附　錄

最新考題暨解析

考題實戰

Q1 113台大

甲男借300萬元給乙女應急，清償期屆至後，乙女無法償還欠款，甲男屢次催討未果，某日竟打電話對乙女說：「如果明天不還錢，我就要向法院提出民事訴訟」，乙女非常害怕，苦苦哀求，甲仍不為所動。第二天，甲再次打電話給乙，乙仍告知還不出錢，甲遂心生歹念告訴乙：「不然你跟我發生一次性行為抵充10萬，作30次就算你還錢好了，如果你不答應我的要求，我明天就提出民事訴訟」，乙非常生氣，掛了甲的電話，甲心想乙真是不知好歹，決定前往乙家親自要錢，甲並決定不再給乙性行為可以折抵欠款的「優惠」，甚至必要時也要使用強制力拿錢，不過甲為了周全，甲又另外約了丙，甲、丙雙方合意：「由甲侵入乙家，向乙要錢，丙則在外面把風，有任何情況發生時，也要侵入乙家協助甲要錢」。

第三天晚上，甲、丙兩人到了乙家，甲依兩人協議，先自行打破乙家窗戶玻璃，直接闖入乙家，丙則依計畫在門外把風，未料甲闖入乙家後，丙突然收到女友丁的電話，丁要求丙去接她回家，丙心想反正甲也不知道，就默默離開現場。而侵入乙家的甲，驚動正在睡覺的乙，乙看到甲非常害怕，認為甲走來對自己討錢，且要對自己強制性交，為了保護自己的財產及性自主法益，乙拿起家中的

球棒朝甲的頭部打去，甲本來只是要來討錢，沒有料到乙的反應如此強烈，一時沒了主意，被乙數棒打在頭部而血流如注，甲頭部傷勢極為嚴重而當場昏迷，乙心想一不作二不休，直接用自用車載昏迷的甲到深山，把尚有一氣的甲丟在山上石頭旁，隨即離開現場，但乙離開不久以後，想到自己欠錢又打昏債權人極為不妥，又駕車返還現場要帶甲去醫院，未料甲已經被早先路過的山友協助送醫而撿回一命。試問甲、乙、丙的刑責為何（50分）

⚠解題關鍵

本題甲第一次撥打電話向乙告知之行為是否成立刑法第304條第2項強制未遂罪，涉及「合法惡害告知」是否該當「脅迫」，學說見解有認為於構成要件中縱使是合法惡害告知亦屬於脅迫，蓋被害人乃是陷入二擇一之狀態，合法惡害告知仍影響被害人之意思決定與形成自由，惟可於違法性中透過「內在關聯性（手段目的關聯性）」審查排除其可非難性，本案中甲之告知行為與清償目的間具內在關聯性[1]，是以甲不成立本罪，學說見解另有認為合法惡害告知非屬於脅迫，僅例外在行為人認識且利用被害人處於「窘迫情境」下，並以合法惡害告知框限住被害人之選擇時方認為屬於脅迫，蓋被害人已因其身陷「窘迫情境」下而只能在行為人給予之選項中抉擇、依從[2]，本

---

1 王皇玉，強制罪之比較研究，軍法專刊，2013年1月，59卷5期。許澤天，刑法分則（下），2024年6月，6版，頁191、197。

2 【筆者的話】：本說見解認為內在關聯性說之疑義，在於合法惡害告知實係給予被害人另一個選項，未必會壓抑被害人之自由，反可能係擴張被害人之自由（舉例以言，記者甲告知議員乙「如不與為我性交，我就告發你收賄」，於此，行為人毋寧是給予被害人享有一個交易機會，亦即享有透過與之性交換取不被告發收賄，則依照本說見解原則上應認為非屬脅迫，惟仍應考量甲是否利用乙身陷「窘迫情境」而為之），且內在關聯性說欠缺一致之標準，又本說見解並認為於判斷被害人是否身陷「窘迫情境」可分成周邊條件陷於「困窘」以及自身能力陷於「困窘」，前者需考量被害人之「規避合

