺不法意識，應依第 16 條區分錯誤可否避免而異其處理。
- (4)限制罪責理論：認為此種錯誤與構成要件錯誤有相似性，因為行為人並非誤認法律，而係誤認事實，故在法律評價上應類推適用構成要件錯誤，阻卻故意。
- (5)限制法律效果之罪責理論：認為容許構成要件錯誤與構成要件錯誤、禁止錯誤均不相同，乃一種獨立的錯誤類型，其不影響構成要件故意，但會產生阻卻故意罪責之效果。
- (6)故意理論已不見容於現行所採的犯罪理論，負面構成要件要素理論則是二階層審查體系之產物，惟現行通說已採三階層審查體系，嚴格罪責理論忽略掉容許構成要件錯誤屬於事實錯誤的屬性，無法通過反面錯誤檢驗的反面測試¹²，限制罪責理論則是因為欠缺類推適用之基礎，故管見基於限制法律效果之罪責理論可以掌握住惡意共犯之理由，認為此說應屬可採，而因不具備客觀防衛情狀，故無法阻卻違法，行為人之行為具故意不法。

4、於罪責，依照限制法律效果之罪責理論，阻卻故意罪責。

5、綜上，因欠缺故意罪責，不成立本罪。

(二)甲持槍射擊 A 的腿部之行為，可能成立刑法第 284 條第 1 項之過失致傷罪：

1、行為人之行為具備故意不法已如上述，既具備故意不法，則應認已具備過失不法¹³。

2、而於罪責層次，應審查甲有無過失罪責，所謂過失罪責即係行為人對於客觀上沒有阻卻違法情狀的預見可能性。本例中，劇組為了省事，事前並未向轄區警局報備，從此可以看出，便衣員警甲對於 A 與 B 只是在拍攝槍戰場景而非追殺，即對於本案中客觀上無阻卻違法情狀一事，應無預見可能性，不具過失罪責。

3、綜上，甲欠缺過失罪責，不成立本罪。

¹² 有關反面測試此理由，參考自 蔡聖偉，刑法案例解析方法論，2020 年 8 月 3 版，頁 328。

¹³ 事實上，這裡會涉及到故意和過失到底是處於什麼樣的關係，是排他互斥的關係(異類關係)？還是包含的關係？這裡是採取包含關係的立場而為的推論。若對排他互斥的問題有興趣的同學，可參 蔡聖偉，論排他互斥的犯罪構成要件，東吳法律學報，21 卷 4 期，頁 87—117。

警察甲接到商家來電，有位女子乙因喝酒在其店內大聲叫囂、不願離開，遂到場處理。因乙情緒失控，酒醉而有哭泣不止、拍桌及對甲高聲大叫，甲無法阻止，見乙拿起椅子，誤以為乙要對其攻擊，情急之下對乙數次噴灑辣椒水並擊打其頭部，造成乙眼睛無法睜開，因而跌倒受傷。事實上乙拿椅子只不過是累了想坐下來。經查依「警察人員使用防護型應勤裝備注意要點」第 3 點規定，警察人員於依法執行職務遭受強暴、脅迫、抗拒或其他事實需要，除情況急迫外，於相對人經口頭警告仍不聽從時，始得使用辣椒水。使用時並應依該要點第 4 點之規定，考量地形及地物之狀況，避免造成相對人其他傷害；使用原因已消滅，應立即停止使用。請問甲的行為是否成立犯罪？

【112 年 司法三等 行政執行官】

爭點 4、不能未遂與準中止未遂的混合題型

會考的原因：

眾所周知，未遂犯有兩個特殊且重要的法律效果，亦即第 26 條之不能未遂以及第 27 條之中止未遂，如果能有一種題目，可以同時串連起不能未遂及中止未遂，一次就同時測驗到不能未遂及中止未遂的概念，像這樣的好題目，不考嗎？

【考題觀摩】

甲意外發現同事乙與自己的妻子丙有染，因此起了殺機，打算在黑市購買氰化物來毒殺乙，不料遭買家欺騙，高價買到一小包調味粉，賣家宣稱微量即可殺人於無形。翌日，不知受騙的甲趁乙離開座位時將少量的調味粉加入乙的泡麵中，甲嗣後看到乙將加料的泡麵吃下後，又因良心譴責而心生悔意，隨後見到乙嘔吐，便誤以為藥劑已經產生效用，趕忙將乙送往醫院急救，並對醫生坦承下毒情事。經診治後，才發現乙只是因胃潰瘍而感到不適；至於其所飲用的加料泡麵，則對人體完全無害。在刑法上應如何評價甲的行為¹⁴？

擬答：

(一) 甲將調味粉加入泡麵中的行為可能成立刑法第 271 條第 2 項之殺人未遂罪：

- 1、本案中乙並未死亡，未生構成要件結果，因此犯行未既遂。
- 2、主觀上，因甲所想像的事實是在乙的泡麵中加入會致命的物質，乙食用後即會死亡，故已合於殺人罪之構成要件該當事實，具備殺人故意。
- 3、客觀上，甲將其誤認之毒藥加入乙的泡麵中，是否已著手，容有爭論，析述如下：

- (1) 客觀理論：又區分成形式客觀理論、實質客觀理論。前者係以行為人是否已著手於典型構成要件行為判斷著手；後者則係以行為人是否客觀上已為與構成要件行為具備密接關聯性之行為而為判斷。
- (2) 主觀理論：此說係以行為人之主觀想像認定著手時點。
- (3) 主客觀混合理論：應以行為人犯罪計畫為依據，判斷客觀上行為人是否已實施與構成要件實現具密接關聯性的實行行為，並對構成要件所要保護之客體造成直接危險，若肯定，即屬著手。
- (4) 本例中，由於甲在其主觀上的犯罪計畫流程中，業已進展到既了未遂階段，無論依造何說均會被評價成已著手於殺人罪之實行¹⁵。

- 4、無阻卻違法及罪責事由，成立本罪。
- 5、惟於本例中，甲客觀上所使用的行為工具並非致命物質，而是無害之微量調味粉，所以有必要檢視有無第 26 條之適用。關於第 26 條之適用要件有二：行為不能發生犯罪之結果、無危險。甲使用的是調味粉，客觀

¹⁴ 題目及以下參考擬答參考自 蔡聖偉，刑法案例解析方法論，2017 年 2 月 2 版，頁 311—317。

¹⁵ 因為不管採取何說都會得出行為人業已著手的結論，故於本題中亦可直接依造通說的主客觀混合理論進行操作即可，而不必將所有著手理論悉數列出。

上自始便註定不可能引起他人死亡之結果，故屬不能。至於無危險要素的判準，容有爭論，析述如下：

- (1) 視犯行是否自始即屬不能而定，亦即行為人之犯行是否因事實上或法律上的原因而於行為時註定無法實現犯罪目的。
 - (2) 具體危險說：根據一般人於行為當時所能夠認知的事實，輔以行為人之特別認知，倘任何一個理性的第三人均不認為保護客體有受到法益侵害的危險，即屬無危險。
 - (3) 重大無知說：視行為人是否出於重大無知而定。只有當行為人主觀上的犯罪計畫是基於一個完全偏離於一般因果法則的想像時，方屬無危險。
 - (4) 實務亦有認為，如行為人所為引起群眾之不安，造成公共安寧之干擾，並動搖公眾對法秩序有效性之信賴，破壞法和平性者，即屬有危險。
 - (5) 吾人以為採取重大無知說較能擔保法安定性，也才能合理說明第 26 條放棄刑罰的規範依據：欠缺預防需求。從積極一般預防的角度來看，出於重大無知的行為不會對一般人造成任何的負面示範作用，對於這樣的行為處罰需求性也就隨之降低，無須動用刑罰對之反應。依此，甲之犯行並非出於其對因果法則之重大無知所致，無第 26 條之適用。
- 6、本案中，甲「下毒」後又心生悔意而將被害人送到醫院，因此討論得否適用第 27 條之規定。甲之犯行未既遂與甲將乙送醫的中止行為並無因果關係，因此不能適用第 1 項前段之規定，惟可檢驗是否合於同項後段準中止之要件。
- 7、欲適用第 27 條第 1 項後段之規定，需合於兩項要件：結果之不發生非防止行為所致、行為人已盡力為防止行為且防果行為係屬可靠。本例中，乙未死亡係因甲所使用的非毒藥而係調味粉，而非甲之防果行為所致，且甲將乙送至醫院後，也充分告知相關情事，應可評價為行為人已盡力且係可靠之防果行為，甲可適用第 27 條第 1 項後段準中止之規定。

爭點 5、不作為犯之正共犯區辨

會考的原因：

這個爭點同時橫跨不作為犯及正犯與共犯的章節，不僅可以測驗同學有關不純正不作為犯一些重要概念的理解(例如你知不知道保證人地位，依照功能理論可以區分成保護型保證人地位以及監督型保證人地位)，也可以測驗同學有關正犯與共犯區分的理論，一箭雙鵰，此爭點絕對是刑總中超級熱門且重要的爭點啊！

當一個犯罪流程中，除了有作為犯以外，還有具備保證人地位的不作為犯存在時，到底這個不作為犯在整體犯罪流程中的角色為何？是犯罪的主角，亦或是犯罪的邊緣倫呢？而要判斷其是正犯亦或是居於共犯(幫助犯)的地位，究竟應該以怎樣的判準予以判斷，這在學說上發展出非常多的說法，且實務見解方面在 105 年亦有一則最高法院具有參考價值的裁判對此問題發表看法。在近幾年的國家考試上重要性爆表，愛珠以喔¹⁶！

一、學說見解：主觀理論

在具保證人地位者不阻止第三人實施犯罪的情形，應視該不阻止犯罪之行為人係出於正犯意思或共犯意思，而分別成立不作為正犯或不作為幫助犯。

二、學說見解：犯罪支配理論

通說所採區別正犯與共犯的犯罪支配理論，不論是在作為犯或是在不作為犯中都應該一體適用。所以仍應該視該具保證人地位者之不作為是否達到犯罪支配地位之程度而定。

三、學說見解：正犯理論

不純正不作為犯是義務犯，義務犯中決定正犯與共犯的標準並非是犯罪支配，而是在於特別義務的違反，因此倘若具保證人地位者違反其作為義務而不阻止他人實施犯罪，結論上都應該成立不作為正犯，此說又稱為義務犯說。但採此說的學者也認為，在純正身分犯、己手犯或是意圖犯等情形，具保證人義務但欠缺適格身分、或未親手實施犯罪、或欠缺意圖者，其違反義務之不作為仍無法構成正犯，而是應該成立不作為幫助犯。

許澤天教授亦採此說。因為不作為乃是對因果歷程的放任進行，並無犯罪支配可言，自不應從其有無犯罪支配藉此判斷是否為正犯，應認為只要具有保證人地位者就無疑地是正犯¹⁷。

¹⁶ 以下整理自 林書楷，刑法總則，2020 年 9 月，5 版，頁 488—494。

¹⁷ 許澤天，刑法總則，2023 年 5 月，4 版，頁 492。

四、學說見解：幫助犯理論

在違反保證人義務而不阻止他人犯罪之情形，只有那個直接實施犯罪之行為人具犯罪支配地位，而不作為相較於積極犯罪行為往往僅具備較少之犯罪操控力，因此違反作為義務而未採取介入措施之保證人僅屬於犯罪之配角，僅因其升高了正犯犯罪行為成功的機會而構成不作為幫助犯。

五、學說見解：區別理論(義務內涵理論)

此說從保證人義務類型出發而以之作為區別不作為正犯與幫助犯之基準者。倘若具保證人地位者係違反保護義務而不阻止他人犯罪，應視為不作為正犯；但如果其所違反的是監督義務，則僅構成不作為幫助犯。

這說的論理是從有無「保護對象特定性」立論。保護型保證人地位是有保護對象特定性所以論正犯；而監督型保證人地位並無保護對象特定性所以論幫助犯。其實這其中道理並不難理解，舉個日常生活中的例子即可清楚理解：如果今天你媽媽叫你期末考只要顧好刑法這科就好，此種情形具有「保護」對象特定性，如果你竟然還顧不好，但這時對你的非難譴責當然就應該很高(論正犯)；但如果今天你媽媽叫你要顧好你要考的所有科目(包含通識等等都要顧好)，如果你今天沒顧好，我們對你的非難譴責就會比較低(論幫助犯)，畢竟有太多科要顧，不具「保護」對象特定性，沒顧好並不能太苛責呀！

六、實務見解：主客觀擇一理論

最高法院 105 年度台上字第 88 號判決：
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(即立於保證人地位者)，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，原則上仍應依主客觀擇一理論決定之。

惟因不作為並非是構成要件行為，所以其實實務見解所謂的主客觀擇一理論實際操作下來會變成純粹的主觀理論，而而是基於正犯意思抑或是共犯意思而決定是成立正犯或是共犯。(因為客觀標準已經被鎖死在構成要件以外的行為，所以決定是正犯或是共犯就完全取決於主觀標準了)

