

### 第一節 主客觀不一致

所謂的錯誤，亦即行為人主觀上的想像或認識者與客觀上的事實發生不一致的情況，由此可知，只要是必須考慮到行為人主觀上認識的部分，例如構成要件故意、主觀之阻卻違法意思、不法意識，都有可能發生錯誤（因為都有客觀層面相比對）。反之，若不需要考慮到行為人主觀認識之要素，例如：責任能力，自然就不會發生刑法上具有意義之錯誤。

### 第二節 錯誤的類型

#### 壹 事實與規範層面

犯罪成立要件中只要有主、客觀可以相比對的，而比對之後發現主客觀不一致就是錯誤。但名稱、法律效果各有不同，首先得先區分「事實」與「規範」層面的不同。

##### 一、案例 1

某一構成要件是這樣規定的：「持有大麻者，處……（法律效果）」。

(一)區分以下兩種情形，甲對於構成要件「事實」部分，有沒有發生主客觀不一致的錯誤

1. 甲不知道旅行團中的團員所委託他帶的是大麻。
2. 甲是加拿大人，從小哈麻，帶了大麻來台，但不知道在台灣這樣做是犯法的。

(二)構成要件既然規定：「持有大麻者，處……（法律效果）」，

就是等同立法者禁止人民去做「持有大麻」的事實。因此

1. 在第一種情況，甲客觀上具持有大麻的事實，但主觀上不知道替他人攜帶的是大麻，甲主客觀不一致的部分確定在「事實」層面。而對於構成要件所要求的事實部分，甲行為當時既然沒有認知（不具備「知」），主觀上當然不具備構成要件故意。
2. 在第二種情況，甲不僅客觀上具持有大麻的事實，同時主觀上知道自己所攜帶的是大麻（具備「知」），而且也要這麼做（具備「欲」），在構成要件所要求的「事實」層面完全沒有發生主客觀不一致，主觀上具備構成要件故意。這種情況，簡單來說，行為人知道他在做什麼，只不過並不知道這樣做是犯法的。甲因為欠缺不法意識導致主觀上以為自己所做的是合法的，但實際上這樣的行為卻是不合法的，甲發生主客觀不一致是在法律「規範」的層面。

## 二、案例 2

某一年馬來西亞的宗教局在情人節當日抓了上百對正在約會的情侶。如果該構成要件是這樣規定的：「情侶於情人節當日約會者，處……（法律效果）」。

(一)區分以下兩種情形，甲對於構成要件「事實」部分，有沒有發生主客觀不一致的錯誤

1. 甲不知道當天是情人節。
2. 甲帶了女朋友從台灣到馬來西亞就是要慶祝情人節。但不知道在馬來西亞這樣是犯法的。

(二)構成要件既然規定：「情侶於情人節當日約會者，處……（法律效果）」，就是等同立法者禁止人民去做「在情人節當日約會」的事實。因此

1. 在第一種情況，甲客觀上在情人節當日約會，但主觀上不知道當天是情人節，甲主客觀不一致的部分確定在「事實」層面。而對於構成要件所要求的事實部分，甲行為當時既然沒有認知（不具備「知」），主觀上當然不具備構成要件故意。
2. 在第二種情況，主觀上甲自己知道當天是情人節，也知道在約會（具備「知」），而且去馬來西亞就是要這麼做（具備「欲」），在構成要件所要求的「事實」層面完全沒有發生

主客觀不一致，主觀上具備構成要件故意。這種情況，甲知道他在做什麼，只不過並不知道這樣做是犯法的。甲因為欠缺不法意識導致主觀上以為自己所做的是合法的，但實際上這樣的行為卻是不合法的，甲發生主客觀不一致是在法律「規範」的層面。

