

《刑法》

- 一、甲攜帶一拍戲使用無內部機械結構的假手槍在路上閒逛，突然看見行人A頸上戴有光澤柔和的珍珠項鍊，甲認為該項鍊價值不菲，心生歹念。甲尾隨A至暗巷，甲隨機拿出假手槍要求A將珍珠項鍊交出。A自知該項鍊的珍珠是假的，毫不猶豫即將項鍊取下交付，未料甲見A絲毫不心痛的樣子，以為A很有錢，竟生擄人勒贖的犯意，甲以槍抵住A，將A挾持至附近無人所在的工地。在工地中，A趁甲以手機與A的家人聯繫而不注意時，慌忙逃出並沿路大聲呼救，甲見狀也不敢追敢，匆忙離去。試問甲的行為成立何罪？（25分）

試題評析	本題主要測驗考生對於強盜罪至使不能抗拒的判斷標準以及擄人勒贖罪的要件解釋，是本次考試的四題中，難度偏簡單的一題。
考點命中	1.《高點·高上刑法講義》第三回，旭律編撰，頁276。 2.《刑法爭點解讀》，高點文化出版，旭律師編著，頁9-46。

答：

(一)甲以假手槍要求A交出珍珠項鍊，構成刑法第328條第4項強盜未遂罪。

- 主觀上，甲明知並有意為強盜行為；客觀上，有疑問者在於，甲拿假手槍脅迫A交出項鍊，但A毫不猶豫交給甲，是否該當至使不能抗拒之脅迫手段？
 - 實務見解認為，所謂不能抗拒，祇須行為人所施之暴力已足使被害人本人主觀上受到壓制無法抗拒已足（72年台上5029決）。依此，被害人A主觀並未受到壓制，而無不能抗拒，不該當至使不能抗拒之要件。
 - 亦有實務見解認為，強盜罪所謂「不能抗拒」，應就行為人所施之不法行為，按當時之具體事實，予以客觀判斷，認定該拿出假手槍的不法行為是否已足使一般被害人身體或精神上達於不能或顯難抗拒，而足以壓抑一般被害人之意思自由之程度為標準（103台上4301決），已該當至使不能抗拒之要件。
 - 惟管見以為，基於強盜罪係強制罪與竊盜罪實質結合犯性質角度出發，認為只要是行為人針對他人的生命或身體施加現實的危害，即屬加重的強制手段¹。因此，甲拿假手槍脅迫A又假手槍無法擊發，並未對產生對「他人的生命或身體現實的危害」，而不該當至使不能抗拒之要件。
- 甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由。
- 又有疑問者在於，甲持假槍搶到假項鍊，能否主張不能發生犯罪結果，又無危險的刑法第26條不能未遂？管見認為，以甲犯罪計畫為判斷背景，持假槍搶A將會得手真正的項鍊，甲強盜行為並非重大無知的不能未遂，而是普通未遂。
- 綜上，甲成立本罪。

(二)甲將A挾持至工地，構成刑法第347條第3項擄人勒贖未遂罪。

- 主觀上，甲明知並有意為之另行起意為擄人勒贖之行為，且具有勒贖之不法所有意圖；客觀上，甲用假槍讓A脫離原地而著手擄人行為，然而甲並未將A置於自己的實力支配之下，擄人行為尚未既遂，該當本罪之構成要件。
- 甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由。
- 惟有疑問者在於，甲不追趕讓被害人離去之行為，得否主張刑法第27條第1項中止未遂之法律效果？管見認為，依法蘭克公式，由於A大聲呼救，甲是不能而非不為，無法適用中止未遂之法律效果。
- 甲不追趕使被害人離去的行為，能否主張刑法第347條第5項減刑事由？
 - 依實務見解，本項前段所謂未經取贖而釋放被害人，係指犯擄人勒贖之罪，未經取贖，自動終止勒贖之意思，或無取贖之犯意，而釋放被害人而言，應具有自動釋放人質之心意及實際釋放人質之事實，始得寬減其刑。

