

讀家補習班司律二試刑法重點講座講義

編者：楊過

前導言：

哈囉，各位要準備進入到二試的同學們，這個直播講座主要是希望透過爭點式學習的方式替各位同學們掌握住近期的一些新文章或是新實務見解，當然也有點司律二試考猜的成分在裡面，希望能夠替各位要上司律二試戰場的考生們，盡量網羅住所有刑法上較為重要的爭點，各位加油，相信大家今年一定能夠金榜題名的！
Fighting !

爭點 1、正當防衛：侵害的「現在性」

要主張刑法第 23 條的正當防衛，必須客觀上有防衛情狀。防衛情狀所指涉的即是現在不法侵害。而現在不法侵害中最重要的要素即為「現在」。我們應該以如何的判準區分現在侵害與將來侵害，即為一大難題。對此實務與學說也是眾說紛紜，分析如下。

一、實務見解：未遂階段說

最高法院 110 年度台上字第 2281 號判決：刑法第 23 條之正當防衛，係以對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行為為要件。因之正當防衛，必以基於防衛之意思，對於現在不法侵害所為之防衛行為，始足成立，倘非出於防衛之意思，則與正當防衛之情形有別。所謂不法之侵害，係指對於自己或他人之權利施加實害或危險之行為；所稱權利，則係指刑法及其特別法保護之法益。又所稱現在，乃有別於過去與將來而言。過去與現在，係以侵害行為已否終了為準；將來與現在，則以侵害行為已否著手為斷。若侵害已成過去，或預料有侵害而侵害行為尚屬未來，則其加害行為，均無由成立正當防衛。

實務見解就是以是否著手來認定是否為現在侵害。如果不法侵害者的攻擊已經著手而進入到未遂階段，則屬現在侵害，但如果不法侵害者的攻擊尚未著手，則應認為此尚屬將來侵害而非現在侵害。

二、學說見解：有效理論

現在侵害所指的是，侵害者之侵害行為已經達到防衛者最後的有效防衛之時間點，亦即若超越此最後有效防衛之時間點，則防衛者便無法達到防衛之目的，或是開始必須承擔風險，必須付出額外之代價。但此說可能擁有的疑慮是會過度前置侵害的現在性時點，在家暴案件中，即使實施家暴者正在熟睡中也有可能認定成是現在侵害¹。

三、學說見解：具體危險說

此說主張應從法益實質角度與個案事實具體判斷，尤應考量侵害者的行為是否已足以直接導致侵害出現。也就是說必須要侵害者的行動帶來防衛者法益的具體危險時，此時才能認定有現時性的侵害²。

¹ 黃榮堅，基礎刑法學(上)，頁 230—232，2012 年 3 月 4 版。

² 薛智仁，家暴事件的正當防衛難題—以趙岩冰殺夫案為中心，中研院法律學刊，16 期，頁 27，2015 年 3 月。

四、學說見解：預備行為最後階段說

此說主張應從侵害者攻擊法益的行為階段觀察現在性比較合理，但實務見解的未遂階段說時點太過延後，應該再把時間點往前調整。此說認為應該以「侵害著手實行之前、且緊鄰於密接行為的預備行為最後階段」來認定現在不法侵害的最前緣，始為妥適。此說一方面不會過度前置現在性時點，且也不僵化的只以著手時點判斷現在性，妥適地在不法侵害者與防衛者間取得平衡³。倘若侵害已達到著手實行的未遂階段，自己成立現在的侵害，但為了更有效的保護權利，亦應將緊鄰未遂的最後預備階段納入現在的侵害，因為此時已出現一個可直接轉變成侵害的威脅狀態⁴。

【考題觀摩】

甲在我國籍某遠洋漁船擔任船長，乙、丙均為外國籍，與其他外籍人士受僱於該船擔任漁工。乙則因體格瘦弱，做事反應較慢，常受到甲和部分漁工的不當對待。最初，甲在乙不熟悉船務時，責罵乙。乙上船一週後甲開始動手毆打乙。第三週開始，乙犯錯，甲不僅毆打，並且予以禁食，有時一天禁食一餐，有時三餐都禁食。同時，甲只准許乙一天睡 2 至 4 小時，其餘時間必須工作或顧守船隻。部分漁工有時也毆打乙，甲從不阻止。經歷這些待遇，乙在海上工作三個月期間，體重減輕 10 公斤，臉部及身體常有傷口或瘀青，後腦勺也曾著地受傷。對於甲經常責罵與動粗，乙因擔心失去工作，不敢反抗。丙見乙的遭遇，不時趁甲不注意時，給予關切。

某日，甲再度因乙動作慢而發怒，持塑鋼製浮球向乙丟擲，擊中乙的背部和腳，乙因疼痛俯臥地上。丙見狀再也無法忍受甲的暴行，隨即拾起浮球往甲頭部砸去。此時，甲正轉身要回船艙，因此頭部右後方遭擊中頭部破裂，流血倒地。丙上前再持浮球攻擊甲頭部二次，大量鮮血流於甲板。輪機長丁聽聞衝突，走上甲板正想勸阻，激動的丙見到了，隨即起身揮拳擊中丁的下巴，丁向後跌倒，後腦撞及船艙門檻，當場昏迷。此時，廚工戊見事情如此演變感到震驚，遂出面要求其他船員將丙壓制並綑綁於船艙內，避免再生衝突。部分船員負責看顧受傷的甲與乙；丁則被發覺已經死亡。戊向港務局通報。海巡署得知後派艦艇前往救援。甲因腦部受創嚴重，醫治後語言、行動均有困難。甲與丙因上述事件分別遭到起訴。

丙案在法院審理期間，同船證人指出，輪機長丁平日溫和，不曾打罵船員。另外，法院指定之鑑定人就丁的死亡提出鑑定意見，指出：①丁在遭攻擊前已有輕微腦中風；②一般人在無預警的情況下，下巴遭揮一拳，因為身體的自然防禦性反應，並不致向後摔倒死亡；③丁因先前已中風，失去身體協調能力，才在下巴遭到攻擊時向後摔倒而死亡。請依上述全部事實，並考慮被告在實體法上可能的抗辯，分析甲與丙之刑事責任。（答題除引用相關之學說或實務見解外，應就本案之論斷附具個人意見）（107 年司法官）

³ 許恒達，正當防衛與不法侵害的現在性，月旦法學教室，185 期，頁 25，2018 年 3 月。

⁴ 許澤天，刑法總則，2021 年 7 月，2 版，頁 134。

甲與仇敵乙狹路相逢，乙企圖拔槍行兇，尚未舉槍瞄準，甲為了自保，拾起地上磚塊，擲向乙的頭部，打瞎一隻眼睛。問甲是否有罪？(98 年高考法制 三等)

擬答：

(一)甲拾起磚塊擲向乙頭部之行為，可能成立刑法(下同)第 278 條第 1 項之重傷罪：

1、客觀上，甲擲磚塊之行為與乙一隻眼睛瞎掉之重傷結果具有不可想像其不存在的條件因果關係，且亦具備客觀可歸責性，又一隻眼睛瞎掉業已合致於第 10 條第 4 項第 1 款之重傷定義，主觀上，甲亦有重傷故意。

2、於違法性，客觀上，乙企圖拔槍行兇，但尚未舉槍瞄準，是否可認為屬於現在之不法侵害，對此容有爭論，析述如下：

(1) 未遂階段說：此說認為應該僅有在行為人之行為已著手(危險)時，始可認定屬於現在不法侵害，在此時點之前，並無現在侵害可言。

(2) 有效防衛說：此說認為不應拘泥於行為人行為是否著手，即便在預備階段，只要再不為防衛行為，即無法適切保護法益，或雖可防衛法益，但必須承擔過大之風險，亦即只要處於能有效防衛法益之最後時間點，於此時點時即應認為屬於現在之不法侵害。

(3) 預備行為最後階段說：此說認為實務見解以是否著手來認定現在性，標準過於僵化，因此應認為雖然侵害行為仍屬著手實行前的預備階段，惟該預備行為若緊鄰於密接行為的最後階段，侵害行為即屬現在。

(4) 管見認為未遂階段說過度延後防衛者可加以防衛的時點，對防衛者法益保護不周，而有效理論在家暴受虐事件則是不當前置防衛者之防衛時點，此對潛在侵害者(指施家暴者)之法益亦屬嚴重侵害，故為衡平防衛者與潛在侵害者之法益保護，應採預備行為最後階段說，若採此說，企圖拔槍但尚未瞄準，雖尚未達著手未遂階段，但此行為與瞄準此著手時點已具有密接緊鄰的關係，可認為已達預備行為之最後階段而屬現在不法侵害，甲之防衛手段亦屬適當且必要，主觀上亦有防衛意思。

3、綜上所述，甲之行為可依照第 23 條主張正當防衛而阻卻違法。

爭點 2、緊急避難：強制性緊急避難

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、實務見解：寬恕罪責說

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。

二、學說見解：

1、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。

2、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)⁵。

3、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⁶。

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，被強制者的避難刑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⁷。

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⁸。

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

⁵ 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。

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195－196。

⁸ 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。

，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⁹。

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。

⁹ 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。

爭點 3、不能未遂「無危險」要素的判準

刑法第 26 條是不能未遂的規定，其法條上規定：「行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，不罰。」行為人已達未遂階段的行為，如果符合刑法第 26 條的規定，即可獲致不罰的法律效果，故何時始能該當本條的規定，自然為一件重要的事情。又因為行為不能發生犯罪之結果應理解為對於所有未遂的客觀面所作的描述，從客觀事後之觀點來看，所有未遂犯在客觀上都是不可能發生犯罪之結果，故到底能否適用刑法第 26 條之主戰場應在於「無危險」此要素。以下即整理對於無危險此要素，實務以及學說上有哪些判準¹⁰。

一、視犯行是否自始無法既遂：

此說將「不能」與「無危險」畫上等號，也就是說無危險的判準其實就是用犯行到底是否不能來做判斷。即視行為人的犯行是否自始(著手時)便因為事實上或法律上的原因而註定不能既遂。

二、具體危險說：

應以一般人於行為時立於行為人之立場所認識之事實及行為人所特別認識的事實為基礎，輔以一般經驗法則有無危險(未遂行為之危險性取決於客觀、事前的判斷)。

許澤天教授亦採此說。亦即有無危險應從一般理智的第三人在其知悉行為人的目的與特別認知下，回溯至行為當時判斷是否有實現犯罪的可能性；倘若第三人於行為時一望即知行為人毫無可能犯罪既遂時，即為無危險之不能未遂；相反地，若認為既遂的可能性是無法合理排除時，即屬有危險的不能未遂。比喻言之，第三人猶如在行為人著手時站在一旁觀看，對於無危險的著手實行，會對行為人喊出「別搞笑」；面對有危險之著手實行，會對被害人驚慌地喊出「快閃」¹¹。

而要予以注意的是，絕大多數的實務見解都是採取此說！

最高法院 97 年度台上字第 351 號判決：認為不能未遂有無危險的判斷應採取具體危險說的見解。亦即應綜合行為時客觀上通常一般人所認識及行為人主觀上特別認識之事實（例如：行為人自信有超能力，持其明知無殺傷力，但外觀完好，足使一般人均誤認有殺傷力之手槍殺人）為基礎，再本諸客觀上一一般人依其知識、經驗及觀念所公認之因果法則而判斷有無危險。

¹⁰ 以下綜合整理自 蔡聖偉，評 2005 年關於不能未遂的修法—兼論刑法上行為規範與制裁規範的區分，載：刑法問題研究(一)，頁 97—108，2008 年 7 月。

