

《刑法》

一、某轟動社會重大案件開庭，媒體知悉關鍵人士即將出庭，於是擺好陣仗準備以緊迫盯人的方式強勢採訪。當該關鍵人士出現後，法院門前一片混亂，媒體記者、法警與抗議人士等推擠成一團。正當此際，法警甲發覺背後被金屬器物猛烈撞擊了一下，回頭一望，看到攝影師乙正拿著攝影機就在自己身後不斷往前擠壓，當下確認乙即是行兇者，於是轉身扭住乙的手腕。乙雖明知自己用攝影機撞擊前方法警，但認為自己並無惡意，再加上必須往前推擠不然將無法進行攝影，於是順手將攝影機在甲頭上橫擊過去。甲應聲倒地，而乙也順利往前繼續採訪。不料數日後法警甲因為顱內大量出血而死亡。試問：(25 分)

(一)攝影師乙以攝影機第一次撞擊法警甲背部之行為是否構成犯罪？

(二)法警甲扭住攝影師乙手腕的行為是否構成犯罪？

(三)攝影師乙用攝影機撞擊法警甲頭部致死，應該構成何罪？

命題意旨	本題旨在測驗同學對於依法令之行為、業務上正當行為、正當防衛等法定阻卻違法事由，以及加重結果犯之理解。另外，本題係以前一陣子的新聞時事為背景，結合刑法總則之阻卻違法事由以及加重結果犯的認定等重要問題加以考出，相當靈活又有深度，算不錯的題目。
答題關鍵	1. 攝影師乙以攝影機第一次撞擊法警甲背部之行為是否構成犯罪？答題關鍵，在於是否掌握妨害公務及傷害罪之構成要件。 2. 法警甲扭住攝影師乙手腕的行為是否構成犯罪？答題關鍵，在於甲得否主張正當防衛或現行犯之逮捕。 3. 攝影師乙用攝影機撞擊法警甲頭部致死，應該構成何罪？答題關鍵，在於是否掌握加重結果犯之要件。
高分閱讀	1. 《經典題型系列-刑法總則經典題型》(金律師)(51ML5004) P.2-52~2-67：構成要件故意(相似度 75%) P.2-124~2-146：正當防衛(相似度 75%) 2. 《經典題型系列-刑法分則經典題型》(金律師)(51ML5005) P.1-179~1-188：傷害致死罪(相似度 70%) 3. 《重點整理系列-刑法總則》(方律師)(51ML1012) P.2-47~2-53：犯罪之主觀構成要件(相似度 80%) P.2-151~2-167：正當防衛(相似度 75%) 4. 《重點整理系列-刑法分則》(方律師)(51ML1013) P.1-49~1-52：傷害罪之加重結果犯(相似度 70%)

【擬答】

(一)攝影師乙以攝影機第一次撞擊法警甲背部之行為，可能構成以下犯罪：

1. 乙以攝影機撞擊甲背部，可能成立妨害公務罪(刑§135 I)：

(1)不法構成要件該當性：

本罪之成立，係以對於公務員依法執行職務時，施強暴脅迫為要件。客觀上，法警甲乃刑法上之公務員，其於出庭人士出現後，在法院門前維持秩序，乃是依法執行職務之行為，此際，乙以攝影機第一次撞擊法警甲背部，乃是對於依法執行職務之公務員甲之身體，實施不法腕力的強暴行為，該當本罪之客觀構成要件。

惟主觀上，依題示，乙雖明知自己用攝影機撞擊到甲，但並自認對甲無惡意，可知，乙縱使明知甲正在執行公務，且能預見自己不斷往前推擠，其攝影機可能會撞擊到甲，但對於其攝影機果真撞擊到甲，應係違背其本意之事，是尚難認乙具有妨害公務之故意(註1)。

(2)小結：乙無妨害甲執行公務之故意，故不成立本罪。

2. 乙以攝影機撞擊甲背部，可能成立普通傷害罪(刑§277 I)：

(1)本罪之成立，係以傷害人之身體或健康為要件。客觀上，乙以攝影機撞擊甲之背部，乃是對於甲之身體，實施足以造成傷害結果之傷害行為，惟乙以攝影機撞擊甲的背部後，甲雖然感覺到自己的背部被金屬器物猛烈地撞擊一下，但甲的背部是否因此而發生身體機能的障礙結果，或者因此發生破壞其身體完整性的傷害結果，從題示中，尚難加以認定，如果甲之背部被乙撞擊後，因此發生瘀傷，挫傷等現象者，固可認甲已然發生傷害之結果，否則即難認甲有傷害之結果。至於甲被乙以攝影機撞擊後，是否發生傷害之結果，依題示，既無法明確加以認定，基於罪疑唯輕，或罪疑唯利被告之原則，應認為甲無發生傷害之結果，從而，乙撞擊甲之背部，既未使甲受傷，自未該當傷害罪之構成要件，又刑法亦無處罰傷害未遂之明文，即難以傷害罪繩之。

(2)小結：乙以攝影機撞擊甲的背部，不成立傷害罪。



3.乙以攝影機撞擊甲背部，可能成立過失致輕傷罪(刑§284 I 前)：

本罪之成立，係以因過失傷害人爲要件。由於乙以攝影機撞擊甲之背部，並未使甲發生傷害之結果，則縱使乙非故意撞擊乙，而僅係不小心地過失撞到，亦無由成立過失致輕傷罪。

4.結論：乙以攝影機撞擊甲的背部，不成立犯罪。

(二)法警甲扭住攝影師乙手腕的行爲，可能構成以下犯罪：

1.甲扭住乙手腕，可能成立剝奪他人行動自由未遂罪(刑§302 III)

(1)不法構成要件該當性：

本罪之成立，係以著手於私行拘禁或以其他非法方法，剝奪人之行動自由之實行而不遂爲要件。甲扭住乙手腕，乃是對於乙之有體，施以直接之腕力之強暴手段，而企圖將乙個人的身體行動自由，置於自己實力支配掌握下的私行拘捕行爲；惟甲在扭住乙之手腕後，即遭乙以攝影機攻擊頭部而受傷倒地，顯見甲扭住乙之手腕後並未能將乙個人身動自由完全置於實力支配掌握之下，故僅屬妨害自由之未遂。主觀上，甲認識其扭住乙乃是私行拘捕乙，以剝奪乙之行動自由的行爲，仍決意爲之，故具妨害他人自由之故意，該當本罪之構成要件。

(2)違法性：

甲得對乙主張現行犯之逮捕，依刑法第 21 條第 1 項之規定，以阻卻違法。

按刑法第 21 條第 1 項規定，依法令之行爲不罰。復按刑事訴訟法第 88 條第 1 項規定，現行犯，不問任人得逕行逮捕。第 2 項規定，犯罪在實施中或實施後即時發覺者，爲現行犯。又是否爲現行犯，乃係從客觀事實上加以認定，與事後法院是否認定有罪無關。

本題中，乙自背後撞擊甲的背部，客觀上合於妨害公務，及傷害之行爲，且乙撞擊甲後，甲即時發覺，故乙可認妨害公務罪及傷害罪之現行犯，應無疑問。甲發現係乙撞擊其背部後，扭住乙的手腕，乃是以強制力，逮捕現行犯的行爲，並未過當。主觀上，甲亦有依刑訴法第 88 條規定，以逮捕現行犯乙的意思，故甲自得主張扭住乙乃是依法令之行爲，以阻卻其行爲之違法性。

甲得對乙主張正當防衛，依刑法第 23 條規定，以阻卻違法。

按刑法第 23 條規定，對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行爲，爲正當防衛行爲，得阻卻其行爲之違法性。客觀上，本題中，乙以攝影機撞擊甲的背部，乃是實施對於甲的身體造成侵害之行爲，而甲對於乙之侵害，法律上並無容忍之義務，且乙於撞擊甲的背部後，仍繼續向前推擠，則甲的身體，仍有再次被甲撞擊的可能，故可認係現在不法之侵害。

