

實務通說在檢驗行為人的犯行是否存在時，係透過構成要件三階層來檢驗（見上圖）；三個階層依序為「構成要件該當性」、「違法性」、「有責性」，各階層下又分有要件要素。本書存在的重點是為了讓讀者在實例題解題快速破題，要比別人更快發現題目爭議點，比別人快開始思考、起筆，才能寫得比其他考生更豐富，所以筆者解題的順序不一定按照上圖的各階層要件來介紹，但仍鼓勵各位能熟悉上圖，這在判斷未遂犯或者一些申論題時也會有所幫助（例如誤想防衛的防衛意思跟過失犯間的關係，諸如此類）。

回到本章的介紹。當一見到實例題時，不妨就先想到→人事時地物（這也是本書介紹快速解題的思考邏輯）→接著在試卷空白處先花 5 分鐘逐一順著「人事時地物」比對題目內容，按此順序找出題目內隱藏的爭點，接著在題目上畫圈提醒自己注意，接著把你畫圈的部分，預備答題的大綱。至於非題目的爭點，例如題目中沒有出現的扣押、沒收或時效等問題，答題時當然直接跳過。不是說人事時地物全部都要寫出來，如果跟題目無關的東西也寫一大堆，整個答題內容會顯得很龐雜，稀釋掉重點的顯眼度。

「人事時地物」參照上圖即客觀構成要件中的行為人（①行為主體）、事（主觀構成要件 + ①~⑤的客觀構成要件、違法性、有責性）、時（案件的追訴期、行刑權、告訴權等）、地（刑法地的效力）、物（犯罪工具、沒收物）等。在答題前 5 分鐘，一面整理爭議點答題大綱，一面思考有沒有包括需要特別注意的學說或新修法內容。等到整個答題大綱出來後，看著大綱分配每個爭點所需撰寫的時間，時間到了就寫下一個細項爭點，千萬不要逗留。因為考試重點在拿分數，全部爭點寫出來能拿的分數絕對大於只對一個爭議點（縱使非常完整、詳細鑽研）的分數，是吧？

不要覺得花 5 分鐘寫答題大綱很浪費時間，因為一旦你開始寫下去，很容易忽略時間，先提出大綱除了可以避免寫到一半結果忘了剛剛看題目時想到的爭點，也能避免答題雜亂無章、毫無邏輯，結果答題紙上畫了一堆箭頭要改考卷的老師循著箭頭找答案；更可以避免塗改一大篇內容所浪費的時間，或導致答題卷不夠用，又自動從字體 12 縮小為字體 8，你覺得改考卷的老師第一印象會好嗎？有耐心細細看嗎？

所以請讀者將前述我說的答題流程記住，筆者的實例題一律是由這些流程來解題，跟著我的腳步，我們才能 on the same page 地手把手學習。

行為主體（犯罪行為人）

特別刑法中固然有以法人作為處罰對象，但在中華民國刑法裡，處罰的對象只針對自然人。因此，本書所稱的「人」，除有特別註明，否則均指自然人。

壹、依「人數」來區分

一、單獨正犯（一人犯罪）

刑法分則是根據正犯的行為來規範、處罰。遇到實例題時，首先要判斷行為人的角色是正犯還是幫助犯、教唆犯。刑法總則雖然並未就單獨正犯的定義有明文規定，但透過刑法第 28 條：「二人以上共同實行犯罪之行為者，皆為正犯。」的規定可知，單獨正犯即一人犯罪，由一人親自實行構成要件者，稱之。

二、共同正犯（二人以上共同犯罪）

共同正犯係指在一個犯罪過程中，由二個以上行為人（行為主體）共同實行犯罪行為。刑事法原則上只要求行為人應為自己的犯罪行為負責，但一旦進入共同正犯後，共同正犯間必須為彼此的行為來負責，也就是把其他共同正犯的行為視為自己的行為來論罪科刑。

