

《刑法》

一、甲因厭煩同居人乙女的二歲兒子丙哭鬧，某日甲與朋友喝酒後返家想要上床休息，見丙哭鬧，一腳將丙踹下床，雖見丙的頭撞及床角出血不止，但見丙不再出聲，於是翻身倒頭就睡。乙女因怕打擾甲睡覺，將丙移至客廳沙發上。二小時後乙發現丙已臉色發黑，始急忙將丙送到醫院急救。醫生判定丙在到院前就死亡了，遂通知警方，甲告訴警察丙是自己從床上摔下來的，他喝醉睡著了根本不知道發生什麼事。請依刑法的相關規定分析甲、乙二人成立何罪。(25 分)

命題意旨	本題測驗對於主觀構成要件故意的說明與涵攝，以及不作為犯罪成立要件的熟悉度，算是平易近人的開門考題。
答題關鍵	甲的殺人罪部分，主觀構成要件可以依循先論證「直接故意」，再退萬步言論證「間接故意」的答題模式，會比較有層次感；另外在說明甲具備間接故意時，不需將全部的理論都列出來，建議可以斟酌提到「容認理論」與「漠然理論」即可；最後要注意罪責辨識能力的減輕。乙的殺人罪部分，必須先說明所討論的是「不作為」，再用不作為犯的犯罪審查流程加以檢驗，較重要的是「保證人地位」、「作為可能性」與「等價條款」。至於偽證罪部分，無須長篇大論，簡單回答即可。
高分閱讀	1.易台大，刑法上課講義，第一回，第 92 頁以下。 2.易台大，刑法上課講義，第八回，第 134 頁以下。 3.方律師，《刑法分則（第 10 版）》，第 4-132 頁以下，高點出版。

【擬答】

- (一)甲將丙踹下床後，雖見丙的頭撞及床角出血不止，卻翻身倒頭就睡之行爲，成立刑法（以下同）第 271 條第 1 項的故意殺人既遂罪。
- 客觀上，甲用腳踹擊丙使其頭撞到床角流血不止，該當本罪「殺」之構成要件行爲，丙則在送到醫院之前即已發生死亡之結果，行爲與結果之間不僅具備條件公式下的因果關係，該行爲更製造了於法所不容許的風險且常態地實現死亡結果，具有客觀可歸責性。是故，本罪客觀構成要件該當。
 - 主觀上，甲明知其行爲將會造成丙死亡之結果，卻仍有意爲之，依第 13 條第 1 項之規定，具備直接故意；退步言，縱使認爲甲並無積極致丙於死之意欲，依題意所示，甲見丙不再出聲便倒頭就睡，無論係採取「容認理論」或「漠然理論」，均肯認甲對於丙之死亡至少不違背其本意，因而有消極意欲存在，依第 13 條第 2 項之規定，具備間接故意。是故，本罪主觀構成要件該當。
 - 甲無阻卻違法事由；罪責部分，因甲行爲時係處於酒醉之狀態，其辨識行爲違法之能力應有顯著降低之情形，依據第 19 條第 2 項，得減輕其刑。
- (二)乙將丙移至客廳沙發上而未直接送醫之行爲，成立第 271 條第 1 項故意殺人既遂罪的不作為犯。
- 乙僅將丙移至客廳沙發上而未直接送醫行爲，對丙而言乃未排除既存之死亡風險，故規範評價重點應在「未直接送醫」之行爲，是以本例應屬不作為。
 - 客觀上，乙與丙乃直系血親親屬，亦具有密切之生活關係，乙具有保證人地位無疑，依現場之情形，乙有送醫救治的作為可能性卻不爲法所期待之行爲，是以該不作為應與積極行爲受相同之評價。且不作為與死亡結果之間不僅具備條件公式下的假設因果關係，該不作為更未排除既存風險且常態地實現死亡結果，具有客觀可歸責性；主觀上，乙明知自己的保證人地位，亦知悉不作為將導致死亡結果之發生，卻仍然採取容認、漠然之態度，具備間接故意。是故，本罪構成要件該當。
 - 乙無阻卻違法與阻卻罪責之事由，成立故意殺人既遂罪的不作為犯。
- (三)甲告訴警察丙是自己從床上摔下來之行爲，不成立第 168 條的偽證罪。
- 本罪係證人、鑑定人或通譯於執行職務之公署審判時或檢察官偵查時，對於案件有重要關係之事項，供前或供後具結而爲虛偽陳述，始足以成立。依題所示，甲是於警方訊問時作出虛偽陳述，並不吻合「公署審



