

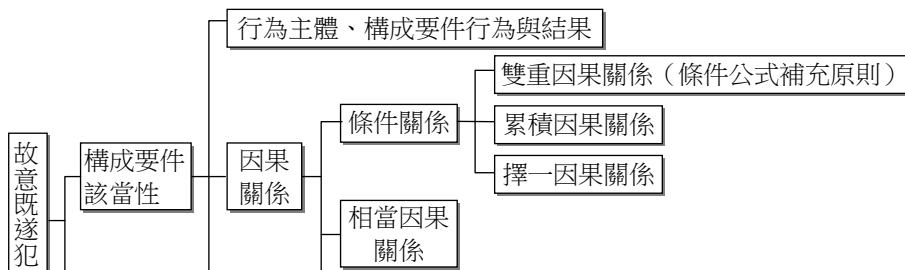
第一章 故意既遂犯

從哪裡思考

故意既遂犯可以說是最基礎也最單純的犯罪類型，畢竟一個人故意去做了刑法所評價的壞事，也造成了法益侵害，在沒有其他特殊情況的前提下，故意既遂的行為如果不處罰，那麼其他犯罪類型的可罰性也就顯得更加薄弱。而在本章的重點中，將介紹成立犯罪之三階論體系，以及在此體系下的各個爭點^I。