（一）犯意聯絡且行為分擔

討論犯罪行為是否該當，首先必須檢視主觀要件（犯意聯絡）及客觀要件（行為分擔）是否存在，即「犯罪共同說」¹。共同正犯彼此間的犯意透過相互交流而擴張，縱使最後甲只實行了前半段的犯罪行為，乙只實行後半段的犯罪行為，但經由犯罪共同說，使得甲、乙必須為對方的行為負責任。至於「行為共同說」則只檢視行為人

1 若數人在同一地點各別犯罪，因為彼此間並沒有「共同」犯罪之意，每一個人都是單獨正犯，相互間並不是共同正犯。例如甲、乙、丙湊巧在同一個時間都前往 A 醫院的病房行竊，由於相互間沒有犯意聯絡，也沒有行為分擔，就不是共同正犯，應各別論以刑法第 320 條而不是第 321 條第 1 項第 4 款。

彼此間的客觀要件（行為的分擔），不需要有犯意的聯絡²；惟此說非通說見解，本來也沒有什麼好記的，只是「行為共同說」可以用來處理過失共同正犯³。

Q & A

Q. 甲、乙謀議前往 A 家中強盜，乙於強盜過程中發現 A 妻美若天仙，遂臨時起意對 A 妻強制性交，甲、乙應如何論罪？

A. 乙強制性交行為係乙本於其個人而起的犯意，並不在與甲的共同犯意聯絡中，逾越原本謀議範圍，稱為「共同正犯之過剩行為」。我們說共同正犯之所以應對其他共同正犯之犯行負責任，係因為彼此行為間存有犯意聯絡，並應以犯意聯絡的範圍作為責任的界限。因此，對於乙逾越原有犯罪計畫，就過剩之部分（強制性交），甲並不須負共同正犯的責任⁴。

- 2 此派學說強調刑法應處罰的理由是因為行為人提升了法益的危險性，危險性是透過行為來判斷。若行為人之間有行為之分擔，並因此造成社會危險性提高，那麼不管故意、過失根本不重要，都應該為自己的行為負責。
- 3 過失同時犯（同時犯）：所謂同時犯係指單獨正犯恰好在同時間犯罪，不論是故意或過失，個別依各自行為來評價之單獨正犯。我國通說主要採犯罪共同說，最多承認到犯意聯絡的共同正犯，而對於毫無犯意聯絡、單純行為分擔的數人犯罪，並不存在共同正犯。而行為共同說可以用來解決極端的例子：例如甲、乙一起推石頭上山，知道石頭可能會滾下來，但確信此地為荒郊野外，適逢假日，一般人很少會跑到這地方，所以就算掉下來也沒有關係。然而推到一半發覺力量不夠，兩人即一起放手，石頭滾下來當場壓死丙。甲、乙雖預見石頭可能掉下來砸到人，卻確信其不會發生，係屬刑法第 14 條第 2 項之過失犯；而甲、乙係一起放手才導致犯罪結果發生，倘若否定過失共同正犯之存在，甲、乙即不能共同判斷，而僅能分別判斷，但無法判斷丙被石頭壓死與甲或乙個別的鬆手行為間的因果關係，因此無法證明丙是被甲或乙哪一個人鬆手的石頭壓死。無法積極證明行為與結果間有因果關係，僅能依訴訟法概念「罪疑為輕」，承認因果關係要素不存在而為甲、乙皆無罪之判決，丙被掉落的石頭壓死只能當作一場不幸的事件。唯有將甲、乙的行為綜合判斷才能創造因果關係（併合之因果），問題是因果關係無法作積極之證明，導致甲、乙都不須對丙死亡的結果負責，最後會違反一般人對類似情形之結果預測。然而，這種數人合力才能完成的犯罪行為，只要採併合因果關係便可以避免無罪之結論，因此並不需要承認過失共同正犯的存在。
- 4 最高法院 50 年台上字第 1060 號判例：「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為限，若他犯所實施之行為，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。」

