

## 故意既遂犯的構成要件該當性

編目：刑法



主筆人：易台大 碩士、律師資格

易台大老師授課以講義內容為準，輔以上課補充筆記整理，可以更精確地簡化刑法體系；老師也很歡迎有問題的同学於課後留下來討論，也歡迎寫考古題給老師批改！

◎最新課程請點閱高點法律網 [lawyer.get.com.tw](http://lawyer.get.com.tw)

### 壹、客觀構成要件該當性

客觀構成要件該當性係「客觀事實是否滿足作為判斷標準的法條？」之審查，若完全滿足則「該當（＝既遂）」，沒有完全滿足則「不該當（＝非既遂）」。構成要件雖有五大要素之別，但真正核心的要素是「構成要件行為」以及「構成要件結果歸責」，前者屬於所有犯罪的必備要素，後者乃結果犯需要額外審查的要素。以下便僅針對這兩部分深入討論(註 1)。

#### 一、構成要件行為

由於**定式犯罪**的構成要件行為已被法條描述得相對清楚，因此僅須檢驗客觀事實是否與法條描述相互一致即可，舉竊盜罪 (§320 I) 的「竊取行為」為例，只要客觀上符合「未經同意而破壞他人對動產的持有，並建立屬於自己的持有」之意義，便直接該當竊取行為。然而**不定式犯罪**卻沒這麼簡單（典型如殺人罪的殺人行為），畢竟其行為輪廓較為模糊，必須額外藉助「**製造實現該罪所不容許的風險**」來加以掌握，只有製造實現殺人罪死亡風險的行為，才是殺人行為(註 2)。

(一)風險降低行為：當行為人並未提高特定後果發生的風險，而是降低這個風險時，顯然並未製造任何風險，也不會該當構成要件行為。

甲見乙持棍棒朝丙的頭部揮擊，為了避免丙受死亡威脅，趕緊推乙一把，造成棍棒偏離而落在丙的手臂上，僅造成輕傷結果。

→就棍棒敲擊原本所要造成的風險而言，甲是使同一風險由死亡降低為傷



高點律師司法官班 <http://lawyer.get.com.tw/>

北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586(代表號)

害，評價上並未製造風險，不該當傷害行為。

甲見到乙持棍棒朝丙的頭部揮擊，為了避免丙受死亡威脅，趕緊推丙一把造成乙棍棒揮空，但丙也跌了一個狗吃屎造成手臂輕傷。

→甲創造新的傷害風險來取代原有的死亡風險，這是兩個迥然有異、互不相干的風險替代，與同一風險的降低行為截然不同。甲對丙依舊成立傷害罪，不過在違法性的層次可以討論緊急避難(註3)。

(二)僅製造日常風險之行為：日常風險是一般社會大眾所能接受的理性冒險，也可說是冒險的合理界線。由於許多活動有其社會必要性或社會有益性(例如：開車上路)，其重要程度在一定條件下(遵守行車規則)是被容許的，若行為僅製造日常風險，則不該當構成要件行為。至於判斷的標準是：若該行為所提供的利益大於所伴隨的風險，便是日常風險而不該當構成要件行為，反之則是構成要件行為。

甲覬覦叔父乙所擁有的龐大財產，突發奇想叫乙於雷雨天前往森林當中散步，希望乙遭雷擊斃命，便可單獨繼承乙的遺產。孰料願望成真，乙真的在森林中遭落雷擊斃。

→雷雨天在外受雷擊的機率大約是五十萬分之一，風險極其微小，故甲的行為僅製造日常風險，不該當殺人行為(註4)。

甲希望乙因為遊樂設施事故而死亡，因此購買一張遊樂園的門票送乙，並且極力慫恿乙搭乘招牌大怒神，結果乙果真前去，也不幸在搭乘大怒神時因器械故障而墜地身亡。倘若甲為該遊樂園的器械保養師，早知悉大怒神的細部零件已有金屬疲勞現象，於是計畫讓乙在金屬疲勞臨界當天搭乘大怒神，果不其然使乙發生意外死亡。前後兩例有何區別？

→遊樂設施故障是日常活動中所存在的一般性風險，縱然遊客因此身亡，但在機率上亦為少數，甲僅製造日常風險，不該當殺人行為。惟若甲事先知悉該遊樂設施已臨近金屬疲勞的邊緣，此優越事實必須納入判斷背景，形成「甲促使乙搭乘已嚴重金屬疲勞的大怒神」，追求刺激的利益未大於所伴隨的死亡風險，該當殺人行為。