判時」或「檢察官偵查時」之要件；且甲亦無具結之動作，綜上所述，本罪客觀構成要件即不該當，甲不成立偽證罪。

(四)結論：甲成立故意殺人既遂罪，乙成立故意殺人既遂罪的不作為犯。

二、乙債務纏身向甲借錢，甲唆使乙至某風景區竊取小販之錢財，以解決債務問題。乙認為自己一人犯罪，沒有把握，遲遲沒有行動。幾日後，甲知悉乙仍然急需用錢，遂告知乙小販丙之錢財放置地方，並邀乙合作竊取其財物。丙人因此共同謀議犯罪細節，並議定在人多時由乙下手，甲進行把風。

行動當天，甲提早到達勘察狀況，看到丙努力工作的態度後，甲毅然決定放棄行為計畫。甲離開現場前告訴丙要小心保管財物，並以手機知會乙，其將放棄犯罪，不會到場幫乙把風。乙不理會甲臨時變故，仍決意一人進行竊取行為。乙依計畫取得丙放錢的鐵罐，打開卻空無一物，原來丙在甲告知要小心保管財物後，即將錢財放置他處。試問甲的行為應如何論處？（25分）

命題意旨	本題包含簡單與困難的考點，而且困難的考點隱藏的很漂亮，非常容易就被忽略。重點在於未遂教唆的可罰性、共謀共同正犯以及共同正犯脫離與共同正犯中止的分別適用時機。整體算是偏難卻會被考生誤認為簡單的考題。
答題關鍵	「未遂教唆」部分，最好提及修法前後的不同，只要提到現行法不罰即可快速作結。甲的竊盜未遂部分，先討論甲是否可以成立共同正犯，這裡是「共謀共同正犯」的問題，請務必提到「功能支配」此一關鍵字；若肯認甲為共謀共同正犯，就繼續討論甲有無「當好人」的機會，這裡可能的概念就是「共同正犯脫離」與「共同正犯中止」的討論，請注意兩者的適用範圍與時機，此為本題之精華。至於乙的部分，雖然題目是問甲成立何罪，但還是請由直接行為人乙開始解起，層次才不會顯得凌亂。
高分閱讀	1.易台大，刑法上課講義，第二回，第2頁以下、第11頁以下、第21頁以下。 2.易台大，刑法上課講義，第四回，第43頁以下、第71頁以下。 3.《月旦法教室第38期》，「共同正犯之脫離」，第120頁以下。

【擬答】

(一)甲唆使乙竊取小販之錢財，乙卻遲遲沒有行動之行為，不成立刑法（以下同）第320條竊盜罪之教唆犯。

1.2005年修正前之刑法第29條第3項本文規定：「被教唆人雖未至犯罪，教唆犯仍以未遂犯論。」學說上稱此為「未遂教唆」，指教唆行為人已著手於教唆行為，惟被教唆者卻尚未達到著手實行的行為階段，類型上可以再分為未至教唆、失敗教唆與無效教唆三種。然而新法施行後刪除第29條第3項，故未遂教唆之處罰現今已失依據。

2.本題中，甲客觀上已著手於教唆行為，惟乙卻尚未達到著手實行的行為階段，甲之行為屬於未遂教唆，依現行法乃不可罰。

(二)乙依計畫取得丙放錢鐵罐之行為，成立第320條第3項的普通竊盜未遂罪。

1.客觀上，丙臨時將錢財另置他處，使乙無法取得鐵罐內部之財物，竊盜罪之客觀構成要件不該當，故不成立既遂犯，退而討論未遂。

2.乙主觀上明知為他人之財物，卻仍然有意竊取，具本罪之故意；乙自知無法律上權利取得丙之財物，卻想要建立自己的持有，具備不法所有之意圖。客觀上，依據乙主觀的認知，再由客觀第三人觀察乙取得鐵罐持有之行為，都會認為該行為與竊取既遂具有密切關聯性，已屬著手，故構成要件該當。

