

《刑法》

一、甲、乙二人於某日傍晚分別攜其飼犬於社區道路上散步時，不期而遇，兩犬發生激烈打鬥，甲為免其飼犬被咬傷，乃以其手持拐杖猛擊乙犬之頭部，致乙犬當場被格斃。嗣後，乙因屢向甲求償未果，遂花費鉅資僱請丙將甲殺害，以平心中之憤。某日，丙見甲自遠處蹣跚而來，乃躲於街角暗處舉槍瞄準，俟甲走進射程內，即開槍射殺，子彈貫穿甲之脖子後，復打中騎自行車路過丁之腹部。甲及丁經他人報警延醫救治，甲倖而未死，丁則傷重斃命。試問甲、乙丙三人之刑事責任各如何？（二十五分）

命題意旨	本題為刑總重要概念的複合式考題，包括「正當防衛」、「緊急避難」要件的檢討，「打擊錯誤」、「共同正犯的錯誤」等基本爭點。
答題關鍵	犯罪審查體系應清楚明確，同時需避免空洞套用「名詞」卻無實質論述的毛病。只要能按部就班地掌握：動物攻擊非屬侵害行為、避難過當的判斷原則、意外誤中客體成立故意還是過失犯罪等爭點，應可獲得不錯的分數。
參考資料	林山田，刑法通論，頁 270 以下
高分閱讀	1.司法三等考場寶典，P3-4：題目 5（相似度 40%） 2.高點重點整理系列《刑法總則》，方律師（L234） P.2-361～365：教唆犯之刑事責任與錯誤（相似度 80%） P.2-80～81：打擊錯誤（相似度 60%） 3.高點法學錦囊系列《刑法--總則篇》，蔡律師、余律師（L207） P180～181：打擊錯誤（相似度 60%） P.322～326：教唆犯之錯誤（相似度 60%） 4.高點法學錦囊系列《刑法-分則篇》，蔡律師、余律師（L208），P306～309：毀損器物罪（相似度 40%） 5.高點律師司法官歷屆試題詳解（LA005），88 年司法官第 2 題（相似度 80%） 6.高點法研所歷屆試題詳解（M502），P.2-3-1：輔大 93 年刑法（相似度 60%）；P.2-3-14：輔大 92 年刑法（相似度 40%）

【擬答】

(一)甲的部分

甲持拐杖猛擊乙犬之頭的行為，可能構成刑法第三五四條之毀損罪。

客觀上甲持拐杖猛擊乙犬，而導致乙犬當場死亡，已該當於毀損他人之物的構成要件，主觀上甲亦應有認知此舉將使得乙犬死亡並有意欲使其發生，具有故意。然而爭點在於甲出於防免自己飼犬受傷而攻擊乙犬，可否阻卻違法？可茲考慮者，有正當防衛及緊急避難兩種可能。

首先，就正當防衛而言，需客觀上符合現在不法侵害的防衛情狀以及相對應的適當且必要的防衛行為，主觀上並須具有防衛意識，始可阻卻違法。然而本題乙犬對甲犬之打鬥攻擊，可否該當於現在不法之「侵害」？通說認為，動物之攻擊，除非是遭人利用操縱作為攻擊他人之方法或工具，否則並不能該當於正當防衛所謂的「侵害」。而依題意乙並無特意利用該犬作為攻擊工具的情事，故乙犬對甲犬所做的攻擊動作，並不能該當於現在不法之「侵害」。因此甲不得依刑法第二三條之規定，主張其毀損行為得阻卻違法。

其次，就緊急避難而言，客觀上不限於人為的侵害，只要會對法益造成侵害或危險，皆屬「危難」，因此即便是動物的攻擊也符合避免「危難」的前提。然而緊急避難的核心問題在於利益權衡的判斷準則。通說認為，避難行為需符合適當性、必要性及衡平性的要求，始可阻卻違法。本題甲雖順利避免自己之物受到侵害，然而其所使用的避難行為（毀損他人之物）是否出於不得已？是否屬最小最溫和？皆有疑問。此外，不論該危難是否屬被避難者（乙）所招致，亦即，不論本題情形是所謂「攻擊型緊急避難」或「防衛型緊急避難」，