¹¹ 許澤天，刑法總則，2021 年 7 月，2 版，頁 401—402。

最高法院 109 年度台上字第 1566 號判決：刑法第 26 條規定，行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，不罰。故不能未遂係指已著手於犯罪之實行，但其行為未至侵害法益，且又無危險者而言；雖與一般障礙未遂同未對法益造成侵害，然須並無侵害法益之危險，始足當之。而有無侵害法益之危險，應綜合行為時客觀上通常一般人所認識及行為人主觀上特別認識之事實為基礎，本諸客觀上一般人依其知識、經驗及觀念所公認之因果法則而為判斷，若有侵害法益之危險，而僅因一時、偶然之原因，致未對法益造成侵害，則為障礙未遂，而非不能未遂。（以上此判決為最高法院 109 年 4 月具有參考價值裁判，其又重申不能未遂無危險的判準應採所謂具體危險說的意旨）

三、以印象理論解釋有無危險：

最高法院 105 年度台上字第 1433 號判決：所謂「危險」，不能純以法益是否受損為唯一標準，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，亦係有危險。即此處所謂之「危險」，包含對於公共秩序及法秩序之危險，始不致過度悖離人民之法感情。

四、重大無知說：

所謂的出於重大無知，指的是行為人主觀上的犯罪計畫是基於一個完全偏離於一般公認之因果關聯的想像。從積極之一般預防角度來看，這類出於重大無知的行為並不會造成他人的仿效，對於行為規範的效用並沒有造成需要嚴肅對待的影響，因此國家可以放棄對行為人施加刑罰，可以不罰。（也就是說雖然行為人已經牴觸了行為規範，但是從制裁規範的制裁需求性來看，並無所謂的制裁需求性。）

這說白話來講，就是智障說，到底能否適用刑法第 26 條，我們就是看看行為人是否是智障，如果是智障(重大無知)，始能有刑法第 26 條不罰效果的適用。

少數實務見解是採取重大無知說的見解。

最高法院 98 年度台上字第 5197 號判決：行為人必須誤認自然之因果法則，非僅單純錯認事實或僅因一時、偶然之原因，致未對法益造成侵害等情狀，而係出於「重大無知」，誤認其可能既遂，始有成立不能未遂之可言。否則，仍與障礙未遂同應受刑罰制裁，並使基於與法敵對意思而著手實行犯罪，足以動搖法信賴，造成破壞法秩序之行為，得收一般預防之規範效果，以求兼顧。基於上述，不能未遂無危險之判斷應採取重大無知說。

最高法院 110 年度台上字第 3511 號判決：惟按刑法第 26 條規定行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，不罰。故所謂不能未遂，係指已著手於犯罪之實行，但其行為未至侵害法益，且又無危險者；其雖與一般障礙未遂同未對法益造成侵害，然須無侵害法益之危險，始足當之。又上開條文之立法理由關於未遂犯之規定，雖載明採客觀未遂理論，惟若僅著眼客觀層面之實踐，不無過度擴張不能未遂之不罰範圍，而有悖人民法律感情，自非不得兼以行為人是否出於「重大無知」之誤認作為判斷依據。從而，有否侵害法益之危險，應綜合行為時客觀上通常一般人所認識及行為人主觀上特別認識之事實為基礎，再本諸客觀上一一般人依其知識、經驗及觀念所公認之因果法則而為判斷，非單純以客觀上真正存在之事實情狀為憑。行為人倘非出於「重大無知」之誤認，僅因一時、偶然之原因，未對法益造成侵害，然已有侵害法益之危險，仍為障礙未遂，非不能未遂。

【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¹²？

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。

¹² 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。

(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¹³。

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

¹³ 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。

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。

甲為了殺害乙，準備了毒藥一小瓶，計劃於隔天在乙的飲料內下毒。未料當晚甲的兒子丙擦桌子時，不小心打翻毒藥，丙害怕被甲罵，因此在該寫明毒藥的空瓶中，加入自來水，藉以讓甲不要發現此事。隔天，不知上述情事的甲，出於殺害乙之意思，將該瓶中之液體倒入乙的飲料中，乙喝下後並無任何反應。試說明：甲之刑事責任為何？(109 年 高考 一般行政)

擬答：

(一)甲將瓶中之液體倒入乙的飲料之行為，可能成立刑法(下同)第 271 條第 2 項之殺人未遂罪：

1、主觀上甲具有殺人故意，客觀上，依照主客觀混合理論，按行為人的犯罪計畫，將其認為是毒藥的該瓶液體放入被害人的飲料中，此行為已對構成要件所欲保護的法益具有直接危險，該當著手。

2，違法有責，甲成立本罪。

3、惟於本例中，甲客觀上所使用的殺人工具並非毒藥，而是無法造成死亡結果的自來水，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。甲使用的是自來水，客觀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)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。

(5)綜上所述，甲成立殺人未遂罪，且無刑法第 26 條之適用。

爭點 4、己意中止的判準

要適用刑法第 27 條的中止犯的規定，必須行為人的放棄犯行是真心真意的，這在法律上的專業術語就是出於己意。那麼我們應該用如何的判準來判斷行為人是出於己意呢？有以下的這些判準。

一、法蘭克公式：

此說認為到底是否出於己意，可以用下面這句公式作為判斷：「即使我能，我亦不願之情形為己意中止；相反地，即使我願，我亦不能之情形為非己意中止。」沒想到脫離了我們最痛恨的數學公式後，來到法律界也遇到了公式，請容筆者說聲：「法蘭克先生，您太神啦！」

最高法院 108 年度台上字第 2649 號判決：按所謂中止犯，依刑法第 27 條第 1 項前段之規定，係指「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」而言；亦即，除了具備一般未遂犯的成立要件之外，必須行為人主觀上出於自願之意思，客觀上因而中止實行犯罪（未了未遂之中止）或防止其結果之發生（既了未遂之中止），結果之不發生，乃出於自願之中止行為，而非因外在非預期之障礙事由；主觀自願性之要件，是指「縱使我能，我也不要」，此乃與障礙未遂之區別。否則，著手犯罪後，因非預期之外界因素影響，依一般社會通念，可預期犯罪之結果無法遂行，或行為人認知，當時可資運用或替代之實行手段，無法或難以達到犯罪結果（包括行為人繼續實行將會招致過大風險，例如事跡敗露之風險），因而消極放棄犯罪實行之情形，即非因己意而中止未遂，應屬障礙未遂之範疇。

二、自主動機說：

己意中止是指行為人之中止是出於自主的動機，而不是因為可抗拒之壓力迫使行為人放棄其行為（如果是出於被強制、無奈之下而形成中止之決意者，皆非己意中止）。又自主動機不必具有倫理道德之價值。

三、倫理道德自我要求說：

己意中止除出於自主動機而中止外，尚須出自倫理道德之要求而中止，而不是出自功利之計算¹⁴。

這說的白話版就是，你如果想要主張己意中止，中止前都要記得喊一聲：南無阿彌陀佛、觀世音菩薩慈悲，比法蘭克公式更「神」嘎嘎嘎！

四、預期範圍內或外之不利因素：

應從行為人之主觀認知為斷，行為人之中止，是否是基於預期範圍內之不利因素。

¹⁴ 林東茂，刑法總則，頁 252-253，2018 年 5 月。

若係基於預期範圍外之不利因素而中止，則其中止並未顯示行為人之危險性之降低，刑法並無必要以減免刑罰來引誘其中止，故為非己意中止，若為預期範圍內之不利因素促成其中止，則為己意中止¹⁵。

徐育安教授新文章補充：東窗事發之憂—中止意思之自願性¹⁶：

我國早期實務見解對於中止犯的自願性判斷，向持所謂的客觀說，亦即仰賴一般犯罪人面對特定情狀的做法；而近期實務見解(最高法院 108 年度台上字第 2649 號判決)則是以「縱使我能，我也不要」來表彰中止犯的自願性要件，這是很明顯地採取學說上所謂的法蘭克公式。也就是說，若行為人自認其縱使得以達成犯罪目的，但此已非所願者，即符合自願性之要求。(徐育安教授文章有提及此說應為我國學說的多數見解)。

至於德國多數見解則是採取「自主/他律」區分的判斷標準，此說是以行為人的主觀作為判斷的基礎，認為審查自願性的關鍵在於，放棄犯罪是否仍屬自我的意思決定，亦即是否出於自主性的動機而不欲為之；否則若是受到外在事物干擾以致放棄犯行者，則是出於他律，此並非自願。

亦有認為若考慮到犯罪之預防，應將己意之範圍進行限縮，只有出自倫理上值得肯定的動機，亦即對於犯行誠摯悔悟者，才能獲得刑罰的寬免。

¹⁵ 黃榮堅，基礎刑法學(下)，頁 552—554，2012 年 3 月 4 版。

¹⁶ 徐育安，東窗事發之憂—中止意思之自願性，月旦法學教室，214 期，2020 年 8 月，頁 23—25。

爭點 5、客體錯誤與打擊錯誤區分的難題¹⁷

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)。

1、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。

2、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。

3、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。

4、徐育安教授認為，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。

¹⁷ 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 台北大學法研所刑法組)

爭點 6、結果提前發生之因果歷程錯誤

探討案例：甲、乙為透天厝鄰居，甲極度愛慕乙。某日甲欲侵入乙家「感受」其房間氛圍，甲計畫從自家頂樓向下攀爬，先越過乙家三樓陽臺上方的遮雨棚後，接著跳下至乙家三樓陽臺，再進入位於三樓的乙房間。本於上述計畫，甲先從自家頂樓陽臺向下攀爬，剛剛觸及遮雨棚上方時，突然一個不小心跌落到乙家三樓陽臺，甲雖腳部受傷，仍打開陽臺與三樓房間的紗門，進入乙位於三樓的房間，並於其中停留一個多小時後，因為聽到有人返家，試圖前往一樓欲逃走，被剛回家的乙發現而報警送辦。請問甲的刑事責任為何？

所謂結果提前發生，與結果延後發生正好相反，亦即行為人原本預計在第二個行為才實現犯罪既遂，但結果卻違反預期地在行為人實施第一個行為後就立即發生¹⁸。針對這種結果提前發生的因果歷程錯誤，究應如何處理，茲將不同看法臚列於下。

1、著手標準說¹⁹：

德國通說認為在前一個行為已可被評價為是著手(未遂)時，結果雖超出預期的提前發生，然仍在一般生活經驗的能預期範圍，仍應論以故意既遂；惟若行為人在著手實行前的預備階段就提前引發結果發生，因尚未出現與故意重要相關的因果流程，故只能成立過失犯，再與預備犯(如有處罰明文)成立想像競合。許澤天教授支持此說。

2、既遂故意說²⁰：

德國少數說認為只有行為人到達「既了未遂」的程度，也就是在其自認為行為足可實現構成要件時，才能具有「既遂故意」，而對提前出現的結果承擔故意既遂的責任。

3、許恒達教授見解²¹：

許恒達教授認為在肯認行為人前行為已屬進入未遂階段之後，尚必須判斷行為人之前行為是否屬於已實行典型構成要件行為，才得以肯認故意犯的客觀歸責。且

¹⁸ 許澤天，刑法總則，2021年7月，2版，頁248。

¹⁹ 許澤天，刑法總則，2021年7月，2版，頁248—249。

²⁰ 許澤天，刑法總則，2021年7月，2版，頁248。

²¹ 許恒達，結果提前發生的侵入住居罪？，月旦法學教室，224期，2021年6月，頁19。

接續認定主觀故意時，該偏離因果流程至少仍須在行為人未必故意的認識及意欲範圍內，才可以肯認主觀結果歸責。

回到本例，因甲攀爬至遮雨棚上方時，與接續要侵入的陽臺間，尚有重要的中間障礙(遮雨棚)，故認甲尚未真正著手實行侵入行為，尚屬預備，故甲欠缺客觀行為不法，甲不成立本罪。