3.乙無阻卻違法與阻卻罪責之事由，而本題雖然行為客體處於自始不能之狀態，惟乙對於犯行自始無法達成既遂並非出於「重大無知」，因此無法適用第26條之規定不罰，僅能依第25條規定成立普通竊盜未遂罪，並得按既遂犯之刑減輕之。

(三)甲與乙共同謀議犯罪細節之行為，不成立第320條第2項普通竊盜未遂罪的共同正犯。

1.雖然甲與乙所謀議犯罪之內容係由乙下手行竊，甲則負責把風，惟實際行動當日，甲毅然放棄犯罪計畫，並無任何實行行為之犯罪分擔存在，因此僅就該謀議行為予以討論。



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段2號8樓・02-23115586 (代表號)

- 2.通說與實務見解俱承認「**共謀共同正犯**」此概念，指多數行為人以共同犯罪之意思而共同謀議，由「參與謀議之部分行為人」進而著手於犯罪行為之實行，則其他僅參與謀議之人，仍得藉由他人之實行行為成立共同正犯，這些僅參與謀議之人，即稱之為共謀共同正犯（釋字第 109 號參照）。其理論基礎在於共謀者亦對於犯罪具有不可取代之功能支配，故必須依第 28 條成立共同正犯、共同對犯罪負責。惟依題意所示，**實際上犯罪之實行乃由乙單獨完成，甲所提供之謀議似乎未達不可取代之功能支配的程度，應可認甲無成立共謀共同正犯之餘地。**
- 3.退萬步言，縱認甲之謀議具有不可取代之功能支配，甲亦不成立本罪之共同正犯。詳言之，按「**共同正犯脫離**」之原理，共同正犯行為人中之一人，基於真摯之意思，切斷其與其他共同正犯心理與物理上之聯繫，則自共同正犯關係中脫離，僅針對脫離前之部分負刑事責任（94 年台上字第 3515 號決同此見解）。甲於「**著手實行犯罪之前**」，即毅然放棄犯罪計畫，並告訴丙小心保管財物且知會乙將不前去把風，可認是本於真摯之意思而切斷與乙間心理與物理上之聯繫，依共同正犯脫離之原理，甲不成立本罪之共同正犯。
- 4.附帶一提，本題並無第 27 條第 2 項「**共同正犯中止**」之適用，因為第 27 條適用前提係行為人成立未遂犯在先，換言之，行為人必須至少「**著手實行犯罪**」，然本題甲根本尚未達犯罪著手階段，故無中止未遂之適用。

三、甲乙沒有婚姻關係，同居數年。一日，甲出差提前返家，發現乙與鄰居男子丙衣衫不整臥躺在床。甲怒火大起，持棍棒追打乙丙。乙受到重擊，送醫後發現一顆腎臟破裂，必須摘除。丙雖然快速逃出，但不久即被甲尋獲，遭到毒打，遍體鱗傷；此外，還被強逼在菜市場下跪，向過往的人群磕頭奉菸。經過一小時，警方據報前來處理。問：甲成立何罪？（25 分）

