

# 《刑法》

- 一、甲為某民營銀行行員，受某鄉公所之委託辦理災害救濟金發放事項。甲因見乙家境特別窮困，乃簽報其銀行長官同意，按救濟金標準加倍發給乙；另甲因見丙家境富裕，遂自作主張，僅發給丙救濟金之半數，餘半數則歸還鄉公所。問甲之責任如何？（25 分）

命題意旨	本題為實例題，出題委員之意旨在測試考生對瀆職罪章此一基本概念之認識程度。考生必須熟悉瀆職各罪之間關係，方能掌握應答意旨。
答題關鍵	此題僅為圖利罪的法條解釋與涵攝，另有公務員之規定，若無意外應可掌握分數。
高分閱讀	1.司法三等考場特刊第 14 題：偽造文書之要件（相似度 30%） 2.重點整理系列-刑法分則（方律師）（51ML1013）P.3-93~3-95：業務登載不實罪（相似度 85%）

## 【擬答】

- 一、此題受損者為國家，帶個人法益中並未將國家算入主體，因此，主要法益侵害是國家體制內部的信賴動搖，某甲侵害一般民眾對於鄉公所之信賴且導致國家體制的波盪，此規定在刑法瀆職罪章。
- 二、刑法瀆職罪章可分為賄賂罪以及濫用職權罪，某甲並無賄賂情事，故應屬於濫用職權範圍，而圖利罪為此罪之典型。公務員對於職權上的公正性有所疑慮，將導致人民對公務員的信賴損傷，若結果不法與行為不法皆該當，則此罪成立。
- 三、圖利罪屬於身分犯，某甲須具有公務員身分方能該當此罪，刑法第十條修正後規定：「依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限，以及其他依法令從事於公共事務，而具有法定職務權限者；或受國家、地方自治團體所屬機關依法委託，從事與委託機關權限有關之公共事務者為公務員」，其限縮了公務員的規定，甲為某民營銀行行員，本不應屬於公務員，新法有意排除公立醫院之醫、護士及政府持股超過百分之五十之員工，某甲自本不應在公務員之列。
- 四、然則，某甲符合第十條所稱「受國家、地方自治團體所屬機關依法委託，從事與委託機關權限有關之公共事務者」，發放救濟金屬國家業務，而行員在權限委託上屬於必要，在發放救濟金上對人民亦屬公務員職權範圍，因之某甲符合第十條所稱之公務員。
- 五、而圖利罪中，發放金亦應屬於行員主管或監督之事物。且亦為明知違背法令，為他人圖不法利益。在不法利益的解釋上，應可認定在所發放的金額之外皆屬不法利益，然而「因而獲得利益」在解釋上即有疑慮。
- 六、所謂「因而獲得利益」，解釋上並非犯罪人本身獲得利益而言，而是相對於獲得利益，國家受到損傷。在法益解釋上雖然著重的是公共信賴，但國家所受之損傷應可認定圍攻故信賴損傷的附隨結果，也為限縮要件。此題，某甲在發放某乙金額時使國家受損，某乙獲得利益，應可該當圖利罪。
- 七、然則丙的部分，丙並未獲得利益，反而有所損傷，而國家財產上無實質損害。有論者認為國家在公共信賴方面仍有所損傷，人民對於公務員的公正性有所疑慮，然則基於罪刑法定之理由，在不可將某甲之情感解釋成利益之下，丙的部分無法成立圖利罪。

- 二、某甲為書店老闆，於 96 年 6 月間自國外購進「成人性愛寶典」、「少男少女禁果初體驗」、「性交大觀」三種含有男女裸體及性交畫面之情色書刊及 DVD，陳列於店內販售。甲鑑於其中「少男少女禁果初體驗」內容係未滿十八歲之少年男女所拍攝之性愛畫面，「性交大觀」內容有人獸性交及性虐待之畫面，遂以透明塑膠膜包封，並標示「十八歲以下兒童及少年不宜」字樣於外包裝後，陳列於書架販售。嗣於 96 年 7 月間為警查獲，並扣得上開情色書刊及 DVD 一批，經依妨害風化罪嫌移送地檢署偵辦。試問：

（一）某甲所陳列販賣之上開情色書刊及 DVD 之中，部分有加封套及警語，部分則未加封套及警語，其不同處理方式，對其刑事責任之構成有無影響？試從相關刑法規定之法律構成要件內涵及實務見解申論之。（15 分）

（二）某甲之行為觸犯刑法何罪名？如何處斷？（10 分）

命題意旨	本題為傳統題，出題委員之意旨在測試考生對猥褻物實務見解的態度，以及法條基本解析。
答題關鍵	應掌握之基本重點為猥褻之意義，若欲得高分，除了上述重點之外，宜將實務及大法官之解釋鋪陳，方能掌握關鍵分數。
高分閱讀	1.司法三等考場特刊第 8 題：散佈猥褻物品罪要件（相似度 50%） 2.重點整理系列-刑法分則（方律師）（51ML1013）P.3-160~3-167：散佈販賣猥褻物品罪（相似度 90%）

## 【擬答】

- 一、散播猥褻物品罪之法律構成要件及實務見解

### (一)法律構成要件

- 1.刑法第二三五條規定：「散佈、播送或販賣猥褻之文字、圖畫、聲音影像或其他物品或公然陳列，或以他法供人觀賞」為散播猥褻物品罪，其中猥褻物的定義屬於妨害風化罪中對他人觀感影響之產物，與個人法益中、自由定義下的強制猥褻不同，需要客觀標準擬定。
- 2.本罪保護法益有兩說，一為妨礙社會善良風俗及健全的性風俗，二為對於未成年者、對性態度尚未成熟者之保護，對於後者，現有兒童及少年性交易防治條例第二十九條規範，屬於特別法範圍，因此由刑法本質上的善良風俗出發應為可解。
- 3.所謂公然陳列，乃指對不特定多數人再可認識的狀態下放置。典型的公然陳列是以照片、寫真、影像在公共場所播送，此題某甲是以書籍排列，其散播性不若公開播送，因此在解釋上即有探討空間。
- 4.若從保護青少年的角度出發，即使某甲所有物已該當猥褻物品，因部分已加示警語，在有防護措施之下即可避免法益受到侵害，則某甲無罪；若甲未標示警語，則仍須注意此書籍是否該當猥褻物品。
- 5.若從社會善良風俗法益出發解釋，某甲加封套及警語的行為亦可因之免責。由於猥褻是屬於社會觀感，若在標示警語之下並無法隨意翻閱，則社會觀感波盪必然減小；然若某甲未標示警語，則公開將物品暴露在社會大眾所見之處，則社會觀感之波盪必然增高，對某甲刑事責任構成自然有所影響。
- 6.惟須注意，即使某甲未標示警語，是否該當猥褻物品仍有可議之處。此題無論從哪一種法益角度出發，有無封套和警語皆因對刑事責任有重大影響。

