

「『一句到位』之『微刑法』」

鄭逸哲

2017 年 6 月網路繁體字版

寫在前面

編寫「『一句到位』之『微刑法』」，是希望就每一個單元，讀者利用搭兩站捷運約 10 分鐘的時間，不僅能就一個特定概念加以真正理解，而且也能掌握其適用方法而取得基本的解題能力。

目錄

001. 「刑法上有意義的行為」	7
002. 「單純犯意」	8
003. 「構成要件」	10
004. 「構成要件該當性」	12
005. 「構成要件法律保留」	14
006. 「行為時主義」	16
007. 「立法定義」	18
008. 「被害人」	20
009. 「有利被告得類推適用」	23
010. 「作為犯／不作為犯」	25
011. 「條件論因果關係」	27
012. 「因果關係中斷」	29
013. 「互補性因果關係」	31
014. 「擇一性因果關係」	33
015. 「相當性因果關係」	34

016. 「客觀歸責理論」	36
017. 「等價客體錯誤」	39
018. 「不等價客體錯誤」	40
019. 「所知所犯」	42
020. 「打擊錯誤」	46
021. 「不重大因果歷程錯誤」	47
022. 「重大因果歷程錯誤」	49
023. 「錯上加錯的構成事實錯誤」	51
024. 「結果犯構成要件」	52
025. 「意圖犯構成要件」	55
026. 「『成立身分犯』構成要件」	57
027. 「『輕重身分犯』構成要件」	59
028. 「客觀構成要件」	61
029. 「客觀／客觀減輕處罰條件」	62
030. 「當場」	65
031. 「違法性」	67
032. 「正當防衛」	69
033. 「攻擊的『不法性』」	71
034. 「反擊的『當場性』」	73
035. 「反擊的適當性」	75
036. 「緊急救助」	77
037. 「或得拒絕緊急救助」	78
038. 「偶然防衛」	80
039. 「偶然避難」	82
040. 「誤想防衛」	84
041. 「誤想避難」	86
042. 「阻卻違法的緊急避難」	88
043. 「法益暨利益權衡」	90

044. 「負有特別義務禁止避難」	92
045. 「不法自招危險禁止避難」	94
046. 「為自殺者進行『防衛』」	96
047. 「阻卻構成要件同意」	97
048. 「阻卻構成要件的可推測同意」	99
049. 「阻卻違法的承諾」	102
050. 「阻卻違法的可推測承諾」	103
051. 「無效的承諾作為減輕構成要件要素」	106
052. 「『有權處分』和『無權處分』一起來」	108
053. 「構成要件要素化違法要素」	110
054. 「無故」	112
055. 「阻卻違法事由接力」	113
056. 「依法律之行為」	116
057. 「有責性」	118
058. 「欠缺責任能力」	119
059. 「限制責任能力人」	121
060. 「原因自由行為」	123
061. 「不可避免的違法性錯誤」	125
062. 「可避免的違法性錯誤」	127
063. 「幻覺犯」	128
064. 「無期待可能性」	130
065. 「防衛過當」	132
066. 「避難過當」	134
067. 「阻卻責任的緊急避難」	136
068. 「正當防衛 VS.阻卻責任行為」	138
069. 「裁量性個人解除刑罰事由」	139
070. 「過失犯罪」	141
071. 「結果的客觀不可避免性」	143

072. 「業務過失犯罪」	145
073. 「注意義務」	147
074. 「信賴原則」	154
075. 「純正不作為犯」	157
076. 「不純正不作為犯」	159
077. 「保證人義務」	161
078. 「保全型保證人義務」	162
079. 「監控型保證人義務」	165
080. 「不純正不作為犯之消極構成要件」	167
081. 「等價義務衝突」	170
082. 「未遂犯罪」	172
083. 「不遂」	174
084. 「事前／事中／事後」	175
085. 「可罰的預備犯」	178
086. 「沒有犯未遂之罪，沒有中止犯」	179
087. 「未了未遂階段／既了未遂階段」	181
088. 「法蘭克公式」	183
089. 「既了中止未成功」	185
090. 「準中止犯」	187
091. 「不能犯乃就特定構成要件而言」	189
092. 「仍犯罪的不能犯」	191
093. 「方法不能」	193
094. 「迷信犯」	195
095. 「間接正犯」	197
096. 「『利用』他人過失行為」	198
097. 「正犯背後的正犯」	201
098. 「共同正犯」	202
099. 「同時犯」	204

100. 「己手犯構成要件」	205
101. 「共同正犯的逾越」	207
102. 「承受的共同正犯」	208
103. 「全體中止，才是中止」	210
104. 「有無加減身分數人共同犯罪」	213
105. 「有無成立身分數人共同犯罪」	215
106 「結夥犯構成要件」	216
107. 「二人共同就加重」	219
108. 「犯此罪但成立彼罪名」	220
109. 「從教唆行為人到教唆犯」	222
110. 「教唆犯的罪名從屬性」	224
111. 「被教唆人只犯預備之罪」	227
112. 「被教唆人逾越」	228
113. 「被教唆人發生構成事實錯誤」	230
114. 「教唆『非犯罪行為』」	232
115. 「陷害教唆」	235
116. 「教唆教唆犯」	237
117. 「『教唆』已有犯意之人」	238
118. 「從幫助行為人到幫助犯」	240
119. 「幫助犯的罪名從屬性」	242
120. 「不知情幫助」	245
121. 「事前幫助行為」	247
122. 「被幫助人只犯預備之罪」	249
123. 「被幫助人逾越」	251
124. 「被幫助人發生構成事實錯誤」	252
125. 「幫助『非犯罪行為』」	255
126. 「事後幫助」	257
127. 「教唆幫助犯／幫助教唆犯／幫助幫助犯」	259

128. 「不純正不作為幫助犯」	261
129. 「從屬犯正犯化」	263
130. 「同一事實行為」	265
131. 「接續犯」	268
132. 「集合犯構成要件」	270
133. 「吸收關係」	272
134. 「法條競合」	274
135. 「加重／減輕構成要件（要素）」	276
136. 「特別關係——補充關係」	278
137. 「截堵構成要件」	281
138. 「結果加重犯構成要件」	282
139. 「擴張犯意」	284
140. 「擇一關係」	286
141. 「『加重』和『減輕』競合」	288
142. 「吸收(一)：不罰的前行為」	290
143. 「吸收(二)：不罰的後行為」	293
144. 「想像競合犯」	295
145. 「又是共同正犯又是想像競合犯」	297
146. 「數罪併罰」	299
147. 「另行起意」	301
148. 「繼續犯」	302
149. 「告訴乃論」	304
150. 附錄：「理論適用」和「理論的包裝適用」	306
寫在「『一句到位』之『微刑法』」之後	309

001. 「刑法上有意義的行為」

不是沒有侵害，是侵害不夠大啦！

(撰寫時序編號 044)(20170214)

鄭逸哲

你有没有在大庭廣眾罵人過「白癡！」、「爛人！」或「頭腦有洞！」，甚至「X 佬…！」呢？人家或許會感到很受傷，所以不能說你没有侵害人家的名譽法益，對吧？但如果說，這樣就犯公然侮辱罪，那全台灣，九成以上大概都是犯罪人了！

很少人注意到！刑法第 1 條的「行為」，是「『前』構成要件」行為，更精確講，是「『前』構成要件」的「事實舉止」。因為它作為「構成要件該當性」的判斷對象，所以一定是在「構成要件」之「前」的東西。

但是不是侵害別人法益的「『前』構成要件」「事實舉止」，就是刑法第 1 條的「適格行為」呢？如果是，那恐怕現行犯抓不完，無人不是犯罪人了！你有罵過人家「混蛋！」、「豬頭！」吧！

其實，很早很早開始，就認為有所謂「刑法的最後手段性」，或者叫「刑法的謙抑性格」，也因此，並不認為「任何」侵害別人法益的「『前』構成要件」「事實舉止」，都當然是刑法第 1 條的「適格行為」。

依所謂「刑法上有意義的行為理論」，作為「構成要件該當性」判斷對象的「適格行為」，必須是：人的、受意思支配的，且對他人的法益構成「相當程度」侵害的事實舉止。因此，最主要來看：即使你有侵害別人法益的「『前』構成要件」事實舉止，但你所構成的侵害並沒有到達「相當程度」，你還是不具有刑法第 1 條的「適格行為」，也因此根本就不得展開「構成要件該當性」的判斷，因為根本沒有「構成要件該當性」判斷的「適格行為」對象啊！

因此，「刑法上有意義的行為」的「一句到位」函數式是：

$S(w, x, y, z) =$ 鑒於刑法的最後手段性（／刑法的謙抑性格）， w 雖以受其意思支配的 x 事實舉止侵害 y 的 z 法益，但未達相當程度，仍不具有刑法上有意義的行為，而不具有適用構成要件的適格行為對象，故 w 不犯罪。

案例：

甲和乙是同班同學，但素來不合，一日，甲覺得上課乙坐離他太近就不爽，開口罵了一句：「滾一邊去吃屎啦！」，然後就換了座位。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

鑒於刑法的最後手段性——即刑法的謙抑性格——，甲雖以受其意思支配的罵人事實舉止侵害乙的名譽法益，但未達相當程度，仍不具有刑法上有意義的行為，而不具有適用構成要件的適格行為對象，故甲不犯罪。

提示：

不能否認，其實在這裡也根本沒有提出判斷「相當程度」的具體標準；但也老實說，這個判斷標準其實既「主觀」又「感性」，根本沒法講！但為了減緩其「主觀性」，我們只能「擴大」說：如果「大家」「普遍」覺得「嚴重」到達「相當程度」，就是到達「相當程度」囉！

如果我們不堅持「刑法上有意義的行為」，就會有很多笑死人的判決會持續出現。比方，像那種罵人「烏龜」，法官其實是覺得有嚴重到要動用刑法嗎？但卻以「烏龜也有長壽的意思，不是罵人」為由，判決無罪。

002. 「單純犯意」

只有犯意，沒有動作，刑法就無從介入啊！

(撰寫時序編號 142)(20170522)

鄭逸哲

問你哦！故意，是對「什麼」有故意？過失，是對「什麼」有過失？這個「什麼」到底是什麼啊？

答案在哪呢？就在刑法第 12 條第 1 項！那兒規定：「行為非出於故意或過失者，不罰。」

看出來了嗎？「出於」二字告訴我們：故意，是對「行為」要有故意；過失，是

對「行為」要有過失。而這個「行為」就是指「刑法上有意義的行為」，對吧？如果你的行為沒有對他人的法益構成任何的「事實實害」或「事實危險」，刑法到底要介入做啥呢？別忘了！「衝突為法律之母」哦！

所以，如果你沒有任何客觀的「事實行為」，更精確講，在客觀上沒有任何對他人的法益構成「事實實害」或「事實危險」的「事實行為」，不僅不可能犯罪，也沒有判斷你有没有故意或過失的必要和可能；因為客觀上根本沒有那個「什麼」，怎麼判斷對「什麼」有故意？對「什麼」有「過失」？

所以，你被老師當掉了，恨死老師，就開始「想」：要拿刀子捅老師，送他上西天！但是你「有膽想，沒膽做」，就一直只是「想」，但什麼動作也沒。這樣的話，是不是連個客觀的「什麼」也沒有，連個「刑法上有意義的行為」也沒有，不要說不可能進行有没有故意或過失的判斷了，甚至，刑法對你的想法根本就不感興趣，更精確說，也無從感到興趣，因為客觀上你沒有任何「事實行為」，你也没講出來，誰知你在「想」什麼，怎麼感興趣？

但就算你「有膽想，也有膽做」，也「想」好「將」要如何拿刀子把老師給砍了！但在你還沒「動手」——更精確講，有客觀可見的預備動作——之前，我們還是不可能進行你有没有故意或過失的判斷啊！因為你就是還沒有任何動作。這樣的話，是不是連個客觀的「什麼」也沒有，連個「刑法上有意義的行為」也沒有，刑法想介入也無從介入，對吧？

像這樣，「有膽想，也有膽做」，但就是「還沒做」，也就是還只有「想」，在法律上，叫你只有「單純的犯意」：「犯意」，是指你「有膽想，也有膽做」；而「單純」是指你「還沒做」，還沒有任何的客觀動作，連個「刑法上有意義的行為」也沒有，就只是「單純」「還在想」。

所以，常說：「刑法不處罰單純的犯意」，但更精確說，應該是「刑法『無從』處罰單純的犯意」，因為沒有「行為」，就不可能進行你對「行為」是否有故意或過失的判斷，這樣的話，誰管你有没有「犯意」，對吧？

所以，「單純犯意」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y) = x$ 雖有 y 犯意，但未付諸實行，在客觀上並無任何動作可言，仍屬單純的犯意，刑法無從介入，自不犯罪。

案例：

甲雖萌生殺乙的念頭，但是否真要下手，始終猶豫，數日後打消念頭。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

甲雖有殺人犯意，但未付諸實行，在客觀上並無任何動作可言，仍屬單純的犯意，刑法無從介入，自不犯罪。

提示：

你一旦真的有什麼動作，「犯意」就不再「單純」了！就會改稱「故意」了，對吧？

其實，「刑法不處罰單純的犯意」或「刑法『無從』處罰單純的犯意」，是和法治國堅持刑法必須是一部「行為刑法」息息相關。沒有客觀的事實行為，就沒有主觀的故意或過失判斷，就沒有犯罪，就沒有處罰——這就是第 12 條第 1 項所宣示的！

另外，「行為刑法」的「行為」，不是指「構成要件行為」，也不是指「構成要件該當行為」，而是指作為構成要件適用對象的「事實行為」，更精確講，就是指「刑法上有意義的行為」。

003. 「構成要件」

「構成要件」是由「主觀構成要件」和「客觀構成要件」所共同構成！

(撰寫時序編號 149)(20170524)

鄭逸哲

「構成要件」，其實不是漢文，而是日本漢字來的，但這個日本漢字，一般日本人也不懂它是什麼意思，是明治時期日本法學者依德文字 **Tatbestand** 造出來的「法學日本漢字」。

如果從比較容易理解的角度來說，「構成要件」就是指「被規定的『行為』所存在的樣子」，簡單說，就是刑法上所規定的「行為的樣子」。

雖然只說是「行為」的樣子，卻不是只指「客觀行為」的樣子，而是「出於『故意』或『過失』所做出來的『客觀行為』的樣子」，因為刑法第 12 條第 1 項有說：行為非出於故意或過失者，不罰。

所以，常這樣說：「構成要件」是由「主觀構成要件」和「客觀構成要件」所共同構成；而所謂「主觀構成要件」，由於刑法第 12 條第 1 項那樣規定，所以只有二種：「故意」和「過失」。因為還只是「樣子」，並非事實上已有「故意」或「過失」，所以，更精確講，應該叫「構成要件故意」和「構成要件過失」。

另外，「客觀構成要件」雖然說是「『客觀行為』的樣子」，但其實它蠻廣義的，不只狹義指「『客觀行為』的樣子」，而是指「『客觀行為——因果關係——結果』的樣子」。所以，「客觀構成要件」是由多數的「構成要件要素」所構成的。

依照「主觀構成要件」只有「構成要件故意」和「構成要件過失」二種，可以將「構成要件」分成二大類：「故意犯構成要件」和「過失犯構成要件」：

「故意犯構成要件」的「樣子」是：
行為人基於 X 故意，實現 X 構成要件的客觀部分。

「過失犯構成要件」的「樣子」是：
行為人雖非故意，但過失致 X 結果的發生。

所以，「構成要件」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y) = x$ 基於 y 故意，實現 y 構成要件的客觀部分，犯 y 罪。／ x 雖非故意，但過失致 y 結果的發生，犯過失致 y 罪。

案例：

1. 甲故意開車把乙撞死。
2. 甲開車不小心把乙撞死。

問：以上二案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

1. 甲基於殺人故意，實現殺人構成要件的客觀部分，犯殺人罪。
2. 甲雖非故意，但過失致死亡結果的發生，犯過失致死罪。

提示：

看出來了嗎？「故意犯構成要件」是依「行為」命名的；而「過失犯構成要件」是依「結果」命名的。

光從這裡，大概就可以想見，「故意犯構成要件」和「過失犯構成要件」的構造方式一定大不同，所以...

004. 「構成要件該當性」

「該當」是個「關係」概念哦！

(撰寫時序編號 150)(20170525)

鄭逸哲

「該當」是個「關係」概念哦！

1. 有個■，這個■就是我們看到的■這樣，■就是■。
2. 另外再找一個「樣子」□（正方形）。
3. 把■這個東西往這個□（正方形）樣子裡頭擺，哇！剛好耶！這樣的話，我們說■這個東西「該當」於這個樣子□（正方形）。
4. 因為我們知道了■這個東西「該當」於□（正方形）這個樣子，所以它不再就只是我們看到的■這樣，我們還知道■具有「『□（正方形）』該當性」。
5. 所以，我們可以將■稱為具有「『□（正方形）』該當性」的■，簡稱「『□（正方形）』■」。

現在，我們把■用「事實」替換，把「□（正方形）」用「構成要件」替換，則：

1. 有個「事實」，這個「事實」就是我們看到的「事實」這樣，「事實」就是「事實」。
2. 另外再找一個「樣子」「構成要件」。
3. 把「事實」這個東西往這個「構成要件」的樣子裡頭擺，哇！剛好耶！這樣的話，我們說「事實」這個東西「該當」於這個樣子「構成要件」。
4. 因為我們知道了「事實」這個東西「該當」於這個樣子「構成要件」，所以它不再就只是我們看到的「事實」這樣，我們還知道「事實」具有「『構成要件』

該當性」。

5. 所以，我們可以將「事實」稱為具有「『構成要件』該當性」的「事實」，簡稱「『構成』事實」。

看出來了嗎？一般說，行為人以其「行為（事實）」實現「構成要件」而具有「構成要件該當性」，是指「行為（事實）」具有「構成要件該當性」。

所以，「構成要件該當性」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y) = x$ 實現 y 構成要件，具有 y 構成要件該當性，犯 y 罪。

案例：

1. 甲故意開車把乙撞死。
2. 甲開車不小心把乙撞死。

問：以上二案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

1. 甲實現殺人構成要件，具有殺人構成要件該當性，犯殺人罪。
2. 甲實現過失致死構成要件，具有過失致死構成要件該當性，犯過失致死罪。

提示：

「構成要件該當性」的判斷對象是「行為事實」沒錯！但不是任何「行為事實」都可以作為「構成要件該當性」的判斷對象，對吧？因為，沒有「刑法上有意義的行為」就不可以展開「構成要件該當性」判斷啊！因此，這裡所謂的「行為事實」就是指「刑法上有意義的行為」囉！

另外，蠻有趣的！「構成要件該當性」這個用語其實是由「法學日本漢字」和漢語用字所共同構成的：「構成要件」來自「法學日本漢字」，而「該當」是漢語用字。你在歌仔戲中總聽過「該當何罪」吧！

005. 「構成要件法律保留」

只有「有名犯罪」，沒有「無名犯罪」！

(撰寫時序編號 136)(20170521)

鄭逸哲

所謂「…保留」是指有個什麼東西只能由「…」來決定，不可以由其他代勞。所以「構成要件法律保留」，就是指刑法上的構成要件，就只能由「法律」加以規定。

看出來了嗎？「構成要件法律保留」其實就是「罪刑法定主義」下，構成要件都必須是「成文構成要件」的概念。

犯「啥」罪，以具有「啥」構成要件該當性為前提；而有「啥」構成要件該當性，是適用「啥」構成要件的結果；而所有構成要件都必須是「成文構成要件」，因此，不會也不可以出現刑法所未成文加以規定的「啥」構成要件、「啥」構成要件該當性和「啥」罪。

總之，不像民法，「有名契約」外，還容許「無名契約」；在「構成要件法律保留」下，所有的犯罪都只能是「有名犯罪」，絕不容許「無名犯罪」！

好！現在你幹了一件「擄人勒贖」的事，你犯什麼罪？犯「擄人勒贖罪」嗎？不可能吧！要說你犯「擄人勒贖罪」，是不是一定要刑法上有個「擄人勒贖構成要件」的成文規定呢？不然怎犯「擄人勒贖罪」呢？

刑法上沒有「擄人勒贖構成要件」的成文規定嗎？就是沒有！你可能會說，刑法第 347 條第 1 項不就是「擄人勒贖構成要件」的規定？是嗎？你再睜大眼睛看一下，它是規定「擄人勒贖」嗎？它是規定「意圖勒贖而擄人」吧！

實務也說，「意圖勒贖而擄人構成要件」的既遂判斷，以「行為人將被害人置於自己實力支配之下」為準，和他是不是真的有去「勒贖」無關！

如果「意圖勒贖而擄人」而「後」，你真的去「勒贖」了，就這個部分，你是不是另外又實現一個法律成文規定的「恐嚇取財」構成要件啊？

看出來了嗎？你做了一件「擄人勒贖」的事，適用構成要件的結果是你有二個構成要件該當行為：「意圖勒贖而擄人構成要件該當行為」和「恐嚇取財構成要件

該當行為」。

因為刑法上根本沒有「擄人勒贖構成要件」的規定，如果說你犯「擄人勒贖罪」，不就是在搞「無名犯罪」？這是違反罪刑法定主義的，是違反「構成要件法律保留」的。

再例如，你強姦他，你犯什麼罪？「強姦罪」嗎？2000年修法前，或許對，因為那時的法律用語有「強姦」，但修法後，一定不對，因為現在全改為「強制性交」。所以，也要注意！所謂「有名犯罪」，不只要注意「構成要件」的規定形式，也要注意其「法律用語」；如果你以刑法所未規定的「用語」來稱呼犯罪，也是不恰當的。

總之，要注意到：一般人所習慣的「事實類型」是一回事，如何對之「適用構成要件」是另一回事。一般，我們很習慣把「擄人勒贖」當成一種「事實類型」，這當然沒什麼不對，但「適用構成要件」後，會具有「意圖勒贖而擄人」和「恐嚇取財」二個構成要件該當行為，你有注意到嗎？

所以，「構成要件法律保留」——以「擄人勒贖」事實類型的構成要件適用為例——的「一句到位」函數式是：

$S(x) =$ 就「擄人勒贖」事實， x 以同一事實行為，既就「擄人」的事實部分，實現意圖勒贖而擄人構要件而犯意圖勒贖而擄人罪，又就「勒贖」的事實部分實現恐嚇取財構成要件而犯恐嚇取財罪，屬想像競合犯，以犯一罪論，從重成立一個意圖勒贖而擄人罪名，依該罪名處罰之——其取贖後釋放被害人，得減輕之。

案例：

甲綁架乙，向乙之父丙勒贖了一筆錢得手後，才把乙放回去。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

就「擄人勒贖」事實，甲以同一事實行為，緊接既就「擄人」的事實部分，實現意圖勒贖而擄人構要件而犯意圖勒贖而擄人罪，又就「勒贖」的事實部分實現恐嚇取財構成要件而犯恐嚇取財罪，屬想像競合犯，以犯一罪論，從重成立一個意圖勒贖而擄人罪名，依該罪名處罰之——其取贖後釋放被害人，得減輕之。

提示：

本來，就「擄人勒贖」，行為人犯意圖勒贖而擄人和恐嚇取財二個罪，在 2005 年修法前，適用舊有的「牽連犯」規定，也是從一重只成立一個意圖勒贖而擄人罪名。

本來好好的，但就是有那種沒大腦的，不顧前後，任意就把「牽連犯」規定給刪了，造成好多好不容易形成的適用「安定性」，陷入一片混亂。還好，張麗卿教授提出了個蠻有創意的「牽連轉想像」概念而加以「有限」解套！

但要注意！並不是說，所有本來適用「牽連犯」規定的，全部都改適用「想像競合犯」的規定，而是在前後二罪的實現具有「緊接性」，而且，如果以「數罪併罰」來處理，顯然會造成罪刑失衡的情況下，才「牽連轉想像」。

另外，「電話詐欺」也是我們所習慣的「事實類型」，但不會因為一般使用「詐欺」用語，就是犯詐欺罪，對吧？如果，你雖被騙，但非心生恐懼而付款，那他大概還是實現詐欺構成要件而犯詐欺罪；但他騙你說，他綁架了你兒子，你不給錢就剝掉他小雞雞，你嚇死了，趕快轉帳給他，他應該是犯恐嚇取財罪吧！

006. 「行為時主義」

就犯罪，概依「行為時」的事實判定之！

(撰寫時序編號 140)(20170522)

鄭逸哲

刑法第 1 條前段規定：「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定為限。」大概很少人不知道，這叫「罪刑法定主義」吧！

如果再深入理解一下，既然它是說，要你做這個「事實行為」「時」，刑法「那時」就有規定要加以處罰，才可以對你所做的這個「事實行為」加以處罰，所以，依「那時」的刑法規定，必須你的這個「事實行為」是構成「犯罪」的，對吧？

看出來了嗎？其實，刑法第 1 條前段的規定，也告訴我們：「犯罪，依『行為時』之法律規定定之。」

好！什麼是「犯罪」？是不是具有「構成要件該當性」、「違法性」和「有責性」的「行為」，對吧？

既然，「犯罪」是依「行為時」之法律規定定之，而「犯罪」又是必須具有「構成要件該當性」、「違法性」和「有責性」的「行為」，因此，「構成要件該當性」、「違法性」和「有責性」的有無判斷，也必須均依「行為時」的法律來判定。

雖然，判斷「行為」是不是構成「犯罪」，必須依「構成要件該當性」、「違法性」和「有責性」的順序判定之，但要注意！「行為」是「同時」具有「構成要件該當性」、「違法性」和「有責性」才構成「犯罪」的，而三者的判斷標準，均應依「行為時」的法律所規定。

看出來了嗎？因此，所謂刑法採「行為時主義」，就是指犯罪行為的「構成要件該當性」、「違法性」和「有責性」的「具有」和「行為」必須具有「同時性」。而「構成要件該當性」、「違法性」和「有責性」的有無判定，刑法都規定：應基於「行為時」的「事實」而為判斷——參見，第 23 條的「現在」和更直接可見的第 19 條「行為時」用語。

比方，一個小鬼，14 歲生日前一晚逞兇殺人，第二天被抓到時，他已年滿十四歲。就他所做的這個違法的殺人構成要件該當行為，他具有「有責性」嗎？沒有，對吧？因為，在「行為時主義」下，我們要看他是否因為「未滿十四歲」而欠缺「責任能力」而欠缺「有責性」，要回到他「行為時」的「14 歲生日前一晚」去看，對吧？他那時就是「未滿十四歲」，因而欠缺「責任能力」而欠缺「有責性」，所以不犯殺人罪，對吧？

所以，「行為時主義」的「一句到位」函數式是：

$S(x)$ = 就犯罪，刑法採行為時主義，故 $x \cdots$ 。

案例：

甲十二歲時無故殺人，到了十九歲才被逮到，起訴審判。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

就犯罪，刑法採行為時主義，故違法實現殺人構成要件行為人甲，其責任能力判斷仍應就其行為時的十二歲為之，因此，甲仍因未滿十四歲而欠缺責任能力，而

不具有責性，而不犯殺人罪。

提示：

你是否眼尖而注意到，在上面的「『一句到位』函數式」和「『一句到位』案例題解參考」都先行以「就犯罪…」啊？

要更進一步說明和強調的是：所謂刑法採「行為時主義」，是指判斷「犯罪」是否成立，概依「行為時」的事實為準！但可不是說，就「量刑」，也只能依「行為時」的事實。

先看一下第 57 條的規定！當然，量刑應審酌「犯罪時所受之刺激」、「犯罪的手段」…等，這是關於「行為時」的事實；但像「犯罪行為人之品行」，大概就是關於「事前」的事實了！而「犯罪後之態度」更挑明就是「事後」的事實。所以，就「量刑」，刑法並不採「行為時主義」。

但不要弄混了！就「量刑」，刑法不採「行為時主義」，是指量刑時，「事前」、「事中」和「事後」的相關事實，都要審酌，而不是說；量刑不受限於「行為時」的法律規定——量刑受限於「行為時」的法律規定，這是「罪刑法定主義」不可分割一部分。

007. 「立法定義」

依「日常語言」，或許不算！但依「立法定義」，算！

(撰寫時序編號 135)(20170521)

鄭逸哲

曾有一個案子，甲硬將棒球棒插入乙的肛門，乙當場痛到昏了過去！

好！問你！給你十秒鐘想一下，甲犯什麼罪？

是「傷害罪」嗎？甲是有實現「傷害構成要件」沒錯，但不是犯「傷害罪」！

是「強制罪」嗎？甲是有實現「強制構成要件」沒錯，但不是犯「強制罪」！

啥？那甲到底犯什麼啊！就…犯「凌虐強制性交罪」囉！

啥？「將棒球棒插入肛門」算「性交」哦？是的！算「性交」！

依刑法第 10 條第 5 項第 2 款的「立法定義」規定：即使非以性器或其他身體部位，而「以…器物進入…他人之…肛門…之行為」，在刑法上也算「性交（行為）」，除非別有「正當目的」，比方醫師為了診治你的痔瘡而…

所以，甲將棒球棒插入乙的肛門，在刑法上就算「性交」，而且他是「違背被害人的意思」而「硬」搞，所以是「強制性交」；甚至，讓「乙當場痛到昏了過去」，實在太整人了，而屬「凌虐強制性交」。

其實呢！就刑法，乃至於對所有法律而言，對「事實」的描述，我們大概都是使用「日常語言」來進行，但對「事實」進行「法律適用」時，就得依法律的「概念定義」。也就是說，我們進行「法律適用」時，事實上我們必然會進入一種「日常語言」和「法律語言」併用的使用狀態。

「法律語言」不僅不像「日常語言」是自然形成的，而且它是種「人工語言」，甚至是種被強制使用的「不自然語言」。

雖然，一般說來，就某些概念，「日常語言」和「法律語言」差異性不大，但因為法律——尤其刑法——講究「明確性」，所以就若干極為常見的概念，乾脆以立法的方式加以定義，以免在「法律適用」時，發生爭議。像第 10 條第 1 項規定：「稱以上、以下、以內者，俱連本數或本刑計算」，就屬此類。

但有時，某些概念的「日常語言」使用，就已經極為模糊而不明確，再加上法律別有「規範目的」，就訴諸「法律權威」，以「立法定義」的方式，「擴張」或「限縮」，甚至「改變」使用「同樣語言符號」的「日常語言」，使之成為「法律語言」。

因此，我們要進行「法律適用」時，在意識上，一定要區別：現在我們是描述「事實」，還是已進入「法律適用」了。在描述「事實」時，大概就是使用「日常語言」，把隨後要進行「法律適用」的「事實」講清楚就是了；但一旦進入「法律適用」，就得先把「法律概念」搞清楚，才有辦法進行正確的「法律適用」。

所以，「立法定義」的「一句到位」函數式是：

$S(w, x, y, z) =$ 依立法定義， w 所為的 x 事實行為，在法律上亦屬「 y 」，故仍具有 z 構成要件該當性，而犯 z 罪。

案例：

甲硬將棒球棒插入乙的肛門，乙當場痛到昏了過去！問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

依立法定義，甲所為的將棒球棒插入乙肛門的事實行為，在法律上亦屬「性交」，且其強行為之使乙當場痛到昏了過去，難謂非違背被害人的意思而凌虐行之，故仍具有凌虐強制性交構成要件該當性，而犯凌虐強制性交罪——至於其使乙受傷的事實部分，依吸收關係，並無另行單獨論究的必要。

提示：

很現實講，要講的東西實在很多，但考試時間就是有限啊！因此，如何「用字要減少，但說明範圍又不減少」，就成為一種很大的挑戰！

有一個建議；利用「破折號」銜接於最後的「尾續法」，例如，上面的「——至於其使乙受傷的事實部分，依吸收關係，並無另行單獨論究的必要。」部分，或許是個好主意！

這樣，一方面可以將得交待的東西交待到，另一方面，也不致使論述穿雜紊亂，亦使「重要次要」層次分明，你說對不對？

008. 「被害人」

常常你還得花錢才能當「被害人」呢！

(撰寫時序編號 137)(20170521)

鄭逸哲

你看到「常常你還得花錢才能當『被害人』呢！」這樣的說法，有沒有驚一下呢？其實，我們想用這個例子，來搞懂「被害人」是什麼意思。

雖然同樣都是使用「被害人」這個用語，但在刑事訴訟法上，其所指的「被害人」，

大概都真的可憐，或至少有點可憐，因為刑事訴訟法上所指的「被害人」，就是指「『犯罪』的被害人」。但是，在刑法上，固然，「『犯罪』的被害人」是「被害人」，但更重要的，也會指「『非犯罪行為』的被害人」；甚至，「被害人」才是「犯罪人」。

其實，刑法上的「被害人」用語，在絕大部分情況下，都是種「中性」的形式概念，並沒有價值判斷的色彩，就只是指「其法益『被攻擊』的人」。

甚至，連「攻擊」二字，在刑法上也是種「中性」的形式概念，也沒有價值判斷的色彩。

比方：甲拆了乙的椅子，而對「被害人」乙的財產法益加以「攻擊」，但其事先取得乙的同意，雖實現成文的毀損構成要件，但不成文消極構成要件「阻卻構成要件同意」亦告實現，仍不具有毀損構成要件該當性，而不犯毀損罪。

看出來了嗎？不像在刑事訴訟上，「被害人」是指「『犯罪』的被害人」；刑法上使用「被害人」，是指「其法益『被攻擊』的人」，而這種「攻擊」，有時還是得到「被害人」自己同意的。

再例如，你預約好久才排上，而且花大錢才能讓你心儀的髮型設計師幫你做頭髮，那他就對「被害人」你的身體法益加以「攻擊」，但其事先取得你的承諾，所以，他雖實現傷害構成要件，而具有傷害構成要件該當行為，但超法規阻卻違法事由「阻卻違法的承諾」成立，所以不具違法性，而不犯傷害罪。

甚至，你的構成要件該當行為成立「正當防衛」的話，就是你以你的構成要件該當行為對「現在『不法』攻擊人」加以反擊，對吧？那你的這個構成要件該當行為的「被害人」，是誰呢？是不是就是那個「現在『不法』攻擊人」啊！甚至有可能他才是「犯罪人」哦！

所以，不要很幼稚用什麼「好人、壞人」來想什麼是「被害人」，「被害人」在刑法上就只是種「中性」的形式概念，並沒有價值判斷的色彩，就只是指「其法益『被攻擊』的人」——「攻擊」二字，在刑法上也是種「中性」的形式概念，也沒有價值判斷的色彩。

所以，「被害人」的「一句到位」函數式是：

$S(w, x, y, z) = w$ 攻擊被害人 x 的 y 法益，實現 z 構成要件，而犯 z 罪／但…，而不犯 z 罪。

案例：

1. 甲莫名其妙把乙的電腦砸了！
2. 甲得到乙的同意，把乙的電腦砸了！

問：以上二案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

1. 甲攻擊被害人的財產法益，實現毀損構成要件，而犯毀損罪。
2. 甲攻擊被害人的財產法益，雖實現成文的毀損構成要件，但不成文消極構成要件「阻卻構成要件同意」亦告實現，仍不具有毀損構成要件該當性，而不犯毀損罪。

提示：

很多教科書喜歡使用「不法構成要件」，其實，所謂「不法構成要件」是「不法『的』構成要件」的「簡稱」。

如果沒有一個東西在那，你是要判斷什麼東西是「不法的」？總要先有那個「東西」吧！

所以，「構成要件（要素）」的概念，其實都是「中性」的形式概念，沒有價值判斷的色彩。例如，總不能一看到「是」「強制」，就跳躍變成「不法強制」吧！要搞清楚，不是「強制」不可以，是「不法強制」才不可以，不然，「強制執行法」是在幹嘛？刑事訴訟法上的「強制處分」是在搞屁嗎？

開始唸刑法，有一件很痛苦的事要克服：就是在「日常語言」中已帶有價值判斷色彩的用語，在「刑法用語」中，卻是「中性的」。像「傷害」，在「日常語言」中總不是什麼好事，但在刑法上，它並沒有好壞的意義，就單純指「對他人身體現狀加以改變」。所以才說，牙醫以「傷害構成要件該當行為」替你拔牙，理髮師以「傷害構成要件該當行為」替你理髮。

再例如，「姦淫」二字，在「日常語言」中，絕對不是什麼好字眼，但在「刑法用語」中，也是「中性的」，就單純指「男女性器的接合行為」。但要小心！不要回家跟你老子老娘說：「我懂了！就是你們『姦淫』才生下我！」這樣你會被扁死！

法律人的世界是「日常語言」和「法律語言」的「雙語世界」，而非法律人的世界是「日常語言」的「單語世界」。要搞「法律白話文運動」蠻好的，但有沒有想過，它是有限制的，說要「每個人都看得懂」，是腦殘智障的說法；除非能讓每個人都變成法律人！

009. 「有利被告得類推適用」

不是「適用」，而是「類推適用」哦！

(撰寫時序編號 114)(20170503)

鄭逸哲

你哦！本來不是為了錢，把他綁架回家，關了二天，也不知要幹嘛，就想說「跟他老爸要點錢來花花好了」。

哇勒勒！你本來不是為了錢，把他綁架回家，本來只是實現「非法剝奪他人行動自由構成要件」，其實事情已經夠大條了，你這小子竟然又想「跟他老爸要點錢來花花好了」，這下子問題真的很大條了！你更進一步實現了「擄人後意圖勒贖構成要件」，依法條競合，你是適用更重許多的「擄人後意圖勒贖構成要件」而具有「擄人後意圖勒贖構成要件該當性」，而犯「擄人後意圖勒贖罪」。

或許你要說，我只是想，又沒真的去跟他老爸勒贖，怎會犯「擄人後意圖勒贖罪」？不是吧！「意圖」本想就只是問你「目的想幹嘛？」，又不是「你真的下手去幹嘛？」；你再你仔細看一次第 348 條之 1，它就是規定「擄人後意圖勒贖」，而不是「擄人後進而勒贖」哦！你就是犯「擄人後意圖勒贖罪」啦！

那要怎處罰你呢？第 348 條之 1 說：「擄人後意圖勒贖者，以意圖勒贖而擄人論」，因此，你是犯「擄人後意圖勒贖罪」，成立「意圖勒贖而擄人罪『名』」，所以依該「罪名」處罰之。

那又怎罰啊？就「轉接」到第 347 條第 1 項「意圖勒贖而擄人罪」的法律效果囉！那是什麼呢？無期徒刑或七年以上有期徒刑哦！

很重對吧？但你看到第 347 條第 5 項前段「犯第一項之罪，未經取贖而釋放被害人者，（應）減輕其刑」的規定，會不會想說，你又沒真的去勒贖，而且後來沒多久就「無條件」把他放了，當然算「未經取贖而釋放被害人」，所以可以「適用」第 347 條第 5 項前段的規定，強制「減輕」處罰！

告訴你！你不可能「適用」第 347 條第 5 項前段的規定啦！你再看一次，它一開始就規定「犯（第 347 條）第一項之罪…」，你是嗎？你又不是！你是犯「第 348 條之 1 之罪」耶！怎麼「適用」？

但你也不用太難過，不能「適用」，並不等於不能「類推適用」。

雖然第 347 條第 5 項前段的規定，只有「犯（第 347 條）第一項之罪…」才「適用」這個強制減輕規定；但你犯的是成立「意圖勒贖而擄人罪『名』」的「擄人後意圖勒贖罪」，和「意圖勒贖而擄人罪」頗為「類似」，我們還是讓你「類推適用」一下，以「未經取贖而釋放被害人」為由，減輕處罰。

其實，很少人注意到，罪刑法定主義是有前提的，只在「不利被告」時，罪刑法定主義才有絕對的拘束力；對「被告有利」時，是改採法理主義的，不然，不成文消極構成要件、超法規阻卻違法事由…等，都是沒有成文規定的情況下，被引進刑法。

因此，所謂「在罪刑法定主義下『禁止類推適用』」，最精確的說法是：「不利被告時，絕對『禁止類推適用』」，但「有利被告時，得『類推適用』」。

因此，「有利被告得類推適用」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y, z)$ = 刑法雖未明文規定 x 得適用 y 規定，但「有利被告時，得『類推適用』」，故 x 仍得類推適用該規定，而 z 。

案例：

甲綁架乙後，突然萌生向乙之父丙勒贖的念頭。但隨即打消此念頭，隨即將乙釋放。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

1. 甲實現擄人後意圖勒贖構成要件，犯以意圖勒贖而擄人罪論的擄人後意圖勒贖罪，成立意圖勒贖而擄人罪名，依該罪名處罰之。
2. 刑法雖未明文規定甲得適用「未經取贖而釋放被害人」的強制減輕規定，但「有利被告時，得『類推適用』」，故甲仍得類推適用該規定，而減輕處罰之。

提示：

「適用」是指「直接」拿實定規定來用。而「類推適用」，還得先經「類似性」判斷，轉個彎才能拿那個實用規定來用。

010. 「作為犯／不作為犯」

「作為犯」和「不作為犯」都是構成要件規定下的形式概念！

(撰寫時序編號 118)(20170505)

鄭逸哲

妳很胖！非常胖！睡相又不好！一夜，你睡夢中翻身，就壓在妳老公身上，他無法呼吸，大力掙扎，妳才被驚醒！但妳卻不是先想到移動身體，而是想到他在外面搞小三，乾脆…妳就「一動也不動」，直到他氣絕身亡。

問大家！她「一動也不動」把老公搞死了，是「作為犯」還是「不作為犯」呢？

其實「作為」和「不作為」，常被和「動（作）」和「不動（作）」混為一談！

大致來講，刑法所講的「作為」是指你違反「不作為義務」的「作為」；而「不作為」是指你違反「作為義務」的「不作為」。因此，你違反「不作為義務」，你就是「作為犯」；如果你違反「作為義務」，你就是「不作為犯」。

而這個「不作為義務」和「作為義務」規定在哪呢？就「藏在」構成要件裡啊！

以「殺人構成要件」為例，如果你實現殺人構成要件，你就會犯殺人罪，就會被處罰，由此，我們「推知」：法律禁止你殺人，所以你具有「『不殺人』的『不作為』義務」。至於，你以「動（作）」或「不動（作）」，乃至於二者兼具，來違反這個「『不殺人』的『不作為』義務」刑法並沒有限制啊！

好！妳有「『不殺人』的『不作為』義務」，就算妳老公搞小三好了，妳還是一樣有「『不殺人』的『不作為』義務」，但妳以「一動也不動」的「不動（作）」，把妳老公活活悶死，而違反了這個「不作為義務」，所以妳是「作為犯」！

看出來了嗎？你是不是「作為犯」，是看你是不是違反依「構成要件」的規定形式所導出來的「不作為義務」，不是依你有没有「動作」為準的。

同樣的，「不作為犯」，也是依「構成要件」的規定形式所導出來的「作為義務」來判斷的！就算你有極強烈的「肢體動作」，你還是有可能是「不作為犯」。

比方，人家叫你離開，你死皮賴臉坐著「不動」違反從「無故留滯不去構成要件」所推知的「『離開』的『作為義務』」；但在人家家裡，你大有「動作」，又是仰臥起坐，又是交互蹲跳，搞得自己氣喘吁吁，你也還是一樣違反那個「『離開』的『作為義務』」。

總之，「作為犯」和「不作為犯」都是構成要件規定形式下的形式概念：違反「不作為義務」是「作為犯」；違反「作為義務」是「不作為犯」。

至於以「動（作）」或「不動（作）」來違反「不作為義務」或「作為義務」，都是有可能的。

所以，「作為犯構成要件」是在科以行為人「不作為義務」；而「不作為犯構成要件」是在科以行為人「作為義務」。

所以，「作為犯／不作為犯」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y, z) = x$ 違反 y 構成要件所揭櫫的「 z 」不作為／作為義務而實現之，為作為／不作為犯，犯 y 罪。

案例：

甲要求乙離開，乙非但不理會，反而在甲宅內四處「流竄」。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

乙違反無故留滯不去構成要件所揭櫫的「離開」作為義務而實現之，為不作為犯，犯無故留滯不去罪。

提示：

大致說來，「『純正』不作為犯構成要件」，在其規定中都會出現「不」、「未」等字眼；因此，除此之外，刑法分則上所規定的構成要件皆屬「作為犯構成要件」。

至於「『不純正』不作為犯構成要件」，屬刑法分則未直接加以規定的「修正構成要件」，是由刑法適用者自己先從刑法分則裡找到一個「作為犯構成要件」，再依刑法第 15 條第 1 項或第 2 項「修正」成「『不純正』不作為犯構成要件」。因為其「形式上」科以行為人「防止結果發生的『作為義務』」，所以是「不作為犯」。

011. 「條件論因果關係」

事實上「有」因果關係，但在刑法上「視為」沒有！

(撰寫時序編號 042)(20170213)

鄭逸哲

如果認真講起來，刑法上各式各樣的所謂「因果關係理論」，根本都不是「因果關係理論」！「因果關係」是個純客觀事實的概念，其有無，自依應物理學的因果關係理論判斷，刑法根本沒必要也沒能力自創什麼「因果關係理論」。

其實，刑法上所謂的「因果關係理論」是指：即使就物理學因果關係理論具有因果關係，如何「限縮」其「構成要件『因果關係』要素」實現範圍的理論。

即使最接近物理學因果關係理論的「條件論」，其實也是在「限縮」構成要件『因果關係』要素」實現範圍的理論。

從某個角度來看，「條件論」可以說是個「偽」物理學因果關係理論，因為其所謂「就一個具體結果的發生，不能想像（假設）該行為不存在，則該行為和該結果之間具有因果關係」，幾乎翻版自物理學因果關係理論的「無前者，即無後者」。然而，就具體案件進行判斷時，卻不是只這樣...

例如，甲持刀砍乙，乙受重傷被抬上救護車送往醫院急救，但救護車在行進中，被未禮讓救護車先行且高速開車的丙撞上，救護車當場翻覆變形，乙活活夾死車中。

從物理學的因果關係理論來看，甲不殺乙，乙「就」不會被送上救護車；乙不被送上救護車，「就」不會在救護車上；乙不在救護車上，「就」不會被丙車撞到；

不被丙車撞到，乙「就」不會被夾死。「…就…就…就…就…」連四「就」，難謂甲的殺乙行為和乙死亡結果間不具有「因果關係」吧！因此，依「條件論」，也不能說沒有因果關係吧！

或許，你會說，如果再依「條件論」的補充理論「因果關係中斷」，就没有了啊！好！那這個没有，是事實上没有，還是在刑法上「視為」沒有？為什麼「條件論」會有那麼多「補充理論」？這些「補充理論」是要幹嘛？

看出來了嗎？這些「補充理論」幾乎都是要將依物理學的因果關係理論，事實上具有因果關係的，在刑法上「視為」沒有，而否定「構成要件『因果關係』要素」被實現的理論。

所以，「條件論」的真面目其實是「由果溯因至『充分條件』論」：由一個具體結果，溯因至其發生的「充分條件」，在刑法上，只有這個「充分條件」和結果間具有（刑法的）因果關係；而在此「充分條件」之前的行為，即使（依物理學的因果關係理論）事實上具有因果關係，但刑法上仍「視為」沒有。

因此，「條件論因果關係」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y, z) =$ 就 x 具體結果的發生，不能想像 y 的 z 行為不存在，故 y 的 z 行為和 x 結果間，在刑法上具有因果關係。

案例：

甲持刀砍乙，乙受重傷被抬上救護車送往醫院急救，但救護車在行進中，被未禮讓救護車先行且高速開車的丙撞上，救護車當場翻覆變形，乙活活夾死車中。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

1. 就乙死亡具體結果的發生，不能想像丙的開車行為不存在，故丙的開車行為和乙死亡結果間，在刑法上具有因果關係，且丙過失致之，故丙犯過失致死罪。
2. 就乙死亡具體結果的發生，因為「因果關係中斷」，非不能想像甲的殺人行為不存在，故甲的殺人行為和乙死亡結果間，在刑法上不具有因果關係，因此，甲不犯殺人罪，但其仍以同一事實行為實現可罰的殺人未遂構成要件，而犯殺人未遂罪。

提示：

就算表面上，你是依「條件論」所謂的「就一個具體結果的發生，不能想像（假設）該行為不存在，則該行為和該結果之間具有因果關係」來判斷。但實際操作時，你如果不是依「由一個具體結果，溯因至其發生的『充分條件』，在刑法上，只有這個『充分條件』和結果間具有（刑法的）因果關係；而在此『充分條件』之前的行為，即使（依物理學的因果關係理論）事實上具有因果關係，但刑法上仍『視為』沒有。」，那你經常會和所謂「條件論者」得到相反的結論，但這是誰有問題呢？

012. 「因果關係中斷」

搞屁啊！因果進程被你超越而中斷了！

(撰寫時序編號 041)(20170213)

鄭逸哲

先回答這個問題！如果發生「因果關係中斷」，那你的行為和結果之間有沒有「因果關係」呢？如果你說有，但「因果關係中斷」理論，是說沒有耶！如果你說沒有，那不變成「『沒有因果關係』中斷」，如果沒有「因果關係」，那要中斷什麼玩意呢？

其實，「因果關係中斷」這個用語本來就大有問題，它其實是要說「因果進程中斷」，或更精確說，應該叫「因果進程『被』中斷」才對。

如果，不管你是故意或過失，做了一個「足以搞死人」的動作，這樣發展下去，通常那個人會被你弄死，如果他死了，你的行為和他的死亡結果之間是具有「因果關係」的。但如果，你還是做了一個「足以搞死人」的動作，這樣就啟動了他死亡的「因果進程」，但偏偏「進」到一半，就另外有個人「超車」也做了一個「足以搞死人」的動作，或者自然「超車」發生一件「足以搞死人」的事情（比方打雷打死人！），那你本來所啟動的死亡「因果進程」就被打斷了，變成是那個人的行為或自然事實和他的死亡之間具有「因果關係」，而你的變成沒有。

所以，發生所謂「因果關係中斷」，一定是有二個「因果進程」在「比快」，看哪一個先搞死人。如果另一個「超越」你的，先把人搞死了，就算你先啟動死亡「因

果進程」，你也没機會搞死他了，因為人只能死一次啊！所以，你所啟動的死亡「因果進程」就被中斷了！而另一個「超越」你的，而且具有「因果關係」，所以另一個叫「超越的因果關係」。

看出來了嗎？有「因果關係中斷」，就必然也有「因果關係超越」，它們是一體二面：你所啟動的「因果進程」，被另一個具有「因果關係」的「因果進程」給「超越」而「中斷」，所以你的沒有「因果關係」，但另外那個「超越的因果關係」是有「因果關係」的。

如果另外的那個「超越的因果關係」，是由另一個人所啟動，他在刑法上，十之八九没法脫身哦！因為他的有「因果關係」嘛！

因此，「因果關係中斷」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y) =$ 就 x 構成要件， y 雖已啟動其結果發生的因果進程，但於結果發生前，為另一個具有因果關係的因果進程所超越而中斷，故 y 的行為和結果間，並不具有因果關係，仍未實現 x 構成要件，但…。

案例：

甲給乙下毒，乙命在旦夕，但丙搶先槍殺乙。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

1. 丙實現殺人構成要件，犯殺人罪。
2. 就殺人構成要件，甲雖下毒而已啟動其死亡結果發生的因果進程，但於結果發生前，為另一個丙所啟動具有因果關係的因果進程所超越而中斷，故甲的行為和結果間，並不具有因果關係，仍未實現殺人構成要件，但其仍以同一事實行為，實現可罰的殺人未遂構成要件，仍犯殺人未遂罪。

提示：

看出來了嗎？判斷有沒有「因果關係」，是為了要判斷行為人有没有構成要件該當性而進行，所以是一個人一個人分開進行的。

另外，更重要的是：即使就同一個人，判斷有沒有這個構成要件的「因果關係」，和判斷有沒有那個構成要件的因果關係，也是要一個一個分開進行的。隨著不同構成要件所規定的結果要素不同，你的「同一事實行為」，就算在這個構成要件沒有「因果關係」，也不等於在那個構成要件也沒有哦！

013. 「互補性因果關係」

「『向量 A』+『向量 B』」的概念！

(撰寫時序編號 144)(20170523)

鄭逸哲

老師中風了，倒在講台上！他很胖！只你一個人抬不動，你就找了一個人也抬不動的他一起搬，才先把老師抬到教員休息室沙發上，等救護車來。

就「老師『坐』在沙發上」這件事，是不是只有「你之力」辦不到，只有「他之力」也辦不到；是「你之力」和「他之力」「合力」才辦到，對吧？

「老師『坐』在沙發上」的發生，不能想像沒有「你之力」，也不能想像沒有「他之力」，所以，「你之力」和「他之力」和「老師『坐』在沙發上」，「均」具有因果關係！

所謂「互補性因果關係」就是這麼回事！你的行為所產生之「力」，和他的行為所產生之「力」，單獨均「不夠力」，均不足以單獨導致結果的發生；但「你之力」和「他之力」「互補」而「合力」就足以導致結果的發生。

看出來了嗎？所謂「有沒有因果關係」，關鍵在「沒有『你之力』，結果就不會發生」，而不是「『你之力』單獨就足以使結果發生」。是「有沒有」的問題，不是「有多少」的問題；「有」之後，才有「有多少」的問題，但這又是另一回事了。

其實，「互補性因果關係」就是種「『向量 A』+『向量 B』」的概念！「『你之力』+『他之力』」的「合力」方足以致結果發生；就結果的發生，「你之力」和「他之力」都是「不可或缺」的。

但要注意，這也還只是用來判斷你的行為和結果之間，「客觀上」有沒有因果關係；而因果關係屬「客觀構成要件要素」，所以在判斷因果關係有無時，先不要管行為人是否有故意或過失，乃至於既無過失也無過失，也沒有關係。

所以，「互補性因果關係」的「一句到位」函數式是：

$S(w, x, y, z) = w$ 的行為和 x 的行為合力方足以致 y 具體結果的發生，故就該結果的發生，該二行為均不能想像其不存在，該二行為與該結果間均具有因果關係，但於適用構成要件時，仍均應於其致果互補個別範圍內，依其個別之 z 故意／過失，而個別適用 z ／過失致 z 構成要件，而個別犯 z ／過失致 z 罪。

案例：

甲和乙都看丙不順眼，在彼此不知情的情況下，不約而同在丙的飲料中下毒，二人個別所下的劑量，雖均足以使丙的消化道嚴重受到傷害，但也不至於要了他的命，但二毒齊發，丙死了。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

甲的行為和乙的行為合力方足以致丙亡具體結果的發生，故就該結果的發生，該二行為均不能想像其不存在，該二行為與該結果間均具有因果關係，但於適用構成要件時，仍均應於其致果互補個別範圍內，均依其重傷害故意，而均適用重傷害構成要件，而均犯重傷害罪。

提示：

總之：

有沒有因果關係是一回事，這是純客觀的問題！

要不要對因果關係的發生負責是另一回事，就要看你有没有故意或過失？

就算要負責，要負責到什麼程度，又是再另外一回事：

如果沒有犯意連絡，就個別就「致果互補範圍」而個別負責；但如果有犯意連絡，是「共同正犯」的話，那又是另一回事了：每個人都要就「全部範圍」負責。

也就是說，就「共同正犯」，「互補性因果關係」概念就不再必要了！因為我們只關心「向量和」，不再關心「向量 A」和「向量 B」個別是多少！

014. 「擇一性因果關係」

能擇一想像其不存在，但不能想像其均不存在！

(撰寫時序編號 143)(20170523)

鄭逸哲

我開槍打中你的頭，你會死！他開槍打中你的頭，你也會死！我和他都開槍，「同時」打中你的頭，你當然會死！

這有什麼問題呢？有哦！如果問：我和他的開槍行為，「個別」和你的死亡之間，有沒有因果關係呢？

按照條件論，就一個「具體」結果的發生，若不能想像該行為不存在，則該行為和該結果之間具有因果關係，對吧？

好！現在，我和他都開槍，「同時」都打中你腦袋，二顆子彈還卡成一團。這樣的話，是不是其中任何一顆子彈打中你腦袋，你就死定了，根本不用二顆。

這樣的話，就你在「這個時間點」的死亡具體結果，能不能想像，他没開槍，只有我開槍呢？可以吧！不是說一顆打中腦袋就必死無疑了嗎？所以，依條件論，他的開槍行為，和你在「這個時間點」的死亡具體結果間，沒有因果關係。同樣的，就你在「這個時間點」的死亡具體結果，能不能想像，我没開槍，只有他開槍呢？可以吧！不是說一顆打中腦袋就必死無疑了嗎？所以，依條件論，我的開槍行為，和你在「這個時間點」的死亡具體結果間，也沒有因果關係。

哇咧！我和他開槍行為，都和你在「這個時間點」的死亡具體結果間，沒有因果關係；但你死了耶！那你怎死的？

就因為像這樣的案件發生，大家才發現，條件論有所不足，所以就加上了個「補充理論」：就一個具體結果的發生，同時發生的二個平行因果進程，雖能「擇一」想像其不存在，但不能想像其「均」不存在的話，則個別啟動該二因果進程的二個行為，與該結果間，「均」具有因果關係。

但要注意，這也還只是用來判斷你的行為和結果之間，「客觀上」有沒有因果關係；而因果關係屬「客觀構成要件要素」，所以不要把行為人是否有故意或過失，扯進來哦！

所以，「擇一性因果關係」的「一句到位」函數式是：

$S(w, x, y, z)$ = 就 w 具體結果的發生，同時發生的二個平行因果進程，雖能擇一想像其不存在，但不能想像其均不存在，故個別啟動該二因果進程的 x 和 y 的行為，與該結果間，均具有因果關係，依其就因果關係的發生有故意／過失，而適用 z ／過失致 z 構成要件，而同樣犯 z ／過失致 z 罪／分別犯 z 罪和過失致 z 罪。

案例：

在射擊練習場，甲故意開槍射乙，在此同時，丙不小心射向乙，二顆子彈同時命中乙的心臟，乙當場死亡。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

就乙死亡具體結果的發生，同時發生的二個平行因果進程，雖能擇一想像其不存在，但不能想像其均不存在，故個別啟動該二因果進程的甲和丙的行為，與該結果間，均具有因果關係，依其就因果關係的發生有故意和有過失，而適用殺人和過失致死構成要件，而分別犯殺人罪和過失致死罪。

提示：

看出來了嗎？在判斷「因果關係」有無時，不要把故意和過失扯進來，不要把構成要件的客觀判斷和主觀判斷混為一談。

另外，也就因為「擇一性因果關係」的概念，補充進入「條件論」，所以，「條件論」最完整的面貌是：就一個具體結果的發生，若不能想像該行為不存在，則該行為和該結果之間具有因果關係；但「同時發生的二個平行因果進程，雖能『擇一』想像其不存在，但不能想像其『均』不存在，則個別啟動該二因果進程的二個行為，與該結果間，『均』具有因果關係。」

015. 「相當性因果關係」

不是沒有因果關係，是沒有「相當性」啦！

(撰寫時序編號 043)(20170214)

鄭逸哲

其實哦！「相當性因果關係」不只是「『相當性』因果關係」的簡稱，更是「具有『相當性』的因果關係」的簡稱。

所以，如果事實上没有「因果關係」，就確定沒有「因果關係」了，根本不會也不可能再討論什麼「相當性」的問題，對吧？要事實上有「因果關係」，才有可能進一步討論「相當性」的問題吧！但就算最後說沒有「相當性」，在事實上還是有「因果關係」，只是「因果關係」不具有「相當性」，對吧？

那麼，「因果關係」不具有「相當性」會怎樣呢？這就是「相當性因果關係理論」想要處理的事囉！依照這個理論，如果事實上没有「因果關係」，在「刑法上」當然也不會有「因果關係」；重點來了：在事實上還是有「因果關係」，只是不具有「相當性」的話，就「視為」沒有「因果關係」，或者說，在「刑法上」沒有「因果關係」——但它也沒否認，也無從否認事實上有「因果關係」的，不然「相當性」判斷，是要判斷什麼東西的「相當性」？

所以說，「相當性因果關係理論」根本不是因果關係理論，而是利用進一步的「相當性」判斷，「限縮」構成要件『因果關係』要素」實現範圍的理論。甚至，它就是先依（不含其「補充理論」的）「條件論」來判斷事實上有無「因果關係」，再加上進一步判斷「相當性」的理論。

至於「相當性」，也根本不是「因果關係」事實有無的問題，而是對「因果關係『這樣發生』」，大家（不是行為人哦！）怎麼「看」的問題！如果「事後」大家對「因果關係『這樣發生』」感到意外，就不具有「相當性」；如果大家「不感意外」，就不具有「相當性」。

白話講，如果對「因果關係『這樣發生』」，大家「事後」「看」，「覺得」「怎會這樣啊！」就是大家「感到意外」，這樣就不具有「相當性」；如果「覺得」「不這樣才怪！」而「不感意外」，這樣就不具有「相當性」。

因此，「相關性因果關係」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y, z) = x$ 的 y 行為和 z 結果間，在客觀上雖具有因果關係，但因果關係如此發生令人感到意外而不具有相當性，依相當性因果關係理論，仍不具有刑法上的因果關係。

案例：

甲開槍射殺乙，乙閃躲未中，但子彈打中乙身後的岩壁變成跳彈，反彈擊中乙，乙當場死亡。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

甲的殺人行為和乙死亡結果間，在客觀上雖具有因果關係，但因果關係如此發生令人感到意外而不具有相當性，依相當因果關係理論，仍不具有刑法上的因果關係，故甲仍未實現殺人構成要件，不犯殺人罪，但其仍以同一事實行為，實現可罰的殺人未遂構成要件，仍犯殺人未遂罪。

提示：

即使就「這個」構成要件，依「相當性因果關係理論」而不具有「刑法上」的「因果關係」，也只表示，你没有「這個」構成要件的「構成要件該當性」；至於你是否以同一事實行為具有「那個」構成要件的「構成要件該當性」，又是另外一回事。

另外，以本案為例，是不是發生了「重大的因果歷程錯誤」？是不是甲對這樣的「事實因果關係」（如此發生）欠缺故意？所以甲並未實現殺人構成要件，不犯殺人罪，但其仍以同一事實行為，實現可罰的殺人未遂構成要件，仍犯殺人未遂罪。

看出來了嗎？我們就只是依現行刑法的規定，在完全沒有動用到「相當性因果關係理論」，還是得到同樣的結論。如此看來，「相當性因果關係理論」是絕對必要的嗎？

016. 「客觀歸責理論」

不是沒有因果關係，是想要以欠缺因果關係論！

(撰寫時序編號 073)(20170322)

鄭逸哲

「客觀歸責理論」這幾年好紅，紅到發紫！尤其許多考生，在解刑法實例題時，不管三七二十一，非扯一下「客觀歸責理論」不可！但絕大部分時候，不僅沒有這個必要，甚至，你不說我還不知道你不知道，你愈說我愈覺得你不知道，你說完我確定你不知道「客觀歸責理論」是啥咚咚！

首先，一定要搞清楚，「客觀歸責理論」是處理「因果關係」問題的理論，更精確講，是處理「構成要件因果關係要素」問題的理論；如果你不是要處理這樣的問題，就不要亂扯「客觀歸責理論」。

再來，如果，依條件論或相當性因果關係理論，就可以否定「構成要件因果關係要素」被實現，其實「客觀歸責理論」在家裡洗洗睡就好，也不用出來走跳，因為…

光看「客觀歸責理論」這個用語，注意！根本沒涉及到「因果關係」，對吧？那它怎會和「因果關係」的問題扯上關係？搞出這個理論又想幹嘛？

其實，所謂「客觀歸責」的「全文」是：「因果關係『（可）客觀歸責』於行為人（的行為）」。看出來了嗎？它並不是說，事實上沒有「因果關係」，反而是確定事實上有「因果關係」後，才有可否「客觀歸責」的判斷問題。

但如果，像上面說的，依條件論或相當性因果關係理論，就可以否定「構成要件因果關係要素」被實現，那創設「客觀歸責理論」不就多此一舉了嗎？

所以，一定要掌握「客觀歸責理論」的創設目的：就是把事實上有「因果關係」，弄個理由，在刑法上「視為」沒有因果關係——不是沒有因果關係，是要「視為」沒有因果關係啦！

更白話講，「客觀歸責理論」，並沒有，也沒有辦法否定事實上有「因果關係」，而是再進一步說：你的行為並沒有引起「法律所不容許的風險」，所以，雖然事實上有「因果關係」，但無以「客觀歸責」於你，所以在刑法上，把事實上有「因果關係」，「視為」沒有因果關係，然後說「構成要件因果關係要素」「視為」沒有被實現。

注意看哦！「客觀歸責理論」並沒有說事實上沒有因果關係，甚至也說你的行為有引起風險哦！只是這樣的風險是「法律所容許的」，因此，事實上發生的「因果關係」無以「客觀歸責」於你的行為。

看出來了嗎？所謂「客觀歸責」，根本不是針對「因果關係」，而是針對行為的「法律所（不）容許的風險性」進行判斷！

所以我們說，嚴格上來說，「客觀歸責理論」根本不是因果關係理論，而是「限縮」「構成要件因果關係要素」成立範圍的理論。

所以，「客觀歸責理論」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y) = x$ 的行為和結果間雖事實上具有因果關係，但該行為並未引起法律所不容許的風險，無以客觀歸責於 x ，故因果關係視為未實現， x 仍不具有 y 構成要件該當性，而不犯罪。

案例：

救護車司機甲為載病危患乙上醫院，又超速又闖紅燈，雖一路鳴笛，還是不慎撞傷行人丙。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

甲的開車行為和丙受傷結果間雖事實上具有因果關係，但該行為並未引起法律所不容許的風險，無以客觀歸責於甲，故因果關係視為未實現，甲仍不具有業務過失傷害構成要件該當性，而不犯罪。

提示：

以本案為例，既然因果關係視為未實現，就表示業務過失構成要件的「客觀構成要件」在刑法上並未被實現，並沒有必要再進一步判斷甲就客觀發生的事是否有「過失」，就已確定他不具有業務過失傷害構成要件該當性了！

其實，有個竅門一定要知道，如果你訴諸「客觀歸責理論」，那你一定要講「沒有因果關係」，或更精確講，「因果關係視為未實現」或「以欠缺因果關係論」；不然，你是在幹嘛？

如果，依「客觀歸責理論」，在刑法上還是具有因果關係的話，那就是說，這個

題目的重點，根本不在因果關係，你根本劃錯重點了！

017. 「等價客體錯誤」

殺錯人，還是犯殺人罪吧！

(撰寫時序編號 003)(20170130)

鄭逸哲

是不是你知道他是個「人」，你還開槍打他，就是殺人呢？

殺錯人是說，你想殺張三，結果搞錯人，開槍把李四給斃了！但你開槍時，知不知道李四是個「人」呢？知道吧！你清不清楚扳機扣下去，面前這個「人」會GG呢？清楚吧！那你有「殺人故意」嗎？除非智障，大概不會說沒有！

就殺人構成要件來說，是問行為人有沒有「殺人故意」，不是問你有没有「殺張三故意」或「殺李四故意」，對吧？刑法是叫你不要殺「任何人」，不是只叫你不要殺「這個人」而已！你會不知道刑法叫你不可以殺「人」嗎？

當然，張三和李四不是同一個人，你「誤」以為李四是張三，把他殺了！有沒有發生「錯誤」呢？當然有！不然怎會說殺「錯」人呢？所以你對被你殺的「行為客體」，是有發生認識上的錯誤！——所謂「客體錯誤」是指：行為人對「行為客體」是「這個」或「那個」搞錯了！

即使如此，照我們剛才說的，你還是有「殺人故意」啊！為什麼勒？因為，刑法根本不關心你這樣的「事實搞錯」，它只在乎你知道李四是個「人」，怎麼還開槍打他，太不應該了！

好！「你『想（認識是）』殺張三」，但其實「你『做』（實現是）殺李四」，二者拿來比較，當然有落差，從事實上來看，當然你發生對「行為客體」的認識錯誤；不過，如果「翻譯」一下，前後二者是不是都「翻譯」成「行為人殺被害人」呢？就像前面講的，刑法只在乎你知不知道他是個「人」！管他是張三，或叫李四，張三和李四在刑法關心的範圍內都叫「人」！

張三是個「人」，李四也是個「人」，他們在刑法是「等價的」，所以你殺錯人，雖發生「客體錯誤」，但屬「等價客體錯誤」，刑法說你還是有「殺人故意」——文縐縐點講，叫「不阻卻其殺人故意」。

其實，你想一下那種古惑仔，在街上亂砍人，他也没先問你名字，人家會說他又不知你是誰，所以沒有「殺人故意」嗎？大家是不是只關心，他怎亂砍「人」？

所以，殺錯人，當然還是犯殺人罪！

所以，「等價客體錯誤」的「一句到位」函數式是：

$S(x)$ = 雖發生等價客體錯誤，仍不阻卻其 x 故意，仍犯 x 罪。

案例：

甲誤乙為丙而殺之。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

雖發生等價客體錯誤，仍不阻卻其殺人故意，甲仍犯殺人罪。

提示：

顧名思義，「等價客體錯誤」，行為人當然對「行為客體」是「這個」或「那個」發生認識上的錯誤，事實上還是有「錯誤」，只是在法律上二個客體「等價」，我們以「不阻卻故意」來處理這種類型的「客體錯誤」。

018. 「不等價客體錯誤」

其實就是「客體不能犯」的問題啦！

(撰寫時序編號 092)(20170409)

鄭逸哲

大概都知道「客體錯誤」，可以分成「等價客體錯誤」和「不等價客體錯誤」二種；而「等價客體錯誤」是依「不阻卻故意」，一般也都知道，但對「不等價客體錯誤」，大概十之八九都…

其實哦！「不等價客體錯誤」，你就先把它想成是種「事實類型」，然後先看「沒錯誤」的部分：你就是要打「這個東西」，也打到了！再來才看，發生「錯誤」部分！

你走近被你打到的東西一看！哇！你是想打「阿狗養的狗」，但被你打到的怎是「阿狗」啊！「阿狗養的狗」是「物」，但「阿狗」是「人」，「物」和「人」在法律上「不等價」，對吧？所以你發生「不等價客體錯誤」。

看出來了嗎？「不等價客體錯誤」，不是你想打的「這個東西」沒打到，是你把你打到的「東西」的「法律屬性」搞錯了。

好！現在確定你發生了「不等價客體錯誤」，也就只是確定你發生「不等價客體錯誤」這樣的事，現在要怎麼處理呢？

你是不是想打死「阿狗養的狗」啊！你是不是在想「毀損他人之物」啊！但你打時，有實現「毀損構成要件」的任何可能嗎？自始不能、客觀不能、絕對不能，對吧？「阿狗」有沒有在那裡是另一回事，就是沒有你「想」的「阿狗養的狗」，「他人之物」在那裡。所以從「毀損構成要件」來看，你是「毀損不能犯」，對吧？

但 2005 年時，刑法將所有「不能犯構成要件」均改為不可罰構成要件，所以你不可能因為是「毀損不能犯」而有罪！

但你就没事了嗎？不是哦！你的同一個「打」的事實行為，如果是「不小心」打死阿狗，還是犯過失致死罪吧！

看出來了嗎？如果就把「不等價客體錯誤」看成是種「事實類型」，它的處理就很容易看出來了是屬於「不能犯」如何處理的問題。

簡單講，「不等價客體錯誤」就是「客體不能犯」的問題啦！

所以，「不等價客體錯誤」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y, z) = x$ 發生不等價客體錯誤，就 y 構成要件來看，其屬 y 不能犯，但所有不能犯構成要件均屬不可罰構成要件，不得以之為由加以處罰；但其仍以同一事實行為，實現可罰的 z 構成要件，而犯 z 罪。

案例：

甲誤乙為乙之犬，不小心把乙槍殺。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

甲發生不等價客體錯誤，就毀損構成要件來看，其屬毀損不能犯，但所有不能犯構成要件均屬不可罰構成要件，不得以之為由加以處罰；但其仍以同一事實行為，實現可罰的過失致死構成要件，而犯過失致死罪。

提示：

如果把例題改成：「甲誤乙之犬為乙，不小心把乙之犬槍殺。」

會有什麼不同呢？是以下這樣嗎？

甲發生不等價客體錯誤，就殺人構成要件來看，其屬殺人不能犯，但所有不能犯構成要件均屬不可罰構成要件，不得以之為由加以處罰；但其並未以同一事實行為，實現其他可罰的構成要件，因為刑法沒有處罰過失毀損的規定，所以甲不犯罪。

這樣對嗎？當然不對！應該是以下這樣才對：

甲發生不等價客體錯誤，就殺人構成要件來看，其屬殺人不能犯，但所有不能犯構成要件均屬不可罰構成要件，不得以之為由加以處罰；因為刑法沒有處罰過失毀損的規定，所以就之亦不犯罪；但其仍以同一事實行為，實現可罰的預備殺人構成要件，而犯預備殺人罪。

講好多次了：法律比人更聰明！

019. 「所知所犯」

是種處理部分「不等價客體錯誤」問題的「方便法門」！

(撰寫時序編號 141)(20170522)

