

109 年司法官與律師第二試 刑法試題答題方向參考

許澤天

（成功大學法律系教授）

甲花錢雇用職業打手乙痛扁 A 一頓，促使 A 儘快償還積欠甲多時的百萬逾期債務。為達此一目的，甲交付乙有關 A 的生活相片，以便乙查驗。乙探聽 A 的作息時間後，埋伏在 A 住處附近，誤將外貌與衣著類似 A 的 B 當作 A，遂不顧 B 的澄清，持短棍痛毆 B，致 B 右手臂完全骨折而無法施力。乙警告 B 必須在十日內償還欠甲的債務，否則下次將會打得更兇。放話後，乙瞥見 B 戴有名貴手錶，趁 B 尚處恐懼而不敢抗拒的狀態，平靜地取下該錶，以圖轉贈朋友作為生日禮物。事後，B 經治療接回斷骨，右臂仍如過往能舉動施力，B 向警方對乙提出告訴，使檢察官以重傷、強盜與勒索等罪名起訴乙。於是，外貌與身材與乙相似的丙，受到乙的指使，向警方承認自己才是犯案人，並先後於對乙所開啟之偵查及審理程序中，兩次以證人身份表明為自己犯案，並加以具結。試問甲、乙、丙三人行為應如何論罪？（答題除引用相關學說或實務見解外，應就本案之論斷附具個人見解）（100 分）

以下分析（+）代表該當的結論；（-）代表不該當的結論，並僅約略指出答題方向，而不等於正式作答文字。文獻參考引用許澤天著總則與分則的教科書，2020 年版。

須強調者，解題參考不等於閱卷老師心中的絕對正確與完整答案，相關罪名分析中存在爭議處，自容許採取不同看法，關鍵僅在分析是否嚴謹周延。

刑法實例研習與體系思維

壹、關於丙的可罰性檢討

一、丙向警局宣稱自己犯案，可能成立頂替罪（§164 II）

1.構成要件該當性（+）

無爭議的法條涵攝。

2.違法性與罪責（+）

3.成立本罪

二、丙先後在偵查與審理兩次表明為自己犯案，可能成立兩次偽證罪（§168）

1.構成要件該當性（+）

無爭議的法條涵攝。

2.違法性與罪責（+）

3.兩次成立本罪

三、競合與結論

丙先後所為的頂替罪與兩次偽證罪，雖均出於庇護乙的意思，仍係分別為之，應成立實質競合。【相關競合分析，請見分則下冊，頁 552】

貳、關於乙的可罰性檢討

一、乙毆打 B 造成完全骨折，可能成立重傷罪（§278 I）

1.構成要件該當性（-）

乙毆打 B 造成右手臂完全骨折無法施力，已經符合毀敗或嚴重減損一肢機能的文義（§10 IV(4)），問題在於是否不論哪種重傷型態均需搭配「重大不治或難治之傷害」（§10 IV(6)）的解釋，即重大傷害的長期性？

- (1) 文獻有採取否定看法者，認為只要行為當時造成被害人一肢機能的毀敗或嚴重減損，即該當重傷。
- (2) 文獻與實務有採取肯定看法者，認為只要經過相當診治回復原狀，即不該當重傷。
- (3) 個人見解認為應採肯定說，蓋「重大不治或難治之傷害」係重傷的共通要素，各種重傷的例示項目亦須符合此一要求，且只有造成長期性的傷害，方能說明重傷罪的嚴重不法內涵。B 經醫治後，右臂仍如往常舉動施力，其機能自未達毀敗或嚴重減損，而只能評價為僅受輕傷。【有關重傷必須重大不治或重大難治，請見分則下冊，頁 160-164】

2. 不成立本罪

二、乙毆打 B，可能成立普通傷害罪 (§277 I)

1. 構成要件該當性 (+)

乙毆打 B 的行為，雖未造成 B 受重傷，仍有造成輕傷。

【觀念強調，分則下冊，頁 162】

乙誤 B 為 A，係不影響故意的等價客體錯誤，仍具傷害故意。

2. 違法性與罪責 (+)

