

零、刑法緒論

一、作為「公」的刑法

1. 「中華民國」刑法：為**國權的展現**，即所謂「公」的力量。
→而刑法即作為一裁判規範，進而限制刑罰的發動：控制國家強權以及司法的規矩。
2. 刑法在於規定「何時」要動用此「公」的力量？
 - (1) 當具備三個條件時，才能動用刑罰：
 - 1) 事件發生的太過頻繁，使人們感到不安。
 - 2) 所造成的損失難以計算。
 - 3) 個人的力量難以揭發事實、解決問題。
 - (2) 當符合上述要件時，刑罰才有必要發動，用以平撫不安的法秩序與動盪的規範意識；蓋此時私事已經轉為公事，國家強權才能介入來處理問題。
3. 綜言之，刑罰是國家強權的加諸、意志的展現；此時，必須透過刑法（規定犯罪行為與刑事制裁的法律）與刑法理論（各種原理原則）加以箝制之。

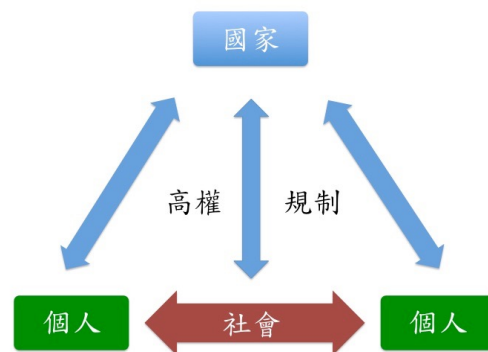
二、刑法要保障什麼？

1. 個人法益：

對於個人，我們要保障其「**生命、身體、財產、自由、名譽**」，然而前提在於，必須符合動用刑法的三要件，否則刑法只能抑而不發，而交給民法或其他法律處理。

- (1) 「生命、身體、財產」：不能僅以民事保護的，否則人們會感到恐慌。
- (2) 「自由」：包含人身自由、行動自由等，在一定情況下刑法會有保障。然而，關於性自由的保障近年來趨於浮濫。
- (3) 「名譽」：實務上最紊亂的問題。

→其實，當名譽的侵害已無涉公益、用民法即可處理時，是不該動用刑法的。



2. 社會法益：

當人們存在於社會上，必須交往；此時人們就會需要公共安全、交通安全、金融秩序、文書信憑、善良風俗等「**人與人之間交往溝通的管道**」，而刑法必須去保障之。

- (1) 公共危險：公共安全、交通安全、公共事業、公共健康。
- (2) 信憑犯罪：偽造貨幣、有價證券、度量衡、文書與印文。
- (3) 善良風俗：妨害風化、妨害家庭、賭博罪等等。

3. 國家法益：

當我們需要刑法來保障社會法益與個人法益，此時，必須要有公正的第三人來做，即為：「**國家（官）**」；因此，國家也會成為刑法要保護的對象。

- (1) 國家的存亡：內亂、外患、妨害國交。
- (2) 國家的作用：對於行政、立法、司法內外部侵害。

4. 以上規定在為普通（狹義）刑法中§100~§363（即刑法分則）；而除了普通刑法外，為達特殊目的、需求還會有特別刑法的規定；而兩者加起來，則係廣義刑法。

三、本學期課程架構

- （一）第1條～第11條：法例。
- （二）第12條～第24條：刑事責任，規定犯罪的成立。
- （三）第25條～第27條：未遂犯，在嚴重的犯罪中，縱然沒有結果也要處罰。
- （四）第28條～第31條：共同犯罪現象。
- （五）第50、51、55、57、59條：罪數與量刑。

壹、法例

一、罪刑法定主義（§1）

（一）原則與例外

1. 刑法第一條規定：

「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限。拘束人身自由之保安處分，亦同。」

2. 必須是行為時有法律規定者，才可以處罰；而處罰可以分為：

（1）刑罰：

1) 主刑：死刑、無期徒刑、有期徒刑、拘役、罰金。

2) 從刑：褫奪公權、沒收。

（2）保安處分：

1) 可分為拘束人身自由之保安處分、非拘束人身自由之保安處分；規定在刑法§86~§99條，主要目的在於使刑罰能順利執行。

2) 問題點：§91-1「刑後」的保安處分？為社會安全執行？

3. 「法定主義」的例外？

（1）刑：不可能為例外。

（2）罪：可能將一小部分的要素委任立法，此即「空白刑法法規」。

（3）問題：何處可以空白？

→僅有構成要件中的「客體」可委由行政命令為之，如懲治走私條例§2III。

4. 派生原則：由刑§1所「衍生」出來的原理原則。

（1）「行為時」（事後法禁止主義）

衍生「溯及禁止」此派生原則，牽涉第二條「時的效力」。

（2）「法律有明文規定者」（法定主義）

衍生「習慣法禁止」、「絕對不定期刑禁止」、「類推禁止」等派生原則。

（二）習慣法禁止

1. 當法律沒有規定時，禁止以習慣法來處罰：刑法的斷片性。

2. 違反此原則的案例：客家浸豬籠、陳水扁遊街示眾的政策。

3. 然而，「用習慣來解釋法律」是允許的，如「猥褻」、「甫生產」的解釋。

（三）絕對不定期刑禁止

1. 法定刑不可以沒有上下限，用意在於讓國民有所預期。（§91-1保安處分的問題？）

2. 然而，相對不定期刑是允許的；法律保留給法官裁量的權限，如沒有上、下限的規定。

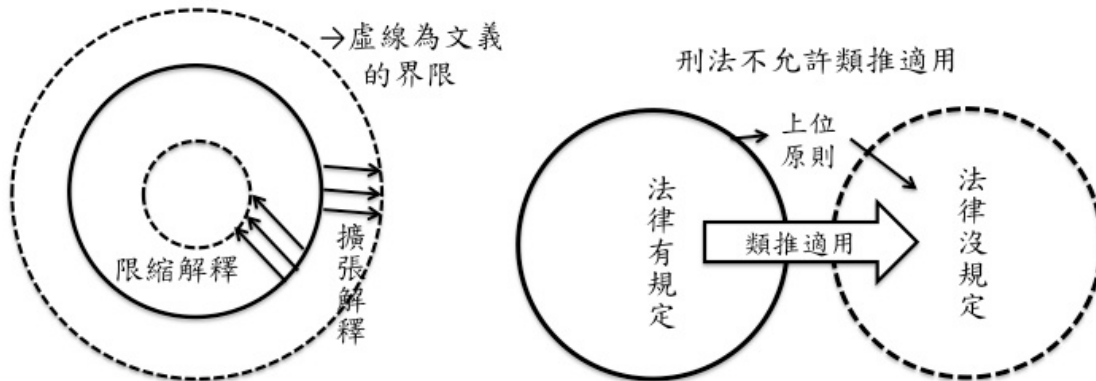
3. 絕對定期刑？

基本上是違法的，蓋此時會使法官無法做妥當的判斷，如過去懲治盜匪條例中有唯一死刑的規定；不過，大法官釋字263號為此解套，認為縱然是唯一死刑仍可參酌§59來減刑。

（四）類推禁止

1. 刑法只允許解釋，而不允許「類推適用」；亦即，刑法只能在「文義範圍」內做出解釋，而不可在超過文義範圍的地方適用；不過，「有利類推」是刑法所允許的。

2. 也因如此，就會有如何「解釋法律」的問題，而這也是刑法的生命所在；此時，我們可以在「文意的框架下」用許多方法來解釋法律，如目的解釋、體系解釋、歷史解釋等。
→而透過這些解釋方法，會產生「限縮解釋」或「擴張解釋」的結果。



3. 基本上來說，限縮解釋多能符合罪刑法定主義、刑法謙抑的精神；而相對的，擴張解釋就有破壞罪刑法定主義之疑慮，故若要擴張解釋，裁判者應善用「旁論」的方式才是。

4. 範例一：「人」（舊兒少§29）的擴張解釋

- (1) 問題：條文中「促使人為性交易」的「人」要如何解釋？
- (2) 就目的解釋而言，由於本罪為兒童及少年性交易防治條例中的條文，理應「限縮於兒童及青少年」才是；然而，實務見解卻擴張成「所有人」。
- (3) 老師批評此種解釋非常不妥，造成實務上多以本罪來處罰與兒少無關的行為人。
→所幸本法已在104年2月4日修正（現行法§40）。
- (4) 補充：最初制定此條文時，「抓大尾」的刑事政策？

5. 範例二：「販賣」毒品（毒品§4）的解釋

- (1) 實務見解將「販賣」毒品之「販賣」擴張解釋為「販入賣出」。
- (2) 然而，在販賣猥褻物品罪，「販賣」仍然是「賣」。

6. 範例三：「職務上之行為」（刑§123）的解釋

- (1) 問題一：清廉假象？

	受賄人	行賄人
合於職務行為	§121I	不處罰→貪污§11III
違背職務行為	§122I	§122III

- (2) 問題二：§123中所謂的「職務上之行為」，在解釋上是否同§121中的「職務上之行為」，所指涉的都是「合於職務之行為」？

- 1) 若如此解釋，則會導致行為人「預以合於職務之行為作為對價時」要被處罰，然而「預以違背職務之行為作為對價」時卻不用被處罰；不僅有失均衡，在處罰上也會有漏洞。
- 2) 故林山田老師論：此時要「類推適用」，然而，這違反了罪刑法定主義。
- 3) 李老師認為：只需「擴張解釋」§123之「職務上行為」即可，將§123之「職務上行為」解釋為「職務行為的框架」：其包含了「合於職務的行為」以及「違背職務的行為」，蓋於未就職前無從指涉內容合於、違背職務與否，而應是職務框架；此時，即可解決論罪漏洞的問題。

- (3) 問題三：本罪要「履行者」才會處罰？

7. 範例四：「猥褻物品」概念（刑235）的解釋

(1) 大法官釋字407號，認為應就出版品的整體性及其目的而為觀察，並符合下述三要件時該客體就是猥褻物品。（最擴張）

- 1) 客觀上足以刺激或滿足性慾。
- 2) 引起普通一般人羞恥或厭惡感。
- 3) 侵害性的道德感。

(2) 大法官釋字617號，又將猥褻物品分為硬蕊（Hardcore）與軟蕊（Softcore），而前者會該當刑§235的猥褻物品（次擴張）。

(3) 李老師則以「社會觀感說」來解釋（最限縮），並提出兩個標準：

- 1) 客觀上，是否到處可見、讓人習以為常。
- 2) 警察取締時，是否睜一隻眼閉一隻眼，甚至連自己都去消費。
- 3) 綜上，當這些客體到處可見，且警察的取締行動也很明顯的看出有使之合法化的傾向時，則這些客體在社會觀感下就應該不是猥褻物品！

(4) 上述由上而下的三種解釋，是從擴張到限縮；惟我國仍停留在一、二種解釋間。

8. 範例五：「自行墮胎罪」（刑§288）與「遺棄罪」（刑§293、§294）的解釋

(1) 第288條為婦女自行墮胎罪，第一項規定作為犯，而第二項規定不作為犯。

- 1) 理由一：若二項皆解釋為作為犯，則這種規定是沒有意義的。
- 2) 理由二：若本罪僅限於作為犯，則當婦女找醫生幫忙墮胎時，論罪上會成立§289、§290的教唆犯，處罰比自行墮胎重，此種差異似有違常理。

(2) 若單看§293I之文意，「遺棄」似乎可以包含「作為犯」與「不作為犯」；然而，若搭配§294觀之時，則會將§293I的「遺棄」限縮於「作為犯」，原因在於：

- 1) §294第一項前段「遺棄」為「作為犯」，而後段則是「不作為犯」；反面解釋下，同一章的§293的「遺棄」應限於作為犯，而不包括不作為犯。
- 2) 另外，對照墮胎罪章、遺棄罪章的條文安排，也可以推知此種結論。

(4) 補充一：§293、§294不處罰因前行行為的不作為犯？規範漏洞？

(5) 補充二：§293、§294的刑度差異？規範意識的保護竟然值得五年！？

(6) 補充三：§294，實務見解是在保護個人法益？還是在保護社會福利系統？

9. 範例六：「義憤傷害、殺害直系血親尊親屬」的解釋

(1) 當行為人「義憤殺害直系血親尊親屬」時：

會同時該當§272、§273而出現法條競合的情況，原則上應該「從重」；然而，老師認為在同樣是規定在殺人罪章中的情況下，必須要注意條文的順序與安排，優先適用後法條：減輕的§273。不過在§57量刑時仍要考慮尊親屬的因素。

(2) 當行為人「義憤傷害直系血親尊親屬」時：

- 1) 按§279規定「激於義憤而犯前兩條之罪」，是不包含§280的；次按§280規定「犯§277、§278之罪者」，是不包含§279的。

→問題出現：當行為人「義憤傷害直系血親尊親屬」時，到底要論以減輕的§279還是加重處罰的§280？

- 2) 原則上應該是「從一重」，應該論§280；此外，從條文的排列似乎也可以看出這種結論。然而，這樣會使得「傷害罪章」與「殺人罪章」產生不同的結論，導致論罪科刑上體系不均衡的情況。

→傷害時要加重，殺人時可以減輕？令人覺得非常怪異。

3) 因此，為了刑度合理調配、體系均衡的考量，結論上應該跟殺人罪章做出同一的解釋，當「義憤傷害、殺害直系血親尊親屬」時，皆可論以責任減輕的義憤規定，在體系的對照上也不會有不均衡的情況。

