

# 刑法篇

主筆人：易台大

## 一、前言

國家考試時序將近，鑑於各大學當年度法研所碩士班招生考題對國家考試的出題方向具有指標性意義，筆者在此就 102 學年度的台灣大學（A 卷、B 卷）、政治大學、台北大學與東吳大學碩士班招生考題提供簡要爭點分析，企求能與國家考試脈動相契合，以利考生日後的準備方向與時間分配。要提醒的是，雖然法研所考試多會以出題老師的獨門見解或用語做針對性地回答，惟既然本分析是爲了掌握國家考試的可能趨勢，筆者依然使用通說體系與概念加以說明，儘量避免過度偏鋒。此外，有些考題爭點繁多，在有限篇幅內實在無法詳細敘述，因此筆者將選擇該題中最重要、最普遍的幾個總則爭點說明，不足之處，祈請見諒(註 1)。(以下條文若未特別說明，均指刑法)

## 二、構成要件結果歸責之規範目的審查 (台灣大學 A 卷第一題、第二題)

被構成要件行爲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爲何。**若具體結果與預設結果相同**，便可通過審查。

舉例來說：「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。再如：「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，騎在前方的甲因爲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爲，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。

在這個討論的脈絡下，有一種「**醫療錯誤診治**」的棘手案例，指前行為人製造不受容許的風險後，後行人（多半就是醫生）隨之而來的錯誤診治，並最終導致風險的實現。這種情形下前行為人是否依舊該當構成要件結果歸責呢？新進學說主張應區分醫生的行為而定，倘若醫生的錯誤診治是以「**不作為**」呈現，那麼前行為人依舊該當構成要件結果歸責，畢竟這裡所實現的風險與前行為人所製造的風險絕對是同一個風險(註 2)。惟若醫生的錯誤診治是以「**作為**」呈現，還必須進行下一步的區分：「**風險排擠**」還是「**風險變種**」？前者指醫生所創造的風險完全排擠前行為人所製造的風險，那麼前行為人欠缺構成要件結果歸責(註 3)；後者指醫生所創造的風險只有讓前行為人所製造的風險以另外的形式實現，那麼前行為人仍然具備構成要件結果歸責。

### 三、合法替代行為（台灣大學 A 卷第一題）

原則上通過「構成要件行為與結果歸責」的審查後，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：當行人「事實上」滿足前述要件，但「**假設**」行人沒有構成要件行為時，相同的結果歸責卻**依舊必然發生**。因為不論行人有無構成要件行為，後果都完全相同，基於「等者等之、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，導致客觀構成要件不該當。

經典案例如：「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(註 4)。」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。不過當案例中發生「事實不明」時，學說上便產生爭議。

爭議性案例是：「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 5)。

(一)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。

(二)肯定說(=罪疑唯輕說): 當無法確認乙的死亡結果是否實現, 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。

#### 四、未遂犯的著手與第 26 條的適用 ( 台北大學第一題 )

(一)未遂犯的客觀構成要件是「著手」, 關於著手的判斷方法, 學理上主要有實質客觀說與主客觀混合說之爭。

1.實質客觀說主張只要行為人有與構成要件行為具有密切關聯性的舉動即屬著手。所謂「與構成要件行為具有密切關聯性的舉動」, 指當行為進行到不需要額外的中間行為便足以實施構成要件行為, 並對保護客體形成直接危險時。舉例來說:「甲為職業殺手, 某日在高樓大廈頂樓架設步槍, 並且瞄準正在廣場上發表演說的總統候選人乙, 請問著手於殺人罪與否?」依據實質客觀說,「舉槍瞄準」與扣下扳機之間已無須其他中間行為並對乙形成直接危險, 屬密切關聯的舉動而該當著手。

