

《刑法》

一、甲以殺乙意思，用手槍向乙扣板機；但是正巧也遇乙為了屢次伺機殺甲，而以手槍向甲發射。此時，若甲未向乙扣板機，可能他自己已被殺害身亡。就客觀情勢而言，甲之行為無異是針對乙之現在不法的侵害所為之自行防衛。

試問：

(一)分別就客觀主義刑法理論與主觀主義刑法理論，申論甲是否成立正當防衛而阻卻違法？(15 分)

(二)所謂「防衛之意思」，其意涵如何？是否包括出於防衛之目的？(10 分)

| | |
|------|--|
| 命題意旨 | 本題以「偶然防衛」為例，涉及判斷正當防衛時需否包括主觀上「防衛意思」之要件，以及防衛意思之學說爭議。 |
| 答題關鍵 | 本題爭點簡單清楚，考生只需針對題目所問答題即可，無須耗費過多時間在犯罪審查體系的書寫上。另外，客觀主義刑法理論相關學說，雖然在國內尚屬少數見解，然近年卻日趨重要，尤其如客觀未遂理論與不能犯之問題等。為避免對客觀主義刑法理論之誤讀，請考生自行閱讀如李茂生教授或陳子平教授之著作。 |
| 高分閱讀 | 方律師，刑法總則，2-150, 2-166~167 |

【擬答】

(一)關於違法性之性質，學說上向來有兩種看法，一說是著重客觀上法益侵害性之客觀主義刑法理論（又有稱為結果無價值論）；另一說主觀主義刑法理論認為，除客觀上的法益侵害之外，違法之認定不能脫離人的意思，需綜合客觀法益侵害及主觀上的意思始能確切評價行為之違法性（又稱為行為無價值論；在此所謂行為無價值論，或主觀主義刑法理論，都是指折衷說而言。目前幾已無採取純粹行為無價值論或主觀說之論者）。

從上述兩大流派出發，就行為人之主觀意思是否介入違法性的判斷，客觀主義刑法理論即認為，僅需從客觀上是否造成法益侵害來判斷違法與否，行為人之意思，無論是故意或過失都是有責任的問題，是以阻卻違法事由只需考慮客觀上要素，而無主觀阻卻違法要素之問題（物的不法論）。而相對地，主觀主義刑法理論則認為，除故意過失應為構成要件要素之外，違法之判斷，必須考慮到行為人是否具有主觀阻卻違法事由存在，始能阻卻違法，例如正當防衛需具有「防衛意思」，緊急避難需具有「避難意思」等（人的不法論），此乃目前學界通說。

本題甲若依前述客觀主義刑法理論而言，雖然甲開槍射殺乙，侵害乙之生命法益，然此舉同時也挽救了自己之性命，因此屬對現在不法侵害之防衛行為。雖然甲主觀上有殺乙之意思，且並未認知到防衛情狀，亦未基於該情狀而為防衛行為之意思，然此並不在違法性判斷之內，甲之行為得成立正當防衛而阻卻違法（防衛意思不要說）。反之，若依通說，由於防衛意思為阻卻違法事由之一部分，甲由於欠缺防衛之意思，因此縱使客觀上符合防衛情狀及防衛行為之要求，仍不得阻卻違法，故甲成立刑法第二七一條之殺人既遂罪。

(二)依前所述，主觀主義刑法理論所謂之「防衛意思」，學說進一步分成兩種說法：一是防衛意圖說（防衛目的說），另一是防衛故意說（防衛認識說）。前者認為防衛意思是指防衛者認識到符合正當防衛客觀要件之事實，且需基於保護自己或他人之法益為目的，而為防衛之意思，亦即需以防衛目的為必要。後者則認為，若嚴格要求防衛目的，則正當防衛成立範圍不免過於狹窄，且是否出於善良動機或正義感一事，根本不在判斷違法與否的範疇內。

