

## 刑法實例演習報告---第 22 題評論

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

評論人：408620036/法制四/嚴維謙、409610021/法學三/林宜璇

評分成績:80

### 一、格式及錯別字部分

#### (一)

#### 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。、

此處若刪掉「惟」可能更加精簡，改成若行為人即可。

#### (二)

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。、

此處若刪掉「宅」可能更加精簡，改成乙亦將所有飲用水置入毒劑，只要一飲用即可能中毒身亡，這樣也較為通順。

#### (三)

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<sup>20</sup>：、

黃底這部分閱讀較不流暢，可更改為「一個喚起」，閱讀起來較為順暢。

#### (四)

【爭點】<sup>4</sup>

1. 乙於屋內之飲用水下毒，是否已該當殺人罪之著手？<sup>4</sup>
2. 乙在無人居住之空屋內下毒，是否該當刑法第 26 條<sup>5</sup>之不能未遂？<sup>4</sup>
3. 乙對於 B 是否具有殺人之犯罪故意？<sup>4</sup>
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？<sup>4</sup>
5. 甲是否成立殺人未遂罪之教唆犯？<sup>4</sup>

此部分錯字應將「調」改完「條」，刑法第 26 條。

(五)

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<sup>67</sup>，分析如下：<sup>4</sup>

前面部分寫的是主客觀混合理論，後面這裡應將「混和」改為「混合」。

二、內容部分

- (一)就報告中之「殺人罪未遂犯」與「殺人未遂罪」其所意指皆應係相同，但前後用語不一，有時使用前者，有時使用後者，本文建議應予以統一。使用上建議以後者之「殺人未遂罪」為簡潔且一般使用上此即指普通未遂之態樣；蓋若僅說成立某罪之未遂犯，其意涵可能涵蓋普通未遂、不能未遂、中止未遂等三種未遂犯類型，若要以此語序則最好也是明確用殺人罪普通(或障礙)未遂犯為佳，較不會產生誤會。
- (二)在標題呈現部分建議若係可能成立未遂犯者，則應於標題中明確引出該未遂態樣之條號，如(一)之部分，可以在 271 條第 2 項後加上 25 條這樣，更可以明確化討論之基礎係為何種未遂。因就如(四)的部分，即對於成立教唆犯有明確引出 29 條之條號，為求前後統一，則應也要在前面(一)的部分加上所成立之未遂犯條號。
- (三)就第 2 頁引註 7 之部分，所謂隔離犯跟間接正犯應非意涵相近，如此可能會產生二者可相互替代的誤會。前者係需經過整體犯罪之因果歷程持續演進方能發生結果，且通常是借助被害人的行為方能完成其因果歷程；然後者係指行為人利用他人(通常是第三人)做為自己實施犯罪全部或一部的工具。<sup>1</sup>其至多僅係在「行為結構」上相近，因行為人實施的

<sup>1</sup> 許澤天，刑法總則，3 版，2022 年，頁 324。

客觀行動，缺乏直接、立即損害法益的作用力，使得行為與損害間還有一段不算短的時、空間距，並在後續流程上，只能借重他人的配合行為，才能損害法益<sup>2</sup>，係在此基礎上，方可將其二者之著手時點以相同之標準判斷之。

(四)就(一)、三、2、V之部分，建議就學說選擇及本案涵攝應分別開不同標，而避免將本案涵攝也一起併入學說介紹及選擇中，如此在答題及整體報告架構上更可凸顯其層次。

(五)就引註8之部分，引註中是寫「修正之整體解決說」，惟參酌擬答中之討論部分，該引註係在說明修正之個別解決說，就此應係在引註部分誤繕，應修正為「修正之個別解決說」。

(六)擬答第4頁之(一)、五、2、IV部分，有寫到係因「誤潛入A宅」而無法使A中毒死亡，參酌題意就此應係為「誤以為」潛入A宅，應予修正。

(七)就(二)、二、2之部分，就審查主觀要件之故意上，應不會討論到行為人是否有「預見可能性」。就故意之判斷上，縱使是間接故意，參酌刑法13條2項之規定，也是已有預見，而非討論是否有預見可能性。會討論到預見可能性者，應係在14條之過失有無之判斷，然成立過失與否應分別開標討論，而不得在故意審查中一併討論之。