2.至於主客觀混合說則以行為人行為時主觀上的認識作為判斷背景, 再由一般人為判斷者切入觀察, 是否行為人之行為與構成要件行為具有密切關聯性。判斷者是一般人, 判斷背景擷取自「行為人主觀上的認識」, 類似主觀說; 判斷標準採取「與構成要件行為具有密切關聯性」, 類似客觀說。主客觀混合說與實質客觀說的結論差異不大, 因為兩說的判斷者與判斷標準都相同, 差別僅出在判斷背景(註 6)。例如:「甲自黑市購入天下第一奇毒『含笑半步顛』, 並趁乙不注意時將奇毒加入乙正在飲用的咖啡中。殊不知甲竟購買到黑心商品, 該含笑半步顛只不過是一包太白粉罷了! 當然乙飲下咖啡後並未死亡。」依據主客觀混合說的判斷背景是「甲將『含笑半步顛』加入乙的咖啡中」, 該舉動不需要進一步的中間行為便足以實施殺人行為, 並對保護客體形成直接危險, 乃是具有密切關聯性的著手行為。

(二)第 26 條的適用要件有二, 其一是「行為自始不能達成犯罪之結果」, 其二是「無危險」。前者判斷上完全沒有爭議, 後者又有兩說之別。

1.具體危險說(實務): 所謂「無危險」是以事前作判斷時點, 擷取一般認



知或優越事實判斷有無引發法益侵害的危險，若肯定則是有危險，若否定才是無危險。因此所有的不能未遂還可以分成「**有危險不能未遂**」與「**無危險不能未遂**」兩種，僅後者可適用第 26 條，因構成要件不該當而不罰。

2. **重大無知說（有力說）**：當發生不能未遂的原因是出自行為人主觀上的重大無知（嚴重偏離一般公認之因果關聯）時，制裁需求性便相對降低，最終達到阻卻刑罰發動的程度。因此所有的不能未遂還可以分成「**非重大無知不能未遂**」與「**重大無知不能未遂**」兩種，僅後者可適用第 26 條，因排除刑罰而不罰。

3. 舉例來說：「甲自小以為砂糖含有劇毒，故基於殺人故意將大量砂糖加入乙的茶內令其飲用，乙除了喝了杯超甜的茶外，當然平安無事(註 7)。」依據具體危險說，倘若一般人從事前角度都會認為那白色粉末是砂糖的話，便是欠缺具體危險，無危險不能未遂可適用第 26 條不罰。依據重大無知說，發生不能未遂的原因出自於行為人主觀上以為砂糖含有劇毒，屬於重大無知，重大無知不能未遂可適用第 26 條不罰(註 8)。

#### 五、過失犯的主觀要件以及結果加重犯 ( 台灣大學 A 卷第一題、第二題；台北大學第二題、第四題 )

過失犯主觀上只要**對實現構成要件有預見可能性**即可(註 9)。正因為過失犯主觀要件的放寬，立法者於是在適用範圍與法律效果兩部分加以限縮，所以有第 12 條第 2 項「過失行為之處罰，以有特別規定者，為限」之規範，且分則的過失犯法定刑亦較故意既遂犯輕上許多(註 10)。

(一)首先是關於預見可能性的判斷力場，有兩種不同看法：

1. **折衷說**：第 14 條規定「行為人按其情節應注意，並能注意，而不注意者，為過失」，其中「應注意」採取一般人標準，亦即以一般人的預見能力作為判斷立場上限；其中「能注意」採取行為人標準，也就是在上限範圍內考量行為人的預見能力。

2. **個別說**：全然採取行為人標準，視個別行為人的預見能力範圍而定，沒有所謂的「一般人的預見能力作為判斷立場上限」的限制。

3. 例如：「就醫療行為而言，若名醫甲的能力顯然高於一般醫生，那對於其預見可能性的判斷應採取何種立場？」採折衷說者主張，雖然甲的預見能力高過於一般醫生，也只能以一般醫生的預見能力作為判斷立場；採個別說者則認為，應以甲自己的預見能力作為判斷立場。