目前通說採取防衛故意說之看法，亦即不包括防衛之目的，僅需行為人認知到防衛之事實即可。

二、甲身為某公司老闆，一向把多年行賄公務員之帳簿放在公司的保險櫃裡。某日上午，甲正要從家裡出發到公司時，接獲調查局將搜索該公司之訊息，立即打電話通知秘書乙將保險櫃裡的帳簿銷毀，該秘書獲知後卻將該帳簿放入微波爐內微波，以為微波就可以加以銷毀。不久，調查局人員到達公司進行搜索時，發現該帳簿在微波爐裡依然完好無缺。事實上，在此之前，調查人員原是為了搜查該公司逃漏稅情事，而行賄之事實尚未被發現。試問甲、乙的行為應如何處斷？（甲之行賄罪部分，不予論述）(25 分)

| | |
|------|--|
| 命題意旨 | 本題涉及刑總共犯從屬性理論及刑分國家法益湮滅證據罪之相關爭議，如「教唆他人湮滅自己之犯罪證據」應如何處理以及「他人刑事被告案件之證據」應如何解釋等。 |
| 答題關鍵 | 題目看似跟不能未遂有關，然而本題涉及之罪名根本沒處罰未遂行為，如未發覺可謂一步錯，步步錯。可再度印證背誦未遂犯處罰條文之重要性。 |
| 高分閱讀 | 蔡律師，刑法分則，p.801~806 方律師，刑法分則，p.4-124~4-127 |

【擬答】

(一)乙的刑責：

1.乙將帳簿放入微波爐裡微波之行爲，是否構成刑法第三五二條之毀損文書罪？

客觀上該帳簿屬甲所有之文書，秘書乙對該帳簿並無處分權，行爲客體屬「他人文書」無疑。然乙雖取得甲之同意並基於銷毀之意思，著手進行毀損行爲，然客觀上該文書卻依然完好無缺。因此本題乙之行爲既然未達毀棄損壞之程度，則客觀構成要件即不該當。故乙不成立本罪。

2.乙將帳簿放入微波爐裡微波之行爲，是否構成刑法第一六五條之湮滅證據罪？

所謂湮滅證據，係指湮沒毀滅刑事證據，而根本使該證據消失或使證據完全喪失其證據力而言。客觀上，乙要銷毀的帳簿是關係到甲行賄公務員的犯罪證據，固無疑問，然爭點在於所謂「關係他人之刑事被告案件之證據」應如何解釋？首先，一般認為，本罪之證據需限以關於「他人」刑事案件之證據，若銷毀自己犯罪之證據，自非本罪之行爲客體；然若涉及湮滅共同正犯或共犯之證據，究屬關係他人抑或關係自己，即有疑問。

實務見解認為除非涉及其本人犯罪之證據，否則若與其他共犯有關，亦難成立本罪（25 年上字 4435 號判例參照）。有學說亦從期待可能性的觀點認為湮滅共同正犯或共犯之犯罪證據雖同時涉及其他人，然終究與自己會否被訴不法有關，故仍不成立本罪。另有學說從該證據是否與行爲人有害關係來區分，若僅關係他人，而與自己無利害關係者，即該當於本罪之行爲客體。本題乙是否與甲共同參與行賄行爲，題意既未言明，應作否定之解釋。則乙所要銷毀之帳簿該當於「他人證據」之要件。

另外，本題甲行賄之事實尚未發現，則未進入司法偵查程序之案件證據可否成爲本罪之行爲客體，即有爭議。早期實務見解認為，本罪條文既曰「刑事被告之案件」，則需限於「司法程序業已開始進行之案件」之證據（51 年台上字第 1622 號判決參照）。然通說認為若採此說，則顯與「確保刑事證據真實性」之意旨不符，是以應解爲「實質上已經發生之刑事案件」即可，是否開始偵查程序均非所問。近期實務見解似有改採後說之傾向（法務部檢查司 80 年檢二字 0401 號函參照）。

