

《刑法概要》

一、甲見乙沉迷賭博而有經濟上之困難，於是向乙提議前往A所經營之商店搶劫財物。乙思考再三後，並不為所動。3日後，甲再度對乙說「我跟你去A之商店，你進去搶錢，我在店外把風！」乙終於同意該計畫。某日，甲與乙前往A之商店。乙進去商店搶劫財物，甲在外把風。乙尚未搶得財物即被A強力阻擋，乙欲逃離現場，即用力推倒A，甲乙兩人遂迅速逃離現場。但A因倒地後頭部碰撞地面，送醫不幸死亡。試問：甲、乙二人之行為應如何處斷？(25分)

試題評析	本題重點為未遂教唆、共同正犯、準強盜罪之既未遂
考點命中	《高點·高上刑法講義（第二回）》，許台大編撰，頁15以下、 《高點·高上刑法講義（第四回）》，許台大編撰，頁18以下。

答：

(一)甲、乙兩人共同前往A商店搶劫，構成刑法325條第1項、第3項、28條之搶奪未遂共同正犯

1、構成要件：

- (1) 前階段審查：本罪要件以兩人以上，趁人不備公然掠他人之動產為要件，今甲、乙未搶得財物，屬犯罪未既遂，且刑法有處罰明文。
- (2) 主觀：甲、乙兩人具有搶劫故意，且均對A之財物不法有所有之意圖。
- (3) 客觀：依主客觀混合理論，由行為人之整體犯罪計取畫觀察，客觀第三人可認為行為已引起法益的密切風險，或為與構成要件有密切關連之行為，即為著手。本題中甲、乙共謀闖入A商店中搶劫，即為已著手。
- (4) 共同正犯：就共同正犯之成立，實務依釋字109號解釋：「以自己共同犯罪之意思，參與實施犯罪構成要件以外之行為，或以自己共同犯罪之意思，事先同謀，而由其中一部分人實施犯罪之行為者，均為共同正犯。」，而學說採犯罪支配理論，則以於犯罪事件中掌握在決定性之犯罪支配者，為正犯。本題中甲、乙行為客觀上有互相補充，主觀上具犯意聯絡，且均為犯罪之支配角色，構成共同正犯。

2、無阻卻違法及罪責事由

(二)乙為脫免逮捕致A死亡，構成刑法329條準強盜罪，論以刑法328條第3項強盜未遂之加重結果犯：

- 1、準強盜罪之既未遂，學說實務容有爭議，有以前行為（竊盜或搶奪行為）的既未遂為準，亦有以強暴脅迫行為之既未遂為斷，然參照本罪之財產犯罪性質，應以前說為當。故乙未搶得財物，應屬未既遂。

2、構成要件：

- (1) 主觀上，乙具本罪故意及脫免逮捕之目的。
- (2) 客觀上，本罪構成要件為竊盜或搶奪，因防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證，而當場施以強暴脅迫者。又若為脫免逮捕者，則竊盜搶奪之基本不需既遂。且依釋字630號解釋，當場實施之強暴、脅迫行為，已達使人難以抗拒之程度。本罪中乙已著手為搶奪行為，為脫免逮捕將A用力推開，符合本罪之要件。

3、無阻卻違法及罪責事由

4、對A施強暴部分，並不屬甲、乙兩人犯意聯絡範圍，故甲對此不負責，乃屬當然。

5、效果：

- A、本罪效果為以強盜論，即適用全套強盜構成要件之意。
- B、然本題中因乙之準強盜基本行為，致生A死亡之加重結果，是否成立強盜未遂之加重結果犯，學說實務容有爭議。通說加重結果犯之成立，不以基本犯罪既遂為必要，如基本犯罪未遂，並設有處罰未遂犯規定，因而發生加重結果者，即屬構成。故乙構成強盜未遂之加重結果犯。然亦有學者認為，刑法第328條3項雖然有規定強盜致死的加重結果犯，且有強盜之未遂犯處罰規定，但刑法並無強盜未遂之加重結果規定，雖發生事實的加重結果，卻無適用未遂犯之

