

澳門大學
法學院

中文法學士課程（夜班）

三年級

《刑法》

沈振耀
授課內容摘記
2019/2020

第一部份
基本問題
第一章
刑法的本質

1. 刑法的標的及範圍

刑法的定義

刑法是指把某些人類行為(即犯罪)與刑法特有的法律後果連繫起來的一系列法律規範。要理解甚麼是刑法，首先要對組成刑法的中心，即犯罪或犯罪現象作出定義。事實上，對甚麼是「犯罪行為」，在不同的歷史年代有著不同的理解，而這理解亦會隨著某一個時期和某一個地域所存在的價值而改變。

犯罪現象（或刑事違法行為）可從一個科學的角度去看，嘗試瞭解犯罪行為的方式及其原因。為甚麼人會犯罪？為甚麼暴力犯罪通常由較年輕的行為人所實行？這可經過對資料（尤其是統計資料）的分析，作出有關的假設。另一方面，犯罪亦是法律規範層面所要研究的對象——作為一個法律規範所描述的行為及規範其相應的後果。

刑法的形式結構意義（即按其規範的結構及其特殊的形式）是訂定犯罪行為及規定其相應制裁的法律規範的總和。

這一部門的法律應怎樣命名？

刑罰法（簡稱刑法）抑或犯罪法？

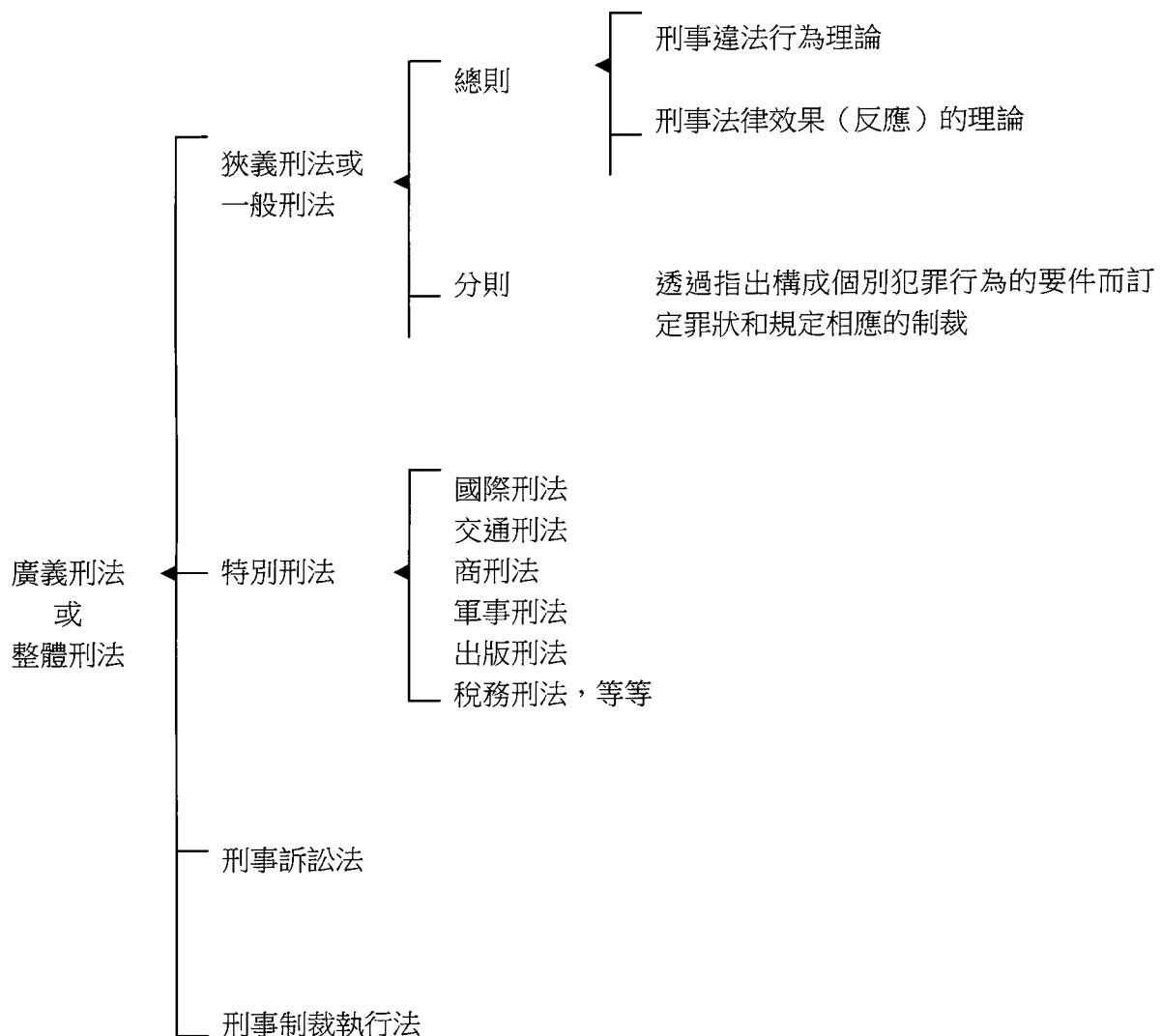
刑罰法與犯罪法作為這部門名稱的不足之處。

從形式角度，刑（罰）法較犯罪法可取的理由。

（見 Jorge de Figueiredo Dias 教授（第一班）、Manuel da Costa Andrade 教授（第二班）刑法科（三年級）課堂教材和筆記，第 3—4 頁）

刑法的範圍

- a) 習慣上廣義的刑法（作為一門法律科學）包括一般刑法（狹義的刑法）、特別刑法、刑事程序（訴訟）法及刑事制裁執行法。（同上，第 5—6 頁）



- b) 我們這個刑法學科只限於學習一般刑法或狹義刑法的總則，但並不妨礙對個別載於刑法典特別部份的某些犯罪作出分析。(同上，第 6—7 頁)

刑法在法律體系中的定位

國內刑法與國際刑法：刑法仍然主要是一門國內法的理由。

羅馬規約設立的國際刑事法院的意義。

刑法作為一門公法的理由。

相對於其他法律部門，刑法的自主性與獨立性。

(同上，第 8—11 頁)

犯罪與社會現實

以犯罪作為社會現實，嘗試探討犯罪的實質定義。

犯罪學角度的犯罪。

實證條文主義觀點、實證社會學觀點、社會道德觀點、理性觀點。

理性觀點：從刑法對法益提供補充保護功能出發，探討犯罪的實質定義。

法益的概念及演變。憲法所定的法益秩序與刑法法益秩序的關係。

(同上，第 21—34 頁)

2. 刑法的功能(任務)，基本原則

刑法的首要功能是保護法益，維護社群內，人的倫理人格自由發展所必需的基本價值及利益。換言之，刑法是保護一個社會內人們共同生活的必要條件。

刑法主要功能具有保護性、預防性和壓制性。為保護法益，防止侵害法益的行為發生，一方面禁制某些行為的實施，而另一方面強制某些行為的作出。正是因為刑法有著制壓的特性，因此，應該在維護和保障一個社會賴以存續的必要條件（使社會各成員能完全自由生活，自由發展其個人倫理人格的不可或缺的價值）時，刑法方具介入的正當性。

刑法的基本原則初探

a) 最少介入原則

只有在社會賴以存在的基本價值受到侵犯的危險情況下刑法才應介入。這些基本價值建基於社會共識，被視為對個人生活和社會發展具有不可或缺的作用和重要性，因此，亦稱之為「最基本的社會倫理價值」。

刑法不應介入那些只抵觸個人道德或所謂有爭論（灰色地帶）的範圍（涉及那些對其應否犯罪化的行為未獲共識的行為）。刑法不應運用其力量，特別是藉著刑罰來滿足道德、意識形態、政治或經濟秩序方面的要求。刑法只有在其他社會工具，包括其他部門的法律對法益未能提供充分有效保護的情況下方可介入，從而避免使用刑法那種本質上對權利做成壓制效果且對社會平衡本身皆不利的處理手法。

因此，可以說刑法有著不完整性且刑罰的運用只可作為解決問題的最後手段（*Ultima ratio*）。

b) 必要及有效原則

意即刑法保護一個社群的重要價值的任務以必要為限。換言之，只有對那些顯示出對應受刑法保護的價值造成危害的行為達至無法容忍的程度，以及因為要維護該等利益或價值而必須對有關的行為人科處刑罰的前提下，刑法才應就這些行為作出處分。

因此，因應某個社會存在的文化思想，刑法不應介入那些為社會所接受和容許的行為，換言之，雖然這些行為對法益構成一定的危害，但不失為能符合社會文化的適當行為。

另一方面，刑法的介入必須以其有效為限，能有效遏止和預防侵害法益的行為在將來的發生。如果刑法介入社會生活未能對這些行為的實施起預防及遏止作用，倒不如讓另一部門的法律管制上述行為的實施。

c) 罪刑法定原則

刑法是遵從狹義的合法性原則。刑事違法行為，即由刑法規定給予相應刑法制裁的行為，是由刑法透過指出有關行為構成要件而描述出來。在行為時未經刑法明確規定的行為不得視作犯罪行為。

由此原則派生出如無事前、明文、狹義、明確的法律，則無犯罪亦無刑罰。

◦

d) 罪過原則

客觀責任是不為刑法所接納的。無人須對其不能以罪過歸責的行為負上刑事責任。

基於對人類尊嚴的尊重，行為人的罪過不再僅是刑罰的依據，更是限制刑罰權濫用的刑事政策工具。無罪過則無刑罰，在任何情況下，刑罰均不得超越罪過的限度。

e) 刑罰人道原則

這項原則其多種的表現具有不同層次的依據。刑法制裁必須尊重以人類尊嚴作為極限的準則。

刑法典不接納死刑及無期徒刑，皆因一方面在刑事政策方面不能解釋其科處，而另一方面侵犯了對人類應有的尊重。

刑法的功能（續）--- 刑事制裁

刑罰

刑罰目的問題

刑罰目的理論通常是指就刑法制裁的壓制及令人聲名受損的性質，尋求科處刑事制裁的社會論理依據。

在這方面的答案往往不能避免受相關社會的歷史文化所影響。另一方面刑罰目的問題也與刑法的功能及透過刑罰擬達到的目的息息相關。

關於刑罰目的的理論

- a) 絶對理論
- b) 相對理論
- c) 綜合理論

各理論的內容、演變及遭受的批評。

澳門刑法典第四十條就刑罰與保安處分目的的價值取向(保護法益；行為人的（再）社會化)，其與刑法功能的配合。如何達致第四十條所定目的？

(同上，第 33-43 頁，第 51—55 頁)

保安處分

刑事制裁制度中的保安處分

保安處分的功能及依據

保安處分是基於作為科處對象的行為人作出符合構成要件的不法行為而顯露出的危險性及保安處分所具的社會效用而運用，對行為人所實施的帶有危險性且危害受法律保護的利益的行為進行防衛和預防。

保安處分的目的與正當性

保安處分的目的：首要目的：特別預防；次要目的：一般預防。

按刑法典規定，保安處分的目的與刑罰的目的相同，唯考慮到保安處分的功能與依據，特別預防應優於一般預防。

保安處分的正當性：社會防衛。

保安處分的存在和科處的依據在於社會秩序的要求，以及純粹具防衛性質，因此，只有對達到保安處分的目的有絕對必要，且要透過狹義的法律規定採用這種刑事法律後果的情況下，方可對有關行為人採用這一類法律上的反應。在前提及科處方面，保安處分必須遵從合法性原則、符合不法構成條件原則、行為人危險性原則、適度原則、保安處分科處司法程序化原則。

刑罰與保安處分的關係：單軌主義與雙軌主義。

澳門刑事制裁制度：一個亦是傾向單軌主義的制度？

(同上，第 56—63 頁)

刑法的界限

刑法與違反秩序法

刑法，紀律懲戒法

刑法與訴訟法

(同上，第 64—73 頁)

第二章

刑法及其適用

1. 刑法介入的合法性原則

合法性原則的功能、意義及依據。

合法性原則的外在和內在依據。

如無事前、明文、狹義、明確的法律，無犯罪，亦無刑罰。

法無明文不為罪。

法無明文不處罰。

罪刑法定原則的效果：在範圍層面、在淵源層面、在確定性層面、在類推層面、在追溯性層面。

(同上，第 74—83 頁)

2. 刑法淵源

法律淵源的概念：法律規範的創立及表現方式。

澳門刑法具體的法源：

形式法源

在形式法源中，首先是基本法，此外，是刑法典

除刑法典外，還有其他現行的單行法律也是刑法的形式法源。

國際條約：凡經特定程序為澳門刑法體系所接納，而在內部法律秩序中生效的，刑法領域的國際條約、協議或公約皆為刑法的法源。

實質法源

實質法源有刑法律基本原則。刑事方面的判決和學說並不是形式法源，因為沒有形成刑法規範的效力，但是在解釋刑法方面起著重要的作用，屬實質法源。

3. 刑法的解釋及漏洞的填補

採用法律解釋的一般方法，但以立法目的和刑法功能作為刑法解釋方法的指引：目的解釋與功能解釋的重要性。

禁止對行為人不利的類推，不論作為填補法律漏洞或關於科處刑罰及保安處分方面。刑法典第一條第三款。

4. 刑法的效力

時間上的效力（刑法在時間上的適用）

罪刑法定原則在刑法時間上的效力的作用。

絕對的禁止追溯與禁止不利行為人的追溯：何者更符罪刑法定原則的保障功能？ 澳門刑法典所定的刑法在時間上適用的制度。

在正常的情況下，刑法在時間上的適用不存在時間上的效力問題，然而，當在時間上出現兩個或以上的互相衝突的法律，對同一的行為皆可能適用兩個或以上內容不同且在時間先後生效的規範時，問題便出現。哪一條規範應對該行為適用？是行為時生效的規範抑或是新法的規範？

犯罪之時的確定

為了按照上述規則找出哪一法律適用於某一個行為，需要斷定‘實施行為之時’。當法律規定行為可罰性的前提為產生某一結果，亦即結果的產生是構成要件時，便出現需要決定‘犯罪時’的問題，究竟犯罪時是指行為實施時抑或是結果產生時？

刑法典第三條明確訂定如下準則：

行為人作出法律禁止的行為之時或行為人不作出法律強制實施的行為之時，均為犯罪之時，不論罪狀所規定的結果何時產生。理由。

對於習慣犯、連續犯、繼續犯此等其行為具有連續性、多次性、長期性，或不法狀態和不法行為間斷地或無間斷地繼續存在一段時間的犯罪，上述準則仍未能解決所有問題，尤其是當新法對行為人不利時，如何確定用新法抑或用舊法？

按 Americo A Taipa de Carvalho 教授，應用舊法，除非新法所定的構成要件的全部前提均在新法生效期間發生。例子。

按照刑法典第二條的規定，一般而言，在刑法範圍內法律適用溯及既往是不可接受的。因此，原則上，行為人實施行為時生效的法律適用於該行為。

然而，基於公平和合理方面的考慮和刑法功能的要求，禁止溯及既往原則的適用範圍有必要受到一定的限制。因此，刑法典規定了一個具體對行為人較有利的法律是可以溯及

其生效前已實施的行為。換言之，當時間上出現兩個有衝突的規範時，並不一定是行為時生效的規範適用，而是對行為人具體較有利的規範適用。

這項原則載於刑法典第二條，當中考慮到以下幾種情況：

新法將原為犯罪的行為非罪(刑)化：適用新法，即使有關的判決已確定。

何謂‘違法行為’？

新法規定對行為人具體較有利的制度：適用新法，除非有關的判決已經確定。

何謂‘具體較有利制度’？如何認定哪一法律的制度具體較有利？

然而，在限時法的適用方面，基於限時法僅在一定期間內生效，通常是與社會上發生的特別情況相吻合。換言之，是專為達致特定目的而在某一特定期限內施行的法律規範。考慮到限時法所應該發揮的功能和對限時法所要求的效力的前提，限時法適用於所有由其規範及在其生效期間所實施的行為。換言之，在該期間所作的行為在生效期過後，仍會處罰。

如何理解限時法與從舊從輕的關係？

(同上，第 84—88 頁)

刑法在空間上的效力（刑法在空間上的適用）

刑法在空間上的適用的制度及其原則。澳門刑法在空間上的適用制度：以屬地原則為主，輔以屬人原則、保護原則、普遍原則。如何體現這制度？

一個在澳門出生及居住的人在內地實施一犯罪行為，或一個泰籍的人在澳門犯罪，何地的法律適用？是行為人國籍所屬國家抑或是犯罪地的國家或地區的法律適用？

為了解決這類問題，有必要訂定明確的規則，以便確定刑事法律對哪些行為人和哪些行為適用？

屬地原則

刑法典第四條一款規定的一般原則是屬地原則。澳門的刑法有權限規範在澳門地區所實施的行為，不論行為人屬何國籍。屬地原則是每個國家(或地區)對在其境內實施的行為，要求擁有專有司法管轄權的一個體現。

另一方面，船旗準則是屬地原則的一個延伸（第四條二款）。

適用屬地原則，首先需要確定何謂‘犯罪地’。究竟應該視行為地（作為或不作為地）抑或結果發生地為犯罪地？

遍在地說：行為地及結果地均視為犯罪地。理由。

刑法典第七條亦作出此規定。

連續犯、共同犯罪、未遂犯、過境犯罪問題。

保護原則，澳門的刑法亦適用於那些由不論何國籍的行為人在澳門以外地區實施危害澳

門重大利益的行為。刑法典第五條一款 a 項。

屬人原則，另一個使澳門刑法適用於本澳以外地方的原則規定是屬人原則或犯罪主體國籍原則：澳門刑法以‘澳門居民’身份(而非以國藉)作為屬人準則的連結要素。

屬人原則可分為行為人屬人原則和被害人屬人原則。

刑法典第五條一款 c，d 項作出了規定。

普遍原則，基於某些違法行為抵觸國際社會的重要價值，為國際社會所不容。故此，即使行為非在本國(或本地區)作出，作為國際社會成員亦有義務予以處理，對在外地作出的行為適用刑法。

刑法典第五條一款 b 項及第二款亦作出了規定。

然而，刑法典第六條對於本澳刑法適用於在外地作出的事實作出限制。僅當行為人在犯罪地仍未被審判，或已被審判但完全或部份逃避履行制裁，澳門法院方可審判行為人。倘行為人被判刑，則先前在外地已服刑罰按刑法典第七十六條規定予以扣除。

在這一問題上體現了「一事不兩理原則」(“*ne bis in idem*”)，一事不兩理原則是禁止行為人因為同一犯罪行為而受到兩次的審判，嚴格來說，行為人不得因實施一犯罪行為而遭受科處兩次刑罰。為貫徹「一事不兩理原則」，刑法承認外地法院所作的裁判的某些效果。

(同上，第 89—100 頁)

第二部分

犯罪總論

基本問題

第一章

1. 刑事違法行為及其構成元素

刑事違法行為的初步概念

界定犯罪概念的困難

將刑事違法行為的構成元素抽象化來確定刑事違法行為概念

(同上，102—103 頁)

刑事違法行為的分類

犯罪與輕微違反

學說上區分的準則

刑法典第一百二十三條的規定

區分犯罪與輕微違反的實務意義

有關輕微違反的特別規定
輕微違反與單純違反社會秩序行為及行政上的違法行為
(同上，64-69 頁)

2. 犯罪構成理論的建構

形式意義的犯罪

層次分類法：犯罪指符合構成要件、不法、有罪過的應處罰行為
以行為構建犯罪概念基礎的討論

主要學派：古典學派、新古典學派、目的學派。主張和批評。

試圖解決爭論的學說：社會行為論、個人行為論、符合構成要件行為論或構成要件實現說

從刑法的目的建構犯罪概念(Figueiredo Dias)

行為概念的純粹界限功能

不法構成要件的作用

以不法性作為基礎。構成要件與正當行為類型的關係

罪過的類型：故意與過失

應處罰性的問題：應處罰性在體系上的定位。刑罰的堪當性。例子。

(同上，第 104—124 頁)

犯罪體系論

犯罪體系論是指探討可罰行為(犯罪)的一般要素。

現代刑法理論就可罰行為樣態，一般主張可罰行為是指符合構成要件(罪狀)、違法(不法)、有責(罪過)的行為；此外，還需是具備客觀處罰條件。

這種以行為、構成要件、違法、有責等作為犯罪的基本構成要素的見解是經過超過 150 年學說上的探討和爭論，逐漸形成和發展出來。

即使在今天，關於這些基本構成要素內涵及相互之間的關係等問題仍舊存在見解上的分歧。儘管如此，如果想理解這些立場，首先宜了解犯罪概念構成的基本內容。

刑法的歷史源遠流長，關於犯罪和刑罰的思想與發展過程，各地之間存在著或多或少的差異，從人文角度而言，大致分為古代、中世紀、近代啟蒙期和現代這些時代劃分。

十九世紀末確立的刑法學，經過二十世紀初尤其第一次大戰後長足的發展。這個時期的

刑法學理論深受當時的哲學思潮的影響而發展起來。

- (1) 古典犯罪理論：二十世紀初的通說，深受當時的自然主義和實証主義所影響，採用因果定律作為建構犯罪體系的方法論基礎；在行為論中主張自然因果行為論，构成要件論中主張無價值的构成要件概念，在違法性論中主張形式違法性概念，對責任論主張心理責任論。
- (2) 新古典犯罪理論：在一次大戰後，古典犯罪理論的基本結構仍然維持，但在這體系內，出現新的主張，對各個要素進行了重构，形成新的古典犯罪理論。摒棄科學實証主義的純粹邏輯思維法則，把法的目的和價值理念作為构建理論的主導思想。受到主張新康德主義的德國西南學派價值哲學的影響，強調在解釋事件經過時，不應基於純自然因果關係的思維方式，而應該從事件的目的和價值因素進行判斷的方法論，提倡應從事物的價值和理念把握刑法的本質。行為是指有社會重要性的行為，不法是指有社會危害性，責任是指非難可能性的判斷。總的而言，犯罪行為的各種元素均應從規範、價值的關係立場上進行評價。
- (3) 目的犯罪理論：這理論原本是伴隨目的行為論一起作為刑法體系的新形象被提出來。目的行為論不僅作為理解行為的本質，而是賦予行為的目的本質，作為构建整個犯罪體系的基礎。目的論與上述兩個理論最大的分歧之處是「故意」的內涵。按照古典和新古典理論，故意屬責任要素，包含對事件的認識和意欲及不法意識。至於目的理論，已把對事件的認識和意欲納入构成要件範疇，並稱之為構成要件故意。至於不法意識則歸入責任範圍。而不法性的內容，則進一步的主觀化，責任則進一步去主觀化和規範化。

	古典型理論 (自然實證主義)	新古典型理論 (規範主義)	目的理論 (本體現象主義)
年代	19世紀末 20世紀初	20世紀一次大戰後	二次大戰後
代表人物	貝寧(Beling)；李斯特(v. Liszt)	梅茲格(Mezger)；狄列達拉(Deltila)；法蘭克(Frank)	威茲爾(Welzel)
行為論	因果行為論 行為指由人的意欲帶動身體動作，引致外界變動的因果歷程	社會行為論 行為指由意思支配或可由意思支配，且因而在外界引起社會重要性結果的人類舉止	目的行為論 行為指目的性活動的實現。行為的本質應是人透過思想上的預期和手段的選擇，將

			因果歷程導向其欲達至的目的，因此，行為是一種目的性的操控。
構成要性符合性	行為與構成要件外在客觀相符，即視為符合；僅具描述性元素；無須作價值判斷	行為不僅是外在客觀的相符，還必須體現出行為具社會損害性的整體意義(構成要件定性為不法構成要件)，侵害受法律保護的利益；規範性元素亦成為構成要件要素；須作價值判斷；承認在某些情況下須具主觀元素(例如：意圖)	構成要件除了客觀元素(關於行為人、行為和相關情節的描述元素)，必然包含主觀元素(故意，或者某些情況下過失)；故意成為構成要件的根本元素；
違法性	純外在客觀；倘個案中無出現法律(例外地)規定的阻卻違法性事由，即屬違法(形式違法性)	相對於構成要件符合性階段，主觀不法色彩更濃，行為是否與法秩序相符，須考慮行為主觀元素；行為是否與法秩序相違背須作實質判斷(實質違法性)；接納超法規阻卻違法事由	行為是否與法秩序相違背必須結合主客觀兩面予以判斷(不法概念的主觀化)；不法不限於來自(造成法益的侵害的)結果的負面價值，亦包括來自(違反規範的)行為的負面價值；所有的不法必須是行為人或是故意(知與欲地)或是過失(違反客觀注

			意義義務地) 作出行為 (人的行為不法)
罪過	內在主觀；心理罪責論(具罪責能力的行為人與客觀行為之間存有心理聯繫，即有罪過)；罪過形態包括故意與過失，當行為人對所作行為有認識且意欲實現該行為，即視其故意行為，如對所作行為不知與不欲，即為過失	罪過指非難的判斷(規範罪責論)；罪過構成元素更豐富和多樣化(除主觀元素外，亦引入客觀元素)：歸責能力(判斷行為是否違法和控制行為的能力)；故意與過失(作為罪過的形態)；期待可能性(可否期待行為人作出適法行為)	罪過概念的去主觀化和規範化；原先歸屬罪過的故意與過失劃歸入不法構成要件階層予以檢驗，罪過純粹是非難的判斷(當中包含歸責能力、期待可能性、不法意識等元素)

行為概念的功能

- 分類功能(基礎要素功能)：行為概念作為所有可罰行為樣態(作為、不作為、故意、過失行為)的上位概念，必須成為能夠包含各種可罰行為樣態的基礎。
- 結合功能(聯繫功能)：行為必須貫穿整個刑法體系，同時形成‘體系的中樞’。為此，行為必須是有自身內容的概念，而且為使行為能夠成為符合構成要件、違法、有責的行為，其必須具備能夠接受構成要件符合性、違法性、有責性的評價的實質內容。這就是行為概念的結合功能。申言之，這功能有兩方面的內容(1) 體系的中立性，行為相對於構成要件、違法性、有責性必須保持中立。因此，行為的概念不得提前介入到(其後對其作出修飾的) 構成要件、違法和有責的概念中，也不得把構成要件、違法和有責的內涵提前融入行為概念的內容；(2) 概念具實質內容(定義功能)行為的內容不得空泛，其必須含有能夠接受其後對其作出修飾的內容。
- 界限功能：行為概念具有能在接受構成要件、違法和有責等元素修飾之前，已把自始就不能成為刑法評價對象的行為排除於刑法考察的作用。例如，單純的思想、動物引起的事件、神志昏迷下的動作。

