

張之。

爭 12

強制型緊急避難

Ex. 幫派老大甲帶手下去乙公司討債，乙表明沒有錢付債款。甲拿出手槍指著員工丙，要丙把老闆乙手腳捆綁起來。乙被捆綁後仍然不願付錢，甲則指示丙將乙從窗戶丟出去。丙在手槍威脅下，按照甲的指示，將乙從窗戶丟出去，結果乙因而摔死。試問甲、丙如何論罪？

【案例改編題⁷⁹】

討論重點

- (一)強制型緊急避難得否依照刑法第 24 條主張緊急避難以阻卻違法？
- (二)丙在甲的威脅下，將乙從窗戶丟出去，造成乙死亡的部分，由於乙是無辜第三人，而屬於攻擊型緊急避難，丙所欲保全之利益，即丙自身的生命、身體，並沒有明顯超過所犧牲之利益（乙的生命），無法通過衡平性之檢驗，故不得主張緊急避難。但丙把乙綁起來的行為，在衡平性之檢討上，其所保全之利益是丙的生命、身體法益，所犧牲者為乙之人身自由，兩相比較應可認符合「明顯優位」的要求，此時是否能主張緊急避難？

79 改編自：王皇玉，刑法總則，2021 年 7 月七版，頁 356。

不同意見

(一)強制型緊急避難之意義⁸⁰

係指行為人客觀上處於緊急之危難情狀，而其同時亦為強制罪之被害人，行為人因遭受強暴、脅迫而處於持續性危難之中，主觀上為了救助自己、親屬或密切關係人之生命、身體、人身自由或財產，而被迫作出違法行為（例如，黑道老大威脅目睹其重傷他人犯行之證人，敢為不利指證將斷證人手腳，該證人乃作出偽證之違法行為）。

(二)能否主張緊急避難阻卻違法，不同意見如下：

1. 實務⁸¹

認為無法阻卻違法，僅能於欠缺期待可能性而符合避難過當之要件時，寬恕或減輕其罪責。

2. 學說

(1)阻卻違法說⁸²：

有見解認為，由於刑法第 24 條並未區分危險來源，故即使是強制狀態下之避難行為，只要符合利益衡量要求，亦可阻卻其違法性。依此，本案例中，丙為了保全其生命、身體法益，而以侵害乙之人身自由作為避難手段，符合利益衡量要求，得以阻卻違法。

(2)寬恕罪責說⁸³：

亦有見解認為，強制狀態下之行為，一律不得依緊急避難阻卻違法，僅能以欠缺期待可能性而寬恕罪責。

(3)折衷說⁸⁴：

另有見解認為，僅在被強制者遭受生命、身體、人身自由之重大危險，且避難手段不會造成他人生命、身體、人身自由之損害時，始有阻卻違法之可能，否則僅得減免罪責。

80 最高法院 109 年度台上字第 5037 號判決。

81 最高法院 109 年度台上字第 5037 號判決。

82 林山田，刑法通論（上），2008 年 1 月增訂十版，頁 351。

83 王皇玉，刑法總則，2021 年 7 月七版，頁 356；林鈺雄，新刑法總則，2018 年 9 月六版，頁 309。

84 薛智仁，強制性緊急避難——最高法院 109 年度台上字第 5037 號刑事判決，台灣法律人第 3 期，2021 年 9 月，頁 187。

3. 個人意見

- (1) 管見採寬恕罪責說。理由在於，如果丙的行為能成立緊急避難，則避難行為下的被害人乙所面臨者即非不法之侵害，將無從行使正當防衛，等於剝奪了乙對丙之正當防衛權⁸⁵。
- (2) 丙的行為雖不能阻卻違法，但仍得基於欠缺期待可能性而寬恕其罪責。據此，被害人不僅可以對被強制者（即間接正犯的「工具」丙）進行正當防衛，也可以對強制者（即「間接正犯」甲）進行正當防衛。

實務見解

109, 台上, 5037 決

本件應再探究《強制性的緊急危難》，係指行為人客觀上有緊急之危難情狀，而其同時也是強制罪的受害人，行為人因遭受強暴、脅迫而處於持續性的危難，主觀上為了救助自己、親屬或密切關係者生命、身體、自由或財產，而被迫作出違法行為（例如黑道老大威脅目睹其重傷他人犯行之證人，敢為不利指證將斷證人手腳，該證人乃作出偽證之違法行為）。於此情形，固然有持續性的緊急危難，且出於救助之避難意思，惟現代社會既有治安機構及司法機關，於個案之權衡，通常難認所施之違法行為符合必要性及手段相當性，而不得主張緊急危難之阻卻違法事由，但於符合避難過當之要件時，應視個案事實之罪責程度而寬恕罪責或減輕罪責。

