

【法制、法律政風】

《刑法》

試題評析

整體而言，本次刑法試題出得非常好，各題均能妥適結合刑法總則與刑法分則二部分之爭點，並反應新刑法所可能產生之問題，深度適中，斷能測出同學對於刑法一科的程度。

第一題：旨在測驗同學對於刑法第302條，第221條及227條構成要件之掌握，以及刑總未遂犯之著手認定，以及故意內涵之理解。其中，基於強制性交之目的，強押被害人上車之行為，是否可認係強制性交之著手，以及對於刑法227條行為客體年齡要否認識，均為刑總及刑分之經典問題，也是萬年必考題，老師上課時多有強調，上課認真的同學，應能輕易掌握。

第二題：旨在測驗同學對於刑法分則強盜取財罪及普通竊盜罪基本概念之理解，以及刑總部分之預備罪可否成立教唆犯，以及教唆逾越之相關問題。這裏的「地雷」主要有二顆，第一顆是：行為人E是於實施重傷被害人行為之後，才產生取走被害人財物的意思，並非自始即欲對被害人施強暴至使不能抗拒而取其財物，這樣還會成立強盜取財罪嗎？第二顆是：D雖有教唆E殺人之行為，但E僅至殺人預備階段，尚未著手實行前即變更犯意，此時，對於教唆者D而言，應如何論罪呢？提醒您，新刑法關於教唆犯係採「限制的共犯從屬形式」之立場，則當正犯(被教唆者)未著手實行構成要件行為時，被教唆人有成立教唆犯之餘地嗎？再提醒您，實務上對此問題，已於5月4、5日舉行研討會討論過，並作成決議了，您是否已掌握了呢？注意，此問題乃本班總複習課時的重點哦。

第三題：旨在測驗同學對於刑分危險駕駛罪(刑§185-5)、肇事逃逸罪(刑§185-4)、有義務者之消極遺棄(刑§294 I 後)、不純正不作為殺人罪(刑§271、15)的掌握、及普通過失與業務致重傷罪(刑§284)的區辨，以及刑總部分之原因自由行為，以及舉動犯之未遂問題，還有舊刑法下的未遂教唆，在新刑法下應如何處理的問題。其中，有一可怕的陷阱，即行為人雖有肇事逃逸的犯意，但僅著手為逃逸的行為，尚未離開事故現場，即被逮獲，此時，行為人既未完成逃逸之行為，即無可能成立肇事逃逸罪，審題粗心的同學，必定在此「中箭落馬」，另一駭人的陷阱，則為行為人酒測的呼氣中的酒精濃度，未至實務所認的0.55毫克，是否即可認為其尚非「不能完全駕駛」，另外，有無原因自由行為之適用等等，乃是非常有深度的問題，惟謹慎的同學，方能過關。

第四題：旨在測驗同學對於刑分加重強盜罪(刑§330)以及強盜結合罪(刑§332)之掌握，以及刑總故意理論以及競合理論之理解。其中關於關於加重強盜罪的各项加重條件(刑§321)，如夜間侵入住宅，攜帶凶器等，每年都會考，料同學均能輕騎過關，另對於「結合罪故意」的認知，以及結合罪之罪數問題，向為學理及實務聚訟之焦點，用功的同學，應會有見獵心喜之感。至於競合論部分，只要細心，即能妥善處理。

一、A,B,C三人在台中市區駕車閒逛時，看見穿著時髦的少女甲獨自行走在路上，於是三人商議之後，強行將甲拉上車，打算載往市郊的山區強制性交，卻因違規超速而在半途被警察攔下並逮捕。由於甲發育快，三人都誤以為她已有十六、七歲，事實上年僅十四歲而已。試問A、B、C之行為應如何處斷？（25分）

答：

(一)A,B,C三人強行將甲拉上車，可能成立剝奪他人行動自由罪之共同正犯(刑§§302 I、28)：

按二人以上共同實行以私行拘禁或以其他非法方法，剝奪人之行動自由者為剝奪他人行動自由罪之共同正犯，刑法第302條第1項及第28條定有明文。客觀上，本題中之A,B,C三人強行將甲女拉上車，乃是共同實施違反甲女之意願，對其身體加以不法腕力之強暴手段，強將甲女個人之身體自由，置自己之實力支配掌握下的私行拘禁而剝奪其行動自由之行為，故具共同正犯之「行為分擔」要件。主觀上，A,B,C三人具有共同實施剝奪甲女行動自由之意思決定，故三人亦具共同正犯之「犯意聯絡」要件。三人均無阻卻違法及罪責事由，故成立剝奪他人行動自由罪之共同正犯。

(二)A,B,C三人強行將甲拉上車企圖強制性交，可能成立強制性交未遂罪之共同正犯(刑§221 II、28)：

1.不法構成要件該當性：

本罪之成立，係以二人以上共同著手對於男女以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法而為性交之實行而不遂者為要件。依題示，A,B,C三人未與甲女為性交，故無由成立強制性交既遂罪。主觀上，A,B,C三人具有對於甲女為強制性交之共同意思決定，即犯意聯絡，惟A,B,C三人僅強行將甲女拉上車，準備載往市郊的山區強制性交而已，可否認係著手於強制性交罪之實行，學理上容有疑義：

