

刑法案例研習

(一)

黃惠婷 著



新學林出版股份有限公司

二版序

本書自九十五年八月出版後，至今剛好滿十年，期間，曾興起改版本書的計畫，卻一再延宕。九十四年一月七日立法院通過中華民國刑法暨刑法施行法部分條文修正草案，並於九十五年七月一日起施行，總計此次修正條文，刑法總則修正六十一條，修正幅度是近七十幾年來最大，加上第二冊與第三冊陸續出版後，更覺得有必要對本書進行改版。

本次改版內容原則上仍保留原案例與論述，最大不同之處是增加註腳，標示參考出處。各題除了增加內容外，也盡量蒐羅實務見解，最明顯的是另外收錄十題。後者原本是準備出版第四冊，也因為力有未逮而一直未能實現，乃將已完成的十題放進本書改版中。刑法議題永無止盡，只要人性依舊，隨著科技發展，社會問題也會推陳出新。然讀者只要能掌握刑法理論中的基本概念，其他衍生的問題只不過是「變化題」而已，這也說明了刑法考題萬變不離其宗，能靈活運用是重點，其前提是確實理解刑法的核心概念。本書介紹的學說見解與實務判決雖不盡齊全，卻是客觀的呈現，唯有本書立場與結論是主觀的。如同人生一樣，沒有正不正確的結局，而是過程精不精采，在過程中得到甚麼省思與激盪才是最重要，這是本書給讀者的提醒。最後，感謝中央警察大學八二一刑事警察學系文儒、凱文、祐瑄、逸鴻、士弘與奕全等六位同學與新學林出版社編輯群前、後的協助，本書方得以順利改版發行。

自序

看懂武功秘笈的人，不見得功夫一流；法條能倒背如流的人，也不見得是解題高手。在德國留學期間，法學院要求外國學生必須取得過五關的證明，才能提交碩士論文。前三關要求學生上完憲法、民法與刑法基本課程後，於學期結束前找授課老師口試，通過口試後，老師方出證明。第四關則要求外國學生與德國學生一樣參加專題研討，書面報告一份以及當場發表，並與大家共同討論，這四關只要膽子大、臉皮厚，大致上不會有多大困難。最具挑戰者則是第五關，這一關事實上有二項「障礙項目」，一份家庭作業以及學期考試，二項必須在同一學期通過，否則，下學期重新再來。家庭作業的實例題目在上學期結束前公布，想取得這張證明者，包括德國學生與外籍生，必須利用假期作完，新學期一開始即應繳交。學期測驗視老師而定，有提供二次機會者，也有提供三次機會者，但每次題目都只有一題實例，且可以攜帶所謂的「六法全書」進場，對於外籍生而言，德文字典更是不可或缺。由於這一關是「真槍實彈」，自覺實力不足，在第二次時才敢上場嘗試，沒有通過係意料中事，最後係在第三次時低空飛過，而這五關的經驗也在負笈求學中留下最深刻的印象。

回國任教後，發現習法學生不僅須探究深奧複雜的法律學科，也須面對解題困惑，所以，長久來一直想將個人所學形諸於文，而與讀者分享。由於德國指導教授在寫作上嚴格要求學術上的「誠實」，文章出處一定要交代清楚，造成寫書的心願囿於時間、精力

與人力限制而難以實現。這幾年來，在月旦法學教室與台灣本土法學雜誌的邀稿下，總算累積了一些份量，遂以此挹注於本書中。這本書有一半文章是已經刊載於期刊上，但部分有修正過；另一半則是將個人刊載於期刊上的論文，以實例研習型態呈現，全書並無參考文獻的出處，僅於最後臚列個人已發表的相關文章，讀者若有興趣，可進一步參閱並取得文獻出處。

本書第一部分先介紹實例解題的架構，分述一般通則以及在參考德國文獻（Otto, *Übungen im Strafrecht*, 2001）後，介紹各種犯罪型態的解題模式。刑法解題模式雖有多種，惟均不外合乎規範與邏輯推理，書中介紹的僅是其中一種。第二部分係以實例分析各種犯罪行為，由於種種限制，才學有限，本書難以將國內各種見解羅列，疏漏或錯誤之處在所難免，尚祈請讀者指正。惟本書的主要目的在於讓習法者能了解如何解題，至於答案是否「正確」，則係見仁見智，讀者儘可將其他學說或見解置入解答中的適當位置，即可豐富內容，因此，本書想提供的是釣魚技術，而非「肥魚」。又本書的設例偏向較具思考、爭議性的題目，因此，並非針對國家考試、而是讓喜歡思考刑法問題的讀者沉浸於論辯的腦力激盪中。

最後，特此申謝警大法律研究所李仲仁與鄭兆陞二位學隸的校對與編輯，以及新學林出版社編輯群的協助。

目 錄

第一部分	刑法實例的解題架構	1
第一章：通則.....		3
第二章：各種犯罪類型的解題模式.....		9
第二部分	案例分析	23
第一題：阻卻構成要件的同意.....		25
第二題：超越的因果.....		31
第三題：加重結果犯之「直接關聯性」.....		37
第四題：正當防衛之現在不法侵害.....		47
第五題：正當防衛之防衛行為.....		57
第六題：強制性的緊急避難.....		69
第七題：未遂犯之著手.....		79
第八題：原因自由行為之「著手」.....		87
第九題：間接正犯之「著手」.....		95
第十題：不純正不作為犯之「著手」.....		103
第十一題：既了未遂之中止犯.....		111
第十二題：失敗未遂.....		119
第十三題：中止犯之己意.....		127
第十四題：參與犯之中止犯.....		137

第十五題：打擊錯誤.....	147
第十六題：客體錯誤或打擊錯誤？.....	157
第十七題：客體錯誤結合打擊錯誤.....	167
第十八題：雙行為的因果歷程錯誤.....	173
第十九題：關於防衛行為必要性之錯誤.....	181
第二十題：反面容許構成要件錯誤.....	189
第二一題：直接禁止錯誤.....	199
第二二題：雙重錯誤.....	205
第二三題：共同正犯與幫助犯之區別.....	211
第二四題：正犯背後之正犯.....	223
第二五題：教唆犯之教唆行為.....	229
第二六題：虛偽教唆.....	237
第二七題：幫助行為之因果關係.....	247
第二八題：作為與不作為之區別.....	255
第二九題：保證人地位.....	265
第三十題：藏匿人犯罪之「犯人」.....	277
第三一題：頂替罪之正犯與共犯.....	285
第三二題：刑法第一七三條放火罪.....	293
第三三題：不能安全駕駛罪.....	303
第三四題：使公務員登載不實罪.....	313
第三五題：盜取遺灰罪.....	321
第三六題：賭博罪.....	329
第三七題：竊盜罪之「不法所有意圖」.....	341
第三八題：加重竊盜罪之「攜帶兇器」.....	353
第三九題：加重竊盜罪之「著手」.....	361

第四十題：竊盜或搶奪？	371
第四一題：恐嚇取財或詐欺？	379
第四二題：搶奪或詐欺	387
第四三題：強盜罪之既遂與未遂的區別	395
第四四題：強盜罪之方法—目的關聯性	403
第四五題：強盜未遂罪與搶奪既遂罪	415
第四六題：準強盜罪之「先行為」	423
第四七題：準強盜罪之「當場」	431
第四八題：強盜結合罪	439
第四九題：詐欺罪之「詐術」	449
第五十題：詐欺罪之「陷於錯誤」要件	461

第一部分

刑法實例的解題架構

第一章 通則

實例研習係法律養成教育中必要的訓練，其不同於一般的刑法基本課程，法律人除了汲取刑法的理論外，同時也應透過解例模式的演練自我檢測，測試自己對社會問題在法律上是否具備提出解決的能力，僅係被動式的上課聽講，對於法律教育的養成仍嫌不足，宜應積極地透過實例研習，讓習法者能運用刑法理論，以推演的方式解決具體案例中的社會衝突。讀者在實例推演過程中可以培養分析與邏輯推理能力，而這些特質係法律人所應具備的。初學者透過解例過程以強化認知，目的不完全是對深奧知識進一步的汲取，而係提升已具備之法學知識的水平，將學理或實務爭議於通盤理解後，應用在具體個案中。

首先，刑法案例的解題須有清晰的法律概念，讀者至少須具備刑法總則的基本知識。因為法律概念是解題過程中的焦點，故掌握法律概念的意涵與界限係從事法學者的入門；易言之，解答案例在於判斷具體事實是否符合法條所規定的事實要件。不同犯罪類型及參與方式皆有其解題技巧，這些解題技巧純屬技術性，且是輔助性的方法而已，其過程採階梯式的解題，因為這種解題方法較簡單以及能周詳地符合解題目的，不僅不會有跳躍式的思考，且不會遺漏刑法上的重要概念。

壹、案例的檢查

- 一、問題的爭點隱藏在事實案例中，答者應多次閱讀題目，先對事實通盤了解，並察覺問題的爭點所在。原則上，行為人的行為若不具刑罰性或已不再處罰者，毋庸論述，只有當不處罰的行為對他人刑事責任具有重要性時，才例外地闡述，例如行為人的行為不具刑罰性，卻有可能令他人成立間接正犯。
- 二、答者應特別注意問題的界限何在，切忌任意改變、偏離或扭曲事實，僅針對案例有提及的事實予以評價，避諱自己主動假設情況，例如案例沒有提示行為人申辯不知道法律有禁止規定時，不要自作主張回答：假設行為人不知法律有禁止規定時，成立禁止錯誤；或案例沒有敘述行為人體內酒精濃度，答者不要看到行為人有喝酒，就是刑法第19條第3項原因自由行為的問題。唯有案例事實明顯不清楚時，則依一般生活經驗作答，倘若事實依解釋具有多重意義，且不同意義得出相異的法律效果時，方分別解說。

貳、解例的準則與建議

解例應針對特定人的刑罰性開展，問題的重點在於：刑法所保護的法益是否有受侵害？誰透過何種行為侵害法益？行為實現何種構成要件？為了讓問題的爭點能客觀與邏輯地呈現出來，下列有些準則與建議供參考：

- 一、刑法係一部行為刑法，因此，行為係重心，沒有犯罪行為就沒有犯罪行為人，先檢查行為人的行為實現何種犯罪構成要件。
- 二、先針對不同的行為人加以論述刑事責任，進一步在各個行為人之下，針對其不同的行為可能觸犯的法條分別論述。
- 三、透過假設議題逐步檢驗，由行為人的行為實現何種構成要件開啟特定犯罪構成要件的檢驗，例如甲（行為人）是否成立刑法第 271 條第 1 項殺人罪？設定假設議題時應注意行為人是否以特別的方式實現，例如攜帶兇器為強盜，則論以加重構成要件。
- 四、考慮行為人係以積極作為或消極不作為實現犯罪，若係消極不作為時，應特別注意是否居於保證人地位。當行為人的積極作為不處罰或處罰比較輕時，後者如積極行為僅成立未遂犯或過失犯，應考慮積極行為後的消極不作為是否具有刑罰性？尤其，行為人因前行為違反義務而居於保證人地位的情形。
- 五、先判斷行為係出於故意或過失，過失行為只有當法條有處罰，才有討論的必要。
- 六、判斷犯罪結果是否發生或行為是否該當犯罪客觀構成要件，答案如果是否定，考慮成立未遂犯。檢驗行為是否成立未遂犯前，首先須說明可能成立未遂犯的理由，亦即說明是否因結果未發生或其他事由，導致客觀構成要件不成立，例如欠缺因果關係或客觀歸責。
- 七、二人以上參與犯罪，涉及參與犯問題。對於參與犯的類

型，先考慮共同正犯或間接正犯，再考慮教唆犯或物質幫助犯，最後則考慮精神幫助犯。回答各個參與犯的刑責時，應以核心人物先檢驗，易言之，親手實行犯罪構成要件者優先其他犯罪的參與者，例如共同正犯，親手實行犯罪者先於非親手實行犯罪者，後者如共謀共同正犯。對於間接正犯而言，被利用者先於利用者，因為從被利用者不具刑事責任可導出利用者握有犯罪支配。教唆犯與幫助犯基於共犯從屬性質，應置於主行為之後檢驗。

八、解題應針對案例的法律重點，避免無意義的闡述。行為人有數個可能觸法的行為時，以最可能成立的行為先檢驗。若有數個行為或同一行為該當不同犯罪構成要件時，檢驗順序原則上如下：重罪優先輕罪、基本構成要件優先結果加重犯、特別構成要件優先一般概括的構成要件，主行為優先與罰的前、後行為。

九、考慮特定的行為是否實現特定的犯罪構成要件時，主要目的在於檢驗案例描述的事實是否逐一符合犯罪構成要件要素，此過程稱為「涵攝」。例如刑法第 271 條殺人罪係「殺人者」，檢查的內容：行為主體是否為自然人？行為客體是否為「人」，而非「胎兒」或「屍體」？行為是否為「殺害」？

十、實例研習係在解答案例，而撰寫判決，因為後者是經證據呈堂與交互詰問後而得出的心證，故答者應先考慮何種構成要件因行為人的行為而可能受到侵犯，緊接著檢驗此構成要件是否確實受到違犯，最後得出檢驗的結論。例如案

例事實為「甲對乙開槍，造成乙死亡。」首先考慮甲是否成立刑法第 271 條第 1 項的殺人罪，再透過構成要件的涵攝，判斷行為是否符合本罪的要件，最後得出肯定的結論。

- 十一、解例時遇到各種理論（觀點）爭議時，若不同的理論得出不同的結論時，應分別論述，當不同的理論有相同結論時，只要論述較重要者，其他則簡單提及得出相同的結論。重要的是應注意實務見解，實務見解除非有特別的、獨立的理由，方與學說併立，否則，實務見解與某理論的理由與結論相同，或根本只有結論而沒有論證時，在闡述該理論之後，緊接著說明實務見解採之即可，至於判決字號非必要。
- 十二、在考場上常見答題有改進空間的情形如下：1.題目除非是申論題，否則題型是實例且問行為人刑責時，考生未以犯罪三階或二階推演，而是以論說文的格式回答，後者容易遺漏刑法重要觀念，推理的思緒常呈現跳躍，甚至不知如何針對爭點回答。2.一開頭就下定論，例如「甲成立殺人罪」或未寫出以下擬檢驗的罪名，即開始檢驗。3.先檢驗共犯，再檢驗正犯。4.作答內容是與要件該當性無關的刑事政策。5.最後常遺漏競合問題。6.無法正確寫出法條或罪名。上述問題雖不直接關係答案正確與否，但可以確定的是，邏輯推理、條理分明及重點明確的答案較受肯定，因此建議在下筆之前先做草稿，標示罪名與爭點的關鍵詞，大致理出擬解答的輪廓。

第二章 各種犯罪類型的解題模式

壹、既遂之故意作為犯

一、構成要件之該當性

前提：行為係刑法意義上的行為以及檢驗的對象是作為。

（一）客觀不法構成要件

1. 行為主體：應注意構成要件是否有特別身分與資格要求，例如公務員、直系血親尊親屬或生母等。
2. 行為客體：客體是否適格？例如殺人罪的客體係「人」，而非「胎兒」或「屍體」、竊盜罪的客體係「他人動產」，而非「無主物」。
3. 實施行為的外表特徵：包括特別的作為方式及犯罪工具，例如刑法第 321 條第 1 項各款事由。
4. 構成要件之結果發生：既遂的結果犯須有結果發生。
5. 行為與結果之間具有因果關係：對於結果犯而言，因果關係的判斷係必要的。
6. 結果之客觀歸責：對於結果犯而言，成立因果關係後，須進一步判斷結果是否客觀可歸責於行為人，實務採相當因果關係。

（二）主觀不法構成要件

1. 構成要件故意：行為人於行為時對所有客觀構成要

件特徵具有認知與意欲，行為人欠缺認知，否定故意；如果行為人認知有誤，簡言之，主觀與客觀不一致，考慮構成要件錯誤。

2. 意圖：犯罪構成要件特別要求行為人於行為時須具備特別主觀構成要件之特徵，例如竊盜罪之不法所有意圖。

二、違法性

行為違法性是一種消極性的檢驗。行為人存有阻卻違法事由，排除積極構成要件該當性的不法。

- (一) 阻卻違法事由的客觀要件：例如正當防衛的「現在不法侵害」。
- (二) 阻卻違法事由的主觀要件：例如正當防衛的「防衛意思」。

三、有責性

- (一) 罪責能力：注意是否存有刑法第 19 條第 3 項原因自由行為。
- (二) 不法意識：當行為人成立禁止錯誤或容許錯誤時，才有探討必要。
- (三) 責任故意：行為人發生容許構成要件錯誤時，才具有意義（仍有爭議）。
- (四) 欠缺寬恕或減輕罪責事由：例如沒有避難過當或防衛過當的情形。

四、解除刑罰事由或阻卻刑罰事由：例如刑法第 167 條。

五、刑罰追訴條件：例如告訴乃論罪須告訴權人提出告訴。

貳、未遂犯

一、先確定既遂的故意犯不成立

檢驗未遂犯之犯罪架構有如既遂犯一樣，以犯罪三階（構成要件該當性、違法性與罪責性）論斷，比較特殊的是，個案必須依據既遂行為的檢查模式判斷是否既遂，若結果明顯地沒有發生，則直接以未遂犯的檢查模式入手。由案例事實得出犯罪構成要件沒有完全實現，此情形可以是犯罪結果未發生或結果已發生，但不能客觀歸責於行為人，才探討未遂犯問題，判斷重點是行為人所想要達到的目的比已經達到的目的還高，代表行為人的希望落空，考慮未遂。特別注意的是，構成要件該當性若因法律原因而被否定時，例如存有阻卻構成要件的同意，則應該檢查是否成立未遂犯，例如行為人不知偷竊的客體，已經持有人同意移轉。

二、明文規定未遂犯的可罰性

在檢查未遂犯之構成要件前，須說明行為的未遂是否可罰，唯有當法條有處罰該罪的未遂行為時，以下未遂犯的構成要件檢驗方具有意義。

三、未遂犯三階式的檢查模式

上述檢驗之步驟涉及邏輯思考問題，隨後檢驗行為是否符合未遂犯之主、客觀要件。檢驗未遂犯的主、客觀構成要件與既遂犯不

同，對於未遂犯而言，應先檢驗行為人之主觀要件，理由係：未遂犯與既遂犯都具有犯罪決意，只要行為人具備實現犯罪既遂之故意即可，但客觀構成要件卻不同，未遂犯僅要求「著手於犯罪行為之實行」，著手與否又與行為人的犯罪決意有關。若不先檢驗行為之主觀要件，難以判斷行為人的行為在客觀上是否已超越（犯罪）預備階段。例如甲將乙女撲倒在地，並抱住不放，乙女驚叫，引起路人注意，甲有無刑責或負何種刑責，主觀意思具有關鍵性，如果是開玩笑，甲欠缺犯罪故意；如果是強制猥褻，甲不負刑責；如果是強制性交，則是著手為強制；如果是強盜，也是著手為強制。易言之，依行為人主觀犯意，才能進一步依各個犯罪客觀構成要件檢驗其行為是否已著手，因為著手的認定，係以行為人至此的行為是否已立即地、直接地危害法益或行為與結果的發生具有時空緊密關聯，此標準依犯罪客觀構成要件要素而定，故須先認定行為人想侵害何種法益或觸犯何種犯罪。最後，依案例提示考慮是否有中止犯之適用，前提係沒有未遂犯就沒有中止犯問題。

一、先前檢查手續：

- (一) 犯罪沒有實現：有可能係結果未發生、或欠缺因果關係、或結果不能客觀歸責於行為。
- (二) 未遂行為有處罰規定

二、緊接著以三階檢驗：

- (一) 犯罪構成要件該當性
 - 1. 犯罪決意
 - 2. 著手實行犯罪
- (二) 違法性
- (三) 罪責性
- (四) 解除刑罰事由及阻卻刑罰事由，特別是中止犯問題應在未遂犯模式下檢驗，且未遂不是失敗未遂。

1. 中止犯要件：

- 1) 判斷是未了未遂或既了未遂
- 2) 中止或防止行為，且與結果不發生具有因果關係
- 3) 出於己意

2. 準中止犯要件

- 1) 結果不發生與防止行為不具有因果關係
- 2) 盡力防止
- 3) 出於己意防止（法條雖未明文，由立法理由「誠摯努力」可得出）

(五) 刑罰追訴條件

參、共同正犯

對於親手犯而言，只有親手實行犯罪者，方能成為正犯。對於特別身分犯而言，在法理上只有具備此特別身分者，才能成為正犯，但現行法第 31 條第 1 項規定「因身分或……」，依此，無特別身分或資格者共同實施特別犯罪類型也可能成立共同正犯。

一、第一種模式：共同檢驗

（一）構成要件該當性

1. 客觀構成要件

- 1) 各個共同正犯是否實現部分的犯罪外表特徵，例如分別實行強盜罪的強暴與取財。
- 2) 行為之互相歸責
 - （1）每個共同正犯皆有實施造成結果發生，而且具有因果關係的參與行為。
 - （2）基於共同犯罪決意評價其客觀參與行為
 - （a）依犯罪支配理論：參與犯對於是否與如何犯罪握有支配
 - （b）依主觀理論：以正犯意思參與犯罪

2. 主觀構成要件

- 1) 構成要件故意：各個共同正犯皆須具備構成要件故意，其對共同行為具有知與欲。依犯罪支配理論須有犯罪支配的認知。
- 2) 特別的主觀構成要件，例如竊盜罪的不法所有

意圖。

(二) 違法性

(三) 罪責性

(四) 解除刑罰事由或阻卻刑罰事由

(五) 刑罰追訴條件

二、第二種模式：分別檢驗

(一) 先檢查對犯罪完成位居核心地位者，其檢查方式有如單獨犯，例如甲、乙基於殺人決意，由甲抱住丙，乙持刀砍殺，先檢驗乙，再檢驗甲是否成立共同正犯。

(二) 其他共同正犯

1. 構成要件該當性

1) 客觀構成要件

(1) 實現犯罪的外表特徵

(2) 互相歸責：

(a) 實行與結果具有因果關係的參與行為

(b) 基於共同犯罪決意

——各個參與者依犯罪支配理論必須握有功能犯罪支配。

——依主觀理論則是實行非從屬性的犯罪參與，且依犯罪意思及犯罪結果的利益而定。

2) 主觀構成要件：如第一種模式

2. 違法性

3. 罪責性
4. 解除刑罰事由或阻卻刑罰事由
5. 刑罰追訴條件
6. 是否具有刑法第 31 條第 1 項得減刑的情形

肆、間接正犯

一、先檢驗實施犯罪構成要件者，即犯罪直接實施者或被利用者。

二、再檢驗利用他人犯罪，即利用者。

(一) 構成要件該當性

1. 客觀構成要件：間接正犯為因果關係的參與行為及握有犯罪支配。
 - 1) 犯罪支配理論：間接正犯因犯罪實施者欠缺可罰性或有錯誤的想法等，肯定具有意思或認知支配。
 - 2) 主觀理論：具有正犯意思且依整體評價其參與。
2. 主觀構成要件
 - 1) 構成要件故意：間接正犯依犯罪支配理論須具有犯罪支配認知。
 - 2) 特別主觀構成要件

(二) 違法性

(三) 罪責性

(四) 刑罰解除事由或刑罰阻卻事由

(五) 刑罰追訴條件

伍、教唆犯與幫助犯

一、共犯採限制從屬原則

共犯的處罰須正犯存在，而正犯行為只要係一個構成要件該當且具有違法性之行為即可。

二、教唆犯與幫助犯的可罰性

正犯所侵害的法益對共犯而言，也受到法律保護，否則，刑法不處罰參與者，「他人」也不會成立共犯，例如甲趁乙急迫而無經驗，貸以顯不相當的重利，甲成立刑法第 344 條重利罪，乙不成立教唆犯或幫助犯。

(一) 共犯構成要件該當性

1. 客觀構成要件

1) 正犯已實行具違法性的行為

2) 參與行為

(1) 教唆犯：教唆他人使之實行犯罪行為

(2) 幫助犯：幫助他人實行犯罪行為

2. 主觀構成要件

1) 對於正犯的犯罪具有教唆或幫助故意

2) 具有令正犯達於既遂的故意

(二) 違法性

(三) 罪責性

(四) 解除或阻卻刑罰事由

(五) 刑罰追訴要件

(六) 是否有刑法第 31 條得減刑的情形

陸、故意不純正不作為犯

前提：行為係刑法意義上的行為，行為是不作為。

一、構成要件該當性

(一) 客觀構成要件

1. 結果已發生
2. 不為排除結果發生之客觀期待作為
3. 期待作為之事實可能
4. 保證人地位
5. 與積極行為發生結果相同
6. 不作為的因果關係
7. 結果發生可客觀歸責於不作為

(二) 主觀構成要件

1. 構成要件故意，特別是有關保證人地位的認知，否則成立構成要件錯誤。
2. 特別主觀構成要件要素

二、違法性

三、罪責性

- (一) 罪責能力
- (二) 故意罪責
- (三) 不法意識
- (四) 欠缺寬恕罪責事由

四、解除或阻卻刑罰事由

五、刑罰追訴條件

柒、過失犯

前提：行為係刑法意義上的行為，行為是作為，刑法有處罰相關的過失行為。有關過失犯的要件仍有爭議，建議不區別客觀與主觀構成要件。

一、構成要件該當性

- (一) 結果已發生
- (二) 行為
- (三) 因果關係
- (四) 結果是客觀可預見以及客觀注意義務的違反（製造法律上所不容許的風險）
- (五) 行為風險與結果間之可歸責性（風險實現）

二、違法性

三、罪責性

- (一) 罪責能力

(二) 過失罪責：結果之主觀能預見以及主觀注意義務的違反

(三) 欠缺寬恕罪責事由

(四) 不法意識

四、解除或阻卻刑罰事由

五、刑罰追訴條件

捌、不純正不作為的過失犯

前提：行為係刑法意義上的行為，行為是不作為，刑法有處罰相關的過失行為。

一、構成要件該當性

(一) 行為結果

(二) 不為排除結果發生之客觀期待作為

1. 期待作為之事實可能性
2. 保證人地位
3. 與積極行為發生結果相同

(三) 不作為的因果關係

(四) 在結果客觀可預見下的客觀注意義務違反

(五) 結果與不作為間具有客觀可歸責性

二、違法性

三、罪責性

- (一) 罪責能力
- (二) 過失罪責：在結果主觀可預見下的主觀注意義務違反
- (三) 不法意識
- (四) 欠缺寬恕罪責理由

四、解除或阻卻刑罰事由

五、刑罰追訴條件

第二部分

案例分析

第一題 阻卻構成要件的同意

甲趁人不注意時剪斷乙裝置在外的電話線，然後打手機給乙，告訴乙自己係中華電信公司的工作人員，因乙家中的電話故障，想入內修理，甲又告訴乙，可以試撥看看，乙聽從甲的建議，果然發現電話故障，於是讓甲進入屋內，甲在客廳與臥室間來回走動，假裝修理電話線，趁乙不注意時，將乙的錢包及手機放入自己的工作袋內，問：甲成立何罪？

壹、問題爭點

刑法有些犯罪構成要件係以違反被害人之意思為要件，相反地，若行為人的行為不違背被害人的意思時，可能經由其同意而不該當構成要件。對刑法第 306 條侵入住宅罪而言，若行為人在不違背權限者的意思下進入，係一種阻卻構成要件的同意？還是阻卻違法的承諾？進而有疑義的是，阻卻構成要件該當的同意應具備何種條件？若行為人以詐術取得被害人的同意，同意是否有效？

貳、案例分析

一、剪斷電話線考慮成立刑法第 354 條毀損罪？

電話線對甲而言，係刑法第 352 條與 353 條以外之他人之物，本罪行為是毀棄、損壞或致令不堪使用，行為結果是足以生損害於公眾或他人。所謂「毀棄」即毀壞滅棄，而使物之本體全部喪失其效用及價值者；稱「損壞」即損傷破壞，改變物之本體而減損其一部效用或價值者；稱「致令不堪用」係指除毀棄損壞物之本體外，以其他不損及原物形式之方法，使物之一部或全部喪失其效用者而言¹。

甲將乙的電話線剪斷，造成電話故障，係使他人之物喪失其特定目的效用，因此是一種致令不堪使用的行為，並且導致甲無法使用電話對外通訊。甲具有相關故意，違法性與罪責性皆存在，成立一般毀損罪。

二、進入乙屋內是否成立刑法第 306 條第 1 項侵入住宅罪？

本罪所要保護的法益非公共秩序，而係住居權。所謂住居權係指對住宅或建築物等享有住居權限者，可以決定何人進入或停留，以及何人不可以進入或停留的權限，因此，本罪屬於妨害自由罪的一種，而規定於妨害自由罪章中²。

行為人於客觀上必須侵入他人住宅等，所謂住宅係指一人或多人充當住宿的空間，長期或短暫住居皆可，後者如旅館。至於行為

1 臺灣高等法院 104 年度上易字第 2065 號。

2 Fischer, Strafgesetzbuch, 2013, § 123, Rn. 2.

人是否係空間的所有者，在所不問，如承租的房屋亦屬之。遊民的寄宿處、地下室或非固定的空間亦可，如露營車或帳棚，但不能僅係為了運輸目的的一般汽車³。

實務認為，侵入行為之地域空間範圍放諸多廣，限於「有人在其內生活（生活之範圍不限於居家，也包括職業、休閒等各式活動），其內並有一定設備以維持該領域之特定生活功能」，本條所稱之住宅或建築物，自應限於實際有人居住或使用之住宅或建築物而言。倘屬無人居住、使用之空屋或無人在內生活、營業使用之建築物，並無生活安寧可言，自不在本條保護之列⁴。在本案中，乙的房屋對甲而言，係他人住宅。

甲必須有侵入的行為，「侵入」要件應先於「無故」要件檢驗，因為無故係無正當理由或未經法律授權，屬於違法性要素⁵。實務則認為，無故侵入他人住宅，係指無正當理由擅入他人住宅而言；又該條之罪重在保護個人之住屋權，即個人居住之場所有不受其他人侵入、留滯其內干擾與破壞之權利，故該條第 1 項之罪係以未經同意無故進入他人住宅、建築物或附連圍繞之土地或船艙為構成要件。而所謂「無故侵入」，係指行為人無權或無正當理由，或未得住屋權人之同意，而違反住屋權人之意思，以積極作為或消極不作為之方式進入他人之住宅或建築物，至其係公然或秘密、和平抑或強行為之，均非所問⁶。

³ 參閱 Schoenke/Schroeder, Strafgesetzbuch, 2010, § 123, Rn. 4.

⁴ 臺灣高等法院 104 年度上易字第 156 號。

⁵ 林山田，刑法各罪論（上冊），2006，頁 214；甘添貴，體系刑法各論（第一卷），2001，頁 393 以下。

⁶ 臺灣高等法院 102 年度上易字第 2238 號。

本罪客觀構成要件之一是「侵入」，「入」係指以身體或至少部分身體進入他人住宅或建築物等，不以全身進入才是既遂。如果行為人未踏入他人所屬空間內，而是由外進行身體的影響，非侵「入」，例如丟東西進屋、以燈光照射屋內、透過聲音或氣味干擾室內⁷。

行為人進入住宅等必須是「侵」入，所謂「侵」係指行為人違反權限者意思，其身體逾越所保護的空間界限。問題是，行為人沒有違背權限者意思而進入時，係一種阻卻構成要件的同意或阻卻違法性的承諾？若為前者，可否有瑕疵？有論者認為，侵入係違反住居權人之意思，而擅自進入，因此，若獲得此等人之同意者，即非侵入，故此同意屬於阻卻構成要件該當性事由。只是同意須出於住居權人之任意及真意者才可，同意若出於行為人之威嚇或本身認識錯誤等，同意無效⁸。依此說，在本案中，甲先剪斷乙家電話線，藉此獲得乙的同意而進入乙屋內，再趁機竊取財物，甲雖取得乙的同意入屋，但乙係對當時事實狀況有錯誤的認識，亦即在不知電話線係甲剪斷以及甲真正的身分下而同意，故此非乙內心真正的意思，甲進入乙宅係本罪之侵入行為。但有論者認為，阻卻構成要件之同意只需同意人認識或瞭解法益在事實上的意義即可，至於其對法律上的意義是否認識，則非所問。因行為是否該當構成要件僅涉及事實問題，因此，該同意之表示是否具有瑕疵，例如因行為人施詐術而表示同意，並不影響同意之效力⁹。依此說，乙事實上已允

⁷ Fischer, Strafgesetzbuch, 2013, Rn. 15.

⁸ 甘添貴，同註5，頁390。

⁹ 黃常仁，刑法總論，2009，頁76以下。

許甲入屋，甲非侵入他人住宅。

上述關於行為人獲得居住權人之同意而進入，是否係「侵入」之爭議，較合理的見解是後者，即同意具有阻卻構成要件該當性的效力。因為本條規定「侵」入，而非「進」入，行為人若獲得居住權人之允許而進入，並非係一種侵害。屬於阻卻構成要件之同意若經詐術取得，同意是否有效？也以後說較合理，因為居住權人表達事實上的意思時，就不可能還有如阻卻違法性的承諾一樣，尚有「可推測的承諾」，亦即若為事實上的意思，則沒有推測或假設意思可言。誰要是允許他人進入其屋內，則係一種有認知的同意，即使同意係他人經由騙取得來也一樣，因為此同意並非係出於強制，故同意者的行為肯定係出於自由意思¹⁰。在本案中，雖然乙的同意係甲施詐術而表示，仍不影響同意的效力，甲並非「侵入」他人住宅，故不成立侵入住居罪。

三、取走錢包與手機可能成立刑法第 320 條第 1 項竊盜罪？

（一）他人之動產

錢包與手機對甲而言，係他人之動產。

（二）竊取

甲必須有竊取的行為，竊取係違背他人意思而中斷舊的持有關係以及建立新的持有關係。持有係指依一般生活經驗具有支配意思，且對於動產握有事實上的支配即是。只要係非出於自由意思的持有移轉即為竊取的既遂，至於持有的穩固並不影響既遂的成立與否。

¹⁰ Wessels/Hillinkamp, Strafrecht BT/1, 2006, Rn. 588.

在本案中，乙僅同意甲入屋內查看電話線，但並未同意甲可以隨意取走其他物品。當甲將錢包與手機偷偷放入自己的工作袋內，乃係主觀上利用乙不注意下，中斷乙對此財物的持有，且建立新的持有，因此財物持有之移轉並沒有徵得乙的同意，係一種完成的竊取行為。甲具有竊取他人動產的故意與不法所有意圖，違法性與罪責性皆存在。

四、甲是否成立第 339 條第 1 項詐欺罪？

詐欺罪的成立必須行為人使用詐術，而令人陷於錯誤，進而處分財產，造成財產上的損失。詐術係指與事實背離而足以影響他人認知的行為。在本案中，甲故意在外先剪斷乙家的電話線，令乙產生錯誤，而相信自家電話故障，且讓甲入宅修理，但乙僅是讓甲進屋修理電話線而已，並沒有允許甲可以拿走任何物品，因此，甲的詐術只是製造竊取成功的機會而已，甲沒有想利用此詐術令乙陷於錯誤，進而處分財產，故非詐欺。

參、結論

甲先剪斷乙的電話線，成立刑法第 354 條一般毀損罪，並以此騙取進入乙屋內的理由，由於甲事實上已經徵得乙的同意進入屋內，縱使同意有瑕疵，也不影響同意的效力，行為並非侵入。甲進而趁機違反乙意思秘密地將其錢包與手機取走，行為成立第 320 條第 1 項竊盜罪。甲先、後行為不具有補充或吸收關係，數罪併罰。

第二題 超越的因果

甲與乙因盜採砂石利益問題而結怨，某日，甲藉故邀乙餐聚，席間乙與隔桌丙吵架，甲乘機在乙的飲料中置入致死毒藥，乙飲用後，這時經丙打手機請來助陣的丁與乙理論，在乙毒性尚未發作時，丁出乎大家意料之外，拔槍對乙要害射擊，造成乙當場斃命。甲、丁刑責為何？

壹、問題爭點

行為與犯罪結果間之因果關係是成立既遂結果犯要件之一，因果關係的認定標準為何？其與刑法上客觀歸責有何關係？尤其，當結果的發生係因第三者行為介入時，究竟何種情況屬於因果關係的問題？何種情況屬於客觀歸責的問題？在本案中，乙最後係因槍傷而死，故認定丁的行為與死亡間是否具有因果關係不難。問題爭點是，甲基於殺人故意，乙喝下甲置入的致命毒藥後，丁的故意開槍行為對甲的行為是否造成影響？

貳、案例分析

一、丁的刑責

丁對乙要害開槍射殺，造成乙當場斃命，是否成立刑法第 271 條第 1 項殺人既遂罪？首先，對結果犯而言，行為必須與結果之間具有因果關係，即丁的開槍必須與死亡結果具有因果關係。判斷因果關係是否存在，依條件理論：「具有刑法意義的原因，係造成具體結果所不可想像其不存在之每個條件，若可想像其不存在，具體結果仍會發生者，即非刑法上之原因」。只是已發生的具體結果事實上與行為具有因果關係，即使稍後可能因其他條件或以其他方式造成結果也會發生時，並不影響行為與結果間因果關係的存在。實務認為，所謂因果關係，乃指行為與結果間所存在之客觀相當因果關係而言，即依經驗法則，綜合行為當時所存在之一切事實，為客觀之事後審查，認為在一般情形下，有此環境，有此行為之同一條件，均可發生同一之結果者，則該條件即為發生結果之相當條件，行為與結果間乃有因果關係。反之，若在一般情形下，有此同一之條件存在，而依客觀之觀察，認為不必皆發生此結果者，則該條件與結果並不相當，不過為偶然之事實而已，其行為與結果間自無因果關係可言¹。此為我國實務及多數學者所採取之所謂「相當因果關係理論」。事實上，因果關係所要探究者是行為與結果兩者之間，是否存有自然法則之關聯性，而相當因果關係名義上雖屬於因果理論，惟實際上應屬「歸責理論」。只是所謂「相當」，至今仍

¹ 最高法院 69 年度台上字第 2090 號。

未能提供更為具體或細緻的判斷標準，而遭啟疑²。

在本案中，固然沒有丁對乙要害開槍，乙稍後也會因毒性發作而死亡。然不應忽略的是，在具體事實中，若不是丁對乙開槍，乙也不會以這種方式死亡，且在這時刻與這種情況下結束生命。因此，甲對乙飲料置毒並不會改變乙死於槍傷的事實，丁的開槍與乙的死亡結果具有因果關係。從而對結果犯而言，判斷行為與結果間是否具有因果關係時，原則上所有假設性的因果歷程並不會影響與結果具有因果關係的條件。易言之，即使乙因槍傷送醫急救，若因醫院相關人員的怠慢疏失而延誤診治，也不會影響開槍與死亡結果間的因果關係。

至於死亡結果是否歸責於開槍原因，則是另一項歸責與否的問題。在本案中，丁開槍對乙死亡結果具有因果關係，進一步應檢驗的是：死亡結果必須能客觀歸責於丁的開槍。依客觀歸責理論，行為人必須對行為客體製造法律上所不容許的風險，且該風險在具體事件歷程中實現結果，結果才能歸責於此風險行為。在本案中，丁對乙要害開槍，乃是製造法律上所不容許的風險，而乙也死於槍傷，故肯定丁所製造的風險實現結果，乙的死亡結果客觀歸責於丁的開槍行為。於此，丁也具有殺人故意，違法性與罪責性皆存在，丁成立殺人既遂罪。

2 黃榮堅，基礎刑法學（上），2003，頁218以下。

二、甲的刑責

(一) 甲的置毒行為是否成立刑法第 271 條第 1 項殺人既遂罪？

甲在乙的酒杯中暗地置入足以致死的毒藥，乙最後死亡，甲負殺人既遂罪的前提是：下毒行為必須與乙的死亡結果具有因果關係。依條件理論，造成結果發生的各個條件均具同等價值，只要條件始終持續到結果發生時，則肯定與結果發生具有因果關係，即使中途有第三者或被害人自己的故意或過失行為介入也一樣，不會改變此條件與結果發生的因果關係。例如，假設甲對乙飲料置入致死的毒藥，乙因毒性發作造成身體不舒服而前往就醫，途中，遇見丙一群人，丙的朋友丁開槍殺害乙，雖然第三者的行為在第一個條件發生結果前介入，但乙係因毒發作造成身體不適，才會在前往就診途中遇見丁，故肯定甲行為與乙死亡結果間的因果關係仍持續中，至於甲是否應負乙的死亡結果，則屬於另一項客觀歸責問題，因此，因果關係的認定是結果歸責的前提，但並非是構成要件該當的唯一要件。

在本案中有疑義的是，甲所置入的毒藥在乙身上尚未發生作用時，丁對乙開槍射殺，並造成死亡，甲的置毒行為與乙的死亡結果是否具有因果關係呢？由於條件對結果產生的作用必須持續至結果發生，才是結果的原因，若條件與結果的因果關係為其他條件所超越或中斷，造成原先行為所製造的因果鏈無法持續產生作用時，則原先第一個條件與結果發生欠缺因果關係。其要件是：稍後針對同一結果的條件必須排除原先條件所造成的因果鏈，並獨立開啟新的

因果關係，且造成結果的發生，則稍後、新的因果鏈稱為超越的因果。實務亦採認，所謂「超越的因果關係」，係指前一條件已經發生作用，但結果尚未呈現前，另有一個不相干因素介入並超越前一條件之作用力，而獨立造成結果發生，此時僅後一條件具有因果關係³。與超越之因果不同的情形是擇一的因果（或雙重因果），後者是二個以上的原因同時造成結果的發生，而每個原因均足以造成結果發生，例如 A、B 二人不約而同分別對 C 的飲料置入劑量足已致死的毒藥，造成 C 死亡。依上述條件理論將得出：若沒有 A 或 B 的行為，具體結果也會發生，則 A 或 B 並非 C 死亡的原因，但如此推論得出不合理的結論，因此，有必要修正此公式為：在數個同時產生作用的原因中，其對結果的發生存有擇一關係時，即使可想像「擇一原因」不存在，具體結果也會發生時，每一個條件仍是結果的原因。與之不容混淆的情形是所謂「累積因果關係」，係指對於結果之發生，有二個以上條件存在，惟各別的條件若單獨存在，並不足以導致結果發生，必須等到所有的條件共同結合發生作用，始足導致結果發生的情形，亦即，其評價基礎必須有數個條件同時存在，但各別條件單獨存在時，並不足以導致結果發生方屬之⁴。例如 A、B 二人不約而同分別對 C 的飲料置入劑量不足以致死的毒藥，卻因二人加入的劑量而足以造成 C 死亡。沒有 A 置入的毒藥，B 的置毒行為不足以造成 C 死亡。反之，亦如是，因此，肯定 A 與 B 的置毒行為皆與 C 的死亡結果具有因果關係。

在本案中，甲對乙飲料下毒，在毒性尚未發作時，丁對乙開

3 臺灣高等法院 93 年度上訴字第 2742 號。

4 臺灣高等法院花蓮分院 98 年度重上更（四）字第 52 號。

槍，造成乙因槍傷死亡，雖然甲、丁的行為皆足以造成乙死亡，但並非同時造成結果的發生，故二者不成立擇一原因或累積因果關係，而是丁在甲置入死亡原因後，另外製造一個完全獨立的、新的原因，且此原因足以導致結果發生，故甲的行為為丁的行為所超越，因而中斷其對結果的影響，甲的置毒行為對乙的死亡結果不具有因果關係，甲不成立殺人既遂罪。

（二）甲是否成立殺人未遂罪？

甲的毒害行為因丁介入新的、獨立的射殺行為，造成乙死於槍傷，甲毒殺行為所形成的因果鏈為丁的開槍行為所超越，雖然對乙的死亡不負既遂刑責，但考慮成立殺人未遂罪。又刑法第 271 條第 2 項處罰殺人未遂，甲對乙的飲料置入致死的毒藥，肯定甲具有殺人的犯罪決意，也著手實行殺人罪的構成要件，違法性與罪責性皆成立，甲成立殺人未遂罪。

參、結論

甲對乙飲料置入致死毒藥，乙喝下後，在毒性發作前，置毒行為所形成的因果鏈為丁的開槍行為所超越，乙死於槍傷，甲置毒行為與乙的死亡結果不具有因果關係，甲成立殺人未遂罪，丁的開槍行為則成立殺人既遂罪。

第三題 加重結果犯之「直接關聯性」

甲持一把裝有子彈的手槍前往乙家追討賭債，由於兩人一言不合，不久即發生激烈爭吵，甲基於傷害故意以持槍的右手對乙胸部連續毆打數拳，其間，甲雖然無意扣扳機，卻在毆打乙之際不慎誤扣了扳機，子彈打中乙的胸部，造成乙送醫急救後，仍因槍傷而不治死亡。問：甲的刑責為何？

壹、問題爭點

甲基於傷害故意而毆打乙，出乎意料之外，誤扣扳機而造成乙死亡。本案的重點在於傷害罪之加重結果犯的要件為何？刑法第17條規定「能預見」的意義為何？加重結果犯是否也包括過失犯之「注意義務違反」的概念？

貳、案例分析

一、毆打行為可能成立刑第277條第1項普通傷害罪？

甲與乙在發生激烈爭吵後，對乙的胸部毆打數拳，乃是對人身體的完整性與健康狀況予以侵害，造成乙的身體健康有損害的影

響，甲對此具有故意，且不具有阻卻違法事由，罪責性也成立，成立第 277 條第 1 項普通傷害罪。

二、誤扣扳機致死可能成立刑法第 277 條第 2 項加重結果犯？

當甲毆打乙時，不慎誤扣扳機，擊發的子彈打中乙的胸部，造成乙死於槍傷，甲對乙死於自己的槍擊可能成立刑法第 277 條第 2 項。依本條項之規定，「犯前項之罪因而致人於死者」為傷害罪之加重結果犯，實務界與學界對加重結果犯之要件有不同的見解。

（一）基本罪：故意犯罪

刑法第 17 條規定「因犯罪致發生一定之結果…」，因此，加重結果犯之前提是先有「犯罪」，且因此「犯罪」導致一定結果發生。此「犯罪」理應包含故意犯與過失犯，只是現行刑法有加重結果犯之規定者，基本罪限於故意犯，如傷害罪、剝奪行動自由罪或妨害性自主罪等，尚未有過失犯結合過失結果的類型。

有爭議的是，基本罪是否應達於既遂，若僅達於未遂，是否能成立加重結果犯？現行刑法並無一致之規定，例如刑法第 226 條規定「犯第二百二十一條、第二百二十二條…」，解釋上可以包含該條之未遂犯。第 277 條傷害行為不處罰未遂，基本罪是否含未遂，即有疑義，例如行為人追趕被害人至駁坎處，被害人雖未被球棒擊中，卻因閃躲而跌落駁坎下致死。由第 17 條因「犯罪」而言，似乎限於基本罪有處罰未遂犯之情形，但事實不然，因為第 302 條剝奪行動自由罪與第 347 條擄人勒贖罪之第 2 項規定加重結果犯，第 3 項才規定處罰未遂。剝奪行動自由未遂是「犯罪」，符合第 17

條規定，然從體系安排上判斷，第2項似乎不含第3項未遂行為。現行刑法並未有加重結果未遂犯之規定，在法益周延保護考量下，加重結果犯之基本罪是否應含未遂行為，在理論與一致性要求下，有待修法整合。本案毫無疑義，甲持槍毆打乙胸部已成立普通傷害罪。

（二）加重結果：重傷或死亡

第277條第2項之加重結果可以是死亡或重傷，在本案中，甲持槍毆打乙，因不慎誤扣扳機而造成乙死於槍傷，客觀上發生死亡結果。

（三）因果關係

加重結果犯屬結果犯，故基本罪與加重結果間應具有因果關係。在本案中，依條件理論，如果沒有甲持上膛的手槍對乙毆打，就不會發生誤扣扳機的槍殺，因此，肯定乙的死亡與甲的傷害行為之間具有因果關係。實務界認為，傷害致死罪之成立，以死亡與傷害具有因果關係者為限，向採相當因果關係理論，若被害人所受傷害原不足以引起死亡之結果，係因加害者以外之他人行為（包括被害人或第三人）而致死，則與加害者之行為並無相當因果關係，亦即依經驗法則，綜合行為當時所存在之一切事實為客觀之事後審查，在一般情形下，有此環境、有此行為之同一條件均可發生同一之結果者，則該條件即有相當因果關係。因此，依事後之立場，客觀的審查行為當時之具體事實，認其行為確為發生結果之相當條件者，該行為即有原因力，至行為與行為後之條件相結合始發生結果者，應就行為時所存在之事實，客觀的加以觀察，如具有結合之必

然性，則行為與行為後所生之條件，即有相當聯絡，該行為不失為發生結果之原因¹。依此見解，甲持上膛手槍毆打的傷害行為與致死結果間肯定具有相當因果關係。

(四) 死亡結果須客觀能預見

刑法第 17 條規定「因犯罪致發生一定之結果，而有加重其刑之規定者，如行為人不能預見其發生時，不適用之。」實務界認為加重結果犯係以行為人對於加重結果之發生，在客觀上係能預見而不預見，即行為人對於基本行為所產生之犯罪結果有認識，對加重結果則無認識，惟對加重結果在客觀上以一般人能預見者為要件，如行為人對於構成犯罪之事實主觀預見其發生，本有致被害人於死之決心，或預見被害人必致死亡，而其死亡結果之發生與其本意並不違背者，則應論以故意殺人之罪²。易言之，該條之「能預見」係指有預見可能性，而且係就客觀上而言，若為主觀有預見，則係故意³。在本案中，甲以上膛之手槍毆打乙，對於因而誤扣扳機導致被害人死亡，依經驗法則在客觀上係一般人能預見的結果，由於實務界對於加重結果犯係以相當因果關係與客觀有預見可能性為要件，依此，在本案中，甲成立傷害致人於死罪。

(五) 注意義務違反

現行刑法的加重結果犯除了對基本構成要件行為必須具備故意

1 最高法院 88 年度台上字第 6076 號、97 年度台上字第 3104 號，對實務見解之評析可參閱蔡蕙芳，傷害致死罪之適用——最高法院判例與判決之評釋，台灣本土法學雜誌，第 61 期，2004/8，頁 49 以下。

2 最高法院 97 年度台上字第 3104 號、102 年度台上字第 364 號。

3 最高法院 90 年度台上字第 6092 號、91 年度台上字第 407 號、91 年度台上字第 1072 號、93 年度台上字第 260 號。

外，對加重結果之發生是否至少須有過失？亦即第 17 條之「能預見」是否也包括應注意、能注意而不注意之注意義務的違反呢？實務曾指出⁴，論加重結果犯之責任，須先審認該基本構成要件之行為，與加重結果之間，有無因果關係存在，而後始能論其對加重結果之發生能否預見，以資決定。「刑法第十七條所謂行為人不能預見其結果之發生者，係指結果之發生出於客觀上之偶然，為行為人所不能預見者而言。且法文不曰『無過失』，而曰『不能預見』，僅要求客觀的預見可能性，即具相當因果關係為必要而已，與要求行為人對結果之發生有過失者，略異其趣，亦與嚴密之過失意義有別。」

學界則主張，所謂「能預見」至少應顧及相當於過失之情節，故「能預見」與「應注意」（注意義務）需一併討論⁵，甚至有論者主張，就加重結果部分應限定行為人必須出於輕率過失。所謂輕率過失係指對於一定結果的發生，行為人有高度的預見可能性，卻未預見，輕率過失比一般過失在程度上屬於較高的過失，因行為人有高度的預見可能性而未預見，可以印證行為人對他人法益的嚴重漠視，故應科以較重的刑罰⁶。

於刑法分則中，因行為人為故意的基本行為而導致結果加重者有多種情形，其加重結果不外乎致重傷或致死，惟規定「犯……之罪，因而……」之加重結果犯可謂係一種不完全的構成要件，並以消極方式排除「不能預見」的情形。依刑法第 12 條規定「行為非

4 最高法院 97 年度台上字第 3104 號。

5 蘇俊雄，刑法總論 I，1998，頁 523 以下；蔡蕙芳，同註 1，頁 58 以下。

6 黃榮堅，犯罪的結合與競合，收錄於：刑法問題與利益思考，1995，頁 509 以下。

出於故意或過失者，不罰」，故加重結果犯之加重結果至少必須出於過失行為，亦即對加重結果也應積極檢驗是否符合過失犯之重要不法構成要件——違反客觀注意義務。實務亦有採肯定見解者，刑法之加重結果犯，係指行為人就其故意實行之基本犯罪行為，於一般客觀情況下，可能預見將發生一定之結果，然行為人卻因過失而主觀上未預見該結果之發生，即一般客觀上能夠預見其發生，行為人主觀上卻未預見結果發生之過失⁷。由第 17 條規定觀之，如「行為人不能預見其發生」，應係指行為人主觀的預見能力。然對於過失犯而言，不僅要求一般人之客觀可預見，行為人也必須具有主觀預見能力。此外，行為人不僅違反客觀注意義務，且有能力遵守注意義務卻違反，後者即為主觀注意義務之違反。

在本案中，甲故意持上膛手槍對乙胸部連毆數拳，誤扣扳機而有可能誤擊他人，於客觀上具有預見之可能性，故乙最後死於槍傷並沒有超乎一般經驗法則。又甲持上膛的手槍連毆乙胸部，此行為違反客觀注意義務，而製造了法律上所不容許的風險，並導致乙死於槍傷，因此肯定持上膛手槍毆打人已實現此行為所製造的風險，亦即傷害與死亡結果間具有風險關聯，故此結果應歸責於甲的持槍毆打行為。

（六）傷害與致死結果間具有特別的危險關聯

加重結果犯的樣態原本是一行為觸犯基本罪與過失致死或致重傷罪，二罪想像競合，從一重處罰，但刑法分則為何另外規定加重處罰？理由是，由故意犯基本罪導致加重結果所結合的不法內涵，

⁷ 最高法院 101 年度台上字第 6434 號。

明顯高於這兩種個別的犯罪類型；換言之，加重結果以故意犯為基礎，故意行為本身隱藏著致死或重傷的風險。如普通傷害罪處三年以下有期徒刑、拘役或罰金，過失致死罪處二年以下有期徒刑、拘役或罰金，而傷害致死罪卻處無期徒刑或七年以上有期徒刑，對加重結果犯科以如此重罰，若沒有正當理由，於刑事政策上實有爭議，明顯地違反罪責原則與公平原則⁸，因此，不少刑法學者主張基本罪與加重結果間應具有特別的危險關聯，以限縮加重結果犯適用之範圍。以傷害罪為例，所謂構成要件上特別的危險關聯，係指傷害與死亡結果間應具有直接關聯性或保護目的關聯性。即結果必須來自傷害的危險，而不能係其他因素所造成，因此，若死亡結果係被害人自己或第三者之獨立、危險行為所造成，不成立結果加重犯，例如遭受攻擊後，因被害人選擇具危險的行為，試圖由窗戶爬到隔壁陽台，不慎從高空墜落死亡，係一種以自我負責的方式所造成的加重結果；或第三者介入行為造成加重結果，例如遭毆打想穿越馬路逃避，卻被超速的貨車撞上，應否定上述情形之傷害行為與加重結果之間的直接關聯性⁹。在本案中，乙的死亡結果很明顯地並非因自己或第三者的行為介入所造成。問題是，甲雖實現了基本的傷害罪構成要件，但乙不是因毆傷而致死，而是誤扣扳機造成，此傷害行為與死亡結果間是否足以肯定具有直接關聯性？有以下見解：

⁸ 參閱 Roxin, Strafrecht AT I, § 10, Rn. 108ff; 黃榮堅，基礎刑法學（上），2003，頁 320 以下。

⁹ Fischer, Strafgesetzbuch, 2013, § 18, Rn. 2; Roxin, aaO., Rn. 112ff; Wessels/Hettinger, StGB Btl, 2006, Rn. 298ff; 蔡蕙芳，同註 1，頁 65 以下。

1. 否定說

一說主張，加重結果犯之特別危險、直接關聯性的標準在於，危險行為所實現的死亡結果，必須出自行為人加諸被害人的傷害方式與傷害嚴重性上，此見解稱為「致命性說」。例如行為人推擊被害人，導致被害人倒地，因外傷性顱內出血，不治死亡¹⁰。類似的主張有「危險同一性」說，認為加重結果之產生必須來自行為人因實施基本犯罪行為所製造之危險，若加重結果與基本犯罪行為產生的危險毫無關聯，不構成加重結果¹¹。依上述見解，在本案例中，乙並非死於甲毆打的行為上，而係誤扣扳機所造成，傷害與因槍傷死亡之間不具有直接關聯性，而是由其他風險所造成，甲應論以傷害罪與過失致死罪，二者想像競合。

2. 肯定說

肯定說則認為，只要基本構成要件與加重的過失結果間具有構成要件上的特別危險關聯，應肯定二者之間具有直接關聯性，而論以加重結果犯。直接關聯性係指故意傷害行為本身只要含有特別的構成要件危險，死亡結果正係這行為方式本身所具有的危險所產生，肯定傷害與致死間的直接關聯性。基本構成要件行為與加重結果是否具有直接關聯性，不能僅憑結果論斷，而應該考慮具體的傷害行為方式及受傷結果方式，亦即整個傷害實施行為所造成與伴隨的影響過程。死亡結果若因被害人或第三者行為介入所造成者，應否定二者之間直接關聯性。例外情形是，若被害人為了避免目前更嚴重的傷害，而做出不謹慎的反應，如被害人被逼到陽台，為了

¹⁰ Wessels/Hettinger, aaO., Rn. 298.

¹¹ 德國學者 Jakobs 的主張，參閱黃榮堅，同註 8，頁 502；蔡蕙芳，同註 1，頁 57。

躲避更嚴重的傷害，不得已跨越陽台想躲到隔壁陽台時，不慎摔落致死；或行為人毆打被害人，被害人送醫時，醫生沒有發現顱內的血塊，而延誤施救的診療措施，造成被害人因而致死；或在懸崖邊毆打被害人，而被害人係被擊落懸崖或因自己抵抗而失足墜崖致死者，皆不排除傷害行為具有的特別危險關聯，因此，傷害後的死亡是否由行為人、被害人或第三者的行為直接造成並不重要，重點是：行為本身所具有的構成要件危險是否實現死亡的加重結果¹²。

依肯定說，在本案中，乙的死亡不是甲毆打乙胸部所造成，而係誤扣扳機而死於槍傷，雖然甲僅係想毆打乙而已，但持上膛手槍毆打人，因為以此方式傷害，肯定具有傷害罪構成要件上的特別危險，若發生加重結果時，正是此傷害過程中的特別危險所造成，故肯定誤扣扳機與造成死亡結果間具有直接關聯性。雖然有論者認為，持槍竊盜也可能誤扣扳機而打死他人，也沒有如傷害罪之加重結果犯的重刑，為何傷害行為誤扣扳機卻要負較重的加重刑責呢？因此反對此見解¹³。惟持上膛手槍毆打人與竊取物品誤扣扳機而傷及身旁的他人，二者畢竟於基本行為所具有的構成要件上之特別危險有所不同，因為前者對於進一步加重侵害被害人之生命或身體的危險較高，傷害行為與發生加重結果間具有較緊密的時空關聯。甚至被害人施以反抗，近距離的身體接觸導致加重結果發生的可能性高，因此，立法者才會在普通傷害罪外，另規定加重結果犯，故以肯定說較合理。

¹² Wessels/Hettinger, aaO., Rn. 298ff.; Schoenke/Schroeder, Strafgesetzbuch, 2010, § 227, Rn. 3ff.

¹³ Roxin, aaO., Rn. 116.

(七) 違法性與罪責性

甲不具有阻卻違法事由。依刑法第 17 條規定，行為人必須在主觀上能預見此加重結果，在本案例中，甲以裝有子彈的手槍毆打乙的胸部，對於有可能誤觸扳機而擊中乙的結果應肯定能預見。又甲知道手槍內裝有子彈，而故意持槍毆打乙的胸部，肯定甲具有主觀注意義務之違反，甲的行為具有可非難性。

參、結論

甲同時成立傷害罪與過失致死罪，二者與傷害致死罪具有法律單數關係，論以刑法第 277 條第 2 項傷害致死罪。此外，甲非法持有槍械，同時也觸犯槍砲彈藥刀械管制條例，與傷害致死罪成立實質競合。

第四題 正當防衛之現在不法侵害

甲陪友人丙前往乙宅會面，丙與乙發生激烈爭吵，此時，乙從口袋中掏出幾可亂真且客觀上難辨真偽的玩具槍，朝正面的丙作勢開槍，站在乙背後的甲見狀迅速將乙擊倒在地，造成乙受傷。試問：甲刑責為何？

壹、問題爭點

正當防衛的要件有哪些？「現在不法侵害」的界限與範圍為何？在本案中，攻擊者持幾可亂真的假槍是否符合「侵害」意義？

貳、案例分析

甲的行為考慮成立刑法第 277 條第 1 項傷害罪？

一、構成要件該當性

傷害罪的客觀要件是傷害人的身體或健康，保護法益是身體的完整性與健康狀況，侵害方式可以經由對身體或心理影響而造成。身體傷害係指對身體所有物質上的損害影響以及任何一種痛苦的對待，行為造成嚴重的身體不適，特別是對身體有物質上的損害影

響，例如瘀腫、傷口或掉牙等。至於是否嚴重到造成被害者不適，並非依個人主觀的感受，而是以客觀的第三者立場評斷，只是個人因素也應列入考慮。健康傷害則係指造成或加深疾病現狀，其方式可以是經由感染¹。在本案中，甲擊倒乙並造成傷害，行為與結果間具有因果關係，結果也客觀歸責於甲的行為。又甲具有傷害故意，構成要件該當性成立。

二、甲是否可以主張刑法第 23 條正當防衛？

正當防衛是對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行為，是法定阻卻違法事由之一。因為是對不法侵害行防衛行為，因此，防衛行為僅限於針對法益的侵害者。若行為人為了保護自己或他人法益，而損及第三人法益，應考慮是否成立緊急避難。

（一）現在不法之侵害

行使正當防衛權者必須在客觀上存有緊急危難，亦即面臨「現在不法侵害」。在邏輯論證上，檢驗是否存有此要件，依序是「侵害」、「不法」與「現在」。

1. 侵害係指任何一種經由人類行為對法律所保護的法益造成直接的威脅。只要任何一種對自己或第三者在法律上所承認的利益受到當前不法的侵害，即可施以防衛，此法益並不以對其侵害會遭到刑事處分為限。毫無限制的是個人法益，例如生命、身體、自由、財產、名譽等。一般人格權也包含在內，例如肖像權，若他人在沒有獲得同意或基於維護優越的利益下予以拍攝，固然不是犯罪行

¹ Schoenke/Schroeder, Strafgesetzbuch, 2010, § 223, Rn. 1ff.

為，但此拍攝也是一種侵害²。至於一般行為自由權，例如在日常生活中做想做的自由，並不能視為是上述自由法益，而具有得行使正當防衛的資格，惟侵害已達到強制程度，並足以影響意思決定與意思活動時，可為正當防衛的保護對象³。又法益的侵害必須是人類行為引起，若非人類引起的緊急情況，例如動物，則考慮是否有緊急避難情形，或依民法規定而阻卻侵權行為的違法性。反之，他人挑撥動物攻擊他人，仍是來自人類行為的侵害⁴。侵害並不以具有目的性為必要，故意的、過失的或非故意也非過失的行為也可能是侵害⁵。侵害可以是經由作為或不作為引起。雖然有主張「侵害」只有經由作為才屬之，面對「不作為」，根本談不上行使正當防衛的「擊退」，因此，面臨由不作為產生的侵害，不能主張正當防衛⁶。只是依刑法第 15 條規定，如果經由不作為也可以殺人或傷害，沒有理由主張以此方式的殺害或傷害並非是「侵害」。例如鄰居看見 A 女故意任由有精神障礙的未成年人做自殘行為，在緊急情況下侵入住宅阻止，侵入住宅行為可主張正當防衛⁷。侵害是否存在，應依行為當時的客觀事實而定。若防衛者錯認有侵害時，成立誤想防衛⁸。又，考量正當防衛權係基於個人保護及法律維護兩大原則而賦予的權利，行為人 A 若知道攻擊者 B 的槍枝沒有子彈，就不能假正當防衛之名施以傷害之實。理由是，B 不知槍枝已

2 Schoenke/Schroeder, aaO., § 32, Rn. 5.

3 Samson, in: SK-StGB 1999, § 32, Rn. 17; Schoenke/Schroeder, aaO., § 32, Rn. 5.

4 林山田，刑法通論（上冊），1997，頁 204。

5 持反對見解者，黃榮堅，論正當防衛，收錄於：刑罰的極限，1999，頁 99。

6 Schoenke/Schroeder, aaO., § 32, Rn. 10.

7 Roxin, Strafrecht AT, 2006, § 15, Rn. 11; Samson, aaO., § 32, Rn. 16.

8 Samson, aaO., § 32, Rn. 15; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, AT, 2013, Rn. 330f.

無子彈，持槍威脅 A 生命，行為雖於著手時，注定不能發生犯罪之結果，但行為仍有危險，屬於有危險的不能犯，B 不能主張第 26 條，而是具有可罰性。A 針對此理由，固然可主張防衛行為是基於維護法律的利益，只是此行為並不會影響 A 個人法益，A 在 B 的槍枝無子彈下不會有危險，故欠缺保護的需要，不能主張正當防衛⁹。

在本案中，乙、丙二人發生激烈爭吵，乙於是由口袋掏出幾可亂真的玩具槍，並朝丙作勢開槍，甲為了防衛他人（丙）的權利，將乙由後擊倒。有疑義的是，乙拿玩具槍威脅丙，對丙而言是否是一種侵害？

1) 有主張侵害必須事實上存在，而且行為依事後判斷，當時並沒有以幾近確定的可能性將會造成法益損害時，就沒有所謂的侵害。因此，對持假槍者施以防衛行為是一種誤想防衛，只是行為人在誤想防衛中的行為並非出自故意。其錯誤認識若為不可避免，排除過失的刑責。依此見解，乙在行為當時根本不可能對丙有所侵害，甲的行為成立誤想防衛¹⁰。

2) 反對見解則認為，持假槍的情形與誤想防衛或可處罰的方法不能不同。在誤想防衛中，被誤為攻擊者根本沒有法益侵害的意思；方法不能的侵害者則有犯罪決意，只是不知道著手時注定不能實現犯罪結果。相反地，若有人持幾可亂真的假槍要脅他人，其目的絕非是虛晃而已，一定希望對方信以為真而心生畏懼，並令他人

⁹ Roxin, aaO., Rn. 9; Schoenke/Schroeder, aaO., § 32, Rn. 12.

¹⁰ Schoenke/Schroeder, aaO., § 32, Rn. 3; Samson, aaO., § 32, Rn. 15; 黃榮堅，同註 5，頁 88 以下。

屈服在自己的意思下，仍肯定具有犯罪決意，對方因誤認而有所忌憚，遂有所作為或不作為，行為不法與結果不法皆存在。在本案中，乙、丙二人激烈爭吵後，乙掏出槍枝且朝丙作勢開槍，假槍在客觀事實上固然不能擊發子彈，亦即對丙的生命或身體不會造成侵害，但乙持客觀上難以辨真偽的玩具槍，足以讓人誤為真槍，丙的意思決定自由與意思活動自由即受影響，乙的行為成立強制未遂罪或恐嚇個人危安罪，當然是侵害丙的自由法益¹¹。

2. 侵害必須是不法，其係指客觀上違背法秩序的行為，但不以刑事不法為限¹²。因此，對抗有阻卻違法事由者的行為，或事前合乎義務，事後證明警方判斷錯誤的逮捕行為，或警察對示威群眾的允許拍照行為等，皆非不法的行為¹³。

3. 不法侵害必須是現在，依通說「現在」係指直接來臨、正在進行或仍在持續中¹⁴。較無爭議的是，不法侵害已過去、正在進行或仍在持續中。有疑義的是，何謂「直接來臨」？

有學者以未遂犯的「著手」是「現在」的開始。依此，視侵害者行為是否造成法益侵害將直接來臨，或危害可以直接轉變成侵害而定¹⁵，因為正當防衛權係一種嚴厲的反擊，以著手概念解釋「現

¹¹ Roxin, aaO., § 15, Rn.9. 有學者亦認為，誤想防衛的情形，不能認為係侵害行為，惟若該誤認，就一般人而言亦有可能發生時，仍屬侵害行為，余振華，刑法總論，2011，頁241。

¹² Schoenke/Schroeder, aaO., § 32, Rn. 19.

¹³ Fischer, Strafgesetzbuch, 2013, § 32, Rn. 21.

¹⁴ Wessels/Beulke/Satzger, aaO., Rn. 328.

¹⁵ Schoenke/Schroeder, aaO., § 32, Rn. 14；柯耀程，正當防衛界線之認定，月旦法學雜誌，第60期，2000/5，頁87以下。

在」，才能符合維護法律的原則¹⁶。基於法治國原則要求，著手的認定也應盡可能接近正犯犯罪的實現，才不至於動搖刑罰以構成要件的完成為要件。實務判決有指出，「所謂現在，乃別於過去與將來而言，此為正當防衛行為之『時間性』要件。過去與現在，以侵害行為已否終了為準，將來與現在，則以侵害行為已否著手為斷，故若侵害已成過去，或預料有侵害而侵害行為尚屬未來，則其加害行為，自無成立正當防衛之可言¹⁷。」

質疑者提出，以未遂犯的著手認定「現在」的開始，將使防衛行為變成無意義。因為等到「著手」這一剎那，行為人才能施以防衛措施，可能已經太慢或幾乎太慢了。況且，此見解也不見得有利於攻擊者，因為在最後一剎那才施以防衛時，防衛者往往有必要比稍早可行的防衛做出較為嚴重的反擊¹⁸。是故，論者提出，現在的開始不受著手標準的限制，應該將與著手實行密接的最後預備階段視為現在侵害的範疇¹⁹。類似見解者則是「有效理論」，認為侵害的開始是以侵害行為已達於防衛者最後或最安全防衛可能性的時點²⁰，因為侵害若超越此時點，防衛者通常較難達成防衛目的，或必須承擔遭受法益損害的風險，而且此說比較能避免侵害者承擔較嚴重反擊的風險。另有以具體危險概念為基礎，要求對侵害現在性的判斷必須以更多客觀事證為基礎，只有在確定存有直接危及他人利益的具體不法行為時，潛在被害人才能行使正當防衛權，如此亦

¹⁶ Schoenke/Schroeder, aaO., § 32, Rn. 13.

¹⁷ 最高法院 100 年度台上字第 4939 號判決。

¹⁸ Roxin, aaO., § 15, Rn. 22.

¹⁹ Roxin, aaO., § 15, Rn. 24.

²⁰ Schmidhäuser, Strafrecht AT, 1975 9/94；黃榮堅，同註 5，頁 93。

可降低由無辜第三人承擔防衛後果的風險²¹。

在上述不同見解中，有效理論的「最後或最安全防衛可能性」標準較不具體，容易流於主觀判斷。以具體危險概念作為認定侵害是否為「現在」的標準，將使潛在被害人面對客觀上具抽象危險的攻擊，無法主張正當防衛，限縮防衛權的適用範圍，例如 A 看見 B 惡意地在他人嬰兒奶粉中滲入鹽巴，在制止過程中導致 B 跌倒受傷。更何況，如上所述，有危險的客體不能或方法不能的行為不能主張不罰，刑事犯罪當然是一種侵害。至於未遂犯的「著手」概念在刑法上並不陌生，此概念與未遂犯的處罰理由有密切關聯，亦即攻擊行為對法益侵害具有時空緊密關聯時，在客觀上會產生震撼印象。當攻擊行為隨時可能造成法益侵害，潛在被害人得以主張正當防衛。

如果侵害事實上已終結，則是「現在」的結束。其情形可能是失敗的侵害，或是侵害者不可能再進一步加害，侵害並非「現在」。例如公然侮辱的行為，除非侵害者仍然繼續以連珠炮方式辱罵，否則侮辱構成要件形式上完成時，實質上也已結束，侵害已不再是「現在」。在狀態犯的類型中，有可能犯罪雖已完成（既遂），但侵害在實質結束（犯罪終了）前仍屬於現在，例如小偷拿著偷來的贓物逃跑，此時竊盜罪已既遂，但贓物尚未達於安全穩固支配的狀態下，被害者採取的防衛行為與犯罪之間具有直接與普遍關聯性，肯定侵害仍處於「現在」²²；反之，竊盜行為不是當場被發覺或行為人仍遭追躡中，因欠缺防衛行為與犯罪行為的時空緊密

²¹ 薛智仁，家暴事件的正當防衛難題，中研院法學期刊，第 16 期，2015/3，頁 29。

²² Fischer, aaO., § 32, Rn. 18.

關聯，侵害已成過去。同樣地，在繼續犯的犯罪終了以前，肯定侵害的存在。至於「預防性防衛」只能考慮是否成立緊急避難，例如設置電網或自動射擊，因為設置自動防衛設備預防將來可能遭遇侵害，其嚇阻功能逾越正當防衛的界線。較合理的見解是，防衛設備是在存有不法侵害時，事實上才產生作用，此時存有現在不法侵害，可能成立正當防衛²³。有問題的是，使用此防衛設備是否符合必要性與適當性而已。

在本案中，乙、丙二人發生激烈爭吵，因乙並非是在丙可能有進一步的危險升高行為下才掏出假槍，故乙不是為正當防衛。乙拿出幾可亂真的假槍朝丙作勢開槍，在客觀上足以讓人誤以為槍枝是具殺傷力的真槍，而心生恐懼，其著手強制與恐嚇危安不僅是不法侵害，且正在進行中。

（二）防衛行為的必要性與適當性

防衛行為在客觀上必須具有必要性，所謂必要性係指防衛者選擇可及的防衛方法可以馬上且有效地排除侵害。若有多種同樣有效的方法或有取代的可能性時，防衛者有時間選擇與評估危險性時，防衛者應選擇較少損害的方法。只是防衛者對排除危險的方法有所懷疑時，原則上不應要求其使用較不具危險的防衛方式，因為不應要求防衛者擔負可能因防衛效果不佳，導致遭受可能更大的侵害風險。至於何種防衛方式較不具有危險性與適合排除危險，並且可以馬上終結危險，則依行為當時的客觀情況而定。其中，侵害的種類、侵害者的危險性，侵害的地點與時間以及當時可能施以防衛的

²³ Fischer, aaO., § 32, Rn. 20.

方法等皆應列入考慮²⁴。

防衛行為必須不過當，基於法律倫理與社會倫理，維護法律原則不應該毫無限制的擴大，因此，此適當性規範要素乃是限制正當防衛權。在特別的情形下，防衛行為是否適當應考量侵害者與防衛者的關係、保護的法益高低以及施以防衛的客觀情況等。縱使可以施以防衛行為，在適當性要求下，防衛方式要求以三階段的漸進方式為之，即先施以躲避性，繼而保護性，最後才是攻擊性的防衛，以免想要保護的法益與防衛所侵害的法益之間形成明顯的失衡，造成防衛權的濫用²⁵。

在本案中，乙使用玩具手槍，並作勢開槍，其目的是希望丙信以為真，造成丙心理恐懼而順從其意，乙在此情形下也能預見對方或第三者可能會施以防衛行為。因此，甲將乙擊倒，令乙不能繼續使用令人信以為真的手槍，乃是馬上與永久排除其對丙不法侵害的一種防衛方式，此方式在行為當時以及客觀上符合防衛行為的必要性與適當性要求。

三、防衛意思

依刑法第 23 條「對於現在不法之侵害而『出於』防衛自己或他人權利之行為」之規定，正當防衛的主觀要件是防衛者必須具有防衛意思。防衛意思係指行為人認識當時形成現在不法侵害的情況，並在必要情形下做出具體、不過當的防衛行為。即使防衛者在當時還有其他動機，例如厭惡、生氣或報復的心理，也不會影響其

²⁴ Wessels/Beulke/Satzger, aaO., Rn. 333f.

²⁵ Wessels/Beulke/Satzger, aaO., Rn. 342.

具有的防衛意思²⁶。在本案中，甲看見乙掏出幾可亂真的手槍，而想排除「手槍」所帶來的侵害或危害，故甲具有防衛意思。

參、結論

甲見乙掏出手槍，對丙作勢開槍，因為，丙的意思決定自由與行動自由會因玩具槍幾可亂真而受影響，肯定丙面臨現在不法侵害。甲將乙擊倒，導致乙受傷，防衛行為符合必要性與適當性。甲出於保護他人法益的意思，具有防衛意思，阻卻傷害行為的違法性，行為不罰。

²⁶ Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts AT, 1996, § 32. II. 2. a).

第五題 正當防衛之防衛行為

甲前往賭場聚賭，為了防身乃攜帶一支上膛之制式半自動手槍。在賭場期間，乙以甲未以現金押注為由而拒絕甲繼續參賭，甲心生不滿，拿取桌上的牌九擲向對面的乙。在旁的人見狀即圍毆甲，甲被推倒在地後，又被人架起來，正面被壓在桌上，脖子被人扣住，並被人從後抱胸，雙手被壓在前面。甲於是從腰際拔出手槍，希望藉由手中有槍能恫嚇眾人。未料，眾人開始搶槍。在搶槍的一陣混亂中，槍即擊發。事後，數位證人也作證：「甲不是拔槍即開槍，而是大家先搶槍」、「好幾聲的槍聲是間斷的，不連續的」及「在搶槍的拉扯中，就聽到槍聲，聽到槍聲時，他們仍在搶槍，拉扯中又一聲槍聲」等。甲總共射擊四發子彈，造成丁當場死亡。試問：甲的刑責為何？

壹、問題爭點

行為人面臨現在不法侵害時，得行使防衛行為，防衛行為的界限何在？當行為人有挑撥行為在先，方導致自己陷於現在不法侵害時，防衛行為是否應限制？在挑撥行為下的防衛行為又應如何行使才適當？

貳、案例分析

甲是否成立刑法第 271 條第 1 項殺人罪？

一、構成要件該當性

甲擊發子彈，造成丁死亡，二者之間具有因果關係與客觀歸責。甲開槍之際雖然沒有朝特定人開槍，但當時周圍皆是聚賭者與賭場之人。甲對於射中其中一人，並可能造成死亡應有所預見，甲聽任此結果發生，至少具有殺人之未必故意。

二、甲是否成立刑法第 23 條正當防衛？

(一) 甲必須處於緊急情況，即處於現在不法之侵害

1. 侵害是指任何一種人類行為造成法律所要保護的法益受到直接的威脅，且必須係「現在」。在本案中，實務認為，眾人搶槍是為了防止甲殺人，此時即未續予毆打，不法侵害顯已停止¹。只是甲先被眾人圍毆倒地，隨後又被人壓在桌邊，並勒住脖子不能抵抗，此時甲的行動自由明顯遭受剝奪，故應肯定侵害仍然存在，而且是正在進行中。

2. 侵害必須是不法。不法侵害是指對他人施於自己身上的侵害沒有忍受義務，或他人的行為違背法秩序。惟此二項要件的存在必須是他人的侵害沒有阻卻違法事由²。在本案中，乙、丙等人之所

1 臺灣高等法院 89 年度上更(一)字第 53 號。

2 在正當防衛情形中，大多是彼此之間有升高的衝突反應。只是不能因為你來我往的互相攻擊中，即認定互毆事件中的雙方皆是報復的攻擊行為，而否認正當防衛的可能性。否則，立法者不會明文規定聚眾鬥毆罪中參與者必須「非出於正當防衛之人」。因此，在整個鬥毆事件中，若有多人參與，論及其刑責時，應以嚴謹的歷史觀點重建

以圍毆甲，是因乙以甲未以現金押注為由而拒絕甲繼續參賭，甲心生不滿，遂拿牌九擲向對方。甲的舉動尚不至於成立傷害罪，即使在個案中依行為人的年齡、教育程度、職業、與被害人的關係、行為地之地方語言或用詞習慣，被擲中者認為有受侮辱之情事，但除非甲繼續侮辱，否則侮辱行為已過去，乙、丙等人不能主張正當防衛。即使乙、丙等人雖可考慮刑事訴訟法第 88 條現行犯之逮捕，但對現行犯的逮捕目的只限於避免逃脫，法律並沒有允許逮捕人可以對現行犯在非必要範圍內，施以身體危害或傷害的權限，反而要求手段應符合比例關係。今乙、丙等人先推倒甲在地且加以圍毆，再架起來將他壓在桌邊，並扣住脖子的強制行為乃是違法，甲處於現在不法侵害中。)

(二) 甲的開槍行為是否合乎必要性與適當性？

1. 必要性

法條雖沒有明定防衛行為之必要性，但實務界³與學界⁴皆承認必要性是防衛行為的要件。必要的防衛行為是指任何一種適合排除不法侵害的防衛手段，若有數個有效可行的防衛方式時，防衛者應考量採用最輕微損害的防衛方法，只是毋庸冒著因不足的防衛行為

事件的發生經過，通常攻擊者的刑責應先於反應者刑責檢驗。探討其中一人的刑責時，尤其是當對手被打死時，整個事件應以此開始展開倒帶式的探討，並交替、漸進地檢驗何者攻擊是符合阻卻違法事由的要件。因為若有一方的行為符合阻卻違法事由，則對方有忍受的義務，有忍受義務者此時若施以攻擊，反而是不法侵害。

³ 最高法院 88 年度台上字第 1844 號；最高法院 89 年度台上字第 928 號。

⁴ 黃常仁，刑法總論（上），2009，頁 55 以下；林山田，刑法通論（上冊），2005，頁 312；蘇俊雄，刑法總論，1998，頁 194；黃榮堅，論正當防衛，收錄於：刑罰的極限，1999，頁 100；柯耀程，正當防衛界線之認定，月旦法學雜誌，第 60 期，2000/5，頁 91。

而有損及權益的風險⁵。所謂適合排除侵害的防衛行為是在客觀上有效，且期待可以排除侵害的方法，例如行為人遭人圍毆，卻拿石頭砸侵害者的車窗，其「防衛」行為並不適合排除侵害行為，充其量只是一種報復性的侵害⁶。最輕微的損害必須是行為時，在客觀事實上防衛者有選擇可能，惟不能因受侵害者當時可以採取逃跑或閃躲方式，而否定已採的防衛方式之必要性⁷。因為刑法第 23 條允許對危害排除採取必要的防衛行為，但逃跑並非是防衛。否則，若來得及在侵害前逃跑，而要求被侵害者理應逃避，則是讓無理取鬧者可以任意到處驅趕他人，以建立自己的勢力範圍，如此見解反而有違正當防衛之維護法律的原則。由於正當防衛原則上不考慮利益衡平原則⁸，故遇到不法侵害時，即使對方未攜帶任何凶器時，而受侵害者對其他防衛方式的有效性有所懷疑時，並不要求其應採較不具有危險性的防衛行為，反而允許使用非法的槍枝。只是使用可能致命的槍枝應有一定的步驟，若在時空上不具有急迫性，又不懷疑使用方式的有效性時，防衛者應先警告，尤其侵害者不知防衛者準備使用槍枝，以及侵害者未攜帶任何凶器的情形下，更有必要警告。其次，應試著令侵害者不再具有攻擊能力，最後才允許使用致

5 林山田，刑法通論（上冊），頁 210、213。

6 Schoenke/Schroeder, Strafgesetzbuch, 2010, § 32, Rn. 35；黃榮堅，論正當防衛，收錄於：刑罰的極限，1999，頁 99。

7 實務曾指出，被告先遭他人圍毆，遂拿起桌上水果刀嚇阻侵害者，其中有人逃跑，但有一人卻不肯罷休，又衝上前時，反而被門絆倒，此時被告以刀刺進其左肩一刀。最高法院認為，此時衝上前的侵害者僅有一人，且未帶任何凶器，被告理應採取閃避或其他除刺傷以外得以排除的方式加以反擊。臺灣高等法院 90 年度上訴字 232 號。

8 Roxin, Strafrecht, AT Band I, 2006, § 15, Rn. 47；林山田，刑法通論（上冊），2005，頁 313 以下；蘇俊雄，刑法總論，1998，頁 195 以下。

命的一擊⁹。

又防衛行為的必要性不以防衛結果為判斷標準，而應就防衛行為本身予以評價，亦即在本案中，不應以甲開槍造成一人死亡而論斷開槍行為的必要性。在具體的情形中，防衛行為雖有可能製造進一步的損害風險，風險也實現，只是結果非防衛者當初所願時，即使風險實現的結果對行為時危害的排除不具必要性，也不會影響先前所採取的防衛行為之必要性¹⁰。至於防衛者是否有過失行為？例如開槍示警，卻擊中要害，此時應視結果是否為防衛者所願而定，又結果若難以避免，造成結果不能歸責於防衛者的行為時，不應否定開槍行為的必要性，也不成立過失犯。

在本案中，甲處於現在不法侵害中，來不及請求公權力介入支援，在被乙、丙等眾人圍毆後，又被壓在桌邊，脖子也被人扣住，事後以一位理性的第三者判斷當時的客觀情形，甲有可能受到比強制行為進一步的侵害。即使事實上並非如此時，而行為人認為會受到更大侵害的想法也是在一般可理解的範圍內，即甲在當時若有此想法，乃是在客觀上有不可避免的錯誤。在錯誤係不可避免的情形下，只要防衛行為符合必要性，因誤解所採取的防衛行為所造成的後果理應由侵害者承擔¹¹。甲的雙手被壓在前面，使用槍枝乃是當時唯一有效、且能立即排除眾人不法強制的方法。只是眾人見槍不僅不放手，反而驅前搶槍，而此情形只會升高甲的緊急情況。基於時空上的急迫性及面對眾人的搶槍，甲不再可能先口頭警告將使用

9 黃惠婷，正當防衛之現在不法侵害，台灣本土法學雜誌，第23期，2001/6，頁140以下。

10 Schoenke/Schroeder, aaO., § 32, Rn. 38.

11 Roxin, aaO., § 15, Rn. 45.

槍枝，且由於被反制及扣住脖子，在行為受侷限下，期待甲應特別考量不要對要害部位開槍或有困難。

又在判斷使用槍枝是否具有必要性時，防衛者開槍的次數也是重點，此時應判斷有意識的開數槍是否為當時必要及最後的手段。如果一槍足以排除當時危害，其餘的開槍因不具有必要性而成立防衛過當¹²。在本案例中，甲總共開了四槍，實務界認為甲若未有開槍意圖，豈有做此可隨時發射子彈的危險動作，且擊出四發子彈，因而造成他人死亡¹³。惟甲擊發子彈並非在拔出手槍時即開槍，而是眾人先搶槍，在搶槍拉扯之中，甲擊發子彈。甲開了一槍後，眾人繼續搶槍，甲於是又開槍，由間斷性的開槍情形可見甲開四槍乃係陷於侵害節節升高的現況下，其間斷性的開槍行為並沒有逾越防衛行為的必要性。

2. 適當性

通說基於正當防衛的二大原則——維護法律秩序與保障個人權利，認為正當防衛在特別情形下應有所限制，甚至認為此限制是「正當防衛」概念的重要發展¹⁴。固然此限制有可能擴大防衛者的刑罰範圍，但因為防衛權的限制源自於正當防衛的意義與目的，並沒有超越其文義範圍，因此不違背罪刑法定原則¹⁵。行使防衛權者若疏於防衛權的限制，防衛行為雖然符合必要性，卻欠缺適當性，

¹² Schoenke/Schroeder, aaO., § 32, Rn. 37.

¹³ 臺灣高等法院 89 年度上更（一）字第 53 號。

¹⁴ Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, 1996, S. 344; Schoenke/Schroeder, aaO., § 32, Rn. 43; Roxin, aaO., § 15, Rn. 55f.; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 2013, Rn. 342ff.

¹⁵ Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts AT, 1996, S. 344, 323; Schoenke/Schroeder, aaO., § 32, Rn. 43; Roxin, aaO., § 15, Rn. 56.

仍無法主張正當防衛。必要性與適當性的意義雖然可能部分重疊，但畢竟是不同義。防衛行為是否具備適當性，依規範與社會倫理判斷，必要性則依當時的客觀事實衡量¹⁶。只是防衛行為若逾越必要性或適當性，則考慮是否成立防衛過當。限制防衛權的情形可以是防衛的法益與受侵害的法益不成比例關係、親密關係之間的衝突、侵害源自於欠缺或減輕罪責者以及挑唆的防衛¹⁷。在挑唆防衛的情形中，若受侵害者有挑撥行為在先，稍後應有限制地或完全排除正當防衛之行使。

1) 意圖挑撥

係指防衛者先有意挑撥他人侵害行為，然後製造並利用緊急防衛情況來掩飾、且正當化其攻擊行為，於此，學術上有不同的見解。部分學者不完全否定防衛權，因為挑撥者若可能遭受重大危險時，法律也不會在他走投無路時，仍要求在沒有反擊下犧牲身體或生命，或挑撥者應該忍受被挑撥者嚴厲的「處罰」¹⁸。相反地，有學者否定得主張正當防衛，理由是意圖挑撥者事實上才是真正的攻擊者，因此係濫用權利¹⁹；或認為惡意挑撥者欠缺防衛意思，因為他正是想以正當防衛掩飾其攻擊行為²⁰。

2) 非意圖挑撥

較具有實際意義的是，對於造成緊急情況並非出於惡意者，只

¹⁶ Wessels/Beulke/Satzger, aaO., Rn. 342.

¹⁷ 林山田，刑法通論（上冊），2005，頁315以下。

¹⁸ Jescheck/Weigend, aaO., S. 346f; Schoenke/Schroeder, aaO., § 32, Rn. 56f; 陳俊榕，論「挑唆防衛」（Provocation for Self-defense），國立中正大學法學集刊，第39期，2013/4，頁20。

¹⁹ Wessels/Beulke/Satzger, aaO., Rn. 346f.

²⁰ Fischer, Strafgesetzbuch, 2013, § 32, Rn. 42.