85 王皇玉，刑法總則，2019年8月五版，頁356、357。

爭2

何謂「適格犯」（適性犯）？對於抽象危險犯是否應作限縮解釋，而將不可能發生危險的行為加以排除？

Ex. 甲放火燒燬現非供人使用之他人所有住宅，且該住宅位處於荒郊野外，附近均無住戶，甚至甲在放火前還仔細檢查後確認無人在屋內才放火，甲之行為是否仍成立刑法第174條第1項之放火罪？

【案例改編題⁷】

討論重點

個案中行爲人的行爲若是不可能對法益產生危險，是否應以適格犯的概念來調整抽象危險犯之適用？

不同意見

(一) 實務

在抽象危險犯中，就行爲人的行爲是否已對於所保護的法益造成「危險」，實務上向來認為，行爲只要符合不法構成要件所描述之事實，即屬於典型危險之行爲，無待法官就具體情節作認定，即不須證明實際上是否發生危險。因此，本案中，甲既然已完成構成要件之行爲，即成立該罪。

(二) 學說

1. 刑法處罰某個行爲的主要基礎，係在於該行爲可能對法益發生危害（危險或實害），因此一個不可能對法益產生危險的行爲，在刑法上根本不

7 改編自：王皇玉，刑法總則，2019年8月五版，頁171。

- 具備應刑罰性。若以所謂「立法擬制的危險」來認定其成立犯罪，此時行為人的罪責將等同是被虛構的，等於是讓行為人負了其不該負的責任，難脫違反「罪責原則」（責任原則）的質疑⁸。
2. 因此，有學者認為，為了避免違反具有憲法位階效力的「罪責原則」⁹，且兼顧抽象危險犯之立法目的，所有的抽象危險犯都應作合憲性與目的論之限縮，而為適格犯的理解。亦即透過加入「足生危險於保護法益之本質」這個不成文構成要件要素（即可能發生法益危險的適格、但不需要到致生保護法益具體危險的程度），讓抽象危險犯在實質上轉化成適格犯¹⁰，而排除不可能對於法益造成危險的行為¹¹。
 3. 實務目前已有適性犯之判決¹²出現，而認為
 - (1) 所謂適性犯，即行為人所為之危險行為必須該當「足以」發生侵害之適合性要件始予以處罰，亦即構成要件該當判斷上，仍應從個案情狀評價行為人之行為強度，是否在發展過程中存有侵害所欲保護客體或法益之實際可能性，至於行為是否通常會導致實害結果之危險狀態，即非所問。
 - (2) 是其評價重點在於近似抽象危險犯之行為屬性，而非具體危險犯之結果屬性。故凡有於構成要件明白表示「足以」之要件者，例如，刑法偽造文書罪之「足以生損害於公眾或他人」，即為形式適性犯之例示規定。
 - (3) 倘構成要件未予明白揭示，但個案犯罪成立在解釋上亦應合致「足以」之要件者，例如，刑法第168條偽證罪規定「於案情有重要關係之事項」，係指「該事項之有無，『足以』影響裁判之結果」而言；或同法第169條誣告罪之成立，必須行為人所虛構之事實「足使被誣告人有受刑事處罰或懲戒處分之危險者」，均屬實質適性犯。

8 林書楷，吸毒不能安全駕駛罪之危險概念，月旦法學教室第210期，2020年4月，頁43以下；王皇玉，刑法總則，2019年8月五版，頁171。

9 釋字第687號解釋、釋字第775號解釋。

10 林書楷，吸毒不能安全駕駛罪之危險概念，月旦法學教室第210期，2020年4月，頁43以下。

11 另可參考德國將之減輕其刑的立法模式。王皇玉，刑法總則，2019年8月五版，頁172。

12 最高法院110年度台上字第187號判決。

類似考題

Ex. 甲身為某公司老闆，一向把多年行賄公務員之帳簿放在公司的保險櫃裡。某日上午，甲正要從家裡出發到公司時，接獲調查局將搜索該公司之訊息，立即打電話通知秘書乙將保險櫃裡的帳簿銷毀，該秘書獲知後卻將該帳簿放入微波爐內微波，以為微波就可以加以銷毀。不久，調查局人員到達公司進行搜索時，發現該帳簿在微波爐裡依然完好無缺。事實上，在此之前，調查人員原是為了搜查該公司逃漏稅情事，而行賄之事實尚未被發現。試問甲、乙的行為應如何處斷？（甲之行賄罪部分，不予論述）

【95 司法官】

Point!