【考題觀摩】

A 得慢性病臥病在床多年，日常起居都由大兒子甲照料。甲為了想早日得到父親的遺產，遂想出一招借刀殺人之計。雖然 A 仍有堅強的求生意志，但是甲竟然摹仿 A 的字跡捏造了一封信，信中 A 表明希望好友乙能讓 A 無痛苦地早日死亡。隨後甲將信拿給乙看，希望乙能成全 A 的意願，而乙也信以為真。乙在隔日碰到 A 的小兒子丙，向丙出示上述信件，丙不知信件係甲所偽造而誤以為真，出於尊重 A 的求死意願，對於乙的計畫也不予阻攔。甲、丙二人各自知悉乙計畫下手的時間，分別外出，任由乙趁 A 熟睡時，以枕頭將 A 蒙住口鼻使其窒息而死。試問甲、乙、丙有何刑責？（答題除引用相關之學說或實務見解之外，應就本案之論斷附具個人意見）

【106 年 律師】

臨時演員甲遭電影明星 A 耍大牌羞辱，乃計畫殺 A。某日，片場預定進行槍戰場景拍攝，甲遂依計畫暗中將供拍片使用的空包彈偷偷換成真子彈，但當甲在偷換子彈時被負責道具準備及檢查工作的劇組人員乙發現，惟乙因先前女友遭 A 搶走而對 A 懷恨在心，乃故意假裝不知情而未予以阻止。其後，當電影拍攝開始，不知情的演員丙在誤以為槍裡是空包彈的情況下，仍依劇本安排之動作對 A 開槍，導致 A 當場中彈身亡。試問本案中甲、乙、丙之行為應如何論罪？

【106 年 東吳大學刑法組】

爭點 6、性犯罪+性隱私

會考的原因：

在 112 年時刑法增訂了第二十八章之一「妨害性隱私及不實性影像罪」，有關於新修法的了解及掌握，向來都是司律二試重要的一環，且因為此新增的罪章跟性隱私有關，所以出題者極有可能會連結性犯罪一起出題，童鞋們愛珠以啊！

對於違反意願性交罪(或違反意願猥褻罪)其中所規範的行為態樣，計有：強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法。在這其中，爭議最大且引起最多討論的應該要屬「其他違反其意願之方法」。學說及實務上對於到底要用如何的判準來判斷這個性強制罪的概括條款，有許多不同的說法，以下即幫大家整理之¹⁸。

一、強制手段不要說

將「違反意願」這個要素界定成日常口語中「非心甘情願」的意思，使其囊括一切足以影響被害人意願的行為，而不限於其意思自由受到強制、壓抑。依此，無論是基於何種因素而心不甘情不願地做成決定，都算是這裡所稱的「違反意願」。

最高法院 97 年度第 5 次刑庭決議：

「違反其意願之方法」，應係指該條所列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術以外，其他一切違反被害人意願之方法，妨害被害人之意思自由者而言，不以類似於所列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術等相當之其他強制方法，足以壓抑被害人之性自主決定權為必要。

最高法院 107 年度台上字第 3348 號判決：

性自主權的內容包含拒絕權、自衛權、選擇權以及承諾權。而對於其他違反其意願之方法的解釋，應認為是指列舉的手段之外任何一切違反被害人意願之方法而言。故當被害人對於性行為之拒絕、自衛、選擇以及承諾等表彰性自主權的要素被破壞時，即應認為是違反其意願。

以上的實務見解就是採取強制手段不要說，也就是認為概括條款就是要包含那些不像前面所列舉出的具有強制性質的任何一切違反被害人意願的手段。

¹⁸ 以下整理自 蔡聖偉，論強制性交罪違反意願之方法，中研院法學期刊，18 期，2016 年 3 月，頁 65 以下。較簡明的介紹，可參 蔡聖偉，非禮勿試－強制猥褻罪違反被害人意願之他法，月旦法學教室，165 期，2016 年 7 月，頁 25-27。

最高法院 110 年度台上字第 1781 號判決¹⁹：

以刑法第 16 章妨害性自主罪章而言，所保護法益為個人性自主決定權，即個人享有免於成為他人性客體的自由，可依其意願自主決定「是否」、「何時」、「如何」及與「何人」為性行為，此乃基於維護人性尊嚴、個人主體性及人格發展的完整，並為保障個人需求獲得滿足所不可或缺的基本權利。**強調「性自主決定權」即「性同意權」²⁰，意指任何性行為都應建立在相互尊重，彼此同意的基礎上，絕對是「No means No」「only Yes means Yes」，即「說不就是不！」、「她（或他）說願意才是願意！」、「沒有得到清楚明瞭的同意，就是不同意！」。**申言之，要求性主動的一方有責任確認對方在「完全清醒」的狀態下「同意」（但排除對未滿 16 歲、心智障礙、意識不清、權力不對等或以宗教之名行誘騙之實者）之行為，鼓勵「溝通透明化」並「尊重對方」。因此，對方沉默時不是同意，對方不確定或猶豫也不是同意，在對方未同意前之任何單獨與你同行回家或休息，只能視為一般人際互動，不是性暗示，又同意擁抱或接吻，也不表示想要性交，即對方同意後也可反悔拒絕，無所謂「沒有說不行，就等於願意」或有「半推半就」的模糊空間，避免「性同意」成為性侵害事件能否成立的爭議點。猶不得將性侵害的發生歸咎於被害人個人因素或反應（例如不得將被害人穿著曝露或從事與性相關之特殊行業等作為發生性行為的藉口，或指摘被害人何以不當場求救、立即報案、保全證據，或以被害人事後態度自若，仍與加害者保有曖昧、連繫等情狀即推認被害人應已同意而合理化加害者先前未經確認所發生的性行為），卻忽視加害者在性行為發生時是否確保對方是在自願情況下的責任。（此判決為 110 年 1 月具有參考價值裁判）

蔡聖偉教授新文章補充：未獲同意=違反意願？—評最高法院 110 年度台上字第 1781 號刑事判決²¹

一、只有同意才可以 VS 只有拒絕才不行

最高法院 110 年度台上字第 1781 號刑事判決將「No means No」和「only Yes means Yes」混為一談。且本判決中「沒有得到清楚明瞭的同意，就是不同意」似乎蘊含著要以「是否得到被害人的有效同意」藉此來認定刑法第 221 條之其他違反其意願之方法此概括條款，但如此的認定卻是有牴觸罪刑法定原則之嫌，因為我們從「欠缺有效同意」乙點也只能推导出「不會基於同意排除構成要件該當性」的結論，但無法再進一步肯定「違反意願」要素的該當。更何況如此的立場，也會引發本罪在體系上與其他條文（例如刑法第 225 條、性騷擾防治法第 25 條第 1 項）的相容性問題，使得以上這些罪名也會同時該當違反意願性交罪或違反意願猥褻罪。

¹⁹ 有見解將此實務見解稱之為「被害人表意說」，可參 吳巡龍，妨害性自主罪「違反被害人意願」之判斷標準，月旦裁判時報，120 期，2022 年 6 月，頁 87-88、91。

²⁰ 有論者認為此判決以積極同意模式的觀點論證刑法第 221 條之「其他違反其意願之方法」此要件，實已違反罪刑法定主義，可參 林石猛/王姿翔，Say No 仍為性交行為，就該當成立強制性交罪？—簡評最高法院 110 年度台上字第 1781 號刑事判決，月旦律評，4 期，2022 年 7 月，頁 21-23。

²¹ 蔡聖偉，未獲同意=違反意願？—評最高法院 110 年度台上字第 1781 號刑事判決，台灣法律人，5 期，2021 年 11 月，頁 141-145。

二、以散佈裸照作為脅迫或恐嚇的內容

刑法第 221 條第 1 項所保護者為被害人關於性行為的實際選擇自由，而所謂的違反意願，便係指被害人關於該次性行為的選擇自由被剝奪。倘若接受如此的意願理解，則用以脅迫或恐嚇的惡害內容就不能包含一切的不利後果，而只能限縮在是針對生命或身體的現時惡害相脅之情形，因為在這種情形下，被害人面對的只有「不被攻擊地接受性行為」以及「被攻擊後接受性行為」，對於是否接受性行為乙點完全沒有選擇的餘地，屬於違反意願；與此相對，若是行為人以生命或身體以外的其他利益相脅，則被害人對於是否接受該次性行為這一點就還是有抉擇的空間，此時即無違反意願可言。

若採取本罪惡害內容不設限的立場，就無法與現行實務在解釋刑法第 228 條利用權勢性交猥褻罪的立場相吻合。依照現行實務區分刑法第 221 條與第 228 條時所採取的詮釋，前者的被害人是「不敢反抗或不得不屈從」；後者的被害人是處於一定的利害關係所形成的精神壓力下隱忍並屈從，但仍具衡量利害的空間。依此描述，違反意願性交罪在適用上其實已經類似前面所稱的選擇自由被剝奪，倘還有選擇自由(衡量利害的空間)，就不會構成違反意願性交罪，而如此的立場已經與前述對本罪惡害內容不設限的立場相齟齬。

二、強制手段需要說

(一)高度強制手段說：

法律適用者在解釋概括條款時，應該要受到前導例示概念牽制（限制性例示），讓概括條款仍保持妨害自由的性質。依照這種看法，透過概括條款來掌握的情形就必須與前導例示概念（強暴、脅迫）類似，限於被害人受到強制、性自主受到壓迫的情形，或是要求應限於與強暴、脅迫之強度相當的手段。

(二)低度強制手段說：

要求一種類似「優越支配」的低度強制手段、行為人製造了一個使被害人無助、難以逃脫、難以反抗的狀態。

最高法院 100 年度台上字第 4578 號判決：

此判決認為性強制罪的概括條款應採取低度強制手段的觀點。所謂低度強制手段，係指行為人縱未施強暴、脅迫、恐嚇、催眠術，但只要行為人製造一個使被害人處於無助而難以反抗、不敢反抗或難以逃脫之狀態，達於妨害被害人之意思自由者，即屬之。

最高法院 108 年度台上字第 165 號判決：

又刑法妨害性自主罪章之強制性交罪，係為保護性自主決定權法益而設，性交行

為必須絕對「尊重對方之意願」，行為人對被害人為性交行為，除出於刑法第 221 條第 1 項強制性交罪所列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術方法外，尚包含「其他違反其意願之方法」。所稱「違反其意願之方法」，並不以使被害人達於不能抗拒之程度為必要，祇須所施用之具體方法，係違反被害人之意願，且在客觀上足以壓抑、妨害或干擾被害人之性自主決定權者，即足當之。是以，行為人縱未施用強暴、脅迫、恐嚇、催眠術等方法，惟係以其他方法營造使被害人處於無助而難以、不易或不敢反抗狀態，且此狀態在客觀上足以壓抑、妨害或干擾被害人之性自主決定權者，亦屬「其他違反其意願之方法」之範疇。又行為人所採用違反被害人意願之具體方法，是否在客觀上足以壓抑、妨害或干擾被害人之性自主決定權，應審酌行為人及被害人之年齡、體型、社會歷練及所處環境等具體情狀而為綜合判斷。至於發生性交行為之際，被害人有無喊叫、呼救、肢體掙扎或抵抗等事項，於判斷行為人所為是否違反被害人之意願時，雖可作為重要參考依據，但尚未可一概而論。

許恒達教授新文章補充：評強制性交罪基礎犯行解釋的實務近況²²

概括條款「其他違反其意願之方法」的解釋：

首先，強制性交罪是否為複行為犯？許恒達教授對此採取肯定的看法。因為現行法條文要求行為人必須「以……其他違反意願之方法而為性交」，由於違反意願是一種「行為方法」，而不是被害人受到攻擊時的意願狀態，所以還是必須獨立於被害人的狀態而實質認定究竟何謂違反被害人意願之行為方法。且立法者要求行為人需透過該行為方法之實行而為性交，亦即表達了性交是透過前述行為方法有以致之的規範立場，亦即我國立法仍堅守強制行為而性交的制裁基準。要採單行為犯（違反意願模式）解釋我國現行法，不無違反罪刑法定原則之嫌。再者，若將概括類型解釋成「純粹違反被害人意願而性交」，這類手法因為欠缺具體、明確的強制力自由干預作用，不法程度與有施用強制力之情形自屬有別，恐無法合理解釋其等量處罰的規範理由。

是以，在複行為犯的解釋前提下，對於違反意願方法的解釋，既然該方法須有效促成性交，則必須該手段內蘊相當程度的壓抑決定自由效果，行為人透過該行為產生自由壓抑作用，弱化被害人的反抗可能性。基此，行為人必須以違反意願之方法，創造足可壓抑被害人決定自由的物理狀態或人際關係情境，藉此使被害人本來擁有的自由決定空間受到明顯抑制，使得其反抗能力下降或因內在恐懼不敢表達反抗，從而有利於行為人續行性交行為。

且此抑制自由的情境必須係行為人所創造，若行為人僅係單純利用既已存在的強制情境，因考量此種情況欠缺「壓抑自由進而導致實行性交」的雙重不法非難，此時應認為此種情況尚難符合強制性交罪所要求之不法內涵，此時僅能考慮論以刑法第 225 條之乘機性交罪。

