

# 刑事實例第五題報告

報告人:法制三/410620019/曾智詮

評論人: 犯防三/410725032 /陳明儀

\* 本文化底線處為自他人著作原文引述

甲與 A 結怨已久，常思要好好教訓 A。甲偶然間結識黑道混混乙，遂以 10 萬元為報酬指使乙教訓一下 A，讓 A 吃點皮肉之苦。乙收錢後翌日便持棍棒埋伏在 A 家外面，計畫待 A 返家時教訓 A。不久後，乙見一人來到 A 家門口，乙便持棍棒衝上前去亂棒毆打，打完後方發現自己粗心地打錯人，被打的是與 A 體型完全不同的鄰居 B，全身多處紅腫挫傷的 B 嗣後提出相關告訴。試問甲、乙有何刑責？

## 【爭點】

1 乙計畫待 A 返家時教訓 A，卻粗心打錯人而打了 B，全身多處紅腫挫傷的行為成立一個普通傷害既遂罪(刑法第 277 條第 1 項)或同時對 B 成立一個過失傷害罪(刑法第 284 條前段)與對 A 成立一個傷害未遂罪(我國實體刑法不處罰)？

2 甲以 10 萬元為報酬指使乙教訓一下 A，讓 A 吃點皮肉之苦的行為構成傷害罪之間接正犯或教唆犯？

## 【擬答】

### 一.乙打錯人的行為

#### (一)乙的行為成立一個普通傷害既遂罪

1. 刑法第 277 條第一項規定：「傷害人之身體或健康者，處五年以下有期徒刑、拘役或五十萬元以下罰金。」

#### 2. 傷害行為的內涵

##### ① 行為客體

行為客體必須是他人，對自己的傷害不成立本罪<sup>1</sup>；對於胎兒的傷害亦不成立本罪，蓋在以胎兒為行為客體的犯罪中，我國刑法只有處罰墮胎罪。行為人必須故意致胎兒於死方能以墮胎罪加以處罰，行為人致胎兒於傷，不論其行為係出於故意或過失，均無法以本罪處罰。法條文字「傷害人之身體或健康者」，法意明顯。

##### ② 傷害結果

傷害健康與傷害身體是擇一構成要件結果選項，兩者可能同時併存，亦可能僅構成其中一個選項。<sup>2</sup>本題僅涉及是否構成傷害身體的結果。所謂傷害身體係指對他人的身體所為的有害或不當處置行為，以致對

---

<sup>1</sup> 許澤天，刑法分則下冊，四版，頁 128。

<sup>2</sup> 許澤天，同前註，頁 129。

他人的身體完整性或身體安適性或身體功能(如視力、聽力等)造成顯非輕微的影響。又只有達到破壞物理的安適的程度才算該當身體傷害，單純精神或心理的影響(驚嚇、噁心、憤怒、恐懼、疲憊)不該當身體傷害。<sup>3</sup>

### 3. 因果關係與結果客觀歸責

#### ① 因果關係理論發展簡介

濫觴於條件因果關係理論。條件因果關係最早是由奧地利實務家 Julius Glaser 引進，其後由德意志帝國法院法官繼續建構，最後由德國聯邦最高法院沿用至今。<sup>4</sup> 條件因果關係理論認為，行為與結果間是否具有因果關係，必須判斷一個行為是否為結果發生的「不可欠缺的條件」。我國學說上多有翻譯說明此不可欠缺的條件，有「造成具體結果所不可想像其不存在的每一個條件」者，有「若無前行為事實即無後行為事實」者。<sup>5</sup>而條件因果關係的判斷方式，通說是以「假設的消除程序」，即假設消除該行為，法益侵害結果就不會發生，那該行為與結果之間就具有條件因果關係。<sup>6</sup> 由於條件因果關係把每個足以形成結果的條件均視為等值的，把造成結果之任何原因，不分遠近輕重，都當成是等值的獨立原因看待。它不區分各個條件中何者才是造成結果最重要或是相當的條件，因此

---

<sup>3</sup> 許澤天，同註 1，頁 130。

<sup>4</sup> 王皇玉，刑法總則，修訂六版，2020，頁 182。

<sup>5</sup> 王皇玉，同前註，頁 182。

<sup>6</sup> 王皇玉，同註 4，頁 182。

又被稱為等值理論或等價理論(Äquivalenztheorie)。<sup>7</sup>

但是條件因果關係範圍非常廣泛。有時一個結果的發生，往往來自數個條件的原因力之共同或連鎖作用，若每個給予原因力的人都必須為結果的發生負擔刑事責任，則刑事責任的範圍會牽連過廣。<sup>8</sup>

為了避免這個牽連過廣的疑慮，刑法學說上出現一種想法，就是刑事責任的審查，應該在條件因果關係存在之後，進一步判斷「結果歸責」(Erfolgshaftung)問題。相當因果關係理論與主觀歸責都是判斷結果歸責的途徑。<sup>9</sup>

