

刑法案例研習

(三)

黃惠婷 著



臺北市立
圖書館藏書
H12木柵分館

C 585

4454

V.3



新學林出版股份有限公司

二版序

本書二版主要是增加五題實例研習，這五題已經在期刊中發表過，為了豐富本書對刑法議題的探討與擴充，內容經增刪後收錄於二版中，分別是寬恕罪責的緊急避難、妨害公眾往來安全罪、恐嚇危安罪或強盜未遂罪、可推理脅迫以及強盜擄人勒贖結合罪與特殊中止犯。實例研習雖然著重於案例的解題，如同出版本系列研習書的初衷，希望讀者能盡量獲取與議題相關或延伸的法學知識。

為了方便讀者閱讀與迅速掌握爭點內容，二版對各題的解答重點以粗體字呈現。參考文獻仍以國內習法者較不易取得的德文文獻為主，因此對此文獻盡量參考能掌握的新版次，這也是本書改版的目的。「生也有涯，知也無涯」，但「學海無涯勤為岸，青雲有路志為梯」，與法律人共勉之。

黃惠婷

2018年3月28日於華亞

自序

一系列刑法案例研習是透過實例介紹刑法解題的推演過程，讓初具基礎刑法學的讀者對於解題不至於迷失於刑法理論的「叢林」中，但最主要的目的是引介相關刑法問題的論證與思辨，尤其本書更具此特色，因此為了方便讀者能瞭然系爭案例的重點所在，本書以粗體字特別標示。本書出版距刑法案例研習〈二〉已有三年，乃是於前二本書的八十題之後，再針對不同重點收錄四十題，部分已經發表於期刊雜誌；部分是個人已發表的論文再以案例題型呈現精要；其中也有未曾發表過的。促成本書完成的最大動力是在這段教學與研究期間，個人對有些議題的見解有不吐不快的衝勁，於是想趁今年暑假一鼓作氣完成，卻發現彙整四十題則是越來越有挑戰性，由於個人力有未迨，本書以德國學術與我國實務見解為主，國內學術見解未能周延旁及，實為本書缺憾，然對國內讀者而言，應屬唾手可得。最後，本書得以順利完成，在此感謝新學林編輯群與外子認真、辛苦校對。

黃惠婷

2011 年 10 月於華亞

目 錄

第一題：同意的效力.....	1
第二題：依法令行為.....	7
第三題：可推測承諾.....	19
第四題：寬恕罪責的緊急避難.....	27
第五題：危險前行為.....	37
第六題：不純正不作為之過失犯.....	47
第七題：普通未遂或不能未遂.....	55
第八題：迷信犯.....	67
第九題：障礙未遂或失敗未遂.....	75
第十題：強盜未遂之中止犯.....	85
第十一題：共謀共同正犯.....	93
第十二題：共同正犯之客體錯誤.....	103
第十三題：相續共同正犯.....	113
第十四題：繼續犯之參與犯.....	123
第十五題：教唆故意.....	131
第十六題：不知被害情形下的教唆行為.....	139
第十七題：幫助故意.....	147
第十八題：幫助犯之參與時點.....	157
第十九題：中性行為之幫助性質.....	165
第二十題：變更犯意之罪數認定.....	175
第二一題：接續犯或另起犯意.....	185

第二二題：妨害公務員執行職務之行為.....	195
第二三題：僭行公務員職權罪.....	201
第二四題：妨害公眾往來安全罪.....	207
第二五題：教唆自行脫逃或便利他人脫逃.....	219
第二六題：公務員登載不實之行為.....	227
第二七題：強制性交罪或乘機性交猥褻罪.....	235
第二八題：利用權勢或機會性交或猥褻罪.....	245
第二九題：他殺的間接正犯或幫助自殺.....	255
第三十題：公然侮辱罪.....	261
第三一題：竊盜罪之「竊取」.....	269
第三二題：不法所有意圖之「排斥所有」要素.....	279
第三三題：竊盜罪或侵占脫離物罪.....	289
第三四題：搶奪罪之結夥犯.....	299
第三五題：恐嚇危害罪或強盜未遂罪.....	309
第三六題：可推理脅迫.....	319
第三七題：準強盜罪的「難以抗拒」.....	329
第三八題：強盜擄人勒贖結合罪與特殊中止犯.....	339
第三九題：強盜罪或擄人勒贖罪.....	351
第四十題：強盜擄人勒贖結合罪.....	363
第四一題：準擄人勒贖罪.....	371
第四二題：擄人勒贖罪之參與犯.....	381
第四三題：準擄人勒贖罪或恐嚇取財罪.....	391
第四四題：背信罪或侵占罪.....	403
第四五題：詐欺罪或侵占脫離物罪.....	413

第一題 同意的效力

甲曾任某超市副店長，某日得知新任的副店長乙女負責收銀機值班，於晚間頭戴安全帽、口罩直奔乙在超市的辦公室，向乙自稱是某分店的員工，總公司派他來進行防搶演練，測試店內員工多久會發現遭搶、通報，並佯稱等一下保安科主任會來視察，所以過程要逼真點。乙於是將當日營業額 12 萬 4 千元交給甲，並用束帶將自己的雙腳綑綁，再由甲綑綁其雙手。乙苦等半小時不見長官前來，經向公司查證才發現實情。甲的刑責為何？

壹、問題爭點

甲向乙佯稱進行防搶演練，目的是獲取財物，過程中乙用束帶將自己的雙腳綑綁，再由甲綑綁其雙手，此行為是否為強盜罪的強制？若被害人行動自由受限制係出於自己的意思，此同意在法律上如何評價？若同意有瑕疵是否影響同意的效力？

貳、案例分析

一、甲是否成立刑法第 328 條第 1 項強盜罪？

強盜罪是行為人施強暴、脅迫等強制方法，達於被害人不能抗拒的程度取財或使其交付。強暴係透過對人直接或間接影響身體的強制，凡經由對被害人身體影響的強制以抑制或阻止任何阻擋的行為者，皆屬之，其可以係直接強暴與間接強暴。在本案中，乙將當日營業額 12 萬 4 千元交給甲，並用束帶將自己的雙腳綑綁，再由甲綑綁其雙手。甲積極綑綁乙的雙手，順利拿走 12 萬 4 千元，是否屬強盜罪的強暴？

強盜罪保障的法益是財產以及個人的自由，侵害他人自由是為了實現取財獲利的方法，其是獨立的犯罪型態，不是竊盜罪或恐嚇取財罪的加重構成要件，因此親屬之間的強盜行為不適用刑法第 324 條。在本案中有疑義的是，甲為了取財，要求乙配合進行防搶演練，最後自己也綑綁乙的雙手，甲是否有侵害乙的決定自由與行動自由？個人自由為憲法所保障，倘若個人放棄法律上所保障的自由，會因為法律構成要件的性質而產生阻卻構成要件該當性或阻卻違法性的效力，前者稱為同意，後者稱為承諾，名稱上的不同，在於二者對行為是否構成犯罪有不同的影響。

被害人的同意在刑法的評價上有不同的意義，首先是有些犯罪僅有徵得被害人同意，才會構成犯罪者，例如刑法第 344 條重利罪或第 275 條受囑託殺人罪，被害人的同意反而是犯罪構成要件要素。其次，有些犯罪構成要件依其文義或行為的描述，行為人必須

直接或完全違反被害人意思才會成立，如果行為時存有被害人同意，則完全不考慮該罪。在這些犯罪類型中，違反被害人的意思正是其不法內涵；假若當時有獲得被害人同意，一個可罰的行為才會轉換成符合社會規範的正常過程。此種同意見於犯罪是以違反意思自由與行動為構成要件者，例如刑法第 302 條剝奪行動自由罪、第 304 條強制罪、第 221 條強制性交罪與第 328 條強盜罪等。有些構成要件要素是有關事實地位的改變，是否存有事實地位的改變，則視被害人的相關意思而定，例如刑法第 320 條竊盜罪。另有構成要件要素是有關法律地位的干預，例如刑法第 306 條無故侵入住宅罪。第三種類型是縱使行為時有取得當事人同意，但所要保護的法益肯定受侵害，因為保護的客體對法益持有者具有不可侵犯性，不能主張是擁有權利者的處分自由。持有者雖可以放棄法益，儘管是經由同意，但行為過程卻具有刑法意義，不能無視行為已符合構成要件的描述，故不是社會生活中的正常過程，因為當事人必須付出代價。如果當事人願意忍受，放棄法益保護，行使其處分權限而同意行為人的行為，其效力是阻卻該當構成要件行為的違法性，稱為承諾，立論基礎建立在習慣法的個人自我決定權或憲法上的人格權，例如刑法第 277 條傷害罪與第 354 條普通毀損罪¹。

同意具有事實性質；承諾則具有法律特性，即同意是內心意思的問題，縱使內心意思未表達出來也一樣，承諾則至少被要求須透過言語或舉止可得知²。例如行為人伸手行竊友人皮包內的錢財，

¹ Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, 1996, S. 372 f., 375 f.; Kindhäuser, Strafgesetzbuch, 2005, Vorbem. § 13 Rn.193 ff.

² Roxin, Strafrecht AT, Band I, 2006, § 13 Rn. 4 ff.

行為人主觀上認為是秘密進行，但被害人確實有看見，只是基於私情而不動聲色地任行為人取走。竊賊行竊時，事實上獲得所有人的內心同意，因此客觀上並未破壞所有人的持有，成立竊盜罪的不能未遂，屬於法律上（有危險）的不能犯。同理，行為人想對女友霸王硬上弓，私下在其飲料內放安眠藥，當女友昏沉想睡時，在仍可以表達抗議下讓行為人性交得逞，因為早就願意以身相許，行為人下藥再性交，成立強制性交罪的（不能）未遂。但被害人在外觀無法辨識下，默許行為人縱火燒燬其機車，目的是能因而獲得保險理賠，行為人仍該當毀損罪之構成要件。同意在例外情形下也可以不完全是單純的事實，此情形應視被害人受詐術或強制影響的程度為何，以及個別構成要件的意義與目的而定，例如背信罪的違背義務或濫用權利的要件，財產所有人同意行為人從事風險的商業行為，同意令行為人的行為不是義務違反或權利濫用，阻卻構成要件該當性。倘若財產所有人在商業上是毫無經驗，行為人對於商業投資的重要風險卻有所隱瞞，導致財產所有人因而同意，此情形經由對構成要件要素的解釋而足以令同意無效³。

有效的同意只要求具有自然意思的能力，縱使欠缺理解能力，也不影響同意的效力。但有效的承諾要求當事人必須具有必要的判斷力，認識其聲明的影響範圍，以便能考慮是否接受。對於同意而言，被害人的同意有瑕疵不重要，例如被害人誤會行為人意思，以為行為人願意支付一夜春宵的陪宿費，事後不能主張二人性交是在違反其意願下進行；或被害人因詐術陷於錯誤而將其動產持有權交給行為人，行為人令被害人喪失對動產的持有結果，不構成竊盜

3 Wessels/Beulke/Satzger, Straft AT, 2016, Rn. 542 ff; Jescheck/Weigend, aaO., S. 374.

罪，而是詐欺取財罪；若是以強制方式迫使被害人交出，忍受持有權的轉移，則是恐嚇取財罪或強盜罪，但對於承諾，則不能有瑕疵存在，否則足以導致承諾失效⁴，例如醫生在病人喝醉酒下取得其同意而開刀，此承諾無效，此外，同意必須行為當時已經存在，事後的同意不足以改變當時違反被害人的意思，例如行為人私下對被害人飲料下藥，在被害人昏迷下性侵得逞，事後行為人願意高價和解，行為人仍成立加重強制性交罪。有條件的同意仍肯定其效力，例如被害人願意與行為人發生一夜情，只要行為人願意給予表演機會，事後卻因故無法履行信諾，同意有效。同意也可以隨時撤銷，例如屋主同意行為人進屋談判，談判未果，行為人受退去之要求，仍留滯於原地，成立無故侵入住宅罪。

由於同意與承諾在犯罪架構上的位階不同，當行為人發生錯誤時會產生不同的法律效果。如果行為人不知事實上存有被害人的同意，在阻卻構成要件的同意情形中，因為行為是針對一個不可能的客體，故不該當客觀構成要件，考慮成立（客體不能）未遂犯，是一種反面構成要件錯誤。在阻卻違法性的承諾情形中，因為承諾屬阻卻違法事由，此情形是反面容許構成要件錯誤，有主張成立既遂犯，較合理的見解是類推適用未遂犯⁵；反之，如果行為人誤認存有被害人同意，事實上不存在，例如行為人誤解被害人意思，以為已徵得被害人同意可以取財，遂私下先拿走被害人財物，行為人並非故意竊取他人動產。屬於承諾的情形如行為人以為獲得被害人同意燒燬其舊書，事實不然，則是正面容許構成要件錯誤，考慮過

⁴ Roxin, aaO., § 13 Rn. 7 ff.

⁵ 詳細理由可參考刑法案例研習（一），2016，頁194以下。

失，只是毀損罪不處罰過失犯。

在本案中，乙誤認甲是某分店的員工，總公司派他來進行防搶演練，測試店內員工多久會發現遭搶、通報，也誤信保安科主任稍後會來視察，為了讓過程逼真點，不僅將當日營業額 12 萬 4 千元交給甲，還用束帶將自己的雙腳綑綁，並任由甲綑綁其雙手。乙的行動自由受限係出於同意，雖然有瑕疵，也不改變其事實同意阻卻強盜罪之構成要件該當性，甲不成立強盜罪。

二、甲考慮成立刑法第 339 條第 1 項詐欺取財罪

詐欺取財罪成立的要件是行為人施以詐術，令被害人陷於錯誤，進而處分財產，導致財產損失。詐術係指足以影響他人認知的一切行為，傳遞與事實不符合的內容，因為行為人使用詐術令被害人的主觀認知與客觀事實不一致，進而出於自由意思與處分認知，心甘情願地讓財產移轉於行為人。今甲向乙佯稱是某分店的員工，總公司派他來進行防搶演練，甲對乙施以詐術，目的是取財，乙也因此陷入錯誤，並將當日營業額交給甲，導致財產損失，甲具有詐欺故意與不法所有意圖，違法性與罪責性皆成立。

參、結論

乙的行動自由受限制並非出於甲的強制，而是經由乙的同意，故甲的取財行為不成立強盜罪。由於乙係因甲施以詐術而將財物交給甲，甲成立詐欺取財罪。

第二題 依法令行為

甲是某大學戲劇系學生，為提出畢業作品而在學校演出殺人劇場，由自己扮演殺人犯的男主角，將臉上化妝成兇惡的面孔，並在身上塗滿番茄醬，外觀神似殺人犯。演出結束後已經夜晚，甲因急著回家而未卸妝，在返家的道路上適巧碰到刑事偵查員乙，乙因追捕剛剛發生的殺人案件犯人而來到該道路，看見甲面露兇惡、神色緊張，且身上沾滿血跡，認定甲係殺人嫌犯而欲加以逮捕。甲確信乙係違法逮捕，乃出拳攻擊乙，乙受攻擊不支倒地，甲趁機逃離現場。倘若乙提出傷害告訴，甲的刑責為何？

壹、問題爭點

化妝神似殺人犯的甲確信偵查員乙的逮捕係違法，乃出拳攻擊乙，甲能否主張正當防衛？關鍵在於乙的侵害是否屬不法。乙是在時空關聯下認為甲是殺人嫌疑犯而上前欲逮捕，乙的行為是否是依法執行職務？甲的傷害行為除了考慮正當防衛外，是否也能主張緊急避難？甲確信乙違法逮捕又應如何評價？

貳、案例分析

一、甲考慮成立刑法第 277 條第 1 項傷害罪

(一) 該當傷害罪的構成要件

傷害是對身體所有物質上的損害影響及任何一種痛苦的對待，造成嚴重的身體不適。甲出拳攻擊乙，導致乙不支倒地，力道之大應足以造成傷害的結果，結果與行為之間具因果關係與客觀歸責，甲肯定具有傷害故意。

(二) 行為能主張刑法第 23 條正當防衛？

正當防衛的要件是行為人面臨現在不法之侵害，出於防衛自己或他人權利的行為。不法侵害是經由人類客觀上違背法秩序的行為，對他人法律所保護的法益造成直接的威脅。不法侵害必須直接來臨、正在進行或仍在持續中，如果侵害事實上已終結，則是「現在」的結束，不能主張正當防衛。在本案中有疑義的是，甲是否面臨現在不法侵害？乙認定甲係殺人嫌犯而欲加以逮捕，甲的行動自由面臨直接地、立即地將受侵害，但乙是刑事偵查員，因追捕剛剛發生的殺人案件犯人而來到該道路，看見甲面露兇惡、神色緊張，且身上沾滿血跡，才會想逮捕甲，乙的行為是否不法？不法與否關係甲的傷害行為能否阻卻違法。問題的癥結在於乙是否是依法令的行為，若是依法令行為，乙的行為不具違法性，而屬合法行為，則不符合正當防衛的侵害必須是「不法」的要件。

刑法第 21 條第 1 項規定依法令之行為，不罰。國家為了貫徹法律規範，賦予公務員不同態樣的強制處分權作為最後的手段，強

制處分權具有干預人民權利的性質，往往該當刑法的構成要件，例如強制罪、剝奪行動自由罪、侵入住宅罪、妨害秘密罪、傷害罪或毀損罪等。強制處分分散於各種法領域中，警察職司犯罪調查，所賦予的重要且決定性之強制處分權大多源自刑事訴訟法，例如第 88 條現行犯之逮捕、第 88 條之 1 逕行拘提、第 130 條與第 131 條搜索、第 137 條附帶扣押與第 205 條之 2 身體檢查等。強制處分的條件與目的之實現具有關聯性，干預的結果雖然會產生刑法作用（該當犯罪構成要件的行為依刑法第 21 條不罰），干預卻不具有實體法性質，從而產生疑義的是，一方面公務員執法時發生錯誤，是否以及如何影響干預的合法性；另一方面相對人是否可以主張正當防衛，此問題在學術上被視為特殊的刑法違法性概念。

有學者主張各種不同的阻卻違法事由有一個共同的結構原則，此原則即容許的風險。因為有此共同原則，才讓一些特定的社會所期待行為變成有可能，只不過這些行為本身含有風險傾向。此風險傾向是行為人在評估當前既存的情況時，附隨風險的行為無法達成目的且事後確認，行為人對已發生的法益侵害並沒有權利。只不過行為人面對不確定的客觀情況，已經審慎考慮事實狀況，縱使行為有風險，仍賦予行為人有行為權限，即便侵害他人法益，行為也不違法。這些特定的行為係出自於社會利益考量，也是法律所承認的目的，故人民應接受其可能帶來的危害以及行為所追求的利益最後可能落空。行為權限不同於侵害權利（Eingriffsrecht），後者例如正當防衛或緊急避難，行為權限的基礎僅是對將來情況發展進行預測的事前判斷¹。

¹ Schoenke/Schroeder, Strafgesetzbuch, 2014, Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 11.

具有此種容許風險特質的行為合法性不是來自於侵害權利，而是所謂的行為容許性或行為權限，例如刑法第 310 條第 3 項，行為人提出妨害他人名譽之事實主張的同時也存有風險，只有當所誹謗之事是真實或能證明其為真實，且與公共利益有關時，才能阻卻行為違法性。又基於可推測承諾的行為也冒著與當事人真正意思不一致的風險，就是因為行為時存有事後可能無法取得被害人同意的風險，才稱為「可推測」。此外，依法執行職務的公務員作為也適用容許風險原則，此容許風險即為通說肯定的「國家的錯誤特權」（Irrtumsprivileg）。準此，國家機關的作為已經對干預的要件經過合義務性的審查，縱使這些要件於客觀事實並不存在，然因干預的作為內部本身即存有法律已經考慮過的風險，故不具有結果不法，屬合法行為²。

在容許風險考量下的行為（或稱干預）權限不同於容許構成要件錯誤，後者是行為人錯誤認識客觀情形，認為可以阻卻行為的違法性，二者同樣皆不存有客觀事實，卻透過各種不同的容許規範內容加以區別，基於侵害權利，這些容許規範足以排除行為的禁止。若容許規範完全不考慮客觀合義務性審查，亦即只要客觀事實存在即賦予行為人侵害權利，行為人錯誤認識客觀事實而誤以為有侵害權利，則是容許構成要件錯誤，例如正當防衛屬於容許規範，成立的要件是客觀上面臨現在不法侵害，卻不要求行正當防衛者於防衛前必須為合義務性審查，判斷是否有不法侵害。不同的是，在行為人有行為權限的情形中，行為本身即已經保留有錯估風險的可能

² Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, 1996, S. 340 ff; Schoenke/Schroeder, aaO., Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 11.

性，所以會要求行為人處理前應為合義務性的審查。在容許構成要件錯誤中，行為人客觀的合義務性審查只會排除行為不法，仍有結果不法（通說認為成立過失），但在行為權限的情形中，卻同時導致行為不具有結果不法³。

公務員執行干預人民權利的職務必須依法令，才是合法行為，合法干預的要件首先是符合事物管轄與土地管轄權限，其次，在個案中處分行為的方式必須符合法律的形式要件，例如法官保留原則、必要性原則或比例原則。公務員的作為符合上述要求後，對於既存的事實條件發生錯誤認識，若公務員已善盡合義務性的審查，仍然發生錯誤判斷時，無礙於已採取的作為之合法性；反之，行為人若欠缺合義務性的審查，所採取的爭議作為則是不法且成立故意犯。不一樣的情形是，公務員的錯誤認識是有關干預權限的合法界限，此時公務員的行為在刑法意義上具有違法性；易言之，容許風險的錯誤僅能針對干預的事實要件，不能是有關法律界限，後者成立禁止錯誤，而屬於禁止錯誤的情形可以是行為人正確認識客觀事實，卻對比例原則的適用發生錯誤的判斷⁴。

上述主張有其法理基礎，本案涉及的公務員是司法警察，乙認定甲係殺人嫌犯而欲加以逮捕，法律依據是刑事訴訟法。警察依法逮捕現行犯，客觀上是否真的發生犯罪並非是判斷關鍵，重要的是警察當下是否依合義務性判斷而執行逮捕。不應否認地，遭逮捕者對警察的違法逮捕可以主張正當防衛，但違法性判斷不在於實質的

³ Schoenke/Schroeder, aaO., Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 20.

⁴ Jescheck/Weigend, aaO., S. 390; Roxin, Strafrecht AT, Band I, 2006, § 17 Rn.1 ff.; Schoenke/Schroeder, aaO., Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 86.

法律規定，而是警察的干預是否具有事物與地方權限且符合法律的形式要件。如同法官因證據誤導而羈押無辜者，無辜者不能為了捍衛自由當場傷害或殺害法警而主張正當防衛。上述之「國家的錯誤特權」概念意在保障公務員執行公務的決定權，因為若不保障公務員當下的判斷，公共利益將可能以無可挽回的方式受損，所以才將不允許違抗的風險由干預的對象承擔⁵。其次，不少強制處分的規範是針對當場客觀存在的事實進行事前判斷，特別是警察常須面臨與克服事先無法預見的危險情況，當場採取的措施都是建立在依經驗的預測上或者在急迫情形下立即採取的對策。此由刑事訴訟法或警察職權行使法的處分要件可得知，處分常見以犯罪嫌疑、危害之虞或急迫情況為要件，而刑事訴訟法第 88 條與第 88 條之 1 則屬討論的焦點。依規定，因持有兇器、贓物或其他物件或於身體、衣服等處露有犯罪痕跡，顯可疑為犯罪人者，以現行犯論，不問何人得逕行逮捕之；司法警察偵查犯罪，有事實足認為涉嫌違犯最重本刑為一年以上有期徒刑，犯罪嫌疑重大，經被盤查而逃逸者，得逕行拘提之。警察的逮捕若符合法定形式要件，至於是否「顯可疑為犯罪人」或「犯罪嫌疑重大」是一種事前判斷，並屬司法警察的裁量權。執法人員不是神，事先無法精確判斷是否為真正犯罪人，唯有經過一連串的正當法律程序才能確定，而在開啟重大干預前的身分查證或人別訊問尚屬不可或缺，從而，發動刑事程序的強制措施以犯罪嫌疑為前提。既然係「嫌疑」，當然不可能有絕對的保證⁶，嫌疑必須依當時客觀可辨識的情況而定，故人民對於已經合義務性

5 Roxin, aaO., Rn. 11 f.

6 這也是基於犯罪嫌疑所發動的強制處分不違背無罪推定原則的理由之一。

審查的逮捕應忍受，不能主張正當防衛，縱使是無辜者也一樣，因為逮捕者沒有違反客觀注意義務，作為欠缺不法，此外，也可以期待人民應以公共利益為優先。另一方面，從受干預者的保證規範而言，人民對毫無理由的干預，亦即面對只有干預權限者的行為，也不能要求應負絕對的忍受義務，而令其陷於無助的狀態，因此，雖不能主張正當防衛，但在特定條件下可以考慮限制保護的緊急避難，惟避難行為必須出於不得已且符合利益衡量原則，且這時所面對的攻擊者不是國家，而是執行職務的公務員⁷。其次，主張被錯認而遭逮捕者不能為正當防衛，如此要求並非完全不合理，因為從限制行動自由到為澄清無辜的過程不會很久，而被誤會者最好是能當場澄清，若直接施以暴力行為對抗誤會者，只會讓懷疑其涉案者更加深懷疑而已。退一步而言，倘若主張遭受誤會者可以對誤會者行使正當防衛，但使用暴力手段防衛，也不應該予以合法化，因為對一位善意的誤會者僅能使用限制性的防衛行為，被誤會者應盡可能地及早澄清事實⁸。

至於公務員的錯誤特權是否能適用於私人的逮捕？有主張因為私人並無經驗且沒有義務逮捕犯罪嫌疑人，其對現行犯之逮捕與公務員不能相提並論。反對者則認為，在重大嫌疑下，私人已善盡客觀注意義務，認為對方是犯罪者，而且立法者規定在公權力來不及介入時，在特定的要件下基於刑事追訴的公共利益，例外地允許由私人實現公的利益，基於私人逮捕現行犯與公務員逮捕的要件並無

7 Schoenke/Schroeder, aaO., Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 11, 86; § 32 Rn. 19, 20, 22.

8 Roxin, aaO., Rn. 23 f.; Jescheck/Weigend, aaO., S. 392.

二致，故不應有更嚴格的要求⁹。

上述公務員的干預已經由合義務性的審查，因而發生的錯誤屬容許的風險，但公務員對合義務性審查出於過失而錯認事實要件，相對人得對其採取的干預主張正當防衛權利。只是公務員因不是出於犯罪故意，所採取的防衛行為基於社會倫理應有所限制，首先應設法澄清誤會，讓公務員能夠確認事實真相，何況被誤會者短暫服從公務員的指示或喪失行動自由，以便讓公務員確認身分，應具有可期待性，若為了捍衛權利而毫不猶豫地立即採取反擊，對於公共利益而言並非是上策¹⁰。

在本案中，甲臉上化妝成兇惡的面孔，並在身上塗滿番茄醬，外觀神似殺人犯，乙因追捕剛剛發生的殺人案件犯人而來到該道路，看見甲面露兇惡、神色緊張，且身上沾滿血跡，因為行為發生在夜晚，依刑事經驗會認為甲身體、衣服等處露有犯罪痕跡，顯可疑為犯罪人者。逮捕準現行犯的犯罪嫌疑只要求「顯可疑」，而無須達到重大嫌疑程度，在時、空關聯下，一般執法人員皆會有如此立即反應，應肯定乙具有行為權限，以便進一步確認，故行為並沒有不法，甲不得主張正當防衛。更何況，乙向前欲逮捕甲，應是想短暫先限制行動自由，因為殺人犯身上可能有兇器，為了雙方安全與證據保全先採取限制行動，並沒有逾越必要性。反觀，乙如果沒有先控制現況，又能如何查證身分還其清白並保障自身的安全！

甲的傷害行為是否能主張緊急避難？避難行為必須不得已與符合利益衡量原則，甲認為乙是違法逮捕，出拳攻擊乙，甲既然認為

⁹ Roxin, aaO., Rn. 25.

¹⁰ Roxin, aaO., Rn. 14.

乙是違法逮捕，一定知道乙是警察且發生誤會，而且甲當時化妝神似殺人犯，造成誤會，甲本身難辭其咎，豈能在未澄清辯解前以暴力攻擊執法人員？因此，只有當執行公務的行為可能導致嚴重而難以回復的損害，且無法以其他侵害較輕微的方式解決時，例如澄清、解釋或抗告，才能施以暴力方式而主張緊急避難，故甲的傷害行為具有違法性。

甲確信乙係違法逮捕，才出拳攻擊乙，只是乙的行為是依法令行為而不具違法性，甲乃是對正當防衛的「不法」要素有錯誤認識，可能成立容許錯誤（又稱間接禁止錯誤）。其係指行為人主觀上認為存有阻卻違法事由，客觀上卻不存在，此類型錯誤可以是有關容許規範界限的錯誤，行為人完全認識事實情況，認為自己可以主張阻卻違法事由，只是對阻卻違法事由的界限或手段為不當的擴張¹¹。

容許錯誤所涉及者不是容許構成要件所描述的事實，而是有關容許規範的存在或其適用範圍，因行為人不認識的對象是有關法規，故成立間接禁止錯誤，亦即行為人知道自己在做什麼，卻錯誤地認為可以這麼做。在本案中，甲認為自己可以對乙的實質非法逮捕行為施以防衛，屬於正當防衛行為。甲正確認識客觀情形與過程的社會意義內涵，錯誤認識的是關於乙侵害行為之違法性，亦即錯誤認識自己的行為可以合法化，因此，評價重點是其瑕疵的價值判斷是否是一種可避免的錯誤，依刑法第 16 條規定仍肯定故意，只是考慮其傷害行為是否得減輕。

¹¹ 進一步可參考黃惠婷，正面阻卻違法事由錯誤，月旦法學教室，第 76 期，2009/2，頁 74 以下。

二、甲考慮成立刑法第 135 條妨害公務執行罪

依刑法第 135 條第 1 項規定，行為人「對於公務員依法執行職務時，施強暴脅迫者」，成立對執行職務公務員強暴脅迫罪。乙是公務員，乙懷疑甲是殺人嫌犯，上前欲逮捕甲，行為是否是「依法執行職務」？執行職務開始於公務員針對人或事物採取行動，只要執行職務公務員已進入可觸及當事人或事物的範圍內即屬之。有疑義的是，乙執行的職務是否合法？通說認為判斷職務行為的標準應依刑法的合法性概念決定，與行政法的規定無關。

在學術上對執行職務的「合法性」性質有爭議，有主張是阻卻違法事由、法義務要素（Rechtspflicht-merkmal）或客觀可罰性要件，準此，只要行為人對公務員執行職務施以暴力且有故意，皆該當構成要件。若主張是構成要件要素，公務員執行職務若不是依法行事，行為人施加暴力違抗不該當構成要件，無須援引正當防衛；在不該當構成要件下，則違抗行為不考慮正當防衛應有的防衛行為必要性、適當性與防衛意思。依現行法規定，職務行為的合法性性質應是構成要件要素¹²。

執行職務的合法性不在於實質的正確性，而是形式上的合法性即可，如前所述，公務員採取的干預行為必須符合事物管轄與土地管轄，為了保護當事人權益，公務員也應遵守規範的形式要件。至於公務員依據所認識或可辨識的情況是否符合執行職務的要件，應

¹² 林山田，刑法各罪論（下冊），2006，頁 139。判例曾指出公務員「若其執行職務超出法律範圍之外，甚且憑藉所持之公用物品，以便利其犯罪，此種行為既非基於其職務上之合法行動，則排除或制止之者……要難認為妨害公務」，23 年上字第 4217 號。

由公務員自行決定，因干預的條件賦予公務員判斷空間時，縱使事後審查認定判斷錯誤，決定仍屬公務員的裁量權限內，例如警察經審慎判斷，誤將神似通緝犯的無辜者逮捕或在派對轟趴中發現毒品，將現場可疑人士帶回驗尿，縱使最後確認是無辜者，皆為合法執行職務。當然也不能任由公務員主觀恣意的判斷，而是公務員依合義務性審慎審查後，認為有權限或有義務執行職務行為，才屬合法。顯然地，執行職務的合法性在一定程度上有賴公務員的個人能力與素質，因此，審查是否合義務性，有必要採客觀標準，亦即一位理性的公務員處於當時情況下是否也會作出如此判斷，而當下被迫立即作出決定與公務員可能面臨的危險都應列入考慮，不應有過度的要求¹³。

公務員執行職務依據的法律具多樣性，倘若條件是建立在嫌疑或預測上，客觀上存有嫌疑或危害之虞即可執行職務，事後確定判斷錯誤，行為仍是合法。若干預不是以嫌疑或預測為要件，則應區分公務員的錯誤是有關客觀事實，還是法律禁止。以刑事訴訟法第88條第1項與第2項現行犯逮捕為例，警察認為被逮捕者的行為屬可罰的著手行為，但事後被認定屬不處罰的預備行為，警察的逮捕仍屬合法；相反地，公務員錯認的是有關干預管轄、要件或界限，而認為有權限，執行的職務屬違法¹⁴。

在本案中，乙基於當時客觀情況認為甲疑是殺人犯，逮捕準現行犯的懷疑程度要求是「顯可疑」即已足，依一般刑事經驗，甲容易會被誤認為嫌疑犯，乙依據客觀情況採取行動是依法執行職務，

¹³ Fischer, Strafgesetzbuch, 2017, § 113 Rn. 10 ff; Schoenke/Schroeder, aaO., § 113 Rn. 18 ff.

¹⁴ Schoenke/Schroeder, aaO., § 113 Rn. 30.

甲對其施以傷害是實施強暴脅迫，甲也具有相關故意。如上所述，甲的傷害不能主張正當防衛或緊急避難，但甲對乙執行職務的合法性發生錯誤認識，因職務行為的合法性屬構成要件要素，對此要素發生錯誤解釋，成立直接禁止錯誤，依刑法第 16 條規定視情形得減輕其刑。

參、結論

準現行犯的逮捕規定以「顯可疑」為要件，賦予干預行為本身即含有錯誤的風險，甲神似殺人犯，乙綜合當時客觀情況，認為甲顯可疑為殺人犯，逮捕經合義務性審查而屬合法，甲的傷害行為不能主張正當防衛。甲自知當時化妝成殺人犯，對造成乙誤會的逮捕致令自己陷於不得已的情形，也應優先採取輕微損害的避難方式，在未澄清下立即施以暴力傷害，不符合避難行為。但確信乙違反逮捕，成立間接禁止錯誤。此外，甲傷害行為也因乙是依法執行職務而成立妨害公務執行罪，其對乙執行職務的合法性發生錯誤，成立直接禁止錯誤，其錯誤應屬可避免，一行為觸犯傷害罪與妨害公務執行罪，成立想像競合。

第三題 可推測承諾

甲收到健保局寄給兒子乙的信函，由於乙八年前在外工作沒有回家，其健保費通知單幾年前都寄到家中，甲擔心乙未繳保費而無法看病，所以拆信代繳欠六百元的健保費。乙得知後堅持要告甲，聲稱甲應將信件退還給他。問：甲是否有刑責？

壹、問題爭點

甲未徵得乙同意開拆其信件，屬刑法第 315 條範疇，本罪屬告訴乃論罪，然乙堅持告甲，甲是否有任何阻卻違法事由？刑法法理承認的可推測承諾性質與要件為何？其與阻卻違法的緊急避難、承諾有何差別？倘若行為人的行為完全出於自己或第三者利益而侵害他人法益，是否得主張可推測承諾？

貳、案例分析

甲是否成立刑法第 315 條妨害書信秘密罪？

一、構成要件

本罪保護的客體是他人封緘信函、文書或圖畫，客體必須封閉

緘口，讓人無法由外觀上知悉書信的內容，行為是開拆或隱匿或其他方法，開拆是令封緘失效而讓人足以探知書信的內容，隱匿是將書信藏匿，阻礙他人持有書信。其他方法則在於彌補法律漏洞，行為只要侵害他人書信往來的秘密自由，皆屬之，例如利用電子科學設備在不破壞封緘情形下，窺視書信的內容¹。行為人必須在主觀上具有妨害書信秘密的故意，甲收到健保局寄給兒子乙的信函後予以開拆，得知信函的內容是欠繳保費的通知，該當妨害書信秘密的構成要件。只是甲的行為須具有違法性，即必須符合本罪的「無故」要件，「無故」屬於違法性要件。

二、違法性

刑法的禁止規範呈現多樣性，有關容許規範的規定則屬開放性，分散於各種法律領域中。容許規範又稱為阻卻違法事由，分為法定阻卻違法事由與超法規的阻卻違法事由，阻卻違法事由的核心是對於行為已造成相關的負擔具有減輕的作用，原則上，阻卻違法事由不僅是行為具容許性而賦予干預或侵害的權限，而且導出相對人具有忍受的義務。依通說見解，阻卻違法事由並非建立在唯一的一般基礎原則上，但在眾多的思想中，存有三大重要原則：優越利益原則、互助原則以及自主或責任原則²。法定阻卻違法事由有刑法第 21 條依法令與命令之行為、第 22 條業務上正當行為、第 23 條正當防衛與第 24 條緊急避難。超法規的阻卻違法事由例如承諾與可推測承諾。甲開拆乙的信件時，是否符合刑法第 24 條緊急避

¹ 林山田，刑法各罪論（上冊），2006，頁 275 以下。

² Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 2016, Rn. 400.

難的緊急危難情形？甲雖未經乙的同意而開拆，卻是基於當事人利益而為，可否經由承諾而阻卻違法性，還是退一步考慮具有補充性的可推測承諾？

刑法上的同意具有二種性質，一為阻卻構成要件該當性，稱為同意；二為阻卻該當構成要件行為的違法性，稱為承諾，可推測承諾屬於後者，其與事實承諾不同之處，在於犯罪方式是未徵得他人允許之下干預他人法益，然之所以能阻卻違法性是因為依據客觀事實判斷，當事人應該會同意，因此，可推測承諾是行為人的推測與有可能違反法益受侵害者真正意思發生衝突下的法理。可推測承諾源自於習慣法的阻卻違法事由，在理論上介於承諾與阻卻違法的緊急避難之間，卻不是緊急避難的特別情形，而具有獨立性。可推測承諾不僅在性質上與事實承諾不同，不同之處在於可推測承諾是一種規範上的承認；相反地，事實承諾必須有意思表示，而可推測承諾是在行為當時對當事人意思方向的「解讀」，因為是「解讀」，所以當事人的意思不明，心理事實也不存在。可推測承諾不同於緊急避難之處是沒有客觀的利益衡量問題，而是對當事人的意思假設，如果當事人在完全知情下應該會同意行為人的行為，因此，認定的關鍵不是要求符合當事人的真正意思，而是探求在行為時其可能的真意。只不過推測當事人的意思時也應具有些許理性以及符合當事人的利益，在這一點上確實與緊急避難接近，不同的是客觀優越的利益只是一種當事人假設意思的證明而已。可推測承諾判斷的標準有當事人的個人利益、需求、希望、價值與倫理觀點、以前的言行或書面表示或宗教信仰等，甚至可以僅是有利於行為人或第三人利益而推測當事人願意犧牲財物，但對緊急避難而言，如果不是

為了避免法益受侵害，則不可能主張之³。

可推測承諾欠缺事實的同意，因此只有當無法取得當事人事實意思，才能援引。顯然地，竊聽他人通訊內容不能主張可推測承諾而合法，因為通訊一方隨時在線上。其具有二項實際意義：一為行為是針對相對人利益而為；二是對當事人而言欠缺利益，正常情形下可推測承諾都是為了他人利益而為，而且相信事後可以獲得認同，第一種情形，例如在不符合利益衡量情形下，醫生對車禍昏迷的病人做緊急的手術、或看見出遠門的鄰居家水管破裂，侵入住宅將開關緊閉。由於可推測承諾是建立在當事人的假設意思上，所以倘若明顯違反當事人的意思，縱使當事人反對是出於不理性，基於尊重當事人的決定自由，也不能援引可推測承諾⁴。在財產犯罪中，可推測承諾對於背信罪具有一定的意義，適用的情形是權限者的行為逾越已存在的一般指示或財產所有人的原則，會特別討論的情形是從事風險的商業，但明顯違反財產所有人意思時，不能主張可推測承諾。此外，關係到專屬的個人決定時，可推測承諾的成立應該慎重，例如教育權的行使，他人小孩若違犯嚴重錯誤時，不能因為一時無法取得其父母的同意，認為可以基於可推測承諾代為管教⁵。第二種情形，例如傭人幫雇主存錢將自己的舊鈔換成雇主的新鈔，縱使雇主事後反對換鈔的侵占行為，行為人可主張可推測承諾。

有爭議的是，是否可以為了行為人的自己利益而主張可推測承

3 Roxin, Strafrecht AT, Band I, 2006, § 18 Rn. 3 ff.; Wessels/Beulke/Satzger, aaO., Rn. 573.

4 Schoenke/Schroeder, Strafgesetzbuch, 2014, Vorbem. §§ 32 Rn. 55 f., Roennau, in: Leipziger Kommentar, StGB, Band II, §§ 32-55 Vor § 32 Rn. 217.

5 Roennau, aaO., Vor § 32 Rn. 224, 226.

諾？通說認為取得罪的行為可以透過可推測承諾而阻卻違法，例如見鄰居的花園地上有掉落的水果，認為不撿拾也會腐爛，於是收集後自行食用；或行為人受雇主委託將一疊新鈔存入銀行內，途中行為人將自己的舊鈔與新鈔對換。如果視可推測承諾有如阻卻違法的緊急避難，或至少應符合利益衡量原則時，由於行為人自利的行為欠缺當事人有危難情形，或行為的利益僅存於行為人身上，對當事人而言毫無利益，因此，不能主張可推測承諾。惟可推測承諾純粹建立在當事人的假設意思上，一個未取得當事人同意的自利行為並不一定會遭拒，但如果完全認為當事人應該會釋出善意而不會拒絕，同樣沒有合理依據。學界有主張在欠缺實質利益的情形中，只要行為人仍尊重相對人的個人想法，因當事人的法益欠缺應保護性，故可以主張可推測承諾⁶。

另有認為如果沒有具體情形可以導出當事人會同意時，原則上一種自利的行為不能主張可推測承諾，例如行為人撿拾鄰居掉落的水果後交給慈善團體，因為鄰居平常會將水果贈送給慈善團體，此具體事實可視為行為人的行為事後應該也會獲得鄰居同意的證明⁷。考慮竊盜罪與侵占罪與以財產損失為標準的犯罪不同，取得罪保護的不在於財產多寡，而是持有人或所有人對動產的處分權，通說對上述例子認為可主張以可推測承諾解決，至於行為涉及的利益與損害價值輕微，無關不法之認定，二者是涉及刑事訴訟法微罪不起訴的問題⁸。

⁶ Wessels/Beulke/Satzger, aaO., Rn. 579.

⁷ Roxin, aaO., § 18 Rn.15 ff., 27 f.

⁸ Roennau, aaO., Vor § 32 Rn. 227.

可推測承諾的要件是否俱足，取決於行為時的情況，除了行為時必須當事人的同意一時無法或無法期待取得外，所有事實承諾的要件對於可推測承諾都是必要。因此，行為是針對個人法益，法益的持有人必須具有理解能力與控制能力，否則必須探求其法定代理人的意思，能據以判斷其意思者特別是當事人以前的聲明、表達或立場，只不過當事人的可推測意思不能建立在錯誤或強制上。可推測意思的理解是一種可能性，因此與風險概念不可分，由於行為時是針對當事人可推測的意思，所以行為人得承擔當事人是否會同意的風險，如此風險不是將來的損害發生，而是違反當事人的意思⁹。

有疑問的是，倘若稍後有可能取得當事人意思，是否能援引可推測承諾？關鍵在於行為人是否應當現在採取行動，還是必須等待當事人的決定。針對此問題可見於大型的開刀醫療行為，例如醫生認為病人將來繼續懷孕對於病人與胎兒會有風險，於是在未徵得病人同意下，在對病人為現在剖腹產時順便結紮。多數見解認為不能主張可推測承諾，因為醫生認為經由懷孕而有生命危險的情形是將來才會發生，故對如此嚴重的身體干預仍有足夠的時間可以詢問病人的意見¹⁰。又如果行為人先前有機會可以詢問當事人意見時，卻未詢問，稍後是否可以主張可推測承諾？合理的見解是不完全排除，如果行為人疏忽而未利用機會詢問，仍可以主張。其次，行為人主觀上必須認識干預的迫切性、及時取得當事人同意的不可能以及推測事後可以取得當事人同意¹¹。

⁹ Roennau, aaO., Vor § 32 Rn. 217, 220.

¹⁰ Roennau, aaO., Vor § 32 Rn. 220, 223.

¹¹ Schoenke/Schroeder, aaO., Vorbem. §§ 32 Rn. 59; Roennau, aaO., Vor § 32 Rn. 228.

可推測承諾是依具體事實推敲當事人的意思，因此行為人有可能會發生錯誤。如果行為人已經合乎義務地探查當事人意思，事後證明是錯誤判斷時，由於行為時不存有判斷的客觀事實才導致錯誤判斷，仍可以阻卻違法，此與錯誤理論無關，而是容許的風險。行為人違背客觀義務而對情況作出錯誤判斷，認為在此情形下當事人應該也會同意，成立容許構成要件錯誤；相反地，行為人誤解可推測承諾的要件，則是容許錯誤（間接禁止錯誤），例如醫生知道有機會取得病患同意，卻認為由醫療觀點而言，開刀有意義，行為為法律所容許¹²。

在本案中，甲開拆乙的信件，乙之前並未明示或默示同意甲可以開拆其信件，由於欠缺刑法第 24 條緊急避難的緊急危難情形，拆信無法援引任何法定的阻卻違法事由。縱使甲、乙是父子關係，但乙是成年人，甲沒有權利擅自打開乙的信件。然郵件來自官方的健保局，以事前觀察當時客觀情形，健保局的通知一定含有重要訊息，與乙是否能持卡看診有關。乙八年在在外工作沒有回家，其健保費通知單幾年前都寄到家中，甲擔心乙未繳保費而無法看病，所以拆信後，還幫忙乙代繳積欠六百元的健保費，甲是基於乙的利益著想才拆信。甲確信乙不至於會反對他開拆來自健保局的信件，而且還幫乙繳費，因事前未經乙的同意而開拆，不能主張承諾而阻卻違法性。雖然乙得知後堅持告甲，聲稱甲應將信件退還給他，但乙八年在在外未曾回家，乙也未曾通知甲不得拆信，甲行為時無法得知乙的意向，甲的開拆信函行為可以主張可推測承諾而阻卻違法性。

¹² Schoenke/Schroeder, aaO., Vorbem. §§ 32 Rn. 60.

參、結論

甲打開乙來自健保局的信件，該當妨害書信秘密罪的構成要件，但乙長年在外，未曾向家人表示不得開拆其信件，甲基於乙的利益開拆，也替乙代繳健保費，因此可以主張可推測承諾，不成立妨害書信秘密罪。

第四題 寬恕罪責的緊急避難

A 是監獄裡的重刑犯，某日，夥同其他 5 名受刑人假裝病痛同時申請看診，將剪刀、鐵條藏在衣袖內未被查獲，於打傷監所人員後，趁隙逃到接見室，繼續傷害阻攔者，再用鐵條、滅火器等物突破槍械彈藥室，迅速取得 10 把槍械及上百發子彈。典獄長甲獲知有囚犯準備逃獄，從辦公室下樓與囚犯相遇，立即遭到 A 等人挾持。甲被 A 以槍抵著，6 囚同時要求甲派車讓他們逃獄，甲因在槍的壓抵下與顧及其他人安危，指示安排派車，下令開側門放人，所幸警力及時趕到在側門部署，與想脫逃的囚犯開槍駁火，才逼退對方，A 等人認為逃亡無望，在監獄內舉槍自戕。問：甲的刑責為何？

壹、問題要點

緊急避難在學理上分為阻卻違法與寬恕罪責兩種類型，當行為人本身遭受他人外力強制而作出違法行為時，行為因而侵害無關第三人法益，能否適用阻卻違法的緊急避難？行為人為了保護利益與第三人為了維護法益之間的衝突應如何解決？此問題攸關行為的合法性。

貳、案例分析

甲是否成立刑法第 163 條公務員縱放或便利脫逃罪？

一、A 等人脫逃未遂

刑法第 163 條規定公務員縱放職務上依法逮捕、拘禁之人或便利其脫逃者，成立本罪。脫逃係指被逮捕或拘禁之人經由不法行為，排除公權力逮捕或拘禁之狀態，重新獲得毫無限制的自由而言，從而公權力監督的安全性是本罪保護的法益¹。法益是否受侵害，關係行為的既、未遂，被逮捕或拘禁之人縱使僅是短暫脫離公權力的事實監督，也因為法益已受侵害而肯定脫逃既遂。只是公權力監督不以物的監督為限，凡在監督者耳目所及，及監督權尚能行使之區域以內，皆為尚在監督力支配之範圍，依法逮捕、拘禁之人仍處於此範圍內，縱放或便利行為尚未既遂²。在本案中，A 等人想從監獄的側門脫逃，卻遇到及時趕到在側門部署的警方，因雙方開槍駁火，A 等人遭警方逼退回監獄內。因為 A 等人在獄方監督權尚能行使之區域內，故未脫離公權力之監督，A 等人的脫逃未達於既遂，本條第 3 項有處罰第 1 項之未遂犯。

二、縱放或便利之犯罪決意

甲必須有縱放或便利人犯的犯罪決意，犯罪決意是行為人對於犯罪已有終局的決定，行為人傾向（可能）實現犯罪的動力比可能

¹ Fischer, Strafgesetzbuch, 2017, § 120 Rn 5; Kindhaeuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch Band 1, 2010, § 120 Rn. 3.

² 臺灣高等法院高雄分院 92 年度上更（二）字第 351 號。

會碰上阻礙的想法具明顯的優勢，即使仍有些許懷疑，也肯定有犯罪決意³。本罪的行為主體限於公務員，依刑法第 10 條第 2 項規定，甲係依法令服務於國家而具有法定職務權限者，又本罪的公務員限於職務上須具有防止人犯脫逃的特別義務者。甲是典獄長，是本罪的適格主體，應無疑義。行為對象限於依法逮捕或拘禁之人，前者係指公務員基於職務權限而短暫拘束他人身體自由，不容許他人能自由行動，且尚未將其收禁在一定處所前的強制處分；後者係指身體自遭受合法的拘束，而被收禁於一定處所之人而言，故 A 等人是依法拘禁之人。本罪的行為是縱放或便利，前者是「放任依法逮捕或拘禁之人脫逃，或為其排除公力拘束或監督，使其得以脫逃的行為」，縱放的方法可以是影響物或人方面的防護措施。便利脫逃是「對於遭受合法逮捕或拘禁者的脫逃行為給予方便與助力，使其得以脫離公力拘束或監督而逃脫」⁴。縱放或便利行為也可以經由不作為方式成立本罪，只要行為人具有保證人地位。在本案中，甲被 A 以槍抵著，6 囚同時要求甲派車讓他們逃獄，甲因在槍的壓抵下與顧及其他人安危，於是指示安排派車，下令開側門放人，故甲是經過思慮後決定開側門讓 A 等人離開監獄，以換得眾人的安全，肯定甲具有縱放依法拘禁之人脫逃的犯罪決意。

三、著手為縱放或便利行為

刑法第 25 條規定未遂犯必須行為人已著手於犯罪行為之實行而不遂，客觀要件是「已著手犯罪行為之實行」。行為是否該當

³ Roxin, Strafrecht AT II, 2003, § 29 Rn. 87 f.

⁴ 林山田，刑法各罪論（下），2006，頁 219 以下。

「著手」，以行為與構成要件實現之間的時、空具有緊密關聯性作為判斷標準；詳言之，當行為人的行為在時間與空間上已接近構成要件之實現，表示行為人不再需要為重要的介入行為，即可實現犯罪，此時的行為足以造成震撼印象。毫無疑義的是，行為人已為構成要件所描述的行為，肯定著手實行犯罪。對於本罪而言，未遂行為始於公務員縱放或便利行為的著手實行，其不同於自行脫逃罪，非以被逮捕或拘禁之人脫逃的開始為著手，故脫逃失敗或中斷無關著手之認定⁵。在本案中，甲是典獄長，下令開側門放人，A 等人也逃到側門，只因遇見警方，才遭逼退，肯定甲著手於縱放人犯之實行。

四、甲是否成立刑法第 24 條阻卻違法的緊急避難？

甲讓 A 等人得以逃到側門，行為該當縱放人犯未遂罪的構成要件，甲之所以決定放走 A 等人，是因為當時遭 A 以槍抵著，在考慮個人與其他人之安危下，才指示安排派車，下令開側門放人，甲是否存有阻卻違法事由？

首先考量刑法第 23 條正當防衛，惟防衛行為只能針對攻擊者的法益，行為才能阻卻違法性，甲縱放人犯的行為侵害國家司法權，因此不能主張刑法第 23 條正當防衛。退而求其次，甲的行為如果符合刑法第 24 條緊急避難，亦可主張行為合法。緊急避難是行為人因避免自己或他人之生命、身體、自由、財產之緊急危難而出於不得已之行為。危難係指足以危害生命、身體、自由或財產的特定的危險災難，危難來自自然或人為，則非所問。但行為人面對

⁵ Schoenke/Schroeder, Strafgesetzbuch, 2014, § 120 Rn. 23.

他人合法行為所形成的危難，例如面臨他人合法逮捕，則無緊急避難之適用可言⁶。小偷當場遭屋主等眾人圍捕，在情急之下，推開一旁觀看的他人，搶奪其機車逃亡，搶奪行為不能主張緊急避難。如果危難是直接來臨、現在進行或稍後不再存有避難措施，或當前情況若繼續發展下去，令人害怕損害確實或高度可能會發生或加深，則是緊急，甚至是持續性的危難亦屬之，只要此較長時間的危難隨時會造成損害即是⁷。在本案中，甲遭 A 以槍抵著，甲存有現在進行中的緊急危難情況。

甲的避難行為必須出於「不得已」，實務認為「不得已」係以自己或他人之生命、身體、自由、財產猝遇危難之際，非侵害他人法益別無救護之途，且為保全自己或他人法益唯一必要之方法為必要之條件⁸。從中引申出，「必要」與「唯一必要」二者有所不同，前者是避難措施確定可以保護遭遇危難威脅的法益；後者是行為人不存有造成損害比較輕微的其他避難方法，當避難措施是唯一的必要方法時，避難行為才適當。方法適不適當，應檢驗是否符合利益衡量原則，即避難者想保護的利益應該比避難因而受侵害的利益明顯地優越。考量的不僅是法益高低，也應考慮社會倫理的整體評價，例如威脅法益的遠近、嚴重性、避難方法的影響大小與範圍等⁹。在本案中，甲遭 A 以槍抵制，生命面臨迫切危險，除了釋放

⁶ 最高法院 95 年度台上字第 1828 號。

⁷ Fischer, aaO., § 34 Rn.7; Müller, Übungsklausur für Examenkandidaten: „Verfolgung mit Folgen“, Jura, Heft9/2005, S. 641.

⁸ 最高法院 95 年度台上字第 6641 號；98 年度台上字第 3703 號；臺灣高等法院高雄分院 103 年度上訴字第 732 號；103 年度台上字第 4214 號。

⁹ Krey, Der Fall der Lorenz-Probleme des rechtfertigenden Notstandes bei der Aufloesung von Geiseln, in: Zeitschrift fuer Rechtspolitik, 1975 Heft 5, S. 98 f.

A 等人外，不存有其他可排除對自己與他人生命之避難方法。然釋放人犯因而侵害國家司法權，行為是否符合利益衡量原則？亦即甲是否能主張阻卻違法的緊急避難？因為甲遭 A 以槍強逼放走他們六人，甲當時處於被強制的危難中，A 施以強暴方法，逼迫甲行使無義務之事，甲是強制罪與恐嚇危安罪的被害人。當避難者同時也是強制罪的被害人時，為了避免自己的危難發生，遂犧牲無辜第三人的法益，成立學理上所謂的「強制性緊急避難（Nötigungsnotstand）」¹⁰。有爭議的是，在刑法上應如何評價？

強制性緊急危難的問題在於：哪一位「被害者」應獲得法律共同生活體的支持？亦即是被強制者？還是無關的第三人？主張前者，將得出被強制者的行為阻卻違法性；支持後者，則得出被強制者的行為僅能寬恕其罪責。此外，亦有學者嘗試結合兩極端而提出折衷說，以下介紹德國學術上的見解供國內參考¹¹。

（一）阻卻違法說

此說主張行為人成立阻卻違法的緊急避難，只要行為人當時沒有其他方法可以排除危難，亦即無法對強制者施以防衛或脫離危難情況，且行為人想避免自己或他人遭侵害的利益明顯地優於第三人的利益。支持的理由是：阻卻違法的緊急避難並沒有限制危難的來

¹⁰ 在 1969 年以前，德國刑法第 52 條明定強制性的緊急避難，行為人因不可抗拒的強暴或脅迫，為了避免自己或親屬之生命或身體的危難，行為不罰。此規定在當時曾引起爭辯，爭辯的重點是行為人處於強制性緊急危難中，其行為是阻卻違法或寬恕罪責？因此，立法者遂決定刪除此規定，將此問題留給實務與學界討論，應如何處理較適當。Brand/Lenk, Probleme des Nötigungsnotstands, JuS 10/2013, S. 883.

¹¹ Brand/Lenk, aaO., S. 883 f; Müller, aaO., S. 641; Swoboda, Nachbarschaft mit Gartenzwerg, Jura Heft 3/2007, S. 228. 黃惠婷，強制性的緊急避難，月旦法學雜誌，第 133 期，2006/6，頁 210 以下。

源，其源自自然災害或施以脅迫的幕後者皆可。由於被強制者往往不是自由地選擇為不法行為，而是幕後者將其推到此地步，因此沒有理由不獲得法律共同生活體的支持，第三人遂成為被侵犯的犧牲者，第三人基於互助原則有義務犧牲自己的利益，以解除被強制者的危難。

（二）寬恕罪責說

此說否定行為人得以主張阻卻違法事由，因為行為不符合利益衡量原則或犯罪行為對於危難的排除並不適當，行為只能在符合寬恕罪責的緊急避難要件下而不罰¹²。因為主張行為得以阻卻違法，將令被強制者與被犧牲的第三人陷於法律維護利益的衝突中，畢竟被強制者的被強制行為也是不法，沒有理由要求第三人基於互助原則應該與陷入強制性緊急危難者共同承擔危難。縱使被強制者不想放棄其效力請求權的基本條件，原則上，法律仍不允許基於法律生活共同體的支持，肯定其優先於法律以維護利益。反而被強制者應該擔負第三人施以正當防衛的風險，即第三人可以為了保護自身法益而施以反擊，故兩造之間的衝突不能透過對第三人的侵害予以解決。更何況，對被強制者的支持也是對幕後者違法行為的支持，如此一來，將得出不合理的結果，被強制者為了維護利益的行為因為欠缺違法性，導致無辜第三人不能主張正當防衛。再者，阻卻違法說也會形成刑罰漏洞，當幕後者強制證人作偽證，偽證罪是親手

¹² 德國刑法第 35 條規定：「為避免自己或親屬及其他有密切關係者之生命、身體或自由現所遭遇而無他法可以避免之危險，而違犯之違法行為，不具罪責。行為人依其情狀，如因係自行招致危險或具有特別法律關係而可期待其承擔此危險者，本項規定不適用之。但行為人非顧及其特別之法律關係而承擔危險者，得依四十九條第一項之規定減輕其刑。」

犯，幕後操縱者不僅無法成立間接正犯，也因為被強制者的偽證行為阻卻違法而不具不法，幕後者將無法以教唆犯或幫助犯處罰之。

（三）折衷說

此說認為，上述二種見解難以提出足夠的說理，寬恕罪責說過於狹隘，與阻卻違法的緊急避難相較，寬恕罪責的緊急避難所保護的法益，明顯限縮在自己或親屬及其他有密切關係者之生命、身體或自由上。折衷說也反對阻卻違法說，認為此說賦予第三人應承擔進一步的互助義務，顯非合理。因此，折衷說不排除被強制者的行為在利益衡量的考慮下，亦能阻卻行為的違法性，是以，當第三人僅承擔較輕微的損害時，基於互助理念，第三人負有忍受義務，同時也要求被強制者想要維護的顯著優先利益陷於「完全基本類型」的惡害中，例如陷入暴力型的強制。

上述之爭議無實際意義的情形是，如果被強制者想保護的利益明顯低於對第三人犧牲的利益，至於涉及的法益價值高低，可從法定刑罰的高低得出，例如避難者不能為了輕微的財產損失，而剝奪第三人的行動自由。在本案中，甲為了自身與他人生命而決定放走A等人，針對公務員縱放或便利脫逃罪而言，有論者指出，政府不應該是本罪的適格主體，例如恐怖份子綁架人質藉以要脅政府釋放受刑的組織成員，否則將於公共場所置放不定時炸彈，揚言政府必須對眾人的不幸負責。公務員因而縱放人犯，行為可以成立阻卻違法的緊急避難，理由是：縱放或便利脫逃罪是以侵害高權為條件，政府是高權的最高機關，因此不可能有「自己對抗自己的」問題¹³；或謂在社會倫理的整體考量下，抽象危險的嚴重性大於個人的具體

¹³ Wessels/Hettinger, Strafrecht BT/1, 2016 Rn. 655; Schoenke/Schroeder, aaO., § 120 Rn.16.

危險¹⁴。其次，刑法第 24 條第 2 項有規定：「前項關於避免自己危難之規定，於公務上或業務上有特別義務者，不適用之。」行為人因公務或業務負有承擔較高危險的義務，對於職務或業務上的危害有忍受義務，而不能援引緊急避難，例如警察、消防員、救難員、醫生、護士，甚至監獄官、檢察官、法官或內政部長、法務部長等司法機關，都有義務不能讓人犯脫逃，但也不會要求負有危險承擔義務者都應該成為公眾利益的犧牲品。因為刑事追訴或執行公務的義務在於職務功能的維護，不表示當他們成為人質時，比一般人當人質時較不值得拯救，國家對於二者應等同視之¹⁵。在本案中，甲與他人當時陷於危難中，衝突的法益是自己和他人的生命與國家對人犯的刑事追訴和執行權，後者涉及法律規範的維護與人民對司法的信賴。生命屬最高法益，甲除了釋放 A 等人外，不存有其他可排除危害自己與他人生命之避難方法或甚至逃跑，釋放人犯符合利益衡量原則，因為生命法益優於對人犯的刑事追訴或執行利益，縱放人犯的方法是當時不得已的避難措施，阻卻行為的違法性。

持不同見解者認為，政府面對恐怖份子的要脅，釋放人犯行為該當縱放脫逃罪的構成要件，不能援引阻卻違法事由的緊急避難而合法。一方面因為釋放恐怖份子後，對於將來成為恐怖活動的犧牲者是一種可能發生的抽象危險，另一方面對於人質的生命是一種具體危險。生命屬最高法益，在利益衡量下並沒有量上與質上的差別，因此，身為最高高權承擔者的政府對於相關危險情況不應該處

¹⁴ Krey, aaO., S. 99.

¹⁵ Krey, aaO., S. 99.

理，僅能例外地以超法規的寬恕罪責緊急避難視之¹⁶。

在本案中，甲陷於強制性的緊急危難中，其身為典獄長，負有維護國家司法權不受侵害的義務，固然其生命受威脅，不應要求甲捨身取義，而絕對排除為違法行為以避免自身危難，但也不應認為甲縱放人犯的違法行為，得因符合利益衡量原則而合法。因現行法的避難過當於要件與效果不同於寬恕罪責的緊急避難，因此，甲得以主張超法規的寬恕罪責緊急避難，行為不罰。

參、結論

甲遭受 A 以槍威脅生命，因而陷於強制性的緊急危難中，當下除了順應 A 等人的要求並下令開側門放人外，別無其他得以排除危難的途徑。甲是負責監禁囚犯的典獄長，其縱放人犯仍屬不法行為，然基於無可期待原理，得以主張超法規的寬恕罪責緊急避難，不負刑事責任。

¹⁶ Joecks/Miebach, Muenchener Kommentar Strafgesetzbuch, §§ 80-184 f, 2005, § 120 Rn. 30.

第五題 危險前行為

甲至乙處，二人一起飲酒助興，甲知道乙曾吸食毒品，於是拿出海洛因邀乙一起施用。乙表明正服用感冒藥，但乙受不了誘惑，仍與甲一起吸食毒品，不久乙呈現昏迷，甲拍打乙耳光並澆冷水，仍無法喚醒乙。甲原本想呼叫救護車，卻擔心吸毒曝光，並認為乙也許睡覺過後即無大礙，於是先行離開乙住處。隔天乙被人發現送醫急救，仍因心肺衰竭而回天乏術。鑑定證明酒精、藥物與毒品共同產生混合作用導致死亡，但如果及時送醫仍有獲救的機會，對於乙的死亡，甲的刑責為何？

壹、問題爭點

不純正不作為犯可以是故意犯或過失犯，但成立不作為犯的關鍵往往在於行為人是否具有保證人地位，刑法第 15 條第 1 項規定行為人必須在法律上有防止之義務，第 2 項則是因自己的行為致有發生犯罪結果之危險時，始形成保證人地位。問題是，後者的行為必須具有何種性質才足以形成保證人地位？引誘吸毒與勸酒行為在法律上的評價是否相同？

貳、案例分析

一、甲提供海洛因行為

(一) 毒品危害防制條例第 7 條第 1 項禁止引誘他人施用第一級毒品

引誘是行為人未使用強暴、脅迫、欺瞞等方式，而在他人知情下，以作為或不作為的和平方式喚起原來無施用意思的他人施用或幫助有施用意思的他人施用。甲拿出第一級毒品海洛因邀乙一起吸食，乙受不了誘惑而與甲共同吸食。甲無償拿出海洛因給乙，引誘故意、違法性與罪責性皆成立。

(二) 甲提供海洛因考慮成立刑法第 276 條過失致死罪

乙送醫不治死亡，死亡原因是吸食海洛因而與藥物、酒精產生混合作用所致。海洛因由甲所提供，甲的行為屬積極作為，假設沒有甲提供海洛因，乙也不會因海洛因與藥物、酒精產生混合作用而死亡，故提供行為與死亡結果具有因果關係。

成立過失致死罪必須行為人製造法所不容許的風險，即行為人的行為違反客觀注意義務且結果是客觀可預見。甲引誘乙吸食海洛因，觸犯毒品危害防制條例，乃是製造法所不容許的風險。在本案中有疑問的是，甲積極的引誘行為與乙的死亡結果之間是否具有風險關聯？因為乙自行吸食海洛因是一種出於自我負責的傷害行為，縱使甲有引誘乙吸食，對死亡結果因欠缺教唆或幫助自傷或自殺的雙重故意而不罰。此外，自我負責原則亦適用於過失的參與，除非行為人對於參與他人自我危害行為可能導致的風險比他人更清楚，

此時因握有優越的認知而肯定犯罪支配，考慮成立間接正犯。

乙曾經吸毒，對同時服用藥物與吸毒可能產生傷害身體的結果應有所認知，而今此風險也真的發生。由於乙吸食前意識清楚，判斷能力並未受損，所以是一種自我負責行為，又因為乙曾經有吸毒經驗，無法證明甲對於服用藥物同時喝酒與吸毒會導致死亡的認知應該比乙更瞭解。因此，透過甲的積極提供行為而導致死亡結果屬於乙的自我負責範圍內，乙的自我決定否定甲的引誘行為與乙吸毒致死結果之間的歸責關聯性。

二、甲未將乙送醫的不作為

（一）甲考慮成立刑法第 276 條第 1 項與第 15 條不純正不作為的過失致死罪

乙的死因是因毒品與藥物、酒精混合導致心肺衰竭而死亡，對死亡結果而言，甲積極提供毒品行為不成罪，因此，譴責的關鍵點在於甲未及時呼叫救護車。甲因為未呼叫救護車以至於乙未能及時送醫，事後證明若能及時送醫，可以挽回乙的生命，故肯定不作為與結果之間具有因果關係。雖然甲的不作為不具有殺害故意，但乙陷入昏迷時，曾試圖叫醒乙，在徒勞無功下也不應該就此放棄，甲的不作為導致乙死亡是客觀可預見與違反客觀注意義務，此外，乙因未及時送醫而死亡，甲不作為所製造的風險也實現。實務認為「刑法上過失不純正不作為犯之成立要件，係指行為人怠於履行其防止危險發生之義務，致生構成要件該當結果，即足當之。故過失不純正不作為犯構成要件之實現，係以結果可避免性為前提。因此，倘行為人踐行被期待應為之特定行為，構成要件該當結果即不

致發生，或僅生較輕微之結果者，亦即該法律上之防止義務，客觀上具有安全之相當可能性者，則行為人之不作為，即堪認與構成要件該當結果間具有相當因果關係¹。」

在本案中，當乙陷入昏迷時，呼叫救護車係客觀上所要求的拯救措施，以避免生命發生危險。呼叫救護車對於甲而言，毫無疑問地是在其能力範圍內，故甲的不作為導致乙死亡結果與甲積極作為導致乙死亡相同，只是甲對於乙的生命必須基於保證人地位而負有保證義務。甲、乙二人是朋友關係，甲的不作為固然在倫理上或道德上受譴責，但在法律上不負有防止義務，因此排除因緊密關係所衍生的保證人地位。然甲、乙共同吸食毒品是否屬於危險共同體？危險共同體係指成員基於信賴互助，為達成特定目的所組成而互相負有危難排除義務的團體²，例如從事高山探險或深海潛水的團隊。由於甲、乙共同吸食毒品之目的不在於克服任何危難而組成的團體，彼此之間不負有互相幫助排除危難的義務，故由危險共同體法理無法導出甲對乙具有保證人地位。又甲既非受僱或自願照顧乙，亦非對於危險源負有監督義務之人，更非法令所規定應防止危險結果發生之人，無由構成其居於保證人地位。

惟甲對乙的保證人地位有可能源自於危險前行為，刑法第 15 條第 2 項規定：「因自己行為致有發生犯罪結果之危險者，負防止其發生之義務。」實務認為第 2 項所指之危險前行為，「如係出於行為人故意犯罪之情形，對於防止其結果之發生並不具備保證人地位，於事實上亦無期待可能性，縱因自己之前行為在客觀上有發生

¹ 最高法院 97 年度台上字第 3115 號。

² 林山田，刑法通論（下冊），2008，頁 253。

一定結果之危險，仍無從課以防止危險結果發生之義務³。」甲提供毒品給乙並非出於故意的加工自殺行為，對於防止乙死亡結果也沒有無期待可能性的情形。只是對於甲是否因為危險前行為而居於保證人地位的問題，則有爭議：

1、否定說

基於先前的積極作為導出行為人具有保證人地位的情形中，該行為可以是違反義務的前行為，只不過並非任何一種違反義務性行為一定形成保證人地位。只有當行為的違反義務性正是法益受侵害的相關規範保護範圍內，方存有必要的義務違反關聯，例如行為人毆打被害人至昏迷，無關的第三者趁機取走被害人財物，行為人對於被害人財物不具有保證人地位。同樣不具有違反義務性的情形是對於法益的保護責任完全落入他人身上時，例如被害人能認識且完全負責任的自我損害行為⁴。依此說，在本案中，甲欠缺加工自殺故意，提供毒品的前行為對於乙的死亡結果屬不罰行為，甲縱使共同參與，但被害人乙的自傷行為也不至於令甲成立殺人罪或過失致死罪。同樣地，被害人乙對自己生命或身體健康的自殘行為也不會形成甲具有保證人地位，因為甲的前行為對死亡結果既然不負責任，即無違反義務。如上所述，甲製造法所不容許的風險，但乙曾有吸毒經驗，與藥物混合使用可能帶來風險不可能不知，最後在禁不起誘惑下吸毒，風險最後的實現是乙自我負責的結果，吸毒存在的風險不應歸責於提供者，而是吸毒者本身⁵，因此，甲欠缺保證

3 最高法院 100 年度台上字第 2643 號。

4 Schoenke/Schroeder, Strafgesetzbuch, 2014, § 13 Rn. 34 ff.

5 Roxin, Strafrecht AT, Band II, 2003, § 32 Rn. 175 f.

人地位，不成立不純正不作為的過失致死罪。

2、肯定說

行為人的前行為違反義務，並可能導致他人陷於危險狀態，肯定行為人具有保證人地位，縱使被害人為自我傷害的行為也一樣，只要行為人經由前行為讓被害人的自我危害行為成為有可能即可。前行為雖然不成立殺人罪或過失致死罪，但行為如果有別於一般製造的風險，而是助長對被害人的特別風險時，尤其是被害人已經陷於昏迷，行為人有義務排除危害結果的發生，因為在這當下行為人可以決定是否有所作為以及如何作為，被害人的生命或身體健康由行為人操控⁶。依此說，甲的前行為觸犯毒品危害防制條例，提供毒品行為讓乙自我傷害行為成為有可能，乙因吸毒而陷入昏迷，此時甲對乙具有保證人地位。

3、實務見解

實務認為「刑法上所謂『自我（被害人）負責原則』，係指行為人若參與他人故意自傷行為或同意他人之危害行為者，在被害人自我負責原則之範圍內，行為人不受歸責。……據此，行為人唆使、促成或幫助被害人或與其相約共同從事可能危害自我的風險活動，只要被害人自我對活動風險有所充分認知且自甘冒險者，行為人亦不因過失而受歸責。」「危險前行為構成保證人地位之理由在於：因為自己行為（含作為、不作為）而對他人法益造成危險者，負有再以自己行為來排除該危險以避免結果發生的義務。危險前行為並非任何行為皆屬之，必須具備特定之行為品質，亦即前行為必

⁶ 德國實務採此見解 BGHSt 32, 367, 374 ff，轉引自 Krueger, Strafrecht AT, Band 1, 1994, S. 169。

須創設了損害發生的接近危險，始足當之，換言之，前行為必須是客觀上違反義務，並因而導致法益受侵害危險的行為。」準此，實務對行為人以出具賞金鼓舞被害人短時間內，飲用大量酒精濃度58%金門高粱酒之行為，致被害人發生急性酒精中毒而導致呼吸衰竭死亡之危險，認為勸酒行為對於被害人之生命、身體法益造成危險，自屬於危險前行為之範疇。勸酒之危險前行為，與被害人酒精中毒死亡結果，二者間明顯具有義務違反的關聯性存在，業已成立不純正不作為犯首應具備之「保證人之地位」⁷。另實務亦認為被害人施用之毒品若不是行為人所提供，亦非行為人勸誘被害人施用，自難認行為人有何違背義務之危險前行為而須對被害人負送醫救治之義務⁸。準此，我國實務認為，勸酒或提供毒品行為都可能因危險前行為而形成保證人地位，並對被害人避免受到進一步侵害負有防止義務。

前行為應具備何種性質方能形成保證人地位？如上所述仍存有爭議，但如果主張只要任何一種行為足以造成他人危險，即具備保證人地位，則是不當擴大刑事責任，所以有必要將危險前行為會形成保證人地位的範圍予以限縮。首先具有社會相當性的危險前行為

7 臺灣臺中地方法院 99 年度易字第 3612 號，判決理由先指出被害人先前從未有過飲用酒精濃度 58% 之金門高粱酒之經驗，顯然不知瞬間大量飲用高濃度酒精之後，所可能產生之泥醉、昏迷，甚至中樞神經、呼吸系統遭到酒精抑制之嚴重後果，而被告在案發當時亦未主動提醒被害人飲用烈酒之後續生理反應，可見被害人並非係在充分認知之情況下，自甘冒險大量飲用烈酒，因此，被告自難適用「自我負責原則」藉以免除渠等對被害人死亡結果之客觀可歸責性。然此判決有待斟酌的是，既然積極提供酒並勸酒的行為無法免除對被害人死亡結果的客觀可歸責性，則行為人的積極作為已成立過失致死罪，而無須探討事後不作為的刑責，也沒有必要進一步確認勸酒是危險前行為。

8 臺灣高等法院 96 年度上易字第 2246 號。

應排除於外，不能僅因為前行為與損害結果發生具有因果關係，即肯定具有保證人地位，例如勸酒行為，勸酒與酒醉駕車或毆打他人是兩回事，法令不禁止勸酒或賣酒，風俗習慣也不認為是不道德，而是一種合法及社會可接受的行為，其製造的風險是法律所容許⁹；反之，酒醉駕車或毆打則為法所禁止。

毒品與酒精皆有害身體健康，行為人自我危害屬於個人責任，然現行法對提供毒品行為與勸酒或提供酒類的行為有不同規範，毒品危害防制條例第 1 條明定立法目的是維護國民身心健康，可見毒品危害身體健康的程度已達於必須明文禁止，甚至也處罰自行施用行為，提供毒品行為屬於避免他人身體健康受侵害的規範保護目的範圍內。因此，當乙吸毒後陷入昏迷時，甲具有保證人地位，甲不為期待的救護行為，乙的死亡結果客觀歸責於甲的不作為。甲又認為乙睡覺後應無大礙，而無送醫的必要，違反客觀與主觀注意義務，同時肯定違法性。甲雖然擔心將乙送醫會導致其吸毒行為受刑事追訴，但基於乙的生命安全，將乙送醫急救屬於期待的行為，故罪責性亦成立。

（二）甲是否成立刑法第 294 條第 2 項遺棄致死罪？

刑法第 294 條有義務遺棄罪是對於無自救能力之人，依法令或契約應扶助、養育或保護，而遺棄之，或不為其生存所必要之扶助、養育或保護者。適格主體是「依法令或契約應扶助、養育或保護者」，行為可以是遺棄或不為其生存所必要之扶助、養育或保護。通說認為遺棄行為限於積極的移置，只是消極的離去而棄置無自救能力者，尚不構成本罪；後者則是純正不作為犯。至於被遺棄

⁹ Schoenke/Schroeder, aaO., § 13 Rn. 32 ff.; Roxin, aaO., § 32 Rn. 173.

者必須是無自救能力之人，限於無法排除對自己生命所構成的危險者，即非待他人的救助無法維持其生命的人¹⁰。

刑法第 15 條第 2 項規定，甲非法引誘乙吸食第一級毒品，客觀上導致乙陷於生命危險中，甲對乙負有為其生存所必要之扶助與保護之義務。本罪行為人也必須具有遺棄故意，其係指行為人不僅認識遺棄行為或不為扶助等行為外，也必須認識被害人屬於無自救能力者，若遺棄或不為扶助等，被害人將陷於生命有危險的狀態中，而仍決意為之。本案中，甲發現乙無法喚醒，認為乙睡覺過後即無大礙，主觀上無遺棄故意，因此不成立本罪。

參、結論

甲提供海洛因與乙共同吸食，縱使乙有吸毒經驗，卻因混合藥物與酒精後導致昏迷，此情形也不會改變甲引誘與提供乙吸毒是法律所禁止的行為。甲因製造法律所不容許的風險，當乙因毒品陷入生命或身體健康的危險時，甲對乙具有保證人地位，甲不為期待且能力所及的拯救行為，且疏於注意義務認為乙睡覺後即無大礙，成立不純正不作為的過失致死罪，甲另外觸犯毒品危害防制條例，二者數罪併罰。

¹⁰ 林山田，刑法各罪論（上冊），2006，頁 102。

第六題 不純正不作為之過失犯

乙涉嫌在北部開區假扮星探，犯下多起迷姦案件而遭警察逮捕，警方在偵訊過後，將乙留置拘留室內等候移送複訊。乙見拘留所僅他一人，熱勤的警員甲趴在值班台睡覺，乃在棉被內脫下自己的大內褲，將內褲一端套住拘留室外鎖鎖頭門把，另一端套住自己的脖子，以用力往下坐之方式自殺。待甲發現乙自殺後緊急送醫，乙仍不治死亡。問：甲的刑責為何？

壹、問題爭點

甲對於乙自殺身亡並未置入任何積極的行為，甲的不作為對乙的死亡是否有刑事責任？乙以自殺方式結束生命，此結果與甲的不作為是否有相當因果關係或客觀可歸責性？本案例的爭點涉及不純正不作為過失犯應具備哪些要件？

貳、案例分析

甲是否成立刑法第 15 條、第 276 條第 2 項不純正不作為之業務過失致死罪？

一、行為結果出於消極不作為

乙在拘留室內自殺，雖然送醫急救，仍然發生死亡結果。當構成要件結果發生時，首應判斷是因為積極作為或消極不作為所造成，因為區別作為或不作為對於故意犯或過失犯，皆具有重要意義，不作為犯只有在符合刑法第 15 條的要件時，才有刑事責任。只是實務有時混淆不純正不作為犯之作為義務與過失犯之客觀注意義務，因為後者常以不得作為的禁止規定呈現，例如行為人係漁筏之筏長，明知娛樂漁業管理辦法第 6 條規定，漁筏非屬娛樂船，不得經營娛樂漁業，且漁筏不得從事非漁業行為，嚴禁載客從事娛樂漁業及海釣行為，行為人在被害人強烈要求隨船出海從事海釣下，因礙於情誼及為掌握時機出海捕魚，仍搭載被害人出海從事海釣行為，途中遭大浪襲擊，導致被害人落海死亡。實務認為行為人「不得載客從事海釣行為，其就合法使用該船隻，避免一般民眾同船海釣之危險源負有監督義務，而具保證人地位，刑法上負有防止危險發生之作為義務¹。」惟不得載客從事海釣是一種注意義務要求，行為人載客出海是違反客觀注意義務，屬於過失犯的要件。而被害人落海是因行為人載被害人出海，所以死亡結果是出於行為人的積極作為，而非基於（監督義務的）保證人地位不得載客出海的要求。因此，不能將行為人不履行注意義務的行為視為不作為犯，否則將混淆過失犯與不作為犯的概念。在本案中，甲的行為不管是依能量觀點或規範觀點²，甲對乙的死亡並非是經由作為所造成，故

1 臺灣高等法院臺中分院 93 年度上訴字第 522 號。

2 進一步可參閱刑法案例研習（一），2016，頁 255 以下。

考慮其不作為。

二、不為排除結果發生之客觀期待作為

刑法第 15 條第 1 項規定：「對於犯罪結果之發生，法律上有防止之義務，能防止而不防止者，與因積極行為發生結果者同。」從而，甲的不作為必須符合上述要件。

（一）期待作為之事實可能性

由「能防止而不防止」的要件中得知，不作為犯在具體危險情況中，應該在事實的可能性下採取必要的拯救措施，此法律誡命要求以有意義的方式為之，或甚至促成第三人協助。不作為犯並非只是消極地什麼都沒做而已，而是其不為特定法律所要求的作為³；易言之，刑法第 15 條要求行為人必須排除犯罪結果的發生，且在客觀上具有期待作為之事實可能性。如果行為人對於構成要件所要保護的法益根本沒有能力有所作為或作為屬於毫無意義時，行為人不為期待作為即非刑法概念上的不作為。實務亦認為「所稱防止結果發生之義務，並非課予杜絕所有可能發生一切犯罪結果之絕對責任，仍應以依日常生活經驗有預見可能，且於事實上具防止避免之可能性為前提，亦即須以該結果之發生，係可歸責於防止義務人故意或過失之不作為為其意思責任要件，方得分別論以故意犯或過失犯，否則不能令負刑事責任，始符合歸責原則⁴。」在本案中，如果甲不臥在值班台睡覺，乙應該不至於自殺成功，故期待甲保持清醒，隨時巡視拘留室人犯的動態，乃是具有作為之事實可能性。

³ Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 2016, Rn. 996.