(1)肯定說：持肯定說者，有從主觀著手理論出發，認A,B,C三人既基於強制性交之企圖，而強行將甲女拉上車，顯係將其主觀上犯罪意思表現於外部，故可認係強制性交之著手；亦有持形式客觀著手理論者認為，凡行為人表現於外部之行為，已屬犯罪構成要件一部之行為者，即屬著手，而強暴等強制手段既屬強制性交構成要件行為之一部，則A,B,C三人強拉甲上車剝奪其行動自由，擬載往市郊強制性交，已屬強暴脅迫之一種，自可認已達著手實行之程度。

(2)否定說：

強制性交罪在主觀方面須有強制性交之故意，客觀方面須有強暴脅迫之行為，而強暴脅迫之實施須在著手強制性交中始得構成，本題中，A,B,C三人強拉甲女上車，擬開至他處再為強制性交之行為，不能認為著手強制性交行為之實

行。

上開二說，實務見解傾向採取否定說之見解，例如68台上198判例：「…上訴人係以機車將被害人載至大社鄉後，不允其下車，而加速另路馳往現場，然後下手行姦，則其強載被害人顯尚未達於著手強姦之程度…」；另如70年度台上字第1022號判例：「…上訴人等在台中市區強拉被害人上車，開往離市區遙遠之山上，予以輪姦，其妨害自由之行為，顯非已著手於強姦行為之實行。…」

惟本文認為，若依上開實務見解，顯對於性自主法益保護明顯不足，蓋當A,B,C三人基於共同為強制性交之犯罪意思，將甲女強拉上車時，甲女之性自主法益，已然面臨被侵害之迫切危險，誠難解非強制性交之著手，況就主客觀混合之著手理論而言，依A,B,C三人之犯罪計畫，既在強拉甲女上車載往市郊的山區強制性交，則強拉甲女上車，乃係將三人之強制性交甲女之犯罪計畫付諸實行的舉動，從一般人之立場觀言，斯學已然對於甲女之性自主造成直接之危險，亦應認為已達著手之地步。三人均無阻卻違法及罪責之事由，故成立本罪。

2.小結：A,B,C三人強行將甲拉上車企圖強制性交，成立強制性交未遂罪之共同正犯。

(三)A,B,C三人強行將甲拉上車企圖強制性交，可能成立加重強制性交未遂罪之共同正犯(刑§§221 II、28)

1.不法構成要件該當性：

本罪之成立，係以犯強制性交未遂罪而有下列情形之一為要件：二人以上共同犯之者。對未滿十四歲之男女犯之者。對精神、身體障礙或其他心智缺陷之人犯之者。以藥劑犯之者。對被害人施以凌虐者。利用駕駛供公眾或不特定人運輸之交通工具之機會犯之者。侵入住宅或有人居住之建築物、船艦或隱匿其內犯之者。攜帶兇器犯之者。

本題中，三人共犯強制性交未遂，可能該當之加重條件，乃第一款「二人以上共同犯之者」，第二款「對未滿十四歲之男女犯之者」，第六款「利用駕駛供公眾或不特定人運輸之交通工具之機會犯之者」。惟所謂「二人以上共同犯之者」，依實務及學說之見解，至少須兩個以上的行為人，其中有一人完成性交行為，始有可能成立，本題中，A,B,C三人中無人有對甲女為性交之行為，故三人均不該當第一款之加重條件；其次，依題示，甲女已滿14歲，亦不該第二款之加重條件；再者，A,B,C三人所駕駛者，為私人車輛，並非供公眾或不特定人運輸之交通工具，故亦不該當第六款之加重條件。

2.小結：綜上，A,B,C三人強行將甲拉上車企圖強制性交，不成立加重強制性交未遂罪之共同正犯

(四)A,B,C三人強行將甲拉上車企圖強制性交，可能成立對於幼女性交未遂罪之共同正犯(刑§§227 V、25、28)

1.不法構成要件該當性：

本罪之成立，係以基於對十四歲以上未滿十六歲之男女為性交之故意，著手對於十四歲以上未滿十六歲之男女為性交之實行而不遂為要件。依題示，A,B,C三人未與甲為性交行為，故無由成立既遂罪。又甲年僅十四歲，係屬十四歲以上未滿十六歲之幼女，固該當刑法第227條第3項之行為客體，惟本罪之性質為故意犯，故意之內容，是否須對於行為客體之年齡具有認識，學理上容有爭議：

