

《刑法概要》

一、根據我國現行刑法中之規定，說明準中止犯之成立要件（25 分）

命題意旨	本題主要在測驗考生對於刑法第二十七條第一項後段「準中止未遂」之成立要件，是否有清楚的瞭解。
答題關鍵	本題是傳統的申論題型，在作答上，只要就各成立要件之內涵，分別加以論述即可。
高分閱讀	1.高點《經典題型系列-刑法總則經典題型》（金律師），P.2-462～2-471：準中止犯（相似度 100%）。 2.高點《錦囊系列-刑法-總則篇》（蔡律師、余律師），P.244～245：準中止（相似度 80%）。 3.高點《重點整理系列-刑法（概要）》（方律師），P.222～225：準中止（相似度 100%）。 4.高點《重點整理系列-刑法概要》（梁國治），P.1-154～1-155：準中止（相似度 80%）。 5.高點《重點整理系列-刑法總則》（方律師），P.2-412～2-414：準中止（相似度 100%）。

【擬答】

(一)準中止未遂之意義：

- 1.在中止未遂的成立上，是以行為人的中止行為與犯罪結果不發生之間具有因果關係，作為要件之一。但是，在某些情形下，由於外力的介入，雖然最後犯罪仍然未達既遂，但卻與行為人所為的中止行為之間，並不具有因果關係時，若認為行為人不得減免其刑，在處理上似乎過苛。
- 2.因此，向來學界多數見解認為，在中止行為與犯罪未遂之間，欠缺因果關係的情形中，如果行為人的中止行為已經符合一定要件時，得將其類推而與中止未遂做等同之處理，對此，學說上稱之為「準中止未遂」。在 2005 年 2 月的刑法修正當中，立法者接受學界之看法，在刑法第二十七條第一項的規定中增列後段「結果之不發生，非防止行為所致，而行為人已盡力為防止行為者，亦同。」之規定，而將準中止未遂的概念加以明文化。

(二)準中止未遂在成立上，通說認為行為人必須要符合以下各項要件：

- 1.罪行為未達既遂：
準中止未遂亦屬未遂的型態之一，因此，行為人必須已經著手於犯罪行為之實行，但其行為事實尚未滿足犯罪客觀構成要件中的所有要素。如果行為人已經完全實現犯罪構成要件，亦即已達到既遂之階段時，則不能論以準中止未遂。
- 2.行為人在主觀上具有中止意思：
即行為人是出於自主之意願，而產生完全、永久放棄犯罪計畫的意思，至於是否要出自於具有倫理價值的動機，並非所問。如果行為人是出於外在不利因素之壓力，不得已而放棄犯行時，則不能論以準中止未遂。
- 3.行為人必須已盡力為防止行為：
對此，學說上稱之為「真摯努力之防果行為」，需具備以下兩個要素：
 - (1)積極性：
即行為人必須將主觀上的中止意思，積極的以外在行為表現出來，亦即必須有一定防止結果之作為。
 - (2)相當性：
即行為人所實施的防果行為，從個案情形加以觀察，在通常情形之下，是屬於一個有可能達成防止結果發生的有效、適當之行為。至於條文中所謂「行為人已盡力為防止行為者」，在解釋上，只要是在一般觀念中，能夠有效達成防止結果發生之方式，即為已足，而不必去要求是一個「最有效」能防止結果發生之方式。

二、甲、乙二人將富商張三於住家門口強押上車，擄至某山區進行勒贖。因為甲、乙二人與張三家人熟識，恐打電話去勒贖贖款時，被識破報警。於是將上述實情告知友人丙，並以五萬元為代價，要求丙撥打公用電話給張三家人付款贖人。不料，丙打電話多次後，為警方偵破，張三終被順利救出。請問：甲、乙、丙三人之罪責如何？（25 分）