²² 許恒達，評強制性交罪基礎犯行解釋的實務近況，月旦法學雜誌，321 期，2022 年 2 月，頁 136—138。

(三)蔡聖偉教授見解：利用既存的強制狀態說。

1、首先，概括條款在解釋上必須受到前導例示概念的束縛，也就是說其必須具有強制性質。但法條中的強暴、脅迫、恐嚇、催眠術這些行為態樣已經窮盡妨害自由的強制罪的所有強制手段(范瑋琪歌聲響起：我找不到，我到不了，你所謂的概括的條款)。所以在解釋概括條款時，當然就只能從強制手段以外的行為模式著眼。

2、故應該將概括條款的適用限於「行為人利用行為時業已存在的強制狀態」。所謂的強制狀態，與前導例示概念相對應，包括了物理(例如第三人將被害人捆綁在柱子上，此時和第三人無共犯關係的行為人前來對意識尚清醒的被害人性交的情形)和心理(例如被害人早就已經被挾持監控，被害人已經處於聽任行為人宰制的無助情境中)兩方面。

由於這些影響意思自由的因素在行為前便已存在，行為人自然沒有再為任何強制行為的必要。

近期則有一實務見解認為所謂「利用既存的強制狀態」亦可涵括在概括條款其他違反其意願之方法的範疇之內，此則實務見解殊值注意！

最高法院 110 年度台上字第 5687 號判決²³：

刑法第 222 條的加重強制性交罪，既以犯同法第 221 條之罪為基本構成要件，自仍須以「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者」為前提。立法者在「違反其意願」之前，例示「強暴、脅迫、恐嚇、催眠術」等方法，也就是對被害人施以不論「物理上」或「心理上」的強制或限制意願之行為，不一定為有形的強制力，祇要是足以證明違反被害人的意願的方法，即構成本罪。本罪的重點在違反意願的「方法」，而所以要證明有違反意願的方法，其實正是要保護人民不會因為無端的指控而入罪。蓋性侵案件實務，不乏別有動機的被害人，例如：因為以為找到如意郎君，但發現竟然被當作一夜情對象而怒告者；也有因為逃家與網友同居，怕家人責罵而反控男友性侵者；還有為順利取得監護權唆使孩童指證爸爸性侵者；更有兩小無猜，但女孩或男孩迫於家長的壓力，而指控對方違反其意願性侵者。而證明有無違反被害人意願而為性交，必須行為人有施以如何強制或限制的具體行為，或至少有利用既存的強制狀態，不論是對被害人形成物理上或心理上的強制狀態均屬之。

²³ 最高法院 110 年度台上字第 5013 號刑事判決同旨。

補充：「其他違反其意願之方法」穩定的實務見解

一、未滿七歲的幼童

最高法院 99 年第 7 次刑庭決議：

倘乙係七歲以上未滿十四歲者，甲與乙合意而為性交，甲應論以刑法第二二七條第一項之罪。如甲對七歲以上未滿十四歲之乙非合意而為性交，或乙係未滿七歲者，甲均應論以刑法第二二二條第一項第二款之罪。

最高法院 107 年度台上字第 4347 號判決：

未滿 7 歲之幼童，雖不得謂為全無意思能力，然此情實際上頗不易證明，故民法第 13 條第 1 項規定「未滿 7 歲之未成年人，無行為能力」，以防無益之爭論，觀諸該條立法理由即明。從而，本於相同法理，於刑事法上，亦應認未滿 7 歲之男女，並無與他人為性交合意之意思能力。

於被害人未滿 14 歲之情形，應從保護該未滿 14 歲之被害人角度，解釋「違反被害人意願之方法」之意涵，不必拘泥於行為人必須有實行具體之違反被害人意願之方法行為。具體而言，倘若行為人與 7 歲以上、未滿 14 歲之男女，非合意而為性交，或係對於未滿 7 歲、無合意性交意思能力之男女為性交，基於對未滿 14 歲男女之實質充分保護立場，應認所為已屬妨害「性自主決定」之意思自由，均該當於前揭法文所稱「以違反意願之方法」。

蔡聖偉教授評釋²⁴：

1、民刑法各有其規範脈絡，民法上關於行為能力的規範重在智能發展上是否能理解法律交易，與性自主決定意思並無必然關聯。從保護法益(性自主決定權)來看；既然未滿七歲幼童無法理解行為人的行為，自無侵害其與此相關之自由法益可言，所以不構成強制性交罪。

2、從保護法益著眼，刑法第 227 條所要保護者是幼童的身心健全發展，故並無必要將本罪之適用限縮在雙方合意實施性行為的情形。行為人若與尚未具性相關意識的未滿七歲幼童為性交行為，行為人應成立刑法第 227 條的犯罪才是²⁵。

二、宗教騙色

最高法院 102 年度台上字第 3692 號判決：

²⁴ 蔡聖偉，論「對幼童性交罪」與「強制性交罪」的關係——評最高法院九十九年第七次刑事庭決議，月旦裁判時報，8 期，2011 年 4 月，頁 65-69。具體案例審查可參 蔡聖偉，性侵害未滿七歲幼童的案例審查示範，月旦法學教室，115 期，2012 年 5 月，頁 33-35。

²⁵ 同此見解者，參 許澤天，刑法分則(下)人格與公共法益篇，2022 年 7 月，4 版，頁 353-354。

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屬薄弱而易受影響，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、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人之理性思考空間，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。

最高法院 107 年度台上字第 3875 號判決：
刑法第 221 條第 1 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，不以使用強制力為限。而人之智能本有差異，於遭逢感情、健康、事業等挫折，處於徬徨無助之際，其意思決定之自主能力顯屬薄弱而易受影響，若又以科學上無法即為印證之手段為誘使（例如假藉命理、神通、法力、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、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人之理性思考空間，使之作成通常一般人所不為而損己之性交決定，自非屬出於自由意志之一般你情我願男女歡愛之性行為，而屬一種以違反意願之方法，妨害他人之性自主權。

補充：刑法第二十八章之一 妨害性隱私及不實性影像罪

一、條文概覽：

刑法第 319 條之 1

未經他人同意，無故以照相、錄影、電磁紀錄或其他科技方法攝錄其性影像者，處三年以下有期徒刑。

意圖營利供給場所、工具或設備，便利他人為前項之行為者，處五年以下有期徒刑，得併科五十萬元以下罰金。

意圖營利、散布、播送、公然陳列或以他法供人觀覽，而犯第一項之罪者，依前項規定處斷。

前三項之未遂犯罰之。

刑法第 319 條之 2

以強暴、脅迫、恐嚇或其他違反本人意願之方法，以照相、錄影、電磁紀錄或其他科技方法攝錄其性影像，或使其本人攝錄者，處五年以下有期徒刑，得併科五十萬元以下罰金。

意圖營利供給場所、工具或設備，便利他人為前項之行為者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科五十萬元以下罰金。

意圖營利、散布、播送、公然陳列或以他法供人觀覽，而犯第一項之罪者，依前項規定處斷。

前三項之未遂犯罰之。

刑法第 319 條之 3

未經他人同意，無故重製、散布、播送、交付、公然陳列，或以他法供人觀覽其性影像者，處五年以下有期徒刑，得併科五十萬元以下罰金。

犯前項之罪，其性影像係第三百十九條之一第一項至第三項攝錄之內容者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科五十萬元以下罰金。

犯第一項之罪，其性影像係前條第一項至第三項攝錄之內容者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科七十萬元以下罰金。

意圖營利而犯前三項之罪者，依各該項之規定，加重其刑至二分之一。販賣前三項性影像者，亦同。

前四項之未遂犯罰之。

刑法第 319 條之 4

意圖散布、播送、交付、公然陳列，或以他法供人觀覽，以電腦合成或其他科技方法製作關於他人不實之性影像，足以生損害於他人者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科五十萬元以下罰金。

散布、播送、交付、公然陳列，或以他法供人觀覽前項性影像，足以生損害於他人者，亦同。

意圖營利而犯前二項之罪者，處七年以下有期徒刑，得併科七十萬元以下罰金。販賣前二項性影像者，亦同。

刑法第 319 條之 5

第三百十九條之一至前條性影像之附著物及物品，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之。

刑法第 319 條之 6

第三百十九條之一第一項及其未遂犯、第三百十九條之三第一項及其未遂犯之罪，須告訴乃論。

刑法第 10 條第 8 項

稱性影像者，謂內容有下列各款之一之影像或電磁紀錄：

- 一、第五項第一款或第二款之行為。
- 二、性器或客觀上足以引起性慾或羞恥之身體隱私部位。
- 三、以身體或器物接觸前款部位，而客觀上足以引起性慾或羞恥之行為。
- 四、其他與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之行為。

二、性影像

(一)性影像定義不像猥褻一樣需要「侵害性的道德感情，有礙社會風化」，定義上比猥褻概念為廣。且符合性影像之定義亦並非直接就等於符合足以損害他人名譽之事實²⁶。

例如：竊錄男女朋友從事性行為，此符合性影像之定義，惟並未侵害性道德感情，有礙社會風化，不該當猥褻概念；且男女為婚前性行為，以目前社會整體價值觀而言，亦無不名譽之問題，並未足生損害於他人名譽。

(二)性影像之定義是否需添加不成文之要素「第三人足資辨認出被攝影對象」？就此問題，許澤天教授採取肯定說，原因在於，若根本無法辨認被攝影對象，根本不會侵害到肖像權及性隱私²⁷。惟因注意者係，若可由一些客觀存在之辨別資訊，使第三人(尤其是被拍攝者的配偶、親友與熟人)清楚辨認性影像可被歸屬於被拍攝者時，則仍可符合「第三人足資辨認出被攝影對象」此要素²⁸。

古承宗教授亦認為，雖然從刑法第 10 條第 8 項的立法定義有包含性交、足以引起性慾或羞恥的身體隱私部位等等，可以知悉性影像此概念似乎排除影像本身人格識別性之要求，惟人格此概念即係代表人類圖像的具體形塑，若性影像欠缺人格識別性，則根本不會影響到人類圖像的具體形塑，刑法是否仍有介入之必要，即值得進一步探究²⁹。

例如在日本漫畫金田一少年事件簿中的其中一案「亡靈學校殺人事件」，殺人兇手的動機即係在於被害人伊能耕平參展的攝影作品，雖說參展的圖像只有脖子以下的身體裸體，惟攝影作品中裸體女人(是殺人兇手的親妹妹)的膝蓋內部有燙傷的疤，這特徵也讓殺人兇手一眼就認出這攝影作品是指涉他妹妹，進而促成兇手殺人，則此裸體女人的攝影圖像亦可該當性影像的概念。

(三)在性影像中若未出現性行為或性器內容者，應提高客觀上足以引起性慾或羞恥的認定標準，必須達到明顯可以認定這是在引起性慾或羞恥的程度始足當之，藉此在避免被害人成為他人性慾之想像客體與表現自由間取得妥適之平衡³⁰。

²⁶ 許澤天，刑法分則(下)：人格與公共法益篇，2023年6月，5版，頁364—365。

²⁷ 同此見解者，可參林琬珊，「性影像」與隱私之刑法保護—新修刑法「性影像」規定之評析，月旦法學雜誌，333期，2023年2月，頁51。

²⁸ 許澤天，刑法分則(下)：人格與公共法益篇，2023年6月，5版，頁365。

²⁹ 古承宗，刑法作為抗制「數位暴力」之手段—以惡意影音為例，月旦法學雜誌，333期，2023年2月，頁19。

³⁰ 許澤天，刑法分則(下)：人格與公共法益篇，2023年6月，5版，頁366。

(四)林琬珊教授認為，需性影像具有「私密性」，始具有法益之需保護性，要能夠界定出影像內容屬於隱私，始為妥適³¹。

(五)再者，性影像也必須具有「性的關聯」，始能襯托出本罪章是在保護性隱私此法益之意旨³²。而就「客觀上足以引起性慾或羞恥」此要件，事實上就性隱私的侵害並非必然與猥褻此概念有所連結，以此要素當作是性影像的成立要件之一似無必要，在解釋上似可將此要素當作是使影像內容可以與性的隱私有所連結的橋樑，因此其判斷的重點仍在於是否具備性的關聯上³³。

三、攝錄性影像罪

(一)刑法第 319 條之 1 的犯罪明示是以「未得同意」為要件。而本罪之性影像必須要以照相、錄影、電磁紀錄或其他科技方法攝錄而來，如是用攝錄方式以外(如電腦繪圖)的方式產生之性影像，即不該當本罪³⁴。

(二)刑法第 319 條之 2 之犯罪必須要以強暴、脅迫、恐嚇或其他違反本人意願之方法實施攝錄性影像，如係使用詐術獲取他人之同意進而攝錄，不該當本罪，且因已得同意，故也不該當刑法第 319 條之 1³⁵。

四、供人觀覽性影像罪

本罪在適用上不以成立刑法第 319 條之 1 或刑法第 315 條之 1 為必要，換句話說，即便不是竊錄的物品，或並非是未得同意而攝錄的性影像，只要是未得他人同意而加以散布，仍可構成本罪³⁶。故可知悉本罪之制定最主要可以用來處理「復仇式色情」的案型。