這個三個問題很常見：

1. 甲誤乙為丙而殺之。
2. 甲誤乙為其父丙而殺之。
3. 甲誤其父乙為丙而殺之。

在第一種情況，「甲誤乙為丙而殺之」，雖然發生「等價客價錯誤」，但不阻卻其殺人故意，甲仍犯殺人（既遂）罪，對吧？

至於「甲誤乙為其父丙而殺之」和「甲誤其父乙為丙而殺之」就是發生「不等價客價錯誤」了。

在第二種情況，「甲誤乙為其父丙而殺之」，是說甲「主觀想要」殺的是「具有」他的「直系血親屬尊親屬」身分的他老子丙，但「客觀實現」的是他幹掉「『不』具有」他的「直系血親屬尊親屬」身分的乙。這樣的話，依現行刑法，該怎麼處理呢？

現在在「現場」，他面前的確是有個「人」，但就是沒有一個「具有」他的「直系血親屬尊親屬」身分的人啊！他「主觀想要」殺個「具有」他的「直系血親屬尊親屬」身分的人，是不是「自始、絕對、客觀不能」啊？所以他是「殺直系血親尊親屬」的「客體不能犯」，對吧？

因為在 2005 年後，所有「不能犯構成要件」，均改為「『不可罰』構成要件」，所以不得以甲「殺直系血親尊親屬不能」為由加以處罰。但這也不表示，甲沒事了，他是不是仍以「同一事實行為」實現殺人構成要件啊？因為乙和丙都是個「人」吧！就算發生「等價客體錯誤」，還是不阻卻其殺人故意，甲仍犯殺人（既遂）罪，對吧？

所以，「甲誤乙為其父丙而殺之」的題解結論應為：殺直系血親尊親屬不能犯甲，仍犯殺人罪。

在第三種情況，「甲誤其父乙為丙而殺之」，是說甲「主觀想要」殺的是「『不』具有」他的「直系血親屬尊親屬」身分的丙，但「客觀實現」的是他幹掉「具有」他的「直系血親屬尊親屬」身分的他老子乙。這樣的話，依現行刑法，該怎麼處理呢？

「殺直系血親尊親屬構成要件」是不是就是「行為人殺被害人，who 具有行為人

直系血親尊親屬身分」，對吧？所以「行為人殺被害人」的部分就是基本構成要件「殺人構成要件」，「who 具有行為人直系血親尊親屬身分」是「加重構成要件要素」；這個「基本構成要件」加上「加重構成要件要素」就是加重構成要件「殺直系血親尊親屬構成要件」，對吧？

就算行為人的直系血親尊親屬，還是個「人」，對吧？所以，先不管「其父」好了，是不是就是「甲誤乙為丙而殺之」，對吧？因為乙和丙都是個「人」吧！就算發生「等價客體錯誤」，還是不阻卻其殺人故意，甲仍然實現殺人構成要件，對吧？

現在回來看「其父」囉！甲下手殺人時，不知道乙是「其父」，對吧？因此，就算他有「殺『人』故意」，還是沒有「殺『直系血親尊親屬』故意」，對吧？所以，就算在客觀上他實現了「殺直系血親尊親屬構成要件」的客觀部分，就算他具有主觀的「殺『人』故意」，但就是沒有「殺『直系血親尊親屬』故意」，對吧？他就是沒有實現「殺直系血親尊親屬構成要件」，對吧？而且，刑法也沒有所謂「殺人卻誤殺直系血親尊親屬構成要件」，所以甲就只有實現「殺人構成要件」，而犯殺人罪。

所以，「甲誤其父乙為丙而殺之」的題解結論應為：誤殺直系血親尊親屬之人甲，僅犯殺人罪。

看出來了嗎？「甲誤乙為其父丙而殺之」和「甲誤其父乙為丙而殺之」，雖然刑法適用流程大不相同，但最後結論都是「甲犯殺人罪」。

或許，這二種情形的法律適用有點難度，民國十七年舊刑法，乾脆在刑法總則加了一條：「所犯重於所知，從其所知；所知重於所犯，從其所犯」。

它的意思是：先把行為人「主觀想要」和「客觀實現」的分開來看。像「甲誤乙為其父丙而殺之」，他「主觀想要」是殺其父丙，但「客觀實現」是殺乙；這樣的話，他「所犯」是實現基本的「殺人構成要件」，而「所知」是主觀想要實現加重的「殺直系血親尊親屬構成要件」，因此，甲「所知重於所犯，從其所犯」，就依其「所犯」的基本的「殺人構成要件」實現，而適用殺人構成要件，而犯殺人罪。

最要說明的，恐怕是這個「所知」的「知」了！「所犯」的「犯」是指「客觀實現」，比較好懂！但這個「知」，不是指「知道」，而只是指「自以為」，就是你「以為是這樣」，但客觀上根本「不是」或「不只是」這樣，也就是說，你「根本有所不知」耶！

依照這個「所知所犯」規定的話，「甲誤其父乙為丙而殺之」，他「主觀想要」是殺丙，但「客觀實現」是殺其父乙；這樣的話，他「所犯」是在客觀上實現加重的「殺直系血親尊親屬構成要件」的客觀部分，而「所知」是主觀「只」想要實現基本的「殺人構成要件」，因此，甲「所犯重於所知，從其所知」，就依其「所知」的「只」想要實現基本的「殺人構成要件」，而適用殺人構成要件，而犯殺人罪。

但以上二種情況，甲都是「從輕」適用基本的「殺人構成要件」，都犯殺人罪，對吧？

所以，「所知所犯」的「一句到位」函數式是：

$S(w, x, y, z) = w$ 誤 x 為 y 而攻擊之，發生不等價客體錯誤，依「所知所犯」原理，所犯重於所知，從其所知／所知重於所犯，從其所犯，僅適用基本的 z 構成要件，而犯 z 罪。

案例：

1. 甲誤乙為丙而殺之。
2. 甲誤乙為其父丙而殺之。
3. 甲誤其父乙為丙而殺之。

問：以上三案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

1. 雖發生等價客體錯誤，但不阻卻其殺人故意，甲仍犯殺人罪。
2. 甲誤乙為其父丙而攻擊之，發生不等價客體錯誤，依「所知所犯」原理，所知重於所犯，從其所犯，僅適用基本的殺人構成要件，而犯殺人罪。
3. 甲誤其父乙為丙而攻擊之，發生不等價客體錯誤，依「所知所犯」原理，所犯重於所知，從其所知，僅適用基本的殺人構成要件，而犯殺人罪。

提示：

看出來了嗎？「所知所犯」原理是用來處理「不等價客體錯誤」的問題用的，但更要注意！不是所有的「不等價客體錯誤」問題，都可以用「所知所犯」原理是

用來處理，而只在「所知所犯」所涉及的二個構成要件，一個是「基本構成要件」，另一為其「加重構成要件」時，「所知所犯」原理才派得上用場——而且，這二個構成要件都要是「故意犯構成要件」才行！

甚至，絕對要注意！「所知所犯」原理畢竟非現行刑法所規定的東西，充其量只是一種「方便法門」，只是讓你「較快」確定適用構成要件的「應有」結論是什麼，但根本不是經由「刑法適用」。所以，如果可以，如果能力允許，還是回到「刑法適用」的「正途」比較好。

020. 「打擊錯誤」

就算我不懂啥是「打擊錯誤」，我還是能依法解題！

(撰寫時序編號 011)(20170202)

鄭逸哲

我開槍要殺你，但沒打到，犯殺人未遂罪，對吧？如果沒想要殺你，但沒注意不小心打死你，犯過失致死罪，對吧？

我開槍要殺你，雖然沒打到你，但子彈不長眼睛，不小心打死他，那我是不是以一個開槍事實行為，對你犯殺人未遂罪，對他犯過失致死罪呢？，我是不是以一個事實行為同時犯二個罪呢？我是不是想像競合犯呢？我是不是以犯一罪論呢？我是不是從重成立一個殺人未遂罪名，依該罪名處罰之呢？

你看！我們根本沒提什麼「打擊錯誤」，也不用管它到底是什麼，就依法解題完畢了！

有人說，「打擊錯誤」是種刑法的「最」基本概念，好像怪怪的！我開槍要殺你，但沒打到，犯殺人未遂罪，這不是未遂犯最常見的例子嗎？如果我沒想要殺你，但沒注意不小心打死你，犯過失致死罪，這不是過失犯最常見的例子嗎？「打擊錯誤」是指：我只有一個事實行為，想打的沒打到，不小心打到不想打的；這不是未遂犯和過失犯的「『偶然』競合」嗎？未遂犯和過失犯都是刑法上最基本的概念，二個基本概念的競合還是「最」基本概念，這很奇怪吧！

雖然根本不必訴諸「打擊錯誤」，就可以依法解題，但不提一下，怕有人還在這上面挑麻煩，所以我們把「打擊錯誤」的「一句到位」函數式設計成：

$S(x, y, z)$ = 打擊錯誤行為人 x ，以同一事實行為，既犯 y 罪，又犯 z 罪，為想像競合犯，以犯一罪論，從重成立一個 y 罪名，依該罪名處罰之。

案例：

甲槍開想打死乙，沒打到，但不小心打死路過的丙。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

打擊錯誤行為人甲，以同一開槍事實行為，既犯殺人未遂罪，又犯過失致死罪，為想像競合犯，以犯一罪論，從重成立一個殺人未遂罪名，依該罪名處罰之。

提示：

如果我們把函數式開頭的「打擊錯誤行為人」拿掉，是不是還是完整的且正確的刑法適用呢？可見，「打擊錯誤」其實是想像競合犯的偶然事實類型，根本不是刑法必要的基本概念。我們被騙很久了！

021. 「不重大因果歷程錯誤」

你也「不感意外」，怎會不是故意的？

(撰寫時序編號 013)(20170202)

鄭逸哲

你瞄準老師的頭部開槍，砰！老師死了！但不是打中頭部，而是打中他的心臟！你不開槍，老師就不會被打死啦！所以你的開槍殺人行為和老師死亡結果間在客觀上具有因果關係，沒什麼好爭論的。

問題是：你對這樣「實際」發生的因果歷程，有沒有故意？你可不可以說，我的計劃是「打中其頭部致其死亡」，但事實上卻是「打中其心臟致其死亡」，偏離我的計劃，不是按照我的規劃路徑實現，所以我對這樣實際發生的因果歷程，沒有故意，所以並未依我殺人故意完全實現殺人構成要件，所以我還是算未遂呢？

不可以！現行刑法把故意在第 13 條分成二項規定，讓人誤以是什麼故意分成「確定故意」和「未必故意」二種；其實不是這樣的！它真正要說的是：如果完全按照你的計劃實現，當然是故意的（第 1 項），但是如果沒有完全按照你本來的計劃實現，但你不會對這樣發生感到「意外」；你「不感意外」的話，不就還是在「意內」，在故「意」之「內」，那你不是故意的，你是什麼？（第 2 項）。

所以，很精確講，第 13 條其實是分成二項來定義故意的「範圍」，而不是說故意有二種；當然，要說確定故意和未必故意都算有故意，也是可以的！但這樣不就是故意的範圍包括確定故意和未必故意嗎？

回到你殺死老師這件事，對啦！如果從你本來的「打爆他的頭」來看，的確發生「因果歷程錯誤」，但如果問你，你對「打中他的心臟致其死亡」這樣發生，你會「感到意外」嗎？你敢說你是神射手，一定會命中頭部？你乾脆更精確，說你是要打中眉心，距左眉 0.5 公分，距右眉 1 公分好了！

像這樣真的有發生「因果歷程錯誤」，但對這樣發生，你自己也「不感意外」，在刑法上我們還是說你有故意，不能阻卻你的殺人故意，你還是犯殺人既遂罪。

教科書一般將這種你也「不感意外」的「因果歷程錯誤」，稱為「不重大因果歷程錯誤」。其實這個「不重大」，就是依「不感意外」而判斷的。

所以，「不重大因果歷程錯誤」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y) =$ 雖發生因果歷程錯誤，但就其如此發生， x 亦不感意外，難謂該因果歷程錯誤重大而阻卻其 y 故意， x 仍屬既遂，而犯 y 罪。

案例：

甲瞄準乙頭部開槍，但乙剛好轉身，子彈從乙背部貫穿，乙當場死亡。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

雖發生因果歷程錯誤，但就其如此發生，甲亦不感意外，難謂該因果歷程錯誤重大而阻卻其殺人故意，甲仍屬既遂，而犯殺人罪。

提示：

其實，碰到實際案件，大部分都是依「不感意外」而「直覺」判斷行為人有無故意後，才硬套第 13 條第 1 項或第 2 項。但你想想看，我本想給你一刀斃命，但你太肥，捅了三刀才死，這算確定故意，還是未必故意？有發生「因果歷程錯誤」嗎？好像也沒人會去說有什麼「因果歷程錯誤」，也更不會討論重不重大了！

022. 「重大因果歷程錯誤」

感到「意外」的部分，不好說你是故意的！

(撰寫時序編號 062)(20170310)

鄭逸哲

問你哦！故意是對「啥」有故意呢？是對你的行為所造成的「客觀實現」有故意，對吧？但怎樣算你對你的行為所造成的「客觀實現」有故意呢？

故意是種「計劃」的概念，如果「整個」按你的「計劃」而「客觀實現」，當然沒問題，你對「整個」「客觀實現」都是故意的！但是，如果，開始算順利，是按你的「計劃」展開，但接下來「偏離」了你原「計劃」的路徑，就算結果還是實現了，至少，就這個「偏離（原計劃）的因果進程」的部分，你有没有故意呢？

這樣說吧！我的「計劃」不只是要你「死」，而且要你按我計劃的「死法」死，就算最後你「死」了，但你沒按我計劃的「死法」死，就是我的計劃沒「整個」實現啊！就是「偏離（原計劃）的因果進程」沒按計劃啊！所以這部分，不能說我有故意，對吧？

比方，你瞄準老師的頭部開槍，砰！老師身手敏捷，一閃身沒打到，他正在廠廠嘲笑你時，他沒想到，子彈打中他身後的岩壁變成跳彈，又反彈回來，還是把他給打死了！

好！你有沒有殺人行為？有吧！你開槍了啊！接著，你的開槍行為和老師死亡結果之間有沒因果關係？有！對吧？老師死翹翹也是你造成的，沒什麼好爭議的吧！也就是說，現在客觀上發生了一件「（開槍）殺人行為——因果關係——（老師）死亡」的事，而這事是你造成的！

接著，你對這樣客觀發生的事，有沒有故意？至少，你開槍的部分，是依你計劃

進行的，這部分你也不敢說自己沒故意；但是，你規劃的因果進程是「子彈直接射中老師」，不是「打岩壁變成跳彈射死他」，對吧？又不是打撞球！所以事實的因果進程和原先規劃的不僅「偏離」，而且「偏離」到你自己「連想都沒想到過」！

實在「差太大」，你自己都感到「意外」吧！既然感到「意外」，就是在「故『意』之『外』」，所以你對這樣實際發生的因果進程，是沒有故意的！這種實在「差太大」，你自己都感到「意外」的因果進程「偏離」，在學理上叫做「重大因果歷程錯誤」。

因為，客觀實現沒「整個」依你計劃實現，就算是以你感到「意外」的路徑實現，你還是會感到「失望」，對吧？所以你是「未遂」的！

看出來了嗎？原來，「重大因果歷程錯誤」就是經驗上相對罕見的「結果發生」的「未遂類型」耶！所以我們說：結果不發生，一定未遂；結果發生，「未必」既遂哦！

所以，「重大因果歷程錯誤」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y, z)$ = 基於 x 故意， y 著手於 x 構成要件之實行，雖因之實現因果關係，但事實因果進程重大偏離其預先想像，難謂其就之有故意，而仍屬不遂， y 僅實現可罰的／不可罰的 x 未遂構成要件，而犯 x 未遂罪／不犯罪。

案例：

甲瞄準乙頭部開槍，但令所有人感到意外，子彈還沒飛到，乙就被槍聲嚇死了。
問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

基於殺人故意，甲著手於殺人構成要件之實行，雖因之實現因果關係，但事實因果進程重大偏離其預先想像，難謂其就之有故意，而仍屬不遂，甲僅實現可罰的殺人未遂構成要件，而犯殺人未遂罪。

提示：

如果不是「差太大」，而令人感到「意外」，那就還是在「意內」，而屬「不重大

因果歷程錯誤」，你還是既遂哦！

另外，或許有人會說，人都被你搞死了，還算未遂，不是便宜了你？不是的！雖然刑法說「未遂犯得按既遂犯之刑減輕之」，但也只是說「得」，又沒說「應」，不想讓你占到便宜，就不要減不就好了！

023. 「錯上加錯的構成事實錯誤」

「等價客體錯誤」、「打擊錯誤」和「因果歷程錯誤」同時發生耶！

(撰寫時序編號 014)(20170203)

鄭逸哲

近百年來，教科書抄抄抄，把「客體錯誤」、「打擊錯誤」和「因果歷程錯誤」併列為「構成事實錯誤」三大基本類型，姑且不論這樣做對不對，但這三種錯誤發生時，個別應該怎麼處理，你有清楚想過嗎？是不是應該是：

1. 發生「等價客體錯誤」時，不阻卻故意。
2. 發生「因果歷程錯誤」時，若「不重大」則仍屬既遂；若「重大」則屬未遂。
3. 發生「打擊錯誤」時，若「未遂犯」和「過失犯」皆可罰，則屬想像競合犯。

知道如何處理，可能比背誦「等價客體錯誤」、「打擊錯誤」和「因果歷程錯誤」這三個用語更重要吧！我們不太可能只為概念而概念，終究是要把概念弄清楚，而來處理問題吧！

如果「等價客體錯誤」、「打擊錯誤」和「因果歷程錯誤」同時發生怎麼辦？其實也沒怎麼辦，還是依上述提示的三點，逐一處理就是了！

本單元，不僅是對「等價客體錯誤」、「打擊錯誤」和「因果歷程錯誤」的概念理解複習，更是對應重視「如何處理」的刑法學習目的性的提醒。不是背誦些看來很有學問的用語，就當然知道如何解題；不要把「實例題」當成「名詞解釋題」了！

為此，在這兒提出一個「錯上加錯的構成事實錯誤」的「一句到位」函數式：

$S(x, y, z)$ = 雖發生等價客體錯誤， x 仍屬具有 y 故意，但發生重大因果歷程錯誤，仍屬不遂，而犯 y 未遂罪，但其以同一開槍事實行為，打擊錯誤而意外又犯

過失 z 罪，為想像競合犯，以犯一罪論，從重成立一個 y 未遂罪名，依該罪名處罰之。

案例：

甲誤乙為丙開槍，雖未射中，但乙被槍聲嚇到心臟病發，立馬身亡，而且子彈不長眼，又不小心打中剛好路過的丙，丙在劫難逃，也當場死亡。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

雖發生等價客體錯誤，甲仍屬具有殺人故意，但發生重大因果歷程錯誤，仍屬不遂，而犯殺人未遂罪，但其以同一開槍事實行為，打擊錯誤而意外又犯過失致死罪，為想像競合犯，以犯一罪論，從重成立一個殺人未遂罪名，依該罪名處罰之。

提示：

其實，大部分的時候，我們很少只碰到像教科書上為了說明單一概念的簡單「實例題」，而是複合題型。即使如此，我們還是得按部就班，逐一「該怎麼辦就怎麼辦」，有條有理地把問題一個個處理完。但真正麻煩的，是如何「穿插」，是論述的先後和流程吧！

024. 「結果犯構成要件」

就形式上看，有沒有規定「構成要件結果要素」啦！

(撰寫時序編號 049)(20170219)

鄭逸哲

問你哦！如果你放火燒掉你別人擁有的廢棄空房子，你有没有實現第 174 條第 1 項的「放火燒燬現非供人使用之他人所有住宅構成要件」？如果你放火燒掉你自己擁有的廢棄空房子，那你有没有實現第 174 條第 2 項的「放火燒燬自己所有物致生公共危險構成要件」？

在你回答之前，再問你二個問題！這二個構成要件規定在刑法第十一章「什麼」

罪章？還有這二個構成要件有規定「構成要件結果要素」嗎？

先來看最後一個問題！第 174 條第 2 項是有「構成要件結果要素」的，對吧？是啥呢？是「公共危險」對吧？好！那第 174 條第 1 項有嗎？再仔細想一下哦！

有吧！如果你把「放火燒燬」再改寫成更詳細一點，是不是就變成「放火（燒）——因而導致——（現非供人使用之他人所有住宅被燒）燬」。看出來了嗎？構成要件行為是「放火（燒）」，而構成要件結果要素是「（現非供人使用之他人所有住宅被燒）燬」。

再回頭看一下第 174 條第 2 項，那它是不是就是「放火（燒）——因而導致——（自己所有物被燒）燬——因而導致——公共危險」，對吧？那麼，你剛說第 174 條第 2 項的「構成要件結果要素」是「公共危險」，對吧？那麼，你說「（自己所有物被燒）燬」是不是第 174 條第 2 項的「構成要件結果要素」啊？

這…怎麼一個構成要件有二個「構成要件結果要素」啊？其實，這也沒什麼，法律人很聰明的，就說「（自己所有物被燒）燬」是第 174 條第 2 項的「構成要件『中間』結果要素」。

如此，「燬」在第 174 條第 1 項是「構成要件結果要素」，沒什麼問題；但在第 174 條第 2 項，「燬」在第 174 條第 2 項是「構成要件『中間』結果要素」它的「構成要件結果要素」是「公共危險」，對吧？

反正，二項都有規定「構成要件結果要素」，所以都是「結果犯構成要件」，問題來了！它們是「實害犯構成要件」？還是「危險犯構成要件」呢？第 1 項顯然是「實害犯構成要件」，但第 2 項呢？大家是不是都說它是「危險犯構成要件」呢？那它的「燬」呢？

看出來了嗎？說一個構成要件是「實害犯構成要件」或「危險犯構成要件」，其實是以其「構成要件『最後』結果要素」為準的！更重要的：你有沒有想過，「實害犯」或「危險犯」，通常就是「實害犯構成要件」或「危險犯構成要件」的「簡稱」，所以二者都是構成要件下「形式」的概念。

另外，有沒有注意到，第 174 條第 1 項雖然也是規定在「公共危險」罪章中，但「公共危險」並沒有被規定入構成要件，所以自始至終「公共危險」都不是其「構成要件要素」。雖然，刑法第十一章「公共危險罪」的章名說明了第 174 條第 1 項構成要件的立法目的，但「公共危險」就不是其「構成要件結果要素」。

當你在說，第 174 條第 1 項屬「公共危險罪」時，要注意！是就其立法目的而言，並不會改變「公共危險」並非其「構成要件要素」的事實，但…。

總之，一個構成件是不是「結果犯構成要件」，全依其是否規定有「構成要件結果要素」的「形式」為準，如果有規定就是「結果犯構成要件」。

再進一步來說，如果那個「構成要件結果要素」的「形式」是「實害結果」，那就是「實害犯構成要件」；如果是「具體危險結果」，那就是「具體危險犯構成要件」。

因此，「結果犯構成要件」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y, z) = x$ 以 y 行為致 z 結果發生，實現 yz 構成要件，而犯 yz 罪。

案例：

徵得乙同意，乙將其自己和甲共有而孤懸位於沙漠中的廢棄房屋，一把火給燒了。
問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

乙以其同一放火行為，既致自己所有物被燒燬，又致現非供人使用之他人所有住宅被燒燬；但並不因此而生公共危險，故就前者並未實現放火燒燬自己所有物致生公共危險構成要件，不僅如此，就後者亦難謂具有放火燒燬現非供人使用之他人所有住宅構成要件該當性，因為，乙雖實現成文的放火燒燬現非供人使用之他人所有住宅構成要件，但該構成要件屬公共危險罪章之構成要件，不成文的客觀處罰條件「致生公共危險」並未被實現，故乙不犯罪。

提示：

如果「構成要件結果要素」的「形式」是「具體危險結果」，那就是「具體危險犯構成要件」。所以「具體危險構成要件」既是「結果犯構成要件」，又是「危險犯構成要件」。

所以，「結果犯構成要件」和「危險犯構成要件」才是配對概念，不要誤將「實害犯構成要件」和「危險犯構成要件」當成配對概念。

所以，「實害犯構成要件」和「具體危險犯構成要件」的「聯集」就是「結果犯構成要件」。

那麼，「具體危險犯構成要件」和什麼的「聯集」就是「危險犯構成要件」呢？是不是就是「抽象危險犯構成要件」呢？

「抽象」是指「抽去現象」，那就變沒有東西看不見吧！所以，「抽象危險犯構成要件」是連「構成要件（具體）危險結果要素」都沒規定的構成要件，簡單講，就是沒有「構成要件結果要素」的構成要件，既然沒有這個，當然也不會有「構成要件因果關係要素」，那剩什麼？整個構成要件就只有「構成要件行為要素」。

所以，「抽象危險犯構成要件」其實就是「舉動犯構成要件」啦！

025. 「意圖犯構成要件」

不是你沒竊盜，是你沒打算持續持有才不犯竊盜罪！

(撰寫時序編號 051)(20170220)

鄭逸哲

構成要件是由「主觀構成要件」和「客觀構成要件」相對應而構成的，而「主觀構成要件」是指和「客觀構成要件」相對應的「故意」或「過失」。所以，刑法第 12 條第 1 項說，行為非出於「故意」或「過失」者，不罰。

就「故意犯構成要件」來講，這也只是說，主觀構成要件「故意」和客觀構成要件相對應而構成之，是「故意犯構成要件」最基本的要求，而不是說不能再添加其他要素來「限縮」「故意犯構成要件」的適用範圍。比方，在主觀構成要件「故意」和客觀構成要件相對應所構成的狹義「故意犯構成要件」之外，再加上「客觀處罰條件」，就使狹義「故意犯構成要件」的適用範圍大幅被「限縮」。

反正，在「故意」和客觀構成要件相對應所構成的狹義「故意犯構成要件」之外，再加上個什麼玩意，就會使狹義「故意犯構成要件」的適用範圍大幅被「限縮」啦！

可以加個客觀的東西，當然就可能加個什麼主觀的東西，最常見就是在狹義的「故意犯構成要件」外，再加個「X X 意圖」。這樣就變成所謂「意圖犯構成要件」。

所以，「意圖犯構成要件」必然是「故意犯構成要件」；而「故意犯構成要件」未必是「意圖犯構成要件」。

什麼叫「意圖」？有人說，「意圖」是更強的故意，那「很故意」和「確定故意」有什麼差別呢？匪夷所思！

其實，「意圖」，就是「動機」，但「動機」一旦被規定成和「故意」併列的「特殊主觀構成要件要素」，就被改稱為「意圖」。

原則上，構成要件並不規定「動機」，比方，殺人構成要件就沒有規定「動機」，反正你知道他是個人，你就不該殺他，管你是「情」殺、「財」殺或「仇」殺…，都不可以！這個「情」、「財」或「仇」…都是指殺人的「動機」。

好！如果你有竊盜故意，也有竊盜行為，也偷到了，就會有「竊盜構成要件該當性」而犯「竊盜罪」嗎？那可不一定哦！

因為，刑法的「竊盜構成要件」，是在「竊盜故意」和與之相對應的客觀構成要件所構成的狹義「竊盜構成要件」之外，又加上了一個特殊主觀構成要件要素「為自己或為第三人不法所有的意圖」，所以使狹義「竊盜構成要件」的適用範圍受到大幅度的「限縮」。所以，即使你有竊盜故意，也有竊盜行為，也偷到了，而完整實現了狹義的「竊盜構成要件」，都還不能說你具有「竊盜構成要件該當性」，要你竊盜的「動機」是為了使自己或使第三人「事實上如動產所有人一般，不法持續持有偷來的東西」，這樣你連同特殊主觀構成要件要素「為自己或為第三人不法所有的意圖」也實現了，才能說你具有「竊盜構成要件該當性」，而犯「竊盜罪」。

所以，「意圖犯構成要件」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y, z)$ = 意圖 x ， y 基於故意而實現 z 構成要件，犯 z 罪。

案例：

甲偷乙的自行車。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

意圖為自己不法之所有，甲基於故意而實現竊盜構成要件，犯竊盜罪。

提示：

通常，即使是案例事實，根本不會提到竊盜的「為自己或為第三人不法之所有」的相關事實，反倒是「不是」時，會有所著墨！例如，甲偷乙的自行車，「但騎了一圈又放了回去」。這樣的話，因為「甲偷乙的自行車」，所以他還是實現了狹義的「竊盜構成要件」，但因為他「騎了一圈又放了回去」，所以看來他並沒有「使自己事實上如動產所有人一般，不法持續持有偷來的東西」的「為自己不法之所有」的意圖，所以他還是不具有「竊盜構成要件該當性」，而不犯「竊盜罪」。

所以，我們常說：「刑法不處罰『使用竊盜』！」『使用』竊盜，還是有竊盜吧！只是他沒有「不法所有的意圖」，即使他的「『用一下』的意圖」，還是「『不法』使用的意圖」。

另外，要注意！「意圖」是「故意」以外的東西，它是「片面」的主觀構成要件要素，並沒有與之相對應的客觀要件，所以並不會有既未遂的問題。

026. 「『成立身分犯』構成要件」

沒有「身分」規定的就是「『一般犯』構成要件」！

(撰寫時序編號 127)(20170516)

鄭逸哲

想一下哦！刑法上所講的「身分」是什麼意思？和我們一般對「身分」的理解不太一樣，它是指行為人和某種人、事、時、地或物要具有某種「特定關係」的意思。所以，像第 31 條，就以「身分或其他特定關係」而為規定。

但要注意，在構成要件規定上，所謂的「身分」，只是用來限定行為人的範圍而已，也就是說，如果你不具有那個構成要件所規定的「身分」，再怎樣，你也不可能具有那個構成要件的構成要件該當性——但是否具有別的，那是另一件事。

如果，一個構成要件，根本沒有對行為人的「身分」加以限制，這種構成要件就被稱為「『一般犯』構成要件」或「『普通犯』構成要件」；如果有，就叫「『身分

犯』構成要件」。

如果是「『一般犯』構成要件」，因為對行為人的「身分」沒有限制，所以誰想幹都可以，但如果是「『身分犯』構成要件」，你没這個「身分」，就算你想幹，也實現不了「這個」構成要件要件啊！

如果，有一個構成要件的「身分」規定，是涉及加重或減輕，那就表示，另外一定還有個基本構成要件，比方，「殺人構成要件」就是種基本構成要件，而「義憤殺人構成要件」是在基本構成要件「殺人構成要件」上，再加上「激於義憤」的「減輕構成要件要素」而成為一個更大型的構成要件。而這個「激於義憤」不僅是「減輕構成要件要素」，而且就「義憤殺人構成要件」來說，它是限定行為人範圍的「身分要素」，所以「義憤殺人構成要件」屬於「『減輕身分犯』構成要件」。

有「『減輕身分犯』構成要件」，自然也會有「『加重身分犯』構成要件」，二者合稱「『輕重身分犯』構成要件」。

但如果，「身分」規定不涉及加重減輕，那就表示也不可能另外有個什麼作為基本構成要件的東西，那不就表示，你没這樣的「身分」，根本就不可能實現這個構成要件而犯罪，所以稱這種「身分」為「成立（犯罪）身分」，這種構成要件就被稱為「『成立身分犯』構成要件」了！。

所以，「『成立身分犯』構成要件」的「一句到位」函數式：

$S(x, y, z) =$ 具有 x 成立身分之人 y ，實現 z 構成要件，犯 z 罪。

案例：

甲開車不小心撞死乙，棄車逃逸。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

1. 甲不小心撞死乙，實現過失致死構成要件，犯過失致死罪。
2. 具有駕駛動力交通工具肇致人死亡事成立身分之人甲，實現肇事逃逸構成要件，犯肇事逃逸罪。
3. 甲犯過失致死罪和肇事逃逸罪，二罪併罰之。

提示：

一般說來，如果構成要件是單純以「…者」的方式加以規定，並沒有對「主詞」有所進一步「修飾」的話，是「『一般犯』構成要件」的可能性比較大，例如「殺人構成要件」就單純以「殺人者」的方式加以規定。但是，「例外」實在太多。

我們往往要先將構成要件加以「標準化」改寫，才能確定它是不是「『一般犯』構成要件」，而其技巧是：先確定「動詞」，先確定「構成要件『行為』要素」是什麼。

比方，「侵占遺失物構成要件」，它的「動詞」，它的「構成要件『行為』要素」是「侵占」；它的「受詞」，它的「構成要件『行為客體』要素」是「遺失物」，猛看之下，好像也沒有別的東西對行為人範圍加以限制的「身分要素」規定了，所以，是「『一般犯』構成要件」囉！

錯！如果你不先「持有」遺失物，怎「侵占」它呢？所以，「侵占遺失物構成要件」的全貌是：「意圖為自己或第三人不法之所有，具有持有他人遺失物成立身分之人，侵占該遺失物」。

看出來了嗎？如果你不具有「持有他人遺失物」的「成立身分」，根本不可能實現「侵占遺失物構成要件」，所以「侵占遺失物構成要件」根本不是「『一般犯』構成要件」，而是「『成立身分犯』構成要件」。

像這種「『隱性』身分犯構成要件」最麻煩，但也只能靠平時不斷下功夫，一一去掌握了！

027. 「『輕重身分犯』構成要件」

一定另有個「基本構成要件」！

(撰寫時序編號 128)(20170516)

鄭逸哲

叫「『輕重身分犯』構成要件」，顧名思義，這個構成要件的「身分」規定是涉及

加重或減輕的，更精確講，這個「身分」規定，不是「減輕構成要件要素」，就是「加重構成要件要素」囉！

既然是「減輕構成要件要素」或「加重構成要件要素」，那是不是另外一定要有個「基本構成要件」，不然從哪減輕或加重起呢？

所以，「『輕重身分犯』構成要件」其實就是以「身分」規定作為「減輕構成要件要素」或「加重構成要件要素」的構成要件啦！講白了！「『輕重身分犯』構成要件」不是種「減輕構成要件」，就是種「加重構成要件」，對吧？

而且，看出來了嗎？「『輕重身分犯』構成要件」和其「基本構成要件」間，一定具有「法條競合」的關係哦！

所以，「『輕重身分犯』構成要件」的「一句到位」函數式：

$S(x, y, z)$ = 屬加重／減輕身分犯之人 x ，不僅實現基本構成要件「 y 構成要件」，加重／減輕構成要件要素「 z 」亦告實現，具有加重／減輕的 $z-y$ 構成要件該當性，犯 $z-y$ 罪。

案例：

甲激於義憤，當場把乙殺了。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

屬減輕身分犯之人甲，不僅實現基本構成要件「殺人構成要件」，減輕構成要件要素「激於義憤」亦告實現，具有減輕的激於義憤殺人構成要件該當性，犯激於義憤殺人罪。

提示：

要注意！「『輕重身分犯』構成要件」作為「減輕構成要件」或「加重構成要件」，是相對於其「基本構成要件」來說的。至於這個「基本構成要件」是「『一般犯』構成要件」，或「『身分犯』構成要件」，都有可能。

比方，減輕構成要件「激於義憤殺人構成要件」的基本構成要件「殺人構成要件」是「『一般犯』構成要件」；但加重構成要件「業務侵占構成要件」的基本構成要件「侵占構成要件」卻是「『成立身分犯』構成要件」。

028. 「客觀構成要件」

行為人「主觀」以外的，均屬客觀構成要件
(撰寫時序編號 104)(20170430)

鄭逸哲

問你哦！「詐欺構成要件」的「主觀構成要件」是什麼？是不是二個：「不法所有的意圖」和「詐欺故意」，對吧？那它的「客觀構成要件」是什麼勒？是不是「施詐術→被害人陷於錯誤→被害人交付物」，對吧？

這樣還有什麼問題勒？你想想哦！「被害人陷於『錯誤』」，「錯誤」是不是發生在被害人的腦袋裡呢？「被害人陷於『錯誤』」是發生在他腦袋裡的事，是不是「主觀」的事啊？

咦！「被害人陷於『錯誤』」是「主觀」的事，但是它屬於「客觀構成要件」的一部分耶！

看出來了嗎？一個「構成要件」是由「主觀構成要件」和「客觀構成要件」所共同構成沒錯！但並不是「主觀」的東西，都算「主觀構成要件」的。而是：只有行為人「主觀」的東西，才算「主觀構成要件」的；也就是說，只要是行為人「主觀」以外的東西，都算「客觀構成要件」的——哪怕它本身是「主觀」的東西。

「被害人陷於『錯誤』」是「主觀」的東西沒錯，但它不是行為人「主觀」的東西，而是發生在行為人「主觀」以外，發生在不是行為人的被害人腦袋裡的「主觀」的事，所以還是算「客觀構成要件」的。

所以，「客觀構成要件」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y, z)$ = 「 x 」雖屬主觀，但非屬行為人之主觀，仍屬 y 構成要件之客觀構成要件，並不影響 z 具有 y 故意， z 仍具有 y 構成要件該當性而犯 y 罪。

案例：

甲施詐術想騙乙錢，但乙並未因而陷於錯誤，但仍佯裝被騙，給了甲一萬元。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

「被害人陷於錯誤」雖屬主觀，但非屬行為人之主觀，仍屬詐欺構成要件之客觀構成要件，並不影響甲具有詐欺故意，但甲雖施詐術而已著手，且取得乙之物而實現結果，但並未實現「被害人陷於錯誤」而發生重大的因果關係錯誤，仍屬不遂，僅實現可罰的詐欺未遂構成要件，而犯詐欺未遂罪。

提示：

由於「被害人陷於錯誤」屬於詐欺構成要件之客觀構成要件要素，因此，其若沒有被實現，即屬詐欺構成要件之客觀構成要件「施詐術→被害人陷於錯誤→被害人交付物」沒有「整個」被實現，這樣就不能說行為人是既遂的，還是只犯詐欺未遂罪。

029. 「客觀／客觀減輕處罰條件」

你有没有搞錯這個沒差，它本來就是由法院自行依客觀判斷的！

(撰寫時序編號 081)(20170401)

鄭逸哲

阿美在家中未婚生子，孩子剛被生下來，就被阿美活活悶死！

這個連名字都還沒有的小孩已經是個「人」，沒錯吧？所以阿美是「殺人」，沒錯吧！？那她是犯「殺人罪」囉！這就不對了！

刑法第 274 條第 1 項規定，如果行為人是產婦，在「生產中或甫生產後」，把她「正在生或剛生（不久）」的小孩給殺了，雖然還是「殺人」，但不是適用第 271 條第 1 項的「殺人構成要件」，而是適用「減輕的」第 274 條第 1 項的「產婦殺嬰構成要件」，對吧？所以，阿美不是犯「殺人罪」，而是犯「減輕的」「產婦殺嬰罪」。

但如果，小孩都滿月了，阿美才把他殺了，檢察官以她犯「殺人罪」為由起訴，阿美或她的律師可不可以向法院說，阿美認為一個月還是算「甫生產後」，所以她是基於「甫生產後殺嬰故意」而殺人，請求應適用「減輕的」第 274 條第 1 項的「產婦殺嬰構成要件」呢？

現在倒過來講好了，就算阿美是在剛生下小孩時就把他殺了，也不知道有什麼「甫生產後」的減輕規定，法院可以說她只是基於「殺人故意」，而不是基於「甫生產後殺嬰故意」而殺人，所以就適用「殺人構成要件」，而拒絕適用「產婦殺嬰構成要件」嗎？

不可以的！因為，嚴格說來，雖然在形式上，「生產中或甫生產後」是被規定在「構成要件」內沒錯，但性質上，它並不是真正的（狹義的）「構成要件」；而是在立法技術上，立法者基於某種考慮，用它來「限縮」真正的（狹義的）「構成要件」的「適用範圍」，而讓「構成要件該當性」成立的範圍變小。

也就是說，在立法上，它先規定真正的（狹義的）「構成要件」，然後再用個什麼「東西」來「限縮」前面真正的「構成要件」的適用範圍，而達成「構成要件該當性」成立的範圍變小。

因為這個東西，是規定在真正的「構成要件」之「外」，所以，它不可能和故意或過失有關，所以它是「純客觀」的東西，而且，它是用來「限縮」真正的（狹義的）「構成要件」的適用範圍。如果，雖然你具有真正的（狹義的）「構成要件」的「構成要件該當性」，但刑法用這個「純客觀」的東西，來限縮你依「這個」構成要件而具有「可罰性」，那這個「純客觀」的東西就叫「這個」構成要件的「客觀處罰條件」。

又因為「客觀處罰條件」，並不屬於真正的（狹義的）「構成要件」，自始與故意無關，所以在法律上也無所謂「認識錯誤」的問題，就算你事實上有什麼認識錯誤，也不會是法律上關於故意與否的認識錯誤。「客觀處罰條件」是否實現，最終是由法院認定判斷的，跟你行為人的看法無關。

你或許會說，就算這樣，阿美還是犯「產婦殺嬰罪」啊！並有沒有排除她的「可罰性」啊！所以「生產中或甫生產後」也不是「產婦殺嬰構成要件」的「客觀處罰條件」吧！

沒錯！你好聰明哦！「生產中或甫生產後」的確不是「產婦殺嬰構成要件」的「客觀處罰條件」！但是，如果你是阿美，「生產中或甫生產後」把小孩殺了，就排

除了適用「殺人構成要件」的可能，因此，對「殺人構成要件」來說，「『非』『生產中或甫生產後』」是「殺人構成要件」的「客觀處罰條件」，對吧？

至於阿美還是犯「產婦殺嬰罪」，沒錯！但把「產婦殺嬰構成要件」改寫一下，是不是變成：「母殺其子女，Who 被生產中或甫被生產後」。

看出來了嗎？「生產中或甫生產後」雖不是「『母殺子女』構成要件」的「客觀處罰條件」，但卻是其「客觀『減輕』處罰條件」，對吧？

總之，「客觀處罰條件」，或是「客觀『減輕』處罰條件」，都不是真正的（狹義的）「構成要件」，它是否實現，最終是由法院認定判斷的，跟你行為人的看法無關。

所以，再回到阿美一個月才把小孩殺了，刑法根本不關心她是否認為產後一個月是否算「甫生產後」，而是法院自行依客觀判斷而認定：產後一個月怎會算「甫生產後」啊！

所以，「客觀／客觀減輕處罰條件」的「一句到位」函數式是：

$S(w, x, y, z) = w$ 雖／不僅實現 x 構成要件的 y 部分，但客觀處罰條件「 z 」並未實現／且客觀減輕處罰條件「 z 」亦告實現，仍不犯 x 罪／而犯 x 罪。

案例：

甲女一生下小孩，就把他悶死。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

甲不僅實現生母殺嬰構成要件的母殺子女部分，客觀減輕處罰條件「甫生產後」亦告實現，而犯生母殺嬰罪。

提示：

注意！「客觀處罰條件」，還是「客觀『減輕』處罰條件」，都是針對特定的構成

要件而言的。

就像「生產中或甫生產後」的「否定」，即「『非』『生產中或甫生產後』」，對「殺人構成要件」來說，是「客觀處罰條件」；但「生產中或甫生產後」對「產婦殺嬰構成要件」來說，它是「客觀『減輕』處罰條件」。

所以，其實對刑法法條的認識，幾乎毫無例外，都要置於整部刑法之下而為觀察才能正確認識，而且就同一事實的不同的問題，不「面面觀」，根本就無法搞定。

另外，你想想看，為什麼好像沒有「客觀『加重』處罰條件」勒？其實是有的，「『非』『生產中或甫生產後』」，對「產婦殺嬰構成要件」來說，不就是「客觀『加重』處罰條件」，因為就會改適用對之屬加重的「殺人構成要件」啊！

030. 「當場」

它是一種「客觀處罰條件」！

(撰寫時序編號 130)(20170517)

鄭逸哲

在刑法分則裡，「當場」出現了 5 次：

第 140 條第 1 項：「於公務員依法執行職務時，『當場』侮辱…」

第 266 條第 2 項：「『當場』賭博之器具與在賭檯或兌換籌碼處之財物…」

第 273 條第 1 項：「『當場』激於義憤而殺人者…」

第 279 條：「『當場』激於義憤犯前二條之罪者…」

第 329 條：「竊盜或搶奪，因防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證，而『當場』施以強暴脅迫者…」

好！「當場」是什麼意思呢？沒見過有什麼教科書或文章專門解釋過吧！

「當場」，就是「當下」和「現場」的合稱；白話點講，就是「這個時間『暨』這個空間」。

那把「當場」規定在構成要件中，究竟想起什麼作用呢？從上面五個規定來看，都是指「二個東西」要發生（出現）在「同一時間『暨』同一空間」，也就是說，將構成要件所規定的「二個部分」連繫起來，使其共同構成「一個」構成要件。

在此觀點下，如果其所連繫的「二個部分」，行為人不是在「同一時間『暨』同一空間」加以實現，也就沒有這個「當場」構成要件的構成要件該當性。但要注意！有沒有其他構成要件的構成要件該當性，是另一回事。

既然，「當場」是規定在構成要件中，那它就是「構成要件要素」囉？其實不是，因為，時間和空間都是「認識的形式」，因此不可能作為「認識的對象」，也就因此「當場」不可能是「構成要件要素」，更精確講，不可能是「構成要件客觀要素」。

那麼，規定在構成要件中「當場」，其性質究竟是什麼啊？它既不是狹義的「構成要件要素」，看來也不是「構成要件要素化違法要素」，更不是「構成要件要素化罪責要素」，那唯一的可能就是：「客觀處罰條件」。

沒錯！「當場」就是一種「客觀處罰條件」，因此，它和行為人的「認識」無關，既然和行為人的「認識」無關，所以也不會發生「錯誤」的問題。是否屬「當場」，其實是等到審判時，由法院自行加以定奪，看其對行為人所實現的「二個部分」能否在「同一時間『暨』同一空間」中加以認識。

所以，「當場」——以準強盜構成要件為例——的「一句到位」函數式是：

$S(x, y) = x$ 實現竊盜／搶奪構成要件後，意圖防護贓物／脫免逮捕／湮滅罪證，而當場施以強暴脅迫，犯準強盜罪，以犯強盜罪論，成立強盜罪名，依該罪名處罰之。

案例：

甲偷了乙的自行車；次日，乙騎著賊車在街上逛，被甲撞見，甲即向往要抓「準現行犯」，但被甲一腳踹開。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

1. 甲雖實現竊盜構成要件後，意圖脫免逮捕，而對乙施以強暴脅迫，但非當場為之，並未實現準強盜構成要件，而不犯準強盜罪。
2. 乙雖具有狹義的剝奪他人行動自由未遂構成要件該當行為，但其屬逮捕準現行犯的依法律行為，構成要件要素化違法要素「非法」並未實現，故不具有非法剝奪他人行動自由未遂構成要件該當性，而不犯非法剝奪他人行動自由未遂罪。

3. 甲雖不犯準強盜罪，但就竊車部分仍犯竊盜罪，就踹乙脫免逮捕部分，仍屬非法以強暴妨害甲行使準現行犯逮捕權，而犯強制罪，所犯二罪併罰之。

提示：

其實，當我們進行題解時，是有「身分」的，我們是自居於「刑事法院」的地位，對其實就是「起訴事實」的案例事實，進行「刑法適用」。

看出來了嗎？我們的「案例題解」，其實就是一份小型「刑事判決」的撰寫！

從這裡，我們也再次確認了，「當場」就是一種「客觀處罰條件」，對吧？因為，你根本沒在想甲想什麼，而是你自己「看」甲竊車和踹乙脫免逮捕二個部分是否「同一時間『暨』同一空間」發生，對吧？

所以才說，是否屬「當場」，其實是等到審判時，由法院自行加以定奪啊！

031. 「違法性」

「欠缺『任何』阻卻違法事由」＝「違法性」

(撰寫時序編號 147)(20170524)

鄭逸哲

每一本刑法總則教科書，「違法性」都是個大章，但是在「違法性」的標題下，幾乎每一節都不是「正面」在談「違法性」，而是「反面」在講各種「阻卻違法事由」，對吧？真有趣！

為什麼會這樣勒？因為你的「構成要件該當行為」，只要具有「一個」阻卻違法事由，就不具有「違法性」，就不犯罪了！

只要有「一個」就夠了，就算「同一個」構成要件該當行為，具有「二個」或「三個」阻卻違法事由，還是一樣，就是你的「這一個」構成要件該當行為不具有「違法性」。

所以，什麼叫「違法性」，更精確講，怎樣叫「構成要件該當行為」具有「違法

性」呢？就是你的「構成要件該當行為」不具有「阻卻違法事由」，更精確講，「欠缺『任何』阻卻違法事由」。

質言之，「欠缺『任何』阻卻違法事由」＝「違法性」。

要特別注意，不管是「『具有』違法性」或「『欠缺』違法性」，都是在講「構成要件該當行為」的「性質」，也就是說，「違法判斷」的「對象」是「構成要件該當行為」；沒有「構成要件該當行為」，就沒有「違法判斷」。

總之，要進行「違法／阻卻違法判斷」，一定要「先」講清楚，究竟行為人所具有的「構成要件該當行為」是什麼？也就是你要判斷有沒有違法性的「構成要件該當行為」是什麼？

所以，「違法性」——其實是「構成要件該當行為『不具有』違法性」——的「一句到位」函數式是：

$S(x, y, z) = x$ 的 y 構成要件該當行為，因具有阻卻違法事由「 z 」，而不具違法性，而不犯 y 罪；詳言之...

案例：

精神疾病發作的甲，莫名其妙持刀瘋狂砍殺乙，乙不得已隨手撿了塊磚，將甲砸死，才檢回一命。

問：本案如何論處？

案例題解參考：

1. 甲雖違法實現可罰的殺人未遂構成要件，但行為時「心神喪失」，而不具有責任能力，而不具有責性，而不犯殺人未遂罪。
 2. 乙的殺人構成要件該當行為，因具有阻卻違法事由「正當防衛」，而不具違法性，而不犯殺人罪；詳言之：對於甲現在——雖不具有責性，但仍屬違法的——不法攻擊，以殺人構成要件該當行為，進行必要而且適當的反擊，成立正當防衛，該殺人構成要件該當行為不具違法性，而不犯殺人罪。
-

提示：

「欠缺『任何』阻卻違法事由」＝「違法性」，但不是「用語」中有「違法性」三個字，就是屬「違法性」層次的問題哦！

「『形式』違法性」就是「構成要件該當性」，因為經驗上，構成要件該當行為「例外」才具有「阻卻違法事由」，所以一旦具有「構成要件該當性」，就「推定」其具有「違法性」；但也只是「推定」，可以在進入「阻卻違法判斷」時，舉證具有「阻卻違法事由」而加以推翻。

「違法性」，如果真的只有這三個字，指的就真的是「違法性」，有時更精確，相對於就是「構成要件該當性」的「『形式』違法性」，以「『實質』違法性」名之。

「違法性『錯誤』」是關於「不法意識」的問題，「不法意識」是「有責性」層次的問題；所以，「違法性『錯誤』」是確定你是個「『違法』」的構成要件該當行為人，「後」才會討論的問題，所以屬「有責性」層次的概念。

但要注意！發生「『不可避免的』違法性『錯誤』」，「『違法』」的構成要件該當行為人，就欠缺「不法意識」，而欠缺「有責性」，而不犯罪。但「『可避免的』違法性『錯誤』」屬「裁量性減輕刑罰事由」，精確來說，不算「有責性」層次的概念，不算「犯罪論」層次的概念，而是「刑罰論」層次的概念哦！

032. 「正當防衛」

我「合理」行使我的緊急防衛「權」哦！

(撰寫時序編號 038)(20170212)

鄭逸哲

「違法性」判斷對象是「構成要件該當行為」，如果沒有「構成要件該當行為」，就確定你不犯罪了，還判斷有沒有違法性做什麼？

「正當防衛」是最早被發現的「阻卻違法事由」，也是最早被明文規定的「阻卻違法事由」，其重要性可想而知！

但要注意！「正當防衛」是「『正當的』防衛」或具有「正當性」的「防衛」的簡稱，所以，即使是「防衛」也不見得是「正當的」；這也表示說，有「不正當」的「防衛」哦！

但無論如何，先確定你有「防衛行為」再說；還不只，還要是你以「構成要件該當行為」進行「防衛」再說；如果沒有「構成要件該當行為」，就確定你不犯罪，剛才說過哦！所以，「正當防衛」的「防衛」並不是純粹就是「防衛」，而必須是對於別人對你的攻擊，「當場」以「構成要件該當行為」進行的反擊行為。

先確定你有了以「構成要件該當行為」進行的「防衛」行為。我們才來看你的「防衛」行為是否具有「正當性」。要知道，如果說你的「防衛」是「正當的」，其實還不只說你是「不違法的」，更是正面積極說你是「合法的」；既然是「正當的」，當然就是「合法的」，不然就太詭異了！

既然是「合法的」，你就有「權利」做啊！所以，「正當防衛」有時甚至被稱為「正當防衛『權』」。

但任何權利（或權力）都不可能漫無限制，有「權」必有「限」，所以，你的「防衛」行為的「正當性」問題，其實就是你「合理」行使「防衛『權』」的問題。

首先，你只能對「現在的」且「不法的」攻擊進行「防衛」；但攻擊的「現在性」其實在我們說你是「防衛」時就處理過了，因為如果你不是「當場」反擊，充其量叫「報復」，不會叫「防衛」吧！所以，「當場」就隱含著「現在」的意思！至於，只容許你對「不法的」攻擊進行「防衛」，恐怕也是理所當然，如果讓你可以對「合法的」攻擊加以反擊，不就整個亂成一片了嗎？還有「法秩序」嗎？匪夷所思！

再來，你行使你的「防衛權」必須受到「必要性」和「適當性」的雙重限制，不然就變成「『無限』防衛權」了！這和法治國「有『權』必有『限』」的法概念是相衝突的！

另外，「正當防衛」成立要件也是主客觀要件共同構成的，所以你在主觀上也必須具有「防衛的意思」。

所以，「正當防衛」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y, z)$ = 對於 x 的現在不法攻擊， y 基於防衛的意思，當場以 z 構成要件該當行為進行必要且適當的反擊，成立正當防衛，不具違法性，而不犯 z 罪。

案例：

甲莫名其妙要殺乙，乙為自救，只好將甲打昏。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

1. 甲實現可罰的殺人未遂構成要件，犯殺人未遂罪。
2. 對於甲犯殺人未遂罪的現在不法攻擊，乙基於防衛的意思，當場以傷害構成要件該當行為進行必要且適當的反擊，成立正當防衛，不具違法性，而不犯傷害罪。

提示：

其實，很細緻來看「不違法」並不等於「合法」；「不違法」只是說「法律不禁止你做」，要不要做，「你自己看著辦！」；而「合法」不僅是說「法律不禁止你做」，而且明白表示你這樣做是「對的！」。

蠻久以前，其實不叫「阻卻違法事由」，而叫「正當化事由」；既然是「正當的」不也就是「合法化事由」嗎？那為什麼漸漸的，大家不再用「正當化事由」，而以「阻卻違法事由」加以取代呢？有沒有注意到，在我們常把「正當防衛」叫成「正當防衛『權』」的同時，幾乎沒有人說，「阻卻違法的緊急避難」是種「避難『權』」哦！反而說：「正當防衛」是種「權利行為」，而「阻卻違法的緊急避難」是種「放任行為」。「放任」不就是「你自己看著辦！」的意思嗎？

總之，「合法」一定「不違法」，但「不違法」就只是「不違法」！

033. 「攻擊的『不法性』」

在法律上你沒有忍受的義務，就反擊吧！

(撰寫時序編號 030)(20170209)

鄭逸哲

「防衛」是指對「攻擊」的當場「反擊」。反正，只要你不是先下手，而你當場反擊，就是「防衛」。但「防衛」也就只是指這樣，「防衛」是不是具有「正當性」，就又是另一回事。

具有「正當性」的「防衛」，刑法上叫「正當防衛」；所以，總要先確定有個「防衛（行為）」在，不然「正當性」要附麗在哪呢？

在刑法，這個「防衛行為」必須是個「X X構成要件該當行為」，不然也沒什麼好討論的，因為沒有「構成要件該當性」就確定不犯罪了，討論「防衛行為」的「正當性」幹嘛呢？因為「正當防衛」是阻卻違法事由啊！甚至，如果沒有個「構成要件該當行為」，連它是不是個「防衛行為」，都沒有討論的必要，對吧？

所以，討論「正當性」，是對「具有『構成要件該當性』的『防衛行為』」進行討論的。

「防衛」是個事實概念，但其「正當性」就是法律問題。法律並不允許對任何攻擊都可以當場反擊，只允許對具有「不法性」的現在攻擊，你有「權」加以反擊。所以，正當防衛有時甚至被稱為「正當防衛『權』」。

那這個現在攻擊的「不法性」如何判斷呢？它既然說是「不法的」，所以就算它不是犯罪的，你也可以反擊！比方，一名十二歲小屁孩拿棍子莫名其妙打你！他沒有責任能力並不會犯罪，但他的傷害構成要件該當行為還是違法的，所以對你是「不法的」攻擊，你是可以以傷害構成該當行為進行防衛的。

那如果，攻擊人沒有刑法的「違法性」，是不是他的攻擊就當然不具有「不法性」呢？這也未必！例如，有人真的弄錯了，誤把你的自行車當成他的要牽走，他並沒有竊盜故意，自然就沒有竊盜構成要件該當行為，更不會具有刑法的「違法性」囉！但這樣算不算「不法的」現在攻擊呢？你以狹義的剝奪他人行動自由構成要件該當行為硬攔住他，等警察來處理，也是可以的！

看出來了嗎？其實這個「不法性」，並不是以攻擊人的行為是否「不法」為準的，而是以你在法律上有没有忍受的義務為準的！

或許，你會說，像這樣也還是構成民法的侵權行為吧！怎能說不是以攻擊人的行為是否「不法」為準呢？說的也是！好吧！再看個例子！

你室友夜半夢遊，把你當成鬼，就拿菜刀要砍你，他在睡夢中，他的夢遊行為，總沒有故意過失吧！那怎麼辦？刑法不會白癡到叫你不可以防衛吧！你為了要保命，只好一腳把他踹昏，你這個傷害構成要件該當行為會不會構成正當防衛呢？

所以我們說，攻擊的「不法性」，並不是以攻擊人的行為是否「不法」為準的，而是以你在法律上有没有忍受的義務為準的。

因此，「攻擊的『不法性』」的「一句到位」函數式應該是：

$S(x, y)$ = 在法律上没有忍受義務的現在攻擊，即屬不法的現在攻擊， x 以 y 構成要件該當行為，當場進行必要且適當的反擊，成立正當防衛，不具違法性，而不犯 y 罪。

案例：

甲大做春夢，夜半夢遊竟要硬上室友乙，乙被驚醒，一腳把甲踹醒，甲也因而被踹傷。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

1. 甲的夢遊行為並非刑法上有意義的行為，自不可能犯罪。
 2. 在法律上没有忍受義務的現在攻擊，即屬不法的現在攻擊，乙以傷害構成要件該當行為，當場進行必要且適當的反擊，成立正當防衛，不具違法性，而不犯傷害罪。
-

提示：

「正當防衛」其實是「正當的」+「防衛」。而且要先有「攻擊」，才会有「防衛」。所以在完整處理一道實例題時，是依「攻擊(行為)」、「(具有構成要件該當性的)防衛(行為)」、「防衛行為的『正當性』」這樣的順序處理下來的！然後在處理「防衛行為的『正當性』」時，又先處理「攻擊的『不法性』」。你可能會問：那「攻擊的『現在性』」不用特別處理嗎？其實，你早處理過了！一開始我們不就說：「防衛」是指對「攻擊」的當場「反擊」嗎？你沒處理過「現在性」，如何說那個構成要件該當行為是「防衛行為」呢？。

034. 「反擊的『當場性』」

現在打回去叫「防衛」，明天再扁他叫「報復」！

(撰寫時序編號 006)(20170131)

「現在不法攻擊」乃「『現在的』且『不法的』攻擊」的簡稱。

刑法關於「正當防衛」的規定是：對「現在不法攻擊」得以構成要件該當行為進行「必要的」且「適當的」「防衛」。因為，是對「現在的」攻擊加以反擊而「防衛」；所以，必須「當場」反擊才叫「防衛」。

如果，沒有「當場」反擊，等攻擊「過去了」，也就是攻擊不具「現在性」了，才以構成要件該當行為對「過去」曾對自己進行「不法的」攻擊的人加以「攻擊」，不是別有原因，就是種「報復」，對吧？

我莫名其妙打你，你「當場」反擊，是「防衛」，是對「『現在的』且『不法的』攻擊」加以「防衛」，沒錯！等到第二天，我沒在打你了，當然就無所謂「攻擊」，更不要說什麼「『現在的』且『不法的』攻擊」，你想要進行「防衛」，也無從「防衛」起，對吧？只是你愈想愈幹，不扁我一下，難消心中之恨，就從背後偷襲我，把我打昏。這是不是種純粹的「攻擊」，是基於「報復」動機的「攻擊」呢？

這不只是種「報復」，不只是基於「報復」動機的「攻擊」，更是一種「『現在的』且『不法的』攻擊」，只是我被你打昏了，沒去進行「反擊」。

我是昨天的「『現在的』且『不法的』攻擊」的行為人，你是昨天對我的「『現在的』且『不法的』攻擊」進行「防衛」的行為人；你是今天的「『現在的』且『不法的』攻擊」的行為人，我是今天對你的「『現在的』且『不法的』攻擊」無法進行「防衛」的被害人。

所以，「反擊的『當場性』」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y, z)$ = 對於 x 的不法攻擊， y 未當場進行反擊，於事後已無防衛的適格對象，其以 z 構成要件該當行為攻擊 x ，自非防衛，充其量屬法不容許的自力報復，仍具違法性，而犯 z 罪。

案例：

甲打乙，乙被打趴，次日，乙愈想愈不甘心，偷偷從背後給甲一棍，將之打昏。
問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

1. 甲打乙，實現傷害構成要件，犯傷害罪。
2. 對於甲的犯傷害罪的不法攻擊，乙未當場進行反擊，於事後已無防衛的適格對象，其打昏甲以傷害構成要件該當行為攻擊甲，自非防衛，而屬法不容許的自力報復，仍具違法性，而犯傷害罪。

提示：

在「現在性」的限制下，「防衛」僅能「當場」行之，若攻擊已過去，該「不法攻擊」的被害人僅得循告訴等法律管道，對「不法攻擊」的行為人進行訴追處罰，現代法治國家並不容許「自力報復」。

035. 「反擊的適當性」

我没有濫用防衛權，當然適當啊！

(撰寫時序編號 072)(20170321)

鄭逸哲

你對於現在不法的攻擊，當場以X構成要件該當行為進行反擊，就是「防衛」，但也就只是說你在「防衛」！至於你的「防衛」是否具有「正當性」，是否成立「正當防衛」，那可是要進一步判斷的另一個問題。

防衛行為的「正當性」要兼具「必要性」和「適當性」；但所謂「必要性」的形式意義大於實質意義，真正的關鍵在「適當性」。

有許許多多的理論想就「適當性」提供判斷標準，但無論如何，都得回到「權利不得濫用」的根本基礎來論述。

有「權」必有「限」，即使「正當防衛」屬「防衛權」的概念，也不可能是無限制的權利，而「適當性」就是其「限」；而這個「限」就是立於「權利不得濫用」的基礎上。

其實，不管什麼理論，好像都没法很抽象又「具體」訂出「適當性」的判斷標準，幾乎最後都指向還是要「就具體個案認定之」，只差在它有沒有把這話講出來而

已。

反正，真正被適用來判斷「適當性」的標準，其實就是有講沒講差不多的「不要太過分」而已。

但是，有沒有「太過分」是誰說了算數？也是很空泛，或說不知何而知的「大家說」。簡單講，就是：「大家說」你不過分，你就不過分，你就有「適當性」；「大家說」你過分，你就過分，你就不具有「適當性」。

但好像又不願意明講這種「大家『覺得』」的判斷方式，真的在判決書或法律文獻，就會以另一種「同義反覆」的方式表達，只不過好像很有學問用「濫用防衛權」來取代「過分」：未濫用防衛權，即具有「適當性」；濫用防衛權，即不具有「適當性」。

所以，「反擊的適當性」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y)$ = 對於現在不法之攻擊， x 當場以 y 構成要件該當行為進行必要的反擊，該反擊難謂其濫用防衛權而不具適當性，故成立正當防衛，而不犯 y 罪。

案例：

甲無故持刀要砍乙，乙不得已將甲打昏以自救。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

1. 甲實現可罰的殺人未遂構成要件，犯殺人未遂罪。
2. 對於甲犯殺人未遂罪的現在不法之攻擊，乙當場以傷害構成要件該當行為進行必要的反擊，該反擊難謂其濫用防衛權而不具適當性，故成立正當防衛，而不犯傷害罪。

提示：

往往會看到「綜合判斷」的用語，但好像如何「綜合」法，也沒看有所進一步交待！

其實，所謂「綜合判斷」，在絕大部分的情況下，就是「就具體個案認定之」的代名詞，而且真的在適用時，其實是種「感性」判斷，根本就很難說清楚它到底是怎麼回事！反正在背後，其實是在進行「大家認為」的判斷模式；而且，這個「大家」也往往不是「大家」，而是「『我』即『大家』」。

036. 「緊急救助」

路見不平，拔刀相助！

(撰寫時序編號 037)(20170211)

鄭逸哲

「緊急救助」是「緊急避難」的另外一種說法嗎？不是！「緊急救助」就是「『為第三人』正當防衛」。那為什麼「『為第三人』正當防衛」又叫「緊急救助」呢？沒為什麼，就長久以來大家都這樣講！但或許和「路見不平，拔刀相助！」有關吧！

台灣現在用的這部刑法，深受 1932 年的德國刑法草案影響，而頒布在 1935 年。當時歐陸刑法思潮深受社會主義影響，使原來基於「個人主義」而形成的「正當防衛」——「『為自己』正當防衛」——更擴張至「『為第三人』正當防衛」。

在「『為第三人』正當防衛」概念下，「第一人」是指以構成要件該當行為為「第三人」進行防衛的人；而「第二人」是指現在正在不法攻擊「第三人」的人；所以「第三人」就是現在正在被「第二人」不法攻擊的人，也是被「第一人」以構成要件該當行為為他進行防衛的「被救助人」。

「『為第三人』正當防衛」也就是具有「正當性」的「『為第三人』防衛」。就「防衛」的部分，其有別於「『為自己』防衛」乃在於：以構成要件該當行為進行防衛的「第一人」，現在並未受到不法攻擊，現在真的受到不法攻擊的是被「第一人」救助的「第三人」。至於「正當性」的判斷，「『為自己』正當防衛」和「『為第三人』正當防衛」，就沒有什麼不同了，同樣都受到「必要性」和「正當性」的限制。

所以，「緊急救助」的「一句到位」函數式是：

$S(w, x, y, z)$ = 對於第二人 w 的現在不法攻擊， x 基於為第三人 y 防衛的意思，

當場以 z 構成要件該當行為為之進行必要且適當的反擊而緊急救助之，成立為第三人正當防衛，不具違法性，而不犯 z 罪。

案例：

甲莫名其妙毆打乙，丙路見不平，拔刀相助，毆傷甲而救乙。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

1. 甲實現傷害構成要件，犯傷害罪。
 2. 對於第三人甲犯傷害罪的現在不法攻擊，丙基於為第三人乙防衛的意思，當場以傷害構成要件該當行為為之進行必要且適當的反擊而緊急救助之，成立為第三人正當防衛，不具違法性，而不犯傷害罪。
-

提示：

其實，所謂「防衛的意思」的「意思」，就是以之進行防衛的構成要件該當行為的「行為動機」；所以，「『為第三人』正當防衛」中的「為第三人防衛的『意思』」就是「緊急救助的『行為動機』」。

037. 「或得拒絕緊急救助」

這個我有處分權，你就甭多事了！

(撰寫時序編號 074)(20170323)

鄭逸哲

你注意看哦！本單元的標題叫「『或』『得』拒絕緊急救助」，不只是「拒絕緊急救助」。這個「或」是說「或許可以，或許不可以！」；而這個「得」是說你可以拒絕，但也可以不拒絕囉！

「緊急救助」就是「為第三人（正當）防衛」，本來就有相當社會主義色彩，就有「路見不平，拔刀相助」的意思。但是，法律在鼓勵「見義勇為」的同時，似乎在某種情況下也得考慮一下被救助人的意願，畢竟有時你之「義」，未必符合

我之「利」。

除了生命法益和重大身體法益，連我們自己法益持有人自己都沒有「處分權」外，就其他的法益，尤其在個別具體情況，我們或許容許別人攻擊是為了換取更大的利益，比方，你讓你的髮型設計師「攻擊」你的頭髮，讓自己變得美美的！有時，即使當下看起來並沒有更大的利益可言，但或許基於其他考慮，也就「容忍」下來，比方，你女朋友莫名其妙一直捶你，但你還是想維繫感情，就任她公主病發洩，如果我們旁人多事強行介入，反倒怪怪的！

所以啊！對我們有「處分權」的法益，這就是必要的前提囉！如果我們不希望別人「緊急救助」介入的話，那你外人就不要多事！

但是！要搞清楚！我不要你的「緊急救助」，就只是針對你而言，他的攻擊是否具有「不法性」，又是另外一回事！他的攻擊是否具有「不法性」，和我是否不要你的「緊急救助」，一點關係也沒有！除非，我另外有給他「阻卻構成要件同意」或「阻卻違法的承諾」，才沒有進一步判斷他的攻擊是否具有「不法性」的必要，或否定其「不法性」！

所以，在屬於你有「處分權」的法益前提下，法律認為你有「緊急救助拒絕『權』」，並不是對方的攻擊有了你的「有權處分」而不具有「不法性」，才不允許他人強行介入，有時你根本沒給攻擊人「阻卻構成要件同意」或「阻卻違法的承諾」啊！毋寧，法律是尊重你如何就這種「現在的攻擊」，不論是它是法或不法的，但尤其是對不法的，讓你自行決定你所認為「最好」的「整體」處理選擇。

看出來了嗎？雖然是以具有「處分權」的法益作為前提，但我們的「緊急救助拒絕『權』」行使，只針對「為第三人防衛行為人」而言，叫他不要介入，和你是否有「處分」無關哦！「緊急救助拒絕『權』」的行使，並不會使攻擊人的攻擊「不法性」當然變不見！也就是說，他打我，我不要你介入是一回事；但他打我是否具有「不法性」，又是另外一回事！

總之，就人家有「處分權」的法益，一旦他行使他的「緊急救助拒絕『權』」了，你就不得強行介入！

當然，基於事實上考慮，總不能要你先問再上，所以只要在被助人沒有以任何形式「表示反對」你介入之前，在法律上，就是沒有「拒絕緊急救助」。

所以，「或得拒絕緊急救助」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y, z)$ = 被救助人 x ，就其現在被不法攻擊的法益具有處分權，亦已表示拒絕 y 進行緊急救助，故 y 的 z 構成要件該當行為，不成立為第三人正當防衛，仍具違法性，仍犯 z 罪。

案例：

有公主病的甲女，莫名其妙拿皮包一直甩打其因男友乙，路人丙看不下去，就踹了甲屁股一下要制止，此時，乙比出了「不要管」手勢，但丙還是繼續踢了甲二下屁股。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

1. 甲實現傷害構成要件，犯傷害罪。
 2. 被救助人乙，就其現在被甲犯傷害罪不法攻擊的輕傷害程度範圍內的身體法益具有處分權，亦已以手示表示拒絕丙進行緊急救助，故丙就其隨後踢乙二腳的傷害構成要件該當行為，不成立為第三人正當防衛，仍具違法性，就此部分仍犯傷害罪。
-

提示：

注意！只要在被救助人沒有以任何形式「表示反對」你介入之前，在法律上，就是沒有「拒絕緊急救助」，所以丙踢乙的第一腳，還是成立為第三人正當防衛，所以我們很精確說，「丙就其隨後踢乙二腳的傷害構成要件該當行為，不成立為第三人正當防衛，仍具違法性，就此部分仍犯傷害罪。」

038. 「偶然防衛」

哈！你打了你不知他正要殺你的傢伙！

(撰寫時序編號 036)(20170211)

鄭逸哲

「偶然防衛」是不是種「防衛」呢？我們局外人從客觀上來看，真的有人正要不法攻擊你，你以構成要件該當行為進行反擊，好像不能不說你是在「防衛」，甚

至不能說你不是在「正當防衛」。但為什麼叫「偶然防衛」呢？是說，雖然在客觀上你的構成要件該當行為難謂不是種「防衛行為」，但問題出在：你並非出於「防衛的意思」，而是出於「攻擊的意思」。比方，你根本不知道他在大衣的掩飾下正持槍瞄準你要殺你，你只是純粹看他看不順眼，就一腳踹過去把他踹傷，卻也因此他打偏了沒擊中你，你撿回一命。

所以，什麼是「偶然防衛」呢？就是：從客觀上來看，雖屬（正當）防衛行為，但在主觀上卻非出於「防衛的意思」，而是出於「攻擊的意思」的構成要件該當行為。更嚴格講，就是：符合正當防衛客觀要件下的「非」出於「防衛的意思」的構成要件該當行為。