(3) 結論：不論是「義憤殺害直系血親尊親屬」或是「義憤傷害直系血親尊親屬」的情況，一律都可以適用「義憤」的減輕規定。

(4) 實務見解補充：

1) 競合時的不同見解，全部從重。

2) 鮮少適用義憤減輕的規定。（如鄧如雯案，操作當場的解釋）

10. 範例七：「藏匿人犯及湮滅證據罪章」與「偽證及誣告罪章」的體系解釋

(1) 解釋上，第九章為「使人出罪」、第十章為「使人入罪」：與通說、實務不同。

(2) 比較§165以及§169II，都是偽變造證據，為何刑度有五年的差異？人身自由！

(3) 其實，從第九章有親屬減免的規定、第十章無親屬減免的規定也可得出此結論。

11. 範例八：食安法關於「攙偽、假冒」的目的解釋

(1) 食安法的規制目的在於「食品安全」，亦即關於人們的健康。

(2) 因此，若有欺騙、誇大不實等（如：不純砍頭、爛貨充當好貨）情事，破壞的是財產法益，應用詐欺罪或其他法律處理才是，而不是食安法的規制範疇。

(五) 事後法禁止（牽涉到：二、時的效力）

→不可不教而殺，禁止以行為後才有的法律來處罰行為人，又稱「溯及禁止」原則。

二、時的效力 (§2)

(一) 從舊從輕原則

1. 民國94年修法，將「從新從輕」改為「從舊從輕」；惟結論上修法前後並無不同。

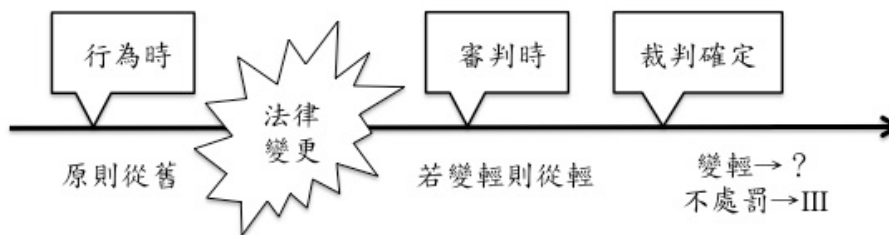
2. 「從舊」：行為後法律有變更者，適用行為時之法律。

3. 「從輕」：但行為後知法律有利於行為人者，適用最有利行為人之法律。

4. 第二項：「非」拘束人身自由之保安處分適用裁判時之法律。

5. 第三項：裁判確定後，法律變更者「不為處罰或不施以保安處分」者，免其執行。

→然若只是變輕，仍要繼續執行。



(二) 法律變更與事實變更

1. 法律變更：法律對於某種社會事實的評價變更。

2. 事實變更：受法律所評價的社會事實（對象）有所變更。

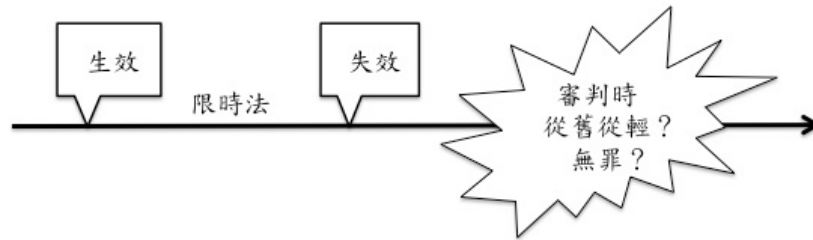
3. 案例說明：白線被塗成紅線→事實變更；白線變成禁止停車→法律變更。

→實務與學說見解的曖昧與操作？事實、法律變更與事實、法律錯誤的矛盾認定？

4. 只有法律變更才有從舊從輕原則的適用，事實變更則無此原則的適用。

（三）限時法的問題

1. 限時法指「**限定一定期間實行的法律**」，如921賑災條例。
 - 基本上，當該期間結束後，就要回歸普通刑法。
 - 違反案例：動員戡亂時期臨時條款、檢肅流氓條例。
2. 問題點：在從舊從輕原則的適用下，行為人是可以用「**拖延戰術**」來免除罪責的。
 - 因此，限時法中必須明文「依刑法第11條的規定，排除第2條從舊從輕原則之適用」。



（四）認定輕重的問題：「整體認定」還是「個別認定」？

1. 實務見解：評估「**整部刑法典**」來看到到底是變重還是變輕。
 - 這種見解似乎會違背從舊從輕原則：縱使在個案中會變重，然而若法官認為「就整部刑法典來看變輕了」，就可以去適用「個案中實際上變重」的法律。
2. 李老師：應個別來判斷，而非就整部刑法典來判斷，要**切割來「個別認定」**才是。
3. 補充：新竹監獄暴動事件。

三、地的效力 (§3~§8)

（一）屬地主義 (§3)

1. 原則上，國權所及的範圍（領地、領海及其上空）才能處罰。
 - 概念對照：刑法是國權的展現。
2. 而雖非國權所及，在例外情況下（三）亦可處罰。
 - 此時，就必須要依靠司法互助：引渡。

（二）屬地主義的擴張與限縮

1. 旗國主義 (§3後段)：飛機、船舶登機為何國國籍，即為某國之領土。
2. 隔地犯 (§4)：行為或結果地其中之一在我國領域發生，就會是我國刑法效力所及。
3. 案例：澎湖漁民公海炸魚事件？
4. 大使館：治外法權→惟我國在現實上有外交困境，多僅有領事館、辦事處而無大使館。

（三）屬地主義的例外

1. 保護主義 (§5)：第一、二、三、五、六、七款。
 - 表彰「**法益原則**」，在我國領域外侵害我國法益者，刑法就會出手。
2. 世界主義 (§5)：第四、八、九、十款。
 - 世界上關於人類生存之犯罪：世界秩序，故刑法也要加以處理。
3. 問題：為何將保護主義、世界主義混合規定？因為我國特殊處境，無法行世界主義。
4. 公務員屬人主義 (§6)、重罪之屬人主義 (§7)、外國人侵害國人法益 (§8)
 - 此三者也會涉及我國法益的保護，因此刑法加以規制。

四、外國裁判之效力 (§9)

（參照條文規定）

五、法定定義 (§10)

（一）第一項：稱以上、以下、以內者，俱連本數或本刑計算。

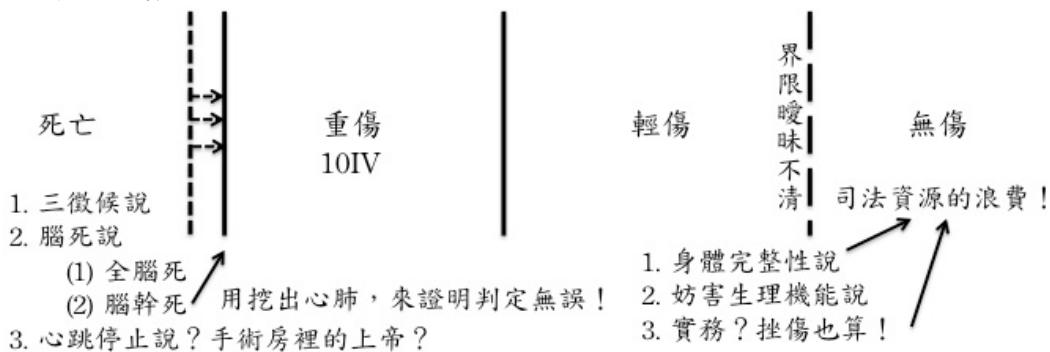
（二）第二項：公務員

1. 過去荒唐見解：公立學校教師為公務員、官股超過一半之公司員工亦為公務員。
→在論罪上產生不合理的結果，後來才瞭解到「縱或是國家投資，若跟國家公權力行使無關時，就應該不是公務員」；質言之，是否為公務員的核心在於「是否行使公權力」。
→因此，民國94年修法，將公務員的定義修改。
2. 身分公務員（第一款前段）ex. 總統、縣市首長、法官、警察等
3. 授權公務員（第一款後段）ex. 農田水利會職員、更生保護會 X、法律扶助基金會 X
4. 委託公務員（第二款）ex. 土木系教授
5. 問題一：公立學校的教師是否為公務員？（X）
6. 問題二：公立醫院的醫師是否為公務員？（X）
7. 問題三：國科會計劃的研究者是否為公務員？（X）

（三）第三項：公文書

- 同「公務員」的解釋，必須要與國家公權力行使有關。
- 故總統府廁所中「馬桶不通」的公告，並不會是公文書。

（四）第四項：重傷



1. 五官（第一、二、三款）；四肢（第四款）；生殖器（第五款）。
2. 問題：何謂「嚴重減損」？過於規範性的定義，會產生解釋上的問題！
 - (1) 實務上沒有一定標準，隨個案法官認定而有不同。
 - (2) 李師：一、必須結合具體因素來判斷；二、若人工可以矯治，則應非嚴重減損。
3. 其他（第六款）：除前五款以外的身體部位，基本上即為人的銅體。問題：心理？

（五）第五項：性交

1. 修法的波折：
 - (1) 民國24年立法：第十條中並沒有「性交」的定義，而在解釋上會把「強姦罪」鎖在「姦淫」，必須是生殖器的接觸，蓋這關係到「國家的人口政策」。
 - (2) 民國88年修法，增加性交的定義，並創設了「性器」此名詞。
→李師批評：「侵入」以及「媽媽幫兒子量肛溫」的問題。

(3) 民國94年修法，改成「使之接合」並加上「非基於正當目的」等字眼。

→李師再批評：那基於正當目的要叫做什麼？定義是不該有規範性之字眼才是！

2. 第一款：「性器」與「性器、肛門、口腔」接合

(1) 「性器」與「性器」→婦團：正常性交。

(2) 「性器」與「肛門或口腔」→婦團：異常性交。

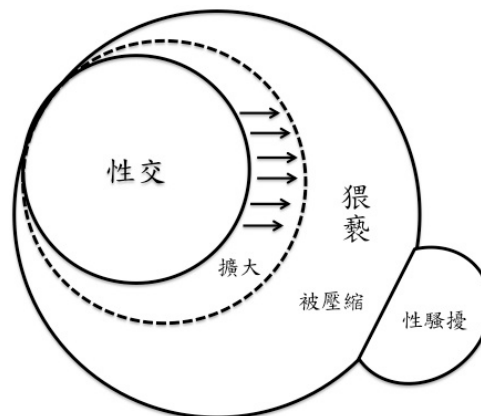
3. 第二款：「性器以外身體其他部位、器物」與「性器、肛門」接合→婦團：變態性交。

(1) 沒有規定口腔，不然再吃冰棒時就會該當公然性交之行為。

(2) 問題：國中生最愛的阿魯巴、草上飛，是否會該當性交？

4. 性交的範圍擴大，壓縮猥褻之範圍：

→其實，所謂的「異常、變態性交」原本應該屬於猥褻之範疇才是，這種修法壓縮了猥褻的範疇，把性交的定義擴大，也可看出對於性犯罪產重罪化的傾向。



5. 延伸思考：

(1) 在這種規定下，是否仍隱含著男體侵入女體的象徵？婦女團體認為要保護「聖潔的貞操」，然而是否該去思考「貞操是為誰而設？」。

(2) 陽具理論：侵害的似乎不只是性自主，更是隱含在背後的男性意象。

(3) 通姦罪、重婚罪的刑度差異大？這往往是被規訓的人們無法察覺的弔詭之處。

7. 質言之，刑法許多的規定並不在於尊重女性，而是國家的人口政策與主權者意志的強加。

(六) 第六項：電磁記錄

1. 文書：附著在載體上的資訊，表彰一定法律上之權利義務。

2. 過去，資訊和載體是不能分離的；然而隨著時代發展，資訊與載體可以分離了。

3. 而與載體分離後，單就「資訊」而言，係所謂的「準文書」。

→思考：準文書是不穩定、容易偽變造的，在其信憑性不高的情況下，是否值得用刑法去保障？將其當作文書來處罰，這種刑事政策是否正確，可以思考。

4. 而準文書的前端則是所謂的「電磁記錄」，是人類看不懂的電腦語言：0101。

六、刑法總則之適用與排除 (§11)

(參照條文規定)

貳、刑事責任

零、緒論

（一）概說

1. 單獨正犯：

- (1) 「既遂犯」規定在刑法§12~§24。
- (2) 「未遂犯」是相對於既遂犯的概念，規定在刑法§25~§27。
- (3) 而§12~§27既、未遂犯的規定，為所謂的「單獨正犯」。

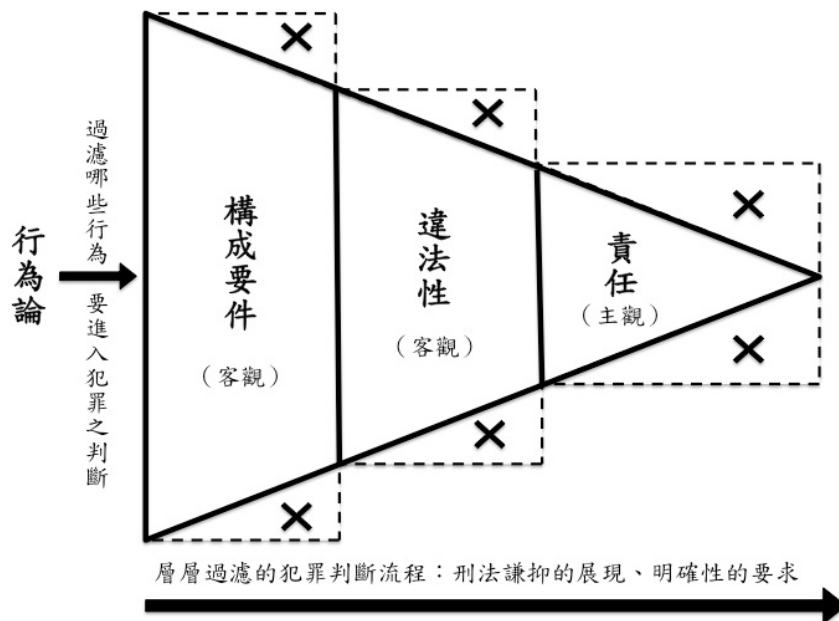
2. 共同犯罪：

- (1) 規定在§28~§31，必須要先有單獨正犯，共犯才能附麗上去。
- (2) 有論者（德派）採取「正犯後正犯」、「間接正犯」等共同犯罪理論，然而這違反了罪刑法定主義，故李老師反對之。
- (3) 其實，這種來自德國的理論，是因為在該國有條文為本；然而，在我國我們必須依照我國條文來解釋法律，而不是拿外國的條文來解釋我國法律。