甲發現乙撞擊其背部後，立時扭住乙的手腕，乃是客觀上可以期待立即終止乙對甲的侵害，終局排除自己身體法益遭受乙繼續侵害之危險的防衛行爲，且未逾越必要性之限度，亦非防衛權之濫用；主觀上，甲具有防衛自己權利之意思，故得成立正當防衛以阻卻違法。

小結：甲扭住乙，得主張刑法第 21 條第 1 項之依法令行爲，以及第 23 條之正當防衛以阻卻違法，學理上謂之「阻卻違法事由之競合」，此際，甲只要任擇一項主張，即得以發生阻卻違法之效果。

(3)小結：綜上述，甲扭住乙，雖該當妨害他人行動自由未遂罪，但具法定阻卻違法事由，而無違法性，故不成立本罪。

2.甲扭住乙手腕，可能成立妨害他人行使權利未遂罪(刑§304 II)

本罪之成立，係以著手於以強暴、脅迫使人無義務之事或妨害人行使權利之實行而不遂爲要件。客觀上，甲扭住乙的手腕，乃是著手以強暴手段，實施足以妨害乙行使其採訪新聞之權利的行爲，惟甲扭住乙的手腕後，即遭乙反擊，未能發生妨害乙行使採訪新聞權利之效果，主觀上，甲有妨害乙採訪新聞之認知與決意，故具本罪之故意，而該當本罪之構成要件。惟同前所述，甲對乙得主張正當防衛或現行犯逮捕之依法令的行爲而阻卻違法，故亦不成立本罪。

3.結論：甲扭住乙的手腕，不成立犯罪。

(三)攝影師乙用攝影機撞擊法警甲頭部致死，可能構成以下犯罪：

1.乙用攝影機撞擊甲頭部致死，可能成立殺人罪(刑§271 I)

(1)不法構成要件該當性：

客觀上，若非乙用攝影機撞擊甲頭部，不會發生甲因爲顱內大量出血而死亡的結果，故乙用攝影機撞擊甲頭部，乃是甲死亡結果之發生，不可想像其不存在的條件。又乙用攝影機撞擊甲頭部，乃是製造甲生命法益可能遭致侵害之法所不容許的風險，且該風險亦在構成要件效力範圍之內實現，故乙用攝影機撞擊甲頭部致死，該當殺人罪之客觀構成要件。

惟主觀上，乙之所以順手將攝影機往甲頭上橫擊過去，認爲自己並無惡意，純爲積極向前推擠，以便進行攝影，縱使可能預見以攝影機撞及甲之頭部，足以導致甲發生死亡的結果，但乙主觀上應係認爲不致於發生乙死亡之結果，方始爲之，顯見甲之頭部被乙以攝影機撞擊而導致死亡的結果，誠然違反乙之本意，故難認乙具有殺害甲之故意。

(2)小結：乙無殺害甲之故意，故不成立殺人罪。

2.乙用攝影機撞擊甲頭部致死，可能成立傷害致死罪(刑§277 II)

(1)不法構成要件：

本罪之成立，係以犯傷害罪因而致人於死爲要件。又依刑法第 17 條規定，因犯罪致發生一定之結果，而有加重其刑之規定者，如行爲人不能預見其發生時，不適用之。



客觀上，本題中，乙用攝影機撞擊甲頭部，致甲的頭部受傷，成立傷害既遂罪並無疑義。又從題示，甲頭部被乙攻擊後，數日後即因顱內大量出血，而發生死亡的結果，故有傷害結果以外之加重結果發生。且若非乙用攝影機撞擊甲頭部，即不會發生甲的死亡結果，故乙的傷害行為與甲的死亡結果，具有因果關係。

主觀上，乙用攝影機撞擊甲頭部，雖然沒有殺害乙的故意，但按一般人之經驗認知，乙用攝影機撞擊甲的頭部，應該能夠預見其行為足以導致甲發生死亡的結果，故乙對於甲之死亡，亦具有預見之可能性。故乙用攝影機撞擊甲頭部致甲死亡，該當本罪之構成要件。

(2)違法性：

乙不能主張其撞擊甲致死，係業務上之正當行為：

依刑法第 22 條規定，業務上之正當行為固能阻卻違法。但乙身為攝影記者，則積極攝取新聞畫面，固係其業務上之行為，為傷害他人身體，並非從事新聞攝影之必要手段，故乙用攝影機攻擊甲的頭部，以求掙脫甲，俾利進行採訪，並非業務上之正當行為，自不能據以阻卻違法。

乙不能主張其撞擊甲致死，係正當防衛行為：

按正當防衛之成立，必以客觀上存在現在不法之防衛情狀為前提，本題中，甲扭住乙的手腕，乃對乙實施正當防衛或現行犯逮捕之行為，性質上非屬不法之侵害，故乙不得對甲更行主張正當防衛。

小結：乙別無阻卻違法事由，故具違法性。

(3)結論：乙用攝影機撞擊甲頭部致甲死亡，該當傷害致死罪之構成要件，具違法性，又無阻卻罪責之事由，故成立本罪。

二、甲騎摩托車在慢車道右轉道接近十字路口時，號誌燈變換成紅色，甲即慢慢停下，忽然後方被撞一下，甲下車查看，並無異狀，停於後方的小轎車引擎蓋下方則似乎有掉漆，此時紅燈轉綠，甲隨即騎上機車右轉離去。後方小轎車並未跟隨右轉，只見駕駛乙將車熄火，下車嘔吐，路人丙見狀，將乙扶往 10 公尺前一家醫院，乙告訴醫師丁剛才煞車太猛，頭撞到車門，額角稍微紅腫。乙被丁測出吐氣所含酒精濃度為每公升 0.56 毫克，丁告知乙感冒不該喝酒，額角紅腫過幾天會退去，但並未告誡乙不得開車，乙打針後回到車上，開車離去，兩天後，甲接獲警察局約談通知，事由為駕車肇事逃逸，因為甲的車牌被路邊照相機照到。試附理由說明下列問題：(25 分)

(一)甲的行為是否會構成肇事逃逸罪？

(二)乙的行為是否構成犯罪？

(三)丁的行為是否構成犯罪？

命題意旨	本題旨在測驗同學對於刑法第 185 條之三、之四，危險駕駛罪及肇事逃逸罪構成要件之掌握，以及不純正不作為犯中保證人地位之認知。就今年的國家考試及法研所考試而言，已反覆出現 N+1 次，重要性由此可見。就本題而言，其實所考的都是該二罪的經典問題，用功的同學，應該都能掌握。
答題關鍵	1.甲的行為是否會構成肇事逃逸罪？關鍵問題有三：甲停車等紅燈，是否仍可認係駕駛動力交通工具？甲對於乙車撞甲車之交通事故的發生，沒有過失，是否可係所謂的「肇事者」？甲對於乙頭部受傷的事實沒有認識，是否可認仍具本罪之故意？ 2.乙的行為是否構成犯罪？關鍵問題有四：乙前的酒駕行為，是否達於「不能安全駕駛」之地步，可否僅以其呼氣中酒精濃度為每公升 0.56 毫克來加以認定？乙其呼氣中酒精濃度為每公升 0.56 毫克，是否可以認係欠缺責任能力或僅有限制責任能力？而依刑法第 19 條第 1、2 項，阻卻或減免刑責？若可，有無原因自由行為(刑§19Ⅲ)之適用？乙就醫後的駕車行為，是否仍可成立危險駕駛罪？乙就醫前後的酒駕行為，應評價為行為單數或行為複數？ 3.丁的行為是否構成犯罪？關鍵問題為：丁對於乙就醫後之酒駕行為，在法律上是否有防止之義務？
參考資料	1.《月旦法學雜誌》 第 129 期：P.205～217：駕車肇事逃逸構成要件乃純粹處罰不服從的隱性不作為構成要件（鄭逸哲）
高分閱讀	1.《經典題型系列-刑法總則經典題型》（金律師）（51ML5004） P.2-384～2-400：不作為犯（相似度 80%） 2.《經典題型系列-刑法分則經典題型》（金律師）（51ML5005） P.3-47～3-83：危險駕駛罪與肇事逃逸罪（相似度 90%） 3.《重點整理系列-刑法總則》（方律師）（51ML1012） P.2-118～2-135：不作為犯之構成要件（相似度 85%） 4.《重點整理系列-刑法分則》（方律師）（51ML1013） P.3-29～3-40：危險駕駛罪與肇事逃逸罪（相似度 90%）



