

第一題 失敗教唆與從舊從輕原則

甲女與有婦之夫乙發生婚外情，並導致乙與妻子丙之婚姻生變。1996 年丙因不堪感情上之痛苦，於乙開設的診所內服藥自殺，經乙即時趕回搶救而未果，但仍陷於昏迷中。甲得知後，打電話給乙，確定丙有寫遺書後，即告訴乙「寫說她是自殺的，這樣子成全她吧」，但遭乙反對。甲繼續舉出古代劉邦與李世民等例，要乙當機立斷。又在稍後的通話中，當乙反問甲「請問要怎麼解脫，難道要我再給她加藥，嚇死了」時，甲回稱「對，沒錯，是很狠！」但仍被乙回絕，甲的計畫因而未得逞。假設 2005 年 6 月甲經高等法院判決成立教唆殺人未遂罪，甲不服提起上訴，試問：最高法院於 2006 年 7 月前應如何適用法律？

壹、問題爭點

舊法第 29 條第 3 項未遂教唆的意義及性質為何？處罰未遂教唆的理由何在？從而，舊法以「未至犯罪」為要件是否得宜？因 2005 年 2 月 2 日修正刑法，並刪除本條項，依罪刑法定原則的規定，甲的行為應該適用舊法？還是新法？

貳、案例分析

一、甲是否成立刑法第 271 條第 2 項、第 29 條第 1 項教唆殺人未遂罪？

刑法第 29 條第 1 項規定「教唆他人使之實行犯罪行為者，為教唆犯。」甲必須出於教唆故意而為教唆，他人因此而成立犯罪。所謂教唆，係指喚起他人犯罪決意的行為，在本案中，當甲得知丙自殺獲救，並確定留遺書後，即對乙說「寫說她是自殺的，這樣子成全她吧。」尤其一再以劉邦（弑殺功臣）及李世民（殘害手足）之史實，以古況今。並於乙稱「難道要我再給她加藥？」時，接稱「對，沒錯，是很狠！」足認甲之前所稱「成全她」之意思，係在唆使乙應「當機立斷」，利用丙留有遺書之機會，將丙予以毒害。甲的唆使行為肯定出於教唆故意，而且符合雙重教唆故意，即教唆行為故意以及教唆他人犯罪既遂的故意。只是甲的教唆行為並沒有喚起乙殺害丙之決意，基於共犯從屬原則，乙不成立任何犯罪型態的正犯，因此，甲不成立教唆犯。

二、甲是否適用舊法第 271 條第 2 項、第 29 條第 3 項教唆殺人未遂罪？

（一）罪刑法定原則

依刑法的罪刑法定原則，哪些行為是刑法上的犯罪以及應如何處罰，必須在行為之前透過法律明確加以規定，因此，刑法第 1 條規定「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限。」在本案

中，甲雖然不成立第 29 條第 1 項的教唆他人犯罪的教唆犯，惟甲有教唆故意與教唆行為，而新法於 2005 年修正時雖刪除第 29 條第 3 項，但甲的行為發生於 1996 年，故應考慮是否適用舊法第 29 條第 3 項。本條項規定「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。」依此，被教唆人雖未至犯罪，教唆者仍以未遂犯論，其不同於依第 1 項與第 2 項而成立的教唆未遂，而是學說上的未遂教唆。

國內多數學者認為¹，舊法的未遂教唆包含教唆者出於教唆故意，已開始實行教唆行為，但被教唆人尚未知悉教唆意思；或雖然已知悉，但被教唆人拒絕實行；或被教唆者已產生犯罪決意，但尚未著手實行犯罪行為等情形。在本案中，甲教唆乙殺害丙，雖然教唆內容已達於乙瞭解的程度，但為乙當場拒絕，甲的教唆行為屬於未遂教唆中的「失敗教唆」。

按舊法之所以例外處罰未遂教唆，是因為這種行為具有漸升的危險性，其危險性建立在教唆者著手實行教唆後，對他人的犯罪因果歷程不再能支配（即使稍後有阻止行為，也屬中止犯的問題），這時不像單獨正犯一樣，隨時可依自己的喜惡取消犯罪計畫²。此處罰理由對正犯已答應執行犯罪的情形言之有理，教唆者的確對於

¹ 如林山田，刑法通論（下），2005，頁 104 以下；林鈺雄，新刑法總則，2018，頁 468 以下；但有學者以教唆未遂稱之，至於被教唆者達於未遂階段時，則稱為狹義的教唆未遂，甘添貴，刑法案例解評，1999，頁 180 以下。另有學者將被教唆者著手於犯罪，被教唆者並沒有成功的情形歸納為未遂教唆的一種，甚至於認為未遂教唆的概念屬多餘，統稱為教唆未遂即可，黃榮堅，基礎刑法學（下），2006，頁 886 以下。本文認為未遂教唆是教唆者的行為達於未遂，是針對教唆者的行為而論；教唆未遂是教唆他人犯罪，該犯罪達於未遂，是針對正犯而言，二者概念不同，評價也有不同。

² Roxin, Strafrecht AT, Band II, 2003, § 28 Rn. 5.