就衡平性的考量而言，至少都必須要求「所保全的利益」應超過「所犧牲的利益」，而就此，保全甲犬與犧牲乙犬之間，並不能符合緊急避難之衡平性的檢驗。故甲不得依緊急避難之規定阻卻違法。然而，由於其依舊避免了法益的侵害，只不過使用了不平衡的手段（避難過當），故應可適用刑法二四條一項但書減免其罪責。

結論：甲成立毀損罪，但可減免其罪責。

(二)乙丙的部分

1.丙開槍的行為，可能構成刑法第二七一條第二項之殺人未遂罪。

主觀上當丙瞄準甲而欲開槍之時，應有認知到此舉將造成他人生命的喪失，並有意欲使其發生，故具有殺人之故意。客觀上，甲果真扣下扳機擊發子彈，無論採何種未遂理論，皆已到達著手階段。丙違法且有責。故丙成立本罪。

2.丙開槍的行為，可能構成刑法第二七一條第一項之殺人既遂罪。

客觀上，丙開槍後，子彈除射中甲之外，還打中丁之腹部，並導致丁送醫不治死亡。然而主觀上丙開槍之時，並無認知到子彈會貫穿並射中路過的丁，換言之，對於被害客體丁之死亡，丙並無故意。故丙不成立殺人既遂罪。

3.丙開槍的行為，可能構成刑法第二七六條第一項之過失致死罪。

丙瞄準甲開槍後子彈貫穿甲之身體而誤中路過之丁，雖其情形與學說所謂的「打擊錯誤」略有不同，就想像的客體並未發生偏離，而是又連帶牽連到其他客體，但就誤中的客體是否成立犯罪，討論的問題並無不同。由於丙在開槍之際已將被害客體特定化，故就其他誤中的客體，並不具備故意而僅能退而求其次討論是否成立過失犯罪。本題丙誤中丁應具有預見可能性，應成立過失致死罪。

4.乙僱請丙開槍的行為，可能構成刑法第二七一條第二項及第二八條殺人未遂罪之共同正犯。

乙客觀上花錢指使丙殺人，其與丙謀議將甲殺害的行為，依犯罪支配理論，只要具備對法益侵害的功能性的支配關係，縱使並未親自實行或到場參與分擔，依舊得論以正犯；或依實務（釋字 109 號解釋）所採之「共同意思主體說」，雖無到場參與實施犯罪，但只要事前謀議而形成共同犯罪之意思，亦可成立正犯。此種情形即一般所謂「共謀共同正犯」。然而由於共同正犯具有「一部行為全部責任」的特性，乙究竟成立殺人既遂或未遂，需以丙之行為為斷。依前述可知，乙僅成立殺人未遂罪之共同正犯。

5.乙僱請丙開槍的行為，可能構成刑法第二七六條第一項之過失致死罪。

就子彈誤中路過之丁，而導致丁死亡的部分，由於該被害客體的死亡並非出於事前謀議，或者根本超出謀議的範圍，亦即，乙對於會有無辜路人遭到誤中一事，並無認知，更無意欲使其發生，故不成立故意犯，併先說明。另外，通說實務認為共同正犯必須數人間有共同之行為決意，過失行為並無成立共同行為決意的可能性，因此僅能討論成立過失之同時犯。因此乙是否成立過失致死罪，必須單獨就乙是否具有預見可能性來判斷是否成罪。依題意，既然當初謀議殺害的計畫是安排在公共街道上實施，那麼應該有可能會發生誤中到其他路人的意外。故乙應具有過失，成立過失致死罪。

6.競合

就丙的部分，殺人未遂罪與過失致死罪，屬一行為侵害數法益，論以想像競合從一重處斷。就乙的部分，殺人未遂罪與過失致死罪，亦屬一行為侵害數法益，論以想像競合。

二、試就我國刑法上有關「緩刑」的相關規定及其學理，詳附理由申述下列所問：（二十五分）

（一）刑法第七十四條規定：「受二年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告，而有左列情形之一，認為以暫不執行為適當者，得宣告二年以上五年以下之緩刑……」上述所謂「以暫不執行為適當者」，其涵義究竟為何？在刑法解釋方法上應如何闡明？