(二)再來是關於預見可能性的判斷方法，也有兩種不同的角度：

- 1.「違反注意義務」作為替代標準：所謂注意義務乃「避免風險的規則（簡稱避險規則）」，只要按避險規則行事就不會實現構成要件，反之若違反避險規則，便會實現構成要件。因此當認識到自己的行為違反注意義務時，便認識到行為將可能實現構成要件而有預見可能性。
- 2.「違反注意義務」僅為輔助標準：注意義務只能作為預見可能性的輔助參考，無法直接予以取代，畢竟注意義務的產生多半源自於經驗累積，但經驗並不能涵蓋所有事物發生的可能性。因此直接判斷具體個案中「行為是否可能實現構成要件？」毋寧才是較精準的方法，至於違反注意義務只能作為有預見可能性的佐證罷了。
- 3.舉例而言：「甲開車行駛在內側快車道上，乙突然從安全島樹叢中竄出過馬路，甲閃避不及將乙撞成植物人。」雖然交通安全規則有「未注意車前狀況」的規定，但不能作為認定有預見可能性的絕對判準。一般人（也包括甲）均難以預想有行人會突然從安全島樹叢中竄出過馬路，應認定甲對駕車行駛在內側快車道將導致行人受重傷並無於見可能性(註 11)。

結果加重犯指行為人故意所為的基本構成要件行為，發生基本構成要件以外的加重結果，法律特別將基本犯罪與加重結果綜合成一個獨立的犯罪類型，審查上有三個步驟。

(一)故意犯的審查—行為人故意實行基本構成要件：

行為人故意著手實行基本構成要件而至少進入未遂階段，惟基本構成要件究竟止於未遂又或達成既遂，則在所不問。

(二)過失犯的審查—行為人的實行行為過失引發加重結果

- 1.由於結果加重犯帶有部分過失犯的成分，因此也必須以有明文規定者始可處罰，這正是第 17 條：「因犯罪致發生一定之結果，而有加重其刑之規定者，如行為人不能預見其發生時，不適用之。」的存在意義。
- 2.所謂「行為人不能預見其發生」乃是預見可能性之審查，單就文義而言，條文規定係行為人本身對加重結果必須有預見可能性，也就是採取行為人標準的判斷立場。然而實務見解一向認為「能預見」指客觀情形而言，因而採取一般人標準的判斷立場（47 台上 920 例參照）。實務見解曲解法條文義，遭受學界諸多批評。

(三)故意犯與過失犯聯結關係的審查：

結果加重犯使刑度大幅提升，應有更細膩的要件設計，就此實務見解完全



沒有論及，學說的操作順序如下。

1. **特殊危險關聯性**：若加重結果直接導因自基本構成要件的行爲部分，例如：強盜致死罪、搶奪致死罪或強制性交致死罪，稱**行爲續生型**。若加重結果直接導因自基本構成要件的結果部分，例如：傷害致死罪，稱**結果續生型**。請注意，僅行爲續生型允許**基本構成要件止於未遂**的結果加重犯，至於結果續生型僅承認**基本構成要件達到既遂**的結果加重犯。
2. **罪刑法定原則的拘束**：例如：搶奪致死罪，第 325 條第 1 項是搶奪既遂罪，第 325 條第 2 項卻說：「因而致人於死者，……。」文義上排除搶奪未遂成立結果加重犯的可能，如此一來也與行爲續生型的解釋相悖。反之如傷害致死罪，第 277 第 1 項是傷害既遂犯的規定，第 277 第 2 項是傷害致死罪的規定，第 277 第 2 項又說：「犯前項之罪因而致人於死者，……。」顯然宣示僅故意前行爲既遂始成立結果加重犯，就此而言與結果續生型正巧相符(註 12)。