是緊急情況仍可歸咎於其先前的挑撥行為。學界對此一致肯定挑撥者不完全喪失防衛權，因為造成被挑撥者的攻擊並非是他原來的行為目的，只是比起沒有挑撥行為，此時的防衛行為對於維護法律利益應予以減低²¹。至於何謂「非惡意的挑撥行為」？有主張不限於違法行為，只要是社會倫理可譴責的前行為即可，當然符合社會性的行為還不至於是挑撥行為²²，例如拒絕對好面子的大哥敬酒²³。但有認為，防衛權應受到限制的前行為不只是社會倫理非難的行為，而應是違法的前行為，因為法律既然不禁止行為人的前行為，即使是社會所該譴責，對方在法律上仍有忍受的義務，若允許其採取任何行動，也只能以其人之道還治其人，受挑撥者假使進一步以違法行為反擊，則先挑撥者應享有完全的防衛權，前行為除了具備違法性外，還必須與攻擊行為具有緊密的時間關係與因果關聯²⁴。

在非意圖挑撥的情形中，由於具有較低的法律維護利益，防衛者的防衛行為應有所限制，才符合適當性。在學術上有所謂的「三階段理論」，防衛者首先應盡可能採取閃避行為；其次，盡可能採取保護性的防衛行為，例如以手或其他可資利用的物品阻擋對方的攻擊，在無計可施之下，最後才能採取攻擊性行為。因此，唯有防衛者在無法閃躲，或使用較不具危險性的武器抵禦後，此時所採的激烈防禦行為才不至於濫用權利，而在違法的挑撥行為中，挑撥的行為愈具有嚴重的不法，則防衛行為也應嚴格受限²⁵。

21 Roxin, aaO., § 15, Rn. 69; Jescheck/Weigend, aaO., S. 347.

22 Wessels/Beulke/Satzger, aaO., Rn. 348.

23 黃榮堅，論正當防衛，收錄於：刑罰的極限，1999，頁112以下。

24 Roxin, aaO., § 15, Rn. 73; Schoenke/Schroeder, aaO., § 32, Rn. 59.

25 Roxin, aaO., § 15, Rn. 70; Schoenke/Schroeder, aaO., § 32, Rn. 50ff.

有別於上述兩種類型的是「防禦挑唆」，其係防衛人在與侵害人發生衝突後，防衛人預料以後有可能還會與侵害人再度發生衝突，防衛人在可能選擇其他較輕微的防衛方式下，仍決定攜帶高危險的武器，例如手槍，以備再度發生衝突時，能夠在正當防衛下給予侵害人致命的一擊²⁶。因為防衛人有預見防衛情狀的發生可能性；另一方面對於損害結果的可能與有責任，故「防禦挑唆」被歸納於挑撥防衛中，然學界對其評價仍意見分歧。有主張不應限制防衛人的正當防衛權利，因為法規範本來就應該肯定防衛人為了維護個人及法秩序利益，擁有全面性的正當防衛權利。反之，有認為，當防衛人是出於蓄意傷害侵害人之目的時，則處理方式應同於通說對於意圖挑唆的評價，亦即完全否定防衛人的正當防衛權利。折衷說主張應視情況而定，當防衛人的防禦準備符合社會倫理時，不應限制防衛行為的實施。但當防衛人的高度武裝帶有擴大的損害危險時，則應依社會倫理的衡量而限制其防衛行為。另有不同見解是，每個人本來就會估量平時如何保護自己的利益，既然法律賦予保護自己完整利益的權利，重點不在於保護或防衛措施是否帶有危險。在防禦挑唆的情形中，防衛的措施是他人主動挑撥製造，防衛人為了捍衛自身的生命、身體利益，行為並未違反社會倫理，而是符合正當防衛的立法目的。判斷標準在於，防衛人面臨現在不法侵害時，是否基於防衛意思而施以的防衛行為具有必要性與適當性²⁷。

在本案中，甲先以牌九擲向對方才導致乙、丙等人圍毆，朝人

²⁶ Fischer, aaO., § 32, Rn. 43.

²⁷ 參閱陳俊格，論「挑唆防衛」（Provocation for Self-defense），國立中正大學法學集刊，第39期，2013/4，頁28以下。

丟擲牌九並非是符合社會性的行為。但甲自始並沒有藉此行為令自己陷於緊急情況，再利用正當防衛行為以攻擊對方的意圖，故甲的丟擲行為是非惡意的挑撥行為。乙、丙等人在丟擲行為後立即圍毆甲，甲沒有忍受眾人圍毆的義務，且甲也非在遭圍毆時立即拔槍，而是被架在桌上等強制行為時，無法斷定乙、丙等眾人是否有進一步的侵害行為，並且甲在眾人搶槍時才開槍，因為槍枝若被搶走，極有可能受到更嚴厲的教訓，故即使自己有挑撥行為在先，此時既然無法逃脫，也不可能使用較不具有危險性的防衛方式，處於如此嚴峻的威脅下應允許使用可能致命的槍枝，而其槍枝的使用亦非連續開槍，目的在於威嚇擊退眾人，因此，甲的開槍符合防衛行為的適當性。

3. 防衛意思

甲必須有防衛意思。在本案中，實務界認為眾人在架住甲之際未續毆打，其不法侵害顯已停止，眾人搶槍的目的係防止甲持槍行兇，自無不法。甲在眾人搶槍之際開槍，顯然係為了護槍及報復被圍毆之行為，並非是為了排除現在不法侵害。惟甲已被圍毆在先，再被人架住而無法自由行動下，才不得已拔取槍枝，當眾人搶槍時，是為了護持防衛用的槍枝，若是純粹為了報復，在被圍毆時即可使用槍枝。更何況，槍若被搶走，後果不堪設想。由於乙、丙等人沒有權利以毆打方式教訓甲丟擲行為並進一步壓制，反而應該在見槍之際，在能來得及逃跑時應罷手逃離，其進一步搶槍行為乃是替自己製造風險，故應可以認定甲開槍乃是想嚇退眾人的不法侵害，肯定具有防衛意思。

參、結論

甲以牌九擲向對方才導致乙、丙等人圍毆並遭壓制，在拔出手槍想恫嚇眾人，眾人不退散反而搶槍，並造成丁死亡。實務認為，甲遭遇的不法侵害已停止，不能主張正當防衛。然，甲當時仍遭眾人壓制，拔槍威嚇屬當時得以解除不法侵害的防衛行為。在眾人搶槍下，甲的間斷式開槍行為適當。甲對丁的死亡，不管是具有殺人的未必故意或過失致死，在非意圖挑撥下的開槍行為可主張正當防衛，只是非法持有槍砲與子彈觸犯槍砲彈藥刀械管制條例。

第六題 強制性的緊急避難

甲因乙欠債不還而屢次恐嚇乙，甚至邀乙一起搶銀行，但遭乙拒絕。甲為了討債與避免乙報警，於是逼迫乙共同參與搶劫，恐嚇乙如果不參與，將予以滅口或傷害其家人，乙在甲的脅迫下最後答應。於行搶當日，甲持槍恐嚇櫃檯職員，乙則搜括抽屜內的款項，在數秒內得款數十萬元。問：甲、乙之刑責為何？

壹、問題爭點

乙參與強盜係因為甲以加害生命、身體或健康要脅而參與，乙是否能主張刑法第 24 條緊急避難？緊急避難的要件為何？如果行為人所要保護的利益與犧牲他人的利益之間符合衡量原則，但以犯罪的方法避難，行為是否可以阻卻違法性？本案系爭的重點在於，行為人以犯罪方法避免自身與親人的危難，乃是因為遭受他人的強制，其與一般的避難情形有所不同，應如何評價？

貳、案例分析

一、甲的刑責

甲持槍恐嚇銀行職員，讓乙得以順利搜括櫃檯的款項，考慮成立刑法第 330 條加重強盜罪。強盜罪的客觀構成要件係以強暴、脅迫、藥劑、催眠術或他法，至使不能抗拒而取他人之物或使其交付，從而，行為人成立強盜罪必須使用至使不能抗拒的強制方法，以取財或使人交付財物。強制方法有強暴與脅迫，前者係指透過對人直接或間接對身體的影響，可分為直接強暴與間接強暴，其目的皆在於抑制，或使事實上已發生或預期會發生的反抗不可能，因此，對身體影響的強制以抑制或阻止任何的反抗，皆屬之。在本案中，依二人的犯罪共同計畫，由甲持槍恐嚇銀行職員，乙搜括取財，亦即甲負責施以至使不能抗拒的方法，乙則實現強制的目的。甲的持槍行為係基於共同的犯意聯絡，對於強盜罪的實現握有犯罪支配，依區分共犯理論的主觀理論，二人也有以正犯的意思參與犯罪。雖然甲、乙二人分別實行強盜罪的部分行為，但基於共同犯罪決意而分擔行為的實行，彼此的行為互相歸責。甲、乙持槍為強盜行為，符合加重強盜罪的構成要件。甲具有加重強盜的故意與犯罪支配意思，也肯定具有不法所有意圖，違法性與罪責性皆成立，甲成立加重強盜罪。

二、乙的刑責

甲持槍威脅銀行職員時，乙負責搜括財物，乙可能成立刑法第 330 條與第 28 條加重強盜罪的共同正犯。

（一）如上所述，乙基於共同犯意聯絡負責取財，對於強盜罪而言，具有是否與如何實行犯罪的功能支配，扮演一個不可或缺的角色。乙的取財也與強盜罪的實現具有因果關係，其與甲的持槍行為互相歸責，於此，乙以正犯意思參與犯罪與具有支配犯罪意思，並具有加重強盜故意與不法所有意圖，加重強盜罪的構成要件成立。

（二）在本案中，有疑義的是，乙實行強盜行為，係因甲出言威脅加害自己或親人的生命或身體，乙屈服於甲的威嚇而配合實行強盜行為，有可能成立所謂的「強制性的緊急避難」。學理上所謂「強制性的緊急避難」係指行為人同時也是強制罪（或恐嚇危害安罪）的受害者，行為人現處強暴或脅迫之情形下，在沒有其他方法可以排除危難下，為了自己、親屬或其他密切關係者的生命、身體、健康或自由而被迫做出違法的行為¹。至於強制性的緊急避難應如何評價？在學術上仍有爭議。

緊急避難在學理上有阻卻違法與寬恕罪責的緊急避難之分，現行法第 24 條明定「因避免自己或他人之生命、身體、自由、財產之緊急危難而出於不得已之行為，不罰。但是行為避難過當者，得減輕或免除其刑。」避難行為不罰的理由是阻卻行為違法性的結果？還是因寬恕罪責而不罰？學者有主張，刑法第 24 條關於緊急避難之規定，前段屬於阻卻違法的緊急避難，後段但書規定則係寬恕罪責的緊急避難²。無疑義的是，不管係何種類型的緊急避難，其危難係一種目前緊急的危害或災難，且讓人對於其繼續發展或加

¹ Brand/Lenk, Probleme des Nötigungsnotstands, JuS 10/2013, S. 883.

² 林山田，刑法通論（上冊），2008，頁 336 以下。

深損害的確感到害怕。只要依行為時已存在的各種跡象判斷，危難有可能發生即可。危難須目前存在且緊急，其緊急與正當防衛的現在侵害不同，此由刑法第 23 條與第 24 條不同的規定可得知。前者對法益的侵害行為必須是現在，當侵害是正在進行或直接來臨，方為「現在」；後者危及法益的危難可以是長時間持續進行的危害或災難，此危難隨時可能轉變成法益的損害，倘若不立即採取有效的避難措施，將來難以避免危難發生或可能升高風險。因此危難也可以是持續性的進行，縱然損害在確切的一段時間過後才發生，但必須立即採取措施，才能有效避免，至於行為時是否存有危難，應依一位客觀觀察者的事前判斷³。實務見解曾指出，刑法第 24 條所稱因避免緊急危難而出於不得已之行為，係基於社會之公平與正義所為不罰之規定。倘其危難之所以發生，乃因行為人自己過失行為所惹起，而其為避免自己因過失行為所將完成之犯行，轉而侵害第三人法益；與單純為避免他人之緊急危難，轉而侵害第三人法益之情形不同。依社會通念，應不得承認其亦有緊急避難之適用。否則，行為人由於本身之過失致侵害他人之法益，即應成立犯罪，而其為避免此項犯罪之完成，轉而侵害他人，卻因此得阻卻違法，非特有背於社會之公平與正義，且無異鼓勵因過失即將完成犯罪之人，轉而侵害他人，尤非立法之本意。至其故意造成「危難」，以遂其犯罪行為，不得為緊急避難之適用，更不待言⁴。

在本案中，乙因欠債而屢遭甲恐嚇，並被逼迫參與強盜以還債，若不配合，自己或家人將遭不測，因此，乙處於對生命、身體

3 Zieschang, in: Leipziger Kommentar StGB, Band 2 §§ 32-55, 2006, § 34, Rn. 26, 36.

4 最高法院 72 年度台上字第 7058 號。

或健康持續的危害中，且危害隨時有可能實現。有疑義的是，行為人身處危難中所做的觸法行為是否適當？尤其，避難行為所侵害的對象非生命法益的情形，在評價上是否應異於對生命法益的侵害？學界於此則有不同的見解。

1. 侵害他人生命以避難

刑法第 24 條立法理由指出，「不得已之行為或放任之行為與前條正當防衛情形不同，非由於驅斥他人侵害，乃由水火雷震及其餘自然之厄或由於自力所不能抵抗之人力強制，不得已而為之者。」實務亦指出，為自救生命，不得已將背負之乙棄置急流中，合於緊急避難；或溺水遇救而致救人者溺，乃緊急避難⁵，皆肯定為了自身生命而犧牲他人生命係不罰的行為。有學者主張本法第 24 條第 1 項前段是阻卻違法的緊急避難，因避難的原因無限制，只要符合法益衡量原則，縱使為了自己的生命也可以犧牲第三者的生命，例如飛機失事墜毀於山上，生還者無食物可吃，為了維持生命，殺一人以充飢⁶。

通說見解則認為，陷於危難中的行為人積極殺害他人生命以避難，不能主張阻卻違法，因為法規範基於個人生命存在的事實，不考慮其存活的久暫，生命絕對受到保護，且依價值理性的、倫理的基本思想，禁止將人的生命置於衡量的天秤上，法律的思考不是只有有益或無益而已，而應考慮在文化中的基本道德確信，因此，反對上述的目的理性思維。又法律並沒有規定，對於他人陷於生命危難時，基於互助原則有義務犧牲自己的生命而成全他人的生命。在

5 劉清景主編，刑法實務全覽，2000，頁 117。

6 甘添貴，刑法總論講義，1992，頁 149。

生命等價的觀點下，人的生命不可質化與量化，而認為有比較優越的生命，例如諾貝爾得獎者的生命優於街頭遊民的生命。即使面對垂死的生命或拯救多數人生命的情形也一樣，故主張此議題應在罪責層次解決⁷，國內多數學者亦採此見解⁸。

2. 侵害非生命法益以避難

多數見解認為，行為人侵害他人生命以避難，縱使是避免自己生命受危害也不能主張阻卻違法。如果經由犯罪侵害他人非生命法益以避難，是否可以阻卻違法性？有如下見解：

1) 肯定說

採肯定見解者認為，阻卻違法的緊急避難不管形成原因來自自然、動物或他人的強制，或避難者對於緊急情形是否有責任，只要能符合利益衡量原則，仍能主張阻卻違法的緊急避難⁹。折衷見解主張，被強制者的不法行為對於利益衡量不僅重要，也不能完全排除得適用阻卻違法緊急避難。若不法行為屬於輕微的犯罪，所避難的利益明顯地比所侵害的他人利益優越，例如遭他人強制而為無故侵入住宅、毀損或損害不大的竊盜，第三人對於輕微的損害基於互助應該忍受，因此，在被強制的情形下，遭強制者仍能主張阻卻違法的緊急避難。但被強制者所為係重大犯罪，例如偽證罪或強盜罪，則只能主張寬恕罪責的緊急避難，行為仍屬不法。雖遭避難的第三人面對不法可援引正當防衛，不過，面對被強制者的避難行為

⁷ Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 2013, Rn. 316; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 1996, S. 361; Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, 1995, S. 17, Rn. 78.

⁸ 林山田，同註 2，頁 345；黃榮堅，基礎刑法學（上），2003，頁 204；黃常仁，刑法總論，2009，頁 64 以下。

⁹ Stratenwerth, Strafrecht AT, 2000, § 9, Rn. 98f；林山田，同註 2，頁 350 以下。

應有所節制。但不宜忽略的是，被強制者為重大犯罪以避難，也可能因其他觀點而阻卻行為之違法性，例如銀行職員 A 為了排除遭搶匪持槍威脅的人質之生命危難，只好順從搶匪的要脅，打開保險櫃並交出所有財物，A 所為的業務侵占行為可援引銀行負責人之可推測承諾而阻卻違法¹⁰。

2) 否定說

反對見解則認為，強制性的緊急避難若因符合利益優越原則而得以阻卻違法，將降低避難者面對他人得施以正當防衛的風險，且令無辜的他人為了維護自己的利益所施以防衛的行為陷於不法，如此結論不無疑義。因為避難者屈服於強制下，成為他人延伸犯罪之手，避難者本身的行為也是不法¹¹。

在本案中，乙參與強盜罪的行為係受到甲脅迫，並非出於自由意思，乙儼然成為甲的犯罪工具，但也不能因而剝奪銀行人員應有的防衛權利。如果遭避難者對於被強制者完全喪失防衛權利，而僅能對間接正犯主張防衛權，將嚴重動搖現行法律的適用效力，畢竟乙的反應係背後操縱犯罪的甲之行為延伸，甲、乙視為犯罪一體，第三人既然能對甲主張正當防衛，當然也能對乙主張，否則，對於避難者的互助也將是對不法行為之間接正犯的互助，這不應該是法規範所允許。況且，利益衡量原則也只是阻卻違法之緊急避難的其中要件，避難者以不法行為避難，仍須判斷是否適當、不得已。儘管避難者面臨強大要脅，但也不能將不法行為視為合法目的下的合

¹⁰ Roxin, Strafrecht AT, 2006, Rn. 68ff.

¹¹ Brand/Lenk, Probleme des Nötigungsnotstands, JuS 10/2013, S. 883f; Stratenwerth, aaO., § 9, Rn. 98.

法方式，而認為完全排除第三人的防衛權利屬於適當。正確的見解應係第三人仍有正當防衛權利，惟應有如面對無罪責行為人的侵害一樣，基於社會倫理的界限予以限縮而已。因此，強制性的緊急避難應基於無期待可能性原理，成立一種寬恕罪責的緊急避難¹²。

我國最高法院認為以觸犯刑章的方式避難，並不符合第 24 條第 1 項「不得已」的要件。「不得已」係以自己或他人之生命、身體、自由、財產猝遇危難之際，非侵害他人法益別無救護之途，且為保全自己或他人法益唯一必要之方法為必要之條件¹³。簡言之，「不得已」係避難者不存有其他排除危難的可能性；反之，如果來得及透過國家幫助、或第三者幫忙、或施以違犯秩序行為、或侵害價值輕微的行為即可避難時，則非不得已¹⁴。依我國實務見解與上述反對與折衷見解，在本案中，乙的強盜行為仍具有違法性。

(三) 乙雖然不得主張阻卻違法的緊急避難，但可能成立避難過當而減免刑責或其他超法規之寬恕罪責事由。乙曾經遭甲逼債恐嚇，甲為了取得債務與避免乙報警，而以加害乙或其家人的生命、身體或健康，逼迫乙加入強盜行為。雖然乙可以趁機請銀行保全人員或櫃檯職員援助，但這些人，甚至警察也難以排除往後此危害的持續，因為國家無法全年無休地保護乙或其家屬。更何況，在本案中，也難以期待乙應想盡辦法勸導甲改變無理的要求，或乾脆自殺，一了百了，因此，乙配合甲的要脅而為強盜行為應係在「無期待可能性」考量下之一種得以寬恕罪責的避難行為，依學者見解，

12 Wessels/Beulke/Satzger, aaO., Rn. 443; Baumann/Weber/Mitsch, aaO., Rn. 80ff.

13 最高法院 98 年度台上字第 6636 號；最高法院 104 年度台上字第 2049 號。

14 Fischer, Strafgesetzbuch, 2013, § 34, Rn. 9.

第 24 條但書屬減免罪責的緊急避難，得減輕其刑或免刑，卻也認為將「避難過當」視為減免罪責的緊急避難，在刑法論理學上似嫌薄弱¹⁵。因此，基於期待可能性原理，乙可以主張超法規的寬恕罪責緊急避難。

參、結論

甲直接參與強盜的行為成立加重強盜罪，另外，以強制手段逼迫乙參與強盜的行為，因本身已成立直接正犯，故不再論以加重強盜罪的間接正犯。乙雖然遭甲逼迫才參與強盜罪，但以犯罪的行為避難，無法阻卻行為的違法性，基於「無期待可能性」原理，或主張適用第 24 條但書的避難過當，並得減免其刑；或主張成立超法規的寬恕罪責緊急避難。

¹⁵ 林山田，同註 2，頁 353 以下。

第七題 未遂犯之著手

甲因妻子乙外遇而心生不滿，適巧丙向其要約投保，甲替乙投保一千萬元壽險，受益人為其女兒丁。之後，甲見乙仍未改過遷善，經常離家且要求離婚，遂萌生殺人念頭。於是夥同戊合意製造假車禍方法殺害乙，以詐領保險金。某日，甲將乙由車上拉下車，自行上車往前開，且撞倒乙，再由戊隨後直接往乙身上輾過，再倒車重複輾壓，造成乙當場死亡。甲向丙探詢如何申領保險金，丙告知報載乙並非意外死亡，須待檢察官查明後才得理賠，甲才未再積極申請理賠。問：甲、戊成立何罪？

壹、問題爭點

刑法第 25 條規定未遂犯是行為人已著手於犯罪行為之實行而不遂，只是未遂犯之客觀要件「著手」應如何認定？對於大部分的未遂犯而言，犯罪結果皆未發生，因此，行為人至此的行為應如何判斷是否著手於犯罪之實行？又著手於何種犯罪之實行？因為既遂犯、未遂犯與預備犯的主觀要件相同，判斷既遂犯與未遂犯的標準在於客觀的犯罪結果是否已發生，此涉及刑法分則各種犯罪構成要

件的認定問題。至於未遂犯與預備犯的區別，則在於行為人是否已經「著手」，因此，行為處罰與否與高低都與「著手」認定有關。

貳、案例分析

一、甲、戊二人可能成立刑法第 271 條與第 28 條殺人罪的共同正犯？

乙當場死亡。甲為了詐領保險金，事先夥同戊計畫以製造假車禍方式殺害乙，二人基於共同的犯罪計畫個別分擔行為，由甲將乙從車上拉下車，並且開車撞倒乙，再由其後的戊重複輾壓乙致死，二人的參與行為與乙死亡結果皆具有因果關係。因為沒有甲將乙拉下車以及先撞倒乙，讓乙來不及反應下，戊也沒機會輾壓。戊趁機由後立即輾壓倒地不起的乙，再倒車重複輾壓，肯定甲、戊對於殺人結果握有是否與如何實現的犯罪支配。對乙的死亡結果，甲、戊均以正犯意思實現分擔的行為，二人的行為分擔彼此互相歸責。甲、戊具有共同殺人的故意，也具有犯罪支配的認知。違法性與罪責性皆成立，甲、戊成立殺人罪的共同正犯。

二、甲是否成立刑法第 339 條第 2 項與第 25 條詐欺未遂罪？

丙告知報載乙非意外死亡，須待檢察官查明後才得理賠，甲才未再積極申請理賠，詐欺的結果未實現，詐欺罪也有處罰未遂犯。甲先替乙投保一千萬壽險製造乙車禍死亡，目的係想詐領保險金，甲也向丙探詢關於理賠一事，因此，甲具有詐欺決意與不法所有意圖。只是甲向丙探詢如何申領保險金時，是否已著手於詐欺罪的實

行？實務認為，預備犯與未遂犯之區別以已著手於犯罪之實行為標準，所謂著手，係指犯人對於犯罪構成事實開始實行。所謂預備，則係著手實行犯罪行為前之準備行為¹。近期指出，所謂已著手於犯罪行為之實行，係指行為人對於犯罪構成事實開始實行。亦即實行與犯罪行為具有一貫性之密接行為，客觀上足以顯現其犯意，且隨時能實現犯罪構成要件者而言²。

毫無疑義的是，行為人已實行構成要件所明定的全部或部分行為，原則上達於未遂階段，例如強盜罪或強制性交罪的強制行為。有爭議的是，行為人為了實現犯罪而開始實行非構成要件所明定的行為，此時的行為是預備行為或未遂行為？二者的判斷標準與行為人想要實現何種犯罪有關聯，因為各種犯罪有不同的構成要件，唯有從構成要件才能斷定行為人是否已開始實行犯罪構成事實。在本案中，甲、戊殺害乙，製造假車禍，進而想詐領保險金，甲向丙探詢如何申領保險金時，是否開始實行詐欺罪的構成事實？詐欺罪的行為係以詐術使人陷於錯誤，受騙者因錯誤而處分財產，終而造成財產損失。所謂詐術係指與事實背離而足以影響他人認知的行為，只是並非所有的欺騙行為皆為詐欺罪的詐術，而係限於為了騙取他人財物或利益而為的錯誤影響，如此的詐術行為須含有對他人財產已產生法律上所不允許的風險。甲的探詢行為是否為行使「詐術」？學術上對未遂犯之「著手」認定有以下理論：

（一）形式客觀理論

此理論以嚴格的定義區別預備行為與未遂行為，視行為人是否

1 最高法院 101 年度台上字第 5452 號。

2 最高法院 104 年度台上字第 1761 號。

實行各個犯罪構成要件所描述的該當行為，而決定行為人是否「著手」³，如殺人罪為「殺」、傷害罪為「傷害」或放火罪為「放火」等。依此見解，甲只是向保險公司職員丙探詢如何申領保險金事宜，詐術的行使是行為人將申請文件交給有權限核發保險金者，故甲的行為尚未著手於詐欺罪的實行。

(二) 實質客觀理論

實質客觀理論乃是彌補形式客觀理論之不足，此理論包含行為人實行非構成要件所明定的行為，行為只要與犯罪所描述的構成要件具有必要的關聯性，而依自然觀點可視為犯罪構成要件之一部分者，則係未遂犯，此說乃是擴大形式客觀理論的適用範圍。另有主張以客觀未遂理論為基礎，行為已對所要保護的法益造成直接危險者，才是未遂犯⁴，或認為行為人已無須做任何進一步的行動，即可導致構成要件的實現⁵。在本案中，甲只是探詢申領保險金事宜而已，甲仍必須準備好所有證件與提出申請書，因此，對於他人財產尚未造成直接的危險，甲不成立詐欺未遂罪。

(三) 主觀理論

此理論純粹依行為人的想法決定未遂行為的開始，即行為人對犯罪是否已「開始」做出最後決定性的決定。因為有些行為人直到犯罪完成後，仍未能確定犯罪是否已完成，從而，主張主觀理論者

3 Schoenke/Schroeder, Strafgesetzbuch, 2010, § 22, Rn. 26; 林山田，刑法通論（上冊），2008，頁 465 以下；黃常仁，刑法總論，2009，頁 179。

4 Schoenke/Schroeder, aaO., § 22, Rn. 27/28; Stratenwerth, Strafrecht, 2000, § 11, Rn. 32; 林山田，同註 3，頁 466。

5 Maurach/Goessel, Strafrecht, 1989, AT2, § 40, Rn. 48.

認為，犯罪是否開始實行，非依第三者判斷，而係由行為人自己判斷⁶。在本案中，甲對於詐欺是否開始做出最後決定性的行為，係在向丙探詢後才會決定是否與如何提出，因此，尚未著手於犯罪之實行。

（四）主、客觀混合理論

依主觀與客觀之混合理論，認為行為人依個人的犯罪計畫，行為人認為對犯罪之實現已不需要有進一步的行動時，且依自然觀點，此時的行為屬於構成要件的部分行為⁷，或行為人依犯罪計畫已直接著手實行犯罪之構成要件時，即進入未遂階段⁸。此理論基礎是，純由主觀理論或客觀理論難以解釋未遂犯的應罰性內涵，因為依法治國理念，僅有犯罪意思或法敵對意思尚未具備足夠的刑罰基礎，意思必須在客觀上轉化為具體的行為，而並非任何一種法敵對意思的表現皆應處罰⁹。

1. 主觀—實質危險理論

依主觀—實質危險理論，未遂犯之「著手」不能依形式觀點判斷，而是應以實質觀點認定，即依行為人的犯罪計畫，行為人是否認為攻擊的法益已進入直接危險階段，行為人不必做進一步的必要或重要行為即可產生侵害；換言之，「著手」與否決定於行為人之犯罪計劃，至於行為人主觀認知的危險在事實上是否發生，則不重要。這種情形於不能犯尤其明顯，因為不能犯根本欠缺客觀具體危

6 Stratenwerth, aaO., Rn. 34.

7 Rudolphi, Zur Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Versuch – OLG Celle, NJW 1972, 1823, JuS, 1973, S. 23.

8 Stratenwerth, aaO., Rn. 35；林山田，同註3，2008，頁466以下。

9 Baumann/Weber, Strafrecht AT, 1995, S. 26, Rn. 17.

險，唯有依行為人主觀認知才能判斷¹⁰。

2. 範圍理論

主張範圍理論者認為，未遂犯之「著手」認定應以時間與空間之關聯性為判斷標準，行為人的行為在時間上是否已接近構成要件之實現，以及行為人與被害人在空間上是否具有緊密關聯性，足以影響被害人，因為行為人進入被害者的空間範圍內，已造成對法律和平的破壞與導致社會大眾之不安，行為帶來震撼印象，即為「著手」，此觀點符合未遂犯的處罰理由。例如竊賊想偷取他人汽車內的財物，如果僅是站在汽車旁，對於竊取他人動產，雖存有時間緊密關聯，但欠缺對被害人空間的影響，尚未著手；反之，雖存有空間關聯，卻有可能因欠缺時間密接性而否定著手，例如行為人進入被害人屋內，持槍指向被害人，但行為人當時尚未決定射殺¹¹。

3. 中間行為理論

主張中間行為理論者認為，依行為人的犯罪計畫，到目前為止，只要過程之進行在不受干擾下，且不需要有任何進一步的重要行為介入時，儘管目前的行為尚未是構成要件所描述的行為，但依自然觀點，此時的行為可視為構成要件的一部分時，則行為人的行為進入未遂階段。此理論的優點是不僅適用於結果犯，也適用於行為犯與危險犯¹²。中間行為（動作）並非是所有的一舉一動，而是

¹⁰ Schoenke/Schroeder, aaO., § 22, Rn. 42.

¹¹ Roxin, , Strafrecht AT Band II, 2003, § 29, Rn. 139; Roxin, Tatenschluss und Anfang der Ausfuehrung beim Versuch, Juristische Schulung, 1979, S. 5.

¹² Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 1996, S. 519; Baumann/Weber/Misch, Strafrecht AT, 11. Aufl., 2003, 26/54; Hillenkamp, Leipziger, Kommentar StGB, Band I Einleitung §§ 1-31., 2007, Vor § 22, Rn. 77.

要求應具有重要性者。例如行為人取出手槍後走向被害人，依此說，不會因行為人尚未舉槍、瞄準及扣板機等動作，而認定處於預備階段。就整個殺人行為來說，舉槍等細部的動作屬不重要的部分，並不具有獨立的意義，非此理論的重要「中間行為」¹³。又例如行為人戴上面具與持手槍站在門口埋伏，只等裡面的人一開門，即加以壓制洗劫，有認為成立加重強盜未遂罪¹⁴，另有主張必須被害人已經接近門口時才是著手¹⁵。後者指出，預備行為僅係使犯罪的實現有可能或更容易，準備槍枝、埋伏等待或找尋犯罪地等，僅是預備行為而已。至於犯罪方法的作用需要較長的時間，例如放置定時炸彈或將毒藥放在被害人慣用的飲料中，如果行為人已經開啟直接攻擊所形成的因果鏈，並且放任事件繼續發展，則是著手。

在本案中，依甲的犯罪計畫必須先知道如何申請理賠，然後備妥相關資料後，才向保險公司提出申請，亦即仍須有進一步的重要介入行為——諮詢與準備資料，依上述主、客觀的混合理論，甲備妥資料並向保險公司提出申請時，才是著手於詐術之行使。僅探詢有關保險金申領事宜，對於保險公司財產之損失欠缺時、空緊密關聯，故甲製造車禍與探詢行為僅是預備詐欺的行為，不成立詐欺未遂罪。實務亦曾指出，行為人持業務上登載不實之文書向市政府行使之，肯定業已著手詐欺行為之實施，只因未生交付財物之結果，其犯罪係屬未遂¹⁶。

¹³ 徐育安，德國刑法上著手認定之發展與變革，月旦法學雜誌，第 202 期，2012/3，頁 198。

¹⁴ Jescheck/Weigend, aaO., S. 521.

¹⁵ Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 2013, Rn. 602f.

¹⁶ 臺灣高等法院 105 年度上易字第 520 號。

參、結論

未遂罪之著手認定，以行為人的行為與結果實現是否具有時、空緊密關聯或對犯罪之實現仍需要有重要的中間行為介入而定。甲、戊為了詐取保險金製造假車禍，成立殺人罪的共同正犯。然對詐欺罪而言，因為甲僅是向丙探詢有關保險金申領事宜，對於保險公司財產之損失欠缺時、空緊密關聯，不成立詐欺未遂罪。

第八題 原因自由行為之「著手」

甲沉迷於賭博，十賭九輸，甲懷疑賭場負責人乙詐賭，於是準備一把手槍，想置乙於死地，卻擔心在重要關頭時沒有足夠的勇氣扣下扳機，為了壯膽，甲先到小吃店喝酒，打算喝醉後再找乙算帳，當甲繼續把杯時，語無倫次地告訴老闆丙有關稍後的復仇計畫，剛開始丙不相信，可是當甲亮出槍時，丙隨後通知警察。正當甲搖晃著走出店門外時，遭到前來的警察攔阻。經醫師鑑定，甲當時因酒精濫用而致其辨識行為違法或依其辨識而行為之能力減低。問：甲有何刑責？

壹、問題爭點

刑法第 19 條第 1 項與第 2 項明定罪責—行為時之合致原則，第 3 項則規定，行為人於故意或過失自行招致不能辨識其行為違法或欠缺依其辨識而行為之能力或減低其辨識能力者，排除前二項之適用。例外規定的立法基礎何在？其性質又為何？尤其，後者的爭議攸關行為人故意令自己陷於精神障礙後，再實行犯罪之著手時點應如何認定。

貳、案例分析

甲是否成立刑法第 271 條第 2 項與第 25 條殺人未遂罪？

一、殺害結果未發生

甲計畫喝酒壯膽後再殺害乙，只是剛走出店門口時即被警察攔阻，殺害乙的結果未發生，不成立殺人既遂罪，刑法第 271 第 2 項有處罰殺人未遂行為。

二、犯罪決意

甲懷疑乙詐賭，憤而心生殺害乙之意思，喝酒後又語無倫次地告訴丙，稍後想找乙算帳，表達出殺害乙的意思，而且也對丙亮槍，因此，肯定甲具有殺人的犯罪決意。

三、著手實行犯罪

依刑法第 25 條第 1 項規定，未遂犯之客觀要件係「已著手犯罪行為之實行」，在本案中，有疑問的是，當警察將甲逮捕時，甲是否已達未遂階段？

(一) 依一般未遂犯論點

由刑法第 25 條規定可得出，預備犯與未遂犯之區別以已著手於犯罪之實行為標準，實務認為，所謂著手，係指犯人對於犯罪構成事實開始實行而言。所謂預備，則係著手實行犯罪行為前之準備行為而言¹。近期指出，只要實行與犯罪行為具有一貫性之密接行為，客觀上足以顯現其犯意，且隨時能實現犯罪構成要件者，也達

¹ 最高法院 90 年度台上字第 2979 號。

於未遂階段²。學界通說認為，行為人的行為在不受任何干擾下應可以直接、立即地導致構成要件的實現，或二者之間在時間與空間上具有緊密關係，而足以直接危及所要保護的法益，即為著手實行犯罪，至於緊密關聯之認定不僅應以客觀的第三者觀察，也應考慮行為人的具體計畫³。依此論點，在本案中，因為甲尚未到達乙的所在地，即被害人還沒出現在甲的控制範圍內，在甲實現殺害結果之前仍須有重要的介入行為，即甲必須先找到乙，才有持槍扣扳機的可能，且甲的開槍行為與殺害結果之間欠缺時間和空間之緊密關聯，故依一般未遂犯之見解，甲此時仍處於預備階段，論以殺人預備罪。

（二）原因自由行為之「著手」

依一般未遂犯觀點，甲的行為尚未進入殺人未遂階段，但甲令自己陷於醉酒狀態是否有可能使未遂行為之「著手」提前發生？刑法第 19 條規定：「行為時因精神障礙或其他心智缺陷，致不能辨識其行為違法或欠缺依其辨識而行為之能力者，不罰。」「行為時因前項之原因，致其辨識行為違法或依其辨識而行為之能力顯著減低者，得減輕其刑。」因此，行為人是否具有責任能力，應以行為時為準。為了避免行為人濫用責任能力之排除或減刑規定，本條第 3 項規定「前二項規定於因故意或過失自行招致者，不適用之。」第 3 項乃係基於學理上的原因自由行為原理而排除前二項的適用。

原因自由行為係指行為人在精神、心智正常，具備完全責任能

2 最高法院 104 年度台上字第 1761 號。

3 Rudolphi, in: SK-StGB, 2003, § 22, Rn. 13; Roxin, Tatenschluss und Anfang der Ausführung beim Versuch, JuS, 1979, S. 5.

力時，本即有犯罪故意，並為利用以之犯罪，故意使自己陷入精神障礙或心智缺陷狀態，而於辨識行為違法之能力與依辨識而行為之自我控制能力欠缺或顯著降低，已不具備完全責任能力之際，實行該犯罪行為；或已有犯罪故意後，偶因過失陷入精神障礙或心智缺陷狀態時，果為該犯罪；甚或無犯罪故意，但對客觀上應注意並能注意或可能預見之犯罪，主觀上卻疏未注意或確信其不發生，嗣因可歸責於己之事由，自陷於精神障礙或心智缺陷狀態之際，發生該犯罪行為者，俱屬之。原因自由行為之行為人，於精神、心智狀態正常之原因行為階段，即須對犯罪事實具有故意或應注意並能注意或可得預見，始符合犯罪行為人須於行為時具有責任能力方加以處罰之原則⁴。簡言之，結果行為出於故意，原因行為是「故意自陷責任障礙」以及「預見將實施故意的結果行為」；或結果行為出於過失，原因行為是「過失自陷責任障礙」以及「對實施過失結果行為有預見可能性」即排除適用免責事由⁵。從而，依原因自由行為原理，行為人對於犯罪結果之發生雖然係不自由，但對於不自由原因之形成時卻係自由的⁶，可分為故意原因自由行為與過失原因自由行為。

在本案中，甲故意將自己陷於刑法第 19 條第 2 項所規定的精神障礙狀態，並且對稍後實行的殺害行為早已有故意，屬於故意的

4 最高法院 96 年度台上字第 6368 號；最高法院 99 年度台上字第 6035 號；最高法院 104 年度台上字第 3223 號；最高法院 104 年度台上字第 1088 號。

5 許恒達，殺人未遂與原因自由行為——評最高法院九十六年度台上字第六三六八號刑事判決，月旦裁判時報，第 12 期，2011/12，頁 74 以下。

6 Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, 1996, § 40 VI 2; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 2013, Rn. 415; 林山田，刑法通論（上冊），2008，頁 390。

原因自由行為。只是學界對原因自由行為之「著手」認定，仍有爭議，爭議的重點在於對原因自由行為的法理與性質有不同的見解：

1. 例外模式說

依「例外模式」的見解，認為原因自由行為的概念在於彌補刑法第 19 條第 1 項與第 2 項所造成的法律漏洞，避免行為人因自己可歸責的行為，使自己陷於精神障礙狀態，而在此狀態下已著手於犯罪之實行行為卻不負刑責。儘管行為人行為時處於精神障礙情形，但行為時的行為意思是建立於行為人先前有罪責地形成犯罪決意上，亦即稍後的行為故意係精神障礙前之犯罪決意的延續。由於行為人在犯罪故意下自行排除或減低其罪責能力，且因而決意放棄繼續控制行為決意的可能性，可以肯定行為人的故意罪責。只是刑法所要非難者是處於醉酒下的犯罪行為，即行為當時，而非造成精神障礙的當時，故原因自由行為應例外地予以處罰。因為此論點認為，原因自由行為係刑法第 19 條第 1 項與第 2 項規定的例外，因此稱為「例外模式說」。由於行為人自陷於精神障礙狀態的行為本身並未對法律保護之客體構成直接危險，對外也沒有產生侵害法益之震撼印象，基於原因自由行為係第 19 條第 1 項與第 2 項之例外，原因自由行為的著手不應該往前推移，而是應該依未遂犯之一般見解認定⁷，故在本案中，甲的行為尚未達於著手，成立刑法第 271 條第 3 項預備殺人罪。

⁷ Jescheck/Weigend, aaO., § 40 VI 2; Wessels/Beulke/Satzger, aaO., Rn. 415, 419; Schoenke/Schroeder, Strafgesetzbuch, 2010, § 22, Rn. 56.

2. 構成要件模式說

主張「構成要件模式」的學者認為⁸，刑法上的重要行為並不侷限於直接實行犯罪的行為，也應包含行為人在有罪責能力下自行造成精神障礙的行為，即結果歸責的認定問題不在陷於精神障礙狀態下的行為，而是自陷於精神障礙狀態的行為，此先行行為不管是故意或過失，都是構成要件該當結果的可罰原因，因此，第3項原因自由行為並非係第19條第1項與第2項規定的例外，而是行為人自陷於精神障礙之行為本身即為行為時構成要件之實行，因而導出原因自由行為應受處罰，這種將先行行為視為構成要件之實行的見解稱為「構成要件模式說」。此說招致批評之處是，故意招致結果發生的原因行為並非是法條所規定的構成要件行為，例如自陷於精神障礙之行為不是傷害、殺害、駕駛或誹謗等。然此說仍為多數學者所採，因為例外模式說違反罪責原則，如果沒有將自陷於精神障礙之行為與結果之間的原因聯結作為歸責基礎，先前的故意與過失將喪失與犯罪的關聯，也難以說明為何具有罪責非難性，反而是處罰有瑕疵的意念與想法而已。再者，如果自陷於精神障礙之行為（原因行為）只是不處罰的預備行為，「例外模式說」就不能非難預備行為以取代不受非難的結果行為⁹。

對故意的、罪責的既遂行為而言，只要行為人在有責任的狀態下開始實行犯罪即已足，換言之，行為人於著手犯罪之實行時具有罪責能力，即可以肯定其既遂行為具有責任能力。雖然故意令自己陷於精神障礙，並非係法條特定犯罪構成要件要素，卻是此特定犯

⁸ Roxin, Strafrecht AT, 2006, § 20, Rn. 57ff.

⁹ Roxin, aaO., § 20, Rn.58; Rudolphi, aaO., § 20, Rn. 28b.

罪之開始實行。至於開始的時點有主張以行為人對利益侵害失控時，利益侵害的失控是行為人主觀上使不法侵害實現的最後一個行為，因此，故意原因自由行為的著手是行為人在先前有行為能力時，已預見自己如因酒醉失控而可能導致利益侵害時，還繼續喝下去的時候¹⁰，或主張以引起無罪責能力狀態的最早時間點為著手時刻，例如喝完酒而放下酒杯時¹¹。另有合理的見解是，原因自由行為的架構類似間接正犯，行為人稍後有意實現犯罪，卻先故意令自己陷於無罪責能力狀態，即有如利用自己為無罪責能力的工具一樣，當行為人陷於無罪責能力時，有如間接正犯放任被利用人實行犯罪一樣，無法負責地操控事件的發展。此結果是行為人在有責任能力時，製造了稍後實行犯罪行為之決定性原因，因此，故意原因自由行為之著手應往前移至自陷於精神障礙的時刻，此見解在學術上又稱為「前置理論」¹²。依此說，甲語無倫次的告訴丙自己的殺人計畫時，並當場毫無顧忌地亮槍，以及隨後警察來到時，甲已陷於搖晃狀態，可見其已無法控制自己，而放任事件的自然發展，甲在此時已達於殺人罪之著手階段，適用刑法第 19 條第 3 項，成立殺人未遂罪。

參、結論

甲於清醒時具有殺害乙的故意，為了壯膽，故意喝醉再實行犯

¹⁰ 黃榮堅，基礎刑法學（下），2003，頁 21、23。

¹¹ 林東茂，刑法綜覽，2012，頁 1-150。

¹² Roxin, aaO., § 20, Rn. 61; Horn, in: SK-StGB, 2003, § 323a, Rn. 29; Hillenkamp, 32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil, 2001, S. 78.

罪，當走出店門外時，遭警察攔阻，雖然經鑑定後，當時精神狀態有刑法第 19 條第 2 項之適用，但行為屬原因自由行為，符合第 3 項而排除罪責減免之規定。甲未實現殺害結果的行為依「構成要件模式說」，已自陷於精神障礙狀態是犯罪未遂的開始，因此，甲成立殺人未遂罪，另外持槍行為觸犯槍砲彈藥刀械管制條例。

第九題 間接正犯之「著手」

甲得知乙缺錢，計畫對收藏家丙洗劫，因甲與丙有私人恩怨，正想致丙於死，於是拿一瓶足以致死的毒藥給乙，對乙謊稱是「安眠藥」，建議乙先對丙強行灌食，避免丙妨礙取財。乙採納甲的計畫，只是在前往丙的住宅途中，乙出於好奇將藥瓶打開看，卻聞到一股怪異氣味，察覺是致命的毒藥，於是放棄所有計畫，問：甲、乙之刑責為何？

壹、問題爭點

甲得知乙計畫洗劫丙的財物，於是想利用乙殺害丙，利用者與被利用者所想要實現的犯罪不一樣，應如何評價其行為？乙採納甲的建議，沒想到前往丙的住處途中，發現甲的計謀而放棄所有犯罪，乙的放棄時點是否可以認定甲已著手於殺人罪之實行？間接正犯係利用他人為犯罪工具，以實現犯罪目的，其未親自實行犯罪行為，何時是該犯罪之「著手」？此問題涉及間接正犯的犯罪結構與性質。

貳、案例分析

一、乙成立刑法第 328 條第 4 項強盜未遂罪或第 5 項強盜預備罪？

乙計畫入丙的住處洗劫財物，途中基於好奇而打開瓶蓋，得知甲的目的後，遂放棄所有計畫，強盜罪是以強暴、脅迫、藥劑、催眠術或他法，至使不能抗拒，而取他人之物或使其交付，乙的強盜結果未實現，而刑法第 328 條第 4 項有處罰強盜未遂罪。乙採納甲的計畫，攜帶所謂的「安眠藥」擬前往丙的住處洗劫財物，肯定乙想以藥劑，令丙在不能抗拒下強取財物，乙具有強盜決意與為自己之不法所有意圖。問題是，乙是否已「著手於犯罪行為之實行」？刑法第 25 條規定已著手犯罪行為之實行者，為未遂犯，因此，未遂犯與預備犯，係以已否著手於犯罪構成要件行為之實行為其區別，如已著手於犯罪構成要件行為之一部分，即非預備犯¹。甚至只要實行與犯罪行為具有一貫性之密接行為，客觀上足以顯現其犯意，且隨時能實現犯罪構成要件者，也達於未遂階段²。學術通說則採主、客觀混合理論，非犯罪構成要件所描述的行為也可以成立未遂犯。因刑法分則所描述的可罰行為係既遂的行為，基於罪刑法定原則及處罰未遂犯理由的印象理論，可成立未遂犯之非構成要件行為應盡量接近犯罪構成要件所明定的行為，即行為在時間上是否已接近構成要件之實現，以及行為人與被害人在空間上是否具有緊密關聯性，或依行為人的犯罪計畫，到目前為止，只要過程之進行

1 最高法院 94 年度台上字第 6919 號。

2 最高法院 104 年度台上字第 1761 號。

在不受干擾下，且不需要有任何進一步的重要行為介入時，行為可立即或直接導致構成要件的實現，即為著手於犯罪之實行。在本案中，乙仍在前往丙的住處途中，在時空上與強盜行為仍有一段距離，故尚未著手於強盜行為之實行。

惟乙前往丙的住處途中發現甲的殺人計畫後，基於己意而放棄強盜，乙的行為已達預備階段，而刑法第 328 條第 5 項有處罰強盜預備罪。問題是，如何評價乙的己意中止行為？由於刑法第 27 條規定中止犯的前提是行為人「已著手於犯罪之實行」，明定未遂犯才有中止犯之適用。因此，對於行為人基於己意而中止可罰之預備行為的評價，有不同的見解，並基於不同理由分別認為成立預備犯、不為罪、準用中止未遂之規定或根本不成立預備犯³。例如實務曾指出，「倘事前同謀或參與犯罪之預備行為，但於著手於犯罪行為之實行前，中止其共同犯罪之意思，亦未參與犯罪行為之實行，除另有處罰陰謀犯或預備犯之規定，應依該規定論處外，要無成立中止犯之可言⁴。」刑法處罰預備犯屬例外，預備行為是未遂行為的前置階段，因此預備犯無未遂階段可言，依實定法不適用中止犯之減免刑罰規定，僅能於量刑時考量。乙前往丙的住處，該當強盜的預備行為，違法性與罪責性皆成立，論以強盜預備罪。

二、甲是否成立刑法第 271 條第 2 項殺人未遂罪之間接正犯？

乙中途放棄強盜行為，造成甲想置丙於死的結果未實現，而刑

3 林山田，刑法通論（上冊），2008，頁 496 以下。

4 最高法院 95 年度台上字第 3251 號。

法第 271 條第 2 項明定殺人未遂罪，甲的利用行為考慮成立間接正犯。間接正犯是行為人利用他人實現犯罪，幕後利用者對於被利用者的行為握有認知支配或意思支配。甲將毒藥謊稱「安眠藥」交給乙，希望透過不知情的乙在強盜過程中殺害丙，乙對於甲利用自己完成殺丙之計畫，係直到前往丙的住處途中才發現，並放棄一切犯罪，肯定甲具有利用無殺人故意的乙，實現殺害丙的故意，甲對於殺害丙握有認知支配。問題是，乙途中放棄強盜丙的計畫，對於甲利用其殺人，甲是否已達於著手於殺害行為？還是僅留於殺人的預備階段？此問題涉及應如何認定間接正犯之「著手」。毫無爭議的是，如果被利用者已著手於犯罪行為之實行時，間接正犯也達未遂階段，即間接正犯最慢的著手時點是被利用人已著手於犯罪之實行。爭議的是，間接正犯之「著手」時點是否有可能提前？由於論者對被利用者在整個犯罪過程中之性質有不同之見解，遂衍生出對間接正犯之「著手」認定也不同。一說認為被利用者純粹係一種自然上的犯罪工具，間接正犯利用他人犯罪，有如使用隨時引爆的炸彈一樣；另一說認為被利用者係一種人的犯罪工具，其情形有如教唆犯一樣，尤其被利用者係惡意者更明顯，學者基於此二說而對間接正犯之「著手」認定有下列見解⁵：

（一）整體犯罪說

依犯罪支配理論，間接正犯的著手認定不能僅依據利用者的行

⁵ Stratenwerth, Strafrecht AT I, 2000, § 12, Rn. 105; Hillenkamp, 32 Probleme aus dem Strafrecht AT, 2001, S. 95; Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, 1995, S. 29, Rn. 155; Roxin, Strafrecht AT, II, 2003, § 29, Rn. 228ff.; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 2013, Rn. 613f.

為，否則，對於刑法的共犯理論有如走回頭路一樣，是以形式客觀理論區分正犯與共犯。由於間接正犯操控整個犯罪，利用者與被利用者係一個犯罪單元，利用者的行為是直到被利用者的行動結束才結束。再者，被利用者的行為歸責於利用者，則利用者對被利用者的影響行為並非係其對犯罪之最後參與，被利用者既然尚未實行犯罪，利用者不應視為已「著手」，否則，係將預備階段的行為視為可處罰的未遂行為，故間接正犯之「著手」不應比被利用者之「著手」還提前發生，只有當被利用人著手實行犯罪，這時整體犯罪才直接開啟構成要件的實現。例如 A 想致 B 於死，於是向看護 C 偽稱是健保食品，當 C 想將含劇毒的「健保食品」餵食 B 時，A 才是著手於殺人行為。

實務見解採整體犯罪說，認為「間接正犯係利用無刑事責任之人實行自己所欲犯之罪而成立，間接正犯以被利用人已著手於犯罪行為之實行為其著手⁶。」例如 A 明知 B 係由其與 C 共謀殺害，依法 A 不得受賠，卻以 B 意外死亡為由向旅行社提出理賠申請，旅行社亦已將相關資料轉送保險公司提出理賠申請，A 顯已著手於詐騙保險公司，利用不知情之旅行社向保險公司提出理賠申請，A 係間接正犯，並著手於詐欺罪之實行⁷。

（二）個別犯罪說（或稱影響理論）

間接正犯的犯罪參與是對被利用者的影響，故間接正犯之著手開始於其對被利用者之影響行為，而被利用者還有多久才會實現犯罪，則非所問。至於被利用者是否適合或有意實現犯罪，正如利用

6 最高法院 100 年度台上字第 2880 號。

7 最高法院 99 年度台上字第 5360 號。

物的工具是否適合一樣不重要，行為人只要影響犯罪工具，則已達未遂階段。例如 A 想致 B 於死，於是向看護 C 偽稱是健保食品，當 A 將含劇毒的「健保食品」交給 C 時，即著手於殺人行為。

（三）被利用者之主觀認知說（或稱差異理論）

間接正犯之著手認定因被利用者係善意或惡意而有所不同，被利用者根本不知道自己的行為係一個犯罪行為，而對此不負責任時，係善意的犯罪工具，此情形如機械或其他工具一樣，間接正犯對其影響即為「著手」。相反地，若被利用者係出於惡意時，因間接正犯影響犯罪實現的因果歷程尚未開始，被利用者仍然掌握犯罪之實現與否，此時間接正犯「著手」與否應依被利用者的行為而定。例如 A 想致 B 於死，於是向看護 C 偽稱是健保食品，當 A 將含劇毒的「健保食品」交給善意的 C 時，即著手於殺人行為；反之若 C 察覺是毒藥，也認為死亡對 B 而言是一種解脫，C 著手於殺害行為，A 才成立殺人未遂。

（四）一般未遂犯理論

刑法第 25 條第 1 項對於未遂犯之一般規定同樣適用於間接正犯，間接正犯之著手不應與共同正犯一樣適用整體犯罪說，畢竟二者犯罪結構不同，前者欠缺共同的犯罪決意與共同實施行為。若依個別犯罪說，有可能被利用者的行為與犯罪實現在時空上尚有一段距離，而僅係預備行為而已，卻視間接正犯已「著手」，如此有違未遂犯之一般規定。又因為間接正犯之犯罪參與係對被利用者的影響，不管被利用者係出於善意或惡意，被利用者的行為皆歸責於利用者，因此，間接正犯之著手認定不應受到被利用者主觀認知的影

響。較合理的見解是，間接正犯主導對被害人的侵害，其憑藉認知支配或意思支配操控犯罪的整體過程，故間接正犯的未遂犯與預備犯之區別應以其行為作為判斷標準，被利用者僅是執行的工具而已。間接正犯認為保護的法益存有具體危險，被利用者不需要有重要的準備行為，而是僅實行自己所操控的犯罪時，肯定著手於犯罪之實行，甚至間接正犯自己放任、不再操控犯罪因果歷程時，也應視為已「著手」。

在本案中，甲將所謂的「安眠藥」交給乙，不知情的乙前往丙的住處，依甲的認知，透過乙的強盜行為以達殺害丙的目的所需要、必要的影響已完成，甲不再操控乙的行為，乙即將實現自己的殺人計畫，甲成立間接正犯，並著手於殺人行為，成立殺人未遂罪。

參、結論

甲想利用乙洗劫丙之際實現殺害丙的目的，乙在不知情下攜帶甲提供致命的毒藥前往丙住處，途中察覺甲的殺人計畫，於是放棄所有犯罪，乙尚未著手於強盜罪，成立強盜預備罪，放棄行為不適用中止犯之規定。甲利用不知情的乙實現犯罪，對於殺害丙握有認知支配，由於乙已經攜帶毒藥前往丙的住處，甲放任事件發展，不再握有犯罪支配，對丙產生具體危險，成立殺人未遂罪的間接正犯，利用者與被利用者依其所犯之罪分別論處。

第十題 不純正不作為犯之「著手」

火車站站務負責人甲經常聽到旅客向他抱怨，有位流浪漢乙常手持酒瓶且胡言亂語地出現於候車室內，甚至夜宿裡面，造成夜歸搭車的旅客心裡不安，乙經甲屢勸不聽，依舊我行我素，某晚約十一點左右，甲發現乙醉臥在鐵軌上睡覺，甲知道再過十分鐘將有一班火車行經此處，甲故意視而不見，逕自離開現場，過了約三分鐘後，乙被一位好心的旅客拖離醉臥的鐵軌而倖免於死。問：甲是否有任何刑責？

壹、問題爭點

刑法上的不純正不作為犯，只有當行為人居於保證人地位時，才處罰，故應先判斷行為係作為或不作為。不作為是否有可能成立未遂犯？本案的爭點係如何認定不純正不作為犯之「著手於犯罪行為之實行」？尤其，行為人故意開始的不作為與結果發生之間尚有一段時間，行為人放棄支配因果歷程時，是否可視為已「著手」？

貳、案例分析

一、甲是否成立刑法第 271 條第 2 項與第 25 條之作為殺人未遂罪？

乙倒臥在火車鐵軌上的行為並非甲積極促成的，甲只是發現乙醉臥在鐵軌上，且知道再過十分鐘將有火車行經此處，卻故意視而不見，離開現場，因此，甲的行為不是作為，不成立作為的殺人未遂罪。

二、甲是否成立刑法第 271 條第 2 項、第 15 條與第 25 條之不純正不作為殺人未遂罪？

(一) 不純正不作為犯是否有可能成立未遂犯？

不純正不作為犯是否如作為犯一樣也有成立未遂犯之可能？學界對此問題皆持肯定的見解¹，因為刑法第 15 條第 1 項規定，不純正不作為犯之結果發生必須與因積極行為發生結果相同，行為人既然可以任何方式（作為或不作為）造成被保護的法益陷入危險狀態，當居於保證人地位的行為人有能力，且能及時排除危險的情況下，卻不為期待的特定作為，導致結果發生，能成立犯罪既遂，當然也能成立未遂犯²。問題是，何時才是不純正不作為犯之「著手」？則有爭議。

¹ 林山田，刑法通論（下冊），2008，頁 273；黃榮堅，基礎刑法學（下），2003，頁 241；Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts AT, 1996, § 60 II；Rudolphi in: SK-StGB, 2003, Vor § 13, Rn.50；Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 2013, Rn. 740.

² Roxin, Strafrecht AT, 2003, § 29, Rn. 266.

（二）不純正不作為未遂犯之構成要件

1. 結果未發生且刑法處罰未遂行為

當甲發現乙醉臥在鐵軌上睡覺，且知道不久將有火車行經此處，雖然置之不理，但乙在火車進站前經人拖離鐵軌而倖免於死，死亡結果未發生，又刑法第 271 條第 2 項有處罰殺人未遂行為，考慮甲的行為成立不純正不作為之殺人未遂罪。

2. 犯罪決意

依刑法第 25 條第 1 項規定「已著手於犯罪行為之實行而不遂者，為未遂犯」，法條僅明定客觀要件，但對故意犯而言，不管係預備犯（陰謀犯）、未遂犯或既遂犯，皆要求行為人在主觀上須具有犯罪（行為）決意，犯罪決意係行為人對於所涉及之犯罪客觀構成要件具有實現的故意（意欲）。在本案中，甲看見乙躺在鐵軌上，明知十分鐘後將有火車行經此處，由於乙已經喝醉酒而倒睡在鐵軌上，又正值夜深搭車旅客較稀少，因此，乙遭火車輾斃的機率很高，甲故意視而不見，逕自離開，至少具有不確定的殺人故意。甲是火車站站務負責人，應負責鐵路軌道設施、保安與防護設備之維護與嚴格遵守鐵路法令，對於行車與旅客之安全，負有防止任何危害結果發生之義務，甲對此客觀上之保證義務有所認知，仍然棄乙於不顧，肯定甲具有以不作為方式置乙於死的犯罪（行為）決意。

3. 著手於犯罪行為之實行

甲必須著手於殺人行為之實行，問題是，不純正不作為未遂犯以何時點為犯罪之著手實行？因為不作為犯無法從外表判斷是否著手於犯罪之實行，故應從行為人的行為義務出發，於此，學界有不

同見解：

1) 救助可能之最後機會說

此說主張，不純正不作為未遂犯係依行為人主觀想法，認為遲誤最後一個可能救助的機會才是客觀要件的「著手」。由於法規範僅要求行為人能及時防止危害發生，行為人如果仍有可能防止危害發生時，行為人暫時不作為，尚未違反作為義務，應係不處罰的不作為，況且，行為人既然有多次作為的可能性，何時採取救助行動應由行為人自行決定³。在本案中，甲發現乙醉臥在鐵軌上睡覺，且明知十分鐘後有火車會行經此處，卻故意視而不見，逕自離開現場，依此見解，因為還有十分鐘火車才會來，乙仍然有被拯救的機會，只有當火車鳴笛準備進站時，甲遲誤最後的拯救機會，此時才進入未遂階段，因此，甲的不作為尚未著手於犯罪行為之實行。

此見解遭批評對法益保護不周延，行為人明知被害人經由其不作為已陷入危險中，即使尚有拯救的可能性，卻一再喪失救助行動，依此見解，不純正不作為之未遂犯只有失敗未遂犯與不能未遂犯兩種形式而已。再者，在時間的緊迫下，將使不純正不作為犯不可能成立中止犯。此外，保證義務要求行為人不僅要排除最後結果的發生，同時也要求應該阻止接近結果發生的危害⁴。

2) 防止可能之最初機會說

此見解認為，行為人只要對於結果發生負有防止義務，卻違背此義務而不為期待行為，則是不純正不作為犯之「著手」。當被害

3 主張此見解者 Armin Kaufmann und Welzel, s. dazu Hillenkamp, 32 Probleme aus dem Strafrecht AT, 2001, S. 89f.

4 Schoenke/Schroeder, Strafgesetzbuch, 2010, § 22, Rn. 48; Rudolphi, aaO., Vor § 13, Rn. 51; Roxin, aaO., § 29, Rn. 284.

人陷於危險中，居於保證人地位者有義務立即採取救助行動，因為行為人本身與其他人一樣，無法得知最初的拯救機會是否也是最後的拯救機會，此時立即採取行動才具有意義，因此，行為人知道被害人陷於危險時，不立即採取拯救行為，即為未遂犯之「著手」，至於行為人繼續喪失拯救機會或仍有最後的拯救機會，只對未遂行為的結束與否具有意義⁵。依此說，在本案中，雖然火車還有十分鐘才會行經此處，甲明知乙醉臥於鐵軌上睡覺，乃是危險的行為，不立即採取防止危害發生的行動，反而離開現場，甲不為防止行為係以不作為方式著手實行殺人行為。

此說招致批評的理由是，將不純正不作為未遂犯的開始在時間點上往前挪移，有可能將預備行為論以未遂犯，此情形有如母親想餓死嬰兒而故意不哺乳，只要第一餐不餵食即成立未遂犯，如此結論僅係處罰行為人主觀上的惡意，因為在客觀上，嬰兒一餐不進食，尚未有具體的危險，行為人之不作為尚未造成動搖法律和平的震撼印象⁶。

3) 立即危險說

較多學者主張，不純正不作為未遂犯之「著手」認定應與作為犯相同，亦即行為人繼續遲誤拯救的行為造成被保護的法益陷於立即（直接）的危險時，則是未遂犯之「著手」。因為不純正不作為犯係違背保證義務的不作為，故何時係違背義務的不作為，應透過對保證義務或作為誠命的意義與目的為何而予以認定。如果居於保證人地位者明知被害人處於當前具體的危險中、構成要件結果即將

5 Troendle/Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 2003, § 22, Rn. 33.

6 Roxin, aaO., § 29, Rn. 280.

逼近或已存在的危害在擴大中，基於犯罪決意仍不立即有所作為，目的是令不法結果發生，則視為已著手於犯罪之實行，至於被害人何時陷於具體危險，應依行為人的主觀而認定。此外，負有保證義務的人基於犯罪決意，故意錯過第一次可以防止結果發生的拯救可能，且對其而言，其他拯救的可能需碰運氣，其錯過第一次拯救行為視為未遂的開始。例如救生員 A 看見小孩 B 落水，基於殺害故意不在第一時間就近拉起已伸出手的 B，雖然稍後也可以拋救生圈或使用救生艇，錯過第一次救援機會即屬未遂。

立即危險說較具有特別意義的是，當行為人開始不作為到損害結果發生之間，仍有一段時間或行為人有多次拯救機會的情形，則視危險是否已進入急迫狀態而定。例如母親 A 基於殺嬰故意在第一餐不餵食嬰兒 B，B 的生命不會因此受到立即威脅，此時尚未進入未遂階段，直到 A 知道 B 已陷於具體危險中，仍遲誤防止結果發生的拯救機會，縱使 A 稍後仍有可能再拯救或以其他方式拯救，皆不影響 A 不立即採取行動已成立未遂犯的結論⁷。

有疑義的是，不管被害人當時是否身處具體危險中，如果行為人故意不作為，且放棄對整個事件的操控，例如離開現場，由於行為人不再能支配足以發生不法結果的因果歷程，此時是否開始進入未遂階段？例如未婚母親在樹林中產下嬰兒後獨自離開現場回家，任嬰兒無助地留在樹林中，目的係想殺害嬰兒。多數主張例外地視為著手犯罪之實行，即使被害人當時並沒有陷於立即危險中也一樣，只要居保證人地位者並沒有再回來的打算，而逕自離開現場，令被害人任由命運安排，有如間接正犯的判斷標準一樣，著手於犯

7 Rudolphi, aaO., Vor § 13, Rn. 51; Wessels/Beulke/Satzger, aaO., Rn. 741.

罪行為之實行⁸。

行為人既能以作為方式實現犯罪構成要件，同時又可以不作為方式實現，則兩者的未遂犯之「著手」認定也應該相同。未遂犯之處罰理由在於行為人以其行為顯現與法律規範相違背的主觀意思，客觀上的行為又足以震撼社會大眾對法律的信賴，並破壞法律的安定性與秩序，因而對「著手」認定也應依主、客觀混合理論，即依行為人主觀上之認知，其實行作為或不作為若繼續不斷地進行，勢必立即導致構成要件的實現，行為人之作為或不作為必須與構成要件結果的發生之間具有時空緊密關聯性，換言之，行為人的行為造成被害人有立即的、迫切的危險時，則行為已進入未遂階段。至於被害人雖然尚未有立即的危險，但行為人不作為，且離開現場，不再支配犯罪事件的因果歷程，而任由事件自然發展者，也應視為未遂犯之「著手」，故以「立即危險說」較合理。

在本案中，甲是火車站站務負責人，對於自己的事務範圍內負有防止他人法益受到侵害的保證義務，當甲發現乙陷於危險中，卻視而不見，且逕自離開現場，乃係令乙任由命運安排，故甲的不作為已進入未遂階段。甲不為期待應為的行為，亦即防止結果的發生，例如叫醒乙或將乙拖離鐵軌於安全地方，又甲對防止結果發生具備作為能力，故不純正不作為之未遂犯的構成要件該當性、違法性與罪責性皆成立，論以殺人未遂罪。

⁸ Roxin, Tatenschluss und Anfang der Ausführung beim Versuch, JuS 1979, S. 12f, Wessels/Beulk/Satzger, aaO., Rn. 742; Wohlers, in: NK-Strafgesetzbuch, Band 1, 2010, § 13, Rn. 23; 林山田，同註1，頁275。

參、結論

甲是火車站站務負責人，對於深夜醉臥鐵軌的乙負有防止危害發生的保證義務，甲明知十分鐘內將有一班火車經過，卻不為期待的積極行為，以防止危害結果發生，其離開現場顯示具有殺害的不確定故意，且放任事件發展，任令乙的生命陷於具體危險中，肯定著手於殺害行為，成立不純正不作為的殺人未遂罪。

第十一題 既了未遂之中止犯

甲凌晨見其父乙與同居人丙發生吵架並互毆，即上前將二人拉開，丙反持鐵管揮擊甲，經制止後，又對甲的背後襲擊，但為甲壓制在地，甲極為氣憤，遂請乙與丙外出談判。甲與丙下車談判，在激烈爭吵後，甲取出預藏的水果刀猛刺丙胸部與腹部等要害共四刀，傷及胃、腸與肝臟等部位，因丙呼救乙，甲遂停手而未續刺，乙聞聲後即要求甲一起送丙去醫院，中途甲因害怕先下車回家，由乙將丙緊急送醫急救，丙倖免一死，問：甲成立何罪？

壹、問題爭點

行為人基於殺人故意而著手實行犯罪，犯罪結果最後不發生，行為人在何種要件下方成立中止犯？區別未了未遂與既了未遂之目的何在？又應如何區別？

貳、案例分析

一、甲考慮成立刑法第 271 條第 2 項殺人未遂罪？

（一）丙身中四刀，經乙載往醫院急救而倖免於死，甲的行為

並未發生死亡結果，又刑法第 271 條第 2 項有處罰殺人未遂罪。

(二) 甲對於丙長期行為感到不滿，且對於凌晨勸架時反遭丙的襲擊極為氣憤，邀請丙外出談判時還預藏水果刀，並對丙胸部與腹部重要部位猛刺四刀，因此，肯定甲具有殺人決意，且已著手實行殺人行為。

(三) 甲的行為具有違法性與罪責性。

二、甲是否成立第 27 條第 1 項前段之中止犯？

甲基於殺人故意而對丙猛刺四刀後，因丙呼救乙前來，而停手未續刺，甲且應乙要求一同送丙前往醫院，途中因害怕先下車回家，由乙送丙到醫院，甲的行為是否足以成立中止犯？依甲主觀認知，在猛刺丙四刀後，繼續行刺仍有可能，因此，甲此時還有機會改變心意中止犯罪結果的發生，故甲停止續刺並非係失敗未遂，仍有成立中止犯的可能性¹。檢驗是否符合中止犯要件前，應先判斷行為人的未遂係未了未遂或既了未遂，理由係依第 27 條前段規定，行為人若因己意中止係未了未遂（著手中止）；因己意防止結果發生者，則為既了未遂（實行中止），二者適用中止犯的要件有所不同，故有加以區別的必要。學界區別未了未遂與既了未遂有客觀理論與主觀理論之分²：

(一) 客觀理論

以客觀立場判斷，未了未遂係行為人尚未完成犯罪在客觀上所

1 「失敗未遂」概念可參黃惠婷，失敗未遂或己意中止？，月旦法學教室，第 28 期，2005/3，頁 30 以下。

2 Fischer, Strafgesetzbuch, 2013, § 24, Rn.14f；林山田，刑法通論（上冊），2008，頁 477 以下。

必要的行為，既了未遂則係行為在客觀上無須再做任何動作，已足以導致結果發生。

（二）主觀理論

多數見解則以行為人主觀意思而定，未了未遂係行為人在最後實行行為時，認為結果還不至於發生者，為未了未遂。如果行為人錯誤認識結果可能發生，但發現錯誤後與繼續實行為保持距離以中止犯罪，視為未了未遂。只是行為人發現錯誤的時點必須認為還可以實現犯罪，否則屬失敗未遂；反之，行為人在最後實行行為後，認為結果有可能發生者，為既了未遂。行為人對此只要有所認知即可，即使錯誤認為結果可能會發生，也是既了未遂。至於行為人此時還希望結果發生，還是放任想法，並不重要。例如 A 想毒殺 B，將 B 家中冰箱的飲料置入致死毒藥後即外出，此時不確定 B 是否會飲用，也不影響行為是既了未遂。行為人在最後實行行為後，縱然不再想讓結果發生，也是既了未遂³。

有疑義的是，行為人為了達成犯罪目的，當第一種方法失敗後，再次使用其他方法，最後放棄犯罪，是否仍有中止犯之適用？有所謂的「中止地平線」觀點⁴，由行為人對犯罪繼續發展過程的想法分別二者，與犯罪計畫無關。判斷重點是，行為人對先前的作為是否認為法益受到直接危險，且在最後行為結束後，認為犯罪結果至少還有可能發生。是以，對中止地平線有必要具體確認，亦即確認行為人的想像認知。當客觀上特別接近犯罪結果發生時，對未了未遂的確認應採嚴格要求。

³ Fischer, aaO., § 24, Rn. 14f.

⁴ Fischer, aaO., § 24, Rn. 15f.

不少學者採整體觀點，行為人在第一次著手動作失敗後，在沒有時間延遲下，還有機會使用其他替代方法實現犯罪卻放棄，不是失敗未遂，而是未了未遂，因為前、後動作視為一個整體的生活過程⁵。例如 A 基於殺害故意對其妻 B 身上潑灑汽油，試圖點火時，B 掙脫向外奔逃，B 不小心跌倒在地，A 緊隨而到，跨坐在 B 身上，想以雙手掐死 B，這時 A 鬆開雙手，放棄繼續掐頸。依整體觀點，A 先、後的點火與掐頸行為視為一個整體行為，不會因為第一次方法失敗，即排除中止犯之適用。

至於不作為犯是否應區別未了未遂與既了未遂？則有爭議。一說主張不作為犯的未遂等同作為犯的既了未遂，縱使行為人認為是未了未遂，都要求須有積極的防止作為，方有中止犯之適用。行為人主觀認為結果發生來得太快，也不能免除既遂之刑責⁶。不同見解主張區分說，行為人認為，對誡命行為的補救還來得及阻止結果發生，此為不作為犯的未了未遂，例如母親想讓小孩挨餓，且認為只要再提供正常的進食即能挽救小孩生命；反之，行為人不採取應為的誡命行為且認為此補救行為也無濟於事。只是異於作為犯的是，不作為犯的中止犯要求行為人要有積極作為⁷。

實務肯定犯罪之未遂有「未了未遂」與「既了未遂」之區別，「未了未遂」係指行為人著手於犯罪行為之實行，而未完成實行行為；「既了未遂」，係指行為人著手於犯罪行為之實行後，雖已完成實行行為，但尚未發生結果。兩者於中止犯之適用，在「未了未

5 Fischer, aaO., § 24, Rn. 17.

6 Fischer, aaO., § 24, Rn. 14a.

7 Schoenk/Schroeder, Strafgesetzbuch, 2010, § 24, Rn. 27f.

遂」之情況，行為人只須消極放棄實行犯罪行為，即可成立中止犯；而在「既了未遂」之情形，行為人除中止外，尚須積極的防止結果發生，始能成立中止犯。倘若於結果尚未發生前，僅因己意消極停止犯罪行為，然未採取防止結果發生之積極行為，而係另有第三人之行為，致未發生犯罪結果，仍屬因外力介入而致犯罪未遂之普通未遂，即障礙未遂，而非中止未遂⁸。

在本案例中，甲拿出預藏的水果刀對丙身體上重要部位猛刺四刀，穿入丙胸腹腔內，傷及胃、腸與肝臟等重要部位，依上述理論可得出一致的結論，甲於停手未續刺時，屬於既了未遂。

依第 27 條規定，既了未遂的行為人必須因己意防止結果的發生，才有中止犯之適用。客觀要件的「防止」係行為人必須透過積極行為，以阻止犯罪結果的發生；易言之，行為人此時必須對因果歷程的發展置入新的條件，而此條件足以造成結果不發生。高等法院認為「中止未遂須因己意中止或防止其結果之發生者為限，若其行為已足以發生犯罪之結果，自己並無防止行為，而係由被害人求助或他人發現而介入，始未發生犯罪之結果，則為障礙未遂⁹。」在本案例中，丙若未即時送醫，顯然會有死亡結果，甲雖然後來停手未續刺，但丙係因乙在車內聽聞丙呼叫，最後由乙將丙送醫急救，才倖免於死，丙未生死亡結果係丙呼救以及乙介入，故甲不適用中止犯之規定。

學者另有主張，只要行為人的行為係阻止結果發生的原因即可，至於行為人是否還可能做更多，在所不問。但有主張行為人於

8 最高法院 100 年度台上字第 6535 號。

9 臺灣高等法院 89 年度上訴字第 471 號。

既了未遂的情形中，需出於真摯的努力或盡力阻止結果的發生。對於上述之爭議，由新刑法第 27 條第 1 項可得知，中止犯（前段）與準中止犯（後段）不同，前者不以「已盡力」為要件。不過，對成立中止犯而言，除了阻止行為與結果不發生之間須具有因果關係外，結果不發生也應該可認為係行為人防止行為的功勞，並由此顯現出行為人具有持續拯救的意思。因此，行為人自己的防止行為屬必要，如果僅是聽任被害人自力防止結果發生，或行為人僅消極地讓第三人為防止行為，對於既了未遂的防止仍不足夠¹⁰。在本案中，甲對丙要害猛刺四刀後，需積極地介入結果的不發生，才符合中止犯要件。今丙先呼救乙，甲回應乙要求，才共同開車送丙前往醫院，途中卻因害怕而先下車回家，最後由乙單獨將丙送醫急救，甲的行為與丙死亡結果不發生之間不具有因果關係，甲不成立中止犯。即使一開始係由甲開車送往醫院，但中途離開，也因同理而不符合中止犯的要件。

三、甲是否適用第 27 條第 1 項後段準中止犯之規定？

依此規定，必須結果之不發生雖非防止行為所致，而行為人已盡力為防止行為者，才有中止犯之適用，此為準中止犯。其要件雖然不以防止行為與結果不發生間具有因果關係為必要，但行為人也必須出於己意且盡力為防止行為。有主張所謂「已盡力為防止行為」係指行為人的行為在客觀上屬於必要的防止行為，以避免中止犯之過度擴張，否則有違平等原則¹¹。反對見解則認為，行為人所

¹⁰ Fischer, aaO., § 24, Rn. 30f.

¹¹ 余振華，刑法未遂犯章修正之介紹與評析，2005 年刑法總則修正之介紹與評析，法務部，頁 96。

採取的措施須完全針對結果的不發生而為，而此措施係行為人主觀上認為對防止結果發生是一項適合且必要的方法即可，當然，行為人必須盡力從事其認為可防止結果發生的方法才已足¹²。在本案中，丙的死亡結果不發生係因乙的介入行為所促成，甲消極的配合行為，且中途下車任由乙單獨將丙送醫急救，尚非係「已盡力」，故甲行為不適用準中止犯之規定。

參、結論

甲基於殺人故意而對丙軀幹要害猛刺四刀，雖然死亡結果未發生，甲的未遂行為屬既了未遂。甲因丙呼救乙前來，且應乙要求一同送丙前往醫院，途中卻因害怕先下車回家，任由乙送丙到醫院，甲防止行為與丙未死亡不具因果關係，其對防止行為顯然未盡力，不能主張中止犯或準中止犯，應負刑法第 271 條第 2 項與第 25 條殺人未遂罪。

¹² Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 2013, Rn. 647.

第十二題 失敗未遂

甲與乙結怨，基於殺害故意於傍晚時分前往乙宅尋仇，持槍埋伏於路旁等待乙出現，當甲看見乙的汽車出現時，趁汽車剛停妥尚未熄火之際，朝汽車連開三槍。由於開車者是乙的貼身小弟丙，丙正巧在車內彎腰尋找車前大燈的開關，聽到槍響後，採彎腰低姿勢自副駕駛座逃離，等丙逃出車外，甲發現並非是乙，未再繼續射擊，並迅速離開現場，丙無大礙。問：甲主張成立中止犯是否有理？

壹、問題爭點

甲看見乙的汽車出現，以為駕駛者是乙，於是開槍，當確認非乙，而是丙，因此不再繼續開槍，甲是否成立殺人未遂罪？甲中止殺害行為是否符合中止犯要件？當行為人認為犯罪不再可能實現時，還有中止犯之適用嗎？適用中止犯的前提有哪些？

貳、案例分析

一、甲是否成立刑法第 271 條第 2 項、第 25 條殺人未遂罪？

甲對丙連開三槍，丙自副駕駛座逃離，開槍未發生死亡結果，

本罪有處罰未遂犯。甲具有殺人的犯罪決意，雖然甲誤認丙為乙，乃是因辨識錯誤而對事實發生的行為客體發生錯誤的認識，係一種等價的客體錯誤，無礙甲的殺人決意。甲對丙連開三槍，肯定著手實行殺人行為，違法性與罪責性皆成立。

二、甲是否有刑法第 27 條中止犯之適用？

甲開槍後發現駕駛者不是乙，於是放棄繼續開槍，放棄行為是否得以主張適用刑法第 27 條第 1 項中止犯？

(一) 排除「失敗中止」適用中止犯之可能

中止犯是已著手於犯罪行為之實行而因己意中止或防止其結果之發生者。是以，適用的前提是中止或防止犯罪結果之發生，如果犯罪結果已發生，行為人的行為與結果具有（相當）因果關係與客觀歸責，縱使行為人試圖中止或防止結果發生，仍不能適用中止犯，此中止或防止不遂稱為「失敗中止」；亦即，行為人著手於犯罪之實行，於既遂前基於己意嘗試中止或防止卻失敗。例如 A 基於殺害故意猛刺 B 腹部，出於己意聯絡救護車送 B 就醫，B 仍然不治死亡，防止行為屬犯罪後態度，僅於量刑時考慮。有爭議的是，行為人誤認自己的犯罪行為不致於產生效果，事實上足以實現犯罪目的。例如 A 基於殺害故意對 B 飲料下毒，此毒藥在客觀上可以致人於死，A 於著手後誤認劑量不足，繼續下毒也沒問題，但認為只要不繼續投放，B 不至於死，選擇中止犯罪，只是 B 仍因 A 的下毒行為死亡。有主張視情形而定，行為人中止的時機已經發生該當構成要件結果，此時不具有中止犯的條件，但行為人在結果發生期間不知結果已發生，還錯誤認為是未了未遂，欠缺既遂故意，

考慮過失。倘若行為人中止時該當構成要件的犯罪結果尚未發生，主觀上認為是未了未遂，錯誤認為在死亡發生前中止，結果即不發生，則符合中止犯要件¹。較合理的見解是通說，犯罪結果如果不是因非常態的因果歷程下發生，行為人的中止意思對於行為導致結果發生並無意義。更何況，對既遂犯之成立，法規範不要求行為人的既遂故意必須持續到結果發生，而是當結果發生可以客觀歸責於行為人的行為時，不再能使用中止犯，有如行為人在既了未遂情形下的努力防止無效一樣，應負既遂責任²。

（二）排除「失敗未遂」適用中止犯之可能

實務認為，刑法第 25 條第 1 項之一般障礙未遂犯與同法第 27 條第 1 項前段之中止未遂犯，二者之區別，應依一般經驗標準予以觀察，以其性質是否對已著手犯罪之既遂予以通常之妨礙為其依據。倘其著手犯罪後之停止行為，依一般社會通念，為屬可預期未能完成犯罪之結果者，仍屬一般障礙之未遂犯，而非中止未遂；必其未遂之原因，在一般經驗法則上，非得以預期，純係出於行為人之己意而中止或防止其結果之發生者，始得謂為中止未遂犯³。學術上則提出，探討是否有中止犯之適用前，必須先確定甲此時的放棄犯罪仍有中止犯適用的可能。在本案中，當甲確定駕駛者是丙，計畫殺害乙的目的已無法達成，甲的行為可能是一種失敗未遂，失敗未遂異於未了未遂與既了未遂。問題是，此概念是否有存在的必

¹ Schoenke/Schroeder, Strafgesetzbuch, 2010, § 24, Rn. 22f.

² Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts AT, 1996, S. 545; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 2013, Rn. 627; Stratenwerth, Strafrecht AT I, § 11, Rn. 82f.

³ 最高法院 104 年度台上字第 2263 號。

要，仍有爭議：

(一) 失敗未遂並非獨立的概念

有論者認為，失敗未遂係一種不重要的概念，其是非己意情形下的一種⁴，或認為其與非己意係一體兩面的概念，前者著重於犯罪行為之正面利益，後者則由行為之負面利益效應說明，當行為已完全無正面利益時，代表行為絕對有害，放棄是絕對不得不放棄⁵。是以，論者認為透過未了未遂與既了未遂以及己意與非己意的要件，即可得出合理的結論。失敗未遂的情形不過是應用中止犯的要件而已，將此概念視為成立中止犯的前提，只會讓問題更複雜⁶。依此說，在本案中，甲發現駕駛者是丙，繼續開槍已無正面利益，並非己意中止。

(二) 失敗未遂係獨立的概念

另有論者主張，行為人在主觀上認為，以目前使用的方法已無實現犯罪之可能或不值得繼續實行，則行為人無由中止犯罪可言，根本不可能成立中止犯，而是失敗未遂⁷；簡言之，行為人主觀上認為無法、不值得或難以達於既遂的一種未遂。排除適用的理由是，依中止犯減免其刑的立法意義與目的，只有當行為人認為實現犯罪還有可能時，方有減刑的適用。中止犯的要件是行為人出於己意「中止繼續犯罪」或「防止犯罪結果的發生」，因此，基於行為人之主觀認知，繼續行為必須還有可能或結果還有可能實現時，才

4 Maurach/Goessel/Zipf, Strafrecht, AT/2, 1989, § 41, Rn. 36.

5 黃榮堅，基礎刑法學（下），2003，頁74以下。

6 德國學者Schroeder意見，Fischer, Strafgesetzbuch, 2013, § 24, Rn. 6.

7 林山田，刑事法論叢（一），1997，頁31以下。

有己意中止或防止的問題。依行為人主觀認知，「即使我想要，我也不能實現犯罪」，故「要不要」的問題應先以「能不能」為前提。判斷的標準純粹依行為人主觀認知，即使客觀上仍有可能實現犯罪，但行為人卻不知或誤會，也是失敗未遂。之所以採主觀觀點，在於中止犯係未遂犯的回溯概念，判斷未遂犯是否已著手，依行為人主觀意思違犯何種犯罪而定，行為人截至目前的行為對犯罪構成要件所保護的法益是否產生立即、直接的危險。同樣地，中止犯也應依行為人之主觀認知，方能判斷行為人目前的行為是否仍有中止或防止的可能，且在還有可能令結果不發生下，才有己意中止或防止的問題，故即使是有危險的不能未遂也有可能成立失敗未遂；易言之，失敗未遂依主觀人的想法，不再可能發生犯罪結果，不能未遂是行為人著手於犯罪之實行，客觀上確定不可能發生犯罪結果，故行為人不知客觀已經不能發生犯罪結果，仍出於己意真摯努力防止，仍有準中止犯之適用⁸。另比較失敗未遂與未了未遂及既了未遂的差異，後二者的行為人主觀上認為還可能中止或防止結果發生，只要不繼續實行犯罪或積極防止作為，客觀上是否還真的可能中止或防止，則非所問，能否成立中止犯的判斷重點在於「己意」的要件。

當行為人有堅定地的犯罪計畫，著手後依行為人認知，在當下不再可能如願實現犯罪，而是必須透過新的因果鏈才能實現，由於時間上勢必有所延遲遂放棄，屬於失敗未遂。不同的情形是，如果行為人認識置入的犯罪方法已失敗，也知道緊接著失敗的作為而採取新的犯罪手段可以實現，還是中止犯罪，依通說見解，不是失敗

⁸ Roxin, Strafrecht, AT I, 2003 § 30 III, Rn. 79ff.

未遂。例如 A 對 B 全身澆灑汽油，試圖以打火機引燃，B 掙脫 A 的拉扯往外逃，A 由後追上撲倒 B 改以雙手掐 B 的脖子，卻在不明原因下放棄殺害。主張個別理論者認為，行為人在採取個別的動作時，都認為可以實現犯罪，第一次失敗視為失敗未遂，論以殺人未遂。通說認為，個別理論無視行為人緊接的先行為是單一的生活過程，而且過度限制中止犯適用的可能性，因此對前、後採取的手段視為一個單一事件。行為人使用第二種犯罪手段是臨時起意，目的是維持或繼續完成原先的犯罪決意，先後緊接的手段只是為了實現該當構成要件的結果，故第一種犯罪手段失敗在整體觀察觀點下，不成立失敗未遂。若行為人採取第二種犯罪手段，在己意下中止或防止犯罪結果發生，仍有中止犯之適用。至於何時可視為單一事件，有主張依競合論的構成要件上的行為單數或自然的行為單數判斷⁹。失敗未遂可以是以下情形：

1. 方法上的不能

行為人認識所採行的方法已無法實現犯罪而放棄，例如安裝的定時炸彈已失效；只有一發子彈或已射完所有子彈，卻沒有擊中；誤以為只有一發子彈或已射完所有子彈，開完槍後即中止；槍枝卡彈；想拿砒霜毒害，察覺拿到白糖；澆灑汽油後，發現打火機沒有液態瓦斯；施以詐術卻無法讓被害人上當；下毒後發現無效；鑰匙無法開啟他人家門。

2. 客體上的不能

行為人認識或誤認不是不能實現犯罪，只是有關客體方面的外

⁹ Jescheck/Weigend, aaO., 542f; Schoenke/Schroeder, aaO., § 24, Rn. 15; Wessels/Beulke/Satzger, aaO., Rn. 628ff.