3. 而犯罪判斷的核心在於§12~§24，此即刑法總則第二章所規定的「刑事責任」；而對於這些條文，學說上做出整理，用以判斷犯罪的成立。

（二）李老師的判斷架構

1. 客客主的三階理論：



→手握利刃的裁判者，對於犯罪行為必須「實質且正面」的去判斷（而非只論是否有例外而排除），必須要全部過關時才會成立犯罪、才能處罰。

2. 在生活上有各式各樣的行為（廣義），而何種行為（廣義）會成為三階架構下要去討論的行為（狹義）？此時，就必須要有理論去過濾之，此即所謂的「行為論」。

（三）行為論

1. 何種行為會被排除於犯罪行為的討論？

- (1) 反射行為（不可抗力之行為）：如膝彈反應、夢遊。
→惟有例外，刑法§19III原因自由行為。

- (2) 偶然：如打雷、飛機失事等，人們是不用為了偶然才會發生之事負責的。
→區別：與蓋然率不同的，當會有某個蓋然率而非完全聽天由命時，則非偶然。
- (3) 補充：相對於「偶然」，會有所謂的「必然」；惟老師不在行為論中討論是否排除「必然」，而是在因果關係中討論之。

2. 當我們排除了不該被討論之行為以後，「行為的內涵」是什麼？

→三學說：「自然因果論」、「目的行為理論」、「社會行為論」。

- (1) 自然因果論：源自黑格爾，以自然的方式來觀察每一個行為的片段。
→批評：刑法是社會人文學科，以自然科學的觀點來看是錯誤且沒有意義的。
- (2) 目的行為理論：源自威采爾，認為要從人的目的來看行為。
→批評：過失犯難道有目的嗎？論者反駁有「另一個行為的目的」，然而另一個行為非犯罪行為，納入行為論是有問題的。（影響：支配論、主觀的肆虐）
- (3) 社會行為論：由社會意義去看，以法益的喪失或危殆化為準，來判斷行為。

3. 案例運用：

- (1) 公寓殺人事件：目的行為理論→殺人既遂；社會行為論→殺人預備+過失致死。
- (2) 高速公路事件：目的行為理論→傷害罪+??；社會行為論→殺人既遂。

一、構成要件

（零）概說

- 1. 在李老師的學說下，構成要件指「構成犯罪之『客觀』要素」。
→然而，通說見解中構成要件卻包含了「客觀要素」以及「主觀要素」。
- 2. 而這些構成要件要素包含：人、行為、結果、因果關係、行為時情狀、客觀處罰條件。

（一）人

1. 法人

- (1) 法人是法律賦予非人者人格，係法律所擬制之人。
- (2) 問題點：當法人侵害刑法所要保護之法益時，縱或構成要件該當、具備違法性，在有責性的判斷上會有問題的（責任能力的問題）。此外，除了科處罰金以外，我們是無法科處法人死刑、自由刑等刑罰的（受刑能力的問題）。
- (3) 因此，若要處罰法人，是無法以狹義刑法為之的。
→必須要以特別刑法的方式，排除刑法總則之規定，才能處罰法人。而通常處罰法人，有所謂的「三罰規定」：一罰法人、二罰執行者、三罰監督者。
- (4) 時事討論：法人除罪化，避免先刑後懲的窘境；第三人沒收的立法。

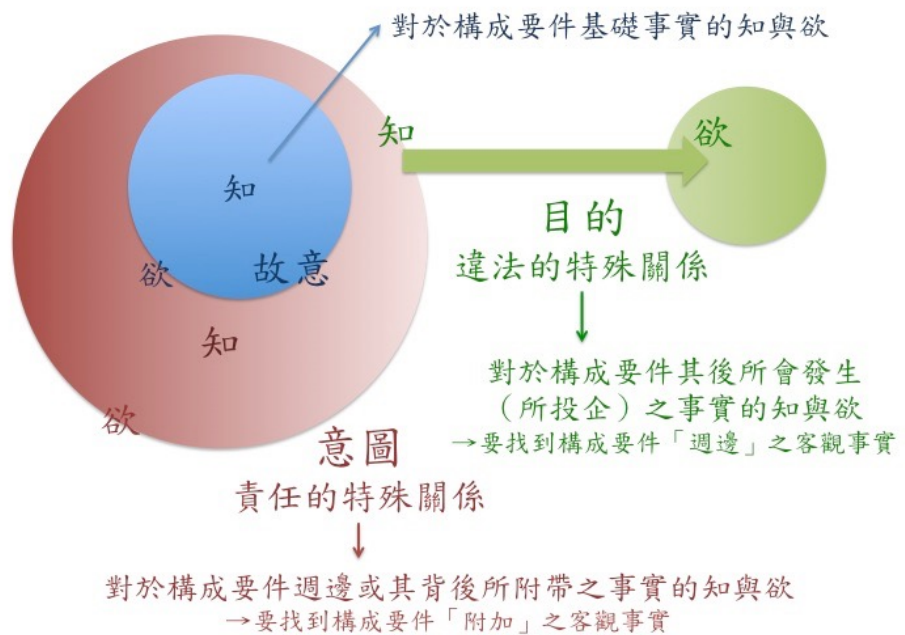
2. 自然人

- (1) 始於出生（陣痛說），終於死亡（三徵候說，例外採腦死說）。
- (2) 身分：違法與責任身分
→在不同的規定下，自然人會有所限制；重點在於：當身分涉及到「違法性、有責性」時，會成為判斷犯罪的關鍵，其規定在刑法§311、II。
1) 違法身分：關係到「法益的侵害」，因此是會「連帶」出去的。
→身分會決定「違法的內容」；因此當正犯有此身分時，沒有身分的共同犯罪會被擬制為有身份者來論罪，亦即，身分是會傳遞出去的。

- 2) 責任身分：涉及的是「行為人該負多少責任」，故係「個別」的。
→身分會決定「責任的量」，無此身份者僅科處一般之刑（甚至可能是無罪）；亦即，此種身分是一身專屬、個別而無法傳遞出去的。
- 3) 例一：貪污罪中公務員的身分？→違法身分。
→有損官箴，破壞職務運行的信賴感與公正性（非公務員破壞不了）。
【阿圓阿假案】注意，只有首要責任才能連帶出去，次要責任則否。
- 4) 例二：§272、§280、§281：卑親屬之身分？→責任身分。
→人倫秩序作為法益？以統治秩序作為法益？責任身分的加重待商榷？
- 5) 例三：§276、§284：業務過失致死、致傷害之業務者身分？→責任身分。
→業務者有較好的能力，因此責任加重。
- 6) 例四：§336II：業務侵占罪之業務者身份？→違法身分。
→破壞了業務公正圓滑運行，有更多的法益侵害，亦即違法的內容增加。
- 7) 例五：§316：業務洩密罪？→違法身分。

(3) 特殊關係：目的與意圖

- 1) 所謂的特殊關係，指的是「人內在的一種意志傾向」。
→其為責任中的一環：故意過失（心理事實）→動機→意志傾向。
- 2) 而這種意志傾向可分為「目的」與「意圖」：
 - a. 「目的」是指「違法的特殊關係」：§31I，概念類似於違法身分。
 - b. 「意圖」是指「責任的特殊關係」：§31II，概念類似於責任身分。
 - c. 惟須注意：我國條文中，特殊關係皆規定為「意圖」的字眼。
→因此，在刑法分則中就有必要去區分條文中的「意圖（廣義）」到底是「目的」？還是「意圖（狹義）」？
- 3) 「目的」與「意圖」的內涵：
 - a. 目的：於現存的犯罪事實之後，欲指向並使該事實發生的意志傾向。
 - b. 意圖：於現存的犯罪事實背後，欲附加進而實現某事實的意志傾向。
 - c. 概念圖解：



- 4) 問題：目的、意圖是行為人的主觀，然而，李師只會在責任中論主觀，而不會在構成要件中看行為人的主觀（vs. 許玉秀大法官的不同見解）。
→因此，在李老師的學說下，我們只能在客觀構成要件中去搜集其他客觀事實，以附麗「責任」中的主觀要素，方能論目的犯、意圖犯。
- 5) 例一：§195
§195的「意圖供行使之用」：此意圖為「目的」，指使得偽變造之貨幣流入市場流通的目的，是違法的特殊關係；若無此目的，則不會成立本罪。
→而若要在責任中證明有此目的，就必須在客觀的構成要件要素外找到週邊客觀事實作為證據，以附麗於責任中主觀的目的：大量、仿真。
- 6) 例二：§297
§297的「意圖營利」：可以從體系看出，此意圖為「目的」，係販賣人口榨取（性）勞動力等而為營利的目的，是違法的特殊關係；而不是使用詐術而藉此獲利的意圖（亦即，並非解釋成「意圖」）。
→若無此目的，則不會成立本罪；否則旅行社全倒。
- 7) 例三：§290
§290的「意圖營利」：此意圖為「意圖」，行為人藉由加工墮胎的行為而為獲利的意圖（非投企、指向未來的目的，而是欲附加實現的意圖），為責任的特殊關係。
→若無此意圖，則成立責任較輕的§289。
- 8) 例四：§234
- §234I的「意圖供人觀賞」：此意圖為「目的」，指為猥褻行為而引發他人觀賞行為的目的，是違法的特殊關係。
→若沒有此目的，則不會成立本罪。
 - §234II的「意圖營利」：此意圖為「意圖」，在為前項行為背後所想要賺錢的意圖，是責任的特殊關係。
→若有此意圖，則論以責任較重的本項而非前項。
 - 問題點：當初立法時，第二項想要處罰的對象是牛肉場的老闆；然而，牛肉場的老闆根本就不會「為第一項的行為」，因此不可能成立§234II的正犯或共同正犯；導致老闆只能論§234I之教唆或幫助犯，在刑度會比舞孃輕！
→其實，若要處罰老闆，應特別立法才是（可參考§231模式）。
- 8) 例四：§320「不法所有之意圖」→「目的」與「意圖」的混同。
- 目的：所有的目的，違法的特殊關係。
→必須對動產有所有目的、無返還的客觀情狀，否則不會成立犯罪。
→蓋竊盜罪是不處罰利益竊盜（使用竊盜）的；亦即，當行為人對於動產沒有所有目的，僅是對於其利益有所有目的時，是不處罰的。
 - 意圖：所有的意圖，責任的特殊關係。
→若有所有意圖：即有使用的客觀情狀（使用意思），成立竊盜罪。
→若無所有意圖：即無使用的客觀情狀（毀壞意思），成立毀損罪。
 - 在論罪時，必須先看有無目的，再論意圖。

（二）行為：可以是身體的「動（作為）」或「靜（不作為）」

1. 純正不作為犯：

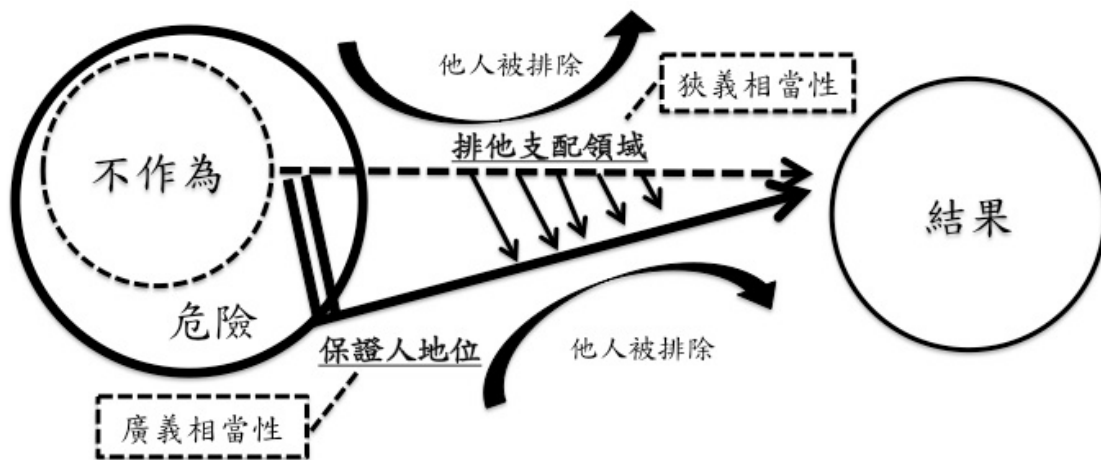
課程助教 陳昭德

- (1) 而在某些條文中，會特別規定不作為的處罰，學理上稱「純正不作為犯」；此為已經被「類型化」的不作為犯規定。
- (2) 如§306I、II；§288I、II；§294I前、後段；即為作為、（純正）不作為犯的關係。