（二）設甲前因犯竊盜罪經法院判處有期徒刑一年，緩刑三年。在緩刑期間內，又與十七歲已婚婦女乙有染，嗣又另行起意，慫恿乙脫離家庭，在台北租屋同居月餘，並有性行為多次。問甲之刑責應如何處斷？倘本案於上述緩刑期滿後才告判處徒刑，應否撤銷其緩刑？理由何在？

命題意旨	本題除涉及傳統刑罰論的法條理解外，還包括了刑法解釋方法的運用、以及緩刑的刑法修正草案部分內容。第二小題夾帶一個雖簡單但不容易寫好的刑分實例題，涉及加重和誘罪、相姦罪以及競合的問題。
------	--



答題關鍵	請把握時間。並要記得分配篇幅，第二小題的小實例題不需花太多篇幅著墨，僅要把罪名與爭點清楚簡潔地說明即可。從此題又可再度印證刑罰論與刑法修正草案的重要性。
參考資料	1.林山田，刑法通論（下）頁 134~135；頁 521~525
高分閱讀	1.高點重點整理系列《刑法總則》，方律師（L234），P.4-37~42：緩刑之要件、撤銷（相似度 90%） 2.高點法學錦囊系列《刑法--總則篇》，蔡律師、余律師（L207），P577~582：緩刑（相似度 90%） 3.高點法學錦囊系列《刑法--分則篇》，蔡律師、余律師（L208），P624~635：通姦、和誘罪（相似度 80%） 4.高點律師司法官歷屆試題詳解（LA005），84 年司法官第 2 題（相似度 60%）

【擬答】

(一)緩刑為現行刑事政策去刑罰化的重要制度之一。其當初設置的目的乃希望透過社會內處遇的方式避免機構性處遇的不良副作用（監獄化），以改善短期自由刑之缺失，而達到積極再社會化（特別預防）的目的。不過，現行法上除了徒刑與拘役之外，另從公平性的考量，將罰金刑列入得緩刑之範圍，雖與救濟短期自由刑之流弊無關，但依舊富有激勵自新、預防再犯的意義。是故緩刑要件的設計與解釋，皆必須符合有助於積極「再社會化」的要求。本法就緩刑分為形式要件與實質要件兩者，形式要件分別就犯罪輕重與犯罪次數做出限制，而實質要件則以「暫不執行為適當」賦予法官自由裁量之權限，就行為人是否適合緩刑做出實質上的認定。進一步而論，所謂「以暫不執行為適當」，實務上一般認為緩刑為法院刑罰權之運用，旨在獎勵自新，祇須合於刑法第七十四條所定之條件，法院本有自由裁量之職權（參見 72 年台上字第 3647 號判例）。然而，法官雖有自由裁量之權限，但其判斷並不能流於恣意妄為。從上述緩刑的立法目的來看，所謂「暫不執行為適當」之涵義，應緊扣再社會化、特別預防目的的立法意旨。亦即，必須從行為人的身分地位、生活環境等面向考量執行刑罰與否對行為人將來的影響。具體而論，實務上即表示法院應就行為人有無再犯之虞、以及能否由於刑罰之宣告而策其自新等情事，綜合認定之，而跟該次犯罪本身情節可否原諒或行為人患病與否無關（參見 29 上字 26 號判例）。

因此在刑法解釋方法上，「暫不執行為適當」雖然從文義解釋來看並不明確，而留有恣意認定的空間，但是應確切把握緩刑作為特別預防功能的一環，以法目的解釋以及系統解釋的方式，將該實質要件所指涉的範圍予以明確化，始為合理。

(二)1.甲的刑責：

(1)甲與十七歲已婚之人有染，應構成刑法第二三九條後段之相姦罪。

依通說與實務見解，無論該有配偶之人年齡為何，只要於發生通姦之際仍存續婚姻關係，即可符合通姦或相姦罪之要件。故，甲與一個已婚之人發生姦情，甲應成立相姦罪。

(2)甲隨後慫恿乙脫離家庭並在台北租屋同居，應構成刑法第二四〇條第三項之意圖性交和誘有配偶之人罪。

所謂和誘是指在不違背被誘人之意願下，而加以誘拐，脫離監督權人而置於自己之實力支配範圍之謂。而和誘的對象分為未滿二十歲之男女以及有配偶之人兩類。然而若未滿二十歲但已結婚之人，實務上認為應屬後者，而成立和誘有配偶之人罪。本題客觀上甲慫恿已結婚之乙脫離家庭，其中乙乃接受慫恿出於自願而同居，故應該當於和誘而非略誘，而和誘之對象應為刑法第二四〇條第二項之有配偶之人。此外，從同居時間來看，應可認定甲已鞏固建立了對乙的實力支配，故應已達於既遂。