然而，本題不論採取何種說法，由於本罪需使該證據消失或使證據完全喪失其證據力之程度，乙雖著手湮滅，卻未竟全功，故客觀要件不該當。乙不成立本罪。

3.小結：乙無罪。

(二)甲的刑責：

1.甲通知乙銷毀帳簿之行爲，可能構成刑法第一六五條及第二九條湮滅證據之教唆犯？

學說上對「教唆他人湮滅關於自己犯罪之證據」多有討論，並認為犯罪行爲人無論是自己親手湮滅或教唆他人湮滅自己之罪證，皆難認其具有期待可能性，自不應處罰。然而，本題由於湮滅證據罪不處罰未遂行爲，被教唆人乙雖著手於湮滅行爲，然既未達刑事不法之程度，依照共犯從屬性理論，甲本即不成立本罪之教唆犯，無待利用「欠缺期待可能性」之概念以解其刑責。

甲不成立本罪之教唆犯。

2.甲通知乙銷毀帳簿之行爲，可能構成刑法第三五二條及第二九條毀棄文書罪之教唆犯？

如前所述，由於本罪不處罰未遂行爲，被教唆人乙雖著手於毀損行爲，然既未達刑事不法之程度，依照共犯從屬性理論，甲即不成立本罪之教唆犯。

甲不成立本罪之教唆犯。

3.小結：甲無罪。

(三)結論

甲、乙皆無罪。

三、甲搭火車越站必須補票，卻因補票金額與火車列車長發生爭執，乃懷恨在心，遂想以破壞火車軌道，使得火車出軌造成鐵路局嚴重損失的方式，來報復洩恨。於計畫準備妥當後，開始其破壞軌道之行動，將軌道枕木與鐵軌固定扣環完全撬開，其破壞範圍前後三十公尺。此舉之後，雖有數班列車經過，僅發生激烈震動，並未翻覆，經列車駕駛通報，隨即被發現修復。甲心有不甘，於是又故計重施，再次撬開扣環，並以大鐵鎚將鐵軌敲離約二公分。嗣後正好有一列自強號列車將行經該處，列車駕駛發現前方軌道有異，乃緊急煞車，但為時已晚，列車有二節脫離軌道翻覆，並造成乘客三死七重傷之慘劇。試問甲所為行爲之刑責為何？（25 分）

| | |
|------|--|
| 命題意旨 | 本題搭配熱門時事搞軌案做成考題，涉及刑法公共危險罪第 183、184 兩條文間之關係，客體不確定之故意個數計算以及行爲數認定等問題。 |
| 答題關鍵 | 本題爭點明確，分成兩行爲階段依序作答即可。唯刑法第 184 條第二項爲同條第一項犯罪之加重結果犯，作答時應注意。 |
| 高分閱讀 | 方律師，刑法總則，p.2-52、p.3-27~28 方律師，刑法分則，p.3-19~p.3-24 蔡律師余律師合著，刑法分則，p.457~463 |

【擬答】

(一)甲第一次破壞軌道之行爲：

1.可能構成刑法第一八四條第一項之妨害交通工具往來安全既遂罪。

本罪客觀上以損壞軌道致生火車往來之危險爲要件，實務及通說認爲係屬具體危險犯，以有發生危險爲已足，不以現實發生災害爲必要（63 年台上 687 號判例參照），至於若現實上因而致使交通工具翻覆或破壞者，屬同條第二項加重結果犯之問題。本題甲將枕木及鐵軌固定扣環鬆開長達三十公尺，應該當於損壞軌道之行爲；另從題目言及「列車經過發生激烈震動」之意旨，可認定甲之行爲雖未使列車翻覆，卻已達致生往來危險之程度。故客觀構成要件該當。

