1. 獵戶甲想殺A，從倉庫中找出一把十餘年未曾使用的獵槍，在夜裡前往A獨自居住處，準備槍殺A。在A住處的窗戶外，甲看到A全身裹著毯子睡在沙發上，客廳電視依然播放著節目。甲覺得機不可失，對著A開槍，但子彈無法擊發。甲以為子彈受潮無法擊發，正準備檢查槍枝時，發覺A的住處另有他人從房間走出來，為了避免被人發現，甲匆匆離開。事實上甲開槍時根本忘了開啟獵槍的保險裝置，而A在甲擊扣板機時，人在另一房間內，沙發上只是看起來像裹著毯子的棉被。試問依刑法第271條，甲的行為如何處置（40%）。

【講義命中】政大-刑總第一題，命中刑總第二回講義 p28、刑法爭議研究，頁 3-80~3-81，相似度 90%

【案例】
甲誤拿一般人可輕易辨別之砂糖，認為砒霜，加入乙飲料中欲殺乙，乙未死。

【答題關鍵[19]】

	具體危險說	抽象危險說	重大無知說
判斷背景	一般人+本人	本人	本人
判斷時點	行為時	行為時	行為時
判斷標準	一般人	一般人	一般人
結論	1.擊發裝有彈夾手槍，普通未遂	1.擊發裝有彈夾手槍，普通未遂	1.擊發裝有彈夾手槍，非重大無知，普通未遂
	2.以砂糖（判斷背景：一般人）或砒霜（判斷背景：本人）殺人，一般人觀點判斷，不能未遂？	2.以砒霜（判斷背景）殺人，一般人觀點判斷，普通未遂	2.以砒霜（判斷背景）殺人，一般人觀點判斷，若為重大無知則屬不能未遂

【102 三等軍人轉任】

甲父乙氣憤丙帶壞甲，拿了甲房內的槍去殺丙，因拿到的只是一把酷似真槍但無撞針的玩具槍，即使已瞄準丙，根本無法擊發。隔日乙又到好友丁所開的道館請其做法，讓丙不得好死。3日後丙在家門口被車撞死，請問乙、丁是否成立殺人罪？

【答題關鍵】

1.乙拿槍瞄準丙卻不能擊發的行為，是否構成殺人未遂罪（§271II），涉及是否屬於不能未遂：不能發生犯罪結果？又無危險採哪一說？

[19] 圖表改編自：蕭宏宜，未遂與犯罪參與，三民，2015 年，頁 47。

未遂犯的處罰根據有客觀未遂理論、主觀未遂理論與主客觀混合理論（印象理論）。實務見解認爲，依照立法理由之說明，我國未遂犯之處罰根據係採客觀未遂理論，因此實務見解在有無危險的判斷標準上，不脫「具體危險說」對於行爲有無危險，係採取「於行為時、由一般人的角度審查」的審查標準。例如，102台上1613決即認爲有無危險，必須綜合行為時客觀上通常一般人所認識及行為人主觀上特別認識之事實為基礎（例如行爲人自信有超能力，持其明知無殺傷力，但外觀完好，足使一般人均誤認有殺傷力之手槍殺人），再本諸客觀上一般人依其知識、經驗及觀念所公認之因果法則而進行判斷。

㈠實務見解

1. 早期實務見解：構成要件事實欠缺理論

早期實務見解認爲，必須是欠缺構成要件的結果及因果關係要素，才是普通未遂。如果是欠缺其他構成要件要素，而犯罪自始不能既遂，屬於構成要件事實欠缺，爲不能犯。

75台上120決

犯罪之成立，除應具備違法性與有責性外，必須其行爲之事實與法律上之犯罪構成要件相符者，始足當之。若行爲人就未具備構成要件相符者，始足當之。若行爲人就未具備構成要件內容之要素，卻誤認其已具備，致事實欠缺而仍爲一定之行爲時，自不應成立該構成要件所規定之類型之罪。

2. 多數實務見解：具體危險說

針對有無危險之判斷，實務多數見解係採取具體危險說之看法，並認爲有無侵害法益之危險，應綜合行為時客觀上通常一般人所認識及行為人主觀上特別認識之事實為基礎，再本諸客觀上一般人依其知識、經驗及觀念所公認之因果法則而為判斷。

101台上1570決

又刑法第二十六條規定，行爲不能發生犯罪之結果，又無危險者，不罰。故不能未遂，係指已著手於犯罪之實行，但其行爲未至侵害法益，且又無危險者而言；其雖與一般障礙未遂同未對法益造成侵害，然須並無侵害法益之危險，始足當之。而有無侵害法益之危險，應綜合行為時客觀上通常