甲開車在十字路口處等紅燈，待燈號轉綠後驅車直行，橫向車道卻突然有乙駕車闖紅燈，甲車與乙車在十字路口中間發生碰撞，乙受到輕傷，甲則幸運毫髮無傷。試問對乙的受傷而言，甲有無傷害行為？



→如果帶有風險的特定活動對社會有益且必要，通常會有刑法典外的具體規則存在，用以設定從事該行為的條件，例如行車規則、建築規則、醫療規則等等。當行為不違反具體規則，原則上只製造日常風險而不該當構成要件行為。

1.甲紅燈停、綠燈行，完全符合行車規則，僅製造日常風險，不該當傷害行為。學說與實務更從這個案例發展出「**信賴原則**」，主張當行為人遵循具有社會共識的具體規則時，可合理的信賴他人也會遵循這個共同規則，據此信賴所為之行為僅製造日常風險。

2.不過信賴原則也有主張的極限，倘若行為人本身已經自我撕毀、踐踏具體規則在先，便再無理由信賴他人仍會遵循規則，緣此「**違反具體規則在先之人**」無法引用信賴原則。此外當「**行為人認識到違反具體規則之他人已無從迴避**」時，例如面對行步緩慢的老年人或馬路中拐到腳而跌坐在地之人，都不能以「紅燈停、綠燈行」為理由撞擊他人並主張信賴原則。

(三)僅製造他罪風險之行為：既然探討的是特定罪名的構成要件行為是否該當，當然必須製造「該罪」所不容許的風險。

甲用美工刀劃傷乙的手臂，孰料乙為血友病患者，竟然因此失血過多而死亡。試問就乙的死亡結果而言，甲應如何論處？倘若甲早已知情乙為血友病患者，結論有無不同？

→就傷害罪而言，甲當然有製造受傷風險的傷害行為，惟就殺人罪而言，究竟有無製造死亡風險的殺人行為呢？由於血友病患者極稀少，由事前擷取一般事實作背景，甲僅「用美工刀劃乙」不該當殺人行為。但當甲事先已知悉乙為血友病患者的情況下，此**優越事實**必須納入背景，形成「甲用美工刀劃傷患有血友病的乙」，該當殺人行為。

## 二、構成要件結果歸責

確認構成要件行為後，結果犯還須檢驗構成要件結果歸責，這是自事後角度擷取所有客觀事實來判斷。構成要件結果歸責的審查，可以依序區分成下面兩個子原則。

(一)事實因果審查：採取**條件理論**，亦即造成具體結果所有不可想像其不存在的每個行為，都是發生結果之必要條件（＝原因），若可以想像該條件不存在而結果卻仍會發生，則無因果關係。例如甲持槍射殺乙，若無「甲持槍射殺」之行為，現實上不會發生「乙失血過多死亡」此具體結果，故兩者



間具備因果關係(註 5)。

甲持槍射殺乙，子彈貫穿乙腹部，甲隨即離開現場。救護車急忙將乙送往醫院急救，在醫院急救中卻巧遇醫院失火，乙在院內因吸入過多濃煙而嗆死。

→若無「甲持槍射殺」之行爲，現實上乙將不會被救護車送往醫院而巧遇醫院失火，繼而發生「乙被濃煙嗆死」此具體結果，故兩者具備因果關係。學理上有將此情形稱作**間接因果關係**。

1 公克的毒可致人於死，甲、乙兩人在互不知情下各將 0.5 公克的毒加入丙的飲料中，丙飲用後一命嗚呼。

→此情形爲**累積因果關係**，指數個事實單獨不足以造成結果，然而共同發生效力時卻可以造成結果。若甲未下毒，則光乙之劑量無法達成死亡結果，故甲之行爲是死亡結果的必要條件，反之乙的行爲亦爲死亡結果的必要條件，甲、乙兩人均具備因果關係。