### (二)實務見解

- 1.釋字四〇七號：「猥褻出版品，乃指一切在客觀上，足以刺激或滿足性慾，並引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化之出版品而言。」對於何謂猥褻有明確見解，但其定義仍較空泛。
- 2.釋字六一七號解釋：「刑法第二百三十五條第一項規定所謂散布、播送、販賣、公然陳列猥褻之資訊或物品，或以他法供人觀覽、聽聞之行為，係指對含有暴力、性虐待或人獸性交等而無藝術性、醫學性或教育性價值之猥褻資訊或物品為傳布，或對其他客觀上足以刺激或滿足性慾，而令一般人感覺不堪呈現於眾或不能忍受而排拒之猥褻資訊或物品，未採取適當之安全隔絕措施而傳布，使一般人得以見聞之行為」，此解釋對何謂猥褻開始有具體見解，但對法益保護無多加著墨，僅指出性道德規範在憲法上之意義。
- 3.釋字六一七號仍將猥褻品分成兩類，一為暴力、性虐待或人獸交等而無藝術性、醫學性或教育性的資訊及內容，二為上述要件外，足以刺激或滿足性慾，而令一般人感覺不能忍受，且未加封套或警語等安全隔絕措施者。在第二類中大法官指出適當的安全措施對具體的刑責有所影響，但在第一類中並無此解釋，唯一可認定的是第一類的物品被認為絕對上的猥褻物品，僅以醫學、教育、藝術等類阻卻違法事由排除，因此，某甲所持之「性交大觀」，因含有解釋中所謂人獸交之畫面，即使加示警語，仍可能該當法條所述之猥褻物品。
- 4.而若不屬於絕對的猥褻物品，則未有適當保護措施之下，仍可該當刑法二三五條之罪，某甲所持之成人性愛寶典，因為未加示警語，可能該當本罪，然如上所述，其是否該當此罪之客體仍有疑問，而釋字六一七號解釋對此部份仍和四〇七號解釋一般，以「他客觀上足以刺激或滿足性慾，而令一般人感覺不堪呈現於眾或不能忍受而排拒之猥褻資訊或物品」為標準。

## 二、某甲之行為是否該當散播猥褻物品罪？

### (一)是否該當猥褻物品？

- 1.某甲所持書籍，除性交大觀因為符合釋字六一七號解釋而成為猥褻物品之外，其餘部分必須重新做客觀上的判斷。
- 2.少男少女禁果初體驗，因包含未滿十八歲之性愛畫面，可能令一般人感覺「不堪呈現」。然而是否可能刺激性慾有所疑義，未滿十八之性交畫面雖有挑逗味道，但對一般大眾可能僅有不堪入目之感，在刑法謙抑性之下，對於猥褻的解釋應該做嚴格之認定。性慾與性羞恥感應並存成為要件，而非該當其一即處罰。
- 3.成人性愛寶典，同上所述，對於能否刺激性慾一事亦有疑義。

### (二)是否標示警語？

- 1.依釋字六一七號解釋，若非絕對上的猥褻物品，則適當標示警語可以免去刑事責任，因此即使少男少女禁果初體驗成為猥褻物品，仍可因為適當的警語而免去罪責。
- 2.然則性交大觀因為符合第一類解釋，即使標示警語亦有可能成為猥褻物品之客體。

### (三)是否有教育性？

- 1.成人性愛寶典即使成為猥褻物品，其亦可因教育性而免去罪責，雖依照大法官解釋，教育性、藝術性等是在第一類猥褻物品中作為阻卻事由，但其應具有共通性，因此即使未標示警語，只要具有教育性，仍可因此免去刑責。
- 2.因之，放置成人性愛寶典不構成散播猥褻物品罪。

(四)依上所述，僅有擺置性交大觀可成為散播猥褻物品罪之客體。然而，此解釋在學說仍有疑慮，人獸交及性虐待在無醫學性、教育性、藝術性之下成為猥褻物品，不代表無他種阻卻事由。言論自由方面因為大法官解釋而採去偏向否定的態度，但無論從哪依法益解釋出發，人獸交並無法滿足性慾，也無法使未成年人對性觀念有值得刑法處罰的偏差，因之，在學術解釋上，性交大觀仍應有不該當構成要件客體之可能。

### 【參考資料】

- 1.月旦法學教室第 50 期：P.106～108：「散佈猥褻物品罪」合憲
- 2.月旦法學雜誌第 145 期：P.80～95：刑法第 235 條散佈猥褻物品罪及相關判決評釋（林志潔）

三、甲、乙、丙三人在某山丘空地架設捕捉鴿子的網具，於鴿主實施外訓飛行時，網捉飛經該處的鴿子。經四次上山丘取鴿，共得三位鴿主 A 的賽鴿十隻、B 的賽鴿十五隻、C 的賽鴿八隻。抓到上開鴿子後，由甲依鴿子腳環上的電話號碼，於不同時間，撥打電話給鴿主 A 一次、B 三次、C 二次，告知三人：你的鴿子在我手上，你要取回的話就匯錢到我指定的帳戶內，否則將會永遠看不到鴿子（鴿子會遭殺掉或扭斷脖子、翅膀）等語。鴿主 A 氣忿難當，某天輾轉探知甲、乙、丙三人在山丘空地後，找 B、C 一同上山。甲、乙、丙三人見 A 等人前來，立即做鳥獸散，慌亂中丙取自己有牌照的獵槍逃走，卻不小心跌倒，致觸槍射中 B 手臂輕微擦傷，續中 B 後面 C 的頭部當場死亡。由上述事實分析後，列出全部所實現的構成要件及相關法條，並依現行刑法附理由敘明行為數、罪數判斷過程，並做出最後的處斷結論。（25 分）