【擬答】

(一)甲的行為不會構成肇事逃逸罪：

1.不法構成要件該當性：

本罪之成立，係以**駕駛動力交通工具肇事，致人死傷而逃逸**為要件。本罪之性質，為**純正身分犯**，必以行為人係「駕駛動力交通工具肇事」者，而有擅自肇事現場離去的逃逸行為，始足以構成本罪。

本題中，甲騎摩托車，於十字路口，因見誌燈變換成紅色而慢慢停下，由於並沒有熄火中止騎乘該車之意思，且其所騎乘之摩托車，仍處於隨時可以啟動行進之狀態，故甲縱停車等紅燈，仍係**駕駛動力交通工具**之行為；又依題示，甲停車等紅燈時，被乙車自後追撞，並導致乙頭部受傷，係屬**交通事故之發生**，且發生該交通事故後，甲發現乙車無恙，乙車則僅有引擎蓋下方似乎有掉漆的情況後，即自該事故現場離去，似可認係**逃逸**之行為，惟對於乙車撞及甲車之交通事故而言，甲停車等紅燈，固然是此一交通事故發生不可想像其不存的條件。

然甲停車等紅燈，乃是遵循交通規則所為之合義務性的舉動，並未製造法所不容許的風險，該交通事故之事故，依題示，乃因乙酒後駕車，無法安全煞停其車所肇致，客觀上，僅能歸責於乙，而不可歸責於甲停車等紅燈的行為。易言之，**甲對於乙車撞及甲車之交通事故，並無任何的故意或過失，則甲是否仍得該當本罪之「肇事」者的要件，學理上容有疑義：**

肯定說：認為行為人至少對於交通事故之發生，具有過失責任，始得成立本罪。若行為人對於交通事故之發生，欠缺客觀可歸責性者，即無由成立肇事逃逸罪。

否定說：凡駕駛各種動力交通工具而發生有致死或傷害之交通事故，未停留在事故現場，反而逃逸者，即有本罪之適用；至於行為人之肇事有無過失行為是否成立過失犯，則非所問。

上開二說，**通說傾向採取否定說之見解（註2），實務見解，亦採取否定說之看法**，如最高法院 92 年度台上字第 4552 號判決：「刑法第一百八十五條之四之肇事致人死傷逃逸罪，則以處罰肇事後逃逸之駕駛人為目的，俾促使駕駛人於肇事後能對被害人即時救護，以減少死傷，是該罪之成立祇以行為人有駕駛動力交通工具肇事，致人死傷而逃逸之事實為已足，至行為人之肇事有否過失，則非所問。（註3）」

對於肯定說之見解，有學者批評若行為人對於交通事故之發生欠缺過失，卻要求其不得逃逸，誠欠缺正當性（註4）。本文亦認為，乙說之見解，較為可採。蓋所謂「肇事」，不論從本罪之文義，或立法精神析論，應係指對於該交通事故的發生具有客觀可歸責者而言，亦即行為人對於交通事故的發生，除要有因果關係外，尚須具有客觀可歸責性，即**至少要有過失**，始得當之。據此，本題中，由於甲對於乙車撞及甲車之交通事故並無任何過失可言，故非本罪適格肇事者，自無由該當本罪。

再者，縱持肯定說之見解，肯認甲對於該交通事故之發生，雖無過失，但仍為本罪適格之肇事者，亦不當然即成立本罪。蓋若認甲係該交通事故之肇事者，並已因此導致他人（乙）頭部受傷之結果，但依題示，甲下車查看時，僅認識到乙車引擎蓋下方則似乎有掉漆，而未認識到乙有頭部受傷之事實，則可否認為甲是否具備本罪之故意，容有疑問，因學理上對於法文所稱「致人死傷」此一要件之性質，有不同之見解：

甲說：「致人死傷」乃本罪之**客觀構成要件要素**。對此，行為人須有認識，始能認其具備本罪之故意，倘行為人對於其駕駛動力交通工具肇事致人死傷，欠缺認識，縱有逃逸之行為，亦不成立本罪。（92 台上 5372 參照）

乙說：「致人死傷」，乃**客觀處罰條件**。對此，行為人主觀上縱無認識，亦得成立本罪（註5）。

上開二說，通說及實務見解，係採甲說之見解，即認為所謂「致人死傷」乃一客觀構成要件要素，若行為人對於肇事後致人死傷之結果欠缺認識，即無由成立肇事逃逸罪。據此，本題中，甲既未認識乙有頭部受傷之事實，自無本罪之故意，而無以該當本罪之構成要件。

2.小結：綜上述，甲之行為不會成立肇事逃逸罪。

(二)乙的行為可能構成以下犯罪：

1.乙先前喝酒後開車之行為，可能成立危險駕駛罪(刑§185-3)：

(1)不法構成要件該當性：

本罪之成立，係以**服用毒品、麻醉藥品、酒類或其他相類之物，不能安全駕駛動力交通工具而駕駛**為要件。客觀上，如題所示，乙駕車撞及甲之摩托車後受傷，被送至醫院後，經醫師丁檢測出乙吐氣所含酒精濃度為每公升 0.56 毫克，顯見乙駕車，乃係服用酒類而駕駛動力交通工具，並無疑義。惟可否逕以乙吐氣所含酒精濃度為每公升 0.56 毫克（註6），即認為乙之酒後駕車已達「不能安全駕駛」之地步，容有疑問：

甲說：認為本罪之性質，乃**抽象危險犯**，其立法目的在防杜因酒後駕駛動力交通工具而造成侵害他人生命身體之危險，而酒精呼氣測試結果酒精濃度每公升為〇・五五毫克以上仍駕駛動力交通工具者，依研究統計，其肇事率為一般正常人十倍，應屬刑法第 185 條之 3 立法所欲處罰之對象，故得以酒測值作為是否達「不能安全駕駛」之標準。

乙說：認為本罪之性質，乃**具體危險犯**，駕駛人飲用酒類是否已達不能安全駕駛動力交通工具之程度，應就各個駕駛者之各別情況來作判斷。易言之，不能單以酒測值達 0.55 以上者，即認已達不能安全駕駛之程度，尚應參酌其駕駛表現是否正常作判斷。



上開二說，通說（註7）及實務（註8）係採甲說（抽象危險說）之見解，本文贊同之。據此，乙先前之酒後駕車行為，經事後酒測之結果，其吐氣所含酒精濃度既已達每公升 0.56 毫克，自可認已達不能安全駕駛之地步（註9）。

主觀上，乙認識酒後駕車，乃是服用酒類後不能安全駕駛動力交通工具，而仍決意駕駛，故具本罪之故意（註10）。是乙酒後駕車，該當本罪之構成要件。

(2)違法性：乙無阻卻違法之事由，故具違法性。

(3)有責性：

乙得否主張其酒醉駕車，欠缺責任能力，或僅有限制責任能力，得依刑法第 19 條第 1 項，或第 2 項，以阻卻或減輕其刑責？

按新刑法第 19 條條文規定「行為時因精神障礙或其他心智缺陷，致不能辨識其行為違法或欠缺依其辨識而行為之能力者，不罰（第一項）。行為時因前項之原因，致其辨識行為違法或依其辨識而行為之能力，顯著減低者，得減輕其刑（第二項）。」