(1)肯定說：依刑法第13條之規定，故意之成立，要以行為人對於客觀之構成要件事實，有所認識或預見為前提，據此，行為人必須對於被害人係屬十四歲以上未滿十六歲之男女，有所認識或預見。即行為人對於被害人為十四歲以上未滿十六歲的事實有所認識，並且進而決意對其為性交的主觀心態，即具本罪直接故意，如不知被害人究為幾歲，但竟甘冒可能該當本罪構成要件行為的危險而與被害人為性交或猥褻行為，即使果真實現本罪的構成要件亦在所不惜的主觀心態，則屬為本罪的間接故意。

(2)否定說：本罪以被害人之年齡為構成要件，旨在保護幼年男女身心健康發育，故縱使性交對象之男女，發育良好，外形顯示已滿十六歲以上，但實際未滿十六歲者，仍應成立本罪，不以行為人對其未滿十六歲有所認識或預見為必要。

上開二說，否定說之見解，與刑法第13條規定意旨有違，故本文採肯定說之見解。據此，本罪之故意，既以行為人對於被害人係屬十四歲以上未滿十六歲之男女，有所認識或預見為前提，倘無認識或預見，即無本罪之故意。依題示，甲雖年僅十四歲，但因發育快，致A,B,C三人，均以為其已有十六、七歲，顯見，A,B,C三人對於甲係十四歲以上未滿十六歲之幼女，並無認識，自無觸犯本罪之故意，亦無由成立本罪。

2.小結：A,B,C三人強行將甲拉上車企圖強制性交，可能成立對於幼女性交未遂罪之共同正犯。

(五)競合：

綜上述，A,B,C三人強行將甲拉上車企圖強制性交，成立剝奪他人行動自由罪及強制性交未遂罪之共同正犯，因所犯二罪具有法益侵害同一性，故成立法條競合，且就構成要件之關係而言，實現強制性交罪通常會伴隨實現剝奪他人行動自由罪，故二者具有吸收關係，僅論以主要規定或吸收規定之強制性交未遂罪即為已足，而排斥剝奪他人行動自由罪之規定。另有論者主張，倘使剝奪行動自由行為的本身即是強制性交行為的著手時，其為強制性交構成要件的一部分，僅成立構成要件一罪，即僅論以強制性交未遂罪，無復論以剝奪他人行動自由罪之必要，結論同本文之見解。

二、D唆使E殺乙，當E埋伏在丙宅等候殺乙時，E改變心意，只把剛回到家門口的乙打成重傷，又因看見乙手上戴著不錯的錶，就趁乙無法抵抗而將錶取走。試問D、E之行為應如何處斷？（25分）

答：

一、E之刑責：

(一)E埋伏在丙宅等候殺乙，可能成立殺人預備罪(刑§273 III)：

本罪之成立，係以預備犯殺人罪為要件。所謂預備，係指行為人為實現其犯意，在著手實行犯罪行為前，所為的準

備行為。本題中，E埋伏在丙宅等候殺乙，未對於乙之生命法益造成直接之危險，而非屬著手殺人之行為，但仍屬為便利實施殺乙之前置作業的殺人預備行為。主觀上有E殺乙既遂之故意，E又無阻卻違法及罪責事由，故成立本罪。

(二)E將乙打成重傷，成立重傷罪(刑§278 I)：

依題示，E有重傷乙的事實，並有重傷乙之故意，無阻卻違法及罪責事由，故成立本罪。

(三)E將乙打成重傷，將其手錶取走，可能成立普通強盜罪(刑§328 I)：

1.不法構成要件該當性：

本罪之成立，係以意圖為自己或第三人不法之所有，以強暴、脅迫、藥劑、催眠術或其他法致使不能抗拒而取他人之物或使其交付為要件。依通說之見解，本罪之成立以行為人對於被害人強制行為與其強取他人財物之間具有內在之密切關係及特定之時間關係為先決條件。強制行為必須係行為人為達取得他人之物之手段，而非只是一種伴隨現象，故行為人先無強盜之意圖，但竟利用為達其他目的之強暴或脅迫行為所造成既成事實之強制狀態，而強取他人之物者，即無由成立強盜罪。

本題中，E將乙打成重傷，固屬對人之身體，實施足以抑制他人抵抗程度之有形力的強暴行為，並已造成乙無法抗拒之結果，再趁乙無法抗拒將其手錶，惟E無自始即有使用強制手段使乙不能抗拒再強取其財物之強盜意思，而乙受重傷而無法抗拒E強取手錶之行為的「無法抗拒狀態」，乃係E動手打傷乙所造成的伴隨現象，E因見重傷後無力抗拒，始萌生取走乙之手錶的意圖，進而利用為原本重傷乙所造成之強制狀態，而再將乙之手錶取走，顯見E對於乙所實施之強制行為與其強取乙手錶的結果欠缺內在之密切關係及特定之時間關係，即無由成立強盜罪。