「正當防衛」成立要件，亦是由主客觀要件共同構成的，「偶然防衛」發生時，即使符合其客觀要件，但主觀要件「防衛的意思」是欠缺的，因為你是出於「攻擊的意思」啊！所以，你的構成要件該當行為，仍不能成立「正當防衛」，仍具違法性。

本來，因為你不成立「正當防衛」，就依你所具有的構成要件該當行為而成立犯罪了！但想到：雖然你是出於「攻擊的意思」，我們當然不能說你的行為「讚」，所以你還是具有「行為無價值」；但是看結果，卻也不能不說「好在這樣，不然事情就更大條了！」，所以是「結果有價值」。

就「行為無價值」的部分，對你有所處罰，天經地義；但對「結果有價值」的部分，對你也要處罰，恐怕也不對吧！

怎麼辦呢？因為「結果有價值」，我們就把你的既遂行為「以未遂論」，這樣你就只會犯未遂之罪，而把處罰的範圍限縮在「行為無價值」的部分囉！

當然！如果刑法沒有處罰未遂的規定的話，「以未遂論」後，你就會變成不犯罪了！

來看「偶然防衛」的「一句到位」函數式：

$S(x, y)$ = 偶然防衛行為人 x ，雖具有 y 構成要件該當行為，但因結果有價值，而以未遂論，故犯 y 未遂罪（／但刑法並不處罰 y 未遂，故不犯罪）。

案例：

甲不知乙正持槍要殺他，只是純粹看乙不順眼，就舉腳踹之，乙因而打偏，甲也因此撿回一命。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

1. 乙實現可罰的殺未遂構成要件，犯殺人未遂罪。
2. 偶然防衛行為人甲，雖具有傷害構成要件該當行為，但因結果有價值，而以未遂論，但刑法並不處罰傷害未遂，故不犯罪。

提示：

其實，從某個角度來看，可罰的未遂構成要件，至少就結果不發生的未遂類型來看，因其欠缺「結果無價值」——結果根本沒發生，哪來結果有無價值的問題呢？——，是以「行為無價值」即建立可罰性的基礎；在此同時，既遂構成要件，就是以「行為無價值」和「結果無價值」共同建立其可罰性的基礎！

039. 「偶然避難」

哈！你根本沒有避難的意思，卻因此躲過一劫！

(撰寫時序編號 102)(20170428)

鄭逸哲

「偶然避難」是不是種「避難」呢？我們局外人從客觀上來看，真的有人面臨危難，你以構成要件該當行為進行避難，好像不能不說你是在「避難」，甚至不能說你不構成「阻卻違法的緊急避難」。但為什麼叫「偶然避難」呢？是說，雖然在客觀上你的構成要件該當行為難謂不是種「所救大於所犧牲」的「避難行為」，但問題出在：你並非出於「避難的意思」，而是出於「攻擊的意思」。比方，你根本不知道他在大衣的掩飾下正持槍瞄準你要殺你，你只是純粹看他不順眼，就順手拿了同學的筆電砸他，他就這樣被你打昏了，你撿回一命，但同學的筆電也為你「犧牲」了。

你打昏他的傷害構成要件該當行為構成「偶然防衛」，對吧？但你以同一個事實行為也砸壞了同學的筆電，又另有一個毀損構成要件該當行為，對吧？但從客觀上來看，所救大於所犧牲，對吧？你的命很「大」的！

所以，什麼是「偶然避難」呢？就是：從客觀上來看，雖屬（阻卻違法的）避難行為，但在主觀上卻非出於「避難的意思」，而是出於「攻擊的意思」的構成要件該當行為。更嚴格講，就是：符合阻卻違法的緊急避難客觀要件下的「非」出於「難避的意思」的構成要件該當行為。

「阻卻違法的緊急避難」成立要件，亦是由主客觀要件共同構成的，「偶然避難」發生時，即使符合其客觀要件，但主觀要件「避難的意思」是欠缺的，因為你是出於「攻擊的意思」啊！所以，你的構成要件該當行為，仍不能成立「阻卻違法的緊急避難」，仍具違法性。

本來，因為你不成立「阻卻違法的緊急避難」，就依你所具有的構成要件該當行為而成立犯罪了！但想到：雖然你不是出於「避難的意思」，我們當然不能說你的行為「讚」，所以你還是具有「行為無價值」；但是看結果，卻也不能不說「好在這樣，不然事情就更大條了！」，所以是「結果有價值」。

就「行為無價值」的部分，對你有所處罰，天經地義；但對「結果有價值」的部分，對你也要處罰，恐怕也不對吧！

怎麼辦呢？因為「結果有價值」，我們就把你的既遂行為「以未遂論」，這樣你就只會犯未遂之罪，而把處罰的範圍限縮在「行為無價值」的部分囉！

當然！如果刑法沒有處罰未遂的規定的話，「以未遂論」後，你就會變成不犯罪了！

來看「偶然避難」的「一句到位」函數式：

$S(x, y)$ = 偶然避難行為人 x ，雖具有 y 構成要件該當行為，但因結果有價值，而以未遂論，故犯 y 未遂罪（／但刑法並不處罰 y 未遂，故不犯罪）。

案例：

甲根本不知道乙在大衣的掩飾下正持槍瞄準要殺他，只是純粹看乙不順眼，就順手拿了丙的筆電砸乙，乙被甲打昏，甲因而撿回一命，但丙的筆電亦成廢鐵。
問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

1. 乙實現可罰的殺未遂構成要件，犯殺人未遂罪。
2. 偶然防衛行為人甲，雖具有傷害構成要件該當行為，但因結果有價值，而以未遂論，但刑法並不處罰傷害未遂，故不犯罪。
3. 偶然避難行為人甲，雖具有毀損構成要件該當行為，但因結果有價值，而以未遂論，故刑法並不處罰毀損未遂，故不犯罪。

提示：

再複習一次：

其實，從某個角度來看，可罰的未遂構成要件，至少就結果不發生的未遂類型來看，因其欠缺「結果無價值」——結果根本沒發生，哪來結果有無價值的問題呢？——，是以「行為無價值」即建立可罰性的基礎；在此同時，既遂構成要件，就是以「行為無價值」和「結果無價值」共同建立其可罰性的基礎！

另外，本單元的實例演習是不是很創意啊？甲以「同一事實行為」有二個構成要件該當行為，一個是成立「偶然防衛」，另一個成立「偶然避難」。

看出來了嗎？為什麼「同一事實行為」分次「重覆」觀察法，一再被強調！

040. 「誤想防衛」

人家又沒攻擊你，你要防衛什麼？

(撰寫時序編號 035)(20170211)

鄭逸哲

「衛想防衛」是不是種「防衛」？當然不是！它只是說你誤以為自己在做「防衛行為」，但人家根本就沒有攻擊你，你要「防衛」什麼？所以，「誤想防衛」是指：你誤以為有人現在正在不法攻擊你，但事實上連「攻擊」也沒有，但你卻以「構成要件該當行為」進行根本不是「防衛」的你誤以為是「反擊」的攻擊。

但就算你是「誤想防衛」，但不是以「構成要件該當行為」行之，在刑法上也不會有問題吧！所以，一定要是以「構成要件該當行為」進行的「誤想防衛」，刑法才會感興趣！

就算你是「誤想防衛」，但你還是有在想「防衛」，我們很難想像以過失行為進行防衛，所以你的「構成要件該當行為」一定是「故意構成要件該當行為」。

對於你這個「故意構成要件該當行為」，是絕對不可能成立「正當防衛」而阻卻違法的，因為「誤想防衛」根本不是「防衛」，連「防衛」都不是，談什麼「正當防衛」呢？

現在是你有「故意構成要件該當行為」是確定的，而發生你誤以為你具有「正當防衛」這樣的阻卻違法事由，你誤以為你可以以你的「故意構成要件該當行為」去攻擊人家——事實上你是在攻擊哦！而不是反擊！

這種誤以為自己的構成要件該當行為「事實上」具有「阻卻違法事由」的事情，在學理上叫：「容許事實錯誤」！

另有一種叫：「容許要件錯誤」；它和事實無關，它是說你搞不清楚法條規定的容許範圍，比方，正當防衛的防衛行為有「必要性」和「適當性」的限制，但你誤以為可以「無限」反擊。

現在你不是發生「容許要件錯誤」，而是發生「容許事實錯誤」：你是搞不清事實狀況，把「沒有攻擊」當成「有攻擊」！

但不管是發生「容許事實錯誤」，還是發生「容許要件錯誤」，刑法都沒有規定要如何處理，所以學理就有發言的空間囉！

由於「容許事實錯誤」也是關於事實面的認識錯誤，這和「構成事實錯誤」也是關於事實面的認識錯誤很像，所以我們想模仿「構成事實錯誤」的「阻卻故意」的方式來處理「容許事實錯誤」的問題。

但你就是有個「故意構成要件該當行為」，怎麼「阻卻故意」啊！沒關係！法律人很聰明的，我把你「以欠缺故意論」，總可以吧！

但把你當沒有「故意構成要件該當行為」來處理是一回事，要不要完全放過你，又是另外一回事哦！如果完全對你不處罰，大家也覺得怪怪的，好像不公平吧！沒關係！法律人很聰明的，我再把你「以過失論」，總可以吧！這樣就可以對你以過失罪相繩囉！

好累！轉了好幾轉，可以來看「誤想防衛」的「一句到位」函數式：

$S(x, y)$ = 誤想防衛行為人 x ，雖具有 y 構成要件該當行為，但其發生容許事實錯誤，而以欠缺故意論，然全不加罰，亦難得其平，故 x 仍以過失論，而犯過失 y 罪。

案例：

甲誤以為乙正要殺他，就撿起一塊磚砸乙，乙被打昏。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

誤想防衛行為人甲，雖具有傷害構成要件該當行為，但其發生容許事實錯誤，而以欠缺故意論，然全不加罰，亦難得其平，故甲仍以過失論，而犯過失傷害罪。

提示：

刑法上的「以…論」的威力是十分強大的，但無論如何，它總是一種「方法」，本身並非「目的」！

041. 「誤想避難」

又沒有危難，你在避什麼難？

(撰寫時序編號 103)(20170428)

鄭逸哲

「誤想避難」是不是種「避難」？當然不是！它只是說你誤以為自己在做「避難行為」，但根本就沒有危難發生，你要「避難」個鬼！所以，「誤想避難」是指：你誤以為現在有危難發生，但事實上根本沒有，但你卻以「構成要件該當行為」進行你自以為的「避難」。

但就算你是「誤想避難」，但不是以「構成要件該當行為」行之，在刑法上也不會有問題吧！所以，一定要是以「構成要件該當行為」進行的「誤想避難」，刑法才會感興趣！

就算你是「誤想避難」，但你還是有在想「避難」，我們很難想像以過失行為進行避難，所以你的「構成要件該當行為」一定是「故意構成要件該當行為」。

對於你這個「故意構成要件該當行為」，是絕對不可能成立「阻卻違法的緊急避難」而阻卻違法的，因為「誤想避難」根本不是「避難」，連「避難」都不是，談什麼「阻卻違法的緊急避難」呢？

現在是你有「故意構成要件該當行為」是確定的，而發生你誤以為你可以依「阻卻違法的緊急避難」這樣的規定，以你的「故意構成要件該當行為」去攻擊人家而去避根本不存在的「危難」。

這種誤以為自己的構成要件該當行為是在「阻卻違法事由」成立要件被實現的情況下而為之，在學理上叫：「容許事實錯誤」！

另有一種叫：「容許要件錯誤」；它和事實無關，它是說你搞不清楚法條規定的容許範圍，比方，阻卻違法的緊急避難的避難行為有「所救大於所犧牲」的「法益權衡」限制，但你誤以為可以「無限」避難。

現在你不是發生「容許要件錯誤」，而是發生「容許事實錯誤」：你是搞不清事實狀況，把「沒有危難」當成「有危難」！

但不管是發生「容許事實錯誤」，還是發生「容許要件錯誤」，刑法都沒有規定要如何處理，所以學理就有發言的空間囉！

由於「容許事實錯誤」也是關於事實面的認識錯誤，這和「構成事實錯誤」也是關於事實面的認識錯誤很像，所以我們想模仿「構成事實錯誤」的「阻卻故意」的方式來處理「容許事實錯誤」的問題。

但你就是有個「故意構成要件該當行為」，怎麼「阻卻故意」啊！沒關係！法律人很聰明的，我把你「以欠缺故意論」，總可以吧！

但把你當沒有「故意構成要件該當行為」來處理是一回事，要不要完全放過你，又是另外一回事哦！如果完全對你不處罰，大家也覺得怪怪的，好像不公平吧！沒關係！法律人很聰明的，我再把你「以過失論」，總可以吧！這樣就可以對你以過失罪相繩囉！

好累！轉了好幾轉，可以來看「誤想避難」的「一句到位」函數式：

$S(x, y)$ = 誤想避難行為人 x ，雖具有 y 構成要件該當行為，但其發生容許事實錯誤，而以欠缺故意論，然全不加罰，亦難得其平，故 x 仍以過失論，而犯過失 y 罪。

案例：

甲借住乙豪宅，睡到一半，聞有異味，以為是瓦斯漏氣，就舉起椅子將乙宅的固定式氣密窗擊破，怎知根本不是這麼回事，是乙放屁太臭而已。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

誤想避難行為人甲，雖具有毀損構成要件該當行為，但其發生容許事實錯誤，而以欠缺故意論，然全不加罰，亦難得其平，故甲仍以過失論，但刑法卻無處罰過失毀損的規定，故甲仍不犯罪。

提示：

甲運氣不錯！活在台灣，砸破乙的窗戶也在台灣！如果在德國，人家可是有過失毀損罪的！所以哦！唸刑法有點不划算，唸了半天，一離開台灣，可能又是另一回事了！

042. 「阻卻違法的緊急避難」

我有危難，法律上你有義務為我「不太大」犧牲一下！

(撰寫時序編號 067)(20170320)

鄭逸哲

啥叫「緊急避難」？是不是有緊急的危難，你要「避難」，對吧？但如果，比方，刮大颱風，你就躲在山洞裡「避難」，不會有啥法律問題吧！是不是你以 X 構成要件該當行為而「避難」，才會有什麼法律問題，對吧？所以，先看你有個什麼構成要件該當行為，再說吧！

這個構成要件該當行為，和屬防衛的，有什麼不同呢？防衛是攻擊打哪來，你就正面打回去！但這個屬「避難行為」的構成要件該當行為，是危難從哪來，你並沒正面對抗，而是轉身將屁股對著它，再用你的構成要件該當行為去攻擊一個和危難發生毫不相干的人而「避難」。

看出來了嗎？「避難（行為）」其實是指：去攻擊「無辜的第三人」來保全自己的構成要件該當行為。就因為有人莫名其妙被你犧牲，法律才有介入的必要吧！

但法律可以容許你「犧牲無辜的人來保全自己」嗎？它說在「一定範圍」內可以。法律是訴諸社會主義的思想，如果你犧牲「不太大」，但可保全別人那個「比較大的」，那從整個社會來看，是「划算的」，那你就犧牲一下囉！

當然，它也不會要你「無限制」的犧牲，因為那樣不就變成「不划算」了嗎？所以，它設有二個重要限制：「不得已」和「法益權衡」。

所謂「不得已」是指：你以這個構成要件該當行為進行「避難」，是沒有其他可避難的方法了！也就是「別無選擇」的意思！

至於「法益權衡」，就是說，你這樣做一定要是「划算的」，也就是「所救大於所犧牲」。所以，「所救等於所犧牲」，還是「『不』划算的」，還是不可以的！

如果你是「不得已」，以構成要件該當行為攻擊「無辜的第三者」而進行避難，而且「所救大於所犧牲」而符合「法益權衡」，那刑法就說你的這個構成要件該當行為是「不違法」的，是成立「阻卻違法的緊急避難」，而沒有違法性的！

所以，「阻卻違法的緊急避難」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y, z)$ = 對於緊急危難，基於避難的意思， x 不得已以 y 構成要件該當行為攻擊無辜第三人 z ，但所救大於所犧牲，符合法益權衡，成立阻卻違法的緊急避難，不具違法性，而不犯罪。

案例：

甲急病必須立即就醫，但不能再等救護車了！四下也無其他交通工具，甲就持刀強迫心不甘情不願的乙，用他的車載自己到醫院，甲因而撿回一命。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

對於急病的緊急危難，基於避難的意思，甲不得已以強制構成要件該當行為攻擊無辜第三人乙，但所救的甲生命法益大於所犧牲的乙自由法益，符合法益權衡，成立阻卻違法的緊急避難，不具違法性，而不犯罪。

提示：

注意，不同於成立「正當防衛」的構成要件該當行為屬「權利行為」；刑法很不負責任把成立「阻卻違法的緊急避難」的構成要件該當行為叫「放任行為」。這什麼意思啊！

白話講，它也不說你就是「合法的」，叫你自己看著辦，「放任」你自己決定要不要幹！但就算你做了，它也沒說你是「合法的」，就只是說你是「不違法的」！

所以哦！早年都叫「正當化事由」，但現在都改成叫「阻卻違法事由」。看出來眉角在哪了嗎？

043. 「法益暨利益權衡」

大家說划算，就划算囉！

(撰寫時序編號 082)(20170402)

鄭逸哲

刑法很不負責把「阻卻違法的緊急避難」叫「放任行為」！反正，就是說，你要不要用構成要件該當行為去攻擊「無辜的第三者」來避難，你自己看著辦！刑法既不鼓勵，也不「禁止」就是了！但是哦！這樣做一定要「划算」，它才說你是「阻卻違法的」！

這個「划算」，是以社會的角度來看，要「所救大於所犧牲」！也就是所救的法益要「重」於所犧牲的法益，才算符合「法益權衡」，你才成立「阻卻違法的緊急避難」，才能阻卻你的構成要件該當行為違法性。

一般教科書舉的實例，都不難判斷是否符合「所救大於所犧牲」，因為大概都可以依「生命、身體、自由、財產」的法益輕重「位階順序」加以判斷！但是，天

下哪有每次都那麼剛好，可以單就二個法益進行位階比較就OK的！

比方，無人居住的廠房發生大火，有人就是不借路救火，你硬「侵入住宅」借道救火，這時，拿你攻擊的「自由法益」和所要保全的「財產法益」怎麼比較？如果，堅持「自由法益」的位階高於「財產法益」的位階，這樣不就不符合「法益權衡」？但說你以狹義侵入住宅構成要件該當行為為第三人避難，不符合「法益權衡」，仍具「違法性」，於情於理，大概也不會有人接受吧！

為了解決這樣的困境，學理就把「法益權衡」擴張為「法益暨利益權衡」來解套。

雖然，這個理論方向是正確的，但是無可否認很難訂出一個明確的判斷標準。光「利益」和「法益」有啥不同，怎樣叫「所救『利益』大於所犧牲『利益』」，大概沒人能說清楚。

講白了，是否符合「法益暨利益權衡」，只能「就具體個案認定之」，等到事情真的發生了再看！而且，怎麼「看」呢？就看「大家」怎「看」囉！如果「大家」「認為」符合「法益暨利益權衡」，就是符合囉！

所以，是否符合「法益暨利益權衡」，真正的判斷標準，其實是於「具體個案」發生時，依「大家」的「認為」來認定的。

至於「大家」是誰？不要問！說不清楚的！不然，祭出很神秘的「一般社會通念」好像也不錯用！

所以，「法益暨利益權衡」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y, z)$ = 對於緊急危難，基於避難的意思， x 不得已以 y 構成要件該當行為攻擊無辜第三人 z ，依一般社會通念，所救利益大於所犧牲利益，符合法益暨利益權衡，成立阻卻違法的緊急避難，不具違法性，而不犯罪。

案例：

無人居住的甲所擁有的廠房發生大火，乙不借路救火，甲硬「侵入住宅」借道救火。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

對於緊急危難，基於避難的意思，甲不得已以狹義侵入住宅構成要件該當行為攻擊無辜第三人乙，依一般社會通念，所救利益大於所犧牲利益，符合法益既利益權衡，成立阻卻違法的緊急避難，不具違法性，構成要件要素化違法要素「無故」未被實現，甲不具有無故侵入住宅構成要件該當性，不犯無故侵入住宅罪。

提示：

在前面，提到「生命、身體、自由、財產」的法益輕重「位階順序」時，你有注意到裡頭沒有「名譽」嗎？為什麼呢？因為刑法第 24 條的規定，它就排除了「名譽」啊！

所以，即使非不能想像，為保全名譽法益而以構成要件該當行為進行避難，但在刑法明文排除的情況下，當然不可能有「法益權衡」適用的問題，遑論「法益暨利益權衡」的適用。

044. 「負有特別義務禁止避難」

不只是「特別義務」，還得是「公務上」或「業務上」的！

(撰寫時序編號 075)(20170326)

鄭逸哲

嗯！所謂「禁止避難」，是說你碰到「危難」也不得閃躲，必須迎向它，對吧？那為什麼別人可以躲，而你不行呢？刑法第 24 條第 2 項說，如果你在「公務上業務上有『特別義務』」的話，就不可以！所以我們說，「負有特別義務禁止避難」。

好！無論如何，「負有特別義務禁止避難」還是關於違法性層次的問題，所以還是先有個構成要件該當行為再說吧！

看出來了嗎？是不是因為有「特別義務」的你「避難」去了，而有了 X X 構成要件該當行為，也因為你有「特別義務」不得閃躲，所以，就算你「不得已」好了，就算你這樣「躲」是符合「法益權衡」，好了，還是具有「違法性」的。

在此同時，更要注意到，這個「特別義務」，並不是等到判斷你的 X X 構成要件

該當行為的「違法性」時，我們才請它出場的！而是在判斷你有什麼構成要件該當行為時，它就率先登場。但是哦！它是以「作為義務」的面貌出現，對不對？

所以，你的構成要件該當行為一定是有履行「（特別）作為義務」的純正／不純正「不作為構成要件該當行為」。

但更要注意！就算你在法律上有「（特別）作為義務」，而因為你沒有履行而有了純正／不純正「不作為構成要件該當行為」，也不當然就會「負有特別義務禁止避難」，因為啊！「作為義務」當然是法律的沒錯，但刑法第 24 條第 2 項說的可是「公務上或業務上有『特別（作為）義務』」，而不只是「有『特別（作為）義務』」。

比方，父母對未成年子女具有保全型保證人義務，甲事實上已進入保證人地位，甚至故意未履行該保全型保證人義務，而導致他小朋友乙死亡好了，他就具有「不純正不作為殺人構成要件該當行為」，但他有没有可能主張「阻卻違法的緊急避難」呢？會不會因為「負有特別義務禁止避難」，所以說甲就是不可以這樣主張呢？不會的！不管父母對未成年子女具有保全型保證人義務是怎樣的「（特別）作為義務」，但就不是「公務的」，也不是「業務的」，對吧？

總之，不只是「有（特別）作為義務」，而是「有公務上或業務上有『特別（作為）義務』」，才可能會發生「負有特別義務禁止避難」的問題！

所以，「負有特別義務禁止避難」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y, z)$ = 公務上／業務上具有 x 作為義務之人 y ，因避難而未履行該義務而具有 z 構成要件該當行為，雖仍屬避難行為，但因該公務上／業務上特別義務而禁止其避難，是以，即使其不得已且符合法益權衡，仍具有違法性，而犯 z 罪。

案例：

甲為奉命追捕傳染病源「瘋狗」防疫公務員，但碰到「瘋狗」時為其瘋狂攻擊，甲不得已遁入民宅躲藏，任由「瘋狗」逃逸，其後「瘋狗」四處咬人，台灣疫情一發不可收拾，死傷如流，形成浩劫。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

公務上具有追捕傳染病源「瘋狗」作為義務之人甲，因避難而未履行該義務而具有廢弛職務釀成災害構成要件該當行為，雖仍屬避難行為，但因該公務上特別義務而禁止其避難，是以，即使其不得已且符合法益權衡，仍具有違法性，而犯廢弛職務釀成災害罪。

提示：

看出來了嗎？會適用「負有特別義務禁止避難」的構成要件該當行為人，不僅他的構成要件該當行為是純正／不純正不作為構成要件的，而且一定是「身分犯構成要件」，對吧？而且是「『雙重』身分犯構成要件」，對吧？第一重是「（從事）公務或業務」，第二重是「（具有）特別義務」！

另外，所謂「負有特別義務禁止避難」的實質意義就是：不必，甚至不得再進行「不得已」和「法益權衡」判斷啦！

045. 「不法自招危險禁止避難」

你「不法」自找的，你避什麼難？

(撰寫時序編號 076)(20170327)

鄭逸哲

你哦！看完電影，深受感動，就自己尋求加入「兄弟幫」！而你也不知道「幫規」森嚴，「不得違抗老大命令，否則格殺毋論！」但你還是「欣然」加入了！

一天，你「老大」發現他女人給他戴綠帽，暴跳如雷，要你當著他的面，把他女人的舌頭割掉！如果你不照辦，你馬上會沒了小命！所以，你就照辦了！

好！你割掉你老大的女人舌頭，有個「重傷害構成要件該當行為」，對吧？你是不是因為怕自己不聽話，就會被你老大宰了，為了保住自己的生命法益，所以 you 以「重傷害構成要件該當行為」進行「為自己避難」，對吧？

別急！只是問你，你是不是「為自己進行避難」，還沒問你這樣的「避難行為」是否具有「違法性」啦！

不對哦！如果這個「危難」是你自己惹出來的，你還要「避難」，情理上也說不過去，所以不該准你避難，對吧？

其實也還沒「對」！就算這個「危難」是你自己惹出來的，比方，你逗著人家的猛犬玩，它突然兇性大發，向你發動攻擊，你只好拿棒子把它打傷，而以「毀損構成要件該當行為」進行「避難」，要說是你自找的，是沒錯啦！但不准你「避難」，也過於嚴苛，畢竟，你逗弄狗，也沒什麼「不法」可言，對吧？

所以，很精確講，不是「自招危險禁止避難」，而是「『不法』自招危險禁止避難」！

所以，「不法自招危險禁止避難」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y) = x$ 以 y 構成要件該當行為自己避難，但該危難乃因其不法自招而來，而禁止其為自己避難，是以，即使其不得已且符合法益權衡，仍具有違法性，而犯 y 罪。

案例：

甲自願加入「不絕對服從命令，格殺毋論」的「殘酷幫」，一日幫主乙命甲當其面痛毆拒交「保護費」的丙，甲不敢不從，痛打了丙一頓。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

1. 正犯甲以傷害構成要件該當行為自己避難，但該危難乃因其不法自招而來，而禁止其為自己避難，是以，即使其不得已且符合法益權衡，仍具有違法性，而犯傷害罪。
2. 乙基於教唆傷害故意，使甲形成犯意，並因而著手而犯傷害罪，乙為刑法上的教唆傷害犯，從屬正犯甲成立教唆傷害罪名，依該罪名處罰之。

提示：

注意！之所以「不法自招危險禁止避難」，是「你」不法自招而來，所以禁止是「你」「為自己」避難。但如果因為你的不法行為給「第三人」招來危難，你還是可以以構成要件該當行為為「第三人」進行避難，如果也符合「不得已」和「法

益權衡」的要求，還是成立「阻卻違法的為第三人緊急避難」，仍然不具違法性！

因此，其實光說「不法自招危險禁止避難」還不夠，要說「不法自招危險禁止『為自己』避難」才精確！

另外，這個「危難」就算是你「不法自招」，也要於你「不法」做啥時，就你「後來」真的碰到的「危難」，在「當時」就「可預見」遲早會到來。否則，也不適用「不法自招危險禁止『為自己』避難」，也就是說，你還是可能成立「阻卻違法的為自己緊急避難」啦！

還有哦！其實和「負有特別義務禁止避難」一樣，「不法自招危險禁止『為自己』避難」的實質意義就是：不必，甚至不得再進行「不得已」和「法益權衡」判斷啦！

046. 「為自殺者進行『防衛』」

「第二人」甲要殺「第三人」甲，你為救「第三人」甲，打昏「第二人」甲…
(撰寫時序編號 002)(20170130)

鄭逸哲

自殺不犯罪！但自殺行為是不是「不法行為」呢？是吧！不然加工自殺行為人怎會犯罪呢？如果他加工的不是「不法行為」，怎能說他犯罪呢？所以，自殺是不犯罪啦！但自殺行為還是「不法行為」哦！

啥是自殺？是不是還是「行為人」殺「被害人」，但「行為人」和「被害人」由同一個「自然人」扮演？A殺A，B殺B，叫自殺，對吧！

因此，A要跳樓鬧自殺，是不是有個人「第二人」A「現在不法攻擊」「第三人」A呢？你是誰？你是「第一人」啦！為了要救「第三人」A的命，你只好把「第二人」A打昏，把「自然人」A扛下樓，才保住「第三人」A的命！

所以，基於為「第三人」A防衛的意思，你打昏「第二人」A，而以傷害構成要件該當行為，當場為「第三人」A反擊「第二人」A的自殺「現在不法攻擊」，該反擊必要且適當，故成立為「第三人」正當防衛，不具違法性，而不犯傷害罪。

看出來了嗎？在為第三人正當防衛，「第一人」就是以構成要件該當行為，為被

「第二人」現在不法攻擊的「第三人」反擊「第二人」的那個人！

至於「第二人」和「第三人」固然通常不是同一個「自然人」，但是也有可能是同一個「自然人」兼飾二角。「第二人」和「第三人」都是種「法律適格」的概念，而非純事實的問題。

所以，「為自殺者進行『防衛』」的「一句到位」函數式是：

$S(w, x, y, z)$ = 基於為第三人 w 防衛的意思， x 以 y 構成要件該當行為，當場為第三人 w 反擊第二人 z 的現在不法攻擊，該反擊必要且適當，故成立為第三人正當防衛，不具違法性，而不犯 y 罪。

案例：

甲莫名持刀要自殺，乙為救甲，不得已將甲打昏，救了他一命。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

1. 自殺雖仍屬不法行為，但刑法並無自殺構成要件，故甲不犯罪。
2. 基於為第三人甲防衛的意思，乙打昏甲而以傷害構成要件該當行為，當場為第三人甲反擊第二人甲的現在自殺不法攻擊，該反擊必要且適當，故成立為第三人正當防衛，不具違法性，而不犯傷害罪。

提示：

在為第三人正當防衛，「第二人」和「第三人」固然通常不是同一個「自然人」，但是也有可能是同一個「自然人」兼飾二角；也就是變項 w 和 z 有可能代入同一個「自然人」。

047. 「阻卻構成要件同意」

是你自己叫我把你的筆電砸成廢鐵的！

(撰寫時序編號 028)(20170208)

鄭逸哲

你搭過公車吧？在公車行進中，還沒到站哦！你突然向司機說：「靠邊！靠邊！我要在這裡下車！」，但他不鳥你，直到下一個停靠站，才讓你下車，問：公車司機有沒有剝奪你的行動自由呢？

「剝奪行動自由」是個中性的概念，它是說：把人「關」在一定空間範圍內，不讓人家來去自如。所以，公車司機有剝奪你的行動自由，對吧？但他會因此犯非法剝奪他人行動自由罪嗎？

人家可能會說，公車司機是依照公車營運相關法令，只能讓乘客在停靠站上下車，所以他具有「依法律之行為」的阻卻違法事由，不具違法性，當然不犯非法剝奪他人行動自由罪！

這樣聽起來相當合理，公車司機不犯非法剝奪他人行動自由罪也是對的，但理由並不是它具有阻卻違法事由，而是他連狹義的「剝奪他人行動自由構成要件該當性」都沒有！

啥？剛不才說他有剝奪你的行動自由，怎會沒有狹義的「剝奪他人行動自由構成要件該當性」呢？

上世紀末，刑法理論發展出來一種極重要的不成文消極構成要件「阻卻構成要件同意」概念。它是說：法益持有人對自己財產法益、名譽法益和自由法益具有「處分權」，如果行為人取得法益持有人的「同意」，而且在其「同意的範圍內」攻擊他的財產法益、名譽法益或自由法益，即使實現了相關的成文「積極」構成要件，也因為不成文消極構成要件「阻卻構成要件同意」亦告實現，仍不具構成要件該當性。

比方，你叫我把你全新的筆電砸成廢鐵，我就砸了，那我有没有「毀損」呢？有沒有實現成文的「毀損構成要件」呢？有吧！但因為你對你的財產法益具有「處分權」，而且我是在你的「同意」下，而且是在你「同意的範圍內」攻擊你的財產法益，所以不成文消極構成要件「阻卻構成要件同意」亦告實現，因此我仍然不具有「毀損構成要件該當性」，而不犯毀損罪。

同樣的，公車司機也是因為具有你的「阻卻構成要件同意」，所以已不具有「剝奪他人行動自由構成要件該當性」，就已確定不犯罪，根本不必也不可以再無謂討論什麼「阻卻違法事由」了！

啥？你或許會問：我從沒給司機什麼「同意」啊？是嗎？你有唸過「默示的意思表示」吧！你上車時，沒有以「事實舉止」表示「同意」人家至少可以把你「關」到下一個停靠站嗎？

綜上所述，「阻卻構成要件同意」的「一句到位」函數式為：

$S(x, y) = x$ 雖實現成文的 y 構成要件，但不成文消極構成要件「阻卻構成要件同意」亦告實現，仍不具有 y 構成要件該當性，而不犯 y 罪。

案例：

公車司機甲拒絕乘客乙臨時停車的要求，直到下一個停靠站才讓乙下車。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

甲雖實現成文的狹義剝奪他人行動自由構成要件，但不成文消極構成要件「阻卻構成要件同意」亦告實現，已不具有狹義剝奪他人行動自由構成要件該當性，遑論廣義的非法剝奪他人行動自由構成要件該當性，自不犯非法剝奪他人行動自由罪。

提示：

如果没有構成要件該當行為，就不必也不應該再繼續討論阻卻違法事由的問題；違法性的判斷對象是構成要件該當行為，對吧？即使是具有「構成要件要素化違法要素」的廣義構成要件，在判斷有無該構成要件的構成要件該當性時，也應該維持先狹義的構成要件該當性判斷，方才進行阻卻違法事由判斷。

並請體會一下「遑論」用語的使用方式。

048. 「阻卻構成要件的可推測同意」

「侵」和「竊」都是指「違背被害人的意思」！
(撰寫時序編號 124)(20170515)

問你哦！「侵入住宅」和「侵占」的「侵」是啥意思呢？它是個動詞嗎？不是吧！「入」和「占」才是動詞；那麼，「侵」是啥呢？其實哦！「侵」是副詞，是指「違背被害人的意思」——「竊盜」的「竊」也是同樣的意思。

你回家也要「入住宅」，你持有自己的東西也要「占」，對吧？這在法律上當然沒事，但你「違背被害人的意思」而「入住宅」，而「占」，就會有事囉！但如果，你得到被害人的「同意」而「入住宅」，而「占」的話，自然就沒有實現「違背被害人的意思」，就沒有「『侵』入住宅構成要件該當性」，就沒有「『侵』占構成要件該當性」，也不會犯罪的。

好！那是不是，你「事實上」沒有被害人的「同意」就「入住宅」，就「占」的話，就必然會有「『侵』入住宅構成要件該當性」或「『侵』占構成要件該當性」，而犯罪呢？那就未必了！

比方，你出門時忘了關爐火，東西都燒焦起火了，他為了替你滅火，在「事實上」沒有你「同意」的情況下就「入住宅」；或者，你拿二千元給她，請她次日替你包紅包給新婚的老師，但一出門，她就和男友上賓館，在沒有你「同意」的情況下，把「這」錢給花了，但第二天，她又掏了自己另外的二千元替你包紅包給老師。像這樣，他（她）還是會因為具有「『侵』入住宅構成要件該當性」或「『侵』占構成要件該當性」，而犯罪嗎？

再怎說，他（她）就是在「事實上」沒有被害人的「同意」就「入住宅」，就「占」了，對吧？但說他（她）具有「『侵』入住宅構成要件該當性」或「『侵』占構成要件該當性」而犯罪，好像也不對，對吧？這怎麼辦呢？

沒關係！法律（理論）往往比人更聰明，就發展出來一種叫「阻卻構成要件的可推測同意」的概念。雖然，就被害人有「處分權」的自由、名譽或財產法益，他（她）「事實上」並沒有得被害人的「同意」就加以「攻擊」，但基於「有利被害人原則」或「欠缺保護必要性」，我們還是以「同意」具有「可推測性」，視為他（她）得到「同意」了，而認為「侵」沒有被實現，這樣你就沒有「『侵』入住宅構成要件該當性」或「『侵』占構成要件該當性」，而不犯罪了啊！

這種「阻卻構成要件的可推測同意」，和「阻卻構成要件同意」一樣，都是一種不成文消極構成要件。不同在於：「阻卻構成要件同意」是人家真的有「同意」；而「阻卻構成要件的可推測同意」，則是在「事實上」根本沒有被害人的「同意」，而是「可推測」，如果你「行為時」問他同不同意，他會同意的。

要注意！「阻卻構成要件的可推測同意」，畢竟是依「有利被害人原則」或「欠缺保護必要性」推測出來的，其實和被害人的意思無關，因此，就算後來不表同意，也無礙於「阻卻構成要件的可推測同意」的成立。

綜上所述，「阻卻構成要件的可推測同意」的「一句到位」函數式為：

$S(x, y) =$ 雖事實上欠缺被害人同意，但因不成文消極構成要件「阻卻構成要件的可推測同意」實現， x 仍不具有 y 構成要件該當性，而不犯 y 罪。

案例：

甲和乙素來不睦，互不往來。一日，甲出門時忘了關爐火，東西都燒焦起火了，乙還是不計前嫌，逕入甲宅，為其滅火。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

雖事實上欠缺被害人同意，但因不成文消極構成要件「阻卻構成要件的可推測同意」實現，乙仍不具有侵入住宅構成要件該當性，而不犯侵入住宅罪。

提示：

一般教科書都是以「因為…所以（是）…」的句型行文。比方，「『因為』甲實現侵入住宅構成要件，而具有侵入住宅構成要件該當性，『所以』（『是』）犯侵入住宅罪」。

那你有没有過想，「因為…所以（是）…」的「否定」是什麼？是不是就是「雖然…但是…不…」啊！

再回頭看一下上面的題解參考：『雖』事實上欠缺被害人同意，『但』因不成文消極構成要件「阻卻構成要件的可推測同意」實現，乙仍『不』具有侵入住宅構成要件該當性，而『不』犯侵入住宅罪。

看出來了嗎？看出來「雖然…但是…不…」用在哪兒了嗎？

好好體會一下「雖然…但是…不…」的使用方式哦！

049. 「阻卻違法的承諾」

你花錢請你的髮型設計師「傷害」你！

(撰寫時序編號 010)(20170202)

鄭逸哲

如果你去髮廊做頭髮，搞了半天，啥也沒弄，啥也沒動，你會付錢嗎？如果你的髮型設計師展現功夫，讓你煥然一新，你爽到不得了！那你的身體現狀是不是有所改變？你就很高興付錢了！

其實，「傷害」在刑法上是個中性的概念，沒好沒壞，只是指對身體現狀加以改變。所以，你是花錢請你的髮型設計師「傷害」你的！

既然你的髮型設計師有「傷害」你，當然他就有「傷害構成要件該當行為」，但為什麼他不犯傷害罪？剛才說，他是有「傷害構成要件該當行為」的；所以，要說他不犯傷害罪的理由要往下找。但目前法律明文規定的四種阻卻違法事由，好像都派不上用場；但沒關係！學理上很早就基於傷害罪屬告訴乃論之罪，而認為我們對自己輕傷害程度範圍內的身體法益具有「處分權」，而發展出來一種「超法規阻卻違法事由」叫「阻卻違法的承諾」。

對！就因為「阻卻違法的承諾」這樣的「超法規阻卻違法事由」，所以你的髮型設計師的「傷害構成要件該當行為」，不具違法性，而不犯傷害罪。

對於「阻卻違法的承諾」，有幾點要注意：

首先，它叫「承諾」，但和它民法上的意思一點關係也沒有，它就是身體法益持有人「允許」你攻擊他身體法益的意思。

其次，只在輕傷害程度範圍內，我們對於自己的身體法益才有「處分權」，所以也只在輕傷害程度範圍內，你的「承諾」，才會發生阻卻違法的效力。

第三，「阻卻違法的承諾」很特殊，它必然只和「傷害構成要件該當行為」連用，也就是說，它是「傷害構成要件該當行為」的「專屬阻卻違法事由」。

綜上所述，「阻卻違法的承諾」的「一句到位」函數式是：

$S(x)=x$ 雖具有傷害構成要件該當行為，但因超法規阻卻違法事由「阻卻違法的承諾」，而不具違法性，而不犯傷害罪。

案例：

甲請乙替他穿耳洞，乙替他穿了。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

乙雖具有傷害構成要件該當行為，但因超法規阻卻違法事由「阻卻違法的承諾」，而不具違法性，而不犯傷害罪。

提示：

一般教科書上，常舉的例子是牙醫替病患拔牙，但更適切的例子是：以前，大家經濟情況不是這麼好，有時還拜託人家在你的壞牙上綁上線，扯下來呢！

050. 「阻卻違法的可推測承諾」

根本沒「承諾」啦！而是「推測」一般人會給吧！

(撰寫時序編號 087)(20170406)

鄭逸哲

有一天哦！是急診醫師的你，深夜正在急診室值班，119 送來一位「誤食」清潔劑而昏迷的年輕漂亮美眉，你二話不說，就又是催吐，又是打針，又是這個，又是那個，好不容易把她的「病情」穩定下來；但第二天一早，她一醒來，不但沒感謝你，反而開口罵你：「e04！老娘就是要自殺！你救我幹嘛？你侵犯我的『我的病人自主權』，老娘非告死你不可！」。

你當然覺得很委屈，但這不關我們的事，我們只關心刑法的問題囉！

首先，你給她催吐，又打針，又是這個，又是那個，所以有個「傷害構成要件該當行為」，沒錯吧？那你這個「傷害構成要件該當行為」能不能以「阻卻違法的承諾」作為超法規阻卻違法事由呢？

當然不行！既然叫「阻卻違法的承諾」，當然要有「承諾」囉！就算她對自己輕傷害範圍內的身體法益有「處分權」，但她當時就是昏迷，怎麼給你她的「處分」，如何給你「承諾」？還「處分權」勒！所以，你的「傷害構成要件該當行為」不可能以「阻卻違法的承諾」作為超法規阻卻違法事由的。

那你的「傷害構成要件該當行為」就還是有違法性了，對不對？當然不對！一個構成要件該當行為，不能用這個阻卻違法事由，又不表示不能用那個啊！所以，我們還要再想想看，你有沒有「別的」阻卻違法事由可用。

當然有囉！那個叫「阻卻違法的可推測承諾」！它和「阻卻違法的承諾」一樣，都是「傷害構成要件該當行為」的專屬阻卻違法事由。但為什麼在「阻卻違法的承諾」外，還要搞出一個「阻卻違法的可推測承諾」呢？

最大的關鍵就在於，你的「傷害構成要件該當行為」，事實上根本沒有得到被害人的「承諾」。像她昏迷了，還能給你「承諾」，是怎給的？就是因為她沒給「承諾」，才要「推測」啊！

這個「可推測性」，根本就不是「探求當事人之真意」，也就是說，根本不用管她到底真的在想什麼，而是你想像「一般人」，碰到她所碰到的狀況，如果你真能問他要不要給你「承諾」，「一般人」（不是「她」哦！）大概都會說「好」，對吧？如果這樣，你就具有「可推測的承諾」了。

看出來了嗎？「可推測的承諾」根本不是「承諾」，是「推測」如果有機會（但根本就沒機會吧！）問的話，「一般人」會給的。

至於，後來她醒了，根本拒絕「補」給你「承諾」，還罵你，也沒差。因為基於「行為時主義」，刑法是問你在做「構成要件該當行為」的「同時」，有沒「阻卻違法事由」，「當時」有就有，沒有就沒有，跟後來怎樣無關。

既然你做「傷害構成要件該當行為」時，就已具有超法規阻卻違法事由「阻卻違法的可推測承諾」，這樣就已確定你的「傷害構成要件該當行為」沒有違法性，她後來表示什麼，根本沒差。

所以，「阻卻違法的可推測承諾」的「一句到位」函數式是：

$S(x) = x$ 雖事實上並未得到被害人的承諾而有傷害構成要件該當行為，但仍具有超法規阻卻違法事由「阻卻違法的可推測承諾」，不仍具違法性，而不犯傷害罪。

案例：

急診室送來藥物中毒而昏迷的病患甲，急診醫師乙立即對之進行必要的急救行為，但甲清醒後，表示他就是要自殺，拒絕「補做」「同意」給乙。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

乙雖事實上並未得到被害人的承諾而有傷害構成要件該當行為，但仍具有超法規阻卻違法事由「阻卻違法的可推測承諾」，不仍具違法性，而不犯傷害罪——至於甲拒絕「補做」「同意」給乙，並不影響乙的傷害構成要件該當行為欠缺違法性的判斷，因為，一來承諾的「可推測性」，乃依一般人而為判斷；二來，基於刑法的行為時主義，事後如何，並不影響事中是否具有阻卻違法事由的判斷。

提示：

要特別注意，在日常語言和醫療法上所謂病患的「同意」，在刑法上叫「承諾」！

再來，我們在這要偷渡一個「阻卻違法事由競合」的「一句到位」函數式：

$S(w, x, y, z) = w$ 的同一 x 構成要件該當行為，不僅成立 y ，亦成立 z ，而阻卻違法事由競合，自不具違法性，而不犯 x 罪。

好！現在你再想想，你因急救而有的「傷害構成要件該當行為」就只有「阻卻違法的可推測承諾」這一個阻卻違法事由嗎？不是吧！

你是不是依「醫師法」履行你的「急救義務」，也是依「醫療法」進行「醫療行為」，所以你還「同時」具有另一個阻卻違法事由：「依法律之行為」耶！

還不只勒！你是不是在緊急情況下，為了救她的命，至少也為了挽救她的重大身體法益，不得已才做「傷害構成要件該當行為」啊？你是不是「所救大於所犧牲」

啊？你是不是符合「法益權衡」啊？所以，你還有第三個阻卻違法事由：「阻卻違法的為第三人緊急避難」，對吧？

你好棒棒！「同一個」傷害構成要件該當行為，有三個阻卻違法事由耶！有一個就沒有違法性了，何況有三個！所以：

乙的同一傷害構成要件該當行為，不僅成立依法律之行為，亦成立阻卻違法的為第三人緊急避難，也另成立超法規的「阻卻違法的可推測承諾」，而阻卻違法事由競合，自不具違法性，而不犯傷害罪。

但是哦！尤其對急診醫師，一般是這樣沒錯啦！但在這個案例，應該不是「阻卻違法的為第三人緊急避難」，而是「為第三人正當防衛」，對吧？如果想不通，回去爬文一下。

051. 「無效的承諾作為減輕構成要件要素」

「無效」不是無意義，在法律上還是很重要啦！

(撰寫時序編號 016)(20170203)

鄭逸哲

「無效」並不是無意義哦！在法律上往往認為它非常重要！你看民法第 75 條還專門訂了「無行為能力人之意思表示，無效…」，如果「無效」無意義、不重要，還專門訂它幹嘛？

刑法第 275 條有加工自殺罪的規定，就算你得到被害人的「承諾」，才將他殺掉，雖然你不犯殺人罪，但還是犯加工自殺罪！可見被害人給你的對其生命法益的侵害「承諾」，是不具有「阻卻違法」的效力的。不然，你怎麼犯加工自殺罪？

由此，我們可以看出，「承諾」是個事實的問題，先確定有「承諾」，才有進一步判斷，「承諾」有沒有效的問題。從第 275 條和第 282 條的規定來看，法律是不承認我們對自己的生命法益和重大身體法益具有「處分權」的，所以即使得到被害人的「承諾」而殺掉他或把他搞成重傷，還是會犯加工自殺罪或加工成重傷罪。所以說，法益持有人對其生命法益和重大身體法益的侵害「承諾」是無效的！

但這個「無效的承諾」，並不是無意義，而且還有重大意義。如果你有了被害人的「無效承諾」才把他宰了，那你不是適用基本的殺人構成要件，而是適用減輕

的加工自殺構成要件，而犯減輕的加工自殺罪。處罰會差非常多吧！

看出來了嗎？法益持有人對其生命法益和重大身體法益的「無效承諾」，並不是無意義，其具有作為「減輕構成要件要素」的重大意義，使你不再適用基本的殺人構成要件或重傷害構成要件，而改適用減輕的加工自殺構成要件或加工成重傷構成要件，而犯減輕的加工自殺罪或加工成重傷罪。處罰會輕非常非常多哦！

綜上所述，「無效的承諾作為減輕構成要件要素」的「一句到位」函數式為：

$S(x) = x$ 雖實現基本的殺人（/重傷害）構成要件，但減輕構成要件要素「被害人的無效承諾」亦告實現， x 應適用減輕的加工自殺（/加工成重傷）構成要件，而犯減輕的加工自殺（/加工成重害）罪。

案例：

為病痛所苦的甲，拜託乙把他悶死，乙照辦。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

乙雖實現基本的殺人構成要件，但減輕構成要件要素「被害人的無效承諾」亦告實現，乙應適用減輕的加工自殺構成要件，而犯減輕的加工自殺罪。

提示：

要把「減輕構成要件要素」和「減輕構成要件」要分清楚。「無效承諾」是「減輕構成要件要素」，「基本構成要件『殺人構成要件』」+「減輕構成要件要素『無效承諾』」=「減輕構成要件『加工自殺構成要件』」。

另外，看出來了嗎？「殺人構成要件」和「加工自殺構成要件」間，具有法條競合的關係，對吧？

052. 「『有權處分』和『無權處分』一起來」

是你自己叫我把你綁起來滴蠟燭，然後把你閹了，所以…

(撰寫時序編號 029)(20170208)

鄭逸哲

歐陸的法律，可以說都是從民法一個個慢慢獨立出來，再一步步演化成今天個別的體系。所以，幾乎所有的法律都會向民法借用一些用語，但是在使用上卻脫離原來在民法的意思，而賦予其新的意義。

刑法也不例外，例如，它就借用了民法的「處分」和「處分權」用語，但和民法本來的意思無關。在刑法，「處分」是種事實概念，它是指法益持有人「允許」行為人攻擊自己的法益的意思；但「處分權」就是種法律概念，它是指法律承認法益持有人有「權」處分其法益。

如果法益持有人對他具有「處分權」的法益加以「處分」，就是「有權處分」；既然是「有權處分」，當然就「有效」囉！那有什麼效呢？這又分成二種了！

對財產法益、名譽法益和自由法益，刑法是承認法益持有人有「處分權」的，所以其「有權處分」具有「阻卻構成要件該當性」的效力，所以被稱為「阻卻構成要件同意」；也因為它是學理發展出來的，不是法律成文規定的，所以就稱為：不成文消極構成要件「阻卻構成要件同意」。

另外一種「有權處分」，也是不成文的，叫「阻卻違法的承諾」，它是說：刑法承認法益持有人就其輕傷害程度範圍內的身體法益具有「處分權」，如果行為人具有被害人的「有權處分」，雖然無法阻卻他具有傷害構成要件該當行為，但會使他的傷害構成要件該當行為具有超法規阻卻違法事由「阻卻違法的承諾」，而不具有違法性，而不犯傷害罪。

在這兒，「同意」和「承諾」用語也是借用自民法，但也脫離民法本來的意思，它們同樣是指「處分」，只不過為了表示其「阻卻構成要件該當性」和「阻卻違法性」的效力不同，所以分別使用「同意」和「承諾」。

有「有權處分」，也就會有「無權處分」囉！刑法上的「無權處分」是指：刑法並不承認法益持有人對自己的重大身體法益和生命法益具有「處分權」，即使他事實上有「處分」，也是「無權處分」，在刑法上是無效的！（不是效力未定哦！）所以這種「無權處分」在刑法上被稱為「無效的承諾」。

但無效，並不等於無意義，在刑法上，「無效的承諾」仍作為減輕構成要件要素哦！

當「阻卻構成要件同意」、「阻卻違法的承諾」和「無效的承諾」一起發生時，「『有權處分』和『無權處分』一起來」的「一句到位」函數式就派上用場了：

$S(w, x, y, z) = w$ 雖實現成文的 x 構成要件，但不成文消極構成要件「阻卻構成要件同意」亦告實現，仍不具有 x 構成要件該當性，而不犯 x 罪； w 雖具有傷害構成要件該當行為，但因超法規阻卻違法事由「阻卻違法的承諾」，而不具違法性，而不犯傷害罪； w 雖實現基本的 y 構成要件，但減輕構成要件要素「無效的承諾」亦告實現，應適用減輕的 z 構成要件，而犯 z 罪。

案例：

甲女乙男喜好 S M 遊戲，乙讓甲把他綁在床上狂滴蠟燭，接著甚至叫甲把他閹了。
問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

1. 綁在床上的部分：甲雖實現成文的狹義剝奪他人行動自由構成要件，但不成文消極構成要件「阻卻構成要件同意」亦告實現，已不具有狹義的剝奪他人行動自由構成要件該當性，遑論廣義的非法剝奪他人行動自由構成要件該當性，自不犯非法剝奪他人行動自由罪。
2. 滴蠟燭的部分：甲雖具有傷害構成要件該當行為，但因超法規阻卻違法事由「阻卻違法的承諾」，而不具違法性，而不犯傷害罪。
3. 閹割的部分：甲雖實現基本的重傷害構成要件，但減輕構成要件要素「無效的承諾」亦告實現，應適用減輕的加工成重傷構成要件，而犯加工成重傷罪。

提示：

本單元是個綜合複習單元，要是將在一般教科書上，切割於「有效處分」外而另外論述的「無效的承諾」，與「阻卻構成要件同意」和「阻卻違法的承諾」一併論述，藉以使初學者就刑法的「處分」和「處分權」，乃至於「處分的效力」等問題，能一次且完整的搞清楚。

總之，「處分」是個事實問題；「處分權」是個法律概念；有「處分權」並不等於就會有「處分」；有「處分」，才問有沒有「處分權」，然後才會有「有權處分」和「無權處分」的問題。

053. 「構成要件要素化違法要素」

我憑什麼？我依法強制你啦！

(撰寫時序編號 021)(20170204)

鄭逸哲

人家不要，你以強暴、脅迫硬要人家幹某事或停止幹某事，就有「強制」，對吧？先確定有「強制」，才看它是不是違法的？如果你的「強制」具有「阻卻違法事由」，就不具有違法性，就不犯強制罪，對吧？這都沒錯，問題是依現行刑法，我們「何時」處理你有没有阻卻違法事由的規定呢？

刑法第 304 條第 1 項是規定：「以強暴、脅迫使人行無義務之事或妨害他人行使權利…」，而不是只單純規定：「以強暴、脅迫使人行事或停止幹某事…」哦！它裡面不只規定「強制」，還有「強制」以外的東西哦！

依照這個規定，必須你「強制」人家做的「事」是人家「無義務做的」或者你「強制」人家停止做的「事」是人家「有權利做的」，你才具有第 304 條第 1 項的「構成要件該當性」——第 304 條第 1 項是屬於刑法分則的「構成要件」規定，對吧？

那有什麼問題呢？問題在：如果我們要判斷那「事」是否是人家「無義務做的」或「有權利做的」，就等於在判斷你是否是「強制」人家做他「有義務做的」事，或「強制」人家停止做他「沒有權利做的」事，這是同一個問題吧！

「權利」和「義務」都必須涉及其他法律而為判斷，並非就純粹事實就能判斷，所以，在判斷被你「強制」的人所為或所停止之事是否屬其「無義務做的」或「有權利做的」，事實上就涉及你是否具有「阻卻違法事由」的問題。

舉例來說，你是公務員，你「『依法』強制」，雖然你還是有「強制」，但屬「依法律之行為」的「強制」；在法律上，也就是你非「『強制』其行『無義務之事』」。

那還有什麼問題呢？看出來了嗎？我們是在判斷你是否具有第 304 條第 1 項的「構成要件該當性」時，就已進行你是否屬「依法律之行為」的判斷，而「依法律之行為」是不是種「阻卻違法事由」？而第 304 條第 1 項不是屬於刑法分則的「構成要件」規定嗎？怎會在判斷「構成要件該當性」時，就已進行「阻卻違法事由」的判斷呢？

雖然，我們通常說，就「構成要件該當行為」，「例外」才具有「阻卻違法事由」，但這也只是「通常」；就某些類型的「構成要件該當行為」，其具有「阻卻違法事由」，非但不罕見，甚至不見還不行！比方，監所管理員不「剝奪他人行動自由」，怎麼把受刑人關起來？

這種實質屬「阻卻違法事由」的問題，更精確講，屬「『欠缺』阻卻違法事由」而被走私進入「構成要件」加以規定的要素，我們將之稱為「構成要件要素化違法要素」；而將混有「構成要件要素化違法要素」的「構成要件」，稱之為「廣義構成要件」；而將扣除「構成要件要素化違法要素」後剩下的，稱為「狹義構成要件」或「真正構成要件」。

所以，「構成要件要素化違法要素」的「一句到位」函數式：

$S(x, y, z) = x$ 不僅實現狹義的 y 構成要件，且欠缺阻卻違法事由，構成要件要素化違法要素「 z 」亦告實現，故 x 具有 $z-y$ 構成要件該當性，而犯 $z-y$ 罪。

案例：

甲無故毆打乙，丙路見不平，將之逮捕，並立即扭送警局。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

1. 甲實現傷害構成要件，犯傷害罪。
2. 丙雖實現狹義的剝奪他人行動自由構成要件，但其逮捕現行犯甲且立即將之解送警局，全程悉依刑事訴訟法的規定為之，屬依法律之行為而具有阻卻違法事由，構成要件要素化違法要素「非法」並未被實現，故丙不具有非法剝奪他人行動自由構成要件該當性，不犯非法剝奪他人行動自由罪。

提示：

雖然「構成要件要素化違法要素」擠進「廣義構成要件」之中，但我們在判斷行為人是否具有「廣義構成要件」構成要件該當性時，其實還是循序為之：先判斷行為人「狹義構成要件」的構成要件該當性，接著才判斷其「狹義構成要件」的構成要件該當行為，是否具有「阻卻違法事由」。

054. 「無故」

「無故」就是「欠缺阻卻違法事由」的意思！

(撰寫時序編號 126)(20170516)

鄭逸哲

你知道嗎？「無故」在刑法分則的構成要件中共出現 14 次！但它是什麼意思啊？

一般都說：「無故」之意義，係指「無法律上之正當事由」而言。

但這樣講，好像不夠精確，對吧？因為，至少，成立「阻卻違法的緊急避難」的構成要件該當行為，刑法就沒正面承認它屬「權利行為」，而只說它是「放任行為」。而「放任」，也只是說，你做了，刑法說你「不違法」，但死都不鬆口說你是「合法」的！

所以呢！把「無故」理解為「欠缺阻卻違法事由」，應該更為恰當！

但你有注意到嗎？這 14 次出現的「無故」，都規定在「構成要件」裡耶！那這算什麼呢？是不是叫「構成要件要素化違法要素」啊！

所以哦！「無故」雖然是「阻卻違法事由」的問題，但它樣子是「構成要件要素」，所以，還是要把它「塞」在「構成要件該當性判斷」裡處理。

但不要忘記！雖然「構成要件要素化違法要素」擠進「廣義構成要件」之中，但我們在判斷行為人是否具有「廣義構成要件」構成要件該當性時，其實還是得循序為之：先判斷行為人「狹義構成要件」的構成要件該當性，接著才判斷其「狹義構成要件」的構成要件該當行為，是否具有「阻卻違法事由」。

所以，「無故」的「一句到位」函數式：

$S(x, y, z) = x$ 不僅實現狹義的 y 構成要件，且欠缺阻卻違法事由，構成要件要素化違法要素「無故」亦告實現，故 x 具有 $z-y$ 構成要件該當性，而犯 $z-y$ 罪。

案例：

甲被熊追，不顧乙的反對，硬闖入乙宅躲避，而逃過一劫。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

甲雖實現狹義的侵入住宅構成要件，但成立阻卻違法的緊急避難，構成要件要素化違法要素「無故」並未實現，故甲不具有無故侵入住宅構成要件該當性，而不犯無故侵入住宅罪。

提示：

前面才講過，具有「構成要件要素化違法要素」的「廣義構成要件」，還是得循序為之：先判斷行為人「狹義構成要件」的構成要件該當性，接著才判斷其「狹義構成要件」的構成要件該當行為，是否具有「阻卻違法事由」。

所以，比方，甲被熊追，乙還拉著他入宅躲避，那案例題解就會變成：

甲因具有阻卻構成要件同意，已不具有狹義的侵入住宅構成要件該當性，遑論廣義的無故侵入住宅構成要件該當性，自不犯無故侵入住宅罪。

除了再體會一下「遑論」用語的使用方式外，也要注意：因為構成要件要素化違法要素「無故」就是「欠缺阻卻違法事由」的意思，所以在形式上，並不會有獨立的阻卻違法事由判斷階段，因為阻卻違法事由的問題已「提前」在（廣義）構成要件該當性判斷階段時，給處理掉了。

055. 「阻卻違法事由接力」

一個「構成要件該當行為」，但「前後」二個阻卻違法事由「接力」相挺！

(撰寫時序編號 064)(20170314)

最精確來說，並不是具有「阻卻違法事由」的「構成要件該當行為」不具有違法性；而是「整個」「構成要件該當行為」「均」具有「阻卻違法事由」，才不具有違法性。也就是說，如果一個「構成要件該當行為」，只有一部分具有「阻卻違法事由」，但另一部分沒有的話，如果沒有的這部分本身已足以實現一個構成要件，而具有「構成要件該當性」的話，你還是就這個部分，有個具有違法性的「構成要件該當行為」。

比方，從「『著手』於（狹義的）剝奪他人行動自由構成要件之實行」到「『將被害人置於自己實力支配之下』而『既遂』」至「『被害人脫離自己實力支配』而『行為終了』」，你就只有一個「（狹義的）剝奪他人行動自由構成要件該當行為」，但是這「一個」「（狹義的）剝奪他人行動自由構成要件該當行為」是否「整個」不具有違法性，就要看這「一個」「（狹義的）剝奪他人行動自由構成要件該當行為」的「每一個」階段，是否均具有「阻卻違法事由」了！

再比方，你逮捕現行犯而「『著手』於（狹義的）剝奪他人行動自由構成要件之實行」，然後順利將他逮捕，而「『將被害人置於自己實力支配之下』而『既遂』」，接著又立即將他扭送警局交給警察，而「『被害人脫離自己實力支配』而『行為終了』」。

從頭到尾，你就只有「一個」「（狹義的）剝奪他人行動自由構成要件該當行為」，對吧？從「『著手』於（狹義的）剝奪他人行動自由構成要件之實行」到「『將被害人置於自己實力支配之下』而『既遂』」為止，這部分你是依刑事訴訟法第 88 條的規定逮捕現行犯，所以這部分具有「依法律之行為」的阻卻違法事由，對吧？

但刑事訴訟法第 88 條的規定，只就「逮捕現行犯的行為」本身加以規定，並不及於「逮捕現行犯後的『後續必要處分』」，如果「同一個」「（狹義的）剝奪他人行動自由構成要件該當行為」的「既遂『後』」的部分，也要否定其具有違法性，那就要就這部分，也找到「阻卻違法事由」，對吧？

因為你「立即將他扭送警局交給警察」，所以這部分你符合刑事訴訟法第 92 條第 1 項的「立即解送司法警察（官）」的規定，也一樣具有「依法律之行為」的阻卻違法事由，對吧？

所以，你只有「一個」「（狹義的）剝奪他人行動自由構成要件該當行為」，但前後二部分，「個別」具有「依法律之行為」的阻卻違法事由，所以「整個」「（狹義的）剝奪他人行動自由構成要件該當行為」，才完全不具有違法性。

看出來了嗎？「一個」構成要件該當行為，有時是要二個或二個以上的「阻卻違法事由」相「接力」，才能使「一個」構成要件該當行為，「整個」不具有違法性。

所以，「阻卻違法事由接力」的「一句到位」函數式是：

$S(w, x, y, z) = w$ 的同一 x 構成要件該當行為，就前一部分，屬 y ，而後一部分屬 z ，因二個阻卻違法事由相接力，使整個 x 構成要件該當行為不具有違法性，而不犯 x 罪。

案例：

甲無故拿棍子偷襲乙，將乙打傷後狂奔，乙高聲呼救，行人丙聞聲將甲逮捕，並立即將之扭送警局法辦。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

1. 甲打乙，實現傷害構成要件，犯傷害罪。
2. 丙的同一狹義剝奪他人行動自由構成要件該當行為，就前一部分，屬依刑事訴訟法第 88 條的逮捕準現行犯的依法律之行為，而後一部分屬依刑事訴訟法第 92 條 1 項的立即解送司法警察（官）的依法律之行為，因二個阻卻違法事由相接力，使整個狹義剝奪他人行動自由構成要件該當行為不具有違法性，構成要件要素化違法要素「非法」並未實現，故丙不具有非法剝奪他人行動自由構成要件該當性，而不犯非法剝奪他人行動自由罪。

提示：

總之，如果一個「構成要件該當行為」，只有一部分具有「阻卻違法事由」，但另一部分沒有的話，如果沒有的這部分本身已足以實現一個構成要件，而具有「構成要件該當性」的話，你還是就這個部分，有個具有違法性的「構成要件該當行為」。但是，沒有的這部分本身並不足以實現一個構成要件，也就因此仍不具有一個「違法的構成要件該當行為」的話，還是不犯罪。

056. 「依法律之行為」

我憑什麼？憑法律啦！

(撰寫時序編號 083)(20170403)

鄭逸哲

如果，你現在大三，賴床不去上課，你老娘能不能「硬」拉你去學校上課？從「法律」的角度，應該不行吧！因為，你已成年囉！而且，大學教育並不是「義務教育」！

但如果，你現在十八歲，唸大一，但你賴床不去上課，你老娘氣壞了！「違反你的意願」，「硬」把你從床拉起來，把你「硬」扯到牆角罰站反省，可不可以呢？

首先，你老娘對你有没有做一個狹義的「強制構成要件該當行為」呢？有吧！但她的這個狹義的「強制構成要件該當行為」有沒有「違法性」呢？也就是說，有沒有「阻卻違法事由」呢？應該有吧！但那是什麼呢？

是「依法律之行為」吧！但是依「什麼」法的「什麼」規定呢？是不是依民法第1085條的「父母得於必要範圍內懲戒其（未成年）子女」的規定，對吧？也就是說，你老娘是「依法」，以狹義的「強制構成要件該當行為」對你這個「未成年子女」行使父母的「懲戒權」。所以，她的狹義的「強制構成要件該當行為」具有「依法律的行為」這樣的阻卻違法事由。

但如果，你已成年，你爸媽就對你沒有「懲戒權」了，那就……但你還是不要告她吧！「法不入家門」！不要唸了法律，就不懂得做人的分寸，誰叫你不乖乖去上課呢？

其實，以此為例，主要目的是在提醒，並以「依法律之行為」作為阻卻違法事由，並不限於依「公法」，依「民法」，依「私法」亦在所多有。

所以，「依法律之行為」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y, z) = x$ 雖具有 y 構成要件該當行為，但依 z 法相關規定而為之，屬依法律之行為，不具違法性，而不犯 y 罪。

案例：

唸國三的十五歲之甲，無故拒不上學，其父乙將其反鎖在房內一小時，要他反省思過。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

乙雖具有狹義的剝奪他人行動自由構成要件該當行為，但依民法第 1085 條的「父母得於必要範圍內懲戒其（未成年）子女」的規定而為之，屬依法律之行為，不具違法性，構成要件要素化違法要素「非法」並未實現，不具有非法剝奪他人行動自由構成要件該當性，而不犯非法剝奪他人行動自由罪。

提示：

醫療案件，為什麼沒見過要追究刑事「故意責任」的？有想過問這個問題嗎？因為，不「故意」怎麼看病，怎麼治病啊！以「過失行為」來醫病，怎搞啊？

所以，醫療行為，幾乎都具有「故意構成要件該當行為」，但如果你是「故意」行之，就幾乎都具有阻卻違法事由。

如果，是以輕傷害程度範圍內的「故意行為」進行醫療，問題比較單純，很難想像不經病患「同意」，你能對他做什麼。但要注意！刑法只問有沒有「承諾」，所以不要硬扯什麼「告知後同意」，那是民法和行政法的事！

如果在急救，往往另又符合「阻卻違法的緊急避難」，乃至於「為第三人正當防衛」的規定，所以以「故意行為」行之，幾乎不見不具有阻卻違法事由的。

但醫療行為的最常見的阻卻違法事由，反倒是很少被提及的「依法律之行為」，主要是依「醫療法」行之。

比方，重大手術，即使得到病患「同意」而後行之，仍然具有「得其承諾而傷害之使成重傷構成要件該當行為」，因為其涉及重大身體法益，不可能訴諸「阻卻違法的承諾」作為阻卻違法事由；若非緊急狀況，可以等排刀的，也難以以「阻卻違法的緊急避難」或「為第三人正當防衛」作為阻卻違法事由。在此情況下，主要是依「醫療法」行之的「依法律之行為」就走向台前成為最常見的阻卻違法事由了。

057. 「有責性」

「不可原諒性」＝「可非難性」＝「有責性」

(撰寫時序編號 148)(20170524)

鄭逸哲

犯罪，是指構成要件該當、違法，而且有責的行為，對吧？是要確定你有個「『違法的』構成要件該當行為」後，才會進入「有責性」判斷，對吧？

已經確定你有個「違法的構成要件該當行為」，才會進入「有責性」判斷，所以，「有責性」判斷不會是討論你行為「對錯」的問題，對吧？違法的行為，怎會是對的呢？

那麼，都說你有「錯」了，「有責性」判斷是要處理什麼問題呢？就是要處理，你這個有做「錯」的「違法實現構成要件的『行為人』」，「能不能原諒」的問題啦！

看出來了嗎？進入「有責性」判斷時，已經把判斷的對象，從「行為」移轉到「行為人」了哦！

刑法不是道德的守護神，也不唱高調，它承認人性的弱點，並不強人所難，所以刑法不認為「錯的行為就是犯罪」，而是「錯到『不可原諒』的行為才會是犯罪」。因此，要你「錯到『不可原諒』」才要叫你負起刑事責任。

所以，「有責性」就是「不可原諒性」，更精確講，「違法實現構成要件的『行為人』」的「不可原諒性」；因為你是「不可原諒」的，所以你是「可非難」的，所以：

「不可原諒性」＝「可非難性」＝「有責性」

要特別注意，不管是「『具有』有責性」或「『欠缺』有責性」，都是在講「違法實現構成要件的『行為人』」的「性質」，也就是說，「有責性判斷」的「對象」是「違法實現構成要件的『行為人』」；沒有「違法實現構成要件的『行為人』」，就沒有「有責性判斷」。

總之，要進行「有責性／欠缺有責性判斷」，一定要「先」講清楚，究竟行為人所具有的「違法的構成要件該當行為」是什麼？也就是你要判斷有沒有「有責性」的「違法的構成要件該當行為」是什麼？

所以，「有責性」——其實是「違法的構成要件該當行為人『不具有』有責性」——的「一句到位」函數式是：

$S(x, y, z) = x$ 雖違法實現 y 構成要件，但因 z ，而不具有責性，而不犯 y 罪。

案例：

十二歲的甲偷了乙的錢。

問：本案如何論處？

案例題解參考：

甲雖違法實現竊盜構成要件，但因年僅十二不具有責任能力，而不具有責性，而不犯竊盜罪。

提示：

由於「行為人」沒有「構成要件該當」且「違法」的行為，就不會進入「有責性判斷」，也就是說，「有責性判斷」的「對象」是「違法實現構成要件的『行為人』」。

因此，在進行「有責性」問題題解時，務必要「先行」交待「行為人」所具有的「違法的構成要件該當行為」是什麼；當然，像這種類型的問題的討論重點，終究還是要置於「有責性」，因此，在技術上，以行為人「違法實現X構成要件」先行即可——但更是不可或缺的。

058. 「欠缺責任能力」

你阿達阿達，只好原諒你！

(撰寫時序編號 080)(20170401)

鄭逸哲

大家都會背：犯罪，是構成要件該當、違法而且有責的行為。但嚴格來說，構成要件該當性和違法性是就「行為」而言，而有責性是專就「行為人」來看的。

雖然，我們在判斷故意或過失，以及什麼防衛意思或避難意思時，會進入行為人的「內在」，但終究是為了要判斷你的「行為」是否具有構成要件該當性和違法性。

等到確定你有了違法的構成要件該當行為，我們才會進入有責性判斷，對吧？但你已經有了違法的構成要件該當行為啊！是違法的，當然是「錯」的！錯了還不處罰，還要進一步討論「有責性」，所為何來？

其實呢！刑法並不是處罰錯的行為，並不是錯了就要處罰，而是處罰錯到「不可原諒」的「行為人」。

法律是下達行為命令的！而且，理論上，只有「理性」的人才有辦法依該行為命令進退。如果，你就是阿達阿達，根本就搞不清楚狀況，要你遵循這些行為命令，大概也很難吧！

我們不是常說：「小孩子不懂事，算了」！是不是就是說，他是做錯了，但欠缺「理性判斷能力」，就「原諒」他，不要處罰了！

沒錯！所謂「有責性」就是「不可原諒性」，學術上比拗口叫「可非難性」。所以，「欠缺有責性」就是「可原諒性」或「不可非難性」。

看出來了嗎？「原諒」的對象是你的違法的構成要件該當行為，你的錯的行為；「原諒」的理由，是「行為人」你阿達阿達，沒有「理性判斷能力」；「原諒」的結果，是「行為人」你沒有「有責性」而不犯罪。