³¹ 林琬珊，「性影像」與隱私之刑法保護—新修刑法「性影像」規定之評析，月旦法學雜誌，333 期，2023 年 2 月，頁 51—52。

³² 林琬珊，「性影像」與隱私之刑法保護—新修刑法「性影像」規定之評析，月旦法學雜誌，333 期，2023 年 2 月，頁 52。

³³ 林琬珊，「性影像」與隱私之刑法保護—新修刑法「性影像」規定之評析，月旦法學雜誌，333 期，2023 年 2 月，頁 53—55。

³⁴ 許澤天，刑法分則(下)：人格與公共法益篇，2023 年 6 月，5 版，頁 367。

³⁵ 許澤天，刑法分則(下)：人格與公共法益篇，2023 年 6 月，5 版，頁 368。

³⁶ 許澤天，刑法分則(下)：人格與公共法益篇，2023 年 6 月，5 版，頁 369。

五、製作不實性影像罪

(一)本罪之犯罪手段，最常見的即係以深度偽造技術將被害人的身體部位移接至他人之性影像上，以手工繪製或拼貼多張照片進而製作之不實性影像則不屬之。又不實性影像之重點是在將無關的複數性影像做連結，縱使合成的個別性影像皆屬真實，亦成立本罪³⁷。

(二)「足以生損害於他人」此要素表彰出本罪為適性犯，必須具體個案檢驗行為人之行為是否足以造成性人格形象遭到扭曲³⁸。

(三)陳俊偉教授指出就深度偽造的管制來說，在「以人工智慧技術作為傳統犯罪的手段」的情形，本來即可適用妨害名譽罪(在立法論上，也可以考慮修正刑法第310條第2項，使本項規定包含以數位合成影像或是網際網路等傳播工具犯之的加重事由)或是散布各類不實訊息之犯罪來處理，是否有必要增訂專門用來特別規範深度偽造的新法條文(刑法第319條之4)，顯有疑義³⁹。且若新法第319條之4是以一般人格權作為法益的話，其實本罪根本完全可以以妨害名譽罪章的犯罪予以取代，同時亦無法說明為何只處罰與性有關的不實影響，其他類型的不實影像(例如政治)等等卻無處罰規定；又單獨只製作不實性影像卻未散布之行為，究竟會對人格權造成何種侵害，亦殊值探討深究；最後，為何本罪就非要限定於以電腦合成或科技方法此等犯罪行為手段而犯之，卻要排除以手工繪製的方式犯之的情形？立法者卻仍是避而不談⁴⁰。

而在「人工智慧技術本身的濫用」之情形，陳俊偉教授則是認為此等深度偽造的開發與利用行為，是否值得以刑法加以規制，仍必須考量諸多因素，雖不排除在綜合各項因素後以集體法益之方式予以規制，但值得我們深思想者係：對於深度偽造的管制手段，不應該是以刑法作為優先手段或唯一手段⁴¹。

³⁷ 許澤天，刑法分則(下)：人格與公共法益篇，2023年6月，5版，頁371—372。

³⁸ 許澤天，刑法分則(下)：人格與公共法益篇，2023年6月，5版，頁372。

³⁹ 陳俊偉，重思深度偽造影音的入罪化—以人工智慧的科技風險規制為思考方向，月旦法學雜誌，333期，2023年2月，頁32—33。

⁴⁰ 陳俊偉，重思深度偽造影音的入罪化—以人工智慧的科技風險規制為思考方向，月旦法學雜誌，333期，2023年2月，頁37。

⁴¹ 陳俊偉，重思深度偽造影音的入罪化—以人工智慧的科技風險規制為思考方向，月旦法學雜誌，333期，2023年2月，頁33、38。

【考題實戰】

富二代甲喜歡混夜店，見貌美女子便搭訕喝酒，某日見 A 獨自一人，便灌 A 不同種類的酒，趁 A 不勝酒力昏睡時，便攙扶其至汽車旅館對其性交，另架設手機錄下 A 女被性交的畫面及裸睡樣子。第二天甲食髓知味，又到夜店認識 B，酒後雙方合意至汽車旅館拍攝性愛照片。數週後甲的手機故障，至乙開設的手機行修理，乙見手機內的性愛照片及錄影精彩，遂上傳至其臉書供人觀覽炫耀。又因為乙女友 C 不久前與其分手，乙心中憤憤不平，便利用其熟稔資訊技術，將 C 的臉與手上性愛照片中女子的臉合成，製作 C 的裸照，再傳給 C 告訴她，如果不與乙重修舊好，將傳送到 C 所屬公司及家人。請問甲、乙的行為如何論處？

【112 年 司法三等 行政執行官】

擬答：

(一)甲以酒灌醉 A，並將其帶至汽車旅館性交之行為，可能成立刑法(下同)第 222 條第 1 項第 9 款之加重強制性交罪：

1、客觀上，甲以酒灌醉 A 並對其為性交行為，並非單純利用被害人既已存在之不知或不能抗拒之狀態遂行性交，本例中之 A 之所以處於不勝酒力昏睡此不能抗拒之狀態，實係因行為人之灌酒行為所致，依據實務見解，此情形應論以強制性交而非乘機性交，上揭行為係屬以強暴手段違反 A 之意願而為性交行為，主觀上，甲具有加重強制性交故意。

2、違法有責，甲成立本罪。

3、加重事由：甲有於為性交行為時，架設手機錄下 A 被性交的畫面及裸睡的樣子，該當第 9 款之加重事由。

(二)甲架設手機錄下 A 被性交畫面及裸睡樣子的行為，可能成立第 319 條之 2 第 1 項之加重攝錄性影像罪：

1、客觀上，甲以強暴手段違反 A 之意願，進而攝錄 A 被性交畫面及裸睡的樣子，A 被性交畫面及裸睡的樣子，已該當第 10 條第 8 項第 1 款、第 2 款之性影像之定義，主觀上，甲具有本罪故意。

2、違法有責，甲成立本罪。

(三)甲上述行為，可能成立第 315 條之 1 第 2 款之竊錄罪：

1、客觀上，甲未經 A 之同意，即攝錄其身體隱私部位，主觀上，甲具有本罪故意。

2、違法有責，甲成立本罪。

(四)甲與B合意拍攝性愛照片，不成立第319條之1第1項攝錄性影像罪：

1、客觀上，因B係同意甲拍攝性愛照片，故不該當「未經他人同意」此要件，客觀構成要件不該當。

2、綜上，甲不成立本罪。

(五)乙上傳甲手機內A之性影像的行為，可能成立第319條之3第3項之使人觀覽性影像罪：

1、客觀上，乙未經A同意，而散布其性影像，且此性影像同時係屬於甲違犯第319條之1所攝錄之內容，主觀上，乙具有本罪故意。

2、違法有責，乙成立本罪。

(六)乙上傳甲手機內B之性影像的行為，成立第319條之3第1項之使人觀覽性影像罪：

1、客觀上，乙未經B同意散布其性影像，主觀上，乙具有本罪故意。

2、違法有責，乙成立本罪。

(七)乙上述行為，可能成立第235條之散布猥褻物品罪：

1、客觀上，依據釋字第617號解釋之意旨，乙散布客觀上足以挑起他人性慾、主觀上足以滿足他人性慾，有害風化之性愛影片及照片，且又未採取安全之隔絕措施，主觀上，乙具有本罪故意。

2、違法有責，乙成立本罪。

(八)乙上述行為，可能成立第318條之1電腦洩漏秘密罪：

1、客觀上，有學說認為本罪之成立參酌其體系位置位於妨害秘密罪章，且刑法第316條以降的犯罪皆屬合法取得他人秘密之情形，故本罪之成立限於行為人基於合法之原因取得他人電腦裡秘密之情形。於本例中，乙因為甲拿其手機到乙的店裡要給乙維修此合法原因而取得電腦(即指手機)，破壞乙與甲之間的信託而洩漏甲手機內之秘密(即指甲與A、B之性愛影片及照片)，主觀上，乙具有本罪故意。

2、違法有責，乙成立本罪。

(九)乙上述行為，可能成立第 310 條第 2 項之加重誹謗罪：

1、客觀上，乙散布他人裸體、性愛影片及影音之行為，係屬以散布圖畫之方式，貶損他人之外在客觀名譽的具體敗德事件傳遞，屬於誹謗行為，且足以毀損他人名譽，主觀上，乙具有本罪故意。

2、違法有責，乙成立本罪。

(十)乙以電腦合成 C 的照片之行為，可能成立第 319 條之 4 第 1 項之製作不實性影像罪：

1、客觀上，乙利用其熟稔之資訊技術，將 C 的臉與手上性愛照片中女子的臉合成，製作 C 的裸照之行為，已屬將無關被害人之性影像與其影像合成，縱合成的個別影像皆屬真實，亦屬以電腦合成製作他人不實之性影像，足以生損害於他人。

2、主觀上，乙具有本罪故意，且因乙有告訴 C，如果不與乙重修舊好，將傳送到 C 所屬公司及家人，此種附條件意圖學生以為仍然可以肯認乙具有供人觀覽之意圖，理由在於乙仍然意欲在 C 不答應其請求時將此性影像散布於第三人，可依「類似於間接故意」的意旨肯認乙仍具備本罪意圖。

3、違法有責，乙成立本罪。

(十一)乙將裸照傳給 C 之行為，可能成立第 319 條之 4 第 2 項使人觀覽不實性影像罪：

1、客觀上，乙將裸照傳給 C 之行為，係將不實性影像加以散布進而供人觀覽，足以生損害於他人。主觀上，乙具有本罪故意。

2、違法有責，乙成立本罪。

(十二)乙以流出裸照威脅 C 與其復合之行為，可能成立第 304 條第 1 項之強制罪：

1、客觀上，乙以脅迫之方式逼迫 C 行與其復合此無義務之事，主觀上乙具有本罪故意。

2、違法有責，乙成立本罪。

(十三)乙上述行為，可能成立第 305 條之恐嚇危安罪：

1、客觀上，乙以流出裸照威脅 C 與其復合，係以威脅名譽法益之事恐嚇 C，

使 C 心生畏懼，致生危害於其安全，主觀上，乙具有本罪故意。

2、違法有責，乙成立本罪。

(十四)結論

1、甲的部分：

加重攝錄性影像罪係竊錄罪之特別規定，依法條競合論前者即可；而至於加重強制性交罪因係保護性自主決定權，與加重攝錄性影像罪保護性隱私，尚非具法益保護之同一性，因此應論以想像競合，始能充分評價。

2、乙的部分：

乙所成立的兩個使人觀覽性影像罪，與散布猥褻物品罪、電腦洩漏秘密罪、加重誹謗罪應論以想像競合關係；另乙所成立的製作不實性影像罪，與使人觀覽不實性影像罪應依照法條競合論以後者；又強制罪與恐嚇危安罪依照法條競合關係應論以前者，而後甲所違犯之三段犯行再予以數罪併罰。

爭點 7、準強盜罪之既遂標準

會考的原因：

請參考第 33 頁的「準強盜罪的二三事」，就可以知悉為何我覺得準強盜罪可以說是財產犯罪的重中之重囉！

刑法第 329 條之準強盜罪一直都是財產犯罪的大重點。其中最重要的爭點就是準強盜罪的既遂標準為何，會有這樣的爭議其實是在於準強盜罪的特殊犯行結構所致。因為準強盜罪的犯行可以區分成前段及後段，前段是行為人必須先有一個竊盜或搶奪的行為，而後段則是行為人必須要施以強暴脅迫（且依照釋字第 630 號解釋，此強制力尚必須至使他人難以抗拒），那問題就在於準強盜罪的既遂時點到底應以前段或是後段的完成為標準，亦或是仍有其他更為合理的判準？

一、前行為既遂說

最高法院 68 年度台上字第 2772 號判決：

實務見解是以竊盜或搶奪的既未遂來判斷準強盜罪的既未遂。如竊盜或搶奪既遂，則準強盜罪既遂；若竊盜或搶奪未遂，則準強盜罪未遂。

不過要予以注意的是，實務見解根本不可能如其所宣稱的僅以前行為既未遂來決定準強盜罪既未遂，因為所謂既遂標準其實就是所有成文及不成文的構成要件要素均在客觀上被實現，既然如此，實務自然也不可能在行為人尚未完成強制行為前，僅因為前行為已經既遂就宣稱準強盜罪已經既遂。

二、強制既遂說

此說認為應以後段的行為實現為既遂的判斷標準，又釋字第 630 號解釋要求強制力必須至使難以抗拒，所以加總來看，自然就應以行為人所施的強制力是否發生難以抗拒的效果來決定準強盜罪的既未遂⁴²。

三、穩固持有說

此說認為準強盜罪仍然是一個財產犯罪，其保護法益是財產的所有及持有，所以如果要論既遂，自應從法定犯行完成後，是否終局性地破壞財產歸屬關係。也就是說，準強盜罪的既遂應該是行為人透過強暴、脅迫行為進而穩固了財物的持有關係。所以我們應該在準強盜罪的客觀構成要件中加入一個不成文的結果要素：穩固新持有⁴³。