⁴ 最高法院 96 年度台上字第 2250 號。

(二) 保證人地位

甲對於人犯的生命保護必須居於保證人地位，亦即刑法第 15 條「法律上有防止之義務」。行為人基於何種理由而居於保證人地位，尚未有一致的見解，在學術上依行為義務的功能區分保護義務與監督義務，其中，何種職務義務同時會形成保證義務，仍有爭議，通說認為視勤務與任務的範圍而定⁵。警察法第 2 條規定：「警察任務為依法維持公共秩序，保護社會安全，防止一切危害，促進人民福利。」前三者是警察的主要任務，促進人民福利則是警察的輔助任務，爰此，警察人員在勤務執行範圍內，依地方與事物責任管轄範圍，負有防止犯罪發生以及保護個人或公眾安全的義務。拘留所設置管理辦法規定，看守員警除於值班台看守外，應隨時巡視拘留室等處所，密切注意被拘留人動靜；遇有突發事故，應先使用警鈴等呼援設備請求支援，並即採取應變之措施。今甲是配置於拘留所的警員，負有管理拘留所事務的責任，對於被拘留人犯的安全居於保證人地位。

(三) 不作為與積極行為發生結果相同

刑法第 15 條要求不作為犯因不排除結果發生，應與以積極作為導致犯罪結果發生者相當，稱為「方式相當性」。此要件只有在結合或串連數行為的犯罪類型，才有獨立討論的意義，例如強盜罪必須施以強暴脅迫以取財或詐欺罪施以詐術而使人交付財物，此等犯罪類型要求行為人必須以特定的方式導致結果發生，才會成立；反之，如果任何方式皆足以導致犯罪結果發生，即犯罪構成要件對於結果的發生，並不要求特別的行為方式或種類時，「方式相當

⁵ Wessels/Beulke/Satzger, aaO., Rn. 1012.

性」則不具有特別意義⁶，例如殺人罪或傷害罪。過失致死罪的成立要件並未要求特定的行為方式與特別的行為非價；易言之，行為人如何違反注意義務導致被害人如何死亡並無特別要求，因此，在本案中，無須另外檢視甲之不作為是否與以積極行為發生結果相同。

三、不作為的因果關係

經由不作為之過失致死罪必須在行為人能採取拯救措施下，其不作為與被害人的死亡結果之間具有因果關係。不作為犯的因果關係認定與積極作為不同，因為不作為者並未對導致結果發生的因果鏈置入任何影響，為了確定不作為與犯罪結果之間的責任關聯，因此以「假設性的因果關係」判斷，即行為人為特定的救助或防果行為，將可以有效排除結果的發生⁷。在本案中，假設甲及時阻止乙的自殺行為或及時施予救助，乙也不至於自殺身亡，因此，甲的不作為與乙的死亡結果間具有因果關係。

四、結果客觀可預見與客觀注意義務之違反

乙在拘留室自殺身亡的結果必須在客觀上可預見，其係依社會一般人的生活經驗，可以預計會發生的結果為準，因人犯於監所或留置所的自殺行為並非不可能發生，故乙之自殺結果屬客觀可預見。依拘留所設置管理辦法，服勤員警不得擅離職守或在勤睡覺、假眠，而是除於值班台看守外，也應隨時巡視拘留室等處所，密切

⁶ Wessels/Beulke/Satzger, aaO., Rn. 1028.

⁷ Wessels/Beulke/Satzger, aaO., Rn. 1000.

注意人犯動靜。今甲趴在值班台睡覺，未密切注意人犯舉措，以防突發事故發生，致不及阻止乙自殺。甲又受命負責拘留所看守人犯勤務，為從事業務之人，故肯定違反業務上之客觀注意義務⁸。

五、結果可客觀歸責於不作為

問題是，甲違反注意義務的行為與乙死亡結果間，是否具有實務上所要求的相當因果關係？因為乙是將內褲一端套住拘留室外鎖鎖頭門把，另一端套住自己的脖子，以用力往下坐之方式自殺，一個自我傷害的行為基於自我負責原則，其結果不應歸責於行為人。地方法院遂認為，甲既無預見乙自殺之可能，且其違反拘留規定之行止與乙故意自殺因而死亡之結果，尚乏相當因果關係，殊難繩以業務過失致人於死之罪名⁹。高等法院認為，倘若甲並未在值班台處趴睡，顯可察覺乙有將內褲一端自留置室內伸出，並套住留置室房門外側門鎖鎖頭門把之異常舉止，而可事先加以制止，乙當不致有機會行自殺之舉；甲既負有注意制止及防範乙之自戕行為在先，依當時並無不能注意之情形，竟疏未注意，自應負過失之責，且其過失行為與乙自殺因而死亡之結果顯存在有相當因果關係¹⁰。稍後最高法院亦指出：「刑法上過失不純正不作為犯之成立要件，係指行為人怠於履行其防止危險發生之義務，致生構成要件該當結果，即足當之。故過失不純正不作為犯構成要件之實現，係以結果可避免性為前提。因此，倘行為人踐行被期待應為之特定行為，構成要

8 臺灣高等法院 94 年度上訴字第 680 號。

9 臺北地方法院 93 年度訴字第 1625 號。

10 臺灣高等法院 94 年度上訴字第 680 號。

件該當結果即不致發生，或僅生較輕微之結果者，亦即該法律上之防止義務，客觀上具有安全之相當可能性者，則行為人之不作為，即堪認與構成要件該當結果間具有相當因果關係¹¹。」

學者主張違反注意義務行為與結果之間應具有客觀歸責關聯，亦即犯罪結果發生是因為不作為者的義務違反。在具體危險情形中，若採取防止或拯救行為，即可避免犯罪結果之發生、或顯著延長被害人生命、或發生較輕微的損害時，肯定二者之間的客觀歸責；反之，如果採取合乎義務的行為，仍然導致犯罪結果發生，則否定違反義務關聯性與結果的客觀歸責¹²。依此見解，甲如果負起值班職務，乙就不會有自殺的機會，或甲看見乙有危險行為，基於職責應立即阻止，或看見乙有生命危險，應及時送往醫院急救，因此乙的死亡是一種可以避免發生的結果，甲違反客觀注意義務與乙死亡結果間肯定具有風險關聯。甲對違反注意義務的不作為導致乙死亡不具阻卻違法事由，罪責性亦成立。

參、結論

甲負責拘留所看守人犯勤務，對人犯的安危居於保證人地位，卻在勤睡覺，而未能密切注意人犯之動態，導致乙有機會行自殺之舉，或未及時防止乙的自殺行為或未及時施以拯救措施，乙的死亡結果與甲因違反注意義務而未為期待行為之間，具有因果關係與客觀歸責，甲成立不純正不作為的業務過失致死罪。

¹¹ 最高法院 97 年度台上字第 3115 號。

¹² Wessels/Beulke/Satzger, aaO., Rn. 1002.

第七題 普通未遂或不能未遂

甲於夜間前往○○公司供女性職工住宿使用之宿舍尋訪女友，抵達該宿舍出入口大門前，因大門上鎖，無人為其開啟，心生不滿，以鐵棍敲破宿舍玻璃大門，由大門破洞處，自門外伸手入內，手持打火機點燃玻璃大門內所裝置的門簾，另電源總開關位於玻璃大門約一公尺處。然因門簾係防火材質，僅於打火機點火燒灼處造成二處門簾燃燒形成破洞而未延燒，且因保全人員據報前來宿舍門前，甲見狀乃停止以打火機燒灼門簾，防火門簾也因未持續以打火機燒灼而停止燃燒。甲成立何罪？是否可主張行為不罰？

壹、問題爭點

2005 年以前的舊刑法對不能未遂採必減刑或免刑，新刑法在不更動第 26 條不能未遂的要件下，將法律效果逆轉為「不罰」，因此，行為不能達於既遂，未遂行為又有處罰時，行為都可能適用刑法第 26 條，在何種條件下未遂行為可以援引本條而主張不罰？

貳、案例分析

一、甲考慮成立刑法第 173 條第 3 項放火未遂罪

甲之行為未燒燬○○公司供女性職工住宿使用之宿舍，然本罪有處罰未遂犯，考慮成立放火未遂罪，只是甲必須具有放火燒燬現供人使用之住宅或現有人所在之建築物等犯罪決意。本條之放火決意必須針對現供人使用之住宅或現有人所在之建築物、礦坑、火車、電車或其他供水、陸、空公眾運輸之舟、車、航空機。住宅係指供人居住生活之房屋或房間整體，「現供人使用」係指住宅事實上在放火當時被充當居住使用。在本案中，○○公司供女性職工住宿使用之宿舍是現供人使用之住宅。甲伸手入內以打火機持續點燃門簾，且點火時間頗久，非僅有燃燒一般物品洩忿故意而已，而是有使門簾起火燃燒，並致延燒現供人使用之宿舍意圖，甲具有實行本罪之犯罪決意。

客觀上甲必須著手實行放火行為，放火係指引引起行為客體燃燒之原因行為，甲手持打火機點燃玻璃大門內所裝置的門簾，因門簾係防火材質，僅於打火機點火燒灼處造成二處門簾燃燒形成破洞而未延燒，行為是否為刑法第 25 條「著手於犯罪行為之實行」？還是刑法第 26 條「行為不能發生犯罪之結果，又無危險」？之所以在「著手」要件下探討二者之區別，在於學界對刑法第 26 條「不罰」之性質有爭議。有主張是阻卻構成要件事由¹；另有主張若以行為對法益構成直接危險為判斷不能犯的標準，則不能犯根本不可

¹ 高金桂，不能未遂判斷之走向，東海大學法學研究，第 24 期，2006/6，頁 85。

能有所謂的「著手實行」可言，因為始終未引起任何導致法益發生實害的危險，若加以處罰，有違法治國「法益刑法」的概念²；或認為行為有無發生結果之危險屬於違法性問題，因此，不能犯屬於不具實現構成要件危險性的未遂類型，刑法第 26 條是阻卻違法事由，因此不罰³。尚有認為是阻卻或免除刑罰事由，舊法第 26 條但書規定不能犯與中止犯有相同的法律效果，與中止犯規定一樣，皆屬於阻卻刑罰事由⁴。惟較合理者是：未遂犯建立在危險概念上，行為人錯認行為會達於既遂而受不利的處罰，客觀事實卻非如此，仍肯定行為人的犯罪決意，只是一個客觀根本無危險的行為並非是接近構成要件要素之實行行為，故不會有立即的、直接的侵害法益或客體危險，既然未製造法律所不容許的風險，所以不是未遂犯概念下的「著手實行」。準此，在探討行為是否是普通未遂的著手概念時，未遂行為是否為不罰，應優先考量，其要件有二：「行為不能發生犯罪之結果」以及「無危險」。

（一）行為不能發生犯罪之結果

有主張「不能發生犯罪之結果」不宜理解為「沒有發生結果」，因為由客觀面觀察，所有未遂犯在最後都不可能發生犯罪之結果，「行為不能發生犯罪之結果」是對所有未遂犯的客觀面描述而言⁵，或認為「『不能發生犯罪之結果』與『無危險』二者分屬

2 鄭逸哲，「未遂構成要件規定」、「未遂構成要件該當行為的可罰性規定」和「可罰的未遂構成要件該當行為之量刑規定」的概念層次區別——併就現行法第三章未遂犯規定提出修正建議，台灣本土法學雜誌，第 45 期，2003/4，頁 94 以下。

3 余振華，刑法深思·深思刑法，2005，頁 113。

4 林東茂，刑法綜覽，2016，頁 1-224。

5 張麗卿，刑法總則理論與運用，2005，頁 290；陳子平，刑法第二六條不能未遂之「不能發生犯罪之結果，又無危險」——以九十二年台上字第三〇一〇號判決等為

不能未遂之不同性質的兩個要件，而非同義複詞，並將『不能發生犯罪之結果』理解為所有未遂犯皆存在的要件，而將『無危險』理解為區別不能未遂與普通未遂之界限，不能未遂之問題核心，應在於『有無危險』之判斷上⁶。

惟「不能發生犯罪之結果」不應是「對所有未遂犯的客觀面描述而言」，理由是：「不能發生犯罪之結果」是「能不能」問題，而非「有沒有」。所有未遂犯的客觀面都沒有發生犯罪之結果，但不是所有未遂犯的客觀面都不能發生犯罪之結果。申言之，刑法第 26 條行為不罰，明定要件是「不能」發生犯罪之結果，表示（已著手）行為也有「可能」發生犯罪之結果之情形，卻因意外障礙而無法既遂，例如行為人舉槍瞄準被害人時突然癲癇發作，或扣板機後被害人閃躲得宜。「能不能」與「有沒有」是兩回事，前者涉及「先天」或「註定」的問題。刑法第 26 條與第 27 條「犯罪之結果」的意義宜解釋為「該當客觀構成要件」而言。論者有謂，不能未遂是「自始註定不能發生既遂結果的狀態」⁷，「自始」概念則係指「著手」的時點。「能不能」的判斷是以行為人於著手實行犯罪時，是否已經肯定不可能發生犯罪之結果為標準，故為一種事前判斷，其係在事後追溯至著手時，依當時人、事、時、地判斷是否可能發生⁸，而非行為後對整體犯罪的評價。此要件對於適用刑法第 26 條與否具有篩檢的功能，唯有行為著手時是自始不能的未

例，月旦法學雜誌，第 114 期，2004/11，頁 27。

6 吳耀宗，不能未遂之「無危險」之認定，月旦法學教室，第 82 期，2009/8，頁 12。

7 蔡聖偉，再論刑法第 26 條的適用標準，收錄於：第三屆學術與實務之對話，刑法修正後衍生之爭議問題，國際刑事法學會台灣分會編印，2008/11，頁 2。

8 Stratenwerth, Strafrecht AT, 2000, § 11 Rn. 55.

遂，方有不罰的可能。刑法第 26 條以「不能發生犯罪之結果」為要件，乃是行為未達既遂時，是否能主張刑法第 26 條的前提，「不能」要件具有凸顯本條所規定的未遂行為之屬性，亦即只有自始不能發生犯罪結果才能稱為「不能犯」或「不能未遂」，但不能犯的行為是否處罰，則須符合「無危險」的要件。

（二）行為無危險

「不能發生犯罪之結果」與「無危險」應是併存且獨立的要件，亦即刑法第 26 條規範的對象是一種毫無危險的不能未遂⁹。論者有謂，前者是不能犯的必要條件，後者才是充分條件且更為關鍵，行為只存有前者要件，並非是不能犯，只有沒有危險時，才是不能犯¹⁰。然而，只要行為著手時注定不能發生犯罪之結果，即為不能未遂，刑法第 26 條明訂第二個要件是「無危險」，表示不能未遂的行為可以是「有」危險，也可以是「無」危險，因此，不能未遂區分為有危險與無危險的不能犯。舊法第 26 條但書或新法第 26 條屬於後者；反之，不能未遂若有危險，非刑法第 26 條，而屬刑法第 25 條的範疇，故刑法第 26 條與第 25 條區別關鍵不在於犯罪結果「能不能」發生，而是行為「有沒有」危險性，其間之差異足以影響行為之「可罰性」¹¹。

有關不能未遂的危險性判斷，國內學者各有所執，實務判決亦分歧，大致上可分為「重大無知說」與「危險說」：

⁹ 蔡聖偉，刑法問題研究（一），2008，頁 88。

¹⁰ 林東茂，同註 4，頁 1-228。

¹¹ 黃惠婷，論不能未遂，台灣法學雜誌，第 163 期，2010/11/01，頁 1 以下。

1、重大無知說

此說主張客觀判斷的標準存有不確定的因子，客觀危險是人類主觀的產物，是在未能完全掌握所有客觀事實條件的狀態下所產生的一種感覺，因此，危險絕不可能會是一個超脫主觀的客觀事實。危險不同於實害觀念，絕對不是一個客觀上可以被實證觀察的事實狀態，遂批評客觀未遂理論的危險概念，以之作為處罰未遂行為的理由乃是一種誤解¹²。從而，主張判斷標準應依行為人主觀上想要利用的因果法則是否出於重大無知，而基於重大無知的行為只會讓大家覺得可笑。當行為人主觀上的犯罪計畫是「基於一個完全偏離於一般公認之因果關聯的想像」時，是一種重大無知的行為，同時肯定行為無危險性¹³。故以「重大無知」解釋「無危險」可以極度緊縮刑法第 26 條適用範圍。

2、危險說

國內學界有採「危險說」者，論者鑒於「絕對不能」或「相對不能」之區別難有定論，遂主張「將未遂犯之處罰依據求諸法益侵害之危險性，以行為時一般人能夠認識之事實以及行為人特別認識之事實為基礎，從一般人之觀點，如果有發生結果之可能者為未遂犯，如果沒有發生結果之可能性，則為不能犯¹⁴。」另有主張危險行為若因偶然因素造成客觀上無法實現既遂，既沒有減低行為人之法敵對意識，亦無排除動搖社會法威信信賴的可罰性，故行為具有

¹² 蔡聖偉，同註 7，頁 15。

¹³ 蔡聖偉，同註 7，頁 17 以下；學者也認為「……無危險，基本上即是行為人的重大無知。這是對於一個實存的概念做不同的寫照。」林東茂，同註 4，頁 1-229。

¹⁴ 余振華，同註 3，頁 113。

抽象危險時，應適用刑法第 25 條¹⁵。後者之見解乃是對刑法第 26 條的「危險」概念採抽象危險說，即行為無抽象危險時，才有刑法第 26 條之適用。

因為不能未遂的行為人於行為時一定認為自己本身、採取的手段、侵害的客體或事件歷程的發展，應可以實現犯罪目的，只因為當時誤認構成犯罪事實或因法律上的原因，導致客觀上在無任何外力介入下不能發生犯罪之結果，因此是主觀上誤認構成犯罪的客觀事實，屬於錯誤的一種；換言之，行為人主觀上認為自己的行為可以實現犯罪結果，但客觀上不能發生該當構成要件的結果，不可能的原因可能是對構成要件事實的不認識或基於法律原因而不能。未遂犯處罰理由中有兼採主觀與客觀見解的印象理論，不管在個案中結果是否有發生的可能，認為未遂犯的處罰是行為人具有法敵對的意思且透過外在行為而加以實現，造成法規範受侵犯的印象，進而動搖法律社會中對法律和平的信賴。準此，不能（發生犯罪結果的）未遂與可能（發生犯罪結果的）未遂的差異，不僅在於著手之際是否已確定行為無法發生犯罪之結果，此外，前者只是危及法益而已，後者還進一步危害具體的法益或客體¹⁶，對未遂犯的處罰乃是建立在危險觀點上。

重大無知行為是一種無危險行為，但無危險的行為並非全部皆為重大無知行為，若將無危險限制於重大無知的行為，甚至是有目的的解釋緊縮，其結果可能是不當限制本條「不罰」行為的範圍，

15 李聖傑，大難不死——客體不存在之未遂，法學講座，第 29 期，2004/9，頁 91 以下。

16 Schoenke/Schroeder, Strafgesetzbuch, 2014, § 22 Rn. 62 ff.

對於行為人而言，屬於不利的解釋，有違罪刑法定原則之嫌¹⁷。其次，依「重大無知」標準，不管是主張「行為人出於重大無知」或「客觀第三人認為是重大無知的行為」，應無疑義的是，「無知」係針對行為人的認知而言，認知屬於主觀要件，縱使是站在客觀第三人的立場，但也是第三人對行為人主觀認知的認定。另新法第26條並未明定行為人主觀上必須「出於重大無知」，進而導致行為不能發生犯罪之結果、或不能發生犯罪之結果是基於重大無知的行為，因此，若將行為「無危險」解釋為一種「重大無知」的行為，恐怕混淆一般人對犯罪論客觀與主觀要件的認知。不可否認地，以「重大無知」要件可極度限縮不罰的適用範圍，但如果逸脫立法者本意與構成要件明示的文義，似乎不可行。

現行法是一部構成要件刑法，可能發生犯罪結果之一般（或障礙）未遂犯幾乎是即將實現構成要件，類似具體危險犯，其危險是達於既遂的必要經過階段；有危險的不能未遂則類似抽象危險犯，由事前（著手前）觀點判斷，構成要件的實現不是完全不可能；而無危險的不能未遂則不具備此要件。爰此，未遂犯的危險觀點符合建構構成要件理論的客觀歸責，亦即只有危險的未遂犯才會製造法律所不容許的風險¹⁸。行為有無危險，顯然是現行法處罰未遂犯的界限，具體危險必須在具體個案中，對於構成要件所要保護的客體有事實的危險。不同的是抽象危險，其在具體個案中，危險結果不以出現為必要，而是行為方式含有可能的危險即已足。條文規定「行為……，又無危險者」，在此的「危險」顯然係針對行為本身

¹⁷ 林山田，刑法通論（上冊），2008，頁502以下；黃惠婷，同註11，頁1以下。

¹⁸ Roxin, Strafrecht AT, Band II, 2003, § 29 Rn. 9 ff.

而言，而行為有無危險，依修正理由「不能犯之前提係以法益未受侵害或未有受侵害之危險」判斷，應該是綜合行為當時所有的客觀事實，只有對他人法益既無製造法所不容許的具體危險，也無抽象危險時，才是「無危險」。「危險」是經由評價的規範概念，評價的基礎是當前的科學知識以及累積的生活經驗，只要行為不無侵害法益的可能，即有危險。不能未遂的行為必須是可以確定毫無危險，方有不罰的適用，刑法第 26 條的「危險」，應是「抽象危險」。

不能未遂是行為人主觀上認為自己的行為可以實現犯罪結果，但客觀上不能發生該當構成要件的結果，不可能的原因可能是對構成要件事實的不認識或基於法律原因而不能，是一種反面的構成要件錯誤，從錯誤的本質而論，行為人會有無危險的行為，乃是行為人對行為的危險性發生錯誤的認識。此危險的錯誤認識限於有關行為與法益侵害之間的自然法則，以「危險」觀點論，行為人對行為依自然法則是否有危險發生錯誤的認識，行為人會發生如此錯誤，若有正當理由而不可避免時，行為無危險；反之，行為人會發生如此錯誤，屬於可避免時，行為具有危險性¹⁹。對行為危險性之判斷，以行為人之錯誤認識可否避免為區別依據，此標準亦見於刑法第 16 條對違法性錯誤認識的規定。以「危險說」判斷行為人主觀的認識，進而評價其所採取的行為是否有危險，不僅建立在刑法對所有未遂犯類型的處罰理由上，且符合不能未遂的錯誤本質。惟行為既然無危險，立法者是否有必要獨立明定不罰？則屬另一項問題。

¹⁹ Roxin, aaO., § 29 Rn. 19, 347, 365.

在本案中，甲企圖燃燒窗簾以達燒燬宿舍之目的，行為無法實現結果主要是因行為客體是防火窗簾。依消防法規定特定建築物或場所中的窗簾、桌巾等布類製品，都需使用防火布料，所謂的防火布料並不是指布料材質本身不會燃燒，正確的說法是布料材質不會助燃、或是離開火源後即不會再繼續燃燒。防火物品本身並非不燃，不是如鋼鐵、混凝土等不燃物，而是其比一般物品更難以引燃而已，經過防火處理後之物品，其本身在接觸火源時，起火燃燒之引燃時間比一般物品更長。若已經起火燃燒的物品，則會延緩火焰蔓延擴大的時間、或是因而自行熄滅，但僅限於微小火源。是故防火窗簾並非不燃，而是比較難以引燃，其實際燃燒狀況依火焰大小、火源持續或間斷接觸及防火窗簾種類不同而有所差異；如以打火機燃燒防火窗簾，則需使用較長之引燃時間，其防火性能可延緩火焰擴大延燒之時間。實務遂認為甲持續以打火機點燃，仍可能危及玻璃大門旁附近約一公尺之電源總開關，客觀上有發生燒燬女生宿舍之危險，防火窗簾並非不會燃燒，僅係不易燃燒，由窗簾被燃燒成一個洞即可明知，故該放火行為並非不具危險性，顯然因此而無法繼續持打火機燃燒門簾而未遂，並非該門簾完全不能燃燒之不能未遂²⁰。

依上述防火窗簾之特性，以打火機燃燒防火窗簾，則需使用較長之引燃時間，但引燃的窗簾有可能燒及附近的易燃物品，例如在本案中，行為當時玻璃大門旁附近約一公尺有電源總開關，甲使用的放火方法與客體於著手之際不是自始不能發生燒燬宿舍的情形，所以不是不能未遂，而是有具體危險的普通未遂；詳言之，門簾既

²⁰ 臺灣高等法院 94 年度上更（一）字第 272 號。

然能燃燒，則點火引燃而未遂是一種「可能未遂」。又甲看見保全人員已來宿舍門前，才停止以打火機燒灼門簾，實務認為甲非因己意中止或防止其結果之發生²¹，於學理上此行為屬於失敗未遂行為，亦即甲主觀上認為不再可能實現犯罪，排除成立中止犯之可能。

二、甲考慮成立刑法第 354 條毀損罪

宿舍玻璃大門對甲而言係刑法第 354 條他人之物，甲以鐵棍敲破，使他人之物喪失其特定目的效用，因此是一種損壞行為，甲具有毀損故意，違法性與罪責性皆存在，甲成立一般毀損罪。

參、結論

甲以打火機持續燃燒防火窗簾而未達於既遂，行為因不是自著手即不能燒燬現供人居住之宿舍，故不是不能未遂，而無須判斷行為是否有無危險，故不能主張適用刑法第 26 條，而是一種普通未遂。另外，甲毀損他人玻璃大門，若經提起告訴，所成立的毀損既遂罪與放火未遂罪成立想像競合，從一重處斷。

²¹ 臺灣高等法院 94 年上更（一）字第 272 號。

第八題 迷信犯

甲女因與同事乙不合，於 22 時 44 分手戴白色手套持裝有六張符咒之白色信封，塞入乙之研究室內。六張符咒分別為綠色符咒（寫：鬼令東方陰公陰兵陰降罡）、黃色符咒（寫：鬼令五方冤魂纏身）、黑色符咒（寫：喪入魄散）、白色符咒（寫：鬼令速拿乙○○三魂七魄）、紅色符咒（寫：五鬼纏身）、白色符咒（未寫字），乙收到符咒後，覺得心理毛毛的，並產生畏懼。甲是否有刑責？

壹、問題爭點

行為人使用自然科學知識不承認存在的方法或影響、或針對不實際的客體，以達成犯罪目的，是否具有可罰性？因行為人主觀具有實現犯罪的決意，只是基於信仰認為行為客體或方法能實現犯罪結果，刑法對此行為應如何評價？是否屬於刑法第 26 條之範圍？

貳、案例分析

一、甲是否成立刑法第 278 條第 3 項重傷未遂罪？

乙之身體健康未有傷害結果發生，考慮成立未遂犯，本罪亦有

處罰未遂犯。未遂犯的要件是行為人必須有犯罪決意且著手實行犯罪行為。其中，犯罪決意是行為人對於犯罪已有終局的決定，行為人傾向實現犯罪的動力比可能會碰上阻礙的想法具明顯的優勢，即使仍有些許懷疑，也肯定有犯罪決意¹。依刑法第 10 條第 4 項第 6 款之規定，重傷可以是「其他於身體或健康有重大不治或難治之傷害」。今甲以白色信封內裝有六張符咒，塞入乙之研究室內，符咒分別為綠色符咒（寫：鬼令東方陰公陰兵陰降罡）、黃色符咒（寫：鬼令五方冤魂纏身）、黑色符咒（寫：喪入魄散）、白色符咒（寫：鬼令速拿乙○○三魂七魄）、紅色符咒（寫：五鬼纏身）、白色符咒（未寫字）（簡稱五符咒），由符咒內容，可知甲顯然係欲以驅使鬼魂使乙受有鬼魂纏身或三魂七魄喪失之目的²，希望以鬼魂靈異等超自然之手段，令乙受有鬼魂纏身或喪失魂魄，而令乙產生精神上不治或難治的疾病，此希望的結果符合重傷罪之規定。

惟甲的行為在學理或實務稱之為「迷信犯」，迷信犯是行為人使用自然科學知識所不承認存在的方法或影響、或針對不實際的客體，以實現構成要件的不法結果，例如養小鬼、使用巫術等，又稱為「不實際未遂」。實務亦認為迷信犯是透過人類力量無法掌握之迷信手段實行犯罪³，行為完全不足以引起一般人對行為人法敵對意識之聯想或法規範威信之動搖⁴，關於迷信犯在刑法上的評價，有如下見解：

1 Roxin, Strafrecht AT Band II, 2003, § 29 Rn. 59 ff.

2 雲林地方法院 97 年度聲判字第 7 號。

3 基隆地方法院 91 年度訴字第 63 號。

4 桃園地方法院 94 年度訴字第 2568 號。

（一）欠缺犯罪故意

迷信行為只是建立在不能實現的希望上，並不含有在法律評價上屬重要的「意欲」，因此不足以肯定具有實現犯罪的「故意」⁵。只是這樣的主張令人懷疑，因為行為人確信自己的能力可以對行為客體造成損害結果，否則也不會採取行動，所以不是欠缺故意或所有未遂應有的犯罪決意。另有主張迷信犯既然有犯罪決意，行為人於失敗後，可能會改用其他實現結果的方法，基於犯罪預防功能應科以刑罰。只是推測行為人未來的危險性，並不足以成立當下行為的可罰性，如果行為人只有犯罪傾向，即施以刑罰，乃為行為刑法所禁止⁶。

（二）重大無知的行為

國內學者有主張迷信犯是一種不能未遂，是以超自然的手段企求達成犯罪目標，屬具有神祕性的手段不能⁷，甚至有論者認為是「加重型的重大無知⁸」，適用新法第 26 條。實務見解採之⁹，認為「刑法關於不能犯之規定修正後，學者多認為『迷信犯』與『不能犯』已無區別之實益，應認為『迷信犯』即屬不能犯之一種。被告所用施放符咒之手段，既係以自然科學上無法證明之超自然手段為之，則被告所欲操縱者，從自然科學之角度觀之，根本是人力所無法支配之因果歷程，自不可能發生其所欲達到之犯罪結果，亦無

5 Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 2016, Rn. 881；林鈺雄，犯罪之階段——不能未遂、中止未遂，月旦法學教室，第 34 期，2005/8，頁 49。

6 Roxin, aaO., § 29 Rn. 369, 373 f.; Stratenwerth, Strafrecht AT, 2000, § 11 Rn. 60.

7 林東茂，刑法綜覽，2016，頁 1-226。

8 林鈺雄，同註 5，頁 56。

9 雲林地方法院 97 年度聲判字第 7 號。

危險，即難認有何致生告訴人於安全上之危險或實害可言。」告訴人乙雖「指稱其看見被告所施放之符咒後，覺得心理毛毛的，並產生畏懼云云，然現今社會絕大多數人信奉自然科學，依一般理性之人觀點，被告以施放符咒手段，欲對告訴人不利，乃係極為愚蠢且好笑之行為，是尚難僅以告訴人片面表示心理產生畏懼，即認被告上開施放符咒行為，會致生危害於告訴人之安全。」因此，實務認為迷信行為不具危險，也是一種重大無知的行為，屬於無危險的不能犯。

（三）欠缺危險性

不能犯屬於未遂犯的一種，有客體不能與手段不能之分，若由一般人之立場觀察，其僅具有主觀之抽象危險，在客觀事實上並無具體危險，導致根本不能完成犯罪者，為不能未遂。倘若自一般人之立場觀察，行為未具有主觀之抽象危險，客觀事實上亦無具體危險，導致根本不能完成犯罪者，非不能未遂犯，而是不成立犯罪，迷信犯即屬之¹⁰。實務亦有類似見解，認為抽象危險犯是指行為本身含有侵害法益之可能性而被禁止之態樣，重視行為本身之危險性，迷信犯的危險則是來自於行為人的想像或主觀臆斷，故不具可罰性¹¹。

（四）迷信行為不是未遂犯之「著手」

惟另有認為迷信犯與不能未遂有所不同，無危險的不能未遂是行為人對自然法則的無知，完全錯誤認識實際的力量而想藉此實現構成要件，例如認為喝菊花茶可以墮胎，以空氣槍企圖擊落空中飛

¹⁰ 甘添貴，迷信犯，月旦法學雜誌，第81期，2002/2，頁14以下。

¹¹ 最高法院97年度台上字第731號。

行的飛機；迷信犯則是以一個超感官、實際上完全不存在的力量，期待造成構成要件的不法結果，因此二者並非難以區分或應等同視之，其相同之處僅是行為之危險性僅存在於行為人的想像或臆斷。客觀上無危險的行為並未製造法所不容許的風險，現行刑法第 26 條刻意明定此行為不罰，然迷信犯不處罰的理由與無危險的不能犯仍有不同。

刑法是一部行為刑法，無行為即無不法，無不法即無罪責。未遂犯的處罰理由不能僅因為行為人具有犯罪意思而已，而是行為人必須依其意思，已著手於實行犯罪，行為足以動搖法律和平，此由刑法第 25 條第 1 項僅明示未遂犯是「著手於犯罪行為之實行」可印證客觀行為之不可或缺。行為人若期待以一個超現實的力量實現犯罪，事實上對其計畫無須認真以待，由於行為人欠缺接近構成要件的行為，故非著手實行犯罪，因此，排除迷信犯的可罰性是因為在理論上，一個不實際的未遂不應視為法律概念，即根本不是刑法上的未遂犯概念¹²。不管是對既遂犯或未遂犯的處罰，刑法是針對可以實現構成要件的行為而予以規定，只有當行為能夠轉化為實際可以感受者，才有禁止的價值。因無法證實不實際力量的存在，迷信犯不僅沒有製造法律上所不容許的風險，也不會破壞法律和平，無由成立刑法上任何一種型態的未遂犯¹³。

綜上，迷信行為不管是依上述何種見解，學界與實務皆認為是刑法上不處罰的行為，各個見解之差異在於不處罰的理由不同而已。

¹² Rudolphi, SK-StGB, 2003, § 22 Rn. 34 f.

¹³ Roxin, aaO., § 29 Rn. 8.

二、甲是否成立刑法第 305 條第 1 項恐嚇個人危安罪？

本罪之行為是以加害生命、身體、自由、名譽、財產之事恐嚇他人，實務認為「刑法第 305 條恐嚇罪之成立，須被害人因加害人惡害之通知心生畏懼，而有不安全之感覺為要件；若被害人並未因之而生畏怖，即不足對其致生安全上之危險，尚難以該罪相繩¹⁴」，故甲必須有恐嚇行為。所謂恐嚇，「指凡一切言語、舉動足以使人生畏怖心者均屬之，而該言語或舉動是否足以使他人人生畏怖心，應依社會一般觀念衡量之¹⁵。」問題是，以迷信行為想加害他人生命或身體行為是否該當本罪的「恐嚇」？

實務有認為靈車、遺照及冥紙固然使人認為帶有晦氣，甚至畏懼有不祥之事發生，若行為人並未以其他之言語、行動等方式對被害人通知將對其為何種加害之行為，行為僅屬「迷信犯」，並非刑法處罰之範疇¹⁶。但也有認為撒冥紙足致使被害人恐懼，因冥紙為供往生者死後在冥界所使用之金錢，撒冥紙客觀上即有意味他人家中將有人死亡之意思，此均為社會上一般觀念所得認知¹⁷。「行為人郵寄子彈、冥紙係以加害被害人生命、身體意思，而對被害人為惡害之通知，其所欲加害被害人之手段，或為以槍射擊子彈或為其他加害方法，並非絕對不能產生危害被害人生命、身體之結果，

¹⁴ 臺灣高等法院 97 年度上易字第 2508 號。

¹⁵ 臺灣高等法院 97 年度上易字第 1897 號。

¹⁶ 臺灣高等法院臺中分院 96 年度上易字第 1980 號；臺灣南投地方法院 97 年度易字第 600 號；臺灣嘉義地方法院 98 年度訴字第 57 號。

¹⁷ 臺灣高等法院 97 年度上易字第 1897 號；臺灣高等法院 95 年度上易字第 656 號。

非屬不能犯，仍可能構成恐嚇危害安全罪¹⁸。」行為人將寫有「葉○○」之棺材一具、及上寫有「葉○○正魂、護送得金咒、維先淨土界、引西方去、玉女後隨極樂天」之引路幡置於葉○○所經營之寢具店前，係以將加害葉○○生命之事通知其本人，若因而心生畏懼，自足生危害於其安全，行為並非迷信犯¹⁹。至於本案是否成立本罪？實務認為使用符咒與撒冥紙不同，甲所施放之符咒，其中固寫有「鬼令速拿乙○○三魂七魄」，然依上所述，從自然科學角度，甲所用手段並無法操縱支配其因果歷程，自難認與上開郵寄子彈、冥紙等行為相同具有危險性²⁰。

冥紙與符咒同為宗教信仰上使用的物品，但撒冥紙與使用符咒仍有不同之處，前者是透過冥紙傳達將以其他具體方式加害生命，而非冥紙本身足以令被害人身亡；後者則是想透過符咒直接以超感官的方式實現對生命或身體健康的傷害。因此，行為人使用依當前社會的科學知識非人類力量所支配或可支配的方法，則無法轉化為實際可以感受的惡害，縱使被害人心生畏懼，行為也難以評價為刑法上所禁止的「恐嚇」，故甲不成立恐嚇危害安罪。

參、結論

甲使用五符咒想實現傷害乙的身體健康，因使用的方法是一種超現實的力量，依現代自然科學知識無法證明行為與結果之間的因果關係，因此，迷信犯不屬於刑法上的未遂犯概念，同理，也不成立恐嚇個人危安罪。

18 雲林地方法院 97 年度聲判字第 7 號。

19 臺灣高等法院臺中分院 91 年度上易字第 1696 號。

20 雲林地方法院 97 年度聲判字第 7 號。

第九題 障礙未遂或失敗未遂

甲於某日下午三時許攜帶竹筍刀侵入乙女住處打算偷取財物，入屋後驚醒在床上午睡的乙女，甲以竹筍刀架在乙脖子上，並強壓在床，要求乙拿出錢來，並說拿不到錢要強姦。甲除了聲稱「強姦」之外，並出手撫摸乙胸部及脫除其外、內褲至大腿處，乙表明其正值生理期，甲停止強制性交並空手離開。甲成立何罪？

壹、問題爭點

甲聽聞乙表明其正值生理期，即停止強制性交而未得逞，並在未取任何財物下離開現場，甲的行為係障礙未遂或中止未遂？學理上所主張的「失敗未遂」概念是否有獨立存在之必要？其與障礙未遂或不能未遂有何差別？

貳、案例分析

一、甲考慮成立刑法第 306 條無故侵入住宅罪

甲必須侵入他人住宅等，住宅係指一人或多人充當住宿的空間，長期或短暫住居皆可。在本案中，乙的房屋對甲而言，係他人

住宅。侵入係違反居住權人的意思，而以身體或至少身體部分進入他人住宅或建築物等，若獲得居住權人之允許而進入，則非侵害。行為人獲得居住權人之同意，足以阻卻構成要件該當性，不同的是，無故係無正當理由或未經法律授權，屬於違法性要素¹。甲在沒有任何阻卻違法事由之下未徵得乙的同意進入屋內，乃係無故侵入他人住宅，侵入故意、違法性與罪責性皆成立。

二、甲考慮成立刑法第 222 條第 2 項加重強制性交未遂罪

甲聲稱要「強姦」乙，最後停止強制性交並離開，並未發生強制性交之結果，考慮成立未遂犯，本罪有處罰未遂犯。甲未繼續為強制性交行為是否可以成立中止犯？

（一）犯罪未達既遂階段是前提

刑法第 27 條第 1 項規定：「已著手於犯罪行為之實行，而因己意中止或防止其結果之發生者」，成立中止未遂並減輕或免除其刑。中止犯之要件是行為人已著手犯罪，最後不發生結果係因行為人出於己意中止或防止所致，因此，成立的前提是犯罪尚未既遂，而且行為人已著手犯罪之實行。除此之外，行為人必須所著手的犯罪有處罰未遂犯，若犯罪類型無未遂犯之處罰規定、或行為基於法律因素而不會成立未遂，例如行為尚未著手，或該當構成要件的行為因欠缺其他條件而不具有可罰性，後者可以是欠缺客觀可罰性要件，皆不可能有中止未遂的問題。在本案中，甲以竹筍刀架在乙脖子上，並強壓在床，繼而出手撫摸乙胸部及脫除其外、內褲至大腿處，甲基於加重強制性交之故意已著手實行強暴行為，最後未為性

¹ 進一步可參閱刑法案例研習（一），2016，頁 26 以下。

交，成立加重強制性交而未遂，只要是可罰的未遂犯，都有機會成立中止犯。

（二）失敗未遂是獨立概念

1、障礙未遂

針對本案實務認為「刑法上所謂中止未遂，依刑法第二十七條第一項前段之規定，係指行為人已著手於犯罪之實行，而因己意中止或防止其結果之發生，因之未發生犯罪之結果而言。倘行為人已著手於犯罪行為之實行，並有發生犯罪結果之危險，而於結果尚未發生前，其停止犯罪行為，經驗上乃可預期之結果，為通常之現象，就主觀上之行為人立場論，仍屬意外之障礙，應為障礙未遂而非中止未遂。」從而認為甲已動手脫除乙之外、內褲至大腿處，並撫摸乙胸部，其於得知乙正值生理期，始停止以其性器官進入乙之性器官，已難認甲有自己中止加重強制性交行為之意思。「又不以男性之性器官進入正值生理期女性之性器官而為性交行為，係一般男性之通常觀念及作法²。」甲得知乙正值生理期，因此僅對乙為撫摸胸部之猥褻行為，而停止對乙為加重強制性交行為，為通常之現象，自屬意外之障礙，非中止未遂而係屬障礙未遂。

上述見解乃是秉持實務向來之主張，「中止未遂與障礙未遂之區別，在於行為人實行犯罪行為後之中止行為是否出於自由意志，為決定中止未遂與障礙未遂之區分標準，若行為人非因受外界事務之影響而出於自由意志，自動中止犯罪行為或防止其結果之發生，無論其中止係出於真心悔悟、他人勸說或自己感覺恐被發覺、時機尚未成熟，祇須非因外界事務之障礙而使行為人不得不中止者，均

² 最高法院 99 年度台上字第 4934 號。

為中止未遂；反之，倘係由於外界之障礙事實，行為人受此心理壓力而不得不中止者，即非出於自由意志而中止，則屬障礙未遂³。」

「刑法第二十七條第一項中止未遂犯之『己意中止』，係指行為人基於內心自發之意思而中止其行為，而同法第二十五條第一項障礙未遂犯之『心界障礙』，乃因外界之因素，影響行為人之內心而形成心理壓力，致未發生預期之結果，並非出於自發之意思而終止犯行，故兩者似同而實異⁴。」爰此，實務認為行為人著手實行犯罪後，中止犯罪係因外界事務影響形成心理壓力者，非出於「己意」，將此情形稱為「障礙未遂」。只是無從確定實務所謂的「障礙」，是客觀外在確實存在，且是針對行為人的行為而能影響行為人之實現與否，還是也包括「障礙」在客觀上並不存在，「障礙」僅是存在行為人之主觀認知，行為人卻錯誤認識其存在的情形。

2、失敗未遂

在學術上提出「失敗未遂」（*fehlgeschlagener Versuch*）的概念，失敗未遂係依行為人主觀認知，認為犯罪在客觀上不再可能實現或繼續犯罪已喪失意義，因而決定放棄繼續犯罪。學者並指出區別己意或非己意的法蘭克公式——「即使我想要，我也不能實現犯罪」，即為失敗未遂⁵。失敗未遂的概念純粹由行為人主觀認知判斷，客觀上是否能實現犯罪，則非所問。學術上有反對「失敗未遂」之概念，認為欠缺正當性，因為由中止犯之規定無法得出，而且危及法律的安定性，理由是失敗未遂的情形可透過稍後的「己

3 最高法院 98 年度台上字第 2391 號。

4 最高法院 99 年度台上字第 5088 號。

5 Roxin, Strafrecht AT, Band 1, 2003, § 30 III Rn. 79.

意」要件予以排除，因此是一個多餘的概念⁶。

只是仍有不少學者支持此概念，且由事實關聯性與法律關聯性得出，當行為人於犯罪目的尚未實現之前，認為自己的行為失敗時，並非放棄犯罪故意，既無中止可言，也不可能是刑法第 27 條第 1 項積極防止或出於真摯努力盡力防止，無須考慮未遂是未了未遂或既了未遂，以及其停止行為是否出於己意；反之，只有當行為人認為行為還可以或可能達成犯罪目的，才有己意中止或防止的問題；易言之，當行為人主觀認為不排除結果會發生，顯示自己仍然能夠影響犯罪，能影響犯罪才有事實可能防止結果發生。從而客觀上由第三者立場觀之，行為不可能實現犯罪，但行為人毫無所知，尚非是失敗未遂，此情形發生於有危險的不能未遂⁷。例如 A 基於殺害故意對先生 B 的荷包蛋放入 3 瓶老鼠藥，見 B 吃下一口後心生後悔，對 B 坦白並送醫，事後確認 A 置入的「老鼠藥」是仿冒品，沒有劇毒性，A 的行為不是失敗未遂。

3、失敗未遂與不能未遂之區別

失敗未遂不僅與未了未遂、既了未遂不同，與有危險的不能未遂也有加以區別之必要⁸。失敗未遂與不能未遂之原因或種類有方法、客體或主體的不能實現犯罪，但失敗未遂是從行為人主觀認知

⁶ Herzberg, in: Muenchener Kommentar, Strafgesetzbuch, §§ 1-51, 2003, § 24 Rn. 62; Stratenwerth, Strafrecht AT, 2000, § 11 Rn.76. 國內亦有持反對見解者，黃榮堅，基礎刑法學（下冊），2003，頁 74 以下。

⁷ Lilie/Albrecht, in: Leipziger Kommentar, StGB, Band 1 Einleitung §§ 1-31, 2007, § 24 Rn. 84 ff.

⁸ 本書認為刑法第 26 條規範不能未遂，而且限於無危險的不能未遂才有不罰之適用，有危險的不能未遂應適用刑法第 25 條。

決定⁹，不能未遂則是行為基於事實情況或法律原因，客觀上於行為時註定無法達於既遂，但行為人卻認為可以實現犯罪，即不能未遂之所以「可以實現犯罪」是存在於行為人的主觀認知，失敗未遂的「不能實現犯罪」也是存在於行為人的主觀認知。不能未遂不能實現犯罪結果必須客觀確實存在，但失敗未遂之犯罪結果於客觀上有可能實現。當不能未遂之行為人發現自己的行為在客觀上不可能實現犯罪，此時不能未遂同時也是失敗未遂¹⁰。相反地，不能未遂之行為人不認識自己的行為在客觀上不能實現犯罪，尚未是失敗未遂，仍有刑法第 27 條準中止犯之適用可能。

4、失敗未遂與障礙未遂之區別

失敗未遂與實務上的障礙未遂在概念上不同，在障礙未遂中，有可能外界事物之障礙於客觀上確實存在，也可能是並不存在，行為人錯誤認為存在而停止犯罪，後者可稱為主觀的障礙未遂，例如小偷正翻箱倒櫃時，吹來一陣風，門板作響，錯誤認為屋主回來，遂匆忙逃離現場。在本案中，實務認為行為人「停止犯罪行為，經驗上乃可預期之結果，為通常之現象，就主觀上之行為人立場論，仍屬意外之障礙¹¹」，準此，行為當時是否有障礙，是由第三者的立場觀之，否則不會有「經驗上」之一般標準，繼而以此標準推論行為人主觀想法。按成立刑法第 27 條中止犯，除了犯罪已著手而未達既遂以及有處罰未遂犯外，客觀要件是「中止」或「防止結果發生」，但關鍵要件是此客觀行為必須出於「己意」。「己意」是

⁹ 可參閱刑法案例研習（一），2016，頁 124 以下。

¹⁰ Lilie/Albrecht, aaO., § 24 Rn. 90 ff.; Hillenkamp, in: Leipziger Kommentar, StGB, Band 1 Einleitung §§ 1-31, 2007, § 22 Rn. 179 f.

¹¹ 最高法院 99 年度台上字第 4934 號。

行為人自己的意思，而非立於第三人立場，判斷當時外界是否足以影響行為人之「己意」，否則，此「己意」是第三者或一般人的「己意」。因此，倘若外界發生可能影響一般人繼續犯罪意思之情形時，行為人仍可能因出於「己意」而成立中止犯。

實務認為「不以男性之性器官進入正值生理期女性之性器官而為性交行為，係一般男性之通常觀念及作法」，這也許是一般人通常之觀念與作法，卻不見得是所有行為人的觀念，因為實務上曾發生「A 女已屢次陳明案發當天，適值其生理期，然因上訴人一再堅持、懇求，其始勉為其難，應允上訴人性交之要求，而與上訴人性交等語，足徵案發當時 A 女之生理期，並未構成其與上訴人性交之阻礙¹²」。因此，實務應該判斷行為人是否屬於一般人，還是有另類觀念，若中斷繼續犯罪，反而應探查行為人對此特殊情況的想法，由此得知，失敗未遂的概念符合法條所規定的「己意」要件，不僅以行為人主觀認知出發，且行為人主觀認為不可能實現犯罪或實現已喪失意義時，根本由不得行為人願不願意，而還有出於「己意」的可能。在本案中，甲停止強制性交是否為失敗未遂，除了查明甲個人對於性行為的觀念外，也應由外在情狀判斷是否符合其主觀想法，因為甲是在聽聞乙自稱正值生理期或甚至看見而立即停止，故被害人正值生理期應是影響甲停止性交的原因。甲之所以中止行為，是認為犯罪在客觀上不再可能實現或繼續犯罪已喪失意義，因而決定放棄繼續犯罪，故排除中止犯之適用。

¹² 最高法院 99 年度台上字第 5886 號。

三、甲考慮成立刑法第 330 條第 2 項加重強盜未遂罪

甲侵入乙的住處打算竊取財物，最後空手離開，取財結果未發生，考慮成立未遂犯，本罪亦有未遂犯之規定。甲必須有加重強盜之犯罪決意，甲攜帶竹筍刀侵入乙住處時雖具有加重竊盜故意，卻意外驚醒乙，改以竹筍刀架在乙脖子上，並強壓在床，要求乙拿出錢來，乃是改變犯意為加重強盜故意，強盜故意是以至使不能抗拒的強暴或脅迫等方法取財，而竹筍刀屬兇器，肯定甲具有加重強盜故意與不法所有意圖。

甲將刀架在乙的脖子上以取財是強暴或脅迫？強暴是經由現在的敏感惡害，直接或間接對於他人的意思或行為產生強制作用，讓被害人感受到身體上的強制；脅迫則是對被害人施以一個未來可見的敏感惡害。將刀架在脖子上的行為並未直接或間接對乙產生身體上的惡害，其是告知若不聽從，將會危害生命或身體健康，故是一種未來的敏感惡害，屬於脅迫；至於事實上是否付諸實現，無礙脅迫之成立，故肯定甲著手實行加重強盜行為，違法性與罪責性皆成立。惟甲空手離開是否可主張中止犯？當甲要求乙拿出錢來，雖以刀架在乙脖子上，同時又說拿不到錢要強姦，且出手撫摸乙胸部及脫除其外、內褲至大腿處，應是改以強制性交作為脅迫手段。只是甲得知乙正值生理期，導致強制性交的威脅手段不能達成取財目的，遂放棄取財，依甲主觀認知，以刀要脅，也揚言性侵，仍無法實現目的，即表示行為人不存有「能不能」的選項，故無「要不要」的問題，應屬失敗未遂，而無中止犯之適用。

參、結論

甲攜帶兇器侵入乙住宅，目的在於取財，雖同時成立刑法第321條第1項第1款與第3款加重竊盜未遂罪，因改變犯意以刀強取，故論以加重強盜未遂罪即已足。又甲在施行強盜之際，另起犯意以強制性交作為取財手段，且著手實行，成立加重強制性交未遂罪，二行為皆因行為人主觀上認為已無法達成目的才放棄繼續實行，因此皆無中止犯之適用。至於強制性交未遂過程中出手撫摸乙胸部，猥褻屬性交的前階段，不另成罪。甲成立加重強盜未遂罪與加重強制性交未遂罪，侵害法益不同，數罪併罰。

第十題 強盜未遂之中止犯

甲看見手抱幼兒的乙女單獨行走，在乙胸前高舉並揮舞西瓜刀，喝令乙把錢拿出來，乙表示其將金錢放置於車上，甲即喝令乙去拿錢，乙朝前方之停車場方向前進時，甲緊跟於身旁，二人走約二、三步路後，甲忽持西瓜刀朝右前方十幾步路遠之電線桿方向跑去，莫名其妙朝電線桿揮舞西瓜刀，發現該處有民眾在旁邊觀看，甲對民眾說：「看什麼，沒看過搶劫嗎！」等語後，即自行朝該電線桿方向離去，不知所蹤，而未緊跟乙，乙見狀，趁機跑到車上駕車離開現場。甲成立何罪？

壹、問題爭點

甲在乙胸前高舉並揮舞西瓜刀，但未與乙的身體接觸，隨後又持刀緊跟在乙身旁，前後行為係強盜罪的「強暴」或「脅迫」？二者應如何區別？又甲手持西瓜刀喝令乙交出錢財，在未取得任何財物下離開現場，當時現場有民眾觀看，甲未繼續實行犯罪是否有刑法第 27 條第 1 項中止犯之適用？本案例的主要爭點在於甲是否出於「己意」。

貳、案例分析

一、甲考慮成立刑法第 330 條第 2 項與第 25 條加重強盜未遂罪

甲並未取得他人財物，考慮成立未遂犯，刑法第 330 條第 2 項有處罰未遂犯。甲必須有加重強盜之犯罪決意，甲向乙高舉並揮舞西瓜刀，喝令乙把錢拿出，西瓜刀屬兇器無疑，揮舞西瓜刀的目的在于於取財，加重強盜之犯罪決意與不法所有意圖皆存在。

在客觀上，甲必須著手於犯罪行為之實行，按刑法第 328 條第 1 項強盜罪是結合強制與取財得利的獨立財產犯罪，行為人主動取他人之物或使被害人交付皆可，前者必須破壞他人對物的持有，後者的行為不具有破壞持有的特性，被害人的交付反而是一種不情願下的處分財產。不管是取得或獲得財物，行為人必須使用特定方法以實現目的，依規定是對被害人施以強暴、脅迫、藥劑、催眠術或他法。強暴是經由現在對身體的不利影響，直接或間接對於他人的意思或行為產生強制作用，至於是為了中斷被害人的抵制或避免抗拒，或被害人是否認識行為人將施以強暴，或強暴目的為何，或有無施加身體力量，皆在所不問，例如對他人噴灑水柱、壓制他人身體或推倒他人，甚至群眾靜坐抗議造成交通阻塞，或法條所列舉的藥劑與催眠術，也因為是對身體直接或間接造成影響，應歸屬於強暴¹，但對於昏迷的人翻轉身體，以洗劫身上財物，則非強暴²。實

¹ 強暴不宜侷限於身體力量的施展而已，若強暴限於身體力量的施展，固然對強盜罪而言，不會發生刑罰漏洞，因為若無施加身體力量，可以視為「他法」。但刑法第 304 條強制罪僅規定強暴或脅迫，並無概括的「他法」，若仍然堅持強暴限於身體力量的施展，則長時間的臥軌抗議行動，既不是未來的惡害，也無施加身體力量，而無法視

務亦採類似見解，認為「殺人既遂後，被害人已死亡，其取他人財物之行為，已與強盜行為之構成要件（至使不能抗拒）不符，與強盜殺人罪結合犯為結合強盜與殺人兩罪之本質不符，自無強盜殺人之結合犯問題³。」準此，殺人之際無取財之意，被害人既然已死亡，這時方興起取財之意，並取走財物，非使用強制方法。毫無疑義的是，對物施加暴力，非強暴，然針對物施以直接影響時，倘若也間接影響人，則是強暴，例如將被害人反鎖在房間內、或封鎖通道，造成身體行動的障礙⁴。

脅迫是對被害人施以一個未來可見的敏感惡害，被脅迫者認為若不依從行為人意思，惡害將會實現。行為人想施加的未來惡害對象可以是被脅迫者或第三人，若惡害是加諸在第三人身上，也不以被脅迫者和第三人具有親屬關係為限，只是彼此之間必須存有緊密關係，足以讓被脅迫者感同身受。此外，客觀上必須製造嚴肅的印象且令被脅迫者認真以待，至於行為人是否確實會實現惡害，與脅迫的成立無關。甚至惡害不具實現的可能性時，也可以是脅迫，例如以未裝填子彈的槍威脅，因此脅迫不以真的對被害人會發生實際危險為必要，重點是脅迫所產生的強制效果。脅迫者事實上是施加惡害的支配者，親自或經由第三者實行未來的惡害，不影響脅迫的成立，只要脅迫者可以左右第三者意思即可。另外，行為人必須認

為強制，故基於刑法規範的一致性，二罪的「強暴」應有相同的解釋為宜。重點是強盜罪的強制程度必須至使不能抗拒。

2 德國實務認為為了洗劫財物抬走遭人昏迷的被害人，肯定施以強暴 BGH 4 211; BGH 25 237; Schoenke/Schroeder, Strafgesetzbuch, 2014, § 249 Rn. 4.

3 最高法院 93 年度台上字第 6747 號。

4 'Schoenke/Schroeder, aaO., Vorbem. §§ 234 ff. Rn. 6 ff; § 249 Rn. 2; 黃惠婷，刑法上的強盜罪，2005，三民書局經銷，頁 5 以下。

為被脅迫者已經直接或間接知道惡害的內容，而且除迷信行為以外，行為人也認為被害人相信惡害實現的可能性。脅迫與警告不同，後者是特定行為結果的發生與否和警告者的意思脫鉤，亦即警告者對結果發生與否不具支配權，若警告的結果視警告者意思而定，則是脅迫。又脅迫與強暴雖然對被害人都會產生立即的強制效果，但脅迫的惡害內容是可見的未來才發生，其透過通知讓人感到害怕，強暴則是經由現在進行的影響而對他人身體產生強制作用⁵。

在本案中，甲對手抱幼兒的乙女高舉並揮舞西瓜刀，且乙朝前方之停車場方向前進時，甲緊跟於身旁，肯定產生強制作用，但行為尚未直接或間接對乙產生身體上的不利影響，其是告知若不聽從，將會危害生命或身體健康，故是一種未來的敏感惡害，且強制程度達於不能抗拒，最高法院認定是脅迫，應屬合理⁶。當甲揮舞西瓜刀，喝令乙把錢拿出，乃是著手實行加重強盜行為，違法性與罪責性皆成立。

二、甲是否成立加重強盜未遂之中止犯？

甲著手實行加重強盜罪的強制行為後，在未取得財物下自行離開現場，任乙開車離開，此舉動是否符合刑法第 27 條第 1 項之規定？法條是「已著手於犯罪行為之實行，而因己意中止或防止其結果之發生」，客觀行為必須是中止或防止，差異在於行為人已著手犯罪行為之實行後，中止時的行為處於未了未遂階段，行為人可因己意中止結果的發生，亦即只要消極不繼續實行，符合中止犯之規

⁵ Schoenke/Schroeder, aaO., Vorbem. §§ 234 ff. Rn. 30 ff.

⁶ 最高法院 98 年度台上字第 2391 號。

定；若行為已達既了未遂階段，則行為人必須積極阻止結果的發生，才有中止犯之適用，二者成立中止犯的客觀條件有所不同。

通說區分未了未遂與既了未遂係採主觀理論，前者是行為人認為還沒有做完實現犯罪的所有行為，這些行為依行為人的想法，認為對於完成犯罪是必要的；易言之，行為人的想法是「如果我不再繼續做下去，犯罪結果可能不會發生」；後者是行為人認為實現犯罪的所有行為已做完，這些行為依行為人的想法，認為對導致構成要件結果的發生是必要的或可能足以導致結果的發生，行為人的想法是「我肯定可以阻止犯罪結果的發生，只要我採取阻止的措施，即可中斷結果的發生」⁷。

在本案中，甲喝令乙去拿錢時，甲一直緊跟於乙身旁，忽持西瓜刀朝右前方十幾步路遠之電線桿方向跑去，並朝電線桿揮舞西瓜刀，當發現該處有民眾在旁邊觀看，甲對民眾嗆聲後，即自行朝該電線桿方向離去。因為甲必須跟隨乙走到停車處方有取財可能，甲緊跟在乙身旁且步行二、三步路後即跑開，客觀上尚未完成強盜所必要之行為，主觀上也認為強盜結果還不至於發生，因此是一種未了未遂。依規定甲只要簡單地放棄繼續強取財物，即符合中止犯客觀要件的要求，問題是，成立中止犯必須中止或防止行為出於己意，而此主觀要素往往是刑罰能否減免的關鍵因素。

（一）行為非屬失敗未遂

依實務見解⁸，刑法第 27 條中止未遂犯純係出於行為人已意而中止或防止其結果之發生者，始得謂為中止未遂犯。如因外界情狀

7 林山田，刑法通論（上冊），2008，頁 477 以下。

8 最高法院 98 年度台上字第 2391 號。

之改變，致行為人認為其行為已被發覺，或相信其行為必定會被發覺，主觀上認為必須停止犯罪之實行，屬於障礙未遂。於此，實務對障礙未遂的定義是從行為人想法認定，依行為人主觀認知，犯罪在客觀上不再可能實現、或繼續犯罪已喪失意義，因而決定放棄，在學術上有以「失敗未遂」稱之。判斷行為人放棄繼續犯罪是否為失敗未遂，對「己意」的認定具有實際意義，因為當行為人認為不能實現犯罪時，即無所謂的「要不要」問題，亦即行為人在無選擇餘地下，不得不放棄的行為毫無「己意」或「非己意」可言，因此應優先排除中止犯之適用⁹。甲自行跑到電線桿，之後未再返回，反而離開現場，以甲當時持刀的優勢與空間而論，並非不能繼續強取乙的錢財，因此不是一種失敗未遂。

（二）中止或防止行為必須出於「己意」

甲的強盜未遂行為屬於未了未遂，甲只要簡單地中止繼續強盜行為即有中止犯之適用，甲放棄實現犯罪是否出於「己意」？在學界主要從「自主動機」與「規範目的」予以判斷，前者有如實務見解，係從心理學的觀點判斷行為人的放棄是出於自主或他主，若行為人心理上非因外部障礙而影響其繼續犯罪者，則是己意；後者基於中止犯係未遂犯的回溯概念，中止犯的減免刑罰應由未遂犯的處罰理由逆向考量，判斷未遂犯是否享有刑罰優待，必須透過其中止或防止行為讓已著手實行犯罪所帶來的震撼印象因而消滅。以上二種見解的出發點或核心觀點雖相異，但於大部分的情形中，都得出相同的結論。

⁹ 黃惠婷，論中止犯之「己意」——兼評析實務上之相關判決，台灣本土法學雜誌，第72期，2005/7，頁34以下。

有疑義的是，當犯行遭第三人發覺時，放棄繼續犯罪是否一律皆屬外界情況改變而影響心理，進而否定「己意」？被第三人發現犯行，固然事後的風險會提高，但不見得一定排除中止犯之適用。依人之常情，犯行遭第三者發覺，若認為實現犯罪已產生障礙或更困難，逃離現場應是正常的優先反應，此情形應是失敗未遂。若行為人認為第三者發現也無礙於犯罪之實現，仍然選擇中止，可以是出於「己意」，因此重點在於行為人的主觀想法，例如行為人是否認為第三者會阻止犯罪，或因為第三者認識行為人，擔心告發、指證，或擔心第三者呼叫引起更多人注意等；相反地，行為人犯行被人發現，卻認為不會有危險，例如行為人行竊時被另外一位小偷發現，行為人認為第三者不至於會告發或阻止其行竊，其放棄繼續行竊應可以肯定出於己意¹⁰。

實務對於中止犯之認定採心理觀點，以行為人實行犯罪行為後之中止是否出於自由意志，作為決定中止未遂與障礙未遂之區分標準。行為人若非因受外界事務之影響，而是出於自由意志自動中止犯罪行為或防止其結果之發生，無論其中止係出於真心悔悟、他人勸說、感覺恐被發覺或時機尚未成熟，祇須非因外界事物之障礙而使行為人不得不中止者，均為中止未遂；反之，倘係由於外界之障礙事實，行為人受此心理壓力而不得不中止者，即非出於自由意志而中止，而是障礙未遂。甲對著電線桿揮舞西瓜刀之處，離乙停車處僅十步路，可以看見乙上車與否，甲若想繼續強取財物，自可返身追去。然甲自行跑往電線桿處揮舞西瓜刀後即行離去現場，未再返回，乙得以離開現場，係因甲先行跑離現場，甲係在無任何障礙

¹⁰ Schoenke/Schroeder, aaO., § 24 Rn. 42 ff.

事由介入下，出於己意自行中止強盜之犯意及行為。甲對著電線桿揮舞西瓜刀時，對在旁邊觀看之民眾說：「看什麼，沒看過搶劫嗎！」等語，應該是甲決定不搶後，走到電線桿時，才發現該處有民眾在旁邊觀看，並非因發現旁邊有人在看，擔心事跡敗露，才不敢搶，故不影響中止犯之成立¹¹。

己意與否乃是依行為人的內心想法而定，客觀的事實可以印證行為人主觀的想法，在本案中，縱使甲是先看到有人在旁觀看才往電線桿方向跑，然甲不立即離開，反而跑去對電線桿揮刀吆喝，且在未傷害觀看者的情形下離開，顯然不怕乙趁機逃離或遭人制伏或辨識面孔，因此，甲不再返回乙停車處，依心理觀點或規範目的觀點，應肯定出於己意，且基於強盜故意而著手實行強制行為所帶來的震撼印象足以消弭，刑罰的必要性已降低。

參、結論

甲以刀要脅乙到車上取財物，因為對他人身體並未施加現在的、立即的危害，而是施以未來的敏感惡害，其行為造成乙精神上的恐懼，讓乙擔心若不遵從其意思，將有不利的後果，因此是脅迫行為。甲放棄緊跟乙，反而跑到電線桿揮刀，不管之前已經先看到有人在旁觀看，還是到達電線桿後才發覺有人觀看，依心理觀點或規範目的觀點，甲離開現場的行為肯定出於己意，甲成立加重強盜中止未遂罪。

¹¹ 最高法院 98 年度台上字第 2391 號。

第十一題 共謀共同正犯

甲積欠卡債，替罹患癌症的兄長 A 投保鉅額保險，甲透過友人介紹找到乙，要求乙策畫殺害 A，乙找丙及丁加入並計畫各開一輛車，安排二人依現場狀況分別撞死 A，隨後由乙先開車載丙、丁到 A 住宅指認殺害對象，並觀察 A 作息。某日，丙、丁跟隨 A 出門，丙雖然撞倒騎車的 A，但 A 只受輕傷又坐起來，隨後由丁再衝撞 A 一次，A 當場死亡。甲、乙、丙、丁刑責各為何？

壹、問題爭點

刑法對二人以上參與犯罪的刑事責任皆採區別原則，立法者雖區別正犯與共犯，並對共同正犯、教唆犯與幫助犯明定其要件，然未對正犯下定義，導致正犯與共犯的爭議一直是學界探討的焦點。2005 年新刑法對第 28 條為一字之差的修改，並肯定「共謀共同正犯」概念之存在。然疑義之處在於，「共謀共同正犯」概念是否有必要存在？何謂「共謀共同正犯」？成立的要件為何？

貳、案例分析

一、丙、丁考慮成立刑法第 271 條與第 28 條殺人罪的共同正犯

刑法第 28 條規定：「二人以上共同實行犯罪之行為者，皆為正犯。」在本案中，丙先開車衝撞 A，再由丁衝撞 A，導致 A 當場死亡，丙、丁是殺人罪的共同正犯？還是正犯與共犯的關係？

正犯與共犯之區別在學說上有主觀與客觀理論之爭，極端主觀理論區別二者是以行為人具正犯意思或共犯意思參與犯罪而定，漠視客觀參與的型態與份量，其結果是實現所有構成要件者，也有可能成立幫助犯。稍後修正的故意理論與利益理論也是以主觀理論為基礎，只是將行為人的犯罪支配意思納入判斷是否具有正犯意思的證據之一；另一方面，學界也試圖從客觀觀點區別正犯與共犯，早期的形式客觀理論以及發展至現今的犯罪支配理論即屬之，而後者在學術上已然是壓倒性的通說，其中雖有分歧的見解，但都以犯罪支配概念為基礎¹。

犯罪支配理論的特徵是以客觀觀點判斷正犯與共犯，對正犯的理解是建立在實質意義上的構成要件實現，「犯罪支配」只是對區別二者提供重要的指標，但不是唯一，也非通用，無法毫無例外地適用所有犯罪構成要件的正犯，特別是對義務犯、親手犯與不作為犯則有必要另外具體化，探求其刑罰的理由何在，故犯罪支配侷限於支配型的犯罪²。在客觀上，共同正犯是二人於實行階段在現

¹ Joecks, in: Muenchener Kommentar, Strafgesetzbuch, §§ 1-51, 2007, § 25 Rn. 4 ff.

² Roxin, Taeterschaft und Tatherrschaft, 2000, S. 352 ff., 399 ff.

場，採分工合作模式，各個參與者的參與互相橫向歸責，之所以可歸責，是因為所有的參與都建立在共同的犯罪計畫以及分工實現犯罪的決意上。另在構成要件該當性的要求下，同時也不偏廢行為人必須認識足以令其成為正犯的客觀情形，故主觀上對事件發展的支配出於犯罪支配意思。

共同正犯的共同實行犯罪是二人以上共同握有犯罪支配，正犯必須能掌握犯罪結果「是否」與「如何」實現的決定權。不管是何種型態的正犯，皆可以隨其意思而令事件發展、阻礙或中斷；相反地，共犯欠缺對結果共同產生作用的犯罪支配³。實務亦主張「多數人依其角色分配共同協力參與構成要件之實現，其中部分行為人雖未參與構成要件行為之實行，但其構成要件以外行為對於犯罪目的實現具有不可或缺之地位，仍可成立共同正犯。又共同正犯之成員參與構成要件行為之實行，並不以參與整個犯罪事實全部為必要，即便僅參與犯罪事實之一部分，或僅參與共同行為之某一階段，亦無礙於共同正犯之成立⁴」，可知「犯罪支配」一詞對於實務不再陌生。

在本案中，丙、丁基於共同殺害 A 之決意，分別駕駛二部車跟隨 A，丙雖然撞倒騎車的 A，只是 A 僅受輕傷又坐起來，隨後丁再衝撞 A 一次，導致 A 當場死亡，依主觀理論，肯定二人具有正犯意思而實行殺害行為。依犯罪支配理論，丙、丁對於 A 之死亡結果握有「是否」與「如何」實現的決定權，不僅具有共同殺人故意且握有犯罪支配意思，違法性與罪責性皆成立，二人成立殺人

3 Maurach/Gallas 所提出，引自 Joecks, aaO., § 25 Rn. 11.

4 最高法院 96 年度台上字第 6141 號。

罪之共同正犯，至於第一次撞倒行為所成立的殺人未遂不另外論罪。

二、乙考慮成立刑法第 271 條與第 28 條殺人罪的共同正犯

乙在本案中是接受甲的請託策畫殺害 A，乙找丙及丁加入，安排二人各開一輛車，依現場狀況分別撞死 A。此外，乙開車載丙、丁到 A 住宅指認殺害對象，並觀察 A 作息，但實際上於實行階段不再參與。有疑義的是，乙僅參與預備階段，實行階段缺席，是否能成立殺人罪的共同正犯？主觀理論依參與者是否具正犯意思、握有犯罪支配意思以及利益而定，準此，乙具有正犯意思，肯定成立共同正犯。

採犯罪支配理論者意見分歧，有主張二人以上出於共同的行為決意，並各自依據共同決意內容分工進行，負責策畫與指揮他人實行犯罪行為者，如幫派老大或犯罪集團首腦，或只參與謀議而視他人的實行為自己實行者，基於共同正犯的犯罪共同體，只要彼此之間具有共同行為決意且在犯罪預備階段提供重要的貢獻，仍可以成立共同正犯⁵；或認為行為人雖然不必直接實施構成要件行為，但在實行行為的過程中確保犯罪計畫的實現，例如有效監督與掌控犯罪行為流程，亦可成立⁶；或認為正犯可以任何方式的支配實現不

⁵ 林山田，對「共犯」刑章之刑法修正的檢討，月旦法學雜誌，第 135 期，2006/8，頁 160 以下；林山田，刑法總則（下冊），2008，頁 86 以下，學者將此類型稱為「參與謀議而視他人的實行為自己實行的共同正犯」。對新法之修改有類似主張的學者另有黃榮堅，基礎刑法（下冊），2006，頁 855。

⁶ 許玉秀，檢視刑法共犯章修正草案，月旦法學雜誌，第 92 期，2003/1，頁 46 以下；刑法導讀，新學林分科六法——刑法，2006，頁 88 以下。

法構成要件，行為人與其他人之間的協議行為，只要在具體個案中有足夠的支配因素為基礎，共同謀畫者基於因果關係的地位即為共謀共同正犯⁷，職是，學者肯定在預備階段參與亦可成立「共謀共同正犯」。

惟針對「共謀共同正犯」一詞，國內學者有持反對見解，認為未參與行為實施之協議者，僅具意思之聯絡而無共同行為之實施，若視為共謀共同正犯，無異承認共同正犯之從屬性，在理論上欠妥適⁸。「參與謀議」不等於「行為分擔」，前者不含有「互相利用、補充」的性質，而「共謀」其實包含互相教唆與互相幫助，若承認共謀共同正犯為正犯，無異加劇正犯與共犯區別之困難，並混淆共犯之從屬性，乃是不當擴張本條之規定，屬類推適用之例⁹。或謂「共謀共同正犯」概念包括支配型和協力型的態樣，二者分別論以間接正犯或共同正犯，毋須以「共謀共同正犯」稱之¹⁰。

實務對於共謀共同正犯的概念以及處罰的依據，皆以 1965 年釋字第 109 號解釋為標竿，「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」，前者稱為「實施正犯」，後者即為「共謀共同正犯」，但未參與實行，僅有犯罪之謀議，而無行為之分擔，不能論以實行之共同正犯¹¹。共謀

⁷ 黃榮堅，同註 5，頁 862 以下。

⁸ 蔡墩銘，刑法總論，2001，頁 267 以下。

⁹ 黃常仁，刑法總論，2001，頁 195 以下。

¹⁰ 陳志輝，共謀共同正犯與共同正犯之參與行為——評最高法院九十二年台上字第二八二四號判決，月旦法學雜誌，第 114 期，2004/11，頁 44 以下。

¹¹ 最高法院 98 年度台上字第 1381 號。

共同正犯因其並未參與犯罪構成要件之要素，僅係以其參與犯罪之謀議為其犯罪構成要件之要素，須以嚴格之證據證明其參與謀議。實務對共謀共同正犯概念圍繞在「如何參與謀議及參與共同謀議之範圍如何」的證明上，此與支持犯罪支配理論者有共通之處，判斷二人以上參與犯罪之責任歸屬，參與者對犯罪結果不法的客觀參與是評價對象。

區分正犯與共犯唯有先定義何者為「正犯」，正犯的概念大致上有擴張正犯概念與限制正犯概念。通說採限制正犯概念，認為不是所有對構成要件結果具有因果關係者，即為正犯，而是實施刑法分則所描述的各種犯罪構成要件者為正犯，刑法分則主要以客觀行為區分不同的犯罪類型，由客觀面區分正犯與非正犯的犯罪參與誠屬必要。由形式上觀察，親自實行構成要件者是正犯，直接正犯屬之。但經由他人或與他人共同實現犯罪，也可以是正犯，此由刑法第 28 條規定與學說及實務肯認的間接正犯可印證，亦即正犯不是只有親自實現犯罪的直接正犯而已，也可以是與他人共同實行犯罪或假手他人實現犯罪，重要的是，參與者是否握有犯罪支配。

握有犯罪支配者為正犯，判斷犯罪支配與否，參與的時點不是問題，在預備階段的參與，若依實質——客觀觀點可以左右他人之犯罪實現，此類型的共同正犯以「共謀共同正犯」稱之，亦無不可。共同正犯是「分擔犯罪之實行」，但分擔之意義不以參與所有構成要件要素的實施為必要，行為人基於參加實施之共同決意，雖僅參與事先之謀議，如具有行為支配功能者，也不失「分擔」意義¹²。又共同正犯的「行為分擔」不以參與者明示承擔或經分配為

¹² 蘇俊雄，刑法總則Ⅱ，1998，頁 426。

必要，也不以在實行階段的行為分擔為限，而係指參與者在整個犯罪過程中所為的客觀參與，故共謀共同正犯的行為分擔應是近年來實務一直強調的「如何參與謀議及參與共同謀議之範圍如何」，其只是在實行階段無行為之分擔而已。其與「實行共同正犯」或「預備共同正犯」不同，「實行共同正犯」係行為人參與犯罪實行階段，基於共同犯罪決意而對犯罪結果實現握有支配者，至於是否參與預備階段，則非所問。新法修正第 28 條的理由雖否定預備共同正犯之存在，然因現行法於刑法分則中有獨立處罰預備犯的類型，預備犯與未遂犯一樣皆為正犯，同樣適用總則規定，故肯定「預備共同正犯」之存在，其係於預備階段謀議籌備犯罪，客觀上已將意思、思想顯現於外，且所有人的行為僅止於預備階段，其與共謀共同正犯的區別關鍵在於：參與的犯罪是否已經逾越預備階段。實務亦認為新法排除預備共同正犯，係指法無處罰預備犯之情形，如法律已將預備階段獨立成罪者，其共同參與該犯罪構成要件之行為，仍應論以該罪之共同正犯¹³。

對共同正犯而言，在何種階段參與犯罪並不重要，重要的是以何種方式對犯罪的實行繼續產生作用，原則上在預備階段的參與，往往不具有共同正犯在實行階段應有的決定性支配。「共謀共同正犯」雖未參與實行階段，但以「形塑犯罪支配」取代「決定犯罪支配」，故肯定其握有犯罪支配，例如策畫犯罪或組織型態的犯罪。只要在預備階段的參與屬於重要，導致其參與在實行階段能繼續左右其他實行者完成犯罪，其不僅提供因果性的客觀參與，且基於共同分工合作之犯意聯絡下的行為，也能符合反對者對共同正犯的要

¹³ 最高法院 97 年度台上字第 247 號。

求——在互相歸責下的「累積性」。何時提供參與並不重要，因為參與的份量與地位可以彌補對直接實現犯罪的不足¹⁴，至於參與重要性判斷，則視參與者拒絕提供參與或撤回參與，是否足以導致整個犯罪失敗而定¹⁵。

在本案中，乙在丙、丁實行殺害行為時並未在現場，也未遙控二人之殺人行為，然在預備階段的策畫與角色安排，亦即分配丙、丁依現場狀況撞死 A，乙之所以安排二人先後駕車，可見乙深謀遠慮，確保殺人目的的實現。此外，乙開車載二人到 A 住宅指認殺害對象，並觀察 A 作息，肯定其對是否與如何殺害 A 握有決定權，且具有共同犯罪決意與支配意思，應論以「共謀共同正犯」，違法性與罪責性皆成立。

三、甲是否成立刑法第 271 條與第 29 條殺人罪的教唆犯？

甲積欠卡債，為了詐領保險金，要求乙策畫殺害 A，但未參與謀議的過程，也未參與實行階段的殺人行為，對他人的殺害行為不具犯罪支配與支配意思，不成立殺人罪的共同正犯。因乙的殺人故意是因應甲要求，甲考慮成立教唆犯。依共犯限制從屬原則，一個可附麗的正犯已存在，只是甲的行為尚須符合教唆犯的客觀與主觀要件。

教唆犯是教唆他人使之犯罪，教唆犯的客觀要件是教唆行為，由於教唆行為先於所教唆之犯罪的實行，故教唆行為不僅常發生於

¹⁴ Jakobs, Strafrecht AT, 1991, § 21 Rn. 48; Stratenwerth, Strafrecht AT, 2000, § 21 Rn 93 f.; Otto, Grundkurs Strafrecht AT, 2000, § 21 Rn. 61.

¹⁵ Hoyer, in: SK-StGB, 2003, § 25 Rn. 109.