面對這種不可或缺的功能多元性，純粹的自然主義因果行為概念馬上被摒諸門外。同樣的情況出現在純規範概念身上，這概念根本無法履行聯繫功能，因為，它用一種絕對的方式預先決定了符合罪狀性。

上述的功能方法觀點對行為概念作出的要求似乎是矛盾的，因為它們彼此間是互相排斥的。假如，行為概念應擔當耶賽克 Jescheck 口中的“分類功能”——即涵蓋所有在刑法上具重要性的人類行為——那麼，它的構成似乎必須歸入一個先於法律的體系，無論是目的本體體系，抑或是社會規範體系。然而，這概念能否一方面履行“定義及聯繫功能”，並成為使將來對符合罪狀、不法、有罪過及可處罰等修飾的確定，另一方面又同時能成為與行為概念聯繫起來所需的實質概念，且行為概念無需預設上述的確定？這是不可行的做法，也是我們接著要根據有關行為的一般概念的較新觀點來嘗試指出的問題。

目的行為概念

在履行對任何行為一般概念而言均屬重要的功能方面，目的概念有其不足之處，這些不足之處正好顯露於威爾茲爾 Welzel (1964) 力求透過弄清目的與故意的關係而給予行為概念一個確定構成的時候。這裏只有兩個抽象化的可能性。

第一個是維持目的等同故意的可能性。然而，行為概念便會完全失去其聯繫功能，因為，會出現行為概念的預先符合罪狀性，因此，故意只能是指罪狀的故意，而罪狀則由規範來設定，本身便已包含了若干要素，使目的預先決定一切這意義清楚不過且具有目的就表示具有社會重要性”。

第二個可能性是將目的與故意分開，只要有目的的行為就是行為人“想要某些東西”、行為人有為實現目的而定出的任何因果程序便已足夠，而無需為著嗣後的系統評價而強調意志的內容。因此，可以說，有“潛在的”目的，即“在一定的限制內，駕御及支配因果程序的能力”(考夫曼 A. Kaufmann)，有“無意識的”目的（關於這理念，參考斯特拉騰威爾特 Stratenwerth），有“可避免性”的目的（雅科布斯 Jakobs），又或針對造成不可容忍的危險的情節的目的（史特魯恩斯 Struensee）——希望藉此履行分類功能。然而，在任何情況下，該行為概念都不能履行其應有的定義功能，因為，行為可以不包含承受嗣後各種修飾所必需的本質，如符合罪狀的修飾：行為人可以是想將某些事實歸責於他人，而這些事實是侵犯他人名譽或別人對他人的觀感（第一百八十條）；進入他人住所（第一百九十條）或取去他人之物（第二百零三條）——然而，這些行為並不符合誹謗罪的不法罪狀（例如，歸責是發生在有限的圈子內，如家庭內）；不符合侵犯住所罪（例如，已取得住所權利人的同意），又或不符合盜竊罪（例如，因為據為己有的意圖不能被定質為不正當意圖）。

然而，儘管作出上述的糾正，也不能肯定地說，這種目的行為概念已符合其界限功能，且並無忽略對犯罪出現的各種基本方式的區分。因為，即使不再質疑這概念能否包含故意犯（對故意犯已有充分考慮），也是把不作為犯加以排除，最終還是欠缺能把部分過失犯——至少就事件或結果而言——與該概念掛鉤的實質內容。因此，結論是目的行為概念還是不能在行為的一般概念中開花結果。

社會行為論

發生在目的行為概念身上的問題，起碼有部分也發生在社會行為概念身上。可以肯定的是，即使在接受法律上的修飾之前，不作為本身已能在社會上具重要性：社會性本身便能構成一個超法律的規範體系。然而，不應獲得支持的是，就正如目的行為論般把嗣後確定符合罪狀及不法的基本要素之一（結果）排除於過失行為之外。同樣，社會行為論追求（且應該具備）但欠缺一種先於法律的自主性，把真正構築成不作為犯的不法及符合罪狀的要素排除在不作為之外：即法律要求實施的、應為的或期待的而不為的積極行為。因為，事實上，不法性的重要標準是有法律依據的（而根據定義功能，這標準在行為概念的實質內容中應該有起碼的藏身之所），且單這一點，便令它在社會上具重要性。又或，從另一角度來看：行為必須透過對源自特定類型的行為作出法律規定才能是“期待的”行為。因此，試圖涵蓋不作為的社會行為論，無可挽救地喪失了聯繫功能，因為，這理論同樣犯上預先設定符合罪狀的毛病。

除上文所述者外，還有另一困難。假如，為符合聯繫功能，社會行為論對罪狀及其歸責標準不應作出任何預先設定，那麼，在一般行為層面，它只能以等價條件說作為把結果歸責於行為的標準（不可或缺的標準）。然而，這套學說把生下一名後來殺死他人的兒童的行為視為一個“社會”行為，而事實上，視為一個殺人行為，由於這套學說脫離生活現實，所以並不可取，且因而應被拒絕接受。此外，亦主張在一般行為的層面，應採用更嚴格的歸責標準，以釐定相當性、重要條件、風險的產生及加劇等模式。然而，所有這些標準只能源自刑事規範的保護範圍及目的，即源自罪狀的刑法秩序，而非任何超法律的秩序，即使其屬於社會秩序亦然。因此，可以再度結論出，這是一個面對符合罪狀學說時便喪失中立性、預先性及自主性的社會行為概念，簡單而言，這概念並不能履行其聯繫功能。

結論

a) 行為理論讓位予不法罪狀實現論的需要

面對上述觀點的複雜性，可取的看法是，犯罪理論不再在過分抽象的普遍及分類理念的結果中找尋本身的最終的存在意義，因為，這種抽象理念將導致我們接納任何一個先於法律的一般的行為概念。假如認為世界上各種現象都無可避免地要被歸納為一些十分抽象的概念，並必須形成一個大家只需“認識”便已足夠的預先建立的“秩序”的話，這未免流於偏見；事實上，是一種源於理想主義的偏見。上述的看法並不表示放棄在可處罰事實概念構成中的層次分類思維，而是在任何情況下，都不應把具有本身特殊的分類、定義及聯繫功能的一般的行為概念，作為整個體系的基礎要素；相反，這行為概念應致力於涵蓋那些在刑法上具重要性，並因而列入不法事實類型的具體作為及不作為、故意及過失的作為及不作為。

作為結論，值得指出的是，行為學說在可處罰事實概念的構成方面，應該位予符合罪狀行為學說或罪狀實現學說，使行為概念只需承擔“在罪狀理論範圍內，把勘探行為種類的適當方法綜合起來的功能”——正如拉特布魯克 Radbruch (1930 年) 曾提議的或由馬里奴茲 Marinucci (19**年) 極出色地作出的解說，又或在耶賽克 Jescheck 的重要表述中所指出的一樣；這些表述後來更被採用，並使行為概念只需承擔一定的（有限的）界限功能。因為，唯有這樣才能符合行為概念在一個功能及理性體系中特有的目的。假如要問這行為概念在體系中的目的及功能為何，答案只可以是，這概念企圖排除所有自始便對將來作出刑法上的評價不具重要性的，尤其對禁止及容許的層次不具重要性的事物。然而，亦因同一緣故，行為在概念上的確定便先驗地按功能及罪狀層次而被預先判定，因為，罪狀層次——正如其最終的構思——是劃分禁止與容許的決定性要素。

因此而得出的結果是，界限功能本身不應由一個一般的行為概念履行，相反，應該由多個典型結構的行為概念履行。當然，這種做法並不會排除行為概念的重要性，不過，行為概念會因而失去其自主性，以及失去提升為體系的基石的能力。行為概念不是——不可以是亦不應該是——預先作為罪狀依據的東西，它只是不法罪狀核心的組成要素之一。因此，無可避免地——這立場不應（如洛克辛 Roxin 所想的）被批評為“退讓”，相反，應被評價為一種在目的論方面是積極的，而在功能方面是適當的立場——指出了行為概念在目的論體系中擔當凜一個次要的角色，這角色基本上符合界限功能或把在刑法上不具重要性的行為排除出符合罪狀之外的“消極”功能；此時，行為理論勢必讓位予不法罪狀實現的概念及其在可處罰事實的目的論構成中所履行的功能。

b) 區分典型的犯罪基本表現方式

唯有接下來提出的概念才能提供足夠理由以摒棄可處罰事實概念構成的傳統觀點，並以一個四分法的構成取而代之。當分析刑法體系中的所有不法罪狀時，能結論出犯罪的四種表現方法之間存在著目的、功能（甚至結構）上的分別，且需對這些方式進行獨立的學理思考：故意作為犯、故意不作為犯、過失作為犯及過失不作為犯。

事實上，通過分析《刑法典》的分則所載的犯罪狀，就能明白到某些（大部分）罪狀是建基於一種可以視為正常的行为方式——積極的行為或作為——，而另外一些罪狀（例如第二百條）則屬於不作為；肯定的是，有許多符合罪狀的事件（例如，在殺人罪中的他人的死亡——第一百三十一條）既可透過積極的行為，亦可透過不作為而實現。無論區分這兩種行為的基本方式的正確方法為何（在下文將會看到進行這項工作所面對的重大困難），可以肯定的是，積極的行為是罪狀實現的常見方式。事實上，按照不法罪狀固有的規範性內容，禁止損害或危及法律所保護的利益是刑法規定所包含的首要指令。因此，對於必須實施有利該等法益的行為的指令（因而不作為會受到處罰），從刑事政策的角度而言，是擔當一個次要或從屬，甚至是額外的功能。否則，刑法將失去其符合民主及法治國原則的自由一面，即失去能解釋其作為社會政策中一種極端手段的特性，因而變成一種系統性地介入（即使未致於干擾）他人權義範圍的法，這樣，對個人

自由造成的損害可能較諸刑法本身擬避免的損害更加嚴重。

另一方面，同樣可以理解到，一套持久及具連貫性的刑事政策的指向是首要地禁止故意的行為，意即行為人已知並希望罪狀實現的行為。沒有預見及（或）沒有希望其發生的行為則不同，因這些行為的首要不法內容是違反注意及謹慎的客觀義務未能適當地作為（或不作出行為）避免罪狀的實現——出於過失的行為——對這些行為僅應作出較次等的處罰，且在規範角度而言，屬例外情況的處罰（見第十三條的明確規定）。簡而言之，只有當法律感到需要保護法益的強度大至必須明確規定過失的可處罰性時，才應對上述的過失行為加以處罰。

儘管區分罪狀實現的四種基本形式在概念上已相當清晰，但注意到上文的闡釋，便會發現其中兩種形式——過失作為犯與過失不作為犯——在實質上有若干重疊的地方；問題在於，無論在過失作為犯或過失不作為犯中，始終無發生所期待的積極作為，即能保護正面臨被侵害危險的法益的行為。然而，兩種形式之間的罪狀分別不因此而消失，因為，依然成立的是，在過失作為犯中，對注意的客觀義務的違反與積極的作為有關（例如，超速駕駛），而在過失不作為犯中，對同一義務的違反是以不作為行為為基礎（例如，燈塔控制員因入睡而在他應發出燈號時沒有發出燈號）。

一套完全具連貫性的系統闡述應由始至終都遵從學理上的自主性，而在任何情況下，上述可處罰事實的四種基本形式都須具備這種學理自主性。上段所述的內容，加上對簡化、清晰及省時地陳述的考慮，已足夠讓我們提出下面與三個基本階段有關的可處罰事實學說：首先是故意作為犯，根據上文所述，故意作為犯在犯罪的構成之中無可爭議地佔著首要位置，並由這位置出發，盡一切努力去思考可處罰事實的所有構成要素；第二是不作為犯，尤其故意不作為犯，因為，如前所述，過失不作為犯與過失作為犯極為相似；因此，第三是過失犯，基於上述的原因，從系統性的角度來看，作為犯與不作為犯的區分可以是極微細的。

3. 不法罪狀

a) 符合罪狀、不法性及正當化事由

今天，就目的論功能犯罪體系的依據所引起的最大問題，可能就是要尋找一個最切合罪狀與不法之間的聯繫的概念，或者，可以說是符合罪狀及不法性或反法律性之間的關係。

無論在古典學派、新古典學派、目的主義學派，以至今天的目的論功能體系的典範著作中（洛克辛 Roxin 的“條約”第二版，1994 年），絕對佔有主導地位的觀點是，“罪狀構成了犯罪學說的第一個評價等級”（威爾茲爾 Welzel），亦是行為的首先及獨立的評價要素：首先，必須證明具體的行為符合某一罪狀，然後，才視乎個案中是否存在阻卻

事由，從而否定行為的不法性（第二個等級）。然而，這種體系構成欠缺說服力。在一個真正的目的論功能體系中，不應不把“首要位置”給予不法性這實質層次，無論它被構思為符合罪狀的不法行為或（屬同一碼事的）不法罪狀亦然。

這兩種概念的對立在近數十年——至今仍然繼續——與以下的問題相混淆，就是罪狀是否只是一種起有犯罪表徵意義的罪狀，或罪狀僅包含對被禁止的行為（事宜）的描述或把有關的罪狀個別化的要素（正如威爾茲爾 Welzel 所指）；抑或必須表現為整體罪狀（正如因基什 Engisch、庫雷亞 Eduardo Correia，以及弗雷拉 Cavaleiro de Ferreira 在某些方面所指），除上述的要素外，亦暗含作為其“消極”要素，即阻卻事由的欠缺（稱為罪狀的消極要素說），簡而言之，是包含對具體判斷不法性（反法律性）有重要性的一切要素。

這兩個問題的混淆以一種令人無法接受的方式，導致前者的價值被貶抑，而過分提升後者的價值。從目的論功能觀點來看，罪狀的消極要素構成了一個在實質上毫無意義的問題，而且，從這觀點來看，這學說與相對立的學說之間並無任何矛盾之處（恰如斯特拉騰威爾特 Stratenwerth 所指，但並沒有任何關鍵性的主張），這學說亦並未帶來真正的解決方案。事實上，對這兩個概念來說，罪狀是事物的本質、因由、起源而不法性（反法律性）僅為修飾、結果、效果及嗣後的事物。因此，這種爭論在根本的問題上出現失誤。

正如上文所述，根本的問題在於決定在體系構成中，目的論及功能性的首要位置必須給予罪狀，還是給予不法性。而目的論功能學說本身（洛克辛 Roxin）亦已主張首要位置必須屬於罪狀所有。因為，符合罪狀與不法的區別在於，前者表現為“從抽象的處罰需要角度來看的被評價的行為”（即“無需考慮實施行為的人及行為的具體情況”），並建基於一般預防的刑事政策目的，鼓勵不作出被禁止的行為（或實施所規定的行為）；而在不法方面，則考慮符合罪狀的具體行為，包括顯示該行為特徵的一切實在的要素，並以解決在刑法上具重要性的利益衝突的刑事政策目的為主要依據。

然而，似乎不應如此觀察事物。正如上文所述，一種罪狀的目的論功能的訂定，會引致作為犯罪構成要素的“罪狀”與僅作為附和合法性原則的“罪狀”之間產生不恰當的混淆。這種把被容許與被禁止劃清界線的功能，是由“罪刑法定原則”（*nullum crimen, nulla poena sine lege*）實現，且無需在犯罪概念的構成要素的層次中重覆這功能；這種給予符合罪狀要素的功能應該，在罪過要素及可處罰條件方面重覆，否則，便違反合法性的原則。假如，這是罪狀在體系內的真正功能，那麼，整個符合罪狀性的層次將會完全脫離犯罪學說的構成，而在刑法適用及合法性的相應要求方面加以考慮。

這似乎是另一種觀察事物的方式。刑法的功能（對法益的補充性保護）、刑法介入的合理解釋，以及穩定社會對被違犯的規範所具有的效力的期望，在不法性層次的功能界定方面互相結合：這個實質地構成的層次佔有較罪狀層次更高的目的論功能優先位

置，並在犯罪的目的論功能構成中佔首要位置（正如貝提奧爾 Bettoli 所指，儘管他是從另一觀點出發）。通過不法性層次所表現的是刑法非價的特殊意義，其指向一個具體情況中的一個具體的人類行為，因此，是考慮到行為本身的一切條件或行為發生的一切條件。自此，罪狀方取得其真正的意義。

事實上，從這一意義來看，“無不法則無罪狀”（哈爾特維格 Hardwig 的典範表述，儘管是在其他內容中作出）或所有罪狀都是不法行為的罪狀。因此，罪狀便作為一種不法行為的“典型化”、“具體的沉澱”或“擴展”的姿態出現——主導學說在圍繞著“消極罪狀要素”的爭論令問題變得複雜（含糊）之前，似乎能清楚作出解釋，（如沙烏艾爾 Sauer 的表述）這種不法性是“按罪狀而塑造”的，（如庫雷亞 Eduardo Correia 經常指出）這種不法性是“刑法評價的中介物，是判斷某一行為是否不法的“評價使者”。今天，劃定罪狀的範圍及意義的重要標準，例如，客觀歸責、保護範圍、規範的保障目標、社會契約等標準，都明顯是源於刑法上的不法性及其在體系中的功能的基礎。

為實現上述的具體化、顯露或揭示，在任何情況中都需要利用兩種不同的，甚至是相對的，但在功能上是互相補足的工具。其中一種工具在這裏稱為罪狀，即直接與不法性的依據相聯繫的事實情狀的總和（斯特拉騰威爾特 Statenwerth），其中，首要功能是確定被保護的法益及與其有關的條件，某一行為如符合這些條件，則可被視為不法的行為。另一種工具是阻滯犯罪類型（或阻滯犯罪事由），同樣是把行為的不法內容具體化，具有限制（“消極”）罪狀的性質。因本身的特殊形態，阻滯犯罪類型構成了限定不法內容的方式（事實上，這些方式具備本身的構成要素、前提，以至一定的事實描述，因而能被設定類型），並能被視為在功能上屬於罪狀的真正的補足性（對立）類型。然而，兩者在結構上是不同的個體，因為只有罪狀才是受保護法益的捍衛者，並因而以具體及積極的方式限定不法的行為，而阻滯犯罪類型則與法益的法定秩序無涉，並因而以一般及消極的方法限定不法的行為。事實上，兩者都旨在定出損害一法益屬不法的條件，然而，在罪狀中，與這功能結合的描述相關法益的功能，則非阻滯犯罪類型所具備的。

從上文的論述所得出的結論是，在犯罪學說的目的論功能體系中，並無一種把符合罪狀性與不法性分成兩個獨立層次的構成。具備由目的及特別功能賦予的自主性的系統層次，就只有符合罪狀的不法行為或不法罪狀的層次；犯罪狀及阻滯犯罪類型只不過是概念性的工具，以互相並不獨立，反之，是互相依賴的方式，為實現該構成層次特有的意圖及目的而服務。

b) “故意及過失的系統定位”問題

在一個與上文論述的不同但仍與不法罪狀構成問題有關的層面，出現了應該把故意及過失系統性定位為不法罪狀，抑或定位為罪過的問題。這問題引發了各方的爭端，特別是目的行為學說的支持者與反對者之間的爭論，並因而令因基什 Engisch 對這問題

表示驚訝：“要信服並不困難，但事實是這系統性的問題今天成為了刑法學家的研究核心”。然而，今天至少有一點是可以肯定的：故意及過失與不法罪狀的或有“關聯”不可能來自就行為學說而主張的立場，特別是接受或反對目的行為概念的立場：故意及過失與“因果”或“目的”之類的本體層次的聯繫並非關鍵的問題，關鍵的是——假如是的話——體系中的不法罪狀及罪過類型的功能及目的。

把故意列入不法罪狀不應衍生出或演變成法治國特有的對罪狀的可確定性的要求（洛克辛 Roxin）（參閱上段§*）；又或不應接受其作為“不法性的要素應從反法律性的基礎開始發展”這一原則的正當結果（耶賽克 Jescheck）。

第一種論據再次陷入不法罪狀與保障性罪狀的混淆之中。無疑，故意及過失是劃定可處罰範圍的要素。然而，在法治國的系統中，可處罰性不可簡單地與某一“因果”行為或某一“目的”行為聯繫起來：可處罰性只可以與一個出於故意或過失的有罪過的行為聯繫起來。無論是故意或過失，罪過本身是法治國的一種要求，並因而必須反映於保障性罪狀之中。因此，無法在不法罪狀範圍或罪過的範圍中決定故意及過失的系統性位置。

此外，不法性的基礎在確定罪狀要素方面無疑是十分重要的。但由此只能結論出，除了對行為結果的非價之外，亦必須考慮對行為的非價的形成要素，通過對行為的非價，行為成為了人的作為，與一個“歸責的倫理核心”互相聯繫。然而，並不因此而無需借助故意，甚或借助目的論層次的概念。只要符合罪狀行為的實施在客觀上是可以受支配或可以避免，又或行為人違反了注意的客觀義務的話，對行為的非價便成立——無論是過失作為或故意作為，均適用同一個公分母（參閱下文§*）。因此，可以僅把這公分母定位於不法罪狀，而把故意及過失置於罪過的層次。因此，從不法性的基礎出發，根本無法肯定地確定故意及過失的系統性定位。

反之，似乎有兩種觀點是關鍵的，一種觀點是把故意及過失定位於不法罪狀，另一種則將之定位於罪過的類型。

前者是來自故意在犯罪未遂的範圍內應突顯的功能。假如不涉及故意，至少是“罪狀所指的故意”，意即不涉及對客觀不法罪狀的認知及實施的意願，則無法在符合罪狀方面解釋犯罪未遂的不法性，換言之，無法就犯罪未遂而實現設定不法罪狀的功能。假如，在發生犯罪未遂的階段是這樣的話，那麼，曾經歷犯罪未遂階段的故意既遂犯也該如此。這樣，罪狀所指的故意是任何主觀不法罪狀的構成要素這一點，已無需多加證明。

但另一方面，正如上文指出，法律規定了不同的刑罰幅度，科處刑罰時，只按照應予處罰的事實是故意實施或純粹過失實施而有所區別（又或，經常發生的是，法律處罰故意實施的事實，而不處罰過失實施的相同事實），這只能表示區分這兩種行為方式的必須是（或至少同時必須是）罪過的分別。換言之，故意及過失必須被視為個體，其本身及通過其本身表現出或顯示出不同的罪過實質內容，且各自有本身的意義及標準。

面對驟眼看來是互相矛盾的要求，究竟如何能系統地把故意及過失概念化並加以整合？上文的論述，只排除了兩種極端的立場：一種立場認為故意及過失可以完全與罪過的評價或與罪狀無涉——正如正統的目的行為學說所主張——並僅在主觀不法罪狀範疇具重要性；另一立場是——正如規範主義體系時期的學說所主張——故意及過失純粹是罪過的要素，對主觀不法罪狀範疇並無任何重要性。然而，在這兩種極端的立場之中，仍然保留了各種概念化及系統化的可能性。例如，可以主張故意及過失首先構成了主觀不法罪狀的要素，其後，亦對決定罪過的程序具重要性；也就是今天在德國學說中越來越堅持的尤其對故意（但也包括對過失）在體系中的定位、功能及雙重評價（先驅者：格拉斯 *Gallas*）。正如可以主張故意及過失是複合的個體，包含著構成要素的總和，其中某些要素在主觀不法罪狀的層面具重要性，另一些則在罪過類型的層面具重要性。

按照問題的法律本質依據，上文最後論述的方式是在目的論方面較為正確，在功能方面較為恰當地決定這裏涉及的系統性問題的方式。正確的是，對客觀的不法罪狀（“罪狀所指的故意”或“事實故意”）的認知及實施的意願——符合目的層次的其中一種可能的理解——應被視為客觀上實施不法罪狀的構成要素，而對注意的客觀義務的非故意違反，則應視為客觀上過失實施不法罪狀的構成要素。否則，無法正確及有說服力地回應今天對理解犯罪學說的眾多問題的要求。然而，正如今天已普遍認同，過失並不止步於對注意的客觀義務的非故意違反，故意亦非化身為對客觀不法罪狀的認知及實施意願；反之，無論屬哪種情況，除上述要素外，尚需考慮一種獨立的內在態度，一種不能與罪過脫離的人的特殊思維（*Gesinnung*）。在故意方面涉及一種要素，這要素把對客觀不法罪狀的認知及實施意願，變成一種在事實中已得到證實的人的對立態度，或對受保護法益漠不關心的態度的表現；而在過失中涉及的要素，則把非故意不遵守注意的客觀義務變成一種在事實中已得到證實的面對侵害受保護法益時的不注意或輕率的人的態度的表現。

總括而言，問題不在於斷定作為客觀不法罪狀要素的故意及過失在罪過層面應獨立地作為人面對刑法要求時的某種態度的表現。問題在於尋求罪過的實質內容，所包含的並非客觀不法罪狀形式的純粹“反映”，而是某種獨立於這些形式的東西，某種能完整、構築及塑造這些形式的東西，這樣便變為適用有關刑罰幅度的重要時刻。根據這觀點，在體系內對故意及過失作“雙重評價”的學說，儘管指出一個基本上正確的建設性目標，但並非揭露事物真實一面的最佳學說：並不是故意及過失在體系中接受一種雙重評價，即一種在不法罪狀層面的評價，另一種在罪過類型層面的評價，而是對故意及過失的整體造型作出的不法性與罪過的雙重評價。

4. 罪過類型

然而，一直以來，在罪過的系統性層次中（或由這層次出發而）出現最多與新刑法目的論功能體系構成有關的疑難。可以說，在沉寂一般短時間之後，所有或幾乎所有關於罪過的問題最近又再次受到質疑。首先，必須反對一種可能出現的——事實屬常見的

——對刑法上的罪過這一課題的忽略，依據是：假如，目的論功能體系（如此推論）是依刑事政策，並按源自對刑罰目的的考慮的基本方式而建立，假如，這些目的如前文所述是純屬預防性質，那麼，兩難的局面便會出現：一是把罪過剔除於體系的構成要素之外，並以其他如適度性的層次取而代之（基姆貝爾納特·奧爾泰格 Gimbernat Ordeig、埃勒賽特 Ellscheid、哈薩麥爾 Hassemer）；又或，倘保留罪過的層次，它只能是“預防的衍生物”及預防要求的衍生物（雅科布斯 Jakobs）。

