

刑事實例報告第十題

報告人：財法四/408630004/梅玉萱

法學三/409610005/黃芮亭

評論人：409630020 /陳信合

409620049/賴奕蒼

十、甲常於所住社區餵流浪狗，所經之處均有流浪狗成群跟隨，但也因狗群排泄物造成環境髒亂，附近居民對甲均十分不滿。其中，賃居附近的大學生乙更曾數次在甲餵狗群時與甲發生嚴重口角，每次均幾乎與甲互毆，幸賴旁人勸阻而未釀更嚴重衝突。甲之後乃於餵流浪狗時攜帶球棒防身。行為當日晚間，乙自外騎機車返租屋處，持機車大鎖正欲鎖車，又見甲在餵流浪狗，乃上前痛斥並要甲快滾。甲大怒，高舉球棒大吼要乙走開。此時乙因認甲持球棒可能傷害自己，也要甲放下球棒，並快步上前靠近甲，徒手欲奪球棒。甲見乙伸手欲奪球棒，同時又看到乙另一手持機車大鎖，且想起先前數次吵架積怨，乃持球棒使盡全身力氣對乙頭部重擊一次，乙因此立刻倒地不起。乙受重擊後頭部骨折、顱內也大量出血，經送醫始免一死。試問：依我國現行刑法規定，甲之行為應如何論罪？

【爭點】

- 1.甲與乙發生嚴重口角而互毆之行為是否成立刑法第 277 條第 1 項傷害罪?
- 2.甲大怒，高舉球棒大吼要乙走開之行為是否成立刑法第 305 條恐嚇危害罪?
- 3.甲持球棒毆打乙頭部之行為，是否成立刑法第 271 條第 2 項殺人未遂罪?
- 4.甲見乙伸手欲奪球棒，同時又看到乙另一手持機車大鎖，且想起先前數次吵架積怨，乃持球棒使盡全身力氣對乙頭部重擊一次，是否有阻卻違法事由?
- 5.甲攻擊乙頭部是否有誤想防衛，或是基於對事實的誤認?

【擬答】

(一)甲與乙發生嚴重口角而互毆之行為不成立刑法第 277 條第 1 項傷害罪:

(1)視本題之敘述，大學生乙曾數次在甲餵狗群時與甲發生嚴重口角，每次均幾乎與甲互毆，幸賴旁人勸阻而未釀更嚴重衝突。

(2)惟本題題幹中並未提及是否有人受傷，故依照罪疑惟輕原則¹，且傷害不罰未遂犯，故此部分不成立刑法第 277 條第 1 項傷害罪。

(二)甲大怒，高舉球棒大吼要乙走開之行為成立刑法第 305 條恐嚇危害罪:

(1)按刑法第 305 條之恐嚇罪:以加害生命、身體、自由、名譽、財產之事恐嚇他人，致生危害於安全者，處二年以下有期徒刑、拘役或九千元以下罰金。

(2)甲之行為即高舉球棒大吼要乙走開之行為有「使人生畏怖心為目的」、所行之事會讓乙感受「將加惡害之行為」。

¹ 林鈺雄，罪疑惟輕與法律評價，月旦法學雜誌，72 期，2001 年 5 月，18-19 頁。

(3)本題中甲持球棒恐嚇乙，使乙內心深受恐懼之行為該當刑法第 305 條之要件，主觀上甲主觀亦有該事實之認識，又其無阻卻違法事由且具罪責，故甲大怒，高舉球棒大吼要乙走開之行為成立刑法第 305 條恐嚇危害安罪。

(三)甲持球棒毆打乙頭部之行為，成立刑法第 271 條第 2 項殺人未遂罪:

(1)按刑法第 271 條第一項及第二項:殺人者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。

前項之未遂犯罰之。

(2)查，甲持球棒對乙頭部重擊，乙受重擊後頭部骨折、顱內也大量出血，兩者具有相當因果關係，惟乙送醫後未發生死亡結果，不構成殺人既遂，而應討論殺人未遂罪。

(3)甲持球棒朝乙頭部重擊，甲係有正常有認知能力之人，應知道以球棒使盡全身力氣對乙頭部重擊會有極高之機率造成乙死亡之風險，故在主觀上，甲持球棒朝乙頭部重擊，係認知乙死亡之風險並容任此風險實現，具殺人之間接故意。

