

# 《刑法》

一、逛街的甲女，為防扒手，而緊緊夾住所背的皮包。乙女自背後衝向前去，強扯甲的皮包，由於甲夾得甚緊，乙並未得手；但使甲失去重心，跌趴在地上，皮包正好為其身體壓住。接著，乙強扯仍露在外的皮包肩帶，將皮包搶走。甲由於重跌，一時全身疼痛，無力抗拒。問：本案如何論處？（20分）？

答題關鍵	本題為結合總則與分則之實例題，主要在測驗考生對於搶奪、強盜罪的條文的解釋能力，以及行為數計算及其相關問題。
試題評析	本題看起來十分容易，似乎只要把分則上搶奪與強盜的構成要件解析清楚即可，不過隱藏的難題在於行為數的認定，再加上前揭二構成要件的相互組合，有各種可能的解答方式。解答這類問題，切記必須在說理上必須保持一貫，避免犯錯的機會。
參考資料	1.《月旦法學教室》第9期，P.20-21。 2.林山田《刑法通論》（下），增訂八版(2002,12)。 3.黃常仁《刑法總論》，增訂一版(2001,8)。 4.黃榮堅《基礎刑法學(下)》，初版(2003,5) 5.林山田《刑法各罪論(上)》，三版(2002,3)。 6.甘添貴《體系刑法各論》第一卷、第二卷，修訂再版(2001,9)。
高分閱讀	1.高點方律師《高點重點總整理系列—刑法分則》，P.2-49以下；P.2-67以下。 2.《法觀人月刊》，第71期，P.69-73。 3.高點蔡律師《刑法》第一卷總則篇、第二卷分則篇。

## 【擬答】

一、乙自背後強扯甲的皮包的行為：

(一)由於甲緊緊夾住皮包，使得乙未得手。就此一部分乙之行為可能構成第三百二十五條第三項、第二十五條第一項之搶奪未遂罪：

本例中乙主觀上具有搶奪的故意及為自己不法所有之意圖。至於客觀上則是強扯甲所緊緊夾住的皮包而未得手，此一部分，應視此等行為是否符合刑法上搶奪之概念，學說上對此頗有爭議：

甲說：必須以公然與乘人不備為要件(如二十二年台上字一三三四例)。

乙說：搶奪乃是指行為人以當場直接侵害持有人或輔助持有人自由意思之手段，破壞持有人對物之監督支配關係，但未達抑制對方自由意思程度之行為。

丙說：必須是使用不法腕力而猝然攫取，使被害人不及抗拒，至於是否公然則非所問。

丁說：必須是對於他人緊密持有之動產所為之奪取，亦即對被害人而言，有比竊盜更高的危險性(對被害人的身體可能造成侵害)。

惟本例中之情形，不論採何種見解，皆可肯定乙之行為為搶奪行為。惟乙雖已著手搶奪之行為，但並未得手(第二十五條第一項)，故乙第一次強扯皮包的行為應構成本條項之搶奪未遂罪。

(二)乙之強扯行為導致重跌、全身疼痛的行為，可能構成第二百七十七條第一項的普通傷害罪：

乙對於強扯甲緊緊夾的皮包時的作用力可能對甲造成身體健康上的傷害，應有所預見，而有傷害故意，而客觀上該行為也果真導致甲重跌於地上全身疼痛(非第十條第四項之重傷結果)的結果，故乙之行為構成該條項之普通傷害罪。

二、乙於甲重跌後，趁其全身疼痛、無力抗拒的情形下搶走皮包的行為：

(一)可能構成第三百二十八條第一項強盜罪

按照多數學者見解，強盜罪包括強制行為與取財行為兩個部分。在強制行為的部分必須是以強暴、脅迫、藥劑催眠術或他法，至使不能抗拒，始得構成強盜罪。按此，拙見以為，乙此一行為並不構成強盜罪，理由分述如下：