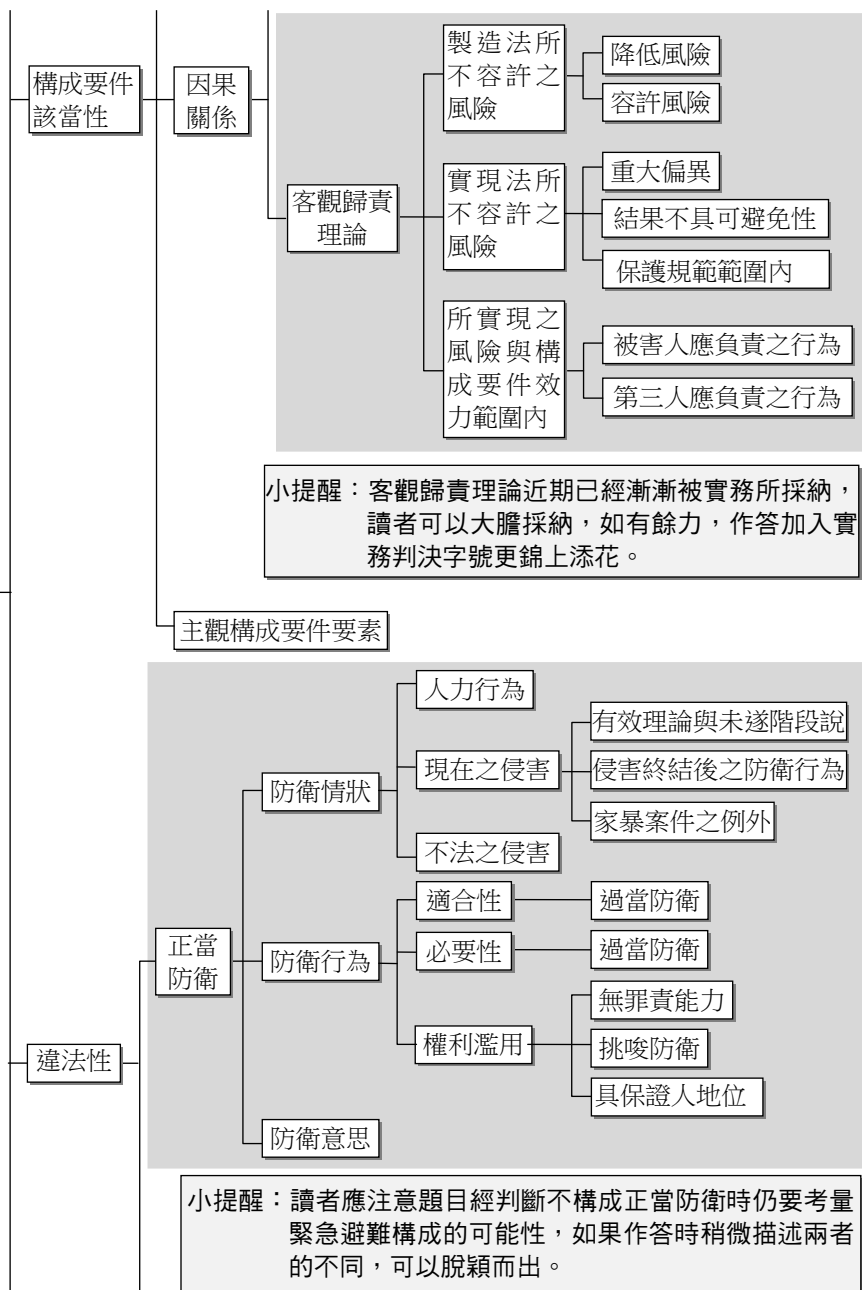
爭點寫哪裡

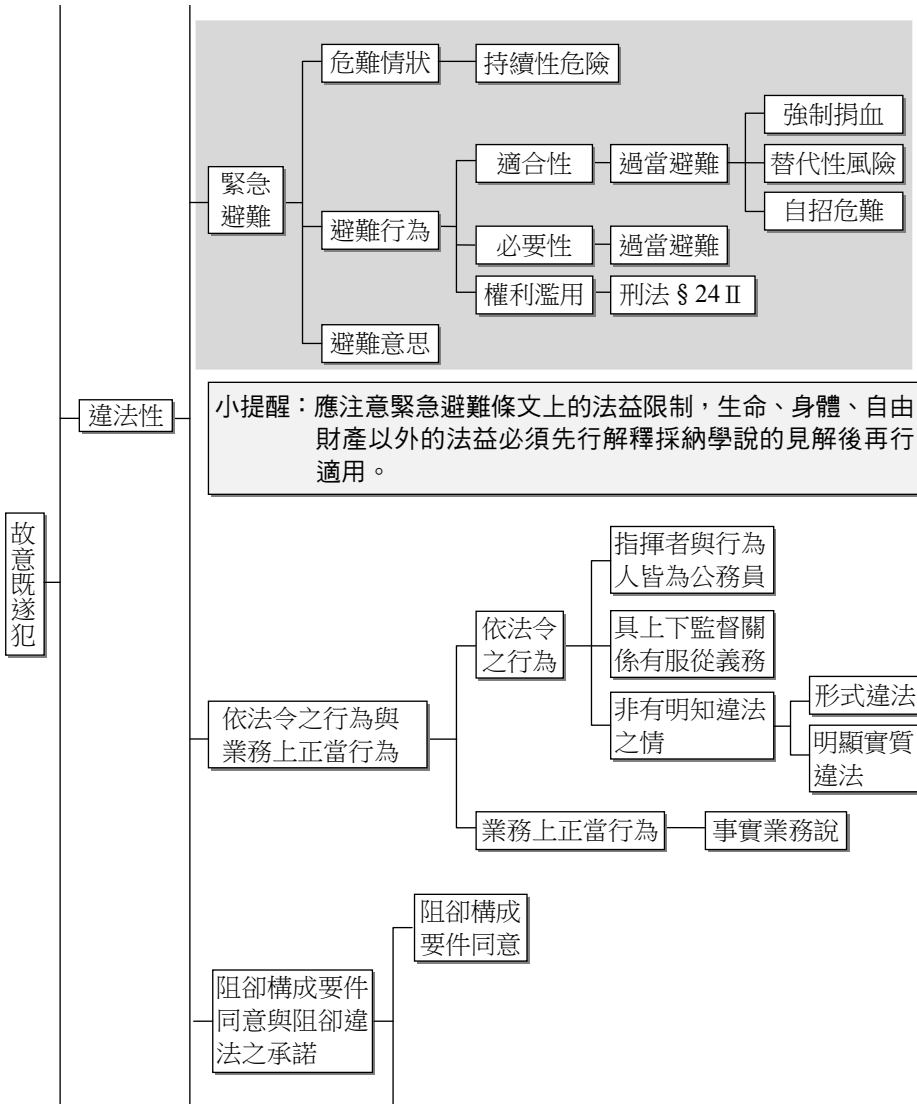
【三階論及爭點概圖】

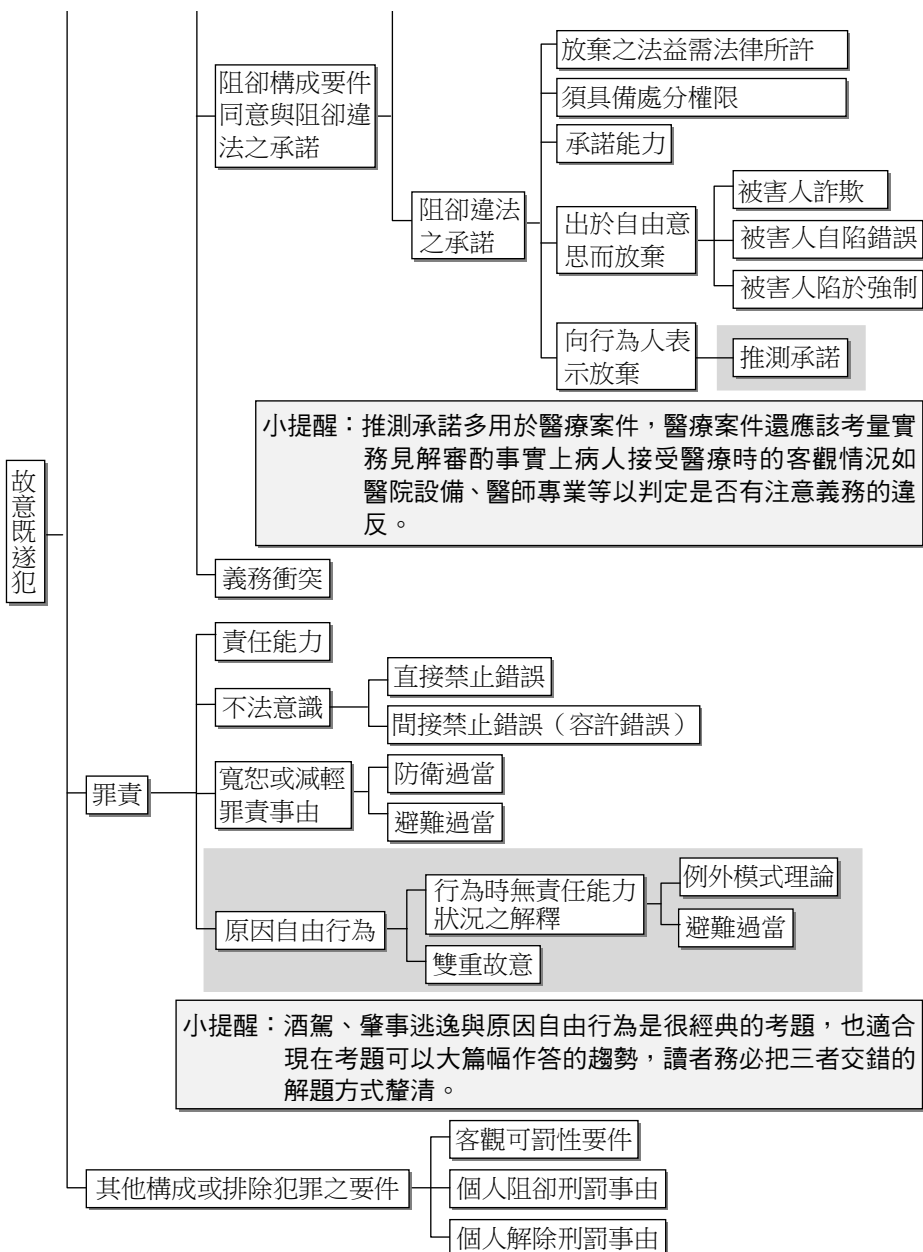


^I 本章節爭點敘述參考：林鈺雄，新刑法總則，元照，第7版，2019年9月，頁127-330；王皇玉，刑法總則，新學林，第5版，2019年8月，頁145-358；許恆達，刑法總則講義，2011年，第1-5章；林書楷，刑法總則，五南，2014年，頁85-89。

故意既遂犯









寫題目時必須依照三階論的爭點位置作答，切勿混亂階層書寫爭點，以免被改題老師認為基本觀念錯誤，棋子還是塞子都搞不清楚而大大扣分。

主題一 構成要件該當性

爭點有哪些

爭點1 因果關係之根基——條件理論★

- (一) 首先必須注意，「因果關係」、「構成要件行為」及「構成要件結果」係分別之客觀構成要件，各個罪名具體的客觀構成要件行為及結果將留至刑法分則討論，在總則僅討論通用的「因果關係」。客觀構成要件與主觀構成要件均該當後方有三階論第一階層之「構成要件該當性」。
- (二) 因果關係是將行為人的構成要件行為及結果的橋樑，可以判斷兩者間是否具關聯性，而條件理論即是判斷因果關係的必要條件，也就是所有要判斷的行為與結果間均需要通過條件理論的檢驗，但是否確實有因果關係，仍須仰賴嗣後相當因果關係或客觀歸責之判斷。
- (三) 條件理論之公式：「系爭行為為結果不可想像其不存在之條件」，也就是說，如果當行為不存在，而結果仍然會發生，則行為即非結果發生之必然條件，就可以推導出行為與結果間沒有因果關係。