命題意旨	本題主要在測驗考生對於刑法第三百四十七條「擄人勒贖罪」成立要件的熟悉程度，此外，也涉及到「共同正犯」以及「相續共同正犯」的相關問題。
答題關鍵	本題已經算是「考古題」，主要的爭議點在於，如果行為人在他人已經完成擄人行為之後，進而參與勒贖行為時，所應負之刑事責任為何？應就實務界及學界之不同看法加以論述，始能獲得高分。
高分閱讀	1.高點《錦囊系列-刑法-分則篇》（蔡律師、余律師），P.400～408：擄人勒贖（相似度 70%）。 2.高點《錦囊系列-刑法-總則篇》（蔡律師、余律師），P.330～338：幫助犯（相似度 70%）。 3.高點《重點整理系列-刑法（概要）》（方律師），P.7-37～7-42：擄人勒贖（相似度 80%）。 4.高點《重點整理系列-刑法概要》（梁國治），P.2-207：擄人勒贖（相似度 50%）。 5.高點《重點整理系列-刑法總則》（方律師），P.2-374～2-381：幫助行為（相似度 70%）。 6.高點《重點整理系列-刑法分則》（方律師），P.2-83～2-89：擄人勒贖（相似度 80%）。 7.高點《2006 律師司法官歷屆試題詳解-刑法》，94 年律師第 2 題（相似度 60%）。

【擬答】

(一)甲與乙之間，就其共同行為決意及分擔之部分，應屬於刑法第二十八條之共同正犯：

- 1.刑法第二十八條之共同正犯，是指二人以上的行為人，基於共同的行為決意，各自分擔犯罪行為之一部份，彼此之間互為補充及利用，而在分工協力與角色分配之下，共同的實現犯罪，不論所從事者是否為犯罪構成要件上之行為。
- 2.由於甲、乙二人對於擄走張三而藉以勒贖之行為，形成了共同的犯罪決意，並以其行為來加以共同實現，因此，甲、乙之間應屬共同正犯，而要就自己的一部行為，而負全部的刑事責任。

(二)甲與乙將張三強押上車，而擄至山區之行為，可能成立刑法第三百零二條第一項之「妨害行動自由罪」之既遂犯：

- 1.甲、乙將張三強押上車，擄至山區之行為，是以拘束及監禁之方式，使得他人喪失行動自由之行為，而客觀上張三亦已被甲、乙二人置於實力支配之下。此外，甲、乙二人對於妨害行動自由之行為事實，在主觀上亦具有認識，而具有故意，故甲、乙之行為該當刑法第三百零二條第一項之犯罪構成要件。
- 2.甲、乙二人之行為具有違法性，且皆具有完全之罪責，故甲、乙之行為應成立刑法第三百零二條第一項之「妨害行動自由罪」之既遂犯。

(三)甲與乙以向張三之家人勒索贖款為目的，而將張三擄走之行為，可能成立刑法第三百四十七條第一項之「擄人勒贖罪」之既遂犯：

- 1.依照刑法第三百四十七條的規定觀之，只要行為人有將他人置於自己實力支配之下，而使其喪失行動自由之行為，犯罪即已既遂，至於行為人是否有勒索贖款之行為，或者是否取得贖款，對犯罪之成立均不生影響。至於「勒贖」僅是行為人在行為時，在主觀上所需具有之意圖，亦即以勒令被擄人或他人提出金錢或其他財物，以贖回被擄人之人身自由作為目的。
- 2.因此，當甲、乙二人以向張三之家人勒索贖款為目的，將張三擄走，並置於自己實力支配之下時，其擄人勒贖之行為即屬既遂，即使最後並未取得贖款，對本罪之既遂亦不生影響。而甲、乙二人之行為具有違法性，且皆具有完全之罪責，故甲、乙之行為應成立刑法第三百四十七條第一項之「擄人勒贖罪」之既遂犯。

(四)丙與甲與乙協議，而對張三家人勒索贖款之行為，可能成立刑法第三百四十七條第一項之「擄人勒贖罪」之既遂犯：

- 1.學說上認為，關於共同正犯中的「共同行為決意」，並不一定要在行為實施前即已存在，如果在行為人之間，於犯罪行為實施當中，始形成共同行為決意時，亦可成立共同正犯。因此，當他人已經實行一部份犯罪行為後，行為人始與他人形成共同行為決意，進而參與犯罪時，即所謂「相續共同正犯」。
- 2.依照學界多數見解之看法，關於「相續共同正犯」之法律效果，應該先就犯罪行為屬於「狀態犯」或是「繼續犯」而為觀察，如果犯罪行為已經一部終了時，即使後續的參與者，具有共同參與的意思，但對他人先前已經實施的行為，由於無法再加以實現，因此，相續共同正犯之行為人，僅需對其參與後所具有支配力的犯行負責即可。
- 3.我國實務界向來認為擄人勒贖罪是屬於繼續犯之性質，在被擄人未經釋放以前，其犯罪行為仍在繼續進行之中。如依照此一看法，丙與甲、乙形成共同行為決意時，由於張三仍在其實力支配下，故擄人勒贖之違法狀態仍在進行中，因此，丙仍得與甲、乙成立擄人勒贖罪之共同正犯。
- 4.但學界有不同見解認為，雖然擄人勒贖罪亦在保護個人之財產法益，但由於條文中僅以「擄人」來作為構成要件之行為，當甲、乙將張三擄走時，擄人行為已經完全實現，後續參與的丙對先前的擄人行為即不具有支配力，亦不可能再對張三之行動自由法益造成侵害。因此，對於丙向張三家人勒索贖款之行為，應按其情節，就其行為所能支配之部分，論以刑法第三百二十八條之「強盜罪」或是第三百四十六條之「恐嚇取財罪」之未遂犯。