## 六、打擊錯誤與客體錯誤 ( 台北大學第一題、第三題；政治大學第二題 )

刑法上習慣將「與行爲客體有關之錯誤」區分成客體錯誤與打擊錯誤兩種類型，也可以從「是否涉及同一個法條？」區分成等價與不等價兩種類型。

(一) **涉及不同法條的錯誤 (= 不等價錯誤)**：由於涉及 A、B 兩個不同條文，A 條文僅該當客觀面而可以討論過失，B 條文僅該當主觀面而可以討論未遂。倘若過失與未遂均成立，則兩者想像競合。例如：「甲對鄰居乙積怨已久，某夜持槍射殺隔壁庭院中的乙，不知實際上所射殺的乃是乙所飼養的狼犬。」本例是不等價客體錯誤，甲成立殺人未遂罪，毀損罪部分雖看似該當過失犯，卻因爲本罪不罰過失犯而不成立。

(二) **涉及相同法條的錯誤 (= 等價錯誤)**

1. **客體錯誤**：客觀上的既遂與主觀上的故意都針對「現實上的同一個客體」。因此客觀上該當 A 法條無疑，至於主觀上是否也該當 A 法條？通說與實務見解採取「法定符合說」，認爲只要主觀想法可以符合 A 法條對客體的描述，便足以建構故意，所以結論是成立 A 法條的故意既遂犯。例如：「甲夜晚埋伏在乙返家必經道路之上，伺機要致乙於死地。昏暗中有人影緩慢走近，甲見機不可失旋即持鐵棒跳出來一陣痛打，隨後逃之夭夭。孰料當晚被打死的只是乙的鄰居丙。」甲殺死丙必然該當殺人罪的客觀構成要件，甲主觀上的想法可以符合殺人罪對於客體爲「人」的描述，該當殺人故意，因此成立殺人罪的故意既遂犯(註 13)。



2.打擊錯誤：客觀上的既遂與主觀上的故意針對的是「現實上的不同客體」。客觀上雖該當 A 法條，至於主觀上是否也該當 A 法條？在此通說與實務見解採取「具體符合說」，認為主觀想法必須符合現實上的具體客體，始足以建構故意，因此主觀構成要件不該當而至多討論過失。至於針對原本所欲攻擊的客體，縱使主觀上該當 A 法條，卻因為客觀上並未實現構成要件而最多論以未遂。倘若過失與未遂均成立，則兩者想像競合。例如：「甲持槍瞄準所欲殺害之乙，孰料擊發後竟命中一旁服侍的傭人丙。」甲殺死丙必然該當殺人罪的客觀構成要件，然而甲主觀上的想法不符合現實上的具體客體，不該當殺人故意，僅成立過失致死罪。針對原本所欲攻擊的乙雖有殺人故意，卻因為客觀上並未實現構成要件而最多論以未遂。結論是成立過失致死與殺人未遂兩罪的想像競合(註 14)。

## 七、共同正犯之構成要件行為與類型 ( 台灣大學 B 卷第一題；東吳大學第一題、第四題 )

共同正犯的構成要件行為可以稱作「基於共謀行為而來的分擔行為」，亦即主要的行為乃是分擔行為，不過該分擔行為必須奠基於先前的共謀行為，否則只能說是片面共同正犯或同時正犯(註 15)。

(一)分擔行為的前提—共謀行為：共謀行為是行為人間確立犯罪方向、範圍、角色並指派任務之行為，乃分擔行為的前提，倘若沒有共謀行為則不可能建構分擔行為。共謀行為的方式沒有任何限制，可以是直接明示，也可採用默示方式（例如：打暗號、使眼色，請參見 73 台上 2364 例）或是間接聯絡方式（不認識的兩人，透過中間人牽線，請參見 77 台上 2135 例）。

(二)分擔行為：可以分擔構成要件行為，也可以分擔構成要件行為以外之行為。

1.原則型態—實行共同正犯：所指派的任務與實行構成要件行為有關。例如：「甲乙兩人基於共同謀議，趁夜間由慣竊乙侵入博物館竊取名畫，白天任職於博物館的保全甲，則在家中透過視訊電話指揮路線。」乙分擔全部構成要件行為，甲雖僅分擔構成要件行為以外之行為，仍不失為分擔行為。甲看似不該當加重竊盜罪的構成要件行為，惟透過在先的共謀，兩人實際上是分工合作、相互協力該當加重竊盜罪的構成要件行為，甲乙仍成立實行共同正犯(註 16)。

