

從法律「動物」到法律人系列

刑事法學及其方法（八）

錯誤的現有「構成事實錯誤理論」

與

正確的現行法「不能犯」概念理解

2013 年二月初版

鄭 逸 哲



Wovon man nicht sprechen kann, darüber muß man schweigen.

從法律「動物」到法律人系列

刑事法學及其方法（八）

錯誤的現有「構成事實錯誤理論」

與

正確的現行法「不能犯」概念理解

2013 年二月初版

鄭 逸 哲



Wovon man nicht sprechen kann, darüber muß man schweigen.

從法律「動物」到法律人系列
刑事法學及其方法（八）

錯誤的現有「構成事實錯誤理論」
與
正確的現行法「不能犯」概念理解

作者 / 鄭逸哲

經銷處 / 瑞興圖書股份有限公司・台北大學民生校區圖書部

地址 / 台北市民生東路二段 147 巷 6 弄 25 號

電話 / 02-2504-1866 02-2505-6542 傳真 / 02-2501-2049

承印 / 金樽企業股份有限公司 電話 / 02-2305-2121

定價 / 新台幣 240 元

2013 年 2 月初版

代 自 序

構成事實錯誤			例案事實	「一句到位」案例題解
客體錯誤	等價客體錯誤		甲誤乙為丙而殺之。	雖發生「等價客體錯誤」，仍不阻卻其殺人故意，甲仍犯殺人罪。
	不等價客體錯誤	甲誤乙為其父丙而殺之。	依「所知所犯」公式，甲從輕適用殺人構成要件，而犯殺人罪。	
		甲誤其父乙為丙而殺之。		
打擊錯誤			甲開槍射殺乙未中，卻不小心誤殺丙。	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，以一罪論，從重成立殺人未遂罪名。
因果歷程錯誤	不重大因果歷程錯誤		甲瞄準乙頭部開槍，但誤中其腹部而亡。	雖發生因果歷程錯誤，但非屬重大，刑法並不重視，甲仍犯殺人(既遂)罪。
	重大因果歷程錯誤		甲開槍射乙雖未中，但乙受驚心臟病發作死亡。	雖實現結果，但發生重大因果歷程錯誤而「不遂」，甲僅犯殺人未遂罪。
反面構成事實錯誤	客體不能		甲誤以為乙之到來，開槍射向空氣。	殺人不能犯甲，雖不能以「殺人不能未遂」為由而加以處罰，但其仍以同一事實行為犯預備殺人罪。
	方法不能	射程不足類型	甲誤以為乙已進入射程而開槍，當然未中。	
		毒量不足類型	甲下毒殺乙，卻不知毒量不夠，但乙仍變成植物人。	殺人不能犯甲，雖不能以「殺人不能未遂」為由而加以處罰，但其仍以同一事實行為犯重傷害罪。

鄭 逸 哲

二〇一三年二月

目 錄

01. 錯誤的現有「構成事實錯誤理論」——「未遂犯」、「不能犯」和「構成事實錯誤」三者間的概念互動關係	1
02. 「不感意外」即屬故意——「構成事實錯誤」非屬必要的概念	33
03. 不阻卻故意的對行為客體認識錯誤	43
04. 與未滿十六歲人性交罪屬故意犯	49
05. 「所知所犯公式」為「所知所犯原理」和「法律適用」的「結合犯」	55
06. 「殺人未遂構成要件」、「過失致人於死構成要件」和「打擊錯誤」	74
07. 「殺人未遂構成要件」和「因果歷程錯誤」	79
08. 「客體錯誤」、「打擊錯誤」和「因果歷程錯誤」的「競合」	83
09. 淺談不能犯	91
10. 刑法第二十六條「不能犯」規定實屬贅文	104
11. 不能未遂行為人未必不犯罪	119
12. 具有「因果關係」的「不能犯」	125