命題意旨	本題主要涉及犯罪之法條：普通竊盜罪之共同正犯、結夥竊盜罪、恐嚇危害安全罪之共同正犯、強制未遂罪之共同正犯、過失傷害罪、過失致死罪。
答題關鍵	依照犯罪論證的階層體系，詳細檢驗各罪構成的要件。
高分閱讀	1.司法四等考場特刊 第 12 題：恐嚇取財罪要件（相似度 50%） 2.司法三等考場特刊 第 2 題：打擊錯誤之處理（相似度 50%） 3.重點整理系列-刑法分則（方律師）（51ML1013） P.2-49～2-68：恐嚇取財得利（相似度 85%） 4.重點整理系列-刑法總則（方律師）（51ML1012） P.2-78～2-93：錯誤（相似度 80%）

### 【擬答】

#### 壹、犯罪事實分析

本題主要涉及犯罪之事實及其所實現的構成要件及相關法條之法條分析如下：

一、甲乙丙三人架設捕鴿網，捕獲鴿主 A 的賽鴿十隻、B 的賽鴿十五隻、C 的賽鴿八隻。

(一)甲乙丙三人架網捕捉 A 的賽鴿，可能成立普通竊盜罪之共同正犯(刑§320 II、28)

1.不法構成要件該當性：

(1)本罪之成立，係以二人以上之行為人基於共同實行竊盜罪之意思決定，以及為自己或第三人不法之所有意圖，而共同實行竊取他人之動產為要件。本罪之行為客體乃他人之動產，若將本罪之保護法益，解係動產之持有者，則飛行中之賽鴿，是否該當本罪之行為客體，學理上容有爭議：

①甲說：賽鴿係他人所有飼養之飛禽，乃屬動產之一種，雖在比賽中飛翔，然隨時可以飛回，難謂係離本人所持有之物，如架網加以捕捉自應構成竊盜罪。

②乙說：賽鴿在比賽飛行中，已脫離原所有人實力支配範圍，即係離本人所持有之物，已非竊盜罪之客體，充其量僅為刑法第 337 條之客體。倘加以網捉，侵占入己，應構成侵占離本人持有之物之罪。

③丙說：飛行中之鴿子，是否該當竊盜罪之客體，應分別情況而論。若是依原定方向飛行之鴿子，當屬竊盜罪之客體，網捉他人所有之飛行中賽鴿，固應構成竊盜罪；惟若該飛鴿係他人飛失之鴿子者，該鴿既已迷失方向，已屬於離本人所持有之物；又或被害人在家中鴿舍放飛鴿子，數日未飛回鴿舍者，行為人予以網捉，均係構成刑法第 337 條之侵占離本人持有之物之罪。

④上開各說，實務係採丙說(司法院(76)廳刑一字第 1669 號)，本文同意之。

(2)客觀上，依題示，甲乙丙所架網捕捉到的鴿子，係 A 等被害人所有飼養之飛禽，乃屬動產之一種，且 A 等之賽鴿乃是實施外訓飛行，依原定路線飛行的鴿子，顯見該鴿子雖在比賽中飛翔，然隨時可以飛回，難謂係離本人所持有之物，自該當本罪之行為客體。甲乙丙三人架網將 A 之賽鴿捕捉，乃是共同實施未經原動產持有人之同意，擅自破壞原動產持有人對於原動產之支配持有關係，進而建立一個新的支配持有關係之竊盜既遂行為。

(3)主觀上，甲乙丙有共同竊取 A 等被害人鴿子之意思決定。惟從題示，甲乙丙三人之所以捕捉鴿子，其目的乃在藉以要脅 A 等被害人匯款贖鴿，似乎沒有將 A 等被害人之賽鴿子據為己有之意思，則甲乙丙三人是否仍具有「為自己不法所有之意圖」不無疑問：

①甲說：所謂「不法所有之意圖」，乃指欠缺適法權源，仍圖將財物移入自己實力支配管領下，得為使用、收益或處分之情形而言(82 年台上字第 1959 號)。今甲乙丙三人之目的既在擄鴿以勒贖，顯無將被害人賽鴿，據為己有以使用、收益或處分之意思。

②乙說：甲乙丙三人捕鴿之目的，雖在持之勒贖鴿主，惟當行為人將鴿子捕獲之際，不僅排除鴿主對其鴿子之支配，其用之以要脅鴿主，形同以該鴿子之所有者，之使用或處分其物的表現，故仍可認其有竊盜之不法所有意圖。

③對於上開問題，實務認為雖未詳加討論，但就結論而言，無不認為甲乙丙所為之捕鴿行為，至少應構成竊盜，實無異承認其具備不法所有之意圖。本文從之。

(4)綜上，甲乙丙三人架網捕捉 A 的賽鴿，該當共同竊盜罪之構成要件。

2.小結：甲乙丙三人均無阻卻違法及罪責事由，故成立本罪。

(二)甲乙丙三人架網捕捉 A 的賽鴿，可能成立結夥竊盜罪(刑§321 I )

1.不法構成要件該當性：

(1)本罪之成立，係以結夥三人以上而犯竊盜罪為要件。

(2)客觀上，架網捕捉他人之賽鴿，乃是竊盜他人動產之行為，業如前述。又甲乙丙三人，乃出於共同犯竊盜罪之故意，而結為一夥，並共同為架設捕捉鴿子的網具以捕捉賽鴿之行為。

(3)故甲乙丙三人捕捉賽鴿之行為，該當結夥竊盜之要件。

2.小結：甲乙丙三人均無阻卻違法及罪責事由，故成立本罪。

(三)甲乙丙三人架網捕捉 B 的賽鴿，成立同時成立，普通竊盜罪之共同正犯以及結夥竊盜罪(刑§321 I )。論證同前述捕捉 A 之賽鴿部分。

(四)甲乙丙三人架網捕捉 C 的賽鴿，成立同時成立，普通竊盜罪之共同正犯以及結夥竊盜罪(刑§321 I )。論證同前述捕捉 A 之賽鴿部分。

二、甲乙丙捕獲 A 等賽鴿後，由甲打電話告知 A 等三人，匯錢至其指定帳戶，否則將殺害賽鴿。

(一)甲乙丙三人捕鴿後，由甲打電話告知 A 不匯錢將殺害其賽鴿，可能成立恐嚇危害安全罪之共同正犯(刑§§305 III、25、28)：

1.不法構成要件該當性：

(1)本罪之成立，係以二人以上之行為人，基於共同之犯罪意思決定而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。所謂恐嚇，固係指以足使人生畏懼感之事為內容，而通知將加害之旨於被害人之行為。惟本罪對於恐嚇之內容，乃限縮於以加害生命、身體、名譽、財產等事項為限，且本罪之恐嚇行為，必須行為人以不法之惡害通知他人，使其心生畏懼，方足當之，若以正當合法之事，通知他人，雖他人心中生畏懼，也不能成立本罪。

