

《刑法》

一、甲行經小巷返家時，甲的仇人 A 怒目而視地迎面而來，當甲與 A 正要擦身而過時，甲見 A 將手伸入衣內掏東西，而誤以為 A 正在掏槍要殺他，就拿起隨身帶著的球棒擊向 A 的頭部，A 因此倒地身亡。事實上，A 所掏的是衣內裡的一條手帕而已。試問：根據不同的學說見解，甲的行為應如何處斷？並說明理由。（30 分）

命題意旨	意旨在測試考生對「誤想正當防衛」之認識程度與學說上對此項錯誤之評價規則。
答題關鍵	1.防衛情狀存在與否的判斷方式與時點。 2.容許構成要件錯誤之法律效果。
參考資料	1.林山田，刑法通論上冊增定八版，頁 377~382。 2.黃榮堅，基礎刑法學（上），頁 185~190。 3.林鈺雄，刑法總則第九講，月旦法學教室第二十期，頁 59
高分閱讀	1.司法四等考場寶典 P6-6~8，題目 7（相似度 40%）、題目 9（相似度 60%）、題目 10（相似度 70%） 2.高點重點整理系列《刑法總則》，方律師（L234），P2-166~169：容許構成要件錯誤（相似度 60%） 3.高點法學錦囊系列《刑法-總則篇》，蔡律師、余律師（L207），P.195~198：容許構成要件錯誤（相似度 60%） 4.高點重點整理系列《刑法(概要)》，方律師（L117），P.2-93~94：容許構成要件錯誤（相似度 60%） 5.高點律師司法官歷屆試題詳解，P89-14：89 年司法官第 2 題（相似度 60%）、P.77-1：77 年司法官第 1 題（相似度 40%）

【擬答】

(一)甲以球棒攻擊 A 的行為，可能構成普通殺人罪（刑法第二百七十一條第一項）

- 客觀上，甲若未以球棒攻擊 A 的頭部，A 就不會死亡，故甲的行為與 A 之死亡結果間，具有條件理論意義下的因果關係，而且該死亡結果也是在甲所製造不容許的風險歷程當中實現的。而甲於揮棒之際的心理認知事實是：若不先下手為強，倒下的便是自己；由此可推知甲於主觀上認知到其行為將致 A 於死地，且意欲該結果發生，具有殺人故意。
- 甲可否主張正當防衛以阻卻違法性？按正當防衛以客觀上存在現在不法侵害之防衛情狀，主觀上出於防衛意思，而實施必要且非屬防衛權濫用之防衛行為為要件。而侵害存在與否的判斷方式，有以下兩種看法：
 - (1)事中判斷：假設一般第三人立於防衛者行為當時所處的客觀情狀，均認為有受侵害之可能，即使事後證明並無侵害之可能，亦應認為客觀上侵害已然存在。據此，甲 A 仇家狹路相逢，一般人若處於事件當時，很有可能會把面露凶光且伸手掏物之仇家誤認為是要攻擊自己，可以認為侵害已經存在。不過，甲以球棒直接攻擊 A 之頭部，雖然可以有效地終結侵害行為，然而並非同等有效中造成最小損害的防衛手段，而形成過當防衛，不得阻卻殺人罪之違法性，僅得依情況考慮是否免除或減輕罪責。
 - (2)事後判斷：侵害是否存在應從事後的角度加以觀察，是否會造成法益損害。因此，本題實情是 A 伸手掏手帕，對於甲而言並無任何法益損害之可能，侵害並未存在，不符合正當防衛的設定要件。
- 承 2、(2)所述，甲固不得主張正當防衛，然而其基於誤認 A 欲掏槍射殺自己之錯誤認知所為防衛行為，乃係誤以為「侵害存在」而為防衛行為之誤想防衛，屬於學說上所稱「容許構成要件錯誤」之一種，應如何予以評價，學說上有以下五種看法：
 - (1)故意理論：容許構成要件錯誤之行為人欠缺不法意識，應阻卻故意之成立。準此，甲不成立普通殺人罪，但因甲加以注意應可避免誤認，是以構成過失致死罪。
 - (2)嚴格罪責理論：容許構成要件錯誤之行為人欠缺不法意識，不會阻卻故意，但會影響罪責；亦即，若錯誤是不可避免則阻卻故意，若是可避免則減免罪責。若採此說，甲加以注意應可避免誤認，應成立普通殺人罪但可減免刑罰。



