

《刑法概要》

- 一、甲以三百萬元代價唆使乙殺害 A，乙當場允諾後，甲立即開車載乙到 A 經營之餐廳勘查地形並指明被害人，乙計劃當天晚上殺害 A，當天下午 A 卻因車禍而不治死亡。試問：甲、乙刑責為何？（25 分）

命題意旨	本題主要是測驗考生對於教唆未遂處罰規定之修正是否熟悉。
答題關鍵	要針對修法前後的見解分別提出說明，再以現行法作結。
高分閱讀	1.林山田《刑法通論（上）》（十版，元照出版），頁 452。 2.黃榮堅《基礎刑法學（下）》（三版，元照出版），頁 887~888。

【擬答】

- (一)某乙計畫當晚殺 A，A 卻在當天下午死亡，可能構成刑法第 271 條第 2 項之殺人未遂罪。本罪以行為人著手於殺人行為而不遂為構成要件。
- 依照目前通說所採取之著手理論，即「主客觀混合理論」，行為人是否構成犯罪之著手，取決於其是否「依其對於行為的認識，而開始實行足以實現構成要件之行為。」某乙雖然計畫殺 A，但如此之計畫並未足以致 A 於死，換言之，某乙到目前為止的行為並不足以實現殺人罪之構成要件，因此難認某乙已經著手。
- 綜上所述，某已知行為不構成殺人罪之著手，自不構成刑法第 271 條第 2 項之殺人未遂罪。
- (二)某乙計畫當晚殺 A，可能構成刑法第 271 條第 3 項之預備殺人犯。本罪以行為人預備犯殺人罪為其構成要件。所謂之預備行為，是指行為人為了實現其犯意，在著手實行犯罪行為之前，所為的準備行為而言。某乙雖未著手殺人，但是已經開始擬定犯罪計畫，依照學說與實務的看法，應該進入了預備階段，構成預備殺人罪。雖然依照條文解釋，某乙構成本罪。但是學說大多認為預備犯的存在欠缺其堅強之正當性。因為預備行為存有刑事證據上的盲點，故有入人於罪之疑慮。故刑事政策上，應該廢除預備犯或者是陰謀犯的處罰規定，以避免刑法之濫用。
- (三)某甲教唆某乙殺 A，可能構成教唆殺人未遂罪。
- 某甲教唆某乙殺人，雖然某乙尚未著手，犯罪計畫即因 A 之死亡而終止。但 95 年修正前刑法第 29 條第 3 項原規定：「被教唆人雖未至犯罪，教唆犯仍以未遂犯論。但以所教唆之罪有處罰未遂犯之規定者，為限。」是故在舊法時代，某乙雖未著手於犯罪，但由於殺人罪有處罰未遂犯之規定，故某甲仍然構成教唆殺人未遂罪。
- 然 95 年修法時，第 29 條第 3 項遭刪除，立法理由略謂：「教唆犯如採取共犯獨立性之立場，實側重處罰行為人之惡性，此與現代刑法以處罰犯罪行為為基本原則之立場有違。更不符合現代刑法思潮之共犯從屬性原則，故改採德國刑法及日本多數見解之共犯從屬形式。原刪除刑法第 29 條第 3 項失敗教唆及無效教唆之處罰，並修正要件為「教唆他人使之實行犯罪行為者，為教唆犯」，亦即被教唆者未產生犯罪決意，或雖生決意卻未實行者，教唆者皆不成立教唆犯。
- 依照新法之規定，某甲雖然教唆某乙殺人，但某乙始終並未著手於殺人行為，某甲之行為即不可罰。
- 對於上開法律修正，有學者認為不妥，蓋刑法之所以處罰教唆犯，是因為教唆行為也是一種製造利益侵害的手段，教唆未遂者雖然在個案中並未製造利益侵害，但是與一般未遂犯相同，其教唆行為之重演即有可能實現利益侵害。故立法者不處罰教唆未遂，是一種處罰的漏洞。
- 雖然學說的反對見解有其道理，但是不論如何，在刑法已經修正的現在，依照罪刑法定主義，某甲上開行為仍是不犯罪之行為。
- (四)某甲教唆某乙殺人，可能構成教唆預備殺人犯。
- 某乙之行為雖不構成殺人未遂，但仍構成預備殺人罪，已如前述。故某甲之教唆行為是否成預備殺人之教唆犯，即有疑問。但此一問題已經在新法的修正下得到解答，蓋教唆犯之要件為「教唆他人使之『實行』犯罪行為」，所謂的實行，依照實務一貫的見解，並不包括預備與陰謀等行為。因此，教唆他人為預備行為者，並不構成預備犯。
- 不論實務對於實行的理解是否正確，由於預備犯的處罰本身即欠缺堅強的正當性，故教唆預備犯之不罰，應

屬可資贊同之結論。

二、甲男某夜酒後駕車返家，路上撞到機車騎士乙男受傷倒地，甲男恐負刑責未將乙男送醫更加足馬力離去，惟經路人 A 記下其車號報警，並將乙男送醫，乙男幸僅皮肉傷無大礙。一小時後甲男為警查獲其酒測值達 1.0 毫克／公升，經移送法辦，乙男並提出告訴。問甲男應負之刑責？（25 分）