版權所有，重製必究

加重結果之規定餘地，此說亦值傾聽。

- C、本題中乙成立強盜未遂罪之加重結果犯，與結夥二人以上之加重強盜罪。依最高法院25 年上字第 7340 號判例：「刑法第三百二十八條第三項及第三百三十條第一項之規定，均為強盜罪之加重法條，苟其一個強盜行為合於上開兩條項之情形時，即屬法條競合，祇應擇其中較重之一法條，予以適用。」故本題乙論以強盜未遂罪之加重結果犯即可。

(三)甲第一次對乙提出搶劫之要求，不成立犯罪

- 1、修正前刑法29條3項有規定被教唆人未至犯罪，教唆人仍以未遂犯論。後以依限制從屬形式之立場，共犯之成立係以正犯行為（主行為）之存在為必要，而此正犯行為則須正犯者（被教唆者）著手於犯罪之實行行為，且具備違法性，始足當之而刪除原規定。
- 2、本題中，甲第一次對乙提出搶劫之要求，乙並不為所動，屬修法後不可罰之未遂教唆。

(四)結論：

- 1、甲成立搶奪未遂。
- 2、乙成立強盜未遂之加重結果犯。

二、甲男與A女係夫妻關係，甲從10年前即照顧中風臥病在床之A，由於10年間已經花費全部積蓄而無力再照顧A，因此囑咐長子乙將其母A送至殯儀館放置，以求早日脫離困境。某日夜晚，乙將尚有氣息而無法言語之A送至某殯儀館，交代殯儀館人員母親已經過世，請先予存放，待隔日再辦理殯葬事宜。殯儀館人員未查明A尚活著，將A先予放置後，而與乙離開殯儀館，結果導致A因天寒且體弱而不幸死亡。試問：甲、乙二人之行為應如何處斷？(25分)

試題評析	本題重點為不純正不作為殺人罪之共同正犯、不純正身分、期待可能性
考點命中	《高點·高上刑法講義（第一回）》，許台大編撰，頁31以下、 《高點·高上刑法講義（第二回）》，許台大編撰，頁2以下、 《高點·高上刑法講義（第三回）》，許台大編撰，頁8以下。

答：

(一) 乙將A送到殯儀館任其死亡，構成刑法272條不純正不作為殺直系血親尊親屬罪：

1、構成要件

- (1) 按刑法271條之殺人罪，原應以積極作為實現該構成要件，然本題中乙係以不作為為之，故應屬學說上所謂不純正不作為犯，合先敘明。
- (2) 從法規範的角度觀之，乙將A置於殯儀館，導致A因身體衰弱及天氣寒冷而死，係不消弭A現存的死亡風險，應為一不作為；又乙為A子，屬有保護A免於死亡之保證人地位；且A為乙之直系血親尊親屬。
- (3) 乙若未將A送至殯儀館而繼續照護A，A極可能不會死亡，故其不作為與結果發生間有假設之因果關係，且乙若將A送至殯儀館，製造了法不容許之風險，該不作為使得A死亡之風險實現。
- (4) 主觀上，依題示乙對將A送到殯儀館而不為照護，會造成A死亡一事，雖無高度的意欲，但若該死亡結果發生，亦不違反乙之本意，蓋甲教唆乙為此舉本欲求『脫離困境』，故至少對A死亡之結果具容忍故意（間接故意），而符合本罪要求。
- (5) 無阻卻違法及罪責事由。

(二) 甲教唆乙將A送到殯儀館任其死亡，構成刑法272條、29條教唆殺人罪：

1、前提

- (1) 刑法272條之直系血親尊親屬，為殺人加重要件，係出於罪責之考量，為一罪責身分或不純正身分。故依通說，無身分之人只能論以通常之罪。今乙並非甲之直系血親尊親屬，故無法擬制甲有此身分，合先敘明。
- (2) 依釋字109號解釋：「以自己共同犯罪之意思，參與實施犯罪構成要件以外之行為，或以自

版權所有，重製必究

己共同犯罪之意思，事先同謀，而由其中一部分人實施犯罪之行爲者，均爲共同正犯。」依此甲可能成立殺人罪共同正犯。

- (3) 然依學說採之犯罪支配理論，以於犯罪事件中掌握在決定性之犯罪支配者，爲正犯。本題中最後決定要不要把A送到殯儀館任其死亡之決定者仍爲乙，故應認甲非爲犯罪之支配角色，無法成立正犯。又本題中有正犯不法行爲存在，可供甲從屬。