- (3)限縮罪責理論：容許構成要件錯誤雖非構成要件錯誤，但有其類似性，故可類推適用構成要件錯誤，而否定行為人的故意。準此，甲不成立普通殺人罪，但因甲加以注意應可避免誤認，是以構成過失致死罪。
- (4)限縮法律效果之罪責理論：容許構成要件錯誤是獨立的錯誤類型，並不影響行止型態的故意，而影響罪責型態的故意，換言之，行為人仍有構成要件故意，但欠缺故意罪責。如錯誤係出於注意上之瑕疵所致，則可能成立過失犯罪。準此，甲不成立普通殺人罪，但因甲加以注意應可避免誤認，是以構成過失致死罪。
- (5)負面構成要件要素理論：刑法之犯罪構成要件及阻卻違法事由，應以整體不法構成要件來理解，因此行為人誤認侵害情狀存在，即屬構成要件錯誤，應排除構成要件故意。準此，甲不成立普通殺人罪，但因甲加以注意應可避免誤認，是以構成過失致死罪。

(二)結論：

- 1.正當防衛既然分為客觀要件與主觀要件，則客觀上侵害是否存在，應以事後客觀的判斷為妥。
- 2.其次，關於容許構成要件錯誤之評價，以限縮法律效果之罪責理論較能符合三階理論之立場，且為目前通說所採，故本題之甲的行為，應成立過失致死罪。

二、乙唆使丙殺 B。於是，當丙至 B 宅附近埋伏等待 B 返家時，丙改變殺 B 的心意，僅將 B 打成輕傷。試問乙、丙的行為應如何處斷？並詳細說明應如何適用刑法第二十九教唆犯的規定。(30 分)

命題意旨	測試考生對於偏離教唆故意的錯誤，對於教唆故意的影響及其法律效果。
答題關鍵	應掌握之重點為共犯從屬性理論、教唆犯之成立要件、偏離教唆故意的錯誤以及教唆未遂犯之論罪法律根據。
參考資料	1.黃常仁，刑法總論（2001，八月增定一版），214 至 216 頁。 2.張麗卿，刑法總則理論與實用（2003 年二版），324 至 325 頁。
高分閱讀	1.司法三等考場寶典，題目 12（相似度 20%），P.3-10 2.高點重點整理系列《刑法總則》，方律師（L234），P.2-338~365：教唆犯與錯誤（相似度 90%） 3.高點重點整理系列《刑法分則》，方律師（L235），P.1-49~52：傷害罪（相似度 40%） 4.高點律師司法官歷屆試題詳解（LA005），89 年律師第 1 題（相似度 40%） 5.高點法學錦囊《刑法-總則篇》，蔡律師、余律師，P.315~316

【擬答】

- (一)丙將 B 打成輕傷，可能構成普通傷害罪（刑法第二百七十七條第一項）
- 1.丙在無阻卻違法事由及無阻卻罪責事由之下將 B 打成輕傷，構成普通傷害罪。
 - 2.又丙雖因乙之唆使而曾經萌生殺死 B 之認識與意欲，惟其係著手實施構成要件行為之前的「事前故意」，無法被評價為行為當時的構成要件故意，故於此不討論普通殺人罪。
- (二)乙唆使丙殺 B，可能構成教唆殺人既遂罪（刑法第二百七十一條第一項、第二十九條第一、二項）
- 按普通殺人既遂罪之客觀不法以死亡結果為必要條件，而本案客觀上並沒有人因為乙之唆使行為發生死亡結果，故乙唆使丙殺 B，無從構成教唆殺人既遂罪。
- (三)乙唆使丙殺 B，可能構成教唆殺人未遂罪（刑法第二百七十一條第二項、第二十九條第一、二項）
- 1.乙唆使丙殺 B，係屬廣義的利用他人之行為以達犯罪目的，惟其並非支配整起犯罪事件之核心、關鍵人物，僅係喚起、誘發他人萌生犯罪決意之邊緣人物，應屬通說所採共犯概念之下位類型的教唆犯。就共犯從屬性而言，甲事實上所依附、從屬的正犯（即丙）之行為，已被評價為刑事不法行為（參見（一）之說明），滿足通說所採之限制從屬性理論的要求，符合成立教唆犯的前提要件。
 - 2.教唆犯之成立，以客觀上為教唆行為，主觀上具有教唆故意為要件。就乙之行為為所涉教唆普通殺人罪觀察，丙係無犯罪決意之人，因為乙之唆使行為，才使丙萌生殺害 B 之犯罪決意；儘管乙後來私自變更犯意，但仍不影響乙之行為在客觀上屬教唆行為的定性。單就乙之主觀心理事實觀察，乙認知到其唆使行為將使丙萌生殺害 B 之犯意，B 將因此受到丙之殺害，並意欲該行為事實發生，應合於所謂的雙重教唆故意。然作為被教唆者的丙擅自變更乙之唆使內容，其所為之犯罪事實（輕傷）不符合教唆者乙之教唆範圍（殺人），發生學說上所謂的「偏離教唆故意的錯誤」下位類型的「教唆之不足」的現象。此時即生該錯誤問題是否