在情況已改變，行為人對於客體不再具有興趣，或繼續實行犯罪已喪失意義，例如被害人正處生理期，因而喪失性趣；行竊時發現保險櫃是空的或被調包；著手竊取路邊汽車，發現故障；誤認被害人身上毫無財物；或行為人正要槍殺被害人，發現認錯人；想綁架被害人，發現其不在現場或被掙脫；著手強制後發現是男性，放棄性侵害；以為是真跡，發現是贗品。

3. 主體上的不能

犯罪無法實現係因行為人個人因素所導致，例如竊賊無法打開保險箱；駭客沒能力破解電腦保護措施；著手後突然手腳麻痺，不聽使喚；著手後心臟病或癲癇症發作；著手強制想性交，卻不舉；行為人遭被害人反制；著手殺害，驚覺對方武術高強。

上述之爭議以後說較合理，因為「失敗未遂」概念在實務操作上容易具有提前篩選的功能，避免落入難以判斷的「己意」要件。實務對客觀情形改變導致失敗的未遂，視為障礙未遂，然失敗未遂涵蓋的範圍比障礙未遂廣，前者還包含客觀上根本沒障礙的情形，如風吹草動，竊賊誤以為有人靠近。在本案中，甲想槍殺的人是乙，看見乙的汽車出現時，認為開車者應該是乙，連開三槍後發現是丙，確定當下已經無法實現犯罪目的，故係一種客體上不能的失敗未遂，而無中止犯之適用。

參、結論

甲基於殺害乙的決意對汽車連開三槍，發現駕駛者非乙，而是丙，乃是一種不影響故意的等價客體錯誤，肯定具有殺人決意與著

手於殺人行為。甲在殺人既遂前放棄繼續開槍，是因為認為不再可能實現犯罪，成立失敗未遂，不能適用中止犯之減免刑罰規定。

第十三題 中止犯之己意

甲積欠乙二百多萬元未清償，因對乙長期討債行為不堪其擾，基於供自己殺人所用之意圖完成七支鋼筆手槍，每支內各裝一顆子彈，且先以一支手槍試射一顆。某日，乙託丙向甲取款，甲向丙射擊二槍，丙中槍後即向外逃跑，甲另持四支鋼筆手槍自後追趕，又朝丙射二槍，致其前胸、背部受傷，丙以右手去抓槍，右手手掌被甲擊中一槍，嗣經丙再加上左手抓槍，阻止甲開槍，並要求不要再開槍，此時甲再以未持槍的右手抓該槍，雙方均以手抓住該槍，致甲無法再行拉扳機射擊，甲在無法射擊下，並將四支鋼筆手槍（其中一支尚未射擊，且裝有子彈一顆）丟到路旁有溝蓋洞隙的水溝內，丙即自行搭車就醫急救，倖免於死。試問：甲是否有中止犯之適用？

壹、問題爭點

當行為已達於著手時，若犯罪結果不發生與行為人的行為具有因果關係，應考慮是否有中止犯之適用，中止犯的要件有哪些？區分未了未遂或既了未遂對中止犯有何意義？如何判斷主觀要件「己意」？對後者的認定正是本案例的重點。

貳、案例分析

一、甲是否成立刑法第 271 條第 2 項殺人未遂罪？

(一) 犯罪結果未發生：丙自行就醫，倖免於死，死亡結果沒有發生，又本條第 2 項有處罰未遂犯。

(二) 甲因對乙索債行為不堪其擾，於是先完成鋼筆手槍數枝且試射效能，當甲見丙前來，對丙胸、背部開二槍，身體軀幹屬重要部位，肯定具有殺人決意，開槍行為是著手於殺人行為之實行，違法性與罪責性皆成立。

二、甲是否成立刑法第 27 條第 1 項中止犯？

甲將四支鋼筆手槍，含其中一支尚未射擊且裝有子彈者丟到水溝內，並讓丙自行離開就醫，甲是否成立殺人未遂罪的中止犯？

(一) 未發生犯罪之結果

刑法第 27 條規定：「已著手於犯罪行為之實行，而因己意中止或防止其結果之發生者……」，成立中止犯。因為犯罪行為必須已著手，因此不適用可處罰的預備行為。另，行為人必須中止或防止犯罪結果之發生，犯罪達於既遂不可能成立中止犯，但考慮是否有特殊中止犯之適用，如刑法第 347 條第 5 項。行為人錯誤認為施以防止行為還可以令結果不發生，事實上，結果因非行為人行為而發生，只是行為人在不知情下致力防止，也排除中止犯之適用¹。共同正犯係以完成特定之犯罪為其共同目的，其各自分擔實行之行為應視為一整體合一觀察，對於因此所發生之全部結果，自應同負

¹ Fischer, Strafgesetzbuch, 2013, § 24, Rn. 3.

其責。是正犯中之一人，其犯罪已達於既遂程度者，其他正犯亦應以既遂論科，縱使有人放棄自己的參與部分，仍無中止犯之適用²。實務見解認為，一般障礙未遂與中止未遂之區別應依一般經驗標準予以觀察，以其性質是否對已著手犯罪之既遂予以通常之障礙為其依據，論其著手犯罪後之停止行為。依一般社會通念為屬可預期未能完成犯罪之結果者，便為障礙未遂犯；必其未遂之原因在一般經驗法則上，非得以預期，純係出於行為人之己意而中止或防止其結果之發生者，始得謂中止未遂³。

（二）以「失敗未遂」篩選得適用之情形

在檢視是否符合中止犯要件前，應先判斷行為人的未遂是否係一種失敗未遂，因為失敗未遂不應有中止犯之適用。所謂失敗未遂係依行為人主觀認知，認為犯罪在客觀上不再可能實現或繼續犯罪已喪失意義了，因而決定放棄繼續犯罪。因行為人主觀上認為不能實現犯罪時，即無所謂要不要的己意或非己意的問題。在本案中，甲與丙同時以雙手握住仍有子彈的槍枝，最後所有槍枝皆丟進水溝內，由於丙的胸、背與手掌已中彈受傷，在身體狀況懸殊下，甲將所有槍枝丟進水溝，甲主觀上不是不能實現殺人目的，不成立失敗未遂，仍可能成立中止犯。

（三）中止犯之要件

1. 客觀要件——中止或防止

中止犯的客觀要件是行為人必須中止或防止犯罪結果之發生，

2 最高法院 104 年度台上字第 355 號。

3 最高法院 104 年度台上字第 2263 號。

未遂情形遂有未了未遂與既了未遂之分。前者要求行為人只要簡單中止犯罪行為之實行；後者則要求必須有積極防止作為。區別這二者是依行為人在最後實行犯罪行為時的主觀想法。倘若行為人認為，想實現犯罪構成要件還必須有所作為，此時是未了未遂。實務指出，行為人已實行犯罪行為，且其所為之犯罪行為已發生一定之犯罪結果後，僅消極停止其犯罪行為，並未為防止結果發生之積極作為，祇因其已經實行之犯罪行為，因其他因素未能發生預期犯罪結果者，仍屬障礙未遂，非中止未遂⁴。例如 A 持水果刀刺殺 B 之腹部，致其腹壁裂傷合併小腸穿孔及腹內出血，並臟器外溢時，A 雖因 B 之哀求，而未再持續加害 B，並將手機交予 B，實務認為此僅係消極停止犯罪行為，其並未為報警、通知救護車或將 B 送醫等防止結果發生之積極作為。而 B 係因於 A 離去後，以手機向友人求援，始未發生死亡之結果，非中止未遂⁵。

在本案中，丙以右手抓槍，右手手掌被甲擊中一槍後，丙再加上左手抓槍，要求甲不要再開槍，甲知道若要置丙於死，必須排除丙握槍的障礙再開槍，此時，甲殺人未遂處於未了未遂狀態，甲只要簡單的中止殺人行為即符合客觀要件。甲手中仍有一支手槍裝有子彈，由於不再繼續對丙開槍，反而將手槍丟入水溝，乃是中止殺人行為。

2. 主觀要件——己意

行為人不管是因中止或防止致犯罪結果不發生，中止或防止行為都必須出於己意。學界對「己意」有如下之見解：

⁴ 最高法院 104 年度台上字第 205 號。

⁵ 最高法院 102 年度台上字第 2962 號。

1) 自主動機說

早期學說上提出法蘭克模式，其標準是「縱使我能繼續實行，我亦不願繼續為之」者，屬自願；「縱使我願繼續實行，我亦不能為之」者，則屬非自願⁶。之後，學者提出自主動機說，認為中止犯罪是否出於己意，係行為人心態問題，應依行為人主觀意思而定。行為人認為「即使我想達成目的，我也無法達成」。所謂己意，係行為人出於自主之動機而中止，如出於他主之動機而中止，即非己意。己意與否依行為人主觀見解，而行為人經此外界客觀情狀之變動後，視其是否為決定之主人而定。又自主動機不以值得稱讚或具有倫理道德價值者為必要。有學者認為，中止未遂者是否出於己意，除了以一般經驗上的觀念作為判斷中止行為人是否出於自動或他動外，尚須參以行為人主觀的認知，以辨識來自外界事情而影響行為人中止的動機，究竟係出於自動或他動。例如 A 持刀殺妻 B，因 B 呼救逃往鄰家，驚動其兄及四鄰，始棄刀向警自首，A 未遂係因 B 之逃避，且由其兄及四鄰之阻撓所致，故基於外部障礙而不遂⁷。出於自主動機者，例如 A 欲強姦 B，著手施暴，B 高聲呼救，行為地係荒郊野外，A 仍中止強姦行為；或 A 在住宅行竊，心想如能在銀樓行竊，犯罪所得將可大增，遂捨棄繼續行竊；或行為人因欠缺勇氣以繼續犯罪之實行；或為避免前行為被發覺而中止行為之實行；或欲性侵害而施強暴之際，因被害人允諾稍後會配合，並期約特定時地行之，遂中止繼續施暴；或因風險升高而中

⁶ 林山田，刑法通論（上冊），2008，頁 483。

⁷ 洪福增，著手中止與實行中止之區別及中止犯之己意，刑事法雜誌，1959/7，第 3 卷第 7 期，頁 71。

止等。反之，論者指出，出於他主動機者，例如 A 欲性侵害 B，B 高聲呼救，A 認為會招致路人注意而來救援 B，遂中止性侵行為；A 在行竊中見巡警走進，或遠處傳來警車的鳴叫聲；或屋內燈光突然大亮，顯見屋主乙返家，若不捨棄，勢必遭逮捕；或被害人認識行為人，行為人因心生畏懼而中止等⁸，皆不能成立中止犯。然在上述情形中，行為人主觀上認為不再可能實現犯罪，應屬失敗未遂，已無出於「己意」之可能，而提前排除中止犯之要件檢驗。

最高法院認為，中止犯係指已著手於犯罪行為之實行，而因己意中止或防止其結果之發生者而言。犯罪已著手，因己意中止其實行者，為「著手中止」；若犯罪已實行，因己意中止其行為者，為「實行中止」。其中，在實行行為進行中，尚未達可生結果之程度者，消極的中止其實行，即行為人心理上非因外部障礙而以拋棄繼續實行之意思，而停止實行行為之進行，即屬之。（至某罪如屬未遂，也應論以未遂罪，並不排除中止犯之適用⁹）。因此，我國實務見解採自主動機說。

2) 倫理上的自我要求說

有學者認為，己意係行為人認為可以完成犯罪，但不想再做下去，而且必須出於真摯。若為受迫性的放棄而無以為繼，則非己意，例如行為人技窮；或客觀環境改變，造成行為人對繼續犯罪無興趣；或明顯升高自己的風險，皆為普通未遂。行為人因疑神疑鬼而中斷犯罪，亦非己意。只是行為人畏懼刑罰而自行中斷犯罪，肯

8 林山田，刑事法論叢（一），1997，頁 40 以下；蘇俊雄，刑法總論Ⅱ，1998，頁 385；黃常仁，刑法總論，2009，頁 194 以下。

9 最高法院 91 年度台上字第 3347 號。

定是己意。上述之有所差別，是基於緊縮的中止犯概念要求，因為立法者於障礙未遂之外，另外創設中止犯的要件，且賦予優厚待遇，足顯中止犯為未遂犯之特例，故不希望中止犯的適用範圍擴大。

行為人的自願中止不但須出於「自律」，而且應當出於「倫理上的自我要求」。刑法最主要的目的係預防犯罪，誠摯悔悟與倫理上的自我要求係中止犯的核心要素，唯有出於誠摯悔悟，行為人方不具危險性，並值得寬諒，因而刑罰權才有節制的必要，社會大眾的情感才不會被挑激。例如出於憐憫、悔悟或正義召喚而中止犯罪等；相反地，待時而動；或擔心相識的被害人告發；或自知難逃法網而中止或防止，甚至出於理性的、功利的計算，因仍潛藏危險性，皆不符合倫理上的自我要求。倘若對其減免刑罰，社會大眾可能會起而效尤，有違犯罪一般預防目的¹⁰。

3) 利害關係說

另有認為，刑法設立中止犯的意義在於對未來法益的保護，行為中止與否，重要的不是客觀上是否果真遇到障礙而中止，而是行為人基於防止結果發生的意思而為防止結果發生的行為，因此，行為人是否因己意中止應採主觀角度判斷。行為人是否遇到障礙，應依據在現實上的利害關係判斷，若行為人繼續犯罪，在現實上會導致不利（包括誤認）而放棄，如此放棄係人性使然，並不代表行為人之危險性降低，故非己意。反之，並非因不利因素而放棄者，則係己意中止。故障礙係一種心理障礙，並不存有客觀的障礙問題（不利）。己意的情形，例如被害人揚言提告，如果提告對被害人不會形成心理障礙，行為人仍中止；或被害人懇求而放棄。非己意

¹⁰ 林東茂，中止犯，刑法七十年之回顧與展望紀念文集（一），2001，頁300以下。

者，例如強制性交時發現對方是熟識的人而放棄；或被害人於行為時正處生理期，因而放棄強制性交；或竊賊遇到屋主或巡邏警員經過而放棄；或見鮮血冒出，心中戰慄，造成手足無力而放棄繼續殺人；或竊賊發現竊物非預期的金製物品，而係木製，因而放棄¹¹。

4) 刑罰目的理論

學者有反對以實證—心理觀點作為己意的判斷標準，而主張規範觀點。行為人因己意中止或防止行為可證明其實現犯罪的意欲並不強烈，其危險性事後也足認明顯的降低，則刑罰對一般預防犯罪、特別預防犯罪以及受侵害的法秩序之回復而言，具有節制的必要性。且基於中止犯係未遂犯的回溯概念，前者減免刑罰理由係對未遂犯處罰的逆考量。未遂犯基於行為人的犯罪意思著手實行犯罪，客觀的著手行為顯現其對法律和平的破壞與震撼人心；相反地，中止犯之減免刑罰須行為人透過其中止或防止，讓已著手犯罪實行所建立的刑罰理由因而消滅，顯示其內心疏遠犯罪。規範觀點是以刑罰目的為基礎，並與未遂犯之處罰理由相呼應¹²，較為可採。依此，以下肯定行為人放棄犯罪是出於己意：被害人答應稍後自願與其為之而放棄強制性交、因為沒勇氣繼續為之、第三者使其情緒穩定、良心發現、害怕刑罰、被害人在偏僻地區呼喊、乍見犯罪產生心理震撼或羞恥等。非己意者：外在環境改變而認為有風險、心理障礙沒能力實現、沒預料到第三者出現、被害人不怕恐嚇等¹³。

在本案中，高等法院認為，甲實施殺人之犯意而對丙開槍，共

11 黃榮堅，基礎刑法學（下），2006，頁588以下。

12 Lackner, StGB, 1995, § 24, Rn. 2; Schoenke/Schroeder, Strafgesetzbuch, 2010, § 24, Rn. 2b.

13 Fischer, aaO., § 24, Rn. 22f.

開五槍中三槍，經丙拉住甲之手，要求不要再開槍與將槍丟進水溝，聲稱不會報案，丙即自行搭計程車離去。是以，甲未再射擊，係因丙拉住甲之手央求，甲才未再開槍，且任由丙自行前去就醫，足見甲非因己意而中止犯罪¹⁴。最高法院認為，鋼筆手槍內尚餘子彈一顆，甲若近距離朝丙要害射擊，非無可能致丙於死，被害人「拉住」上訴人之手，究係拉住甲持槍之手或另一未持槍之手？其拉住甲之手是否足為實行之障礙？若不足為實行之障礙，甲僅因丙之口頭要求即中止殺人行為之實行，是否為中止犯？而質疑原判決之見解¹⁵。

依刑罰目的（或規範目的）理論，雖然甲、丙二人皆握住手槍，但丙已受傷，明顯地處於劣勢狀態下，當手槍丟入水溝時，甲不反對，事實上，若甲想要置丙於死，當可立即採取反制。更何況，甲任由丙離開現場，並沒有續行殺人決意而採取其他方式，可見甲實現殺人犯意已不強烈，甚至消失，其放棄繼續殺害，足以消弭著手殺人未遂所造成的破壞法律和平與震撼人心之印象，肯定中止係出於己意，甲適用中止犯之減免刑罰的規定。

參、結論

甲基於殺人故意對丙共開五槍中三槍，經丙拉住甲之手要求不要再開槍，遂將槍枝丟進水溝，任由丙自行離開就醫而倖免於死。甲的殺人行為未發生死亡之結果，其與甲出於己意中止殺害具有因果關係，甲成立殺人未遂的中止犯。

¹⁴ 臺灣高等法 88 年度上訴字第 4819 號。

¹⁵ 最高法院 91 年度台上字第 3347 號。

第十四題 參與犯之中止犯

甲、乙計畫趁夜入丙所有的倉庫行竊，乙坐在車上等待，甲則由後門以電鋸破壞鐵門，此時引起附近的狗吠，留在前門汽車內的乙擔心引來住在附近的丙注意，因此，放棄行竊且開車離開現場。當甲打開前門想讓乙進入倉庫時，才發現乙已落跑，在沒有乙參與下，甲仍在倉庫內翻箱倒櫃，卻被丙及他人當場逮個正著。問：甲、乙刑責各為何？

壹、問題爭點

刑法第 27 條第 2 項規定參與犯之中止犯，其要件為何？共同正犯基於犯罪共同體，參與的部分彼此互相歸責，倘若有參與者在預備階段或未遂階段放棄自己的參與，應如何評價？在本案中，乙中途放棄共同行竊，乙是否成立中止犯？其他參與者實行的犯罪達於未遂，中途放棄實行的人是否也應擔負刑責？又應如何評價其參與？參與者放棄繼續犯罪的時點，關係中止犯之認定與犯罪結果之歸責。

貳、案例分析

一、甲的刑責

(一) 甲是否成立刑法第 321 條第 2 項與第 25 條加重竊盜未遂罪？

甲在翻箱倒櫃時即被丙發現，犯罪結果未發生，而本條第 2 項也有處罰未遂犯。甲與乙計畫進入丙的倉庫行竊，並由甲先以電鋸破壞後面的鐵門，甲具有毀越門扇與攜帶兇器行竊的加重竊盜決意，行為時也具有不法所有意圖。但甲是否已著手於加重竊盜罪之實行？因甲以電鋸破壞鐵門後再進入倉庫，考慮是否符合刑法第 321 條第 1 項第 2 款與第 3 款。

實務認為，該條項第 2 款所謂「毀越」門扇、牆垣，係指毀損或越進而言，毀而不越，或越而不毀，均得依該條款處斷，不以二者兼而有之為必要。毀越的是住宅、店舖或其他建築物（包括公寓、大廈內之各住戶或店舖、地下室或樓梯間）之門扇。所謂「其他安全設備」，則係指除門扇牆垣以外，依通常觀念足認為防盜之一切設備，是分隔住宅或建築物內外之間之出入口大門而言。鐵門係非屬分隔住宅或建築物內外之物，而是在於發揮防止宵小入侵之防閑作用，應屬「其他安全設備」。又毀壞門鎖而行竊，應視該鎖之性質而論以毀壞安全設備或門扇，若該門鎖係附加於門上之鎖，則係毀壞安全設備竊盜，如該鎖為門之一部，則應認為毀壞門扇。例如小偷毀壞鐵窗，再持長木條穿越經其毀壞之鐵窗缺口處伸入該住宅內，竊取財物，雖其身體未超越該鐵窗，但其竊盜之手段，既已進窗門，使他人窗門安全之設備失其防閑之效用，自屬毀越安全

設備竊盜¹。

該條項第 3 款攜帶兇器竊盜罪，係以行為人攜帶兇器竊盜為其加重條件，此所謂兇器，其種類並無限制，凡客觀上足對人之生命、身體、安全構成威脅，具有危險性之兇器均屬之，且祇須行竊時攜帶此種具有危險性之兇器為已足，並不以攜帶之初有行兇之意圖為必要²。電鋸屬兇器，應無疑義。

甲以電鋸破壞鐵門後又入內翻箱倒櫃，此行為與破壞他人對自己財物持有關係具有時空緊密關聯，甲此時已立即、直接危及丙的財物，甲不僅毀越門扇且攜帶兇器，肯定著手於加重竊盜罪之實行。違法性與罪責性皆成立，甲成立加重竊盜罪之未遂犯。

（二）另外，甲以電鋸破壞丙的倉庫鐵門，毀越門扇而入室，其越入行為即屬侵入住宅，同時成立第 354 條毀損罪與第 306 條無故侵入住宅罪，二者已結合於所犯加重竊盜罪中，不另論罪³，甲成立加重竊盜未遂罪。

二、乙的刑責

（一）乙是否成立第 321 條、第 25 條與第 28 條加重竊盜未遂罪的共同正犯？

甲、乙計畫行竊，甲破壞鐵門時，乙則坐在車上等待，此時引起附近的狗吠，乙擔心遭人發現，遂放棄犯罪而離開現場。甲發現

1 司法院 26 年院字第 610 號解釋；最高法院 104 年度台上字第 1674 號；臺灣高等法院 103 年度上易字第 2475 號；臺灣高等法院 104 年度上易字第 1480 號；臺灣高等法院 104 年度上易字第 1490 號。

2 最高法院 79 年台上字第 5253 號判例；臺灣高等法院 104 年度上易字第 1623 號。

3 臺灣高等法院 104 年度上易字第 1830 號。

乙落跑，在沒有乙參與下，繼續在屋內翻箱倒櫃，犯罪已達於未遂。在本案中，高等法院認為甲、乙計畫行竊，確實在事先已有犯意之聯絡，並開始分擔各部分之犯行，乙係中途擔心被查獲，遂自行中止該犯意聯絡而未遂，但無礙於其先前犯行部分之成立，論以竊盜未遂⁴。但乙放棄實行犯罪的時點，甲是否已著手於二人共同計畫的加重竊盜罪？有待進一步分析。倘若甲破壞鐵門僅是預備竊取，乙是在著手竊盜前放棄犯罪。反之，破壞鐵門是著手於加重竊盜罪之實行，甲、乙二人的竊取行為則進入著手階段，乙放棄犯罪之實行考慮是否有中止犯之適用。上述問題與加重竊盜罪各款事由之性質有關。

1. 在預備階段放棄犯罪實行

實務認為，刑法上之未遂犯，必須已著手於犯罪行為之實行而不遂者，始能成立。刑法第 321 條之規定為第 320 條竊盜罪之加重條文，自係以竊取他人之物，為其犯罪行為之實行。至於第 321 條第 1 項各款所列情形，不過為犯罪之加重條件，行為人僅著手於該項加重條件之行為，而未著手搜取財物，縱其目的係在行竊，仍不能以加重竊盜罪未遂論⁵。是以，行為人縱使有推門之行為，也屬預備行為。依此見解，甲在破壞鐵門時，尚屬未著手實行竊盜，乙此時心生放棄行竊，放棄行為係發生在竊盜的預備階段。

刑法第 27 條第 2 項規定：前項規定，於正犯或共犯中一人或數人因已意防止犯罪結果之發生，則有本條第 1 項中止犯之適用。因此，參與犯之中止犯是以參與的犯罪必須已著手實行且尚未達於

4 臺灣新竹地方法院 89 年度訴字第 547 號；臺灣高等法院 90 年度上訴字第 1659 號。

5 臺灣高等法院 104 年度上易字第 1178 號。

既遂為前提，至於是由何人實行犯罪而進入未遂階段，在所不問。若參與者在犯罪預備階段曾試圖阻止其他參與者犯罪，不僅不成功，且造成自己的參與持續至犯罪完成時，可謂係失敗的防止行為，仍應負共同正犯或共犯的責任。

參與者在預備階段放棄自己的參與，錯誤相信其他參與者也已放棄繼續犯罪，遂沒有採取積極的防止作為時，此錯誤認知不重要，無法成立中止犯。例如 A 計畫搶劫銀行，詢問 B 於何處可購買槍枝，B 於是提供訊息給 A。B 在 A 連絡前後悔，遂將提供的紙條要回，A 也向 B 表明已放棄犯罪，只是 B 沒想到 A 僅是虛應而已，早已將聯絡方式記下，並以此購得槍枝搶劫既遂。B 在預備階段的參與是否有刑責？參與者對犯罪結果負責，應以自己的參與在客觀上與結果發生具有因果關係為條件，B 在預備階段放棄，顯示主觀上不具有犯罪決意。然放棄犯罪之參與者對自己所採取的防止措施，也應承擔結果發生的風險，若防止失敗，導致先前提提供的參與與結果具有因果關係，仍無法卸責。參與者的防止方式在沒有絕對的安全保證或歸責轉移下，輕易地相信正犯之言，讓他人的犯罪與自己的參與仍具有因果關係，屬於一種可避免的結果，且客觀歸責於自己的行為，只不過欠缺主觀歸責，考慮是否負過失的刑責⁶。

參與的犯罪達於既遂，但有參與者在預備階段放棄犯罪，只要其提供的參與對他人犯罪之實現不具因果關係或歸責，並無中止犯問題，行為不罰⁷，例如參與部分在正犯著手前喪失效力，但考慮

⁶ Roxin, Strafrecht, AT II, 2003, § 30, Rn. 324f.

⁷ Fischer, Strafgesetzbuch, 2013, § 24, Rn. 38.

是否成立可處罰的預備犯。實務認為，基於共同正犯彼此之間非僅就其自己實行之行為負其責任，犯罪結果只要在共同犯意聯絡之範圍內，參與者對於其他共同正犯所實行之行為，亦應負責。至於共同犯意聯絡，不論明示通謀或相互間默示合致，均屬之。是以共同正犯之行為，應整體觀察，就共同犯意內所造成之結果同負罪責，而非僅就自己實行之行為負責。例如 A 對 B 女為強制性交行為既遂，其他共同正犯 C 雖未為強制性交，亦應論以既遂。倘若於 A 對 B 女為強制性交行為，C 留在現場未給予 A 實行性侵害行為之障礙，亦未勸導 A 中止，更未有效防止犯罪行為結果之發生，C 雖中途放棄強制性交，仍應負共同正犯之責⁸。

依實務對加重竊盜罪之著手認定，乙放棄犯罪而離開現場時，甲正以電鋸破壞鐵門，尚未是加重竊盜罪的著手。甲進入屋內後才發現乙放棄犯罪，仍單獨繼續翻箱倒櫃搜尋財物，而被察覺逮捕。然，乙對甲繼續著手的竊盜行為並未提供任何具因果關係的物質與精神參與，是否著手與實現竊盜全由甲自行決定，因此，乙此時放棄犯罪，並無中止犯的適用問題，而是不處罰的預備行為。

2. 在著手階段放棄犯罪實行

另有主張，加重竊盜罪之各款事由屬於加重構成要件要素，著手之認定，則視行為人之加重事由行為或情狀是否在不受任何干擾下，可以直接、立即導致犯罪構成要件的實現⁹。實務也曾說明，刑法竊盜罪所保護之法益乃係對所管領動產之支配力，是決定竊盜行為著手時點，應考慮具體財產持有人之支配力是否已有被侵害之

⁸ 最高法院 104 年度台上字第 2457 號。

⁹ 林山田，刑法各罪論（上冊），2006，頁 358。

直接或現實危險性¹⁰。鐵門既然是其他安全設備，行為人著手破壞安全設備，足令內部的財產安全受威脅，肯定造成震撼印象與動搖法律和平。依此說，甲基於竊盜故意著手破壞鐵門時，乃是著手於加重竊盜罪之實行。

依上述第2說，乙放棄犯罪時，甲已達著手階段。共同正犯係兩個人以上共同分工犯罪的實行，彼此行為互相歸責，形成犯罪共同體，因此，依通說只要共同參與者其中一人已達著手階段，則全體共同參與者均應視為已著手實行犯罪。少數說則採個別說，每位共同正犯必須開始著手於自己的參與，才肯定對可罰的未遂行為具有犯罪支配¹¹。不管共同正犯之著手是採何種見解，在本案中，乙與甲到達犯罪現場，甲著手破壞鐵門行為可歸責於乙，二人具有共同加重竊盜之犯罪決意，違法性與罪責性皆成立，乙成立加重竊盜未遂罪的共同正犯。

（二）乙是否成立中止犯？

在本案中，進一步的問題是，甲破壞鐵門時，造成附近狗吠，乙擔心引來住在附近的丙注意，因此，此時放棄行竊且離開現場是否成立個人解除刑罰事由的中止犯？刑法第27條第2項適用於二人以上共同犯罪之中止犯，不僅適用於共同正犯，也包含教唆犯與幫助犯，要件如下：

1. 參與之犯罪達於著手階段

參與犯的中止犯與單獨正犯一樣，必以參與可罰的未遂行為為前提，且只有當所參與的犯罪已進入未遂階段時，本規定才有適用

¹⁰ 臺灣高等法院 104 年度上易字第 1786 號。

¹¹ 黃惠婷，刑法案例研習（二），2013，頁 92 以下。

餘地。如上所述，甲、乙計畫之竊盜已達著手階段。

2. 防止行為且令結果不發生

本條第 2 項中止犯之適用係參與者經由其故意的參與，在正犯的行為達於著手後，透過防止的行為讓犯罪無法實現。至於未遂行為係未了未遂或既了未遂，對於參與犯是否成立中止犯並不重要。判斷重點是，參與者的防止行為是否讓犯罪結果不發生，以及防止行為與結果不發生間具有因果關係。參與者的中止只要令結果不發生，至於採取何種防止的方式與種類則不拘，例如警告被害人、將正確的事實通知陷於錯誤的被害人、向警察自首、破壞犯罪工具、收回自己的犯罪參與、勸服其他參與者放棄犯罪等，重要的是，採取的防止行為必須令整個犯罪無法實現¹²。參與的犯罪已進入未遂階段，又可歸責於參與者時，原則上，參與者唯有透過積極的反制行動才能阻止犯罪發生結果。實務亦採之，例如 A、B、C 共同謀議強盜犯行，再由 A 通知 D 參與，犯案之前在 D 之租住處集合再出發進行強盜之犯行，D 事先知悉他人計畫強盜，並受命擔任把風工作，更搭載 A 到場，卻因見情勢不利而自行離去，D 雖中途離去，但未防止強盜結果之發生，自無解其強盜罪之共同正犯罪責¹³。中止者的積極防止必須有效，例如 A 提供電鋸供竊賊 B 破壞鐵捲門，當 B 著手破壞之際，A 反悔來到現場，將電鋸要回來，造成 B 在無工具下只好放棄。

法條規定參與犯的中止犯須有「防止」行為，依文義解釋，似乎要求參與犯應有如單獨正犯的既了未遂一樣，以積極作為為限。

¹² Kindhaeuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch Band1, 2010, § 24, Rn. 99.

¹³ 最高法院 94 年度台上字第 5233 號。

問題是，若參與犯消極的不作為也能讓犯罪結果不發生，是否能成立中止犯？例如 A 分十次提供致命的毒藥給 B，以達慢性毒殺 C 的目的，當提供三次後，A 心生悔意，不再繼續提供毒藥，遂令 B 在無法由其他方式獲得此種毒藥下，不得不放棄毒殺行為，而 C 因劑量不足，未生死亡結果。依本條之立法目的，只要參與犯因己意並能讓犯罪結果不發生，防止不必限於積極作為上，條件是參與犯的消極不作為足以支配結果的不發生，故參與者消極中止或積極防止皆有中止犯之適用。只是參與犯基於錯誤認知，認為三次毒藥劑量不足以致死，而僅以單純的不繼續供應，認為即可阻止犯罪結果發生，事實上劑量已足且造成結果發生時，應排除中止犯之適用¹⁴。

在本案中，甲基於竊盜決意而已著手破壞鐵門，對於他人財產的安全帶來震撼印象，應視為著手於加重竊盜罪之實行，故在現場等待的乙也視為著手竊盜。原則上，乙不能僅是單純放棄自己的參與而已，而是必須積極有效地阻止甲繼續竊盜。又，甲最後之所以無法實現犯罪，並非乙放棄參與所造成，故乙的消極作為無法成立中止犯。同理，乙也沒有盡力為防止結果發生的行為，無法成立本條第 2 項後段之準中止犯。

在本案中，有疑義的是，乙在預備階段與甲基於犯罪決意共同行竊，但乙在甲著手後逃離現場，而沒有繼續實行竊盜。甲在知情下仍想實現竊盜結果，卻在既遂前遭丙逮捕，乙是否仍應論以加重竊盜未遂罪的共同正犯？學界區別共同正犯與幫助犯有主觀理論與犯罪支配理論之爭，依主觀理論，乙於犯罪著手後且既遂前放棄犯

¹⁴ Schoenke/Schroeder, Strafgesetzbuch, 2010, § 24, Rn. 89.

罪，甲知情下仍有繼續犯罪的決意，乙的想法與甲的決意脫鉤，且乙對甲的竊盜結果無任何利益可言，乙此時不具有正犯意思，論以幫助犯。依犯罪支配理論，乙中途離開，對甲是否與如何完成竊盜行為並無犯罪支配意思與支配可能。乙基於共同犯意允諾參與，卻在甲竊盜既遂前放棄參與，明顯降低其參與竊盜未遂的不法與罪責內涵，應論以幫助犯較為合理¹⁵。

參、結論

甲以電鋸破壞丙倉庫的鐵門，毀越門扇而入室翻箱倒櫃，財物得手前遭丙逮捕，成立加重竊盜未遂罪。乙與甲事先有共同竊盜決意，當甲著手破壞鐵門時，乙此時放棄犯罪而離開，無礙於參與行為達於竊盜著手階段，單純中止行為並非有效防止犯罪之發生，又甲竊盜未能既遂與乙的放棄犯罪無關，故乙不能主張中止犯。然考量乙的放棄，顯示對甲繼續竊盜行為已無以正犯參與的意思，客觀上欠缺犯罪支配與相關的支配意思，乙論以加重竊盜未遂罪的幫助犯。

¹⁵ Eisele, Abstandnahme von der Tat vor Versuchsbeginn bei mehreren Beteiligten, in: Zeitschrift fuer die gemeinsame strafrechtliche Wissenschaft, 2004, 112/4, S. 764ff.

第十五題 打擊錯誤

甲連續三次透過電話恐嚇乙交付 200 萬元，否則，防彈背心穿厚一點，隨時準備吃子彈。乙心生恐懼而虛與委蛇，並且報警，並未如甲所言交款。甲因而心生不滿，向他人購買槍枝，持槍到乙宅。甲先在屋外空地稱：「你既然放話說我拿到 200 萬元，我就要拿到 200 萬元，把錢拿出來。」之後就對空鳴一槍，在屋內的乙、丙夫婦及其友人分持椅子砸向甲，甲見對方人多勢眾，轉身即跑。乙等人見狀追出，甲因害怕被對方追捕，且感到對方已追近，未經轉頭，即以手槍朝後方追來的眾人開兩槍，其中一發不料擊中因行動不便未參與追趕，而只是在電線桿旁駐足觀看的丁，造成丁不治死亡，問：甲的刑責為何？

壹、問題爭點

行為人對於構成犯罪之客觀事實有錯誤認識時，成立構成要件錯誤。甲朝後面追趕者開槍，卻打中一旁觀看的丁，係成立何種構成要件錯誤？刑法對行為的評價是以行為時為準，行為人於行為之際具備何種故意，才可能影響刑責。甲開槍時的認知為何？此為本

案的關鍵。又打擊錯誤為等價時，法律效果為何？

貳、案例分析

一、甲開槍擊中丁的行為是否成立刑法第 271 條第 1 項殺人既遂罪？

(一) 丁因為槍傷不治死亡，因為甲開槍才造成丁死亡，二者之間具有因果關係

雖然丁的死亡是因為甲開槍，子彈誤射到一旁觀看的丁，依相當因果關係理論，如此的偏離並非超乎一般經驗之外，即以因果歷程發展而言，開槍的行為與死亡結果之間並非不具有相當性。依客觀歸責理論，甲開槍乃是製造法律上所不容許的風險，此風險與死亡結果也具有關聯性，故丁的死亡應客觀歸責於甲的開槍行為。

(二) 甲對丁必須具有殺人故意

刑法第 13 條規定，行為人對於構成犯罪之事實明知並有意使其發生或預見其發生，而其發生不違背其本意者，以故意論。實務指出，「刑法關於犯罪之故意，係採希望主義，不但直接故意，須行為人對於構成犯罪之事實具備明知及有意使其發生之要件；即間接故意，亦須行為人對於構成犯罪之事實預見其發生，且其發生不違背行為人本意始成立；惟行為人若對於構成犯罪之事實，雖預見其能發生，而在其主觀上確信其不致發生者，則應以過失論¹。」由此得知，故意含有認知與意欲要素。意欲又是建立在行為的想像

¹ 最高法院 96 年度台上字第 5483 號。

上，罪責刑法必須考慮行為人對外在情況的認識。其結果可能是行為人的內心想像與外在情況相符，也可能二者不相一致。當行為人對刑法具有意義的外在情況不認識或誤解，即為刑法上所謂的「錯誤」；行為人錯誤認為不存有特定外在情況時，成立相關的「正面錯誤」，例如構成要件錯誤；反之，行為人錯誤認為存有如此外在情況時，則為相關的「反面錯誤」，例如不能未遂。是以，行為人的故意必須包含所有法定構成要件要素，若對其中的構成要件要素不認識，成立構成要件錯誤²。

在本案中，甲朝後開兩槍，應能預見開槍會傷害後面追趕的眾人，甲雖然沒有瞄準後方的特定人射擊，而係朝著後方追趕的眾人開槍，但甲開槍無法保證不會射傷任何人，也無法保證若射中人必定不是要害，肯定對此眾人具有不確定的殺人故意³。只是結果並非發生在後方追趕者的任何一人，而係看熱鬧的丁，由於甲想射擊的是追趕者，而非看熱鬧的其他人，丁的死亡出乎甲的意料之外，此情形是，甲想要攻擊的客體與事實發生的行為客體不同，如此的錯誤並非因心理上之錯誤所造成，因此不是動機錯誤，甲有可能成立「打擊錯誤」。

打擊錯誤係指行為人依其認知瞄準「正確」的客體，只是行為人在無法操控其攻擊行為時，因外在情形，即因果歷程的偏離或失誤造成行為人所預見的客體與實際侵害的客體不一致⁴。簡言之，係指行為人對於特定之人或物加以打擊，卻誤中他人之情形⁵。不

2 Fischer, Strafgesetzbuch, 2013, § 16, Rn. 2f.

3 臺灣高等法院 89 年度上重更（二）字第 50 號。

4 Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 2013, Rn. 250.

5 最高法院 28 年上字第 1008 號判例。

同的是，若對於並非為匪之人，誤認為匪而開槍射擊，固屬認識錯誤，但非打擊錯誤。打擊錯誤的典型實例是：A 開槍想殺害 B，出乎意料之外打到 C。實務若以行為人所認識之犯罪事實與發生之犯罪事實不相符合者，即為打擊錯誤⁶，如此定義無法釐清刑法上的各種不同的構成要件錯誤。客觀構成要件要素有行為人、行為客體、行為結果、因果關係及客觀歸責，因此，構成要件錯誤是行為人對犯罪客觀構成要件要素有錯誤認識，種類可以是客體錯誤、行為錯誤、打擊錯誤以及因果歷程錯誤等。是以，實務以行為人對所採犯罪方法或手段引起之結果，與其所預見之客體有誤，並非其本意而言，始屬打擊錯誤⁷，較符合形成此錯誤的原因。容易混淆者是客體錯誤與打擊錯誤，前者是行為人依其認識行為結果應發生在某客體上，但因辨識錯誤而對於事實發生的客體身分有錯誤的認識，即對客體的同一性有錯誤的認識⁸。在本案中，甲在行為時瞄準的客體係後面追趕者，也朝眾人開槍，沒想到子彈射偏，打中一旁看熱鬧的丁，甲並沒有對客體發生辨識錯誤，因此考慮打擊錯誤。甲瞄著正確的追趕對象開槍，造成甲所預見的客體認為應該是乙等人，實際結果卻發生在丁身上，此為因果歷程的偏離或失誤所造成。

有疑義的是，甲對丁的死亡是否具有不確定故意？實務指出，「殺人之不確定故意，與打擊錯誤之區別，在於前者以行為人對於殺人之構成犯罪事實，預見其發生，且其發生死亡不違反其本意為要件；而後者則指行為人對於特定之人加以打擊殺害，誤中他人，

6 最高法院 96 年度台上字第 5483 號。

7 最高法院 95 年度台上字第 4397 號。

8 Wessels/Beulke/Satzger, aaO., Rn. 247.

其發生該他人死亡並非其本意而言。倘行為人於著手殺人時，主觀上已經預見到其行為可能誤殺他人，仍不顧他人被誤殺之風險而仍決意行之，仍應負未必故意殺人罪責。」是以，行為人明知在範圍不大且附近有供不特定人出入場所的公園內持槍射擊，有使在公園及周遭鄰近場所出入活動之無辜民眾遭受流彈擊中，並因而死亡之可能。若流彈誤擊無辜的第三者而發生死亡之結果，該結果發生不違背其本意，肯定具有殺人之不確定故意⁹。得出同樣評價的情形是，A 想駕車衝撞之主要對象是 B，然當時 C 站立於 B 身旁，A 不可能不認識駕車衝撞 B 時會撞擊緊鄰在旁之 C，仍不顧 C 生命法益而為之，自有殺人之不確定故意，而非屬打擊錯誤¹⁰。具有不確定故意的情形是，歹徒遭警察追捕時，以殺人故意對追捕的警察 A 開槍，但打中同樣是追捕的警察 B，B 不治死亡。

實務對本案的見解是，甲若係對於自後追趕之特定人群射擊，基此認識，而誤中在附近丁，係屬打擊錯誤，難謂係屬行為人預見其發生而其發生不違背其本意之範疇。若甲係對於背後之不特定人群射擊，基此認識而擊中其中一人，則非打擊錯誤，應屬行為人預見其發生而其發生不違背其本意之範圍，自應以殺人既遂罪論擬¹¹。最後裁判認定，甲主觀犯意係對追趕人群開槍，卻因打擊錯誤，誤中看熱鬧的丁，致丁死亡¹²。打擊錯誤在刑法上如何評價？

⁹ 最高法院 103 年度台上字第 4077 號。

¹⁰ 最高法院 102 年度台上字第 153 號。德國實務曾對行為人開車衝撞被害人，被害人在最後關頭跳開，導致撞擊走在被害人後面的第三者死亡，認為成立打擊錯誤。理由是，行為人沒有預料到會撞到第三人，行為人成立故意殺人，必須認識如此結果能發生或不發生也不違背其本意。BGHSt 34, 53-58, NStZ 1987, 277.

¹¹ 最高法院 89 年度台上字第 6339 號。

¹² 臺灣高等法院 89 年度上重更（二）字第 50 號。

一般而言，依目的客體與失誤客體是否屬於構成要件所要保護之同種法益，從而有不等價與等價之打擊錯誤之分。

1. 客體不等價

此情形是行為人想要侵害的目的客體與事實上不想侵害的失誤客體，就構成要件所要保護的法益價值而言，二者具有構成要件之不等價。例如：A 想丟石頭砸 B 宅的窗戶，卻誤中正巧打開窗戶的 B。由於財產法益與身體健康法益是不等價，此情形的評價在學界較無疑義，認為行為人對已發生的失誤客體負過失罪責，對未擊中的目的客體負未遂罪責，二者想像競合¹³。

2. 客體等價

行為人想要侵害的目的客體與事實上不想侵害的失誤客體，就構成要件所要保護的法益價值而言，二者具有構成要件之等價時，稱為等價的打擊錯誤。學者對此評價則有不同的見解。有主張所謂的「等價理論」，認為行為人在客體錯誤與打擊錯誤中，若客體是等價時，其法律評價並無不同，因為行為人的故意即針對構成要件所描述的要素而為，既然行為人想殺害一個人，事實上也殺死一個人，只要有殺人故意，無論殺死哪個人都一樣，依此見解，構成要件所要保護者是法益的種類，至於行為人已針對特定侵害對象之具體故意，在法律評價上不予以重視¹⁴。

多數學者則認為，行為人發生等價打擊錯誤，對事實上已發生的結果應可以排除其故意，只是排除理由不同。部分認為打擊錯誤

¹³ Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, 1996, § 29 V 6c; Wessels/Beulke/Satzger, aaO., Rn. 250; 林山田，刑法通論（上冊），2005，頁 402；黃榮堅，故意的定位與定義，收錄於：刑罰的極限，1999，頁 366 以下。

¹⁴ 黃榮堅，同註 13，頁 366 以下。

是真正的犯罪事實錯誤，只有當行為人有特定的具體客體（或對象），行為人也針對個別化的受害者而侵害時，客觀已發生的結果故意才能歸責於行為人。而客體錯誤是因行為人在選擇客體時已存有錯誤，犯罪結果也發生在行為人所瞄準的客體上，亦即客體錯誤的行為人有特定的具體客體，只因選擇客體時發生辨識錯誤，造成所想像者與事實發生的客體不一致，此時才應有如上述見解：只要行為人在瞄準時，知道侵害的對象是一個人，無論殺死哪個人，皆不會影響其殺人故意。相反地，事實上所侵害的客體非行為人瞄準的目的客體，而是其他客體時，對行為人而言，可謂是有雙重偏離，一是行為人沒有擊中想要的目的客體，二是擊中行為人沒有預料到的失誤客體，因而犯罪的實施與具體故意不一致，此時行為人對已發生的犯罪完成乃欠缺故意，並且不應該認為反正行為人的目的客體與失誤客體在法律評價上是一致，而不予以重視。因為對失誤擊中第三者之殺害故意不能由「行為人因有想殺死一個人的故意」所取代¹⁵，此說稱為「具體理論」¹⁶。結論相同，解釋理由卻不同的主張是，有學者認為，行為人的犯罪計畫若已有具體客體時，則依具體理論解決；反之，依等價理論，因此，打擊錯誤非獨立的法律概念，而是因果歷程偏離下的一種特別類型。在一般因果歷程偏離的情形中，原則上其偏離被視為不重要，但在打擊錯誤中的偏離足以排除構成要件之故意¹⁷。

在本案中，甲對後面追趕者具有不確定的殺人故意，事實上卻

¹⁵ Jescheck/Weigend, aaO., § 29 V 6c; Schoenke/Schroeder, Strafgesetzbuch, 2010, § 15, Rn. 57.

¹⁶ 國內有學者認為在此所稱的具體理論是一種誤稱，參閱許玉秀，妨害性自主與打擊錯誤，收錄於：刑法的問題與對策，1999，頁292以下。

¹⁷ Roxin, Strafrechts AT, 2006, § 12, Rn. 165ff.

造成丁死亡，甲的目的客體與失誤客體就構成要件所要保護的法益係等價，故為等價的打擊錯誤。依上述通說見解，甲害怕遭對方追捕，且感到對方已逼近，才朝後面追捕者開槍，因而誤中看熱鬧的丁，造成丁死亡，是一種排除故意的因果歷程偏離，不成立殺人既遂罪。

二、甲對丁的死亡考慮成立刑法第 276 條第 1 項過失致死罪？

丁因甲的槍擊而死，死亡結果與開槍行為具有因果關係。甲雖然對丁無殺人故意，由於在路上任意開槍有可能波及其他無辜者，丁的死亡結果在客觀上可預見，開槍行為違反客觀注意義務。只是因為害怕他人追趕，即直接對他人開槍，不符合正當防衛之防衛行為的適當性。又丁的死亡在客觀上屬可避免，甲主觀上能預見結果的發生，開槍行為肯定違反主觀注意義務，違法性與罪責性皆成立，論以過失致死罪。

三、甲對乙等人考慮成立刑法第 271 條第 2 項殺人未遂罪？

甲對後面追趕的乙等人開槍，最後沒有造成乙等人死亡，本罪有處罰未遂行為。甲的殺人故意係針對後面追趕的乙等人，甲主觀上也認為子彈擊中後面追趕的任何一人，皆不違背其本意，故在開槍當時對乙等人乃具有殺人的犯罪決意，且著手實行。同上述，甲不能主張正當防衛，違法性與罪責性皆成立，甲對乙等人成立殺人未遂罪¹⁸。

¹⁸ 實務採此見解，最高法院 92 年度台上字第 7233 號。

四、甲考慮成立刑法第 346 條第 3 項恐嚇取財未遂罪？

因為乙並未依約交付財物，犯罪結果尚未發生，刑法第 346 條第 3 項有處罰未遂犯。甲對乙明示交付 200 萬，否則，防彈衣穿厚一點，隨時準備吃子彈，使乙因而心生恐懼，故甲具有恐嚇故意與為自己不法之所有意圖，甲透過電話告知上述內容，肯定已著手實行恐嚇行為，雖然甲連續打三通電話，且持槍到乙宅門前恐嚇，前後之數個行為係為了達成同一恐嚇取財目的的各個舉動，屬於自然上的行為單數，成立一個恐嚇取財未遂罪。

參、結論

甲對追趕的乙等人開槍，不料卻誤中站在路旁觀看的丁，成立等價的打擊錯誤，成立殺人未遂罪與過失致死罪，以殺人未遂罪論。另外，甲持非法槍枝以恐嚇取財未果，成立未經許可持有槍枝罪名以及恐嚇取財未遂罪，二者從一重處斷，再與另起犯意的殺人未遂罪成立實質競合，數罪併罰。

第十六題 客體錯誤或打擊錯誤？

甲經營的商店時常遭竊賊偷米酒，甲於是在某一瓶米酒內置入足以致死的毒藥。某日，乙利用深夜又再次潛入商店內偷米酒，且偷走這一瓶已遭下毒的酒。稍後，乙在不知情下並將此瓶酒轉送給朋友丙，丙喝過酒後不治死亡，問：甲、乙的刑責為何？

壹、問題爭點

當行為人想要侵害的客體與事實上所侵害的客體不同時，係一種構成要件錯誤。客體錯誤與打擊錯誤同屬構成要件錯誤，這二種類型應如何區別？特別是想侵害的客體與所侵害的客體雖有出入，但行為人所使用的方法肯定會造成同一種法益受到侵害時，係成立客體錯誤或打擊錯誤呢？

貳、案例分析

乙的刑責：

一、乙考慮成立刑法第 321 條第 1 項加重竊盜罪

竊盜罪係以乘人不知秘密竊取他人之動產為成立要件，即以和

平手段，違背他人之意思，擅自取走他人持有之物¹。米酒對乙而言，係他人動產。竊取係破壞原持有人對此物的持有權，並為自己或他人建立新的持有權，故本罪是他人損害持有權。有疑義的是，乙利用深夜潛入甲商店竊取，符合本條第1項第1款「侵入住宅」之加重構成要件，但是否破壞甲對米酒的持有權？由於甲是故意將毒酒放在店內，等待竊賊入內取走飲用，竊賊乙取走毒酒，事實上正符合甲的意思，亦即甲私下已同意毒酒的持有權轉移到竊賊手上。因乙竊取毒酒行為在客觀上取得甲的同意，行為不符合客觀構成要件要素「竊取」，不成立加重竊盜既遂罪²。

乙竊取行為雖不成立既遂，仍需考慮是否成立未遂，因本罪有處罰未遂犯。乙在行為時不知道竊取毒酒已經甲的同意，反而是基於竊取他人財物的決意侵入甲店內，進而取走毒酒。肯定乙具有加重竊盜的犯罪決意與不法所有意圖，乙也取走他人財物，肯定著手實行加重竊盜，違法性與罪責性皆成立，乙成立加重竊盜未遂罪。

二、乙是否成立刑法第276條第1項過失致死罪？

丙喝下乙贈送的米酒而死亡，死亡結果已發生，乙的贈酒行為與丙死亡結果之間具有因果關係。過失犯依刑法第14條規定行為人是違反客觀注意義務，且死亡結果必須於客觀上可預見。行為人是否違反客觀注意義務，係依據一位與行為人社會地位相當且審慎的人，在當時狀況下所應實現的注意方式與範圍而判斷。至於結果是否客觀可預見，則依一位與行為人相當的謹慎者，若處於同樣的

1 臺灣高等法院104年度上易字第1566號。

2 黃惠婷，刑法案例研習（三），2011，頁246以下。

情形下，基於一般生活經驗可以預見到結果發生時，則是客觀可預見³。在本案中，乙的贈送行為係日常生活中人際往來的習慣，一般人根本不會想到商家會對自己店內的米酒下毒，且依生活經驗，也不會要求在贈物前先檢驗內容物是否安全，因此，乙的贈酒行為屬於符合社會性的行為，並沒有違反客觀注意義務，丙因酒有毒而致死的結果也非客觀可預見，乙不負過失致死罪。

甲的刑責：

一、甲是否成立刑法第 271 條第 1 項殺人既遂罪？

（一）客觀構成要件

丙喝下乙贈送的米酒而死亡，雖然此瓶米酒係乙由甲處偷來，再贈送給丙，但乙、丙二人都沒有想到此瓶酒已遭甲置入致死毒藥。實務採相當因果關係理論，若依一般社會生活經驗及社會通念，作為或不作為大致上提高具體結果發生的客觀可能性，而可認定在通常情況下，均足以造成該結果者，則條件與結果相當，具有相當因果關係。甲置毒於食用酒內，依一般經驗均足以造成喝下此酒的人死亡，下毒的條件與死亡結果相當，肯定二者具有相當因果關係。依客觀歸責理論，行為人的行為對於行為客體必須製造法律上所不容許的風險，且該風險實現結果⁴。在本案中，沒有甲的下毒行為，丙不會死亡，因此，甲的行為與丙的死亡結果間具有因果關係。又甲將毒藥置入一般人所飲用的米酒內，乃係製造法律上所

3 黃惠婷，由「滿月圓森林遊樂區案例」探討業務過失致死罪之構成要件該當性，刑事法雜誌，第 43 卷 5 期，1999/10，頁 81。

4 黃惠婷，刑法案例研習（二），2013，頁 35 以下。

不容許的風險，今造成飲用此酒的丙死亡，死亡結果與下毒行為間具有常態關聯性，肯定甲所製造的風險已實現，丙的死亡結果客觀歸責於甲的下毒行為。

(二) 主觀構成要件

甲必須具有殺人故意，問題是，甲原先想殺害的是專偷米酒的竊賊，因為甲認為小偷既然專偷米酒，自己應該會飲用，只是沒想到真正的竊賊偷走後會送給其他人，最後，造成死亡的不是偷此瓶毒酒的竊賊，反而係不認識的丙。此情形是甲主觀上想殺害的客體（竊賊）與客觀事實所殺害者（竊賊以外的人）有出入，因此是有關構成要件的錯誤。

1. 「客體錯誤」或「打擊錯誤」？

甲實際侵害的對象與想侵害的對象不同，甲的錯誤認知係客體錯誤或打擊錯誤？客體錯誤係指行為人依其認識，行為結果應發生在某客體上，但因辨識錯誤而對事實發生的行為客體有錯誤的認識，亦即對客體的同一性有錯誤的認識。例如 A 以獵槍殺害 B，在黑暗中入房誤認床上之 C 為 B，舉槍殺之⁵。打擊錯誤則係行為人依主觀意思，瞄準正確的客體予以侵害，卻因著手後無法控制行為，造成因果歷程偏離或失誤，行為人原先所預見的客體與實際侵害的客體不一致。在本案中，甲有想毒害的特定對象，亦即專偷米酒的竊賊，但對其中一瓶酒置毒後，甲無法操控竊賊得手後的歷程發展，因此，行為造成毒害第三者的因果歷程偏離似乎應成立打擊錯誤。然此情形較特殊，行為人對客體或對象的侵害故意是一種

⁵ 最高法院 94 年度台上字第 6325 號。

「間接」的具體個別化，判斷的重點是，行為殃及其他客體或對象是否屬行為人預見的範圍內。詳言之，甲是對店內的食用酒置毒，在下毒後難以確定竊酒的小偷是否僅獨自飲用還是與他人共享。當毒酒離開行為人自己的支配範圍後，事實上其已經無法操控自己製造的危險將會侵害哪一個具體客體。但甲可以確定的是，於食用酒中置毒，任誰飲用此瓶酒，必死無疑，即便是第三者丙或其他人，有人死亡的結果應該是在甲預料之中，而非出於意外的偶發事件。此情形有如 A 想殺害 B，對 B 的車子安裝定時炸彈，心想只要隔日 B 上班一發動汽車，即可炸死 B，沒想到隔日第一個使用 B 車子的人卻是 B 的妻子 C。如上所述，A 想殺害者是 B，而非 C，但只要一安裝好定時炸彈，不管第一個使用汽車者是哪一個人，皆難逃一死，因為會發動汽車者一定是人，此結果 A 應有預見，並進而決意安裝時，若因此殺害的是 C，而非 B，對於 C 或他人死亡具有不確定故意，不能視為打擊錯誤，行為結果偏離 A 的認知只是一種不重要的動機錯誤而已。其評價與 A 誤以為停放在 B 門前的車子是 B 的，事實上卻是 C 所有，因而誤炸 C 的情形一樣，應成立客體錯誤⁶。從而，甲的置毒行為造成丙死亡，係一種客體錯誤。

2. 客體錯誤的法律評價

行為人發生客體錯誤時，此錯誤認知對於構成要件故意是否重要，視所侵害的法益依相關的構成要件描述，其與行為人所認知的法益是否具有一致性而定。學理上將此種錯誤分為等價客體錯誤與

⁶ Schoenke/Schroeder, Strafgesetzbuch, 2010, § 15, Rn. 59; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 2013, Rn. 255; Fischer, Strafgesetzbuch, 2013, § 16, Rn. 5.

不等價客體錯誤：

1) 等價客體錯誤：係指目的客體與失誤客體的法益價值在構成要件上是等價，例如行為人想殺害乙，卻誤丙為乙而殺之。

2) 不等價客體錯誤：係指行為人互相混淆的客體對於構成要件所要保護的法益不等價，例如在天色昏暗下，行為人誤將他人的頭燈當成飛鼠的眼睛而開槍。

客體錯誤在評價上幾乎有一致的見解，實務見解肯定有所謂的「客體錯誤」，屬於構成要件錯誤的類型之一，如果目的客體與失誤客體之法益價值在構成要件上相同時，不影響行為人之故意，仍應以既遂論⁷。學界認為，故意係實現構成要件的知與欲，只要行為人於行為當時知道所殺者是人，且決意實行殺害，即肯定具有殺害故意，至於實際上所殺害者是誰，均不影響其殺害故意，行為人的錯誤認知不予以重視，其僅是動機錯誤而已⁸。詳言之，行為人發生客體錯誤時，並不會影響其故意的理由，不是因行為人想殺人，且事實上也殺了人，而係因為行為人針對具體的、特定的客體而實行。例如第 271 條第 1 項的客體是「人」，只要行為人於行為時認知行為客體是「人」即可，至於行為人對於行為客體的同一性有錯誤認知時，對構成要件的成立，則不重要。行為人對失誤客體負既遂責任，但對目的客體不成立未遂犯，理由是：行為人只有一個故意，此故意已在行為客體上實現，而論以既遂。若對目的客體另以未遂犯論，乃是重複評價，此見解不僅符合故意歸責的論理，

⁷ 最高法院 104 年度台上字第 2230 號。

⁸ 林山田，刑法通論（上冊），2008，頁 419；黃榮堅，基礎刑法學（上），2003，頁 352。

且不違反規範的目的性⁹。反之，行為人發生不等價的客體錯誤，則否定行為人的構成要件故意，對侵害的失誤客體成立過失犯，對目的客體考慮成立未遂犯，從一重處斷。至於是否成立未遂犯，則進一步判斷行為與想侵害的目的客體是否存有時空緊密關聯而定。

在本案中，甲的目的客體與失誤客體皆為「人」，故為等價的客體錯誤，甲於行為時只要能知道自己置毒於米酒內的行為，足以侵害他人生命，亦即知道所侵害者是「人」，至於最後喝毒酒的是誰或不止一人，對於本罪侵害他人生命的判斷並不重要，不足以影響甲行為時的殺害故意，甲的行為該當殺人罪的構成要件。

（三）甲的行為是否具有阻卻違法事由？

1. 行為符合刑法第 23 條正當防衛？

甲為了防止米酒再遭竊，是否能以置毒於酒的行為主張刑法第 23 條正當防衛？其要件是，甲必須於行為時正處於現在不法侵害。然，不法侵害必須係「現在」，所謂「現在」係指直接來臨、正在進行或仍在持續中¹⁰。在本案中，乙雖然屢次入宅偷米酒，甲在乙偷竊米酒時固然面臨現在不法侵害，但事先置毒於米酒以遏阻偷竊，此「預防性防衛」對有效排除當下竊盜行為不具有防衛行為的必要性與適當性，甲不能主張正當防衛。

2. 行為是否符合刑法第 24 條緊急避難？

甲是否可主張刑法第 24 條緊急避難？緊急避難的前提係行為人必須處於緊急危難的情狀。危難可以係一種持續性的危險狀況，

⁹ Schoenke/Schroeder, aaO., § 15, Rn. 59; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts AT, 1996, S. 690, Fn. 32.

¹⁰ 黃惠婷，正當防衛之現在不法侵害，台灣本土法學雜誌，第 23 期，2001/6，頁 139。

危險若已持續一段時間，但此危險隨時有可能轉變為實害者，也是緊急的危難，因此，基於緊急避難的立法目的，對本條「緊急」要件的認定較正當防衛的「現在」標準為寬。乙連續偷米酒行為對甲而言，係一種財產上的危害，乙隨時有可能再偷取，甲的置毒行為係針對將來、持續與潛在危害財產的損害所採取的一種預防措施。只是甲所採取的避難行為必須客觀上出於不得已。避難行為即使是一個有效的救助辦法，但如果同時具有多數有效的避難措施可供選擇時，避難者應選擇最不損害他人利益的避難方式，亦即所犧牲他人的法益與所保全的法益應符合利益衡量原則¹¹。在本案中，乙雖然一再對甲行竊，但甲所採取的避難措施並非出於不得已，因為甲仍有其他對他人法益較不損害的避難方式，例如裝設監視器、加強門戶安全或報警處理加強巡邏等，今甲採用足以致死的下毒方法以嚇阻竊賊，甲的避難措施不符合利益衡量原則，不能主張緊急避難。甲的行為具有違法性，罪責性也存在。

二、甲是否成立刑法第 191 條之 1 第 2 項流通食品下毒罪？

本條項是行為人將以滲入、添加或塗抹毒物或其他有害人體健康之飲食物品或其他物品混雜於公開陳列、販賣之飲食物品或其他物品。只要行為人將添加足以致人死亡之毒品飲料，混雜在各商店之陳列販賣飲料之中，使置於不特定消費者得任意購取飲用之狀態下¹²，即成立本罪。甲將足以致人於死的毒米酒放在自家商店內，是否成立本罪？

¹¹ 林山田，同註 8，頁 341 以下。

¹² 最高法院 98 年度台上字第 2037 號。

本罪立法理由是，鑑於不法歹徒仿千面人於市面流通食品內下毒，以勒索廠商鉅款，行為嚴重破壞社會安寧及危害消費大眾生命安全，現行恐嚇取財罪雖可資適用，惟刑度過輕，難以發揮遏止作用，遂專條處罰之。甲的目的是想毒害偷米酒的竊賊，而非向他人勒贖財物，雖本罪也有處罰加重結果犯，但甲自知何者是毒酒，不至於使消費者因選購飲用致死或重傷。此外，由本條第 1 項「對他人公開陳列、販賣之飲食物品……」觀之，保護的客體是「他人」公開陳列或販賣之飲食物品，唯有如此，行為才會因他人在不知情下陳列與販賣，嚴重破壞社會安寧與消費大眾生命安全，因此，甲不成立本罪。

參、結論

乙侵入甲商店內，取走甲的米酒，因為甲已同意竊賊取走毒酒，乙的行為不符合「竊取」。乙行為時不知已徵得甲同意，反而主觀上是秘密地轉移他人財物入己，並著手為之，成立刑法第 321 條第 2 項加重竊盜未遂罪。丙雖飲用乙贈送的毒酒身亡，但乙對米酒已遭甲置毒一事不知情，死亡結果不歸責於贈酒行為。甲基於殺害竊賊故意，將毒酒擺在店內，雖然最後不是竊賊乙死亡，而是第三者丙，甲的行為是針對「間接」的具體客體，屬於不影響故意的等價客體錯誤，成立刑法第 271 條第 1 項殺人既遂罪。甲在自家店內的酒置毒，基於立法目的與體系解釋，不成立刑法第 191 條之 1 第 2 項流通食品下毒罪。

第十七題 客體錯誤結合打擊錯誤

甲想暗殺乙，埋伏在乙常出沒的地點，由於天色昏暗，當丙走近時，甲誤以為丙是乙，朝丙開槍，結果子彈偏離沒打到丙，反而打中剛從轉角走出來的乙，造成乙死亡。問：甲成立何罪？

壹、問題爭點

行為人的行為客體已有特定對象，行為時發生客體錯誤，只是行為的因果歷程發生偏離，打中其他人，結果正巧發生在犯罪計畫時所想侵害的客體上，行為人「歪打正著」的情形在法律上應如何評價，係本案的爭點所在。

貳、案例分析

一、甲對乙的死亡是否成立刑法第 271 條第 1 項殺人既遂罪？

（一）乙中彈而死，死亡結果是甲開槍所致，甲的開槍行為與乙的死亡結果之間具有因果關係與客觀歸責。

（二）甲必須對乙具有殺害故意，有疑義的是，甲原本想暗殺

乙，卻因天色昏暗，認為丙是乙，並朝丙開槍，沒想到子彈射偏，反而擊中從轉角走出來的乙。甲誤丙為乙而開槍，對丙的死亡可能成立客體錯誤，其係指行為人依其認識，行為結果應發生在某客體上，但因對事實發生的客體身分有錯誤的認識，即對客體的同一性有辨識錯誤，甲認為丙就是乙而開槍，成立等價客體錯誤。甲瞄準丙而開槍，子彈卻打中丙後面的乙，可能成立打擊錯誤，其係指行為人依其動機瞄準「正確」的客體，只是行為人在無法操控其攻擊行為時，因外在情形的因果歷程偏離或失誤，導致行為人所預期的客體與實際侵害的客體不一致。甲舉槍瞄準自認正確的客體，卻誤擊丙以外的人，成立等價的打擊錯誤。二種錯誤皆屬構成要件錯誤，應有所區別，客體錯誤是依行為人想法，結果應該發生在預期的客體上，行為人對客體身分發生混淆。只是行為人毫無所知，則無錯誤可言，因為「沒認知」與「不知」不同。當行為人未曾考慮構成要件是否可能存在，則是「不知」。真正的「錯誤」是行為人存有積極的想像，此想像卻是異於刑法對其有利或不利的評價¹。例如 A 持槍闖入銀行，喝令銀行行員交出錢財，行員機警地丟出平時防搶備用的一疊假鈔，A 迅速撿起並離開現場。A 對假鈔毫無知悉，未發生接收外在訊息再轉成認知的過程，有如劫鏢的搶匪誤石頭為黃金，搶了就走人一樣，所以 A 的行為是有危險的客體不能。如果 A 經人指點計畫搶 B 銀行，卻誤認隔壁 C 銀行是 B 銀行而搶之，A 誤認為客體，成立等價的客體錯誤。

打擊錯誤是依行為人動機，行為針對預期的特定客體，因出現因果歷程偏離，導致行為結果發生在其他客體上。但行為人對事實

¹ Schoenke/Schroeder, Strafgesetzbuch, 2010, § 16, Rn. 4f.

侵害的客體同時具有至少未必故意時，不成立打擊錯誤，例如 A 開車跟蹤前女友 B，見 B 與現任男友 C 牽手走在一起，加速想衝撞走在外面的 C，心想撞到 B 也無所謂。C 在最後一剎那閃躲跳開，汽車撞擊到來不及閃躲的 B，導致 B 死亡，A 成立殺人既遂罪。同樣結論是行為人觸犯的規範非保護個人法益，例如保護國家司法權，行為人也不應該成立打擊錯誤。例如 A 等人計畫劫持通緝犯 B，當開車撞擊押解人犯的警車時，發現車上的人犯不是 B，而是 C，C 趁機逃逸無蹤。A 等人的行為不能視為打擊錯誤，成立加重縱放脫逃未遂罪與不罰的過失縱放脫逃行為，而應成立加重縱放脫逃既遂罪，理由是 A 等人想侵害國家司法權，國家司法權也因為 A 等人的縱放，導致人犯 C 脫逃。甚至有主張打擊錯誤僅限於最高的一身專屬法益，不適用可轉讓的財產與利益上²。

在本案中，甲對丙成立等價客體錯誤，同時也對乙成立等價打擊錯誤，一行為結合客體錯誤與打擊錯誤，而且行為最後實現原本預期的結果。行為人於行為時同時具有客體錯誤與打擊錯誤，行為人對客觀上失誤客體是否仍然肯定具有故意？對本案而言，甲對乙是否肯定殺人故意？則有不同的見解：

1. 肯定見解認為，由事件的整體過程判斷，目的（舉槍瞄準丙）失誤經由客體錯誤正好免於發生，故不成立打擊錯誤。甲的開槍行為過程中並沒有發生重要的、非典型的偏離，因為行為人目視所及的被害人也包括在犯罪過程中的第三人，況且最後被槍打中者，正是甲原先所要殺害者，因此，甲的行為不能視為打擊錯誤，甲對乙肯定有殺人故意，成立殺人既遂罪。由於甲只是想殺一個

² Kindhaeuser, Strafgesetzbuch, 2005, § 16, Rn. 34

人，而殺人故意已在乙身上實現，故對於丙不再論以殺人未遂罪³。

2、反對見解認為，甲想殺害乙，誤丙為乙，才朝丙開槍，甲開槍時係瞄準丙，開槍當時的殺人故意是針對丙，想不到子彈沒有打到甲所瞄準的丙，反而打到另外一個人，此結果是甲開槍時沒有預料到，亦即甲僅對瞄準的丙具有殺人故意，而對他人沒有殺人故意。雖然甲想射殺的對象是乙，而被殺死的人正好如甲所願，但不應忽略的是，甲當時僅針對丙開槍，即使最後結果正如甲所期望，殺害自己原本想要射殺的人，也不會改變甲當時正是朝著丙開槍的殺人故意。依刑法第 12 條至第 14 條規定，行為人的行為必須出於故意或過失，方有刑事責任，而行為人的行為是否出於故意或過失，應以行為時為準，亦即構成要件的故意不是依行為人在犯罪計畫階段的想法，而是依據行為人在實行構成要件時的認知而定。甲開槍時，殺人故意是針對丙，並認為丙即是自己想射殺的乙，因而才對其開槍，如果甲失誤而擊中剛好是想殺害的乙，此情形如同射殺的是其他人丁或戊一樣。子彈偏離正巧擊中計畫目的客體，此事實在法律評價上是不重要的。由於甲開槍後無法操控因果歷程，子彈偏離而沒有打中原本已瞄準的特定客體，反而係其他人，乃係客觀事實與主觀認知不合致，應視為打擊錯誤。甲誤丙為乙，當舉槍瞄準丙的一剎那，對乙或其他人不具有殺人故意⁴。

³ Krueger, Strafrecht AT Band 2, 1998, S. 152；黃榮堅，故意的定位與定義，收錄於：刑罰的極限，1999，頁 366 以下。

⁴ Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 2013, Rn. 257；林山田，刑法通論（上冊），2008，頁 285；黃惠婷，打擊錯誤，台灣本土法學雜誌，第 31 期，2002/2，頁 11；吳耀宗，死劫難逃，月旦法學教室，第 73 期，2008/11，頁 17。

二、甲對乙是否成立刑法第 276 條第 1 項過失致死罪？

依上述反對見解，甲對乙的死亡不成立故意殺人既遂罪，考慮成立過失致死罪。甲的開槍行為是乙死亡結果的原因，甲在公開場合上開槍，有可能誤殺其他無辜的人，造成無辜者死亡的結果屬可預見。又開槍乃係對他人法益製造法律所不容許的風險，甲的行為違反客觀注意義務。乙中彈死亡是甲開槍行為的風險所造成，肯定風險實現結果，乙的死亡結果具有可避免性，甲對此能預見且具有主觀注意義務違反，對乙成立過失致死罪。

三、甲對丙是否成立刑法第 271 條第 2 項殺人未遂罪？

在天色昏暗下，甲誤丙為乙，開槍時的殺人故意係針對丙，子彈出乎意外的沒射中丙，死亡結果未發生，刑法有處罰殺人未遂罪。甲朝丙開槍，肯定具有殺人故意且著手實行殺害行為，違法性與罪責性皆成立，甲成立殺人未遂罪。

參、結論

甲計畫殺害乙，在行為時誤丙為乙而開槍，子彈卻打中乙，導致乙死亡。甲同時存有客體錯誤與打擊錯誤，雖然乙的死亡符合甲所期望，但構成要件故意應以行為時為準，而非犯罪計畫時，故甲成立打擊錯誤，過失致死罪與殺人未遂罪從一重處斷。

第十八題 雙行為的因果歷程錯誤

甲、乙二人對分贓問題起爭執，甲一氣之下，基於殺害故意以雙手掐住乙的頸部，導致乙昏迷，甲誤以為乙已死亡，而將之棄置於水溝裡。事後，經法醫鑑定，乙係生前落水窒息死亡。問：甲的刑責為何？

壹、問題爭點

故意既遂犯要求行為人應具有犯罪構成要件故意，對於構成要件故意之有無應如何認定？在本案中，甲先後有兩個行為，第一個掐頸行為具有殺人故意，甲卻誤以為乙已死亡而將之棄置於水溝內，乙最後係因甲第二個行為導致溺水窒息而死。有疑義的是，甲先後的二個行為應視為一個整體行為或分別獨立判斷之？對後者而言，當甲為棄置行為時，是否仍肯定具有殺人故意？

貳、案例解析

一、甲將乙棄置於水溝的行為是否成立刑法第 271 條第 1 項殺人既遂罪？

乙因落水窒息而死，死亡結果已發生。如果沒有甲將乙棄置於

水溝內，乙也不會窒息而死，棄置行為與窒息死亡結果間具有因果關係。棄置水溝的行為乃是製造法律上所不容許的風險，而乙也死於落水窒息，故此風險實現結果。

然甲是否具殺人故意？甲認為乙已被掐死，沒想到乙係因稍後棄置水溝的行為造成窒息而死，乃是對前行為是否導致乙死亡的事實發生錯誤認識，甲在棄置時認為是「屍體」而不具有殺人故意。無爭議的是，甲在第一個行為時具有殺人故意，問題是，甲的前、後行為是否可以視為一個整體行為，而肯定符合構成要件故意於行為時應具備的要求？依早期的概括故意說，認為前、後二個行為是一個整體的行為過程，殺人故意延伸到整個過程，亦即擴及於第二個事實上致死的行為¹。惟此說無視行為人事實上前、後有二個行為，且結果發生時，行為人已不具有殺人故意，此說因而被揚棄。

二、棄置行為能否因與掐頸行為連結而成立殺人既遂罪？

在本案中，乙死亡結果已發生，只是沒有甲的掐頸行為，就不會造成乙昏迷，並且誤為屍體而將之棄置於水溝內，前、後雖有二個行為，仍肯定掐頸行為與結果間具有因果關係。掐頸行為固然製造法律上所不容許的風險，但此風險與溺水窒息而死之間是否具有必要的風險關聯？

（一）有主張不諳於醫學者不可能分辨昏迷或死亡，而且被害人極可能在行為人誤為屍體下，而因第二個棄置行為導致死亡，因此，具體結果的發生並沒有超出一般生活經驗²。早期實務認為，

¹ Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 2013, Rn. 263.

² BGH Neue Zeitschrift fuer Strafrecht 1992, 333, 335.

被害人非因行為人之殺傷而死，而是遭被告棄置河內溺斃。縱使死因非行為人所預見，但殺傷行為與死亡結果仍有相當因果關係，仍應負殺人既遂責任³。近期實務在下例中亦持肯定見解：A 等三人持塑膠尼龍繩套住 B 脖子，將 B 臉部朝下壓制在地面，用腳踩住 B 的背部，二人分持繩子一端，共同勒斃 B，直到 B 不能動，眾人誤以為 B 死亡而予以埋掉，最後確認 B 的死因是頸部遭繩索勒絞，生理併合窒息死，A 等人共犯殺人罪⁴。

（二）主張客觀歸責理論的學者則有不同的見解：

1. 有主張行為人在犯罪過程的兩個行為是獨立為之，被害人若事實上係因其他方式而死，如本案的溺水窒息，則掐頸行為並不存有溺水窒息死亡的特別風險，主張掐頸的行為成立殺人未遂。當甲誤為屍體而棄置時，並不存有殺人故意，棄置而致死的行為成立過失致死罪，二罪成立實質競合⁵。

2. 反對見解則認為，上述見解忽略本案行為人發生「錯誤」的問題，判斷重點應在於第一個具有殺人故意的行為，經由第一個行為導致第二個繼續結果的行為，事實與預期過程雖有偏離，但前、後行為如果可以視為一致且結果發生是可預見的範圍內，偏離則屬不重要，基於行為人的實現犯罪意思，結果不是不相當⁶。又行為製造的風險是否實現，不僅係基於自然的生活經驗所產生的侵害而

³ 28 年上字第 2831 號，黃常仁，刑法總論，2009，頁 45，註腳 34。

⁴ 臺灣高等法院臺中分院 99 年度上重更（八）第 26 號；最高法院 100 年度台上字第 3897 號。

⁵ Kuehl, Strafrecht AT. 2002, § 13, Rn. 48.

⁶ Wessels/Beulke/Satzger, aaO., Rn. 265；林山田，刑法通論（上冊），2008，頁 425 以下。

已，也應包括具有殺害故意的行為而招致第二個緊接行為所造成的侵害。這種情形特別是當行為人一開始殺害時即決定繼續第二個行為，如湮滅屍體，殺人過程也包括第二個行為，因此，若行為人誤以為第一個行為已實現結果，而經由第二個行為導致結果發生時，肯定第一個行為與第二個行為之間具有危險關聯。至於第二個行為是由第三者、行為人親自行動或自然災害造成，則非所問。不同情形是，行為人基於殺害故意掐被害人頸部，誤以為被害人已氣絕身亡，而將「屍體」抬上後行李箱內準備棄置山區，沒想到半路上發生車禍，造成被害人因第三人製造的車禍而死。第一次掐頸行為與車禍死亡結果不相當，死亡結果並非實現於掐頸所製造的風險中，行為人成立殺人未遂罪與過失致死罪，數罪併罰⁷。

由上得知，在出現錯誤問題之前，必須檢驗客觀不法構成要件，如果結果是發生在一個完全反常、非典型的因果歷程中，否定結果客觀歸責於行為人的行為。因為欠缺客觀歸責，犯罪的客觀不法構成要件不成立，即無需探討行為人是否具有構成要件故意。在本案中，甲第一次掐頸行為對乙已經製造法所不容許的行為，但沒有甲的第一次行為，就不會有第二次棄置水溝行為，溺斃於水溝的結果實現於掐頸行為的危險中，如此死亡結果並沒有超乎生活經驗，故依相當因果關係或多數支持客觀歸責者的見解，肯定客觀不法構成要件的成立。

依上述（二）的反對見解，第一個行為與結果間肯定具有危險關聯時，緊接著問題是：甲對於具體結果是否具有殺人故意？因果

⁷ Stratenwerth, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 2000, § 8, Rn 93; Schoenke/Schroeder, Strafgesetzbuch, 2010, § 15, Rn. 58.

歷程錯誤在何種情形下，錯誤足以影響行為人的構成要件故意？刑法第 13 條規定行為人對於構成犯罪之事實，明知並有意使其發生者，為故意；行為人對於構成犯罪之事實，預見其發生而其發生不違背其本意者，以故意論。是以，犯罪構成要件故意應包含認知與意欲二要素，行為人在行為時對於犯罪構成要件要素以及行為過程，包含犯罪方法與犯罪結果，都應該有所認識，且有實現構成要件的意欲與操控犯罪行為的想法，但僅是單純的希望，非故意⁸。對既遂的結果犯而言，行為人主觀上不僅對行為與結果間需有所認識，且對行為與結果間的因果歷程也應有所預見，才肯定具有構成要件故意。只不過不要求行為人對於所有細節都應該有預見，只要行為人對重要部分的想法有符合事實發生過程即已足⁹。如果行為人主觀上所預見的因果歷程與客觀事實上發生的因果歷程不一致時，行為人即有所謂的「因果歷程錯誤」¹⁰。問題是，因果歷程錯誤在何種情形下屬重要，而足以排除故意？通說認為，因果歷程的偏離是在一般生活經驗範圍內可預見且確認沒有其他犯罪評價，偏離屬不重要¹¹。例如 A 從橋上將 B 往下丟，希望 B 溺斃，沒想到 B 先撞到橋墩致死再落水。如果將故意限縮在 A 明顯所想的風險上，A 成立殺人未遂；如果將故意擴及於所有可歸責於 A 的風險，而此風險是 A 追求結果實現下可能產生時，A 仍然應負殺人既遂的責任。後者為通說所採，認為行為人應對結果負責任，理由是：行為人在考量追求犯罪結果下，對風險的發生感到無所謂或甚

⁸ Fischer, Strafgesetzbuch, 2013, § 15, Rn. 3ff.

⁹ Fischer, aaO., § 16, Rn. 7.

¹⁰ 林山田，同註 6，頁 423 以下。

¹¹ Schoenke/Schroeder, aaO., § 15, Rn. 55.

至希望發生¹²。

在因果歷程錯誤中，比較特殊的情形是，行為人在整個事件過程中前、後有兩個以上的積極行為，行為人認為想達成的結果已經由第一個行為實現，事實上卻是經由第二個行為完成，成立所謂的「雙行為的因果歷程錯誤」，例如行為人對被害人掐頸、下毒或毆打致昏迷，誤以為被害人已經死亡，故佈疑陣製造被害人上吊的自殺假象或開啟瓦斯，想誤導被害人死於意外，或為了湮滅罪證，將被害人埋於土中或以汽油焚屍，沒想到被害人卻死於第二次行為。依通說見解，此類型的錯誤依因果歷程錯誤的原則處理之，亦即視為主觀歸責問題。行為人不僅在故意中著手犯罪行為與結果的進行，因果歷程也是兩個故意對象的鏈環。故意雖在行為時必須具備，但在結果發生時不一定要存在。因果歷程的想像祇不過是有關未來各種條件共同作用的預測而已，因為沒有人能夠精準預測未來，更何況能綜覽個別條件的全體情況。因此，行為人只要對因果歷程的重要環節有所認識，即肯定故意¹³。當事實發生的因果歷程重要地偏離預期的因果歷程，行為人的錯誤認識才足以排除故意；反之，不重要的偏離不影響因果認知與故意。

在本案中，甲對乙掐頸，具有殺人故意，甲以掐頸行為的殺害故意讓死亡結果於第二個行為中實現，沒有其他理由可排除二者的關聯，且掐頸時的殺人故意不需要持續到棄置水溝導致死亡結果時，因此，乙最後是因為遭甲掐頸或溺水而死並無差別。這情形有

¹² Stratenwerth, aaO., § 8, Rn. 89.

¹³ BGHSt 7, 325, 329; BGH Neue Zeitschrift fuer Strafrecht 1983, 452; Schoenke/Schroeder, aaO., § 15, Rn. 58; 黃常仁，同註3，頁46。

如行為人計畫將被害人先打昏，再將被害人丟入河裡溺死，沒想到結果已於第一行為時實現，因果歷程的偏離並不重要，仍肯定在第一個行為時具有殺人故意。再者，甲基於自己的錯誤而在不知乙尚未死亡之下為第二個行為，讓自己成為實現犯罪結果的工具，於此，甲也無法卸責。更何況，將一位昏迷者丟入水裡，因而導致溺死的結果並沒有超乎一般人的想像之外¹⁴，因此，肯定甲對具體死亡結果的故意歸責。甲的行為具有違法性與罪責性。

參、結論

甲基於殺人故意先以雙手掐住乙的頸部，當乙昏迷後，誤以為乙已死亡，而將之棄置於水溝裡，乙死因是溺水。甲雖然前、後有兩個行為，但沒有前行為，就沒有後行為，掐頸行為與死亡具有因果關係，溺斃結果也實現於掐頸行為所製造的危險中。甲對乙掐頸時具有殺人故意，只要行為時具有殺人故意，在緊接的第二個行為發生結果時是否仍有殺人故意，則非所問，甲成立殺人既遂罪。

¹⁴ Wessels/Beulke/Satzger, aaO., Rn. 267.

第十九題 關於防衛行為「必要性」之錯誤

體型瘦小的乙因吸毒缺錢花用，某晚，騎機車四處尋找下手的對象，看見甲一人獨自喝酒，乙停下機車拿出小刀近距離威脅甲交出錢。身材壯碩的甲因喝酒影響判斷能力（精神狀態未符合第 19 條 2 項「顯著減低」），加上天色昏暗，誤以為乙拿手槍威脅自己的生命，因事出突然，順手拿起一旁的球棒用力棒打乙要害數下。乙送醫後，仍不治死亡。問：甲的刑責為何？

壹、問題爭點

甲在乙威脅交出財物時，將乙持小刀誤認為持槍，防衛行為導致乙死亡，行為是否能阻卻違法性？行為是否成立防衛過當？只是甲誤認小刀為槍而施防衛行為，錯誤認識是否影響甲的行為不法？甲的誤認成立何種錯誤？當行為人對於正當防衛行為的「必要性」發生錯誤時，應如何評價？

貳、案例分析

甲是否成立刑法第 271 條第 1 項殺人罪？

乙因為甲持球棒對其要害猛擊數下死亡，死亡與棒打之間存有（相當）因果關係，甲對乙的生命製造法所不容許的風險且風險實現。甲誤認自己當時生命受威脅，順手拿起一旁的球棒對乙要害猛擊數下，且不顧乙的安危，迅速離開現場，甲具有殺人未必故意。有疑義的是，甲面臨乙持刀威脅交付財物，是否得主張刑法第 23 條正當防衛而阻卻行為違法性？正當防衛是對於現在不法之侵害，出於防衛自己或他人權利之行為。

一、現在不法侵害

正當防衛的客觀要件是存有現在不法侵害。侵害是一種客觀事實上對個人法益產生危害，侵害必須是不法，但法律規範所允許者，則非不法。只是不法侵害必須是現在，其係正在進行、即將來臨或持續影響者。無疑義的是侵害正在進行中，即將來臨則係攻擊者的攻擊行為會立即實行，攻擊行為與法益的侵害存有時空緊密關聯。以威脅或恐嚇情形為例，必須威脅或恐嚇的內容可以立即轉換為實害，因此，威脅者必須在現場以及隨時可能將威脅或恐嚇內容付諸實現。侵害也可以是一種持續狀態，例如繼續犯的剝奪行動自由罪。行為人施以未來的脅迫或恐嚇，影響被害者的意思決定與活動自由，多數認為因為傳達的脅迫或恐嚇仍未結束，所以仍屬「現在」進行中¹。在本案中，乙當場以小刀威脅甲交出財物，甲的生

¹ Guenther, in: SK-StGB, Rudolphi/Horn/Guenther/Samson, 2005, § 32, Rn. 21ff.

命、身體健康與財物陷於現在不法侵害。

二、防衛行為的必要性與適當性

甲面臨現在不法侵害，得施以防衛行為。防衛行為可以是防禦性的防衛，也可以是攻擊的防衛，只是必須針對攻擊者且符合必要性。必要性的防衛一方面要求適合抵抗攻擊，另一方面是選擇侵害比較小的防衛方式，是否符合此要件，是以客觀上的事前觀點判斷，亦即當時事實上的客觀情形，例如行為人對攻擊者以拳頭擊倒也可以排除侵害，則不允許使用武器；以傷害防衛即可排除侵害，就不應施以殺害。當防衛行為屬必要時，攻擊者必須忍受。如果當時一種損害比較輕微的防衛方式不存在時，遭攻擊的法益與因防衛而受損害的法益之間，原則上並不考慮價值位階。行為人以殺害作為防衛方式，僅能在生命受到威脅或處於「生命貶值」的威脅中。施以防衛者面對不法無須退讓，故防衛行為是否符合適當性，不應過度要求。只是基於不同觀點認為在特殊情形下，例外地限制或修正防衛行為，例如面對無罪責能力或有誤會的攻擊者、僅受到輕微的侵害以及與攻擊者具有親密關係或負有特別義務，對其侵害的防衛應採漸進式，先採取躲避，再施以保護性防衛，最後則是攻擊性的防衛行為²。

在本案中，體型瘦小的乙持小刀威脅甲交出財物，遭侵害的時間是晚上且僅有甲一人，而立即作為防衛的工具是身邊的球棒。有疑義的是，甲在客觀上是否有必要以殺害作為防衛手段？實務認

2 Schoenke/Schroeder, Strafgesetzbuch, 2010, § 32, Rn. 31ff.; Stratenwerth, Strafrecht AT I, 2000, § 9, Rn. 76ff.

為，刑法上之防衛行為，祇以基於排除現在不法之侵害為已足，防衛過當，係指防衛行為超越必要之程度而言，防衛行為是否超越必要之程度，須就實行之情節而為判斷，即應就不法侵害者之攻擊方法與其緩急情勢，由客觀上審查防衛權利者之反擊行為，是否出於必要以定之，並非專以侵害行為之輕重為斷。例如 A 遭受 B 之現時不法侵害，可持刀攻擊 B 持護身雷防身器之手部最低損害部分以防衛其權利，A 竟萌殺人意思，持水果刀多次揮砍、刺殺 B 頭部、左胸等人身要害部分，其防衛之手段竟置 B 於死之程度，防衛顯然超過必要程度，A 仍難解免殺人罪責³。又當正當防衛以對於現在不法之侵害為要件，且行為人必係出於防衛之意思及排除他方先為之不法侵害，始得主張正當防衛。防衛過當，尤以有防衛權為前提，如不成立正當防衛行為，即無防衛過當之可言。例如行為人逞兇，雖不得謂非由被害人持刀揮砍而起，然被害人持刀刺傷行為人，既經行為人將刀奪獲，當時不法之侵害業已除去，行為人又持刀將被害人刺殺死亡，既非屬正當防衛，自亦不生防衛過當之可言⁴。依上述實務見解，甲是否成立防衛過當？甲當時在客觀上確實面臨現在不法侵害，具有防衛權，且基於自身安危與財物而出手反擊，肯定有防衛意思，但客觀的防衛行為顯然過當。只是甲當時誤判乙的小刀為槍，導致防衛的方法超過必要性，令防衛行為過當；易言之，甲誤會的是當下面臨侵害的嚴重程度高低。此情形與行為人並未有任何錯誤下的防衛過當不同，例如上述實務案例。當行為人對正當防衛的不法侵害嚴重性有錯誤的判斷，導致主觀認知

3 最高法院 96 年度台上字第 7072 號；最高法院 98 年度台上字第 3371 號。

4 最高法院 103 年度台上字第 2090 號。

與客觀情形不一致，應成立何種錯誤？

三、對防衛行為「必要性」的錯誤認識

阻卻違法事由又稱容許構成要件，對容許構成要件發生錯誤可分為容許構成要件錯誤與容許錯誤。前者是行為人認為足以阻卻行為違法性之事由存在，但客觀上卻不存在，例如以為面臨現在不法侵害，事實上不存在侵害，或不知道攻擊者是出於誤會或無罪責能力。後者是行為人主觀上認為其行為符合阻卻違法事由行為，但在客觀上卻係法律所加以處罰的行為，行為人知道其所為究竟為何事，誤認其所為係法律所允許，又稱為間接禁止錯誤，例如公務員對職務上不違法行為收取對價禮物，認為基於習慣法係不違法行為；或行為人對別人的小孩嚴重搗亂行為，認為可以施以管教處罰；或認為任何人皆可逮捕通緝犯。除非有正當理由，否則依刑法第 16 條規定，不排除受賄、傷害或強制或剝奪行動自由的故意。在容許錯誤的概念下有容許界限錯誤，係指行為人在完全認識事實情況下，將存在的阻卻違法事由的界限為擴張解釋。因為行為人對於阻卻違法事由界限有不同於立法者的規定，可視為根本不存在的阻卻違法事由，例如行為人毆打已經倒臥在地的攻擊者，認為自己繼續毆打為正當防衛所允許；或認為對於將來的攻擊符合正當防衛；或認為逮捕現行犯，私人可以使用非法槍械；或認為逾越必要性的防衛行為符合正當防衛。上述情形中的行為人仍肯定故意，因為僅是對法律規定未認識清楚或擴大適用範圍，成立禁止錯誤⁵。

甲以球棒用力棒打乙的要害，是因為遭威脅交付財物時誤以為

⁵ Roxin, Strafrecht AT Band I, 2006, § 14, Rn. 79ff, § 21, Rn. 22.