本題中，乙酒後駕車，其吐氣所含酒精濃度既已達每公升 0.56 毫克，可認乙駕車時，有因服用酒類，而致精神障礙之現象，惟是否即得認定其責任能力有所欠缺，或顯著降低，不無疑問。

依學說之見解，呼氣中酒精濃度每公升含量 1 毫克（相當於血液中酒精含量須達千分之二點零）以上，始可認定酒醉者之罪責能力顯著降低，本題中，乙呼氣中之酒精濃度僅達每公升 0.56 毫克，顯未到達罪責能力顯著降低（呼氣中酒精濃度每公升含量 1 毫克）之地步，自無由援引第 19 條第 1 項或第 2 項，阻卻或減輕其刑責，乙又無其他阻卻罪責事由，故具有責性。

(4)小結：綜上述，乙先前酒後駕車之行為，成立危險駕駛罪。

2.乙就醫後再開車之行為，可能成立危險駕駛罪(刑§185-3)：

(1)不法構成要件該當性：

客觀上，乙就醫後，再度駕車返家之行為，因先前服用酒類之狀態，尚未解消（註11），故仍屬服用酒類後駕駛動力交通工具之行為。惟乙再度駕車之行為，是否仍可認係「不能安全駕駛」，不無疑問。

蓋經驗上，呼氣中之酒精濃度，會隨時間的消逝而趨降，乙就醫後駕車返家時，依題示，未再為第二次的酒測，難以確知其酒測值，是否仍高於每公升 0.55 毫克上以之「絕對不能安全駕駛」，如果沒有的話，依學理之見解，若酒測值為每公升 0.25 以上，0.55 未滿者，僅係「相對不能安全駕駛」，此際，判斷行為人是否達於不能安全駕駛，須參酌客觀的駕駛表現方能決定，而本題中，乙於醫後再度駕車返家的途中的駕駛表現如何，從題意亦無法確知，故對於乙之後駕車之行為，可否認係不能安全駕駛，誠值探究。

惟綜觀題旨，就一般人的經驗認知而言，乙就醫的時間，並非長至足以使其呼氣中的酒精濃度出現明顯的變化，故應認乙再度開車時，其呼氣中酒精濃度，至少仍高於每公升 0.55 毫克的程度，而可認為已達「不能安全駕駛」之地步。

主觀上，乙就醫後再度駕車，已明知其酒測值已達不能安全駕駛之地步，仍決意駕車返家，故具本罪之直接故意。

(2)小結：乙無阻卻違法及罪責事由，故成立本罪。

3.乙駕車撞及甲之摩托車，可能成立普通毀損罪(刑§354)：

本罪之成立，係以毀棄、損壞文書、建築物以外之他人之物或致令不堪用，足以生損害於公眾或他人為要件。由於本罪之性質，為結果犯，必以行為人之行為，致被害人之財物發生毀損結果為必要。惟依題示，乙駕車撞及甲之摩托車後，僅乙所駕的轎車引擎蓋下方似乎有掉漆，而未見甲車有任何損壞結果之發生，故乙駕車撞及甲車，無由成立本罪。

4.競合：

綜上述，乙就醫前的駕車行為，與就醫後的再度駕車行為，分別成立危險駕駛罪，惟乙前後之行為，均係侵害相同的公共安全法益，如果認為乙就醫前後之駕駛行為，應分別評價者，則乙在新刑法的架構下，似應依刑法第 50 條論以數罪併罰。

惟視乙就醫前後之駕駛行為，可以因就醫的事實，切割為兩個個別應受刑法評價之行為並不妥當。蓋乙先後的駕車行為，均係出於一個駕車返家的意思決定，且均在同一酒醉的狀態之下所為，縱可因就醫之事實而區別為前後二個個別的舉動，但先後的駕車行為，乃是在時間與空間緊密的情況下進行，且僅害同一個公共安全的法益，從任何第三人的觀點而言，皆僅認係同一個酒醉駕車行為的接續動作而已，故屬學理上之「接續犯」，就刑法的評價而言，應認乙前後的駕駛行為，乃係出於「自然意義的一行為」，僅能論乙以一個危險駕駛罪。

(三)丁的行為是否構成以下犯罪：

1.丁未勸阻乙駕車，可能成立危險駕駛罪之不純正不作為犯(刑§185-3、15)：

(1)不法構成要件該當性：

按刑法第 185 條之 3 規定，服用毒品、麻醉藥品、酒類或其他相類之物，不能安全駕駛動力交通工具而駕駛者，為危險駕駛罪，又依刑法第 15 條規定，對於犯罪結果之發生，法律上有防止之義務，能防止而不防止者，與因積極行為發生結果者同，此即學理上所謂之「不純正不作為犯」。

本題中，丁固有未告誡乙酒後不得開車之事實，而該等事實，乃是違反規範所期待的「不作為」的行為事實（註12），但因刑法第 185 條之 3 的危險駕駛罪，其法律性質，不只是「純正身分犯」，更是「己手犯」（或「親手犯」），非服用酒類等物者，自己親自駕駛動力交通工具，無以成罪，不能假手他人實施犯罪，當然亦不會因行為人未告誡他人不可酒後駕車，或未阻止他人酒後駕車，因而成立危險駕駛罪之不純正不作為犯。



(2)結論：綜上述，丁未告誡乙酒後駕車，不成立本罪。

2.丁未勸阻乙駕車，可能成立危險駕駛罪之不作為的幫助犯(刑§185-3、15、30)：

(1)不法構成要件該當性：

按刑法第 30 條第 1 項規定，幫助他人實行犯罪行為者，為幫助犯。雖他人不知幫助之情者，亦同。本題中，丁未告誡乙不得酒後駕車，不成立危險駕駛罪之不純正不作為犯，業如前述，惟丁之未為告誡行為，是否得成立危險駕駛之不作為的幫助犯，此乃涉及行為人能否以不作為而成立幫助犯的問題，學理上容有爭議。少數學者採否定說。多數學者則採肯定說，認為幫助者若居於保證人地位而負有保證人義務者，則可能以不作為成立幫助犯（註 13）。實務見解，亦肯認不作為之幫助犯。蓋幫助行為固以積極作為犯多，但亦可能係消極的不作為，只要幫助者具有保證人地位，其不作為即有可能成立不作為的幫助犯，如不具防止犯罪義務之人在他人實現犯罪之際，僅以消極態度旁觀而未加阻止，則因不具保證人地位，故不能論以幫助犯（註 14）。

本題中，丁未誡乙不應酒後開車，即未對乙酒後開車之行為形成任何阻力，無形中，乃促成乙就醫後繼續為酒後駕車之行為；惟丁是否因其曾為乙醫治，在法律上，即具有阻止乙就醫後再為酒醉駕車之義務，誠有疑問。蓋丁於乙向其求治時，對於乙之生命或身體健康，固然因事實上承擔救助乙之生命身體之地位而負有保證人義務，但此一義務，於醫療結束之後，即已終結，而對於乙之後的駕車行為，對於其他不特定用路人生命或身體法益所形成之風險，丁既非危險前行為人，亦未與乙形成危險共同體，對乙之危險駕駛，又非具有監控能義務與能力者，總之，尚難認為丁對於乙之危險駕駛負有保證人之義務，故丁亦無由構成本罪。