3. 成立本罪

三、乙為甲討債毆打 B，雖未使 B 造成財產損失，仍可能成立恐嚇得利未遂罪 (§346 II, III)

1. 構成要件該當性 (-)

乙誤 B 為 A，係不影響故意的等價客體錯誤。乙主觀上非出於為自己利益，而係為甲催討已經屆期且無抗辯存在的債權，自非為第三人追求客觀上不法的利益。乙欠缺故意，自無著手可言。【追求利益是否不法的解釋，分則上冊，頁 280-281 (勒索罪部分)；頁 156-157 (詐欺罪部分)】

刑法實例研習與體系思維

2.不成立本罪

四、乙為甲討債毆打與威脅 B，可能成立強制罪 (§304 I)

1.構成要件該當性 (-)

乙對 B 實行毆打的強暴與警告十天償債否則將再毆打的脅迫，卻未導致 B 因此產生作為、不作為或忍受的強制結果。

【強制罪中的結果要素，分則下冊，頁 195】

2.不成立本罪

五、乙為甲討債毆打與威脅 B，可能成立強制未遂罪 (§304 II)

1.構成要件該當性 (+)

乙誤 B 為 A，係不影響故意的等價客體錯誤。乙主觀上具有透過強暴與脅迫促使 B 履行債務之作為的故意。客觀上乙對 B 實施強暴與脅迫，係屬著手。

2.違法性與罪責 (+)

3.成立本罪

六、乙取走 B 手錶，可能成立強盜罪 (§328 I)

1.構成要件該當性 (-)

乙係在對 B 實行毆打的強暴與警告償債的脅迫後，才發現 B 手戴名貴手錶，並利用 B 的不敢抗拒狀態取走該錶，強暴、脅迫與取物之間欠缺目的連結，自不該當以強暴或脅迫，至使不能抗拒，而取他人之物的本罪構成要件。【強盜罪中強制手段與竊取之目的連結，分則上冊，頁 233-238】

2.不成立本罪

七、乙取走 B 手錶，可能成立搶奪罪 (§325 I)

1.構成要件該當性 (-)

乙取走 B 的手錶，縱使在被害人 B 面前為之，卻未施用強暴手段使人不及抗拒的搶奪行為。【搶奪需使用強暴，分則

上冊，頁 238】

2. 不成立本罪

八、乙取走 B 手錶，可能成立竊盜罪 (§320 I)

1. 構成要件該當性 (+)

乙取走 B 的手錶，縱使在被害人 B 面前為之，仍係違反 B 意願的破壞 B 持有與建立乙自己持有的竊取行為。【竊取不需要趁原持有人不知悉，重點在於違反其意願或未得其同意，分則上冊，頁 26】

乙具有竊取故意，其意圖將所竊之物贈送友人，應可解釋為使自己對物具有僭越處分地位的為自己所有意圖；即便不然，乙也是出於為第三人所有的意圖。【為第三人所有意圖，分則上冊，頁 52】

2. 違法性與罪責 (+)

3. 成立本罪

九、乙指使丙承認犯案，可能成立教唆頂替罪 (§§164 II, 29)

1. 構成要件該當性 (-)

依照共犯從屬性的原則，丙成立本罪，唆使丙為之的乙應成立本罪教唆犯。問題在於，乙係丙頂替所隱避的犯人，乙自行隱避不該當構成要件，則教唆丙為之的乙是否可成立本罪的教唆犯？

- (1) 文獻有採肯定見解者，認為唆使他人頂替自己已超出容許的自我庇護範圍。
- (2) 文獻與實務採取否定看法者，不論犯人自行隱避與唆使他人頂替，均屬欠缺期待可能性。
- (3) 個人見解認為不論乙自行隱避，或唆使丙頂替自己，同屬自我庇護不罰的範圍，採否定說。【分則下冊，頁 532-533】