Q 考古題

甲、乙相約夜間至丙家行竊，由甲進入丙家，乙在外把風。甲以為丙不在家，甲進入後被丙發現，雙方發生互毆，甲將丙打死後竊得丙之手機兩支，將其中一支交給乙時告知將丙殺害之事實。問甲、乙應如何論罪？

【92 律師】

【試題解析】

看到「相約」就要想到犯意聯絡。接著找題目中每個人的行為何在？是實行犯罪構成要件或僅止於幫助或教唆行為。依題旨，甲親自為侵入住宅之犯罪構成要件行為，乙雖僅有把風行為，但實務認為「把風」是屬於分擔共同正犯的犯罪行為；而甲殺人行為因為不在共同謀議範圍內，屬於共犯過剩。又甲打死人後才取得財物，是否為強盜殺人？還是人死後之侵占脫離本人持有之物？甲將財物交給乙，是不是處分贓物行為？

將爭點找出來以後，就開始擬作答大綱、分配答題時間，然後埋頭寫吧！

1. 甲成立刑法第 332 條第 1 項強盜殺人罪

(1) 甲成立加重強盜罪：

依甲最初之犯罪計畫，係刑法第 321 條第 1 項侵入丙住處行竊之加重竊盜罪，但卻在尚未著手搜刮財物行為前，即遭丙發覺，而加重竊盜必須是已經開始著手於竊盜行為才會落入該條的構成要件，所以甲的行為不會成立加重竊盜罪（刑 § 329 之準強盜罪也是相同概念，必須先有著手竊盜的行為，之後為防護贓物或脫免逮捕才能構成⁵）。

另外，甲基於傷害犯意與丙互毆，是為了貫徹取走丙財物的目的，則甲實行強暴行為達到致丙不能抗拒之程度，之後又取走丙之手機，成立強盜行為⁶。綜上，甲侵入丙住宅後，實際上並未為竊盜行為，而是實行刑法第 328 條之強盜行為，且係侵入住宅後為強盜行為，又無阻卻違法或

5 最高法院 57 年台上字第 1017 號判例：「刑法第三百二十九條所定之竊盜以強盜論，係指已著手搜取財物行為，足構成竊盜罪名，為湮滅罪證，當場施以強暴、脅迫者而言，若尚未著手於竊盜行為之實行，則根本不能成立竊盜罪名，從而其為湮滅罪證，實施強暴殺人，亦即難以準強盜殺人罪論擬。」

6 最高法院 97 年度台上字第 4206 號判決：「竊盜或搶奪行為實行中，竟另行起意，緊接以強暴、脅迫手段強取同一被害人之物者，基於上揭特別規定而舉輕以明重之法理，自應逕論以強盜罪，殊無再併論竊盜或搶奪罪之餘地。」

阻卻罪責事由，成立刑法第 330 條第 1 項之加重強盜罪（因侵入住宅行為已包含在加重強盜罪內，故不再論刑 § 306 之侵入住宅罪⁷）。

(2) 甲以強盜行為殺害丙，成立刑法第 332 條第 1 項強盜殺人罪：

甲於強盜行為之際，將丙殺害，雖然殺人行為在前、取走財物行為在後，但依其強盜行為與殺人行為在空間、時間緊密連結情況下，應認為甲以殺人手段致丙不能抗拒而取其財物，又無阻卻違法或阻卻罪責事由，仍應構成強盜殺人罪⁸。

2. 乙僅成立刑法第 321 條第 1 項第 1 款之加重竊盜罪

(1) 按刑法第 28 條：「二人以上共同實行犯罪之行為者，皆為正犯。」故共同正犯彼此間應有犯意聯絡及行為分擔。乙與甲之間有侵入住宅竊盜之犯意聯絡，且乙為分擔犯罪構成要件行為擔任把風的角色，而實務認為「把風」也屬於構成要件的一環⁹，乙亦無阻卻違法或阻卻罪責事由，故其應成立刑法第 321 條第 1 項第 1 款之加重竊盜罪（另題旨所提及之「夜間」乃民國 100 年 1 月 26 日修法前之加重竊盜要件，新法已刪除此要件）。