1.本例中甲之所以不能抗拒，乃是因為乙第一次的強扯行為所致，乙的第一次強扯行為具有搶奪、輕傷之故意固如上述，惟乙第一次強扯的行為並沒有致甲不能抗拒並進而取財之故意(強盜罪的故意)。換言之，如將乙之兩次強扯認為一個行為(行為單數)，乙於著手時並無強盜之故意，自無由成立強盜罪。

2.至於是否第二次強扯的行為是否為強盜行為，拙見以為宜否定之。蓋倘若肯定，則在第二次強扯之行為時，因為乙並沒有為任何致使甲不能抗拒的行為，而是利用第一次強扯所導致甲不能抗拒的狀態下來完成取走皮包的動作，顯然與第三百二十八條第一項所要求的強制行為不符。換言之，如將乙之兩次強扯認為是兩個行為，第二個行為中也沒有強盜罪的構成要件，當然也不能構成強盜罪。

(二)可能構成第三百二十五條第一項之搶奪既遂罪：

承上二、(一)所述，乙的第二次強扯，是利用甲無力抗拒的情形，趁其不及防備而奪取與甲有緊密持有關係的皮包而得手，且其主觀上具有本條項所規定之構成要件故意與不法所有意圖。故乙此一行為，構成本條項之搶奪既遂罪。

## 三、行為數與競合

本例中乙之行為，如前所述構成搶奪未遂罪、普通傷害罪及搶奪既遂罪。應先確定者係兩次強扯皮包的舉動是一行為或數行為。依題旨，乙兩次的舉動不但時空上緊密相接，而且是出於一個意思決定(取走甲的皮包)所啟動的因果流程，由旁觀的第三者之角度，也會認為是一個整體的行為，因此係自然意義的一行為(亦有學者稱之為經驗上的一行為)。乙的一個行為所實現的三個構成要件之間，搶奪未遂與既遂是對同一法益不同保護階段的立法(或稱之為侵害階段不同的補充關係)，依法條競合之法理，僅論以既遂罪已足以評價。又，其與普通傷害罪則屬侵害不同法益之犯罪，即應按第五十五條前段想像競合，從一重處斷，論以第三百二十五條第一項之搶奪既遂罪。

二、甲撞見舊識乙竊其自行車，但來不及攔阻。次日，甲在路上撞見正在散步的乙，一步向前要抓乙，乙重踹甲下體而掙脫。問：本案如何論處？(20分)

答題關鍵	竊盜罪與準強盜罪的要件審查。
試題評析	本題並不困難，要點一一寫明後即可得一定分數。
高分閱讀	1.高點方律師《高點重點總整理系列—刑法分則》P.2-18以下。 2.高點方律師《高點重點總整理系列—刑法總則》P.2-166 2-167。 3.《高點法研所歷屆試題詳解(台大)》，P.3-47 3-49。 4.高點方律師《刑法(概要)》，P.7-10、7-36以下。

## 【擬答】

(一)乙竊取甲的自行車，可能構成刑法第三百二十條第一項的竊盜既遂罪：

客觀上本罪以行為人未得持有人同意破壞持有人對他人動產之持有而建立自己持有為必要，其既遂的認定亦以行為人對於竊盜的動產取得了完整的持有作為認定的標準，本案中乙在未得甲同意的情況下取得甲的自行車，並且沒有在當時為甲的攔阻而停止，應可認定乙已經建立該自行車完整的持有，該當本罪的客觀要件，主觀上乙對於其行為有認識和意欲，有竊盜故意，知道自已的行為無法律上的權源，有不法意圖，乙亦有取得甲自行車所有利益的想法，有所有意圖，主觀構成要件該當，沒有其他阻卻違法或罪責事由，甲成立本罪。