13. 「殺人不能未遂」、「傷害」構成要件和「不能未遂行爲人並不當然不犯罪」	130
14. 「殺人不能」、「搶奪」、「對依法執行職務中之公務員施暴」構成要件和「§ 26 的『全文』」	134
15. 「毀損」、「殺人未遂」、「過失致人於死」構成要件和「客體錯誤——客體不能」	141
16. 「既遂犯」、「未遂犯」和「不能犯」的「競合」	154
附錄(一)：未遂構成要件之基本結構	160
附錄(二)：可罰的構成要件和不可罰的構成要件——以未遂構成要件爲例	167
「代自序」∈「編後語」	177

01. 錯誤的現有「構成事實錯誤理論」——「未遂犯」、「不能犯」和
「構成事實錯誤」三者間的概念互動關係

01. 錯誤的現有「構成事實錯誤理論」——「未遂犯」、「不能犯」和「構成事實錯誤」三者間的概念互動關係

大家都說，「不能犯」是「反面的構成事實錯誤」，如果是這樣，則「不能犯」和「構成事實錯誤」就是「一體兩面」囉！也就是說，「不能犯」翻過來看就是「構成事實錯誤」；「構成事實錯誤」翻過來看就是「不能犯」。但有趣的是：在強調「不能犯」就是「反面的構成事實錯誤」的同時，好像大家都不太去做「翻」的動作！為什麼呢？想了很久，是不是因為，一方面說「構成事實錯誤」具有「客體錯誤」、「打擊錯誤」和「因果歷程錯誤」三種類型，但另一方面卻又說「不能犯」具有「客體不能」和「方法不能」二種類型。姑且不論各類型的內容是什麼，既然「不能犯」是「反面的構成事實錯誤」，為什麼「構成事實錯誤」具有三種類型，而「不能犯」卻只具有二種類型？如此，「構成事實錯誤」所具有的第三種類型「翻過來看」到底是「不能犯」的哪種類型呢？如果「構成事實錯誤」所具有的類型中的二種和「不能犯」所具有的二種類型，一一加以配對，則其第三種類型「翻過來看」，應該沒有可配對的「不能犯」類型吧！？既然沒有，「不能犯」還能說是「反面的構成事實錯誤」嗎？

這中間一定有問題，但問題到底出在哪裡呢？不然不應該

01. 錯誤的現有「構成事實錯誤理論」——「未遂犯」、「不能犯」和
「構成事實錯誤」三者間的概念互動關係

出現這樣的荒謬現象！

其實，與其正面去定義「構成事實錯誤」，不如先從「不能犯」的定義下手，再由「不能犯」反定義回來。甚至，必須先從「未遂犯」的定義下手，才能確定何謂「不能犯」，也才能確定何謂「構成事實錯誤」。也就是說，——嚴格來講——，片面研究「構成事實錯誤」，就是個錯誤，至少必須將「構成事實錯誤」與「不能犯」和「未遂犯」合併加以討論，才有可能掌握其全貌。話說從頭：

一、何謂「未遂犯」？何謂「不能犯」？

首先，「未遂犯」和「不能犯」必然是不同的概念，否則刑法不必於第二十五條第一項外，別立第二十六條的規定。但何謂「未遂犯」？

依刑法第二十五條第一項的「已著手於犯罪行為之實行而不遂者，為未遂犯」規定，我們可以看出，「未遂構成要件」乃作為「既遂構成要件」的「修正構成要件」；而第二十五條第一項乃如何將「既遂構成要件」「修正」為「未遂構成要件」的法定「修正公式」。