主觀上甲亦對軌道之破壞及其應可致生之危險程度有認知且有意使其發生，故甲主觀構成要件該當。

甲違法且有責，故甲成立本罪。

2.可能構成刑法第一八三條第四項之傾覆破壞交通工具未遂罪。

依題意，甲不但對破壞軌道致生往來危險有所認知，甚至更進一步具有欲以破壞軌道致使火車出軌之意思，則除檢討刑法第一八四條之外，尚有檢討同法第一八三條之必要。本罪係以「傾覆」或「破壞」火車爲要件，因此需使火車傾倒、翻覆或損壞火車之正常機能而有害公共安全之程度，始足當之。

主觀上，甲想破壞火車軌道使火車出軌，可否該當於傾覆火車之故意？雖然火車高速行駛中，出軌與翻覆往往伴隨發生，但兩者依舊在概念上有所不同，若僅脫軌但未傾倒，所形成之公共危險程度亦有別。因此本題甲欠缺傾覆火車之故意，故不成立本罪。

(二)甲第二次破壞軌道之行爲：

1.可能構成刑法第一八四條第二項妨害交通工具往來安全罪之加重結果犯。

客觀上，甲再次將扣環撬開並將鐵軌敲離，不但致生往來之具體危險，且於現實上亦造成火車傾覆之加重結果。主觀上，甲除對破壞軌道及致生往來危險有認知及意欲外，對於火車傾覆之加重結果亦應具有預見可能性。

甲違法且有責，甲成立本罪。

2.可能構成刑法第一八三條第一項之傾覆破壞交通工具既遂罪。

客觀上，甲二度將軌道破壞之行爲，使列車出軌並翻覆，已該當於本罪傾覆火車之要件。唯需檢討者爲：甲是否具備傾覆火車之故意？若依前（一）2. 所述，則甲欠缺傾覆火車之故意；然而若從甲第二次破壞軌道時，不但撬開扣環，並將鐵軌敲離兩公分之行爲以觀，似難認定甲無對火車翻覆之認知；亦即，甲至少具備有未必故意之程度。甲構成要件該當。

甲違法且有責，成立本罪。

3.可能構成三個刑法第二七一條第一項之殺人既遂罪。

客觀上，甲破壞軌道之行爲造成三名乘客死亡之結果，分別該當於三個殺人罪之客觀構成要件，固無疑問，然甲主觀上是否具備以及具備幾個殺人故意，即成爲問題。首先，甲雖然不以殺害他人生命爲目的，然而其既已知往來火車有人乘坐，且認知到後續火車很有可能出軌翻覆，則一旦翻覆，車內乘客非死即傷，則應可認定甲破壞鐵軌時，具有對後續傷亡的未必故意。

再者，就故意之個數而言，此乃學說所稱之客體不確定故意（又稱累積故意或概括故意）類型，由於主觀上僅能確認結果會發生，但發生客體及數量卻無法特定，因此學說上一般認爲，必須透過客觀上實際的死亡人數來輔助認定主觀上故意之個數。本題客觀上造成三人死亡，則甲即具有三個殺人之故意。

甲違法且有責，故甲成立三個殺人既遂罪。

附帶一提，對於此類不確定故意在事實上未遂之部分，是否需論以未遂犯，學說有認爲因爲未遂犯數量無法確定，論以未遂犯在技術上有困難，僅能透過公共危險罪來處理，因此本題第一階段行爲不另行檢討殺人或傷害未遂等罪，原因在此。

4.可能構成七個刑法第二七八條第一項之重傷既遂罪。

客觀上，甲破壞軌道之行爲造成七名乘客重傷之結果，分別該當於七個重傷罪之客觀構成要件。主觀上，如同前述，對重傷應有未必故意，且其個數應依客觀上實際的重傷人數來決定，故甲具有七個重傷之故意。

甲違法且有責，甲成立七個重傷既遂罪。

(三)競合與結論

1.行爲數認定

甲前後兩次破壞鐵軌之行爲，是否屬行爲單數？依目前實務及有力學說之見解，除非犯罪構成要件本身即已容納數犯意之行爲（如結合犯），否則應以決意數論斷行爲數，若行爲後另行起意爲相同類型之行爲仍應論以數行爲。因此本題甲於前次破壞軌道被修復後，心有不甘故計重施而再次破壞鐵軌之行爲，應論以行爲複數。

