

刑事實例報告第十五題評論報告

評論人:財法二 411630024 顏宇呈

報告人:法學二 411610004 施奇璋

評分成績:80

壹、內容評析

一、爭點整理

(一)甲欲傷害乙，惟實害結果發生於丙之行為就屬何種錯誤？如何處理？

(二)是否有正當防衛之適用？

二、評論

主要構成要件錯誤的爭點有明確點出，並附帶提出應如何論處具敏銳的問題意識。惟本文以為，違法性在此題中不無討論空間，不應一語帶過，應確認其阻卻違法事由不成立之原因。

貳、解題內容

一、就解題架構而言，報告人以點出爭點之方式開頭，並詳細論述其學說爭議，能讓讀者快速進入重點。惟報告人又於下方嘗試以三階層理論分析題目，若欲以三階層理論分析論述，應分別論述客觀構成要件、主觀構成要件、違法性與罪責等，而報告人所欲論述之問題屬主觀構成要件之部分，應於主觀構成要件部分論述並涵攝，而非將大前提於一開始提出，應將大前提與涵攝一並呈現，使架構完整一致。

二、針對報告中第一部分，本文有以下建議及補充提出

(一)缺乏我國實務見解

報告中提出學說見解及德國實務判決資料豐富，惟我國法院有權解釋法條及法律概念，不應忽略。

我國實務見解對客體錯誤有謂：「行為人對於行為客體發生誤認，以致其本身雖以為所加害的為其所認識或相像之客體，而實際上卻為不同之客體。」¹

我國實務見解對打擊錯誤有謂：「係指行為人對於特定之人或物加以打擊，誤中他人等之情形而言。若對於並非為匪之人，誤認為匪而開槍射擊，自屬認識錯誤，而非打擊錯誤。」²

(二)未說明各理論之處理方式

¹ 最高法院 108 年台上字第 801 號

² 最高法院 28 年渝上字第 1008 號

報告人於爭點說明部分提出兩個問題，分別是屬於何種錯誤以及如何處理。惟報告人僅提出各理論之內涵，漏未說明該理論對行為人將如何論處。

關於客體錯誤是否阻卻行為人之故意，學說³、實務⁴均採法定符合說，即行為人主觀上認識知事實與客觀上發生之事時，如在同一構成要件內，即有法定符合⁵。近期有學者以對應法則論述，及主客觀對應尚不需要鉅細靡遺、百分百精確認識，只要大致對應即可⁶。

關於打擊錯誤，我國最高法院⁷有具體說明，「本院歷年來見解及我國學者通說，均採「具體符合說」，認為因行為錯誤致實際上發生之犯罪事實與行為人明知或預見之犯罪事實不符時，關於明知或預見之事實，應成立未遂犯，而實際上發生之犯罪事實，則應分別其有無過失及處罰過失與否，決定應否成立過失犯，並依想像競合犯之例，從一重處斷。」

(三) 雙重具體化錯誤說論述尚有不足

報告人僅說明，此說將認識區分為具體認識及抽象認識，分別指涉的是對於具體事態的認識，以及對於抽象法則的認識，於行為人欠缺具體認識未形成法敵對意志，而不能以故意論處，於行為本身已包含某一抽象認識，即可進而確定行為人的意志範圍。惟本文有些許疑問，兩者是否有可能並存？是否有具體事例說明？

三、正當防衛之討論

(一) 成立要件

1. 防衛情狀

防衛情狀即所謂「現在不法侵害」，現在性之判斷學說與實務上有所不同，我國實務見解以未遂階段說作為判准，即單純以犯罪構成要件是否開始與結束來判斷⁸。學說見解與德國通說相同以有效防衛說⁹作為判准，此說認為，若再遲就無法防衛或防衛起來更困難，就可算現在不法侵害，且不以已達著手程度為必要。所謂不法侵害，係指對於自己或他人權利施加實害或危險之違反法秩序行為¹⁰。

³ 陳子平，刑法總論，2017年，頁202。

⁴ 同註一。

⁵ 盧映潔，刑法概要-刑法總則，2023，頁158。

⁶ 王皇玉，刑法總則，2019年，頁234-235。

⁷ 最高法院74年台上字第591號

⁸ 最高法院103年台上字第1495號

⁹ 同註六，頁281。

¹⁰ 同註五，頁98。

原則上尚未發生的侵害或攻擊，不得預先防衛，惟若針對未來可能發生的違法侵害，預先設置足生防衛效果的裝備，仍可能成立正當防衛，此種特別型態防衛行為必須符合客觀必要，即只能對付違法者或攻擊者，不可針對第三人或第三人之物，若同時損及侵害者與第三人，則僅能適用緊急避難不得引用正當防衛¹¹。

2. 防衛行為

通說認為僅能針對不法侵害之加害人，且須通過適當性及必要性之審查。衡平性部分，通說與實務皆認為無須對防衛法益與侵害法益間進行衡量，但仍受社會倫理性之限制¹²。

3. 防衛意思

主觀上對於正當防衛情狀有認知即可，不以出於防衛目的為必要。

(二) 甲不得依正當防衛阻卻違法

甲懷疑乙偷喝其牛奶，故甲將鹽酸加入牛奶中試圖阻止乙偷喝行為具防衛意思。甲將鹽酸混入牛奶中屬預先防衛行為，依學說見解，預先防衛行為仍可得以成立正當防衛，但須符合客觀必要條件，本案中丙未經同意飲用甲之牛奶屬違法者，且丙打開冰箱飲用牛奶之行為，不論以未遂階段說或有效防衛說判斷，皆成立現在不法侵害，故甲之預先防衛行為符合客觀必要。甲之防衛手段有助於防止或阻止其牛奶被偷喝，符合適當性要求，但在所有防止、阻止偷喝行為的手段中，將鹽酸混入牛奶中有相當危險性並非最小侵害手段，故甲之行為不成立正當防衛，不可阻卻違法。

參、心得分享

- 一、總體來說，報告引用學者書籍、論文，引註豐富。
- 二、註腳部分可能可以再直觀一點。
- 三、建議實務見解與學說見解並呈，除了內容可以更豐富外，同時亦可比較學說與實務差異。

¹¹ 林山田，刑法通論(上冊)，2008年，頁324。

¹² 同註五，頁101。