由於，刑法第十二條第一項規定「行為非出於故意或過失者，不罰」，全條第二項復規定「過失行為之處罰，以有特別規

01. 錯誤的現有「構成事實錯誤理論」——「未遂犯」、「不能犯」和
「構成事實錯誤」三者間的概念互動關係

定者，爲限」；因而，「未遂犯」必爲「故意犯」。當第二十五條第一項這個「修正公式」，僅就「既遂犯」的「客觀構成要件」如何「修正」加以規定，可見將「既遂構成要件」「修正」爲「未遂構成要件」時，其「修正準則」是：「只修客觀構成要件，不修主觀構成要件」。在此理解下，我們可將第二十五條第一項的規定進一步「還原」爲：「基於既遂故意，已著手於既遂構成要件客觀部分之實行而不遂者，爲未遂犯」。而所謂「不遂」，一般均認爲，並非指「既遂構成要件的結果要素未實現」；雖然，「既遂構成要件的結果要素未實現」屬「不遂」的一種類型，但「不遂」尚有「既遂構成要件的結果要素雖實現，但實現的因果進程重大偏離行爲人預先想像」這一種相對罕見的類型。

綜上所述，第二十五條第一項規定的「全文」乃爲：「基於既遂故意，已著手於既遂構成要件客觀部分之實行，而因既遂構成要件的結果要素未實現或既遂構成要件的結果要素雖實現，但實現的因果進程重大偏離行爲人預先想像而不遂者，爲未遂犯」。

有趣的是，從這裡可以看出，「既遂構成要件的結果要素雖實現，但實現的因果進程重大偏離其預先想像而不遂」者，不就是發生「（重大）因果歷程錯誤」者，如果「構成事實錯誤」和「不能犯」構成「一體二面」，不就是說，「未遂犯」和「不能犯」也有可能構成「一體二面」嗎？因而，我們已可確定，現有的「構成事實錯誤理論」必然具有重大錯誤；在此，我們恐怕也找到了「破案」的重大線索之一了！稍後再述。

在確定何謂「未遂犯」後，我們再著手來看看何謂「不能犯」？現行刑法第二十六條將「不能犯」規定爲：「行爲不能發生犯罪之結果，又無危險者」，其實辭不達意。首先，「不能發

01. 錯誤的現有「構成事實錯誤理論」——「未遂犯」、「不能犯」和
「構成事實錯誤」三者間的概念互動關係

生犯罪之結果」的「判斷時間點」是什麼？如果不先指出「判斷時間點」，則「未實現既遂構成要件的結果要素」的「未遂犯」類型不也屬於「不能發生犯罪之結果」？但現行刑法第二十六條，就「不能發生犯罪之結果」的「判斷時間點」，卻是隱藏在隨後的「又無危險」之中的。

關於「未遂犯」的「著手」判斷標準，無論採何種理論，絕對不得偏離行為已對立法者所以創設「既遂構成要件」所要保護的法益，已構成「客觀的事實危險」，否則，若一方面以「刑法上有意義的行為」作為「構成要件適用」的對象，另一方面又拒絕以「客觀的事實危險」作為判斷是否「著手」的標準，是自相矛盾的。若未對法益構成「客觀的事實危險」，根本就欠缺「刑法上有意義的行為」，根本不該也不會發生所謂「構成要件適用」。

在此理解下，我們甚至可以進一步，將「未遂犯」精確定義為：「基於既遂故意，因其行為已對立法者所以創設既遂構成要件所要保護的法益構成客觀的事實危險而已著手於既遂構成要件客觀部分之實行，而因既遂構成要件的結果要素未實現或既遂構成要件的結果要素雖實現，但實現的因果進程重大偏離行為人預先想像而不遂者」。於是，「不能犯」的「動作」，對立法者所以創設「既遂構成要件」所要保護的法益，自始至終絕對不能形成任何「客觀的事實危險」，否則就無別於「未遂犯」了！

換言之，第二十六條中的「無危險」，其實是指「自始無危險」；既然「自始無危險」，「不能犯」也就根本無「著手」可言——因為既然對立法者所以創設「既遂構成要件」所要保護的法益，從未構成任何「客觀的事實危險」，如何有所「著手」？