⁴² 甘添貴，刑法各論(上)，2014 年 8 月 4 版，頁 271。

⁴³ 蔡聖偉，偷「機」不著一準強盜罪的既遂認定問題，月旦法學雜誌，181 期，2010 年 6 月，頁 289。許恒達，準強盜罪的犯行結構與既遂標準，台灣法學雜誌，204 期，2012 年 7 月，頁 162-163。

PS：準強盜罪的二三事

楊過一直覺得準強盜罪是財產犯罪中出題機率最高的一個犯罪，原因就是在於其特殊的成罪結構。



如上圖所示，欲成立準強盜罪，必須先行成立竊盜罪，而竊盜罪又有加重事由，所以在一開始出題老師就會測驗各位同學加重事由的考點。接下來到準強盜罪的部分，這部分出題老師就會測驗一些屬於準強盜罪的爭點，例如釋字第 630 號解釋、準強盜罪的既遂標準等等。最後則是，若行為人在為準強盜罪的犯行時，具備加重事由，則是否可以升級成是加重強盜罪的爭點（亦即刑法第 330 條之犯強盜罪有無包含準強盜罪的問題），這部分此要熟悉最高法院 42 年台上字第 523 號判例就不會是問題囉！所以你看，這麼多的貫穿考點，好準強盜罪，不考嗎？

最高法院 42 年台上字第 523 號判例：

刑法第三百二十九條之以強盜論，即以強盜罪相當條文處罰之意，並非專以第三百二十八條第一項之強盜論，故三百三十條所謂犯強盜罪，不僅指自始犯強盜罪者而言，即依第三百二十九條以強盜論者，亦包括之。如此項準強盜有第三百二十一條第一項各款情形之一，自應依第三百三十條論處。

【考題觀摩】

甲是楊丞琳的忠實粉絲，但是卻因生活困頓買不起她的最新專輯「Like A Star」。某日甲攜帶小刀進入唱片行，順手拿起了一張「Like A Star」的專輯放進外套的口袋裡，但豈知這樣的舉止竟然被店長乙發現，店長乙上前拉住甲，甲為了可以順利帶走她心愛的丞琳的專輯，於是拿起自己所帶的小刀向乙揮了幾下以便掙脫，但沒想到在轉身時專輯已經掉到地上，而乙也因為被刀威嚇住而讓甲離去。請問在刑法上應如何評價甲的行為？

擬答：

(一)甲持小刀取走專輯的行為可能成立刑法(下同)第 321 條第 1 項之加重竊盜罪：

- 1、小刀為客觀上能對人之生命、身體有威脅而具有客觀危險性的器械，故屬於凶器，合於第 321 條第 1 項第 3 款的加重。
- 2、客觀上，甲未得他人同意，破壞他人對於其專輯之持有，但有疑問者係，專輯最終在混亂中掉落在地上，行為人最終沒有取走該專輯，是否仍屬於有建立新持有，於此應認為因為專輯體積小、易於藏匿，在行為人取走專輯時即已建立新持有，即便最終並未順利取走專輯，亦屬既遂。
- 3、主觀上，甲有加重竊盜故意及不法所有意圖，違法有責，成立本罪。

(二)甲以小刀朝乙攻擊之行為可能成立第 330 條第 1 項之加重準強盜罪：

- 1、實務見解(最高法院 42 年台上字第 523 號判例)認為，加重強盜罪的犯強盜罪，自然包含依造釋字第 630 號解釋認為不法內涵與強盜罪等量齊觀的準強盜罪。
- 2、客觀上，甲有竊盜既遂的犯行已如前述，其以小刀朝他人揮去，係屬當場施以強暴，惟有疑義者係，準強盜犯行是否已屬既遂，容有爭論，析述如下：
 - (1)實務(最高法院 68 年台上字第 2772 號判例)：本罪既未遂以竊盜罪或搶奪罪之既未遂為斷。
 - (2)既未遂之判斷，應以行為人施強暴脅迫有無達於至使不能抗拒、難以抗拒為斷。
 - (3)以最後有無取得財物為準。
 - (4)穩固持有說：對於準強盜罪既遂時點應採穩固持有說的見解，亦即認為行為人透過其強制行為而穩固財物之持有關係時，即為本罪既遂之時點。
 - (5)管見認為應採穩固持有說，始能完整評價準強盜罪前階段是取財，後階段是強制行為的犯行結構，故應為準強盜罪附加上一個不成文的要素：「穩固新持有」。於本例中，最終專輯並未因甲之強暴行為

而穩固甲對其的持有，故不成立準強盜既遂。

3、甲不成立本罪。

(三)甲上述之行為，可能成立第 330 條第 2 項之加重準強盜未遂罪：

1、主觀上，甲有本罪故意及防護贓物、脫免逮捕之意圖，客觀上，無論依照何種著手標準，本罪皆已著手。

2、違法有責，成立本罪。

(四)結論

甲成立刑法第 321 條第 1 項之加重竊盜罪、第 330 條第 2 項之加重準強盜未遂罪。而因加重準強盜未遂的不法僅能包含加重竊盜未遂的不法，而無法含括加重竊盜既遂的不法，故為充分評價，兩罪應依第 55 條想像競合之，此即為想像競合之澄清作用。

爭點 8、肇事逃逸罪—新修法條文、實務見解、學說見解趨勢

會考的原因：

刑法第 185 條之 4 於 110 年進行了修法，新法條文以及修法後的實務見解趨勢，及學說對其的評釋，都相當重要，特別是修法後的實務見解，針對肇事逃逸罪的保護法益，漸漸從「協助釐清肇事責任之歸屬」轉變為「保護被害人之人身安全」，這個轉變特別值得我們注意，這也會導致在具體個案中影響行為人之行為是否為「逃逸」行為，相當具有考相喔！

肇事逃逸罪新條文

刑法第 185 條之 4：

I 駕駛動力交通工具發生交通事故，致人傷害而逃逸者，處六月以上五年以下有期徒刑；致人於死或重傷而逃逸者，處一年以上七年以下有期徒刑。

II 犯前項之罪，駕駛人於發生交通事故致人死傷係無過失者，減輕或免除其刑。

針對三讀通過的新條文，立法院有關刑法第 185 條之 4 的立法理由如下：

一、司法院釋字第七七七號解釋意旨認為非因駕駛人之故意或過失所致事故之情形是否構成本條「肇事」，尚非一般受規範者所得理解或預見，其文義有違法律明確性原則；且有關刑度部分，一律以一年以上七年以下有期徒刑為其法定刑，致對犯罪情節輕微者無從為易科罰金之宣告，對此等情節輕微個案構成顯然過苛之處罰，於此範圍內，不符憲法罪刑相當原則，與憲法第二十三條比例原則有違，應予修正。

二、為使傷者於行為人駕駛動力交通工具發生交通事故之初能獲即時救護，該行為人應停留在現場，向傷者或警察等有關機關表明身分，並視現場情形通知警察機關處理、協助傷者就醫、對事故現場為必要之處置等，故縱使行為人駕駛動力交通工具發生交通事故致人死傷係無過失，其逃逸者，亦應為本條處罰範圍，以維護公共交通安全、釐清交通事故責任，爰依上開解釋意旨，將本條「肇事」規定修正為「發生交通事故」，以臻明確。

三、有關本條法律效果部分，應依對法益侵害之程度訂定不同刑度之處罰，以符憲法罪刑相當原則，爰依釋字第七七七號解釋意旨，就法益侵害之結果為傷害、重傷或死亡之情形，分別規定其刑度；另增訂第二項規定，就犯第一項之罪之駕

駛人，於發生交通事故致人死傷係無過失者，予以規定減輕或免除其刑，以符合憲法比例原則之要求。

以下楊過就幫各位整理有關刑法第 185 條之 4 新修法後，實務及學說上對其的看法吧！

(一)實務見解：

最高法院 110 年度台上字第 613 號判決：

1、肇事逃逸 (HITANDRUN) 罪，修正前刑法第 185 條之 4 係以「駕駛動力交通工具肇事，致人死傷而逃逸」為要件，本罪處罰之不法行為乃「逃逸」行為，其中「駕駛動力交通工具肇事致人死傷」並非處罰之行為，而屬行為情狀，規範肇事原因來自駕駛風險，並以死傷作為肇事結果之限制，由此建構行為人作為義務的原因事實，以禁止任意逸去。司法院對本規定為合憲審查，以釋字第 777 號解釋闡明「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」、「一律以 1 年以上 7 年以下有期徒刑為其法定刑，致對犯罪情節輕微者無從為易科罰金之宣告，對此等情節輕微個案構成顯然過苛之處罰，於此範圍內，不符憲法罪刑相當原則，與憲法第 23 條比例原則有違」。立法院因而循旨修正該規定，於民國 110 年 5 月 28 日總統公布後施行，修正後規定「駕駛動力交通工具發生交通事故，致人傷害而逃逸者，處 6 月以上 5 年以下有期徒刑；致人於死或重傷而逃逸者，處 1 年以上 7 年以下有期徒刑。犯前項之罪，駕駛人於發生交通事故致人死傷係無過失者，減輕或免除其刑」。首先，將原來駕駛動力交通工具「肇事」之文字修正為「發生交通事故過失 (有過失)」及「發生交通事故…係無過失」，以符合法律明確性；其次，為符合罪刑相當原則，區分行為情狀所發生交通事故之結果為「傷害」與「死亡或重傷」而異其刑罰效果，規定不同之法定刑 (所生結果為何應以行為時點判斷)，另就無過失而發生交通事故，明定減輕或免除其刑。以上，本次法律之修正，其中法律效果已經修改變更，至為明確；至本罪行為情狀之規定，依本院向來見解，認為行為人駕駛動力交通工具發生交通事故致死傷後逃逸，即已構成本罪，不論對於發生交通事故之原因有無過失，均非所屬，是則，關於本罪行為情狀，自「肇事」修改為「發生交通事故，致人傷害、死亡或重傷」以及「發生交通事故致人死傷係無過失」，實則僅係將刑法文義明確化，俾符合法律明確性原則，惟其內涵並無不同。另關於本罪處罰之不法行為，則仍保留「逃逸」之文字，上開司法院釋字第 777 號解釋理由書雖併予檢討建議「關於停留現場之作為義務部分，參酌所保護之法益，訂定發生事故後之作為義務範圍」，然本次修法終未變更。

2、所謂「逃逸」，依文義解釋，係指自肇事現場離開而逸走，使人無法在肇事現場經由目視掌握肇事者與事故關聯性的行為。惟肇事者終將離開現場，殆不可能始終留在現場，究其犯罪之內涵，除了離開現場（作為）之外，實因其未履行因肇事者身分而產生之作為義務（不作為），是本罪結合學理上所稱之作為犯及不作為犯之雙重性質。職是，應進一步探究者，乃發生交通事故致人死傷者，於離開現場前究有何種之作為義務，此亦為上開解釋理由書曉諭釐清之面向，雖未經修法，然其釋義乃司法不可迴避之任務。逃逸之文義解釋既有分歧，則立法沿革之主觀解釋與規範目的之客觀解釋，有其關鍵意義，審諸法規範目的，駕駛動力交通工具為維持現代社會生活所必需，交通事故已然為必要容忍的風險，則為保障事故發生後之交通公共安全、避免事端擴大，及為保護事故被害人之生命、身體安全，自須要求行為人留在現場，即時對現場為必要之處理、採取救護、救援被害人行動之義務，復鑑於有別於其他案件—交通事件證據消失迅速（通常交通事故現場跡證必須立刻清理）之特性，為釐清肇事責任之歸屬，確保交通事故參與者之民事求償權不致求償無門（惟基於不自證己罪原則，國家刑事追訴利益不在保障範圍），於此規範目的，亦可得出肇事者有在場，對在場被害人或執法人員不隱瞞身分之義務。此由歷次立法說明「為維護交通，增進行車安全，促使當事人於事故發生時，能對被害人即時救護，俾減少死傷，以保護他人權益並維護社會秩序」、「肇事逃逸者延誤受害者就醫存活的机会，錯失治療的寶貴時間」、「為使傷者於行為人駕駛動力交通工具發生交通事故之初能獲即時救護，該行為人應停留在現場，向傷者或警察等有關機關表明身分，並視現場情形通知警察機關處理、協助傷者就醫、對事故現場為必要之處置等，故縱使行為人駕駛動力交通工具發生交通事故致人死傷係無過失，其逃逸者，亦應為本條處罰範圍，以維護公共交通安全、釐清交通事故責任」，可知依立法沿革之主觀解釋亦得印證。核與遺棄罪迥然有別。是故，所謂「逃逸」係指離開事故現場而逸走之行為，駕駛人於發生交通事故致人死傷時，應有在場之義務，至於駕駛人對於事故發生有無過失、被害人是否處於無自救力狀態、所受傷勢輕重，則非所問。交通事故駕駛人雖非不得委由他人救護，然仍應留置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以知悉其真實身分、或得被害人同意後始得離去。倘若不然，駕駛人不履行停留現場之義務而逕自離去（包含離去後折返卻未表明肇事者身分），自屬違反誠命規範而構成逃逸。以上，為本院向來所採之見解，於修法前後之適用，並無不同。