上述論據的來源在體系中造成不可彌補的缺失，這來源的出現也絕非其本身據以出發的前提使然。假如說刑罰的目的純屬預防性質，只因為同時又把作為國家權力與干預主義的限制要素的罪過原則捲入爭辯之中，而這限制要素是源自對尊重人的尊嚴的必要素求。毫無疑問，罪過並非維護這種尊嚴的唯一方法（正如不以罪過為前提而作出的刑法上的反應——保安處分——的正當性所展示者），然而，在任何情況下，罪過是刑法思想至今所發現的最完美及最強而有力的方法，亦是最穩固的證據，證明面對可歸責的行為人時，對整體的一般預防及對社會化的特別預防的要求真正當性，因此，應把罪過原則視為文明及人道的真正格言，亦因此而至今仍未能發現罪過刑法之外的其他有效選擇。

第二，仍屬常見的言論是，通過證實刑法事實的符合罪狀及不法的特性，驟眼看來，也能確定行為人的罪過，尤其已把故意及過失考慮為不法性的主觀罪狀要素；因而，罪過的問題實際上變成了在某些情況下阻礙罪過的問題。

這種言論，儘管在適用法的過程當中能有實踐上的價值，但在學術上暗無肯定的價值。此外，罪過是由罪過的類型而產生，在這意義上（並按照行為人在事實中顯露的“內在態度”的不同類型），應區分出故意的罪過類型及過失的罪過類型，它們各有本身的前提，且不局限於故意及過失作為主觀不法罪狀的前提。然而，毫無疑問仍存在阻礙罪過事由的問題，尤其關於那些能窮集到不可期待性，又或更具體的主觀上的緊急避險等課題的阻礙罪過事由（參閱下文§*）；而阻礙罪過事由最近引發了對罪過學說的重大修正，且至今仍是未能完滿解決的問題。

或許就是從上述的事由之中得出重要的原因，促使洛克辛 Roxin——主張要求一個目的論功能及理性體系——以一個複合的層次，即責任層次，取代罪過概念在體系中的傳統位置；責任層次原則上集合了兩個子層次：真正罪過的範疇，其繼續獲賦予限制國家權力的功能；懲罰需要性的層次，其基於在個案中欠缺懲罰應予回應的預防性需求，導致責任層次的排除（以至阻礙罪過）。

然而，這主張也受到批評，指在責任範疇中把不同甚至互不協調的事物混在一起。要突顯的，不單是罪過的象徵意義（然而，這意義在刑事政策方面是不可取代的）。這樣，可能造成兩個互相交錯的分析層面的混淆，並在罪過判斷的層面，對預防性的考慮產生干擾，因而操控及破壞罪過判斷的刑事政策意義。此外，假如罪過的要求與預防的

要求不能清楚區分，將完全破壞決定量刑的模式。這對於規定須根據罪過及預防而決定量刑的法律制度，例如葡萄牙的法律制度而言，是非常嚴重的問題。

按此，應作出如下的結論：假如，我們相信罪過原則是一項不可放棄的刑事政策準則，那麼，從學理及體系構成的角度來看，我們理應堅持這份信念，並提出一個獨立及切合其功能與目的的罪過概念——即限制國家以維護人的尊嚴為名義而作出介入的概念——同時，應接受由此而對阻礙罪過的內容造成的後果，並藉此令罪過刑法信徒中的兩個鬥爭今天已大大緩和的派別達至諒解：一派要求罪過概念必須無條件地以——僅以——符合倫理的方式建立及構成；另一派則主張，在源自刑事政策構思的按功能而建立的事實體系之中，只有罪過概念的功能主義論是可以接受的。根據上文的論述，答案是：罪過概念也是基於其在體系內發揮的功能，而在該體系內出現及顯得合理，具體來說，是基於其以尊重人類的崇高尊嚴為理由，而無限制地規限國家以懲罰方式介入的重要功能；然而，要履行這項功能——規限與尊重——，罪過概念必須以“符合倫理”的方式確立，並加以限制，換言之，必須以不法分子也享有的人的崇高尊嚴作為出發點。

5. 可處罰性

根據上文的論述，必須承認可處罰事實體系的內容並不局限於不法罪狀及罪過類型，相反，必須以另一稱為“可處罰性”的層次補充該體系的內容。假如要問作用於這個層次，並使之具備獨立性、刑事政策意義及學理根據的主要意念為何，答案是刑法該當性的意念。這意念帶出各種各樣的情況，例如，犯罪未遂中的犯罪中止的不可處罰性、微不足道的事實、為自殺提供幫助的假設（第*條），又或當自殺及破產並無發生時與破產有關的犯罪；等等，都是屬於欠缺刑法該當性的情況，因為，在所有這些情況中，雖然是實現了不法罪狀及罪過類型，但“事實的總體形象”是，根據預防的要求，具體事實並未進入刑法該當性的最起碼的範圍。甚至無須考慮符合罪狀及不法性的概念僅應指向該受處罰的行為此一論據。因為，除其他方面外，這論據似乎亦忽略了可能發生的事情，（甚至在我們的秩序中並不罕見：試想想某些原則，例如，“任何人皆無責任做不可能做的事” *ad impossibilia nemo tenetur* 原則或不可期待性原則）即上述的規律能成為塑造不同學理層次時暗含的調節性法律原則，但隨後便趨向或具體為這些層次的實質性（或規範性）法律原則。

此外，“可處罰性”層次也不表示其一旦出現，便無可避免地運用刑法所定的反應（刑罰或保安處分）。與其說可處罰性前提的出現立即決定懲罰的產生，倒不如說可處罰性前提的出現造就了事實（*Tatbestand*）（在法律概論上的意義），帶來法律後果及獨立的學說。因為，可以發生的情況是，基於與刑法事實學說無關而僅與法律後果學說有關的理由（刑罰的需要），處罰變成不應實施。這種相對的觀點清楚見於葡萄牙的刑法之中，如第七十五條規範的免除刑罰的制度，以及可以在量刑學說方面看到的其他制度。

第二章
故意犯罪的不法構成要件
第一章
不法構成要件

(一). 客觀不法構成要件

構成要件的要素

描述要素及規範要素

描述要素：指在客觀現實存在的事物，按一般生活經驗、知識已可理解其含義，而無須價值判斷補充的元素，例如：殺人罪的“人”(ex.第 128 條)、毀損罪的“物”(ex.第 206 條)。

規範要素：單憑用語的表述難以確定其內涵，而須經規範的指示或評價判斷，才能明白其含義的元素，這些規範或評價可來自法律的專門規定或單純的文化或社會規範的例如：受賄罪的“公務員”(ex.第 337 條)、偽造文件罪的“文件”(ex.第 244 條)、拒絕合作罪的“權限”(ex.第 346 條)、盜竊罪的“不正當意圖”(ex.第 197 條)。

區分這兩種元素的實際意義：故意與錯誤

客觀不法構成要件的要素：行為人、行為、法益。

行為人：通常構成要件中的行為人可以是任何人(一般犯)。但某些犯罪的構成要件要求行為人具有特定身份或負有特別義務，意即規定行為人必須具備構成要件所要求的特殊要素(作為行為人須具備的要素)則其行為方可符合構成要件(身份犯或特別犯)。
法人的刑事責任問題。

行為：要求必須是一個由意思主宰的

1. 通過實施犯罪，行為人違犯其應履行的特別義務

例：刑法典第 348 及 271 條(純正身份犯)

特定身份或義務作為構成要件要素

例：刑法典第 178 條(非純正身份犯)

特定身份或義務成為加重責任的依據

2. 行為人與他人之間存在人身性質的關係而生特別義務

例：刑法典第 239 條

共同犯罪參與人身份互通問題(刑法典第 27 條)

親手犯：構成要件行為須行為人親身實施。

例：吸毒、醉駕(排除間接正犯)

作為犯
以積極的
作為實現
構成要件

行為犯(刑法典 184 條)

(只要實現構成要件所述行為，無須任何結果發生即足以成立犯罪既遂)

結果犯(刑法典 137 條)

客觀不法
構成要件
要素

人類行為。因此，不包括動物的行為，以及由於反射、於不清醒或無意識、或不可抵抗的力量驅使下所作出的行為。

以行為的基本型態作區分：作為犯和不作為犯。

以構成要件所描述的行為過程和型態作區分：特定實行方式的犯罪和自由實行方式的犯罪。

(尚須發生符合構成要件結果方能構成犯罪的既遂，當產生有別於行為在時空上的外在變動方既遂)

(生因果關係、結果歸責問題)



純正不作為犯(不遵從法律規定，消極地不為應為的特定行為，而且犯罪的成立不涉及構成要件結果，例刑法典 194 條)

不作為犯
以消極的
不作為實現構成要件

— 不純正不作為犯(以消極的不作為方式達成通常以積極作為方式實現的犯罪構成要件，見刑法典 9 條 1 款，而且犯罪的成立，涉及構成要件結果的發生)

特定實行方式的犯罪(構成要件限定行為的方式，如果並非以此方式作出行為，不符合構成要件，例如刑法典 211 條中“以詭計使人…產生錯誤或受騙”)

自由實行方式的犯罪(構成要件無限定行為的方式，例如刑法典 128 條)

法益：構成要件所保護的利益和價值。

有別於行為對象(符合構成要件行為所涉及的現實對象)。例如盜竊罪中，保護法益為所有權及占有，而行為對象是竊取的物。

實害犯：對法益造成實際損害的犯罪(例刑法典 128 條)

危險犯：對法益造成危險的犯罪

具體危險犯：對法益的危險是構成要件的元素。(例刑法典 135 條)

抽象危險犯：危險並非構成要件的元素，但是禁止的原因，法律推定有關行為的實施附隨對法益造成典型的危險。(例刑法典 252 條)

單純犯：犯罪構成要件只保護一個法益。(例刑法典 174 條)

結合犯：犯罪構成要件保護一個以上的法益。(例刑法典第 204 條)

1. 基本構成要件
(訂定犯罪行為基本形態的構成要件，例如：殺人罪第 128 條，盜竊罪第 197 條)

1.1 加重犯
(在基本構成要件加入涉及不法性或罪過元素，加重構成要件中所定刑罰的變體構成要件，例如：第 129 條)

1.2 減輕犯
(在基本構成要件加入涉及不法性或罪過元素，減輕構成要件中所定刑罰的變體構成要件，例如：第 130 條)

2. 即成犯

(行為或結果瞬間發生，毋容時間上的持續，換言之，犯罪的實行只要對行為對象造成侵害或危險，即達既遂(和終了)，不會在時間上再繼續下去。例如：第 128 條)

2.1 繼續犯

(行為雖完遂，但其不法狀態因行為人的意欲而持續。例如：第 152 條)

2.2 狀態犯

(構成要件的不法內涵在於引起一不法狀態，而且犯罪既遂後，其不法狀態仍然存續的犯罪。例如：197 條)

2.3 習慣犯

(構成要件的實現要求行為人重覆作出一特定行為，以致可認定存有慣性實施。例如：第 163 條)

3. 企行犯

((只要企圖實施(包括未遂與既遂)一行為即構成犯罪，意即構成要件中犯罪的未遂等同既遂的犯罪。例如：第 297 條))

4. 結果加重犯(其設定須遵守罪刑法定原則)

(行為人實行基本構成要件所述行為，但生加重結果，致符合加重構成要件而成立的犯罪。刑法典 135/4, 136/2, 139, 142/1, 3, 146/3, 4, 152/2 a 154/2, 3, 171/3, 204/3, 215/2b), 273)

(刑法典第 17 條)

從 *O versari in re illicita*, 超越意欲的犯罪到因結果而加重刑罰的犯罪

歷史上，結果加重犯沿自教會法規的 *versari in re illicita* 意謂任何人須對作出的不法行為所造成的後果負責。

在十九世紀的法典中，因結果而加重刑罰的犯罪在演變進程中邁出重要的一步，出現所謂超越意欲的犯罪，其典型結構是：(1)一個基礎故意犯罪(例如傷人罪)；(2)一個因基礎犯罪而生的非故意造成的更嚴重結果(例如死亡)；(3)刑罰的特別加重，而一般而言，加重程度高於故意基礎犯罪與導致加重的過失犯罪競合所生刑罰。

刑法典第十七條不採用這種超越意欲的犯罪的概念來建構結果加重犯。

按第十七條，基礎犯罪不限於故意犯罪，另一方面，加重結果不一定構成過失犯罪。

要因某結果的發生歸責於行為人的行為而加重其刑罰，必須符合罪過原則，無罪過則無刑罰。較重的罪過，方可處以較重刑罰。故此，條文中規定‘至少有過失’。

結果加重犯加重刑罰的實質理由：基礎犯罪與加重結果的聯繫的獨特性(基礎犯罪的實現亦對某些法益帶來通常、典型、幾乎可以說必然的危險，而最終行為人因嚴重過失，不履行謹慎義務，未預見或未能正確預見其所作的基礎行為有可能引致加重結果)。

因果關係與客觀歸責

我們曾提及在結果犯方面，行為之後所產生的結果對該行為是否符合構成要件是有重要性的。

要把一結果歸咎於行為人所實施的行為，必須在結果與行為之間能建立一因果關係，即最低限度可以說該行為是導致結果的原因。

有不同的理論對‘因果關係’的建立設定前提，藉此對行為人追究由於其行為所引起的結果的責任。

從單純的實證角度認定某一條件行為是結果的原因僅可視為最基本的必要前提，要合理解決這問題，單純尋求行為是否結果的原因並不足夠，最終還需按法律規範角度評價所生結果可否歸咎於該條件行為(結果的歸責)。

為此，應從不同層次尋求答案：

第一層次：(最低限度的要求)單純的因果關係(等價條件理論)；

第二層次：相當理論的法律上的因果關係；

第三層次：風險關聯

等價條件理論或必要條件理論(“*conditio sine qua non*”),此理論從客觀外在角度，尋求以‘原因就是所有倘若其不存在則事實不會發生的條件’(造成具體結果所不可想像其不存在的每個條件均為具有刑法意義的原因)的概念來解決因果關係的問題。所有引致結果發生的條件均具原因力，因此均成為結果的原因。

但是，這個原因的概念所涉及範圍之廣，導致了那些非常遙遠的條件也被視為產生結果的原因，以致在刑法構成一些不可接受的情況。例如：工人製造槍械的行為，甚至殺人犯雙親的孕育行為皆為導致殺人罪的原因。這個理論不能區分刑法視為有重要性或無重要性的原因(因被害人或第三人的介入，又或因異常情況或難以預計情況的出現而產生的因果關係中斷下不合理的歸責)。

必要條件理論亦未能解決假設因果關係(當甲開槍致命地擊中乙時，乙剛巧心臟病發作斃命)及雙重因果關係或擇一因果關係(甲飲下分別由乙與丙弄制的致命毒藥而毒發身亡，而乙和丙的毒藥份量均各自足以毒死甲)，以及現今所處“風險社會”所生的問題，即便從科學知識也難以判斷行為是否結果的原因，例如產品責任問題。

為了限制由等價條件理論所導致的過份程度，出現了從規範角度尋找答案的‘相當原因理論’，更正確而言‘相當理論’，以期區分(在法律上)具重要性的條件和(法律上)不具重要性的條件。據此，結果的原因是指按照經驗法則作客觀判斷，在通常情況下，足以造成該結果的條件行為。

即根據客觀事後預斷，按行為當時依一般人的認知，包括行為人特別認識的情事，是否能夠在行為前預見往後的因果歷程(在此須考慮整個過程，而非僅僅考慮最終的結果，

如果第三人的介入導致因果歷程中斷，而該介入是可預見及好有可能的，仍然不排除歸責)，按此作整體判斷，認定結果是行為的通常後果和結果可以被行為人預見時，方可將結果歸咎於該行為。

然而，相當原因理論在解決某些為法律所容許，但本身含有侵害法益危險的行為，(例如拳擊比賽、道路交通、危險貨品的生產運輸)則存在困難，因為，一方面屬法律容許的活動，另一方面禁止這些活動可引致社會生活倒退。為了解決這些困難，提出了客觀謹慎義務價值衡量理論。根據這一理論，只有在行為人違反其負有的、避免結果發生的客觀謹慎義務時，方可把結果歸咎予其行為，追究其刑事法律上的責任。

基於相當理論的判斷標準不夠細致，在學說上形成客觀歸責理論作出補充。

客觀歸責理論提出至今，相關問題和理論的研究和見解仍在發展中。

據風險的關聯理論，行為人對法益製造(或提高)一個法律所不容許的風險，而該風險在具體事件歷程中實現，導致構成要件結果發生者，該結果方可歸責於行為人。

1. 製造法律不容許的風險

不應視為制製造法律不容許風險的個別類型情況：

- (1) 減低風險(例如，為避免他人被車撞到，而推倒該人，使其受輕傷，不應歸責)。相反，按相當理論，可予歸責，而僅在不法性排除層面，例如以緊急避險來排除刑事責任。
- (2) 未超愈法律容許的風險，即法律容忍範圍內的風險(基於現今生活不可或缺的，但含危害法益風險在法律規管範圍內的活動所生的風險，例如，遵守法律下，進行道路交通活動、核能發電、建築工程中使用工業炸藥進行爆破工程)。
- (3) 生活的一般(常態)風險(社會生活中習以為常，生活常態所包含的風險，例如在雷雨天，僱主叫伙記送外賣，而該僱員被雷劈中受傷或死亡)。
- (4) 受害人或第三人共同作用下所生的結果原則上不應歸責於行為人所作的行為，除非在個案中的特殊情況顯示出，受害人或第三人的隨後介入屬高度有可能：

自我負責：受害人或第三人共同作用下，應自我承擔所造成的風險，例如：明知對方是愛滋病帶菌者，仍與其進行不作防禦的性行為，致感染該病。

信賴原則：履行了自身義務的人，毋須為別人不履行義務而生的風險被歸責，除非該風險屬可預見及可避免者。特別情況(例如，團隊工作中負責帶領無經驗的新人，可因該人出錯而生的結果承擔責任，；又例如，遵守規則的駕駛者已預見迎面而來違反交通規則的駕駛者已無法控制車輛，不採取可避免相撞的措施，可因此而對事故承擔責任。)

2. 提高(增加)風險

儘管已存在的風險並非行為人做成，但其行為使受威脅的法益處於更惡劣的境況，最終的結果仍可歸責於其行為。例如，介入救援工作，但卻導致救援失效，法益處

於更危險狀況，結果仍可歸責於其行為。

3. 風險實現導致構成要件結果發生(合法的替代行為)

要把結果歸責行為人的行為，不僅須行為人的行為造成(或提高)不容許的風險，尚需認定是否該風險演變成構成要件結果的實現，方可歸責。倘若結果雖發生，但並非因該風險的實現而造成，則不應將結果歸責於行為人的行為。現實中要作出判斷並不容易，尤其是出現風險競合的情況時。正如上文談及相當理論時已指出，結果的原因應按照經驗法則，作客觀事後“預判”。困難之處尤其在於，按照這理論，判斷危險的存在及其特點的決定性時刻是行為當時，但要知道甚麼危險造成結果的發生，就只能在了解對結果的發生具重要性的一切情節後，在事後作出判斷方能確定。

例如，救傷車在把心臟病發的病人送院途中發生意外，病人死亡，要事後判斷死亡應歸咎於“心肌梗塞”抑或是“道路交通”的危險，殊不容易。倘若答案是，即使意外不發生，該病人有可能、很有可能或甚至近乎肯定死亡時，應否依然把死亡結果歸責於司機的駕駛失誤？這裏，在學理上又提出一連串稱之為“合法的替代行為”的案例，經常提及的“山羊鬍毛案”正是一例。在處理這些案例的客觀歸責問題，似乎仍需受到兩項驗證，首先，採取相當理論，意即按照客觀事後“預判”，如結果是行為通常可預見會產生的結果，則應予以歸責。另一項驗證就是單純的風險升高準則，如行為提高已受威脅的法益的風險，仍應作相同對待。然而，正確的解決方法似乎不可以單純就這些存有爭議的驗證方法的統一考慮就能達至。

就此，必須證實，倘若行為人即使依法則作出了應為的行為(合法的替代行為)，但法益受損的結果仍肯定必然發生者，則行為人不作出應為的行為，也不應被歸責。但是，倘若未能如此肯定，而僅顯示合法的替代行為即使作出，構成要件的結果很可能或有可能發生，則不應單純以提高風險為由，把結果歸責於行為人的行為。在此，仍應按風險聯系理論，遵循刑事訴訟法的規定，證明行為提高風險且在構成要件的結果中實現，方可歸責。如法官對此存有疑問，則以罪疑唯輕，作出對被告有利的判斷。

4. 實現的結果是規範的保護目的或保護範圍內

即使結果已發生，要把結果歸責行為人的行為，尚需該結果是行為所違反的規範欲避免的結果，換言之，結果的發生必須是行為人的行為所製造的法律欲排斥的風險的實現，方可歸責。以構成要件規範的保護目的來排除結果的歸責較常用於過失犯，例如，A 和 B 在夜間分別駕駛單車同向魚貫而行，兩人皆未開啟行車燈，結果 A 因欠缺照明而迎面撞上 C 駕駛的來車，使 C 受傷，事後證實，如 B 有開燈，意外很可能避免，B 不遵守小心行事的義務規範，製造風險，即使也成立因果關係，但因 B 所違反的小心行事規範是為了避免自己和別人相撞，而非在於避免別人與別人相撞，故不應把 C 受傷結果歸責於 B，不能以過失傷人罪處罰。

規範保護目的或範圍亦會在故意行為中應用，作為限制歸責之用，例如，小偷夜闖住宅偷竊，戶主聞聲察看究竟，不慎從樓梯滑倒跌死，不應將死亡結果歸責於小偷入屋行竊。

Roxin 亦提出認為不屬規範的範圍因而不應把結果歸責於行為人的情況(惟將之納入規範的範圍這一項客觀歸責(附加)准則來處理是否恰當仍存疑問)：

- 1)參與自損的故意行為(A 和 B 相約進行電單車比賽，B 因技術失誤受傷，不應把結果歸責於 A)。
- 2)被害人自願接受的加害行為(並非被害人作出危險行為，而是明知他人的行為會對自己造成危險，仍甘願接受發生結果的風險(A 要求出租汽車司機違法超速行駛，致生交通意外，A 受傷))。
- 3)屬於他人責任領域的行為(A 放火燒自己的住所，而消防員 B 因在火場中救 A 的鄰居 C 時受傷)。

假設原因問題

行為人即使不為行為，有關結果依然在典型類似時間及條件下，因第三者的行為或自然行為而發生。例如，A 在 B 打算上飛機時開槍射殺了 B，而該飛機起飛不久因機械故障墜毀而全機乘客遇難。B 死亡結果仍否可歸責於 A?