爭點 7、容許構成要件錯誤

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²²。

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：

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。

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。

²² 以下綜合整理自 林東茂,刑法總則,頁 306-309,2018 年 5 月。林鈺雄,新刑法總則,頁 346-352,2021 年 8 月 9 版。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,頁 35-40,2018 年 5 月。

許澤天教授亦係採取此說，其認為負面構成要件要素理論不見容於犯罪三階層理論，且依照負面構成要件要素理論及排除故意不法的限制罪責理論，將會產生有人利用他人容許構成要件錯誤的法律漏洞，亦即依據共犯之限制從屬性原則，因該錯誤不成立故意不法主行為，而使利用人不能成立教唆犯或幫助犯，倘要將利用人評價成間接正犯，又會因為間接正犯無法運用在己手犯與純正身分犯中，而產生漏洞²³。

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。

蔡聖偉教授新文章補充：「容許構成要件錯誤」案型的實例審查²⁴

要進入到容許構成要件錯誤的討論前，必須先確定(一)客觀上是否確實不存在阻卻違法的事實 (二)行為人是否確實具備各該阻卻違法事由所要求的主觀意思。

其中，客觀上不存在阻卻違法的前提事實，此涉及到侵害的判斷應從事前 or 事後的角予以判斷？而這部分只有在「事後確認並無阻卻違法情狀，但行為當時一般人均會誤認為有」的情形才需要特別討論。而至於主觀阻卻違法要素的確認部分，重點則是在行為人對於阻卻違法前提事實的存在並無確信，而是半信半疑時，是否仍算是具備了阻卻違法的主觀意思？這就涉及到容許事實懷疑的處理：於此應該採取「區分說」，亦即根據懷疑所涉及的要素來區別處理：如果所涉及的阻卻違法要素含有推測（可能性判斷）的成分（如危難），那麼只要行為人主觀上的可能性想像能夠建構相關的可能性判斷，便可滿足該要素於主觀認

²³ 許澤天，刑法總則，2021 年 7 月，2 版，頁 269。

²⁴ 蔡聖偉，「容許構成要件錯誤」案型的實例審查，月旦法學教室，219 期，2021 年 1 月，頁 54-65。

知方面的要求。反之，如果所涉及到的阻卻違法要素不含推測判斷的成分（如不法侵害），那麼行為人主觀上就必須對於相關事實的存在具有確切的認知（明知、確信），隨而，可能性想像便無法滿足該阻卻違法事由的主觀要求。

至於容許構成要件錯誤這爭點，究竟是應該在哪個階層去做處理，原則上應在問題首次出現的地方做處理，而這個階層就是違法性階層，審查者必須在這個階層逐一系列出不同的學說見解，分析比較後提出自己的立場並據此繼續推演。在這之中，值得注意者係限縮法律效果之罪責理論，主張此說者大多數認為只要欠缺故意罪責，就阻卻故意犯的成立，接著要另開標題審查是否成立過失犯，且要注意，這裡所指的過失，是指行為人對於「客觀上沒有阻卻違法情狀」的預見可能性（所謂的容許過失）。

【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²⁵，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²⁶。

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

²⁵ 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。

²⁶ 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。

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，即對於本案例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。

甲搭乘捷運，車廂內突然一陣騷動，許多乘客相互推擠，向前奔跑，並高聲呼喊：「殺人啊！」甲為了保命，奮力推開奔跑在前的乙，致乙跌倒，嘴角破裂，送醫縫了十針。騷動平息，原來是虛驚一場，其實只是一名男子癲癇發作，渾身顫抖，被疑為行兇之兆，乘客因此紛紛奔跑。問甲之刑責為何？(103 年高考三級)

甲在夜市肉圓攤吃肉圓，有一位外帶顧客乙因老闆忘記在肉圓裡加辣，跑回攤位前辱罵老闆，離去前並高聲咆哮：「罵張什麼！待會讓你好看！」甲因未戴眼鏡又天色昏暗，致誤認當時在慢車道旁正欲騎機車離去的丙，就是剛才辱罵老闆的乙，甲見丙猛催油門貌，誤以為丙正準備要用機車衝撞老闆，於是上前拿出防身用的辣椒噴霧劑朝丙臉上噴灑數秒，並且大聲喊道：「這才是肉圓加辣啦！」丙當場倒地哀嚎，機車也失控翻覆撞倒了行經該路段的機車騎士丁，致丁受輕傷。甲見丙倒地，更拾起路邊的鐵條朝丙胸前猛力一揮，然後渾身正義感的離開現場。事後證實丙左眼因此失明，且由於胸腔大量出血，經多日手術急救後仍不治死亡。請附理由說明甲的刑事責任為何？(108 年台大法研所刑法 B 卷)

甲與乙原來極為友好，但甲因乙橫刀奪愛而心生怨懟，向友人訴苦後，甲決意毒打乙一頓給他一個教訓。某日晚上甲拜訪乙，乙的管家開門讓甲進入乙家，甲進入後看見「乙」持槍接近自己，甲心想是否其友人走漏消息，以至於「乙」事先有所防範並要先下手為強，情急之下甲為了保護自己，拿起桌子旁邊屬於乙的古董大花瓶，擲向「乙」頭部，「乙」立即死亡。惟實際上死亡之人不是乙，而是長相與乙極為近似的雙胞胎兄弟丙，丙不知甲、乙已鬧翻，以為甲來找乙串門子而上前歡迎，並且要向甲展示他剛入手的珍貴擬真玩具槍，卻不幸被甲誤認為乙而殺死。試問：甲之行為應如何處斷？(109 年 政治大學轉學考)

爭點 8、空白構成要件填補規範的錯誤

例題：甲殺了河馬，但是不知道河馬是屬於野生動物保育法第 41 條第 1 項(空白構成要件)所規範的野生保育類動物，是否可以阻卻本罪的故意？

1、禁止錯誤說(聯讀理論)：

所有空白構成要件要素都是可以替換的，使用空白構成要件之立法形式，僅係立法經濟之考量。行為人之故意只需認識到所獵殺之客體事實上是動物即可，至於誤認其非保育類動物，僅係欠缺不法意識，而成立禁止錯誤。

依照此說，首先要以在具體個案中行為人所殺的動物(本例是河馬)代替掉法條上「保育類野生動物」的用語，所以行為人的故意只要認識到他殺的是河馬即為已足，至於誤認其殺的河馬非保育類野生動物，僅涉及到不法意識欠缺與否的問題。

近期在最高法院 110 年 3 月具有參考價值裁判中，有一則實務見解對於空白構成要件錯誤之法律效果，明確採取「禁止錯誤說」的看法，對於實務後續走向會造成怎樣的影響，仍尚待觀察！

最高法院 110 年度台上字第 2037 號判決：依藥事法第 22 條第 1 款規定，經中央衛生主管機關明令公告禁止製造、調劑、輸入、輸出、販賣或陳列之毒害藥品，為該法所稱之禁藥。甲基安非他命屬安非他命類藥品，業經行政院衛生署（已改制為衛生福利部）於民國 75 年 7 月 11 日以衛署藥字第 597627 號公告禁止使用，係屬禁藥。又藥事法第 83 條第 1 項之轉讓禁藥罪，以行為人明知為禁藥，而為轉讓為要件。所謂「明知」，係指直接故意而言。轉讓甲基安非他命之行為人，倘非明知轉讓之物為甲基安非他命，僅有預見其發生之間接故意，自不能以該罪相繩。行為人倘認轉讓之物非為甲基安非他命，屬構成要件錯誤，得阻卻犯罪故意，亦不成立該罪。倘行為人明知轉讓之物為甲基安非他命，但不知甲基安非他命屬禁藥，學理上稱為空白刑法之錯誤。基於公民有知悉及遵循一般規範（法令）之義務，對於補充規範之不知，本質上為禁止錯誤。再者，空白刑法的立法模式，純屬技術性的形式選擇，不應產生實質影響。且補充規範既屬空白刑法內容之一部，適用空白刑法時，應透過以補充規範的具體內容（甲基安非他命）取代空白刑法的要素（禁藥）的方式，使空白刑法與補充規範結合成為一完整的構成要件（明知為甲基安非他命，而為轉讓），行為人只要認識該構成要件的相關事實而決意行之，不須認識補充規範的內容及效力，即具空白刑法的構成要件故意。因此，行為人不知甲基安非他命屬禁藥，不能依構成要件錯誤，阻卻犯罪故意，而

應比照刑法第 16 條禁止錯誤之規定，對於有正當理由而屬無法避免者，免除其刑事責任，非屬無法避免者，得視具體情節，減輕其刑。

2、構成要件錯誤說：

基於權力分立原則以及罪刑法定原則，司法適用者(ㄎㄎ 就是指我們，不要懷疑)並不能擅自更改立法者所規範的構成要件(例如說:你不能把刑法第 271 條的殺人罪構成要件中的殺人改成殺李榮浩，雖說他是不是人也要作一下論證啦 ㄎㄎ)，所以禁止錯誤說認為應該要把野生動物保育法構成要件中的野生保育類動物替換成空白構成要件填補規範所規範的具體保育類動物，例如本案例中的河馬。行為人只要認識到他殺的是河馬即具備本罪故意，至於他不知道河馬是野生保育類動物此事只是罪責階層不法意識有無的問題，並不阻卻構成要件故意。但如前所述，這樣擅自更動立法者所為法條的行為，已經違反罪刑法定！

再來，構成要件故意本來就是要對應到構成要件所規範的不法事實上，本罪中核心意義的不法當然就是野生保育類動物此事實概念，行為人的故意當然要包含到他殺的是一個野生保育類動物，否則就可以阻卻本罪故意！

綜上所述，採取構成要件錯誤說的話，甲阻卻本罪故意，不成立本罪。

爭點 9、幫助犯：幫助犯之因果關係

有時候我們雖然提供了正犯一些犯罪上的幫助，但是正犯最後順利犯罪卻沒用到我們所提供的幫助，例如說正犯想要侵入他人住宅行竊，於是我提供給他一把萬能鑰匙，但剛好被害人住宅門沒關，正犯根本就沒用到萬能鑰匙；又或者是我雖提供正犯一把刀協助他更容易殺人，但正犯幾拳就把被害人打死，根本沒用到我給正犯的刀。

那麼在上述的這些情形，幫助犯提供的幫助很明顯和正犯的法益侵害結果無法連上一條名為因果關係的線，如此的狀況下提供協助者還能成立幫助犯嗎？此即涉及到幫助犯因果關係的問題。

一、實務見解

最高法院 102 年度台上字第 1650 號判決：幫助行為和結果發生固須具備因果關聯，但不以具備直接因果關係作為必要，舉凡予正犯以物質或心理上之助力，對侵害法益結果發生有直接重要關係，亦屬幫助犯罪之行為。

最高法院 107 年度台上字第 1094 號判決：行為人所為之幫助行為，當然必須與犯罪結果間有因果關聯，但不以具備直接因果關係為必要。而應認為只要行為有直接或間接予以正犯犯罪便利，足以增強正犯犯罪的力量即可，並不以提供之幫助具有不可或缺的地位或是必定要具有關鍵性影響為必要。