案中尚難以認定乙已經陷於「窘迫情境」，蓋因縱使實現該合法惡害，於民事訴訟中甲是否勝訴尚屬未之，更何況縱使甲取得民事確定判決並持之為強制執行，對於早已無資力的乙威脅性亦屬有限，甲主觀上不該當，是以甲不成立本罪。甲第二次撥打電話向乙告知之行為是否成立刑法第221條第2項強制性交未遂罪，同樣亦涉及「合法惡害告知」是否該當「脅迫」，學說見解有認為應採取肯定見解，惟因難認甲客觀上已該當著手[3]，是以

法惡害理由」、「有無其他解套選項」、「合法惡害干擾程度」，後者需考量被害人之本身是否具有足夠交易知識、人際能力、社會應對等個人能力，許恒達，論合法／不作為惡害通知的可罰界線——以強制罪、強制性交罪及恐嚇取財罪為中心，台灣法律人，2023年7月，25期。

3 【筆者的話】：於採取本說見解後，應進一步審查著手，由於強制性交罪是複行為犯，依照主客觀混合說判斷，本案中於審酌行為人尚未進入被害人領域，中間尚且必須介入其他行為，是以未對於性自主法益造成危險，應認甲客觀上尚未達於著手，實務見解可參最高法院111年度台上字第5588號刑事判決：「三、按已著手於犯罪行為之實行而不遂者，為未遂犯，刑法第25條第1項定有明文。惟關於著手時點之判斷，學說上有各種不同之理論。採形式客觀說者，主張行為人唯有已開始實行嚴格意義之構成要件行為，始可認定為犯罪行為之著手；採實質客觀說者，認為行為人只要開始實行與構成要件具有必要關聯性之行為，或者開始實行對於構成要件保護客體形成直接危險行為，即已著手；而採主觀說者，則主張若依行為人之犯意及其犯罪計畫，而可判斷犯罪行為已經開始實行者，即可認定為著手，三者各有其立論基礎。然而形式客觀說將著手時點過度往後推延，致使若干在實質上可認定為未遂之行為，被歸類為預備行為，對法益之保護顯有不周；而主觀說則忽略行為之客觀面，過度擴大未遂犯之範圍；至於實質客觀說，因未考量行為人之主觀意思，致使難以正確判斷客觀事實之意義。由於上開諸說各有缺失，乃有折衷之主客觀混合說之提出，其係以行為人之主觀認識為基礎，再以已發生之客觀事實為判斷，亦即行為人依其對於犯罪之認識，開始實行足以與構成要件之實現具有必要關聯性之行為，此時行為人之行為對保護客體已形成直接危險，即屬犯罪行為之著手。此說對於著手時點之判斷標準已較具體明確，且以行為人主觀上所認識之事實，作為判斷背景事實，並加上客觀層面之限制，不致於擴大未遂犯之範圍，復能避免其餘各說之缺失，應較可採。故而，有關強制性交罪之著手，自應藉由主客觀混合理論之運用而加以判

甲不成立本罪，學說見解亦有認為「脅迫」應限於對於「生命」、「身體」之不利益之惡害告知，本案中乙並未受有生命、身體之不利益之惡害告知，甲主觀上不該當，是以甲不成立本罪，學說見解另有認為任何具有可感受性之不利益之惡害告知皆屬「脅迫」，並就強制罪之「脅迫」與本罪之「脅迫」採取相同之解釋方法，本案中尚難以認定乙已經身陷「窘迫情境」，其理由已如上所述，甲主觀上不該當，是以甲不成立本罪。就甲打破門窗進入乙家之行為應成立刑法第306條第1項侵入住居罪，要無疑義[4]。就丙把風之行為應成立刑法第306條第1