(二). 主觀不法構成要件

主客觀不法構成要件對應一致，視為符合構成要件。

主觀不法構成要件是指行為人實現客觀不法構成要件的心理情狀。即構成要件故意是指行為人對實現客觀不法構成要件有所認識或預見，而基於這些認識或預見，決意使之成為事實。

(行為人在認知所有客觀構成要件情狀之下，實現該構成要件事實的意欲。)

在故意的不法構成要件行為中，故意是當然必須具備的構成要素。

特別之主觀要素

然而，在某些故意犯罪的主觀不法構成要件中，除了意外外，尚可包含其他主觀不法要素。例如，犯罪的特定意圖、動機、或其他情緒、內心態度的表現。(例如，澳門《刑法典》第 299 條)。

特別主觀構成要件要素：意圖(例如澳門《刑法典》197,204,251)、特定目的(339)、其他情感或內在態度元素(130 激動情緒)。

意圖：限縮結果犯：主觀構成要件中包含一個實現某一個結果的意圖。該意圖並非是客觀構成要件的元素，而是由客觀構成要件行為造成。

雙行為犯：主觀構成要件中包含一個實現某一個結果的意圖。該意圖並非是客觀構成要件的元素，亦非是由客觀構成要件行為造成，而是由之後另一個由行為人或第三人作出的行為造成。Ex. 252 充當正當貨幣流通

故意的要素

故意的要素，包括了認知要素及意志要素。

認知要素：行為人對於客觀不法構成要件的一切客觀事實情狀有認識（使之在倫理意識方面獲正確的引導。並能正確地處理其行為的不法性問題）。

認知的範圍，包括對客觀構成要件所描述的行為人，行為客體，行為結果或其他特別情狀有所認識。

意志要素：行為人根據對客觀不法構成要件的認識或預見，決意實現客觀不法構成要件。

故意的類型

在澳門《刑法典》第 13 條規定了三種故意類型：直接故意、必然故意及或然故意。

直接故意：

澳門《刑法典》第 13 條第 1 款“行為時明知事實符合一罪狀，而有意使該事實發生者，為故意。”

必然故意：

澳門《刑法典》第 13 條第 2 款“行為時明知行為之必然後果係使符合一罪狀之事實發生者，亦為故意。”

或然故意：

澳門《刑法典》第 13 條第 3 款“明知行為之後果係可能使符合一罪狀之事實發生，而行為人行為時係接受該事實之發生者，亦為故意。”

1. 直接故意(蓄意)：行為人認識其行為會導致構成要件實現(結果發生)，並決意實行該行為。
2. 必然故意：行為人預見其行為必然會導致某結果發生，儘管這結果的發生並非其行為的直接目的，仍決意為之。
3. 或然故意：行為人預見其行為有可能會導致某結果發生，儘管這結果的發生並非其行為的直接目的，仍為之，且容認該結果發生(的可能性)。換言之，行為人並不是把結果發生作為目標并在行為時意圖追求此結果的實現，只是甘願接受此結果的實現。(掩咀鼻阻止呼救以免被發現犯罪)
 - a. 蓋然理論：著重認知層面。
 - b. 接受理論：著重行為人純內心看法。
 - c. 容認理論：如果行為人容認了其所認知可能發生的結果，而仍為之者，亦為故意。何謂容認：
 - a) 漠然理論：以行為人對於附隨結果表示歡迎或漠不在乎者。
 - b) 防果意思表現理論：以行為人是否確實從事避免發生附隨結果的具體表現為準。
 - c) 認真看待說：以行為人是否嚴肅認真看待結果可能發生並據而行為為準，若是即為或然故意。
 - d) 可能法益侵害決定說：以行為人認知犯罪可能實現，也可能不實現，但無論如何仍作出可能侵害法益的決定，即為容認或接受結果發生的故意。

A 和 B 打算搶劫 C，準備用皮帶勒 C 頸使之喪失意識後取走財物。但預計有可能做成 C 死亡，因此，改用沙袋擊頭，唯沙袋期間穿破，故仍用最初的計劃。C 被勒昏迷，A 和 B 嘗試作人工呼吸但未能活 C。A 和 C 顯然不想 C 死，且曾認真採取防果措施，但其行為顯示容認結果發生(的風險)，是或然故意。

因此，或然故意是指，行為人認知行為對法益造成損害的風險，經認真的考慮後，儘管有此認知，仍決意為行為。顯示出為達至本身的目的，甘願置法

益受侵害於不顧，其內心願意接受其行為造成的負面價值。

故意的存在時點

判斷故意之關鍵時點在於行為當時。也就是著手實施構成要件行為之時。因此，

1. 行為人在著手實施構成要件行為之前，尤其在犯罪預備階段時點存在的「事前故意」，並非是存在於行為當時的構成要件故意。
2. 行為後，行為始萌生之「事後故意」，亦非存在於行為當時的構成要件故意。

錯誤：行為人主觀認識與客觀存在或發生的事實不一致的現象。

排除故意的錯誤：第 15 條， 對事實情節的錯誤：

澳門《刑法典》第 15 條（對事實情節之錯誤）第 1 款及第 2 款規定：“一、對一罪狀之事實要素或法律要素之錯誤，阻卻故意；如行為人必須對禁止有所認識方能合理意識到事實之不法性，則對該禁止之錯誤，亦阻卻故意。二、上款之規定包括對事物狀況之錯誤，如該事物狀況之出現係阻卻事實之不法性或行為人之罪過者。”

規範元素：例如，侵犯財產罪中，物的“他人性”，職務犯罪中的“公務員”。一般而言，並不要求完全確切程度的認知，只需一個法律外行人的評價來看，行為人對有關概念的理解，是否符合一般非法律外行人的通常見解(即其社會含義)；若是，則該錯誤影響故意(即不成立)。

惟某些規範元素，其認知取決於須具備特定的技術判斷准則，例如，稅法中的課徵對象，不應收取的款項。當缺乏這些技術知識，難以斷言故意。

亦有些元素須對行為的不法性作出整體判斷方能掌握。^{37,143} 的善良風俗。^{148/3} 不可譴責，¹⁹⁷ 不正當意圖。要掌握，必須 1. 檢視有關行為當時的具體情狀。2. 對具體情況作不法性評價。

故意的構成要素

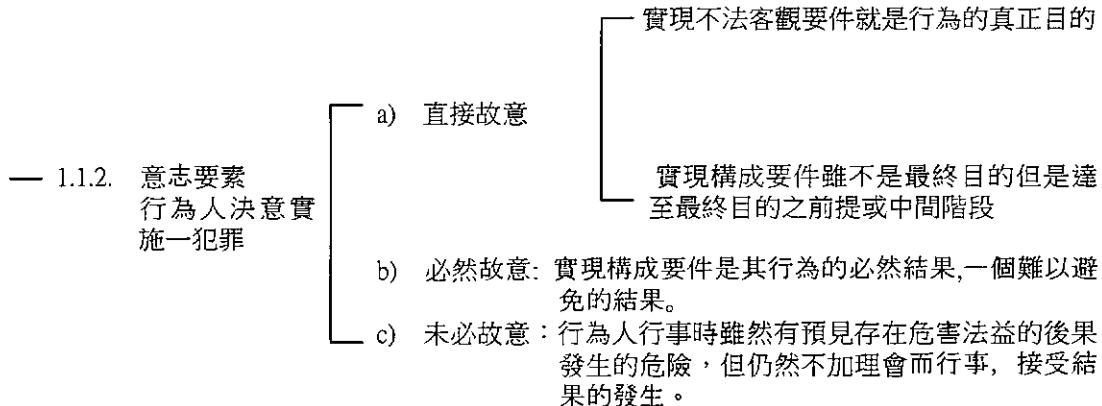
1.1.1. 認知要素 行為人行事時，必須具有一切衡量其行為是否不法所需的認知

- a) 認知圍繞其行為的事實情狀。
(規範要素的認知問題)
- b) 在結果犯方面必須認知因果關係。對行為的事實情狀或因果關係的錯誤是阻卻故意的事由，而極其量只可以過失形式對行為人追究責任。
- c) 事件過程的預見：
 - 1 - 因果關係歷程錯誤問題。故意問題/客觀歸責問題？
客觀歸責是客觀構成要件要素，必須先於作為主觀構成要件要素的故意而審查。如果符合客觀構成要件，方需進而檢驗是否出現故意的對應，如果無成立客觀歸責，則最多只成立未遂，也毋須再查究因果歷程有無錯誤的問題。
 - 2 - (韋伯)概括故意。在行為人所為是兩階段以上的「複數行為」(如先棍擊再棄「屍」)，行為人於第一行為時相信被害人已死亡，而實際上被害人死於第二個行為，那個後來湮滅證據或處理屍體的行為。客觀歸責問題？
 - 3 - 打擊失誤 "*aberratio ictus*" (實行上的錯誤) 行為人針對某一個特定的客體而實施侵害行為，但卻因為實行行為失誤，而使結果發生在另一個客體之上。

例：一行為人欲槍擊一狗但因槍法失準而殺死一人。
行為人應被處以欲實施的犯罪的未遂和實際發生的犯罪的過失既遂的競合犯的相應刑罰。
 - 4 - 客體錯誤 (對象錯誤) "*erro in persona vel objecto*" (意思形成方面的錯誤) 行為人關於行為客體(通常是成為侵害對象的人) 的同一性或其他特徵所產生的錯誤想像。

例：一行為人欲殺死一人，但因錯誤以為與該人相似的另一人是其目標而將之殺死。
倘實際被侵害的目標與行為人擬侵害的目標具有構成要件的同質時，行為人應被處以實際實施了的犯罪的故意犯的相應刑罰。

倘兩目標非同質時，應對行為人處以欲實施的犯罪的未遂與實際發生的犯罪的過失的競合的相應刑罰。
- d) 法律禁止的認識：法律的認識，對於意識到行為的不法性是合理必須的，欠缺認識亦排除故意。



第二分章

阻卻不法事由(正當行為的類型)

就刑法不法性問題，較早前已指出在認定一個具體行為的不法性方面，構成要件與阻卻不法性事由在功能上起着互補關係。構成要件作為暫時認定行為不法性的基礎，而阻卻事由作為確定排除不法性的事由。因此，要認定一個行為是否符合不法構成要件，須確定在行為中，不存在排除行為不法性的情況，亦即是否存在刑事法律秩序中「阻卻不法的事由」。

首先應按照現行的法律秩序對該行為作出評價，看其是否為法律所容許，一個行為倘為任何一個法律部門所容許，此行為是不應被刑法所禁止的，這點是基於法律秩序一致性原則。

阻卻不法事由的依據：一元論與二元論。

在一個具體個案中有兩個或更多皆受法律保護的價值或利益之間發生衝突，而受保護的利益被證明為具有較大價值。申言之，經權衡倘行為人的行為是為了維護和保全一個價值較大的法益時，即使行為的實施犧牲了另一相對價值較小的法益時，這行為並非不法。

現行的法律明確接納若干具體的阻卻不法事由，亦即在該等情況時，行為的不法性會被排除。

排除不法性事由與構成要件之間存有功能互補關係但結構不同。排除不法性事由是一般及抽象的；構成要件則是具體及個別的。排除不法性事由容許類推；構成要件則禁止不利行為人的類推。

要排除不法，除須符合排除不法事由的客觀要素外，亦須具備主觀要件，即行為人至少認識所涉的排除不法事由的各元素(以排除行為的不法)，但某些阻卻不法事由可還要求附帶的主觀要素(例如正當防衛中須具防衛意圖)。

欠缺主觀要素的後果，不排除不法(過失犯除外)且參照犯罪未遂處罰。

以下以圖表列出刑法明文規定的阻卻不法事由，亦即為刑法所接納的排除行為不法性的事由，主要有：正當防衛、被害人同意、緊急避險權及義務衝突。

要件

正當防衛

正當防衛的排除不法性依據，並非單純在於權利在面對一個不法侵害行為時，永不能退讓的意念，該攻擊行為不單侵害一個別法益，且是侵害法律秩序。它的依據應在於(正如Stratenwerth 所言)通過對被侵害人本人的保護而維護法律。

見刑法典第 31 條——防衛過當，第 32 條。

正在發生、不法及非預謀引致的侵害

正在發生：必須是一人類行為，包括作為和不作為（不接納對動物攻擊的正當防衛），出於己意的、已經開始(正在進行或迫在眉睫的)但未完結的行為。倘為一犯罪行為，則該行為仍未是一既遂行為(但不應以既遂必然等同於完結)。在防衛行為已不能使侵害終結一刻仍未屆至前，仍可正當防衛

不法：必須對受法律(不限於刑法)所保護的法益構成侵害的威脅。不法性應按法律秩序整体認定(法律秩序一致性原則)

非預謀引致：不能對一正當防衛的行為行使正當防衛的權利。

具備防衛意思

“*animus defendendi*”的必要防衛

必要：防衛方法屬必要(方法須是能及時保護受侵害的法益，終結侵害行為或至少阻延或減輕侵害行為，如這種方法有一個以上，須是造成最小損害者)。

認定方法是否必要應按整個事件各動態因素為之並為事前判斷，包括考慮侵害行為的方式、輕重、危險程度，以及可供採用的防衛方法等等。

方法非必要，表示防衛過當。

防衛是否必要屬規範評價(即從規範角度而言，為確保對被侵害人本人的保護以維護法律屬必要者)。申言之，正當防衛作為排除不法性事由應按其依據判斷防衛是否必要。

據此，可得出若干以下原則認定防衛(不單是方法必要)是否必要及正當防衛的限制。

分成四組情況：

1. 對被侵害人的權利不應介意的侵害，未達至社會不可容忍的侵害(無罪過的侵害、挑釁行為引致的侵害)。
2. 侵害與防衛間的意義出現極端不成比例的情形(相對於被侵害的法益，所採取的防衛明顯過分，達致濫用權利)。
3. 特別的關係(事件當事人相互間存有親密關係，例如配偶)。
4. 執法行為(尤其是警務員作出防衛，例如使用槍械的限制)

具備防衛意思：行為人作出的行為是有防衛受

侵害的法益的意思，且認知存在排除其行為不法性的理由。現今通說認為只須認知存在正當防衛的情況，而不應再額外要求具防衛動機。

限 制

1. 容許“第三人的幫助”，第三人為了維護受威脅的他人法益而所出的防衛行為具有正當防衛的阻卻不法事由，但違反被害當事人的意願而作出防衛行為則為不法，除非所涉利益是被害當事人不可自由處分的利益。
2. 倘若被害當事人拒絕第三人的幫助，而第三人強行介入，因而對侵害人造成較被害當事人親身防衛時更嚴重的傷害，則不應視為正當防衛。

要 件

被害人的同意

排除不法性的依據：衡量衝突的價值。只有當被害人自由處分其法益的價值足以消除被同意的行為對另一利益造成損害的價值時，同意方產生效力。

見 刑法典第 37 條

1. 法益具有可由被害人處分的性質

生命僅就被害人的自我侵害而言為可處分，相對第三人的故意侵害則不然（刑法不對自殺行為處分但處罰幫助自殺的行為——刑法典第 133 條）

身體完整性：只要被同意的行為不違反善良風俗便是可處分的。（嚴格來說，只要侵害不是嚴重和不是不能補救的性質。）

刑法典第 143 條 1 款規定就同意而言，身體完整性視為可自由處分。

2. 作出同意的能力：被害人必須擁有明瞭他所同意的行為的意義和範圍的能力。
3. 認真和自由：作出同意的被害人必須就侵害行為的侵害及其程度獲得告知和清楚解釋。
4. 預先性：同意必須於侵害法益的行為實施前作出。
5. 可撤回性：同意只是對其特定指明的具體情況產生作用，且得自由廢止。
6. 行為人必須知悉被害人同意的存在。

要 件

推定同意

1. 該法益是可由被害人所處分。
2. 必須即時作出決定及行動，以便維護一法益。
3. 不能及時獲得被害人明示的同意。
例：對正在昏迷且有生命危險的病人進行外科手術。
限制：假若侵害行為違反了被害人的假定意願，則不能排除其不法性，無論其假定意願是如何不合理。
例：耶利華見證人的信徒拒絕接受輸血。
4. 行為人的行為符合倘被害人知悉真實情況也會同意的假定意願（客觀合理地推定）

見刑法典第 38 條

要 件

緊急避險

阻卻不法的依據：
保全的利益高於犧牲的利益。

見刑法典第 33 條。

1. 利益或價值間的衝突
(不限於刑法法益)
2. 一作為義務與一不作為義務的衝突
(有別於義務衝突)
3. 風險非因行為人己意造成,但為保護第三人利益除外
(客觀存在的危險、風險非因行為人有預謀造成,但為保護第三人利益者,不在此限)
4. 保全明顯較高的利益
(按法定刑幅、侵害法益的嚴重程度、法益面對的危險程度等標準作具體全面衡量)
5. 接受威脅的利益之性質或價值,要求受害人犧牲其利益是合理的
(尊重個人的自主與尊嚴)

作為排除危險的適當方法

例：面對鄰居一條狗的攻擊，甲為了防衛而槍殺該條狗。乙為了拯救被困在一起火大廈單位內的一小孩而打破可通往該單位的大廈大門。

要 件

義務衝突

依據：保全的利益或價值與被行為人行為所犧牲的利益或價值相同或較高

刑法典第 35 條

1. 利益或價值間的衝突
2. 兩個作為義務之間的衝突
3. 保全的利益較被犧牲的利益為大或與之相等

例：醫生在只有一部心臟起博器,但面對兩名同時需要起博器的病人，只救了一名而另一名因失救死去。

其他阻卻不法事由：

- 1) 官方依法令行為
例：執行徒刑的判決
 執行羈押的措施
- 2) 遵從部門或上級命令
遵從命令導致實施犯罪者除外(第 35 條 2 款)
- 3) 獲官方批准
- 4) 代官方行為(*agere pro magistratu*)
 - a) 現行犯下的拘留(刑事訴訟法典第 238 條 1 款 b)
 - b) 自助行為(民法典第 328 條)

5) 管教權

屬社會適當行為，但必須具教育目的且須有準則。處罰的嚴厲程度必須與擬達到的目的之間存在適當性和合乎比例性，意即儘可能輕而非絕對的比例關係。絕不應嚴重傷害被管教者的身體與健康，以及有損其尊嚴。

第三章 罪過

1. 罪過原則

上文已指出，罪過原則在今天成為刑法最基本的原則。行為人單純作出一件符合構成要件的不法事實並不足以被科處刑罰(儘管如證實具有犯罪危險性，可作為科處保安處分的依據)。刑法典四十條第二款說明刑罰以罪過為基礎，無罪過，即無刑罰。

究竟何謂刑法中的罪過或罪過的本質為何，罪過由哪些元素所組成？簡言之，罪過是就行為人所作符合構成要件的不法行為予以譴責的判斷(這概念在學理上經過一個漫長和緩慢的發展而確立)。以行為人在所作行為中顯露出的內在態度，作為譴責判斷的依據，即行為人如何面對(刑事)法律規定的應然態度。故意是對法律及其規範所持的與之相悖、漠視的態度，而過失則是面對法秩序時的輕率、不小心的態度。

關於罪過的實質內涵，過去一直以來均連系到行為人作出犯罪行為決定的自由，即所謂意志自由。申言之，行為人具有實施犯罪行為以外的其他適法行為的能力，有能力控制內在與外在的，對心理產生作用的因素，依照本身的意思作出行為。

因此，行為人是否有罪過，取決於是否可以對其加以譴責。倘若行為人在行為時有能力按其義務行事，惟違反義務下行事，則應受譴責而有罪過。因為在具體行為中，可以(有能力)作出不違反義務的行為，卻違反守法義務下行事。在此，罪過概念的必要條件是直接連系到，行為人在具有作出決定的自由和意識下，決定作出不法行為，有能力受法

律規範的感召，卻作出他行為，此成為罪過的前提。惟這種意志自由難以實証，亦與刑事政策不符。不乏批評認為，這種所謂意志自由的罪過嘗試著把“他行為的可能性”泛化、抽象化，把具體的行為人假設為標準類型的一般人。.

人格的罪過

根據行為人的行為折射出行為人在人格上的罪過。在此仍然以行為人的行為為據，但不針對行為人行為意欲的自由，而是針對行為人在行為中顯現出來的究竟是怎樣的人格。這理論改變了罪過的實質內涵(除行為外，更涉及行為人的人格)，而並非改變罪過的標準和依據，依舊是他行為的能力和因此而顯示出意志的自由。儘管指向的是，所謂生活的決定、生活的經營、不形成好的人格等。

誠然，罪過譴責的對象，是行為人在實施不法構成要件行為中所顯露出來的偏差意念，以這行為作為判斷依據，有三層意義：

1. 罪過僅在於損害刑法法益。
2. 行為人本人的自由僅指在具體行為中顯現出來的自由。
3. 行為人的人格是指，作出不法構成要件行為時所顯露出來且以此為據的人格。行為人所作的決定就是對本身人格的顯現，而這人格非指自然的性格。

因此，罪過的實質就是，通過行為人所作的行為作為依據而展現出來的人格，在法律上具備應予譴責的特質，因而應負的責任。

2. 罪過的學說

2.1. 心理罪責論

罪過是指行為人主觀上知與不知，以及欲與不欲的心理情狀。罪過是行為人與行為結果間的心理關係。故意與過失顯現於外者，即為罪過。(批評)

2.2. 規範罪責論

罪過本質在於意思形成與意思活動的可譴責性。故意與過失並非等於罪過，而是罪過的一部分，罪過的元素尚應包括可歸責性(或罪過能力)、不法意識(可能性)、作出不同行為的期待可能性等。。對行為人的譴責判斷不應僅從心理角度考慮，而是(或者說更應)從法律觀點，對行為人與行為之間所作的規範評價。(批評)..

3. 罪過本質含義的依據(節錄自迪亞士教授 75-76 年授課內容摘記)。

從罪過原則的一般、抽象及形式化的結構中，並不能找出刑法罪過的本質意義。然而，我們卻要在這裏尋找其內涵。行為人的自由(自由最令人疑惑的地方是甚麼情況才有自由及有甚麼自由)，是現代意義上對罪過作整體考量的最核心的共通前提；因此，要找出刑法中的罪過的本質內涵，繼續對這項前提加以研究及澄清是必須的。

這個必須性不會因刑法罪過在“質”上較一般意義的罪過範圍較窄而受影響。法也是自由的“結果”或“實現”（儘管是透過法律規範具體及有限地體現出社會所保護的價值），但同時也是人們在社會中應負的倫理責任的反映，並在這個範圍對人們的具體行為產生影響。在這個觀點上，法律及刑法上的罪過只是人們在社會中倫理罪過的其中一個特別層面，且直接歸屬一般意義上的罪過。

4. 罪過本質內涵的理論(節錄自迪亞士教授 75-76 年授課內容摘記)

4.1. 指“自由主宰”的自由以及意志罪過論

將自由視作罪過本質概念的前提，就是整體上將自由視為意志的自由，這如同自由主宰，即在意志的心理機能上沒有內生或外生的干擾下作出行為的可能性。這情況下，罪過就是對可遵守義務而沒有遵守，反加以違反的人類行為的譴責（“可用另一方式行事”）。如果罪過是指有意識地及在自由狀態下作出不法行為的決定，那麼，“可用另一方式行事”只是一項單純的前提；如罪過是指有能力按規範行事的行為人所為的不法行為，那麼，“可用另一方式行為”不僅是前提，也是罪過的內容。

意志自由理論在兩個層面上出現難以克服的困難：難以證實及在刑事政策上站不住腳。對意志自由理論的基本批判在於這些理論不能解釋在促成實施某一事實時的意志自由（在某一具體情況中一個人如何視為有獨立能力以另一方式行事，仍然是一個未有答案的問題）。十九世紀中葉以前，由於當時的心理學及社會學處於起步階段，人們對意志行為的內生（因由）及外生的決定性因素的研究並不成熟，意志自由論遂備受認同。人們沒有分清具體的行為人及一個抽象的人，沒有分清具體的行為人及在個人世界中作出該行為的人，而對具體的行為人強加以另一方式作為的具體能力。

但時至今日，心理學及社會學明白不可能對“自由主宰”的問題作出解答，不但在“有否”的問題上如此，在“何時”的問題上也一樣：只有在本體論、以哲學為基礎的人類學等方面研究人類的存在的根本思想才能解答這些問題，但在這個層面，問題不再是行為的意志自由，而是作為所有行為本體特徵的自由。

從上述內容可理解到，嘗試循這方向解釋奉行罪過原則的刑法（這項嘗試在十九世紀提出，其所謂“自由主宰”理論的所以然卻一直未被道破）是不可取的。更不堪者，是其在刑事政策上引致不可接受的後果：一方面，當不法份子聲言不能以另一方式作為，而又沒有證據反證其所言不實（也可能是誤信謊話？），則結果必然是無罪釋放（“所有獲諒解的人都會被寬恕”）；結果是所有具犯罪傾向的或生活於犯罪溫床的不法份子（本是危害性最高、最需要改過自新，以及社會須極力防範的犯罪份子），都會因不能以另一方式作為而得到輕罰！

4.2. 人格（性格）上的意志罪過論

三十年代，德國的梅茲格爾（MEZGER）試圖將亞里士多德的教導化成刑法上的成果。亞里士多德認為，如果人的性格是受制於非意志的及意志所不能違抗的內生及外生的命

定性格，那麼，在這範圍內，人的性格也至少部分是從自由意志中形成。據此說法就能將罪過與行為人的性格或人格聯繫起來，而不僅限於所實施的事實；因此，這裏所指的，正如〔雅斯貝爾斯（Karl JASPERS）〕所言，是範圍非常廣泛的基礎層面上的罪過，令相關的能力及意志更具影響力。為此，必須具備一部以此基礎構築成的奉行罪過原則的刑法，以便由刑法配合的刑事政策得到落實。解釋上述意念，學者見解不一，咸認為己見最正確，卻殊途同歸。這些見解認為與罪過聯繫起來的因素是：行為人的生活行為方式〔梅茲格爾（MEZGER）及費雷拉（Cavaleiro de FERREIRA）〕、行為人的生活決定〔鮑克曼（BOCKELMANN）〕、無形成好人格〔科雷亞（Eduardo CORREIA）〕。

簡言之，相對前一理論，上述理論改變了罪過的實質基礎（除事實外，還有性格或人格），但沒有改變其標準及論據：以另一方式行事的能力及由此帶出的意志自由（儘管這些內容今天也向“生活行為方式”、“生活決定”或“無形成好人格”等見解靠攏）。因此，在這個基礎上，上述罪過意念也是停留在“自由主宰”這個不清晰的論據上。認為在心理上與“以另一方式行事”的獨立能力聯繫起來的自由意志是性格罪過的標準及論據的此一觀點，不但解決不了原則性問題，還可能導致出現矛盾：將意志罪過與事實聯繫起來的過程中，罪過會因事實的數量就是“生活行為方式”或“無形成好人格”中具重要性內容的數量而被多次評價。

然而，在科雷亞（Eduardo CORREIA）的概念中可隱約看見這些問題的解決之道。該概念所以能回答這些問題，主要是它指出了從“以另一方式行事的能力”中尋找罪過的論據及標準是不適當的，該等論據及標準須在行為人的人格須符合法律要求的這項義務中尋找。必須指出，摒棄“以另一方式行事的能力”這個意念，上述罪過概念即喪失倫理上的合理性。然而，一切皆取決於是否能在心理意志，以至由此產生的在有關情況中以另一方式作為的能力上，以不同層面考慮人的自由。

4.3. “個人”自由及人格罪過論

上述問題所指的是個人自由（“自由主宰”）勝於不能確定的自由，以及有關行為的特性的自由對“作為所有行為本體特徵”的自由的讓步〔拉內爾（Karl RAHNER）〕。

在此方面，須談及我們所塑造的人的形象：不是抽象及分離的主體，即不是“兩個不同世界的公民”，而是具體及確定的人，即“社會化”的人，意即生存於某一世界，並因此是透過行為而客觀存在於世界的人，而這世界在該人的主觀中存在。

思想朝著以哲學為基礎的人類學靠攏〔透過費爾巴哈（FEUERBACH）及馬克思（MARX）、尼采（NIETZCHE）及狄爾泰（DILTHEY），以及今天的格倫（GEHLEN）、布伯（BUBER）及賓斯萬格（BINSWANGER）〕以及隨著主、客觀對立的問題被提出而引起的觀念中的“我”被賦與新的內涵等情況，清楚說明了自由的“界域”是被現實中最根本及最原始的自由所涵蓋：人的存在。人必須自決及為自己而決，任何時刻均離不開這樣一個決定：人透過一個“根本選擇”，自身決定自己的為人。在這個觀點下，人只有透過行為才體現其存在，而在行為層面，人所面對的是一系列像是“無可無不可”的選擇。然而，因行為人在其自我體現中對意義或價值的選擇，可能的因由會提昇為現實的因由，此一提昇主宰了具體行為的出現，而對具體行為作出選擇，還須重新回

到作為人賴以建立本身存在或肯定本身實質的自決的決定上。人是透過為自己而作出的自由決定來選擇本身的行為。這就是說，在行為層面像是無可無不可的自由 — 自由主宰，在存在層面就是據自身的存在及意義作出決定的自由，也就是對本身生活中的為人所作的根本選擇 — 一種在行為中顯現出就是如此的人的自由。

這裏所存在的，是名副其實的人的個人自由，亦即人的不可抗拒的性格：在具體存在中，它永遠是自由存在的。從這裏會得出刑法罪過的實質含義的合理性，該含義是指人違反了其存在所必須符合的方式 — 令本身生活中的行為不對法益造成危險。可以補充的是，一方面，在某些意義上所有刑法罪過所聯繫的是事實（即已實現的典型不法行為）；另一方面，從人為自己所作出的決定所帶出的基礎內容，誠如天主教神學思想所強調，是所謂的人格的內容（不純粹是“性格”）。至此已具備條件作出肯定：在刑法中，罪過實質上就是指必須對作為典型不法事實的依據的人格負上責任。透過上述內容可達至：