最高法院 109 年度台上字第 979 號判決：又關於幫助犯對正犯之犯罪是否具有因果性貢獻之判斷，學理上固有「結果促進說」與「行為促進說」之歧見，前者認為幫助行為對犯罪結果之發生，須具有強化或保障之現實作用始可；後者則認為幫助行為在犯罪終了前之任一時間點可促進犯罪行為之實行即足，不問其實際上是否對犯罪結果產生作用。茲由於實務及學說均肯定幫助行為兼賅物質上或精神上之助力，且從即令物質上之助力於犯罪實行時未生實際作用，仍非不得認為對行為人產生精神上之鼓舞以觀（例如提供鑰匙入室竊盜，但現場未上鎖，事後看來是多此一舉），可徵幫助行為對於犯罪結果之促進，並非悉從物理性或條件式之因果關係加以理解，尚得為規範性之觀察。換言之，若幫助行為就犯罪之實行，創造有利條件或降低阻礙，進而提升或促進結果發生之蓋然性而惹起結果，即堪認定其因果性貢獻之存在，進而可將法益侵害之結果，於客觀上歸責予提供犯罪助力之行為人，而成立幫助犯。

二、學說見解：

學說上對於幫助犯之因果關係此問題，眾說紛紜，可以簡化成以下這幾種說法²⁷：

1、有認為在幫助犯的脈絡下否定任何因果關係之要求，將之理解為一種抽象危險犯的結構。依此，不具因果關係之幫助行為，或者甚至是無效的幫助行為，均可成立既遂的幫助犯。

2、亦有採應肯定條件因果關係的立場。在此應援用與正犯相同的條件公式，即幫助行為應係正犯既遂結果不可想像其不存在的條件，才能論以幫助既遂。（如果其幫助行為根本沒有作用到正犯著手時點，則是現行法下不罰的未遂幫助；如果幫助行為的作用有持續到正犯犯行未遂階段時，仍可成立幫助未遂；而如果有持續作用到正犯既遂時，則可成立幫助既遂。）

3、亦有採折衷立場。依照促進公式，只要幫助者的行為對於實現犯罪構成要件的主行為於任何一個時點有所促進、支助，即為已足。所要求的是一種增強、促進的因果作用。

【考題觀摩】

甲與好友乙、丙一同飲酒時跟二人提及，因最近手頭拮据，想要竊走鄰居丁之機車變現。乙聞甲言後，勸甲最好打消此念頭，但由於甲心意已決，乙無法勸其放棄計畫，便跟甲說：「若要去就帶把小刀吧！」而丙為表示義氣，也將其所有之萬能鑰匙借給甲助其偷丁之機車。隔夜，甲聽從乙之建議帶小刀來到丁停機車處，正要拿出丙借給他的萬能鑰匙時，發現丁之機車鑰匙竟然忘了拔出，甲隨即以丁之鑰匙發動機車逃之夭夭。問：甲、乙、丙應負何刑責？（100年律師）

擬答：

（一）丙給予甲鑰匙之行為，可能成立第 320 條竊盜罪之幫助犯²⁸：

1、依造犯罪支配理論，丙提供鑰匙之行為對於整體犯行的進行不具現實支配力，故非正犯，而可能構成幫助犯。

2、客觀上提供鑰匙的行為，能夠讓主行為的實行更加容易，係屬一物理幫

²⁷ 以下整理自 蔡聖偉，刑法案例解析方法論，頁 328—329，2017 年 2 月 2 版。

²⁸ 審查共犯時，無論最後結論是既遂還是未遂，都是從「客觀」開始審查，原因很簡單，因為共犯基於其從屬性要求，必定要先確認有無正犯故意不法主行為可供從屬，所以必定從客觀開始審查，愛珠以喔！又因為共犯既遂與未遂審查結構相同，所以可以不必在標題標明既遂或未遂！

助行為。又甲亦具有一故意不法主行為可供從屬。惟甲之不法犯行業已既遂，惟丙之幫助行為只有作用到甲的著手階段，並未持續作用到主行為既遂之時，此時可否從屬於既遂的主行為而成立幫助既遂犯，爭議點在於幫助犯之因果關係，對此析述如下：

- (1) 甲說：有認為在幫助犯的脈絡下否定任何因果關係之要求，將之理解為一種抽象危險犯的結構。依此，不具因果關係之幫助行為，或者甚至是無效的幫助行為，均可成立既遂的幫助犯。
- (2) 乙說：亦有採應肯定條件因果關係的立場。在此應援用與正犯相同的條件公式，即幫助行為應係正犯既遂結果不可想像其不存在的條件，才能論以幫助既遂。
- (3) 丙說：亦有採折衷立場。依照促進公式，只要幫助者的行為對於實現犯罪構成要件的主行為於任何一個時點有所促進、支助，即為已足。所要求的是一種增強、促進的因果作用。
- (4) 實務見解則認為幫助行為必須與侵害法益結果之發生具「直接重要關係」始可。
- (5) 管見以為無論是正犯或共犯，刑事歸責之標準皆應一致，故以乙說為可採。依此，丙的行為僅能從屬於未遂之主行為，其提供鑰匙的貢獻有持續作用至正犯著手實行時，主觀上亦具幫助犯之雙重故意，故該當幫助竊盜未遂之構成要件。

3、違法有責，成立本罪。

建商甲欲收購 A 地段土地興建商用大樓，乙於該地段經營一家小型居酒屋已久，該店是其與亡妻的心血結晶，故一再拒絕甲的要約。甲的計畫受阻，便要自己的司機丙去砸店，讓乙做不成生意，丙爽快答應，希望能報答甲對自己長久以來的照顧。當晚丙和好友丁吃宵夜時，提到自己要替老闆砸店，丁為表示支持，便主動出借木棍一支供其使用。丙將木棍帶回後，擔心木頭材質不耐敲打，最後還是決定用自己的鋁質球棒。數日後，丙帶著鋁棒前往乙的居酒屋，在路邊等到店家打烊關門，見店內僅剩乙一人，便翻牆潛入，一進去就用球棒四處猛敲，打破許多餐具和裝潢擺飾，乙上前制止，也被丙一陣亂打而全身受有多處挫傷。後來丙踩到餐具碎片滑倒，乙便趁機衝進廚房拿起菜刀，丙起身後揮舞球棒打算繼續攻擊乙，乙為自保便朝丙的腿部劃了一刀，受傷的丙轉身由後門逃出居酒屋。乙見愛妻遺物被嚴重破壞，怒火中燒，持刀追了出去，丙因傷口疼痛無法快跑，見乙持刀自後方追來，便蹲下高舉雙手求饒，乙竟想砍下丙的手，猛力揮刀砍去，將丙的左手掌自手腕處斬斷，登時血流不止。乙見狀怒氣稍微平復，便返回店內報警並委請警方電召救護車，丙則倉皇拾起斷掌自行勉力前往一旁的醫院急診室。由於傷口整齊，且在黃金接合時間內進行手術，丙的左手於術後復原良好，未留下任何永久性的功能障礙。試問甲、乙、丙、丁之行為在刑法上應如何評價？(108 年 司律)

爭點 10、不作為犯之正共犯區辨

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²⁹！

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³⁰。

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。

²⁹ 以下整理自 林書楷，刑法總則，頁 477-483，2018 年 9 月 4 版。

³⁰ 許澤天，刑法總則，2021 年 7 月，2 版，頁 466。

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：又刑法上之幫助犯，固以幫助他人犯罪之意思而參與犯罪構成要件以外之行為而成立，惟所謂以幫助他人犯罪之意思而參與者，指其參與之原因，僅在助成他人犯罪之實現者而言，倘以合同之意思而參加犯罪，即係以自己犯罪之意思而參與，縱其所參與者為犯罪構成要件以外之行為，仍屬共同正犯，又所謂參與犯罪構成要件以外之行為者，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，亦仍屬共同正犯。此為現行實務上一致之見解。是就共同正犯與從犯之區別，係採主觀(是否以合同之意思即以自己共同犯罪之意思而參與)、客觀(是否參與構成要件行為)擇一標準說(參見民國 94 年 2 月 2 日修正公布之刑法第 28 條之修正立法理由)。而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，下以此稱之)，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，原則上仍應依上開共同正犯、從犯之區別標準決定之。其中立於保證人地位者，縱僅消極不為阻止或防止行為，惟其與故意作為之正犯間，若於事前或事中已有以自己犯罪意思之共同正犯之犯意聯絡，其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。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，且其僅有上述使故意作為犯之構成要件行為(作為)易於實現之消極不阻止或防止之不作為時，應成立該故意作為犯之幫助犯；若其主觀上亦難認有幫助之犯意(如對故意作為犯之作為無認識等)，則在有過失犯處罰明文規定情形下，視其對故意作為犯之犯罪所造成之結果，是否符合應注意、能注意而不注意之過失要件，論以過失犯。

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，而以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)

古承宗教授新文章補充：不作為之正犯與共犯的區分³¹

古承宗教授認為要區分不作為的正共犯還是必須以刑法第 15 條搭配刑法第 28 條(或第 30 條)予以觀察。

刑法第 15 條課予行為人的誡命義務與犯罪支配間具有規範上的對應性，所以針對不作為犯所預設的誡命要求形同框定出犯罪支配的射程範圍。也就是說，雖然不作為犯並未有積極製造風險的行為，但在規範上卻是如同透過積極作為一般實現作為犯的不法構成要件。例如父親見到他人動手毆打自己小孩但仍舊不採取救助行為。

不同於正犯領域的犯罪支配假定，負有保證義務之人不阻止他人故意積極作為而形成共犯不法的條件是「不作為的行為分擔乃是間接地任憑結果的實現」。例如保全得知小偷計畫破壞儲藏室的門鎖進入室內行竊，且保全得知該門鎖已壞，但為了讓小偷順利行竊，保全決定不報請更換門鎖。小偷發現門鎖已壞，便直接開門進入儲藏室實施竊取。

³¹ 古承宗，不作為之正犯與共犯的區分，月旦法學教室，221 期，2021 年 3 月，頁 23—24。

【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。試問本案例中甲、乙、丙之行為應如何論罪？（106 年 東吳大學刑法組）

甲擔任某豪宅之保全人員，某日從監視器上發現竊賊乙入侵，本欲通報警察，後來仔細一看，發現竊賊乙竟然是自己的弟弟。甲不忍自己弟弟被抓，出於協助的意思，不僅消極的不予制止，並且藉故離開保全辦公室前去便利商店買菸。乙進入豪宅後竊得珠寶一批，放入背包內，正欲離去時，仍然被另一名保全人員丙發現，兩人發生扭打，乙拿出隨身攜帶的水果刀砍向丙的手臂，丙因傷口太大而不得不鬆手，乙則乘機帶著珠寶順利逃走。試問甲、乙之行為應如何論罪？（108 司特三等 司事官 財經事務組）

爭點 11、違背義務遺棄罪之罪質

刑法第 294 條第 1 項規範有義務遺棄罪的規定，本罪可以透過積極作為的遺棄行為實行，亦可透過消極不作為的不為其生存所必要的扶助、養育或保護的方式為之。惟有疑義者係，本罪是只要單純有遺棄的危險行為即可成罪，或者是本罪必須為其附加上不成文的構成要件要素—具體的危險結果？此即會涉及到有義務遺棄罪的罪質到底是抽象危險犯，或是具體危險犯的爭議！

一、實務見解：

最高法院 104 年度台上字第 2837 號判決：有義務遺棄罪，依其法律文字結構（無具體危險犯所表明的「致生損害」、「致生公共危險」、「足以生損害於公眾或他人」等用詞）以觀，可知屬於學理上所稱的抽象危險犯，行為人一旦不履行其義務，對於無自救力人之生存，已產生抽象危險現象，罪即成立，不以發生具體危險情形為必要。