(2)小結：丁未勸阻乙駕車，不成立危險駕駛罪之不作為的幫助犯



三、甲與乙是兄弟，某日見到鄰居大學生丙女單獨在家，兩人即共同商議，以邀約丙女幫他們拍照留念為藉口，實際上是想要使丙女為甲兄拍攝裸照。甲、乙共邀丙女進屋後，甲即表示，若丙女不幫他照相就要毒打丙女一頓，乙也取出美工刀架住丙女，要丙女為甲拍攝裸照，接著甲就全身脫光，擺出各種姿勢。丙女因心中害怕即遵從甲、乙所言，為甲拍攝裸照後，甲、乙才讓丙女離去。丙女後來告訴母親此事，並表示她拍照時感到不舒服、噁心，母親得知此事後，怒而報警。試問甲、乙各犯何罪？(25 分)

命題意旨	本題乃是測驗考生對於強制猥褻罪中之「猥褻」概念是否有清楚之認知，以及附帶測驗共同正犯之要件。從先前發生強吻案之後，學者們紛紛撰寫有關猥褻概念之文章，猥褻概念即為近年人格法益中十分重要之議題。考出此題並不令人意外，對學說見解是否多加吸收即為本題的鍵別度關鍵。
答題關鍵	本題回答時除了以實務見解回答外，應盡量將學說上較特殊或具有代表性之見解一併提及，較能表現出實力取得不錯之分數。
高分閱讀	1.《經典題型系列-刑法分則經典題型》(金律師)(51ML5005) P.1-285~1-293：強制猥褻罪及其加重(相似度 85%) P.1-221~1-242：剝奪他人行動自由罪、強制罪、恐嚇危害安全罪(相似度 85%) 2.《重點整理系列-刑法分則》(方律師)(51ML1013) P.1-121~1-124：強制猥褻罪及其加重(相似度 80%) P.1-79~1-98：剝奪他人行動自由罪、強制罪、恐嚇危害安全罪與競合(相似度 90%)

【擬答】

- (一)甲乙強要丙女為甲拍攝裸照，可能成恐嚇危害安全罪之共同正犯(刑§305、28)：
- 恐嚇危害安全罪之共同正犯，係以二人以上共同實行以加害生命、身體、自由、名譽、財產之事，恐嚇他人致生危害於安全為要件。客觀上，甲向丙表示，若丙女不幫他照相就要毒打丙女一頓，乃是以加害他人之身體之事，恐嚇他人致生危害於安全之行爲；另，乙取出美工刀架住丙女，要丙女為甲拍攝裸照，按照一般人之認知，乙之所為，亦係以加害他人之身體之事，恐嚇他人致生危害於安全之行爲，故甲乙二人有共同實行恐嚇丙女之行爲(行爲分擔)；主觀上，甲乙二人，亦具有共同恐嚇丙女之行爲決意(犯意聯絡)，二人皆無阻卻違法及罪責之事由，故成立本罪。
- (二)甲乙強要丙女為甲拍攝裸照，可能成強制罪之共同正犯(刑§304、28)：
- 強制罪之共同正犯，係以二人以上共同實行以強暴、脅迫使人無義務之事或妨害人行使權利為要件。客觀上，甲向丙表示，若丙女不幫他照相就要毒打丙女一頓，以及乙也取出美工刀架住丙女，要丙女為甲拍攝裸照，乃係對於丙女共同實行脅迫之行爲，而丙並無為甲拍攝裸照之義務，而丙之所以為甲拍攝裸照，乃受到甲乙二人共同的脅迫而為之，故甲乙之恐嚇手段，亦已迫使丙行無義務之事；主觀上，甲乙二人有共同實行以脅迫使丙行無義務之事的行爲決意，二人皆無阻卻違法及罪責之事由，故成立本罪。
- (三)甲乙強要丙女為甲拍攝裸照，可能成妨害自由罪之共同正犯(刑§302、28)：
- 妨害自由罪之共同正犯，係以二人以上共同實行私行拘禁或以其他非法方法，剝奪人之行動自由為要件。客觀上，甲乙二人共同以脅迫之手段要丙女為甲拍攝裸照，否則不讓丙離去的行爲，乃係共同以脅迫之手段，在一定的時間內，強行將丙個人的行動自由，置於二人的實力支配掌握之下的共同剝奪他人行動自由之行爲；主觀上，甲乙二人有共同實行剝奪丙女行動自由的行爲決意，二人皆無阻卻違法及罪責之事由，故成立本罪。
- (四)甲乙強要丙女為甲拍攝裸照，可能成立強制猥褻罪之共同正犯(刑§224 I、28)
- 1.不法構成要件該當性：
- 強制猥褻罪之共同正犯，係以二人以上共同實行對於男女以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法，而為猥褻之行爲為要件。所謂脅迫、恐嚇為以使對方心生畏懼之目的，而以將加惡害之事實告知他人之行爲。本題中，甲向丙表示，若丙女不幫他照相就要毒打丙女一頓，以及乙也取出美工刀架住丙女，要丙女為甲拍攝裸照，乃係對於丙女共同實行脅迫之行爲。惟所謂之猥褻，其內涵為何，學理及實務容有爭議：
- (1)甲說：實務上認為「猥褻云者，其行爲在客觀上足以誘起他人性慾，在主觀上足以滿足自己性慾之謂。(註 15)」再者，強制猥褻之構成，要必行爲人對於他人有身體的接觸行爲始得成立(註 16)。若依實務上之定義，則為性交以外，足以滿足自己性慾或挑起他人性慾，有害風化的行爲。依此見解，甲全身脫光，擺出各種姿勢，讓丙為其拍照，客觀上，並不足以挑逗或引發他人性欲，主觀上，亦未必能滿足之性欲求，縱有害於風化，亦不足該當所謂之猥褻(註 17)。
- (2)乙說：猥褻是性交以外，一切足以引起或滿足性慾而使人厭惡或恐懼的行爲」。據此，甲全身脫光，擺出各種姿勢，讓丙為其拍照，使丙拍照時感到不舒服、噁心，應屬猥褻行爲(註 18)。
- (3)丙說：凡基於性滿足的傾向，不受許可的碰觸他人身體，都是妨害性自主的猥褻，成立強制猥褻罪。據此，甲全身脫光，擺出各種姿勢，讓丙為其拍照，縱使丙拍照時感到不舒服、噁心，但甲對丙無身體之接觸，故非屬猥褻行爲。
- (4)丁說：所謂猥褻行爲係指，凡以通常一般人會明顯感到性的厭惡感、羞恥心之方法侵害被害人人性自由之行爲而言。據此，似可認為甲之行爲，可構成所謂之猥褻。



(5)戊說：行為人如在主觀上具有表現性欲之意念，且在客觀上依一般社會通念，得認為其行為係屬於表現性慾之動作者，即屬於「猥褻」行為。據此，似可認為甲之行為，可構成所謂之猥褻。

(6)小結：上開各說，各有所見，依實務見解，甲脫光衣服讓丙為其拍照之行為，不構成強制猥褻。本文認為，丙說及實務見較為妥當，據此，本文認為甲之行為並不構成猥褻，從而甲乙即無由成立強制猥褻罪之共同正犯。

但依多數學說，似多認為甲在丙面前，脫光衣服之行為，對丙構成強制猥褻。若依此見解，則甲乙二人即可能成立猥褻罪之共同正犯。蓋依刑法第 28 條規定，二人以上共同實行犯罪行為者，皆為正犯。因此通說認為，共同正犯以共同行為決意與共同行為實施為要件。共同行為決意，係指各個行為人均有將整個犯罪行為之成敗繫諸於彼此相互間協力或角色分配之意思，或互為利用、互相補充之意思。共同行為實施，則為各個行為人基於共同之行為決意，依照共同行為決意中角色之分配而分擔犯罪行為之實施。本題中乙和甲見丙單獨在家而為強迫其為甲拍裸照共同商議之行為，是為共同行為決意，而乙亦為共同行為實施。故乙與甲為共同正犯，依共同正犯一部行為全部責任之法理，於共同行為決意範圍內，乙與甲應負相同之刑事責任。因此，甲乙二人成立強制猥褻罪之共同正犯。

