

刑法實例演習報告-第 22 題

報告人：408620043/法制四/蔡侑州、408630001/財法四/羅元佑

【題目】

甲唆使乙殺 A，乙潛入甲給的地址後，將屋內所有飲用水都置入毒劑，計畫等獨居之 A 返家後喝水死亡，沒想到甲給錯地址，該屋為空屋無人居住。數星期後，有一流浪漢 B 探得該屋無人在內的情狀，竟直接破門入內利用該屋作為遮風避雨的睡覺場所。只是 B 進入屋內後，直覺認為屋內所有食品和飲用水都不乾淨，因此也不飲用屋內所存放的飲食。又經過數週後，B 離開該屋，逕自繼續流浪。試問甲、乙的行為依刑法如何論處？

【爭點】

1. 乙於屋內之飲用水下毒，是否已該當殺人罪之著手？
2. 乙在無人居住之空屋內下毒，是否該當刑法第 26 條之不能未遂？
3. 乙對於 B 是否具有殺人之犯罪故意？
4. 乙所潛入之空屋，是否屬刑法第 306 條第 1 項所稱之住宅或建築物？
5. 甲是否成立殺人未遂罪之教唆犯？

【擬答】

(一).乙在空屋內飲用水置入毒劑之行為，對 A 可能成立第 271 條第 2 項之殺人罪未遂犯。

一、前階段審查¹

本件乙於空屋而非 A 宅內之飲用水置入毒劑，故 A 並未飲用而發生死亡之結果，殺人罪既遂犯之客觀構成要件並未完全實現。故本件應審查乙是否成立殺人罪之未遂犯，合先敘明。

二、主觀構成要件

主觀上，乙明知在屋內之所有飲用水內置入毒劑、待 A 飲用後將發生死亡結果之事實，有明確之認知及意欲，具備殺人故意。

三、客觀構成要件

1. 本件乙於屋內之飲用水置入毒劑、計畫待 A 返家後飲用而死亡，是否已著手實行殺人之行為、進入本罪之未遂階段，學說上意見有所不同，說明如下²³：

I. 形式客觀說：

¹ 關於未遂犯之前階段審查的說明，可參蔡聖偉，刑法案例解析方法論，三版，2020 年，頁 156-160。

² 林書楷，刑法總則，五版，2020 年，頁 276-279。

³ 學說上尚有主觀說的見解，即單純以行為人之主觀意思加以判斷。當行為人依照其犯罪計畫，已經開始著手實行犯罪時，即該當著手。惟此見解過度側重行為人之主觀惡性而有過度擴張未遂犯成立範圍之虞，已被近代多數學說所不採，本文於此補充說明。

此見解認為，只有犯罪行為人開始實施「狹義」之「構成要件行為」時，始能認為行為人已著手實行犯罪。否則僅能認為此時犯罪仍處於預備之階段。

II. 實質客觀說：

此見解認為，縱使尚未開始實施狹義之構成要件行為，若惟行為人已開始實施「和構成要件行為具緊密關聯性」或「對於保護法益造成直接危險」之行為，即可認為行為人已著手實行犯罪行為。

III. 主客觀混合理論：

此見解認為，行為人是否著手實行犯罪，應綜合行為人之主觀意思及其行為客觀上之意義，加以判斷。故當行為人依其主觀上之犯罪計畫，進行之行為已至與客觀構成要件實行行為具有緊密關聯性、已造成保護法益直接之危險時，始能認為其已著手實行犯罪。此見解亦為多數學說所採。

IV. 本文以為⁴，形式客觀說過度延後認定著手之時點，形成保護法益的漏洞；實質客觀說雖將實行行為擴張認定至造成法益侵害直接風險之行為，雖解決形式客觀說之缺陷，然並未考量到行為人主觀上之犯罪計畫，將無從正確判斷系爭行為之犯罪意義⁵。

基此，應以主客觀混合說作為判斷基準為當。

V. 本件依照乙主觀上之犯罪計畫，係潛入宅內並於宅內之飲用水內投毒、待人飲用後中毒身亡。而乙亦宅於所有飲用水置入毒劑，只要一飲用即可能中毒身亡，已對他人之生命法益造成直接之危險，依前開之見解，乙似已該當著手實行犯罪。

2. 惟乙下毒後，尚須待 A 返家並飲用水後，始可能發生死亡結果。此種行為人已完成犯罪計畫之所有行為後、尚須等待損害因果流程逐步實現，始會發生法益侵害結果之犯罪型態，即為學理上所稱之「隔離犯」。此種型態犯罪之著手判斷標準，是否和前開主客觀混和理論之判斷有所差別，學說上亦有不同見解⁶⁷，分析如下：