相當因果關係理論謂，依照一般社會生活經驗來看，對於結果之發生有一定或然率(蓋然性)的條件，才是使結果發生的相當條件。概然率要有多高呢？根據 Engisch 之看法，其操作採負面排除的方式，偶然發生(罕見、非典型、不尋常)的或不可能發生(反乎於一般生活經驗上的因果)的條件，應該首先被排除。<sup>10</sup>

## ② 客觀歸責理論簡介

所謂客觀歸責，通說認為必須是「行為人製造了一個法所不容許的風險，且該風險在該當於不法構成要件的結果中實現。」如果行為人

---

<sup>7</sup> 王皇玉，同註 4，頁 183。

<sup>8</sup> 王皇玉，同註 4，頁 184。

<sup>9</sup> 王皇玉，同註 4，頁 184。

<sup>10</sup> 王皇玉，同註 4，頁 187。

的行為被評價為並未製造或並未實現法所不容許的風險，即便結果是由該行為所導致，行為仍不具有客觀可歸責性，因而不具有構成要件該當性，當然也就不具有不法性。<sup>11</sup>

客觀歸責理論的內涵=製造了法所不容許的風險+實現了法所不容許的風險。刑法學說在此上位概念下，又補充了各種不同的下位概念。

以下僅就本題涉及的下位概念為簡單說明：

未製造法所不容許之風險

降低風險之行為：指行為人之行為，緩和了較嚴重之結果發生，或是使原來所進行的因果行為有所偏差，則此一「降低風險行為不具有客觀歸責性。並且，行為人的降低風險行為，必須不能另外製造新的且獨立的風險，否則仍不能排除客觀歸責。」<sup>12</sup>

未實現法所不容許之風險

結果不具義務違反關聯性：假設行為人當時採取了合乎注意義務的行為，則結果是否「幾近確定」得以避免而不會發生？若答案為否，則行為人的行為與結果發生之間不具義務違反關聯性，因而可以排除其客觀歸責。反之亦然。不過德國刑法學者 Roxin 提出不同意見，主張只要行為人遵守了義務，死亡結果「有可能」避免，行為人的行為提高了結果發

---

<sup>11</sup> 王皇玉，同註 4，頁 195。

<sup>12</sup> 王皇玉，同註 4，頁 198。

生的機會，行為人違反注意義務的行為就應該被歸責。<sup>13</sup>這一說法又被稱為「風險升高理論」。但有人認為此理論違反罪疑唯輕原則；將風險升高視為實現風險，有不當擴大過失犯成罪可能之疑慮。故我國目前學說與實務均不採之。

#### 4. 主觀構成要件

本罪只須未必故意即可。<sup>14</sup>

#### 5. 構成要件錯誤學說

① 構成要件故意的認知要素，指行為人主觀上對於構成犯罪的全部客觀要件事實均有所認識。倘若行為人對於客觀構成犯罪事實的全部或一部沒有認識，就會影響故意的成立。但此說法不能誤解為行為人對於行為時所存在的所有犯罪細節與事實狀況都必須鉅細靡遺的精確認識。事實上，構成要件故意的「認知」範圍與程度，應該從規範評價的觀點來理解。<sup>15</sup>

② 具體符合說：此說以「事實」來衡量行為人的錯誤是否阻卻故意。行為人認識的事實尚未與現實發生的事實具體一致，則阻卻故意；若行為人認識的事實與現實發生的事實有具體符合時，始可就發生的事實論

---

<sup>13</sup> 王皇玉，同註 4，頁 204。

<sup>14</sup> 許澤天，同註 1，頁 132。

<sup>15</sup> 王皇玉，同註 4，頁 234。

以故意既遂。<sup>16</sup> 此說只適用於打擊錯誤。<sup>17</sup>

③法定符合說：行為人認識的事實與現實發生的事實，如係屬法定之同一罪質，則不阻卻故意；如係屬於法定之不同罪質者，則阻卻故意。學者蔡墩銘認為此說適用於打擊錯誤與客體錯誤，我國實務判例對於客體錯誤每採此說，有時對於方法錯誤採此說。<sup>18</sup>

## 6. 涵攝

### ①客觀構成要件

乙的行為客體是 B，屬於自己以外的他人，該當傷害行為客體的要件。B 全身多處紅腫挫傷，其身體完整性與物理的身體安適性已被破壞，符合身體傷害之行為結果。乙的行為並未緩和 B 的法益遭侵害的較嚴重結果發生(如 B 原本可能受到更嚴重的傷害或生命受到威脅等)，而且製造了一個新的且獨立的風險。若乙遵守法律上不可傷害人的注意義務，B 的身體傷害結果也幾近確定不會發生，乙的行為與結果間具有義務違反關聯性。因此，乙的行為製造且實現了法所不容許的風險，乙的行為具客觀可歸責性。