好！那講了半天，「責任能力」又是什麼呢？是不是就是「理性判斷能力」啊！如果你具有「理性判斷能力」，你就有能力依刑法下達的命令進退，但你卻不鳥它，不遵守命令，而做出「錯」的行為，因此我們就無法「原諒」你，說你具有「有責性」而犯罪，就要處罰你了。

反之，你「欠缺責任能力」，雖然做「錯」了，也只好「原諒」你，說你不具有「有責性」，而不犯罪。

所以，「欠缺責任能力」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y) = x$ 雖違法實現 y 構成要件，但欠缺責任能力，不具有責性，而不犯 y 罪。

案例：

七歲小童甲偷乙的錢。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

甲雖違法實現竊盜構成要件，但未滿十四歲，欠缺責任能力，不具有責性，而不犯竊盜罪。

提示：

基於刑法的「行為時主義」，你是不是具有「責任能力」，是以你做你那個違法的構成要件該當行為「時」為準的，至於你後來，偵查審判時「很正常」，也不會改變你「行為時」是阿達阿達的，是「欠缺責任能力」的。

比方，你有間歇發作的嚴重精神疾病，你在你做你那個違法的構成要件該當行為「時」，剛好發作，那就是你在「行為時」，「欠缺責任能力」，所以不具有責性，就不犯罪。就算「事後」你治癒了，你不還是「行為時」「欠缺責任能力」嗎？

059. 「限制責任能力人」

你年紀不夠小啦！你還是犯罪！

(撰寫時序編號 015)(20170203)

鄭逸哲

我們那個時代，大二才上總法總則，但從那時起，我就覺得「限制責任能力」這個用語覺得很詭異！

「能力」在法律上用來指「地位」或「資格」的意思，所以「責任能力」應該是指「負刑事責任的『地位』或『資格』」，對吧？

如果你十六歲，你去偷東西，而違法實現竊盜構成要件，你會不會犯竊盜罪呢？會吧！因為刑法說年滿十四未滿十八歲的人「得減輕其刑」。雖然「得減輕其刑」，還是有刑罰；有刑罰，必以有犯罪為前提。所以，你是犯竊盜罪的；既然說你犯竊盜罪，那一定是你具有有責任性啊！你如果不具有「責任能力」，怎麼具有「負刑事責任的『地位』或『資格』」，又怎麼犯罪？

現在要問，「限制責任能力」到底「限制」什麼？如果是「限制」責任能力，那你到底有沒有「負刑事責任的『地位』或『資格』」？應該有吧！不然你怎會犯竊盜罪呢？如果說是「限制」對你的處罰，恐怕也未必，因為你是「得減輕其刑」，又不是一定會減，如果不減輕的話，又「限制」了什麼？

其實，第 18 條第 2 項，嚴格說來，根本不是責任能力的規定，而是規定「犯罪人年滿十四未滿十八歲」作為「裁量性減輕刑罰事由」。也就是說，其實只要年滿十四，就已具有責任能力啦！如果犯罪人年滿十四未滿十八，就「得減輕其刑」，但非必減輕其刑，所以其屬「裁量性減輕刑罰事由」。

看出來了嗎？第 18 條第 1 項才是以未滿十四歲作為欠缺責任能力而不犯罪的判斷規定，第 2 項只是說，如果你年滿十四未滿十八，你「還是犯罪」，但「得裁量減輕之」。

可能是第 18 條第 2 項隨尾第 1 項而規定，讓我們把「責任能力」和「年滿十四未滿十八具責任能力者，得裁量減輕之」混為一談，才搞出「限制責任能力」這樣的詭異用語！

看出來了嗎？第 18 條第 1 項才是責任能力的規定，其屬犯罪論層次的規定；但第 2 項卻是犯罪後，「得減輕其刑」的「裁量性減輕刑罰事由」規定，其屬刑罰論層次的規定。

傷腦筋！但大家還是習慣用「限制責任能力」啊！不這樣跟著唸經，還會被嘲笑勒！怎麼辦？只好設計一個與現實妥協的「限制責任能力人」的「一句到位」函數式：

$S(x, y) = x$ 違法實現 y 構成要件，而犯 y 罪，但其屬限制責任能力人，得減輕其刑。

案例：

十六歲的甲女「強姦」二十歲的乙男。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

甲違法實現強制性交構成要件，而犯強制性交罪，但其屬限制責任能力人，得減輕其刑。

提示：

看出來了嗎？我們是先說甲犯強制性交罪後，才說她是限制責任能力人，得減輕其刑。所以，「年滿十四未滿十八」，根本無關犯罪判斷，而是確定行為人犯罪後的「得減輕其刑」的「裁量性減輕刑罰事由」。

060. 「原因自由行為」

你控制好自己就不會變阿達阿達的！

(撰寫時序編號 019)(20170203)

鄭逸哲

「原因自由行為」哦！規定在第 19 條第 3 項，對吧？第 19 條是關於「責任能力」的規定，對吧？要先有個違法的構成要件該當行為，才會進入「有責性」階段的審查，而討論有關「責任能力」的問題，對吧？所以，「原因自由行為」的「行為」是指「違法的構成要件該當行為」，對吧？

現在，我們可以縮小範圍來搞清楚「原因自由」到底指啥玩意？先看「原因」，吧！和第 19 條第 1 項和第 2 項合併觀察，這個「原因」應該是指行為人違法實現構成要件「時」，事實上完全阿達阿達或有些阿達的「原因」，反正就是他心智不完全正常的「原因」啦！

行為人違法實現構成要件「時」，心智不完全正常是事實問題，不完全正常就是不完全正常；先確定他當時事實上心智不完全正常，接著才有所謂「自由」與否的問題。

老實說，當初翻成「自由」，好像辭不達意，我們很難望文生義，對照第 19 條第

1 項和第 2 項先行以「因精神障礙或其他心智，致...」來看，這個「自由」應該是指「『非』因精神障礙或其他心智，致...」。不然，為什麼可以排除第 1 項和第 2 項的適用呢？白話講，就是你本來並「沒有」什麼精神疾病，也不是智能不足，你是有能力控制好自己，不要讓自己在行為時變成阿達阿達或有些阿達的，所以你對自己行為時會不會陷入心智不完全正常的狀態是有「控制能力」的，是「自由的」。

所以，啥叫「原因自由行為」呢？指：『非』因精神障礙或其他心智（的原因），致行為人事實上於其心智不完全正常的情況下，違法被實現的構成要件該當行為。

但是「原因自由行為」是一回事，要怎樣處理「原因自由行為」又是另一回事！我們對於心智本來就有問題的同胞，從寬從輕來處理是應該的；但你明明本來心智正常，卻把自己搞成行為時不正常，就很難讓人原諒了。

但行為時，你事實上心智是不完全正常的，我們又沒辦法說你當時事實上具有完整的理性判斷「責任能力」。怎麼辦呢？法律是很聰明的，我們就把你「以具有責任能力論」。這麼一來，就算你事實上不具有完整的責任能力，我們對你還是通過責任能力的審查，在法律上你還是具有有責性，還是犯罪的。

現在，我們可以提出一個「原因自由行為」的「一句到位」函數式：

$S(x, y) = x$ 違法實現 y 構成要件時，雖事實上欠缺完整的責任能力，但所以如此，非因事前不能自主的精神障礙或其他心智所致，屬原因自由行為， x 仍以具有責任能力論，仍具有責性，仍犯 y 罪。

案例：

甲喝至酩酊，仍騎上重型機車到處亂逛。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

甲違法實現醉態駕車構成要件時，雖事實上欠缺完整的責任能力，但所以如此，非因事前不能自主的精神障礙或其他心智所致，乃因其自行飲酒，屬原因自由行為，甲仍以具有責任能力論，仍具有責性，仍犯醉態駕車罪。

提示：

刑法第 19 條第 3 項是以「故意或過失」規定之，但實在是莫名其妙，不僅漠視第 13 條和第 14 條就故意和過失定義規定，也完全不懂「窮盡適用範圍」立法原理，就亂立一通。你要排除第 1 項和第 2 項的適用，看一下你自己本來是用「因精神障礙或其他心智，致...」，怎不知第 3 項要用「『非』因精神障礙或其他心智，致...」才對呢？

061. 「不可避免的違法性錯誤」

你不知這樣是錯的的理由算充分啦！

(撰寫時序編號 018)(20170203)

鄭逸哲

唸「違法性錯誤」是要處理什麼問題呢？是要處理行為人有沒有「不法意識」的問題，對吧？如果行為人沒有「不法意識」，他就不具有「有責性」，就不犯罪了！要討論到有責性的問題，是不是要先有個違法的構成要件該當行為呢？

一個構成要件該當行為有沒有「違法性」，是由「我們」看他有沒有「阻卻違法事由」，如果「我們」就他的構成要件該當行為，找不到任何「阻卻違法事由」，「我們」就已經確定他的構成要件該當行為是違法的。

看到了嗎？都一直是「我們」如何，所以他的構成要件該當行為具有違法性，和他自己知不知道他的構成要件該當行為是違法的，一點關係也沒有。

現在，他的構成要件該當行為具有違法性，但他不知道；也就是說，他對它具有違法性的構成要件該當行為，不知道是違法的，誤以為是「不違法的」，這叫「違法性錯誤」，更精確說，具有違法性的構成要件該當行為的行為人誤以為其行為是「不違法的」。

那是不是說，他誤以為是「不違法的」才做，所以他並沒有和法秩序敵對的心態，所以就不具有「不法意識」，就不具有「有責性」，就不犯罪呢？

不是！有沒有「不法意識」，不是完全以你和法秩序有沒有敵對心態作為判斷標準。你明知違法還幹，當然是和法秩序有敵對心態，當然有「不法意識」；但你雖然沒那麼強烈和法秩序有敵對的心態，但稍警覺一下，就不會搞錯，就會知道

你的構成要件該當行為是違法的，這就表示你對法秩序欠缺「足夠的尊重」，沒把它當一回事。

現行法對「不法意識」的判斷，是以較「嚴厲」的你對法秩序欠缺「足夠的尊重」作為判斷標準的。

所以，具有違法性的構成要件該當行為的行為人，不知道是違法的，誤以為是「不違法的」，而發生「違法性錯誤」，並不當然就不具有「不法意識」，除非是他並非對法秩序欠缺「足夠的尊重」，而是他很就算有所警覺，也避免不了這種「違法性錯誤」的發生，才說他「理由充分」，而不具有「不法意識」。

綜上所述，「不可避免的違法性錯誤」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y) = x$ 雖違法實現 y 構成要件，但發生違法性錯誤，然就該錯誤之發生，難謂可避免，屬不可避免的違法性錯誤，因而欠缺不法意識，而不具有責性，而不犯 y 罪。

案例：

西歐豪放女甲首次來台，一下機就勾搭上有婦之夫乙男，二人馬上去開賓館。
問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

1. 甲雖違法實現相姦構成要件，但發生違法性錯誤，因其首次來台，且除台灣和北朝鮮外，各國均無通姦罪和相姦罪規定，而就該錯誤之發生，難謂可避免，屬不可避免的違法性錯誤，因而欠缺不法意識，而不具有責性，而不犯相姦罪。
2. 有配偶之人乙與人通姦，實現通姦構成要件，犯通姦罪。

提示：

刑法第 16 條，是以發生違法性錯誤是否有「正當理由」作為判斷標準。但這個用語怎麼看怎麼怪，如果有「正當理由」，不就是「正當的」，不就不具有違法性了嗎？還要討論「不法意識」的問題嗎？毋寧，以「充分理由」代之，方不致發生判斷上的錯誤。

062. 「可避免的違法性錯誤」

依常識常情常理，你會不知道不可以這樣？

(撰寫時序編號 077)(20170328)

鄭逸哲

如果發生「可避免的違法性錯誤」，你就沒有「不法意識」，所以你就沒有責任，所以你不犯罪，對吧？所以，「可避免的違法性錯誤」是屬於有責任層次判斷的問題，對吧？

當「可避免的違法性錯誤」是屬於有責任層次判斷的問題，那麼，「可避免的違法性錯誤」又是屬於哪個層次判斷的問題呢？你有想過這問題嗎？

注意看哦！如果你是發生「可避免的違法性錯誤」，那是不是你就沒有發生「不可避免的違法性錯誤」，你就還是有「不法意識」，所以你還是具有責任，你還是犯罪，對吧？

看出來了嗎？就算你發生「可避免的違法性錯誤」，你還是犯罪的！那討論你有没有發生「可避免的違法性錯誤」幹啥呢？都說你犯罪了，當然不可能是要就犯罪的問題加以處理啊！這樣的話，唯一的可能，是不是就是關於刑罰的問題啊？

沒錯！刑法第 16 條但書說，如果你發生「可避免的違法性錯誤」的話，「按其情節，得減輕其刑」。既然是「得」，就不是「應」，就不是一定要減輕處罰，是不是就個案，再看看要不要減輕處罰呢？

所以，你是不是有發生「可避免的違法性錯誤」，是等到確定你有犯罪後才要處理的事，是為了看你要不要減輕處罰，才要處理的事！而且，並沒有「強制」法院一定要減，所以「可避免的違法性錯誤」是一種「裁量性減輕刑罰事由」。

為什麼發生「可避免的違法性錯誤」，並不影響犯罪判斷呢？因為依常識常情常理，你稍想一下，很難說自己不知道法律會禁止你做你的那個具有違法性的構成要件該當行為吧！白話講，不必用大腦，你用膝蓋想也知道，你這樣做太過分，法律怎可能容許你這樣做呢？

其實，雖然刑法第 16 條但書將「可避免的違法性錯誤」規定為「裁量性減輕刑

罰事由」，但依據它來減的機會並不太大，因為「用膝蓋想」就不會搞錯的事，怎減？除非，很例外地，對某些特定的問題，整個社會普遍都「法盲」，才有適用該得減規定的可能吧！

所以，「可避免的違法性錯誤」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y)$ = 違法實現 x 構成要件而犯 x 罪之人 y ，雖發生違法性錯誤，但該錯誤，依常識常情常理判斷，應屬可避免，充其量，按其情節，得減輕處罰之。

案例：

十二歲的甲偷他老子乙一百元，認為法律不會禁止體罰小孩的乙認為一定好好教一下，否則將來還得了！就把甲打到昏迷。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

1. 甲雖違法實現親屬間竊盜構成要件，但欠缺責任能力，仍不犯親屬間竊盜罪。
 2. 違法實現傷害構成要件而犯傷害罪之人乙，雖發生違法性錯誤，但該錯誤，依常識常情常理判斷，應屬可避免，充其量，按其情節，得減輕處罰之。
-

提示：

注意！和「無責任能力」和「限制責任能力」分屬犯罪論和刑罰論層次的問題相彷彿；「不可避免的違法錯誤」和「可避免的違法性錯誤」亦分屬犯罪論和刑罰論層次的問題。

063. 「幻覺犯」

你以為你犯罪？但刑法又沒有說你這樣犯罪耶！

(撰寫時序編號 078)(20170311)

鄭逸哲

再強調一次，「犯」這個字，在刑法使用上，是中性的，並不是指「犯人」或「犯罪人」，就只是指「行為人」，甚至還不必是具有「構成要件該當行為」的「行為人」或具有「刑法上有意義的行為」的「行為人」，有時只是指有「事實行為」的人。像「幻覺『犯』」——除非，是刑法構成要件規定或構成要件該當行為的「可罰性」規定有漏洞，沒有把具有「應罰性」的行為規定為犯罪，不然——不要說他沒有「構成要件該當行為」了，甚至往往連個「刑法上有意義的行為」也沒有勒！

所以，什麼叫「幻覺犯」？就是他的「事實行為」，乃至於「刑法上有意義的行為」，根本沒有實現「任何」構成要件，或實現「構成要件」，但那個「構成要件該當行為」，刑法卻沒「可罰性」規定，比方，傷害未遂囉！所以他並沒有犯罪，但他「錯誤」地自己「幻想」他是有犯罪的。

簡單講，「幻覺犯」就是根本「沒犯罪」而「錯誤」地自己「幻想」有犯罪之人。

「幻覺犯」既然根本「沒犯罪」，當然就沒有刑罰可言了！

所以，「幻覺犯」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y) = x$ 誤以為其 y 行為可罰，但刑法根本未就其行為規定構成要件／其構成要件該當行為規定可罰性規定，屬未犯罪的幻覺犯，自不可罰。

案例：

甲男和乙男相愛亦做愛，但成天聽到宗教團體反覆譴責「男男性行為為最邪惡的犯罪行為」，二人均相信自己犯了大罪！。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

甲和乙二人，均誤以為其同性性行為可罰，但刑法根本未就其行為規定構成要件，二人均屬未犯罪的幻覺犯，自不可罰。

提示：

當「幻覺犯」是「誤」以為自己犯罪，但事實上根本沒犯罪之人，那它的相反詞，

是不是應該是「…」？這個「…」是不是應該是：「誤」以為自己「沒」犯罪，但事實上根本就「有」犯罪之人，對吧？所以，「…」就是「違法性錯誤」，對吧？

所以，看出來了嗎？「幻覺犯」和「違法性錯誤」是相反詞啦！

但更精確講，「幻覺犯」和「『可避免的』違法性錯誤」才是相反詞啦！因為「『不可避免的』違法性錯誤」還是因為欠缺「不法意識」而欠缺「有責性」而不犯罪，但「『可避免的』違法性錯誤」只是「裁量性減輕刑罰事由」，他還是犯罪的，不然哪來刑罰？又要減輕什麼？

064. 「無期待可能性」

Pepole who live in glass houses should not throw stones !

(撰寫時序編號 017)(20170203)

鄭 逸 哲

「無期待可能性」是說我們不能期待「誰」呢？不能期待他「什麼」呢？你唸經也很久了，能回答這個二個問題嗎？

「無期待可能性」是「阻卻責任事由」的共通原理，而討論「阻卻責任事由」的問題，是要確定行為人是否具有「有責性」，要討論「有責性」的問題。必然以行為人具有違法的構成要件該當行為為前提，所以，那個「誰」是指違法實現構成要件的人。

法律不強人所難，法律也不要求我們當聖人，法律承認人性的弱點，法律只要求也只能要求：沒人做得到，也不好只要求你做得到；反之：我們做不到，就不要在一邊 G G Y Y，罵人說你怎沒做到？

所以，那個「什麼」是指我們對「違法實現構成要件的人」無以期待他在行為時「雖知違法，就因此而放棄他所實現的構成要件該當行為而不為」。

一旦「不能期待」，我們就得原諒他，所以他就具有「阻卻責任事由」，而不具有「有責性」，而不犯罪。這樣，就要反過來問，怎樣合理判斷「不能期待」呢？就是前面講的，如果我們「設身處地」，像他行為時碰同樣的情況，也和他一樣會明知違法，還是不放棄做那個構成要件該當行為。既然，我們也和他一樣，就不要假高尚，憑什麼譴責他？憑什麼要他要負刑責？憑什麼說他有「可罰性」？

其實「無期待可能性」理論，具體體現了：並不是「錯的行為」就會犯罪，是「錯到不可原諒的行為」才會犯罪。如果碰到同樣的情況，我們也不會表現得比人家高尚，就不要唱高調，而必須「原諒」這個違法實現構成要件該當行為的人。從這個角度來看，所謂的「有責性」，就是「不可原諒性」。「無期待可能性」和「阻卻責任事由」其實就是「強制原諒事由」，讓違法實現構成要件該當行為的人不具有「有責性」，而不犯罪。

因此，「無期待可能性」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y) = x$ 雖違法實現 y 構成要件，但一般人若處於其行為時相同的情境，亦難期待其放棄該違法的 y 構成要件該當行為而不為，基於「無期待可能性」， x 具有阻卻責任事由，不具有有責性，而不犯 y 罪。

案例：

甲持槍強迫乙勒死丙，否則開槍打死他，乙只好勒死丙。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

1. 乙雖違法實現殺人構成要件，但一般人若處於其行為時相同的情境，亦難期待其放棄該違法的殺人構成要件該當行為而不為，基於「無期待可能性」，乙具有阻卻責任事由，不具有有責性，而不犯殺人罪。
2. 甲利用不犯罪的工具人乙殺害丙，為自己實現殺人構成要件的客觀部分，為間接正犯，犯殺人罪。

提示：

往往，真正下手的人，因「無期待可能性」而不犯罪，並不表示就這件事，必然沒有任何人要負起刑事責任——即使有時候真的沒有人要起刑事責任，比方因天災…。在「罪責主義」下，就一件事，是否有人要負起刑事責任，是一個人一個人判斷的。

065. 「防衛過當」

你「防衛」「做過頭」了啦！但我們還是原諒你！

(撰寫時序編號 063)(20170311)

鄭逸哲

「正當防衛」是「『正當的』防衛」的簡稱。所以，對於現在不法的攻擊，當場以構成要件該當行為進行反擊，就是「防衛」，但也就是「防衛」，至於這個「防衛」是否具有「正當性」，那就是另外一回事，要進一步再判斷「正當性」。

刑法第 23 條說，如果你是「防衛」，但「過當」的話，——更精確講，「過當」的部分——就不成立「正當防衛」——不成立「『正當的』防衛」——，也就是你這部分的「防衛」沒有「正當性」，這樣的話，你的構成要件該當行為的這部分，就沒有「正當防衛」這樣的阻卻違法事由，所以你就有個「違法的」構成要件該當行為（部分），也就是具有「違法性」的構成要件該當行為（部分）。

那怎樣叫「過當」呢？白話講，就是「超『過』適『當』」而「不適當」囉！那怎樣叫「不適當」呢？因為「防衛」是個「緊急防衛『權』」的概念，而「權利不得濫用」就是「緊急防衛『權』」的限制；如果「我們大家」「覺得」你「濫用」了，你就是做過頭了，而「不適當」。

但要注意！「沒做過頭」的部分，還是「適當」啊！還是成立「正當防衛」啊！這部分還是不違法啊！所以，精確說來，所謂「防衛過當」是就一個作為反擊的構成要件該當行為的「做過頭」的部分而言，而不是對「整個」構成要件該當行為來說的。

對於這個「做過頭」部分，並「不適當」，所以還是具有「違法性」，但是換成是我們，在那種情況下，也會一樣「做過頭」，我們也沒資格唱高調，必須基於「無期待可能性」來原諒你，所以，你就這個「做過頭」的部分，雖然還是違法的，但具有阻卻責任事由「防衛過當」，所以不具有責性。

看出來了嗎？發生「防衛過當」時，你是以「一個」構成要件該當行為，對現在不法攻擊加以反擊，但你之所以不犯罪，是分成二部分處理的：「沒做過頭」部分，你還是「適當」，還是成立「正當防衛」，還是沒有違法性，這部分就已確定不犯罪；但「做過頭」的部分，你就是「不適當」，就是不成立「正當防衛」，就還是具有違法性，只是我們以「無期待可能性」作為理由，來原諒你這個「違法」的部分，也就是說，你「做過頭」的「過當」部分，不是沒有違法性，而是

沒有有責性，你才不犯罪。

所以，「防衛過當」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y, z)$ = 對於 x 的現在不法攻擊， y 基於防衛的意思，以 z 構成要件該當行為進行反擊，於其適當範圍內，仍成立正當防衛，而不具違法性，但過當的部分，雖仍具違法性，但基於無期待可能性，仍具有阻卻責任事由「防衛過當」，而不具有責性，故 y 不犯 z 罪。

案例：

甲無故拿棍子打傷乙，乙為了自衛，就不斷拾起散落身邊的碎磚瓦擲向甲，不僅把甲打傷，還把甲都打到昏，但乙在慌亂中，還是繼續對已昏甲的擲磚瓦；過了一會兒，乙回神過來，雖見甲已昏，仍怒氣未消，繼續對昏迷的甲又重砸了三塊磚。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

1. 甲打乙，實現傷害構成要件該當行為，犯傷害罪。
 2. 對於甲犯傷害罪的現在不法攻擊，乙起初基於防衛的意思，以傷害構成要件該當行為進行反擊，於其適當範圍內，仍成立正當防衛，而不具違法性，但過當的部分，雖仍具違法性，但基於無期待可能性，仍具有阻卻責任事由「防衛過當」，而不具有責性，故就此二部分，乙不犯傷害罪。但最後又重砸甲三塊磚的部分，乙已非基於防衛的意思，而是基於攻擊的意思，不僅不成立正當防衛，也無防衛過當的適用，故乙仍就此部分犯傷害罪。
-

提示：

總之，即使是「防衛過當」，你還是得基於「防衛的意思」，如果是基於「攻擊的意思」，根本就不是「防衛」了！更不可能會是「防衛過當」！

066. 「避難過當」

你「避難」「做過頭」了啦！但我們還是原諒你！

(撰寫時序編號 107)(20170430)

鄭逸哲

「緊急避難」是現在發生緊急的危難，你以構成要件該當行為進行避難，但這也就只是「避難行為」，至於這個「避難行為」是否是「（阻卻）違法」的，那就是另外一回事，要進一步再判斷它的「違法性」有無。

刑法第 24 條第 1 項但書說，如果你是「避難」，但「過當」的話，——更精確講，「過當」的部分——就不成立「阻卻違法的緊急避難」——不成立「『阻卻違法的』緊急避難」——，也就是你這部分的「避難」就是「違法的」，這樣的話，你的構成要件該當行為的這部分，就沒有「阻卻違法的緊急避難」這樣的阻卻違法事由，所以你就有個「違法的」構成要件該當行為（部分），也就是具有「違法性」的構成要件該當行為（部分）。

那怎樣叫「過當」呢？白話講，就是「超『過』適『當』」而「不適當」囉！那怎樣叫「不適當」呢？因為「避難行為」是社會主義下的「放任行為」概念，是基於「所救大於所犧牲」的「法益權衡」而容許；如果「所救『沒有』大於所犧牲」，那不就「不划算」，就沒有「放任」的「正當性」了，你就是做過頭了，而「不適當」。

簡單講，「所救『沒有』大於所犧牲」，就一定是做過頭了，而「不適當」。

但要注意！「沒做過頭」的部分，還是「適當」啊！還是成立「阻卻違法的緊急避難」啊！這部分還是不違法啊！所以，精確說來，所謂「避難過當」是就一個作為避難手段的構成要件該當行為的「做過頭」的部分而言，而不是對「整個」構成要件該當行為來說的。

對於這個「做過頭」部分，並「不適當」，所以還是具有「違法性」，但是換成是我們，在那種情況下，也會一樣「做過頭」，我們也沒資格唱高調，必須基於「無期待可能性」來原諒你，所以，你就這個「做過頭」的部分，雖然還是違法的，但具有阻卻責任事由「避難過當」，所以不具有責性。

看出來了嗎？發生「避難過當」時，你是以構成要件該當行為，對於現在的緊急危難進行避難，但你之所以不犯罪，是分成二部分處理的：「沒做過頭」部分，

你還是「適當」，還是成立「阻卻違法的緊急避難」，還是沒有違法性，這部分就已確定不犯罪；但「做過頭」的部分，你就是「不適當」，就是不成立「阻卻違法的緊急避難」，就還是具有違法性，只是我們以「無期待可能性」作為理由，來原諒你這個「違法」的部分，也就是說，你「做過頭」的「過當」部分，不是沒有違法性，而是沒有有責性，你才不犯罪。

所以，「避難過當」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y, z)$ = 對於 x 的現在緊急危難， y 基於避難的意思，以 z 構成要件該當行為進行避難，於其適當範圍內，仍成立阻卻違法的緊急避難，而不具違法性，但「所救未大於所犧牲」的部分仍屬過當，雖仍具違法性，但基於無期待可能性，仍具有阻卻責任事由「避難過當」，而不具有責性，故 y 不犯 z 罪。

案例：

甲和抱著狗的乙一起出遊，突然被野生黑熊攻擊，甲為自救，就一把把乙和乙的狗推給熊吃，自己快速奔逃，而撿回一命。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

對於生命法益受到黑熊攻擊的現在緊急危難，甲基於避難的意思，以毀損構成要件該當行為和殺人構成要件該當行為進行避難，於其毀損構成要件該當行為範圍內難謂不適當，仍成立阻卻違法的緊急避難，而不具違法性，但「所救未大於所犧牲」的殺人構成要件該當行為部分仍屬過當，雖仍具違法性，但基於無期待可能性，仍具有阻卻責任事由「避難過當」，而不具有責性，故甲既不犯毀損罪，亦不犯殺人罪。

提示：

總之，即使是「避難過當」，你還是得基於「避難的意思」，如果是基於「攻擊的意思」，根本就不是「避難」了！更不可能會是「避難過當」！

無可諱言，「避難過當」發生時，很難像發生「防衛過當」時那樣，就「同一個」構成要件該當行為，明確區分為「適當」和「不適當」二部分，我們往往「基於現實的考慮」，就直接以「無期待可能性」對整個構成要件該當行為進行「阻卻

責任事由」判斷。

067. 「阻卻責任的緊急避難」

「阻卻責任的緊急避難」就是「避難過當」啦！

(撰寫時序編號 108)(20170501)

鄭逸哲

「土豆」在台灣是指花生，但到了上海卻是指馬鈴薯，這叫「異事同名」。有「異事同名」，應該也會有「同事異名」吧！

有的！刑法理論上的用語，往往因為使用者的留學背景不同，而對同樣的東西，使用不同的名稱，比方，留德的喜歡用「刑法的最後手段性」，但留日的稱之為「刑法的抑謙性格」，而發生「同事異名」。

依照刑法第 24 條第 1 項但書的規定，「避難過當」是種阻卻責任事由，但對這樣阻卻責任事由，有時被叫做「阻卻責任的緊急避難」——這就是使用德國用語了。但無論如何，你要知道的是「避難過當」就是「阻卻責任的緊急避難」，「阻卻責任的緊急避難」就是「避難過當」；二者是「同事異名」，是「同義字」。

從適用「法律」的角度來說，當然用「避難過當」比較恰當；但從對概念的精確理解和說明來說，使用「阻卻責任的緊急避難」可能更有幫助！

怎麼說勒？因為「阻卻責任的緊急避難」是和「阻卻違法的緊急避難」相配對的概念，而「阻卻違法的緊急避難」的核心概念就是「法益權衡」：必須「所救『大於』所犧牲」才能阻卻具有構成要件該當性的「避難行為」的違法性。

「大於」的否定是「『小於』或『等於』」，因此「所救『小於』或『等於』所犧牲」，就不符合「法益權衡」，這樣的具有構成要件該當性的「避難行為」，就不成立「阻卻違法的緊急避難」，還是具有違法性，還是違法的構成要件該當行為。

但「避難行為」就算是違法的構成要件該當行為，也還要看行為人是否具有「有責性」，對吧？如果「所救『等於』所犧牲」，大概我們都能「諒解」行為人為什麼這樣幹，即使我們覺得他「做過頭」了而「過當」，但基於「無期待可能性」，我們還是原諒他吧！

所以，當「所救『等於』所犧牲」時，具有構成要件該當性的違法「避難行為」，就以具有「阻卻責任的緊急避難」這樣的阻卻責任事由為由，而不具有「有責性」，而不犯罪。

但如果「所救『小於』所犧牲」，不僅是「不划算」的問題，甚至我們就有理由「期待」你要「放棄去做你（事實上已經做了的）違法的構成要件該當行為」。也就是說，如果「所救『小於』所犧牲」，就不是能以「無期待可能性」為由加以原諒的問題了，而是難以原諒你了！就算你還是基於「避難的意思」。

簡單講，「所救『大於』所犧牲」是「阻卻違法的緊急避難」；「所救『等於』所犧牲」是「阻卻責任的緊急避難」；但「所救『小於』所犧牲」，是排除在刑法所要討論的「避難過當」範圍之外的。

所以，「阻卻責任的緊急避難」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y, z)$ = 對於 x 的現在緊急危難， y 基於避難的意思，以 z 構成要件該當行為進行避難，雖不合法益權衡，仍具違法性，雖「所救等於所犧牲」而避難過當，但難謂具有期待可能性，而仍具有阻卻責任事由「阻卻責任的緊急避難」，而不具有責性，而不犯 z 罪。

案例：

甲和乙一起出遊，突然被野生黑熊攻擊，甲為自救，就一把把乙推給熊吃，自己快速奔逃，而撿回一命。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

對於生命法益受到黑熊攻擊的現在緊急危難，甲基於避難的意思，以殺人構成要件該當行為進行避難，雖不合法益權衡，仍具違法性，雖「所救等於所犧牲」而避難過當，但難謂具有期待可能性，而仍具有阻卻責任事由「阻卻責任的緊急避難」，而不具有責性，而不犯殺人罪。

提示：

不知受到什麼影響，對於「同事異名」的東西，尤其是考生，非要表態「擇一而

用」，這實在不明智！

在上面的題解參考中，不就是把「避難過當」和「阻卻責任的緊急避難」併用嗎？這樣反而有助於把事情說得更清楚吧！

068. 「正當防衛 VS.阻卻責任行為」

你不犯罪，並不表示你當然不違法！

(撰寫時序編號 115)(20170504)

鄭逸哲

想一下哦！是不是你先有個違法的構成要件該行為，才會進入「有責性」審查，對吧？進入「有責性」階段審查，才有所謂是否有「阻卻責任事由」審查，對吧？所以，就算你具有「阻卻責任事由」而欠缺有責性，而不犯罪，你的行為還是「違法的」，對吧？

既然，你的「阻卻責任行為」還是「違法的」，所以對被你以「阻卻責任行為」攻擊的人來說，你還是對他進行「現在不法攻擊」，對吧？

既然，你對人家進行「現在不法攻擊」，人家就可以用構成要件該當行為進行「防衛」，對吧？如果人家是做「必要而且適當」的反擊，還是成立「正當防衛」，對吧？

所以，「正當防衛 VS.阻卻責任行為」的「一句到位」函數式是：

$S(v, w, x, y, z) = v$ 雖具有阻卻責任事由的「 w 」而不犯罪，但其 x 構成要件該當行為仍屬違法，故 y 以 z 構成要件該當行為進行必要且適當的反擊，仍屬正當防衛，而不具違法性，而不犯 z 罪。

案例：

發生海難，甲和乙同舟漂流，行將餓死，甲突然勒住乙，想將之殺害，食其肉求生，乙奮力抵抗，持船槳打死甲，而撿回一命，但三天後，他還是餓死——不忍食甲屍而餓死。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

甲雖具有阻卻責任事由的「阻卻責任的緊急避難」而不犯罪，但其殺人未遂構成要件該當行為仍屬違法，故乙以殺人構成要件該當行為進行必要且適當的反擊，仍屬正當防衛，而不具違法性，而不犯殺人罪——至於「事後」二人皆死亡，於其是否犯罪判斷無關。

提示：

很慘對吧？或許你還會說，人都死光了，有什麼好討論的？

其實，許多人常把「犯罪」和「處罰犯罪」二個問題相混淆！有沒有犯罪是一回事，犯罪有沒有辦法訴追處罰是另一回事！比方，有人「畏罪自殺」，檢察官就只能以被告死亡為由作成不起訴處分，但他還是犯罪的，不是嗎？

069. 「裁量性個人解除刑罰事由」

是確定你犯罪後，就你「個人」要不要免刑的問題！

(撰寫時序編號 089)(20170409)

鄭逸哲

「殉情」哦！很淒美！但是，法律看不下去！

你和他相愛其深，卻不容於社會，他就拿了一杯毒酒給他，「勸」他「一起」到「天國」相聚，他說好，就一人一杯喝下肚！二人都中毒昏迷了，但被人發現，被送醫急救，雙雙獲救。那你有犯罪嗎？

他就「勸」他一起到「天國」，是不是「教唆自殺」？你給他一杯毒酒，是不是「幫助自殺」？所以，你以同一事實行為，既實現「教唆自殺構成要件」，又實現「幫助自殺構成要件」，依擇一關係，僅犯「教唆自殺」或「幫助自殺」一罪，對吧？

錯！不是說過，刑法 275 條的「加工自殺罪」很特殊，其既未遂，不是以你的行為為準的，而是以被害人「死亡」為準的。他死了嗎？沒有，對吧？所以，你是

犯「教唆自殺未遂」或「幫助自殺未遂」一罪。

那還有啥問題呢？有哦！第 275 條第 3 項規定：「謀為同死而犯第一項之罪者，得免除其刑」。你是找他「『一起』到『天國』相聚」，算「謀為同死」，應該沒問題，所以，你「得免除其刑」，對吧？

好像哪怪怪的哦！它是說，「犯第一項（既遂）之罪」耶！但你是「犯第二項（未遂）之罪」吧！那你不能依第 275 條第 3 項規定，而「得免除其刑」呢？

可以的！法律比人更聰明，在「法律適用」時，有所謂「舉重以明輕，舉輕以明重」的適用法則。依「舉重以明輕」，情節較重的既遂犯都「得免除其刑」了，何況情節較輕的未遂犯，對吧？

所以，犯「教唆自殺未遂」或「幫助自殺未遂」罪的你，因「謀為同死」而「得免除其刑」。

看出來了嗎？「謀為同死」是確定你犯罪「後」才考量的事，它和你的犯罪判斷無關，是「刑罰論」層次問題哦！

而且，僅就具體個案「謀為同死」的人，才有適用的餘地，如果有人也「摻一咖」，也同樣犯「教唆自殺未遂」或「幫助自殺未遂」罪，但沒「謀為同死」，就沒這個問題吧！因此，如果「謀為同死」而被法院「免刑」，也只有你「個人」，所以你是因為「個人解除刑罰事由」才被法院判「免刑」的。

但「謀為同死」，並不是規定為「（應）免除其刑」，而是「『得』免除其刑」，也就是說，要不要「免刑」，是由法院依具體情節「裁量」的；所以，最精確來講，「謀為同死」，並不是「個人解除刑罰事由」，而是「『裁量性』個人解除刑罰事由」才對！

所以，「裁量性個人解除刑罰事由」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y, z) =$ 實現 x 構成要件而犯 x 罪之人 y ，因裁量性個人解除刑罰事由「 z 」實現，得免除其刑。

案例：

甲和乙二人要殉情，二人持刀互擁，同時刺向對方，乙死但甲獲救。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

1. 實現得其承諾而殺之構成要件而犯得其承諾而殺之罪之人甲，因裁量性個人解除刑罰事由「謀為同死」實現，得免除其刑。
2. 實現可罰的得其承諾而殺之未遂構成要件而犯得其承諾而殺之未遂罪之人乙，既已死亡，並無處罰的可能，自無再探究其是否「謀為同死」的必要。

提示：

看出來了嗎？對乙，因為他死了，並沒有處罰的可能，如果你繼續討論「謀為同死」，一點意義也沒有！你確定他是「謀為同死」好了，然後呢？要「免除其刑」嗎？「刑」在哪呢？

所以，第 275 條第 3 項的「謀為同死而犯第一項之罪者」，其實是指「謀為同死而犯第一項之罪『且』至判決宣示時『還活著』者」！

070. 「過失犯罪」

一樣不小心撞，撞死了就過失致死，撞傷就過失傷害囉！

(撰寫時序編號 026)(20170208)

鄭逸哲

過失犯是種「運氣犯」！一樣不小心撞，撞死了就犯「過失致死」罪，撞成重傷就犯「過失致重傷」罪，撞成輕傷就是犯「過失傷害」罪囉！

可見，過失犯罪是按「結果」命名的，而且這個結果是個「事實實害結果」；不像故意犯罪是按「構成要件行為」命名的，什麼殺人罪、竊盜罪的「殺人」和「竊盜」，不都是其「構成要件行為」嗎？

但在「行為刑法」下，過失犯罪還是要有其「構成要件行為」的規定，對吧？那是什麼？去問老師，比方，過失致死罪或過失致死構成要件的「構成要件行為」是什麼？他是不是跟你講，就是「過失致死行為」？是這樣嗎？還是他老師也是這樣跟他講，其實他也根本沒知道過？

說是「過失致死行為」，根本啥也沒說啦！「過失」是主觀構成要件，怎會是客觀構成要件行為的一部分？「死」是構成要件結果，「致」是指構成要件因果關係，好嗎？根本沒有提到構成要件行為耶！

那過失構成要件的「構成要件行為」是什麼？構成要件是由主觀構成要件和客觀構成要件依「對應關係」而構成，對吧？所以，當「過失」是指：應注意且能注意卻不注意，那與之對應的客觀構成要件行為，應該是什麼呢？

「應」在法律上是不是就是「義務」的意思？那「應注意」是不是就是「注意義務」的意思？看出來了嗎？找到了耶！所以，過失構成要件的「構成要件行為」就是「未履行其所能履行的注意義務」啦！是種「不作為」耶！

很驚人哦！你看！你超速開車撞上人，一樣都是「未履行其所能履行的『不超速開車』注意義務」，但你撞死人就犯「過失致死」罪，撞成重傷就犯「過失致重傷」罪，撞成輕傷就是犯「過失傷害」罪哦！

看哦！不一樣的過失犯罪，具有「同一」形式的構成要件行為「未履行其所能履行的注意義務」耶！而且是「不作為」耶！

還不只哦！如果你沒有「注意義務」，也就是如果你沒有「要小心不要讓實害結果發生的義務」，就算實害結果發生了，也不關你屁事吧！因此，你要具有「注意義務」的身分，不然你也不可能犯過失之罪的！

綜上所述，我們得到「身分犯——不作為犯——實害結果犯」三位一體的「過失犯罪」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y) =$ 具有注意義務之人 x ，雖非故意，但按其情節，應注意且能注意卻不注意，而過失未履行其所能履行的注意義務，致 y 實害結果發生，犯過失（致） y 罪。

案例：

甲超速開車，不小心撞死乙。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

具有注意義務之人甲，雖非故意，但按其情節，應注意且能注意卻不注意，而過失未履行其所能履行的注意義務，致死亡實害結果發生，犯過失致死罪。

提示：

有沒有看出來？在案例題解中：

1. 「應注意且能注意卻不注意」和「過失」是同位格。
2. 「未履行其所能履行的注意義務」是構成要件行為，並沒有變項的問題。
3. 過失構成要件的構成要件結果屬變項，而且所犯之罪也有變項，但這二個變項必須同變化，所以我們才說：過失犯罪是按「結果」命名的。

071. 「結果的客觀不可避免性」

就算我不超速，也來不及煞車啊！

(撰寫時序編號 025)(20170207)

鄭逸哲

上世紀末，刑法理論發展出來二種不成文的「阻卻構成要件該當事由」：一是針對故意行為的「阻卻構成要件同意」；另一是針對過失行為的「結果的客觀不可避免性」。

一般，我們所稱的「構成要件」是指成文的「積極構成要件」，是說這樣的構成要件一旦被實現，行為人就具有構成要件該當性。而「阻卻構成要件同意」和「結果的客觀不可避免性」這二種「阻卻構成要件該當事由」，與之不同，一旦被實現，行為人就不具有構成要件該當性，即使整個成文的「積極構成要件」已被實現，行為人還是不具有構成要件該當性；因此，名之為「不成文的消極構成要件」。

既然「結果的客觀不可避免性」作為過失行為的「不成文的消極構成要件」，因此，要先確定行為人具有實現成文的過失「積極構成要件」的過失行為，才有進一步判斷不成文的消極構成要件「結果的客觀不可避免性」是否亦被實現的必要。如果行為人連過失行為也沒有，那就已確定他不犯過失之罪，幹嘛還多此一舉，來判斷「結果的客觀不可避免性」是否也被實現呢？

所謂「過失」，是指行為人對「發生實害的因果關係」這件事有過失，所以一定

是他：雖非故意，但按其情節，應注意且能注意卻不注意，而過失未履行其所能履行的注意義務，致實害結果發生於被害人。

如此，不僅他的行為和實害結果之間具有因果關係，而且也因為他對這樣客觀因果關係的發生，在主觀上有過失，所以他完全實現了成文的過失「積極構成要件」。通常，行為人這樣就已具有過失構成要件該當性，而犯過失之罪；但有時…

我們之所以規定過失犯罪，是說你如果小心一點，實害結果就不會發生，所以因為你沒有履行你的注意義務而導致實害結果的發生，因此要處罰你！但是，如果就算我沒不小心，甚至很小心，這樣的實害結果還是一定會發生，那是不是就不存在「（實害）結果的避免可能性」呢？白話講，我小心不小心都沒差，反正，他就是死定了！這樣你也要我負責，根本不符合第 12 條的立法精神吧！

第 12 條的所謂「過失責任」，不是說有過失就要負責的意思；而是如果你「不過失」就可以避免實害結果的發生，所以你有過失要你負責的意思。簡單講，第 12 條是指刑法完全不接受「事變責任」，是在此意義下，去理解何謂「過失責任」。

因此，在一定的情況下，就算你已完全實現了成文的過失「積極構成要件」，但不成文的消極構成要件「結果的客觀不可避免性」亦告實現，我們還是認為你不具有過失構成要件該當性，而不犯過失之罪，而不負過失責任。否則，不就變成負事變責任了！

所以，「結果的客觀不可避免性」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y) = x$ 雖實現成文的過失 y 構成要件，但不成文的消極構成要件「結果的客觀不可避免性」亦告實現，仍不具有過失 y 構成要件該當性，而不犯過失 y 罪。

案例：

甲超速開車，乙要自殺，就對準車前蓋衝出撞上去，甲來不及煞車，當場撞死乙。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

甲雖實現成文的過失致死構成要件，但不成文的消極構成要件「結果的客觀不可避免性」亦告實現，仍不具有過失致死構成要件該當性，而不犯過失致死罪。

提示：

本案例的題解也可以更詳細寫成：

開車而具有不超速注意義務之人甲，雖非故意，但按其情節，應注意且能注意卻不注意，而過失未履行其所能履行的開車不超速注意義務而撞上乙，致死亡實害結果發生於被害人乙，即甲對其超速開車行為和乙死亡結果間客觀上具有因果關係之事有過失，而實現成文的過失致死構成要件；但要自殺的乙，對準車前蓋衝出撞上去，就算甲不違反不超速的注意義務，也來不及煞車，一樣會撞死乙，所以不成文的消極構成要件「結果的客觀不可避免性」亦告實現，甲仍不具有過失致死構成要件該當性，而不犯過失致死罪。

藉此，要再強調一次，所謂「一句到位」，是指就實例解題時，絕對不能再少的一句。根本沒人說，「只要」寫一句！但你連這「不能再少」的一句都沒寫，你是在寫什麼？

072. 「業務過失犯罪」

開小黃賺錢撞傷人，業務過失傷害；開小黃把妹撞傷人，過失傷害！

(撰寫時序編號 027)(20170208)

鄭逸哲

有人說，刑法把過失分成「普通過失」和「業務過失」二種，但這有法律依據嗎？

總則找不到，對吧？分則呢？第 276 條和 284 條裡是有提到「業務上之過失」，但也不是「業務過失」啊！

有人說，「業務過失」是要你「更注意」！那我問你，不管你是開計程車或開私家車，是不是都是適用同一部道路交通安全處罰條例？要「更注意」什麼？是綠燈有沒有比較綠？還是來車有沒有比較貴？

你再看看實務怎麼操作？是不是前面幾乎都不管什麼業務不業務的，就是依第 14 條判斷你有過失的話，到了判決書要收尾時，才說你是在「從事業務時」過失怎樣怎樣，所以你犯「業務過失」罪。

看出來了嗎？根本沒有「業務過失」這種東西，刑法上所謂「業務上之過失」；是指：在「從事業務時」所發生的過失；還是「過失」！

其實，要分也是分成「從事業務時」和「『非』從事業務時」所發生的過失二種，而不是莫名其妙的「業務過失」和「普通過失」二種！

司法自己不也認為：如果你是開小黃攬客時撞傷人，是犯業務過失傷害罪；如果是把小黃當私家車使用時撞傷人，就算犯過失傷害罪！這是不是依過失是否發生於「從事業務時」來說的呢？

所以，就算我們繼續使用「業務過失」的用語，也應該理解為其指：「從事業務時」所發生的過失。不要再扯什麼「更注意」了！

我們當然也不否認，有些事情只有從事業務時才會發生，比方開捷運不小心撞到人，真的蠻難想像開捷運把妹吧！那也只是我們幾乎沒有機會這樣有過失，並不會因此就別有「業務過失」，這還是「從事業務時」所發生的過失，對吧？

既然「業務過失」只不過是「從事業務時」所發生的過失，所以「業務過失犯罪」和「過失犯罪」一樣，也具有「身分犯——不作為犯——實害結果犯」三位一體的結構，只不過其「一句到位」函數式，要再加上「從事業務時」：

$S(x, y)$ = 具有注意義務之人 x ，從事業務時，雖非故意，但按其情節，應注意且能注意卻不注意，而過失未履行其所能履行的注意義務，致 y 實害結果發生，犯業務過失（致） y 罪。

案例：

公車司機甲超速開車，不小心撞死乙。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

具有注意義務之人甲，從事業務時，雖非故意，但按其情節，應注意且能注意卻不注意，而過失未履行其所能履行的注意義務，致死亡實害結果發生，犯業務過失致死罪。

提示：

其實，如果把案例事實的「公車司機」拿掉，是不是就回到「過失犯罪」，其題解就變成：具有注意義務之人甲，雖非故意，但按其情節，應注意且能注意卻不注意，而過失未履行其所能履行的注意義務，致死亡實害結果發生，犯過失致死罪。

自己對照一下，二個題解差在哪？

073. 「注意義務」

你要我注意「什麼」啦！

(撰寫時序編號 079)(20170331)

鄭逸哲

（本單元有點長，如果您「好讀書，不求甚解」，又是「通說就是正確論」的支持者，就不用浪費時間看了！其實，我自己也不鼓勵，考生在考上前寫這玩意！

因為沒有別人會說：「過失犯構成要件」的「構成要件『行為』要素」：按其情節，在具有「客觀可履行性」的前提下，「『避免結果發生』的法律義務」之未履行。）

「注意義務」，應該是「注意『…』的義務」。大家都同意吧！但這個「…」是什麼，好像從沒有講清楚過耶！如果不搞清楚，卻能說你具有「過失（犯）構成要件該當性」，而犯「過失之罪」，這也真的蠻天才的！畢竟，「注意義務」是整個「過失（犯）構成要件」，乃至於「過失犯罪」展開的核心概念，不是嗎？

以下，就一步步來把這個「…」找出來：

1. 比方，你開車撞死人，「客觀上」發生一件「開車（事實行為）——（事實）因果關係——死亡結果」的事，然後才有你是「故意」或「過失」的問題。因為，「故意」或「過失」是針對你有所「事實行為」而造成他人的法益受有（事實）實害或（事實）危險這件客觀發生的事而言。所以我們才說「刑法上有意義的行為」才算刑法構成要件該當判斷的「適格對象」啊！

2. 客觀上確定你有個「刑法上有意義的行為」，然後我們才「優先」問你是不是「故意」以你的事實行為去「啟動」這個事實因果關係。注意，只問是不是「故意」去「啟動」…，而不是問事實因果關係的「全程」，你是不是「故意」的！因為，比方，刑法有結果加重犯的規定哦！
3. 如果你是「故意」以你的事實行為去「啟動」這個事實因果關係，那我們就走向你要適用哪一個「故意犯構成要件」或以「故意犯構成要件」作為「基本構成要件」的「結果加重犯構成要件」。
4. 為什麼要「優先」問你是不是「故意」啟動，而不是先問「過失」呢？刑法第 14 條第 1 項，一開始不就說，「雖非故意…」嗎？所以，要你不是「故意」啟動，「依法」才可以進行「過失」判斷吧！
5. 無論如何，「過失」還是針對你有所「事實行為」而造成他人的法益受有（事實）實害的這件客觀發生的事而言。但要注意，這兒沒有（事實）危險了！因為，「過失犯」的民法遺傳性格仍極為完整，如果沒有「事實實害」，就沒有「過失犯」。
6. 當然「過失犯」也未必會犯「過失之罪」，因為第 12 條第 2 項說：「過失行為之處罰。以有特別規定者，為限。」看出來了嗎？「過失犯」只不過是指有「過失行為」的人，未必會是「過失犯罪人」哦！
7. 依此，就算你找到可能要適用的「過失犯構成要件」也不可以就直接去判斷你對「開車（事實行為）——（事實）因果關係——死亡結果」這件客觀發生的事，你是不是有「過失」？為什麼勒？現在進入關鍵了！
8. 「過失犯構成要件」還是「構成要件」，也是由「主觀構成要件」和「客觀構成要件」相「對應」而構成。
9. 好！一般好像都說，「應注意且能注意卻不注意」，就是「過失」，但自 1935 年以來，就不是這樣！它前還有「按其情節」耶！所以說，「按其情節，應注意且能注意卻不注意」，才是「過失」吧！
10. 「按其情節」的「其」是啥呢？是不是就指你「開車（事實行為）——（事實）因果關係——死亡結果」這件客觀發生的事呢？那「情節」呢？是不是就是指這件客觀上發生的事所發生的「『具體個案』客觀情境」呢？但我們暫且把這個「『具體個案』客觀情境」擱在一邊，先回到「應注意且能注意卻不注意」。

11. 「應注意且能注意卻不注意」是主觀的，但應和它相「對應」的客觀的東西是什麼呢？「應」是不是就是「義務」的意思？那「應注意」的客觀對應是不是就該是「注意義務」；所以，「應注意且能注意卻不注意」的客觀對應是不是就該是「『未履行』其所能履行的注意義務」，或說「其所能履行的注意義務的『未履行』」。
12. 看出來了嗎？在這兒，我們好像才真找到屬「過失犯構成要件」的「客觀構成要件」的「構成要件『行為』要素」，它就是「其所能履行的注意義務的『未履行』」，而且，更驚人的，不像「故意犯構成要件」有各式各樣不同的「構成要件『行為』要素」形式，「過失犯構成要件」的「構成要件『行為』要素」就只有「單一」的一種「其所能履行的注意義務的『未履行』」。
13. 好！現在我們要判斷你的開車事實行為有沒有實現「其所能履行的注意義務的『未履行』」這個「構成要件『行為』要素」時，是不是就要問這個「注意義務」是什麼，不然怎進行判斷呢？
14. 這時，會不會說，比方，「如果你有注意『不要超速』，你就來得及煞車，不會撞死人」了。這樣的話，是不是說，如果你有遵守，或說你有履行「不超速」的法律義務，就不會撞死人。所以，「客觀上」來說，嚴格來說，是你「『未履行』不超速」的法律義務才導致死亡結果的發生。至於「注意」，恐怕是主觀的東西，不應該在客觀構成要件是否被實現的判斷層次來判斷吧！不然！就主客觀不分了！
15. 所以，我們甚至要說，「過失犯構成要件」的「構成要件『行為』要素」也不是前面其實是「不正確」認識的「其所能履行的注意義務的『未履行』」，而是「其所能履行『規定目的在避免結果發生』的法律義務的『未履行』」才對。畢竟，無論如何，「注意」就是主觀的東西，再怎樣也不會是客觀構成要件的一部分。
16. 也就是說，也不用管你主觀上有没有「注意」啦！事實上，在客觀構成要件是否被實現的判斷層次來判斷「注意」也怪怪的！反正，只要在客觀上，一旦「其所能履行規定目的在『避免結果發生』的法律義務的『未履行』」，就已確定你實現了「過失犯構成要件」的「構成要件『行為』要素」。
17. 看出來了嗎？其實，有別於「注意義務」，「過失犯構成要件」中應該另存在一個「規定目的在『避免結果發生』的法律義務」才對。

18. 現在，我們「客觀上」確定了你未履行「規定目的在『避免結果發生』的法律義務」而導致死亡結果發生了！再來，我們就可以開始對你對這件客觀發生的事有沒有「過失」進行判斷嗎？還不行哦！嗯！這時，「按其情節」又回來了！
19. 比方，法律規定你不可在高速公路上「龜速」，以免後車追撞，但你真的只開時速 20 公里啊！客觀上，因為你未履行規定目的為「避免追撞」的「『不龜速』法律義務」而導致後車駕駛追撞死亡結果發生了。但是…
20. 連續假期或春節返家時，是不是整個高速公路像個大停車場啊！客觀上，是不是大家都「龜速」，都未履行規定目的為「避免追撞」的「『不龜速』法律義務」啊！但你要大家都開 60 公里以上，上帝也辦不到吧！
21. 法律比人更聰明，它就用「按其情節」來調整，如果就「『具體個案』客觀情境」，規定目的為「『避免結果發生』的『不龜速』法律義務」如果欠缺「客觀可履行性」，「過失犯構成要件」的「構成要件『行為』要素」仍屬未實現。
22. 好不容易走到這裡，我們才真的找到「完整」找到「過失犯構成要件」的「構成要件『行為』要素」：按其情節，在具有「客觀可履行性」的前提下，「規定目的在『避免結果發生』的法律客觀義務」之未履行。
23. 或許，通常都具有「客觀可履行性」，或者，如果欠缺「客觀可履行性」，大家先不會認為未履行「規定目的在『避免結果發生』的法律義務」，就..就這樣了！反正，沒見過有哪個白目的交警，在擁塞的高速公路上開「龜速」罰單吧！
24. 在通過「客觀可履行性」審查！我們才真的可以開始來判斷你有没有「過失」。
25. 一般，我們說「過失」要具有四個「性」：「客觀注意義務違反性」、「客觀結果可預見性」、「主觀注意義務違反性」和「主觀結果可預見性」，對吧？
26. 「性」是指「性質」，不可能獨立虛空存在，一定要附麗什麼「東西」之上，那麼，這四個「性」，要附麗什麼「東西」之上呢？，是不是就是你實現的「過失犯構成要件」的「構成要件『行為』要素」：按其情節，在具有「客觀可履行性」的前提下，「規定目的在『避免結果發生』的法律客觀義務」之未履行（以下簡稱「未履行避果規範目的客觀義務」）。
27. 先講這個「客觀注意義務違反性」，因為我們已進入主觀構成要件判斷，所

以不同於「避果規範目的客觀義務」是客觀的，你的「注意義務」是主觀的，兩相結合，其實所謂「注意義務」是指：「注意（去）『避果規範目的客觀義務』的義務」。

28. 看出來了嗎？一開始我們問「注意『…』的義務」的「…」是什麼，就是「履行避果規範目的客觀義務」啦！
29. 因為你没「注意」，所以說你「未履行注意（去）『履行避果規範目的客觀義務』的義務」而具有「客觀注意義務違反性」，更精確講，具有「客觀注意『履行避果規範目的客觀義務』的義務違反性」。
30. 最容易引起誤解的，就是這兒使用「客觀」二個字，既然已進入主觀構成要件判斷層次，怎又有「客觀」？其實這兒所謂的「客觀」，並不是一般所指的「客觀」，毋寧是指「一般人」「平均」的「主觀注意能力」。
31. 所謂，「客觀注意義務違反性」是說，依「一般人」「平均」的「主觀注意能力」作為判斷標準，「推定」你也具有的履行「注意『履行避果規範目的客觀義務』的義務」的主觀能力。
32. 同樣的，所謂，「客觀結果可預見性」是說，依「一般人」「平均」的「主觀預見能力」作為判斷標準，「推定」你也具有預見「不『履行避果規範目的客觀義務』將導致結果發生的主觀能力」。
33. 看出來了嗎？其實，我們在判斷你有沒有「客觀注意義務違反性」和「客觀結果可預見性」時，根本就是把你晾在一邊，是用所謂「一般人」「平均」的注意能力和預見能力作為判斷標準來「推定」的。
34. 再來，「推定」並不是不能「舉證推翻」！所謂「主觀注意義務違反性」和「主觀結果可預見性」，從刑事訴訟法的角度來看，其實是種「舉證責任倒置」，要你被告自己舉證自己不具有「一般人」「平均」的注意能力和預見能力來推翻。
35. 老實說，「主觀注意義務違反性」和「主觀結果可預見性」的形式意義大於實質意義，因為，如果你比別人笨，比別人差，那一開始就不要做「超負荷」的事。比方，你說我剛拿到駕照，所以駕駛能力比較差，然後呢？
36. 那是不是說，你就「未履行避果規範目的客觀義務」具有「客觀注意義務違反性」、「客觀結果可預見性」、「主觀注意義務違反性」和「主觀結果可預見

性」，而有過失，就具有「過失犯構成要件該當性」，而犯「過失之罪」呢？通常是的，但很特殊的情況下，也不一定。

37. 就「過失犯構成要件」，學理發展出來一種不成文的「消極構成要件」「結果的客觀不可避免性」還記得嗎？所以，即使你完全實現了成文的「過失犯構成要件」，但不成文的「消極構成要件」「結果的客觀不可避免性」亦告實現，你仍不具有「過失犯構成要件該當性」，而不犯「過失之罪」。

所以，「注意義務」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y) =$ 就「規範目的在避果的客觀義務之履行」，主觀上具有注意義務之人 y ，雖非故意，但按其情節，應注意且能注意卻不注意，而過失未履行其所能履行之客觀義務，致 z 實害結果發生，且不成文的「消極構成要件」「結果的客觀不可避免性」並未實現，具有過失（致） z 構成要件該當性，而犯過失（致） z 罪。

案例：

甲超速開車，不小心撞死乙。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

就「規範目的在避果的客觀不超速義務之履行」，主觀上具有注意義務之人甲，雖非故意，但按其情節，應注意且能注意卻不注意，而過失未履行其所能履行之客觀不超速義務，致死亡實害結果發生，且不成文的「消極構成要件」「結果的客觀不可避免性」並未實現，具有過失致死構成要件該當性，而犯過失致死罪。

提示：

搞了半天，好像不只在說「注意義務」耶！結果變成在講整個「過失犯罪」的判斷流程，對吧？

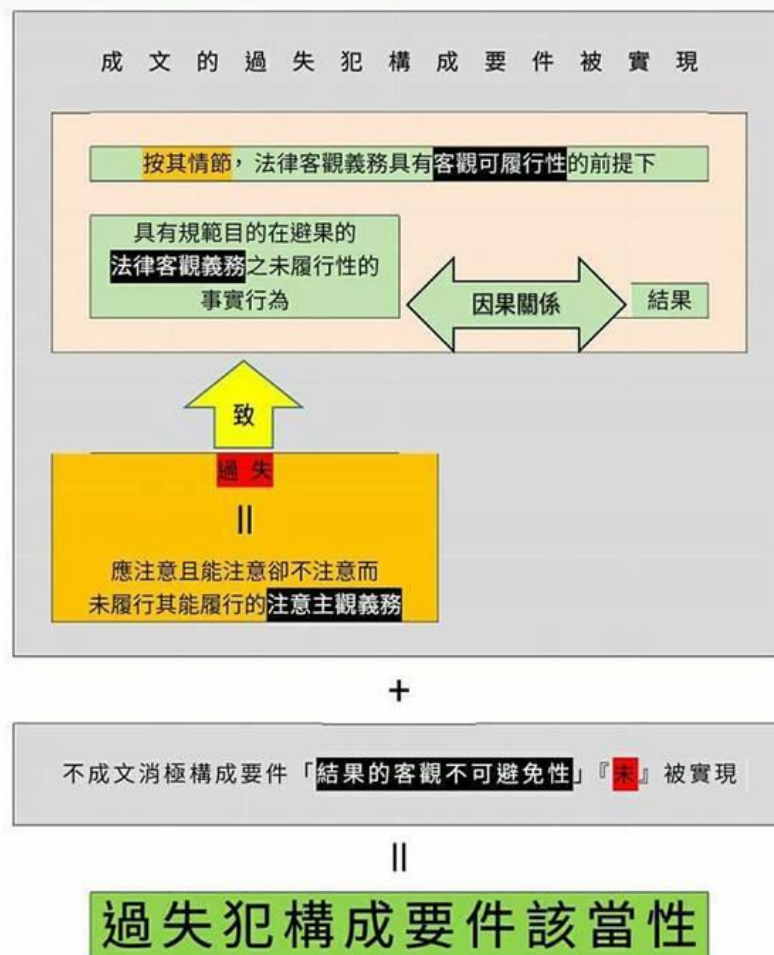
另外，好像都沒有就「因果關係」特別著墨耶！其實是有啦！只是比較隱晦：

1. 一開始，我們在判斷你有没有「刑法上有意義的行為」時，就已判斷你事實上有沒有「因果關係」了，如果沒有，不就判斷結束了！

2. 再來，在判斷你是否具有「客觀可履行性」時，如果沒有「客觀可履行性」，你就沒有實現「行為要素」，就沒有再判斷有沒有「因果關係」的必要啊！
3. 最後，嚴格上來說，算「偷渡走私」吧！在判斷「客觀結果可預見性」時，又「逆向」限縮「構成要件『因果關係』要素」的成立範圍。

過失犯構成要件該當性

鄭逸哲



074. 「信賴原則」

「信賴原則」其實是立法前提假設！

(撰寫時序編號 117)(20170505)

鄭逸哲

其實哦！長期以來，「過失犯構成要件」中的「客觀義務」和「主觀的注意義務」一再被混淆，也導致「信賴原則」在「過失犯構成要件」中的定位，飄來飄去，定位不清。

要適用「過失犯構成要件」時，首先要確定行為人在客觀上違反了什麼「客觀義務」，不管他主觀在想或沒在想什麼？因為這是個客觀判斷的問題。

比方，你碰上黃燈，在客觀上你沒有履行你的「減速義務」，先確定了這個，才有一個適格的「行為」吧！不然在「行為刑法」下，如何繼續進行過失犯構成要件該當性判斷呢？也就是說，如果在客觀上你沒有違反「客觀義務」的「事實行為」，事情就結束了！就確定你沒有過失構成要件該當性了，就確定你不犯罪了。

初步確定有了這個適格的「行為」，然後才判斷你這個未履行「客觀義務」的事實行為，和比方，死亡結果之間，是否具有客觀的因果關係。注意！因果關係是客觀的，是過失犯構成要件的客觀要素，和行為人有沒有過失，一點關係也沒有，也不可能有關係！

等到我們因此確定在客觀上有一件「未履行客觀義務的行為——因果關係——（死亡）結果」的事，我們才有可能再繼續進行判斷，對吧？

現在，我們「客觀上」確定了你的未履行「客觀義務」的行為導致死亡結果發生了！再來，我們就可以開始對你對這件客觀發生的事有沒有「過失」進行判斷嗎？還不行哦！嗯！要先處理「按其情節」吧！「按其情節」可是法有明文的。

沒錯！原則上，看到黃燈就得減速，但你已越過停止線，要你減速，不是很搞笑嗎？要把車卡在路中央嗎？即使你還沒有越過停止線，但急煞將導致後車追撞的話，要你減速，不也很奇怪？不也強人所難？

法律比人更聰明，它就用「按其情節」來調整，如果就「『具體個案』客觀情境」，如果「客觀法律義務」欠缺「客觀可履行性」，「過失犯構成要件」的「構成要件『行為』要素」仍屬未實現。

好不容易走到這裡，我們才真的找到「完整」找到「過失犯構成要件」的「構成要件『行為』要素」：按其情節，在具有「客觀可履行性」的前提下，「法律客觀義務」之未履行。

在通過「客觀可履行性」審查後，我們才真的可以開始來判斷你有没有「過失」。

這時，我們才開始判斷你有没有違反你主觀應履行的「注意義務」，但這個主觀的「注意…義務」是什麼呢？是指：「注意（去）『履行客觀義務』的義務」。

等到我們要判斷你是否履行你主觀的「注意義務」時，因為任何「義務」都有其範圍，無論是主觀的義務，或客觀的義務，都是這樣，法律不可能也不得科以「無限義務」或「過度義務」。這時，「信賴原則」才會跑出來，因為「信賴」是主觀的問題。

因為「注意」有「指向性」和「集中性」雙重性格，既然你法律要人家去履行「客觀義務」，尤其像交通法規「類型化」出許多「客觀義務」，那麼，其實是基於「現實」和「經驗」的考慮，這些就是一般人所能「注意」到的範圍，也因此是在具體案件時所「指向」而要求道路使用人注意「集中」的範圍。簡單講，這就是法律上主觀「注意義務」的「範圍」。

在此觀點下，所謂「信賴原則」——一般是指「行為人實施某行為時，尚可信賴『被害人或第三人』將採取適當的行為，以避免結果之發生，如果此種『信賴係屬相當』，則其後如有結果之發生，則行為人所造成他人法益侵害之結果，不必負責——也只不過是進一步再確認法律上主觀「注意義務」的「範圍」的輔助概念。

尤其，在交通法規，既然你規定的「客觀義務」範圍如是，則主觀的「注意義務」範圍也當對應如是，至於「信賴原則」，根本無以，也不是就個案用來作為「限縮」主觀的「注意義務」範圍的理由，而就是立法如此規定「客觀義務」範圍的前提。

簡單講，以交通法規立法為例，就是在假設大家都會「遵守」這樣的規定的情況下，大家就會「安全」，所以才這樣立法不是嗎？也就是說，「信賴原則」其實是立法前提假設，根本就不是法律適用原則。

講白了，之所以會蹦出「信賴原則」的概念，並不是因為它有所必要，而是沒把「客觀義務」和主觀「注意義務」的區別搞清楚所致。

就具體案件來說，往往是一開始就抓錯了未履行「客觀義務」的事實行為，或許，行為人的確在客觀上未履行這個「客觀義務」，但這個未履行「客觀義務」的事實行為——往往因為欠缺「客觀可履行性」——卻不是個適格的「過失構成要件」的「構成要件行為」，而無謂繼續進行審查，又無法收尾，只好祭出「信賴原則」。

質言之，如果訴諸「信賴原則」，目的其實就只是在論證行為人並不可能在主觀上違反「注意義務」，但之所以如此，卻不是基於主觀「注意義務」的是否履行判斷，而是他在客觀上就已經沒有一個作為適格行為的未履行客觀義務的事實行為了。

所以，「信賴原則」——以交通過失案件為例——的「一句到位」函數式是：

$S(x, y, z)$ = 依「信賴原則」，初步界定了所有道路使用人客觀義務的範圍和與其相對應的主觀注意義務的範圍， x 雖客觀上違反 y 義務，但按其情節，欠缺該義務的客觀可履行性，即已不具有過失（致） z 構成要件的適格行為，毋庸再進行其是否未履行其主觀注意義務的判斷，即已確定其不具有過失致 z 構成要件該當性，而不犯過失（致） z 罪。

案例：

突閃黃燈，甲雖尚未越過停止線，但煞車距過短，亦無法減速，甲只好加速行駛，此時乙前方橫向闖紅燈衝出，被甲撞死。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

依「信賴原則」，初步界定了所有道路使用人客觀義務的範圍和與其相對應的主觀注意義務的範圍，甲雖客觀上違反「見黃燈減速」作為義務，但按其情節，欠缺該義務的客觀可履行性，即已不具有不純正不作為過失致死構成要件的適格行為，毋庸再進行其是否未履行其主觀注意義務的判斷，即已確定其不具有不純正不作為過失致死構成要件該當性，而不犯不純正不作為過失致死罪。

提示：

看出來了嗎？甲之所以不犯不純正不作為過失致死罪，和甲是否闖紅燈衝出根本

無關，而是因為「自始」他就不具有適格行為，即已確定。

075. 「純正不作為犯」

管你有没有在動，你沒做指定動作啦！

(撰寫時序編號 033)(20170210)

鄭逸哲

很多人把「動不動」和「作為不作為」混為一談，所以始終搞不清楚啥是「不作為犯」。

但是呢！「不作為犯」，甚至「作為犯」，都不是事實的概念，無從依你身體有沒有動作判斷。它們都是構成要件的概念，要看構成要件怎麼規定，才能判斷的。

所謂「不作為犯」，是從構成要件的規定觀察，如果刑法透過這個構成要件的規定，命令你要做一個「『特定』的動作」，而你沒有做這個「『特定』的動作」，那你就具有這個「不作為構成要件」的構成要件該當性。

所以，所謂「不作為犯」，其實是指：具有「不作為構成要件」的構成要件該當性的人，並不是指「身體不動」而具有構成要件該當性的人。

就算你身體一直動個不停，但你就是沒做「不作為構成要件」所指定你應該做的「『特定』動作」，你也會是「不作為犯」。

簡單講，你會不會有「不作為構成要件」的構成要件該當性，我們根本不管你身體到底有沒有在動，而是只看你有没有做「不作為構成要件」所指定你應該做的「『特定』動作」。

既然刑法透過「不作為構成要件」來指定你應該做某個「『特定』的動作」，所以你就有做那個「『特定』動作」的「作為義務」，你如果沒照做，就是違反「作為義務」而具有「不作為構成要件」的構成要件該當性。

因此，「不作為犯」最精確的定義是：未為「『特定』動作」而違反「作為義務」而具有「不作為構成要件」的構成要件該當性的人。

而所謂「純正不作為犯」的「純正」是指：「作為義務」由刑法分則上的構成要

件「直接」規定的意思！其所以有別於「不純正不作為犯」，是不純正不作為犯的「作為義務」，並不是由刑法分則上的構成要件「直接」加以規定，而是必須由我們自己，就一個「作為構成要件」，拿刑法第 15 條第 1 項或第 2 項所規定的修正公式，自行修正成「不純正不作為構成要件」，才能發現其「作為義務」是種「防止結果發生」的「作為義務」；所以，「不純正」是指：「作為義務」不是由刑法分則上的構成要件「直接」加以規定的意思！