主觀上甲有和誘的認知與意欲，此應無疑問。但特別的是，從題意可推知，甲應是以欲與被誘人乙性交為目的而和誘，該性交之意圖該當於同條第三項加重和誘罪之主觀要件。甲違法且有責，甲成立本罪。

(3)甲與乙同居期間發生多次性行為，應構成刑法第二三九條後段之相姦罪。（29 上 818）

實務上雖曾經一度認定「性交行為」與「姦淫行為」不同，若非性器與性器相接合，不得謂為姦淫行為，但最近亦有見解仍將兩者視為等同。不過依題意所指之「性行為」，按社會通念多指狹義的性交（性器與性器相接合），因此無論上述爭議究採何說，本題甲皆以該當於相姦罪之要件。

附帶說明的是，雖然甲多次與乙相姦，然而此乃基於單一犯意而於時空上接續緊密發生之數個動作，應屬「接續犯」而應論以一行為，是故並無檢討成立多次相姦罪之必要。

(4)競合：

就甲和誘行為與隨後之相姦行為，實務上認為應具有方法目的關係，而應論以牽連犯，從一重處斷。另外，上述犯罪乃首次相姦後另行起意而為，故應與前階段的相姦罪論以數罪，併罰之。



2. 甲就上述緩刑期後才告判處徒刑，應否撤銷其緩刑？

本題爭點在於，甲雖然在緩刑期間更犯罪，而受有期徒刑以上之宣告，然而該罪刑乃在緩刑期間屆滿後始宣告之。則此等情形可否適用刑法第七五條第一款之規定，回溯地撤銷甲先前緩刑之宣告？學說實務上存有爭議：

實務見解認為，撤銷緩刑，須於緩刑期內為之，緩刑期間屆滿，原宣告刑已失其效力，自無更行撤銷緩刑之餘地。蓋以原宣告刑既已失其效力，縱予撤銷緩刑，亦無宣告刑可以執行，此為法理上當然解釋，不待法律之明文規定。（92 台非 202 號、73 台非 219 號）

不過有學者提出反駁，認為第七五條第一款並未限定刑之宣告亦在緩刑期間內為必要，因此並不能推導出需在緩刑期間內為刑之宣告之限制。況且，若行為人在緩刑期間更犯重大複雜之罪或犯罪後逃逸者，往往會使得裁判確定之日遙遙無期，而裁判確定之遲速若可影響緩刑可否撤銷，無異鼓勵拖延訴訟，以免達被撤銷的目的，而產生不公平的結果。

若從刑罰公平性的觀點而言，後者見解似較為合理。然而本題應依實務見解，不得將甲先前受緩刑之宣告予以撤銷。附帶說明，目前刑法修正草案明白將實務向來的看法納入條文當中，而就撤銷緩刑之範圍限定為「在緩刑期內受有期徒刑之宣告確定者」。

三、亞洲某國家的南部地區爆發禽流感，我國衛生署明令禁止從該國進口禽類活體及冷凍品。某甲在該某國家貿易往來之出口公司向某甲聲稱，仍有該國內非疫區之冷凍雞肉可以以低廉的價格輸出。某甲認為，雖然冷凍雞肉來自該禽流感流行的國家，但是並非來自該國內的疫區，於是為圖巨利，仍然輸入大批冷凍雞肉。某甲刑事責任如何？（二十五分）