01. 錯誤的現有「構成事實錯誤理論」——「未遂犯」、「不能犯」和
「構成事實錯誤」三者間的概念互動關係

因而，第二十六條中所謂「不能發生犯罪之結果」，其「隱藏」了「自始」二字。也就是說，「不能犯」是「自始」就註定「不能實現既遂構成要件的結果要素」的。這和「未遂犯」以其「著手」對立法者所以創設「既遂構成要件」所要保護的法益，已構成「客觀的事實危險」，而啟動「因果因程」，因「嗣後」發生的原因而未能實現，是有所不同的——更何況發生「(重大)因果歷程錯誤」的「未遂犯」類型，甚至「既遂構成要件」的結果要素是被實現的。

因而，我們可以將第二十六條對「不能犯」的定義先暫時「還原」為：「對立法者所以創設既遂構成要件所要保護的法益，其動作自始未構成任何客觀的事實危險，因而根本未啟動因果進程而絕對不能實現既遂構成要件結果要素者」。至於「不能犯」的主觀要件，因為其根本對「著手」的不存在欠缺認識——也就是「自信有著手，卻根本無著手」——，因而不可能與「既遂犯」和「未遂犯」一樣具有「既遂的故意」，而只不過是「自信有著手」罷了！所以，「不能犯」的完整定義是：「雖自信著手於既遂構成要件之實行，但對立法者所以創設既遂構成要件所要保護的法益，其動作自始未構成客觀的事實危險，因而根本未啟動因果進程而絕對不能實現既遂構成要件結果要素者」——簡言之，「不能犯」乃指「『自』信有著手，『自』始無危險」！作者將之稱為「二『自』原則」！

或謂，就「不能犯」要考慮所謂「重大無知」，不知所本為何？台灣不是德國的殖民地，德國也不是台灣的宗主國，刑法第二十六條中，根本欠缺「重大無知」的規定，為何強將德國刑法的規定當成台灣刑法的規定，令人完全無法理解！

01. 錯誤的現有「構成事實錯誤理論」——「未遂犯」、「不能犯」和「構成事實錯誤」三者間的概念互動關係

二、「不能犯，不罰」只是指「對『是』不能犯的這個人，不得以不能犯爲由加以處罰」

許多人誤以爲，刑法第二十六條將「不能犯」規定爲「不罰」，是指「是」「不能犯」的「這個人」不犯罪；其實，「不能犯，不罰」只是指「對『是』不能犯的這個人，不得以不能犯爲由加以處罰」，同樣「這個人」若實現其他的「可罰構成要件」，還是會因具有該「可罰構成要件」的「構成要件該當性」而犯罪！

舉例來說，甲沒進行必要的查證，就開槍，誤把乙當成乙所養的狗打死了！甲做開槍這個「動作」時，他雖「自信著手於毀損構成要件之實行」，但乙所養的狗根本不在現場，因而「對立法者所以創設毀損構成要件所要保護的財產法益，其動作自始未構成客觀的事實危險，因而根本未啓動毀損因果進程而絕對不能實現毀損構成要件結果要素」。所以，從「毀損構成要件」的角度來看，甲是「毀損不能犯」，不得以「毀損不能犯」爲由，加以處罰。不過，甲以「開槍」這「同一事實行爲」，因其「沒進行必要的查證」而未履行其所能履行的注意義務，應注意且能注意而不注意而有過失，致乙死亡，因而具有「過失致人於死構成要件該當性」，而犯「過失致人於死罪」。

綜合上述，「毀損不能犯」甲「這個人」還是以「開槍」這「同一事實行爲」犯「過失致人於死罪」。看出來了嗎？我們對「毀損不能犯」甲「這個人」雖不得以「毀損不能犯」爲由加以處罰；但還是可以對甲以犯「過失致人於死罪」爲由加以處罰。