行為人將無自救力的人轉手給警所、育幼院或醫院，無論是趨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，上揭轉手（交付、收受），乃暫時性，充其量為無因管理，自不能因行為人單方的意思表示，課以上揭各該機關（構）等公益團體長期接手扶養、保護的義務，而行為人居然即可免除自己的責任，故應認為於此種情形，行為人一旦遺棄無自救力之人，即無任何事實上有義務之人照護無自救力之人，行為人自應成立有義務遺棄罪。

最高法院 107 年度台上字第 1362 號判決：刑法第 294 條第 1 項之違背義務遺棄罪，係抽象危險犯，故不以果已發生危險為必要。又負有此項義務之人，不盡其義務時，縱有其他無照護義務之人為之照護，因該非出於義務之照護（類似無因管理）隨時可能停止，對無自救力之人之生命既仍處於有可能發生危險之不確定狀態，自不影響該依法令負有此義務之人遺棄罪之成立。

綜合上述的實務見解可知，實務認為有義務遺棄罪是抽象危險犯，立法者直接於此嶄露出其霸氣，直接認定此遺棄行為是具有不可推翻、典型的危險性，只要行為人一有遺棄行為，立即成罪。

二、學說見解

1、抽象危險犯說

此說認為有義務遺棄罪應為抽象危險犯。否則如果將其解釋為具體危險犯，在現代支援體系或扶助網絡綿密的社會裡，被遺棄者總是可以得到照護，則有義務遺

棄罪幾無可以成立的空間³²。

2、具體危險犯說

此說認為有義務遺棄罪之成立，僅對於生命具有抽象危險仍有未足，需有具體危險。因為並非對無自救力之人之遺棄行為，均具應刑罰性，而是只有遺棄行為會導致無自救力之人喪失生命之高危險性，始有加以刑罰制裁之必要。

將有義務遺棄罪添加上「致生命危險」的不成文構成要件要素，將其解釋成具體危險犯的作法，可以有效達成限制刑罰的功能，且較貼近從保護法益為生命法益的視角上立論³³。且若採取抽象危險犯的立場，將因抽象危險犯的行為犯特質導致本罪更容易遭曲解為違反扶養義務的犯罪，而非屬於侵害生命法益的犯罪³⁴。

貼心小叮嚀：

大家一定要非常清楚這個爭點什麼時候要使用。這個爭點使用的時機都會是在行為人將無自救力之人放在一個「相對安全的地方」時才會提及此爭點。例如說像是「醫院、警察局、育幼院」。

不然如果今天將無自救力之人放在動物園的老虎獅子區裡面，說真的你採哪說都沒差，因為不管你採哪說都一定會有危險嘎嘎嘎！

【考題觀摩】

甲女於醫院產下男嬰乙後，因擔心自己無經濟基礎無法獨自扶養乙，遂於半夜逕自離開醫院，不顧處於醫院新生嬰兒室的乙而離去。試問：甲之行為應如何處斷？（107年司法四等法院書記官）

擬答：

(一)甲不顧乙而離去之行為，可能成立刑法(下同)第 294 條第 1 項之有義務遺棄罪：

1、客觀上，依照民法上的規定，甲對乙負有保護義務，且甫出生之嬰兒乙顯係無法自行維持自己生命之無自救力人，甲離去之行為亦係不為無自救力之人生存所必要之保護。

³² 林東茂，遺棄罪，月旦法學教室，83期，頁28-29，2009年9月。

³³ 許恒達，不作為遺棄罪免責規範的法律定性，台灣法學雜誌，300期，頁102，2016年7月。

³⁴ 許澤天，刑法分則(下)人格與公共法益篇，2021年7月，3版，頁96。

2、惟有疑問者係，本例中無自救力之人被置於醫院此相對而言較無危險之場所，是否仍可成立本罪，此涉及到本罪罪質之爭議，對此容有爭論，析述如下：

(1)實務見解採取抽象危險犯說。理由在於本罪並無具體危險犯常見的文字結構「致生……危險」，且醫院對於無自救力之人之關係充其量僅係無因管理，隨時可以終止其照料，故只要行為人為遺棄行為，即擬制有對生命法益之危險性。

(2)學說見解則多採取具體危險犯說。認為必須要遺棄行為已造成無自救力人生命法益具體且高度之危險時，始可成罪，亦即認為須為本罪附加一個不成文構成要件要素「對生命法益之具體危險」。

(3)管見贊同具體危險犯說之觀點，如此有以有效達成限制刑罰的功能，且較為貼近本罪係保護生命法益之犯罪，而非單純違反扶養義務之犯罪。若採此說，因醫院中尚有其他可以照顧乙，不存在對生命法益之具體危險，故不成立本罪。

3、綜上所述，甲不成立本罪。

爭點 12、性犯罪：其他違反其意願之方法

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³⁵。

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括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。

最高法院 110 年度台上字第 1781 號判決：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」，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」。

³⁵ 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，頁 65 以下，2016 年 3 月。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，頁 25-27，2016 年 7 月。

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）

二、強制手段需要說

1、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。

2、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。

3、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。

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³⁶

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」乙點也只能推導出「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。

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

³⁶ 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。

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。

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³⁷：

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³⁸。

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。

二、宗教騙色

最高法院 102 年度台上字第 3692 號判決：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。

³⁷ 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，頁 65—69，2011 年 4 月。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，頁 33—35，2012 年 5 月。

³⁸ 有認為性自主決定權是一種基本人權，嬰兒亦應享有。但這種說法混淆了權利能力與具體權利兩者，就好像每個人在法律上都被賦予擁有財產的權利，但不是每個人都有財產，隨而也就不是每個人都會遭受到財產損害。此精闢的分析及比喻可參 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 142 註 10。

爭點 13、刑法第 315 條之 1 與 GPS 跟監

在刑法第 315 條之 1 竊錄罪這部分，近年來最夯的議題莫過於以 GPS 側錄他人行車位置是否會構成本罪？此議題分別涉及到本罪的兩個重要要素的認定，即「活動」以及「非公開」，以下即幫大家臚列實務及學說見解。

一、實務見解

高等法院 104 年度上易字第 352 號判決：

1、此判決從「馬賽克理論」予以立論。也就是認為，雖然每一個錄到的汽車行蹤都是公開的，但是經由連續多日、全天候的不斷追蹤，這種拖網式的監控已經使私人行蹤以「點→線→面」之近乎天羅地網方式被迫揭露其不為人知之私人生活圖像。簡單來講，就是指「量變會導致質變」的意思！

2、以 GPS 對他人進行長期的監控，已使他人心理上保有隱私之獨處狀態遭破壞殆盡，自屬侵害他人欲保有隱私權之非公開活動。車輛使用人對於車輛行跡不被長時間且密集延續的蒐集、紀錄，應認仍具有合理之隱私期待。

最高法院 106 年度台上字第 3788 號判決：

1、此判決先搬出大法官釋字第 603 號、第 689 號解釋，認為隱私權此種受到憲法第 22 條概括保護的權利，即使是在公共場域，只要認為存有合理隱私期待，則仍可主張之。

2、又其認為在認定是否為「非公開」之前，須先行確定究係針對行為人之何種活動而定。以行為人駕駛小貨車行駛於公共道路上為例，就該行駛於道路上之車輛本體外觀言，因車體本身無任何隔絕，固為公開之活動；然由小貨車須由駕駛人操作，該車始得移動，且經由車輛移動之信息，即得掌握車輛使用人之所在及其活動狀況，足見車輛移動及其位置之信息，應評價為等同車輛使用人之行動信息，故如就「車內之人物及其言行舉止」而言，因車輛使用人經由車體之隔絕，得以確保不欲人知之隱私，即難謂不屬於「非公開之活動」。

3、由於使用 GPS 追蹤器，即可連續多日、全天候持續而精確地掌握該車輛及其使用人之位置、移動方向、速度及停留時間等活動行蹤，且追蹤範圍不受時空限制，亦不侷限於公共道路上，即使車輛進入私人場域，仍能取得車輛及其使用人之位置資訊，且經由所蒐集長期而大量之位置資訊進行分析比對，自可窺知車輛使用人之日常作息及行為模式，難謂非屬對於車輛使用者隱私權之重大侵害。

二、學說見解

1、汽車之位置及行駛路線不是「活動」

本罪之活動，其所指涉的概念應該是身體舉止本身，而不包含可得推論身體舉止的隱私資訊或其媒介，將隱私資訊或其媒介理解為「活動」，這將超出其可能文義的界限。這種擴大解釋本罪活動的觀點，已經違反了類推適用禁止原則。基此，GPS 跟監不構成竊錄非公開活動，因為車內人物及其言談舉止雖然是非公開活動，卻不是跟監的對象；而汽車位置資訊雖是 GPS 跟監所紀錄的對象，卻不是非公開的「活動」。這種 GPS 位置資訊從來都不會是身體舉止本身，而不會落於活動概念的射程範圍內³⁹。

2、汽車之位置及行駛路線是「非公開活動」

有學者認為客觀視角才是定性合理隱私期待的關鍵判準。也就是應觀察有無足以依據社會共同接受的客觀標準，而可承認其屬於值得納入社會理性成員共同承認的合理保護對象，這才能構成非公開。而從具體個案來看，可以歸納出以下這幾個判斷的指標：

- (1)行為人的侵害方式，尤其考量行為人使用的工具或設備，是否為一般社會生活中不常見的類型。
- (2)被害人有無採取有效的隱匿措施。
- (3)行為人侵害時間長短與空間廣狹。

應該以以上這些要素來判斷具體個案中有無隱私利益的侵害。

首先，該汽車行蹤可以連結到駕駛或常見乘客行蹤，可以認為仍與具體個人即時發動的隱私活動有關。

再者，透過手機連結 GPS，並將手機裝設在他人汽車底部，這就並非是一般社會生活中可得預期的事情。行為人所取得是被害人全面性的汽車行動方向、位置與停留時間，被害人不但無從知悉，且也無法防範，無法採用任何有效的隱匿措施，這將使得被害人的日常生活完完全全被掌握。最後，尚需考量隱私侵害的空間廣狹與時間長短，若有延續相當長的期間，即可以認定隱私權已經受有侵害⁴⁰。

³⁹ 薛智仁，GPS 跟監、隱私權與刑事法一評最高法院 106 年度台上字第 3788 號判決，月旦裁判時報，70 期，頁 52-54，2018 年 4 月。

⁴⁰ 許恒達，GPS 抓姦與行動隱私的保護界線，月旦裁判時報，24 期，頁 62-70，2013 年 12 月。

3、蔡聖偉教授見解

蔡聖偉教授在其近期文章中區分不同的涵攝素材，將 GPS 跟監的問題討論更加細緻化，即區分成「車輛的行駛與靜止」、「抽象的車輛行蹤」予以討論。

(1) 車輛的行駛與靜止：車輛本身行駛在公共道路上就已經是公開的活動。車體當然對於車內之活動提供了一個足以確保隱私的物理屏障，但就該車的行駛動靜來說，車體當然就不能算是有物理隔絕。

而對於所謂的馬賽克理論，也就是如果累積大量資訊，即會對個人隱私產生嚴重危害，就如同馬賽克拼圖，將眾多的瑣碎圖案拼湊在一塊，便可呈現出全面的圖像。但是只要我們認為本案中，以車輛的行駛動靜為涵攝素材，但這樣的活動是公開的，不合於非公開此要素的話，量變即不會導致質變，終究還是不合於要構成刑法第 315 條之 1 犯罪的非公開此要素。

又更為重要的是，如果我們是以車輛的行駛動靜為本罪所指涉的活動，那麼竊錄的對象(車輛的行駛動靜)根本自始不屬於竊錄的內容(抽象的車輛行蹤)，則自始難以合於竊錄此要素。