2. 不純正不作為犯：

- (1) 當客觀上有法益侵害或危殆化的結果產生，而我們無法論「作為（動）」是犯罪行為；此時，就會進一步的去論「不作為（靜）」是否會成為犯罪。
- (2) 在理論上，若要論「不作為」是犯罪行為，必須是「先有一個可能造成犯罪結果發生的危險存在」，而行為人的有「防止這個危險產生結果的地位存在」，卻不為任何動作而造成結果的發生時，才能論身體的靜是犯罪行為。
- (3) 然而，若可以把「不作為」當作犯罪是可怖的；因此，當符合一定的條件，才能論行為人必須作為，而行為人不為作為時，才能把「不作為」視為「作為」。
→二條件：規定在刑法§15的「保證人地位」；解釋出來的「排他支配領域」。

3. 概念圖解：



4. 條件一：保證人地位

- (1) 法律：因法律而有防止危險發生的地位。
→指廣義的法律，參照§294的規定（法令或契約）來解釋之。
- (2) 前行行為：因自己的行為造成發生犯罪結果的危險，而有防止結果發生的地位。
- (3) 另外，德國學說中認為「危險團體」、「道義上的義務」也會使人具備保證人地位，而必須去防止結果發生，然而這明顯違反罪刑法定主義，故李師不採。

5. 條件二：排他支配領域（法無明文，是解釋而來的）

- (1) 從純正不作為犯的規定，可以解釋出若要成立（不純正）不作為犯，必須有「排他支配領域」；亦即，當行為人具備保證人地位、有防止結果發生之身分，卻不為任何作為時，其不作為並不當然會被視為作為，必須要有排他支配領，其不作為才會該當構成要件之行為。
- (2) 故除了保證人地位以外，行為人仍然要具備「排他支配領域」，才能論其不作為是作為，而成立不作為犯；而刑法的處罰也不會無邊無際。
- (3) 所謂的排他支配在於：有保證人地位的行為人必須「有排除他人介入防止結果發生的外觀」，而使他人無法介入；此時，才能論以不作為犯。

6. 案例討論：

- (1) 【雞兔同籠案】：幼稚園兒童被關在校車中熱死，誰負責？
→校車司機有是「最關鍵」的角色，有「排他支配領域」，可能成立不作為犯。

(2) 【小狼犬事件】：富商服用錯誤的藥物，在無人照料的情況死亡，誰負責？

→外觀上來看，富商是由女兒、後母「共同照顧」，俱有保證人地位的兩人形成一個「共同的排他性支配領域」，兩者可能成立「不作為的過失共同正犯」。

7. 補充：§294義務者遺棄罪的問題，保護「國家與社會福利系統」的實務見解？

(三) 結果

1. 結果的意義：

- (1) 客體本身的物理性變動。
- (2) 客體所處的物理環境變動。
- (3) 客體所承載之法律上所要保障的實際生活利益的喪失：法益減損。

2. 刑法會透過的構成要件中「客體本身的變動」與「客體所處的物理環境變動」，進而去察覺、彰顯「法益的減損」，並依此「推定違法」。

3. 我們可以從兩個側面觀察結果、並作出分類，而個分類有其理論上的作用：

- (1) 既成犯、狀態犯、繼續犯：立法論的作用，對解釋學影響不大，惟可釐清概念。
- (2) 行為犯、結果犯（危險犯、實害犯）：解釋學的重點。

4. 側面一：既成犯、狀態犯、繼續犯

(1) 既成犯：犯罪行為結束後，刑法所欲保護的利益即為消逝的情況。

- 1) 如殺人罪，生命法益被侵害後就會消逝掉，只剩下屍體而已。
- 2) 此時，若對於變化後的客體侵害，是不會成立犯罪的，蓋法益已經消逝。
→若要處罰後續對客體的侵害行為，則要特別立法。
- 3) 惟需注意此時會有一個不同、與原先法益完全分離的法益存在，如§247。

(2) 狀態犯：犯罪行為結束後，法益侵害的狀態仍持續存在，只是有所轉變。

- 1) 如竊盜罪，原持有人的支配被移轉後，犯罪成立，而被持有移轉的動產法益仍然存在，只是有所轉變。此時，對於該仍存在的財產法益，行為人若有後續行為（使用、收益、處分），卻是不處罰的（不罰後行為）。
- 2) 亦即，行為人對於其後續行為加工，並不會成立犯罪；蓋後行為是不處罰的，故行為人幫助、加工原行為人之後行為時，是無法附麗而論罪的。
→除非另立新法，在幫助、加工等行為中「找到正犯的面貌」。
- 3) 另需注意，此時的立法就會和原先被侵害法益的狀態有所連結。如§349。
→§349的正犯面貌：侵害追索權、助長本犯、間接得利。
- 4) 補充：問題一、收受被併入第二項？問題二、媒介給原持有人？

(3) 繼續犯：犯罪行為發生後犯罪即為成立，而法益侵害的狀態會持續進行、不斷的被侵害，直到犯罪行為停止時，法益的侵害狀態也才解除。

- 1) 如私行拘禁罪，人身自由的侵害從私刑拘禁開始時就不斷的被侵害，直到解放時侵害才結束；而在此過程中，共同正犯、幫助犯皆可以附麗。
- 2) 解釋上的小問題：追訴時效得起算點？「犯罪結束」時。

5. 側面二：行為犯（？）、結果犯

(1) 核心概念：理論上，在刑法中犯罪皆應有一個「法益侵害的結果」。

→犯罪的本質態樣是「透過特定的行為類型而產生某種結果」，依此結果進而推定有法益的侵害，此時才能處罰。申言之，所有犯罪皆應該有一個結果的產生。

(2) 行為犯？

- (1) 來自於德國的概念，認為只要「違反某種義務」而為行為，縱無犯罪結果的發生，亦會成立犯罪；故又稱「義務違反犯」。
- 亦即，指「只要有行為，不需要有結果發生即成立犯罪」之犯罪。
- (2) 然而，這種犯罪概念可能會讓刑法之處罰無邊無界，因此德國有論者說要「重大違反」才會成立犯罪，然而，如何定性「重大」？
- 因此，在李老師的學說論述中，是不應該有「行為犯」存在的。
- (3) 反論一：過去藥事法的規定，有進口偽藥的行為就是犯罪，為行為犯。
- 1) 論者認為，只要進口偽藥就會成立犯罪，並不需要有犯罪結果的產生；因此，我國的這種規定即為「行為犯」的規定。
 - 2) 然而，李老師認為偽藥仍然是有「危險」的：損害國民康之危險；而此危險即為「作為結果」的一種「危險」。

→其實，國外上市的藥物，未經我國的人體實驗，仍然是會有問題的；因此，進口偽藥是會有「危險結果」產生，仍為結果犯。

 - 3) 上述概念於解釋學的好處是：行為人可以反證其行為沒有危險，而該犯罪又無未遂規定時，是不可以處罰的。

→不過，若採取行為犯的觀點時，則行為人只要作此行為，不論有無危險產生（亦即，不論有無結果），犯罪即為成立。
- (4) 反論二：刑法§306為舉動犯，只要侵入住居就成立犯罪，為行為犯。
- 1) 論者認為，侵入住居罪規定只要行為人有「侵入住居的行為」就成立犯罪，毋庸有結果的發生。
 - 2) 其實，侵入住居罪是有結果的：「居住平穩被破壞」與「隱私權的侵害」；只是，其結果在行為瞬間就發生，是沒有時間差的。

→亦即，行為的瞬間就發生了結果，因果關係也被濃縮於瞬間。

 - 3) 因此，侵入住居罪仍然是結果犯而非行為犯。
- (5) 問題：§286妨害幼童發育罪？
- 1) 本罪修法以後，「把結果納入行為類型」中，規定「只要做一個足以產生結果」的行為，就成立犯罪：行為犯的規定？
 - 2) 基本上，立法只是抽象的考量，一個行為是否會有危險結果，理應要依具體個案認定的；除非，能如抽象危險犯一般找出一個能夠推定結果的行為類型。
 - 3) 然而，本罪卻將一個沒有足夠能量推定結果的行為類型直接視為犯罪，認為只要該行為類型有此種「傾向」即成立犯罪，這在論罪上可能會無限擴張、出問題的。況且，本罪為個人法益之罪，這種傾向犯（適性犯）的規定是否妥當？有待商榷。

→法官若不瞭解結果的Syndrome（舊法下），如何將其納入行為而界定新法的行為類型範疇？此時，處罰可能會無限擴張的！
- (3) 結果犯：
- 1) 危險犯：抽象危險犯、具體危險犯
 - a. 兩者皆為「以危險作為結果」的犯罪。

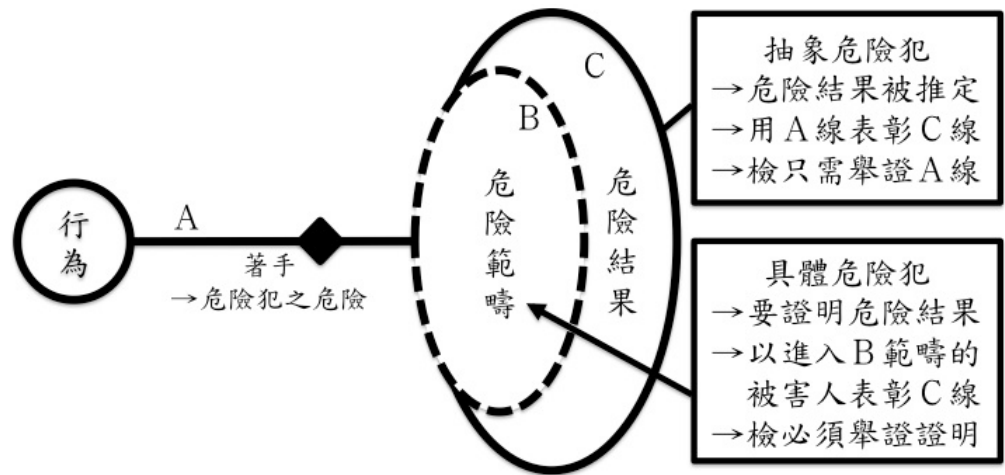
→多用於國家法益、社會法益的規定，蓋若等到實害時為時已晚。

 - b. 如何區分抽象危險犯、具體危險犯？

→視條文有無規定「致生危險」的字眼。

- c. 區分實益：訴訟法上的證明。
 - (a) 抽象危險犯：立法者推定行為之後，危險結果就存在。
→惟行為人可以反證推翻其行為沒有危險結果。
 - (b) 具體危險犯：檢察官必須舉證證明行為會產生危險結果。
- d. §173：典型的抽象危險犯
 - (a) 行為類型：放火燒燬。
 - (b) 行為客體：現供人使用之住宅或現有人所在之建築物、礦坑、火車、電車或…。
 - (c) 結果：公共危險（被推定的）。
→本罪為放火罪，所保護的法益為社會法益：公共危險。當行為人放火「燒燬」他人房屋時，立法者已經推定會有公共危險此結果的產生：「延燒可能性」。亦即，立法者用個人法益的實害結果，推定社會法益的公共危險結果的發生。
 - (d) 然而，若行為人能夠推翻立法者的推定，證明房屋的燒燬並不會有延燒可能性時，是不會成立本罪的。
- e. §185：典型的具體危險犯
 - (a) 行為類型：損壞或壅塞或以他法。
 - (b) 行為客體：陸路、水路、橋樑或其他公眾往來之設備。
 - (c) 結果：致生往來之危險。
 - (d) 問題：如何判斷、證明此危險結果？
→有一個被害人進入危險的範疇，而認定危險結果的發生。

f. 概念圖解



2) 實害犯：預備犯、未遂犯、既遂犯

→著手以前為預備、著手以後實害發生前為未遂、實害發生則為既遂。

(四) 因果關係

1. 學說採取：相當因果關係

- (1) 條文無明文規定因果關係，因此學說眾多；此外，在多數的案例中因果關係的判斷亦非重點（如竊盜），故實務家也鮮少論述之，甚至單純地採取條件說；而近來有學者引進「客觀歸責理論」，但過多的瑣碎原則導致難以適用。
- (2) 問題在於：刑事與民事責任的概念是不同，然實務卻常以民事上的因果（民事上的相當因果關係）套用在刑事責任上，這種做法是令人質疑的。