(五)甲乙強要丙女為甲拍攝裸照，可能成立加重強制猥褻罪之共同正犯(刑§224-1 I、28)

加重強制猥褻罪之共同正犯之成立，係以二上共同實行強制猥褻罪而有第 222 條第 1 項各款情形之一為要件。依本文之見解，因認甲在丙面脫光衣服，不構成猥褻行為，故無討論第 224 條之 1 的必要。

但若依多數說，認為甲乙得成立強制猥褻罪之共同正犯者，則因甲乙二人係共同為之，該當刑法第 222 條第 1 款之加重條件，又乙係持刀對丙為脅迫之行為，亦該當第 8 款之加重條件。而犯強制猥褻罪同時該當二款以上之加重條件者，依實務及通說之見解，僅以一個加重條件論之，即為已足。

(六)競合：

依本文見解，因認為甲在丙面脫光衣服，不構成猥褻行為，甲乙二人無由成立強制猥褻罪之共同正犯，則甲乙二人所為，綜上所述，雖同時成立恐嚇危害安全、強制罪與妨害自由罪等罪之共同正犯，但因三罪間具有法益侵害之同一性，故成立法條競合，僅論以特別規定之妨害自由罪即為已足。

但若認為甲在丙面脫光衣服構成猥褻行為，甲乙二人得成立強制猥褻罪之共同正犯者，甲乙二人所為，綜上所述，雖同時成立恐嚇危害安全、強制罪與妨害自由罪，以及強制猥褻罪等罪之共同正犯，但因強制猥褻罪與前三罪間具有法益侵害之同一性，故成立法條競合，僅論以特別規定之強制猥褻罪，又加重強制猥褻罪又為強制猥褻罪之特定規定，故僅論以加重強制猥褻罪即為已足。



四、甲基於強盜之概括犯意，於民國 95 年 5 月間，於不同時地，先後 2 次強盜乙、丙二人財物既遂，第 3 次持尖刀著手實行強盜丁之財物時，遭丁辱罵，乃怒而故意以刀當場殺死丁，適聞警車聲即逃逸，致第 3 次強盜未遂。

試問：法院於同年 6 月間裁判時，甲應成立何罪？若甲對丁係強盜既遂而殺人未遂，其刑責有何差異？倘甲於同年 6 月間向警局自首，法院於同年 8 月間裁判時，刑法之自首、連續犯等規定已修正施行，應如何比較適用法律？請依序說明之。(25 分)

命題意旨	從 94 年修法於今年 7 月 1 日已正式開跑施行，但修法中仍有相當多議題值得探討，當然也會是各大小國家考試的命題重。此問題並不難，在測驗考生本次修法所涉及之內容，主要是連續犯與自首之修正，另外一併測驗考生對結合犯之要件是否熟悉。
答題關鍵	本題關於強盜殺人之結合犯的問題，涉及結合犯之主觀要件之認定，以及結合罪既未遂之認定標準，為典型的萬年考古題，用功的同學應能輕鬆應付。至於因新舊刑法對連續犯及自首規定的修正而衍生的刑法時間效力問題，牽涉到最高法院 95 年度第 8 次刑事庭會議，考前若有閱讀過本決議之考生，應答上應會較為順利。就算未看過此決議，依基本功作答之考生，若有將結合犯要件、連續犯與自首於新舊法輕重之比較加以點出者，應亦有不錯的分數。
參考資料	1.《月旦法學教室》 第 39 期：P.90~100：牽連犯與連續犯廢除後罪數認定之基準（黃惠婷） 第 37 期：P.88~96：連續犯牽連犯廢除後罪數判斷與科刑處斷之因應（靳宗立） 第 34 期：P.65~74：強盜結合罪（黃惠婷） 2.《月旦法學雜誌》 第 135 期：P.197~208：牽連犯與連續犯廢除後之適用問題（柯耀程）
高分閱讀	1.《律師考場特刊》 P.27~41：新修正刑法之法律比較適用（相似度 70%） 2.《經典題型系列-刑法總則經典題型》（金律師）（51ML5004） P.3-98~3-106：連續犯規定廢止之時間上適用問題（相似度 85%） P.4-55~4-61：自首制度修正之適用（相似度 85%） 3.《經典題型系列-刑法分則經典題型》（金律師）（51ML5005） P.2-99~2-100：強盜結合罪（相似度 70%） 4.《重點整理系列-刑法總則》（方律師）（51ML1012） P.3-73~3-90：連續犯、實質競合與結合犯（相似度 80%） P.4-32~4-36：自首制度之修正（相似度 75%） 5.《重點整理系列-刑法分則》（方律師）（51ML1013） P.2-77~2-80：強盜結合罪（相似度 75%） 6.《書記官達人》 第 19 題：新修正刑法有關自首制度之修正（相似度 60%）

【擬答】

(一)法院於同年 6 月裁判時，甲應成立何罪？

1.甲強盜乙之行爲，成立刑法第 328 條之強盜罪。

2.甲強盜丙之行爲，成立第 328 條之強盜罪。

3.甲持尖刀強盜丁未取得財物之行爲，成立第 330 條之加重強盜未遂罪。

(1)按刑法第 330 條規定，犯強盜罪而有第 321 條第 1 項各款情形之一者，為加重強盜罪。同法第 330 條第 2 項規定，加重強盜罪之未遂行爲亦罰之。所謂之犯強盜罪，依通說及實務之見解，包括強盜之既未遂。依題示，甲持刀對丁所爲之強盜行爲係屬未遂，並無疑義；又因甲用以作為強盜取財之工具的「尖刀」，客觀上乃是對於他人之生命、身體、安全構成威脅，具有危險性之「凶器」，該當刑法第 321 條第 1 項第 4 款加重條件，故甲持刀對丁所爲之強盜未遂行爲，自成立加重強盜未遂罪。

(2)另，甲持刀對丁所爲之強盜未遂行爲，不得主張「中止未遂」以減免刑責。蓋依刑法第 27 條第 1 項前段之規定，已著手於犯罪行爲之實行，而因己意中止或防止其結果之發生者，為中止未遂犯，其效果為必減輕或免除其刑。本題中，甲對丁之強盜犯行之所以未既遂，乃係因殺害丁後，聽聞警車聲而逃逸，顯其甲中止其對丁之強盜行爲，係出於外界的障礙，而不得不放棄犯罪行爲之續行，而非基於自主的動機的「己意中止」，自無以適用前開中止未遂減免刑罰之寬典。

4.甲殺死丁之行爲，成立第 271 條之殺人罪。



5.甲強盜丁所成立之加重強盜罪未遂罪與對丁成立之殺人罪，依實務見解得成立刑法第 332 條第 1 項強盜殺人罪結合犯。

(1)按刑法第 332 條第 1 項規定，犯強盜罪，而故意殺人者，為強盜殺人罪之結合犯。其性質，乃是給合兩個個自單獨足以成罪之強盜罪與殺人罪，成為一個新的結合罪構成要件。所謂犯強盜罪者，依通說及實務之見解，包括普通強盜及加重強盜之犯行。

客觀上，承前所述，甲有對丁犯加重強盜未遂罪及殺人罪之行爲。主觀上，甲係於對丁為強盜行爲時，遭丁辱罵，始故意以刀殺害丁，並非於為強盜行爲之初，即有強盜後殺人之計畫，則甲是否得成立本罪，學理上容有疑義：

甲說：強盜殺人罪，乃是結合強盜罪與殺人罪二個各自獨立的構成要件，熔鑄成一個獨立的結合構成要件，必以行為人於著手實施基本犯罪的強盜行爲之初，即有犯強盜殺人之意思者，始得認其具有犯強盜殺人罪之結合犯故意，而得成立強盜殺人罪。倘依此說，因甲並非自始即計畫強盜殺人，自不成立強盜殺人罪。

