

刑事實例第 11 題評論

評論人：犯防二/411725031/杜謹民

報告人：財法二/411630033/高盈庭

評分成績：65

一、內容評析

【爭點整理】

- 1 乙之客體錯誤。
- 2 甲之教唆殺人罪。

【爭點評論】

我認為本題爭點清晰明顯，解題方向也很明確，但報告人在前言介紹錯誤類型時，特別提及與本題毫無關聯之因果歷程錯誤，本文以為解題時可完全不必提及；且此報告爭點缺乏一項：被教唆者客體錯誤時，教唆犯之既、未遂評價。因本題甲對乙進行教唆，乙卻發生等價客體錯誤，因此本文以為此爭點不論在解題或報告中皆須提及。

二、解題內容評析

（一）法條引用

報告人於解題一開始引用刑法條文，然有些許錯誤，例如「（一）殺人罪 1. 我國刑法第 271 條第一項…」條文項目之數字應為阿拉伯數字，而非中文，應改為：「刑法第 271 條第 1 項殺人罪」，此乃判決書之至視引用條文寫法，報告人之報告其餘條文也應以此類推。

報告人於(二)引用刑法第 29 條第 1 項及同條第 2 項，本文以為(一)若以罪名為標題，(二)也應以犯行名為標題，而非條文，以達頁面之整齊。

在殺人罪性質引標不應標於「性質」二字後，而應於整段之句尾。其報告之類似錯誤內容以下省略提及。

（二）構成要件錯誤

報告人在此介紹構成要件錯誤之類型以及等價與不等價客體發生錯誤時應如何處理，介紹簡明，方便閱讀。惟本文認為，在介紹打擊錯誤時，已提及其可分為等價與不等價之打及錯誤，卻在介紹通說時未明確表示其該如何適用，閱讀起來較為困惑。

而報告人再進行關於客體錯誤之解釋與介紹時，雖明確分列二者該如何處理，卻只簡略提到該為通說、學說，而未提及其學說名稱「法定符合說」及「具體符合說」，尚顯可惜。本文以為，單純將等價與不等價之客體錯誤以類似公式之方式呈現其處理方式稍顯不妥，畢竟仍然要依據每個案件之前後因果關係等複雜概念才能進行判斷。若報告人此處要介紹處理方式，依本文之觀點，可以使用「依實務見解…」等字詞，或「依通說法定符合說(具體符合說)進行解釋…」等開頭進行闡述，較不會有公式化之問題。

等價客體錯誤之介紹部分，「…並不妨礙故意的成立」之妨礙，應改為「阻卻」，較符合刑法用語。

另外，本文認為本題之爭點清楚明瞭，因此可知題述並未牽扯「因果歷程錯誤」之問題，於解題中似乎不需特別介紹。

(三) 教唆犯與其構成要件

報告人於教唆犯構成要件處論及共犯從屬性及共犯獨立性，此處應先討論共犯獨立性，再討論共犯從屬性，並依其延伸探討嚴格從屬性及限制從屬性之比較，並指出我國刑法通說為何者，較具寫作架構之完整、閱讀性。

就本文之意見，報告人在論及嚴格從屬性及限制從屬性時對此過於淺談，然此二說為判定教唆犯之重要概念，應於此做更詳細之說明及闡述。例如於嚴格從屬性說處之「雖有犯罪行為，犯罪卻不成立」，改為「雖正犯之犯罪行為具構成要件該當性及違法性，卻不具有責性，則共犯仍不成立」。

於限制從屬性說(亦稱不法從屬)則可據以下補充：限制從屬性說認為，共犯之成立係以正犯行為之存在為必要，而該正犯行為應由被教唆者著手於犯罪之實行行為，且具備**構成要件該性、違法性**，教唆者始成立教唆犯。有責性之判斷則應個別依正犯或共犯判斷之¹。

本文認為，報告者可於介紹共犯獨立性處加入修法前之舊刑法第 29 條第 3 項：「被教唆人雖未至犯罪，教唆犯仍以未遂犯論。但以所教唆之罪有處罰未遂犯之規定者，為限。」²並依此來解釋上開之法條採共犯獨立性說，再延伸解釋現今立法已改採通說共犯從屬性說。