2.小結：E將乙的手錶取走，不成立普通強盜罪。

(四)E將乙手錶取走，可能成立普通竊盜罪(刑§320 I)：

1.不法構成要件該當性：

竊盜罪之成立，係以意圖為自己或第三人之不法所有，而竊取他人動產為要件。客觀上，E取走的乙之手錶，係他人之動產，E乘其將乙打成重傷後無法抗拒的狀態而取走乙的手錶，乃是未得乙之同意，以和平之非暴力手段，破壞原持有人對於動產之支配支配有關係，進而將該動產置於自己的掌握之下，建立一個新的支配持有關係的竊取既遂行為。主觀上，E有竊盜乙之手錶的故意，及為自己不法所有之意圖。又無阻卻違法及罪責事由，故成立本罪。

2.小結：E將乙手錶取走，成立普通竊盜罪。

(五)競合：

綜上述，E先後之行為，分別成立殺人預備罪、重傷罪及竊盜罪等三罪，因E所犯三罪間欠缺法益侵害之同一性，又係出於各別犯意所為，故應依刑法第50條規定，論以數罪併罰。

二、D之刑責：

(一)D唆使E殺乙，可能成立殺人預備罪之教唆犯(刑§271 III)：

1.不法構成要件該當性：

依新刑法第29條第1項規定：「教唆他人使之實行犯罪行為者，為教唆犯」，依立法理由，本條規定，係採共犯從屬性說中之「限制從屬形式」立場，而依限制從屬形式說，共犯之成立係以正犯行為（主行為）之存在為必要，而此正犯行為則須正犯者（被教唆者）著手於犯罪之實行行為，且具備違法性（即須正犯行為具備構成要件該當性、違法性），始足當之，倘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。

若依新刑法之立法理由觀點，本題中，D唆使E殺乙，E雖有萌生殺乙之犯意後，並已進入預備殺人之階段，惟之後E既改變心意，而未進一步著手實行殺人之行為，縱刑法亦有處罰殺人預備之行為，但E既未著手於殺人之構成要件行為之實行，則對於D，即難以殺人預備罪之教唆犯罰之，故D應為無罪。

惟實務見解認為，修正刑法第29條第1項規定：「教唆他人使之實行犯罪行為者，為教唆犯。」其中「使之實行」一詞、採修正構成要件形式理論，於解釋上應可包括「陰謀」、「預備」在內，是以被教唆者雖僅止於陰謀或預備階段，但法律有處罰陰謀或預備之行為時，被教唆者成立陰謀罪或預備罪，教唆者亦應成立陰謀罪或預備罪之教唆犯(95年5月4、5日臺灣高等法院暨所屬法院因應新修正刑法施行座談會)。據此，對於D，仍得論以殺人預備罪之教唆犯。不過，此一見解，顯與新刑法第29條之立法意旨有違，為本文所不採。

2.小結：D唆使E殺乙，因E未著手實行殺乙之行為，所以D無由成立犯罪，但依實務見解，D得成立殺人預備罪之教唆犯。

(二)D不成立重傷罪及竊盜罪之教唆犯：

按教唆他人犯罪者，僅就其教唆故意與教唆行為所及的範圍，擔負刑事責任。倘被教唆之人，實施逾越教唆者原所教唆所能預見之範圍的犯罪行為者，對於逾越教唆範圍之犯罪部分，僅被教唆之人自負其責，教唆者毋庸負責；若被教唆之人經教唆者之教唆後，雖產生犯特定罪之決意，但於著手實行前，或著手實行後，變更犯罪之決意者，教唆之人，亦僅對被教唆者變更犯意前所為之犯罪行為負教唆犯之刑責，對於被教唆之人變更犯意後所為之犯罪行為，亦毋庸負教唆犯之刑責。

本題中，D唆使E殺乙後，E既於著手實施殺人行為前，改變心意，只把乙打成重傷，並將乙之手錶取走，因E事後所為之重傷及竊盜行為，逾越D原所教唆之犯罪範圍，對此，當無由令D負教唆犯之刑責。

三、某日深夜，公車司機F與友人G飲酒之後，由F駕自用車載G返家，卻不小心撞倒路人丙，F、G下車察看後，發現已經重傷的丙昏迷流血，於是G勸F趕緊離開，F聽從G的勸告開車離去，然剛上車打算離開時，即被巡邏警察逮捕。丙送醫後獲救。經警察測試，F呼氣之酒精濃度達每公升0.三四毫克。試問F、G之行為應如何處斷？（25分）

答：

一、F之刑責：

（一）F酒後駕車不慎重傷丙，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。依題示，F飲酒之後，駕駛自用車返家，乃是服用酒類之後駕駛動力交通工具之行為，且F經酒測之結果，呼氣中之酒精濃度雖僅達每公升〇點三四毫克，而未達〇點五五毫克之實務所認之絕對不能安全駕駛之進步，但從題示，F酒後駕車，不慎撞傷丙，難謂其不慎非因受酒精之影響，而致注意力不集中而肇事，且本罪之立法目的，旨在防免酒後駕車，危及其他用路人之安全，如果因為酒後駕車而肇事並致人死傷者，自可認該酒後駕車之行為已逾越「不能安全駕駛」之地步，故F酒後駕車，該當本罪之客觀構成要件。主觀上，F明知其酒後已不能安全駕車，卻仍決定駕車，故具有本罪之故意。