(2) 抽象的車輛行蹤：既然本罪所要保護的是個人的隱私或秘密法益，那麼就應該將本罪的活動限縮在自然人作為行為主體的情形。而透過 GPS 追蹤器側錄到的只是抽象的位置資訊，這和自然人的行為舉止有著很大的差異。

(3) 綜上所述，應認為行為人以 GPS 側錄他人的行車位置及行駛路線等等資訊的行為，不合於「非公開活動」此要素，不成立刑法第 315 條之 1 的竊錄罪⁴¹。

蔡聖偉教授更將觀察視角擴展到刑法第 315 條之 2。如果私裝 GPS 追蹤器製作即時的行蹤紀錄會實現刑法第 315 條之 1 第 2 款的構成要件，那麼 GPS 追蹤器所製造出的行蹤紀錄即屬該條第 2 款所稱之「竊錄內容」。又透過 GPS 追蹤器所製造的行蹤紀錄包含了「即時性紀錄」與「歷史性紀錄」兩種。倘若製作即時性紀錄會該當刑法第 315 條之 1 第 2 款，則事後列印或複印歷史性紀錄之行為就會構成刑法第 315 條之 2 第 3 項的構成要件，即便該次行蹤資訊業已被公開揭露，亦然。但這樣的結果顯然荒謬，因為相關行蹤若已被公開揭露，製作該行蹤紀錄便不再

⁴¹ 以上整理自 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，76 期，頁 33-39，2018 年 10 月。

會有任何利益影響可言⁴²。將 GPS 追蹤器所製作的行蹤紀錄印製散布，由於行蹤紀錄上僅能見到時間與地點等抽象資訊，無從得悉這些資訊涉及到何人，特別是相關資訊業已被揭露，殊難想像散布這類歷史性紀錄會對於隱私或秘密還能造成何種影響⁴³。

4、許澤天教授見解

汽車行駛在公共道路上已屬公開的活動，縱使行為人透過 GPS 追蹤器侵犯他人隱私，亦僅止於非法蒐集汽車的位置資訊，而可能該當違法蒐集個人資料罪(個人資料保護法第 41 條)，卻非對受車體阻絕的車內人物言談舉止進行竊錄，肯認以 GPS 側錄他人汽車行蹤會成立刑法第 315 條之 1 第 2 款犯罪的見解，顯然踰越本罪的文義範圍，抵觸罪刑法定原則⁴⁴。

【考題觀摩】

甲為了得知乙的平日行蹤，便在乙所使用的汽車上安裝了 GPS 追蹤器，得知了乙二十餘日內行車的路徑、地點及停留時間。試問，甲行為可罰性為何？(103 年台北大學大三轉學考)

擬答：

(一)甲在乙汽車上安裝 GPS 追蹤器之行為，可能成立刑法第 315 條之 1 的竊錄罪：

1、客觀上，以 GPS 側錄他人行車位置等等資訊是否合於本罪的活動以及非公開等要件，容有爭論，析述如下：

(1) 實務見解認為隱私權此種受到憲法第 22 條概括保護的權利，即使是在公共場域，只要認為存有合理隱私期待，則仍可主張之。且車輛移動及其位置之信息，可以評價為等同車輛使用人之行動信息，故就「車內之人物及其言行舉止」而言，因車輛使用人經由車體之隔絕，得以確保不欲人知之隱私，即難謂不屬於「非公開之活動」。又依造馬賽克理論，經由蒐集長期而大量之位置資訊進行分析比對，自可窺知車輛使用人之日常作息及行為模式，難謂非屬對於車輛使用者隱私權之重大侵害。

(2) 有認為本罪之活動，其所指涉的概念應該是身體舉止本身，而不包含可得推論身體舉止的隱私資訊或其媒介，將隱私資訊或其媒介理解為「活動」，這將超出其可能文義的界限，進而違反類推適用禁止原則。

⁴² 蔡聖偉，三論私裝 GPS 追蹤器與竊錄非公開活動罪—評最高法院 109 年度台非字第 61 號刑事判決，月旦裁判時報，109 期，2021 年 7 月，頁 64。

⁴³ 蔡聖偉，三論私裝 GPS 追蹤器與竊錄非公開活動罪—評最高法院 109 年度台非字第 61 號刑事判決，月旦裁判時報，109 期，2021 年 7 月，頁 65。

⁴⁴ 許澤天，刑法分則(下)人格與公共法益篇，2021 年 7 月，3 版，頁 321。

(3)管見認為此爭議應區分「車輛的行駛與靜止」、「抽象的車輛行蹤」之不同涵攝素材予以討論。於前者的情形，應認為車輛本身行駛在公共道路上已屬公開之活動，且以車輛之行駛與靜止為涵攝素材，在其屬於公開活動的情形下，量變並不會導致質變，不合於非公開此要素，且竊錄的對象(車輛的行駛動靜)根本自始不屬於竊錄的內容(抽象的車輛行蹤)，則自始難以合於竊錄此要素。而於後者的情形，本罪所要保護的是個人的隱私或秘密法益，故應將本罪的活動限縮在自然人作為行為主體的情形，而透過 GPS 追蹤器側錄到的只是抽象的位置資訊，這和自然人的行為舉止有著很大的差異。綜上所述，甲在乙汽車上安裝 GPS 追蹤器之行為，尚難符合非公開活動此要件，不成立本罪。

爭點 14、詐欺罪之經典實務見解

1、詐欺罪與附條件買賣

最高法院 108 年度台上字第 4127 號判決：

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可具體指明之財物，後者則指前開財物以外之其他財產上之不法利益，無法以具體之物估量者而言（如取得債權、免除債務、延期履行債務或提供勞務等）。而詐欺罪之規範目的，並非處理私權之得喪變更，而係在保障人民財產安全之和平秩序。以詐欺手段使人交付財物或令其為他人得利行為，被害人主觀上多無使財產標的發生權利得喪變更之法效意思存在。故刑法第 339 條第 1 項詐欺取財罪所謂之「以詐術使人將本人或第三人之物『交付』」者，不限於移轉、登記或拋棄所有權等處分行為，縱僅將財物之事實上支配關係（如占有、使用）移交行為人，亦成立本罪。簡言之，其與詐欺得利罪最大之區別，在於詐欺得利罪原則上不涉及「實體物之交付」。而動產擔保交易法上所謂「附條件買賣」制度，主要係讓買受人分期支付價金，先行占有使用標的物，而許出賣人仍保留所有權，以擔保價金之受清償，直至買受人付清價金，或完成特定條件，足使出賣人放心滿足為止，一旦買受人陷於給付不能，出賣人隨即得以所有人之身分，行使權利以取回動產。是附條件買賣契約，本質上仍屬買賣之一種，只不過在制度上，以出賣人「保留所有權」的方式，來擔保出賣人之價金請求權，事實上出賣人享有的只是「以擔保為目的」的法定所有權，買受人始為真正想要終極地擁有該標的物所有權，且出賣人交付買賣標的物後，買受人即擔負保管或使用標的物之善良管理人注意義務，並承受其利益及危險（參照動產擔保交易法第 12 條、第 13 條）。換言之，附條件買賣之買受人於出賣人交付標的物後即實際占有使用該物，並非僅享受分期付款之期限利益，是若買受人以詐術使出賣人陷於錯誤而簽訂附條件買賣契約並交付該標的物，自成立詐欺取財而非詐欺得利罪。

2、締約詐欺與履約詐欺

最高法院 109 年度台上字第 5289 號判決：

刑法第 339 條第 1 項詐欺取財罪之成立，以意圖為自己或他人不法之所有，施用詐術使人將本人或第三人之物交付為要件。在互負義務之雙務契約時，何種「契約不履行」行為非單純民事糾紛而該當於詐術行為之實行，可分下述二類：（一）「締約詐欺」，即行為人於訂約之際，使用詐騙手段，讓被害人對締約之基礎事實發生錯誤之認知，而締結了一個在客觀上對價顯失均衡的契約。其行為方式均屬作為犯，而詐欺成立與否之判斷，著重於行為人於締約過程中，有無以顯不相當之低廉標的物騙取被害人支付極高之對價或誘騙被害人就根本不存在之標的

物締結契約並給付價金；(二)、「履約詐欺」，又可分為「純正的履約詐欺」即行為人於締約後始出於不法之意圖對被害人實行詐術，而於被害人向行為人請求給付時，行為人以較雙方約定價值為低之標的物混充給付（如以贗品、次級品代替真品、高級貨等），及所謂「不純正履約詐欺」即行為人於締約之初，自始即懷著將來無履約之惡意，僅打算收取被害人給付之價金或款項。其行為方式多屬不純正不作為犯，詐術行為之內容多屬告知義務之違反，故在詐欺成立與否之判斷，偏重在由行為人取得財物後之作為，由反向判斷其取得財物之始是否即抱著將來不履約之故意。

3、詐欺罪與被害人學

最高法院 109 年度台上字第 3699 號判決：

按刑法詐欺取財罪之犯罪態樣，與其他財產犯罪不同者，須以被害人行為之介入為前提，其犯罪之成立除行為人使用詐術外，另須被害人陷於錯誤、被害人（陷於錯誤）因而為財產上之處分，並因該處分受有財產上之損害，為其構成要件。又所謂「陷於錯誤」，乃被害人主觀上想法與真實情形產生不一致，也就是說被害人對行為人所虛構之情節須認為真實，信以為真，並在此基礎上處分財物。至被害人之所以陷於錯誤，除行為人施用詐術之外，同時因為被害人未確實查證，致未能自我保護以避免損害發生時，要無礙於行為人詐欺取財罪之成立。比較法例上，「受害者學 (Viktimo-Dogmatik)」即以被害人行為之觀點作為解釋特定犯罪構成要件之評價因素之探討，方興未艾，惟上開結論仍為通說之有力見解，從刑事政策來看，被害人縱有未確實查證而未能自我保護，也不能因為被害人容易輕信別人就將之排除在刑法保護範圍之外，否則將導致公眾生活、社會交易引起猜忌與不信任，況且，從歷史發展觀之，將刑罰權賦予國家獨占，正是人民從自我保護任務解除之明白宣示。

4、詐欺得利罪之解釋

最高法院 110 年度台上字第 5006 號判決：

刑法上之詐欺得利罪，係以施用詐術而圖得財產上不法之利益為成立要件。是倘行為人以虛構事實、扭曲或隱匿等方式，向他人傳達與事實不合之資訊，使之陷於錯誤，而為具有財產上價值之處分等行為，因而不法取得財物以外之財產上利益者，即足構成。以締結租賃契約而言，行為人虛構、扭曲或隱匿之內容，若係攸關契約締結與否之重要事項，相對人因此陷於錯誤而締結契約，並交付租賃物，則該行為人因相對人履行契約而取得租賃物之整體使用及收益，即為財產上之不法利益。此尚不因行為人於締結契約後，是否依約給付租金，而異其評價；

且詐欺罪為即成犯，縱行為人事後試圖填補相對人所受財產損害，亦不影響本罪之成立。

爭點 15、準強盜之既遂標準

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⁴⁵。

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⁴⁶。

⁴⁵ 甘添貴，刑法各論(上)，頁 271，2014 年 8 月 4 版。

⁴⁶ 蔡聖偉，偷「機」不著—準強盜罪的既遂認定問題，月旦法學雜誌，181 期，頁 289，2010 年 6 月。許恒達，準強盜罪的犯型結構與既遂標準，台灣法學雜誌，204 期，頁 162-163，2012 年 7 月。

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。

爭點 16、肇事逃逸罪—110 年新修正條文的剖析

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逃走，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機會，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。