→民事責任的相當因果關係會傾向於條件說（或原因說），能找到越多人來填補損害越好；蓋在民事上，能找到越多人來分擔，越能填補被害人的損害。

→然而，刑事責任並不在於填補損失，而是在於社會防衛；況且，刑事責任是「全部責任」，當越多人被抓，所滿足的只是人們處罰的欲求。

(3) 在傾向於條件說的因果關係操作下，處罰往往是失控的；故在刑事責任上，我們原則上「只找出一個人來負責」，而採取「相當因果關係」。

→此時，人們就不會滿足，而會去檢討、思考事情的根源為何，雖禍首無法負責，但卻開啟了一個的讓人們反省與寬恕的契機。

(4) 相當因果關係可以分為兩部分：「條件關係」與「相當關係」。

→前者著重於邏輯與規範的抽象討論，基本上非考試的重點所在；而後者著重於經驗法則的具體判斷，多是考試、實際案例的爭點所在。

2. 條件關係

(1) 概說

1) 條件關係類似於自然學科中「若非P則非Q」的概念。

→是因果關係的前提，必須有條件關係才能論有無因果關係。

2) 然而，刑法是人文社會科學，在判斷上必須要加入「規範評價」，並因此而有所修正，否則將會把自然科學與社會科學完全混同。

→因此，老師將條件關係分為「事實關係」與「規範關係」，當兩者皆具備時才能論「有刑法上的條件關係」。

(2) 事實關係：「事實上的合法則性」

1) 行為與結果間的合法則性：類似於非P則非Q的概念，惟會有所修正。

→當討論事實關係、判斷合法則性時，是不可以「假設沒有存在的事實」，即「假設性進程之禁止」（另有擇一關係的修正，見下詳述）。

2) 【死刑犯事件】A即將要槍決死刑犯B，然而途中C奪槍殺了死刑犯B

→若論「若C沒有槍殺B，B還是會死；因此C的槍殺與B的死亡並無事實關係」是有問題的：難道C不是B殺的、沒有事實關係？

→會有這種結論，在於我們「假設了一個不存在的事實：B被A槍決」；這種假設在事實關係的判斷中，是禁止的。

3) 【機場謀殺案】A槍殺即將登機的B，而B所要搭乘的飛機是死亡班機

→若論「若A沒有殺B，B還是會死；因此A的槍殺與B的死亡無事實關係」是有問題的：難道B不是A槍殺的、沒有事實關係？

→會有這種結論，在於我們「假設了一個不存在的事實：B墜機而死」；這種假設在事實關係的判斷中，是禁止的。

4) 申言之，論事實關係時，只論「實際上既已存在的事實」；若無A行為存則無B結果時，A行為對於B結果即具備事實關係。

→否則，難道說人都不免一死，因此殺人者皆無事實關係？

(3) 規範關係：「縱或聽從規範的命令，結果仍無法回避時，則無規範關係」

1) 刑法作為規範、要求人們遵守某些事情；然而，若行為人在違反規範而為行為的當下，縱使聽從規範的命令而不為該行為，結果仍然會發生，則刑法的規定是沒有意義的（規範失效），故論無規範關係而排除討論。

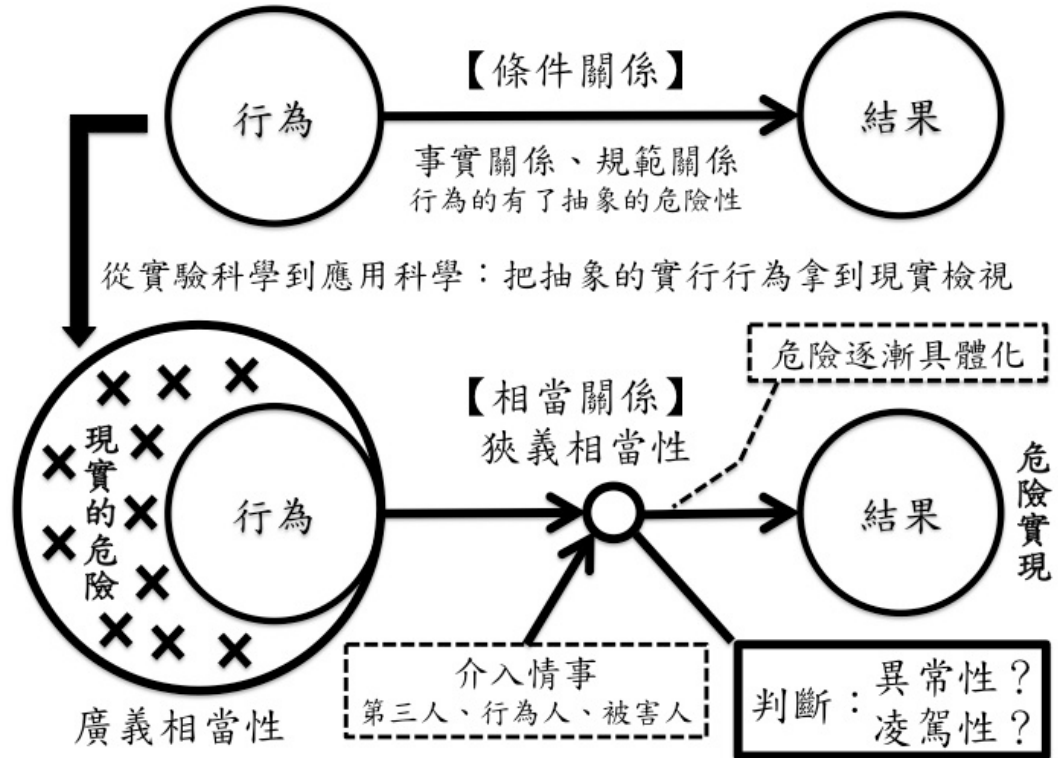
- 2) 換言之，當面對一個「已現實化且不可迴避、無法排除的必然事實」時，刑法再將該事實之發生歸責於行為人是沒有意義的。
→亦即，在「無迴避可能性」時則無規範關係，故否定條件關係。
- 3) 【空降撞車案】A駕車未注意路況，撞死從飛機上落下即將墜地的B
→此時，縱A符合規範的要求也不可能迴避結果的發生，故不該要求A為結果負責，論A對B的死亡無規範關係，而排除條件關係的成立。
- (4) 全量、半量的問題→「條件關係的修正：擇一關係」
 - 1) 前提假設：下述A、B並且沒有共同犯罪之關係且無法判斷先後。
 - 2) 半量與全量毒藥（修正前的結論）：
 - 1) 半量：A、B皆放了半量的毒藥在C的杯中，最後C死亡。
→若無A則無C、若無B則無C，因此A、B皆有事實關係。
 - 2) 全量：A、B皆放了全量的毒藥在C的杯中，最後C死亡。
→若無A仍有C、若無B仍有C，因此A、B皆無事實關係。
 - 3) 弔詭的結論：
難道說下全量毒藥者對於死亡的結果無事實關係，僅能論未遂；而下半量毒藥者卻對於死亡結果有事實關係，可以論以既遂？
 - 4) 因此，上述的條件關係公式必須要有所修正：擇一關係。
 - 3) 擇一關係：將此二同時存在（或無法判斷先後）的事實擇一判斷。
 - 1) 半量時，若擇一來分別判斷，兩者皆不足造成死亡的結果，故皆無事實關係，故無條件關係，僅能論以未遂（註：與通說不同）。
 - 2) 全量時，若擇一來分別判斷，兩者皆足以造成死亡的結果，故皆有事實關係；此時，還要去論有無規範關係。
→在無法證明先後順序（或是同時）的情況下，A、B縱然遵守規範的要求，也無法迴避結果的產生，故兩者皆無規範關係，故排除條件關係，亦只能論以未遂。
 - 4) 由訴訟法的側面切入：若能證明A、B的先後順序，則一者論以未遂、另者論以既遂；而當不能證明時，「罪疑惟輕」皆論以未遂。結論相同。

3. 相當關係

(1) 概說：

- 1) 承上所述，當具備條件關係時，刑事責任原則上只「找出一者」為結果來負責；換言之，必須選出一個「相當的」條件來為結果負責。
- 2) 換言之，對於可能是多數之抽象、赤裸的條件關係（實驗科學），我們勢必會將其放到現實的情境中（應用科學），去檢視其現實危險、並判斷哪一個條件才需要為結果負責、進而以刑法評價：此即「相當關係」。

3) 相當關係可分為：「廣義相當性」與「狹義相當性」；圖示如下。



(2) 廣義相當性

1) 論行為在現實上是否有使結果發生的危險性。

→落實到現實社會的實行行為，於週邊會有許多要素；此時，用客觀的科學鑑定等方法，去確認其在現實上危險的程度與發生結果的潛力。

2) 案例：

1) 【腦梅毒事件】：A輕敲B頭後，導致有腦梅毒的B死亡。

2) 【耳旁開槍案】：A在B耳旁開槍，導致有心臟病的B死亡。

1) 【血友病事件】：A在荒野割傷B，導致有血友病的B失血死亡。

2) 【李宋殺豬案】：A朝天花板開槍打死D，原來D躲在天花板。

3) 補充：加重結果犯的問題。

→德國加重結果犯的規定與我國不同，在該國為了解決結果責任的問題，在因果關係的判斷加入主觀的素材；而李師的因果關係是無涉主觀的，況且我國的規定亦與德國不同，在責任時解決問題即可，不應該將行為人的主觀要素混入構成要件、因果關係的判斷才是。

(3) 狹義相當性

1) 論行為之現實危險是否持續發展，經過一定的流程直接地在結果中實現。

→現實的危險會持續膨脹、具體化（如著手為急迫的危險），直到最後，危險將在結果中實現。而在這個流程中，必須要去檢視原先的危險是否直接地在結果中實現，抑或是有其他的介入情事必須去考量。

2) 若有其他介入情事時，就要去考量該結果到底是原先預設的行為所實現，還是介入情勢所造成的；而這些介入情事可分為三類：「第三人介入」、「被害人介入」、「行為人介入」。

3) 在刑事責任只會找出一個單獨正犯負責的概念下，於原先預設的行為與流程中種種介入的行為間，我們只抓出一者來負責（除非有共犯關係）。

→此時，必須去判斷各種介入情事對於原先預設行為的「異常性」與「凌駕性」，用以認定何者才需要對於結果負責。

a. 異常性：該介入情事是否為異常？

→正常：理所當然、大致如此；異常：有點奇怪、毫無關係。

b. 凌駕性：其對於結果實現的力道是否凌駕於原先預設行為的力道？

4) 第三人介入案型：

1) 【美軍沖繩案】：異常、凌駕。

2) 【港灣鬥爭案】：正常、凌駕？

3) 【醫療過務案】：違反醫療常規才能謂異常、多數案例不凌駕。

5) 被害人介入案型：

1) 【車輪浮潛案】：正常、不凌駕。

2) 【符水治傷案】：異常、凌駕。

3) 【整骨師事件】：異常、凌駕（同時涉及第三人介入）。

6) 行為人介入案型：

1) 【二槍痛快案】：異常？凌駕。

2) 【掉入懸崖案】：異常？凌駕。

3) 【殺人滅屍案】：涉及韋伯的概括故意問題，責任詳述。

4. 案例討論

(1) 【北城醫院案】：小護士未三讀五對，異常而凌駕。

(2) 【邱小妹事件】：醫生的不救助是異常，惟不凌駕於原先的死亡力道。

(3) 【鹽水蜂炮案】：在鹽水蜂炮的祭典中，搖下車窗有蜂炮進入是正常不凌駕的。

(4) 【進香團事件】：在深山中，搖下車窗有鞭炮飛入，是異常、可能是凌駕的。

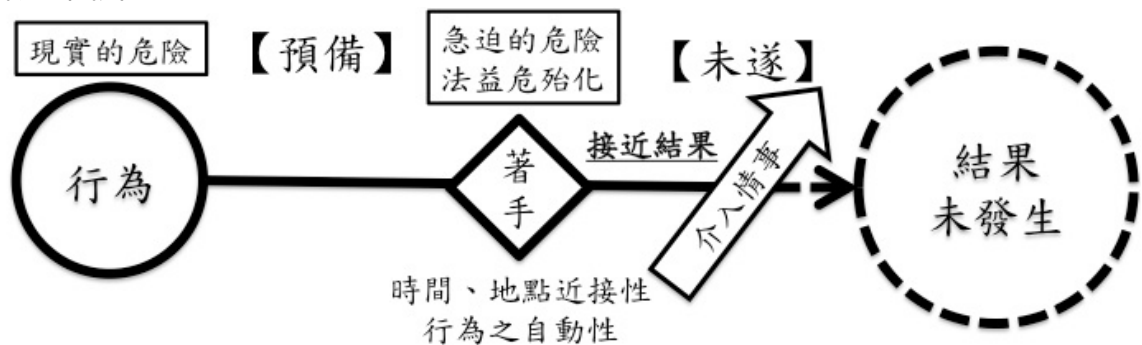
(五) 未遂犯

1. 未遂的意義

(1) 指行為人的行為「已達著手」的階段，但卻因某種情事的介入，導致「結果沒有發生（或不用為結果負責）」的情形，參照§25I。注意，只有嚴重的犯罪才會處罰未遂犯，故§25II：未遂犯的處罰以「有特別規定者」為限。

(2) 而未遂的類型可分為三類：「障礙未遂」、「不能未遂」、「中止未遂」，分別規定在刑法§25、§26、§27，詳見下述。

(3) 概念圖解：



2. 障礙未遂 (§25)

(1) 行為人在行為「著手」以後，因為某種介入情事，而使得結果沒有產生的情況；在一般的情形下，即為所謂的「障礙未遂」，法律效果為「得減」 (§25II)。

(2) 何時著手？

- 1) 在著手之前為所謂的預備階段，刑度與未遂犯相比是非常輕的；因此，如何區分預備、未遂是非常重要的：判斷「著手時點」的問題？
- 2) 多數學說見解考慮主觀要素，而把著手時點前置，認為行為人為行為之初即為著手，動輒成立未遂犯；然而，李老師認為從障礙未遂的法律效果僅為「得減」來看，著手的時點理應非常接近結果的。
- 3) 因此，李老師會將著手時點後置，並判斷：
 - a. 對於結果要有「時間、地點的近接性」。（主要判斷）
 - b. 某些情況下會有「行為的自動性」。（輔助判斷）
- 3) 質言之，只有當整個因果歷程「非常接近結果的發生」，產生「急迫的危險」而使得「法益危殆化」時，才是著手；此時，才能論以未遂犯。