乙持槍，自己面臨生命危險，甲誤認的是有關可採取之防衛行為的必要性。甲看見乙近距離持槍，因為自己生命或健康存於一瞬間，遂連續棒打要害回擊，其對防衛的必要性發生錯誤是基於對客觀事實的認識不清，因此是一種容許構成要件錯誤。不同的是，倘若甲看見乙持小刀，認為對乙的不法侵害可以施以殺害排除，則是對防衛必要性為錯誤或擴大的解釋，成立容許錯誤。至於行為人成立容許構成要件錯誤時，應如何評價，有如下見解：

主張嚴格罪責理論者認為，行為人只要欠缺不法意識，毫無例外地成立禁止錯誤，若錯誤屬可避免，不影響故意；依消極構成要件理論或多數主張的限縮法律效果的罪責理論，行為人對於阻卻違法事由的認知錯誤是建立在客觀事實上，將影響行為的故意，不同的只是直接適用構成要件錯誤或法律效果類推適用構成要件錯誤，但結果是不成立故意犯。實務判例曾指出⁶，行為人出於誤想防衛（錯覺防衛）之行為，難認有犯罪故意，應成立過失罪責，論以過失犯，即與上開多數主張的見解結論一樣。甲誤判生命遭受立即危險，遂棒打僅持小刀的乙，考慮成立過失致死罪。在天色昏暗且酒精的影響下容易產生誤判，身材壯碩的甲對於侵害的排除應謹慎為之，竟未採取其他任何延緩侵害發生的情形下立即棒打瘦小的乙要害，導致乙死亡，肯定違反客觀與主觀注意義務，死亡結果屬於可避免，違法性與罪責性皆成立，甲成立刑法第 276 條第 1 項過失致死罪。

6 最高法院 29 年上字第 509 號判例。

參、結論

行為人對於阻卻違法事由發生錯誤認識，如果錯誤認識是出於對客觀事實的認識不清，成立容許構成要件錯誤，不成立故意犯；反之，錯誤是基於對此事由的不正確解釋或擴大適用範圍，則是容許錯誤，適用刑法第 16 條禁止錯誤。甲誤解現在不法侵害的嚴重性，對於防衛行為的必要性有錯誤判斷，將乙持小刀恐嚇看成持槍，成立容許構成要件錯誤，排除殺人故意。另，在天色昏暗與酒精影響下疏於注意義務，誤判當時的危害情形，防衛行為導致乙死亡，甲成立過失致死罪。

第二十題 反面容許構成要件錯誤

甲、乙兩兄弟常年來相處不睦，某晚，兩人因故發生激烈爭吵，甲隨即進入自己的房間內，沒多久，乙也進入甲沒開燈的房間內，甲注意到乙進入，認為乙想進一步解釋剛才的爭吵。因為甲早想找機會殺害乙，於是拿出預備的手槍反身朝已近身的乙開槍，造成乙不治死亡，但事實上乙手拿一把利刃，進房想置甲於死。問：甲的刑責為何？

壹、問題爭點

乙持利刃進房想行刺甲，甲的開槍行為是否符合正當防衛的規定？阻卻違法事由除了應具備客觀合法化要素外，是否也應有主觀合法化要素？而主觀的合法化要素又應具備何種內涵才足以阻卻行為的違法性？行為人若欠缺主觀合法化要素，又將如何評價其意外排除客觀上不法侵害之行為？

貳、案例分析

一、甲是否成立刑法第 271 條第 1 項殺人既遂罪？

(一) 甲的行為是否該當殺人罪構成要件？

乙因甲的開槍造成死亡，死亡結果與甲的開槍之間具有因果關係，開槍是製造法所不容許的風險，風險也實現，死亡結果客觀歸責於甲的行為。甲本來就想找機會殺害乙，對乙開槍係出於殺人故意，因此，行為符合殺人罪的構成要件。

(二) 甲是否可以主張刑法第 23 條正當防衛？

刑法第 23 條正當防衛是行為人面臨現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行為。乙進入甲的房間時手拿一把利刃，正準備殺害甲，甲客觀上處於不法侵害中，乙已靠近，開槍可以擊退乙的不法侵害。只是甲對乙正想殺害一事毫不知情，誤認乙是想進來解釋，甲不具有防衛意思。甲反而具有殺害乙的意思，持槍殺害乙，造成乙死亡，此情形是：甲不知道自己處於現在不法侵害下實現殺人構成要件。行為人在客觀上具有阻卻違法事由，卻欠缺主觀的阻卻違法要素，行為人此種錯誤的認知有稱為「反面容許構成要件錯誤¹」或稱為「意外正當防衛²」或「偶然防衛³」，在刑法上，如何評價行為人的行為，有不同的見解：

¹ Guenther, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2003, Vor § 32, Rn. 91；林山田，刑法通論（上冊），2008，頁 444。

² 黃榮堅，刑罰的極限，1999，頁 109。

³ 甘添貴，正當防衛之防衛意思，月旦法學雜誌，第 29 期，1997/10，頁 16；余振華，刑法違法性理論，2001，頁 203。

1. 客觀理論

主張客觀理論的學者認為⁴，正當防衛不以行為人認識現在有不法侵害以及防衛意思為必要，只要客觀上存有緊急防衛情況，即使行為人不知道此情況，也可以阻卻行為的違法性。因為只有透過犯罪行為才能觸犯法規範，經由思想、意欲或意念係無法干擾法規範，因此，法律上的非價並非先判斷行為人主觀上是怎麼想，而是其行為是否有造成損害或危險。行為人內在之意向係另一種法律非價判斷的對象，且於罪責層次上予以評價。在本案中，若依客觀理論的見解，雖然甲對乙拿一把利刃準備行刺毫不知情，但主觀合法化要素並非必要條件，甲在客觀上確實面臨現在不法侵害，故僅具有客觀合法化要素，也足以肯定甲的正當防衛。

客觀理論的主張不符合現行法仍處罰有危險的不能未遂，不能未遂的行為人具有犯罪決意，而且依其認知著手於犯罪行為之實行，因行為本質或法律原因，著手時註定不能實現客觀不法構成要件，但行為人主觀上有侵害法益意思，行為具有危險性，不能主張刑法第 26 條行為不罰，而是成立未遂犯。是故，純以客觀理論難以說明犯罪的不法內涵。

2. 主觀理論

支持主觀理論者認為，阻卻違法事由除了須具備客觀合法化要素，也應同時具備主觀合法化要素。行為的本質係法益侵害或義務侵害，其不法內涵由行為非價（行為無價值）與結果非價（結果無價值）決定。犯罪論將構成要件故意與其他主觀要素視為構成要件

⁴ Spendel, Gegen den „Verteidigungswillen“ als Notwehrerfordernis, in Bockelmann-Festschr., 1979, 245ff.

的組成部分，行為令法律不允許的狀態形成，肯定有結果非價。侵害犯罪的結果非價未實現，會因為行為非價而論以未遂犯。反之，侵害犯罪的結果非價被肯定，因為欠缺故意犯的行為非價，則考慮過失犯的行為非價。如果過失犯的行為非價也不存在時，行為不處罰。是以，構成要件的實現，無例外地以行為非價與結果非價為前提⁵。而阻卻違法事由所體現的結果有價值與行為有價值，正是抵銷行為該當犯罪構成要件的結果非價與行為非價。在客觀上，行為人具有阻卻違法事由，排除不法的結果非價；行為人主觀上認識阻卻違法的客觀要件，且為符合規範要求的行為者，則排除符合構成要件該當性所成立的行為非價⁶。從刑法第 23 條「出於防衛」及第 24 條「因避免」之文義可以導出，行為人必須具有主觀合法化要素，才能成立正當防衛或緊急避難。

1) 主觀合法化要素之內涵

有關阻卻違法事由之主觀合法化要素應具備何種內涵，有不同見解：

(1) 緊急防衛或危難情況的認知

此說主張，行為人只要主觀上認識緊急防衛或危難情況，而客觀上為能夠合法化的行為（例如符合必要性，且沒有濫用防衛權或符合比例原則），即可阻卻行為的違法性，亦即將主觀合法化要素限制在故意的認知要素上，至於行為人是否進一步為了合法化目的而為，則不重要。正當防衛之主觀合法要素係行為人故意為合法的

⁵ Roxin, Strafrecht AT Band I, 2006, § 10, Rn. 88.

⁶ Guenther, aaO., Vor § 32, Rn. 20. Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts AT, 1996, S. 328f. 國內學者主張阻卻違法事由應具備主觀合法化要素者，如林山田，同註 1，頁 332；甘添貴，同註 3，頁 16；黃常仁，刑法總論，2009，頁 59。

行為，只要具備認知，即可排除行為非價以及行為不法。行為人即使不具有防衛目的，而是基於憤怒、痛恨、忌妒或報復之心理予以反擊，此種動機或目的對於故意之成立並不影響，仍然可以成立正當防衛。同樣地，在緊急避難中，行為人並非基於保護被害人，而是教訓攻擊者之意而為避難行為，亦可合法化其行為⁷。

（2）防衛或避難意思

此說認為，主觀合法化要素不僅要求行為人除了認識緊急防衛或危難的情況外，還需要具備特別的防衛意思或避難意思，即具有目的性的意思。至於其他恨意、憤怒或報復等動機，亦可同時存在，只要具有防衛意思即可，遂有認為在打群架時，行為人的攻擊意思與防衛意思互相交疊，否定具有防衛意思⁸。行為人主張正當防衛，防衛行為須基於防衛自己或他人權利，理由係個人不法理論中的行為非價存在與否，決定於行為人的意思方向，行為人只有為了自己或他人權利之防衛目的而作出防衛行為時，此種以合法對抗不法才能抵銷積極的行為非價⁹。

上述不同見解於實際上並無多大意義，因為行為人在受到不法侵害當時，其反擊動作可說是本能的反射反應，若說完全不具有防衛權利之意思，而僅係純粹出於報復等心理，事實上難以想像，且在實務上證明不具有防衛權利的目的意思，顯然有困難。更何況，

⁷ Roxin, aaO., § 14, Rn. 97；國內採相同結論者，如黃榮堅，同註 2，頁 104；甘添貴，同註 3，頁 17；余振華，同註 3，頁 293。

⁸ Jescheck-Weigend, aaO., S. 342f.

⁹ Gallas, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, in: FS fuer Bockelmann, 1979, S. 177; Hillenkamp, 32 Probleme aus dem Strafrecht allgemeiner Teil, 2001, S. 28；國內學者主張類似見解者，如林山田，同註 1，頁 332；蘇俊雄，刑法總論Ⅱ，1998，頁 199。

主觀上要求行為人須具備防衛的目的意思，則有意念刑罰之嫌¹⁰。從現行法第 23 條「而出於防衛自己或他人權利之行為」規定解釋，似乎表示正當防衛之主觀合法化要素應具有目的性¹¹，只不過將阻卻違法事由之主觀合法化要素放寬適用範圍，亦即只要具備對緊急危害或危難之認識即已足，係一種對行為人有利的解釋，不違背罪刑法定原則。

在本案中，甲的房間沒開燈，甲知道乙進入，認為乙想向他解釋，但不知乙持利刃準備行刺，毫無防衛意思可言。更何況，甲當時是基於殺害乙的意思而為，因此，甲不僅不認識緊急防衛的情況，而且其開槍行為也不是基於防衛自己的權利，甲欠缺主觀合法化要素，不能主張正當防衛。

2) 客觀合法化—主觀違法化的行為

問題是，甲的開槍行為雖然不具有主觀合法化要素，但在客觀上有緊急防衛情況，此時又應如何論斷甲的刑責？持主觀理論的學者對此尚未有一致的結論。

(1) 既遂犯說

犯罪行為若要排除行為非價與結果非價，行為人不僅在客觀上須有緊急防衛情況，在主觀上至少也應對緊急防衛情形有所認識。當行為人不知道客觀上有緊急防衛情況，毫無疑義地肯定行為的行為非價，雖然行為在客觀上有合法化事由，但由於客觀可歸責的構成要件結果已發生，行為人不再可能成立未遂犯，其行為仍有結果非價。再者，若採未遂犯的見解，行為人之過失行為或刑法不處罰

¹⁰ Roxin, aaO., § 14, Rn. 99.

¹¹ 甘添貴，同註 3，頁 16。

該未遂行為時，將成為刑罰漏洞，例如在本案中，如果甲非故意開槍，而是不小心擦槍走火造成乙死亡，因為未遂犯沒有過失犯的問題，甲豈非不負刑責？因此，行為人論以既遂犯的結論對於故意或過失行為皆較符合真實情況，至於行為人在客觀上有緊急防衛之情形僅於量刑上考慮¹²。依此見解，在本案中，雖然甲當時在客觀上有緊急防衛情況，但主觀上不僅不認識緊急防衛情況，更談不上出於防衛目的，甲的行為無法以正當防衛阻卻其行為之違法性，乙的死亡結果又可客觀歸責於甲的開槍行為，甲不再可能成立未遂犯，應論以殺人既遂犯。

（2）未遂犯說

反對見解則認為¹³，行為人雖然在主觀上想實現犯罪構成要件之不法，但客觀上因存在阻卻違法的情況而無法實現，亦即行為人實現行為非價，卻沒有實現結果非價，行為若僅有行為非價，尚不足論以既遂犯，否則，有如採既遂犯說一樣，係認為行為不法僅純粹以行為非價論斷而已，既遂犯說忽略行為結果因客觀上存有阻卻違法事由，而為法規範所容許。由於犯罪之成立須行為非價與結果非價同時存在，而行為的結果非價並非經由構成要件結果的實現而

¹² Gallas, aaO., S. 177; Dreher/Troendle, Strafgesetzbuch, 1995, § 32, Rn. 14; 國內採此見解者：林山田，同註 1，頁 332 以下；黃常仁，同註 6，頁 60；余振華，同註 3，頁 308 以下。

¹³ Guenther, aaO., § 32, Rn. 132; Maurach/Zipf, Strafrecht, 1992, AT/1, 25/32ff; Roxin, aaO., § 14, Rn. 104f; Rudolphi, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2003, § 22, Rn. 29; Schoenke/Schroeder, Strafgesetzbuch, 2010, Vorbem §§ 32ff, Rn. 15; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 2013, Rn. 278f; Hillenkamp, in: Leipziger Kommentar StGB, Band 1, Einleitung §§ 1-31, 2007, § 22, Rn. 199f; Fischer, Strafgesetzbuch, 2013, § 16, Rn. 23. 國內採此見解者，蘇俊雄，同註 9，頁 171 以下；黃榮堅，同註 2，頁 110 以下。

肯定，而是因行為有不法結果。行為人在客觀上存有阻卻違法情況，表示其行為在客觀上至少符合法規範的要求，應可以排除結果非價，這有如客觀上存有阻卻違法的承諾一樣，行為經被害人許可後，即使有構成要件的結果發生，也因欠缺法益的侵害而排除結果非價。反面的容許構成要件錯誤也類似緊急避難，可經由保護重要的相反法益而平衡行為所造成的構成要件結果。因此，行為雖具有行為非價，但欠缺結果非價，有如處罰（有危險的不能）未遂犯一樣，其不法不在於對法益侵害的威脅中，而是存在於與未遂犯相當的法敵對意思中。只是支持此說者有直接適用未遂犯之規定或類推適用之分。

此外，行為人的過失行為若意外地排除當時的緊急危害，也不會有如上述持既遂犯說一樣，將造成刑罰不公平，因為立法者處罰未遂犯或過失犯也僅對於法益有重大侵害的行為，才例外地明文規定；反之，沒有處罰行為之未遂，表示行為人在主觀上的故意即使相當「惡質」，可是行為在客觀上仍不具有可罰性。行為人因過失行為意外地排除客觀上之緊急危害，可以因存有客觀合法要素而抵銷結果非價，即該當構成要件的注意義務之違反並沒有造成法益的侵害，又由於未遂犯不處罰過失行為，因此，過失而意外排除緊急危害者不處罰。在本案中，依上述主觀理論中之未遂犯說，甲考慮成立未遂犯。

二、甲的行為是否成立刑法第 271 條第 2 項未遂犯？

甲在客觀上存有阻卻違法的情形，足以排除殺人行為之結果非價，而不論以殺人既遂犯。刑法第 271 條第 2 項有處罰殺人未遂

罪，由於甲主觀上具有殺人故意，客觀上也著手實行犯罪行為，違法性與罪責性皆成立，基於法律因素成立殺人未遂罪。

參、結論

甲基於殺人故意對乙開槍，導致乙死亡，客觀上乙持刀想置甲於死，甲行為時存有正當防衛情形，卻欠缺防衛意思，行為不具有結果非價，肯定有行為非價，因結果既遂犯必須存有結果非價與行為非價，故甲不成立殺人既遂罪，而是殺人未遂罪。另外，甲非法持有槍械，觸犯槍砲彈藥刀械管制條例，數罪併罰。

第二一題 直接禁止錯誤

甲為了博得女友乙的歡心，利用凌晨潛入丙宅搜查，發現一個珍貴的珠寶盒，甲將其內的一只鑽戒贈送給乙，乙雖然知道此鑽戒的來歷，但仍然收下，因為乙認為贓物罪只有買他人偷竊的物品才會成立。問：甲、乙刑責？

壹、問題爭點

乙雖然知道甲所贈送的鑽戒係竊取得來，但因為誤解法律，認為只有購買他人竊取的財物方成立贓物罪，收受行為非處罰的範圍，乙如此認知係成立刑法上的何種錯誤？此種錯誤在刑法上又如何評價？系爭問題有關刑法第 16 條，要件中的「正當理由」又關係刑責有無，應如何判斷錯誤的可避免性？

貳、案例分析

一、甲是否成立刑法第 321 條第 1 項加重竊盜罪？

竊盜是意圖為自己或第三人不法之所有，而竊取他人之動產。鑽戒對甲而言是他人動產，甲利用凌晨潛入丙宅取走珠寶盒，乃是中斷他人持有支配權及建立新的持有支配權，竊取是以侵入丙住宅

方式為之，行為符合刑法第 321 條第 1 項第 1 款加重竊盜罪的客觀構成要件。甲具有竊取故意與不法所有意圖，違法性與罪責性皆存在，甲成立加重竊盜罪。

二、甲是否成立刑法第 335 條第 1 項侵占罪？

甲稍後將一只鑽戒贈送給乙，乃係易持有為所有的侵占行為，甲對此也具有侵占故意與不法所有意圖，違法性與罪責性皆成立。甲成立加重竊盜罪與侵占罪，侵占行為在於利用竊盜所得的不法利益，行為並沒有明顯擴大法益侵害或另外侵害新的法益，獨立的二罪存有典型的關聯性，即行為人為前行為後，通常會有伴隨的後行為，故侵占罪係加重竊盜罪的與罰後行為，論以加重竊盜罪即可¹。

三、乙是否成立刑法第 349 條第 1 項收受贓物罪？

刑法第 349 條收受、搬運、寄藏、故買贓物或媒介者，成立贓物罪：

（一）構成要件該當性

行為客體必須是贓物，所謂贓物係他人違犯財產犯罪而所得之物。鑽戒是甲潛入丙住宅行竊所得之物，肯定係本罪的贓物。收受則是指搬運、寄藏、故買以外之無償取得或持有贓物的行為，乙予以收下，乃係收受贓物的行為。又乙在知道鑽戒來源下，仍收下，故具有收受贓物之故意，贓物罪的構成要件該當性成立。

¹ Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, AT, 2013, Rn. 795; 林山田，刑法通論（下冊），2008，頁 369 以下。

（二）乙收受贓物不具有阻卻違法事由，違法性成立。

（三）乙雖然知道此鑽戒的來歷，仍然收下，只是乙認為只有購買他人偷竊的物品才成立贓物罪，因此，乙可能欠缺不法意識。所謂不法意識係指行為人知道其行為對他人法益造成損害係法律所禁止或誡命，而仍然有所為或不為的一種認知。行為人對禁止或誡命規範的認識是行為有責性的要件，不法意識源自於行為人侵害受保護的法益或共同價值的想法，倘若行為人欠缺不法意識，成立「禁止錯誤」。所謂禁止錯誤係指行為人因不認識禁止規範、或認為禁止規範不適用或錯誤解釋規範，對於事實上要處罰的行為認為是法律所允許；簡言之，行為人知道其所為究為何事，所誤解的是行為的違法性，可分為直接禁止錯誤與間接禁止錯誤。前者是行為人對禁止規範的存在、適用或要件的解釋不認識或錯誤認識，例如不知有處罰通姦行為，或認為通姦罪違憲而喪失效力，或認為只有人夫與人妻通姦才會成立該罪。間接禁止錯誤則是行為人知道行為是法規範所禁止，但錯誤認識阻卻違法事由的存在、適用或要件的解釋，認為行為不違法，例如為了保護自己的法益，認為都可以犧牲第三者的財產。

在本案中，乙認為只有購買贓物方為法律所禁止，無償收受非處罰的對象，事實上刑法第 349 條有處罰收受贓物的行為，因此，乙係對於贓物罪的適用範圍有錯誤的認知，乙成立直接禁止錯誤。關於禁止錯誤在法律上的評價如下²：

² Wessels/Beulke/Satzger, aaO., Rn. 463f; Schoenke/Schroeder, Strafgesetzbuch, 2010, § 17, Rn. 2ff.; 林山田，刑法通論（上冊），2008，頁 433 以下；黃惠婷，錯誤：第二講——禁止錯誤，月旦法學教室，第 74 期，2008/12，頁 50 以下。

1. 故意理論

此理論認為，故意是一種罪責要素，故意除了知與欲外，還須具備不法意識，行為人不具有不法意識，即欠缺故意要素，故沒有必要區分構成要件錯誤與禁止錯誤。此說遭受質疑的是，行為人對於行為是否不法無所謂，也排除故意，倘若刑法不處罰該過失行為，將形成刑罰漏洞。依此說，本案中的乙不是故意行為，考慮過失，贓物罪沒有處罰過失犯，乙的行為不罰。

2. 罪責理論

此理論區分故意與不法意識，認為不法意識係獨立的罪責要素，行為人主觀上欠缺不法意識，並不會影響故意的存在，只影響罪責而已，其情形可以是行為人對相關禁止規範不認識、認為法律已失效或錯認適用範圍，因此不是只有積極錯認行為是合法，還包含消極的不認識禁止規範。刑法第 16 條規定：「除有正當理由而無法避免者外，不得因不知法律而免除刑事責任，但按其情節，得減輕其刑。」乃係規範禁止錯誤，且採罪責理論，行為人不能排除故意，僅能減輕其刑，亦即行為人是否合於得免除其刑者，係以其欠缺違法性之認識已達於不可避免之程度者，始足當之³。

實務指出，刑法第 16 條所規定之違法性錯誤之情形，採責任理論，「然法律頒布，人民即有知法守法義務；是否可以避免，行為人有類如民法上之善良管理人之注意義務，不可擅自判斷，任作主張。而具反社會性之自然犯，其違反性普遍皆知，自非無法避免。」具體比較行為人對大麻之認識的判準：外國人 A 在其本國施用大麻屬合法，其第一次攜帶大麻入境之行為，實務認為，A 自

3 臺灣高等法院 104 年度上訴字第 1789 號。

應就此阻卻責任事由之存在，指出其不知法律有正當理由而無法避免之情形。至於違法性錯誤是可避免，其可非難性係低於通常，則僅係得減輕其刑，並非必減。是否酌減其刑，端視其行為之惡性程度及依一般社會通念是否皆信為正當者為斷⁴。B 係移居美國之僑民，長期在美國生活及求學，在美國加州經營藥用大麻診所，而大麻在美國加州係屬藥品之一種，並非違禁物，B 主張因不熟悉國內法令而誤觸法網，應有刑法第 16 條關於減免其刑規定之適用。實務認為，大麻為我國法律明定之第二級毒品，且屬管制進口物品，屢經政府公告，報章媒體廣為報導，並久經教育宣導，乃眾所周知之事實。B 自承係在臺灣出生，赴美求學及就業期間曾返回臺灣，並坦承略知大麻在臺灣為禁止施用、持有之毒品，故依其學識及社會經驗，並無任何取得資訊之困難，難認有何不知法律之正當理由，無依刑法第 16 條規定減免其刑之餘地⁵。

依刑法第 16 條規定，行為人發生禁止錯誤是否能減輕其刑，關鍵在於錯誤的可避免性，錯誤是可避免或不可避免應有嚴格要求，亦即法所規定的「正當理由」，否則只有具法律知識的人才有刑事責任。實務認為通常人均無法避免之誤信，理由才是正當⁶。是以，行為人不能因不正確的法律認識理所當然地可減輕罪責，而須衡量依自信所持的觀念是否正確無誤，以及其觀念基於正當理由也值得採信才已足，考量者有行為人之社會地位、教育程度、職業、個人能力、可期待的認識能力及其法律價值觀念與習慣能否認

⁴ 最高法院 100 年度台上字第 156 號。

⁵ 最高法院 103 年度台上字第 2873 號。

⁶ 臺灣高等法院高雄分院 101 年度侵上訴字第 15 號；最高法院 104 年度台上字第 2103 號；最高法院 105 年度台上字第 1184 號。

識其行為之不法而定，當行為人有懷疑時，負有查詢義務⁷。只不過判斷是否可避免並非取決於諮詢義務的違反，而是取決於行為人獲得正確認知禁止規範的可能性。又只要行為人尚未能用盡所有途徑獲得行為合法的確信，其禁止錯誤仍屬可避免⁸。有學者提出具體判斷步驟，首先應存有促因而足以引起行為人思考或稍後的查詢動作，繼而行為人未盡察明努力或不夠盡力，再判斷盡力的結果是否能讓行為人認識行為的不法⁹。

在本案中，乙認為贓物罪只有買他人偷竊的物品才會成立，欠缺不法意識，依罪責理論，乙雖然知道其行為意義及社會價值內涵，但錯誤認為係法律所允許，當乙認為贓物罪只有買他人偷竊的物品才會成立時，存有確認行為是否合法的促因，卻沒有進一步查證或詢問即直接收下，係一種可避免的禁止錯誤，按情節得減輕其刑。

參、結論

甲侵入丙住宅竊取珠寶，成立加重竊盜罪。乙知道此鑽戒的來歷，仍然收下，該當贓物罪的構成要件，乙認為贓物罪只有買他人偷竊的物品才會成立，可見乙思考過行為的合法性問題，卻沒有確認或諮詢法律見解是否正確，乙的錯誤認識屬禁止錯誤且屬可避免，成立收受贓物罪，依刑法第 16 條但書規定，得減輕其刑。

7 Wessels/Beulke/Satzger, aaO., Rn. 466. 最高法院 103 年度台上字第 1452 號。

8 王玉全，利用他人可避免的禁止錯誤，台灣法學雜誌，第 276 期，2015/7，頁 74 以下。

9 Roxin, Strafrecht AT, 2006, § 21, Rn. 53ff.; Rudolphi, in: SK-StGB, 2003, § 17, Rn. 24ff.

第二二題 雙重錯誤

甲走出家門時，聽見鄰居乙大喊小偷，熱心的甲聽鄰居描述小偷穿著後，加入幫忙抓賊的行列，約 30 分鐘後，眾人遍尋不著，各自離去。甲逕自前往搭公車，看見前方不遠處有位路人丙的穿著與乙描述的小偷相似，丙又四處張望，形跡鬼祟，甲一個箭步由後將丙壓制在地，不管丙如何解釋，甲聲稱自己是逮捕現行犯。甲通知路人報警，並堅持等警察到來，事後證明是一場誤會，丙不是竊賊。問：甲的刑責為何？

壹、問題爭點

甲在竊盜現場參與追捕竊賊的行動，當大家無功而返時，甲這時看見丙有如乙所描述的竊賊，義無反顧地將丙壓制在地，並通知警察到來。甲認為自己有權限逮捕丙，因為丙是犯罪嫌疑人。然，甲不僅誤認丙是犯罪嫌疑人，同時也認為自己的逮捕行為合法，甲的認知應如何評價？

貳、案例分析

甲考慮成立刑法第 302 條第 1 項剝奪行動自由罪

一、構成要件該當性

剝奪行動自由罪是私行拘禁或以其他非法方法剝奪人的行動自由，本罪保護的法益是潛在性的個人行動自由，即改變停留地的意思活動。最重要的剝奪方式是法條所列舉的拘禁，其是透過外在的設備阻止他人離開空間。至於其他方式是只要足以剝奪他人自由行動的可能即可，無須類似拘禁的型態，例如綑綁¹。在本案中，甲將丙壓制在地，讓丙無法如願離開，直到警察到來才恢復行動自由，肯定是以他法剝奪丙的行動自由，甲也具有相關故意。

二、甲是否得以主張現行犯逮捕？

刑事訴訟法第 88 條第 1 項與第 2 項規定，現行犯，不問何人得逕行逮捕之。犯罪在實施中或實施後即時發覺者，為現行犯。檢察官、檢察事務官、司法警察官與司法警察，甚至私人，因為發現現行犯，若不即時逮捕，恐影響司法追訴，慮及當時處於急迫情形，無法事先取得法官許可，因此有必要為及時的短暫逮捕。私人對現行犯的逮捕權不同於正當防衛，不能出於個人利益，而是因為公權力來不及介入，例外地賦予私人有此權限，因此，私人逮捕必須基於刑事追訴有效性的公共利益，即透過逮捕能實現公共利益，且逮捕不能違背偵查機關的意思，於此，私人必須承擔錯誤的風險²，否則，行為違反客觀注意義務，有成立過失犯之可能。逮捕限於犯罪在實施中或實施後即時發覺，故逮捕現行犯必須當場為之，亦即逮捕與犯罪之間存有時空緊密關聯，且逮捕必須針對真正

¹ Eser, Schoenke/Schroeder, Strafgesetzbuch, 2010, § 239, Rn. 1ff.

² Roxin/Schuenemann, Strafverfahrensrecht, 2009, § 31, Rn. 4.

的犯罪人而為，目的不能是為了阻止嫌疑人繼續犯罪而逮捕³；反之，如果行為人錯誤判斷犯罪的存在或認錯人，成立容許構成要件錯誤，例如 A 誤以為 B 偷走其手機，強行搜查 B 的皮包，拉扯過程中導致 B 手臂受傷。

在本案中，甲隨他人共同追捕竊賊，約 30 分鐘，眾人遍尋不著後，各自離去，甲才在路上遇見丙，此時甲的壓制與竊盜不具有時空緊密關聯，故非犯罪在實施中或實施後即時發覺者，逮捕不能援引刑事訴訟法第 88 條第 1 項。只是甲得否主張逮捕準現行犯？刑事訴訟法第 88 條第 3 項規定，被追呼為犯罪人者，或因持有兇器、贓物或其他物件，或於身體、衣服等處露有犯罪痕跡，顯可疑為犯罪人者，為準現行犯，例如在竊賊所有的倉庫裡發現遭盜砍的樟木。準現行犯以現行犯論，不問何人得逕行逮捕之，無須令狀，不受司法審查，實務認為準現行犯之逮捕，在時間上須與犯罪行為終了有相當之密接性，始足以擔保犯人與犯罪之明確性，而與現行犯同視，以契合憲法所保障之正當法律程序⁴。在本案中，由於眾人追捕竊賊未果已達半小時，甲僅憑著丙的穿著與乙描述的小偷相似，又認為丙四處張望，形蹤鬼祟，不足以認為丙「於」身體、衣服等處露有犯罪痕跡，顯可疑為犯罪人者，甲剝奪丙的行動自由不能主張現行犯之逮捕。

³ Otto, Grundkurs Strafrecht, 2000, Rn. 153f; Lutz Meyer-Gossner, Strafprozessordnung, 2013, § 127, Rn. 7

⁴ 最高法院 102 年度台上字第 447 號。

三、雙重錯誤

當甲壓制丙在地時，一方面認為，丙侵入鄰居家中行竊，所以是竊盜罪的行為人，但丙客觀上並非是竊賊，甲將無辜的路人丙誤認為是竊賊而予以逮捕，是基於乙對竊賊的描述，對於有關客觀事實認識錯誤，成立容許構成要件錯誤；另一方面，丙受到甲壓制時試圖澄清，甲認為對丙具有逮捕權限，堅持等警察來，事實上，甲當時已經不具有對現行犯的逮捕權，又是對阻卻違法事由的適用範圍為擴大解釋，發生容許錯誤。行為人同時存有兩種錯誤，形成所謂的「雙重錯誤」，對此，學界否定行為人成立容許構成要件錯誤，而是容許錯誤，因為行為人在誤判客觀情形下，也可能對阻卻違法事由的存在與否、界限或要件發生錯誤的解釋。其次，假設行為人沒有誤判客觀情況，也存有對法律規範的錯誤認識⁵。例如 A 誤認 10 歲小孩 B 偷取錢包正要離開，於是追出猛揍 B，A 認為只要是不法侵害都可以施以傷害教訓；或例如 A 要求不就業又執迷網咖的 24 歲兒子 B 下次若再晚歸，定要好好教訓，某天半夜聽聞有人開門回家，A 以為是 B 晚歸，在未開燈下對進門人猛揍，事後驚覺是樓下分租的房客。

行為人侵害他人法益行為，如果成立容許構成要件錯誤，不成立故意犯，考慮過失犯。在本案中，縱使甲當時所逮捕者不是丙，而是真正的竊賊，因為竊盜已經不屬於犯罪在實施中或實施後即時發覺者，甲對竊賊也不具逮捕權限，故如此錯誤不能視為容許構成要件錯誤，而排除故意。由於甲誤認可以對丙為現行犯的逮捕，乃

⁵ Schoenke/Schroeder, aaO., § 32, Rn. 65.

是誤解現行犯逮捕權的界限，成立容許錯誤（間接禁止錯誤）。容許錯誤適用刑法第 16 條，除有正當理由而無法避免外，不得因不知法律而免除刑事責任。但按其情節，得減輕其刑。行為人是否有正當理由，實務於舊法適用時認為判斷禁止錯誤是否可避免以無違法性之認識為前提，且自信在客觀上有正當理由者，即依一般觀念，通常人不免有此誤認而信為正當。如其欠缺違法性認識未達於此程度，其可非難性也只是低於通常的情形，故僅得減輕其刑。另應參酌行為人之社會地位及個人能力，在可能期待行為人運用其認識能力與法律倫理價值思維之範圍內，視其是否能夠意識到行為之違法，並對行為是否涉及不法有所懷疑時，行為人則負起查詢義務，不可恣意地以不確實之自我判斷擅斷主張⁶。學者提出考量的是行為人的認知與能力，判斷行為人是否有可能想到行為的違法性或有可能了解，並依循管道而知悉行為的不法性，亦即避免禁止錯誤發生的方法是行為人是否有想到以及探詢行為是否違法⁷。私人對現行犯的逮捕權屬例外，甲並非親眼目睹竊賊的身影，僅憑著乙的描述，且事隔 30 分鐘，公然在道路上未對丙確認相關問題，不應貿然將人壓制在地，因此，甲錯誤認為對丙得以剝奪行動自由，錯誤屬可避免，得減輕其刑。

參、結論

甲憑著乙對竊賊的描述，誤認丙是竊賊而予以逮捕，乃是誤認客觀事實，發生容許構成要件錯誤。甲壓制丙在地，等警察到來，

⁶ 臺灣高等法院 91 年度上訴字第 685 號。

⁷ Roxin, Strafrecht AT I, 2006, § 21, Rn. 52.

認為自己的行為符合逮捕現行犯的規定，同時是對法律規範的誤解，成立容許錯誤。縱使甲對竊賊本身沒有發生誤判，也會因為犯罪不符合實施中或實施後即時發覺者，而不具有逮捕權，故甲成立容許錯誤，錯誤屬可避免，依刑法第 16 條得按其情節減輕之。

第二三題 共同正犯與幫助犯之區別

甲、乙、丙三人某日遭丁持刀追趕，三人乃事先謀議合力報復丁，於是分持棍棒搭乘由知情的戊駕駛之箱型車，一同前往丁的住處尋仇。乙與丙到現場後，一見丁即予以棒打，甲則是站在一旁靜靜地觀看，並沒有動手毆打。丁因寡不敵眾，身上遭到多處瘀傷。問：甲、乙、丙、戊的刑責為何？

壹、問題爭點

參與犯可分一般參與犯與必要參與犯，前者有正犯與共犯之分。在一般參與犯的型態中，間接正犯與教唆犯、共同正犯與幫助犯之間較易混淆，又以後者難區別。尤其，行為人參與犯罪的實行階段，共同正犯應如何與幫助犯區別？行為人僅參與預備階段，但沒有參與實行階段，是否能成為共同正犯？又參與者在實行階段缺席，是否只要參與犯罪謀議一概視為共謀共同正犯？

貳、案例分析

一、乙、丙是否成立刑法第 277 條第 1 項與第 28 條傷害罪的共同正犯？

(一) 共同之行為實施

傷害係指對身體或健康所有物質上的損害影響及任何一種痛苦的對待，並且造成嚴重的身體不適。刑法第 28 條共同正犯是二人以上共同實施犯罪之行為者，爰此，乙與丙必須共同實施傷害行為。共同正犯雖然不一定須親手實施所有客觀構成要件，但行為人必須在客觀上做出與結果具有因果關係的參與行為，方有既遂的刑事責任。此外，共同正犯基於共同犯罪計畫，彼此參與行為互相歸責，相對於間接正犯的「直向歸責」，於共同正犯是「橫向歸責」¹。實務亦認為，「共同正犯間，在合同意思範圍內，各自分擔犯罪行為之一部，相互利用他人之行為，以達其犯罪之目的者，原不必每一階段均參與，祇須分擔犯罪行為之一部，即應對於全部所發生之結果共同負責。是共同正犯之行為，應整體觀察，就合同犯意內所造成之結果同負罪責，而非僅就自己實行之行為負責」²。」毫無爭議的是，參與行為屬於犯罪構成要件所描述的行為，則行為並非是隸屬性的參與而已，應論以共同正犯。在本案中，乙與丙一見到丁，即施以棒打，棒打屬傷害行為，兩人皆實施與傷害結果具有因果關係的參與。

¹ Schoenke/Schroeder, Strafgesetzbuch, 2010, § 25, Rn. 62.

² 最高法院 105 年度台上字第 1290 號。

（二）基於共同行為決意

共同正犯須有共同的行為決意或犯意聯絡，每位共同正犯在整個犯罪過程中與其他參與者居於同等地位，且共同正犯對於角色的分配與彼此互相依賴以共同完成犯罪有所認知與意欲，同意共同分擔犯罪實行以達成共同的犯罪決意。即使參與者之間彼此互不相認識或部分不認識，但只要知道有人共同參與，並且願意共同實施犯罪，並不會影響共同行為決意的成立。意思的合致也可以因默許或經相關的行為表露出即可，但對他人計畫單方的同意或支持，尚不足以成立共同正犯。例如 A 與 B、C、D 等人在餐廳聚餐，A 離開餐廳想竊取 C 的汽車內財物，當 A 正進行偷竊時，適巧 B 到外面抽煙。B 看見 C 正走向自己的汽車時，B 想讓 A 如願，於是故意與 C 搭訕，直到 A 得手。雖然 B 的行為對 A 的竊取結果屬不可或缺，但 A 不知道 B 的參與，彼此之間缺乏共同行為決意，乙不成立共同正犯，考慮（秘密）幫助犯³。

共同行為決意不僅是各個共同正犯一致處罰的原因，同時也是劃清各正犯之間的罪責依據，即每個共同正犯只須擔負其故意範圍內的罪責。若參與者逾越共同的犯罪計畫，其他參與者對此逾越部分不負責任，例如約定共同強盜，但參與者支開其他人，另外性侵被害人。只是每個共同正犯不必事先對犯罪行為詳知，只要是概括知道共同行為為何，即使參與者對具體犯罪實施過程或多或少有自由實施空間亦可，例如所有參與者約定強取他人現金，如果有參與者還奪走被害人首飾，其所為仍屬於共同犯罪決意的範圍內，因為

³ Roxin, Taeterschaft und Tatherrschaft (TuT) 1989, S. 519.

首飾不僅可以等值地滿足其他共同正犯的利益，搶奪的首飾也可以換成金錢⁴。

對於共同正犯之逾越行為，實務指出，「共同正犯因為在意思聯絡範圍內，對於其他共同正犯之行為及其結果負責，從而在刑事責任上有所擴張，此即『一部行為，全部責任』之謂。而此意思聯絡範圍，亦適為『全部責任』之界限，因此共同正犯之逾越（過剩），僅該逾越意思聯絡範圍之行為人對此部分負責，未可概以共同正犯論。至於共同正犯意思聯絡範圍之認定，其於精確規劃犯罪計畫時，固甚明確，但在犯罪計畫並未予以精密規劃之情形，則共同正犯中之一人實際之犯罪實行，即不無可能與原先之意思聯絡有所出入，倘此一誤差在經驗法則上係屬得以預見、預估者，即非屬共同正犯逾越。蓋在原定犯罪目的下，祇要不超越社會一般通念，賦予行為人見機行事或應變情勢之空間，本屬共同正犯成員彼此間可以意會屬於原計畫範圍之一部分，當不必明示或言傳⁵。」

在本案中，乙與丙基於教訓丁，在犯罪實施階段共同毆打丁，造成丁身上多處瘀傷，故二人具有共同傷害的行為決意與共同實施傷害行為，違法性與罪責性皆存在，成立傷害罪的共同正犯。

二、甲的刑責

甲基於事先謀議而到犯罪現場，卻沒有毆打丁，如此參與是否足以成立傷害罪的共同正犯？此問題涉及共同正犯與幫助犯之區分。在刑法的共犯理論中，對於二者之區別有主觀理論與犯罪支配

⁴ Roxin, in: Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar (LK) 1985, § 25, Rn. 119f; Otto, Taeterschaft, Mittaeterschaft, mittelbar Taeterschaft, Jura 1987, S. 252.

⁵ 最高法院 101 年度台上字第 4673 號。

理論之爭。

(一) 甲參與謀議與在犯罪現場是否成立傷害罪之共同正犯？

1. 主觀理論

依主觀理論，每種參與原則上對結果的發生都是等價，區分正犯與共犯不由外在的參與行為，反而依參與者內心的想法而定。正犯是以自己犯罪意思實施犯罪行為；共犯是以他人犯罪意思而實施者。對於正犯意思的判斷依據有：對犯罪結果的利益為何、參與範圍大小與犯罪支配意思存在與否等，綜合證據而予以評價，因此，行為人的參與發生在何種犯罪階段並非重點，即使在預備階段參與也有可能成立共同正犯⁶。

2. 犯罪支配理論

依犯罪支配理論，共同正犯的參與行為與犯罪實行須具有緊密的關聯，犯罪支配係指對犯罪的實行與否與如何實行具有目的性操控。因為共同正犯是基於共同行為決意，以分工合作方式完成犯罪，故每位共同正犯在犯罪過程中表露出的是「功能性的犯罪支配」⁷。相反地，共犯對犯罪實行與否與如何實行，則視其他參與者的意願而定，故共犯的參與係一種缺乏犯罪支配的促成或幫助犯罪。只是在犯罪實行階段之共同正犯參與能否歸責於僅在犯罪預備階段的參與者，則有爭議。

⁶ Baumann, Taetterschaft und Teilnahme, JuS 1963, S. 57f; Baumann/Weber, Strafrecht, AT, 1995, § 29, Rn. 44.

⁷ Maurach/Goessel/Zipf, Strafrecht, AT, 1988, § 47, Rn. 85ff; Roxin, TuT., S. 257ff.; 林山田，刑法通論（下冊），2008，頁45以下。

1) 一派主張，唯有在犯罪構成要件實行時具有共同的犯罪支配者，才能成立共同正犯。參與者在實行階段雖然無須在犯罪現場，但至少其在此階段時仍與其他共同正犯有接觸的可能性，並能隨時指揮操控犯罪過程，例如，幫派首領事先謀議犯罪，在其他參與者實施犯罪時，還可以隨時以手機遙控。否則，犯罪才正要開始，參與者反而喪失對犯罪的支配，而將犯罪完成交給其他人，難以論為共同正犯。更何況，在實行階段時，每位實行者是自由、能負責的行為個體，而且也是握有最後是否與如何犯罪的支配者⁸。

2) 多數支持犯罪支配理論者則認為，只要基於共同的犯罪決意，在犯罪預備階段的參與也可能成立共同正犯。倘若行為人的參與侷限於預備階段，未在現場實行犯罪，雖然比在現場實行犯罪者擁有較弱的犯罪支配，但此「負數」可經由其在犯罪預備階段的參與程度、份量和地位等而彌補⁹，例如幫派首領，故共同正犯不應侷限於參與犯罪實行階段者。

3. 實務見解

釋字第 109 號解釋指出：「以自己參與犯罪之意思，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行為者，均為共同正犯。」最高法院綜合主觀理論與客觀理論，對於正犯與幫助犯（亦稱為從犯）之區別，「係以其主觀之犯意及客觀之犯行為標準，凡以自己犯罪之意思而參與犯罪，無論其所參與者是否犯罪構成要件之行為，皆為正犯，

⁸ Roxin, TuT, S. 294ff; ders., in: LK § 25, Rn. 181.

⁹ Jescheck/Weigend, Strafrecht, AT, 1996, S. 680; Schoenke/Schroeder, aaO., § 25, Rn. 66f.; Jakobs, Strafrecht AT, 1991, 21 Abschn. Rn. 48.

其以幫助他人犯罪之意思而參與犯罪，其所參與者，如係犯罪構成要件之行為，亦為正犯，必以幫助他人犯罪之意思而參與犯罪，其所參與者又為犯罪構成要件以外之行為，始為幫助犯¹⁰。」「刑法之共同正犯，祇須行為人之間具有犯意聯絡、行為分擔，即克成立；此犯意聯絡，包含事前謀議，從而，縱然事中未參與行為，仍須負共謀共同正犯的刑責，何況事後分取贓物，尤難卸責。另外，刑法第 28 條之共同正犯和第 30 條第 1 項之幫助犯，其最大的不同，即在於行為人所參與的客觀行為，倘係構成犯罪要件以『內』者，屬共同正犯；若為構成要件以『外』者，才是幫助犯¹¹。」「行為人為構成要件以外之行為，究竟係出於合同，即為自己犯罪之意思，抑或僅為幫助他人犯罪，性質上雖屬行為人主觀之心理狀態，然仍應依憑直接或間接證據，衡酌其參與之原因、目的、程度、內容，與其他正犯或共犯間整體分工之脈絡，其分擔部分與該犯罪之謀議、實行或完成之關聯性，及其他主、客觀因素，本於經驗法則及論理法則，綜合觀察、判斷……。至行為人是否為取得利益而參與犯罪，實際上有無獲利及獲利之多寡，雖得作為上開判斷之部分參考，然並非唯一之考量，蓋無論出於為自己犯罪之意思或為幫助他人而參與犯罪，均不以獲利為必要，自不得僅以行為人未獲利，即謂其參與構成要件以外之行為，非出於為自己犯罪之意思，而逕論以幫助犯¹²。」

上述實務見解傾向純粹的主觀理論，客觀的參與行為只不過是

¹⁰ 最高法院 105 年度台上字第 1242 號。

¹¹ 最高法院 105 年度台上字第 1420 號。

¹² 最高法院 105 年度台上字第 1057 號。

參與者以自己或他人犯罪意思的證據而已。在本案中，依實務見解，甲基於共同傷害被害人之犯意聯絡，共乘車輛同赴行兇現場，足徵係以自己犯罪之意思而參與圍毆之集體行為，縱使未直接下手實施毆打者，仍應就全部圍毆被害人之結果負其共同正犯之刑責。

主觀理論對於參與犯的區別難以提出明確的、具體的判斷標準，刑法是一部行為刑法，其成立不應以行為人是否有正犯意思為準，而應評價行為人事實上所參與的行為對於犯罪的實現是否不可或缺¹³。近期實務另有指出：「刑法上之幫助犯，固以幫助他人犯罪之意思而參與犯罪構成要件以外之行為而成立，惟所謂以幫助他人犯罪之意思而參與者，指其參與之原因，僅在助成他人犯罪之實現者而言，倘以合同之意思而參加犯罪，即係以自己犯罪之意思而參與，縱其所參與者為犯罪構成要件以外之行為，仍屬共同正犯。又多數人出於共同犯罪之意思，彼此分工協力共同實現犯罪行為，彼此互為補充而完成犯罪，即多數行為人基於犯意聯絡與行為分擔者，為共同正犯，此即學說上所稱『功能性之犯罪支配』；在功能性犯罪支配概念下，多數人依其角色分配共同協力參與構成要件之實現，其中部分行為人雖未參與構成要件行為之實行，但其構成要件以外行為對於犯罪目的實現具有不可或缺之地位，仍可成立共同正犯¹⁴。」

此外，實務對參與者僅參與犯罪預備階段，在實行階段缺席，對其評價指出，「二人以上以共同犯罪之意思，事前同謀，推由其中部分之人實行，其未參與實行之共謀者，固為學說上所稱之共謀

¹³ Rudolphi, Faelle zum Strafrecht AT, 1996, S. 111f.

¹⁴ 最高法院 105 年度台上字第 1576 號。

共同正犯，依司法院釋字第一〇九號解釋，仍成立共同正犯，但未參與實行之共謀共同正犯，因祇有犯罪之謀議，而無行為之分擔，僅以其參與犯罪之謀議為其犯罪構成要件之要素，則渠等之間如何為犯罪之謀議，如何推由其中部分之人實行？即為決定該同謀者，是否成立共謀共同正犯之重要依據，須依積極證據證明之。從而共謀共同正犯如何參與謀議及參與謀議之範圍如何，自應於犯罪事實明白認定，並於理由內說明其所憑之證據及認定之理由，方足為論罪科刑之依據¹⁵。」此見解肯定客觀參與是共同正犯與幫助犯的區別標準，至於是否參與實行階段，則非所問。在本案中，甲雖然參與謀議報復丁，但其地位、參與及份量難以得出屬於重要或不可或缺，更何況，在預備階段的共同謀議對於整個犯罪實現並非是重要因素。由於甲與乙、丙到犯罪現場，亦即出現於實行階段，所以不是共謀共同正犯，依犯罪支配理論，甲事前既非主謀者，也非如幫派首領一般策劃組織犯罪，當乙、丙毆打丁時，也沒有在一旁指揮操控，因而不具有功能性的犯罪支配，不成立傷害罪的共同正犯。

（二）甲是否成立傷害罪的幫助犯？

1. 刑法第 30 條規定幫助他人實行犯罪行為者，為幫助犯，基於共犯從屬原則，幫助犯必須先有正犯存在，在本案中，乙、丙成立故意的傷害既遂罪。

2. 幫助犯在客觀上應有幫助行為，其係指任何一種令正犯行為有可能、更擴大、更容易或更順利的助益行為。因為幫助行為係間接對法益的侵害行為，不以直接實施犯罪構成要件為必要，毫無爭

¹⁵ 最高法院 105 年度台上字第 158 號。

議地，預備階段提供具有因果關係的幫助，只要持續至正犯達於可處罰的未遂階段，皆能成立幫助犯¹⁶。在本案中，甲首先在犯罪前與乙、丙共謀傷害丁，再一同乘車到犯罪現場，其共同謀議在先，稍後在現場觀望，並非是一種物質上的幫助，考慮成立精神上的幫助。精神幫助可以是在正犯犯罪決意未堅定時，透過語言或行動而加強正犯犯意，或提高犯罪完成的安全感，或提供技術上的解說等，但僅是同意或僅在犯罪現場逗留，卻沒有積極行為，不足以成立幫助犯。因為精神幫助概念不明確，容易成為參與犯型態中的「攔截式構成要件」，並經由此概念擴大幫助犯的處罰範圍，將不處罰的未遂幫助納入處罰對象，故主張幫助行為與正犯實行犯罪具有因果關係者，方成立幫助犯¹⁷。在本案中，甲事先與其他參與者謀議傷害丁，也共同前往現場，並於其他人實行犯罪時在一旁觀望，甲的行為具有鼓舞作用，其精神參與與乙、丙的傷害行為具有因果關係。

3. 幫助犯對於正犯實行犯罪必須具有幫助故意¹⁸，在本案中，甲對乙、丙的傷害行為具有幫助故意與幫助既遂故意，違法性與罪責性皆成立，甲成立刑法第 277 條第 1 項與第 30 條第 1 項傷害罪的幫助犯。

¹⁶ Jescheck/Weigend, aaO., S. 692; Maurach/Goessel/Zipf, aaO., § 52, Rn. 12.

¹⁷ Samson, in: SK-StGB 1998, § 27, Rn. 15; Schoenke/Schroeder, aaO., § 27, Rn. 10, 12.

¹⁸ 林山田，同註 7，頁 134 以下。

三、戊的刑責

(一) 戊是否成立傷害罪的共同正犯？

戊參與的行為是接送甲、乙與丙三人到犯罪地，接送行為是否足以成立傷害罪的共同正犯？

1. 依主觀理論的見解，戊是在甲、乙、丙謀議後，才運送三人到犯罪地。戊未曾受到丁持刀追趕，也沒有實施傷害罪的構成要件，因此，戊對丁的傷害結果沒有利益可言，更不具有犯罪的支配意思。其接送行為在整個犯罪過程中僅具隸屬性的意義，戊不具有以自己犯罪意思而犯罪，故不成立共同正犯。

2. 依犯罪支配理論，正犯須對犯罪具有「是否」與「如何」實行的影響。戊的接送行為對他人實行傷害並非是重要、不可或缺的參與，亦即對傷害行為的成立與否及如何進行不具有犯罪支配，而僅是他人實施傷害的邊緣角色而已，戊不成立傷害罪的共同正犯。

(二) 戊考慮成立傷害罪的幫助犯

乙、丙已成立傷害罪的共同正犯，戊知道甲、乙與丙找丁報復，仍以箱型車接送三人到犯罪地，接送行為令正犯有可能、更容易與更迅速地實現傷害行為，戊提供物質幫助，對三人的傷害行為具有因果關係，以及對於他人實現傷害肯定具有幫助故意，違法性與罪責性皆成立，成立傷害罪的幫助犯。

參、結論

乙、丙二人基於共同傷害丁的行為決意，共同實行傷害行為，成立傷害罪的共同正犯。甲雖有參與謀議傷害丁，其在預備階段的

參與難以得出對傷害結果握有功能性犯罪支配。甲雖然一起與乙、丙來到犯罪現場，卻僅在一旁觀看，並未實行傷害行為，對是否與如何傷害不具有支配性，卻足以鼓舞乙、丙的傷害決意，甲不成立傷害罪的共同正犯，而是幫助犯。戊接送甲、乙與丙到犯罪現場，對傷害結果而言，其參與行為並非不可或缺，戊對傷害結果亦無利益可言，但肯定基於幫助故意提供幫助，成立傷害罪的幫助犯。

第二四題 正犯背後之正犯

警察甲和乙女同居，甲因害怕乙離他而去，因此容易受乙影響。首先，乙透過戲劇性的設計及神秘的迷信行為，令甲相信有「貓王」存在。此貓王已化身為魔王來到世上，乙利用甲對其在精神上的複雜情結，謊稱甲以前有做過不少錯事，貓王要求甲須奉上如丙女形象的祭品，事實上乙係出於恨意想致丙於死，乙並告訴甲在一定期限內若沒有實現，則甲必須離開乙，而且貓王將會泯滅人性，上百萬人會因此喪生。乙一再告訴甲，世上還有其他人執行此上帝的任務以拯救人類。甲經乙上述解說後，排除良心的譴責，認為殺一人以拯救百萬人生命為合法，於是持刀到丙工作地實行殺害，丙最後掙脫逃跑。

問：甲、乙刑責各為何？

壹、問題爭點

在參與犯中應先檢驗犯罪的核心人物，甲直接實行殺害丙，認為殺一人以拯救百萬人是合法行為，因此聽從乙的指示著手殺人，應如何評價甲的刑責？然甲如此認知是否會影響刑責，係本案的爭點之一。乙想置丙於死，卻不親自動手，而是慫恿甲進行，乙對甲

的影響係成立間接正犯或教唆犯？如何區別間接正犯與教唆犯？此為本案的爭點之二。由本案衍生出的爭點三是：被利用人若已成立直接正犯時，影響他人犯罪者是否有可能成立間接正犯？

貳、案例分析

一、甲是否成立刑法第 271 條第 2 項殺人未遂罪？

（一）丙掙脫逃跑，死亡結果未發生，刑法有處罰殺人未遂罪。

（二）甲克服良心譴責後，依乙指示持刀實行殺害行為，甲具有殺人犯罪決意且著手實行殺害行為。

（三）甲採信乙所言，認為貓王已化身為魔王來到世上，必須奉上如丙女形象的祭品，否則貓王將會泯滅人性，上百萬人會因此喪生。甲在排除良心的譴責後，遂認為殺一人以拯救百萬人生命為合法，如此認知是否成立刑法第 24 條緊急避難？緊急避難是「因避免自己或他人生命、身體、自由、財產之緊急危難而出於不得已之行為，不罰」。成立要件是客觀上處於緊急危難的狀態下，主觀上應有避難意思。危難在客觀上必須存在，危難是一種按照具體狀況有發生災難的可能性，至少具有可測性，亦即特定事實情狀不僅是想像上的可能，且是超過現代社會一般生活風險的損害可能性，客觀情狀的發展令人嚴肅地擔心損害的來臨或加深¹。至於發生可能性是第三人以事後客觀觀點判斷行為時的存在情況，一個完全遙遠的可能發生並不足肯定緊急危難的存在。緊急危難主要是存有利

¹ 林山田，刑法通論（上冊），2008，頁 337。

益衝突，行為人對於要保護的法益所面臨的危難，僅有透過對他人法益的侵害才能排除。當對他人法益的侵害愈嚴重以及所要保護的法益愈微小，對判斷損害發生可能性的要求就愈高；反之，對損害發生的可能性要求則降低。是以，條文中的「不得已」要件，不僅是對避難行為的要求，而且也表明緊急危難的特徵²。在本案中，乙為了殺害丙，利用貓王化身魔王，將泯滅人性且會造成百萬人喪生的情事，係乙虛構情節以達殺害丙的目的，因此，依上述緊急危難的要件，客觀上並不存有具體狀況會發生災難的可能性，甲不能主張刑法第 24 條阻卻違法的緊急避難。

（四）只是甲認為殺一人以拯救百萬人為合法行為，如此認知有可能成立學理上的容許錯誤，所謂容許錯誤係指行為人對行為的違法性有錯誤的認知，主觀上認為行為符合阻卻違法事由，但客觀上為法律加以處罰的行為，亦即行為人知道自己所為究竟為何事，卻誤認其所為係法律所允許，又稱為間接禁止錯誤³。在本案中，甲有關緊急避難之事實條件的錯誤認識並非是構成要件錯誤，因為甲認為以一人生命可以拯救百萬人性命是符合刑法第 24 條緊急避難的利益衡量原則，此原則是檢驗個案中衝突的利益在整體考量下，所要保護的法益是否具有優越價值。然生命是無價，在絕對保護原則以及生命不能質化與量化下，不允許為了避免較多的人免於死亡而殺害一人⁴。甲是對利益衡量原則的整體評價有錯誤的判

2 Schoenke/Schroder, Strafgesetzbuch, 2010, § 34, Rn. 8, 12, 15; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 2013, Rn. 303f.

3 林山田，同註 1，頁 431。

4 Joecks/Miebach, Muenchener Mommentar Strafgesetzbuch, Band 1 §§ 1-51 StGB, 2003, § 25, Rn. 114, 116.

斷，此評價錯誤屬於禁止錯誤中的容許錯誤，甲身為警察，對於乙的陳述應進一步查詢，因此，其對法律的錯誤認知屬可避免，不得因不知法律而免除刑事責任，甲成立殺人未遂罪，並依刑法第 16 條但書得減輕其刑。

二、乙成立刑法第 271 條殺人未遂罪的間接正犯或教唆犯？

(一) 甲著手實行殺害丙而未遂，成立殺人未遂罪。

(二) 間接正犯係利用他人為犯罪工具，而為自己實現犯罪者。教唆犯是教唆他人使之實行犯罪行為。學術通說認為區別二者係依犯罪支配理論，正犯是支配犯罪之實行者；共犯是對事件在沒有支配下的犯罪參與。由於乙利用甲對其情感上的複雜情節以及甲的迷信行為，虛構須奉獻丙才能解除貓王所帶來的危難，事實上乙設計透過甲以達殺害丙的目的，乙對甲如此的影響有可能成立殺人罪的間接正犯。如果利用者與被利用者的利用支配關係是因前者正確地認識事實情形下，有計畫地掌控整個犯罪過程，且對於犯罪是否與如何發生握有優越的認知支配或意思支配，成立間接正犯。在本案中，有疑義的是，甲對丙成立殺人未遂罪，甲受乙影響，導致發生禁止錯誤，此影響是否足以令乙成立間接正犯？對此，有不同的見解：

1. 有提出責任原則觀點，間接正犯之成立係以被利用人欠缺刑事責任為要件，若被利用人對於犯罪結果具有完全的刑事責任，則排除成立間接正犯的可能性。只有當實行者發生不可避免的禁止錯誤時，幕後者才成立間接正犯⁵。另有認為，若直接實施者對法律

⁵ Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 1996, S. 669.

的要求係在無所謂的心態下才欠缺不法意識時，幕後利用此可避免的禁止錯誤者不應論以間接正犯。因為法律禁止的認知並非是心理因素，而是涉及可能性的問題，故直接實施者仍具有決定的自由。只有當自由決定權被排除時，可避免的禁止錯誤明顯地影響直接實施者的責任，而幕後利用者此時才論以間接正犯。相反地，若直接實施者仍應負刑事責任時，幕後者的參與只能成立共犯⁶。依此說，甲是一個自由負責的人，其對緊急避難的錯誤法律認知成立可避免的禁止錯誤，著手殺害丙的行為成立殺人未遂罪，乙則是喚起甲實行殺人罪的教唆犯。

2. 反對見解無法接受將禁止認識視為是一種「可能性」而已，既然在無爭議下已承認利用他人的過失行為也可以成立間接正犯，若過失者能事前遵守注意義務，也「可能」避免結果的發生，依此推論，也應排除幕後者利用實施者的過失行為同樣無法成立間接正犯，故法律禁止的認知與遵守注意義務的「可能性」並不會影響幕後者成立間接正犯。只要幕後者對被利用人的強烈操控，以及幕後者具有正犯意思而握有客觀犯罪支配，即使被利用人負有刑事責任，利用的人因握有優越的認知，故意導致被利用的人產生錯誤的認識並進而操控，仍然可能成立間接正犯，關鍵點在於錯誤的種類與範圍。由於被利用人已成立直接正犯，利用人仍成立間接正犯，因此，此類型的間接正犯稱為「正犯背後之正犯」⁷。反對此概念者認為，如果直接實施犯罪者對於犯罪結果自己本身已被評價為故

⁶ Stratenwerth, Strafrecht AT, 1981, Rn. 780.

⁷ Schroeder, Der Täter hinter dem Täter, 1965, S. 120ff.; Schuenemann, in: Leipziger Kommentar StGB, Band I Einleitung §§ 1-31, 2007, § 25, Rn. 89ff.; 林山田，同註 1，頁 62；黃常仁，正犯後正犯，東吳法律學報，第 10 卷 2 期，1997/07，頁 1 以下。

意正犯時，就不可能同時成為他人手中的犯罪工具，否則，間接正犯的適用範圍將無限擴大⁸。實務曾指出，「教唆犯，除其所教唆之罪有處罰未遂犯之規定者外，必須正犯受其教唆而實施犯罪始能成立，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⁹。」

在本案中，依「正犯背後之正犯」概念，由於甲在精神上依賴乙甚深，也因自己的宗教迷信行為相信自己所為為合法行為，導致其行為在法律評價為可避免之禁止錯誤，僅得減輕其刑。乙明知貓王的存在屬虛構，利用甲對行為違法性的錯誤認識以實現犯罪，肯定具有以正犯意思而影響甲，乙對於甲實行犯罪握有犯罪支配。

（三）乙具有殺害丙的意思與犯罪支配意思，違法性與罪責性皆成立，成立殺人罪的間接正犯。

參、結論

甲著手實行殺人達於未遂，因為客觀不存有緊急危難，不能主張緊急避難。甲誤認殺一人可以拯救百萬人性命是合法行為，乃是對緊急避難之利益衡量原則有錯誤認識，成立可避免的間接禁止錯誤，甲成立殺人未遂罪，依刑法第 16 條但書得減輕其刑。乙利用甲的禁止錯誤實現殺害丙的目的，甲的錯誤認識是乙引起，乙也操控犯罪之實行，肯定對殺人行為具有優越認知，成立殺人未遂罪的間接正犯，不再論以教唆犯。

⁸ Jescheck/Weigend, aaO., S. 664.

⁹ 最高法院 28 年上字第 19 號判例。

第二五題 教唆犯之教唆行為

甲、乙二人相處不睦，某日，甲見乙與鄰居丙吵架，甲聽到乙對丙放話，若丙不將其飼養且見人就狂吠的惡犬予以處理，乙會替他解決，丙則回應，若家中的愛犬「小黑」有任何狀況發生，一定令乙不好過。甲私下高興逮到教訓乙的好機會，且此犬常半夜擾人睡眠，也可以同時解決。於是趁夜以毒餌餵食「小黑」。隔日，丙看見愛犬已無氣息，當場找乙，並立即飽以數個重拳，造成乙受傷。丙對甲毒殺愛犬、乙對丙的傷害行為分別提出告訴，甲、丙的刑責各為何？

壹、問題爭點

當甲得知乙、丙的對話內容後，燃起教訓乙的念頭，甲將主觀意思體現於外的行為係以毒餌餵食丙家的「小黑」，令丙誤以為係乙毒害，以達到教訓乙的目的。甲最後實現目的，甲對於乙受傷的結果應成立間接正犯？還是教唆犯？間接正犯與教唆犯的差別何在？又教唆犯的教唆行為應具備何種條件？行為人僅是製造挑撥的情境是否符合「教唆」要件？

貳、案例分析

一、丙的刑責

丙的行為可能成立刑法第 277 條第 1 項傷害罪。傷害罪所要保護的法益是個人的身體與健康，包括身體的完整性與健康狀況，對此法益的侵害可經由對身體或心理影響而造成，故有身體傷害或健康傷害之分。前者係對身體所有物質上的損害影響及任何一種痛苦的對待，造成嚴重的身體不適，特別是對身體有物質上的損害影響；後者則係指造成、復發疾病或加深疾病現狀皆可。在本案中，丙對乙飽以數個重拳，傷害結果已發生，丙的行為與結果間具有因果關係與客觀歸責，對此丙也具有傷害故意，丙不具阻卻違法事由，且具有罪責性，丙成立傷害既遂罪。

二、甲的刑責

（一）毒犬行為考慮成立刑法第 354 條一般毀損罪

刑法第 354 條之毀損罪是毀棄、損壞第 352 條與第 353 條以外之他人之物，或致令不堪用，而足以生損害於公眾或他人者。保護的法益係個人對物之本體完整性與利用之利益（功能）。「毀棄」係將物品予以銷毀或廢棄，使物品失其存在之意義，其結果亦使物品喪失其效用。「損壞」雖亦破壞物品之形體，而改變物品之外形，但未達使物品喪失其存在意義之程度，至於物品是否因而喪失全部或一部之效用，則非所問。「致令不堪用」則係指以「毀棄」、「損壞」以外之方法，使物品喪失其全部或一部之效用。然行為結果須「足以生損害於公眾或他人」，所謂足生損害，只要有

受損害之虞即足，不以實際發生損害為必要。行為結果的判斷對「毀棄」與「致令不堪用」而言，較無疑義，至於「損壞」物品之情形，行為要件之「損壞」與結果要件之「損害」乃不同概念，破壞、改變物品之外形，是否足生損害於他人而實質上值得保護，應綜合行為人破壞、改變物品外形之程度、物品之交易、利用價值有無減損或失其全部或一部之效用而為判斷。例如行為人潛至他人豬舍，投以殺鼠毒藥，企圖毒殺之豬，既經獸醫救治，得免於死，則其效用尚無全部或一部喪失情事，毀損罪又無處罰未遂行為，故為無罪¹。

在本案中，丙飼養的狗「小黑」係刑法第 352 條與第 353 條以外的他人之物，甲以毒餌餵食「小黑」並造成死亡，乃係毀棄他人之物。甲具有毀損故意，違法性與罪責性皆存在，甲成立一般毀損罪。

（二）對乙受傷結果是否應負刑法第 277 條第 1 項與第 29 條傷害罪的教唆犯？

甲以毒餌餵食「小黑」，造成丙誤以為係乙下毒，不分青紅皂白地毆打乙，因為丙原先已警告乙，若「小黑」有任何問題，會找乙算帳，故丙的錯誤認知並非對傷害客體的辨識錯誤，也非關於因果歷程方面的打擊錯誤，而僅係一種不重要的動機錯誤而已。只是甲透過毒犬行為令丙毆打乙，以實現教訓乙的目的，甲是否成立傷害罪的間接正犯？間接正犯是行為人利用他人實現犯罪，對犯罪握有認知支配或意思支配。在本案中，丙對於是否與如何毆打乙可以

¹ 最高法院 47 年台非字第 34 號判例；臺灣高等法院 105 年度上易字第 877 號；臺灣高等法院 105 年度上易字第 860 號。

自行決定，本身具有犯罪支配，因此，甲不成立間接正犯，考慮是否成立教唆犯。

刑法第 29 條教唆犯係「教唆他人使之實行犯罪行為者」，又教唆犯採限制從屬原則，成立的前提係存有正犯，且正犯行為只要具有違法性即已足。在本案中，丙已成立傷害既遂罪，因此，甲考慮成立傷害罪的教唆犯。

教唆犯的客觀構成要件是教唆行為，所謂「教唆」係指喚起他人的行為決意，其結果係使他人實行犯罪行為。他人必須是特定人或得以特定之人，除非是輾轉教唆者或間接教唆者可以不認識正犯，否則直接的教唆者必須認識正犯，至於教唆對象之人數多寡，在所不問。反之，若針對不特定人進行煽惑犯罪，則考慮是否成立刑法第 153 條，例如在網路上散布製造 K 他命或槍彈的方法。又教唆他人使之實行的犯罪行為限於教唆違犯特定之罪，雖然不要求特定犯罪的細節，但不能僅是犯罪的種類而已，而是要有具體犯罪的重要特徵與特性。此外，並不以唆使他人違犯特定一罪為限，即使唆使他人違犯特定數罪或就特定數罪擇一違犯，亦屬教唆行為²。教唆犯可以是經由多人的共同教唆，也可以是將教唆第三人的教唆者視為犯罪工具予以精神影響（間接教唆），或教唆他人教唆第三者犯罪的輾轉教唆³。

教唆犯僅就其教唆所及之範圍負其刑事責任，如被教唆者實施犯罪時，逾越教唆犯之教唆範圍，該逾越之犯罪行為，因非教唆犯

2 Fischer, Strafgesetzbuch, 2013, § 26, Rn. 8；林山田，刑法通論（下冊），2008，頁 108 以下。

3 Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 2013, Rn. 570.

之教唆行為所引發，教唆犯就此逾越部分，自不負教唆之刑責，例如教唆傷害，正犯卻殺害被害人。同理，教唆者唆使竊盜，正犯卻性侵害被害人。然被教唆者之行為，如為教唆人所認識或預見，教唆人即應對被教唆者之行為負教唆之刑責，例如教唆竊盜，正犯卻攜帶兇器行竊。又被教唆者之犯罪與教唆者所教唆之行為抽象一致，僅具體之方法或手段不同者，教唆者仍應負其教唆之責，例如教唆攜刀搶劫銀行，正犯卻攜帶槍枝結夥搶劫。甚至於正犯發生加重結果情形，只要教唆者疏於注意義務，亦成立加重結果犯之教唆犯⁴。

毫無疑義地，教唆行為必須與正犯的違法行為具有因果關係，在本案中，丙之所以毆打乙，係因乙先前曾放話，故認定乙係毒害「小黑」的兇手，然「小黑」的死亡係甲以毒餌餵食造成，因此，肯定甲的行為與丙的傷害行為具有因果關係。有爭議的是，所有與正犯犯罪具有因果關係的「喚起」行為皆可成立教唆犯嗎？在何種方式或種類下所喚起的正犯犯罪決意，才能滿足法條所規定的「教唆」要件？由於法條並無規定教唆的方式或種類，此問題涉及教唆犯的性質，於此學界有不同的意見。一致的見解是，具有促發性質的任何一種心理影響皆可，例如利誘、承諾、指示、委託、請求、言詞激將或勸服等，但加強正犯犯罪決意、不作為與保持沉默並不是教唆行為而考慮是否成立幫助犯⁵。在本案中，當甲得知乙、丙二人對話之後，心生教訓乙的決意，但甲並沒有與直接正犯丙有任何接觸，而只是以毒犬的方式製造一種挑撥的情況，利用此情形激

4 最高法院 99 年度台上字第 7413 號；Fischer, aaO., Rn. 15f.

5 Fischer, aaO., § 26, Rn. 6.

起正犯丙傷害乙的決意，以如此方法使他人產生犯罪決意，是否為教唆行為，在學界仍是爭議的問題。

1. 單純惹起說

依此說，教唆犯的教唆行為只要他人能了解教唆者的真正意思，並能促成他人犯罪決意，至於方式，則在所不問。即使係製造挑撥情況也是教唆的方法，因為由刑事政策考量，在個別情形下，行為人以此方式達犯罪目的，甚至於比正面直接要求的表達方式更具企圖心與狡猾性，若僅以幫助犯論或因教唆無效或失敗而不處罰，不符合罪責原則。其次，教唆犯的處罰理由在於教唆者惹起他人犯罪，影響正犯的心理才是重點，並不以教唆者與被教唆者必須有精神溝通為必要，畢竟正犯是否知道被教唆，無關教唆者的刑責認定，因此教唆行為無須公開，行為人以隱藏方式促成他人犯罪也可以，如僅製造挑撥犯罪的情形，也可以是喚起他人犯罪決意，成立教唆犯⁶。

2. 精神接觸說

反對見解主張，教唆犯的教唆行為不是只要促成犯罪決意即可，而應要求更多。因為教唆犯並沒有接觸犯罪的實行，也沒有直接影響正犯的意思決定，正犯是在自我負責下實現犯罪，然而依第29條第2項規定：「教唆犯之處罰，依其所教唆之罪處罰之。」教唆犯與幫助犯同為共犯，卻沒有如幫助犯一樣得減輕其刑，因此，教唆犯的刑罰唯有經由其與正犯溝通而促成犯罪，其刑罰方能得出合理的解釋。若僅係製造一種促成他人犯罪決意的外在挑撥情

⁶ Dreher/Troendle, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 1995 § 26, Rn. 3; Kindhacuser, Strafgesetzbuch, 2005, § 26, Rn. 6f.; Baumann/Weber, Strafrecht AT, 1985, § 30, Rn. 63.

況，驅動正犯犯罪，並非係教唆犯的教唆行為，施以詭計行為難以顯示教唆犯的特別不法內涵，故（直接）教唆者與被教唆者之間必須有精神接觸，才是教唆犯的教唆行為，否則，依單純惹起理論說，教唆犯的範圍漫無限制，甚至日常生活的行為只要惹起他人犯罪，皆成立教唆犯⁷。例如幫傭為了報復雇主，故意趁雇主不在家時，讓門戶洞開，目的是能招惹竊賊入內行竊，或有人在國道上撒千元鈔，他人違規撿散落的鈔票，致生交通往來安全之危險，幫傭及撒錢者縱使惹起竊賊與撿鈔者犯罪，因為彼此之間沒有精神接觸，不成立教唆犯。

3. 不法協定說

此說嚴格限縮教唆犯的適用範圍，處罰共犯的理由是其附屬正犯的法益侵害，教唆犯是透過針對目的的犯罪要求間接地侵害他人法益，主張參與者之間應存有不法協定。教唆他人犯罪必須教唆者與他人有聯繫動作，其與正犯是犯罪的共同創始者，教唆犯對於正犯應有明顯的精神影響，或要求彼此之間有「不法協定」意義的犯罪計畫，甚至認為教唆犯對正犯具有「動機之支配」，若僅在理論上有可能喚起正犯犯罪決意的單純陳述而已，尚未係教唆行為。依此說，製造一種引起他人犯罪的情況並非係教唆犯的教唆行為，固然如此行為方式可造成他人的犯罪決意，但其犯罪能量畢竟比正犯明顯低，且教唆犯並沒有如幫助犯的減刑規定，因此，教唆行為的

⁷ Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts AT, 1996, S. 686; Roxin, in: Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 1985, § 26, Rn. 3ff.; Wessels/Beulke/Satzger, aaO., Rn. 568; Otto, Anstiftung und Beihilfe, Jus 1982, Hillenkamp, 32 Probleme aus dem Strafrecht AT, 2012, S. 174ff.; 林山田，刑法通論（下冊），2008，頁 110。

不法內涵也應如正犯的行為相近⁸。

在本案中，依上述 2.與 3.見解，甲並沒有與丙任何精神上的接觸或透過第三人輾轉唆使丙為傷害行為，因此，甲製造挑撥丙傷害乙的外在情況，不足以成立傷害罪的教唆犯。

(三) 甲是否成立刑法第 277 條第 1 項與第 30 條傷害罪的幫助犯？

因丙先前警告乙，若自家的小黑出問題，定找乙算帳，甲遂以毒餌餵食丙家小黑，造成丙錯誤認為係乙下毒，刑法第 30 條規定：「幫助他人實行犯罪者，為幫助犯。雖他人不知幫助之情者，亦同。」因此，甲考慮成立傷害罪的幫助犯。共犯基於限制從屬原則，應有正犯存在，丙已成立故意的傷害罪，甲對於丙傷害乙的結果係暗中製造一種挑撥丙傷害乙的情境，如此行為足以讓丙產生傷害乙的決意並進而實現，甲提供的係一種事前的、秘密的精神幫助。甲對於暗中助丙傷害乙具有傷害故意與傷害既遂故意，違法性與罪責性皆成立，甲成立傷害罪的幫助犯。

參、結論

丙對乙毆打成立傷害罪，甲私下毒害丙家的犬，以實現乙被丙傷害的目的，因為甲與丙之間欠缺精神接觸，不成立傷害罪的教唆犯，論以傷害罪的幫助犯，甲另外毒殺犬成立毀損罪，二罪侵害的法益與犯意不同，數罪併罰。

⁸ Fischer, aaO., § 26, Rn. 3; Wessels/Beulke/Satzger, aaO., S. 568, Hillenkamp, aaO., S. 176f.

第二六題 虛偽教唆

甲向警察乙自首其涉嫌搶奪及施用毒品等犯行後，供出毒品來源，丙主動留下聯絡電話，告知以後可以向其購買毒品等語。乙於是授意甲配合辦案，由甲撥打該聯絡電話向丙購買海洛英，當丙與甲正進行買賣交易，毒品尚未交付予甲時，丙立即為埋伏的警察查獲。問：甲、乙是否有任何刑責？

壹、問題爭點

教唆犯應具備何種要件？法條僅規定客觀要件係「教唆他人使之實行犯罪行為」，但主觀要件的內涵為何？尤其，唆使者的行為在客觀上已肯定係一種「教唆他人使之實行犯罪行為」的教唆行為，但行為時主觀上卻有不讓犯罪實現或任何法益受到侵害的意思，是否也應負教唆犯的刑責？

貳、案例分析

一、丙可能成立毒品危害防制條例第 4 條第 6 項販賣第一級毒品未遂罪？

毒品危害防制條例第 4 條第 1 項規定：「製造、運輸、販賣第

一級毒品者，處死刑或無期徒刑。」海洛因依本條例第 2 條規定屬於第一級毒品。販賣係指「有償之讓與行為，包括以『金錢買賣』或『以物易物』（即互易）等態樣在內；祇要行為人在主觀上有藉以營利之意圖，而在客觀上有以毒品換取金錢或其他財物之行為，即足當之；至於買賣毒品之金額或所換得財物之實際價值如何，以及行為人是否因而獲取價差或利潤，均不影響販賣毒品罪之成立¹。」至於販賣罪之既遂之認定，實務認為「販賣毒品者若已與買受人達成交易毒品之合意，並交付毒品，既已有基於營利之目的而散布毒品之行為，其販賣毒品犯罪應已完成而既遂。縱未收取價款，甚或事後買方因故退貨，亦於已成立之販賣毒品犯罪不生影響²。」又「販賣毒品之行為，雖以售賣者與購買者雙方就毒品標的物與價金等買賣要素之意思表示一致時，其民事上之買賣契約即已成立（是否有背於公序良俗而無效，係另一事），並得認為已經著手於販賣毒品構成要件之行為，但其販賣行為之完成與否，則有賴標的物之是否交付為區分既、未遂之標準。如僅達成契約之合致，而尚未交付標的物時，即不能論以該罪之既遂犯³。」

在本案中，甲與丙正進行毒品交易，在毒品尚未落入甲持有，丙即時為警察逮捕，販賣行為未達既遂，本條例第 4 條第 6 項有處罰未遂行為。當丙得知甲想購買海洛因，於是依約攜帶毒品前往指定地點交易，肯定具有販賣第一級毒品的犯罪決意。丙與甲進行交易行為與販賣結果發生具有時空緊密關聯，肯定著手販賣毒品行

1 最高法院 99 年度台上字第 1588 號。

2 最高法院 101 年度台上字第 3832 號。

3 最高法院 100 年度台上字第 4254 號。

為，違法性與罪責性皆成立，丙成立販賣第一級毒品未遂罪。

二、甲是否成立毒品危害防制條例第 4 條第 6 項與刑法第 29 條販賣第一級毒品未遂罪的教唆犯？

（一）正犯為違法性的行為

基於共犯從屬原則，教唆犯成立的前提是存有一個行為具違法性的正犯，丙已成立販賣毒品罪的未遂犯。

（二）甲必須有教唆行為

刑法第 29 條的教唆行為係指喚起他人的行為決意，其結果係使他人實行犯罪行為。他人必須為特定人或得以特定之人，而教唆他人使之實行的犯罪行為限於教唆違犯特定之罪。在本案中，丙與甲進行毒品販賣交易時，遭警察查獲，丙之所以成立販賣毒品未遂，係因甲主動打電話想購買毒品，丙才應約前往交易，因此，甲有唆使丙販賣第一級毒品的教唆行為。

（三）甲必須有教唆故意

教唆犯必須具有雙重的教唆故意，即教唆者具有喚起他人犯罪決意的故意以及使他人實現特定犯罪既遂的故意，其不僅認識正犯實現客觀與主觀構成要件的情形，也要認識正犯具有犯罪構成要件的特別意圖，否則，唆使者不認識正犯犯罪的情形或誤以為是合法行為，唆使者不具有教唆故意。此外，教唆者必須具有正犯犯罪既遂的意思，反之，唆使者僅想令犯罪達於未遂，亦即不想讓犯罪結果發生或法益受到侵害，因欠缺教唆故意不成立教唆犯，此情形係學說上所謂的「虛偽教唆」或「陷害教唆」，其係指教唆者認識被

教唆者無法實現不法構成要件，或雖然意識法益之侵害的可能性，但在確信其不會發生下予以教唆。行為之所以稱為「虛偽」，是因為教唆者在外表上雖有教唆行為，內在意思也希望被教唆者為可處罰的犯罪行為，事實上教唆者並不會令犯罪結果發生，即教唆者不讓任何法益受到侵害下而教唆他人為犯罪的行為⁴。在本案中，甲係配合警察辦案，讓警察在毒品交易時逮捕想販賣毒品的人，只是虛偽教唆在法律上應如何評價？此問題涉及教唆犯在主觀上應具備何種性質，方肯定具有教唆故意，於此有以下見解：

1. 實務見解

實務認為，所謂教唆犯，係指教唆原無犯罪意思之他人，使之萌生犯罪之意思，進而實行犯罪之情形而言，因造意引發他人產生犯意而犯罪，就惹起犯罪之角度觀察，與正犯之間，具有一定程度之從屬性。所謂「陷害教唆」者，則指司法警察人員，祇因認為他人有犯罪之嫌疑，卻苦無證據，遂設下計謀，使該他人果然中計、從事犯罪之行為，然後加以逮捕。陷害教唆僅係對於該客觀上實行犯罪之行為人，應否課以刑責及犯罪遂行之程度等問題而為探討，無關司法警察有無刑責。進一步言，縱然司法警察採行陷害教唆之辦案方式，有害司法正義，但因不具有自己犯罪或和他人共同犯罪之意思，尚不構成間接正犯或共同正犯，且因被教唆者不會成立犯罪，司法警察亦無成立教唆犯之餘地；至於是否應負行政責任或因其他犯罪情事，須負其他刑責，乃屬另一問題⁵。

4 Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 2013, Rn. 572f; 林山田，刑法通論（下冊），2008，頁 112 以下；甘添貴，刑法總則講義，1992，頁 229；林東茂，危險犯與經濟刑法，1996，頁 252。

5 最高法院 102 年度台上字第 317 號。

2. 學界見解

1) 肯定處罰說

此說主張，唆使者對被教唆者不能完成犯罪並無確切的支配力，他人若犯罪既遂，則唆使者可謂具有不確定故意。即使確信他人絕不至於完成犯罪，唆使者仍舊具有教唆他人犯罪未遂之意思。既然有此意思，亦即具有教唆他人犯罪之意思。更何況，唆使者出於陷害他人之動機，乃是惡性重大之表現，更有處罰之必要，至少也應負教唆未遂之刑責⁶。

2) 否定處罰說

反對見解認為，教唆犯必須具有雙重教唆故意，行為人一方面故意教唆他人為犯罪行為；另一方面，唆使他人實施故意又既遂的犯罪，才是具有「教唆故意」。行為人欠缺教唆既遂故意，縱使惡性重大，亦無由成立教唆未遂犯，因為不論是教唆既遂或教唆未遂，皆以行為人具有侵害法益促使他人實現不法構成要件之故意為要件。教唆者雖具教唆他人犯罪的故意，但欠缺教唆既遂意思，乃是不具有教唆犯的雙重故意，虛偽教唆者不成立教唆犯⁷。

有關虛偽教唆可罰性的爭議與共犯處罰理由具有密切關係。虛偽教唆依共犯處罰理由中的罪責參與理論或不法參與理論，皆應處罰，因為唆使者製造犯罪人，使人墮落或對他人不良影響而造成社

6 韓忠謨，刑法原理，1997，頁 248；周治平，刑法總則，1972，頁 418；郭君勳，案例刑法總論，1995，頁 520。

7 Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts AT, 1996, S. 687f; Schoenke/Schroeder, Strafgesetzbuch, 2010, § 26, Rn. 20; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 2013, Rn. 573；林山田，刑法通論（下冊），2008，頁 112 以下；黃常仁，刑法總論，2009，頁 238 以下。

會瓦解。只是刑法的任務在於保護法益，沒有一種犯罪構成要件不具有法益保護的目的，故以從屬導向的法益侵害說較合理。依此說，每個共犯的參與行為是一種從屬性的惹起，其透過正犯而間接影響法益侵害，令正犯為構成要件該當性的行為有可能，故共犯對法益的間接侵害乃是其處罰理由。在刑法上，一個可處罰的行為必須具有行為非價與結果非價，而近代的目的理論又將行為非價區分主觀行為非價與客觀行為非價，前者有如「故意」的內涵；後者則係行為在客觀上針對犯罪構成要件的實現而製造風險或具有危險性，結果非價則是可客觀歸責於行為的客體侵害或危害已發生。虛偽教唆者的唆使行為對他人法益雖可能產生侵害或危害的風險，或提高已存在的風險，但自始即無法益侵害的意思，因欠缺主觀的行為非價，從而否定其行為具有行為非價，不具有教唆故意。

有爭議的是，警察使用誘捕偵查技巧，配合警察辦案的唆使者或線民必須具有阻止形式構成要件完成（犯罪既遂）的意思，才能否定其教唆故意？還是只要實質構成要件（犯罪終了）不實現的意思，也肯定欠缺教唆故意？以本案為例，實務認為販賣行為之完成與否，有賴標的物是否交付為區分既、未遂之標準，如果丙已將毒品交給甲，這時警察才出面逮捕丙，因為販賣毒品達既遂，甲是否應負教唆犯刑責？於此有不同見解⁸：

1) 形式完成說

一說認為，只有教唆者想令正犯犯罪達於未遂，才否定教唆故意，如果教唆者具有令犯罪構成要件完成的意思，教唆者只能援引

⁸ Hillenkamp, 32 Probleme aus dem Strafrecht AT, 2012, S. 179ff.; Wessels/Beulke/Satzger, aaO., Rn. 573; Schoenke/Schroeder, aaO., § 26, Rn. 20.