(八)就乙在空屋內下毒對B是否成立犯罪之討論上，雖已否定故意之成立，惟在審查邏輯上建議仍需探討行為成立過失與否，當然在本題中縱使乙有過失，則過失犯罪亦不處罰未遂，而不可能成立任何犯罪，但仍然可補充說明之，併此敘明。

(九)就(三)、一、1之部分在本題審查上應係多餘之討論，蓋本題中就乙是否成立306條侵入住居罪上，並無須討論到無故之要件，且擬答中亦僅就此要件說明其意涵，卻無進一步之涵攝，就此應認可刪除。

另就(三)、一、2之部分有就建築物作定義上的說明，卻在下述之討論中無就此提到為何要特別說明建築物之定義，應也係多餘者而可刪除。相同問題也在爭點部分有將建築物此選項列為爭點，卻在擬答中無進一步之討論，應也可刪除之。本爭點應僅涉及該空屋是否為住宅而為本罪

---

<sup>2</sup> 許恆達，重新檢視未遂犯的可罰性基礎與著手時點：以客觀未遂理論及客觀犯行的實質化為中心，台大法學論叢，40卷4期，2011年12月，頁2423。

所保護，而與是否為建築物之討論無太大之關聯。

(十)就(四)、一之教唆犯客觀要件部分，審查順序邏輯上應係先討論共犯從屬性問題，此係共犯成立之前提；續而討論是否有教唆行為，及教唆行為與正犯行為間的因果關係，故順序上應以 2.→1.→3.為宜。

(十一) 就(一)、三、1與2之著手時點判斷學說部分，本文認此處應有疑義。首先就1的部分是判斷一般犯的著手問題，而2的部分是在討論隔離犯之著手問題，然此二者在審查時，除非在隔離犯之檢討上係採個別解決說，而認隔離犯之著手判斷與一般犯無異，才有可能會出現二者在審查上同時並存的狀況<sup>3</sup>。一旦在本題已經定性行為人之行為態樣為隔離犯時，就不須再以一般犯之著手標準判斷之，否則即有前後矛盾衝突之疑慮。故若如擬答一樣，係就隔離犯部分採修正的個別解決說，則前面的1部分即可刪除。

(十二) 就擬答中隔離犯之判斷著手標準學說，本文以下補充許恆達教授於其文章中所提出之「中間危險狀態說」，並試以此見解涵攝本案：

1. 修正之個別解決說問題

本說係以脫離行為人支配領域作為著手標準，固然更加謹慎限制刑罰界限，但縱或脫離行為人支配領域，也不必然現實性地影響法益，這種見解只是微調過度前置的可罰性而已，並未真正解決難處。此說仍然如同原始的個別解決說一樣，具有將可罰性過度前置的問題<sup>4</sup>。故本文認此說仍未能直接從客觀面分析法益受到威脅程度，只重視利用人或被利用人的行動；一旦時空環境上發生與原有預期不相一致時，就無法自圓其說<sup>5</sup>，尚非可採之見解。

2. 中間危險狀態說

(1)犯罪行為之流程

本說係將整個犯罪的流程區分為三個階段，首先行為人需要有一個具備抽象危險性<sup>6</sup>的行為，在此種具抽象危險性之行為中即產生「危險因子」；再者即係「中間危險狀態」，這是一個犯行完成後，進入外在流程的客觀「狀態」，不再屬於人類行動的一部分，而是該行動引發的外在效果。若危險因子隨著時間發展已足以特定具體後續因果歷程，且於物理空間上也已迫近被害客體，並且