(二)乙次日重踹甲的下體，可能構成刑法第二百七十八條第一項的重傷害罪：

客觀上乙對於甲的下體予以攻擊，但是題目中未指出已造成甲生殖機能的傷害，因此乙不構成本罪。

(三)乙次日重踹甲的下體，可能構成刑法第二百七十八條第三項的重傷害未遂罪：

主觀上本罪以行為人的行為有導致他人重傷害的故意為必要，本案中乙在甲要抓他的時候重踹甲的下體，由於下體是一般人生殖機能的重要部分，對於該部分予以「重踹」應足肯定乙有因此要致甲生殖機能損害的認識與意欲，乙有重傷害故意，客觀上乙亦已著手，沒有其他阻卻違法或罪責事由，乙構成本罪。

(四)乙次日重踹甲的下體，可能構成刑法第三百二十九條的準強盜罪：

準強盜罪之成立係以行為人在完全前階段的竊盜或搶奪後，為了防護贓物、脫免逮捕、湮滅罪證，而當場實施強暴脅迫為必要，本案中乙在竊盜既遂的次日為了脫免甲的攻擊，但是因為乙所實施時並不是前階段竊盜後立即實施，而是隔了一日，因此不能滿足當場的要件，乙不構成本罪。

(五)競合：乙一行為成立竊盜既遂，另一行為成立重傷害未遂，由於兩個行為是分別起意的兩行為，因此兩罪係屬數罪併罰的關係，應分別依法定刑論宣告刑後，再依刑法第五十一條科予執行刑。

三、甲和乙是表兄弟，甲為丙和丁之子；幼年失怙的乙叫丙姑姑，叫丁姑丈，由丙和丁扶養成人。甲和乙二人分別持一個枕頭，將因數年前車禍意外而雙雙成為「植物人」的丙和丁悶死。甲和乙隨即互砍自殺身亡。問：本案如何論處？(30分)

答題關鍵	本題題目有部分不明確的地方(甲乙殺丙丁究竟是否為共同正犯)，雖然依經驗法則可以推知出題者真意，但筆者建議遇此等題目宜做假設性的回答，以確保完整回答題目所呈現的所有疑點。此外，本例中兩個行為人都已身亡，倘真要回答本題所問「本案應如何論處？」答案似乎應該是：依刑事訴訟法第三百零三條第五款，應諭知不受理判決。
試題評析	本題為實例題，旨在測驗考生對於殺人罪章中諸特別構成要件之熟悉程度，以及共同正犯中關於不純正身分犯的問題應如何處理。
參考資料	1.林山田《刑法各罪論(上)》，三版(2002,3)。 2.甘添貴《體系刑法各論第一卷》，修訂再版(2001,9)。
高分閱讀	1.高點蔡律師《刑法》第二卷分則篇。 2.高點方律師《高點重點總整理系列—刑法分則》，P.1-12、P.1-18、P.1-22。

## 【擬答】

本例中甲、乙之行為可分兩點加以說明如下：

#### 一、甲、乙分別持枕頭將植物人的丙、丁悶死的行為部分

##### (一)甲的部分

1. 本例中應先說明者係植物人是否為第二百七十一條（所引條號未經特別說明者皆為刑法，以下亦同）之行為客體人，此一問題，即人之終期究應如何認定，學說上有不同意見，有採心跳停止說、呼吸停止說、腦死（腦幹死）說及綜合判斷說者，本例中丙丁為植物人（大腦死），心跳、呼吸皆未停止，且腦幹尚未死，故仍屬本條之適格行為客體。
2. 甲係以殺害直系血親之意思與乙分別殺死丙和丁，惟題目中未說明甲乙二人是否具共同謀議或行為分擔而為共同正犯，或僅是各自單獨行動的「同時犯」，以下分就這兩種情形加以論斷：
  - (1) 甲、乙若為共同正犯，則甲、乙共同將丙、丁殺害之行為，由於丙、丁是甲的父母，為直系血親尊親屬，故對於丙、丁之死亡結果，甲應負殺直系血親尊親屬的共同正犯之責（第二百七十二條第一項，第二十八條）。又對於這兩個人的死亡結果（實現了二次第二百七十二條第一項的構成要件），應視具體情形判斷為一行為或數行為，倘為一行為即應依第五十五條前段想像競合處理，若為數行為，則應可認為係出於概括犯意，連續兩個行為觸犯該條項之罪兩次（第五十六條、釋字一五二號解釋）而成立連續犯。
  - (2) 甲、乙若為同時犯，則兩者並無犯意聯絡、行為分擔，依照個人責任原則，甲僅須就其所悶殺丙、丁其中一人之部分負責，即其行為只構成一個第二百七十二條第一項殺直系血親尊親屬罪。