¹ 蔡聖偉，論強盜罪「至使不能抗拒」之認定——評最高法院七十二年台上字第五〇二九號判決，月旦裁判時報，24期，2013年12月，頁133。

(2)因此，甲讓A離去並非出於自動終止勒贖之意思，而不得適用本項減輕其刑。
5.綜上，甲成立本罪。

二、甲與乙向來不睦。某日甲行走於人行道時，遭乙持棍棒埋伏攻擊，甲為求自保，奪走一旁走路路人A拿在手上的雨傘，對乙的身體大力揮擊，想使乙放下棍棒。乙遭受反擊後，發覺自己反而處於挨打的局勢，乙為求自保，隨手撿拾地上的石頭丟向甲，甲頭部受傷。試問甲、乙的行為成立何罪？(25分)

試題評析	本題主要測驗的是正當防衛與緊急避難的連動關係。而本題也跟102年地特三等考題高度相似，除了上課有特別強調外，如果有讀過解題書的同學，應該對於這題不陌生才對！也就是，甲對乙是否可以主張正當防衛，而對於A可否主張緊急避難，至於乙得否對於甲的正當防衛行為，再主張正當防衛或緊急避難，涉及自招危難的討論。
考點命中	1.《刑法總則申論題完全制霸》，高點文化出版，旭律師編著，頁3-89。 2.《刑法爭點解讀》，高點文化出版，旭律師編著，頁3-44。

答：

(一)乙持棍棒攻擊甲，構成刑法第277條第1項故意傷害既遂罪。

- 1.客觀上，乙打甲的行為是造成甲受傷結果不可想像其不存在的條件，亦具有客觀可歸責性；主觀上，乙明知並有意為之，具有本罪之故意。
- 2.乙無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，構成本罪。

(二)甲攻擊乙，不構成刑法第277條第1項故意傷害既遂罪。

- 1.客觀上，甲打乙的行為是造成乙受傷結果不可想像其不存在的條件，亦具有客觀可歸責性；主觀上，甲明知並有意為之，具有本罪之故意。
- 2.惟對於乙持棒追打甲的現在不法侵害，甲得對乙主張刑法第23條正當防衛，且依題示以雨傘反擊亦符合必要性，得阻卻故意傷害既遂罪之違法。
- 3.綜上，甲不成立本罪。

(三)甲奪取A的雨傘，涉及的犯罪討論如下：

1.甲上開行為，不構成刑法第325條第1項搶奪罪。

- (1)客觀上，甲奪取A的雨傘是破壞他人持有建立自己持有的搶奪行為；主觀上，甲明知並有意為之，且具有不法所有意圖，該當本罪之構成要件。
- (2)惟甲為防護自己身體而以A的雨傘攻擊乙，得否主張緊急避難，將該危難轉嫁於無辜第三人A？管見以為，甲遭遇乙的攻擊，符合緊急危難情狀，且係為保全自己的身體法益，而搶奪A的雨傘，犧牲A的財產法益，保全與犧牲法益間符合法益權衡原則，甲得主張緊急避難，阻卻違法。
- (3)綜上，甲不成立本罪。

2.甲上開行為，不構成刑法第354條毀損器物罪。

- (1)客觀上，甲奪取A雨傘抵擋攻擊導致雨傘折斷功能喪失；主觀上，甲明知並有意為之，具有本罪之故意。
- (2)惟承前所述，甲毀損A的雨傘是為抵擋乙的攻擊，為保全自己身體犧牲A的財產，符合法益權衡，而得主張緊急避難阻卻違法。
- (3)綜上，甲不成立本罪。

(四)乙持石頭丟甲使其受傷的行為，構成刑法第277條第1項故意傷害既遂罪。

- 1.客觀上，乙丟石頭是造成甲受傷結果不可想像其不存在的條件，且具有客觀可歸責性；主觀上，乙明知並有意為之，具有本罪之故意。
- 2.承前所述，甲攻擊乙得主張正當防衛，屬於正當之行為，乙不得再對甲之攻擊行為主張正當防衛阻卻違法。惟有疑問者在於，甲攻擊乙屬於現在之危難，乙得否對主張刑法第24條緊急避難？涉及自招危難問題。
 - (1)甲攻擊乙之危難之所以發生，係因主張緊急避難之乙因故意傷害甲的行為所招致，屬於故意自招危難。實務見解認為，不論故意或過失自招危難，皆不得主張緊急避難（72台上7058決）基此，乙是故意造成「危難」，以遂其犯罪行為，不得為緊急避難之適用。