所教唆犯罪的預備階段，且教唆者往往也只參與預備階段，若進而參與犯罪實行階段，有可能提升為共同正犯。就實行階段未參與而言，教唆犯與共謀共同正犯具有相同特徵，二者區別在於教唆犯係教唆原無犯罪意思之人犯罪，教唆犯對正犯最終是否犯罪以及如何犯罪無法掌控；共謀共同正犯則以自己共同犯罪之意思，雖事先同謀而僅由其中一部分人實行犯罪行為，但對犯罪之實行握有形勢支配。在本案中，甲僅是要求乙策畫殺害 A，乃是喚起乙殺人決意，對此，甲具有教唆故意與教唆殺人既遂故意，違法性與罪責性皆成立。

參、結論

丙、丁基於共同犯罪決意，分別駕車撞倒 A，導致 A 死亡，成立殺人罪之共同正犯。乙事先策畫殺人計畫，安排丙、丁的殺人行為，雖僅參與犯罪預備階段，但參與的份量與角色足以肯定握有犯罪支配，成立共謀共同正犯。甲僅要求乙殺害 A，至於最後是否與如何進行犯罪，則交由乙決定，成立殺人罪之教唆犯。

第十二題 共同正犯之客體錯誤

甲與通緝犯乙因缺錢一起持槍闖入丙的豪宅，事前約定，必要時開槍。二人因翻箱倒櫃的聲響意外驚醒在二樓睡覺的丙，丙摸黑下樓查看時，二人得手正要離開，持槍的乙驚覺遭人發現，認為在身後的人是丙，於是持槍朝其腹部開一槍，甲尖叫一聲，才得知是甲，但乙沒多久也跟著倒下。丙趕緊報警，警方趕到現場後，發現乙已經無心跳，事後經確認是當時太緊張引發心臟病死亡，甲送醫急救後挽回一命，問：甲的刑責為何？

壹、問題爭點

行為人成立共同正犯須具備主、客觀要件，主觀的共同犯罪決意要件包涵範圍多廣？如果共同正犯的行為偏離犯罪計畫，是否影響其他共同正犯的刑責？尤其發生客體錯誤，甚至侵害其他共同正犯的法益，法益因而受侵害的共同正犯難道也應對此結果擔負共同責任？

貳、案例分析

一、甲是否成立刑法第 271 條第 2 項殺人未遂罪？

(一) 共同正犯之意思合致

甲、乙缺錢闖入豪宅行竊，事前約定必要時開槍，乙在遭人發覺下對身後的人開槍，導致甲腹部中槍，甲最後挽回一命，死亡結果未發生。由於甲、乙對於行竊與開槍具有共同犯罪決意，並以分工合作方式實現犯罪，依刑法第 28 條規定，二人以上共同實行犯罪之行為者，成立共同正犯。然共同實行犯罪之行為必須是建立在共同的犯罪計畫上，雖然法無明文，但參與者能成立共同正犯，主觀要件的共同犯罪計畫不可或缺。實務認為「刑法上之共同正犯，應就全部犯罪結果負其責任，係基於共同犯罪行為，應由正犯各負全部責任¹」。在本案中，乙朝甲腹部開槍，軀幹乃是人體重要部位，很可能會傷及重要的臟器，乙至少具有殺人的未必故意，且已著手開槍殺人，但甲是否也應對乙的開槍殺人未遂共同負責？

共同正犯雖然對其他參與者的行為應負共同責任，有爭議的是，如果參與者出乎其他參與者意料之外，侵害其他參與者的法益時，其他參與者是否也應擔負共同刑責？此問題涉及參與者的行為是否符合共同的犯罪計畫？若逾越共同犯罪計畫時，對其他參與者而言應如何評價？

共同實行犯罪行為的「共同性」以共同正犯之間有意思合致為要件，如果實行犯罪者彼此之間並不知情或僅是單方知情，不成立

¹ 最高法院 100 年度台上字第 2143 號。

共同正犯，又雖要求彼此之間必須認知有對方參與，雙方卻可以互不認識。共同犯罪意思的合致開始於犯罪前或犯罪實施當中，明示或默示，皆在所不問。實務指出「共同正犯，以共同實行犯罪行為之人，在共同意思範圍內，各自分擔犯罪行為之一部，相互利用他人之行為，以達其犯罪之目的，其成立並不以全體均行參與犯罪構成要件之行為為要件，且意思之聯絡並不限於事前有所謀議，即僅於行為當時有共同犯意之聯絡者，亦屬之，其表示之方法，亦不以明示通謀為必要，即相互間有默示之合致，亦無不可²。」但共同正犯認為共同的犯罪已完成時，其中的共同正犯若單獨再採取行動，其行為不屬於共同犯罪計畫，例如二人基於殺人故意共同毆打並掐住被害人脖子，二人以為被害人死亡，當其中一人離開後，另一人發現被害人僅是昏迷而已，於是單獨再悶死被害人，離開者是否成立共同正犯，關鍵在於單獨行動者接續、獨自的行為是否符合離開者的意思，若無法確定當時的意思時，也不應推論：「如果離開者也知道被害人只是昏迷，也會採取同樣行動」，而論以共同正犯。對於共同正犯而言，一個假設性的意思不能取代事實上共同犯罪意思的欠缺，因此死亡結果由單獨行動者負責，離開的人負殺人未遂罪³。

（二）逾越情形

早期判例認為⁴：「共同正犯之所以應對其他共同正犯所實施之行為負其全部責任者，以就其行為有犯意之聯絡者為限，若他犯

2 最高法院 99 年度台上字第 2838 號。

3 Roxin, Strafrecht AT, Band II, 2003, § 25 Rn. 190 ff.

4 最高法院 50 年台上字第 1060 號判例。

所實施之行為，超越原計畫之範圍，而為其所難預見者，則僅應就其所知之程度，令負責任，未可概以共同正犯論。」學術上亦主張共同正犯的逾越行為因為超出共同計畫，其他共同正犯對於逾越部分不負責任。顯然地，如果共同正犯是故意逾越犯罪計畫，逾越行為原則上不能歸責於其他共同正犯。分別情形如下：

1、若計畫行為與逾越行為同屬相同的構成要件，但計畫已針對個別對象時，逾越者係單獨正犯，例如三人計畫殺害債務人，其中一人卻當場另外殺害債務人的小孩。

2、若偏離行為是通常可預見的範圍內且等價地可以滿足其他共同正犯的利益時，偏離行為不影響共同正犯之成立，例如計畫搶現金，其中有人扯下被害人項鍊以換取現金。

3、故意逾越的行為若涉及其他犯罪構成要件，其他共同正犯對其逾越部分欠缺故意，不負刑責，例如計畫強制，共同正犯卻對被害人強取財物；反之，其他共同正犯對逾越部分具有未必故意、事先明示或當場默示，仍屬於共同的犯罪計畫內，例如行竊時當場失風，共同正犯對被害人施暴，其他共同正犯的默示亦可認定是默認，同理亦適用於逾越行為成立加重構成要件的情形，例如行竊時得知同夥攜帶兇器⁵。

4、倘若逾越行為不是出於故意，其他共同正犯是否也應負責？此情形有可能是共同為基本犯罪，卻因共同正犯的行為導致結果加重，所有共同正犯是否對加重結果共負刑責？依實務見解，「加重結果犯之成立，必須行為人對於結果之發生，客觀上能預見，而主觀上未預見，容有過失。故共同正犯中一人所引起之加重

5 Roxin, aaO., Rn. 194, 196 f.

結果，其他共同正犯應否同負加重結果之刑責，端視該他人就此加重結果之發生，於客觀情形能否預見有無過失為斷⁶。」

「該加重結果客觀上可能預見，行為人主觀上有注意之義務能預見而未預見，亦即就加重結果之發生有過失，方能構成。良以傷害致人於死罪與傷害罪之刑度相差甚大，不能徒以客觀上可能預見，即科以該罪，必也其主觀上有未預見之過失（如主觀上有預見，即構成殺人罪），始克相當，以符合罪刑相當原則。又共同正犯在犯意聯絡範圍內，就其合同行為，均負全部責任，惟加重結果犯之加重結果，行為人僅有過失，主觀上均未預見，則各共同正犯之間就加重結果之發生，無主觀上之犯意，當無犯意聯絡可言，各共同正犯就加重結果應否負責，端視其本身就此加重結果有無過失為斷。教唆犯或幫助犯依從屬性原則，依附於正犯之不法行為而成立犯罪，就加重結果而論，共犯僅就故意之基本犯罪從屬於正犯，對加重結果則無從屬可言（過失犯不能成立共犯），則其是否應對加重結果負責，亦唯共犯本身就加重結果之發生能否預見，有無過失為問，且通常較諸共同正犯不易成立。尤其共犯對犯罪行為之風險製造及因果流程之控制，一般均較共同正犯為少，故對其加重結果之成立與否，論斷應負之注意義務時，允宜較共同正犯為輕⁷。」

學界認為，只要所有共同正犯對基本犯罪有共同犯罪計畫，對於加重結果則要求每一位共同正犯若有過失，則足以共同成立加重結果犯⁸。

6 最高法院 100 年度台上字第 3522 號。

7 最高法院 100 年度台上字第 3062 號。

8 Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts AT, 1996, § 63 I 3 C); Roxin, aaO., Rn. 194, 197.

(三) 共同正犯發生客體錯誤

1、實務見解

共同正犯非出於故意的逾越可以是發生在客體錯誤的情形，對此問題，實務認為共同正犯之行為，應整體觀察，非僅就自己實行之行為負責，所有共同正犯就共同正犯之行為結果，應當負擔全部罪責，例如行為人僅在旁指揮押陣，並未與他人同持棍棒毆擊被害人，然其等當場對於持棍棒毆擊之傷害故意既相互有所認識，而以共同意思參與，自應就共同犯意內所造成之結果同負罪責，至於刑法上之客體錯誤，因法律上非難價值相同，毆打者對犯罪客體之認識縱有錯誤，亦無法阻卻故意，所有共同正犯不因發生客體錯誤而影響共同正犯之成立⁹。

值得注意的見解是「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，其『共謀共同正犯』應對其他『實施共同正犯』所為之犯罪行為負全部責任者，僅應於其共同謀議計畫犯罪之範圍內，就其所知之程度，負其共同正犯之責任。其於『實施共同正犯』所為之犯罪行為，因主觀上之認識與客觀上所發生之犯罪事實不相一致，而有客體錯誤之情形，因『實施共同正犯』雖誤認被害客體，但對其犯罪行為足以構成犯罪之事實之發生，為其所預見，亦與『實施共同正犯』之本意初無違背，如確已該當犯罪之構成要件，應由『實施共同正犯』負其責任，……，至『同謀共同正犯』因實際被害客體非在其共謀犯罪計畫範圍，就此而言，無庸對『實施共同正犯』所為之犯罪行為負全部責任，應僅

⁹ 最高法院 97 年度台上字第 2207 號；99 年度台上字第 362 號。

就其所知之程度，令負責任，未可概以共同正犯論¹⁰。」實務認為若為共謀共同正犯，不適用共同正犯彼此之間之互相歸責原則。

2、學界見解

1) 客體錯誤說

共同正犯不適用共犯的從屬原則，因為共同正犯不是影響其他共同正犯的參與，而是共同正犯的所有參與在法律評價上視為同等重要，犯罪結果只要是在共同犯罪決意的範圍內，應直接歸責於每一位共同正犯。學界有主張此原則同樣適用於共同正犯發生錯誤情形，共同正犯發生不重要的客體錯誤時，因共同正犯的每一位參與者皆為正犯，其中一人的行為偏離，每一位參與者對此偏離也都是適格的正犯。如果約定共同毀損他人之物，陰錯陽差而毀損其中一位共同正犯的財物時、或共同正犯發生錯誤而毀損自己的財物，也是財物所有者的共同正犯考慮成立未遂犯（毀損罪不處罰未遂犯）；同理，共同約定可以開槍射殺追捕者，共同正犯因發生客體錯誤對其他共同正犯開槍，遭射殺的共同正犯未死，開槍者成立殺人未遂，遭開槍者成立殺人罪的不能未遂。如果遭開槍的共同正犯發生死亡結果，開槍者無疑地成立殺人既遂罪，其他共同正犯則成立殺人未遂¹¹。依此說，在本案中，乙開槍誤擊同夥的甲，因為共同正犯乙發生等價的客體錯誤，故不影響殺人的犯罪故意，乙成立殺人未遂罪；基於共同正犯互相歸責原則，乙對甲開槍，甲雖然是受害者，對這一槍仍應負（客體不能）殺人未遂罪。

¹⁰ 最高法院 90 年度台上字第 4952 號。

¹¹ Jescheck/Weigend, aaO., § 63 I 2.; Schoenke/Schroeder, Strafgesetzbuch, 2014, § 25 Rn. 101.

2) 打擊錯誤說

反對見解認為，共同的犯罪計畫已鎖定特定範圍，例如追捕者，共同正犯的行為若侵害自己同夥的利益，則是一種逾越行為，不應由其他共同正犯對逾越行為負故意責任，亦即逾越犯罪計畫不管是出於故意或過失，皆應同樣評價¹²。共同正犯只對共同犯罪計畫範圍內的行為負責，共同犯罪計畫不要求對每位共同正犯的行為細節應明確規定，而是讓每位共同正犯依具體情形採取行動或臨場反應。雖然個別行為難免會發生偏離，但偏離程度也不至於會有其他共同正犯同意可以侵害同夥人的法益，甚至是自己的法益，因此若發生此情形，應視為逾越共同的犯罪計畫較合理。準此，在本案中，乙誤以為在身后的甲是丙，於是開槍，乙的行為對甲而言猶如打擊錯誤，打擊錯誤的評價是對目的客體成立未遂犯，對失誤客體成立過失犯，因丙當時也在現場，甲、乙二人計畫開槍的目標是丙，乙著手開槍，二人對丙成立殺人未遂，甲對乙在其身上射擊的這一槍，成立過失致傷罪。

二、甲考慮成立刑法第 330 條第 2 項加重強盜未遂罪

甲與乙持槍一起闖入丙的豪宅行竊，得手後才遭丙察覺，二人對丙的動產共同破壞舊的持有關係並建立新的持有關係，又入宅行竊與攜帶兇器分別成立刑法第 321 條第 1 項第 1 款與第 3 款加重要件，甲與乙具有共同竊取故意與不法所有意圖，違法性與罪責性皆成立，成立加重竊盜罪的共同正犯。

¹² Roxin, aaO., § 25 Rn.195; Schuenemann, in: Leipziger Kommentar, StGB, Band 1, Einleitung §§ 1-31, 2007, § 25 Rn. 177.

二人行竊遭察覺後，乙想對丙開槍，卻誤認而擊中甲，行為是否符合刑法第 329 條與第 330 條竊盜或搶奪，因防護贓物、脫免逮捕或湮滅證據而當場施以強暴、脅迫的加重準強盜罪？如上所述，倘若主張共同正犯的客體錯誤不影響故意，同時也歸責於其他共同正犯時，縱使施強暴的手段加諸甲身上，甲仍然應負加重準強盜罪；依打擊錯誤說，共同正犯的客體錯誤是侵害其他共同正犯的法益，行為是逾越共同犯罪計畫，故乙對甲開槍，對甲而言不應視為故意既遂。因二人事先約定必要時可以開槍，乙對在場的丙試圖施暴且開槍，肯定著手，甲對乙的開槍行為應成立刑法第 330 條第 2 項加重準強盜未遂罪。

參、結論

共同正犯發生客體錯誤而侵害其他共同正犯的法益，偏離行為屬於逾越共同犯罪計畫，其他共同正犯對此逾越行為不負故意刑責，若共同計畫的目的客體在現場，則是一行為對目的客體成立未遂犯與對失誤客體成立過失犯，從一重處斷，甲對丙成立殺人未遂罪，對自己因而受傷成立過失致傷罪，論以殺人未遂罪。甲、乙於竊盜既遂後，當場為了防護贓物而施暴，乙依犯罪計畫開槍，只是乙卻對甲開槍，對甲而言，屬重大偏離犯罪計畫，開槍結果不能歸責於甲，然甲對乙的著手施強暴行為仍應負加重準強盜未遂罪，不再另外論斷加重竊盜罪，殺人未遂罪與加重準強盜未遂罪成立想像競合。

第十三題 相續共同正犯

甲因網路簽賭負債，要求乙先出面替其承擔該筆債務，乙禁不住甲哀求，暫予應允，然囑甲儘速設法自行處理，但甲遲未解決。乙一再揚言將道出實情，並透過他人傳話向甲索債，甲因此心生怨恨，亟思教訓並加以殺害，邀集丙、13 歲的丁二人同行助陣，並告知欲與乙談判賭債糾紛，伺機強押加以教訓，二人基於強押乙教訓之共同犯意應允參加。丙駕駛休旅車，車內備有束帶及繩索，一起前往乙住處，強押乙上車，不久乙即與甲為賭債事爭執，並互相扭打，甲命丙臨時停車，要求前座的丁與其合力將乙制伏，丁隨即下車，進入車後座與甲共同壓制乙，並由丁持束帶反綁乙之雙手於背後即回到副駕駛座。甲指示丙上國道，於車行途中以拳頭及球棒毆擊乙的頭部、胸腹部及手腳等部位。此時丙、丁知悉甲強押乙之目的，非僅止於教訓，而是有殺害乙滅口之犯意。其間，乙為求脫逃，多次衝撞車門及車窗，丙仍未停靠路肩或勸阻甲，猶駕車高速行駛以防乙跳車脫逃，而丁為防止乙脫逃，並出手抓住乙的手部，任由甲毆打乙，致乙受有頭、胸部嚴重挫傷，甲、丁二人繼而合力以童軍繩纏繞在乙頸部、腋下及大腿內側，再分執童軍繩兩端拉勒，以童軍繩勒絞乙之頸部，再由甲以手強掐

乙的頸部，因而致窒息休克死亡。三人遂將乙之屍體運往山區，挖掘坑洞，合力將屍體抬入坑洞內掩埋。甲、丙、丁刑責為何？

壹、問題爭點

刑法第 28 條規定共同正犯，對於共同正犯的參與時點未加以明定，因此參與者的時點可能是著手實行犯罪前，或著手實行犯罪後，甚至是犯罪既遂之後。若行為人事前並未參與犯罪計畫，卻於犯罪當中加入，是否能成立共同正犯？其要件為何？

貳、案例分析

一、甲、丙、丁考慮成立刑法第 302 條與第 28 條剝奪行動自由罪的共同正犯

本罪是私行拘禁或以其他非法方法剝奪他人的行動自由，行為人使用的方法只要足以侵害或限制被害人的行動自由，影響其繼續停留於某一處所或離去停留處所而他往者，皆屬之。丙、丁知悉甲邀其一同與乙談判賭債糾紛，再伺機強押加以教訓後，仍與甲基於共同剝奪他人行動自由的決意，由丙駕駛休旅車，丁與甲共同在後座壓制乙，並持束帶反綁乙之雙手於背後。丙駕車行為對於甲、丁在車上綑綁乙的行為握有犯罪支配，因為丙若停車，乙即有逃跑機會，對剝奪乙的行動自由提供重要的參與，該當構成要件與肯定違

法性及罪責性，丙與甲成立剝奪行動自由罪的共同正犯，丁未滿14歲，行為不罰。

二、甲、丙、丁考慮成立刑法第277條與第28條傷害罪的共同正犯

傷害係指對身體或心理的損害影響及任何一種痛若的對待，造成嚴重的身體或心理的不適。甲為了賭債邀集丙、丁共同教訓乙，甲在車上毆打乙時，丙知情下開車，丁為防止乙脫逃，並出手抓住乙的手部，任由甲毆打乙，致乙受有頭、胸部嚴重挫傷，三人具有傷害的共同犯罪決意並分工實行犯罪，對於傷害握有犯罪支配，違法性亦成立，甲、丙論以傷害罪的共同正犯，丁不具罪責能力，行為不罰。

三、甲考慮成立刑法第271條第1項殺人罪

甲對乙催討債務心生怨恨，亟思教訓並加以殺害，不僅以拳頭及球棒毆擊乙的頭部、胸腹部及手腳等部位，另以童軍繩勒絞乙之頸部，並以手強掐乙的頸部，因而致乙窒息休克而死亡，殺人故意、違法性與罪責性皆成立，甲成立殺人既遂罪。

四、丁考慮成立刑法第271條第1項殺人罪的相續共同正犯

甲邀丙、丁共同與乙談判賭債糾紛，再加以教訓，二人基於強押乙教訓之共同犯意而應允參加，亦即共同剝奪乙的行動自由時，二人不具有殺人故意。只是甲於車行途中以拳頭及球棒毆擊乙的頭部、胸腹部及手腳等部位時，此時丙、丁知悉甲強押乙之目的，非

僅止於教訓，而是有殺害乙滅口之犯意。當他人已著手實行犯罪行為後，此時加入者的刑責應如何評價？對行為結果是否仍有成立共同正犯的可能？還是論以幫助犯？

（一）共同正犯的要件

刑法第四章區分正犯與共犯，正犯有直接正犯、共同正犯、間接正犯與同時犯，其中，刑法第 28 條規定二人以上共同犯罪成立共同正犯。共同正犯不同於其他正犯，依規定必須是二人以上參與犯罪，實務認為「共同正犯之要件，不僅以有共同行為為已足，尚須有共同犯意之聯絡。刑法對於無責任能力者之行為，既定為不罰，則其加工於他人之犯罪行為，亦應以其欠缺意思要件，認為無犯意之聯絡，而不算入於共同正犯之數¹。」學者則認為行為人的責任能力，屬於個人刑事責任有無的問題，與成立共同正犯無關²。較合理的見解是，刑法第 28 條對於二人以上的主體並未限制資格，且共同參與犯的問題涉及不法參與的型態，而與罪責無關，因此，無責任能力者、心神障礙者或不可避免的禁止錯誤者，皆可以成立共同正犯³。

其次，參與者透過分工合作以實現構成要件，不管何種類型的正犯，都必須握有犯罪支配，共同正犯則是對犯罪實現與否與如何握有功能支配，參與行為應具備對結果發生的功能；易言之，對犯罪的實現屬重要、不可或缺，只不過所有人的參與必須基於共同的犯罪計畫，因此，共同犯罪計畫以所有參與者的意思合致為前提。

¹ 最高法院 28 年上字第 3242 號判例。

² 林山田，刑法通論（下冊），2008，頁 76 以下。

³ Roxin, Strafrecht AT, Band II, 2003, § 25 Rn. 237.

若進行同一目的的參與者之間彼此不知情，則非共同正犯，而是同時犯，只是彼此知情，尚不足以成立共同正犯，因為有可能只是利用同一情狀實現犯罪，而非出自於共同合作。同樣地，單方認定是共同合作，也不成立共同正犯，例如 A、B 想追捕侵入住宅的 C，當 C 企圖逃跑而打傷 B 時，C 的友人 D 在完全認識當時情形下打傷 A，只是 C 對此不知情，C、D 對 A 的傷害不成立共同正犯。

（二）相續共同正犯

行為人在他人已經著手實行犯罪時，才加入實現犯罪，成立共同正犯並非不可能，此稱為相續共同正犯，只是事後的加入必須基於共同犯罪，若欠缺共同的犯意聯絡，不足以成立共同正犯，犯意聯絡可以明示，也可以默示，例如 A 毆打 B 時，C 此時加入毆打 B 的頭部，C 不見得一定是相續共同正犯，有可能 C 是基於個人的仇恨，而與 A 毆打 B 無關，則 C 成立同時犯。C 是否在共同犯罪計畫下加入毆打，對於 A 與 C 的刑責認定具有實際意義，因為如果 B 頭部的傷害是致死的原因，C 過失致死的行為結果不應歸責於 A⁴。

相續共同正犯加入犯罪的時點是他人著手於犯罪實行之後，倘若加入的時點是他人預備犯罪時，之後共同著手犯罪之實行，則是既遂犯或未遂犯的共同正犯，但預備的犯罪僅止於預備階段，預備行為又具可罰性，則是預備犯的共同正犯。至於犯罪已經實質結束時，一致認為不可能成立共同正犯，惟有爭議的是，他人犯罪正處於形式構成要件完成與實質構成要件結束之間，加入者是否可成立相續共同正犯？較具有實際意義者是財產犯罪。竊賊取得他人動

4 Roxin, aaO., § 25 Rn. 219.

產，但財產權尚未達於穩固狀態，加入者的參與讓財產達於穩固，是否成立相續共同正犯？還是贓物罪？有主張犯罪形式完成與實質結束前，依加入者的意思仍可能成立共同正犯或幫助犯，只是如此見解招致批評，因其可以任意詮釋加入者的意思，故主張相續共同正犯的加入時點，僅能在他人犯罪形式完成前⁵。實務認為「共同正犯以二人以上對於犯罪，有意思聯絡及行為之分擔，始能成立；對於他人已成立之犯罪，而為與犯罪之實施或完成不生影響之行為，除合於其他犯罪構成要件成立他罪外，不成立該罪之共犯⁶。」

相續共同正犯的概念對複行為的犯罪類型具有意義，例如他人將被害人打昏，正洗劫財物時，行為人加入翻找財物、或行為人在他人迷昏被害人後加入，並於他人性交後，對被害人性交得逞。由於他人已經實現犯罪的加重要件或部分構成要件，此時加入者對此要件欠缺基於共同犯罪決意的共同實行，不應論以強盜罪或強制性交罪。因為犯罪計畫僅能針對未來，他人事後同意加入者繼續參與，但對於已經過去的構成要件行為，不再屬於共同犯罪決意的一部分以及無分工實現犯罪的可能；詳言之，加入者對於他人已實現犯罪構成要件不可能握有犯罪支配，縱使對參與犯的區別採主觀理論，亦有認為正犯意思必須在所有得以評價的要件仍可能實現時，方能肯定，倘若部分構成要件已實現，他人不可能對此要件還能基於正犯意思加入參與，考慮成立相續幫助犯或其他犯罪⁷。

早期實務認為「共同正犯之意思聯絡，不限於事前有所協議，

⁵ Roxin, aaO., § 25 Rn. 219 f.

⁶ 最高法院 84 年度台上字第 611 號。

⁷ Roxin, aaO., § 25 Rn. 227.

其於行為當時，基於相互之認識，以共同犯罪之意思參與者，亦無礙於共同正犯之成立⁸。」近期亦指出「刑法上之共同正犯之意思聯絡，不限於事前有所協議，其於行為當時，基於相互之認識，以共同犯罪之意思參與者，亦無礙於共同正犯之成立，且其表示之方式，不以明示通謀為必要，即相互間有默示之合致，亦包括在內。又學理上所稱之相續共同正犯（承繼共同正犯），指後行為者於先行行為者之行為接續或繼續進行中，以合同之意思，參與分擔實行，其對於介入前先行行為者之行為，有就既成之條件加以利用而繼續共同實行犯罪之意思，仍應負共同正犯之全部責任而言⁹。」

在本案中，甲自始即有殺害被害人之意，而丁於應允與甲強押乙時，雖無殺害被害人之共同犯意，然甲在休旅車後座以球棒猛力毆擊被害人頭部等處時，既已知悉甲意在殺人滅口與洩恨，仍繼續參與，其間協助甲拉住乙及以束帶捆綁，並與甲共同拉勒童軍繩，與甲共同基於殺人犯意聯絡而繼續參與殺人行為，行為該當殺人罪的構成要件，違法性亦成立，然依刑法第 18 條第 1 項行為不罰。

五、丙是否成立刑法第 271 條第 1 項殺人罪的相續共同正犯？

丙基於與甲談判賭債糾紛，進而強押乙上車加以教訓，由丙駕駛休旅車，如此積極的參與行為是否足以成立殺人罪的相續共同正犯？實務曾指出「共同正犯，必須有意思之聯絡，如實施犯罪時，一方意在殺人，一方意在傷害，即不能以其同時在場而令實施傷害

⁸ 最高法院 73 年台上字第 1886 號判例。

⁹ 最高法院 100 年度台上字第 912 號。

者，亦負共同殺人責任¹⁰。」當他人在車上犯罪時，駕駛車輛的人的確足以阻斷被害人的逃亡機會，只是丙一開始駕駛休旅車的目的不在於令甲實現殺人，而是剝奪行動自由與傷害，途中知悉甲有殺人之犯意，仍繼續開車只是令正犯的殺人行為更可能、更容易與更迅速而已。如上所述，成立共同正犯不僅須有犯意聯絡，且對於構成要件的實現須握有犯罪支配，丙上述積極行為不足以成立共同正犯，而是殺人罪的幫助犯。

然於車行途中，丙見甲以拳頭及球棒毆擊乙的頭部、胸腹部及手腳等部位。此時丙應可以知悉甲強押乙之目的，非僅止於教訓而有殺害乙滅口、報復之犯意。其間，乙為求脫逃，多次衝撞車門及車窗，丙仍未停靠路肩或勸阻甲，猶駕車高速行駛以防乙跳車脫逃，最後令乙在甲、丁共同拉勒童軍繩下死亡。對於行進的汽車不停下或不勸阻的行為係不作為，丙有可能是以不作為方式令他人實現殺人。丙的不作為與甲、丁的殺人結果具有因果關係，停車或當場勸阻屬丙能力所及的範圍，丙卻不為期待行為，只是丙對於乙的生命必須具有保證人地位，其保證人地位考慮源自於危險前行為，因為刑法第 15 條第 2 項規定：「因自己行為致有發生犯罪結果之危險者，負防止其發生之義務。」丙為了甲、乙之間的賭債糾紛而與甲、丁共同強押乙上車，造成乙的行動自由被剝奪。丙雖然一開始無殺人故意，但於嗣後知悉甲已有殺人犯意，並著手為殺人行為時，丙當時正在開車中，對乙的生命基於違反義務的前行為而具有保證人地位。當乙為了求脫逃，多次衝撞車門及車窗時，丙猶駕車高速行駛以防乙跳車脫逃，其不停車或勸阻係為了讓甲實現殺乙目

¹⁰ 最高法院 30 年上字第 2132 號判例。

的，係以不作為方式於他人著手實行犯罪時加入犯罪之參與，肯定具有共同殺人決意，縱使無明示之通謀，但彼此之間已有默示之合致，違法性與罪責性皆成立，論以不純正不作為殺人罪。至於作為所成立的殺人罪的幫助犯，基於法律競合關係，成立殺人罪。

六、甲、丙、丁是否成立刑法第 247 條與第 28 條侵害屍體罪之共同正犯？

本罪行為有損壞、遺棄、污辱或盜取屍體，遺棄屍體須遺而棄之，不為埋葬，始足成立，另如果埋藏於依習俗不應埋葬之處所者，不失為遺棄之行為。甲、丙、丁三人共同殺害乙之後，將乙之屍體運往山區，挖掘坑洞，合力將乙屍體抬入坑洞內掩埋，並無將屍體遺棄之事實，不論以遺棄屍體罪責¹¹。

參、結論

甲一開始對乙即具有殺人故意，強押乙上車並毆打，目的是實現殺人，成立剝奪行動自由罪、傷害罪與殺人罪，論以殺人罪。丁因未滿 14 歲，不成立剝奪行動自由罪、傷害罪與殺人罪之共同正犯。丙強押乙上車並任由甲傷害乙，成立剝奪行動自由罪與傷害罪之共同正犯，隨後知悉甲意在殺乙，中途以不作為方式加入甲實行殺人行為，因此成立殺人罪的相續共同正犯，只不過其殺人行為屬另起犯意，自由與生命法益相異，但傷害行為提升為殺人行為，不論傷害罪，因此，丙成立剝奪行動自由罪與不純正不作為殺人罪，二罪數罪併罰。

¹¹ 最高法院 100 年度台上字第 912 號。

第十四題 繼續犯之參與犯

甲為了報復乙欺負女友，夥同丙開車跟蹤乙，二人強行綑綁乙，押上車後座由丙監管。甲將乙關在山上的工寮內，以示教訓，計畫三天後再放人，期間曾請知情的丁看管。於第三天準備放人時，這時戊建議甲，乙的行為太超過，應該多關幾天，甲決定暫不放人，乙直到第五天才被警察營救出來。問：甲、丙、丁、戊的刑責各為何？

壹、問題爭點

二人以上參與犯罪，關係參與者成立正犯或共犯，正犯有明定的共同正犯以及未明定的間接正犯與同時犯，共犯則是教唆犯與幫助犯。然參與犯罪者不以同時參與犯罪為必要，因此可以隨時加入與退出，而本案例系爭的重點是參與者參與行為的態樣不同，且參與的時點也相異，不同的參與類型在不同的時點參與應如何評價？尤其是他人犯罪已既遂，但犯罪尚未終了，此時的參與是否仍然可能成立共犯？

貳、案例分析

一、甲、丙考慮成立刑法第 302 條與第 28 條剝奪行動自由罪 的共同正犯

甲、丙二人強押乙上車，又將乙關在工寮內，可能成立剝奪行動自由罪，本罪的行為是私行拘禁或以其他非法方法剝奪他人的行動自由，使用的方法只要足以侵害或限制被害人的行動自由，影響其繼續停留於某一處所或離去停留處所而他往，即該當本罪之行為。行動自由能遭侵害的前提是，被害人具有變更或停留處所的意思決定能力以及行動實現此意思決定的能力。依刑法第 28 條規定，共同正犯是二人以上共同實行犯罪之行為者，參與者基於共同犯罪決意或犯意聯絡，各自分擔實現構成要件之不法，彼此行為橫向互相歸責。實務判例認為「刑法上之幫助犯，固以幫助他人犯罪之意思而參與犯罪構成要件以外之行為而成立……倘以合同之意思而參加犯罪，即係以自己犯罪之意思而參與，縱其所參與者為犯罪構成要件以外之行為，仍屬共同正犯……苟以參與構成某種犯罪事實之一部，即屬分擔實施犯罪之行為，雖僅以幫助他人犯罪之意思而參與，亦仍屬共同正犯¹。」學術上持主觀理論者認為，若以正犯意思參與犯罪，則為正犯，依犯罪支配理論，正犯必須對於犯罪之實現握有犯罪支配；簡言之，對於是否犯罪以及如何犯罪具有影響力，因此，每一位共同正犯所參與的行為對犯罪之實現具有必要

¹ 最高法院 27 年上字第 1333 號判例。

性，此犯罪支配稱為「功能支配」²。今甲、丙強押綑綁乙上車，甲開車時，由丙在後座監控，肯定二人基於剝奪行動自由之共同犯罪決意與支配犯罪意思，共同實行剝奪乙的行動自由，違法性與罪責性皆成立。

二、丁是否成立刑法第 302 條與第 28 條剝奪行動自由罪之共同正犯？

丁在本案中所參與的行為是臨時代替甲看管乙，問題是，當丁參與時，甲剝奪乙的行動自由已既遂，他人犯罪達於既遂後，此時加入是否仍有可能成立共同正犯？共同正犯是二人以上基於共同犯罪決意，各自分擔實行犯罪，他人若已開始實行犯罪，此時加入者的參與行為若是基於共同犯罪決意，在他人犯罪尚未既遂前加入，較無爭議地，有可能成立相續（或事中）共同正犯。

至於他人犯罪既遂，且於犯罪終了前的參與行為，有肯定成立共同正犯之可能，而且視參與者的主觀意思，究竟是基於正犯意思、幫助意思、運送贓物意思或湮滅刑事證據意思而定其罪。反對見解者認為，主觀理論易流於恣意的解釋，且基於罪刑法定原則，於他人犯罪既遂後不再可能基於共同「犯罪」決意而共同實行「犯罪」，否定此時成立相續共同正犯的可能³，故依犯罪支配理論，丁的看管行為不成立剝奪行動自由罪之共同正犯，也因為看管行為並非本罪所描述的行為，丁沒有置入一個新的、獨立的該當構成要件的行為，也不成立同時犯。

² 林山田，刑法通論（下冊），2008，頁 41 以下。

³ Roxin, Strafrecht AT, Band II, 2003, § 25 Rn. 219 f.

三、丁是否成立刑法第 302 條與第 30 條剝奪行動自由罪的幫助犯？

甲已成立剝奪行動自由罪的正犯，丁必須對甲的剝奪行動自由提供幫助，刑法第 30 條規定幫助犯是幫助他人實行犯罪，問題是，若他人已實行法條所描述的所有行為後，亦即達於既遂，行為人這時提供幫助，是否能成立幫助犯？有主張正犯犯罪之結束不在於形式構成要件該當的行為已完成，而是在於犯罪過程實質上的終了，因此，犯罪於實質構成要件結束前仍有可能成立幫助犯。反對見解認為，幫助他人實行犯罪係指對他人實行法條所描述的行為提供幫助，但不是任意一種對於法條所保護的法益予以侵害，即為幫助犯，否則違背罪刑法定原則，因此主張在犯罪構成要件已實現後，不可能成立幫助犯⁴。

上述的爭點是，犯罪終了是否屬於構成要件？此問題對於某些犯罪類型具有特別意義，因為在這些犯罪類型中，構成要件終了緊接著犯罪的完成，其可以是犯罪具有前置（或提早）完成的特性，例如意圖犯與危險犯；另一種是具有重複結構的犯罪，例如繼續犯與複行為犯；也可以是構成要件的實現處於進行式中，例如持續進行的傷害。以上犯罪類型可以肯定的是，行為後的犯罪過程可以歸責於行為人的行為，卻不是體現該當構成要件的行為，例如取得罪既遂後對贓物持有的穩固，肯定與法條所要保護的法益侵害有關聯。「犯罪終了」的概念具有實際意義，其決定追訴期間與告訴乃

⁴ Roxin, aaO., § 26 Rn. 257 ff.

論期間的開始⁵，且在終了之前發生加重結果，此結果仍然可以歸責於行為人。另外，在終了之前加入者關係著是否能成立相續共同正犯或幫助犯，同時也是行為單數與行為複數區別的基準，故此概念有存在的必要性。只不過，承認此概念不代表構成要件該當行為已結束後的提供幫助，皆成立可處罰的幫助犯，基於幫助犯的從屬性，成立幫助犯必須幫助對正犯的構成要件不法共同產生作用，當正犯的該當構成要件不法已實現，這時提供的幫助不足以成立幫助犯。不同的是，此時加入者若對於正犯所引起的因果過程產生該當構成要件的影響，且因而造成該當構成要件的行為結果繼續發生時，則考慮成立同時犯，例如被關的被害人企圖由窗戶逃亡，這時第三者見狀反而私下予以阻止⁶。

在本案中，丁接受甲的要求看管乙，表示丁加入對乙的剝奪行動自由時，本罪已達於既遂，但尚未終了。由於剝奪行動自由罪屬於繼續犯，犯罪終了是被害人重新恢復自由時，故其構成要件該當的不法實現（違法狀態）一直持續到終了，亦即犯罪終了才是終局的損害⁷。丁的看管行為有助於他人行為違法狀態的持續，而此違法狀態屬於該當構成要件的行為，肯定丁對甲的剝奪行動自由提供不法幫助，丁具有幫助故意，違法性與罪責性皆成立。

⁵ 刑法第 80 條第 2 項使用「行為終了」的概念。

⁶ Rudolphi, Die zeitlichen Grenzen der sukzessiven Beihilfe, in: Festschrift fuer Jescheck, 1985, S. 562, 567, 569.

⁷ Roxin, aaO., § 26 Rn. 264；另有主張成立不純正不作為犯的幫助犯 Rudolphi, aaO., S. 565f.。

四、戊是否成立刑法第 302 條與第 29 條剝奪行動自由罪的教唆犯？

(一) 否定成立共同正犯

在本案中，戊得知甲要放走乙時，反而建議對乙多關幾天，甲也採納，戊的參與是透過言語令乙繼續被關。甲的剝奪行動自由罪已既遂，即使戊這時具有正犯意思而參與，因對於他人犯罪已既遂的行為不可能握有實行或功能的犯罪支配，戊的喚起行為考慮成立教唆犯。

(二) 以正犯存在為前提

教唆犯是教唆他人使之實行犯罪者，故教唆犯依共犯限制從屬原則以正犯存在為前提。今甲成立剝奪行動自由罪的正犯，存有一個可附麗的正犯，然教唆行為必須與正犯的犯罪決意具有因果關係，當正犯已有堅定的犯罪決意，此時予以教唆，成立不處罰的未遂教唆。在本案中，甲一開始對乙的剝奪行動自由決意並非戊唆使，戊是唆使甲繼續關乙，促成他人繼續犯罪的行為是否也是喚起他人犯罪決意？如上所述，剝奪行動自由罪的違法狀態持續至被害人再度恢復行動自由時，才是犯罪終了。甲強押乙上車，又將乙關在工寮內，雖然是一種積極的作為，但甲讓行為的違法狀態持續進行，同時也是一種違反義務的不作為，亦即甲因強押乙上車，導致乙的行動自由遭侵害，甲因違反義務的前行為而居於保證人地位，而負有排除任何危害的義務，只不過，甲的不純正不作為與已實現的積極作為形成構成要件上的不法單一，導致不作為犯不具有獨立的意義，論以積極作為犯即可，然此不作為對於共犯的參與可能具

有意義。

首先應釐清的是，行為人喚起他人不作為是否可以成立教唆犯？持否定見解認為，故意存在於對因果歷程的操控，當他人應作為而不作為時，他人欠缺對因果歷程的操控，喚起他人不作為者欠缺教唆犯應具備的重要要素——喚起他人犯罪決意，所以不存有「不作為故意」。較合理的見解是，立法者既然承認故意的不作為犯，只要行為人認識喚起他人不干預因果歷程，構成要件該當的結果有發生的可能，亦足以肯定不作為故意⁸。依後者見解，在本案中，甲也成立不純正不作為犯，戊考慮成立不作為的教唆犯。

（三）教唆行為

教唆行為是喚起他人犯罪決意，在本案中，甲將乙關三天，準備放乙走時，戊反而建議繼續關，故對於甲不放走乙，造成繼續被剝奪行動自由的結果具有因果關係。顯然地，戊的建議影響甲違反義務的不作為，不僅直接違反剝奪行動自由罪的禁止規範，而且也違反禁止教唆他人使之實行犯罪的規定。戊成立不作為的教唆犯不是因為甲已實現的剝奪行動自由可歸責於戊，而是甲不為排除剝奪行動自由所造成的危害結果可歸責於戊，肯定戊的教唆行為。

（四）教唆故意

戊必須具有教唆故意，其係指行為人認識自己的行為會喚起他人犯罪決意，而且認識他人犯罪達於既遂的故意。在本案中，戊建議甲不要放走乙，肯定戊具有教唆他人犯罪決意的故意以及教唆不作為既遂的故意，違法性與罪責性皆成立。

⁸ Roxin, aaO., § 26 Rn. 170.

參、結論

甲、丙基於共同犯罪決意，強押綑綁乙上車，成立共同實行剝奪行動自由罪的共同正犯。丁的幫忙看管行為發生於甲剝奪乙行動自由既遂後，由於剝奪行動自由的違法狀態仍然繼續中，丁的幫助有利於此違法狀態的持續，丁成立剝奪行動自由罪的幫助犯。戊的建議行為發生於甲積極剝奪行動自由完成後，其參與喚起甲不釋放乙的決定，戊成立不作為之剝奪行動自由罪的教唆犯。

第十五題 教唆故意

甲女與先生乙從事麵條製作業，二人常因乙外出飲酒及工作、家庭之事發生爭執，甲曾經與乙爭吵時氣稱：再喝酒，就把小孩丟進鍋子煮等語，乙為此遭友人戲謔調侃，又因甲辭退製麵員工，導致乙工作負擔加重，而對甲深感不滿。某日，乙清晨送麵條時與朋友共同喝酒，返回麵廠時，甲責備乙早上喝酒，這時乙剛好抱著年僅十個月大的小孩丙站在滾燙麵條的鐵鍋旁，甲因心中有氣，遂稱：「女兒要自己養！」乙一時氣憤作勢要將丙丟入大鍋中，甲反而嗆聲：「有種就把她丟進去！」乙竟然將丙放入熱水中，甲嚇得趕緊撈起丙送醫，仍無法挽回丙的生命，問：甲、乙刑責為何？

壹、問題爭點

刑法第 29 條規定教唆犯，其成立的要件為何？是否任何一種具有因果關係而促成他人犯罪的行為都能肯定成立教唆犯？教唆故意的內涵有何要求？當行為人欠缺任何參與犯所應具備的故意時，是否能成立過失犯？

貳、案例分析

一、乙考慮成立刑法第 271 條第 1 項殺人罪

丙遭乙放入熱水中而死亡，死亡結果與乙的放入行為具有因果關係，行為如果在通常情況下，有此環境、有此同一條件，均可發生同一之結果者，則該行為與結果發生具有相當性。又將丙放入熱水中是製造法律所不容許的風險，丙最後也因而死亡，肯定乙製造的風險實現結果。將十個月大的小孩放入大鍋的熱水中，對於死亡結果至少有殺人的未必故意、違法性與罪責性，乙成立殺人罪。

二、甲是否成立刑法第 271 條與第 29 條殺人罪之教唆犯？

甲與乙欠缺共同的犯罪決意與行為分擔，不成立殺人罪的共同正犯。又乙對於是否將丙放入鍋中具有完全的自主權，亦無發生任何錯誤，因此，甲不成立間接正犯。然甲對乙嗆聲：「有種就把她丟進去！」乙即將丙放入熱水中，甲考慮成立教唆犯。刑法第 29 條教唆犯是教唆他人使之犯罪，因此必須有他人犯罪，此為共犯之從屬原則，且共犯所從屬的正犯只要行為具有不法性即已足，今乙成立殺人罪，可從屬的正犯已存在。

（一）教唆行為

甲必須有教唆行為，教唆具有促成或惹起的性質，實務認為，刑法上之教唆犯，係指自己並無共同犯罪之意思，對於本無犯罪實行意思之人，予以影響，唆使其產生犯罪實行之意思者而言¹。學

¹ 最高法院 106 年度台上字第 3035 號。

界有如下見解：

一說主張因果理論，教唆行為只要是以任何方式喚起他人犯罪決意的原因，即屬之。另有限縮的主張，認為教唆者與正犯之間必須存有「不法包裹」意義的犯罪計畫，被教唆者必須承諾或願意承擔實行犯罪的義務，被教唆者事實上受教唆內容的拘束時，教唆者才成立教唆犯，或主張教唆者必須握有動機支配²。

無爭議的是，教唆行為必須對他人犯罪具因果關係，卻不必是唯一的原因，教唆是喚起他人犯罪的任何行為，方式不拘，單純的要求、說服、希望、激勵或利誘皆屬之。甚至表面上看起來像是勸阻，實則勸進，例如冷嘲熱諷，也可以成立教唆犯。除非勸阻他人不要犯罪，他人卻出乎意料之外基於對立態度而實行犯罪，則該勸阻非教唆。因為不是只要有因果關係的促成他人犯罪皆屬之，通說遂主張「接觸理論」，教唆者與正犯之間應有心理（精神）接觸或溝通，進而影響其意思決定，否則將模糊教唆行為與自我負責原則的界限。例如幫傭基於報復雇主故意不關門，目的是挑起竊賊入內偷竊，如此行為若成立竊盜罪的教唆犯，則教唆行為的範圍未免失之過寬；同樣地，搶奪犯為了擺脫群眾追捕，故意沿路撒錢，目的是引誘追捕者撿錢，撒錢者不成立侵占遺失物罪的教唆犯。理由是行為人僅是製造一種可能促成犯罪的情況，對於法益的存在風險並未以嚴重的方式升高，充其量只是對他人法益受侵害有可能而已，故不應評價為獨立的法益侵害。此外，意見表達或提供資訊雖然惹起他人犯罪，也非教唆³，例如有人對外傭說：「真笨！她竟然沒

² Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 2016, Rn. 814.

³ Roxin, Strafrecht AT, Band II, 2003, § 26 Rn. 74f, 80 f.; Stratenwerth, Strafrecht AT I, 2000,

有利用機會私吞僱主錢財」、或「○○農會戒備鬆散」、或例如有人在網路上露天拍賣網站的討論區發表「自家附近幾隻流浪狗被可惡的小孩虐待」言論，行為人故意想激怒發表人，再以刑事提告要求和解金，遂以暱稱「濫咖必殺」之名質疑發表人內容之真實性，卻刻意小心措辭，回稱「討論區就出一些混蛋」或「請個新帳號來噏，我看，十之八、九是個被我教訓過的手下敗將」回應。發表人因此心生不滿，以「他媽的有種就不要回」、「隔空抓藥的騙徒」回罵，如此言論雖然已構成公然侮辱罪，但挑唆者是否有刑責？由於行為人僅是製造一種可能促成犯罪的情況，雖然出自惡意，但侮辱者是以自我負責原則方式違犯法律。

教唆犯的行為是「教唆」，並沒有要求他人有義務實現犯罪，正犯則是能決定是否犯罪與如何犯罪的實行者，倘若正犯受到教唆內容的拘束，唆使者反而應成立間接正犯，否則，唆使者與正犯在命令關係上若無等級關係，在教唆犯依其所教唆之罪處罰的規定下，教唆犯很明顯地屬於多餘概念。在有些情況中，行為人遊說他人犯罪與自己的利益無關，而是基於他人利益為之，處以所教唆之罪刑，似乎不合理，然教唆行為之所以科以如正犯之刑，乃因行為具有特別危險性，在大部分情形中，當他人著手犯罪後，教唆犯不再能可以獨自中止犯罪。因此，較合理的見解是接觸理論，教唆者與正犯之間應存有客觀因果關係的溝通交流行為，明示或默示皆可⁴。

Rn.143; Wessels/Beulke/Satzger, aaO., Rn. 814; Schoenke/Schroeder, Strafgesetzbuch, 2014, § 26 Rn. 3 f.

⁴ Roxin, aaO., Rn. 89; Fischer, Strafgesetzbuch, 2017, § 26 Rn. 13.

在本案中，甲見乙因氣憤作勢要將丙丟入大鍋中，猶對乙嗆聲「有種就把她丟進去！」乙順應甲之言而將丙放入熱水中，甲的行為是否為教唆？在當前社會價值觀中，男人被女人嗆聲是否為男人或有沒有「種」，屬一般人難以忍受的挑釁，在客觀上足以挑起對方真的付諸行動，因此，甲的言語刺激喚起乙的行為決意，乙將丙放入熱水中與乙的言語具有因果關係。至於此結果是否屬於甲的認知範圍內並符合其真正的本意，則屬教唆故意的問題。

（二）教唆故意

刑法第 29 條雖然未規定教唆犯的主觀要件，國內學者主張如德國法之要求，認為教唆行為必須基於雙重故意，即行為人必須在知與欲之下，喚起他人從事特定犯罪的行為決意以及促使他人犯罪既遂的故意，倘若行為人因過失行為招致他人實行犯罪，不成立教唆犯。教唆故意必須針對正犯意思的喚起，包含所有故意的型態，亦即可以是未必故意，只要行為人認為能喚起他人行為決意且不違背其本意，即為已足。除此以外，教唆故意也必須針對經由他人所實現的犯罪而教唆，如果行為人教唆時主觀上並未有侵害法益的意思，相對人卻誤會其意思，欠缺教唆故意。又處罰共犯係基於法益侵害的惹起理論，如果行為只會讓正犯達於預備或著手階段，行為人欠缺教唆故意，從而一致的見解是，教唆故意必須具有令正犯犯罪達於既遂的意涵⁵。

教唆犯的不法內涵從屬於正犯的犯罪，教唆故意的內容應有足夠的明確性，因為只有在如此要求下，他人才能知道教唆故意是針對哪一種犯罪，只是認知自己的行為會喚起正犯違犯任何一種刑法

⁵ Wessels/Beulke/Satzger, aaO., Rn. 819; 林山田，刑法通論（下冊），2008，頁 111。

規範，不足以肯定具有教唆故意。刑法第 29 條第 2 項規定：「教唆犯之處罰，依其所教唆之罪處罰之」，教唆的犯罪必須具體，但必須達於何種具體程度？如果行為人向他人聲稱：「可以對銀行搶劫」，結果他人對郵局為之，因為行為人的教唆內容涉及取得錢財的可能性而已，欠缺教唆犯應具備教唆故意的要求；反之，如果行為人告知搶奪超商，正犯卻搶奪加油站，因為實現的搶奪構成要件屬於行為人的認知範圍內，仍構成教唆犯，是故，教唆故意的具體內容無須包含個別的客體特徵、地點、時間與其他情狀，只要能包括犯罪構成要件的重要不法內涵範圍即可。重要的範圍大致上是損害多寡以及侵害的方向，且描述的特徵足以認識具體個別的犯罪過程。如果僅稱犯罪的法益，如生命、財產或自由，仍不夠具體，而是要求構成要件的基本特徵，如殺人、剝奪行動自由或竊盜等，但不要求到鉅細靡遺程度，例如詐欺罪的教唆犯必須認識他人基於不法所有意圖以詐術獲利，而非施以強制方法取財。無爭議的是，教唆內容必須針對特定對象，對象可以不是針對一個人，若是特定一群人也可以⁶，例如收購贓物者告訴三個人，目前需要日系汽車的零件，徵求幫忙取得。縱使唆使者沒有指示實行的個別化情形，例如何時、何地、如何進行等情節，只要其中一人依自己計畫實現，肯定教唆故意的存在。

行為人認為只是製造挑起他人犯罪的可能性，不足以肯定教唆故意，因為如此想法不含有法益侵害的認知，縱使喚起他人犯罪決意是出於過失行為，也欠缺教唆故意，例如行為人談起有殺害仇人

⁶ Roxin, aaO., Rn. 133 ff.; Stratenwerth, aaO., Rn. 149; Fischer, aaO., § 26 Rn. 8; Wessels/Beulke/Satzger, aaO., Rn. 819.

之意，他人卻出乎意料之外地真的付諸實現。又唆使者對正犯所為僅在教唆故意的範圍內負起刑事責任，若正犯逾越教唆故意，唆使者對此不須負責任，惟教唆故意的認定範圍應比共同正犯與間接正犯的故意廣，畢竟教唆犯對於犯罪實行的細節完全讓正犯決定，不重要的背離，不影響教唆故意⁷。

在本案中，甲對乙嗆聲：「有種就把她丟進去！」此挑激行為是否肯定教唆故意？因為丙是甲、乙的女兒，甲的嗆聲應只是一時氣話，並非真的希望乙將丙放入鍋內，甚至認為乙不至於會付諸行動，且甲看見乙的作為後，也嚇得趕緊撈起丙送醫急救，甲欠缺教唆犯應有的雙重故意，不構成殺人罪的教唆犯，同理，也不成立殺人罪的幫助犯。

三、甲考慮成立刑法第 276 條過失致死罪

甲對丙的死亡結果欠缺任何參與型態的故意，但丙的死亡結果卻與甲的行為具有因果關係，因為沒有甲的刺激行為，乙應該不會將丙放入鍋內。甲對乙的嗆聲內容有可能導致乙一時衝動而實行，故結果的發生屬客觀與主觀可預見的範圍內。又甲、乙二人常因乙外出飲酒及工作、家庭之事發生爭執，甲曾於爭吵時氣稱：再喝酒，就把小孩丟進鍋子煮等語，乙也因此遭友人戲謔調侃，行為當時，二人又因為乙喝酒發生爭吵，甲當時知道乙抱著丙站在滾燙麵條的鐵鍋旁，仍然以一般男人在意的言語刺激乙，此行為對於丙的生命與身體健康製造風險，故違反客觀與主觀注意義務，製造的風險也實現，結果並具有可避免性，違法性與罪責性皆成立。

⁷ Wessels/Beulke/Satzger, aaO., Rn. 822.

參、結論

乙認識將十個月大的小孩放入滾燙麵條的鐵鍋內有可能導致死亡，仍不經思慮衝動地實行之，論以殺人罪。甲的行為對乙而言，雖然是具因果關係的教唆，但欠缺教唆故意，不成立殺人罪的教唆犯，惟行為違反主、客觀注意義務，結果也是主、客觀上可預見，成立過失致死罪。

第十六題 不知被害情形下的教唆行為

甲、乙兄妹的姑媽丙直到晚年時仍小姑獨處，但有一位多年互相照顧的同居人丁，丙為了讓甲、乙二人方便拜訪她，將家中一把鑰匙交給二人。某個星期日早上，乙向甲訴苦，稱經商失敗債台高築，快走投無路了，甲告訴乙，丙生活富裕，在衣櫃裡有個秘密珠寶箱，乙可以拿出來變賣應急。乙立即到丙家，希望能趁機取走，卻發現丙、丁二人不在家，乙於是進入屋內順利拿走珠寶箱。然當天傍晚，甲、乙二人接到有關丙的噩耗，丙於星期六晚上因舊疾復發於凌晨時分不治死亡，事後，甲、乙二人得知，依丙的遺囑，珠寶箱留給家族三代單傳的甲。問：甲、乙成立何罪？

壹、問題爭點

刑法中的錯誤問題呈現多樣化，即使在共犯理論的領域中，共犯也會發生錯誤，尤其是被教唆者發生客體錯誤時，此錯誤對正犯的評價至今仍屬爭議的問題。然較少受到注意的是，行為人誤認自己的動產是他人所有，進而唆使或幫助他人竊盜或侵占，行為人是

否仍然成立教唆犯或幫助犯？若要解決此問題，必須由共犯的處罰理由以及刑法保護目的切入，方能得出合理的結論。

貳、案例分析

一、乙考慮成立刑法第 320 條第 1 項竊盜既遂罪

(一) 他人動產

行為客體是他人動產，動產是任何一種事實上可以分離移動的有體物，他人則係指動產既不屬於行為人單獨所有，也非無主物，然行為人與他人共同持有或所有，對行為人而言，也是他人動產，至於行為客體是否屬於他人動產，則依行為人行為時的事實與法律情況而定。在本案中，珠寶箱原本屬於丙所有，丙死亡後，依丙的遺囑，珠寶箱依法屬於甲所有，因此乙取走珠寶箱時，丙已死亡，珠寶箱屬於甲所有，對乙而言，珠寶箱是「他人動產」。

(二) 竊取

乙必須有竊取行為，竊取係破壞舊的以及建立新的持有關係，而持有人與動產之間的事實支配關係，則依客觀上日常生活的自然觀點，持有人能毫無阻礙地直接影響動產，而且主觀上具備支配意思。在本案中有疑義的是，乙將珠寶箱從丙宅取走時，丙已死亡，乙是否破壞丙對珠寶箱的支配關係？對「持有」的主觀要素雖然只要求具備潛在的支配意思即可，因此睡覺或昏迷者，仍肯定對自己的財物具有支配意思，但死亡者因為不再可能持有動產，此時的動產是否仍有人持有之，則視情形而定。然否定此時的動產一定為繼承者所持有，因為繼承者對此動產因不知繼承事實而無支配意思，

從而無法對此動產產生事實影響¹。甲雖然是珠寶箱的繼承人，不過，甲對此並不知情，故珠寶箱非甲所持有，由於珠寶箱放在丙宅裡，屬於特定空間內的動產，丁是丙的同居人，故珠寶箱屬於丁持有，肯定乙破壞丁對珠寶箱的持有關係，並建立新的持有關係。

（三）竊取故意與不法所有意圖

乙必須認識珠寶箱是他人動產而竊取，因為乙竊取時珠寶箱屬於甲所有，甲建議乙拿走是否能排除竊取故意？乙在行竊時不知道丙已死亡，也不知道甲是珠寶箱的繼承人，故乙只要行竊時認識珠寶箱不是自己或甲所有，乙對珠寶箱所有人的錯誤認識並不影響當時具有「竊取他人動產」的故意，乙具有不法所有意圖。

（四）違法性與罪責性

因為甲是珠寶箱的所有人，甲建議乙取走珠寶箱是否能阻卻乙竊取行為的違法性？亦即乙是否已取得甲的承諾？因為承諾必須建立在毫無瑕疵的意思決定上，而甲當時根本不知道自己是珠寶箱的所有人，難謂是一種有效的承諾，無法阻卻竊取行為的違法性，乙的行為具違法性與罪責性。

二、甲是否成立刑法第 320 條第 1 項與第 29 條竊盜既遂的教唆犯？

刑法第 29 條教唆犯是教唆他人使之犯罪，甲建議乙將珠寶箱拿出來變賣，乙成立竊盜既遂罪，甲不僅有教唆行為，也具有教唆犯應有的雙重故意。在本案中有疑義的是，甲於教唆時，珠寶箱已屬於自己所有，甲是否成立竊盜既遂罪的教唆犯？如此結論是否符

¹ Schoenke/Schroeder, Strafgesetzbuch, 2014, § 242 Rn. 30.

合教唆犯的處罰目的？

早期學說認為處罰教唆犯的理由係採罪責參與理論，之所以處罰教唆者係因為其令正犯有罪責地成為犯罪人，教唆者對製造犯罪與犯罪人應負起責任，因此，乙的竊取決意由甲喚起，甲成立竊盜既遂罪的教唆犯。只是依現行法第 29 條第 2 項「教唆犯之處罰，依其所教唆之罪處罰之」的規定，立法者無視於正犯的墮落與否，而是完全針對教唆犯本身之不法而處罰，故罪責參與理論並不符合立法者處罰教唆犯的目的規定；又依新刑法規定，共犯採限制從屬原則，肯定共犯參與一個無罪責的行為，仍有處罰的可能。通說則採惹起理論，處罰共犯的理由在於共犯的參與行為是一種從屬性的惹起，其透過正犯而間接影響法益侵害，共犯對法益的間接侵害乃是其處罰理由，因其令正犯實現構成要件有可能。共犯不僅與正犯犯罪具有因果關係，而且經由喚起他人的犯罪決意或對正犯的提供幫助，導致他人法益受到侵害，其前提是受侵害的法益對共犯而言，同樣受到保護²。竊盜罪保障的是財產，在本案中，乙的行為是一個故意的違法行為，但乙所侵害的法益對甲而言必須也受到刑法保護，由於甲在不知情下促成乙竊取自己的財產，其侵害的法益是一個自己可以自由處分的客體，因此，依教唆犯處罰理由，甲不成立竊盜既遂罪的教唆犯。

三、甲成立未遂教唆？還是竊盜未遂罪的教唆犯？

甲雖然不成立竊盜既遂罪的教唆犯，但甲有教唆故意與教唆行為，甲成立不處罰的未遂教唆？還是竊盜未遂罪的教唆犯（教唆未

2 黃惠婷，由教唆犯本質論虛偽教唆，台灣本土法學雜誌，第 21 期，2001/4，頁 11 以下。

遂)？學界有不同的見解：

(一) 未遂教唆

未遂教唆是教唆者教唆他人犯罪，他人未至犯罪，教唆者的教唆行為達於著手階段，因此是從教唆者的立場評價，現行法不處罰未遂教唆。行為人教唆他人使之犯罪，行為人若不知對於他人犯罪的客體具有自由處分權，客觀上因為欠缺法益侵害的可能性，行為人成立未遂教唆。理由是：正犯若因教唆而犯罪，正犯的犯罪既遂在客觀上並不會形成行為人教唆行為的不法，此情形如同行為人在不知情下「竊取」自己的動產，不會成立竊盜罪的正犯一樣，同理，為什麼在不知情下唆使他人「竊取」自己的動產就應該受處罰？因此，所有人不僅可以隨心所欲處分自己的動產，而且也可以決定他人如何處分此動產。

在本案中，甲不知道珠寶箱於自己行使教唆行為時已屬於自己所有，甲透過喚起犯罪決意的行為促成乙的竊取行為，珠寶箱對甲而言，不是刑法上所要保護的客體。從犯罪的整體而論，並沒有法益受到侵害，但不是因為所要保護的法益客體不適格，而是行為對整體的犯罪不是一種侵害。基於法益保護的理由，沒有必要處罰唆使他人侵害自己動產的行為，所要非難的僅剩下教唆者想要侵害他人法益的意思，因此，甲喚起乙的犯罪決意是一種著手實行教唆乙竊盜的行為，甲的教唆行為僅達於著手階段，未遂教唆依舊刑法第29條第3項仍以未遂犯論，現行法屬不罰行為。

(二) 教唆未遂

不少學者主張教唆者教唆他人犯罪，自己卻是被害人的情形，應成立未遂犯的教唆犯，如此結論乍看之下似乎有不合理之處，因

為正犯已達於既遂，為何教唆者不成立既遂罪的教唆犯？反而成立未遂罪的教唆犯？之所以成立教唆未遂，是因為正犯侵害的是教唆者自己所有且可以自由處分的客體，對教唆者而言，正犯的行為欠缺結果不法，但教唆者唆使他人犯罪可以肯定其行為不法。共犯的刑責不是因為製造犯罪與犯罪人，而是正犯實現的犯罪可以歸責於共犯，只是共犯必須希望正犯實現犯罪。共犯對於正犯實現犯罪應負起責任的前提是，正犯所侵害的法益對共犯而言，也受到保護，若正犯所侵害的法益對共犯而言，非屬刑法所保護的對象時，成立未遂犯的教唆犯或幫助犯。此情形猶如正犯以為動產屬於他人而竊取，沒想到卻是自己的，正犯仍然成立竊盜（不能）未遂罪；同樣地，教唆者認為動產屬於他人而教唆正犯竊取，沒想到動產正是自己所有，教唆者錯誤的認知只令正犯行為達於未遂程度，而不是令整個教唆行為達於未遂³，唆使者成立（有危險）不能未遂犯的教唆犯，故二者的不法情形一樣，差異之處在於後者是經由他人實行犯罪，如因而認為令他人實現犯罪與自己犯罪應有不同評價時，反而是一種矛盾⁴。此外，正犯侵害教唆者得以處分的法益，從教唆者的觀點而言，在刑法評價上並非毫無意義。教唆者認為正犯為構成要件該當的行為，而正犯也實現犯罪，此情形與法益沒有受侵害不同，後者如教唆正犯竊取的是正犯自己的動產；也不同于侵害一個不適格的客體，例如教唆正犯竊取的客體是無主物，因為在後二者的情形中，從正犯的立場而論，欠缺正犯的適格性，所以不存有正犯，此時唆使者才是不處罰的未遂教唆⁵。

3 Jakobs, Strafrecht AT, 1991, 22. Abschnitt, Rn. 8.

4 Mitsch, Der praktische Fall – Strafrecht: Die wertvolle Uhr, JuS, 1999, S. 374.

5 Vgl. Nowak, Der Tatteilnehmer als sein eigenes Opfer – Zugleich Uegeberlegungen zum Strafzweck der Anstiftung, JuS, 3/2004, S. 199.

在本案中，珠寶箱對甲而言，不是他人動產，甲誤認此事實，導致乙的竊取行為對甲而言欠缺結果不法，由於甲不知情，行為時具有雙重的教唆故意，足以肯定甲的行為不法，而行為不法正是可處罰之未遂犯的關鍵。又刑法第 29 條第 2 項規定，教唆犯之處罰，依其所教唆之罪處罰之，因珠寶箱屬於甲所有，甲唆使乙竊取，乃是教唆乙為竊盜未遂的行為，依共犯處罰理由的惹起理論，甲成立竊盜未遂罪的教唆犯。

參、結論

丙死亡時，珠寶箱屬於甲所有，卻是丁持有，由於乙對此不知情，珠寶箱對乙而言乃是他人動產。乙不僅破壞他人持有關係與建立自己的持有關係，且甲的不知情也無法令乙取得有效的承諾，進而阻卻竊取的違法性，乙成立竊盜既遂罪。

刑法處罰共犯的前提是受正犯侵害的法益對共犯而言，同樣受到保護，若共犯間接侵害的法益是自己可以自由處分的客體，即使正犯成立既遂犯，共犯也不會成立既遂犯的共犯。然對共犯而言，正犯的行為欠缺結果不法，共犯唆使或幫助他人犯罪仍可以肯定行為不法。甲教唆乙竊取時，不知珠寶箱屬於自己，乙的竊取行為對甲而言欠缺結果不法，因甲仍有教唆故意，甲成立竊盜未遂罪之教唆犯。

第十七題 幫助故意

甲家境不好又失業，看報紙後打電話給綽號「阿輝」的乙，乙告知甲去銀行開設帳戶，一個月後再打電話給他。甲如約再聯絡乙，並將開設的帳戶存摺、提款卡與密碼以新台幣三千元賣給乙使用。不久，乙打電話給開設工廠的丙，自稱自己是某大哥的兄弟，如不匯款十萬元至甲的帳戶內，將不利於丙，丙恐遭不測，匯款十萬元至甲的帳戶內，隨即遭乙提領一空。試問：甲、乙刑責為何？

壹、問題爭點

幫助犯之成立以正犯行為具違法性為前提，除了提供幫助外，幫助犯必須具有幫助故意，然而對幫助故意的要求是否與教唆故意相同？何種情形可視為正犯逾越幫助故意的範圍？在本案中有爭議的是，乙利用甲提供的存摺等物為恐嚇取財，此行為是否是一種排除故意的逾越？

貳、案例分析

一、乙考慮成立刑法第 346 條第 1 項恐嚇取財罪

恐嚇取財罪係行為人施以恐嚇，使人將本人或第三人之物交付，恐嚇是以強暴、脅迫或其他不法手段施加於被害人，使其心生恐懼而受其強制，然強制程度未達於不能抗拒。今乙對丙自稱是大哥的兄弟，若不匯十萬元於指定的帳戶內，將不利於丙，乃是對丙施以精神上的脅迫，令丙心生畏懼而未達於不能抗拒的程度，丙因而處分財產，並造成財產損失，肯定乙施以恐嚇取財行為，並有恐嚇取財的故意以及為自己不法之所有意圖，違法性與罪責性皆成立，乙成立既遂的恐嚇取財罪。

二、甲是否成立刑法第 346 條第 1 項與第 28 條恐嚇取財罪的共同正犯？

共同正犯是二人以上基於共同犯罪決意共同分擔實行犯罪，共同正犯彼此之間的行為互相橫向歸責。在本案中，甲參與的犯罪行為是依乙指示開設帳戶，並提供存摺、提款卡與密碼，令乙得以對丙行恐嚇取財之用，如此參與對乙的恐嚇取財而言，並非是不可或缺的部分，甲扮演隸屬性的角色，否定具有正犯應有的犯罪支配，又二人之間欠缺共同恐嚇取財的犯意聯絡，甲不成立恐嚇取財罪的共同正犯。

三、甲是否成立刑法第 346 條第 1 項與第 30 條恐嚇取財罪的幫助犯？

幫助犯是幫助他人實行犯罪，幫助犯採限制從屬原則，今乙已成立恐嚇取財罪，甲可能成立本罪之幫助犯，只是甲必須有幫助行為與幫助故意。

（一）幫助行為

刑法第 30 條第 1 項規定幫助犯是幫助他人犯罪者，然對於幫助行為並無進一步限制範圍或種類，故依文義解釋可得出多種可能性，尤其幫助行為是否應與犯罪結果具有因果關係，對此有持否定與肯定見解。惟客觀歸責以行為與結果之間的因果關係為前提，另外，避免刑罰不當擴及於不處罰的未遂幫助，故以肯定因果關係說較合理¹。實務認為²，行為人「所為之幫助行為，基於行為與侵害法益結果間之連帶關聯乃刑事客觀歸責之基本要件，固須與犯罪結果間有因果關聯，但不以具備直接因果關係為必要，舉凡予正犯以物質或精神上之助力，對侵害法益結果發生有直接重要關係，縱其於犯罪之進行並非不可或缺，或所提供之助益未具關鍵性影響，亦屬幫助犯罪之行為。」

幫助行為之種類可分為物質幫助與精神幫助，前者如提供犯罪工具；後者如對正犯提供有影響的任何一種建議，但沒有積極作為的默許，並非幫助。行為人若僅加強犯罪決意時，只有當正犯對犯

1 黃惠婷，幫助行為與因果關係，台灣本土法學雜誌，第 12 期，2000/7，頁 137 以下。

2 最高法院 102 年度台上字第 1650 號。

罪實行與否舉棋不定，因受幫助者的鼓舞而堅定犯罪決意，提高他人法益受侵害的機會，方肯定因果關係而成立幫助犯。又刑法處罰秘密幫助，故幫助犯不以直接對正犯提供幫助為限，也不以提供的幫助必須與正犯實現犯罪構成要件有關為要件，即使對正犯的預備行為提供幫助，只要正犯利用此幫助而達於可罰的未遂或預備行為，亦可成立未遂犯或預備犯的幫助犯³。本案中，甲提供乙存摺與提款卡，乃是一種物質幫助，且與乙的恐嚇取財具有因果關係。問題是，甲對客觀上幫助乙恐嚇取財的行為是否具有幫助故意？

（二）幫助故意

幫助犯必須具有幫助故意，若因過失而對他人犯罪提供幫助，欠缺幫助故意。幫助故意可以是直接故意或未必故意，幫助者依其對客觀情形的認識，認為犯罪的實現不是不可能而予以幫助，屬於未必故意。有如教唆犯一樣，幫助故意具有雙重意義，幫助者不僅認識其行為對特定的他人犯罪提供助益，而且也希望藉由幫助令正犯達於既遂。有疑義的是，對正犯的犯罪認識應達何種程度，才肯定具有幫助故意？在本案中，因為甲看報後打電話給乙，乙要求先開帳戶，甲為了三千元而將自己的帳戶等重要物件賣給乙使用，客觀上提供的帳戶確實供乙不法使用，成為向丙恐嚇取財之犯罪工具。只是甲對乙想透過自己的帳戶行恐嚇取財並無具體認識，甲知道提供帳戶即可獲利，並進而為之的意思是否足以肯定具有幫助恐嚇取財的故意？

3 有關預備犯的幫助犯如預備犯的教唆犯一樣，容有爭議，進一步可參考黃惠婷，新、舊法未遂教唆之檢討，月旦法學教室，第66期，2008/4，頁81以下。

1、實務見解

早期實務認為，幫助犯「非但行為之外形可認為幫助，且必須與正犯有犯意聯絡，若幫助之人，誤信為正當行為，並無違法之認識，則其行為縱予正犯以助力，尚難遽令負幫助之罪責⁴。」或謂「刑事法上幫助犯之成立須客觀上有幫助行為，主觀上有幫助故意，即行為人知他人係實施犯罪，且認識其行為將足以就他人所實施之犯罪發生助力為要件，若其行為雖在外觀上有對他人犯罪施以助力，然其對正犯之犯罪行為並無認識，即屬欠缺幫助故意，自難論以幫助犯⁵。」

實務認為，幫助故意不限於直接故意，也包含間接故意，「所謂間接故意係指行為人對於犯罪構成事實，預見其發生而其發生不違反其本意而言，刑法第 13 條第 2 項定有明文。而幫助犯之成立，以行為人主觀上認識被幫助人從事犯罪，而其行為足以幫助他人實現構成要件，即具有幫助故意，並不以行為人確知被幫助者係犯何罪名為必要。」「按近年來詐欺或恐嚇集團，先利用電話向民眾施以詐欺或恐嚇，再要求被詐欺或恐嚇之民眾，以 ATM 匯款或親自至金融機構匯款之方式匯入詐欺或恐嚇集團指定之帳戶，而詐欺或恐嚇集團指定帳戶之使用者，往往雖非詐欺或恐嚇集團之核心份子，但大部分提供帳戶資料之人均具直接故意或間接故意，且提供者事後大多經法院以幫助犯判刑之社會事實，時有所聞，並經新聞媒體一再傳述，並告誡一般民眾不能隨便提供帳戶資料予他人等情，為眾所週知之事實。」倘若依行為人之社會生活經驗及智識程

4 最高法院 20 年上字第 1828 號判例。

5 最高法院 100 年度台非字第 35 號。

度，足認其應能預見提供自己帳戶之提款卡及提款卡密碼予不認識之人保管、或是自己帳戶之提款卡及提款卡密碼遺失，可能遭人將之作為從事恐嚇取財等犯罪行為之工具，而行為人卻又將帳戶之提款卡及提款卡密碼，交給不認識的他人，肯定至少具備幫助的未必故意⁶。

近期實務亦認為，「幫助犯之成立，主觀上行為人須有幫助故意，客觀上須有幫助行為，意即需對於犯罪與正犯有共同之認識，而以幫助之意思，對於正犯資以助力，而未參與實施犯罪之行為者而言。」行為人將銀行帳戶影本、提款卡、密碼交予詐欺集團成員作詐騙被害人財物之用，顯係基於幫助他人詐取財物之犯意所為，屬刑法詐欺取財罪構成要件以外之行為，以幫助他人犯罪之意思而參與犯罪構成要件以外之行為，自應以幫助犯論⁷。不同情形是，如果行為人不僅提供存摺、金融卡及密碼，又依指示擔任取款工作（即俗稱詐欺集團「車手」之工作），行為人雖未確知其他成員參與及分工細節，但所分擔從事者為詐欺取財犯罪之構成要件行為，而非單純的幫助行為，肯定具有相互利用之共同犯意，各自分擔部分行為，應就詐欺集團成員所為犯行負共同正犯之責任⁸。

對於提供帳戶之幫助故意認定，實務進一步闡述，「一般國人向金融機構開設帳戶，並無任何法令限制，若係用於存款之正當用途，大可光明正大自行申請使用，而帳戶之用途係用來存提款項，一旦有人刻意收集他人帳戶使用，依一般常識，極易判斷係隱身幕

6 臺灣高等法院 95 年度上易字第 1689 號。

7 臺灣高等法院 106 年度上易字第 1438 號；最高法院 107 年度台上字第 407 號。

8 最高法院 106 年度台上字第 4051 號。

後之人，基於使用別人之帳戶躲避存提款不易遭人循線追查之考慮而為。」「日常生活常見中，不法之徒利用他人帳戶，以掩人耳目進行之不法行為中，最常見者不外乎詐騙他人錢財，一般稍具知識之人，對此情形絕難諉以不知。存摺、金融卡及金融卡密碼均係與個人隱私有關之重要物件，一般人非無特殊目的，均不會任意交由他人保管或使用」。有疑義的是，本案中，乙利用甲的帳戶為恐嚇取財，非詐欺取財，是否足以影響幫助故意？實務認為，出售帳戶之人與收購帳戶之人「非親非故，無非係貪圖出售帳戶之金錢利益……對於該等帳戶可能遭詐欺集團用以連續詐欺取財，應有預見，對於被害人因此受財產上損害之結果，應負幫助犯之罪責。」

「目前出售人頭帳戶，大多係遭用以詐取財物，諸如本案遭用來作為恐嚇取財之匯款工具，究非屬常態。既無證據足可證明被告出售帳戶時，已預見該帳戶供用作恐嚇取財工具之蓋然性極高，依『罪疑其利益歸於被告』之原則，應為有利被告之認定」，從而甲「主觀之認知（幫助詐欺取財之不確定故意）與客觀上發生之事實（幫助恐嚇取財），既生齟齬，依構成要件錯誤理論，應阻卻幫助恐嚇取財之不確定故意」，甲「提供帳戶供不明人士使用，而容任不法犯罪結果之發生，在其主觀預見之範圍（即詐欺取財）內，應負幫助犯之罪責」，甲成立詐欺既遂罪的幫助犯⁹。

2、學界見解

有論者認為，幫助故意應如教唆犯一樣，必須針對特定犯罪而提供幫助，因為共犯的不法內涵從屬於正犯，具體情形又決定正犯的不法，故共犯的故意應對相關的具體情形有所認識。若認識正犯

⁹ 臺北地方法院 94 年度易字第 729 號。

想侵害任何一種刑法所要保護的法益、或僅認識犯罪的種類而已，尚不足以肯定教唆或幫助故意。雖然不要求共犯認識正犯犯罪的細節部分，但對於行為方式的基本輪廓應有所認識，例如殺人或竊盜¹⁰。

另有學者認為，對幫助故意的具體認識程度要求應比教唆犯為低，理由是教唆犯必須表明何種犯罪，故至少對犯罪有概括的認識，尤其對於犯罪的結果；幫助犯則是對正犯已計畫的犯罪提供幫助，其幫助是順應正犯犯罪而提供，若對正犯提供技術上的建議或物質上的支持，毫無疑義地可以成立幫助犯，故幫助犯只要認識能幫助正犯實現犯罪即可。再者，幫助犯有如性質屬事後幫助的贓物犯一樣，贓物罪的行為人對於先行行為的犯罪僅要求認識客體是贓物即可，至於是因何種財產犯罪獲得並不重要，因此，幫助故意之認定，以幫助者對犯罪不法範圍之認識為準，且認識透過幫助將升高他人法益受侵害的風險；易言之，幫助故意應包含對重要的不法內涵與侵害方向的認識。至於犯罪的細節可以不認識，例如何時犯罪、何處犯罪、針對誰、動機為何、損害範圍大小、攻擊的手段以及在何種特別情形下實行等，甚至於正犯個人進一步身分，皆對幫助故意的成立不重要。幫助故意的成立也不要求幫助者應對外表達幫助意思，內心是否同意正犯犯罪，亦非所問，即便幫助者向正犯表示不同意利用其幫助以完成犯罪，但放任正犯自行負責，若造成幫助與犯罪結果具有客觀因果關係，仍成立幫助犯¹¹。

相反地，若提供的參與於客觀上符合幫助犯的要件，但參與者

¹⁰ Stratenwerth, Strafrecht AT, Band I, 2000, § 12 Rn. 162, 147.

¹¹ Roxin, Strafrecht AT, Band II, § 26 Rn. 272.

不知其行為足以幫助正犯完成犯罪，否定存有幫助故意，例如 A、B 二人利用深夜潛入他人工廠內，想搬走他人所屬的發電機，C 恰巧走過，好奇進入一片漆黑的廠房內，看見不相識的 A、B 共同抬著一部發電機往外走，C 詢問二人搬什麼物品，A 答稱發電機是他們的，準備要搬回家，C 於是熱心地幫二人推開大門，以利通行，C 不具有幫助故意。有爭議的是，若正犯實行幫助者所認識的構成要件以外之行為，則何種情形是正犯的逾越行為？是否所有的逾越行為皆能排除幫助故意？

較無疑義的是，正犯實際所為的犯罪係完全與原計畫不同的犯罪構成要件，例如計畫傷害，卻為擄人勒贖、或計畫偽造文書，卻為竊盜，幫助者對正犯完全脫離原來犯罪計畫的行為不負刑責，對於想幫助的犯罪，成立不處罰的未遂幫助。但正犯實行其他犯罪，此犯罪不法內涵可能是幫助故意所涵蓋的範圍，例如正犯原本計畫恐嚇取財，卻為含有詐欺性質的恐嚇取財，幫助者仍應成立幫助犯。若幫助者想幫助的犯罪與正犯實際實行的犯罪在構成要件上具有「近親關係」，但彼此的要件不具有補充、特別或可包含的現象時，例如竊盜與詐欺，或恐嚇取財與強盜，雖然對於正犯的犯罪並無具體認識，但大致上知道所涉及的法益，則對於正犯已成立的犯罪也應成立幫助犯。因此，幫助者認識正犯使用強制方法取財，至於行恐嚇取財、強盜或擄人勒贖，不影響成立該罪的幫助故意。判斷的重點是：正犯逾越原計畫的行為對幫助者而言，是否屬於重要的偏離而定¹²。

在本案中，有如實務見解所指出，甲交付乙存摺等物，即可輕

¹² Schoenke/Schroeder, Strafgesetzbuch, 2014, § 27 Rn. 29.