一般人所認識及行為人主觀上特別認識之事實為基礎，再本諸客觀上一般人依其知識、經驗及觀念所公認之因果法則而為判斷，既非單純以行爲人主觀上所認知或以客觀上真正存在之事實情狀爲基礎，更非依循行爲人主觀上所想像之因果法則判斷認定之。若有侵害法益之危險，而僅因一時、偶然之原因，致未對法益造成侵害，則爲障礙未遂，非不能未遂。

3. **重大無知說**：有少數實務見解採取德國法重大無知說對於有無危險的理解，並認爲除實行行爲客觀上完全欠缺危險性外，行爲人必須誤認自然之因果法則，非僅單純錯認事實或僅因一時、偶然之原因，致未對法益造成侵害等情狀，而係出於「重大無知」，誤認其可能既遂，始有成立不能未遂之可言。

惟新進實務見解認爲，刑法第26條有關不能犯之規定，既未如德國刑法針對「重大無知」加以規範，且「無危險」與「重大無知」在文義上復相去太遠，甚難畫上等號。故**「重大無知」不宜作為有無危險之唯一判準，僅得作為認定有無危險之參考之一**。

98台上5197決

再刑法所謂「不能犯」，係指已著手於犯罪之實行，而本質上不能達到既遂或不可能發生犯罪之結果，且無危險者而言。亦即行爲人雖著手於實行構成要件之行爲，但因事實上或法律上之原因，使得決意之實現與行爲人原先之認識不相一致，根本不能實現客觀不法構成要件，而無結果實現之可能性，不能發生法益侵害或未有受侵害之危險，所成立之未遂類型。民國九十四年二月二日修正公布，自九十五年七月一日施行前之刑法第二十六條原規定「未遂犯之處罰，得按既遂犯之刑減輕之。但其行爲不能發生犯罪之結果，又無危險者，減輕或免除其刑。」其後段經修正爲「行爲不能發生犯罪之結果，又無危險者，不罰。」修正前後之刑法，關於不能犯之定義相同，惟其處罰與否，修正前刑法賦予不能未遂之法律效果爲「減輕或免除其刑」，而修正後刑法則明定「不罰」，改採客觀說理論，將不能未遂犯除罪化。此觀立法理由謂「參諸不能犯之前提，係以法益未受侵害或未有受侵害之危險，如仍對於不能發生法益侵害或危險之行爲課處刑罰，無異對於行爲人表露其主觀心態對法律敵對性之制裁，在現代刑法思潮下，似欠合理性。因此，基於刑法謙抑原則、法益保護之功能及未遂犯之整體理論，宜改採客觀未遂論，亦即行爲如不能發生犯罪之結果，又無危險者，不構成刑事犯罪。」即明。惟基於刑法處罰未遂犯所衍生之邏輯

2. 試問何謂接續犯與集合犯，並分別舉一案例情形說明（30%）。

【講義命中】政大-刑總第二題，命中刑總第二回講義 p121、124-125、刑法爭議研究，頁 6-9，相似度 99%

（二）接續犯

1.概念

【圖示】

所謂接續犯，須數行為於**同時同地或密切接近之時地實行**，侵害同一之法益，各行為之獨立性極為薄弱，依一般社會健全觀念，在**時間差距上**，難以強行分開，在刑法評價上，以視為數個舉動之接續實行，合為**包括之一行為予以評價**，較為合理，始能論以接續犯，而為包括之一罪。

如行為人先後數行為，在客觀上係逐次實行，侵害數個同性質之法益，其每一前行為與次行為，依一般社會健全觀念，**在時間差距上，可以分開，在刑法評價上，各具獨立性，每次行為皆可獨立成罪，自應按照其行為之次數，一罪一罰**。至於行為人先後數行為，所觸犯之罪名縱然相同，**惟若所侵害之法益僅係同性質而非同一**，相互間自不能依接續犯關係，評價為包括之一罪（105 台上 701）。

【86 台上 3295 例】

如數行為於同時同地或密切接近之時地實施，侵害同一之法益，各行為之獨立性極為薄弱，依一般社會健全觀念，在時間差距上，難以強行分開，在刑法評價上，以視為數個舉動之接續施行，合為包括之一行為予以評價，較為合理，則屬接續犯，而為包括之一罪。

121

（二）集合犯

1.概念

參見：刑法爭議研究，頁

【圖表[73]】

犯罪種類 / 特徵分析	接續犯	集合犯	連續犯
規定依據	法無明文，個案的解釋問題	個別犯罪構成要件的行為類型	總則的概括評價（已刪除）
行為數	一行為	一行為	數行為
行為特性	反覆持續地數個同種類的行為，但彼此不具獨立性	反覆持續地數個同種類的行為，但彼此具有獨立性	反覆持續地數個同種類的行為，但彼此具有獨立性