影響乙之教唆故意，以及究竟應論以教唆殺人未遂罪抑或教唆輕傷既遂罪的疑問。

- 3.主流看法認為，輕傷罪之構成要件可被殺人罪之構成要件所涵蓋，故相應於人類之主觀認知層面而言，丙所為之輕傷行為仍為乙所想像之因果歷程所涵蓋，換言之，乙仍具殺人罪之教唆故意。故乙應成立教唆殺人未遂罪（刑法第二百七十一條第二項、第二十九條第一、二項），而非僅論以教唆輕傷既遂罪（刑法第二百七十一條第一項、第二十九條第一、二項）。

(四)結論

- 1.丙將 B 打成輕傷，構成普通傷害罪（刑法第二百七十七條第一項）。
- 2.乙唆使丙殺 B，構成教唆殺人未遂罪（刑法第二百七十一條第二項、第二十九條第一、二項）。

三、丁於夜間侵入方圓一公里內僅有的一家農宅行竊時，被農宅主人發現，於是拿起農宅的鋤頭連續將該農宅主人、其妻與子共三人全部殺死於農宅內。而丁將農宅內的值錢財物搜刮後，為了湮滅罪證而放火將該農宅燒毀。試問丁的行為應如何處斷？並說明理由。（40 分）

命題意旨	主要是測驗考生對於加重竊盜、加重強盜、犯意變更、放火罪及其競合關係等相關問題的理解程度。
答題關鍵	轉念強盜，抽象危險與具體危險的審查，加重竊盜、加重強盜、犯意變更、放火罪及其競合關係
高分閱讀	1.司法三等考場寶典，題目 6（相似度 20%）、題目 11（相似度 60%）。 2.高點重點整理系列《刑法分則》，方律師（L235）， P.2-60～69：強盜罪、犯意變更（相似度 60%）、 P.2-79～82：強盜結合犯（相似度 40%）、 P.3-3～13：放火罪（相似度 60%） P.4-125～128：妨害刑事證據罪（相似度 60%） 3.高點律師司法官歷屆試題詳解（LA005），92 年律師第 1 題（相似度 60%）、86 年司法官第 4 題（相似度 40%） 4.高點法學錦囊系列《刑法總則》、《刑法分則》，蔡律師、余律師

【擬答】

(一)丁侵入農宅的行為，構成侵入住居罪（刑法第三〇六條第一項）

(二)丁殺死三個人的行為，構成三個普通殺人罪（刑法第二百七十一條第一項）

(三)丁殺人之前的取財行為，可能構成加重竊盜未遂罪（刑法第三百二十一條第二項、第一項第一款）

- 1.本罪之成立，主觀上以行為人具有不法所有意圖與加重竊盜故意，客觀上以著手為要件。本題，丁主觀上具有不法所有意圖，並且對自己於夜間侵入住宅或有人居住之建築物有所認識與意欲，具備加重竊盜故意。依題意顯示，丁係於行竊之時被農宅主人發現，故可認為丁於客觀上已達著手實行的階段。
- 2.欠缺違法事由與罪責事由，丁的行為構成加重竊盜未遂罪。

(四)丁殺人之後的取財行為

1.可能構成普通強盜既遂罪（刑法第三百二十八條第一項）

- (1)本罪之成立，客觀上以強制行為致使不能抗拒，而取他人之財物或使其交付，主觀上以不法所有意圖與強盜故意為要件。丁殺死農莊主人一家三口，係對身體不法腕力之使用的強暴行為，並導致農莊人家不抗拒；與嗣後丁搜刮農宅內值錢財物連結觀察，乃係以強暴行為破壞農莊人家對其財物的持有支配，並建立自己的持有支配。主觀上，丁對前述事實有所認知且意欲其發生，具有強盜故意，且係出於不法所有意圖。
- (2)欠缺違法事由與罪責事由，丁的行為構成普通強盜既遂罪。