## 貳 錯誤的類型

學者間相互溝通的名詞上最重要的有**構成要件錯誤**、**禁止錯誤**及**容許構成要件錯誤**。



### 一、構成要件錯誤

#### (一) 特色

構成要件「事實」層面，發生主客觀不一致。

#### (二) 討論重點

構成要件故意是否具備？

### 二、禁止錯誤

#### (一) 特色

構成要件「規範」層面以及阻卻違法事由「規範」層面，發生主客觀不一致。

#### (二) 討論重點

構成要件故意是否具備？如果具備，則是否影響罪責？如何影響？

### 三、容許構成要件錯誤

#### (一)特色

- 1.阻卻違法事由「事實」層面，發生主客觀不一致。
- 2.容許構成要件其實就是阻卻違法事由。而上圖的「R」代表的是阻卻違法事由。

#### (二)討論重點

構成要件故意是否具備？

# 16

甲在速限 50km/h 的市區道路駕駛，見前方路口號誌顯示為綠燈，即踩下油門將速度提升到 80km/h 要通過路口。不料，騎著腳踏車的 A，由於講電話不專心，竟然闖紅燈，突然橫向衝出到甲的車道上，甲剎車不及直接撞上 A，A 當場死亡。事後證明，如果甲未超速，即可及時剎車而不撞上 A。請問甲的刑事責任如何？（25 分）

【111 高考—法律廉政（三級）】

**答** 本題字數 633  
**Answer.**

分數	題號	(答案請從本頁第 1 行開始書寫，並請標明題號，依序作答)
		(一) 甲撞上 A 的行為，是否成立刑法第 276 條過失致死罪？
		1. 客觀上如果不是甲撞擊 A，A 不會發生死亡之結果。甲的行為與 A 的死亡之間具有條件理論下之因果關係。
		2. 甲的行為是否具有客觀可歸責性？
		(1) 依客觀歸責理論，行為人的行為對於行為客體製造了不被容許的風險，而構成要件結果的發生是因為這個風險的實現，且這個結果存在於構成要件的效力範圍內時，構成要件結果的發生才能歸責於行為人的行為。
		(2) 本案得否主張「信賴原則」？實務上認為汽車駕駛人對於防止危險發生之相關交通法令之規定業已遵守，並盡相當之注意義務，以防止危險發生，始可信賴他人亦能遵守交通規則並盡同等注意義務。若因此發生交通事故，始可以信賴原則為由，免除過失責任 <sup>11</sup> 。本案中甲既已超速，則無法主張信賴原則，屬製造不被容許的風險。
		(3) 此外，甲超速行駛導致煞車不及而撞上他人，造成傷亡結果之出現，亦屬客觀上所能預見，因此，A 的死亡結果是在甲所製造的風險中所實現。

11 最高法院 84 年台上字第 5360 號判例。

	(4) 甲的行為是否在構成要件效力之範圍內？
	① 所謂被害人自我負責，此一概念為一個具有正常理解能力而具有自我負責性之人，自我決定侵害自己法益或讓自己陷於風險之中，一旦風險結果發生，則風險實現的結果應該歸屬於法益所有人之責任範圍，排除行為人之客觀歸責 <sup>12</sup> 。若被害人對於事故發生有重大過失時，則結果不可歸責於行為人違反注意義務的行為 <sup>13</sup> 。
	② 本案中，由於 A 講電話不專心，竟然闖紅燈，突然橫向衝出到甲的車道上，乃屬被害人有重大過失之情形 <sup>14</sup> ，該死亡結果無法歸責於甲超速撞上 A 之行為。
	(二) 結論
	甲不成立過失致死罪。

12 王皇玉，刑法總則，2019年8月五版，頁208以下。

13 許澤天，刑法總則，2020年8月初版，頁495。

14 許澤天，刑法總則，2020年8月初版，頁495。

## Q1 被利用人發生客體錯誤時，利用人之刑事責任？

例如甲醫生想利用不知情之護士乙之注射行為，以毒殺在某特定病床的丙；惟因乙誤認隔壁病床的丁為丙，而加以注射，致將丁毒死。不同見解如下：

### 一、以打擊錯誤處理<sup>8</sup>（多數說、實務）

就間接正犯之利用支配關係而言，間接正犯之被利用者，本身屬行為工具，倘行為工具發生錯誤，就如同利用人所發射的工具發生偏差或失誤情形一樣，屬後台者的「操控失誤」，而非客體錯誤。因此論罪上，對於目標客體（即本題丙），以故意犯之未遂論處，對於失誤而侵害之客體（即本題丁），則成立過失犯。