2.罪數認定

就第二次破壞之行爲，妨害交通工具往來安全罪之加重結果犯與傾覆破壞交通工具既遂罪，兩罪應論以法條單一，僅成立傾覆破壞交通工具既遂罪；另外，其與殺人及重傷罪之罪數認定而言，雖有學說認爲，在涉及侵犯一身專屬性法益之犯罪時，自然之行爲單數之概念僅能存在於同一法益持有者上，若侵犯數個被害客體，應例外地論以行爲複數，如先後開槍將兩人殺害斃命之例。然而本題甲既然基於單一之行爲決意，雖有多數因果流程存在，仍應論以一行爲，故一行爲侵害數法益，應論以想像競合。

另與前階段行爲之妨害交通工具往來安全既遂罪，數罪併罰之。

四、甲、乙、丙三人計畫在路上恐嚇行人取得財物，某日夜晚，三人約定在某道路準備行動，當甲、乙二人依約定時間到達約定場所後，卻不見丙到來，正不知所措之際，有裝扮入時手提皮包之丁行經該地，甲、乙二人見機不可失，乃趨前出言恐嚇「將錢交出來！否則打死你！」丁見狀迅速逃離現場，甲、乙二人在後追趕，見丁年輕力盛，二人乃經合議後，拾起路上一根木棒，從後毆打丁頭部，導致丁血流滿面臥倒在地。此時，丙到達現場，在了解當時狀況後，從丁身上搜括首飾財物。三人誤認為丁已經死亡，於是合力將丁搬移至附近山林後，一起逃離現場。試問：

(一)若丁傷重不治死亡，則甲、乙、丙之行為應如何處斷？(12分)

(二)若丁被人發現，送醫急救，僥倖未死，則甲、乙、丙之行為應如何處斷？(13分)

| | |
|------|---|
| 命題意旨 | 典型的多數行為人參與財產暴力犯罪之問題，為年年必考之類型。 |
| 答題關鍵 | 本題爭點繁雜，不但有考生最頭痛的多數行為人參與之型態，且還分成兩種事實假設，可知需檢討的犯罪數量極多，時間的掌握能力非常重要，把握「大題小作」之精神，簡單扼要交待爭點即可。刑總部分需交待到共謀共同正犯、承繼共同正犯之概念、共同正犯之責任範圍；刑分部分需提到恐嚇取財變更犯意為強盜、殺人後取財、強盜結合犯、遺棄罪、遺棄屍體罪等。 |
| 高分閱讀 | 劉政大，刑法講義第四回，p.25、p.31 方律師，刑法總則，p.2-314~p.320 方律師，刑法分則，p.2-64~p.2-67 蔡律師、余律師，刑法分則，p.649 |

【擬答】

(一)若丁傷重死亡之情形

1.就甲、乙出言恐嚇丁之部分：

(1)甲、乙可能成立刑法第三四六條第二項及第二十八條之恐嚇取財未遂罪之共同正犯。

主觀上，甲、乙兩人原訂要和丙一起恐嚇取財，唯丙臨時未到場，甲、乙兩人遂先行共同決意對丁恐嚇以取財，且客觀上甲、乙出言恐嚇雖未取財成功，然其行為已達令被害人心生畏懼之程度，該當於恐嚇行為之著手。既無其他阻卻違法或阻卻責任之事由，甲、乙各自成立恐嚇取財未遂罪之共同正犯。