[73] 吳耀宗，多次施用毒品之競合問題，軍法專刊，56 卷 1 期，2010 年 10 月，頁 180。

時空關聯性	在時空上極為密切接近	在時空上未必密切接近	在時空上具有一定的密切接近(連續性)
侵害法益數	一法益	一法益	數法益
主觀意思	單一的犯罪意思	概括的犯罪意思	概括的犯罪意思

2.國考相關類題

【102 高考法制】

張三於 100 年間參加某市某屆里長選舉，於投票日前，基於當選為目的之犯意，對於選舉區內有投票權之里民 50 人以每票新臺幣 500 元行賄，而陸續期約該 50 名有投票權之人於投票日票投張三，嗣經人檢舉而查獲。問張三所犯投票行賄罪應如何處斷？

【100 高考二級法制】

甲為某次公職選舉候選人。某日，甲至乙宅，對於正在乙宅內泡茶之乙、丙二位投票權人，分別給與新臺幣（下同）一千元，並約定投票日將票投給甲。於五日後，又到丁宅，對有投票權之丁，給與一千元，並約定投票日將票投給甲。試問，甲之刑責為何？

（三）專題補充：包括一罪

【圖示】

之過度評價，已於立法理由說明委由實務以補充解釋之方式，發展接續犯之概念，以限縮數罪併罰之範圍。而多次投票行賄行為，在刑法刪除連續犯規定之前，通說係論以連續犯。鑑於公職人員選舉，其前、後屆及不同公職之間，均相區隔，選舉區亦已特定，以候選人實行賄選為例，通常係以該次選舉當選為目的。是於刪除連續犯規定後，苟行為人主觀上基於單一之犯意，以數個舉動接續進行，而侵害同一法益，在時間、空間上有密切關係，依一般社會健全觀念，難以強行分開，在刑法評價上，以視為數個舉動之接續實行，合為包括之一行為予以評價，較為合理，於此情形，即得依接續犯論以包括之一罪。否則，如係分別起意，則仍依數罪併合處罰，方符立法本旨。

首先，要進入主題前，必須先理解集合犯的概念。

刑法學理上所謂「集合犯」，係指符合犯罪構成要件之行為，依其本質、犯罪目的及社會常態觀之，常具有反覆或延續實行之特性，此等反覆、延續之行為，於自然意義上雖係複數之行為，但依社會通念，在法律上應總括為合一之評價，於立法時乃將之規定為獨立之犯罪類型，而為包括之一罪。故是否屬於「集合犯」，在主觀上應視其是否出於行為人單一或概括之決意或目的，在客觀上則應依其犯罪構成要件類型斟酌法律規定之本來意涵、實現該犯罪目的之必要手段、社會生活經驗中該犯罪具有反覆或延續實行之常態及社會通念等因素，並秉持刑罰公平原則，加以判斷（103台上3923決）。

因此，刑法第144條投票行賄罪及公職人員選舉罷免法第91條之1第1項所定之對有投票權人交付賄賂或不正利益罪之賄選行為，是否屬於立法者針對特定刑罰規範之構成要件，已預設其本身係持續實行之複次行為，具備反覆、延續之行為特徵，將之總括或擬制成一個構成要件之「集合犯」行為，於學說及實務有爭議：

㈠實務見解

1. 早期實務見解：集合犯

早期實務見解，針對對於有投票權之人交付賄賂之行為，綜合該罪規

3. 甲在學校常遭室友A霸凌，某日酒過三巡越想越氣，再也忍受不住，決定再灌幾杯烈酒，借酒壯膽向A報復。甲醉醺醺回到宿舍時，看到B剛好在宿舍外與C聊天，甲將B誤認為A，拾起地上一塊大石丟向B，未料沒丟準卻正中一旁C的肩膀，C血流如注。甲當場被逮補並經鑑定，甲行為時精神狀態已經符合刑法第19條第1項的規定。試問甲的行為依刑法如何論處（30%）。

【講義命中】政大-刑總第三題，命中刑總第二回講義 p60、刑法爭議研究，頁 4-9~4-10，相似度 90%

第四章　錯誤論

第一節　概念

參見：刑法爭議研究，頁

- 事實層面
  - 構成要件階層
    - 1.主體錯誤（加重或減輕構成要件的錯誤）
    - 2.行為錯誤
    - 3.客體錯誤（等價、不等價客體錯誤）
    - 4.因果歷程錯誤（提前、延後發生）
  - 違法性階層
    - 1.正面容許構成要件錯誤（誤想防衛、誤想避難）
    - 2.反面容許構成要件錯誤（偶然防衛、偶然避難）
- 法律層面
  - 1.直接禁止錯誤（§16）
  - 2.間接禁止錯誤（容許錯誤）
  - 3.幻覺犯