命題意旨	應檢討的犯罪為刑法第一九二條違背預防傳染病之法令罪。
答題關鍵	本題涉及的問題為抽象危險犯與實害認知間的關連，雖然涉及的刑分條文屬典型的空白構成要件，然而應分辨主觀認知層次上，行為人並不屬於空白刑法錯誤的問題，亦非欠缺不法意識，而是欠缺對國民身體健康造成傷害的實害認知。
參考資料	1.李聖傑，飛走的金絲雀一包攝錯誤，月旦法學教室第 22 期，P22。
高分閱讀	1.高點重點整理系列《刑法分則》，方律師(L235)，P.3-53：違背預防傳染病疾病法令罪（相似度 40%） 2.高點法學錦囊系列《刑法-總則篇》，蔡律師、余律師（L207），P.189～191：包攝錯誤（相似度 40%） 3.高點重點整理系列《刑法總則》，方律師，2-92 以下。 4.劉政大，刑法補充講義第一回，〈空白刑法相關問題〉、〈實害犯與危險犯〉

【擬答】

甲自國外輸入冷凍雞肉，可能構成刑法第一九二條之違背預防傳染病法令罪。

客觀上，本罪以違背預防傳染病之法令為要件，而需以行政機關所公布之法令以填補此等空白之構成要件。依題意，衛生署明令禁止自亞洲某國家進口禽類冷凍品，其目的當然是防止禽流感疫情藉機傳入我國，而造成國民身體健康之妨害。一般認為，本罪係屬抽象危險犯。本題，甲自該國輸入冷凍雞肉之行為，已經違反上述衛生署公布之法令，故已該當於本罪之客觀構成要件。

主觀上，關於空白刑法之故意範圍，通說採取「替換理論」，認為行為人只需要認識到規定在行政法令裡的具體事實內容即可成立故意，無須理會行為人有無對行政法規有所認識。亦即若行為人因錯誤而不知有填補規範的存在，或誤認其行為係填補規範所不禁止者，並不影響其構成要件故意，而屬不法意識欠缺的問題。學說上稱此錯誤為「空白刑法錯誤」。然而從本題甲為圖巨利之文意以觀，甲並未誤認其進口之雞肉並不在衛生署禁止進口的項目之列，並且是清楚地認識到其進口雞肉之行為的確符合了衛生署之法規內容。因此甲應具備對「違背預防傳染病法令」的故意。

然而爭點在於，就此等抽象危險犯（行為犯）而言，行為人雖對其行為本身有認知，但卻相信此舉並不會導致法益實際受到侵害的可能性（欠缺實害認知），那麼此時是否得以推翻立法者就行為與法益侵害之間所預設的關連性，而認定行為人不成立故意？通說與實務認為抽象危險犯（行為犯）之設計，乃是立法者藉由生活經驗上的大量觀察，而尋找出來的行為準則，此時不容許行為人在客觀上或主觀上推翻「行為與法益侵害」之間的預設關係。因此即便甲在進口之時明確認知到該批冷凍雞肉並不帶有禽流感，就算進口也不至於使得國民健康受損，但只要認知到是自該國進口禽類冷凍品，即得成罪。然而有少數說認為，抽象危險犯之設計，僅能就



客觀要件做前置化的處罰，但在主觀尚仍須以「實害認知」為成罪前提。依此，甲明確認識到其所輸入之雞肉並無傳染禽流感予我國國民之可能性，自屬欠缺對不特定多數國民生命身體法益實害的認知，故不能成立本罪。

管見以為，刑法作為法益保護法，若要能夠適切發揮刑罰預防功效，就行為人主觀上的認知範圍，仍應以「實害認知」作為故意的判斷基準較為合理。即使是抽象危險犯，客觀上雖得以提前至行為即可該當，然而若沒有行為人主觀上的實害認知作為論罪基礎，恐將使犯罪論斷過於恣意，且無助於達到預防犯罪之目的。故本題採少數見解，甲不成立本罪。

四、甲、乙、丙、丁均為滿十八歲之人，某日，四人在甲之住宅共同謀議竊取台北市陽明山富商戊之住宅財物，推由甲、乙二人前往行竊，丙、丁則負責銷贓；謀議既定，某日夜間，甲、乙分持螺絲起子、西瓜刀前往戊宅，抵達後，乙在門外把風，甲持螺絲起子撬開門鎖，驚醒戊及其子己，故甲甫進屋內，戊、己即大喊捉賊，甲即刻奪門而逃，並與乙快速逃離戊宅，因戊、己父子在後緊追不捨，甲、乙竟以螺絲起子、西瓜刀共同殺傷戊、己之手腳，致戊、己之手腳多處刺裂傷，旋經路人報警將甲、乙逮捕，並甲、乙之供述，繼續逮捕丙、丁歸案。無故侵入住宅及傷害部分，均經合法告訴。試問甲、乙、丙、丁之刑事責任如何？(二十五分)