(2) 至於甲的強盜殺人行為，係甲本於其個人之犯意，而非基於與乙共同聯絡竊盜之犯意所為，逾越原犯罪謀議之範圍，此學理上稱為「共同正犯

7 最高法院 91 年度台上字第 6073 號判決：「侵入住宅強盜或侵入住宅強制性交，因其侵入住宅之行為，已結合於所犯加重強盜或加重強制性交之罪質中，無另論以侵入住宅罪之餘地。」最高法院 97 年度台上字第 5159 號判決（節錄）：「刑法第三百三十二條之強盜結合犯規定，其結合犯之強盜基礎犯罪，自應包括同法第三百二十八條之普通強盜、第三百二十九條之準強盜及第三百三十條之加重強盜之情形在內……上訴人於夜間侵入住宅，即為刑法第三百三十條加重強盜罪之成立要件，再與所犯強制性交結合，成立刑法第三百三十二條第二項第二款之結合犯，則其侵入住宅部分縱經合法告訴，然因已結合於加重強盜之罪質中，應無另成立刑法第三百零六條無故侵入住宅罪之餘地。」

8 最高法院 93 年度台上字第 6747 號判決：「刑法第三百三十二條第一項關於強盜殺人罪之結合犯，係結合強盜與殺人兩罪而成立之犯罪，固於行為人以殺人為實行強盜之方法，或在行劫之際故意殺人，亦即凡利用實行強盜之時機而故意殺人，兩者有所關連者，即構成此罪。」故強盜殺人罪並不以強盜行為在先或殺人行為在先為要。

9 最高法院 72 年度台上字第 3201 號判決：「刑法上所謂結夥三人以上係指有共同犯罪之故意，結為一夥而言。把風行為，在排除犯罪障礙，助成犯罪之實現，在合同意思範圍內分擔犯罪行為之一部，故亦係共同正犯而應計入結夥之內。」最高法院 103 年度台上字第 2258 號判決：「共同正犯在客觀上透過分工參與實現犯罪結果之部分或階段行為，以共同支配犯罪『是否』或『如何』實現之目的，並因其主觀上具有支配如何實現之犯罪意思而受歸責，固不以實際參與犯罪構成要件行為或參與每一階段之犯罪行為為必要。僅參與事前之計劃、謀議而未實際參與犯罪（計劃主持人、組織者），或僅參與犯罪構成要件以外之行為（把風、接應），倘足以左右其他行為人是否或如何犯罪，而對於犯罪之實現具有功能上不可或缺之重要性者，與其他參與實行犯罪構成要件行為之人，同具有功能性的犯罪支配地位，而為共同正犯。」

之過剩行為」。按共同正犯之所以應對其他共同正犯之行為負全部責任，係基於行為間存有犯意聯絡為界限，若行為超越原有之犯罪計畫，就過剩之逾越部分，乙並不須負責。

3. 結論：甲成立強盜殺人罪。乙僅成立加重竊盜罪之共同正犯（如尚有時間、餘力，可以再多寫甲將手機交給乙之處分行為乃不罰後行為，不另論罪）。

(二) 同謀共同正犯（有犯意聯絡，但無行為分擔）

所謂同謀共同正犯係指，雖未分擔犯罪構成要件一部或全部之人，如對於整個犯罪計畫具有支配地位時，如同犯罪集團中的大哥與小弟的關係，大哥具有支配的地位，但是不會實際去實行犯罪構成要件的行為，則大哥亦可成立同謀共同正犯¹⁰。但同謀共同正犯人數不計入「結夥犯」（如刑 § 321 I ④之結夥三人竊盜的加重竊盜罪）之犯罪人數中¹¹。