斷。刑法第221條第1項之強制性交罪，係以對被害人施以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法為其要件，該罪所保護法益乃為個人之性決定自由。得否認為行為人已著手實行強制性交之構成要件行為，應視其依主觀上之認識，是否已將強制性交之犯意表徵於外，並就犯罪實行之全部過程予以觀察，必以由其所施用上開強暴、脅迫等非法方法，足以表徵其係基於強制性交之犯意而為，且與性交行為之進行，在時間、地點及手段上有直接、密切之關聯，始得認已對於強制性交罪所要保護個人性決定自由之法益，形成直接危險，開始實行足以與強制性交罪構成要件之實現具有必要關聯性之行為，而已達著手階段。四、原判決依據卷內資料，敘明：被告雖有傳送訊息給A女之行為，似係意圖與A女為性交，而透過網路訊息表達要脅見面配合之意思，但於二人尚非面對面之情形下，就時間及空間距離而言，該傳送網路訊息之行為與對A女實行強制性交，二者並無密切接近之關聯性。且A女嗣即報警，並由警員陪同前往，而非單獨赴約，可見被告傳送訊息之脅迫手段，實難謂在時間、地點與手段上，已密接於強制性交罪之『性交』構成要件行為，自不能認已達著手階段。然被告既以揚言散布A女性交影片，脅迫A女與其相約見面，欲使A女行無義務之事，已屬對於A女著手實行強制行為，因A女報警而止於未遂，因而依刑事訴訟法第300條規定變更檢察官起訴法條，論以刑法第304條第2項、第1項之強制未遂罪等旨。是原判決已就被告傳送訊息之脅迫行為，如何在時間、地點與手段上，難認與強制性交罪構成要件之實現具有必要關聯性，尚未達著手強制性交之階段，闡述甚詳，核其論斷，於法尚屬無違。檢察官上訴意旨置原判決明確之論斷於不顧，猶謂被告本件行為已著手實行強制性交罪之構成要件，而應成立強制性交未遂罪云云，自非適法之第三審上訴理由。」。

4 【筆者的話】：甲進入乙家之目的乃意在取財，然因甲對於乙具有已屆清償期且無任何抗辯權之金錢債權，並不具有不法意圖，是以甲不成立刑法第328

項侵入住居罪之共同正犯，由於甲丙兩人事前已特別溝通強化雙方謀議，是故丙僅是默默自行離去而未為告知，並未解消其對於甲之犯罪貢獻，是以應認丙並未成功脫離，而仍負共同正犯之責。就乙持球棒朝甲攻擊之行為是否成立刑法第271條第2項殺人未遂罪，固然客觀上存在甲之侵入住居之現在不法侵害，但乙主觀上顯然誤認甲之現在不法侵害「強度」，遂其方採取過當之防衛行為反擊，是以乙無從阻卻違法性，學說見解認為應排除故意罪責，另行討論過失犯成立與否，並得適用刑法第23條但書減免責任[5]，是以乙不成立本罪。就乙持球棒朝甲攻擊之行為是否成立刑法第284條過失傷害罪，由於甲是深夜中突然闖入且乙當時又甫驚醒尚處渾沌，復考量甲乙兩人因性別差異可能造成力量處於懸殊之下，難認乙對於現實存在之現在不法侵害強度具有主觀預見可能性，應認排除過失罪責，是以乙不成立本罪。乙拋棄甲於深山之行為是否成立刑法第271條第2項殺人未遂罪，涉及「故意不法前行為」是否屬於「危險前行為」，學說見解有以堅守法規範效力以及避免評價矛盾而採取肯定見解，實務見解則有以無期待可能性而採取否定見解[6]，另

條第4項強盜取財未遂罪，參蔡聖偉，財產犯罪：第三講——竊盜罪之主觀構成要件（下），月旦法學教室，2009年6月，80期。

5 【筆者的話】：本說見解認為此種情形為事實面錯誤，並採取「非難援用的罪責理論」，認為故意罪責之非難內容為，行為人「對於構成要件事實之認知」與「對於無阻卻違法事由事實之認知」，倘若欠缺其一，即排除故意罪責，而於誤想防衛時乃對於防衛情狀「有、無」之誤認，而於此種情形時乃對於防衛情狀「強、弱」之誤認，兩者並無不同，應採取相同評價，即排除故意罪責，另行討論過失犯，並僅在行為人對於「現實存在之現在不法侵害強度」有主觀預見可能性時，方具有過失罪責，而得論以過失犯，另本說見解認為此種情形時存在不法與罪責之雙重縮減，而合於刑法第23條但書之規範目的，是以應得適用刑法第23條但書減免責任，許恒達，論誤想防衛，中研院法學期刊，2016年3月，18期。