命題意旨	本考題旨在測驗考生對加重竊盜罪著手的判斷、準強盜罪的適用前提、共謀共同正犯、共同正犯的逾越等爭點。
答題關鍵	題目雖長，然而爭點相當明顯，都是屬於必考的東西。只需按部就班把爭議一點點出，應可獲得不錯的分數。不過仍然要注意作答時間的安排。
參考資料	1.鄭逸哲，刑法第 329 條準強盜規定之剖析及歧視用，月旦法學教室，第 107 期，P.222。
高分閱讀	1.司法三等考場寶典，P.3-8：題目 10（相似度 80%）；P.3-9：題目 11（相似度 60%） 2.高點重點整理系列《刑法總則》，方律師（L234），P.2-289~313：共同正犯、共同正犯之逾越（相似度 60%） 3.高點重點整理系列《刑法分則》，方律師（L235），2-41~2-44；2-69~2-75：準強盜罪（相似度 60%） 4.高點法學學說錦囊系列《刑法--總則篇》，蔡律師、余律師（L207），P.287~302：共同正犯（相似度 60%） 5.高點法學學說錦囊系列《刑法--分則篇》，蔡律師、余律師（L208），P.285~288：準強盜罪（相似度 40%） 6.高點律師司法官歷解試題詳解（LA005），92 年律師第 1 題（相似度 60%）、91 年律師第 4 題（相似度 40%） 7.法觀人月刊，第 85 期，P.71~73：共同正犯之逾越、未遂犯（相似度 40%）

【擬答】

(一)甲的部分

- 1.甲撬開門鎖並進入屋內，可能構成刑法第三〇六條之侵入住宅罪。

本題在客觀上甲已實際進入他人住宅領域內，主觀上有故意，且又無正當理由可言，無論侵入住宅之保護法益採取住居權說、平穩說抑或自由說，甲皆成立本罪。

- 2.甲撬開門鎖並進入屋內，可能構成刑法第三二一條之加重竊盜未遂罪。

主觀上甲欲於夜間侵入他人住宅而行竊，具備竊盜之故意與不法所有意圖應無疑義，另就加重竊盜罪各款事由而論，甲已具備對夜間侵入住宅之加重要件的認知。因此，不論本題甲所攜帶的螺絲起子究竟是否屬於同條第三款所謂之「凶器」（實務採客觀說），亦不論甲有無借起子以行兇的認知，甲已該當加重竊盜罪主觀之要件。

客觀上，甲甫進屋內便奪門而逃，固然無竊盜既遂之可能，然應探討者為是否已達於加重竊盜罪之著手。實務上一向認為加重竊盜罪之各款要件只不過為犯竊盜罪之加重條件，並不能視為竊盜罪之構成要件。亦即若僅實行加重條件之行為，但卻未為基本竊盜行為之著手（實務以是否物色財物作為判斷標準），並不能論以竊盜未遂。通說亦採此觀點。因此，本題甲既然甫進屋內便奪門逃出，縱使已完成加重竊盜之侵入住宅行為，然而並未進入到實地物色財物以行竊的階段，故甲未著手。甲不成立加重竊盜未遂罪。



3.甲殺傷戊己之手腳，成立兩個刑法第二百七十七條之傷害罪。

由於傷害罪是以法益持有者個數計算法益侵害數，因此甲一舉殺傷戊己，仍應成立兩個傷害罪。

4.甲為脫免逮捕而殺傷戊己，可能構成刑法第三二九條之準強盜罪。

客觀上甲由於要脫免戊己之追躡逮捕，進而當場施以有形力殺傷兩人，似有符合準強盜罪之可能性。然而通說及實務認為準強盜罪之行為主體，需以竊盜或搶奪之人為限，亦即至少需達未遂階段始足當之。若尚未著手而僅處於預備階段，本法既然不處罰預備竊盜或預備搶奪，自無成立準強盜罪之可能性。本題由於甲先前並未著手竊盜，故不成立準強盜罪。

