

報告人:410610030 法學二 應成安 410620026 法制二 廖昱愷

評論人:410610003 法學二 葉芸宇 410610013 法學二 周柏誠

四、甲出於用球棒打斷乙雙腿、並使其永久失去功能之犯意，某日深夜埋伏在乙必經的回家路上，甲等了約十分鐘後，一位身形貌似乙之人出現，甲心想這一定就是乙，立即帶著球棒攻擊該人之雙腿，未料該人身手了得，甲連打十下，球棒均未碰到該人，甲愈想愈氣，隨即拿出懷中暗藏的水果刀，一刀刺向該人胸口，該人立即死亡。未料被甲殺害的該人不是乙，而是乙的雙胞胎弟弟丙。請問甲的刑責為何？

爭點

- (1) 甲拿球棒攻擊丙之行為是否構成重傷之著手？
- (2) 甲之等價客體錯誤如何論罪？
- (3) 甲從重傷故意至殺人故意是另行起意還是犯意變更？

擬答

(一) 甲拿球棒攻擊丙之行為構成刑法 278 條第 3 項重傷未遂

- (1) 主觀構成要件該當性

關於重傷之定義刑法第 10 條第 4 項即為造成器官機能上的重大不治或

難治之傷害¹。本案中，甲主觀上基於使乙的雙腿永久失去功能之犯意，而埋伏他認知的乙，應可認為對於本罪之構成要件具有知與欲，有本罪之故意。

(2) 客觀構成要件該當性

甲基於刑法 278 條重傷之故意，惟客觀構成要件未完全實現，因而不成立既遂。至於是否成立未遂，則端看甲揮棒攻擊丙之行為是否已屬重傷罪之著手，關於著手時點之認定，學說有所紛爭，以下分述之。

1. 實質客觀說

該說認為著手實行乃指所為之行為，能夠與構成要件行為**具有必要關聯性**²。王皇玉老師認為可參酌於德國實務判決之認定，**行為必須以使受保護之客體達到直接危險之程度**以補充前面必要關聯性之認定。本組認為應用此判決補充必要關聯性之判準。

2. 主客觀混和說

此說結合行為人之主觀認知之事實基礎與客觀標準綜合判斷，主觀面上，著手的時間點以行為人的犯罪計畫構想作為判準，以判斷行為人是否以出於開始行動的想法而行為。客觀面上，行為必須具有實現構成要件行為之直接性³，此一直接性判斷，本組認為與實質客觀說之

¹ 王皇玉，刑法總則，7 版，2021，頁 110

² 王皇玉，前揭書，頁 377

³ 王皇玉，前揭書，頁 378

概念相同，該行為必須使受保護之客體達到直接危險之程度。

3. 本組以為應採用主客觀混和說較合適，因為採用此說會有多一層保障，若不參考行為人主觀面而僅用客觀之事實推定行為人之主觀想法將難以判斷事情真相。

(當我們到一位男女在公園拉扯，從這樣的事實判斷，根本無從確定是否著手犯罪，因為如果不考慮行為人心裡在想什麼，那麼這樣的客觀事實可以搭配無數種可能。像是正在進行一樁搶案，或是只是情侶在打情罵俏，每一種可能性僅止於可能，如果不加以查究行為人之主觀想法就無法加以確定⁴)

4. 依上述，採主客觀混和說，依此本案中，主觀上，參酌甲犯罪計畫，甲是基於**開始犯罪行動的想法**而行為。客觀上，以客觀第三人之角度審查甲之犯罪計畫，當甲揮棒攻擊時，以對於丙之身體法益所造成直接危險。依主觀混和理論應以達著手。