### ②主觀構成要件

---

<sup>16</sup> 蔡墩銘，刑法總論，增訂九版，頁 212。

<sup>17</sup> 蔡墩銘，同前註，頁 212。

<sup>18</sup> 蔡墩銘，同註 16，頁 213。

題幹表明「乙見一人來到 A 家門口，乙便持棍棒衝上前去亂棒毆打」可知乙對於傷害行為明知並有意使其發生，惟行為人對於行為客體產生同一性的錯誤，或行為人之認識與犯罪客體的性質不一致<sup>19</sup>，誤 B 為 A，是為構成要件錯誤中的客體錯誤。當發生客體錯誤的時候，就現實發生的行為而言是否阻卻故意，應依上述的構成要件錯誤學說分析。

學說①認為若行為人對於客觀構成犯罪事實的全部或一部沒有認識，就會影響故意的成立。構成要件故意的「認知」範圍與程度，應該從規範評價的觀點來理解。刑法傷害罪是以保護人之身體健康法益為出發點。人的身體健康法益的侵害與否，是傷害罪目的解釋的指引。故在行為客體的部分，行為人只要認識到其在生物屬性上是人即已足夠。行為人只要認識其行為是在侵害他人身體健康，並且想要它發生，就已具有傷害故意。至於犯罪客體的身分、性別、特徵等不影響到「人」這個生物屬性的性質，均非所問。所以即使乙誤 B 為 A 而打之，亦不影響對 B 傷害故意的成立。

學說②具體符合說，國內學說幾乎認為具體符合說不適用於等價客體錯誤，本文亦從之，蓋行為人的行為已具備傷害罪的行為非價與結果非價，若採具體符合說恐生不公平之結果。

學說③法定符合說，行為人認識的事實與現實發生的事實，都屬於傷害罪的構成要件事實，法定之罪質同一，所以不阻卻故意。對 B 成立傷害故

---

<sup>19</sup> 蔡墩銘，同註 16，頁 209。

意。

綜上所陳，乙的行為構成要件該當刑法第 277 條普通傷害罪，無阻卻違法事由與免除罪責事由。乙的行為成立一個普通傷害既遂罪。

〈訴訟法小補充〉因為普通傷害罪依刑法第 287 條屬絕對告訴乃論之罪，B 提出相關告訴，申告犯罪事實並表明希望訴追之意，符合告訴為告訴乃論之罪之訴訟要件的要求。

## 二.甲指使乙教訓一下 A 的行為

### (一)甲的行為不成立普通傷害罪之間接正犯

1.我國刑法關於犯罪參與的立法方式，是建立在二元犯罪參與體系(Dualistisches Beteiligungssystem)之上<sup>20</sup>。二元犯罪參與體系是將犯罪人區分「正犯」與「共犯」兩類。如何區分正犯與共犯，刑法理論上有 3 種不同的看法：

#### ①形式客觀理論

形式客觀理論為德國刑法學者比克麥耶(Birkmeyer)所提出，二次世界大戰前盛行，現已式微。此說認為正犯乃親自實行一部或全部構成要件行為之人，共犯則是對構成要件的實現提供支持或準備行為，但自己並未實行全部或一部構成要件行為。此說遭受到的批評為標準過於形式化，無法解釋間接正犯的情形。也無法解釋參與犯罪策畫且對犯罪具有全部支配

---

<sup>20</sup> 王皇玉，刑法總則，修訂七版，2021，頁 419。

能力，但並未親自實行構成要件行為之人的共同正犯。<sup>21</sup>

## ②主觀理論

主觀理論認為正犯乃行為人以正犯意思(Täterwille)亦即以「為自己犯罪的意思」而有所行為之人。共犯則是以共犯意思，亦即以參與他人犯罪的意思或為他人犯罪的意思而犯罪之人。此說遭受到的批評為，違反了犯罪的解釋原則。蓋犯罪的成立由主觀構成要件與客觀構成要件所組成，行為人已為他人犯罪的意思實行構成要件行為，主客觀構成要件該當，依主觀理論卻論以共犯。<sup>22</sup>

## ③犯罪支配理論

犯罪支配理論認為，所謂正犯，乃指對整個犯罪過程具有操縱性之犯罪支配地位之人，也就是說，對於是否從事犯罪與如何進行犯罪，屬於具有決定性或影響力的角色。共犯對於犯罪過程不具支配地位，對於是否從事犯罪與如何進行犯罪原則上取決於他人決定。

犯罪支配方式有 3 種支配型態，第一，行為支配。行為人以自己的行為單獨且直接地實施構成要件行為，以及對於犯罪構成要件之實現，具有直接的行為支配力。→直接正犯；第二，意思支配。行為人不親自實施構成要件行為，而是利用別人充當工具，間接遂行自己的犯罪意思。對於構成