(2)客觀上，本題中之甲乙丙三人捕獲 A 之賽鴿後，電告 A 速匯錢，否則將殺害賽鴿，乃係由甲將不利於被害人 A 的財產(賽鴿)之事告知被害人，使其感受壓力而心生畏懼或有所顧忌的恐嚇行為。雖從題示，A 受甲之恐嚇後，無法確知 A 有無匯錢至甲所指定之某帳戶的行為，但依吾人之經驗認知，凡賽鴿主莫不愛護其鴿者，甲之恐嚇業已致使身為鴿主之 A 產生畏怖心，而生危害於安全之疑慮。

主觀上，從題示「甲、乙、丙…抓到上開鴿子後，由甲…撥打電話」云云，可知甲之所打電話恐嚇 A，乃是依三人之犯罪計畫所為，故甲乙丙三人乃有共同實行恐嚇他人之行為決意(犯意聯絡)。

縱乙丙二人並無打電話之恐嚇行為，但從該三人之犯罪計畫以觀，乙丙二人顯將甲所為之恐嚇行為視同自己之行為，即乙丙二人參與恐嚇前階段之捕鴿行為，再由甲實行後階段之恐嚇行為，是仍可肯定三人間有行為之分擔。

(3)綜上，甲乙丙三人捕鴿後，由甲打電話告知 A 不匯錢將殺害其賽鴿，該當恐嚇危害安全罪之共同正犯之構成要件。

2.小結：甲乙丙三人均無阻卻違法及罪責事由，故成立本罪。

(二)甲乙丙三人捕鴿後，由甲打電話告知 A 不匯錢將殺害其賽鴿，可能成立強制未遂罪之共同正犯(刑§§304 III、25、28)：

1.不法構成要件該當性：

(1)本罪之成立，係以二人以上之行為人，基於共同之犯罪意思決定共同著手實行以強暴、脅迫使人行無義務之事或妨害他人行使權利而不遂為要件。

①所謂「強暴」，係指一切外在有形之不法腕力使用，亦即行為人施用暴力而強制他人，剝奪或妨害他人的意思形成、意思決定或意思活動的自由，以迫使其行無義務之事，或妨害其行使權利者，即為強暴。

②「脅迫」則泛指一切足使人生畏怖之惡害通知而致使不能抗拒之行為，亦即行為人以一個未來的惡害知會被害人，使其心生畏懼或有所顧忌，而得強制其為無義務之事或妨害其行使權利者，即為脅迫。無論強暴或脅迫，均以對人實施為已足，惟不以對人之身體實施為必要，縱對於第三人或物實施，亦足當之。

③所謂「使人行無義務之事」，乃行為人並無任何權利或權能，對方亦無義務，而使對方不得不為一定之作為、不作為或容忍之行為。所謂「妨害他人行使權利」，乃妨害被害人在法律上所得為之一定作為或不作為。

(2)客觀上，本題中之甲電告 A 速匯錢，否則將殺害其賽鴿，固係依甲乙丙三人之犯罪計畫，將不利於被害人 A 的財產之事告知被害人，使其感受壓力而心生畏懼或有所顧忌，而能逼迫被害人 A 依其行為人甲所要之方向，加以操控的脅迫行為。且 A 並無匯錢給甲之義務，故甲要脅 A 匯錢，乃是迫使 A 行無義務之事。但從題示，並無法確知 A 經甲之脅迫後有無匯錢至甲所指定的帳戶之事實，基於「罪疑唯利被告」原則，因認 A 尚無履行「匯錢」此等無義務事之舉動，而無由該當強制罪既遂之客觀要件。主觀上，甲有與乙丙共同實行強制行為之犯意聯絡。

(3)綜上，甲乙丙三人捕鴿後，由甲打電話告知 A 不匯錢將殺害其賽鴿，該當強制未遂罪之共同正犯之構成要件。

2.小結：甲乙丙三人均無阻卻違法及罪責事由，故成立本罪。

(三)甲乙丙三人捕鴿後，由甲打電話告知 A 匯錢以贖回賽鴿，可能成立恐嚇取財未遂罪之共同正犯(刑§§346 III、25、

28)：

1.不法構成要件該當性：

(1)本罪之成立，係以二人以上之行為人，基於共同之犯罪意思決定(犯罪聯絡)以及意圖為自己或第三人不法之所有，共同著手以恐嚇使人將本人或第三人之物交付行為之實行(行為分擔)而不遂為要件。所謂「恐嚇」，依實務見解，係指以危害通知他人，使該人主觀上生畏怖心之行為，然此危害之通知，並非僅限於將來，其於現時以危害相加者，亦應包括在內。

(2)本題中，依題所示，甲固有依甲乙丙之犯罪計劃，電告 A 匯錢以贖回賽鴿，否則將殺害其鴿之舉動，但 A 接受甲之電話告知後，是否有依甲指示之匯錢行為，從題意無法確證，基於罪疑唯利被告原則，應認 A 並未有匯錢之事實，是甲等所為無由該當恐嚇取財既遂罪。惟甲乙丙三人主觀顯有共同對 A 實施恐嚇取財之意思決定(犯意聯絡)，以及不法所有之意圖。客觀上，三人經由甲電告 A 匯錢，否則將其鴿殺害之行為，乃是著手實施以危害通知他人，使該人主觀上生畏怖心之恐嚇行為。

(3)綜上，甲乙丙三人捕鴿後，由甲打電話告知 A 匯錢以贖回賽鴿，該當共同恐嚇取財未遂罪之構成要件。。

2.小結：甲乙丙三人均無阻卻違法及罪責事由，故成立本罪。

(四)甲乙丙三人捕鴿後，由甲打電話告知 B 匯錢以贖回賽鴿，成立共同恐嚇罪、共同強制未遂罪，以及共同恐嚇取財未遂罪(刑§§346Ⅲ、25、28)。論證同前述勒贖 A 部分。

(五)甲乙丙三人捕鴿後，由甲打電話告知 C 匯錢以贖回賽鴿，成立共同恐嚇罪、共同強制未遂罪，以及共同恐嚇取財未遂罪(刑§§346Ⅲ、25、28)。論證同前述勒贖 A 部分。