- a) 取得罪過的本質含義：取得該含義就可正當地從倫理依據上有所要求，而不必糾纏於是否接受“在有關情況中以另一方式行事的能力”，因此亦不會遇到從自由主宰帶出的“現在的無知就是過去的無知”問題。
- b) 罪過的概念：這個概念，即使是那些對自由主宰問題中的“不明朗”安之若素，因而不思在其他層面為自由尋找答案，最後大約是為了交差而接受了宿命論的出發點的人也會認同。
- c) 罪過的含義：透過行為人人格以及行為人違反特定“應然”的論點，該含義不僅可合理地消除在個人能力及社會義務的要求的範圍上由事實中的罪過所導致的矛盾，更可繼續履行其在刑事政策上的功能，以崇高的人類尊嚴限制刑罰，並因此繼續成為未來刑法的其中一項不可放棄的依據。

基此，罪過在本質上是，行為人就所作的不法構成要件的行為顯現出的人格而須承擔的責任。

5. 罪過與故意的罪過

罪過是就行為人所作符合構成要件的不法行為是否予以譴責的判斷。以行為人在所作行為中顯露出的內在態度，作為譴責判斷的依據，即行為人如何面對(刑事)法律規定的應然態度。故意是對法律及其規範所持的與之相悖的、漠視的態度，而過失則是面對法秩序時的輕率、不小心的態度。

這種面對法律的應然態度在傳統思想上既作為故意與過失的區分，亦作為處罰的依據。故意行為的處罰比過失行為一般為重，很多時甚至明顯為重，理由是，基於罪過原則，故意的罪過內涵較嚴重，故意行為除了其不法性具較大的非價性外，其罪過亦具較大的非價性。

承認這種不同之處的存在導致傳統上須查究，以故意罪過處罰行為人，應該是行為人在作出行為時，有意識地把其利益置於不法行為的非價之上。這種理解導致長久以來把故意與不法性意識不可分割地連繫起來，即：要以故意處罰行為人，是否除了基於行為人有所認識且有意地實現不法構成要件外，還須行為人知識其欲作出的行為為法律所禁止(傳統理解所指的一個額外要素：情緒要素)。對於我們而言，這理解是不必要的，甚至是不確的。

對於評價欠缺不法意識的禁止錯誤行為(禁止錯誤指行為人對行為的違法性錯誤，因這錯誤而欠缺不法意識，其認為是合法的行為，在客觀上是法律處罰的行為)，因所持理論不同，結論亦不同。

故意理論與罪過理論。

(1)故意理論

認為故意是罪過要素之一，故意除知與欲兩要素外，尚須具不法意識。行為人如缺乏不法意識，其行為非為故意，至多成立過失犯罪。

(1.1)嚴格故意理論：在故意犯罪中，罪過的核心在於不法意識，行為人行為時有意識地違背法律的應然誠命。行為人在作出行為時，有意識地把其利益置於不法行為的非價之上。這種理解導致長久在故意犯罪中，行為人除有認識及有意實現不法構成要件外，尚認識行為為法律所禁。如不具不法意識，而錯誤是可避免或可克服者，則保留以過失處罰的可能，只要法律規定過失亦予以處罰。

(1.2)限制故意理論：亦認為不法意識系故意的構成要素，除上述情況應以故意處罰外，其他情況盡管不屬嚴格的故意概念，但對於規範的實務效果而言，亦應等同處理。申言之，行為人之所以欠缺不法意識是由於行為人具有與法完全不相容的合法或不法意念(行多為人不知不應殺人、傷人、搶劫、等等)應視為等同於上述情況。

(2)罪過理論

認為不法意識是罪過要素，行為人主觀上缺乏不法意識，並不影響故意的成立，而只影響罪過的成立，但有可能減輕罪過或排除罪過。

(2.1)嚴格罪過理論：認為現在的不法意識並非故意構成要素，故意作為驅使作出行為的主觀因素，只包含知與欲實現客觀不法構成要件這兩個元素。不法意識是對不法的認知可能性或潛在意識，屬罪過的譴責判斷的主要元素。行為人作出行為時，如不具備這種潛在意識，則不具罪過，因此不應處罰。但是行為人作出行為時，可以認識行為的不法，且具有構成要件故意，盡管行為時不具現在的不法意識，亦是出於故意而行為，亦應以故意犯罪處罰。

(2.2)限制罪過理論：

原則上認同罪過理論就不法意識問題的解決辦法，如行為人作出行為時有罪過，應以故意處罰。但對此作出一重要限制，認為行為人作出行為時，盡管有認識並有意地實現客觀構成要件，但錯誤推想存在排除不法的事由的實質前提，則不應以故意處罰。

採取故意理論將導致甚多故意行為，因行為人缺乏不法意識而不成立故意犯罪，有縱容罪犯之嫌，故二次大戰後，德國通說均採罪過理論，將不法意識視為獨立於故意以外的罪過要素，認為應就行為人對於不法意識的欠缺係可避免或不可避免而減輕罪過或排除罪過。

在澳門的法律中(正如德國和葡國)存有兩類在刑法上具重要性的錯誤，每類對行為人的責任有不同的重要性和效果。一類排除故意，另一類如為不可譴責者，排除罪過，成為排除罪過的事由。這兩類錯誤與已不被接納的事實錯誤與法律錯誤這區分毫無關係。然而，澳門(或葡國)的法律與德國法律所定的構成要件錯誤與禁止錯誤亦不相同。在澳門的法律中，在下列三種情況均排除故意：1)對構成要件的法律元素或事實元素的錯誤；2)對排除不法性或排除罪過事由的前提錯誤；3)對禁止(或在不作為情況下，對要求作出行為的誠命)的錯誤，如果要行為人意識行為的不法性，對禁止的認識是合理地不可缺少的。

上述最後一項的法定程式成為理解作出這兩類錯誤區分的根本理由的鑰匙。這種理解的出發點在於刑法錯誤的重要性始自罪過問題，僅當獨立地基於罪過的不同，才能區分各種錯誤的重要性。

排除構成要件的故意的錯誤在於行為人欠缺必要的認識，令其未能就行為的不法具有正確的倫理意識。不同的是，對於構成(罪過的)故意的錯誤則是基於，行為人盡管具備合理地令其能就行為的不法性的必要認識，但行為時對行為的不法性產生錯誤。這種錯誤並非心理意識上的錯誤(認識上的錯誤)，而是倫理意識上的缺陷(評價上的錯誤)，使行為人未能正確理解刑法的價值。因此，一旦屬可譴責的錯誤，即流露出一種對抗或漠視刑法應然的態度。

6. 阻卻罪過的事由

在某些情況，雖然可證明為一符合構成要件不法的行為，但由於行為人行事時不具罪過或存在阻卻罪過的情節，故行為人不可被追究刑事責任。

6.1 不可歸責

行為人可因年齡（未滿十六歲）或精神嚴重失常，其行為視為無罪過。行為人被視為不可歸責者，意即不可成為譴責判斷的對象。不可歸責的依據是由於行為人顯示出欠缺能力評價其行為的不法性，或按該評價來決定其行為，因而未能建立（行為人與）行為的意義在客觀上的確實聯繫，不可能在具體案件中理解通過行為顯露的人格，認定其在刑法上的罪過。

刑法典第十八條規定未滿十六歲者，不可歸責。

因精神失常而不可歸責（刑法典第十九條）。

第2/2007號法律（違法青少年教育監管制度）適用於在年滿十二歲尚未滿十六歲在澳門作出犯罪或輕微違反的青少年。

構成要素

生物要素：行為人精神失常

規範要素：在行為時無能力評價行為不法性或按該評價作決定

不可歸責應按行為時認定且須與所作的構成要件行為相聯繫予以認定（例如患有狂妄症者傷人行為可不歸責，但同時搶走傷者財物的行為則可歸責）。

對於患有非偶然嚴重精神失常，但仍具部分評價能力及決定能力者，第十九條二款訂定一靈活的規定。視乎理解行為的意義在客觀上的連系時所得出的結論：通過所作出的行為顯示出抑或不可能顯示出行為的意義（理解行為人的人格），而視為能力低弱的可歸責者或不可歸責者。

對於「原因自由行為（作為或不作為）」*“actio libera in causa”* 或 *“Omissio libera in causa”*，第十九條四款規定，有預謀地使自己處於不可歸責狀態以實施犯罪者，即使在實行犯罪時處於不可歸責狀態，仍視為可歸責。

刑法典第二百八十四條規定，倘（未必）故意或過失使自己處於不可歸責狀態，並在此狀態下作出符合罪狀不法行為者，則按該條文處罰；但在該狀態下所作的行為則因不可歸責而不罰。

6.2. 期待不可能

凡行為人實施行為的情況是一些在事實上，客觀上、外在的特殊情節下，而這些情節會令即使是忠於法律的一般人在這情況下也會同樣行事，則在刑法規定的情況下這等情節

可阻卻行為人的罪過（阻卻譴責判斷）。

正因為法律秩序對這些面對如此特殊情況的行為人，不能要求他作出一個有別於已作出行為的合乎規範的行為，故此，稱之為期待不可能。

在刑法典總則規定的涉及期待不可能而排除罪過的包括：阻卻罪過的緊急避險及防衛過當。

6.2.1

要件

阻卻罪過的緊急避險

見刑法典第 34 條

1. 行為人的行為是不法的。
2. 法益正處於危險的情況。
3. 兩個或多個受法律保護的利益之間的衝突(危險情況)。
4. 利益的大小之分——保全一個同等或較低的利益或價值（保全的利益必須是人身的價值：生命、身體完整性、自由和名譽）。
5. 按情節，要求行為人作出其他行為屬不合理。

6.2.2.

阻卻罪過的防衛過當

1. 一法益受侵害。
1. 攻擊者的行為不法。
2. 防衛時所使用方法過當。
3. 不可譴責的精神紊亂、恐懼或驚嚇。。

見刑法典第 32 條 2 款。

6.3 不可譴責的欠缺不法意識(不法意識錯誤,刑法典第十六條)

根據所作的行為(儘管與法律所體現的價值判斷不一致),並未顯露出行為人具有一種應予否定、法律上應予譴責的態度。換言之,行為人雖出現不法意識錯誤,但在行為當中並沒有顯示出,在刑法價值面前有一種負面的內心態度。相反,顯示出他所具有的人格正是法律所要求、所推定應有的人格,一種真正的倫理意識。因此,行為人儘管作出符合構成要件不法行為,但無罪過。

6.4 阻卻罪過的不當服從(刑法典第三十六條)

服從不正當的命令不會成為排除不法的事由(刑法典第三十五條二款).另一方面,公務員不了解具體情況而遵從上級命令作出犯罪行為,不屬本條範圍.而應屬排除故意的錯誤的範圍。當行為人行為時,在其認知的情節範圍內,行為的不法性並不明顯,以致雖有悖法律,但行為中顯示出行為人具備正直的法律倫理意識,一種忠於法律、與法律要求相符的個人

態度,行為人無罪過。

第四章 不作為

不作為應視之為一種構成要件實現的特定形態而不宜作為可處罰行為的特殊表現形態(如未遂、共同犯罪、犯罪競合)。在講述構成要件實現的基本形態時已指出構成要件可通過作出禁止的行為實現，亦可通過不作出法律要求作出的行為實現。

不作為與作為的區分：不應純粹從行為本體上的差異區分，不作為非僅指不為一行為。應按刑事政策評價，從規範上、在構成要件的限制下予以區分。不作為是指違反法律義務，不作出法律期待或要求作出的行為。

區分標準：建基於構成要件不法及客觀歸責的準則，即按對於規範所保護的法益做成危險的方式而定。行為人制造(或增加)其後實現成結果的危險，應視為以作為方式行事。行為人不減低該危險者，以不作為視之。

(其他區分主張：按是否通過積極力量造成構成要件結果的產生；按行為的社會意義；按補充原則，倘不能視為作為者方視作不作為)。

上述準則可用作解決所謂‘雙重意義’或‘雙重要性’的犯罪(結果犯)，例如，醫治瀕死病人的醫生拔除維生機器，使病人死亡。亦可適用於 ROXIN 所提出的以作為實施不作為的情況：例如，以積極行為共同參與不作為的犯罪、原因自由不作為、中斷履行法律強制作出的行為、中斷醫療技術行為等等。

純正不作為與不純正不作為

區分：視乎行為構成犯罪是否涉及構成要件結果的實現，不須者，為純正不作為，(例如 194 條幫助的不作為，271 條醫生的拒絕。當中，犯罪的成立並不在乎不獲幫助或不獲醫療者，其後有否因此而受損害)；反之，為不純正不作為。(例如第 9 條 1 款所指者，通過一項不作為與作為的一般等同條款，原則上涵蓋法律僅以作為犯描述的，包含一結果在內的所有法定構成要件。)

其他區分標準：

- 純正不作為指在分則中(明確)規定的，以不作出行為作為構成要件實現方式的犯罪，當中描述了產生作出行為的法律義務的事實前提。不純正不作為則指法律無專門規定者，其構成要件是通過一項將不作為等同作為的一般規定而定立(例如總則第 9 條 1、2 款所規定及處罰)。

- 純正不作為指並無對應的作為犯的不作為；不純正的不作為指有對應

作為犯的不作為。

- 純正不作為指不實施法律要求作出的行為即成立的不作為；不純正不作為指行為人具有不產生罪狀所含結果保證人身份的不作為。按此理解，純正不作為與不純正不作為分別對應於行為犯與結果犯。

在不純正不作為犯中不作為與作為的等同問題

一般而言，法律所描述的犯罪既可以作為實施，亦可以不作為實施，只要行為人在法律上有義務防止結果發生。從刑事政策而言，法律欲避免一個結果發生，當然除了禁止可產生該結果的行為外，亦會要求作出能避免結果發生的行為。因此亦產生問題，究竟以甚麼為依據，說明在甚麼情況下，不作為等同於作為而應受處罰。

對此，應通過行為不法性作出獨立評價，即對一不法構成要件予以評價，以認定不作為的非價根本而言與作為的非價相應。(僅)當行為人本人有義務為積極行為，避免構成要件的實現(更準確而言，阻止罪狀所含結果的發生)。申言之，當行為人負有保證義務或保証人義務(即使這義務未在罪狀中描述)，而不作出應為的行為，阻止結果發生者，其不作為的非價等同於作出行為使結果發生的負面價值。這種等同依據可通過結合法典第9條1、2款所體現出的不法性的統一意義予以確立。

故此，第9條1款但書部分‘但法律另有意圖者，不在此限’，其含意不僅在於按事物的性質，構成要件對行為的描述所生的限制，構成要件對行為的定型等因素而排除以不作為實施犯罪的可能，該但書亦將第1款與第2款連繫起來，提供不作為等同作為的完整依據。所以，第2款並非對第1款所定立的等同依據的一般規定構成外部限制，而是這依據的核心部分。

不作為犯的不法構成要件

客觀不法構成要件方面

1. 出現構成要件該當狀況(即容許確定行為義務的具體內容的事實前提)而不為期待的行為。

就純正不作為而言(法定罪狀已描述應為的行為，例：194條)，何謂構成要件該當狀況，顯然無界定的困難。

但對於根據第9條的等同規定而設定的不純正不作為而言，構成要件該當狀況是指造成罪狀所含結果發生的風險，當這風險隨著不作為而產生或增加時，該狀況即存在。至於該狀況的其餘元素，則按與作為犯相對應予以認定，尤其是所期待的行為應達至甚麼目的，受保護的是甚麼法益，在刑法上具重要性的附隨因素。

根據構成要件該當狀況，不為應為或期待的行為，可按法律條文本身而確定，對等同於作為的不作為(按第9條所生之不純正不作為)，當法律無描述，根據構成要件該當(具體)所期待的行為是，對阻止罪狀所含結果發生屬必要作出的行為。

2. 個人有作出行為的能力

要成立符合構成要件的不作為，必須是不作為的人有能力作出應為或期待的行為。按狀況，因身體原因(或缺乏体力)或缺乏技術能力、知識、救助工具而無作出行為能力者，不算不作為。不具備作出行為的個人能力，構成排除構成要件符合性事由。

3. (不純正不作為)客觀上可歸責

按”風險的聯系”理論，如應為或期待的行為應能減低發生罪狀所含結果的風險，而不為該行為，客觀上可歸責，除非事後證實不為的應為行為，根本於事無補(見合法替代行為)。

4. 不純正不作為者具保証人地位

(僅分則中無專門規定的不純正不作為方生保証義務具體內容及具防果義務的保証人地位問題，客觀歸責只限於第 9 條 2 款所指的‘具親身防止結果發生的法律義務的人’且因而具備確保構成要件不發生的保證人地位，根本問題在於如何界定誰人在刑法上具重要性的保證義務，以使能充分清楚和肯定地回應‘法無明文，不為罪’這項憲制要求。相反，對於純正不作為，由於法律已明文規定，故此，根據法定明定的構成要件，原則上，已可確定或是任何人或是處於所定狀況的人負有法定義務)。

- 保証義務地位的形式說：保証地位產生自法律、契約(Feuerbach)、危險先前行為(Stubel)、密切的生活關係及危險共同體(Sec.XX)。
- 功能說(Armin Kaufmann)：以實質角度確定保証義務及地位。對法益的保護功能(保護義務、援助義務，例如博物館的守衛看守館內的收藏品、父母照顧子女)。或對危險源的監督義務(確保安全、管束義務)，例如空中交通調控員對航機的安全升降。
- 形式實質說：以一連串實定的法義務淵源作為具約束力(不可超愈的)框架，指出保証義務及地位的真正淵源應該從更深層次考慮，通過實質不法性的獨立評價予以認定。在具體情況下，基於人與人之間應有的同舟共濟的互助精神，不作為等同於作為。
 - 對需予以維護的法益的保護及援助義務：來自親屬或具其他類似共同體的親密關係，或其他來自自願承擔保護或防衛特定法益職務的情況。然而，必須存有具體的事實關聯(即負有一定義務者與結果所損害的法益間有一種社會/存在意義上的接近，尤其是存有該法益需義務人予以援手的情況)，才生保証人義務。
 - 親屬間保護關係或類似關係：例如，父母子女、配偶。
 - 承擔其他照顧或扶助職務：建基於信賴關係，例如保姆、負責維護特定法益的官員及公務員。
 - 生活及危險共同體：基於信賴關係及互助關係，例如探險隊成員在確實出現危險時。
 - 監管危險源或確保安全的義務
 - 因危險先前行為對他人造成危險：先前行為與結果間必須成立客觀歸責，方生保証義務(例如屬容許風險、所生風險不屬規範保護)

- 範圍，不可客觀歸責)。例如，修路工人，應設置圍欄或警告標示，避免路人不慎跌入挖開的廻中。交通事故的肇事者，須救助受傷者。
- 監控本身業務領域的危險源：對本身管領的活動範圍或管領的地方有義務排斥可能危及別人的狀況，例如僱主確保僱員有安全的工作環，車主確保車輛的保養。
 - 獨占的地位：在管領一狀況下保証人義務的產生必須是：(1)行為人確實處於一種獨占(絕對和接近)的狀況(即使因偶然而處於該狀況)；(2)行為人作出被期待的行為(一般屬救援行為)不會使其有危險或受損害。例如，對跌落湖中的人，只需伸出樹枝已可將之救上水唯一路過者。
 - 對第三人的行為的保証人義務：某些情況下，不適用‘自我負責’的規則，例如父母對其照顧的子女的行為，精神病院負責人或工作人員對所看管的病人的行為。

主觀不法構成要件方面

故意：不作為的人認識構成要件該當狀況而不作出應為的行為，欲實現客觀構成要件。

決意：行為人儘管已認真地預見有實現構成要件的可能，仍然不為應為的行為且接受這情況的實現。

對‘保証人地位’的認識或知悉：形成‘保証人地位’的實質前提屬於構成要件故意的認知要素內容，其錯誤屬對事實情節的錯誤。此種錯誤排除故意。

如行為人已認識這些前提，但無負有義務的意識，此種意識的欠缺，屬對不法性的錯誤。

過失：一般而言，過失不作為犯與故意不作為犯在結構上相同，但前者仍可有其特點。過失不作為是基於行為人違反客觀上必要的謹慎，致使保証人不知或不正確了解出現構成要件該當狀況(因而不知發生危險，使其有義務介入)，或對本身的行為能力生錯誤，或不知悉(概括認知)具有保証人地位，或在作出(救援)行為出錯。

過失不作為較獨突之處在於其所針對的是，行為人違反客觀謹慎義務無阻止實現不法構成要件的危險。在大部分情況下，保證人義務與謹慎義務之間相互滲透：即相互作用亦相互限制；但各自針對的並不相同，例如，要知道究竟建造橋樑工程的負責人須否採取工程安全和監督措施，確保他人免於受損害，取決於其保證人地位。要確定排除危險究竟去到哪一個地步，則取決於在個案中應履行的謹慎行事的規則，小心行事，採取相應措施，避免發生事故。

排除不法性事由

當不存在作為的義務，不作為並非不法。

在不作為犯，基於其行為的方式，若干排除不法性事由的例子是難以想像的(例如正當防衛)。

罪過

故意：應一如作為犯般界定。

在不作為犯中，較常出現涉及缺乏不法性意識的問題。

排除罪過故意：不可歸責無特別之處。關於缺乏不法性意識的不可譴責的標準亦言，但較易及較常出現不可譴責的錯誤。

對於純正不作為，期待不可能除總則有規定外，在分則某些犯罪中亦特別設有更廣泛的不可期待條款，(例如第 194 條 ‘基於其他重要理由’)這導致產生對於這類條款學理及系統上定性問題。事實上，期待不可能除了構成若干排除罪過事由的根本思想外，亦對所有可處罰行為構成要素層面起有規範作用，包括不法構成要件層面，對於不純正不作為更是複雜，有通說欲擴大期待不可能的作用範圍(比作為犯更廣)，甚至將之提升為排除罪過的一般規則。

過失：應一如作為犯般界定。

其特點在於不作為人不僅客觀上違反謹慎義務且不避免結果發生，儘管其有可能認識且有能力避免。

不作為的預備與未遂

1. 預備與未遂

可以有未遂

按照第二十一條，因要求 ‘作出’ 行為，似乎不容許有(純正和不純正)不作為的未遂。對於純正不作為，因是單純不為行為，缺乏作出任何形式的行為，不處罰未遂，似乎是適用罪刑法定原則的應有之義。

對於不純正的不作為，因第九條的等同規定，似乎容許不作為的未遂。因而可以在不作為的過程中，有故意不作行為以產生一個不法構成要件結果的 ‘預備’ 和 ‘實行’ 的存在。

誠然，按之前我們所主張，在不作為，不論純正或不純正，均存在與行為犯相對應的規範性等同(不論在不法構成要件又或在罪過構成類型方面)。因此，不存在絕對不接納在不純正不作為可以有未遂，如果不作為的人(至少)容認其不作出行為的後果是可能產生一個符合構成要件的結果。

對於純正不作為的未遂儘管概念上是有可能出現，但是處罰這種未遂是否能排除有違罪刑法定這陰影是存有疑問的。然而，因純正不作為的犯罪相當部分處以不超過三年徒刑，而且通常是形式犯(違反為行為的法律義務亦幾乎往往已同時是既遂)，這使到純正不作為的未遂不罰的漏洞這問題無須提出。

2. 犯罪的着手(未遂的開始)

不純正不作為的預備和未遂。

似乎當構成要件實現的不容許風險一旦出現應即存在作為的義務。這理解並不表示未遂始於保證人不理會可解救法益的第一個救助機會出現之時(即放棄最初的救援行動)。(例如，一名嬰兒被察覺發高燒，其父母決定不帶他/她去接受治療，單純的不立即帶嬰兒去睇醫生或送去醫院仍未構成以不作為傷害他人身體，因為承上文，就行為犯的未遂已指出的‘構成要件危險的關聯’，而在此相關危險仍未確立下來)。同樣，朝向另一極端的學說，最後救助機會說亦不可取，按此理論，當保證人不理會挽救法益的最後機會，放棄最後的救助可能性，不採取介入行動時方視為未遂的開始。這學說不可取是因為，這種理解在邏輯上導致不會出現具重要性的中止，這是於法不符、法理不通、刑事政策不當的解決方法。

上文當談及客觀歸責時已指出在不作為中，法律要求保證人承擔義務，作出適當行為減少發生構成要件結果的危險，而非避免這種結果。如果保證人不為行為且當時已知道(不論是真實知道抑或他推想)危險正逐步增加，而決定不消除該危險，這樣已足以構成不純正不作為未遂的特點。

預備：當法益受威脅的情況未惡化，因為危險並非是即時的且仍處於一遙遠和停滯不前的時刻，儘管行為人已決定不會介入。

未遂：發生於當行為人已決定不會介入，且知道(不論是真實知道或推想)危險正增加。未遂可以是實行終了未遂，當行為人不理會介入的最後機會，而構成要件的實現未至發生，例如，母親遺棄嬰兒在家，出外旅遊一星期，期間嬰兒被發現送院救治而無餓死。

在不作為方面，學說上區分着手的未遂與終了的未遂意義不大，儘管概念上仍有可能作出區分。應指出的是，對不作為而言，具重要性的出於己意的中止，在定義上已可確定，單純的放棄實行並不足以構成，保證人必須積極介入以阻止既遂或構成要件結果的發生，又或為此曾認其作出努力才成。

誠然，對於出於己意的中止的重要性，在着手的未遂與終了的未遂兩者之間存有一個不同之處，對着手的未遂而言，保證人必須減少結果發生的危險，且結果最終未發生。為此，保證人原則上只須做出法律要求的行為。(例如，母親原已決定不餵奶/食物給其嬰孩以餓死他/她，因良心發現，而恢復給予餵食)。對終了的未遂，則要求母親採取或曾認真努力採取其他措施(例如，把嬰孩送院治療，接受人工餵食或其他措施，而且構成要件結果最終未發生)。

不作為故意犯的正犯與從犯

對於不作為犯而言，行為支配說不適用於正犯的界定。由於不作為的人並無介入事件，因此未能操控或引導事件的進行。即使力圖以‘規範化的角度’來理解所謂行為支配，是指‘被期待的行為’，也是說不通的。一言蔽之，不論從甚麼角度而言，這種不為行為的情況並沒有向不作為的人提供對事件的過程的支配。而正犯並不可以視為不法構成要件事實的中心人物，正犯的成立僅要求，不作為的人對事件過程有為行為的可能性而藉此產生支配的可能性。純粹違反導致構成要件的特定義務，不能對之冠以對行為有支

配，亦不足以界定某人在這情況下成為不法構成要件事實的中心人物。對於作為正犯這角色應具有的特點，除了是不作為的人違反其負有的義務外，尚須這人具有對潛在發生可能的事實的支配，而非一種真實及確實發生的事實的支配，因為這事實根本就沒存在。