I. 個別解決說：

此說認為，隔離犯之著手判斷標準無須和一般犯罪之判斷有所區

⁴ 林鈺雄，新刑法總則，四版，2014 年，頁 370。

⁵ 可以想像一下，今天某 A 侵入某 B 住宅時被逮捕，這個時候我們應該如何去評價某 A 是著手實行哪個罪？是單純的第 306 條侵入住居罪？還是第 321 條第 1 項第 1 款的加重竊盜罪？抑或是第 222 條第 1 項第 7 款的加重強制性交罪？因此在判斷上，似乎都難免要參酌行為人主觀上的意思、計畫。

⁶ 許恆達，重新檢視未遂犯的可罰基礎與著手時點：以客觀未遂理論及客觀犯行的實質化為中心，國立臺灣大學法學叢論，第 40:4 期，2011 年 12 月，頁 2410-2413。

⁷ 其實，隔離犯的意涵就跟間接正犯相近，都是行為人(正犯)著手犯罪實行到結果發生之間有一定的時間差距，故學說上常就此二犯罪類型一併討論著手的判準，詳細可參前註 6，頁 2046 以下。

別。意即，依照既有著手實行犯罪之標準加以判斷即可，無需另做差異處理。

II. 整體解決說：

此說強調，應一併觀察行為人之行為及被害人之行為而加以判斷。只有當被害人**已經陷入侵害方法之效用領域時**，才可以認為行為人已著手實行犯罪。

III. 修正的個別解決說：

此說認為，行為人完成預定犯罪計畫之所有犯行後，當其行為之侵害效用已脫離行為人之控制、支配範圍時，始能認定行為人已著手實行犯罪。

IV. 本文以為，個別解決說並未考量到行為人完成犯罪計畫後和發生實際侵害結果之間存在著相當的時間差距，有過度前置可罰性之虞；整體解決說則將行為人著手之判斷繫於他人之行為，不符刑事歸責基礎之法理。故應採修正個別解決說較為妥當⁸。

V. 本件乙依照其犯罪計畫，於屋內所有的飲用水置入毒劑後便離去，靜待 A 返家後飲用後中毒身亡。此時可認乙下毒造成 A 中毒死亡之侵害效用已脫離其實力支配範圍、乙已著手實行殺人。

3. 綜上所述，可認本件乙已著手實行殺人罪之犯罪行為、進入未遂階段，未遂犯之客觀構成要件該當。

四、乙不具阻卻違法事由、具備罪責，成立本罪。

五、事理上阻卻刑罰事由：不能未遂

本件乙是否該當第 26 條之不能未遂，即「行為不能發生犯罪之結果，又無危險者」而不罰？分析如下：

1. 不能發生結果：

乙所潛入之係依空屋，而非 A 宅，故乙於該屋內之飲用水內下毒，A 無法因飲用而中毒死亡，屬行為自始不能發生犯罪結果⁹。

2. 行為無危險：

乙之行為雖自始不能使 A 死亡，然其在空屋內之飲用水內下毒，是否屬於無危險，學說上關於判斷標準有不同見解，茲說明如下¹⁰：

I. 具體危險說：

此說認為，行為有無危險，應以行為當時一般人所認識之事實情狀及行為人所認識之事實情狀作為判斷基礎，再以客觀、理性一般人之角度而判斷行為是否**對於保護法益造成侵害之危險**¹¹。

⁸ 對於修正之整體解決說，學說上當然也有批評的見解，可參閱前註 6，頁 2425-2426。

⁹ 關於不能發生結果這個要件，多數教科書區分為「行為不能」、「主體不能」、「客體不能」三類型加以說明，有論者認此分類並無規範上之意義，且不夠周延而無須判斷，惟為求完整，本文仍有所提及，詳細可參前註 1，頁 174-177。