1. 「未發生的假設結果」不納入討論範圍：用以處理假設因果關係，亦即具體結果發生後，又有另一事實必然導致相同結果之情形。

乙於登機之前被甲所開槍射殺，但該機於起飛後旋即墜毀，且無人生還。嗣後經過調查證實，假設乙未被甲槍殺也必然在墜機意外中身亡。

→早期曾有認爲，縱使無甲的槍殺行爲，乙仍然會因墜機意外而死亡，故槍殺行爲並非死亡的必要條件，因而無因果關係。惟通說見解澄清，**未發生的假設結果自始不納入討論範疇**，墜機意外根本不在考慮之列，判斷的背景事實只有「甲開槍射殺乙並造成乙死亡」，當然有因果關係。

2. 被討論的結果是「實際發生的具體結果」：用以處理超越因果關係，亦即行爲已經開始作用，但有其他事件介入而單獨、迅速的造成結果。

甲在茶杯中下足量的毒物欲毒殺乙，然而乙於毒發之前，另一個與甲無犯意聯絡的丙卻馬上開槍將乙射殺。

→在此，必須先確認**實際發生的具體結果是「乙被槍殺死亡」**，與此具體結果相連的行爲是丙的開槍行爲（若無丙的開槍，不會發生乙被槍殺死亡的具體結果），故兩者有因果關係。若檢驗甲的下毒行爲，會發現縱



使甲沒有下毒，依然會發生乙被槍殺死亡的具體結果，故兩者無因果關係(註 6)。本案例俗稱**超越因果關係**。

3. 「擇一因果關係」是條件理論的唯一例外：擇一因果關係指兩個以上單獨足以造成結果之條件，共同發生效力。

1 公克的毒將致人於死，甲、乙兩人在互不知情下各將 2 公克的毒加入丙的飲料之中，丙飲用後一命嗚呼。

→此時用條件理論將生矛盾，因為若無甲之下毒，死亡結果仍然會發生，兩者無因果關係，反之乙的行為亦無因果關係，形成甲、乙都沒有因果關係的詭異結論。**通說認為擇一因果關係乃條件理論之例外**，例外地認定甲、乙的下毒行為均有因果關係。

(二)規範目的審查：被構成要件行為所連結發生的具體結果，必須是法規範欲避免之結果，因此必須詳加思考規範創設目的，並推究該規範所預設的結果為何。**若具體結果與預設結果相同**，便可通過審查(註 7)。

甲開車於十字路口處闖紅燈，過該十字路口後又續行 500 公尺，在沒有違反任何交通規則的情況下，撞傷了突然衝出的小孩。

→由於禁止闖紅燈的規範目的在於維持該十字路口的交通秩序，預設結果是十字路口的交通意外，並非是 500 公尺外的交通事故 (= 具體結果)，未實現構成要件結果歸責。

甲、乙兩位機車騎士在漆黑的道路上騎車，但都沒有依據交通規則點亮車頭燈，騎在前方的甲因為沒有開燈而與迎面的小客車對撞，甲受輕傷。嗣後法院調查得知，若騎在甲後的乙有開車頭燈的話，便可照明前方的甲，那麼車禍便絕對不會發生。試問：乙未開車頭燈行車之行為，是否對甲成立傷害罪？

→交通規則要求夜間行車必須點車頭燈，規範目的旨在照亮車前以確保自身安全，預設結果是發生於己的交通事故，而非照亮他人以避免他人發生交通事故之結果 (= 具體結果)，未實現構成要件結果歸責。

甲持槍射殺乙，子彈貫穿乙腹部後，甲心生悔悟而連忙驅車將乙送醫急救，想不到乙在醫院急救中卻巧遇醫院失火，乙因吸入過多濃煙而嗆死。

→若行為人已經**完全排除構成要件行為所製造的風險**，那麼該風險就不可能繼續發展並在具體結果中實現，因此該具體結果絕對不是法規範所預



設的結果，必然欠缺結果歸責(註 8)。

### 三、構成要件行為與構成要件結果歸責的特殊情形

(一)合法替代行為：原則上通過前述審查後，客觀構成要件便完全該當，但有一種極端例外情形仍會否定該當性，亦即當行為人「事實上」滿足前述要件，但「假設」行為人沒有構成要件行為時，相同的構成要件結果歸責卻**依舊必然發生**。由於不論行為人有無構成要件行為，後果都完全相同，基於「等等之、不等者不等之」的禁止差別對待法理，「評價上」應類同無構成要件行為看待，客觀構成要件不該當。