(2)丙可否成立刑法第三四六條第二項及第二十八條之恐嚇取財未遂罪之共同正犯？

爭點在於丙雖當時未到場，但是否仍須要為甲、乙之行為來共同負責？所應考量者為丙是否就該恐嚇之行為主觀上具有共同行為決意，而客觀上有共同行為之分擔。

或有論者認為，丙雖未到場，但其與甲、乙事前計畫恐嚇之行為即可成立共謀共同正犯。然而，通說認為共謀共同正犯成立之前提，需該謀議之內容於犯罪過程中的貢獻具有犯罪之支配力。若僅僅因為行為人彼此之間事前存有一共同之犯罪意思，即將未具心理因果力或物理因果力之謀議者論斷為共謀共同正犯，未免過於浮濫。且修法後將共同正犯限縮為「共同實行」，更可說明「在陰謀或預備階段互有謀議但對犯罪未提供助力者，不應成立共謀共同正犯」之理。本題丙由於未提供甲、乙實際犯罪時之助力，故丙不成立恐嚇取財未遂罪之共同正犯。

2.就甲、乙拿木棒毆打丁之部分：

(1)甲、乙可能成立刑法第二七一條第一項及第二十八條殺人既遂罪之共同正犯。

客觀上毆打行為造成丁傷重不治死亡，具有因果關係及客觀歸責，不論毆打行為由誰親手所為，甲、乙之間下手時都應具有欲致人於死地之共同行為決意，客觀上亦有共同行為之實施。既無其他阻卻違法事由及阻卻責任事由，甲、乙皆成立殺人既遂罪之共同正犯。

(2)甲、乙可能成立刑法第三二八條第四項及第二十八條之強盜未遂罪之共同正犯。

主觀上甲、乙於恐嚇不成後將犯意從惡害通知變更為實施強暴手段，唯共同取財之意思則一貫。而客觀上毆打丁之強暴行為亦已著手。既無其他阻卻違法事由及阻卻責任事由，甲、乙皆成立強盜未遂罪之共同正犯。

(3)丙可否成立刑法第二七一條第一項及第二十八條殺人既遂罪之共同正犯？

如前所述，丙由於根本不具對殺人之共同行為決意，亦未對犯罪有任何助力可言，故丙不成立殺人既遂罪之共同正犯。

3.就丙從丁身上搜刮財物之部分：

(1)丙可能成立刑法第三二八條第一項及第二十八條之強盜既遂罪之共同正犯。

丙客觀上未經丁之同意而搜刮財物，主觀上有取財之認知及意欲，然而丙卻於甲、乙強制行為完成後始加入進行取財，則丙究竟應論以竊盜抑或強盜，即成為問題。學說上認為若行為人於其他行為人犯罪著手後始加入共同實施犯罪者，應論以「承繼之共同正犯」(或相續之共同正犯)，而多數學說認為承繼之共同正犯既然認識先行行為並利用既成事實來達成犯罪，則除後行為外，應連同介入前之行為一併負責。則本題丙應論以強盜罪之承繼共同正犯。

另有少數說雖認為承繼共同正犯僅需就加入後之行為來負責，但其另行將強盜罪之構成要件解釋為「強制狀態下之取財行為」，則丙本身在丁倒臥在地的狀態下搜刮財物，本即可該當於強盜罪之要件。總之，無論採何說，丙既已瞭解現場狀況後加入甲、乙之行列而取財，成立強盜既遂罪之共同正犯。

附帶一提，依實務見解，無論取財時丁是否已經死亡，並不會有剝奪死人持有僅論以侵佔脫離物或竊盜罪之問題，皆論以強盜罪。

(2)甲、乙可能成立刑法第三二八條第一項及第二十八條之強盜既遂罪之共同正犯。

如前所述，雖然取財行為委由丙進行，然甲乙丙三人皆具共同行為之決意。故甲、乙二人亦成立強盜既遂罪之共同正犯。

(3)甲、乙可能成立刑法第三三二條第一項及第二十八條之強盜殺人罪之共同正犯。

需注意的是，由於甲、乙除強盜罪外，對殺人之部分亦需負責，故尚需討論強盜殺人罪之適用。依實務見解，除「先殺人後生取財之意而取財」不成立強盜殺人罪之外，其他無論取財後殺人或殺人後取財，只要發生在同一盜所，皆可成立強盜殺人罪。甲、乙基於取財之意而下手殺人並進而取財成功，應論以強盜殺人罪。