命題意旨	本題主要是在測試考生對於肇事逃逸罪之熟悉度。
答題關鍵	針對可能構成的犯罪一一檢討即可。
高分閱讀	林山田，《刑法各罪論（下）》（五版，元照出版），頁 310。

【擬答】

- (一)某甲酒後駕車，可能構成刑法第 185-3 條之不能安全駕駛罪。本罪以服用毒品、麻醉藥品、酒類或其他相類似之物，不能安全駕駛動力交通工具而駕駛為不法構成要件。
某甲酒後開車，經酒測之酒精濃度高達 1.00，已高於法定標準，且事實上也已經肇事，其不能安全駕駛而駕駛，並無疑問。又以現代人之生活常識，酒後開車是極為危險之動作，某甲應對此有所認識。因此某甲該當於本罪之主客觀構成要件，應無疑問。又無任何阻卻違法或阻卻責任事由，某甲該當本罪。
- (二)某甲駕車撞傷某乙，可能構成刑法第 284 條之過失傷害罪。本罪以行為人因過失而致他人受傷為不法構成要件。
某甲酒後開車，違背駕駛人應有之注意義務，因而對於可能傷人一事具有預見可能性，是有過失。因而該當於過失傷害罪，足堪認定。
- (三)某甲撞傷某乙之後加速離去，可能構成刑法第 185-4 條之肇事逃逸罪。本罪以行為人駕駛動力交通工具，致人死傷而逃逸為不法構成要件。
某甲撞傷某乙之後，明知某乙受傷，卻未停車處理，反而加速離去，該當於本罪之主客觀構成要件。又其雖然酒後駕車，但是於撞傷人之後仍有意識的畏罪潛逃，可見仍有清楚辨別外界事物之能力，因此其責任能力並未受有影響。據此，某甲之行為該當於本罪之構成要件，違法並且有責，構成本罪。
- (四)某甲撞傷某乙之後加速離去，可能構成刑法第 294 條第 1 項之有義務者遺棄罪。本罪以行為人對於無自救能力之人，依法令或契約應扶助、養育或保護，而遺棄之，或不為其生存所必要之扶助、養育或保護為不法構成要件。
本罪之構成必須以行為人遺棄無自救能力之人為要件，所謂無自救能力之人，必須是其生理狀況不足以自為生存所必須之行動，始該當之。依題意，某乙僅受有皮肉傷，難謂係無自救能力之人。客觀構成要件不該當。某甲不構成本罪。
- (五)競合
某甲所犯之不能安全駕駛罪、過失傷害罪，兩者揭示出於一個「酒後駕車」之犯意而構成，是一行為侵害兩法益而構成兩罪，應屬想像競合，從一重處斷。而肇事逃逸罪是出於另外一個肇事逃逸之犯意，屬於另外一個犯罪行為，應再予以數罪併罰。

三、甲與其弟 A 不合並常發生爭吵，某日，A 見甲渾身酒味，二人又起爭執，A 隨手抄起桌上水果刀，反遭甲奪刀砍傷手，甲殺紅了眼以電線勒住 A 的脖子，直到 A 不動為止，甲誤認 A 已死亡，騎車衝到派出所聲稱自己殺了弟弟，警方據報將 A 送醫，A 倖免於死。試問：甲是否能主張減輕或免除刑罰？（25 分）

命題意旨	本題旨在正當防衛的判斷、責任能力是否得減輕其刑，以及自首的規定。
答題關鍵	抓住考題的要旨在於得否減免刑罰的部分，就此詳加回答即可得分。
高分閱讀	高點金律師，《刑法總則經典題型》（高點文化出版） 第 2-122 頁至第 2-143 頁；第 2-221 頁至第 2-234 頁；第 4-42 頁至第 4-53 頁。