工廠主人甲將未經消毒的皮革交給女工乙加工製成毛筆，然而依據法律規定，該原料應先經過消毒程序始可交付。事後乙果真因該批皮革染菌身亡，然而法院鑑定後卻發現，縱使甲有經過消毒程序，依當時科技水準確定無法殺死該種細菌，乙的死亡結果仍然無從避免。

→甲違反法律規定交付未經消毒的皮革給乙，並在事實上導致乙染菌身亡的結果，該結果與規範目的所預設的結果相同。惟若依鑑定報告假設甲履行消毒程序，死亡結果卻依舊必然發生，基於禁止差別對待法理，評價上類同無構成要件行為，客觀構成要件不該當。

汽車駕駛人甲並未遵循交通法規，以過於接近的距離超越單車騎士乙，結果由於乙騎單車時的晃動，導致乙被捲入輪下而死亡。法院嗣後的鑑定報告指出，因為乙飲酒在先，倘若甲以合法的超車間距經過乙身旁，乙也「有可能」因過度的搖晃而命喪輪下。

→甲違反交通規則超車，並在事實上導致乙車禍死亡的結果，該結果與規範目的所預設的結果相同。惟若依鑑定報告假設甲保持合法間距，死亡結果仍然「**有可能會發生**」，此時是否應考慮合法替代行為發生爭議(註 9)。

1. **否定說 (= 風險升高說)**：案例類型既然與原始案例不同，便不考慮合法替代行為，僅就事實流程評價。甲事實上製造不容許風險 (= 風險升高) 又實現規範目的欲避免的結果，結論是客觀構成要件該當。

2. **肯定說 (= 罪疑唯輕說)**：當無法確認乙的死亡結果會否實現，應依據罪疑唯輕原則作有利甲的認定，亦即認定死亡結果依舊必然發生，基於禁止差別對待法理，評價上類同無構成要件行為，客觀構成要件不該當。

(二)被害人介入與第三人介入：先前談到的都是行為人以自身行為導致結果發



生的案例，不過還有一種「透過被害人或第三人居間的自主行為而引發結果」的特殊類型，分析如下(註 10)：

1.被害人介入—被害人自我負責原則：案例特徵在於透過被害人居間的自主行為，繼而引發自我侵害或自我危險行為。

雜貨店老闆甲販賣一把水果刀給顧客乙，孰料乙返家後竟然用該水果刀割腕自殺。試問甲應否對乙的死亡結果負加工自殺罪 (§275) 之責？

→甲是否該當構成要件行為，由事前角度觀察，倘若一般人均無法探知乙有自殺傾向，那麼雜貨店賣出的水果刀被用來自殺的風險極小，不該當構成要件行為。這類案例稱**自我侵害行為**，舉凡買繩自吊、買藥自盡均屬之。

毒販甲賣毒給毒蟲乙，結果乙自己吸食過量而暴斃身亡。試問甲應否對乙的死亡結果負殺人罪之責？

→甲是否該當構成要件行為，由事前角度觀察，倘若一般人均認同乙有理性決定能力，那麼吸食過量毒品而暴斃的風險極小，不該當構成要件行為。這類案例稱**自我危險行為**，行為人自始沒有自我侵害的意思，僅有自陷危險的心態（而且不想要危險真的實現）(註 11)。

2.第三人介入—第三人自我負責原則：案例特徵在於透過第三人居間的自主行為，繼而引發他人的法益侵害。

甲將烤肉用的起火裝置交給鄰居家的七歲幼童乙，請乙轉交給家內的大人。乙自行把玩該裝置時不慎誤觸開關，放火燒燬他人的書本。

→甲是否該當構成要件行為，由事前角度觀察，一般人均會認同幼童乙欠缺理性決定能力，誤觸點火裝置的風險極大，該當構成要件行為。該行為不可想像其不存在地實現法規範欲避免的毀棄結果，客觀構成要件該當。