臺灣高等法院暨所屬法院 111 年法律座談會刑事類提案第 9 號

法律問題：甲於民國 110 年 6 月 5 日，在臺中市某地，因駕駛 A 車過失與被害人騎乘之 B 機車發生交通事故，致被害人受有傷害（過失傷害部分，業經判處罪刑確定）。甲於交通事故發生後，下車查看被害人之傷勢，並撥打電話請求救護車至現場救護，而未留下任何年籍資料或等待警方到場處理，於救護車抵達現場將被害人送上車後，隨即駕車離開現場。甲是否構成刑法第 185 條之 4 之「逃逸」行為？

(一)本次修法(110 年 5 月 28 日總統公布後施行)，仍將「逃逸」行為作為刑法第 185 條之 4 交通肇事逃逸罪（下稱新法）之不法構成要件，惟本罪之「逃逸」用語，新法未明確定義，亦未就事故發生後駕駛人所應盡之作為義務範圍依據釋字第 777 號解釋理由書中所指稱：應參酌所欲保護之法益，訂定發生事故後之作為義務範圍，而僅於立法理由中說明：「為使傷者於行為人駕駛動力交通工具發生交通事故之初能獲即時救護，該行為人應停留在現場，向傷者或警察等有關機關表明身分，並視現場情形通知警察機關處理、協助傷者就醫、對事故現場為必要之處置等」等語，而未參酌及明確界定本罪所欲保護法益為何？只能算是滿足部分釋字第 777 號解釋的要求，又本罪保護法益為何，迭有保護生命身體、保護民事求償權、保護刑事追訴利益及重疊性權益保障等諸說，爭議不少，立法時對於此核心問題未予明確參酌，是否可認其於立法理由中所揭諸之作為義務即等同本罪應保護之法益？不無可議，且「逃逸」依教育部重編國語辭典修訂本之註解，乃「逃離不見蹤跡」，實務上則指自肇事現場離開而逸走而言，適用在本罪上實難期待人民能透過該詞之用語，而得理解「逃逸」含有未等待警方人員到場處理，或無獲得他方人員同意，或不留下日後可以聯繫的資料等作為義務，是將「逃逸」之作為義務，單純透過以立法理由之方式為之，實有擴張解釋本罪立法規範之嫌，也有過度限制不自證己罪原則及源自交通事故的債權是否應用刑法處罰而與刑法之謙抑原則有違。

(二)按 88 年係為「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」而增訂本條，且係參考刑法第 294 條第 1 項遺棄罪而規定。核遺棄行為及逃逸行為，均未對被害人之生命、身體構成直接侵害，但同有增加被害人死傷之危險，屬一特殊的違背義務遺棄罪。

(三)而 102 年提高本罪法定刑之修法係緣於「肇事者同基於僥倖心態（即同法第 185 條之 3 酒醉駕車），延誤受害者就醫存活的機會，錯失治療的寶貴時間，爰修正原條文，修正肇事逃逸刑度」。至本次的修法(即新法)則仍重申本次的立法規範目的主要在於加強保障被害人的人身生命安全，亦即係為能即時救護被害人，減輕其死傷結果之發生，固於立法理由中增列前開(一)之作為義務，惟將作為義務置於理由中說明，存有如上述之爭議，尚難遽認已符合法規範意旨，反而從本罪前揭立法沿革及法規範意旨，可知本罪始終係考量大眾交通對人身安全的典

型危險，為了兼顧事故被害人的救助需求，使本罪成為特殊的違背義務遺棄罪，如此的體系定位，也使逃逸行為的不法內涵與本罪所規定的法定刑，降低行為人適用不成比例之法定刑的可能性。因此，本罪在法規範之要求下，宜採保護生命身體法益，則在此觀點下，逃逸乃離開交通事故的現場，規範要件則是著手違反對於被害人救助義務，亦即依據行為人之主觀認知，不為救助將導致被害人生命或身體之危險。依此，駕駛人因為被害人同意而解除其救助義務，或已採取必要的救助措施後，始離開事故現場，都不該當於逃逸行為。至於駕駛人是否等待警察抵達現場、是否向警察或被害人表明自己真正的身分、協助警方釐清交通事故責任、對事故現場為必要處置及便利被害人事後求償等，均非判斷逃逸行為之要素。依題旨所示，甲事故後撥打電話請求救護車至現場救護，並於救護車抵達現場、被害人送上救護車後始離去，縱未等待警方人員到場處理，或無獲得他方人員同意，或不留下日後可以聯繫的資料，即逕自離開現場，即不該當於刑法第185條之4之「逃逸」行為。

最高法院111年度台上字第4869號判決：

1. 刑法第185條之4所稱之發生交通事故逃逸罪（原稱肇事逃逸罪）於民國110年5月2日依據司法院釋字第777號解釋（下稱釋字第777號解釋）意旨為修正（並於同年月28日公布施行），主要係針對原條文規定「肇事」乙詞，內涵如何（究竟是否涵蓋故意、無過失等），認尚非一般受規範者所得理解或預見，有違法律明確性原則，故修正為「發生交通事故」，並將無過失而逃逸者，列入本條處罰範圍（但得減輕或免除其刑）以臻明確。又因原條文刑度部分，一律以1年以上7年以下有期徒刑為其法定刑，致對犯罪情節輕微者無從為易科罰金之宣告，對此等情節輕微個案構成顯然過苛之處罰，認於此範圍內，不符憲法罪刑相當原則，且與憲法第23條比例原則有違，爰就致人受傷（非重傷）而逃逸部分修正得處較輕之刑度。然修正後之發生交通事故逃逸罪，並未依釋字第777號解釋理由書之併予檢討(二)之說明，要求立法機關於本條修法時應對停留現場之作為義務部分，參酌所欲保護之法益，制定發生事故後之作為義務範圍，例如應停留在現場，並應通知警察機關處理，協助傷者就醫，對事故現場為必要之處置，向傷者或警察等有關機關表明身分等情為修正，於條文中仍維持「逃逸」乙詞，且未對於發生交通事故後駕駛人應盡何種義務為詳盡之規範，僅於立法理由中說明：「為使傷者於行為人駕駛動力交通工具發生交通事故之初能獲即時救護，該行為人應停留在現場，向傷者或警察等有關機關表明身分，並視現場情形通知警察機關處理、協助傷者就醫、對事故現場為必要之處置等」等語。由上述立法理由說明，大致可得知駕駛人於發生交通事故後，除條文「逃逸」乙詞可推出之不應離開事故現場之「停留」義務外，並有「逃逸」字面文義外之「表明身分」、「通知警方處理」、「協助傷者就醫」及「對事故現場為必要處置」等維護公共安全之義務。但是否上述新法修正理由中所揭露駕駛人於發生交通事故後應有之作為

義務，若駕駛人僅遵守或違反其中部分行為時，是否即屬「逃逸」行為，自不可一概而論，應視實際情況有所取捨或輕重有別，否則又會落入釋字第 777 號解釋所指摘可能有「文義不明確」或「違反比例原則」等違憲疑義。

2. 依據 88 年增訂本條之立法理由：「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」及 102 年提高本罪法定刑之修法說明：「肇事者同基於僥倖心態，延誤受害者就醫存活的機會，錯失治療的寶貴時間，爰修正原條文，修正肇事逃逸刑度」等語觀之，本條立法之規範目的主要在於保障被害人之人身安全，即係為能即時救護被害人，減輕其死傷結果之發生。至「維護交通安全」，為本罪列入公共危險罪章之最終理想，自不宜於「保護被害人之人身安全」之主要目的外為過度擴張之解釋，例如，因駕駛人於交通事故發生後，未依道路交通事故處理辦法在適當距離處豎立車輛故障標誌或其他明顯警告設施(如道路交通事故處理辦法第 3 條第 1 項第 1 款、第 4 款規定)，導致二次車禍死傷結果之發生，或已參與救護並協助被害人就醫，但隱匿其真名或正確聯絡方式、謊報他人姓名或中途遁走等，若遽認均係逃逸行為，即有牴觸刑法上之罪刑法定原則、不自證己罪原則、謙抑主義原則及罪刑相當原則之慮(至是否因其未為適當防止設施導致二次交通事故發生，涉有過失致人於死傷；或謊報駕駛人身分，有無另犯偽造文書或誣告他人犯罪等罪嫌等，另當別論)。準此，駕駛人於發生事故後至少必須履行「停留現場」、「協助(包括委請他人)傷者就醫」義務。至表明駕駛人真正身分、報警處理、協助警方釐清交通事故責任、對事故現場為必要之處置及便利被害人之事後求償等，應非本罪處罰之主要目的，至多僅能認係不違反本罪規定所產生之附隨義務或反射利益，然究否構成「逃逸」行為，尚須視個案具體情形綜合其他因素而為判斷，非一有違反即認應成立「逃逸」行為(例如發生交通事故後，被害人已明顯死亡，已無救護之可能，駕駛人雖停留現場，但無任何作為或處置，導致第二次車禍發生，或故意對到場員警隱瞞真實身分而藉故遁去等，自得作為是否為「逃逸」行為評價之參考)。是駕駛人若已盡事故發生後停留現場並協助死傷者就醫之義務，原則上即足以達到制定本罪之主要立法目的，至有無完成其他不法內涵較低之作為，僅係交通事故發生後所衍生之刑事、民事或違反交通規則之行政處罰等責任問題，自不宜為條文「逃逸」文義範圍之目的性擴張解釋，對於駕駛人超出立法主要目的以外之義務違反，一律科以刑罰。尤僅因駕駛人於發生交通事故後隱瞞身分，可能致被害人或其家屬求償陷入困難，即認應科以發生交通事故逃逸罪之重罪，更會陷入不宜以刑罰方式解決民事糾紛之窠臼，有違已具國內法性質之公民與政治權利國際公約第 11 條規定：「任何人不得僅因無力履行契約義務，即予監禁。」反面釋意，且非刑罰制定目的原係為阻嚇再犯及欲仿倣者和其他相似行為，具有最後手段性，而後始行撫慰、補償被害者之宗旨。

(二)學說見解：

薛智仁教授：

1、新修正的刑法第 185 條之 4，其應使用何種法益作為詮釋始為妥當⁴⁴？

(1)保護生命身體：

不救助被害人的不法程度，取決於未予排除的生命或身體風險的大小，此一風險又與被害人的傷勢惡化機率和速度有關，卻與交通事故導致死亡、重傷或傷害或行為人有無過失沒有必然關係，是故新法根據交通事故的後果嚴重程度以及行為人對於交通事故是否出於過失，區分逃逸行為之法定刑高低，無法從保護生命法益的觀點予以說明。

(2)保護民事求償權：

在這個觀點下，逃逸行為的不法內涵，取決於其所危害的民事求償權之額度。交通事故的侵權行為損害賠償額度，取決於其所造成的財產或非財產損害多寡，亦與事故的死傷後果沒有絕對的關聯性。據此，此法益也無法被解釋為新法的保護法益。

(3)保護刑事追訴利益：

依照此說，逃逸行為的不法程度取決於其妨害國家刑罰權實現所侵害的公益程度，所追訴的犯罪越重大，以刑罰維護行為規範效力的公益性就越高。是故，此說最能妥適地說明新法依據交通事故的主觀可歸責性以及不同後果區分逃逸法定刑之原因(因為隨著交通事故後果越嚴重，其所涉及的犯罪不法性就越高，國家刑罰權所表彰的公益程度就越強，逃逸行為所妨害刑事司法的不法程度就越重大)。

惟採取此說除了有違反不自證己罪的疑慮外，也不合於罪刑相當性，原因在於，比較保護刑事司法利益的其他犯罪(例如刑法第 164 條、第 165 條等等)可知，並未將犯罪嫌疑人自我庇護行為納入處罰，僅罰第三人妨害刑事追訴的行為，且無自我庇護需求的第三人，亦僅適用至多 7 年以下之有期徒刑，從相對罪刑均衡的觀點來看，本罪對於交通事故之犯罪嫌疑人規避刑事追訴的行為適用最重 7 年有期徒刑，誠屬輕罪重罰。

(4)保護擇一法益：

倘若採此說，將導致法官可以任擇其中一種保護法益觀點來詮釋本罪的適用範圍，導致犯罪構成要件的範圍顯得恣意。且會導致無論逃逸行為重如危害個人

⁴⁴ 薛智仁，新肇事逃逸罪之解釋難題－最高法院 110 年度台上字第 613 號刑事判決，台灣法律人，5 期，2021 年 11 月，頁 189－192。

生命身體，或輕如影響民事求償權，皆適用相同之法定刑，顯然不合於罪刑相當原則。

2、新法的解釋方向⁴⁵：

(1)保護法益：

保護生命身體法益應是相對較佳的解決方案。因為加強救護被害人的意旨，始終都是立法者將逃逸行為入罪化的主要動機。立法者考量到大眾交通對人身安全的典型危險，為了兼顧事故被害人的救助需求，使本罪成為特殊的遺棄罪。