二、學說見解：

1、王皇玉教授⁴⁷：

本次針對刑法第 185 條之 4 的新修法，值得注意的部分有三：

- (一)本條「肇事」用語修正為「發生交通事故」。
- (二)依釋字第 777 號解釋意旨，就法益侵害之結果區分為傷害、重傷或死亡之情形，且分別規定其刑度。
- (三)於發生交通事故致人死傷如係「無過失」者，第 2 項規定其法律效果為減輕或免除其刑。

⁴⁷ 王皇玉，自認無過失案，月旦法學教室，225 期，2021 年 7 月，頁 14—15。

而至於在本罪構成要件的修正上，最為重要的修正即係肇事此要素被修改成發生交通事故。所謂「發生交通事故」，是屬於比較中性的表述，乃指參與交通事故而言。至於參與方式，是主動追撞他人亦或是被動遭他人撞擊，在非所問。又從條文對於「無過失」者僅能減輕或免除其刑，以及立法理由所述可知，行為人對於交通事故之發生係出於自己過失，或根本沒有過失，並不重要，均負有停留在現場之義務。這樣的立法方式是值得贊同的，因為交通事故參與者有無過失，往往都必須經過車禍事故鑑定或法院的判斷始能得知，不應放任事故參與者之一方自行判斷，且不管參與者有無過失，一旦未留在現場表明身分，而是從現場離開，則後續民、刑事責任的釐清，亦無從開啟。

2、許澤天教授：

一、刑法第 185 條之 4 行為主體的認定：

刑法第 185 條之 4 其行為主體的認定，是以事前的嫌疑判斷為準，與行為人是否最終被確認為與事故無關或不須賠償無關，必須區分以下兩種情形予以判斷⁴⁸：

(1)當其與其他駕駛車輛或行人發生直接碰撞時，或因車體或裝載物品一部分掉落導致事故發生，則即有義務留在現場。因為仍在行駛狀態中的動力交通工具駕駛人，原則上對於發生碰撞具有高度的歸咎可能性，自可要求其停留在現場，協助釐清事故責任歸屬。

(2)倘若駕駛人僅屬間接參與事故，則應視其先前是否違反交通規則來判斷是否必須留在現場。如因飆車造成他人躲避發生意外，此時仍應停留在現場；如係依照規定駕駛，導致他人因任何理由發生事故，則毫無理由要求無過失之駕駛人留在現場，即便新法將肇事修改成發生交通事故，也需將僅屬間接參與事故的無過失之人排除在本罪的主體範圍之外，始屬妥適。

二、新法的迷思與問題：

新法法條是依照「被害人死亡或重傷」、「被害人受傷」而異其法定刑，惟這樣的觀點顯然忽略逃逸才是本罪的不法行為，申言之，逃逸所應受的責任應該與事故死傷程度脫鉤，若無法說明被害人之死亡、重傷或傷害與逃逸責任輕重的關係，又將逃逸責任輕重和被害人之死亡、重傷或傷害與否掛勾，此係將肇事責任與逃逸責任混為一談，違反作為罪責基礎的行為刑法原則⁴⁹。

⁴⁸ 許澤天，刑法第 185 條之 4「肇事逃逸罪」的修法評釋，台灣法律人，3 期，2021 年 9 月，頁 69；許澤天，刑法分則(下)人格與公共法益篇，2021 年 7 月，3 版，頁 117。

⁴⁹ 許澤天，刑法第 185 條之 4「肇事逃逸罪」的修法評釋，台灣法律人，3 期，2021 年 9 月，頁 72。

且只要引發交通事故的駕駛人是必須留在現場的，則不論其先前對於車禍事故之發生有無過失，皆與後面逃逸責任的輕重無關。所以新法第 2 項規定對於車禍事故之發生屬無過失者必減輕或免除其刑的規定，有待商榷。因為無過失肇事人之逃逸未必需要寬縱⁵⁰。

新法最大的問題點，就是其仍保留「逃逸」兩字作為本罪的不法行為，卻根本未在法條中提及行為人的作為義務究竟為何。申言之，本罪屬於「喬裝不作為犯」，乍看之下是強調脫離現場的作為，實際上卻應是結合不為某些舉止的不作為，肇事者事實上是因為未履行某些義務而逃逸才會受罰，真正的問題點應是在於必須履行哪些義務才算是符合法律的要求，這當然與本罪的保護法益息息相關⁵¹。

三、修法方向建議：

許澤天教授建議可以選擇德國法(德國刑法第 142 條)所支持的「保障損害賠償請求權」方向重行立法，除將相關構成要件要素調整，與遺棄罪清楚脫離外，更應大幅降低法定刑，甚至應考量是否可能因此過度限制不自證己罪原則。採取此種觀點，除了可以避免本罪在功能上無法與遺棄罪區分清楚的現象，更可以滿足一般人民對於肇事致人於死後逃逸的譴責情感⁵²。

3、謝煜偉教授：

前導案例⁵³：汽車駕駛甲與機車騎士乙發生輕微擦撞，乙摔落地面後起身，甲下車查看，確認乙雖然有一點皮肉傷，但意識正常，似無大礙，經乙口頭同意後，未報警處理便離開事故現場。詎料乙兩小時後因車禍致顱內出血昏迷，送醫急救無效而亡。甲是否構成新修正之刑法第 185 條之 4 之罪？

本次新修法產生的問題，其一就是以交通事故的嚴重程度(致死致重傷、致傷)來劃定逃逸行為的不法內涵，但卻忽略了行為人對於車禍事故是否具有故意過失或是無過失，以及交通事故本身的嚴重程度，並非本罪行為不法內涵的決定性因

⁵⁰ 許澤天，刑法第 185 條之 4「肇事逃逸罪」的修法評釋，台灣法律人，3 期，2021 年 9 月，頁 73。

⁵¹ 許澤天，刑法第 185 條之 4「肇事逃逸罪」的修法評釋，台灣法律人，3 期，2021 年 9 月，頁 70-73。

⁵² 許澤天，刑法第 185 條之 4「肇事逃逸罪」的修法評釋，台灣法律人，3 期，2021 年 9 月，頁 75。

⁵³ 謝煜偉，簡評 2021 年新修肇事逃逸罪，月旦法學教室，227 期，2021 年 9 月，頁 24。

素，真正重要的，應係行為人逃離現場，將造成何種程度的保護法益侵害(例如例題中，雖撞擊當下僅造成輕傷，但隨後因行為人逃逸，延誤即時救護的黃金時間，導致傷勢惡化為重傷或死亡，理應具有更高的行為不法內涵)。本次修法採取根據不同肇事程度及主觀責任高低區分不同刑責的途徑，注定無法達成罪刑相當的要求。新法會致使像本例題中，明明具備高度行為不法內涵的行為人，只能適用較輕的「事故致傷逃逸型」⁵⁴。

本次新修法另一個重大的解釋難題就是第2項「無過失」要件的定性。事實上，如果立法者已經明確表示無論對於事故發生有無過失，在政策上都要藉由留置現場以周全保護基於現代社會中交通事故之特殊風險下的傷患的話，則此法定減輕事由即應屬於一種「責任減輕事由」。亦即無過失肇事而逃逸可減免是基於一種人在緊急情境下自私且慌亂的人性的反映。在適用上，因為是責任減輕事由，只需行為人主觀上基於慌亂心態，具備事故無過失的認知即可適用減免條款，而不必考慮客觀上行為人對於該車禍事故的發生是否確屬無過失⁵⁵。

4、薛智仁教授：

一、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⁵⁶？

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。

⁵⁴ 謝煜偉，簡評2021年新修肇事逃逸罪，月旦法學教室，227期，2021年9月，頁26—27。

⁵⁵ 謝煜偉，簡評2021年新修肇事逃逸罪，月旦法學教室，227期，2021年9月，頁28。

⁵⁶ 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。

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。

二、新法的解釋方向⁵⁷：

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。

⁵⁷ 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。

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。

【考題觀摩】

甲駕駛小貨車，行經十字路口時遇到紅燈停下。十秒後，乙騎乘機車至該路口，竟未注意前方的紅燈號誌，撞上停等紅燈的甲車並摔倒。甲遭到撞擊後立刻下車察看，見到乙雖然手腳多處擦傷，但是仍能自行起身檢視機車狀況，自己的貨車也沒有太嚴重的損傷。甲雖然認為自己是該事故的倒楣苦主，但因為還要趕著送貨，懶得花時間追究，僅碎念了乙幾句便上車駛離現場，乙則前往警局告發甲肇事逃逸。刑法上應如何評價甲的行為？（107年 台北大學刑法組）

擬答：

(一)甲駛離現場之行為，可能成立刑法(下同)第 185 條之 4 的肇事逃逸罪：

1、客觀上，甲駕駛小貨車此動力交通工具，惟於本例中係乙未注意前方之紅燈號誌而撞上甲車，此車禍之發生並非可歸咎給甲(甲無過失)，此即涉及到無過失肇事是否為肇事之爭議，對此容有爭論，析述如下：

(1) 早期實務見解認為無過失肇事亦屬肇事，此較基於交通公共安全、民事損害賠償請求權及協助釐清肇事責任歸屬之法益而為立論，認為肇事逃逸罪規範重心在於在場義務，且究竟有無過失，亦必須透過鑑定始能得知，故認為只要車禍事故和已有因果關係，即使無過失，亦合於肇事概念。

(2) 學說則有認為無過失肇事非肇事，此係基於被害人生命身體保護之法益立論，認為肇事逃逸罪規範重心在於救助義務，而救助義務之建立，參酌違反義務之危險前行為之概念可知，必須要行為人有過失之前行為，始能建構救助義務，故會認為無過失肇事並非肇事。

(3) 釋字第 777 號解釋則認為肇事之文義範圍包含故意、過失及無過失肇事，惟無過失肇事此概念已違反法律明確性原則而使一般人無法預見其係屬肇事概念，故亦認為在立法者訂立新法前，肇事逃逸罪之肇事不包含無過失肇事在內。

(4) 依現行刑法第 185 條之 4 第 1 項之規定，條文已將「肇事」此要素修改成「發生交通事故」此中性用語，目的即係使本罪包含行為人對於車禍事故係無過失之情形，此觀本條第 2 項規定行為人對於車禍事故之發生係無過失時，亦僅係應減免其刑亦可得知，即使行為人對車禍事故係屬無過失，亦合於發生交通事故此要素。

2、甲駕駛動力交通工具發生交通事故，導致乙受輕傷，又進而逃離現場而逸走，客觀構成要件該當，主觀上甲具有本罪故意，違法有責，成立本罪。

3、又因甲對於該車禍事故之發生係屬無過失，依照第 185 條之 4 第 2 項之規定，

應減免其刑。

甲於綠燈亮時開車向前行駛，有一機車闖紅燈攔腰撞上其汽車，機車騎士 A 因激烈碰撞受傷倒地昏迷。甲看四下無人竟直接開車逃逸離去，A 經路人發現送醫，A 最後幸運地僅遭受輕傷。事後交通鑑定結果，本件車禍係全因 A 闖紅燈所致，甲完全無過失。試討論本案中甲可能應負之刑責？(108 年 地方特考四等法律廉政)

丙駕駛自小客車行駛於道路，因丁騎自行車違規逆向行駛發生車禍，造成丁受傷，丙雖有協助被害人撿拾其掉落物及短暫停留，丁表明請警方到場處理時，丙未對丁施以必要醫療救護、等待警方到場處理，且未經丁同意或留下姓名、聯絡方式，即逕自駕車離開現場。請評析上述案例法律適用。(109 年 台北大學刑事法組)