01. 錯誤的現有「構成事實錯誤理論」——「未遂犯」、「不能犯」和
「構成事實錯誤」三者間的概念互動關係

在任何情況下，我們都不能武斷說，「不能犯（這個人）必然不犯罪」。

三、「『不能犯』和『構成事實錯誤』構成『一體二面』」發生時，應就「同一事實行為」，以不同的二個「構成要件」從「自信有著手，卻事實無著手」和「同一事實行為是否另行具有可罰的構成要件該當性」二面切入而分別進行「構成要件適用」

我們再回到剛剛的那一個例子，整個事實就是依「甲開槍」此一「事實行為」的客觀事實而展開的這件事，我們是先以「毀損不能未遂構成要件」，對其進行「構成要件適用」，而得知甲具有「毀損不能未遂構成要件該當性」，但依第二十六條的規定，所有「不能犯構成要件」均屬「不可罰的構成要件」，因而甲雖仍具有「毀損不能未遂構成要件該當性」而為「毀損不能犯」，但不會因此而犯罪。

在我們從甲的「自信著手於毀損構成要件之實行，卻事實無著手毀損構成要件之實行」——即由其「主觀想像面」——切入，而進行過一次「毀損不能未遂構成要件」的「構成要件適用」後，還是針對依「甲開槍」此「同一事實行為」的客觀

01. 錯誤的現有「構成事實錯誤理論」——「未遂犯」、「不能犯」和
「構成事實錯誤」三者間的概念互動關係

事實而展開的這件事，我們是另以「過失致人於死構成要件」，對其進行「構成要件適用」，而得知甲具有「過失致人於死構成要件該當性」，而犯「過失致人於死罪」。

綜合以上，我們是對「甲開槍」此「同一事實行為」，先後從「主觀想像面」和「客觀實害面」二面分別切入，而先後二次進行「構成要件適用」，而分別確定甲因其「開槍」此「同一事實行為」，而同時具有「毀損不能未遂構成要件該當性」和「過失致人於死構成要件該當性」，但因為「毀損不能未遂構成要件」屬「不可罰的構成要件」，故甲只犯「過失致人於死罪」一罪。

其實，讀者可以注意一下，到現在為止，我們根本沒有動用到作為「不能犯」的「反面」的「構成事實錯誤」的概念，而只是依「不能犯」和「過失犯」的相關規定，就足以把整個問題處理完畢了！因而，對於刑法理論的架構，是否真的有必要引進「構成事實錯誤」這樣的概念，令人懷疑！它進入刑法理論，似乎並沒有讓我們更容易解決問題，反而引起許多困惑，不是嗎？

其實，如果去翻一下一般刑法總則教科書，對於「構成事實錯誤」的概念說明，是列在「故意」章節之內，它只是用來說明對「客觀實害」的發生，行為人是「欠缺故意」的，所以不得以「故意犯罪」相繩——至於這樣的說法，也是錯誤的，容稍後再加以說明——；即使如其所謂「構成事實錯誤」發生時，就「客觀實害」的發生，因行為人「欠缺故意」而不得以「故意犯罪」相繩，但也不足以解答是否得以其他理由成立犯罪或根本就不犯罪。

因而，如果我們以理論必須足以得致「犯罪成立不成立」的結論作為判斷標準，則「構成事實錯誤理論」在刑法理論中，

01. 錯誤的現有「構成事實錯誤理論」——「未遂犯」、「不能犯」和
「構成事實錯誤」三者間的概念互動關係

絕非可以自成格局的理論，充其量只是其他理論的「要素」。也就是說，即使「構成事實錯誤」作為「不能犯」的「反面」，「構成事實錯誤」這個概念頂多就是作為某種理論的「要素」的東西。

即使我們還是可以不太精確講，「『不能犯』和『構成事實錯誤』構成『一體二面』」乃指就「同一事實行為」，以不同的二個「構成要件」從「主觀想像面」和「客觀實害面」二面切入而分別進行「構成要件適用」。但最精確講，應該是：「『不能犯』和『構成事實錯誤』構成『一體二面』」發生時，應就「同一事實行為」，以不同的二個「構成要件」從「自信有著手，卻事實無著手」和「同一事實行為是否另行具有可罰的構成要件該當性」二面切入而分別進行「構成要件適用」。