刑法第 24 條緊急避難免除刑事責任，不適用共犯理論而排除教唆故意。理由是，以法益是否受到侵害意思為判斷處罰與否的標準，因為法益侵害意思的認定可任意提前或延後，將不當擴大虛偽教唆的適用範圍。

2) 實質結束說或法益侵害說

較多學者則主張，虛偽教唆者對正犯犯罪不管是具有止於未遂意思，還是實現形式構成要件，但未達實質結束的意思，都肯定欠缺教唆故意，只是後者不包含無法修復的法益侵害情形。此說認為，基於共犯的處罰理由可以得出，具有形式上構成要件完成意思的教唆者不具刑罰性，因為構成要件的完成不表示法益侵害無可修復，只要教唆者不具有令法益持有者最終受到損害的意思，教唆者即欠缺共犯處罰理由的實質法益侵害意思。特別是立法者對有些犯罪類型的既遂提前規定，例如意圖犯（如竊盜罪）、危險犯（如毒品危害防制條例第 4 條）、行為犯（如毒品危害防制條例第 11 條）或獨立處罰的實質預備犯（如毒品危害防制條例第 4 條第 5 項製造、運輸、販賣專供製造或施用毒品之器具），如果以形式構成要件完成作為虛偽教唆者是否具有教唆故意標準，將出現不合理現象。例如在虛偽教唆竊盜情形中，唆使者在竊賊著手竊取時予以逮捕與竊賊剛取得持有即逮捕，對於法益的保護並無差異，不應不同評價。同理，教唆他人偽造文書，但不會令其持偽造的文書行使詐騙，而致「足以生損害於公眾或他人」。這些特定犯罪並未以侵害結果作為犯罪的構成要件，因此，教唆者對保護的法益不具有事實侵害的意思，否定其教唆故意。

上述爭議對於警察使用誘捕方式以擴大偵查上手情形，具有明

顯實際意義。實務肯認「警察機關在偵查販毒等重大危害社會治安且又屬難以偵查之案件時，常使用誘捕之方式辦案，此一辦案方式在不違反人身自由不可受侵犯之憲法基本權保障之前提下，非不得為之，所蒐集而來之證據資料，亦非不得顯現於公判庭而採為法院論罪科刑之依據。惟此種誘捕方式之辦案可區分為兩種，一為創造犯意型誘捕，一為提供機會型誘捕。……後者，又稱為機會教唆，係指行為人原本即有犯罪之意思，其從事犯罪構成要件行為之犯意，並非他人所創造，警察或受其唆使之人，僅係利用機會加以誘捕，此乃屬偵查犯罪技巧之範疇，並未違反憲法對於基本人權之保障，且於公共利益之維護有其必要性存在，故依此方式所蒐集之證據資料，原則上並非無證據能力⁹。」例如警察 A 撥打具有販賣毒品意思的 B 所有之行動電話，佯稱其願意以一萬元代價購買海洛因，B 向毒品販賣商 C 購入海洛因後，再連絡 A 約定見面時點，B 出現不久後即遭警察逮捕。依實務見解，「如當事人係意圖營利而販入並有意賣出之類型，當以其意圖營利而販入時，為販賣行為之著手，必待其賣出將毒品交付於買受人，該販賣行為始屬完成。換言之，意圖營利而販入，尚未及賣出者，應論以販賣毒品未遂罪（倘同時符合意圖販賣而持有毒品罪之構成要件時，則有法條競合問題）¹⁰。」「另意圖販賣而持有毒品罪，則係指行為人以意圖販賣營利以外之原因而持有毒品，其後始起意營利販賣者而言。故在行為人持有毒品並未賣出即遭查獲之情形，其所持有之毒品是否有或何時有販賣營利之意思，攸關其究應成立單純持有毒品、意圖販

⁹ 最高法院 98 年度台上字第 6755 號。

¹⁰ 最高法院 105 年度台上字第 742 號。

賣而持有毒品，或販賣毒品未遂罪責。且因上述三項犯罪行為所表徵之持有毒品外觀大致相同，故行為人主觀上之意圖如何，自應以嚴格之證據予以證明。再持有毒品之原因不僅一端，基於販賣營利之目的販入毒品而持有，或基於非營利之目的而取得毒品並持有（例如受他人寄藏而持有毒品，或供自行施用、轉讓他人或幫助他人施用毒品而購入等），皆有可能，如無積極證據，自不得單憑行為人持有毒品之數量多寡，或其所辯非基於營利目的而販入毒品之辯解不能成立，遽行推定其係基於販賣營利之意圖而販入毒品或有營利販賣之意圖¹¹。」是以，B 向 C 販入毒品時，成立毒品危害防制條例第 4 條販賣毒品未遂罪，雖然不成立第 5 條意圖販賣而持有毒品罪，卻成立第 11 條持有毒品罪。依形式完成說，A 成立持有毒品罪的教唆犯，只能考慮是否在利益衡量原則下符合刑法第 24 條緊急避難而阻卻違法性。依法益侵害說，A 不具有法益侵害意思，依共犯處罰理由否定教唆持有毒品故意。

在本案中，甲告知丙想購買毒品，依毒品危害防制條例的制定目的是為了防制毒品危害，斷絕毒品之供給，防止毒品散布，避免毒害蔓延，以維護國民身心健康，保護的法益是國民健康¹²。其中，禁止販賣行為的規定目的是避免毒品流入最終消費者手中。因為毒品落入消費者手中就有可能加以施用或提高施用的風險，法條所規定之構成要件的法益侵害在於行為的危險性上，然實質的法益侵害則是當毒品落入最終消費者手上時。甲唆使丙販賣其手上的毒品，因交易的過程為警方監控，警察能立即予以攔截毒品，避免繼

¹¹ 最高法院 105 年度台上字第 1085 號。

¹² 最高法院 101 年度台上字第 3832 號。

續流通，因此，即使甲、丙當場銀貨兩訖或丙已將毒品交給甲，也不具有構成要件的實質法益侵害。由於甲一開始即無侵害法益的意思，依上述從屬導向的法益侵害說，甲不具有教唆故意，不成立販賣第一級毒品未遂罪的教唆犯與持有毒品罪的教唆犯。

三、乙的刑責

教唆者的教唆行為不以直接實行教唆行為為限，若教唆他人為教唆行為，則成立所謂的間接教唆犯（輾轉教唆或連鎖教唆）。在本案中，乙唆使甲為喚起丙販賣毒品的行為，雖有間接教唆的行為，同上所述，乙欠缺教唆故意，不成立教唆犯。

參、結論

甲、乙雖有直接或間接教唆丙販賣第一級毒品行為，因教唆犯必須具有雙重教唆故意，甲、乙認識自己行為會令丙產生販賣毒品意思，但二人不具有令丙販賣毒品既遂的故意，在丙尚未將毒品交給甲以前，由警察出面逮捕丙，以避免毒品流入消費者手中，故二人不具有侵害法益意思，欠缺教唆故意，不成立販賣第一級毒品未遂罪的教唆犯或持有第一級毒品罪的教唆犯。

第二七題 幫助行為之因果關係

甲覬覦丙平常會居宿之倉庫中的大量洋酒。某日，甲得意地對鄰居乙展示萬能鑰匙，表示準備利用晚上對丙的酒庫下手。當乙知道甲的想法後，反而嘲笑甲，聲稱他早擁有倉庫的複製鑰匙，並且在不久前已得手一次。乙願意借給甲這把複製鑰匙，讓甲的偷竊計畫更順利。甲使用乙的鑰匙正想打開丙的倉庫門，才發現丙已把門鎖重新更換，甲只好回家取萬能鑰匙，並行竊成功。問：甲、乙的刑責為何？

壹、問題爭點

刑法第 30 條規定幫助犯，對各種犯罪類型而言，行為人皆有可能因對他人犯罪提供幫助而成立幫助犯。但是否任何一種具幫助故意的幫助皆能成立幫助犯？幫助行為應具備何種要件，方足以成立幫助犯？幫助行為與正犯的犯罪結果間是否須以因果關係為要件？學界對此有不同見解。

貳、案例分析

一、甲考慮成立刑法第 321 條第 1 項加重竊盜罪

對甲而言，洋酒是屬於刑法第 320 條竊盜罪之他人動產。甲取走他人洋酒乃係中斷他人持有關係與建立新的持有關係。甲潛入丙居住的倉庫內行竊，同時具有加重竊盜故意與不法所有意圖，刑法第 321 條第 1 項第 1 款之構成要件該當性成立，違法性與罪責性皆存在。甲同時成立刑法第 306 條侵入住宅罪，因與加重竊盜罪成立法律競合，論以加重竊盜罪。

二、乙是否成立刑法第 321 條第 1 項與第 30 條第 1 項加重竊盜既遂罪的幫助犯？

(一) 正犯的行為具違法性

因為甲告訴乙偷竊計畫時已決定行竊，乙不成立加重竊盜罪之教唆犯，考慮是否成立加重竊盜罪的幫助犯。依共犯限制從屬原則，正犯的行為須具有違法性，甲已成立故意加重竊盜罪。

(二) 幫助行為

乙必須對甲提供客觀的幫助行為，幫助行為係指任何一種令正犯行為有可能、更擴大、更容易或更順利的助益行為。幫助方式可以是物質幫助或精神幫助，也可以是積極作為或居於保證人地位的不作為，後者如父親看見自己的小孩在教唆他人犯罪，卻不加以阻止。在本案中，乙交給甲複製鑰匙，乃是積極提供物質幫助。有疑義的是，乙所提供的鑰匙對具體已發生的偷竊並沒有更容易，反而令甲行竊遲延，因為鑰匙不適合，甲必須回家取萬能鑰匙才能開門

入內，竊取是透過萬能鑰匙才既遂，故對竊取結果未提供有效的幫助，乙提供複製鑰匙是否足以成立幫助犯？此問題涉及幫助犯的幫助行為是否須與正犯的犯罪行為具有因果關係？學界持不同見解。

1. 因果關係否定說

有主張幫助犯的成立，不以幫助行為係影響或促成正犯犯罪結果的原因為必要。如果幫助者只有單純的幫助意圖，卻沒有客觀的幫助行為，並不足以成立幫助犯。因幫助犯是對正犯提供幫助而處罰，正犯所實現的犯罪結果非屬於幫助犯的「個人成果」，而是依附在正犯的犯罪上，幫助犯與正犯的刑罰方有差異。是以，幫助者只要在正犯實現犯罪之前，提供的幫助有益於或更容易使犯罪實現，甚至只要以任何方式提高法益受侵害的風險，即可成立幫助犯，至於對正犯結果是否具有直接的因果關係或有無影響，在所不問。幫助的影響力雖無關幫助犯的成立，然於量刑時可列入考慮¹。在本案中，甲先使用乙的複製鑰匙，然後再使用自己的萬能鑰匙，並且行竊成功。複製鑰匙對甲的竊取行為在客觀上確實可以提供助益，亦可助長甲的竊盜決意，乙對此具有幫助故意，成立加重竊盜罪的幫助犯。

2. 因果關係肯定說

反對見解認為，幫助的方式必須至少能影響正犯的犯罪實施，其令法益更可能或更強烈受到侵害，也可以是令犯罪更容易或更安全實施。至於正犯行為在沒有幫助行為下是否實現，則在所不

¹ 反對見解參閱 Charalambakis, Zur Problematik der psychischen Beihilfe, in: Festschrift fuer Claus Roxin, 2001, S. 626f.; 韓忠謨，刑法原理，1997，頁 313。

問²。行為與犯罪結果之間的連帶關聯是刑事責任的基本要件，因果關係又是犯罪行為客觀歸責的前提，幫助與犯罪結果無因果關係，在邏輯上難以理解，故不管係物質幫助或精神幫助，幫助行為必須與正犯的犯罪結果具有因果關係³。其次，處罰共犯的理由是，共犯雖非親自實施犯罪構成要件，但經由其與正犯行為產生共同作用，間接地侵害法益，故幫助至少必須與正犯可處罰的未遂（預備）行為具有因果關係，才是可處罰的幫助犯。另，主張因果關係否定說難以區分既遂的幫助犯與未遂的幫助犯，若預備階段所提供的幫助對構成要件的實現毫無影響或助益時，不能論以應受處罰的幫助犯，否定說將會擴大幫助犯的範圍，將不處罰的未遂幫助論為處罰的對象，此結果有違立法目的。此外，幫助者對幫助行為的因果關係也應認識，否定說將會混淆未遂幫助與既遂幫助之界限，使幫助犯成為客觀—主觀要件可以是不合致的犯罪型態。更何況，有因果關係與無因果關係的幫助對正犯實現構成要件的影響畢竟不同，若不加以區別，則是漠視共犯的從屬性原則⁴。

具有因果關係的物質幫助例如提供犯罪工具、資金、代步工具或住處等；精神幫助可以是對犯罪計畫的支持強化、在量上提高對法益的損害、技術指導、提供資訊、製造不在場證明或承諾事後的掩飾或逃亡等，甚至留在犯罪現場亦屬之，只要行為有助長他人犯罪可能者。然不容忽略的是，精神幫助有可能不當地擴大適用範

2 黃常仁，刑法總論，2009，頁 251；黃惠婷，幫助行為與因果關係，台灣本土法學雜誌，第 12 期，2000/7，頁 137 以下。

3 Charalambakis, aaO., S. 631f.

4 Schoenke/Schroeder, Strafgesetzbuch, 2010, § 27, Rn. 10; Fischer, Strafgesetzbuch, 2013, § 27, Rn. 14.

圍，例如行為人提供無效的物質幫助，卻有可能以精神幫助犯論，是以，具有因果關係的幫助行為至少須具備下列要件：

1) 幫助行為必須對正犯結果的發生產生共同作用。至於正犯在沒有幫助行為下是否會令犯罪結果發生，與因果關係的認定無關。只要能影響犯罪結果的任何「變體因果關係」，皆肯定幫助起共同作用，例如對爬窗入內的竊賊提供手套，以便更容易破壞窗戶或攀爬⁵。

2) 幫助行為必須至少提高犯罪結果的成功率。因為幫助犯是一種具有因果關係的風險提高行為，若幫助反而令結果的成功機率降低、阻礙、更困難或更遲延，甚至於是沒有助益或對於侵害是無關緊要的幫助，即使具有因果關係也難以論以幫助犯，例如有人遞瓶可口可樂給正在開保險櫃的竊賊，此行為若沒有增強或延續竊賊的精力時，對法益的侵害並沒有實質意義，不以幫助犯論；相反地，如果竊賊正精疲力盡，因提供提神飲料而精神大振，實現犯罪，應論為既遂的幫助犯⁶。

3) 因果關係的認定排除假設性的推論。判斷幫助行為是否提高成功機率須依具體事實，不能有假設性的推論，因為行為的處罰不能因行為人本身或第三者也有可能實施，而使得受侵害的規範因而無效⁷。例如 A 替竊賊 B 搬運梯子到犯罪地，縱使 B 沒有 A 的幫助，也可以憑自己的力量自行搬運時，也不能否定 A 已成立幫

⁵ Roxin, in: Leipziger Kommentar, 1985, § 27, Rn. 3.

⁶ Roxin, in: Leipziger Kommentar, 1985, § 27, Rn. 5; Otto, Anstiftung und Beihilfe, JuS 1982, S. 564; Murmann, Zum Tatbestand der Beihilfe, in: JuS 1999, S. 552.

⁷ Roxin, in: Leipziger Kommentar, 1985, § 27, Rn. 6; Otto, aaO., S. 564; Schoenke/Schroeder, aaO., § 27, Rn. 10; Murmann, aaO., S. 550.

助犯。因為事實上 A 所搬運的梯子令 B 得以順利入門行竊，其令正犯的行為更容易及提高法益侵害的風險，肯定幫助與竊盜具有因果關係。

4) 幫助行為提高成功機率的作用須持續到結果的發生⁸。既遂的幫助犯不能在正犯著手前或更早的階段前喪失其幫助的效用，否則是不處罰的未遂幫助。例如 A 在計畫搶劫銀行之前一晚與負責幫助的 B 發生爭吵，A 決定自行完成計畫；或 A 接受 B 的幫助，但 B 答應郵寄的犯罪工具於 A 著手前沒有寄達；A 接受 B 的幫助，但 B 在 A 著手前放棄幫助；B 幫助 A 搬梯子到犯罪地，A 發現一樓的窗戶未關，在沒有使用梯子下爬窗入內行竊。相反地，幫助是在正犯著手後才喪失提高正犯成功的效用時，則仍論以幫助未遂⁹，例如 A 以 B 提供的文具偽造文書，中途因沒有墨汁，A 重新購買。

實務曾指出¹⁰，「幫助他人犯罪，係指對他人決意實行之犯罪有認識，而基於幫助之意思，於他人犯罪實行之前或進行中施以助力，給予實行上之便利，使犯罪易於實行，而助成其結果發生者。是行為人對其幫助之行為與被幫助犯罪侵害法益之結果間有因果關係之認知，仍屬意為之，即得認有幫助犯罪之故意，要不因其所為非以助益犯罪之實行為唯一或主要目的而異其結果；且其所為之幫助行為，基於行為與侵害法益結果間之連帶關聯乃刑事客觀歸責之基本要件，固須與犯罪結果間有因果關聯，但不以具備直接因果關

⁸ Roxin, Strafrecht AT, Band II, 2003, § 26, Rn. 215.

⁹ Roxin, in: Leipziger Kommentar, 1985, § 27, Rn. 7; Otto, aaO., S. 563f.

¹⁰ 最高法院 102 年度台上字第 1650 號。

係為必要，舉凡予正犯以物質或精神上之助力，對侵害法益結果發生有直接重要關係，縱其於犯罪之進行並非不可或缺，或所提供之助益未具關鍵性影響，亦屬幫助犯罪之行為。」

在本案中，依因果關係肯定說，甲竊取成功是自己回家取用萬能鑰匙才實現，乙的幫助行為未持續到甲的竊取既遂，故與竊盜既遂不具有因果關係，乙不成立加重竊盜既遂罪的幫助犯。

三、乙是否成立刑法第 321 條第 2 項與第 30 條第 1 項加重竊盜未遂罪的幫助犯？

依共犯從屬原則，甲已成立加重竊盜罪，乙提供甲一把複製鑰匙，當甲將複製鑰匙置入倉庫門鑰匙孔時，是否成立未遂犯的幫助犯？首要釐清的是，何時是加重竊盜罪之著手？實務認為，如僅具該條項所列各款情形而未著手搜取財物，加重竊盜罪即無由成立。然未遂犯的處罰理由是，行為人針對構成要件實現的意思行動，足以動搖一般人對法益保護以及規範效果的信賴¹¹。住宅或有人居住的建築物裝設門鎖，不外乎是防範他人無故入侵或竊取財物。如果行為人在具有竊取決意下未經他人允許擅自開門，甚至破壞門鎖，行為足以令被害人或一般人對裡面的財物安全帶來震撼印象，此見解也不會因為行為人破壞住宅或汽車門鎖而有不同。在本案中，甲試圖以乙提供的複製鑰匙開啟門鎖，行為與取得洋酒之間具有時空緊密關係，對洋酒遭竊已帶來震撼印象，應視為著手實行加重竊盜罪。至此，乙所提供的複製鑰匙與甲著手加重竊盜之間具有因果關係，乙具有幫助故意與幫助既遂故意，違法性與罪責性皆成立，成

¹¹ Fischer, aaO., § 22, Rn. 2a.

立刑法第 321 條第 2 項與第 30 條第 1 項加重竊盜未遂罪的幫助犯。

參、結論

甲潛入丙居住的倉庫內行竊，成立刑法第 321 條第 1 項加重竊盜罪。乙基於幫助故意提供甲一把倉庫的複製鑰匙，因為複製鑰匙並沒有令竊盜結果更容易或順遂，幫助行為與竊取既遂不具有因果關係，乙不成立加重竊盜既遂之幫助犯。但甲試圖以乙提供的複製鑰匙開啟丙的倉庫時，實務認為乙不成立加重竊盜未遂罪之幫助犯。只是甲著手開啟行為與竊取洋酒之間存有時空緊密關聯，乙提供複製鑰匙的幫助行為與甲著手竊取之間具有因果關係，成立刑法第 321 條第 2 項與第 30 條第 1 項加重竊盜未遂罪的幫助犯。

第二八題 作為與不作為之區別

甲攜帶五歲的小孩乙參加公司舉辦的戶外踏青活動，到達目的地後，正當大家忙著準備生火烤肉時，甲發現有一位小孩掉進附近的池塘裡，深諳泳技的甲以為是自己的小孩乙，於是跳進池塘裡，當甲抓住小孩的手，才發現並不是乙，而是公司內自己的工作勁敵丙的小孩丁，甲於是故意鬆手，任丁載浮載沉，不久，丁溺斃於池塘中，問：甲是否應負刑責？

壹、問題爭點

刑法上的行為可以係作為或不作為，惟區分作為或不作為的目的何在？又如何區別作為或不作為？尤其，當被害人已取得拯救機會，行為人反而主動放棄拯救機會，造成被害人法益受到侵害時，應如何評價行為人的行為？

貳、案例分析

一、甲故意鬆手行為係作為或不作為？

刑法第 15 條規定（不純正）不作為犯必須係「對於犯罪結果之發生，法律上有防止之義務，能防止而不防止者」，此防止義務

使行為人居於擔保構成要件結果不發生之保證人地位，從而，並非任何人因自己不作為導致構成要件結果發生時，皆成立不純正不作為犯，而僅限於行為人對於該結果之發生負有防止其發生的保證義務者，才有刑責。基於此，判斷行為人之行為係作為或不作為對於故意犯或過失犯而言，皆具有重大意義，因為行為若係積極作為，任何人皆有可能成立故意犯或過失犯，但若係消極不作為，行為人只有在法律上負有防止結果發生之義務時，才能成立不純正不作為之故意犯或不純正不作為之過失犯，行為人是否居於保證人地位攸關刑責之有無。在本案中，甲發現有小孩掉進池塘裡，誤以為係自己的小孩而跳進池塘中營救，當甲抓住小孩的手，才猛然發現係職場勁敵的小孩，於是中止拯救意願與放棄拯救行為，甲的鬆手行為係作為或不作為？

（一）區別標準

對大部分的情形而言，由行為外在所顯現的型態即可加以辨別，不作為犯就是有所不作為，此行為是以事件過程與行為可能性之間的假設基礎作為因果關係的判斷，即被期待的行為須以幾近可能性可以防止結果發生為斷¹。但於特殊情形中，作為或不作為之界限實難以單純就外在表象加以區別，因此，對於某些情況仍存有爭議。

1. 能量說

此見解認為，作為與不作為之區別在於行為人是否有任何積極的作為，即對於被侵害的法益是否積極注入能量。行為人若積極地

¹ Fischer, Strafgesetzbuch, 2013, § 13, Rn. 4.

注入能量，而展開足以發生結果的因果歷程，則係作為；相反地，行為人放任事件發展，對因果歷程的發生並沒有注入任何能量時，則係不作為²。

2. 規範說

對於大部分情形而言，依能量說即可解決行為係作為或不作為，但對於少部分矛盾的行為，尤其係具有多重意義的行為模式，則有採取規範說的傾向，此說認為作為與不作為之區別係價值判斷問題，故不能依據個案之外在型態判斷，而應該完全依據法律譴責的重點在哪裡，或行為人應受譴責的行為重點在哪裡，或依社會意義判斷行為係作為或不作為³，有學者強調，區別作為與不作為係非「事實」問題，而是「價值」問題，是以規範重點作為決定標準⁴。惟此見解遭受批評，反對者認為，規範說的法律譴責重點完全係以法律檢驗的結果論斷，而這樣的判斷容易流於不理性的感情用事⁵或認為「行為重點」係一個不精確的概念⁶。

3. 風險關係說

此說認為區別作為或不作為應以行為的風險關係為標準，即製造風險的行為係作為，放任既有的風險的行為係不作為，因為對製造風險的行為，法律必期待行為人的不作為，而違背不作為義務係

2 Rudolphi, in: SK-StGB, 2003, Vor § 13, Rn. 7; Maurach/Goessel, Strafrecht AT, 1989, § 45, Rn. 30.

3 Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, AT, 2013, Rn. 699.f; 林東茂，刑法綜覽，2012，頁 1-162。

4 德國學者 Mezger 見解，引自 Furhr, Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen im Strafrecht – vom „Ziegenhaarfall“ zu „Terri Schiavo“, Jura, Heft 4/2006, S. 266.

5 Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, 1996, § 58 II 3.; Rudolphi, aaO., Rn. 6.

6 黃榮堅，基礎刑法學（下），2006，頁 722。

作為，但對既存的風險，法律必期待行為人的作為，違背作為義務的行為係不作為⁷。

(二) 特殊情形

1. 具有雙重意義的行為

對過失犯而言，區別作為與不作為的問題尤其不容易，因為過失犯之注意義務違反所呈現的不作為要素，往往與不純正不作為犯的「不作為」重疊，遂有論者提出所有過失犯也是不作為犯⁸。學界通說認為，若同時存有作為與不作為者，行為既然含有積極的、與結果具有因果關係的作為，則優先以作為犯論，典型的情形係過失行為與不作為因素結合的情形，例如機車騎士在晚間騎車不開燈，因而撞傷路人，到底係不開燈而騎車的積極作為造成傷害結果的發生？還是不開燈的不作為才係發生結果的原因？學界大部分見解認為，並非係經由不開燈的不作為造成過失致傷，而係積極的作為——騎車——造成過失致傷的結果，在此不作為的要素（不開燈）僅是成立過失犯中所必要之注意義務的違反方式而已⁹。反對見解有認為，行為人在行車未開燈的情形下，未把車輛停到路旁，係不作為¹⁰。

依相關禁止規範規定，上述爭議的論證應該是「行為人行車沒有開燈，就不應該開車，卻開車」，因此係作為，並非是「行為人沒有點燈，就應該停路旁，卻沒有把車輛停路旁」，而論不作為。

⁷ 黃榮堅，同註6，頁723。

⁸ 德國作者Roehl見解，引自Fuehr, aaO., S. 266.

⁹ Wessels/Beulke/Satzger, aaO., Rn. 700; Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, 1995, § 15, Rn. 27; Jescheck/Weigend, aaO., § 58 II 2.

¹⁰ 黃榮堅，同註6，頁216以下。

同樣情形，開車途中撞死人，論者認為成立不作為犯，因為法律要求行為人應該踩煞車踏板，卻不作為¹¹。較合理的觀點應視為作為犯，因為在馬路上開車本身就是對其他道路使用者而言，係積極注入能量製造（容許）風險。不踩煞車的不作為倘若同時不存有積極作為（開車），難以想像會有不作為的問題。詳言之，若基於殺害故意不踩煞車，繼續加油而撞死人，肯定是積極注入能量促成結果發生，論以作為；若非故意不踩煞車而致他人於死，不踩煞車係成立過失犯中違反注意義務的一種行為方式，亦即規範要求開車者遇到狀況應踩煞車的行車注意義務，而非係基於保證人地位而衍生的煞車作為義務，故也係作為犯。同理也適用在著名的「山羊毛案」，行為人將未消毒的山羊毛交給工人導致死亡與受傷，論以作為，譴責的重點在於違反注意義務的積極交付行為上。不消毒的行為本身不會成立過失致死罪或過失致傷罪，因為行為人並沒有義務處理山羊毛，結果會發生是直到交付才出現。又因規範不會禁止交付行為本身，因此，處罰的理由是因為行為人出於疏忽而交付未消毒的山羊毛，這才是致死或致傷的原因¹²。

只有在例外情形中，不作為反而具有獨立的意義¹³，此情形係當積極作為不受處罰時，進而考慮行為人之不作為是否有刑事責任。例如機車騎士為了閃避逆向行駛而即將迎面撞上的汽車，在不得已情形下衝上人行道，撞傷其他路人後，卻置之不理，受傷路人因延後送醫造成傷勢更重，機車騎士的積極撞傷行為雖然可依緊急

¹¹ 黃榮堅，同註6，頁739。

¹² Fuchr, aaO., S. 267f.

¹³ 林山田，刑法通論（下冊），2008，頁237以下。

避難而阻卻違法性，但被犧牲的路人所形成的救助需求係因行為人所導致，故行為人此時有義務有所作為，以避免被犧牲者的危害繼續擴大¹⁴，此時，行為人之不作為應獨立評價。其他情形是，當積極作為成立之作為犯的處罰比消極不作為成立的不作為犯處罰較輕時，消極的不作為則具有重要意義，例如 A 基於傷害故意追打 B，B 不慎跌落圳溝，A 眼見 B 可能會溺斃，仍見死不救，因為 A 不作為而成立的不作為犯之不法與罪責內涵較高，不作為應獨立評價。

2. 行為人故意中斷或破壞拯救的可能性

1) 行為人中斷他人的拯救行為

當他人基於拯救意願而對被害人施以援救時，行為人反而中斷他人之拯救，此中斷行為係作為或不作為？較無爭議的是，不具醫護身分之繼承者中斷被繼承者維持生命的心肺機，造成被繼承者死亡。不管係採能量說、規範說或風險關係說，對中斷拯救行為的評價有一致的見解，行為人若以積極行為破壞現存的拯救方法或阻礙拯救措施的執行，而影響拯救的因果歷程者，則肯定行為人對結果發生握有犯罪支配，應論以作為的直接正犯，例如 A 看見 B 正想將湖邊唯一的救生圈拋給掉入湖中的 C，A 搶先一步奪下救生圈，並予以破壞，令 B 喪失挽救 C 生命的唯一機會。同樣情形，若行為人透過強制方法或施以詐術迫使或令他人中斷繼續拯救的行為時，應肯定行為人對因果歷程握有犯罪支配，行為人係以間接正犯的方式中斷他人拯救行為，也以作為犯論¹⁵。

¹⁴ 林山田，同註 13，頁 255 以下。

¹⁵ Rudolphi, aaO., Rn. 48; Wessels/Beulke/Satzger, aaO., Rn. 701, 704; Schoenke/Schroeder,

2) 行為人中斷自己的拯救行為

有疑義的是，如果行為人中斷自己已開始的拯救行為，而造成犯罪結果發生時，中斷行為係作為或不作為？在此情形中，行為人一方面中斷已開始的拯救行為，而離開法益將遭受侵害的被害者，此為積極作為，另一方面，其中斷已開始的拯救行為而不為繼續拯救，且造成結果的發生，此為消極的不作為。於此，有學者主張，判斷行為人行為係作為或不作為，關鍵在於行為人放棄繼續拯救的時點，如果行為人中斷自己的拯救努力，而此中斷拯救行為是發生於行為人尚未做完所有拯救所必要的行為前，則此中斷行為係不作為犯，例如 A 將繩索丟給掉入古井中呼救的人，在被害人尚未抓緊繩索之前，發現被害人係平常相處不睦的鄰居 B，於是放棄繼續拯救，B 因而溺斃；相反地，對被害人而言，如果中斷拯救的時間係發生在一種確定有拯救的可能機會已產生時，行為人此時反而放棄拯救，或行為人將已開始的拯救因果歷程脫離自己的實力支配，因而造成被害人死亡者，則以作為犯論，例如 A 將繩索丟給掉入古井中呼救的人，在往上拉之際，才發現係平常相處不睦的鄰居 B，於是鬆掉繩索，B 因而溺斃¹⁶，惟採風險關係說者持反對見解，認為 A 將 B 往上拉到半途是持續用力才有辦法使 B 停留在半空中，A 鬆脫繩索，B 的墜落係基於地心引力原理，即 B 最後溺死是一件順其自然的事，故 A 係不作為¹⁷。問題是，B 的死亡事實並非單純自己墜落而溺死，而係在重獲生機時，被往上拉之際，又重

Strafgesetzbuch, 2010, Vorbem §§ 13, Rn. 159; 黃榮堅，同註 6，頁 726。

¹⁶ Baumann/Weber/Mitsch, aaO., § 15, Rn. 31; Wessels/Beulke/Satzger, aaO., Rn. 702; Schoenke/Schroeder, aaO., Rn. 160; Rudolphi, aaO., Rn. 47; 林山田，同註 13，頁 241 以下。

¹⁷ 黃榮堅，同註 6，頁 724 以下。

新往下墜落而溺死，會有這一上一下的動作，係 A 積極介入而形成，況且，A 在往上拉起時，必須要有「放鬆」的動作（不能忽略的是，鬆開五指也需要積極注入能量）才能造成 B 再次墜落，相反地，若 A 當時不要有所作為地鬆開繩索，而是持續為往上拉起的動作，才不會造成 B 墜落，因此，A 積極往上拉起的行為並沒有促成 B 溺死或替 B 製造風險，而係在 B 漸漸脫離險境時由 A 製造了另一個新的、獨立的且足以促成結果發生的因果過程——鬆脫，因為 A 的鬆脫在當時是替 B 「製造」了法所不容許的風險，應論以作為。

具有爭議性的問題是，具有救助義務的行為人中斷機械性的拯救措施，例如主治醫師中斷病人維持血液循環與呼吸功能之心肺機運轉，造成病人因而死亡，醫生的行為依能量說係積極作為，理由係假設醫生沒有按下機器的按鈕，病人至少可以活得更久¹⁸。但規範觀點的支持者則認為，機器只是拯救行為的機械化形式而已，若醫師中斷醫療儀器的運作行為，基於醫生對於病人負有醫療義務，社會譴責的重點應置於醫生不繼續履行醫療義務的消極不作為上¹⁹。同理，醫師在病患需要給予具療效的藥物時，卻只施打葡萄糖，造成病人病情惡化，或救生員拋給溺水者無效的救生圈，造成溺水者溺斃，雖然醫生或救生員在外觀上有積極的作為，但依能量說，行為人注入能量的積極作為必須製造被害人死亡的因果歷程，在此二例中的行為人並非如此，不管依能量說或規範說，被害人的

¹⁸ Jescheck/Weigend, aaO., § 58 II 2; Baumann/Weber/Mitsch, aaO., § 15, Rn. 33; Rudolphi, aaO., Rn. 47.

¹⁹ Wessels/Beulke/Satzger, aaO., Rn. 703; Schoenke/Schroeder, aaO., Rn. 160；林山田，同註 13，頁 238 以下。

死亡係因為行為人不為期待作為，因此，不作為犯所要求的期待作為必須係一個完全符合誡命規範所規定的作為或有效防止危害發生的作為。

3. 原因自由之不作為犯

在原因自由的不作為犯中，行為人的行為應論以作為或不作為呢？此情形係行為人故意或過失使自己陷於無作為能力，而令自己在應履行義務的時刻沒有能力為應為的行為，例如鐵路調度室之鐵軌轉轍工 A，明知自己不勝酒力，在每次喝酒後即昏昏欲睡，卻因最近不滿公司的裁員方案，在上班時間故意飲酒，隨後即倒頭大睡，而沒有依時轉轍，造成火車出軌而多人死傷。有主張構成要件結果的發生並非係因 A 先前令自己陷於自醉而昏睡的積極喝酒作為，故 A 不應該論以作為犯。因為禁止 A 在上班時間喝酒的目的在於要求 A 能夠於應履行義務的時刻為應為的行為，A 在關鍵時刻喪失應有所作為的可能性，此情形有如原因自由行為造成行為時無責任能力一樣，評價 A 欠缺有所作為之可能性時，也應一併考慮其應有所作為前的行為，故 A 論以不作為犯²⁰。

在本案中，當甲跳進池塘裡抓住丁的手後，才發現係職場勁敵的兒子，此時甲鬆手的時刻對丁而言，係一種確定丁可以被救上岸的機會已產生，至少已產生一線生機，甲鬆脫自己的手而逕自上岸離開，以及將自己所製造的拯救因果過程完全脫離自己的支配操控，因而造成丁溺斃，應論以作為。

²⁰ Rudolphi, aaO., Rn. 47；德國學界有反對此「原因自由之不作為」概念，Hruschka, Ueber Tun und Unterlassen und ueber Fahrlaessigkeit, in: Bockelmann-Festschrift, 1979, S. 432ff.

二、甲鬆手行為考慮成立刑法第 271 條第 1 項殺人罪？

丁的死亡結果與甲鬆手的行為間具有因果關係，且結果客觀歸責於甲的積極鬆手行為，由於甲對於鬆手有可能造成丁溺斃的結果有所預見，且進一步為之，肯定具有殺人故意，違法性與罪責性皆成立，甲成立故意的殺人罪。

參、結論

當行為人中斷拯救被害人的時間係發生在一種確定有拯救的可能機會已產生時，行為人此時反而放棄拯救，通說認為應成立作為犯。甲抓住丁的手，才發現不是乙，而是工作勁敵丙的小孩，甲反而故意鬆手，此時的鬆手行為視為作為，丁的死亡結果可歸責於甲，甲故意鬆手行為成立刑法第 271 條第 1 項殺人罪。

第二九題 保證人地位

上大夜班的甲女於下班後將車開進地下停車場，乙突然由附近冒出，並快速朝甲走過來，甲於是拿出皮包內防身用的剪刀朝著撲過來的乙胸部刺，乙不支倒地。此時，乙哀求甲將他送醫，甲也不排除受傷的乙可能會因流血過多而死，但甲不予以理會，逕自離開，隔天乙被人發現時，因失血過多死亡。

問：甲成立何罪？

壹、問題爭點

探討行為人是否具有刑事責任時，行為人的積極作為應先於不作為檢驗。在本案中，甲的積極作為係持剪刀刺乙，當積極作為不處罰時，則須探討行為人的消極不作為。只是刑法處罰不作為，唯有當不作為者居於保證人地位時，方有刑事責任。本案的爭點在於：阻卻違法的前行為是否會讓行為人負有防止危害結果發生的保證義務？

貳、案例分析

一、作為：甲以剪刀刺乙胸部的行為是否成立刑法第 271 條第 1 項殺人罪？

(一) 乙因甲持剪刀刺入而失血過多死亡，死亡結果與甲的刺傷行為間具有因果關係與客觀歸責。甲以剪刀刺乙胸腔導致死亡是傷害故意而致死？還是具有殺人故意？實務指出：行為人之犯罪故意，究竟屬於直接之殺人故意或間接之殺人故意，抑或僅係基於傷害犯意之加重結果犯，因故意及是否預見重結果之發生而不違背其本意，或其主觀上未預見重結果之發生，均屬個人內在之心理狀態，犯罪之結果，固係重要之判斷依據，然非以此為限，應併予參酌行為人之外在表徵及其行為之前與行為之際各外在情狀，例如下手之輕重、加害之部位等，依經驗法則審慎判斷，不以兇器種類及傷痕之多寡為絕對標準，也不能因行為人與被害人素不相識或原無宿怨，即認為無殺人之直接故意或間接故意。尤其，人體之胸腹部，為人體重要臟器之所在，此部位如受有外力傷害，包括大力槌打、刀刺、槍擊，均亟足以使人之生命發生危險¹。又刑法第 13 條將故意區分為直接故意與間接故意，不論行為人為「明知」或「預見」，皆為故意犯主觀上之認識，所異者僅係前者須對構成要件結果實現可能性有「相當把握」之預測；而後者則對構成要件結果出現之估算，祇要有一般普遍之「可能性」即為已足²。在本案中，

¹ 最高法院 105 年度台上字第 1239 號；最高法院 104 年度台上字第 2340 號；臺灣高等法院 104 年度上訴字第 558 號。

² 最高法院 104 年度台上字第 3154 號。

甲對乙胸部以「刺」之方式直向攻擊，對乙死亡結果具有殺人未必故意。

(二) 甲的行為可能成立刑法第 23 條正當防衛，正當防衛是行為人對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行為。實務認為，不以侵害之大小與行為之輕重相權衡而有所變更，縱使防衛行為超過必要程度，亦僅生防衛過當問題³。在本案中，乙突然冒出且快速撲向甲，甲面對心懷不軌的乙肯定面臨現在不法之侵害，又侵害發生在夜深人靜且位處地下停車場內，面對不法無須退讓，甲拿出剪刀以排除現在的危​​害，應該是當時唯一能有效排除危​​害的方法。由於防衛者採取的防衛方法如果不足，反而有可能進一步加深自身的危​​害，考量當下時空背景以及性別因素，甲以剪刀刺進乙的胸部，以排除乙的攻擊能力，防衛行為符合必要性且不過當。甲具有防衛意思，甲的行為基於正當防衛而不成立殺人罪。

二、不作為：甲是否成立刑法第 271 條與第 15 條不純正不作為殺人罪？

當行為人的作為不成罪，應考慮是否有成立不作為犯的問題，行為人同時存有作為犯與不作為犯的問題時，除非積極作為不成罪或後續的不作為成立的刑責高於積極作為，否則行為人的積極作為已成罪，無須深究不作為的刑責，因為基於法律競合關係，不作為

³ 歷年來實務對於行防衛者以殺害作為防衛方法，猶未肯認得以主張正當防衛而阻卻行為違法性的判決，例如「被告對於被害人之現實不法之侵害予以反擊，故屬正當防衛，然其以刀刺殺被害人胸腹部，實欠缺防衛行為之必要性及相當性，核係防衛過當行為，無從阻卻殺人行為之違法性。」最高法院 104 年度台上字第 2543 號、臺灣高等法院 104 年度上訴字第 821 號。

犯具有補充關係，論以作為犯⁴。例如船長 A 在船上基於殺人故意，預備或著手於殺害船員 B，B 情急之下跳海，A 見死不救，反而駕船駛離，B 在無救援之下終致死亡。實務認為，A 之積極作為雖未致 B 於死，然其隨後藉消極不予援救之不作為方式，接續遂行殺人之目的，並終致 B 發生死亡之結果，自與積極作為實現構成要件相同，B 不得不跳海係 A 所逼，該因果歷程自無中斷可言。參以行為人實行犯罪構成要件之單一行為兼有作為及不作為之成分者，其作為之態樣既處於優勢之地位，A 應認為係殺人之作為犯⁵。合理的見解是，A 著手積極殺害 B，積極行為成立殺人未遂，B 因為迫於 A 的殺害而跳海，B 陷於生命遭受危害的困境是 A 造成，身為船長的 A 知道 B 有致死可能，反而離開現場，任 B 在汪洋大海中漂流，B 發生死亡結果，則有必要考慮 A 的放任不作為是否提升成立殺人罪，若為肯定，應成立不純正不作為犯。

在本案中，甲的積極殺人行為阻卻違法性，但甲刺傷乙後，看見乙受傷，對乙哀求將其送醫，仍然不予以理會，逕自離開，造成乙因延遲就醫而死，甲防衛行為後的不作為是否成立不純正不作為的殺人罪？不純正不作為犯之構成要件如下：

（一）發生犯罪結果

不作為犯分為純正不作為犯與不純正作為犯，前者是犯罪行為違反誠命規範且法條要求行為僅以不作為方式實現，如刑法第 294 條第 1 項「不為其生存所必要之扶助…」；後者則是刑法第 15 條「對於犯罪結果之發生，法律上有防止之義務，能防止而不防止

4 Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 2013, Rn. 725.

5 最高法院 103 年度台上字第 2587 號。

者。」不作為者居於保證人地位，對於結果發生負有排除義務，且與因積極行為發生結果者同。不純正不作為犯是作為犯的一面鏡子且多為結果犯，亦即對所有觸犯禁止規範的作為犯而言，居於保證人地位者都能因不履行防止結果發生的義務，而以不作為方式實現犯罪構成要件⁶。在本案中，乙最後因流血過多而死，死亡結果已發生。

（二）不為期待行為

不作為者對具體危險情形所要求的拯救行為應存有身體—實際的作為可能性，並以有意義的方式為誠命行為，甚至促成第三者協助，故不作為不是消極的「不做」，而是不為特定法律所要求的行為。如果行為人在客觀上不可能有所作為，在概念上就不是「不作為」，例如空間隔閡、欠缺行為能力或拯救技能、欠缺拯救的必要工具或重要的知識。在本案中，甲見乙流血不止，不理會乙的哀求，甲實際上可以報警或呼叫救護車，反而離開現場，乃係不為排除乙死亡結果的客觀期待作為。

（三）不作為的因果關係與結果的客觀歸責

不純正不作為犯屬結果犯，不作為與結果發生必須存有因果關係與客觀歸責。因為不作為者對外面世界並沒有積極製造危險，不作為不存有物理意義的因果性。但依刑法的規範觀察法，自然科學的因果概念不適用於不作為犯，只要不作為與結果發生之間存有合法的因果關聯以及義務違反的關聯性即已足。有學者稱為「準因果關係」，不作為者積極製造結果發生的可能性，從事後觀察，事實

⁶ Wessels/Beulke/Satzger, aaO., Rn. 695ff.

上結果有可能經由正確的作為以幾近可能性維護受危害的法益，亦即可避免結果發生、延長生命或受到明顯地較輕微損害時，肯定不作為與結果具有因果關係與結果歸責。反之，倘若行為人為合義務性的行為仍然無法避免結果發生，結果不應歸責於不作為者，是以，有關歸責問題係採取較嚴格的「風險降低理論」，而非「風險升高理論」，因為後者會將不作為犯之實害犯性質轉變為危險犯⁷。在本案中，甲不排除乙可能會死亡，如果採取先急救止血或通知救護車等以防止加深危害的措施，乙的死亡結果有可能避免發生，甲的不作為與乙的死亡結果具有因果關係與客觀歸責。

（四）保證人地位

依刑法第 15 條規定，不純正不作為犯必須不作為者對犯罪結果發生負有防止其發生的法義務，此義務是個別情形令行為人居於保證人地位所致。實務認為消極的犯罪，必以行為人在法律上具有積極的作為義務為前提，此種作為義務，雖不限於明文規定，要必就法律之精神觀察，有此義務，始能令負犯罪責任⁸。有疑義的是，何時與何種方式依法律之精神觀察可以形成保證人地位？依學界與實務見解有如下類型⁹：

1. 保護義務（對特定法益的特別保護義務）

1) 特別的法律規定：例如民法第 1084 條第 2 項父母對於未成

⁷ Freund, in: Muenchener Kommentar Strafgesetzbuch §§ 1-51, 2003, § 13, Rn. 198ff; Wessels/Beulke/Satzger, aaO., Rn. 711ff.

⁸ 臺灣高等法院臺中分院 93 年度上訴字第 522 號。

⁹ Wessels/Beulke/Satzger, aaO., Rn. 718ff；有學者認為，行為人身負多種保證義務是源自於不同原因，多種保證義務的競合加強拯救行為的期待性，Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT., 1996, § 59. IV 5.

年之子女，有保護及教養之權利義務。

2) 緊密的自然結合：例如直系血親、夫妻¹⁰。

3) 生活或危險共同體：依目的種類形成的共同體，成員之間彼此互相照料而形成信賴關係，例如類婚姻的生活共同體、登山或深海潛水隊，但不包括僅是偶然形成的共同體，例如共同施用毒品或共同犯罪者。

4) 自願承擔保護義務：保證人地位不僅是因訂定契約的民法效力而形成，還包含事實上的義務承擔，例如醫生對接收的病患、醫療照料者、褓母、登山嚮導、旅遊領隊、救生員、計程車司機對搭載的乘客。

5) 公務員負有特別義務：例如警察在其轄區與事務管轄範圍內執行職務、老師對小學生。

2. 監督義務（對特定危險源的責任）

1) 交際往來的安全義務：例如屋主、土地所有人、車主、動物飼養者、危險活動的負責人¹¹。

¹⁰ 臺灣高等法院 90 年度上更（一）字第 94 號判決曾指出：「觀諸我國法律民法第一一一六條之一規定：夫妻互負扶養之義務……然『生活權』與『生命權』終究屬不同之概念，就民法第一一一六條之一之文義，尚無從導出夫妻之間互負扶養義務，亦包含有生命權保證之概念；且除此之外，並未見有其他法律就夫妻間之生命、存續身體健康應互負保證義務之相關規定。」

¹¹ 值得探討的案例是社會矚目的「八仙塵爆事件」，臺灣士林地方法院 104 年度曠訴字第 1 號判決認為，「依據消費者保護法之規定，被告提供派對活動服務，應確保所提供之服務具有可合理期待之安全性。因使用色粉具有引發塵爆之危險，有危害參與派對消費者之安全與健康之虞，被告即負有於派對活動中，停止使用色粉以確保安全之客觀注意義務。惟被告竟違背此項客觀注意義務，於本案彩色派對中未停止使用色粉，未能確保提供可合理期待之安全服務，造成對於現場消費者及其他人員之法益構成危險，揆諸刑法第 15 條第 2 項之規定及前揭（四）2.之說明，被告即負有防止塵爆發生此構成要件該當結果之義務，具有『違背義務之危險前行為』之保證人地位。」

2) 監管第三者的義務：例如精神療養院的醫生有阻止其病患攻擊他人的義務、典獄長有義務阻止獄內受刑人犯罪。

3) 產品流通的監管義務：產品在符合特定使用下，因為性質或性能有可能危害消費者的健康，生產者有義務採取防止損害的措施。例如事後發生產品有瑕疵，生產者有義務下架或回收。

4) 危險前行為：刑法第 15 條第 2 項規定：「因自己行為致有發生犯罪結果之危險者，負防止其發生之義務。」此前行為可以是作為或不作為，也可以是出於故意或過失。實務指出，被害人係遭行為人等人圍毆而不敵逃逸，因行為人等猶一路緊跟追逐，至堤防上時，迫不獲已，始自堤防跳下，行為人等對於被害人自高處躍下所受之身體傷害，即負有救護之義務，行為人等眼見被害人跳下後即倒地不起，倘當時並無不能救護之情形，而竟坐視不管，致被害人終至顱骨骨折及第一頸椎脫臼神經性休克身亡，無論被告等消極行為之出於故意或過失，而對於被害人死亡，要不得不負相當罪

判決有待商議的是，造成現場人員生命與身體健康受侵害的行為是被告大量噴射色粉以及使用二氧化碳鋼瓶噴射色粉堆，致色粉被噴入置放在色粉堆旁邊的電腦燈，色粉遇燈泡高溫表面引燃後，火光向上飄出，瞬間引燃舞台前方至舞池區瀰漫高濃度之粉塵雲，引發連環爆燃，因此法益受侵害是因積極作為所造成。活動負責人沒有告知現場人員色粉有發生塵爆之危險及防止其發生之注意事項；採取隔離色粉（可燃物）與電腦燈（熱源）之適切措施；做好場控，控制現場色粉之用量及控管舞台上使用二氧化碳鋼瓶噴射色粉之人員、時間、次數、數量等事項，乃是成立過失犯中重要的構成要件——違反客觀與主觀注意義務的內涵。在本案中若有必要追究被告不作為刑責的情形是，被告在發生塵爆後，反而逃離現場或不採取拯救措施，讓現場人員死傷更嚴重，這時被告才有基於「違背義務（疏於注意義務）的危險前行為」與從事危險活動負責人原因，負有排除危害發生或擴大的保證義務。因被告的過失積極行為成立（業務）過失致死罪，（另起犯意）逃離現場或不為拯救行為在後，才探究故意的不純正不作為犯。

責¹²。又實務指出，「一般所稱『危險前行為』之保證人地位，固以行為人因所為前行為致有發生法益受侵害結果之危險，乃有防止其發生之義務為據，然若其行為原係行為人為實現該犯罪（殺人）之目的所為，邏輯上即非此所論，否則，將無異由刑法課予任何犯罪之人均同時具有防止結果發生義務之矛盾思維，誠有可議¹³。」合理的見解是，刑法第 15 條第 1 項僅規定「因自己行為」，並未對行為設限，故前行為不管是出於故意或過失導致他人陷於危險，皆居於保證人地位而有排除危害發生的義務，只是不純正不作為犯僅具有補充性質而已。

有疑義的是，前行為是否限於違背義務者？是否也包含合法的危險前行為？在本案中，甲的殺害行為出於正當防衛而為法律所允許，因此，是否會因為此危險前行而對乙形成保證人地位，負有避免危害發生或擴大的義務？實務曾指出，被害人落水係因行為人二人非法剝奪其行動自由之先行危險行為所致，依刑法第 15 條第 2 項規定，行為人應負防止被害人因落水而溺斃結果之救助義務¹⁴。學者有不同的見解：

部分學者主張由前行為所製造的危險，不管是合乎謹慎或違背注意義務、違法或阻卻違法，也不管係有罪責或無罪責的行為，在任何情況下，前行為人都有義務阻止可以避免的危險發生，亦即具有「防止責任」，此責任在隨後的不作為中繼續存在且強化前行為令行為人居於保證人地位¹⁵。在本案中，依此說，甲的前行為對乙

12 最高法院 29 年上字第 3039 號判例；最高法院 97 年度台上字第 3770 號。

13 臺灣高等法院高雄分院 103 年度上重更（一）字第 3 號。

14 最高法院 100 年度台上字第 88 號。

15 Baumann/Weber, AT, 1985, S. 248; Herzberg: Die Unterlassung im Strafrecht und das

形成保證人地位，負有防止造成乙一切危害再發生的義務，甲反而棄之不顧，導致流血過多致死，不作為與積極殺害行為結果相同，成立不純正不作為的殺人罪。

通說反對保證義務的無限擴張，因為上述見解有可能將允許製造的法律風險而不受處罰者，行為人基於保證人地位卻不防止危險發生而遭受處罰，進而主張，排除危害的義務不是僅因為前行為是危險形成的原因即已足，而須以三項要件限縮：前行為導致結果發生有迫切危險、前行為具有客觀義務違反性以及義務違反性是侵害法規範。例如賣酒、勸酒或贈酒為社會風俗所接受或不禁止的行為方式，贈送者、勸酒者或販賣者對於受贈者、飲酒者或客人的稍後可罰行為（借酒壯膽殺人或不能安全駕駛）不負防止義務。反之，行為人轉讓或幫助他人施用毒品，導致吸毒者因而陷入危險狀態，因為前行為是違法行為，因此有義務防止吸毒者發生進一步的損害。特別是在正當防衛的情況，如果有人由於違法的攻擊，挑起對方為防衛行為，因而造成自己受到危害時，不能期待與不能強迫被攻擊者有義務反過來保護自己，故在防衛行為中所形成的風險應完全由違法攻擊者承擔。否則，若肯定防衛者具有防止的保證義務，將造成法律保護違法攻擊者甚於無罪責的被害人。如此結論不僅對違法行為給予不合理優待，且違背正當防衛的意義，因為正當防衛者透過合法防衛行為保護自己的利益，且維護社會大眾的法律和平，豈有再對防衛者課以保證義務的道理¹⁶。

Garantenprinzip, 1972, S. 294ff.

¹⁶ Wessels/Beulke/Satzger, aaO., Rn. 726; Jescheck/Weigend, aaO., § 59. IV 4; Schoenke/Schroeder, Strafgesetzbuch, 2010, § 13, Rn. 35ff; 林山田，刑法通論（下冊），2008，頁 254 以下。

在本案中，甲的前行為並沒有違背義務，依通說見解不具有保證人地位，甲不成立不純正不作為的殺人罪。同理，甲依法令或契約對乙不具有扶助或保護的義務，也不成立刑法第 294 條第 1 項遺棄致死罪。

參、結論

甲深夜在地下停車場看見乙撲向自己，肯定面臨現在不法侵害，基於防衛意思以剪刀刺乙，考量時空背景與防衛可能性，殺人行為可以主張正當防衛，阻卻行為違法性。甲見乙流血不止，不排除乙有死亡可能，在能採取防止危害發生的措施下逕自離開現場，不作為與乙的死亡具有因果關係與客觀歸責，依通說見解，保證義務限於有義務違反性的危險前行為，甲的殺人行為不具違法性，對乙不負不純正不作為殺人罪。

第三十題 藏匿人犯罪之「犯人」

甲明知乙無駕駛執照，因甲疲倦而請乙駕駛，乙遂駕駛甲使用之小客車搭載甲，乙因駕車不當追撞前方遊覽車而發生車禍，但僅有車輛損害，未造成雙方人員任何傷勢。因乙無駕駛執照，甲與乙遂謀議，推由甲向交通警察自承為駕駛人，以逃避乙違規駕駛之處罰，甲遂代乙出面坦承其係駕車之人。甲在道路交通事故調查報告表中表明為駕駛人，而使不知情之交通員警登載在道路交通事故調查報告表及筆錄中，問：甲是否有刑責？

壹、問題爭點

甲偽稱自己是交通肇事者，使前來處理的員警誤以為甲是駕駛人，讓不知情之員警登載在道路交通事故調查報告表及筆錄中，甲是否觸犯藏匿人犯罪與使公務員登載不實罪？前者涉及的重點在於乙是否為本罪的「犯人」？本罪保護的法益為何？關係對「犯人」要件的解釋。

貳、案例分析

一、甲考慮成立刑法第 164 條第 2 項頂替罪

(一) 本罪保護國家刑罰權

本條第 1 項是對犯人或依法逮捕拘禁之脫逃人，為藏匿、隱避或頂替的行為，屬於犯罪後的一種幫助形式，即幫助前行為的犯罪者。實務認為，行為人藏匿犯人或脫逃人的行為是妨害國家偵查、審判權之行使，頂替行為則因行為人意圖使有犯罪嫌疑之人脫罪，出而頂替，嚴重影響犯罪之偵查與審判工作之進行。本罪保護的客體係國家搜索權、裁判權，屬國家法益¹。學術上認為，藏匿或隱避犯人是妨害司法權，且限縮於刑事司法權，即刑事訴追意義下的國家刑罰權，無關個人法益。另有提出法律效力理論，認為本罪保護的法益是國內刑法以及其效力，讓前行為人能接受刑法制裁，同時也保護因先行為而受侵害的法益，提高刑罰的預防功能，故兼具刑罰一般與特別威嚇作用。只是本罪涉及公共利益，縱使有犯人或脫逃人之同意，也不能阻卻行為的違法性²。

行為人自開始藏匿人犯或使之隱避至停止藏匿或隱避間之持續行為，均使國家偵查、審判程序無從進行，本罪屬繼續犯。

(二) 行為對象

藏匿或隱避的對象是「犯人」或「依法逮捕拘禁之脫逃人」，因此，藏匿或隱避之前必須存有「犯人」或「依法逮捕拘禁之脫逃

¹ 臺灣高等法院 87 年度上易字第 5467 號。

² Walter, in: Leipziger Kommentar StGB, Band 8, 2010, §§ 242-262, § 258, Rn. 3f.

人」。對象是「人」，而且是「他人」，對此，判例曾指出，犯人自行隱避，在刑法上非處罰之行為³。雖然本罪沒有如刑法第 165 條明確指出，以「他人」刑事被告案件之證據為限，但二罪的差異在於後者的行為客體是「物證」。基於不自證己罪與期待可能性，以及透過體系與規範目的解釋，犯人自行藏匿或隱避也不應成立本罪。故在此的「犯人」是除了自己以外的其他人而言，亦即在構成要件上，前行為人與藏匿或隱避之人不能同一人。

在本案中，乙是否是本罪的「犯人」？於此，學說上有三種見解：

1. 真正犯人

認為依文義解釋，犯人係指犯罪之人，如果僅為犯罪嫌疑人，有可能根本不是真正的犯罪人⁴。考量的理由是避免不當的刑罰擴張，另外，對無辜者所為實施藏匿、隱避或頂替的行為，對於司法作用的侵害程度低，缺乏處罰的期待可能性，或謂若採犯罪嫌疑人說，有違無罪推定原則之虞⁵。

2. 符合刑事訴訟起訴要件之人

如有行為不罰或欠缺追訴要件之情形，或依法不得科予刑罰者，均非本條所謂「犯人」⁶。

3 最高法院 24 年上字第 4974 號判例。

4 蔡墩銘，刑法各論，2006，頁 726。

5 劉書伶，妨害刑事證據罪之研究，中央警察大學刑事警察研究所碩士論文，2011，頁 96 以下。

6 類似見解者認為，無法取得被告或受刑人地位之人不該當本罪「犯人」的概念，因此不含犯罪嫌疑人，吳俊毅，我國妨害刑事司法罪基本構成要件之研究——以現行刑法第 164 條與第 165 條為中心，法學叢刊，第 221 期，2011/01，頁 92。

3. 犯罪嫌疑人

偵查機關基於犯罪嫌疑而認為有犯罪嫌疑者即是，是否已經開始進行刑事追訴，在所不問。甚至主張，凡對犯罪之人有藏匿或隱避等行為，不問犯罪之人有無阻卻違法事由與責任能力，因為該行為是否違法，須經過司法審查，而非藏匿者自己可以解釋，肯定妨害國家刑事司法作用，足以該當本罪。因此藏匿不具罪責能力者的行為人、觸犯告訴乃論罪者、追訴權時效或行刑權時效是否消滅與否，皆為本罪的「犯人」⁷。

實務認為，不以起訴後之人為限，故凡觸犯刑罰法規所規定之罪名者，不問其觸犯者係普通法或特別法、實質刑法或形式刑法，只須其為實施犯罪行為之人，且所犯之罪不問已否發覺或起訴或判處罪刑，均屬之；簡言之，係「已經犯罪之人」或犯刑罰法令之人。本罪所保護者為國家刑罰權之行使，亦即確保刑事司法於追訴、審判與執行程序之正確有效行使，故所藏匿或隱匿之人只要違犯刑法，不論為偵查中之犯罪嫌疑人、起訴後之刑事被告或判決確定後之受刑人，在所不問，至被隱匿之犯人或被頂替者是否有罪，亦無礙本罪之成立⁸。

本罪保護的法益是刑事司法權，偵查機關追訴犯罪屬於為達成狹義司法目的的國家作用⁹，司法警察機關又是檢察官的輔助機關，故只要可能妨害刑事司法的追訴，不管前行為人是真正犯人或無辜者，一經藏匿，有可能讓案情晦暗不明，妨礙刑事追訴的推

7 林東茂，「妨害司法罪」，警察法學，第6期，2007，頁390；褚劍鴻，刑法分則釋論，2004，頁308。

8 最高法院87年度台上字第757號；最高法院92年度台上字第3921號。

9 參閱大法官釋字第392號解釋理由書。

展。其次，立法理由指出「……稱被追犯人指因犯罪嫌疑，現被搜索之人也，日後受有罪之判決與否，皆所不問，惟藏匿之罪則成立，或謂被藏匿者既無罪，則藏匿者係為保護無罪人之利益，可以不罰，而實不然，蓋藏匿罪之成立，以其侵犯當該官吏之搜索逮捕之權，不以應否保護為理由。」由立法理由探察，立法者應採犯罪嫌疑人說無疑。又本罪屬行為犯，不處罰未遂犯，刑罰為二年以下有期徒刑，與其他妨害司法罪章的刑度相較，顯然屬低。對「犯人」採犯罪嫌疑人說，縱使被藏匿者事後無罪，對藏匿者科以本罪，尚不至於有刑罰不均衡的現象，畢竟事先藏匿犯罪嫌疑人，亦有礙案情的釐清。倘若行為人藏匿的對象最後無罪，則可作為量刑時參考。

依法逮捕拘禁之脫逃人係指觸犯刑法第 161 條自行脫逃罪之人，因為觸犯第 162 條或第 163 條縱放或便利脫逃罪之人，本身即是「犯人」，進而觸犯這三罪的共犯也是本罪的「犯人」。若非現行犯而受警方通知到案說明，警方認其有犯罪嫌疑，乃將其隨案送交檢察官偵辦，嫌疑人卻於途中脫逃，或從拘禁處所請假外出就醫，期滿藉故不歸，雖然不成立自行脫逃罪，卻可以是該案的「犯人」¹⁰。因此，事實上能成為依法逮捕拘禁之人，應該也是觸犯刑事法規罪名者，既然現行法也設有自行脫逃罪，犯人自行藏匿或隱避不成立本罪，「依法逮捕拘禁之脫逃人」似屬贅語。至於拒到案發監執行的人是「判決確定待受刑人」，因為不是處於公權力監督

¹⁰ 有論者主張縱使不成立脫逃罪，藏匿或隱避者對國家刑事司法作用仍有所侵害。因此，對於「依法逮捕拘禁之脫逃人」可以理解為其意義應與脫逃罪章所規定者相同，盧映潔，刑法分則新論，2009，頁 155。或謂本罪之脫逃人不應以是否構成脫逃罪或業經該管公務員發覺脫逃者為限，蔡墩銘，刑法各論，2006，頁 726。

下，不是依法逮捕拘禁之脫逃人，但依上述實務見解，卻係「已經犯罪之人」或觸犯刑罰法令之人，應無疑義。

本罪的行為對象是「犯人」，故成立本罪是以行為時可能存有一個犯罪行為為前提，且國家對此先行為具有刑罰追訴權（我國刑法效力所及）。判例認為「若於實施犯罪之前，將其窩藏，以直接或間接予以犯罪之便利，則除有特別規定外，應為該犯罪之幫助犯，不成立藏匿犯人罪名¹¹。」基於本罪保護的法益，犯人或脫逃人不僅行為應有不法與具有罪責的嫌疑，且只要能科處刑罰或保安處分者，皆屬之。因為本罪的「犯人」採犯罪嫌疑人說，若刑罰的訴追以存有客觀可罰性要件為條件，在藏匿時雖未發生客觀可罰性要件（致死或致重傷）的情形，行為人藏匿當時，行為的對象仍是本罪的「犯人」。理由是此要件屬於訴訟條件，無關「犯罪」之成立，例如行為人藏匿參與聚眾鬥毆者，但被鬥毆的人是在藏匿之後才死亡。

本罪的前行為可以是教唆犯或幫助犯，甚至包含過失犯、不純正不作為犯、特別犯以及可罰的未遂犯與預備犯，例如藏匿擄人勒贖的幫助犯。現行法對於中止犯採減免規定，故藏匿中止犯，仍會成立本罪。但對象不應含未滿 14 歲之人、刑法第 26 條無危險的不能未遂犯或已經超過追訴時效或行刑時效者，因為行為人予以藏匿，在客觀上根本不會影響刑事司法權或有侵害之虞。簡言之，當國家對此類型的人不存有刑事司法權，何有稍後的妨害可言。充其量僅是增加站在偵查第一線的警察機關的工作量而已，如此行為不足以動用刑罰。

¹¹ 最高法院 33 年上字第 1679 號判例。

此外，如果前行為是告訴乃論罪，藏匿或隱避時有告訴權人尚未提出告訴，行為人是否成立本罪？依上述實務見解，本罪保護的法益尚包含偵查權的行使，因告訴是起訴要件，不是犯罪偵查要件，故不排除觸犯告訴乃論罪的人可以是本罪的「犯人」。但超過告訴期間或撤銷告訴致告訴權不存在時，予以藏匿或隱避，不成立本罪。若行為人以強暴、脅迫或詐術要求他人不提告或撤告，此積極行為則是使犯人隱避。

在本案中，乙因駕車不當追撞前方遊覽車而發生車禍，但僅有車輛損害，未造成雙方人員任何傷勢，刑法不處罰過失毀損行為。乙無駕駛執照而駕駛亦非觸犯刑事法，因此，本案非刑事案件，即乙並非本罪之「犯人」，從而甲代被告乙出面坦承其係駕車之人，與刑法第 164 條第 2 項頂替之構成要件有間，甲不成立本罪。

二、甲是否成立刑法第 214 條使公務員登載不實罪？

本罪是行為人明知為不實之事項，而使公務員登載於職務上所掌之公文書，足以生損害於公眾或他人。不實之事項係指公務員登載之事項必須事實上不正確，亦即登載的內容與事實不符合。實務認為須一經他人之聲明或申報，公務員即有登載之義務，並依其所為之聲明或申報予以登載，而屬不實之事項者，始足構成，若其所為聲明或申報，公務員尚須為實質之審查，以判斷其真實與否，始得為一定之記載者，即非本罪所稱之使公務員登載不實。實務亦指出，違警行為人就其姓名、身分或違警事項，本無據實陳述之義務，其供述是否屬實，應由警察機關依職權加以調查¹²。

¹² 臺灣高等法院 100 年度上易字第 1766 號。

在本案中，乙追撞前方遊覽車而發生交通事故時，究係由何人駕駛，應由警察機關依職權加以調查，縱經甲虛偽自稱係其駕駛，前來處理之員警，仍應就此依職權加以調查，非謂一經甲自承為駕駛之人，警員即有登載之義務，尚須經實質審查，以判斷真實與否。是甲及乙雖合意由甲出面自承其係駕駛人，而使員警將不實事項記載於其職務上所掌之交通事故調查報告卷內，不符合使公務員登載不實罪之要件。

參、結論

本罪的「犯人」是凡觸犯刑罰法規所規定之罪名者，不問其觸犯者係普通法或特別法、實質刑法或形式刑法，只須其為實施犯罪行為之人，且所犯之罪不問已否發覺或起訴或判處罪刑者，皆屬之。乙駕駛行為僅造成他人車輛受損，刑法不處罰過失毀損行為與無照駕駛，故乙不是本罪之「犯人」，甲不成立藏匿人犯罪，又本罪不處罰未遂。另，甲自稱其係駕駛人，但員警應就此依職權為實質審查，甲不成立使公務員登載不實罪。

第三一題 頂替罪之正犯與共犯

甲涉嫌觸犯殺人罪而遭傳喚，妻子乙不願甲入監，建議甲找人頂替，甲遂央請堂弟丙以 50 萬元僱用他人冒充甲接受應訊。自小孤苦無依的丙因為長期受到甲照顧，基於親情於是找上缺錢孔急的丁，說服丁冒充甲向該管檢察署報到，遭檢察官查覺有誤且確認甲、丙並無親屬關係。甲、乙、丙、丁的刑責為何？

壹、問題爭點

頂替罪的性質為何？參與本罪的行為人應如何評價？輾轉行為的參與又應如何評價？刑法第 167 條的親屬間犯頂替罪之減免刑罰，是否適用於本罪的共犯？減免刑罰規定應具備何種條件，方有適用的可能？

貳、案例分析

一、丁考慮成立刑法第 164 條第 2 項頂替罪

刑法第 164 條第 2 項是意圖犯前項之罪而頂替者，本條項的行為是頂替。頂替是行為人冒認犯人或依法逮捕拘禁之脫逃人代其接

受刑事追訴或刑罰之執行或接受公權力之拘束，而使事實上之真正犯人或脫逃之人得以逍遙法外，不問係以犯人或自己之名義為之，法文既未以明定頂名替代，故皆成立頂替罪¹。行為人的頂替是意圖使有犯罪嫌疑之人脫罪，出而頂替，嚴重影響犯罪之偵查與審判工作之進行，是隱避行為的一種，故特別列舉處罰之。頂替罪構成要件既為隱避真正犯人之犯行而加以頂替，本質上即含有藏匿人犯之罪質，無庸再論以刑法第 164 條第 1 項之藏匿人犯罪²。頂替須以客觀上存在犯人或脫逃人為前提，倘行為人所意圖藏匿或使之隱避而頂替之該人並無犯罪行為可言，縱於面臨司法機關偵審時頂替該人而自承係犯罪行為人，亦非本罪所得處罰³。頂替的時點必須是他人有觸法之嫌疑，不以他人最後確實成立犯罪為前提，只要是偵查機關認為有犯罪嫌疑，開始偵查犯罪，行為人為了不讓他人受犯罪追訴，假冒他人頂替犯罪接受偵查即成立。至於是否確實已經影響偵查機關的偵辦方向，與成立的頂替罪無關。

實務上常見的頂替行為是由未觸犯刑事法者出面頂替真正涉案者，讓後者可以逍遙法外。但行為人若互相冒名頂替對方之罪名，是否也是「頂替」？例如 A、B 因犯罪同被拘捕，甲自知罪較乙重，遂商得乙之同意，互相冒名頂替。實務認為頂替罪之成立，須有出於藏匿犯人或脫逃人或使之隱避的意思（意圖），進而為頂替行為。若只有頂替行為，其目的非在於使犯人或脫逃人藏匿或隱避者，即難以成立頂替罪。因此，A、B 二人雖有頂替行為，但 A 係

1 檢察署座談會，63、8、8、臺（63）刑（二）函字第 733 號。

2 臺灣高等法院 97 年度上訴字第 406 號。

3 臺灣高等法院 98 年度上訴字第 2031 號。

為自己避重就輕起見，並非出於使以藏匿或隱避之意思，不成立頂替罪。至於 B 以輕罪而冒 A 之名頂替重罪，其頂替行為顯然出於使 A 隱避之意思，成立頂替罪⁴。上述實務見解是以互相頂替的罪責輕重作為是否成立頂替罪的判斷標準，然本罪保護的是刑事司法權，非關個人利益，重點不在於 B 意圖讓 A 受到較輕的處罰，而是 A、B 二人互相冒名頂替，足以妨害偵查權，意圖影響司法正確性，肯定具有令對方對自己所涉案之罪隱避的意圖。

在本案中，甲涉嫌觸犯殺人罪而遭傳喚，丁冒充甲向該管檢察署報到，乃是冒認犯人甲代其接受刑事追訴，而使甲得不受刑事制裁，行為該當本條項的頂替。

行為人必須有頂替故意，知道頂替的對象是犯人或依法逮捕拘禁之脫逃人，且於行為時具有藏匿或使之隱匿的意圖，故本條項是另以意圖限縮頂替罪的適用範圍，意圖是否有實現，無關本罪既遂之成立。丁在利誘下的頂替目的是想讓甲免除刑事追訴，肯定丁具有頂替故意與使甲隱匿之意圖，違法性與罪責性皆成立，丁成立頂替罪。

二、丙考慮成立刑法第 164 條第 2 項與第 29 條頂替罪的教唆犯

丙接受甲的請求，以 50 萬元僱用丁冒充甲接受應訊，今丁已經成立頂替罪，依共犯從屬原則，已經存有正犯。有疑義的是，丙是幫助犯人甲自行隱匿？還是教唆丁頂替？甚至是使犯人甲隱避的正犯？

⁴ 檢察署座談會，70、9、3、法（70）檢（二）字第 1064 號。

判例指出，犯人自行隱避，在刑法上非處罰之行為⁵。本罪沒有如刑法第 165 條明確指出，以「他人」刑事被告案件之證據為限，基於不自證己罪與期待可能性，以及透過體系與規範目的解釋，犯人自行藏匿或隱避也不應成立本罪，是以，本罪的「犯人」是除了自己以外的其他人而言。在本案中，丙是應甲請求，找人冒充甲接受應訊，丙的行為在於幫助甲避免刑事追訴，基於幫助犯的從屬原則，將因為甲是殺人犯，犯人自行隱避無罪，幫助犯無正犯可附麗，丙無罪，故有必要釐清責任歸責。

依實務見解，甲以圖自己隱避而僱使他人頂替，不應以教唆犯論，故丙受託幫助甲覓人頂替應訊，也不能以從犯（幫助犯）論⁶。此見解似乎將丙視為教唆犯（甲）的幫助犯，教唆犯甲不成立本罪，幫助犯丙依共犯從屬原則，也不成罪。依早期判例見解，「從犯係幫助他人犯罪，教唆犯係教唆他人犯罪，均非自行實施犯罪之人……故刑法上之教唆犯，並無幫助犯，其幫助教唆者，仍應解為實施犯罪（即正犯）之幫助犯，如幫助教唆他人而被教唆人並未實施者，在教唆犯固應以殺人未遂論科，而幫助教唆之人，仍因無實施正犯之故，不成立殺人罪之從犯⁷。」因此，學者主張，所謂從犯，乃指正犯之從犯，教唆犯之從犯應為實施犯罪者的幫助犯，而非附屬於教唆犯。教唆他人找人頂替自己的罪，如本案中的甲，甲即使在刑法上係不處罰的行為，依上述見解，甲是教唆犯，丙係甲的幫助犯，在法理上其所幫助者非甲，而係被教唆者丁，如

5 最高法院 24 年上字第 4974 號判例。

6 最高法院 47 年台非字第 50 號判例（引自蔡墩銘，犯人為頂替自己之教唆，刑事法雜誌，第 3 卷第 2 期，1959/2，頁 79）。

7 最高法院 29 年上字第 3380 號判例。

此推論，丙成立丁的幫助犯，而非如實務見解結果，甲、乙皆無罪⁸。

然上述推理有疑義，刑責論證應是從犯罪核心人物丁逐步向外推移。丁頂替甲是殺人嫌犯接受應訊，丁是頂替罪的正犯，丁之所以會頂替，是因為丙的利誘唆使。有疑義的是，乙的利誘唆使應成立該條第1項使甲「隱避」的正犯？還是頂替罪的教唆犯？由於本罪是連接他人犯罪後的一種犯罪行為，目的是有利於犯人不受刑罰，乃是將犯罪後提供任何的助力或促因予以正犯化，所以應該也有刑法總則第四章的適用，區分正犯或共犯則依一般共犯理論。依輾轉幫助或教唆的法理，以及考慮幫助犯有減刑適用，間接的便利或促因應成立本罪的共犯⁹，例如A教唆B藏匿犯人C，B是本罪的正犯，A是本罪的教唆犯，而非使犯人C隱避。又例如A得知B想幫忙犯人C租車以利逃亡，A告知何處可以租車，B以自己名義租車，讓C開車遠走他鄉，A不是使犯人C隱避，而是幫助使犯人C隱避的正犯B，A成立本罪的幫助犯。反之，如果行為人利用無罪責能力的人或施以強制或使用詐欺方法，導致第三人被迫或無知下頂替他人的犯罪，因為是握有意思支配或認知支配的間接正犯，應該是第1項「使之隱避」。在本案中，丙是應甲之託找丁頂替，喚起丁頂替甲的犯罪決意，進而頂替。丁是否與如何頂替，丙無支配權，其行為是間接促成甲因而隱避，乃是教唆行為，對此也具有教唆故意，違法性與罪責性皆成立，以頂替罪的教唆犯論¹⁰。

⁸ 蔡墩銘，同註6，頁83。

⁹ Rosenau, in: Leipziger Kommentar StGB, 12. Aufl. Band 5 §§ 110-145d, 2009, § 120, Rn. 46.

¹⁰ 相同結論亦見於彭美英，為錢蹲苦窯——頂替罪之正犯與共犯，台灣法學雜誌，第160期，2010.9.15，頁109以下。

本法第 167 條規定配偶、五親等內之血親或三親等內之姻親圖利犯人或依法逮捕拘禁之脫逃人，而犯本罪者，減輕或免刑。依通說，此為個人解除刑罰事由，只適用於特定親屬，且不管行為人是本罪的正犯或共犯，也不論其為先行為的正犯或共犯，皆有適用。在妨害司法罪中，只有藏匿人犯罪與湮滅證據罪的行為人具特定親屬關係才有減免適用。只是公務員假藉職務上之權力、機會或方法，故意犯本罪者，依刑法第 134 條加重其刑至二分之一。公務員與先行為人具有上述特定關係，為了圖利於犯人或脫逃人而瀆職觸犯本罪，如果也適用減免規定，恐喪失刑法第 134 條的立法目的以及有違刑事訴訟的法定原則，因此僅能在量刑時予以考慮。此外，基於個人解除刑罰事由無關不法與罪責，本罪似乎應以客觀情形為斷。依此，甲、丙並無親屬關係，不適用減免規定。反對見解認為，此減免規定是基於罪責考量，難以期待行為人為合法的行為，有如處於緊急避難的情形中，因此僅以行為人的主觀認為為準。易言之，行為人主觀上認為先行為人是五親等內的血親，因而藏匿之，事實上卻不具有此等關係，行為人仍有適用之餘地。反之，隱避先行為人時，不知對方是五親等內的血親，行為後方知，則無減免之適用¹¹。由立法政策探察，行為人與藏匿或使之隱避的犯人具有特殊的親屬關係，應是考量行為人面臨親情與司法追訴的心理衝突，對其做出的選擇減免刑罰符合人性。行為人不知藏匿或使之隱避的對象與自己有特殊親屬關係，如果僅因客觀上存在，似乎不存有減免刑罰的合理性，因此以後說較有理。丙雖然與甲不具有親屬關係，卻是因為自小孤苦無依，長期受到甲的照顧，基於親情找缺

¹¹ Satzger, Grundprobleme der Strafvereitelung (§ 258 StGB), Jura Heft 10/2007, S. 761f.

錢孔急的丁，說服丁冒充甲頂替應訊仍有本條減免其刑之適用。

三、甲是否成立刑法第 164 條第 2 項與第 29 條頂替罪的教唆犯？

甲央請丙以 50 萬元僱用他人冒充甲接受應訊，丙找丁頂替，丁成立頂替罪，丙成立頂替罪的教唆犯，甲則是喚起原無犯意的丙教唆丁頂替，此輾轉教唆成立正犯的教唆犯。頂替是「隱避」的一種，頂替罪適用第 1 項法律效果，而第 1 項規定藏匿或隱匿的對象限於自己以外的犯人或依法逮捕拘禁之人，易言之，自行隱匿在刑法上屬非處罰的行為，因此，教唆他人頂替自己以便隱匿，於刑事政策上亦屬不處罰的行為，甲不成立頂替罪的教唆犯。

四、乙是否成立刑法第 164 條第 2 項與第 29 條頂替罪的教唆犯？

乙不願甲入監，建議甲找人頂替，甲遂央請丙以 50 萬元僱用他人冒充甲接受應訊。因為乙是喚起甲找人頂替的決意，是否是「使之隱避」行為？

實務認為，所謂「使之隱避」係凡藉藏匿以外之方法，使犯人或脫逃人得以走避偵查機關追捕之行為，不論係積極之作為或消極之不作為，均得謂之，例如指引避就的逃亡路線、資助逃亡費用等¹²。是以，此行為是除了藏匿以外，其他提供任何一種具因果關係、間接利用、施以助力或促進的行為，皆屬之。因乙與丙、丁並無任何聯絡，對二者的行為並無喚起或提供任何幫助，其教唆或幫

¹² 最高法院 24 年上字第 3518 號判例；臺灣高等法院 92 年度上易字第 3538 號；臺灣高等法院高雄分院 97 年度上易字第 818 號。

助的對象是犯人甲，甲本身不成立藏匿人犯罪或頂替罪的教唆犯，乙也不成立藏匿人犯罪或頂替罪的共犯。

參、結論

丁成立頂替罪；丙喚起丁頂替的決意，成立頂替罪的教唆犯，丙出於親情觸犯本罪，宜有第 167 條減免刑罰之適用；甲為了隱避自己，教唆乙覓人頂替，在理論上甲是教唆犯的教唆者，輾轉教唆成立教唆犯，只是自行隱避不成罪，甲教唆他人頂替自己的犯行也不成立本罪；乙對於丙與丁的行為並沒有喚起犯罪決意或提供任何幫助，甲不成立藏匿人犯罪或頂替罪的教唆犯，乙喚起甲找人頂替，也不成罪。

第三二題 刑法第一七三條放火罪

甲女與先生乙、兒子丙居住於向他人承租之房宅中，該房宅為庭院式之獨戶住宅，內部有隔間，主要分為客廳、廚房與臥室部分，又房屋前為庭院，南邊約有二米巷道，後約一米巷道，北邊約為三米巷道。某晚，甲女心情不佳，又與先生吵架，乙怕喝過酒的甲與他越吵越大，於是於晚上十時許帶小孩出門。甲稍後於凌晨一點左右趁先生帶小孩外出時，以打火機引燃棉被企圖自殺未果，但造成房屋屋頂燒燬。問：甲之刑責為何？

壹、問題爭點

刑法第 173 條第 1 項與第 174 條第 1 項放火罪的差別在於行為客體不同，何謂「現供人使用之住宅與現有人所在之建築物等」？由於放火罪屬於抽象危險犯，事實上是否有造成他人之危險或行為人主觀上是否對行為之公共危險性有所認識，則非所問。有疑義的是，行為人於行為時僅有一人在內時，放火行為係適用第 173 條或第 174 條？此問題涉及抽象危險犯是否應限縮適用範圍，對放火罪又應如何限縮？

貳、案例分析

甲是否成立刑法第 173 條第 1 項放火罪？

一、行為客體

刑法第 173 第 1 項放火罪的客體侷限於特定的空間，此空間具有供人使用或停留之目的，卻因行為人放火而遭受燒燬之危險，至於客體的所有權屬於何人，並不重要。法條明定本罪行為客體是住宅或建築物、礦坑、火車、電車或其他供水、陸、空公眾運輸之舟、車、航空機，且現供人居住或現有人所在。

(一) 住宅或建築物等

住宅是指供人居住生活之房屋或房間整體而言，包括牆垣及該住宅內所有設備、家具、日常生活之一切用品，至於其外形、建築材料、設備，則在所不問。即使是臨時搭建之違章建築、草屋等，只要係供人居住即可，故是否為了特定居住而蓋或適合居住與否，與本罪成立無關，甚至包含可移動的住屋，例如貨櫃屋或組合屋，重點在於「住宅」必須是事實上供使用者居住之用而成為私人生活空間的重心，且每一個人可以有數個住宅，只是住宅不含僅供停留之用而已，例如露營帳棚不屬之¹。

有權限者不將此屋當成住宅使用，若充當儲藏用，應依個案而定，也可能成為現有人所在之建築物。建築物係指四周有門壁，上有屋蓋，足以遮風避雨之土地上的工作物而言，合法或違建者皆可

¹ 最高法院 79 年度台上字第 1471 號；林山田，刑法各罪論（下冊），2006，頁 274 以下；Wessels/Hettinger, Strafrecht, BT/I, 1999, Rn. 962f; Fischer, Strafgesetzbuch, 2013, § 306a, Rn. 4.

成為本罪之客體，例如體育館、博物館或辦公廳。若僅有草料所搭建之棚舍，並無牆垣門窗或僅有圍牆，卻沒有屋蓋，非本罪保護之客體²，例如涼亭或簡單支撐的棚架。舟、車、航空機係供公眾運輸之水、陸、空交通工具，例如公共汽車、火車、捷運電聯車、飛機等，因此，自用小客車或流動攤販車不屬於本罪的客體。

（二）現供人使用或現有人所在

本罪所謂之住宅或建築物等必須是現供人使用或現有人所在，所謂「現供人使用」係指住宅事實上在放火當時被充當住居使用；「現有人所在」係指建築物等在行為人行為時通常會有人在此進出，因此，空間須足以容納整個身體，且至少能讓人自由活動，例如公共電話亭僅偶爾有人進出，雖然行為時剛好有人在裡面，因空間狹小不具有自由活動的可能性，非現有人所在之建築物³。又本罪屬於抽象危險犯，火具有蔓延性與難以控制性，是一般毀損罪的毀損行為所無法相提並論，其危害可能殃及存於客體週遭的一切人身安全和財產，故二者皆不以外觀上可以辨識或行為當時事實上真的有人在裡面為要件⁴。問題是，在此的「人」係指行為人以外之人或包括行為人本身？實務界與學界有不同見解：

一說認為，本罪之規定在於放火行為依通常情形往往造成意外

2 最高法院 25 年上字第 2009 號判例；最高法院 29 年上字第 422 號判例。

3 Horn, in: SK-StGB, 2000, § 306a, Rn. 11; Fischer. aaO., § 306a, Rn. 7.

4 Fischer. aaO., § 306a, Rn. 4；最高法院 101 年度台上字第 2251 號；林山田，同註 1，頁 277；許玉秀，刑法第 173 條放火罪——最高法院 88 年度台上字第 6372 號判決評釋，台灣本土法學雜誌，第 10 期，2000/5，頁 23。實務另有不同見解，認為以被燒燬之建築物，在放火燒燬時，確實有人在內為構成要件。最高法院 95 年度台上字第 5155 號；最高法院 98 年度台上字第 7989 號。

之危害，為保護公共安全起見，特為加重處刑，故本罪第 1 項所稱之人，當然係指放火人犯以外之人而言。如果前項住宅或建築物，即放火人自行使用或只有該行為人在內，則其使用或所在之人，已明知放火行為並不致遭受何種意外危害，則不適用第 173 條第 1 項。依此見解，在本案中，甲放火燒燬住宅時，乙、丙均不在家，僅其一人獨處，故放火行為並不致危及他人，應成立第 174 條第 1 項⁵。

反對見解則認為，若放火人犯認識其放火行為具有公共危險，基於保護公共安全之立法本旨，仍有第 173 條第 1 項之適用。何況當今房屋建構，無論是大廈或公寓式皆屬整體建築，自己與他人擁有之住宅，就公共安全而言，具有不可分性，無法與昔日房屋之獨棟式建築相提並論，故在自己使用之住宅內放火，實與對整棟公寓或大廈放火無異。又第 173 條第 1 項未如第 174 條第 1 項就該住宅建築物明定以「他人所有」為要件，因此，本罪不限於現供他人使用住宅或現有他人所在之建築物，即使是放火人單獨使用或所在也可以成立本罪⁶。第 173 條屬抽象危險犯，以現供人使用或現有人所在為要件，其不法內涵即有保護人的生命與身體健康。在本案中，甲燒燬的是與先生、兒子在外向人承租居住之房子，並以此為生活重心，雖然放火當時只有甲單獨在裡面，依本罪之立法意旨與文義規定，以後說為宜，其所燒燬者屬於本罪之客體。

5 最高法院 28 年上字第 3218 號判例；最高法院 88 年度台上字第 6372 號。

6 最高法院 81 年度台上字第 2734 號；林山田，同註 1，頁 276；許玉秀，同註 4，頁 23 以下；Wolff in: Leipziger Kommentar StGB Band 11 §§ 306-323, 2008, § 306a, Rn. 6.