好！來看「純正不作為犯」的「一句到位」函數式：

$S(x, y, z) = x$ 未履行不作為構成要件「 y 構成要件」所規定的特定「 z 」動作，而違反該作為義務，而具有 y 構成要件該當性，而犯 y 罪——至於 x 在事實上是否有身體動靜，並不影響本案的判斷。

案例：

甲請訪客乙離去，但乙無故賴著不走，一直在甲家中跳上跳下，又是伏地挺身，又是拉筋劈腿。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

乙未履行狹義不作為構成要件「留滯不去構成要件」所規定的特定「離去」動作，而違反該作為義務，而具有狹義的留滯不去構成要件該當性，且構成要件要素化違法要素「無故」亦告實現，而具有無故留滯不去構成要件該當性，而犯無故留滯不去罪——至於乙在事實上是否有身體動靜，並不影響本案的判斷。

提示：

通常，「純正不作為犯」的構成要件，都是以「…不…」或「…未…」的形式加以規定，而有別於「作為犯」構成要件。

另外，除非是挑明講「不純正不作為犯」，不然「不作為犯」一般就只指「純正不作為犯」。

076. 「不純正不作為犯」

「殺人構成要件」和「不純正不作為殺人構成要件」不是同一構成要件
(撰寫時序編號 056)(20170224)

鄭逸哲

先來做一道選擇題：甲看到他三歲的兒子乙頑皮而跌到水缸裡，只要他順手把乙撈起來，乙就不會淹，但甲實在不喜歡這個兒子，就冷眼看著乙淹死，問：甲犯何罪？（1. 殺人罪；2. 殺人罪的不作為犯；3. 不作為殺人罪；4. 以上皆非）。

答案是 4. 哦！為什麼勒？因為不是甲啟動乙的死亡因果進程，而是他沒有履行父母對未成年子女的保護義務，沒有履行法律上的「防止結果發生的『作為義務』」，所以不是犯殺人罪，因為殺人罪是違反「不殺人的『不作為義務』」；所以 1. 不對！

甲的確是以不履行「防止結果發生的『作為義務』」——也就是以「不作為」使乙死亡結果發生，所以他是殺人（沒「罪」哦！）的「不作為犯」沒錯！但只說他是「殺人罪的不作為犯」，那他到底犯什麼罪，根本沒說啊！所以 2. 也不對。

如果說甲是犯「不作為殺人罪」，那就要刑法分則有明文規定有一個「不作為殺人構成要件」，是個「『純正』不作為犯構成要件」；但刑法分則上根本沒有「不作為殺人構成要件」，只有「殺人構成要件」吧！所以，3. 也不對！

因此，正確答案是 4.。那麼，甲到底犯什麼罪啊？答案是：「不純正不作為殺人罪」。

「不作為犯」最精確的定義是：未為「『特定』動作」而違反「作為義務」而具有構成要件該當性的人。那為什麼要區分成「純正不作為犯」和「不純正不作為犯」呢？因為基於「罪刑法定主義」，二者構成要件所適用的成文法源不同啊！當然要講清楚！

所謂「純正不作為犯」的「純正」是指：「作為義務」由刑法分則上的構成要件「直接」規定的意思！其所以有別於「不純正不作為犯」，是不純正不作為犯的「作為義務」，並不是由刑法分則上的構成要件「直接」加以規定，而是必須由我們自己，就一個「作為構成要件」，拿刑法第 15 條第 1 項或第 2 項所規定的「修正公式」，自行修正成「不純正不作為構成要件」，才能發現其「作為義務」是種「防止結果發生」的「作為義務」；所以，「不純正」是指：「作為義務」不是由刑法分則上的構成要件「直接」加以規定的意思！

現在，因為甲以是「不作為」使乙死亡，所以根本沒法適用刑法分則上「直接」規定的「殺人構成要件」——它是一種「作為犯構成要件」，對吧？所以，我們要拿第 15 條第 1 項或第 2 項的「修正公式」，把作為犯的「殺人構成要件」修正成「『不純正不作為』殺人構成要件」，才有辦法適用啊！

看出來了嗎？從「構成要件適用」的法源不同：「殺人構成要件」就只是第 271 條第 1 項；而「『不純正不作為』殺人構成要件」是「第 271 條第 1 項 + 第 15 條第 1 項」或「第 271 條第 1 項 + 第 15 條第 2 項」；所以「殺人構成要件」和「不純正不作為殺人構成要件」絕不是「同一」構成要件。現在好像從學界到實務，都沒認真遵循「罪刑法定主義」，每每把話講得不清不楚。

回來看甲：在法律上，他有防止乙死亡結果發生的「作為義務」，而且，他就在現場，在事實上，他也有能力履行這個法律的「作為義務」，但他故意「不作為」，而導致乙死亡，所以他實現「不純正不作為殺人構成要件」，而具有「不純正不作為殺人構成要件該當性」，而犯「不純正不作為殺人罪」。

因此，「不純正不作為犯」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y, z) =$ 就 x 結果的發生， y 在法律上負有防止其發生的作為義務，且事實上亦具有履行該作為義務的能力，卻故意不履行／過失未履行該作為義務，致該結果發生，犯不純正不作為（故意）／過失 z 罪。

案例：

甲忙著抓寶，根本沒注意其三歲幼子乙在爬窗戶，乙就這樣從十樓跌落，當場死亡。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

就乙死亡結果的發生，甲在法律上負有防止其發生的作為義務，且事實上亦具有履行該作為義務的能力，卻過失未履行該作為義務，致該結果發生，犯不純正不作為過失致死罪。

提示：

其實，這個「不純正不作為犯」的「一句到位」，雖然可以用，但從構成要件適用應嚴格遵循實定法源的規定來看，仍有不足；因為沒有明確講清楚，所適用的「不純正不作為構成要件」，究竟是依第 15 條第 1 項或第 15 條第 2 項修正而來。關於這個問題，將另啟單元，再詳加說明！

077. 「保證人義務」

要你「保證」什麼？就是要你以「作為」防止結果發生啦！

(撰寫時序編號 057)(20170224)

鄭逸哲

你知道嗎？「不純正不作為犯構成要件」毫無例外都是「身分犯構成要件」！為什麼勒！因為你要具有防止結果發生的「作為義務」，才有可能是不純正不作為犯！換句話說，你要具有防止結果發生的「作為義務」的「身分」，不然，就算結果發生了，關你什麼事？

這種防止結果發生的「作為義務」，在刑法學說上有個蠻奇怪的用語，叫「保證人義務」，但這裡的「保證（人）」和民法所說的「保證（人）」一點關係也沒有；「保證人義務」就是指：你就這個結果，具有以「作為」防止它發生的義務。

而「保證人義務」又分二種；依「家有小犬」和「家惡犬」分成二種：

「家有小犬」，你要好好保護它，「不要讓這個世界傷害它」！這叫「保全型保證人義務」；若「家有惡犬」，你要好好管束它，「不要讓它傷害這個世界」！這叫「監控型保證人義務」。

但無論如何，無論是「保全型保證人義務」或「監控型保證人義務」，都是你有「作為義務」，但什麼「作為義務」呢？就是在「小犬」和「惡犬」與「世界」間去構築一個「隔離網」。

同樣是「隔離網」，在「保全型保證人義務」，你構築這個「隔離網」是防止外部的危險攻擊「小犬」；而「監控型保證人義務」，你構築這個「隔離網」是防止「惡犬」這個危險的東西攻擊外部。有點像鐵窗，你家裝鐵窗，是為了防止小偷「攻進去」，但監獄裝鐵窗，是為了防止受刑人「跑出來」。

刑法第 15 條第 1 項是規定「保全型保證人義務」；而第二項是規定「監控型保證人義務」。但反正都是「防止結果發生」的「作為義務」。

因此，「保證人義務」的「一句到位」——其實就是「較精確一點」的「不純正不作為犯」的「一句到位」——函數式是：

$S(x, y, z) =$ 就 x 結果的發生，具有保證人義務之人 y ，在法律上負有防止其發生的作為義務，且事實上亦具有履行該作為義務的能力，卻故意不履行／過失未履行該作為義務，致該結果發生，犯不純正不作為（故意）／過失 z 罪。

案例：

甲忙著抓寶，根本沒注意其三歲幼子乙在爬窗戶，乙就這樣從十樓跌落，當場死亡。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

就乙死亡結果的發生，具有保證人義務之人甲在法律上負有防止其發生的作為義務，且事實上亦具有履行該作為義務的能力，卻過失未履行該作為義務，致該結果發生，犯不純正不作為過失致死罪。

提示：

其實，這個「保證人義務」的「一句到位」，雖然比較精確，也可以一用，但從構成要件適用應嚴格遵循實定法源的規定來看，還是不足；因為沒有明確講清楚，所適用的「不純正不作為構成要件」，究竟是依第 15 條第 1 項的「保全型保證人義務」規定或第 15 條第 2 項的「監控型保證人義務」規定修正而來。關於這個問題，將另啟單元，再「更」詳加說明！

078. 「保全型保證人義務」

做好「保全」！不要讓這個世界傷害它！

(撰寫時序編號 058)(20170225)

「不純正不作為犯構成要件」毫無例外都是「身分犯構成要件」！因為你要具有防止結果發生的「作為義務」，才有可能是不純正不作為犯！換句話說，你要具有防止結果發生的「作為義務」的「身分」，不然，就算結果發生了，關你什麼事？

這種防止結果發生的「作為義務」，有二種類型：「保全型保證人義務」和「監控型保證人義務」。

所謂「保全型保證人義務」，是因為法律「直接」規定或法律上的理由（例如，契約），你對某個特定人的某個範圍內的法益，甚至全部的法益有「保護」不被攻擊的義務，所以叫「保全型保證人義務」。

一旦他被攻擊，你就有義務以「作為」來攔阻這種攻擊，不論這種攻擊來自何方，也不論是人為或非人為的！總之，「不要讓這個世界傷害它」！這叫「保全型保證人義務」。

但是，並不是他被攻擊而受害「時」，你没有履行你的「保全型保證人義務」，你就具有「不純正不作為犯構成要件該當性」，而且要你「當時」事實上也居於「保證人地位」。

什麼是「保證人地位」呢？白話講，就是你實際「承接」「履行保全型保證人義務」的「事實地位」。

為什麼要區分「保全型保證人義務」和「保證人地位」呢？因為，比方，你們年輕夫妻都要上班，上工時就把你們的小 **Baby** 託付給鐘點保姆照顧，當保姆接手時，他就實際「承接」「履行保全型保證人義務」的「事實地位」，而你們夫妻就實際「脫離」「履行保全型保證人義務」的「事實地位」——但你們夫妻對小 **Baby** 的「保全型保證人義務」仍然存在，因為依民法的規定，父母對未成年子女的保護義務是持續不斷到其成年為止的。如果，在保姆家，小 **Baby** 沒被照顧好出事了，是不是追究保姆，而不是追究你們夫妻呢？

如果不以「保證人地位」來限縮「不純正不作為犯構成要件」的適用範圍，將使其適用範圍擴張到無極限，這是悖理的！

因此，最精確來講，所謂「保證人義務」，不是只有「保證人義務」就夠了，而是指「進入『保證人地位』下的『保證人義務』」，或者說，「實際被承接的保證

人義務」。

看出來了嗎？「不純正不作為犯構成要件」不僅是「身分犯構成要件」，而且是「『雙重』身分犯構成要件」：「保證人義務」和「保證人地位」兩種身分。

因此，「保全型保證人義務」的「一句到位」——其實就是「更為精確」的「不純正不作為犯」的「一句到位」（之一）——函數式是：

$S(x, y, z)$ = 具有保全型保證人義務且實際承接而進入保證人地位之人 x ，就 y 結果的發生在法律上負有防止其發生的作為義務，且事實上亦具有履行該作為義務的能力，卻故意不履行／過失未履行該作為義務，致該結果發生，犯不純正不作為（故意）／過失 z 罪。

案例：

甲乙夫妻二人都是忙碌的上班族，工作時就將其出生的幼子丙託付給褓姆丁照顧。一日，丁顧著自己抓寶，沒注意丙趴睡沒法呼吸，丙就這樣上西天當小天使去了。問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

1. 具有保全型保證人義務且實際承接而進入保證人地位之人丁，就丙死亡結果的發生在法律上負有防止其發生的作為義務，且事實上亦具有履行該作為義務的能力，卻於從事業務時，過失未履行該作為義務，致該結果發生，犯不純正不作為業務過失致死罪。
2. 甲和乙二人，雖均具有保全型保證人義務，但均已脫離保證人地位，就丙死亡結果的發生，在法律上均不負防止其發生的作為義務，故均不犯罪。

提示：

甚至，我們可以這樣說，固然「保證人義務」是我們指向適用「不純正不作為犯構成要件」的思考開始，但是否能適用「不純正不作為犯構成要件」，使行為人具有「不純正不作為犯構成要件該當性」，「保證人地位」扮演更關鍵性的角色！

079. 「監控型保證人義務」

做好「監控」！不要讓它傷害這個世界！

(撰寫時序編號 059)(20170225)

鄭逸哲

「不純正不作為犯構成要件」不僅是「身分犯構成要件」，而且是「『雙重』身分犯構成要件」：「保證人義務」和「保證人地位」二種身分。不僅就「保全型保證人義務」類型的「不純正不作為犯構成要件」是這樣，就「監控型保證人義務」類型的，也是這樣哦！

所謂「監控型保證人義務」，是因為你以「先」以某種「事實行為」製造出來一種「危險源」，你就有義務好好管控它，免得它對外發動攻擊，所以叫「監控型保證人義務」。

一旦它發動攻擊，你就有義務以「作為」來攔阻這種攻擊，不論這種攻擊向誰都一樣！總之，「不要讓它傷害這個世界」！這叫「監控型保證人義務」。

所以，和「保全型保證人義務」是因為法律「直接」規定或法律上的理由而產生不同，「監控型保證人義務」是因為你「先」有個製造「危險源」的「事實行為」，這才讓你有防止結果發生的「作為義務」。所以一般把它叫做「危險的前行為」。

看出來了嗎？「危險的前行為」並不是「不純正不作為犯構成要件」的行為要素哦！它是產生「監控型保證人義務」的理由，你沒有履行這個義務的「不作為」才是「不純正不作為犯構成要件」的行為要素啦！

注意！往往，「危險的前行為」並非法律所不容許，法律所不容許的是對「危險的前行為」所製造出來的「危險源」沒好好監控！比方，修房屋外牆，因為可能有建材掉落打傷人的危險，但你絕不能不讓人家修吧！但會要求你要做好防護措施，對吧？

另外，雖然「監控型保證人義務」類型的「不純正不作為犯構成要件」也是「『雙重』身分犯構成要件」，但是，不必像「保全型保證人義務」類型的一樣，在適用「不純正不作為犯構成要件」時，還要再進一步判斷你有没有進入「保證人地位」。

為什麼勒？因為，你不僅因為「危險的前行為」製造出來「危險源」而產生「監

控型保證人義務」，而且，就在此時，你就「自動」進入「保證人地位」了！也就是，你「同時」就要有防護措施的「作為」。比方，你修房屋外牆「時」，是不是就要「同時」做好防護措施，對吧？

所以，在概念上，當然還是有「保證人地位」的問題，但在適用「監控型保證人義務」類型的「不純正不作為犯構成要件」時，至少在技術上，並沒有另行判斷你是否實際進入「保證人地位」的必要，因為你必然「同時」進入了「履行保全型保證人義務」的「事實地位」。

雖然說，最精確來講，所謂「保證人義務」，不是只有「保證人義務」就夠了，而是指「進入『保證人地位』下的『保證人義務』」，或者說，「實際被承接的保證人義務」。但你一旦有製造「危險源」的「危險前行為」，「監控型保證人義務」和實際進入「保證人地位」就「同時」發生了，也就是說，你就有「進入『保證人地位』下的『保證人義務』」了！

因此，「監控型保證人義務」的「一句到位」——其實就是「更為精確」的「不純正不作為犯」的「一句到位」（之二）——函數式是：

$S(x, y, z)$ = 因危險前行為而具有監控型保證人義務之人 x ，就 y 結果的發生在法律上負有防止其發生的作為義務，且事實上亦具有履行該作為義務的能力，卻故意不履行／過失未履行該作為義務，致該結果發生，犯不純正不作為（故意）／過失 z 罪。

案例：

在高速公路上，甲車子拋錨，車子就停在路中央，但他沒在車後方遠處設三角牌警告標誌，就自顧自走到路邊打手機叫車輛救援，結果從後方駛來的乙來不及煞車，撞上甲車，因而受傷。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

因危險前行為而具有監控型保證人義務之人甲，就乙受傷結果的發生在法律上負有防止其發生的作為義務，且事實上亦具有履行該作為義務的能力，卻過失未履行該作為義務，致該結果發生，犯不純正不作為過失傷害罪。

提示：

當然，你要把「進入保證人地位」加回去，變成以下這樣，也是可以的，但有點多此一舉：

$S(x, y, z)$ = 因危險前行為而具有保全型保證人義務且實際承接而進入保證人地位之人 x ，就 y 結果的發生在法律上負有防止其發生的作為義務，且事實上亦具有履行該作為義務的能力，卻故意不履行／過失未履行該作為義務，致該結果發生，犯不純正不作為（故意）／過失 z 罪。

另外，特別要注意！即使，比方，說你和他都是犯「不純正不作為過失傷害罪」，但你們二人未必是適用同一個「不純正不作為過失傷害構成要件」哦！

啥？「不純正不作為過失傷害構成要件」還有不同的二個哦？是的！依照第 284 條第 1 項 + 第 15 條第 1 項的「保全型保證人義務」類型的「不純正不作為過失傷害構成要件」是一個，另一個是依照第 284 條第 1 項 + 第 15 條第 2 項的「監控型保證人義務」類型的「不純正不作為過失傷害構成要件」。

080. 「不純正不作為犯之消極構成要件」

唉！上帝來也救不了！有「結果的客觀不可避免性」哦！

(撰寫時序編號 060)(20170226)

鄭逸哲

知道嗎？「不純正不作為犯構成要件」是以「作為義務」展開的構成要件，這個「作為義務」是指防止結果發生的「作為義務」；更清楚講，不是你啟動因果進程，而是別人或非人的原因已「先行」啟動因果進程，「然後」要你去「攔截」這個因果進程，讓這個因果進程不能進行下去，而讓結果不要發生。也就是說，這個「作為義務」是種「『攔截』作為義務」！

但是哦！這個已「先行」啟動的因果進程未必具有「可攔截性」啊！比方，台灣天災不斷，不可預期的土石流爆發，巨石泥漿突然整個灌進你家，你自己都險遭活埋，根本連拉住你十歲女兒的機會都沒有！甚至，即使她就在你身邊呼救，但你不立即拔腿狂奔，也會跟著被活埋！你只好忍痛自行脫身。

即使在這種情形下，你對你女兒的「保全型保證人義務」和————因為她就在

你身邊——實際承接而進入的「保證人地位」，都沒有改變，而且，你沒有履行去「攔截」非人的土石流已「先行」啟動的你女兒死亡的因果進程，也就是說，你沒有履行你的「『攔截』作為義務」，對吧？而且你也清楚知道，你不救她，她一定會死，對吧？所以你還是具有「不純正不作為殺人故意」，對吧？所以，你仍然具有「不純正不作為殺人構成要件該當性」，而仍然犯「不純正不作為殺人罪」，對嗎？

當然不對！注意，第 15 條第 1 項，不是規定「法律上有防止之義務，而不防止」，而是規定「法律上有防止之義務，『能防止』而不防止」。所以，你是否因此具有「不純正不作為殺人構成要件該當性」，還要再進一步判斷「能防止」的問題，才能確定。

什麼叫「能防止」呢？我們先看一段最高法院 105 年台上字 182 號刑事判決的文字：「不純正不作為犯…（若）不具有履行（作為）義務的可能性，即無犯罪可言。具體來說，（…）縱然（…）採取任何（…）方式，終必死亡，則該死亡之發生，即具『客觀不可避免性』。」

看出來了嗎？如果不管你採取任何「攔截作為」，也沒辦法「攔截」這個死亡因果進程，那這個死亡結果就具有「結果的客觀不可避免性」，也因此，你「『不』能防止」。換句話說，如果沒有「結果的客觀不可避免性」，那對你來說，就是「能防止」。

所以，就算你有去拉你女兒，不管你有没有拉住她，都無法「攔截」土石流將她淹沒，所以她的死亡具有「結果的客觀不可避免性」，所以你「『不』能防止」。

也因此，雖然你故意不履行你的「『攔截』作為義務」，但因為你「『不』能防止」，還是不具有「不純正不作為殺人構成要件該當性」，而不犯罪哦！

看出來了嗎？第 15 條第 1 項，雖然是使用「能防止」文字，但其實是以「結果的客觀不可避免性」作為「不純正不作為犯構成要件」的「消極構成要件」。而且，雖然「結果的客觀不可避免性」也是作為「過失犯構成要件」的「消極構成要件」，但是，在「過失犯構成要件」是不成文的，而在「不純正不作為犯構成要件」卻是成文的，只是躲在「能防止」後面，變成「隱性」的罷了！

所以，「不純正不作為犯之消極構成要件」的「一句到位」——函數式是：

$S(x, y, z) =$ 就 x 結果的發生，具有保證人義務且實際承接而進入保證人地位之人 y ，在法律上負有防止其發生的作為義務，其雖故意不履行／過失未履行該作

為義務，但因結果的客觀不可避免性，y 事實上並不具有履行該作為義務的能力，難謂其不作為與 x 結果間具有準因果關係，故 y 仍不具有不純正不作為（故意）/過失 z 構成要件該當性，而不犯罪。

案例：

半夜發生大地震，大樓崩塌在即，甲不得已丟下熟睡身旁的三歲稚子乙，連滾帶爬逃出屋外，接著就轟然巨響，乙活活被壓死。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

就乙死亡結果的發生，具有保證人義務且實際承接而進入保證人地位之人甲，在法律上負有防止其發生的作為義務，其雖故意不履行該作為義務，但因結果的客觀不可避免性，甲事實上並不具有履行該作為義務的能力，難謂其不作為與乙死亡結果間具有準因果關係，故甲仍不具有不純正不作為殺人構成要件該當性，而不犯罪。

提示：

雖然，「過失犯構成要件」和「不純正不作為犯構成要件」都是以「結果的客觀不可避免性」作為「消極構成要件」；但是，在「過失犯構成要件」是確定你具有因果關係後，才拿「結果的客觀不可避免性」來阻卻「過失犯構成要件該當性」的成立；但在「不純正不作為犯構成要件」，是拿「結果的客觀不可避免性」來否認「準」因果關係的成立的，因為是說，就算你有「攔截作為」，結果還是照樣發生啊！如果這樣也要你負責，那就變成「事變責任」了！這樣是不可以的！

此外，前面的最高法院判決和「不純正不作為犯之消極構成要件」的「一句到位」，都是將「結果的客觀不可避免性」作為所有「不純正不作為犯構成要件」的「消極構成要件」的，但是第 15 條第 2 項中，並不像在第 15 條第 1 項有「能防止」三個字耶！

沒錯！嚴格上來說，純粹依法條規定，刑法真的只有就保全型保證人義務類型的「不純正不作為犯構成要件」規定「結果的客觀不可避免性」作為其「消極構成要件」；這樣的話，監控型保證人義務類型的「不純正不作為犯構成要件」也能適用嗎？

其實還是可以的！不然不就又變成有可能要你負「事變責任」嗎？但第 15 條第 2 項中，就是沒有「能防止」三個字耶！怎麼用？

這就比較麻煩了！要繞一大圈，要從第 12 條第 1 項轉回來！因為依第 12 條第 1 項的規定，刑事責任就只能是「故意責任」或「過失責任」，所以不能是「事變責任」，這就是適用的實定法源依據。

081. 「等價義務衝突」

我救他，就救不了你！

(撰寫時序編號 039)(20170212)

鄭逸哲

有一種超法規阻卻違法事由叫「等價義務衝突」，對吧？違法性的判斷對象是「構成要件該當行為」，對吧？如果沒有「構成要件該當行為」，就確定你不犯罪了，根本不能，也無從展開違法性判斷吧！

如果，你老娘和女朋友同時掉下水，你只有辦法救一個，不管你救誰，從「救」來看，有什麼問題？救人不會有問題吧！所以，你「沒救」誰，才會有問題吧！

如果，你沒救你女朋友，在法律上會有問題嗎？當然不會，「女朋友」在法律上和你「老師」一樣，沒什麼特別意義。但你沒救你老娘，在法律上會有構成要件該當性哦！因為，我們跟著德國人當鸚鵡說：父母子女、兄弟姐妹，對其重大身體法益和生命法益，彼此互負保全型保證人義務。

如果，你只能救一個，你救了你女朋友，這部分我們一點也不關心，我們只關心，你沒救你老娘而具有「不純正不作為殺人構成要件該當行為」。對你這個「不純正不作為殺人構成要件該當行為」，找不到阻卻違法事由啊！所以，你就會犯「不純正不作為殺人罪」。

但如果，是你二個稚齡小孩同時掉到水裡去，你只有辦法救一個，但你救了這個，就沒法救那個，而且你對自己二個小孩都具有父母對自己未成年子女的「保護義務」，都具有「保全型保證人義務」，對被你救的那個，沒啥好說的，救人，不管你救誰，本來就不會有問題，問題出在你沒救的那個！

你對你没救的那個，因為你沒有履行你的「保全型保證人義務」，所以他淹死了，你因此具有「不純正不作為殺人構成要件該當行為」，因為你知道你不救他，他就會淹死，當然是故意的！

那你的這個「不純正不作為殺人構成要件該當行為」，會有阻卻違法事由嗎？剛不是說，救女朋友讓老娘淹死的話沒有嗎？這會有嗎？

有的！因為你對二個小朋友都具有同樣的「保全型保證人義務」，是同樣的「救助作為義務」，所以這二個義務是「等價的」！

但你救了這個就救不了那個，救了那個就救不了這個，所以對這二個「等價作為義務」，你在履行上會有「衝突」，一般將這種現象稱為「等價義務衝突」，但其實應該叫「等價義務的『履行』衝突」才精確。

但法律不強人所難，所以後來在學理上就發展出來一個超法規阻卻違法「等價義務衝突」，來解決這樣的問題，所以，你因為你的「等價義務的『履行』衝突」，所以你的「不純正不作為殺人構成要件該當行為」，就不具有違法性囉？不是的！

要以「等價義務衝突」作為阻卻違法事由，而阻卻你的違法性，還要你「已擇一履行」你的「作為義務」，才算數！如果你一個都不履行，事情就更大條了，你對二個小朋友都具有「不純正不作為殺人構成要件該當行為」，都沒有阻卻違法事由，會變二個「不純正不作為殺人罪」耶！

所以，「等價義務衝突」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y, z) =$ 雖因未履行其 x 作為義務， y 具有 z 構成要件該當行為，但因等價義務履行衝突且其已擇一履行，仍因超法規阻卻違法事由「等價義務衝突」，不具違法性，而不犯 z 罪。

案例：

發生船難甲和二名稚子乙和丙同時落水，但甲只有能力救其一，甲救乙，丙溺斃。
問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

雖因未履行其對丙的救助作為義務，甲具有不純正不作為殺人構成要件該當行為，但因等價義務履行衝突且其已擇一履行，仍因超法規阻卻違法事由「等價義務衝

突」，不具違法性，而不犯不純正不作為殺人罪。

提示：

由於作為犯是因未履行「不作為義務」，所以並不會發生「等價義務履行衝突」，比方，我們有不殺任何人的「不作為義務」；所以適用「等價義務衝突」作為阻卻違法事由的，必然是「不作為構成要件該當行為」，而且通常是「不純正不作為構成要件該當行為」。

簡單講，適用「等價義務衝突」作為阻卻違法事由的構成要件該當行為，一定是未履行其「作為義務」的「不作為構成要件該當行為」。

082. 「未遂犯罪」

「未遂犯」不等於「犯未遂罪之人」哦！

(撰寫時序編號 009)(20170202)

鄭逸哲

「刑法不處罰傷害未遂！」，這唸過吧！

但我們是依什麼判斷你「傷害未遂」呢？總要有個判斷標準吧！不然這個「傷害未遂」從哪跑出來的？

其實，刑法並沒有個別規定「未遂構成要件」，而只是在第 25 條第 1 項給我們一個「修正公式」，讓我們自己去把一個「既遂構成要件」自行「修正」成「未遂構成要件」。所以，如果我們把第 277 條第 1 項所規定的「傷害（既遂）構成要件」依第 25 條第 1 項的「修正公式」加以「修正」，就得到「基於傷害故意，已著手於傷害構成要件之實行而不遂」，這樣的「傷害未遂構成要件」。所以，你要打人沒打到，就具有「傷害未遂構成要件該當性」啊！也因此，我們才說你「傷害未遂」啊！

你是「傷害未遂」沒錯啦！但你不會犯「傷害未遂『罪』」啦！為什麼勒？因為第 25 條第 2 項前段又規定：「未遂犯之處罰，以有特別規定者為限」。

注意看哦！它是說「未遂犯」不一定能處罰哦！什麼意思呢？如果刑法沒規定「未遂犯」是犯罪的，就不能處罰啊！。而第 25 條第 1 項說，你實現「未遂構成要件」就是「未遂犯」耶！

可見，刑法所謂「未遂『犯』」，並不是指「未遂『犯罪人』」，只是指具有「未遂構成要件該當性」的行為人。

那「未遂犯」怎樣才會變成「未遂犯罪人」勒！要找到在刑法分則上有處罰的「特別規定」！例如，你是具有「殺人未遂構成要件該當性」的殺人「未遂犯」；然後我們又在第 271 條第 2 項找到「前項未遂犯罰之」的「特別規定」，所以你是犯「殺人未遂罪」的殺人「未遂犯罪人」。

但如果你是具有「傷害未遂構成要件該當性」的傷害「未遂犯」，在刑法分則找死了，也找不到要處罰你的「特別規定」，所以你才會因「刑法不處罰傷害未遂！」，而不犯罪啊！

有没有很驚訝？其實刑法上的未遂構成要件，依其有没有處罰該「未遂構成要件該當行為」的「特別規定」，可分為「『可罰的』未遂構成要件」和「『不可罰的』未遂構成要件」二大類！

因此，「未遂犯罪」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y) = x$ 實現 y 未遂構成要件而具有 y 未遂構成要件該當性，且其可罰性亦為刑法所明定，故犯 y 未遂罪。

案例：

甲出手擲乙，但未中。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

甲雖實現傷害未遂構成要件而具有傷害未遂構成要件該當性，但刑法並未規定其可罰，故不犯罪。

提示：

就是因為有人實現「傷害未遂構成要件」，我們才有辦法說他「傷害未遂」啊！之所以「刑法不處罰傷害未遂！」，並不是因為他沒有「傷害未遂構成要件該當行為」，而是因為刑法沒有處罰「傷害未遂構成要件該當行為」的「可罰性」規定。

083. 「不遂」

沒完全照計劃實現，哇丟抹爽！

(撰寫時序編號 071)(20170321)

鄭逸哲

我常問自己的碩士生一個問題：「不遂」和「未遂」有什麼不同？往往換來「這是什麼鳥問題？」的眼神。但我往往不識相，會再問：「未遂」在哪裡呢？也往往又換得「這是什麼鬼問題？」的眼神。

其實呢！「未遂」是一種「關係」概念，是我們把你的「主觀故意」和「客觀實現」拿來「比對」的「關係」概念。它是指：你的「客觀實現」並沒有「完全」依你的「主觀故意」。也就是說，你的「客觀實現」少了些什麼，沒辦法和你的「主觀故意」形成「完全」的對應關係。

至於「不遂」嘛！是你對「未遂」這件事的一種心理反應。白話講，就是對這樣感到「不滿意」、「抹爽」或「失望」的意思。

而且，刑法跟你一樣很龜毛，要你的「主觀故意」和「客觀實現」拿來「比對」，會形成「完全」的對應關係，才認為那叫「既遂」。

所以，既遂結果沒實現，你是「未遂」；但也不是既遂結果實現，你就是「既遂」；如果客觀實現的「因果進程」和你本來規劃的路徑有所重大偏離，刑法還是認為你的「主觀故意」和「客觀實現」並沒有形成「完全」的對應關係而「未遂」，而你對這樣感到「不遂」。

所以啊！「未遂」是沒依「故意」完全對應實現的意思，而「未遂犯」是種「失望犯」，是種因「未遂」而感到「不遂」的「失望犯」。

看出來了嗎？所以，「未遂」有二種類型：依經驗上多少來分：常見的（既遂）

結果不發生未遂類型，和罕見的（既遂）結果發生未遂類型。

所以，我們說，結果不發生，一定未遂；結果發生，未必既遂。

所以，「不遂」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y, z)$ = 基於 x 故意， y 已著手於 x 構成要件之實行，但既遂結果不發生／既遂結果雖發生，但發生重大因果歷程偏離，而/仍屬不遂， y 為 x 未遂犯；其可罰性為刑法所明定，故犯 x 未遂罪／但刑法並無其可罰性規定，故不犯罪。

案例：

甲開槍打乙，未射中，但乙被槍聲嚇死。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

基於殺人故意，甲已著手於殺人構成要件之實行，既遂結果雖發生，但發生重大因果歷程偏離，仍屬不遂，甲為殺人未遂犯；其可罰性為刑法所明定，故犯殺人未遂罪。

提示：

看出來了嗎？所謂「罕見的（既遂）結果發生未遂類型」，就是指「重大因果歷程錯誤」。

發生「重大因果歷程錯誤」時，你的行為和既遂結果在客觀上還是有「因果關係」，而是因為客觀實現的「因果歷程」和你主觀故意所預計的「因果歷程」，無法形成「完全」的對應關係，所以才「未遂」，你對這樣仍感到「不遂」！

084. 「事前／事中／事後」

但都是以「主行為」來說的！

(撰寫時序編號 119)(20170506)

鄭逸哲

問你哦！「著手」之「前」叫「事『前』」，那「著手」之「後」叫啥呢？叫「事『後』」嗎？不是吧！如果叫「事『後』」，那要處理啥呢？

「著手」之「後」叫「事『中』」才對，那什麼時候是「事『後』」呢？是「既遂點」之「後」，就叫「事『後』」嗎？不是吧！比方，你打老師第一拳，他眼睛就腫起來了，你不就傷害「既遂」了？但這樣就進入「事『後』」了嗎？，不未必吧！如果你還有第二拳和第三拳，才能消心頭之恨；就要你打「完」了，才進入「事『後』」，對吧？

所以，不是「既遂」就進入「事『後』」，而是「行為終了」才進入「事『後』」。

但有三點要特別注意：

第一，因為「事『前』」和「事『中』」，是以「著手點」為分界點，而這個「著手點」是指「主行為」的「著手點」；因此，我們說「教唆行為」和「預備行為」發生在「事『前』」，是指在「主行為」開始之前發生；就「教唆行為」和「預備行為」，它當然以自己發生時為「事『中』」，不然就悖理了。

第二，所謂「行為終了」才進入「事『後』」，不是指「動作」或「不動作」終了就進入「事『後』」，就算通常是如此，但如果是「繼續犯」，是指「『繼續狀態』終了」才進入「事『後』」。比方，非法剝奪他人行動自由，它的「繼續狀態」可維持數日，乃至於數年之久，要等到被害人脫離你的實力支配時，這個「繼續狀態」才結束，這時才算進入「事『後』」。

第三，如果「既遂點」和「行為終了點」不是同一個時間點，當然是「行為終了點」出現在「既遂點」之後；但是，也有可能「既遂點」和「行為終了點」就是同一個時間點，比方，甚至是最典型，就是「殺人」，人一斷氣，你就「既遂」了，在同一時間點，就是「行為終了點」。因為，人死了，你不可能再繼續有「殺『人』」行為吧！沒『人』了，你要殺啥？就算你繼續有什麼動作，那也不是「殺『人』」，而是「殺『人』」事『後』的「毀損『屍體』」吧！

所謂的「即成犯」，就是指「既遂點」和「行為終了點」發生在同一個時間點的意思，是說你一「既遂」就立「即」「行為終了」了。「成」是指「行為終了」，不是指「既遂」或「犯罪」的意思。不要把「即成犯」和「舉動犯」混為一談。

一般說來，如果「既遂點」和「行為終了點」不是「差很久」，比方，我就嗶哩吧啦連打你幾拳就走，這樣，事實上也沒有再詳加區分「既遂點」和「行為終了

點」的實益，這也是事實。也就因此，去區分「既遂點」和「行為終了點」，大概不是為了處理「繼續犯」的追訴權時效的問題，就是要處理「另行起意」的問題；再不然，甚至就是為了處理其他人的問題——比方，對「繼續犯」加以幫助，不是「既遂後」就不可能，是到了「行為終了後」才不可能。

總之，「事前／事中／事後」，都是都是以「主行為」來說的：

「著手」之「前」叫「事『前』」；

「著手」之「後」叫「事『中』」；

「行為終了」才進入「事『後』」。

所以，「事前／事中／事後」——以「繼續犯」的「幫助犯」為例——的「一句到位」函數式是：

$S(x, y, z)$ = 刑法並不承認「事後幫助」，但「繼續狀態」仍屬事中， x 對屬繼續犯的主行為人 y ，於其行為終了前，加以幫助，仍犯幫助 z 罪，從屬正犯 y 成立幫助 z 罪名，依該罪名得減輕處罰之。

案例：

甲無故綁票乙後，丙還替甲「看守」了乙三天。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

1. 甲實現非法剝奪他人行動自由構成要件，犯非法剝奪他人行動自由罪。
2. 刑法並不承認「事後幫助」，但「繼續狀態」仍屬事中，丙對屬繼續犯的主行為人甲，於其行為終了前，加以幫助，仍犯幫助非法剝奪他人行動自由罪，從屬正犯甲成立幫助非法剝奪他人行動自由罪名，依該罪名得減輕處罰之。

提示：

由於必然「既遂」之後，才會進入「繼續狀態」，因此，即使幫助犯之罪名從屬於正犯甲成立之罪名，但也必然是幫助既遂罪名。

至於另有所謂「狀態犯」，與「繼續犯」相較，而且是從「既遂『後』」和「被害人」角度來看，如果被害的「狀態」無以擴大，就是「狀態犯」，如果會擴大，就是「繼續犯」。

比方，你剝奪他人行動自由，關著不放，他的自由法益被侵害的狀態，就一步步擴大；但像竊盜，你東西被偷了，你的財產法益被侵害的「狀態」就是「喪失持有」，就算小偷沒二天就把從你偷來的東西給砸了，你的財產法益被侵害的「狀態」還是「喪失持有」，並沒有擴大。

在此理解下，或許可以這麼說：

「狀態犯」是「侵害狀態維持不變犯」；「繼續犯」是「侵害狀態繼續擴大犯」。

所以呢！「欠缺區分『既遂點』和『行為終了點』實益」的「狀態犯」就是「即成犯」啦！因為一「既遂」，就沒有「繼續狀態」，就「行為終了」了啦！

085. 「可罰的預備犯」

你不只是預備犯，而且是刑法例外處罰的預備犯！

(撰寫時序編號 069)(20170320)

鄭逸哲

說到「犯」這個字，很容易讓人理解為「犯人」或「犯罪人」，但是，至少在刑法總則，「犯」就只是指「行為人」，至於他是不是犯罪，又是另外一回事！比方，你是「未遂『犯』」，但也只是說你是「未遂構成要件該當『行為人』」，至於你是不是「未遂『犯罪人』」，就要看刑法有沒有處罰未遂的規定，對吧？

「預備犯」就更麻煩了！因為「預備犯」雖然是刑法總則教科書必談的概念，但卻不是刑法總則上的概念。怎說呢？因為，刑法原則上並不處罰預備行為，所以在刑法總則就不會出現有關「預備犯」的一般規定。

所以說，「預備犯」是刑法總則教科書上的概念，但卻不是刑法總則上的概念。

因為在總則沒有一般性的規定，所以我們只能在刑法分則裡，一一去找例外處罰的「預備犯『罪』」規定。也就因此，雖然在理論上，任何故意犯罪，都能想像有預備行為，你有預備就是「預備犯」，但不見得在刑法分則裡找到加以處罰的「預備犯『罪』」規定。

看出來了嗎？有預備行為，你就是「預備犯」，但是不是「預備犯『罪』」，就要看刑法分則裡找不找得到加以處罰的規定。

也就是說，「預備犯」，可分成「可罰的預備犯」和「不可罰的預備犯」二種。

如果是「可罰的預備犯」，那就表示他實現了刑法分則例外規定要處罰的「預備犯構成要件」，對吧？

所以，「可罰的預備犯」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y) = x$ 實現可罰的預備 y 構成要件，犯預備 y 罪。

案例：

甲磨刀，準備當晚持之殺乙，但才磨二下，就心臟病發死亡。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

甲實現可罰的預備殺人構成要件，犯預備殺人罪——至於其已死亡，只是無從訴追處罰的問題，並不影響其犯罪判斷。

提示：

只要有預備行為，就是「預備犯」；更精確講，只要一開始預備，你就是「預備犯」了！

所以啊！也無所謂什麼「預備完成」的概念，反正「一預備」就是「預備犯」了！如果，刑法分則上又有例外處罰的規定，你就是「預備『犯罪人』」了！

所以說，「預備犯」哦！只問「開始」，不問「結束」！

086. 「沒有犯未遂之罪，沒有中止犯」

犯未遂罪之人不是「中止犯」，那他是…？

(撰寫時序編號 001)(20170129)

鄭逸哲

我們判斷行為人是不是「中止犯」要幹嘛？因為，如果他是「中止犯」，就應減輕其刑。雖然是應減輕其刑，但還是有刑罰；有刑罰，必以有犯罪為前提。所以，必然行為人犯罪，才有必要和可能來討論他是不是「中止犯」。

那他犯什麼罪？必然是犯未遂之罪。犯未遂罪之人，如果是「中止犯」，就應減輕其刑。

如果犯未遂罪之人，不是「中止犯」，那他是…？是「普通未遂犯」，對吧？是「普通未遂犯」，要怎樣處罰呢？得減輕其刑，對吧？

看出來了嗎？一定是確定行為人犯了未遂之罪後，我們才討論他是不是「中止犯」？更精確講，也不是討論他是不是「中止犯」；而是：犯未遂罪之人是「中止犯」或「普通未遂犯」？

為什麼要討論犯未遂罪之人是「中止犯」或「普通未遂犯」呢？因為，他是「中止犯」，就應減；若是「普通未遂犯」，僅得減。

看出來了嗎？在任何情況下，都不可能把行為人是不是「中止犯」當成「第一個」問題來處理。「第一個」問題應該是行為人是否犯未遂之罪。如果他不犯罪或犯既遂之罪，根本就不可能也不可以再討論他是「中止犯」或「普通未遂犯」？

既然討論犯未遂罪之人是「中止犯」或「普通未遂犯」，是確定其犯未遂之罪後的事，所以「中止犯」和「普通未遂犯」不可能是犯罪論層次的問題，也不是犯罪論的概念；在犯罪論層次，就只有一個「統一」的犯未遂罪的「未遂犯」概念。是為了要確定對犯未遂罪的「未遂犯」應減或得減，我們才進一步處理「第二個」問題：他是應減的「中止犯」或得減「普通未遂犯」？

所以，到了刑罰論層次，才有區分「中止犯」和「普通未遂犯」的問題；「中止犯」和「普通未遂犯」都是刑罰論的概念。

所以，「沒有犯未遂之罪，沒有中止犯」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y) =$ 犯 x 未遂罪之人 y ，屬中止犯，應減輕其刑。

$S(x, y) =$ 犯 x 未遂罪之人 y ，非屬中止犯，而為普通未遂犯，得減輕其刑。

案例：

1. 甲持刀砍乙，但乙未死。
 2. 甲持刀砍乙，但其隨即自行放棄，乙因而未死。
- 問：以上二案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

1. 犯殺人未遂罪之人甲，非屬中止犯，而為普通未遂犯，得減輕其刑。
2. 犯殺人未遂罪之人甲，屬中止犯，應減輕其刑。

提示：

「犯 x 未遂罪之人 y」為應優先處理的「第一個」問題，屬犯罪論層次的問題；其後均屬「第二個」問題，為刑罰論層次的問題。

087. 「未了未遂階段／既了未遂階段」

為了判斷你是否成立中止犯而生的輔助概念！

(撰寫時序編號 116)(20170505)

鄭逸哲

如果，不是犯未遂之罪，就沒有判斷你是中止犯或是普通未遂犯的必要，對吧？

但說你犯未遂之罪，就要判斷你具有未遂構成要件該當性，而判斷你是不是具有未遂構成要件該當性時，有用過「未了未遂」或「既了未遂」的概念嗎？沒有吧！是不是等到要判斷犯未遂罪的你是不是中止犯時，這二個概念才會跳出來，對吧？

因為判斷犯未遂罪的人你是中止犯還是普通未遂犯，是為了要確定你是應減還是得減，所以你，看出來了嗎？「未了未遂」和「既了未遂」並不是「犯罪論」的概念；而是「刑罰論」層次的概念，更精確來說，是「中止犯」概念以下的「輔助概念」。

嚴格上說來，「未了未遂」和「既了未遂」還不是「未遂犯」的概念，而只是說，有中止行為人（不是中止犯哦！是我們要判斷有中止行為的人是不是中止犯的那個人哦！）是在「未了未遂『階段』」還是「既了未遂『階段』」做出他的中止行為。

所以，「未了未遂」和「既了未遂」其實就只是「行為階段」的概念，而且哦！你要進入「既了未遂『階段』」，難以想像你没先經過「未了未遂『階段』」。

為什麼要這樣呢？先來看「了」是什麼意思？「了」是「完成」的意思，但在這兒不是「犯罪完成」或「犯罪終了」的意思，而是因果進程可以自行運行下去的「動作完成」。也就是說，如果你已做到你所啟動的因果進程，已不必再仰賴你的動作，就能自行運行下去，就「了」了！

但要注意！要進入「既了未遂『階段』」，難以想像你没先經過「未了未遂『階段』」；但不是每種未遂犯罪，都有進入「既了未遂『階段』」的可能。

因為在「未了未遂『階段』」，因果進程没有你的動作，就沒辦法運行下去，所以只要你「單純放棄」，你的中止就「必然成功」。

所以說，在「未了未遂『階段』」就有中止行為的未遂犯罪人，必然是中止犯，就必然得減。

但到了「既了未遂『階段』」，因果進程已自行在運行，不必再仰賴你的動作，因此，你如果沒另外再做一個「攔截作為」，這個因果進程也不會自己就停下來。但是，攔截歸攔截，成功則未必！

所以，在「既了未遂『階段』」才有中止行為的未遂犯罪人，就未必能成功中止，因此：成功中止，就是應減的中止犯；不成功的話，特別注意！！！！不是普通未遂犯哦！而是既遂犯！因為他已實現既遂構成要件了！

因此，「未了未遂階段／既了未遂階段」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y)$ = 犯 x 未遂罪之人 y ，之所以未遂，乃因其於因果進程尚未至自行運行的未了未遂階段即行己意中止，結果必然因其中止而不發生，故必然屬中止犯，而必然應減輕其刑。／乃因其於因果進程已至自行運行的既了未遂階段，己意以另一攔截作為防止結果的發生而有效中止，成立中止犯，而應減輕其刑。

案例：

1. 甲持刀要砍殺乙，第一刀正要砍下去，乙跪地苦苦哀求，甲一時心軟，就收刀離去。

2. 甲持刀捅乙，乙血流如注，甲突然後悔，立即將乙送醫，乙因而撿回一命。
問：以上二案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

1. 犯殺人未遂罪之人甲，之所以未遂，乃因其於因果進程尚未至自行運行的未了未遂階段即行己意中止，結果必然因其中止而不發生，故必然屬中止犯，而必然應減輕其刑。
2. 犯殺人未遂罪之人甲，之所以未遂，乃因其於因果進程已至自行運行的既了未遂階段，己意以另一攔截作為防止結果的發生而有效中止，成立中止犯，而應減輕其刑。

提示：

非常重要哦！

是在確定犯未遂之罪後，才有判斷行為人是否是中止犯的必要與可能！而且是到了這時候，我們才開始探究，是不是因為他中止才未遂，對吧？

所以，是在確定行為人犯未遂之罪後，我們才探究「未遂的原因」，也就是說，不管最後你是應減的中止犯，或是得減的普通未遂犯，所適用的未遂構成要件和未遂構成要件該當行為的可罰性規定是一樣的。也就是說，在「犯罪論」層次，根本沒有「中止犯」和「普通未遂犯」的區別，也沒有這樣的可能。

是到了「刑罰論」判斷層次，為了應減或得減的問題，才會出現「中止犯」和「普通未遂犯」的區別。

總之，很重要！！！！「未遂的原因」不是「犯罪論」層次所要處理的問題，而是「刑罰論」層次的。

088. 「法蘭克公式」

因為你是未了，法蘭克爺爺才上場哈啦！

(撰寫時序編號 031)(20170209)

鄭逸哲

要先確定你犯了未遂之罪，才要判斷你是「普通未遂犯」還是「中止犯」，對吧？因為這樣費事，是為了確定你是「得減」還是「應減」，對吧？所以，判斷你是不是犯未遂罪，是「犯罪論」層次的問題，至於判斷犯未遂罪的你的是「普通未遂犯」還是「中止犯」，是「刑罰論」層次的問題，對吧？

但如何判斷犯未遂罪的你的是「普通未遂犯」還是「中止犯」呢？有人說，有個德國人叫法蘭克的，提出一個判斷公式，大家都稱之為「法蘭克公式」。依之，犯未遂罪的人，於其「放棄」繼續實行時，對自己說：「我是可以繼續實行下去，但我不要繼續了」，也因之他未遂，那他就是「中止犯」；如果在他「放棄」繼續實行時，對自己說：「我想要繼續實行下去，但我無法繼續了」，而因此他未遂，那他就是「普通未遂犯」。

比較高雅表達方式是：「是不為也，非不能也，屬中止犯；是不能也，非不為也，屬普通未遂犯」。

看來「法蘭克公式」蠻好用的！但是犯未遂罪的人是「普通未遂犯」還是「中止犯」，是不是都有辦法依「法蘭克公式」來判斷呢？也就是，是不是就「所有」的犯未遂罪的人是「普通未遂犯」還是「中止犯」，我們都能拿「法蘭克公式」來判斷呢？答案是否定的！

其實，完整的「法蘭克公式」應該是：「『就犯未遂罪的未了未遂行為人』：是不為也，非不能也，屬中止犯；是不能也，非不為也，屬普通未遂犯」。

我們再回頭看一下，我們是不是說，「犯未遂罪的人，於其『放棄』繼續實行時，對自己說…」；注意！是行為人在「放棄」繼續實行時，而不是也不包括其有「另一攔截（因果進程）作為」時。

所以，「法蘭克公式」是在也只有能力處理犯未遂罪的「未了未遂行為人」是「普通未遂犯」還是「中止犯」的問題；至於犯未遂罪的「既了未遂行為人」，並不是以「放棄」繼續實行而中止成功而未遂，而是因其採取「另一攔截（因果進程）作為」而中止成功而未遂。

也因為未了未遂行為人，單純「放棄」必然中止成功；而既了未遂行為人，即使有「攔截作為」也未必中止成功！所以，就「法蘭克公式」是沒有能力處理犯未遂罪的「既了未遂行為人」是「普通未遂犯」還是「中止犯」的問題。

總之，先確你犯未遂之罪，然後也確定你是未了未遂行為人，然後也才能用「法

蘭克公式」是來判斷你是「普通未遂犯」還是「中止犯」。

因此，「法蘭克公式」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y)$ = 犯 x 未遂罪的未了未遂行為人 y ，依法蘭克公式，於其放棄繼續實行 x 構成要件而中止時，對己謂：「是不為也，非不能也（／是不能也，非不為也）」，其屬中止犯（／普通未遂犯），故應減輕其刑（／僅得減輕其刑）。

案例：

甲要強姦乙而將仆倒在地，正要…時，突然良心發現而放棄，任由乙離去。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

犯強制性交未遂罪的未了未遂行為人甲，依法蘭克公式，於其放棄繼續實行強制性交構成要件而中止時，對己謂：「是不為也，非不能也」，其屬中止犯，故應減輕其刑。

提示：

先確定你犯未遂之罪，才有你是「普通未遂犯」還是「中止犯」的問題；再確定你是「未了未遂行為人」，才有依「法蘭克公式」判斷你是「普通未遂犯」還是「中止犯」的問題。

089. 「既了中止未成功」

你又不是犯未遂罪，扯什麼中止犯？

(撰寫時序編號 032)(20170209)

鄭逸哲

先說結論：如果你「中止不成功」，你就還是既遂犯，還是犯既遂罪！因為「中止犯」並不是指有所中止的行為人，而是指「中止『成功』」的行為人。所以，如果你不是犯未遂之罪，就算你曾中止，根本就不必也無從再處理你是「普通未

遂犯」還是「中止犯」的問題。

但是呢！如果你在「未了未遂」階段就「放棄」繼續實行而「中止」，必然使因果進程不再進行下去，你一定會「中止成功」。所以，只有在你已進入「既了未遂」階段，才想到以另一個「攔截作為」去阻止已脫離你的動作而自行在進行的因果進程繼續進行，才有成功不成功的問題。因為：攔截歸攔截，成功則未必！

因此，所謂「中止不成功」，並不會出現在在「未了未遂」階段就「放棄」繼續實行而「中止」的犯未遂罪的行為人身上，他一定是中止犯，一定是「中止成功犯」，一定應減輕其刑。

所以，「中止不成功」，只會發生在已進入「既了未遂」階段，才想到以另一個「攔截作為」去阻止已脫離他的動作而自行在進行的因果進程繼續進行的人身上。

但由於要判斷是「普通未遂犯」還是「中止犯」的問題，本來就是確定你犯未遂罪後的事，如果你沒有成功「攔截」而使既遂結果實現，就已經確定你犯既遂罪了，哪來判斷你是「普通未遂犯」還是「中止犯」的問題呢？

看來，會發生「中止不成功」的人是不是「中止犯」問題，恐怕很多時候，是因為大家都沒清楚認識，刑法上講的「中止犯」，並不是指有所中止的行為人，而是指「中止『成功』」而犯未遂罪的行為人。不然，有什麼問題呢？

因此，「既了中止未成功」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y) =$ 於既了未遂階段， x 雖以另一攔截作為嘗試中止因果進程繼續進行，但未成功，既遂結果仍然實現，其仍屬實現 y 構成要件的既遂犯，仍犯 y 罪。行為人屬中止犯以犯未遂之罪為前提， x 既犯既遂之罪，自不可能是中止犯。

案例：

甲持刀捅乙，乙血流如注，甲突然後悔，立即將乙送醫，但乙仍傷重不治。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

於既了未遂階段，甲雖以另一攔截作為嘗試中止因果進程繼續進行，但未成功，既遂結果仍然實現，其仍屬實現殺人構成要件的既遂犯，仍犯殺人罪。行為人屬中止犯以犯未遂之罪為前提，甲既犯既遂之罪，自不可能是中止犯。

提示：

如果犯未遂罪的人，是因其在「未了未遂」階段「放棄」繼續進行，也因此而必然未遂，所以他必然是應減的「中止犯」；只有到了「既了未遂」階段才想到以另一「攔截作為」去中止因果進程繼續進行，才有中止成功不成功的問題，但只要中止不成功，就是既遂犯，根本沒有判斷他是不是「中止犯」的問題。

090. 「準中止犯」

你有去攔截沒錯！但不是你攔截成功！

(撰寫時序編號 034)(20170210)

鄭逸哲

「準中止犯」是不是「中止犯」？當然不是！如果「準中止犯」就是「中止犯」，就叫「中止犯」就好囉！那什麼是「準中止犯」呢？

「準中止犯」是：「準用」中止犯應減輕其刑規定的未遂犯罪人。所以，和「中止犯」，乃至於和「普通未遂犯」一樣，都是確定你犯未遂罪後，為了要處理你應減或得減的問題，才去判斷你是「中止犯」或「普通未遂犯」，乃至於是不是「準中止犯」。所以，「準中止犯」也是刑罰論層次的概念，也是以你犯未遂之罪為前提，才有討論你是不是「準中止犯」的必要。

講了半天，我們雖然知道「準中止犯」準用中止犯應減輕其刑的規定，但其實還是沒講它到底「是」什麼東東？

先看「中止犯」！「中止犯」不是有所中止的未遂犯罪人就叫「中止犯」，而是「因其中止而成功使結果不發生」的，才是「中止犯」。

「準中止犯」和「中止犯」的頭尾是一樣的：他有「中止（行為）」，也同樣「結果不發生」；差是差在中間那段：「中止犯」是因你的中止「成功」使結果不發生；但「準中止犯」是你雖然有中止（行為），但結果不發生卻和你的中止（行為）無關，也就是說，不是你「成功」使結果不發生，而是因為別的…

所以我們可以說，「準中止犯」乃指：雖有「中止（行為）」，但結果不發生並非其「中止（行為）」奏效的未遂犯罪人。

所以我們也可以說，「中止犯」是其「中止（行為）」奏效的未遂犯罪人，而「準中止犯」是其「中止（行為）」未奏效的未遂犯罪人。

但由於在「未了未遂」階段，行為人就「放棄」而中止，就必然成功使結果不發生，所以「準中止犯」必然是等到既了未遂階段才嘗試以另一「攔截」作為去中止因果進程繼續進行的未遂犯罪人，因為有「攔截」作為也未必中止成功啊！

所以我們可以更精確說，「準中止犯」是於既了未遂階段有所未奏效「攔截」作為的未遂犯罪人。也就是說，「準中止犯」並不可能是於「未了未遂」階段就有所中止的未遂犯罪人。

因此，「準中止犯」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y) =$ 犯 x 未遂罪之人 y ，雖於既了未遂階段，嘗試以另一「攔截」作為中止因果進程繼續進行，但結果不發生，非因該「攔截」作為奏效所致，其仍非中止犯，但屬準中止犯，仍準用中止犯應減輕其刑的規定。

案例：

甲持刀捅乙，乙血流如注，甲突然後悔，狂奔去找人來將乙送醫，但回來時，乙已被路過丙的發現逕行送醫，乙因而撿回一命。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

犯殺人未遂罪之人甲，雖於既了未遂階段，嘗試以另一「攔截」作為中止因果進程繼續進行，但結果不發生，非因該「攔截」作為奏效所致，其仍非中止犯，但屬準中止犯，仍準用中止犯應減輕其刑的規定。

提示：

總之，「準中止犯」還是犯未遂之罪；是確定你犯未遂之罪後，才有你是不是「準中止犯」的問題，而且，只有你等到既了未遂階段才嘗試做出「攔截」作為，才有可

能是「準中止犯」；如果你在未了未遂階段就中止，一定是「中止犯」！

091. 「不能犯乃就特定構成要件而言」

是就特定「X構成要件」，來看你是不是「X不能犯」啦！

(撰寫時序編號 088)(20170407)

鄭逸哲

啥叫「不能犯」啊？就是：你計劃要用你的「事實行為」來實現「『這樣』的結果」，我們「旁人」在一邊看，就看出你「自始不能、絕對不能、客觀不能」。「不能」什麼？「不能」實現「『這樣』的結果」啦！

所以，要說你是不是「不能犯」，不是空中抓藥，要先問你想幹啥？也就是說，你想實現什麼「構成要件」哦！

比方，你想殺老師，想實現「殺人構成要件」，想實現「死亡『這樣』的結果」；然後，我們再來看你做了什麼「事實行為」？哈！你是下毒沒錯！但你「不知道」，老師比別人胖一倍，下毒劑量要加一倍，但你只給他吃了「一般」劑量，你「自始不能、絕對不能、客觀不能」，不能毒「死」你老師啦！所以你是「殺人不能犯」！

看出來了嗎？我們只就說你是「『殺人』不能犯」，並沒有說你是不是其他的「X不能犯」哦！至於你是不是「X不能犯」，那要再換用「X構成要件」來判斷看看！

還想不通嗎？你想用500萬在台北信義區買500坪建地，白痴也看得出來，你是「『500萬買台北信義區500坪建地』的不能犯」，但同樣500萬，你到極偏遠的地區買500坪林地、旱地或河川地，就未必是「不能犯」了吧！

所以，就算你是「不能犯」，也一定是指你是不是某個「特定構成要件」的不能犯，而不是就其他構成要件，你當然也是「不能犯」。

你「誤」以為你可以用這個下毒但毒量不足以毒「死」人的「事實行為」來殺「死」老師，是「殺人不能犯」沒錯！但換個構成要件，比方換成「重傷害構成要件」來看，你老師還真被你毒掉半條命，你用這個下毒但毒量不足以毒「死」人的「事實行為」可是足以把人毒成「重傷」的！所以，就「重傷害構成要件」來看，你

可不是「重傷害不能犯」哦！

所以啊！2005 年時，刑法把「不能犯」改成「不罰」，只是說，你如果是「『X』構成要件」的「不能犯」，不能以你是「X 不能犯」為由加以處罰；可不是說，你如果你的「事實行為」，對「『Y』構成要件」來說，你不是「Y 不能犯」，而是「Y『能』犯」，也不可以處罰。

所以，「不能犯」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y, z)$ = 就 x 構成要件來看， y 以其事實行為自始無實現結果的可能，屬 x 不能犯，而刑法將所有不能犯構成要件規定為不可罰構成要件規定，故不得以 x 不能為由加以處罰；但就 z 構成要件來看， y 並非 z 不能犯，其仍同一事實行為犯 z 罪。

案例：

甲搞錯了！不知他的手槍射程只有 50 公尺，持之要殺 100 公尺外的乙。砰！乙當然沒死啊！

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

就 殺人構成要件來看，甲以其事實行為自始無實現結果的可能，屬殺人不能犯，而刑法將所有不能犯構成要件規定為不可罰構成要件規定，故不得以殺人不能為由加以處罰；但就預備殺人構成要件來看，甲並非預備殺人不能犯，其仍同一事實行為犯預備殺人罪。

提示：

要特別注意，26 條是有規定「無危險」，但也只是說，就「『這個』構成要件」，並無實現其「結果」的任何「危險」。至於換「『那個』構成要件」來看，可能就有實現其「結果」的重大「危險」哦！

另外，「不能犯」一定是「誤以為」他這樣做有可能實現「『這個』構成要件」，所以他一定是「誤無為有」，「誤『不可能實現』為『有可能實現』」；這是不是和「誤有為無」，「誤『可能實現』為『不可能實現』」剛好相反啊！

「誤有為無」，「誤『可能實現』為『不可能實現』」，在刑法學理「構成事實錯誤」，所以哦！「不能犯」的另一個名字叫「反面構成事實錯誤」！

記住！「不能犯」就是「反面構成事實錯誤」！「反面構成事實錯誤」就是「不能犯」！

092. 「仍犯罪的不能犯」

不夠毒死人，但夠毒傷人吧！

(撰寫時序編號 020)(20170204)

鄭逸哲

你有一千萬，想在台北信義區買間附車位的百坪豪宅，當然不可能；但同樣一千萬，你到鄉下買間附車位的百坪豪宅，不但可能，而且真的辦得到！

所謂「不能犯」，也要看你想幹嘛？比方，非要 10 克的毒藥才毒得死人，但你計量錯誤，以為是 10 克，但事實上，只在人家咖啡中加了 8 克，當然「自始、客觀、絕對」毒不死人。雖然你「自信」已著手於殺人構成要件之實行，但從客觀上來看，你根本沒有殺人行為啊！殺人行為是要有可能搞死人的行為耶！就算 8 克可以把人搞個半死，也還是弄不死人啊！你根本「自始、客觀、絕對『不能』」毒死人，即使對被你下毒的人的身體法益造成實害，但你「自始」沒有對他的生命法益造成任何危險啊！

就你想要實現的殺人構成要件，依照這個「『自』信有著手，『自』始無危險」的「『二』自」原則」來判斷，你就是殺不死人，你就是「自始、客觀、絕對『不能』」殺死人的「殺人不能犯」。

2005 年後，刑法將不能犯改為「不罰」，但它並不是說，不能犯絕對不能處罰；而是說，不得以不能犯為由加以處罰；而且，並沒有說，是「不能犯」的這個人，如果以同一事實行為，實現其他的可罰構成要件，也不能以之為由，而加以處罰。

你誤以為你放了 10 克毒藥，但事實上只有 8 克，從殺人構成要件來看，你是殺人不能犯；但從傷害或重傷害構成要件來看，你是傷害或重傷害不能犯嗎？「能」吧！從殺人構成要件來看，你有搞錯；但從傷害或重傷害構成要件來看，在傷害或重傷害範圍內，你有搞錯嗎？從客觀上來看，你也有傷害或重傷害的行為，對

吧？

所以，你這個殺人不能犯，雖然不能以殺人不能為由來加以處罰，但你可不是傷害或重傷害的不能犯，你還是以同一事實行為，實現可罰的傷害或重傷害構成要件，而犯傷害罪或重傷害罪。

看出來了嗎？就算有人是X X不能犯，而不得以之為由而加以處罰，但往往會有「截堵構成要件」可罰的Y Y構成要件「補位」上來，將之繩之以法。而且，在經驗上，反而是在少數的情況下，才找不到這樣的「截堵構成要件」的。

好！來看「不能犯仍犯罪」的「一句到位」函數式：

$S(x, y, z) = x$ 為 y 不能犯，雖不得以之為由而加以處罰，但其仍以同一事實行為，實現可罰的 z 構成要件，仍犯 z 罪。

案例：

甲誤以為他在乙的咖啡中下了足以致命的毒藥，其實他搞錯了劑量，雖然可以把乙毒個半死，但就是要不了他的命。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

甲為殺人不能犯，雖不得以之為由而加以處罰，但其仍以同一的下毒事實行為，實現可罰的重傷害構成要件，仍犯重傷害罪。

提示：

刑法並不是只有一條，是有很多條的。不要只看到第 26 條，就別條都不管了！就在那硬拗什麼「偶然」、「必然」的。客觀上沒有發生死亡的危險，就是沒有！這才叫事實！什麼「偶然」、「必然」不是事實，是對事實的看法。我們是對事實適用刑法，不是對事實適用你的「看法」。

093. 「方法不能」

「打擊錯誤」的「反面」，不是「方法不能」耶！

(撰寫時序編號 146)(20170524)

鄭逸哲

不是都說：構成事實錯誤的「反面」是不能犯嗎？所以，不能犯的「反面」是構成事實錯誤，對吧？所以，「客體不能」翻過來看是「客體錯誤」，對吧？

好！那「方法不能」翻過來看是什麼？是不是應該是「方法錯誤」？嘿嘿！但現在所謂的「構成事實錯誤理論」，並沒有像「客體錯誤」，把「方法錯誤」列為基本類型，反而搞了個莫名其妙的「打擊錯誤」耶！

看出來了嗎？現在所謂的「構成事實錯誤理論」是大有問題的。但不管如何，「方法錯誤」和「方法不能」構成「一體兩面」，這倒沒錯！

所謂「方法錯誤」是指，比方，你想要開槍殺在一百公尺以外的他，但你「不知道」你手槍射程只有五十公尺，你「不知道」你的方法是根本「不夠力」；因為你的方法根本不夠力，所以「自始、絕對、客觀」殺不死人的，所以你是「殺人方法不能犯」。

雖然，你是「殺人方法不能犯」，但 2005 年時，刑法把所有「不能犯構成要件」都改為不可罰構成要件，所以不能以此為由，對你加以處罰；但這也不代表你就可以脫身了哦！至少你準備槍了，是不是實現了可罰的「預備殺人構成要件」，你還是犯「預備殺人罪」吧！

所以，「方法不能」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y, z) = x$ 為 y 方法不能犯，雖不得以之為由而加以處罰，但其仍以同一事實行為，實現可罰的 z 構成要件，仍犯 z 罪。

案例：

甲搞錯了！不知他的手槍射程只有 50 公尺，持之要殺 100 公尺外的乙。砰！乙當然沒死啊！

問：本案如何論處？

案例題解參考：

甲為殺人方法不能犯，雖不得以之為由而加以處罰，但其仍以同一事實行為，實現可罰的預備殺人構成要件，仍犯預備殺人罪。

提示：

沒辦法在這麼小篇幅，把怪怪的所謂「構成事實錯誤理論」的錯誤之處講清楚；但幫你把其所謂三種基本類型，如何處理，整理一下：

1. 「因果歷程錯誤」（好奇怪哦！沒人講過因果歷程錯誤的「反面」是啥耶！）
 - (1) 「不重大的」因果歷程錯誤：仍不阻卻故意，仍犯「既遂」之罪。
 - (2) 「重大的」因果歷程錯誤：行為人仍屬不遂，仍犯「未遂」之罪——如果刑法處罰未遂的話。
2. 打擊錯誤（好奇怪哦！它的「反面」也不是「方法不能」耶！）

行為人以同一事實行為，既犯X X未遂罪，又犯過失Y Y罪，為「想像競合犯」，以一罪論，從重成立一個X X未遂罪名，依該罪名處罰之——如果刑法對X X未遂和過失Y Y都處罰的話。
3. 客體錯誤（其「反面」是「客體不能」沒錯，但不是都依「不能犯」來處理哦！）
 - (1) 「等價」客體錯誤：仍不阻卻故意，仍犯「既遂」之罪。
 - (2) 「不等價」客體錯誤：x 發生不等價客體錯誤，就 y 構成要件來看，其屬 y 不能犯，但所有不能犯構成要件均屬不可罰構成要件，不得以之為由加以處罰；但其仍以同一事實行為，實現可罰的 z 構成要件，而犯 z 罪。（如果另外有實現可罰的 z 構成要件的話。）

除此之外，就只剩本單元的「方法不能」了：x 為 y 『方法』不能犯，雖不得以之為由而加以處罰，但其仍以同一事實行為，實現可罰的 z 構成要件，仍犯 z 罪。（如果另外有實現可罰的 z 構成要件的話。）

看出來了嗎？現在所謂的「構成事實錯誤理論」，一定有問題！

094. 「迷信犯」

看不出來你「有膽」啟動「物理性」的因果進程啦！

(撰寫時序編號 129)(20170516)

鄭逸哲

「迷信犯」，常有人說：就是用迷信的方法想犯罪。但這不是廢話嗎？有講等於沒講！不只如此，其實，用「迷信的方法」，也還未必是「迷信犯」，有可能是「不能犯」哦！怎說呢？先看個例子：

因為被當，你恨死老師，就畫個小人，寫上老師的名字，還一直用針戳它，想搞死老師，但搞了半天，老師還是沒死。接著，你就換個方法，花了錢去茅山道士那買了張要命符，燒成灰，偷偷摻入老師上課喝的飲料中，想害死他！但老師還是沒死！問：你是「迷信犯」嗎？

跟你說！你說「是」或「不是」，都不對！雖然你用了二次不同的「迷信方法」，但第一次那個，你是「迷信犯」，第二次這個是「不能犯」哦！

怎說勒？關鍵在：你用針戳小人，根本沒有涉及任何「『物理性』」的因果進程；但你給老師喝摻符灰的飲料，有哦！

也就是說，你用針戳小人，是想都不要有「物理性」接觸，就要「殺」死老師；而想藉給老師喝摻符灰的飲料來「殺」他，則是真有「物理性」接觸的。

嚴格來說，刑法從未對是否有可能純粹經由「超物理」的路徑來殺死人加以表態，而只是在「科學證據主義」下，刑法自己排除介入「超物理」事件，不然，難道要像「包青天」，日斷陽，夜斷陰嗎？難道「法律系」要改成「法律暨法師學系」嗎？

所以，以「迷信的方法」，且想純粹經由「超物理」的路徑實現構成要件的人，才叫「迷信犯」。不然，雖然也是用「迷信的方法」，但還是想經由「物理性」的路徑實現構成要件，則屬「不能犯」。

甚至，你這樣想，想藉給老師喝摻符灰的飲料來「殺」老師辦不到，但害他拉肚子不無可能。為什麼勒？你真的有啟動「物理性」的因果進程啊！

而且，你用針戳小人，或許能看出來你「壞」，但實在還看不出來你真的「有膽」去啟動「物理性」的因果進程。但你給老師喝摻符灰的飲料，不但看出來你「壞」，而且也看出來你真的「有膽」去啟動「物理性」的因果進程耶！你只是「笨」，搞不清這樣怎搞得死老師，如果搞清楚了，你就會「改良」方法，去啟動「物理性」的「有效」因果進程，那老師就真要掰掰了，所以你算是殺人的「方法不能犯」。

所以，一般都說，用針戳小人的你是「迷信犯」，因為「欠缺殺人故意」，所以不犯罪。為什麼這樣說呢？「殺人故意」是指對「殺人行為——因果關係——死亡」客觀這件事的「故意」；但不論是「殺人行為」，或是「因果關係」，都是指自然科學——尤其是物理學——意義下的，而你所想的「殺人行為」和「因果關係」卻都是「超物理」的，所以說你没有「殺人故意」。

