

行為應如何論罪？（25分）

（107司特三等觀護人、調查局、書記官、檢察官偵查實務組、司事官法律事務組第2題）

### 【例題解析】

本題是非常經典的考題，在顧及本書一貫的北歐簡約風之下，特別放進來沒事多練習讓大家再複習一次相關爭點，是不是很貼心！首先，甲前往豪宅竊盜應討論刑法第321條第1項第1款與第2項加重竊盜未遂罪，後來他在A驚醒時立即用枕頭悶死A再取財的部分，則應進入到第二部分的刑法第271條第2項殺人未遂罪，以及第330條第1項加重強盜罪（注意：「甲為避免A反抗」非準強盜罪的三種行為前提）探討，其中竊盜轉為強盜故意是「犯意變更（轉念強盜）」，在競合時只論以後者即可。最後應處理甲是否構成刑法第332條第1項強盜殺人罪的問題：無論依照實務（105台上383判決）或通說見解，因甲的殺人行為未遂，所以不成立本罪，只能將前述成立的犯罪數罪併罰。



### 題型 6.3 抽象危險犯、共同正犯脫離、轉念強盜、重傷之認定、加重要件之性質以及強盜結合犯

甲、乙二人計劃侵入郊區獨棟別墅盜取財物，找來友人丙協助把風。某日，甲得悉某別墅屋主出國，深夜召來乙、丙一同抵達現場，甲、乙二人翻牆進入別墅客廳後，開始分別搜尋值錢財物，不料屋主A男與B女突然從寢室出來，乙當場愣住，甲則迅速進入廚房拿取菜刀，逼迫A、B交出值錢財物，乙在一旁並未作聲。A、B二人不得已將珠寶與20萬新臺幣交予乙，乙將該等財物放入背包。甲、乙二人為了不讓A、B即時報警而將二人網綁，正欲離開時，又心生共同性侵B的念頭，強行將B帶入寢室，共同脫光B身上衣物後，乙見B胸前有明顯手術後的傷痕，突然打消性侵的念頭，便勸說並阻止甲性侵B。然而甲不接受乙的勸阻，兩人因此發生

激烈衝突，結果乙不敵甲，被打傷倒地。當甲剛完成與B的性交時，A自行解開網綁衝進寢室與甲打鬥，甲拾起一旁的菜刀砍斷A之手掌，甲、乙二人隨即將A、B鎖在房間內，離開別墅，甲、乙、丙三人分別逃逸。途中，甲又自行折返，打算放火殺人滅證，購得縱火用具後，不顧A、B之安危，於別墅庭院放火，所幸A、B二人早已自行逃離現場，A經緊急救治後，並無生命危險，被砍斷的手掌經手術接回，一年半後，已恢復六、七成的功能。A、B之別墅則付之一炬，但未延燒至周圍房舍。試問甲、乙、丙三人的行為應如何論處？（100分）（答題除引用相關學說或實務見解外，應就本案之論斷附具個人意見）（113司律第1題）

◀ 爭點解析 ▶

案例事實	對應爭點
深夜召來乙、丙一同抵達現場，甲、乙二人翻牆進入別墅客廳後，開始分別搜尋值錢財物	1. 刑法第321條第1項第1款侵入住宅加重竊盜罪之共同正犯 2. 加重竊盜著手
乙當場愣住，甲則迅速進入廚房拿取菜刀，逼迫A、B交出值錢財物……A、B二人不得已將珠寶與20萬新臺幣交予乙	1. 犯意變更（轉念強盜） 2. 強暴vs脅迫 3. 刑法第330條加重強盜罪
乙在一旁並未作聲	行為分擔？
甲、乙二人爲了不讓A、B即時報警而將二人網綁	1. 刑法第302條私行拘禁罪之共同正犯 2. 網綁 = 強暴
正欲離開時，又心生共同性侵B的念頭，強行將B帶入寢室……甲剛完成與B的性交	1. 刑法第222條加重強制性交罪：目的連結？ 2. 刑法第332條第2項強盜罪結合犯：兩罪之犯意聯絡？ 3. 丙：共同正犯逾越
乙見B胸前有明顯手術後的傷痕，突然打消性侵的念頭，便勸說並阻止甲性侵B。然而甲不接受乙的勸阻，兩人因此發生激烈衝突，結果乙不敵甲，被打傷倒地	1. 乙：共同正犯脫離？共同正犯中止？ 2. 甲：刑法第277條普通傷害罪 3. 丙：共同正犯逾越
當甲剛完成與B的性交時，A自行解開網綁衝進寢室與甲打鬥	現在不法侵害？