三、丙逃走時不小心跌倒，致觸槍射中 B 手臂輕微擦傷，續中 B 後面 C 的頭部當場死亡。

(一)丙觸槍射中 B 手臂輕微擦傷，可能成立過失傷害罪(刑§284 I 前)：

1.不法構成要件該當性：

(1)本罪之成立，係以因過失傷害人為要件。

(2)依題示，丙觸槍射中 B 手臂，乃是 B 受傷結果發生之原因。又依題示，丙之所以射傷 B，乃因不小心跌倒而觸槍所致，顯見主觀上，丙無傷害 B 之故意。惟依吾人之經驗認知，凡獵槍中既有子彈者，即有因任何原因而擊發，傷及他人生命或身體之危險，是所有具有理性與良知之持槍者，不論持有原因合法與否，均有小心謹慎持槍，以免觸及扳機而傷及他人之客觀必要注意義務，如果沒有把握完全避免誤觸扳機而傷及他人的可能，即應放棄持槍，是以，本題中丙慌亂中仍持槍逃跑，即是違反客觀必要之注意義務，而製造可能傷及他人生命身體法益之法所不容許的風險，而具行為不法。又在山區慌亂地奔跑終致不小心觸槍而擊發子彈而傷及他人，具有常態之關聯性，是 B 被慌亂中還攜槍逃跑丙擊傷，乃是客觀上吾人所能預見且應避免之事，只要丙不攜槍逃跑即可避免 B 被打傷的結果發生，是丙觸槍擊傷 B，亦違反客觀上結果迴避之義務，實現法所不容許之風險，亦具結果不法。

(3)綜上，丙觸槍射中 B 手臂輕微擦傷，該當過失傷害罪之構成要件。

2.小結：丙無阻卻違法及罪責事由，故成立本罪。

(二)丙觸槍射中 C 的頭部致 C 當場死亡，可能成立過失致死罪(刑§276 I)：

1.不法構成要件該當性：

本罪之成立，係以過失致人於死為要件。客觀上，丙觸槍射中 C 的頭部乃 C 當場死亡結果發生之原因。再者，依題示，C 之死亡，既是丙慌亂中仍攜槍逃跑所製造之可能傷及他人生命之風險行為的實現，主觀上，縱丙無殺死 C 的故意，仍該當過失致死罪之構成要件。

2.小結：丙無阻卻違法及罪責事由，故成立本罪。

貳、犯罪競合即罪數之判斷

一、甲乙丙三人架設捕鴿網，捕獲鴿主 A 的賽鴿十隻、B 的賽鴿十五隻、C 的賽鴿八隻。

(一)行為數之判斷：

1.依刑法犯罪競合理論學理見解，競合論之出發點，乃是行為單數與行為複數之區別，亦即行為數之計算，乃是刑法犯罪競合理論之基礎。所謂行為單數，係指就法與社會意義關係而言，為刑法上一個行為。行為人之行為事實，就法與社會意義之觀點評價之後，不屬於行為單數者，即為行為複數。

刑法上行為數之認定，依學理，其類型以及認定標準未必統一，但無不以行為人表現於外部之物理意義的行為舉止，作為判斷的基礎，凡出於行為人一個單一的意思決，而表現於外部一個物理意義之動作，恒屬一個單純的行為單數，即單純之一行為。

依題示，甲乙丙三人架設捕鴿網，捕獲鴿主 A、B、C 三人的賽鴿，雖成立成立三個竊盜罪。但三人既僅有一個架護鴿網的舉動，自僅得認有一個行為存在。

(二)罪數判斷：

1.甲乙丙三人雖捕獲 A 的賽鴿十隻，但因僅侵害 A 一人對該十隻賽鴿的監督持有法益，故應認甲乙丙三人對 A 僅成立一個共同竊盜罪以及結夥竊盜罪。同理，甲乙丙三人捕獲鴿主 B 的賽鴿十五隻、C 的賽鴿八隻，亦分別對於 B 及 C 僅成立一個共同竊盜罪以及結夥竊盜罪。

2.就共同竊盜罪以及結夥竊盜罪之保護法益而言，二者均在保護財產法益之安全，即具有法益保護之同一性；再就構成要件之規範結構而言，二者具乃具有法條競合之特別關係，結夥竊盜罪乃共同竊盜罪之特別規定，當二者同時成立時即論以結夥竊盜罪即為已足。據此，甲乙丙三人捕獲鴿主 A 的賽鴿十隻、B 的賽鴿十五隻、C 的賽鴿八隻，應僅分別對於 A、B 及 C 僅成立一個結夥竊盜罪。

3.再依刑法第 55 條規定，一行爲而觸犯數罪名者，從一重處斷。即學理上所稱之「想像競合」。本題，甲乙丙三人設網捕捉 ABC 三人所有並持有之鴿子，係侵害三個財產監督權，係屬爲一行爲觸犯數罪名，應依想像競合犯之規定論罪(司法院(71)廳刑一字第 647 號參照)。

二、甲乙丙捕獲 A 等賽鴿後，由甲打電話告知 A 等三人，匯錢至其指定帳戶，否則將殺害賽鴿。

(一)行爲數之判斷：

- 1.自然行爲單數之概念：行爲人的行爲，從自然之生活觀察來加以判斷，外觀上雖可以分割爲整體事件之數個部分行動，但若行爲人係出於一個意思決定，而且這數個部分行動在時空上又存有緊密關係，從一個未參與其中之第三者站在旁觀者之立場，亦會認爲係一個單一行爲時，即爲自然之行爲單數。
- 2.接續犯爲行爲單數：依通說及實務見解，接續犯乃刑法上之一行爲，惟數行爲於同時同地或密切接近之時地實施，侵害同一之法益，各行爲之獨立性極爲薄弱，依一般社會健全觀念，在時間差距上，難以強行分開，在刑法評價上，以視爲數個舉動之接續施行，合爲包括之一行爲予以評價，較爲合理者，方得論爲包括一罪之接續犯(95 年台上字第 3190 號判決參照)。
- 3.本題中，甲雖有接續打電話給 B 三次、C 二次的舉動，但各次的舉動，在時間及空間上具有密接性，具均係出於甲一個勒贖的意思所爲，依一般社會觀念，無不認係甲對 BC 所爲打數次電話的行爲，乃是一個單一整體打電話勒贖行爲之接續動作而已，故屬自然意義之一行爲。
- 4.至於甲接連打電話給 ABC 三人，雖該數次之舉動，亦具有時空的緊密性，並同出於甲主觀一個概括的勒贖三人財物的意思決定，但因分別侵害 ABC 三人法益，不合於上揭接續犯之概念，在舊法時代，實務及通說，向評價甲爲連續犯，然在新法施行後，應如何評價其行爲數之單複，不無爭議：
  - (1)數行爲說：連續性之行爲，倘分別侵害數個人之法益者，舊法之下，既論以連續犯，在新法，即應評價爲數行爲，論以數罪併罰。
  - (2)區分說：侵害數個不同的財產法益持有者，只要具備自然的行爲單數之概念要素，仍得視爲一行爲，係倘侵害數個個別不同之人格法益者，即應論以數行爲。
  - (3)之通說，係採區分說之見解。本文從之，據此，甲接連打電話給 A、B、C 三人，其目的乃在勒贖三人之財物，在新法廢除連續犯規定後，爲免刑罰過苛，應認其僅成立一個行爲。