## 貳、主觀構成要件該當性

### 一、一般主觀構成要件—構成要件故意

主觀構成要件該當性係「主觀想法是否滿足作為判斷標準的法條？」之審查，若完全滿足則「該當（=故意）」，沒有完全滿足則「不該當（=非故意）」。



- (一)結構上的要求—意欲要素必要說：故意乃行為人的心理事實狀態，也就是認知所有構成犯罪的事實，並有加以實現的意欲，因此故意在結構上係由「**認知+意欲**」所組成。
- (二)時點上的要求—同時性原則：又稱並存原則，指行為人在**行為時**必須認識犯罪事實發生的可能性，也就是犯罪事實與行為人之認識，必須在同一個時點上。至於行為前之故意與行為後之故意，在刑法上都沒有意義(註 12)。
- (三)內容上的要求—對應原則：主觀上的想像必須與客觀上所發生的事實，在內容上相互一致而可以對應，始足以建構故意。此外，通說認為刑法所稱的對應是一種規範評價，從來不要求像是鐘錶齒輪般的精確嵌合，而是概略、大致上的對應。因此必須排除某些**無關緊要的不一致**，而不影響對應的判斷。

甲持槍對乙擊發，料想子彈將穿過乙的頭顱而殺死乙，結果子彈卻是命中乙的心臟。

→客觀構成要件該當並無疑問(甲開槍命中乙的心臟殺死乙)，有疑問的是主觀故意對應的檢驗。相互對照後發現，客觀上命中心臟與主觀上命中頭顱雖不一致，但此乃**無關緊要的不一致**，因為都是開槍的可能後果，甲有殺人故意。

甲以溺殺乙之目的，將不會游泳的乙自高橋上推落河中，但乙卻因先碰觸橋墩而死亡。

→客觀構成要件該當並無疑問(甲將乙自高橋推落而令乙摔死)，有疑問的是主觀故意對應的檢驗。相互對照後發現，客觀上摔死與主觀上溺死雖不一致，但此乃**無關緊要的不一致**，因為都是自高橋推落的可能後果，甲有殺人故意。

#### (四)故意的類型

- 1.直接故意與間接故意：§13 I 所稱「行為人對於構成犯罪之事實，明知並有意使其發生者，為故意」乃是較強烈的直接故意，包含認知(明知)與意欲(有意)兩個成分(註 13)。§13 II 所稱「行為人對於構成犯罪之事實，預見其發生而其發生並不違背其本意者，以故意論」乃是較緩和的間接故意(=未必故意、容任故意)，也包含認知(預見)與意欲(不違背其本意)兩個成分(註 14)。
- 2.擇一故意與累積故意：擇一故意指行為人主觀上針對兩個以上的構成要件





件，**認識到只能實現其中之一**，但不確定會是哪一個的情形(註 15)。鑑於行為人對所有構成要件均具有故意且著手實行，自然應對未實現的部份論以未遂。累積故意指行為人主觀上針對兩個以上的構成要件，**認識到均可實現**的情形(註 16)。此時行為人對於所有構成要件的實現均具有故意且著手實行，均應加以論罪。

## 二、特殊主觀構成要件—構成要件意圖

除一般主觀構成要件外，有些特別的犯罪還多出「意圖」這個主觀構成要件要素。所謂意圖，是與客觀構成要件**不對稱的主觀面**，也就是超出客觀構成要件的內在想法，在客觀上毋庸考慮是否實現。而需要附加意圖才能成立的犯罪類型，則稱為**意圖犯**。刑法分則較著名的構成要件意圖有下列數個：

- (一)所有意圖(財產犯罪，如§320的竊盜罪)：指行為人對於所竊取之物或是該物所內含之價值，有以所有人自居的心理狀態。
- (二)散布於眾意圖(誹謗罪，§310)：指分散傳布於不特定人或多數人之目的，但不需要達到眾所周知的程度。需要注意的是，該意圖僅涉及散布於眾，至於實際上是否真有散布於眾，並不影響意圖之判斷。
- (三)行使意圖(文書犯罪，§195的偽造貨幣罪)：行為人主觀上有將偽造之貨幣在交易市場流通的想法。這種供行使之用的意圖，將法益侵害的危險性完全顯現出來，而有處罰的必要。
- (四)供人觀覽意圖(公然猥褻罪，§234)：行為人主觀上有被其他人觀覽的想法，立法上是為了限縮本罪的處罰範圍，但學者們認為不如規定「騷擾他人意圖」更恰當。

## 三、不純正不作為犯的構成要件該當性

### (一)客觀構成要件該當性

1.調整行為主體—保證人：保證人是**具有保證地位的人**，而保證地位是一種事實狀態，乃發生作為義務的原因。至於保證地位的類型，學說採取**功能理論**，由法益保護的實質觀點切入觀察，將保證人地位區分為負擔保護義務的**保護者保證**以及承擔監督義務的**監督者保證**。