案例事實	對應爭點
甲拾起一旁的菜刀砍斷A之手掌……A經緊急救治後，並無生命危險，被砍斷的手掌經手術接回，一年半後，已恢復六、七成的功能	1. 刑法第278條第3項重傷未遂罪 2. 刑法第277條第1項傷害既遂罪 3. 想像競合vs法條競合 4. 乙丙：共同正犯逾越
甲又自行折返，打算放火殺人滅證，購得縱火用具後，不顧A、B之安危，於別墅庭院放火，所幸A、B二人早已自行逃離現場……A、B之別墅則付之一炬，但未延燒至周圍房舍	1. 刑法第173條第1項放火燒燬現供人使用住宅既遂罪：抽象危險犯vs具體危險犯？ 2. 刑法第353條毀損建物罪 3. 刑法第165條湮滅刑事證據罪？ 4. 刑法第271條第2項殺人未遂罪：普通未遂vs不能未遂 5. 乙丙：共同正犯逾越

本題的甲根本就是隻瘋狗，他先跟乙計劃好要去AB家裡竊盜，被發現後馬上找菜刀出來脅迫人家變強盜，搶完東西了突然想對B性侵，然後把A手掌砍斷，最後還放火燒掉人家的房子想把人家殺死順便滅證，在這當中乙有全程參與的部分只有加重竊盜和加重強盜，他在甲性侵B的時候臨時想要退出，這裡是共同正犯脫離的問題，而後續甲做的所有事情，就跟乙完全無關。另一個把風的丙最衰，說好一起去偷東西，誰知道甲乙兩個人後面做了那麼多事，這些都是共同正犯逾越。

整理完我們要論的罪名之後，大家會發現有一些事情是三個人都要負責（侵入住宅與加重竊盜部分），有一些則是只有甲乙兩個人要負責（私行拘禁、加重強盜以及加重強制性交部分），有一些是甲一個人要負責的（重傷、放火滅證以及殺人部分），如果我們用「行為人區分法」來論罪，這樣他們都成罪的地方就會重複討論很多次。因此為了節省時間，我們在本題使用「犯罪事實區分法」來審查，把案例事實切割成「侵入住宅取財」（標題(一)）、「綑綁AB再性侵B」（標題(二)）、「砍斷A手掌」（標題(三)），還有「放火殺人滅證」（標題(四)）等四個段落來作答，儘可能將可以一起論罪的事實合併討論，無法合併論罪的地方再單獨論罪。最後說明一下，因為不是採取行為人區分法作答，加上這本題的競合非常瑣碎，為了怕同學考試時競合的地方漏東漏西，我們在每一個標題下就先處理法條競合，先篩選掉被競

合掉的條文，再把競合掉別人的罪名挑出來，全部放到標題(㉔)作想像競合或數罪併罰。至於本題論罪的具體爭點又多複雜，這裡我們就不逐一說明，各位就直接看上面的表格跟下面擬答內容吧！

◀ 解題架構 ▶

(一) 甲乙侵入AB宅取財、丙把風部分：

1. 甲乙侵入AB別墅取得珠寶與20萬、丙在外把風之行爲，成立刑法第320條第1項普通竊盜罪之共同正犯（第28條）。
2. 甲乙侵入AB別墅取得珠寶與20萬之行爲，成立刑法第328條第1項普通強盜罪之共同正犯（第28條）：
  - (1) 客觀構成要件：甲持刀脅迫 + 乙放入財物 = 行爲分擔。
  - (1) 主觀構成要件：乙於甲脅迫AB時未作聲 = 默示犯意聯絡。
3. 甲乙侵入AB別墅取得珠寶與20萬之行爲，成立刑法第330條加重強盜罪之共同正犯（第28條）：
  - (1) 甲乙成立普通強盜罪已如前述。
  - (2) 第1款加重事由。
  - (3) 甲乙竊盜後才取得兇器使用 = 第3款攜帶兇器？
    - ① 加重條件說。
    - ② 加重構成要件說。
    - ③ 本文 + 涵攝：加重構成要件說 → ✓。
  - (4) 第4款加重事由：丙僅在場把風 → ×（76台上7210判例）。
4. 丙於甲乙侵入AB別墅竊盜時把風之行爲，成立刑法第321條第1項第1款加重竊盜罪之共同正犯（第28條）：
  - (1) 丙成立普通竊盜罪已如前述。
  - (2) 第1款加重事由。
  - (3) 第3款加重事由：丙未認知甲乙攜帶兇器 → ×。
5. 就甲乙進入AB別墅後轉念強盜之行爲，丙毋庸負責：共同正犯逾越。
6. 競合（不真正競合部分）。