(二)罪數之判斷：

- 1.甲乙丙三人捕捉鴿子後，由甲分別打電話給 A、B、C 所爲之恐嚇取財未遂行爲，雖對 ABC 三人分別實現共同恐嚇罪、共同強制未遂罪，以及共同恐嚇取財未遂罪等罪之構成要件，但因恐嚇取財罪相對於恐嚇罪以及強制罪而言，乃具有法條競合之特別關係，僅論以特別規定之恐嚇取財罪即爲已足。據此，甲乙丙三人對於 ABC，應僅分別成立三個共同恐嚇取財未遂罪。
- 2.再者，甲乙丙三人捉鴿後，由甲分別打電給 ABC 以恐嚇取財，因係對於三人所持有財產法益而爲侵害，即應以一個行爲論之，則甲乙丙三人對於 ABC 三人所犯共同恐嚇取財未遂之行爲，既係侵害三個財產監督權，亦應依想像競合犯之規定論罪。

三、甲乙丙捕捉 ABC 三人之賽鴿後，再向三人恐嚇取財：

(一)行爲數判斷：

本題中，甲乙丙捕捉 ABC 賽鴿目的，乃在用以被 ABC 三人恐嚇取財，易言之，甲乙丙三人捉鴿子的竊盜行爲，乃是其後恐嚇取財的方法行爲，二者之間具有學理上所稱之「方法目的」之牽連關係，在舊法時代，悉論以第 55 條後段之牽連犯，再從一重處斷。惟在新法施行後，對此行爲應如何論罪，涉及其行爲數之判斷：

- 1.一行爲說：或謂舊法之牽連犯，乃想像競合犯之例示規定，爲法律意義之一行爲，新法既刪除牽連犯之規定，則回歸原則以一行爲論之；或謂具有牽連關係之一行爲，倘出於行爲人一個意思決定而開啓一行因果的行爲流程者，即應認係一行爲。
- 2.數行爲說：具有牽連關係之行爲，性質上乃數個行爲，因舊法有第 55 條後段之規定，始能論以牽連犯，但新法既已廢除牽連犯之規定，僅能論以數行爲。
- 3.上開二說，本文比較支持前說之見解。

(二)罪數之判斷：

若認甲乙丙先竊鴿，再恐嚇取財之行爲，僅係成立一個行爲者，對於甲乙丙三爲，即應論以共同恐嚇取財未遂。惟縱將甲等三人先前竊鴿行爲，與之後之恐嚇取財未遂，視同二個個別獨立之行爲者，因前後二罪，均應係個別侵害 ABC 三人同一人之財產法益，即二罪具有法益侵害之同一性，成立與罰的前後行爲關係，因所犯之共同恐嚇取財未遂罪具有較高之不法及罪責內涵，故僅論三人成立共同恐嚇取財未遂即爲已足。

四、丙逃走時不小心跌倒，致觸槍射中 B 手臂輕微擦傷，續中 B 後面 C 的頭部當場死亡。

(一)行爲數之判斷：

丙僅一個不小心跌倒觸槍之動作，自僅成立一個行爲。

(二)罪數之判斷：

丙觸槍射中 B 手臂輕微擦傷所成立之過失傷害罪及打死 C 所成立之過失致死罪，因分別侵害 BC 二人各別的身體、生命法益，故應論以刑法第 55 條的想像競合。

參、結論：

一、甲乙丙三人先竊鴿再勒贖部分，成立共同恐嚇取財未遂罪。

二、丙過失傷害 B 致 C 死部分，單獨依刑法第 55 條論以想像競合，從一重處斷，再與所犯共同恐嚇取財未遂罪，依刑



法第 50 條併合處罰之。

【參考資料】

1.月旦法學教室

第 50 期：P.76～86：強盜？恐嚇取財？強制罪？既遂或未遂？（陳子平）

2.刑法各罪論(上)，林山田著。

四、甲乙陷入熱戀密切交往，且將兩人床第之私攝影製作成光碟留念，之後乙因賭六合彩輸新台幣兩百萬元，組頭丙告訴乙如果當他的情婦，即可免除兩百萬元賭債，乙因而離開甲。甲以將乙的裸照上網流傳，要求乙回頭，乙為取回光碟，與丙商量由乙赴甲住處談判，丙再蒙面闖入，將兩人綑綁，佯裝搜尋財物趁勢取走光碟。當丙闖入將甲乙綑綁完畢，正打算開始搜尋光碟時，適甲的鄰居來敲門，丙只好跳窗離去。

(一)應如何論斷乙丙對甲的行為？（15 分）

(二)甲於事後察覺乙丙的計謀，遂將乙的裸照上網流傳。應如何依刑法論斷甲的罪責？（10 分）

命題意旨	本題主要涉及犯罪之法條：侵入住宅罪、妨害自由罪、違法搜索罪、普通強盜未遂罪、散布猥褻文物罪、公然侮辱罪。
答題關鍵	依照犯罪論證的階層體系，詳細檢驗各罪構成的要件。
高分閱讀	1.司法三等考場特刊 第 5 題：妨礙自由、私行拘束罪要件（相似度 50%） 第 8 題：散布猥褻物品罪要件（相似度 30%） 2.重點整理系列-刑法分則（方律師）（51ML1013） P.3-160～3-167：散布猥褻物品罪（相似度 85%） P.1-79～1-98：妨害自由罪（相似度 85%）