貳、依「行為人是否實行犯罪構成要件」區分

一、直接正犯

(一) 實行犯罪構成要件行為之正犯

嚴格來說，「把風」行為並不是刑法條文所描述的構成要件行為，

10 釋字第 109 號解釋：「以自己共同犯罪之意思，參與實施犯罪構成要件以外之行為，或以自己共同犯罪之意思，事先同謀，而由其中一部分人實施犯罪之行為者，均為共同正犯。本院院字第一九〇五號、第二〇三〇號之一、第二二〇二號前段等解釋，其旨趣尚屬一致。」

11 最高法院 76 年度第 7 次刑事庭會議決議：「刑法分則或刑法特別法中規定之結夥二人或三人以上犯罪，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。司法院大法官會議釋字第一〇九號解釋『以自己共同犯罪之意思，事先同謀，而由其中一部分之人實施犯罪之行為者，均為共同犯』之意旨，雖明示將『同謀共同正犯』與『實施共同正犯』併包括於刑法總則第二十八條之『正犯』之中，但此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。」

但是實務¹²上將實行把風行為者，視為共同正犯，擴張了共同正犯的範圍。

(二) 透過支配地位，未實行犯罪構成要件之正犯（同謀共同正犯）

犯罪支配理論認為，當行為人在犯罪過程中具有指導、支配地位（幕後主使者）時，雖然此人並未親自實行犯罪行為，也可以論以共同正犯，大法官作成釋字第 109 號解釋即承認同謀共同正犯，擴張了刑法第 28 條共同正犯概念。「同謀共同正犯」仍然必須有犯罪的意思，只不過推由他人實行。因此，在遇到犯罪行為人有數人之實例題時，應先檢驗題目所描述的各人是否親自為犯罪構成要件之行為？倘無，再檢驗有無為構成要件以外之把風行為？如果也沒有，接著再檢驗是否為同謀共同正犯？若也沒有，再看有無間接正犯或從犯，藉由這種方法來掌握行為人之犯罪地位（以上檢驗的順序不需要死背，這只是檢驗的邏輯順序）。

Q 經典試題

犯罪組織中的幫主甲要下面的堂主乙找個小弟去把 A 給殺了。乙便找了剛加入組織的丙，並交代這是入幫任務。丙入幫本只打算魚肉鄉民的小打小惡行為，這時發現竟然還要殺人，驚覺狀況不對，便向乙表示：「這一切都是誤會，我沒有那個膽，還是算了吧！」乙見狀，怕無法向甲交代，遂恫嚇甲：「莊笑維嗎？我這裡是你想來就來，想走就走的地方嗎？你不殺人，我就先殺了你。」丙認清現實，無奈下只好開車將 A 撞死，順利完成任務。則甲、乙、丙應負何罪責？

12 最高法院 72 年度台上字第 3201 號判決：「刑法上所謂結夥三人以上係指有共同犯罪之故意，結為一夥而言。把風行為，在排除犯罪障礙，助成犯罪之實現，在合同意思範圍內分擔犯罪行為之一部，故亦係共同正犯而應計入結夥之內。」最高法院 103 年度台上字第 2258 號判決：「共同正犯在客觀上透過分工參與實現犯罪結果之部分或階段行為，以共同支配犯罪『是否』或『如何』實現之目的，並因其主觀上具有支配如何實現之犯罪意思而受歸責，固不以實際參與犯罪構成要件行為或參與每一階段之犯罪行為為必要。僅參與事前之計劃、謀議而未實際參與犯罪（計劃主持人、組織者），或僅參與犯罪構成要件以外之行為（把風、接應），倘足以左右其他行為人是否或如何犯罪，而對於犯罪之實現具有功能上不可或缺之重要性者，與其他參與實行犯罪構成要件行為之人，同具有功能性的犯罪支配地位，而為共同正犯。」