60

因刑法第354條毀損罪不罰過失行為（刑法第12條第1項），行為人不成立毀損罪。

案例

甲之鄰家乙飼有一隻娃娃狗，因該狗每晚亂吠使甲不能入睡，甲因而懷恨在心，欲殺該娃娃狗。某日見花園內樹叢下有動物走動，甲以為是乙所飼養之娃娃狗，乃拿起木棍用力猛擊，惟事實上被打中者係乙之幼子丙，丙因而當場死亡。試問甲之刑責應如何論處？

【答題關鍵】

本題屬於誤人為犬的不等價客體錯誤。甲持木棍打死丙的行為，甲主觀上對其並無故意，僅於有預見可能性時成立過失致死罪；至於對於原先想打的娃娃狗，因主觀上甲有毀損故意，客觀上已著手於毀損罪之構成要件，然因刑法第354條毀損罪並無處罰未遂犯之明文（刑法第25條第2項參照），因此無檢討毀損未遂之必要。

爭點3　打擊錯誤之法律效果

《實務精選》

103台上4077決

殺人之不確定故意，與打擊錯誤之區別，在於前者以行為人對於殺人之構成犯罪事實，預見其發生，且其發生死亡不違反其本意為要件；而後者則指行為人對於特定之人加以打擊殺害，誤中他人，其發生該他人死亡並非其本意而言。倘行為人於著手殺人時，主觀上已經預見到其行為可能誤殺他人，仍不顧他人被誤殺之風險而仍決意行之，仍應負未必故意殺人罪責。

所謂打擊錯誤（或方法錯誤），係指行為人對所採犯罪方法或手段引起之結果，與其所預見之客體有誤，並非其本意而言，其錯誤應阻卻行為人對

該誤擊客體之故意，對於誤擊客體有「預見可能性」的範圍內成立過失；另外對於目標客體成立未遂，再就所成立的二罪，因一行為觸犯數罪名論以想像競合犯，從一重處斷[7]。此與不確定故意，係指行為人對於構成犯罪之事實，預見其發生，而其發生並不違背其本意，仍應論以故意犯之情形有別。

102台上153決

又學理上所謂打擊錯誤（或方法錯誤），係指行為人對所採犯罪方法或手段引起之結果，與其所預見之客體有誤，並非其本意而言。此與不確定故意，係指行為人對於構成犯罪之事實，預見其發生，而其發生並不違背其本意，仍應論以故意犯之情形有別。

91台上6672決

按行為人對所採犯罪方法或手段引起之結果，與其所預見之客體有誤，並非其本意時，即學理上所謂打擊錯誤（或方法錯誤），其錯誤應阻卻行為人對該誤擊客體之故意，此與不確定故意，係指行為人對於構成犯罪之事實，預見其發生，而其發生並不違背其本意，仍應論以故意犯之情形有別。

觀念釐清

考生於考場緊張的壓力下，容易混淆等價的客體錯誤及打擊錯誤，導致解題過程發生因果歷程偏離。其實，打擊錯誤是一種從目標客體偏離至其他客體的因果歷程錯誤，導致行為人主觀所預知的因果歷程實現於其他的客體[8]；而等價的客體錯誤則是行為人主觀對於等價的行為客體產生誤認，進而產生

---

7 打擊錯誤是行為人為攻擊行為時，發生目標客體與誤擊客體不一致的情形，其實也屬於行為時所發生的因果歷程偏離。對於「打擊錯誤」，最高法院歷年來見解及我國學者通說，均採「具體符合說」，認為因行為錯誤致實際上發生之犯罪事實與行為人明知或預見之犯罪事實不符時，關於明知或預見之事實，應成立未遂犯，而實際上發生之犯罪事實，則應分別其有無過失及處罰過失與否，決定應否成立過失犯，並依想像競合犯之例，從一重處斷（74台上591決）。關於具體符合說及法定符合說之評釋，參見：謝煜偉，具體事實錯誤：論具體符合說與法定符合說，月旦法學雜誌，227期，2014年4月，頁31-46。

8 張麗卿，等價客體錯誤的意義與法律效果，等價客體錯誤的意義與法律效果－最高法院九十七年度台上字第二二〇七號刑事判決評析，月旦裁判時報，18期，2012年12月，頁74-75。