

1 甲為知名網紅，曾與 A 超商店長有過衝突，懷恨在心，竟邀乙共同搶劫該超商。某日深夜，兩人依約定各自攜帶了一把外觀上無法辨識真假的金屬材質玩具槍來到 A 超商，看到門口告示寫著「晚間 10 點過後，本店現金不超過 1000 元」，乙見該告示大失所望，加上擔心會被逮，便放棄搶劫的念頭，告知甲後即離去。但甲不相信告示之內容，看到店內僅有店員丙女一人，決定留下獨自犯案。甲進入超商櫃檯後，將金屬玩具槍抵在丙的頭上，喝令其交出收銀機內所有金錢，見丙身材姣好，突生色心，料想丙此時應不敢反抗，便對丙的胸部上下其手猥褻。丙趁甲分心撫摸之際，從櫃檯下方取出棒球棍，痛擊甲的頭部，甲倒地陷入昏迷，隨後被趕來的警察送醫急救，雖受有挫傷，但無大礙。……（下略）

【112 司律（節錄）】

析 Analysis.

本題的完整解答會收錄在「紀綱的刑法分則解題書」裡，本書只單純討論乙的部分：

1. 乙是否有共同正犯脫離之適用？
2. 乙脫離後是否仍有中止未遂之適用？

答 Answer.

本題字數 1103

分數	題號	(答案請從本頁第 1 行開始書寫，並請標明題號，依序作答)
		(一)乙的刑責
		1. 乙持玩具槍到超商的行為，是否成立加重強盜未遂罪之共同正犯？
		(1)刑法(下同)第 28 條規定：「二人以上共同實行犯罪之行為者，皆為正犯。」依題示，甲、乙兩人對於搶劫超商

<p>部分，事先謀議而有共同行為之決意，且依釋字第 109 號解釋之見解，即使乙沒有進入超商，亦能論以共同正犯。</p> <p>(2) 乙在甲進入超商前，即甲著手之前，便放棄搶劫的念頭，告知甲後即離去，對於加重強盜部分，是否能適用共同正犯之脫離？</p> <p>① 實務：</p> <p>有判決認為³²，只須行為人中止其共同犯罪之意思，亦未參與犯罪行為之實行，即可脫離。但近期判決則認為³³，脫離者除須表明脫離共同正犯關係之意思，使未脫離者認清明瞭該情外，更須除去自己先前所為對於犯罪實現之影響力，切斷自己先前所創造之因果關係，始能脫離。</p> <p>② 學說：</p> <p>通說上採因果關係切斷說³⁴，認為脫離與否之判斷，所要檢視的核心在於，行為人是否已經解消其影響力而與其他人之犯罪完全切割。因此，必須切斷與其他共同正犯間之「心理因果力」以及「物理因果力」。</p> <p>③ 個人意見：</p> <p>A. 管見採因果關係切斷說，理由在於，較諸於單獨犯型態，複數行為人之間相互協力，心理上較容易受到鼓舞，在物理上實行行為亦更易於強化堅實，對於結果之發生具有較高危險性，脫離者個人如僅單獨表示撤回加工或參與，一般多認為難以除去該危險性。</p>

- 32 最高法院 95 年度台上字第 3251 號判決，此判決乃是對於著手前共同正犯脫離之見解。
- 33 最高法院 106 年度台上字第 3352 號判決，此判決為著手後共同正犯脫離之見解；最高法院 94 年度台上字第 3515 號判決，對於著手前共同正犯脫離亦有類似見解。
- 34 陳子平，刑法總論，2017 年四版，頁 683；李茂生，共犯關係之脫離，月旦法學雜誌第 21 期，1997 年 2 月，頁 89；徐育安，共同正犯之既遂、脫離與中止——最高院 96 台上 2883，台灣法學雜誌第 181 期，2011 年 8 月，頁 205；王皇玉，刑法總則，2019 年五版，頁 460。