易獲利三千元，甲對乙利用存摺實行有關財產犯罪的行為，難以推諉不知。至於實務認為存摺一般使用於詐欺取財，今乙使用於恐嚇取財，此結果非甲能預見，然此見解似乎不夠客觀與狹隘。存摺、提款卡與密碼顯然與錢財有關，此等物品難道不能供作其他財產犯罪的工具？例如背信、強盜或擄人勒贖等罪，因歹徒的犯罪手法隨時會翻新，若將存摺等物侷限使用於詐欺而已，則是不當限縮存摺與提款卡於當今社會經濟上的功能。因此，甲交付存摺時，對乙具體的犯罪毫無認識或僅知其綽號，只要甲知道乙利用其存摺等物實行與存提款有關聯的財產犯罪，即使乙施以強制，對於甲的幫助故意並非是重要的偏離，違法性與罪責性皆成立，甲對乙的恐嚇取財罪應負幫助犯的刑責。

參、結論

幫助故意是幫助者認識自己的幫助對正犯犯罪提供助益，且具有令正犯達於既遂的意思，其對犯罪之具體認識要求比教唆犯為低，正犯實際上所為的犯罪是幫助者認識的不法內涵範圍內，肯定幫助故意。在本案中，甲雖然對乙想利用其存摺為恐嚇取財一事欠缺具體認識，但甲知道交付存摺等物即可獲利，因此，只要乙實行與存摺存提款有關的財產犯罪，並非重大逾越甲提供幫助時的認識，故乙成立恐嚇取財罪，甲成立恐嚇取財罪的幫助犯。

第十八題 幫助犯之參與時點

甲長期與鄰居乙相處不睦，某晚，丙因乙近日不停地討債懷恨在心，遂趁乙全家外出時，縱火燃燒乙不與他人住宅相連的木屋，甲看見乙的木屋起火，也知道乙全家外出，甲竟然對木屋多處潑灑汽油，造成屋頂本已開始燃燒的木屋，因汽油助燃燒得更猛烈，火苗迅速延燒整個木屋，待消防隊趕來時，木屋已全燒燬。問：甲、丙的刑責為何？

壹、問題爭點

共犯採限制從屬原則，成立幫助犯以正犯存在為前提，但幫助犯參與的時點是否有限制？在正犯完成犯罪以前，這時加入參與犯罪者可以成立幫助犯，應無疑義，但能夠成立幫助犯的最後時點是何時？則屬爭議性的問題。本案系爭的重點是，當正犯已達犯罪既遂，在犯罪尚未終了前，行為人此時才參與加入的行為令犯罪結果加速實現，應成立幫助犯或獨立的正犯？

貳、案例分析

一、丙考慮成立刑法第 173 條第 1 項放火罪

本罪的行為客體是「現供人使用之住宅或現有人所在之建築物、礦坑、火車、電車或其他供水、陸、空公眾運輸之舟、車、航空機」，住宅是供人居住生活的房屋或空間，只要屬於使用者生活空間的重心即可。在本案中，丙縱火的客體是乙平常居住的木屋，所以是乙的住宅。至於「現供人使用」係指住宅事實上在放火當時被充當居住使用，因為本罪是抽象危險犯，因此不以行為當時事實上真的有人在裡面為要件。在本案中，丙縱火時，乙全家外出，但木屋平常是乙一家人的生活重心，故符合本條項之客體要件。

本罪的行為是放火，所謂放火是一切足以引起行為客體燃燒之原因，若將引燃物撤離行為客體或撲滅，行為客體仍可獨立繼續燃燒即為放火，又放火行為是本罪未遂犯與預備犯區別之關鍵要件¹。本罪之既遂是放火行為造成行為客體燒燬，然客體著火燃燒到何種程度才是燒燬，有採獨立燃燒說、物質或效用毀損說、物質或效用一部毀損說以及主要物質或效用毀損說四種。行為客體的特定使用目的若完全喪失者，成立既遂，即使客體只是部分毀損，但造成主要功能部分喪失者，也是既遂，實務也認為燒燬係指火力燃燒，喪失物的效用而言，必須其物喪失主要效用，才是放火既遂²。在本

1 黃惠婷，刑法第一七三條之放火罪，台灣本土法學雜誌，第 41 期，2002/12，頁 72 以下。

2 林山田，刑法各罪論（下冊），2006，頁 279；最高法院 96 年度台上字第 2485 號。

案中，乙的木屋屋頂已遭丙放火燃燒，最後，又因甲的潑灑汽油令木屋迅速燒燬，肯定丙的放火行為達於既遂。丙認識木屋是乙一家人的生活重心，也認識放火會導致燒燬結果，丙具有放火故意，違法性與罪責性皆成立。

二、甲是否成立刑法第 173 條第 1 項及第 30 條放火罪之幫助犯？

在本案中，甲看見乙的木屋起火燃燒，對木屋多處潑灑汽油，造成屋頂本已開始燃燒的木屋，因汽油助燃燒得更猛烈，火苗迅速延燒整個木屋，最後全燒燬。雖然甲對木屋多處潑灑汽油，令火勢燒得更猛烈與快速，但甲不成立放火罪的共同正犯，因為甲與丙之間並沒有共同的犯意聯絡或犯罪決意。刑法第 30 條第 1 項規定：「幫助他人實行犯罪行為者，為幫助犯。雖他人不知幫助之情者，亦同。」故依共犯（限制）從屬原則，只要存有正犯的違法行為，幫助犯之幫助行為可以是秘密提供，甲考慮成立放火罪的幫助犯。

刑法第 30 條規定幫助犯是幫助他人實行犯罪，並未明定幫助之時點，而犯罪階段可分為犯罪決意、預備、著手（未遂）、形式構成要件完成（犯罪既遂）以及實質構成要件結束（犯罪終了）等階段。提供幫助的開始時點不一定與正犯犯罪同時，反而大部分的幫助發生於正犯預備犯罪的階段，只要幫助行為與正犯的犯罪既遂、可罰的未遂或可罰的預備行為具有因果關係，都可能成立（事前）幫助犯。甚至於正犯尚未有明顯的犯罪決意之前，提供幫助，也可以成立幫助犯³，例如正犯猶豫是否搶劫銀行，行為人告知何

³ 與本文立場不同的是，最高法院 94 年度台上字第 2822 號判決認為：「事前幫助，即

處可以購買槍枝，正犯稍後搶劫銀行所使用的槍枝是依據行為人提供的資訊而購得，提供槍枝訊息以堅定正犯搶劫意思，不是喚起犯罪決意。如同相續（或事中）共同正犯一樣，學界與實務也承認相續（或事中）幫助犯⁴，行為人在正犯實行犯罪時提供幫助，此時的參與者必須基於幫助故意，提供構成要件以外且不具犯罪支配的幫助，否則可能成立相續共同正犯。

有疑義的是，提供幫助的最晚時點是何時？在本案中，甲對乙的木屋潑灑汽油時，丙的放火行為已造成屋頂開始燃燒，依上述放火罪之既遂要件，甲開始參與丙的放火行為時，丙的行為已達於既遂，因此，衍生出一項問題：正犯行為達於既遂時，此時加入者是否還有成立幫助犯之可能？對此問題容有爭議。

（一）肯定說

一說主張，正犯犯罪行為達於形式構成要件完成後，只要實質構成要件尚未結束，因為幫助犯是幫助「犯罪」，而且直到犯罪終了仍是一個統一的犯罪過程，此時參與者仍可能成立幫助犯⁵。例如 A 看見 B 行搶 C，C 在後緊追 B，A 伸腿絆倒 C，讓 B 得以逃逸，因為 B 行搶的財物尚未達於安全穩固狀態，形式構成要件雖然已完成，但法益尚未終局受到損害、或加入者的參與加深法益的

事前從犯，係指於正犯決意犯罪之後，實施犯罪之前予以幫助者而言，此與……使具不確定犯罪之人堅定其犯罪之決意，以促成其為犯罪行為之教唆犯迥然不同。」因此，實務對於堅定他人犯罪決意認為成立教唆犯。

⁴ Roxin, Strafrecht AT, Band II, 2003, § 26 Rn. 255 f.; 林山田，刑法通論（下冊），2008，頁 132。

⁵ Schoenke/Schroeder, Strafgesetzbuch, 2014, § 27 Rn. 20; Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, 1995, § 31 Rn. 2; Otto, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 2000, § 22 Rn. 66.

侵害，仍會提高被害人因犯罪受損害的機率，故在法益受到終局損害前，都可能成立幫助犯，即使提供幫助者事前與正犯約定此時參與，也不影響幫助犯的成立。此結論同樣適用於詐欺罪，行為人以詐術騙被害人將存款轉入指定的人頭帳戶內，再指示此時加入的車手前往提款機取款。行為人施行詐術，讓被害人陷於錯誤並處分財產，但對他人財產製造危險是直到領出款項時，才實現終局的損害，車手的行為是對實現終局目的提供助力；相反地，若犯罪已終了，則不可能成立幫助犯，考慮成立贓物罪或湮滅刑事證據罪，例如行為人將強盜得來的財物運回住處後，朋友幫忙分售贓物。若犯罪於客觀上已終了，即使提供幫助者主觀上認為犯罪尚未終了也一樣，成立不處罰的未遂幫助。

依此說，本案中的甲參與丙的放火行為時，雖然丙的放火已達於既遂，對放火罪而言，行為客體完全燒燬，仍屬於既遂構成要件的不法內涵，當行為客體完全燒燬或火勢被撲滅時，方為本罪的犯罪終了，在這之前加入者因為與第一個放火行為對於結果的發生具有因果關係，仍然可以成立幫助犯。只是加強火勢的參與者仍然有可能成立單獨正犯，其與相續幫助犯的區別在於，行為客體若經由第一次的放火行為尚未完全喪失功能，例如空間還具有事實上的居住功能，而且第二次放火者獨立製造起火點，成立獨立的正犯。否則，第一次放火行為若達於既遂，第二次放火行為僅是加強火勢而已，成立相續幫助犯。又第一次放火行為若已造成行為客體欠缺適格性，第二次放火行為考慮成立不能未遂⁶。在本案中，甲參與放火時，丙的放火行為尚未令住宅完全喪失功能，甲只是潑灑汽油，

⁶ Schoenke/Schroeder, aaO., § 306 Rn. 14, 21.

令火勢更旺，並沒有製造新的、獨立的起火源，甲知道潑灑汽油會讓已起火的木屋更迅速、更容易燃燒殆盡，也具有燒燬殆盡的故意，肯定具有雙重幫助故意，違法性與罪責性皆成立，甲成立放火罪的幫助犯。

（二）否定說

反對見解認為，在他人形式構成要件已完成後，除非幫助者在正犯完成犯罪前允諾事後提供幫助，否則，此時的任何參與行為不再是有益於犯罪構成要件要素的實現，不可能成立幫助犯。反對的主要理由是肯定說違背罪刑法定原則，幫助犯是幫助他人實行犯罪行為者，只有當構成要件該當的過程仍在繼續進行時，才可能對他人實行犯罪提供幫助。又幫助犯是參與他人犯罪構成要件所規定的行為，而非法律所要保護的法益受到侵害皆屬之；反之，他人犯罪已既遂，即構成要件該當的行為已做完或構成要件該當的不法結果已產生，此時參與者所提供的幫助與他人犯罪的完成毫無關聯，若視為幫助犯的幫助，乃是逾越法條所規定的文義範圍。以竊盜罪為例，竊取行為是破壞舊的持有以及建立新的持有，行為人於正犯建立新的持有後加入，此時所提供的幫助只是令贓物的持有更穩固而已，但持有的穩固並非竊盜罪的構成要件，尤其行為人可能對任何犯罪提供幫助，若正犯犯罪完成後，參與者於犯罪終了前提供助益，也可以成立幫助犯，將可能被處以不合理的嚴刑，例如 A 持槍行搶銀行，在逃逸過程中，B 見狀開車攔阻追緝的警車或絆倒保全人員造成受傷或幫忙運送，若肯定成立加重強盜罪之幫助犯，其刑度很可能比成立強制罪、妨害公務罪、傷害罪或贓物罪的刑度高，因此，「犯罪終了」的概念有可能會不合理地提高事後參與者

的刑罰⁷。

其次，對財產犯罪或繼續犯而言，「實質構成要件結束」與「形式構成要件完成」的概念也許能夠明確區分，但對於其他犯罪不一定存有能操縱的標準，例如肇事逃逸罪，肇事者逃離現場，在尚未到達目的前，這時提供幫助的人是否成立幫助犯？亦即如果指示逃逸路線，此時幫助者成立幫助犯的理由若是因為正犯犯罪尚未終了，乃是對「犯罪終了」概念的恣意擴大，加深此概念的不確定性。固然幫助犯的幫助不一定都必須與所有構成要件要素有關聯，但只有當行為人的參與對構成要件要素的實現提供幫助，才考慮成立正犯的幫助犯。以詐欺罪為例，詐欺罪的既遂要件是行為人施以詐術，令被害人陷於錯誤進而處分財產，造成財產損失，當正犯對於被害人施以詐術，被害人因而陷於錯誤並處分財產，這時才加入者幫忙運走詐騙得來的財物，因為其參與導致被害人財物損失，仍然可以成立幫助犯。假設被害人已將款項存入詐騙集團所指定的人頭帳戶內，因為被害者的終局損害已產生，此時才加入者的領取行為不屬於構成要件所描述的行為，不成立詐欺罪的幫助犯⁸。

在本案中，依否定說，當第一個放火行為達於既遂後，此時參與者潑灑汽油，造成火勢蔓延更迅速，因為在起火客體上潑灑汽油是一種獨立的放火行為，不應該論以第一個放火罪的幫助犯，而是

⁷ Roxin, aaO., § 26 Rn. 259 f.; Rudolphi, Die zeitlichen Grenzen der sukzessiven Beihilfe, in: Festschrift fuer Jescheck, 1985, S. 567 ff.

⁸ Roxin, aaO., § 26 Rn. 263 f.; Schuenemann, in: Leipziger Kommentar, StGB, 12. Aufl., Band 1 Einleitung §§ 1-31, §27 Rn. 42 ff; Joecks, in: Muenchener Kommentar, Strafgesetzbuch §§ 1-51, 2003, § 27 Rn. 17 f.

放火罪的同時犯⁹。支持此見解的論者進一步指出，行為客體若是行為人過失導致燃燒或因為自然災害而引起，依肯定說，由於欠缺一個可以附麗的正犯，第二次的放火行為將無法成立放火罪的幫助犯。若論以放火罪的正犯，則沒有理由認為原先起火的原因是故意、過失或天災而得出不同的評價，因此，對於已燃燒的客體澆汽油，不僅是對火勢的蔓延置入該當構成要件的原因，而且製造客體完全燒燬的危險。因為不管客體起火燃燒是他人故意放火或出於過失或自然災害，參與的行為肯定提高對客體的風險，而足以影響因果歷程的發展，依此說，甲潑灑汽油令火勢蔓延的行為符合放火罪的構成要件，成立同時犯¹⁰，甲具有放火故意，違法性與罪責性皆成立。

參、結論

當甲潑灑汽油於乙的木屋時，丙的放火行為已達於既遂，除非甲事先允諾此時參與，否則對於一個已實現構成要件不法的行為不再可能提供任何助力。甲對於一個起火燃燒的客體潑灑汽油，令客體迅速完全燒燬，該當放火罪的構成要件，甲與丙成立放火罪的同時犯。

⁹ Roxin, aaO., § 26 Rn. 265; Schuenemann, aaO., § 27 Rn. 44.

¹⁰ Rudolphi, aaO., S. 565 f.

第十九題 中性行為之幫助性質

甲從事暴力討債，某日與小弟將債務人乙押到空屋內，甲向附近經營自助餐的丙訂便當，丙無意中由門縫看見乙被關在狗籠內，不想惹事生非的丙仍然持續販賣便當給甲，當警方營救乙時，正巧遇見丙送完便當想離開。試問：甲、丙刑責為何？

壹、問題爭點

幫助犯採限制從屬原則，除了要求一個可附麗的、違法的正犯行為外，客觀上必須有幫助行為。然幫助行為的種類依現行規定並不限制，日常生活之中性行為能否成為可罰的幫助行為？何謂日常生活之中性行為？刑法應如何評價？

貳、案例分析

一、甲考慮成立刑法第 302 條剝奪行動自由罪

本罪的行為是私行拘禁或以其他非法方法剝奪他人的行動自由，拘禁係指藉由外在固定或可移動的設備或防範措施阻礙被害人離開一定的空間，私行則係指拘禁違反被害人意思或缺法律授

權，與「非法」一樣，屬於違法性要素。其他方法剝奪他人行動自由可以是作為或不作為，只要方法足以妨礙或限制被害人的行動自由，影響其繼續停留於某一處所或離去停留處所而他往即可，因此，私行拘禁屬於非法方法剝奪他人行動自由的例示。又本罪保護的法益自我決定權，即個人潛在性的行動自由，個人只要具有變更或停留處所的意思決定能力以及行動實現此意思決定的能力者，皆是本罪保護的對象¹。在本案中，甲將乙關在狗籠內，乃是一種私行拘禁，肯定非法剝奪乙的行動自由，甲具有剝奪他人行動自由的故意，違法性與罪責性皆成立，甲成立剝奪行動自由罪。

二、丙是否成立刑法第 302 條與第 30 條剝奪行動自由罪之幫助犯？

丙送便當給甲時，無意間看見乙被關在狗籠內，仍然持續販賣便當給甲，丙是否成立剝奪行動自由罪的共同正犯？刑法第 28 條的共同正犯必須參與犯罪者基於共同的犯罪決意，共同實行犯罪之行為。今丙送便當是因為甲訂購，二人也僅在門口交易，故甲、丙之間欠缺共同剝奪乙行動自由的決意與行為的分擔，丙不成立剝奪行動自由罪的共同正犯，考慮是否成立本罪的幫助犯。

（一）幫助犯之成立以正犯存在為前提

幫助犯是幫助他人實行犯罪行為者，現行法對於幫助犯如教唆犯一樣採限制從屬原則，只要正犯犯罪具構成要件該當性與違法性即可。在本案中，甲已成立剝奪行動自由罪的正犯，一個足以令丙

¹ Fischer, Strafgesetzbuch, 2017, § 239 Rn. 2 f.; 林山田，刑法各罪論（上冊），2006，頁 180。

可以成立幫助犯的正犯已存在。有疑義的是，丙送便當的行為是否對甲剝奪乙行動自由罪提供幫助？亦即行為具備何種性質方符合幫助犯的客觀要件？

（二）幫助行為具因果關係且提高風險

刑法第 30 條的幫助犯係幫助他人實行犯罪，主觀上除了幫助故意外，客觀上必須有幫助行為。立法者對於幫助行為並沒有具體規定，遂產生如何的幫助才可以成立他人犯罪的幫助犯，討論的爭點之一是幫助行為是否應與正犯的犯罪具有因果關係。依客觀歸責原則，幫助行為與實現犯罪構成要件之間的因果關係不可或缺，我國實務亦採肯定見解，認為「幫助犯係從屬於正犯而成立，以正犯已經犯罪為要件，故幫助犯並非其幫助行為一經完成，即成立犯罪，必其幫助行為或其影響力持續至正犯實施犯罪始行成立²。」

然僅具有因果關係的幫助尚不足以肯定成立幫助犯，假設行為人提供竊賊複製鑰匙，竊賊將複製鑰匙帶到現場，卻因為大門未上鎖而未使用，但行為人提供複製鑰匙的行為若增強或鼓舞他人竊盜的決意，仍可能成立竊盜罪的（精神）幫助犯，只不過，正犯未使用提供的幫助，提供者為何也能成立幫助犯？因此，除了提供因果關係的幫助行為外，依客觀歸責原則，行為人必須對被害人製造的風險提高正犯實現犯罪的機率，幫助犯的風險升高原則係建立在共犯的處罰理由上，即故意提高正犯實現犯罪的機率且升高被害人受侵害風險的行為，乃是一種對他人法益的獨立侵害。在因果關係的風險升高見解下，幫助行為具備典型的四要素，亦即藉由幫助令正犯犯罪有可能、更容易或加強、確定侵害，此幫助行為的四特徵並

² 最高法院 86 年度台上字第 22 號。

不具拘束性，關鍵點在於：提供的幫助是否有利犯罪的實現而提高犯罪實現的風險³。

（三）中性行為的幫助性質

有關幫助行為的另一個爭點是：是否一個故意的、具因果關係且提高風險的幫助一定是可罰的幫助行為？此疑義源自於日常生活的中性行為，其係指行為人面對任何人都會有相同反應的行為，行為無關犯罪或犯罪人，而是為了自己利益且為法律所容許的目的。由於在多元化的社會中，每天有數不盡的商業交易行為與人際之間的往來互動，這些正常的職業工作或多或少與直接或間接助長他人犯罪的實現⁴，例如藥局販賣針筒給施用毒品者、農藥行販賣農藥給企圖毒殺全家的失業者、賣斧頭給家暴夫、賣工具給慣竊或賣煤炭給曾自殺的人，甚至銀行職員替洗錢集團開戶頭、律師提供法律見解給企圖湮滅罪證的委託人，或會計師提供的建議有助於老闆逃漏稅等。上述提供幫助行為者若對他人具體犯罪或可能遭濫用知情或具未必故意時，依共犯原則往往可能成立幫助犯。然行為人經由日常生活中不違法的商業行為而對犯罪提供助益，若論以幫助犯似乎有違常理，且與法治國原則不符。

在本案中，丙在甲來之前早已經營自助餐，甲訂購便當，丙依約外送，如此行為與日常生活中和其他顧客交易沒兩樣，丙是否成立剝奪行動自由罪的幫助犯，遂有討論的必要。其次，刑法應如何評價有益犯罪的日常行為，並非只涉及刑法總則有關幫助犯的問題

³ Roxin, Strafrecht AT, Band II, § 26 Rn. 210 ff.

⁴ Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 2016, Rn. 830; Hillenkamp, 32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil, 2001, S.170.

而已，同時也涉及刑法分則的犯罪構成要件，例如旅館業者提供家喻戶曉的通緝犯住宿，是否成立藏匿人犯罪？當舖收下贓物是否成立贓物罪？這些行為對於犯罪可以是事前、事中或事後提供幫助，只不過，學界對中性行為之幫助性質的見解至今仍分歧。

1、實務見解

早期實務見解曾謂「上訴人在製造嗎啡機關內，如僅係受僱洗滌器具等一切雜事，對於製造嗎啡並無加工行為，縱係知情，尚難論以幫助製造嗎啡罪⁵。」又於擄人勒贖案中認為，行為人雖未參與綁架、拘禁被害人或謀議分贓等行為，惟其容任正犯拘禁人質於其梅園藏匿處，提供餐點給正犯與人質食用，待人質逃離後，並到派出所查看情況，顯出於幫助正犯等人擄人勒贖之犯意，於事中予以助力，其以幫助之意思參與犯罪構成要件以外之行為，應係擄人勒贖罪之幫助犯⁶。

2、學界見解

(1) 肯定說

幫助犯是對他人實現犯罪提供幫助，且要求行為人主觀上具雙重故意，至於他人的犯罪只要具有構成要件該當性與違法性即可，故一個中性的職業行為已符合這些要件。又法條並沒有特別限制幫助犯可罰性的範圍，日常生活的中性行為若與他人犯罪有關係，亦肯定其對犯罪的幫助，並具有不法內涵。此行為不能以「職業自由」的理由而正當化，因為幫助犯的處罰規定適用任何人。況且，

⁵ 最高法院 25 年上字第 2387 號判例。

⁶ 臺灣高等法院臺南分院 95 年度上訴字第 640 號；最高法院 96 年度台上字第 1388 號。

基於財源廣進的理由，有對價的支持行為對提供日常的中性行為者更具有吸引力⁷。

其次，基於法律的一致性與安定性，日常生活的商業行為也應受幫助犯禁止規定的約束，其社會相當性反映出行為具有較低的罪責內涵以及微不足道的犯罪性質，只能於量刑上考量或經由轉向處分解決。又處罰此種行為，並沒有違反比例原則地限制行為人的行為自由，因為處罰幫助犯係基於法益侵害的從屬原則，若採否定見解，將無法遏阻對他人犯罪提供幫助的行為。即便行為人知道日常生活的行為屬常態性，但也認識自己在做什麼，且願意提供，因此不能主張職業上的日常行為欠缺對他人犯罪的幫助故意，雖然對犯罪的期待性及關係自己利益與幫助故意的成立無關，但間接幫助者也應負起責任，關鍵是：行為人認識透過自己的日常生活行為足以提高他人犯罪的風險，即不能主張犯罪結果與自己行為毫無關係⁸。

(2) 否定說

為了限制幫助犯刑罰不當的擴張，反對見解認為合法的、日常生活的商業交易行為在特定條件下不成立幫助犯，不少學者對此結論試圖由客觀層面提出理論上的正當性。有主張日常生活的中性行為不符合幫助犯的客觀構成要件，因為日常生活的中性行為具有社會相當性，行為只要不逾越正常社會規範的範圍，就沒有違法侵害刑法所保護的法益，因此不是該當犯罪構成要件的行為。惟「社會相當」的概念已被「客觀歸責」所取代，幫助行為雖然是結果發生的間接原因，但是否為可罰行為，則視其是否製造法律上所不容許

⁷ Hillenkamp, aaO., S. 171 f.

⁸ Hillenkamp, aaO., S. 171 f.

的風險，且風險實現結果。因為日常生活的中性行為並未對受威脅的法益增強法律上重要的危險，因此並未破壞法律和平。此外，建立在行為自由與職業自由的利益與中性行為提供助益所產生的不確定危險相較，前者顯然優於後者。論者進一步主張，職業上的典型行為是在被動要求下才提供，並不具可塑性。又職業的執行是在不考慮第三者的犯罪下，對任何人都可以隨時提供，因此與正犯的犯罪不具有相互支持性，故依客觀歸責原則，只有當日常生活的中性行為逾越允許的程度，並製造法律上所不容許的風險時，才具有刑法上重要的不法，論以幫助犯⁹。

（3）折衷說

折衷說依共犯處罰理由與一般歸責原則，將日常生活的中性行為區分為二種情形，一為提供者認識正犯的犯罪決定；二為對於正犯的犯罪意圖欠缺特別認識，但不排除有可能導致犯罪的結果。若為前者，則當提供的參與顯示具備「犯罪意義關聯性」時，屬於可處罰的幫助犯。所謂「犯罪意義關聯性」係指直接提供的幫助行為雖然合法，但提供者對正犯有所作為的唯一目的係建立在令犯罪有可能或更容易完成，例如知道他人購買西瓜刀是想尋仇殺人，他人果真以西瓜刀殺人，販賣西瓜刀與殺人具有「犯罪意義關聯性」，提供者難以推卸幫助犯的刑責；相反地，提供的參與是針對正犯合法的行為，此純粹為自己利益的作為雖然對正犯也具有意義與利益，同時會成就正犯犯罪的實現，但與正犯獨立的犯罪決意完全無關，則提供的參與欠缺犯罪的意義關聯性，例如對於他人提供生產原料，提供者也知道工廠生產過程違反環境保護的相關法規，只是

⁹ Hillenkamp, aaO., S. 173 ff.; Stratenwerth, Strafrecht AT, 2000, § 12 Rn. 161.

提供幫助的對象是工廠合法生產工業產品的行為，提供生產原料的行為對工廠具有意義與有利，但與正犯觸犯環境刑法的行為無關，故提供原料雖然也是工廠違反環境刑法行為的條件，此結果應由工廠自行負責¹⁰。

論者進一步指出，於日常生活中有不少情形是提供者不知道正犯的犯罪決意，只是不排除正犯有可能將其提供的幫助使用於犯罪上。有疑義的是，提供者如果僅具有幫助的未必故意是否成立幫助犯？故意犯與過失犯一樣，每個人應當可以信賴他人不會故意犯罪，即使他人有可辨識的犯罪傾向也一樣，故依信賴原則應排除提供中性行為者成立幫助犯。又行為若依信賴原則而被視為容許的風險時，已經排除結果的客觀歸責，故意的檢驗則不重要。

另有見解主張在日常生活中，有心人皆可濫用他人的助益行為以完成犯罪，若依幫助犯的構成要件，日常的、職業典型的以及專業相當的行為，都難以推卸對他人犯罪提供幫助的刑責，依此，日常的或職業典型的行為都不能稱為「中性行為」，因為每種行為都可能與他人犯罪具有可罰的前後關係¹¹。其次，若依上述的肯定說，則人人會擔心可能因日常生活行為而惹來刑事責任，如此一來，將導致在社會人際來往中，人與人之間充滿不信任感¹²。

綜上，不是所有日常生活的中性行為與他人犯罪具因果關係皆成立幫助犯，也不是具有因果關係的日常生活的中性行為均不可罰。在衡量行為的幫助性質、職業自由與打擊犯罪的刑事政策下，

¹⁰ Roxin, Strafrecht AT, Band II, 2003, § 26 Rn. 220 ff.

¹¹ BGHSt 46, 113。轉引自 Roxin, aaO., Rn. 223。

¹² Hillenkamp, aaO., S. 172.

宜採折衷說，亦即日常生活中的商業交易行為成立幫助犯的要件：客觀上的幫助行為對犯罪結果不僅應具備因果關係的幫助性質，且要求彼此之間應具有犯罪意義關聯，主觀上的幫助故意要求應有特別認識。

在本案中，丙於送便當時無意中由門縫看見乙被關在狗籠內，在空屋裡將人關在狗籠內，依一般人的生活經驗，對甲的非法行為應有所認識，亦即對甲剝奪乙行動自由有特別認識。只是丙本來即經營自助餐，並非是在甲剝奪他人行動自由之前或之中，答應甲的要求而賣送便當，因此，丙外送便當行為雖然對甲等人提供體力，得以繼續剝奪乙的行動自由，卻不是幫助犯的幫助行為。理由是：丙的外送便當屬於合法行為，提供便當與甲透過用餐而繼續剝奪乙的行動自由之間欠缺犯罪意義關聯；反之，販賣狗籠肯定與剝奪行動自由具有犯罪意義關聯，因此，丙不成立剝奪行動自由罪的幫助犯。

參、結論

立法者對幫助行為未有明確的規定，然依共犯處罰理由與客觀歸責原則，並非只要對正犯提供助益，皆成立幫助犯，而是幫助行為與正犯犯罪具因果關係，且提高被害人的風險。日常生活的中性行為雖然與他人犯罪具因果關係，但欠缺犯罪意義關聯，且依信賴原則能排除結果的客觀歸責時，也不成立幫助犯。丙外送便當屬於職業上的日常行為，並沒有因為甲的要求而特別服務，甲用來維持體力以繼續限制乙的行動自由，屬於甲自我負責的範圍，因此，甲成立剝奪行動自由罪，丙不成立剝奪行動自由罪的幫助犯。

第二十題 變更犯意之罪數認定

甲開設的護膚店表面上經營美容護膚等業務，實際上卻另有目的。甲先由服務小姐乙上網路聊天室，吸引他人上網並與之交談，其中網友丙遭乙遊說前往店內消費。乙將丙帶至店內之小房間內休息，佯稱自己因對外負債，需要丙之金錢資助，謊稱可提供性服務，加入會員可獲得多次性服務，包君滿意云云，試圖誘騙丙交付現金或刷卡付費，以換取性服務及取得會員之資格（依過往經驗事後則會藉詞推託，拒不提供性服務）。丙當場不為所動，乙隨即改變先前態度，口氣很差，通知甲夥同店內少爺進入房間內，出言恫嚇丙，若有不從，恐無法離開。丙畏懼甲等人會對己不利，於是交付現金。甲、乙成立何罪？

壹、問題爭點

甲等人基於共同犯意聯絡而分擔實行犯罪行為，先後成立詐欺未遂罪與恐嚇取財罪，應無疑義。有爭議者是，詐欺行為僅為達成獲取財物目的之手段之一，倘未能獲至結果，反提昇犯意而實施恐嚇取財之行為，以實現取財之終局目的，應如何評價先、後行為？

貳、案例分析

一、甲、乙考慮成立刑法第 339 條第 3 項與第 28 條詐欺未遂罪之共同正犯

詐欺既遂必須被害人損失財產，因丙對乙的謊言並未上當而交付財產，甲、乙考慮成立未遂犯。詐欺罪有處罰未遂行為，甲、乙必須有詐欺的犯罪決意並著手實行犯罪。甲開設的護膚店表面上經營美容護膚等業務，實際上透過服務員乙上網吸引他人到店內消費，再由乙帶至店內之小房間內休息，佯稱自己因對外負債，需要客人之金錢資助，並謊稱可提供性服務，加入會員可獲得多次性服務，目的是誘騙客人交付現金或刷卡付費，甲、乙具有詐欺的共同犯罪決意與不法所有意圖，由甲提供網路與場地，以利乙對丙行詐術，二人對詐欺目的採分工合作模式。當乙佯稱自己對外負債，需要丙之金錢資助，並謊稱可提供性服務等，乃是希望丙陷於錯誤而處分財產，肯定是一種足以影響他人認知的行為，且傳遞的內容與事實不符合，故著手詐術之行使，違法性與罪責性皆成立。

二、甲、乙考慮成立刑法第 346 條第 1 項與第 28 條恐嚇取財既遂罪之共同正犯

恐嚇取財罪的要件是行為人施以恐嚇，令人心生畏懼，被害人進而處分財產導致財產損失。恐嚇是以強暴、脅迫或其他不法手段施加於被害人，使其心生恐懼而受其強制，但尚未達於不能抗拒的程度。當丙對乙的謊言不為所動，乙隨即改變先前態度，口氣很

差，通知甲夥同店內少爺進入房間內，出言恫嚇丙，若有不從，恐無法離開，丙處於甲支配的空間，在對方的優勢下畏懼甲等人會對己不利，於是交付現金。甲、乙具有共同恐嚇取財故意與不法所有意圖，對於恐嚇取財分別握有犯罪支配與具有正犯之意思，違法性與罪責性皆成立。

三、競合問題

現行刑法有關罪數之認定有刑法第 50 條數罪併罰與第 55 條想像競合二種，當一行為或數行為實現複數犯罪構成要件時，除各個犯罪構成要件之間具有不純正的法條競合（特別、補充與吸收關係）外，數個構成要件若非成立想像競合，即為數罪併罰。最高法院認為，「行為人著手於某犯罪行為實行中，變更其原有犯意為另一犯罪故意而犯之者，除法律有特別規定外（例如刑法第 329 條之準強盜罪），其前後二行為應予分論併罰。例如行為人以傷害故意而著手實行傷害行為，復已造成傷害事實，當場臨時起殺人決意而對同一被害人為殺人犯行，因係傷害犯罪成立後，另起殺人決意為之，分別符合傷害及殺人罪之犯罪構成要件，且法律既無特別規定，自應分論併罰。¹」

按刑法第 329 條之規定，行為人竊盜或搶奪既遂後，為防護贓物當場施以強暴脅迫，成立擬制的強盜罪。竊盜或搶奪是本罪必備的構成要件，基於特別關係成立法律單數，論以強盜罪即已足。但行為人著手竊盜或搶奪，於既遂之前另起犯意，施強暴脅迫以取

¹ 最高法院 98 年度台上字第 2219 號。

財，強制程度達於不能抗拒者，則是成立刑法第 328 條強盜罪²。同理，準強盜罪已涵蓋竊盜或搶奪未遂之非價，後者不再具有獨立的意義，二罪基於特別關係，毋庸另外處罰竊盜或搶奪未遂。至於殺人罪與傷害罪之間的關係，在客觀上殺人過程一定會經過傷害，殺人故意也因過程進行會涵括傷害故意，因此，一個既遂的殺人罪通常也會成立一個故意的、過程貫通的身體傷害，沒有傷害身體健康而能實現殺人結果，難以想像。身體傷害屬於殺人的前置階段，基於補充關係成立法律單數，論以殺人罪即已足。但不表示每一種形式的身體傷害皆為殺人罪的不法所涵括，例如成立殺人未遂與傷害既遂，尤其重傷既遂，失敗的殺人未遂無法涵蓋傷害既遂的結果不法，殺人未遂與傷害既遂應成立想像競合³。

但不應忽略的是，竊盜或搶奪與強盜的數行為能形成法律單數，其前提必須強暴、脅迫發生於竊盜或搶奪的「當場」，二行為若不具有時空緊密關聯，縱然是分別起意，竊盜或搶奪也無法轉為強盜。而傷害罪能成為殺人罪的貫通犯（Durchgangsdelikt），令傷害成為殺人的必經過程，必須傷害是殺人行為的預備行為，傷害讓殺人更容易且二者具有直接的關聯性。因此，基於傷害故意導致傷害結果發生，行為人另起殺害故意而犯之，傷害與殺人不是出於同一動機，殺人反而是因為新的情況產生新的動機，而重新開啟新的不法行為⁴。

2 最高法院 99 年度台上字第 2126 號。

3 v. Heintschel-Heinegg, in: Münchener Kommentar, Strafgesetzbuch §§ 52-79b, 2005, Vor §§ 52 ff. Rn. 47, 52.

4 Ruth Rissing-van Saan, in: Leipziger Kommentar, StGB, Band 2, §§ 32-55, 2006, Vor §§ 52 Rn. 134.

（一）恐嚇取財吸收詐欺未遂？

在本案中，甲等人為了取財，施行的伎倆是詐欺不成即恐嚇，詐欺未遂與恐嚇取財二罪是否能因「犯意提昇」，形成後者吸收前者而論以恐嚇取財？上述最高法院持否定見解，理由是二罪分別起意，亦無「犯意提昇」而有高度行為吸收低度行為之關係。吸收關係是法條競合或法律單數中的一種型態，法律單數是行為人在形式上實現數個犯罪構成要件，只要對其中一種犯罪構成要件科以刑罰，即是對整個事件的不法與罪責內涵完全評價。數個構成要件是否成立法律單數，則視彼此之間是否有特別、補充或吸收關係，其中，吸收關係僅發生於數個已實現之構成要件中有被視為典型的伴隨犯罪或與罰後罪（mitbestrafte Nachtat，國內有譯為「與罰後行為」）的情形中⁵。

典型的伴隨犯罪是立法者規定較重的犯罪構成要件時，已將較輕的犯罪構成要件納入考量，因此，只要處罰較重的構成要件即已足，如加重竊盜罪與毀損罪、無故侵入住宅罪之間。與罰後罪是行為人為了確保或利用先前犯罪已取得的不法利益，而隨後為該當犯罪構成要件的行為，成立的前提是與罰後罪不能侵害新的法益、導致新的損害以及限於同一被害者⁶。顯然地，詐欺罪與恐嚇取財罪之間不具伴隨性，而未遂與既遂之間更無前、後利用或確保的關係，最高法院排除二罪之間的吸收關係，應屬合理。

（二）詐欺未遂與恐嚇取財具有補充關係？

2005 年廢除牽連犯後，數行為之間如果具有方法結果之牽連

5 林山田，刑法通論（下冊），2008，頁 367 以下。

6 Roxin, Strafrecht AT, Band II, 2003, § 33 Rn. 213 ff.

關係時，固然不再成立牽連犯而從一重處斷，卻有可能因為未遂與既遂之間有方法——結果或輕重刑的關係，基於補充關係而成立法律單數。補充關係是數個不法構成要件之間，彼此不具有必要的、邏輯上的包含或伴隨現象，其中一個不法構成要件僅具有輔助性質。只有當行為無法以其他較重的規定加以處罰時，方適用補充條款，目的是擴大與加強刑法的保護功能。數個不法構成要件的補充關係可能發生於數個行為中，有對於保護的法益呈現前置、前塑關係或屬於較輕的變種侵害行為，其是具補充性質的不法構成要件⁷。

補充關係僅存在於主要與補充條款對同一法益的保護具有重疊現象，是否有重疊現象，則依規範的目的與保護的方向而定。預備、未遂與既遂行為對於同一法益的侵害具有層升現象，既遂的不法行為只是加深預備或未遂行為的不法侵害，彼此之間可以成立補充關係，如殺人預備、未遂與既遂之間，殺人預備是殺人未遂的與罰前罪（mitbestrafte Vortat，國內有譯為「與罰前行為」），殺人未遂是殺人既遂的與罰前罪，然成立的前提是必須建立在同一犯罪決意上⁸。在本案中，詐欺未遂與恐嚇取財固然針對同一被害人的同一法益，但詐欺行為並非是為了實現稍後的恐嚇取財目的；換言之，詐欺的行為不是製造稍後恐嚇取財的可能性，其與行為人為了恐嚇取財而先擄鴿的竊取行為不同⁹，甲等人是發現詐欺不成，另起恐嚇取財而犯之，詐欺未遂與恐嚇取財於方法——結果上不具有補充關係。

7 Stratenwerth, Strafrecht AT, 2000, § 18 Rn. 13.

8 Ruth Rissing-van Saan, aaO., Vor § 52 Rn. 133.

9 進一步可參閱刑法案例研習（一），2016，頁347以下。

（三）詐欺未遂與恐嚇取財成立自然的行為單數？

本案值得進一步探討的是，詐欺未遂與恐嚇取財之間具有同一目的且具有時空緊密關聯，是否可以成立自然的行為單數或包括一罪？在文獻上，對以行為概念解決競合問題容有爭議，卻無法否認「行為」是刑法評價的共同元素。行為是否成立犯罪，前提必須是刑法上的行為，同樣地，「非行為」於罪數之認定也毫無意義，因此僅探討以「行為」為基準的「自然的行為單數」概念。

刑法第 55 條想像競合規定的「一行為」是判斷數個犯罪構成要件如何競合的切入點。只是立法者不僅未定義「行為」，對刑法第 55 條的「一行為」的要件為何，也付諸闕如。原則上「一行為」概念是經由發生過程的意義理解，但也不盡然全是，一個意思決定下的一個身體動作或一個實行動作是一個行為，稱為自然行為或自然意義的行為。而一個行為同時實現數個構成要件時，判斷的重點固然是數個不法構成要件的實現是否建立在同一個意思活動下，只不過，刑法的行為單數判斷不是以一次的意思活動為唯一的依據，數個自然行為若是追求一個特定的目的或影響一個特定事件，也是判斷的標準；換言之，數個自然行為可以是行為單數，也可以是行為複數。因此，一個自然意義的行為與法律意義的行為單數非同義詞，遂有自然意義的行為單數（*Handlung im natuerlichen Sinne*）與自然的行為單數（*natuerliche Handlungseinheit*）之分，後者則是由數個自然意義的行為所組成¹⁰。

當行為人的數行為實現各個犯罪構成要件，在評價單一的概念下，可跳脫行為已分別、單純實現構成要件的框架，考量違犯的構

¹⁰ Ruth Rissing-van Saan, aaO., Vor § 52 Rn. 7 ff.

成要件的意義與目的，並經由解釋導出數行為之間成立行為單數。在自然的行為單數概念下，最常見的是學術上與實務上所肯認的接續犯，依生活經驗評價犯罪的行為表象，若數個自然意義的行為具有時空緊密關聯，基於共同目的重複地實現同一種構成要件，因僅在量上提升同一法益的侵害而已，故可以評價為單一行為。若逐步的數個自然意義的行為是針對同一法益的侵害，而對單一不法構成要件的實現形成一連串、無中斷的行為鏈，行為人多次著手實行犯罪構成要件，此過往又無效的接二連三未遂行為基於時空緊密關聯，亦可評價為單一的生活過程，國內有稱為進展接續犯¹¹或謂漸進犯¹²。不容忽略的是，數行為可評價為自然的行為單數，前提是出於單一犯罪意思，在單一的犯罪意思下，經由數個行為實現一個特定結果。惟何種情形是單一的犯罪意思，尚未有一致的見解。有主張一個單一的決定，有主張實現一個特定目的的一般意思，甚至有共同之主觀要素即已足。無論何種見解，行為意思與各個行動的同類性則屬必要，故必須侵害同一犯罪類型，亦即同一不法類型¹³。至此，對自然的行為單數之詮釋與規範存有緊密關聯，故有論者認為其只是構成要件之行為單數的下位概念而已¹⁴。

成立漸進犯的要件是數行為有時空上的關聯，且是在同一動機或狀況下進行，行為人為了影響同一結果所實行的逐步行為，可以

11 甘添貴，罪數理論之研究（二）——包括一罪，軍法專刊，第 38 卷第 11 期，1992/11，頁 18。

12 德文為 *fortlaufende oder sukzessive Tatbestandsverwirklichung*，其與國內接續犯同屬自然的行為單數，在此譯為「漸進犯」。

13 Ruth Rissing-van Saan, aaO., Rn. 11 ff.

14 Ruth Rissing-van Saan, aaO., Rn. 5 f.

一個接一個使用犯罪方法，只是數次的實行行為必須針對同一對象或客體，例如以敲碎的酒瓶殺人，另外再以繩子掐被害人頸部致死。假設行為人顯著地改變犯罪方法，如改用強制方法，則是提高不法內涵，應成立新的犯罪。又漸進的犯罪實行有可能結束於結果發生或成立失敗未遂，後者是行為人認為到目前為止，已經無法實現犯罪，若想要實現犯罪，時間上勢必停頓或使用其他方式；易言之，行為人有必要重新著手實行犯罪。持相同見解者認為，若未遂行為不再能適用中止犯規定，則數行為不能評價為單數，完全實現目的的行為與失敗未遂屬之¹⁵。

在本案中，甲等人原先施以詐術，發現無法實現犯罪時，改採恐嚇取財，甲的詐欺未遂屬於失敗未遂，故想實現取財目的必須施以強制的方法，恐嚇取財乃是變更新的犯罪行為實行，詐欺未遂與恐嚇取財不能因整體計畫，以及具時空緊密關聯而評價為行為單數。最高法院認為，甲、乙以詐欺取財犯意而著手實行詐欺行為中，見詐欺目的無法達成，乃變更原有詐欺取財故意而另起恐嚇取財犯意，進而為恐嚇取財犯行時，其前後所犯詐欺取財未遂與恐嚇取財二罪，亦應併合處罰之，要無所謂「犯意提昇」而依吸收理論僅論以恐嚇取財一罪、或認二罪從一重處斷之可言¹⁶。

參、結論

數行為成立數個不法構成要件，數個犯罪構成要件能成立法條競合，其要件是彼此之間具有特別吸收或補充關係。詐欺未遂與恐

¹⁵ Roxin, aaO., § 33 Rn. 46 f.; Ruth Rissing-van Saan, aaO., Rn. 36 f.

¹⁶ 最高法院 98 年度台上字第 2219 號。

嚇取財罪因不具伴隨性，亦無前、後利用或確保的關係，否定二罪之吸收關係。又詐欺行為並非是為了實現稍後的恐嚇取財目的，二罪於方法——結果上不具有補充關係。而詐欺與恐嚇取財之間雖然具有同一目的與時空緊密關聯，也因為詐欺未遂屬於失敗未遂，行為人另起恐嚇取財故意，乃是變更犯意著手新的犯罪行為。甲、乙成立詐欺罪未遂與恐嚇取財罪既遂之共同正犯，數罪併罰。

第二一題 接續犯或另起犯意

甲知悉○○公司於某處設有香菸倉庫，乃於 95 年 6 月 19 日上午 11 時左右進入該無人居住的倉庫內，徒手取走擺設於該倉庫內以紙箱裝放之香格里拉香菸一箱，惟因該紙箱事前業已經人刻意改放石頭與垃圾，以致甲未能得逞。甲發現後不肯罷休，又於同日 12 時左右，再進入○○公司之香菸倉庫內，雙手放在香菸的箱子上準備取走時，即遭管理人員乙出面制止。甲的刑責為何？

壹、問題爭點

甲覬覦他人倉庫內的香菸，先後進入倉庫二次，前行為取得之物是出乎意料外的石頭與垃圾，再次進入時卻遭人察覺制止，前行為是否得成立刑法第 26 條而行為不罰？前、後行為又應如何評價？

貳、案例分析

一、甲第一次行為

(一) 考慮成立刑法第 320 條第 3 項與第 25 條竊盜未遂罪

甲於 11 時左右進入○○公司之香菸倉庫時，拿走紙箱，只是該紙箱已事先放置石頭與垃圾，以致甲未能竊得香菸得逞，考慮成立竊盜未遂罪。甲基於取走他人香菸之意而進入○○公司所屬倉庫，肯定具有未遂犯之犯罪決意與不法所有意圖。甲取走一只紙箱，肯定是著手為竊取行為。問題是，甲取走的是被害人刻意放置的石頭與垃圾行為是否成立刑法第 26 條而不罰？

實務認為，甲至○○公司之香菸倉庫竊取香菸，雖其竊得之原裝放香菸之紙箱，業已遭所有人改放石頭與垃圾，但此種防範行為，除證人，即所有人外，其他人實無從知悉，故不僅甲因未曾料到而誤判其行為有發生竊取香菸既遂之可能，依一般人立於甲之立場，亦均會誤認其行為確有可能發生竊得香菸之結果，故甲該次竊取行為，既然並非毫無法益侵害之危險，自應屬普通未遂，而非不能未遂。此與早期判例比較¹，判決認為「該判例指涉之事實係行為人著手行搶之際，其搶奪之客體，自始即已特定為該已掉包之袋子，以致不可能產生搶奪黃金既遂之結果，而與被告……進入○○公司之香菸倉庫時，倉庫內除擺放該已事先放置石頭與垃圾之紙箱外，尚擺放有其他裝放香菸之紙箱，被告進入倉庫搜尋財物之際，仍有拿取其他裝放有香菸之紙箱，而竊取香菸既遂之危險，顯有所

¹ 最高法院 70 年台上字第 7323 號判例，惟此判例已經刑事庭決議不再援用。

不同²。」

如同上述實務所指出，甲在取走該紙箱時，甲根本不知道早已被調包為石頭與垃圾，亦即著手實行竊取時，已註定不能達於既遂，只是甲的不能未遂行為是否具有危險性，判斷重點應不是如實務所言，倉庫內尚擺放有其他裝放香菸之紙箱，而有竊取香菸既遂之危險。較合理的論證是：行為之危險性是甲侵入他人建築物內，在未經同意下出手取走他人之物，行為是破壞他人持有關係並為己建立新的持有關係，肯定對他人動產具有抽象危險，甚至具體危險，縱使所有人將整個倉庫的紙箱全部裝石頭或垃圾，也不會改變甲的行為危險性。甲不能主張成立刑法第 26 條，而是依刑法第 25 條著手於犯罪行為之實行，違法性與罪責性皆成立，成立竊盜未遂罪。

（二）考慮成立刑法第 306 條侵入住宅罪

本罪行為是侵入他人住宅或建築物等，侵入係指違反住居權人的意思，而以身體或至少身體部分進入他人住宅或建築物等。實務認為「所謂『住宅』，乃指人類日常居住之場所而言，公寓、大樓均屬之。至公寓、大樓之樓梯間、電梯間或頂樓，就公寓、大樓之整體而言，為該公寓、大樓之一部分，而與該公寓、大樓有密切不可分之關係，故侵入公寓、大樓之樓梯間、電梯間、頂樓，難謂無同時妨害居住安全之情形³。」「刑法上所謂建築物，係指上有屋面周有門壁，適於吾人之起居出入，且定著於土地之工作物而言⁴。」

2 高雄地方法院 95 年度易字第 1353 號。

3 最高法院 99 年度台上字第 4719 號。

4 最高法院 90 年度台上字第 6023 號。

○○公司的香菸倉庫屬於本罪保護客體，甲未徵得同意也無任何正當理由進入，肯定無故侵入故意，違法性與罪責性皆成立。

二、甲第二次行為

甲發現第一次取得的紙箱，只是石頭與垃圾後，再進入倉庫內，雙手放在香菸的箱子上準備取走時，即遭管理人員乙出面制止，竊取行為未發生持有轉移的結果，考慮成立未遂，對此，甲具有竊取故意與不法所有意圖，行為並達於著手，違法性與罪責性皆成立，同時成立刑法第 306 條侵入住宅罪。

三、先、後行為之評價

甲先後為二次竊盜未遂案件，應如何評價？地方法院認為，二者時間緊接，亦為犯罪基本構成要件，依行為時法律，即修正前刑法第 56 條之連續犯規定，應論以一罪，並得加重其刑至二分之一，因修正後之刑法，業已刪除刑法第 56 條關於連續犯從一重處斷，並加重其刑之規定，從而依裁判時之刑法規定，甲所犯二次竊盜未遂案件，應分論併罰，顯屬較不利於甲之規定。甲先後二次竊盜未遂犯行，時間緊接、手法相同，觸犯構成要件相同之罪名，顯係基於概括犯意反覆為之，應依連續犯之規定，論以一罪，並加重其刑⁵。

高等法院認為，甲自始意圖竊取者，係倉庫內之香菸，並非紙箱，只是甲第一次竊盜行為，並未得逞。又甲第二次再度進入竊盜，亦因正以徒手拿取放置於該倉庫而以紙箱盛裝香格里拉香菸一

⁵ 高雄地方法院 95 年度易字第 1353 號。

箱時，為人發覺查獲，是亦未得逞。前後數舉動，係甲在同一時、地，基於單一不法所有之犯意，於第一次搬出紙箱後發現內無香菸時，又接續進入倉庫進行竊取之同一行為，亦即在同一機會接續而為同一性質之行為，以一般社會觀念，該數次行為並無時間間斷，應屬一個行為的持續舉動，僅可論以包括一罪，而非連續犯之裁判上一罪⁶。

（一）先後行為符合舊法的連續犯規定？

依舊法第 56 條規定，連續犯是「連續數行為而犯同一之罪名者」，雖然條文並無主觀要件，但實務判例曾指出：「連續犯必須基於一個概括之犯意，連續數行為而犯同一罪名時，始能成立，所謂基於一個概括犯意，即指該項犯罪行為，客觀上雖有次數可分，而在犯人主觀上，不外出於一個犯意之連續進行，如果每次犯罪係由各別起意，則無論所犯罪名是否相同，均應併合論罪，無適用該條之餘地⁷」在本案中，甲先、後行為觸犯的是竊盜罪，符合連續犯的「連續行為」而犯「同一罪名」的客觀要件，但甲的連續行為是否如地方法院見解是出於「概括之犯意」，則有爭議。

如判例所言，行為人必須出於一個犯意的連續行為，甲並非一開始即有搬走二箱香菸的決意，而是搬走第一箱時發現是石頭與垃圾，因為不肯罷休，才另外興起再次進入偷竊的決意，先、後行為雖然在客觀上有時間、地點的緊密關聯，但二者非出於行為人的一個概括犯意所為。縱使新法刪除連續犯的規定後，有學者主張連續行為仍有保留之必要，並將此行為視為法的行為單數，但也強調連

⁶ 臺灣高等法院高雄分院 95 年度上易字第 760 號。

⁷ 最高法院 22 年上字第 3233 號判例。

續行為必須具備整體故意，「行為人必須在第一個單一行為結束以前，即對於導致整體犯罪結果的個別行為的時間、地點、違犯方式以及被害人等均有所認識，並進而決意經由數個同樣的單一行為一個接一個地實現犯罪目的」，但為個別起意或違犯一行為後，始另行起意，不具整體故意，而應成立實質競合⁸，因此，甲的先後竊取行為非舊法的連續犯。

（二）先後行為成立接續犯？

高等法院認為成立接續犯，而為包括一罪，只是甲的先、後行為是否符合接續犯的要件，容有爭議。

早期實務見解認為，接續犯是「行為人以單一行為接續進行，縱令在犯罪完畢以前，其各個舉動已與該罪之構成要件完全相符，但在行為人主觀上對於各個舉動，不過為其犯罪行為之一部分者，當然成立一罪，不能以連續犯論⁹。」「在同一機會接續為同一性質之行為，以一般社會觀念言，此數次行為並無時間間斷，認係一個行為之持續動作者而言¹⁰」。反之，連續犯是「每一前行為與次行為，依一般社會健全觀念，在時間差距上，可以分開，在刑法評價上，各具獨立性，每次行為皆可獨立成罪，構成同一之罪名，始足當之；如數行為於同時同地或密切接近之時地實施，侵害同一之法益，各行為之獨立性極為薄弱，依一般社會健全觀念，在時間差距上，難以強行分開，在刑法評價上，以視為數個舉動之接續施行，合為包括一行為予以評價，較為合理，則屬接續犯，而為包括

8 林山田，刑法通論（下冊），2008，頁348以下。

9 最高法院28年上字第3429號判例。

10 最高法院78年度台上字第5306號。

之一罪¹¹」。實務於 2005 年廢除連續犯後，亦認為「刑法上所謂接續犯，係指行為人基於單一之犯意，數行為於同時同地或密切接近之時、地實行，而侵害同一法益，其各行為之獨立性極為薄弱，依一般社會健全觀念，在時間差距上，難以強行分開，在刑法評價上以視為數個舉動之接續實行，合為包括之一行為予以評價，較為合理者，始屬相當；如各行為之時間已非密切接近，而具有可分性、又係分別侵害不同被害人之財產，即無論以接續犯之餘地¹²。」

學者有主張，相續的構成要件實現的行為與重複的構成要件實現的行為，均屬自然的行為單數，因為依自然的生活觀點判斷，數個部分行動若出於行為人單一的意思決定，且在時空上存有緊密關係，由第三者立場觀察認為是一個單一行為者，成立行為單數¹³，非屬連續行為。另有由實務判決解釋接續犯的概念，認為接續犯的全部行為是出於單一決意，行為之間的時空緊密關聯是判斷行為人的行為是否出於單一決意的重要參考指標，若全部行為過程中間有犯罪情緒脫離的階段出現，後續行為已經不是出於初始決意的決定，則非接續犯¹⁴。

由上述歷年來的實務見解觀察，其對接續犯的概念一向著重於「在同一機會接續為同一性質之行為」及「數次行為並無時間間斷」的要件上，因此不難發現，在本案中，為何高等法院會認為甲成立接續犯的理由。惟成立接續犯應具備四個要件：1. 基於單一意

¹¹ 最高法院 86 年台上字第 3295 號判例。

¹² 最高法院 98 年度台上字第 392 號。

¹³ 林山田，同註 9，頁 302 以下。

¹⁴ 黃榮堅，基礎刑法學（下冊），2006，頁 1010。

思；2. 多數的同種動作；3. 行為間具有時間與空間的緊密關聯；4. 依客觀與第三者的立場判斷，各個行為間明顯屬於一個整體的行為¹⁵。

在本案中，甲進入倉庫著手竊取香菸，當發現是廢棄物後，不肯罷休決定再進入，如同行為人在第一次行竊得逞後，覺得有利可圖而想再次冒險，乃是另起再次行竊的決意，先、後行為並非出於單一的犯罪意思，縱使時、空上存有緊密關聯，也不應成立接續犯。對於另起犯意的情形，實務曾指出「犯意變更與另行起意本質不同；犯意變更，係犯意之轉化（昇高或降低），指行為人在著手實行犯罪行為之前或行為繼續中，就同一被害客體，改變原來之犯意，在另一犯意支配下實行犯罪行為，導致此罪與彼罪之轉化，因此仍然被評價為一罪。犯意如何，既以著手之際為準，則著手實行階段之犯意若有變更，當視究屬犯意昇高或降低定其故意責任；犯意昇高者，從新犯意；犯意降低者，從舊犯意，並有中止未遂之適用。另行起意，則指原有犯意之構成要件行為已經完成，或因某種原因出現，停止原來之犯罪行為，而增加一個新的犯意產生，實行另一犯罪行為之謂，至於被害客體是否同一則不問；惟因其係在前一犯罪行為停止後（即前一犯罪行為既遂、未遂或中止等），又另起犯意實行其他犯罪行為，故為數罪¹⁶。」甲第一次進入竊取時，假設依計畫不只拿一箱而已，還會繼續搬取，則是如實務所言，屬接續犯，否則發現遭人「設計」而未得逞，想再次碰運氣，此次犯

¹⁵ 黃惠婷，二〇〇五年刑法重要修正條文——牽連犯與連續犯廢除後罪數認定之基準，月旦法學教室，第39期，2006/1，頁90以下。

¹⁶ 最高法院99年度台上字第5693號。

罪決意與前一次行竊並非是基於接續犯的單一犯罪意思，不管二次行為間隔的時間短暫與否，應成立數罪。

參、結論

甲第一次侵入香菸倉庫，取得之紙箱事前業已遭所有人改放石頭與垃圾，以致甲未能取得香菸得逞，甲基於竊取故意與不法所有意圖的竊取行為，屬於著手時即不能發生犯罪之結果，只是侵入他人倉庫，未徵得同意下取走他人之物是危險行為，甲成立刑法第320條第3項與第25條竊盜未遂罪，並與無故侵入住宅罪成立想像競合，第二次侵入著手竊取行為亦同。先、後成立竊盜未遂罪，雖時間緊密且為針對相同財產持有人，因為不是基於單一犯罪意思，而是行為人第一次行為已經完成後，再次另起犯意而有第二次行為，二次竊盜未遂罪成立數罪併罰。

第二二題 妨害公務員執行職務之行為

涉嫌強盜案的甲藏匿於女友乙住處，二人為了躲避警方查緝而在屋內養了三隻大黑狗。某日，警察持搜索票前往乙住處，當警方推開虛掩的大門時，黑狗立即衝出並凶猛狂吠，警察看見乙站立於客廳觀看，於出示搜索票並表明來意後，要求乙制住狗群，乙不為所動。折騰半小時後，警察最後利用聚光燈直射大狗眼睛，三隻狗才低頭縮身讓出一條路，只不過甲當日並不在屋內。試問：乙成立何罪？

壹、問題爭點

刑法第 135 條禁止妨害公務行為之立法目的何在？何者是公務員依法執行的職務？妨害公務的行為有哪些？本罪與強制罪的關係為何？不作為是否也是妨害公務的行為？

貳、案例分析

一、乙是否成立刑法第 135 條第 1 項妨害公務員執行職務罪？

(一) 保護的法益與對象

依刑法第 135 條規定，行為人「對於公務員依法執行職務時，施強暴脅迫」、或「意圖使公務員執行一定之職務或妨害其依法執行一定之職務或使公務員辭職，而施強暴脅迫」，成立對執行職務公務員強暴脅迫罪，前者稱為事中妨害公務罪；後者稱為事前妨害公務罪。本罪之立法目的不僅保護國家公權力合法之行使，同時也保護執行公權力之公務員，後者可由本條第 3 項之規定得出，妨害公務因而致公務員於死或致重傷，成立本罪的結果加重犯，故保障合法執行職務之公務員安全也是本罪保護的法益，且以國內公務員為限，公務員依刑法第 10 條第 2 項之規定，在本案中，持搜索票執行職務的警察屬於本罪所要保護的對象。

(二) 公務員依法執行職務

公務員執行職務係指公務員為了實現國家的具體意志，而針對特定人或事物執行公權力，甚至於必要時為了貫徹國家意志，可以施以強制手段，本條項所保障的公務員限於依法執行職務者，亦即執行的任務是實現國家意志，至於其他執行公務行為受侵害或阻礙時，考慮刑法第 304 條強制罪。執行職務的情形如搜索、扣押、逮捕、臨檢、盤查身分或對違反交通規則者的攔停；相反地，警察的巡邏勤務、一般的交通指揮、集會遊行時在場維持秩序與交通疏導或對特定人的跟監行為，非本條之「執行職務」。依本條第 1 項

「依法執行職務時」之規定，具體的執行職務必須已經開始或至少即將來臨，但尚未結束。執行職務開始於公務員針對人或事物採取行動，前往預定地點的途中則尚未開始；即將來臨係執行職務公務員已進入可觸及當事人或事物的範圍內；至於職務是否結束，依一般生活經驗判斷，若執行職務的行為與國家意志之執行仍有緊密關聯，則職務尚未結束，例如警察前往某地執行職務，完成後擬返回停車處取車的途中仍屬「執行職務時」¹。

公務員執行的職務必須是合法，判例曾指出公務員「若其執行職務軼出法律範圍之外，甚且憑藉所持之公用物品，以便利其犯罪，此種行為，既非基於其職務上之合法行動，則排除或制止之者……要難認為妨害公務²。」職務之合法性不僅對於行為的刑罰性，也對行為的不法具有重大意義，甚至於對不法的公務執行是否得主張正當防衛的問題具密切關係。基於本條法益保護的功能，只有合法的職務執行行為，才有國家的利益可言，故違抗不合法的公務行為，並非妨害公務³。在本案中，警察為了逮捕犯罪嫌疑人甲，持搜索票至乙住處搜索，乃是開始依法執行職務，只是乙必須有妨害公務的行為。

（三）妨害執行公務之行為

妨害執行公務行為是對依法執行職務的公務員施以強暴或脅迫，強暴是針對執行公務者直接或間接施以身體上的影響，目的是阻礙公務執行或令公務難以執行，例如開車衝撞執行職務的公務

1 Beulke/Hettinger, Strafrecht BT/I, 2016, Rn. 626; Otto, Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte, § 91 Rn. 6 f.

2 最高法院 23 年上字第 4217 號判例。

3 Schoenke/Schroeder, Straftgesetzbuch, 2014, § 113 Rn. 18 f.

員、或為了防止警察超車而開車逼迫警車、或阻礙警車通行等。行為人的強暴也可以針對物，只要令公務員受驚嚇，並足以影響公務員執行職務即已足，例如對追捕歹徒的警車輪胎開槍，或防止警察追緝，沿路撒雞爪釘，因此，身體的接觸並非必要。

脅迫則是對公務員告知即將付諸實行的暴力行為，屬於一種精神上的影響，其強制作用必須發生於執行職務時。問題是，是否任何一種脅迫皆是妨害公務的行為？若僅是刑法第 304 條強制罪的敏感惡害是否屬之？按本罪是強制罪的特別規定，對妨害公務的脅迫不宜只是敏感的惡害而已，而是含有暴力性質的脅迫，例如對公務員威脅將提告、或訴諸媒體、或以自殺威脅、或對第三者施以脅迫，並非是妨害執行公務的脅迫，因此，本罪的脅迫必須是以暴力要脅的「加重脅迫」。有疑義的是，非加重脅迫是否可成立強制罪？對此有不同的見解，有主張肯定說，對於公務員執行職務時施以敏感的惡害可成立強制罪，但以合法職務為限，且刑度不能高於妨害公務員執行職務罪，理由是執行合法職務的公務員也與一般人民一樣，免於受到他人不法的強制；反對見解則認為，脅迫方法不足以成立妨害公務員執行職務罪時，也不宜援引強制罪。因為本罪的行為具有防禦性的目的，與強制罪在於支配被害人行無義務之事或妨害行使權利不同，若強暴、脅迫行為不足以妨害執行公務，也不宜成立強制罪，否則喪失本罪的特殊性⁴。

在本案中，乙得知警察來意後，仍不制住狗群，其不作為是否為妨害執行公務的行為？妨害公務執行的強暴或脅迫應是積極的作

⁴ Schoenke/Schroeder,, aaO., § 113 Rn. 43 f.; Hillenkamp, 40 Probleme aus dem Strafrecht Besonderer Teil, 2001, S. 41 f.

為，其與強制罪不同之處在於，本罪之既遂不以職務之執行確實遭受妨害為要件，亦即有無導致妨害公務執行的效果，在所不問，因此本罪的性質屬於「不純正的行為犯」。甚至於施以客觀上不能達於妨害執行公務的行為，也可能成立本罪，只要執行職務的公務員對其行為嚴肅以待。單純的不作為不成立妨害公務員執行職務罪，例如坐在車上拒不開車門、要求開房門不為所動、坐在地上堅持不走，或僅是不管制吠狗，尚未是積極的作為，然於警察執行合法職務時，反而將狗鬆綁鏈條，目的是阻礙通道，則是一種強暴⁵。

在本案中，若乙之前早已養狗，則於警察出現時，不制止狗群的行為是一種單純的不作為；相反地，甲、乙養狗的目的是逃避警察查緝，則是有計畫地阻撓警察執行職務的作為，如此具有目的性的預備行為於警察執行職務時發生功能，故應視為妨害執行公務的強暴行為⁶。又乙對警察執行合法職務有所認識，仍不制住狗群，肯定具有對公務員執行職務施以強暴的故意，違法性與罪責性皆成立，乙成立對執行職務公務員強暴脅迫罪。

二、乙可能成立刑法第 164 條第 1 項藏匿犯人罪

藏匿犯人或依法逮捕拘禁的脫逃人或使之隱避，成立藏匿犯人罪，前者是行為人提供犯人或依法逮捕拘禁的脫逃人一定之處所，使之不能或難以發現；後者是藏匿以外，其他一切足以令犯人或脫逃人隱匿逃避的行為。犯人則係違犯刑事法的人，至於是否已開始追訴，在所不問。今甲涉嫌強盜案，乙不僅同意甲藏匿於自己的住

⁵ Schoenke/Schroeder, aaO., § 113 Rn. 2, 42.

⁶ Beulke/Hettinger, aaO., Rn. 641.

處，且有計畫地養狗以妨害警察隨時找上門查緝，乙具有相關之故意，違法性與罪責性皆成立，乙成立藏匿犯人罪。

參、結論

公務員依法執行職務與妨害職務執行的行為，皆與本罪立法目的與保障的功能具有密切關聯，乙養狗是為了避免甲遭警察查緝，養狗的目的於警察執行職務時發生妨害效果，應視為妨害執行公務的強暴行為，乙成立刑法第 135 條妨害公務罪，另與藏匿犯人罪成立想像競合。

第二三題 僭行公務員職權罪

甲在家看「波麗士大人」電視影集，幻想有朝一日可成為警察。某日，甲穿上買來的警察制服，在路邊攔檢汽車，要求駕駛人拿出證件查驗，不料，攔上「真警察」而遭識破，甲成立何罪？

壹、問題爭點

僭行公務員職權罪與冒用公務員服飾、徽章或官銜罪所要保護的法益何在？二罪的性質有何不同？何謂「冒充」與「冒用」？行使的職權或冒用的服飾、徽章或官銜必須符合事實規定？二罪同時成立時，應如何評價？

貳、案例分析

一、甲考慮成立刑法第 158 條僭行公務員職權罪

（一）保護的法益

行為人冒充公務員而行使職權，成立本罪，立法目的是因為無權限者僭行公務員職權，會誤導民眾認為行為人在執行公權力的假象，然其行為事實上卻無法受到國家機關的監控，乃是侵害一般大

眾對於高權行為的真實與可靠的信賴。本罪保護的法益是國家與其機關的威信，屬於抽象危險犯，且不以行使職權導致他人權利義務發生變動的結果為必要¹。本條第 2 項規定：「冒充外國公務員而行使其職權者，亦同。」由此可得出，本罪保護的法益不是只有國內政府機關的威信，應該也包括一般民眾，因為面對冒充的外國公務員有可能會上當，而造成權益受損，足以妨害秩序。

（二）冒充公務員而行使職權

行為人必須冒充公務員，進而有行使職權的行為，其係指不具公務員身分者行使公務員得行使的職權、或雖然是公務員，但行使其他公務員的職權，至於是否存有此公部門，則非所問。冒充的對象是刑法第 10 條第 2 項的公務員，「冒充」是未具公務員身分或未經授權者自許或對外自稱是公務員、或公務員不具有行使其他公務員的職務權限，仍然行使之。因此，任何人皆可成為本罪的適格主體，而且不以行為人親自為之為必要，例如唆使善意的第三者、陷於錯誤者或無罪責能力者，擅自設立交通號誌，可以成為本罪的間接正犯。行為人若使用偽造的警察服務證，另一名沉默者則進入房間搜查，二者成立本罪的共同正犯，故本罪不是親手犯；相反地，公務員有執行權限，執行的內容逾越權限機關基於內部規定應有的具體作為範圍，或雖有權限，然逾越不允許的職務行為，例如在無急迫情形下，搜查搜索票未記載的區域，二者不該當本罪之構成要件。

另外，行為人必須基於欺騙而有所作為，才是行使職權，若僅是冒充公務員，卻沒有如公務員一樣行使職權，例如僅展示偽造的

¹ Wessels/Hettinger, Strafrecht BT/1, 2016, Rn. 607.

警察服務證、冒充公務員辦私事或採辦公家物品，並非行使公務員職權。實務亦認為，「刑法第 158 條之僭行公務員職權罪，係以冒充公務員並行使其職權方能成立……如僅有冒充公務員之行為，而未行使其職權者，並不成立該罪。另所謂行使職權必須具體行使該冒充之公務員依法所得行使之職權，始足當之，其外觀須具有行使該公務員依法所得行使之職權，始該當僭行公務員職權罪，例如『冒充警察而取締賭博人犯；如僅有冒充公務員之行為，而未行使其職權者，並不成立該罪』²。」偽造公文書的行為原則上非行使公務員職權，但依個案情形，若足以令人以為是公務行為亦可，例如在駕照上填寫違規記點紀錄，實務亦採之³。

又此職權限於公部門才能行使者，至於行為是否符合所冒充的該公務員才能行使，還是屬於其他公部門才得以行使的權限，不影響本罪的成立，例如冒充司法警察進行盤查、臨檢、搜索、扣押、逮捕、詢問或身體檢查，應無疑義，冒充縣政府人員進行搜索逮捕，亦可成立本罪。至於受僱的私家偵探查詢嫌疑者的身分、搜查或扣留贓物的行為，因為保護的法益並未受到侵害，不成立本罪⁴。

「冒充」一定要對外表示自己是某公務員嗎？有疑義的是，行為人沒有詐稱公務員或展示假證件，但外在的情境足以令客觀的第三者誤以為其作為是高權行為時，是否可以成立本罪？例如穿著印有刑警字樣的背心，刑警背心雖非法令所規定的警察制服，但行為人二話不說就押走被害人、或未穿著警察制服在十字路口指揮交通

2 臺灣高等法院高雄分院 91 年度上易字第 100 號；士林地方法院 93 年度易字第 729 號。

3 最高法院 100 年度台上字第 4776 號。

4 Schoenke/Schroeder, Strafgesetzbuch, 2014, § 132 Rn. 3 f.

或開罰單、或私下放置或變更官方的交通號誌、或圖個人方便，以犯罪現場的封鎖線圈圍等，是否成立本罪？由於本罪未如刑法第 159 條一樣，行為必須發生於公然的狀態下；其次，本罪保護的不僅是公務機關本身，也保障公權力的執行，故只要客觀的具體情形足以令人誤認為是公務員行使職權，不管是否為無理要求或公然為之，如果人民對於公務行為受國家監控的信賴已動搖，應肯定冒充公務員而行使職權；簡言之，只要行為人所為者是只有公務員才能為之，即為本罪的適用範圍。本罪的構成要件故意是行為人必須認識自己不具有所冒充的公務員身分，方有冒充公務員的故意，同時也認識自己的行為是公務員或所冒充的公務員才能行使的職權，才肯定具有行使職權的故意。

在本案中，甲穿上警察制服，在路邊攔檢汽車，並要求駕駛人拿出證件查驗，乃是冒充公務員而行使職權。甲知道自己非警察，不具有臨檢的權限，肯定具有構成要件故意，違法性與罪責性皆成立。

二、甲考慮成立刑法第 159 條冒用公務員服飾、徽章或官銜罪

本罪是行為人公然冒用公務員服飾、徽章或官銜，保護的法益是避免民眾因行為人冒用公務員服飾等行為，會讓人誤以為其具有特定的功能、權限或能力而信賴受騙，亦即對公務員身分真實性的信賴⁵。如同刑法第 158 條一樣，任何人皆可成為本罪之主體，包括公務員本身，然因為本罪並沒有如刑法第 158 條第 2 項一樣，冒用外國公務員服飾等行為並不成立本罪，因此，本罪也保障對於經

⁵ Schoenke/Schroeder, aaO., § 132a Rn. 1 f.