客觀上，甲於持球棒攻擊乙時已對乙生命法益造成直接危險，僅因乙未死亡而為未遂。故構成要件該當。

(4)甲見乙伸手欲奪球棒，同時又看到乙另一手持機車大鎖，且想起先前數次吵架積怨，乃持球棒使盡全身力氣對乙頭部重擊一次，無阻卻違法事由:

a.按「對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行為，不罰。但防衛行為過當者，得減輕或免除其刑。」刑法第 23 條定有明文。

b.惟，本題之甲是否有遭受現在之不法侵害而得主張刑法第 23 條之正當防衛?

主觀上，甲見乙伸手奪球棒及乙手持機車大鎖而攻擊乙，其對現在不法侵害有所認知而有防衛意思。

惟客觀上，甲高舉球棒要乙走開，係以惡害通知脅迫乙使其行無義務之事之強制不法行為，乙上前奪甲球棒則是排除不法侵害之正當防衛行為。

c.故本題中，乙因認甲持球棒可能傷害自己，也要甲放下球棒，並無現在不法侵害存在，自非刑法第 23 條之正當防衛。甲之行為僅為其主觀之想像，甲不得對乙主張正當防衛，甲亦無其他阻卻違法事由。²

(5)綜上所陳，甲違法並有責，成立本罪。

(四)甲攻擊乙頭部是否有誤想防衛，或是基於對事實的誤認?

1.甲認知到乙上前奪球棒後對乙頭部重擊，係對正當防衛手段之界線有所誤解，係屬對阻卻違法事由法律適用範圍之誤認，而非對於阻卻違法事由之前提事實有所誤認，應為「間接禁止錯誤」，依通說所採之罪責理論，以行為人欠缺不法意識不可避免而異其法律效果：

(1)行為人之欠缺不法意識，係不可避免，則阻卻罪責，不成立犯罪。

(2)反之，行為人其欠缺不法意識，係可避免，則成立犯罪，但減免罪責（減免刑

² 林鈺雄，2020 新刑法總則，頁 246 至 248

罰)。

2.主觀上，甲見乙伸手奪球棒及乙手持機車大鎖而攻擊乙，其對現在不法侵害有所認知而有防衛意思；客觀上，依照事後觀點，甲高舉球棒要乙走開，係以惡害通知脅迫乙使其行無義務之事之強制不法行為，乙上前奪甲球棒則是排除不法侵害之正當防衛，自非現在不法侵害。惟若甲之主觀想像為真，因乙為正當防衛，甲仍不得對乙主張正當防衛，故甲之行為並非誤想防衛，甲亦無其他阻卻違法事由。

3.又，甲認知到乙上前奪球棒而對乙頭部重擊，係對正當防衛手段之界線有所誤解，係屬對阻卻違法事由法律適用範圍之誤認，應為「間接禁止錯誤」³，其法律效果分析如下：

(1)故意理論認為，故意之認知、意欲以及不法意識均為罪責要素，故意係指有意識地抵抗法規範，欠缺不法意識之間接禁止錯誤應排除故意。

(2)罪責理論則主張，故意具雙重地位，構成要件故意係對犯罪事實之認知與意欲，不法意識則是對法律之認知與意欲，欠缺不法意識僅能視情形依第 16 條減免罪責。

(3)本文以為，故意理論不符刑法第 13 條與第 16 條之文義，應以罪責理論可採，並應依第 16 條區分不法意識之欠缺是否可避免減輕或免除罪責。

(4)本題中，依甲之個人能力，若其稍加注意即可知悉乙並無意為不法侵害，進而其攻擊乙之手段應有所節制，故甲對正當防衛手段界線之誤認可避免，僅能依第 16 條減輕罪責。