(1)保護者保證：行為人對於特定法益，負有避免該法益遭受侵害之義務。

A.自然的連結關係：例如特定近親之間負有保護及教養義務，這種情形通常都有民事法的規範，例如民法§1084：「父母對於未成年之子女，有保護與教養的權利義務。」即父母對子女的保護者保證地位。

B.緊密的共同關係：指為達成特定目的而組成之彼此互助、互負危難排除義務之共同體，而形成特別信賴關係。可以包含同財共居者、



登山探險隊等等，惟須特別排除臨時性或犯罪性的團體。

C.事實上自願承擔：指具有事實上的承擔擔保行為，至於有無法律上的約定則在所不問。適用於褓母、救生員、醫護人員等等。

D.法人機關或公務員：這些人員在特定範圍內負有特殊保護義務，例如警察之於治安的維護，或消防員之於救災等等。

登山嚮導甲與登山客乙、丙在網路上約定，由甲帶領兩人攀登極度危險的頂峰峭壁。次日甲因為前一晚飲酒過量而不醒人事，並未依照約定前往會面地點，乙、丙兩人雖素昧平生，但基於對登山的喜好還是結伴出發。途中因為乙欠缺攀爬經驗，滑跤後跌落山谷昏迷，丙卻一心只想攻頂，遂不顧乙的死活離去。乙嗣後失血過多死亡，試問甲、丙是否應該負責？

→甲雖然與乙、丙約定好一同攀爬峭壁，是所謂彼此互助、互負危難排除義務之共同體，然而這個共同體的建構時點是開始進行危險行為時，套用本案例就是開始攀爬峭壁時。既然甲自始就沒有參與乙、丙的攀爬行動，便無由構成緊密共同關係而負有作為義務，故甲客觀構成要件不該當。但丙已經與乙進行危險行為，自不得棄乙不顧，依據緊密的共同關係負有作為義務，具備作為義務。

甲取得褓母執照後到乙家去應徵，並與乙談妥自明起開始照顧乙剛出生的小嬰兒丙，並且簽訂契約。簽約後乙因為要暫時外出購物，遂煩請甲稍稍代其照顧丙兩個小時，甲認為尚有空閒時間便欣然應允。乙外出後不久，甲突然想到與死黨有約，心想反正看護契約明天才生效，乃置丙不顧而去。孰料無人看顧的丙竟由床上翻落，頭部撞擊地面而死亡。

→是否自願承擔乃就事實層面觀察，與有無簽訂契約、有無法律上的約定無關。今甲既然應允幫乙照護丙兩小時，縱使在契約所簽訂的時點以外，仍然是事實上的自願承擔，甲負有照顧乙的作為義務。

(2)監督者保證：行為人對特定危險源，負有避免該危險源對外侵害之義務。

A.危險源監督：危險源可以分為「物之危險源」與「人之危險源」，前者如養狗的人要避免狗咬傷他人，後者如精神病患者的看護要避免病患攻擊他人。

B.場所管理者：場所管理者對於其場所中可能發生的法益侵害有防止



高點律師司法官班 <http://lawyer.get.com.tw/>

北市開封街一段2號8樓 • 02-23115586(代表號)

義務，例如酒吧的老闆對於自己酒吧內的秩序負有管理的義務。這是基於一般人皆信賴管理者會控制場所內秩序，若不具備此等信賴關係便無此保證地位，例如屋主對於侵入屋內而受傷的竊賊。

C.商品製造者：商品製造者對於其所製造的商品負有防止法益侵害的義務，例如藥商必須回收有問題的藥品、汽車製造商必須召回煞車失靈的問題車。

D.危險前行為：§15 II 規定：「因自己行為致有發生犯罪結果之危險者，負防止其發生之義務。」乃危險前行為建構作為義務的明文，通說更認為並非任何危險前行為均足以形成後續的作為義務，毋寧只有具備義務違反性的危險前行為才會形成後續的作為義務。通說稱為「**違背義務的危險前行為理論**」。

甲在暗巷中見到仇人乙持刀怒氣沖沖地朝自己走來，退無可退之下只好奪刀反擊，乙在搶奪過程中受傷而血流如注，甲雖知道若不送乙去醫院乙將會死亡，卻不予理會而自行離去，致使乙最終死亡。