由服飾、徽章或官銜所彰顯國內政府機關的尊重。服飾是依法令規定的制服，只有法令授與權限方可以穿著者，例如軍人或警察制服，即使不是經常必須穿著的制服，而是執行特定公務時才穿著者，亦屬之，例如法袍。徽章是用以表示公務員特定身分的法定標記，例如警察制服的三線二星徽章或臂章；官銜是公務員所專用的官階或職銜，例如科長。至於徽章或官銜事實上是否存在，則非所問，只要行為人所佩戴或稱呼者足以魚目混珠即可，因為人民對公務員身分的信賴不是僅經由正確的冒用才會受到侵害。「冒用」可以是無權限者穿著公務員制服或佩戴徽章，也可以是行為人積極對外佯稱自己的公務員官銜，只要依外在情形，足以令人信以為真即可，故屬於親手犯；反之，單純製造徽章行為，尚非「冒用」，如果第三者主張行為人是某公務員，其與事實有誤，行為人卻消極不反對，亦非「冒用」。基於法益的保護，冒用行為依規定必須公然為之，所謂公然是不特定多數人或特定多數人得以共見共聞的情形，例如穿著買來的警察制服在公寓樓梯間上下來回走動，讓鄰居誤以為是警察忙著辦案，至於事實上是否有人因此上當，與本罪成立無關。又行為是否該當本罪的構成要件，必須公然冒用的程度足以誤導他人錯誤的印象，例如公然在舞台上穿著公務員制服或使用徽章、官銜表演，因沒有人會認為其是真正的公務員，本罪所要保護的法益並未受到侵害，故非「冒用」，「冒用」的要素限制本罪的適用範圍。另外，行為人必須認識自己無權穿著公務員服飾或使用公務員徽章或官銜，公然冒用會令人誤以為自己是公務員，才具有構成要件故意。

本案中，甲幻想成為警察，穿上買來的警察制服，在路邊攔檢

汽車，乃是公然冒用公務員制服，肯定具有故意，違法性與罪責性皆成立。

參、結論

甲成立僭行公務員職權罪，同時也成立冒用公務員服飾、徽章或官銜罪，一行為觸犯數罪名，以僭行公務員職權罪論。

第二四題 妨害公眾往來安全罪

甲與乙及另 4 名 18 歲之人，於凌晨分別各騎乘機車，相約於台二線同時併排占滿 2 線車道，起跑競駛，比賽距離 1 公里。六人併排自起跑點往前奔馳競速，甲與乙之車速均約在時速 120 至 130 公里，乙行駛在最前面，甲第二，其他機車在甲後面，乙之機車一直在甲左前方，當至一處缺口時，該缺口停一輛丙的機車準備迴轉，乙之機車突然緊急煞車並左右搖擺，但還是撞及丙機車之車尾，乙連人帶車向前飛出滑衝倒地，造成頭骨破裂，顱內出血死亡，丙則受輕傷。甲當時見狀減速，僅撞擊丙已經倒地的機車，丙事後對傷害不提告訴。問：甲等人的刑責為何？

壹、問題爭點

刑法第 185 條妨害公眾往來安全罪的性質為何？在道路上飆車競速行駛是否一律為「以其他方法致生往來危險」？本罪設有加重結果犯的處罰，如果死亡者是飆車者，其他參與飆車的人是否應對同伴死亡負刑責？

貳、案例分析

一、甲等人是否成立刑法第 185 條第 1 項妨害公眾往來安全罪？

本罪是損壞或壅塞陸路、水路、橋樑或其他公眾往來之設備或以他法致生往來之危險者，即行為人必須經由損壞、壅塞或他法，導致陸路、水路、橋樑或其他公眾往來之設備發生危險，保護的法益是保護公眾安全，即不特定多數人交通往來的安全。由於本罪的行為必須造成「往來之危險」，故不以發生實害為要件，而屬危險犯。

（一）屬具體危險犯

實務指出，刑法有所謂「危險犯」與「實害犯」之分，「實害犯」是對法益為實際侵害，而「危險犯」是對法益發生侵害的危險。「危險犯」又分為「具體危險犯」與「抽象危險犯」，兩者之含義及判斷標準各異。「具體危險犯」中之具體危險，使法益侵害之可能具體地達到現實化之程度，需行為具有發生侵害結果之可能性（危險之結果），此危險結果屬於構成要件。因屬於構成要件事實，故具體危險是否存在，需要加以證明與確認，事實審法院應以行為當時之各種具體情況以及已經判明的因果關係為根據，用以認定行為是否具有發生侵害法益的可能性。是以，具體危險犯中之具體危險，是「作為（行為）結果的危險」，學理上稱為「司法認定之危險」。犯罪的成立以具體危險犯為要件者，在刑法分則中是以諸如「致生……危險」、「足以生……危險」等字樣明示之。

而「抽象危險犯」是指行為本身含有侵害法益之可能性而被禁止之態樣，重視行為本身之危險性。此抽象危險不屬於構成要件之內容，只要認定事先預定之某種行為具有可罰的實質違法根據（如有害於公共安全），至於事實上是否果真發生危險，則非所問。申言之，只要證明行為存在，而危險不是想像的或臆斷的（迷信犯），即可認有抽象危險，該當構成要件的行為具備可罰的實質違法性，故凡一有該行為，罪即成立。此為立法者所擬制或立法上推定的危險，是「行為的危險」，學理上稱為「立法上推定之危險」。雖抽象危險是立法上推定之危險，但對抽象危險是否存在之判斷仍有必要，即以行為本身之一般情況或一般之社會生活經驗為根據，判斷行為是否存在抽象的危險（具有發生侵害結果的危險），始能確定有無立法者推定之危險。刑法第 185 條第 1 項公共危險罪，係以「致生往來之危險」為其客觀構成要件，屬「具體危險犯」而非「抽象危險犯」，故就是否該當本罪需有積極之事證，證明具體危險之事實，而非僅以籠統之抽象危險理論，即可以該罪相繩¹。至於損壞、壅塞之行為，造成公眾往來危險之狀態為已足，不以全部損壞、壅塞或發生實害為必要²。

（二）行為客體

行為客體有陸路、水路、橋樑或其他公眾往來之設備。前者屬例示規定，其他設備則必須是供公眾往來，例如行為人阻擋他人房屋大門及車庫入口，僅留空隙供人進出，造成他人無法正常自由使

1 最高法院 97 年度台上字第 731 號。

2 最高法院 79 年台上字第 2250 號判例。

用大門及車庫，設備無關公眾往來³。陸路係指可供公眾往來之陸路（即道路）而言。依實務見解，本條並未規定該損壞或壅塞之陸路，須符合「既成巷道」或供公眾往來之「合法」道路之要件。祇須客觀上該道路係供公眾往來，不以既成道路具有公用地役關係、亦不以編定路名為必要。「公眾」之定義，向來包括不特定之多數人，亦包括特定之多數人；如有任意破壞妨害致生通行安全之具體危險，即足成罪，不以確有實害或危險發生為必要，亦不以尚有其他道路可供通行而影響其成罪與否。申言之，不以經政府機關編訂為公共巷道為必要，亦不以公路法所定之國道、省道、縣道、鄉道路為限，凡事實上供人、車通行者，均屬之，故土地因地形變更或其他原因實際上成為道路者，亦應認為該條所指之陸路⁴。

至於該道路是否僅供人通行，或供人、車通行，是否長期並繼續供公眾通行，該道路後段是否限於通達非私人土地，在所不問⁵。土地設立目的為「私設道路」，且實際供公眾往來通行使用，自屬道路。私有土地或因係所有人以外之他人對外聯絡所必經，而已形成事實上之通行關係，或因政府機關於徵收前之開路行為、原有都市道路之拓寬、土地所有人之同意，致成為供不特定人通行之現成通路或原有道路之一部分，依其存在、設置之目的及通常具有之功能，是既成道路，乃是可供公眾往來之陸路，其並非僅供特定少數人使用而限制其他人不得使用，而係作為不特定之人或特定之多數人往來所需之水、陸道路及其他一切設備者，均屬之，

3 最高法院 98 年度台上字第 1372 號。

4 最高法院 98 年度台上字第 3429 號；最高法院 101 年度台上字第 2375 號；最高法院 103 年度台上字第 3024 號。

5 最高法院 99 年度台上字第 7464 號。

縱該道路設備因地處偏僻，人跡罕至，實際上往來人煙稀少，或因一時失修，致於某段期間未能供往來通行之用，俱不生影響⁶。在本案中，甲等人騎乘機車行駛於台二線，屬本罪之陸路無疑。

（三）行為與行為結果

本罪之行為是損壞、壅塞或他法，「損壞」即損毀破壞。包括物質的及效用的損壞皆在內，實務曾指出，刨除柏油路面、挖掘溝渠、堆置土堆而形成地面高低懸殊之落差，屬之⁷。「壅塞」即以有形之障礙物，遮斷或杜絕公眾往來之設備者而言。此二者皆屬於例示性規定。稱「他法」係指除損壞壅塞以外，其他凡足以妨害公眾往來通行之方法皆是，例如除去移動或偽製通行標識，將人或舟、車導入險路或不能迴轉之絕路、刨除該巷道柏油路面之面積已逾整條路面寬度三分之二，且佈滿柏油碎塊，甚且堆置大量植草磚以阻礙公眾通行皆是，屬於概括性規定。準此，同條所謂「以他法致生往來之危險」，當然亦須達於相當壅塞或損壞道路之程度始足當之⁸，且直接影響交通安全⁹。本罪是具體危險犯，祇須所使用之損壞、壅塞行為或其他方法，造成公眾往來危險之狀態為已足，不以全部損壞、壅塞或發生實害為必要¹⁰。

行為人在高速公路上撒鈔，是否會因道路可能造成壅塞，使得車輛往來容易發生危險而成立妨害公眾往來安全罪？實務認為，撒錢人明知在車輛往來頻繁之處拋撒千元紙鈔，尤其在車輛均高速行

6 最高法院 103 年度台上字第 2885 號；最高法院 100 年度台上字第 642 號。

7 最高法院 103 年度台上字第 3024 號。

8 最高法院 100 年度台上字第 642 號；臺灣高等法院 96 年度交上訴字第 207 號。

9 Fischer, Strafgesetzbuch, 2017, § 315 Rn. 11.

10 最高法院 103 年度台上字第 2885 號。

駛之高速公路撒錢，造成之危險更甚，可能引起行經之駕駛人好奇而突然減速查看、或造成行經之駕駛人見錢眼開相繼將車輛暫停於車道、路肩並下車穿越車道、中央分隔島來回撿拾拋撒之鈔票，致生往來之危險，肯定成立妨害公眾往來安全罪¹¹。然行為人在高速公路上撒千元大鈔，造成滿天飛舞，倘若導致駕駛人將車停在路邊，紛紛下車撿錢，造成國道交通大亂，險象環生。交通大亂造成道路壅塞，固然與撒錢行為具有因果關係，但撒錢如同沿路撒冥紙或垃圾一樣，行為本身不至於造成道路壅塞，因為他人是否要下車撿錢或垃圾，屬於個人自我負責行為，如果下車撿拾足令其他道路駕駛人為了閃避而險象環生時，多人撿錢行為才是屬「他法」，成立本罪。撒錢的人是否因而成立教唆犯？因為撒錢的人不是唆使特定人犯特定罪，也與撿錢的人沒有精神接觸，撒錢不是教唆行為，不成立本罪的教唆犯。但如果撒錢的人預見他人會見錢眼開，不顧生命危險撿拾，致生公共危險也不違背其本意，考慮成立幫助犯。

有疑義的是，駕車在道路上高速追逐、競駛，並相互超車、追撞，是否為該條項所稱之「他法」？實務認為，行為人糾合多眾以並排競駛及一前一後飆車之方式，在道路上高速飆車，非法截占特定路段供已超速行車取樂，足以喪失公路原有交通功能，主觀上具有類似壅塞、截斷癱瘓道路，阻止他人安全通行之意圖，客觀上確已達到壅塞、截斷癱瘓道路，致他人無法安全往來之程度。但不同於眾眾飆車行為的是，行為人以超速、闖紅燈及逆向行駛等方式，係為躲避警方追捕而駕車違反交通規則，在時間上僅屬短暫，不具延續性，對於其他往來車輛僅屬特定，不具一般性，「客觀」上有

¹¹ 苗栗地方法院 98 年度訴字第 812 號。

無該當有類似壅塞、截斷損壞道路之具體危害，以及「主觀上」有無以其行為致生公眾往來危險之故意，應嚴格認定¹²。同樣情形是行為人因彼此超車不遂而起意尋釁，進而於道路上以超速、違規超車等方式，目的在於互為挑釁及阻止對方超車，因而違反交通規則，主觀上係在道路上違反交通規則所定之應注意義務，顯無以其行為致生公眾往來危險之故意，自無從以刑法第 185 條第 1 項之公共危險罪相繩。綜上，行車速度，應依速限標誌或標線之規定，道路交通安全規則第 93 條第 1 項定有明文，所謂「飆車」，一般係指於某一路段超越最高時速限制，而以高速疾馳，以一前一後或併排方式為之，而造成公眾往來危險之狀態之意，故多人於道路上高速競駛之行為，自屬刑法第 185 條第 1 項「以其他方法致生往來危險」的行為。但也不是「競駛」、「飆車」之本身，即屬刑法第 185 條第 1 項所稱之「他法」，而係行為人糾合多眾並排競駛，在道路上高速飆車，截占特定路段超速行車，從客觀而論，必須已達「相當於壅塞或損壞道路之程度」，而足使公路喪失其原有之交通功能，才成立本罪¹³。

行為結果必須致生往來之危險，所謂「致生往來之危險」，乃指損壞、壅塞陸路等公眾往來之設備，或以他法所為結果，致使人、車不能或難予往來通行，如一定要通行，將使人、車可能發生危險；亦即在客觀上祇須此等行為，有發生公眾往來危險狀態之存在，自屬妨害交通之安全，即成立本罪¹⁴。刑法第 304 條強制罪是

¹² 臺灣高等法院 96 年度交上訴字第 207 號。

¹³ 最高法院 77 年度台上字第 2459 號；臺灣高等法院 97 年度上訴字第 3561 號。

¹⁴ 最高法院 101 年度台上字第 2375 號。

以強暴、脅迫使人行無義務之事或妨害他人行使權利，而妨害公眾往來安全罪的損壞或壅塞可以是強暴或脅迫，使他人行無義務之事或妨害行使權利，二罪之差別在於行為是否對他人之交通往來產生危險。實務曾指出，聯外道路部分路段因天雨造成路基坍方而無法行走，被害人僅能利用系爭道路以供通行，行為人卻以鐵鍊，將系爭道路圍攔，阻斷該路之通行，肯定是以有形之障礙物，完全阻絕該路之車輛通行，並妨害被害人等之通行¹⁵。

在本案中，甲等六人同時併排占滿 2 線車道，起跑競駛，比賽距離 1 公里，以每小時最高達 120 至 130 公里之車速，在台二線上奔馳競速，其高速飆車，截占特定路段超速行車，已達「相當於壅塞或損壞道路之程度」，而足使公路喪失其原有之交通功能，行為符合本罪之「以他法致生往來之危險」。甲等人對於高速併排飆車對於他人行車安全，足以致生公共危險應有認識，並進而為之，肯定具有妨害公眾往來安全之故意，違法性與罪責性皆成立。

二、甲等人是否成立第 185 條第 2 項妨害公眾往來安全罪的加重結果犯？

行為人損害或壅塞陸路或以他法致生往來之危險，因而致人於死或重傷者，成立加重結果犯。加重結果犯是行為人基於故意的行為，卻因過失發生加重的結果，其前提是故意的基本構成要件已成立。倘若行為人是以本罪的行為作為犯罪手段，則應另外成立他罪，例如以飆車蛇行方式故意撞人於死。實務也指出，本條項祇須行為人以損壞、壅塞陸路、水路、橋樑或其他公眾往來之設備或以

¹⁵ 最高法院 99 年度台上字第 7464 號。

他法致生往來之危險，因而致人於重傷者，即足成立，並不以行為人有普通傷害之犯意為必要，如行為人係基於普通傷害之犯意，而以妨害公眾往來安全行為作為實施傷害之部分手段，並因而致人重傷者，論以刑法第 185 條第 2 項後段之罪，並與第 277 條第 2 項後段之傷害致重傷罪成立想像競合。例如行為人等人共同以高速追逐包抄攔阻持兇器敲擊他車之方式致生往來之危險，主觀上雖為普通傷害之犯罪意思而無使他車上之其他人重傷之意，但客觀上均能預見在道路高速競逐易生翻車事故，導致車內駕駛或乘客因受有重傷害較重的結果，因而該當致人重傷之罪刑¹⁶。

其次，在共同飊車行為中，若有人因飊車導致其他用路人致死或重傷，共同參與飊車的人基於共同飊車的犯意聯絡而共同實行，只要認識所為足以使道路上人車遭撞及而致生公眾往來之危險，縱主觀上對於他人遭撞及導致死亡之結果並無預見，然在客觀上應有預見之可能，基於共同正犯對於其他共同正犯在共同意思範圍內所為應共同負責之法理，應負本罪的加重結果犯¹⁷。在本案中，甲等人高速併排飊車已成立妨害公眾往來安全罪，在飊車的過程中，乙因為高速撞擊丙機車之車尾，連人帶車向前飛出滑衝倒地，造成頭骨破裂，顱內出血死亡。依條件理論具有刑法意義的原因，係造成具體結果所不可想像其不存在之每個條件，若可想像其不存在，具體結果仍會發生者，即非刑法上之原因。乙的死亡是自己騎車失誤而摔車，但倘若沒有甲等人答應一起飊車，乙就不會發生死亡，依條件理論，甲等人飊車與乙的死亡具有因果關係。

¹⁶ 最高法院 99 年度台上字第 8219 號。

¹⁷ 最高法院 97 年度台上字第 3182 號。

刑法第 17 條規定「因犯罪致發生一定之結果，而有加重其刑之規定者，如行為人不能預見其發生時，不適用之。」立法者對於加重結果犯強調的是，行為人對於一定之結果是否「能不能預見」，「能不能」屬於行為人個人的「預見能力」，屬於罪責層次。依刑法第 12 條第 1 項規定「行為非出於故意或過失者，不罰」，第 14 條第 1 項「行為人雖非故意，但按其情節應注意，並能注意而不注意者，為過失」，故加重結果犯之加重結果應出於過失行為，預見可能性是過失犯的要件之一，有客觀預見可能與主觀預見可能之分。但行為人是否違反客觀注意義務則是過失犯的判斷重點，行為人違反客觀注意義務的行為必須製造法律上所不容許的風險，行為與結果之間也應具有風險關聯。

對結果的歸責問題，我國實務採相當因果關係，刑法上之過失，其過失行為與結果間，在客觀上有相當因果關係始得成立。所謂相當因果關係，係指依經驗法則，綜合行為當時所存在之一切事實，為客觀之事後審查，認為在一般情形下，有此環境、有此行為之同一條件，均可發生同一之結果者，則該條件即為發生結果之相當條件，行為與結果即有相當之因果關係。反之，若在一般情形下，有此同一條件存在，而依客觀之審查，認為不必皆發生此結果者，則該條件與結果不相當，不過為偶然之事實而已，其行為與結果間即無相當因果關係¹⁸。在本案中，實務認為，刑法第 185 條第 1 項之罪係為保護公眾往來交通上之安全而設，其第 2 項規定因而致人於死或重傷者之「人」，解釋上應指共同行為人以外之其他人而言。否則，如乙僅受重傷，乙竟需對自己受重傷之結果，與其他

¹⁸ 最高法院 103 年度台上字第 1076 號。

參與者共同負刑法第 185 條第 2 項加重結果罪責，自非合理。又犯罪行為人需對基本犯罪產生之加重結果負其責任者，以基本犯罪與加重結果之間有因果關係為要。乙之死亡，應係其時速太快，致煞車不及，自行撞及丙機車所致，甲機車並無撞及乙之人車，即難認定甲高速競駛之危險行為與乙之死亡結果間有相當因果關係，自不能令甲負加重結果之責任¹⁹。

學界有主張加重結果犯的基本罪與加重結果間應具有特別的危險關聯，以限縮結果加重犯適用的範圍。所謂構成要件上的特別危險關聯係指傷害與死亡結果之間應具有直接關聯性，或有稱為保護目的關聯；亦即結果必須來自基本罪的危險，而不能係其他因素所造成，若死亡結果係被害人自己或第三者的行為所造成，則不成立加重結果犯²⁰。在本案中，甲等人共同參與飆車，也知道飆車競速為法律所禁止，事後是乙自摔死亡，仍不影響甲等人的飆車是違反義務的致死原因。依現行法規定，不是任何人在法律上都有義務保護第三人免於受到危害或侵害，但在人類社會的共同生活中，基於合理的考量下也應注意他人的健康與生命。在共同參與危險活動中，行為人共同參與他人過失的自我損害行為是否應負責，考量的情形是：同意是否出於一位可以完全負責的被害人、被害人是否清楚認識危險情況、共同活動的原因與目的、活動危險的大小、可能的防護措施以及疏忽的程度等²¹。乙是成年人，在答應一起飆車時，有完全的判斷能力，應知飆車的危險性，且無任何其他積極證

¹⁹ 臺灣高等法院 96 年度交上訴字第 207 號。

²⁰ Roxin, Strafrecht AT Band I, 1994 § 10 Rn. 112; Fischer, Strafgesetzbuch, 2017, § 18 Rn. 2.

²¹ BGH, Urt.v.25.1.1995-2 StR 366/54, Roxin, Hoehchstrichterliche Rechtsprechung zum Allgemeinen Teil des Strafrechts, 1998, S. 5.

據，可以證明甲等人對於當時路況會比乙有優越的認知，卻沒有事先告知乙或採防護措施，故乙選擇參加飆車，屬自我負責範圍，死亡結果不應歸責與其他參與飆車的甲等人。

參、結論

甲與乙及其他共六人在道路上併排奔馳競速，在前方的甲與乙之車速均時速 120 至 130 公里，甲等人在道路上以飆車方式致生往來之危險，成立妨害公眾往來安全罪。乙因飆車導致死亡，甲等人的飆車行為雖然是乙死亡的原因，基於自我負責原則，死亡結果不應歸責於甲等人，故不負妨害公眾往來安全罪的加重結果犯。

第二五題 教唆自行脫逃或便利他人脫逃

外號「蜘蛛盜」的甲因案遭羈押於看守所內，乙女到看守所面會甲時，暗示甲逃亡，願意為愛走天涯。某日，甲在所裡推著米粉進入倉庫時，趁戒護管理員丙步行返回教室的空檔，利用長約一公尺半的米粉木架，架到圍牆邊攀爬到鐵皮屋，因爬過鐵皮屋時發出巨響，丙驚覺有異，狂奔過去嘗試拉甲的腳阻止脫逃，但甲早一步抓到鐵絲網，雖然手被尖銳的鐵絲網刺傷流血，仍忍痛翻牆，甲立即坐上乙在外接應的機車脫逃。甲、乙、丙的刑責為何？

壹、問題爭點

刑法總則將共犯依不法內涵之高低區分教唆犯與幫助犯，後者有減刑之適用。行為人若教唆他人脫逃，同時也幫助他人脫逃時，依現行法應如何評價？便利脫逃的性質為何？便利與縱放脫逃應如何區別？

貳、案例分析

一、甲考慮成立刑法第 161 條自行脫逃罪

自行脫逃罪與刑法第 163 條公務員縱放或便利脫逃罪均限制適格主體或對象，僅限於「依法逮捕之人」或「依法拘禁之人」，透過本章禁止此特定對象自行脫逃或經由他人而脫逃，行為主體限於「依法逮捕、拘禁之人」。由本罪立法理由中的「刑事」、「有罪」、「無罪」、「公訴」及「審判」中得出，本罪似乎在維護國家司法權之行使。「依法逮捕之人」係司法機關為了偵查犯罪依法短暫拘束他人身體自由，且尚未收禁於一定處所前所施行的一種強制處分的對象，然不包含私人依法所逮捕之人；「依法拘禁之人」係指身體自遭受合法的拘束而收禁於一定處所之人，其可以是接受刑事處分的受刑人與剝奪行動自由的保安處分之受處分人、或受羈押的犯罪嫌疑人或刑事被告、或因鑑定而被留置者，甚至是違犯秩序罰法而被拘留者以及被管收的民事執行債務人¹。由本罪立法理由以及法條對主體限制可得出，脫逃罪章保護的是國家司法權行使，一方面顯然在確保刑罰的執行，亦即實現刑法制定之目的；另一方面進而保障國家對人犯的監督，將反對國家司法作為者視為犯罪，只是不能退化為對國家作為之單純不聽從行為的處罰；易言之，行為人所侵害者是國家的高權，脫逃罪章保護的法益應是國家的逮捕拘禁權或國家依法對於個人剝奪行動自由的監督權²。

¹ 黃惠婷，自行脫逃罪之探討，輔仁法學，第 40 期，2010/12，頁 6 以下。

² Rosenau, in: Leipziger Kommentar, StGB, Band 5, §§ 110-145d, 2009, § 120 Rn. 8.

有疑義的是，遭行政機關即時強制的受管束人是否也是依法拘禁之人？有主張肯定見解者³；然持反對見解者認為，對瘋狂者、酒醉者或意圖自殺者的管束是在保護當事人與社會大眾，不在於懲罰，非一般所謂的「人犯」，因此，管束不是一種拘禁，受管束者自行脫逃，不妨害司法，不成立本罪⁴。惟自行脫逃罪的立法目的不僅在於確保刑罰權之行使，且是在法治國法定的權力壟斷範圍內，對公權力拘束安全性的保障⁵，因此，如果是基於第三者或一般公眾利益的考量而施以管束，宜視為依法拘禁之人。在本案中，甲因案遭羈押於看守所內，屬於依法拘禁之人。

甲必須有脫逃行為，於立法理由中指出「脫逃者，不法回復自由，而逸出於監督力之外也。」故脫逃必須脫離合法拘束或拘禁。另「脫逃罪之既、未遂界限，頗難分明，然得以是否逸出監督力之外為斷，故如意圖逃脫而潛伏獄舍時，雖在監督者耳目之外，而尚為監督力之所能及，仍為未遂，即逸出監督之外而仍在官員追跡中者，亦同。」由此得出，只要人在監獄或看守所的範圍內，則是尚未回復自由，故成立脫逃未遂；相反地，脫逃成功後，即使自願回籠，仍是脫逃既遂。甲翻越看守所外牆並坐上乙在外接應的機車脫逃，脫逃既遂，甲具有脫逃故意，違法性與罪責性皆成立，甲成立自行脫逃罪。

3 林山田，刑法各罪論（下冊），2006，頁210。

4 林東茂，妨害司法罪，警察法學，第6期，2007/10，頁386。

5 Schoenke/Schroeder, Strafgesetzbuch, 2014, § 120 Rn. 1.

二、乙考慮成立刑法第 161 條與第 29 條自行脫逃罪教唆犯

教唆犯係教唆他人使之犯罪，甲已經成立自行脫逃罪，教唆是喚起正犯的犯罪決意，利誘、承諾、指示、委託、請求、言詞激將或勸服等具有促發性質而對他人產生心理影響的行為，皆屬之。乙到看守所面會甲時，暗示甲逃亡，願意為愛走天涯，肯定是與甲有精神接觸及具有因果關係的教唆行為，乙具有教唆故意，違法性與罪責性皆成立。

三、乙考慮成立刑法第 162 條縱放或便利脫逃罪

本罪之行為主體是任何人，若為公務員則屬刑法第 163 條的加重要件，行為是縱放或便利，縱放或便利的對象則是「依法逮捕之人」或「依法拘禁之人」。縱放脫逃是「放任依法逮捕或拘禁之人脫逃、或為其排除公力拘束或監督，使其得以脫逃的行為」，以縱放為構成要件，乃係著重於逮捕的貫徹與刑罰執行的確保，實現刑法目的。縱放的方法可以是影響物或人方面的防護措施，其出自強暴、脅迫或詐欺的方式皆可，差別在於適用本條第 1 項或第 2 項，例如打開門鎖或受議員關說而指示監管人員放行；便利脫逃是「對於遭受合法逮捕或拘禁者的脫逃行為給予方便與助力，使其得以脫離公力拘束或監督而逃脫⁶」，本質上係一種幫助行為，處罰便利脫逃的理由是進一步保障國家對拘禁之人的監督，行為只要能令他人脫逃有可能或更容易、更順利，皆屬之。

縱放的本質是正犯的行為，便利脫逃則是將幫助行為予以正犯

⁶ 林山田，同註 3，頁 219 以下。

化，二者行為態樣可以是經由作為或不作為，重點在於縱放或便利行為必須與脫逃結果具有因果關係⁷。不可否認的是，區別二者有時仍有困難，原則上係以導致逮捕或拘禁之人脫離公權力拘束的結果，行為人是扮演積極或消極的角色而定，例如主動打開拘禁之人的門鎖，還是拿出工具讓拘禁之人自行打開。又「便利」應限於行為人提供實質利益的幫助且被動導致他人脫逃，依輾轉幫助法理與幫助犯可以秘密提供幫助，幫助正犯的幫助犯也是正犯的幫助犯，例如行為人開車接應自行脫逃者離開現場，第三者之前在知情下提供汽車給行為人，遂行便利行為，此為間接幫助行為。對間接幫助脫逃行為應如何評價？究竟應成立便利脫逃罪的正犯？還是便利脫逃罪的幫助犯？較合理的見解是對自行脫逃之人提供間接的幫助，不能因為本罪將便利行為正犯化而有不同評價，因為本罪之便利行為若涵括間接幫助他人的便利行為，將完全排除成立幫助犯並得減輕其刑之可能。其次，刑法第 162 條與第 163 條便利脫逃罪皆處罰未遂犯，亦即便便利行為是正犯行為，著手便利他人脫逃行為，即使他人尚未著手脫逃，也成立本罪的未遂犯。然刑法總則不處罰未遂幫助，若將間接幫助視為本罪的「便利」行為，則刑罰將不當擴及於不處罰的未遂幫助，例如第三者得知他人將便利拘禁之人脫逃，對他人提出願意提供汽車暗助，他人最後並未著手實行便利脫逃，但第三者提供汽車的行為將成立便利脫逃未遂罪。綜上，本罪已將便利行為正犯化，便利行為之適用應排除間接幫助，提供間接幫助者成立刑法第 162 條的幫助犯，亦即幫助他人便利人犯脫逃與幫助

⁷ Rosenau, aaO., § 120 Rn. 33 ff.

他人縱放人犯脫逃，皆適用刑法總則的共犯規定⁸，如此限制「便利」的適用範圍，方與同為構成要件的「縱放」具有同等評價。至於縱放或便利的既遂時點，是以被逮捕或拘禁之人完全排除公權力逮捕或拘禁之狀態，且重新獲得毫無限制的自由為準，縱使僅是短暫脫離公權力的事實監督，也是縱放或便利脫逃罪的既遂。

在本案中，乙騎機車在外接應，令甲能迅速、順利脫逃，屬於便利行為，乙明知甲係受拘禁之人，接應行為足以令甲順利脫逃，肯定具有便利脫逃故意，違法性與罪責性皆成立。乙同時成立自行脫逃罪的教唆犯與便利脫逃罪，二種行為目的都是令國家喪失對甲行使司法權，因此論以刑法第 162 條便利脫逃罪即已足。然由此凸顯現行法制存有矛盾的刑事政策，現行法僅將具幫助性質的便利行為獨立處罰，如果教唆他人自行脫逃，基於共犯從屬性質，教唆者成立自行脫逃罪的教唆犯，處一年以下有期徒刑，但幫助他人自行脫逃者，卻成立刑法第 162 條便利脫逃罪並處三年以下有期徒刑。按刑法第 29 條教唆犯的刑罰並未如刑法第 30 條幫助犯一樣規定得減輕其刑，理由是唆使者喚起無犯罪決意者侵害他人法益，造意者比提供幫助者具有較高的不法內涵，刑罰也相對地提高，現行脫逃罪章有處罰自行脫逃罪，另外將幫助性質的便利脫逃行為獨立處罰，導致同屬共犯的教唆犯與幫助犯，於脫逃罪章中產生不合理的刑罰。此矛盾現象在現行法下不影響本案上述的結論，乙仍應成立刑法第 162 條縱放或便利脫逃罪。

⁸ Rosenau, aaO., § 120 Rn. 46.

四、丙考慮成立刑法第 163 條第 2 項公務員過失縱放或便利脫逃罪

刑法第 163 條公務員縱放或便利脫逃罪之規範的目的在於確保公權力對逮捕或拘禁之人的拘束監督，同時也保障司法權的行使。本罪行為主體限於公務員，刑法第 10 條第 2 項規定公務員是依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限，以及其他依法令從事於公共事務，而具有法定職務權限者屬之，但並非所有公務員皆能成立本罪，而是職務上具有防止人犯脫逃的特別義務者，故不具有此特別義務的公務員縱放其他公務員逮捕拘禁之人，考慮成立刑法第 162 條縱放便利脫逃罪⁹。至於「職務」之認定係依行為人的職務功能而言，只要對於所拘捕之人具有逮捕或拘禁權限的公務員，皆屬之。在本案中，丙是看守所戒護管理員，故是本罪適格主體，過失犯依刑法第 14 條是行為人雖非故意，但按其情節應注意，並能注意，而不注意者，或預見能發生犯罪而確信其不發生者。依據法務部有關防範收容人脫逃之要點，執行人員應遵守「眼同戒護原則」，即收容人不得脫離戒護視線，執行人員須隨時掌握人數及收容人之動態。在本案例中，丙獨留甲於倉庫而獨自返回教室，此空檔讓甲有脫逃的機會，丙的行為與脫逃具有因果關係，脫逃結果具有主、客觀可預見性與可避免性，行為亦違反主、客觀注意義務，肯定行為之不法與罪責，丙成立本罪。

⁹ 林東茂，同註 4，頁 389。

參、結論

甲是依法拘禁之人，趁機逃離看守所，成立刑法第 161 條自行脫逃罪。乙暗示甲脫逃，成立教唆自行脫逃罪，另外，乙以機車接應甲脫逃，成立便利脫逃罪，雖屬二行為，卻都是基於一個相同的犯罪決意，即令國家喪失對甲行使司法權，成立較重的刑法第 162 條便利脫逃罪。丙則違反戒護時應履行的注意義務，成立刑法第 163 條第 2 項公務員過失致脫逃罪。

第二六題 公務員登載不實之行為

警員甲發覺乙因毒品罪遭通緝，甲為了績效，竟違背事實以明信片記載「破獲蕭○○強盜案，發現台端的身分證被冒用，希望您儘速與本分局專案人員連絡，並澄清與嫌疑人關係，否則將以共犯移送」通知乙，並蓋用派出所之戳章及自己職章。乙之父丙收到該明信片後，偕同乙至分局，乙旋即為警以通緝犯逮捕並入獄服刑。丙憤而提告甲，甲在法庭上辯稱：「明信片僅係沿用歷年來警界緝捕通緝犯之辦案技巧，其性質僅具通知之作用，被害人尚不致因該明信片之不實記載，產生增強對該明信片之公信力的證明效力之影響，故非屬刑法第二一三條之狹義公文書。」試問：甲的刑責為何？

壹、問題爭點

公務員登載不實罪的保護法益為何？本條規定的公文書應具備何種性質？「職務上所掌」的意義為何？另甲辯稱所製作的明信片不是本罪的公文書，此認識是否影響刑事責任的成立？

貳、案例分析

甲考慮成立刑法第 213 條公務員登載不實罪：

一、公文書

本罪是公務員於職務上所掌之公文書登載明知不實事項的行為，行為不同於刑法第 211 條對公文書的變造或偽造，而是於公文書上登載不真實的內容，故本條保障的是公務員對職務上所製作之文書負有真實義務，而由此文書衍生出的一般公信力，處罰的是書面欺騙行為，且屬於純正的職務犯¹。行為主體限於有權限製作公文書的公務員，公務員之定義已明定於刑法第 10 條第 2 項。今甲具有司法警察身分，故為適格之主體。

行為所涉及的客體是公文書，文書係體現於外，與有形物結合一起，並可透過感官察覺其存在，而令一般人或至少相對人可理解的人類思想表示，故文書具有穩固功能。然此思想表示必須顯示名義人或可辨識的名義人，名義人不必是文書形體的創作人，只要文書聲明可歸責者，亦可成為此文書的名義人，此為文書之保證功能。又因為現行法規定行為人之行為結果必須「足以生損害於公眾或他人」，故思想表示應適合證明且確定重要事實，而發生權利義務的關係。適合證明不表示必須具有完全的證明效力，而是體現的思想內容適合單獨作為證明使用，即使與其他情況結合而適合作為證明之用，且於法律上不是完全不具意義者，仍肯定足以生損害於公眾或他人，實務亦認為以有損害之虞為已足，不以實際發生損害

¹ Schoenke/Schroeder, Strafgesetzbuch, 2014, § 271 Rn. 1.

為必要²。確定證明的對象或目的可以是名義人特別指出，例如核准通過某人獲得補助款的證明書，也可以於思想表示後，基於他人的證明利益而經由發生的情況作為證明之用，例如結婚後描述與第三者身體親密交往的情書，可作為往後成立通姦罪的書證，以上為文書之證明功能³。現行法對於在紙上或物品上之文字、符號、圖畫、照像，依習慣或特約，足以為表示其用意之證明者，或以電子、磁性、光學或其他相類之方式所製成，而供電腦處理之電磁紀錄（刑法第 10 條第 6 項），亦視為文書（刑法第 220 條）。

公文書依刑法第 10 條第 3 項係指公務員職務上製作之文書，公文書應具備何種必要的形式，依法令、權限機關的規定或慣例而定，僅是違反內部職務上的特別規定也可以是公文書。另考量人際往來的觀點，文書若能符合法律規定的意義與目的，亦肯定其證明效力，但欠缺重要的必備要件，則非屬公文書，不可或缺的是，公文書必須可以令人得知源自何機關以及何者是內容表示的製作人。實務認為所謂公文書「固指公務員職務上製作之文書，若本屬他人製作私文書，公務員明知該私文書之內容不實，而以文字、符號、印章或其他方式對該文書登載、審核，並將該文書之內容引為公務員職務上之意思表示，仍屬公務上登載不實⁴」。

此外，並非所有公務員職務上製作的文書都是本罪保護的對象。由立法目的而言，本罪的公文書應是在對外往來中，為了個人或針對個人而足以確定或適合證明宣告、處理結果或事實的正確

2 最高法院 47 年台上字第 193 號判例；最高法院 99 年度台上字第 73 號。

3 Kueper, Strafrecht Besonderer Teil, 2002, S. 294.

4 最高法院 100 年度台上字第 1758 號。

性，故具有特別的證明效力與含有特定的關係者，方為公文書。此特定的關係即與登載事實的公信力有密切關係，因此文書的公信證明效力包含事實過程的內容並指出當事人。不屬於公文書者是機關的職務通告或內部的業務所做成的報告，如監督、紀律或業務來往的紀錄等，因為這些通知不具有確認事實而產生公信力的證明效力⁵。

在本案中，甲在明信片上記載有關乙身分證遭冒用等事項，並蓋用派出所之戳章及自己職章，乃是將思想表示記載於有形體上，明信片符合上述文書應具有的穩固、保證與證明功能的特性。又因為一般民眾不知道正式的通知書型式，明信片上有警員陳述的事實內容與指定對象，並有戳章與職章，對外足以令人產生對登載事實的公信力，故符合公文書的要件。

二、公文書為公務員職務上所掌管

本罪的行為是公務員在職務上所掌之公文書上登載不實之事項，事項必須登載於公務員職務上所掌管之公文書。所謂「職務上所掌」係指公務員在其職務範圍內有權製作或掌管具有公信力之證明效力的聲明或事實，其不以公務員對於系爭文書的登載具有權限為要件，而是只要公務員對於文書有資格或適合登載即可，即使行為人的行為在行政上有瑕疵，也是一種在其管轄權範圍內於職務上所掌之公文書上的登載。

5 Wessels/Hettinger, Strafrecht BT/1, 2016, Rn. 902 ff; Schoenke/Schroeder, aaO., § 271 Rn. 5 ff.

三、不實登載足以生損害於公眾或他人

登載是登錄記載，例如佐理人員協助製作公文書，故意登載不實內容，利用負責人之疏忽送請簽名，仍成立本罪之正犯。「不實」則是登載的事實不符合真相或根本不存在⁶，導致行為結果足以生損害於公眾或他人。本罪之主觀要件以明知為限，其係指直接故意，如僅係辦理不當，而所登載之事項又非不實，與本罪要件不符，僅負行政責任，是如公務員主觀上無犯罪之故意，或所載公文書內容，客觀上難謂不實，不具有登載不實之故意⁷。「至所謂會簽者，有別於登載，會簽乃意見之表達，源於對法令認知所為之審查意見。易言之，乃公務員就其職務範圍內本於其對法令規章之認識了解而為判斷及表達意見，至於表達是否妥適，有無錯誤，有待上級公務員之審查，自與登載不實有異⁸」。

實務認為⁹，「該明信片係屬上訴人職務上製作之公文書，其內容不實，影響警政機關公文書之公信力，自足以生損害於公眾」，否定行為人辯稱「該等對公文書內容真實性之『信賴感』，僅係一般人民在主觀上之抽象觀念，並非客觀上可受法律保護之具體利益」。依刑事訴訟法第 71 條之 1 規定，司法警察通知犯罪嫌疑人到場詢問之通知書由主管長官簽名，通知的權限固然在於主管長官，但具有司法警察身分者皆有通知犯罪嫌疑人到場詢問的資

6 Schoenke/Schroeder, aaO., § 348 Rn.5 ff.; 林山田，刑法各罪論（下冊），2006，頁 457；褚劍鴻，刑法分則釋論（上冊），1999，頁 575。

7 最高法院 46 年台上字第 377 號判例；最高法院 100 年度台上字第 4761 號。

8 最高法院 89 年度台上字第 1722 號。

9 最高法院 91 年度台上字第 559 號。

格。在本案中，甲在明信片上登載不實的事項，此明信片內容又出自於甲職務上所掌的範圍內，行為足生損害公文書真實性的對外公信力。甲為了績效，以違背事實的內容通知乙，肯定具有直接故意，違法性亦成立。

四、甲是否可以主張成立禁止錯誤？

不法意識屬於獨立的罪責要素，也是行為人具有完全刑事責任的要件，其係行為人能認識自己的行為具有違法性。在本案中有疑義的是，甲辯稱：「明信片僅係沿用歷年來警界緝捕通緝犯之辦案技巧，其性質僅具通知之作用，被害人尚不致因該明信片之不實記載，產生增強對該明信片之公信力的證明效力之影響，故非屬刑法第 213 條之狹義公文書。」甲認為明信片僅具通知作用，不具有公文書必備的證明與保證功能，如此認知是否影響本罪之成立？因為甲對自己行為的主觀認知與客觀的評價有齟齬，甲的錯誤認知成立構成要件錯誤或禁止錯誤？前者是行為人於行為時對構成犯罪事實之客觀情狀無所認識，影響故意的存在；後者則係行為人完全清楚自己所從事的行為，僅係誤認其所為者為法律所許可，誤認的對象可以是有關法規範的存在、法規範的界限以及法規範的適用效力，其所欠缺的是不法意識。在本案中，甲不認為所製作的明信片是公文書，錯誤認識的是有關公文書構成要件要素涵攝的範圍，故屬於禁止錯誤概念下的包攝錯誤。又甲明知登載的事項不實，身為司法人員應有足夠的誘因查詢行為是否為法律所許可，因此屬於刑法第 16 條可避免的禁止錯誤，依規定得減輕其刑，然是否得減輕其刑

或免除其刑，則為法院自由裁量之職權¹⁰。

參、結論

甲於明信片蓋上派出所戳章及自己職章，明信片所記載的內容不實，行為對外足以產生公信力並生損害於公眾或他人，成立公務員登載不實罪。但甲認為所製作的明信片不是本罪職務上所掌的公文書，僅係沿用歷年來警界緝捕通緝犯之辦案技巧，此錯誤認知成立可避免的禁止錯誤，得減輕其刑。

¹⁰ 最高法院 91 年度台上字第 559 號。

第二七題 強制性交罪或乘機性交猥褻罪

已成年人甲女受友人之邀，前往 KTV 唱歌、猜拳飲酒，在場者尚有乙、丙、丁等三人。不久，甲感覺全身麻麻的，整個頭很悶，無法清楚思考，遂自行起身走向門口說想要離開，友人稱乙與甲順路，要求乙與甲共搭一輛計程車返家。計程車停車時，甲原以為已到家，下車時才發現是賓館。甲事後稱如何進入賓館，均無記憶，只記得乙將其放在床邊，並用力將其拉至床中間，甲一直感覺很想睡，在乙拉扯其衣服時，甲下意識翻身趴著不讓乙脫衣服，但是沒有力氣阻止乙的脫衣行為，乙利用甲趴著之姿勢脫掉其內褲，並壓在其身上要為性行為時，甲要求乙不要這樣，並一直重複稱其有男友。甲雖有推乙之行為，但不起作用，乙最後性交得逞，惟甲對後來的過程因昏睡都不知道，隔天醒來，見自己衣冠不整，與友人一起報警處理，乙成立何罪？

壹、問題爭點

刑法第十六章規定各種妨害性自主罪之態樣，其中刑法第 221

條的構成要件為何？行為人在被害人意識不完全清楚下為性交行為，應成立強制性交罪？還是乘機性交猥褻罪？

貳、案例分析

乙考慮成立刑法第 221 條第 1 項強制性交罪：

一、強制行為

妨害性自主罪章是對性自主權的侵害，保護的核心是性自主權，其中刑法第 221 條強制性交罪必須行為人施以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法而為性交，其與本章其他罪的差異在於本罪屬於性強制。對他人性強制可謂是對性自主典型與最嚴重的侵害，性強制必須對被害人意思決定自由與行動自由在一定程度上施以影響，依現行法規定，任何人不分性別與年齡都可以是性強制的被害人或行為人。

自主與個人自由有密切關係，個人自由是個人在廣義行為自由下的自由發展，而性自主則是在性生活領域中對自己地位的自主塑造，因此性自主只是廣義個人自由中一部分。侵害性自主肯定是對個人自由的侵害，但對個人自由侵害卻不一定是對性自主的侵害，故對性自主的侵害異於其他妨害自由的犯罪類型。最典型的情形是行為人使用強制方法的性侵害，故強制性交罪是本罪章的基本構成要件，性暴力犯罪不僅對一般意思自由，也是對性自主最嚴重的干預¹，對侵害性自主權的行為應優先考慮是否成立本罪。

實務認為，刑法第 221 條、第 222 條「二罪立法目的旨在維護

¹ Sick, Sexuelle Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff, 1993, S. 83.

男女平權之原則及尊重男女性自主權，其成立均不以致使被害人不能抗拒為必要，而重在行為人對被害人為性交或猥褻行為時，是否違反被害人之意願。故同法第 221 條規定所指：『以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法』，其中所稱『其他違反其意願之方法』者，係一概括性、補充性之規定，係指除強暴、脅迫、恐嚇、催眠術以外，其他凡是屬於違反被害人意願之非法方法均屬之，並不以該方法與所舉強暴、脅迫、恐嚇或催眠術相類似者為必要。是否足使男女顯難抗拒，應綜合行為人及被害男女之年齡、知識程度、精神狀態、健康情形、時間、地點及其他因素等情狀，依社會觀念判斷之。至於手段中之所謂『他法』，乃所列舉之強暴、脅迫、藥劑、催眠術以外之補充概括規定，如其所用方法，有使男女畏懼，致顯難（不能）抗拒或使其喪失意思自由而不知（不能）抗拒，即屬相當。」「所謂『其他違反其意願之方法』，……其違反意願之程度，固不以類似於所列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術等相當之其他強制方法，足以壓抑被害人之性自主決定權為必要，但仍須達於『妨害』被害人之意思自由者，始與『違反其意願』之意旨相符。而是否違反被害人之意願，自應從客觀之事實，如被害人曾否抵抗、是否試圖逃離、求救、是否曾以言詞或動作表示不同意而為判斷。其他違反其意願之方法，必以見諸客觀事實達於『妨害』被害人之意思自由或『壓抑』被害人之性自主決定權者為限²。」

2 最高法院 95 年度台上字第 1267 號；最高法院 97 年度第 5 次刑事庭會議決議；最高法院 97 年度台上字第 1038、4589、4705 號；臺灣高等法院 99 年度上訴字第 4295 號。

上述實務見解是否確切掌握強制性交罪的意旨？實有必要進一步說明。本章於 1999 年修法前刑法第 221 條規定：「對於婦女以強暴、脅迫、藥劑、催眠術或他法，至使不能抗拒而姦淫之者」，比較修法前、後條文，行為人必須施以強制方法而性交，且皆列舉強暴、脅迫與催眠術，差異在於現行法增列「恐嚇」，並將「藥劑」移列為加重強制性交罪的事由，而將概括要件的「他法」改為「其他違反其意願之方法」。然本條項於修法後最重要的變革是刪除客觀上必須確定又難以證明的「至使不能抗拒」要件，由概括要件改為「其他違反其意願之方法」觀之，強制性交罪之強制程度只要是違反被害人意願即屬之。

只是成立本罪不僅不須證明「不能抗拒」，且根本無須證明行為人「違反（被害人）自由意願」，因為強暴、脅迫、恐嚇與催眠術是客觀行為，其與證明被害人主觀上是否違反其意願無關。既然名為強暴、脅迫或恐嚇，當然本身即含有違反被害人意願性質，否則如何能成立強制罪或恐嚇危害罪。至於行為人使用催眠術的目的必須一開始即有利用為性交的想法並進而為之，若催眠時無此想法且徵得被害人同意，稍後才另起犯意性交，則屬刑法第 225 條的範疇。其次，強制性交罪與性騷擾防治法第 2 條不同，後者必須實施「違反其意願而與性或性別有關之行為」；但強制性交罪是「以強暴……『或』其他違反其意願之方法而為性交」，並非是「以強暴……『而』違反其意願之方法性交」，故立法者是將其他違反被害人意願方法與列舉的強暴、脅迫等方法並列，前者具概括性質。若認為現行法的「違反其意願」是取代修法前的「至使不能抗拒」或當時一讀通過的「至使難以抗拒」要件，乃是一種誤解。

強制性交罪與強盜罪皆屬複行為犯，雙行為之間應有方法——目的關聯性，不管是舊法的強姦罪與強盜罪，「至使不能抗拒」屬於中間目的或現象，故強制性交罪的「違反其意願」應屬強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或他法的中間目的或現象，即違反被害人意願本為刑法強暴或脅迫應有的作用；換言之，沒有違反意願不能稱為刑法所禁止的強暴或脅迫，因此，依法應證明的是行為人是否對被害人施以身體或精神上的影響，而目的是性交。

行為人為了性交而施以強暴、脅迫等方法，雖然行為時未違反被害人意願而性交，仍可能觸犯本罪。例如行為人不知被害人於行為時有意以身相許，私下對被害人下迷藥性交得逞。行為人基於法律原因成立強制性交未遂罪，且是一種行為有危險的客體不能。至於是否能證明被害人行為時願意為性交，屬證據證明問題，無關實體法的認定。不同的是，本罪之概括要件——其他違反其意願之方法而為性交，依現行法固然可以成立強制性交罪，但應如實務見解「必以見諸客觀事實者為限」，因為被害人意願屬於個人的主觀意思與感受，唯有顯現於外在，方符合客觀與公平原則，強暴與脅迫方法才是本罪的核心要件。

強制性交罪是以強制方法壓制被害人的抗拒或潛在的抗拒意志，行為人強制與被害人忍受性交之間必須客觀上存有因果關聯與主觀上存有目的關聯。其中，「強暴」的重要特性是強制方式的物理性，行為人施以身體的力量是針對人，令被害人感到身體受強制，即肯定使用暴力；申言之，對行為人而言，是身體力量的施展，對被害人而言，是感受身體上的強制作用。有疑義的是，是否被害人須有抗拒，才能肯定行為是強暴？還是只要事實能證明行為

人施以暴力即可？姑且不論被害人處於具體情形中，於心理上是否認為有能力抗拒，應無爭議的是，被害人抗拒必須承擔失敗的風險所招致的危害升高，因此，「強暴」概念不應採嚴格解釋，而是刑法第 304 條強制罪的強制程度即已足。二罪差異是前者的強制方法在於性交；後者在於使人行無義務之事或妨害行使權利。雖然強制性交也是行無義務之事或妨害行使權利，行為卻是針對自由意志中較特別的性自主權³。

強暴是一種克服被害人抗拒的方法即可，行為人使用多大的身體力量並非重點，甚至為了準備性交而對被害人身體施以力量，以免被害人施以積極或消極抗拒的行為亦可。暴力可以針對物，只要其方式能對被害人產生直接的身體強制作用即已足，例如將房門或車門鎖上，以阻絕被害人逃亡機會，導致抗拒已無意義，是一種間接對身體的強制。因為「強暴」屬於客觀構成要件要素，在概念上，行為人施以暴力必須是中斷或避免被害人已經實行或預期會實行抗拒而為之，因此，被害人事實上是否施以抗拒，則非所問⁴；反之，倘若被害人一開始即放棄無意義的抗拒，雖然不是強暴，卻有可能是脅迫，故脅迫是對被害人施以精神上的敏感惡害，被害人若有不從，將有不利的影響。

由於強制性交或猥褻罪並未限制被害人之年齡，被害人只要能知道在公眾或他人面前要穿衣蔽體、碰觸身體感覺不舒服或羞恥感（有關「性意義」要件）以及會表達「要」或「不要」（關於強

3 最高法院 46 年台上字第 1285 號判例認為，強姦罪（舊法第 221 條）之內容，當然含有使人行無義務之事等妨害自由之性質。

4 Schoenke/Schroeder, Strafgesetzbuch, 2014, § 177 Rn. 2 ff; Fischer, Strafgesetzbuch, 2017, § 177 Rn. 9 f.

制要件），皆可以成為適格的客體。至於行為時有否表達，則非所問，因為刑法是一部「行為刑法」，而非「被害人刑法」。行為對於保護的客體施以符合客觀構成要件與具備相關的主觀要件，強制與性交之間亦肯定存有方法——目的關聯性。行為人若為了滿足性慾，不顧被害人意願與否，對被害人施以身體或精神上的影響，目的是克服已經或預期可能會遭受的反抗而為性交或猥褻，即為性強制⁵。行為人為強暴或脅迫，唯有行為時獲得被害人同意，方能阻卻構成要件該當性，將行為的不法內涵轉為合法。至於行為人的行為並未令被害人獲得性的樂趣、認同感或歸屬感，並非是刑法非難的重點。

在本案中，有爭議的是，甲與人猜拳飲酒，不久，甲感覺全身麻麻的，整個頭很悶，無法清楚思考，之後如何進入賓館內，均無記憶，甚至沒有力氣阻止乙的脫衣行為，對乙最後性交得逞的過程也因昏睡而不知情，乙行為時係施以強暴？還是刑法第 225 條利用他人精神、身體障礙、心智缺陷或其他相類情形，不能或不知抗拒而性交？

刑法第 225 條第 1 項乘機性交猥褻罪之規範目的，是保護身心狀態不知對他人性行為加以反抗或不能反抗的情形，限於不能形成反抗意思、或因身體障礙導致無法表達或實現的情形。不能抗拒之原因非出於行為人所為，且無共犯關係之情形，因為如果被害人不能抗拒之原因係行為人故意造成者，應成立強制性交罪⁶；此外，

⁵ 黃惠婷，證明「違反意願」非強制性交罪之必要條件——簡評九九年度台上字第 四八九四號判決與九九年刑事庭第七次會議決議，台灣法學雜誌，第 161 期，2010/10/01，頁 194 以下。

⁶ 最高法院 71 年台上字第 1562 號判例。

被害人於行為人施強制時事實上還能表達意思者，而能以言語或行動表示，例如說不、搖頭或轉動身體抵制，也是強制性交猥褻罪。因此，乘機性交猥褻罪譴責的重點在於行為人故意利用他人不知或不能抗拒的特殊情形，故是一種性濫用，而非性強制。

在本案中，當乙拉扯甲的衣服時，甲下意識翻身趴著不讓乙脫衣服，乙反而利用甲趴著之姿勢脫掉其內褲，並壓在甲身上要進行性交行為，甲要求乙不要這樣，並一直重複稱其有男友。甲雖有推卻乙之行為，卻不起作用，最後讓乙性交得逞，因此甲當時不是不知或不能反抗，反而還能表達不願意並以翻身動作試圖抵抗，乙仍然不顧甲的意思脫掉其內褲，並壓在其身上，肯定是一種對甲身體施以強暴⁷。

二、性交行為

乙必須有性交行為，性交的定義明定於刑法第 10 條第 5 項，若非基於正當目的所為之下列性侵入行為屬之：「以性器進入他人之性器、肛門或口腔，或使之接合之行為」或「以性器以外之其他身體部位或器物進入他人之性器、肛門，或使之接合之行為」。論者批評現行法對「性交」一詞的定義，不但是語言或文字的污染，也令一般人或法律人難以瞭解⁸。此外，有關「性交」用語，2005

7 最高法院 99 年度台上字第 1127 號判決指出：「上訴人拉扯乙女衣服時，乙女曾翻身趴著不讓上訴人脫衣服，且上訴人壓在乙女身上欲為性交時，乙女曾出言阻止並反抗、推上訴人之行為，則上訴人在乙女已出言並以行動表示反對之情形下，猶對乙女為性交，是否已著手以違反被害人意願之方法對乙女為性交？原判決就此部分未予釐清，率認上訴人所為僅係利用乙女酒醉不能抗拒而為性交，亦難謂妥適。」

8 林山田，性與刑法——以強制性交罪為例，台灣本土法學雜誌，第 2 期，1999/6，頁 50；林東茂，評刑法妨害性自主罪章之修正，月旦法學雜誌，第 51 期，1999/8，頁

年立法者為了避免基於醫療或其他正當目的所為之進入性器行為，被譏為刑法之「性交」行為，增列「非基於正當目的所為」文字，以避免適用上之疑義。然此修正似乎無法解決單純惡整的行為也可以是一種強制性交⁹，因此，「性交」一詞應是行為人為了滿足性慾，以身體部位或器物進入他人身體部位或使他人以身體部位或器物進入自己身體部位的行為，亦即「性」一詞與性慾有關，「交」則是進入身體部位或與身體部位接合¹⁰。在本案中，乙性交得逞，其使用強暴手段的目的是為了性交，肯定強制與性交之間的方法——目的關聯性，乙具有強制性交故意，違法性與罪責性皆成立。

參、結論

乙不顧甲翻身與出言反對，仍然脫其衣褲並壓在其身上，是一種對身體影響的強暴，故甲不是對乙的性行為不知反抗或不能反抗，而是反抗無效，乙施以強暴的目的是性交，乙應成立強制性交罪。

76 以下。

9 薛文郎，刑法上的「性交」與「妨害性自主」兩詞涵意之商榷，刑事法雜誌，第 48 卷第 5 期，2004/10，頁 114 以下；李聖傑，性行為與性的行為，月旦法學教室，第 21 期，2004/7，頁 93。

10 學者也認為「將猥褻定義為性交以外，一切足以引起或滿足性慾而使人感到厭惡或畏怖的行為，應該是一個不過度擴張或限縮的定義」，許玉秀，妨害性自主之強制、乘機與利用權勢——何謂性自主？——兼評臺北地院九一年訴字第四六二號判決，台灣本土法學雜誌，第 42 期，2003/1，頁 26；黃惠婷，從性自主權檢視刑法保護兒童及少年之規定與修法建議，司法新聲，第 97 期，2011/1，頁 62 以下。

第二八題 利用權勢或機會 性交或猥褻罪

推拿師甲在自家經營推拿館，某日，成年女子乙登門想刮痧與推拿，為了方便甲進行推拿，乙依甲之意上半身僅著內衣臥在檯上讓甲進行推拿。甲見乙身材火辣，皮膚滑嫩，在推拿時忍不住將手伸入乙胸罩內按摩胸部，又伸入內褲內撫摸陰部，乙因分不清楚療程如何，沒有抗拒，甲食髓知味，在連摸五次後，竟然以手指插入乙的陰道內，乙認為受到羞辱，報警處理，甲成立何罪？

壹、問題爭點

妨害性自主罪有各種行為態樣，章名雖為性自主，何謂性自主？本章所有構成要件皆與性自主有關聯嗎？乙因分不清楚療程如何，對甲的舉動沒有抗拒，甲成立強制性交罪？還是利用權勢或機會性交或猥褻罪？二罪應如何區別？實務見解又如何？

貳、案例分析

一、甲是否成立刑法第 221 條第 1 項強制性交罪？

強制性交罪是行為人對他人以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法而為性交者，甲將手指插入乙的陰道內，行為依刑法第 10 條第 5 項規定是性交行為，只是甲的性交行為必須使用強制或其他違反乙意願的方法為之。刑法第十六章章名原為「妨害風化罪」，1999 年修法前將姦淫或猥褻行為視為違背社會道德並破壞善良風俗，之後修改本章章名為「妨害性自主罪」。立法目的係考量該章所定性交、猥褻行為侵害之法益，乃是個人性自主決定權及身體控制權；倘將之列於妨害風化罪章，不但使被害人身心飽受傷害，且難以超脫傳統名節之桎梏，復使人誤解性犯罪行為之本質及所侵害之法益，故將之與妨害風化罪章分列，自成一章而為規範。因此，刑法第 221 條至第 229 條所規範的行為為侵犯個人性自主權，女性不再是性侵害的唯一行為對象，而是享有性權利的主體，而且男性亦能成為性侵害的對象，甚至婚姻關係存續中的配偶間之強制性交行為，也可以成立本罪，「性自主權」與「性秩序」自始分道揚鑣¹。

甲的行為是否侵害乙的性自主權？立法者於刑法第 10 條第 5 項規定「性交」行為的範圍，對於「性自主」並未定義，應無疑義的是，本章保護的法益與性自主有關，但何謂性自主？除了強制性

¹ 進一步可參閱李聖傑，從性自主權思維刑法的性行為，中原財經法學，第 10 期，2003/6，頁 2 以下。

交或猥褻罪外，其他構成要件非使用強制手段，導致本章所保護的性自主概念在不同的構成要件下不明確，因此，唯有從本章各個犯罪構成要件詮釋此概念所涵蓋的範圍，並將抽象的「性自主」概念透過社會關係與個人彼此之間的利益衝突予以具體化與理解。只是並非所有影響他人性自主權的行為皆會科以刑罰，例如不是很嚴重的性騷擾行為不具有刑罰性。刑罰與否的關鍵，在於行為是否具有容許與可忍受的社會相當性²。

現行妨害性自主罪章即是規定各種不同對他人意思的影響與干擾，透過各個構成要件與性自主法益之間的關連性，依被害人保護的需求與犯罪方式而作層次性的規定。準此，立法者依結果侵害程度將行為分為性交與猥褻，並為了周全保護性自主權，現行法除了具強制性質的性交或猥褻外，尚有其他性濫用的禁止規定，依行為方式對被害人決定自由的影響而有性強制與性濫用之分³。

性自主雖屬於個人自由的一部分，對性自主的定位與貫徹成人性的道德標準卻不應是刑法的任務。在性領域中，為刑法所保護者應限於共同生活中的社會規範免於受到干擾與侵害，行為倘若沒有危害共同的和平生活，不應施以刑罰，例如人獸交。基於刑法保護的法益必須明確且能廣為人知，同時考慮刑法的謙抑性，性的行為是否危害社會而具有應罰性，標準在於他人法益是否受到損害。

自主權是一般人格權的一部分，其以多樣方式與個人的理性、道德及社會同一性連結。自主與個人自由有密切關係，個人自由是

2 Sick, Sexuelle Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff, 1993, S. 83.

3 國內學者有分為性自主侵害與性自主擬制侵害，前者又有絕對侵害與相對侵害之分，李聖傑，同註1，頁10以下。

個人在廣義行為自由下的自由發展，而性自主則是在性生活領域中對自己地位的自主塑造，因此性自主只是廣義個人自由中的一部分。「性自主」係指個人對於性活動的地點、時間、型態與對象的自由決定，個人於性領域上應當在沒有強制與壓抑下自由發展以及獨立、負責地建立性關係。性自主與婚姻、家庭或傳宗接代，甚至女性貞操完全無關⁴，且不同於一般的語言易於理解。既稱為「自主」，則任何一種影響他人決定的行為皆具有非難內涵。

「性自主」在刑法上有其特殊意義，一方面代表個人在性領域的自主原則展現；另一方面是自我防衛，避免受到他人決定的干預而成為性行為客體或他人性慾的發洩工具⁵。只是性自主權並非絕對受到保護，唯有面對非法的干預或遭受特定型態施壓或他人的支配時，才有保護的必要。至於個人自由之性發展權利，即性行為的積極發展自由，非刑法保護的範圍，例如政府沒有規劃性專區，不能主張是侵害個人性自主權。是故，性自主的具體內涵是讓每一個人在身體與心理條件上，有能力自己決定是否現在⁶、何處、與何人以及如何發生性關係；易言之，性自主保障的是對性行為「是否」、「方式」、「態樣」、「時間」、「地點」與「對象」可以自由決定，禁止任何人壓迫他人與此相關的決定自由，故刑法保障的是對性行為的「消極自由」⁷。

4 有論者認為，不論新法的強制性交罪與舊法的強姦罪都同時侵害婦女的性自由權與貞操權，並舉出民法第 195 條有明文列出，見薛文郎，刑法上「性交」與「妨害性自主」兩詞涵意之商榷，刑事法雜誌，第 48 卷第 5 期，2004/10，頁 115。但貞操權不應是強制性交罪的保護法益，假設貞操也是一種權利，也應歸屬於名譽，而非自由。

5 Sick, aaO., S. 86.

6 主張無性，也是一種性自主的表現。

7 Sick, aaO., S. 87.

現行法對妨害性自主計有強制性交罪、強制猥褻罪、乘機性交或猥褻罪、對未成年人為性交或猥褻罪、利用權勢或機會性交或猥褻罪以及詐術性交罪。強制性交罪屬於基本且最嚴重的犯罪類型，與其他妨害性自主行為最大不同之處，乃是要求行為人必須使用強制而性交。強制可以是強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反意願的方法，行為只要能對被害人的身體或精神產生不利的影響，進而令被害人感受強制，皆屬之。在本案中，乙登門找甲刮痧與推拿，为了方便甲進行推拿，乙依甲之意上半身著內衣趴在檯上，甲推拿時將手伸入乙胸罩內按摩胸部，又伸入內褲內撫摸陰部，乙因不清楚療程如何，沒有抗拒，甲食髓知味，在連摸五次後，以手指插入乙的陰道內，只是甲之前並未使用強制手段，因此不成立強制性交罪。

二、甲考慮成立刑法第 228 條第 1、2 項利用權勢或機會性交或猥褻罪

甲對乙性交得逞，雖非出於強制，但是否係利用權勢或機會而為之？刑法第 228 條第 1 項之利用權勢性交罪，以對於因親屬、監護、教養、教育、訓練、救濟、醫療、公務、業務或其他相類關係受自己監督、扶助、照護之人，利用權勢或機會為性交。實務認為，當行為人「利用此權勢或機會，進行性侵害，被害人雖同意該性行為，無非礙於某程度之服從關係而曲從，性自主意思決定仍受一定程度之壓抑，故獨立列為另一性侵害犯罪類型⁸。」「刑法第 221 條第 1 項強制性交罪與同法第 228 條第 1 項利用權勢或機會性

⁸ 最高法院 99 年度台上字第 4367 號。

交罪，均屬違反被害人意願之妨害性自主犯罪類型，僅其違反意願之手段態樣不同，強度亦有差別。前者，不論行為主體為何，舉凡以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術以外，其他一切足以壓抑被害人性決定自主意願之任何方法均屬之，被害人之性自我決定權與身體控制權因被強制力壓制不得不屈從；後者，指基於上下從屬支配或優勢弱勢之關係而產生對於被害人之監督、扶助或照顧之權限或機會，有此身分之行為人憑藉該監督權所產生之權力或影響力，或趁照顧、扶助之時機，使被害人陷於一定之利害關係所形成的精神壓力下出於無奈不得不順從，其性決定意願仍存有權衡空間而尚未達全然無法行使之程度。兩罪基本事實同一，僅法律評價有異⁹。」值得注意的見解則是，行為人雖「利用監督之權勢性交；被害人係處於其權勢之下，而隱忍屈從，且其屈從性交，並未至已違背其意願之程度，始克當之，此與同法第 221 條第 1 項之強制性交罪，係以違反被害人意願之方法而為性交行為尚有不同。若利用權勢，且已使被害人喪失自由意思或其他違反其意願之方法而行之，則仍應依強制性交論罪¹⁰。」

上述實務見解的差異在於本罪是否有違反被害人意願，依現行法規定而論，行為人違反被害人意願而性交已該當強制性交罪的構成要件。因為行為人與被害人間具有本條所列舉的關係時，若使用強制而性交，也可以成立強制性交罪，因此本罪所要保護的法益究竟為何？刑法第十六章章名雖為「妨害性自主」，自主與意思自由聯結，惟本章規定各種不同的構成要件中，除了強制性交罪及強制

⁹ 最高法院 99 年度台上字第 3774 號。

¹⁰ 最高法院 99 年度台上字第 6501 號。

猥褻罪與自主有明顯直接關聯外，其他似乎難以透過「性自主」概念予以涵蓋，甚至有些構成要件與性自主權似乎無關聯，例如對未成年人性交猥褻罪。由利用權勢性交或猥褻罪之實質面觀察，除了個人法益受侵害外，本罪的行為同時也侵害功能制度隸屬性的一般信賴¹¹。只是後者應是保護性自主觀點下的附帶效果而已，重要的是被害人的自由意思受到影響，施以正常的反抗有顧忌，但影響的原因不能源自強暴或脅迫，否則是性強制，因此是被害人處於特別權力或依賴關係的情況中，在利益權衡下導致決定受干擾¹²，刑法第 228 條毋寧是行為人為了滿足性慾，對與自己有特定關係者為性濫用。

在性濫用的類型中，行為人將被害人視為濫用的客體，也包含行為人的「合法濫用」，只要行為人以他人為發洩性慾的工具或客體，即侵害被害人的人格與尊嚴¹³。行為人得以濫用的前提是必須有權限或機會，因行為人為可譴責的利用，所以是一種濫用，濫用是對事實上或法律上提供的可能性予以對他人法益造成侵害的利用。固然在性濫用罪的情形中，被害人的同意是建立在決定自由，但此決定因受到先天或外在環境的限制，遂將被害人的同意視為無效，故在解釋性濫用的構成要件時，不在於保護被害人之性的決定自由避免受侵害，因為被害人的性領域不存有所謂的侵害與防

11 Fischer, Strafgesetzbuch, 2017, § 174 Rn. 2; Hoernle, in Leipziger Kommentar StGB, Band 6, §§ 146-210, 2009, § 174 Rn. 2 f.

12 因為祇是一種干擾而已，論者視為是一種相對侵害，李聖傑，同註 1，頁 14 以下。

13 許玉秀，妨害性自主之強制、乘機與利用權勢——何謂性自主？——兼評臺北地院九一年訴字第四六二號判決，台灣本土法學雜誌，第 42 期，2003/1，頁 25。

衛¹⁴。由刑法處罰性濫用的行為可得知，性自主概念應採廣義解釋，不侷限於決定自由的侵害。濫用可以是為了滿足性慾利用機會或權勢予以侵害或干擾兒童與少年的性發展，甚至突襲式性騷擾¹⁵，皆屬之。

本罪的行為主體限於因親屬、監護、教養、教育、訓練、救濟、醫療、公務、業務或其他相類關係而對被害人擁有監督、扶助或照護之權勢或機會，因為行為人基於此權勢或機會，導致被害人容易對行為人產生信賴、服從與依附關係。行為人是否具有此權勢或機會，依客觀事實判斷，例如行為人未有任何聘書，然被害人事實上在行為人處補習英算，肯定二者之間的師徒關係¹⁶；反之，行為人對被害人雖有教舞之事實，但於法律上或規則上並無支配或考核勤惰之權勢，被害人純粹是基於仰慕之情，因為怕對方生氣而對行為人的要求曲意順從，否定行為人有利用權勢或機會之事實¹⁷，只是被害人若已脫離上述特殊關係，行為人不再是本罪的適格主體¹⁸。

在本案中，甲在自家經營推拿館，乙登門想刮痧與推拿，基於醫療關係，乙遂信任甲的行為皆出於醫療意思，具有診療的必要性。實務認為本罪並不以行為人係具醫事人員資格之人為限，尚應包括不具醫事人員資格之人，利用其與被害人間具有與醫療相類之

¹⁴ Fischer, aaO., Vor § 174 Rn. 5 ff.

¹⁵ 依性騷擾防治法第 25 條第 1 項規定：「意圖性騷擾，乘人不及抗拒而為親吻、擁抱或觸摸其臀部、胸部或其他身體隱私處之行為者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣十萬元以下罰金。」

¹⁶ 最高法院 23 年上字第 4667 號判例。

¹⁷ 最高法院 43 年台上字第 487 號判例。

¹⁸ 最高法院 57 年台上字第 1846 號判例。

關係，而藉勢或乘機犯之者，皆屬之¹⁹。甲利用乙分不清楚療程如何，將手伸入乙的胸罩內按摩胸部，又伸入內褲內撫摸陰部，見乙沒有抗拒，乃食髓知味，於連摸五次後以手指插入乙的陰道內，甲的行為係出於滿足個人性慾，濫用乙對療程的無知而未反抗或表示反對，因此是利用醫療機會且非基於正當目的所為，行為符合刑法第 10 條第 5 項性交，甲具有利用機會為性交的故意，違法性與罪責性皆成立。又甲為性交行為前所為之連續撫摸陰部等數個猥褻行為，因具有時空緊密關聯成立接續犯，論以刑法第 228 條第 2 項利用權勢猥褻罪，其與利用權勢性交罪具有法條競合關係，不另外論罪。

參、結論

甲利用對乙推拿的機會以及乙不清楚療程下，對乙猥褻與性交，因為性交並非出於強制方法，且數次猥褻行為成立接續犯，甲最後性交得逞的行為成立刑法第 228 條第 1 項利用權勢或機會而性交罪。

¹⁹ 最高法院 99 年度台上字第 4335 號。

第二九題 他殺的間接正犯 或幫助自殺

27 歲且離過婚的甲女與有婦之夫乙陷於畸戀，甲抑鬱沮喪，某日，甲酒後向乙提議相偕自殺解脫，乙無尋短之想，猶假意應允，許以同死。二人駕乘乙所有的汽車外出購買安眠藥、酒精飲料與塑膠軟管，投宿旅館後，乙以塑膠軟管接上汽車排氣管，將車輛引擎排放的廢氣導入車內，甲於吞服安眠藥與喝下飲料後，先獨自進入車內駕駛座，乙則未服安眠藥，且為避免危及自身性命，先將引擎熄火後才倒臥於車後座，經人發現時，甲身亡，乙則獲救。試問：乙的刑責為何？

壹、問題爭點

刑法不處罰自殺行為，但行為人若參與他人自殺行為，依刑法第 275 條規定則有刑責問題。參與犯分為正犯與共犯，前者有共同正犯、間接正犯與同時犯，後者則是教唆犯與幫助犯。當行為人應允與他人共同自殺，事實上卻無自殺的意思，猶積極介入他人自殺的過程，若造成他人自殺行為實現，應論以殺人罪的間接正犯或適用減輕罪責的幫助他人自殺罪？二者應如何區別？

貳、案例分析

乙是否成立刑法第 275 條第 1 項幫助他人自殺罪？

本罪是教唆或幫助他人使之自殺，或受其囑託或得其承諾而殺之。前者是加工自殺，後者是他殺，二者行為既遂必須他人發生死亡結果，屬刑法第 271 條殺人罪的減輕構成要件。在本案中，甲向乙提議相偕自殺解脫二人之間的畸戀，乙許以同死，甲服用安眠藥與含酒精的飲料後，再自行進入汽車內，因昏迷而吸入過量的一氧化碳廢氣，導致死亡，死亡結果已發生。乙的行為考慮是否幫助甲自殺？幫助他人使之自殺是他人已有自殺意思，行為人從旁予以精神或物質上的助力。從而，乙對於甲的死亡結果必須提供幫助行為。

在本案中，甲自行服用安眠藥與飲料且自行進入充滿廢氣的汽車內，足見甲有自殺的意思，自我結束生命的意思決定係出於與乙相約共赴黃泉。但乙不僅未服安眠藥，且為避免危及自身性命，入車前還先將引擎熄火，才倒臥於車後座，乙沒有自殺意思。有疑義的是，乙假意答應，甲在乙矇騙同死的情況下，其自殺的決定是否出於完全自由？又乙開車載甲共同購買安眠藥等自殺用品，隨後投宿旅館時，由乙將塑膠軟管接上汽車排氣管，將車輛引擎排放的廢氣導入車內，讓甲得以進入車內吸取廢氣，實現自殺行為，乙於甲自殺過程的所有參與行為（欺騙與導引廢氣入汽車內）是一種具犯罪支配的參與？還是幫助自殺的行為？關係甲究竟成立殺人罪的正犯？還是自殺的幫助行為？容有討論的空間。

一、實務見解

早期實務見解曾謂¹：「行為人對於自殺人因未達結合目的遽萌短見，不唯不為開導勸阻，甚且許以同死，沽酒共飲，藉增勇氣，凡此行為，不得謂非於他人起意自殺之後，對於其自殺行為加以精神上之助力，自應成立幫助自殺罪。」另有認為，「自己無自殺之決意，僅虛與委蛇詭稱同死，而使被害人服毒自殺，對於被害人吞服農藥必發生死亡之結果，已有預見，且不違背其本意，自應負殺人之間接故意，論以殺人罪²。」

在本案中，實務認為幫助他人使之自殺罪，並未以行為人謀為同死為要件，僅若行為人謀為同死，則構成個人阻卻刑罰事由，得予免刑而已，又行為人幫助自殺的行為限於實行殺人以外的一切幫助行為，若他人自殺時直接參與殺人行為，以遂他人自殺目的，屬受囑託或得承諾而殺人的範疇，普通殺人罪與加工自殺罪的區別在於被害人的生死意向，亦即視被害人是否有求死的意願而定。依甲的年齡與經驗，智慮無缺，應能理解自殺身亡所代表的意義，縱使誤信乙許以同死的謊言，堅定自殺意志，但顯非處於求生不得的壓迫與障礙，難認達左右甲生死大事的決斷程度，甲決斷自身生命存否，應負最終之自我責任。甲有求死意願，不能因乙預見甲死亡結果之發生，且不違背其本意，而論斷乙有普通殺人之間接故意。另幫助自殺罪的本質是幫助行為，乙雖然沒有殺害甲的行為，而是幫助甲自殺，但幫助甲自殺的行為也不符合刑法第 275 條第 3 項謀為

1 最高法院 50 年度台上字第 443 號。

2 最高法院 56 年度台上字第 1767 號。

同死的規定，乙成立刑法第 275 條第 1 項幫助他人使之自殺罪³。

二、學界見解

部分學者主張刑法上個人行為的責任原則，只有當自我危害行為視為他人危害或否定被害人行為出於故意而排除刑法上的責任時，方肯定他人成立間接正犯。這種情形可以是行為人因為他人的欺騙行為導致錯誤，因錯誤而自我危害，且錯誤性質有如刑法第 16 條有相當理由的不可避免情形；或自我危害行為人是不具責任能力的小孩或青少年、精神疾病者；甚至於行為人陷於寬恕罪責的緊急避難而不得不做出自我危害的行為，促成他人為自我危害的行為考慮成立間接正犯，例如以槍逼他人為自殘行為。但強制程度未達緊急避難的危難程度，逼迫者不成立間接正犯，而是考慮成立強制罪。即使欺騙他人謀為同死，他人信以為真而自殺，也只是製造動機錯誤而已，自我危害的行為仍出於自由意思⁴，若依我國現行法，則有如上述實務見解考慮教唆或幫助他人使之自殺。

反對見解擴大「非自由」的範圍，認為自我危害的行為固然應由自己負責，但對「自由」決定的要求應如阻卻違法的承諾一樣。倘若自我危害者不具備必要的承諾能力或出於強制或明顯的意思決定有瑕疵，則促成者應成立間接正犯。此情形可以是被害人處於行為人的強制、有目的性的詐騙、利用他人對事件過程有錯誤的認識或濫用依賴關係，例如使用強暴、脅迫、精神虐待、詐稱謀為同死或令他人對健康食品具危害性有錯誤認識，卻加以利用等，而他人

³ 臺灣高等法院臺南分院 95 年度上訴字第 334 號。

⁴ Samson, in SK-StGB, 2003, § 25 Rn. 87.

在其支配性的影響下導致自殺行為。因為行為人認識客觀事實狀況，且對他人自殺行為過程握有支配性，被害人則有如幕後操縱者的犯罪工具一樣，行為人藉著利用被害人的行為實現自己的目的，肯定行為人握有認知或意思支配而應成立他殺的間接正犯。在詐騙謀為同死的情形中，行為人應成立他殺的間接正犯或他人自殺的共犯，判斷的重點在於他人因詐騙導致自殺的錯誤種類或範圍、詐騙是否為自殺的唯一原因，以及行為人是否想支配他人自殺過程且確實握有支配，以實現自己的犯罪目的⁵。

依刑法第 275 條規定，不管教唆或幫助他人使之自殺，或受其囑託或得其承諾而殺之，自殺者的決定應出於嚴肅或認真，方有減輕構成要件的適用。決定是否出於嚴肅，應考慮二者的關係、結束生命的促因、決定當下的氛圍、自殺者的身心狀況、境遇與表達的態度等。例如 A 女與 B 男同居生子，A 見 B 只顧著與朋友在客廳飲酒聊天，忽視自己心情不佳，於是到廚房拿起銳利的水果刀站在 B 前面揚言自殺，B 見狀反而脫口說「要自殺，不如先殺我！」沒想到 A 立即一刀捅進 B 胸膛，B 送醫不治死亡。綜合客觀情況與 B 的主觀意思，B 不具有自殺意思，脫口說的話不是「囑」託。

在本案中，甲之所以自殺係因為無法解決與乙之間的畸戀，當甲提議共同自殺時，乙並無自殺之想，仍然應允一起結束生命，且共同購買自殺用品，導引廢氣於汽車內。依年齡與經驗，甲雖然能理解結束生命的意義與範圍，但無法否認甲的自殺決意在乙詐騙謀為同死後更為堅定，尤其甲在酒後提議相偕自殺解脫，其決定難以

⁵ Wessels/Hettinger, Strafrecht BT/1, 2016, Rn. 51 f.; Schoenke/Schroeder, Strafgesetzbuch, 2014, Vor §§ 211 ff. Rn. 37 f.

認定是出於「嚴肅」，而是具有依附性與偶發性，乙的決定足以影響甲的行為，甲結束生命的決定具有瑕疵。乙如果只是幫助甲自殺的意思，則應該在甲提議一起自殺時，表明自己心中的想法，而非欺騙。乙不僅知道自己的應允對甲具有影響力，且在不一起自殺的情形下仍親自參與整個自殺過程的必要準備，肯定乙對於整個自殺行為握有優越的認知支配，違法性與罪責性皆成立，乙成立殺人罪的間接正犯。又假設乙一開始有謀為同死的意思，之後後悔而不想自殺，當看見甲服藥並進入汽車內時，乙這時基於違反義務的前行為而居於保證人地位，有義務阻止甲的自殺行為或積極將甲送醫急救，若不為期待作為而發生死亡結果，考慮不純正不作為的殺人罪。

參、結論

甲向乙提議共同結束生命時，乙並無自殺之想，仍答應甲，乙的詐騙導致甲的自殺，乙的決定並非出於完全自由與嚴肅。另外，乙在沒有謀為同死情形下仍積極地介入甲的自殺過程，應肯定乙對於甲的自殺握有優越的犯罪支配，乙的行為不符合第 275 條第 1 項幫助自殺罪的減輕構成要件，應論以殺人罪的間接正犯。

第三十題 公然侮辱罪

甲在營業中的餐廳喝得幾乎爛醉，看見乙進門便開始罵乙「垃圾」、「人渣」。起先乙不予理會，對甲表示「你喝多了」試圖勸阻，但甲繼續對乙說了一連串的髒話，乙在勸阻無效後回罵了甲「你才是廢物」，並賞了甲一巴掌。甲被突然而來的巴掌激怒，作態想打乙，乙氣憤至極忍不住將甲推倒在地，導致甲受傷。甲、乙刑責為何？

壹、問題爭點

公然侮辱罪與誹謗罪如何區別？對於一位喝醉的人是否能因受侮辱而反擊的行為主張正當防衛？防衛行為是否應有所限制？而作態想攻擊的行為是否也是一種現在不法侵害或緊急危難情狀？

貳、案例分析

一、甲可能成立刑法第 309 條公然侮辱罪

甲必須有侮辱行為，侮辱係指「對他人為輕蔑表示之行為、抽象的謾罵，具有足使他人在精神上、心理上有感受難堪或不快之虞，足以減損特定人之聲譽、人格及社會評價而言。」「依社會上

一般人通常之觀念及情感，本即有輕蔑貶損之負面評價意味¹。以言語、文字、圖畫或舉動傳達皆可，也不以被害人在場聞見為必要²；但單純不禮貌的行動、言詞或疏忽而不尊重，非侮辱。考量的標準有行為人的年齡、教育程度、職業、與被害人的關係、行為地的方言或言詞習慣。惟實務判決似乎僅針對客觀文義予以認定是否侮辱，少有依上述標準進行綜合判斷。實務認為對人稱「神經病」、「不要臉」、「瘋子」、「王八蛋」、「肥婆」、「妳是什麼東西」、「臭豎仔（台語發音）」或對簿公堂時父親對兒子罵「混蛋」皆屬之，甚至於民事事件庭訊時出言「栽贓嫁禍」、「見錢眼開」辱罵自訴人³，認為均非一般日常生活用語，足以毀損他人之名譽，成立公然侮辱罪。應無爭議的是，行為在客觀上雖是侮辱，若行為人是出於戲謔、訓誡或教誨，否定有侮辱故意。

本罪屬行為犯，一有侮辱他人之行為，即成立既遂。侮辱與誹謗罪不同之處是後者必須行為人意圖散布於眾，而指摘或傳述足以貶損他人名譽之具體事實，若僅抽象的公然為謾罵或嘲弄，並未指摘具體事實，則屬公然侮辱罪的範疇。換言之，二罪行為雖均足以損害他人名譽，但仍有本質之差，侮辱行為並未指摘事實，而是對特定人或可推知之人為謾罵、嘲弄；誹謗則係指摘傳述足以損害他人名譽之「具體事件」，即侮辱並未以任何描述具體人、時、地、行為方式等細節之事件為其指摘內容，而僅係以類如「通姦」、「妓女」、「討客兄」、「鰲三」、「齷齪的垃圾人」、「雜

1 臺灣高等法院 100 年度上易字第 391 號。

2 司法院 30 年院字第 2179 號解釋。

3 臺灣高等法院 100 年度上易字第 1410 號。

碎」、「瘋狗」等詞，內容空洞，但皆為足以貶損他人社會評價之輕蔑言詞，即使在網路上所傳播的文章中以「牠」字指稱他人，也被認定為公然侮辱⁴；相反地，在公開的部落格張貼網頁文章中，以「專在網路上騙男人感情」等文字內容指摘，則屬誹謗⁵。其次，侮辱行為必須公然為之，誹謗罪則無此要件。所謂公然，乃不特定人或多數人得以共聞共見之狀態，而所謂多數人，係包括特定之多數人在內。此外，若以侮辱言語回罵侮辱者，並未能如誹謗罪一樣，有可能依刑法第 310 條第 3 項或第 311 條規定而不罰或免責。

在本案中，甲在餐廳對乙使用「垃圾」、「人渣」等文字，縱使兩人之間曾有恩怨，因二詞含有穢物、塵土及廢棄東西之意義，均具有針對性及攻擊性，顯非善意，足以貶損他人人格評價及名譽。又餐廳除非已經打烊關門，否則屬於公開場合，係不特定人或多數人得以共聞共見之場所。雖然甲喝酒達於爛醉程度，但一看見乙還知道罵人，肯定具有公然侮辱故意，行為具有違法性，考慮的是甲能否主張阻卻罪責。

刑法第 19 條第 1 項規定，行為時因精神障礙或其他心智缺陷，致不能辨識其行為違法或欠缺依其辨識而行為之能力者，不罰；第 2 項規定有上述第 1 項之原因致辨識能力或行為能力顯著減低者，得減輕其刑，此為罪責——行為時合致原則，但第 3 項則規定於因故意或過失自行招致者，不適用前二項規定，後者稱為原因自由行為。原因自由行為係行為人於精神正常狀態下具有侵害特定

4 臺灣高等法院 100 年度上易字第 611 號。

5 臺灣高等法院 100 年度上易字第 1575 號。

法益或對侵害可預見，而故意或過失自陷於無罪責能力或限制責任能力的狀態，並於此狀態下實現犯罪。甲於爛醉情形下侮辱乙，有可能依情形適用刑法第 19 條第 1 項或第 2 項，只是在侮辱之前不具有侵害乙名譽故意或對此侵害可預見，進而故意或過失自陷於無罪責能力或限制責任能力的狀態為之，因此非屬原因自由行為範疇，甲的行為仍有不罰或減輕規定的適用。

此外，甲繼續對乙說了一連串的髒話，前後成立的公然侮辱行為基於單一之犯意，數行為於同時同地或密切接近之時、地實行，且侵害同一法益，其各行為在刑法評價上以視為數個舉動之接續實行而成立接續犯，論以一個公然侮辱罪。甲稍後作態想打乙，因為傷害罪不處罰未遂犯，因此無須檢驗未遂犯主觀與客觀要件，此行為不成罪；又乙見狀氣憤至極，並未因而心生畏懼，甲的行為也不考慮成立恐嚇危害罪。

二、乙的刑責

（一）回罵與賞巴掌行為考慮成立刑法第 309 條第 2 項加重侮辱罪

加重侮辱罪是行為人以強暴犯公然侮辱之罪，強暴係施以不法腕力或體力對他人身體施加影響。乙回罵甲「你才是廢物」，並賞了甲一巴掌，對他人稱「廢物」，依社會通念足以貶抑他人之社會評價及人格尊嚴，顯有輕蔑之意，而使他人精神上、心理上感受難堪。甲當時雖處於爛醉情形，然懂得使用「垃圾」、「人渣」罵乙，當然也能理解「廢物」的意義，乙回罵並賞甲一巴掌，是一種加重侮辱行為，乙具有加重侮辱故意。

有疑義的是，乙的行為是否能主張刑法第 23 條正當防衛？有認為對無罪責能力者只能主張緊急避難⁶。然，刑法第 23 條已明定前提是不法侵害即可，面對不法無須退讓或考慮利益衡平原則，較合理的見解是，面對無責任能力者仍然可以主張正當防衛，要件是行為人必須面臨現在不法之侵害，出於防衛自己或他人權利的行為。不法侵害是經由人類客觀上違背法秩序的行為，對他人法律所保護的法益造成直接的威脅，只是不法侵害限於「現在」，其係直接即將來臨、正在進行或仍在持續中，如果侵害事實上已終結，則是「現在」的結束。侮辱罪屬即成犯，原則上在謾罵後，行為對名譽的侵害已過去，但如果還不斷繼續進行時，則侵害尚未結束。在本案中，乙表示「你喝多了」而試圖勸阻甲，甲繼續對乙說了一連串的髒話，當乙回罵甲「你才是廢物」，並賞了甲一巴掌時，甲的侵害仍屬進行中。

防衛行為在客觀上必須具有必要性及適當性，必要性係指防衛者選擇可及的防衛方法，其可以馬上且有效地排除侵害。適當性係基於法律倫理與社會倫理，避免侵害行為與防衛行為所受損害形成明顯的失衡，造成防衛權的濫用。必要性與適當性的意義雖然可能部分重疊，但二者意涵畢竟不同。防衛行為是否具備適當性，依規範與社會倫理判斷，必要性則依當時的客觀事實衡量。何種防衛行為欠缺適當性，應由正當防衛的二大原則——維護法律秩序與保障個人權利——導出。對於無罪責或有誤會者的攻擊行為、輕微的損害、侵害源自於親密關係者或受侵害者之前有違法挑撥行為在先，

6 黃榮堅，基礎刑法學（上冊），2006，頁 251。

依通說不應完全否定其防衛權，只是須符合所謂的「三階說」：防衛者首先盡可能採取閃避行為；其次，盡可能採取保護性的防衛行為，在無計可施之下，最後才能採取攻擊性行為⁷。

在本案中，乙回罵甲並賞一巴掌，對阻止甲繼續謾罵是否屬必要與適當？甲當時陷於爛醉狀態中，對於不可理喻的人施以侮辱，並非能馬上且有效地排除對其名譽的侵害，反而賞一巴掌還有可能令其清醒，此由甲因而受激怒可印證。實務曾指出縱使訴訟糾紛，亦不得恣意以此輕蔑或粗鄙之文字辱罵告訴人，否則不啻鼓勵任何人均得於訴訟案件未經法院判決確定前，恣意辱罵對方⁸。另不能因受侵害者當時可以採取逃跑或閃躲方式，而否定已採的防衛方式之必要性，因為刑法第 23 條允許對危害排除採取必要的防衛行為，逃跑並非是防衛。只是對責任能力有缺陷者基於適當性要求，防衛行為應採取三階漸進方式，在本案中，當甲罵乙「垃圾」、「人渣」時，起先乙不予理會，對甲表示「你喝多了」試圖勸阻，沒想到甲得寸進尺繼續謾罵，乙有選擇餐廳的權利，不能因為面對爛醉的人謾罵就要求乙放棄用餐權利而離開，當施以消極勸說而無效後，對其賞一巴掌應符合必要性與適當性，賞一巴掌不見得皆會成傷，但可以是公然侮辱行為，只是與回罵具有時空緊密關聯，乙賞一巴掌行為具有防衛意思，不成立加重侮辱罪，但仍須對回罵的侮辱行為負公然侮辱罪。

7 進一步可參考刑法案例研習（一），2016，頁 59 下。

8 臺灣高等法院 100 年度上易字第 391 號。

（二）推倒行為考慮成立刑法第 277 條傷害罪

甲被乙突然而來的巴掌激怒，作態想打乙，乙氣憤至極忍不住將甲推倒在地導致甲受傷，乙可能成立傷害罪。傷害結果與推倒行為具因果關係與客觀歸責，乙也具有傷害故意，考慮的是傷害行為是否能主張正當防衛？甲作態想打乙，應該只是犯罪傾向，而非犯罪決意，犯罪傾向是犯罪決意的前階段，有此傾向者雖然有想到犯罪行為的實行，但尚未決定犯罪，也許在特定條件成熟下，才會下決定付諸實現⁹，故一個未有犯罪決意者，在客觀上對他人不存有現在不法侵害。乙看見甲作態想打他，因氣憤至極忍不住才將甲推倒在地，也不具有防衛意思，且無誤想防衛的情形，乙不能主張正當防衛。

乙是否能主張刑法第 24 條緊急避難？避免的危難係指足以危害生命、身體、自由或財產的特定、現在的危險災難，只要危險隨時可能轉化為法益侵害，也能施以避難行為。緊急避難雖不以危難直接來臨為要件，但要求應有稍後不再存有避難措施、或當前情況若繼續發展下去，顯然地令人害怕損害會發生或加深的情況，才是緊急¹⁰。在本案中，甲只是作態想打乙，乙反而氣憤至極忍不住將甲推倒在地，因此只要乙不再有任何動作，甲不見得一定會採取傷害行為，如上所述，甲尚未有傷害的決意，故不存有緊急情形，傷害具違法性與罪責性。

⁹ Roxin, Strafrecht AT I, 2003, § 29 Rn.59 ff.