爭點2 條件關係之補充原則與特殊案例

(一) 雙重因果關係——條件公式之補充原則：

典型案例是甲與乙同時想殺害丙，同時在丙的水中放入得以百分之百足以致死之毒藥，此時如按照條件理論，無論除去甲或乙的行為，結果都會發生，造成兩人均只得論以未遂，此時條件理論發展出補充公式：「數個具有擇一關係而非累積關係的條件，雖可想像其不存在，但結果仍會發生者，該條件仍屬結果發生之原因」，使二行為人均論以既遂。但應與區別者為，如今甲乙係同時開槍射擊丙，卻僅有一發子彈擊中丙造成丙死亡，此種案例則稱為「擇一因果關係」，此時基於罪疑唯輕原則，兩人皆對結果不具因果關係，僅得論以未遂。

(二) 假設因果流程不影響因果關係判斷：

條件因果以不添加假設情況為要件，應著重實際發生之事件流程與具體結果間之關聯，之後可能或必然發生之事件不在討論範圍內，概念如同危險犯，僅以危險發生為處罰之條件，不論嗣後事件是否發生。

(三) 累積因果關係：

典型案例是甲與乙均以不足以致死之毒藥投放入丙的水中，然兩人之劑量加總足以致丙於死，此時客觀上之兩人所下之藥劑均不足以致丙於死，僅得論以未遂，但應注意者為，甲乙兩人仍可能依其主觀及客觀上所造成之傷害程度而負傷害罪或重傷害罪之責任。

爭點3 實務對於因果關係之認定——相當因果關係說

(一) 依實務見解，係單純從事後的角度，依據日常生活經驗評價行為時存在之客觀事實，是否為結果發生之相當條件。

【實務怎麼說】傳統見解**❖最高法院76年度台上字第192號判決（例）**

刑法上之過失，其過失行為與結果間，在客觀上有相當因果關係始得成立。所謂相當因果關係，係指依經驗法則，綜合行為當時所存在之一切事實，為客觀之事後審查，認為在一般情形下，有此環境、有此行為之同一條件，均可發生同一之結果者，則該條件即為發生結果之相當條件，行為與結果即有相當之因果關係。反之，若在一般情形下，有此同一條件存在，而依客觀之審查，認為不必皆發生此結果者，則該條件與結果不相當，不過為偶然之事實而已，其行為與結果間即無相當因果關係。

- (二) 實務所採之相當因果關係說係自相當理論發展出來之「客觀相當因果關係說」，此說並不考量行為人之特殊認知，單純自客觀層面判斷。此外，相當理論並未對於「結果原因」與「結果歸責」做出區分，因此如依實務見解之判斷標準，則不會討論結果歸責，而僅會透過相當因果關係之判斷認定行為人負責。

爭點4**學說對於因果關係之認定——條件公式＋客觀歸責理論★★★ ○**

- (一) 學界多數說多依循重要性理論，而認為應區分結果原因與結果歸責，先以條件公式判斷因果關係，再進一步透過客觀歸責理論討論構成要件結果之發生是否可歸責於行為人。
1. **條件公式**：行為人之行為對於結果而言係一不可想像其不存在之條件。
 2. **客觀歸責理論**：不同於相當因果關係，在此以客觀上法益保護之目的去判斷行為是否應對結果之發生負責，是否行為人之行為製造了法所不容許的風險，該風險於後續的具體歷程中實

現，導致構成要件結果發生。大致上，應檢驗的要件有以下三個：

- (1) 製造法所不容許之風險：如係降低風險、屬於法律上不重要或可容許之風險，則不可歸責於行為人。
- (2) 實現法所不容許之風險：行為所製造的風險在一般日常生活可預見的範圍內實現，始足該當。結果與行為間如發生重大偏異、結果不具可避免性或結果非在保護規範範圍內則行為人未實現不法之風險。
- (3) 所實現之風險屬構成要件之效力範圍：被害人或第三人有應負責之行為介入，切斷行為人之行為與構成要件結果間之歸責關聯性。如被害人所同意自我傷害之行為、有專門對抗危險之職業活動管控風險等。