自己製造的風險已失控，故具有應罰性，然失敗教唆的情形也處罰，卻有商榷的餘地。因為正犯當場拒絕犯罪時，教唆行為未發生誘導作用，這時根本沒有開展犯罪因果歷程，何來風險失控？即使教唆者具有犯罪故意而且著手教唆，但不像正犯的未遂犯一樣，對他人法益侵害在時、空上具有密接關聯，而足以震撼人心。又間接正犯的著手認定，依通說見解，幕後利用者若放任可能發生結果的因果歷程獨立運作與進行時，亦為間接正犯的著手³，但為何對可罰的教唆犯著手行為之認定比間接正犯的著手時間還早？乃是刑罰不當的擴張。然依上述國內多數學者對舊法「未至犯罪」要件的解釋，因為殺人罪有處罰未遂犯，甲的失敗教唆於行為時符合第 271 條第 2 項與第 29 條第 3 項，成立教唆殺人未遂罪。

（二）從舊從輕原則

國家對違反刑法者得科以刑罰或剝奪人身自由的保安處分，這些嚴厲手段應於行為人能事先預見或預計的情況下，方得適用，故在罪刑法定原則的要求下，引申出禁止溯及既往，其係指禁止刑法在事後惡化行為人的法律地位，使行為人蒙受在行為當時不可預見或不可預計的罪與刑⁴。從而，刑法第 2 條第 1 項前段規定「行為後法律有變更者，適用行為時之法律」，乃是將隱藏於第 1 條罪刑法定原則中之「禁止溯及既往」予以具體化。2005 年新法將本條項「行為後法律有變更者，適用裁判時之法律」修正為「適用行為時之法律」。事實上，不管採從新或從舊，其結果並無不同，修正理由中指出是為了配合第 1 條罪刑法定原則之精神而已。

3 黃惠婷，間接正犯之「著手」，月旦法學教室，第 24 期，2004/10，頁 16-17。

4 林山田，同註 1，頁 83 以下。

刑法修正而變更犯罪處罰範圍（構成要件）或刑罰效果時，即為法律之變更，「法律有變更」係指足以影響行為可罰性的範圍及其法律效果的一切法令之修正或廢止，甚至於依刑法施行法第 8 條之 1 規定，追訴權時效或行刑權時效變更時，應適用最有利於行為人的規定。若行為於法律變更前後均屬成罪，僅刑罰輕重不同，即應依刑法第 2 條第 1 項所定從舊從輕原則處理，並非全然禁止回溯適用，此與刑法第 1 條明揭「無法律，即無罪刑」之罪刑法定原則，係指行為時法律並無處罰，即不准溯及處罰者，須加區辨⁵。

至於「法律有變更」是否包含刑事法律以外的其他法律或行政規章或命令的變更？實務認為應限於刑罰法律的變更，行政法令縱可認為具有法律同等之效力，但因其並無刑罰之規定，故不適用之⁶；反對見解則認為，若構成要件屬於有待補充的空白構成要件，行政規章或命令雖不具法律形式，且無刑法的實質內涵，然與空白構成要件結合，足以影響行為可罰性的範圍，也應屬本條項的法律變更⁷。又因本條項規定「法律變更」，故行為後針對法律爭議的最高法院刑事大法庭裁定見解有變更，並無禁止溯及既往之適用。

依新法第 2 條規定，除了沒收、非拘束人身自由之保安處分適用裁判時之法律外，原則上採從舊原則，只是本條第 1 項後段又規定：「但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律」，因此，不管修法前後的從新或從舊原則，結果皆為從輕原

5 最高法院 113 年度台上字第 5176 號刑事判決。

6 原最高法院 51 年台非字第 76 號判例。

7 林山田，同註 1，頁 121 以下。

則，即使溯及既往而有利於行為人，也不會違反罪刑法定原則。職是，行為後法律變更為不處罰，依但書規定，假設案件已進入刑事程序中，若仍於偵查中，檢察官應為不起訴處分（刑事訴訟法第 252 條第 4 款）；若在審判中，法院應諭知免訴之判決（刑事訴訟法第 302 條第 4 款）；若在裁判確定後，不影響裁判確定力，但影響裁判之執行，依本條第 3 項規定，免其刑之執行。

在本案中，甲於 2005 年 6 月經高等法院判決成立教唆殺人未遂罪，甲不服，提起上訴，最高法院於 2006 年 7 月前審理本案時，雖 2005 年 2 月 2 日修正公布的新刑法刪除第 29 條第 3 項，但立法者為了避免修正後適用之困擾，乃於刑法施行法第 10 條之 1 明白規定，新法自 2006 年 7 月 1 日起施行，故甲於行為時及高等法院裁判時，刑法第 29 條第 3 項仍屬有效施行之法律，高等法院論處甲教唆殺人未遂罪刑，並無違法可言⁸。

參、結論

甲教唆乙殺害丙，雖為乙拒絕，但依舊法第 29 條第 3 項規定，此失敗教唆屬於可處罰的行為，因本條項於行為時與判決時仍屬有效施行之法律，高等法院論甲成立教唆殺人未遂罪，適用法則並無不當，只是於 2006 年 7 月後，甲的刑期有尚未執行完畢者，免其刑之執行。

8 參考最高法院 94 年度台上字第 3738 號刑事判決。