### 二、個化理論<sup>9</sup>

(一) 此說認為關鍵在於利用人是否把「將被害人特定」（即將行為客體、被害對象個別化）的任務交給被利用人，若個別化的任務已交給被利用人，這部分就屬於利用人可得預見的範圍，至少在間接故意的對應範圍內。如上例的甲醫生已經完全特定了被害人，並未將個化任務交給護士乙處理，此時應該認為甲醫生使用犯罪工具發生的打擊錯誤處理。

(二) 但若甲利用重度精神障礙的乙去殺丙，卻只出示丙的照片而已，乙的認識能力本來就比一般人低，甲把辨別被害人同一性的任務交給乙處理（辨別某人乃是照片上的丙），乙將丁誤認成丙而殺之，依照一般生活經驗，乙發生辨別的客體錯誤本來就在預見可能性的範圍內，因此，甲應承擔乙所發生客體錯誤時的不利益，甲仍應負殺人既遂間接正犯之刑責。

8 王皇玉，刑法總則，2019年8月五版，頁438。

9 林鈺雄，新刑法總則，2018年9月六版，頁437。

## Q2 間接正犯之著手如何認定？例如甲利用乙去殺丙，乙卻因故根本沒去殺丙，甲的刑事責任？

### 一、學說見解

#### (一)以「利用人為利用行為之時」為著手

1. 被利用者之行為不過是利用行為與犯罪結果的中間現象，間接正犯之著手實行應單獨就利用者之行為本身作為判斷標準。因此，行為人開始對於行為工具之影響時，即屬間接正犯之著手時點。我國通說採此說。
2. 惟前開「後台者之利用時點說」受批評的地方是<sup>10</sup>
  - (1)以後台者開始為支配利用行為時，就認為間接正犯已達著手，有時著手時點會過於前置。例如甲令 10 歲小孩乙過馬路到對面便利超商偷東西，乙過了馬路，看見文具店就停下來看，竟忘了要去偷東西，如採「後台者之利用時點說」，則甲仍應成立竊盜罪未遂，但此等支配行為尚未使他人財產法益進入直接危險的階段，且犯罪歷程尚未完全進入後台者的掌握支配中，此際倘已經可以論以著手，實有不當。
  - (2)因此德國學說認為，必須將此等「後台者之利用時點說」再設置更嚴謹的門檻，亦即必須從個案中進行實質犯罪支配之判斷，視後台者對工具人加以支配利用時，是否已使所保護之法益達到直接危險程度而定，且以犯罪歷程是否可以認定已開始進入後台者的掌握支配狀態為斷。
  - (3)因為採取此等見解，始有可能進一步界定間接正犯之行為應屬預備犯或未遂犯。例如甲要 13 歲之乙翻牆去丙家偷東西，並告訴乙先去五金行買繩索、螺絲起子等必要工具再去，結果乙還來不及去買工具，就被爸爸發現帶回家。由於甲對於犯罪行為的進行，設定了購買工具始能完成犯罪的條件，此等條件尚未完成，意味著尚未進入實質的犯罪支配狀態，被害的財產法益也尚未達到直接危險之程度，故可說利益侵害尚未達失控程度，此際甲以間接正犯所違犯的竊盜罪，只能算是不罰的「預備」而已，尚未達著手程度。

10 王皇玉，刑法總則，2019 年 8 月五版，頁 436。



(二)以「被利用人（工具人）開始實行之時」為著手

依此認定雖然不盡合理妥適，惟我國刑法修正後，對於教唆犯與幫助犯的著手認定，是以被教唆者與被幫助者之著手為著手，因此間接正犯的著手時點亦不得不採取一貫之立場，以被利用之工具人之著手時點為著手<sup>11</sup>。

二、實務見解

- ▷ 94, 台上, 2823 決（以被利用人開始實行時為著手之認定）：「間接正犯中之被利用者之行爲，乃利用者誘致行爲之當然延長，則間接正犯成立犯罪與否及其犯罪是否既遂，均應視被利用者之行爲而定，即以被利用者之行爲係犯罪行爲為先決條件，若被利用者尚未為犯罪行爲，則利用者自無成立犯罪可言，如被利用者所為之犯罪行爲既遂，利用者亦為既遂犯，被利用者所為之犯罪行爲未遂，利用者之間接正犯，亦為未遂犯。」

11 黃榮堅，基礎刑法學（下），2012年3月四版，頁196。