2、構成要件

客觀上，乙本無殺A故意，係出於甲之行爲喚醒乙之殺意，故可認甲有教唆行爲。主觀上甲對教唆行爲和正犯乙之殺A行爲，皆有故意，具備教唆犯之雙重故意。

3、無阻卻違法事由。

4、罪責：甲是否得以無期待可能性作爲抗辯？

- (1) 期待可能性依通說爲以平均人標準，即以一般人利於行爲人之立場，判斷行爲人是否在行爲時可選擇合法之行爲。

- (2) 依題示，一般人即使花光積蓄，也不會願意致自己之妻死亡，況現今社會多有急難救助，一般人應皆不會因此殺妻，故甲無法阻卻罪責。

三、甲男迷戀A女之美色，因追求被拒而每日藉酒消愁。摯友乙與丙見狀後十分不忍，於是興起幫助甲之意思。某日，乙建議丙提供俗稱強姦藥丸之藥物給甲，並由丙陪同甲一起喝酒，直到甲有前往A住處侵犯A之膽量爲止。甲果真隻身前往A住處找A表白，其間甲將迷藥加入飲料中，A陷入昏迷狀態，甲順利強制性交A得逞。試問：甲、乙、丙三人之行爲應如何處斷？(25分)

試題評析	本題重點爲責任能力、教唆犯之共同正犯、加重強制性交
考點命中	《高點·高上刑法講義（第二回）》，許台大編撰，頁31以下、 《高點·高上刑法講義（第三回）》，許台大編撰，頁34以下。

答：

(一) 甲以藥劑強制性交A，可能成立刑法221、222條1項第4款之加重強制性交

1、構成要件：

- (1) 本罪之成立，係以對於男女著手以藥劑違反其意願而爲性交行爲。客觀上，甲以強姦藥丸將A迷昏，並對其性交得逞，主觀上，甲具有本罪故意，構成要件該當。
- (2) 學說上認爲，使他人喪失抵抗能力之方法甚多，除藥劑外，催眠術或強勸人喝酒之行爲，亦莫不皆然，甚至以強暴、脅迫之手段，亦均如此。因此，特別以藥劑犯強制性交罪，作爲加重之理由，過於牽強，有檢討之必要，亦值注意。

2、無阻卻違法事由。

3、罪責：甲是否有刑法19條1項或2項之適用？

- (1) 依題示，甲雖飲酒，但只爲用以壯膽，並未因酒精而顯著將低其責任能力，故無本條適用。甲無阻卻罪責事由

(二) 乙、丙兩人建議協助甲強制性交A女，可能成立刑法221、222條1項第4款、29條，教唆加重強制性交共同共犯？

1、乙、丙非正犯：

- (1) 就共同正犯之成立，實務依釋字109號解釋：「以自己共同犯罪之意思，參與實施犯罪構成要件以外之行爲，或以自己共同犯罪之意思，事先同謀，而由其中一部分人實施犯罪之行爲者，均爲共同正犯。」
- (2) 學說採犯罪支配理論，則以犯罪事件中掌握在決定性之犯罪支配者，爲正犯。
- (3) 本題中乙、丙行爲，客觀上非爲構成要件行爲，主觀上亦未爲自己犯罪之意思，依實務見解應非正犯。又依學說，最終對加重強制性交一事掌握決定權之支配人物，仍爲甲而非乙丙，故乙、丙非正犯。

2、依通說見解，若兩人以上共同爲共犯行爲，雖應共同負責，但不適用刑法28條共同正犯之規

版權所有，重製必究

定，理由如下：

(1) 刑法28條是說皆為「正犯」，而無共犯。

(2) 基於罪刑法定主義下之不利類推適用禁止，共同共犯無法類推共同正犯而適用28條。

3、實務73 台上2616判例，亦認：「教唆犯並非共同正犯，上訴人夫妻如屬共同教唆偽證，應就教唆行為共同負責，無適用刑法第二十八條規定之餘地，原判決主文揭示上訴人共同教唆偽證字樣，並於結論欄引用刑法第二十八條，殊嫌錯誤。」故兩人無適用共同共犯之空間。