爭點 17、刑法第 146 條第 2 項 虛遷戶籍投票罪重點統整

刑法第 146 條第 2 項虛遷戶籍投票罪一直在考試上都算是蠻重要的一條犯罪，但可能童鞋們比較不太會注意到他(邊緣倫?)，所以以下楊過就替各位統整一下有關於這條犯罪較為重要的爭點吧！

一、著手及既遂時點

1、實務見解(最高法院 101 年台上字第 4041 號判決)認為本罪的著手時點係虛偽遷徙戶籍之時，又只要領票行為一完成，本罪即屬既遂。

2、學說見解則認為應以領票行為作為本罪的著手時間點，而以投票行為作為本罪的既遂時間點，較為妥適。

二、可罰的違法性

1、最高法院 106 年度台上字第 1744 號判決：實務上關於刑法第一百四十六條第二項，就行為人支持配偶或直系血親之競選而遷徙戶籍，未實際居住者，基於法、理、情之調和與社會通念之容許，雖認不具可罰違法性或非難必要性，然此係就特別親屬間人倫關係而為考量，尚難執此遽謂應擴大及於五親等內之血親或三親等內之姻親等其他親屬，亦應認無可罰違法性或非難必要性。

2、薛智仁教授則不贊同家庭成員間的虛偽遷徙戶籍投票可以阻卻不法與罪責⁵⁸：

(1)、阻卻不法部分：

構成要件該當性的部分，不會因為是家庭成員，就沒有侵害本罪所要保護的法益，即投票結果的正確性。

違法性部分，亦不得以會威脅到家庭及婚姻的和諧而主張緊急避難。因為現實世界存在無數婚姻及家庭生活狀態，難以明確地指出所謂婚姻及家庭和諧狀態為何，又虛遷戶籍投票亦非是避免家庭成員衝突之最後手段，例如參與助選活動此手段即可達成避免衝突此目的。

(2)、阻卻罪責部分：虛遷戶籍投票案件，與湮滅證據或藏匿人犯的案件相比，

⁵⁸ 薛智仁，家庭成員之虛遷戶籍投票——評最高法院 100 年度台上字第 2653 號刑事判決，台灣法學雜誌，203 期，2012 年 7 月，頁 96-110。

家庭成員之關係所造成的壓力不可相提並論。即便不虛遷戶籍投票，也只是可能落選，回歸原來的家庭生活狀態而以，故家庭成員間的特殊情誼，對行為人的心理壓力，尚未達成無法期待其放棄虛遷戶籍投票之程度，故無法阻卻罪責。

近期則出現一則判決，同時將刑法第 146 條第 2 項之著手與既遂時點、刑法第 146 條第 2 項與可罰違法性的關聯性這兩個重要爭點都提及了，茲附錄於後供各位讀者參考喔！

最高法院 110 年度台上字第 2715 號判決：

刑法第 146 條第 2 項之客觀構成要件，計有三部分，一為虛偽遷徙戶籍，二為取得投票權，三為投票。如一旦基於支持某特定候選人之意圖，而虛偽遷徙戶籍，其遷籍之行為，即為本罪之著手。第三部分之投票則應綜合選舉法規、作業實務及社會通念予以理解，雖可分為領票、圈選及投入票匱等三個動作，但客觀上符合於密接之同一時、地內行為概念，自不能分割，應合一而為評價，一旦領票，犯罪即達既遂。至於領票之前，倘因遭犯罪調、偵查機關查辦，不敢前往投票，屬障礙未遂（非僅止於預備犯）。

為防範以虛偽遷徙戶籍之非法方法，使投票發生不正確之結果，故於 96 年 1 月 24 日增訂刑法第 146 條妨害投票正確之第 2 項（原第 2 項未遂犯，移列第 3 項），其立法理由已說明：因就業、就學、服兵役未實際居住於戶籍地，或為子女學區、農保、都會區福利給付優渥、保席次或其他因素而遷籍於未實際居住地者，有數百萬人。「然此與意圖支持特定候選人當選，進而遷徙戶籍之情形不同，並非所有籍在人不在參與投票均須以刑罰相繩，是以第 2 項以意圖使特定候選人當選虛偽遷徙戶籍投票者，為處罰之對象」。而法律為顧及配偶、親子間之特殊親情，本於謙抑原則在特定事項猶為適度之限縮。本此原則，因求學、就業等因素，未實際居住於戶籍地者，原本即欠缺違法性，縱曾將戶籍遷出，但為支持其配偶、父母競選，復將戶籍遷回原生家庭者，亦僅恢復到遷出前（即前述籍在人不在）之狀態而已，於情、於理、於法應為社會通念所容許，且非法律責難之對象。此種情形，要與非家庭成員，意圖使特定候選人當選而「虛偽遷徙戶籍」者，自屬有別。

爭點 18、自我庇護行為

如果要在國家法益的犯罪中挑選一個最重要的主題，那麼絕對非自我庇護行為這個主題不可。看到出題年份中有那麼多道題目涉及到相關爭議就可以知悉此爭點的重要性如何。所謂自我庇護行為指的就是行為人為求脫罪而做出使自己脫罪的行為而言，通常指的就是其唆使他人藏匿或頂替自己、唆使他人替自己湮滅證據、唆使他人幫忙自己作偽證。探討此問題時，應區分成兩組分別探討，因為各自有不同的結論，千萬不要記錯了呦！

一、刑法第 164 條、刑法第 165 條

第一組是刑法第 164 條及刑法第 165 條的自我庇護行為。對於唆使他人藏匿或頂替自己，以及唆使他人替自己湮滅證據的行為到底是否會成立刑法第 164 條、刑法第 165 條的教唆犯？

通說對此皆認為答案應為否定。理由如下：使犯人不教唆他人藏匿、頂替自己，或是教唆他人湮滅自己刑事證據，無期待可能性。且若行為人自行藏匿或是自行湮滅自己的刑事證據這種正犯的行為皆不構成犯罪，教唆他人藏匿、頂替自己或是湮滅自己之刑事證據，因不法內涵較低(屬於共犯的類型)，依舉重以明輕之法理應不罰之。

二、刑法第 168 條

第二組則是刑法第 168 條的自我庇護行為。若被告唆使他人替自己作偽證，此時是否會構成刑法第 168 條的教唆犯？請參見以下的實務見解。

最高法院 97 年度台上字第 2162 號判決：被告在訴訟上固有緘默權，且受無罪推定之保障，不須舉證證明自己無罪，惟此均屬消極之不作為，如被告積極教唆他人偽證，為自己有利之供述，已逾越上揭法律對被告保障範圍。最高法院二十四年上字第四九七四號判例乃針對刑法第一六四條第二項頂替罪所作之解釋，尚不得比附援引，藉為教唆偽證罪之免責事由。

亦即上述的實務見解認為，雖然藏匿人犯罪以及湮滅刑事證據罪之自我庇護行為不可罰，但相同的觀點卻不能搬到偽證罪的情形使用。

許澤天教授結論上贊同實務見解，唯理由略有不同：藏匿人犯罪與湮滅刑事證據罪的不法是在於行為人阻礙法院對犯人的刑罰，犯人為逃避刑罰的各種自我庇護行為，不在這兩個罪名的防範或譴責範圍；偽證罪則是在保障訴訟程序的真實發現不受扭曲，證人係法院發現真實的工具，如有虛偽陳述，將受本罪制裁，對其進行唆使或幫助的任何人自應成立本罪的共犯。國家雖對刑事被告無法要求其真實陳述(因為其享有程序主體地位，而非發現真實的工具)，卻不等於可縱容其在

本身虛偽陳述外的促使偽證⁵⁹。

當然亦有學說見解認為：在其他妨害司法的犯罪，基於期待可能性或舉重以明輕的法理，犯人教唆他人之自我庇護行為不能論以教唆犯，那麼為何到了偽證罪，卻不能再行援用呢？偽證罪與妨害刑事證據罪類似，都是在行為主體上排除犯罪人本人，所以對於教唆他人作偽證的被告，應該也要參酌此點，而認為不成立本罪的教唆犯⁶⁰。

【考題觀摩】

甲花錢僱用職業打手乙痛扁 A 一頓，促使 A 儘快償還積欠甲多時的百萬逾期債務。為達此一目的，甲交付乙有關 A 的生活相片，以便乙查驗。乙探聽 A 的作息時間後，埋伏在 A 住處附近，誤將外貌與衣著類似 A 的 B 當作 A，遂不顧 B 的澄清，持短棍痛毆 B，致 B 右手臂完全骨折而無法施力。乙警告 B 必須在十日內償還欠甲的債務，否則下次將會打得更兇。放話後，乙瞥見 B 戴有名貴手錶，趁 B 尚處於恐懼而不敢抗拒的狀態，平靜地取下該錶，以圖轉贈朋友作為生日禮物。事後，B 經治療始接回斷骨，右臂仍如過往能舉動施力，B 向警方對乙提出告訴，使檢察官以重傷、強盜與勒索等罪名起訴乙。於是，外貌、身材與乙相似的丙，受到乙的指使，向警方承認自己才是犯案人，並先後於對乙所開啟之偵查及審理程序中，兩次以證人身分表明為自己犯案，並加以具結。試問甲、乙、丙三人應如何論罪？(109 年 司律)

擬答：

(一)乙指使丙向警方承認自己才是犯人之行為，可能成立刑法(下同)第 164 條第 2 項頂替罪之教唆犯：

1、乙唆使丙頂替自己之行為，係屬一自我庇護行為，其是否具備可罰性，析述如下

(1)有認為自我藏匿犯罪並不處罰，故若論乙頂替罪之教唆犯將會有違事理，因自行為之並不成罪，教唆他人為之更加間接，卻會成立犯罪，顯然輕重失衡。

(2)管見則認為不成立頂替罪之教唆犯的理由並非是基於舉重以明輕的法理，而是在於期待可能性的欠缺。因法秩序無法期待他人於犯罪後不唆使他人頂替自己，故此行為因欠缺期待可能性而不應成立本罪之教唆犯。

2、綜上所述，乙不成立本罪。

⁵⁹ 許澤天，刑法分則(下)人格與公共法益篇，2021 年 7 月，3 版，頁 556—557。

⁶⁰ 謝開平，刑法分則得否排斥總則規定之適用—以最高法院 97 年度台上字第 2162 號刑事判決為例，月旦裁判時報，10 期，頁 78—79，2011 年 8 月。

(二)乙指使丙以證人身分表明係自己犯案之行為，可能成立第 168 條偽證罪之教唆犯：

1、客觀上，乙有使丙萌生為偽證行為的教唆行為，正犯亦皆具備一故意不法主行為，惟有疑義者係，被告教唆證人為偽證藉此脫罪的「自我庇護行為」是否具備可罰性，容有爭論，析述如下：

(1)實務見解(最高法院 97 年台上字第 2162 號判決)認為此種情形已經逾越了法律對被告的保障限度，不能援引例如藏匿人犯罪自我庇護行為不罰的法理而認為此種教唆偽證的行為也不罰。

(2)學說有認為在其他妨害司法的犯罪，基於期待可能性或舉重以明輕的法理，犯人教唆他人之自我庇護行為不能論以教唆犯。偽證罪與妨害刑事證據罪類似，都是在行為主體上排除犯罪人本人，故對於教唆他人作偽證的被告，應該也要參酌此點，而認為不成立本罪的教唆犯。

(3)管見以為實務見解較為有理，原因在於此時的確已經逾越了法律對被告的保障限度。亦即法律保障被告可以行使緘默權，但並未允許其積極以其行為唆使證人作偽證。

2、主觀上甲具有教唆之雙重故意，違法有責，乙成立本罪。