(二) 甲乙網綁AB後性侵B、甲乙互毆後再鎖住AB部分：

1. 甲乙綑綁AB之行爲，成立刑法第302條第1項私行拘禁罪之共同正犯（第28條）。
2. 甲強帶B入寢室性侵B之行爲，成立刑法第221條第1項強制性交罪。
3. 乙與甲強帶B入寢室後放棄性交之行爲，成立刑法第221條第1項強制性交既遂罪之共同正犯（第28條）：
  - (1)客觀構成要件：乙著手後放棄性侵 = 共同正犯脫離？
    - ①否定說。
    - ②肯定說。
    - ③本文：肯定說。
    - ④涵攝：×。
  - (2)違法性 + 罪責。
  - (3)個人解除刑罰事由：中止未遂×。
4. 甲乙共同性侵B之行爲，成立刑法第222條第1項第1款加重強制性交罪：
  - (1)甲乙成立強制性交罪共同正犯已如前述。
  - (2)第1款加重事由：乙在場但未與B性交→二人以上共同強制性交？
    - ①輪姦說。
    - ②實行共同正犯說（76台上7210判例）。
    - ③在場說。
    - ④本文：實行共同正犯說。
    - ⑤涵攝：✓。
5. 甲乙強盜AB後性侵B之行爲，不成立刑法第332條第2項第2款強盜強制性交罪：
  - (1)客觀構成要件。
  - (2)主觀構成要件：形式結合犯之犯意聯絡？
    - ①否定說（85第2次刑庭決議）。
    - ②肯定說。
    - ③本文：肯定說。
    - ④涵攝：×。

6. 甲將乙打倒在地之行爲，成立刑法第277條第1項普通傷害罪。
7. 甲乙綑綁AB後離去之行爲，成立刑法第302條第1項私行拘禁罪之共同正犯（第28條）。
8. 就甲乙所爲之拘禁與加重強制性交行爲、甲對乙之傷害行爲，把風之丙均無須負責：共同正犯逾越。
9. 競合（不真正競合部分）。

(三)甲砍斷A手掌部分：

1. 甲砍斷A手掌之行爲，成立刑法第278條第3項重傷未遂罪：
  - (1)主觀構成要件。
  - (2)客觀構成要件：甲砍斷A手掌後接回 = 重傷？
    - ①肯定說。
    - ②否定說（109台上4701判決）。
    - ③本文 + 涵攝：否定說 → ×。
  - (3)違法性 + 罪責。
2. 甲砍斷A手掌之行爲，成立刑法第277條第1項普通傷害罪。
3. 就甲砍斷A手掌部分，乙就此部分毋庸負責：共同正犯逾越。

(四)甲放火燒AB別墅滅證部分：

1. 甲放火燒燬AB別墅之行爲，成立刑法第173條第1項放火燒燬現供人使用住宅既遂罪：
  - (1)客觀構成要件：B之別墅爲郊區獨棟別墅 → 甲放火具公共危險？
    - ①抽象危險犯說。
    - ②具體危險犯說。
    - ③實質適性犯說（112台上2376判決）。
    - ④本文：實質適性犯說。
    - ⑤涵攝：✓。
  - (2)主觀構成要件。
  - (3)違法性 + 罪責。
2. 甲放火燒AB之行爲，成立刑法第271條第2項殺人未遂罪之普通未遂（第25條）：

- (1)主觀構成要件。
  - (2)客觀構成要件。
  - (3)違法性+罪責。
  - (4)甲放火時AB已離開別墅 = 客體不能→不能未遂vs普通未遂
    - ①舊客觀危險說。
    - ②具體危險說。
    - ③重大無知說。
    - ④本文：重大無知說。
    - ⑤涵攝：普通未遂。
  - 3.甲放火燒AB之行爲，不成立刑法第165條湮滅刑事證據罪。
  - 4.就甲成立之放火罪與殺人未遂罪，乙丙均無須負責：共同正犯逾越。
- (㉔)競合（真正競合部分）。

◀ 擬答 ▶

(→)甲乙侵入AB宅取財、丙把風部分：

1. 甲乙侵入AB別墅取得珠寶與20萬、丙在外把風之行爲，成立刑法（下同）第320條第1項普通竊盜罪之共同正犯（第28條）：

(1)客觀上，甲乙未經AB同意破壞並建立其對珠寶與現金等財物之持有支配，又甲負責取得AB財物、乙將財物放入背包、丙在外把風，三人對竊盜犯罪之實現立於功能性補充地位而有行為分擔。

(2)主觀上，甲乙二人明知無法律性合法權源且未經AB同意，仍以所有權人地位決意建立對其財物之持有支配，具竊盜故意與不法所有意圖，且甲乙丙三人對竊盜犯行經事前溝通性地組織犯罪計畫而有犯意聯絡，三人為竊盜共同正犯。

(3) 甲乙丙無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

2. 甲乙侵入AB別墅取得珠寶與20萬之行為，成立刑法（下同）第328條第1項普通強盜罪之共同正犯（第28條）：

(1) 客觀上，甲持菜刀對AB為生命身體之不法惡害通知，行使令AB心生畏懼之受迫行為，使兩人被迫於交出財物或生命受害之二擇一條件中作選擇，係以脅迫方法至使兩人不能抗拒交出財物。又，甲持菜刀脅迫AB、乙將財物放入背包，兩人有強盜行為分擔。