4.就甲、乙、丙合力將丁搬移至山林之部分：

(1)甲、乙、丙可否成立刑法第二九四條及第二八條遺棄罪之共同正犯？

客觀上丁被甲、乙毆打，血流滿面，陷於無自救能力，而竟被棄置於山林中，該當於遺棄之要件，然由於三人誤認丁已死亡，故欠缺遺棄之故意。故甲乙丙皆不成立遺棄罪。

(2)甲、乙、丙三人可能成立刑法第二四七條第三項及第二八條之遺棄屍體未遂罪之共同正犯。

依實務見解，若殺人後棄而不顧，並不能以本罪相繩，需積極將屍體遺棄他處始能成立(24年上字1519號判例參照)。本題主觀上，三人皆誤認丁已死亡，而將屍體棄置山林，該當於遺棄屍體之故意。雖客觀上丁當時並未屬「屍體」，然此類對客體的誤認並未出於重大無知，故非不能未遂，而屬普通未遂之情形。故甲乙丙成立遺棄屍體未遂罪之共同正犯。

5.競合與結論

(1)甲之刑責：甲恐嚇未遂後變更犯意為強盜，通說認為兩罪屬不罰前行為或法條競合，僅需就強盜部分評價即可。另就殺人及強盜之部分，僅需論以強盜殺人罪即可。強盜殺人罪與遺棄屍體未遂罪屬數行為，早期實務採牽連犯之態度，唯目前牽連犯已廢除，故應論以數罪併罰。

(2)乙之刑責：與甲同。強盜殺人罪與遺棄屍體未遂罪數罪併罰。

(3)丙之刑責：強盜既遂罪與遺棄屍體未遂罪數罪併罰。

(二)若丁未死之情形

1.就甲、乙出言恐嚇丁之部分：與前述相同，僅甲、乙成立刑法第三四六條第二項及第二十八條之恐嚇取財未遂罪之共同正犯。

2.就甲乙拿木棒毆打丁之部分：

(1)甲、乙成立刑法第二七一條第一項及第二十八條殺人未遂罪之共同正犯。

主觀上甲、乙具有殺人之共同決意；客觀上由於丁未死亡，故不能論以殺人既遂，但既已著手，則應可論以殺人未遂罪之共同正犯。

(2)甲、乙成立刑法第三二八條第四項及第二十八條之強盜未遂罪之共同正犯。

理由同前述。

3.就丙從丁身上搜刮財物之部分：

(1)甲、乙丙成立刑法第三二八條第一項及第二十八條之強盜既遂罪之共同正犯。

理由同前述。

(2)甲、乙可否成立刑法第三三二條第一項及第二十八條之強盜殺人罪之共同正犯？

實務及通說認為，刑法第三三二條第一項所謂「犯強盜罪而故意殺人」，需限於殺人既遂之情形，始得與強盜各罪相結合。而本題丁並未死亡，故甲乙並不能論以強盜殺人罪。

4.就甲、乙、丙合力將丁搬移至山林之部分：

同前所述，甲、乙、丙成立刑法第二四七條第三項及第二八條之遺棄屍體未遂罪之共同正犯。

5.競合與結論

(1)甲之刑責：甲恐嚇未遂後變更犯意為強盜，通說認為兩罪屬不罰前行為或法條競合，僅需就強盜部分評價即可。另就殺人未遂及強盜，既屬部分合致的一行為，故論以想像競合。另再與遺棄屍體未遂罪數罪併罰之。

(2)乙之刑責：與甲同。

(3)丙之刑責：強盜既遂罪與遺棄屍體未遂罪數罪併罰。