【試題解析】

1. 雖然親自實施犯罪構成要件的人是丙，且甲、乙與丙彼此之間並無相互利用的關係，套不進刑法第 28 條嚴格定義下的共同正犯；但甲、乙、丙間有上下監督關係，且是單向片面的利用關係，按照目的行為支配理論（犯罪支配理論）或釋字第 109 號解釋，認為共同正犯不一定要親自實行構成要件行為，只要對於整個犯罪行為居於目的性之掌握地位、有支配可能性之地位即可。由於甲、乙自始至終都居於支配丙作不作為的地位，故兩人皆屬於同謀共同正犯。
2. 又甲、乙的行為能不能論以教唆犯罪責？首先，被教唆人丙必須是因為甲、乙的教唆行為才引起犯意（此處看似成立），但丙還要具有依自己的犯意付諸實行的充分自主權。本例中，丙並沒有完整的、充分的自主權，所以甲、乙所為已超越單純教唆犯的程度。至於有沒有成立間接正犯？間接正犯必須在被利用人無法成為刑法之犯罪主體的前提下，才有成立間接正犯的可能。但在此例，丙並非無責任能力人，其亦為要被處罰的主體，所以也沒有間接正犯的適用。
3. 儘管丙的犯罪行為情有可原，但還沒有到不予處罰的地步，丙雖然是正犯，但或許可以在罪責階層以期待可能性來減輕或免除罪責。

二、間接正犯

間接正犯的理論是藉由道具理論而來，利用人很像同謀共同正犯，都未親自實行犯罪構成要件。間接正犯與同謀共同正犯的差別在於，前者利用無責任能力人，後者則是推由有責任能力之人實行犯罪。至於間接正犯的被利用人，因為是無責任能力人，所以被利用人的行為是出於過失或是故意並不重要。

(一) 過失間接正犯

間接正犯必須是有意地利用無責任能力人來實行犯罪，所以具備犯罪的知與欲，理論上不會出現過失的利用行為。但在某些案例，因為實行犯罪行為人無法成立正犯，若堅持間接正犯一定要基於故意的利用行為恐造成無人負責的局面，所以也會承認過失的間接正犯。例如醫生疏失取錯藥品交由護士為病人注射，致病人死亡。因為護士並不具有治療的專業能力，只能聽從醫師指示，連過失都稱不上；

醫生並非親自實行注射行為之人，但他卻是在整個犯罪歷程中居於主導地位之人，這時須將間接正犯的道具理論改為犯罪支配理論來處理，忽略「有意地利用」之行為要件，只要確認間接正犯在犯罪過程中居於支配地位，論以間接正犯之責，便可規範到因過失而成立之間接正犯。

筆者的碎念時間

若案例改為醫師命護士取針劑為病人注射，護士取錯針劑致病人死亡。情況一、如是由沒有專業辨識針劑能力的護士取錯針劑，而醫師明知針劑錯放在錯誤的櫃子，導致護士取錯針劑，但刻意不告知，這就是故意地利用護士過失的行為，則醫師即非過失間接正犯，也不是教唆犯，而應論以故意間接正犯¹³。情況二、若護士有專業辨識能力，卻取錯針劑，則護士的過失行為是可歸責的，縱使醫師知悉卻未提醒護士，因為親自實行犯罪構成要件的人是可歸責，所以沒有間接正犯存在之必要，故不會以間接正犯來處罰醫師的行為，而應該以不作為犯來追究醫師的責任。

(二) 利用有責任能力人之行為

道具理論將實行犯罪構成要件之人視為一個犯罪的工具，不具備責任能力，所以限於間接正犯利用無責任能力人實行犯罪行為才能成立。至於犯罪支配理論（即行為人對於整個犯罪歷程具有目的性，有最終行為發展方向之決定權，對整個行為要如何發展居於支配地位）原本是在解決同謀共同正犯的問題；但若以犯罪支配理論來取代道具理論，便可以解決間接正犯利用有責之行為人，而行為人可能因為阻卻違法事由或行為人之意思決定達於失去自由程度而期待不可能，導致其無法成罪時的難題。

13 最高法院 28 年上字第 19 號判例：「若他人誤信其所教唆之事項為合法行為而實施之，並無犯罪故意者，則授意人係利用不知情之人以實施自己之犯罪行為，即屬間接正犯，而非教唆犯。」