所以，「迷信犯」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y) =$ 欠缺 x 故意之人 y ，企圖純粹經由「超物理」的路徑實現 x 構成要件，屬 x 迷信犯，不可能具有 x 構成要件該當性，自不犯 x 罪。

案例：

甲想藉詛咒「殺」死乙，就持續唸咒唸了二小時，也真巧，乙心肌梗塞死了！
問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

欠缺殺人故意之人甲，企圖純粹經由「超物理」的路徑實現殺人構成要件，屬殺人迷信犯，不可能具有殺人構成要件該當性，自不犯殺人罪。

提示：

其實，「迷信犯」也是就特定構成要件來說的，對這個構成要件，你是「迷信犯」，對那個構成要件，就未必了！

比方，你相信只要在教室裡對著老師大聲連喊一百次「妖孽」就可以「殺」死老師。從殺人構成要件來看，你是「迷信犯」，但從公然侮辱構成要件來看，你就不是「迷信犯」，還是犯公然侮辱罪囉！

095. 「間接正犯」

利用「不犯罪的工具人」打你，所以「間接」！

(撰寫時序編號 007)(20170131)

鄭逸哲

有「間接」，就有「直接」吧！

你扒我的皮夾，偷走我的錢，是你「直接」攻擊我的財產法益，對吧？但你只有十一歲，一個小扒手，因為年紀太小，欠缺責任能力而不犯罪！

再把鏡頭往後拉，重看一次！是你老母叫你來扒我的皮夾，你這個小屁孩就照辦，偷了我的錢，又轉交給你老母。你老母把你當「工具人」，「利用」你「直接」攻擊我財產法益的竊盜行為，實現她偷我錢的計劃。

因為，你的「直接」行為介入她和我之間，所以她是利用你這個「『不犯罪的』工具人」「間接」來攻擊我的財產法益。

她利用你這個「『不犯罪的』工具人」「間接」來攻擊我的財產法益，但你年紀太小，欠缺責任能力而不犯罪，但這事總要有人負責吧！所以學理上就發展出來「間接正犯」的概念。

所謂「間接正犯」是指：利用「『不犯罪的』工具人」「直接」攻擊被害人，而為自己實現構成要件的客觀部分，而具有構成要件該當性，而犯該罪。

所以，「間接正犯」的「間接」，其實是指利用「『不犯罪的』工具人」的「直接」攻擊行為而「間接」攻擊被害人。

嚴格來說，「間接正犯」還是有「事實行為」的，就是那個「利用」行為！不然也「間接」不起來！

所以，「間接正犯」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y, z) = x$ 利用不犯的工具人 y 為自己實現 z 構成要件的客觀部分，為間接正犯，犯 z 罪。

案例：

甲叫其十歲之子乙去偷丙的錢包。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

1. 乙雖違法實現竊盜構成要件，但其未滿十四。欠缺責任能力而不犯罪。
2. 甲利用不犯罪的工具人乙，為自己實現竊盜構成要件的客觀部分，為間接正犯，犯竊盜罪。

提示：

「間接正犯」固然在形式上單數，但在概念上屬複數，其乃屬「利用工具人之人——工具人」的概念。而在適用刑法時，務必採「先工具人，後間接正犯」的適用順序，因為先論述工具人不犯罪，方才得以將「利用不犯罪的工具人」直接代入間接正犯部分的法律適用。

096. 「『利用』他人過失行為」

不是「間接正犯」，而是「不純正不作為犯」！

(撰寫時序編號 134)(20170521)

鄭逸哲

想一下哦！你有没有可能「利用」別人的過失行為殺人呢？好像可以吧！

例如，甲是個急診醫生，好死不死他的情敵乙車禍昏迷送醫，送到他這兒來。甲知道護理師丙大而化之，從不嚴守「三讀五對」的程序，拿了就替病人注射，於是事先調包，將顯而易見的致命毒藥替換注射藥劑，並交待丙取之為乙注射，一如往常，丙拿了就為乙注射，不一會兒，乙命喪黃泉。問：本案如何論處？

就這個案子，丙的部分，沒什麼特殊之處，他就是實現業務過失致死構成要件，犯業務過失致死，對吧？但甲呢？

甲不可能是「共同正犯」吧！因為他和丙沒有「犯意連絡」啊！那他是「間接正犯」嗎？也不可能吧！

沒錯！甲是「利用」丙的過失行為為自己實現殺人構成要件的客觀部分，而「間接」殺乙。即使如此，甲也不會是「間接正犯」，至少，「間接正犯」是「利用」工具人的「『不犯罪』行為」為自己實現構成要件的客觀部分啊！但甲「利用」的是丙犯「『過失』致死罪」的行為耶！而且，「間接正犯」必然是「故意犯」，如果說甲是「間接正犯」，不等於說「（丙的）過失致死行為」是可以計劃的，這是悖理的！你能說，「我計劃做一個『過失行為』」嗎？

如此一來，不就刑法拿甲一點都沒辦法了？其實不是的！法律往往比人更聰明！

再想一下！甲「事先調包，將顯而易見的致命毒藥替換注射藥劑，並交待丙取之為乙注射」，這時，雖然丙事實上也還沒有一個「啟動死亡因果進程」的行為，但你在旁邊看，會不會有種「哇！危險了！」的感覺了？你會不會想：如果甲不出面「阻止」，接下來，乙「大概」死定了？

這樣，你有想到什麼嗎？你是不是想到：「危險的前行為」呢？甲的這一連串動作是不是種「危險的前行為」呢？是不是因此，就注射之致人死亡的結果，具有「防止的作為義務」——「監控危險源保證人義務」呢？

等到丙真的開始注射時，具有「監控危險源保證人義務」的甲，是不是「故意」不攔阻丙為乙的致命毒藥注射行為，而「放任」其繼續進行呢？他是不是「故意」以「不作為」不履行其所應履行的「防止死亡結果發生的作為義務」——該「監控危險源保證人義務」——，而致丙當場死亡呢？

看出來了嗎？甲「利用」丙的「業務過失致死行為」殺害乙的行為，是犯不純正不作為殺人罪啦！

更重要是，看出來了嗎？甲是於丙「開始」他的過失行為，才能以「不純正不作為（行為）」加以「利用」！

所以，「『利用』他人過失行為」的「一句到位」函數式是：

$S(w, x, y, z)$ = 因危險的前行為，而具有監控型保證人義務之人 w ，於 x 過失啟動 y 因果進程時，故意不加以攔截而以不作為未履行該義務，致 y 結果發生，具有不純不作為 z 構成要件該當性，而犯不純不作為 z 罪。

案例：

甲是個急診醫生，想殺病患乙，就事先調包，將顯而易見的致命毒藥替換注射藥劑，並交待大而化之，從不嚴守「三讀五對」程序的護理師丙取之為乙注射，果不其然，丙拿了就替乙注射，不一會兒，乙命喪黃泉。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

1. 丙實現業務過失致死構成要件，犯業務過失致死罪。
2. 因危險的前行為，而具有監控型保證人義務之人甲，於丙過失啟動死亡因果進程時，故意不加以攔截而以不作為未履行該義務，致死亡結果發生，具有不純不作為殺人構成要件該當性，而犯不純不作為殺人罪。

提示：

其實呢！甲的這個「危險前行為」本身就已經足以成罪！是什麼呢？是可罰的「預備殺人」，對吧？如果要詳加論述，是不是就是：「就同一生命法益，甲雖先後具有預備殺人構成要件該當性和不純正不作為殺人構成要件該當性，依吸收原理，仍僅就後者犯不純正不作為殺人罪，前者成為不罰的前行為」呢？

另外，如果甲不是故意的，而是和丙一樣粗枝大葉，而把乙搞死了呢？他没想要「利用」丙的「過失行為」殺乙吧？但他「不小心」把錯的注射針劑交給丙，本身也沒有啟動死亡因果進程，所以，雖然還是有「危險的前行為」，但非故意為之，到此階段仍不犯罪；而是：

「因危險的前行為，而具有監控型保證人義務之人甲，『從事業務時』，於丙過失啟動死亡因果進程時，亦過失未加以攔截而以不作為未履行該義務，致死亡結果發生，具有不純不作為『業務』過失致死構成要件該當性，而犯不純不作為『業務』過失致死罪。」

看出來了嗎？不管甲是不是「利用」乙的過失行為，不管甲是犯「不純不作為殺人罪」或「不純不作為『業務』過失致死罪」，他和犯「業務過失致死罪」的丙，二人是「同時犯」。

097. 「正犯背後的正犯」

他是教唆犯，有人偏要叫他「正犯背後的正犯」！

(撰寫時序編號 070)(20170320)

鄭逸哲

如果你親自下手去幹，你就是正犯；如果你是我叫你，你才下手去幹，我就教唆犯，不是嗎？就算，我是特務頭子，你是特務，我下令叫你去把他宰了！不也就是這樣！刑法又不是沒辦法辦人！

但是，就有人覺得非要把特務頭子搞成「正犯」，聽起來比較爽！根本就搞不清楚，所謂「從屬犯」，根本不是指「配角」的意思，而是指構成要件必須加以修正而得致，或罪名從屬的意思，就開始東拉西指起來！

反正，有人要，就會有人樂於為政治服務，「正犯背後的正犯」就跑出來了！

你也不必浪費時間，硬去拗「正犯背後的正犯」和「教唆犯」有什麼不同，依法，他就是「教唆犯」，只是當權者不想用「教唆犯」，非要把他搞成「正犯」就是了！

講白了，「正犯背後的正犯」，根本不是法律的概念，而是政治的概念。

你就「政治正確」一下吧！如果碰到這四種人：(1)特務頭子；(2)Mafia 老大；(3)職業殺手的買兇者；(4)恐怖組織頭子。如果他叫人家去幹什麼，你就假裝忘了刑法有教唆犯的規定，就「直接」說他是「正犯背後的正犯」，利用犯罪的工具人為他實現X構成要件的客觀部分，也和真的下手的「直接正犯」一樣，犯X罪。

所以，「正犯背後的正犯」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y, z) = x$ 利用犯 y 罪的工具人 z ，為自己實現 y 構成要件的客觀部分，為正犯背後的正犯，亦犯 y 罪。

案例：

Mafia 老大甲叫乙去把丙宰了。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

1. 直接正犯乙實現殺人構成要件，犯殺人罪。
2. 甲利用犯殺人罪的工具人乙，為自己實現殺人構成要件的客觀部分，為正犯背後的正犯，亦犯殺人罪。

提示：

看出來了嗎？既然是「正犯背後的正犯」，那就有「正犯之前的正犯」，他是誰？就是那個親自下手的「直接正犯」啦！

再者，「直接正犯」和「正犯背後的正犯」是犯同樣的罪，而且都是「單獨正犯」的罪哦…哦……哦！

098. 「共同正犯」

當我們同在一起幹…，就…

(撰寫時序編號 070)(20170320)

鄭逸哲

就我們「一起」去電影院看電影，也還是你看你的，我看我的；是「一起」去電影院，而不是「一起」看電影。就算我們會說「一起」看電影。也還是你看你的，我看我的。

「看」電影是將放映的影片內容在腦海裡「貼上」，是主觀的事，你的是你的，我的是我的。就算我們「一起」看電影，有人看到這個，有人看到那個，有人睡著啥也沒看到！所以，很精確講，不是什麼事都能「一起」幹的！

刑法對「一起」的概念是很講究的！你和我「一起」幹「啥」的「啥」是什麼呢？是指一個人單獨就可以辦到的事！比方殺人囉！你和我「一起」幹一件「一個人單獨就可以辦到的事」。用法律來說，就是你和我「分擔行為而『共同』實現一個單獨正犯構成要件的客觀部分」。

如果你實際做的是打他三拳的「向量A」，我實際做的是打他三拳的「向量B」，就算光看你的三拳是打不死他，我的三拳也是打不死他，但「向量A」加「向量B」的「向量和」六拳就打死人了！

看出來了嗎？所謂「分擔行為而『共同』實現一個單獨正犯構成要件的客觀部分」，就是「你我以『向量A』和『向量B』加以分擔行為而以『向量A』加『向量B』的「向量和」『共同』實現一個（單獨正犯）殺人構成要件的客觀部分」。

然而，通常我們根本沒被告知「向量A」和「向量B」個別是多少？而只知道「向量和」是「殺死一個人」。比方，最常見是說：甲和乙「一起」殺死丙。我們只被告知「一起」的「向量和」是「殺死一個人」，至於甲和乙個別幹了什麼，你知道嗎？刑法基本上只管「向量和」，而不管「向量A」和「向量B」個別是多少。

為什麼可以這樣呢？因為甲也想殺丙，乙也想殺丙；但這還不夠，他們二個也都想和對方「一起」殺丙。所以，甲和乙不僅個別具有一個殺人故意，也同時均具有「『共同』實現一個（單獨正犯）殺人構成要件客觀部分」的故意，共有四個故意！這一大串落落長，在教科書上就被簡化稱做：犯意連絡。

綜上所述，共同正犯的「一句到位」函數式，應該是：

$S(x, y, z) = x$ 和 y 二人，基於犯意連絡，分擔行為而共同實現一個 z 構成要件的客觀部分，為共同正犯，均犯共同 z 罪。

案例：

甲和乙一起把丙給殺了。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

甲和乙二人，基於犯意連絡，分擔行為而共同實現一個殺人構成要件的客觀部分，為共同正犯，均犯共同殺人罪。

提示：

口語上「一起」，在刑法上叫「共同」，不僅指在客觀上共同正犯以「向量和」「共同」實現一個單獨正犯構成要件的客觀部分，也指共同正犯必須均具有「共同」實現的故意。

099. 「同時犯」

「同時」還不夠，還要「同地」，而且要「『欠缺』犯意連絡」！

(撰寫時序編號 106)(20170430)

鄭逸哲

「同時犯」哦！你「現在」在台北偷東西，他「現在」在高雄偷東西，都是「現在」，那麼，你們應該是「同時犯」囉！

哈！偏偏不是，你們不是「同時犯」勒！「同時犯」，不只要「同時」，還要「同地」才算！所以，這麼說吧！「同時犯」是「同時『同地』犯」的「簡稱」！

好！那甲和乙一起去打丙，他們不僅是傷害的「共同正犯」，而且「一起」打，不就「同時」又「同地」，所以，他們不折不扣是「同時犯」，這總對了吧？

錯！錯！錯！甲和乙二個人也不是「同時犯」，「同時犯」不僅要「同時『同地』」，而且要他們之間「『欠缺』犯意連絡」；也就是說，不僅要「同時『同地』」，而且也要「各幹各的」，才算「同時犯」。

其實，純就刑法（理論）來說，「同時犯」的概念並不是頂重要的，只是作為理解「共同正犯」的輔助概念，用來說明：要成立「共同正犯」，必須有「犯意連絡」。

所以，「同時犯」最完整的概念是：「『欠缺』犯意連絡」的數個「同時『同地』」犯罪之人。

所以，「同時犯」的「一句到位」函數式是：

$S(w, x, y, z) = w$ 和 x 二人，欠缺犯意連絡，而同時同地各自實現 y 和 z 構成要件，並非共同正犯，而屬個別犯 y 罪和 z 罪的同時犯。

案例：

在同一場喜宴中，甲扒竊乙的錢包，丙毆打奪其所愛的新郎丁。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

甲和丙二人，欠缺犯意連絡，而同時同地各自實現竊盜和傷害構成要件，並非共同正犯，而屬個別犯竊盜罪和傷害罪的同時犯。

提示：

「同時犯」反而在刑事訴訟法上的意義較大，依刑事訴訟法第 7 條第 3 款和第 6 條第 1 項的規定，「數人同時在同一處所各別犯罪」屬「相牽連案件」，「得合併由其中一法院管轄」。

看出來了嗎？要「數人同時在同一處所各別犯罪」，所以「同時犯」光「同時」還不夠，還要「在同一處所」而「同地」；還不只勒！還要「『欠缺』犯意連絡」而「各別犯罪」！

100. 「己手犯構成要件」

不可能「行為分擔」，所以不可能有「共同正犯」！

(撰寫時序編號 110)(20170501)

鄭 逸 哲

你和他都看到是阿廳把老師推下樓梯害老師摔斷手的。和你們二個是麻吉的阿廳這小子被以傷害罪名提起公訴，法院傳喚你們二個出庭作證。

你們二個「事先講好」，都說是看到「老師自己走路不小心摔下去的」。到了法院，法官訊問你們二個「證人」時，你們也都這麼說。

你們二個都涉及「偽證」，應該沒有問題，但你們二個會因為「事先講好」而有「犯意連絡」，而是「共同正犯」嗎？

不會的！因為「證人」是就「自己」對「歷史事實」的所見所聞提出陳述，是就「自己」的「歷史經驗」，不是也不可能是「別人」的。也就因此，不可能和別人「行為分擔」而陳述「自己」的「歷史經驗」。

因此，你和他就算「事先講好」而有「犯意連絡」好了，但在客觀上不可能發生所謂「行為分擔」，因此，你們二個是個別犯「偽證罪」，都是「單獨正犯」，甚至是「同時犯」，但就不是「共同正犯」！

像這種，在性質上，行為人僅有可能以「單獨正犯」的方式，不可能以「行為分擔」的方式實現的構成要件，在學理上稱為「己手犯構成要件」。

所以，「己手犯構成要件」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y, z) = x$ 構成要件不可能以行為分擔的方式實現，屬己手犯構成要件，故 y 和 z 二人均屬犯 x 罪的單獨正犯，而非共同正犯。

案例：

甲和乙出庭，均就案情有重要關係的事項，依其事前說好的內容，虛偽陳述。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

偽證構成要件不可能以行為分擔的方式實現，屬己手犯構成要件，故甲和乙二人均屬犯偽證罪的單獨正犯，而非共同正犯。

提示：

己手犯構成要件，雖因在客觀上，不可能發生「行為分擔」，而不可能有「共同正犯」，但無礙於其有「教唆犯」或「幫助犯」的可能，這要特別注意！

另外，就對「共同正犯」的概念認識來說，「同時犯」和「己手犯構成要件」二個概念，具有重大的輔助功能。

藉由「同時犯」的概念，我們認識到：「共同正犯」在主觀上必須「犯意連絡」；藉由「己手犯構成要件」的概念，我們認識到：「共同正犯」在客觀上必須「行

為分擔」。

總之，「犯意連絡」和「行為分擔」兼備，才會是「共同正犯」。

101. 「共同正犯的逾越」

你做超過的部分，你是單獨正犯，別扯我，你自己負責去！

(撰寫時序編號 068)(20170320)

鄭逸哲

問你哦！「共同正犯的逾越」是他「逾越」什麼？是不是他「逾越」了和你們的「犯意連絡」範圍，自己形成其他的犯意！但其實也還不只，他還真的依這個犯意幹了什麼吧！不然，只是犯意，刑法又想怎樣？

所以啊！「共同正犯的逾越」是指：我們在「犯意連絡範圍」內，還是共同正犯啦！但你自己「逾越」了「犯意連絡」範圍，自己形成其他的犯意，又真的下手去幹，就這部分，你就不是「共同正犯」，而是「單獨正犯」啦！

既然是「單獨正犯」，各人造業各人擔，你自己去負責，就和別人沒關係了！不過，在本來「犯意連絡」範圍內，你還是「共同正犯」啊！這部分你還是要負責的！

所以，「共同正犯的逾越」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y)$ = 逾越行為人 x ，於既有 y 犯意連絡範圍外，自行形成 z 犯意，並實現之，就此部分為單獨正犯，犯 z 罪。

案例：

甲乙丙三人講好，去扁丁一頓，教訓他一下！教訓到一半，丙突然拿出扁鑽，把姓捅死了！甲和乙二人都驚呆了！

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

1. 逾越行為人丙，於既有傷害犯意連絡範圍外，自行形成殺人犯意，並實現之，

就此部分為單獨正犯，犯殺人罪。

2. 甲乙丙三人，基於犯意連絡，分擔行為而共同實現傷害構成要件的客觀部分，於此範圍內，為共同正犯，故甲和乙均犯共同傷害罪。

提示：

注意看哦！以上題解參考的 2.，起先是不是講「甲乙丙三人」，但最後卻只剩下「甲和乙均犯共同傷害罪」；那丙跑哪去了？而且，前面不是說，在本來「犯意連絡」範圍內，丙還是「共同正犯」啊！這部分丙還是要負責的！怎麼丙就半路不見了！

其實，也沒為什麼！就是不好寫！時間有限時，就只好把丙這部分「陰」了！

但要寫行不行？當然行！但怎寫呢？看一下哦！

「2. 甲乙丙三人，基於犯意連絡，分擔行為而共同實現傷害構成要件的客觀部分，於此範圍內，為共同正犯，故甲和乙均犯共同傷害罪；至於丙的部分，依吸收原理，僅論以殺人罪已足，其共同傷害構成要件該當行為，成為不罰的前行為。」

102. 「承受的共同正犯」

沒錯！你沒幹這部分，但你沒靠這部分能順利接著一起幹嗎？

(撰寫時序編號 084)(20170404)

鄭逸哲

寫了一天論文，你拖著疲憊的身體，深夜從研究室要回宿舍休息，路過系主任研究室時，撞見阿寶已將門撬開進入，正在翻箱倒櫃。你一看也知他在幹嘛，就開口說：「我來摻一咖好了！」，阿寶沒開口，就點點了頭，你們二個就「一起」把系主任不敢帶回家的數百片日本A片光碟都偷回去。二個人看了三天三夜，還沒看完，就已鼻血流滿地。

重點當然不在是日本A片，對吧？在它們是「他人之動產」。

好！回到「最早」，當你還沒出現，阿寶已將門撬開進入系主任研究室翻箱倒櫃時，他是不是「單獨」已實現可罰的「毀越門扇竊盜未遂構成要件」了？「這時」，

他是一個人幹，是「單獨正犯」，對吧？

「後來」，變你們「一起」把「他人之動產」系主任不敢帶回家的數百片日本A片光碟偷回去，所以，你們二個個別都實現了「共同竊盜構成要件」，對吧？

好！那你犯什麼罪？阿寶又犯什麼罪呢？

先看你的部分！你能不能說門又不是我撬開，又不是我「毀越門扇」，就算我有和阿寶一起偷東西，也只犯「共同竊盜罪」，而不犯加重的「共同毀越門扇竊盜罪」呢？

不可以！如果沒他把門撬開，你那麼「好」偷哦！你不能利用了別人先創造出來的有利「因果進程」的行為，又撇清說不甘我事！對阿寶撬門的部分，當然不是你做的，但你還是要「繼受」，也就是說，「視為」你有參與啦！

如此一來，就變成你和阿寶，基於犯意連絡，分擔行為而共同實現毀越門扇竊盜構成要件的客觀部分，為共同正犯，均犯共同毀越門扇竊盜罪。

在此情況下，在「視為」你有參與毀越門扇的情況下，本來「最早」，阿寶是「單獨」著手於「毀越門扇竊盜未遂構成要件」之實行，是不是也就被「視為」和你共同毀越門扇，而變成和你「共同」著手於「毀越門扇竊盜未遂構成要件」之實行啊！所以，他「整個」也變犯共同毀越門扇竊盜罪囉！

所以，「承受的共同正犯」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y, z) =$ 於 x 單獨著手於 y 構成要件之實行後，行為終了前， z 繼受 x 已實現之事實部分，與之有所犯意連絡，而分擔行為共同繼續實現 y 構成要件的客觀部分，為共同正犯，均犯共同 y 罪。

案例：

甲撬開乙房間門行竊，丙路過也加入行竊。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

於甲單獨著手於毀越門扇竊盜構成要件之實行後，行為終了前，丙繼受甲已實現之事實部分，與之有所犯意連絡，而分擔行為共同繼續實現毀越門扇竊盜構成要

件的客觀部分，為共同正犯，均犯共同毀越門扇竊盜罪。

提示：

看出來了嗎？「承受的共同正犯」是丙，其所「承受」者，是事實上他沒有做的「甲撬開乙房門」的事實部分，也就是說，「視為」他也「共同」去撬門，不然怎麼說他「共同毀越門扇…」，怎麼說他有實現「共同毀越門扇竊盜構成要件」呢？

也就因此，甲本來是「單獨」撬門的，也變成「視為」和丙共同撬門。這樣，就變成他的行為「全程」就只適用「共同毀越門扇竊盜構成要件」就行了！他「最早」單獨正犯的部分，就這樣無聲無息，不見了！

另外，注意一下那個「行為終了前」！不是「最早」的單獨正犯一「既遂」，就不可能再「承受」了，而是「行為終了後」，才不可能「承受」。

103. 「全體中止，才是中止」

你自己中止不夠，還要去中止其他所有人！

(撰寫時序編號 090)(20170409)

鄭逸哲

來！大家一起唸：

就「共同正犯」，
一人著手，全體著手；
一人既遂，全體既遂；
全體未遂，才是未遂；
全體中止，才是中止！

現在哦！你和中中、小小，一起去砍大大！你率先砍了大大一刀，跪下求饒，你一看，他都這樣了，就饒了他吧！但中中和小小說，大大一直欺付他們，絕不能放過他，一定要把他宰了！你勸了也沒用，就自行離開，大大還是被中中和小小亂刀砍死。

問你哦！你是不是「中止犯」？你正要說…

等一下！是不是犯「未遂之罪」，才有是不是「中止犯」的問題啊？所以，我們先看你是不是犯「共同殺人『未遂』罪」吧！

你有没有和中中小小二人，基於犯意連絡，分擔行為而「共同」著手於殺人構成要件之實行啊？當然有！事實上，你還率先砍了大大一刀勒！所以，你有實現可罰的「共同殺人未遂構成要件」是沒問題的！

但是，在你自行離開後，中中和小小一起把大大給殺了！「死亡」既遂結果實現了！那你有實現「共同殺人（既遂）構成要件」嗎？你可不可以說，我又沒「分擔」他們後來殺死大大的部分，所以我只犯「共同殺人未遂罪」呢？

不可以！因為，共同正犯，只要一人「真的」著手，全體都算著手，就算你事實還沒做什麼，但「『共同啟動』的殺人因果進程」就已經在進行了！既然「『共同啟動』的殺人因果進程」已在進行，你的「『共同』行為」在法律上就和「『共同啟動』的殺人因果進程」脫不了關係，所以，就算你離開不管了，也沒法說你的「『共同』行為」和死亡結果之間不具有「『共同實現』的因果關係」。所以，你還是算實現「共同殺人（既遂）構成要件」，還是犯共同殺人罪。

簡單講，共同正犯的「因果進程」或「因果關係」，不是指你一個人的，而是你們「共同」啟動的「因果進程」或「共同」實現的「因果關係」——就算事實上，你沒做什麼也一樣！

那你可能要說，但我離開有「中止」啊！所以，應該是「中止犯」，「應」減輕處罰吧！

你在練啥肖話？不是犯未遂之罪，哪來中止犯的問題，對吧？

看出來了嗎？如果你是共同正犯，你想要變「中止犯」，根本不可能你只中途「脫離」就可以。你是不是要讓全體都中止，而且要全體中止「成功」，你才會變「中止犯」呢？記得嗎？不是有「中止」，就是「中止犯」，要「中止成功」才是「中止犯」。

其實，一般都用「共犯脫離」來想這樣的問題，好像沒抓到重點。如果你目的是要討論他是不是「中止犯」的問題，就要先搞定他是不是犯「未遂之罪」的問題，對吧？。

如果你想因「中止成功」而減輕處罰，你就得先得讓自己犯「未遂之罪」；在共同正犯，你要犯「共同X X未遂罪」，因為「全體未遂，才是未遂」，只有你「中止」，「因果進程」還是在進行啊！所以，你要讓其他人都「中止」，「因果進程」才會停下來吧！你這樣才有可能犯「共同X X未遂罪」罪吧！才有可能以「中止犯」為由，減輕處罰吧！

所以，「全體中止，才是中止」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y, z) = x$ 和 y ，基於犯意連絡，分擔行為而共同實現可罰的 z 未遂構成要件客觀部分，為共同正犯，均犯共同 z 未遂罪。但之所以未遂，乃因 x 已意中止二人所共同啟動之因果進程所致，故其屬中止犯，應減輕其刑； y 並無中止行為，乃屬普通未遂犯，僅得減輕其刑。

案例：

甲和乙二人一起去殺丙，丙跪下求饒，甲心一軟，就想算了，但乙不放棄，繼續持砍殺丙，甲為救丙，把乙打昏，丙因而撿回一命。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

1. 甲和乙，基於犯意連絡，分擔行為而共同實現可罰的殺人未遂構成要件客觀部分，為共同正犯，均犯共同殺人未遂罪。但之所以未遂，乃因甲已意中止二人所共同啟動之因果進程所致，故其屬中止犯，應減輕其刑；乙並無中止行為，乃屬普通未遂犯，僅得減輕其刑。
2. 甲打昏乙的傷害構成要件該當行為，成立為第三人正當防衛，不具違法性，而不犯傷害罪。

提示：

共同正犯，除了在客觀上一起「共同」實現外，真正的成立基礎，乃在其「犯意連絡」，彼此將他人行為「視為」自己行為的一部分。

所以，你就算中途「脫離」，而停止自己的行為，但並沒有處理掉「視為自己行為一部分的他人行為」的問題。因此，共同正犯的「中止行為」其實要由二部分

所共同構成：「中止你自己的行為」和「中止（所有）視為自己行為一部分的他人行為」。

104. 「有無加減身分數人共同犯罪」

你們一起犯罪沒錯，但你加他不加！／他減你不減！

(撰寫時序編號 050)(20170220)

鄭逸哲

甲和乙一起殺丙，那就是：甲和乙二人，基於犯意連絡，分擔行為而共同實現殺人構成要件的客觀部分，為共同正犯，二人均犯共同殺人罪，對吧！

但是，如果丙是甲的老子呢？如果是甲自己一人單獨把他老子丙幹掉，他是犯殺直系血親尊親屬罪；如果是乙自己一人單獨把「非」他老子丙幹掉，他是犯殺人罪，對吧？二人差是差在殺人構成要件的加重構成要件要素「被害人是行為人的直系血親尊親屬」有沒有被實現，因為「殺直系血親尊親屬構成要件」是以「被害人是行為人的直系血親尊親屬」作為加重構成要件要素的基本構成要件「殺人構成要件」之加重構成要件。也就是：

基本的「殺人構成要件」+加重構成要件要素「被害人是行為人的直系血親尊親屬」=加重的「殺直系血親尊親屬構成要件」

好！我們一步步來處理：

首先，反正，丙是一個「人」，所以甲和乙把給殺了，還是：「甲和乙二人，基於犯意連絡，分擔行為而共同實現殺人構成要件，為共同正犯」。

接著，乙並沒有加重構成要件要素「被害人是行為人的直系血親尊親屬」，所以他還是犯「共同殺人罪」，這也沒啥問題！

再來，甲比較麻煩，因為加重構成要件要素是「被害人是行為人的直系血親『尊』親屬」，所以他具有「被害人直系血親『卑』親屬」的加重身分，如果說他和乙一樣也是犯「共同殺人罪」，那就只能「共同殺人罪」來處罰，就沒法加重囉！所以我們要把加重的理由加進去，說他是犯「共同殺直系血親尊親屬罪」。

改寫一下來看，「共同殺直系血親尊親屬」罪就是：「共同殺人，who 是（甲的）

直系血親尊親屬」罪。

如此，一來表明甲不是自己一人單獨殺丙這個「人」，是和乙「共同」幹的，也表明了要對他加重處罰的法律理由：「被害人是其直系血親尊親屬」。

也因此，乙沒有加重的問題，所以科以「通常之刑」，而對甲應依法科以「加重之刑」。

所以，「有無加減身分數人共同犯罪」的「一句到位」函數式是：

$S(w, x, y, z)$ = 具有 w 加重／減輕身分之人 x 和欠缺該身分之人 y ，基於犯意連絡，分擔行為而共同實現基本的 z 構成要件的客觀部分，為共同正犯，但具有該加重／減輕身分之人 x 犯共同 wz 罪，科以加重／減輕之刑，欠缺該身分之人 y ，犯基本的共同 z 罪，科以通常之刑。

案例：

甲男和乙女未婚生子丙，丙剛出生，二人一起就把他丟到河中溺斃。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

具有甫生產被害人之母減輕身分之人乙和欠缺該身分之人甲，基於犯意連絡，分擔行為而共同實現基本的殺人構成要件的客觀部分，為共同正犯，但具有該減輕身分之人乙犯共同生母殺嬰罪，科以減輕之刑，欠缺該身分之人甲，犯基本的共同殺人罪，科以通常之刑。

提示：

其實，刑法有時除了在構成要件中會走私「構成要件要素化違法要素」，也會走私「構成要件要素化責任要素」，但更精確講，應該叫「構成要件要素化強制加重／減輕要素」；因為「責任」非有即無，這是具有「有責性」而犯罪後，如何處罰的問題！

另外，有時候，我們也稱「『基本』構成要件」為「『普通』構成要件」，但為什麼我們上面用「『通常』之刑」，而非「『普通』之刑」呢？沒為什麼，因為第 31 條

第 2 項的法律用字是用「『通常』之刑」。

105. 「有無成立身分數人共同犯罪」

你是沒「成立身分」啦！但「視為」有，總可以吧！

(撰寫時序編號 085)(20170404)

鄭逸哲

如果，別人的東西不在你手裡，你想「硬」弄過來，用偷用騙用嚇用搶都有可能，就是沒法用「侵占」，對吧？因為，要「侵占」，不只要東西本來就在你手裡，而且還要是先經由「『非』不法」的途徑變到在你手裡！如果，是在你手裡，但「本來」就是經由「不法」的途徑變到你手裡，那你大概就已經犯了竊盜罪、詐欺罪、搶奪罪或強盜罪什麼的，也不會有機會犯侵占罪的。

如果，你向他借東西，而先經由「『非』不法」的途徑而「持有」他的東西，但等到該還東西時，你把那玩意拿去變賣掉，那你是「意圖為自己不法之所有」而「侵占」他的東西，而犯「侵占罪」，沒錯吧？

看出來了嗎？「侵占構成要件」是種「穩性」的「純正身分犯構成要件」哦！你要有「先經由『非』『不法』的途徑而已持有他人之物」的「成立身分」，才有可能犯侵占罪，對吧？

但如果，你向他借東西，而先經由「『非』不法」的途徑而「持有」他的東西，但這回借的東西不簡單，是一隻一噸重的石獅子。等到該還他東西時，你一個人搬不動，就找了阿達一起搬去變賣掉，而且，事先講好分他一半錢。那你犯什麼罪？阿達又犯什麼罪勒？

剛剛才講，「侵占構成要件」是種「純正身分犯構成要件」，沒有先經由「『非』不法」的途徑而「持有」他人的東西，是不可能犯侵占罪的！你是有這種「成立身分」沒錯啦！但阿達可沒有！就算你找他來一起搬，「分」他「持有」好了，他也不是先經由「『非』不法」的途徑而「持有」他人的東西啊！但你和阿達又是基於犯意連絡，分擔行為而共同實現侵占構成構件的客觀部分啊！

這下子怎麼辦？沒關係！法律比人更聰明，早就想到解決的辦法！刑法第 31 條第 1 項規定，如果碰到像這樣一個有「成立身分」，另一個沒有，卻「共同」犯之的情形，就算你没有「成立身分」，仍然「以共（同正）犯論」。

但嚴格說起來，用「以共（同正）犯論」來規定不太好，因為，你是不是共同正犯，是適用構成要件的結果，阿達缺的是「成立身分」，其他又不缺，前面不就說：你和阿達是基於犯意連絡，分擔行為而共同實現侵占構成構件的客觀部分嗎？所以，它其實要講的，不是「以共（同正）犯論」，而是「以具有成立身分論」。這樣，你和阿達就都可以適用「共同侵占構成構件」了。

所以，「有無成立身分數人共同犯罪」的「一句到位」函數式是：

$S(w, x, y, z)$ = 具有 w 成立身分之人 x 和欠缺該身分之人 y ，基於犯意連絡，分擔行為而共同實現 z 構成要件的客觀部分， y 以具有該身分論，二人為共同正犯，均犯共同 z 罪，但欠缺該身分之人 y 得減輕其刑。

案例：

甲找乙一起來侵占他向丙借的東西。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

具有「先經由『非』不法的途徑而持有丙之物」成立身分之人甲和欠缺該身分之人乙，基於犯意連絡，分擔行為而共同實現侵占構成要件的客觀部分，乙以具有該身分論，二人為共同正犯，均犯共同侵占罪，但欠缺該身分之人乙得減輕其刑。

提示：

注意！2005 年修法時，將「以具有成立身分論」的共同正犯，改為「得減輕其刑」。雖然如此，這也還是確定他犯罪後，如何處罰的問題，也就是說，這不是「犯罪論」層次的修法，而只是「刑罰論」部分的修法。

106 「結夥犯構成要件」

三人以上共同犯之囉！

(撰寫時序編號 131)(20170518)

鄭逸哲

你和你二個死黨，三個人一起去偷老師的自行車，你們三個有沒有「基於犯意連絡，分擔行為而共同實現竊盜構成要件的客觀部分」呢？有，對吧？所以你們三個是共同正犯，每一個實現了「共同竊盜構成要件」，對吧？

但你們三個都犯「共同竊盜罪」，對吧？錯！你們三個都犯「結夥竊盜罪」才對！

為什麼勒？因為在刑法分則第 321 條第 1 項第 4 款，有「結夥三人以上犯之」的加重規定。

現在要問：這個加重規定是「竊盜構成要件」的加重規定嗎？應該不是吧！既然它規定「結夥三人以上犯之」才加重，如果就二個人一起幹，就不加重，對吧？

看出來了嗎？第 321 條第 1 項第 4 款所規定的「結夥竊盜構成要件」的全貌是：「三人（以上），基於犯意連絡，分擔行為而『結夥』共同實現竊盜構成要件的客觀部分」。

所以，「結夥三人以上犯之」是「共同竊盜構成要件」的加重構成要件要素；也因此，「共同竊盜構成要件」才是「結夥竊盜構成要件」的基本構成要件，「結夥竊盜構成要件」是「共同竊盜構成要件」的加重構成要件。

你們三個人一起偷了老師的自行車，不僅都實現「共同竊盜構成要件」，也都實現「結夥竊盜構成要件」，對吧？而「結夥竊盜構成要件」是「共同竊盜構成要件」的加重構成要件，基於「法條競合」，你們都適用加重的「結夥竊盜構成要件」，都犯加重的「結夥竊盜罪」才對。

那麼，如果，你們三個人一起把老師殺了，你們也會犯「結夥殺人罪」嗎？不會的！因為，就「共同殺人構成要件」並沒有「結夥三人以上犯之」的加重規定啊！

看出來了嗎？「結夥犯構成要件」，並不是刑法總則的概念，毋寧是刑法分則的，因為你得在刑法分則一個一個去找！

要注意！「結夥」二字就只在第 321 條第 1 項第 4 款出現一次，但現行刑法在刑法分則卻規定有三個「結夥犯構成要件」：除了「結夥竊盜構成要件」外，還有「結夥搶奪構成要件」和「結夥強盜構成要件」二個。

這另外的二個並不是直接以「結夥三人以上犯之」的形式加以規定，而是分別在

第 326 條第 1 項和第 330 條第 1 項，以「而有第二十一條第一項各款情形之一者」的方式，迂迴加以規定，所以「結夥」只出現一次，卻有三個「結夥犯構成要件」。

所以，「結夥犯構成要件」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y, z) = x、y$ 和 z 三人，基於犯意連絡，分擔行為而結夥共同實現竊盜／搶奪／強盜構成要件的客觀部分，為共同正犯，均實現共同竊盜／搶奪／強盜構成要件的加重構成要件「結夥竊盜／搶奪／強盜構成要件」，均犯加重的結夥竊盜／搶奪／強盜罪。

案例：

甲、乙和丙聯手奪取丁的皮包。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

甲、乙和丙三人，基於犯意連絡，分擔行為而結夥共同實現搶奪構成要件的客觀部分，為共同正犯，均實現共同搶奪構成要件的加重構成要件「結夥搶奪構成要件」，均犯加重的結夥搶奪罪。

提示：

其實，刑法分則裡有第四個實質的「結夥犯構成要件」，但它既不直接以「結夥三人以上犯之」的形式加以規定，也不是迂迴加以規定，而就是以「三人以上共同犯之」加以規定。

在哪呢？就在最近增的第 339 條之 4 第 1 項第 2 款：「三人以上共同詐欺構成要件」。

但因為它沒有規定「結夥」二字，所以在「刑法適用」時，我們也不好無中生有，因此其「一句到位」函數式應改為：甲、乙和丙三人，基於犯意連絡，分擔行為而共同實現詐欺構成要件的客觀部分，為共同正犯，均實現共同詐欺構成要件的加重構成要件「三人以上共同詐欺構成要件」，均犯加重的三人共同詐欺罪。

107. 「二人共同就加重」

好在「共同強制性交構成要件」是唯一！

(撰寫時序編號 132)(20170518)

鄭逸哲

持刀的你和他，一起侵入T宅強姦之。問：本案如何論處？

「你和他二人，基於犯意連絡，分擔行為而既共同實現攜帶兇器強制性交構成要件的客觀部分，又共同實現侵入強制性交構成要件的客觀部分，為共同正犯，依擇一關係，均犯共同攜帶兇器強制性交或共同侵入強制性交一罪。」

這樣的題解對嗎？你和他沒有同時也「基於犯意連絡，分擔行為而共同實現強制性交構成要件的客觀部分，為共同正犯」，而均具有「共同強制性交構成要件該當性」嗎？所以，你和他應該是「均犯『共同強制性交』、共同攜帶兇器強制性交或共同侵入強制性交一罪」才對吧！

或許你會說，「共同攜帶兇器強制性交構成要件」和「共同侵入強制性交構成要件」都是「共同強制性交構成要件」的加重構成要件，依「法條競合」，本案並沒有適用基本構成要件「共同強制性交構成要件」而成立構成要件該當性的餘地。

對啦！你大腦蠻是正常的！但我們立法委員並不是和你一樣正常啊！因為第222條第1項第1款，規定「二人以上共同犯之」就要「加重」啊！

在其他地方，如果是「二人共同犯之」而都犯「共同X X罪」，是不是都和犯「X X罪」的單獨正犯一樣加以處罰呢？並沒有「加重」的問題。所以，如果照此體例，「共同攜帶兇器強制性交構成要件」和「共同侵入強制性交構成要件」應該都是「共同強制性交構成要件」的加重構成要件沒錯！

但偏偏我們的立法者，「獨創」將「二人共同犯之」和「攜帶兇器」和「侵入」併列為加重事由；如此一來，「共同強制性交構成要件」就和「共同攜帶兇器強制性交構成要件」、「共同侵入強制性交構成要件」一樣「重」了！也就是說，「基本構成要件」和「加重構成要件」一樣「重」了耶！

再來，我也不會講了！反正，我們的立法者…就…就……很天才啦！

好在，這種極端詭異的「二人共同就加重」規定，就只有「共同強制性交構成要件」是唯一，不然真的教刑法要教到跳樓了！

所以，「二人共同就加重」——其實也就是「共同強制性交構成要件」——的「一句到位」函數式是：

$S(x, y) = x$ 和 y 二人，基於犯意連絡，分擔行為而共同實現強制性交構成要件的客觀部分，為共同正犯，均犯加重的共同強制性交罪。

案例：

甲和乙聯手強姦丙。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

甲和乙二人，基於犯意連絡，分擔行為而共同實現強制性交構成要件的客觀部分，為共同正犯，均犯加重的共同強制性交罪。

提示：

所以，就「持刀的你和他，一起侵入T宅強姦之」，依現行刑法的規定，其「正確」題解應很「詭異」的變成：

「你和他二人，基於犯意連絡，分擔行為而既『共同實現強制性交構成要件』，又共同實現攜帶兇器強制性交構成要件的客觀部分，也共同實現侵入強制性交構成要件的客觀部分，為共同正犯，依擇一關係，均犯『加重的共同強制性交』、共同攜帶兇器強制性交或共同侵入強制性交一罪。」

108. 「犯此罪但成立彼罪名」

你犯準強盜罪！那罪名呢？「強盜罪名」啦！

(撰寫時序編號 023)(20170207)

鄭逸哲

如果你犯「準強盜罪」，那你處五年以上有期徒刑，對吧？但這個「處五年以上有期徒刑」並不是規定在所謂「準強盜罪」的第 329 條，而是規定在第 328 條第 1 項的強盜罪規定中？對吧？

類似地！如果你犯「準意圖勒贖而擄人罪」，那你處無期徒刑或七年以上有期徒刑，對吧？但這個「處無期徒刑或七年以上有期徒刑」並不是規定在所謂「準意圖勒贖而擄人罪」的第 348 條之 1，而是規定在第 347 條第 1 項的意圖勒贖而擄人罪規定中？對吧？

你有沒有想過，為什麼你犯第 329 條之罪，卻可以適用 328 條第 1 項所規定的「處五年以上有期徒刑」法律效果？又為什麼你犯第 348 條之 1 的罪，卻可以適用第 347 條第 1 項所規定的「處無期徒刑或七年以上有期徒刑」法律效果呢？

或許你會說，第 329 條中有「以強盜論」的規定，而第 348 條之 1 中有「以意圖勒贖而擄人論」的規定。

這是沒錯啦！但「以…論」，在民法上通常叫「擬制」，在法學文章中常以「(將)…視為…」行之，它也只不過說「把『這個』當成『那個』來看」；嚴格上來說，它並沒有說，「把『這個』當成『那個』來看」後，接下來要或能做什麼？

我們以第 329 條的規定為例好了，它其實是說，如果你實現的是該條所規定的 T 構成要件，你就具有 T 構成要件該當性，而犯 T 罪，但「以(犯)強盜(罪)論」。所以，你事實上是犯「不是強盜罪」的「T 罪」——甚至它連你犯「準強盜罪」都沒講，只說你是犯「T 罪」——，但「把你犯『T 罪』當你犯『強盜罪』來看」，如是而已。

沒錯！純就字面，就只是這樣，但接著其實有——或許——「更重要」的一大串文字被「省略」，那是什麼呢？就是：「…，(名不符實，)成立強盜罪名，『準』用犯強盜罪的『處五年以上有期徒刑』法律效果」。

如果我們不這樣理解，又如何將犯第 329 條之罪的人，連接到 328 條第 1 項所規定的「處五年以上有期徒刑」呢？

看出了嗎？「犯『準強盜罪』以犯『強盜罪』論，(名不符實，)成立強盜罪名」是方法，其目的是要「『準』用犯強盜罪的『處五年以上有期徒刑』法律效果」。

而且，看出來了嗎？「『準』強盜罪」的「準」，並不是法律用語，充其量是司法實務或法學習慣用語，是「準用」的意思！

「『準』強盜罪」不是「強盜罪」，而是「『準用』強盜罪法律效果之罪」！

你若犯強盜罪，就「名符其實」成立「強盜罪名」；你若犯準強盜罪，就「名不符實」也成立「強盜罪名」；反正，強盜罪和準強盜罪都成立「強盜罪名」。看出來了嗎？異罪同罪名哦！

有點像繞口令！但「犯此罪成立彼罪名」的「一句到位」函數式：

$S(x, y, z) = x$ 實現 y 構成要件，而犯 y 罪，但以犯 z 罪論，（名不符實）成立 z 罪名，依該罪名處罰之。

案例：

甲偷走乙的自行車，才騎到巷口，正巧乙返家遇上，甲怕乙逮到，就騎車衝向乙，乙不得已閃躲，任甲離去。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

甲實現準強盜構成要件，而犯準強盜罪，但以犯強盜罪論，（名不符實）成立強盜罪名，依該罪名處罰之。

提示：

實務上，受有罪判決人如果出庭聆聽宣判，最關心的幾乎都是到底是成立何種「罪名」！為什麼勒！因為，刑是隨「罪名」轉！甚至，有時會出現「犯此罪但『無罪名』」！你想想看，何時會這樣？

109. 「從教唆行為人到教唆犯」

唉！他不犯罪，我也變不了啊！

(撰寫時序編號 022)(20170205)

鄭逸哲

很久以前，教唆犯叫「造意犯」——「創『造』犯『意』犯」！所以，我們常說，教唆行為是「喚起犯意」！

以前，覺得教唆犯蠻可惡的，因為他的教唆行為，不但製犯罪，而且製造犯罪人——人家本來根本就沒想到要犯罪，都是你「喚起犯意」，才搞出來的！所以，以前好像是想辦法要儘量處罰教唆犯，就算他去教唆沒成功，人家根本就不鳥他，而未形成犯意，還是認為他是「教唆未遂犯」，如果刑法對其所教唆之罪，有處罰未遂的規定，還是要處罰！

所以，以前，「教唆犯」和「教唆行為人」可以說是同義字，也不太用「教唆行為人」，其實也不需要；毋寧，區別「教唆（既遂）犯」和「教唆未遂犯」，在當時還有點意思！

但到了 2005 年，不知怎麼著，就說刑法不要那麼嚴厲啦！先把本來的第 29 條第 3 項給砍了，所以本來的「教唆未遂犯」——如果你教唆不能讓人家形成犯意，或者雖形成犯意，甚至著手，卻仍不犯罪（比方，傷害未遂）——就全部「除罪化」了。

所以，現在只有本來的「教唆（既遂）犯」才會犯罪囉？不是！還不只呢！以前是規定：「教唆他人犯罪」，就是「教唆犯」，所以，你有「教唆行為」，就是「教唆犯」，所以才說，「教唆犯」和「教唆行為人」可以說是同義字。

但現在改成「教唆他人使之實行犯罪行為者，為教唆犯」。所以，你有「教唆他人」的行為，也還不是「教唆犯」；要等到被教唆人有「犯罪」，你才會變「教唆犯」！

所以，「還原完整」來看，現在是：「教唆行為人以教唆行為使被教唆人形成犯意，被教唆人因而著手而犯既遂或未遂之罪」，「教唆行為人」才會變「教唆犯」。

看出來了嗎？你有「教唆行為」，當然就是「教唆行為人」，但就算你成功使被教唆人形成犯意，你還是「教唆行為人」，你會不會變「教唆犯」，並不是你自己能決定的，而是取決於被教唆人有没有著手；還不只！要等到他有犯既遂或未遂之罪，你才會變「教唆犯」（例如，他雖然有著手傷害，但傷害未遂，而不犯罪，你雖然是教唆傷害行為人，但不會變教唆傷害犯）。

看出來了嗎？2005 年後，不僅「教唆行為人」和「教唆犯」是不一樣的概念，而且，「教唆行為人」是否會變「教唆犯」，最終不是由教唆行為人自己的教唆行為，而是由「另一個人」被教唆人是否「因而著手而犯既遂或未遂之罪」來決定。

這是刑法立法史上，一個極特殊的立法形式，以「被教唆人因而著手而犯既遂或未遂之罪」作為「客觀處罰條件」，大幅限縮「教唆犯」成立的範圍，而實質將絕大部分的「教唆犯」除罪化！

好！來看「從教唆行為人到教唆犯」的「一句到位」函數式：

$S(x, y, z)$ = 基於教唆 x 故意， y 教唆 z 使之形成犯意， z 因而著手，而犯 x （既遂／未遂）罪，故 y 為教唆 x 犯，犯教唆 x 罪。

案例：

甲叫乙去殺老師丙，乙當場冷笑拒絕。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

基於教唆殺人故意，甲教唆乙，但未能使之形成犯意，遑論乙因而著手和因而犯殺人既遂或未遂罪，故甲非教唆殺人犯，不犯教唆殺人罪。

提示：

我們刑法在第 29 條第 1 項，就是白紙黑字用「犯罪」二個字，不是用「違法行為」。不要再德國這樣，德國那樣；如果覺得德國的那麼好，你推動修法啊！

110. 「教唆犯的罪名從屬性」

你是教唆犯！那罪名呢？看正犯既遂或未遂囉！

(撰寫時序編號 024)(20170207)

鄭逸哲

2005 年時，刑法把原來的第 29 條第 3 項刪除，從此，想以教唆行為喚起被教唆

人的犯意卻失敗的教唆行唆人，無論如何，都不可能變成教唆犯！也就因此，教唆犯必然是成功喚起被教唆人犯意的教唆行為人——但要注意！成功喚起被教唆人犯意的教唆行為人也未必會變成教唆犯，因為 2005 年起，教唆犯是以「被教唆人因而著手而犯既遂或未遂之罪」作為「客觀處罰條件」的。

但從「舊時代」直到今日，我們好像一直被教著這樣「唸經」：「正犯既遂，教唆犯既遂；正犯未遂，教唆犯未遂」。不要跟我說，你沒這樣唸過！而且被教說：這叫教唆犯的「犯罪從屬性」；但你不覺得這樣怪怪的嗎？

除了「罪刑法定主義」，法治國刑法還有一個具有憲法位階的原則「罪責原則」，在其拘束下，任何人犯何罪，概依其「自己所實現」的構成要件為準，而犯該罪，不可能從屬於別人犯罪而犯「如何」之罪。也就是說，在「罪責原則」下，根本不可能承認有所謂「犯罪從屬性」。

或許你會問：你自己也說，「被教唆人犯既遂或未遂之罪」，教唆行為人才有可能變成教唆犯，這不就是教唆犯的「犯罪從屬性」嗎？

嚴格來說！還是不是！「被教唆人犯既遂或未遂之罪」並不能算是教唆犯的真正「構成要件」，而是其「客觀處罰條件」。而「客觀處罰條件」是否實現，和行為人因其自己故意或過失而實現無關，而是（最終）由法院純客觀認定之。與其說「客觀處罰條件」是廣義「構成條件」的一部分，毋寧說其屬「構成要件」適用範圍的「限縮事由」；甚至就是「構成要件該當行為」的「局部除罪化」規定。

撇開這些不說，「正犯既遂，教唆犯既遂；正犯未遂，教唆犯未遂」是根據第 29 條第 1 項，還是第 2 項而來？如果是根據第 1 項，那你何時和如何適用第 2 項？你有沒有發現，好像不太有人適用第 2 項耶！

沒錯啦！第 2 項的文字是：「教唆犯之處罰，依其所教唆之罪處罰之」。但這是維持 2005 年前的用語，一字不改。在 2005 年前，那時的教唆犯就真的只是指「成功喚起被教唆人犯意的教唆行為人」，和現在所指的「教唆犯」範圍差很多！而在 2005 年刪掉第 3 項和修改第 1 項的同時，不知少了哪根筋，第 2 項沒有配合修正耶！

由於現在第 1 項使用「犯罪行為」，所以只要被教唆人因而著手且犯罪，無論他犯既遂罪或未遂罪，你就都是「教唆犯」，所以也只問你是不是「教唆犯」，並無所謂「正犯既遂，教唆犯既遂；正犯未遂，教唆犯未遂」的問題與可能。

再者，2005 年修第 29 條的理由，就是說刑法不要那麼嚴苛，所以我們必須適當

「超越文字」來理解第 2 項，將之理解為：「正犯成立既遂『罪名』，教唆犯『從屬』成立『教唆』既遂『罪名』；正犯成立未遂『罪名』，教唆犯『從屬』成立『教唆』未遂『罪名』」。

這樣不僅才能使第 2 項有其存在的意義！而且也才能貫徹「罪責原則」亦堅持的「罪刑相稱」。也就是說，我們是用調整「罪名」的方式，來達成緩和對教唆犯處罰過於嚴苛的問題。

看出來了嗎？其實應該是也只能是教唆犯的「罪名從屬性」，根本不是也不應該有什麼教唆犯的「犯罪從屬性」。

所以，「教唆犯的罪名從屬性」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y, z) =$ 因正犯 x 成立 y 既遂罪名，故教唆犯 z 從屬成立教唆 y 既遂罪名，依該罪名處罰之／因正犯 x 成立 y 未遂罪名，故教唆犯 z 從屬成立教唆 y 未遂罪名，依該罪名處罰之。

案例：

甲叫乙去殺丙，乙持刀去砍丙，但沒能砍死。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

1. 正犯乙實現可罰的殺人未遂構成要件，犯殺人未遂罪。
2. 基於教唆殺人故意，甲教唆乙使之形成犯意，乙因而著手，而犯殺人未遂罪，故甲為教唆殺人犯，犯教唆殺人罪；但因正犯乙成立殺人未遂罪名，故教唆犯甲從屬成立教唆殺人未遂罪名，依該罪名處罰之。

提示：

注意一下！就甲的部分，我們是不是先適用「從教唆行為人到教唆犯」的「一句到位」函數式：「 $S(x, y, z) =$ 基於教唆 x 故意， y 教唆 z 使之形成犯意， z 因而著手，而犯 x （既遂／未遂）罪，故 y 為教唆 x 犯，犯教唆 x 罪。」呢？想想看，為什麼要這樣？

還有！也想想看！為什麼是從乙開始論述起，而不是甲！

111. 「被教唆人只犯預備之罪」

叫他去殺人，但他還在磨刀時就翹辮子了！

(撰寫時序編號 040)(20170212)

鄭逸哲

如果，我教唆你只犯「預備殺人罪」，是不是件很搞笑的事？這不等於說，我叫你「預備殺人」就好，但不要真的去殺人哦！所以，「教唆殺人」一定是叫你「真的要去殺人哦」！

如果，我叫你「真的要去殺人哦！」，你但你還在磨刀準備時，就被警察抓了，因為刑法有例外處罰「預備殺人」的規定，所以你犯預備殺人罪，當然沒啥問題，但我會不會是「教唆預備殺人犯」而犯罪呢？

依照現行法，其實「預備犯」，無論其可罰或不可罰，根本不是「刑法總則」的概念，而是「刑法總則教科書」上的概念，因為刑法原則上並不處罰預備犯，所以預備犯不可能是「刑法總則」上的概念，所以刑法總則裡也沒有關有於預備犯的專條專節專章。

因此，刑法總則上所稱的「犯罪」，就故意犯來說，是專指「著手後」的犯罪，甚至通常只指「既遂犯罪」。而預備犯，就算是可罰的預備犯，也是發生在「著手」之前，就算是犯預備之罪，也不是刑法總則裡所指的「犯罪」。

「教唆犯構成要件」是一種修正構成要件，是我們自己拿一個正犯構成要件，然後用第 29 條第 1 項所規定的「修正公式」，把它修正成「教唆犯構成要件」。

雖然，第 29 條第 1 項中有「犯罪」用語，而預備之罪也是犯罪，但由於第 29 條第 1 項是「刑法總則」的規定，所以怎麼修，也修不出「教唆預備犯構成要件」啊！

也就因此，如果你叫人去殺人，但他還在預備就被抓了，他還是犯預備殺人罪，但你根本沒有構成要件可適用啊！因為刑法沒有「教唆預備犯構成要件」啊！所以，你就不犯罪！

如果大家覺得怪怪的，也沒辦法啊！在「罪刑法定主義」之下，沒有構成要件該當性就是沒有構成要件該當性，不能硬拗！如果想要處罰你，現在也沒辦法，就算推動修法，也只能對往後的人加以處罰！

因此，「被教唆人只犯預備之罪」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y, z)$ = 被教唆人 x 雖因 y 的教唆而犯預備 z 罪，但因 x 仍未著手於 z 構成要件之實行， y 仍不具有教唆 z 構成要件該當性，而非刑法上的教唆 z 犯，而不犯罪。

案例：

甲叫乙去殺丙，乙還在磨刀準備時，就心臟病發作死亡。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

1. 乙實現可罰的預備殺人構成要件，犯預備殺人罪。至於其已死亡，只是無從訴追處罰，與其犯預備殺人罪的判斷無關。
2. 被教唆人乙雖因甲的教唆而犯預備殺人罪，但因乙仍未著手於殺人構成要件之實行，甲仍不具有教唆殺人構成要件該當性，而非刑法上的教唆殺人犯，而不犯罪。。

提示：

真的尊重「罪刑法定主義」，就要以行動實踐，不要一邊喊尊重，一邊又在那裡亂拗！

處罰出現漏洞，是我們接受「罪刑法定主義」必然要付出的代價；如果真有所謂「刑法漏洞」，也只能亡羊補牢，推動修法，不要在那鬼扯！

112. 「被教唆人逾越」

超過的部分，可不是我叫你做的！

(撰寫時序編號 045)(20170215)

鄭逸哲

先不管什麼「逾越」，反正被教唆人幹了什麼，他就是以「單獨正犯」的身分幹了什麼，就是犯什麼罪，對吧？所以「被教唆人逾越」所影響的，是我們要如何處理教唆犯這傢伙。

首先，啥叫「被教唆人逾越」？被教唆人逾越了「什麼」呢？這個「什麼」是指「『教唆犯』『教唆』『被教唆人』去做的那件事的範圍」，一般叫做「教唆的範圍」。

白話講，我「只」叫你做到「這樣」，但你「不只」做到「這樣」，而且「超過」「這樣」而「自己」形成犯意去做比「這樣」更多而「超過」——而「逾越」「這樣」，這就叫「被教唆人逾越」。

如果你沒「超過」，就你所做的「不逾越的」「這樣」，我是教唆犯，你是被教唆人，並沒有問題；但現在你「超過」了！就這個「超過」的部分，並不是我叫你做的，所以就這個部分，你不是我的「被教唆人」，我也不是「教唆犯」；各人造業各人擔，不關我事。

但無論如何，在你「不逾越的」「這樣」範圍內，我還是教唆犯，我還是犯教唆之罪，但我的罪名呢？這就有點麻煩了！本來我是從屬你的罪名而成立罪名，但現在你犯一個罪的「前一部分」是我的被教唆人，但「後一部分」卻不是，怎麼辦？改一下囉！我從屬你「於被教唆範圍內仍應成立之罪名」啦！

有點長哦！「被教唆人逾越」的「一句到位」函數式是：

$S(w, x, y, z) =$ 基於教唆 x 故意， w 教唆 y 使之形成犯意，且 y 因而著手並實現 w 所教唆的 x 構成要件，故 w 為刑法上的教唆 x 犯，犯教唆 x 罪，從屬 y 於被教唆範圍內仍應成立之 x 罪名，而成立教唆 x 罪名，依該罪名處罰之——至於 y 逾越的部分，乃其自行形成犯意，非因 w 教唆，自無以歸責於 w 。

案例：

甲叫乙去打丙，乙不僅去打丙，而且把他殺了！

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

1. 逾越教唆範圍行為人乙實現殺人構成要件，犯殺人罪。
2. 基於教唆傷害故意，甲教唆乙使之形成犯意，且乙因而著手並實現甲所教唆的傷害構成要件，故甲為刑法上的教唆傷害犯，犯教唆傷害罪，從屬乙於被教唆範圍內仍應成立之傷害罪名，而成立教唆傷害罪名，依該罪名處罰之一——至於乙逾越的部分，乃其自行形成犯意，非因甲教唆，自無以歸責於甲。

提示：

首先，逾越行為人雖只犯一罪，但其行為是由「不越逾」和「逾越」二部分所共同構成，而其「不越逾」部分所實現的「構成要件」，之於其整個實現的「構成要件」，必然具有法條競合的「補充關係」，也就是說，前者必整個作為後者的「部分」。以本案例來說，「傷害構成要件」是不是就整個作為「殺人構成要件」的「部分」，對吧？

再者，逾越行為人就教唆行為人所教唆的部分，一定是「既遂」，如果他就這部分是「未遂」，很難想像他接著如何「逾越」？所以對教唆犯進行「教唆犯的罪名從屬性」判斷，無論如何，也不可能出現從屬而成「教唆未遂罪名」，也就是說，發生「被教唆人逾越」時，教唆犯的罪名一定是「教唆既遂罪名」。

113. 「被教唆人發生構成事實錯誤」

還不是一樣就是教唆犯的罪名從屬於正犯成立的罪名！

(撰寫時序編號 091)(20170409)

鄭逸哲

你叫他去殺老師，他真的去開槍，但他開槍射的竟是跟著來看好戲的「你」，他誤以為「你」是老師耶！但無論如何開槍射中了，不過並沒有命中要害，但是你卻被槍聲嚇出心臟病，當場嚇死！還不只哦！子彈穿過你的小腿繼續飛，不小心打中剛好路過的老師，老師在劫難逃，當場去西天報到。

好精采哦！「客體錯誤」、「打擊錯誤」和「因果歷程錯誤」同時發生耶！對吧？

他誤「你」為老師而開槍射之，「你」和「老師」在刑法上都叫「人」，所以，雖然發生「客體錯誤」，但是「等價客體錯誤」，所以不阻卻你的「殺人故意」哦！

再來，雖然「你」死了，和他的殺人行為間具有因果關係，但發生「『重大的』因果歷程錯誤」，對吧？所以，他仍屬「不遂」，而僅實現可罰的「殺人未遂構成要件」，就這部分他犯「殺人未遂罪」，對吧？

還不只呢！他想打死的沒經「『非』重大偏離的因果歷程」而打死，卻又不小心打沒想打死的！這叫什麼啊？是不是「打擊錯誤」啊！他是不是就打死老師的部分，又犯一個「過失致死罪」呢？

還有！還有！一般，如果因打「打擊錯誤」而犯二個罪，是不是就是「想像競合犯」的問題啊！記得嗎？

怎這麼複雜啊！但其實也還好，整理一下，其實也可以簡白講：

打擊錯誤行為人「他」，以一個開槍事實行為，既——雖發生等價客體錯誤，仍不阻卻其殺人故意，但結果雖實現，但發生重大因果歷程錯誤，仍屬不遂，故僅實現可罰的殺人未遂構成要件，而——犯殺人未遂罪，又犯過失致死罪，屬想像競合犯，以犯一罪論，從重成立一個殺人未遂罪名，依該罪名處罰之。

看出來了嗎？在具體刑法適用時，善用「破折號」，往往有助於進行「簡白」的說明。

但扯了半天，其實只講了「被教唆人」他如何處理，你這個「教唆行為人」都還沒上場勒！

但也沒什麼大問題啦！如果不要陷於什麼「犯罪從屬性」的誤導中，正確掌握「罪名從屬性」的處理原則，問題也再單純不過了！是不是就是：

教唆犯「你」從屬於正犯「他」成立的「殺人未遂罪名」，成立「教唆殺人未遂罪名」，依該罪名處罰之，對吧？

當然不對！「你」死了耶！只有從屬成立「教唆殺人未遂罪名」，沒有「依該罪名處罰之」的問題啦！

所以，「被教唆人發生構成事實錯誤」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y, z)$ = 被教唆人 x 雖發生構成事實錯誤，並不影響教唆犯 y 的「罪名從屬性」判斷，其罪名仍從屬於正犯 x 所成立的 z 既遂／未遂罪名，而成立教唆 z 既

遂／未遂罪名，依該罪名處罰之。

案例：

甲叫乙去殺丙，乙誤丁為丙而開槍，但沒打死。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

1. 正犯乙，雖發生等價客體錯誤，但不阻卻其殺人故意，其仍實現可罰的殺人未遂構成要件，而犯殺人未遂罪。
 2. 教唆行為人甲基於教唆殺人故意，使被教唆人乙形成犯意，乙並因而著手而犯殺人未遂罪，故甲為刑法上的教唆殺人犯。
 3. 被教唆人乙雖發生等價客體錯誤，並不影響教唆犯甲的「罪名從屬性」判斷，其罪名仍從屬於正犯乙所成立的殺人未遂罪名，而成立教唆殺人未遂罪名，依該罪名處罰之。
-

提示：

刑法第 25-31 條七個條文為「故意犯」專用條文，也就是說，無論如何都不可能就之有所謂「過失犯構成要件」或修正後出現的「過失犯構成要件」。

假設，刑法沒有第 55 條的「想像競合犯」規定好了，前面「他」不小心打死老師而犯「過失致死罪」的部分，你是不可能變成「教唆過失致死犯」的！

從事理上來說，教唆別人「不小心」去做什麼，也實在難以想像！

114. 「教唆『非犯罪行為』」

你是有「教唆」，但不會是「教唆犯」！

(撰寫時序編號 138)(20170522)

鄭逸哲

老師莫名其妙痛毆你！但你一向「尊師重道」，就笨笨的讓老師一直打！他看不

下去，就連聲對你高呼：「你也打他！你也打他！不能任他欺負！」，你被鼓舞了，就揮拳反擊，老師愣了一下，悻悻然走開！

先來看你的部分，你反擊打老師，具有「傷害構成要件行為」，對吧？但是老師莫名其妙打你時，你反擊他的「現在不法攻擊」，而且是必要而且適當的反擊，所以成立「正當防衛」，對吧？所以，你不犯傷害罪！

再來！換他囉！他有没有「教唆『傷害』行為」啊？有吧！他叫你打老師耶！所以，不能說他不是「教唆『傷害』行為人」，對吧？但他是不是「教唆傷害『犯』」呢？不是吧！

雖然他有「教唆」你去做「傷害構成要件該當行為」，但這個「傷害構成要件該當行為」是成立「正當防衛」，「不違法」的「傷害構成要件該當行為」，對吧？所以，他所教唆的是種「非犯罪行為」，對吧？所以，在任何情況下，他都不會是「教唆傷害『犯』」。

為什麼勒？第 29 條第 1 項，白紙黑字寫：「教唆他人使之實行『犯罪行為』者，為教唆犯」，雖然他「教唆」你去做「傷害構成要件該當行為」，但是「不違法」的「傷害構成要件該當行為」，對吧？他所教唆的是種「非犯罪行為」，對吧？

再看個例子，你和老師都不會游泳，都跌到水中，都快淹死，突然漂來一塊小浮木，你先爬了上去，老師接著也要爬上去，但那塊浮木太小，再上來一個人，必沈無疑；他站在遠遠的岸上，也無法救援，就連聲對你高呼：「把老師踹下去！把老師踹下去！不然二個都會淹死！」，你被提醒了，就一腳把老師踹下水去，老師就淹死了！

先來看你的部分，你把老師踹下水淹死，具有「殺人構成要件行為」，對吧？也沒有阻卻違法事由，所以你有個違法的「殺人構成要件行為」，對吧？但你成立「阻卻責任的緊急避難」，不具有責性，對吧？所以，你不犯殺人罪！

再來！換他囉！他有没有「教唆『殺人』行為」啊？有吧！他叫你老師下水讓他淹死耶！所以，不能說他不是「教唆『殺人』行為人」，對吧？但他是不是「教唆殺人『犯』」呢？不是吧！

雖然他有「教唆」你去做「殺人構成要件該當行為」，甚至這個「傷害構成要件該當行為」是「違法」的，但是成立「阻卻責任的緊急避難」，而欠缺有責性的違法「殺人構成要件該當行為」，對吧？所以，他所教唆的還是種「非犯罪行為」，對吧？

第 29 條第 1 項規定，要教唆人家去做「犯罪行為」，才會是「教唆犯」，但他就是教唆你去做「非犯罪行為」，自然不可能是「教唆殺人犯」。

所以，「教唆『非犯罪行為』」的「一句到位」函數式是：

$S(w, x, y, z) = w$ 雖教唆 x 實行 y 構成要件該當行為，但其屬具有阻卻違法事由／阻卻責任事由「 z 」之行為，故 w 所教唆者，非屬犯罪行為，並非教唆 y 犯，而不犯罪。

案例：

甲莫名其妙痛毆乙，路過的丙鼓勵乙反擊加以自衛，乙進而行之。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

1. 甲實現傷害構成要件，犯傷害罪。
2. 對於甲犯傷害罪的現在不法攻擊，乙以傷害構成要件該當行為，當場進行必要且適當的反擊，成立正當防衛，不具違法性，而不犯傷害罪。
3. 丙雖教唆乙實行傷害構成要件該當行為，但其屬具有阻卻違法事由「正當防衛」之行為，故丙所教唆者，非屬犯罪行為，並非教唆傷害犯，而不犯罪。

提示：

有人說，只要所教唆的是「違法的構成要件該當行為」，就可以成立教唆犯。好像怪怪的！就算別國刑法是這樣規定好了，台灣刑法就白紙黑字是寫「犯罪行為」啊！到底是哪國人勒？「罪刑法定主義」是喊爽的嗎？

其實，我們的規定比較合理！不然，像上面那個踹老師入水淹死的例子，你因欠缺有責性而不犯殺人罪，他卻因教唆你做的是「『違法的』殺人構成要件該當行為」還是犯教唆殺人罪；你沒事，他抓去關，不覺得這樣很荒謬嗎？

115. 「陷害教唆」

「陷害『教唆』」不是「教唆」！

(撰寫時序編號 133)(20170519)

鄭逸哲

大家先高聲唸三遍：

「陷害『教唆』」不是「教唆」！

「陷害『教唆』」不是「教唆」！

「陷害『教唆』」不是「教唆」！

喘一口氣！接著：

你鼓動他去殺老師，但你又很賤，事先報警，警方就在現場埋伏，他才亮出刀子，就被逮了！老師只受到驚嚇，但毫髮無傷。

好！他實現可罰的殺人未遂構成要件，犯殺人未遂罪。這部分應該沒有問題，但你呢？你是「教唆殺人犯」嗎？甚至，你是「教唆殺人行為人」嗎？

首先，教唆犯必是「雙重故意犯」，也就是說，你要同時具有「教唆故意」和「構成要件故意」；也就是說，你要具有「教唆 X X 故意」。總不能你只有「使人形成犯意」的「教唆故意」，但沒有「X X 構成要件故意」，不然誰知道你在教唆什麼？這個「X X 故意」就是「構成要件故意」。