(3) 案例運用：

- 1) 【毒麻糬事件】：放到桌上才論著手，蓋此時才能隨時食用。
- 2) 【孟宗竹事件】：車子接近時才能論著手，蓋此時急迫的危險才產生。

(4) 補充：放火罪的未遂與既遂

- 1) 著手：獨立燃燒時？鼎盛期之前，裝潢快要燒起來的時候？
- 2) 既遂：燒燬時？學說上有許多見解，這肇因於論者把個人法益之毀損罪拿來解釋社會法益之放火罪；李老師批評此種見解，蓋本罪重點在於「延燒可能性」，故應從消防觀點來看，既遂的時點為「裝潢燒起時」才是。

3. 中止未遂（中止犯，§27）：

→架起黃金橋、浪子回頭金不換，給予行為人「必減得免」的優惠。

(1) 己意中止與防果中止（27I前段）

- 1) 己意中止：在行為未了的情況下，行為人停止行為使結果不發生。
- 2) 防果中止：在行為既了的情況下，行為人阻止危險使結果不發生。
- 3) 注意，必須具備「任意性」、「有效性」才能該當中止犯而減輕責任。

(2) 中止未遂與障礙未遂的區別？

- 1) 法蘭克公式：

想做也做不下去，為障礙未遂；想做就可以做得下去，為中止未遂。
- 2) 案例思考：聽到救護車聲而停手？強制性交做不下去？
- 3) 上述公式根本就無法判斷；其實，既然要寬恕行為人為何不從寬認定？

→故李老師認為，只要不是外界力量直接截斷行為人之行為時，皆能論以中止未遂，而有必減得免規定的適用。

(3) 準中止犯（§27I前段）

- 1) 行為人有中止行為，但結果的不發生並非行為人中止行為所導致；此時，若行為人已盡力中止，仍然可以適用中止犯的規定，減輕或免除其刑。

→以適當評價行為人中止犯罪結果發生的行為。
- 2) 注意，必須具備「任意性」、「有效性」與「真摯性」。

(4) 共同犯罪行為之準中止犯（§27II）→【大哥小弟案】

4. 不能未遂（§26）

(1) 現行條文：「行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，不罰。」

- 1) 行為不能產生結果，又無危險，似指行為所蘊含的危險只是個空殼，而不可能產生結果的情況；現行條文規定「不罰」。

2) 例如：下降頭、用糖殺人、用硫磺殺人等等。

→這種情況似乎本來就不該處罰，為何要特別規定？

(2) 其實，這涉及到民國94年修法前條文：「未遂犯之處罰，得按既遂犯之刑減輕之。但其行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，減輕或免除其刑。」

→問題：為何修法前要對一個「不能產生結果又無危險」的行為處罰？

1) 有論者解釋：雖是無危險又難以產生結果，但因為行為人的主觀有犯意、惡性重大、再加上重大無知，故仍然處罰（非常主觀主義路線的解釋）。

2) 其實，這種規定並非如上述解釋，而是在於處罰「相對不能犯」的情形：「當著手時因為先前異常的介入情事，使得危險只剩空殼、而無法產生結果，以減輕或免除其刑的方式來處罰。」（對稱理論的概念）

(3) 理論上的不能犯的形態

1) 絕對不能犯（不可罰不能犯）：

a. 絕對不可罰：本來就沒有蘊含法益侵害的危險，如迷信、盲從。

b. 相對不可罰：因為正常（自然）的介入情事，使得危險消失。

2) 相對不能犯（可罰不能犯）：

→因為異常（偶然）的介入情事，使得危險消失。

→如【彈夾沒彈藥】，因著手前的異常，使行為無危險而不能產生結果。

3) 在過去的條文架構中，不能犯的處罰是「必減得免」。

→在操作上，絕對不能犯「免」而不罰，而相對不能犯「必減得免」，這是漂亮的條文規範架構，能夠適當的評價上述不同形態的不能犯。

(4) 修法後改成「不罰」的問題：

1) 修法後將§26改成「不罰」：不處罰不能未遂，即不處罰「絕對不能犯」的情形；然而，「相對不能犯」理論上應該是可罰的，蓋「若著手前沒有先前的異常情事，結果仍然會發生」。

2) 此時，只好解釋其為障礙未遂：把行為前置，論行為仍有危險（一開始仍有危險，只是著手時因為異常的介入情事而消逝），而非§26不能未遂，此時，只能依25II「得減」來處罰。

3) 簡言之，修法後，§26的不能犯僅剩下「絕對不能犯」，不罰；而「相對不能犯」最後只能論以障礙未遂來處理（有點類推適用的嫌疑）。

4) 批評：不清楚原先的規範結構，胡亂修法使得體系破壞、加重處罰。

(5) 構成要件欠缺：

1) 人的欠缺：行為人欠缺行為主體之身分，不可能有法益侵害的危險而成為犯罪。如違法身分的欠缺，此時是絕對不能犯（絕對不可罰）。

2) 行為欠缺：行為本身就無法益侵害的危險，或行為的核心危險在著手前就因為（正常或異常的）介入情事而消失。如：

a. 砂糖殺人：本身就無危險、無法產生結果，絕對不能犯（不可罰）。

b. 錯拿麵粉：核心的危險因異常的情事而消逝，相對不能犯（可罰）。

c. 未上彈夾：核心的危險因異常的情勢而消逝，相對不能犯（可罰）。

3) 客體欠缺：客體的構成要件欠缺，使法益侵害的結果無法發生。

a. 昏暗中開槍打到稻草人？

b. 開槍打死似死非死的人？

c. 丟炸彈到仇人家中：出門購物？出國旅行？移民出國？

（六）「行為時情狀」與「客觀可罰條件」

1. 行為時情狀：行為人為犯罪行為時的情狀，為構成要件的一環。
 - (1) 必須與行為同時存在。
 - (2) 行為人必須要知其情狀，而仍為行為時才可處罰（故意犯）。
 - (3) 例：§182妨害救災罪，災難之際的行為時情狀。
2. 客觀可罰條件：行為人為犯罪行為後，犯罪即已成立（先於司法判決前的抽象刑罰權的發生）；但須等到犯罪之後某一客觀的情事發生時，才使得原先不可罰的犯罪行為達到可罰的程度（國家刑罰權始能具體發動）。
 - (1) 客觀的條件不必與行為有因果關係，有關聯性即可。
 - (2) 行為人對此（未來會發生的）條件不必有明確的知與欲，有粗略的認知即可。
 - (3) 例：§149聚眾不散罪，舉牌三次為客觀可罰條件。
3. §185-4肇事逃逸罪的問題：
 - 本罪中的「致人死傷」到底是「行為時情狀」還是「客觀可罰條件」？
 - (1) 理論上來說，「肇事逃逸」的「逃逸」行為在於「行為人在肇事（致人死傷）的情況下，而為逃逸」的行為，而本罪處罰此逃逸之行為。因此，必然是行為時情狀無疑，故行為人行為時必須對此情狀有所認知，才會成立犯罪（故意犯）。
 - (2) 惟有極少數實務與學說見解為了滿足自身處罰的欲求，硬生生違背理論與規範架構，將「致人死傷」的情狀解釋為「客觀可罰條件」，此時，就不用要求行為人對死傷的情況有所認知，此時，不知道自己肇事而繼續開車的人亦可論以本罪。
 - (3) 案例：【砂石車事件】→地院認為是客觀可罰條件，所幸被高院撤銷。

二、違法論

（一）緒論

1. 概說：
 - (1) 當構成要件該當時，結果的第三個意義就會出現：「法律上所要保障的實際生活利益的喪失：法益減損」；申言之，在構成要件該當後會「推定有違法性」。
 - (2) 當被推定違法以後，即會進入違法論的判斷：
 - 1) 在多數學說下，於違法論的判斷僅止於「對於被推定的違法性，是否有例外排除（阻卻）的事由」，若無則具備違法性。
 - 2) 然李老師認為，違法性雖被推定，但仍然要在違法階層中，「正面、實質的去審查違法性是否存在」，才能做出有無違法性的最後認定。
 - (3) 換言之，當構成要件該當時，只是「推定有法益受到侵害」，然而是否實質的違法、該違法是否值得動用刑法處罰，仍須為正面的認定。
2. 違法的本質：
 - (1) 社會相當性說（通）：是否違法在於社會相當與否、是否是被容許的風險。
 - 法律有規定、規範有禁止、老百姓認為該死，行為人仍然違規時就是相當；說穿了就是集團性控制與規訓的產物，此種路徑是否值得我們採取，有待商榷。
 - (2) 優越利益衡量說（李）：必須去衡量一個行為「侵害了多少利益」與「保全了多少利益」，僅有當侵害的利益大於保全的利益、並且值得處罰時，才能論違法。

3. 綜言之，在李老師的違法論中，必須在構成要件所彰顯、推定的侵害法益背後，找出值得保全的利益，並兩相衡量，此即「優越利益衡量」，進而論其有無「可罰違法性」。
4. 類型化的利益衡量：經過時間的淬鍊，刑法中明文規定兩類（四種）利益衡量的類型。
 - (1) 緊急行為：正當防衛、緊急避難。
 - 規定在刑法§23、§24，內容較為詳盡，且有過當之規定。
 - (2) 正當行為：依法令之行為、業務正當行為。
 - 規定在刑法§21、§22，內容簡單，蓋依法令、業務行為是委諸於法令、業務常規來處理、明確規範的，也因如此，在正當行為中不會有過當之規定。
5. 判斷核心：目的→手段→均衡（→補償）；此即公法上「比例原則」的概念。

（二）優越利益衡量

1. 絕對輕微型：雖無保全法益，但侵害法益是極小的情形；此時，違法性是非常微小的，顧不值得刑法處罰：「無可罰違法性」。例：【八厘煙草案】。
2. 相對輕微型：保全法益與侵害的法益相當，甚至大於侵害法益的情形；此時，若能具體的論述、衡量，而發現違法的部分相較之下非常輕微時，則論「無可罰違法性」。
 - (1) 其實，保全法益為何是非常曖昧的，因此必須在個案中做實質、具體的論述；尤其如憲法中的訓示規定，卻在實定法中沒有具體規定的情況。
 - (2) 當實定法上不給予人們行使憲法上的權利，人們為了這些理所當然的權利走上街頭、破壞了一些法益；當人們甚至是用自己的生命發出最後的吶喊、吐露出一點卑微的、應有的要求時，縱或破壞了實定法的規定，真的該以罪刑相繩？
 - (3) 此際，裁判者必須要有足夠的憲法論述能力，讓司法能夠公然譴責國家的怠惰、並開啟憲法能夠確實的超越實定法的契機。否則，裁判者充其量只是個強權的打手、自以為摘奸發伏、實現「正義」的酷吏爾爾。
 - (4) 案例：【關廠工人案】、【國道收費員事件】等等。
 - (5) 可惜的是，德派學者在國家主義、規範論的脈絡之下，是不承認此概念的。
3. 惟需注意：雖然「完全的阻卻違法（如法規、超法規阻卻違法事由）」與「不完全阻卻違法之可罰違法性（實質違法論）」的結論都是「不罰」，然而兩者必須要予以區別。
 - 前者已不具備違法性，故不可對其正當防衛；後者雖不值得處罰，但仍具備違法性（仍為不法侵害），故依然可以對其為正當防衛。

（三）緊急行為

1. 架構表

	概念	情狀	目的		手段	均衡	補償
正當防衛	正→不正	現在不法侵害	出於防衛	自他權利	必要	較鬆	民149
緊急避難	正→正	緊急危難	出於避難	自他生身財自	不得已	較嚴	民150

2. 概念

- (1) 正當防衛：正對不正→針對不法的侵害防衛。
- (2) 緊急避難：正對正→以非不法的對象來避難。
- (3) 案例：A 攻擊 B，B 把 C 拿來當肉盾，並回擊 A 的侵害。
 - B 對 A 是正當防衛，B 對 C 是緊急避難。

3. 情狀

(1) 正當防衛：現在不法侵害

1) 現在前

- a. 裝設玻璃圍牆、通電的鐵窗？對方侵入的當下為現在不法侵害。
→此時，前面裝設的行為為前行行為，後頭的不作為為正當防衛。
- b. 若預先對「潛在的不法侵害」攻擊，由於不法侵害尚未於現在發生，故不能論以正當防衛，而只能論攻擊型的緊急避難（下詳述）。

2) 現在後

- a. 【追緝竊賊案】：狀態犯的情形，在對方支配尚未穩定、行為人持續追索的狀態下，皆能論以現在。
- b. 然而，若時間相隔太久（如已經過了數日），則不能論以現在而主張正當防衛，惟仍可以主張超法規阻卻違法事由：民§151的「自救行為」，但要件較為嚴格。
- c. 【陽明山咬斷陰莖案】：現在時點已過，似不能繼續主張正當防衛。

3) 不法侵害

- a. 不法僅限於刑事不法，而不包括民事、行政不法。
 - (a) 若論民事不法亦可正當防衛，難道說債務不履行，如租約到期不搬走，房東即可侵入住居、強制搬離？這是不允許的。
→民事不法只有在自救行為時，才能論超法規阻卻違法。
 - (b) 若論行政不法亦可正當防衛，難道說違反交通規則時，其他人可以對其正當防衛？這會出問題的。
 - (c) 綜言之，不法僅限於刑事違法，而不包含民事、行政不法。
- b. 不法不要求構成要件該當、違法、有責，僅需于刑事違法即可。
 - (a) 是否可以對物防衛？
→通說認為必須構成要件完全該當才是不法，故否定之。
→李老師認為只要是違法、有法益侵害，縱然構成要件的主體有所欠缺，仍然可以主張正當防衛，故肯定對物防衛。
 - (b) 是否可以對無責任能力人防衛？
→通說，李老師的學說都不以具備責任能力為限，肯定之。
→惟有極少數學說認為要構成要件該當、違法、有責才是不法侵害，故否定對於精神病患、小孩子的正當防衛。
- c. 綜言之，老師認為只要是刑法上的不法侵害（違法）皆可正當防衛。