<sup>3</sup> 且縱然採此說，在審查順序上也應先討論隔離犯之著手標準，之後再以一般犯之標準判斷之。

<sup>4</sup> 同前註2，頁2425-2426。

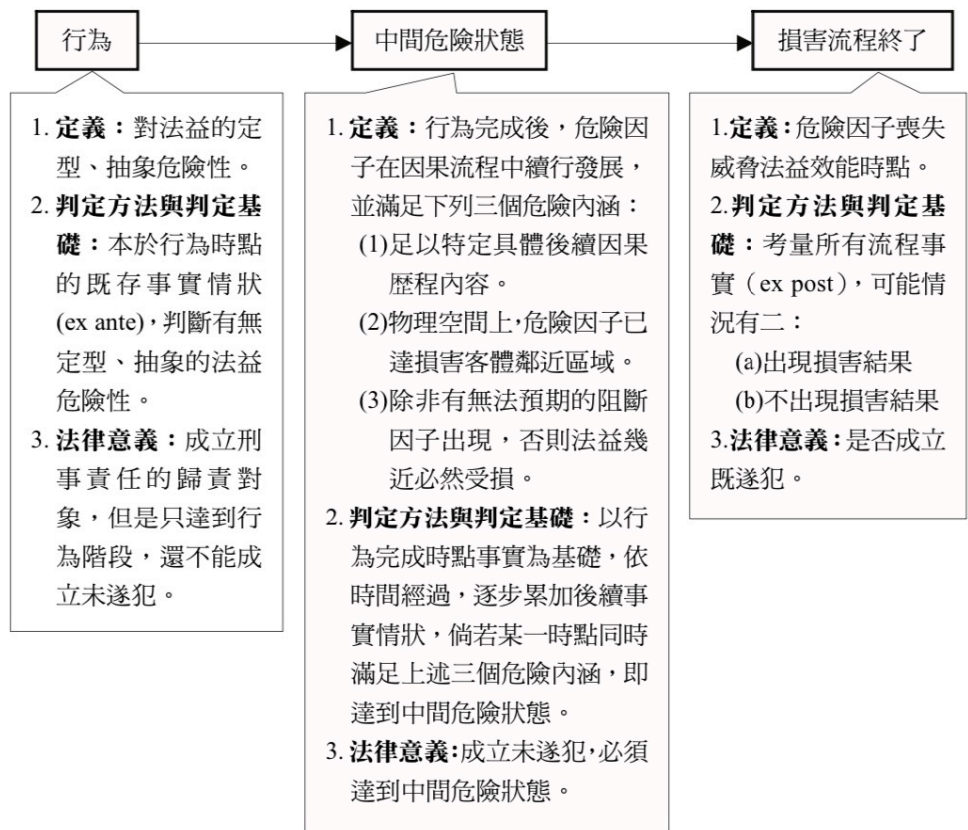
<sup>5</sup> 同前註2，頁2455。

<sup>6</sup> 所謂抽象危險性，指的是在一般情況下，某一些已經定型化且足以發生損害的行為方法，在此只要求「適足損害」危險效果，不要求攻擊客體、因果流程達到特定、具體程度。

除非有不可預期的阻止為害發生之干擾因子出現，否則即會產生必然的法益損害。此時即係達到中間危險狀態；最後就是損害流程終了時，危險因子失去作用之時，即係損害之流程終了，若有產生損害之結果即係成立既遂犯。

(2) 隔離犯之未遂判斷標準

故按此說見解，隔離犯的未遂行為，應有其獨立的客觀構成要件，此即：「行為人於流程中投入危險因子，該危險因子亦發展至中間危險狀態。」<sup>7</sup>。以下即用一圖表<sup>8</sup>來整理說明上開本說之見解：



3. 本案涵攝

於本案例中，乙在該空屋內之飲用水下毒之行為，若使人喝下去將足以死亡，該行為具有侵害生命法益之抽象危險性，可認為行為人乙製造了一個危險因子投入到該犯罪因果流程。惟在無人居住的空屋內下毒，根本無法特定接下來的犯罪因果流程，例如誰會受害、甚麼時候受害等都無法特定；且對於 A 而言，該下毒之飲用水也並無在物理空間上到達其鄰近區域，而無法立即侵害到 A 的生命法益。故就此以觀，乙所製造之危險因子並無到達至中間危險狀態，該行

<sup>7</sup> 同前註 2，頁 2456。

<sup>8</sup> 圖片來源，同前註 2，頁 2442。

為並未至未遂之階段。

(十三) 就(一)、五、2、III、i對於具體危險說之批評有提到其問題在於所謂一般人的標準要怎麼建立?然本文認此批評對於擬答所採之重大無知說也同樣會產生，蓋重大無知說知判斷行為人的行為是否為重大無知，其比較基準其實也是以「一般人所認知的經驗及科學認知」來建立的，則在重大無知說也同樣會面臨到所謂一般人角度的浮濫、恣意判斷、無明確標準等批評，就此似乎並非可以用來有效支持重大無知說的批評理由。