刑法實例研習與體系思維

2. 不成立本罪

十、乙指使丙在偵查與審判中兩次重申自己犯案，可能成立兩次教唆偽證罪（§§168, 29; 168, 29）

1. 構成要件該當性（+）

依照共犯從屬性的原則，丙既成立本罪，則乙唆使丙為之，亦應成立本罪的教唆犯。問題在於，乙係本案的被告，縱在法院實施虛偽陳述，亦不該當本罪構成要件，則教唆證人丙虛偽陳述，是否亦不該當本罪的教唆犯構成要件？

- （1）文獻與實務採取否定看法者，認為既然刑事被告湮滅自己刑事被告案件證據，不論自行為之，抑或教唆他人為之，皆屬欠缺期待可能性，則同樣採取自己庇護手段的被告不成立本罪的教唆犯。
- （2）文獻與實務有採肯定見解者，認為僅限於被告自己為虛偽陳述的情形，始不為罪；如被告為求脫罪，積極教唆他人犯偽證罪，除將他人捲入犯罪之外，法院更可能因此誤判，已逾越法律賦予被告防禦或辯護權。此外，湮滅刑事證據罪對審判公平性的危害較輕，自不能從被告自行或教唆、幫助他人湮滅被告自己犯罪證據不罰，推論出被告教唆或幫助他人替被告自己偽證亦屬不罰。
- （3）個人見解認為偽證罪係在保護訴訟的真實發現，被告雖享有不自證己罪保障與自我庇護，卻不等於可唆使證人偽證破壞真實發現，自應採肯定說。【被告唆使證人偽證問題，分則下冊，頁 550-551】

2. 違法性與罪責（+）

3. 成立本罪

十一、競合與結論

乙成立兩個教唆偽證罪，係在一行為觸犯數罪名的想像競合。乙成立的普通傷害罪與強制未遂罪，係在一行為觸犯數罪名的想像競合。乙所犯竊盜罪係另行起意，自應與前述兩個想像競合成立實質競合。

參、關於甲的可罰性檢討

一、乙因甲唆使毆打 B，甲可能成立普通傷害罪的教唆犯 (§§277 I, 29)

1.構成要件該當性 (+)

甲唆使乙，使其故意從事對 B 的違法傷害行為，甲該當教唆傷害罪的客觀構成要件。問題在於，被教唆人乙係誤 B 為 A，與甲教唆乙所欲傷害的 A 不相符合，甲對 B 的傷害是否仍具有教唆故意？

- (1) 否定說則認為被教唆人的客體錯誤對教唆人而言係打擊錯誤，教唆人對此失誤客體，只能視情事成立過失犯。
- (2) 肯定說認為被教唆人的客體錯誤對於教唆人而言亦屬客體錯誤，自不影響教唆故意（實務見解）。
- (3) 折衷說認為只要被教唆人按照教唆人授意過程的規畫為之，被教唆人的客體錯誤對於教唆人而言亦屬客體錯誤，自不影響教唆故意。
- (4) 個人見解採折衷說，認為乙係按甲提供相片為之，甲對乙的「誤」傷，仍有故意。【教唆犯的正犯客體錯誤問題，總則，頁 338-339】

2.違法性與罪責 (+)

3.成立本罪

刑法實例研習與體系思維

二、結論

乙毆打 B 後實施的竊盜、教唆偽證，已超出甲的教唆範圍，甲不成立竊盜罪的教唆犯與偽證罪的間接教唆犯。亦即甲只成立傷害罪的教唆犯。

答題重點

- 1.重傷的長期性
- 2.暴力討債的獲利不法與否
- 3.強盜罪的強制手段與竊取目的連結
- 4.犯人教唆他人頂替自己
- 5.被告教唆證人偽證
- 6.教唆犯的正犯客體錯誤

答題次重點

- 1.頂替與偽證的競合
- 2.否定重傷仍有普通傷害
- 3.強制罪的強制結果
- 4.搶奪罪的搶奪
- 5.竊盜罪的竊取是否必須乘人不知