---

<sup>21</sup> 王皇玉，同註 20，頁 422。

<sup>22</sup> 王皇玉，同註 20，頁 422-423。

要件的實現具有意思支配力。→間接正犯；第三，功能性支配。多數人出於共同犯罪的意思，共同實現構成要件，彼此之間所分配之行為與角色可以各不相同，但對於犯罪之完成有所貢獻，且對整個犯罪計畫的實現是不可或缺的角色。不論在客觀行為或主觀心態上對構成要件之實現各自具有功能性的支配力。→共同正犯。<sup>23</sup>

## 2. 涵攝

甲以 10 萬元為報酬指使乙教訓一下 A，乙收了錢以自己的自由意思，決定埋伏在 A 家門口。甲對乙是否從事犯罪與如何進行犯罪的情事並無決定性。因此，雖然甲沒有親自實施構成要件行為，但其行為對於犯罪構成要件的實現無意思支配力。

綜上所陳，甲的行為不成立普通傷害罪之間接正犯。

（二）甲的行為不成立普通傷害罪之教唆犯，而是成立過失傷害罪。

1. 刑法第 284 條前項規定：因過失傷害人者，處一年以下有期徒刑、拘役或十萬元以下罰金。

2. 如前所述，吾認為甲在乙的整個犯罪過程中不具有支配地位，所以應排除正犯的成立，檢討是否有共犯的成立。

## 3. 共犯的從屬形式

共犯必須從屬於一個正犯行為之上才有成立的可能。從屬的形式

---

<sup>23</sup> 王皇玉，同註 20，頁 424-425。

為何，學說上分為嚴格從屬性說與限制從屬性說，國內通說採限制從屬性說。限制從屬性說謂共犯必須從屬於一個故意且具構成要件該當性與違法性的正犯行為之上，不以正犯具有責性為必要。<sup>24</sup>

#### 4.教唆犯的成立要件

##### ①正犯行為之存在

根據共犯限制從屬理論，正犯行為具有故意、構成要件該當性及違法性即已足夠。

##### ②教唆行為<sup>25</sup>

教唆必須對原無犯意之人，引發他(們)的犯罪意思。且排除在教唆行為之前被教唆者已有犯罪意思的情形。

教唆應針對特定人或可得特定之人。

教唆方式需行為足以引發他人的行為決意。

教唆必須使他人違犯特定之罪。

##### ③教唆故意<sup>26</sup>

需具有雙重故意，教唆故意與教唆既遂故意。教唆故意指教唆者有使他人形成特定犯意的認識與意欲。教唆既遂故意指使他人實現犯罪構成要件既遂的故意。

---

<sup>24</sup> 王皇玉，同註 20，頁 469。

<sup>25</sup> 王皇玉，同註 20，頁 476。

<sup>26</sup> 王皇玉，同註 4，頁 476-477。

## 5. 教唆之錯誤<sup>27</sup>

被教唆者實行犯罪時發生客體錯誤，教唆者應如何論罪，學說容有爭議，分述如下：

①未遂教唆：此說認為被教唆者發生客體錯誤等於是教唆者發生打擊錯誤，教唆行為應評價為未遂教唆與過失犯的想像競合。但我國現行刑法已刪除未遂教唆之處罰，故僅成立過失犯。

②教唆既遂：此說認為應同樣成立教唆既遂，因為被教唆者的客體錯誤並未超越教唆者可預見的範圍，應不影響教唆者的責任。

## 6. 涵攝

甲參與乙的犯罪行為，甲的行為從屬於乙的具故意、構成要件該當性、違法性的正犯行為，符合正犯行為存在的教唆犯成立要件。甲偶然結識黑道混混乙，乙對於甲欲藉由教唆的方式侵害 A 的生命之事先並不知情，亦未有傷害 A 的意思。甲提供報酬指使乙教訓 A，係屬教唆針對特定人、教唆違犯特定之罪，並足以引發乙的行為決意。甲具有教唆之雙重故意。關於教唆之錯誤，本文認為採未遂教唆說較為合理，理由在於，如果把被教唆者的客體錯誤視為教唆者的打擊錯誤的話，就不應該認為因為行為人可以預見錯誤，所以不影響他的責任。因為在普通的打擊錯誤的情況下，有些案例中，行為方法的錯誤也屬行為人一般生活經驗上可預見

---

<sup>27</sup> 王皇玉，同註 4，頁 480。

的範圍，例如欲毒死甲而拿有毒飲料給甲，結果飲料被甲之子乙飲用。但在普通打擊錯誤的情形卻不允許為如此處理，同樣的，在被教唆者發生客體錯誤的情形也不行。

綜上所述，甲的行為不成立普通傷害罪之教唆犯，而是成立過失傷害罪。