二、放火行為

本罪的行為是放火，放火係指引起行為客體燃燒之原因行為，即使將引燃物撤離行為客體，或將引燃部分撲滅，行為客體尚可獨立繼續燃燒時，即為放火。判斷重點不在於行為人在何處放火，而是何種客體著火⁷，至於使用何種方法放火，在所不問（刑法第 176 條）。本罪既、未遂之區別是以行為客體是否已燒燬為標準，然行為客體著火燃燒到何程度，才是燒燬？毫無疑義的是，行為客體特定的使用目的完全喪失，即是本罪之既遂。即使客體部分毀損，但造成其特定的使用功能喪失而無法使用時，也屬於既遂⁸，惟放火行為與完全燒燬或部分燒燬之間必須具有因果關係。實務指出，既遂係以目的物獨立燃燒，且足以變更其形體致喪失其效能為準，如僅室內傢俱、裝潢燒燬，其房屋重要構成部分諸如樑、柱及支撐壁等尚未因燃燒結果致喪失其效用者，應成立刑法第 173 條第 3 項、第 1 項之放火燒燬現供人使用住宅未遂罪⁹。在本案中，甲以打火機點火引燃棉被，造成屋頂燒燬，雖然房屋尚未完全燒燬，但已使房屋之居住功能喪失，而放火與燒燬之間具有因果關係與客觀歸責，故放火行為已造成燒燬的結果。

三、可罰性之限縮

刑法第 173 條放火罪屬於抽象危險犯，只須放火行為具有一般之抽象危險，不以事實上業已發生危險才肯定行為之應罰性，審判

⁷ Heine in: Schoenke/Schroeder, Strafgesetzbuch, 2010, § 306, Rn. 13; Horn, aaO., § 306a, Rn. 11.

⁸ Fischer, aaO., § 306, Rn. 14；林山田，同註 1，頁 279。

⁹ 最高法院 102 年度台上字第 666 號。

者只要為客觀要件之檢驗即可，例如本罪之客體於行為時是否「現供人使用或現有人所在」，至於事實上是否已造成他人之危險，在所不問。甚至行為人主觀上是否對其行為之公共危險性有所認識，亦無須加以查證，只要其認識客體當時是「現供人使用或現有人所在」即已足。有疑義的是，行為人對住宅或建築物等放火已實現毀棄損害罪，立法者為了保護人身安全免於受到威脅，基於放火行為之特性而予以重罰，卻可能導致抽象危險犯構成要件之可罰性的過度擴張，尤其加重處刑的法律效果可能不符合罪責原則¹⁰，因此，長久以來，學界試著對特別情形予以限縮本罪之可罰性，即在特定之具體事實中，可以確定放火行為對於他人生命完全沒有危險時，能否排除第 173 條之適用？爭議的重點如下：

（一）渡假用的小屋或別墅是否屬於住宅？此客體只有在特定時間，例如夏天、冬天、例假日或週末才充當住宅使用，倘若行為人對此客體放火時，究竟成立第 173 條第 1 項？還是第 174 條第 1 項？有學者主張，「現供人使用之住宅」在定義上應該比「現有人所在之建築物」的定義更嚴格，因為後者僅是單純的停留，因此，只有當放火時，屋子確實有人在內居住，才是第 173 條第 1 項之行為客體¹¹。反對見解認為，對於房屋居住性質之確定不能憑著偶然性與不確定的概念而定，第 173 條第 1 項不以放火時，房屋事實上有人居住使用為準，因此，雖有一段時間暫時不當住宅使用，甚至整個月沒有人居住，也不排除渡假屋是現供人使用之住宅的性質¹²。

¹⁰ 林東茂，危險犯與經濟刑法，1996，頁 40 以下；Horn, aaO., Vor § 306, Rn. 16.

¹¹ Cramer in: Schoenke/Schroeder, Strafgesetzbuch, 1997, § 306, Rn. 7.

¹² Horn, aaO., § 306a, Rn. 7; Heine, aaO., § 306a, Rn. 5.

(二) 對於混合使用的空間，例如部分居住，部分充當現非有人所在之儲藏室使用，如果居住部分或只有儲藏空間著火時，應如何論斷？有論者認為，依第 173 條的嚴格解釋，只要空間事實上提供居住使用，而且此部分著火時，即使房屋具有多重目的，仍成立本罪之既遂。相反地，若著火部分是現非有人所在之儲藏空間，而火勢在蔓延居住部分前被消防隊撲滅，則是本罪的未遂犯。但著火部分是儲藏空間，而且可以確定住宅部分不會被殃及時，不成立第 173 條第 1 項¹³。主張限縮見解者認為，居住部分必須完全或部分被燒燬才是既遂¹⁴。反對意見則認為，對非供居住部分放火，也是本罪之既遂，因為對一位非專業者而言，原則上無法分辨各個建築物部分是否會因一部著火而互相彼此波及，例如儲藏室部分著火，也可能擴及於其他居住部分¹⁵。對於上述爭議仍應依個案，尤其空間結構而定，因空間結構具有統一與整體性，除非住宅部分與現非供人使用部分之間設有防火設備，否則應以後說為宜。

(三) 較具爭議的是，行為人放火前確定住宅或建築物內沒有人的情形。學術上一說認為，如果放火人犯已明知放火行為並不會讓他人遭受何種危害，例如在本案中，甲知道乙與丙已經外出，因只有其一人在家中，放火行為不致危害他人，不成立第 173 條第 1 項。反對見解則認為，不應將第 173 條第 1 項之住宅與建築物限於非行為人「自己使用或所在」，在本案中，甲與乙、丙平時即居住於系爭之房屋，在甲放火時，乙、丙只是一時外出，二者隨時有返

¹³ Cramer, aaO., § 306, Rn. 11; Horn, aaO., § 306a, Rn. 15.

¹⁴ Heine, aaO., § 306a, Rn. 11.

¹⁵ Dreher/Troendle, StGB, 1995, § 306, Rn. 4a.

家的可能，甚至於突然有人造訪，甚至小偷光顧，甲適用第 173 條第 1 項之規定。持相同結論者認為，第 173 條與第 174 條不論放火時是否確實有人在住宅或建築物內，對於前者而言，行為人即使確知住宅或建築物內無其他人時，仍不影響本罪之成立，因為只要是現供人使用之住宅或現有人所在之建築物，皆是使用中的空間，隨時有人來和人往，此種供人使用的流動狀態所形成的環境，對人身及財產遭受危害的可能性也隨之增加¹⁶。折衷見解則認為，只有依著火時刻之客觀情形於事後判斷，在當時能絕對排除危及生命之情形，以及行為人行為前確定屋內無其他人在內，才排除第 173 條之適用，此種情形僅侷限於小型且立即可看清屋內並無人在內的空間（例如屋內無隔間或非樓層的住宅）¹⁷。近期實務指出：「抽象危險犯係指特定行為依一般經驗法則衡量，對公共安全有引發實害或具體危險之可能性。……依火之蔓延性及難以控制性，通常情形會密接發生行為人無法控制之不特定人生命、身體、財產受侵害之具體危險或實害，係典型引起公共安全危害之危險行為，屬抽象危險犯。只要行為人認知其係放火燒燬系爭住宅或建築物，即有該抽象危險犯罪之故意，不問有無發生具體之公共危險或實害結果，均成立犯罪。惟若行為時確定排除法律預設之抽象危險存在，亦即確定無發生具體危險或實害之可能性時，因無危險即不具刑罰正當性，自不構成該抽象危險罪。」此種情形係為限縮放火罪抽象危險犯之適用範圍，避免可罰性過度擴張，以符合規範目的。又「放火行為

¹⁶ 許玉秀，同註 4，頁 23。

¹⁷ Cramer, aaO., § 306, Rn. 2; Wolff in: Leipziger Kommentar StGB Band 11 §§ 306-323, 2008, § 306a, Rn. 3.

是否對公共安全有引發實害或具體危險之可能性，於現今社會生活情況，應審酌放火燃燒具蔓延性、難以控制性，住宅、建築物使用或所在之人，在該住宅或建築物內有隨時進出之流動性、他人於每一空間之滯留可能性及放火客體所在位置、四鄰關係等為判斷。就獨棟式房屋或建築物而言，必須確定屋內每一角落均已無人，居住或所在及其他不特定人，不會有隨時進入之可能。且依其坐落位置，無論火勢、風勢如何，均不致延燒波及他人生命、身體、財產之安全，而得確認無發生公共危險可能時，始得謂明知放火行為無抽象危險存在。」倘若系爭住宅除放火之人外，尚有其他等人共同居住其內，則放火人犯以外之他人生命、身體安全之具體危險或實害之不發生，係繫於偶然之「其他居住者之外出未歸」，亦不能排除其他不特定人隨時有進出或路過受波及之可能，難認該放火行為無公共安全之抽象危險存在，而認定其放火行為無抽象危險¹⁸。

綜上，在本案中，較合理的見解是，甲雖然確知先生與小孩當時不在屋內，但其承租充當生活重心的房子，內部有隔間，並非屬於放火時一眼即可看清楚整個屋內狀況的小型房屋，也無法確定屋內每一角落均已無人，故不適用抽象危險犯的刑罰限縮情形，甲的放火行為該當本罪之客觀構成要件。甲知道這是平常供一家人生活起居的空間，甲具有對現供人使用之住宅的放火故意，違法性與罪責性皆成立。

又本罪直接被害法益為一般社會之公共安全，雖同時侵害私人之財產法益，但以保護社會公安法益為重，故放火行為本含有毀損性質，供人居住房屋之整體應包括牆垣及該住宅內所有設備、傢

¹⁸ 最高法院 105 年度台上字第 142 號。

俱、日常生活上之一切用品。倘若一個放火行為同時燒燬住宅與該住宅內所有其他物品，無論該其他物品為他人或自己所有，與同時燒燬數犯罪客體者之情形不同，不另成立刑法第 175 條第 1 項或第 2 項放火燒燬住宅以外他人或自己所有物罪¹⁹。

參、結論

甲對家人居住的租屋放火，房屋屋頂燒燬，造成部分住宅特定的使用功能喪失而無法使用，成立刑法第 173 條第 1 項。甲雖然認為乙、丙已經外出，但房屋內部結構非一眼即可確定沒有其他人在內，故無法適用抽象危險犯之刑罰限縮的例外情形。另外，甲同時成立刑法第 353 條第 1 項毀壞他人建築物等罪，因法律競合關係，適用刑法第 173 條第 1 項放火罪。

¹⁹ 最高法院 105 年度台上字第 906 號。

第三三題 不能安全駕駛罪

甲於晚間 7 時許，與朋友乙到餐廳飲酒，晚間 11 時許飲畢，於服用酒類仍向乙表示開車沒問題，遂由甲開車搭載乙欲返回乙的住處。該路段依規定行車速度不得過 50 公里，甲卻以時速 80 公里以上之速度行駛，致車輛過彎時失速打滑、旋轉橫越至對向車道，右前車頭、右側車身猛烈撞擊路旁的電線桿，致當時乘坐於副駕駛座的乙因此受有頭部鈍力傷併顱內出血，當場陷於昏迷。甲、乙當時沒有攜帶手機又地處偏僻，四下無人，甲見乙受傷昏迷，立即開車將乙送往最近的醫院急救。事後確認，如果乙未即時送醫可能會喪命，乙當時血液的酒精濃度是每公升百分之 0.01，甲經測得呼氣酒精濃度達每公升 0.55 毫克。雖然乙挽回一命，卻因撞擊力過大必須截肢。

問：甲的刑責為何？

壹、問題爭點

甲飲酒開車又超速行駛，導致他人受重傷，是否觸犯刑法不能安全駕駛動力交通工具致重傷罪？本罪的性質為何？條文所規定的「致人」於死或重傷的「人」是否有限制？如果重傷者是車上的乘

客，駕駛人是否一律應負加重結果的責任？本罪結果加重犯的特別風險關聯應如何認定？

貳、案例分析

一、甲肇事之前的酒後開車是否成立刑法第 185 條之 3 第 2 項不能安全駕駛罪的結果加重犯？

(一) 不能安全駕駛

本罪是行為人駕駛動力交通工具而有下列情形之一者：一、吐氣所含酒精濃度達每公升零點二五毫克或血液中酒精濃度達百分之零點零五以上。二、有前款以外之其他情事足認服用酒類或其他相類之物，致不能安全駕駛。三、服用毒品、麻醉藥品或其他相類之物，致不能安全駕駛。立法理由是酒後狀態顯已達於對車輛駕駛行為失其必要之注意力、反應力、操控力、判斷力及感知能力之不能安全駕駛動力交通工具之程度。行為人若驅車上路，對路上其他汽車或行人之生命、身體安全均存有危險性。本罪保護公共安全而以抽象危險犯為處罰對象，不以發生具體危險之結果為必要，因此是否在交通繁忙時段，則非所問。然如發生具體危險之結果，自仍應納在量刑時予以評價¹。

不能安全駕駛罪於行為人一經駕駛上路即構成該罪，而其行為具有持續性，雖該當本罪所設定之違法狀態，惟此時在刑法之評價上，其行為僅為一部，並未完整實行，亦即行為雖已既遂，惟尚未終了。換言之，此繼續酒醉駕車之行為，必待該行為終了，即停駛

¹ 臺南地方法院 95 年度交易字第 29 號。

後，方為構成要件所規定之完整行為，屬繼續犯²。

交通工具是所有為了運送人或物到他地的特定移動工具，動力交通工具係指裝有機械動力設備，非由人力引起，而由引擎驅動的交通工具，含水、陸、空交通工具，如汽車、機車、電動腳踏車、火車、飛機、船舶。各種交通工具所造成的危險大小各異，只能於量刑時考量。

本罪的行為是駕駛，係指車輛在引擎驅動下前或後移動，但駕駛人不一定要坐在交通工具內，行為人在負責下使用動力交通工具操縱或移動，亦屬之，例如纜車³。牽車移動非駕駛，但飲酒後以騎駕方式移動機車，實務認為屬違法行為⁴，然，騎駕沒有引擎驅動的交通工具是否還存有抽象危險，不無疑義。行為人僅坐上駕駛座或剛發動引擎，僅達於未遂，本罪不處罰未遂。至於駕駛距離長短，在所不問，例如 A 乘 B 好心騎乘機車搭載前往就醫途中，以手觸摸 B 身體，B 要求 A 下車，A 竟自機車後座伸手按壓在 B 仍放置在機車把手之雙手之上，猛催機車油門加速行駛，B 驚覺，遂緊急煞車，機車因而行駛約 1、2 公尺，警察測得 A 呼氣所含酒精濃度為每公升 1.12 毫克，實務認為成立本罪⁵。駕駛行為必須處於三種情形之一，方為不能安全駕駛：

1. 吐氣所含酒精濃度達每公升零點二五毫克或血液中酒精濃度達百分之零點零五以上

立法者明定酒精濃度標準值，以吐氣所含酒精濃度達每公升零

2 最高法院 100 年度台非字第 373 號。

3 Fischer, Strafgesetzbuch, 2013, § 315a, Rn. 4.

4 臺北地方法院 100 年度交簡字第 20 號。

5 屏東地方法院 101 年度交易字第 304 號。

點二五毫克或血液中酒精濃度達百分之零點零五以上作為認定「不能安全駕駛」之判斷標準，目的是有效遏阻酒醉駕車事件發生，不以尚有其他客觀情事足認確不能安全駕駛為必要⁶。

2. 有前款以外之其他情事足認服用酒類或其他相類之物，致不能安全駕駛

行為人未接受酒精濃度測試或測試後酒精濃度未達第 1 款標準，有其他客觀情事認為確實不能安全駕駛動力交通工具時，仍構成本罪。實務認為，行為人的酒精濃度是否成立第 1 款，在沒有確切懷疑下，又未有其他事證或事故後員警施以直線測試或繪製同心圓檢測不合格等資料等，而足以證明有駕駛能力欠佳或其他不能安全駕駛之情形，無法遽認不能安全駕駛⁷。行為人的酒駕行為不符合第 1 款，也不能僅以對方受有傷害，即逕認行為人係因酒後不能安全駕駛始發生車禍⁸。另指出，行為人於肇事經警施以呼氣酒精濃度測試，雖未達刑法第本條第 1 項第 1 款之酒精濃度標準值，但經到場處理之警員證述有關行為人於肇事未久之舉止及精神狀態，輔以行為人經過肇事路口未減速，致撞擊被害車輛之疏失，係飲酒及疲勞駕駛所造成，肯定酒駕與被害人死亡之間具客觀上相當因果關係，該當不能安全駕駛動力交通工具致人於死罪之構成要件⁹。是以，疲勞駕駛雖不是本罪的構成要件要素，當行為人服用酒類駕駛不致成立第 1 款，但可能因疲勞駕駛又輔以其他客觀情狀而成立第 2 款。

6 臺灣高等法院 104 年度交上易字第 300 號。

7 臺灣高等法院 104 年度交上易字第 384 號。

8 臺灣高等法院 103 年度交上易字第 387 號。

9 最高法院 103 年度台上字第 3802 號。

其他情事可以是客觀事實或生理協調平衡檢測，前者如蛇行、車輛搖擺不定、顫抖、語無倫次、含糊不清、意識模糊、注意力無法集中、呆滯木僵、多話、大笑、泥醉等情形。後者檢測項目包括雙腳併攏，雙手向前平伸、閉眼輪流使用左右手的食指指尖觸摸鼻尖、直線步行 10 公尺後回轉走回原地、一腳抬高 15 公分停止不動 30 秒、閉眼輪流以左右食指觸摸鼻尖、閉眼 30 秒內朗誦阿拉伯數字 1000 到 1030、用筆畫圓等。

3. 服用毒品、麻醉藥品或其他相類之物，致不能安全駕駛

除了毒品與麻醉藥品以外，其他相類之物是服用後會導致意識模糊，影響駕駛。例如行為人服用醫師所開的藥是針對戒毒，用以幫助行為人戒除毒癮，若另有服用其他藥物，產生嗜睡、昏沉、精神不濟的現象，此現象會維持多久，因人而異以及服用量之多寡而定。但行為人在此種情形下，自應避免自己駕駛動力交通工具，否則難免會造成道路交通安全之公共危險，進而為之，應輔以客觀事實與生理協調檢測判斷，仍有成立本罪之可能¹⁰。

（二）加重結果

本條第 2 項規定違反第 1 規定導致人於死或致重傷者，成立加重結果犯。民國 100 年增訂理由是：若因而致人死傷，另依過失殺人或傷害罪處罰，顯係過輕，難收遏阻之效。原依數罪併罰處理之結果，似不足以彰顯酒駕肇事致人於死或重傷之惡性，故增訂之。

加重結果犯的性質是故意犯結合過失犯。依刑法第 17 條「因犯罪致發生一定之結果，而有加重其刑之規定者，如行為人不能預

¹⁰ 臺南地方法院 95 年度交易字第 29 號。

見其發生時，不適用之。」實務認為「能預見」係指有預見可能性，學界主張應符合過失要件，除了結果是「可預見」與「違反注意義務」外，基本故意犯與加重過失結果之間應有特別的危險關聯。對不能安全駕駛罪之加重結果犯有以下情形值得探討：

1. 在十字路口處，A 不能安全駕駛撞擊前方停車等綠燈的汽車 B，B 因此撞擊機車騎士 C，C 因而死亡。不同於直接撞擊被害人導致加重結果的情形，此間接方式是否應負加重結果的責任？C 是遭 B 開車撞擊而死亡，B 之所以會向前衝撞，是因為突然遭 A 由後撞擊，因此 B 是受到直接強制力所造成，B 的動作係因機械式的不可抗拒的力量所直接造成，遭 A 由後衝撞導致向前衝的行為不是 B 意思所控制或可控制，因此 B 的衝撞不是刑法上的行為，C 的死亡結果應歸責於 A 的不能安全駕駛。

2. A 不能安全駕駛撞及機車騎士 B，B 摔車卻遭違反注意義務的第三人 C 撞擊而死亡。B 的死亡與 A 的酒駕有因果關係，A 也製造法所不容許的風險，只是死亡結果是由第三人一個獨立且製造風險的違法行為造成，結果應由第三者承擔。反之，如果第三人當時遵守注意義務，仍撞擊摔車的 B，A 所製造的風險已實現，成立加重結果犯。

3. 機車騎士 B 看見 A 因不能安全駕駛而有危險駕駛的情形，B 為了避免遭不測而閃躲，卻自撞電線桿死亡。A 不能安全駕駛與 B 死亡具有因果關係，A 也製造法所不容許的風險，如果 B 的閃躲在當時是不得不的行為，亦即不閃躲即會遭 A 撞擊，A 製造的風險肯定實現，應對 B 的死亡負責任。倘若閃躲是 B 自己製造一個獨立的風險所造成，結果應歸責於被害人。

4. A 不能安全駕駛而自撞安全島，導致車上乘客 B 死亡。甲成立不能安全駕駛罪，酒駕行為導致死亡的結果是發生在車上的乘客，是否符合本罪的加重結果要件？實務採肯定見解¹¹。從條文規定探察，似乎只要是致死或重傷者是一個「人」即符合文義，應排除的是，如果酒駕者導致自己重傷，不會成立本罪的加重結果犯，理由如同自殺未遂者不會成立殺人未遂罪一樣。依通說見解，刑法是保護他人法益不受侵害，故透過體系解釋認為，未經外力影響下的自我損害行為不處罰。

上述第 4 種情形如同本案，乙與甲共同飲酒，知道甲違法酒駕，仍然搭乘甲的汽車，乙的重傷結果是否落入自我負責的範圍內，而應該自我承擔風險？不能安全駕駛罪屬於己手犯，亦即只有服用酒精等而不能安全駕駛而駕駛者，才能成為本罪的正犯。如果是教唆或幫助他人不能安全駕駛，例如出借汽車的物質幫助，共犯自己也在車上，因肇事成重傷，成立不能安全駕駛罪的共犯，若他人因酒駕導致共犯重傷，有如正犯不能安全駕駛致自己重傷一樣，風險應自我承擔。被害人未提供任何物質幫助，但認識他人酒駕仍願意搭乘，是否成立他人不能安全駕駛罪的精神幫助犯？幫助犯是幫助他人犯罪，幫助者出於幫助故意提供物質或精神上的助力，導致正犯犯罪更容易或更順利實現。至於幫助與正犯的犯罪結果是否必須具有因果關係？較合理的見解是採肯定說，共犯的精神幫助必須與他正犯的酒駕具有因果關係。在本案中的乙，雖然知道甲開車前有飲酒，甲向乙表示開車沒問題，乙搭乘甲的汽車，在客觀上並未有任何事實顯示搭乘足以堅定甲的酒駕決意，因此否定搭乘與不

¹¹ 臺灣高等法院 103 年度交上訴字第 17 號。

能安全駕駛之間具有因果關係，乙不成立不能安全駕駛罪的幫助犯。但甲能否以共犯自我承擔風險的理由，排除對乙負起重傷結果？

毫無疑義的是，乙截肢與甲的酒駕具有因果關係，甲違法酒駕導致一個可預見與可避免的重傷結果發生，甲對他人生命或身體健康製造法律上所不容許的風險。有疑義的是，此風險是否實現結果？禁止酒駕的規範目的在於保護其他交通道路使用人的法益，故乙的重傷結果屬於甲不能安全駕駛的禁止規範保護範圍內。只是乙未在任何強迫下自願坐上甲的汽車，甲是否仍應對乙的重傷負責？即結果是否因被害人自我負責而排除歸責？判斷的重點在於乙的決定是否出於無瑕疵、完全負責的自由意思。甲呼氣酒精濃度達每公升 0.55 毫克，並以時速 80 公里以上之速度超速行駛，乙當時血液的酒精濃度是百分之 0.01，乙對甲的違法駕駛可能產生的危險認識比甲優越，亦即乙能夠明瞭搭乘甲的汽車會對自己的生命或身體健康產生危險，仍然選擇為之，因此屬於自願承擔風險，重傷結果不應歸責甲的不能安全駕駛。此情形與行為人搭載他人，因行車不當導致他人死亡不同，後者的被害人搭乘時不知或不願意行為人危險駕駛，故沒有自願承擔風險可言，行為人的過失駕駛對乘客的法益侵害仍應負責。

二、甲肇事之後的開車是否成立刑法第 185 條之 3 第 2 項不能安全駕駛罪？

甲開車途中造成乙受有頭部鈍力傷併顱內出血，當場陷於昏迷。甲立即開車將乙送往最近的醫院急救，甲的行為固然符合不能

安全駕駛罪的要件，但甲能否主張阻卻違法？考慮的是刑法第 24 條緊急避難。危難係指足以危害生命、身體、自由或財產的特定、現在的危險災難。避難行為所要保護者可以是個人或一般利益，但須出於不得已。危難來自自然災害或人為造成皆可，甚至於避難者自行招致亦可，關鍵在於是否符合利益衡量原則。只要稍後不再存有避難措施，或當前情況若繼續發展下去，顯然地令人害怕損害會發生或加深，則是緊急。在本案中，經事後確認，如果乙延遲 10 分鐘送醫可能會喪命，因此當時乙的生命陷於緊急危難中。

行為人的避難行為必須出於「不得已」，因為甲、乙當時沒有攜帶手機，地處偏僻，四下又無人，甲見乙受傷昏迷，立即開車將乙送往最近的醫院急救。甲的不能安全駕駛行為固然對其他交通道路使用者的生命、身體健康造成危險，但只是抽象危險而已，對乙的生命危害，則屬具體危險。利益衡量結果是拯救後者優於前者，甲酒駕搭載乙送往醫院急救，乃是為了排除緊急危難而不得已的避難措施，甲對此具有避難意思，因此阻卻再次不能安全駕駛行為的違法性。

三、甲是否成立刑法第 185 條之 4 肇事逃逸罪？

肇事逃逸罪是行為人駕駛動力交通工具肇事，致人死傷而逃逸。本條立法理由是「為維護交通安全，加強救護，減少被害人死傷，促使駕駛人於肇事後能對被害人及時救護。」甲開車猛烈撞擊路旁的電線桿，致乙受有頭部鈍力傷併顱內出血，當場陷於昏迷。甲為了將乙送往醫院，駕車離開現場，因為本條的立法目的在於肇事後能對被害人及時救護，而非釐清肇事的法律責任，甲當時就是

為了救護乙，事後也確認，如果乙延遲 10 分鐘送醫可能會喪命，駕車離開現場並非是不顧被害人生命與身體健康的「逃逸」，甲不成立本罪。

參、結論

甲不能安全駕駛肇事致人死傷後，為了護送乙送醫繼續酒醉駕駛，前、後二次不能安全駕駛動力交通工具之舉動，後者因緊急避難而阻卻違法，前者卻無此阻卻違法事由，應成立不能安全駕駛罪。至於乙搭乘甲的汽車，導致自己受重傷，實務認為成立不能安全駕駛罪的加重結果犯。但乙對甲的危險駕駛事前知悉，仍選擇搭乘，基於自我負責原則，風險應自行承擔，依後說，甲不成立不能安全駕駛動力交通工具致重傷罪。

第三四題 使公務員登載不實罪

甲應人蛇集團之招攬，以每月可領3萬元充當人頭老公，而與大陸地區女子乙於大陸地區辦理公證結婚。甲返臺後即持大陸地區結婚公證書向財團法人海峽交流基金會申請驗證，取得認證之證明書，再以乙為其配偶，欲來臺灣團聚為由，持上述文件向移民署申請，讓乙入境臺灣地區。移民署承辦人員於實質審查後，發給中華民國地區入出境許可證，准許乙入境臺灣地區，乙隨即受人蛇集團控制，並從事色情工作。甲與乙共同持結婚公證書及海基會出具之證明書，至戶政事務所申請辦理結婚戶籍登記，戶政事務所承辦人員將結婚事項登載於其職務上所掌戶籍登記簿公文書上。問：甲、乙是否觸犯刑法第214條使公務員登載不實罪？

壹、問題爭點

使公務員登載不實罪的性質與保護的法益為何？應如何認定行為人申報事項之「不實」？戶政機關對於當事人的結婚登記是否應進行實質審查？實務見解為何？又如何能認定「假結婚」「足生損害於公眾於他人」？以上是本案例爭點所在。

貳、案例分析

一、甲、乙是否成立刑法第 214 條與第 28 條使公務員登載不實罪的共同正犯？

(一) 公務員職務上所掌之公文書

刑法第 214 條是行為人明知為不實之事項，而使公務員登載於職務上所掌之公文書，足以生損害於公眾或他人。本罪是規範間接的偽造文書行為，保護的法益是公文書內容的真實性。保護的客體限公文書，因為公家機關或公務員受到嚴格的規範約束以及受國家監督，公文書的證明力具有特別的信賴，同時也保障製作公文書機關的功能，因此原則上僅限國內的公文書。

本罪的行為主體必須是具有公務員身分者，且是國內公務員，規範目的是為了彌補行為人利用善意的公務員，以間接方式在公務員所掌的職務文書為不實登載，而無法以正犯論之漏洞。因為由刑法第 10 條第 3 項得出，公文書僅能由公務員製作，公務員自己故意在職務上所掌公文書上為不實之登載，成立刑法第 213 條公務員登載不實罪，第三者故意促成或幫助公務員為不實之登載，縱使不是公務員，仍處以該罪的教唆犯或幫助犯。反之，行為人利用善意的公務員登載不實，第 213 條屬純正身分犯，雖刑法第 31 條規定因身分或其他特定關係成立之罪，其共同實行、教唆或幫助者，雖無特定關係，仍以正犯或共犯論，但不含間接正犯，故不具公務員身分的第三者無法以第 213 條的間接正犯論。因此，本罪是將隱藏在背後操縱公文書登載的行為人予以獨立處罰，以杜絕刑罰漏洞。

此外，國內法官難以知悉國外公文證書的實務以及其監控可能

性，本罪保護的是國內的公文書¹。實務指出，所謂間接正犯，係指犯罪行為人不親自實施犯罪，而利用無責任能力人或無犯罪意思之人實施犯罪而言，故必須被利用人之行為該當於構成要件行為時，該利用者始能依間接正犯論處。而刑法第 212 條偽造特種文書罪，以無製作權之人冒用有製作權者之名義而製作該文書為要件，如果製作該文書者，對於此種文書本有製作之權，即不發生偽造問題。例如 A 利用不知情的戶政事務所承辦人員誤認申請書上之人即為 A 本人，乃以申請書上所黏貼他人之相片，核發偽造之行為人國民身分證一張，並將不實之他人相片登載於其職務上所掌管之文書上，足生損害於戶政與司法機關對身分之查核與管理及追訴犯罪之正確性，不另論以刑法第 212 條偽造國民身分證罪之間接正犯²。

公文書係公務員職務上之製作文書，刑法第 220 條第 2 項明定錄音、錄影或電磁紀錄，借機器或電腦之處理所顯示之聲音、影像或符號，足以為表示其用意之證明者，以文書論，因此，本罪的公文書也含準文書。在本案中，戶政機關戶籍人員藉由電腦處理與登記甲、乙之結婚事項，屬於公務員職務上製作之公文書。

（二）不實事項之登載

登載不以行為人與公務員有直接面對面的接觸為必要，可以是透過書面申請、施以詐術或利用不知情或知情的他人為之。不實之

¹ Schoenke/Schroeder, Strafgesetzbuch, 2010, § 271, Rn. 1ff.

² 最高法院 96 年度台非字第 126 號。戶籍法第 75 條第 1 項規定：「意圖供冒用身分使用，而偽造、變造國民身分證，足以生損害於公眾或他人者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣五十萬元以下罰金。」

事項係指公務員登載之事項必須事實上不正確，亦即登載的內容與事實不符合，常見的方式是欺騙。實務認為，所謂使公務員登載不實事項於公文書罪，須一經他人之聲明或申報，公務員即有登載之義務，並依其所為之聲明或申報予以登載，而屬不實之事項者，始足構成，若其所為聲明或申報，公務員尚須為實質之審查，以判斷其真實與否，始得為一定之記載者，即非本罪所稱之「使公務員登載不實」³。

本案中，甲、乙二人至戶政機關申請結婚登記，事實上，甲是為了充當人頭老公可獲利，乙是為了入境從事色情謀利，二人以結婚方式各取其利，是基於虛偽不實的結婚意思表示，為通謀協定的「假結婚」。「假結婚」是否使公務員在其職務上所掌之公文書為不實之登載？戶籍法第 33 條第 1 項規定：「結婚登記，以雙方當事人為申請人。但於中華民國 97 年 5 月 22 日以前（包括 97 年 5 月 22 日當日）結婚，或其結婚已生效者，得以當事人之一方為申請人。」第 2 項則規定：「前項但書情形，必要時，各級主管機關及戶政事務所得請相關機關協助查證其婚姻真偽，並出具查證資料。」依其修正理由說明：「為利各級主管機關及戶政事務所釐清修正條文第一項但書婚姻之真偽，爰增列修正條文第二項，明文規定於必要時，得請相關機關協助查證婚姻之真偽，該等機關並應出具查證資料。」甲、乙二人依「兩岸人民結婚及申辦大陸配偶來台應行注意事項及流程」，持經海基會驗證之結婚公證書、經移民署加蓋通過面談章戳的大陸配偶入出境許可證、大陸結婚證等必備證件，親自至戶政事務所辦理結婚登記，在形式上符合結婚登記的要

3 最高法院 73 年台上字第 1710 號判例。

求。實務上爭議的是，戶政機關的戶籍員對於申請結婚登記是否有實質審查權？

1. 肯定說

有認為戶籍法第 35 條修正，顯係為配合民法親屬編第 982 條將儀式婚修正為登記婚，將本可由當事人一方申辦結婚登記（按修正前戶籍法第 35 條規定結婚登記，以當事人之一方為申請人），修正為應由雙方當事人申請辦理結婚登記，並賦予戶政事務所得請相關機關協助查證其婚姻真偽。且依戶籍法施行細則第 13 條、第 14 條規定，申請人於申請結婚戶籍登記時，應提出證明文件，經戶政事務所查驗後，得以影本或正本留存，是關於結婚戶籍登記，於 97 年 5 月 28 日修正前，因民法採儀式婚，戶政機關無實質查驗結婚真偽之必要，得由當事人之一方為申請即可，戶政機關斯時僅為形式審查而非實質審查，而於 97 年 5 月 28 日戶籍法修正後，戶政機關關於結婚登記則為實質審查⁴。

2. 否定說

在大陸地區通謀虛偽結婚，以不實之結婚證明辦理入境手續，憑以進入臺灣地區，其所持之入境許可文件雖係入出境主管機關所核發，形式上為合法，但因以虛偽方法而取得，即不具實質上之合法性，仍屬非法進入臺灣地區。戶政事務所承辦公務員受理結婚登記時，由申請人提出證明文件予戶政機關查驗後，即應予以登載。因之關於結婚之戶籍登記，戶籍機關當僅有形式審查權而無實質審查權⁵。

⁴ 臺灣高等法院 102 年度上字第 2760 號。

⁵ 臺灣高等法院 102 年度上訴字第 2339 號。

上述之爭議以否定說較合理，戶籍法雖然修正為登記婚，但書係指於 97 年 5 月 22 日以前結婚，或其結婚已生效者，各級主管機關及戶政事務所必要時得請查證其婚姻之真偽。此項規定是針對 97 年 5 月 22 日以前結婚者以及存有必要時，因此不是申請人申請結婚登記，戶政事務所尚須為實質之審查，以判斷其真實與否，始得為一定之記載。大陸地區人民入出境台灣地區的許可證，尚須由移民署為實質之審查，判斷結婚真偽方予以核發。

(三) 行為結果

行為結果是「足生損害於公眾或他人」，此結果必須與不實的登載具有因果關係。行為是否有足生損害於公眾或他人，應以權利或義務的產生與變動為準。假結婚令不應進入台灣地區的大陸地區人民得以進入，取得依親居留、定居及長期居留。依台灣地區人民與大陸地區人民關係條例之規定，第 1 條明定目的是為確保台灣地區安全與民眾福祉，規範臺灣地區與大陸地區人民之往來，並處理衍生之法律事件。第 79 條第 1 項規定，違反第 15 條第 1 款規定者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金。第 15 條第 1 款規定不得使大陸地區人民非法進入臺灣地區。所謂「非法」係凡非經合法手續進入者皆包含之，若使大陸地區人民以假結婚真入境之脫法方式，進入台灣地區，即該當本罪，自非以偷渡者為限。換言之，在大陸地區通謀虛偽結婚，以不實之結婚證明辦理相關戶籍登記、入境等手續，憑以進入台灣地區，其所持之入境許可文件雖然是入出境主管機關所核發，形式上為合法，但因以詐欺方法而取得，即不具實質上之合法性，仍屬非法進入台灣

地區⁶，假結婚觸犯該條例第 79 條第 1 項，肯定影響臺灣地區安全與民眾福祉。其次，大陸地區人民非法取得入境許可或居留權後，卻在臺灣地區從事非法色情工作，假結婚助長人蛇集團或色情應召站觸犯刑法第 231 條圖利使人為性交猥褻罪，二者之間不無關係。因此，甲以假結婚方式令乙得以多次出入境台灣為犯罪行為，行為足生損害於公眾。

（四）主觀要件

行為人必須明知申報內容是不實事項，卻使公務員登載於其職務上所掌之公文書的故意。明知係行為人對於構成犯罪之事實確認識犯罪事實會發生，並有意使其發生者（第 13 條第 1 項），亦即明知故犯。甲、乙並無結婚的真意，而是另有所圖，明知大陸地區人民入出境台灣應依相關規範為之，二人為了獲得不法利益透過假結婚，基於犯意之聯絡共同矇騙審查機關取得大陸地區配偶來台團聚之入出境許可，再持以向戶政機關申請結婚登記，以取得長期居留權，二人對使公務員登載不實具有直接故意，彼此之間具有犯意聯絡，違法性與罪責性亦肯定。

參、結論

甲、乙二人並無結婚真意，基於共同犯意以欺騙方式取得大陸地區人民得以入出境台灣的許可證，乃是明知為不實之事項，共同使戶政事務所之公務員將假結婚事項登載於其職務上之準文書，成立刑法第 214 條使公務員登載不實罪之共同正犯。二人另違反臺灣

6 最高法院 92 年度台上字第 40 號；最高法院 94 年度台上字第 1064 號。

地區與大陸地區人民關係條例第 15 條第 1 款不得使大陸地區人民非法進入臺灣地區之規定，應依同條例第 79 條第 1 項論處。

第三五題 盜取遺灰罪

甲見清明掃墓時節將近，心生歹念，邀乙共同駕車前往某公墓，由甲以鐵剪破壞納骨塔外側鐵窗後（毀損部分未據告訴），爬窗潛入塔內，取走骨灰五罈以及家屬名冊。二人得手後，隨即將五罈骨灰攜往他地公墓旁之堤防上掩埋，家屬名冊則由甲將名冊上所載死者遺族聯絡資料抄錄於其所有之筆記本後，丟棄於公路旁，再依據家屬名冊之電話號碼，於三日內先後多次以相同手法撥打電話予五位死者家屬，恫稱：「如不依指示匯款，將無法取回親人之骨灰罈」等語，被害家屬依指示匯款三萬或十萬元至指定帳戶內。甲、乙的刑責為何？

壹、問題爭點

刑法第 247 條的盜取行為與第 320 條的竊取行為有何差異？前者所要保護的法益為何？只是骨灰罈是否屬於竊盜罪動產？竊盜罪的動產應如何界定？行為人先後多次以相同手法為同種犯罪，多次行為又應如何評價？

貳、案例分析

一、甲、乙對五罈骨灰及家屬名冊是否成立刑法第 321 條第 1 項與第 28 條加重竊盜罪的共同正犯？

加重竊盜罪係行為人犯竊盜罪而有本條各款情形之一者，如攜帶兇器，因甲、乙以鐵剪破壞納骨塔外側鐵窗，取走骨灰五罈以及家屬名冊，考慮成立加重竊盜罪。

(一) 骨灰罈是否為適格的動產？

竊盜罪的行為客體係他人的動產，刑法上的動產概念與民法不必然相同，依民法第 67 條，動產指不動產以外之物；民法 66 條第 1 項規定不動產係指土地及其定著物，第 2 項不動產之出產物，尚未分離者，為該不動產之部分。依刑法規定，土地是竊佔罪的客體，無法成為第 1 項竊取的客體，但能與不動產或定著物分離者，則可成為竊盜罪的適格客體，例如土地上種植的蔬果或可分離的門窗。刑法另依規範目的解釋，將動物視為竊盜罪的動產，請求權或其他權利則無法竊取。但記載權利之有體物，卻可成為本罪客體，如存款簿。至於動產是否具有經濟價值，則非所問，重點在於是否為法律交往中的財產概念¹。在本案中有疑義的是，裝有遺灰的骨灰罈是否可以成為竊盜罪的客體？

於此，實務指出：「死者之骨灰僅係供死者遺族祭祀禮拜之用，顯然異於一般動產，屬特殊之物，盛裝骨灰之骨灰罈亦然，且為免褻瀆死者，未聞坊間有以骨灰或骨灰罈為交易，或從事祭祀禮

¹ Fischer, Strafgesetzbuch, 2013, § 242, Rn. 3f.

拜以外之使用情形，是骨灰或盛裝骨灰甚或已使用過之骨灰罈並不具有一般動產之交易價值或使用價值者甚明。……目的僅在於藉以向死者遺族恐嚇勒索財物，除此之外，被告等人並未就該等骨灰或骨灰罈有何使用、收益或法律上處分等屬於所有權權能之行為，顯見渠等並無就該等骨灰或骨灰罈行使所有權之意思。據此推斷，被告等盜取該等骨灰或骨灰罈，僅係作為向死者遺族恐嚇取財之手段，主觀上並無為自己或第三人不法所有之意圖。因欠缺為自己或第三人不法所有之意圖，自不得遽以竊盜罪相繩，遑論刑法第三百二十一條第一項第二款、第三款、第四款等之加重竊盜罪²。」依上述實務見解，肯定遺灰可以成為竊盜罪的動產，只是以贓物有否在坊間成為交易內容，作為行為人是否有不法所有意圖的標準。但竊盜罪保障持有權與所有權，屬於財產犯罪中的取得罪，至於取得之動產是否具有經濟價值，則非所問，縱使是一張毫無經濟價值的照片，也是竊盜罪保護的客體。

在學術上認為，有生命之人、胎兒與屍體不是財產，非刑法上之物，但與人體分離之本為人之一部份，仍可成為本罪之客體，如毛髮、血液、肢體、牙齒亦可，屍體則視其目的為何而定，如果不是作為祭祀者，可以成為竊取的對象，例如博物館的木乃伊、供學術研究的大體。以上客體是否能成為財產，在於是否能成為法律交往的物，特別是人工的身體部分，如義肢、假牙、假髮或摘除的器官，甚至於對已經分離的屍體部分也可以主張財產權，如屍體燒成灰燼後留下的金牙³。依此見解，本案中已經作為祭祀用的骨灰罈

² 臺灣高等法院臺南分院 95 年度上訴字第 997 號。

³ Fischer, Strafgesetzbuch, aaO., Rn. 8.

不能成為竊盜罪的客體。

退一步而言，縱使依實務見解骨灰罈可成為竊盜罪的客體，而取走骨灰罈不成立竊盜罪的理由是因為行為人欠缺所有意圖。惟本罪取得所有的意圖應含有積極與消極二種要素，積極要素是「占為己有」的意思，此要素是竊盜罪與毀損罪的區別之處；消極要素是「排斥所有或持有」意思，其係竊盜罪與不處罰的「僭越權限的使用」或謂「使用竊盜」區別之處。然為自己取得之意圖的「占為己有」要素才是行為人的主要目的，故要求應是以「絕對的欲」去追求占為己有。而通常竊賊只在乎自己是否能擁有並使用物的經濟價值，至於取得之後對原持有人會產生何種結果，則不在意，故「排斥所有或持有」之消極要素僅要求行為人至少有未必故意的程度即可。在本案中，甲、乙竊取他人的骨灰罈目的在於稍後藉此要脅被害人交付贖款，若被害人依其指示付出代價時，即可取回親人之骨灰罈。甲、乙對骨灰罈是否具有所有意圖？實務採否定見解，卻認為賽鴿與汽車具有交易的經濟價值，擄鴿勒贖⁴或擄車勒贖⁵案皆肯定行為人具有不法所有意圖，而成立竊盜既遂罪。依本文見解，縱使認為骨灰罈可以是竊盜罪的客體，行為人骨灰罈的目的在於稍後對家屬勒贖，只要家屬依指示交付贖金，即可取回骨灰罈，因此在取走骨灰罈時，行為人並沒有絕對的意欲，而想將骨灰罈占為己有，也沒有使用骨灰罈所體現的價值，只是將其可利用性充當隨後不法取得他人財產的手段，因此不成立竊盜既遂罪。只不過，如此

4 最高法院 95 年度台上字第 4900 號；最高法院 96 年度台上字第 2275 號；最高法院 98 年度台上字第 2633 號。

5 最高法院 93 年度台上字第 6037 號；最高法院 95 年度台上字第 2593 號；最高法院 97 年度台上字第 5369 號。

論點應同時適用於行為人擄走任何財物以勒贖的情形中。實務認為，骨灰或盛裝骨灰甚或已使用過之骨灰罈並不具有一般動產之交易價值或使用價值者，此理由正可以否定成為財產犯罪的客體。

（二）家屬名冊是他人動產

本案中的骨灰罈固然無法成立竊盜罪的客體，但家屬名冊無疑是他人的動產。

本罪的行為是竊取，竊取係違背他人意思而中斷舊的持有關係，並且建立新的持有關係。持有係指依一般生活經驗具有支配意思，且對於動產握有事實上的支配即是，行為只要違反原持有人的意思，導致持有的轉移，即中斷舊的持有關係。當原持有人只有在行為人對動產的支配範圍施以干預，方能再次取得持有時，肯定行為人已經建立新的持有關係。在客觀上對於動產產生事實的支配關係，主觀上也認為建立的支配已無阻礙，符合竊取要件。甚至行為人已經掌握贓物，逃離現場時因故放棄帶走或事後歸還，讓被害人失而復得，也不會影響竊取的完成。

在本案中，甲、乙得手後，將名冊上所載死者遺族聯絡資料抄錄於其所有之筆記本後，丟棄於公路旁，二人事實上已經持有名冊，縱使稍後被害人亦可失而復得，也不影響竊取的完成。甲、乙以鐵剪破壞納骨塔外側鐵窗，鐵剪肯定是客觀上足以對人之生命、身體、安全構成威脅，屬於有危險性的兇器。甲、乙二人分工合作共同實現竊取，行為符合加重竊盜罪的客觀要件。如果只有骨灰罈而沒有家屬名冊，行為人也無法聯絡家屬，當甲、乙抄錄遺族的聯絡資料後名冊予以丟棄，肯定二人對家屬名冊具有不法所有意圖，

違法性與罪責性皆成立，對家屬名冊成立加重竊盜罪。

二、甲、乙對五罈骨灰考慮成立刑法第 247 條第 2 項與第 28 條盜取遺灰罪的共同正犯

刑法第 247 條第 2 項是損壞、遺棄或盜取遺骨、遺髮、斂物或火葬之遺灰。本罪之立法精神，在於保護宗教感情、社會倫理與善良風俗⁶。行為客體是遺骨、遺髮、殮物或遺灰。行為是損壞、遺棄或盜取，損壞是對相關客體有直接影響、對物體的不可侵犯性造成損壞或特定使用性的減損，且影響的後果並非完全不重要或無意義。實務曾指出，行為人將骨灰罈拋出窗外使之墜地，其內遺灰之型態，則與一般經火葬後之遺灰相同，無何明顯歧異之處，實難遽以判認該等遺灰有因與骨灰罈一同墜地，致另發生碎裂之狀況，故非損壞⁷。然遺灰因骨灰罈打破而散落於地，行為是否已經是對物的特定使用性之減損，導致影響的後果不是不重要或無意義，應予以具體認定，而非一概否定非損壞。遺棄是任意丟棄，盜取則是未經原持有人同意，秘密地將持有權轉移。實務認為，先人骨灰乃供後世子孫祭祀追思之用，放置骨灰處所及日期，各地均有不同之風俗習慣及宗教禮俗。行為人若為系爭骨灰祖先之子、孫，其等因父親、祖父所信仰之宗教習俗將骨灰遷至寺廟，且並無阻止他人等前

6 實務認為死產胎兒之發育程度如已具人類五官及肢體之形態，具人之形體，即足為宗教上紀念、崇敬及安葬之對象，即應認係該條第 1 項之屍體。胎兒死體已具人體形狀參諸我國社會傳統風俗就已具人體形狀之死胎，習以一般死者之方式予以殮葬，對之尊重與一般屍體同視，是前揭胎兒死體應該當刑法第 247 條規定之屍體。被告未將前揭胎兒死體埋葬在依習俗應埋葬之處所，而係置入焚燒金紙所用之金爐內焚燒，並致前揭胎兒死體呈燒焦，堪認被告係損壞屍體。臺中地方法院 102 年度訴字第 393 號。

7 高雄地方法院 100 年度訴字第 523 號。

往祭拜追思，客觀上並無將骨灰據為己有之意思，自未該當本罪⁸。

刑法第 320 條第 1 項之竊盜罪或同法第 321 條之加重竊盜罪，其所指之動產，為所有動產之泛稱，而祖先之骨灰，性質上亦屬動產。惟基於對先人之尊敬及我民族慎終追遠之情懷，乃有刑法第 247 條第 2 項對於盜取火葬之遺灰者處罰之特別規定。因此，刑法第 247 條第 2 項之盜取骨灰罪顯然為刑法上所有竊盜罪之特別規定，不另成立普通竊盜罪⁹。

三、甲、乙考慮成立刑法第 346 條第 1 項與第 28 條恐嚇取財罪的共同正犯

恐嚇是指以強暴、脅迫或其他不法手段施加於被害人，使其心生恐懼而受其強制，但尚未達於不能抗拒的程度。其中脅迫是指施以敏感的、未來可預見的惡害，其足以影響被害人的意思決定自由。在本案中，甲、乙基於共同的犯罪決意，共同依據家屬名冊之電話號碼，於三日內先後多次以相同手法撥打電話予五位死者家屬，恫稱：「如不依指示匯款，將無法取回親人之骨灰罈等語」，被害家屬依指示匯款三萬或十萬元至指定帳戶內。被害家屬的意思決定與意思活動受其影響，所以是一種未來的、敏感的惡害，但不至於達到不能抗拒的程度，肯定是恐嚇。被害人因心生畏懼，擔心無法取回親人之骨灰罈，遂依指示匯款，造成財產損失，甲、乙具有恐嚇故意與不法所有意圖，違法性與罪責性皆成立，二人成立恐

⁸ 臺灣高等法院 88 年度上訴字第 2911 號。

⁹ 臺灣高等法院 88 年度上訴字第 2911 號。

嚇取財罪的共同正犯。甲、乙於三日內先後多次以相同手法撥打電話予五位死者家屬，因為二人是一次取走骨灰五罈以及家屬名冊，再三日內分別撥打恐嚇電話給家屬，符合接續的要件：基於單一意思、多數的同種動作、行為間具有時間與空間的緊密關聯、依客觀與第三者的立場判斷，各個行為間明顯屬於一個整體的行為。也符合實務對接續犯的見解，其係指行為人基於單一之犯意，數行為於同時同地或密切接近之時、地實行，而侵害同一法益，其各行為之獨立性極為薄弱，依一般社會健全觀念，在時間差距上，難以強行分開，在刑法評價上視為數個舉動之接續實行，合為包括之一行為予以評價，較為合理者，始屬相當。故甲乙先後五次的恐嚇取財行為，成立恐嚇取財罪的接續犯。

參、結論

甲、乙基於共同的犯罪決意，攜帶兇器共同取走他人的骨灰罈與家屬名冊，骨灰罈不屬於竊盜罪的所要保護的動產，而是刑法第247條第2項特別保護的客體，故成立本罪。只是甲、乙同時也盜取家屬名冊，於利用其價值後再予以丟棄，其為加重竊盜罪所保護的客體，二人肯定具有不法所有意圖，對家屬名冊成立加重竊盜罪，盜取遺灰罪與加重竊盜罪成立想像競合。因盜取遺灰罪與恐嚇取財罪所保護的法益不同，盜取遺灰罪與加重竊盜罪從一重處斷後，再與恐嚇取財罪數罪併罰。但依實務見解則是盜取火葬之遺灰罪及恐嚇取財罪，分論併罰¹⁰。

¹⁰ 臺灣高等法院臺南分院 95 年度上訴字第 997 號。

第三六題 賭博罪

甲自民國 100 年 1 月間起，在承租的公寓內經營地下賭博簽賭站，以每月薪資新臺幣 3 萬元代價僱用乙負責計算簽注牌支、對帳及把風等工作，並在上址以傳真方式，多次接受下游組頭及不特定賭客，下注簽賭香港六合彩、臺灣今彩 539、大樂透等開獎號碼，每注收取 52 元至 73 元不等之下注金額，並以所簽選號碼核對所開出之號碼決定輸贏，簽中者，可獲得 5700 元至 80 萬元不等之彩金，如未簽中，賭金則全歸甲所有。問：甲、乙成立何罪？

壹、問題爭點

賭博罪保護的法益何在？行為人透過電話、傳真、網路傳達賭博之訊息是否符「供給賭博場所」？普通賭博罪的「公共場所或公眾得出入之場所」的意義何在？在私人住家透過網際網路下注簽賭，是否符合刑法第 266 條第 1 項前段「公眾得出入之場所」？對行為人多次持續提供賭博場所聚眾賭博以牟利或賭博行為，應如何評價？

貳、案例分析

一、甲是否成立刑法第 268 條圖利供給賭場或聚眾賭博罪？

(一) 賭博性質與保護法益

本罪客觀要件是行為人供給賭博場所或聚眾賭博。賭博係指一種遊戲，遊戲參與者的財物輸贏取決於偶然事實之成就與否，結果與參與者的能力或注意程度無關。賭博具有射倖性，在本質上係個人任意處分其財物之行為，自古以來已存在於人類社會中，故雖有以偶然事實之成就與否「決定輸贏」之行為（如體育競賽、撲克牌遊戲、電動玩具遊戲等），但如並非以此「決定財物得喪變更之輸贏」，即與刑法之賭博罪無涉。實務指出，參賽者參與麻將比賽前，雖需繳交報名費，但此為參與活動之前提，如同參與路跑競賽，需繳交報名費一樣，與射倖性產生之財物得喪變更無關。在各種競賽活動中，具有濃厚之競賽意味，縱使具極高之技巧性，也難謂毫無射倖性之存在，故仍須回歸本質，詳究該射倖性係「決定財物得喪變更之輸贏」或僅係「決定輸贏」，尚難僅以活動具有射倖性，即遽認該活動為賭博行為¹。另實務亦指出，賭博行為五花八門，下注輸贏方式或可透過現金、口頭、紙筆、彩票、電腦紀錄方式為之，不一而足，本不以須有籌碼為必要，是於本案對賭過程中，籌碼不代表現金，僅用以充當輸贏結果之紀錄工具之情形，並不足以影響賭博行為之認定²。

賭博原是處分自己的財產，但縱賭的結果，足以起僥倖不勞而

¹ 臺灣高等法院 102 年度上易字第 2830 號。

² 臺灣高等法院 100 年度上易字第 726 號。

獲的心理，使人沉迷忘返，揮霍無度，成日醉心於賭局而不務正業，不但費時失業，而且也敗壞個人品德。參與賭博而賭輸者，往往會有傾家蕩產，鋌而走險之虞，引發各種犯罪，危害社會安寧秩序，有礙於健全社會生活及治安秩序，造成社會不安。賭博者投機換取更多財物，對於助長人民不思正當工作以僥倖心態獲取財物之風氣，影響社會秩序及善良風俗之情，故「非僅屬財產上之犯罪，也屬侵害社會之安全，有如處罰鴉片罪一樣，乃在維護公共秩序與善良之風俗³。」

（二）行為類型

本罪行為樣態有兩種：一為供給賭博場所；二為聚眾賭博，二者皆以「賭博」為前提，不以其場所為公眾得出入者為要件。賭博場所之供給係指設置賭博場所，設置賭博場所具有幫助賭博之性質。提供之賭博場所不限於房屋，即空地亦可。又不限於自己所有之房屋，只要自己居住之房屋即可，其家主或屋主如有犯意聯絡，自應共負刑責。行為人以有賭博場所之供給，即足以成立，不以本身成立賭博罪為要件。倘若為賭博場所之供給，又再參與賭博，應再論以普通賭博罪⁴。

同條所稱之「聚眾賭博」，乃指招集不特定之多數人共同賭博之意，且該參與賭博之不特定多數人，毋須同時聚集於一處從事賭博之行為為必要，只須其性質係集合多數人而為賭博，而主事者之

3 褚劍鴻，刑法分則釋論，下冊，2000，頁834；臺灣高等法院100年度上易字第726號；蔡墩銘，刑法各罪論，2001，頁472。

4 25年院字第1458號；蔡墩銘，刑法各罪論，2001年，頁477。

目的既在聚眾賭博以營利，即成立本罪⁵。但不以參與賭博之人成立賭博罪為必要，而是招集賭徒便利他人賭博。聚眾賭博雖與供給賭博場所相似，二者在本質上仍有不同之處，召集賭徒未必在供給賭博場所，而提供賭博場所者亦未必親自為賭徒之招集。賭徒之集合，如出於偶然者，則不能謂為出於招集。惟招集不必指定賭博之地點與日時，只須有約集之行為即是。所招集之賭徒須為多數人，不限於不特定之多數人，特定之多數人亦無不可。惟實務上有主張，所謂之聚眾，係指集合不特定之多數人，有隨時可以增加之情形而言。因此，行為人僅供給賭博場所，邀集四人前往賭博，抽取頭錢，其所聚集者僅四人，並非不特定之多數人，又無隨時可以增加之情形，自難謂係聚眾賭博⁶。本案有疑義的是，甲以傳真方式，接受下游組頭及不特定賭客，下注簽賭香港六合彩等開獎號碼，是否符合本罪之「供給賭博場所」要件？

1. 否定說

所謂「場所」，參諸同條第 2 項關於當場之賭博器具及賭資等財物均可沒收之規定，應僅指足供人類作往來聚集，從事各種活動之現實場所為限。該條項可沒收之物應是具有實體性之物品，玩家在網站所參與麻將或撲克牌之賭局，實際上僅為虛擬的電磁紀錄，不具實體性，無法沒收網路上之麻將、撲克牌等賭博器具，故網路非為場所。其次，在自宅中賭博不成立刑法第 266 條賭博罪，如果在自宅中利用網路賭博，反而構成該罪，有違一般國民之法感

⁵ 臺灣高等法院 101 年度上易字第 3058 號。

⁶ 最高法院 85 年度台非字第 249 號；臺灣高等法院 96 年度上易字第 1599 號。

情，故「場所」不含「虛擬實境」⁷。

2. 肯定說

實務認為，所謂「供給賭博場所」係指提供特定處所供人從事賭博行為而言，只要有一定之場所供人賭博財物即可，非謂須有可供人前往之一定空間場地始足當之，電話、傳真、網路均可為傳達賭博之訊息，例如提供網址供人賭博財物者，亦屬提供賭博場所之一種，而以傳真或電話簽注號碼賭博財物，與親自到場簽注賭博財物，僅係行為方式不同，並不影響其犯罪行為之認定。被告等聚集不特定之組頭及柱仔腳以傳真或電話之方式簽注號碼而賭博財物，則認電話之裝機地址為賭博場所，與事實並無不合⁸。有學者贊同實務見解，將網址所表現的網際空間涵攝到場所的規範適用，解釋方法是以探求法律的現代意涵、適應社會變遷的客觀解釋論為主，上述實務見解符合規範意旨，而非禁止的類推適用⁹。

（三）營利意圖

本罪行為人除了須有供給賭場或聚眾賭博之故意外，還要求具有營利之意圖。後者是行為人具有營利意圖，進而提供賭博場所或邀約不特定多數人聚賭，且行為人意圖營利之內容，必附麗於供給賭博場所等行為上（例如收取租金、抽頭金等），方能以該罪論。倘行為人之獲利，全數藉由參與賭博之射倖行為而來，此與向押中

7 楊仲農，網路犯罪可能態樣及其構成要件分析之研究，司法官訓練所第 38 期學員論文選輯，頁 566，法務部司法官訓練所編印，2001 年 12 月。

8 最高法院 93 年度台非字第 214 號、最高法院 94 年度台非字第 108 號、第 265 號判決。

9 李聖傑，從解釋功能與規範變更回顧 2005/2006 年度實務判決，台灣本土法學雜誌，第 90 期，2007/1，頁 183。

賭客按次收取抽頭金之行為有所不同，並非該條所謂「意圖營利」之情形。詳言之，本罪是行為人「提供賭博場所供人賭博」藉以營利、或「邀聚不特定之多數人聚賭」等賭博之媒介行為所設之處罰規定，行為人所圖得之利益係由「提供賭博場所」、「聚眾賭博」之直接對價而來。是以，刑法第 266 條第 1 項賭博罪係從自己賭博行為獲得利益，同法第 268 條營利供給賭博場所或聚眾賭博罪，係從供給賭博場所或聚眾賭博即他人之賭博行為獲得利益¹⁰。此外，本罪所指營利之意圖，係行為人之主觀要件，意圖是否實現無關本罪之既遂認定，亦即並非以實際上確有盈餘為必要¹¹。

在本案中，甲對每注收取 52 元至 73 元不等之下注金額，其經營地下賭博簽賭站具有供給賭博場所故意與營利意圖。違法性與罪責性皆成立，甲成立圖利供給賭場或聚眾賭博罪。

二、甲是否成立刑法第 266 條第 1 項賭博罪？

本罪是行為人在公共場所或公眾得出入之場所賭博財物，須有二人以上參與賭博行為，係對合性之犯罪，即雙方對賭且以賭博財物為其構成要件之一，屬於必要參與犯，因此二人無刑法總則第四章規定之適用；惟如對賭之其中一方，原得由一人單獨完成與對方對賭之行為，而由二人以上共同實施之情形，例如其中一人給付賭資，另一人代為下注簽賭或下場打牌、擲骰等賭博行為，仍屬「任意共犯」，其他人仍有刑法總則共犯規定之適用。例如 A 自行上網簽賭，但 A 因電腦故障，以電話委請 B 利用撞球場內之電腦代

¹⁰ 臺灣高等法院 102 年度上易字第 2205 號。

¹¹ 臺灣高等法院 100 年度上易字第 726 號。

為上網下注簽賭，實務認為 B 自屬以自己參與犯罪之意思，參與賭博罪之構成要件行為，應論以賭博罪之共同正犯¹²。只是 B 自己沒有給付賭資並下注簽賭，該次的下注簽賭是聽從 A 的指示代為下注，並由 A 給付賭資，輸贏結果由 A 自負，當行為人沒有給付賭資，又如何能與人對賭？故 B 應成立賭博罪的幫助犯。

賭博行為不限於使用賭具，以金錢或約定以一定之財物交付贏者為賭，只須以偶然之事實以定輸贏，即屬成立，不必現實有財物之提供。財物謂金錢或金錢以外有經濟價值之物，包括動產與不動產，至於暫時供人娛樂之物，如賭飲食者，則屬第 266 條第 1 項的但書範圍。以財物為賭博者，不問其品味之貴賤，數量之多寡，在所不問¹³。實務認為，遊戲場設置之娛樂性機具，玩法與具有聲光、動作及影音效果，需動用腦筋操縱之益智性遊戲機相較，或屬相對單調呆板，但也不能認為行為人有藉玩法呆板單調之機具與店家對賭之情事，而成立賭博罪¹⁴；如果行為人提供賭博場所聚眾賭博，又與不特定人賭博，不僅違反電子遊戲場業管理條例，也成立刑法第 266 條與 268 條賭博罪¹⁵。

賭博行為必須在公共場所或公眾得出入之場所為之，公共場所謂供不特定多數人集會之場所，如廣場、道路、戲院、公園均是。公眾得出入之場所謂非供不特定多數人集會之場所，然為不特定之多數人得隨時自由出入之場所，如商店、百貨公司、旅館、飯店，甚至在山野僻靜處，公共防空壕洞或防空室均是。惟在自己住宅或

12 高雄地方法院 98 年度簡上字第 368 號。

13 蔡墩銘，同註 3，頁 474。

14 臺灣高等法院 102 年度上易字第 1339 號。

15 臺灣高等法院 101 年度上易字第 2736 號。

家庭，則非公眾得出入之場所¹⁶。實務認為，私人住家原非公眾得出入之場所，惟長期供作賭博場所，聚集不特定之人賭博財物，已失純住宅之性質，與公眾得出入之場所無異¹⁷。至於承租之旅館房間，基於租賃關係承租人享有住居隱私權，有如私人住宅一樣，原則上非公眾得出入之場所，然，如果是承租供為賭博場所，供不特定多數人出入，應可視為公眾得出入之場所。

有疑義的是，在住家透過網際網路賭博是否符合「公共場所或公眾得出入之場所」？實務認為，住處既門戶關閉，並非不特定人可自由出入，住處實難認係屬公共場所或公眾得出入之場所。因此，行為人申設網路賭場，需向賭博網站經營者註冊取得賭場代號，並下載畫面使用，則行為人與該賭博網站經營者間，係利用網路設備，透過網際網路之資訊交換功能，為點對點之聯繫，而相互對賭財物。該賭博網站經營者應有開放不特定多數人申設賭場，而同時與不特定多數人對賭財物，惟並無申裝賭場之使用者相互間能以任何方式相互通聯，而互相賭博財物；且行為人與該賭博網站經營者之資訊交換方式，係由該賭博網站直接傳送至行為人電腦主機接受，行為人則透過網路電話直接傳送至該賭博網站經營者之電腦主機或其他電信器材，則二方面彼此間之通信內容，亦非公開，而非其他網路使用者所能知悉，自難認係在「公共場所或公眾得出入之場所」賭博財物¹⁸。論者亦有贊同者，認為賭博網站所在地，多是在某一室內之某一台電腦上。不管是依據賭博網站所在地、或賭

16 25 年院字第 1458 號；蔡墩銘，同註 3，頁 475。

17 臺灣高等法院 100 年度上易字第 2434 號。

18 臺灣高等法院 95 年度上易字第 1101 號；臺北地方法院 94 年度易字第 1053 號；臺灣高等法院 103 年度上易字第 1475 號。

資交易所在地為判斷，均屬於某一室內空間之某一台電腦上完成，此與在「公共場所或公眾得出入之場所」之場所概念有所不同¹⁹。或謂網路上的虛擬世界是本罪立法之初未曾考慮的情形，故本條所稱的公共場所或公眾得出入之場所應是實體的場所，不包括虛擬的網路²⁰。與上述情形不同的是，行為人的五處房屋中，有電話線路透過數位式電話交換機（可充作總機使用）及各處之電話切換器互相以電話電纜線連接，互相切換。如果房屋供不特定人親自登門或來電簽賭，縱因設有監視器，須聯絡他人後，始得其門而入，仍不得認其非公眾得出入之場所²¹。

網路屬虛擬空間，如上所述，「場所」非謂須有可供人前往之一定空間場地始足當之，電話、傳真、網路均可為傳達賭博之訊息，提供網址供人賭博財物者，一定有裝機的實地場所，亦可認為屬提供賭博場所之一種。至於「公眾得出入」的意義是，只要不特定多數人或特定多數人得任意出入之空間，場所即符合「公眾得出入」的要件。本罪係指行為人的賭博行為發生在公共場所或公眾得出入之場所，而非要求二人對賭的通訊內容必須讓其他網路使用者所能知悉，才符合「在公眾得出入之場所」賭博財物。其次，考量本罪保護的法益在於維護公共秩序與善良之風俗，不宜將本罪「公眾得出入」的要件侷限在行為人與網站對賭的通信內容必須是公開的，因為行為人知道賭博網站是對社會大眾公開，縱使要註冊取得賭場代號也一樣，後者只不過是取得進入網站的鑰匙與身份辨識而

19 蕭愛貞，網際網路犯罪之責任內涵——兼論網路服務業者之責任，輔仁大學法律學碩士論文，2000，頁121-122。

20 盧映潔，刑法分則新論，2014，頁467。

21 最高法院94年度台非字第265號。

已。當每個人都可以註冊取得賭場代號，網站應是「公眾得出入之場所」。

甲在租處以傳真方式，接受下游組頭及不特定賭客，下注簽賭香港六合彩、臺灣今彩 539、大樂透等開獎號碼，每注收取 52 元至 73 元不等之下注金額，以所簽選號碼核對所開出之號碼決定輸贏，簽中者，可獲得 5700 元至 80 萬元不等之彩金，如未簽中，賭金則全歸甲所有。甲的行為符合「在公眾得出入之場所賭博財物」，甲也有賭博之故意，認識其行為係以偶然之事實而決定利益之得喪，並以此意欲參與行為。違法性與罪責性皆成立。

三、乙是否成立刑法第 268 條與第 28 條圖利供給賭場或聚眾賭博罪的共同正犯？

甲成立圖利供給賭場或聚眾賭博罪，甲僱用乙負責計算簽注牌支、對帳及把風等工作，乙是否成立本罪的共同正犯？實務對正犯與共犯的區別係以其主觀之犯意及客觀之犯行為標準，「凡以自己犯罪之意思而參與犯罪，無論其所參與者是否犯罪構成要件之行為，皆為正犯，其以幫助他人犯罪之意思而參與犯罪，其所參與者，苟係犯罪構成要件之行為，亦為正犯，必以幫助他人犯罪之意思而參與犯罪，其所參與者又為犯罪構成要件以外之行為，始為從犯。又共同正犯之成立，祇須具有犯意之聯絡，行為之分擔，既不問犯罪動機起於何人，亦不必每一階段犯行，均經參與。」因此，凡以自己犯罪之意思而參與犯罪，不論其所參與者，是否犯罪構成要件之行為，皆為刑法第 28 條所規定之正犯；必以幫助他人犯罪之意思而參與犯罪，其所參與者又為犯罪構成要件以外之行為，始

為刑法第 30 條第 1 項所稱之幫助犯²²。例如行為人提供他人市內電話，令他人藉此逃避檢警追緝，並供他人與賭客傳真下注，認為係實行賭博犯罪構成要件以外之幫助行為²³。依此標準，實務認為乙知道甲圖利供給賭場工人下注賭博，仍負責計算簽注牌支、對帳及把風等工作，肯定其有犯意之聯絡及行為之分擔，成立共同正犯²⁴。

學術界對於正犯與共犯之區別有採犯罪支配理論，正犯必須基於犯罪支配意思對是否犯罪與如何犯罪握有支配，乙受僱於甲，負責計算簽注牌支、對帳及把風等工作，對圖利供給賭場所供人賭博的實現並非是核心人物以及提供重要的參與。更何況，本罪的正犯必須有營利意圖，乙的工作代價是不論營業多寡，按月取得薪資新臺幣 3 萬元，否定乙具有正犯應有的營利意圖，因此，乙基於幫助故意幫助甲供給賭博場所供人賭博，違法性與罪責性皆成立。同理，乙對甲成立的賭博罪亦成立幫助犯。

參、結論

甲成立犯刑法第 266 條第 1 項之賭博罪、同法第 268 條前段之意圖營利供給賭博場所罪及同條後段之意圖營利聚眾賭博罪。實務認為，甲多次反覆持續提供住所為賭博場所，持續聚眾賭博以牟利未曾間斷，此種犯罪形態本質上具有反覆、延續之特質，依社會通念，屬具有預定多數同種類之行為將反覆實行特質之集合犯，應各

22 最高法院 103 年度台上字第 2634 號；最高法院 103 年度台上字第 2826 號。

23 臺灣高等法院 102 年度上易字第 1869 號。

24 臺灣高等法院 101 年度上易字第 3058 號。

包括性地論以一個賭博罪、圖利供給賭場罪或圖利聚眾賭博罪一罪，應屬法律概念之一行為，均以一行為觸犯數罪名，均為想像競合犯，從一重論以意圖營利聚眾賭博罪²⁵。

依實務見解，乙與甲對於實現圖利供給賭博場所具有犯意聯絡與分工合作，乙成立該罪的共同正犯。但依犯罪支配理論，乙對甲的圖利供給賭博場所並未提供重要的參與，其按月領薪資，並未從賭博中獲取利益，顯見其與圖利供給賭博場所保持距離，宜成立圖利供給賭博場所或聚眾賭博罪的幫助犯。

²⁵ 臺灣高等法院 101 年度上易字第 3058 號。

第三七題 竊盜罪之「不法所有意圖」

某日，甲在山區上架設鴿網，捕捉到乙的賽鴿，得手後依賽鴿腳環上所附之電話號碼，再打電話聯絡乙，表明賽鴿在其手上，乙必須以每隻新台幣二千元之代價才能贖回，否則賽鴿別想飛回去，乙唯恐賽鴿被殺害，於是將贖款匯入甲所指定的帳戶內，甲也將賽鴿放回。問：甲之刑責為何？

壹、問題爭點

竊盜罪屬於侵害財產的取得罪，行為人除了具有竊取故意外，行為時必須具有為自己或第三人不法之所有意圖。「所有意圖」應具備何種條件？當行為人取得他人動產係另有目的者，取得只是實現另一犯罪的方法時，則於取得行為時是否對此特定物具有「所有意圖」？

貳、案例分析

一、甲架網捕捉賽鴿的行為可能成立第 320 條第 1 項竊盜既遂罪？

(一) 客觀構成要件

賽鴿是乙的財物，對甲而言，賽鴿是他人的動產。甲必須有竊取行為，竊取係指行為人違背他人意思或未徵得他人同意，以和平手段破壞他人對其持有物之持有支配關係，因此，行為人是中斷他人或共同持有支配關係，並且建立新的持有支配關係，而後者並不以為自己建立新的持有為必要條件，至於持有係指具有自然的支配意思而對物握有事實上的支配¹。今甲架設鴿網捕捉乙的賽鴿，乃是中斷乙對賽鴿之持有支配關係，並且為自己對賽鴿建立新的持有支配關係，故為竊取。

(二) 主觀構成要件

1. 竊盜故意

甲必須有竊取故意，其係指行為人認識他人的動產經由中斷持有關係即可為自己取得持有關係，至於行為人有其他想法或錯誤的想法，則不重要，充其量是不影響故意的動機錯誤而已。甲知道賽鴿是他人所有或持有，且架網捕捉賽鴿足以中斷乙對賽鴿之持有，並建立自己對賽鴿之持有，肯定甲對竊取他人動產具有故意，至於乙依指示匯款入帳戶後將釋放賽鴿的想法，不影響竊盜故意的成立。

¹ Schoenke/Schroeder, Strafrecht, 2010, § 242, Rn. 22, 38；林山田，刑法各罪論（上冊），2006，頁311。

2. 不法所有意圖

行為人除了應具有構成要件故意外，在行為時也必須具有不法所有意圖。竊盜罪與以獲利為目的的詐欺罪不同，屬於取得罪之一種²。「所有意圖」具有積極與消極二種要素，通常以「占為己有」與「排斥所有或持有」稱之。前者係指行為人將他人動產併入自己的財產或使用其價值；後者係指行為人透過永久或長期對物體本身或其體現的價值完全或嚴重地剝奪，而排除所有者於此動產的經濟地位³。行為人的「所有」必須是「不法」，其係指行為人對於物的移轉並不具有請求權，因此，行為人對竊取之物具有屆期清償且無異議的請求權時，則非「不法」。例如 A 看見自己遭竊的腳踏車停放在超商店門口，在確認無誤之下自行騎走。有論者認為 A 只有當符合自助要件下才具有實質請求權，反對見解認為，取走行為不具「不法所有意圖」⁴。

意圖係指以取得所有為目的的意欲，即行為人的竊取目的在於取得類似所有權人的地位。只是竊盜罪的既遂不以行為人真的實現不法所有為前提，而是行為人在竊取時具有為自己或第三人不法所有之意圖即可。實務認為，所稱「意圖」，即期望之意，亦即犯罪

² 林山田，同註 1，頁 301。

³ Schoenke/Schroeder, aaO., § 242, Rn. 47; Vogel, Leipziger Kommentar StGB, Band 8 §§ 242-262, 2010, § 242, Rn. 143.

⁴ 參閱 Schoenke/Schroeder aaO., Rn. 59; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT/2, 2012, Rn. 165；黃榮堅，財產犯罪與不法所有意圖，台灣本土法學雜誌，第 25 期，2001，頁 114 以下；吳俊毅，竊盜罪不法所有意圖探討，刑事法雜誌，第 43 卷第 2 期，1999，頁 91 以下；另有持反對意見者，張麗卿，強盜罪與詐欺罪的難題，月旦法學雜誌，第 65 期，2000，頁 179。

之目的，屬目的犯，且不以發生特定結果為必要⁵。其中，「占為己有」要素不僅是行為的目的，而且行為人必須是以「絕對的欲」去追求。通常竊賊只對將他人動產併入自己的財產或使用其價值物的「占為己有」有興趣，至於取得之後會產生什麼效果，則不在乎。因此，對「排斥所有或持有」之消極要素僅要求行為人具有相當於間接故意的程度即可⁶；易言之，行為人不確定是否會完全或嚴重地剝奪原持有人對動產的經濟地位，但發生也不違背其本意。又行為人只要將竊取之物轉交給第三人，使其成為第三人之財產，或令第三人對此物之「占為己有」有可能，行為人即具有為第三人不法所有之意圖。由於刑法第 320 條第 1 項所要保護的法益是動產的所有權與持有權，行為人犯罪的目的在於取得他人之物，而非圖利目的，行為人即使所取得之物毫無經濟利益可言，也不影響所有意圖之成立⁷。是以，行為人對所獲取之物具有占為己有，以及在一段時期內排斥原所有或持有者之使用或支配之想法，才肯定具有「所有意圖」。

在本案中，有疑問的是，因甲架網捕捉乙的賽鴿目的在於稍後藉此要脅鴿主匯入贖款，若鴿主依其指示付出代價時，甲將釋放賽鴿飛回，如此的想法是否足以肯定甲行為時對賽鴿具有所有意圖？實務肯定行為人具有不法所有意圖，成立竊盜既遂罪⁸，認為行為人是具有取得意圖，抑或使用意圖，在於竊取他人之物時是否有在不使該物發生質變或減低經濟價值之條件下，加以使用，且行為人

5 最高法院 92 年度台非字第 220 號。

6 Vogel, in: Leipziger Kommentar StGB, Band 8 §§ 242-262, 2010, § 242, Rn. 144.

7 林山田，同註 1，頁 328。

8 最高法院 91 年度台上字第 2058 號；最高法院 96 年度台上字第 3693 號。

是否具有於使用後之「交還意思」。若為否定，成立「使用竊盜」，為刑法所不罰。判斷關鍵點應在於行為人是否有「排斥所有或持有」及「占為己有」之行為表徵。行為人以賽鴿勒贖鴿主，揚言不付贖款即將殺死或弄傷賽鴿，顯已有對外自居所有或持有人之地位，任意處分該賽鴿之表徵，當可認被告等已有不法所有之意圖，而與單純使用竊盜不同⁹。

學界對所有「意圖」進一步加以分析：

1) 如果行為人在竊取時，並沒有想對任何具體的動產予以竊取，而是想將所有東西都取走，則肯定具有所有意圖，至於想占有的東西稍後是否會實現，則在所不問。例如：A 敲開保險櫃，發現一個看起來很有價值的小盒子，當時行為人認為裡面應該藏有首飾或現金等有價值物品。A 回家打開後，發現是少見的日本明治時代錢幣，因擔心兌換恐怕有風險，故將之丟棄。因行為人在竊取時具有故意竊走盒子，並將裏面的東西據為所有的意圖，成立竊盜既遂罪¹⁰。

2) 行為人想竊取特定的客體，在竊取時已確信拿的就是此物，但事後發現自己當時對客體有鑑識上的錯誤認識，客體的性質並非行竊當時所想像者，仍不影響行為時具有所有意圖，例如：A 為了討好愛好藝術的女友，進入畫廊偷了一幅畫，並認為是真畫，事後確認是幅仿畫，成立竊盜既遂罪¹¹。

3) 行為人竊取特定的物品，但行竊時對於是否要據為所有有

⁹ 臺灣高等法院 102 年度上易字第 1432 號。

¹⁰ Krueger, Strafrecht BT 1, 1995, S. 34.

¹¹ Krueger, aaO., S. 34.

所保留，則應加以區分¹²：

a) 行為人的有所保留是針對物品最後是否據為所有，視裡面的內容而定，例如：A 偷走他人行李袋時，是想先打開看看裡面的內容物後，再決定是否留下或歸還。因 A 行為時不具備占為己有的絕對意欲，故欠缺所有意圖。如果 A 決定留為己用，此時產生易持有為所有的侵占故意，成立侵占罪。如果 A 物歸原主，行為不罰。

b) 行為人對物品性質或價值有所保留，仍肯定行為人具有所有意圖，例如：A 在機車行內偷機車零件，其想法是如果零件適合家中的機車，則留下偷來的零件，否則歸還。由於 A 所猶豫的是占有之事實可行性（零件是否適合），而非零件本身之占有保留，故為既遂的竊盜。

4) 行為人偷走他人之容器物體，只對容器物的內容感興趣，至於充當容器的物體本身並不感興趣，稍後會將此容器物隨手丟掉或毀棄，則行為人僅對容器物的內容物具有所有意圖，對容器物本身欠缺所有意圖，即使後來發現裡面並沒有自己所要的特定東西，將偷來的物品隨意扔掉，仍以竊盜未遂論，容器物取走後立即予以毀棄或損壞，考慮毀損罪。不同的是，如果行為人具有占為己有意思而使用容器物（方便攜帶），雖事後立即予以毀棄或損壞，肯定具有長期排斥所有的意思，成立竊盜既遂罪。例如：A 聽見 B 夾克內有金屬撞擊聲，心想夾克內應有錢包，趁 B 上盥洗室時，偷走夾克往外走，走到無人巷弄內發現裡面只有一串鑰匙及食品，並沒有想要的錢在裡面，於是將所有的東西隨地扔掉。由於行為人針

¹² Schoenke/Schroeder, aaO, § 242, Rn. 62; Krueger, aaO., S. 34.

對特定的物品（現金）行竊，而在竊取此項物品時，還不確定想偷的是否已拿到，則犯罪尚未完成，此情形是對已偷的東西（鑰匙及食品）沒有所有意圖，但行為人對現金想占為己有目的卻沒實現，因行為人對於已偷的內容物不具絕對占有意欲，考慮成立竊盜未遂罪¹³。

5) 行為人取走他人之物，而此結果是行為人為犯罪行為時必要的伴隨現象，則行為人對此物並沒有所有意圖，例如：監獄裡的逃犯在逃亡過程中，知道身上穿的獄服是他人之動產，且故意竊取，只是在逃亡過程中短暫穿著它，乃是情不得已的結果，因為他也恨不得早點脫掉，因此，否定逃犯對此獄服具有所有意圖¹⁴。

6) 如果行為人對於他人動產從未使用，稍後，再將此物歸還給原所有權者，只要行為人在不影響動產的經濟價值、同一性以及不否認下歸還原物主，則行為人在行為時欠缺所有意圖¹⁵，例如：偷藏他人的書籍，目的是令他人生氣。相反地，若行為人對偷來的動產視為自己的財產，再賣給原所有人或與其進行以物易物時，則肯定行為人在行竊時具有占為己有之意圖，因為此時原所有人僅能以金錢或相當價值之物才能重新擁有此物，故由轉賣或易物之行為可看出，行為人想永久排斥原所有人對此物之所有或持有¹⁶。

實務對本案的見解有待商榷，將擄鴿勒贖與使用竊盜比較，認

¹³ Schoenke/Schroeder, aaO., § 242, Rn. 63; 進一步可參閱：黃惠婷，意圖與動機，月旦法學雜誌，第 154 期，2008/3，頁 257 以下。

¹⁴ Schoenke/Schroeder, aaO., § 242, Rn. 61.

¹⁵ Hoyer, SK-StGB, 2000, § 242, Rn. 94; Wessels/Hillenkamp, aaO., Rn. 157.

¹⁶ 反對意見者則認為，行為人在沒有使用此物或其價值下歸還給原所有者，僅是一種不處罰的詐欺預備行為而已，Wessels/Hillenkamp, aaO., Rn. 172f.

為對被害人揚言不付贖款，即將殺死或弄傷賽鴿，顯已有對外自居所有或持有人之地位，任意處分該賽鴿之表徵，此見解忽略竊盜罪是財產犯罪，行為人殺死或弄傷賽鴿，並非使用賽鴿的經濟價值，例如行為時具有網鴿變賣的想法，肯定體現賽鴿的經濟價值，而是毀棄損壞賽鴿本身，果真實現恐嚇內容，應成立毀損罪。擄鴿勒贖的評價重點是「占為己有」要素，而非「排斥所有或持有」要素，欠缺後者，才是所謂的「使用竊盜」。其次，行為人是否具備主觀要件是以行為時為準，行為時不符合竊盜罪的主觀要件，事後才決定殺死或弄傷賽鴿，此決意是當被害人不付贖款時才產生，另外成立毀損罪。不同的是，如果擄鴿後決定擁有賽鴿或變賣，不管有否取得贖金，也是另起犯意，成立易持有為所有的侵占罪。

因此，在本案中，甲架網捕捉乙的賽鴿，其目的在於稍後對乙勒贖，只要乙依指示交付贖金，賽鴿即可釋放，甲在捕捉賽鴿時，並沒有絕對的意欲，想將賽鴿占為己有，也沒有使用賽鴿所體現的價值。此由甲稍後揚言「不付贖款即將殺死或弄傷賽鴿」可證，表示甲尚未決定是否殺死賽鴿，要不要殺死賽鴿，反而由鴿主決定，甲視其決定後再決定何種行為。是以，甲只是將賽鴿之可利用性充當不法取得他人財產的手段¹⁷，擄鴿勒贖如同擄人勒贖的目的，若賽鴿或被擄者毫髮無傷恢復安全，不另行論罪。然刑法保障人身自由權，行為人對被擄者有可能成立剝奪行動自由罪，也因已成立擄人勒贖罪，而不再論斷。若將賽鴿或被擄者殺死，則另成立毀損罪或擄人勒贖殺人結合罪。因此，甲最後讓賽鴿飛回，行為時乃對賽鴿不具所有意圖，而不成立竊盜既遂罪。但肯定甲具有初始的「竊

¹⁷ Schoenke/Schroeder, aaO., § 242, Rn. 50; Hoyer, aaO., § 242, Rn. 95.

盜犯罪決意」，且著手為之，成立竊盜未遂罪。

二、要求交付贖金的行為可能成立刑法第 346 條第 1 項恐嚇取財罪？

恐嚇罪係行為人意圖為自己或第三人不法之所有施以恐嚇行為，使被害人心生畏懼，交出本人或第三人之物或為財產上之不法利益，行為人因而獲得財物或利益。

（一）恐嚇行為

在客觀上行為人必須使用恐嚇行為，恐嚇是以強暴、脅迫或其他不法手段，使他人人心生畏懼，而受其強制，但尚未達於不能抗拒之程度者¹⁸，實務上也認為恐嚇行為不以將來之惡害通知被害人為限，即以現時直接對被害人施以強暴脅迫為恐嚇手段，只要被害人未達於不能抗拒程度者，亦屬之¹⁹。在本案中，甲架網擄獲乙的賽鴿，並打電話要求乙必須依指示匯入贖款，如果乙不依指示，則賽鴿不會飛回，亦即乙想重新擁有賽鴿，必須依甲之指示，否則，別想再擁有自己的賽鴿，因此，甲以此手段影響乙的意思決定自由，故對乙施以敏感的脅迫。

（二）乙必須在恐嚇行為下處分財產，雖法條僅規定「交付」，但處分財產同時包括有所作為、不作為或忍受。由於恐嚇罪之構成要件有如詐欺罪一樣，只是詐欺罪的行為人所施用的手段是詐術，令被害人陷於錯誤；而恐嚇罪的被害人是因行為人施以恐嚇行為，而陷於恐懼，但二者的被害人皆在某種程度的意思自由下處

¹⁸ 林山田，論恐嚇取財與得利罪，軍法專刊，第 41 卷第 7 期，1995/7，頁 14。

¹⁹ 最高法院 80 年度第 4 次刑事庭會議決議。

分財產，造成財物支配權之轉移或財產損失，行為人因而獲得財物或利益，差異在於被害人的處分認知是出於心甘情願或犧牲性質²⁰。今乙依照甲的指示匯入贖款，乃是因害怕賽鴿不能飛回，且遭到殺害，因此，交付贖款是畏懼甲的恐嚇，在心不甘情不願下處分財產。

(三) 恐嚇行為必須造成被恐嚇者或第三人於財產上有不利之結果發生，在本案中，乙依甲指示匯入贖款，造成財產損失。

(四) 由於甲知道透過擄鴿，再要脅乙，才可能獲得財產，因此，甲具有恐嚇取財罪之故意。又甲擄獲乙的賽鴿，通知乙賽鴿在其手上，乙若想擁有賽鴿，唯有依照其指示，目的在於贖金，故肯定甲具有不法為自己所有之意圖。違法性與罪責性皆存在。

三、甲考慮成立刑法第 304 條強制罪

甲以擄鴿為脅迫方式，造成乙匯款給甲，乃係脅迫乙行使無義務之事，強制故意也存在，肯定違法性與罪責性，惟刑法第 304 條強制罪與恐嚇取財罪具有法律競合關係，前者不予論斷。

參、結論

不法所有意圖含有「占為己有」與「排斥所有或持有」要素，竊盜罪屬意圖犯，遂要求「占為己有」要素應具有絕對的意欲。甲擄鴿時尚未決定是否絕對占為己有，欠缺不法所有意圖。行為目的是以賽鴿要求鴿主付贖款，雖然不成立竊盜既遂罪，但肯定有初始的「竊盜犯罪決意」，成立的竊盜未遂罪，其是恐嚇取財罪的與罰

²⁰ Wessels/Hillenkamp, aaO., 2012, Rn. 714; Schoenke/Schroeder, aaO., § 253, Rn. 8.