¹⁰ 同前註 2，頁 283-285。

¹¹ 實務上支持此見解之判決，可參最高法院 97 年台上字第 351 號刑事判決。

II. 抽象危險(重大無知)說：

此說認為，行為有無危險，應以行為人自身認知之事實及或犯罪計畫為基礎，再依客觀理性一般人之角度加以評價行為有無導致法益侵害之危險。

易言之，當行為人主觀上對於自然經驗法則之因果律的認知有重大偏離，至其選擇了一個一般人皆認為不可能發生結果之手段實行犯罪，其行為始屬無危險¹²。

III. 本文以為，基於下述理由，應採重大無知說較為妥當，說明如下¹³：

- i. 具體危險說所謂之「危險」，係依照行為人及一般人所認知之事實為基準，再依照一般人之角度判斷。然而，在此所謂的「一般人」要如何界定？是否可以透過一個實證方法來認定一個一般人的標準？答案恐怕是相當困難。因此，採用具體危險說很可能面臨到的難題是，在個案上，所謂「一般人角度」的標準是浮動、模糊、難以掌控，導致在適用時容易流於恣意，甚至可能淪為「先射箭再畫靶」的操作。
- ii. 承上，基於現行法不能未遂之法律效果為「不罰」，和一般之障礙未遂係依既遂犯之刑度減輕處罰有所不同。故應嚴格解釋及適用不能未遂之成立要件，始能發揮刑法保護法益的功能、避免處罰漏洞。
- iii. 若採抽象危險說，只有行為人主觀上具有重大無知、選擇了一個無論如何皆不能發生結果的手段實行犯罪，此時因行為人侵害一般社會大眾心目中法規範的意義、信賴相當薄弱，此時並無維護刑法規範效力、保護法益之需求，國家放棄對行為人的刑事處罰屬合理。
- iv. 基此，本文以為抽象危險說較能符合不能未遂之法律效果、以及刑法的法規範功能，應採此說為當¹⁵。

IV. 綜上所述，應認本件乙在飲用水內下毒之行為，並非因誤認自然經驗法則之因果律，僅因為誤潛入 A 宅而無法使 A 中毒死亡，其下毒之行為非屬無危險，不該當不能未遂之要件，仍應依照普通未遂之規定加以處罰。

¹² 實務上支持此見解之判決，可參最高法院 98 年台上字第 5197 號刑事判決。

¹³ 蔡聖偉，再論刑法第二十六條的適用標準新法生效後最高法院裁判之發展趨勢觀察，台灣法學雜誌，第 128 期，2009 年 5 月，頁 70-75。

¹⁴ 也有學說基於具體危險說的立場出發，發展出修正之具體危險說，本文認為亦值得一讀，可參前註 2，頁 285-286。

¹⁵ 有學說認為，行為人出於重大無知之情形，其行為所展現之法敵對意志無法撼動一般社會大眾就對法秩序的信賴，故無須動用刑罰加以處罰。雖然筆者認為法敵對意志也是個蠻抽象的概念，但至少行為人否選擇了個不符自然因果法則的手段，還是可以客觀檢驗的，所以還是抽象危險說較可採。

六、小結：乙成立殺人罪未遂犯

(二).乙在空屋內之飲用水置入毒劑之行為，對 B 可能不成立第 271 條第 2 項殺人罪未遂犯。

一、前階段審查:

本件乙於空屋內之飲用水置入毒劑，惟流浪漢 B 闖入屋內後並未飲用而發生死亡之結果，故殺人罪既遂犯之客觀構成要件並未完全該當。故本件應審查乙是否成立普通殺人罪之未遂犯，合先敘明。

二、主觀構成要件當性¹⁶：

1. 本件中主觀上對 A 具有殺人故意，已如前述。惟乙係潛入一空屋內投毒，其對於闖入空屋內之 B 是否具備殺人故意？不無疑問。
2. 主觀上，依照乙之認知，其所潛入者係 A 之住宅、飲用遭投毒飲用水之對象亦為 A。則其對於所潛入係空屋、流浪漢 B 潛入該空屋而有可能飲用遭下毒之飲用水此一事實，並未有所認知或預見可能性。故應難認本件乙對於 B 具有殺人故意。
3. 綜上，本件乙對於 B 並無殺人故意，主觀構成要件不該當。

三、結論：不成立殺人罪未遂犯。

(三).乙潛入空屋之行為，可能不成立第 306 條第 1 項之侵入住居罪。

一、客觀構成要件

1. 條文所謂之無故，參照實務見解，係指行為人無權或無正當理由。又所謂正當理由，不以法律明文規定或權利人同意者為限，及習慣上、道義上所許可，或執行公務之需要，而無背於公序良俗者，亦屬之。
2. 所謂住宅，乃供人起居飲食等日常生活所使用之空間；所謂建築物，係指周圍有牆壁，上有屋頂、可供居住或其他用途之土地上定著物
3. 然本件乙鎖潛入者係一無人居住之空屋，是否屬本罪所稱之住宅或建築物，不無疑問：
 1. 實務有見解認為¹⁷，立法者將本條列入妨害自由罪章，即為保護個人居住之「住屋權」，不能以條文未有「有人居住」文字，即解釋無人居住使用之空屋亦為本條保護之客體。故侵入現在並非處於供他人使用之空屋，即不構成本罪。
 2. 本文認為，學說上關於本罪之保護法益為何，有認為係保護「屋