2.違法性與罪責：F無阻卻違法之事由，具備違法性。又依學說之見解，血液中酒精含量須達千分之二點零（相當於呼氣中酒精濃度每公升含量1毫克）以上，始可認定酒醉者之罪責能力顯著降低，本題中，F呼氣中之酒精濃度僅達每公升〇點三四毫克，顯未到達罪責能力顯著降低之地步，自無由援引第19條第1項或第2項，阻卻或減輕其刑責，F又無其他違法罪責事由，故具有責性。

3.小結：F酒後駕車不慎重傷丙，成立危險駕駛罪。

（二）F酒後駕車不慎重傷丙，可能成立過失致重傷罪（刑§284 I 後）：

1.不法構成要件該當性：

本罪之成立，係以因過失致人重傷為要件。客觀上，若非F酒後駕車不慎撞及丙，不會造成丙重傷之結果，故具因果關係。主觀上，F無重傷丙之故意。惟F酒後開車不慎行為，違反一般理智而謹慎的汽車駕車不應酒後駕車的客觀必要注意義務，製造法所不容許的風險，具有行為不法；又F酒後駕車不慎易肇事而致其他用路人死傷，乃是一般人客觀上可預見，可避免者，同時只要F不酒後駕車，即得避免丙被撞傷之結果，故F酒後駕車撞傷丙，亦違反客觀上的結果迴避義務，實現法所不容許的風險，亦具結果不法，該當過失致重傷罪之構成要件。

2.違法性：

F並無任何阻卻違法事由，故具違法性。

3.有責性：

承上所述，F呼氣中之酒精濃度僅達每公升〇點三四毫克，顯未到達足認罪責能力顯著降低之呼氣中酒精濃度每公升含量1毫克地步，自無由援引第19條第1項或第2項，阻卻或減輕其刑責。縱使認為罪責能力之欠缺或顯著降低與否，不應依循呼氣中酒精濃度是否超過每公升含量1毫克，而應客觀判斷，並據以認F酒後駕車撞傷丙時，已達無罪責能力或限制罪責能力之地步，亦因其符合刑法第19條原因自由行為之規定，而不得依第19條第1項或第2項，阻卻或減輕其刑責。

蓋新刑法第19條第3項規定之原因自由行為，係指行為人於完全責任能力之狀態，即有實現特定犯罪之意思，或能預見特定法益之侵害，因故意或過失行為使自己陷於無責任能力或限制責任能力之狀態，且在此狀態下實現構成要件。本題中，F飲酒至醉，至少是過失而自陷精神障礙之狀態，且於飲酒之初，F也已經知道自己是開車赴會，會畢要開車返家，對於其在飲酒之後判斷能力大減的狀態下開車可能肇事出車禍，導致他人生命、身體、財產法益的侵害，至少有預見可能性。故某F符合原因自由行為之要件，自應依刑法第19條第3項之規定，排除第19條第1項或第2項之適用。而F又無其他阻卻罪責之事由，故成立本罪。

4.小結：F酒後駕車不慎重傷丙，成立過失致重傷罪。

（三）F酒後駕車不慎重傷丙，可能成立業務過失致重傷罪（刑§284 II 後）：

1.不法構成要件該當性：

客觀上，本罪之成立，係以從事業務之人，因業務上之過失致人重傷為要件。所謂「業務」，係指個人基於其社會生活上之地位繼續反覆所實施之事務。依題示，F為公車司機，故其之身分，乃係從事業務之人，並無疑義。而F之主要業務，固為駕駛車輛，然依題旨，F並非上班時駕駛公車撞傷丙，而係於非執業時間駕駛自用車撞傷丙，則對於F是否應論以業務上過失致重傷罪？容有爭議：

（1）甲說：刑法上所謂業務，係指以反覆同種類之行為為目的之社會活動而言，F既為公車司機，而開車又係其主要業務上之行為，則無論係在上班時間駕駛公車，或是在非上班時間駕駛自用車，祇要過失致人重傷者，均應論以業務上過失致重傷罪責。

（2）乙說：刑法第二百八十四條第二項係明定「從事業務之人，因業務上之過失傷害人者」，故必從事業務之人，因該項業務上之過失致人受傷，始能成立此項罪名，F雖係公車司機，惟其於非上班時間駕駛自用車，不慎撞傷丙，與通常非專業司機駕車撞及路人相類，且與其業務無關，自不得因其係從事開車之行為，即負業務上過失致人受傷罪責。

以上二說，實務上係採甲說之見解。惟本文認為，實務之見解，不僅已過分擴大業務概念之範圍，逾越業務文義

的最大限，而有幾近類推適用之嫌。且業務過失加重處罰，通說認為有欠正當性。為限縮業務過失之適用範圍，應認為只限於行為人之過失，係基於業務上行為而發生者。職是，縱係從事業務之人其過失行為如非基於業務上行為而發生者，仍僅應負普通過失之責任。