(2)發生交通事故：

結合上述的法益觀察進路，交通事故應限於實現自大眾交通工具之高速性與高衝擊力所肇生的事故，原則上駕駛動力交通工具而導致死亡或傷害結果，只要可評價為實現自大眾交通的典型危險，皆屬於交通事故。

(3)逃逸行為：

在保護生命身體法益的觀點下，逃逸概念的物理要件是駕駛人離開交通事故現場，規範要件是著手違反對於被害人的救助義務，亦即依據行為人之主觀認知，不為救助將直接導致被害人生命或重大身體的危險。是故，只要行為人不離開現場，即不該當逃逸，相對地，倘若駕駛人離開現場，但被害人是當場死亡的情形，此時因為已無救助義務，故不該當逃逸要素。

(4)肇事逃逸之罪責：

就故意肇事而言，直接故意之肇事者，可以援用無期待可能性之超法規組卻罪責事由免除其罪責，而間接故意之肇事者，則仍然可以期待救助被害人。

就無過失肇事而言，如果是「事故可歸責於被害人或第三者」之情形(例如駕駛人來不及閃避闖入快車道的被害人或是駕駛人穿越十字路口卻與闖紅燈的車輛碰撞導致該車乘客受傷)，因為被害人或第三人皆是有自我負責能力之人，應該為其所導致的後果負責，故此時的無過失肇事者，實質上不應該因為未為救助而適用本罪，此時應一律適用刑法第 185 條之 4 第 2 項免除其刑的規定。

而如果是「事故不可歸責於任何人」之情形(例如駕駛人為躲避山坡落石而衝撞被害人)，雖然行為人之行為可以援用攻擊性的緊急避難而可以被評價成合法，惟為平衡被害人因承擔社會連帶義務所受的犧牲，此時法秩序仍可以要求駕駛人救助被害人，此時雖仍課予行為人救助義務，惟此救助義務純粹是為了平衡

⁴⁵ 薛智仁，新肇事逃逸罪之解釋難題－最高法院 110 年度台上字第 613 號刑事判決，台灣法律人，5 期，2021 年 11 月，頁 192-197。

被害人基於社會連帶義務所受的犧牲，相對於駕駛人基於間接故意或過失肇事，其履行救助義務之期待可能性較低，因而只能適用第 2 項減輕其刑之規定。

最新文章補充

【薛智仁，新肇事逃逸罪之逃逸概念－最高法院 111 年度台上字第 4869 號刑事判決】

薛智仁教授在文章中指出，最高法院 111 年度台上字第 4869 號刑事判決認定保障被害人的人身安全為發生交通事故逃逸罪主要之規範目的，而將釐清事故責任或民事求償權等法益調降成是次要目的。而基於如此的詮釋方針，對本罪之逃逸行為進行類型化之處理，進而分成以下兩大類⁴⁶：

一、駕駛人應履行停留現場及協助(包含委請他人)傷者就醫之義務，違反者即構成逃逸行為。

二、駕駛人應表明真實身分、報警處理、協助釐清事故責任、對事故現場為必要處置及便利被害人事後求償，僅係履行停留現場與協助就醫義務所產生之附隨義務或反射利益，違反上述義務是否構成逃逸行為，必須視具體情形綜合其他因素而為判斷。

(一) 針對類型一：違反停留現場及協助傷者就醫之義務⁴⁷

因本罪刑度重於有義務遺棄罪，為避免有違反罪刑相當原則之疑慮，應將本罪所保障的被害人人身安全限縮解釋為保障其生命及重大身體法益，駕駛人應以其行為，排除被害人因為交通事故所生之生命或重大身體危險。交通事故所生之特殊危險，除了被害人遭受之傷害結果可能惡化成重傷或死亡之外，尚包含被害人因為傷害結果而可能遭受其他交通參與者施加損害(例如被其他車輛追撞)，故駕駛者的救助義務，必須包含以上兩者。

且因逃逸行為的不法核心是駕駛人以離去事故現場的方式違反救助義務，提升被害人之生命或重大身體危險，考慮到本罪是一個限定行為模式的(隱蔽式)不作為犯之故，本罪之逃逸行為應以駕駛人離去事故現場時已經著手違反救助義務為前提，亦即依據駕駛人之主觀認知，其不為救助而離去事故現場時，已經使被害人直接陷入生命或重大身體之危險，始足當之。

⁴⁶ 薛智仁，新肇事逃逸罪之逃逸概念－最高法院 111 年度台上字第 4869 號刑事判決，台灣法律人，26 期，2023 年 8 月，頁 142。

⁴⁷ 薛智仁，新肇事逃逸罪之逃逸概念－最高法院 111 年度台上字第 4869 號刑事判決，台灣法律人，26 期，2023 年 8 月，頁 142－143。

(二) 針對類型二：違反交通事故所生之其他義務⁴⁸

本判決認為當駕駛人違反交通事故所生之其他義務者，仍可能構成逃逸行為，揆其理由，即在於保障被害人之人身安全並非本罪之唯一目的，而是主要目的，僅係將釐清交通事故責任或民事求償權等法益調降為次要目的，而非認其等不具本罪法益適格。惟本判決對於本罪保護擇一法益所為之批評，亦即違反罪刑法定原則、不自證己罪原則、罪刑相當原則及刑法謙抑性等，都是根本上質疑本罪以釐清事故責任及保障民事求償權為保護法益之正當性，理論要一貫的話，應係否定以上開這些法益作為本罪之規範目的，而非僅單純地將其等調降為次要目的而已。事實上，被害人人身安全之保障此等法益，與釐清交通事故責任及民事求償權等等法益，根本欠缺不法內涵之可比較性，後者根本無法再綜合具體個案情形，進而與前者一樣被等價地評價成逃逸行為。綜上所述，在第二種類型的狀況，應一律否定其有構成逃逸行為之可能性。

⁴⁸ 薛智仁，新肇事逃逸罪之逃逸概念－最高法院 111 年度台上字第 4869 號刑事判決，台灣法律人，26 期，2023 年 8 月，頁 143－145。

爭點 9、偽造罪章檢驗順序

會考的原因：

偽造罪章自從司律二試於 106 年改制成只考一題後，基本上尚未出現過，但是偽造罪章不但能夠測驗同學對行為人偽造客體為何的熟悉度，有考到犯罪論刑法分則的考點外，還可以測驗同學偽造罪章最為重要的重頭戲，也就是競合論的部分，可以說是極為重要且熱門的爭點喔！

在學習偽造罪章時，並不是就直接抱著書本猛讀，而是必須依循正確的學習步驟進而掌握此罪章的重點所在，以下就詳細介紹學習偽造罪章正確的檢驗步驟！

一、客體：

首先在寫有關於公共信用犯罪的題目時，你必須要先確定你審查的到底是甚麼客體！這點真的灰熊重要！例如說統一發票到底是什麼(私文書或有價證券)? 人民幣到底是什麼(有價證券或貨幣)? 區辨出客體除了你法條才會用對外，也會影響後面的行為態樣(例如說登載不實這個行為只有文書才有，交付於人只有有價證券和貨幣才有。)，甚至還會影響競合喔！

為了方便大家記憶偽造罪章中重要的客體，以下即以表格的方式幫大家整理！

1、私文書	支票影本、附屬票據行為(背書)、信用卡背面簽名、文書影本、逮捕通知書收受人簽章欄內之簽名、公務員所簽之私法契約、有中獎的統一發票(實務：私文書、學說：有價證券)、當票、取款憑條、戲票(戲園之入場券)。
2、公文書	公務員職務上製作的文書、傳票。
3、特種文書	護照、汽車牌照、身分證、警察證、畢業證書、執照、健保卡。
4、準文書	汽機車引擎號碼、互助會標單、手機簡訊、正字標記、稅戳、屠宰稅驗印戳、e mail。
5、有價證券	匯票、支票、本票、美金、人民幣、倉單、載貨證券、有中獎的統一發票(實務：私文書、學說：有價證券)。

二、行為：

認識和區辨完客體後，再來就是認定行為。到底本例中行為人有哪些行為呢？重點有蠻多的，例如偽造和變造的區分，無權代理是否偽造、冒用已死之人或是根本不存在的人之名義是否偽造、使公務員登載不實及實質審查權限的認定、行使及交付於人的差異等等，都是膾炙人口的經典題型！但進到行為的審查前，還是必須先確認客體，如果你客體是鎖定在文書，審查行為時就不會有交付於人此行為態樣囉！所以客體的認定真的很重要啊！

以下即附錄有關於行為的重要實務見解以供各位參考：

(一)偽造與變造的區分

最高法院 29 年度上字第 1785 號判決：
此判例認為變造是在不更改原有文書的本質，僅就內容有所更改者而言。如已對文書的本質有所變更，則應屬偽造而非變造。

所以雖然是對於內容作更改，但若已達原有性質的破壞(例如將無效改成有效，即無中生有的情形)，即應論以偽造！

(二)無權代理是否為偽造

最高法院 95 年度第 19 次刑庭決議：
無代理權而假冒本人之代理人名義，製作虛偽之有價證券或私文書之行為，與直接冒用他人名義偽造有價證券或私文書無異，仍然符合偽造行為之定義。

(三)冒用以死之人之名義及無他人授權而冒用皆屬偽造

最高法院 107 年度台上字第 1753 號判決：
此判決認為冒用以死之人的名義製作文書，因社會上一般人仍有誤認其為真正文書之危險，故仍屬於偽造行為；而若有他人授權製作文書，當然不合於偽造行為的概念，但若行為人非基於他人之授權委託，卻私自以他人之名義製作文書，當屬無權製作而偽造。

(四)行使與交付於人的區辨

最高法院 32 年度上字第 477 號判決：
變造有價證券之行使罪與交付罪之區別，在於犯人有無欺騙相對人之意思以為斷，如有欺騙之意思，則為行使，否則為交付。

三、競合：

基本上，寫到偽造罪章，沒有寫到競合，鐵定不是老師題目出錯，百分之五百萬是你寫錯！

首先我自己是把【偽造文書當作是正常人】，【偽造有價證券和貨幣罪當作是怪胎】！為何如此呢？看下去就會知道！

正常人的偽造文書，偽造行為和行使行為當然是論行使(高度行為吸收低度行為)，行使是後階段行為，吸收前階段行為蠻正常的。再來是行使行為和詐欺行為，因為保護法益本來就不同(一個是保護財產，一個是保護公共信用)，所以論想像競合，這樣結論也超正常，所以我稱之為正常人！

反觀怪胎的貨幣及有價證券犯罪，行使和詐欺，本來應該是想像競合，沒想到實務認為詐欺會被行使行為吸收(?)。而對於偽造和行使，實務認為偽造吸收行使(前階段行為吸收掉後階段行為，最後竟然是論前階段行為?)這就比較不合於一般人的想像，所以我稱之為怪胎！

那下面就用表格替大家整理一下競合的結論吧！這真的要熟記，只要考到偽造罪章真的是百分之五百萬必考競合嘎嘎嘎！

罪名	偽造貨幣	偽造有價證券	偽造文書
行使、偽造	偽造吸收行使	偽造吸收行使	行使吸收偽造
行使、詐欺	行使吸收詐欺	行使吸收詐欺	兩罪想像競合

【考題實戰】

甲偽造了一批幾可亂真的日幣，得知同事乙計畫赴日旅遊，便對乙表示自己甫從東京歸來，欲將手頭上的日幣兌換成新臺幣，乙不疑有他，便依時下匯率將等值的新臺幣交付給甲。刑法上應如何評價甲之行為？

【112年 台北大學刑事法組】

爭點 10、賄賂罪職務行為認定

會考的原因：

主要是因為近期有出現「最高法院 110 年度台上大字第 5217 號裁定」這則極為重要的實務見解，所以有關於職務行為究竟要如何認定此爭點當然就會是今年要邁入司律二試考場的各位考生們務必要掌握的重要爭點啦！

一、職務行為的認定：

(一)學說見解：法定職權說

此說認為職務之認定應依照法律規定而認定。如果要將非職務權限的行為，例如：公務員利用其影響力，就非主管或監督的事務，對其他公務員進行關說、勸誘或建議，甚至對私人進行行政指導或斡旋等影響行為，也解釋為屬於法定職務權限的範圍，即明顯是將職務外之行為轉化為職務上之行為，透過對是否存在密切關聯性或實質影響力的認定，已然逸出職務行為的概念外延，而屬於目的性的擴張解釋矣！如此解釋，恐有違罪刑法定原則⁴⁹。

(二)學說見解：實質影響力說

有學說見解是傾向認為只要是公務員實質影響力所及的事項應該都可以認定成是職務上的行為。因為公務員職位越高，可以運用的資源越多，實質影響力也越大。為何很多人都喜歡和高官結交，攀緣者企求的是何事？自然是一種盡在不言中的方便。一旦高官的高位階不在，繁華隨即消散，寂寞無人問。實質影響力這種東西是真實存在的(和 one piece 一樣 哈哈 航海王看太多)，觸之不得，但卻恍惚中有物，如同電磁波一樣的真實⁵⁰。