命題意旨	本題要討論的罪名繁多，但大多都是集中在針對個人專屬法益的部分，因此算是可以明確掌握的考點。測驗考生對於每個犯罪成立要件的熟悉程度，以及各個要件所居階層、檢驗方式，心思不夠縝密的考生很容易會有所遺漏。
答題關鍵	甲侵害乙部分，要討論到「重傷」之定義；還有「當場激於義憤」之要件，若定位於罪責階層，就必須在罪責層次作討論；另外題示甲乙僅為同居人部分亦要考量進去。甲侵害丙的部分，同樣在罪責階層要討論「當場激於義憤」之要件；加重公然侮辱罪很容易被遺漏，請注意本罪帶有「公然」與「強暴」的情狀要件；最後是強制罪的部分，千萬記得要用「正面審查違法性」，不能援引阻卻違法事由。
高分閱讀	1.易台大，刑法上課講義，第二回，第 105 頁以下。 2.易台大，刑法上課講義，第六回，第 18 頁以下、第 46 頁以下、第 72 頁以下。 3.方律師，《刑法分則（第 10 版）》，第 1-12 頁以下，高點出版。 4.方律師，《刑法分則（第 10 版）》，第 1-84 頁以下，高點出版。

【擬答】

(一)甲持棍棒追打乙，致乙的腎臟破裂必須摘除之行為，成立刑法（以下同）第 279 條的義憤重傷罪。

- 依據第 10 條第 4 項關於重傷之定義，原則上以毀敗或嚴重減損各種感官機能方屬之，同項第 6 款另有「**重大不治或難治**」的概括規定用以含括感官機能以外之身體損傷。客觀上，甲的攻擊使乙的腎臟破裂而必須摘除，符合「重傷」之重大不治或難治之定義，行為與結果間具有條件關係下的因果關係，該行為更製造了法所不容許的風險且常態地實現重傷結果，具有客觀可歸責性。主觀上，甲亦知悉其行為將造成他人之重傷害卻仍有意為之，具本罪之故意，是故本罪構成要件該當。
- 甲無阻卻違法或阻卻罪責事由，惟甲係發現同居人乙和丙衣衫不整臥躺在床此一不義行為，「**當場激於義憤**」而重傷之，雖甲乙並無婚姻關係，然現今社會風氣較為開放，**同居數年而形成事實上夫妻關係亦在所多有，應不影響此要件之判斷。**綜上，甲成立義憤重傷罪。

(二)甲棍棒追打丙，致丙遍體鱗傷之行為，成立第 277 條第 1 項的普通傷害罪。

- 客觀上，甲用棍棒攻擊丙該當「傷害」行為，行為與結果間具有條件關係下的因果關係，該行為更製造了法所不容許的風險且常態地實現傷害結果，具有客觀可歸責性。主觀上，甲亦知悉其行為將造成他人之傷



害卻仍有意為之，具本罪之故意，是故本罪構成要件該當。

2. 甲無阻卻違法或阻卻罪責事由，惟是否該當「當場」之特別罪責要件則有待商榷。實務見解認為不以被害人尚未離去現場為限（33 年上字 1732 號決），故本例仍符合當場之意義；學說見解則認為本要件之性質必須兼合「時間」與「空間」兩者，不義行為與傷害行為必須在時空上緊密相連始可，本文從之。本例中丙已逃出甲宅，甲係出外尋獲始施加傷害行為，故無法該當「當場」之要件，甲成立普通傷害罪。

(三) 甲強迫丙在菜市場下跪之行爲，成立第 302 條第 1 項的私行拘禁罪。

1. 客觀上，甲強迫丙在菜市場下跪，已完全剝奪丙任意行動之自由，該當本罪「其他方法剝奪人之行動自由」要件；主觀上，甲對於其行為將造成丙行動自由之剝奪有所認識，卻仍有意為之，具備本罪之故意，是以本罪構成要件該當。
2. 甲剝奪丙之身體行動自由並無任何正當理由，符合本罪「私行」之要件，且亦無任何阻卻違法與阻卻罪責事由，甲成立私行拘禁罪。

(四) 甲強迫丙在菜市場下跪之行爲，成立第 309 條第 2 項的加重公然侮辱罪。

1. 客觀上，甲強迫丙在菜市場下跪之行爲，具有「對他人輕蔑」之意思內涵，足使丙在精神、心理上感受難堪與不快，侵害丙之感情名譽。且菜市場係不定多數人聚集之場所，其等均得以共見共聞，該當「公然」之情狀要件；甲並以「強暴」方式達成公然侮辱之行爲，該當本罪之加重情狀。主觀上，甲對於公然狀態以強暴方式侮辱丙有所認識，卻仍有意為之，具備本罪之故意，是以本罪構成要件該當。
2. 甲無阻卻違法或阻卻罪責事由，成立加重公然侮辱罪。