2.小結：F酒後駕車不慎重傷丙，不成立業務過失致重傷罪。

(四)F撞傷丙後，準備開車離去，可能成立肇事逃逸罪(刑§185-4)：

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。客觀上，F駕駛自用車撞傷丙，固係駕駛動力交通工具肇事，致人傷害者，而F若逕行離開該事故現場者，即屬肇事後的逃逸行為，惟依題示，F聽從G的勸告開車離去，然剛上車打算離開時，即被逮獲，則其逃逸行為僅屬著手而已，既未完成自事故現場離去的逸脫行為，自無由該當本罪構成要件行為之「逃逸」，而本罪又無處罰未遂之規定，故F自無由成立本罪。

(五)F撞傷丙後，準備開車離去，可能成立有義務者之消極遺棄罪(刑§294 I)：

1.不法構成要件該當性：

本罪之成立，係以對於無自救力之人，依法令或契約應扶助、養育或保護而不為其生存所必要之扶助、養育或保護為要件。客觀上，如題所示，丙被F撞成重傷後，昏迷流血，業已喪失自行維持其生存所必要之能力，自該當本罪之行為客體。

又F開車不慎撞傷丙，致丙重傷昏倒，不論依道路交通管理處理處罰條例第62條，或依刑法第15條第2項規定，F對於重傷昏迷之丙，乃係依法令負有保護義務之人。既然F有義務將丙送醫急救，如果F將丙棄置於現場而駕車逃逸，固可認係不給予丙維持其生存所必要之扶助或保護之消極不作為的遺棄行為。

然本題中，F著手逃逸時，即被逮獲，是否仍得成立本罪，不無疑義。惟依通說之見解，有義務者之遺棄罪的性質，乃是「舉動犯」，只要為人對於無自救力人，開始實施移置或棄置行為，或不為其生存所必要之扶助、養育或保護等行為，於其行為完成後，即為既遂犯。據此，F既著手逃逸時，即被逮獲，其既未離開現場，自難逕認其消極遺棄之行為業已完成，而本罪又無處罰未遂犯之明文，故其行為欠缺本罪之構成要件該當性。

2.小結：F撞傷丙後，準備開車離去，不成立有義務者之消極遺棄罪。

(六)F撞傷丙後，準備開車離去，可能成立殺人未遂罪之不純正不作為犯(刑§271 II、15)：

1.不法構成要件該當性：

客觀上，F開車不慎撞傷丙，致丙重傷昏倒，不論依道路交通管理處理處罰條例第62條，或依刑法第15條第2項規定，F對於重傷昏迷之丙，乃係依法令負有保護義務之人，即F對於丙之生命法益具有保證人之地位。且F事實上亦有能力有將丙送醫急救，卻上車準備離開現場，則其著手為逃逸之行為，亦屬不為法律規範所期待之救助丙生命法益之不作為的著手，僅客觀上未生丙之死亡結果，而無由成立不作為殺人的既遂罪而已。主觀上，F既已知丙已被撞至重傷昏迷流血，應能預見其逃逸的行為，有可能導致重傷昏迷的丙因未及救助而發生死亡之結果，卻決定逃逸，至少有容認丙死亡結果發生之殺人的間接故意，故該當本罪之構成要件。

2.小結：F無阻卻違法及罪責事由，故成立本罪。

(七)競合：

綜上述，F先前酒後駕車撞傷丙，成立危險駕駛罪及過失致重傷，因二罪不具法益侵害之同一性，但係出於F同一個酒後駕車行為，故成立想像競合犯，依刑法第55條規定，應從一重論以危險駕駛罪。至於其後著手逃逸行為所成立之殺人未遂罪之不純正不作為犯，因係另起犯意而為之，故應與之前的危險駕駛罪，依刑法第50條規定，論以數罪併罰。

二、G之刑責：

(一)G勸F趕緊離開，不成立肇事逃逸罪及有義務者之消極遺棄罪之教唆犯：

依新刑法第29條第1項規定：「教唆他人使之實行犯罪行為者，為教唆犯」，因本條規定，係採共犯從屬性說中之「限制從屬形式」立場，從而教唆犯之成立係以正犯者（被教唆者）著手於犯罪之實行行為，且具備違法性（即須正犯行為具備構成要件該當性、違法性），始足當之。且依限制從屬性說，正犯之行為，所可能成立之犯罪，若因無處罰未遂規定之明文者，致正犯無以成立未遂時，教唆者因無所附麗，自亦不成立犯罪。

若從新刑法之立法理由觀點，本題中，G勸F趕緊離開，F雖有萌生肇事逃逸，及遺棄丙犯意後，並已進入著手實行之階段，但均因未完成其犯行，而無由成立肇事逃逸及遺棄罪，則對於G，即難以該二罪之教唆犯罰之，故就此部分，G應為無罪。