【實務怎麼說】晚近見解

❖最高法院108年度台上字第1808號判決

因果關係之「相當」與否，概念欠缺明確，在判斷上不免流於主觀，且對於複雜之因果關係類型，較難認定行為與結果間之因果關聯性。晚近則形成「客觀歸責理論」，明確區分結果原因與結果歸責之概念，藉以使因果關係之認定與歸責之判斷更為精確。「客觀歸責理論」認為除應具備條件上之因果關係外，尚須審酌該結果發生是否可歸責於行為人之「客觀可歸責性」，祇有在行為人之行為對行為客體製造法所不容許之風險，而該風險在具體結果中實現（即結果與行為之間具有常態關聯性，且結果之發生在規範之保護目的範圍內並且具有可避免性），且結果存在於構成要件效力範圍內，該結果始歸由行為人負責。因之，為使法律解釋能與時俱進，提升因果關係判斷之可預測性，乃藉由「客觀歸責理論」之運用，彌補往昔實務所採「相當因果關係說」之缺失，而使因

果關係之判斷更趨細緻精確。

(二)客觀歸責理論的重要考點：

1. 製造法所不容許的風險：

(1) 容許風險與信賴原則vs.特殊認知：

- ①容許風險的內涵是在提升社會生活利益而接受某些行為所附帶之風險，以交通事故為例，如駕駛者遵守交通規則，此時則可信賴其他用路人亦遵守交通規則，此時所造成之風險即為法所許，此即信賴原則，行為人遵守管控風險之相關安全規範時，如他人違反規範而造成結果發生，則非可歸因於行為人。

【實務怎麼說】

❖最高法院84年度台上字第5360號判決（例）

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。若因此而發生交通事故，方得以信賴原則為由免除過失責任。

- ②然則，如他方違反注意義務導致之風險係行為人得以預見，而具有充分時間防止結果發生，此時行為人不得主張信賴原則。

(2) 替代性風險、降低風險vs.無效義務：

- ①所謂替代性風險，係指行為人製造新的風險以取代原先風險，與降低風險係將已存在之風險程度降低不同，將既存之風險降低，固然可以認為未「製造新的」法所不容許風險，然而替代性風險製造了新的風險，無法阻卻構成要件該當，僅得於阻卻違法層次（如緊急避難）處理，經典的

火災丟嬰案即為適例。

②而無效義務，則是製造風險後是否實現風險的問題，如果行為人遵守義務，仍然確定或幾近確定會發生結果，此時對行為人所課予之義務成為無效義務，進而判定風險未實現，以火災丟嬰案為例，如客觀上無論是否將嬰兒丟下都難以避免死亡結果，此時亦可判定行為人未實現法所不容許之風險。

2. 實現法所不容許的風險：

(1)反常因果歷程²（即上述重大偏異的問題）：如構成要件結果之發生係超出一般人可預見之情形，則屬於學理上之「反常因果歷程」，難以歸責於行為人，在客觀歸責的角度看，行為與結果間具備常態關聯而沒有產生重大之因果偏異，經典的救護車車禍案或醫院火災案即屬適例。

【實務怎麼說】

❖最高法院106年度台上字第3118號判決

又關於該「相當性」，得以審酌行為人是否有「客觀可歸責性」而為判斷，即行為人之行為倘對行為客體製造並實現法所不容許之風險時，該結果即應歸由行為人負責。故第三人行為之介入，須創造並單獨實現一個足以導致結果發生之獨立危險，始足以中斷最初行為人與結果間之因果關係，如該第三人行為之介入，未使最初行為人之行為與結果間產生重大因果偏離，結果之發生與最初行為人之行為仍具常態關聯性時，最初行為人自仍負既遂之責。

2 反常因果歷程之詳細案例討論可參林鈺雄，第三人行為介入之因果關係及客觀歸責（上）、（下）——從北城醫院打錯針及蘆洲大火事件出發，月旦法學雜誌，第80期，頁21-40；月旦法學雜誌，第79期，頁13-31。

- (2)非規範保護目的：行為所發生之結果，非規範目的所要避免發生的結果。如超車而造成他人緊張而心肌梗塞死亡，即使超車違反交通法規而製造法所不容許之風險，仍未實現法所不容許之風險，難以對其歸責。