¹⁰ Fischer, Strafgesetzbuch, 2017, § 34 Rn. 7.

參、結論

公然侮辱罪與傷害罪皆屬告訴乃論罪，若甲、乙皆提出相關告訴，甲成立公然侮辱罪，視情形援引刑法第 19 條第 1 項或第 2 項不罰或減輕其刑。乙成立公然侮辱罪，傷害罪屬另起犯意，二罪保護的法益不同，成立數罪併罰。

第三一題 竊盜罪之「竊取」

甲女到乙經營的銀樓佯稱購買金戒指，乙拿出兩枚金戒指供甲挑選。甲將其中一枚市價逾兩萬元的龍頭造型戒指從背後塞到腰間束褲，並慢慢挪動將戒指塞到私處中。甲只歸還乙一枚戒指，兩人因而起爭執，由於戒指有稜有角，讓甲一時行動不方便，乙趁機將銀樓大門關上，勸甲將戒指交出來。甲堅稱沒有拿那枚戒指，乙只好報警處理，女警搜遍甲全身，仍遍尋不著，乙揚言帶甲照 X 光，甲才俯首承認並交出戒指。問：甲的刑責為何？

壹、問題爭點

竊盜罪之行為是竊取，何謂「竊取」？竊取是否應秘密進行？何種情形是竊取的完成？甲將乙的戒指塞入束褲內，因乙將大門關上而無法離開，行為是否成立竊盜既遂？上述問題均關係竊盜既遂之成立。

貳、案例分析

甲是否成立刑法第 320 條第 1 項竊盜既遂罪？

一、行為客體是他人動產

動產係指可移動的有體物，且不管其經濟價值，均屬之。另依刑法第 323 條規定準動產，「電能、熱能及其他能量，關於本章之罪，以動產論」。實務認為，所謂「其他能量應以性質上等同電能、熱能之能量為限，否則即與罪刑法定主義之類推適用禁止原則有違，準此以言，具消長性質之『能量』始為刑法竊盜罪章所欲保護之客體，而有線電視台所傳輸之『影音視訊』，乃係利用設置纜線方式以電磁系統傳輸影像聲音供公眾直接視、聽之訊息，其為電磁波之一種，使用之後物質的全部能量並不會減少，性質上非屬於電能、熱能等概念範疇內之能量，非刑法竊盜罪章所欲保護之客體¹」。動產必須屬於他人單獨、共同或整體所有，他人兼指自然人及法人而言²。在本案中，戒指對甲而言，顯然是乙單獨所有的動產。

二、竊取之既遂

（一）竊取行為在主觀秘密下進行

竊盜罪的行為分別由「竊」與「取」所組成，依「竊」之文義，含有秘密、私下不為人知的意涵。國內學者有認為，竊取不以趁人不知不覺且以秘密或隱密的方法為必要，本罪與搶奪罪或強盜罪之差異，在於行為人是否對被害人使用暴力，故歹徒佯稱選購金飾，被害人依其所請交付金飾，歹徒接過金飾後，轉身逃逸，歹徒

1 臺灣高等法院 97 年度上易字第 648 號。

2 司法院 34 年院解字第 2977 號解釋。

是趁被害人對金飾持有支配的鬆弛以和平手段違反被害人意思取走金飾，應為竊盜³。惟現行刑法於竊盜罪與強盜罪之間尚有搶奪罪，關於竊盜與搶奪之差異，實務認為，搶奪罪「係以意圖為自己或他人不法之所有，而用不法之腕力，乘人不及抗拒之際，公然掠取在他人監督支配範圍內之財物，移轉於自己實力支配下為構成要件。搶奪罪之乘人不備或不及抗拒而掠取財物者，不以直接自被害人手中奪取為限，即以和平方法取得財物後，若該財物尚在被害人實力支配之下而公然持物逃跑，以排除其實力支配時，仍不失為乘人不備或不及抗拒而掠取財物，應成立搶奪罪。申言之，行為人取得動產之行為，如係當場直接侵害動產之持有人或輔助持有人之自由意思，而其所使用之不法腕力，客觀上尚未達完全抑制動產之持有人或輔助持有人自由意思之程度者，應成立搶奪罪。此與行為人取得動產之行為，並未當場直接侵害動產之持有人或輔助持有人之自由意思者，為竊盜罪不同⁴」。爰此，搶奪罪的行為是結合「搶」與「奪」，其是行為人公然不畏形聲，急遽掠取，「公然不畏形聲」是客觀面，此客觀情狀印證行為人不在乎任何人，甚至被害人是否當下察覺，縱使被害人立即發現，其急遽掠取足以令被害人不及抗拒。搶奪罪的行為人不在乎被害人是否知悉搶奪行為，竊盜罪的秘密則限於行為人主觀上不為原持有人知悉或誤認原持有人不知情，至於行為於客觀上是否為原持有人或第三者知悉，則非所問。

3 林山田，刑法各罪論（上冊），2006，頁313以下。

4 最高法院96年度台上字第6329號。

(二) 破壞舊的持有關係

竊盜罪保障持有權，竊取的「取」係指取得持有權。「持有」係依據人際往來觀點，個人對動產主觀上具有支配意思且客觀上擁有事實支配⁵，行為人能取得持有權必須先破壞原持有人的持有關係，並為自己或第三人建立新的持有關係；簡言之，在「主觀秘密」的要求下，竊取是行為人違反原持有人的意思或至少未經其同意下，破壞舊的持有並建立新的持有，導致發生原持有人所不願意的持有移轉。持有移轉的第一要件是破壞原持有人的持有關係，此要件也是竊盜罪與侵占罪的區別標準。破壞必須違反原持有人的意思，若原持有人同意持有移轉，行為人的取得則非「竊取」。縱使原持有人之所以移轉持有於行為人，乃係因為行為人施以詐術使然，也不會影響同意的效力，前提是原持有人願意、接受或忍受持有的移轉，亦即是一個有認識的財產處分⁶。例如行為人在商店以偷渡方式將未付款的商品夾帶通關，收銀員根本不知存有夾帶的物品，而讓行為人離開櫃檯，行為人取得物品非經收銀員的同意，因此是竊取行為；相反地，行為人在試衣間將二件不同質料的長褲價格標籤對調，最後以較低的價格購買較貴的長褲，因為店員誤認較貴的長褲是如價格標籤所示，其處分財產是出於自由的認知，雖有瑕疵，仍是一種有效的同意，因此不是「竊取」，而是詐欺。

原持有人同意持有移轉只要客觀上存在即可，至於行為人主觀上是否知情，則是影響取得行為成立既遂或未遂。例如原持有人知

5 黃惠婷，竊盜罪與侵占脫離物罪之區別，台灣法學雜誌，第 122 期，2009/2/15，頁 109-114。

6 Schoenke/Schroeder, Strafgesetzbuch, 2014, § 242 Rn. 36.

悉行為人正在偷竊，取得行為在客觀上導致持有的移轉，卻非本罪的「竊取」，因為原持有人同意動產的持有移轉至行為人身上。雖然行為人不會成立竊盜既遂，但行為人不知客觀存有阻卻構成要件的同意，因此成立竊盜罪的不能未遂。綜上，竊取完成於行為人已經中斷他人單獨或共同的持有，而且對於動產建立新的持有關係。原則上，破壞舊的持有關係同時也建立新的持有關係，只不過二者的建立也可以發生於不同時段，例如行為人在火車上竊取的皮包往外扔，稍後再取回。不管是破壞舊的持有或建立新的持有，皆必須違反原持有人的意思且竊取，導致持有的移轉，故本罪之既、未遂判斷在於持有的概念上⁷。

（三）建立新的持有關係

行為人取得持有關係的第二要件是為自己建立新的持有關係，至於行為人何時建立新的持有關係，分別有下列不同的主張。有採事實觀點，以個案情形與日常生活交際往來的經驗為斷，行為人或第三者已經對於動產取得事實支配關係，行使支配毫無顯著的阻礙，而原持有人除非排除行為人的處分權，否則喪失對動產的影響。另有採社會——規範觀點，視行為是否已經造成動產落入行為人的實力支配範圍內而定，原持有人只有在行為人對動產的支配範圍施以阻卻違法的干預，方能再次取得持有時，則行為人已經建立新的持有關係。不管是何種觀點，持有概念不以新建立的持有關係能對物繼續持有為要件，即行為人取得永久的、確定的持有不是必要的條件。至於行為人對於贓物的持有關係還存有何種程度的危

⁷ Schmitz, in: Muenchener Kommentar, Strafgesetzbuch §§ 185-262, 2003, § 242 Rn. 41, 71; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT/2, 2016, Rn. 111 ff.

險，則非所問，關鍵在於行為人依人際往來觀點已經能夠對他人動產自由處分⁸。

持有的移轉固然是竊盜罪既遂的標準，但也因為動產的種類、體積大小、重量或容不容易被發現而有所不同，故應依具體事實情形並考量人際往來觀點認定。原則上動產仍處於原持有人的空間勢力範圍內時，只有當行為人將動產放在身邊且依正常情形下攜帶離開應該不再有阻礙。特別是對於行為人而言，不再存有遭人取回的任何風險，則是已經建立新的持有關係。若動產很難搬動，則行為人僅是單純地抓住或藏放在他人支配範圍內，尚未導致持有的移轉，因竊取的完成還需要有另行其他措施，如搬上卡車，再運送離開。至於輕巧、不易被發現的動產，如食品或鈔票，竊取的完成在於抓握或藏放於衣服、手提袋或其他輕易可以攜帶離開的容器物內，肯定建立新的持有關係。行為人將他人動產暫時藏放在他人的空間範圍內，計畫稍後再趁機取走，竊盜既遂之肯定，也以行為人稍後有機會再次進入此空間為要件⁹。例如行為人拜訪友人時，拿走友人的戒指，不得不暫時塞進沙發縫內，計畫下次拜訪時找機會取出，因為只有行為人知道戒指的下落，肯定建立新的持有關係。但我國實務對於動產不管大小或體積等因素，認為如所竊之樹木既經砍伐倒地，即已移入於自己實力支配之下，竊盜行為已完成，縱使賊木尚未搬離現場，難謂為竊盜未遂¹⁰。卻又認為竊取客體若屬交通工具，因為非可任意攜離，而須按一定方式操作發動，故必須

⁸ Wessels/Hillenkamp, aaO., Rn. 121.

⁹ Schoenke/Schroeder, aaO., § 242 Rn. 38 f.

¹⁰ 最高法院 49 年台上字第 939 號判例。

待行為人能移動或已移動時，才是移入行為人之實力支配下，因此僅坐上機車，尚未發動引擎，而未將機車推走，應止於未遂階段¹¹。

在自助商場中，實務認為，如行為人將商店內之商品置入口袋內，卻未取出結帳，甫經店門口之際，警報器隨即鳴叫，而為店員查獲，亦因該物已經置於口袋而持有，肯定置於行為人之實力支配範圍內，至於是否置於行為人可得自由處分之安全狀態，與既遂無關¹²。較合理的見解是，將他人商品藏放在個人身體隱密之處，除非商家在結帳台通道設有條碼偵測感應門，否則一藏放即是竊盜既遂，因為櫃檯收銀員依生活經驗不會對身體上下搜身。反之，商家在通道設置條碼偵測感應門，商品必須透過結帳櫃台進行感應式標籤消磁動作，目的是防竊，客觀上行為人的持有仍存有極大的危險，主觀上行為人對此風險應有所認知，而且唯有偵測過關，方視為店家認同商品持有的轉移，故在此之前的竊取行為應視為未遂。若不是藏放在身體隱密之處，而是手推車內，並以廣告紙遮掩或夾帶方式，企圖蒙混通關，除非結帳後仍須經過偵測感應門，否則以通過收銀台為竊取完成。比較特別的情形是，行為人破壞持有關係時已經遭原持有人察覺，原持有人按兵不動的目的是想在最佳時機再出面干涉。在具體情形下，行為人即使被察覺，只要能夠無阻礙地取得對動產的支配，即為竊盜既遂；反之，察覺者能夠立即有效地阻止，則是未遂。行為人在自助商場內將商品藏放在手提袋內，舉動為監管人員發覺，有主張尚未竊取既遂，因為依自然觀點，在自助商場的行竊，若遭店家當場察覺，小偷對於贓物並非毫無阻礙

11 75.7.21. (75) 廳刑一字第 627 號函復臺灣高等法院。

12 83.8.9. (83) 廳刑一字第 13645 號函復臺灣高等法院。

可以攜出。反對見解則肯定既遂，因為依自然的生活經驗或社會觀點，將商品放在手提袋已經是完全持有¹³。對於上述之爭議，以後者較合理，因為竊取行為是在行為人主觀秘密下為之，客觀上對於動產產生事實的支配關係，主觀上也認為建立的支配已無阻礙，然行為遭被害人發現，被害人基於逮捕而未立即出面阻止，因此，竊取時並未取得被害人同意持有轉移，應屬既遂。甚至行為人已經掌握贓物，逃離現場時因故放棄帶走或事後歸還，讓被害人失而復得，皆不影響竊取的既遂。行為人若對於已建立的持有達到一定程度的確定與安全時，則是竊取的實質結束，亦即犯罪終了¹⁴。實務亦採相同見解，認為竊盜罪既遂與未遂之區別，應以所竊之物已否移入自己權力支配之下為標準，若已將他人財物移歸自己所持，即應成立竊盜既遂罪，至其後將已竊得之物遺棄逃逸，仍無妨於該罪之成立，即只要行為人已取得他人動產之管領支配權，其竊盜犯行即屬既遂，不因其疑已為被害人發覺，而未敢將之攜出，即認竊盜犯行未完成¹⁵。

在本案中，甲進入銀樓佯稱購買金戒指，乙拿出兩枚金戒指供甲挑選，雖然甲事實上握有金戒指，但乙主觀上並未同意將戒指的持有移轉給甲，當時乙對戒指只不過是持有的鬆弛而已，直到甲將一枚戒指從背後塞到腰間束褲，則是趁乙不知情下，違反乙的意思破壞其對戒指的持有。甲雖然仍處於乙的支配空間範圍內，且銀樓大門已關上，但將戒指藏匿在身體隱密處，非一般人所能發現，甚

¹³ Schoenke/Schroeder, aaO., § 242 Rn. 40.

¹⁴ Wessels/Hillenkamp, aaO., Rn. 131 ff.

¹⁵ 最高法院 17 年上字第 509 號判例；臺灣高等法院 97 年度上易字第 1656 號；臺灣高等法院 98 年度上易字第 2739 號。

至女警對甲全身搜尋也遍尋不著，因乙堅持不讓甲離開，並揚言帶甲照 X 光，甲才不情願地交出，因此，甲破壞乙對戒指的持有關係時，同時也建立自己對戒指的持有，肯定竊取已完成。

三、竊取故意與不法所有意圖

竊取故意係指行為人知悉動產屬於他人單獨或與他人共同所有，也認識行為破壞動產的舊持有關係與建立新的持有關係，仍進而為之的主觀心態。除此以外，行為人必須具有不法所有意圖，亦即行為人對於動產在不具有屆期的請求權下具有占為己有與排斥所有的意思。在本案中，肯定甲對乙的戒指具有竊取故意與不法所有意圖，違法性與罪責性皆成立。

參、結論

甲趁乙不知情下違反乙的意思，將戒指藏匿於束褲內，乃是破壞乙對戒指的持有，當乙要求甲交出戒指，甲一再否認指控，又甲經女警搜身也遍尋不著，最後是因乙揚言照 X 光，甲才交出，因此，甲已經能夠對戒指自由處分，不因仍處於乙的空間管領範圍內且無法離開，而影響竊盜罪之既遂。

第三二題 不法所有意圖之「排斥所有」要素

甲、乙、丙上門拜訪年老又單身的榮民丁，佯稱係行政院退除役官兵輔導委員會之人員，因為要發放補助金必須填寫表格，要求丁提供存摺、私章與密碼等。甲在旁與丁聊天，藉以分散其注意力，乙則在替丁填寫各種表格過程中，私下在一張空白之郵局取款憑條上蓋用丁之郵局帳戶印鑑章。甲再以喝水為藉口支開丁，乙趁機將存摺掉包，並將已蓋妥丁之郵局印鑑章之郵局取款單、丁之郵局存摺交給當時在外等候之同夥丙。丙前往郵局，以丁之名義在取款單上填寫金額新臺幣 30 萬 8000 元，並交給承辦人員領錢，甲、乙則繼續與丁聊天，等丙領完錢回來後再換回存摺，丁直到甲等人離開後，才發現積蓄遭人領空。問：甲、乙、丙刑責為何？

壹、問題爭點

甲、乙、丙騙取丁的存摺，繼而違反其意思私下到郵局提出所有款項，之後再歸還存摺，騙取存摺再取款的行為是否成立竊盜罪？何謂不法所有意圖？歸還已無存款的存摺是否也是一種「排斥

所有」？又丙臨櫃取款是否成立詐欺罪？

貳、案例分析

一、甲、乙、丙考慮成立刑法第 158 條、第 28 條僭行公務員職權罪之共同正犯

本罪行為是冒充公務員，進而有行使職權的行為，「冒充」是未具公務員身分或未經授權者自許或對外自稱是公務員、或公務員不具有行使其他公務員的職務權限，仍然行使之，又行為人行使的職權以公部門才能行使者為限。在本案中，甲、乙、丙未具公務員身分，對丁佯稱係行政院退除役官兵輔導委員會之人員，前來發放補助金，令丁誤認三人是退輔會人員。甲、乙、丙對冒充公務員而行使職權有犯意聯絡，聯手欺騙與彼此掩護，肯定具有共同冒充公務員而行使職權的故意、違法性與罪責性皆成立。

甲、乙、丙另外冒用公務員所專用的官階或職銜，自稱是行政院退除役官兵輔導委員會之人員，同時成立刑法第 159 條冒用公務員服飾、徽章或官銜罪，與僭行公務員職權罪屬一行為觸犯數罪名，論以後者即已足。

二、甲、乙、丙考慮成立刑法第 321 條第 1 項第 4 款、第 28 條加重竊盜罪之共同正犯

在本案中，甲以喝水為藉口支開丁，乙趁機將丁的存摺掉包，再轉交給在外等候的丙，有可能是竊取行為。存摺對甲、乙、丙而言屬他人動產，竊取是破壞他人對其動產之持有關係，並建立對動

產新的持有關係。竊取必須是違反被害人意思，客觀上是否秘密進行，則非所問，只要行為人主觀上認為在不被原持有人察覺下進行，則符合竊盜罪的密行原則。甲、乙佯稱發放補助金必須填寫表格，要求丁提供存摺、私章與密碼等，甲再藉口支開丁，由乙趁機將存摺掉包，將丁之郵局存摺交給在外等候的丙，丁在三人施詐術下主動將存摺交給甲、乙，丙因而取得丁的存摺再到郵局取款，行為是詐術取財？還是竊取？

臺灣高等法院認為¹：「刑法上之詐欺罪與竊盜罪，雖同係意圖為自己或第三人不法之所有而取得他人之財物，但詐欺罪以施行詐術使人將物交付為其成立要件，而竊盜罪則無使人交付財物之必要，所謂交付，係指對於財物之處分而言，故詐欺罪之行為人，其取得財物，必須由於被詐欺人對於該財物之處分而來，否則被詐欺人提交財物，雖係由於行為人施用詐術之所致，但其提交既非處分之行為，則行為人因其對於該財物之支配力一時弛緩，乘機取得，即與詐欺罪應具之條件不符，自應論以竊盜罪。」在本案中，丁雖然將存摺交甲、乙，但目的是申辦補助金，故只是暫時對存摺持有權的鬆緩而已，並未喪失持有關係，乙私下違背丁的意思又轉交給丙，三人是在合同意思範圍以內，各自分擔犯罪行為之一部，相互利用他人之行為，以達取得存摺之目的，客觀上違反丁的意思破壞其對存摺的持有關係，並進而建立新的持有關係，主觀上本於相同之犯意，分工實施部分犯罪行為，且將其他參與者所為視為自己所

¹ 最高法院 33 年上字第 1134 號判例要旨；臺灣高等法院 99 年度上更(一)字第 446 號。

為之犯意，彼此之間存有合作、分工之功能性支配關係²，三人的行為符合結夥三人以上犯竊盜的加重要件，肯定具有加重竊取故意。然最高法院有認為，竊取他人之存摺、印章，取款後再歸還，當屬不罰的「使用竊盜」³。

有疑義的是，甲等人將丁的存摺歸還再離開現場，是否具有不法所有意圖？學者指出，竊盜罪主觀要件的所有意圖應解釋為「取得意圖」⁴，只是何者可以成為竊盜罪的取得對象？至今尚未有一致的結論。通常「取得」是針對動產事實使用的可能性，衍生出的爭議是，難道取得僅能針對動產本身？還是包括動產體現的價值？目前有各種理論解決此問題。在大部分的情形中，不同理論也都能得出一致的結論，理論的爭議反而在於原則的堅持以及對特殊情形存有不同見解，特別是行為人計畫將取得的他人之物，在使用並喪失物的價值後再歸還。

依物體理論，能成為「取得」的對象僅限於動產本身，排斥所有是行為人讓他人對其動產本身長期不再能使用。此見解缺點是，如果歸還的動產對所有人而言已有不利的改變或貶值時，並不會成立竊盜罪。依價值理論，取得的對象還包含動產體現的經濟價值或利益，只要令動產喪失經濟利益而讓所有人承擔相關的經濟損失，也肯定取得意圖，因為行為人原則上不可能剝奪所有權，故應從經濟觀點判斷。此見解被批評將造成取得意圖與獲利意圖於實際上難以區隔，令取得罪變成純粹的財產轉移罪。其次，有違法條文義，

2 臺灣高等法院 99 年度上更(一)字第 446 號。

3 最高法院 100 年度台上字第 3232 號。

4 林山田，刑法各罪論（上冊），2006，頁 327 以下。

因竊盜罪的取得客體明定為「他人動產」，而且取走毫無經濟價值的動產將不會成立竊盜罪。上述理論為了解決各自產生的問題，遂多方面地試圖修正。至今，縱使是嚴格的物體理論支持者也認為，如果行為人將動產的物體以不利的方式改變再歸還，也是排斥所有，例如偷取他人煤炭烤肉，使用後歸還煤灰。依修正的物體理論，若動產的本體雖然未改變，但其特定的使用可能性已喪失，肯定排斥所有，故取得的對象不是只有動產本身而已，而是存在於動產的支配權限，例如偷取他人乾電池，電量用盡後再歸還也具有排斥所有意思⁵。

目前德國實務與學術通說則採綜合理論，此見解在刑事政策上有擴大解釋的傾向，在理論上仍招致批評⁶，因此限縮在動產價值上，只是並非所有動產的使用可能皆是取得概念所包含的價值，而是動產依種類與功能所體現的特別價值。此理論認為「取得意圖」應含有積極與消極二種要素，其係「占為己有」與「排斥所有或持有」。前者係行為人短暫地將他人動產併入自己的財產或使用其價值；後者係指行為人經由永久或長期對物體本身或其體現的價值完全或嚴重地剝奪，而排除所有者於此動產的經濟地位⁷。

較特殊的情形是行為人取走他人的證明用的文件或卡片，目的是在請求給付，達成目的後再歸還物主，本案中的郵局存摺即屬之。應無疑義的是，若行為人根本沒有歸還存摺的意思，在領光存款後將存摺丟棄或毀損，成立竊盜罪。通說認為取走他人存摺，不

⁵ Schmitz, in: Muenchener Kommentar, Stragesetzbuch §§ 185-262, 2003, § 242 Rn. 111 ff.

⁶ Vogel, in: Leipziger, Kommentar, StGB, Band 8, §§ 242-262, 2010, § 242 Rn. 136 ff.

⁷ Schoenke/Schroeder, Stragesetzbuch, 2014, § 242 Rn. 48 ff.

管是領光所有存款或部分再歸還，也成立竊盜罪，論證基礎是建立在價值理論與綜合理論。因為存摺是一種具有特定資格的證明文件，依規定會載明債權人的姓名，當債權人出示證明時，債務人必須履行契約。存摺是權利的證明，可以要求銀行交付存款，存摺屬於他人的動產，行為人僭越權限取得存摺體現的價值，並讓所有權人長期不再擁有存摺被賦予的請求權，亦即縱使行為人歸還存摺，但因為全領光或部分領出裡面的存款，導致存摺不具有任何價值或減低其價值，其歸還的只是完全無價值的證明書而已，依廣義的物體理論，動產有部分的功能喪失也是一種本體的損失⁸。

另有主張物體理論的學者亦認為，擁有存摺的權利，即擁有請求權的權利，行為人的請求權是一種無理要求，也是對存摺所有者的無理要求，應成立竊盜罪。又行為人向郵局人員領錢行為，成立詐欺罪，後者則是竊盜罪的與罰後行為⁹。反對見解認為，存摺不是真正的有價證券，只不過是證明文件而已，證明目前的存款狀況，此狀況隨時會改變，請求權不是源自於證明文件；易言之，請求權不是存摺的直接性質，剝奪請求權對存摺本質而言，並不是物質改變的剝奪，取走再歸還，是一種使用權的僭越，不是竊盜罪的排斥所有¹⁰。

對於存摺有上述的爭議，但對於電磁卡片則有一致的見解，行為人取走目的是轉賣給他人，或自行濫用或提款後再破壞或丟棄，成立竊盜罪。至於行為人取走卡片先濫用再歸還，視情形而定，如

8 Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT/2, 2016, Rn. 174; Vogel, aaO., Rn. 139; Schoenke/Schroeder, aaO., § 242 Rn. 50.

9 Kindhauser, Strafgesetzbuch, 2005, Rn. 88.

10 Schmitz, aaO., Rn. 122.

果是儲值卡或電話卡等，內存有一定金額，行為人消費所有金額或部分再歸還，成立竊盜罪。如果是信用卡或提款卡，因為本身並沒有體現財產價值，而僅是為了進行財產處分的一種方法而已，濫用再歸還，行為人不具有排斥所有意圖，不成立竊盜罪。同樣地，取走他人身分證或服務證，目的是證明身分以詐取財物，之後再歸還證件，不成立竊盜罪，僅成立詐欺罪¹¹。

在本案中，甲、乙、丙分工合作竊取丁的存摺，領光存款後再歸還丁，因為存摺不是只有證明目前的存款狀況而已，而是對金融機構請求特定給付的重要證明，依通說見解，當存摺的存款減少或歸零，對所有人而言，存摺的價值減低或喪失，因此對存摺肯定具有占為己有與排斥所有的意圖。三人在共同犯罪決意下分工合作，肯定具有正犯意思且握有實現犯罪的功能支配，成立加重竊盜罪之共同正犯，違法性與罪責性皆成立。

三、甲、乙、丙是否成立刑法第 339 條第 1 項、第 28 條詐欺罪的共同正犯？

在本案中，甲、乙、丙共同決意聯手取得丁存摺與蓋好印鑑的取款單後，由丙前往郵局領出所有存款，三人是否成立詐欺罪？容有爭議。一說認為，行為人令郵局人員誤認其是有處理權者才會任由其提款，導致存款戶受損，成立詐欺罪。實務也認為行為人向金融機構提出取款憑條，使不知情之金融機構承辦人員陷於錯誤而交付被害人存款，則構成詐欺取財犯行¹²。

¹¹ Vogel, aaO., § 242 Rn.163; Schmitz, aaO., Rn. 123.

¹² 臺灣高等法院 99 年度上更(一)字第 446 號；臺灣高等法院 99 年度上訴字第 200 號。

較合理的見解是，丙讓郵局人員誤認為其是存摺所有人或取得權限者，但存摺之功能在於證明，與存摺所有人的物權無關。只要提款人提出存摺、印章與密碼，除非帳戶遭凍結，否則金融機構人員有義務讓人提款，故丙的行為欠缺詐欺罪應有的使用詐術與令承辦人員陷於錯誤，不成立詐欺罪。有可能成立詐欺罪的情形是，戶頭已遭封鎖，行為人在取款前或取款時施以詐術，影響承辦人員並解除封鎖而取款¹³。

依後者見解，甲、乙、丙不成立詐欺罪，縱使依前說可以成立詐欺罪，但提款行為只是利用竊盜行為的利益，也是竊盜罪的與罰後行為。

四、甲、乙、丙考慮成立刑法第 210 條偽造變造私文書罪、第 217 條第 2 項盜用印章罪與第 28 條的共同正犯

私文書係不具公務員身分的一般人製作之文書，偽造私文書係無製作權人製作虛偽的私文書。取款憑條屬私文書，甲、乙、丙基於共同決意分工合作，以實現領取丁的存款，三人行為讓丁以為是幫他申請補助，丁交出存摺等物，實際上並無提領存款之真意，亦無授權三人提款之意，甲等人逾越授權範圍並以欺瞞之方法蓋用丁的印章，違反丁之意思用以製作取款憑條之私文書，將存款全部領出，足以生損害於丁，甲等人具有盜用印章故意與偽造私文書故意，違法性與罪責性皆成立，論以偽造私文書罪，不另論刑法第 216 條行使偽造私文書罪。

¹³ Wessels/Hillenkamp, aaO., Rn. 175.

參、結論

甲、乙、丙為了騙取丁的存款，基於共同的犯罪決意，採取分工合作方式的行為分別成立僭行公務員職權罪、加重竊盜罪與偽造私文書罪的共同正犯。三人取得丁的存款，才是竊盜罪的既遂，而僭行公務員職權與偽造私文書的目的在於實現領取存摺內的存款，二者屬加重竊盜罪的與罰前行為，論以加重竊盜罪即已足。臺灣高等法院認為，三人除了成立加重竊盜罪外，另外成立詐欺罪，但數行為在自然意義上雖非完全一致，惟有部分重疊且犯罪目的一致，依一般社會通念，認應評價為一罪較為適當，依刑法第 55 條從較一重之加重竊盜罪處斷¹⁴。

¹⁴ 臺灣高等法院 99 年度上更（一）字第 446 號。

第三三題 竊盜罪或侵占脫離物罪

甲與乙替朋友向丙催討債務，當甲見丙與其妻丁開車回家並停妥汽車後，由乙將車停在丙車左側，以堵住丙之去處，甲下車後一隻手打電話，靠著車門並叫丙下車，質問丙所欠債務要如何解決。丙於甲質問前已知甲是向其要債，要丁先跑回家報警，甲見狀交代乙攔住丁，丙情急之下與甲拉扯，將一只手提包與裝有點心的袋子放置車前引擎蓋上，手提包內有手機、金融卡、證件與一萬元現金等物品。甲因丙拉扯而摔倒在地，爬不起來，要求乙到車子底下拿「傢伙」，丙趁機趕回住處拿棍子準備追打，等丙拿棍子回到現場時，發現甲、乙二人已離開，手提包遭甲拿走，食物與飲料卻掉落滿地。試問：甲的刑責為何？

壹、問題爭點

刑法第 337 條的客體可以是「其他離本人所持有之物者」，此概括要素意涵為何？若持有人在認識之下將動產暫時脫離自己支配範圍，是否屬之？相反地，動產在持有人無認識之下脫離其支配範圍，屬於刑法第 337 條的客體？如何區別竊盜罪與侵占脫離物罪是

本案系爭之重點。

貳、案例分析

一、甲是否成立刑法第 320 條第 1 項竊盜罪？

(一) 客體是他人動產

竊盜罪係一種對他人動產透過取得以無權使用利益為目的的財產侵害，保護的法益是財產。由於行為人不可能因「取得」而主張民法上的所有權，故「取得」是獲得對動產處分的可能機會。本罪特別保障持有權，故所有人或持有人皆可成為本罪之受害者。行為客體是他人動產，動產係指任何一種事實上可以移動的有體物，即使在不能移動物體上的組成部分，只要透過分離可以移動，也可以是本罪的客體，例如房屋的房門。「他人」係指動產既不屬於行為人單獨所有，也非無主物，例如不屬於任何人的自然野生植物、或所有人或持有人放棄的財產。但行為人與他人共同持有或所有，也是他人動產¹，例如男女情侶拍性愛光碟，女方於分手後潛入男方住處私下取走光碟，因為刑法保障他人的持有權，肯定侵害男方對光碟的持有權。在本案中，丙的手提包對甲而言，屬於他人動產。

(二) 竊取行為

本罪的行為是竊取，所謂竊取係破壞舊的以及建立新的持有關係，對動產的持有由被害人移轉到行為人身上，係成立竊盜罪的必要條件，因此，持有概念是確定本罪既遂與否的關鍵要件，同時也是竊盜罪與侵占罪不同之處，因前者的行為人必須先破壞舊的持有

¹ Schoenke/Schroeder, Strafgesetzbuch, 2014, § 242 Rn. 1 ff.

關係，才有建立新的持有關係可言；後者的行為係易持有為所有，行為人破壞的是所有權，且原則上行為人必須先取得持有權，唯有刑法第 337 條侵占脫離物罪係持有權與所有權同時取得²。

持有係指人與動產之間的事實支配關係，此為客觀——生理要素，另外，行為人也必須具備支配意思，此為主觀——心理要素。此二要素於具體個案中是否存在，有主張應依日常生活的自然觀點，判斷是否握有事實支配，亦即對於動產能毫無阻礙地直接實現影響意思³。有論者批評事實支配的持有概念不符合一般人際往來的觀點，持有應係人與動產之間的規範關係，故依社會觀點予以評價，遂提出社會——規範的持有概念⁴。另有主張上述二種持有概念具有不確定性，容易流入恣意解釋，故主張以「動產併入個人利用保留」的概念理解持有，理由是行為人行為時必須具有為自己或第三人不法之所有意圖，竊取時已準備利用此動產，因此，持有是將動產併入個人利用的保留中⁵。

即使上述不同論點之出發點不同，但通常於大部分情形會得出

2 黃惠婷，侵占罪之侵占行為與客體，興大法學，第 2 期，2007/11，頁 217 以下。有學者認為侵占罪的行為本質是不作為犯，普通侵占罪與侵占脫離持有物罪之差異在於對物的支配是否因所有人同意或交付，高金桂，侵占罪之構成要件分析，月旦法學雜誌，第 163 期，2008/12，頁 31 以下。只是將侵占罪視為不作為犯，則似乎以原所有人請求返還，而行為人加以拒絕或否認時，為本罪之既遂，即違背返還義務之不作為方為既遂。惟依本條之規定與立法目的，不作為不應該是本罪既遂之認定標準，其是一種行為結果，實務將侵占罪視為「即成犯」並非毫無依據。

3 Schoenke/Schroeder, aaO., § 242 Rn. 23 f.; 國內贊成此見解者，鄭善印，刑法財產罪之保護法益——以竊盜罪及侵占罪為例，月旦法學雜誌，第 163 期，2008/12，頁 40 以下。

4 Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT/2, 2016, Rn. 126.

5 Hoyer, in: SK-StGB, 2001, § 242 Rn. 32 ff.

相同的結論，因為事實支配關係，只不過是能證明規範關係之多數證據中的一種，是否肯定「持有」，仍必須依生活上的自然觀點判斷。社會——規範觀點的支持者則認為，所有觀點最後結論雖然一致，但社會——規範觀點具有足夠的確定性。不管是何種觀點，可以肯定的是，依生活上的自然觀點或社會——規範觀點，持有人對於動產的影響雖然可能存有障礙，卻無礙其對動產的持有關係；反之，雖然對於動產有影響可能性，也可以否定其對動產的事實支配，以下將綜合上述各種論點進一步具體分析。

1、持有的客觀——生理要素

較無疑義的是，動產來自個人私密領域，例如房屋、汽車、隨身攜帶的手提袋或穿在身上的衣服等，肯定動產處於支配私密領域者之持有關係中，縱使持有人外出旅遊也一樣，從而，私密領域形成持有範圍。其次，儘管持有人對動產發生持有鬆弛，持有人仍持續握有對物的持有關係。此情形是持有人對於動產雖有空間距離，但依社會習慣對動產存有影響可能，故不以動產不離身為要件。例如持有人留在工地上的鋼筋或挖土機、大賣場負責人對場內任人選購的商品、讓顧客拿到試衣間試穿的衣物、由玻璃櫃拿出來讓客人選購的珠寶、主人鬆綁而蹣跚的寵物、遊樂園交給遊客的救生設備、停放在路邊的汽車、因車禍而留在現場的機車，甚至車主的汽車鑰匙遭人撿走，對停靠的汽車也不會因而喪失持有⁶。

至於「持有」屬合法或違法，在所不問，重點不是法律上應不應該，而是只要具有事實處分的可能，即為本罪保護範圍，例如竊取他人搶來的項鍊。我國實務亦採相同見解，認為竊盜罪保護的法

⁶ Schoenke/Schroeder, aaO., § 242 Rn. 26; Hoyer, aaO., § 242 Rn. 24.

益不僅是財物所有權人對該物之所有權，也包括物的持有人對於該物之持有關係，亦即本罪之被害人可以是所有人或持有人。因此，機車所有權人先前遭竊而被停放於橋上，他人若對該機車未經持有人同意而逕行騎走，若機車外觀尚新，車身完整，功能尚佳，顯然非遭人拋棄之物，他人仍構成竊盜罪⁷。

行為人若對動產握有直接影響的可能性，然因社會依賴關係而排除其對動產的持有，例如雇用的外勞取走雇主家中物品不告而別、或工人私下運走工廠內的機器。此情形是行為人與被害人之間存有特殊關係，即一方有聽命另一方指示的關係，行為人雖對動產有直接影響，但不表示被害人將對動產的持有權移轉到行為人身上，行為人充其量只是被害人的持有輔助者，取走行為是侵害他人的持有權；相反地，行為人之所以能持有動產，乃是因為事實或法律原因導致持有移轉，則肯定行為人對動產之持有關係⁸，例如具有指示權限的負責人讓員工對產品負管理權責，常見者如專櫃人員、宅急便運送人員或大賣場的監管人員等，若管理者將持有的他人動產占為己有加以使用，並沒有破壞竊取行為應具備的「破壞舊持有關係」之要件，考慮成立（業務）侵占罪。

在日常生活中因行為習慣，持有人有時於無知或有認識下，讓動產脫離自己的支配範圍，這時應如何判斷持有人對於動產是否仍具有持續的持有關係？原則上視持有人是否認識放置的地點而定。因為持有人只有在認識放置地點且有繼續支配意思，才有事實影響的可能性。持有人在認識下將動產暫時脫離自己的身邊，肯定仍有

⁷ 高雄地方法院 95 年度簡上字第 655 號。

⁸ Schoenke/Schroeder, aaO., § 242 Rn. 27.

支配意思與支配可能，此暫放的物品或可稱為暫放物。我國實務採此見解，認為持有關係不以現實占有該標的物為必要，只須在法律評價上，該標的物屬於其監督「持有」中即可。例如被害人在醫院家屬休息室吃泡麵，起身至旁邊樓梯間打電話，將背包放在休息室椅子上，等打完電話回來時，發現背包遭人取走。因被害人將背包放在椅子上而暫時離開，其主觀上並未放棄對該背包之持有，也非因遠離而遺忘背包致其持有關係鬆弛，在法律評價上，該背包仍在被害人之持有支配之下，有如停在樓下之機車或汽車，其所有人或持有人雖未現實「占有」該車，仍肯定具有持有關係，行為人應成立竊盜罪⁹。

動產若遺留在毫無界限的空間，此與特定空間有支配管理者不同。若持有人不知動產遺留於何處，因不再可能對該物產生影響，持有人喪失持有關係，此為遺失物，屬於刑法第 337 條侵占脫離物罪的客體，例如手機在不知的情況中遺落在路邊或廣場。又被偷竊或搶奪的財物遭人隨意亂扔，只要物品仍有經濟價值或其喪失足以影響原持有人或所有人權益者，例如車牌或支票，則屬於原持有人或所有人的遺失物，我國實務採之¹⁰。與遺失物不同的是遺棄物，後者是持有人或所有人放棄對動產的持有權或所有權，而成為無主物。動產到底是暫放物或遺棄物，應依生活上的自然觀點，例如放置在垃圾堆旁的資源回收物應為遺棄物，若置於機車踏板上，則是暫放物。但位於公共場所的有價值物可能是暫放物，也可能是遺失物或遺忘物。

⁹ 基隆地方法院 97 年度基簡字第 313 號。

¹⁰ 基隆地方法院 93 年度基簡字第 955 號；桃園地方法院 96 年度桃簡字第 2892 號。

遺忘物與暫放物或遺失物不同，持有人對遺忘物不一定喪失持有關係，其係持有人一時不察，而無意地讓動產於客觀上短暫脫離自己的支配範圍內，持有人仍具有支配意思，且待其發現此事實時，亦能毫無阻礙地回復對動產的影響，前提是：持有人知道遺忘在何處以及在毫無外在障礙或不費力情況下能輕易取回；相反地，遺忘在他人支配的空間範圍內，例如公家機關、私人工作場所、餐廳或計程車內，動產屬於空間支配者持有¹¹。只是我國實務採不同見解，例如行為人在早餐店用餐，看到被害人的行動電話在桌上被報紙壓著，於是取走。實務認為，行為人係撿到他人脫離本人之持有物¹²，惟此見解有待商榷。假設此手機係在結帳台上被報紙壓著，行為人取走也成立侵占脫離物罪？難道手機不可能是老闆所持有？依實務見解推論，客人趁機取走結帳台上的老闆所有手機是竊盜，取走餐桌上其他客人的手機是侵占脫離物，二者即有五年以下有期徒刑與罰金之差別，判斷標準實有疑義。事實上，依生活上的自然觀點或社會——規範觀點，特定空間支配者反對他人由此空間內取走非屬自己的動產，故其對於該空間內的所有物品，不僅具有一般的持有意思，同時也有事實上的支配可能，行為人未經同意取走特定空間內非屬自己的物品，乃是破壞該特定空間支配者對該物的持有關係。例如投宿客人取走旅館房間的毛巾或前一位客人遺忘的戒指，皆破壞旅館負責人對該物的持有關係。

¹¹ Hoyer, aaO., § 242 Rn. 36; Schoenke/Schroeder, aaO., § 242 Rn. 28.

¹² 基隆地方法院 95 年度基簡字第 256 號；板橋地方法院 89 年度訴字第 1598 號。

2、持有的主觀——心理要素

「持有」以持有人在主觀——心理上具有支配意思為要件，依日常生活觀點，有潛在的支配意思即已足，而不以聲明為必要。例如睡覺者或昏迷者，後者即使在行為人取走後死亡，行為也一樣視為破壞舊的持有關係。死亡者因為不再可能持有動產，此時的動產有可能處於無人持有的狀態，也可能落入同居者持有，但不應該是動產的繼承者持有，因為若無事實可以證明繼承者對於此動產具有支配意思，而能對此動產產生事實的影響。持有的支配意思是自然的支配意思即可，故小孩或精神疾病者也可以成為本罪之受害者。法人或機關團體雖然不可能持有動產，但可以透過其負責人而持有，例如圖書館的藏書。甚至於持有人也可以是具一般的持有意思，其係指持有人對於整體空間範圍內的動產具有支配意思，例如放在屋外信箱內的郵件、或放在店家尚未拉起鐵門前的物品等¹³。

在本案中，實務認為甲成立刑法第 337 條侵占脫離物罪，因為本條所謂「離本人所持有之物」係指物之離其持有，非出於本人之意思者而言，故除遺失物、漂流物外，凡非基於持有人之意思，一時脫離其本人所持有之物，均屬於「離本人所持有之物」。因本罪屬於即成犯，凡將離本人所持有之物占為己有後，其為自己不法所有之意思與行為即為完成¹⁴。

刑法第 337 條的客體是遺失物、漂流物或其他離本人所持有之物，遺失物與漂流物應是持有人或所有人不知動產已脫離自己的支配、或發現此現象，但無法或難以對該物回復持有；簡言之，持有

¹³ Wessels/Hillenkamp, aaO., Rn. 87 ff.

¹⁴ 花蓮地方法院 90 年度易字第 94 號。

人縱使想支配，於客觀上不可能或顯有困難。而本條概括性的客體「其他離本人所持有之物」也應具有類似性質，若將此要素解釋為「凡非基於持有人之意思，一時脫離其本人所持有之物」，雖符合遺失物或漂流物之主要特徵，但對所有遺忘物或遺留於特定空間者的物品一律視為本罪之客體，仍有可議之處，故宜解為「凡非基於持有人之意思，永遠或可視為脫離其本人所持有之物」。

在本案中，由於丙知道自己的手提包放置處，對該物並未放棄支配意思，且客觀上也具有支配可能，其與該物雖有空間隔閡，其持有只不過是一時鬆弛而已，所以符合實務所主張「基於持有人之意思，一時脫離其本人所持有之物」，不屬於刑法第 337 條之客體。甲趁丙跑進住處取棍棒之際，於丙不知情下拿走丙的手提包，乃是破壞丙對該物的持有，並建立新的持有，又取走行為是趁被害人不知情下秘密進行，故非搶奪，而是竊取。

（三）竊取故意與為自己或第三人不法之所有意圖

因為丙之手提包係放在其小客車引擎蓋上，且手提包旁邊也放有點心食品等物，丙發現手提包不見時，食物掉落滿地，因此，肯定甲具有竊取他人動產故意以及具有不法之所有意圖，違法性與罪責性皆成立。

二、甲是否成立刑法第 304 條第 2 項強制未遂罪？

本罪之既遂必須強制行為令被害人行使無義務之事或妨害其行使權利，由於此結果並未發生，而本罪亦有處罰未遂犯，考慮甲是否成立本罪？甲必須有強制故意，甲叫丙下車，質問丙所欠債務何時還清，反而遭丙拉扯摔倒在地，並爬不起來，甲這時才叫乙到車

子底下拿「傢伙」，可見甲一開始並未想要使用強暴或脅迫的手段，且對丙施以反制毫無心理準備，才讓丙一拉扯即摔倒在地，因此欠缺積極事實足以認定甲討債行為當時已決定要使用強暴或脅迫，甲不成立強制未遂罪¹⁵。

三、甲是否成立刑法第 305 條恐嚇個人危安罪？

甲於摔倒後，要求乙拿「傢伙」，丙不知道甲所稱的「傢伙」是何物，因為甲是對乙講，並非對丙說，難認為係對丙實施恐嚇行為。更何況，甲若有恐嚇之意，理應持其所謂「傢伙」在原地等待、或進而前往尋找逃走的丙，豈有駕車離開現場之理，而丙聽到甲要拿「傢伙」時，反而不畏懼還跑回住處取木棍，因此，實務認為甲不成立恐嚇個人危安罪。

參、結論

丙將手提包放在引擎蓋上，並跑回住處拿棍棒，手提包係基於丙的意思，短暫脫離其本人所持有之物，丙仍有支配意思與支配可能，甲取走該手提包，乃是破壞丙的持有關係且建立新的持有關係，甲成立刑法第 320 條第 1 項竊盜罪。

¹⁵ 實務認為甲對丙質問債務時，既未為任何強暴或脅迫行為，因此並未著手於強制行為之實施，不成立強制未遂罪，花蓮地方法院 90 年度易字第 94 號。

第三四題 搶奪罪之結夥犯

甲、乙坐上丙駕駛的汽車內，甲因缺錢花用，又得知位在○○路段 140 號○○商行看店的丁頸上佩帶金項鍊一條，丁年紀老邁，甲認有機可乘，提議搶走變賣。經乙、丙應允後，由丙駕駛該車搭載甲、乙，駛往「○○商行」，並將車輛停放於 144 號旁（與「○○商行」相隔約兩、三間店面）。由乙、丙在車上把風接應，乙將口罩交由甲戴上，甲下車進入「○○商行」，身上並無現金，仍向丁佯稱要購買七星牌香菸，並交付折疊過之玩具紙鈔一張予丁，但為丁識破並非真正紙鈔，遂將該玩具紙鈔歸還，答稱伊沒有賣七星牌香菸。甲見丁背對自己，立即徒手深入丁的衣領內拉扯頸上的項鍊，丁以雙手壓住項鍊，最後僅能保住一小節項鍊，其餘部分仍為甲扯走，甲得手後迅速返回車上，由丙駕車搭載逃逸。問：甲、乙、丙刑責為何？

壹、問題爭點

甲提議搶走丁的項鍊，乙、丙二人應允，由丙開車載往目的地，然乙、丙二人留在附近的車上把風接應，二人究竟應成立共同

正犯或幫助犯？又刑法分則的結夥犯應如何認定？其與刑法總則的共同正犯有何不同？另行為人分別違犯不同構成要件的財產犯罪，彼此之間若具有時空緊密關聯，是否得以評價為行為單數？

貳、案例分析

一、甲考慮成立刑法第 325 條第 1 項搶奪罪

搶奪罪之行為客體是他人動產，其係指該動產在他人監督之下者而言，且不限於純粹他人所有之物，即非他人所有，或係自己與他人共有而在他人監督之下，也可以成為搶奪罪之客體¹。在本案中，對甲而言，項鍊是他人動產。本罪要求行為人必須有搶奪行為，所謂「搶奪」係乘被害人不備，出其不意，遽然使用不法腕力，使其不及反應而掠取之。實務認為，行為人施用不法腕力，自財物所持之人的支配範圍內移轉於自己之所持，並不以直接對被害人之身體施加不法腕力或與被害人互相拉扯為必要，若其出手攫取財物之情形，已達共見共聞或不畏見聞之狀況，而不掩形聲，急遽攫取者，仍不失為搶奪²。

在本案中，甲見丁背對自己，立即徒手伸入丁的衣領內拉扯頸上的項鍊，雖然丁以雙手壓住項鍊，最後仍然被甲取走。甲的行為乃是乘丁不備，不掩形聲，急遽攫取他人的項鍊，使用的不法腕力尚未達於不能抗拒的程度，肯定是施以搶奪而取得他人財物，甲具有搶奪故意與不法所有之意圖，違法性與罪責性皆成立。

¹ 最高法院 25 年上字第 6097 號判例。

² 最高法院 91 年度台上字第 6753 號。

二、乙、丙是否成立刑法第 325 條第 1 項與第 28 條搶奪罪的共同正犯？

刑法第 28 條規定：「二人以上共同實行犯罪之行為者，皆為正犯。」釋字第 109 號解釋指出：「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」，前者稱為「實施共同正犯」，後者為「共謀共同正犯」。二者相同之處是主觀上具有「自己共同犯罪之意思」，也是「參與實施犯罪構成要件以外之行為」，差異在於前者實行非謀議的構成要件以外之行為，也包含事前參與謀議且實施犯罪構成要件以外之行為者；後者則僅有謀議而已。至於「實行共同正犯」依 31 年院字第 2404 號解釋之意旨³，應侷限於實行階段有參與犯罪者，是否在犯罪現場，則非所問，例如可以透過電話遙控犯罪的進行。只是在實行階段參與犯罪，應如何區別共同正犯與幫助犯？實務向來認為，以自己共同犯罪之意思，實施構成要件之行為者，為正犯；以自己共同犯罪之意思，實施構成要件以外之行為者，亦為正犯；以幫助他人犯罪之意思，實施構成要件之行為者，亦為正犯；以幫助他人犯罪之意思，實施構成要件以外之行為者，始為從犯⁴。

對於共同正犯與幫助犯之區別，不少學者主張「犯罪支配理

3 刑法第 28 條所謂實施，係指犯罪事實之結果直接由其所發生，別乎教唆或幫助者而言，即未著手實行前犯陰謀預備等罪，如有共同實施情形，亦應適用該條處斷。至實行在現行刑法上乃專就犯罪行為之階段立言，用以別乎陰謀、預備、著手各階段之術語。

4 最高法院 25 年上字第 2253 號判例。

論」⁵，認為正犯是對犯罪結果「是否」與「如何」實現的決定掌握在手中，任何一種型態的正犯可以隨其意思令事件發展、阻礙或中斷；相反地，共犯欠缺對結果共同產生作用的犯罪支配。其中，共同正犯是握有功能支配，其參與足以支配整個事件的發展，參與具有重要性⁶。實務亦曾認為⁷：「多數人出於共同犯罪之意思，彼此分工協力共同實現犯罪行為，彼此互為補充而完成犯罪，即多數人基於犯意聯絡與行為分擔者，為共同正犯，此即學說上所稱『功能性之犯罪支配』，在此概念下，多數人依其角色分配，共同協力參與犯罪構成要件之實現，其中部分行為人雖未參與構成要件行為之實行，但其構成要件以外之行為對於犯罪目的實現具有不可或缺之地位，仍可成立共同正犯。」

在本案中，依實務見解，乙、丙與甲於事前同謀，並於實行犯罪之際，在場把風、接應，顯係以自己犯罪之意思而參與犯罪，即應認為共同正犯⁸。然依犯罪支配理論，乙、丙事前僅是附和甲的搶奪提議，二人在甲實行搶奪時負責把風與接應，並非是握有犯罪支配的共謀共同正犯。只是坐在車上的把風行為，因為欠缺應有的機動性，實不足以影響甲的搶奪行為。但負責開車的丙在附近車上等待，以接應甲離開現場，此參與對於搶奪行為而言，正可以實現搶奪罪具有的「突發性」與「急遽性」，今甲得以迅速離開現場，丙的開車扮演重要的貢獻，且丙知情甲想對丁搶奪，其事前與事後

5 國內學者如林山田，刑法通論（下冊），2008，頁 42 以下；黃常仁，刑法總論，2009，頁 213 以下。

6 Roxin, Strafrecht AT, Band II, 2003, § 25 Rn. 28, 188.

7 最高法院 96 年度台上字第 6141 號。

8 臺灣高等法院臺中分院 98 年度上更(一)字第 105 號。

開車載甲，可謂基於共同犯罪決意，分工合作以實現犯罪，違法性與罪責性亦成立，丙成立搶奪罪的共同正犯；而乙坐在車上的把風對甲的搶奪，非屬必要與重要，乙也未提供接應工作，其在犯罪過程中的參與是附和甲的提議及提供一只口罩，此客觀參與不足以肯定握有犯罪支配，而只是對甲的搶奪既遂提供更順利的一種精神與物質幫助，乙對此也具有幫助故意，違法性與罪責性皆成立，乙成立搶奪罪的幫助犯。

三、甲、乙、丙三人是否成立刑法第 326 條第 1 項加重搶奪罪？

甲、乙、丙成立搶奪既遂罪，但三人是否成立加重搶奪罪？加重搶奪罪係行為人違犯搶奪既遂罪，而有刑法第 321 條第 1 項各款情形之一者，其中第 4 款係「結夥三人以上而犯之」。有疑義的是，乙、丙於當時不在甲行搶的現場，又三人中有人成立共犯時，是否能成立結夥三人以上的加重搶奪罪？

（一）實務對結夥犯之見解

對於「結夥三人以上」的要件，實務認為，在客觀上「應以在場共同實施或在場參與分擔實施犯罪之人為限，不包括同謀共同正犯在內」。釋字第 109 號解釋中的同謀共同正犯與規定於刑法分則或刑法特別法中之結夥犯罪，其態樣並非一致⁹，並認為「所稱結夥三人，係指實施中之共犯確有三人者而言，若其中一人僅為教唆犯，即不能算入結夥三人之內¹⁰。」甚至要求結夥犯均須具有責任

⁹ 最高法院 76 年台上字第 7210 號判例。

¹⁰ 最高法院 23 年上字第 2752 號判例。

能力，「若其中一人係缺乏責任能力或責任要件之人，則雖有加入實施之行為，仍不能算入結夥三人之內¹¹。」主觀要件「係以結夥犯之全體俱有犯意之人為構成要件，若其中一人缺乏犯意，則雖加入實施之行為，仍不能算入結夥三人之內」，若其中一人係遭其他二人脅迫而犯罪，其脅迫行為已足以令該另一人喪失自由意思，則其隨同犯罪，即非本意，難以成立結夥三人而犯之¹²。「刑法上所謂結夥三人以上，須有共同犯罪之故意，而結為一夥，始能成立。若他人不知正犯犯罪之情，因而幫同實施者，不能算入結夥數內¹³。」

（二）學者對結夥犯之見解

學者認為，結夥係三人以上的行為人，具有共同違犯特定犯罪的故意，而結為一夥，因為結夥犯是共同正犯，主觀上除了須具有共同犯罪決意外，客觀上必須參與共同的行為實施，因此，教唆犯、幫助犯或贓物犯不能計入結夥的人數內。又依結夥犯的性質，策劃與指揮他人實行共同犯罪之共同正犯、或參與謀議並視他人的實行行為為自己實行的共同正犯、或共謀共同正犯，也不能計入結夥的人數內。基於本條立法目的是除了保護個人財物之持有利益外，因結夥三人以上，人數較多而容易實現犯罪，故結夥犯中的個別行為人是否具有責任能力，屬於個人的刑事責任問題，應與結夥犯成立無關¹⁴。然有學者主張無責任能力者與教唆犯、幫助犯一

¹¹ 最高法院 30 年上字第 1240 號判例。

¹² 最高法院 46 年台上字第 366 號判例。

¹³ 最高法院 24 年上字第 4339 號判例。

¹⁴ 林山田，刑法各罪論（上冊），2006，頁 353 以下；甘添貴，體系刑法各論，第二卷，2000，頁 77 以下。

樣，均不得包括在結夥人數內，不過結夥共犯中實施行為者二人，一人擔任把風或傳遞贓物，仍屬結夥三人以上犯之¹⁵。

（三）結夥犯人數之認定

刑法總則已有共同正犯之規定，刑法分則另對財產犯罪規定結夥犯，應該別具意義。對於成立結夥犯，毫無爭議的是，人數至少三人以上，共同正犯則是二人以上，但結夥犯是否為共同正犯？實有討論的空間。立法者對結夥三人以上行搶予以加重處罰，理由係搶奪若由三人以上共同為之，對於他人財產的侵害具有加乘作用，因為三人以上的連結具有高度危險性。依「結夥」的文義是多人結伴，且不以具有幫派性質為必要，但高度的危險性應以三人以上的連結具有時空上的關聯性為必要，亦即在人數的認定上，除了如實務要求應在場實施者外，在時間上也應有所關聯，欠缺時空關聯者有共謀共同正犯、或實行階段不在場，卻能遙控犯罪實施的共同正犯、或不在現場的教唆犯與幫助犯、或犯罪既遂後傳遞或運送贓物的贓物犯。因此，在現場實施的三人以上共同正犯屬之，甚至當場擔任幫助工作的幫助犯也應計入結夥人數內，只要具有結夥犯罪故意即可，卻不必是共同正犯的共同犯罪決意。因為事前有結夥犯罪故意，當場有突發狀況時，在場的幫助犯也可能升高參與犯意為正犯，有如攜帶兇器卻未使用的情形，對於他人財物具有高度的抽象危險，故結夥犯並非是共同正犯，而是因為行為人違犯特定財產犯罪時，較常出現結黨聯群，立法者於刑法總則規定共同正犯之外，特別予以考量加重刑罰。

以上是有關結夥人數的認定，至於總則的正犯與共犯之規定仍

¹⁵ 褚劍鴻，刑法分則釋論（下冊），2000，頁1110。

有適用之餘地，亦即共同正犯或共犯若不計入結夥人數內，但參與他人結夥犯罪，仍可以成立該罪的共同正犯與共犯。至於無責任能力者是否計入結夥人數，基於責任能力純屬個人刑責問題，其在場參與犯罪足以提高對他人財產的侵害，故上述學者見解較可採。而被逼迫參與犯罪者形成強制性緊急避難，得以主張寬恕罪責¹⁶，因此，人雖然在犯罪現場，卻與其他人並非事前結夥而犯之，欠缺結夥故意，其參與對於他人財產的侵害不至於升高危險，故與無責任能力者的參與不同，理應不計入結夥人數內。

在本案中，最高法院認為，刑法之結夥三人以上搶奪罪，所稱之「三人」，固應以在場共同實行或在場分擔實行犯罪行為之人為限，不包括共謀共同正犯在內；惟若於事前同謀，並於實行犯罪之際，在場把風、接應，顯係以自己犯罪之意思而參與犯罪，即應認為共同正犯，而計入結夥人數之內。乙、丙二人把風、接應所在之○○路段 144 號前，與甲作案現場○○路段 140 號○○商行之距離若干？乙、丙是否不屬於在場分擔實行犯罪行為之人？因認定事實不明，認原判決有撤銷發回更審之原因¹⁷。高等法院則於更審中，採最高法院上述對於「結夥三人」的見解，肯定乙、丙在車內把風、接應，就搶奪罪行部分，有犯意之聯絡與行為之分擔，構成結夥三人以上搶奪罪的共同正犯¹⁸。

如上所述，甲、丙成立搶奪罪之共同正犯，乙成立搶奪罪之幫助犯，加重搶奪罪之「結夥三人以上」的人數認定，係以參與者是

¹⁶ 黃惠婷，強制性的緊急避難——評最高法院九十四年台上字第二三四號判決，月旦法學雜誌，第 133 期，2006/6，頁 210 以下。

¹⁷ 最高法院 98 年度台上字第 2128 號。

¹⁸ 臺灣高等法院臺中分院 98 年度上更(一)字第 105 號。

否在場為準，在場應係犯罪現場及其附近，「附近」範圍之界定應符合規範目的。對於搶奪行為而言，負責接應者會選擇可以立即載離現場的地點，乙、丙二人當時在與搶奪現場相隔約兩、三間店面的車上等待，符合「結夥三人以上」之時空關聯性，也肯定三人具有結夥搶奪的故意。

四、甲考慮成立刑法第 339 條第 3 項詐欺未遂罪

在本案中，甲進入「○○商行」，身上並無現金，仍向丁佯稱要購買七星牌香菸，並交付折疊過之玩具紙鈔一張予丁，考慮成立詐欺罪，因為甲使用容易辨識的玩具鈔，立即為丁識破並非真鈔，而將該玩具紙鈔歸還，因未造成丁財產損失，考慮成立未遂犯，甲使用偽鈔購物，具有詐欺故意與對他人財物具不法所有意圖，又詐欺罪的詐術係指足以影響他人認知的一切行為，而傳遞的內容與事實不符合者，甲使用偽鈔購物，乃是使用「詐術」以影響他人的認知，肯定著手詐欺行為，違法性與罪責性皆成立。

甲的詐欺行為與緊接的搶奪行為在時空上有緊密關聯，二罪雖同為侵害財產，但分屬不同的行為態樣，並無基本與變種構成要件的關係，相異的不法內涵在性質上並非只是升高或降低而已，難以成立自然的行為單數。實務亦有類似的見解，「行為人著手於某犯罪行為實行中，變更其原有犯意為另一犯罪故意而犯之，除法律有特別規定外，其前後二行為應予分論併罰。」此所稱法律有特別規定者，係指行為人主觀上之不法幾無差異，客觀上所造成之損害亦無二致而言。若行為人「以詐欺犯意而著手實行詐欺行為中，見詐欺目的無法達成，乃變更原有詐欺故意，而另起強盜犯意，進而為

強盜犯行時，其前後所犯詐欺未遂與強盜二罪，亦應併合處罰之¹⁹。」因此，甲詐騙香菸未遂與搶奪項鍊既遂應分別論罪。

參、結論

甲與乙、丙結夥並親自搶走丁的項鍊，甲成立加重搶奪罪，另與詐欺未遂罪成立數罪併罰。丙事前及事後開車接應甲離開搶奪現場，對於搶奪行為屬於重要的參與，應成立加重搶奪罪的共同正犯。乙因附和甲的提議，並提供口罩，對於結夥三人搶奪丁的項鍊知情，應成立加重搶奪罪的幫助犯，又乙、丙對於甲另外施以詐術以騙取財物並不知情，對此不負詐欺未遂罪之刑責。

¹⁹ 最高法院 97 年度台上字第 4206 號。

第三五題 恐嚇危害罪或強盜未遂罪

甲受他人之託，代為保管具殺傷力之槍枝與子彈，並藏放於住處。某日深夜，甲攜帶槍枝獨自到乙經營的熱炒店，該店未營業，乙與員工則在店內烤肉。甲上前向乙要求收取保護費未果，想不到反遭店內乙等人驅趕。甲因而心生不滿，在路口持槍枝指向乙，對乙等人恫嚇稱：「店還想不想開（台語）？」，乙等人誤以為甲拿玩具槍，回嗆說：「又不是沒看過槍，不要拿假槍來嚇唬人」。乙遂與其他3名員工手持掃把等工具，當街追趕甲數百公尺，還喝令「別跑！」。甲被追趕自覺很火大，停下來轉身對空鳴槍警告。乙等人才知大事不妙，一哄而散並報警。甲成立何罪？

壹、問題爭點

甲持具殺傷力的手槍指著乙說「店還想不想開？」，甲具有何種犯罪決意？甲持槍恐嚇，卻遭乙等人誤認為假槍並追趕，乙等人的行為對甲的刑責認定是否有影響？甲先、後的恐嚇行為應如何評價？

貳、案例分析

一、甲是否成立刑法第 330 條第 2 項與第 25 條加重強盜未遂罪？

(一) 結果未發生與未遂犯的處罰

甲持具殺傷力的槍枝到乙經營的熱炒店，要求收取保護費，想不到反遭店內乙等人驅趕，最後並未拿到錢財，不成立加重強盜既遂罪，本罪有處罰未遂犯，考慮是否成立第 330 條第 2 項。

(二) 甲是否具有加重強盜罪的犯罪決意？

刑法第 25 條規定，未遂犯是行為人已著手於犯罪行為之實行而不遂者。未遂犯的消極要件是「不遂」，係指客觀上欠缺行為人所期待的結果；積極要件則是要求客觀行為必須「已著手」。著手於犯罪行為之實行是體現內在實現犯罪的決意，因此，未遂犯被視為不完整的犯罪構成要件，無法從中得出要件要素，而是必須透過特定的犯罪予以理解，例如殺人未遂罪或竊盜未遂罪，行為人著手於「殺」或「竊取」¹。刑法是「行為刑法」，各種犯罪構成要件都針對客觀行為而定，行為是否該當故意既遂犯，應先判斷行為是否符合構成要件所描述的行為。不同的是，成立未遂犯的多數情形是犯罪結果未發生，亦即行為人的期待未實現。有期待就有認知與意欲，因此，沒有犯罪故意，無法滿足未遂犯的不法內涵。從事實面而論，結果未發生可成立未遂犯，但在理論上，犯罪構成要件的結果雖發生，倘若不能歸責於行為人，行為人基於犯罪決意已著手於犯罪之實行，也可以成立未遂犯，例如行為人對被害人下致死毒

¹ Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts AT, 1996, § 49 III.

藥，被害人肚痛難忍叫救護車，救護車途中遭人撞擊，被害人死於車禍，行為人以殺人未遂論。「犯罪決意」與「著手」對未遂犯而言，屬不可或缺的主觀與客觀要件。

由於未遂行為根本沒有造成任何法益受侵害，或損害結果不能歸責於行為人的行為，刑法對未遂行為的處罰是例外。未遂犯的處罰理由有各種見解，通說採客觀——主觀混合理論，處罰的重點不是行為人透過其行為導致保護的法益受到具體的危害，而是被確認的故意已實現行為不法。另有提出所謂的「印象理論」，此理論是建立在客觀——主觀混合理論上，肯定未遂犯處罰理由除了行為人具有法敵對且被確認的犯罪意思外，進一步提出，只有當一般人對法規範效力的信賴產生動搖以及法律安定與和平受損害時，針對犯罪實現的行為才具有應罰性²。法條明定「著手於犯罪行為之實行」，「著手」與否有賴於行為是否已經與犯罪的實現具有時間與空間的密接關聯；易言之，犯罪結果是否因行為人著手實行的行為將立即地、直接地實現，唯有時空上有密接關聯，行為方具有震撼印象。較無爭議的是，行為人的行為符合犯罪構成要件所描述的行爲或部分行為，原則上肯定已著手實行犯罪。行為是否已著手犯罪行為之實行，與行為人主觀上想實現何種犯罪以及其客觀要件要素有密切關係，故判斷行為是否成立未遂犯，行為人的「犯罪決意」應優先審查³，即行為人主觀上想違犯何種犯罪。

在本案中，甲索取保護費未果，遭乙等人驅趕至店外，甲因而

² Jeschfeck/Weigend, aaO., § 49 II.

³ Hillenkamp, in: Leipziger Kommentar StGB, Band 1, Einleitung §§ 1-31, 2007, Vor § 22 Rn. 13.

心生不滿，持槍枝對乙等人恫嚇，實務認為，甲基於恐嚇危害安全之犯意，以此加害生命、身體、財產之事恐嚇乙等人，使其心生畏懼，致生危害於安全，成立恐嚇危害安全罪⁴。然實務未探究強盜罪問題，故依實務見解，甲持槍恫嚇時未具有任何取財故意。甲先後有兩次亮槍行為，當甲到熱炒店要求收取保護費，遭店內乙等人驅趕後，在店外第一次持槍指著乙說「店還想不想開？」，卻遭乙等人誤以為玩具槍而回嗆與追趕。甲再次亮槍是被追趕後自覺很火大，才停下來對空鳴槍警告。有疑義的是，甲第一次持槍指著乙說「店還想不想開？」，難道沒有不法取財的意思嗎？

未遂犯的犯罪決意是行為人對於犯罪已有終局的決定，申言之，行為人最後決定實現犯罪，至於是否會實現，依其認知，只要有可能即可，縱使對最後實現與否有些許懷疑，也肯定有犯罪決意。例如小偷看見豪宅，心想宅內應有貴重物品，至於是否有斬獲有所懷疑，仍決定放手一搏，於是潛入屋內翻找貴重物品，卻誤觸警鈴，目的未能實現，肯定基於竊取故意與不法所有意圖著手於竊取之實行。小偷進去時不確定是否會找到貴重物品，所以須到處翻找，因為可能實現願望的想法比可能一無斬獲的想法來得強烈，所以才決意入宅。行為人至少具備此想法，足以肯定未遂犯的行為不法。

在本案中，甲與乙等人毫無認識或任何糾紛，自恃持槍前往乙經營的熱炒店，目的是向店家收取保護費。甲一開始未亮槍索取保護費，因乙等人無懼而遭驅趕。甲被趕到店外後，見勒索不成，隨即持手槍指著乙說：「店還想不想開？」，甲出言威嚇與索取保護

4 板橋地方法院 101 年度訴字第 558 號。

費不無關聯。「保護費」是不法之徒向商家勒索定期的報酬，若有不從，則會騷擾、恐嚇，甚至破壞財物，令商家無法安心開業，是以，以保護之名行勒索之實。甲恐嚇乙說：「店還想不想開？」，傳達的是，乙如果想繼續開店，就必須按時繳保護費。因為甲一進店內，即開口索取保護費，沒想到乙等人不從，反遭驅趕，才提高威嚇的手段以遂行目的，否則甲無須攜帶具殺傷力的槍枝到現場。因此，甲具有亮槍抑制乙決定自由（繳保護費或關店）的意思。依甲的認知，任何人應該會屈服於槍彈，在不敢抗拒下作出順從的決定，肯定甲主觀上具有加重強盜故意、不法所有意圖以及強盜罪應有的方法——目的關聯性的認知。有疑義的是，當甲持槍指著乙，乙等人誤認為玩具槍，甚至一齊追趕甲，客觀上未發生如甲料想的結果，是否會影響甲的加重強盜故意？

強盜罪要求行為人使用強制方法以取財獲利，只是強制方法必須達於被害人不能抗拒的程度，否則考慮成立恐嚇取財罪。早期判例認為，前者以目前之危害脅迫他人或暴力相加，致喪失自由意志不能抗拒；後者係以將來惡害之通知恫嚇他人，受恐嚇者尚有自由意志，只是因此懷有恐懼之心⁵。此見解導致強盜罪與恐嚇取財罪之間形成刑罰漏洞，最高法院於是變更判例見解，並於八十年第四次刑事庭會議決議：「恐嚇行為是不以將來之惡害通知為限，即以強暴脅迫為手段，而被害人未達於不能抗拒程度者，亦屬之。」自此，恐嚇固然係以危害通知他人，使人心生畏怖，然此危害通知以現時危害相加者，也應包括在內。而恐嚇之手段並無限制，可以言語、文字為之，即使出之於強暴、脅迫，猶未達於不能抗拒之程度

⁵ 最高法院 67 年台上字第 542 號判例。

者，仍屬恐嚇之範疇，其與強盜罪之差異在於是否足以抑制被害人之意思自由為斷⁶。強盜罪明定「至使不能抗拒」，係指強制手段產生的強制程度而言。強制是否達於「不能抗拒」，實務認為祇須行為人所為之強暴、脅迫等不法行為，就當時之具體事實，予以客觀之判斷，足使被害人身體上或精神上達於不能或顯難抗拒之程度，即足以當之，實際上被害人有無抵抗，並非所問⁷。客觀的具體事實係就年齡、性別、性格、兇器有無與種類、發生時間與地點、參與人數以及被害人主觀上的反應等，依一般人通常所能抗拒的程度綜合判斷。因此，行為人的行為在客觀上足以認定使他人不能抗拒，例如持槍威脅，被害人並不因之發生畏懼而加以抵抗，可以成立強盜罪。反之，行為人的行為雖在客觀上並不足以使人不能抗拒，但被害人的抵抗力未及於通常之標準時，也可以成立強盜罪⁸。

近期實務判決曾指出，強盜罪之強暴、脅迫，祇須抑壓被害人之抗拒或使被害人身體上、精神上，處於不能抗拒之狀態為已足，其暴力縱未與被害人身體接觸，仍不能不謂有強暴、脅迫行為。行為人持槍近距離對人體射擊足以致命，故持用槍、彈不僅足令對方畏懼，更可令常人不敵或放棄抵抗，而得輕易壓抑被害人之意思自由，至使不能抗拒等情，當為常人所知。縱被害人主觀上一度誤為假槍而試圖反抗、高喊，仍與持槍行為是否至使一般人不能抗拒不生影響⁹。綜上，行為人持槍以取財，雖然遭被害人誤認為玩具

6 最高法院 81 年度台上字第 867 號。

7 最高法院 97 年度台上字第 5889 號。

8 林山田，刑法各罪論（上冊），2006 年，頁 377、386。

9 最高法院 101 年度台上字第 488 號。

槍，而未達於不能抗拒之程度，也不會改變行為人具有令被害人不能抗拒的想法，應視為強盜行為，而非僅是論以恐嚇取財未遂罪。申言之，行為是否該當強盜罪要件，與最後是否令被害人達於不能抗拒而如願取財無關，關鍵是行為人著手施以強制時，是否有施以令人不能抗拒之方法而取財的想法，此行為不法正是未遂犯處罰的重點。至於被害人誤認槍枝是假槍，甚至搏命嘗試抵抗，都不會影響行為人加重強盜之犯意，故甲的加重強盜故意不會因乙等人誤認與追趕而受影響，肯定甲具有加重強盜故意與不法所有意圖。

（三）甲著手實行加重強盜行為

甲為了實現索取保護費的目的，持槍對著乙說「店還想不想開？」，乃是著手實現其對乙等人施以精神上不能抗拒的脅迫。又甲持具有殺傷力的槍枝，符合攜帶兇器犯強盜罪，違法性與罪責性皆成立，甲成立加重強盜未遂罪。

二、甲考慮成立刑法第 305 條恐嚇個人危安罪

本罪是以加害生命、身體、自由、名譽、財產之事，恐嚇他人致生危害於安全。甲第一次持槍指著乙威脅是否想開店，目的是想索取保護費，如上所述，成立加重強盜未遂罪，在遭乙等人追趕後，又對空鳴槍恐嚇，因為沒有任何與取財獲利有關的言行，而是意在阻止乙等人繼續追趕，肯定具有恐嚇個人危安故意，違法性與罪責性皆成立。

三、甲考慮成立槍砲彈藥刀械管制條例第 7 條第 4 項未經許可持有槍彈罪

本條項禁止未經許可，持有、寄藏或意圖販賣而陳列第 1 項所列槍砲、彈藥。「持有」與「寄藏」行為分別並列處罰，單純之「持有」，固然不包括「寄藏」，但寄藏之受人委託代為保管，其保管之本身所為之「持有」，既係「寄藏」之當然結果，法律上僅就「寄藏」行為為包括之評價，不應另就「持有」予以論罪¹⁰。行為人未經許可寄藏具殺傷力之槍彈，其寄藏期間經過係屬行為之繼續，而非狀態之繼續，亦即一經寄藏該槍彈，罪即成立，但其犯罪行為之完結須繼續至寄藏行為終了時為止。甲以一寄藏之行為，同時寄藏具有殺傷力之制式手槍、子彈，而同時觸犯未經許可寄藏制式手槍罪與第 12 條第 4 項未經許可寄藏子彈罪 2 罪名，應依刑法第 55 條想像競合犯之規定，論以較重之未經許可，寄藏制式手槍罪處斷¹¹。

參、結論

甲攜帶槍枝進入店內即有索取保護費的意思，遭趕出店外後，對乙等人亮槍威嚇是否還想開店，乙等人反應出乎甲意料之外，誤以為是假槍，未發生甲預期的「不能抗拒」之結果，反遭追趕。最後，甲未取得任何財物，攜帶兇器強索保護費未果的行為成立加重強盜未遂罪。甲遭乙等人追趕後的對空鳴槍，此恐嚇行為與取財獲

¹⁰ 最高法院 74 年台上字第 3400 號判例。

¹¹ 板橋地方法院 101 年度訴字第 558 號。

利無關，而是遭追趕自覺很火大，另起恐嚇危安故意，轉身鳴槍嚇阻乙等人的追趕，應成立恐嚇個人危安罪，先、後兩次持槍恐嚇行為的犯意有別，二罪成立實質競合，數罪併罰。甲先前受人委託寄藏槍彈，寄藏槍彈的目的不是為了索取保護費，甲觸犯未經許可寄藏制式手槍罪與加重強盜未遂罪、恐嚇個人危安罪，犯意各別，行為互殊，應予分論併罰。

第三六題 可推理脅迫

甲見建築工程公司承包商乙有利可圖，於是要求乙必須向其購買回填土，否則只要乙向他人購買一車，乙必須交給甲 2 千元之「土尾錢」（保護費），才能使用其他工程公司之土方砂石。乙未理會，仍對外招標土方回填，此舉引起甲不滿，與丙分持西瓜刀、鐵管前往工地毆打並追砍乙。乙遍體鱗傷（頭顱創傷縫七針），經人緊急送醫。2 小時後，甲再度與丙趕到醫院病房，要求乙簽約或交付現金，乙懼怕再遭砍殺，當場交付現金 3 萬 6,000 元給甲。甲、丙成立何罪？

壹、問題爭點

甲、丙要求乙向其購買回填土或交保護費，乙未理會，甲、丙二人遂追砍乙。當乙因傷入院治療時，乙交付 3 萬 6,000 元給甲。乙當場在甲未有任何恐嚇或傷害行為下，僅因甲的要求乙即交付現金，應如何評價甲、丙的取財行為？乙在甲要求下交出現金，交出現金與先前遭毆打之間是否有因果關係？認定因果關係的重要性何在？強盜罪屬複行為犯，強制與取財獲利要件應如何認定？二者之間是否有特別要求？

貳、案例分析

一、甲、丙的毆打行為考慮成立刑法第 277 條第 1 項與第 28 條傷害罪共同正犯？

傷害罪是傷害人的身體或健康，身體傷害係指對身體所有物質上的損害影響及任何一種痛苦的對待，造成顯著的身體不適。痛苦是否顯著，應從客觀觀察，而非被害者主觀的感受。今乙遍體鱗傷，頭顱創傷縫七針，肯定傷害結果已發生，而此結果是甲、丙分持西瓜刀、鐵管共同毆打而造成，因此，甲、丙的行為與傷害結果之間具有因果關係，結果客觀歸責於甲等人的行為。甲、丙二人基於犯意聯絡對傷害的行為與結果具有相關故意，違法性與罪責性皆成立，甲、丙成立傷害罪的共同正犯。

二、甲、丙取財行為共同成立刑法第 346 條第 1 項恐嚇取財罪或第 328 條第 1 項強盜罪？

恐嚇取財罪是施以恐嚇使人將本人或第三人之物交付者；強盜罪則是以強暴、脅迫、藥劑、催眠術或他法，至使不能抗拒，而取他人之物或使其交付財物。二罪的行為人皆施以違反被害人意願的強制方法，目的在於取財，且方法與目的之間要求應具有因果關聯。二罪屬於他人損害型的財產犯罪，不同於自我損害的財產犯罪，如詐欺罪¹。依實務見解，二罪差別在於強暴或脅迫的強制程度上，無關強暴或脅迫的惡害是現在或將來發生。甚至認為，強盜

¹ 黃惠婷，刑法案例研習（一），2016，頁 381 以下。

罪所施用之強暴、脅迫手段，祇須足以壓抑被害人之抗拒，使其喪失意志自由為已足，縱令被害人實際無抗拒行為，無礙強盜罪之成立；恐嚇取財的被害人尚有意志自由，只是未達於不能抗拒之程度。強制是否達於「不能抗拒」之程度，應以通常人之心理狀態為準。如果行為人所實行之不法手段足以抑制通常人之抗拒，使之喪失自由意志，即與之意義相當，反之則否²。

強暴係對人的身體施以直接或間接影響的強制，以抑制或阻止任何的阻擋行為；脅迫是施以一個未來可見之惡害加以威嚇，只不過對強盜罪的被害人而言，敏感的惡害必須達於不能抗拒程度。恐嚇是以強暴、脅迫或其他不法手段施加於被害人，使其心生恐懼而受其強制，其與脅迫都是一種對人施以心理或精神影響的強制，惟程度上有差異而已。脅迫是敏感的惡害，恐嚇的惡害卻足以心生畏懼，被害人敏感或畏懼惡害在不久的將來會發生，二者都足以產生立即的強制效果。在本案中，甲要求乙必須向其購買回填土或交付保護費，在乙不從下，與丙分持刀、鐵管毆打並追砍乙，乃是對乙施以身體的直接強制，肯定是強暴行為。

有疑問的是，當甲、丙二人毆打乙致傷時，當時未立即取財或獲利，反而是 2 小時過後才進入醫院要求乙簽約或交付現金，取財之際僅是要求，並未施以任何強暴或脅迫，取財行為是恐嚇取財罪還是強盜罪的結果？刑法上屬於雙行為的犯罪類型，例如強制性交罪、強盜罪或恐嚇取財罪等，皆要求彼此之間應有因果關聯。至於較特殊的結合罪，如強盜殺人結合罪或擄人勒贖殺人罪的雙行為之間也要求前、後行為應有結合關係，此結合關係即實務所要求的二

2 最高法院 104 年度台上字第 2173 號。

者互為利用³；

申言之，任何一種型態的結合罪，先、後行為之間的因果關係認定不僅要有時空緊密關聯，同時也要存有直接關聯性。此特性對於準強盜罪也不例外，其對「當場」的要求是，搶奪或竊盜先行行為應與強暴或脅迫之間在空間上及時間上有密切關連⁴。時空的密切關聯也不以實施竊盜或搶奪者尚未離去現場為限，即已離盜所尚在他人跟蹤追躡中者，仍不失為當場⁵。縱使行為人一開始施以強制是另有其他目的，例如傷害的目的是單純教訓，於毆打之際決定繼續使用強暴以取財，仍肯定強盜罪雙行為之間的因果關聯或方法——目的關聯。不同情形是，行為人於強制後才產生取財獲利念頭，此臨時、偶然的決定，取財與先前的強制是否具有方法——目的關聯，則視情形而定。倘若行為人僅是利用被害人的處境順便取財，例如認為機不可失或認為被害人不再可能施以抗拒，遂認為這時取財沒有必要再次使用不能抗拒的方法，取財行為考慮成立竊盜罪（例如被害人已昏迷）、搶奪罪（例如使用迅雷不及掩耳的方式）或侵占脫離物罪（例如被害人已死亡）等。反之，如果被害人在行為人使用強暴之後，認為抵抗也沒意義，原因是擔心害怕，只

3 最高法院 104 年度台上字第 483 號判決指出，刑法第 332 條第 1 項之強盜而故意殺人罪，係將強盜及殺人之獨立犯罪行為，依法律規定結合成一罪，行為人於行為前，對於結合之強盜及故意殺人二罪，有包括之認識為必要，其強盜行為為基本犯罪，凡利用強盜犯罪之時機，而起意殺人，即可成立結合犯，至殺人之意思，不論為預定之計畫或具有概括之犯意，抑或於實行基本行為之際新生之犯意，亦不問其動機如何，祇須二者在時間上有銜接性，地點上有關聯性，均可成立結合犯。因之，先強盜後殺人或先殺人後強盜，均可成立強盜而故意殺人罪之結合犯。

4 最高法院 101 年度台上字第 4487 號。

5 最高法院 101 年度台上字第 313 號。

好任其擺佈，另一方的行為人認識此情狀且加以利用為取財獲利，是否與如何判斷強盜罪的方法——目的關聯，觀點未一致⁶。

1、不作為犯的觀點

此說主張，行為人在沒有不法所有意圖下使用強暴，例如基於剝奪行動自由故意而綑綁或監禁，之後產生取財獲利故意。行為人不排除持續的強制作用（即綑綁或監禁的間接強暴所導致的狀態），目的是為了方便或有可能取財獲利時，因為違反義務地維持先前所製造的危險，行為人居於保證人地位，對被害人負有排除危害的義務，此時取財如同以積極使用強制的方法取財一樣⁷，肯定強制行為與取財目的之關聯性，成立強盜罪。

2、繼續犯的不法延續

另有主張，若將強暴限定僅能以積極作為實現，不符合剝奪行動自由的本質且限縮強暴的概念。因為剝奪行動自由罪是繼續犯，行為人對他人施以監禁或綑綁不同於毆打，剝奪行動自由罪是直到釋放或鬆綁才終了，在這之前，剝奪行動自由的效力仍然持續中，肯定再度恢復自由之前是對身體影響的強暴。此違法狀態的持續應歸責於行為人，至於違法情狀是基於行為人積極作為所造成，或因有危險前行為形成保證人地位，對於繼續犯而言，並不重要。因為縱使是一種不作為，行為人利用先前經由剝奪行動自由所產生的強制情況，也符合不作為的不法內涵與非難性⁸。

6 進一步可參閱黃惠婷，利用自我損害行為的刑責－評臺灣高等法院臺南分院一〇一年度侵上更（一）字第五九號與最高法院一〇二年度台上字第三二二號，軍法專刊，第60卷第1期，2014/2，頁12以下。

7 Vogel, in: Leipziger Kommentar StGB, Band 8, §§ 242-262, 2010, § 249 Rn. 25.

8 Entscheidungen – Strafrecht: BGH, NStZ 2004, Heft 3, S.153; Eser, in: Schoenke/Schroeder,

3、「可推理脅迫」概念

當行為人基於傷害故意毆打被害人，毆打後才產生取財獲利故意，強制方法是傷害方式，因傷害已結束，以繼續犯的不法延續觀點難以提出合理的解釋。只是先前的傷害是否仍存有壓制意思的作用？事實上應依具體個案而論。德國實務與學界遂肯定「可推理脅迫」(konkludente Drohung)概念，其係指行為人使用強暴後可能還會再次使用暴力的一種脅迫。「可推理脅迫」應該是被害人在行為人取財獲利時，仍然處於驚嚇中而沒有膽量採取反制，行為人認識此情況並有意加以利用；易言之，驚嚇或恐怖的心理是因強暴所致，因為被害人不忍耐、不順從行為人意思，行為人立即會有新的暴力舉動，故行為人這時的利用行為視為可推理的脅迫，而且是一種新的、積極的、具有取財目的的「脅迫」⁹。

強暴概念在只有行為人與被害人的二人情形中，難以想像行為人的不作為也可以是為了取財獲利的強暴，因為行為人先前的積極強暴論以作為，不應再次評價為不作為，否則是雙重評價。只有當單純施暴的行為人看見第三人想利用被害人不敢或不能反抗情形下取財，此時行為人對被害人財物居於保證人地位，負有避免遭受他人侵害的保證義務。其次，依「繼續犯的不法延續」觀點，行為人使用強暴後另起取財之意，如果先前對他人身體強制的繼續作用也視為暴力行為，進而利用以實現取財，該譴責的是，行為人不解除先前強暴所帶來的違法狀態，因此，採此見解者必須解決強盜罪的強暴概念究竟能否以不作為方式實現。

Strafgesetzbuch, 2006, § 249 Rn. 6.