乙說：強盜殺人罪並不以出於預定之計畫為必要，只須行為人以殺人為實施強盜之方法，或在行劫之際故意殺人，亦即凡係利用實施強盜之時機而故意殺人，兩者有所關聯者，即應依本罪處罰。至於兩者之間是否有犯意聯絡關係，並非所問（85 年 1 月刑議）。倘依此說，因甲雖非自始即計畫強盜殺人，但係利用實施強盜之時機而故意殺人，自得成立強盜殺人罪。

丙說：行為人主觀上除具備犯強盜罪及殺人罪之單一犯罪之故意外，犯該二罪之故意間必須具有結合關係者，始得認有結合故意。所謂結合關係乃指行為人依其犯罪計畫，在其主觀犯意上即已同時具備各該單一犯的構成要件故意，或雖無事先的犯罪計畫，但在著手實行單一犯的行爲之時，同時萌生另一單一犯的構成要件故意；或在一個單一犯甫實行完成之後，立即萌生另一個單一犯的構成要件故意；倘兩個單一犯罪故意之間，無結合關係，即無結合故意，自不能成立結合罪。倘依此說，因甲雖非自始即計畫強盜殺人，但甲係於實施強盜行爲之後，立即產生殺丁之故意，故得認甲主觀上具有強盜殺人之結合犯故意，自得成立強盜殺人罪。

丁說：犯強盜罪而故意殺人的結合罪並不以兩者均出於預定的計畫為必要，始足以成罪，只須發生在時間上有銜接性，地點上有關連性，即為已足（92 台上 1231 號判決）。倘依此說，因甲雖非自始即計畫強盜殺人，但甲係於實施強盜行爲之後，立即產生殺丁之故意，在時間上與所犯強盜罪有銜接性，地點上亦具有關連性，故得成立強盜殺人罪。

上開見解，除甲說外，不論通說所採之丙說，或實務所採對乙丁說均認甲得成立強盜殺人罪，本文從之。

惟刑法第 332 條僅有處罰強盜殺人結合罪既遂之行爲，而無處罰強盜殺人結合罪未遂之行爲，故若行為人所基礎犯罪之強盜罪係屬既遂，且所為之相合罪之殺人罪係屬既遂者，因行為人已完全實現強盜殺人既遂罪所有客觀的構成要件要素，此時，論行為人以強盜殺人既遂罪，誠無異議。惟若行為人所為基礎犯罪之強盜行爲係未遂者，倘已完全實現殺人既遂罪之構成要件時，究應論行為人以強盜既遂或者強盜未遂，既有疑義。例如，本題甲對丁所為，雖僅係強盜未遂，但其殺害丁行爲，已然既遂，究應論甲以強盜殺人結合罪之既遂，或者應論以強盜殺人結合罪之未遂，學理上容有爭議。

甲說：強盜而故意殺人，係結合強盜罪及殺人罪兩個獨立之罪，而成立一罪，必所犯強盜罪及殺人罪均已既遂，始構成強盜而故意殺人既遂罪。

乙說：強盜而故意殺人罪，係結合二可獨立成罪之罪而成一罪，如該所結合之二罪中有一已達既遂，即屬結合犯之既遂。

丙說：結合犯之既、未遂，應以所結合之犯罪既遂或未遂為斷，與基本犯罪之既遂、未遂無關，故強盜殺人罪，只要相結合之殺人罪係屬既遂，縱使基本犯罪之強盜行爲係屬未遂，仍得論以強盜殺人既遂罪。

上開三說，實務見解係採丙說之見解（註 19），多數學說亦同（註 20）。據此，本題中，甲對丁所為之強盜行爲雖屬既遂，但甲既已殺丁既遂，仍應論以強盜殺人結合罪之既遂犯。

惟本文認為，上開三說，就結論而言，應以甲說為當。蓋從結合構成要件之結構而言，結合犯既係結合二個個別單獨可以成罪之犯罪構成要件而為新的結合罪構成要件，則惟有實現結合罪所有客觀構成要件要素（包括基本犯及相結合之客觀構成要件要素），始得論以結合罪之既遂，倘有任一客觀構成要件要素未被實現者，即無由論以結合罪之既遂，僅能論以強盜殺人之未遂，而因刑法並不處罰強盜殺人未遂之明文，依刑法第 25 條第 2 項以及刑法第 1 條之規定，僅能因刑法第 50 條規定論以數罪併罰。再從歷史解釋之觀點論之，刑法第 332 條之立法理由，明白指明，必須所犯之基本犯罪與相結合的犯罪二者同為既遂，方能適用本條，亦係甲說之見解。

(2)小結：綜上述，甲強盜丁未遂，但將丁殺害之行爲，依本文見解，不成立刑法第 332 條第 1 項之強盜殺人既遂罪，僅能依刑法第 50 條規定，論以加重強盜未遂罪及殺人既遂罪，二罪併合處罰。但依實務及多數說之見解，對甲則得論以刑法第 332 條第 1 項之強盜殺人既遂。

6.競合：

綜上述，若依本文之見解，甲先後所為，分別成立二個強盜既遂罪、一個加重強盜未遂罪、一個殺人罪，而因甲對乙丙丁先後三次強盜行爲係出於強盜之概括犯意而為之，具有連續關係，依民國 95 年 7 月 1 日前所施行之刑法（以下簡稱舊刑法），第 56 條規定連續數行為觸犯同一罪名者，成立連續犯，以一罪論，加重其刑至二分之一。關於同一罪名，實務見解認為，不以罪名為同一條項為限，但必須基本構成要件相同始可，進而認為普通強盜既遂犯與加重強盜未遂犯，因基本構成要件的強盜行爲，係屬相同，故亦為同一罪名。因此，甲所成立之二個強盜既遂罪與一個加重強盜未遂罪，成立舊法之連續犯，再與殺人既遂罪，依刑法第 50 條論以數罪併罰。



若依實務及多數學說之見解，則甲先後所為者，應分別成立二個強盜既遂罪、一個加重強盜未遂罪、一個殺人罪與及一個強盜殺人結合犯。該結合罪與加重強盜未遂罪及殺人罪成立法條競合，論以強盜殺人結合犯。而因甲先後三次的強盜行為皆於強盜之概括犯意下為之，具有連續關係，按民國 95 年 7 月 1 日前之舊刑法第 56 條規定連續數行為觸犯同一罪名者，成立連續犯，以一罪論，加重其刑至二分之一。關於同一罪名，實務見解認為，不以罪名為同一條項為限，但必須基本構成要件相同始可，進而認為結合犯與相結合之單一犯並非同一罪名，但與基礎之單一犯為同一罪名。因此，甲所成立之二個強盜既遂罪與強盜殺人罪結合犯，出於概括犯意，並為同一罪名，成立舊法之連續犯。

(二)若甲對丁係殺人未遂而強盜既遂，其刑責有何差異？

- 1.與前一小題相同者，甲先前二行為成立二個強盜罪，合先敘明。
- 2.若甲對丁係殺人未遂而強盜既遂，按前述之說明，實務見解認為不論基礎罪之強盜罪為既遂或未遂，皆得與殺人罪成立結合犯，僅於相結合罪之殺人罪未遂時，始不得與基礎罪成立結合犯。而此時甲僅成立殺人未遂，故不成立強盜殺人罪之結合犯。
- 3.競合：甲成立三個強盜既遂罪與一個殺人未遂罪，連續犯之要件如前所述，故甲所成立之三個強盜罪，為數行為觸犯同一罪名，且出於概括之犯意，成立連續犯。再與殺人未遂罪數罪併罰。