3. 風險實現與構成要件效力範圍：

- (1)自我負責原則：行為人參與他人故意自傷行為或同意他人之危害行為，此時在被害人自我負責的範圍內，行為人不受歸責，此時風險實現屬於法益所有人自己之責任，例如相約飆車車禍而一人死亡，另一人雖製造法所不許之風險且實現之，但仍難歸責行為人。但應注意者為，如果行為人有控管風險之義務、對於風險具有優勢認知（使被害人錯估風險）或甚至對被害人有強制行為，抑或被害人欠缺風險評估能力，此時行為人都難以排除歸責。
- (2)第三人專屬之負責領域：結果之發生係源自於第三人之介入，亦即針對特定風險有專門之第三人所管控，嗣後風險之實現由第三人所單獨負責。如手術失敗而導致被害人死亡，則要視醫師是否客觀上得以阻止死亡風險之發生卻因其疏忽而另外製造了被害人的死亡風險。

【實務怎麼說】

❖最高法院29年度非字第52號判決（例）

若被害人所受傷害，原不足引起死亡之結果，係因加害者以外之他人行為（包括被害人或第三人）而致死亡，則與加害者之行為，並無相當因果關係，自難令負傷害人致死之罪責。

題目怎麼考

Q 範 題

甲暗夜持刀追殺乙，企圖置之於死地，揮刀兩次，砍傷乙之手臂。乙驚慌逃命，甲追逐數百公尺，氣力不繼，無法再追。乙慌不擇路奔逃，並不知道甲已經放棄追逐，略一恍神，跌入一處深洞，因跌勢凶猛，頭骨破裂死亡。乙所跌入的深洞，乃因施工人員丙疏忽所致。丙負責修復馬路上自來水管線，將人孔蓋掀開後，忘記復歸原位。問：甲、丙成立何罪？

【106高考】

題目怎麼解

題目說了什麼	爭點是什麼
甲出於殺人之意思砍傷乙。	甲之殺人已進入未遂，另成立傷害。
甲放棄追逐，乙不知情仍繼續奔逃，因而恍神跌入坑洞死亡。	甲障礙未遂（→1-2主題二，各行為階段之犯罪：爭點2）。嗣後死亡係發生重大偏異，注意此時風險源頭非乙製造或同意，如同受到強制而無法自我決定。
坑洞是施工人員丙的疏忽所造成。	施工人員危險前行為之保證人地位，舊題新解上，應注意業務過失傷害已被刪除（→2-2主題一，貳、傷害罪：爭點3）

答案怎麼寫

標題怎麼下	內容該有什麼
甲追殺乙進而砍傷乙之行為成立刑法（下同）第271條第2項之殺人未遂罪。	甲主觀上有殺害乙之故意，並進而著手為之砍傷乙，僅因體力不支而未遂，係屬障礙未遂，不得適用刑法第

標題怎麼下	內容該有什麼
	27條之中止犯之規定。嗣後，乙因不知甲已停止追殺進而摔入坑洞死亡，雖與甲之行為有條件因果關係，然在晚近實務及多數學說所採取之客觀歸責上，因風險重大偏異而並未實現，難以將甲以殺人既遂相繩。
甲追殺乙進而砍傷乙之行為成立第277條第1項之傷害罪。	客觀構成要件該當，甲之主觀上之殺人故意當然包含傷害乙之故意。
丙疏未將深洞蓋回造成乙跌入死亡，成立第276條之過失致死罪。	丙依第15條第2項之規定製造危險前行為，當有將深洞蓋回之義務卻仍違反之，對未蓋回可能造成他人跌落死亡具預見可能性。另，新修正刑法已將舊刑法第276條第2項業務過失致死之規定刪除，並增加量刑範圍使法院得依個案審酌刑度，併予敘明。

主題二 違法性

爭點有哪些

爭點1 正當防衛——現在性之認定★

- (一) 正當防衛有三個要件：防衛情狀、防衛行為與防衛意思。在防衛情狀中，有「侵害法益之人力行為」與「侵害屬現在不法」兩要件，前者指人之意思所得支配之刑法上行為，例如：指示動物攻擊他人亦可作為人力攻擊延伸。
- (二) 所謂現在的不法，指侵害客觀上「迫在眼前、業已進行、正在持續」，如侵害尚未發生，尚無情狀行使防衛行為，故認定侵害開

始之時點即屬必要，多數學說採取有效理論，經過某時點後就難以有效防備法益時侵害即屬開始。實務則採取未遂階段說，亦即侵害者之行為必須進入未遂階段，方可開始進行防衛行為。