##### (二)乙的部分

乙的部分亦可分兩點說明：

1. 甲、乙若為共同正犯，則甲、乙共同將丙、丁殺害之行為，對乙而言，究應如何論罪，不無疑問。首先第二百七十二條所規定之行為客體必須是行為主體的直系血親尊親屬，姑姑與姑丈係屬旁系血親尊親屬，縱使與行為人間有扶養的事實存在，亦非本條之適格行為客體。再者甲、乙既為共同正犯，則甲論以第二百七十二條第一項之罪，乙是否亦是如此論處？第二百七十二條的規定相對於第二百七十一條，有學者稱之為特別或變體的構成要件，亦有學者稱第二百七十二條直系血親尊親屬之身分為加重罪責事實。惟不論採何種見解，均肯認行為客體必須具備特定身分，始得按加重之第二百七十二條論處；即按第三十一條第二項之規定，因身分或其他特定關係致刑有重輕或免除者，其無特定關係之人，科以通常之刑。按此應解作甲僅成立普通殺人罪的共同正犯（第二百七十一條第一項、第二十八條、第三十一條第二項）。至於競合的問題，如上所述，視情形成立想像競合或連續犯。
2. 若為同時犯，則甲僅成立一個普通殺人罪（第二百七十一條第一項）。

#### 二、甲乙互砍自殺身亡的部分

##### (一)甲之部分

甲將乙砍死的行為，構成第二百七十一條第一項的殺人既遂罪，自無疑問，有疑問者係第二百七十五條有無適用及如何適用，分析如下：

通常自殺行為應該指的是自行了結性命的行為，惟依題旨，甲乙間的互砍行為係「自殺」，足見係甲、乙相互授意對方砍殺自己。按此，可確定兩點：

1. 甲砍殺乙之行為，乃是受乙的囑託（乙明確請託或要求甲將自己殺害）或者是得到乙的承諾（乙向甲表示拋棄生命法益的意思）而殺害對方，符合第二百七十五條第一項之要求。
2. 甲乙既然是互相囑託或承諾對方砍殺自己，則對甲而言必然是謀為同死。既是出於謀為同死的意思，而為第二百七十五條第一項之加工自殺行為，故而得依同條第三項之規定免除其刑。學說上稱此一規定為「個人之阻卻刑事事由」。

綜上所述，甲砍殺乙之行為構成第二百七十一條第一項殺人既遂罪、第二百七十五條第一項之加工自殺罪，兩罪名間具特別關係，依法條競合之法理只適用特別規定之加工自殺罪，並依同條第三項得免除其刑。

##### (二)乙之部分

乙殺甲之行為，與前述甲之部分同，亦是成立殺人既遂罪與加工自殺罪，依法條競合（特別關係）僅論以後者（第二百七十五條第一項），並依同條第三項得免除其刑。

#### 四、下列問題，如何論處？（每小題10分，共30分）

- (一) 甲叫乙去殺丙，乙說「好」，但剛提刀出大門，就心臟病發暴斃。
- (二) 丁叫戊去殺己，戊說「好」，但剛拔刀要砍己，就遭雷擊而死亡。
- (三) 庚叫辛去殺壬，辛說「好」，但揮一刀未中壬，就自行縮手退離。

答題關鍵	教唆未遂與未遂教唆的討論。
試題評析	把握問題點，逐步說明即可。
高分閱讀	1. 高點方律師《刑法概要》，P.2-200以下。 2. 高點方律師《高點重點總整理系列—刑法總則》P.2-370；P.2-388 2-391；P.2-428以下。

