

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<sup>1</sup>。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**<sup>2</sup>。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<sup>3</sup>，此一直接性判斷，本組認為與實質客觀說之

---

<sup>1</sup> 王皇玉，刑法總則，7 版，2021，頁 110

<sup>2</sup> 王皇玉，前揭書，頁 377

<sup>3</sup> 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<sup>4</sup>)

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

---

<sup>4</sup> 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<sup>5</sup>。

(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。此等涉及相同法益侵害，但使用不同手段實行之情況，應整體評論為一罪。

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<sup>6</sup>。而「另行起意」與「犯意變更」兩者之不同在於如果行為人初始犯意所為之犯罪，與其後變更之犯意所為之犯罪，兩者侵害法益具有同質性，且是對於同一被害人，於同一機會中，接續而為，應屬「犯意變更」而非「另行起意」，前

---

<sup>5</sup> 76 台上字第 192 號判例

<sup>6</sup> 王皇玉，前揭書，頁 562

後兩行為應該做整體之評價，不應視為前後兩行為<sup>7</sup>。

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<sup>8</sup>。惟同項判決指出：「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。」依此，甲之行為應屬另行起意。不過本組認為甲之後行為並非是基於無法達成目的而另起其他犯意而是基於同一犯意並且變更手段而為後行為，故並非另行起意。此等涉及相同法益侵害，但使用不同手段實行之情況，應整體評論為一罪<sup>9</sup>。

本組認為，另行起意與犯意變更之分別應著重於法益侵害的同一性與行為階段的整體性，最高法院其他判決也指出<sup>10</sup>：「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，實行另一犯罪行為之謂」依此，我們認為另行起意相比犯意變更，是沒有所謂一個中間停止犯行的階段，也就是不具備階段的整體性。

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，前後行為具有階段整體性，故不應將前後行為分別評價。甲的行為

---

<sup>7</sup> 王皇玉，「化偷為強盜」與「化偷為性侵」之區別，月旦法學教室 178 期，頁 28-30

<sup>8</sup> 最高法院 107 年度台上字第 4013 號刑事判決

<sup>9</sup> 王皇玉，「化偷為強盜」與「化偷為性侵」之區別，月旦法學教室 178 期，頁 28-30

<sup>10</sup> 最高法院 99 年台上字第 702 號刑事判決

屬犯意變更，僅成立一罪。學者也認為<sup>11</sup>：行為人起初基於傷人之犯意對於被害人的身體攻擊，乃至於其後以殺人故意繼續侵害，係屬同一不法範圍內之內涵有所升高，行為人的犯意在方向上仍屬一致，而接連傷害被害人之行為，在時間與空間密接的情況下，可以在客觀上顯現出，這是一整個侵害重大人身安全之行為，因此，無須也不應予以分割而為個別之評價。

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<sup>12</sup>。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<sup>13</sup>。

#### 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<sup>14</sup>。

---

<sup>11</sup>徐育安，犯意變更與另行起意之區別最高法院九十九年台上字第七〇二號刑事判決，裁判時報4期，頁115-122

<sup>12</sup>最高法院106年台上字第3541號判決

<sup>13</sup>陳子平，刑法總論，4版，2017，頁202

<sup>14</sup>林東茂，刑法綜覽，7版，2012，頁273

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<sup>15</sup>。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，認知面的規範應從規範的觀點理解<sup>16</sup>。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<sup>17</sup>。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。

---

<sup>15</sup> 王皇玉，前揭書，頁 226

<sup>16</sup> 王皇玉，前揭書，頁 236

<sup>17</sup> 王皇玉，前揭書，頁 237

### (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。