5. 甲之行為違法有責，成立刑法 278 條第 3 項重傷未遂罪

(二) 甲拿刀刺進丙之胸口之行為構成刑法 271 條第 1 項殺人罪既遂

(1) 客觀構成要件該當性

甲拿刀攻擊之行為，造成乙胸口出血而死亡之結果，構成要件該當並且

⁴ 蔡聖偉，刑法案例解析方法論，3 版，2020，頁 163

其行為與結果間具有相當因果關係⁵。

(2) 主觀構成要件該當性

1. 甲拿刀刺向乙之行為屬犯意變更非另行起意。

a.所謂之犯意變更，指行為人在著手實行犯罪行為之前或行為繼續中，就同一被害客體，改變原來之犯意，在另一犯意支配下實行犯罪行為，導致此罪與彼罪之轉化，因此仍然被評價為一罪。

b.而另行起意指原有犯意之構成要件行為已經完成，或因某種原因出現，停止原來之犯罪行為，而增加一個新的犯意產生，惟因其係在前一犯罪行為停止後，又另起犯意實行其他犯罪行為，故為數罪。

c.按本案中事實，甲因拿球棒攻擊而不成，因此萌生殺意。

有學者認為若其初始犯意所為之犯罪，與其後變更之犯意所為之犯罪，兩者所侵害之法益實質上具有同一性，前後兩行為應整體評價為一罪⁶。

除此之外，近期實務見解提及依傷害之初攻擊被害人，過程中又欲置之於死地，其傷害與殺人行為間仍具有階段上整體性，與行為人本即具有殺人故意之情形無異，故因評論為一罪⁷。

故依學說及實務見解，甲之前後行為所侵害的法益具有同一性並且並無停止原本之犯行，而是改變原來之犯意，在另一犯意支配下實行犯罪行為且具有

⁵ 76 台上字第 192 號判例

⁶ 王皇玉，前揭書，頁 562

⁷ 最高法院 107 年度台上字第 4013 號刑事判決

階段上的整體性。故甲的後行為屬犯意變更，僅成立一罪。

按犯意變更之情況，犯意升高者從新犯意，犯意降低者從就犯意。本案中，

甲的犯意從原本重傷之犯意升高為殺人之犯意，故甲應僅成立殺人罪既遂。

2. 惟甲主觀上殺人故意之客體系針對乙而非丙，而其誤認行為客體而為殺人為，此為學理上所稱**等價客體錯誤**。是否影響甲之故意歸責，容有爭議。

a.法定符合說

即行為人認識之事實與實際發生之事實，法定罪質相同者，則不阻卻故意，罪質相異者，才阻卻故意⁸。

b.具體符合說

應對想像客體與誤認客體分別評價，對誤認對象成立既遂犯，對想像客體成立未遂犯，兩者想像競合⁹。

c.刑法上故意中的「認知」要素乃指行為人主觀上對犯罪構成要件之事實必須有所認識¹⁰。若有一部之事實無所認識則會影響故意的成立，**但也不能認為行為人必須對犯罪的全部要素有十足的認識**。事實上，認知的規範應從**規範的觀點理解**¹¹。以殺人罪為例，此罪是以保護人的生命作為出發點。生命法益的侵害與否，正是殺人罪所關注的重點。因此行為客體只要生物屬性是人，就已足夠。至於被害人的身分、性別、年齡為何，是否為行為人計畫

⁸ 陳子平，刑法總論，4版，2017，頁202

⁹ 林東茂，刑法綜覽，7版，2012，頁273

¹⁰ 王皇玉，前揭書，頁226

¹¹ 王皇玉，前揭書，頁236

所殺害之人，還是與計畫殺害之人有所偏差，既不影響殺人故意的成立，也不影響殺人罪的成立¹²。因此，應依法定符合說為準。

d.主觀上，甲誤認丙為乙而殺之，發生等價客體錯誤，只要行為所認識到符合構成要件所描述之客體屬性即該當，不阻卻故意。而甲有認識到其所攻擊之對象係人，並將導致該人死亡，卻仍有意使其發生，故具有殺人故意。

e.甲之行為並無任何阻卻違法或阻卻罪責事由，因而成立本罪。而甲對乙則不成立犯罪。

f.結論，甲誤認丙為乙而拿水果刀刺向丙胸口之行為，客觀上，構成要件該當，雖甲主觀上認知與客觀上之事實有所不同。依上述見解，不阻卻故意，且違法有責。故甲拿刀刺丙之行為構成刑法 271 條第 1 項殺人罪。上述重傷未遂同理。