【擬答】

一、丙之刑責

(一)丙闖入甲家，可能成立侵入住宅罪(刑§306 I)：

1.本罪之成立，係以無故侵入他人住宅為要件。

2.客觀上，丙闖入甲家擬行搶，顯違反丙的意願，自屬侵入他人住宅的行為；主觀上，丙有侵入甲之住宅的故意，又無正當理由，以及其他阻卻違法及罪責事由，故成立本罪。

(二)丙將甲捆綁，可能成立妨害自由罪(刑§302 I)：

1.本罪之成立，係以私行拘禁或以其他非法方法，剝奪人之行動自由為要件。

2.客觀上，丙將甲捆綁，乃典型剝奪他人行動自由之私行拘捕行為；主觀上，丙有非行拘禁甲之故意，又無阻卻違法及罪責事由，故成立本罪。

(三)丙將乙捆綁，不成立妨害自由罪(刑§302 I)：

1.客觀上，丙雖有將乙捆綁，剝奪乙個人身體行動自由之行為，但丙之所以綁乙，乃依照乙丙二人之計謀行事，易言之，乙係自願受丙捆綁，阻卻本罪之構成要件該當性。

2.丙捆綁乙，不成立妨害自由罪。

(四)丙正打算開始搜尋光碟，可能成立違法搜索罪(刑§307)

1.本罪之成立，係以不依法令搜索他人身體、住宅、建築物、舟、車或航空機為要件。

2.本題中，丙並無適法權源在甲家實施搜尋光碟之搜索他人住宅行為。是若丙果開始搜尋該光碟者，自該當本罪。惟依題示，丙僅正打算開始搜尋光碟，即因甲的鄰居來敲門而只好跳窗離去，顯見丙尚未著手開始搜索甲家之行為，不該當本罪之要件，而不成立本罪。

(五)丙將甲捆綁，正打算開始搜尋光碟，可能成立普通強盜未遂罪(刑§328IV)

1.不法構成要件該當性：

(1)本罪之成立，係以意圖為自己或第三人不法之所有，著手以強暴、脅迫、藥劑、催眠術或他法，至使不能抗拒，而取他人之物或使其交付行為之實行而不遂為要件。

(2)依題示，丙終未能取得其所要的光碟，自無由該當本罪之既遂。主觀上，丙有以捆綁甲之強暴手段，以取得其光碟之強盜取財故意，以及為乙取得該光碟之支配占有的目的，即具為他人不法所有之意圖；客觀上，強盜罪之性質為雙行為犯，丙將甲捆綁，乃是強暴行為之實施，並已使得甲喪失抗拒之能力，該當本罪構成要件行為之一部分，即便從形式著手理論而言，亦屬著手之強盜行為之實行，而無爭議，僅正打算開始搜尋光碟時，適逢甲的鄰居來敲門而只好跳窗離去，以致未能取得該光碟之占有而已。

2.違法性：丙可主張其取光碟之目的，在防杜甲以將乙的裸照上網流傳，而得主張正當防衛以阻卻違法？

(1)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為，不罰。但防衛行為過當者，得減輕或免除其刑。

(2)客觀上，甲以將乙的裸照上網流傳，要求乙回頭，對於乙個人之意思自由，以及名譽而言，乃是現在不法之侵

害；丙若能將乙的裸照光碟自甲支配下取去，自屬能立即中止甲之侵害，終局排除乙法益所受到之威脅的防衛行為。但從前揭刑法第 23 條但書而言，防衛行為過當者，即不能據以阻卻違法。而所謂防衛過當，係指防衛行為逾越社會相當之必要性而言。本題中，丙與乙為取光碟，卻採取強盜之方式，顯逾越必要性之限度，故丙不得主張刑法第 23 條正當防衛以阻卻違法。

3.有責性：丙無阻卻罪責事由，故成立本罪。

#### (六)競合：

1.綜上述，丙先後所後之行爲，分別成立侵入住宅罪、妨害自由罪以及強盜未遂罪。因丙對甲所爲之妨害自由以及強盜未遂，乃是基於同一捆綁甲之行爲事實，且該二罪間具有法益保護之同一性，實現強盜罪之構成要件，通常會伴隨實現妨害自由罪，即二者乃成立法條競合之吸收關係，僅論以甲強盜未遂罪即爲已足。

2.依題示，丙侵入甲家所犯之侵入住宅罪，乃是爲達成丙強盜甲之光碟此一目的所採必需的方法行爲，即丙所犯之侵入住宅罪與所犯之強盜取財未遂間乃具有學理上所謂之方法目的的牽連關係，於舊法時期，乃依舊法第 55 條後段論以牽連犯，惟在新法施行後，應如何論斷，容有疑義。惟本文認爲，基於強盜目的而侵入住宅，在構成要件意義上固係數行爲，但是依照一般社會經驗認知，這是屬於兩個前後密接而且是可以連成一體的因果流程，是一個侵入住宅強盜之意思決定而啟動的因果流程，屬一行爲，故成立想像競合犯。

#### (七)刑罰之減免：

本題中，丙可否主張其係中止犯，得援用刑法第 27 條規定以減輕其刑呢？

1.依刑法第 27 條第一項前段規定「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，減輕或免除其刑。」是爲中止犯減免其刑之規定。

2.惟中止犯之成立，必須行爲人之所以中止犯行係因自願性之中止，方有成立之可能。本題中，丙之所以中止搜尋甲之光碟，乃因甲的鄰居來敲門此一外界障礙的存在，丙爲免犯行被發現始不得不中止其犯行而離去，顯見丙並非出於自主的動機而中止其犯行。

3.綜上，丙不得主張刑法第 27 條中止犯規定以減輕或免除其刑。

### 二、乙之刑責

#### (一)乙對丙對甲所爲強盜未遂行爲，可能應負共同正犯或教唆、幫助犯之刑責。

##### 1.正犯與共犯之區分：

(1)依刑法第 28 條規定：「二人以上共同實行犯罪之行爲者，皆爲正犯。」第 29 條規定：「教唆他人使之實行犯罪行爲者，爲教唆犯。」第 30 條規定：「幫助他人實行犯罪行爲者，爲幫助犯。」

(2)關於正犯與共犯之區分，學理與實務向有不同之見解：

①依實務所採之「綜合理論」(或稱擇一理論)認爲，只要行爲人所實施之行爲出於自己犯罪意思，或其所實施之行爲爲構成要件行爲，即可認爲正犯；必須行爲人所實施之行爲出於爲他人犯罪意思，且所實施之行爲爲構成要件以外之行爲，始可認爲共犯。