5.甲為脫免逮捕而殺傷戊己，成立兩個刑法第三〇四條之強制罪。

甲為阻止戊己之追趕，而施以強暴行為，應成立兩個強制罪。

(二)乙的部分

1.乙在戊宅門前把風的行為，可能構成刑法第三〇六條侵入住宅罪之共同正犯。

客觀上，乙本身雖只在門外把風，然而此乃和甲丙丁共同謀議後所分擔而得之工作，其雖為構成要件以外之行爲，但依犯罪支配理論而言，乙所為仍具有不可或缺的支配力量，故仍該當於對於侵入住宅罪之客觀構成要件。主觀上，乙之把風行為亦基於和甲丙丁共同決意而來，故主觀構成要件亦該當。乙無其他阻卻違法事由且有罪責，故乙成立本罪之共同正犯。

2.乙在戊宅門前把風的行為，可能構成刑法第三二一條加重竊盜未遂罪之共同正犯。

同上所述，乙基於共同行為決意而把風，雖非親自實行竊盜行為，然而亦具備不可或缺的犯罪支配力量。然而共同正犯乃以「一部行為全部責任」為基準，因此，乙是否成立犯罪仍需以親自實行竊盜行為之甲為斷。依前述，甲既然不成立竊盜未遂，則其他共同正犯亦無由成立竊盜未遂。職是，乙縱使已完成其所分擔之把風行為，仍不成立加重竊盜未遂罪之共同正犯。

3.乙夥同甲殺傷戊己之手腳，成立兩個刑法第二百七十七條傷害罪之共同正犯。

4.乙為脫免逮捕而夥同甲殺傷戊己，可能構成刑法第三二九條之準強盜罪之共同正犯。

如前所述，雖乙乃與甲共同殺傷戊己以求脫免逮捕，然而既然加重竊盜未遂罪不成立，並不符合準強盜罪行為主體的限制。故乙亦不成立準強盜罪。

5.乙為脫免逮捕而夥同甲殺傷戊己，成立兩個刑法第三〇四條之強制罪。

(三)丙丁部分

1.丙共同謀議之行爲，可能構成刑法第三〇六條侵入住宅罪之共謀共同正犯。

依犯罪支配理論，只要其謀議行為具備對法益侵害的功能性的支配關係，縱使並未在場參與分擔，依舊得論以正犯；或依實務（釋字 109 號解釋）所採之「共同意思主體說」，雖無到場參與實施犯罪，但只要事前謀議而形成共同犯罪之意思，亦可成立正犯。此種情形即一般所謂「共謀共同正犯」。本題丙事前與其他幾人商量侵入戊宅以行竊，丙雖未親自在場參與分擔，依通說及實務見解，仍應論以共同正犯。故丙應成立侵入住宅罪之共謀共同正犯。

2.丙共同謀議之行爲，可能構成刑法第三二一條加重竊盜未遂罪之共謀共同正犯。

參前所述，由於親自實行竊取行為之甲並未達於著手階段，依「一部行為全部責任」之法理，丙亦不成立加重竊盜未遂罪之共謀共同正犯。

3.丙共同謀議之行爲，可能構成刑法第二百七十七條傷害罪之共謀共同正犯。

由於甲乙兩人隨後殺傷戊己之行爲，並非事前謀議時所計畫之內容，故對傷害行為的部分，丙客觀上欠缺犯罪之影響力，亦無共同行為決意可言，學說上稱此情形為「共同正犯之逾越」，就超過謀議範圍的犯罪行為，丙無庸負責。故丙不成立傷害罪。附帶說明，丙亦無須就強制罪的部分來負責。

4.丁之刑責檢討與丙相同，成立侵入住宅罪之共謀共同正犯，資不贖。

(四)競合

甲一兩個傷害罪與兩個強制罪乃出於同一脫免逮捕行為所致，應論以想像競合。另與侵入住宅罪分屬行為複數，應論以數罪併罰。

乙一與甲同。傷害與強制等罪論以想像競合，另與侵入住宅罪數罪併罰之。

丙一僅成立侵入住宅罪。

丁一僅成立侵入住宅罪。

