

法律人的雙語世界

——談「日常語言」和「法律語言」的併用

鄭 逸 哲

法律人如果碰到以下案例：

甲養了一條噬血的狼犬，但又粗心沒管好，該惡犬跑出來逛大街，一看到肉肉胖胖的乙路過，就撲向前去，死咬住乙的小腿不放，乙痛不欲生，順手拾起地上的石塊，將狗擊斃，但小腿肉還是被扯了一塊下來，血流如注。問：本案如何論處？

他的題解通常是：

1. 關於甲之狼犬咬乙的部分：

① 依刑法第十五條第二項和第二百八十四條第一項前段的規定，行為人因自己先前的作為或不作為意外形成被害人發生過失傷害構成要件傷害結果的危險，即有義務以另一作為排除因其前行為所發生的危險，以防止該結果的發生，卻過失未履行該監控危險源的保證人義務，致傷害結果發生於被害人，犯不純正不作為過失傷害罪。

② 本案中，行為人甲因自己先前未妥適圈控其所豢養的噬血狼犬之不作為，意外形成被害人乙發生過失傷害構成要件傷害結果的危險，即有義務以另一作為排除因其前行為所發生的危險，以防止該結果的發生，卻應注意且能注意而不注意而過失未履行該監控危險源的保證人義務，使乙被該犬咬傷小腿而致傷害結果發生於被害人乙。

③ 故甲犯不純正不作為過失傷害罪。

2. 關於乙擊斃甲之狼犬的部分：

① 乙的行為構成要件該當性問題：

A、依刑法第三百五十四條的規定，毀棄、損壞或致令他人之物不堪用者，其行為具有毀損構成要件該當性。

B、本案中，乙將他人之物甲之狼犬擊斃，不僅將之毀棄，且令甲不能再依通常使用方式使用該犬。

C、故乙的行為具有毀損構成要件該當性。

② 乙的毀損構成要件該當行為的違法性問題：

A、依刑法第二十三條的規定，行為人基於為自己或第三人防衛的意思，對於現在不法之攻擊，當場以構成要件該當行為進行反擊，若該反擊足以減輕或終止該攻擊而具必要性，且未濫用防衛權而具適當性，則該構成要件該當行為具有正當防衛之阻卻違法事由而不犯罪。

B、本案中，行為人乙基於為自己防衛的意思，對於現在甲之因其所養之狼犬咬乙而犯不純正不作為過失傷害罪之不法攻擊，當場以毀損構成要件該當行為進行反擊，該反擊終止該攻擊而具必要性，且因拯救較高之身體法益而犧牲較低之財產法益而符合法益權衡原則，並未濫用防衛權而具適當性。

C、故乙之毀損構成要件該當行為具有正當



防衛之阻卻違法事由而不犯毀損罪。

我們就藉這個例子，開始談起：

一、法律人使用語言還是從不必經過法律專業訓練的「日常中文」開始

如果我們——就算不是法律人——要了解題目的事實部分在說什麼，並不必唸過法律，不必受過法律專業訓練，大概只要國小的中文程度，就可以完全理解。

既然不必受過法律專業訓練就可以了解，而且人人都可以了解，那麼描述這個事實所使用的中文，必然是大家日常生活就使用的中文，我們將之稱為「日常中文」。

其實，法律人不管受過多少專業的法律訓練，無論要構思多深奧的法律理論或解決多棘手的法律問題，最終還是得從不必經過法律專業訓練的「日常中文」開始。

法律的目的是要弭平人際間的衝突，或務實點講，希望使人際間衝突至少在形式上得到某種程度的解決。

在此情況下，就如同我們在「法學緒論」中學到的：「沒有（人際間的）衝突，就沒有法律」，如果沒有人際間衝突的事實或其事實類型——至少是人際間（未來）所可能發生的衝突事實或其事實類型，法律根本沒有討論的起點，或說即使有所討論，不是「虛無的」，就是「純興趣的」。

這樣的「無謂討論」，即使有其意義或價值，但並不屬於法學的——法學乃一門理論科學和應用科學的綜合學門。

人際間的衝突（或有發生可能性的人際間的衝突）作為法律之母，我們想要描述它，當然不必依憑法律專門用語——雖然我們有可能這樣做，但不是沒有法律就沒有衝突要描述吧！——，不然「母子關係」如何建立呢？

再者，法律人所要面對的法律問題，通常是別的「非法律人」的法律問題，而其陳述——乃至於法律人自行向其他非法律人追查事實所蒐集得到的陳述，幾乎都是使用「日常中文」所陳述的；就算其夾雜著些法律術語，最好還是不要太相信，想想看我們那些記者報導新聞時，用字多麼不講究，多麼不專業，大概就知道為什麼了！

所以，即使是大學裡的法律教育，要學生進行「實例演習」，也是只或優先提供其以「日常中文」陳述的，就是基於這樣考慮的訓練設計。

二、法律人要處理法律問題必須藉助「法律中文」

雖然，法律人接觸事實是從「日常中文」開始，但不是只要了解發生了什麼就夠了，而是要將其所掌握的事實，當成一個問題，加以處理或解決。除非其選擇其所具有的或去創設的另一種身分，如果其居於法律人的身分，就是要做法律的處理或解決。