就算是未遂犯的「故意」，也還是「既遂故意」，對吧？就是因為你的故意是「既遂故意」，但在客觀上你卻沒法完全實現，所以你會「不遂」，才會是「未遂犯」啊！所以，「構成要件故意」一定是「既遂故意」。

你叫他去殺老師，有「教唆故意」沒錯！你甚至也要讓他形成「殺人犯意」，也沒錯！不然他就不會動手了啊！但你有希望他「成功」嗎？你有希望他「既遂」嗎？這倒沒有！你只是想「陷害」他去犯「未遂之罪」——更精確講，至少，「陷害」他去「著手」，至於你為什麼要這樣，最終目的是什麼，我們就不得而知了！這種客觀上有教唆行為，但在主觀上卻沒有「構成要件故意」——亦即沒有「既遂故意」的人，在學理上被稱為「陷害教唆（行為）人」。

注意，雖使用「教唆」，但「陷害『教唆』」，並不是「教唆」，因為「教唆犯構成

要件」也是客觀構成要件和主觀構成要件所共同構成的；「陷害教唆(行為)人」，即使在客觀上有教唆行為，在主觀上甚至有「教唆故意」，但就是沒有「構成要件(既遂)故意」啊！

所以，「陷害教唆」「一句到位」函數式是：

$S(x, y)$ = 陷害教唆行為人 x ，在客觀上雖有教唆 y 行為，在主觀上甚至具有教唆故意，但自始即欠缺 y 故意，非屬教唆 y 行為人，遑論教唆 y 犯，而不犯罪。

案例：

甲鼓動乙去殺老師，卻又事先報警，乙才亮出刀子，即被埋伏現場的警員丙制服逮捕，扭送法辦。問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

1. 乙實現可罰的殺人未遂構成要件，犯殺人未遂罪。
 2. 丙雖實現狹義的剝奪他人行動自由構成要件，但其依刑事訴訟法逮捕現行犯相關規定行之，屬依法律之行為，構成要件要素化違法要素「非法」並未被實現，並不具有非法剝奪他人行動自由構成要件該當性，而不犯罪。
 3. 陷害教唆行為人甲，在客觀上雖有教唆殺人行為，在主觀上甚至具有教唆故意，但自始即欠缺殺人故意，非屬教唆殺人行為人，遑論教唆殺人犯，而不犯罪。
-

提示：

或許你會說，甲也「應該」要處罰吧！事理上，好像是這樣，但在罪刑法定主義下，依現行規定，他就是「不可罰」的。所以，我們要把「應罰性」和「可罰性」分清楚。

其實，某些狀況下，甲還是可以加以處罰，但不是以「教唆殺人犯」為由加以處罰哦！

比方，乙亮出刀子，砍了老師一刀，才被埋伏現場的警員丙制服逮捕。會怎樣呢？那對甲就：

因危險的前行為而具有監控型保證人義務之人甲，卻故意／過失未履行該義務，

致傷害結果發生於老師，犯不純正不作為傷害罪／不純正不作為過失傷害罪。

另外，請自己想想看！就算還是本來「乙才亮出刀子，即被埋伏現場的警員丙制服逮捕」那樣，但上述題解 3.，為什麼甲不能以同一事實行為，以間接正犯的身分，犯非法剝奪他人行動自由罪？

116. 「教唆教唆犯」

上游的上游，對下游來說，還是「上游」啦！

(撰寫時序編號 066)(20170314)

鄭逸哲

你一定幹過這種事！你跟他說：「你去叫他去幹…啦！」

如果，這個「…」是犯 X 罪，那下手幹這事的人，就是「犯 X 罪的正犯」，而叫他幹這壞事的人就是「教唆 X 犯」。至於那個叫「教唆 X 犯」去叫後來真的下手而「犯 X 罪的正犯」去犯 X 罪的傢伙，就是「教唆教唆 X 犯」。

「犯 X 罪的正犯」和「教唆 X 犯」怎麼處理，刑法都有明確規定，但「教唆教唆 X 犯」，就比較麻煩了！

因為「犯 X 罪的正犯」是被「教唆 X 犯」「喚起犯意」才去犯 X 罪，所以從整個 X 罪來看，如果「犯 X 罪」是下游，那「教唆犯 X 罪」就是上游！這樣的話，「教唆教唆犯 X 罪」就是上游的上游！

「上游的上游」對「下游」來說，就還是「上游」，對吧？所以學理說：「教唆教唆犯」的本質還是「教唆犯」。

這樣說是沒錯啦！但「上游」和「上游的上游」畢竟不是同一段流域啊！所以，就算「教唆教唆犯」的本質還是「教唆犯」，但對「教唆教唆犯」如何適用刑法，還是得中介以「教唆教唆犯，以教唆犯論」，不然根本沒法進行刑法適用，對吧？

當「教唆教唆犯，以教唆犯論」，那他犯什麼罪，就跟著教唆犯「以犯教唆 X 罪論」，也跟著教唆犯從屬正犯的罪名而成立罪名，也就跟著教唆犯會成立同樣的教唆罪名哦！

所以，「教唆教唆犯」的「一句到位」函數式是：

$S(w, x, y, z)$ = 教唆教唆犯本質為教唆犯，故教唆教唆 w 犯 x ，以教唆 w 犯論，與教唆 w 犯 y 同，亦從屬正犯 z ，成立教唆 w 既遂/未遂罪名，依該罪名處罰之。

案例：

甲叫乙去叫丙去殺丁，但丁雖受重傷而未亡。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

1. 正犯丙實現可罰的殺人未遂構成要件，犯殺人未遂罪。
 2. 教唆行為人乙，基於教唆殺人故意，使丙形成犯意，丙因而著手且犯殺人未遂罪，乙為刑法上的教唆殺人犯，從屬正犯丙成立教唆殺人未遂罪名，依該罪名處罰之。
 3. 教唆教唆犯本質為教唆犯，故教唆教唆殺人犯甲，以教唆殺人犯論，與教唆殺人犯乙同，亦從屬正犯丙，成立教唆殺人未遂罪名，依該罪名處罰之。
-

提示：

看出來了嗎？「教唆犯」和「教唆教唆犯」的罪名，均從屬「同一個」正犯成立的罪名而定之，所以其罪名，會一樣哦！

117. 「『教唆』已有犯意之人」

無從教唆了啦！「以精神幫助論」好了！

(撰寫時序編號 113)(20170502)

鄭逸哲

他早就決定明天要去把老師幹掉，但你並不知道，還千方百計想說動他去把老師宰了！第二天，他果真依其既定的規劃，把老師剁成肉醬。那你是不是教唆殺人犯呢？

「教唆犯」又叫「造意犯」——「創『造』犯『意』『犯』」，對吧？因此，要正犯的「犯意」是你「創造」的，你才會是「教唆犯」。

但他早就自己決定明天要去把老師幹掉，已「自己形成」殺人犯意；也就是說，他的殺人犯意並不是你「創造」的，對吧？所以，再怎樣你也不可能是「教唆殺人犯」！

那你到底是什麼？你是不是就只是「自以為」在教唆殺人的傢伙呢？也就是說，你「自以為」自己在教唆殺人，但其實已沒有可被你教唆的人了！被教唆人是要你教唆時，「本來還沒有犯意」的人才行。

像這樣，「自以為」在教唆，但人家本來就已有犯意——亦即所謂「『教唆』已有犯意之人」，要怎樣處理，法律並沒有規定。但通說說：因為他事實上「堅定」了已有犯意之人的犯意，所以「以精神幫助犯論」，也因此仍犯幫助之罪，從屬正犯所成立之罪名，依該罪名得減輕處罰之。

但嚴格來說，應該是以「以精神幫助行為人論」吧！因為「被幫助人」也未必真的會去著手，對吧？甚至，就算他有去著手，也未必會犯罪，對吧？

所以，「『教唆』已有犯意之人」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y, z) =$ 就已有犯意之人，不再有教唆之可能，但自以為教唆 x 之人 y ，仍以精神幫助 x 行為人論，且正犯 z 已著手 y 構成要件之實行而犯 y 既遂/未遂罪，故 y 犯幫助 x 罪，從屬正犯 z 成立幫助 x 既遂/未遂罪名，依該罪名得減輕處罰之。

案例：

甲不知乙早就想殺丙，還叫乙去殺丙，乙真的下手去殺丙，但沒殺死。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

1. 正犯乙實現可罰的殺人未遂構成要件，犯殺人未遂罪。
2. 就已有犯意之人，不再有教唆之可能，但自以為教唆殺人之人甲，仍以精神幫助殺人行為人論，且正犯乙已著手殺人構成要件之實行而犯殺人未遂罪，故甲犯幫助殺人罪，從屬正犯乙成立幫助殺人未遂罪名，依該罪名得減輕處罰之。

提示：

嚴格說來，「『教唆』已有犯意之人」時，根本「不存在」適格的「被教唆人」「尚無犯意之人」，其實「自以為」在教唆的人就是「教唆不能犯」，而所有的「不能犯構成要件」都是不可罰構成要件，所以不得以之為由而加以處罰。

那他有沒有以「同一事實行為」實現其他的可罰構成要件呢？現在通說也只是說，他「以精神幫助犯論」，並不是說他實現「幫助犯構成要件」哦！如果就說他是實現「幫助犯構成要件」而有罪，而有罰，那就是「於法有據」。但是，「以精神幫助犯論」是說他「以『實現幫助犯構成要件』論」，而非他「實現幫助犯構成要件」耶！那這「以...論」的法律根據何在？恐怕有違罪刑法定主義吧！

118. 「從幫助行為人到幫助犯」

唉！他不犯罪，我也變不了幫助犯啊！

(撰寫時序編號 093)(20170410)

鄭逸哲

以前，「幫助犯」叫「從犯」！

2005 年，除了把「從犯」改叫「幫助犯」，刑法第 30 條 1 項前段的規定，並無任何實質的變更，還是：「幫助他人實行犯罪行為者，為幫助犯」。

最要注意的是：它規定說「幫助他人實行犯罪行為」，所以一定是「被幫助人」實行犯罪行為，你才有可能加以「幫助」，不然，要幫什麼？

但「幫助行為」並不等於「幫助」哦！「幫助」是指：你「提供幫助」給被幫助人，他在「實行犯罪行為時」——從著手到行為終了間——使用了你的「幫助提供」，你才是「幫助他人實行犯罪行為」。

比方，他要殺人，本來一直用手捶，但老打不死，「中途」你遞了一把刀給他而「提供幫助」，接著，他「自己」使用你的「幫助提供」，拿刀子來捅他，但也没捅死就是了。

所以，你遞刀給他，這才是你的「幫助行為」，也就是說，最精確講，「幫助行為」只是指你「『幫助提供』行為」，但真的要「幫助」到，還要他「自己」使用你的「幫助提供」，不然也「幫助」不到！

所以，所謂「幫助他人實行犯罪行為」，最精確來講，是由二階段構成：「幫助行為人以其『幫助行為』提供幫助於被幫助人」和「被幫助人於著手後行為終了前『自行』使用該『幫助提供』」二者相銜接而構成。

但是，就算你有「『幫助提供』行為」，他也使用了你的「幫助提供」，也還只能確定說，你是「幫助行為人」，還沒法確定你是「幫助犯」哦！為什麼勒？因為，它白紙規定所幫助的要是「犯罪行為」啊！

如果，你借了他一支棒球給他，他也拿著球棒來打，但就是沒打到，不就是「傷害未遂」嗎？刑法不處罰「傷害未遂」吧！既然沒有「犯罪行為」，你如何「幫助他人實行犯罪行為」呢？在此情況下，你還是「幫助傷害行為人」，但不會是「幫助傷害犯」。

但像前面，你中途遞刀給他，接著他也用了，雖然也沒捅死，但你就是「幫助殺人犯」，因為刑法是有「殺人未遂罪」的，你是有「幫助他人實行犯罪行為」的。

總之，到被幫助人犯既遂或未遂之罪「前」，你有「幫助行為」，當然就是「幫助行為人」；被幫助人於著手後行為終了前『自行』使用該「幫助提供」，你也還只是「幫助行為人」；要等到被幫助人犯既遂或未遂之罪了，你才會由「幫助行為人」變成「幫助犯」。

另外，更要注意！只要你對「犯既遂或未遂罪」的行為有所幫助「過」，你就會變成「幫助犯」，至於被幫助人是否使用你的幫助提供而犯既遂或未遂罪，那是另一回事。因為，它只規定「幫助他人實行犯罪行為」，又不是規定「幫助他人實行犯罪行為『奏效』」啊！

比方，你借了他支棍子，他也拿來用了，但一揮沒打中，棍子飛了出去，他就隨手撿了塊磚把人打傷。這樣，你借了他支棍子，所以你有「幫助傷害行為」，他也於著手後行為終了前「自行」使用你的「幫助提供」，他也犯了「傷害（既遂）罪」，你不就「幫助他人實行犯罪行為」了嗎？

看出來了嗎？「幫助行為人」和「幫助犯」是不一樣的概念，而且，「幫助行為人」是否會變成「幫助犯」，最終不是由幫助行為人自己的幫助行為所能決定，

而是由「另一個人」被幫助人是否「『自行』使用其『幫助提供』」和被幫助人是否「犯既遂或未遂之罪」來決定的。

在刑法立法史上，這也是一個極特殊的立法形式，以「被幫助人『自行』使用其『幫助提供』」和「被幫助人犯既遂或未遂之罪」作為雙重「客觀處罰條件」，大幅限縮「幫助犯」成立的範圍，而實質將絕大部分的「幫助犯」除罪化！

好！來看「從幫助行為人到幫助犯」的「一句到位」函數式：

$S(x, y, z)$ = 基於幫助 x 故意， y 提供幫助於被幫助人 z ，犯 x （既遂／未遂）罪之 z ，於著手後行為終了前（曾）使用該幫助提供，故 y 為幫助 x 犯，犯幫助 x 罪。

案例：

甲要去打老師，乙借了他一把棍子，但甲出門時忘了帶，徒手把老師扁了一頓。
問：乙如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

基於幫助傷害故意，乙提供幫助於被幫助人甲，但犯傷害罪之甲，於著手後行為終了前未曾使用該幫助提供，故乙非幫助傷害犯，而不犯罪。

提示：

刑法對「幫助行為」，對「幫助提供」，並沒有進一步的規定，因此，如何屬「幫助提供」極易成立，不僅物理性的幫助提供屬「幫助行為」，即使是精神性的幫助提，亦然。

119. 「幫助犯的罪名從屬性」

你是幫助犯！那罪名呢？看正犯既遂或未遂囉！

(撰寫時序編號 094)(20170410)

鄭逸哲

以前說過，不是你有「幫助行為」你就是「幫助犯」，在現行刑法下，「幫助行為人」和「幫助犯」是不一樣的概念，「幫助行為人」是否會變成「幫助犯」，最終不是由幫助行為人自己的幫助行為所能決定，而是由「另一個人」被幫助人是否「『自行』使用其『幫助提供』」和被幫助人是否「犯既遂或未遂之罪」來決定的。也就是說，以「被幫助人『自行』使用其『幫助提供』」和「被幫助人犯既遂或未遂之罪」作為雙重「客觀處罰條件」的。

好！但是，從「舊時代」直到今日，我們好像一直被教著這樣「唸經」：「正犯既遂，幫助犯既遂；正犯未遂，幫助犯未遂」。不要跟我說，你沒這樣唸過！而且被教說：這叫幫助犯的「犯罪從屬性」；但你不覺得這樣怪怪的嗎？

除了「罪刑法定主義」，法治國刑法還有一個具有憲法位階的原則「罪責原則」，在其拘束下，任何人犯何罪，概依其「自己所實現」的構成要件為準，而犯該罪，不可能從屬於別人犯罪而犯「如何」之罪。也就是說，在「罪責原則」下，根本不可能承認有所謂「犯罪從屬性」。

或許你會問：你自己也說，要等到「被幫助人犯既遂或未遂之罪」，幫助行為人才有可能變成幫助犯，這不就是幫助犯的「犯罪從屬性」嗎？

嚴格來說！還是不是！就像一開始講的，「被幫助人犯既遂或未遂之罪」並不能算是幫助犯的真正「構成要件」，而是其「客觀處罰條件」。而「客觀處罰條件」是否實現，和行為人因其自己故意或過失而實現無關，而是（最終）由法院純客觀認定之。與其說「客觀處罰條件」是廣義「構成條件」的一部分，毋寧說其屬「構成要件」適用範圍的「限縮事由」；甚至就是「構成要件該當行為」的「局部除罪化」規定。

撇開這些不說，「正犯既遂，幫助犯既遂；正犯未遂，幫助犯未遂」是根據第 30 條第 1 項前段，還是第 2 項而來？如果是根據第 1 項前段，那你何時和如何適用第 2 項？你有沒有發現，好像不太有人適用第 2 項耶！

沒錯啦！第 2 項的文字就只是：「幫助犯之處罰，得按正犯之刑減輕之」。但你要科人家刑，不用先確定罪名嗎？不先搞定罪名，你以什麼作為基準而「（得）減輕之」呢？

況且，由於現在第 1 項前段使用「犯罪行為」，所以再怎樣，我們也只能依第 1 項前段判斷你是不是「幫助犯」，並無涉及所謂「正犯既遂，幫助犯既遂；正犯未遂，幫助犯未遂」的可能。

所以我們必須適當「超越文字」來理解第 2 項，將之理解為：「正犯成立既遂『罪名』，幫助犯『從屬』成立『幫助』既遂『罪名』，依該罪名得減輕處罰之；正犯成立未遂『罪名』，幫助犯『從屬』成立『幫助』未遂『罪名』，依該罪名得減輕處罰之」。

這樣不僅才能使第 2 項有其存在的意義！而且也才能貫徹「罪責原則」亦堅持的「罪刑相稱」。也就是說，我們是用調整「罪名」的方式，來達成對幫助犯予以適當處罰。

看出來了嗎？其實應該是也只能是幫助犯的「罪名從屬性」，根本不是也不應該有什麼幫助犯的「犯罪從屬性」

所以，「幫助犯的罪名從屬性」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y, z) =$ 因正犯 x 成立 y 既遂罪名，故幫助犯 z 從屬成立幫助 y 既遂罪名，依該罪名得減輕處罰之／因正犯 x 成立 y 未遂罪名，故幫助犯 z 從屬成立幫助 y 未遂罪名，依該罪名得減輕處罰之。

案例：

甲要殺乙，丙借給甲一把刀，甲持之殺乙，但沒能殺死。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

1. 正犯甲實現可罰的殺人未遂構成要件，犯殺人未遂罪。
2. 基於幫助殺人故意，丙提供幫助於被幫助人甲，犯殺人罪之甲，於著手後行為終了前使用該幫助提供，故丙為幫助殺人犯，犯幫助殺人罪；但因正犯甲成立殺人未遂罪名，故幫助犯丙從屬成立幫助殺人未遂罪名，依該罪名得減輕處罰之。

提示：

注意一下！就丙的部分，我們是不是先適用「從幫助行為人到幫助犯」的「一句到位」函數式：「 $S(x, y, z) =$ 基於幫助 x 故意， y 提供幫助於被幫助人 z ，犯 x

（既遂／未遂）罪之 z ，於著手後行為終了前（曾）使用該幫助提供，故 y 為幫助 x 犯，犯幫助 x 罪。」呢？想想看，為什麼要這樣？

還有！也想想看！為什麼是從甲開始論述起，而不是丙！

120. 「不知情幫助」

他知不知道你提供幫助，根本没差！

(撰寫時序編號 095)(20170410)

鄭逸哲

從第 30 條第 1 項「前段」的規定，我們得知「從幫助行為人到幫助犯」的「一句到位」函數式是：「 $S(x, y, z)$ = 基於幫助 x 故意， y 提供幫助於被幫助人 z ，犯 x （既遂／未遂）罪之 z ，於著手後行為終了前（曾）使用該幫助提供，故 y 為幫助 x 犯，犯幫助 x 罪。」

所以，要判斷你是不是「幫助犯」，就是這個作為標準來判斷，對吧？但是呢！第 30 條第 1 項竟然還有個後段規定：「雖他人不知幫助者，亦同」。

亦「同」？「同」什麼？「同」樣還是幫助犯啦！

你不覺得規定這個是脫褲子放屁嗎？既然你若符合第 1 項你是前段的規定就是「幫助犯」，那這個後段是幹什麼？它既沒有擴大，也沒有縮小第 1 項的「幫助犯」成立範圍，再怎樣它也不可能屬於是「幫助犯」的成立要件，那麼，規定這個根本多一舉。

白話講，它只是說：不管被幫助人知不知道你有所幫助，都不影響你的「幫助犯」判斷。既然沒有影響，這不是「廢文」，什麼才是「廢文」？

刑法會出現這玩意，大概只是想「提醒」我們：很難想像被教唆人不知道有人教唆他，但被幫助人有可能對你的「暗中幫助」不知情。就只是這樣而已！

但要注意！它是說：對「幫助」不知情，不是只對「幫助行為」不知情；詳言之，你不僅不知道你有「提供幫助」，也不知道他「自己」使用你的「幫助提供」。因為，「幫助」是由「幫助行為人以其『幫助行為』提供幫助於被幫助人」和「被幫助人於著手後行為終了前『自行』使用該『幫助提供』」二者相銜接構成的。

這倒是有可能的！比方，你要去殺人，他偷偷幫你變鈍的刀磨利，但你神經很大條，根本沒發現，但後來就是拿著這把刀順利把人宰了。

但我們判斷你是不是「幫助殺人犯」，根本用不到這段「無用」的「不知情」資訊吧！

所以，「不知情幫助」的「一句到位」函數式，就只是在「從幫助行為人到幫助犯」的「一句到位」函數式中尾巴加上句「廢話」：

$S(x, y, z)$ = 基於幫助 x 故意， y 提供幫助於被幫助人 z ，犯 x （既遂／未遂）罪之 z ，於著手後行為終了前（曾）使用該幫助提供，故 y 為幫助 x 犯，犯幫助 x 罪——至於 z 對 y 之幫助不知情，並不影響其屬幫助犯的判斷。

案例：

甲持刀將殺老師殺害，但他不知道事先乙暗中幫他把刀磨利。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

1. 正犯甲實現殺人構成要件，犯殺人罪。
2. 基於幫助殺人故意，乙提供幫助於被幫助人甲，犯殺人罪之甲，於著手後行為終了使用該幫助提供，故乙為幫助殺人犯，犯幫助殺人罪——至於甲對乙之幫助不知情，並不影響其屬幫助犯的判斷；因正犯甲成立殺人罪名，故幫助犯乙從屬成立幫助殺人罪名，依該罪名得減輕處罰之。

提示：

其實，刑法的最大「廢文」就是第 26 條。

既然當初是要將「不能犯」除罪化，最正常的做法就是把處罰「不能犯」的第 26 條廢掉，但不知怎樣的大腦，捨此不為，而採把「不能犯構成要件」改成「不可罰構成要件」的規定形式。

這不擺明了整人嗎？你規定成「構成要件」，人家就得適用，好不容易確定了你有「不能犯構成要件該當性」，然後又要說，「不能犯構成要件」都是「不可罰構成要件」，所以不得以之為由加以處罰。

如果要這樣搞，你也規定「不可罰的自殺構成要件」好了！

怎會這樣？大概又是德國怎樣，我們就...

121. 「事前幫助行為」

從被幫助人「形成犯意」起到他「行為終了」前，都有可能提供幫助。

(撰寫時序編號 096)(20170410)

鄭逸哲

「事前幫助」這個用語常被使用，但嚴格來說，並不正確！它其實要說的只是「事前幫助行為」或「事前幫助提供行為」而已。

我們說過，第 30 條第 1 項所規定的「幫助犯構成要件」，其實只有「基於幫助故意，提供幫助於被幫助人」這部分才是真正的「構成要件」，而「被幫助人於著手後行為終了前使用該幫助提供」和「被幫助人犯既遂或未遂之罪」均屬其「客觀處罰條件」。這從後面二個的主詞不是「幫助行為人」，而換成「被幫助人」就可以看出來！

而且，我們也說過，「幫助行為」並不等於「幫助」哦！最精確來講，「幫助」是由「幫助行為人以其『幫助行為』提供幫助於被幫助人」和「被幫助人於著手後行為終了前『自行』使用該『幫助提供』」二者相銜接而構成的。

因此，你可以「事前」提供幫助給被幫助人沒錯，但無論如何，他「被幫助人」也沒辦法「事前」「自行」使用你的「幫助提供」，因為「幫助」是要幫助「犯罪行為」，如果被幫助人還沒著手，哪來的「犯罪行為」呢？

所以，常被誤稱為「事前幫助」的「事前幫助行為」，其實只是要告訴我們：不像「教唆行為」只有可能「事前」為之，「幫助行為」不但可以「事前」為之，更可以「事中」為之。也就是說，「事前幫助行為」所想要說的重點，反而不在自己，而是另外的「事中幫助行為」。

也就是說，幫助行為人於「事前」和「事中」都可能提供幫助於被幫助人啦！不像「教唆行為」只有可能是「事前教唆行為」。

然後呢？就是沒有「事後幫助行為」啦！

因此，「事前幫助行為」和「事中幫助行為」的「一句到位」函數式是同一個：

$S(x, y, z)$ = 基於幫助 x 故意， y 於事前／事中提供幫助於被幫助人 z ，犯 x （既遂／未遂）罪之 z ，於著手後行為終了前（曾）使用該幫助提供，故 y 為幫助 x 犯，犯幫助 x 罪。

案例：

甲要勒死老師，但怎勒也勒不死，乙剛好路過，就遞了把刀給甲，甲一刀就送老師上西天。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

1. 正犯甲實現殺人構成要件，犯殺人罪。
2. 基於幫助殺人故意，乙於事中提供幫助於被幫助人甲，犯殺人罪之甲，於著手後行為終了前使用該幫助提供，故乙為幫助殺人犯，犯幫助殺人罪；因正犯甲成立殺人罪名，故幫助犯乙從屬成立幫助殺人罪名，依該罪名得減輕處罰之。

提示：

你有没有發現，其實你在題解時，寫不寫「於事中」三個字，根本就没差。

毋寧，我們要說的只是：從被幫助人「形成犯意」起到他「行為終了」前，都有可能提供幫助，而有「幫助行為」。就是沒有「事後幫助行為」這種東西！

而且，你最早也要他「形成犯意」起，你才有可能提供幫助，如果他連「犯意」都沒有，你想要提供幫助，是想幫助他去幹「什麼」呢？

所以，一定要先有個「具有犯意」的人，才可能有幫助行為人！

122. 「被幫助人只犯預備之罪」

你是有「事前幫助行為」，但他根本沒著手啊！

(撰寫時序編號 100)(20170411)

鄭逸哲

如果，我只想幫助你犯「預備殺人罪」，是不是件很搞笑的事？這不等於說，你就只是要「預備殺人」，但不會真的下手去殺人！這又算啥啊？所以，「幫助殺人」一定是你「真的要下手去殺人哦」！

如果，你「真的要下手去殺人哦！」，你帶著我借給你的刀正要出門時，就被警察抓了，因為刑法有例外處罰「預備殺人」的規定，所以你犯預備殺人罪，當然沒啥問題，但我會不會是「幫助預備殺人犯」而犯罪呢？

依照現行法，其實「預備犯」，無論其可罰或不可罰，根本不是「刑法總則」的概念，而是「刑法總則教科書」上的概念，因為刑法原則上並不處罰預備犯，所以預備犯不可能是「刑法總則」上的概念，所以刑法總則裡也沒有關有於預備犯的專條專節專章。

因此，刑法總則上所稱的「犯罪」，就故意犯來說，是專指「著手後」的犯罪，甚至通常只指「既遂犯罪」。而預備犯，就算是可罰的預備犯，也是發生在「著手」之前，就算是犯預備之罪，也不是刑法總則裡所指的「犯罪」。

「幫助犯構成要件」是一種修正構成要件，是我們自己拿一個正犯構成要件，然後用第 30 條第 1 項所規定的「修正公式」，把它修正成「幫助犯構成要件」。

雖然，第 30 條第 1 項中有「犯罪」用語，而預備之罪也是犯罪，但由於第 30 條第 1 項是「刑法總則」的規定，所以怎麼修，也修不出「幫助預備犯構成要件」啊！

也就因此，就算你有「事前幫助殺人行為」，但他還在預備就被抓了，他還是犯預備殺人罪，但你根本沒有構成要件可適用啊！因為刑法沒有「幫助預備犯構成要件」啊！所以，你就不犯罪！

如果大家覺得怪怪的，也沒辦法啊！在「罪刑法定主義」之下，沒有構成要件該

當性就是沒有構成要件該當性，不能硬拗！如果想要處罰你，現在也沒辦法，就算推動修法，也只能對往後的人加以處罰！

因此，「被幫助人只犯預備之罪」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y, z) = x$ 雖提供幫助於 y 而有幫助 z 行為，但被幫助人 y 僅犯預備 z 罪，並無於著手後行為終了前自行使用 x 之幫助提供之可能，遑論其犯 z 既遂或未遂之罪， x 仍不具有幫助 z 構成要件該當性，而非刑法上的幫助 z 犯，而不犯罪。

案例：

甲持乙借給他的刀要去殺丙，但一出門就被警察逮了。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

1. 甲實現可罰的預備殺人構成要件，犯預備殺人罪。
2. 乙雖提供幫助於甲而有幫助殺人行為，但被幫助人甲僅犯預備 z 罪，並無於著手後行為終了前自行使用乙之幫助提供之可能，遑論其犯殺人既遂或未遂之罪，乙仍不具有幫助殺人構成要件該當性，而非刑法上的幫助殺人犯，而不犯罪。

提示：

看出來了嗎？幫助行為人因「幫助人只犯預備之罪」而不犯罪，不是他沒有「幫助行為」，而是因為被幫助人根本沒著手，所以，「幫助犯構成要件」的第一個客觀處罰條件「被幫助人於『著手後』行為終了前『自行』使用其『幫助提供』」根本就不可能實現，所以就已經確定幫助行為人不可能具有「幫助犯構成要件該當性」而不犯罪，連第二個客觀處罰條件「被幫助人犯既遂或未遂之罪」都不用再進行判斷了！不是就他只犯「預備之罪」了嗎？

而且，幫助行為人因「幫助人只犯預備之罪」而不犯罪，他的「幫助行為」一定是「事前幫助行為」，對吧？如果他雖有「事中幫助行為」而不犯罪，應該是第一個客觀處罰條件「被幫助人於『著手後』行為終了前『自行』使用其『幫助提供』」就沒實現，或第二個客觀處罰條件「被幫助人犯既遂或未遂之罪」沒實現，對吧？

123. 「被幫助人逾越」

超過的部分，我可沒想到過要幫你！

(撰寫時序編號 097)(20170410)

鄭逸哲

先不管什麼「逾越」，反正被幫助人幹了什麼，他就是以「單獨正犯」的身分幹了什麼，就是犯什麼罪，對吧？所以「被幫助人逾越」所影響的，是我們要如何處理幫助犯這傢伙。

首先，啥叫「被幫助人逾越」？被幫助人逾越了「什麼」呢？這個「什麼」是指「『幫助犯』『提供幫助』想給『被幫助人』於著手後行為終了前『自行』使用其『提供幫助』去做的那件事的範圍」，一般叫做「幫助的範圍」。

白話講，我在「提供幫助」給你「時」，你的犯意是「這樣」，但「後來」，你「超過」那時的犯意的範圍，而去做比「這樣」更多而「超過」——而「逾越」「這樣」，這就叫「被幫助人逾越」。

如果你沒「超過」，就你所做的「不逾越的」「這樣」，我是幫助犯，你是被幫助人，並沒有問題；但現在你「超過」了！就這個「超過」的部分，並我根本沒想過要提供幫助，所以就這個部分，你不是我的「被幫助人」，我也不是「幫助犯」；各人造業各人擔，不關我事。

但無論如何，在你「不逾越的」「這樣」範圍內，我還是幫助犯，我還是犯幫助之罪，但我的罪名呢？這就有點麻煩了！本來我是從屬你的罪名而成立罪名，但現在你犯一個罪的「前一部分」是我的被幫助人，但「後一部分」卻不是，怎麼辦？改一下囉！我從屬你「於被幫助範圍內仍應成立之罪名」啦！

有點長哦！「被幫助人逾越」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y, z)$ = 基於幫助 x 故意， y 提供幫助於被幫助人 z ，實現 x 構成要件之 z ，就之於著手後行為終了前（曾）使用該幫助提供，故 y 為幫助 x 犯，犯幫助 x 罪；從屬 z 於被幫助範圍內仍應成立之 x 罪名，而成立幫助 x 罪名，依該罪名得減輕減處罰之——至於 z 逾越的部分，乃其自行形成犯意，非 y 之幫助 x 故意之所及，自無以歸責於 y 。

案例：

甲想打老師，乙就借了一支棒球棒，甲持之出門，但走到半路，心想把老師打死算了，後來就持棒把老師打死了。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

1. 逾越幫助範圍行為人甲實現殺人構成要件，犯殺人罪。
2. 基於幫助傷害故意，乙提供幫助於被幫助人甲，實現傷害構成要件之甲，就之於著手後行為終了前使用該幫助提供，故乙為幫助傷害犯，犯幫助傷害罪；從屬甲於被幫助範圍內仍應成立之傷害罪名，而成立幫助傷害罪名，依該罪名得減輕減處罰之——至於甲逾越的部分，乃其自行形成犯意，非乙之幫助傷害故意之所及，自無以歸責於乙。

提示：

首先，逾越行為人雖只犯一罪，但其行為是由「不越逾」和「逾越」二部分所共同構成，而其「不逾越」部分所實現的「構成要件」，之於其整個實現的「構成要件」，必然具有法條競合的「補充關係」，也就是說，前者必整個作為後者的「部分」。以本案例來說，「傷害構成要件」是不是就整個作為「殺人構成要件」的「部分」，對吧？

再者，逾越行為人就幫助行為人想要提供幫助的部分，一定是「既遂」，如果他就這部分是「未遂」，很難想像他接著如何「逾越」？所以對幫助犯進行「幫助犯的罪名從屬性」判斷，無論如何，也不可能出現從屬而成立「幫助未遂罪名」，也就是說，發生「被幫助人逾越」時，幫助犯的罪名一定是「幫助既遂罪名」。

另外，更要注意！逾越行為人的「犯意擴張」未必發生在其著手後，像這裡的案例，甲不就還沒著手就擴張其犯意了，對吧？

124. 「被幫助人發生構成事實錯誤」

還不是一樣就是幫助犯的罪名從屬於正犯成立的罪名！

(撰寫時序編號 101)(20170428)

鄭逸哲

他要去殺老師，他借了他一把槍，但他開槍射的竟是跟著來看好戲的「你」，他誤以為「你」是老師耶！但無論如何開槍射中了，不過並沒有命中要害，但是你卻被槍聲嚇出心臟病，當場嚇死！還不只哦！子彈穿過你的小腿繼續飛，不小心打中剛好路過的老師，老師在劫難逃，當場去西天報到。

好精采哦！「客體錯誤」、「打擊錯誤」和「因果歷程錯誤」同時發生耶！對吧？

他誤「你」為老師而開槍射之，「你」和「老師」在刑法上都叫「人」，所以，雖然發生「客體錯誤」，但是「等價客體錯誤」，所以不阻卻你的「殺人故意」哦！

再來，雖然「你」死了，和他的殺人行為間具有因果關係，但發生「『重大的』因果歷程錯誤」，對吧？所以，他仍屬「不遂」，而僅實現可罰的「殺人未遂構成要件」，就這部分他犯「殺人未遂罪」，對吧？

還不只呢！他想打死的沒經「『非』重大偏離的因果歷程」而打死，卻又不小心打沒想打死的！這叫什麼啊？是不是「打擊錯誤」啊！他是不是就打死老師的部分，又犯一個「過失致死罪」呢？

還有！還有！一般，如果因打「打擊錯誤」而犯二個罪，是不是就是「想像競合犯」的問題啊！記得嗎？

怎這麼複雜啊！但其實也還好，整理一下，其實也可以簡白講：

打擊錯誤行為人「他」，以一個開槍事實行為，既——雖發生等價客體錯誤，仍不阻卻其殺人故意，但結果雖實現，但發生重大因果歷程錯誤，仍屬不遂，故僅實現可罰的殺人未遂構成要件，而——犯殺人未遂罪，又犯過失致死罪，屬想像競合犯，以犯一罪論，從重成立一個殺人未遂罪名，依該罪名處罰之。

看出來了嗎？在具體刑法適用時，善用「破折號」，往往有助於進行「簡白」的說明。

但扯了半天，其實只講了「被幫助人」他如何處理，你這個「幫助行為人」都還沒上場勒！

但也沒什麼大問題啦！如果不要陷於什麼「犯罪從屬性」的誤導中，正確掌握「罪

名從屬性」的處理原則，問題也再單純不過了！是不是就是：

幫助犯「你」從屬於正犯「他」成立的「殺人未遂罪名」，成立「幫助殺人未遂罪名」，依該罪名得減輕處罰之，對吧？

當然不對！「你」死了耶！只有從屬成立「幫助殺人未遂罪名」，沒有「依該罪名得減輕處罰之」的問題啦！

所以，「被幫助人發生構成事實錯誤」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y, z)$ = 被幫助人 x 雖發生構成事實錯誤，並不影響幫助犯 y 的「罪名從屬性」判斷，其罪名仍從屬於正犯 x 所成立的 z 既遂／未遂罪名，而成立幫助 z 既遂／未遂罪名，依該罪名得減輕處罰之。

案例：

甲知乙要去殺丙，借了乙一把槍，但乙誤丁為丙而開槍，但沒打死。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

1. 正犯乙，雖發生等價客體錯誤，但不阻卻其殺人故意，其仍實現可罰的殺人未遂構成要件，而犯殺人未遂罪。
2. 幫助行為人甲，基於幫助殺人故意，提供幫助於被幫助人乙，犯殺人未遂罪之乙，於著手後行為終了前使用該幫助提供，故甲為幫助殺人犯，犯幫助殺人罪。
3. 被幫助人乙雖發生等價客體錯誤，並不影響幫助犯甲的「罪名從屬性」判斷，其罪名仍從屬於正犯乙所成立的殺人未遂罪名，而成立幫助殺人未遂罪名，依該罪名得減輕處罰之。

提示：

再複習一次：

刑法第 25-31 條七個條文為「故意犯」專用條文，也就是說，無論如何都不可能就之有所謂「過失犯構成要件」或修正後出現的「過失犯構成要件」。

假設，刑法沒有第 55 條的「想像競合犯」規定好了，前面「他」不小心打死老師而犯「過失致死罪」的部分，你是不可能變成「教唆過失致死犯」的！

從事理上來說，幫助別人「不小心」去做什麼，也實在難以想像！

125. 「幫助『非犯罪行為』」

你是有「提供幫助」，但不會是「幫助犯」！

(撰寫時序編號 139)(20170522)

鄭逸哲

老師莫名其妙拿棍子痛毆你！你雖然反擊，但兩手空空，沒什麼用！他剛好路過，就拋了一根棍子給你，你才「武器平等」，順利將老師擊退！

先來看你的部分，你先後徒手和持棍反擊打老師，具有「傷害構成要件行為」，對吧？但是老師莫名其妙打你時，你反擊他的「現在不法攻擊」，而且是必要而且適當的反擊，所以成立「正當防衛」，對吧？所以，你不犯傷害罪！

再來！換他囉！他有没有「幫助『傷害』行為」啊？有吧！他丟了根棍子給你提供幫助，對吧？所以，不能說他不是「幫助『傷害』行為人」，對吧？但他是不是「幫助傷害『犯』」呢？不是吧！

雖然在你做「傷害構成要件該當行為」時，他有對你有「提供幫助」，但你的這個「傷害構成要件該當行為」是成立「正當防衛」，是「不違法」的「傷害構成要件該當行為」，對吧？所以，他所幫助的是種「非犯罪行為」，對吧？所以，在任何情況下，他都不會是「幫助傷害『犯』」。

為什麼勒？第 30 條第 1 項前段，白紙黑字寫：「幫助他人實行『犯罪行為』者，為教唆犯」，雖然他在你做「傷害構成要件該當行為」時，有所「幫助提供」但是對「不違法」的「傷害構成要件該當行為」，對吧？他所幫助的是種「非犯罪行為」，對吧？

再看個例子，你和老師都不會游泳，都跌到水中，都快淹死，突然漂來一塊小浮木，你先爬了上去，老師接著也要爬上去，但那塊浮木太小，再上來一個人，必沈無疑；當你舉起腳正要把老師踹下去時，站在遠遠的岸上，也無法救援的他，連聲對你高呼：「沒事！把老師踹下去！沒事！把老師踹下去！不然二個都會淹

死！」，你精神為之一振，一腳把老師踹下水去，老師就淹死了！

先來看你的部分，你把老師踹下水淹死，具有「殺人構成要件行為」，對吧？也沒有阻卻違法事由，所以你有個違法的「殺人構成要件行為」，對吧？但你成立「阻卻責任的緊急避難」，不具有責性，對吧？所以，你不犯殺人罪！

再來！換他囉！他有没有「幫助『殺人』行為」啊？有吧！他在岸邊「精神喊話」，對你加以「精神幫助」，對吧？所以，不能說他不是「幫助『殺人』行為人」，對吧？但他是不是「幫助殺人『犯』」呢？不是吧！

雖然在你做「殺人構成要件該當行為」時，他有提供「精神幫助」，甚至這個「殺人構成要件該當行為」是「違法」的，但是成立「阻卻責任的緊急避難」，而屬欠缺有責性的違法「殺人構成要件該當行為」，對吧？所以，他所幫助的還是種「非犯罪行為」，對吧？

第 30 條第 1 項前段規定，要幫助人家去做「犯罪行為」，才會是「幫助犯」，但他是對你的「非犯罪行為」提供幫助，自然不可能是「幫助殺人犯」。

所以，「幫助『非犯罪行為』」的「一句到位」函數式是：

$S(w, x, y, z) = w$ 雖就 x 所實行的 y 構成要件該當行為加以幫助，但其屬具有阻卻違法事由／阻卻責任事由「 z 」之行為，故 w 所幫助者，非屬犯罪行為，並非幫助 y 犯，而不犯罪。

案例：

甲莫名其妙持棍痛毆乙，乙空手反擊無力，路過的丙順手也丟了根棍子給乙，乙才順利擊退甲。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

1. 甲實現傷害構成要件，犯傷害罪。
2. 對於甲犯傷害罪的現在不法攻擊，乙以傷害構成要件該當行為，當場進行必要且適當的反擊，成立正當防衛，不具違法性，而不犯傷害罪。
3. 丙雖就乙所實行的傷害構成要件該當行為加以幫助，但其屬具有阻卻違法事由「正當防衛」之行為，故丙所幫助者，非屬犯罪行為，並非幫助傷害犯，而不犯罪。

提示：

依第 30 條第 1 項前段的規定，就是要對「犯罪行為」加以幫助，才有可能是幫助犯，基於罪刑法定主義，不得將「犯罪行為」在解釋上限縮為「違法的構成要件該當行為」。

另外，要注意！「提供幫助」於事前或事中均有可能，就「幫助『非犯罪行為』」，雖然大多事中為之，但仍能想像事前為之，例如，警員甲依法要去拘提乙，你事先將手銬借他。

126. 「事後幫助」

「事後『幫助』」不是「幫助」！

(撰寫時序編號 145)(20170524)

鄭逸哲

大家先高聲唸三遍：

「事後『幫助』」不是「幫助」！

「事後『幫助』」不是「幫助」！

「事後『幫助』」不是「幫助」！

喘一口氣！然後想一下：為什麼「事後『幫助』」不是「幫助」？

正犯（主行為人）「著手」之「前」，叫「事前」；他「著手」之「後」，不叫「事後」，叫「事中」，對吧？「事後」指正犯（主行為人）「行為終了」之「後」。

既然「事後」指正犯（主行為人）「行為終了」之「後」，所以在「事後」，已經沒有正犯（主行為人）的「行為」了，而「幫助」，是要對正犯（主行為人）的「行為」提供幫助，「事後」已經沒有正犯（主行為人）的「行為」了，你要提供幫助，是要幫助啥鬼？所以，「事後『幫助』」不是「幫助」。

或許有人會說，你可以在他殺人「後」，「幫助」他棄屍啊！這不就是「事後『幫助』」嗎？

好！再看清楚一點！你這樣是「幫助殺人」，還是「幫助棄屍」啊？

人都死了，你沒法「幫助殺人」吧？你是「幫助棄屍」吧！是他將要或正在「棄屍」，你於「事前」或「事中」，對他的「棄屍行為」提供幫助吧！不是對他的「殺人行為」提供幫助吧！

總之，雖使用「幫助」這種字眼，但「事後『幫助』」，並不是「幫助」，因為「事後」已經沒有正犯（主行為人）的「行為」了，無從加以「幫助」。至於主行為人於「這個」行為終了後，又有「另一個」行為，在這一個「另一個」行為「尚未終了」前，你對這一個「另一個」行為提供幫助，是對這一個「另一個」行為的「事前幫助」或「事中幫助」，而不叫「事後幫助」。

所以，「事後幫助」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y) = w$ 雖於 x 的 y 行為終了後，對 x 提供幫助，但並非就 x 的 y 行為提供幫助，而是就 x 於 y 行為之後的另一 z 行為提供幫助，其屬對 x 的 z 行為的事前幫助／事中幫助，而非對其 y 行為的「事後幫助」...

案例：

1. 甲偷了乙的東西了，事後，把偷來的東西寄藏在丙處。
2. 甲殺了乙，事後，向丙借車棄屍。

問：以上二案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

1.

(1) 甲實現竊盜構成要件，犯竊盜罪。

(2) 丙雖於甲的竊盜行為終了後，對甲提供幫助，但並非就甲的竊盜行為提供幫助，而是就甲於竊盜行為之後的另一隱匿贓物行為提供幫助，其屬對甲的隱匿行為的事中幫助，而非對其竊盜行為的「事後幫助」；但就此事中幫助行為，丙應獨立適用寄藏贓物構成要件，而為犯寄藏贓物罪的正犯。

2.

(1) 甲實現殺人構成要件，犯殺人罪——至於其棄屍的事實部分，依吸收關係，不再另行單獨論究。

(2) 丙雖於甲的殺人行為終了後，對甲提供幫助，但並非就甲的殺人行為提供幫助，而是就甲於殺人行為之後的另一棄屍行為提供幫助，其屬對甲的棄屍行為的

事前幫助，而非對其殺人行為的「事後幫助」；若非因吸收關係，甲仍就其棄屍行為犯遺棄屍體罪，故丙仍屬幫助遺棄屍體犯，從屬甲本應成立之罪名而成立幫助遺棄屍體罪名，依該罪名得減輕處罰之。

提示：

在一般口語中，常用「幫」這個字。但要注意！其未必是指「幫助」或「幫助故意」。

例如，你說：「大哥『幫』你出氣！」，就提刀出門殺人去；這裡的「幫」可不是指「幫助殺人」或「幫助殺人故意」，而是你殺人的「動機」；你還是正犯，殺人的正犯，你的故意是「殺人故意」，不是「幫助殺人故意」哦！

127. 「教唆幫助犯／幫助教唆犯／幫助幫助犯」

對主流來說，支流是支流，支流的支流還是支流！

(撰寫時序編號 112)(20170502)

鄭逸哲

因為「犯X罪的正犯」是被「教唆X犯」「喚起犯意」才去犯X罪，所以從整個X罪來看，如果「犯X罪」是下游，那「教唆犯X罪」就是上游！這樣的話，「教唆教唆犯X罪」就是「上游的上游」！

但不管是「上游」，還是「上游的上游」，都是「主流」，對吧？

這樣的話，從整個X罪來看，如果「犯X罪」是「主流」，那「幫助犯X罪」就是「支流」了！因為幫助犯所啟動的因果進程，是經由正犯的行為才「注入」X罪的因果進程的。也就是說，如果「犯X罪」是「主流」，那麼「幫助犯X罪」就是「支流」。

因此，可以這麼說，幫助犯具有「支流性」；也因此「教唆幫助犯」、「幫助教唆犯」和「幫助幫助犯」也都具有「支流性」。為什麼勒？

「幫助犯X罪」是「支流」，那「幫助幫助犯X罪」就是「支流的支流」。

「教唆犯X罪」是「上游」，但「上游」還是「主流」，那「幫助教唆犯X罪」就是「主流的支流」。

「幫助犯X罪」是「支流」，那「教唆幫助犯X罪」就是「支流的上游」，也不是「主流」，對吧？

講了半天，簡單只有一句話，「教唆幫助犯」、「幫助教唆犯」和「幫助幫助犯」三者都具有「支流性」就對了啦！

雖然都具有「支流性」，但畢竟和「幫助犯X罪」就是「支流」不一樣，所以學理繞個彎說：「教唆幫助犯」、「幫助教唆犯」和「幫助幫助犯」的本質都是「幫助犯」。

這樣說是沒錯啦！但「教唆幫助犯」、「幫助教唆犯」和「幫助幫助犯」終究不是「幫助犯」，它們如何適用刑法，還是得中介以「教唆幫助犯／幫助教唆犯／幫助幫助犯，以幫助犯論」，不然根本沒法進行刑法適用，對吧？

當「教唆幫助犯／幫助教唆犯／幫助幫助犯，以幫助犯論」，那他犯什麼罪，就跟著「以幫助犯論」而犯幫助X罪，其罪名也跟著從屬正犯的罪名而成立「幫助」罪名，依該罪名得減輕處罰之。

所以，「教唆幫助犯／幫助教唆犯／幫助幫助犯」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y, z)$ = 教唆幫助犯／幫助教唆犯／幫助幫助犯的本質為幫助犯，故教唆幫助x犯／幫助教唆x犯／幫助幫助x犯y，以幫助x犯論，犯幫助x罪，從屬於正犯z，成立幫助x既遂/未遂罪名，依該罪名得減輕處罰之。

案例：

甲叫乙去幫助丙殺丁，但丁雖受重傷而未亡。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

1. 正犯丙實現可罰的殺人未遂構成要件，犯殺人未遂罪。
2. 基於幫助殺人故意，乙提供幫助於被幫助人丙，犯殺人未遂罪之丙，於著手後行為終了前使用該幫助提供，故乙為幫助殺人犯，犯幫助殺人罪；但因正

犯丙成立殺人未遂罪名，故幫助犯丙從屬成立幫助殺人未遂罪名，依該罪名得減輕處罰之。

3. 教唆幫助犯的本質為幫助犯，故教唆幫助殺人犯甲，以幫助殺人犯論，犯幫助殺人罪，從屬於正犯丙，成立幫助殺人未遂罪名，依該罪名得減輕處罰之。

提示：

看出來了嗎？只有「教唆教唆犯」具有「主流性」，所以是「以教唆犯論」；而「教唆幫助犯」、「幫助教唆犯」和「幫助幫助犯」都不具有「主流性」，而是具有「支流性」，所以「以幫助犯論」。

128. 「不純正不作為幫助犯」

你是以不作為提供幫助耶！

(撰寫時序編號 098)(20170410)

鄭逸哲

你呢！一直考不上律師，但又得有收入生活，就到T大大廈擔任管理員，那大廈裡住的都是T大的大教授，有一個A教授每次一看到你在看書準備考試，就損你：「你唸那種被趕到台北市外的爛學校，別妄想能考上啦！」。

有一天，你從監視器畫面，看到住在同樓層的B教授趁A教授不在家，翹門要進入A教授家偷東西，但你毫無作為，就冷冷看著B教授進出A教授家，把A教授珍藏的數千片日本A片都偷走。

好！先來看B教授，他是不是以同一事實行為，既實現侵入竊盜構成要件，又實現毀越竊盜構成要件，依擇一關係，他僅犯侵入竊盜或毀越竊盜一罪，對吧？那你有事嗎？

如果是我們，我們當然沒事！但你有事哦！為什麼勒？因為你是大樓管理員，你對大樓住戶的居家安全和財產安全負有「保全型保證人義務」，而且你正在值班，也進入了「保證人地位」，但你故意無所作為，也不制止，也不報警，以「不作為」提供幫助給B教授，他也「自行」利用了你所提供的幫助哦！怎利用？「無人制止」而更順利這樣利用啊！

看出來了嗎？我們要說你是「不純正不作為幫助犯」啦！

所以「不純正不作為幫助犯」的「一句到位」函數式是：

$S(w, x, y, z)$ = 具有 w 保證人義務且進入保證人地位之人 x ，以未履行該保證人義務之不作為提供幫助於被幫助人 y ，犯 z 既遂／未遂罪之 y ，於著手後行為終了前（曾）使用該不作為幫助提供，故 x 為不純正不作為幫助 z 犯，犯不純正不作為幫助 z 罪；因正犯 y 成立 z 既遂罪名，故不純正不作為幫助犯 x 從屬成立不純正不作為幫助 z 既遂罪名，依該罪名得減輕處罰之／因正犯 y 成立 z 未遂罪名，故不純正不作為幫助犯 x 從屬成立幫助 z 未遂罪名，依該罪名得減輕處罰之。

案例：

甲偷騎乙停在大樓門口的自行車，值班中的大樓管理員丙裝沒看到，任由甲將車騎走。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

1. 正犯甲實現竊盜構成要件，犯竊盜罪。
2. 具有保全型保證人義務且進入保證人地位之人丙，以未履行該保證人義務之不作為提供幫助於被幫助人甲，犯竊盜罪之甲，於著手後行為終了前使用該不作為幫助提供，故丙為不純正不作為幫助竊盜犯，犯不純正不作為幫助竊盜罪；因正犯甲成立竊盜既遂罪名，故不純正不作為幫助犯丙從屬成立不純正不作為幫助竊盜既遂罪名，依該罪名得減輕處罰之。

提示：

「不純正不作為幫助犯」一定是「不純正不作為『故意』幫助犯」！雖然，「過失」提供幫助，非不能想像，但刑法對「幫助犯」就只處罰故意，所以「不純正不作為幫助犯」一定是「不純正不作為『故意』幫助犯」！

此外，我們好像沒有「不純正不作為教唆犯」的單元，對吧？為什麼勒？因為教唆行為人是要去「喚起犯意」，實在很難想像，如何以不作為來喚起別人的犯意？

但也可能我書唸太少，大腦不夠好，如果有人想到以不作為來喚起別人的犯意的例子，請不吝告知。

129. 「從屬犯正犯化」

你事實上是「從屬犯」沒錯啦！但你適用的是「正犯構成要件」哦！

(撰寫時序編號 086)(20170405)

鄭逸哲

要知道！雖然，「教唆犯構成要件」和「幫助犯構成要件」是從「正犯構成要件」修正而來，但這並不是說，「教唆犯罪」和「幫助犯罪」會「從屬」於「正犯犯罪」哦！也就是說，根本沒有「犯罪從屬性」這玩意！。

在「罪責主義」之下，每個人都是依其所適用的構成要件，「獨立」判斷他是否犯罪，教唆犯和幫助犯也不例外，就算他適用的是從「正犯構成要件」修正而來的「修正構成要件」，也還是依該「修正構成要件」「獨立」判斷。

至於教唆犯和幫助犯成立教唆／幫助遂既或未遂罪名，那也是「罪名從屬性」，不是「犯罪從屬性」；是確定你犯了教唆之罪或幫助之罪「後」，對你要如何科刑，才「從屬」於正犯成立的既未遂罪名而為「調整」。也就是說，是有「罪名從屬性」，但它是屬於刑罰論層次的問題，也不會是犯罪論層次的問題。

「教唆犯構成要件」和「幫助犯構成要件」作為「正犯構成要件」的「修正構成要件」，所以，如果不存在「正犯構成要件」，你要拿什麼來修，對吧？

好！現在他想死，要你幫忙買木炭，然後他就燒炭自殺了！你當然有「幫助自殺」啊！再白痴，也沒有人會說你沒有「幫助自殺」。但問題出在，他自殺，他才是自殺的「正犯」！但他自己沒有構成要件可用啊！刑法是不處罰自殺的！

這樣的話，並不存在「自殺構成要件」這樣的「正犯構成要件」，對吧？既然沒有「自殺構成要件」這樣的「正犯構成要件」，就不可能有什麼「修正」的「幫助自殺構成要件」，對吧？

但刑法上有没有「幫助自殺構成要件」呢？有耶！在第 275 條第 1 項！但它像「幫助殺人構成要件」從「殺人構成要件」「修正」而來嗎？不是的！你要適用「幫助自殺構成要件」，根本沒有「修正」的動作，而是直接就從刑法分則裡拿

已經規定好的「幫助自殺構成要件」來用，對吧？

所以，從事實上來看，你當然是「幫助自殺」的人，剛才說了，再白痴，也沒有人會說你沒有「幫助自殺」，所以，從事實上來看，說你是「自殺」的「從屬犯」，並沒有什麼不對。但是，從犯罪來看，從構成要件來看，你所適用的就不是屬於「修正構成要件」的「幫助自殺構成要件」，而是直接在刑法分則上就已經規定好的「幫助自殺構成要件」，對吧？所以，從犯罪，從構成要件來看，你被「升格」變成「正犯」了！

這種從事實上來看，不能說你不是「從屬犯」，但從犯罪，從構成要件來看，因為沒有「正犯構成要件」好拿來「修正」，只好將實質上是「從屬犯構成要件」的，「另行」直接在刑法分則上加以規定，而在形式上使它「升格」變成「正犯構成要件」的現象，在學理上叫「從屬犯正犯化」。

最精確講，「從屬犯正犯化」，不是在事實上，「從屬犯」會變「正犯」，而是「從屬犯構成要件」以「正犯構成要件」的形式出現而已。

所以，「從屬犯正犯化」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y, z)$ = 因主行為人 x 並無所謂 y 構成要件可適用，從屬行為人 z 自不可能有所修正性的從屬犯構成要件可以適用，但刑法仍藉「從屬犯正犯化」，將實質屬從屬犯構成要件的教唆／幫助 y 構成要件，直接以正犯構成要件形式規定於刑法分則， z 仍依之犯教唆／幫助 y 罪。

案例：

甲想死，要乙幫忙買木炭，然後甲就燒炭自殺了！

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

1. 甲自殺，但刑法並無自殺構成要件，甲不犯罪。
2. 因主行為人甲並無所謂自殺構成要件可適用，從屬行為人乙自不可能有所修正性的從屬犯構成要件可以適用，但刑法仍藉「從屬犯正犯化」，將實質屬從屬犯構成要件的幫助自殺構成要件，直接以正犯構成要件形式規定於刑法分則，乙仍依之犯幫助自殺罪。

提示：

雖然，從事實上來看，教唆自殺或幫助自殺的人，不能說他不是「從屬犯」，這沒有什麼好爭的！但是，其所適用的可是直接以「正犯構成要件」形式規定於刑法分則的「教唆自殺構成要件」或「幫助自殺構成要件」，並沒有經過「修正」哦！所以，他不算第 29 條和第 30 條意義下的「教唆犯」或「幫助犯」這要特別注意！

另外，第 275 條有處罰未遂的規定，這也讓問題變得很特殊，你「教唆自殺」或「幫助自殺」是既遂或未遂，並不是依你的行為為準的，而是以自殺人是否「自殺成功」為準的！

現在搞出一個病人自主權利法，在其未施行前，無論如何就是不可以拔管啦！除非另外符合安寧條例的規定。在其施行後，就算病人有預立登記好了，你醫師拔管還是具有「得其承諾而殺之構成要件該當性」，你唯一可能有的阻卻違法事由，是說你依病人自主權利法的相關規定而行之，所以屬「依法律之行為」而不具有違法性。

有人說，病人自主權利法有規定，拔管的醫師不負刑事責任，所以拔了也沒事！那就要看怎樣沒事法囉！你說你符合病人自主權利法的相關規定而行之，但家屬說沒有，他還是要告啊！還是能告啊！最後沒事好了，光跑訴訟流程，看你有沒有事？

不要忘記，刑法也一直有規定正當防衛是阻卻違法事由，你「勇夫殺賊」，你說你成立正當防衛，但法院可不認為這樣啊！

立法問題不根本從法律去談去想去找出路，光扯哲學倫理、醫學倫理就行，好棒棒！

130. 「同一事實行為」

「一堆沙」加「一堆沙」是「幾堆沙」？

(撰寫時序編號 121)(20170514)

鄭逸哲

常看到有人說，這是「一行為」，那是「數行為」；又是這樣「夾」，又是那樣「接」的，是在搞啥呢？

其實，刑法上的「一行為」和「數行為」，根本不是「 $1 + 1 = 2$ 」的算法，而是「一堆沙加一堆沙是幾堆沙？」的問題。

比方，2012 年之前，你白天跑到人家家裡偷東西，你有二個構成要件該當行為：一個「無故侵入住宅構成要件該當行為」和一個「竊盜構成要件該當行為」；但 2012 年修法後，你就只有一個「『侵入竊盜』構成要件該當行為」，對吧？

看出來了嗎？2012 年後，一堆「侵入『沙』」加上一堆「竊盜『沙』」，不是變成二堆沙，而是「比較大」的一堆「侵入竊盜『沙』」；還是「一堆」哦！只是比較大的「一堆」。

看出來了嗎？你有幾個構成要件該當行為，純粹取決於構成要件規定的「形式」，和你本來認為是「幾個行為」，反而沒有太大的關係。

其實，如果在「構成要件適用」「外」和「前」，你愛說那是「幾個行為」，誰管你？甚至也沒有對錯的問題。不過，如果你是要「先」搞定「構成要件適用」的「事實對象」，好像就要有章法，不能愛說幾個就是幾個。

不過，既然是要「先」搞定「構成要件適用」的「事實對象」，也還沒開始適用構成要件，所以「幾個」也不能依構成要件來判斷，對吧？

那麼，在這階段，我們搞「幾個」的問題，到底在搞啥？這裡所講的「行為」，又是指什麼東西？

既然是在「構成要件適用」「前」，既然是要「先」搞定「構成要件適用」的「事實對象」，這個「行為」，一定不能和構成要件有關，也不能取決於構成要件規定，否則，就把「判斷的對象」和「判斷」混為一談了。

這時候的「一個行為」，大概和「一個刑法上有意義的行為」意思差不多——尤其不要去管行為人的「故意或過失」。

比方，甲開車撞上去，把乙撞死了，把丙撞傷了，他的「行為」動詞是「撞」，不是「故意殺人」或「過失傷害」什麼的！是我們確定了甲這個造成乙死丙傷的「撞」的這「一個」「刑法上有意義的行為」就是我們要進行「構成要件適用」的「事實對象」，然後才會進入「構成要件適用」，才會去探究甲撞死撞傷乙丙是

「故意或過失」的。

好！假定甲都是過失的，那是不是他以「一個」開車撞的「事實行為」，既實現過失致死構成要件，又實現過失傷害構成要件，而犯過失致死和過失傷害二罪呢？至於他是不是想像競合犯，我們暫且擱著不討論。

總之，要「先」搞定「構成要件適用」的「事實對象」時，其實重點在確定「這一個」「事實行為」就是要進行「構成要件適用」的「事實對象」；根本不太有「一個」或「數個」問題。至於它具有「一個」或「數個」構成要件該當性，那是進入「構成要件適用」「後」的事，和現在一點關係也沒有。

甚至可以這樣講，「同一事實行為」的確定，就是要展開判斷具有「幾個」構成要件該當行為的必經「先遣作業」。

所以，「同一事實行為」的「一句到位」函數式是：

$S(w, x, y, z) = w$ 以同一事實行為，既實現 x 構成要件，又實現 y 構成要件，依 $z \cdots$

案例：

1. 甲殺害其父乙。
2. 丙持刀侵入丁宅竊盜。
3. 戊開車故意衝撞己和庚，己死庚重傷。

問：以上各案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

1. 甲以同一事實行為，既實現殺人構成要件，又實現殺直系血親尊親屬構成要件，依法條競合，僅適用殺直系血親尊親屬構成要件，而犯殺直系血親尊親屬一罪。
2. 丙以同一事實行為，既實現攜帶兇器竊盜構成要件，又實現侵入竊盜構成要件，依擇一關係，僅適用攜帶兇器竊盜構成要件或侵入竊盜構成要件，而僅犯攜帶兇器竊盜或侵入竊盜一罪。
3. 戊以同一事實行為，既實現殺人構成要件，又實現可罰的殺人未遂構成要件，依想像競合，其所犯殺人和殺人未遂二罪，以犯一罪論，從重成立一個殺人罪名，依該罪名處罰之。

提示：

特別要注意，「同一事實行為」的使用，並不限於在以上幾種情況，在進行「構成要件適用」時，其運用之廣泛，出乎一般想像。

也不必否認，在確定何謂「一個『事實行為』」時，難以避免「偷渡」先預想接下來所可能適用的構成要件，而「事先」去「調整」這「一個『事實行為』」的範圍大小。但無論如何，它終究是要「先」搞定「構成要件適用」的「事實對象」，所以，重點就是「『一個』事實行為」，而不是「數個」。

簡單講，「一個『事實行為』」，其實就是如何把「數個『事實動作』」兜成進行「構成要件適用」的一個「事實對象」，至於怎麼兜，是蠻神秘的！所以在進行前面的實例題解時，我們也沒說明為什麼就是「同一事實行為」，反正就是「同一事實行為」囉！

131. 「接續犯」

大家「覺得」有「接續性」，就有「接續性」囉！

(撰寫時序編號 122)(20170514)

鄭逸哲

先講結論好了！「接續犯」並不是「構成要件」下的概念，而只是指有「數個」在時空上並「不連續」，但被認為具有「接續性」的「事實動作」，而這數個「事實動作」卻被認為構成一個「事實行為」，一個作為「構成要件適用」的「事實對象」，做出這樣的一個「事實行為」的人，就叫「接續犯」。

雖然「接續犯」也是做了作為「構成要件適用」的「事實對象」的「一個事實行為」，但和其他的「一個事實行為」最大不同點在於被「預先」認為就只有一個構成要件該當性。

判斷你是不是「接續犯」，也是為了要「先」搞定「構成要件適用」的「事實對象」；既然還沒開始適用構成要件，所以也不能依構成要件來判斷，對吧？但不先「偷渡」去設想「隨後」所要適用的那一個構成要件是什麼，「接續犯」這個概念也玩不起來。

比方，你要毒死老師，但又不想被逮到，就每天在他上課所喝的飲料中，摻入微量的毒物，但「日積月累」，他還是中毒身亡，還是被你毒死了。

像這樣，我們是不是還是說你就只適用「一個」殺人構成要件，就犯「一個」殺人罪。但適用殺人構成要件的「事實對象」，卻是由你在時空上並「不連續」，甚至持續數日，乃至於數月的好多「事實動作」所構成的「一個事實行為」呢？

為什麼，這麼多個「事實動作」就只構成的「一個事實行為」勒？沒為什麼，就因為旁人「在客觀上」認為它有「接續性」囉！

那麼，這個「接續性」的判斷標準是什麼？好像很模糊，甚至好像沒什麼標準，對吧？就是大家「覺得」有「接續性」，就有「接續性」囉！

而且，事實上就是，大家先「偷看」所要適用的「構成要件」是什麼，才又反過頭來說你的數個在時空上並「不連續」的「事實動作」，就只構成「一個事實行為」，然後進入「構成要件適用」後，就只適用一個「構成要件」，只犯一個罪。

就是這樣囉！

所以，「接續犯」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y) = x$ 以時空分離的數個動作構成一個事實行為，屬接續犯，僅適用 y 構成要件一次，而犯 y 一罪。

案例：

甲要毒死老師，就每天在他上課所喝的飲料中，摻入微量的毒物，「日積月累」，老師中毒身亡。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

甲以時空分離的數個動作構成一個事實行為，屬接續犯，僅適用殺人構成要件一次，而犯殺人一罪。

提示：

看出來了嗎？「接續犯」也是要搞定「構成要件適用」的「事實對象」，「『一個』事實行為」；甚至，都可以把它看成是「『一個』事實行為」的「次類型」。

但如果是「接續犯」，適用構成要件後，就必然只有一個構成要件該當性哦！

既然「接續犯」也是一種「『一個』事實行為」的問題，所以和確定其他「『一個』事實行為」時一樣，難以避免「偷渡」先預想接下來所可能適用的構成要件，而「事先」去「調整」這「一個『事實行為』」的範圍大小。但無論如何，它終究是要「先」搞定「構成要件適用」的「事實對象」，所以，重點就是「『一個』事實行為」，而不是「數個」。

但「接續犯」的「接續性」判斷標準卻更空洞，如何把「數個『時空分離』的『事實動作』」兜成進行「構成要件適用」的一個「事實對象」，更是神秘！所以在進行前面的實例題解時，我們也沒說明為什麼就是「構成一個事實行為」，反正就是「構成一個事實行為」，就是「接續犯」囉！

132. 「集合犯構成要件」

「集合犯」是跨越「『前』構成要件」和「構成要件」的蝙蝠概念
(撰寫時序編號 122)(20170514)

鄭逸哲

猛看之下，「集合犯」和「接續犯」長得很像，都有好多個「事實動作」！但最大不同在：「接續犯」以其中「一個動作」，並不足以構成「構成要件適用」的「事實對象」——「一個事實行為」；但「集合犯」只要「一個動作」，就足以構成「一個事實行為」。

換句話說，即使是「集合犯」，其適用單一構成要件的「事實行為」，也未必是由數個「事實動作」所構成的「集合」哦！也就是說，「集合犯」有那種「一個事實動作」就構成「一個事實行為」的。

更精確講，「集合犯」其實應該叫「集合犯構成要件」才對，其屬「構成要件」下的概念，而非「『前』構成要件」的概念。因為，通說將「集合犯」定義為：

係一種「構成要件類型」，亦即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；此種犯罪，以反覆實行為典型、常態之行為方式，具侵害法益之同一性，因刑法評價上為構成要件之行為單數，因而僅包括的成立一罪。

看出來了嗎？「集合犯」其實是種將「多數」但「同形式」的「數個事實動作」也好，「數個事實行為」也罷，法律「預設」僅適用單一構成要件的「事實對象」。而不同於「接續犯」在：「接續犯」以其中「一個動作」，並不足以構成「構成要件適用」的「事實對象」——「一個事實行為」；但「集合犯」只要「一個動作」，就足以構成「一個事實行為」。

也就是說，以上二者合起來看，才是「集合犯」的完整概念。甚至，說「集合犯」是跨越「『前』構成要件」和「構成要件」的蝙蝠概念，也不為過。

尤其，在確定「集合犯構成要件」適用的「事實對象」時，更難以避免要先「偷看」所要適用的「集合犯構成要件」是什麼，才能又反過頭來說你的數個在時空上並「不連續」但「同形式」的「事實動作」，就只構成「一個事實行為」，然後進入「構成要件適用」後，就只適用一個「集合犯構成要件」，而只犯一個罪。

就是這樣囉！

所以，「集合犯構成要件」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y) = x$ 以時空分離的數個同一形式卻單一即足以實現構成要件的動作所構成的一個事實行為，實現法律將之總括成一個集合犯構成要件的「 y 構成要件」，故僅具一個 y 構成要件該當性，而僅犯 y 一罪。

案例：

甲看美金走勢強勁，就每天下班後，偽造一些百元美金，一個月下來，偽造了面值總額達五萬元的美金偽鈔。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

甲以時空分離的數個同一形式卻單一即足以實現構成要件的動作所構成的一個

事實行為，實現法律將之總括成一個集合犯構成要件的「偽造有價證券構成要件」，故僅具一個偽造有價證券構成要件該當性，而僅犯偽造有價證券一罪。

提示：

其實哦！「集合犯」就只適用一個「集合犯構成要件」，而只有一個構成要件該當性，而只犯一個罪。在抽象理論上，沒什麼爭議，也算明確。

但無論如何，「集合犯」終究不是法律明定的概念，而是法律理論和司法實務上的概念。因此，算不算「集合犯構成要件」，在「構成要件適用」上未必沒有爭議。除了在「核心刑法」，構成要件裡規定有「收集」、「散布」、「業務」、「營業」、「凌虐」等用語的構成要件，一致被認為屬「集合犯構成要件」外，尤其在所謂「特別刑法」裡的構成要件，是否屬「集合犯構成要件」，往往陷於各說各話。

也因此，在「構成要件適用」時，不先認定所要適用的構成要件屬「集合犯構成要件」，你也不是「集合犯」，那也就不會「回頭」再把你的數個事實動作，在「『前』構成要件」兜成一個「集合」。

唉！這是雞生蛋，還是蛋生雞？抑或雞和蛋都不是呢？

誰說了算？你自己想囉！

133. 「吸收關係」

辦殺人罪都來不及了，還要多此一舉另辦毀損罪幹嘛？

(撰寫時序編號 048)(20170217)

鄭逸哲

問你哦！甲持開山刀要殺乙，乙就拿他超貴的LV手提包起來擋，甲順手就把它砍成二半，接著繼續砍殺乙，乙死了！不問你殺人罪，問你甲有犯毀損罪嗎？

再問你哦！丙要強姦丁，丁奮抵抗，丙就狂攔丁將他制服後硬上！不問你強制性交罪，問你丙有犯傷害罪嗎？

如果承辦的員警，只以甲犯殺人罪和丙犯強制性交罪移送，大家會認為員警「吃案」嗎？

大家有沒注意到？其實一般我們碰到的實例題，其所設定的事實幾乎都是經過「剪裁」的！尤其是關於殺人罪的案例。幾乎所有的殺人行為，都會讓被害人的衣物變成「屍衣」，但是，不要說警方了，如果檢察官在殺人罪外，又多起訴一個毀損罪，大家會不會「覺得」怪怪的？會不會「覺得」多此一舉？