【擬答】

甲致 A 受傷之行爲可否主張減輕或免除刑罰，涉及其行爲是否構成防衛過當、其喝酒造成辨識或控制能力降低是否得減輕其刑，以及其是否得適用自首之規定。以下分述之。

(一)甲之行爲構成防衛過當，得主張減輕或免除其刑（刑法第 23 條但書）：

- 1.通說與實務皆認為，所謂防衛過當，係指行為人對於現在不法侵害，基於防衛自我權利而為之防衛行為超越必要之程度而言。
 - 2.A 隨手拿起水果刀欲攻擊甲時，對於甲而言，已屬存在侵害情狀而得為正當防衛之行為，縱然割傷 A 的手，在甲亦具備防衛意思的情形之下，得依刑法第 23 條阻卻違法。惟甲更以電線勒住 A 使其無法呼吸，A 雖未死亡但恐有身體機能受損的傷害，就此一部份客觀上看來，已非屬所必要之防衛行為，而超越了必要之程度，因此為一防衛過當之行為。
 - 3.甲原可一正當防衛之規定，主張就其行為得以阻卻違法。惟其防衛過當，從而僅得主張減輕或免除其刑。
- (二)甲行為時若以達辨識能力與控制能力顯著降低的程度，則可主張減輕其刑（刑法第 19 條第二項）：
- 1.甲與 A 爭執時，甲已全身酒味，倘已達辨識能力與控制能力顯著降低的程度，應可主張其為限制責任能力人而得減輕其刑。
 - 2.惟有認為甲之處於限制責任能力人之狀態，係因其故意喝酒之行為，從而認為應該適用刑法第 19 條第三項之規定，例外地認為甲不應該受有減刑規定之適用。
 - 3.然而適用該項規定，尚且必須甲於原因行為時，即有對於法益侵害結果產生的故意或過失，但就題意看來，甲似並非故意借酒勢傷人，從而應可認為甲仍有主張減輕其刑之空間。
- (三)甲騎車至派出所聲稱自己殺了弟弟之行為，符合自首之規定，得主張減輕其刑（刑法第 62 條）：
- 1.就自首之規定，2005 年改採「得減主義」，對於自己尚未被發覺之犯罪行為自首，而自願接受裁判者，從必減改為得減。
 - 2.甲之行為只造成 A 受傷，其雖聲稱造成死亡結果，但仍足以使刑事追訴機關據以查明事實，此外，該案件亦尚屬未發覺之犯罪。
 - 3.因此，甲得主張其有自首減輕其刑之適用。
- (四)縱上所述，甲就其所為之故意傷害行為，得據以主張減輕其刑。惟上開事由皆僅屬「得減」之規定，從而是否減輕，仍屬法官量刑之空間。

四、甲男某日前往泳池游泳，見乙女穿比基尼泳裝面貌身材姣好而有非分之心。在泳池內甲男潛入水中靠近乙女襲擊其胸，三次碰觸得逞。乙女為避甲男，欲上岸離去，甲男緊隨在後，突緊抱乙女襲胸摸臀達 5 分鐘，乙女大喊救命，經他人協助逮住甲男，扭送法辦。問甲男刑責為何？（25 分）

命題意旨	本題旨在強制猥褻罪之判斷。
答題關鍵	對於強制與猥褻的判斷。
高分閱讀	1.本土法學雜誌第 42 期專題研討「從強吻案談刑法上的猥褻概念」相關論文。 2. 高點金律師，《刑法總則經典題型》(高點文化出版)，第 1-261 頁至第 1-266 頁。

【擬答】

- (一)本題爭點在強制猥褻罪之成立要件之檢討，以下就強制猥褻之要件，合先敘明。
- 1.強制猥褻罪之構成，以對於男女以強暴、脅迫等其他違反其意願之方法，而為猥褻之行為為其要件。
 - 2.而所謂強暴或脅迫等其他違反其意願之方法，例如以有形的暴力強制他人或者恐嚇威脅而強制被害人之意願。而人之意願的發動仍須知與能之具備，壓抑人的知覺與能力固然有構成強暴或脅迫之可能，但倘若趁知與能的空隙而做出突襲或偷襲等類似之行為，則難以認為有「意願」發動的空間，在法解釋學上似不宜認為其等同於前開強暴或脅迫等其他違反意願之方法，以免罪刑不均。
 - 3.倘若認為就突襲或偷襲之猥褻行為有其處罰之必要，則應另以立法的方式解決。
 - 4.此外，猥褻之意涵，學說與實務多有不同見解：
 - (1)實務見解多認為所謂猥褻，係指性交以外，能引起他人性慾或滿足行為人自己性慾，並有害風化之行為。
 - (2)學說對猥褻之定義，有認為猥褻係性交以外足以引起或滿足性慾而使人厭惡或恐懼之行為，亦有認為猥褻的意義不應探討是否引起性慾，而應從被害人之性自主權與身體控制權是否因而受到侵犯來檢視。另有認為凡是基於性的滿足的傾向，而為肢體上之接觸，皆該當猥褻。
- (二)甲在水中襲擊乙女胸部三次之行為，不構成強制猥褻罪（刑法第 224 條）：
- 1.甲雖碰觸乙女胸部三次，惟應屬出於同一決意之行為，從而僅論為一行為。
 - 2.學說上有認為基於性的渴求所為之身體上接觸，皆該當強制性交罪之規定，已如前述。若依此一見解，則

甲之行爲已構成強制猥褻罪。

- 3.惟偷襲行爲與強制行爲之手段強度已有所不同，同樣論以強制猥褻罪將有罪刑不均之問題，前述就偷襲行爲是否足以存在「意願」存在之空間，亦非無疑義。從而於此認爲，觸摸胸部之行爲雖可認爲是猥褻行爲，但其行爲仍非一強制行爲。因此，其行爲不構成強制猥褻罪。

(三)甲抱乙女襲胸摸臀，構成強制猥褻罪（刑法第 224 條）：

- 1.如題目所示，甲抱住乙上下其手時，乙因該行爲違背其意願而大呼救命，並且透過他人協助始能制服行爲人，從而甲之行爲客觀上即該當強制。
- 2.至於襲胸摸臀之行爲是否該當猥褻，於此認爲強制猥褻罪之處罰，在於性自主權之保護，從而重點不應置於性慾之滿足。而於本題乙之性自主權乙受有侵害，因此甲之行爲該當強制猥褻罪。