¹⁶ 依照題意，乙是依照甲所提供錯誤的地址才誤進入空屋內而非 A 宅，此時解題者直覺的想法可能是會認為這裡乙有**打擊錯誤(下毒下錯對象)**這個爭點。但經筆者翻閱多數教科書，對於打擊錯誤的定義基本上是行為人實行手段失誤導致「**實害結果發生在目標客體以外的客體上**」。但本題 B 就是沒有飲用被下毒的水而死，本文認為實在不符合打擊錯誤的定義，故未明文提出打擊錯誤這個爭點。惟無論有無提出，對 B 的部分，處理的核心問題還是對 B 有無殺人故意，故筆者認為有沒有提出也不是那麼必要，畢竟打擊錯誤也只是學說上就錯誤之現象所做出的分類。

¹⁷ 臺灣高等法院高雄分院 111 年度上易字第 96 號刑事判決。

主權」¹⁸，亦有認為係保護個人事實上於某空間生活起居狀態之和平與安全感受¹⁹。惟無論如何，從保護法益之面向觀之，皆應認將無人居住之空屋排除於本罪之構成要件之外，採取前開實務見解為妥當。

3. 基此，本件之空屋係長期無人居住、未有個人使用或居住之事實，非屬侵入住居罪保護之客體。故乙潛入空屋之行為，應評價為未滿足妨害住居罪之客觀構成要件。

二. 小結：乙不成立侵入住居罪

(四).甲唆使乙潛入 A 宅內下毒之行為，對 A 可能成立第 271 條第 2 項、第 29 條之殺人未遂罪教唆犯。

一、客觀構成要件：

1. 本件甲唆使乙殺 A，似為一喚起乙主觀上殺人犯之教唆行為；而教唆行為之內容，是否須足以特定本罪之相關構成要件事實，學說上有所爭議²⁰：
 - I. 具體事件輪廓說：
至少必須特定到一個具體個別事件所應有的特徵，並顯現出具體事件的基本輪廓。
 - II. 不法重要面向說：
只要特定到損害與侵害的大致範圍、方向即可，無須達到描繪具體事件基本輪廓的地步。
 - III. 本文認為，前者之標準過於嚴苛，將產生許多可罰性漏洞，故應以後者為較可採。
 - IV. 故本件甲唆使乙殺 A，其教唆之內容應可特定法益損害之大致範圍、方向，係為教唆行為。
2. 而後乙亦潛入一屋內下毒、實行殺人行為，其行為該當殺人罪未遂犯之構成要件、且具備違法性，已如前述。故符合刑法第 29 條共犯限制從屬性之要求²¹。
3. 而若無甲的教唆行為，乙即不會潛入空屋內下毒，故甲之教唆行為和乙之正犯行為之間具有因果關係。

二、主觀構成要件：

1. 甲對於唆使乙下毒之行為將導致其主觀上產生殺人之犯意，具備認知

¹⁸ 許澤天，刑法分則(下)：人格與公共法益篇，四版，2022 年，頁 225。

¹⁹ 盧映潔，刑法分則新論，十五版，2020 年，頁 611。

²⁰ 同前註 2，頁 387-391。

²¹ 關於共犯從屬性之性質，學說上固有「限制從屬性」及「嚴格從屬性」之爭論。2005 年刑法修正後，第 29/30 條已明文「教唆/幫助他人**實行**犯罪」，雖在文義上仍有嚴格從屬性之解釋空間，惟立法理由已說明此次修法採取限制從屬性的立場、修法前亦為多數見解所採，且此二見解之區分僅在正犯欠缺罪責時始有區分實益，本題顯然不是，故本文直接採限制從屬性之立場解題，併此敘明。關於共犯從屬性之說明，可參註 4，頁 456-458。

及意欲，具備教唆故意。

2. 且甲就乙下毒行為造成 A 死亡之結果，亦具備認知及意欲，具備教唆既遂故意。

3. 綜上，甲具備教唆雙重故意，主觀構成要件該當。

三、甲之行為無具備阻卻違法事由，且亦具備罪責，成立本罪。

四、小結：甲成立殺人未遂罪教唆犯。

(五).結論：乙成立一個殺人未遂罪、甲成立一個殺人未遂罪教唆犯。