(五)綜上所述，甲、乙、丙三人之刑事責任如下：

- 1.甲、乙二人之行為所成立刑法第三百零二條第一項之「妨害行動自由罪」的既遂犯，與刑法第三百四十七條第一項之「擄人勒贖罪」的既遂犯之間，由於擄人勒贖罪已經包含對於個人行動自由法益之保護，故屬於法益之同一性侵害，應論以法條競合，僅成立刑法第三百四十七條第一項之「擄人勒贖罪」的既遂犯。
- 2.關於丙之行為，如依照通說之看法，應成立刑法第三百四十七條第一項之「擄人勒贖罪」的既遂犯，但如依學界少數見解之看法，則應依情節，論以刑法第三百二十八條之「強盜罪」或是第三百四十六條之「恐嚇取財罪」之未遂犯。

三、十五歲之甲女明知乙男為有配偶之人，卻告知乙男其為滿十八歲之未婚女子，發生性行為後，甲女發現自己懷有乙男的孩子。甲女之行為是否成立犯罪？（25分）

命題意旨	本題是個相當詭異的考題，除了一望即知的相姦罪外，甲女似無違犯其他犯罪。
答題關鍵	在回答完相姦罪後，為避免只寫相姦罪使回答太過單薄，可以將其他可能違犯的犯罪做一簡要之說明。
高分閱讀	1.高點《錦囊系列-刑法-分則篇》（蔡律師、余律師），P.624～626：相姦罪成立之年齡限制（相似度90%）。 2.高點《重點整理系列-刑法（概要）》（方律師），P.8-92：相姦罪成立之年齡限制（相似度90%）。 3.高點《重點整理系列-刑法分則》（方律師），P.171～172：相姦罪成立之年齡限制（相似度90%）。

【擬答】

(一)甲與乙為性行為，可能成立刑法第239條之相姦罪。

- 1.刑法第239條規定，有配偶之人與人通姦者，為通姦罪。其相姦者亦同，成立相姦罪。乙為有配偶之人，甲與乙為性行為，該當相姦罪之構成要件。甲主觀上之認識亦符合上述要素，主觀構成要件該當。

2.甲無阻卻違法事由，但因其僅有 15 歲，依刑法第 18 條第二項之規定，十四歲以上未滿十八歲人之行為，得減輕其刑，甲依本條為限制責任能力人，得減輕其刑。

(二)甲欺騙乙與自己為性行為，可能成立第 227 條第三項與幼童性交罪之間接正犯。

1.刑法第 227 條第三項規定，對於十四歲以上未滿十六歲之男女為性交者，成立與幼童性交罪。乙與 15 歲之甲為性行為，客觀上該當本罪。但乙是在被欺騙之情形下與甲為性行為，換言之，對於本罪並無故意。又本罪無處罰過失之規定，故甲不成立與幼童性交罪。

2.甲欺騙乙之行為，可能成立與幼童性交罪之間接正犯。按間接正犯以利用關係為要件，只要欺騙他人，有優越性認知之情形，即可認為有意思支配成立間接正犯，故甲似得成立與幼童性交罪之間接正犯。但刑法並不處罰法益持有者侵害自己法益之行為，而本題甲欺騙乙可能觸犯之與幼童性交猥褻罪，乃是保護該未成人之性自主，於本題中即為甲之性自主法益，故甲侵害自己法益之行為，應不構成犯罪。