因此，正犯是指，對事件有介入的實際可能性(因而對這事件有支配)，且儘管負有行為的法律義務(保證人義務)，不利用這種可能性。即使有數名參與事件者，原則上也沒有不同。例如，各人均以不作為實現構成要件(父和母不召喚醫生或不求助醫院，以救治嚴重患病的兒子)，又或某些參與者作為，另外一些不為行為(父母目睹兒子受虐待而不介入)。

但是，如果構成要件要求行為人具備額外的元素，例如，某種身份、職位或義務，不具備這些元素者，即使有作出行為的義務及介入的可能性，不是正犯。如果符合從犯的構成條件，有可能視為不作為的從犯。

其他正犯的種類

間接正犯：原則上難以構成亦難以想像有此可能。

有作為義務的人不能透過別人作為工具，支配其意思作出行為來不作為。他沒有事實的支配，他僅具有即時介入的可能性，而此亦構成在刑法上具有重要性的不作為的不法構成要件。(某人不利用這種可能性，例如不反對一名兒童、精神病患者作出一犯法行為或不阻止一件自然事件造成損害結果的發生，因而使到一符合構成要件結果的發生是這事件的(以不作為方式實施犯罪的)直接正犯。

教唆犯：原則上難以構成真正的教唆犯。

違反一項義務不作出某一行為的人，原則上不能適當地令一個有自我負責能力的人形成或產生一個作出一個符合不法構成要件的事實決意。即使確實發生這情況，也是不作為的直接正犯。

共同正犯：是可以想像和有可能的：不作為的共同正犯

只不過到底是否需要有這個概念？又或者原則上，不應接納這概念。

例如，父母各自均有可能履行送兒子到醫院救治，而二人共同決定不作出行為。又例如，出自共同決意，父親不阻止另一人虐待其兒子。

理應很清楚，從形式和結構上而言，可說是共同正犯。但是，即使不採用這概念，按上文所述，孩子父親已構成所作事實的不作為直接正犯。

第五章

過失犯

學理及刑事政策的考慮

不應視為純屬一種可處罰行為的特別形態,(如未遂、共同犯罪)而應是典型的犯罪表現基本形態之一。

在刑事政策上，某些犯罪的過失犯應予處罰基於兩點考慮：1. 刑事介入的堪當性：重要的法益亦可為過失行為所侵害。；2. 刑罰的必要：尤其是為了壓抑對人們造成嚴重風險的源頭，在今天我們所處的‘風險社會’中，不少情況是因人們的不小心而造成嚴重後果。

過失與故意的關係

過失並非一種較輕微的故意形態。過失行為有本身的不法構成條件及罪過構成要件。

過失的法定定義：有意識過失與無意識過失

刑法典第 14 條訂定過失的法定定義，首先通過統一的方式指出，過失是：“按情節行為時必須注意並能注意而不注意”。

接著，法律區分有意識過失(明知有可能發生符合一罪狀的事實，但行為時並不接受該事實的發生)與無意識過失(完全未預見符合一罪狀之事實發生的可能性)，而在上述任一情況下，行為人均未履行按情節必須履行的謹慎義務，即違反客觀謹慎義務；以及最後指出過失的罪過構成要件(行為人違反按其本人的知識、能力有條件履行的謹慎義務)。

至於有意識過失與無意識過失，其區分並不是基於兩者不法的嚴重程度不同(事實上不見得有意識過失一定比無意識過失更嚴重)。兩者的區分僅在於訂定過失純心理的條件(積極或消極，即明知有可能發生符合一罪狀的事實與未預見符合一罪狀之事實發生的可能性)，以及重申區分或然故意(見第 13 條 3 款)與有意識過失的準則。

按犯罪構成理論過失行為的結構

刑法典第 14 條定出(一如通說所主張的)過失行為的結構。

不法構成要件：行為人違反其負有的客觀謹慎義務且導致罪狀所含的結果，而按照行為人所屬生活圈子、相同智力及社會水平的‘一般人’所具備的能力，如行事緊慎是可預見及避免該結果的。(即所謂‘違反客觀謹慎義務’或‘違反業務必要注意義務’是指行為人違反法律要求，在相關具體情況中，並無遵從一般人均應遵行的行為要求，以避免某一客觀不法構成要件(非故意的)實現)

當行為人面對法益處於危險的狀況，作出有別於應有的謹慎的行為，以致無避免一個法律予以禁止的侵害法益的後果，則其行為視為符合過失不法構成要件。因此，不僅必須其行為造成一個結果，而且必須是行為人違背其負有的謹慎義務並因此導致構成要件結果的發生。而按照行為人所屬生活圈子、相同智力及社會水平的‘一般人’所具備的能力，如行事謹慎，本應是可預見及避免該結果的。

罪過構成要件：按行為人本人能力、智力、所受培訓、生活經驗、社會地位，在具體情況有能力謹慎行事且預見結果。

當行為符合過失不法構成要件後，尚須探究這種小心行事和預見危險的一般要求，按具體事件中的行為人本人的能力、智力、所受培訓、生活經驗、社會地位，在具體情況有否能力謹慎行事且預見結果。如果有此能力，而無謹慎行事及預見結果，則符合罪過。

關於在過失不法構成要件中個人具體能力的問題

- 低於一般人的能力不會導致排除構成要件的符合，而只會作用於罪過層面。
- 具備特殊能力或高於一般人的能力不可產生排除構成要件符合的效果。

過失行為的不法構成要件

概說

過失犯原則上是結果犯(但亦可以有行為犯，例，道路交通法第九十條三款)。

過失行為就行為與結果間的關係有別於故意行為。在過失行為中，行為人的意欲並不指向結果或構成要件的完全實現。

此外，過失行為的應罰性是以構成要件的完全實現為先決條件。過失行為的未遂不僅不罰，而且(從規範角度)亦難以想像有此可能。在過失行為中，並無‘犯罪決意’這個未遂的必備要素。

然而，就故意犯罪中有關客觀歸責的規則，對過失犯罪亦完全適用。僅當行為製造法律不容許的風險而導致構成要件的實現，方可說行為人因違反謹慎義務而被歸責。因此，根據一般經驗及行為人的特別知識，與構成要件結果相關聯，但屬不能預見或不能避免的風險，不是禁止的風險。

為此，有必要把產生謹慎義務來源的規則具體化，以確切地界定容許風險的範圍。但是亦有必要理解，這些具體規則，對於判斷違反謹慎義務對實現構成要件是否具重要性，僅具表徵作用，意即不可單純以抽象地違反謹慎規則，而確定性斷定在具體事件中違反謹慎義務。

判斷客觀謹慎的具體準則

- 行為法律規範：例如車輛駕駛者違反交通規則，但違犯規範僅可視為違反客觀謹慎義務的表徵向而非絕對肯定不謹慎。
- 業務守則：某些行業的(非法律規定的，因而其表徵作用亦小於法律規則)成文的專業或相類技術守則，用以規範業務能在應有的質素標準下進行，並避免業務本身對某些法益所含的危險演變成損害。例如關於醫生、工程師、建築師的

業務守則。

- 具體的標準行為：在無法律規範或行業成文守則時，根據從事有關行業的謹慎專業人士、典型專業人士的行業共同習慣又或(無這些習慣時)在具體情況下按社會該當行為應有的謹慎為準則，例如，保姆、電工、建築工人的不成文行業守則。
- 在高度專業領域的應有謹慎：某些專業領域活動包含對他人或集體的法益的特殊危險。故此，要求從業員在行事前必須就這些風險獲得充分資料或掌握情況，否則不應貿然行事。例如，牙科醫生經病人告知感到心臟有異，而未作進一步檢查下為病人麻醉，病人其後死亡。醫生的行為符合過失殺人的不法構成要件。
- 承擔或接受職務的過失：行為人承擔或接受本身未有適當準備的職務或責任。例如，疲倦不堪的司機仍接受駕駛長途客車。
- 信賴原則：作為厘定過失不法構成要件範圍的一項基本原則。據此原則，在業務上按照客觀謹慎規則行事的人可信任別人亦會謹慎行事。此原則建基於任何人均須對本身行為自我負責。換言之，任何人一般而言毋須為別人不小心行事而負責。然而，不應因行事者違反客觀謹慎義務而當然地排除適用信賴原則的可能性。例如，在團隊中，儘管有分工情況，但任一成員有明顯錯誤，其他成員或負責訓練、指導、監管該成員者，亦可能視為實現過失不法構成條件。根據信賴原則，一般而言，行為人應該可以信賴別人不會故意犯罪；除非按具體情節有充份理由相信很有可能該人會如此行為。換言之，倘若前行為(過失行為)毫無疑問呈現觸發後行為(故意行為)的特殊能力，對這故意行為的實施制造難以容忍的風險，以致不把發生後行為的密切可能性計算在內是毫不合理的。如此，不應以信賴原則和自我負責原則，排除責任(過失參與故意犯罪?)。

過失的主觀不法構成要件

- 有意識過失：不完全的認知。
- 無意識的過失：缺乏認知。

排除不法性事由

也作用於過失行為。相對於故意行為，介入範圍更廣，要求條件較寬鬆(相對於對應的故意行為，沒有那麼嚴重，較大機會處於可容許風險範圍內)。

排除不法性事由的成立不需具備主觀要素，因為如已符合客觀要素，則無結果的不法。單純以行為的不法不足以使過失行為受處罰，僅當產生不法結果時，過失才會被處罰。

就具體的排除不法性事由舉例而言：

正當防衛：對侵害人的必要防衛而作出的過失行為亦可因正當防衛而排除不法性，只要在有關情況下，相同的故意行為，也屬正當防衛的行為(例，意欲開槍警告，卻不慎擊

中侵害人)。同樣，在正當防衛行為中所生的非所欲的後果或非預見的後果，只要是屬於該種正當行為所包含的構成要件風險所引致，也是正當防衛(例，本欲槍擊侵害人，卻慌亂中手槍走火擊中侵害人)。

排除不法性的緊急避險：同樣，適用於過失行為。常見的情況見於道路安全的違規行為。在此，自然須衡量違規行為所保護的利益是否明顯高於犧牲的利益。

推定同意：推定同意對過失行為，尤其在醫療方面的行為，可起重要的正當化作用。較常提及的例子：一名醫生，在街道上且無足夠的工具或採用不甚適當的工具，為一名被車撞到而傷重昏迷的路人，進行緊急的外科手術，有可能觸犯因違反醫療技術規則的過失傷害身體完整性罪。然而，應以受害人的推定同意而視為正當行為，因為，被害人如不接受手術，則有生命危險。

(實際)同意：較為複雜且有爭論。上文關於被害人的同意就故意行為所起的正當化作用的提述在此亦適用於過失犯，例如，屬排除構成要件事由抑或屬排除不法性事由，關於不可處分的法益等等(例如，已出生的人的生命)。

惟亦有意見主張一些在故意行為中不可以同意而被正當化的法益侵害行為，例如，殺人，對應於過失行為，在某些情況下，是可因同意而被正當化。例如，被害人自願接受的(非故意)加害行為(例，明知伴侶已感染愛滋病，仍與其有性接觸，而引致死亡)。對此，亦有不同見解認為，所同意的範圍限於過失的行為本身和產生結果的危險，而不包括結果(死亡)，而問題應從客觀歸責層面，尤其是規範的保護範圍，予以解決。

然而，所謂‘死亡的同意’在這背景下，其意思僅可以是，一如上文所指，被害人自我負責地使自己處於一個存有產生死亡風險的狀況，在此，被害人自我負責原則亦起有重要作用及屬其可及範圍。倘若有關行為應該構成過失殺人，那麼只可以藉着同意來排除不法性，受害人就其接受這風險完全承擔擔責任。

過失的罪過構成要件

罪過的內涵，與故意犯相同，指基於行為時所流露的受法律否定的內心態度而對不法構成要件行為的譴責。

過失的主觀可譴責性在於行為人行為時流露出的不小心、輕率的內心態度。

在排除罪過事由方面，相對於故意行為，不可歸責、(排除罪過的)緊急避險及防衛過當亦作用於過失行為，但在過失中，(第 16 條所指的)欠缺不法性意識不會出現。

至於期待不可能，一如故意犯般，不會成為過失犯的排除罪過的一般事由，必須在法律規條中專門規定，但或許藉着類推，有更大的適用範圍。理由在於，一方面，相對於對應的故意行為，實質不法性較小，應處罰性和刑罰的具體必要性亦較小。另一方面，在基於期待不可能的衝突情況中，對於故意行為不可排除罪過的情況在過失行為時是有可能排除罪過的，這情況原則上亦發生在(排除罪過的)緊急避險和防衛過當。

個人能力屬罪過範疇。要構成過失，必須要認定按照行為人的知識、個人能力有否條件履行不法構成要件的謹慎義務。僅當行為人本人能認知結果有可能發生且有能力避免結

果時，方可說在行為時其本人流露出不謹慎或輕率的個人素質。

這種個人能力應按照與行為人同類、同特點、同條件的一般人為標準，並根據行為人本身的特別知識及能力予以判斷。(例如身體條件、智力、知識、經驗)

過失犯的正犯與從犯

首先，理論上，有一個以上的人參與行為而使過失構成要件實現是有可能的。

然而，按照第 26 條規定，從犯僅限於故意方予處罰。

至於正犯，近年，又再興起討論過失共同正犯的問題。在過失犯中存有共同正犯應該是可接納的，就刑事政策而言對某些情況亦可提供正確的解決(例，滾石事件)，只不過過失共同正犯與故意犯的共同正犯的形態並不相同。

例如，兩名建築工人未經謹慎考慮把一塊木板從正拆卸的建築物拋下，擊中一名路人，使之受傷或死亡(通常以所謂“同時犯”處理，正犯就是(所有)那些在違反應有的謹慎下行事，制造或提高一個禁止風險，引致構成要件結果(的實現))。在這行為樣態中，不存在‘事件的中心人物’，亦談不上在行為的實行上有所謂‘角色的分擔’。整個行為支配的準則，不論對有意識的過失，抑或無意識的過失，在此並不適用。

誠然，按形式客觀說作為解說正犯的起點，正犯是僅指親身實現不法構成要件者。據此理解，過失犯與故意犯不同，過失犯並非是行為人在知與欲下實現不法構成要件，而是行為人違反應有的謹慎義務，制造了一個最終實現構成要件的禁止風險。按此結構，可想像過失構成要件的實現係有可能由數人造成。

同理，過失共同正犯並非在共同決意下實現客觀不法構成要件，而是共同制造(提高)一個不容許的風險，致實現構成要件。

在法條字面上，第 25 條第 3 部分(‘與某人或某些人共同直接參與事實的實行’)，儘管無強烈指向這意思，但可與之相容，因並無要求這事實必須是故意作出的。

最後，基於故意犯的正犯和過失犯的正犯存有規範上的差異，為避免含混不清，名稱上可稱為‘共同的過失行為’而不稱‘過失共同正犯’。

第六章 犯罪的特別形態

犯罪未遂,共同犯罪及犯罪競合

一、犯罪未遂

故意犯罪行為的實現過程可分為以下階段：決意、預備、著手實行、完成行為、發生結果。當然，在一犯罪中不一定一併出現這些階段。

(一) 犯罪決意

行為人有實施不法行為的意思，即有實施犯罪的決定。然而，單純具犯罪決意而無付諸實行者（思想犯），不罰。把犯罪決意表露，除非屬法律規定的情況（恐嚇罪），亦不罰。

(二) 預備行為

犯罪行為的預備行為及顯示出為犯罪作準備的行為，一般不應處罰（刑法典第 20 條）。因形式上非為構成要件所指行為，而實質上一般而言亦無法益侵害。

但是，法律在某些情況下基於法益的保護及社會秩序的維護，會例外地把一些為犯罪作準備的行為定為獨立的犯罪予以處罰（基於對法益造成的危險，原則上抽象的危險）（例如，266 條、261 條）；此外，亦會例外地處罰某些犯罪的預備行為（305 條、289 條 5 款）。但是對預備行為作出處罰，在刑事政策上必須符合兩個先決條件：1) 這些行為高度有可能使不法構成要件實現；2) 而且刑法有必要在實施犯罪過程中較早的階段介入。然而，對這些行為如此予以處罰，則應遵守兩項限制：1)如果把預備行為作為獨立犯罪來處罰，則這些行為的未遂就不應處罰；2)倘若是以預備行為來處罰這些行為，亦不應再將之定為獨立犯罪來處罰，否則有違一事不兩罰原則。

(三) 犯罪未遂

一般而言，行為人已着手實行，而實行行為已完成，或結果已發生，則犯罪既遂；但行為人已着手實行，而尚未完成實行行為，或實行行為已完成，但未發生結果者，屬未遂。

刑法典第 21 條規定“行為人作出一已決定實施之犯罪的實行行為，但犯罪未致既遂者，為犯罪未遂。”（這規定的定義純具形式意義，因為哪些行為是實行犯罪的行為，最終取決於相關構成要件的規定）

在此，未遂的行為實際已觸及對既遂的不法構成要件予以排斥的行為規範。儘管不是完全實現構成要件，但仍在故意行為下，部分實現構成要件，危及刑法欲維護的社會秩序和法益。

1. 未遂的種類

1.1

- a) 著手未遂或未實行終了的未遂，行為人已着手實行，但未完成實行行為。
- b) 實行未遂或實行終了的未遂，行為人已經實施達致既遂必需的所有行為但未達既遂。

(未遂的達至的階段與中止的成立條件的關係)

1. 着手未遂與終了未遂：視乎未遂與既遂之間存在的接近程度。

兩者的區分

學說一致認為認定究竟是着手未遂抑或終了未遂須主客觀一并考慮。行為人須具有對於行為實現已達至的階段的認知。意即須綜合行為當時的情況，以及行為人對此情況的認知，當結果發生所必要的行為結束時，便視為行為實行終了。

着手未遂：例，A 义 B 的頸項，欲使之窒息。A 知道如果繼續義頸，B 會窒息死亡，在這時鬆手。

終了未遂：例，A 原以為須三番四次勸說 B，才能使之交付財物，怎料，A 一說已使 B 答應，盡管因其他原因，B 未能交付，也是詐騙終了未遂。

又例如，行為人停手不做時，未能肯定成功與否而停手，也是終了未遂。

對於某些案件，按行為人的認知，需數個行為或使用不同方法才完全實現犯罪(例如，先弄暈，才刺死)，但行為人未完全實現整個過程且犯罪亦未至既遂。如按犯行計劃，可出現不理想的情況，因為使心思慎密的犯罪者不用受罰。因為，只要不完全實現計劃好的犯罪，也算中止(只需放棄其後的行為直至不再可能進行下去)。相反，如行為人根本並未計算各種可能性，則任何重覆行為或擴大行為，也算新計劃而變成新的犯罪。

因此，提出個別行為說，按此說，應根據行為人行為原先的計劃，每一個個別的實行行為，只要按其認知，認為是足以實現既遂的，則該行為一旦作出，但不成功犯罪，即視為終了未遂。決定性的是：哪些行為按行為人在開始實行犯行時認為對既遂是必須的，而不問究竟行為人是否已決定重覆作出或在有條件時又繼續實行。此說雖可克服上述功於心計的犯罪者不受處罰的問題，但過分限制刑事政策的目的。因為，例如，A 欲殺 B，原想一槍就可殺了 B，但打不中，已視為終了未遂，不管 A 手槍中是否仍有子彈。

因此，較新的主流學說(尤其德國司法見解)是整體考慮說。據此，以行為人作出最後一個實行行為時的認知起決定性作用。即，如行為人在作出最後一個實行行為時認為已可能實現既遂，則在這之前仍可生中止。但此亦可能過分給予優待。今天，亦有提出折中說，原則上採用整體考慮說，但某些情況則採個別行為說。

1.2

- a) 不能未遂：基於行為的性質，不可能達至既遂(主體不能、對象不能、方法

不能)。

- b) 中止未遂：行為人因己意，放棄實行犯罪或阻止其結果發生。
- c) 障碍未遂：狹義的未遂， 行為人因意志以外的原因，而未遂。

2.未遂的要件

2.1 實現犯罪的決意：實現犯罪的意思，包含使行為人理解其欲實行的整個事件的所有主觀元素。無過失未遂？包含未必故意？

2.2 犯罪已著手實行： 已開始實行不法構成要件行為。

認定着手實行的標準：形式客觀說、實質客觀說、主觀說、主觀與客觀混合說。

形式客觀說： 犯罪未遂的成立，必須是至少已開始實施邏輯上屬於不法罪狀的行為或已開始實施罪狀的文字所描述的行為(行為人開始實施法律所記述的構成要件字面含意所含的舉動)。例，盜竊罪中，伸手抓着目的物。從罪刑法定而言，無可置疑屬犯罪的實行，但有必要按有關構成要件予以補充(擴張)和明確。

實質客觀說：應根據自然觀察，在與罪狀有必然關聯，能被認為是罪狀所描述的行為的構成部分的所有行為中，認定實行的開始。又或所作的行為如對受保護的法益造成即時危險，就應視為實行行為。(只要從自然角度來看，因與構成要件行為必要的相結合從而能夠視之為構成要件要素的舉動)，例，入屋行竊的破門行為。

主觀說：按行為所表現出的行為人意思所具性質或強度來判斷是否屬實行行為(犯意、犯罪計劃)

主客觀混合說：行為人直接按照其對行為的認識，而開始實行足以實現罪狀的行為，即能認定為已開始實行。

個別客觀說：依照行為人的主觀意圖(犯罪計劃)，能夠認為明確表明了犯罪意思的某個行為直接對構成要件保護的法益造成危險時，便是着手。(即着手實行在本質上已開始產生對所保護的法益的直接危險的行為，但是否已開始產生直接危險的判斷，尚需依據犯行計劃確定。)

刑法典第 21 條 2 款所採的標準：

- a) 符合一罪狀的構成要素的行為；
- b) 可適當產生符合罪狀結果的行為(如屬行為犯，可適當完全實現構成要件的行為)；或
- c) 某些行為，除非屬不可預見的情節，根據一般經驗，在性質上使人相信在該等行為後將作出以上兩項所指的行為。

綜合而言，符合不法罪狀的構成元素的行為，或（按適當性、通常性或一般經驗的準則或按照具體實行計劃予以認定）屬罪狀的組成部分的所有行為(eg.扳動手槍屬以槍射殺他人的‘殺人’ 實行行為)，均是實行行為。然而，單純採取適當理論，可會出現令人難以接受的過分情況，為此，僅應在行為作出後隨即會發生 b 或 a 項的行為方可視為實行行為(社會通常性)，具體而言，(對 c 項的正確解釋)要求兩項關聯：1)危險關聯，當相

關的最後行為與構成要件實現之間不論在時間上又或在意義上均具有密切的牽連；2)構成要件關聯，當有關行為已進入構成要件的保護範圍。

2.3 欠缺構成要件的完全實現：行為未達至既遂，未實現客觀不法構成要件的所有要素。

何謂形式既遂與實質既遂(終了)。形式既遂指故意作出的行為符合客觀不法構成要件的全部要素，而實質既遂指刑法規範欲排斥的不法內容的完全實現，只要這些不法內容是行為人故意行為下欲實現的。

區分的重要性：第 23 條 ‘...避免不屬該罪狀的結果’ 。

此外，犯罪中止、共同犯罪、(想像)犯罪競合、客觀處罰條件(Art.131/1、art.223/1)、追訴時效(art.111/4)。

生實質既遂問題的犯罪：例如，提前既遂的犯罪(危險犯、企行犯、意圖犯、具重覆行為結構的犯罪(慣犯)。

3. 未遂的可處罰性

3.1 處罰的理由

- 3.1.1 客觀理論：未遂行為對刑法所保護的法益產生危險。(不符未遂定義)
- 3.1.2 主觀理論：行為人流露出法敵對的意思。(不符未遂定義)
- 3.1.3 主客觀混合理論（印象理論）：行為人作出的行為顯示其違反法律規範的意思且行為足以破壞社會對法律的信賴、法律的安定。又或基於行為人作出危及法益的行為的意欲而具備的危險性。

3.2 處罰的界限

並不是所有的未遂均予處罰。僅當具備充分的應受處罰性的未遂方予處罰。

刑法典第 22 條 1 款規定，有關的既遂犯可處以最高限度超愈三年之徒刑時，犯罪未遂方予處罰，但法律另有規定除外。

現行法律一般而言且原則上把一般的(可能既遂的)未遂與不能(不可能既遂的)未遂等同處理。對於不能未遂，第 3 款規定，僅當方法不能、對象不能屬明顯者，則未遂方予不罰。

對象的欠缺(例如，把一動物誤以為仇人而開槍殺害，殺人對象的欠缺)和行為人所使用的工具和手段的不合適(例如，把退燒藥(paracetamol)給孕婦食為其墮胎，墮胎方法不合適)。

但只有在一般普通人皆認為行為結果是不能發生的情況下(即明顯不可能既遂的情況下)，方可排除未遂的可處罰性。

例如，對已腐爛的屍體開槍(對象明顯不能)。對剛死亡且與睡眠中之人無異的屍體開槍

(對象非明顯不能)。

行為人使用一枝其信以為真槍、仿真度足以使一般人相信為真槍的仿制手槍開槍殺人(工具非明顯不能)。以一枝明顯無攻擊性的玩具槍開槍殺人(工具明顯不能)。

不能未遂與不能犯

區分：不能未遂：構成要件事實情節的逆向錯誤，行為人行為時對其行為的情節產生錯誤，而這些情節倘若真的存在，是會使其行為符合構成要件。(以刑法典第 166 條為例，A 與一名年滿十五歲，但誤以為只有十三歲的女孩，發生雙方自願的性行為，倘若行為對象不存在並非不明顯，屬可處罰的對兒童的性侵犯的不能未遂)。

不能犯：不法性意識的逆向錯誤。行為人正確地認識行為的各個情節，但錯誤地認為其行為符合犯罪構成要件，是犯了罪。(A 清楚知道該女孩子有十五歲，但誤以為與年滿十五歲的人發生性行為，也是犯了對兒童的性侵犯。)

行為犯與結果加重犯的未遂問題。

4. 中止未遂(犯罪中止)

因已意中止—已著手實施的犯罪是具有排除可罰性的效果。(刑法典第 23 條及第 24 條)，在分則中某些犯罪中止則不一定不罰(274 條 281 條 288 條 4 款 290 條 2 款 306 條 337 條 3 款 338 條 2 款)。