前行為，論以恐嚇取財。惟實務認為，甲成立竊盜既遂罪，另以一恫嚇匯款行為犯恐嚇取財罪，彼此間並無因果歷程延續之一行為可言，二罪犯意各別，行為互異，應予分論併罰²¹。

²¹ 臺灣高等法院 102 年度上易字第 2415 號。

第三八題 加重竊盜罪之「攜帶兇器」

保全人員甲配戴電擊棒與同事乙一起服勤，甲在車旁等待乙。這時甲正好看見丙將手提袋放在機車踏板上，且轉身專心地選購物品，甲趁丙不注意下，順手將丙的隨身袋拿走並藏在車上，隨即與乙開車離開。試問：甲的刑責為何？

壹、問題爭點

甲看見丙將隨身袋置放於機車踏板上並轉身專心購物，認為有機可乘，於是順手將丙隨身袋藏放在車上。刑法規定行為人攜帶兇器而犯竊盜罪者，為加重竊盜罪，甲行為時身上配有電擊棒，是否符合加重竊盜罪的兇器？尤其是因職業需求而配戴的器械是否屬之？

貳、案例分析

甲是否成立刑法第 321 條第 1 項第 3 款加重竊盜罪？

一、隨身袋對甲而言，係他人的動產。

二、甲必須有竊取行為，所謂竊取係違背他人意思而中斷舊的持有關係，並且建立新的持有關係。持有係指依一般生活經驗具有

支配意思，且對於動產握有事實上的支配即是。只要發生非出於自由意思的持有移轉，即為竊取的既遂，至於是否已經達於持有的穩固，並不影響既遂的成立。丙將隨身袋置放於自己的機車踏板上，轉身購物，雖然自己與隨身袋之間有空間上的隔閡，但不代表丙放棄對其皮包之支配管領力與支配管領的意思，丙只是暫時鬆緩其對隨身袋的支配管領而已，因此係一種持有的鬆弛。甲趁丙不注意下，順手將其隨身袋拿走並藏在車上，不是使用「不掩形聲、急遽掠取」的搶奪方法，行為肯定秘密地破壞丙對皮包的持有關係，並為自己建立新的持有關係。

三、加重竊盜罪係行為人犯竊盜罪而有本條項各款情形之一者，甲是保全人員，服勤配戴電擊棒，趁機取走他人隨身袋，甲是否成立第3款攜帶兇器而犯竊盜罪？

（一）兇器

依實務見解，兇器係依一般社會觀念或客觀上足以對人之生命、身體、安全構成威脅，而具有危險性而言¹。兇器種類並無限制，且只須行為時攜帶具有危險性之兇器為已足，加重處罰之重點在於行為人具有行兇之可能，而認為所攜帶者具有客觀上之危險性。行為人主觀上有無行兇之意思或有無反抗之意欲，以及攜帶兇器目的在於行兇或便利行竊，取得該兇器之原因為何，在所不問，甚至也不以使用為必要²。兇器如扳手、油壓剪、瓦斯噴燈、鋸子、鏈鋸、刀片、鐵撬、鐵鎚、瑞士刀或美工刀等。較有爭議的

¹ 有學者對兇器之定義與實務界同，但不含木棍、板棒或球棒，蔡墩銘，刑法各論，2001，頁164。

² 最高法院102年度台上字第4602號；最高法院104年度台上字第3147號。

是螺絲起子，依實務見解，不管是六角形起子、尖嘴鉗、十字型螺絲起子或一字起子，均屬質地堅硬之物，可用以刺、劃傷人身，客觀上足以對人之生命及身體造成危害，顯可供兇器使用，自足認係屬兇器³。只是實務曾指出，持木棒既然能砸毀車窗，故足以對人之生命、身體、安全構成威脅，而係具有危險性之器械，但磚塊，石頭乃自然界之物質，尚難謂為通常之器械⁴。

惟學者認為，實務見解對於兇器之認定過於寬泛，主張應予以限縮。兇器之認定應自兇器本身所具有之危險性質或其一般用途予以判斷，如起子、鉗子即不屬之⁵。甚至有主張應兼顧行為人主觀意思，若不能證明持器械行竊自始即為了嚇退事主或抗拒逮捕之意，只能論以普通竊盜，如攜帶繩索或傷患手扶拐杖行竊，不能論以加重竊盜罪⁶。

本條立法目的在於行為人攜帶兇器行竊，對被害人或發覺者具有客觀上之危險性，故予以加重處罰。從而，只要是行為人行竊時，足以充當攻擊或防禦用的器具，而依一般社會觀念與經驗在客觀上足以對人之生命、身體、安全構成威脅，且具有危險性之任何物件即已足⁷。至於兇器的危險性係基於機械、物理或化學原理，型態是固體、氣體或液體等，來自自然界或人工製造，均在所不問。判斷重點在於所攜帶的器械依一般社會經驗，在客觀上是否會

3 臺灣高等法院 104 年度上易字第 1878 號；臺灣高等法院 104 年度上易字第 2154 號；臺灣高等法院 104 年度上易字第 1967 號。

4 最高法院 92 年度台非字第 38 號。

5 甘添貴，體系刑法各論，第二卷，2000，頁 73 以下。

6 林東茂，加重竊盜——實務相關見解評析，月旦法學雜誌，第 71 期，2001/4，頁 156。

7 Fischer, Strafgesetzbuch, 2013, § 244, Rn. 13；最高法院 90 年度第 6 次刑事庭決議。

對他人之生命或身體造成客觀—具體或客觀—抽象的危險，不以具有技術意義或適當攻擊、防禦為目的的器械為限。只要係堅硬、尖銳或具腐蝕性等物品，而有打、擊、砍、捅、刺、戮、毀或撞之功能者，如棍、棒、磚塊、石頭、鹽酸、硫酸、防狼噴劑等，皆是本罪之兇器。至於行為人攜帶玩具槍、仿造槍枝、不具殺傷力的改造槍枝或已故障的槍枝，是否也是本罪之兇器？雖然其在客觀上的危險性與真槍無法相提並論，前者不具有直接的殺傷力，但依其材質而定，若金屬材質，行為人於必要情形下亦可作為敲擊的器械使用，在客觀上顯足以對人之生命、身體、安全構成威脅，堪作兇器使用，故仍以兇器論⁸。至於兇器之認定也不以行為人攜帶時是否具備使用之意圖或出於善意或惡意，而係由客觀第三者的立場判斷，行為人行竊時所攜帶的器械，在客觀上足以危害他人生命或身體之安全，在緊急情況下行為人有可能會違背器械原本的使用目的，轉而以此充當攻擊或防禦用的兇器即可⁹。倘若行為人真的使用兇器，則落入準強盜罪範疇，著手施以強暴或脅迫，成立準強盜未遂罪；強制達於「難以抗拒」程度，則是既遂。在本案中，甲攜帶的電擊棒屬「兇器」。

附帶一提的是，本條項各款的法律性質究竟為何？實務認為，行為人攜帶兇器竊盜或強盜為其加重條件，只要於竊盜或強盜時攜帶兇器，即構成加重竊盜或強盜罪名，因立法所規範者為攜帶兇器竊盜或強盜即屬於加重條件¹⁰。不同見解是，加重竊盜罪係就竊盜

8 最高法院 99 年度台上字第 5254 號。

9 Schoenke/Schroeder, Strafgesetzbuch, 2010, § 244, Rn. 4.

10 最高法院 94 年度台上字第 3149 號；臺灣高等法院 104 年度上易字第 1987 號。

罪之基本構成要件，以行為時、行為地、行為手段之危險性等個別情狀為加重刑罰理由，修正而成的加重構成要件¹¹。上述對各款性質之認定具有實際意義，各款若屬加重條件，行為人在主觀上無須對此加重條件有所認識，如實務所言，只要客觀上確定行為人有攜帶兇器，即成立。若屬加重構成要件要素，行為人必須認知攜帶兇器，才會成立該罪。從立法目的判斷，如果行為人不知身上攜帶兇器，豈會於財產之外，另危及他人的生命或身體健康？尤其對其他不知情的參與犯顯然不公平，應視為逾越犯罪計畫、教唆或幫助故意的範圍。是以，唯有將其視為加重構成要件要素，才能將不知情的人排除適用加重竊盜罪。此見解亦見於 2011 年立法者增修本條項之理由中：鑑於民眾工作時間涵蓋日、夜間時段，故現行加重竊盜罪僅就夜間侵入住宅為「加重構成要件」，不足以保障全體民眾之利益。爰將第 1 項第 1 款修正為「侵入住宅或有人居住之建築物、船艦或隱匿其內而犯之者。」綜上，本條項各款以加重構成要件之見解較合理。

（二）攜帶

「攜帶」兇器之認定，係指行為人從著手於犯罪行為之實行至構成要件形式上完成（既遂）的階段中，能隨時毫無阻礙地使用兇器而言。不限於拿在手上或藏放在衣物內，重點在於，兇器置於行為人所支配或可支配的範圍內，即兇器與行為人不僅須具有時間緊密關聯，且具有空間之緊密關係，而令行為人可以在沒有特別阻礙下，隨時可以取得。例如竊賊將兇器放在小貨車上，逕自入宅行

¹¹ 林山田，刑法各罪論（上冊），2006，頁 358 以下。

竊，非「攜帶兇器」而犯竊盜¹²。依實務見解，攜帶係指由行為人帶至行為地而言，但不以將該兇器自他地攜往行竊地為必要，縱使在行竊處隨手取得亦可。又該兇器不必原屬行竊者本人所有，亦不以自他處攜至行竊處所為必要，縱在行竊場所隨手拾取應用，其有使人受傷害之危險既無二致，自仍應屬「攜帶兇器」之範疇¹³。在犯罪既遂與犯罪終了之間，行為人有持兇器而危及被害人生命或身體健康之可能，但已脫離加重竊盜罪保護的目的，考慮是否成立準強盜罪。在本案中，甲在行竊當時將電擊棒佩掛在身上，乃係攜帶。

本案有疑義的是，甲係保全人員，身上配戴嚇阻或擊退歹徒的器械係職業上的配備，是否成立攜帶兇器的加重竊盜罪？本罪加重處罰的理由在於，行為人攜帶兇器行竊，其認識有足以危及他人生命或身體安全之器械時，在必要情形下有可能會使用，行為具有抽象危險性。其次，本罪並無例外規定，故基於職業需求而配戴器械者的行竊行為是否也應成立加重竊盜罪，則有不同見解。

一說認為，攜帶兇器之加重事由對於合乎義務攜帶器械者之適用，應嚴格限制。因為依經驗法則，此種職業上配戴器械之行竊者，在行竊時比不具公務員身分者行竊，較不具危險性。另，行為因不具有抽象危險性，尤其係警察，不能僅因行竊時配戴職業器械，即推測槍枝已上膛，行為具有抽象危險，遂主張應考量行為人配戴器械與行竊之間的主觀關聯性¹⁴，判斷行為人是否有攜帶兇器

¹² Fischer, aaO., § 244, Rn. 27.

¹³ 最高法院 79 年台上字第 5253 號判例；臺灣高等法院 104 年度上易字第 1846 號。

¹⁴ Schoenke/Schroeder, aaO., § 244, Rn. 6.

以行竊的意思，否則排除本罪之適用。

反對見解認為，以主觀關聯性限制本罪之適用，並不符合本罪之立法旨意，因本罪之加重事由乃在於行為之客觀—抽象危險性，根本不考慮行為人是否開始行竊即有使用器械之意圖。再者，因職業需求有義務配戴器械，其行竊時也不見得比一般人較不具危險性，因為當其出乎意料之外被發現行竊時，有可能為了完成竊取或在職業與前途的考量下，更有可能使用器械。由於行為人身處緊急情況下會如何反應，以及是否會試圖反抗而使用合法配戴的器械，並沒有一定的經驗法則，故基於本罪之立法目的，在職業上合法配戴器械者，即使沒有使用器械而行竊的行為，也只能於量刑上考量¹⁵。基於後說，甲職業上攜帶的電擊棒因屬兇器，竊取他人財物符合加重構成要件。甲具有竊取故意與不法所有意圖，違法性與罪責性皆成立。

參、結論

電擊棒在客觀上足以對人之生命、身體安全構成威脅，屬兇器。甲在取走丙的隨身袋時，電擊棒配掛在身上，配戴器械雖屬職業上合法行為，且行竊時沒有使用，仍符合攜帶兇器而犯竊盜罪，甲成立加重竊盜罪。

¹⁵ Lackner, StGB, 1995, § 244, Rn. 3; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT/2, 2012, Rn. 270.

第三十九題 加重竊盜罪之「著手」

甲於深夜二時許騎機車至乙住處，踰越該住宅外牆，翻爬至二樓陽台，以其所攜帶的螺絲起子一把敲壞通往客廳之玻璃門，欲進入其內竊取財物，惟因手遭玻璃割傷，且在屋外睡著，而未竊得任何財物下遭逮捕。問：甲成立何罪？

壹、問題爭點

竊盜未遂犯之「著手」應如何認定？加重竊盜罪又以何時為「著手」時點？實務與學界有爭議。爭點不僅在於普通竊盜罪的著手認定，更涉及加重竊盜罪之各款事由究竟係加重（量刑）條件或加重構成要件要素。由於各款加重事由之性質關係「著手」認定，因此，判斷加重竊盜罪之著手時點必須先釐清各款之性質。

貳、案例分析

甲是否成立刑法第 321 條第 2 項加重竊盜未遂罪？

一、甲想入乙宅竊取財物，卻在屋外睡著，在未取得任何財物下遭逮捕，竊取結果未發生，又加重竊盜罪有處罰未遂犯。

二、甲以螺絲起子敲壞乙宅客廳之玻璃門，目的係想入宅行

竊，肯定行為時具有竊取故意與不法所有意圖。問題是，甲是否已著手實行加重竊盜罪？行為人於竊取他人動產時，而有下列情形成立加重竊盜罪：1. 侵入住宅或有人居住之建築物、船艦或隱匿其內而犯之者；2. 毀越門扇、牆垣或其他安全設備而犯之者；3. 攜帶兇器而犯之者；4. 結夥三人以上而犯之者；5. 乘火災、水災或其他災害之際而犯之者；6. 在車站、埠頭、航空站或其他供水、陸、空公眾運輸之舟、車、航空機內而犯之者。

本條項第 1 款所謂「住宅」，乃指人類日常居住之場所而言，公寓屬之。至公寓之樓梯間與住宅相連之陽臺，就公寓與住宅之整體而言，亦為該公寓與住宅之一部分，而有密切不可分之關係，故若擅自進入，已屬侵入住宅，構成侵入住宅之加重竊盜要件¹。實務進一步指出，旅館房間有長期供不特定旅客居住之意，屬通常供人居住之建築物，而病患經醫院劃分供起居之用之特定空間，其性質猶如旅館房間，基於病患及陪同親友之居住安寧與私人生活之秘密保持仍應受到同等保障，入內行竊，自屬本條項第 1 款之侵入²。在本案中，甲踰越該住宅外牆，翻爬至二樓陽台，符合第 1 款侵入住宅。又，甲攜帶的螺絲起子在客觀上足以對人之生命、身體、安全構成威脅，屬於具有危險性之兇器，符合上述第 3 款。第 2 款將「門扇」、「牆垣」、「其他安全設備」並列，實務認為，所謂「門扇」專指門戶而言，應是狹義指分隔住宅或建築物內外之間的出入口大門而言；所謂「其他安全設備」，則指門扇牆垣以外，其他附著於住宅、建築物或土地，且依社會通常觀念足認防

¹ 臺灣高等法院 104 年度上易字第 2624 號；臺灣高等法院 104 年度上易字第 2319 號。

² 最高法院 101 年度台非字第 140 號。

盜、保護居住安全的一切設備而言（如電網、門鎖及窗戶）。「毀」、「越」二字，「毀」指毀損的行為，旨在保護財產法益；「越」則指踰越的行為，旨在保護住居的安全。凡犯竊盜罪而有「毀而不越」或「越而不毀」的情形者，因均有違犯本條的立法本旨，皆足以構成該條款的加重竊盜刑責。至於所謂的「踰越」，依目的解釋，應不限於從門扇或其他安全設備的上方越過，凡是繞過門扇或其他安全設備而進入建築物內，使其失去原有的防範作用，皆應為本規定所欲規範的範圍³。是以，行為人已進入大門室內之住宅或建築物內部諸門，不論是房間門、廚房門、通往陽台之落地鋁製玻璃門，則應認為係「其他安全設備」。又所謂「毀越」，係指毀損及超越、踰越而言，與用鑰匙開鎖啟門入室者不同⁴。

然，本條項第 1 款是侵入住宅或有人居住之建築物，侵入本有不法踰越進入之意義，故第 2 款是針對無人居住之建築物等而言，行為人毀損安全設備，進而踰越。行為人僅是毀損故意而無入內行竊之意，僅成立毀損罪。甲敲壞他人通往客廳之玻璃門，卻在屋外睡著而遭逮捕，乃是「毀而不越」的行為。只是甲上述行為是否著手於加重竊盜罪之實行？針對本罪第 1 項各款之性質有以下不同見解：

（一）加重條件說

早期判例認為⁵，刑法第 321 條第 1 項各款所列情形係竊盜罪

³ 臺灣高等法院 104 年度原上易字第 47 號。

⁴ 臺灣高等法院 104 年度上易字第 1561 號。

⁵ 最高法院 27 年滬上字第 54 號判例；最高法院 62 年台上字第 3539 號判例；最高法院

之加重條文，以竊取他人之物為其犯罪行為之實行，該各款所列情形不過為犯竊盜罪之加重條件，如僅著手於該項加重條件之行為，而未著手搜取財物，縱其目的係在行竊，仍不能以本條之竊盜未遂論。近期實務亦採此見解，如僅具該條項所列各款情形而未著手搜取財物，加重竊盜罪即無由成立，考慮是否符合刑法第 306 條及第 354 條⁶。另有指出，刑法竊盜罪所保護之法益乃係對所管領動產之支配力，是決定竊盜行為著手時點，應考慮具體財產持有人之支配力是否已有被侵害之直接或現實危險性。就侵入住宅竊盜犯罪之型態觀之，若行為人不僅有侵入住宅之行為，且已開始有搜尋、物色財物、或為物色財物而接近財物之動作，則應認此際行為人之行為對住宅居住人就各個動產之支配力已有加以排除而移轉持有之直接或現實危險性，而非僅單純侵害住宅居住人居住安寧之法益⁷。有學者支持實務之見解⁸，認為本罪各種加重情節只是犯竊盜罪之加重條件，如僅著手於該項加重條件的行為，而未著手竊取財物，不能論以本罪之未遂犯，否則，若將各款情形視為加重構成要件要素，則行為人一旦為了行竊而攜械、進入車站、結夥三人或非法進入他人住宅，均論以本罪之未遂犯，如此結論不合理。

依上述見解，實務遂認為，行為人甫進入客廳，在靠近大門附近即為被害人撞見之匆促情狀，其目視所及是否得有充分之餘裕，用以搜尋可供竊取之標的，而足以認定已著手搜尋財物，核屬有

69 年台上字第 3945 號判例。

6 臺灣高等法院 104 年度上易字第 2244 號。

7 最高法院 84 年度台上字第 4341 號；臺灣高等法院 104 年度上易字第 1786 號。

8 林東茂，刑法綜覽，2012，頁 2-129 以下。

疑，尚不得課以竊盜或竊盜未遂罪⁹。或例如遭行為人鎖定的汽車貼有深色隔熱紙，車內擺設或財物顯非自前後車窗即可一目瞭然，而可逕行由外直接搜尋下手行竊目標，是行為人固有對車輛之右後座車門三角窗有毀損行為，尚無法認定已著手於搜尋或竊取車內財物之竊盜行為¹⁰。實務罕見持不同結論者，認為行為人持千斤頂 1 具毀壞頂開彩券行 1 樓所設、用以分隔建築物內外出入口之鐵捲大門，然因觸動保全警報系統作響而逃離現場，未竊得財物，卻使該鐵捲門失去防閑功能，該當毀壞門扇之加重竊盜犯行，係犯刑法第 321 條第 2 項、第 1 項第 2 款、第 3 款攜帶兇器毀壞門扇竊盜未遂罪¹¹。

本案依此說，甲踰越乙住宅外牆翻爬至二樓陽台，以螺絲起子敲壞通往客廳之玻璃門，縱使有行竊之意，因僅著手於該條項加重條件之行為，而未著手搜取財物，不成立加重竊盜罪的未遂犯，考慮成立刑法第 354 條一般毀損罪與第 306 條無故侵入住宅罪。

（二）加重構成要件要素說

反對說認為，加重竊盜罪係就竊盜罪之基本構成要件，以行為方式、行為地、行為手段之危險性等個別情狀為加重刑罰理由，修正而成的加重構成要件，因此，各款係構成要件要素，判斷本罪之既、未遂問題，應將加重構成要件之行為情狀一併考量，只是行為情狀各異，不得認為只要具有行竊目的，而一有加重構成要件所描

⁹ 臺灣高等法院 104 年度上易字第 1638 號。

¹⁰ 臺灣高等法院 104 年度上易字第 2616 號。

¹¹ 臺灣高等法院 105 年度上易字第 85 號。

述之行為情狀，即為本罪之著手¹²。或有學者認為，若依實務見解，本罪各款為加重（刑罰）條件，行為人在主觀上則無須對此加重條件有所認識，只需客觀上持有兇器，仍應論以加重竊盜罪，如此論斷與本罪之立法意旨與情理相背，故主張本罪之各款加重事由係加重構成要件要素，第1款與第2款具有結合犯性質，故行為人只要以行竊目的侵入或毀越，即為本罪之著手，其餘4款係行為之加重情狀，仍應以竊盜行為是否開始為準¹³。另有學者認為，從刑法分則解釋的原則、法制史沿革與法體系解釋等論點，本罪各款事由應是結合竊盜罪之基本構成要件，而成為加重構成要件中之構成要件要素，各款事由之加重目的在於行為人所採取的行竊方式令竊盜易於實現或減弱被害人對財產之監督，對其著手認定應同時綜合考量各款事由與竊盜行為而定¹⁴。

就立法體例而言，以上述的加重構成要件要素說較合理，否則，若僅為加重（量刑）條件，則立法者無須在普通竊盜罪規定處罰未遂犯之外，另於本條第2項特別明定加重竊盜罪之未遂犯。其次，如上述學者所言，若屬加重（量刑）條件，則行為人對加重事由在毫無認知下，仍能成立本罪，有違本罪之立法目的。按本罪之立法目的在於行為人於具體情形下可能使用器械，而危及他人生命或身體之安全。行為人在不知情下，豈可能拿來充當兇器攻擊他人？此論點也適用於參與犯，不管係共同正犯、間接正犯、教唆犯或幫助犯，若其他參與者對於他人攜帶兇器行竊，自始至終毫不知

¹² 林山田，刑法各罪論（上冊），2006，頁358以下。

¹³ 甘添貴，體系刑法各論，第二卷，2000，頁64以下、82以下。

¹⁴ 王乃彥、梁淑美，加重竊盜罪之性質與著手，刑事法雜誌，第48卷第1期，2004/2，頁1以下。

情，顯然逾越共同計畫或認知，若對不知情者論以加重竊盜罪，乃是過度評價其行為不法內涵，故本罪之各款加重事由係加重構成要件要素。最高法院也曾肯認本條項第 1 款之侵入有人居住之建築物竊盜罪，係結合侵入住居罪與一般竊盜罪，而獨立成立之加重竊盜罪，性質上屬於結合犯，除行為人主觀上係基於竊盜之意思而為竊取之行為外，客觀上侵入或隱匿其內之行為，亦為該罪之加重構成要件要素¹⁵。

加重竊盜罪之各款事由屬於加重構成要件要素，其著手認定仍應依一般未遂犯之著手認定標準，判斷行為人之加重事由行為或情狀是否在不受任何干擾下應可以直接、立即導致犯罪構成要件的實現，亦即與犯罪結果之間在時間與空間上是否具有緊密關係而定。本罪第 1 款侵入住宅之加重的目的不僅在保護財產之持有權，同時也保障特定空間之安全與隱私。私人之特定空間不像車站、埠頭或航空站一樣，任何人皆可隨意進入，對於此空間內之任何財物而言，行為人只要一侵入或隱置於此特定私人空間內，空間已喪失保障屋內財物的功能，其對此空間內的財物可立即、直接隨意選取，故侵入與破壞他人對財物之持有具有時空緊密關聯，行為足以震撼人心。同理，門扇、牆垣或其他安全設備具有保護財物、隱私與個人安全的功能，行為人基於竊取故意開始毀壞之，保護的客體或法益陷入危險，皆應肯定已著手實行加重竊盜罪。實務對侵入住宅竊盜的著手認定以「開始有搜尋、物色財物、或為物色財物而接近財物之動作」為標準，乃是告訴人民遇有人侵入或破壞安全設備時，應按聲不動，甚至躲藏不被發現，待其目光搜尋財物時予以逮捕，

¹⁵ 最高法院 101 年度台非字第 140 號。

才能成立加重竊盜未遂罪，否則僅能處以較輕的無故侵入住宅罪或毀損罪，實務見解乃是無視行為人具有竊取的主觀不法且對財物之安危帶來震撼印象，有違人民法感並對屋內財物保護欠周延。

綜上，本條項各款為加重構成要件要素，侵入住宅行竊的著手又以行為與破壞他人對財物持有關係是否存有時空緊密為標準，因各款加重構成要件有別，行為人犯竊盜罪而有各款加重情形可能以下競合情形：

1. 行為人計畫行竊，加重竊盜事由已完成，但普通竊盜罪尚未著手，尚不足以成立普通竊盜或加重竊盜未遂罪。例如竊賊 A 進入車站內，正在尋找下手對象，卻被站長認出是慣竊。

2. 行為人計畫竊取與加重竊盜事由皆僅達於未遂階段，論以加重竊盜未遂罪。例如竊賊 A 正要翻越冷氣機窗口入內時，即被人發現逮捕。

3. 行為人完成加重竊盜事由，而普通竊盜僅達於著手階段，不論以加重竊盜既遂罪，而係加重竊盜未遂罪。例如竊賊 A 攜帶兇器入 B 宅翻箱倒櫃時，遭 B 察覺逮捕。

4. 行為人已完成普通竊盜行為，但加重竊盜事由僅達於著手階段，不論以加重竊盜未遂罪，而是普通竊盜既遂罪。例如竊賊 A 想毀壞無人居住的工寮門板，並以腳踹門把，發現並沒有上鎖，輕易入內竊取財物。

在本案中，甲踰越該住宅外牆，又翻爬至二樓陽台，並以螺絲起子破壞通往二樓客廳的玻璃門，符合本條項第 1 款、第 2 款與第 3 款，甲著手於加重竊盜罪之實行，違法性與罪責性皆成立。甲最後沒有取得財物，是否成立刑法第 27 條第 1 項中止犯？甲的行為

係一種未了未遂，中止繼續行竊即符合中止犯的客觀要件，然，甲手遭玻璃割傷，且在屋外睡著，中止行為並非出於己意，加重竊盜未遂行為不成立中止犯。另外，甲同時成立一般毀損罪與無故侵入住宅罪，二罪因與加重竊盜罪具有法律競合關係，僅論以後罪。

參、結論

甲基於不法所有意圖與竊取故意踰越乙住宅外牆，翻爬至二樓陽台，並以螺絲起子敲壞通往客廳之玻璃門，乃是攜帶兇器侵入乙的住宅並毀壞門扇，依實務見解，甲尚未入屋內搜尋、物色財物，論以無故侵入住宅罪與毀損罪。但對本條項各款採加重構成要件要素與著手認定以時空緊密為標準者，甲成立加重竊盜未遂罪。

第四十題 竊盜或搶奪？

甲看見乙將機車停放於路邊，且將皮包放置於機車踏板上，乙離其機車二公尺之遠與丙談話，甲見有機可乘，加快機車速度，乘乙與丙談話之際，伸手取走乙放置於機車踏板上之皮包，得手後即加速逃逸，乙雖然看見，卻也來不及追趕。
問：甲成立何罪？

壹、問題爭點

竊盜罪與搶奪罪同屬於侵害財產法益的犯罪，二罪的差異在於行為的竊取與搶奪，如何區別二罪，實務與學界有不同見解。爭議之處在於，竊取是否應秘密為之？搶奪是否應公然為之？身體與動產之緊密關係是否為二罪的判斷標準？搶奪罪的刑罰比竊盜罪重，侵害財產法益的行為方式應該是理由所在。

貳、案例分析

一、甲取走乙的皮包是否成立刑法第 320 條第 1 項竊盜罪？

（一）他人動產

乙的皮包對甲而言，係他人之動產。

(二) 中斷舊的持有關係與建立新的持有關係

甲須有竊取的行為，竊取須中斷他人動產之舊的持有關係，且建立新的持有關係，因此，前提是皮包為甲所持有。持有是在持有人或所有人支配意思下客觀上對動產的事實支配，持有的合法性不是重點，對動產的持有判斷，應依個案與日常生活中的人際來往而定，例如庭園中的桌椅、信箱中的信件等，持有人對桌椅或信件的持有關係僅是鬆弛而已¹。乙將皮包置放於機車踏板上，在離機車二公尺處與丙談話，自己雖與皮包之間有空間上的隔閡，但不代表乙放棄對其皮包之支配管領力與不具有支配管領的意思，乙只是暫時鬆緩其對皮包的支配管領而已，因此係一種持有的鬆弛。甲取走乙的皮包而離開現場時，乃係中斷乙對其皮包之持有關係，而且建立新的持有關係。

(三) 甲建立的持有關係符合「竊」取？

甲由乙的機車踏板上取走乙的皮包，並沒有徵得乙的同意，問題是，甲的取走行為係在乙、丙的面前為之，如此公開的取走是否符合竊盜罪之「竊」取？還是搶奪罪的「搶」？

有學者主張，竊取行為是施以非暴力的和平手段，其係指行為人對於被害人的人身所施用的手段而言。例如在竊取行為的現場，雖有暴力行為的出現，但是並不影響對其行為在刑法上的評價，其行為仍屬使用非暴力的和平手段²。行為人以非暴力的和平手段，違反持有人之意思，而取走其財物，不以乘人不知不覺，且以秘密

1 黃惠婷，刑法實例研習（三），2011，頁267以下。

2 林山田，刑法各罪論（上冊），2006，頁313。

或隱密的方法為必要，亦即竊取不囿於「竊」字，認為也可以在被害人監視下進行，例如扒手在公車上對他人行竊，過程為其他乘客所共見；或被害人知道小偷入侵，反而躲在棉被內不敢聲張，任小偷取走財物；或竊賊在監錄下所進行的竊取行為，皆非係乘人不知不覺而取走他人財物，也應成立竊盜罪³。

另有學者指出⁴，破壞原持有人鬆懈的持有關係或出於和平的手段，不可能成立搶奪罪。竊盜或搶奪之區別關鍵，在於排除持有的手段是否牽動財物支配者的人身安全。竊盜罪的行為方式，對物不對人；搶奪罪則是對物連帶人，故搶奪必定針對緊密的持有，並以瞬間的武力奪取財物，惟其如此，持有者方有傾跌受傷或致死之可能。類似見解主張⁵，身體與動產之緊密關係是竊盜與搶奪之區分標準，因此，二罪同是移轉動產支配關係，搶奪罪方有結果加重犯規定的必要。另有主張⁶，二罪之區隔判斷基準，既非關係秘密或公開，也與隱密或公然無涉，是否趁人不備，皆無必要性之關聯。若取走行為單純作用於人之上，完全無涉及人身安全時，即為竊盜罪之竊取行為。進而認為竊盜罪者係行為對物不對人；搶奪係對物連帶人；強盜行為則是對物又對人。尚有學者主張，依「竊」之文義，除了有「私底下」、「暗地裡」、「偷偷摸摸的意思」，尚有「非法占據」、「無權據有」的意思，所以在眾目睽睽之下，或者當著被害者的面前，不法取走他人財物、據為己有，

3 林山田，刑法各罪論（上冊），2006，頁312。

4 林東茂，刑法綜覽，2012，頁2-121以下、2-136。

5 高金桂，竊盜或搶奪？，月旦法學教室，第119期，2012/9，頁29。

6 柯耀程，竊盜與搶奪概念的糾結，月旦法學雜誌，第190期，2011/3，頁232以下。

亦為「竊取」，並沒有超越文義範圍⁷。

實務認為，所謂「竊取」，係指乘他人不知，以和平或隱密之方法，違背他人之意思，擅自取走他人持有之物，使移置自己實力支配下之謂⁸；換言之，竊取係行為人在主觀上有不欲人知而取之的意思，在客觀上有乘人不知，在隱匿情況下為之的型態⁹。「搶奪」係指乘人不備或不及抗拒而公然攫取他人支配範圍以內之物，移轉於自己實力支配下之行為而言。例如於公共場所，公然奪取他人頸上項鍊，或趁婦女不備之際，自身後攫取其皮包等皆屬之。惟搶奪行為雖係施用不法腕力，自財物所持有人支配範圍內移轉於自己之所持，然並不以直接對被害人之身體施加不法腕力，或與被害人互相拉扯為必要。苟其出手攫奪財物之情形已達共見共聞或不畏見聞之狀況，而不掩形聲，急遽攫取者，仍不失為搶奪。且搶奪罪之乘人不備或不及抗拒而掠取財物者，不以直接被被害人手中奪取為限。即以和平方法取得財物，若該財物尚在被害人實力支配之下而公然持物逃跑，以排除其實力支配時，仍不失為乘人不備或不及抗拒而掠取財物，應成立搶奪罪¹⁰。例如 A 見 B 坐在桌前整理東西，忽然伸手拿走一旁櫃臺驗鈔機上的錢。實務認為，A 在 B 面前拿走現鈔，隨即奪門而出，B 立即發現，足見 A 拿取時，未隱匿其動作，其直接將手伸至 B 面前，實屬公然掠取。再者，B 未能阻止 A 係因未能預料被告有此動作而不及防備反應，而非對於 A 所為全無知覺之情形，其與竊盜行為係乘人不知不覺之際，而以隱密之

7 吳耀宗，好心沒好報，月旦法學教室，第 84 期，2009/10，頁 114 以下。

8 最高法院 96 年度台上字第 2849 號；臺灣高等法院 104 年度上易字第 1566 號。

9 法（85）檢（2）字第 1035 號函。

10 最高法院 91 年度台上字第 6753 號。

方法取得他人動產，顯有不同。至於 A 未直接對 B 之身體施加不法腕力或 B 正在整理東西，不影響搶奪罪之成立¹¹。

上述有關竊取與搶奪之爭議，有說明之必要。不管是「竊」或「搶」都是違背被害人意思，屬不法；「取」與「奪」必須行為人施以腕力，才能轉移持有，二罪都需要「不法腕力」才能實現。「身體與動產之緊密關係」不適合作為二罪之區別標準，飛車搶劫被害人肩掛皮包，屬典型搶奪，但扒手竊取他人衣服內的錢包，也是破壞緊密的持有¹²。「牽動財物支配者的人身安全」作為二罪之區別，有以果推因之疑，因為搶奪的行為特質不同於竊取，立法者考量前者含有對生命或身體健康的風險，方有必要另設加重結果犯。然行為人當著被害者面前毫無忌憚地取走財物，若視為「竊」取，恐與一般人之法感相背。竊取之「竊」如「蟲之潛行」、「掘穴盜米」，行為是暗地、秘密進行。問題是，行為人應如何「秘密進行」？

實務認為是乘人不知之際而取之，如此見解可能會造成法律上漏洞。因為行為人在被害人目視、監錄或在第三者共睹下取走他人財物，若不能論以「竊取」，而視為「搶奪」，則無法解釋以下情形可以成立竊盜罪：行為人在賣場將架上物品藏放在大衣內，然已遭監視錄影或工作人員察覺，在未結帳而離開時遭逮捕；或行為人趁老闆入屋尋找貨品給其他客人選購，不顧第三者在場，逕自拿取攤位上的物品入袋離開。行為人「公然竊取」，學者肯定可以成立竊盜罪，是以，「公然」非竊取與搶奪之區別標準。綜合現行法規

¹¹ 最高法院 102 年度台上字第 3214 號。

¹² 張麗卿，新刑法探索，2006，頁 306。

定以及實務與學界之見解，竊取仍需秘密為之，只是此「秘密」限於行為人之「主觀秘密」，「主觀秘密」係指行為人取走他人動產時，在主觀上有不為被害人知的意思或認為自己的行為不為被害人知。至於客觀上係隱密的、被害人事實上知情或第三者共見共聞之下為之，則在所不問。故「公然竊盜」是指行為人的竊取行為在客觀上為被害人或第三者所知，主觀上卻以為秘密地對他人動產破壞舊的持有與建立新的持有。

在本案中，甲看見乙與丙在離機車不遠處談話，於是加快車速，瞬間取走乙的皮包。行為人是否為竊盜罪的「主觀秘密」竊取，應由外在行為與情境判斷。如果甲想在乙不知情下秘密取走皮包，依經驗法則應該是不動聲色地潛行，以避免驚動乙而影響取財。今甲見乙、丙談話，認為有機可乘，加快車速取走機車踏板上的皮包，如此行徑有可能引人側目，肯定甲在主觀上不在乎乙、丙是否看見，認為即使被發現，反正以迅雷不及掩耳的手段取走皮包，乙也來不及阻止，故甲的行為並非係含有「主觀秘密」的竊取。

二、甲的行為考慮成立刑法第 325 條第 1 項搶奪罪

（一）他人動產

對甲而言，皮包係他人動產。

（二）搶奪

甲必須有搶奪行為，其係指公然乘人不備而掠取之¹³。針對搶

¹³ 最高法院 64 年度台上字第 1165 號。

奪是否應「公然」為之？學者有持反對見解者，認為被害人行走於人群中，行為人在不特定人或多數人得以共見共聞的狀態下，公然掠取，固然成立本罪；惟如行為人與被害人獨處一室，雖無公然情狀，但仍可成立搶奪¹⁴。亦有學者指出，刑法以「公然」為情境要素者，如公然侮辱罪，係指公共場所、公眾得出入之場所、多數人或不特定之人隨時得以見聞之空間狀態。實務對搶奪罪所採用之公然奪取之「公然」，似以被害人是否知情為準，有違系統解釋之「一致性」要求¹⁵。

「公然」一詞雖是無所隱蔽的當眾公開行動，卻也有「無所顧忌」的意義，因此 A 在 B 屋內，見 B 頸上有條金項鍊，扯下項鍊後轉身往外逃跑，乃是明目張膽，行為人囂張行徑是搶奪的不法內涵為何高於竊盜，並處罰較重的理由。最能描述「搶奪」的特性是實務提出的「不掩形聲，急遽攫取」¹⁶，竊取含有「主觀秘密」，故「不掩形聲」是搶奪與竊盜之區別，行為人搶奪時不在乎被害人或他人眼光。縱使被人察覺，因為行為是在「急遽攫取」下為之，他人也莫可奈何，而「急遽攫取」可以是搶奪與強盜之區別，因為後者既已施以「不能抗拒」之強制，無須「急遽」。在本案中，皮包仍在乙的實力支配下，甲取走行為乃係破壞乙對皮包的持有關係，且建立新的持有關係。雖然甲沒有對乙施以身體上之不法腕力或身體接觸，但取得持有權的手段係公然為之，且由加快車速，利用瞬間掠取皮包的行為可得知，足證甲不在乎他人是否看見，顯然

14 林山田，刑法各罪論（上冊），2006，頁 372。

15 高金桂，竊盜或搶奪？，月旦法學教室，第 119 期，2012/9，頁 28。

16 臺灣高等法院 104 年度上訴字第 607 號。

是利用乙不及防備或阻止下取走財物，故為搶奪。甲具有搶奪故意與不法之所有意圖。違法性與罪責性皆成立。

參、結論

甲見乙與丙談話，認為有機可乘，加快機車速度，取走乙放置於機車踏板上之皮包，得手後即加速逃逸。乙對皮包僅是持有鬆弛，甲取走皮包，乃是中斷乙對皮包的持有，並為自己建立新的持有。只是甲並沒有以秘密方式取走乙的皮包，而是以不掩形聲、急遽攫取的手段為之，成立搶奪罪。

第四一題 恐嚇取財或詐欺？

甲打電話給乙女，告訴乙：「妳的小孩現在在我手中，若要平安回家，就須依指示匯入二十萬元，否則等著收屍。」乙在電話中聽到小孩喊：「媽媽，快來救我！」並且聽到小孩的哭聲，乙認為小孩在上學途中已遭歹徒綁架，唯恐小孩被撕票，於是依指示匯錢給甲，事後才知道上當，小孩仍平安在學校上課，問：甲成立何罪？

壹、問題爭點

恐嚇取財罪與詐欺罪的行為目的皆為取財或獲利，二罪方法不同，而有施以恐嚇或詐術之分。惟當行為人的行為同時具有恐嚇與詐術性質，且造成他人陷於錯誤與心生畏懼時，應如何區別二罪？

貳、案例分析

一、甲促成乙交付二十萬元，可能成立刑法第 346 條第 1 項恐嚇取財罪。

（一）恐嚇行為

甲必須實施恐嚇行為，恐嚇是指以強暴、脅迫或其他不法手段

施加於被害人，使其心生恐懼而受其強制，但尚未達於不能抗拒的程度¹。實務見解認為「恐嚇行為不以將來之惡害通知為限，即以強暴、脅迫為手段，而被害人未達於不能抗拒程度者，亦屬之²。」不同見解認為，恐嚇限於將來的加害通知，當惡害將來發生，在惡害發生前，被害人尚有斟酌抗拒的空間，意思決定的自由尚未被排除；反之，被害人面對當前的惡害，當下不屈從，將立即遭受危難，因無選擇的自由，才有不能抗拒的狀況，遂認為實務見解乃是錯把既、未遂的判斷標準誤認為決定構成要件的標準³。強暴是指透過當前的惡害對被害人加以強制，其不一定要針對個人，只要是施以目前的惡害即可。脅迫是指施以敏感的、未來可預見的惡害，其足以影響被害人，而且理性的第三者處於被害人同樣情形下，也會如被害人一樣依照行為人之要求。只是行為人使用強暴或脅迫等方法，必須事實上造成被害人心生恐懼，但不能令被害人達於不能抗拒之程度，否則成立強盜罪⁴。在本例中，乙誤以為甲是綁架者，而認為小孩是否平安回來由甲決定，故甲的告知對乙而言，乃是對其生活領域的一種嚴重侵害。乙擔心小孩的安危，若不付款，甲不會放人，在此情形下，乙的意思決定與意思活動受其影響，所以是一種未來的、敏感的惡害，屬脅迫。又因為在乙決定前，甲尚不至於危害小孩，乙對此種敏感惡害仍有自由決定的空間，即乙可以決定是否依照甲指示匯二十萬元，或虛與委蛇，討價還價或先報警處理等，因此，甲令乙心生恐懼的脅迫尚未達於不能

1 林山田，刑法各罪論（上冊），2006，頁500。

2 最高法院80年度第4次刑事庭會議決議；最高法院83年度台上字第6976號。

3 盧映潔，刑法分則新論，2015，頁757。

4 最高法院98年度台上字第7676號。

抗拒之程度。

（二）處分財產

行為人施行恐嚇後，是否須有處分財產，方成立恐嚇取財罪？有主張交付與財產處分意義不同，財產處分除交付外，尚包含拋棄及登記等在內，若使人拋棄財物，並非交付一定財物，因此，恐嚇取財罪只要使被恐嚇者交付一定財物或使人得利行為即成立，不以處分財產為要件⁵。有主張被恐嚇者因心生畏懼，進而處分財產，其係指凡足以使被恐嚇者交付本人或第三人之財產，減低其經濟價值之一切法律行為或事實行為⁶。由法條規定「交付」的意義而言，以後者見解較合理，只是「交付」似乎僅限於積極的作為，而不包括被害人消極不作為或忍受行為人取走財物的行為，惟後者也是一種處分財產，被害人在心生畏懼下消極不作為或忍受，也會導致財產損失。

在本案中有疑義的是，甲同時使用詐術，令乙陷於錯誤，而認為自己的小孩在甲手中，乙因為害怕小孩安危，而匯二十萬元給甲，此種處分財產是否也成立刑法第 339 條第 1 項詐欺罪？甲使用詐術不僅令乙陷於錯誤，同時也令乙心生恐懼，因此，有必要進一步討論的是，乙的處分財產係詐欺罪中受騙後的行為或是恐嚇取財罪中恐嚇後的行為？實務見解認為，「以恐嚇使人將物交付，有時固亦含有詐欺性質，但與詐欺罪之區別，則在有無施用威嚇，使人心生畏懼之情形為斷。又恐嚇罪質，非不含有詐欺性，其與詐欺罪之區別，係在行為人對於被害人所用之手段，僅使其陷於錯誤者，

5 甘添貴，體系刑法各論，第二卷，2000，頁 296、399。

6 林山田，同註 1，頁 506。

為詐欺，使發生畏懼心者，為恐嚇⁷。」恐嚇取財罪與詐欺罪之區別「在於前者係施用使人心生畏怖之恐嚇手段，致被害人心生畏懼，明知不應交付財物而交付，後者則係施用詐術手段，使人陷於錯誤，誤信為應交付財物而交付」，恐嚇手段以虛假之事實為內容，足使人心生畏懼時，自應僅論以高度之恐嚇取財罪，殊無再適用詐欺取財罪之餘地⁸。

恐嚇取財罪與詐欺罪的犯罪結構類似，皆是行為人透過對受害者意思上的影響，而使其為財產處分，以獲得財物或財產上之不法利益，同屬於自我損害的犯罪類型。只是恐嚇取財罪之行為人為了達成不法所有之目的使用恐嚇的方法，被恐嚇者的處分財產不僅係一種被害者的反應，也是聯結恐嚇行為與財產損失的要件。詐欺罪的行為人係施行詐術以達不法所有之目的，處分財產是聯結錯誤與財產損失的要件，不管係恐嚇取財罪或詐欺罪，二者行為人之財產處分必須係在認知下而為。誠如上述實務見解，恐嚇取財罪是被害人明知不應交付財物而交付。

問題是，在何種條件下才係認知下的財產處分？又恐嚇取財罪與詐欺罪在認知下的處分財產有何不同？我國實務界認為行為人威嚇程度不足以壓抑被害人之意思自由，被害人並非不能抗拒，或未達於不能抗拒之程度，使交付財物與否儘有自由斟酌之餘地者，成立恐嚇取財罪⁹。學界有主張，恐嚇罪之被恐嚇者的交付必須係出於己意或自由意思的共同行為，對被恐嚇者而言，在忍受惡害（保

7 臺灣高等法院臺中分院 95 年度上易字第 1411 號。

8 臺灣高等法院 105 年度上易字第 38 號。

9 最高法院 79 年度台上字第 5023 號。

護財產或財產上利益)與財產損失之間有選擇的可能性,即使最後選擇交付財物也係出於自己的決定¹⁰。亦有主張,被恐嚇者在主觀上必須具有配合行為人行為之認知,若被恐嚇者認知自己的配合會造成財產不利,仍為財產處分,即屬於恐嚇取財罪之範圍,因此,被恐嚇者知道自己的處分財產係一種具有「犧牲」性質的配合行為¹¹。另有認為對恐嚇取財罪而言,被害人處分財產雖出於自願,但畢竟是恐嚇下所造成的強制影響,其與詐欺罪不同,故只有當被恐嚇者仍擁有行為選擇權或配合被害人屬必要時,其交付財產才是自己的決定¹²。相反地,詐欺罪之處分財產雖然也係一種出於己意或自由意思的行為,但被騙者在處分財產時,並不認為自己係「犧牲者」,而係一種心甘情願的處分財產,被騙的人認知自己係犧牲者時,反而係在處分財產而有財產損失以後了。在本案中,乙交付二十萬元是甲使用詐術令乙產生錯誤與心生畏懼,故是一種含有詐欺性質的恐嚇,當乙在處分二十萬元財產時,知道自己若配合甲的指示,將會造成財產損失,但考慮小孩的安危,出於己意選擇財產損失,亦即乙處分二十萬元時即有「犧牲」的認知,故屬於恐嚇取財罪之處分財產,而非詐欺罪的心甘情願地處分財產。實務亦曾指出,被害人遭人恫稱將對其小孩不利等語,客觀上顯係以加害他人親友生命、身體、自由之事,致他人心生畏懼而匯款,嗣因發覺有異,與其子聯繫後,始知受騙。行為人應係成立恐嚇取財罪,而非詐欺取財罪¹³。

10 Krey/Hellmann, Strafrecht BT, Band 2 Vermoegensdelikte, 1972/2002, Rn. 314.

11 Lackner, StGB 1995, § 253, Rn. 3.

12 Wessels/Beulke, Strafrecht BT 2, 2012, Rn. 714.

13 臺灣高等法院高雄分院 96 年度上易字第 940 號。

(三) 財產損失

被害人交付財物後是否應有財產上之損失？有主張財產損害並非係恐嚇取財罪之構成要件結果，財產損害僅係法益侵害之程度問題¹⁴。雖然恐嚇取財罪與詐欺罪一樣，並沒有規定行為必須造成被害人有財產上之損失結果，但刑法任務是保護他人法益，屬於財產犯罪的恐嚇取財罪（可稱為強制性的財產犯罪）應以被害人發生財產上之實害結果為要件，因為被害人交付財物不一定會產生財產損失，若財產法益並沒有遭受侵害，刑法則沒有介入保護的必要。更何況，以財產損失限縮適用範圍，也不違背罪刑法定原則，因此，較合理的見解應係行為人使用恐嚇造成被恐嚇者的財產或他人有不利之結果，二者之間具有因果關係。被恐嚇者與財產處分者必須同一人，但被恐嚇者與財產受損害者卻不一定是同一人，前提係被恐嚇者與財產損失者之間須具有特定關係，且受恐嚇者事實上可以處分財產所有者的財產，而行為人施行恐嚇足令財產處分者心生畏懼，至於所交付者係本人或第三人之財物皆可。又財產損失之認定標準是，只要被害人之財產狀況在行為後比行為前短少或不利即可，而且財產損失與財產取得應具有對等關係，至此，恐嚇取財罪與詐欺罪皆具備相同的要件。在本案中，甲告知乙交付二十萬元才會放人，乙在法律上並沒有義務支付，故交付二十萬元是一種財產損失，甲也因而獲得不法利益，二者之間具有對等關係。

(四) 恐嚇故意與不法之所有意圖

甲知道小孩根本不在其手中，卻利用小孩哭喊救命的聲音，對

¹⁴ 甘添貴，同註5，頁298、400。

乙施以恐嚇，也認識以此種方法足以令乙心生恐懼，以獲取不法之財物或利益，故甲具有恐嚇取財的故意，且對於二十萬元也具有不法之所有意圖，行為不具有阻卻違法事由。

（五）方法與目的之違法性關聯

恐嚇取財罪應與強制罪一樣，使用的強制方法與想達到的目的之間具有實質違法性關聯，亦即具有可非難性¹⁵。其情形只要是，強制方法或所要達到的目的之間，其中一個具有可非難性，即肯定二者之間具有違法性關聯；或強制方法與獲利間的聯結是法律規範所不允許者，也具有違法性關聯。在本案中，因為甲對乙並沒有二十萬元的請求權，而甲以釋放小孩為要脅，乃是規範與社會倫理所不允許，故方法與目的之間具有違法性關聯，罪責性也存在。

二、甲另外成立強制罪，其與恐嚇取財罪之間具有法律競合之特別關係，論以後者即已足。

參、結論

甲對乙佯稱小孩在其手中，並利用小孩哭喊救命的聲音，讓乙信以為真，不僅陷於錯誤且心生畏懼，唯恐小孩被撕票，遂依指示匯錢給甲，事後才知受騙，乙匯款非出於心甘情願，而是認知損害下的財產處分，成立刑法第 346 條第 1 項恐嚇取財罪。

¹⁵ 林山田，同註 1，頁 503。

第四二題 搶奪或詐欺

甲進入乙開設的通訊行內，向乙表示要購買 NOKIA 8850 廠牌手機乙支，乙由玻璃櫃內拿出此廠牌的手機交給甲，甲身上未帶錢，並問一支多少錢，乙告訴甲一支一萬三千五百元，甲將手機拿著，並打電話叫其妻丙騎機車來，等不知情的丙前來時，甲告知乙要馬上去領款交付，即與丙騎車離開現場，之後，就沒有再回來，問：甲成立何罪？

壹、問題爭點

乙在櫃台親手將手機交給甲觀看，此行為是否係一種財產轉移的處分？又甲聲稱馬上去領款交付，乙則在無反對下任甲攜手機外出，此行為是否係一種財產轉移的處分？區別詐欺罪與搶奪罪之重點何在？詐欺罪的要件之一係「使人將物交付」，此財產處分應具備何種要件？

貳、案例分析

一、甲取走手機是否成立刑法第 325 條第 1 項搶奪罪？

搶奪罪之客體必須係他人的動產，在本案中，手機對甲而言係

他人之動產。有爭議的是，甲拿走手機的行為是否為搶奪？搶奪是行為人不掩形聲，急遽掠取他人財物。有主張，甲佯稱欲購買手機，俟乙取出手機後，佯裝試用，乘人未防備之際取手機外出，並由不知情的丙騎機車接走，因此，甲係以未經被害人同意之手法，取走手機，外觀似詐欺型態，其實係趁人未及防備之際，強行取走手機，成立搶奪罪。最高法院則認為，甲取得手機顯係施用詐術而取得，非施以不法腕力搶得¹。

毫無爭議的是，當乙應甲要求，拿手機交給甲看時，此動作並非係財產權的轉讓，而是持有鬆弛，故此時乙的手機對甲而言，仍屬於他人之動產。當甲表示身上現金不夠，打電話叫丙來，並告知乙馬上去領款交付時，乙並沒有立即開口表示反對或以行動加以阻止，反而任由甲拿手機走出門外，令甲與丙在毫無阻礙下共乘機車離開，因此，當甲拿著手機，聲稱出去領款而走出門外時，乙當時的反應有可能係一種阻卻構成要件的同意，其係指行為人認知自己於事實上將喪失財物的持有下，任由他人中斷自己對財物的持有支配。阻卻構成要件的同意只要係一種自然的、事實上的意思即可，即使經由詐騙也是一種有效的同意。唯有當被害人處於強迫下，不得不讓行為人取走財物時，才否定同意的存在。刑法考量被害人未遭受任何強制而同意喪失財物，同意卻有瑕疵時，實有必要另定詐欺罪以保護在瑕疵同意下的財產損失。在本案中，乙看見且不反對甲拿著手機往外走出，在未有任何動作下令甲與丙共乘機車離開，此時肯定乙同意喪失對手機的持有支配，即使乙認為甲馬上領完錢後，會再回來交款才同意甲先拿走手機，也不影響同意的事實。由

¹ 最高法院 91 年度台上字 4669 號。

於甲根本沒有使用任何強制方法或公然乘乙不備而掠取手機，而是佯稱他將馬上領款交付，令乙同意將手機轉交給甲，因此，並非係一種搶奪。

二、甲是否成立刑法第 339 條第 1 項詐欺罪？

（一）詐術

詐欺罪之要件係行為人必須先施行詐術²，詐術係指與事實背離，而足以影響他人認知的行為，且目的限於為了騙取他人財物或利益的一種影響。例如 A 拾獲他人遺落在地的皮夾，並出聲詢問有無失主，B 聽見後向 A 謊稱皮夾為其遺落，使 B 信以為真而將皮夾及其內財物交付 B，因 B 非失主，其對 A 主張是其遺落，主張與事實不符，且足以影響 A 的認知，又 B 的目的在於取得他人財物，肯定是一種詐術。在本案中，甲佯稱與丙馬上領款交付，但事實上甲並沒有打算領款回來交付，反而逃之夭夭，故甲對乙施以詐術。

（二）陷於錯誤

被害人必須因行為人的詐術而產生錯誤，故有謂錯誤是詐術的「倒影」。通說認為，當被騙者對施以詐術者的事實主張有所懷疑時，若不正確的可能比較低，亦即認為有可能是真的，即為詐欺罪的「錯誤」³。在本案中，甲佯稱馬上領款交付，令乙信以為真，縱使乙半信半疑，但只要認為有可能是真的，甲的詐術也是令乙陷於錯誤。今乙當場對甲攜帶手機外出，甚至甲與丙騎車離開也沒有進一步反對或阻止，足見乙至少相信甲是去領款，之後會回來交付

2 參閱林山田，刑法各罪論（上冊），2006，頁 452 以下。

3 Fischer, Strafgesetzbuch, 2013, § 263, Rn. 53.

款項，故乙因甲之詐術而陷於錯誤。

(三) 處分財產

行為人必須以詐術而「使人將本人或第三人之物交付」。在本案中，乙同意甲先拿走手機，是否係因甲以詐術令乙陷於錯誤，而造成乙交付財物呢？在此的交付財物應是一種財產上的處分，其係指任何一種積極作為或消極的不作為，而此作為或不作為直接造成財產上的損失，即行為人不必再做其他違法行為，即可導致處分者或第三者的財產有所損失者皆是。財產處分只要係任何一種對財產事實上的影響即可，不以意思表示為必要⁴，而處分財產正是詐欺罪與搶奪罪區分的關鍵要件。詐欺罪與搶奪罪之間具有互相排斥關係，理由係前者為一種自我損害的犯罪類型，後者則係他人損害的犯罪類型。詐欺罪雖係自我損害，但並不同於被害人必須親自交付財物；反之，他人損害的搶奪罪也並不同於行為人必須自行拿走財物；換言之，被害人自行交付財物，而此交付僅係持有的鬆弛而已，行為人仍有可能成立搶奪。例如 A 向店員 B 稱要購買行動電話乙支（或金手鍊），適 B 將行動電話乙支（或金手鍊）交予 A 在店內櫃檯前把看，A 利用 B 站在店內櫃檯後方而不及防備之際，突然轉身迅速逃逸，成立搶奪罪⁵。而行為人在被害人同意下自行取財，也可能成立詐欺，例如 A 以假鈔向店家 B 購買架上商品，商品是由行為人自行取走，因此，這二種犯罪類型不能由誰交付或取走的外在現象加以分別，故有必要對詐欺罪之財產處分進一

4 林山田，同註 2，頁 456；Schoenke/Schroeder, Strafgesetzbuch, 2006, § 263, Rn. 55.

5 實務採之，例如臺灣高等法院 93 年度上訴字 3644 號；臺灣高等法院 93 年度上訴字 352 號。

步說明。

1. 直接性

詐欺罪之財產處分是任何一種由行為人與被害人共同產生作用的行為，但此作用不能僅造成持有的鬆弛而已，而必須係一種直接造成持有的喪失⁶。行為人施詐術而令被害人親自將財物交給行為人，若被害人的交付只是短暫地對財物持有的鬆弛，行為人此時為了完全排除被害人之持有支配，就必須透過進一步的任意行為才能實現時，則被害人之交付行為與喪失持有之間欠缺直接關聯性，被害人原先之持有鬆弛所造成的危險僅增加搶奪機率的風險而已，因此不足以成立詐欺，而係搶奪。再者，如果行為人施以詐術，因而造成被害人對財物持有的鬆弛，此鬆弛雖然製造行為人剝奪被害人持有的機率升高，被害人因持有鬆弛所形成的財產危險倘若也視為詐欺罪中的財產損失要素，詐欺罪與搶奪罪之間應有的排他關係將不存在。

2. 處分認知

成立財物詐欺的前提係行為人必須於處分財物時具有處分認知，被害人的處分認知即同意財物持有的轉移，此要素是詐欺罪與竊盜罪的區別關鍵。因為當被害人同意財產轉移時，行為人即非在主觀秘密下所進行的「竊取」。對詐欺罪而言，之所以要求處分認知的理由是：被害人基於行為人之詐術而陷於錯誤，進一步處分財產時，若對於自己處分財物的行為根本不知道，而沒有防止或阻止持有的移轉時，就不是一種自我損害的犯罪，而且也不是一種持有移轉的同意。因此，被害人處分財產時應認知其行為並非僅造成持

6 Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT/2, 2008, Rn. 624；林山田，同註2，頁457。

有的鬆弛而已，而係認知自己將完全喪失對此財物的持有，且也同意對此財物持有的喪失⁷。

3. 自由意思

對詐欺罪而言，持有轉換的同意必須出於被害人的自由意思，且出自內心的自由意思不能具有強制性質，否則，行為人即使施用詐術，被害人若質疑行為人行為之合法性時，其處分財產並非出自完全的自由意思，而是受到壓迫，考慮成立（詐術）恐嚇取財罪，如果被害人心理未產生畏懼，而是不得不交出，則考慮強制罪。因為於恐嚇取財罪中，被恐嚇者在忍受惡害與財產損失之間一樣有選擇的餘地，即使最後選擇交付財物係出於自己的決定，但被恐嚇者認知自己的配合會造成財產上的不利，其處分財產係一種具有犧牲性質的配合行為，而非出自完全的自由意思。例如 A 以網路聊天主動向 B 搭訕，並暗示可從事性交易，待約定見面時卻避不見面，此時 B 卻接到電話，A 要求 B 去自動提款機操作，理由是因為色情交易，怕遇到警方查緝，所以要在見面前先確認不是警察身分才能見面，B 基於好奇心按照電話指示一再操作自動提款機，A 稱因為操作錯誤造成系統損壞，要求賠償，否則會派幫派分子到他家附近徘徊，B 因心生畏懼依指示付錢，成立恐嚇取財罪。

在本案中，乙聽信甲所言，同意甲先拿走手機，此時乙對手機並非係持有的鬆弛而已，而係完全的喪失，因為乙並沒有阻止，而係願意讓甲領款後再回來付款，故其同意甲拿走即具有持有轉讓的意思，而乙之所以如此處分手機，係相信甲馬上領款後會回來交付款項，因此，乙同意甲拿走手機係一種有認知的、出於自由意思的

⁷ Wessels/Hillenkamp, aaO., Rn. 517, 635.

財產處分。

（四）財產損失

由於甲拿走手機後 就沒有再回來付款，乙沒有得到其對於手機應得的價金，故乙有財產上的損失。

（五）故意與意圖

行為人必須具有詐欺故意，實務指出，每個人償債能力，常因收入減少而受影響，在債務不履行之情形，債務人是否有詐欺之故意及施用詐術，應以行為時為判斷之時點。如行為人初無詐欺之故意及使用詐術，嗣因情事變更或其他因素，導致無法履約，屬民事之紛爭，不能即謂其具有詐欺之犯意⁸。在本案中，甲先藉口買手機，佯稱與丙馬上去領款後再回來付款，最後一去不回頭，肯定甲施以詐術時，具有令乙陷於錯誤，進而令乙處分財產，造成財產損失，甲對手機也具有不法所有意圖，違法性與罪責性皆成立。

參、結論

甲佯稱買手機，讓乙將手機交給甲，此時乙的手機僅是持有鬆弛。當甲聲稱身上未帶錢，並打電話叫丙騎機車來，讓乙相信甲會馬上領款並回來交付款項，乃是使用詐術令乙陷於錯誤，同意甲先取走手機再交錢，甲最後一去不復返，造成乙有財產損失，甲成立刑法第 339 條第 1 項詐欺罪。

⁸ 臺灣高等法院 105 年度上易字第 269 號。

第四三題 強盜罪之既遂與未遂的區別

甲趁乙女坐進駕駛座正準備開車之際，迅速自小客車左後車門進入車內，以小開山刀由駕駛座後方抵住乙的脖子，左手則搶乙右肩上的皮包，因皮包內有巨款，乙便與甲互相拉扯，乙邊拉邊跑下車喊搶劫。二人在車內互拉皮包，甲扯過來皮包的同時也造成鐵鍊斷掉，皮包掉落在後車座上，部分東西並掉出來。當乙下車喊搶劫時，大樓管理員見狀猛吹哨子，甲因驚慌而未及取走掉落在後座上的皮包，於匆忙中打開車門下車逃逸。問：甲成立何罪？

壹、問題爭點

甲在車內持刀架住乙的脖子，並拉扯乙肩上的皮包，乙雖然有反抗並喊搶劫，甲的行為應成立搶奪罪、恐嚇取財罪或強盜罪？有疑義的是，當甲將皮包拉扯過來，同時因皮包鐵鍊斷掉，導致皮包掉落在車後座，甲因驚慌未及撿取皮包，此時是否已達於犯罪之既遂？取得罪之既、未遂應如何判斷？此問題的爭點是，於何種情形下肯定財產犯罪的持有轉移。

貳、案例分析

一、甲是否成立刑法第 330 條加重強盜罪之既遂犯？

(一) 加重強盜罪之行為

加重強盜罪係指犯強盜罪而有第 321 條第 1 項各款情形之一者，強盜罪係以至使不能抗拒的強暴、脅迫、藥劑、催眠術或他法，而取他人之物或使其交付。實務認為，「強盜罪之強暴、脅迫，祇須抑壓被害人之抗拒或使被害人身體上、精神上，處於不能抗拒之狀態為已足，其暴力縱未與被害人身體接觸，仍不能不謂有強暴、脅迫行為¹。」又「強盜罪所施用之強暴、脅迫手段，祇須足以壓抑被害人之抗拒，使其喪失意志自由為已足，縱令被害人實際無抗拒行為，仍於強盜罪之成立，不生影響；恐嚇取財與強盜罪，二者就其同具有不法取財之意思，及使人交付財物而言，固無異趣，但就被害人是否喪失意志自由，不能抗拒言之，前者被害人尚有意志自由，後者被害人之意志自由已被壓制，達於不能抗拒之程度，故恐嚇取財罪，其恐嚇行為雖不以將來之惡害通知為限，即以目前之危害相加，亦屬之。但必其強暴、脅迫手段，尚未使被害人達於不能抗拒之程度始可，如其強暴、脅迫行為，已使被害人喪失意志自由，達於不能抗拒之程度，即應構成強盜罪，而非恐嚇取財罪。而是否達於『不能抗拒』之程度，應以通常人之心理狀態為準。如行為人所實行之不法手段足以抑制通常人之抗拒，使之喪失自由意志，即與之意義相當，反之則否²。」

¹ 最高法院 105 年度台上字第 352 號。

² 最高法院 104 年度台上字第 2173 號。

學者主張，強盜係使用強暴或脅迫的方法達於至使不能抗拒的程度，搶奪則係乘人不備，公然使用不法腕力掠取，但未達不能抗拒的程度。而恐嚇罪係使被害人在遭受強制尚未達於完全排除其參與（配合）犯罪的程度下，進而交付財物；反之，被害人若完全不具有是否配合犯罪的考量空間者，則係強盜。至於被害人是否能抗拒，原則上參酌一般人所能抗拒的程度，並就被害人與行為人人數、年齡、性別、性格、體能、犯罪時間、場所、兇器有無與種類、使用的方法與被害人主觀上對犯罪行為之反應為綜合判斷³。

在本案中，當甲拿小開山刀架在乙脖子上，要脅不要動，同時又拉扯其肩上皮包，乙還有機會與甲拉扯，並扯至皮包帶斷掉，可見乙不是不及抗拒，甲非使用急遽掠取財物的手段，非搶奪行為。甲持刀由後架在乙脖子上，乙明顯身處劣勢，壓制行為又發生在狹隘的汽車內，行動遭受限制，在如此客觀情形下，乙生命或身體健康受到傷害的可能性比在車外發生的機率增高，小開山刀屬兇器，故為加重強盜行為。

（二）行為是否達於加重強盜罪之既遂？

有疑義的是，當乙下車之際，肩上的皮包遭甲扯走，而甲扯過皮包的同時也造成皮包鐵鍊斷掉，並掉落在後車座上，在心慌下未及拾起掉落的皮包而逃離，甲的行為是否為既遂？

最高法院認為⁴，甲已搶得乙的皮包，顯然已將皮包置於自己實力支配之下，而達既遂階段。雖因乙逃出車外，高喊搶劫，甲驚慌逃逸之際，又將皮包掉落車內，不及取走贓物，仍不影響甲已成

3 林山田，刑法各罪論（上冊），2006，頁376以下。

4 最高法院92年度台上字第6259號。

立加重強盜罪之既遂犯。對強盜既遂與未遂的區別，學者認為以是否已交付於行為人實力支配之下，或財產上的不法利益已否為行為人或第三人所支配為標準⁵。或謂行為之實行果真實現法律所不允許的結果時，該行為即為既遂，而如未生此結果時，則行為仍是具有不法，僅是未遂而已。是以行為既、未遂之觀察，應是建立在行為與結果的關係上，因而行為形式的判斷，乃成為決定著手、既遂與未遂之重要機制⁶。

行為係評價構成要件該當性與否的核心，屬構成要件要素之一，對於結果犯而言，結果是行為實現的終局目的，犯罪結果未實現，既遂構成要件不該當，因而成立的未遂犯是基於事實原因。強盜罪有如竊盜罪或搶奪罪一樣，屬取得罪，不是使用強暴或脅迫後為既遂，而是以取得持有為準，故本罪也是結果犯。取得罪之既遂係指中斷原持有人對物的持有支配，且須將物移入自己的實力支配下，簡言之，中斷他人持有與建立新的持有。何謂持有？一說認為係指人與物之間的事實支配關係，且持有人須具有自然的支配意思，此二項要素是否存在，依日常生活上的自然觀點判斷。此認定無關法律上是否「應該」持有的問題，而是事實上「能否」處理的問題。反對見解認為，這種以個案情況而定的觀點將造成法律的不確定性，故主張所謂的「社會—規範觀點」，認為支配關係是在社會規範觀點下，判斷物是否歸屬於個人的支配範圍內。依通說見解，「持有」係指具有自然支配意思下的對動產事實支配，至於自

5 林山田，刑法各罪論（上冊），2006，頁384；甘添貴，體系刑法各論，第二卷，2000，頁142。

6 柯耀程，財產犯罪之構成要件形成——以強盜罪構成要件為例，月旦法學雜誌，第163期，2008/12，頁13、14。

然支配意思的範圍則依人際往來觀點而定⁷。

1. 中斷他人（或舊）的持有

取得罪是否既遂應先判斷行為人是否中斷他人持有支配，此由被害人立場而言，係指違背原持有人之意思或至少未徵得其同意下，排除其對物事實上的支配權，此要素是侵占罪所無⁸。在本案中，當甲持刀搶奪皮包時，乙立即反抗，且與甲邊拉扯邊下車，在下車之際皮包遭甲拉扯過去，而沒有隨乙一起拉出車外，因為皮包掉落在甲身邊的車座上，甲唾手可得，已下車的乙此時唯有以積極干預的方式，例如衝進後車座再撿起來，才能回復其對皮包的持有支配，故可以肯定甲已中斷乙對其皮包事實上的持有支配。

2. 建立自己或第三人（或新）的持有

行為導致取得罪的既遂，必須由行為人的立場判斷是否已經建立新的持有，但僅是對物的接觸尚非係建立新的持有。不管採事實觀點或社會—規範觀點，皆不以行為人移走該物為必要，因為取得的概念不以行為人永久且確定持有為前提，關鍵點在於依人際往來觀點，行為人已排除原持有人對此物的自由處分權，而行為人能毫無阻礙地行使支配權⁹。

在本案中，甲是否為自己建立對皮包的持有？依事實觀點，持有的支配係指持有人在沒有任何重大阻撓下，能隨心所欲地影響或不再有任何威脅危險下可以移走他人之物，持有人不需要為了持有而有所作為以排除障礙，後者的作為對物的影響無關「持有」的建

⁷ Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT 2, 2012, Rn. 82.

⁸ Schoenke/Schroeder, Strafgesetzbuch, 2010, § 242, Rn. 35.

⁹ Schoenke/Schroeder, aaO., Rn. 37.

立與否，因為行使支配權係建立持有後的「如何處理」問題¹⁰。當乙下車喊搶劫，驚動管理員猛吹哨子，造成甲心慌而不敢撿皮包，惟皮包搶過來的瞬間，同時也掉落在車後座上，因此，甲係在為自己建立該皮包持有的過程中，來不及實現持有而放棄。此時甲尚未能隨心所欲地影響或不再有任何威脅危險下可以取走皮包，因為要建立對皮包的持有，仍需要冒著當場被逮捕的風險，並積極地注入能量以撿取皮包。甲此時得費時又費力地才能取走皮包，最後選擇放棄撿取皮包而先逃離現場，其將皮包扯過來的行為應只是為自己建立對該皮包持有的可能機會而已，尚未完全建立對皮包的持有支配，畢竟皮包最後掉落且遺留在乙可支配的汽車內，甲不成立加重強盜罪的既遂犯。

二、甲考慮成立第 330 條第 2 項與第 25 條加重強盜未遂罪

甲未能取得對皮包的持有，加重強盜罪之結果未發生，本罪有處罰未遂犯。甲基於加重強盜故意與不法所有之意圖持刀架住乙脖子，且拉扯乙的皮包，肯定已著手於加重強盜罪之犯罪實行。違法性與罪責性皆成立，甲成立加重強盜罪之未遂犯。又甲之未遂行為係一種未了未遂，只是因驚慌擔心遭逮捕而未撿取皮包，其中止行為並非出於己意，甲不成立刑法第 27 條第 1 項的中止犯。

參、結論

甲在車內持小開山刀架住乙的脖子，並拉扯乙肩上的皮包，拉扯同時也造成鐵鍊斷掉，皮包掉落在後車座上，在驚慌下未撿拾皮

¹⁰ Schoenke/Schroeder, aaO., Rn. 38.

包匆忙下車逃離，實務論以加重強盜既遂罪。較合理見解是，甲雖然破壞乙對皮包的持有，卻來不及為自己建立新的持有，終未能實現持有的轉移，成立加重強盜未遂罪。

第四四題 強盜罪之方法—目的關聯性

甲認識古董收藏家 A，甲自稱可以仲介買賣古物，A 大方讓甲到家中替古物建檔，甲卻覬覦 A 市值兩億元的古董。某日，甲找乙策劃對 A 假綁架真劫財，雙方約由乙提供作案之人手，並負責銷贓，其他作案細節由甲負責指揮、處理，銷贓變賣所得各分得二分之一。乙邀集丙、丁、戊、己與誤以為要幫忙搬家的不知情 B、C 加入。首先，由甲、丙、丁三人以金屬製之扳手先竊取 D、E、F 所屬的汽車車牌各 2 面，甲吩咐戊先替小貨車以雙面膠換上偷來的車牌，此時 B、C 察覺有異，執意退出。乙於是另找庚加入，由甲將具殺傷力改造手槍分別交給丙、丁，甲開車載丙、丁、庚至某路口，趁 A 夫婦二人開車外出時，半途攔截其車，由丁、庚將二人押上 A 的小客車後座，以繩索綑綁、口罩遮眼，丙則坐上駕駛座。丁在車上強取 A 皮包後下車，將 A 的住家鑰匙交給甲，並搭乘甲所駕駛之小客車前往 A 住處，以鑰匙開啟後侵入其內，將屋內價值近二億元之古董、玉器等古物 3 百餘件取走。甲以電話聯絡在停車場等候的戊、己，要求其開車前往 A 住處，將得手之古物搬至己所駕駛之小貨車上，並交由乙保管、處置，丙

則接獲甲的通報，由庚在車後座看管 A 夫婦，丙刻意繞偏遠山區兩個多小時後，以爭取甲等人搜刮財物之時間。事成後，丙將 A 夫婦在某產業道路放下，恫嚇不准報警，當 A 正慶幸歷劫歸來，返家卻驚覺上百件貴重骨董遭入侵取走，問：甲、乙、丙、丁、戊、己、庚的刑責為何？

壹、問題爭點

甲、乙計畫取走 A 住宅內的古物，甲等人先綑綁 A，卻在 A 不知情下入侵並取走古物，先後行為是否能成立加重強盜罪？強盜罪屬雙行為犯，強盜方法與目的之間應具備何種關係，方足以滿足強盜罪的高度不法內涵？各階段的參與者應如何評價？判斷標準為何？

貳、案例分析

一、甲、丙、丁、庚是否成立刑法第 330 條與第 28 條加重強盜罪的共同正犯？

強盜罪是使用強暴或脅迫等方法，至被害人不能抗拒而取他人財物或使其交付，且強制方法與取財之間應具有關聯性。強暴是透過對被害人身體的影響而達到壓抑的效果，甲開車載丙、丁、庚至某路口攔截 A 夫婦的小客車，由持槍的丁、庚將二人押上 A 的小客車後座，以繩索綑綁、口罩遮眼，丙則坐上駕駛座。四人乃是基

於共同犯意聯絡，分工合作壓抑 A 夫婦的意思決定與行動自由，屬於強暴且達於不能抗拒的程度。隨後，丁在車上強取 A 的皮包後下車，將 A 的住家鑰匙交給甲，並搭乘甲所駕駛之小客車前往 A 住處，以鑰匙開啟後侵入其內，將屋內價值近二億元之古董、玉器等古物 3 百餘件取走。有疑義的是，甲等四人並非在強暴後立即取財，因為鑰匙並非是甲等人強暴的最終目的，鑰匙毋寧是侵入 A 宅取古董的方法而已，因此，甲等人的剝奪行動自由與古董之間的時間與空間關聯性並不緊密，是否肯定強暴與取財之間具有方法—目的關聯？學界對於強盜罪的方法—目的關聯有如下不同的見解：

（一）因果關係

1. 主觀—目的關聯說

論者認為，強盜罪之強制方法與取財獲利目的之間只要具有主觀—目的關聯，即可成立強盜既遂罪，亦即行為人主觀上認為其使用的方法足以壓抑或排除財物持有者的抗拒，且事實上也使用此方法，肯定行為非價。行為人即使有錯誤認識，而使強制方法與目的之間在客觀上毫無因果關係，欠缺（中間）結果非價，仍論以強盜既遂罪。理由是，行為人在主觀上想藉由（令被害人不能抗拒的）強制方法，以達取財獲利目的，既然在客觀上也使用此方法，不能因方法與結果間欠缺客觀因果關係，而否定此行為已實現強盜罪本來就具有較高之不法與罪責內涵。其次，強盜罪的行為人不僅漠視被害人的財產權或財產上之利益，其藉以阻止或避免被害人抗拒而施用的強制方法，同時嚴重侵害被害人的人身自由。例如行為人不知被害人係眼盲之人，由背後以手槍予以威脅，吆喝其交出財物，

被害人心想與其盲目抵抗，不如順從交出財物，只不過被害人並不知手槍的存在，行為人逼其交付財物，成立強盜既遂罪。此外，實務上要證明強制方法與取財獲利目的之間是否具有客觀因果關係，顯然有困難。因此，基於刑事政策考量，論者主張主觀一目的關聯說符合強盜罪的本質¹

2. 客觀因果關係說

不同見解者認為，不能因為強制方法與取財獲利目的之間的證明問題，就放棄二者應有的方法與目的間之客觀因果關係，二者之間的客觀因果關係即使有證明上的困難，這也不是立法者的職責，更何況，此理由並非是解釋法條。由於強制方法與取財獲利目的之間的關聯正是強盜罪不法內涵的特質，二者之間不僅須具備主觀一目的關聯性（認識強盜罪的客觀構成要件要素），事實上也應該確實存有客觀因果關係，才能成立強盜既遂罪。行為人主觀上想以至使不能抗拒的方法取財（主觀一目的關聯），但使用之方法在客觀上對取財獲利毫無助益或更容易，則不應成立既遂罪，而是未遂罪²。例如行為人使用假槍，認為可以矇騙而脅迫被害人交出款項，但事實上被害人已認出此為假槍，只是基於索取款項不大，不想因抗拒而發生意外傷害，於是交付財物；或行為人持真槍取財，被害人基於同情，於是交付款項，行為人對被害人的想法在不認識下取走財物。不管行為人使用假槍或真槍，其正是想以至使被害人不能抗拒的方法取財，故在主觀上肯定具有強盜罪之行為不法，然

¹ Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT 2, 2012, Rn. 350f; Krueger, Strafrecht BT Band 1, 1995, S. 167f.

² Guenther, SK-StGB, 2003, § 249, Rn. 36.

因欠缺方法與目的之間的客觀因果關係，不成立（加重）強盜既遂罪，行為人的著手行為論以未遂罪。

早期實務曾指出，A 持刀架在 B 肩上，喝令交出錢財時，認定被害人並未達於不能抗拒之狀態又未交付財物，成立恐嚇取財罪之未遂犯³。近期實務認為，恐嚇取財與強盜二罪就其同具有不法得財之意思，及使人交付財物而言，固無異趣，但就被害人是否喪失意志自由，不能抗拒言之，前者被害人尚有意志自由，後者被害人之意志自由已被壓制，達於不能抗拒之程度，至於是否達於「不能抗拒」之程度，應以通常人之心理狀態為準。如行為人所實行之不法手段足以抑制通常人之抗拒，使之喪失自由意志，即與之意義相當，反之則否⁴。例如 A 持水果刀二十二公分，刀刃為金屬材質、質地堅硬、鋒利侵入 B 的辦公室內，要求 B 開啟保險箱交付錢財，B 認為 A 沒有攻擊性，沒必要為當天營收冒傷害的風險，只希望付錢讓 A 趕快離開。實務認為，水果刀在客觀上足以威脅人之生命、身體、安全，B 在狹窄空間遭人持刀搶劫，客觀上一般人於此處境，身心恐懼，其意思自由當已被壓抑，認定 B 之意思自由確已受壓制，而論以強盜罪責⁵。

強盜罪與恐嚇取財罪不法內涵有顯著差異，此由刑罰高低可證。行為人因方法在客觀上未達至使不能抗拒之程度，若一概論以恐嚇取財罪，乃是僅評價客觀不法內涵而已，忽略行為人的主觀不法。當行為人的結果不法未達行為人所預期，行為人的期待落空顯

3 最高法院 79 年度台上字第 5023 號。

4 最高法院 104 年度台上字第 2173 號。

5 最高法院 104 年度台上字第 1045 號。

示具有較高的主觀不法內涵，此較高的主觀不法內涵已付諸著手時，應考慮未遂犯。不同的是，行為人使用幾可亂真的假槍，事實上果真令被害人對生命或身體安危產生恐懼，因而交付款項，肯定具有強盜罪的主觀不法與客觀不法，論以既遂，上述之爭議以客觀因果關係說較合理。

在本案中，甲等人持槍限制 A 夫婦行動自由並取走鑰匙後，再侵入其住宅取財物，肯定甲等人在客觀上施以至使 A 夫婦不能抗拒的強暴方法，事實上也因而實現取財的目的。至於 A 夫婦遭限制自由時，不知甲等人計畫隨後將入宅取走古董，並不會影響強盜罪之方法一目的關聯的認定，因為被害人是否感受到強制或認識行為人的強制目的何在，無關本罪之成立，例如行為人由後突擊被害人，被害人昏迷倒地後取財，肯定成立強盜罪。依上述主觀一目的關聯說或客觀因果關係說，甲等人正是計畫以拘束 A 夫婦行動自由方式取財，客觀上能取財順利也與強暴行為具有因果關係。

（二）直接關聯性

強盜罪的強制方法與隨後的強取強得目的之間除了應具有因果關係外，也應具有直接關聯性，後者要求方法與目的之間在客觀上具有時空緊密關聯。在本案中異於一般強盜行為的是，甲等人不是強制後當場立即取財獲利，而是驅車前往他處取財，且前後限制 A 夫婦自由兩個多小時，是否符合強盜罪之方法一目的直接關聯性？還是提升為刑法第 347 條擄人勒贖罪？

實務區分強盜罪與擄人勒贖罪係以是否將被害人擄走脫離其原有處所，使喪失行動自由，而移置於自己實力支配下為區別標

準⁶，並主張後者不以行為人與被害人形成三面關係為前提⁷。強盜罪重在以現實之強制力，壓制被害人抗拒，而強取被害人現實或及時可取得之財物；擄人勒贖罪則對被害人施以強暴、脅迫，使被害人或其他關係人，因有所畏懼而交付財物贖人⁸。在本案中，甲等人為了取財，不僅限制 A 夫婦行動自由且將其架離原處所，行為人與被害人雖只形成雙面關係，且甲等人的取財非強取 A 夫婦現實或及時可取財物，依實務見解似乎符合擄人勒贖罪的要件。然，甲等人並未恐嚇或勒贖 A 夫婦交出古物以交換人身自由，因此，雖有擄人，卻沒有勒贖意圖。勒贖意圖必須在擄人時即具備，縱使學界對本罪採三面架構的犯罪模式，甲等人也不會成立擄人勒贖罪。

至於甲等人的強盜方法與目的之間是否有直接關聯性？有主張行為人施以生命之威脅，逼迫被害人說出財物藏放地點或保險櫃密碼，行為人如果須在一段時間過後才能取得財物，或計畫幾天後才會取財。因行為人所使用的強制方法只是為了稍後竊取的準備行為，或令竊取更容易而已，否定強制方法與取財間的時空緊密關聯，不成立強盜罪；反之，行為人立即到藏放地點或放置保險櫃地點取財物，則肯定方法與取財之間的關聯性，論以強盜罪⁹。在本案中，甲等人對 A 夫婦施以強暴，在取得鑰匙後立即前往 A 宅取財物，為了順利取走所有貴重古董，限制 A 夫婦兩個多小時，客觀上至 A 不能抗拒的強暴作用仍持續進行中，肯定方法目的之直

6 最高法院 98 年度台上字第 302 號。

7 最高法院 83 年度台上字第 4157 號；最高法院 85 年度台上字第 3675 號。

8 最高法院 97 年度台上字第 3303 號，

9 Schoenke/Schroeder, Strafgesetzbuch, 2010, § 249, Rn. 7.

接關聯性。甲、丙、丁、戊基於共同持槍取財的犯意聯絡，結夥三人以上分工合作限制 A 夫婦行動自由，並隨後侵入他人住宅取財，對順利取得古董的結果，每個人分別為加重強盜罪的部分構成要件，肯定以正犯意思參與犯罪，對於強盜的實現具有犯罪支配、加重強盜故意與不法所有意圖，違法性與罪責性皆成立¹⁰。

二、戊、己是否成立刑法第 330 條與第 28 條加重強盜罪的共同正犯？

甲等人實現加重強盜罪，戊、己主要的參與是將甲等人得手之古物搬至其所駕駛之小貨車上，並交由乙保管、處置。戊、己參與的行為非強盜罪的客觀構成要件要素，而且提供的參與時點並非在犯罪的實行階段，如此參與是否足以成立加重強盜罪的共同正犯？

實務認為，「共同正犯間，在合同意思範圍內，各自分擔犯罪行為之一部，相互利用他人之行為，以達其犯罪之目的者，原不必每一階段均參與，祇須分擔犯罪行為之一部，即應對於全部所發生之結果共同負責。是以共同正犯之行為，應整體觀察，就合同犯意內所造成之結果同負罪責，而非僅就自己實行之行為負責¹¹。」依此見解，戊、己縱使參與強盜罪構成要件以外的行為，但以自己犯罪之意思而參與，成立加重強盜罪的共同正犯¹²。

學界區別正犯與共犯提出犯罪支配理論，不管何種正犯類型，正犯必須在主觀上具有犯罪支配意思且客觀上握有犯罪支配。直接正犯對犯罪握有實行支配，間接正犯握有認知或意思支配，共同正

¹⁰ 最高法院 102 年度台上字第 2457 號。

¹¹ 最高法院 103 年度台上字第 2723 號。

¹² 最高法院 102 年度台上字第 2457 號。

犯則是功能支配。對於共同正犯而言，其必然在核心過程中起共同作用。各參與者實現犯罪的任務分配，原則上不是重點，但要求在客觀上提供具因果關係、必要的重要參與且參與是基於共同犯罪計畫，如此，每個共同正犯的參與才能彼此互相橫向歸責，並對犯罪結果共同負責。至於對犯罪的實現是否提供重要參與，則是由客觀情狀綜合判斷，考量者有個人對犯罪結果的利益、參與的範圍、是否與如何犯罪的決定權以及犯罪支配意思等¹³。在本案中，戊在甲等人著手實行強盜行為前，替小貨車以雙面膠換上偷來的車牌，事後與己在甲等人得手贓物後，聽從甲的指示駕駛小貨車運走贓物。參與的時點分別在預備階段與犯罪既遂後。由原先誤以為是搬家的B、C在察覺有異後執意退出，以及本案由甲指派戊、己負責事後運送工作加以判斷，運送贓物應是任何人都可以隨時替換，故對於甲等人強暴取古物的實現，並非是一個不可或缺的參與。況且在整個犯罪過程中，從開始到結束，戊、己都聽命甲、乙二人指揮行事，對犯罪如何實現未有任何主張，因此居於次要的地位，論以幫助犯較合理。二人基於幫助加重強盜故意，運送贓物並交給乙，違法性與罪責性皆成立，成立加重強盜罪的幫助犯。

三、戊、己是否成立刑法第 349 條第 1 項贓物罪？

戊、己在甲等人強盜古物後接著運送贓物到乙住處，是否成立贓物罪？本罪係行為人收受、搬運、寄藏、故買或媒介贓物者，行為客體是贓物，贓物係指他人因侵害財產犯罪而所得之物，故肯定二人運送贓物。實務認為參與先行行為的教唆犯或幫助犯，若有收贓

¹³ Fischer, Strafgesetzbuch, 2013, Rn. 12ff.