(二)G勸F趕緊離開，可能成立不純正不作為殺人未遂罪之教唆犯(刑§271 II、15、29)：

客觀上，G勸F趕緊離開，乃是使對於丙之生命法益在法律上具有保護義務的F產生不純正不作為殺人故意之教唆行為，且若非G之教唆，F不會產生開車逃逸，不為救助丙生命之行為之決意，進而著手實施不作為的殺人行為。主觀上，G認識其勸F趕緊離開，乃是足以引發F產生不作為殺人之意思決定的教唆行為，仍決意為之，亦既有教唆他人實施不作為殺人既遂之故意。G無阻卻違法及罪責事由，故成立本罪。

四、某日深夜H帶著開山刀闖入一家獨門獨院而且與四周房屋尚相距有一公里之遠的丁所住農宅行搶（以強盜的意思），事後唯恐丁報警，而將住農宅內的丁及其家人共三人殺死，並放火燒燬農宅。試問H之行為應如何處斷？（25分）

答：

(一)H闖入丁宅，可能成立侵入他人住宅罪(刑§306 I)：

本罪之成立，係以無故侵入他人住宅為要件。客觀上，H闖入丁宅，乃是未得住居權人丁等之同意而擅自入的侵入他人住宅行為；主觀上，H有侵入他人住宅之故意。又H侵入丁宅非基於正當之目的，係屬無故，又無其他阻卻違法及罪責事由，故成立本罪。

(二)H持刀侵入丁宅行搶，可能成立普通強盜罪(刑§328 I)：

客觀上，H有持刀行搶丁宅得逞之強盜既遂行為，主觀上，如題所示，H亦有強盜故意，及為自己不法所有之意圖，又無阻卻違法及罪責事由，故成立本罪。

(三)H深夜持刀侵入丁宅行搶，可能成立加重強盜罪(刑§330)：

客觀上，本罪之成立，係以犯強盜罪而有刑法第321條各款情形之一者為要件。承前述，H以強盜之意思，侵入丁宅行搶，乃成立強盜既遂罪；而H犯強盜罪之時間既至利用深夜而闖入丁宅犯之，自該當刑法第321條第1款之「於夜間侵入住宅」，同時，H所持之開山刀，乃是客觀上足對人之生命、身體、安全構成威脅，具有危險性之器械，亦該當同條第3款之「凶器」。主觀上，H於實施強盜行為之初，對於上開二款加重條件，均有認識，並決意為之，故構成上開二款加重條件。而依實務及通說之見解，行為人雖同時成立二款以上之加重條件，但仍僅得論以一個加重竊盜罪而已。

(四)H將丁及其家人共三人殺死，成立三個殺人罪(刑§271 I)：

依題示，H有將丁及其家人共三人殺死之行為，以有殺害丁等三人之故意，無阻卻違法及罪責事由。又H殺害丁等三人，縱係在時間及空間緊密之情況下而為之，但因係侵害三個個別專屬的生命法益，無由成立學理上之「接續犯」或「自然之一行為」概念，故成立三個殺人罪。

(五)H放火將丁宅燒燬，可能成立放火罪(刑§173 I)：

1.不法構成要件該當性：

本罪之成立，係以放火燒燬現供人使用之住宅為要件。客觀上，本題中，H放火燒燬之丁的農宅係屬現供人所用之住宅，主觀上，H有放火燒燬丁宅之故意。惟依題示，丁之住宅，係一家獨門獨院而且與四周房屋尚相距有一公里之遠的農宅，依社會一般人的經驗法則而言，燒燬丁宅，斷不會造成延燒及他人房舍，致生危及其他不特定人之生命、身體、財產等法益的危險，則H之放火燒燬丁宅的行為是否仍然成立本罪，學理上容有疑義：

(1)肯定說：本罪之性質，為抽象危險犯，只要行為人一有放火燒燬現供人使用住宅之行為，即得成立本罪，縱就具體情況而言，該放火行為沒有造成公共危險之虞，亦然。

(2)否定說：本罪之性質，固為抽象危險犯，但僅是立法者推定凡有放火燒燬現供人使用住宅之行為，即有公共危險而已，並非不許反證推翻，故若實際上，行為人之放火燒燬現供人使用住宅之行為，沒有致生公共危險之虞時，即無由成立本罪。

2.小結：上開二說，通說及實務見解係採肯定說之見解，本文從之。據此，H之放火燒燬丁宅，成立本罪。

(六)H放火將丁宅燒燬，可能成立毀壞建築物罪(刑§353 I)：

本罪之成立，係以毀壞他人建築物，或致令不堪用為要件。客觀上，H放火燒燬丁宅，乃是毀滅他人建築物之行為，主觀上，H有毀壞丁之建築物之故意，無阻卻違法及罪責事由，故成立本罪。

(七)H強盜丁後，再殺死丁及其家人，可能成立強盜殺人罪(刑§332 I)