(2) 緊急避難：緊急危難。

1) 攻擊型：對於緊急危難的源頭為緊急避難行為。

→此時，會非常類似於正當防衛；例：【黑森林溫泉案】。

2) 防禦型：對於無辜的他人為緊急避難行為。

→例：火災時拿隔壁鄰居的高級蠶絲被來掩蓋火苗。

(3) 綜上可見，正當防衛中的「現在不法」概念會比緊急避難中的「緊急危難」概念更為狹隘；換言之，正當防衛的情狀較為嚴格、緊急避難的情況較為寬鬆，而這種差異會對應到「均衡」的標準，正當防衛較為寬鬆、緊急避難較為嚴格。

(4) 另需注意，對於正當防衛的行為，不可再為正當防衛、緊急避難；否則，在弱肉強食的情況下，勝利的永遠是強者。

4. 目的

(1) 出於？

- 1) 通說認為正當防衛、緊急避難時，行為人必須要有防衛意思、避難意思，否則不能成立正當防衛、緊急避難。
- 2) 李師認為若客觀上有正當防衛、緊急避難的情事，即可阻卻違法。
→蓋違法論的基礎在於優越利益衡量，在客觀主義下，理應只論行為在客觀上「有無正當防衛、緊急避難的傾向即可，不己行為人有無正當防衛、緊急避難之意思為必要」，否則，即是懲罰行為人的主觀而已。
- 3) 亦即，李師認為「偶然防衛、偶然避難」即為「正當防衛、緊急避難」，可以阻卻違法。如【擦槍走火案】、【閃車撞人案】。
- 4) 補充：誤想防衛、避難則是責任的問題，論過失犯；如【報紙西瓜案】。

(2) 自他？

- 1) 德國條文規定：自己與親密關係之人。
- 2) 我國條文規定：自他。
 - a. 我國沒有德國的規定，故對於人並無限定。
→惟需注意，若是為了毫無關係的他人正當防衛、緊急避難時，「均衡」的判斷就會較為嚴格；亦即，用均衡來把關。
 - b. 問題一：國家、社會是否為「他人」？→理論上否定之。
 - c. 問題二：法人是否為「他人」？→理論上肯定之。

(3) 正當防衛：權利→刑法上所保障的權利。

(4) 緊急避難：生命、身體、財產、自由→不包含名譽、隱私等。

5. 手段

- (1) 正當防衛：使用「必要」的手段，即符合正當防衛的要求；蓋此時是正與不正的對抗，故標準較為寬鬆。
- (2) 緊急避難：必須是以「不得已」的手段才能為之；亦即，手段必須是「已經退無可退，為最後手段性（補充性）」時，才能符合緊急避難的規定。
→另需注意，最後手段性為緊急避難的成立要件，若非最後手段則不成立緊急避難，故亦無過當的問題；換言之，只有在符合最後手段性時，才會論是否過當。

6. 均衡：在正當防衛時較為寬鬆，緊急避難時較為嚴格。

(1) 防衛過當、避難過剩時，得減輕或免除其刑。

→比較：正當行為無過當的規定。因為法律認為正當行為時，並不會如緊急行為一般有「影響行為人心理狀態的緊急情狀」存在，而是有規範、常規可循的；因此若有過當的情況，則不阻卻違法，故條文中無過當之規定。

(2) 生命與生命之間，是否能論均衡？

- 1) 正當防衛：均衡較為寬鬆，基本上沒有問題。
- 2) 緊急避難：嚴格衡量下，必然過當；此時，多只能在責任中論減免或阻卻責任（期待可能性的問題）；例：【鐵達尼號案】、【飛機失事案】。

(3) 注意緊急避難§24II的規定：有義務面對危難者，不得主張緊急避難。

→例如：警察不可以拿老百姓來擋子彈。

7. 補償：若防衛、避難過當時，若有補償原則（民事賠償）的適用，則仍可論以均衡。

→問題點：民§150的規定不當，逼得緊急避難（尤其是防禦型）的均衡性更加嚴格。

(四) 正當行為

1. 依法令之行為

課程助教 陳昭德

(1) 公法上的權利行為（職務行為）

→例如：刑事訴訟法中，逮捕現行犯的規定。實務的操作非常浮濫，只要目的符合，就算手段、均衡有問題，幾乎都論可以阻卻違法。

(2) 211但書的問題：「明知命令違法者，不在此限」？

1) 但書的規定在李老師的學說下，似乎會產生問題：解釋上，似乎是論因為行為人明知命令違法，就不阻卻違法？在違法的判斷中加入主觀的要件？

2) 其實並非如此，解釋上應認為：「命令違法者，則不阻卻違法。惟依照但書的反面解釋，行為人若非明知，可以阻卻責任（不罰）；反之，若行為人明知，則不阻卻責任，仍要處罰。」，整理如下：

a. 命令不違法→阻卻違法。

b. 命令違法，但行為人非明知→不阻卻違法，惟阻卻責任。

c. 命令違法，而行為人明知→不阻卻違法，亦不阻卻責任，要處罰。

3) 綜言之，在老師的解釋下，但書的規定並非在違法論中加入主觀的要素，蓋違法論是客觀利益衡量之判斷，故後段實係阻卻責任之規定。

(3) 私法上的權利行為（權利行為）

1) 親權行為

a. 目的：為了孩子的健全成長。

b. 手段：界限上非常曖昧不清。

→在現行法規中，似乎只能從「反面」加以限縮，當親權行為達到違反「兒童及少年福利與權益保障法」時，手段上必然有問題，因而不阻卻違法。然而，在沒有逾越上開法律的情形下，是否仍有不阻卻違法的情形？理論與實務上似乎皆沒有定見、有待發展。

c. 均衡：判斷上亦有待發展。

→利益的衡量，為了兒童的最佳利益而侵害其利益；惟需注意，兒童的最佳利益指的是現在的最佳利益，而非將來的最佳利益。而判斷的標準為何，期待未來整合相關學門的發展。

2) 教師管教行為

a. 目的：教育

→教育是私法上的行為，只是有公法加以控制，故管教行為為「私法上的權利行為（在私法關係上之依法令之行為）」；申言之，教育並非公權力的行使，教師與學生的關係仍應為私法關係，否則無異是謂教育的本質在於為國家塑造出「國家『想要』的人：誠實簡樸迅速確實的『好』國民」，這似乎令人難以苟同。

b. 手段、均衡？

然而，就如同親權行為一樣，教師的管教行為在「手段、均衡」上，仍然是沒有明確的界限。過去，莊國榮在教育部服務時，訂出出教師管教辦法，在一定的範圍內作出消極、反面的規定；然而，在該管教辦法未處理的範圍外，仍然是模糊不清、沒有標準的。

3) 綜上可見，不論是親權行為、教師的管教行為，在發展上仍然有非常大的空間；然而要注意的是，在前者會有法不入家庭的緩和空間，但後者卻是非常容易曝光的，要如何處理這些問題，似有待學者及實務家努力。

2. 業務正當行為

(1) 「業務正當」與「正當業務」？

- 1) 「業務正當」與「正當業務」的概念是不同的；「正當業務」為所謂「業務權」的概念：認為只要是正當的業務，刑法就不能介入加以處理，必須要全面的除罪化。這種無視法益保護的舊時觀點是否可採，令人質疑。
- 2) 「業務正當行為」的概念在於：「業種中的正當行為」，各個業種中會有其規範，若行為人符合其業種之規範，縱然產生刑法的結果，刑法亦尊重該業種下的規範而不處罰、阻卻違法。
- 3) 而「業務正當行為」阻卻違法與否，則需視該行為是否符合「目的、手段、均衡」的原則；以下以三種案型舉例說明。

(2) 案型一：律師【庭外辯護案】

- 1) 目的：為當事人辯護。
- 2) 手段：在武器不平等的情況下，在庭外指摘他人為真正犯人，是符合的。
- 3) 均衡：當判決書出來、甚至有民事損害賠償（補償）時，亦可達成。
- 4) 故基本上老師認為本案中律師能阻卻違法。

(3) 案型二：記者

1) 【Nokia事件】

- a. 目的：滿足人民知的權利。
- b. 手段：情交是否符合手段的要求？
 - (a) 日本判決認為用性交的手段，是骯髒的；故不符合手段的要求，成立犯罪。
 - (b) 李老師認為，手段只要與目的具備明確的關聯性（如本案中是公務員要求），且有具體的效果、並非過度時，則是沒有問題的。況且，本案是雙方合意的性交，之所以被非難只因為道德評價的問題，故手段上是沒有問題的。
 - (c) 旁論：我們非難的不是此手段，而是「沒有關係的性」。
- c. 均衡：人民之的權利，應大於官爺兒們炒地皮的利益。
- d. 綜上，記者的行為可以阻卻違法，不成立犯罪；惟需注意，阻卻違法是「一身專屬」的，並不會連帶，故公務員仍然成立洩密罪。
- e. 補充：「秘密」的概念？

2) 【嘿嘿嘿事件】

- a. 誹謗罪：
 - (a) 事關公益：有確認為真者，不成立犯罪；假者成立犯罪。
 - (b) 事關私德：不論真假，皆成立犯罪。
 - (c) 參大法官釋字509號。
- b. 目的：滿足人民知的權利。
- c. 手段：事關公益，而行為人主張有確認為真，但是「確認為真的來源是不可以公佈」的，蓋此為記者之業務正當行為。
 - 此手段是否符合？在邏輯上是有問題的。
 - 理論上，記者必須要證明自己有求證才行，故必須要向法院說明消息來源。而本案行為人主張不用公佈消息來源是業務正當行為，這會導致「所有的記者都不用說明自己有求證、因為都是業務正當行為」

的弔詭結論，會使得記者根本不可能成立誹謗罪。

→故手段不符合，不成立業務正當行為。

- d. 其實在本案中，該記者根本就沒有證據說明自己所說為真，因此想要愚弄法官提出此抗辯；惟法官不採，認定成立犯罪。

(4) 案型三：醫師

1) 目的：減輕痛苦，增長壽命或維持生命。

a. 小針美容？→肯定為醫療行為。

b. 變性手術？→理應肯定之，惟在我國否定之。

c. 人體實驗？→非醫療行為，應另外立法規範。

2) 手段：符合醫療常規。

→醫療行為有其風險，而醫療常規已經將該風險納入，故縱或產生失敗的結果，只要在醫療常規內為醫療行為，在手段上仍然是沒有問題的。

→實務上，多會鑑定是否符合醫療常規，當過不了關時則不阻卻違法。

3) 均衡：患者真摯的同意。

→醫療行為侵害利益與保全利益「同歸」於患者身上，因此是否均衡取決於「患者真摯的同意」；換言之，醫生把資訊提供給患者，而患者在考量所有情事後，作出決定：同意醫療行為。此時，即符合均衡。

(5) 擬制的同意

1) 當患者無法做出同意時，將他人的同意擬制為患者的同意。

→注意，擬制的同意「視為」患者的同意，是不能事後推翻的。

2) 此時，得為擬制同意人必須與患者有一定的親密關係，蓋此時才能考量足夠的資訊，進而擬制為患者的同意。惟實務上，對於得為擬制同意的他人的論述與認定上，是沒有論證基礎且非常浮濫的。

3) 補充：【耶和華見證人案】

→父母的同意真能擬制？小孩子是否有如此強的宗教信仰？

(五) 被害人同意

1. 被害人同意的概念：

指「被害人同意放棄自己的法益」，亦即「利益歸零」的情況，為「超法規阻卻違法事由」之一；換言之，當被害人同意時，行為人得以阻卻違法。

2. 被害人同意的範圍：

(1) 國家、社會法益對被害人來說，是不得也無法同意放棄的。

(2) 重大的身體法益（重傷）、生命法益（死亡）是不可以同意放棄的，只有其他的身體法益（輕傷）、自由、財產、名譽等才能同意放棄。

3. 被害人同意的前提：

必須是在意思自由、沒有受到壓迫且有同意之能力的情況下才能為之；故受強暴脅迫者、精神障礙者、無智識與判斷能力的小朋友等人的同意，可能是無效的。

4. 被害人同意的錯誤：

當被害人因為接受到錯誤的訊息而做出同意，此時該同意是否有效？在理論上我們可以區別三種錯誤的情況觀之。

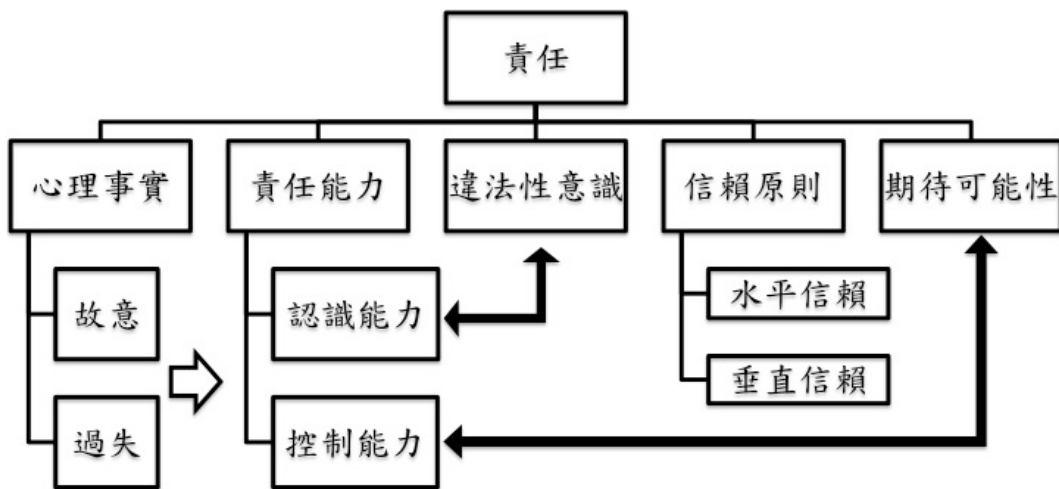
(1) 法益錯誤：同意於「保護法益之內容本身」有所錯誤。

→【真品贗品案】、【神棍治病案】、【騙人上吊案】

(2) 法益關係錯誤：同意於「保護法益有重大關係之事項」有所錯誤。

- 1) 人身：
 - a. 對象：【波波醫生案】、【男友掉包案】
 - b. 方法：【線鋸割指案】
 - 2) 財產：交換目的
 - 3) 緊急行為之情狀
 - (3) 動機錯誤：同意於「動機上」有所錯誤。
 - 人身：【漢江勇樣案】、【金龜子事件】、【血牛騙人案】
 - 財產：【十八金釵案】、【送七粒事件】、【蘇爺A書案】
5. 因「法益錯誤、法益關係錯誤」的同意「無效」；而因「動機錯誤」的同意仍「有效」。