(十四) 在擬答註15處，有提到認為重大無知說中所謂之法敵對意思係抽象概念難以檢驗，但可以從行為不符合自然因果法則而客觀檢驗之。惟本文認此段描述可能有自相矛盾之疑，蓋重大無知說會作為判斷不能未遂之標準，係基於在未遂犯之處罰基礎為印象理論，然該理論之重點即在於行為人基於其法敵對意思而著手實行行為，故無論如何只要採重大無知說，則無可避免地一定需要在行為的階段判斷所謂之法敵對意思，而非如同擬答所述之僅客觀檢驗手段是否合於自然因果法則，此種說法反而可能背離了印象理論，而有前後矛盾之虞。

然擬答此種批評也確實點出重大無知說為何不可採之原因，就是因為所謂行為人主觀上的法敵對意思難以判斷及具體化，卻又不得不判斷之，導致此說將過度放大主觀犯意對於法益損害的影響力，卻忽視客觀行動具有的中介關係<sup>9</sup>，此種對於個人惡性的過度著重，對於法益保護並無實質的幫助及建立之見解並不可採<sup>10</sup>。就此許恆達教授即基於客觀未遂理論之基礎，提出其對於判斷不能未遂中所謂「無危險」之主張，補充如下述。

(十五) 假設客觀危險說

1. 學說內容

①刑法26條所謂之無危險即係指「假設客觀危險性」，若流程重新啟動，客觀損害將有可能出現，現實中行為之所以不能發生結果，僅係因純粹偶然性因素所致，若再使整個犯行重新發生，則周圍之事實可能轉變為致使結果發生之情狀，此時即不能認為係無危險。

<sup>9</sup> 試舉一例說明之:若行為人有重度近視，其將一瓶包裝上寫著「硫球」礦泉水，誤看成「硫酸」，而基於殺人之犯意將該硫酸(實為礦泉水)潑向被害人。若基於重大無知說，因行為人其主觀上所想像之因果歷程就是硫酸潑人會嚴重侵害他人之生命身體，而此主觀犯意及想像也與一般人所認知者無異，則此時行為人此種根本在客觀上無引起任何的法益危險或損害之行為，反而無法成立不能未遂，明顯有其疑義。

<sup>10</sup> 許恆達，不能未遂的概念定性與審查方法--評最高法院110年度台上字第3511號刑事判決及其歷審裁判，月旦裁判時報，121期，2022年7月，頁54-55。

②假設客觀危險性之具體判斷標準，首先是在已經實現的流程中，由於存在行為人無從控制、支配的「防果變項<sup>11</sup>」，客觀上無從發生損害後果，然而，防果變項存在隨機選擇，若重啟整體攻擊流程，防果變項有可能轉換成「致果變項<sup>12</sup>」，從而使得損害可能發生，這種因防果變項／致果變項在假設流程中的隨機性，衍生出假設性的損害發生可能（行為人無從控管的假設隨機關係），即為本說主張的假設客觀危險性<sup>13</sup>。

③再者，能納入假設客觀危險性判斷的防果變項，僅限於與「犯罪行為」具有緊密時、空關係的因素，如果變項作用時點或距離遠離原犯罪行為過大，即不納入考量<sup>14</sup>。

## 2. 本案涵攝

①就本案中，乙在無人居住的空屋中下毒，本來就不會生使 A 死亡的結果並無疑義；然就該行為有無危險之判斷上，採上開假設客觀危險說來判斷，則本案中之防果變項即係甲給乙錯誤的地址，讓乙到無人居住的空屋來下毒，係因此因素才使得乙下毒的行為沒辦法發生使 A 死亡之結果。而若整體因果流程重啟，則此防果變項即有可能基於其不可控性及隨機性，而轉換成甲給乙正確的地址，使乙到 A 屋去下毒，則 A 就會因此而喝到毒水並死亡，此時即成為致果變項，故此時乙下毒的行為似乎具有假設客觀危險性。

②惟如上所述，真正能被納入判斷的防果變項，必須與犯罪行為具有緊密時空關聯，而本案甲給錯地址之防果變項，是發生在乙前往下毒之前，且此變項亦非與下毒行為具有時空上的緊密關聯，而係已有一段距離，難認此轉換成致果變項時會立即發生作用。綜上，若依此見解，則乙在無人居住的空屋下毒之行為，係不能發生結果，且不具有假設客觀危險性，成立 26 條之不能未遂。

<sup>11</sup> 意指原先於犯罪流程中阻止既遂的因子。

<sup>12</sup> 意指導致結果發生之因子，其係防果變項的另一種態樣。

<sup>13</sup> 同前註 10，頁 56。

<sup>14</sup> 同前註 10，頁 56。