(2)對此，管見認為，縱使危難之發生可歸責於乙，仍無法排除適用緊急避難的可能，必須**回歸緊急避難的審查標準**，判斷是否符合**優越利益原則**。然而，由於行為人自招危難，乙為保護自己的身體法益而侵害甲身體法益，難以滿足優越利益原則的要求，而無法主張緊急避難阻卻違法。

3.乙無阻卻罪責或減免罪責事由。

4.綜上，乙成立本罪。

三、甲、乙、丙三人共謀進入A的家中行竊。三人同時說好，各自攜帶一把螺絲起子以撬開門窗。三人使用螺絲起子打開窗戶，成功潛入A的家行竊。在離開A的家時，甲、乙先行將財物裝載上車，丙正欲離開時卻遭鄰居B察覺並壓制，甲、乙為將丙救出，儘管丙當場表示反對施暴，兩人仍拿出各自的螺絲起子刺擊B，丙因此得以逃脫。試問甲、乙、丙的行為成立何罪？（25分）

試題評析	本題主要在測驗考生對於加重竊盜罪各款要件以及準強盜罪性質的理解。首先，上課一再強調加重竊盜罪中，只要出現螺絲起子就要馬上聯想到「凶器」，而看到人數就要想到結夥三人，看到進入住宅就要想到侵入住宅的加重條件。另外，僅參加前財產犯罪而未參與後續強制行為的丙，是否成立準強盜罪。
考點命中	1.《高點·高上刑法講義》第三回，旭律編撰，頁185。 2.《刑法爭點解讀》，高點文化出版，旭律師編著，頁9-25、31、35。 3.《刑法基礎篇解題書》，高點文化出版，旭律師編著，頁8-29、31、45。

答：

(一)甲、乙、丙三人共謀行竊A宅的行為，構成刑法第321條第1項加重竊盜既遂罪。

1.客觀上，甲、乙、丙三人共同對於竊盜行為具有行為分擔；惟有疑問者在於，甲、乙、丙三人是否該當加重竊盜罪各款事由，討論如下：

(1)第1款侵入住宅行竊：甲、乙、丙三人侵入A宅行竊，該當本款要件。

(2)第2款毀越門窗：依實務見解認為，所謂毀越門窗，係指毀損或越進門窗；而學說見解則認為，行為人必須符合「**既毀損且踰越**」二者要素皆須同時符合，方該當本款加重事由。基此，甲、乙、丙三人已毀損並越過門窗，已該當本款之加重要件。

(3)第3款攜帶兇器：實務見解認為，**凡客觀上足對人之生命、身體或安全構成威脅**，而該螺絲起子實屬具有危險性之兇器（79台上5253例參照）。惟管見認為，器械是否危險，除必須於**特定脈絡下就該用途而為判斷**，不得一概認具有危險性而屬兇器。基此，甲、乙、丙持螺絲起子係為竊取所用，非用於傷人目的，不該當兇器之加重事由。

(4)第4款結夥三人行竊：甲、乙、丙三人結夥三人行竊，已該當本款事由。

2.又主觀上，甲、乙、丙三人明知並有意為竊盜行為，具有竊盜故意，亦具有不法所有意圖，也有共同正犯之犯意聯絡。

3.甲、乙、丙無阻卻違法、罪責或減輕罪責事由，構成本罪。

4.競合：又甲、乙、丙三人犯加重竊盜罪第1、2、4款加重情形，因竊盜行為祇有一個，**仍祇成立一罪**。但判決**主文應將各種加重情形順序揭明，理由並應引用各款，俾相適應**（69台上3945例）。

(二)甲、乙二人拿螺絲起子刺擊B的行為，涉及下列犯罪：

1.甲、乙上開行為，構成刑法第277條第1項故意傷害既遂罪之共同正犯（刑法第28條參照）。

(1)客觀上，甲、乙對A受傷結果具有條件關係與客觀歸責，且二人均有共同行為分擔；主觀上，甲、乙明知並有意為傷害行為，也具有共同犯意聯絡。

(2)甲、乙無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，構成本罪。

2.甲、乙上開行為，構成刑法第329條準強盜罪之共同正犯（刑法第28條參照）。

(1)客觀上，甲、乙為竊盜行為後，依實務見解，所謂「**脫免逮捕**」，非僅指脫免逮捕施行強暴脅迫之行為人本身，**亦指為避免共犯之遭受逮捕之情事**（106台上2790決）。因此，又準強盜的危險性也包含對財產受害A以外之人，亦即甲、乙為幫助A脫免逮捕，而當場對第三人之鄰居B施強暴；主觀上，甲、乙明知並有意為準強盜行為，該當本罪之構成要件。