報告者於介紹共犯獨立性處提及：「若教唆行為沒有結果（若正犯處於未著手或未遂的狀態），則是『教唆的未遂』」。

¹張麗卿，刑法總則理論與應用，六版，2016年，頁226。

²中華民國刑法，全國法規資料庫。

似乎混淆教唆的未遂及未遂教唆之區別，因正犯未著手之行為與正犯著手但未遂對教唆犯之評價有所不同，本文為此製作以下表格簡略區分二者。

編號	被教唆者之行為	教唆者之評價	教唆者可罰性
1.	未形成犯意	未遂教唆(失敗教唆)	§29 III 可罰，因已刪除故不罰
2.	形成犯意但尚未著手	未遂教唆(無效教唆)	§29 III 可罰，因已刪除故不罰
3.	已著手但未遂	教唆的未遂	依其所教唆之罪未遂犯處罰
4.	實現構成要件且具違法性	教唆既遂	依其所教唆之罪處罰之

▲表一

由上表可知，共犯獨立性說之可罰性範圍應屬上表編號 1.-4.，其也成為刑法 2005 年之修正要點之一，亦即刪除舊有條文第 3 項失敗教唆及無效教唆之處罰，即被教唆者若未產生犯罪決意，或雖生決意卻未實行者，教唆者皆不成立教唆犯³；而共犯從屬性說之可罰性範圍則僅屬編號 3.-4.。而成立教唆犯後之處罰，則依教唆犯所教唆之罪（如教唆殺人者，依殺人罪處罰之）。至於應適用既遂、未遂何者之刑，則視被教唆者所實行之構成要件事實既遂、未遂為斷⁴。

本題甲對乙之教唆行為，乙卻在執行時發生等價客體錯誤，應為本題主要之爭點，然報告人卻完全未提及遇此狀況時對教唆犯之評價為何，實屬可惜。本文以為應於探討教唆者主觀構成要件時，加入探討「被教唆者客體錯誤時」之學說比較。

1. 既遂說

被教唆者的客體錯誤並未逾越教唆者的預見範圍，應屬於不影響教唆者責任的非重大偏差⁵，故本題的甲應成立殺人既遂罪之教唆犯。

2. 打擊錯誤說

被教唆者的客體錯誤就如教唆者的打擊錯誤一般，因此在本題中，乙對丙的誤認行為對於教唆者甲來說猶如乙形成犯意但未著手之殺人行為，依修法後之限制從屬理論，甲應為未遂教唆，不具可罰性；然對於錯誤侵害的客體丁，甲應成立過失致死罪之直接正犯⁶。

³中華民國法務部，刑法第 29 條(95.7.1 修正施行)修正理由第二點。

⁴同前註。

⁵王皇玉，教唆與客體錯誤，台灣法學雜誌，第 92 期，2007 年 3 月，頁 167。

⁶林山田，刑法通論(下)，十版，2008 年，頁 124。

3. 個化理論

教唆者之重大偏差應視教唆者是否能預見被教唆者的客體錯誤來決定。若教唆者將「被害人特定」之工作交給被教唆者，亦即讓被教唆者自行判斷被害人，則屬非重大偏差，因被教唆者的誤認為教唆者可預見的範圍；反之，若教唆者已明確將被害者指明給被教唆者，則被教唆者之客體錯誤為教唆者不能預見之範圍，屬非重大偏差⁷。在本題中，甲將丙的生活照交於乙，已將被害者指明給乙，然卻因乙的誤認產生等價客體錯誤，應屬甲不能預見之範圍，甲乃應成立過失致死罪之直接正犯。

(四) 解題過程

報告人於甲之行為評價處，並未標明其採用之學說。若其最終判斷為殺人既遂未之教唆犯，應註明採用既遂說。

於甲之教唆主觀構成要件處，本文認為稍顯不足，應充分表示教唆之第一重故意以及第二重故意，並帶入題述。

三、心得

總體來說，本報告清楚明瞭、容易閱讀，報告人也已將本題主要爭點點明，除未能提及被教唆者發生客體錯誤時教唆者之行為評價外，其餘皆已提及。然本文以為，除了解釋理論及各家學說外，另可以多加入實務見解，不僅更具說服力，也能為文長增加豐富性。報告中完全無實務見解之提及，實屬可惜。

本報告最令人惋惜之部分，莫過於缺乏提及被教唆人發生客體錯誤時，教唆人之行為評價。若缺乏遇此狀況之學說比較探討，則在評價甲之行為時便無法進行學說之採用，僅能依報告人之判斷來評價之，也缺少了甲具有其他不同評價之可能性。

報告人於解釋教唆犯之共犯獨立性時誤認「未遂教唆」及「教唆的未遂」為同一種名詞，應特別注意其差異。

除以上所述，本文認為此報告在許多地方之描述過於簡要，若於解題時當然可將其大略帶過，但報告時應將各種可能之學說及實務見解甚至構成要件盡量詳細闡述，以達報告之豐富性及完整性。

報告人未於頁尾標註頁碼。應特別注意。

⁷林鈺雄，新刑法總則，九版，2021年，頁481-482。