2.可能構成加重強盜既遂罪（刑法第三百三十條）

丁的行為觸犯普通強盜既遂罪，並有第三百二十一條第一項第一款「於夜間侵入住宅或有人居住之建築物」之情形，故構成加重強盜既遂罪。

3.可能構成準強盜罪（刑法第三百二十九條）

本罪之成立，以犯竊盜或搶奪，因防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證，而當場施以強暴脅迫為要件。本題所示情形乃是所謂的「轉念強盜」，即丁原意行竊，於著手行竊後改變犯意為強盜者之現象，此時之強暴行為乃係奪取他人財物為己有之強盜行為，與指向防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證所施加之強暴脅迫有本質



上之差異。故結論是逕論以前開之加重強盜既遂罪，並不成立本罪。

4.可能構成強盜殺人罪（刑法第三百三十二條第一項）

本罪之成立，只須於強盜之機會實施殺人行為即為已足，而本題丁觸犯加重強盜罪與普通殺人罪，成立強盜殺人罪。

(五)丁的放火行為

1.可能構成放火燒毀現供人使用之住宅或現有人所在之建築物罪（刑法第一百七十三條第一項）

本罪之成立，客觀以放火燒毀現供人使用之住宅或現有人所在之建築物為要件。所謂「現供人使用」無須放火當時有人在屋內，只要係處於供人使用之狀態即可；而「現有人所在」係指放火當時，行為人以外之人正留滯其內。然農莊主人一家三口悉遭殺害，故通說認為丁殺人後另行起意放火燒屋，應認放火當時農莊已非現供人使用之住宅，亦非現有人所在之建築物。故本罪之客觀構成要件不該當。

2.可能構成放火燒毀現非供人使用之他人所有住宅或現有未有人所在之他人所有建築物罪（刑法第一百七十四條第一項）

(1)承上所述，丁將使用人殺死後，該屋應屬本罪之客體，且丁放火燒毀現非供人使用之他人所有住宅或現有未有人所在之他人所有建築物，客觀構成要件該當。然而，該客體乃係方圓一公里內僅有的一家農宅，對之放火燒毀，似乎並無延燒性與難以控制性，因此似應以欠缺公共危險予以排除客觀不法。由於本罪係屬抽象危險犯的立法方式，故只須於個案當中檢視行為人是否已完成了構成要件所描述的行為已足，無須判斷是否有危險發生。因此，丁放火將該農宅燒毀之客觀不法不受影響。主觀上，丁就放火事實有認識與意欲，具備放火故意。

(2)欠缺違法事由與罪責事由，丁的行為構成放火燒毀現供人使用之住宅或現有人所在之建築物罪。

3.構成強盜放火罪（刑法第三百三十二條第二項第一款）

4.可能構成湮滅刑事證據罪（刑法第一百六十五條）

本罪之成立，客觀上以偽造、變造、湮滅或隱匿關係他人刑事被告案件之證據為要件。此之所謂「他人」之要素的性質，雖有究屬不法要素或罪責要素之爭議，惟本案丁所湮滅者，乃係關係「自己」刑事被告案件之證據，該「他人」之要素無法具備，故本罪不成立。

5.構成侵害屍體罪（刑法第二百四十七條第一項）

6.構成毀壞建築物罪（刑法第三百五十三條第一項）

(六)競合

1.丁成立侵入住居罪、三個普通殺人罪、加重竊盜未遂罪、普通強盜既遂罪、加重強盜既遂罪、強盜殺人罪、強盜放火罪、放火燒毀現供人使用之住宅或現有人所在之建築物罪、侵害屍體罪與毀壞建築物罪。

2.普通強盜既遂罪、加重強盜既遂罪係法條競合的特別關係，只論以加重強盜既遂罪。加重竊盜未遂罪、加重強盜既遂罪，通說認為係不罰之前行為或法條競合，只論以加重強盜既遂罪。侵入住居罪與加重強盜既遂罪，通說認為係成立牽連犯，少數說認為是想像競合，從一重處斷的結論是，只論以加重強盜既遂罪。普通殺人罪、強盜殺人罪與加重強盜既遂罪，係法條競合之特別關係，成立強盜殺人罪。強盜殺人罪與強盜放火罪，通說認為應就與強盜罪較為接近之殺人，論以強盜結合犯，至於不結合之放火行為，應當另行成罪，按數罪併罰或牽連犯論處。

3.放火燒毀現供人使用之住宅或現有人所在之建築物罪、侵害屍體罪與毀壞建築物罪，從學理而言，因侵害之法益各不相同，應係想像競合，從一重處斷，論以放火燒毀現供人使用之住宅或現有人所在之建築物罪。

4.由於強盜殺人與放火燒屋，係起於不同之行為決意，故強盜殺人結合犯與放火燒毀現供人使用之住宅或現有人所在之建築物罪數罪併罰。