- (三) 現在性最大的問題在，侵害已經終結後再為防衛行為，在此所謂的終結，與既未遂之判斷不完全相關，行為既遂後，行為可能尚未終了或侵害仍然繼續進行，例如竊盜既遂後仍待行為人建立穩固持有方屬結束，如侵害結束後之防衛行為已經無法排除法益侵害之結果，防衛行為原則上成為單純的報復，一般而言，互毆之情形即屬相互報復，雙方實已對可能造成之法益侵害有所認知。

【實務怎麼說】

❖最高法院101年度台上字第3453號判決

正當防衛必須對於現在不法之侵害始得為之，侵害業已過去，即無正當防衛可言。故侵害已過去後之報復行為，與無從分別何方為不法侵害之互毆行為，均不得主張防衛權（本院30年上字第1040號判例意旨參照）。又刑法第23條規定之正當防衛要件，以遇有現在不法之侵害，始能成立，如不法侵害已過去，或預料有侵害而不法侵害尚未發生，則其加害行為，自無正當防衛可言。而所謂「現在不法之侵害」，指侵害之現在性、急迫性、迫切性，即法益之侵害已迫在眉睫。從而，已過去或未來之侵害，自不具有「現在性」，無成立正當防衛之可能。至防衛是否過當，應以防衛權存在為前提，若其行為與正當防衛之要件不合，當然不生防衛是否過當之問題。

爭點2 正當防衛——例外應迴避之情形★★ ○

- (一) 實行防衛行為時，則有三個要件，即防衛行為必須針對侵害者且客觀上具適合性及必要，適合性即指防衛手段可以達成目的，而是否具必要性必須判斷防衛行為以「事前第三人標準」判斷是否

適合於終結侵害、防衛行為是否為同等有效的最小侵害手段以及防衛行為是否有權利濫用。與緊急避難不同在於，正當防衛之行為為人不需先行退讓、迴避。

(二) 雖正當防衛係維護法秩序及保障防衛人之權利而生，但仍須防止權利濫用、極端失衡之情形，基於社會共同之團結義務，此時行為人例外必須先行退讓，後方可施行防衛行為，典型案例有以下數種：

1. 無罪責能力之人（包含限制責任能力人）：對於兒童等其他「明顯」無責任能力者，此時應優先選擇躲避等防禦性措施，由於侵害者顯然欠缺責任能力，攻擊性防禦措施必須在僅以此法方可保護侵害者時才允許。學說另有依條文文意採取不法說者，僅需侵害者之行為具備不法，不以行為有責任能力為必要。
2. 挑唆防衛：挑唆防衛可以分為兩種狀況，如為蓄意惹起攻擊再以正當防衛為由反擊，此即典型權利濫用，不得主張正當防衛；然而如防衛情狀係其他可非難之原因所引發，此時防衛者仍應先行迴避、為防禦性防衛，無其他方法時方可依照受攻擊之程度反擊。

【實務怎麼說】

❖ 最高法院 107 年度台上字第 2968 號判決

正當防衛係屬遭受他人現在不法侵害時所得主張之權利行為，此等權利之行使亦受到「權利不得濫用」之一般法律原則所限制。若行為人所遭受之現在不法侵害係因可歸咎於行為人自身之行為所導致，且行為人本即能預見自身行為可能導致侵害之發生時，為免濫用正當防衛權，暨基於所防衛的法秩序必要性較低之考量，其防衛權自應受到相當程度之限制。亦即此時行為人應優先選擇迴避所面臨之侵害，僅在侵害無迴避可能性時始得對之主張正當防衛。

3. 侵害者與防衛者間具保證人地位時：學說上認為，正當防衛的必要性需加入社會倫理性之審查，適用上除責任能力限制者外，侵害者與防衛者間具備共同體等其他保證人地位如親屬等，防衛者需先採取較輕微之方式防衛。不過此觀點多數學說認在家庭暴力案件時例外，連同現在性之要件一併不適用，此時侵害者如有過度強烈之侵害措施（如殺人、重傷害）或持續性攻擊使得被害人成為侵害者的侵損客體時，即排除適用。