1.不法構成要件該當性：

本罪之成立，係以犯強盜罪而故意殺人為要件。客觀上，承前所述，H有犯強盜罪及殺人罪之行為。主觀上，H係以對丁宅犯強盜罪後，事後唯恐丁報警，始決意將丁及其家人殺死，並非於為強盜行為之初，即有強盜後殺人之計畫，則是否得成立本罪，學理上容有疑義：

(1)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，要必以行為人於著手實施基本犯罪的強盜行為之初，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H並非自始即計畫強盜殺人，自不成立強盜殺人罪。

(2)乙說：刑法上之強盜殺人罪或強盜放火罪，均係結合犯，須以強盜與殺人或放火兩者之間有犯意聯絡關係為其成立要件，若犯意各別，則為數種不相關連之犯罪行為，即不得以結合犯論(30上2559判例)。倘依此說，因H係於犯強盜罪後，另行起意殺人，二罪之間不具犯意聯絡關係，自不成立強盜殺人罪。

(3)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H既非自始即計畫強盜殺人，亦非在行劫之際故意殺人，其於實施強盜行為之後，始生殺丁全家之念頭，更非係利用實施強盜之時機而故意殺人，自不得成立強盜殺人罪。

(4)丁說：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為之時，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H雖非自始即計畫強盜殺人，但H係於實施強盜行為之後，立即產生殺丁全家之念頭(姑不論其殺人目的為何)，得認主觀上具有強盜殺人之結合犯故意，自得成立強盜殺人罪。

(5)戊說：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H雖非自始即計畫強盜殺人，但H係於實施強盜行為之後，立即產生殺丁全家之故意，在時間上有銜接性，地點上亦與所犯強盜罪具有關連性，故得成立強盜殺人罪。

2.小結：上開五說，甲乙丙三說認H成立強盜殺人，丁戊二說否定之。實務見解有傾向乙丙說者，亦有傾向丁說者。惟本文認為，結合犯在本質上應屬犯罪複數，僅因重刑化的刑事政策考量，始將原屬實質競合關係的二罪，結合成一個特殊之結合構成要件，俾加重其法定刑。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，有其不同於強盜罪與殺人罪之主客觀構成要件內涵，基於故意與行為同時存在原則，結合罪之主觀構成要件故意，要必以行為人於著手實施基本的強盜行為之初，即有犯強盜殺人之意思，至少須於實施強盜行為完成前，即萌生犯殺人罪之意思，始足當之，如果，於犯強盜罪後，始產生另犯殺人罪之意思者，即不得認其具有犯強盜殺人罪之結合犯故意，從而犯強盜罪後，另起犯意犯殺人罪者，無由成立強盜殺人罪。職是，本文認為H於犯強盜行為，另行起意殺害丁等三人，不成立強盜殺人罪。

(八)H強盜丁後，再放火燒丁宅，可能成立強盜放火罪(刑§332 II)

本罪之成立，係以犯強盜罪而放火為要件。承前所述，若認犯強盜罪而放火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，即為已足者(92台上1231號判決)。則H雖非自始即計畫強盜放火，但H係於實施強盜行為之後，接連產生放火燒燬丁宅之故意，在時間上與所犯強盜罪有銜接性，地點上亦有關連性，故得成立強盜放火罪。僅行為人犯強盜罪並且進而放火滅跡，應如何論罪，學理復有爭議：(1)學者有認為由於強盜罪只有一個，故亦僅成立一個強盜結合罪，應就強盜罪為接近的殺人，論以強盜結合犯，其他不結合的行為，自當另行成罪，按數罪併罰論處。(2)另有學者認為本罪的性質本屬強盜加重的規定，其體例與加重竊盜罪(刑§321)的各款情形相類似，故凡僅具本條五種情形之一者，固屬強盜的結合犯，即使具備兩種以上的情形，仍屬本條的結合犯。通說及實務係採前說。

惟本文認為，H於犯強盜行為，始另行起意放火燒丁宅，不成立強盜放火罪。理由同前強盜殺人罪所述。

(九)競合(結論)：

綜上述，H夜間持刀侵入丁宅強盜後，再殺害丁等三人，放火燒燬丁宅，成立侵入住宅罪、普通強盜罪，加重強盜罪，三個殺人罪，以及放火燒燬現供人使用住宅罪、毀壞建築物罪。惟就侵入丁宅強盜部分言，因所犯之加重強盜罪分別與侵入住宅罪、普通強盜罪具有法益侵害之同一性，應成立法條競合，且在構成要件關係上，加重強盜罪為侵入住宅罪與普通強盜罪之特別規定，故僅能論以加重強盜罪。其次就放火燒燬丁宅所成立之放火燒燬現供人使用住宅罪與毀壞建築物罪而言，有認為成立法條競合，有認為成立想像競合，但均僅論以放火燒燬現供人使用住宅罪。由於H所犯加重強盜罪與三個殺人罪以及放火燒燬現供人使用住宅罪間，係基於各別犯意所為之數行為，故應依刑法第50條論以數罪併罰。