→甲使用刀械刺傷乙雖是危險前行為，但卻可以主張正當防衛（§23）阻卻違法而不具義務違反性。依據違背義務的危險前行為理論，甲沒有積極救護乙的作為義務。

甲返家途中遭遇一隻兇猛野狗沿途追趕，恐有喪命之危，甲情急之下抓住路過之乙作掩蔽，野狗咬傷乙的腿後離去，甲雖知道若不送乙去醫院乙有可能會因為細菌感染而節肢，卻不予理會而自行離去，致使乙最終失去大腿。

→甲拿路過的乙作擋箭牌，致乙被野狗咬傷是危險前行為，且這個危險前行為可以主張緊急避難（§24）阻卻違法而不具義務違反性，惟倘若依據違背義務的危險前行為理論得出甲無防果義務的結論，將嚴重與人民的法感情相違，畢竟乙是被甲捲入危難的無辜第三人。因此在將危難轉嫁給無辜第三人的「**攻擊型避難**」，例外地承認甲依然有積極救護乙的作為義務。結論是：**攻擊型避難乃違背義務的危險前行為理論之唯一例外**。

2.調整行為—有作為可能性卻不為法所期待的作為

(1)「不作為」的審查：所謂法所期待的作為，是能夠盡可能迅速且確實防止構成要件該當的作為(註 17)。在審查這個要件時，只要看行為人



高點律師司法官班 <http://lawyer.get.com.tw/>

北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586(代表號)

事實上到底「有沒有」從事被要求的行為。

(2)「作為可能性」的審查：指由物理、現實的角度來看，具體個案中法規期待行為人的作為是否可能，例如保證人本身的生理缺陷或欠缺必要的能力、經驗、知識、工具等。

3.至於行為情狀、行為客體與構成要件結果歸責則依舊相同。

(二)主觀構成要件該當性：原理與作為犯相同。此外，若該犯罪有構成要件意圖的特殊主觀構成要件要素，也須具備。

(三)法律效果：當滿足不純正不作為犯的上述要件後，**不作為的構成要件該當性便會與作為的構成要件該當性等同評價**，這正是§15 I 明示：「對於犯罪結果之發生，法律上有防止之義務，能防止而不防止者，『與因積極行為發生結果者同』」之意義。

★易台大老師《刑法總則（圖說）》新書上市！

考前衝刺再搭配《考點式刑法一本通》完整實力！

線上試讀、優惠購買，請至高點網路書店 [publish.get.com.tw](http://publish.get.com.tw)



高點律師司法官班 <http://lawyer.get.com.tw/>

北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586(代表號)

## 【注釋】

- 註1：至於其他構成要件要素只不過在輔助說明構成要件行為罷了。例如行為主體可說是建構構成要件行為的前提要素（比如§121 I 收受賄賂罪的「公務員主體身分」，就是建構收賄行為的前提）；再如行為客體單純只是構成要件行為所影響、支配的對象（比如§271 I 殺人罪的「被害客體自然人」，就是殺人行為的對象）；又如行為情狀是對構成要件行為的外在時空限縮（比如§309 I 公然侮辱罪的「公然情狀」，就是侮辱行為所必須存在的時空環境）。
- 註2：這種判斷方式可以同時避免構成要件行為的「無限回溯」現象，例如甲分娩生乙，乙20年後竟槍殺丙，就丙的死亡而言，甲「分娩生乙」並非製造實現殺人罪死亡風險的殺人行為，不該當構成要件行為。
- 註3：由「風險降低不該當構成要件行為」與「風險替代依舊該當構成要件」相較，法規範傳達出的訊息是：同樣一個出於救援的動作，若陷被救援者於另一個風險之中，那麼還是要三思而後行。因為「降低」有機會將風險減少至零而絕對有益被害人，「替代」無論如何都存有另一額外風險，這個風險可能低於原風險、等於原風險、甚至高於原風險。例如甲見乙「在懸崖邊」正拿木棍想要打傷丙，甲於是推丙一把讓乙揮空，結果丙卻因而墜崖死亡……囧RZ。
- 註4：請注意，構成要件行為的判斷一律採取「事前說」，亦即自事前擷取一般認知（一般人對事實的認知）與優越事實（行為人優越於一般人所認知到的事實）作背景，判斷是否僅製造日常風險。本題並無任何優越事實存在（除非甲是雷神索爾……），所以擷取之背景是「甲叫乙於雷雨天前往森林中散步」，顯然僅製造日常風險。
- 註5：事實因果審查其實就是將行為與結果鎖定在同一條名為「因果關係」的鏈子上，大幅排除其他無關緊要的資訊，也可說是一種最低度關聯性的要求。
- 註6：若籠統、抽象地說結果是「乙死亡」，那麼沒有甲的下毒行為乙依舊「會（被槍殺）死亡」，沒有丙的開槍行為乙也依舊「會（被毒殺）死亡」，將會陷入兩者都沒有因果關係的窘境。
- 註7：通過事實因果審查所形成的因果關係鎖鏈，不能無限制地朝未來延伸，例如先前曾經提及的間接因果關係案例（甲持槍射殺乙，子彈貫穿乙腹部，甲隨即離開現場。救護車急忙將乙送往醫院急救，在醫院急救中卻巧遇醫院失火，乙在院內因吸入過多濃煙而嗆死），乙被濃煙嗆死的結果就不是法規範所預設、想掌握的結果，因此欠缺構成要件結果歸責。規範目的審查正是在避免這種結果被「無限延伸」的現象。
- 註8：類似案例如：甲曾經因為超速行車而撞斷乙的右腿，致使乙必須借助拐杖行走。某日乙在馬路上行走時，乙因為拐杖突然斷裂而跌倒，頭部撞擊水泥地導致顱內出血而死亡。由於乙之後所發生的跌倒死亡結果（＝具體結果）乃是一種「後發損害」，不在