6 實務見解可參最高法院111年度台上字第3569號刑事判決：「又刑法第15條規

應注意者是，如採取肯定見解，尚需討論得否適用刑法第27條第1項後段準中止未遂。[7]。

【審題架構】

(一)甲第一次撥打電話向乙告知之行為可能成立刑法（下同）第304條第2項強制未遂罪：

⇨主觀上，應討論合法惡害告知是否為「脅迫」。

(二)甲第二次撥打電話向乙告知之行為可能成立第221條第2項強制性交未遂罪：

⇨主觀上，應討論合法惡害告知是否為「脅迫」。

(三)甲第二次撥打電話向乙告知之行為可能成立第304條第2項強制未遂罪：

⇨主觀上，應討論合法惡害告知是否為「脅迫」[8]。

(四)甲打破門窗之行為成立第354條毀損罪。

(五)甲進入乙家之行為成立第306條第1項侵入住居罪。

(六)乙持球棒朝甲攻擊之行為可能成立第271條第2項殺人未遂罪：

1.客觀上，乙該當構成要件，主觀上，乙具有故意。

2.應討論「正當防衛」要件。

定之不作為犯，則僅止於消極行為之犯罪與積極行為之犯罪，倘合於一定之要件，在法律上有同一之效果，並非對於犯罪行為之意思要件，特設例外規定。被告之行為縱令客觀上係違反法律上之防止義務，仍應視其主觀上之犯罪意圖，定其應負之刑責，非謂一有被害人死亡之結果，即必負消極殺人之責。至同條第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一定結果之危險，仍無從課以防止危險結果發生之義務。」。

7 陳子平，刑法各論（上），2022年9月，5版，頁532。蔡聖偉，搶奪行為的認定，月旦法學教室，2008年12月，74期。

8 【筆者的話】：如採取合法惡害告知亦屬脅迫見解，則應於違法性中討論「內在關聯性（手段目的關聯性）」，本案中甲之告知行為與清償目的間不具有內在關聯性，是以應認甲成立本罪。

3.應討論乙是否得排除故意罪責。

(七)乙持球棒朝甲攻擊之行為可能成立第284條過失傷害罪：

1.客觀上，乙該當構成要件。

2.乙無阻卻違法事由。

3.應討論乙就「現實存在之現在不法侵害強度」是否有主觀預見可能性。

(八)乙拋棄甲於深山之行為可能成立第15條第2項、第271條第2項殺人未遂罪之不作為犯：

➪主觀上，應討論故意不法前行為是否為「危險前行為」。

(九)丙把風之行為成立第28條、第306條第1項侵入住居罪之共同正犯：

➪客觀上，應討論丙是否已成功脫離。

Q2 113北大

甲與乙均為人氣網紅，原為好友，於某次直播起口角而反目。甲想造謠詆毀中傷乙，便在爆料網站匿名留言，宣稱夢到乙有在夜店「撿屍」性侵的黑歷史，此一爆料完全顛覆乙原本的完美人設，輿論譁然。因有熱心民眾告發乙，地檢署分案由檢察官B偵辦，B從IP位址查出原始留言來自甲，便以證人身分傳喚之。詢問時，B先命甲具結，並依法諭知各項法定權利，甲騎虎難下，竟硬著頭皮謊稱自己曾看過乙播放其撿屍偷拍的性交影片，使書記官將此陳述內容記載於筆錄。但甲所不知的是，乙確實有怪異的性癖好，曾於多年前下藥迷昏粉絲，再使用工具侵入對方性器官，並拍下相片留存。乙隨後也收到傳票，以為東窗事發，掙扎良久，最後還是決定告知經紀人丙上情，丙聽聞後要乙立即銷毀留存的所有檔案證據。與此同時，樓下警衛來電告知，檢警人員正要上樓搜索其住處，乙慌亂中將存有性侵照片檔案的外接硬碟丟進後陽台裝盛菸灰的鐵罐中，