⁹ Entscheidungen – Strafrecht: BGH (Anmerkung: Walter), NStZ 2004, Heft 3, S. 155.

依強盜罪的本質以及科以嚴厲的刑罰，本罪應以客觀上所使用的強制與取財之間具有方法——目的關聯為要件。行為人使用強暴後，另為取財獲利的行為，是否具有方法——目的關聯，則回歸於強盜罪的規範目的與本質。強盜罪的重刑正當性在於不法內涵乃是由雙行為累積而成，雙行為侵害的法益不僅是財產而已，還包含自由意志活動與決定，從而本罪不同於其他財物取得罪之處，在於行為人為了取得他人財物必須使用達於不能抗拒的強制方法。易言之，行為人以不能抗拒的方法取財獲利具有特別的危險性，和其他取財獲利罪比較，如竊盜罪或詐欺罪，強盜罪的「不法累積」是擴大與加深行為的不法內涵。是故，本罪之成立，應探究行為人在客觀上是否施以被害人不能抗拒的方法取財，主觀上同時具有相關的故意。如果被害人已經被打昏或傷害至完全不能抗拒下（喪失自由決定的能力），行為人對此有認識才另起取財獲利故意，行為人充其量是利用此強制狀態取財獲利，不成立強盜罪。反之，被害人在被毆打後仍有意思決定能力，行為人才有取財獲利故意，因為被害人是陷於可能再度毆打的恐懼中，而不得不順從或忍受行為人的取財獲利，這時被害人是面臨新的脅迫，故「可推理脅迫」的概念應可採。

但不是所有強制作用的延續，都能肯定與稍後的另起取財犯意具有方法——目的關聯，僅限於被害人此時擔心害怕會再度受強暴時，且客觀上行為人確實有可能會有再度施暴的可能性，這時的強制作用才會轉成為「脅迫」。「強暴」能轉為「脅迫」的前提要求二者應具有時、空緊密關聯，否則，被害人遭行為人糾眾群毆，隔天或數星期後在路上相逢，行為人要求交出錢財，應否定強盜罪應

有的方法——目的關聯與時空緊密性。除非被害人認為此時不交出錢財，恐將立即再受眾人圍毆，而行為人也認識被害人的恐懼，並有不從將會再度施暴的想法。因此，在上述的各種觀點中，以「可推理脅迫」的概念較能提出合理解釋。

在本案中，甲要求乙必須向其購買回填土，否則必須交給甲保護費。甲傳達此意時，並未施以任何強制。只是因乙未予理會，仍對外招標土方回填，招致甲不滿而與丙共同毆打。甲、丙施以傷害當時沒有向乙要求簽約或交付現金，而是在毆打後的2小時再度與丙到醫院提出取財獲利的要求。乙在不久之前已遭甲、丙持凶器毆打，原因是對甲的要求置之不理。乙還在醫院療傷，餘悸猶存，若不立即答應，懼怕現在或將來隨時恐再遭砍殺，肯定當下處於「可推理脅迫」中。此脅迫的強制程度若達於不能抗拒，則交付錢財與先前毆打而產生脅迫效果的行為之間具有強盜罪的方法——目的關聯性。至於新的、獨立的脅迫是否已達於不能抗拒，參酌一般人所能抗拒的程度，就被害人先前所受的強暴種類、手段、受害結果、犯罪時間、場所、行為人人數、年齡、性別、性格、體能、兇器有無與種類，以及被害人主觀上對犯罪行為之反應為綜合判斷。乙在2小時前才遭甲、丙毆傷而入院，毆打的人又立即趕到醫院提出簽約或交付錢財，依上述判斷準則，脅迫達於不能抗拒。甲、丙傷害乙時，是因為乙對其要求不理會，且知道乙因傷臥床的原因與處境，這時對乙再度提出要求，知道躺在醫院的乙不至於敢反抗，惟此時並未如前攜帶兇器，不符合加重要件，卻肯定強盜故意與不法所有意圖，甲、丙基於共同的犯罪決意共同毆打乙，並隨後一起到醫院取款，成立強盜罪的共同正犯，違法性與罪責性皆成立。

另外，甲、丙利用乙畏懼當下處境，逼乙交付財物，使乙行無義務之事，成立刑法第 304 條強制罪。因甲、丙已成立強盜罪，基於法律關係不另論強制罪。

參、結論

強盜罪是以至使不能抗拒的強制方法實現取財獲利的目的，基於本罪的特性與重刑，在客觀與主觀上應具有方法——目的關聯。甲提出要求時，並未施以強暴或脅迫，當乙不理會要求時，與丙分持兇器毆打乙，2 小時候在醫院要求乙簽約或交付財物。甲、丙先前的毆打與隨後的取財之間對乙而言，是一種新的、獨立的「可推理脅迫」，由受傷程度、時空緊密與對方的人數判斷，肯定乙受到的脅迫達於不能抗拒，甲、丙成立強盜罪的共同正犯。先前成立的傷害結果已轉化並評價為強盜罪「不能抗拒」的「脅迫」，強盜行為同時發生傷害結果，實務認為「於實施強暴行為之過程中，如別無傷害之故意，僅因拉扯致被害人受有傷害，乃施強暴之當然結果，固不另論傷害罪；然因強盜罪非以傷害人之身體為當然之手段，若具有傷害犯意且發生傷害之結果，自應另負傷害罪責¹⁰。」較合理的評價是，只要行為人具有傷害未必故意，仍應對傷害結果負責，否則會評價不足。又強盜罪使用的強制方法未必會有傷害結果，強盜罪不應吸收傷害罪，而是二罪成立想像競合。

¹⁰ 最高法院 91 年度台上字第 1441 號。

第三七題 準強盜罪的 「難以抗拒」

甲、乙二人缺錢花用，共騎一輛機車沿路找尋下手對象，適見丙持鑰匙開啟停靠路旁的汽車車門，並將其手提包置於腳邊。甲立即下車，趁丙不備，由後奪走手提包，隨即跳上乙趨前而來的機車後座想要離去。丙見狀抓住甲後衣領，並高聲喊叫，甲隨即將包包丟出去，丙仍然緊抓不放，遂遭拖行 15 公尺，導致挫傷併腦震盪等傷害。乙因重心不穩而入車摔倒，乙趁隙逃離，甲則遭路人制伏。問：甲、乙成立何罪？

壹、問題爭點

準強盜罪與強盜罪於構成要件上的差異，除了取財與強制發生順序相反外，依釋字第 630 號解釋，準強盜罪的強暴、脅迫必須達於難以抗拒程度，然「難以抗拒」的標準何在？又本案除了涉及「難以抗拒」的認定外，當行為人的強暴或脅迫若與取財毫無關連時，是否也是「強盜」行為？

貳、案例分析

一、甲、乙二人考慮成立刑法第 325 條第 1 項與第 28 條搶奪罪之共同正犯

丙的皮包對甲、乙二人而言是他人動產，丙將手提包置於腳邊，對手提包的支配僅是持有鬆弛而已，在主觀上仍有支配意思與客觀上有支配可能，故甲、乙二人若論以本罪必須有搶奪行為，以破壞手提包舊的持有關係並建立新的持有關係。所謂搶奪是公然乘人不備而掠取之，行為不以直接對被害人身體施加不法腕力或與被害人互相拉扯為必要，只要施以不法腕力將財物從原持有人支配的範圍內移轉於自己持有即是¹。甲、乙基於共同的犯罪決意，共騎一輛機車找尋下手對象，甲於共見共聞與不畏見聞的情形下，不掩形聲而急遽攫取丙的皮包，肯定是搶奪行為，而甲隨即跳上乙的機車後座，二人迅速離開現場，乃是分工合作以實現搶奪，二人的參與對搶奪結果的實現屬於必要，肯定握有犯罪支配。甲、乙具有搶奪故意與不法所有意圖，違法性與罪責性皆成立，二人成立搶奪罪之共同正犯。

二、甲、乙二人考慮成立刑法第 277 條第 1 項與第 28 條傷害罪之共同正犯

傷害是對身體所有物質上的損害影響以及任何一種痛苦的對待，導致嚴重的身體不適的身體傷害，也可以是造成疾病的形成或

¹ 黃惠婷，竊盜或搶奪，月旦法學教室，第 22 期，2004/8，頁 20 以下。

加深疾病的現況。在本案中，乙不顧丙在後拉住甲的衣領，仍加速前進，造成丙挫傷併腦震盪，肯定是傷害及具有傷害故意。雖然甲將丙的手提包丟出去，但目的應是希望丙放過二人，若是為了避免丙受傷，則甲發現乙繼續拖行丙，應積極採取任何阻止措施，甲默許乙的行為，因此，丙的傷害結果可歸責於二人基於犯罪決意的分工行為，違法性與罪責性皆成立，成立傷害罪的共同正犯。

三、甲、乙二人考慮成立刑法第 329 條與第 28 條準強盜罪之共同正犯

（一）先行為

刑法第 329 條準強盜罪是「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」，因此，成立準強盜罪必須有竊盜或搶奪之先行為存在，先行為雖有既遂與未遂之不同見解，然在本案中，甲、乙二人已成立搶奪既遂之共同正犯，故無疑義。

（二）當場施以強暴或脅迫

竊盜或搶奪的行為人必須當場施以強暴或脅迫行為，前者是對人身體直接或間接影響，目的是抑制或阻止被害人的行動自由；後者是對人施以一個未來可見的惡害，在精神上加以威嚇。強暴或脅迫必須於竊盜或搶奪當場為之，所謂「當場」是犯罪行為之現場及其附近，且不以未離去竊盜或搶奪場所者為限。問題是，法條對於強暴或脅迫的強制程度未如刑法第 328 條強盜罪一樣，規定必須達於「至使不能抗拒」程度。釋字第 630 號解釋指出，準強盜罪的強暴、脅迫必須達於使人難以抗拒的程度，方不至於違反罪刑相當原

則與比例原則。

(三) 難以抗拒的判斷

強盜罪的強制程度是「至使不能抗拒」，亦即令被害人完全不能抗拒，準強盜罪則必須「達於難以抗拒」；詳言之，被害人不是不能抗拒，只是抗拒有困難。二者雖然在程度上有不同，然同樣皆屬不確定的法概念，尤其是竊盜或搶奪的行為人當場處於被動地位時，在逃離過程中導致被害人受傷，是否也是難以抗拒的強制？釋字第 630 號解釋特別提出二種情形排除達於難以抗拒的程度，一為短暫的輕微肢體衝突，此情形可以是為了逃跑而僅對阻止者伸手推開、或甩開被害人的抓握，當目的達到後不再施以主動攻擊，其施暴程度不至於達到難以抗拒；二為當場虛張聲勢。但行為人虛張聲勢在客觀上也可能令被害人誤解而難以抗拒，甚至不敢抗拒，例如在黑暗中以手指比成槍管或拿水槍，抵住被害人背部，是否一律否定達於難以抗拒的程度？實有斟酌之餘地。

實務曾指出，行為人所施用之強暴、脅迫行為是否達於使被害人在身體上或精神上難以抗拒之程度，應就當時之具體事實，予以客觀之判斷。但不管是「至使不能抗拒」或「難以抗拒」，不能僅由第三者立場為客觀判斷而已，行為人在主觀上也必須有令人「至使不能抗拒」或「難以抗拒」的認知與決意。於判決中曾認為竊盜的被害人抓住行竊者的衣領，並出手揮擊頭戴安全帽的行竊者頭部及臉部，行竊者即抱住被害人，雙方發生拉扯，肢體碰撞，導致被害人小腿受鈍挫傷，雙方未久即鬆手，被害人喝令行竊者蹲下，行竊者依言照辦，最高法院對此例認為強制程度尚未達於使人難以抗

拒之程度²。只是實務另指出「難以抗拒」之認定，不能就其最後被制伏逮捕結果，逆行推斷其施用強暴手段之初，尚未致被害人難以抗拒之程度³。

在本案中，地方法院認為，準強盜罪在以刑罰之手段，保障人民之身體自由、人身安全及財產權免受他人非法之侵害，立法者就竊盜或搶奪而當場施以強暴、脅迫者，僅列舉防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證三種經常導致強暴、脅迫行為之具體事由，係選擇對身體自由與人身安全較為危險之情形，視為與強盜罪相同。然擬制為強盜罪的強暴、脅迫構成要件應達於使人難以抗拒之程度者。在本案中，甲搶奪丙手提包得手後，隨即跳上乙接應之機車後座離去，丙為阻止其離去而抓住甲衣領，導致拖行成傷，然甲、乙二人除此脫逃舉動外，對丙並無施加其他強暴、脅迫行為，足見丙成傷係因其為阻止甲、乙脫逃堅持抓住甲所致，雖係防護自己權利正當行為，然並未遭壓制而至難以抗拒之程度，遑論二人旋因丙拉扯阻止，而重心不穩人車摔倒。又事件發生前後時間短暫，難認二人有何施強暴、脅迫而達使丙難以抗拒之情，自不構成準強盜罪，認為成立搶奪罪與傷害罪⁴。

高等法院與最高法院認為，丙抓住甲衣領時，甲已將包包丟出去，丙仍然沒有放手之意而遭拖行，顯見丙有逮捕之意，甲、乙猶加速逃逸，將丙拖行 15 公尺之距離，足見甲、乙共騎機車將丙拖行，確係意在脫免逮捕，即非因逃離本能而自然反應之瞬間行為所

2 最高法院 97 年度台上字第 1352 號；最高法院 97 年度台上字第 1512 號。

3 最高法院 97 年度台上字第 3294 號。

4 嘉義地方法院 96 年度訴字第 139 號。

可比擬，屬積極性之侵害，而該當另一個當場對丙施以拖行之強暴行為，其拖行達 15 公尺並非短暫，已達於使丙難以抗拒之程度，認為該當於準強盜罪⁵。

上述實務見解之爭點有二：一為行為人騎車加速前進而導致被害人被拖行的行為，是否是準強盜罪的強暴？二為拖行時間短暫且行為人因被害人拉住，導致人車摔倒，是否已令被害人達於「難以抗拒」的程度？甲、乙二人加速前進的目的固然意在脫逃，但是當乙知道丙拉住甲後衣領並喊叫時，仍然執意加速而不停車，對於行為可能導致丙生命或身體、健康上的侵害應有認知與意欲，而這正是此行為以強盜論的理由，行為人不僅侵害財產法益，且危害被害人的生命或身體、健康。乙雖然是出於脫逃之意，但依一般生活經驗，以機車加速拖行，最後將導致被害人不得不放手，今乙雖然人車倒地，也不會改變此事實，因此肯定對丙施以難以抗拒的強暴行為。

（四）方法——目的關聯性

有疑義的是，乙拖行丙時，甲同時也丟出手提包，丙仍然不放過二人而繼續遭拖行，強暴與取財行為之間若不具客觀上的方法——目的關聯性時，是否仍有強盜罪之適用？刑法第 329 條：「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」，此為準強盜罪，準強盜罪既以強盜論，理應具強盜本質。刑法第 328 條強盜罪是行為人施以至使不能抗拒的方法，目的是取財或得財，在所有財產犯罪中，強盜罪的行為人為了

⁵ 臺灣高等法院臺南分院 96 年度上訴字第 1220 號；最高法院 97 年度台上字第 1170 號。

他人財產，所加諸於被害人的侵害遠大於竊盜、搶奪、詐欺、侵占與恐嚇取財等罪。由強盜罪至少五年或七年以上有期徒刑的法律效果可印證本罪具有高度的不法內涵，其高度的不法內涵不是只因侵害被害人的自由與財產法益而已，因二者所成立之罪可以數罪併罰，因此，強盜罪非難的重點應置於行為人取財得利並使用令人無法抗拒的方法，強盜罪的方法——目的關聯是一項不容忽視的必備要件。上述實務見解卻不認為當場施強暴脅迫必須與取財有關聯，令人質疑的是，若強制目的不在於取財，何來「強盜」之有？即使強盜未遂也一樣；詳言之，實務見解漠視強盜罪應有的方法——目的關聯性，若行為人在未持有贓物下，為了脫免逮捕而當場施強暴，仍成立強盜罪，如此結論乃是逸脫強盜的本質，有違罪責原則，難與人民的法感情相符。

準強盜罪之所以「以強盜論」以及在體系上緊鄰強盜罪之後，說明了其不法內涵也應等同強盜罪，亦即不僅侵害財產法益與自由法益，而且二者之間也具有方法——目的關聯性，這也是立法者對於準強盜罪特別限制強制手段應於當場為之的理由。又刑法中具有結合性質的犯罪構成要件，強調的是先、後故意行為應具有方法——目的關聯性，此方法——目的關聯性正是任何具有結合性質之犯罪構成要件的特徵。強盜是先強制再取財，準強盜則是先取財再強制，因為行為人於取財後遭人發現，通常會使用強制行為以維護既得財物，二者差異在於方法與目的的順序相反，但不變的是強制與取財之間應具有直接因果關係，才符合強盜的本質⁶。因此，竊

6 黃惠婷，準強盜罪之強盜本質——評最高法院九六年台上字第七七〇號判決，台灣本土法學雜誌，第99期，2007/10，頁266-268。

盜或搶奪未遂者若純粹出於脫免逮捕或湮滅證據施以強暴、脅迫，在欠缺強盜罪應有的主觀方法——目的關聯性，實與真正強盜未遂犯有本質上的差異。

其中，行為人因防護贓物而施以強暴脅迫，在方法——目的關聯性上應無疑義，至於脫免逮捕與湮滅罪證則不無疑義。二者究竟是客觀要件或主觀要件？若為前者，應以行為人實現脫免逮捕與湮滅罪證為既遂，否則為未遂。實務以取財為準強盜罪之既、未遂標準，足見脫免逮捕與湮滅罪證屬主觀要件，此由第 329 條規定「因……」可得知，其與既、未遂無關，而是具目的性的意圖。既然認定其為主觀意圖，若行為人手上未持有他人財物，施以強制純粹想脫免逮捕或湮滅罪證，即可視為強盜行為，乃宣示一名竊盜或搶奪未遂犯對於任何人的逮捕均應束手就範或禁止湮滅自己的罪證，否則，原先的竊盜或搶奪未遂將升高為強盜未遂。顯然地，所升高的不法內涵是因行為人妨害司法的追訴而施暴，但如此禁止目的不僅與強盜所要保護的法益無關，也造成刑法體系內的矛盾。行為人為了湮滅自己的罪證施以強制，除了可能成立傷害罪或強制罪外，並不會成立與妨害司法有關的湮滅刑事證據罪；同樣地，脫免逮捕也以置於公權力下為前提，否則也不會成立自行脫逃罪。是故，行為人為了妨害司法追訴而施暴，導致原先的竊盜或搶奪未遂變成較高不法內涵的強盜未遂，恐為不當的擴張解釋且違反罪責公平原則。

在本案中，甲已將手提包丟出，丙為了逮捕二人堅持不放手，而讓乙拖行至 15 公尺，導致嚴重受傷，表示乙的施暴行為與取財之間毫無關聯，惟現行法對此行為規定為強盜。釋字第 630 號解釋

在欠缺論理下肯定本條不違憲，故甲、乙二人基於搶奪在先，施以當場強制在後，雖然後者純粹是為了脫免逮捕，依法仍是強盜的行為。又二人具有搶奪與強暴故意，同時具有不法所有意圖與脫免逮捕的意圖，違法性與罪責性皆成立，故成立準強盜罪的共同正犯。

參、結論

甲、乙二人基於共同的犯罪決意，由甲奪取丙的手提包，乙立即騎車想逃離，二人分工合作以實現搶奪。隨後當場又對丙施以機車拖行，造成丙受傷，對此結果二人應有認識，且意在脫免逮捕，其強暴方式在客觀與主觀上已達於令人難以抗拒的程度，即使強暴與取財毫無關聯，依現行法與大法官解釋仍符合準強盜罪之規定，甲、乙成立準強盜罪的共同正犯，搶奪罪與傷害罪則因法律單數關係，論以準強盜罪即已足。

第三八題 強盜擄人勒贖結合罪與特殊中止犯

甲需錢孔急，獲知 A 經營電信詐欺獲利豐厚，竟心生歹念，計畫以押人討債為由強索 A 付款，另覓不知情之乙、丙幫忙討債。甲以共組電信詐欺集團等藉口為餌，誘騙 A 到旅館商議，A 進入房間後，即遭甲、乙、丙分別持模型槍抵住其頭部，以束帶細綁其四肢，再持熱熔膠條及電擊棒等物輪流恫嚇、毆打，甲強逼 A 承認積欠 1,500 萬元債務，要求 A 以電話聯絡其兄 B 籌措金錢。期間，甲見 A 戴有勞力士手錶 1 只，訛稱 A 的堂弟 C 積欠伊 10 萬元款項，強行取走該只手錶。甲待 B 依指示將 350 萬元置放在其他號房後，旋即進入該房內拿取贖金，甲為期能取得後續贖金並躲避查緝，甲等人又押 A 往其他旅館內，然甲等人見事跡敗露，將 A 細綁在椅子上，離去後始通知員警前往該處釋放 A。試問：甲、乙、丙之刑責為何？

壹、問題爭點

擄人勒贖罪是意圖勒贖而擄人，要件涉及三個問題：擄人是否應將被害人帶離原處所？除了擄人的行為外，行為人是否應有勒贖行為才成立既遂？勒贖意圖涉及的相關人是否應具備三面關係？現行法另有強盜擄人勒贖結合罪，本罪成立要件為何？又行為人釋放人質是否有刑法第 347 條第 5 項減刑之適用？

貳、案例分析

一、甲考慮成立刑法第 347 條第 1 項擄人勒贖罪

(一) 擄人

刑法第 347 條「意圖勒贖而擄人者」，為擄人勒贖罪，實務認為，擄人係將被害人擄走脫離其原有處所，使喪失行動自由，而移置於自己實力支配下，予以脅迫，以便向被害人或其關係人勒索財物¹。本罪與強盜罪的差別在於是否將被害人擄走，脫離其原有處所，使之喪失行動自由而移置自己實力支配下而定²，不同見解則主張，不以強制力使被害人離其原所在地為準，不管被害人是否帶離原處所或就地遭挾持，只要將遭限制行動自由者充當人質，並以此作為脅迫其家屬或他人恐嚇取財的工具，皆可成立本罪。依「擄人」文義解釋，係指有如劫取財物般地抓住人質，造成人質陷於任由行為人宰制的無助處境下，故擄人是否造成人質場所狀態的改

¹ 最高法院 102 年度台上字第 405 號。

² 最高法院 92 年度台上字第 2913 號。

變，則非所問³。行為人強押人質離開原地，帶離原地的強制只不過是稍後宰制人質的前階段而已⁴。宰制的特性是行為人對被害人得以予取予求，讓被害人除了財物外，另外擔心人身安全等其他法益受侵害，而不得不令行為人宰割。近年實務指出，本罪須行為人自始有使被害人以財物取贖人身之意思，始足當之。擄人勒贖罪在於以被害人生命、身體安全或自由，換取相當之對價，擄人勒贖之行為概念中，必須存有「贖」之因素，而單純之強盜或恐嚇取財，則無。從而，在押人以強盜財物之情形，若並要脅被害人提領存款或舉債支應，以滿足行為人之需索，倘依社會通念，尚與「贖身」之概念不相適合時，僅依強盜罪論擬。例如 A 以解決 2 萬元糾紛為藉口，誘騙 B 至某鎖店處，事實上係要強索 30 萬元。A 因無法自 B 處取得令其滿意之金額，B 繼續在店裡打電話向親友籌錢，論以強盜⁵。

有學者主張擄人與勒贖行為皆是本罪的既遂要件，否則，若只要具有勒贖意圖即成立既遂，將使本罪成為財產犯罪之預備犯，或認為令擄人勒贖罪的性質或法益保護侷限於妨害自由而已⁶。依實定法規定，本罪之既遂以擄人是否已實現為標準，理由是：本罪譴責的重點是行為人對人質生命製造高度的危險，有此想法實行擄人，即已產生此危險。另由第 347 條第 5 項可得知，未經取贖而釋

3 許澤天，擄人勒贖罪之構成要件與特殊中止犯——借鏡德國刑法第 239 條之 1 與同條之 2，法學講座，第 4 期，2002，頁 47 以下。

4 黃惠婷，擄人勒贖罪——評最高法院九十六年台上字第六七五四號判決，月旦法學雜誌，第 159 期，2008/8，頁 274 以下。

5 最高法院 104 年度台上字第 2526 號。

6 甘添貴，體系刑法各論，第二卷，2000，頁 412。

放被害人者，減輕其刑，本罪之既遂與否與勒贖行為無關⁷。實務亦採之，祇須行為人基於勒贖之目的而擄人，將被害人置於自己實力支配之下，即屬既遂⁸。

（二）勒贖意圖

依上述實務對「擄人」的定義可得出，行為人擄人的目的是向被害人或其關係人勒索財物，則本罪的行為人與被害人之結構呈現雙面關係或三面關係皆可，重點在於被害人是否有脫離原處所以及行為人有以財物「贖身」之意圖。然而，行為人引誘被害人至特定定點後限制其人身自由，以欠債或借款為藉口，要求被害人向家人或直接向被害人家屬要求付款才放人，應該也可以成立本罪，故被害人有無脫離原處所，不宜是決定本罪與強盜罪的區別要件。若以行為人有無以財物「贖身」之意圖為區別，則行為人在限制他人行動自由過程中，藉口討債索錢或索取跑路費，至於被害人如何籌錢無所謂，只要不提「放人」等類似交換或對價的言語，行為人因未顯現「贖身」之意圖而僅論以強盜罪，狡猾者得以避重就輕。基於重刑政策與增修理由，本罪為保護被害人的人身安全，另外規定特殊的中止犯，只要釋放被害人，必減刑或得減刑。本罪不僅保護被擄者之自由，另一方面保護被勒贖者之決定自由與財產，避免造成被害人以外之人對人質生命安全的恐慌與擔憂，以三面關係（行為人、被擄者與被勒贖者）區別本罪與強盜罪，較能解決二罪之間適法問題的困擾，同時顯示本罪刑度高於強盜罪的理由，符合刑責均

7 林山田，刑法各罪論（上冊），2006，頁466；蔡墩銘，擄人勒贖罪之犯意，台灣本土法學雜誌，第8期，2000/3，125頁以下；許澤天，同註3，50頁以下。

8 最高法院104年度台上字第2300號。

衡原則⁹。

在本案中，甲以共組電信詐欺集團等藉口為餌，誘騙 A 到旅館商議，A 進入房間後，即遭甲等人限制人身自由，持模型槍抵住其頭部，以束帶綑綁其四肢，再持熱熔膠條及電擊棒等物輪流恫嚇、毆打。甲強逼 A 承認積欠 1,500 萬元債務，要求 A 以電話聯絡其兄 B 籌措金錢，並拿取 B 依指示交付的 350 萬元，為期能取得後續贖金並躲避查緝，又將 A 載往其他汽車旅館，顯見甲限制 A 行動，令 A 陷於宰制的無助處境下而予取予求，又透過電話聯絡其兄 B 籌措金錢以換取人身自由，造成 B 擔心 A 的安危而依指示交出款項，肯定是意圖勒贖而故意擄人，違法性與罪責性皆成立。

二、甲考慮成立強盜擄人勒贖結合罪

刑法第 332 條第 2 項規定犯強盜罪而有擄人勒贖者，成立強盜擄人勒贖結合罪。甲在擄人期間見 A 戴有勞力士手錶 1 只，訛稱 A 的堂弟 C 積欠伊 10 萬元款項，強行取走該只手錶，考慮成立本罪。

（一）結合犯之結合關係

本罪屬結合犯，結合犯乃係將二以上之獨立犯罪行為，成立本罪應有強盜為基本罪，同時也成立法條所規定的相結合罪。強盜擄人勒贖結合罪係著眼於強盜與擄人勒贖間接連發生之可能性高，危害亦鉅，乃依法律規定，結合強盜、擄人勒贖二個獨立之罪名，而

⁹ 國內支持擄人勒贖罪應具備三面關係者如林山田，刑法各罪論（上冊），2006，頁 512 以下；林東茂，強盜或擄人勒贖罪——評臺南高分院八十九年度上重更二字第49二號判決，月旦法學雜誌，第 76 期，2001/9，頁 197 以下；許澤天，同註 3，頁 55。

成為一個新罪名，並加重其刑；其成罪並不以二者均出於預定之計畫為必要，僅須發生在時間上有銜接性，地點上具關連性即可，初不問係先強盜後擄人勒贖或先擄人勒贖後強盜，亦不論其強盜之犯意，係起於擄人勒贖之初，抑或萌生於擄人勒贖行為實施中，均構成本罪，然強盜罪犯行並非是擄人勒贖罪犯行之一部，不應吸收於擄人勒贖罪中，而僅論以擄人勒贖一罪¹⁰。

在本案中，甲取走 A 的手錶時並未使用任何強暴行為，而是藉口積欠款項，甲的取財行為是否成立強盜罪？強盜罪是行為人使用強暴或脅迫等強制方法，達於不能抗拒之程度而取財或使被害人交付。當 A 受到甲等人的綑綁、毆打，並遭持槍威脅籌款贖身之際，甲趁機藉口取得 A 的手錶，乃是利用 A 受宰制的情況而為之。因為 A 若有不從，有可能會遭甲等人再次毆打，甚至有人身安全的危險，對 A 而言是施以一種新的、獨立的「可推理脅迫」¹¹，脅迫至 A 不能抗拒，又以電擊棒等脅迫取財，甲具有加重強盜故意、不法所有意圖、違法性與罪責性皆成立。強盜行為與擄人勒贖行為有時空緊密與直接因果關係，肯定具有結合關係，甲成立強盜擄人勒贖結合罪。

甲擄人同時成立刑法第 302 條剝奪行動自由罪，期間持熱熔膠條及電擊棒等物輪流恫嚇、毆打 A，成立刑法第 305 條恐嚇危害安罪與刑法第 277 條傷害罪。實務認為，行為人著手於犯罪之實行，發生構成要件之結果後，倘行為人仍以其意志控制犯罪行為之繼續進行，直至行為終止，犯罪始行終結者，謂之「繼續犯」；行為人至

¹⁰ 最高法院 102 年度台上字第 1388 號；最高法院 104 年度台上字第 3500 號。

¹¹ 黃惠婷，可推理脅迫，台灣法學雜誌，第 283 期，2015/11/14，頁 165 以下。

行為終了前之繼續情況中，另有實行其他犯罪構成要件者，他行為與繼續行為有部分重合或全部重合之情形時，得否認為一行為，應就客觀之構成要件行為之重合情形、主觀意思活動之內容、所侵害之法益、行為間之關聯性等要素，依社會觀念，視個案情節加以判斷。倘行為人係於繼續行為著手之後，始犯他罪，該後續所犯之他罪，與實現或維持繼續犯行為目的無關，且彼此間不具有必要之關聯性時，應認係行為人另一個前後不同之意思活動，而依數罪併罰處斷；如其他犯罪之實行，在於確保或維護繼續犯之狀態，其二行為間具有行為局部之同一性，或其行為著手實行階段可認為同一者，得認與一行為觸犯數罪名之要件相伴，而適用想像競合犯之規定，以避免對於同一不法要素予以過度評價¹²。

在本案中，甲於擄人勒贖過程中，妨害 A 的行動自由與恐嚇危安，係擄人勒贖罪之「擄人」與「勒贖」的部分行為，不另外論罪，但期間施以傷害行為，則係侵害不同法益，例如行為人剝指頭或耳朵等，甚至性侵害，都不應視為擄人勒贖之一部分，故甲對 A 毆打成立傷害罪，應與強盜擄人勒贖結合罪成立數罪併罰。

（二）減刑之適用

刑法第 347 條第 5 項規定「犯第一項之罪，未經取贖而釋放被害人者，減輕其刑；取贖後而釋放人質者，得減輕其刑。」刑法第 27 條規定中止犯，成立要件是行為人必須已著手實行犯罪，因己意中止或防止犯罪結果發生，或結果之不發生，非防止行為所致，而行為人已盡力為防止行為，因此，不管是中止犯或準中止犯，皆要求犯罪（既遂）結果不發生。當行為人基於勒贖意圖而擄人，本

¹² 最高法院 105 年度台上字第 1116 號。

罪即為既遂，犯罪既遂即無中止犯之減刑適用，立法者於刑法第 347 條第 5 項另外規定，故稱為特殊中止犯或事實悔悟，亦屬於個人解除刑罰事由。前段規定必減輕其刑的要件是：未經取贖與釋放人質。

最高法院 106 年度第 13 次刑事庭會議針對意圖勒贖而擄人，在未取得贖金前，因經談妥條件（尚未履行），而釋放被害人，有無刑法第 347 條第 5 項前段減輕其刑規定之適用疑義，做出下列決議：「刑法第 347 條第 5 項前段所謂未經取贖而釋放被害人，係指犯擄人勒贖之罪，未經取贖，自動終止勒贖之意思，或無取贖之犯意，而釋放被害人而言，應具有自動釋放人質之心意及實際釋放人質之事實，始得寬減其刑。如經談妥條件或擔保後，始將被害人釋放，其釋放既非出於自動終止勒贖之意思，而在於取贖，自與該條項前段規定不合，不得減輕其刑。」

「未經取贖」是放棄贖款，行為人應有明顯背離勒贖意圖的外在表徵，只要外觀上對被勒贖者不再施以壓迫性要求、令其有所忍受或不作為即可，即使行為人已實行勒贖，卻未取贖，也是未經取贖。至於行為人通知被勒贖者或第三者，在所不問¹³。有疑義的是，行為人已經取得贖款，而全部歸還被勒贖者，或消費後歸還剩餘贖款，是否仍有本條項前段之適用？依條文規定是未「經」取贖，且立法者對行為人取贖與否異其規定，因此行為人已「經」取贖，只能考慮後段「取贖後」之得減刑規定，至於將剩餘部分歸還，則於量刑上考慮。

¹³ Schoenke/Schroeder, Strafgesetzbuch, 2014, § 239a, Rn. 39.

「釋放人質」係指人質重獲自由，實務認為本條項之立法用意除鼓勵罪犯中止犯行外，另兼顧人質安全，故應具有自動釋放人質之心意及實際釋放人質之事實，始得寬減其刑。如已案發，迫不得已，始行釋放，或尚未釋放，即被查獲，均與規定不符，不得減輕其刑¹⁴。只是法條並未規定行為人釋放的原因或方法，也沒有如刑法第 27 條規定應具備「己意」要件，況且本條項增訂的立法理由是「擄人勒贖係屬一種非常惡劣的罪行，本應從重量刑，但為顧及被害人的人身安全，同時也希望犯罪人能心存慈悲，有所悔悟，而主動釋放被害人，免生『撕票』的悲劇，以保護被害人的人身安全，故而只要擄人勒贖後，不論是否取贖，如釋放被害人，均得減輕其刑，至於已經取贖之刑度如何減輕，則歸由法官去裁量。」因此，實務對減刑適用另外加諸法條所無的限制，不僅不符立法旨意，恐怕也違背罪刑法定原則。只要人質平安歸來，行為人不阻止人質逃亡，甚至行為人因陷於窮途末路促成釋放，例如警察攻堅而無望或親屬的親情喊話，基於刑事政策也應有減免之適用，但不含人質自行掙脫情形¹⁵。反而應探究的是，行為人釋放人質，人質是否能安然回到安全地點，此釋放後的風險應該由誰承擔？從規定與增訂理由難以明顯知悉此風險的歸責問題，惟理由謂「免生『撕票』的悲劇」，卻是強調人質生命安全的重要性，因此，行為人認識人質身體健康或客觀環境無法自行返回安全之處，例如年老或幼小、身罹疾病、身體虛弱、健康惡化、天候惡劣或必須爬山涉水歷險等，倘若行為人仍不顧人質安危，基於保證人地位的法理，行為

14 最高法院 99 年度台上字第 122 號。

15 Fischer, Strafgesetzbuch, 2017, § 39a, Rn.19；許澤天，同註 3，頁 58。

人未盡保證義務，導致人質未能安全返回，應無減刑之適用¹⁶。

釋放人質的減刑適用規定在刑法第 347 條第 5 項且為「犯第一項之罪」，有疑義的是，強盜擄人勒贖結合罪是否有其適用？實務認為，結合罪既為一獨立之罪，縱行為人有未經取贖而釋放被害人，或取贖後而釋放被害人者，亦無同法第 347 條第 5 項之相關減刑規定之適用¹⁷。實務見解容有商榷之餘地，本條項雖然規定「犯第一項之罪」，第一項是擄人勒贖行為，強盜擄人勒贖結合罪也含有擄人勒贖的不法內涵。更何況，特殊中止犯的立法理由是顧及被害人的人身安全，既然本罪不管行為人先強盜再擄人勒贖或先擄人勒贖再強盜，皆成立結合罪，人質是否安全歸來影響行為人之罪責高低，故擄人勒贖行為不會因與強盜罪結合而改變其本質。在本案中，甲取得部份贖款後見事跡敗露而釋放 A，行為符合立法理由，得減輕其刑。

三、乙、丙考慮成立刑法第 302 條第 1 項與第 28 條剝奪行動自由罪的共同正犯

擄人勒贖罪要求行為人於擄人必須有勒贖意圖，甲以押人討債為由邀不知情之乙、丙幫忙討債，進而與甲基於限制自由與傷害犯意分別持模型槍抵住 A 頭部，以束帶綑綁其四肢，再持熱熔膠條及電擊棒等物輪流恫嚇、毆打，並無不法所有之意圖，不構成擄人勒贖罪，且對於甲強取 A 手錶並無犯意聯絡，不成立加重強盜罪¹⁸。乙、丙考慮刑法第 302 條剝奪行動自由罪的共同正犯。本罪

¹⁶ 黃惠婷，準擄人勒贖罪，月旦法學教室，第 85 期，2009/11，頁 75 以下。

¹⁷ 最高法院 104 年度台上字第 3500 號。

¹⁸ 最高法院 105 年度台上字第 1868 號。

是行為人私行拘禁或其他非法方法剝奪他人的行動自由，使用的方法只要足以侵害或限制被害人的行動自由，影響其繼續停留於某一處所或離去停留處所而他往即屬之。乙、丙與甲基於共同限制人身自由的犯罪決意，以束帶網綁 A 四肢，違法性與罪責性皆成立。另外，除法律別有處罰較重之規定（例如略誘及擄人勒贖等罪），應適用各該規定處斷外，如以使人行無義務之事，或妨害人行使權利為目的，而其強暴、脅迫復已達於剝奪人行動自由之程度，祇成立本罪，不另處刑法第 304 條強制罪¹⁹。同理，乙丙共同恐嚇 A，也不成立刑法第 305 條恐嚇危害安罪，但傷害行為基於保護法益不同，與剝奪行動自由罪成立數罪併罰。

參、結論

甲基於勒贖意圖誘騙 A 至旅館後限制其行動自由，並持電擊棒等恐嚇與毆打，強逼 A 承認積欠債務，要求 A 以電話聯絡其兄 B 籌措金錢贖身，乃是以擄人方式勒贖 A，期間又藉口取得 A 手錶，係趁 A 處於被宰制的困境下施以可推理的脅迫方法，令 A 達於不能抗拒程度而任甲取之，強盜行為與擄人勒贖行為具有時、空緊密關聯，成立強盜擄人勒贖結合罪，另外與傷害罪成立數罪併罰。甲取得部份贖款後釋放 A，基於刑事政策與立法理由適用刑法第 347 條第 5 項後段，得減輕其刑。乙、丙基於共同討債故意而剝奪 A 的行動自由，不具勒贖意圖，論以剝奪行動自由罪的共同正犯，另與傷害罪成立數罪併罰。

¹⁹ 最高法院 105 年度台上字第 1116 號。

第三九題 強盜罪或擄人勒贖罪

甲、乙於某賭場前之香蕉園旁埋伏，見賭博完畢而正想返家的丙駕車經過該處時，即由甲駕車尾隨追逐，隨後超车攔下，由甲以手槍趨前毆擊丙之頭部，致其頭部有撕裂傷，並出言恫嚇丙，若不依其指示下車將會開槍。丙心生畏怖而聽從下車，由甲強行拉入其等所駕小客車後座，甲並將該手槍交予乙，由乙在汽車後座控制丙。甲隨後駕車至丁住處，接丁到丙所駕之小客車停放處，由知情的丁將丙之小客車駕駛至香蕉貨場內停放。甲與乙留在原車上威脅丙，要求其交出身上所有財物。丙受要脅而迫於形勢，遂告知其小客車駕駛座腳踏板下方置有現金新臺幣七萬六千元。甲立即以行動電話通知丁將丙車內款項取出，並駕車前往香蕉貨場與丁會合，三人即駕車至人煙稀少之小路釋放丙。甲、乙、丁刑責為何？

壹、問題爭點

擄人行為與強盜罪之「至使不能抗拒」的強制方法有何差異？當行為人為了取財或獲利而限制被害人行動自由後，如何區別二罪？擄人勒贖罪保護的法益何在？其本質與構成要件為何？或應具

備何種不法與罪責內涵，才有必要處以死刑、無期徒刑或七年以上有期徒刑的重刑？又何時是擄人勒贖罪之既遂？

貳、案例分析

一、甲、乙是否成立刑法第 347 條第 1 項與第 28 條擄人勒贖罪之共同正犯？

擄人勒贖罪是意圖勒贖而擄人，依現行法規定，本罪的客觀要件僅有擄人，主觀要件除了擄人故意外，另要求須有勒贖意圖。

（一）擄人

實務認為，「擄人」是將被害人擄走脫離其原有處所，使喪失行動自由，而移置於自己實力支配下。其與強盜罪之區別在於「強盜與擄人勒贖同以意圖為自己或第三人不法所有為主觀違法要件，僅其實施手段不同。如有不法得財意思而施行強暴、脅迫，擄掠被害人脫離其原在處所，使喪失行動自由……藉以向被害人或其關係人勒索財物，即構成擄人勒贖罪，本質上為妨害自由與強盜結合，犯罪情節較單純強盜為重¹。」另指出：「將被害人置於行為人實力支配下，予以脅迫，以便向被害人或其關係人勒索財物，因此擄人勒贖罪本質上為妨害自由與強盜結合，在形式上則為妨害自由與恐嚇罪結合。區分強盜與擄人勒贖罪，係以是否將被害人擄走脫離其原有處所，使喪失行動自由，而移置於自己實力支配下，為其區別標準²。」

¹ 最高法院 92 年度台上字第 2913 號。

² 最高法院 98 年度台上字第 302 號。

只是被害人被迫脫離原處所，其行動自由究竟應受限多久才是擄人？在下列情形中實務認為成立強盜罪：A 由不詳管道得悉被害人將身懷鉅款至某處，遂與另外二人於該處等候，迨見被害人出現即推由其中一人下車，佯以其老闆要與之見面為由，而將之帶往車旁，迨被害人走近車旁之際，一人自車外強行將之推向車內，另一人於車上以強拉入內之方式強令被害人上車，二名歹徒分別坐於被害人兩旁，旋即駕車離去。於行車期間喝令被害人交付其身上所有物品，並於行車中將被害人頭部壓低，使不能看見車外求救，至使被害人交付其內有現金一百二十萬元的皮包，於行經某堤防時，令被害人下車離去，前後時間將近一小時³。而在下列情形中實務則認為行為人成立擄人勒贖罪：B 先於停車場埋伏，見被害人出現時，隨即與二名男子趨前，以手槍抵住被害人腰際，命其坐入小客車內，駕車離開。在車上以繩捆綁被害人，要求被害人提款供渠等花用，最後，被害人以給付五百萬元達成協議，才讓被害人駕駛其所有之自小客車回公司，B 則持槍駕另車跟監隨之在後，被害人怕由後遭槍擊，乃依行為人囑咐返回公司後開具支票五張交付，被害人始獲釋放，前後過程約六小時⁴。

以上二種情形中的行為人都是將被害人擄走並脫離其原在處所，使喪失行動自由，而移置於自己實力支配之下，差異在被害人行動受制一小時與六小時，卻因受制時間的久暫而有強盜罪與擄人勒贖罪之分。事實上，行為人取財時間往往即為限制被害人行動自由的時間，在犯罪結構呈現雙面關係時，被害人可能立即交出財

3 最高法院 98 年度台上字第 192 號。

4 臺灣高等法院臺南分院 89 年度上重更(二)字第 492 號。

物，也可能拖延時間長達數小時。若以被害人行動自由遭剝奪的久暫為區別二罪的標準，認定上容易流於主觀取捨，故區別二罪反而應該探求規範的目的與保護的法益。上述二例倘若依實務的見解，不禁令人懷疑現行法對二罪的處罰，實有違刑罰均衡原則。

學者對本罪之成立亦呈現意見分歧，有主張擄人勒贖罪實質上是強盜罪的加重型態⁵，二罪之區別在於：「強盜罪乃就原行為地，短暫地以強制力拘束人之行動自由，使人交付財物，而擄人勒贖罪則以強制力使被害人離其原所在地，較長期地置於行為人實力支配之下，使喪失行動自由，迫使交付財物。」另有認為，擄人勒贖罪所要保護的法益，除了受勒贖者之財產利益或財產處分自由外，重要的是，也保護被擄人的人身自由。依「擄人」文義解釋，係指有如劫取財物般地抓住人質，造成人質陷於任由行為人宰制的無助處境下，故擄人是否造成人質場所狀態的改變，則非所問。勒贖財產屬主觀的意圖要素，意圖是否實現，與本罪既遂無關，因此，本罪是妨害財產法益的抽象危險犯，也是「不完全之雙行為犯」，因行為人以人質為要脅，進而勒贖財物，本罪對人質生命與身體法益具有抽象危險性質⁶。

由於擄人勒贖罪與強盜罪的行為人皆使用強制手段，區別二罪以被擄者改變原處所地為區別標準是否妥適？擄人勒贖罪的行為人將被擄者帶離原處所，理由可能是一方面方便隨之而來的勒贖，帶離原地可以規避查緝；另一方面在時間與地利上較能穩固掌控被擄

5 褚劍鴻，刑法分則釋論（下冊），2000，頁1284。

6 許澤天，擄人勒贖罪之構成要件與特殊中止犯——借鏡德國法第239條之1與同條之2，法學講座，第4期，2002，頁46以下。

者，以營造被勒贖者對人質安全的擔憂，藉以實現勒贖目的。但較合理的觀點是，本罪重刑的主要理由不在於被害人被帶離原處所，而是行為人以加害人質生命、身體等安全為由，讓被勒贖者因而擔憂，以遂行勒贖目的，故即使原地將被害人當成人質以達勒贖目的，也是本罪的「擄人」且符合立法目的。行為人強押人質離開原地，帶離原地的強制只不過是稍後擄人的前階段而已⁷。

在本案中，甲、乙共同駕車尾隨丙，隨後超車攔下，由甲以手槍毆擊丙之頭部，並出言恫嚇丙若不依其指示下車將會開槍，丙心生畏怖而聽從下車，由甲強行拉入其等所駕小客車後座，甲並將該手槍交予乙，由乙在汽車後座控制丙並開離現場，不管是採上述何種見解，甲、乙的行為符合本罪的擄人，惟二人在擄人時必須具有勒贖意圖。

（二）「勒贖」之爭議

擄人勒贖罪的另一項爭議問題是，本罪之既遂是否必須有勒贖行為？易言之，勒贖是否為必要的客觀構成要件要素？學界有主張肯定者，認為擄人與勒贖行為皆是本罪既遂的要件，否則，若只要具有勒贖意圖即成立既遂，將使本罪成為財產犯罪之預備犯、或認為令擄人勒贖罪的性質或法益保護侷限於妨害自由而已，對此行為卻科以重刑，實與立法本意不合，且與國民之法感情相悖，有違罪刑均衡原則，遂主張於修法前應將本罪解釋為「擄人勒贖者」⁸。

7 黃惠婷，擄人勒贖罪——評最高法院九十六年台上字第六七五四號判決，月旦法學雜誌，第159期，2008/8，頁274以下。

8 甘添貴，體系刑法各論，第二卷，2004/4，頁412；持類似見解者，林東茂，強盜或擄人勒贖——評臺南高分院八十九年度上重更二字第49二號判決，月旦法學雜誌，第76期，2001/9，頁199以下；高金桂／呂秉瀚，擄人勒贖罪與強盜罪之區辨及其

多數說則依實定法規定，本罪之既遂以擄人是否已實現為標準，理由是：本罪譴責的重點是行為人對人質生命製造高度的危險，且由刑法第 347 條第 5 項可得知，本罪之既遂與否與勒贖行為無關⁹。

(三) 勒贖意圖的侵害對象

本罪是意圖勒贖而擄人，勒贖的對象是否有限制？則具爭議性。實務認為，本罪行為人與被害人之結構呈現雙面關係或三面關係，在所不問。雖然早期實務上另有主張勒贖的對象應限於人質以外的第三人¹⁰，理由是「擄人勒贖本含有強盜之性質，其與強盜兩罪均出自財產上不法所有之意圖，實務上參考日本刑法第二二五條之二、德國刑法第二三九條(a)對擄人勒贖罪均明定以向被擄人以外第三人勒贖為要件之立法例，自應從擄人勒贖之對象等客觀因素，予以適當區別。」如挾持被害人逼令本人交付財物，除了成立剝奪行動自由罪外，視強制程度是否已達於使被害人不能抗拒，而另外成立恐嚇取財罪或強盜罪。然實務上對擄人勒贖罪的主流見解仍不以行為人與被害人形成三面關係為要件¹¹，其與強盜罪的區別標準在於：「即單純施以強暴、脅迫等手段，使交付財物構成強盜罪；如先將被害人擄走，置於行為人實力支配下，再予以脅迫，以便向被害人或其關係人勒贖財物，一經實現犯罪即屬既遂」，因此，行為人是否擄掠被害人脫離其原處所，而使其喪失行動自由才

相關問題——臺灣高等法院台南分院八十九年度上重更(二)字第二五八號判決評釋，月旦法學雜誌，第 86 期，2002/7，頁 228 以下。

⁹ 林山田，刑法各罪論（上冊），2006，頁 466；蔡墩銘，擄人勒贖罪之犯意，台灣本土法學雜誌，第 8 期，2000/3，頁 125 以下；許澤天，同註 6，頁 50 以下。

¹⁰ 最高法院 89 年度台上字第 1240 號，認為人質付贖自救，行為人成立強盜罪而非擄人勒贖罪。

¹¹ 如最高法院 83 年度台上字第 4157 號；最高法院 85 年度台上字第 3675 號。

是二罪區別的關鍵¹²。

又實務有主張「勒贖」者，係指迫令提供財物，以換取被擄人之生命與自由之謂，亦即以釋放或贖回被擄人為條件，勒令被擄人或其他關係人交付財物者而言。強盜罪與擄人勒贖罪兩者，雖同屬對被害人施強暴或脅迫之妨害自由手段為之，惟前者重在以現時之強制力，壓制被害人之抗拒，而強取被害人現時或及時可取得之財物；後者則對被害人施以強暴、脅迫，使被害人或其他關係人，因有所畏懼而交付財物贖人。擄人勒贖罪雖與恐嚇取財罪同規定於刑法第三十三章，但所侵害之法益範圍，無論財物或對象，均可能擴及異時、異地及行動受控制者以外之人，是其惡性往往尤甚於強盜，此為兩者之區別所在¹³。惟強盜罪與擄人勒贖罪的行為人皆施以現時之強制力，壓制被害人之抗拒，往往也同時達於不能抗拒的程度，因此都足以令被害人心生畏懼而擔憂自身的安全，若以現時之強制力區別二罪，如上所述，「現時之強制力」應持續多久，才是擄人勒贖罪。

若要解決上述的疑義，應依擄人勒贖罪「勒贖」的意義，限制於向人質以外的第三者為之。其次，本罪之刑度高於強盜罪與恐嚇取財罪，其高度不法是行為人除侵害人質之自由法益外，也應令第三人蒙受自由與財產危險之不利益，故本罪應具有三面關係（行為

¹² 實務對於擄人勒贖罪是否以三面關係為要件的爭議，進一步可由臺南地院 89 年度重訴字第 28 號、臺灣高等法院臺南分院 88 年度上重訴字第 893 號、最高法院 89 年度台上字第 1240 號、臺灣高等法院臺南分院 89 年度上重更（一）字第 133 號、89 年度台上字第 5712 號與臺灣高等法院臺南分院 89 年度上重更（二）字第 492 號對同一案之見解得知。

¹³ 最高法院 97 年度台上字第 3303 號。

人、被擄者與被勒贖者），而且以三面關係區別本罪與強盜罪，方能徹底解決二罪之間適用法律問題的困擾。

強盜罪之行為人施以至使不能抗拒的強制時，事實上也與擄人一樣，同樣會讓被害人感受生命或身體的威脅，只能以金錢換取自由，故限制本罪必須具有三面結構，方能明確區別二罪。人質是否脫離原處所，無礙於擄人勒贖罪之成立。從而擄人勒贖罪一方面保護被擄人之自由，另一方面保護被勒贖人之自由與財產，同時因擄人勒贖另外造成被害人以外之人的恐慌與擔憂，法定刑方有必要比強盜罪高。否則，依實務見解推論，行為人打劫被害人，發現被害人身上只有提款卡，於是挾持被害人去提款機領錢，如果也成立擄人勒贖罪，乃是混淆本罪與強盜罪之界限，且違背罪責原則¹⁴。此外，現行法對於強盜罪與擄人勒贖罪於刑度上有明顯差異，另外規定強盜擄人勒贖結合罪，若雙面關係也能成立擄人勒贖罪，行為人具有勒贖意圖，只要帶離原處所，令被害人喪失行動自由，縱使未取得財物，即面臨無期徒刑或七年以上有期徒刑。但施以強制方法而留在現場，同時取走財物者，則是五年以上有期徒刑，明顯不符合罪責原則，實務對於擄人勒贖罪的本質、保護法益以及與強盜罪界限之見解，有可議之處。

擄人勒贖罪是行為人想利用被勒贖者擔憂被擄者之安危以勒贖，因此，有學者認為行為人若當場對人質施以暴力，並不符合擄人勒贖罪的要件，另外也不是所有敏感惡害的脅迫，皆可以滿足本

¹⁴ 林東茂，同註8，頁196以下；許澤天，同註6，頁53以下；高金桂／呂秉瀚，同註8，頁226以下。

罪的要件¹⁵。此見解不可採的理由是，當場對人質施以暴力，不見得行為人將來不會再繼續加害，而可以排除被勒贖者對人質安危的擔憂，故不宜以當場施暴作為區別二罪的標準。重點是：行為人的擄人必須以人質的安危要脅為出發點，被擄者有無離開原處所並非是本罪的必要條件。至於是否有以人質安全為要脅，可以透過行為人的明示或行為舉止予以判斷。

在本案中，甲、乙在車內持槍抵住丙，因為二人架離丙的目的是計畫逼令丙交出財物，實務見解因不以勒贖成三面關係為要件，高等法院認為，甲、乙二人仍然可以成立擄人勒贖罪的共同正犯¹⁶。最高法院則質疑行為人所取得之七萬六千元，原是丙隨身放置於其所駕駛之小客車上，係因甲、乙施強暴而將該自小客車駛往他處，則甲等人在丙車輛內取得財物，能否謂係渠等擄人而獲得之贖金？不無疑義¹⁷。

較合理的見解是，勒贖採三面架構的犯罪模式，因甲、乙一開始的不法所有意圖僅針對丙一人，丙的自由、生命或身體健康的安危完全操之在丙的手上，亦即丙自己可以決定是否交出財物；反之，在三面關係下的被勒贖者還得擔憂付贖款時人質是否安在、或歹徒是否在付款後真的釋放人質。三面關係的人質擔憂與雙面關係的安危擔憂仍有差異，如此差異才應是擄人勒贖罪處以重罰的理由。準此，甲、乙押走丙時不具有三面關係的勒贖意圖，不成立擄人勒贖罪。

¹⁵ Schoenke/Schroeder, Strafgesetzbuch, 2014, § 239a Rn. 12.

¹⁶ 臺灣高等法院高雄分院 94 年度上訴字第 672 號。

¹⁷ 最高法院 97 年度台上字第 3303 號。

二、甲、乙是否成立刑法第 330 條第 1 項、第 28 條加重強盜罪之共同正犯？

刑法第 328 條意圖為自己或第三人不法之所有，以強暴、脅迫、藥劑、催眠術或他法，至使不能抗拒，而取他人之物或使其交付者，為強盜罪。在本案中，甲以手槍毆擊丙之頭部，致其頭部有撕裂傷，並出言恫嚇丙，若不依其指示下車將會開槍，丙心生畏怖而聽從下車，由甲強行拉入其等所駕駛小客車後座。甲將該手槍交給乙，由乙在汽車後座控制丙，強制達於至使不能抗拒的程度，另攜帶凶器取財，肯定是基於不法之所有意圖與共同加重強盜之決意，二人採分工合作方式，對丙共同施以不能抗拒之強暴手段，最後也取得財物，違法性與罪責性皆成立。

三、丁考慮成立刑法第 330 條第 1 項、第 28 條加重強盜罪之相續共同正犯

丁是在甲、乙剝奪丙行動自由後加入，因共同正犯之意思聯絡不限於事前有所協議，其於行為當時，基於相互之認識，以共同犯罪之意思參與者，亦無礙於共同正犯之成立，學術上稱為「相續共同正犯（承繼共同正犯）」。¹⁸相續共同正犯係指後來加入的行為人於先行行為人之行為接續或繼續進行中，以合同之意思，參與分擔實行，其對於介入先行行為人之行為，若有就既成之條件加以利用而繼續共同實行犯罪之意思，仍應負共同正犯之全部責任¹⁸。強盜罪屬複行為犯，客觀行為是強制與取財，丁在甲、乙以槍壓制丙以後加

¹⁸ 最高法院 100 年度台上字第 912 號。

入負責取財行為，丁知道丙處於甲、乙強暴狀態下，仍將丙車內的款項取出，三人隨後駕車至人煙稀少之小路釋放丙，主觀上有共同加重強盜故意與不法所有意圖，違法性與罪責性皆成立。另外，甲、乙、丁三人也成立結夥三人而犯強盜罪，論以一個加重強盜罪。

參、結論

甲、乙基於共同決意以手槍限制丙的行動自由，目的是逼令丙交出財物，由於甲、乙架離丙時不具有向第三人勒贖財物以贖回丙自由的意圖，應論以加重強盜罪，不另論剝奪行動自由罪。然甲傷害丙的頭部成立傷害罪，基於共同正犯互相歸責原理，在共同犯罪決意下，乙也成立傷害罪。甲、乙使用的強制方法是傷害，因強盜罪的強制方法不一定皆有傷害結果，因此強盜過程中，若另外成立傷害罪，較合理是傷害罪與（加重）強盜罪係一行為觸犯數罪名，二者成立想像競合。丁是在甲、乙尚未完成強盜行為之前加入，由於丁加入取財時，甲的傷害行為已完成，故丁不成立傷害罪，但於知情下取走丙的財物，成立加重強盜罪之相續共同正犯。

第四十題 強盜擄人勒贖結合罪

甲邀乙參與綁架房東丙，計畫再向其家屬勒贖，二人先共同騎車尾隨丙，見丙正在停車，由乙持塑膠玩具槍抵住丙，將丙趕到駕駛座右側，接手開車，甲則進入後座以槍抵住丙。期間，甲搜刮丙身上的財物，當到達某停車場時，乙先下車，並喝令丙下車，準備換乘甲的汽車。丙突然想到汽車有安全鎖裝置，於是按下讓後座的甲一時無法出來，丙下車後掙脫乙的控制拼命跑，甲、乙二人開自己的汽車在後追趕，丙最後求助於超商而獲救。試問：甲、乙成立何罪？

壹、問題爭點

擄人勒贖與強盜的強制方法具有約束被害人之意思決定自由與行動自由的本質，當行為人擄人後，利用擄人的狀態又強取被擄者財物，是否成立強盜而擄人勒贖結合罪？關鍵在於行為人是否另外成立強盜罪。在何種情形下，擄人行為足以成立強盜擄人勒贖結合罪？

貳、案例分析

一、甲、乙考慮成立刑法第 347 條第 1 項與第 28 條擄人勒贖罪的共同正犯

刑法第 347 條擄人勒贖罪是意圖勒贖而擄人，「擄人」係指有如劫取財物般地抓住人質，造成人質陷於任由行為人宰制的無助處境下，至於是否造成人質場所狀態的改變，則非所問。勒贖意圖屬主觀要件，意圖是否實現與本罪既遂無關，只要行為人於擄人時具有勒贖意圖即已足。在本案中，乙持塑膠玩具槍抵住丙，甲進入後座再以槍抵住丙，前往某停車場時準備換乘甲的汽車，肯定是擄人。又擄人時只要具有擄人故意與勒贖意圖即已既遂，故甲、乙基於共同的相關犯罪決意，分工合作將丙置於任其宰制狀態，違法性與罪責性皆成立，甲、乙成立擄人勒贖罪的共同正犯。

二、甲、乙考慮成立刑法第 328 條第 1 項與第 28 條強盜罪的共同正犯

刑法第 328 條強盜罪是行為人基於不法之所有意圖，施以不能抗拒之強暴或脅迫等方法，而取他人之物或使其交付。在本案中，甲、乙基於共同犯罪決意，由乙持塑膠玩具槍抵住丙，將丙趕到駕駛座右側，接手開車，甲進入後座以槍抵住丙時搜刮丙身上的財物，乙默許甲的取財行為。塑膠玩具槍雖然不具殺傷力，非加重要件的兇器，但只要強制程度達於令人不能抗拒的程度即為強盜罪。丙誤認甲、乙所持的槍具有殺傷力而聽從指示，二人的行為影響丙

的意思決定自由與行動自由，乃是施以脅迫達於不能抗拒。甲、乙在分工合作下控制丙進而取財，強制與取財具有方法——目的關聯性，二人具有共同強盜故意與不法所有意圖、違法性與罪責性皆成立。

三、甲、乙是否成立刑法第 332 條第 2 項第 3 款強盜擄人勒贖結合罪？

行為人若犯強盜罪而有擄人勒贖，成立加重要件的刑法第 332 條強盜結合罪，本罪基本罪與相結合罪先後發生的順序，在所不問，故擄人勒贖後再強盜亦可。依實務見解，擄人勒贖罪與強盜罪之區別以有無擄掠被害人脫離其原在處所，使喪失行動自由為準。恐嚇取財罪、強盜罪及擄人勒贖罪，均以取得財產上不法利益為目的，惟恐嚇取財罪，不以將來之惡害恫嚇被害人為限，即以強暴、脅迫為手段，但被害人未達不能抗拒之程度，使其交付財物，亦屬之；若係以使用強暴、脅迫等手段，達於不能抗拒之程度，即係強盜行為；擄人勒贖罪，則以意圖勒贖而擄人為構成要件，後者犯罪態樣，係將被害人置於行為人實力支配下，予以脅迫，以便向被害人或其關係人勒索財物。因此，擄人勒贖罪本質上為妨害自由與強盜結合，在形式上則為妨害自由與恐嚇取財結合¹。

實務亦認為，行為人擄獲被害人，行為時具有向被害人或其關係人勒贖財物的意圖，皆可成立擄人勒贖罪。反對見解依本罪的本質認為，勒贖意圖的「勒贖」應具有三面關係（行為人、被擄者與被勒贖者），理由是刑法對自由的保護已有周延的規範可援引，擄

¹ 最高法院 98 年度台上字第 302 號。

人勒贖罪非難的重點不在於被害人喪失人身自由，而是行為人對人質的宰制，亦即行為人為了勒贖目的而將他人置於實力支配之下，人質的完整性遭受特別程度的危害。因為人質落在其手中，勒贖者隨時可以實現對人質的威脅。此危險也隨著宰制狀態的持續而不斷升高，被勒贖者若對人質無助的處境反應延遲，行為人可能會惡化人質的處境或傷害人質以示威，甚至人質如果是唯一目擊證人時，有可能會遭滅口，故擄人行為製造對人質安危的擔憂，正是刑法其他剝奪意思自由或行動自由罪所沒有的特性²。

現行法將強盜而有擄人勒贖予以加重處罰，成立強盜擄人勒贖結合罪。有疑義的是，倘若行為人於宰制過程中另外對被害人取財應如何評價？究竟是成立強盜擄人勒贖結合罪？還是擄人勒贖罪即可？此問題與上述擄人勒贖罪採雙面或三面結構有關係。實務對此問題的見解分歧，早期主張「擄人勒贖行為一經實現，犯罪即屬既遂，在被害人之自由回復以前，其犯罪行為均在繼續進行中，在犯罪行為終了前，若基於擄人勒贖之單一或概括犯意，先後向被害人或其關係人不法取得財物之多數行為，理論上自均應吸收於擄人勒贖之犯罪中而論以擄人勒贖一罪³。」支持此論點的理由是強盜罪與擄人勒贖罪均以不法取財為目的，而施用強暴、脅迫等手段以剝奪被害人之行動自由，且於被害人遭受挾持而陷於不能抗拒中，以加害生命或健康之現在急迫危害為要脅，逼令他人交付財物，二者

2 Renzikowski, in: Muenchener Kommentar, Strafgesetzbuch, 2003, §§185-262, §239a Rn. 1ff; 黃惠婷，恐嚇取財罪、強盜罪與擄人勒贖罪之區別——評最高法院九八年台上字第三〇二號刑事判決，月旦裁判時報，第2期，2010/4，頁131以下。

3 最高法院81年第3次刑事庭會議（二）決議；惟此見解經最高法院於92年2月25日第3次刑事庭會議決議不再供參考。

均屬盜匪行為，罪質並無不同，故於擄人勒贖行為繼續中，兼又強行劫取被擄人財物所為之強盜行為，行為人主觀上既係基於一個擄人以取財之單一犯意為之，在客觀上又屬一個接續進行之盜匪行為，應係一個包括的擄人勒贖行為，不另外論以強盜罪名⁴。

不同於上述見解則主張，「犯強盜罪而有擄人勒贖之行為者，刑法……有結合犯之特別處罰規定……祇須行為人一面強盜，同時又有擄人勒贖之犯行，二者間之犯意有所關聯，即足構成，一有上述行為，即應依該強盜而擄人勒贖之結合犯論處，無所謂強盜係屬擄人勒贖犯罪行為之一部，包括於擄人勒贖罪中之可言⁵。」「結合犯係二以上之獨立犯罪行為，依法律之規定而結合成一罪；祇須相結合之犯行在犯罪時間上有銜接性、在犯罪地點上有關連性，即為已足。刑法第三百三十二條第二項第三款之犯強盜罪而擄人勒贖罪，係屬結合犯；且強盜罪與擄人勒贖罪之構成要件不同，足見該二罪罪質有別，係各自獨立之罪名，非可謂強盜罪行得為擄人勒贖罪犯行之一部，而應吸收於擄人勒贖罪中，僅論以擄人勒贖一罪⁶。」

在本案中，甲於擄綁被害人期間，另外對被擄者強取身上財物，即一面意圖勒贖而擄人，一面強盜，是否如最高法院見解而構成強盜擄人勒贖結合罪？有進一步說明的必要。依據主流實務見解，既然擄人勒贖罪的被擄者與被勒贖者可以是同一人，若在雙面架構下的意圖勒贖而擄人，被擄者因受制於行為人實力支配下，強

4 宜蘭地方法院 94 年度矚重訴字第 3 號；88 年度台上字第 4320 號；最高法院 92 年度台上字第 4916 號。

5 最高法院 87 年度台上字第 4372 號。

6 最高法院 96 年度台上字第 6754 號。

制程度達於不能抗拒，故同時有擄人勒贖與強盜，應得出從一重處斷的結論，成立擄人勒贖罪即已足。詳言之，僅製造人質本身對自己安危的擔憂以勒贖，既然能成立擄人勒贖罪，擄人者另對被擄者以至使不能抗拒方法強取財物，倘若獨立評價為強盜罪，進而成立強盜擄人勒贖罪，乃是對同一法益持有人的取財行為為多重評價。因此，較合理的見解是，唯有當行為人擄人時即意圖向第三人行勒贖，行為人想利用擄人情況製造第三人對人質安危的擔憂以勒贖，則一經擄人後即成立擄人勒贖罪。若於擄人期間另外強取人質身上財物，乃是利用擄人之際對被擄者強制取財，先、後行為乃是對被勒贖者的財產進行侵害，屬危險犯；對人質財產的侵害，則是實害犯，二行為之間具有互為利用關係，後行為方能再次評價為強盜罪，進而成立強盜擄人勒贖結合罪。

在本案中，甲邀乙參與綁架房東丙，計畫向其家屬勒贖，當二人基於共同犯罪決意，分工合作將丙壓制於車內並控制其行動自由，擄人勒贖罪已達於既遂。其間又強行取走丙身上財物，乃是另外對被擄者的財產進行侵害，即使甲此時並未施以強暴或脅迫，但以槍抵住丙，至使不能抗拒的強制狀態仍在持續中，甲的取財肯定與強制方法具有關聯性。而乙對甲另外取財行為未加反對仍繼續開車，二人乃是在擄人之外，另外基於共同犯意強取被擄者之財物，另外評價為強盜行為。意圖勒贖而擄人與強盜行為具有時空緊密與直接因果關係，肯定結合犯應具有的互為利用關係，二人具有共同擄人故意、共同強盜故意、不法所有意圖與結合故意，違法性與罪責性皆存在，依現行法規定，成立強盜擄人勒贖結合罪。

參、結論

甲、乙二人基於共同擄人決意，分工合作將丙置於實力支配下，擄人時即具有勒贖意圖，成立擄人勒贖罪的共同正犯。在宰制丙期間，甲以槍威脅丙，對其財物予取予求，乙見狀無動於衷，默許甲的強盜行為，二人乃是基於強取故意與不法所有意圖，另為強盜，成立強盜罪之共同正犯。因為甲、乙先後的擄人勒贖行為與強盜行為具有時空緊密與直接因果關聯，二行為互為利用，成立強盜擄人勒贖結合罪的共同正犯。

第四一題 準擄人勒贖罪

甲與舊識乙有生意糾紛，邀集丙、丁謀議報復，三人在「○○汽車修理廠」前尋得乙，先由甲持手槍喝令乙進入該修理廠，旋由丙、丁分執棍棒圍毆並強行將乙押上丁所駕乘之車輛後行李箱中，準備載往甲的租處。途中，因丙見乙一身穿戴，認為乙家境優渥，建議不如趁機撈一筆向其家屬勒贖，甲於是打電話給乙的妻子戊，因無人接聽而暫時作罷。然因乙以腳頂住行李箱車蓋使之無法開鎖，當車輛於路口等綠燈時，乙趁機跳車逃脫，三人見狀迅速逃離現場。試問：甲、丙、丁刑責為何？

壹、問題爭點

立法者於擄人勒贖罪之外，另外增訂準擄人勒贖罪，其立法目的為何？在適用上二罪有何差異？又國內學界與實務對於擄人勒贖罪的爭議，是否也會出現在本罪的適用上？尤其，本罪的「意圖勒贖」屬於主觀要件，應如何認定本罪之既遂？

貳、案例分析

一、甲、丙、丁考慮成立刑法第 277 條第 1 項、第 28 條傷害罪之共同正犯

傷害是對他人生理或心理上的任何損害影響，只要是一種痛若的對待，造成嚴重的身體不適即屬之。今甲持槍控制乙的行動自由，再由丙、丁分執棍棒圍毆，乃是基於共同傷害之犯意聯絡，分工合作為傷害行為，三人對傷害結果握有犯罪支配，違法性與罪責性皆成立，三人成立傷害罪之共同正犯。

二、甲、丙、丁考慮成立刑法第 302 條第 1 項、第 28 條剝奪行動自由罪之共同正犯

本罪行為人必須私行拘禁或以其他非法方法剝奪他人的行動自由，使用的方法只要足以侵害或限制被害人的行動自由，影響其繼續停留於某一處所或離去停留處所皆屬之。在本案中，甲、丙、丁共同押乙上車前往甲租處，乃是基於共同剝奪他人行動自由之決意，三人對行為結果具有犯罪支配，違法性與罪責性皆成立，成立本罪之共同正犯。

三、甲、丙、丁考慮成立刑法第 348 條之 1、第 28 條準擄人勒贖罪之共同正犯

(一) 立法理由

刑法第 348 條之 1 規定擄人後意圖勒贖者，以意圖勒贖而擄人論，稱為準擄人勒贖罪。於 2002 年制定公布本條文施行前，以勒

贖以外之目的而擄人，縱令擄得之後變更犯意勒贖，仍不得以擄人勒贖論罪，即若初無取財之意思，而僅以非法方法剝奪人的行動自由洩忿、或使被害人交付財物別有原因，為達其取財之目的，借剝奪被害人之自由，以圖要挾者，祇能成立其他財產上之犯罪或牽連犯妨害自由罪¹。因此，立法者鑒於行為人於擄人後，方起意勒贖，其情節與意圖勒贖而擄人相若，制定刑法第 348 條之 1，此為本罪之立法理由。惟有學者主張增訂本條屬畫蛇添足之舉²，不同見解則認為本罪是彌補刑法第 347 條第 1 項的刑罰漏洞，擄人後形成勒贖意圖不等於擄人時具有勒贖意圖，今將事後勒贖行為視為等同擄人勒贖罪的罪刑，仍有增訂實益，本條乃為「截阻構成要件」³。

犯罪的成立必須同時具有行為不法與結果不法，擄人勒贖罪之所以屬於重罪，不因為是擄人，此行為原本可以剝奪行動自由罪或妨害家庭罪論處，而是因為行為人擄人之際，想以此方法進行勒贖，對於被擄者的生命、身體或健康製造高度的危險性，較之剝奪行動自由罪或妨害家庭罪具有更高的不法內涵，故刑法第 347 條規定擄人時必須具有勒贖意圖。在刑事政策上，考量擄人時若無勒贖意圖，行為人在宰制被害人後，容易利用此狀態得寸進尺，此人性或心理趨向如同強盜罪與準強盜罪二者之間的關係，故本罪仍有增設的必要。

1 最高法院 93 年度台上字第 5730 號。

2 甘添貴，體系刑法各論，第二卷，2000，頁 415 以下。

3 許澤天，擄人勒贖罪之構成要件與特殊中止犯——借鏡德國刑法第 239 條之 1 與同條之 2，法學講座，第 4 期，2002，頁 56。

(二) 擄人行為

刑法第 347 條擄人勒贖罪是行為人擄人之際具有勒贖意圖，準擄人勒贖罪則是行為人必須在無勒贖意圖下進行擄人，之後利用擄人所造成的結果，施以勒贖，故本罪的主、客觀要件及法律效果與擄人勒贖罪相同，差異是擄人行為與勒贖意圖發生的順序相反，二罪在客觀上皆要求行為人應有擄人行為。

擄人是擒獲他人，並對他人身體或自由握有支配宰制權，縱使被擄者不知被宰制或無法理解宰制的意義，亦屬之。對象不分年齡、性別、精神或心智狀況以及彼此的關係，人人皆可成為行為客體，譴責的重點是，行為人令被勒贖者擔憂被擄者的安危。由刑法第 347 條與第 348 條之 1 同樣使用「擄人」可得知，擄人的內涵不含勒索財物的本質，而是客觀上製造能恣意宰制被害人的情境即可。被害人主觀上的認知或感受與擄人要件的成立無關，故擄人的意義不完全等同剝奪行動自由，因為後者的被害人限於能理解行動自由的意義者，保障的客體是具有變更或停留處所的意思決定能力，以及行動實現此意思決定能力者，但不具有意思決定與行動自由的人卻可以成為本罪被害人⁴。由被擄者的立場而言，擄人行為必須是違法，至於是否同時侵害第三者的利益，則不重要，例如擄走強褓嬰兒，同時也可以成立妨害家庭罪。只要行為人一開始不是基於勒贖意圖而剝奪他人行動自由或妨害他人的監護權，之後也能將被害人置於宰制的狀態下，可以是準擄人勒贖罪的擄人。

然而，並非一有擄人行為即可成立本罪，而是行為人必須利用其對被害人所製造的宰制狀態，而且客觀上確實有利用的可能，故

⁴ 林山田，刑法各罪論（上冊），2006，頁 189。

將遭剝奪行動自由的被害人予以釋放、殺害或喪失支配可能後，才產生勒贖意圖者，因欠缺可利用的狀態，不成立本罪。同樣地，行為人若無勒贖意圖，之前因他故而掠奪人身自由後，經人調停而得有財物者，取得財物與利用擄人行為無功能上的關聯，只成立妨害自由罪⁵。如果被害人陷於受人宰制的狀態是第三者所為、或因為與行為人無關的情境導致被害人受到宰制，縱使行為人進而對被害人親友勒贖，也非準擄人勒贖罪⁶。前者例如 A 剝奪 B 的行動自由後，C 得知後，在 A 不知情下，獨自向 B 的家屬勒贖；後者如被害人自行跌入山谷，可以施援手的第三人不想救人，反而趁人之危向其家屬勒贖。

被害人的宰制狀態無需由行為人親自為之，如果是由他人造成被害人受宰制的狀態，而此結果又可歸責於行為人，進而利用此機會進行勒贖，亦可成立本罪。例如 A、B 共謀傷害教訓 C，先由 A 引誘 C 出來談判，B 則強押 C 坐進由 A 駕駛的汽車後座控制，再拘禁限制 C 的自由，A 私下起意勒贖 C 的親人。A 雖然未親自剝奪 C 的行動自由，然 A、B 二人基於共同的犯罪決意，分工合作達成剝奪 C 行動自由的目的，故為剝奪行動自由罪的共同正犯。同理，行為人若為剝奪他人行動自由的間接正犯，之後趁機勒贖，由於剝奪被害人行動自由的結果可歸責於間接正犯，若進而勒贖被害人的親人，亦可成立準擄人勒贖罪；相反地，雖然參與令被害人遭受他人宰制的行為，若僅成立教唆犯或幫助犯，因為共犯對他人無意圖勒贖的擄人無犯罪支配，之後也無法支配操縱被害人的現況，

5 林山田，同註 4，頁 514。

6 Schoenke/Schroeder, Strafgesetzbuch, 2014, § 239a Rn. 21.

其私下而為的勒贖，不成立準擄人勒贖罪，而是恐嚇取財罪。

在本案中，甲、丙、丁共同傷害乙，並強押乙上車前往甲租處，在客觀上造成乙陷於任其宰制的無助處境，該當本罪之擄人行為，三人基於共同犯意，分工合作，肯定對成立本罪的擄人行為握有犯罪支配。

（三）勒贖意圖

由「擄人而意圖勒贖」的连接詞「而」可導出，擄人與勒贖的先後順序且要求彼此之間的關聯性，即本罪的成立要件是行為人必須利用被害人受宰制的狀態，利用的目的僅限於為了勒贖。立法者考量刑法第 347 條擄人勒贖罪與準擄人勒贖罪的罪質平衡，對於本罪有如前者一樣，勒贖只要是意圖即可，其係指利用對被害人的宰制狀態，作為勒索贖金或財物的心意趨向。擄人勒贖罪與準擄人勒贖罪之所以規定只要主觀上有勒贖意圖，即可成立既遂，理由應該是行為人對於受宰制者的生理或心理製造高度的危險⁷，至於行為人是否真的會加害被害人，則非所問。

1、勒贖對象

勒贖對象是否應侷限於被擄者以外的第三人？實務向來認為，行為人向何人勒贖，無關擄人勒贖罪之成立，亦即勒贖不以被擄者或被勒贖者不屬同一人為必要，犯罪結構呈現雙面關係或三面關係皆可。學術上採雙面關係者認為，行為人將被害人帶離原處所，因而剝奪其行動自由時間較長，其宰制狀態應具有「獨立性」與「穩定性」，是本罪與強盜罪區別的關鍵⁸。支持三面關係者認為，唯

⁷ 黃惠婷，擄人勒贖罪——評最高法院九十六年台上字第六七五四號判決，月旦法學雜誌，第 159 期，2008/8，頁 279。

⁸ Kueper, Strafrecht BT, 2002, S. 256.