預設結果範圍內，未實現構成要件結果歸責。

- 註9：因為合法替代行為的原始案例，乃是適用在假設行為人沒有構成要件行為時，相同的構成要件結果歸責「依舊必然發生（機率＝100%）」，本案例卻是「有可能會發生（機率≠100%）」，兩者顯有不同。
- 註10：這裡的討論，學理上有放在「回溯禁止原則」或「構成要件的效力範圍內」的招牌下進行。其實不管名詞為何，處理方針都是相同：檢驗「構成要件行為」與「構成要件結果歸責」。
- 註11：倘若將案例改成：甲持醫師所開立的處方籤至藥局拿藥，藥師乙並未遵照處方籤上的醫囑，提醒甲不能在從事劇烈運動前服用該藥，便將藥物交付給甲。甲在服用該藥後旋即進行馬拉松訓練，因而產生藥物副作用而死亡。由於藥師乙對藥物的副作用具有超出一般人的優越認知，故交付藥物卻未做任何說明，對甲而言便製造不容許的風險。
- 註12：例如：甲計畫好要用汽油放火燒死仇人乙，卻在驅車前往乙宅途中，過失撞死路過之乙（所謂事前故意）。或是：甲駕車時意外撞死行人，下車察看後才發現原來是多年來的欲殺之而後快的仇人乙，因而感到快意（所謂事後故意）。兩個案例甲在行為當下都沒有故意。
- 註13：例如：甲深夜開車在路上，於紅燈停車等待之際發現仇人乙正橫向自斑馬線上走過馬路，甲見四下無人機不可失，便加足馬力將乙撞死。
- 註14：例如：丙深夜開車時，眼見前方紅路燈已經轉紅，並有位流浪漢丁開始於斑馬線上走過馬路，丙心想：「雖然開過去會撞到了，但反正丁只是個流浪漢，不用在意。」遂加速闖過紅燈，並因此撞擊丁致死。
- 註15：例如：甲見到仇人乙、丙兩人自遠方散步而來，惟甲所持之槍內僅餘一發子彈，甲心想雖然只能殺死一個人，還是朝乙、丙所在位置開槍，結果乙中槍死亡。
- 註16：例如：甲朝著仇人乙、丙兩人站立之處丟擲一顆具有殺傷力的手榴彈，預期讓乙、丙兩人命喪黃泉，結果乙、丙兩人皆被炸死。
- 註17：這裡要思考的是：究竟法律期待行為人做什麼行為呢？例如游泳池救生員甲見到泳客溺水呼救，法律期待的應該是甲馬上跳進水池內救援泳客，只要甲沒有做這個行為，就是不為法所期待之作爲（諸如甲裝做沒看見，或甲只是到中控中心裡按下水鈕等等）。