等行為，不另外成立贓物罪¹⁴。合理的解釋是，不管共同正犯或共犯，既然參與者對於財產犯罪應負責任，其後的收受、搬運、寄藏、故買或媒介贓物，只是對先行行為所獲取的利益加以實現或延伸侵害而已，毋庸再成立贓物罪，故戊、己不另外成立本罪。

四、乙考慮成立刑法第 330 條加重強盜罪的共謀共同正犯

在本案中，當甲等人分工為強盜罪的強暴與取財行為時，乙並未在現場，乙的參與是事前與甲商議策劃如何取走 A 屋內的古物。乙依計畫邀集其他人與甲認識，共同實行強暴與取財，事成後由乙保管、處置贓物，變賣後之所得由二人平分。行為人僅參與預備階段的行為是否能成立共同正犯？此問題關係是否肯定「共謀共同正犯」的概念。

司法院大法官會議釋字第 109 號解釋認為「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，均為共同正犯」，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 28 條之「正犯」之中。準此，如在場共同實施，或在場參與分擔實施犯罪行為之人不及三人，縱加上同謀之共同正犯後，刑法第 28 條所稱之共犯已達三人以上，但因在場共同或參與分擔實施竊盜行為之人不及三人，並不成立結夥三人以上而犯罪，該參與同謀之人亦僅能成立普通罪之共同正犯。惟如在場共同或參與分擔實施犯罪行為之人已達三人以上，而應成立結夥三人以上，則參與同謀之人雖未在場參與實施，仍應成立結夥三人以上而犯罪。

¹⁴ 最高法院 28 年上字第 2708 號判例；最高法院 24 年上字第 3283 號判例。

之共同正犯¹⁵。學界有肯定「共謀共同正犯」概念，只是要求其對犯罪的實現應具有犯罪支配。共謀共同正犯雖然在實行階段未參與，但可以「形塑犯罪支配」取代「決定犯罪支配」。如果在預備階段的參與屬於重要，參與在實行階段能繼續左右實行者完成犯罪，何時提供參與並不重要，因為參與的份量（重要性）與地位可以彌補對直接實現犯罪的不足。

在本案中，甲、乙共同商議策劃時，乙已知甲欲以加重強盜方式掠奪 A 該批古物。倘若乙對強盜的實現未能提供重大貢獻，甲等人豈願甘冒強盜風險，將得手的價值不斐古物輕易、信任地交由乙保管、處置之理。又甲何需就強盜所得之財物變賣後，願意將所得與乙各分一半。何況與甲共同實現強盜的其他人，皆由乙邀集參加，顯然地，乙在強盜案中居於主導地位，對策劃犯罪與策動他人參與足以彌補其未在實行階段的參與，肯定具有犯罪支配，成立共謀共同正犯。由於甲、乙事前謀議其他作案細節由甲負責指揮、處理，且甲、丙、丁、庚共同實行強盜行為，已達三人以上，對於甲等人結夥三人以上、攜帶兇器與侵入住宅強盜應負共同責任，乙成立加重強盜罪之共同正犯。乙事後銷贓行為同戊、己，不另外成立贓物罪。

五、甲、丙、丁是否成立刑法第 321 條與第 28 條加重竊盜罪之共同正犯？

甲、丙、丁三人在強盜前先竊取 D、E、F 所屬的汽車車牌各 2 面，車牌是他人動產，甲等人趁被害人不知情下取走，乃是破壞

¹⁵ 最高法院 102 年度台上字第 2457 號。

D、E、F 對其車牌之持有並為自己建立新的持有關係，肯定是竊取。金屬製之扳手為單手握持，質地堅硬，得供轉開螺絲，三人作為竊取車牌之用，足認該工具客觀上可對人之生命、身體、安全構成威脅，具有危險性，屬於兇器，三人出於犯意聯絡，分工合作為之，具有加重竊取故意與不法所有意圖，違法性與罪責性皆成立。三人基於單一之犯意，於同一時間、地點接續竊取他人財物，在刑法評價上，視為數個舉動之接續施行，論以接續犯。另，竊取他人車牌屬甲、乙之計畫內，乙也應成立加重竊盜罪之共謀共同正犯。戊對竊取車牌一事知情，並聽命甲指示，將小貨車以雙面膠換上偷來的車牌，成立精神幫助犯。己若於他人竊車前知情，雖然未有任何加工行為，但同意在停車場等候甲的指示，以贓車運送贓物，對於加重竊盜也應成立精神幫助犯。

參、結論

對於取得 A 古物而言，甲、乙、丙、丁、庚成立加重強盜罪之共同正犯；戊、己成立加重強盜罪的幫助犯，實務認為成立共同正犯。強盜於行劫時，綑縛事主，即係實施強暴脅迫，應包括於強盜行為以內，不另成立妨害自由罪¹⁶。甲等人持槍取財而成立加重強盜罪，不另論非法持有槍械行為。但三人之前的加重竊盜行為與加重強盜罪之犯意各別且為數行為，二罪為實質競合。乙、戊、己對加重竊盜行為，也應分別成立共同正犯與幫助犯。

¹⁶ 最高法院 24 年上字第 4407 號判例；最高法院 93 年度台上字第 6502 號。

第四五題 強盜未遂罪與搶奪既遂罪

失業又缺錢花用的甲，在網路上看到辣椒水製作方式，竟想出用自製的辣椒水打劫的勾當。某日晚間，甲選擇比較偏遠的郵局，在提款機旁埋伏了將近 1 個小時，等候提領巨款的民眾。當乙在提款機按完帳戶密碼等待吐鈔時，甲過來向乙開口借錢，遭乙拒絕。甲遂朝乙的臉部潑灑辣椒水，乙退到旁邊去，只是甲沒想到辣椒疑似不夠辣，乙根本沒有感覺，擦掉嘴巴上的辣椒水時看見甲取走剛好吐出的鈔票六萬元。乙當場在提款室跟甲爭執、拉扯，甲推開乙而掙脫，奪門逃出。乙追出並大喊搶劫，甲被熱心民眾制伏。乙於案發後，發現現金短少 3 萬 2000 元，警方調閱監視器影像，查出甲、乙二人在拉扯時，丙乘機撿拾散落在地上的部分現金。問：甲、丙的刑責為何？

壹、問題爭點

刑法強盜罪與搶奪罪如何區別？行為人對他人臉部噴灑辣椒水以取財，是否符合強盜罪的要件？行為未達到行為人預期較嚴重的犯罪結果，縱使不法內涵較輕的罪已既遂時，前者是否應予以評價？

貳、案例分析

一、甲是否成立刑法第 328 條第 1 項強盜既遂罪？

強盜罪是以至使不能抗拒的強暴、脅迫、藥劑、催眠術或他法，而取他人之物或使其交付；本罪也可以是第 2 項以前項方法得財產上不法之利益或使第三人得之。本罪是結合強制行為與取財或獲利行為，罪質具有（故意的）結合性質者，應具有方法—目的關聯性。列舉的強制方法是強暴、脅迫、藥劑、催眠術，強暴是透過對被害人身體的影響，其可以是直接強暴，也可以是間接強暴，例如將被害人反鎖在門內，不接觸被害人身體，卻可達到強制效果；脅迫則是施以可預期的敏感惡害，故是對被害人精神上的影響¹。二者的強制結果導致被害人的意思形成與意思活動自由受影響，惟能夠對一個人的意思自由形成產生影響者，不外乎是透過身體與精神，因此，本罪另外列舉藥劑與催眠術，事實上分屬強暴與脅迫。刑法中以強制作為犯罪手段者，不僅見於財產犯罪中，其他如第 135 條妨害公務罪或第 221 條強制性交罪，也以強制為要件。只是立法者特別要求強制程度者，僅見於強盜罪，行為人使用的強制應達於「不能抗拒」，至於第 329 條準強盜罪透過大法官解釋則是要求「難以抗拒」。

在本案中，甲取走出鈔口的 6 萬元屬於乙的財物，乙操作提款機提領現金，機器吐出鈔票在出鈔口，乙是所有權人，主觀上與客觀上對現鈔也具有持有意思與持有可能，甲取走財物是違反乙的意思，取走前對乙的臉部潑灑辣椒水，肯定使用對他人身體影響的強

¹ 進一步可參刑法案例研習（二），第三三題強制罪之方法—目的關聯性。

暴方法以取財。有疑義者是，對他人臉部潑灑辣椒水的強制程度是否達於強盜罪的「不能抗拒」程度？實務見解認為，甲使用之辣椒水係噴灑於乙嘴部，且隨即經乙拭去，並未造成乙任何傷害，故辣椒水應僅有轉移注意力之功能。隨後甲推開乙之行為，亦僅為企圖掙脫拉扯而乘隙逃離之動作，以乙猶能及時自後追逐甲觀察，尚不能認為甲此一動作，已達壓抑他人自由意志致不能抗拒之情形，因此不符合刑法第 328 條第 1 項強盜罪要件，而是成立刑法第 325 條搶奪罪²。

搶奪罪的行為是「搶奪」，其係指乘人不備或不及抗拒而公然攫取他人支配範圍以內之物，移轉於自己實力支配下之行為而言；易言之，行為人在共見共聞或不畏見聞之狀況，且不掩形聲，而急遽出手攫取³。「不掩形聲」的行徑是區別搶奪罪與竊盜罪的關鍵；「急遽攫取」原則上可以是搶奪罪與強盜罪的區別標準。只是強盜罪的行為人也可以急遽掠取的方式奪取財物，例如行為人直接由後襲擊被害人，導致被害人昏迷，迅速取財，或開車直接衝撞機車騎士，再迅速取財逃離現場。但搶奪行為則具有「急遽攫取」的特性。除了「急遽攫取」可以是搶奪罪與強盜罪不同之處外，後者違反被害人意願的方法明顯危及生命、身體健康或其他重大法益，因此導致被害人當場不能抗拒。

在本案中，甲雖有急遽攫取出鈔口的鈔票，但取走之前對著乙臉部潑灑辣椒水，上述實務見解認為此行徑未造成乙任何傷害，辣椒水應僅有轉移注意力之功能，此觀點有從最後客觀結果評價之

2 新北地方法院 103 年度訴字第 79 號。

3 最高法院 91 年度台上字第 6753 號。

嫌，評價行為人的責任應該以行為時的主、客觀情形為準。本案的重點在於使用辣椒水是否客觀上能令被害人達於「不能抗拒」的程度，行為人主觀上有以不能抗拒的方法取財之想法。實務亦認為是否達於「不能抗拒」之程度，應就當時之具體事實，予以客觀之判斷，以通常人之心理狀態為準。如行為人所實行之不法手段足以抑制通常人之抗拒，使之喪失自由意志，即與之意義相當，反之則否⁴。除此以外，並應就被害人之年齡、性別、性格、體能及當時所處環境等因素，加以客觀之考察，以為判別標準。又被害人實際上有無抗拒行為，對強盜罪之認定，不生影響。至於客觀上被害人是否學過防身術或武術，與行為人想以至使不能抗拒的方法取財無關，否則武術在身的被害人都不可能成為強盜罪的被害人。

甲使用辣椒噴霧，辣椒噴霧能在短短幾秒鐘內產生瞬間灼熱感，滿臉火辣，咳嗽不止，甚至喪失視力，足以完全讓人無抵抗能力。辣椒水雖不至於造成永久傷害或明顯受傷，但會造成眼睛受到刺激紅腫或其他後遺症，所以用來做為防身用。甲事先自製辣椒水備用，借錢遭拒後對乙臉部噴灑再取鈔，只是沒想到自製的辣椒水不夠辣，且僅噴灑到嘴部，讓乙當場有能力拉扯甲。辣椒水會因濃度高低造成不同的傷害，然可以確定的是，濃度低的辣椒水若噴到眼睛，眼睛粘膜定會受到刺激，刺痛感非一般人可以忍受。實務判決亦曾指出，刺激性之防狼噴霧器會造成被噴灑人雙眼紅腫而暫時無法看見周遭情形，常人如身處於類此瞬間急迫之情境下，確足感受生命、身體已遭受重大迫切之危害，並因雙目視能的暫時失效，

4 最高法院 103 年度台上字第 4393 號；最高法院 103 年度台上字第 1599 號；最高法院 102 年度台上字第 1933 號。

而足以使一般人在同一情況下不敢輕舉妄動而壓制行動之意思自由，處於身體上、精神上不能抗拒之狀態⁵。今甲自製的辣椒水並沒有造成預期效果，且僅噴灑到嘴部，在客觀上未產生強盜罪應有的「至使不能抗拒」的結果。強制的「至使不能抗拒」程度也是強盜罪的客觀構成要件要素，故甲只是不該當強盜既遂而已。

行為人想以至使不能抗拒的方法，急遽掠取他人財物，客觀上出乎意料之外無法令他人不能抗拒，行為人具有強盜罪的行為非價，只是不具有強盜既遂罪的結果非價，同樣情形發生在被害人的反應若與行為人期待不同，僅是「心生畏懼」，客觀上沒有「不能抗拒」之情形，由於行為人內心想違犯較重的強盜罪不法內涵，結果卻未發生時，對於較重的犯罪仍應以未遂犯論，對於較輕的犯罪則因主、客觀不法內涵已滿足，則成立恐嚇取財既遂罪。此情形如行為人基於殺害故意實行殺害，結果僅造成重傷，應同時成立重傷既遂罪與殺人未遂罪，理由是殺人未遂行為不見得一定會造成傷害結果；同樣地，強盜罪的行為人不一定都會施以急遽掠取財物的強制，倘若以此方式取財既遂，只要論以不法內涵較高的強盜罪即已足，不論搶奪罪。反之，行為人取財未遂，仍應論以強盜未遂，否則評價不足。

二、甲考慮成立刑法第 330 條第 2 項加重強盜未遂罪？

甲的行為不成立強盜既遂，刑法有處罰強盜未遂罪。甲從網路上學習辣椒水製作，不可能不知道辣椒水噴灑在臉上的效果，為了取財事先自製辣椒水，攜帶在身上備用，肯定甲行為時具有以強暴

5 高雄地方法院 102 年度訴字第 769 號。

方法，讓人無法抗拒，以達到取財目的的犯罪決意。甲對乙臉上噴灑辣椒水，乃是著手實行強盜罪的強暴行為。辣椒水是否符合加重要件？兇器是在客觀上足以對他人之生命或身體造成客觀一具體或客觀一抽象的危險，不以具有技術意義或適合當攻擊為限，故其危險性可以是基於機械、物理或化學原理，型態是固體、氣體或液體等，來自自然界或人工製造，均在所不問，故符合加重要件。行為結果雖出於甲意料之外，無法讓乙不能抗拒，但甲不能主張刑法第26條之適用。因為未遂行為能該當刑法第26條而不罰，除了行為不能發生犯罪之結果，且必須行為本身無危險。甲自製的辣椒水在著手時註定不能達於強制之「至使不能抗拒」程度，是不能未遂，但行為是否有危險，不管是採客觀危險或重大無知觀點，甲使用辣椒水以取財，行為人對辣椒水的認知與想法以及行為本身，肯定對他人身體健康與財物具有危險。違法性與罪責性皆成立，甲成立加重強盜未遂罪。

三、甲取財行為是否成立刑法第325條第1項搶奪罪？

搶奪是行為人在共見共聞或不畏見聞之狀況，不掩形聲而急遽出手攫取他人動產。甲趁乙退到旁邊時，取走剛好吐出的鈔票六萬元，因乙對辣椒水根本沒有感覺，擦掉嘴巴上的辣椒水時看見甲正在取鈔。只不過，甲也沒料到辣椒水會失效，遂與乙當場在提款室跟甲爭執、拉扯，甲推開乙而掙脫，奪門逃出，肯定甲出手攫取出鈔口的他人鈔票，符合搶奪的要件。甲也具有搶奪故意與為自己不法之所有意圖，違法性與罪責性皆成立，甲成立搶奪既遂罪。

四、甲的拉扯行為是否成立刑法第 329 條準強盜罪？

甲當場在提款室跟乙爭執並拉扯，甲推開乙而掙脫，奪門逃出，是否成立刑法第 329 條準強盜罪？甲搶奪既遂，符合準強盜罪必須有「竊盜或搶奪」在先的要件，甲隨後因出於防護贓物或脫免逮捕的意圖，當場與乙有身體衝突，依大法官釋字第 630 號解釋，準強盜罪的強暴、脅迫必須達於使人難以抗拒的程度，方不至於違反罪刑相當原則與比例原則，並否定短暫的輕微肢體衝突是達於難以抗拒的程度⁶，因此，甲、乙當場在提款室拉扯，甲推開乙而掙脫，攜款奪門逃出不成立準強盜罪。

五、丙撿拾鈔票是否成立刑法第 337 條侵占脫離物罪？

本罪的行為是侵占，侵占是將自己持有他人之物「易持有為所有」，本罪與第 335 條普通侵占罪不同之處，在於後者的行為人是先持有他人之物，前者的行為人對他人之物的關係則是持有與所有同時發生⁷，丙乘甲、乙二人在拉扯時，撿拾甲剛取得並散落在地上的部分現金，也未歸還於乙，反而據為己有，行為屬侵占。本罪行為客體是遺失物、漂流物或其他離本人所持有之物，他人之物可以是動產或走失的寵物，只是持有人或所有人不知動產已脫離自己的支配，或縱使發現此現象時，卻無法或難以對該物回復持有⁸。甲、乙發生拉扯時，二人不知部分鈔票已散落或散落在何處，丙乘機撿拾的鈔票符合本罪的客體，丙具有侵占他人脫離所持有之物的

6 進一步可參刑法案例研習（三）第三三題。

7 黃惠婷，中興法學，侵占罪之侵占行為與客體，第 2 期，2007/11，頁 218。

8 進一步可參刑法案例研習（三）第三一題。

故意與為自己不法之所有意圖，違法性與罪責性皆成立，丙成立本罪。

參、結論

甲使用辣椒水以取財，辣椒水潑灑在臉部足以致人成傷，會因疼痛一時使人難以反應，肯定甲具有加重強盜的故意。只是自製的辣椒水出乎甲意料之外，未能達於使乙不能抗拒的程度，無法滿足加重強盜既遂的結果非價，甲成立加重強盜未遂罪。甲利用乙退到旁邊時，取走剛吐出的鈔票，沒想到乙未因辣椒水而不能抗拒，二人發生拉扯，甲持鈔奪門而出，成立搶奪罪，加重強盜未遂罪與搶奪既遂罪，從一重處斷。丙撿拾他人不慎散落在地的鈔票，則成立侵占脫離物罪。

第四六題 準強盜罪之「先行為」

甲基於竊取故意開車搭載乙前往丙住處，共同攜帶 T 字型起子翻越圍牆後，發現窗戶未上鎖，於是侵入住宅內，進而搜尋財物，惟因未覓得有價值之財物，正欲離開之際，當場為丙之鄰居丁發現，丁騎車至甲所駕駛之車輛駕駛座旁以阻擋甲上車，甲將丁推開，進入該車駕駛座內，丁遂騎乘機車停至甲所駕駛之車輛後方，並與聞訊騎乘機車趕來之戊，在甲所駕駛之車輛車門旁，共同壓制來不及上車的乙。甲見狀，為避免乙受逮捕，駕車往前行駛後，再倒車往丁、戊方向急速衝撞而來，二人不得不鬆開對乙的逮捕而往一旁跳開，卻撞及二人正後方所停放之機車（機車毀損部分未提告），乙趁機進入甲所駕駛之車內，甲駕車迅速駛離該處。問：甲、乙成立何罪？

壹、問題爭點

刑法第 329 條準強盜罪規定行為人必須先有竊盜或搶奪行為，然先行為應具備何種要件並未明確，因此先行為可以是既遂或未遂。有疑義的是，行為人在未取得贓物下，先行為僅達於未遂，是否也能成立準強盜罪？尤其是行為人施以強暴或脅迫的原因是為了

脫免逮捕或湮滅證據，基於妨害司法追訴而施暴的行為是否能等同強盜罪？現行準強盜罪之規定與實務見解是否符合罪責原則？刑事政策是否合理？值得深思。

貳、案例分析

一、甲、乙是否成立刑法第 321 條第 2 項、第 28 條加重竊盜未遂罪之共同正犯？

甲、乙基於共同犯罪決意侵入丙住處內，於未覓得有價值之財物後離開，故竊盜罪的結果未發生，本罪有處罰未遂犯。甲、乙基於不法之所有意圖與共同竊取故意侵入丙住處，攜帶客觀上對生命或身體健康有危險的 T 字型起子搜尋財物，乃是共同著手於加重竊盜罪之實行，違法性與罪責性皆成立。甲、乙空手而出，中止竊取行為屬失敗未遂，不成立中止犯，而是成立刑法第 321 條第 2 項、第 1 項第 1 款、第 2 款、第 3 款侵入住宅、踰越牆垣或安全設備以及攜帶兇器之加重竊盜未遂罪之共同正犯。

二、甲是否成立刑法第 329 條準強盜罪？

甲、乙行竊未果，離開之際遇見丁、戊，甲看見共同正犯乙遭丁、戊共同壓制，為避免乙受逮捕，駕車往前行駛後，再倒車往丁、戊方向急速衝撞而來，考慮成立準強盜罪。刑法第 329 條準強盜罪係竊盜或搶奪，因防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證，而當場施以強暴脅迫。依司法院釋字第 630 號解釋，須以行為人於竊盜或搶奪之際，當場實施之強暴、脅迫行為，必須達於使人難以抗拒之程

度。是以，本罪前提係行為人必須先有竊盜或搶奪行為，即準強盜行為應涵括竊盜或搶奪之所有不法構成要件要素。惟本條僅規定「竊盜或搶奪，因……」，因此，施強制前的竊盜或搶奪行為應達於何種程度才能成立準強盜罪的既遂犯？

（一）先行為未遂說

實務認為準強盜罪，係以竊盜或搶奪為前提，在脫免逮捕之情形，其竊盜或搶奪既遂者，即以強盜既遂論；如竊盜或搶奪未遂，即以強盜未遂論。但竊盜或搶奪若不成立時，雖有脫免逮捕而當場施以強暴、脅迫之情形，除可能成立他罪名外，不能以準強盜或加重強盜罪論¹，即先行為之取財既、未遂與否，應與普通強盜罪一樣，係認定準強盜罪既、未遂之標準。早期實務已認為，行為人行竊被失主追獲，隨即帶同起贓，當失主跟蹤行走之際，用刀將失主刺傷，仍係竊盜因脫免逮捕而當場施強暴、脅迫，自應以強盜論²。或指出行為人乘人不備，奪取被害人頸上金鍊，被害人將其扭住，高聲呼救，致未遂，又因圖逃，用口咬傷被害人左手，核與刑法第 329 條規定之要件相當³。

學者有主張，行為人只要著手實行竊盜或搶奪行為，不管既遂或未遂，均可能成立本罪⁴，或認為先行為未遂，固然沒有贓物可以防護，但搶奪或竊盜未遂犯可能為了脫免逮捕，也可能為湮滅罪證而施強暴脅迫，故在此情況下先行為無需既遂，也可能成立準強

¹ 最高法院 68 年台上字第 2772 號判例；最高法院 99 年度台上字第 7502 號。

² 最高法院 27 年上字第 1228 號判例。

³ 最高法院 43 年台非字第 48 號判例。

⁴ 林山田，刑法各罪論（上冊），2006，頁 388。

盜罪⁵。另有主張，行為人為了防護「贓物」而施強制，前行為必須達於既遂，因為竊盜或搶奪既遂後，始能稱贓物，至於為了脫免逮捕或湮滅證據者，先行為可以係未遂或既遂，即足以成立本罪之既遂犯⁶。

依此說，在本案中，甲、乙共同竊盜雖僅達於未遂，甲為了避免乙遭逮捕，駕車往前行駛後，再倒車往丁、戊方向急速衝撞而來，因為係在取財行為甫結束之際，發生於行為現場或該處視線所及甚而躡蹤所經之處所，縱使此等強暴行為未經利用為取財之手段，亦與取財行為間，有時、空之緊密連接關係，乃是當場對丁、戊施以身體上的強暴，導致二人見狀不得不鬆開對乙的壓制而往一旁跳開，強制達於難以抗拒程度。又竊盜或搶奪，因防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證，而當場施以強暴脅迫者，其所謂之脫免逮捕，包括避免共同正犯或共犯之受逮捕。是以，甲、乙身上並無贓物，甲仍然能成立準強盜罪，只因先行為達於未遂，成立加重準強盜未遂罪。甲與乙基於共同竊盜故意著手行竊，離開時遭丁、戊壓制，甲此時急速倒車，乃趁丁、戊鬆手後快速進入甲所駕駛之車內而逃離。甲倒車行為出於臨時起意，乙未預料甲會有倒車行為，且因其已遭壓制而無法反抗，係因甲之強暴行為，使得逃脫，於此，乙與之並無犯意聯絡及行為分擔，甲的施暴行為不應歸責於乙，乙不成立加重準強盜未遂罪之共同正犯⁷。

5 林東茂，刑法綜覽，2012，頁2-140。

6 甘添貴，體系刑法各論，第二卷，2000，頁163；蔡聖偉，偷「機」不著——準強盜罪的既遂認定問題，月旦法學雜誌，第181期，2010/6，頁281。

7 臺灣高等法院臺中分院102年度上訴字第908號；最高法院102年度台上字第4467號。

（二）先行為既遂說

本罪行為人當場施以難以抗拒的強制原因是防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證，較無疑義的是，行為人因「防護贓物」而施強制時，先行為必須達於既遂，因「贓物」係他人違犯侵害財產法益之罪而所得之物，行為人唯有已取得他人財物之支配時，才有防護贓物可言。只是「竊盜或搶奪」係這三種強制原因的共同前提，不宜對同一法條與在同一前提要件下，對成立本罪既遂之先行為有不同的解釋，遂認為為了穩固財產支配而施強制時，先行為必須達於既遂，而為了脫免逮捕或湮滅證據時，先行為可以係未遂行為。其次，準強盜罪係法律上擬制之強盜罪，竊盜或搶奪之際，於尚未達既遂階段時，行為人為了達取財目的施以不能抗拒的強制方法，此時強制原因非穩固財物之持有，反而是為了建立持有關係，應屬強盜既、未遂之問題，因此，先行為之既遂時點是準強盜罪與強盜罪的分界線，而先行為之既遂與否，係以所竊取或搶奪之財物是否已移置於自己的實力支配之下為標準；易言之，若先行為未達既遂，行為人使用的強制意在獲取財物，視強制程度考慮成立第 328 條強盜罪或恐嚇取財罪。又竊盜未遂者「當場」改以迅雷不及掩耳的方式取財，此時竊盜轉為搶奪；否則為了取財施以強制，亦可考慮第 328 條強盜罪或恐嚇取財罪。不容忽視的是，行為人未取得贓物下，為了脫免逮捕或湮滅證據而施以強制，一律視為強盜，有可議之處。本罪既以強盜論，理應與強盜罪本質相當，強盜是施以強制而取財獲利，方法與目的之間應具有關聯性。強制原因如果單純是避免刑事追訴，乃完全異於強盜罪是對個人財產法益的侵害，強制行為實難以等同強盜。又刑法第 161 條不考慮時移境遷，對依法逮

捕拘禁之人的自行脫逃行為，科以刑責，乃無視行為出於人之常情，然該罪也以脫離公權力監督範圍為要件。反觀，準強盜罪卻規定竊盜或搶奪者在未置於公權力監督下，為了脫免逮捕而對任何人（包括無關的第三者）之逮捕施強制者，即可論以強盜，讓本罪保護的法益脫離對個人財產的保護目的。又刑事訴訟法第 88 條第 1 項規定「現行犯，不問何人得逕行逮捕之」。為何立法者僅針對竊盜或搶奪者於當場被察覺時，規定不能因脫免逮捕施以反抗，否則有可能成立（加重）強盜。另刑法第 165 條湮滅刑事證據罪規範湮滅的客體，限於關係他人刑事被告案件之證據，理由是湮滅自己的刑事證據屬人性所趨，不予以處罰。但準強盜罪違背第 165 條之立法旨意，對湮滅自己刑事證據而施以強制的竊盜或搶奪未遂者，可以提升為（加重）強盜罪，在刑事政策上顯然矛盾。

在現行法未刪除與強盜罪不相關的脫免逮捕與湮滅證據的理由下，採「先行為既遂說」一方面可以限縮準強盜罪的適用範圍，讓本罪的不法內涵接近強盜罪的本質，因行為人於財物得手後才施暴，不管係為了脫免逮捕或湮滅證據，多少均含有為了防護贓物的原因，讓準強盜罪之既遂或未遂均與侵犯財產法益（意圖為自己或第三人不法之所有）有關；另一方面可以擺脫本罪具有保護司法追訴目的之譏，且可以讓刑法體系與法益保護具有一致性。依此見解，在本案中，甲雖然對於追捕的丁、戊施以倒車撞擊之強制，但甲施以強制的目的並非係為了取財，而係為了脫免共同正犯乙遭逮捕，此時施行的強制與為自己或第三者不法之所有意圖無關，甲不成立加重準強盜未遂罪。

三、甲考慮成立刑法第 304 條第 1 項強制罪

（一）強制罪是以強暴、脅迫使人行無義務之事或妨害人行使權利者。強制罪的方法係行為人施以強暴或脅迫，強暴係直接或間接施以身體或心理強制，讓被害人感受身體上的影響，脅迫則是施以可預期的敏感惡害。只是強制結果必須令被害人在強制的影響下有所作為、不作為或忍受，才符合強制行為令被害人行無義務之事或妨害其行使權利。在本案中，甲倒車衝撞丁、戊，令丁、戊不得不鬆開對乙的逮捕，甲具有強制故意，只是衝撞的強制行為是否妨害丁、戊行使權利？此問題同時涉及甲是否具有阻卻違法事由？因為甲如果具有阻卻違法事由，則否定其妨害丁、戊行使權利。

（二）甲的強制行為是否可以主張正當防衛？其前提係乙當時面臨現在不法侵害，甲為了防衛乙的權利而施以強制。侵害係指任何一種經由人類行為對法律所保護的法益造成直接的威脅，只要任何一種對自己或第三者在法律上所承認的利益受到當前不法的侵害，即可施以防衛，此法益並不以對其侵害會遭到刑事處分為限。今甲看見丁、戊抓住乙，乙的行動自由受限是面臨現在侵害，然侵害必須係不法，其係指客觀上違背法秩序的行為，不以刑事不法為限。反之，丁、戊若具有阻卻違法事由，其行為欠缺不法，甲的行為反而是侵害；詳言之，正當防衛者面對不法無須退讓，但他人面對合法則須忍讓，否則正當防衛者將成為不法侵害者。在本案中，甲、乙當時並沒有拿走任何財物而想離開，二人對於丙的財產侵害已結束。對狀態犯而言，即使犯罪構成要件在形式上已實現，但尚未達實質上結束前，侵害仍係現在，被害人或第三人為了恢復原持

有人對財產的持有，可以施以正當防衛。當時甲、乙手上並無贓物，丁、戊不能基於保護財物而主張正當防衛，考慮的是刑事訴訟法第 88 條現行犯之逮捕。甲、乙入宅行竊未果正要離開之際，遭丁發現，二人係在犯罪實施後即時被發覺的現行犯，丁、戊逮捕乙，乃係依法令行為，甲反而以倒車衝撞方式逼迫丁、戊放棄行使逮捕權利，甲不能主張正當防衛，行為具有違法性，強制方法與目的關聯肯定有非難性，罪責性亦成立，甲成立強制罪。甲倒車衝撞的行為屬另起犯意，乙不成立強制罪的共同正犯。

參、結論

甲、乙攜帶兇器侵入丙住處行竊未果，成立加重竊盜未遂罪的共同正犯。二人在竊盜現場遭丁發現，甲看見乙遭丁、戊逮捕，為了讓乙脫免逮捕，倒車衝撞丁、戊，令丁、戊不得不鬆手而跳開，實務與學者認為，準強盜罪的先行為可以是未遂，且純粹為了脫免逮捕施以難以抗拒的強制，也可以成立準強盜罪，因此，甲之前成立的加重竊盜未遂罪提升為加重準強盜未遂罪，論以後者即已足。但依準強盜罪先行為既遂說，甲、乙二人成立加重竊盜未遂罪的共同正犯，之後，甲另起強制罪的犯意，強制行為妨害丁、戊對現行犯行使逮捕權利，其先、後行為成立加重竊盜未遂罪與強制罪，數罪併罰。

第四七題 準強盜罪之「當場」

甲騎機車扯下乙肩上側背的皮包後，加速往山頂方向逃逸，一直待在屋裡的丙聽由外走進屋內的丁說，有人行搶，丙於是立即騎機車往山頂方向追尋，發現甲正在翻查皮包，形跡可疑，正擬上前將他逮捕時，甲反而對丙拳打腳踢，造成丙受傷，甲趁隙拿著皮包逃逸，問：甲成立何罪？

壹、問題爭點

甲在搶奪他人皮包後，丙因聽聞有人遭搶而追捕，見甲在山上翻查皮包，甲的搶奪行為是否已達構成要件實質上的結束（犯罪終了）？此時丙趨前擬逮捕甲，反而遭甲毆傷，甲是否當場為了防護贓物或脫免逮捕而施以強暴？準強盜罪之「當場施以強暴或脅迫」之要件應如何認定？

貳、案例分析

一、甲可能成立刑法第 325 條第 1 項搶奪罪？

皮包對甲而言係他人動產。甲必須有搶奪行為，搶奪係指公然乘人不備而掠取之。在本案中，甲騎機車以「不畏形聲、急遽掠

取」的方式扯下乙側背的皮包，乃係破壞乙對皮包的持有，且建立新的持有，甲對此具有搶奪故意與不法所有之意圖，違法性與罪責性皆成立，甲成立搶奪罪。

二、甲是否成立刑法第 329 條準強盜罪？

刑法第 329 條規定竊盜或搶奪，因防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證而當場施以強暴、脅迫者，以強盜論。準強盜罪之取財行為及施強暴、脅迫行為與強盜罪之因果順序相反，然因行為之間具有時空之緊密連接關係，致竊盜或搶奪與施強暴、脅迫，並非截然可分，客觀上對於被害人或第三人所造成財產法益與人身法益之損害卻無二致，而具有得予以相同評價之客觀不法，故擬制為強盜罪¹。在本案中，甲已成立搶奪既遂罪，有疑義的是，當丙聽聞有人遭搶見義勇為，上山追尋歹徒，發現甲正翻查皮包，形跡可疑，而懷疑甲為搶劫者，遂擬上前逮捕時，甲反而對丙拳打腳踢，甲是否成立準強盜罪？準強盜罪之客觀要件除了行為人必須有竊盜或搶奪的先行為外，客觀要件還要求當場施以強暴或脅迫，因此本罪具有雙行為，即竊盜或搶奪行為與強暴或脅迫行為。

（一）強暴或脅迫

強暴或脅迫行為必須發生在竊盜或搶奪後，行為人施以強制的原因是基於防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證。反之，當竊盜或搶奪

¹ 最高法院 100 年度台上字第 3954 號。實務認為準強盜罪與強盜罪之行為人的主觀不法幾無差異，此見解乃忽視準強盜罪應具有雙故意與雙意圖，尤其後者是為自己或他人之不法所有意圖以及防護贓物、脫免逮捕或湮滅證據意圖，而脫免逮捕或湮滅證據意圖是強盜罪所無，更與財產犯罪無關，實務見解屬不當擴大強盜罪之本質與適用範圍。

未達既遂前，行為人施以強制可以轉變成強盜罪。例如 A 飛車行搶拉扯 B 皮包時，B 及時緊抓皮包未放，A 知悉其行搶尚未得逞，仍一手拉手提包，另手控制機車行駛。其明知 B 跌倒並被拖行在地，卻未立刻煞車或放手，仍繼續緊拉手提包拖行數十公尺，足認 A 主觀上顯然有意透過拖行之強暴手段迫使 B 放手，其自察覺被害人未放開皮包而被拖行之時起，已從原本之搶奪犯意提升為以強暴手段使人不能抗拒之強盜犯意²。

強暴是透過對人直接或間接地影響身體的一種強制，經由對被害人身體的影響以抑制或阻止任何阻擋行為，其可以係直接強暴與間接強暴；脅迫則是對被害人施以一個未來可見之惡害加以威嚇，對被害人而言，其必須是一種明顯、嚴重的敏感惡害³。強制對象可以是一位具有潛在干預行為人行為的任何人，關鍵點在於強制的原因上，亦即對他人施暴的原因係為了防護贓物、脫免逮捕或湮滅證據，因此，施以強制的對象可以係財物遭竊或遭搶的所有人、現在的持有者、負有防止義務的第三者（如保全人員或警察）或其他任何人（如路人）等。只是行為人施暴對象不具有潛在干預行為人的人，將如何評價行為人的施暴？例如 A 入宅行竊後，卻不慎從二樓摔落一樓地面，不知情的 B 路過想施以援手救助，A 誤認 B 想奪回贓物或施以逮捕，於是持刀刺傷 B 逃逸。有學者主張行為人是否施以強制，應就主、客觀具體情形判斷，而與被害人加以逮捕之意圖或行動無涉⁴。然，（準）強盜罪的強暴與取財之間必須

2 最高法院 102 年度台上字第 4433 號。

3 黃惠婷，刑法上的強盜罪，2005，頁 76 以下。

4 甘添貴，體系刑法各論，第二卷，2000，頁 163 以下。

具有方法一目的關聯性，上述見解係採主觀一目的關聯說，只要行為人主觀施以強制的目的是取財獲利，客觀上確實使用強制，縱使對客觀事實發生錯誤認識，也不會影響（準）強盜既遂罪之成立。但較合理的見解是，強盜方法與目的之間應具有客觀因果關係，唯有如此，行為人的行為非價與結果非價才足以滿足強盜既遂罪的要求，並符合罪責均衡原則。因此，A 刺傷 B 的行為欠缺強盜罪之方法一目的之間的客觀因果關係，論以加重（準）強盜未遂罪⁵，進一步言之，是一種有危險的客體不能。實務亦採此見解，「苟竊盜犯行尚未被發現，或雖經發現而對方並無逮捕舉動，行為人縱即施以強暴脅迫者，則不能論以準強盜罪；且該條之竊盜以強盜論者，係以竊盜者因防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證而當場施強暴、脅迫為要件，是行為人須以實施強暴、脅迫為手段，以達防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證之目的，始屬相當，如欠缺此項手段、目的的關係，即難以本罪相繩。再者，竊盜或搶奪，為脫免逮捕，而當場施以強暴、脅迫者，依刑法第 329 條之規定以強盜論。所謂『脫免逮捕』，必已著手於竊盜或搶奪行為之實行，因被害人或其他人欲對之加以逮捕，為脫免其逮捕而當場施以強暴、脅迫者，始足當之。倘無逮捕行為，僅因遭人發現即施以強暴、脅迫，應視其情形論以他罪外，尚不能以強盜論⁶。」

強盜罪明定強制程度必須達於「至使不能抗拒」，而準強盜罪無此要件，後者依司法院釋字第 630 號解釋，須以行為人於竊盜或搶奪之際，當場實施之強暴、脅迫行為，已達使人難以抗拒之程

5 黃惠婷，同註 3，頁 12 以下。

6 臺灣高等法院高雄分院 101 年度上訴字第 848 號。

度，為其犯罪構成要件。所謂難以抗拒，自以行為人所施之強暴、脅迫，足以壓抑或排除其為防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證所遭致之外力干涉或障礙而言⁷，或足使被害人發生畏怖而抑制其抗拒作用為已足，並非以被害人完全喪失抗拒能力為必要⁸。故客觀上已致被害人當下難以抗拒，即應成立，至於被害人在當下難以抗拒之後，又因其他緣由，出手抵抗，甚或最後反制成功，要屬另事，不能以此後情，逆斷被害人未達難以抗拒之程度。例如 A 於加重竊盜既遂後，因遭賣場警衛人員 B 發覺而加以攔阻，其於與 B 拉扯並掙扎反抗過程中，伸手入口袋取出伸縮刀向外揮舞，其目的是脅迫現場人員不准靠近，並非失手，亦非虛張聲勢，顯係為防護贓物或脫免逮捕，而當場施以脅迫，縱使其後強力擺脫 B 等人之壓制動作，最後仍因體力不支放棄掙扎、仰躺在地，亦該當加重準強盜罪之構成要件⁹。在本案中，丙聽聞有人遭搶後，於是追趕到山上，甲對丙拳打腳踢，肯定係一種影響身體的強暴行為。有爭議的是，此強暴行為是否符合本條之「當場」要件？

（二）當場

行為人施以強暴或脅迫行為限於竊盜或搶奪當場。實務界認為「當場」除犯罪行為之現場及其附近外，並不以未離去竊盜（或搶奪）場所者為限，亦即雖已離去場所，而係實施竊盜（或搶奪）之際，經人察覺，即相隨追逐，始終未脫離追逐者視線之場合，或不論距離遠近，亦不論是否有其障礙，即使於極短時間內無法以目視

7 最高法院 101 年度台上字第 6358 號。

8 最高法院 103 年度台上字第 504 號。

9 最高法院 103 年度台上字第 2374 號。

尋得蹤跡，仍不失為當場；反之，行為人已離開犯罪現場或已脫離追捕者之視線後，並非係當場，因行為人並非犯案後一直在第三者之跟蹤追躡中，縱使行為人有反抗，也不符合準強盜罪之「當場施以強暴脅迫」的要件¹⁰。故「當場」的特性是竊盜或搶奪與強暴或脅迫之間應具有時間與空間上的關聯性或密接性¹¹。由時間觀點判斷「當場」，行為人施強暴或脅迫的時間限制在緊隨竊盜或搶奪完成後，且於此先行行為事實上結束（犯罪終了）前為之。因為行為人在竊盜或搶奪完成前（既遂前）為了取財施以強制，屬於（轉念）強盜或（轉念）搶奪之範圍；而前行為於事實上已結束，亦即偷、搶來的財物已取得穩固支配權，此時施以強暴或脅迫，考慮成立強制罪（或恐嚇個人危安罪）或傷害罪。空間關聯性則是行為人於竊取或搶奪完成後仍留在原地或在附近，因行為人於偷竊後仍在被害人支配空間內或其附近，原則上竊盜尚未終了。甚至行為人雖已離開現場，但仍處於他人跟蹤追躡中，屬「當場」，其前提要件是，行為人在逃跑過程中，與追捕者的距離不能讓行為人對贓物之支配達於穩固狀態。實務亦指出，竊盜或搶奪者離去盜所後，行至中途使被撞遇，則該中途，不得為當場¹²。

在本案中，因為甲並非犯案後一直在丙之跟蹤追躡中，丙於搶奪發生之際待在屋裡，聽聞由外走進屋內的丁所言，才立即騎機車往山頂方向追尋搶奪者。因此，甲此時對於丙施以強暴，縱使強制原因在於防護贓物等，卻如實務所言，在脫離犯罪場所或追捕者之

10 最高法院 91 年度台上字第 6630 號；最高法院 101 年度台上字第 313 號。

11 甘添貴，準搶盜罪當場的意涵，月旦法學教室，第 42 期，2006/4，頁 19。

12 最高法院 28 年上字第 1984 號判例；林東茂，刑法綜覽，2012，頁 2-142。

視線以後，行為人基於別種事實而實施時，則雖意在防護贓物或脫免逮捕，亦不過為另犯他罪之原因，與前之竊盜或搶奪行為無關，不以強盜論¹³。甲的施暴行為並非發生於搶奪當場，因此，不成立準強盜罪¹⁴。

三、甲考慮成立第 277 條第 1 項傷害罪

傷害行為包括對身體或健康的傷害。身體傷害係指對身體所有物質上的損害影響及任何一種痛苦的對待，造成嚴重的身體不適，特別是對身體有物質上的損害影響，健康傷害則係指造成或加深疾病現狀，其方式可以是經由感染。今甲對丙拳打腳踢，造成丙受傷，甲對此具有傷害故意。

甲對於傷害行為是否可以主張正當防衛？其前提係甲面臨現在不法侵害。侵害係指任何一種經由人類行為對法律所保護的法益造成直接的威脅。只要任何一種對自己或第三者在法律上所承認的利益受到當前不法的侵害，即可施以防衛，此法益並不對其侵害會遭到刑事處分為限。在本案中，甲看見丙想逮捕他，甲的行動自由面臨侵害。問題是，此侵害必須係不法，不法侵害係指客觀上違背法秩序的行為，但不以刑事不法為限。因丙一聽聞有人遭搶，即依目擊者指示自告奮勇前往山上追捕，又在場看見甲正在翻查皮包，至此，甲的搶奪行為已對於贓物的持有達於穩固狀態，甲的不法侵害已過去，被害人或第三者此時不能主張正當防衛而施以反擊行為。但甲手上握有皮包贓物，且在人跡罕至的地方翻查皮包的行為

¹³ 最高法院 89 年度台上字第 6650 號。

¹⁴ 最高法院 92 年度台上字第 3274 號。

難以不令人起疑是搶奪者，依刑事訴訟法第 88 條第 3 項第 2 款所規定之「因持有兇器、贓物或其他物件、或於身體、衣服等處露有犯罪痕跡，顯可疑為犯罪人者」為「準現行犯」，是以，丙乃係對於準現行犯施以逮捕，屬合法行為，甲對丙故意施以傷害行為以阻止丙的逮捕，無法阻卻傷害行為的違法性，罪責性亦成立，若丙提出傷害告訴，甲應負傷害罪刑責。

參、結論

甲搶奪他人皮包既遂後，丙因聽聞甲往山上跑，遂騎機車追捕，丙見甲正在翻查皮包，想向前逮捕甲，反遭丙拳打腳踢致成傷。甲施強暴與搶奪之間不具有時間與空間密接的關聯性，欠缺準強盜罪之「當場」要件，不成立準強盜罪。因甲的傷害行為不具有阻卻違法事由，先前成立的搶奪罪與傷害罪，乃是分別起犯意而為，二罪數罪併罰。

第四八題 強盜結合罪

甲、乙二人計畫持槍搶劫銀行，某日，二人見警員丙、丁持槍巡邏經過，二人為了丙的槍枝，甲由後持刀砍殺丙，乙則砍殺丁，丙、丁二人不支倒地，甲、乙二人搶得槍枝後逃逸無蹤。丙、丁二人經送醫急救，丁重傷，丙則身中數刀不治死亡。問：甲、乙刑責為何？

壹、問題爭點

甲、乙二人為了槍枝而殺害警員，首先考慮是否成立強盜罪與殺人罪，進一步應探討的是，甲、乙是否成立強盜殺人結合罪，本罪之要件為何？基本罪與相結合罪的關係為何？若相結合罪有兩個以上時，又應如何評價？

貳、案例分析

一、甲、乙考慮成立刑法第 330 條第 1 項與第 28 條加重強盜罪的共同正犯？

強盜罪係以強暴、脅迫、藥劑、催眠術或他法，令人達於不能抗拒而取財物或使其交付財物。強暴係透過對人直接或間接影響身

體的強制，經由對被害人身體影響的強制以抑制或阻止任何的阻擋行為，皆屬之，其可以係直接強暴與間接強暴；脅迫是對被害人施以一個未來可見之惡害加以威嚇，對強盜罪的被害人而言，脅迫必須是一種達於不能抗拒的精神影響。在本案中，甲、乙計畫奪槍，分別對丙、丁由後持刀砍殺並搶得槍枝，甲、乙持兇器施以強暴行為，其與奪槍結果之間具有因果關係，肯定具有強盜罪應有的方法一目的關聯性。二人對加重強盜行為具有犯罪支配意思與不法所有意圖，且以正犯意思實行加重強盜行為，彼此行為互相歸責，違法性與罪責性皆成立，甲、乙成立加重強盜罪的共同正犯。

二、甲、乙考慮成立刑法第 271 條第 1 項與第 28 條殺人罪的共同正犯？

丙因傷不治死亡，甲、乙二人基於共同的殺警奪槍計畫，當乙砍殺丁時，由甲負責持刀砍殺丙，並造成丙不治死亡，砍殺行為與死亡結果間具有因果關係，共同正犯對於行為結果互相歸責，甲的砍殺行為客觀歸責於乙。甲、乙對丙皆具有殺人故意與共同行為故意，違法性與罪責性皆成立，甲、乙成立殺人罪的共同正犯。

三、甲、乙可能成立刑法第 271 條第 2 項、第 25 條與第 28 條殺人未遂罪的共同正犯？

丁倖免於死，甲、乙二人考慮成立殺人未遂罪的共同正犯。二人基於共同的犯罪計畫與殺人決意，當甲砍殺丙時，由乙負責砍殺丁，丁身中數刀而未死，乙著手於殺人行為，甲、乙二人具有共同犯意聯絡，乙的行為歸責於甲，違法性與罪責性皆成立，甲、乙成

立殺人未遂罪的共同正犯。

另外，丁身受重傷，此結果與乙的殺害行為具有因果關係與客觀歸責，殺人故意含重傷故意，違法性與罪責性皆成立。因殺人未遂罪不一定有重傷結果，刑法第 278 條第 1 項重傷罪處以五年以上徒刑，故重傷既遂罪應與殺人未遂罪從一重處斷。

四、甲、乙可能成立刑法第 332 條第 1 項與第 28 條強盜結合罪的共同正犯？

刑法第 332 條強盜結合罪是行為人犯強盜罪而故意殺人，或放火、強制性交、擄人勒贖或使人受重傷。甲、乙二人殺警的目的係奪槍，行為結果造成丙死亡與丁受重傷，甲、乙是否成立強盜結合罪的共同正犯？

（一）成立基本罪與相結合罪

本罪僅規定「犯強盜罪」，加重強盜罪屬之，而準強盜罪之性質與強盜罪之差異在於強制方法與取財目的先後發生的順序相反，立法者對先取財再施以強制，以強盜論，故本罪也應包含準強盜罪¹，此為本罪之基本罪。相結合罪可以係故意殺人、放火、強制性交、擄人勒贖或使人受重傷。由於本罪無未遂犯之處罰，一致見解認為，相結合罪唯有達於既遂程度才有本條之適用。至於強盜既遂或強盜未遂是否皆能成為本罪之基本罪？則有不同見解。一說主張，法條規定「犯強盜罪」，包含既遂與未遂²。實務採此見解，

¹ 實務採肯定見解，最高法院 99 年度台上字第 4216 號。

² 陳喚生，結合犯適用法律問題之研究，刊載於：刑法七十年之回顧與展望紀念論文集（二），2000，頁 170；蔡墩銘，刑法各罪論，2001，頁 196；褚劍鴻，刑法分則釋論，下冊，2000，頁 1175。

認為本罪是「將強盜與殺人二個獨立犯罪行為，依法律規定結合成一罪，並加重其處罰，祇須相結合之殺人行為係既遂，即屬相當，其基礎犯之強盜行為，不論是既遂或未遂，均得與之成立結合犯，僅於殺人行為係屬未遂時，縱令強盜行為既遂，因該罪並無處罰未遂犯規定，始不生結合犯關係，應予分別論罪³。」反對見解認為，基於罪刑相當原則，只有本條所有應保護的法益受到侵害或所有構成要件要素皆充足，才成立本罪，故強盜罪之基本罪應達於既遂⁴

至於相結合罪之行為客體，通說認為，只要行為人以外之自然人為盜所之人，其是否為強盜罪之被害人，在所不問⁵。因本條規定「犯強盜罪而……」，實務與學者皆認為，基本強盜罪與相結合罪之間並沒有一定的先後順序關係，先強盜再為相結合罪，或先為相結合罪再為強盜罪皆可，以相結合罪為強盜方法，亦無不可⁶。在本案中，甲、乙基於奪槍目的先著手殺害丙、丁，待二人不支倒地時奪取槍枝，行為造成丙死亡與丁受重傷，強盜殺人罪的基本罪與相結合罪皆存在。

（二）結合關係

刑法上具有結合性質的犯罪類型必須二罪間具有結合關係，此結合關係不僅在普通強盜罪（方法－目的關聯）屬必要條件，同理，也適用於準強盜罪（因防護贓物……而當場施以強暴脅迫）。

3 最高法院 105 年度台上字第 383 號。

4 黃榮堅，刑法問題與利益思考，1998，頁 423 以下；甘添貴，體系刑法各論，第 2 卷，2000，頁 197 以下。

5 甘添貴，同註 4，頁 192。

6 最高法院 104 年度台上字第 3500 號；甘添貴，同註 4，頁 195。

對強盜結合罪而言，結合關係也是行為能否成立結合罪的關鍵要素。先後二罪在客觀上是否具有結合關係，應由客觀因果關係與時空緊密關聯二方面加以判斷。

1. 客觀因果關係

早期實務認為⁷，「強盜殺人罪並不以出於預定之計畫為必要，只須行為人以殺人為實施強盜之方法，或在行劫之際故意殺人，亦即凡係利用實施強盜之時機而故意殺人，兩者有所關聯，即應依本罪處罰，至於兩者之間是否有犯意聯絡關係，並非所問。」因行為人的強盜與殺人行為互有關聯，對社會危害至巨，故處以重刑，行為人於實施該兩個行為時，其前後行為間是否有犯意聯絡關係，法律條文既未有所規定，自難認為係該罪的構成要件。由此得出，實務強調強盜罪與相結合罪之間的客觀因果關係，亦即行為人利用強盜之際殺人；或利用殺人之際為強盜，基本罪與相結合罪互為利用，至於何者為因，何者為果，在所不問。

2. 時空緊密關聯

結合犯之結合關係除了基本罪與相結合罪之行為間應具客觀因果關係外，強盜行為與相結合行為之間也應具有時空緊密或直接關聯。對此，學界與實務有一致見解，本罪並不以強盜罪與相結合罪均出於預定之計畫為必要，只要二者在時間上有銜接性，地點上具關連性即可⁸。申言之，時間銜接性應限制在行為人著手強盜行為後，且於財產穩固前為相結合行為；或行為人著手或完成相結合行

7 最高法院 30 年上字第 2559 號判例要求須有犯意聯絡，85 年第 2 次最高法院刑庭會議決定不再援用。

8 最高法院 104 年度台上字第 3500 號；最高法院 105 年度台上字第 408 號。

為後，同時或立即為強盜行為。地點關聯性則係指在強盜行為或相結合行為之現場或附近，另外為相結合行為或強盜行為。即使強盜行為完成後，被害人於殺害之際趁機逃跑，行為人追躡被害人至某處才實現殺害結果時，行為人雖已離開盜所，但強盜與殺人行為之間具有時空之延續性，仍肯定具有時空緊密關係。例如 A、B、C 三人分持槍彈、刀械攔搭 D 所駕之計程車，指使駛至偏僻小路，即對 D 施暴，使 D 不能抗拒而交出三千餘元，再將 D 手腳反綁抬入車後行李箱，載至竹林內，以鐵絲加以勒死，然後將計程車開走，作他案犯罪工具。實務認為，D 自被強劫至殺害期間，均在 A 等實力支配控制之下，其發生在時間上自有銜接性，地點上亦難謂無關連性，應成立強盜殺人結合罪⁹。

在本案中，甲、乙基於加重強盜殺人的犯意分別為行為分擔，二人將丙、丁砍殺倒地後，當場奪取警槍，加重強盜罪與殺人罪、重傷罪間具有互為利用的客觀因果關係，彼此之間具有時空緊密關聯。

（三）結合罪故意與結合故意

強盜結合罪在主觀上不僅須具有強盜故意、不法所有意圖與相結合罪故意外，也應具有結合故意。早期實務認為，強盜殺人罪，祇須行為人一面強盜，一面復故意殺人，即行構成，至其殺人之動機是否為便利行劫，抑係恐其他日報復，原非所問¹⁰。近期指出，「舉凡利用基本犯罪之時機，而起意為其他犯罪，二者間具有意思之聯絡，即可成立結合犯，至他罪之意思，不論起於實施基本行為

⁹ 最高法院 86 年度台上字第 3640 號。

¹⁰ 最高法院 27 年上字第 2480 號判例。

之初，即為預定之計畫，抑或出於實施基本行為之際，而新生之犯意，亦不問其動機如何，只須二行為間具有密切之關連，而有犯意之聯絡，事實之認識，即可認與結合犯之意義相當¹¹。」

強盜結合罪在客觀上要求應有結合關係，在主觀上也應有相對應的結合故意，其係指行為人依其犯罪計畫，主觀犯意即已同時具備各單一犯的構成要件故意，或雖無事先的犯罪計畫，但在著手實行單一犯的行為時，同時萌生另一單一犯的構成要件故意。若行為人之犯意各別，應各別論罪¹²。或認為結合故意須形成於實行第一個行為之初，但尚未終了之前即具有實行第二個行為之意思；反之，第一個行為實施終了，才另行起意實施第二個行為，應併合論罪¹³。簡言之，結合故意係行為人有將基本罪與相結合罪互為利用之故意。至於結合故意的形成時間應於第一行為尚未終了前。在本案中，甲、乙皆具有加重強盜故意、殺人故意、結合強盜與殺人故意，二人同時具有強盜殺人罪的犯罪支配意思，對於槍枝也有不法所有意圖，違法性與罪責性成立，甲、乙二人肯定成立強盜殺人結合罪與強盜使人受重傷結合罪的共同正犯。

參、競合問題

在本案中，甲、乙成立殺人既遂的共同正犯，也成立重傷罪的共同正犯，有疑義的是，行為人成立一個強盜罪，卻同時有二個以

11 最高法院 104 年度台上字第 3500 號。實務亦認為強盜擄人勒贖結合罪並無刑法第 347 條第 5 項相關減刑之適用。

12 林山田，論結合構成要件——兼評最高法院刑事庭會議的決議，收錄於：刑法的革新，2001，頁 289。

13 甘添貴，同註 4，頁 196。

上獨立可相結合的相結合罪發生時，應如何評價？

一、想像競合說

有主張，行為人既該當強盜而故意殺人的犯罪構成要件，也該當於強盜而強制性交等罪的構成要件，依想像競合原理，基本行為雖屬一個，但與二個得相結合的行為出於概括犯意，應構成二個結合罪名而從一重處罰，並認為此結論不會抵觸一行為禁止雙重評價的原則¹⁴。依此說，甲、乙二人成立二個強盜結合罪，從一重處斷，論以強盜殺人結合罪。

二、加重構成要件說

有主張強盜結合犯的本質屬於基本強盜罪的加重條文，有如加重竊盜罪一樣，行為人若同時兼具數個加重情形時，只要於判決主文內並舉即可，而論以一個強盜結合罪¹⁵，甲、乙成立強盜殺人結合罪。

三、餘罪併罰說

有主張強盜的基礎行為只有一個，若與其中一個得相結合的罪結合後，就不能再與其他相結合罪結合，因此，基本的強盜罪僅能與相結合罪擇一相結合，或依行為先後或情節輕重而與相結合罪結合後，再與餘罪併罰¹⁶。實務採此說，例如 A 持西瓜刀強盜金飾該當犯加重強盜罪，殺害被害人 B 成立殺人罪，殺害 C 未死亡結

¹⁴ 褚劍鴻，刑法分則釋論，下冊，2000，頁 1168 以下。

¹⁵ 黃榮堅，同註 4，頁 44。

¹⁶ 林山田，刑法各罪論（上冊），2006，頁 409。

果，成立殺人未遂罪，所犯加重強盜與殺人既遂相結合，成立強盜而故意殺人罪，而與殺害 C 未遂部分分論併罰¹⁷。或指出，強盜之基礎行為祇有一個，行為人在對不同被害人的行動自由持續控制下，先後對不同被害人強制性交，僅能就強盜與第一次之強制性交行為成立結合犯，再與嗣後之強制性交行為，併合處罰¹⁸。

在本案中，甲、乙為加重強盜之際，具有殺丙、丁二人的故意且實行之，丙的財產法益與丙、丁的生命、身體健康法益皆受侵害，後者又屬一身專屬法益，在罪刑原則的觀點下，以餘罪併罰說較合理。依此說，甲、乙成立強盜殺人結合罪，另重傷罪或殺人未遂罪從一重處斷後，再與強盜殺人結合罪數罪併罰。

肆、結論

甲、乙基於不法取得警槍之意圖，以殺害故意分別持刀由後襲擊丙、丁，造成丙死亡，丁受重傷。甲、乙成立加重強盜罪、殺人罪、殺人未遂罪與重傷罪的共同正犯。因強盜與對丙的殺人行為具有客觀因果關係，在時間上有銜接性，地點上具關連性，符合強盜殺人結合罪應有互為利用的結合關係。基本的強盜罪只有一個，其與殺人罪結合成立強盜殺人結合罪，另外，對丁成立殺人未遂罪和重傷罪，從一重處斷，二人成立強盜殺人結合罪與殺人未遂罪，數罪併罰。

¹⁷ 最高法院 101 年度台上字第 650 號。

¹⁸ 最高法院 99 年度台上字第 3537 號。

第四九題 詐欺罪之「詐術」

甲是「○○命學研究中心」之負責人，見聯考競爭激烈，求神問卜者絡繹不絕，乃在各報刊登推銷守護神與開運印鑑等物，宣稱向其購買以奇門遁甲術加持過的「琥珀吉祥印章」、「考試守護神」、「狀元筆」及「補腦丸」等物，依其指示隨身攜帶應試，可庇佑協助考生獲得高分，乙因而以與市價不相當的價錢購買上述物品，考試結果卻名落孫山。問：甲是否成立詐欺罪？

壹、問題爭點

在疑似「宗教詐欺」案中，大多數被害人係在自由意思決定下處分財產，事後卻認為自己有財產損失，遂控告行為人詐欺。詐欺罪有特定的要件，以宗教之名取財是否成立詐欺罪？還是民事糾紛或單純斂財？應檢視行為是否符合詐欺罪各要件。首要面對的是，行為人以宗教信仰意涵包裹的商業行為是否為詐術之行使？又基於憲法所保障的宗教信仰自由所表現的宗教行為是否可以成為一種詐術？何謂詐欺罪的詐術？此問題係本案爭點所在。

貳、案例分析

甲是否成立刑法第 339 條第 1 項詐欺罪？

一、詐欺罪的構成要件

刑法第 339 條詐欺罪係行為人為了自己或第三人之不法所有意圖，透過詐術行使，使人將本人或第三人之物交付，或得財產上不法之利益或使第三人得之，因此是對他人財產或利益的損害。由此導出，被害人之所以有財產損失是因為自行處分財產，處分財產是出於錯誤認識，錯誤又是因行為人施以詐術所致，這四種客觀要件要素有先後順序且環環相扣關聯，彼此間具有因果關係。至於行為人是否取得財物或獲利，則與詐欺既遂罪無關，因為刑法保障個人法益免於受他人不法侵害，行為人是否從中取財獲利與認定刑事責任無關。由詐術、陷於錯誤、處分財產至財產損失之要件要素以觀，詐欺罪屬於一種自我損害的財產轉移犯罪。

二、詐術

甲必須施行詐術，詐術係傳遞與事實不符的資訊，其可以係錯誤的事實，也可以是歪曲或掩飾事實真相。依通說見解，「事實」係過去或現在的事情，而非未來的。但未來之事只要可以辨別真偽，仍係詐術。判斷是否為「事實」的重點在於事件是否具有可檢驗性，將來之事只要合乎自然法則而與過去事件結合在一起，或由過去的事件中可以推斷者，仍具有可檢驗性。詐術所傳遞的錯誤事實內容，包括內在的心理事實以及外在的客觀事實，故內心的事實也可能是詐術，例如意圖、確信、動機或想法，只要陳述內容可辨

別真偽即是，例如明知不具給付能力或給付意願，吃霸王餐、搭霸王車或加霸王油¹。

對於詐欺罪而言，足以造成處分財產者產生錯誤的詐術是有關事實方面的訊息；相反地，價值判斷與事實無關。事實係一種客觀上已確定的事件，價值判斷則是具主觀色彩的個人見解，但非源自於事實而得出與經驗結合的結論。二者的判斷標準在於：由接收者的立場來看，所表達者是否明顯地屬於個人的意見範疇，而個人意見為價值判斷。依其所表達的客觀意義，因為欠缺事實核心，難以檢驗真偽，例如律師在法庭上的法律見解是個人主觀的意見陳述²。惟價值判斷與事實之間的界限常呈現流動性，一個主觀的價值判斷有可能包含內心事實，例如稱某物品很棒，是對物品品質的一種價值觀點的陳述；但形式上看起來僅是價值陳述，卻有可能是一種事實表達，例如稱某物品具有發光的功能，在如此價值判斷的表達中，卻是一種事實的陳述。對於事實與價值判斷的區別具有意義者是，如何區別商業市場上的廣告與交易來往中具有重要性的品質保證。商業廣告內容如果是一般人都能判別者，則非詐術的行使，至於是否為一般人能判別，則依宣傳的方式、提供的確定強度及情況而定，原則上越脫離事實的宣傳，越有可能是一種主觀的、誇張的價值判斷³。實務曾指出，所謂詐欺行為指對於受詐欺之相對人意思形成過程中屬於重要而有影響之不真實之情事，表示其為真實，而使相對人陷於錯誤、加深錯誤或保持錯誤者而言，不包括

1 Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT/2, 2012, Rn. 492f; 林山田，刑法各罪論（上冊），2006，頁 453；林東茂，刑法綜覽，2012，頁 2-153。

2 Otto, Die neue Rechtsprechung zum Betrugstatbestand, Jura, 9/2002, S. 606.

3 Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 1, 1995, § 41 II, Rn 30ff.

就行為對象（事或物）之特性為不實或誇大之陳述，欲以價值判斷影響相對人決定自由之情形。至於不真實之情事，是否重要而有影響意思之形成，應以該情事與相對人自由形成意思之過程有無因果關係為斷⁴。

詐術一定限於積極之作為？實務認為，詐術不以欺罔為限，利用人之錯誤而使之交付，亦得謂詐欺⁵。但此「利用」行為應以行為人事實上有告知義務為前提，行為人利用被害人的不知而不告知的情形。於此，實務肯認不作為亦可係詐術之手段，單純事實之緘默有時亦足使他人陷於錯誤。詳言之，依事實上之不告知，使對方陷於錯誤而交付財物，錯誤而處分財產與行為人不履行告知義務有因果關係，亦可成立詐欺罪。只不過不是在任何社會交易中，對事實之不告知都以刑法非難之，依不作為犯之原則，只有法律上負有告知義務者，始克相當。至於行為人是否具有法律上之告知義務，非就公序良俗之評價標準或基於倫理、道德、宗教、社會等理由而認定之，仍須視其不告知之程度是否已逾越交易上所容認之限度，是否逾越社會上可認相當之範圍、契約有無明訂、是否具有特殊信賴關係以及相對人明顯欠缺經驗等情形，綜合評斷之。例如買賣中古屋及中古車，若該屋曾有人在屋內自殺或曾發生兇殺案件或該車曾撞死人，基於日常生活之經驗法則，堪認一般上無人願意買受該類屋或該類車，且此事由不易查證，是賣方顯然有告知義務，則屋主或車主向買主積極誑稱無此事由，固屬詐術行為，若消極不告

4 臺灣高等法院臺中分院 99 年度上易字第 719 號。

5 臺灣高等法院 104 年度上易字第 1697 號。

知，亦應認已逾交易上所容認之限度，亦屬詐術行為⁶。不同的是，實務認為，行為人未主動告知系爭土地曾經存有墳墓一事，「應係民事債務不履行或瑕疵擔保責任之問題，尚不能以此即以刑法之詐欺罪相繩。至於屋齡或車子之年份、里程數事實，非有不易查證之問題，買方若覺得係考慮是否交易之極重要條件，自可自行或委託賣方查證，此事項非屬賣方有主動告知義務之事項」。何況，車子之年份、里程數並非有必然之比例關係，故買方究竟重視年份或里程數，恐「因人而異」，準此，自無須科以賣方主動告知之義務⁷。

在本案中，甲對外宣稱向其購買以奇門遁甲術加持過的「琥珀吉祥印章」、「考試守護神」、「狀元筆」及「補腦丸」等物，依其指示隨身攜帶應試，可庇佑協助考生獲得高分，並藉由此物獲取與市價不相當的價錢，甲的主張是否為「詐術」？此問題涉及行為人以宗教之名取信於被害人而從中取財，行為是否符合詐術的意義，有如下不同見解：

（一）否定說

信仰宗教本為憲法明文保護之宗教自由權，宗教是對於神道之信仰，是其信仰之神或道，本即有超越理性之特質。宗教信仰往往有「超經驗」或「形而上」認知，不能以人類當下之知識與能力或現有之科技技術驗證予以檢驗。一般人得否經由修法或法會之舉

6 臺灣高等法院高雄分院 102 年度上易字第 237 號；臺灣高等法院 102 年度上易字第 1470 號；臺灣高等法院 104 年度上易字第 1697 號。

7 臺灣高等法院高雄分院 102 年度上易字第 237 號；臺灣高等法院臺南分院 102 年度上易字第 31 號。

行，即得以獲取自身福報或消災解厄，信者與不信者，均或有之，但此仍屬宗教信仰之領域。台灣社會早存有命運、風水、堪輿玄道之說，因乏實證，一般民眾深信不疑（移）者有之；嗤之以鼻者亦有之，絕大多數民眾基於趨吉避凶之心理，多抱持著「寧可信其有，不可信其無」的心態。此主張既無科學證據證明確為真實，亦無積極證據可證為虛妄，而屬當事人間「接受與不接受」、「相信與不相信」的心理過程。故宗教及民間信仰中，本存在有「不確定所祈求效果是否發生」之認知，衡諸常情，一般心智正常之人均應對此有所認識。宗教儀式是否產生期待之效果，往往取決於信徒之主觀判斷，故本不能僅以信徒認為未產生預期效果，遽認信徒因此受騙。除確有假造修法事由以愚弄，藉此訛詐獲取財物，而該當刑法詐欺罪之範疇，自應對之課以刑責；然行為人究竟有無詐欺取財之行為，仍須依具體事證始得認定之，並審究詐術之施行與交付財物間之因果關係⁸。

是故，在宗教訴訟案件中，信者恆信；不信者恆不信，不能以當事人一方之前相信，之後心生懷疑，即推論他方最初所告玄道之說，係施用詐術詐取財物，否則民間習俗上，寺廟預告某生肖或特定歲數之人，某年太歲當頭或犯沖或流年不利等，為人施作「安太歲」、「祭煞」、「蓋魂」等消災法事；或針對特定需求之人，點「光明燈」、「平安燈」、「文昌燈」等以祈福，收取對價；一般宗教團體倡言民眾「奉獻」，廣增「福慧」，果均認屬詐欺作為，顯然逸脫於一般民眾之法律情感。行為人收取款項相較於一般寺廟，雖難謂不高，然來者本身即相信命理之說，在行為人詳細說

⁸ 臺灣高等法院臺中分院 99 年度上易字第 719 號。

明施法作用、施作程序及應配合事項、費用等等，難以認定行為人施用「詐術」⁹。例如 A 與 B 平日均熱衷於宗教事務，擔任乩童，在專業相同之情形下，當 A 告知 B 「卡到鬼魂」事項，B 依其自身之經歷與專業知識判斷，既然相信 A，並願意支付金錢，由 A 辦理法事，則 A 是否確對 B 施用詐術，已非無疑¹⁰。

同理，「現今宗教信仰已有將宗教服務價格、商品化之趨向，依據雙方明示或默示之約定，支付價金，以達到祈求平安、消災解厄、改運之目的，致使宗教信仰與宗教社會行為相互結合，亦不能因營利行為攙雜著宗教，即謂藉宗教詐財¹¹。」而對於宗教器物之價值也往往取決於信徒個人之主觀判斷，「法器尚因涉及宗教信仰及民間習俗，其仍存有主觀價值於其中，同一法器不同買主願意提出之價格亦有差異，應無法有一或絕對客觀之統一標準價格。而信仰者對於含有某程度之宗教器物，基於個人主觀上之情感因素或其他特殊考量，決定價格之前，除能證明係因他人以不法方式巧取誘買外，否則究與所謂詐欺取財之行為有間。法器，尚涉及宗教信仰及民間習俗，其主觀價值因人而異，不能單純以一般客觀價值加以判斷¹²。」

（二）肯定說

不同見解認為，宗教自由或民俗信仰雖係憲法保障之基本人權，但外部宗教行為之自由，仍應有所限制，更不容以假藉信仰之

9 臺灣高等法院臺中分院 100 年度上易字第 834 號；臺灣高等法院 100 年度上易字第 635 號。

10 臺灣高等法院高雄分院 102 年度上易字第 237 號。

11 臺灣高等法院高雄分院 102 年度上易字第 237 號。

12 臺灣高等法院 100 年度上易字第 2830 號。

外觀，作為實施犯罪之手段。科學理論乃至於司法審查，固難以介入宗教教義之可信與否，然人之智能本有差異，於遭逢感情、健康、事業等挫折，而處於徬徨無助之際，或信徒處於煩惱或不幸之窮迫狀態下，行為人利用宗教行為，煽起不安全感，其意思決定之自主能力顯屬薄弱而易受影響，若又以科學上無法即為印證之手段為誘使（例如法力、神怪、宗教或迷信等），不管行為人有否提供法事服務，由該行為之外觀，判斷其目的、方法、結果，若欠缺社會正當性、相當性，且係趁他人處於急迫無助、煩惱焦慮或不幸的狀態下，以能解決所遭遇的問題，壓制他人之理性思考空間，使其作成損害於己之決定，因而取得與社會一般合理範圍顯不相當之財產，則此行為已與刑法規範之詐欺行為無異，即難謂不具違法性，應屬詐欺行為¹³。

實例如下：A 佯稱有一位僅其能感應聽聞之無形體「西藏師父」稱 B 冤親債主太多，須花錢做功德以消災解厄，致篤信宗教之 B 深信不疑，匯入 126 萬元至 A 之帳戶內，A 挪為己用，未為 B 履行消除業障之事務，成立詐欺罪¹⁴。縱使行為人有提供法事服務，也因取財欠缺社會相當性而成立詐欺罪，例如 C 在各報紙分類廣告刊登「速效靈驗於茅山術——和合、調回、求才、一切疑難 000-00000000」廣告小啟，招攬客戶，固屬商業行為之一，然實務認為，「權利之行使，不得違反公共利益，或以損害他人為主要目的。行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法」，民法第 148 條

13 臺灣高等法院 95 年度上重更（一）字第 80 號；臺灣高等法院臺中分院 100 年度上更（一）字第 159 號；臺灣高等法院 104 年度上易字第 2135 號。

14 臺灣高等法院 100 年度上易字第 324 號。

定有明文，合於民法前述規定之提供服務行為，為合法商業行為，如以其他藉詞使人誤信或者陷於錯誤，即為詐欺。C 於 D 諮詢時，聲稱以茅山術開壇作法、養小鬼、喝符水、使用動物鮮血祭祀等方式可解決問題，D 進行作法後，並無 C 在諮詢時所強調之效果，堪認 C 有藉詞使人誤信之情形。再者，夫妻間之感情或人與人之間的感情，並非單方付出即可培養，事業的改善，或學業的精進，或身體的健康等，均非借用宗教之力量即可達成挽回、成功之效果，C 竟宣稱可讓 E 等之女友或男友回來 E 身邊、事業成功、課業進步、身體健康等，其所為顯欠缺社會正當性、相當性，故行為人顯係利用人性弱點，以邪術迷惑當時徬徨無依思緒不清之被害人，使被害人產生對法術將生效之錯誤期待，因而交付財物，顯均屬詐欺行為¹⁵。

憲法明定信仰宗教的自由，大法官曾於釋字第 490 號解釋指出，「所謂宗教信仰之自由，係指人民有信仰與不信仰任何宗教之自由，以及參與或不參與宗教活動之自由，其保障範圍包含內在信仰之自由、宗教行為之自由與宗教結社之自由。」其中，外在的宗教行為是信仰的表達，其與內在信仰自由差別在於行為方式，內在信仰自由保障者係「思想」方式，而保障表達信仰自由有如保障言論自由一樣，係思想的向外告白，故表達信仰自由是內在信仰自由的實踐方式，其可以透過語言、文字或圖像（騰）表達，也可以是依據個人內在的信仰而實踐於真實生活中的各種舉止。表達信仰自由相對於憲法第 11 條言論自由而言，以其溝通方式上特別優位而

¹⁵ 臺灣高等法院臺中分院 100 年度上更（一）字第 159 號。

獨立保障¹⁶。在上述大法官解釋中亦強調：「內在信仰之自由，涉及思想、言論、信念及精神層次，應受絕對之保障；其由之而派生之宗教行為之自由與宗教結社之自由，則可能涉及他人之自由與權利，甚至可能影響公共秩序、善良風俗、社會道德與社會責任，因此，僅能受相對之保障。」從而，陳述內容與宗教信仰相結合，只要此事實客觀上可檢驗，仍可能是刑法中詐欺罪的詐術。

在本案中，實務指出，研究人身能量如何與宇宙能量產生共鳴方法之「奇門遁甲」術是否確能因感應而增進人體智慧、體力及運氣，並無法以科學方法加以檢測；然考試結果與被告所出售守護神、琥珀吉祥章、狀元筆之使用，並無對應關係，考試結果與考生實力及臨場反應息息相關，實際上並無法以任何法術加以操縱、控制，則係當然之理。一般宗教通常係追求心靈層次或思想淨化等，如以之為名目，推銷物品，又詐稱如購買某物品、可獲致法力引致現實利益等對價關係，即難謂其無不法所有之詐欺犯意，其於廣告中所稱保證增加考試成績之說，顯屬無稽，而足認係影響消費者購買意願之詐術行使¹⁷。

上述有關行為人以宗教之名獲利是否成立詐欺罪的關鍵，在於行為人是否施以詐術。如果行為人主觀上相信，甚至平日也從事相關宗教信仰事務，屬於宗教活動之自由保障的範圍。行為人依據雙方明示或默示之約定辦理事務，對方相信並願意支付價金，則法事不具有可檢驗性，非行使詐術。行為人收取價款後未依規定辦理事務，得成立詐欺罪的情形是行為之初即有施用詐術之意，使人誤以

¹⁶ 許育典，宗教自由與宗教法，2005，頁120以下。

¹⁷ 臺灣高等法院90年度上更(一)字第212號。

為會依約辦理而付款，方能肯定行為人意圖為不法之所有或意圖得財產上之不法利益。此情形有如債務人於債之關係成立後，如有債務不履行之情形，依一般社會經驗其可能之原因甚多，縱令出於惡意而有遲延給付或不為給付之情形，倘若行為人在債之關係發生時自始無詐術故意，不得僅以債信違反之客觀事態，即推定債務人原有詐欺取財之犯意¹⁸。除非行為人毫無宗教信仰或從事相關活動，卻假造修法事由以愚弄，藉此訛詐獲取財物，方肯定施以詐術。因此，上述肯定見解以「取得與社會一般合理範圍顯不相當之財產」，作為判斷是否成立詐欺罪之標準，不僅有侵犯宗教自由之虞，且違反詐欺罪要件要素之間的因果關聯，將財產損失高低視為成立與否的關鍵，忽略宗教信仰無價，非世俗社會可計量。在本案中，甲是「○○命學研究中心」之負責人，聲稱其以奇門遁甲術加持過的「琥珀吉祥印章」、「考試守護神」、「狀元筆」及「補腦丸」等物，依指示隨身攜帶應試，可庇佑協助考生獲得高分，陳述內容屬不可檢驗性，不該當刑法詐欺罪之詐術。

參、結論

甲開設命學研究中心，聲稱以其法術加持過之物品，依指示隨身攜帶應試，可庇佑協助考生獲得高分。甲的主張涉及宗教信仰及民間習俗，於此，個人依其主觀價值而互異，而有信者與不信者之分，因為內容無法辨真偽，以及產品難有絕對客觀之統一標準價格，不符合詐欺罪的「詐術」。

¹⁸ 臺灣高等法院 101 年度上易字第 2121 號；臺灣高等法院 103 年度上易字第 2390 號。

第五十題 詐欺罪之「陷於錯誤」要件

甲向乙宣稱因欠缺現金而急於將手中的名畫脫手兌現，其中有幅張大千的真跡國畫，僅索價新台幣二十萬元。由於價錢遠低於一般行情，乙懷疑該畫之真實性，但認為若果為張大千名畫，將有利可圖，因此與甲交易，事後經鑑定該畫為贗品，不值二十萬元。問：甲是否成立詐欺罪？

壹、問題爭點

詐欺罪的客觀構成要件係詐術、陷於錯誤、處分財產與財產損失，彼此之間有先後順序且環環相扣關係。當肯定行為人施以詐術後，緊接著應檢驗相對人是否因陷於錯誤才處分財產。何謂「錯誤」？尤其，處分財產者對行為人行使詐術之真實性有所懷疑時，寧可信其有，而交付財產，處分財產是否基於錯誤認知進而導致財產損失？此為本案爭點。

貳、案例分析

甲是否成立刑法第 339 條第 1 項詐欺罪？

一、行使詐術

詐欺罪的行為是施行詐術，其係傳遞與事實不符的資訊，可以是錯誤事實的主張，也可以是歪曲、掩飾事實真相或其他具有陳述價值的行為，目的在於促使他人產生錯誤。對他人認知的影響是詐術的特性，他人的錯誤認知是行為人施以詐術的倒影。又，事實是一種具體的過程或過去或現在的狀態，只要具有可檢驗性即屬之¹。在本案中，甲向乙宣稱，手中的名畫係張大千的真跡，事後經鑑定，原來係贗品，此主張具有可檢驗性，甲傳達悖離事實的資訊，肯定對乙施以詐術。

二、陷於錯誤

行為人行使詐術後，必須導致相對人陷於錯誤，倘若相對人並非因錯誤認知才處分財產，不成立詐欺罪。所謂錯誤係指任何一種不正確而與事實真相不相符合的事件或狀態，被害人必須認為行為人所主張的事實係真實，之所以如此，係因行為人行使詐術影響被害人的認知。被害人產生錯誤認知固然是行為人的詐術所致，如果被害人先有錯誤認識，行為人維持其錯誤也可以符合詐欺罪的「陷於錯誤」，其情形是違反告知義務的利用情形，也可以是強化錯誤認識，後者是行為人知道被害人有所懷疑，卻透過積極行為予以加深、擴大、阻止或更困難澄清²。然而單純的毫無所知而無具體的錯誤想像，並非詐欺罪的錯誤，畢竟錯誤認知與欠缺認知不同³。

1 Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT/2, 2012, Rn. 490, 493.

2 Wessels/Hillenkamp, Strafrecht aaO., Rn. 514; Fischer, Strafgesetzbuch, 2013, § 263, Rn. 65.

3 Fischer, aaO., Rn.56；林山田，刑法各罪論（上冊），2006，頁455。

例如 A 在賣場內拿取黑色塑膠置物箱 3 個後，再將洋酒，分別裝入其中 2 個黑色塑膠置物箱內，將置物箱堆放在手推車內。嗣 A 於通過收銀櫃臺時，僅將其中空置物箱 1 個放於收銀台前供結帳人員 B 結帳，其餘內藏洋酒之置物箱則仍放置在推車內。B 不察，讓 A 在未結帳下取得洋酒。此情形是 A 使用詐術想讓 B 認為只有購買置物箱，同時也是違背 B 的意思私下取走洋酒，只是 B 對於置物箱內藏有洋酒不知情，因此交付 3 只置物箱予 A，對洋酒的同時轉移所有權並非基於錯誤認知的處分財產，既然 B 沒有錯誤認知可言，A 的行為即非詐欺。有疑義的是：行為人行詐術之實，若處分財產者對於行為人主張的事實有所懷疑，但對於真實性與否在考慮風險後，仍選擇相信行為人所言而處分財產，是否也肯定其處分財產係因陷於錯誤而為？對此問題，學界有不同的見解：

（一）否定說

有認為，處分財產者對行為人主張的事實有所懷疑時，並不同於錯誤。依被害者學觀點，行為人主張的事實在客觀上足以令人產生懷疑，而被害人主觀上也產生懷疑，表示其本身可以期待經由適當的手段以保護自己的法益，被害人卻任意不用時，被害人並不值得保護，國家刑罰權也沒有介入的必要⁴。又，行為人刑罰之必要性與被害人保護的必要性是相對存在，刑罰是社會政策的最後手段，當被害人能自我保護時，卻疏於保護，不僅不值得國家保護，且基於刑法輔助性（或謙抑）原則，過度依賴刑罰，不但違背犯罪

⁴ Amelung, Irrtum und Zweifel des Getaueschten beim Betrug, in: Goltdammers Archiv fuer Strafrecht, 1977, S. 1；轉引自 Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 1, 1995, § 41 II, Rn. 68.

預防理論，反而造成司法機關選擇性執法，因此，主張被害者學係刑法上特定構成要件的一種解釋原則，或刑法目的解釋下的一種解釋方法，尤其，被害者學觀點適用於被害人積極介入的犯罪類型，如詐欺罪⁵。甚或提出，此情形有如刑法第 16 條規定，行為人若發生可避免的禁止錯誤時，仍具刑罰必要性，對詐欺罪而言，行為人對於被害人的影響若為一種可避免的錯誤時，行為人欠缺刑罰的必要性⁶，故只有被害人的錯誤係一種不可避免的錯誤時，國家刑罰權才有介入的必要，只是錯誤的可避免性觀點不為通說所採⁷。

(二) 肯定說

多數見解反對將被害者學論理視為刑法的普遍原則，或排除行為人行為的刑罰性。固然被害者的行為在某些情形足以排除或限制行為人的刑罰性，例如徵得被害人的同意或承諾，但這些行為必須以被害人無瑕疵的自由意思決定為要件，故被害人的財產損失僅限於存有毫無瑕疵的被害人同意時，方排除詐欺既遂罪。由於財產轉移必須在財產處分者毫無瑕疵、有效的同意下進行，故處分財產者對行為人施行詐術有懷疑，因而處分財產的意思決定並非出於完全自由，在有瑕疵同意下的財產轉移可謂是因錯誤而處分財產⁸。

其次，立法者決定行為的可罰性或應罰性時，一般不會考慮被害人是否能為可期待的自我保護措施，例如竊盜罪的被害人即使在自我疏忽的方式下而使竊取發生，也不會改變行為人應成立竊盜既

5 王梅英、林鈺雄，從被害者學談刑法詐欺，月旦法學雜誌，第 35 期，1998/3，頁 98。

6 Wessels/Hillenkamp, aaO., Rn. 497.

7 Fischer, aaO., Rn. 55a.

8 Frisch, Funktion und Inhalt des „Irrtums“ im Betrugstatbestand, in Festschrift fuer Bockelmann, 1979, S. 653.

遂罪。因為依立法者見解，被害人令行為人特別容易取得自己之物，即認為不成立竊盜罪。對詐欺罪而言，行為人也不能因為被害人無知或特別容易受騙，而不成立詐欺罪。此理由從刑法第 341 條乘機詐欺罪亦可得出，立法者反而認為「知慮淺薄」或「精神障礙、心智缺陷而致辯識能力顯有不足或其他相類情形」者有特別保護的必要。

再者，若依否定見解，被害者學的觀點可成為刑法解釋的原則，乃係源自刑法的輔助性原則而得出的結論，但輔助性原則的意涵是：「國家能以較輕微的干預方法解決社會衝突時，則無需動用刑罰。」並非是：「人民若能自我保護時，國家則應放棄干預。」換言之，「法眼所在，個人即能致力於自我人格的發展，但非人格發展的安全性上。」否則，將容易信賴他人的被害人排除於刑法的保護範圍外，會讓這些人對於共同社會的法律產生猜疑、不信任與不安全感，而限縮法律忠實者的自由空間。因而，若被害者可期待為自我保護措施，卻疏於保護時，基於刑事政策的考量，立法者基於利益衡量原則，也應當選擇站在保護被害人，而非行為人這一邊⁹。在詐欺罪中，被害人固然因無知、投機取巧或貪婪心理促成行為人行為的實現，但行為人利用人性弱點，任意奸巧豪奪，也不能因被害人之與有責任而完全排除行為人行為的刑罰性。既然詐欺罪的「錯誤」要件係指任何一種有關事實的錯誤認知，誰要是對行為人所主張的事實認為至少有可能時，而如此認知與真實不符合，當然係一種錯誤。縱使被害人以可歸責方式可能排除其懷疑，也不

⁹ Roxin, *Strafrecht AT* Band 1, 2006, § 14, Rn. 20f.

會改變其當下認為行為人的主張可能是真實的¹⁰。至於被害者對於侵害結果的發生即使與有責任，也不應依被害人自我保護理論觀點，將行為人的責任轉嫁於被害人身上，充其量只能作為量刑上的考量而已。

在本案中，甲對乙施以詐術，令乙認為此幅畫出自張大千的真跡，只是乙對於畫的真實性有所懷疑，認為依一般行情，張大千的畫不可能祇有二十萬元而已，但因為甲為了讓乙相信，指稱自己急於兌現現金，方有此價錢，乙在有所懷疑下，寧可冒此風險，因為若果為真跡，將獲利不少，乙最後與甲交易而處分財產，依上述肯定見解，因乙同時也認為甲的陳述不無可能，此認知與事實完全不符，應屬詐欺罪所要保護的範圍，乙處分財產肯定係甲施以詐術後，因陷於錯誤的結果。

三、處分財產

行為人必須以詐術「使人將本人或第三人之物交付」，交付財物是一種財產上的處分，其係指處分者依其自由決定，直接導致財產減損的任何作為、不作為或容忍，包含一切使財產利益發生變動的行為，可以是法律行為或事實行為，所以即使是無行為能力人所為的物之交付，雖不生法律上移轉所有權的效力，但仍屬於本罪之財產處分¹¹。在本案中，乙基於投資理由，以二十萬元購買一幅事實上係贗品的張大千國畫，因此，係一種有認知的處分財產。

¹⁰ Wessels/Hillenkamp, aaO., 2012, Rn. 512f.

¹¹ 林東茂，刑法分則：第三講詐欺罪的財產處分，月旦法學教室，第8期，2003/6，頁90、93；盧映潔，刑法分則新論，2015，頁717。

四、財產損失

相對人處分財產後，只要造成其本人或第三人的財產比原來的財產短少，即肯定財產損失。在本案中，乙購買一幅依鑑定結果不值二十萬元的贗品，肯定有財產損失，此損失是基於錯誤的認識而處分財產，錯誤認知是因為甲施行詐術而受到影響，甲的行為符合詐欺罪的客觀構成要件。

甲對乙施以詐術，使乙交付與贗品不相當的價金，皆有認知且進一步實行，甲具有詐欺故意與不法所有意圖，違法性與罪責性皆成立。

參、結論

甲對乙佯稱手中有一幅張大千的真跡國畫，因故想脫手兌現，乙認為價錢遠低於一般行情，雖有懷疑該畫之真實性，但因甲的說詞令乙認為有可能是真畫，足以肯定乙因甲的詐術而陷於錯誤，進而交付二十萬元，由於贗品不值二十萬元，導致財產損失，甲成立詐欺罪。

國家圖書館出版品預行編目資料

刑法案例研習 / 黃惠婷著. -- 二版. -- 臺北

市：新學林，2016.09 -

冊；公分

ISBN 978-986-295-622-9 (第1冊：平裝). --

1. 刑法

585

105017717

刑法案例研習（一）

作者：黃惠婷

出版者：新學林出版股份有限公司

地址：台北市和平東路二段339號9樓

電話：(02) 2700-1808

傳真：(02) 2705-9080

網址：<http://www.sharing.com.tw/>

總經理：毛基正 副總編輯：林靜妙

經理：許承先 主編：李啟琳

內文編排：陳怡君 責任編輯：陳瑋崢

出版日期：2006年8月 一版一刷

2016年9月 二版一刷

郵撥帳號：19889774 新學林出版股份有限公司

劃撥金額1000元以上免郵資，未滿1000元加收郵資60元

定價：500元

ISBN 978-986-295-622-9

本書如有缺頁、破損、倒裝，請寄回更換

門市地址：台北市和平東路二段339號9樓

團購專線：(02) 2700-1808 分機18

讀者服務：law@sharing.com.tw

電子商務：<http://www.sharing.com.tw/>

大陸展售：廈門外圖臺灣書店有限公司 電話：0592-2986298

地址：廈門市湖里區悅華路8號外圖物流大廈4樓

中國圖書進出口廣州公司 電話：8620-34202231

地址：廣州市海珠區新港西路大江沖25號大院5樓

中國科技資料進出口總公司 電話：010-88820201

地址：北京市海澱區西三環北路72號世紀經貿B座1509室