(三) 總結

甲拿球棒丙之行為構成刑法 278 第 3 項重傷未遂罪，後犯意升高拿水果刀刺向丙而致死之行為構成刑法 271 條第 1 項殺人罪。而此後行為為犯意升高，應僅評論為一罪並依升高之新犯意論罪，依此，甲重傷未遂之行為將被殺人行為所吸收，甲之行為論以殺人罪即可。

¹² 王皇玉，前揭書，頁 237

刑法實例演習報告-第四題評論

報告人:410610030/法學二/應成安、410620026/法制二/廖昱愷

評論人:410610013/法學二/周柏誠、410610003/法學二/葉芸宇

評分成績:79 分

壹、評論內容:

- 一、本文部分區域(p. 4~6)出現綠(灰)底之格式，其標示綠(灰)底之區域非重要或區分概念之所用，應注意格式之完整性。
- 二、標號順序應如：「一、/(一)/1./ (1)」，本文有順序之顛倒情形，應注意。
- 三、文中部分段落有錯字、漏字，如「以」達著手應改為「已」。
- 四、對於犯罪之著手認定，業已提出學說有紛爭，應將各學說列舉之，尚有主觀說、形式客觀說等理論。
- 五、本文所述「當我們到一位男女在公園拉扯…」的段落，不應以括號補充的形式呈現，而應補充於註解處。
- 六、學者本名不應提及在本文內，應以引註的方式註明。
- 七、同一參考資料若引用在不同段落，應分別引註。
- 八、對於本題另行起意與犯意之變更，依原報告之引註資料，筆者認為應作不同解釋：

(一)見最高法院 99 年台上字第 702 號判決主文中提及：「另行起意，則指原有犯意之構成要件行為已經完成，或因某種原因出現，停止原來之犯罪行為，而增加一個新的犯意產生，實行另一犯罪行為之謂，至於被害客體是否同一則不問；惟因其係在前一犯罪行為停止後（即前一犯罪行為既遂、未遂或中止等），又另起犯意實行其他犯罪行為，故為數罪。」依該案之事實，乃行為人自傷害既遂後，變更超越原本犯意，見判決主文：「行為人以傷害之犯意打人，毆打時又欲置之於死地，乃犯意升高，應從變更後之殺人犯意，殺人行為之傷害事實，當然吸收於殺人行為之內。倘若初以傷害之犯意打人已

成傷之後，復因某種原因再予以殺害，則屬另行起意，應分論併罰，成立傷害與殺人二罪。」與本案有事實上當然之不同。本案中乃自行為人重傷害之未遂行為停止後，另起而生之殺人犯意。故若依本文所謂犯意變更之解釋，本案行為人既不為重傷害行為著手之前，更非行為繼續中，乃係自重傷害犯意之結果不達後，始生殺人之犯意，則難謂殺人之行為係重傷害之行為的犯意改變，進而延續實行行為至死亡結果。

(二)又參照最高法院 107 年度台上字第 4013 號刑事判決，其言之：「行為人在行為著手後，改變其原來主觀犯意，究應視為犯意變更而評價為一罪，或應認係另行起意而論以數罪，當視行為人前、後所實行之數個行為，在法律上能否評價為自然的一行為，及其形式上所合致的數個犯罪構成要件，彼此間是否具有特別、補充或吸收關係而定。具體以言，倘行為人係基於單一整體犯意，在密切接近之時、地，實行數行為、持續侵害同一被害法益或客體，而依其行為所合致之數個犯罪構成要件，彼此間若具有特別、補充或吸收關係，僅論以一罪，即足以充分評價其行為之不法、罪責內涵者，才可認係單純的犯意提升或變更，否則即屬另行起意。」更見本文後述：「但如前行為已告失敗，無法達成目的；或已實現目的，卻再為後行為，縱侵害同一被害客體，其前、後行為，自不能再評價為一行為。」蓋本文結論之吸收關係，乃指二行為間有典型的伴隨關係存在，性質上屬評價一罪，惟重傷之未遂並非殺人行為所典型伴隨之因果歷程，不得謂本案成立吸收競合，而論以一罪。

(三)綜上所述，本案應成立二罪，而數罪併罰之。