## 【擬答】

(一)甲叫乙殺丙，可能構成刑法第二百七十一條第二項的教唆殺人未遂罪：

本罪主觀上以行為人有教唆他人殺害被害人的教唆行為故意和教唆法益侵害既遂故意為必要，就題旨而言，甲應有此二項故意，主觀構成要件該當，客觀上甲已經完成教唆行為，被教唆人乙也已經產生犯罪，只是尚未著手而已，就此一被教唆人已經產生犯意但是尚未著手實施的階段，學說上稱之為「未遂教唆」，未遂教唆的類型中，教唆行為人雖然沒有因為其行為而致「正犯」著手犯罪以產生正犯，但是由於刑法第二十九條第三項之規定，肯定了未遂教唆的可罰性，即只要教唆行為人著手教唆後至正犯著手前，在有未遂處罰的情況之下，均得以之對教唆行為人處罰。本案中乙在提刀出門口時即行死亡，自屬未遂教唆之類型，由於刑法有本條處罰未遂的刑事制裁，因此對於甲自得本於刑法第二十九條第三項而肯定其可罰性。故甲的行為該當於未遂教唆的客觀要件，沒有阻卻違法或罪責事由，甲該當本罪之未遂教唆型態。

(二)丁叫戊殺己，可能構成刑法第二百七十一條第二項的教唆殺人未遂罪：

承前，丁應可肯定其教唆戊實施殺人行為的教唆故意與教唆既遂故意，主觀構成要件該當，客觀上，被教唆人即正犯戊所進行的行為已經達到「提刀砍己」的程度，從正犯戊的行為看來，不論從何一角度觀之，提刀砍人均對於被害人的生命法益產生莫大之危險性，因此可以肯定已經達到著手，但是由於戊被電擊而死，因此未能既遂，就此，教唆行為人丁在被教唆人已然著手教唆內容但無法既遂的類型，學說上一般稱之為「教唆未遂」，其可罰性的基礎在於刑法第二十九條第二項以其「教唆之罪」罰之的規定，因此，由於正犯戊理應課予殺人未遂（但已死，故無刑事訴追可言），故教唆犯丁亦應本於同一罪名處罰之，故丁已該當於本罪的教唆未遂類型規定，客觀構成要件該當，沒有其他阻卻違法或罪責事由，丁該當本罪的教唆未遂型態。

(三)

1.辛殺壬，可能構成刑法第二百七十一條第二項的殺人未遂罪：

辛在庚教唆之後產生殺人犯意，並進而為持刀殺壬行為的實施，就題意而言，應足肯定辛的殺人故意，主觀構成要件該當，客觀上辛已經進行砍殺的行為，雖然未中壬，但足以肯定其已然著手，客觀構成要件該當，沒有其他阻卻違法或罪責事由，辛構成本罪。

此外，由於題意中只指明「辛是自行縮手」者，並未言明辛未何不再繼續為殺人之心態上理由，由於中止未遂的成立必須以行為人基於自願而誠摯地放棄犯行為必要，在此難以肯定辛係其於「己意中止」的意思而中止犯行，只能說辛是因為殺人未成功而決定收手，自無中止未遂的成立，故不考慮中止未遂減刑效果的適用，辛所成立的是障礙未遂。

2.庚叫辛殺壬，可能構成刑法第二百七十一條第二項的教唆殺人未遂罪：

承前所述，庚有殺人罪的教唆故意與教唆既遂故意，主觀構成要件該當，客觀上由於辛已經達到著手的階段，只是因為正犯辛自行收手而不能既遂，承第二部分所述，此種類型亦屬「教唆未遂」之類型，庚之可罰性可由刑法第二十九條第二項得出，因此庚成立本罪的教唆未遂類型，客觀構成要件該當，沒有其他阻卻違法或罪責事由，庚成立本罪。