爭點3 緊急避難——利益衡量★★○

- (一) 緊急避難亦有三個要件，危難情狀、避難行為及避難意思，須注意者為，不同於正當防衛，實務見解認為緊急避難所保護之法益嚴格限於條文所列舉之生命、身體、自由及財產法益，學說上則認為並不以之為限。而緊急避難建立在利益權衡，非如正當防衛是正對抗不正，所以行為必須保護優越利益，也就是必須拯救高階法益。解釋上，危難情狀雖仍須緊急，然而學說上認為較正當防衛寬鬆，例如家暴案件被害人受到持續性危險，此時隨時均有損害之可能，應認合於危難情狀。
- (二) 避難行為必須是客觀上必要，仍然必須具備適當性且係相對較小損害之避難手段。與正當防衛不同，此時避難之手段必須合於優越利益原則，救助的法益必須明顯高於被犧牲的法益。如對他人之行為有忍受義務之情形下，則不得再主張緊急避難。

【實務怎麼說】

❖最高法院108年度台上字第1799號判決

因避免自己或他人生命、身體、自由、財產之緊急危難而出於不得已之行為，不罰；但避難行為過當者，得減輕或免除其刑，刑法第24條第1項定有明文。該條項所規定緊急避難行為，必須在客觀上

係不得已，亦即須因自己或他人之生命、身體、自由、財產正處緊急危難之際，非侵害他人法益別無救護之途，為必要之條件，因此行為人若有其他可行之方法（例如行為人可選擇逃避措施，或能請求政府機關協助），自不能主張緊急避難。

- (三) 優越法益衡量有數限制，依照刑法第24條第2項之規定，承擔特殊義務者，不得因危難之發生而逃避義務，例如警消、軍人及船長等。應注意者為，日前通過的消防法修正條文（消防 § 20-1）賦予消防員火場無人時之退避權，此時即使緊急避難無法適用，仍得援引依法令之行為阻卻違法。又，依避難行使之對象可以區分為防禦性及攻擊性，因被犧牲者所導致之防禦型緊急避難，可以允許侵害較大的侵害行為，反之，避難者將侵害轉嫁偶然之第三人，此種攻擊型之緊急避難僅允許較小之侵害行為。

爭點4 過當避難及特殊案例★

- (一) 刑法第24條第1項但書所規定之過當避難，指避難手段超過必要性或不符合利益權衡，此時無法主張阻卻違法，僅得減輕罪責。
- (二) 強制捐血是否得主張緊急避難？被強制者反擊是否得主張正當防衛？學說採取否定說，即使強制捐血是救助生命唯一方法，然仍嚴重違背人格自主，任何人對他人無一般性救助義務，仍然應否定具優越利益。
- (三) 關於替代性風險之問題，在緊急避難的優越利益判斷下，火災投嬰案即應視客觀狀況對嬰兒造成之結果是否危及其生命，如投嬰時已有消防人員接應，可以預期不會造成生命法益之侵害，此時仍屬可以以低階法益拯救高階法益而得以主張緊急避難。
- (四) 於自招危難之情形，亦以危難之情狀是避難者故意或過失造成區分，實務見解認為，無論係故意或過失，因本身侵害他人法益之

行為已另成立犯罪，殊無再使其阻卻違法之理。學說上多認為，在「蓄意」（前行為之目的即係對被害人進行防衛）的情形，蓄意引發危難本係犯罪過程之一部，自屬權利濫用而無法主張緊急避難。然其他情形，有認為則應視避難行為之種類及強度加以個別判斷³，亦有學說認故意或過失之自招危難皆應以過當避難處理。實務見解對之則完全否定。

【實務怎麼說】

❖最高法院105年度台上字第383號判決

刑法上之緊急避難行為，須以災難之發生非出於行為人之故意或過失所致為前提，若災難之發生係由於行為人之故意或過失所致，則其故意或過失之行為自應依法處罰，殊無主張緊急避難之餘地。

爭點5 依法令之行為與業務上正當行為

- (一) 基於法律上之一致性，在其他法規上評價為合法之行為自無依法處罰之餘地，例如現行犯之逮捕（刑訴 § 92 I）、警察臨檢（警察職權行使法 § 8、釋字535）、查封財產及拘提管收（行執 § 16、17）及醫師進行流產行為（優生保健法 § 9）或摘除器官（人體器官移植條例 § 8）等。
- (二) 刑法第21條第2項所規定依上級命令之職務行為，有數要件，執行及下達命令者均須係公務員，而具備上下監督關係，公務員對命令有服從義務，非有明知命令違法之情。在此所謂明知違法，除限於直接故意外，顧及公務體系之一體性及行政效率，原則上僅需為形式要件之判斷，然在命令顯然實質違法時，仍不得從之而阻卻違法。

³ 自招危難之案例判斷可參李聖傑，也論自招危難，月旦法學教室第138期，頁24-26。