2.例外型態—共謀共同正犯：行為人僅參與共謀行為，根本沒有後續的分擔行為時，可否成立僅單純共謀的共同正犯？舉例來說：「甲乙兩人基於共同謀議，由甲提供入侵博物館的相關資訊以及離去路線的規劃，再由



慣竊乙趁夜間侵入博物館竊取名畫。是夜，乙按計畫潛入行竊，甲則在家中睡覺，並未出現在犯罪現場，也未對犯罪行為有任何遙控。隔日甲乙兩人平分贓物。」採取**嚴格理論者**，認為共同正犯的基本結構是「**共謀行為→分擔行為**」，兩者缺一不可，既然沒有分擔行為，則甲的不法內涵已經大減，不能僅憑共謀行為就論甲共同正犯。結論是，不承認共謀共同正犯。反之採取**緩和理論者**，主張雖然共同正犯以具備分擔行為為要件，然而欠缺分擔行為所短少的不法，可透過更強烈的共謀行為來填補，亦即共謀行為倘若具備**關鍵重要地位**，仍有成立共同正犯的可能(註 17)。甲提供進攻與撤退路線，乃具有**關鍵重要地位**，僅共謀行為也可以成立共同正犯。結論是，承認共謀共同正犯(註 18)。

3.排除型態—陰謀共同正犯、預備共同正犯：所犯之罪僅是單純的陰謀犯（如第 101 條第 2 項）或形式預備犯（如第 271 條第 3 項），由於陰謀與形式預備並非構成要件行為，既與實行構成要件行為無關，便無從成立共同正犯。換言之，**要想成立共同正犯，至少必須有人實行構成要件行為**。例如：「甲乙兩人基於共同謀議，想要使用刀械殺死丙。但兩人持刀埋伏在丙家附近時，便被警察所逮捕。」在此涉及第 271 條第 3 項殺人罪的形式預備犯，由於本罪構成要件行為是「殺」，單純預備並非構成要件行為，頂多各自論處，無由成立共同正犯。

## 八、事實不明之處理原則與例外（台灣大學 B 卷第二題）

刑事訴訟程序中，法院若窮盡各種調查之能事，依舊對被告成立犯罪之相關重要事實有所懷疑，則陷入事實不明，必須適用罪疑唯輕這個裁判規則，作對被告有利的判斷。否則刑事訴訟程序將不是處罰被告犯了某件罪行，而是處罰被告與案件有關。首先，罪疑唯輕原則僅適用在**事實不明**，無關法律適用不明的情形。其次，該懷疑必須是**理性、有根據的懷疑**，不能只是單純臆測、想像上的猜疑。再者，該懷疑必須對刑事訴訟程序而言**具有重要性**，否則事事懷疑勢必癱瘓整個訴訟制度。最後，通說認為檢討每一個罪名時都有罪疑唯輕原則的適用，亦即不同罪名都可援用罪疑唯輕原則，此稱為**個別交互適用**。

不過罪疑唯輕原則適用上必須注意兩個例外群組，一個被稱作「**選擇確定**」，另一個則是「**不定行為**」。

### (一)選擇確定

1.**同種選擇確定**：指該適用哪個罪名已經確定，不過卻是立於不確定的事實基礎上，又稱不純正選擇確定。在此事實不明不影響所成立之罪名。



例如：「證人甲在兩次不同的訴訟程序中作證，但證詞內容卻是相互顛倒，必有一是偽證。」涉及兩個偽證罪的事實不明，雖說無法確認甲的哪一個行為成立偽證罪，但必然確認甲有偽證行為，因此成立一個偽證罪。