(三) 乙建議甲並提供藥劑供甲強制性交A女，可能成立刑法221、222條1項第4款、29條，教唆加重強制性交之教唆犯：

1、構成要件：客觀上，甲原無加重強制性交A女之犯意，係由乙喚起並提供藥劑，甲方著手為之，故乙有教唆行為；主觀上，乙亦具使甲既遂故意犯罪，及為教唆行為之雙重故意，故構成要件該當。

2、無阻卻違法及罪責事由。

(四) 丙協助甲強制性交A女，可能成立刑法221、222條1項第4款、30條，教唆加重強制性交之幫助犯：

1、構成要件：客觀上，丙陪同已有犯意之甲喝酒壯膽，係為正犯之犯罪提供精神上之幫助行為；主觀上，丙亦具使甲既遂故意犯罪，及為幫助行為之雙重故意，故構成要件該當。

2、無阻卻違法及罪責事由。

四、甲經營地下錢莊，以顯然高於銀行利息之借貸方式，借貸他人金錢獲取暴利。A因沉迷賭博而欠下大筆賭債，不得已向甲借貸新臺幣100萬元。甲屢次向A催債不成，於是交代公司員工乙丙二人，每日尾隨A以及在A住處外站崗，造成A心生畏懼，經報警處理後移送法辦。試問：甲、乙、丙三人之行為應如何處斷？(25分)

試題評析	本題重點為間接正犯、重利、恐嚇取財
考點命中	《高點·高上刑法講義（第二回）》，許台大編撰，頁17以下、《高點·高上刑法講義（第四回）》，許台大編撰，頁36以下、《高點·高上刑法講義（第五回）》，許台大編撰，頁16以下。

答：

(一) 甲經營地下錢莊提供顯高於銀行利率之貸款，可能構成刑法344條之重利罪

1、構成要件：

(1) 按刑法344之重利罪，以乘他人急迫、輕率、無經驗或難以求助之處境為要件，貸以金錢或其他物品，而取得與原本顯不相當之重利者為要件。

(2) 客觀上，A因沈溺賭博不得已向甲借款，當符合急迫、輕率、無經驗或難以求助之處境，又甲此時貸與A100萬元，並取得顯不相當之重利，符合本罪行為；又主觀上甲亦具本罪故意。

2、無阻卻違法及罪責事由。

(二) 乙、丙至A住處外站崗，不成立刑法346條第3項恐嚇取財未遂罪之共同正犯：

1、蓋本罪之成立需行為人有不法所有之意圖，而所謂『不法』，是指財產利益關係上的不法，也就是抵觸法律對於財產利益的分配規範。

2、實務認為，若行為人對被害人本有債權存在，若行為人要求之金額於在債權數額範圍內，即無法成立不法所有意圖，今乙、丙係受甲之指示，前來A處以站崗方式要求清償債務，故不成立本罪。

(三) 乙、丙至A住處外站崗，可能成立刑法304條、28條強制罪之共同正犯：

1、構成要件：本罪行為以強暴、脅迫使人行無義務之事或妨害人行使權利者，今乙、丙二人共同至A處站崗，依社會一般通念，係以行動方式傳到惡害之告知，令A心生畏懼；又兩人主觀上亦具有故意及犯意聯絡，故成立本罪。

版權所有，重製必究

2、違法性：開放之構成要件

- (1) 由於本罪構成要件過廣，屬開放性構成要件，故學者認為必須正面審查行為與手段間是否具有可非難性，以定本罪之違法性。
- (2) 判斷標準有以手段目的關連觀之，即便手段、目的皆合法，但其間並無內在關連，如：債權人告知債務人若不還錢，要告發債務人收賄仍具違法性。
- (3) 本題中，乙、丙至A處所外之公共空間站崗，似為個人之自由而屬合法行為，且要求A還錢亦屬合法目的。然其以站崗來逼迫A還錢，並無合法關連，故該行為應具有違法性。

3、無阻卻罪責事由

(四) 乙、丙至A住處外站崗，可能成立刑法305條、28條恐嚇危害安罪之共同正犯：

- 1、構成要件：乙、丙站崗之行為，依社會一般通念，係表示債主知道債務人住址，若A不還錢可能要對A之人身自由造成傷害之意。又依最高法院 27 年度決議，本罪之心生畏懼而有不安全感之感覺為已足，不以發生客觀上之危害為要件。故可認為係以加害生命、身體、自由、名譽、財產之事，恐嚇他人致生危害於安全者。又其主觀上亦具有本罪故意。
- 2、乙、丙二人間對該犯罪行為有行為分擔及犯意聯絡，成立共同正犯。
- 3、無阻卻違法及罪責事由。