4.綜上，甲成立殺人未遂罪，但得依第 16 條減輕罪責。

³ 林鈺雄，2020 新刑法總則，頁 342 至 347

刑事實例報告第十題 評論報告

報告人：財法四/408630004/梅玉萱、法學三/409610005/黃芮亭

評論人：法制三/409620049/賴奕蒼、財法三/409630020/陳信合

評分成績:77

壹、內容評析

(壹)爭點整理

1. 第一爭點為「甲與乙發生嚴重口角而互毆之行為是否成立刑法第277條第1項傷害罪?」；建議可以先以「發生嚴重口角而幾乎互毆，當事人是否真有受傷之情形?」作為是否真係有上開條文適用之先行討論。
2. 第二爭點為「甲大怒，高舉球棒大吼要乙走開之行為是否成立刑法第305條恐嚇危害罪?」此為本案可能涉及之法條，屬於爭點之一。惟有是否與刑法304條強制罪有犯罪競合關係，亦可列入爭點討論
3. 第三爭點為「甲持球棒毆打乙頭部之行為，是否成立刑法第271條第2項殺人未遂罪?」；此為本案可能涉及之法條，無保留意見。
4. 第四爭點為「甲見乙伸手欲奪球棒，同時又看到乙另一手持機車大鎖，且想起先前數次吵架積怨，乃持球棒使盡全身力氣對乙頭部重擊一次，是否有阻卻違法事由?」；建議可以先討論「正當防衛之成立要件」，進而討論「是否有誤想防衛之情形，進而討論是否有阻卻違法事由、阻卻故意?」
5. 第五爭點，評論組建議應經上開爭點分析後，方才討論「誤想防衛法律效果與禁止錯誤之關係」

(貳)解題內容

1. 第一個爭點部分，誠如報告組提到「本題題幹中並未提及是否有人受傷」，在題旨未明的情況下亦有可能是出題者欲有配分之處、希望答題者對此有所論述，綜合判斷下，仍須以各種可能的案例結果分開討論，但只需稍作描述即可(依以下所剩題目判斷)報告組係直接以「發生嚴重口角而互毆之行為」作為爭點與開標(即擬答(一)部分)，極有可能產生矛盾之情形，蓋因如係認定「已有互毆之情形」則應認有傷害結果且並非未遂(難以想像已經「互毆」了，卻沒有傷害結果)，應相互成立傷害罪。
2. 第二個爭點部分，大致予以贊同，建議可以於案例涵攝中，增加「乙的人身自由法益受有威脅」，更為完整。
3. 第四個爭點部分，報告組根據案例事實提及乙手持大鎖、快速向前欲奪甲球棒之事由，而討論有關「正當防衛」之部分，評論組

認為實為本題重要配分之一，是故對於「正當防衛」應有更深入之分析(即客觀要件中的防衛情狀(現在、不法、侵害等)與防衛行為(適合、必要、非權力濫用等)；主觀要件中的防衛意識)，進而有關後續是否產生「誤想防衛」之容許構成要件錯誤(上述第五爭點之內容)，方有脈絡上的架構延伸；報告組有關此部分的討論(即擬答(三)(4.)以下)，僅簡單描述案例事實和涵攝，實有可惜之處，蓋因此部分為重要配分與後續內容延伸主幹，合先敘明。

4. 第五爭點，則係以上述第四爭點得出：甲對於乙之行為「無正當防衛之情形」，而係「客觀上無防衛情狀，甲之行為僅為其主觀之想像」之「誤想防衛之情形」
 - (1.) 報告組有關第五爭點開標「基於對事實的誤認」，評論組這邊認為亦有可能是誤想防衛之情形，若要強調「間接禁止錯誤」可以有更好的敘述方式
 - (2.) 評論組認本題應為誤想防衛，惟報告組認為係為間接禁止錯誤亦無不可，然應就該事實而有更多涵攝：為何係間接禁止錯誤？以區別非誤想防衛之差異原因

貳、心得建議

- (壹) 這次的報告有關於實務見解與學說看法皆未有引注，資料來源可能有不明知之情形，如能有更多引註資料，方屬為佳。
- (貳) 解題內容部分，如果是在國家考試因時間分配關係，可以選擇重要的內容進行論述，自屬合理。至於此次的報告作業如能更詳細的在論述上有所表達，會有更好的收穫。