**2.異種選擇確定：**不只基礎事實不確定，連該適用哪個罪名也不確定，又稱純正選擇確定。在此法院可下選擇判決（被告成立 A 罪「或」B 罪），由於這種判決對被告十分不利，因此通說均額外附加限制。其一，兩個選擇罪名之間必須有**不法核心同一性**，也就是行為不法與結果不法的核心要有等價性，例如：竊盜罪與贓物罪、詐欺罪與背信罪、偽證罪與誣告罪。其二，僅能援用**較輕罪名的法律效果**。例如：「甲被查獲持有贓物，但法院無從確定甲究竟是竊取而來或收贓而來。」涉及竊盜罪與收受贓物罪的事實不明，雖說無法確認是哪一個事實與罪名，但必定屬於其中之一，法院只能下選擇判決。因此甲成立竊盜罪或收受贓物罪，按收受贓物罪之法定刑論處。

## (二)不定行為

**1.不定後行為：**前後兩行為，僅前行為發生事實不明，惟後行為是否處罰必須取決於前行為，那麼未發生事實不明的後行為也連帶無法確定。通說認為面臨這種特殊情形，**前行為可適用罪疑唯輕原則，後行為則否**。例如：「甲雖被確認有寄藏贓物行為，卻無法確認甲是否與乙成立竊盜罪的共同正犯。」僅前行為是否成立竊盜罪發生事實不明，卻連帶影響後行為是否該成立寄藏贓物罪。前行為的事實不明可適用罪疑唯輕原則，後行為則否，甲成立收受贓物罪。

**2.不定前行為：**前後兩行為，僅後行為發生事實不明，然前行為是否處罰必須取決於後行為，那麼未發生事實不明的前行為也連帶無法確定。通說認為**後行為本可適用罪疑唯輕原則，前行為自然無適用餘地**。例如：「甲被證實提供偽造貨幣用的器械原料，但無法證明甲是否與乙共同偽造貨幣。」僅後行為是否成立偽造貨幣罪發生事實不明，卻連帶影響前行為是否成立預備偽造貨幣罪。後行為的事實不明本可適用罪疑唯輕原則，前行為依舊成立預備偽造貨幣罪(註 19)。



## 【注釋】

- 註 1：題目部分筆者就不詳加援引，畢竟這篇短文的目的是在提點法研考試中曾經出現過的「爭點」，而不在考題本身的敘述。但有需要時，筆者會以簡略方式描述題目，若有進一步想要了解題目資訊的同學，請上各大學圖書館網站搜尋。
- 註 2：例如：台灣大學 A 卷第一題，丙送醫後醫生丁並未依據醫療常規施以電擊，而是僅投以簡單的心臟藥物，便是一種不作為型式的錯誤診治。
- 註 3：以台灣大學 A 卷第二題為例，護士丁不慎將劇毒藥物當作葡萄糖液注入 A 的體內，導致 A 因為藥物反應而死亡，便是一種作為型式的錯誤診治，且屬於風險排擠的類型。
- 註 4：這也是俗稱的「皮革加工案」。
- 註 5：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 6：不過實質客觀說的背景擷取卻時常遭遇困難，就拿台北大學第一題為例，甲基於殺人犯意在乙的茶內下毒，殊不知所下毒量並不足以致人於死。對於判斷背景的擷取而言，按實質客觀說必須探究一般人是否能夠知道「所下毒量並不足以致人於死」，這的確是一個大哉問！反之按主客觀混合說，擷取自行行為人主觀上的認識，因此乃是「在乙的茶內加入足以致人於死的毒」，相對而言清晰許多。
- 註 7：這就是十分有名的經典案例—「砂糖案」。
- 註 8：再拿前述台北大學第一題為例，由於所下毒量並不足以致人於死，該當「行為自始不能達成犯罪之結果」。至於「無危險」，具體危險說必須解決「一般人是否能夠知道所下毒量並不足以致人於死」的難題；按重大無知說則因為「行為自始不能」並非基於行為人的重大無知，排除適用第 26 條的空間。
- 註 9：至於客觀構成要件該當性部分，則與故意既遂犯並無不同。請切記一定要客觀構成要件該當，才有討論過失犯的可能性。
- 註 10：請大家自行比較殺人罪（§271 I）與過失致死罪（§276 I）的法定刑，心中就大致有個底了。
- 註 11：例如：台北大學的第二題，單親爸爸甲因心情欠佳而飲酒醺酣呼呼大睡，不料所飼養的惡犬溜出狗籠將甲年僅兩歲的幼子乙活活咬死。由於「睡眠」根本欠缺刑法意義的行為，因此能夠討論的只剩下「飲酒醺酣致大睡」這個行為，當下甲是否對「睡著後無法管控惡犬而將危及幼子乙」有預見可能性，倘若肯定則屬於第 14 條第 1 項的無認識過失。