四、「客體不能」和「客體錯誤」構成「一體二面」

純粹從理論上來說，「客體不能」和「客體錯誤」是「一體二面」沒錯！但我們必須先打消想藉著「欠缺故意」這個概念正面來定義「客體錯誤」。否則，「客體不能」有時會找不到其「反面」。

舉例來說，風吹葉動，甲誤以為乙之犬到來，開槍射擊，

01. 錯誤的現有「構成事實錯誤理論」——「未遂犯」、「不能犯」和「構成事實錯誤」三者間的概念互動關係

只聽見子彈劃過空氣。從其「主觀想像面」——即從「自信有著手，卻事實無著手」的觀察點——切入，而進行「毀損不能未遂構成要件」的「構成要件適用」，甲是具有「毀損不能未遂構成要件該當性」，但屬不得以之為由而加以處罰的「毀損不能犯」。至此，尚無什麼問題。但要從「客觀實害面」——「同一事實行為是否另行具有可罰的構成要件該當性」的觀察點——切入，如果我們非要討論是否具有故意，就有麻煩了！因為「子彈劃過空氣」，根本無實害或危險可言，因為沒有任何「法益」發生實害或陷入危險啊！根本就看不出來有所「刑法上有意義的行為」出現，也因而根本無從展開「構成要件適用」，當然也就不必討論是否「欠缺故意」。

所以，如果想藉由「欠缺故意」正面來定義「客體錯誤」，根本就是自己找麻煩，也註定找不到確切的定義。所以，我們乾脆就借助「客體不能」的定義來定義「客體錯誤」。

當「客體不能」是指「對立法者所以創設既遂構成要件所要保護的法益不在現場並不認識，雖自信著手於既遂構成要件之實行，但其動作自始未構成客觀的事實危險，因而根本未啟動因果進程而絕對不能實現既遂構成要件結果要素」；則作為「客體不能」的「反面」的「客體錯誤」是指「就對立法者所以創設既遂構成要件所要保護的法益不在現場並不認識，雖自信著手於既遂構成要件之實行，但其動作自始未構成客觀的事實危險，因而根本未啟動因果進程而絕對不能實現既遂構成要件結果要素者，對其同一事實行為，由客觀實害面觀察，而仍屬刑法上有意義的行為或猶仍非屬刑法上有意義的行為」。

在此理解下，作為「客體不能」的「反面」的「客體錯誤」具有二種類型：「具有刑法上有意義的行為類型」和「不具有刑

01. 錯誤的現有「構成事實錯誤理論」——「未遂犯」、「不能犯」和「構成事實錯誤」三者間的概念互動關係

法上有意義的行為類型」：對於前者，我們有必要進一步討論，是否因而具有「可罰的構成要件該當性」，而犯罪；就後者，根本不該展開「構成要件適用」，經過「刑法上有意義的行為」的篩選，根本不必進入刑法的討論。

我們可將以上的說明，整理為以下圖表：

「客體不能」和「客體錯誤」構成「一體二面」			
「客體不能」和「具有刑法上有意義的行為類型」的「客體錯誤」構成「一體二面」	「客體不能」	仍具有客體不能構成要件該當性	就此部分，不犯罪
	「具有刑法上有意義的行為類型」的「客體錯誤」	可能具有可罰的構成要件該當性	就此部分，可能犯罪
「客體不能」和「不具有刑法上有意義的行為類型」的「客體錯誤」構成「一體二面」	「客體不能」	仍具有客體不能構成要件該當性	就此部分，不犯罪
	「不具有刑法上有意義的行為類型」的「客體錯誤」	欠缺刑法上有意義的行為，根本不進入刑法的討論	就此部分，也不犯罪（除「例外」可罰的預備犯）