(五) 甲強迫丙向過往人群磕頭奉菸之行爲，成立第 304 條的強制罪。

1. 客觀上，甲強迫丙向過往人群磕頭奉菸之行爲，係施用暴力而強制他人，剝奪或妨害他人意思之形成、意思決定或意思活動之自由，且丙並無義務向過往人群磕頭奉菸，甲係以強暴方式使丙行無義務之事；主觀上，甲明知丙無磕頭奉菸之義務，卻仍有意強迫丙為之，具本罪之故意，是以本罪構成要件該當。
2. 違法性部分，由於強制罪係一開放式構成要件，故必須採取「正面審查違法性」之檢驗方式。甲行為之目的或許在於教訓丙、或許在於侮辱丙、或許在於洩憤，無論基於何種目的，其行為與目的之間顯然不符合比例性，仍然具有違法性。
3. 甲無阻卻罪責事由，成立強制罪。

(六) 競合：甲一行爲犯私行拘禁罪與加重公然侮辱罪，侵害身體自由法益與感情名譽法益，依第 55 條成立想像競合，從一重處斷；再與義憤重傷罪、普通傷害罪、強制罪依第 50 條成立實質競合，數罪併罰之。

四、甲男、乙男、丙女、丁女等四大學生為了賺取學費，向平日都會去光顧的夜店的老闆戊商量，希望能夠在店裡打工。四人並表明，他們可以提供有顏色的節目，藉以吸引顧客。老闆雖因最近生意實在不好，不想增加人事負擔，但又被四人的提議所打動，於是答應了四人的要求。

四人大為高興，歡樂了數天，完全忘了商量節目的事情。上班的第一天，四人在沒有任何準備的情形下，分別上場。首先是丁女表演了黃色笑話，結果場下一片噓聲。丙女看情勢不對，立即接手，在場上表演叫春，這倒是引起一片叫好。乙男趁勢上場表演脫衣舞，不料卻因滿身肥肉，在脫完上衣後，即被轟下臺。甲男是壓軸，看情勢不對，立即上場，並且在數秒內脫得精光，不料結果竟然是被酒瓶丟得滿頭包。試問甲乙丙丁戊觸犯何罪？（25 分）

命題意旨	本題旨在測驗對於刑法中猥褻犯罪之熟悉程度，以及公然猥褻中關於猥褻要件之認定與涵攝，很難有一套標準答案存在，因此必須靈活運用「目的解釋」以突破我國傳統通說解釋與法條文義之限制。
答題關鍵	此類題目建議大家先用申論的方式將上位概念予以釐清，釐清後再進入考題內容與行為分別論罪，因此先舉出刑法上關於猥褻之犯罪類型，並點出個別之不同；再抓出與本題較有關之公然猥褻罪與散布猥褻物品罪作比較。之後在討論公然猥褻罪時，最重要的當然就是猥褻要件之認定，由於按題意所示行為大膽程度係由丁至甲，因此答題時亦由丁至甲作層升式的討論，可能會較有層次感；最後甲的部分，也可以用層升式的作答法，先否定客觀構成要件該當性，退萬步言後，再否定主觀構成要件該當性，如此一來可以討論到公然猥褻罪的全部爭點。
高分閱讀	1. 易台大，刑法上課講義，第八回，第 82 頁以下。 2. 方律師，《刑法分則（第 10 版）》，第 3-162 頁以下，高點出版。