②依通說所採之「犯罪支配理論」認爲，正犯乃指對於整個犯罪過程，具有操縱主宰性之犯罪支配地位之人，而屬整個犯罪事件之核心人物或關鍵人物。反之，共犯則不具犯罪支配地位，是否實行與如何實行構成要件該當行爲，則是他人意思之決定，行爲人在整個犯罪過程中，只是充當配角地位，而僅僅擔任唆使、誘發，或促使、協助犯罪發生之工作。

##### 2.乙爲共同正犯：

(1)從題示「乙爲取回光碟，與丙商量由乙赴甲住處談判，丙再蒙面闖入，將兩人捆綁，佯裝搜尋財物趁勢取走光碟。」若依實務所採之擇一理論，應認乙係以爲自己犯罪之意思而參與丙強盜取財未遂之正犯。若依犯罪支配理論，就丙侵入甲宅，再捆綁而強盜取財未遂之行爲歷程以觀，整起事件乃是乙爲取回甲用以威脅自己之裸照光碟所策劃，至少是與丙共同謀議而成，並且乙也依照二人所定之計畫行事，佯赴甲住處與甲談判，其用意雖不明，或意在鬆懈甲之注意，或係脫罪之舉，總之乙亦有依二人之犯罪計畫，從事有助於丙犯罪既遂之舉動，故乙在丙強盜甲未遂之犯罪歷程中，其所扮演之角色，乃是與丙基於共同犯罪之意思，經由二人之分工合作，功能上之互補，以共同實現二人企求之犯罪目的之支配地位，學理上謂之「功能支配」，從而，乙亦爲正犯。

(2)再依題示，乙既與丙共同擬定強盜丙之光碟之犯罪計畫，顯見乙與丙間乃有共同爲強盜行爲之意思決定(犯意聯絡)，並有依計畫而爲其所應履行的部分行爲，故亦有參與分擔實行犯罪之行爲(行爲分擔)故該當強盜罪共同正犯之要件。

3.違法性：縱乙參與丙對甲之強盜取財未遂行爲，乃爲取回甲用以威脅其之裸照光碟，以保護自己之名譽及意思自由免受甲之侵害，但其所採之捆綁甲再強盜取財的方式，顯逾社會相當之必要性，自不得主張刑法第 23 條正當防衛以阻卻違法。

4.有責性：乙無阻卻罪責事由。

5.綜上，乙應與丙成立強盜取財未遂罪之共同正犯。

#### (二)結論：乙成立強盜取財未遂罪之共同正犯，但其情可憫，應得依刑法第 57 條裁量減輕其刑。

### 三、甲之刑責：

#### (一)甲將乙之裸照上網流傳，丁可能成立刑法第 235 條第 1 項之散布猥褻文物罪。

##### 1.不法構成要件該當性：

(1)本罪之成立，係以散布、播送或販賣猥褻之文字、圖畫、聲音、影像或其他物品，或公然陳列，或以他法供人觀覽、聽聞爲要件。



(2)客觀上，乙之裸照，否是否猥褻物品，容有爭議，依多數說，乃認係客觀上足以引發或挑逗人之性欲，而有傷及一般人性的道德感情的猥褻文物，而甲將乙之裸照被上網流通，乃屬散布猥褻文物之行爲。主觀上，甲將散布乙之裸照之故意。

2.小結：甲無阻卻違法及罪責事由，故成立本罪。

(二)甲將乙之裸照上網流傳，可能成立刑法第 309 條第 1 項之公然侮辱罪：

1.不法構成要件該當性：

(1)本罪之成立，係以公然侮辱人爲要件。所謂「侮辱」，乃以抽象之言語或舉動，對他人爲輕蔑表示之行爲。侮辱行爲之內涵，須具有足使他人精神上、心理上感受到難堪或不快之虞者，即須具有侵害他人感情名譽之一般危險者，始足當之。所謂「公然」，乃不特定人或多數人得以共見其聞之狀態，惟不以實際上果已共見共聞爲必要。

(2)惟將他人裸照上網，是否該當侮辱，學理上有爭議：

①甲說：縱使是甲將乙的裸照上網，是要藉著一般人對於裸體的偏見製造乙女的難堪，雖對乙女的人格權會造成騷擾或侵害，但即便將甲所爲將乙的裸照上網解讀爲甲是要告訴大家，乙女接受拍裸照，是一個「壞女人」。惟就刑法上之公然侮辱罪而言，只有當一個人被定位成傷害他人的人，其人格才足以被貶損。被拍裸照，主體人格並不會因此被貶損。職是，甲之行爲並非侮辱，不構成公然侮辱罪。

②乙說：凡對於他人爲有害於感情名譽之輕蔑表示，其手段方式無論是用言詞或是舉動，只要足以使被害人在精神上、心理上感受到難堪或不快即爲侮辱。申言之，只要能使他人在社會上、倫理上或道德上的價值，受到侵害或貶損，便是侮辱行爲。至於侮辱行爲是否使受害人名譽受損，並非以受害人主觀感覺爲斷，而必須在理智的第三人眼中，該受害人在社會上之人格尊嚴受到損害。甲將乙的裸照上網流傳，供人上網瀏覽，依吾人之經驗認知，凡識與不識者，倘發現該網路上有乙女裸照流傳者，即可能競相走告，引發議論，客觀上應足以使乙女之名譽，在理智的第三人眼中遭到貶損，故甲將乙女裸照上網係屬「侮辱」。

③上開二說，本文採乙說。即認甲將乙女裸照上網，該當侮辱之要件。

(3)本題中，甲將乙裸照上網流傳，因現今的網路無遠弗屆，只要電腦處於連線狀態，任何不特定人皆可連上甲所上傳的網站上，瀏覽其上傳之乙的照片，沒有任何時間或地點的限制。甲將乙之裸照上網，顯係多數人皆可共見共聞之狀態，該當「公然」的要件。

(4)主觀上，甲將乙女裸照上網時，具有對乙爲公然侮辱的意思。

2.小結：甲無阻卻違法及罪責事由，故成立本罪。

(三)競合：

綜上述，甲將乙裸照上網流傳，成立散布猥褻文物罪以及公然侮辱罪，但因甲所犯二罪係出於同一個將裸照上網的行爲，故應依刑法第 55 條規定，論以想像競合，從一重處斷。

## 【參考資料】

1.月旦法學雜誌

第 145 期：P.80～95：刑法第 235 條散佈猥褻物品罪及相關判決評釋（林志潔）