(2)甲、乙無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，成立本罪。

3.競合：由於準強盜罪不法內涵包含傷害罪，甲、乙所犯傷害罪及準強盜罪，依法條競合，僅論準強

盜一罪為已足。

(三)丙反對甲、乙二人施暴，不構成刑法第277條第1項故意傷害既遂罪及刑法第329條準強盜罪之共同正犯（刑法第28條參照）。

- 1.客觀上，丙與甲、乙二人的共同犯意聯絡僅為共同加重竊盜，而不及於傷害及準強盜行為，對於傷害及準強盜部分，屬於丙無法預見之共同正犯踰越部分，丙毋庸對上開二罪負共同正犯之責。
- 2.綜上，丙不構成本罪。

四、甲基於私怨挾持A並將其囚禁於自宅內，某日甲必須出遠門，便將家中鑰匙交予友人乙，且要求乙定期察看A是否安全，不料A於乙監視三日後，卻在乙外出用餐時不慎噎死。甲在國外不知情，在A死後仍請求另一友人丙幫忙觀察甲房外的巷道是否有可疑人士出入，丙不知A死亡之情形下協助甲囚禁A。請甲、乙、丙成立何罪？（25分）

試題評析	本題涉及私行拘禁罪的繼續犯性質與承繼共同正犯、共同正犯踰越、加重結果的共同正犯問題，這些都是在講共同正犯有特別提出來的爭點。也就是，乙接手甲的私行拘禁行為，是否成立該罪之共同正犯，應討論承繼共同正犯；而甲出國後對於A死亡之加重結果（私行拘禁致死）是否應負任？接著，丙主觀認知有私行拘禁，而客觀無私行拘禁之事由，這個考點弔詭的是，A早已死亡沒有侵害法益的危險，如果採取主客觀混合理論會導出有著手的結論，再進一步討論有無不能未遂。但我在本題認為，既然沒有侵害A法益危險，自然也沒有著手於犯罪，特別用採取客觀未遂理論的看法解題。
考點命中	1.《高點·高上刑法講義》第二回，旭律編撰，頁28、134、137。 2.《刑法爭點解讀》，高點文化出版，旭律師編著，頁2-15、5-15、22。 3.《刑法基礎篇解題書》，高點文化出版，旭律師編著，頁5-12、17、3-80。

答：

(一)甲將A囚禁於自宅，構成刑法第302條第1項私行拘禁罪。

- 1.客觀上，甲將A囚禁於自宅剝奪其行動自由；主觀上，甲明知並有意為之，具有本罪之故意。
- 2.甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，構成本罪。

(二)乙受託看管A致其噎死之行為，涉及下列犯罪：

- 1.乙上開行為，構成刑法第302條第1項私行拘禁罪之承繼共同正犯（刑法第28條參照）。
 - (1)客觀上，行為人甲已著手於犯罪之實行後，後行為人乙中途與前行為人取得意思聯絡而參與私行拘禁之繼續犯的實行行為（102年第14次刑事庭會議決議），為承繼共同正犯，甲與乙對於前行為與後行為皆存在相互利用、補充關係，自應對私行拘禁行為負共同正犯責任；主觀上，乙明知並有意為之，且具有犯意聯絡，該當本罪之構成要件。
 - (2)乙無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，構成本罪。
- 2.乙上開行為，構成刑法第276條過失致死罪之不作為犯（刑法第15條參照）。
 - (1)客觀上，乙未消滅A受拘禁中可能噎死的風險，為未消滅既有風險的不作為，且因乙的私行拘禁行為，導致有發生A噎死的危險，乙依刑法第15條第2項具有危險前行為的保證人地位，且乙之不作為與A之死亡間具有假設的因果關係；主觀上，乙外出用餐前應注意A是否有噎死的危險，應注意能注意而不注意，為有過失。
 - (2)乙無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，構成本罪。
- 3.乙上開行為，構成刑法第302條第2項私行拘禁罪之加重結果犯。
 - (1)有疑問者在於，乙私行拘禁A與致死的加重結果，能否成立私行拘禁致死罪的加重結果犯？
 - a.實務見解認為，針對基本構成要件行為與加重結果間之聯結及程度，最高法院向採相當因果關係理論。
 - b.惟管見認為，必須是行為人基本行為所創造的構成要件典型危險，而該危險也在加重結果中被實現，行為人才需要對加重結果負責，稱「構成要件之典型危險關聯²」。因此，倘乙是以有造成A可能噎死危險的方式，對其私行拘禁，例如綑綁手脚狀態下給予餐食，則具有噎死的典型危