就秘書乙將帳簿在微波爐裡的行為，並不會產生證據被湮滅的危險，是否還會成立刑法第 165 條之罪？

(一)若依抽象危險犯之概念

乙既然已經完成構成要件之行為，即已成立既遂犯。

(二)若依適格犯之概念

既然行為對於法益並沒有產生任何危險，即不該當「足以」使他人刑事證據有湮滅之危險，不該當本罪。

爭 10

共同正犯之脫離？脫離後之共同正犯是否能適用中止未遂？

Ex.

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。

【112 司律（節錄）】

討論重點

- (一)共同正犯脫離之要件，不同意見為何？
- (二)成功脫離之後，是否仍有中止犯之適用？

不同意見

- (一)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？

1. 實務

(1) 有判決認為⁶⁸：

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。

(2) 近期判決則認為⁶⁹：

脫離者除須表明脫離共同正犯關係之意思，使未脫離者明確知悉該情形外，更須除去自己先前所為對於犯罪實現所造成之影響力，切斷先前所創設之因果關係，始能脫離。

2. 學說

(1) 通說上採因果關係切斷說⁷⁰：

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對犯罪之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」。

(2) 另有學者⁷¹認為，若無法脫離其犯罪型態應轉變成共犯：

若有參與者於著手之後試圖消除其原來所提供的貢獻，但未能完全消除其犯罪貢獻，以致無法完全脫離參與關係，則應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。

3. 個人意見

(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。

(2) 依此，本案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；且乙於甲著手前即已放棄犯意，並告知甲後離去，已切斷其對犯罪之心理因果力。因此乙已符合共同正犯脫離之要件。乙

68 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。

69 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。

70 陳子平，刑法總論，2017 年 9 月四版，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——最高法院 96 年台上 2883，台灣法學第 181 期，2011 年 8 月，頁 205；王皇玉，刑法總則，2019 年 8 月五版，頁 460。

71 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。

僅須就脫離前之行爲負責，亦即成立加重強盜預備罪。

(二)脫離後是否仍有中止未遂適用？

1. 脫離與中止，分屬不同的問題範疇，在構成要件上也有所不同。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，何種行爲人可獲得刑罰上的寬免⁷²。
2. 因此，即便乙已成功脫離共同正犯關係，其刑責仍須進一步討論關於預備階段中止之爭議。

類似考題

Ex.

甲、乙、丙三人相約前去一商家砸店，不料出發前，甲分別打電話給乙與丙，告知兩人他已打消此一攻擊的念頭，並好言勸告他們應該息事寧人。乙聽聞後也改變主意，刻意與丙失聯，不隨同前往；丙聞後則是不為所動，拿了甲所提供用來砸店的球棒，到該店家先將櫥窗玻璃砸毀，並隨即打傷三名店員，試問甲、乙、丙三人之行為在刑法上應如何予以評價？

【108 北大】

Point!

丙之行為成立毀損罪與傷害罪。惟傷害行為並不在當初3人的共同行為決意內，故甲、乙2人對此部分不須負責。至於毀損罪部分，則須進一步檢討甲、乙2人是否適用共同正犯之脫離？

(一)甲的部分

若依通說之因果關係切斷說，丙砸店所用的球棒是當初甲所提供，甲雖以電話勸阻，但並未將該球棒收回，意即並未能切斷其「物理因果力」，未成功脫離共同正犯關係，故仍成立毀損罪之共同正犯。

(二)乙的部分

依通說之因果關係切斷說，若欲切斷與其他共同正犯之「心理

72 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18。

因果力」，必須要明確表明脫離共同正犯關係之意思，使得未脫離者明確知悉該情形。本案中，乙並沒有將其要退出之意明確傳達給其他共同正犯，單純刻意與丙失聯而未前往現場，可能會使其他共同正犯認為其仍可能參與犯罪，而強化其他人之犯意，故未能消除其對犯罪之心理因果力。因此，乙亦未成功脫離共同正犯關係，仍成立毀損罪之共同正犯。