換句話說，當真碰到一件刑案時，往往我們會就整個事實，依「感覺」，就只抓那個「不辦怎行！」的部分來處理，至於另外那些「另辦幹嘛？」的部分，就好像自動「沒看到」了！

沒錯！其實在「『前』構成要件」階段，尤其是警方，常常要先行做這種依「感覺」的「事實篩選」動作，不然任何芝麻綠豆大的事都要個別詳加處理，是會拖垮整個刑事辦案體系的。

這種「就留大條，其餘免了」的「事實篩選法」，在刑法上叫「吸收關係」。

首先，要先搞清楚，「吸收關係」是在適用「構成要件」之前的事，所以是在「『前』構成要件階段」對事實的「篩選」處理，處理「剩」下來的事實，才是構成要件所要適用的事實。換言之，「吸收關係」就是要處理構成要件所要適用的事實對象「範圍」。

對於那種在「範圍」外，未加個別處理的事實部分，如果有人在那〇〇X X，實務就以「其經常伴隨而發生，毋庸另行單獨論究」，欠缺單獨處理實益而踢回去。

因此，「吸收關係」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y, z) = x$ 實現 y 構成要件，而犯 y 罪——至於 z 事實部分，依吸收關係，毋庸另行單獨論究。

案例：

甲踹傷乙，讓乙無法抗拒，搶走乙的皮包。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

甲實現強盜構成要件，而犯強盜罪——至於踹傷乙的事實部分，依吸收關係，毋庸另行單獨論究。

提示：

依「吸收關係」進行「事實篩選」，其實沒有辦法提出既具體又明確的一般標準，因為它其實是種很「感覺」的問題。充其量，我們只能說：大家「覺得」沒辦的「事實部分」，如果你還專程拿來辦，「覺得」你實在「沒事找事」，那就是符合「吸收關係」的「事實篩選」處理！

更重要的！一定要把「吸收關係」和「吸收（原理）」區別清楚：

「吸收關係」是在「『前』構成要件階段」進行「事實篩選」，經過這樣的處理，「剩」下來的事實，才是構成要件所要適用的事實。所以它是在「『前』構成要件階段」，用於處理「事實（部分）」和「事實（部分）」的關係。

接下來，一定是經過構成要件適用，而且是出現二個或二個以上的「構成要件該當行為」，才有可能有「吸收」的問題。所以「吸收」是用於處理「構成要件該當性」和「構成要件該當性」的關係。

總之，「吸收關係」用之於構成要件適用之「前」，而「吸收原理」用於構成要件適用之「後」。

看出來了嗎？因為「法條競合」是用來處理你有什麼「構成要件該當性」，而「吸收關係」和「吸收（原理）」是分別要處理其之前和之後的事，怎會把「吸收關係」和「吸收（原理）」列入「法條競合」的類型呢？

134. 「法條競合」

又要「充分評價」，又不能「重覆處罰」！

(撰寫時序編號 052)(20170222)

鄭逸哲

「法條競合」哦！名過其實，它只是指「構成要件競合」啦！

當有A構成要件和B構成要件，而B構成要件「整個」作為A構成要件的「部分」，那就是「法條競合」，或者說，這二個構成要件具有「法條競合」的關係；所以，「法條競合」是種「關係」的概念。

例如，「『竊盜』構成要件」「整個」作為「攜帶兇器『竊盜』構成要件」的「部分」，所以這二個構成要件具有「法條競合」的關係。

看出來了嗎？其實，「法條競合」，就只是拿二個構成要件加以「形式」比較的概念，根本和事實無關。現在一般所講的「法條競合」，其實不只在講是「構成要件競合」，甚至擴張到「構成要件『實現性』競合」。

現在「真的」發生了一件事，什麼事呢？就是：「持刀的甲偷乙的自行車」。他不只實現了「攜帶兇器構成要件」；光就他「偷乙的自行車」的「部分」，也實現了「竊盜構成要件」，對吧？

那能不能說甲有「攜帶兇器竊盜構成要件該當性」和「竊盜構成要件該當性」二個「構成要件該當性」呢？當然不可以！因為，有二個「構成要件該當性」，就會有二個「罪」，就會有二個「刑罰」，這樣的話，就比較小的「偷乙的自行車」的「部分」，就會發生「一事二罰」囉！所以，只能在「攜帶兇器竊盜構成要件『實現性』」和「竊盜構成要件『實現性』」中留一個作為「構成要件該當性」。

但要留哪一個呢？當然是留「攜帶兇器竊盜構成要件『實現性』」作為「構成要件該當性」囉！為什麼勒？因為，因為如果留「竊盜構成要件『實現性』」作為「構成要件該當性」，那就只用構成要件只評價了「偷乙的自行車」的「部分」，並沒有評價到甲「持刀」的「部分」；但留「攜帶兇器竊盜構成要件『實現性』」作為「構成要件該當性」的話，那麼，「持刀」和「偷乙的自行車」二部分就「完全」評價到了，就「充分評價」了！

看出來了嗎？當一個人以「同一事實行為」實現了二個具有「法條競合」的關係的構成要件，而具有二個「構成要件『實現性』」，基於「『充分評價』，暨『禁止一事二罰』」的要求，我們就以「大的」那個「構成要件『實現性』」作為「構成要件該當性」，而讓他只具有「『大的』構成要件」的「構成要件該當性」，而犯這個「構成要件該當性」的「罪」。注意！就只有「一個」構成要件該當性，「一個」罪，「一個」刑罰！

所以啊！很精確講，現在大家說的「法條競合」，其實是由二部分所構成的：「構成要件競合」和「構成要件『實現性』競合」。然後，就具體發生「構成要件『實

現性』競合」的「同一事實行為」，因為「『充分評價』，暨『禁止一事二罰』」的要求，只能留下「大的」那個「構成要件『實現性』」作為「構成要件該當性」。

因此，「法條競合」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y, z) = x$ 雖以同一事實行為，既實現 y 構成要件，又實現 z 構成要件，但基於法條競合，僅具有 z 構成要件該當性，而僅犯 z 一罪。

案例：

甲在台北高鐵站扒竊乙錢包。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

甲雖以同一事實行為，既實現竊盜構成要件，又實現車站竊盜構成要件，但基於法條競合，僅具有車站竊盜構成要件該當性，而僅犯車站竊盜一罪。

提示：

「法條競合」的重點，其實並不是單純討論構成要件和構成要件間「形式」關係，而是當「真的」「事實」發生「構成要件『實現性』競合」時，如何「適用」構成要件的問題。

所以，「法條競合」其實是種「刑法適用」理論，是在必須符合「充分評價」和「禁止一事二罰」的雙重要求下，就發生「構成要件『實現性』競合」的「同一事實行為」，如何適用構成要件的理論。

135. 「加重／減輕構成要件（要素）」

你不只是殺了他，而且是在有加重／減輕事由情況下殺了他！

(撰寫時序編號 099)(20170410)

鄭逸哲

你如果殺了你爸，是不是發生一件「行為人殺被害人，who 是行為人的直系血親尊親屬」的事！

你只做了一個「殺」的事實行為，就「主句」的部分是不是實現了「殺人構成要件」呢？但同時，就「『主句』+『子句』」，整個實現了「殺直系血親尊構成要件」呢？因為，「被害人為行為人之直系血親尊親屬」而要加重處罰，所以，「殺直系血親尊構成要件」成為「殺人構成要件」的「加重構成要件」；「殺人構成要件」成為「殺直系血親尊構成要件」的不加重的「基本構成要件」。而加重的理由是「被害人為行為人直系血親尊親屬」，所以它被稱為「加重構成要件『要素』」。

看出來了嗎？「主句」是「基本構成要件」，「子句」是「加重構成要件『要素』」，「『主句』+『子句』」才是「加重構成要件」。

你如果當場激於義憤殺了他，是不是發生一件「行為人，who 是當場激於義憤的，殺被害人」的事！

你只做了一個「殺」的事實行為，就「主句」的部分是不是實現了「殺人構成要件」呢？但同時，就「『主句』+『子句』」，整個實現了「當場激於義憤殺人構成要件」呢？因為，「行為人是當場激於義憤的」而要減輕處罰，所以，「當場激於義憤殺人構成要件」成為「殺人構成要件」的「減輕構成要件」；「殺人構成要件」成為「當場激於義憤殺人構成要件」的不減輕的「基本構成要件」。而減輕的理由是「行為人是當場激於義憤的」，所以它被稱為「減輕構成要件『要素』」。

看出來了嗎？「主句」是「基本構成要件」，「子句」是「減輕構成要件『要素』」，「『主句』+『子句』」才是「減輕構成要件」。

所以，「加重／減輕構成要件（要素）」的「一句到位」函數式是：

$S(w, x, y, z) = w$ 以同一事實行為，不僅實現基本構成要件「 x 構成要件」，加重／減輕構成要件要素「 y 」亦告實現，依法條競合，僅適用加重／減輕構成要件「 z 構成要件」，而犯 z 罪。

案例：

甲殺其父乙。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

甲以同一事實行為，不僅實現基本構成要件「殺人構成要件」，加重構成要件要素「被害人為行為人之直系血親尊親屬」亦告實現，依法條競合，僅適用加重構成要件「殺直系血親尊親屬構成要件」，而犯殺直系血親尊親屬罪。

提示：

看出來了嗎？由於「主句」是「基本構成要件」，「『主句』+『子句』」是「加重／減輕構成要件」，所以，「基本構成要件」必然整個是「加重／減輕構成要件」的一部分，也因此，「基本構成要件」和「加重／減輕構成要件」之間，必然具有「法條競合」的關係，因此，構成要件該當性的刑法適用，依「法條競合」而為之。

136. 「特別關係——補充關係」

A大於B，B小於A，是同一關係吧！

(撰寫時序編號 053)(20170222)

鄭逸哲

一個「構成要件該當行為」，一個「犯罪」，國家就只有一個「刑罰權」！

甲在車站扒竊乙的皮包，「沒搞錯」也「也沒爭議」的話，甲所具有的「構成要件該當行為」就是「『車站竊盜』構成要件該當行為」，犯「『車站竊盜』罪」。

如果，檢察官是以「竊盜罪（名）」起訴，忘了用構成要件「評價」「在車站」這部分事實，但因為甲偷東西這件「國家就只有一個『刑罰權』」的事已經起訴，就不能再另行起訴，否則將導致「一事二判」，將會出現二個刑罰，這樣就違反「禁止一事二罰」了！

怎麼辦？法律很聰明的！刑事訴訟法第 300 條讓法院可以「變更檢察官所引應適用之法條」，所以法院就改引用應「優先」於「小的」「『竊盜』構成要件」規定的「大的」「『車站竊盜』構成要件」規定，判決甲犯「『車站竊盜』罪」——這樣就「充分評價」了！

如果，檢察官是以「『車站』竊盜罪（名）」起訴，但法院審理後，認為甲是在「公車站」相當範圍內偷東西沒錯，但那地方說算「車站」也算，說不算也不算，基於「罪疑惟輕」，也一樣依刑事訴訟法第 300 條的規定，「變更檢察官所引應適用之法條」，讓「小的」「『竊盜』構成要件」「遞補」「『車站竊盜』構成要件」規定，判決甲犯「『竊盜』罪」。

看出來了嗎？如果，我們只看「『竊盜』構成要件」和「『車站竊盜』構成要件」，怎麼看就只有「『竊盜』構成要件」整個作為「『車站竊盜』構成要件」的一部分，也就是這二個構成要件之間，具有「法條競合」的關係。

只當就一個「具體事實」如何「適用」構成要件時，才會發生用「這一個」或用「那一個」的問題；尤其當檢察官和法院對構成要件規定的「引用」不同調時！

當因事實的「『最終』證明」，不足以證「大」，但足以證「小」時，我們就讓「『小的』構成要件」「遞補」「『大的』構成要件」而為「適用」；如果不僅證「小」，更足以證「大」時，我們就讓「『大的』構成要件」「優先」「『小的』構成要件」而為「適用」。

從構成要件的「適用」來看，當就一個「具體事實」，應「優先」適用「大的」「『車站竊盜』構成要件」時，我們「這時」才看出來：其之於「小的」「『竊盜』構成要件」，在「構成要件適用」上，具有優先的「特別」地位，也就是說，「這時」，「『車站竊盜』構成要件」之於「『竊盜』構成要件」具有「特別關係」；若本來以為可以適用「大的」「『車站竊盜』構成要件」，但因為「『最後』證明」問題，不得不讓「小的」「『竊盜』構成要件」「遞補」而為適用，我們「這時」才看出來：「小的」「『竊盜』構成要件」之於「大的」「『車站竊盜』構成要件」，在「構成要件適用」上，具有遞補的「補充」地位，也就是說，「這時」，「『竊盜』構成要件」之於「『車站竊盜』構成要件」具有「補充關係」。

注意一下，上面一直出現「這時」！如果不是就「具體事實」，就具有「法條競合」關係的二個構成要件，「這時」發生「適用」「這一個」或用「那一個」的問題，則「特別關係」或「補充關係」的問題，根本不會顯現；要也只有「『小的』構成要件」整個作為「『大的』構成要件」的一部分，這樣純形式的「法條競合」關係！

看出來了嗎？「特別關係」和「補充關係」都是具有「法條競合」關係的二個「構成要件」，就「具體事實」如何「適用」的概念。

但現在大家在講「特別關係」和「補充關係」，卻又不管它應是「適用」概念，

直接把它和「法條競合」概念混為一談，然後說它們是「法條競合」的二個類型。其實不是的！要說也只能說它們是「法條競合『適用』」「時」的二個類型。

因此，「特別關係——補充關係」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y, z) = x$ 雖以同一事實行為，既實現 y 構成要件，又實現之於 y 構成要件構成「特別關係」/「補充關係」的 z 構成要件，但基於法條競合，僅具有 z / y 構成要件該當性，而僅犯 z / y 一罪。

案例：

甲殺其父乙。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

甲雖以同一事實行為，既實現殺人構成要件，又實現之於殺人構成要件構成「特別關係」的殺直系血親尊親屬構成要件，但基於法條競合，僅具有殺直系血親尊親屬構成要件該當性，而僅犯殺直系血親尊親屬一罪。

或

甲雖以同一事實行為，既實現殺直系血親尊親屬構成要件，又實現之於殺直系血親尊親屬構成要件構成「補充關係」的殺人構成要件，但基於法條競合，僅具有殺直系血親尊親屬構成要件該當性，而僅犯殺直系血親尊親屬一罪。

提示：

所以，只就「法條競合」來看，就只有一種關係：「『小的』構成要件」整個作為「『大的』構成要件」的一部分，這樣純形式的「法條競合」關係！。

但因為現在一般所講的「法條競合」，其實已經擴張到「法條競合『適用』」，卻又將「特別關係」和「補充關係」褪去其「法條競合『適用』」的色彩，來專指具有「法條競合」關係的二個構成要件之間的關係。我們只能無奈說：

「『大的』構成要件」之於「『小的』構成要件」，構成「特別關係」；

「『小的』構成要件」之於「『大的』構成要件」，構成「補充關係」。

但無論如何，它們是「同一關係」；總不能說，「A大於B」和「B小於A」，不是「同一關係」吧！

所以，「法條競合（關係）」＝「特別關係——補充關係」

137. 「截堵構成要件」

用這條抓不到你，換用那條總可以吧！

(撰寫時序編號 012)(20170202)

鄭逸哲

你幹了一件壞事，我們就開始想用「哪一個」構成要件來辦你！有時你幹的事很「典型」，就很好想出來用「哪一個」，比方，你把他宰了！但有時，你幹的不太「典型」，就有點傷腦筋了！

你看到一位看來柔弱的美少女走在前頭，看著四下無人，你就狼性大發，突然跑上去，從背後勒住美少女的脖子，想要撫摸人家的胸部；但你沒想到，美少女是個功夫高手，一二下子就把你打到狗吃屎。

先不管美少女了，只管你！你是不是基於強制猥褻故意，而已著手於強制猥褻構成要件之實行，而不遂，所以 you 具有強制猥褻未遂構成要件該當性，沒錯吧？

那你犯強制猥褻未遂罪囉？不對吧！因為刑法第 224 條並沒有處罰強制猥褻的可罰性規定！所以，你不犯罪囉！這也不對！

回到一開始時，我們不就講，你幹了一件壞事，我們就開始想用「哪一個」構成要件來辦你！刑法構成要件那麼多，又不是只有強制猥褻未遂構成要件，就算它是「不可罰」的未遂構成要件，我們沒法以之為由來處罰你，但不表示我們找不到「另一個」可罰的構成要件來辦你啊！

找了一下，找到了！刑法另有一個「可罰」的未遂構成要件「強制未遂構成要件」，因為第 304 條有強制未遂的可罰性規定。我們可以讓「強制未遂構成要件」補位，用這個「可罰」的未遂構成要件來處罰你，你還是犯「強制未遂罪」。

由於刑法有許多構成要件，並不是不該當「這個」構成要件，就當然不具有構成要件該當性而不犯罪，或該當「這個」不可罰的構成要件就當然不犯罪，時常行為人還是以其同一事實行為該當「那個」可罰的構成要件而犯罪。這種「補位」上去被適用的可罰構成要件，一般被稱為「截堵構成要件」。

因此，「截堵構成要件」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y, z) = x$ 未實現 y 構成要件（或僅實現不可罰的 y 構成要件），自不得以之為由而加以處罰，但其仍以同一事實行為，實現其「截堵構成要件」可罰的 z 構成要件，而犯 z 罪。

案例：

甲勒住乙的脖子想強行撫摸下體，沒想到乙是功夫高手，一腳就踹傷甲下體，甲抱頭鼠竄。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

1. 甲僅實現不可罰的強制猥褻未遂構成要件，自不得以之為由而加以處罰，但其仍以同一事實行為，實現其「截堵構成要件」可罰的強制未遂構成要件，而犯強制未遂罪。
2. 乙以傷害構成要件該當行為，對甲犯強制未遂罪的現在不法攻擊，當場進行必要且適當的反擊，成立正當防衛，不犯傷害罪。

提示：

通常「截堵構成要件」之於其「補位」的構成要件，構成法條競合的「補充關係」，像「『強制』猥褻『未遂』」構成要件，就很明顯可以看出來，其包含著「『強制』…『未遂』」構成要件。

138. 「結果加重犯構成要件」

就…一不小心就打死了啦！

(撰寫時序編號 061)(20170301)

鄭逸哲

問你哦！故意是對「什麼」有故意？過失是對「什麼」有過失呢？這個「什麼」是不是就是「客觀的」「『什麼』事」啊！這個「什麼」，通常就是「行為——因果關係——結果」這件「事」，對吧？

這件「事」是「客觀的」！所以和做這件事的人是否有故意或過失無關，沒有這件「客觀的事」發生，你要判斷對啥有故意或有過失呢？不可能，對吧？

現在，你看到：甲打乙，把乙給打死了，在客觀上，發生了「毆打行為——因果關係——死亡結果」這樣一件事。那麼，甲犯什麼罪？現在還不知道，對吧？

如果甲自始打算把乙打死，他對這件事是故意的，所以犯殺人罪，沒問題吧？如果甲本來想打乙一頓，給他一點教訓，但愈打愈順手，一想打死算了！那是不是：甲著手於傷害構成要件實行後，行為終了前，當場將「犯意擴張」至殺人，而繼續實行，而實現殺人構成要件，所以也是犯殺人罪，對吧？而二種情況，反正甲對這件客觀發生的事，都是故意的。

好！現在，客觀上，一樣發生了「毆打行為——因果關係——死亡結果」這樣一件事，有沒有可能甲對這件事，一部分是故意，一部分是過失呢？有吧！比方，甲就只想打乙一頓，給他一點教訓，但「一不小心」，就把乙打了！就這一個「因果關係（進程）」，對前半段，他是「故意」行之；但對後半段，他卻是「不小心」而有「過失」。而且因為甲的這個「過失」，讓更「重」結果出現，所以依罪刑相稱的要求，處罰也要「重」些才對吧！

因此，在「一個」「因果關係」下，你「先」以故意，著手實行「前段」的「基本行為」，然後，接著，在「後段」，卻「一不小心」，而「過失」讓本來沒「故意」要它出現的更「重」結果出現，則在法律將本來前後二部分所涉及的故意構成要件和過失構成要件，以一個更大型的「故意…而又過失致更『重』結果構成要件」加以整合，那麼，你就犯要「加重處罰」的這個「結果加重犯構成要件」之罪。

所以「結果加重犯構成要件」是由二個相對小型的故意犯構成要件和過失犯構成要件「前後相接」而構成，而且，過失犯構成要件的結果要素，一定比故意犯構成要件的結果要素「重」，不然怎叫「加重結果」呢？。

因為「結果加重犯構成要件」是讓一個故意犯構成要件和一個過失犯構成要件「同時存在」它這「一個」大型構成要件之上，所以有人說，「結果加重犯」是「故

意」和「過失」的「競合」。

所以，「結果加重犯構成要件」的「一句到位」——函數式是：

$S(x, y, z)$ = 以同一事實行為， x 不僅故意實現基本的 y 構成要件，且又過失致 z 加重結果的發生，為結果加重犯，犯（故意） y 而過失 z 罪。

案例：

甲本來只想把乙打成重傷，但一不小心就把乙打死了。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

以同一事實行為，甲不僅故意實現基本的重傷害構成要件，且又過失致死亡加重結果的發生，為結果加重犯，犯重傷害而過失致死罪。

提示：

其實，我們都是就刑法所規定的「結果加重犯構成要件」來說明它的結構，但無法說明立法者為什麼挑這些規定為「結果加重犯構成要件」，別的有些也會出「加重結果」，卻沒有規定「結果加重犯構成要件」。比方，刑法有規定「強盜而過失致死構成要件」，但沒有規定「強制而過失致死構成要件」；至少，一樣「強暴」，就有可能「過失」弄死人，為什麼沒有規定「強制而過失致死構成要件」呢？所以有沒有「結果加重犯構成要件」，恐怕是看立法者「高興」了！

如果，發生了甲「強制（乙）而過失致死」的事，但刑法並沒有「強制而過失致死構成要件」的規定，那是不是：甲以同一事實行為，既犯強制罪，又犯過失致死罪，為想像競合犯，以一罪論，從一重成立強制罪名，依該罪名處罰之，對吧？

139. 「擴張犯意」

本來只想扁他，後來就乾脆把他殺了！

(撰寫時序編號 005)(20170130)

鄭逸哲

春嬌一直很煩她老公志明老是碎碎念，除夕傍晚春嬌忙著做飯，志明不但沒幫忙，還在一邊比手劃腳，一直批評春嬌這樣做不對，那樣做不夠水準。春嬌一氣就拿起砧板砸志明，一直到他昏厥。

到此為止，春嬌是不是基於傷害故意，而有傷害行為，且有傷害結果，所以她實現了傷害構成要件，對吧？

但實現傷害構成要件是一回事，傷害行為是否「終了」又是另一回事！其實，也不是等到春嬌把志明打昏，她才實現傷害構成要件，而是她砸志明第一下時，就已經實現了，對吧？

好！春嬌把志明打昏後，一想乾脆把他宰了，死人就不會碎碎唸了！就把志明的頭放在砧板上，像剝雞一樣，把志明的頭給剝下來！

哇！春嬌有沒有實現殺人構成要件呢？有，對吧？那她犯殺人罪，對吧？犯殺人罪是以具有殺人構成要件該當性為前提，對吧？

這些都對，但她「實現傷害構成要件」跑哪去了呢？

先拉到一邊講：如果死亡是指生理機能的全部喪失，那傷害是不是指生理機能的部分喪失？我們也常說「傷重不治（就死了）」，對吧？所以，殺人構成要件中其實就隱藏著傷害構成要件，乃至於重傷害構成要件，作為其「部分」。所以，殺人構成要件之於傷害構成要件是構成法條競合的特別關係，也就是，傷害構成要件之於殺人構成要件是構成法條競合的補充關係。

基於「以全概偏」的法條競合刑法適用原理，當我們說春嬌具有殺人構成要件該當性時，「當然」也把她「實現傷害構成要件」的問題一併處理過了，所以，她不會另外具有一個傷害構成要件該當性。不然，一個構成要件該當行為一個罪，春嬌不就又另外犯一個傷害罪了？

但事實上，春嬌一開始的確沒有殺志明的想法，是「後來」才一不做，二不休，把志明給剝了！這樣的轉折，在適用構成要件時，好像也不能不交待一下，所以發展出來「擴張犯意」的概念；更精確說，「『當場』擴張犯意而『繼續實行之』」的概念。

所以，「擴張犯意」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y, z) = x$ 著手於 y 構成要件之實行後，於其行為終了前，當場將犯意擴張至 z ，而繼續實行之，而具有 z 構成要件該當性，故犯 z 罪。

案例：

甲扒乙的皮夾，當未得手即被乙發現，甲一不做，二不休，乾脆勒住乙的脖子，強行取走其皮夾。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

甲著手於竊盜構成要件之實行後，於其行為終了前，當場將犯意擴張至強盜，而繼續實行之，而具有強盜構成要件該當性，故犯強盜罪。

提示：

行為人本來想做的「構成要件」和最後實現的「構成要件」，後者之於前者要具有法條競合的特別關係，不然就不是「擴張犯意」的問題，可能會是「臨時（另行）起意」的問題。

140. 「擇一關係」

沒為什麼，就是不可以「重覆處罰」！

(撰寫時序編號 008)(20170201)

鄭逸哲

你持刀侵入我家偷東西！

你幹的這一件事，由「持刀」、「侵入」和「偷東西」三部分構成，對吧？

就「侵入」和「偷東西」二部分，你當然有實現「無故侵入構成要件」和「竊盜構成要件」，但是你同時也以這二部分實現更大型的「侵入竊盜構成要件」。而我

們說你實現「侵入竊盜構成要件」時，依「以全概偏」，其實就已說你既實現「無故侵入構成要件」又實現「竊盜構成要件」，所以我們通常就直接說你實現「侵入竊盜構成要件」，而不再多此一舉，說你既實現「無故侵入構成要件」又實現「竊盜構成要件」；反正，說你實現「侵入竊盜構成要件」，就已經把你實現「無故侵入構成要件」和實現「竊盜構成要件」的事處理掉了。

再來，就「持刀」和「偷東西」二部分，你不只實現「竊盜構成要件」，你同時也以這二部分實現更大型的「攜帶兇器竊盜構成要件」。而我們說你實現「攜帶兇器竊盜構成要件」時，依「以全概偏」，其實就已說你有實現「竊盜構成要件」，所以我們通常就直接說你實現「攜帶兇器竊盜構成要件」，而不再多此一舉，說你也實現「竊盜構成要件」；反正，說你實現「攜帶兇器竊盜構成要件」，就已經把你實現「竊盜構成要件」的事處理掉了。

至此，就變成要處理你既實現「侵入竊盜構成要件」又實現「攜帶兇器竊盜構成要件」了！

一個構成要件該當性一個罪，如果說你既具有「侵入竊盜構成要件該當性」，又具有「攜帶兇器竊盜構成要件該當性」，那就會變成你犯二個罪。但你明明就只「偷東西」一次，怎會變二個罪？那不就變成，你「偷東西」一次，卻被處罰二次嗎？不可以這樣吧！

但刑法又沒有一個更大型的「攜帶兇器侵入竊盜構成要件」，可以一次把你幹的壞事「一網打盡」而「充分評價」！

其實，在「罪刑法定主義」下，「法律漏洞」是必然要付出代價。當我們無法做到「充分評價」，又禁止「法官造法」時，只好更優先支持「禁止一事二罰」，也因此，「擇一關係」的構成要件適用原則應運而生。

看出來了嗎？「擇一關係」是就具體案件出現「法律漏洞」時，為杜絕「一事二罰」而生的構成要件適用原則，根本不是法條競合的次類型。

所以，「擇一關係」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y, z) = x$ 以同一事實行為，既實現 y 構成要件，又實現 z 構成要件，為防止一事二罰，依擇一關係， x 僅具有 y 或 z 構成要件該當性，而僅犯 y 或 z 一罪。

案例：

甲持刀侵入乙宅竊盜。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

甲以同一事實行為，既實現攜帶兇器竊盜構成要件，又實現侵入竊盜構成要件，為防止一事二罰，依擇一關係，甲僅具有攜帶兇器竊盜或侵入竊盜構成要件該當性，而僅犯攜帶兇器竊盜或侵入竊盜一罪。

提示：

一般所謂，就一個（基本）行為若具有多個加重事由，僅加重一次，其理由就在於若多次加重，會出現就基本行為（事實部分）重覆處罰的問題，所以只好依擇一關係，就其所實現的多數加重構成要件，任擇其一而具有構成要件該當性，而僅犯一罪。

141. 「『加重』和『減輕』競合」

要「加」要「減」都應基於價值判斷吧！

(撰寫時序編號 125)(20170516)

鄭逸哲

二話不說，先看個例子：甲把他老子乙給殺了！為什麼勒？因為他早就棄妻棄子的老子，突然回家跟他祖母丙要錢，丙不給，乙就扯著丙的頭連番去撞牆，丙已撞得頭破血流，此事甲剛好返家，見此不孝畜牲，幹出如此不義之事，一怒就拉了把椅子把乙給打死了，並將丙送醫，丙才撿回一命。

好！現在我們運用「關係代名詞」，把事實整理一下，是不是就變成：

激於義憤的甲殺人，Who 是其父乙。

接著，我們看哦！

就「甲殺人」的事實部分，他實現基本構成要件「殺人構成要件」。

就「甲殺人，Who 是其父乙」的事實部分，他實現基本構成要件「殺人構成要件」

的加重構成要件「殺直系血親尊親屬構成要件」。

就「激於義憤的甲殺人」的事實部分，他實現基本構成要件「殺人構成要件」的減輕構成要件「義憤殺人構成要件」。

所以，甲以「同一事實行為」，既實現基本構成要件「殺人構成要件」，亦實現加重構成要件「殺直系血親尊親屬構成要件」，也實現減輕構成要件「義憤殺人構成要件」。對吧？

再來！依「法條競合」，加重構成要件「殺直系血親尊親屬構成要件」和減輕構成要件「義憤殺人構成要件」，應優先於基本構成要件「殺人構成要件」而為適用，所以就不必再考慮「殺人構成要件」了！這樣就變成：甲以「同一事實行為」，既實現加重構成要件「殺直系血親尊親屬構成要件」，亦實現減輕構成要件「義憤殺人構成要件」。對吧？

刑法上，並沒有所謂「義憤殺直系血親尊親屬構成要件」，而基於罪刑法定主義，刑法適用者又無權創設構成要件，所以，這就變成「擇一關係」的問題了！

本來，「擇一關係」，是「從重擇一」而擇定構成要件，依之成立構成要件該當性。但如果依之，甲就不適用減輕的「義憤殺人構成要件」，而是依加重的「殺直系血親尊親屬構成要件」而具有「殺直系血親尊親屬構成要件該當性」，對吧？但這樣，任何人都不能接受吧！

再來，要「加重」，要「減輕」，都是件「價值判斷」的事，但「殺直系血親尊親」要加重，卻不是經由「價值判斷」，而純粹依「事實」。怎說呢？所謂「直系血親尊親屬」，其實和「尊不尊」一點關係也沒，依親屬法的規定，「己身所從出」，就是你的「直系血親尊親屬」，這只是種單純的「血緣事實」，就算是強姦受孕產子，那個強姦犯也是該子的「直系血親尊親屬」啊！

因此，「擇一關係」的「從重擇一」是有前提的，必須其加重是基於「價值判斷」，而非純粹依「事實」，否則「構成要件適用」就欠缺正當性。

所以，「『加重』和『減輕』競合」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y, z) = x$ 以同一事實行為，既實現加重的 y 構成要件，又實現減輕的 z 構成要件，為防止一事二罰，依擇一關係， x 僅具有經價值判斷而減輕的 z 構成要件該當性，而僅犯 z 一罪，——純依事實而加重的 y 構成要件並無適用的餘地。

案例：

甲下班回家，一進門就見到其遊手好閒，不事生產，屢屢為錢就恣意毆打其母乙的其父丙，又為了要不到錢，就扯著乙的頭連番去撞牆，乙已撞得頭破血流，丙仍不罷手，甲一怒就拉了把椅子把丙給打死了，並將乙送醫，乙才撿回一命。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

1. 丙實現可罰的殺人未遂構成要件，犯殺人未遂罪，但其已死亡，並無訴追處罰的可能。
2. 甲以同一事實行為，既實現加重的殺直系血親尊親屬構成要件，又實現減輕的義憤殺人構成要件，為防止一事二罰，依擇一關係，甲僅具有經價值判斷而減輕的義憤殺人構成要件該當性——純依事實而加重的殺直系血親尊親屬構成要件並無適用的餘地。
3. 基於為第三人乙防衛的意思，對丙犯殺人未遂罪的現在不法攻擊，甲以義憤殺人構成要件該當行為，為乙進行必要而且適當的反擊，成立為第三人正當防衛，不具違法性，而不犯義憤殺人罪。

提示：

注意以下這個極重要的觀念：任何構成要件該當行為，都有可能具有阻卻違法事由；即使就某些構成要件該當行為，像強制性交構成要件該當行為，極其罕見具有阻卻違法事由，但在實務上還是出現過哦！

像在這單元的案例，甲即使已適用減輕的義憤殺人構成要件而具有構成要件該當性，也無礙於就甲的義憤殺人構成要件該當行為，是否具有阻卻違法事由，再繼續進行判斷，而且在題解參考中，就是這樣做。

142. 「吸收(一)：不罰的前行為」

早上磨刀，下午砍你！

(撰寫時序編號 046)(20170217)

鄭逸哲

如果說你有「不罰的前行為」，那是不是在暗示你也應該有個「可罰的前行為」，對吧？那你有没有想過，這裡所講的「行為」是指事實行為呢？還是指構成要件該當行為呢？。

先講結論：如果「一句到位」以「不罰的前行為」收尾，那麼，必然應以「吸收（原理）」先行。

這個「吸收」，是指本來有「二個」構成要件該當性，但「後行為的『構成要件該當性』」吸收「前行為的『構成要件該當性』」，這樣就變成只剩下「一個」「後行為的『構成要件該當性』」，所以你就只會犯「一個」「後行為的『構成要件該當性』」的罪，所以就只罰這「一個」罪；至於「前行為的『構成要件該當性』」因為被「吸收」了，「看不見了」，就「視為不存在」，就「視為沒有這個構成要件該當性」，當然沒有隨後依之處罰的問題。

為什麼要搞這麼複雜啊！因為刑法絕對禁止「一事二罰」囉！

用個例子來講好了！你早上磨刀預備殺老師，下午就拿著刀去捅老師，老師死翹翹了！因為「早上」和「下午」的時間區隔，是不是你早上有個「預備殺人構成要件要件該當行為」，而下午另有個「殺人構成要件該當行為」，對吧？如果你下午殺老師是「過去式」，那早上磨刀就是「過去完成式」。二個時態不同，二個構成要件所適用的事實對象也完全不同，所以說你不只犯殺人罪，也另犯了一個預備殺人罪，二罪併罰，也不會有「一事二罰」的問題，對吧？

當然不對！二個構成要件該當行為所基於的事實分屬不同的時態，看起來好像不是「同一件事」，沒錯！但是，刑法第 271 條，是不是第 1 項規定對殺人既遂要處罰，第 2 項規定對殺人未遂要處罰，而第 3 項規定對預備殺人要處罰呢？它是不是就對「同一生命法益」的攻擊行為，看你最後幹到何種「行為階段」而處罰，而且是「漸次加重」而處罰，簡單講就是：它是就「同一殺人事件」，看你幹到何種「行為階段」程度而決定處罰的輕重。

無「輕」何以「重」？不經「輕」何以達「重」？所以，殺人（既遂）罪的處罰也包括對殺人「未遂階段」的處罰，同理，也包括對殺人「預備階段」的處罰；如果說你在殺人罪外，又另犯一個預備殺人罪，這樣就會實質對你殺人「預備階段」的「事」，重覆處罰二次，不就實質發生了「一事二罰」了嗎？

為防止這種實質「一事二罰」的發生，就發展出來「吸收原理」的刑法適用理論，讓你事實上所具有的「二個」構成要件當該行為，只保留「後一個」作為處罰的犯罪基礎，這樣有只有一個刑罰，不會「實質」發生「一事二罰」了！但你的「前

一個」構成要件該當行為，在「形式」上就變成「不罰」了！

因此，「吸收(一)：不罰的前行為」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y, z) = x$ 雖前後具有 y 構成要件該當行為和 z 構成要件該當行為，但乃就同一法益攻擊行為前後行為階段而有之，為防止實質一事二罰，依吸收原理，僅依後者成立 z 罪而罰之， y 構成要件該當行為成為不罰的前行為。

案例：

前一日甲購買棒球棒，次日持之將乙打死。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

甲雖前後具有預備殺人構成要件該當行為和殺人構成要件該當行為，但乃就同一法益攻擊行為的前後行為階段而有之，為防止實質一事二罰，依吸收原理，僅依後者成立殺人罪而罰之，預備殺人構成要件該當行為成為不罰的前行為。

提示：

當依「法條競合」判斷你具有何種構成要件該當性時，你以同一事實行為所實現的數個構成要件，都是就「同一時態」事實，而且，自始至終就只具有「一個」「構成要件該當性」。

要適用「吸收原理」的前提是：你就「不同時態」的事實，先後具有「二個」「構成要件該當性」，再由其中一個「吸收」另一個，才變成只有「一個」「構成要件該當性」。

所以可以這樣說：依「法條競合」時，就「真的」只有「一個」「構成要件該當性」；但依「吸收原理」時，則是「視為」只有「一個」「構成要件該當性」。

此外，要注意！「吸收」和「不罰的前行為」並不是一體二面，「不罰的前行為」只是適用「吸收原理」一種類型，另外還有一種叫「不罰的後行為」哦！

143. 「吸收(二)：不罰的後行為」

昨天偷你車，今天拆你車！

(撰寫時序編號 047)(20170217)

鄭逸哲

依「吸收原理」而判斷你犯哪「一個」罪，除了有個「不罰的前行為」類型外，還有另一個類型叫「不罰的後行為」！

先講結論：如果「一句到位」以「不罰的後行為」收尾，那麼，必然應以「吸收（原理）」先行。

這個「吸收」，是指本來有「二個」構成要件該當性，但「前行為的『構成要件該當性』」「吸收」「後行為的『構成要件該當性』」，這樣就變成只剩下「一個」「前行為的『構成要件該當性』」，所以你就只會犯「一個」「前行為的『構成要件該當性』」的罪，所以就只罰這「一個」罪；至於「後行為的『構成要件該當性』」因為被「吸收」了，「看不見了」，就「視為不存在」，就「視為沒有這個構成要件該當性」，當然沒有隨後依之處罰的問題。

為什麼要搞這麼複雜啊！因為刑法絕對禁止「一事二罰」囉！

用個例子來講好了！昨天你偷老師的自行車，雖然車被你偷了，但車還是老師的，因為盜贓物不能取得所有權，對吧？今天你又偷了院長的BMW座車代步，就覺得老師那部破自行車占空間很費事，就把它拆成廢鐵！因為「昨天」和「今天」的時間區隔，是不是你昨天有個「竊盜構成要件該當行為」，而今天另又有個「毀損構成要件該當行為」，對吧？如果你今天拆老師自行車是「過去式」，那昨天你偷老師自行車就是「過去完成式」。二個時態不同，二個構成要件所適用的事實對象也完全不同，所以說你不只犯竊盜罪，也另犯了一個毀損罪，二罪併罰，也不會有「一事二罰」的問題，對吧？

當然不對！二個構成要件該當行為所基於的事實分屬不同的時態，看起來好像不是「同一件事」，沒錯！但是，就算你今天把車拆成廢鐵，有「擴大」老師因你昨天偷他自行車的「法益受侵害狀態」嗎？

或許，有人會說，有啊！如果你不把車拆了，老師還有機會找回來，怎會沒有？不是這樣看的！這裡的「法益受侵害狀態」是指「老師對自行車喪失持有的狀態」，不管你今天有沒有把車拆成廢鐵，這個「老師對自行車喪失持有的狀態」有改變

嗎？是不是就算你比老師更珍愛這部自行車而善加保養，「老師對自行車喪失持有的狀態」也沒改變啊！你也不會因此就不犯竊盜罪吧！

如果，就「同一行為客體」自行車，「被害人」老師的「法益受侵害狀態」並沒有擴大，而說你除了犯竊盜罪，又另外再犯一個毀損罪，會實質發生「一事二罰」哦！

怎麼說勒？如果說你既犯竊盜罪，又犯毀損罪，那就會有二個刑罰，但「法益受侵害狀態」一直沒有擴大而沒有改變啊！這不就變成對「同一」「法益受侵害狀態」重覆處罰了嗎？不就實質發生了「一事二罰」了嗎？

為防止這種實質「一事二罰」的發生，就發展出來「吸收原理」的刑法適用理論，讓你事實上所具有的「二個」構成要件當該行為，只保留「前一個」作為處罰的犯罪基礎，這樣有只有一個刑罰，不會「實質」發生「一事二罰」了！但你的「後一個」構成要件該當行為，在「形式」上就變成「不罰」了！

因此，「吸收(二)：不罰的後行為」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y, z) = x$ 雖前後具有 y 構成要件該當行為和 z 構成要件該當行為，但其就同一行為客體所造成的法益侵害狀態並未因後者而擴大，為防止實質一事二罰，依吸收原理，僅依前者成立 y 罪而罰之， z 構成要件該當行為成為不罰的後行為。

案例：

昨天甲偷乙自行車，三天後不喜歡了，就把自行車拆成廢鐵！

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

甲雖前後具有竊盜構成要件該當行為和毀損構成要件該當行為，但其就同一行為客體自行車所造成的乙喪失對之持有的法益侵害狀態並未因後者而擴大，為防止實質一事二罰，依吸收原理，僅依前者成立竊盜罪而罰之，毀損構成要件該當行為成為不罰的後行為。

提示：

其實，比方，你偷了校長的狗，你愛的要死，每天都定時遛狗，那有沒有反覆出現搬運贓物構成要件該當行為啊！如果不依「吸收原理」，把它們都搞成不罰的後行為，你每次遛狗都再犯一次罪，有病啊！

另外，所謂「不罰的前行為」和「不罰的後行為」，其實並不是沒有處罰，只是在「形式」上變成「不罰」！因為它的處罰，「實質」包括在「可罰的後行為」或「可罰的前行為」之中。為了避免誤會，有人把它們翻譯成「與罰的前行為」和「與罰的後行為」，這也是不錯的！

144. 「想像競合犯」

一個事實行為，數個犯罪，一個罪名，一個刑罰！

(撰寫時序編號 054)(20170224)

鄭逸哲

要掌握「想像競合犯」，就先把這個口訣記下來：「一個」事實行為，「數個」犯罪，「一個」罪名，「一個」刑罰！

嚴格說來，其實只有：「『一個』事實行為，『數個』犯罪」的部分，是在講什麼是「想像競合犯」，至於後半「『一個』罪名，『一個』刑罰」的部分，其實是在講「如何處理想象競合犯」！

先看什麼「是」想像競合犯！如果你只有一個「事實行為」，但必須「翻譯」為二個或二個以上的「構成要件該當行為」，才能把你幹的事用「刑法語言」講完，那你就是「想像競合犯」了！

比方，你只有一個「(開車)撞」的「事實行為」，但把相擁過街的你老婆和小王二人撞死，這「一個」撞的「日常言語『動詞』」，在刑法上，會「翻譯」成「二個」殺人「刑法語言『動詞』」，所以你有「二個」殺人「構成要件該當行為」，犯「二個」殺人「罪」。

簡單講，「想像競合犯」就是：以「『同一』事實行為」而具有「『數個』構成要件該當行為」，而犯「『數個』罪」。

刑法第 55 條的所謂「一行為而觸犯數罪名者」的部分，就是在講什麼是「想像競合犯」，其所謂「一行為」就是指「『同一』事實行為」；但所謂「數罪名」應

該是「犯數罪，『本來』應該有數罪名，但…」的意思。

為什麼勒？因為，刑法第 55 條接著規定「如何處理想像競合犯」：「從一重處斷」。有「一重」必有「一輕」，那輕重是拿什麼來比較呢？拿處罰的輕重，對吧？不可能拿名字吧！「龔寶龍」的名字比「丁一」的重嗎？這是什麼意思？

其實，「從一重處斷」，是指「只」依照「處罰較重的那個罪」所規定的刑罰來處罰，那麼「處罰較輕的那個罪」怎麼辦？這個「罪」不會也不可能不見啊！如果不處理一下，不就變成「有罪無罰」嗎？

事實上就是變成「有罪無罰」，因為哦！刑法並沒有，也不可能去改變你有另犯一個「處罰較輕的罪」的事實，那它怎搞成你的「處罰較輕的罪」「有罪無罰」呢？

嘿嘿！又祭出「以…論」的法寶啦！刑法的「想像競合犯處理」是：當你以「同一事實行為」犯「數罪」，而是「想像競合犯」的話（到這裡講你是「想像競合犯」，接下來才是「想像競合犯如何處理」），那麼，就「以『犯一罪』論」，但要以犯「哪一個罪」論呢？它後面說，「從一重處斷」，所以是以你「只」犯「處罰較重」的那「一個」罪論！這樣，「處罰較輕」的另一個罪，就「當沒發生了」。

但它事實上有發生啊！沒關係！刑法也沒否認它有發生，只是讓它變成「有罪無罪名」，也就是說，「從一重處斷」並不會，也無從改變「處罰較輕」的另一個罪有發生的事實，它只是只留下「處罰較重」的罪的「罪名」，然後依照這個「罪名」來處罰。「處罰較輕」的另一個罪，就變成「有罪無罪名」囉！

所以，我們才說，「處理想像競合犯」是：「數罪，但一罪名」。那目的是…？就是：依「處罰較重」的罪的「罪名」來處罰，因為只有「一個」罪名，所以也就只有「一個」刑罰了！

看出來了嗎？刑法第 55 條九彎十八拐規定的目的，就是：最後只要有「一個」刑罰啦！

因此，「想像競合犯」——更精確講，「『想像競合犯』暨『如何處理想像競合犯』」——的「一句到位」函數式是：

$S(x, y, z) = x$ 以同一事實行為，既犯 y 罪，又犯 z 罪，為想像競合犯，以犯一罪論，從重僅成立一個 y 罪名，依該罪名處罰之。

案例：

甲開車不小心撞上人行道，造成乙死，丙重傷，丁輕傷。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

甲以同一事實行為，既犯過失致死罪，又犯過失重傷害罪和過失傷害罪，為想像競合犯，以犯一罪論，從重僅成立一個過失致死罪名，依該罪名處罰之。

提示：

「想像競合犯」標示歐陸法系刑法有別於英美法系者：它並當然是「一罪一罰」，有時是「數罪，但一罪名，一罰」的一部分。也就是說：歐陸法系刑法是採「一罪名一罰」的：「一罪，當然一罪名，一罰」，但還有「數罪，一罪名，一罰」。

所以，我們說，歐陸法系刑法是：刑隨「罪名」轉！

在刑事訴訟法上，「想像競合犯」的意義，並不亞於在刑法上的，因為，最終就只有「一個」刑罰，所以國家就只有「一個」審判權，也因此，在刑事訴訟上「想像競合犯」屬「一個」案件。

145. 「又是共同正犯又是想像競合犯」

「共同正犯」和「想像競合犯」是相反詞哦！

(撰寫時序編號 105)(20170430)

鄭逸哲

你有想過這個問題嗎？「共同正犯」和「想像競合犯」是相反詞耶！

「共同正犯」是「數人」「共同」實現「一個」「(單獨正犯)構成要件」，對吧？

「想像競合犯」是「一人」「同時」實現「數個」「(單獨正犯)構成要件」，對吧？

看出來了嗎？「共同正犯」和「想像競合犯」是相反詞！二者是相反詞，並非矛

盾而不相容，所以有可能同時發生哦！

你和他一起殺死老師，你和他是「共同正犯」，都犯「共同殺人罪」，對吧？你開車衝撞二人手牽手過馬路的他 and 老師，是不是以一個開車事實行為，實現殺人構成要件的客觀部分二次，犯二個殺人罪，屬「想像競合犯」，以犯一罪論，擇一成立一個殺人罪名，依該罪名處罰之，對吧？

好！如果你和他一人潑汽油，一人點火柴，把老師和師丈二個人活活燒死呢？

你和他一起把老師燒死的部分，你們是「共同正犯」，都犯「共同殺人罪」，對吧？你和他一起把師丈燒死的部分，也是這樣，對吧？所以，你和他都犯二個「共同殺人罪」，對吧？

但你和他是不是都是以自己的「同一事實行為」——你的是「潑汽油」，他的是「點火柴」——而犯二個「共同殺人罪」，對吧？所以，你們二個都是「想像競合犯」，對吧？

好！整理一下：你和他二人，基於二個殺人犯意連絡，分擔行為，而共同實現殺人構成要件的客觀部分二次，均為共同正犯，二人均犯二個共同殺人罪，而二人均以其個別的同一事實行為犯之，故均屬想像競合犯，均以犯一罪論，均擇一成立一個共同殺人罪名，均依該罪名處罰之。

所以，「又是共同正犯又是想像競合犯」的「一句到位」函數式是：

$S(w, x, y, z) = w$ 和 x 二人，基於 y 和 z 二個犯意連絡，分擔行為，而既共同實現 y 構成要件的客觀部分，又共同實現 z 構成要件的客觀部分，均為共同正犯，二人均犯共同 y 和共同 z 二罪，而二人均以其個別的同一事實行為犯之，故均屬想像競合犯，均以犯一罪論，均從重成立一個共同 y 罪名，均依該罪名處罰之。

案例：

甲和乙講好一起去扁丙和丁，但只要打死丙，不要打死丁，只要「廢」了丁就好。結果丙被打死，丁重殘！

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

甲和乙二人，基於殺人和重傷害二個犯意連絡，分擔行為，而既共同實現殺人構

成要件的客觀部分，又共同實現重傷害構成要件的客觀部分，均為共同正犯，二人均犯共同殺人和共同重傷害二罪，而二人均以其個別의 同一事實行為犯之，故均屬想像競合犯，均以犯一罪論，均從重成立一個共同殺人罪名，均依該罪名處罰之。

提示：

不要說太多！

上面好多「均」！好好體會一下，這麼多「均」要幹嘛！

146. 「數罪併罰」

一個受判決人，數個宣告刑，一個執行刑！

(撰寫時序編號 055)(20170224)

鄭逸哲

「競合」，其實是指好幾個什麼東西「同時存在」在「同一個」東西之上的意思，先確定有「競合」，然後才另有一個問題：如何處理這個「競合」。

所謂「數罪併罰」，又有另一個名字叫「實質競合」，這裡所謂「實質」，其實是有別於「想像競合」的「想像」而稱之。「想像競合」是指好幾個罪「同時存在」在「同一個」事實行為之上，而「實質競合」是指好幾個彼此沒有「以一罪論」而均應單獨成立罪名的罪，也因此會有好幾個「宣告刑」，而這幾個「宣告刑」是「同時存在」在同一個「受判決人」之上。

看出來了嗎？「想像競合」是「數罪」的關係問題，而「實質競合」是「數（宣告）刑」的關係問題。至於這二種「競合」的處理，和法律對其他的「競合」處理都差不多，就是要「搞成一個什麼…」。

「想像競合」是將「數罪搞成『一罪名』」，而「實質競合」是將「數『宣告刑』搞成『一執行刑』」。所以，「想像競合」是「『一罪名』一刑」，而「實質競合」是「數『宣告刑』『一執行刑』」。

嚴格說來，「法條競合」是處理「一罪」的問題，所以屬「犯罪論」層次的問題；而「想像競合」是處理「數罪一罪名」的問題，所以屬「罪名論」層次的問題；而「實質競合」是處理「數『宣告刑』『一執行刑』」的問題，所以屬「刑罰論」層次的問題。雖然，都叫「競合」，但可是分別處理「犯罪論」、「罪名論」和「刑罰論」三個不同層次的問題，把三者合稱「競合論」，實在有點怪怪的！總不能「金魚」、「鯨魚」和「木魚」都有「魚」，就認為三者必然是同一類吧！

回到主題！「實質競合」是要將對同一「受判決人」的「數『宣告刑』」搞成『一執行刑』，所以我們說：（對這一個「受判決人」），數罪而有「數『宣告刑』」，但「合併」搞成『一執行刑』，只執行這一個「執行刑」而處罰；簡稱：「數罪併罰」之。

總之，「實質競合（數罪併罰）」的口訣是：一個受判決人，數個宣告刑，一個執行刑！

因此，「數罪併罰」——的「一句到位」函數式是：

$S(x, y, z) = x$ 犯各別成立罪名的 y 罪和 z 罪，而有二宣告刑，屬實質競合，合併定一執行刑，二罪併罰之。

案例：

甲竊取乙車，過幾天，又無故毆打乙。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

甲犯各別成立罪名的竊盜罪和傷害罪，而有二宣告刑，屬實質競合，合併定一執行刑，二罪併罰之。

提示：

尤其是研究所考試和國家考試，其實例題往往不像教科書那般單純，考生在處理整個實例題時，最後一定要注意，該題有無「想像競合」和「實質競合」的問題。經驗上，關於「想像競合」還好，但一半以上的考生幾乎都會漏掉未處理「實質競合」的問題。

但也要注意，考題也時常設定同一行為人，犯彼此沒有「以一罪論」的數罪，但他後來死掉了！人死了，就沒辦法處罰，自然也不該出現「數罪併罰之」！應以「行為人雖犯數罪，但已死亡，無從訴追處罰」來取代吧！

147. 「另行起意」

正確「切割」二個構成要件所要適用「前後」事實範圍問題！

(撰寫時序編號 111)(20170501)

鄭逸哲

你就是想殺他，「昨天」你持刀正要動手時，有條子巡邏接近了，你只好棄；「今天」，你又持刀埋伏，順利將砍死了！

好！現在問你，你犯了幾個罪？是二個，對吧？「昨天」你犯一個殺人未遂罪，「今天」又犯一個殺人罪，而且，還要二罪併罰勒！

咦！你不是就想殺他「同一個」人，但為什麼犯二個罪呢？這不僅因為，你在「昨天」和「今天」的行為不是「同一個」，就是「殺人故意」也不是「同一個」哦！

或許你會問，不就都是「殺『他』的故意」，怎會不是「同一個」呢？不是的！所謂「故意」是指你「行為時」對「當時」的「客觀」來說的。就算你都是「殺『他』的故意」，但昨天的那個是「在昨天時空下殺『他』故意」，而今天的這個是「在今天時空下殺『他』的故意」。

不僅如此，不但你「昨天」和「今天」的行為不是「同一個」，甚至，你「昨天」和「今天」所啟動的「因果進程」，也不是「同一個」。

因此，你是基於，「昨天」和「今天」不同的事實，而「個別」實現可罰的殺人未遂構成要件和殺人構成要件，而犯殺人未遂罪和殺人二罪，而且，二罪要併罰之。

通常，像這種一個人「前後」犯二個故意之罪，而二個罪卻基於完全無交集的「時空事實」，若其猛看之下，似有某種事實上的「密切關係」，我們常以「另行起意」既「切割」二個構成要件的適用「前後」事實範圍，又「連結」同一行為人所犯的二個故意之罪。

所以，「另行起意」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y, z) = x$ 於實現 y 構成要件，而犯 y 罪後，又另行起意實現 z 構成要件而犯 z 罪，所犯二罪併罰之。

案例：

前一日，甲偷乙的自行車；次日，甲又把乙打傷。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

甲於實現竊盜構成要件，而犯竊盜罪後，又另行起意實現傷害構成要件而犯傷害罪，所犯二罪併罰之。

提示：

其實，「另行起意」是種可有可無的概念，如果刑法適用者可以正確握如何「切割」二個構成要件所要適用「前後」事實範圍的話，就算不使用「另行起意」，也沒差！

比方，上面的案例題解參考如果改成：「甲先後實現竊盜構成要件和傷害構成要件而犯竊盜和傷害二罪，併罰之。」不就沒有使用「另行起意」，但也很清楚解題了嗎？

所以，「另行起意」的概念意義，恐怕是在提醒我們培養「後場」正確「切割」二個構成要件所要適用「前後」事實範圍的能力。

148. 「繼續犯」

先確定你犯「『既遂』之罪」，才看你是不是「繼續犯」！

(撰寫時序編號 065)(20170314)

鄭逸哲

其實哦！判斷你是不是犯罪，根本用不到「繼續犯」的概念；反正，你實現構成要件，就是犯這個罪。那麼，搞個「繼續犯」概念出來，做什麼勒？

最精確講，「繼續犯」概念會上場，是確定你已犯罪，而且是犯「『既遂』之罪」以後的事，它是用來確定你所犯的「『既遂』之罪」，如何計算「追訴權時效」時，才用得到！

所以，你就算犯「『既遂』之罪」，如果你不是「繼續犯」，而是「『非』繼續犯」，你的追訴權時效計算，也和「繼續犯」概念沒有關係。

但什麼叫「繼續犯」呢？首先，一定是你犯「『既遂』之罪」再說！因為，所謂「繼續犯」是指：你雖然幹到「既遂」了，但並不是「既遂」，你就停止幹了，而是「繼續」幹下去，直到「行為終了」才結束。

看出來了嗎？其實「繼續犯」的「繼續」，就是指你在「既遂點」和「行為終了點」間還繼續幹，但還是只有一個「既遂構成要件該當行為」。甚至，這樣說好了，「繼續犯」就是：「既遂點」和「行為終了點」不在同一時點的「既遂構成要件該當行為人」，對吧？

比方，在欠缺阻卻違法事由的情況下，我一將你「置於自己實力支配之下」，我就具有「非法剝奪他人行動自由（既遂）構成要件該當行為」了，就確定犯「非法剝奪他人行動自由（既遂）罪」了。所以，要判斷我是不是犯這個既遂罪，根本用不到「繼續犯」概念，對吧？

但刑法第 80 條第 2 項但書說：「犯罪行為有繼續之狀態者，（追訴權時效）自行為終了之日起算」。所以，雖然依「將你置於自己實力支配之下」，就可以確定我犯「非法剝奪他人行動自由（既遂）罪」；但要確定我的追訴權時效，何時開始計算，就要看你何時「脫離我的實力支配」而「行為終了」！

看出來了嗎？「繼續犯」就是犯既遂罪的人，但他的追訴權時效，並不是自既遂點開始起算，而是自「行為終了之日」才開始起算的「既遂犯罪人」！而這個「既遂點」和「行為終了點」間的狀態叫「（既遂）繼續狀態」，所以才叫做「繼續犯」啦！

所以，「繼續犯」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y) = x$ 雖已實現 y 構成要件而犯既遂之罪，但行為尚未終了，而有繼續狀態，屬繼續犯，其追訴權時效自行為終了之日起算。

案例：

甲無故將乙關在家中，直到三日後，乙才被警方救出。

問：甲犯何罪？何時既遂？其追訴權時效，自何時起算？

「一句到位」案例題解參考：

甲無故將乙關在家中，雖已將之置於自己實力支配之下，而實現非法剝奪他人行動自由構成要件而犯既遂之罪，但行為尚未終了，而有繼續狀態，屬繼續犯，其追訴權時效自三日後乙被警方救出而脫離甲的實力支配的行為終了之日起算。

提示：

嚴格說來，所謂「繼續狀態」，是指「既遂點」和「行為終了點」分屬不同的時態才算！不然仍然不是「繼續犯」！

比方，我打你一拳，你眼睛腫了，就確定我犯「傷害（既遂）罪」了！但我不是打你一拳就停了，接著又打了三四拳！是不是「既遂點」和「行為終了點」並不是同一時間點！但我們在描述這樣的事實時，仍然是用同一時態，所以也還不是「繼續犯」！

149. 「告訴乃論」

不是犯罪的問題，是犯罪能不能訴追問題！

(撰寫時序編號 109)(20170501)

鄭逸哲

你打他，實現傷害構成要件，犯傷害罪，沒錯吧？但你會不會因為犯傷害罪而被起訴處罰，那就不一定了。

為什麼勒？因為刑法規定傷害罪為「告訴乃論」之罪。如果没有就傷害罪具有「告訴權」的人提出「告訴」，就算你還是犯傷害罪，也不會因此被起訴處罰。

看出來了嗎？「告訴乃論」和你是不是犯傷害罪無關，你犯傷害罪，是因為你實現傷害構成要件就犯傷害罪。至於「告訴乃論」，是因為傷害罪被規定為「告訴乃論」之罪，如果沒有一個具有「告訴權」的人提出「告訴」，就不會開啟刑事訴訟程序。

所以，大家都說，「告訴乃論」在性質上是屬於程序法的規定，而不是實體法的。

另要注意，刑事訴訟法並不是只規定「被害人」才有「告訴權」，通常，被害人的法定代理人和配偶也有「獨立告訴權」（刑事訴訟法第 232 條、第 233 條第 1 項），因此，不是被害人未提出告訴，你就沒事了，而是「所有具有告訴權的人『均』未提出告訴」，你才會沒事。

所以，「告訴乃論」的「一句到位」函數式是：

$S(x, y) = x$ 實現 y 構成要件，而犯屬告訴乃論之罪的 y 罪，若所有具有告訴權之人均未提出告訴，則 x 雖仍犯 y 罪，但無從加以追訴處罰。

案例：

甲打乙，但乙不願提出告訴。

問：本案如何論處？

「一句到位」案例題解參考：

甲實現傷害構成要件，而犯屬告訴乃論之罪的傷害罪，雖被害人乙不提出告訴，但若其他具有告訴權之人提出告訴，則對甲所犯的傷害罪，仍得加以追訴處罰。

提示：

依刑事訴訟法的規定，犯罪的「被害人」及其法定代理人和配偶都具有「告訴權」，可沒分什麼「告訴乃論」之罪和「『非』告訴乃論」之罪，也就是說，「告訴乃論」之罪有「告訴」的問題，「『非』告訴乃論」之罪也有「告訴」的問題。

「『非』告訴乃論」之罪，你提出告訴後，檢察官偵結是提起「公訴」；「告訴乃論」之罪，你提出告訴後，檢察官偵結一樣也是提起「公訴」。

所以，不要再把「『非』告訴乃論之罪」說成什麼「公訴罪」了，難道對「告訴乃論」之罪是起「私訴」嗎？

大家一起唸：

是「『非』告訴乃論之罪」，沒有什麼「公訴罪」！

是「『非』告訴乃論之罪」，沒有什麼「公訴罪」！

是「『非』告訴乃論之罪」，沒有什麼「公訴罪」！

150. 附錄：「理論適用」和「理論的包裝適用」

（本單元為 2012 年發表的舊文，略加修改後重貼）

(撰寫時序編號 120)(20170507)

鄭逸哲

壹、案例事實

1. 甲、乙和丙三人一起去殺丁，甲和乙二人入內殺之，丙則在外把風。問：本案如何論處？
2. A 和 B 一起去殺 C 時，D 在外把風。問：本案如何論處？

貳、法律爭點與分析

一、同樣的「場景」，不同的「描述」

二、解題者應依循命題者的「認定中間結論」，而非也無從「自行認定」

三、適用同樣的「理論」於同樣的「場景」，卻得到完全相反的「結論」

四、「理論適用」和「理論的包裝適用」

叁、本文

一、同樣的「場景」，不同的「描述」

這二個「案例事實」的「場景」均為：總共有四個人在現場，其中二個人一起在殺另一個人，剩下的第四個人則在外把風。

但第一子題的命題者將之「描述」為：「甲、乙和丙三人一起去殺丁，甲和乙二人入內殺之，丙則在外把風」；而第二子題的命題者將之「描述」為：「A 和 B 一

起去殺C時，D在外把風」。

可見，就同樣的「場景」，會出現不同的「描述」。

二、解題者應依循命題者的「認定中間結論」，而非也無從「自行認定」

事實上，我們所接觸到的所謂「案例事實」，往往並不只是「純粹的事實」，往往摻雜著某種命題者已適用法律或依理論而就「事實」的某些部分加以「認定」的「中間結論」；而「認定」其所依據的「事實」卻未呈現在「案例事實」中。

讀者可以回頭再詳細看一下「案例事實」的二個子題，其所第一次出現「和」這個字的位置：就第一子題，其以「甲、乙『和』丙」開始「描述」；而第二子題，則以「A『和』B」開始。

其實，從這二個「和」字的出現位置，我們就應察覺出：第一子題的命題者將「甲、乙、丙三人」認定為一個「不可分割的單位」；而第二子題的命題者將「A、B二人」認為為一個「不可分割的單位」，至於D並不屬於這個「不可分割的單位」。

而這個「不可分割的單位」就是「共同正犯」，但其如何有此「認定」，我們並不清楚，因為在「案例事實」中，並未提供這方面的任何資訊；僅以如此「暗示」的方式，告知我們命題者已「認定」出如此的「中間結論」：第一子題的命題者「認定」「甲、乙和丙三人為共同正犯」；而第二子題的命題者「認定」「A和B二人為共同正犯」且「D非屬共同正犯」。

既然我們解題者不知命題者就此「認定」所依據的「基礎事實」，我們只能依循命題者的「認定中間結論」，並以之為基礎而繼續解題，無從就此重新再「自行認定」。

三、適用同樣的「理論」於同樣的「場景」，可能得到完全相反的「結論」

即使在一般刑法教科書上，均有篇幅論述把風者究屬「共同正犯」或「幫助犯」的問題，但就這樣的「案例事實」，那些判斷的標準或參考，卻於此完全派不上用場，因為命題者就其中的把風者屬「共同正犯」或「幫助犯」已判斷完成：於第一子題，把風者丙為「共同正犯」；但於第二子題，把風者D屬「幫助犯」。

在此情況下，現行判斷把風者究屬「共同正犯」或「幫助犯」的通說的「支配論」，於具體解題時，就僅扮演「背書」的角色，而非「定奪」的標準。

就第一子題，因為命題者將把風者丙定位為「共同正犯」，因此，我們只能依循其立場而謂：「丙在外把風，雖無實際殺人行為的分擔，但依支配論，難謂其不具有殺人因果進程的『支配性』，仍屬共同正犯」。

就第二子題，因為命題者將把風者D定位為「幫助犯」，因此，我們也只能依循其立場而謂：「依支配論，D的把風行為，難謂其具有殺人因果進程的『支配性』，因而D並不屬於共同正犯，而僅屬幫助犯」。

綜合上述，於具體解題時，適用同樣的「理論」於同樣的「場景」，有可能得到完全相反的「結論」。

四、「理論適用」和「理論的包裝適用」

以本「案例事實」的解題為例，解題者必須破除一個迷思：我只要搞清楚理論，然後將理論「正確」適用到事實上，就可以得到「正確」的結論。

其實，——如前所述——，我們所接觸到的所謂「案例事實」，往往並不只是「純粹的事實」，往往摻雜著某種命題者已適用法律或依理論而就「事實」的某些部分加以「認定」的「中間結論」；而「認定」其所依據的「事實」卻未呈現在「案例事實」中。

於此情況下，我們根本沒有機會進行「理論適用」，因為欠缺「事實資訊」，怎麼可能進行「理論適用」呢？以本「案例事實」為例，許多解題者一看到「把風者」，就將之作為「關鍵字」，全力「複誦」其於刑法教科書所熟稔的「支配論」內容。然而，適用「支配論」的「事實對象」，卻全然未出現於「案例事實」中啊！

因此，一旦命題者已適用法律或依理論而就「事實」的某些部分加以「認定」，而有所「中間結論」時，命題者的「理論適用」，對於解題者來說，就應轉為「理論的包裝適用」——即該「理論」不再也不可能是作為解題者的論證基礎，而僅是作為其他未決問題的「包裝」。

質言之，在某些情況下，解題者應就「理論」，進行「形實實虛」的「背書應用」。

肆、案例題解參考

第一子題：

1. 依刑法第 28 條和第 271 條第 1 項的規定，二人以上，基於犯意連絡，分擔

行為而共同實現殺人構成要件的客觀部分，為共同正犯，該數人均具有共同殺人構成要件該當性，而均犯共同殺人罪。

2. 本案，甲、乙和丙三人，基於犯意連絡，由甲和乙二人入內殺之，丙在外把風——其雖無實際殺人行為的分擔，但依支配論，難謂其不具有殺人因果進程的「支配性」——而分擔行為而共同實現殺人構成要件的客觀部分。
3. 故甲、乙和丙三人為共同正犯，均具有共同殺人構成要件該當性，而均犯共同殺人罪。

第二子題：

1. A和B的部分：

- (1) 依刑法第 28 條和第 271 條第 1 項的規定，二人以上，基於犯意連絡，分擔行為而共同實現殺人構成要件的客觀部分，為共同正犯，該數人均具有共同殺人構成要件該當性，而均犯共同殺人罪。
- (2) 本案，A和B二人，基於犯意連絡，分擔行為而共同實現殺人構成要件的客觀部分。
- (3) 故A和B二人，為共同正犯，均具有共同殺人構成要件該當性，而均犯共同殺人罪。

2. D的部分

- (1)依支配論，D的把風行為，難謂其具有殺人因果進程的「支配性」，因而D並不屬於共同正犯，而僅屬幫助犯。
- (2)D以一個把風的事實行為，就A和B同時實現幫助共同殺人構成要件，犯二個幫助共同殺人罪。
- (3)由於正犯A和B均成立共同殺人罪名，屬想像競合犯的D，亦擇一從屬成立一個幫助共同殺人罪名，依該罪名得減輕處罰之。

寫在「『一句到位』之『微刑法』」之後

鄭逸哲

20170129 開始第一篇，至 201705025，近四個月間，共計寫了 150 篇。

主觀上，「『一句到位』之『微刑法』」這本「網路書」（如果算「書」的話）總算完成了！

累了！要休息了！

這次的工作，目的還是希望協助刑法初學者，尤其是將來想從事實務工作的刑法初學者，進入「刑法適用」的思惟模式。

長期以來，或因授課時數不足，或因課程設計的限制，無論是教學者或學習者，大多只在進行「解讀法條」或「理解概念」的「理論鋪陳」活動，並未真的有所「刑法適用」的探究。

所謂「刑法適用」，是指將「刑法規定或刑法理論」「適用」到「事實」上去，「適用」是種「刑法規定或刑法理論」和「事實」間的「關係」。「解讀法條」或「理解概念」的「理論鋪陳」是進行正確的「刑法適用」的「先遣活動」，當然是必要的，但無論如何，其屬正確「刑法適用」的必要條件，但終究不是充分條件。

也就是說，即使將「刑法適用」當成一種純技術性的操作，也不會因為操作者具有高深的理論涵養，也就當然具有卓越的操作能力。「刑法適用」的操作能力不可能因就刑法理論有所掌握，就當然具有。

所謂「一句到位」，乃指：操作者就「事實」焦聚於其「爭點」，而「直指」所應「適用」的「關鍵法條」或「鍵關概念」，以最「簡明」的方式，精確確定二者間的「適用關係」，而且——同屬重要——提出「結論」。

我從沒說，也從沒建議過任何人，即使採「一句到位」，就只要寫「一句」就夠了！而是反覆一直強調，這是「『最小』的一句」，如果連這「『最小』的一句」都沒有，操作者就該具體個案事實，必然未進入正確的「刑法適用」路徑，在此情況下，遑論其他。方向都錯了，再努力走下去，方向還是錯的！

純從應付實例題考試來說，尤其考試時間均有限制，「一句到位」是在協助考生快速確定所要討論的必要——甚至「不可或缺」的範圍，而依此確定，依其時間，再看事實上能詳述到如何的程度；而不是「限制」你只能寫「一句」，也不建議你只寫「一句」。

再者，在罪刑法定主義下，刑法相對於其他法律，更強調「明確性原則」，不僅法律規定如此，「刑法適用」時也必然呼應而著重用字用語精確性。「一句到位」也強調用字用語的精確性，目的不僅在協助刑法初學者或考生如何「說」，更在協助其如何「明」著「說」。常見考生東拉西扯，「說」而不「明」，不知所云，其下場如何，可想而知。

可以這樣說，「一句到位」就是在「極」有限時間內，實用的「說明」方法；如果「還有」時間，就是以之為基礎，「進一步」詳加「說明」了。

最後，要強調，「一句到位」是種「刑法適用」的方法，即使你就法條有不同的解釋或就理論有不同的見解，也不會導致這種方法必須被揚棄，充其量只是依你所好自行提出另一種「函數式」，但這種「函數式」和我的，還是具有「同一形式」，並不可能別有「形式」。畢竟，「一句到位」是基於邏輯而設計起來的，大前提的設定不同，不會改變它還是大前提，也不會也不可以「反邏輯」進行「刑法適用」吧！

希望這次的工作，對刑法初學者和考生就「刑法適用」的操作能力的鍛鍊，能有些幫助！