² 林書楷，刑法總則，五南，2018年，頁439。

險關聯，該當加重結果犯之要件。

(2)乙無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，構成本罪。

4.競合：由於加重結果犯本質上為故意犯罪加上過失犯罪，為故意及過失犯罪的特別規定，依法條競合，甲僅成立私行拘禁致死罪。

(三)甲私行拘禁A致其死亡，不成立刑法第302條第2項私行拘禁罪加重結果之共同正犯（刑法第28條參照）。

1.客觀上，甲與乙雖對於私行拘禁行為有行為分擔；主觀上，甲與乙對於私行拘禁也有故意及犯意聯絡。惟甲要求乙定期查看A是否安全，未料A會噎死，是否需對A死亡之加重結果負責？涉及加重結果犯之共同正犯的爭點。

(1)依實務見解，共同正犯之一人所引起之加重結果，其他之人應否同負加重結果之全部刑責，端視其就此加重結果之發生，於**客觀情形能否預見**。基此，縱使乙尚未趕到，但依照社會經驗，依照私行拘禁的方法也可能導致被害人噎死，甲必須對加重結果負責。

(2)惟管見以為，甲對於加重結果的發生是否負責，則**應就刑法第17條之要件，就「個別」行為人對於加重結果的發生有無預見可能性為斷（主觀預見可能性）**，而非以客觀預見可能性做為判準，否則將違反「**罪責原則**」³。基此，甲既然已出國，對A噎死一事根本無主觀預見可能，而對於加重結果不需負責，應負私行拘禁罪之共同正犯責任即可。

2.綜上，甲不成立本罪。

(四)丙不知A死亡下，協助甲囚禁A，不構成刑法第302條第3項私行拘禁未遂罪。

1.主觀上，丙明知並有意為私行拘禁之行為，具有本罪之故意；客觀上，有疑問者在於，A既然已死亡，丙在不知情下協助私行拘禁，而無侵害A自由法益的危險，仍否認為已著手於本罪之構成要件？

(1)有認為著手的判斷標準應以丙主觀想像為主，並輔以客觀一般人角度判斷對於法益是否有侵害危險，此為「主客觀混合理論」。本件丙主觀上認為A未死，以一般人角度觀察，仍會對於A造成自由法益侵害危險，已著手於本罪。

(2)惟管見認為，一旦行為人為時對於法益未造成危險，根本沒有構成要件行為，也沒有著手實行與不法可言。採取主客觀混合理論，只是以行為人主觀層面的想像論證法益侵害危險性，也架空結果非價要素，有過度擴張刑罰的危險⁴。基此，既然丙看管A時，A業已死亡，丙的行為對於A的自由法益即無侵害危險，而不該當本罪之著手，依刑法第26條不能未遂規定，由於欠缺應罰性而不成立犯罪。

2.綜上，丙不構成本罪。

³ 徐育安，共同正犯之意思聯絡與加重結果—最高法院九十九年台上字第三四三〇號刑事判決，月旦裁判時報，7期，2011年2月，頁104-105；陳子平，結果加重犯—以最高法院九十年臺上字第四五九四號判決為主軸對近年相關判例判決之評釋，台灣本土法學雜誌，35期，2002年6月，頁24-25。

⁴ 蕭宏宜，未遂犯的處罰依據及其影響東海大學法學研究，第45期，2015年4月，頁78；許恒達，重新檢視未遂犯的可罰基礎與著手時點：以客觀未遂理論及客觀犯行的實質化為中心，國立臺灣大學法學論叢，40卷4期，2011年12月，頁2435。