(2) 主觀上，甲乙明知無法律上合法權源仍本於所有權人地位，決意持菜刀要求AB交出財物，具強盜故意與不法所有意圖，且於持菜刀脅迫AB時即有取財意思等目的連結。另，乙於甲持菜刀脅迫AB時未作聲，足認與甲有事中默示犯意聯絡，兩人成立共同正犯。

3. 甲乙侵入AB別墅取得珠寶與20萬之行為，成立刑法（下同）第330條加重強盜罪之共同正犯（第28條）：

(1) 甲乙成立普通強盜罪已如前述。

(2) 甲乙未經同意進入AB住宅取財，合於第321條第1項第1款侵入住宅加重事由。

(3) 甲使用菜刀脅迫AB以強盜，依甲乙兩人之主觀使用目的觀之，菜刀屬兇器無疑。惟甲乙係竊盜著手後始取得兇器，是否符合第3款攜帶兇器加重要



#### live 貼心提醒

考選部公布的評分要點提到，乙是在甲強盜著手後才加入取財，因此應討論相續共同正犯。然而阿榮認為因為犯意變更為一行為，強盜行為只是竊盜著手後同一段因果流程的一部分，而乙共同竊盜後默不作聲的行為也可以評價成不作為強盜，如此乙也有為強盜構成要件行為，因此在時間有限情況下，相續共同正犯的討論似乎可以直接用行為分擔帶過，不一定有必要寫出各種見解。

件，容有爭議：

①加重條件說認為，加重要件為客觀處罰條件，只要於竊盜或強盜之時客觀上攜帶有生命身體危險性之器物，即合於此要件（79台上5253判例）。

②加重構成要件說則主張，加重要件與強盜行為均為構成要件要素，必須於攜帶之初即有強盜之意，始能加重處罰。

③本文以為，加重條件說有違反罪責原則之疑慮，應以加重構成要件說為妥。本題中，甲乙於取得菜刀之後即使用來強盜AB，故應於攜帶菜刀之初即有取財之目的，符合本款要件。

(4)甲乙強盜AB時丙僅在場把風，雖有學說認為在場之人即可對法益造成更高程度破壞，而應算入三人之人數計算，惟本文以為，本於罪刑相當原則，第4款結夥人數之計算應較加重竊盜罪與加重強制性罪交罪嚴格，故採實務之「實行共同正犯」標準，未實行強制行為之丙不應算入結夥三人之列（76台上7210判例），甲乙丙不構成第4款加重事由。

4.丙於甲乙侵入AB別墅竊盜時把風之行為，成立刑法（下同）第321條第1項第1款加重竊盜罪之共同正犯（第28條）：

(1)丙成立普通竊盜罪已如前述。

(2)丙與甲乙共同謀議侵入AB別墅竊盜，符合第1款加重事由。

(3)就甲乙使用菜刀對AB取財產部分，因攜帶兇器為



live 貼心提醒

行為人不需認知到這個要素事實就可以成罪，可能導致他必須為自己無法控制的事實負責。

構成要件要素，丙在外把風未認知甲乙取得菜刀並用以取財，故不符合第3款事由。

5. 就甲乙進入AB別墅後轉念強盜之行為，因未於丙與甲乙之犯意聯絡範圍內，係屬共同正犯逾越，丙就此部分未認知而毋庸負責。

6. 小結：

(1) 甲乙於著手竊盜後對同一客體即AB及其財產犯意升高為強盜犯意，因竊盜罪與強盜罪具不法內涵包含關係，論以普通強盜罪即為已足。又，甲乙成立第1、3款加重事由，且因強盜基礎行為僅一，僅論以單純一罪並於判決主文臚列各款事由（69台上3945判例），而加重強盜罪與普通強盜罪依法條競合特別關係論以前者。

(2) 丙成立之普通竊盜與加重竊盜罪，依法條競合特別關係論以前者。

(二) 甲乙網綁AB後性侵B、甲乙互毆後再鎖住AB部分：

1. 甲乙網綁AB之行為，係出於拘束AB行動自由故意與犯意聯絡，以不法腕力為拘禁以外之強暴行為，並實行剝奪AB意思活動自由之行為分擔，甲乙均無阻卻違法事由並具罪責，成立刑法第302條（下同）第1項私行拘禁罪之共同正犯（第28條）。

2. 甲強帶B入寢室性侵B之行為，成立刑法（下同）第221條第1項強制性交罪：

(1) 客觀上，甲以不法腕力強帶B入寢室對其性交，係以強暴方法違反B意願破壞B之性自主法益，雖強