(三)倘甲於同年 6 月間向警局自首，法院於同年 8 月間裁判，應如何比較適用其法律？

- 1.按 95 年 7 月 1 日所施行之新刑法規定（以下簡稱新刑法），刪除連續犯之規定，並將自首規定之法律效果從「必減」修正為「得減」。此時，甲行為時之法律規定與裁判時之法律規定不同，涉及刑法第 2 條之規定。該條規定，行為後法律有變更者，適用行為時之法律。但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律。一般稱之為「從舊從輕原則」。按此原則，甲原則上應適用行為時之法律，亦即舊刑法，僅有於新刑法較有利於行為人時，適用新刑法。
- 2.關於新舊法何者較有利於行為人，最高法院 95 年度第 8 次刑事庭會議提出，比較時應就罪刑有關之共犯、未遂犯、想像競合犯、牽連犯、連續犯、結合犯，以及累犯加重、自首減輕暨其他法定加減原因（如身分加減）與加減例等一切情形，綜其全部罪刑之結果而為比較。是故，本小題之情形，有必要比較新舊法連續犯刪除與自首修正規定，何者較有利於行為人，以決定本案例所應適用之法律。
- 3.連續犯，通說認為乃數罪併罰之特別規定。因此，按舊法應適用連續犯之案例，因新法已將連續犯之規定刪除，應適用原則規定，以數罪併罰處罰之。故相較之下，連續犯之法律效果為「以一罪論，加重其刑至二分之一」，較刑法第 51 條數罪併罰之規定有利於行為人。
- 4.關於自首部分，最高法院 95 年度第 8 次刑事庭會議認為，犯罪及自首均在新法施行前者，新法施行後，應依新法第二條第一項之規定，適用最有利於行為人之法律。犯罪在新法施行前，自首在新法施行後者，應適用新法第六十二條之規定。故本題中，舊刑法之規定為「必減」、新刑法規定為「得減」，舊刑法較有利於行為人。
- 5.綜上比較，本案例若適用舊刑法，甲得成立連續犯、自首亦為「必減」，為較有利之規定，故法院於同年 8 月間裁判，應依刑法第 2 條第 1 項本文，適用行為時之刑法規定，甲之行為得成立連續犯，並因自首而必減其刑事責任。

【註釋】

註 1：就經驗上之認知而言，雖可想像到新聞記者甘冒妨害公務罪之危險，也要採訪獨家，但冒犯罪之危險，而行新聞採訪之記者，毋寧為少數，況一旦為採訪新聞而為妨害公務行為被捕後，新聞沒了，飯碗也不保，太划不來了，故有妨害公務之行為之一回事，有沒有妨害公務之故意，尚須進一步認定哦！

註 2：林山田，刑法各罪論(下)，第五版，第 319 頁；張麗卿，交通刑法，第 55 頁；褚劍鴻，刑法分則釋論(上)，第 427 頁。

註 3：89 年度台上字第 7622 號：「刑法第一百八十五條之四駕駛動力交通工具肇事，致人死傷而逃逸罪，只須有駕駛動力交通工具肇事，致人死傷，未下車救護而逃逸之事實，罪即成立，不以肇事之發生須有過失責任為要件。」

註 4：甘老師認為，本罪無論自規範目的抑或肇事原因分析，均欠缺立法之正當性，允宜予以除罪化。行為人苟有肇事逃逸之行為，依刑法第二百九十四條遺棄罪之規定加以論處即為已足，毋庸增設本條之規定，形同畫蛇添足，且徒增適用上之困擾。(詳參，甘添貴師著，酒醉駕車與肇事逃逸，台灣本土法學，第 30 期，第 113 頁。)

註 5：林鈺雄，從肇事逃逸罪看實體法與訴訟法的連動性，月旦法學，第 94 期，2003 年 3 月，第 261 頁。

註 6：應注意者，酒後駕車之酒測值，會隨著時間的經過而降低，就本題而言，乙係送醫後被檢測出其呼氣中酒精濃度為每公升 0.56 毫克，則在乙撞及甲車之前的駕駛行為，其酒測值若非超過每公升 0.56 毫克，至少亦達每公升 0.56 毫克。

註 7：林山田，刑法各罪論(下)，第五版，第 311 頁；林東茂，刑法綜覽，第四版，第 2-238 頁；張麗卿，交通刑法，第 94 頁。



註 8：民國 89 年 11 月 00 日台灣高等法院暨所屬法院八十九年法律座談會彙編 第 257-262 頁。

註 9：應注意者，本題縱採乙說(具體危險說)之見解，亦無礙乙酒駕已達不能安全駕駛之認定。因為，乙酒測值不僅已高達每公升 0.56 毫克，而於客觀上的駕駛表現是連遇紅燈，都無好充分控制好煞車，而導致交通事故的發生，故應可認已達不能安全駕駛之進步。

註 10：依甘添貴老師之見解，本罪所謂「不能安全駕駛」，性質上為「客觀之處罰條件」。行為人祇須服用藥品、酒類等，而駕駛動力交通工具者，即足成立本罪；惟須達於不能安全駕駛之程度時，始得予以處罰。參照甘添貴，酒醉駕車與肇事逃逸，台灣本土法學雜誌，第 30 期，2002 年 1 月，第 108 頁。

註 11：如果，乙就醫後，醫生給予醒酒的藥物，或透過醫學或科技之方法，使乙回復未飲酒的精神狀態正常的情況，即可認為乙先前的飲酒而導致精神障礙的狀態已然解消，之後，縱為開車的行為即與正常人的開車行為無異，自無該當危險駕駛罪之問題。

註 12：姑不論，關於醫師行為之相關法令，或醫師行為之業務準則，甚或醫師倫理規範中，有無告誡受治者酒後不得開車這一項規定，就一般社會倫理道德規範而言，是否可以認為醫師對於受治對象，有告知其酒醉後不應駕車之義務，亦有疑問，但縱使採比較煽情的觀點，認為任何人對於喝酒者，都有告知其不應酒後駕車的義務，從而，肯定醫師亦有告知受治者不可酒後開車的義務，亦不當於即可肯定醫師即構成不純正不作為犯。

註 13：林山田，刑法總論(下)，第 9 版，第 247 頁。

註 14：參照 27 上 2766 判例。

註 15：最高法院 17 年 10 月 13 日刑庭會議決議

註 16：參照 82 年 2 月台南高分院法律座談會：

法律問題：甲男持美工刀脅迫乙女不許動，然後顯出自己的生殖器實施手淫的行為，使乙女目睹其情景，直至射精後始許乙女離去，問甲男犯何罪？(民國 82 年 6 月 12 日臺灣高等法院台南分院法律座談會)

甲說：甲男之行為應成立刑法第二百二十四條第一項之強制猥褻罪。按猥褻係指除姦淫以外，足以引起或滿足人性慾之一切行為，甲男脅迫乙女目睹其手淫，在異性面前露出自己之殖器而實施手淫，自然足以引起及滿足甲男之性慾，故應成立該罪。

乙說：甲男之行為，僅成立刑法第三百零四條第一項之強制罪。按甲男僅脅迫乙女目睹其露出生殖器實施手淫之行為，並未對乙女加以猥褻之積極行為，故僅能成立該條項；以脅迫使人行無義務之事之強制罪。

司法院刑事廳研究意見：如甲男之行為尚未達於剝奪乙女行動自由之程度，同意採乙說(司法院 (82) 廳刑一字第 7626 號)。

註 17：參照最高法院 81 台上 1975 號刑事判決。

註 18：許玉秀，妨害性自主之強制、乘機與利用權勢—何謂性自主？台灣本土法學，第 42 期，2003 年 1 月，第 24 頁。

註 19：刑事法律專題研究 (三) 第 221-223 頁；78 年 10 月司法院司法業務研究會第 15 期。

註 20：依林山田老師之見解，從文義解釋之觀點而言，刑法第 332 條第 1 項法文之所謂「犯強盜罪」，解釋上乃包括強盜之既遂與未遂行為，故強盜殺人既未遂之判斷，自應著眼於相結合之殺人罪的既未遂為斷。