【擬答】

- (一)我國刑法中以「猥褻」為法定構成要件要素之條文主要有三類，其一為刑法（以下同）第 224 條的「**強制猥褻罪**」、其二是第 234 條的「**公然猥褻罪**」、其三係第 235 條的「**散布猥褻物品罪**」。其中散布猥褻物品罪之猥褻，係針對「**行為客體**」而言，相對而言，強制猥褻罪與公然猥褻罪之猥褻，則是針對「**行為**」而言，兩者有本質上的差異，無法混為一談。再者，強制猥褻罪之保護法益為「**個人性行為決定之自由**」，公然猥褻罪則是保護「**社會大眾免於猥褻行為干擾之自由**」，因此在要件解釋上，兩罪本於法益之不同而容有差異。
- (二)承上述，由於公然猥褻罪與散布猥褻物品罪，猥褻所針對要件之不同，其適用範圍與對猥褻之解釋也會有所不同：
- 1.適用範圍：
 - (1)公然猥褻罪適用於該猥褻「行為」造成社會大眾日常感官接收之干擾，換言之，該行為直接入侵社會大眾之交通生活，迫使一般人陷於羞恥與厭惡之窘境。
 - (2)散布猥褻物品罪則適用於該「物品」將有害青少年健全發展與社會大眾資訊接收之自由，並有可能使女性成為性言論之客體。是以，**表演脫衣舞應屬公然猥褻罪之討論範圍，與散布猥褻物品罪無涉。**
 - 2.對猥褻之解釋：
 - (1)公然猥褻罪之猥褻行為，包括一切違反性行為之隱密原則，以及一切足以挑逗他人之性慾、滿足自己之性慾或使一般人產生羞恥感或厭惡感的有傷風化之行為。
 - (2)散布猥褻物品罪之猥褻物品，依釋字第 407 號、617 號解釋分為兩類，內容含有暴力、性虐待或人獸性交等而無藝術性、醫學性或教育性價值者，屬硬蕊猥褻物品；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者，屬軟蕊猥褻物品。
- (三)丁女表演黃色笑話之行為，不成立第 234 條第 1 項的公然猥褻罪。
通說見解認為本罪之猥褻行為**限於「身體動作」**，並不包括猥褻「言語」在內，故丁女所表演之黃色笑話並非猥褻之身體動作，不成立本罪。
- (四)丙女表演叫春之行為，不成立第 234 條第 1 項的公然猥褻罪。
同上所述，丙女所表演之叫春並非猥褻之身體動作，不成立本罪。
- (五)乙男表演脫除上衣之行為，不成立第 234 條第 1 項的公然猥褻罪。
客觀上，乙男脫除上衣雖屬於身體動作，但仍必須判斷是否可以該當猥褻之定義。本罪既然規定於侵害社會法益的犯罪類型，就不得不考量社會大眾的觀感，依據現今較為開放之社會通念，男性脫除上衣之行為在所多有，**難以論斷會使旁人產生羞恥感或厭惡感**，應不該當猥褻之要件，乙男不成立本罪。
- (六)甲男數秒內脫得精光之行為，不成立第 234 條第 1 項的公然猥褻罪。
- 1.客觀上甲脫得精光，似乎足使旁人產生羞恥感或厭惡感，而得以該當猥褻之概念；然而回歸保護法益來思考，依現場情勢觀察，群眾丟擲酒瓶係因甲「賣相不佳」，而非甲「侵害社會大眾免於猥褻行為干擾之自由」，**因此並未使旁人產生因性道德感情受侵害而來的羞恥、厭惡感**，故不該當猥褻之要件，甲男不成立本罪。
 - 2.退萬步言，縱使認為甲男客觀上該當公然為猥褻行為之要件，主觀上，甲明知為猥褻行為卻仍有意為之，具本罪之故意，並具有供人觀覽之意圖，因而論斷本罪構成要件該當，易稍嫌速斷。學說上認為應用「**騷擾他人之意圖**」取代供人觀覽之意圖，始能精確掌握本罪之不法內涵，按此見解，甲男並未想要騷擾他人，因此主觀構成要件應不該當。
- (七)戊提供甲乙丙丁表演場所之行為，不成立第 234 條第 2 項的加重公然猥褻罪。
甲、乙、丙、丁四人均不成立公然猥褻罪已如上所述，戊即不符合「意圖營利而犯前項之罪」之犯罪成立要件，因此不成立加重公然猥褻罪。