三、責任論



(一) 心理事實

1. 故意與過失

(1) 概念表

直接故意	知	欲
間接故意	知	縱或發生亦不違反本意
有認識過失	知	確信其不會發生
無認識過失	不知	無欲

(2) 故意的變化型態：知的不確定

- 1) 概括故意：在數量的部分是不確知的，但仍是故意。ex. 一顆炸彈案
- 2) 擇一故意：在對象的部分是不確知的，但仍是故意。ex. 一杯毒酒案
- 3) 附條件故意：知與欲皆不確定，並非故意的型態。ex. 自製狼牙棒事件

(3) 過失的判斷

- 1) 客觀預見可能性：「應注意」
 - 客觀上是否有「預見義務」以及「結果迴避義務」。
- 2) 主觀預見可能性：「能注意而未注意」→ 能力區分說。
 - a. 規範標準：行為人是否緊張（盡注意義務），若否則具備過失。

- b. 個人標準：行為人緊張後，是否有足夠能力避免結果發生。
→若不足，則論無過失；若足夠，則論過失。

(4) 間接故意與有認識過失的區別？

- 1) 有論者認為太難區別，因此毋需區別→質疑：我國條文明文規定？
- 2) 有論者認為以「知」的多寡來區別，然而亦無法解決問題。
- 3) 李師：動機說
→論行為人是否形成「反對動機」，當有反對動機而仍為行為時，即表示行為人的「犯罪動機壓過反對動機」，論以間接故意。
→此時，在主觀上必須去看「行為人是否當真：反對動機的形塑」；而在客觀上則要「找出證據、情狀」來證明行為人的主觀，如煞車痕。然而，此學說仍不穩定，尚有發展的空間。

2. 錯誤論

- (1) 錯誤的意義：錯誤指「行為人的認知」與「實際上發生的事實」有所不同（即有所錯誤）的情況，此時的重點在於：是否因為錯誤而阻卻行為人的故意。
- (2) 抽象事實錯誤：行為人於「抽象的法規事實間」之認識有所錯誤；亦即，行為人的「認識的事實」與「實際發生的事實」分屬於不同構成要件（即不同的抽象法規），亦稱為「不等價」的錯誤。
 - 1) 學說的採取：法定符合說。
 - 2) 客體錯誤：在「同一客體」間，於所認識之「客體內容」有所錯誤。
 - a. 範例：甲厭惡鄰居的馬，一日看見黑影以為是該馬而朝其開槍，沒想到是鄰居，造成鄰居的死亡的結果。
 - b. 上例即為「同一客體中，於客體內容」有「抽象的事實：人（生命）與動物（物）」之錯誤；此時，學說採取「法定符合說」，在「同一法定構成要件下，不阻卻故意；反之，則阻卻故意」。
 - c. 結論：採取法定符合說，鄰居與馬非屬同一構成要件，因此甲在「同一構成要件下：物，不阻卻故意（毀損罪）；於不同構成要件下：生命，阻卻故意（過失致死罪）」。
→最後論以毀損未遂（無罪）、過失致人於死（代個案判斷過失）。
 - d. 概念整理（注意，未遂還必須判斷型態）

	打死人	打死馬
想殺人	殺人既遂	殺人未遂、過失毀損
想殺馬	毀損未遂、過失致死	毀損既遂

- 3) 打擊錯誤：在「複數客體」間，於所認識之「客體本身」有所錯誤。
 - a. 範例：甲看到仇人乙牽著馬在街上行走，朝乙開槍，未料誤擊中馬。
 - b. 上例即為「複數客體間，對於客體本身」有「抽象的事實：人（生命）與動物（物）」之錯誤；此時，學說採取「法定符合說」，在「同一法定構成要件下，不阻卻故意；反之，則阻卻故意」。
 - c. 結論：人與馬非屬同一構成要件，因此甲在「同一構成要件下：殺人罪，不阻卻故意；不同構成要件下：毀損罪，阻卻故意」。
→最後論以殺人未遂、過失毀損罪（無罪）。
 - d. 概念整理（此時的未遂多為障礙未遂）

	打死人	打死馬
想殺人	殺人既遂	殺人未遂、過失毀損
想殺馬	毀損未遂、過失致死	毀損既遂

(3) 具體事實錯誤：行為人在「同一具體的法規事實內」之認識有所錯誤；亦即，行為人的「認識的事實」與「實際發生的事實」雖分屬於同一構成要件，但行為人對於其具體內涵之認識有所錯誤，亦稱為「等價」的錯誤。

- 1) 學說的採取：具體法定符合說。
- 2) 客體錯誤：在「同一客體」間，於所認識之「客體內容」有所錯誤。
 - a. 範例：甲以為A是邦伯朝其開槍，沒想到A是刀仔。
 - b. 上例即為「同一客體中，於客體內容」有「具體的事實」之錯誤；此時，學說採取「具體法定符合說」，在「法定構成要件下所認識的具體對象中，不阻卻故意」。
 - c. 結論：邦伯與刀仔屬於「同一具體的構成要件」，同樣是屬於甲想要殺死的「那個人」之範疇，不阻卻故意，甲對刀仔成立殺人既遂罪。
- 3) 打擊錯誤：在「複數客體」間，於所認識之「客體本身」有所錯誤。
 - a. 範例：甲想要對邦伯開槍，沒想到打中刀仔。
 - b. 上例即為「複數客體間，對於客體本身」有「具體的事實」之錯誤；此時，學說採取「具體法定符合說」，在「法定構成要件下所認識的具體對象中，不阻卻故意；而對於非具體對象，則論以過失」。
 - c. 結論：甲對邦伯（具體的那個人）成立殺人未遂罪，對於刀仔則成立過失致死罪（非具體的那個人）。

4) 概念整理

	誤認乙是甲，殺死乙	誤擊甲身旁的乙，乙死亡
想殺甲	對乙殺人既遂	對甲殺人未遂、對乙過失致死（有不同見解）

(4) 因果歷程錯誤：對與因果關係的認識有所錯誤。

- 1) 一般類型的因果關係錯誤：【推落橋墩案】、【極地殺人案】
- 2) 過早實現的犯罪：【撒油點菸案】→阻卻故意，論預備放火+失火罪。
- 3) 過晚實現的犯罪：【海岸棄屍案】→韋伯的概括故意，不阻卻故意。

(5) 阻卻違法事實錯誤：誤想防衛、誤想避難→阻卻故意，論以過失犯。

(二) 責任能力：認識能力、控制能力的問題

1. 啞啞人：

- (1) 刑法§20：「啞啞人之行為，得減輕其刑。」
- (2) 概念：認識能力的不足，減輕責任。

2. 年齡

- (1) 刑法§18：「未滿十四歲人之行為，不罰。十四歲以上未滿十八歲人之行為，得減輕其刑。滿八十歲人之行為，得減輕其刑。」
- (2) 概念：認識能力、控制能力的不足，減輕責任。

3. 精神障礙：精神病（刑法§19I、II）

- (1) 生物學要素：病名→交由醫生來判斷。

(2) 心理要素：認識能力、控制能力的判斷。

(3) 理論上，後者是規範性的責任能力判斷，因此裁判者應該為判斷、且要有能力判斷才是，惟我國裁判者似乎沒有，而將責任丟給醫生。

4. 心智缺陷（刑法§19I、II）

(1) 並不只是IQ的問題，而是是否能自理生活的問題。

(2) 如智能障礙、老人失智等等；目前實務上仍無法解決此問題。

5. 原因自由行為（刑§19III）

(1) 同時性原則的要求下，行為時必須具備責任能力。

(2) 若行為人行為時不具備責任能力，然而，如果「該責任能力的不具備是因為行為人先前因故意、過失的行為所導致」時，視為行為人行為時有責任能力。

(3) 亦即，把先前原因自由行為的責任能力，「借用」到無責任能力時，以填補無責任能力時的責任能力；此即學說上所謂的「例外模式」。

(4) 問題點：心理事實能被借用？因此，李老師採取構成要件模式處理此問題。
→在原因行為、結果行為間，若能拉起因果關聯、責任關聯，則可視為同一個實行行為來處理，此時就能解決沒有心理事實、責任能力的問題。

（三）違法性意識（刑§16）

1. 認識能力出問題，而導致行為人無違法性意識時，免除或減輕刑事責任。

2. 此即學說上所稱「法律錯誤」：行為人對於法律評價之認識有所錯誤。

→此時，必須是有正當理由且無法避免時，才能免除刑事責任。

（四）信賴原則：超法規阻卻責任事由

1. 水平信賴：如因過失而發生交通事故，但行為人信賴他人會遵守交通規則，阻卻責任。

2. 垂直信賴：上下級間的信賴關係，如電器手術刀事件。

3. 惟此原則在國內甚少使用，實務多將信賴原則於無過失混雜在一起論述。

（五）期待可能性：超法規阻卻責任事由

1. 控制能力的問題：邪惡的人，必然會有悲哀的故事；許多事情是刑法無法處理的，故李老師承認此超法規阻卻責任事由，語言的餘白，為裁判者留下一個無語的判斷空間。

2. 思考：瘋馬事件、原住民擁槍、太陽花、香港佔中、清大殺手、湯英伸事件等。

參、共犯論概要

（一）概說

1. 條文規定：刑法第28~31條。
2. 共同犯罪之理論
 - (1) 限縮正犯概念，擴張處罰事由→我國採取之。
 - (2) 擴張正犯概念，限縮處罰事由→不適用於我國刑法。
3. 擴張處罰的理論依據
 - (1) 犯罪共同體說：論因為共同犯罪的行為人與單獨正犯間有「犯意聯絡」，因此擴張處罰；李師不採取此種用主觀來擴張處罰的理論。
 - (2) 行為共同說：論共同犯罪行為人與單獨正犯間「客觀上，行為互相牽扯」，因而擴張處罰；惟此時必須要找到合理化此種處罰的「理由」以及「條件」。

（二）處罰的理由：具備怎樣的基礎才能處罰？

1. 修正惹起說：「心理因果」與「物理因果」。
2. 必須具備兩者時，才能論共同正犯、教唆犯、幫助犯；而其中以物理因果為關鍵。

（三）處罰的條件：要符合怎樣的條件才能處罰？有從屬、獨立性的問題。

1. 實行從屬：「構成要件之實行行為之歷程中」，到哪個時點才可從屬的問題。
2. 要件從屬：「構成要件該當、違法、有責的判斷中」，到何階段才可從屬的問題。
3. 罪名從屬：「共同犯罪的罪名」，是否從屬於單獨正犯的問題。

（四）共謀共同正犯

1. 大法官釋字109號擴張了共同正犯的處罰；為犯罪共同體、犯意聯絡概念的餘毒。
2. 為了避免此種極度擴張、甚至有違罪刑法定主義的解釋，李老師採取如下解釋：
 - (1) 擴張實行行為的概念，必須找到前面有「客觀之謀議行為」：廣義相當性。
 - (2) 謀議行為對於整個實行行為的過程中，要有持續性的心理因果、物理因果。
3. 當具備上述的情事時，才能論以共謀共同正犯。

（五）間接正犯

1. 李老師不承認間接正犯，蓋這有違罪刑法定主義。
2. 在構成要件中不談主觀、採取構成要件該當、違法的要件從屬說時，不會有處罰漏洞。

（六）必要共犯

1. 聚眾犯
 - (1) 必要共犯其實都是實行正犯，是沒有被整合到刑總的「多數人正犯」的概念。
 - (2) 例如§149聚眾騷擾罪，首謀、下手實施之人、在場助勢者皆為實行正犯；而對於這些實行正犯，仍有任意共犯附麗的餘地（除共同正犯以外，亦即教唆犯、幫助犯）。
2. 對向犯
 - (1) 如§121貪瀆罪；§235妨害化罪。共犯間的行為對向的（方向相對）。
 - (2) 若對向的一方不處罰，通常考量有三：對向的一方為被害人、可罰違法性低、刑事政策（期待可能性的問題）。