	<p>B. 依此，甲進入超商行搶所用之工具，並非乙所提供，乙並沒有提供物理上之助力。而乙在甲著手前便放棄搶劫的念頭，告知甲後即離去，亦已切斷「心理因果力」。乙符合脫離之要件，僅須為脫離前的行為負責，因此，不成立加重強盜未遂罪。</p>
	<p>2. 乙持玩具槍到超商的行為，成立加重強盜未遂罪之預備犯</p>
	<p>(1) 乙的行為不成立加重強盜未遂罪，但乙主觀上已有犯意，且客觀上已經來到超商門口，而已經採取趨近著手階段之行為，該當預備行為。且無阻卻違法事由，具罪責，成立本罪。</p>
	<p>(2) 有學者認為³⁵，脫離與中止，分屬不同的問題範疇，在要件上也有所不同。前者所要思考的是，參與犯罪之關係結構會在何種條件之下解除；而後者則是著墨於，何種行為人可獲得刑罰上的寬免。在此概念下，本案即應討論乙在預備階段是否仍有中止未遂之適用？</p>
	<p>① 實務³⁶：</p>
	<p>依第 27 條之文義，必須是「已著手於犯罪行為之實行」才有中止未遂之適用，因此，預備階段中止犯行並無適用中止犯之規定。</p>
	<p>② 學說³⁷：</p>
	<p>通說上認為可準用或類推適用第 27 條之法律效果。</p>
	<p>③ 個人意見：</p>
	<p>與未遂階段相較，預備階段對於犯罪之完成，不僅較未遂更為遙遠，其危險性亦較低，若無法適用減免其刑之規定，顯有輕重失衡，因此，管見認為學者見解較為妥適。</p>

35 徐育安，參與犯罪之脫離與中止——以我國與德國之法制為核心，成大法學第 33 期，2017 年 6 月，頁 35-37。

36 最高法院 97 年度台上字第 1730 號判決。

37 甘添貴，刑法之重要理念，1996 年，頁 158、黃榮堅，基礎刑法學（下），2012 年四版，頁 569；同此意見，王皇玉，刑法總則，2019 年五版，頁 408。

3. 乙不成立強制猥褻罪之共同正犯

甲、乙共同行為之決意僅於搶劫超商的範圍內，強制猥褻行為乃甲進入超商後臨時起意而為，故乙對此罪名，並無共同正犯之適用，無須負責。

2 幫派老大甲某日與女友去某餐廳吃飯，在門口處與他人發生糾紛，對方人多勢眾，甲被打倒在地，女友見狀趕快在 Line 群組發「老大在某餐廳被打，趕快來救他」之訊息，乙、丙為幫派成員，兩人看到訊息後立刻一起搭車趕往該餐廳，乙下車後立刻掏槍，丙見乙手上有槍，怕事情鬧大，趁亂悄悄離開。乙與對方爭吵後，向架住老大甲的丁開槍，丁當場遭擊斃。試問乙、丙該如何論處？（25分）

【114 高考—法制（三級）】

析 Analysis.

1. 乙殺人的行為在討論正當防衛時，是否逾越必要性？
2. 丙是否能適用共同正犯之脫離？

答 Answer. 本題字數 1307

分數	題號	(答案請從本頁第 1 行開始書寫，並請標明題號，依序作答)
		(一)乙開槍射殺丁的行為，成立刑法(下同)第 271 條殺人既遂罪
		1. 客觀上乙如果沒有開槍，丁就不會發生死亡之結果，因此，兩者之間具有條件理論下之因果關係與客觀可歸責性。主觀上乙也具有殺人故意。
		2. 本案是否能適用正當防衛？
		(1)主觀上乙具有防衛意思，客觀上丁當時架住甲，確實有現在不法之侵害存在。而丁為發動不法侵害之加害人，將丁射殺也能夠排除目前面臨之侵害而符合適合性。
		(2)但手段上是否符合必要性之要求？
		①所謂必要性，是指如果有多數有效而可行的防衛手段同時存在時，應選擇損害最小之手段為之。至於各種手段的有效程度，須考慮侵害或攻擊行為之方式、輕重與危險性等因素，並參酌當時可採行的防衛手段，予以個案判斷。