不處罰的理由

有不同的意見

1. 刑事政策理論：金橋理論，不罰犯罪中止人可鼓勵行為人放棄犯罪，使其迷途知返。
2. 嘉勵理論：因已意中止犯罪並不影響不法性及罪過，只能說是對在最後關頭採取保護法益的態度的一種鼓勵。
3. 刑罰目的理論：中止犯罪的人犯罪意志較薄弱，危險性低，毋須用刑亦不影響刑罰目的。

應予肯定的是，在解釋出於己意不罰方面，應融合不同的觀點。行為人自動中止犯罪，減低了受刑罰處罰的必要。然而行為人應否完全獲免除刑罰，純粹是一種基於刑事政策考慮而作出的解決方法，特別是考慮到使行為人打消其犯罪計劃的刑事政策；否則難以明白為何只有對中止犯罪才豁免刑罰：行為人出於己意，放棄實行其本人有條件實行的犯罪，使法益面對被受侵害的進程逆轉過來。‘出於己意’不僅是犯罪中止的構成要素，也是產生刑法上特定效果的依據。

對刑法具重要性的中止應指在犯罪的實行過程中，行為人因己意(自願地)放棄繼續作出那些促成既遂所需的其餘實行行為(中止實施)，例如已瞄準開槍對象，但放棄開槍。即客觀上要求：不再實行，且未生既遂；主觀上要求：行為人相信且按其理解，如其放棄，則不生既遂。因此，如行為人放棄作出餘下行為，因他(確實或推想)已達目的，則不算中止。例如，受害人應允與行為人性交，行為人因而放棄使用武力強迫受害人。

或儘管已作出了既遂所必需的行為，但作出積極的行為阻止犯罪的遂成（積極悔悟），例如已開槍，但把槍傷者送院救治而無死亡。在此，相對於‘中止實施’而言，有更高的要求，行為人單純的放棄繼續實施並不足夠，他必須對阻止結果的發生，採取行動。結果的不發生，須因行為人(即使是在他人共同協助下)的行為所致。在此，首先要求行為人引發一個新的因果歷程，阻止事實既遂且期待其不發生。而最終犯罪無既遂。

在現行法例中(第 23 條 2 款)將具重要性的中止擴大至，只要犯罪中止人曾認真作出努力防止犯罪既遂或防止結果發生，即使這些均與中止人的行為無關。

所謂‘努力’顯然不是指單純存有救援意欲或憂慮受侵害的法益的安危，行為人必須在其能力範圍內防止犯罪既遂或阻止結果發生，為阻止法益免予侵害，作出其認為可採取一切可行方法，作最佳的貢獻。又或創造機會，其行為適當地產生阻止既遂或結果發生，。

然而，就行為犯(或危險犯)方面（指那些不論是否發生損害法益結果也既遂的犯罪）就存在一特別的問題。特別是當在一行為犯中，其結果是對罪狀所顯示的價值衡量具重要性時。倘若行為人因己意而作出行動以制止結果的發生，即使是求助於第三人（如醫生或護士）這中止行為也應被視作對排除行為人行為的可罰性具重要性。

所謂己意中止是指行為人自由意願下、完全且永久地決定停止犯罪的實行或阻止犯罪的既遂，其決定並非由於外在情況所迫使下作出的。關鍵之處在於行為人其放棄是源自本身內在態度的‘逆轉’導致其重新真正地‘重返法軌’，這正是上文所主張的刑事政策對犯罪中止不罰的理由所在。

在此，單純的心理說又或規範說均不足取。心理說僅考慮事件發生時的情況對行為人作出決定的自由所造成的心靈強制程度來判斷。而規範說則不僅視乎心靈上的壓力，還考慮是否存在值得免予刑罰的動機原因(崇高的道德動機)。

當然，一行為人之所以放棄搶劫一人是由於外界情況的改變（例如發覺警員走近，發現被搶之人與其認識而害怕被認出身份）那麼這中止不具重要性。但警察臨門，本應毫無困難地帶同偷取的物件越窗離去，卻束手就擒，是具重要性的中止。

同樣，暫時放棄實行以等待較佳時機才下手，這種中止亦不具重要性。

然而，中止的動機並不須是符合倫理道德標準的，才算是犯罪中止（例如僅因無膽色而放棄實行犯罪）。動機可是自動動機（例如自己良心發現）亦可因他人刺激（例如責罵、哀求，被搶者的貧困）而放棄。

綜上所言，犯罪中止的自願性或非自願性(申言之，具重要性或不具重要性)，並非僅取決於行為時的情況對行為人的決定自由所做成功力強制的程度，亦非取決於其是否出於符合道德要求的動機，關鍵之處在於中止行為是否可視為行為人‘本人’的行為，出自其本人內在的自主/自我要求，使整個事件產生正面意義(重返法軌、危險逆回、危害法益的進程逆轉)。犯罪的中止是在行為人本人‘支配’之下而發生方算自願中止。

自願的中止：例如，在被害人哀求下且心中有愧，行為人放棄強姦被害人。

又例如 儘管情況有變，使成功實施行為的難度增加或被發現犯罪的風險增加，亦可生自願中止。夫婦爭吵，丈夫正下手毆打妻子時，被嘈醒的年幼子女出現，為避免子女目睹而停止行事。銀行竊匪進入銀行後發現其事前並無預見但可輕易破解的防盜系統，其後決定放棄。

非自願的中止：例如 行為人因情況有變，害怕難以成功犯罪、逃避刑責或得到犯罪利益而放棄可生非自願的中止。銀行搶匪發現現場守衛嚴密或無意中觸動警鐘而放棄行事，或行為人因被害人出乎意外的強烈反抗而放棄強姦行為。

犯罪中止的要件

刑法典第 23 條 1 款

1. 行為人出於己意（放棄犯罪非因外力強制，例如：犯罪現場出現警察）；
2. 放棄繼續犯罪的實行（在着手未遂中且符合罪狀的結果並無發生）；
3. 阻止犯罪既遂（在實行終了未遂的情況，行為人已完成實行行為，但自動作出阻止結果發生的行為，即使獲其他人，例如醫生護士的幫助亦然）；或
4. 阻止不屬罪狀所包含的結果發生（對於形式犯/危險犯，雖既遂，但行為人出於己意阻止一特定結果發生，而法律之所以處罰該犯罪就是欲避免該結果發生）。

第 2 款規定準犯罪中止。即使防止犯罪既遂或防止結果發生之事實與犯罪中止人無關，但該人曾認真努力防止犯罪既遂或阻止結果發生，犯罪未遂不予處罰。

第 24 條規定，在共同犯罪的情況下，積極悔悟的中止者（單純放棄繼續實行行為不足以視為中止犯罪，除非屬單獨正犯和從犯形成的共同犯罪情況），因己意防止犯罪既遂或阻止結果發生者，又或為此曾認真努力者，在其能力範圍內防止犯罪既遂或阻止結果發生者，採取一切可行方法亦不罰。在此，要求採取的方法必須是適當/足以防止犯罪既遂或阻止結果發生的方法，如原先採取的方法不成功，尚應尋求替代方法以防止犯罪既遂或阻止結果發生。（就共同犯罪中的中止，後續見第 62 頁...）

共同犯罪

犯罪並非往往由一行為人獨自作出。事實上，由一個以上的行為人參與實施犯罪的情況亦經常發生。廣義而言，這些人可統稱為‘共同參與人’或‘共同犯罪人’。對於這種共同犯罪的情況，參與者在不同形態的犯罪中所擔當角色及重要性各有不同。因此，有需要對各參與犯罪者所擔當的角色作出評價並確定其處罰方式。

共同參與犯罪的人可分為正犯與從犯（刑法典第 25 條及第 26 條）。

按現行的刑法典第 25 條規定，正犯分為直接正犯（親身實行事實）、共同正犯（與某人或某些人透過協議直接參與或共同直接參與事實）、間接正犯（透過他人實行事實）及教唆犯（故意使他人產生作出事實的決意，只要該事實已實行或開始實行）。

刑法典第 26 條規定對他人故意作出之事實，故意以任何方式提供物質上或精神上的幫助，是從犯。

正犯的概念

限縮正犯：正犯僅限於親身實現構成要件一部或全部的人。

擴張正犯：正犯指所有引致構成要件實現的人，故此不限於實行構成要件所含行為的人。因此，幫助犯（及教唆犯）本質上亦屬正犯，但因形法典對之已特別規定，才視之為共犯。

統一正犯：凡對構成要件實現具有因果上的作用的人均為正犯，統一正犯概念並無正犯與從犯之分。至於各參與者在犯罪過程與結果的重要性並無區分必要，而僅係量刑問題。

對於擴張正犯概念，應與我們的法律不符，亦不應接受。統一正犯概念亦然。

對於限縮正犯概念，不應作為一個一成不變的、可予以歸納的概念，而應按正犯的種類及有關構成要件而形成一個開放的、因情況不同而予以調整的概念。按照行為支配說的概念，實際上沒有新意，因為只在對正犯及從犯的各種形式要件作分析後，才能掌握這學說的概念基礎。

認定正犯（區分正犯與從犯）的理論

形式客觀說

按構成要件所描述行為作客觀基礎，正犯是指作出全部或部分構成要件行為的人。

作為界定的起點及其範圍界限，似乎並無不妥，起碼符合罪刑法定的要求，把正犯與不法構成要件連繫起來，但並不足以清楚說明界定正犯的規範實際準則，最終還需從條文

文字中解釋何謂‘作出構成要件的行為’？及從行為的元素解釋‘為甚麼視之為作出構成要件的行為？」。如此，已進入實質客觀說的內容。

主觀說

以等價條件說為基礎，以犯罪的主觀層面作為標準來界定正犯（純粹內在或心理標準，包括意思、意圖、動機、感情、内心態度等）。正犯指凡以正犯意思而且將犯罪作為自己的行為直至既遂的人。

亦不應接納，不應純粹以行為人個人的感受作為判斷標準（行為人可認為本身在實施行為中起重要作用，但實際上僅幫助他人行事而矣）。此外，以純粹內在或心理標準，包括意思、意圖、動機、感情、内心態度等屬‘古典’的罪過元素作為標準，使正犯界定脫離不法構成要件的實現。最終，以應受較大或較小的譴責來區分正犯與從犯。

實質客觀說

主張以行為的危險性及因果關係的方式與程度來區分正犯與從犯。無其行為，犯罪不能實施者，為正犯。無其行為，犯罪仍能實施，儘管實施的方式、時間、地點及/或情節有所不同者，為從犯。把‘必然因果關係’作為判斷標準，不僅流於空泛且亦難以解釋個案的不合理差異和難以操作。亦不符現行法例的規定。

新實質客觀說：行為支配的客觀目的說

對犯罪事實作整體（客觀及主觀要素）考慮，在整個犯罪過程中起支配作用（行為支配、意思支配或倫理意識支配、功能支配）者為正犯。即對犯罪是否進行、如何進行、犯罪目的與結果均擔當決定性角色與地位者為正犯。從犯乃是僅擔當邊緣角色，誘發或促成犯罪者。

新實質客觀說有別於形式客觀說，並無將正犯侷限於親身實行符合構成要件行為的全部或部分的人。然而，支配概念雖非不確定的概念，也不是固定一成不變可予以歸納的概念。行為支配理論距離成為界定正犯通用的原則尚遠，即使對故意作為犯仍有少許待厘清的內容，而正如 Roxin 所言，行為支配是一個開放的概念。要說明支配的特點，尚須結合正犯各種不同的形態才可認定。

這理論仍不能作為界定正犯內涵準則的通用學理，它帶來的所謂新意，僅是作為一規範準則，但這準則必須連結到不法構成要件行為的實現，才能明確和理解正犯意義的所在。

總之，以支配說來解釋正犯的特點並不適用於所有情況。在很多情況中，作為正犯，除行為的支配外尚須結合有關構成要件所定的元素。

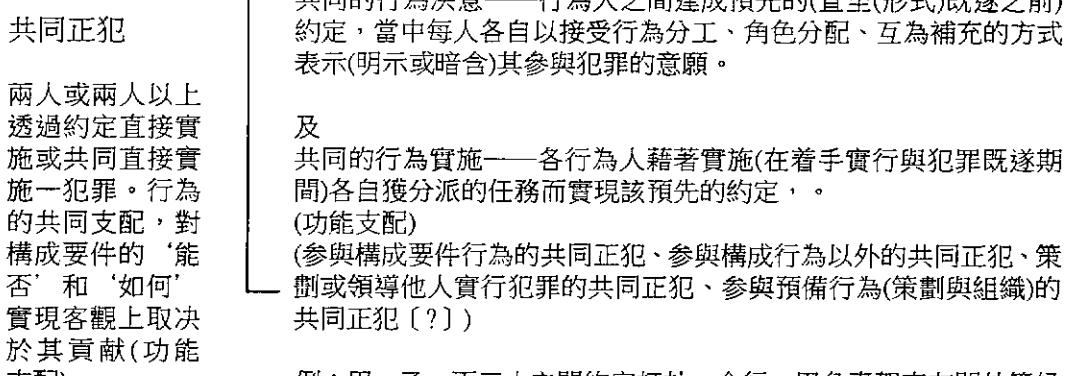
行為的支配應不適用於過失犯（談不上對事件的支配）、不作為犯（無行為的作出）、義務犯（身份犯及不作為犯）、親手犯、身份犯。對於要求行為人具备特定主觀要素（如意圖、傾向、意思）的構成要件，要成為正犯除須具行為的支配外，尚應具有所定的主觀要素。

各種正犯的構成要件：



第二十五條第一種情況：親身實行事實。

親身作出符合客觀和主觀不法構成要件各元素的行為，因而支配犯罪行為。
一人實行犯罪時為單獨正犯。



例：甲、乙、丙三人之間約定打劫一金行。甲負責駕車在門外等候及把風，同一時間乙、丙進入金行，乙以武器威脅職員，丙將珠寶裝入袋。

第二十五條第三種情況：某人或某些人透過協議直接參與或共同直接參與犯罪事實的實行。

共同正犯實行過限問題(見行為過限)

間接正犯

行為人(幕後人)不直接實施犯罪，而是利用他人(幕前人)，可以是不負刑事責任或僅負部分刑事責任者)為工具為其實施犯罪，但行為人仍然支配或控制犯罪事實。一種所謂‘意思的支配’。

1. 利用幕前人(工具)行為不符合構成要件：
 - a. 其行為刑法上不視為行為；
 - b. 其行為具有排除構成要件符合性的事由；
 - c. 幕前人本身就是受害人；
 - d. 幕前人不具構成要件故意。
2. 利用幕前人的合法行為。
3. 利用幕前人行為無罪過。
4. 利用幕前人欠缺構成要件所要求的資格(見 Art.27)或意圖為行為。

例：甲以槍威脅乙著其偽造一護照。

甲利用乙在正當防衛下傷害甲的仇人丙。

丙給予一名十二歲未成年人一筆款項使其為他偷取一件珠寶。

甲利用乙不具有把他人之物據為己有的不正當意圖為甲偷取丙的財物。

幕前人完全負刑事責任時，幕後人是否間接正犯？
(正犯後的正犯—幕前人與幕後人均負完全刑事責任)

權力組織(組織支配，意思支配)

(具嚴格層級架構及內部紀律、幕前行動者可替代性、法外行事)
直接行為人雖具故意但仍為幕後操縱者的行為工具

例：甲根據其上級按(甲所屬的)犯罪組織首領作出的決定傳達的命令，殺死乙。

甲收賣乙殺害擔任國家元首的丙，乙雖具殺丙的故意，但不知甲殺害丙的意圖是殺害國家元首，以推翻政權，亦不知丙的身份。

自我負責原則-- 幕前人負完全刑事責任，即幕前人的行為可以故意歸責完全承擔責任時，幕後人不應視為間接正犯，而是教唆犯，又或者可能是共同正犯、從犯，視情況而定。

典型情況的重新定性(應屬教唆犯而不屬間接正犯的情況)：

1. 對行為具體意義的錯誤情況(a關於不法行為或罪過的份量的錯誤，例，關於對他人健康傷害的程度的錯誤(137/1),關於對疾病的痛苦程度(138/c); b.關於犯罪加重情節的錯誤，例，207/1 a), 2a)而言，被毀損的物是否具屬巨額或相當巨額；c.關於行為目標人物或受害人身份的錯誤。無須為此擴大界定間接正犯的準則範圍，況且教唆犯也是正犯。倘若工具出現錯誤且是幕後人造成或為幕後人利用因而排除構成要件故意，則按一般規定界定為間接正犯(上述 b 例的關於被毀損的物是否具屬巨額或相當巨額的錯誤)；倘若不排除構成要件故意，幕後人則應視為教唆犯或從犯。而他對情節的特別認知可在量刑時考慮。
2. 幕前人自決能力的輕微缺陷：(儘管因幕後人而生錯誤或錯誤受幕後人利用而產生自決能力的輕微缺陷)，幕前人本人是受害人因而其行為不符合構成要件的情況，又或罪過程度低的情況，尤其僅具低弱的歸責能力，或屬可譴責的不法性錯誤，或(僅)減輕罪過的緊急避險。
3. 權力組織。

第二十五條第二種情況：透過他人實行犯罪事實。
間接正犯的錯誤與過限問題

幕前人和幕後人均可能出現錯誤情況

-- 幕前人實行行為的錯誤：

幕前人的客體錯誤：對幕前人無關重要的客體錯誤，是對幕後人具重要性的打擊失誤，而僅成立對失誤的犯罪的間接正犯未遂。

幕前人的打擊失誤：對幕前人(無關重要)的打擊失誤，是對幕後人具重要性的打擊失誤。

-- 幕後人利用行為的錯誤：

幕後人誤以為幕前人不知情，構成間接正犯未遂。

幕後人誤以為幕前人知情，而進行教唆或幫助，仍否構成間接正犯？抑或教唆犯/從犯？

間接正犯過限問題(見行為過限)

教唆犯

故意使他人產生作出犯罪的決意者 -- 決意的支配(非指單純對別人犯罪的動機造成影響，慫恿別人犯罪，例如鼓勵、鼓動、勸說、提議或強化意欲，幫助他人克服身體、智力或精神上的障礙等)。
決意支配與行為支配的分擔或重疊。

1. 教唆犯的行為是對特定的被教唆者（實施行為的人）故意作出一必要的心理影響，造成實施行為的人形成或產生作出一個具體犯罪的決意(對該犯罪已形成犯意者不構成教唆)。
3. 教唆者行事時具備令實施行為人產生犯罪決定的意願，且認知將要實施的具體犯罪事實的各項構成元素和情狀。
但教唆者的故意不必包括實行犯罪時實行的形態和方式(除非涉及的是既定實行方式的犯罪)。
如犯罪涉及人身法益，則犯罪對象的錯誤應惠及教唆者((可討論的是：可否構成(失敗的，因而不罰的)教唆未遂)，對被教唆者構成無關重要的客體(對象)錯誤，可對教唆者構成具重要性的打擊失誤。
3. 教唆者的故意應包括犯罪的決意和犯罪的着手。
(陷害教唆問題)
4. 犯罪已實行或已開始實行。刑事政策的要求，僅當被教唆者的(至少)着手實行方應客觀上視教唆者使之產生決意

甲為徹底擺脫其情婦、有夫之婦乙的糾纏，刻意向乙的丈夫丙透露乙在外與別人有染及乙的其他種種不是，誘發其醋意和對乙的怨恨，使丙萌殺乙之意，如丙其後一如甲蓄意設計的方式、情節等行事，殺害了乙(或曾嘗試殺害乙)，甲為教唆犯。
間接/連環教唆的問題：行為人沒有與實行犯罪者直接接觸，但卻是成為使犯行者形成犯意的連鎖一環。例，甲說服乙(甲的情婦)，使乙令丙形成殺害丁(乙的丈夫)的犯意。究竟在這連鎖行為中，起着意思聯絡的行為人成立教唆犯抑或從犯？

第二十五條第四種情況：故意使他人產生作出一符合構成要件的不法事實的決意。

(按上文關於間接正犯的理解，應屬教唆犯而不屬間接正犯的情況)：

1. 對行為具體意義的錯誤：
 - a 關於不法行為或罪過的份量的錯誤，例，關於對他人健康傷害的程度的錯誤(137/1),關於對疾病的痛苦程度(138/c);
 - b. 關於犯罪加重情節的錯誤，例，207/1 a), 2a)而言，被毀損的物是否具屬巨額或相當巨額；
 - c. 關於行為目標人物或受害人身份的錯誤。無須為此擴大界定間接正犯的準則範圍，況且教唆犯也是正犯。

倘若工具出現錯誤且錯誤是幕後人造成或為幕後人利用因而排除構成要件故意，則按一般規定界定為間接正犯(上述 b 例，關於被毀損的物是否具屬巨額或相當巨額的錯誤)；倘若不排除構成要件故意，幕後人則應視為教唆犯或從犯。而他對情節的特別認知可在量刑時考慮。
- 2 幕前人自決能力的輕微缺陷：(儘管因幕後人而生錯誤或錯誤受幕後人利用而產生自決能力的輕微缺陷)，例如，幕前人本人是受害人因而其行為不符合構成要件的情況，又或罪過程度低的情況，尤其僅具低弱的歸責能力，或屬可譴責的不法性錯誤，或(僅)減輕罪過的緊急避險。
- 3 權力組織。

教唆的錯誤

教唆者僅在被教唆者所實施的犯罪與本身的故意合致的範圍內承擔責任。一旦發生錯誤，將影響教唆者的責任。

錯誤一般包括：

1. 被教唆者實行行為錯誤：

 實行超越教唆內容(行為過限)，或實行少於教唆內容。

 被教唆者的客體錯誤對教唆者成為具重要性的打擊失誤，因而成為對所教唆的犯罪的未遂的教唆犯。被教唆者的打擊失誤對教唆者也成為具重要性的打擊失誤。

2. 教唆者對被教唆者的錯誤：教唆者誤認被教唆者不具決意。

行為過限 “*excessus mandanti*” 的問題

當犯罪事實實施過程中，一共同正犯作出了一個超越其共同決定以外的行為，或一直接行為人行事超出間接正犯或教唆犯的意圖，這些過當情況應否歸責於沒有參與超出原先共同約定、或幕後人欲利用或教唆幕前人去做的行為範圍的正犯？

這情況就是所謂行為過限 “*excessus mandanti*” 的問題。原則上共同正犯只就共同犯意範圍，間接正犯只就利用他人犯罪的故意範圍，教唆者只就其原先教唆內容的範圍分別成立共同正犯、間接正犯和教唆犯；但對過限部分，若最低限度該事實可以未必故意的形式歸咎未參與該行為的共同正犯、間接正犯和教唆犯，則亦應對該部分的犯罪負責。

如對產生的更嚴重的不法行為，法律訂明可以過失要求承擔責任(例如結果加重犯)，則亦不排除對該部分犯罪亦承擔責任，但僅以作個別判斷對重結果有過失的共同正犯、間接正犯或教唆犯，方負責任。

例如，甲命令其僱員乙、丙禁錮一名十五歲的未成年人，但乙、丙將之強姦，問強姦罪可否歸責於甲？

倘若最低限度該事實（強姦）可以未必故意的形式歸咎於甲，甲應對強姦罪負責（以教唆犯形式負上剝奪他人行動自由和強姦兩罪競合的責任）。

相反，如被教唆者實行的犯罪少於教唆內容，則教唆者僅對確實實行的犯罪成立教唆犯。對原先教唆的較嚴重的犯罪，則基於教唆失敗不予處罰，因為對這較嚴重部分的犯意製造並未成功，而且亦未開始着手實行。

此外，被教唆者的客體錯誤對教唆者成為具重要性的打擊失誤，因而成為對所教唆的犯罪的未遂的教唆犯。被教唆者的打擊失誤對教唆者也成為具重要性的打擊失誤。

就教唆犯而言，尚可補充一點，上文已指出對已形成犯罪決意的人，不應成立教唆犯。但事實上，在某些情況下，對已決意實施某一犯罪的人亦有可能出現‘被教唆’的情況。

假若被‘教唆’實施較原先已決意實施的更嚴重的犯罪，即變更或擴大了教唆者原先的決意範圍，教唆者是否亦構成教唆犯？例如，原本已決意實施普通盜竊，現被教唆加重盜竊或搶劫。對此，可有不同的見解。

一說(分解說)：認為教唆者僅就其造成決意的部分行為負責，如這部分行為本身不構成一犯罪，則亦只就較嚴重的犯罪成立從犯。

同樣，如教唆造成的犯意變更，是令被教唆者作出一個較輕微的犯罪，則亦只就這較輕微的犯罪成立從犯。

另一說(綜合說)，認為原則上應就被‘變更’或被‘擴大’犯意的犯罪成立教唆犯，例如，對一個已決意盜竊的人教唆搶劫，不應被理解為只對該人教唆使用暴力，因為使該人形成搶劫的決意是一個已包含特定元素的整體。此理解並不妨礙該教唆者有可能在量刑時，相對於‘完全’的教唆，獲處以較輕的刑罰。

對於這些情況，當中部分情況不一定構成正犯的‘教唆’，而可能成立從犯(‘精神上的幫助’)。要成立真正的‘犯意製造’而構成教唆(正)犯，取決於可否斷定這犯意的製造導致出現一個不同且自主的行為的實施；申言之，這行為整體而言，相對於實行犯罪者已決意作出的犯行而言，出現了一件具有另一社會意義的犯罪事實。

倘若僅是導致變更或擴大了幕前人犯罪的動機或實行犯罪的方式，不視為另一犯罪(當然，如屬限定實行方式的犯罪，則另當別論)；原則上，以下情況可視為另一犯罪：變成由另一人實行犯罪、實行的行為變為符合另一構成要件、犯罪的對象或不法行為的量出現量的變更，倘若這變更的程度達至使原先決意作出的犯罪具有另一不同社會意義的事實。

犯罪的着手(未遂的開始)

在間接正犯、共同正犯或教唆犯中亦可生未遂的問題。因此，亦需解決如何界定預備與未遂之間的界限及犯罪中止。另一方面，亦需在上述各種正犯類型中確定相關準則。

對於犯罪中止，第 24 條已作出規定。

關於犯罪的着手，則無專門規定，須結合正犯與未遂的相關各種概念，而這樣可導致不同的解釋結果。

這問題重點在於須確定究竟應以間接正犯、每一個共同正犯、教唆犯的行為作為根據來確定犯罪的着手之時(個別說)，抑或應把間接正犯與其‘工具’、所有共同正犯、教唆犯與被教唆者分別視為一個整體來判斷(整體說)。