(五) 乙、丙至A住處外站崗，可能成立刑法344-1條2項、28條加重重利未遂罪之共同正犯：

- 1、構成要件：以強暴、脅迫、恐嚇、侵入住宅、傷害、毀損、監控或其他足以使人心生畏懼之方法取得前條第一項之重利者。其立法理由為：蓋重利罪被害人遭受不當債務索討，衍生社會問題之案件層出不窮，此等行為危害性較單純索討重利之行為更為惡劣，爰增訂本條規定。
- 2、今乙、丙二人並未取得財物，故為未遂。且本罪有未遂犯處罰明文。
- 3、主觀上乙、丙二人對本罪具有故意；客觀上，兩人著手之站崗可視為相當監控之意，且的確使A心生畏懼。且乙、丙二人間對該犯罪行為有行為分擔及犯意聯絡，成立本罪共同正犯。
- 4、無阻卻違法及罪責事由。

(六) 甲命乙、丙至A住處外站崗，可能成立刑法304條強制罪之間接正犯：

1、正犯後正犯？

- (1) 所謂間接正犯，係指行為人利用他人做為犯罪之行為工具，而為自己實現不法構成要件，以遂其犯罪目的之正犯。又依學說見解，只要行為人對於犯罪有優越的意思支配，即可成立間接正犯，而不論其利用之人是否具備完全之罪責。故肯定間接正犯可利用之工具，包含具有完整自己罪責之正犯。
- (2) 然依實務見解，認指行為人雖未自己實行犯罪構成要件之行為，卻基於自己犯罪之意思，利用無責任能力或乏犯罪故意之他人進行，因無異將他人作為自己犯罪之手腳或道具，是給予相同之評價，方為間接正犯。故實務認為必須被利用人欠缺自己之完全罪責，方成立間接正犯，故否認正犯後正犯之存在。
- (3) 本文採學說見解，蓋只要利用行為符合犯罪要件，就應受處罰，至於被利用人是否獨自成立犯罪，與間接正犯並無關連。
- 2、構成要件：本題中甲雖未親自到場站崗，但乙、丙之站崗係出於甲之授意，且乙、丙只為甲之小弟，故可認為甲就此犯罪有優越之意思支配，應為間接正犯。本罪要件該當。
- 3、無阻卻違法及罪責事由。

(七) 甲命乙、丙至A住處外站崗，可能成立刑法305條恐嚇危害安罪之間接正犯：

- 1、本題中甲雖未親自到場，以站崗傳達恐嚇之意，但乙、丙之站崗係出於甲之授意，且乙、丙只為甲之小弟，故可認為甲就此犯罪有優越之意思支配，應為間接正犯。本罪構成要件該當，且無阻卻違法及罪責事由。

(八) 甲命乙、丙至A住處外站崗，可能成立刑法344-1條2項加重重利未遂罪之間接正犯：

- 1、本題中甲雖未親自到場，以站崗此相當監控之手段，傳達恐嚇之意，但乙、丙之站崗係出於甲

之授意，且乙、丙只為甲之小弟，故可認為甲就此犯罪有優越之意思支配，應為間接正犯。本罪構成要件該當，且無阻卻違法及罪責事由。

(八) 競合

- 1、乙、丙一行為符合304條之強制罪與305條之恐嚇危害安罪，依實務見解，如對於他人之生命、身體等，以現實之強暴脅迫手段加以危害要挾，使人行無義務之事或妨害人行使權利，應構成刑法第304條之強制罪，而非同法第305條之恐嚇危害安全罪。故只論以強制罪之共同正犯已足。
- 2、又依344-1條之立法理由，其本質上已包含第304條之強制罪，故乙、丙論以344-1條已足。
- 3、甲的部分，其前後數行為構成刑法344之重利罪、304條之強制罪、305條之恐嚇危害安罪、刑法344-1條2項加重重利未遂罪，依上開實務見解，應成立重利罪與刑法344-1條2項加重重利未遂罪兩罪，並以不罰之前行為，論以刑法344-1條2項加重重利未遂罪已足。