(三)實務見解

【最高法院 110 年度台上大字第 5217 號裁定】

一、本案爭點：

民意代表受託於議場外對行政機關或公營事業機構人員為關說、請託或施壓等行為，是否屬其「職務上之行為」？得否即援引一般公務員所謂「實質影響力說」作為認定之標準？

二、主文：

民意代表受託於議場外對行政機關或公營事業機構人員為關說、請託或施壓等行為，實質上係運用其職務或身分地位之影響力，使該管承辦人員為積極之行為或

⁴⁹ 蕭宏宜，賄賂罪的「職務上行為」概念，東吳法律學報，24 卷 1 期，2012 年 7 月，頁 109—110。

⁵⁰ 林東茂，刑法分則，2018 年 9 月，頁 362—363。

消極不為行為，如形式上又具公務活動之性質者，即與其職務具有密切關連，該當於貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 3 款公務員職務受賄罪之職務上之行為。

三、理由：

(一) 貪污治罪條例立法目的在於「嚴懲貪污，澄清吏治」，該條例第 5 條第 1 項第 3 款公務員職務受賄罪規定之「職務上之行為」究何所指，觀察我國實務之運作，本院早期判決先例（67 年台上字第 473 號）見解，就所謂職務上之行為，多採取必須屬該公務員實際所負擔之職務（即具體職務權限）始有受賄罪適用，且認僅具一般職務權限者，不該當職務上之行為要件，而成立圖利罪。嗣本院 103 年度第 8 次刑事庭會議決議變更先前見解，闡述擴張及於公務員之一般職務權限，不以實際具體負擔之事務（內部事務分配）為限。又本院基於法之續造，於相關案例，就公務員「職務上之行為」之意涵範圍迭有提出：「所謂職務上之行為，係指公務員在其職務範圍內所應為或得為之行為而言，祇要該行為與其職務具有關連性，實質上為該職務影響力所及者，即屬相當」之見解（99 年度台上字第 7078 號、100 年度台上字第 7001 號等判決參照），將「實質影響力之職務密切關連行為」概念涵攝於「職務上之行為」文義範圍內。是依上開立法旨趣及實務見解，可知所謂公務員「職務上之行為」，包括雖非法令上所列舉之職務權限，但實質上與其職務具有密切關連之行為。

(二) 民意代表職務上之行為之意涵範圍及判斷基準

1、民意代表負責立法權行使，有權責反映民意以監督行政機關，或據為政策主張、推動成為法案，並得憑藉其職權、身分地位對於第三人之職務行為形成一定程度之影響，其職務性質及義務固與行使司法權、行政權之公務員有異，然倘對其職務上之行為收受賄賂，已侵害其執行職務之公正性及國民對該職務公正之信賴，可罰性與一般公務員並無不同。邇來本院相關案例，參採上揭實務見解，就民意代表職務上之行為，肯認包括「職務密切關連行為」(106 年度台上字第 283、3122 號、107 年度台上字第 1563、2052、2545 號、109 年度台上字第 5024 號、110 年度台上字第 932 號等判決參照)。

2、由於「職務密切關連行為」概念具有多義性、抽象性，首應釐清者，即探究其內涵及判斷基準。受賄罪之「規範目的及保護法益」重在保護職務執行公正性，要求不受經濟利益介入之破壞或妨害。因此，「職務密切關連行為」之內涵著重在行為人是否實質上有運用其職務或身分地位對相對人發揮影響力，即對相對人職務執行之公正有無實質影響，或於後續執行相關職務時有無因此受拘束等項為審查，亦即從該行為實質上有無對相對人職務之執行形成影響力加以判斷。此影響力行為之態樣，包括為妥適行使職務事項而附隨之準備工作與輔助事務行為，以及因職務或身分地位關係對第三人所生事實上影響力之行為，至於影響力之對象，包括行政機關、公營事業機構(含其他受政府實質支配控制之公有民營企業)

人員。再本於「構成要件明確性原則、避免不當擴大受賄罪處罰範圍」要求，必須形式上又具有公務活動之性質者始屬該當，倘具備上述條件，應認屬職務密切關連行為。至與職務完全無關之私人活動，則不能肯認具職務性。

3、又向同一人或多數人為多次關說、請託或施壓等情形，應就其前後整體行為觀察，倘該行為與其職務同具形式上公務活動之性質（例如開會前拜會、議場中休息協商、出具建議補助單等），或相類之客觀公務活動（例如至行政機關、公營事業機構拜會、以電話表達關切或要求至辦公室說明、出具便箋或名片轉交承辦人員等），或與公務活動有關及其延伸之行為（例如具名發函或透過行政機關國會聯絡人向行政機關反映特定團體或人民意見、召開協調會邀請行政機關說明等），不論是否在公務時間或公務場所均屬之。另對與具同一權限之民意代表於議場外勸誘、請託或施壓使其贊成某議案而連署，或代為提案、質詢等行為，亦屬民意代表職務上之行為，自不待言。

(三)綜上，民意代表「職務上之行為」之意涵，本不以法令所列舉之事項為限，其他與其職務具有密切關連之行為，亦應屬之。民意代表受託於議場外對行政機關或公營事業機構人員為關說、請託或施壓等行為，實質上係運用其職務或身分地位之影響力，使該管承辦人員為積極之行為或消極不為行為，如形式上又具公務活動之性質者，即與其職務具有密切關連，該當於受賄罪之職務上之行為。

學說意見

【許恒達教授 最高法院刑事大法庭 110 年度台上大字第 5217 號刑事裁定 鑑定意見書⁵¹】

一、借鏡德國有關貪污犯罪之法制

德國法制上與我國法制並不相同，針對貪污犯罪，德國法制有區分成兩類「行政、司法」（德國刑法第 331 條）、「立法」（德國刑法第 108e 條）分別予以規範，惟我國並未將其區分規範，反而是全部類型的公務員皆一同適用相同之構成要件（刑法第 121、122 條）予以規範。

二、職務上行為之認定：事務領域關聯說

許恒達教授認為，如果是法律上所規範的權限，當然可以被認為是公務員職務上之行為並無疑問。而若是與職務具密切關聯之行為是否可以被認為是職務上行為，必須限縮在與公務員原有權限事務具備「事務領域」關聯性之情形始足當之。

⁵¹ 以下皆參考自 許恒達，最高法院刑事大法庭 110 年度台上大字第 5217 號刑事裁定 鑑定意見書，頁 13-21。

理由在於：職務上行為的判斷與審思重心，在於公務員承載公共事務的決定權限，可得應用該權限而帶來他人獲利、損失或其他生活關係的改變，現代公共事務設官分職，每位公務員所能執行的活動有限，不可能一切都曾經手管理，因此只有限定在該公務員職務而可經辦、管理、監督的該當事務領域，才有必要透過刑法進行管制，要求公務員不得以該當事務領域的權責活動換取他人所提供的賄賂或好處，而公務員事務領域所可能連結的活動，有時難以完全以法令方式規範，刑法管制在此必須容許一定程度的個案判斷空間，但此種空間仍有界限，自須以事務領域所能連結的非法定活動為前提，才能合理地設計賄賂的犯罪結構。

且從罪刑法定原則來談，貪污條例現行規範是「職務上之行為」，從法律文字所能包括的範圍來看，可以肯定涵納典型的具體權限，也足可包括不具具體權限，但至少要有法令規範的一般權限類型，至若某項活動欠缺法令規範，只要該活動能夠與現有法令規範職務的「事務領域」，亦即公務活動的規畫、執行或管理有所關聯，事務性的連結特性還能勉強納入職務上行為的法律文字界限。

三、民意代表職務上行為認定之特殊需求

而就民意代表職務上行為的認定，尚必須去考量到民意代表職務上的特殊屬性。所以就民意代表就特定有利私人事項而請託行政機關的行為，除須具備上述的事務領域的關聯性（從立法委員可以向行政機關質詢，具有質詢權以觀，其向行政機關公務員進行遊說，可以理解為可能與質詢權有關聯之職務密切關聯行為）外，尚必須符合兩項額外之限制，始不致於混淆民意代表其所為具有公權力行使性質之職務行為與根本不具有公權力行使性質之私人請託事項：

（一）事務領域之限制：

既然質詢標的應限定在行政系統的公共事務，立法系統的建議、請託權限，當然也限定在行政系統所能承載的職務範圍，倘若超出受質詢的行政機關職務權限，立委建議、請託當然也不再是其立法權的公務活動範疇，反而是利用立委身分所進行的請託，這種超出行政機關職務權限的請託，本質上已經不再具備立委「職務」所生「事務領域」的關聯性。

舉例來說，立委請託交通部長，要求在特定國道路段增設交流道以利其選區鄉親使用，國道路段的交流道增設權限，屬於交通部所轄行政權範圍，故屬立委所得質詢事務的關聯事項，能納入該立委的職務上行為；但若立委請託衛福部長，要求其使某 A 私人醫院進用特定 B 醫師，此種請託純屬涉及私人醫院聘用醫師的私法契約，屬於純粹私人間的民事關係，其請託即非與立委質詢權有事務領域關聯性的職務上行為。

（二）公務外觀之限制：

可參考德國法制上的建議方案，其限定須有議事活動的「法定公務外觀」，亦即民意代表須因受賄，在形式議事進展過程中實行請託行為，這種具備官方會議或至少政黨屬性的發言、說項或建議，才能納於受賄罪的「職務」之列，如果非於議場中的活動，包括私下致電，或是在議事行為以外其他的口頭請託，都不能列入處罰範圍。理由在於：考量立委有諸多反應民意或請託事項的管道，如果一切請託都屬於職務上行為，則立委恐無任何私人活動可言，但立委有許多公、

私領域的灰色行為地帶，因此必須在請託行為的形式管道上，採取相對較嚴格解釋，只有在進行法定職務活動的場合執行請託，才能理解為職務上行為。

甚且，如果請託是以私人活動方式進行，不僅立委可以實行，一般稍具知名度的社會聞人也同樣可以作得到，未要求形式面管道的限制，將造成職務上行為毫無明確標準可言，恐有架空罪刑法定原則的疑慮。

謝煜偉教授最新文章補充：【定分止爭抑或治絲益棼？—評最高法院 110 年度台上大字第 5217 號刑事大法庭裁定暨其本案判決】

（一）貪污犯罪之保護法益

貪污犯罪之保護法益應為「執行職務之公正性」。也就是說，在金錢收買下，將產生未來潛在妨害職務公正性的危險性，國民並無行賄的義務，沒有行賄的人，就有極大的可能性無法獲得其原本就應該獲致的利益，一旦透過這次的職務收買行為將非常有可能建立起送紅包送禮的潛規則，那麼職務公正性的維繫將隨時因為有無送禮而處於極度不穩定的狀態，普通賄賂罪因此就成為保障未來類似職務之公正性不受到金錢等不確定因素的妨害的抽象危險犯⁵²。

（二）職務上行為的解釋

謝煜偉教授認為在解釋職務上行為時，仍應以法令規定並兼及於實際操作上的權限為基準來劃定職務上行為之界線，也就是應以「事實上具體所從事之公務」來認定職務上行為。職務上行為的射程範圍除本來法定之職務權限範圍之外，可包含附隨之準備工作與輔助事務在內，其事務從事依據不以法律規定賦予為限，亦可透過行政上或機關內部事務分工的慣例而形成，而因為賄賂罪保護法益為職務行使之公正性，該附隨之職務仍需具有公務性質⁵³。

（三）民意代表「職務上行為」之適用範圍

立法委員等民意代表的法定職權範圍，可從憲法、立法院組織法、立法委員行為法等相關規定予以確立，例如提案、審議、議決權、質詢權、邀請備詢權等等，而依據立法委員行為法第 15 條及第 16 條之規定可知，立法委員對於政府遊說亦屬法律明訂之權限範圍⁵⁴。

⁵² 謝煜偉，定分止爭抑或治絲益棼？—評最高法院 110 年度台上大字第 5217 號刑事大法庭裁定暨其本案判決，台灣法律人，25 期，2023 年 7 月，頁 151—153。

⁵³ 謝煜偉，定分止爭抑或治絲益棼？—評最高法院 110 年度台上大字第 5217 號刑事大法庭裁定暨其本案判決，台灣法律人，25 期，2023 年 7 月，頁 159。

⁵⁴ 謝煜偉，定分止爭抑或治絲益棼？—評最高法院 110 年度台上大字第 5217 號刑事大法庭裁定暨其本案判決，台灣法律人，25 期，2023 年 7 月，頁 160—161。

而若是立法委員就人民陳情之事項以國會辦公室名義開協調會之方式邀請相關行政機關說明，亦屬於附隨之具體公務遂行行為。惟若是私下介紹廠商、請託協助取得與公營事業締約機會、直接施壓公營事業人員對於特定締約對象之考慮者，這僅係利用立法委員身分地位所產生之影響力所為之舉措，此應非屬於職務上行為之範疇⁵⁵。

⁵⁵ 謝煜偉，定分止爭抑或治絲益棼？－評最高法院 110 年度台上大字第 5217 號刑事大法庭裁定暨其本案判決，台灣法律人，25 期，2023 年 7 月，頁 161。