有透過三面關係的要件，方能徹底解決本罪與強盜罪之區別。

由於現行法對擄人勒贖罪並未明定行為人與受害人之間的結構，遂存有解釋的空間。考量刑法對擄人勒贖罪的刑罰明顯高於強盜罪，且另有強盜擄人勒贖罪的結合犯，以三面關係為勒贖要件，比較能釐清現行各種犯罪構成要件之間的適用疑義。其次，被害人被帶離原處所，足以令其對難以預測的將來產生恐懼，只是原地施以至使不能抗拒的方法強制被害人就範，難道就不會令被害人擔憂自己的安危？本罪一方面保護被擄者的人身自由，另一方面保護被勒贖者的意思決定自由與財產，三面關係的要件方足以顯示擄人勒贖罪的核心不法⁹，故基於本罪的立法目的、現行相關規定、罪刑相當原則與解決適用法上的困擾，準擄人勒贖罪的勒贖對象應限於被擄者以外的第三者為宜。

2、既遂之認定

本罪是行為人先擄人，再產生勒贖意圖，有主張行為人擄人後，只要於客觀上顯露特定的意思表示，而足以顯現其勒贖金錢或財物的勒贖意圖者，即為本罪之既遂，故以勒贖意思的表達為既、未遂之標準，不以勒贖意圖的具體實現為必要，並主張本罪不存有未遂犯的情形¹⁰。不同見解者主張，行為人必須在事實上利用擄人所形成的實力支配狀況下實施勒贖行為，客觀要件不僅有擄人行為，還包括勒贖行為，理由是刑法不能僅因單純的勒贖意圖，即可將原來只有擄人行為與擄人故意視為擄人勒贖罪，因此，客觀上行為人必須實施顯露勒贖意圖的勒贖行為，而此客觀行為至少著手勒

⁹ 黃惠婷，同註7，頁278以下。

¹⁰ 林山田，同註4，頁520。

贖，例如寄發勒贖信函¹¹。「著手勒贖」的見解招致學者質疑，因為以著手勒贖為既遂，則準擄人勒贖罪實際上毫無未遂可言。此外，本罪是行為人利用擄人之際勒贖，行為人若著手勒贖，即成立既遂，表示勒贖要件不一定得製造被勒贖者擔憂人質安全的危險或令被勒贖者陷於強制的狀態，如此將與刑法第 347 條擄人勒贖罪造成價值上的矛盾，有違平等原則¹²。

擄人勒贖罪的擄人是出於勒贖目的而為，擄人的動作同時於客觀上開啟勒贖的可能，適足以令人擔憂人質的安危，擄人行為若完成，在沒有意外之下，隨之而來的是早已確定的勒贖行為；而準擄人勒贖罪的擄人非基於勒贖意圖，行為人是否或何時會有勒贖意圖？是否真的會付諸實現？唯有著手勒贖，客觀上方能確定被害人是否會遭受進一步的威脅。是以，上述有關本罪「意圖勒贖」要件的爭議，仍以「著手勒贖」見解較可採。

因為思想無罪，行為人僅決定要勒贖，不足以滿足擄人勒贖罪應該具有「利用的功能關聯性」要求，而是必須將勒贖意圖與利用的故意付諸行動，如此才是確實利用被害人受宰制的狀態。至於勒贖是否實現，則與本罪既遂之成立無關，故準擄人勒贖罪與擄人勒贖罪一樣，主觀上需有雙重的侵害意思，即危害被勒贖者的財產與決定自由以及被擄者之心理與生理的不可侵犯性，準擄人勒贖罪於客觀上進而要求雙重動作，即擄人行為與顯示勒贖的行為，本罪乃是「利用型的犯罪構成要件」¹³。由於處罰擄人勒贖的理由在於製

¹¹ 許澤天，同註 3，頁 56。

¹² Fischer, Strafgesetzbuch, 2017, § 239a Rn. 13.

¹³ Schoenke/Schroeder, aaO., § 239a Rn. 18.

造令人擔憂人質安危，勒贖的著手應依行為人認知，只要過程的進行在不受任何干擾下，且不需要有任何進一步的重要行為介入；或行為在時間與空間上將立即造成第三人擔憂人質安全的震撼印象，即為著手，例如開始撥打電話號碼、或撥打完畢，卻是空號、錯誤的號碼或甚至無人接聽；反之，行為人僅討論是否勒贖或逼問被擄者家屬的電話，尚非著手實行勒贖。

在本案中，丙認為乙家境優渥，建議不如趁機撈一筆向其家屬勒贖，此時尚未著手勒贖。當甲打電話給乙的妻子戊，則是著手向第三人勒贖，縱使無人接聽，甚至乙最後趁機逃跑，也不影響甲、丙、丁基於共同勒贖的意圖而達於本罪之既遂，違法性與罪責性皆成立，三人成立準擄人勒贖罪的共同正犯。

參、結論

甲、丙、丁基於共同傷害之犯罪決意不僅分別持槍與棍棒傷害乙，而且強押乙進入丁的汽車後行李箱，開車前往甲的租處，行為成立傷害罪與剝奪行動自由罪的共同正犯。在三人限制乙的行動自由期間，另起向乙家屬勒贖意圖，並由甲撥打電話給乙的妻子戊，乃是著手為勒贖行為，三人成立準擄人勒贖罪的共同正犯。因準擄人勒贖罪含有剝奪行動自由的本質，剝奪行動自由行為提升為準擄人勒贖行為，論以準擄人勒贖罪即已足，但準擄人勒贖行為是三人傷害既遂後另起犯意而為，因此，準擄人勒贖罪與傷害罪數罪併罰。

第四二題 擄人勒贖罪之參與犯

甲獨自計畫以擄人方式對 A 家屬勒贖，向乙佯稱需人手押人討債，於事成後給予報酬。乙因積欠債務需款孔急，基於妨害自由之犯意聯絡而允諾。稍後，由甲先駕駛汽車撞倒 A 所騎乘的機車，乙再持球棒毆打 A 腿部，甲則以手銬銬住其雙手，並以膠帶封住其眼睛與嘴巴押入汽車內載到汽車旅館。甲撥打電話予 A 之女 B，恫嚇 B 準備三千萬贖回 A，這時乙在旁已聽聞甲的對話，得知不是押人逼債務，但仍然繼續看管。最後，由乙出面與 B 約定贖金三百萬元，甲、乙二人得款後分得贖款，並釋放 A。問：甲、乙成立何罪？

壹、問題爭點

擄人勒贖罪的既遂要件為何？若僅要求意圖勒贖而擄人即為既遂，當他人行為達於擄人勒贖既遂後，這時才參與勒贖行為，是否還能成立擄人勒贖罪的共同正犯？還是論以幫助犯或其他罪名？此問題涉及正犯行為已達犯罪既遂，只是尚未終了時，此時參與他人犯罪者應如何評價。

貳、案例分析

一、甲、乙考慮成立刑法第 302 條第 1 項與第 28 條剝奪行動自由罪之共同正犯

本罪是私行拘禁或以其他非法方法剝奪他人的行動自由，私行拘禁屬於非法方法剝奪他人行動自由的例示，行為人使用的方法只要足以侵害或限制被害人的行動自由，影響其繼續停留於某一處所或離去停留處所而他往即可。在本案中，甲先駕駛汽車撞倒 A 所騎乘的機車，乙再持球棒毆打 A 腿部，甲則以手銬銬住其雙手，並以膠帶封住其眼睛與嘴巴押入汽車內載到汽車旅館，乙也負責看管工作，肯定二人基於共同剝奪他人行動自由之決意，分工合作以實現剝奪 A 行動自由之目的，不僅具有犯意聯絡與犯罪支配意思，且參與實現構成要件的重要行為，對犯罪之實現握有功能支配，違法性與罪責性皆成立。

二、甲、乙考慮成立刑法第 277 條第 1 項與第 28 條傷害罪之共同正犯

甲駕駛汽車撞倒 A 所騎乘的機車，乙再持球棒毆打 A 腿部，二人基於共同傷害的決意共同傷害 A，對於傷害結果皆具有犯罪支配，違法性與罪責性皆成立，甲、乙成立傷害罪之共同正犯。

三、甲、乙是否成立刑法第 347 條第 1 項與第 28 條擄人勒贖罪的共同正犯？

依擄人勒贖罪之規定，客觀行為僅有「擄人」。實務認為，「行為人苟以勒贖之目的而擄人，祇須被擄人喪失行動自由，而置於加害者實力支配之下，即屬既遂，其事後果否實施勒贖，向何人勒贖，有無取得贖款，以及何人支付贖款，均不影響其已成立之犯罪，故擄人勒贖並不以被擄人與被勒贖人不屬同一人為必要¹。」至於強盜罪與擄人勒贖罪之區別，係以擄走被害人脫離其原有處所，使喪失行動自由，而移置於自己實力支配下，為其區別標準²。學術上有主張本罪重刑的主要理由是行為人以加害人質生命、身體等安全而行勒贖目的，故即使原地將被擄者當成人質也是「擄人」。行為人若強押人質離開原地，帶離原地的強制只是稍後擄人的前階段而已。「擄人」是擒獲他人之意，即行為人握有對他人身體上之支配宰制權³。

依現行法規定，勒贖只是一種主觀意圖而已，行為人以擄人為方法行勒贖之目的，具有雙重的侵害目標⁴：被勒贖者的自由與財產以及被擄者的自由與（或）心理——生理的完整性。由於行為人的擄人行為不僅危害被勒贖者的財產，通常也危及人質的生命、身

1 最高法院 83 年度台上字第 3909 號；最高法院 85 年度台上字第 3675 號。

2 最高法院 98 年度台上字第 302 號。

3 許澤天，擄人勒贖罪之構成要件與特殊中止犯——借鏡德國法第 239 條之 1 與同條之 2，法學講座，第 4 期，2002，頁 48 以下；黃惠婷，擄人勒贖罪——評最高法院九十六年台上字第六七五四號判決，月旦法學雜誌，第 159 期，2008/8，頁 274-286。

4 Schoenke/Schroeder, Strafgesetzbuch, 2014, § 239a Rn. 3.

體安全或性自主權⁵，造成被勒贖者對人質的擔憂（若採實務見解，也含人質對本身安全的擔憂），才對此行為科以重罰。由立法者另外對已既遂的犯罪行為特設中止犯可得知，行為人是否享有減免刑罰以取贖與否及人質平安歸來為考量，人質的安危應該是本罪保護的目的，本罪是抽象危險犯。再者，刑法第 348 條之 1 規定準擄人勒贖罪，立法理由是擄人後而起意勒贖者，其情節與意圖勒贖而擄人相若。擄人勒贖罪與準擄人勒贖罪之規定或立法理由皆以「而」字連結前後的擄人與勒贖，故其「情節」係指行為人想利用已形成可以任意宰制支配被擄者的狀態以勒贖。是以，行為人客觀上是否有勒贖行為，無關既遂。在本案中，甲獨自計畫以擄人方式對 A 家屬勒贖，以手銬銬住其雙手，並以膠帶封住其眼睛與嘴巴押入汽車內載到汽車旅館，該當意圖勒贖而擄人，違法性與罪責性皆成立。

本案有疑義的是，甲計畫以擄人方式對 A 家屬勒贖，卻向乙佯稱需人手押人討債。乙基於妨害自由之犯意與甲一起剝奪 A 之行動自由並載往旅館時，在客觀上實現甲計畫的擄人行為，乙參與甲的「擄人行為」是否成立擄人勒贖罪的共同正犯？乙與甲共同押走 A 當時認為是討債，亦即乙的行為無關勒贖，之後，乙聽聞甲與 A 家屬對話後，得知不是押人逼債務，仍然繼續看管且出面與 B 約定贖金三百萬元，後續的參與行為是否與甲成立擄人勒贖罪的共同正犯？

刑法總則對二人以上參與犯罪分為正犯與共犯，刑法分則所描述者皆為正犯的行為。犯罪階段可分為決意、預備（陰謀）、著

5 這也是為何刑法第 348 條擄人勒贖結合罪以此三種犯罪類型為相結合罪。

手、犯罪既遂（構成要件形式上完成）與犯罪終了（構成要件實質上結束）⁶。問題是，當正犯行為已成立犯罪既遂，只是尚未終了時，行為人此時參與他人犯罪，應如何評價此參與行為？對擄人勒贖罪而言，因本罪屬於不完全雙行為的犯罪類型，擄人實現即為既遂，後續是否勒贖，無關本罪之既遂。行為人僅參與勒贖行為，不法與罪責內涵是否成立擄人勒贖罪的共同正犯或幫助犯？

當他人著手實現犯罪行為，若犯罪未達既遂，這時加入參與犯罪的人可以成立共同正犯，應無疑義。只要雙方在主觀上有共同的犯罪決意，即使默示亦可，而其客觀參與對於構成要件的實現具有因果關係，且是重要的參與，此中途參與者稱為相續共同正犯或事中共同正犯。只不過，正犯與相續參與犯之間的「共同犯罪決意」要件不可或缺，否則考慮成立個別的正犯（同時犯）。若他人同意中途加入者共同實現犯罪，但參與的行為僅是隸屬性的幫助而已、或加入者只是利用他人已製造的情況時，皆不足以成立共同正犯⁷。

有爭議的是，犯罪既遂與犯罪終了之間是否可能成立共同正犯？有採肯定見解者，至於如何區別共同正犯或幫助犯，則依主觀理論，視行為人是否以正犯意思參與犯罪而定⁸。我國早期判例認為，「擄人勒贖罪，固以意圖勒贖而為擄人之行為時即屬成立，但勒取贖款，係該罪之目的行為，在被擄人未經釋放以前，其犯罪行為仍在繼續進行之中。上訴人對於某甲被擄時雖未參與實施，而其出面勒贖，即係在擄人勒贖罪之繼續進行中參與該罪之目的行為，

6 刑法第 80 條第 2 項規定犯罪行為有繼續之狀態者，追訴權時效自行為終了之日起算，故現行法亦有「犯罪終了」之概念。

7 Roxin, Strafrech AT, Band II, 2003, § 25 Rn. 219 ff.; Schoenke/Schroeder, aaO., § 25 Rn. 96.

8 德國實務界採之，Roxin, aaO., § 25 Rn. 221.

自應認為共同正犯⁹。」由此可知，我國實務認為只要他人犯罪尚未終了前，皆有成立共同正犯之可能。

學者有認為，判斷行為是否該當犯罪構成要件，行為人主觀上對於自己的犯罪行為應成立何種犯罪的想法不重要；申言之，刑法是行為刑法，成立共同正犯或幫助犯之法律問題不是依行為人的意見，而應依法律規定。行為人的想法是空洞的標準，參與犯理論的主觀理論易流於法官的主觀想法，共同正犯或幫助犯之區別重點應該是此時加入者是否對犯罪之實現為重要的、必要的參與，否則有違法定原則，即違反刑法分則所規定者主要是各種犯罪類型的客觀要件。主觀理論忽視正犯應握有犯罪支配以及共同正犯應有的犯罪決意，共同犯罪決意是有關係爭犯罪之所有客觀行為的認知與意欲。當他人基於犯罪決意已實現犯罪構成要件，此時加入者如何能形成共同犯罪決意與共同實行犯罪？因此，相續共同正犯只能發生於構成要件形式上完成前¹⁰。

關於擄人勒贖參與犯之爭議，最高法院曾出現異於實務通說之見解¹¹，「刑法第三百四十七條之擄人勒贖罪，係指其擄人行為出於勒贖之目的者而言，如果架擄目的別有所在，縱令擄得以後復變更計畫勒贖，仍不得以擄人勒贖論罪；又擄人勒贖罪，須行為人自始有使被害人以財物取贖之意思，如使被害人交付財物別有原因，為達其取得財物之目的而剝奪被害人之自由者，除應成立其他財產上之犯罪或牽連犯妨害自由罪外，要無成立擄人勒贖罪之餘地。故

9 最高法院 28 年上字第 2397 號判例。

10 Roxin, aaO., § 25 Rn. 221, § 26 Rn. 261; Schoenke/Schroeder, aaO., § 25 Rn. 96.

11 最高法院 91 年度台上字第 5234 號。

刑法乃於民國九十一年一月三十日增修第三百四十八條之一：擄人後意圖勒贖者，以意圖勒贖而擄人論。乃在規範擄人後意圖勒贖之行為，以彌補同法第三百四十七條規定之不足。」此判決質疑行為人係為他人討債目的而擄人，於他人告知綁錯人後，即變更原妨害自由之犯意，與他人基於共同擄人勒贖之犯意而勒贖，則行為人於增訂刑法第 348 條之 1 準擄人勒贖罪之前，得否以同法第 347 條擄人勒贖罪論處，即有疑義。

惟最高法院後來採納高等法院的更審判決¹²，維持實務向來的觀點，「因擄人勒贖形式上為妨害自由及恐嚇取財罪之結合犯，不僅擄人行為為實施犯罪，即其在勒贖中亦為實施之繼續行為，是擄人勒贖罪，屬於繼續犯，意圖勒贖而為擄人行為一經實現，犯罪即屬既遂。故凡行為人非自己擄人犯罪，而係參與他人擄人行為，或雖未參與他人擄人行為，而在被擄人未釋放前，出面為他人勒贖，繼續參與他人取贖目的行為，即應認為共同正犯。」

在本案中，實務認為，乙發現甲的行徑非押人討債，依一般人客觀上之生活經驗，均能認知通話內容係向被害人家屬勒贖財物，乙為圖得豐厚報酬，變更犯意為擄人勒贖，並與甲基於意圖勒贖而擄人之犯意聯絡，共同實施後續之勒贖行為，應成立擄人勒贖罪的共同正犯¹³。

上述實務見解有待商榷，擄人勒贖罪於擄人後即為既遂，並以人質自由再度恢復為本罪終了，依罪刑法定原則與犯罪支配理論，

¹² 臺灣高等法院臺南分院 91 年度上更(一)字第 454 號；最高法院 92 年度台上字第 1123 號。

¹³ 宜蘭地方法院 94 年度囑重訴字第 3 號，見解參照最高法院 78 年度台上字第 1773 號。臺灣高等法院亦採相同見解，參 95 年度囑上重訴字第 2 號。

乙不再可能與甲基於勒贖意圖與共同擄人決意而共同擄人。對於繼續犯而言，行為人於他人犯罪既遂後到終了之前，有主張仍可能成立幫助犯，只要正犯行為的違法性還持續中，參與行為讓該法益的侵害繼續維持，例如當他人已成立既遂的剝奪行動自由罪，在被害人尚未恢復自由前，負責看管工作可以成立幫助犯。同樣情形，若臨時參與的行為導致或共同造成終局的損害也可能成立幫助犯，只要幫助行為與任何一種該當構成要件的行為結合即可。之所以可以成立幫助犯的理由，不是因共犯的從屬原則，而是針對結果發生的行為對法益侵害提供了助力，例如詐騙集團將騙來的提款卡與密碼交給知情的第三者，要求前往提款再交錢給他，第三者則是對該當構成要件的損害行為提供幫助，仍以詐欺罪的幫助犯論¹⁴。

在本案中，乙知情後的繼續看管行為不應是甲意圖勒贖而擄人罪的共同正犯，而是考慮該罪的幫助犯。只是乙先前已成立剝奪行動自由罪的正犯，看管行為是對人質行動自由的繼續侵害，而之後的勒贖行為是另起犯意的恐嚇取財，現行法第 348 條之 1 規定擄人後意圖勒贖者，以意圖勒贖而擄人論，故較合理的見解是，考慮成立準擄人勒贖罪，而非與甲共同成立擄人勒贖罪。

四、乙考慮成立刑法第 348 條之 1 準擄人勒贖罪

刑法第 348 條之 1 規定擄人後意圖勒贖者，以意圖勒贖而擄人論。本罪的擄人行為是在不具有不法取財的意思下，以強暴或脅迫方式，擄掠被害人脫離原所在地，導致喪失行動自由而言。被害人陷於任由宰制的無助處境可歸責於行為人即可，至於人質場所狀態

¹⁴ Roxin, aaO., § 26 Rn. 264; Schoenke/Schroeder, aaO., § 27 Rn. 17.

的改變，則非所問。另行為人必須利用其對被害人所製造的宰制狀態，而且客觀上確實有利用的可能。

擄人勒贖罪與準擄人勒贖罪皆要求只要有勒贖意圖即可成立既遂，後者之「意圖勒贖」要件則以「著手勒贖」見解較可採。依行為人認知，只要過程的進行在不受任何干擾下，且不需要有任何進一步的重要行為介入，或在時間與空間上即將造成第三人擔憂人質的安全，即為著手勒贖，也是本罪的既遂。

在本案中，乙參與剝奪 A 行動自由後，得知甲實際上是擄人勒贖，仍繼續看管人質與出面向 A 家屬勒贖，因此是擄人後著手勒贖，肯定具有擄人故意與勒贖意圖，違法性與罪責性皆成立。

參、結論

甲於擄人之際有勒贖意圖，實現擄人勒贖的過程同時成立剝奪行動自由罪，基於法律競合關係成立擄人勒贖罪。甲另外成立傷害罪，傷害目的是便於擄人，其與擄人勒贖罪成立想像競合；乙與甲成立剝奪行動自由罪與傷害罪的共同正犯，乙於擄人後具有勒贖意圖且著手實行勒贖，成立準擄人勒贖罪，同理，後者與傷害罪從一重處斷。另外，甲、乙取贖後釋放 A，依刑法第 347 條第 5 項得減輕其刑。

第四三題 準擄人勒贖罪或恐嚇取財罪

甲向乙催討債款，因屢催不還，遂心生不滿。某日，甲邀丙共同討債，二人將乙強行帶走並施以拘禁逼債。由於乙堅持無法還債，甲當場惱羞成怒，基於傷害之犯意，甲、丙以徒手方式強力接續毆打乙之臉部，隔日，乙產生神智昏迷、呼吸困難等症狀，甲仍未予以送醫，待發現乙死亡時，甲不甘心債款無法討回，與丙合議對乙的家人趁機撈一筆。甲撥打電話給乙的父親丁，告知丁，乙現在在其手中，丁需籌錢 100 萬元才能贖回乙，丁擔心乙的安危，幾經討價還價後，贖金降為 50 萬元，丁依約將款項交給前來取款的丙。問：甲、丙成立何罪？

壹、問題爭點

甲、丙為了討債而拘禁乙，於拘禁期間聯手毆打乙，導致乙死亡，之後興起對乙家人「勒贖意圖」。二人先對乙施以拘禁，之後對其家屬以乙的安危為代價而取財，先行為是否是「擄人」？後行為是否出於準擄人勒贖罪的「勒贖意圖」？（準）擄人勒贖罪所要保護的法益何在？攸關本罪之適用範圍。

貳、案例分析

一、甲、丙考慮共同成立刑法第 302 條第 1 項及第 28 條剝奪行動自由罪之共同正犯

本罪的行為是私行拘禁或以其他非法方法剝奪他人的行動自由，使用的方法只要足以侵害或限制被害人的行動自由，影響其繼續停留於某一處所或離去停留處所而他往即成立。今甲、丙基於共同犯罪決意，一起強行帶走乙，並施以拘禁，肯定二人具有限制乙行動自由故意與支配犯罪意思，進而共同支配乙的行動自由，違法性與罪責性皆成立。

二、甲、丙考慮共同成立刑法第 277 條第 2 項及第 28 條傷害致死罪之共同正犯

傷害是對人身體的完整性與健康狀況予以侵害，在本案中，甲、丙以徒手方式強力接續毆打乙之臉部，造成乙的身體健康受損害的影響，二人具有傷害故意。只是二人基於傷害之意聯手毆打乙的臉部，卻意外造成乙死亡，應考慮成立傷害致死罪。

傷害致死罪之傷害行為必須與加重結果之間具有因果關係，實務認為，「刑法傷害致人於死罪，以傷害行為與死亡之發生間，有因果關係之聯絡為成立要件。而所謂相當因果關係，係指依經驗法則，綜合行為當時所存在之一切事實，為客觀之事後審查，認為在一般情形下，有此環境、有此行為之同一條件，均可發生同一之結果者，則該條件即為發生結果之相當條件，行為與結果即有相當之

因果關係。若在一般情形下，有此同一條件存在，而依客觀之審查，認為不必皆發生此結果者，則該條件與結果不相當，不過為偶然之事實而已，其行為與結果間即無相當因果關係¹。」在本案中，於毆打他人成傷情形，被害人若能及時得到醫療協助，則有減低死亡之可能性，終因未能及時就醫而死亡，足見乙之死亡係因甲、丙毆打所致，行為與死亡結果間，即有相當之因果關係，而應負傷害致人於死罪責。

按結果加重犯的型態是結合故意犯與過失犯，又刑法第 17 條規定：「因犯罪致發生一定之結果，而有加重其刑之規定者，如行為人不能預見其發生時，不適用之。」故對結果加重犯也應檢驗過失犯之構成要件——主、客觀之可預見與主、客觀之注意義務違反。刑法特設結果加重犯，乃因為基本行為與加重結果間具有特別的危險關聯，風險所實現的加重結果必須出自行為人加諸被害人的基本行為方式與嚴重性。在本案中，乙的死亡不是因遭剝奪行動自由而直接致死，而是甲、丙接續毆打乙，在違反主、客觀注意義務下，造成乙神智昏迷、呼吸困難等症狀，二人也未及時將乙送醫，傷害導致死亡應可預見，且肯定實現傷害行為所具有的特別危險關聯，違法性與罪責性皆成立，甲、丙成立傷害致死罪之共同正犯。

三、甲、丙是否共同成立刑法第 347 條第 1 項、第 28 條擄人勒贖罪之共同正犯？

刑法第 347 條第 1 項擄人勒贖罪是意圖勒贖而擄人，實務認為，擄人是「將被害人置於行為人實力支配之下，予以脅迫，其犯

¹ 最高法院 99 年度台上字第 5827 號。

罪之目的行為，係向被害人或其關係人勒贖財物²。」學者有主張是「以強制力使被害人離其原所在地，較長期地置於行為人實力支配之下，使喪失行動自由，迫使交付財物³。」「擄人」是擒獲他人之意，即行為人握有對他人身體上之支配宰制權，至於是否架離原處所，應非所問⁴。今甲、丙強押帶走乙，並施以拘禁，肯定是對乙握有支配權。

擄人勒贖罪的主觀要件除了擄人故意外，尚須有「勒贖意圖」，「勒贖」是一種主觀意圖，行為人以擄人為方法行勒贖之目的，至於勒贖是否實現，無關本罪之既遂，重要的是，行為人於擄人之際必須具有勒贖意圖。在本案中，甲、丙是出於催討債務而支配宰制乙的身體行動，故於擄人時不具有勒贖意圖，二人不成立擄人勒贖罪。

四、甲、丙是否共同成立刑法第 348 條之 1 及第 28 條準擄人勒贖罪之共同正犯？

當甲、丙押走乙時，雖然不具有勒贖意圖，卻在支配乙之後告知乙的親人丁，乙在其手中，要求支付 100 萬元才能贖回乙，導致丁對乙的安危產生恐懼而支付款項。依刑法第 348 條之 1 規定，擄人後意圖勒贖者，以意圖勒贖而擄人論，甲、丙是否共同成立本罪？本罪僅規定擄人後產生勒贖意圖，只要客觀上有擄人行為，之後有勒贖意圖即已足，由形式上觀之，二人行為似乎已符合「擄人

² 最高法院 88 年度台上字第 91 號。

³ 褚劍鴻，刑法分則釋論（下冊），2000，頁 1284。

⁴ 黃惠婷，擄人勒贖罪——評最高法院九十六年台上字第六七五四號判決，月旦法學雜誌，第 159 期，2008/8，頁 274 以下

後意圖勒贖」之要件。有疑義者在於，甲、丙產生勒贖意圖時，乙已經死亡，當充當「人質」的人已經死亡時，擄人者對第三者進行勒贖，第三者也因而產生畏懼，是否可成立準擄人勒贖罪？解決此問題，應探究擄人勒贖罪之本質。

（一）透過保護法益解釋構成要件要素

保護法益的確定對刑法構成要件的解釋具有重要性，而構成要件在刑法體系中的安排有利於保護法益的確定。擄人勒贖罪安排於刑法第三十三章，與其他財產犯罪緊鄰，又與恐嚇取財罪同屬一章，故本罪保護的法益應是財產，其與恐嚇取財罪的差異在於取財方法的不同而已。現行法第 347 條為擄人勒贖罪，第 348 條之 1 為準擄人勒贖罪，二者的共同特徵是行為人客觀上有擄人行為，故勒贖意圖起於行為時或行為後，皆可成立本罪之既遂，保護的法益似乎著重於人質的個人自由，人質自由的干預遂成為本罪的不法核心內涵，而非只是伴隨現象而已。

擄人勒贖罪如依部分學者或實務見解，雙面關係或三面關係的架構在所不問時，則於雙面關係的情形中僅涉及人質單方面的權利。然刑法第 302 條已保障個人決定自由與行動自由，擄人勒贖罪又不以著手勒贖或實現為既遂，只要擄人時有勒贖意圖即已足，從而被勒贖者對於財產的支配自由不見得受到影響，充其量僅有危險而已，其造成財產的危險與放火罪造成生命、身體健康的危險不同，今科以重刑，罪刑顯然不相當，故本罪嚴峻的刑罰理由似乎不在於被勒贖者的保護上，高度不法內涵應從行為人的客觀行為導致個人自由受侵害中探求，亦即人質受到特別嚴重與特別可非難的強制程度。

個人自由係指意思決定與意思活動能在不受任何阻礙下付諸實行，倘若被害人被強制為特定行為，意思活動自由肯定受侵害。意思決定是意思活動的前階段，意思決定自由受損可以是因喪失決定的能力，也可以是作出自己不願意的決定⁵。不管是擄人勒贖罪或準擄人勒贖罪，法條並未限制擄人的方式，不容置疑的是，人質的意思決定自由與意思活動自由受侵害，但這是否表示可以成為擄人勒贖罪的客體限於具有意思決定與意思活動自由的人？顯然地，週歲以下的小孩不具備此能力，但立法者並未排除其不能成為本罪的客體，甚至被害人不知道自己身處無助的情形也是本罪保護的客體⁶。因此，擄人勒贖罪一定不同於剝奪行動自由罪，而非實務見解認為其「本質上為妨害自由與強盜罪結合，在形式上則為妨害自由與恐嚇取財罪結合⁷。」擄人固然經常結合剝奪行動自由，卻不必然如此，詮釋「擄人」的要件不能從被害人喪失自由的角度思考，而是本罪有特別保護的內涵⁸。

（二）「宰制」是擄人的特性

擄人勒贖罪是行為人為了勒贖而操控支配人質，準擄人勒贖罪的行為人反而是利用其已經對人質製造的操控支配而加以勒贖，因此，二罪都必須經由行為人的行為對被擄者製造一種宰制的情況，至於行為人以何種方式取得，在所不問，甚至施以詐術也可以是擄

5 Forster, Die Zwei-Personen-Verhältnisse beim Erpresserischen Menschenraub und der Geiselnahme, 2002, S. 121 f.

6 Kinderhaeuser, Strafgesetzbuch, 2005, § 239a Rn. 5.

7 最高法院 88 年度台上字第 91 號。

8 Renzikowski, in: Muenchener Kommentar, Strafgesetzbuch §§ 185-262, 2003, § 239a Rn. 1 ff.

人。在受宰制的情形下，人質的安全大大降低，行為人經由人質安全性的降低或剝奪，方能夠對人質或其他人予取予求，直到取得財產為止。由此得出，除了人質的自由外，擄人勒贖罪也保護人質身體的完整性，因為被擄人的身體完整性在宰制的情境下存有高度危險，令被勒贖者對人質的生命與身體健康感到擔憂，例如不給飲食、刑求、剃手指或耳朵等，且行為人可隨時將威脅付諸實現，對人質安危的擔憂呈現持續性、當前性與立即性⁹。

人質安危的擔憂隨著宰制狀態的持續逐漸增強，尤其被擄者未釋放前或行為人未取得贖款前，有可能因行為人沒耐性或警察介入調查而升高人質生命與身體健康的風險，甚至提出最後通牒而必須面臨抉擇。擄人對人質產生進一步危險的理由在於，當行為人取得贖款時，有可能為了阻止人質稍後的指認而將其殺害，因為人質極可能是唯一的目擊證人。上述情形於三面關係的擄人勒贖架構中更明顯，因為第三者完全無法知悉人質的處境，甚至生死未卜，而行為人正是想利用第三者擔心人質安危，強迫第三者必須在人質安全與財產損失之間決定，人質的安危繫於被勒贖者是否讓步。然而人質的安危事實上仍然操之在行為人手上，因為縱使被勒贖者交付贖款，仍無法確定人質是否安然無恙。行為人危及人質的心理或生理完整性，顯示擄人行為存有構成要件上的典型風險，這也是為何立法者將擄人勒贖行為的可罰性不限於財產法益侵害已實現，而是提前保護法益，將行為對人質製造的危險，納入處罰的考慮範圍內，至此，擄人勒贖罪不僅是實害犯、繼續犯，也是潛在性的危險

⁹ Renzikowski, aaO., § 239a Rn. 6, 35.

犯¹⁰，此性質由構成要件上雖無法得知，然可由高度刑罰的反應得出。

有疑問的是，如果人質不具有危險時，是否仍該當擄人勒贖罪？行為人根本不會實現其威脅內容或行為人使用無危險的威脅方法，例如使用假槍。有主張行為人使用假槍威脅，事實上並未將被害人掌握在手中，純粹的心理影響原則上不至於對身體有傷害，因此認為人質並未受到抽象的危險¹¹。通常強制所使用的方法必須有實現的可能，但對於擄人勒贖罪而言，並不要求須有具體危險，而是只要被勒贖者對於人質安危所產生的恐懼出於嚴肅即已足。畢竟人質操之在行為人手中，被勒贖者認為行為人實現威脅於事實上仍有可能性，這也是擄人勒贖罪不同於其他剝奪意思決定自由的犯罪類型。而被勒贖者之所以會有恐懼，也是與行為人的擄人行為有關係，同樣屬於構成要件的特別風險，故此風險與威脅的實現可能性及行為人是否有實現的意願無關，由人質的生命與身體健康而言，擄人勒贖罪是一種抽象危險犯¹²。

在本案中，甲、丙共同強行帶走乙，於拘禁期間並毆打乙，令乙陷於孤立無援的狀態中，肯定製造宰制的狀態，在傷害乙導致死亡後，另起對其家人取財意思，向丁告知乙在其手中，此告知亦符合客觀事實，丁擔心乙的安危而交付款項，最後甲、丙獲得不法財產，取財行為是否為準擄人勒贖罪的「勒贖」實現？準擄人勒贖罪是截阻構成要件，處罰理由在於行為人的勒贖是利用他人被宰制的

¹⁰ Renzikowski, aaO., § 239a Rn. 6; Forster, aaO., S. 125 ff.

¹¹ Renzikowski, aaO., Rn. 37.

¹² Forster, aaO., S. 130 f.

狀態，而足以令被勒贖者對人質安危產生擔憂。本條規定「以意圖勒贖而擄人論」，勒贖意圖與擄人之間必須具有因果關係，亦即宰制狀態須由勒贖者製造，至於出於故意或過失，皆非所問，後者如行為人疏忽將被害人關閉，發現後竟然不釋放，還進一步加以利用向其親屬勒贖。從而利用他人所製造的宰制狀態而進行勒贖，因為無法操控支配人質，不會成立準擄人勒贖罪。勒贖者能左右人質雖為必要條件，卻不要求須親自為之，擄人的間接正犯或共同正犯也握有對人質安危的操控權¹³。

本案有疑義的是，乙先前被甲、丙宰制，但二人起意向丁勒贖時，乙已經死亡，此情形是否符合準擄人勒贖罪？擄人勒贖罪的客體雖然可以是任何人，甚至是對自己的小孩。基於準擄人勒贖罪是利用擄人而勒贖，因此勒贖時對人質的宰制必須仍在持續中，當人質死亡後才向他人勒贖，行為人不再可能或喪失握有對人質安危逐漸升高的機會。雖然被勒贖者對人質安危真的產生擔憂，行為人對他人勒贖，僅是侵害被勒贖者的意思決定自由，客觀上已經無法危及擄人勒贖罪所要保護的人質完整性，欠缺對人質壓制與勒贖之間的必要功能關聯性。同樣不會成立準擄人勒贖罪的情形是，行為人雖然能宰制他人，但其對人質宰制的不利情形未向其家屬提及，取財與宰制無關，欠缺準擄人勒贖罪之「利用功能」的要求¹⁴。在本案中，甲、丙對丁要求「贖款」時，乙已經死亡，如同取走屍體或骨灰罈一樣，不再是可充當勒贖的適格客體，甲、丙不成立準擄人

¹³ Renzikowski, aaO., Rn. 65; 黃惠婷，準擄人勒贖罪，月旦法學教室，第 85 期，2009/11，頁 67 以下。

¹⁴ Renzikowski, aaO., Rn. 66.

勒贖罪。

附帶一提的是，準擄人勒贖罪也適用刑法第 347 條第 2 項擄人勒贖罪的加重結果犯，甲、丙雖然限制乙的行動自由並傷害，導致乙死亡後另對其家屬「勒贖」既遂，但本條項之適用要件必須被害人的死亡經由行為人的行為而造成，在擄人勒贖罪中是擄人；對準擄人勒贖罪而言，不是為了勒贖而對已形成宰制狀態的利用，而是為了勒贖，利用宰制狀態的繼續維持導致被害人死亡，前提是行為人已著手勒贖。只要在此期間置入死亡的原因，何時導致被害人死亡或發生於何地，則非所問。在本案中，於甲、丙對丁要求「贖款」時，乙已經死亡，所以不是為了勒贖其家屬，利用宰制狀態的繼續維持才導致乙死亡，行為無涉刑法第 347 條第 2 項擄人勒贖致死罪。

五、甲、丙考慮共同成立刑法第 346 條第 1 項及第 28 條恐嚇取財罪之共同正犯

恐嚇取財罪是意圖為自己或第三人不法之所有，以恐嚇使人將本人或第三人之物交付者。恐嚇係「以危害通知他人，使該人主觀上生畏怖心之行為，然此危害之通知，並非僅限於將來，其於現時以危害相加者，亦應包括在內。」因此，恐嚇的手段並無限制，其以言語、文字、動作或暗示之危害行為，若足以使對方理解其意義，因而產生恐懼並影響其意思之決定與行動自由者，只要所為之強暴、脅迫尚未達於不能抗拒之程度，均屬之¹⁵。

在本案中，甲對丁聲稱乙在其手中，丁必須交出 100 萬元才會

¹⁵ 最高法院 81 年度台上字第 867 號。

釋放乙，乃是以將來惡害之通知恫嚇丁，丁能與甲討價還價並決定最後是否交付款項，尚未達於不能抗拒之程度，肯定丁因恐嚇而心生畏懼，進而交付 50 萬元造成財產損失。甲、丙對恐嚇丁一事具有犯意聯絡並有行為分擔，由甲進行恐嚇、丙負責取款，共同恐嚇的犯罪故意與不法所有意圖皆存在，且在支配意思下實現恐嚇取財。又恐嚇取財行為不具有阻卻違法事由，恐嚇與取財之間存有特別違法性關聯，罪責性亦存在，甲、丙成立恐嚇取財罪之共同正犯。

參、結論

甲、丙令乙陷於受宰制的狀態下，控制行動時不具勒贖意圖，之後雖然起意向丁藉機「勒贖」，卻因「勒贖」時乙已經死亡，喪失宰制乙的機會，因此不成立擄人勒贖罪或準擄人勒贖罪。甲、丙成立剝奪行動自由罪、傷害致死罪與恐嚇取財罪之共同正犯，剝奪行動自由是為了逼債，在無法實現下因惱羞成怒另起犯意傷害乙，看見乙死亡，才產生取財犯意，因此三罪數罪併罰。

第四四題 背信罪或侵占罪

甲長期替身在大陸的乙簽注彩券，期間曾經中過小獎，事後，乙會分些獎金酬謝甲。某日，九億多的威力彩券開獎在即，乙根據過去簽注沒中的號碼與各期已開出的號碼交叉比對，推算出兩組可能的頭獎號碼，自大陸以手機簡訊傳給甲，其中一組中了頭獎，甲見錢眼開想私吞，乙試圖與甲溝通，甲主張是自己花錢買獎券，且急著將稅後的七億多元獎金匯入銀行的個人帳戶內。問：甲的刑責為何？

壹、問題爭點

乙委託甲購買獎券且簽注特定號碼，中獎後甲反而聲稱是自己花錢購買，且將獎金匯入銀行的個人帳戶內，造成乙財產損失，甲的行為是背信或侵占？何謂背信罪的「為他人處理事務」？「處理事務」的性質是否應限縮？又應如何區別二罪？

貳、案例分析

一、甲是否成立刑法第 342 條第 1 項背信罪？

(一) 本罪保護財產法益

刑法第 342 條第 1 項背信罪係：「為他人處理事務，意圖為自己或第三人不法之利益，或損害本人之利益，而為違背其任務之行為，致生損害於本人之財產或其他利益者。」背信是一種經由故意的財產照料義務違反而損害他人財產的行為，保護的法益與詐欺罪相同，限於財產。實務也認為本罪是侵害財產法益之犯罪，屬結果犯性質，其致生損害於本人之財產或其他利益，也以財產上利益為限¹，至於行為人的信賴以及法律與經濟上的可靠，並非本罪獨立保護的法益。另有主張本罪有如詐欺罪一樣，財產所有者對財產的處分自由與權限非本罪保護的範圍，只是也有認為背信罪的被害人將財產處分權交付給行為人，行為人由內而外損害其財產，對被害人處分自由的藐視也是背信罪的不法內涵。又本罪是一種身分犯，而與詐欺罪不同外，其與詐欺罪相異之處是後者屬獲利罪，本罪可以是意圖為自己或第三人不法之利益，也可以是基於損害本人之利益的意圖。由意圖的共通點得出，背信罪不是財產轉移犯罪，而是他人損害的犯罪，將利他關係轉為財產損害²。

(二) 為他人處理事務而為違背任務的行為

行為人成立本罪的前提必須是為他人處理事務，立法理由指出

¹ 最高法院 98 年度台非字第 41 號。

² Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT/2, 2016, Rn. 747 f.

本罪係「為他人處理事務時，違背信義，而加以損害於其他財產之罪，……處理事務之原因或係法令所規定，如法定代理人之類，或係當事者之契約，僱傭之類，或本於自己之善意，如無委託而代為保管財產之類，皆所不問。」實務亦認為，背信罪「須以為他人處理事務為前提，所謂為他人云者，係指受他人委任而為其處理事務而言³。」準此，「為他人處理事務」可以是行為人依法令或委託，甚至基於單純的事實照料關係，而擁有處分他人財產的權限。「違背任務」是行為人違背法定任務、委託或信義，導致對所照料的財產利益造成損害，由法條規定與立法理由觀察，立法者應該是將本罪的性質定位為「信託義務的違反」。只是權限的濫用也可以是一種義務的違反，實務亦採之⁴，認為「除指受任人違背委任關係之義務外，尚包括受託事務處分權限之濫用在內，如此始符合本條規範受任人應誠實信用處理事務之本旨。從而受任人為本人與第三人訂立有償契約時，自應盡其應盡之注意義務，以維護本人之利益，如無其他特別情事，竟給予該第三人顯不相當之高額報酬時，即難謂無違背其任務之行為，以圖第三人不法之利益及損害本人之利益。」職是，權限濫用是行為人故意在有效法律約束的對外可能性上，逾越了內部關係須遵守的法律應當性。行為人是否對外濫用權限，以內部義務關係為斷，二者實為相對，屬於一體二面，為他人處理事務而濫用其權限，也是一種違背任務的行為⁵。

3 最高法院 49 年台上字第 1530 號判例。

4 最高法院 86 年度台上字第 3629 號。

5 Samson/Guenther, in: SK-StGB, 2003, § 266 Rn. 6；陳淞山，侵占罪與背信罪之區別，刑事法雜誌，第 34 卷第 4 期，1990/8，頁 67 以下；張麗卿，毀損與背信的競合，月旦法學雜誌，第 63 期，2000/8，頁 15。

何謂「事務」？立法理由強調「事務之種類，有專關於財產者，有關於財產並財產以外一切事宜者，但本罪之成立，惟以財產為限」，故行為人為他人處理事務時應履行信義，負有妥善照料他人財產的義務。只不過，由立法理由中可得知，「為他人處理事務」可以是「本於自己之善意而代為保管財產」，亦即基於事實關係可成為本罪的主體。因處理財產事務之信義違背可以發生在法律商業行為或事實行為中，可以經由積極作為或消極不作為實現⁶，例如對他人財產權有效的改變、轉讓、取消或具約束性的負擔，但也導致背信罪構成要件的適用範圍有漫無邊際的危險，遂有主張為他人處理事務而為違背任務行為，所處理的「事務」除了限於財產事務外，也應該對「處理事務」衍生的財產照料義務予以嚴格要求，以限制本罪的適用範圍，其條件是：照料他人財產義務必須是法律或事實所形成之信義關係的典型與重要內涵⁷。

一般契約的履行義務雖然也應注意他方的利益，卻不是本罪的「為他人處理事務」，除非雙方約定，一定程度的財產利益之義務違反是商業照顧約束的內涵，否則不履行買賣、租賃、承攬或勞務契約等，不符合背信罪的要件⁸。甚至公務員並非一有違反一般應

6 以消極不作為違背義務所成立的背信罪是一種純正的不作為犯，刑法第 15 條無適用餘地。

7 Wessels/Hillenkamp, aaO., Rn. 771.

8 最高法院 29 年上字第 674 號判例：「背信罪之主體限於為他人處理事務之人，如為自己之工作行為，無論圖利之情形是否正當，原與該條犯罪之要件不符。上訴人向被告定製證章，限時完成，銀貨兩交，自屬民法上之承攬契約。被告於訂約後為上訴人製作證章，仍屬於自己之工作行為，並非為他人處理事務，縱其工作瑕疵由於故意或過失所致，上訴人除得依法請求修補或解除契約或請求減少報酬，並得請求損害賠償外，要不能繩以刑法上之背信罪。」不同見解者認為，雙方因承攬契約存有信任關係，若違背誠信原則與契約之任務造成損害，同時成立毀損罪與背信罪，張麗卿，同

遵守信義的義務，皆能滿足本罪的要件，而應限於對具體任務範圍內所產生的財產照料義務予以違反才是。在日常生活中，親戚或朋友之間的差遣或交代，也不應一律視為本罪的「為他人處理事務」。行為人是否擔負背信罪的財產照料義務，應該依據個案的整體情形而論，必須是對一件不是不重要的事情，在任務範圍內擔負一定程度與份量的責任，亦即委託他人處理具有相當責任性的事情，且行為人在處理上有權作成決定。背信罪的義務內容含有特定的性質，整體情形的考量因素有作為的種類、範圍、期間、義務的經濟意義、決定空間的大小與獨立性的高低等。因為財產所有者對受委託者有條件地交出一定活動自由，後者方對他人事務享有處理權限可言，因此，並非任何一種在財產上的處理權限皆理所當然地是本罪的「為他人處理事務」。若受委託者被要求實現的義務在所有細節上只具隸屬性意義時，並非是「為」他人處理事務，而是「針對」他人（的交代）處理事務。例如 A 委託 B 代購電腦，B 卻將這筆款項購買項鍊送給女友，委託代購電腦屬機械性的作為或受託權限侷限於狹隘的活動範圍內，因此欠缺足夠的獨立性而不符合背信罪的處理權限⁹。

在本案中，甲長期替身在大陸任職的乙簽注彩券，因威力彩券開獎在即，乙推算出兩組可能的頭獎號碼，自大陸以手機簡訊傳給甲，委託甲代為購買獎券，並簽注特定的號碼，甲在受託的任務範圍內，對於簽注的號碼並無決定的空間，欠缺處理權限的獨立性，

註 5，頁 15。

⁹ Wessels/Hillenkamp, aaO., Rn. 772; Samson/Guenther, aaO., § 266 Rn. 17, 29 f.; Schoenke/Schroeder, Strafgesetzbuch, 2014, § 266 Rn. 22 f.; 林山田，刑法各罪論（下冊），2006，頁 480 以下。

並非是「為」乙，而是「針對」乙（的交代）處理事務。甲事後雖然違反乙的意思，將稅後的七億多元獎金匯入銀行的個人帳戶內，拒絕交給乙，也非「為他人處理事務」，因為乙並沒有授權委託甲處理中獎後的款項，甲不是「為他人處理事務」而「為違背其任務之行為」，不成立背信罪。

二、甲考慮成立刑法第 335 條第 1 項侵占罪

（一）侵占罪屬身分犯

本條項是「意圖為自己或第三人不法之所有，而侵占自己持有他人之物者」，侵占罪的行為客體是自己所持有的他人之物，行為主體則限於侵占之前必須已經持有他人之物，行為人必須對他人之物具備持有關係，本罪是一種身分犯¹⁰。

（二）侵占行為

侵占罪是一種經由對他人所有物的權限僭越而產生的侵害，保護的法益是他人對財產的所有權，而非持有權，受害者則是物的所有人。造成財產或利益在經濟價值上的損失是對財產所有權的侵害，而財產損失也是背信罪的行為結果，故二者應加以區別。

在背信罪的立法理由中曾指出：「本罪與侵占罪須分別處之，侵占罪僅對於自己所管有之他人之財物，有不法行為時而成立本罪（背信罪），範圍較廣，他人財物雖非由自己所管有亦得致罪，固不曰管理，而曰處理。」實務判例指出，「刑法上之背信罪，係指

¹⁰ 最高法院 98 年度台上字第 1164 號判決曾指出：「刑法第三百三十六條第二項業務侵占罪及同法第三百四十二條之背信罪，均屬身分犯之一種；前者，必須行為人具有業務上持有他人之物之特定關係，始能成立；後者，則以行為人具有受本人委任處理事務之特別關係為其前提。」

為他人處理事務之人，以侵占以外之方法，違背任務，損害本人利益之行為而言。若侵占罪，則以侵占自己持有他人之物為其特質，至其持有之原因如何，可以不問，故就處理他人事務之持有物，以不法所有之意思，據為己有，係屬侵占罪，而非背信罪¹¹。」「刑法上之背信罪為一般的違背任務之犯罪，而同法之侵占罪，則專指持有他人所有物以不法之意思，變更持有為所有侵占入己者而言。故違背任務行為，苟係其持有他人之所有物，意圖不法據為己有，即應論以侵占罪，不能援用背信之法條處斷¹²。」依二罪的構成要件、立法理由與實務見解，侵占罪是對自己持有他人之物予以侵占，禁止侵害他人對其物的所有權是規範目的，而違反信託義務應屬伴隨現象；背信罪則是為他人處理事務而為違背其任務之行為，違反信託義務是本質。主觀上，侵占罪是取得所有的意思（意圖）；背信罪則是獲得或損害利益意圖，前者的行為結果導致他人喪失對物的所有權；後者則是造成他人財產或利益的損失¹³。

侵占是將自己持有他人之物「易持有為所有」，此「所有」是「取得」財產的所有權，然而行為人不可能因此取得民法上的「所有權」，取得所有權是行為人透過其行為，顯露排斥所有人對於物的支配權，以及建立自己或第三人對於物的支配權。行為人有如位居所有權人地位，可以任意使用物的經濟價值、處分或影響，其要

11 最高法院 30 年上字第 2633 號判例。

12 最高法院 42 年台上字第 402 號判例。

13 黃惠婷，侵占罪之侵占行為與客體，興大法學，第 2 期，2007/11，頁 219 以下。有論者認為，侵占罪以持有他人之物為前提，基此，遂有為他人處理事務之法律上義務，背信罪也是為他人處理事務，二者對事務之處理皆違反法律上應盡之義務，就違背義務而言，並無差異，陳淞山，同註 5，頁 69。然對他人財產而言，侵占是「保管」，背信是「處理」，後者有較大的發揮空間。

素包含行為人對於他人之物至少短暫占為己有，以及長時間排斥所有人的所有權限。由於行為人先持有他人之物，因此在何種情形下肯定是「侵占」？學者有提出廣義顯示理論，只要具體情形可證明行為人具有取得所有故意的任何一種行為，皆為侵占，狹義的顯示理論則要求侵占行為必須建立在顯著的客觀事實上，此事實足以理解為是取得所有故意的體現¹⁴。

（三）侵占故意與不法所有意圖

依規定，侵占罪的主觀要件除了侵占故意外，另外必須具有為自己或第三人不法之所有意圖。然侵占是易持有為「所有」，含有「排斥所有與占為己有」的要素，於是既遂的侵占罪必須將主觀侵占意思付諸於客觀的侵占行為，並導致他人所有權受侵害，才符合行為不法與結果不法的要求。因此，侵占故意並非如其他財產罪之不法所有意圖一樣，只要行為人有追求排斥所有與占為己有的目的而已，至於是否實現，無關既遂，例如竊盜罪。侵占罪反而要求行為人認知自己的行為，對持有他人之物會導致永遠或長期不法排斥所有且至少短暫占為己有的結果，仍進而決意為之的主觀想法，方成立侵占既遂¹⁵。

在本案中，乙以手機簡訊傳達可能的頭獎號碼，在中了頭獎後，乙試圖與甲溝通交出獎金，甲反而主張是自己花錢買獎券，且急著將稅後的七億多元獎金匯入銀行的個人帳戶內。因甲長期已經替身在大陸的乙簽注彩券，也曾因中小獎而獲得乙給予部分獎金當酬勞，由客觀面觀察，乙隔岸報彩券號碼，縱使甲自己先花錢購買

¹⁴ 進一步可參閱黃惠婷，同註 13，頁 221 以下。

¹⁵ 黃惠婷，同註 13，頁 230 以下。

簽注，最後中獎的獎金仍交給乙，足以證明甲認識沒有乙提供號碼，甲的簽注也不可能中獎的事實，其只是幫忙朋友完成簽注行為而已，如此結論也不會因為此次中頭獎而有所改變。其次，甲簽注時，尚不知道此號碼會中頭獎，而是在中獎後產生占為已有的念頭，因獎金當時落入甲可以支配的範圍內，甲也具有支配意思，其對獎金具備持有關係。當甲違背乙的意思拒絕交出，且將獎金匯入自己的個人帳戶內，乃是對於他人之物占為已有與排斥所有人的所有，不管是依廣義或狹義顯示理論，皆是「易持有為所有」的侵占。甲具有侵占故意，依現行法規定不法所有意圖也已實現，違法性與罪責性皆成立¹⁶。

參、結論

甲接受乙的交代，以乙提供的號碼購買彩券簽注，甲簽注彩券的行為在決定空間上受限，購買簽注彩券並非為乙「處理財產事務」。此外，乙也未委託甲處理中獎的獎金，在簽注的彩券中頭獎後，甲拒絕交出獎金且存入銀行的個人帳戶內，乙損失獎金，但此結果並非是違背信託義務的背信行為所造成，而是甲故意「易持有為所有」的侵占行為，導致乙喪失對獎金的所有權，甲成立侵占罪。

¹⁶ 實務判決亦認定甲成立侵占罪，臺灣高等法院高雄分院 99 年矚上重訴字第 3 號。

第四五題 詐欺罪或侵占脫離物罪

甲到銀行領錢，在取款單上寫 5,000 元，行員乙看錯領款數目，將 50,000 元交給甲，甲不動聲色逕自離開。不久，甲利用銀行提款機提領 500 元，提款機竟然吐出 5 張千元鈔，甲將 5 張千元鈔取走，問：甲的刑責為何？

壹、問題爭點

對人與機器的詐欺要件有何不同？何謂「詐術」與「不正方法」？人或機器之錯誤認識或判讀的形成若非源自於行為人時，行為人是否負有告知義務？若不為告知，是否有刑事責任？本案爭點在於「詐術」與「不正方法」的解釋，適用範圍影響行為人的刑責認定。

貳、案例分析

一、甲從乙的手中拿走 50,000 元的行為

（一）甲是否成立刑法第 337 條侵占脫離物罪？

刑法第 337 條意圖為自己或第三人不法之所有，而侵占遺失物、漂流物或其他離本人所持有之物者，成立侵占脫離持有之物

罪，客體是遺失物、漂流物或其他離本人所持有之物。論者認為，如果他人錯誤交付財物時，此時行為人不為告知，與對方之陷於錯誤並無因果關係，不成立不作為之詐欺罪。但他人因錯誤而交付自己所持有之物，收受者既然發現其應屬他人，此時負有法律上之義務，而與原持有人之間發生法定之委託信任關係，所持有之物屬於「其他離本人所持有之物」。依此，在本案中，甲於取款單上寫明 5,000 元，乙誤付 50,000 元，不成立詐欺罪，成立侵占脫離物罪及負有民事上不當得利之返還義務¹。

遺失物與漂流物是持有人或所有人不知動產已脫離自己的支配，或發現此現象時，卻無法或難以對該物回復持有。至於概括性的客體「其他離本人所持有之物」也應具有類似性質，係指「凡是非基於持有人之意思，永遠或可視為脫離其本人所持有之物」²，故原來持有人對物於喪失持有時，知情與否關係成立何罪。在本案中，甲在取款單上寫 5,000 元，乙看成 50,000 元，乙知道且願意將 50,000 元交給甲，其處分財產是在認知情形下為之，則其交付時對於全部之金額，均有交付意思，產生物權變動之效果³，亦即乙不僅讓甲持有 50,000 元而已，而是願意甲有如所有權人一樣，可以自由處分或享用其經濟上的效益，所以不是只要沒有正當理由獲得者，皆屬「其他離本人所持有之物」，甲不成立刑法第 337 條侵占脫離物罪。

1 甘添貴，體系刑法各論，第二卷，2000，頁 263、285。另有學者認為，甲意圖為自己不法之所有，侵占非因其施以詐術，而是對行員自己錯誤多交付的款項易持有為所有，成立普通侵占罪，鄭逸哲，意在筆先與筆不到意到：法學三段論法作為理解說明格式，2005/5，頁 479。

2 可參考本書第三三題。

3 蘇俊雄，刑法推理方法及案例研究，國立台灣大學法學叢書(十五)，1995，頁 286。

（二）甲是否成立刑法第 339 條與第 15 條不作為的詐欺罪？

詐欺罪的行為是行使詐術、導致他人陷於錯誤、進而處分財產並造成財產損失。在本案中有疑義的是，甲在取款單上寫 5,000 元，乙卻看成 50,000 元，甲知道乙陷於錯誤，仍默不作聲將 50,000 元拿走，甲是否行使詐術？有主張詐欺罪的行為只要是足以引起或利用他人錯誤的行為皆可，作為或不作為皆可，而不作為詐欺的成立前提是行為人負有告知虛構事實的法律上義務，卻怠忽其所負之義務，且利用他人所引起的錯誤而不告以實情的情形。若明知相對人有錯誤而多找錢或給錢，仍然予以收取，基於法律規定、習慣或誠信原則，買賣雙方對對方的錯誤負有告知義務，利用他人錯誤之行為，不問他人發生錯誤的原因為何，若不告知乃是一種不作為的詐術行使，成立不作為的詐欺罪⁴。

反對見解認為，詐欺的詐術行使必以行為人故意為虛偽事實之陳述或主張，造成相對人陷於錯誤而處分財產，至於消極不作為是否與詐術行使相當，依具體個案而定。成立不作為詐欺的前提是被害人負有告知義務，因為不為告知，導致他人陷於錯誤而損失財物，才成立不作為詐欺罪。行為人若在交易上沒有告知錯誤的義務，其單純的沉默不作為並非是行使詐術，此與因積極作為之主張的意義內涵不同，因為行為人並沒有傳遞任何錯誤的訊息，進而導致被害人因其不告知而陷於錯誤；易言之，不作為詐欺之告知義務必須發生在被害人發生錯誤之前；反之，行為人祇不過是單純利用被害人已經發生的錯誤而已，行為人對此並無告知對方錯誤的義務，其不為告知與對方基於錯誤所為之給付並無因果關係，不成立

4 蔡墩銘，刑法各論，2001，頁 246。

詐欺罪，僅屬民法上不當得利的問題⁵。雖然有論者主張「沒有阻止錯誤的產生」與「沒有阻止錯誤的強化」、「沒有消除錯誤的繼續存在」皆可以是不作為的詐術行使，只不過，肯定詐術行使仍然以行為人負有告知義務為前提⁶。

詐欺罪的詐術行使是以作為或不作為的方式傳達與事實背離，而足以影響他人認知的行為，且限於行使目的是為了讓對方陷於錯誤，進而處分財產的一種影響。至於詐術行使與陷於錯誤要素的先後順序並沒強制規定，然他人的錯誤應該是行為人行使詐術所引起，因此，若他人已經發生錯誤，行為人利用其錯誤以積極行為強化或加深其錯誤，行為人對於他人強化或加深錯誤具有因果關係，仍肯定是詐術行使；反之，如果是單純的不作為，除非具有排除錯誤的告知義務，否則與他人的錯誤並無因果關係，不作為並非是詐術的行使。在本案中，乙看錯領款數目，並非是甲使用詐術所造成，屬於自我負責的範圍內，甲不動聲色地取走 50,000 元，當場沒有告知乙，也因為甲並沒有形成負告知義務之保證人地位的情形，因此，甲欠缺詐術之行使，不成立詐欺罪，純屬民事問題。

二、甲從提款機取走 5 張千元鈔的行為

（一）甲是否成立刑法第 339 條之 2 不正利用付款設備詐欺罪？

本罪行為是「以不正方法由自動付款設備取得他人之物」，所

5 林山田，刑法各罪論（上冊），2006，頁 454；黃常仁，刑法總論，2009，頁 156；林東茂，一個知識論上的刑法學思考，1999，頁 121。實務上亦採之，最高法院 92 年度台上字第 423 號。

6 吳耀宗，詐欺罪詐術行使之解析，月旦法學雜誌，第 163 期，2008/12，頁 59。

謂不正方法，依實務見解是「泛指一切不正當之方法而言，並不以施用詐術為限，例如以強暴、脅迫、詐欺、竊盜或侵占等方式取得他人之提款卡及密碼，再冒充本人由自動提款設備取得他人之物，或以偽造他人之提款卡由自動付款設備取得他人之物等等，均屬之⁷。」學界則是見解分歧，有認為「不正方法」係指在「原本使用收費設備的方式內，以違反機器設置者的用意之不正當方法取得財物」，若提款機本來即存有非人為的機械瑕疵問題，但依提款機設置者的用意，顯然反對有人「藉此機械瑕疵來操作提款機，以提領超出鍵入的金錢數額」，因此視為刑法第 339 條之 2 的「不正方法」。行為人若認識提款機有瑕疵，仍故意提領，行為在客觀上屬於不正方法，主觀上具有使用不正方法的故意；反之，行為人若不知道提款機有瑕疵，對於機器吐出超過原來想要提領的金錢予以取走，客觀上雖然違反提款機設置者的用意，肯定是不正方法，主觀上欠缺使用不正方法的故意。準此，在本案中，甲雖然違背機械設置者的用意，取走超出鍵入的金錢數額，但使用的不正方法是在不認識下所為，不成立刑法第 339 條之 2⁸。

另有主張「不正方法」是「未得權利人同意而行使權利」，行為人若未經授權冒用或盜用，與詐欺無異，因為取得過程若是不正當，則欠缺權利基礎，所以是本條的「不正方法」，其包含不正使用他人的提款卡或自己的提款卡⁹。另有論者對於法條同樣使用「不正方法」，卻因客體不同而為相異的解釋，認為刑法第 339 條

7 最高法院 94 年度台上字第 4023 號。

8 盧映潔，不拿白不拿，月旦法學教室，第 77 期，2009/3，頁 25。

9 甘添貴，同註 1，頁 326；最高法院 94 年度台上字第 4023 號。

之 1 的「不正方法」是「舉凡任何未經授權且違反該自動機械裝置之通常使用程序的行為」，但刑法第 339 條之 2 的「不正方法」因「自動付款機」與「自動收費設備」對外所呈現的法律關係不同，所以未經提款權人之授權而濫用他人提款卡與密碼者，也是本條之「不正方法」¹⁰。

反對見解認為，本條之立法目的是在彌補電腦犯罪的漏洞，規範的對象是類似詐欺的電腦行為，行為人對機器進行詐欺，被害人是機器的所有人，從而，「不正方法」應該從機器所有人的利害關係解釋，而非由行為人與其他第三人之間的利害關係角度思考。

「凡是違背發卡人發卡以及自動櫃員機設置目的的範圍提款方式」，即為本罪之「不正方法」，因此，提款卡若非偽造，不會因為取卡的方式是對真正持卡人施以強暴、脅迫，進而提款時，即為不正方法¹¹；簡言之，「不正」不應解釋為「不正當」。依此說，在本案中，甲因為使用的是真正的卡，並非對自動付款設備施以「不正方法」，而甲自己也是真正的持卡人，故也不符合「未得權利人同意而行使權利」，甲不成立刑法第 339 條之 2。

按本條增訂理由是「利用電腦或其他相關設備犯詐欺罪，為常見之電腦犯罪型態……」，故本罪是因應現代社會透過資料處理系統的設備日增，對機器設備施以詐術不等同對機器設備設置者的詐欺，為了彌補財產保護上的刑罰漏洞，乃於 1997 年增訂，應該是彌補原來的詐欺罪無法涵蓋對機器詐欺的刑罰漏洞，本罪是對電腦

¹⁰ 黃常仁，「困頓新法」——論刑法第 339 條之 1、第 339 條之 2 與第 339 條之 3，台灣本土法學雜誌，第 27 期，2001/10，頁 6、9。

¹¹ 林山田，同註 5，頁 471；黃榮堅，財產犯罪與不法所有意圖，台灣本土法學雜誌，第 25 期，2001/8，頁 116。

的詐欺應屬無疑¹²。不管是對人或機器的詐欺，行為人的目的在於獲得財物或利益，其相應的是被害人或機器發生財產短少現象，這也是本罪所要保護的法益，有如普通詐欺罪一樣，皆屬財產。然而，財產的短少必須被害人或機器有為財產處分的行為，之所以有財產處分的動作，是因為被害人或機器基於錯誤，二者會陷於錯誤，則是行為人對人施以刑法第 339 條所稱的「詐術」；對機器則是刑法第 339 條之 2 的「不正方法」，職是，二者在犯罪結構與等價上應該近似與相類比。

「詐術」是傳達與事實背離，而足以影響他人認知的行為，不正方法則應是輸入違背與自動機械設備設定程序的方式加以操作，而足以影響機器的判讀行為。既然機器能接收指令，指令若不正确，機器不會有反應，故機器的判讀能力即是人對事物的認知能力，機器的判讀能力高低在於程式設定的繁簡，但不宜認為「機器不會發生認識上的錯誤，因機器只接受指令而不會對於指令的內容作真偽的判斷¹³」。提款卡與存款簿不同，前者是金融機構為了讓顧客能在下班時段方便使用提款卡提領現金，提款卡上的晶片儲存顧客的資料，透過晶片讓機器能夠判讀資料，因此，金融機構讓顧客自行設定密碼，顧客將提款卡置入機器中，隨著螢幕指示步驟操作，給予正確的密碼，機器會將輸入的訊息與提款卡的資料加以比對，若沒有發生錯誤，按下想提領的金額，則會吐出鍵入金額數目的現金。因此，提款卡有如發卡機關給存款戶一把開啟金庫的鑰匙

¹² 黃榮堅，刑罰的極限，1999，頁 318。

¹³ 盧映潔，同註 8，頁 24。

一樣，機器只認卡不認人¹⁴，故刑法第 339 條之 2 的「不正方法」應該係指對機器的影響方式而言，而不是行為人提款卡的正或不正。例如犯罪集團侵入銀行國外分行系統，用仿冒的派送軟體讓內部派送主機，派送到各地 ATM，藉此打開 ATM 遠端控制服務，再以遠端登入植入惡意程式，遠端操控 ATM 吐鈔，取財行為是惡意影響電腦，屬「不正方法」¹⁵。在本案中，因為甲對提款機所使用的提款卡不是「不正方法」，不成立不正利用付款設備詐欺罪。

（二）甲考慮成立刑法第 337 條侵占脫離物罪

本罪的客體是遺失物、漂流物或其他離本人所持有之物，而概括性的客體「其他離本人所持有之物」應該與遺失物、漂流物類似，實務則認為是「凡非基於持有人之意思，一時脫離其本人所持有之物¹⁶」，如此見解將對所有遺忘物或遺留於特定空間者的物品，一律視為本罪之客體，容有商議之處。概括性的客體應該是「凡非基於持有人之意思，永遠或可視為脫離其本人所持有之物」。

在本案中，甲提領 500 元，提款機竟然吐出 5 張千元鈔，這不是機器的瑕疵，而是銀行的人為疏忽；詳言之，機器之所以有如此

14 黃榮堅，同註 11，頁 116。然有論者認為，自動提款機之設置目的只要求提款卡與密碼，提款人是誰，則非提款機或金融機構所問，若有人冒領，屬冒領者與存款戶的糾紛問題，參見黃常仁，同註 10，頁 9，註腳 22。

15 進一步可參考臺灣高等法院 106 年度上訴字第 593 號，法官在判決中建議從速修法提高刑法刑度補破網，理由是：網路犯罪日新月異，電影手法成現實；以刑法第 339 條之 2「以不正方法由自動付款設備取得他人之物」為例，法定刑只 3 年以下有期徒刑、拘役或 30 萬元以罰金，當時此類犯罪頂多提款卡盜領，誰會想到，現在遠端遙控讓 ATM 吐鈔。

16 花蓮地方法院 90 年度易字第 94 號。

現象，是因為行員將千元鈔錯誤放在接收 500 元鍵的格子裡，機器判讀張數為 5，因此吐出 5 張千元鈔。因為行員將千元鈔放入應該放百元鈔的格子中，當時並不知情，而提款機隨時有人會提領現金，讓想領佰元鈔的顧客意外獲得千元鈔，故銀行此時對千元鈔不僅「一時」，而是「永遠或可視為」在無意識下脫離其所持有之物。猶如顧客提領 5,000 元，行員在不知情下多夾帶一張千元鈔一樣，均屬於本罪的客體¹⁷。

本罪的行為是侵占，侵占可以是「易持有為所有」或「持有與所有同時發生」，侵占脫離物罪即屬後者。持有係指人與動產之間的事實支配關係，只要基於支配意思，對於動產能毫無阻礙地直接實現影響意思，即肯定持有。又基於法律理由，財產犯罪的行為人不可能對違法得來的財物取得民法上的所有權，因此，侵占之「占為己有」要素僅要求行為人對於他人財物，取得或想要取得有如所有權人一樣的地位，對物行使處分權或利用其經濟價值即已足。在本案中，甲知道提款機吐出的 5 張千元鈔是銀行對機器的運作情形不知或有疏失，仍然取走，行為是侵占，並具有侵占故意與不法所有意圖，此結論對於行為人已知或不知提款機有此烏龍現象，並無不同，違法性與罪責性成立。

參、結論

乙看錯甲領款的數目而多給予，甲仍然從乙的手中拿走 50,000 元，由於乙的錯誤非甲所造成，甲也不負告知義務，甲的行為不處

¹⁷ 有學者對此情形亦認為，行為人對於超出的金額可視為是非基於銀行的意思，而脫離銀行支配持有的財物，成立侵占脫離物罪，盧映潔，同註 8，頁 74。

罰。之後，甲取走提款機吐出的 5 張千元鈔，因為使用的是真正的提款卡，行為也符合操作程序，所以不是刑法第 339 條之 2 的「不正方法」。但是甲知道銀行不知提款機的運作有問題，而行員也不知千元鈔錯放在百元鈔的格子中，甲拿走 5 張千元鈔的行為成立刑法第 337 條侵占脫離物罪。

附錄：第一冊目錄

第一部分	刑法實例的解題架構	1
第一章：通則.....		3
第二章：各種犯罪類型的解題模式.....		9
第二部分	案例分析	23
第一題：阻卻構成要件的同意.....		25
第二題：超越的因果.....		31
第三題：加重結果犯之「直接關聯性」.....		37
第四題：正當防衛之現在不法侵害.....		47
第五題：正當防衛之防衛行為.....		57
第六題：強制性的緊急避難.....		69
第七題：未遂犯之著手.....		79
第八題：原因自由行為之「著手」.....		87
第九題：間接正犯之「著手」.....		95
第十題：不純正不作為犯之「著手」.....		103
第十一題：既了未遂之中止犯.....		111
第十二題：失敗未遂.....		119
第十三題：中止犯之已意.....		127
第十四題：參與犯之中止犯.....		137

第十五題：打擊錯誤	147
第十六題：客體錯誤或打擊錯誤？	157
第十七題：客體錯誤結合打擊錯誤	167
第十八題：雙行為的因果歷程錯誤	173
第十九題：關於防衛行為必要性之錯誤	181
第二十題：反面容許構成要件錯誤	189
第二一題：直接禁止錯誤	199
第二二題：雙重錯誤	205
第二三題：共同正犯與幫助犯之區別	211
第二四題：正犯背後之正犯	223
第二五題：教唆犯之教唆行為	229
第二六題：虛偽教唆	237
第二七題：幫助行為之因果關係	247
第二八題：作為與不作為之區別	255
第二九題：保證人地位	265
第三十題：藏匿人犯罪之「犯人」	277
第三一題：頂替罪之正犯與共犯	285
第三二題：刑法第一七三條放火罪	293
第三三題：不能安全駕駛罪	303
第三四題：使公務員登載不實罪	313
第三五題：盜取遺灰罪	321
第三六題：賭博罪	329
第三七題：竊盜罪之「不法所有意圖」	341
第三八題：加重竊盜罪之「攜帶兇器」	353
第三九題：加重竊盜罪之「著手」	361

第四十題：竊盜或搶奪？	371
第四一題：恐嚇取財或詐欺？	379
第四二題：搶奪或詐欺.....	387
第四三題：強盜罪之既遂與未遂的區別.....	395
第四四題：強盜罪之方法—目的關聯性.....	403
第四五題：強盜未遂罪與搶奪既遂罪.....	415
第四六題：準強盜罪之「先行為」	423
第四七題：準強盜罪之「當場」	431
第四八題：強盜結合罪.....	439
第四九題：詐欺罪之「詐術」	449
第五十題：詐欺罪之「陷於錯誤」要件.....	461

附錄：第二冊目錄

第一部分	刑法案例解題導引	1
第二部分	案例分析	23
第一題：失敗教唆與從舊從輕原則.....		21
第二題：刑法上的「行為」.....		27
第三題：職業風險的客觀歸責.....		33
第四題：緊急避難.....		41
第五題：原因自由行為結合客體錯誤.....		47
第六題：未遂犯之犯罪決意.....		53
第七題：方法不能.....		59
第八題：準中止犯之防止行為.....		65
第九題：準中止犯防止行為之「盡力」要件.....		71
第十題：客觀歸責與準中止犯.....		77
第十一題：參與犯之準中止犯.....		83
第十二題：共同正犯之「著手」.....		89
第十三題：不作為的正犯或幫助犯？.....		97
第十四題：共同正犯之逾越行為.....		107
第十五題：間接正犯.....		113

第十六題：共犯之從屬原則	119
第十七題：預備犯之教唆犯	125
第十八題：教唆既遂、教唆未遂或未遂教唆？	131
第十九題：被教唆者改變犯意的行為	139
第二十題：過失犯之結果可避免性	145
第二一題：正面容許構成要件錯誤	151
第二二題：幻覺犯	157
第二三題：偽證罪之罪數認定	163
第二四題：自首	169
第二五題：脫逃罪	175
第二六題：湮滅刑事證據罪之行為客體	181
第二七題：偽證罪之虛偽陳述	189
第二八題：教唆偽證與具結之性質	195
第二九題：指定犯人的誣告罪	201
第三十題：生命的開始	207
第三一題：義憤殺人罪	213
第三二題：受囑託殺人罪	219
第三三題：強制罪之方法一目的關聯性	225
第三四題：「使用竊盜」或竊盜既遂？	231
第三五題：竊盜或詐欺？	239
第三六題：意圖與動機之區別	243
第三七題：侵占罪之「侵占」	249
第三八題：詐欺罪之財產損失	257
第三九題：擄人勒贖罪	263
第四十題：共犯或贓物犯？	269

國家圖書館出版品預行編目資料

刑法案例研習. 三／黃惠婷著. -- 二版. --

臺北市：新學林，2018.03

面；公分

ISBN 978-986-295-823-0（平裝）

1.刑法

585

107004254

刑法案例研習（三）

作者：黃惠婷

出版者：新學林出版股份有限公司

地址：台北市和平東路三段 38 號 4 樓、4 樓之 1

電話：（02）2700-1808

傳真：（02）2377-9080

網址：<http://www.sharing.com.tw/>

總經理：毛基正 副總編輯：林靜妙

副總經理：許承先 主編：李啟琳

內文編排：陳怡君 責編：江純穎

法律顧問：海天國際法律事務所 徐偉超律師

出版日期：2011 年 12 月 一版一刷

2018 年 3 月 二版一刷

郵撥帳號：19889774 新學林出版股份有限公司

劃撥金額 1000 元以上免郵資，未滿 1000 元加收郵資 70 元

定價：500 元

ISBN 978-986-295-823-0

本書如有缺頁、破損、倒裝，請寄回更換

團購專線：（02）2700-1808 分機 18

讀者服務：law@sharing.com.tw

電子商務：<http://www.sharing.com.tw/>

展售門市：新學林出版股份有限公司 電話：02-27001808

地址：台北市大安區和平東路三段 38 號 4 樓、4 樓之 1

廈門外圖臺灣書店有限公司 電話：0592-2986298

地址：廈門市湖里區悅華路 8 號外圖物流大廈 4 樓

中國圖書進出口廣州公司 電話：8620-34202231

地址：廣州市海珠區新港西路大江沖 25 號大院 5 樓

中國科技資料進出口總公司 電話：010-88820201

地址：北京市海澱區西三環北路 72 號世紀經貿 B 座 2307 室