間接正犯：

單純個別說：間接正犯未遂的着手以(間接正犯)對工具施以影響的外在行為開始一刻為準。

修正個別說：以對工具施以影響的行為完結之時為準，換言之，以‘事情脫離間接正犯支配範圍’之時為準。即間接正犯的利用行為在實質上已經完成，而工具已經脫離間接正犯的支配開始獨立行事之時。

整體說：以工具介入(開始實行)之時視為間接正犯的着手。

第 25 條規定，間接正犯指‘透過他人實行犯罪’。因此，似乎正如 Frank 所主張(‘間接正犯透過居間人實行犯罪，所以，不應在居間人實行行為前，就視為實行犯罪’)，在幕前人開始為行為前，不應視間接正犯開始着手實行。

但是，不應排除在經證實的例外情況下，間接正犯的行為足以視為犯罪的着手(例如，工具本身就是受害人)，當按照第 21 條 2/c)的規定，在間接正犯行為完結時已對受威脅的法益造成構成要件的危險。(修正個別說)

共同正犯：

整體說：任一共同正犯，按照共同決意，作出第一個實行行為，則所有其他共同正犯均應足以未遂處罰，即使他們並無作出任何實行行為。

個別說：每一共同正犯僅當其行為已進入實行階段，方應處以未遂。

儘管整體說為通說(尤其在德國)，但個別說並無有違罪過原則。此外，單純以共同決意代表可予以處罰的着手實行似乎亦未具充分的正當性。按上文所指，共同正犯須在實行階段作出具重要性的貢獻才成立，似乎個別說較為可取。共同正犯必須共同支配犯罪的實行，這點要求共同正犯有外在的行為或共同在未遂階段有所行動。因此，不應接納，單純作出預備行為，就足以作為共同參與未遂的根據。最後，法律亦要求‘直接參與實行’方算共同正犯。

教唆犯

法律就此問題已提供了解決辦法。(整體說)

不僅從刑事政策而言，有此要求。

在法理上，被教唆者須為負完全責任之人，因此，僅當他開始着手實行方可成為對法益造成危險的人。(整體說)

從犯(共犯)

上文已指出從犯是指對他人故意犯罪故意提供物質或精神幫助者。從犯的行為包含一個對法律秩序較小的非價——從犯只是參予他人的犯罪。因此，相對於正犯，從犯具從屬性。

從犯(共犯)的處罰依據和從屬性

基本上，有兩種理由可作為處罰從犯的依據，一，從犯使正犯墮落。二，從犯的不法性來自正犯行為的不法，或從犯的不法性獨立於正犯行為的不法性。

第一個理由不應接受，因是來自‘罪過共犯說’。然而，刑法典第 28 條規定，‘共同犯罪人各按本身罪過處罰，而不論其他共同犯罪人之處罰或罪過之程度如何’，這規定排除罪過共犯說的適用可能。

第二個理由是純粹從因果關係來說明。從犯對正犯實現構成要件起加工作用或某程度上有助於其實現。但此種說法某程度上難以解釋為何從犯從屬於正犯。

另一種說法認為從犯實際上參與了正犯的行為。據此，處罰從犯是基於參與了正犯的不法行為。儘管從犯不是直接違反分則的規定，但違反了法律(第 26 條)禁止的協助正犯實現構成要件的行為。因此，從犯的不法性取決於正犯的不法性。根據‘不法共犯說’，可得知正犯的行為須具備甚麼條件，才成立從犯。

在此可更明顯體現出從犯的從屬性—質的從屬性：嚴格從屬性、限制從屬性、最低限度從屬性。

嚴格從屬性：要求正犯所作的是符合構成要件、不法、有罪過的(因而具體可處罰—極端從屬性)的行為。

限制從屬性：要求正犯的行為是符合構成要件的不法行為。

最低限度從屬性：僅要求正犯的行為形式上符合構成要件。

按‘不法共犯說’只可接納限制從屬性的見解。要成立從犯，正犯的行為必須最少是符合不法構成要件的行為。

雖然‘不法從屬說’未能解答正犯的行為除了故意行為外，是否過失行為亦足以成立從犯。然而，刑法典第 26 條的規定(對他人‘故意’作出之事實...)限定了僅當正犯出於故意為行為，才可能成立從犯。

此外，正犯的行為必須已達至實現犯罪的某個階段(已開始實行符合不法構成要件的行為)—量的從屬性。因此，原則上已達未遂階段；在例外情況下，如預備行為是處罰的，則已達預備階段。另一方面，只有當正犯的行為仍未完全實施時才可能構成從犯。一般而言，指行為未達既遂(對於繼續犯；或某些犯罪而言，仍處於‘形式上’的既遂而非‘實質上’的既遂時則除外))。

要 件

從犯

- 幫助他人故意作出符合不法構成要件的事實，該等事實已達到一定階段的實施(通常要求正犯已開始著手實行犯罪)。物質幫助(例如提供工具或資源)或精神幫助(例如鼓勵、技術指導、打氣等)
- 犯罪事實應未完全實現。通常在一已既遂的犯罪中，是不可能存在從犯。
- 故意幫助。雙重故意(一如教唆犯)，即幫助他人實施犯罪的故意及幫助他人故意犯罪。

從犯與未遂

從犯與未遂的關係可有兩種不同情況：

1. 正犯的行為未遂，則生未遂的從犯(對已完成的幫助行為應以正犯的未遂為判斷標

準：刑法典第 26 條 2 款規定，科處於從犯的刑罰，為對正犯所規定之刑罰經特別減輕者。關於共同犯罪下的犯罪中止，按刑法典第 24 條處理，從犯須顯露‘積極的悔悟’)。
2. 從犯的未遂：一如教唆犯，從犯的未遂(從犯未能成功幫助正犯的行為)不罰。

正犯與從犯的共同問題

1. 共同犯罪中的犯罪中止(見《刑法典》第二十四條)

《刑法典》就有數人參與犯罪的(中止)未遂問題作出特別規定，而不採用第二十三條的規定。

規範對人的適用範圍：適用於各種共同參與人的中止，即間接正犯、共同正犯、教唆犯和從犯，但不適用於直接正犯，即使存有並無作出中止行為的從犯。

具重要性的中止形態：1)防止犯罪既遂或防止結果發生；2)曾認真作出努力防止犯罪既遂或防止結果發生，即使其他共同犯罪人繼續實行犯罪或使之既遂。

2. 身份犯的參與問題-----所謂“情節互通性與不互通性”(見《刑法典》第二十七及第二十八條)

刑法典第二十八條規定，共同犯罪人的罪過各自獨立判斷。

但是，就不法性方面，刑法典第二十七條則規定，如事實的不法性或不法性的程度取決於行為人之特定身份或特別關係，則只要任一共同犯罪人有該等身份或關係，即足以使有關刑罰科處於所有共同犯罪人，但訂定罪狀之規定另有意圖者，不在此限。

說明條文的目的。例子。

這條文目的在於解決身份犯(純正身份犯與不純正身份犯)的共同犯罪問題，將所涉犯罪的構成要件的主體資格範圍擴大，容許在有關犯罪中，對不具構成要件所要求的資格的人以正犯處罰之。為此，規定‘只要任一共同犯罪人(不論是正犯或從犯)有該等身份或關係’，即足以以有關刑罰科處於所有共同犯罪人。引入一種所謂‘相互的從屬關係’，排除‘限制從屬關係’的負面情況，避免因採用限縮正犯概念而生的處罰漏洞，從而使到在具資格者與不具資格者共同實行犯罪而生的共同正犯、不具資格者利用具資格者作為犯罪工具及具資格者教唆不具資格者故意實行犯罪等情況下各共同犯罪人可予以處罰。

第二十七條但書部分規定‘但訂定罪狀的規定另有意圖者，不在此限’。藉此，將不應適用本條的情況排除於外(EX. 323, 327)。例如，親手犯，排除了非親身實行犯罪(例如吸毒罪)的人可成為該罪的間接正犯。

3. 所謂“必要共同參與”

必要的共同參與(犯)指在構成要件的實現上要求必須是二人以上參與者的犯罪類型。

- 1) 集合犯：指多數行為人指向相同目標在同一方向共同發揮作用侵犯法益的犯罪。例如第 145 條、第 291 條。各參與者按規則予以處罰。
- 2) 對向犯：指不同共同參與者雖(僅)參與實現行為的目標，但參與方式和指向方向各自不同。例如第 219 條暴利罪，犯罪行為僅可在願意向行為人給予不相稱的金錢給付的受害人參與下方可實現。又例如第 132 條應被害人請求的殺人罪。這類犯罪可產生就對向者處以同一法定刑、不同法定刑或僅處以對向者其中一方的不同情況。

第四章 不作為

不作為應視之為一種構成要件實現的特定形態而不宜作為可處罰行為的特殊表現形態(如未遂、共同犯罪、犯罪競合)。在講述構成要件實現的基本形態時已指出構成要件可通過作出禁止的行為實現，亦可通過不作出法律要求作出的行為實現。

不作為與作為的區分：不應純粹從行為本體上的差異區分，不作為非僅指不為一行為。應按刑事政策評價，從規範上、在構成要件的限制下予以區分。不作為是指違反法律義務，不作出法律期待或要求作出的行為。

區分標準：建基於構成要件不法及客觀歸責的準則，即按對於規範所保護的法益做成危險的方式而定。行為人製造(或增加)其後實現成結果的危險，應視為以作為方式行事。行為人不減低該危險者，以不作為視之。

(其他區分主張：按是否通過積極力量造成構成要件結果的產生；按行為的社會意義；按補充原則，倘不能視為作為者方視作不作為)。

上述準則可用作解決所謂‘雙重意義’或‘雙重要性’的犯罪(結果犯)，例如，醫治瀕死病人的醫生拔除維生機器，使病人死亡。亦可適用於 ROXIN 所提出的以作為實施不作為的情況：例如，以積極行為共同參與不作為的犯罪、原因自由不作為、中斷履行法律強制作出的行為、中斷醫療技術行為等等。

純正不作為與不純正不作為

區分：視乎行為構成犯罪是否涉及構成要件結果的實現，不須者，為純正不作為，(例如 194 條幫助的不作為，271 條醫生的拒絕。當中，犯罪的成立並不在乎不獲幫助或不獲醫療者，其後有否因此而受損害)；反之，為不純正不作為。(例如第 9 條 1 款所指者，通過一項不作為與作為的一般等同條款，原則上涵蓋法律僅以作為犯描述的，包含一結果在內的所有法定構成要件)。

其他區分標準：

- 純正不作為指在分則中(明確)規定的，以不作出行為作為構成要件實現方式的犯罪，當中描述了產生作出行為的法律義務的事實前提。不純正不作為則指法律無專門規定者，其構成要件是通過一項將不作為等同作為的一般規定而定立(例如總則第 9 條 1、2 款所規定及處罰者)。

- 純正不作為指並無對應的作為犯的不作為；不純正的不作為指有對應作為犯的不作為。

- 純正不作為指不實施法律要求作出的行為即成立的不作為；不純正不作為指行為人具有不產生罪狀所含結果保證人身份的不作為。按此理解，純正不作為與不純正不作為分別對應於行為犯與結果犯。

在不純正不作為犯中不作為與作為的等同問題

一般而言，法律所描述的犯罪既可以作為實施，亦可以不作為實施，只要行為人在法律上有義務防止結果發生。從刑事政策而言，法律欲避免一個結果發生，當然除了禁止可產生該結果的行為外，亦會要求作出能避免結果發生的行為。因此亦產生問題，究竟以甚麼為依據，說明在甚麼情況下，不作為等同於作為而應受處罰。

對此，應通過行為不法性作出獨立評價，即對一不法構成要件予以評價，以認定不作為的非價根本而言與作為的非價相應。(僅)當行為人本人有義務為積極行為，避免構成要件的實現(更準確而言，阻止罪狀所含結果的發生)。申言之，當行為人負有保證義務或保証人義務(即使這義務未在罪狀中描述)，而不作出應為的行為，阻止結果發生者，其不作為的非價等同於作出行為使結果發生的負面價值。這種等同依據可通過結合法典第9條1、2款所體現出的不法性的統一意義予以確立。

故此，第9條1款但書部分‘但法律另有意圖者，不在此限’，其含意不僅在於按事物的性質，構成要件對行為的描述所生的限制，構成要件對行為的定型等因素而排除以不作為實施犯罪的可能，該但書亦將第1款與第2款連繫起來，提供不作為等同作為的完整依據。所以，第2款並非對第1款所定立的等同依據的一般規定構成外部限制，而是這依據的核心部分。

不作為犯的不法構成要件

客觀不法構成要件方面

1. 出現構成要件該當狀況(即容許確定行為義務的具體內容的事實前提)而不為期待的行為。

就純正不作為而言(法定罪狀已描述應為的行為，例:194條)，何謂構成要件該當狀況，顯然無界定的困難。

但對於根據第9條的等同規定而設定的不純正不作為而言，構成要件該當狀況是指造成罪狀所含結果發生的風險，當這風險隨著不作為而產生或增加時，該狀況即存在。至於該狀況的其餘元素，則按與作為犯相對應予以認定，尤其是所期待的行為應達至甚麼目的，受保護的是甚麼法益，在刑法上具重要性的附隨因素。

根據構成要件該當狀況，不為應為或期待的行為，可按法律條文本身而確定，對等同於作為的不作為(按第9條所生之不純正不作為)，當法律無描述，根據構成要件該當(具體)所期待的行為是，對阻止罪狀所含結果發生屬必要作出的行為。

2. 個人有作出行為的能力

要成立符合構成要件的不作為，必須是不作為的人有能力作出應為或期待的行為。按狀

況，因身體原因(或缺乏體力)或缺乏技術能力、知識、救助工具而無作出行為能力者，不算不作為。不具備作出行為的個人能力，構成排除構成要件符合性事由。

3. (不純正不作為)客觀上可歸責

按“風險的聯繫”理論，如應為或期待的行為應能減低發生罪狀所含結果的風險，而不為該行為者，客觀上可歸責，除非事後證實不為的應為行為，根本於事無補(見合法替代行為)。

4. 不純正不作為者具保証人地位

(僅分則中無專門規定的不純正不作為方生保証義務具體內容及具防果義務的保証人地位問題，客觀歸責只限於第9條2款所指的‘具親身防止結果發生的法律義務的人’且因而具備確保構成要件不發生的保證人地位，根本問題在於如何界定誰人在刑法上具重要性的保證義務，以使能充分清³⁶和肯定地回應‘法無明文，不為罪’這項憲制要求。相反，對於純正不作為，由於法律已明文規定，故此，根據法定明定的構成要件，原則上，已可確定或是任何人或是處於所定狀況的人負有法定義務)。

- 保証義務地位的形式說：保証地位產生自法律、契約(Feuerbach)、危險先前行為(Stubel)、密切的生活關係及危險共同體(Sec.XX)。
- 功能說(Armin Kaufmann)：以實質角度確定保証義務及地位。對法益的保護功能(保護義務、援助義務，例如博物館的守衛看守館內的收藏品、父母照顧子女)。或對危險源的監督義務(確保安全、管束義務)，例如空中交通調控員對航機的安全升降。
- 形式實質說：以一連串實定的法義務淵源作為具約束力(不可超愈的)框架，指出保証義務及地位的真正淵源應該從更深層次考慮，通過實質不法性的獨立評價予以認定。在具體情況下，基於人與人之間應有的同舟共濟的互助精神，不作為等同於作為。
 - 對需予以維護的法益的保護及援助義務：來自親屬或具其他類似共同體的親密關係，或其他來自自願承擔保護或防衛特定法益職務的情況。然而，必須存有具体的事實關聯(即負有一定義務者與結果所損害的法益間有一種社會/存在意義上的接近，尤其是存有該法益需義務人予以援手的情況)，才生保証人義務。
 - 親屬間保護關係或類似關係：例如，父母子女、配偶。
 - 承擔其他照顧或扶助職務：建基於信賴關係，例如保姆、負責維護特定法益的官員及公務員。
 - 生活及危險共同體：基於信賴關係及互助關係，例如探險隊成員在確實出現危險時。
 - 監管危險源或確保安全的義務
 - 因危險先前行為對他人造成危險：先前行為與結果間必須成立客觀歸責，方生保証義務(例如屬容許風險、所生風險不屬規範保護)

範圍，不可客觀歸責)。例如，修路工人，應設置圍欄或警告標示，避免路人不慎跌入挖開的氹中。交通事故的肇事者，須救助受傷者。

- 監控本身業務領域的危險源：對本身管領的活動範圍或管領的地方有義務排斥可能危及別人的狀況，例如僱主確保僱員有安全的工作環，車主確保車輛的保養。
- 獨占的地位：在管領一狀況下保証人義務的產生必須是：(1)行為人確實處於一種獨占(絕對和接近)的狀況(即使因偶然而處於該狀況)；(2)行為人作出被期待的行為(一般屬救援行為)不會使其有危險或受損害。例如，對跌落湖中的人，只需伸出樹枝已可將之救上水唯一路過者。
- 對第三人的行為的保証人義務：某些情況下，不適用‘自我負責’的規則，例如父母對其照顧的子女的行為，精神病院負責人或工作人員對所看管的病人的行為。

主觀不法構成要件方面

故意：不作為的人認識構成要件該當狀況而不作出應為的行為，欲實現客觀構成要件。

決意：行為人儘管已認真地預見有實現構成要件的可能，仍然不為應為的行為且接受這情況的實現。

對‘保証人地位’的認識或知悉：形成‘保証人地位’的實質前提屬於構成要件故意的認知要素內容，其錯誤屬對事實情節的錯誤。此種錯誤排除故意。

如行為人已認識這些前提，但無負有義務的意識，此種意識的欠缺，屬對不法性的錯誤。

過失：一般而言，過失不作為犯與故意不作為犯在結構上相同，但前者仍可有其特點。過失不作為是基於行為人違反客觀上必要的謹慎，致使保証人不知或不正確了解出現構成要件該當狀況(因而不知發生危險，使其有義務介入)，或對本身的行為能力生錯誤，或不知悉(概括認知)具有保証人地位，或在作出(救援)行為出錯。

過失不作為較獨突之處在於其所針對的是，行為人違反客觀謹慎義務無阻止實現不法構成要件的危險。在大部分情況下，保證人義務與謹慎義務之間相互滲透：即相互作用亦相互限制；但各自針對的並不相同，例如，要知道究竟建造橋樑工程的負責人須否採取工程安全和監督措施，確保他人免於受損害，取決於其保證人地位。要確定排除危險究竟去到哪一個地步，則取決於在個案中應履行的謹慎行事的規則，小心行事，採取相應措施，避免發生事故。

排除不法性事由

當不存在作為的義務，不作為並非不法。

在不作為犯，基於其行為的方式，若干排除不法性事由的例子是難以想像的(例如正當防衛)。

罪過

故意：應一如作為犯般界定。

在不作為犯中，較常出現涉及缺乏不法性意識的問題。

排除罪過故意：不可歸責無特別之處。關於缺乏不法性意識的不可譴責的標準亦言，但較易及較常出現不可譴責的錯誤。

對於純正不作為，期待不可能除總則有規定外，在分則某些犯罪中亦特別設有更廣泛的不可期待條款，(例如第 194 條 ‘基於其他重要理由’)這導致產生對於這類條款學理及系統上定性問題。事實上，期待不可能除了構成若干排除罪過事由的根本思想外，亦對所有可處罰行為構成要素層面起有規範作用，包括不法構成要件層面，對於不純正不作為更是複雜，有通說欲擴大期待不可能的作用範圍(比作為犯更廣)，甚至將之提升為排除罪過的一般規則。

過失：應一如作為犯般界定。

其特點在於不作為人不僅客觀上違反謹慎義務且不避免結果發生，儘管其有可能認識且有能力避免。

不作為的預備與未遂

3. 預備與未遂

可以有未遂

按照第二十一條，因要求 ‘作出’ 行為，似乎不容許有(純正和不純正)不作為的未遂。對於純正不作為，因是單純不為行為，缺乏作出任何形式的行為，不處罰未遂，似乎是適用罪刑法定原則的應有之義。

對於不純正的不作為，因第九條的等同規定，似乎容許不作為的未遂。因而可以在不作為的過程中，有故意不作行為以產生一個不法構成要件結果的 ‘預備’ 和 ‘實行’ 的存在。

誠然，按之前我們所主張，在不作為，不論純正或不純正，均存在與行為犯相對應的規範性等同(不論在不法構成要件又或在罪過構成類型方面)。因此，不存在絕對不接納在不純正不作為可以有未遂，如果不作為的人(至少)容認其不作出行為的後果是可能產生一個符合構成要件的結果。

對於純正不作為的未遂儘管概念上是有可能出現，但是處罰這種未遂是否能排除有違罪刑法定這陰影是存有疑問的。然而，因純正不作為的犯罪相當部分處以不超過三年徒刑，而且通常是形式犯(違反為行為的法律義務亦幾乎往往已同時是既遂)，這使到純正不作為的未遂不罰的漏洞這問題無須提出。

4. 犯罪的着手(未遂的開始)

不純正不作為的預備和未遂。

似乎當構成要件實現的不容許風險一旦出現應即存在作為的義務。這理解並不表示未遂始於保證人不理會可解救法益的第一個救助機會出現之時(即放棄最初的救援行動)。(例如，一名嬰兒被察覺發高燒，其父母決定不帶他/她去接受治療，單純的不立即帶嬰兒去看醫生或送去醫院仍未構成以不作為傷害他人身體，因為承上文，就行為犯的未遂已指出的‘構成要件危險的關聯’，相關危險仍未確立下來)。同樣，朝向另一極端的學說，最後救助機會說亦不可取，按此理論，當保證人不理會挽救法益的最後機會，放棄最後的救助可能性，不採取介入行動時方視為未遂的開始。這學說不可取是因為，這種理解在邏輯上導致不會出現具重要性的中止，這是於法不符、法理不通、刑事政策不當的解決方法。

上文當談及客觀歸責時已指出在不作為中，法律要求保證人承擔義務，作出適當行為減少發生構成要件結果的危險，而非避免這種結果。如果保證人不為行為且當時已知道(不論是真實知道抑或他推想)危險正逐步增加，而決定不消除該危險，這樣已足以構成不純正不作為未遂的特點。

預備：當法益受威脅的情況未惡化，因為危險並非是即時的且仍處於一遙遠和停滯不前的時刻，儘管行為人已決定不會介入。

未遂：發生於當行為人已決定不會介入，且知道(不論是真實知道或推想)危險正增加。未遂可以是實行終了未遂，當行為人不理會介入的最後機會，而構成要件的實現未至發生，例如，母親遺棄嬰兒在家，出外旅遊一星期，期間嬰兒被發現送院救治而無餓死。

在不作為方面，學說上區分着手的未遂與終了的未遂意義不大，儘管概念上仍有可能作出區分。應指出的是，對不作為而言，具重要性的出於己意的中止，在定義上已可確定，單純的放棄實行並不足以構成，保證人必須積極介入以阻止既遂或構成要件結果的發生，又或為此曾認其作出努力才成。

誠然，對於出於己意的中止的重要性，在着手的未遂與終了的未遂兩者之間存有一個不同之處，對着手的未遂而言，保證人必須減少結果發生的危險，且結果最終未發生。為此，保證人原則上只須做出法律要求的行為。(例如，母親原已決定不餵奶/食物給其嬰孩以餓死他/她，因良心發現，而恢復給予餵食)。對終了的未遂，則要求母親採取或曾認真努力採取其他措施(例如，把嬰孩送院治療，接受人工餵食或其他措施，而且構成要件結果最終未發生)。

不作為故意犯的正犯與從犯

對於不作為犯而言，行為支配說不適用於正犯的界定。由於不作為的人並無介入事件，因此未能操控或引導事件的進行。即使力圖以‘規範化的角度’來理解所謂行為支配，是指‘被期待的行為’，也是說不通的。一言蔽之，不論從甚麼角度而言，這種不為行為的情況並沒有向不作為的人提供對事件的過程的支配。而正犯並不可以視為不法構成要件事實的中心人物，正犯的成立僅要求，不作為的人對事件過程有為行為的可能性而藉此產生支配的可能性。純粹違反導致構成要件的特定義務，不能對之冠以對行為有支

配，亦不足以及難以界定某人在這情況下成為不法構成要件事實的中心人物。對於作為正犯這角色應具有的特點，除了是不作為的人違反其負有的義務外，尚須這人具有對潛在發生可能的事實的支配，而非一種真實及確實發生的事實的支配，因為這事實根本就沒存在。

因此，正犯是指，對事件有介入的實際可能性(因而對這事件有支配)，且儘管負有行為的法律義務(保證人義務)，不利用這種可能性。即使有數名參與事件者，原則上也沒有不同。例如，各人均以不作為實現構成要件(父和母不召喚醫生或不求助醫院，以救治嚴重患病的兒子)，又或某些參與者作為，另外一些不為行為(父母目睹兒子受虐待而不介入)。

但是，如果構成要件要求行為人具備額外的元素，例如，某種身份、職位或義務，不具備這些元素者，即使有作出行為的義務及介入的可能性，不是正犯。如果符合從犯的構成條件，有可能視為不作為的從犯。

其他正犯的種類

間接正犯：原則上難以構成亦難以想像有此可能。

有作為義務的人不能透過別人作為工具，支配其意思作出行為來不作為。他沒有事實的支配，他僅具有即時介入的可能性，而此亦構成在刑法上具有重要性的不作為的不法構成要件。(某人不利用這種可能性，例如不反對一名兒童、精神病患者作出一犯法行為或不阻止一件自然事件造成損害結果的發生，因而使到一符合構成要件結果的發生是這事件的(以不作為方式實施犯罪的)直接正犯。

教唆犯：原則上難以構成真正的教唆犯。

違反一項義務不作出某一行為的人，原則上不能適當地令一個有自我負責能力的人形成或產生一個作出一個符合不法構成要件的事實決意。即使確實發生這情況，也是不作為的直接正犯。

共同正犯：是可以想像和有可能的：不作為的共同正犯

只不過到底是否需要有這個概念？又或者原則上，不應接納這概念。

例如，父母各自均有可能履行送兒子到醫院救治，而二人共同決定不作出行為。又例如，出自共同決意，父親不阻止另一人虐待其兒子。

理應很清楚，從形式和結構上而言，可說是共同正犯。但是，即使不採用這概念，按上文所述，孩子父親已構成所作事實的不作為直接正犯。