- 註 12：舉台北大學的第四題為例，甲毆打 A 導致 A 受傷而摔倒在路，竟不幸被車輛輾斃。甲成立故意傷害罪與過失致死罪應無疑問，但是否成立傷害致死罪還必須繼續探究。由於傷害致死罪屬於結果續生型，致死的加重結果必須源自於傷害罪的「受傷結果」，亦即傷勢惡化所導致的死亡，本案例顯然並非如此，甲僅能論以故意傷害罪與過失致死罪的想像競合。
- 註 13：又如台北大學的第一題，甲誤丙之犬為乙之犬而殺之，乃典型的等價客體錯誤，甲成立毀損罪無疑；惟甲誤丙為其父乙而殺之，就第 272 條的殺親罪而言，其構成要件與第 271 條的殺人罪並無差異，因此也是等價客體錯誤而構成要件該當，並繼續在罪責階層中討論是否該當「直系血親尊卑親屬關係」此要件。同理，台北大學第三題的丙誤丁為乙而殺之，結論也是相同。
- 註 14：台北大學第一題，甲朝乙開槍卻誤中戊，便是典型的等價打擊錯誤，成立過失致死罪與殺人未遂罪的想像競合。再如政治大學第二題中，乙朝 A 丟磚塊卻誤中 B，結論也是相同。
- 註 15：其實「片面共同正犯」根本就不是共同正犯，這個名詞實在有誤導之嫌。
- 註 16：例如：東吳大學的第一題，甲與乙共同到案發現場，由乙開槍射殺 B，便是典型的實行共同正犯結構。不過題目中有提到甲看見 B 無助的眼神後心情大受影響，遲遲無法動手，不過乙卻沒有察覺甲的心理變化，這涉及到可否主張「共同正犯脫離」的問題。共同正犯若要想主張脫離，必須切斷自己所提供的犯罪貢獻，亦即心理上的貢獻（例如：表明不願意繼續行動）與物理上的貢獻（例如：回收供犯罪用的工具），若成功脫離則後續發展便與脫離者完全無關。
- 註 17：雖然司法院大法官解釋第 109 號可勉強歸入緩和理論的陣營，不過該實務見解卻不以共謀行為具備「關鍵重要地位」為限縮要件，廣開成立共謀共同正犯之門。
- 註 18：例如：東吳大學的第四題，甲乙丙丁四人商議行竊，甲提供萬能鑰匙、乙把風、丙丁進入行竊，乙丙丁三人屬於實行共同正犯，甲至多只能討論共謀共同正犯。此外本題涉及到「結夥三人以上而犯竊盜罪」的考點，亦即人數計算不包括共謀共同正犯，以及是否要算入無責任能力之人？實務見解認為不算入，通說見解則主張必須算入。
- 註 19：台灣大學 B 卷第二題，甲女乙男為夫妻，甲女外遇丙男欲與乙男分手，乙男不願，某日乙男被丁男所殺，檢警懷疑丁男是受到甲女或丙男的唆使所為，應如何認定事實與適用法條。本案例甲、丙應否成立殺人罪的教唆犯，會在「教唆行為」部分發生事實不明，由於不涉及選擇確定或不定行為，因此必須回歸適用罪疑唯輕原則，個別作對行為人有利的事實認定。