<p>② 依題示，丁並非拿槍架住甲，甚至只有徒手架住甲，當時實際上存在有其他能夠不殺死丁，也能達到救甲的手段，例如射擊丁身體不會致命之部位。故乙所採取的顯然不是有效手段中損害最小者而逾越必要性。</p>
<p>③ 此外，本案亦無其他阻卻違法事由存在。</p>
<p>3. 罪責部分，乙主觀上具有防衛意思，客觀上也存有現在不法之侵害，僅手段上逾越必要性，得依第 23 條但書防衛過當減輕或免除其刑。而有學者認為³⁸，若屬有知覺的過當防衛，即行為人並不是出於恐慌驚嚇而超過了防衛之必要性，而是出於其他心理因素（如給予攻擊者教訓）而有意選擇了侵害程度較重的防衛手段，不得免除其刑，只能減輕其刑。</p>
<p>(二) 丙與乙一起前往餐廳的行為，不成立殺人罪之共同正犯</p>
<p>依題示，丙見乙手上有槍，怕事情鬧大，趁亂悄悄離開，其主觀上顯然不具有殺人故意。與乙之間就殺人罪也沒有所謂共同行為之決意，因此，不成立本罪。</p>
<p>(三) 丙與乙一起前往餐廳的行為，是否成立普通傷害罪之共同正犯？</p>
<p>1. 殺人既遂本包含普通傷害，因此，丙雖不成立殺人罪，但對於傷害部分丙與乙有共同行為之決意，依釋字第 109 號解釋之意旨，為共謀共同正犯。</p>
<p>2. 但丙在乙著手實行犯罪之前即已離去，是否能適用共同正犯之脫離？</p>
<p>(1) 實務見解：</p>
<p>① 有判決認為³⁹：</p>
<p>只須行為人中止其共同犯罪之意思，亦未參與犯罪行為之實行，即可脫離。</p>

38 林鈺雄，新刑法總則，2019年3月六版，頁260。

39 參最高法院95年度台上字第3251號判決，此判決乃是對於著手前共同正犯脫離之見解。

	<p>② 近期判決則認為⁴⁰：</p> <p>脫離者除須表明脫離共同正犯關係之意思，使未脫離者認清明瞭該情外，更須除去自己先前所為對於犯罪實現之影響力，切斷自己先前所創造之因果關係，始能脫離。</p> <p>(2) 學說：</p> <p>① 通說上採因果關係切斷說⁴¹：</p> <p>認為脫離與否之判斷所要檢視的核心在於，行為人是否已經解消其影響力而與其他人之犯罪完全切割。因此，必須切斷與其他共同正犯間之「心理因果力」以及「物理因果力」。</p> <p>② 另有學者認為⁴²，若無法脫離其犯罪型態應轉變成共犯：</p> <p>若有參與者於著手之後試圖消除其原來所提供的貢獻，但未能成功清除其犯罪貢獻，以至於無法完全脫離參與關係，當可視其除去之程度而有從正犯轉變為幫助犯或教唆犯之可能。</p> <p>(3) 個人意見：</p> <p>① 管見採因果關係切斷說，理由在於，較諸於單獨犯型態，複數行為人之間相互協力，心理上較容易受到鼓舞，在物理上實行行為亦更易於強化堅實，對於結果之發生具有較高危險性，脫離者個人如僅單獨表示撤回加功或參與，一般多認為難以除去該危險性。</p> <p>② 依此，丙只是趁亂悄悄離開，並沒有將其要脫離之意傳</p>
--	---

40 參最高法院 106 年度台上字第 3352 號判決，此判決為著手後共同正犯脫離之見解；最高法院 94 年度台上字第 3515 號判決，對於著手前共同正犯脫離之見解，亦有類似見解。

41 陳子平，刑法總論，2017 年四版，頁 683、李茂生，共犯關係之脫離，月旦法學雜誌第 21 期，1997 年 2 月，頁 89；徐育安，共同正犯之既遂、脫離與中止——最高院 96 台上 2883，台灣法學雜誌第 181 期，2011 年 8 月，頁 205；王皇玉，刑法總則，2019 年五版，頁 460。

42 徐育安，參與犯罪之脫離與中止——以我國與德國之法制為核心，成大法學第 33 期，2017 年 6 月，頁 37-38。

		遞給乙，故未切斷「心理因果力」，無法脫離。因此，
		仍成立普通傷害罪之共同正犯。而且在行為已既遂的概
		念下，亦無法適用中止犯。