(三)甲欺騙乙與自己為性行為，可能成立第 227 條第三項與第 29 條之教唆與幼童性交罪。

1.教唆他人使之實行犯罪行為者，為教唆犯。教唆犯之成立，按通說限制從屬性之立場，必須有一正犯不法行為存在。本題甲以欺騙方式使乙與自己為性行為，似有成立教唆犯之可能。但因教唆犯為參與犯，必須有正犯不法行為存在始可，而本題中乙因無與幼童性交罪之故意，不成立此罪，則甲之教唆行為亦無所附麗。

2.假亦不成立教唆與幼童性交罪。

(四)綜上，甲僅成立相姦罪。

【參考資料】

《月旦法學教室》，第 31 期：P.22～23：恨不相逢未嫁時（李聖傑）。

四、甲在超商中竊取一條十五元的口香糖，正欲離去時為店員乙所發現，在超商出口處乙張開雙手不欲甲離開，並要求另一店員丙報警處理，甲為了脫免逮捕將乙推倒在地，甲倉皇離去時，口香糖為丙所奪回。試問甲的行為依刑法應如何評價？（25 分）

命題意旨	本題乃近年相當愛考的準強盜罪，另外也一併測驗考生對於竊盜罪既遂時間點的熟悉度，是相當有鑑別度的考題。
答題關鍵	回答竊盜罪時，應將竊盜罪既遂的判斷標準說明清楚再加以判斷。而在回答準強盜罪時，除了應提及是準強盜罪既遂或未遂外，最重要的考點「準強盜罪之強暴脅迫是否以不能抗拒為必要」應該多加著墨，如此應能取得不錯的分數。
高分閱讀	1.高點《錦囊系列-刑法-分則篇》（蔡律師、余律師），P.285～288：準強盜罪（相似度 60%）。 2.高點《重點整理系列-刑法（概要）》（方律師），P.7-13：竊盜罪之既遂（相似度 60%）；P.7-32～34：準強盜罪（相似度 80%）。 3.高點《重點整理系列-刑法概要》（梁國治），P.2-196～2-197：準強盜（相似度 70%）。 4.高點《重點整理系列-刑法分則》（方律師），P.2-69～2-76：準強盜（相似度 70%）。

【擬答】

(一)甲竊取口香糖之行為，可能成立刑法第 320 條之竊盜罪。

1.意圖為自己或第三人不法之所有，而竊取他人之動產者，為竊盜罪。而竊盜罪之既遂，通說認為應以行為人是否已建立或鞏固新的持有關係，依個案就其物之體積、重量判斷，但不以十分安全為必要。本題甲竊取口香糖，雖未離開店家，但因口香糖體積較小，故已對該口香糖建立持有關係，該當竊盜罪之構成要件。甲主觀上亦認知上述要件，並有不法所有意圖，主觀構成要件該當。

2.甲無阻卻違法、罪責事由，成立竊盜罪。

(二)甲為竊取口香糖後將乙推倒在地之行為，可能成立第 329 條之準強盜罪。

1.刑法第 329 條規定，竊盜或搶奪，因防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證，而當場施以強暴脅迫者，以強盜論。一般稱之為準強盜罪。而準強盜既遂或未遂，則以先前竊盜或搶奪未遂或既遂為標準。另外，因為本罪之法律效果與強盜罪同，但本罪之「強暴脅迫」，並無如強盜罪之強制行為，要求必須致使不能抗拒，故準強盜罪之強暴脅迫，是否應以致使不能抗拒為必要，仍有爭議。實務上認為，因準強盜罪並無明文，故不以不能抗拒為必要。而有部分學說則認為如此適用，將造成與強盜罪輕重失衡之情形，故認為準強盜罪之強暴脅迫應以致使不能抗拒為必要。本題甲竊取口香糖已成立竊盜既遂罪已如前述，之後又於店家當場因脫免逮捕而將乙推倒，是否該當「強暴脅迫」，則依前述實務與部分學說之不同而有不同結論。若依實務見解，本題甲符合準強盜罪之強暴脅迫行為，故該當準強盜罪。若依部分學說見解，則甲並未施以致使不能抗拒之強暴脅迫行為，故不成立準強盜罪。

2.若依實務見解甲該當準強盜罪，其亦無阻卻違法、罪責事由，成立準強盜罪。

(三)小結：依實務見解甲成立準強盜罪與竊盜罪，僅論以準強盜罪即可。若依部分學說見解則甲不成立準強盜罪，僅成立竊盜罪。

【參考資料】

《月旦法學教室》，第 32 期：P.98～106：準強盜罪（黃惠婷）。