也就因此，其處理的標準就是法律或法律所認可的標準。而這樣的標準，即使——甚至在民主法治國家，應該——得到一般市民的普遍認同，也就是這樣的標準並非也不該由法律人所獨斷，但如何對這樣的標準以語言加以表達，法律人顯然使用相對於「日常中文」來說，一般人不是輕易就能夠理解，且充斥著「專門術語」的「法律中文」：雖然「法律中文」和「日常中文」使用著同一套象形文字，也遵循同樣的文法，但沒有經過法律專業訓練的人，往往會「不知所云」。

像在前述題解中的「1.1」的部分，我們雖然明確指出，我們以下要處理問題的標準，並不是恣意專斷的，而是依刑法第十五條第二項和第二百八十四條第一項前段的規定，但隨

後，我們在陳述這項標準時，出現了諸多「法律專門用語」，像「行為人」、「作為」、「不作為」、「被害人」、「過失傷害構成要件」、「義務」、「危險源」、「保證人義務」、「不純正不作為過失傷害罪」等等。對於這些用語，如果沒唸過法律的人，根本不會加以使用；即使唸過法律的人，也不見得有能能力加以使用。

在台灣，即使法律學系的課程或法律實務的運作，絕大部分都使用中文，但很少有人意識到，這種中文是由「日常中文」和「法律中文」所「共組」的，也就是說，如果只懂「日常中文」，根本不可能有能力掌握法律規定和進行法律適用。

我們甚至可以這樣說，法律學系的學生都是在具有一定程度的「日常中文」能力後，進入法律學系先學習「法律中文」，進而再學習由二者「共組的」「日常——法律中文」——然而，大部分的法律學系學生的學習是不怎麼成功的！

如果從這樣的角度來看，在某種意義上，法律學系其實也是種相對於「日常中文」的「外文系」。雖然，「日常中文」和「法律中文」使用同樣的象形文字，並具有同樣的文法結構，也具有不少相同用字的使用語，不過，在許多相同用字的使用語上，卻存在著意義上的差距——即使有所交集——，舉例來說：

現行刑法使用「性交」二字，同樣用字的使用語在「日常中文」中也有，但範圍不一，「法律中文」中的「性交」，依刑法第十條第五項的立法定義，除了包括「日常中文」的「性交」外，亦且將「肛交」、「口交」、「異物插入」等均納入其概念範圍。再例如：

一般被稱為（普通）毀損罪規定的刑法第三百五十四條，其所謂「毀損」，亦不限於「日常中文」中望文生義的「毀棄」和「損

壞」，尚且包括「致令不堪用」。

幾乎都和以上二例一樣，使用相同用字的「日常中文」用語和「法律中文」用語，在意義範圍上，有「交集」，卻不「全等」。

為什麼我們從大一開始學習「最」最重要的法律科目「民法總則」開始，老師會花一大堆時間對我們好像本來也不是完全沒有概念的東西，說明其「定義」。其實，這樣的「定義」學習，從「法律中文」的角度來說，就是一種「（新）字彙的學習」。「法律中文」和「日常中文」絕不會因為二者都使用同一套象形文字，就是同一套語言，一如西歐諸語，不會因為都用同一套字母，就都是同一套語言一樣。

但「法律中文」和「日常中文」卻因遵循相同的文法規則，以及具有為數不少的相同用語，也的確讓人很難像區別西歐諸語，去意識到二者並非同一語言。

三、「日常中文」是「自然的」， 「法律中文」是「人工的」

「日常中文」來自於生活，作為人和人的日常溝通，不宜也難以想像可以因為個人或少數人的自行創造而「瞬間」出現，就算它是「成長的」或「變遷的」，但也至少要受到絕大部分人自動接受而加以使用，否則就算某些用語曾一度出現，但隨之就被拋入歷史的灰燼。

相對於「日常中文」必須「（人人自願）約定俗成」，我們將之稱為「自然的」語言，「法律中文」就不太自然，而是「人工的」。

如果在台灣唸法律，而且是在一九九九年開始唸大一的，如果在當時的「刑法考試」或「刑事判決」中，寫下：「刑法上的性交，除了一般人所指的『性交』外，也包括『肛交』、『口交』、『異物插入』等」，其結果





不是零分，就是被指摘判決不適用法律。更精確來說，當時的「法律中文」中，根本不存在「性交」用語，而只有「姦淫」——至今刑法上仍有「姦淫」用語。

在法律上，「姦淫」是指男性生殖器插入女性生殖器，除此之外與性慾有關的肢體接觸行為——無論發生在男女之間、男男之間或女女之間——，在一九九九年前，一概謂之「猥褻」——「肛交」、「口交」、「異物插入」等，在當時均屬「猥褻」。然而在一九九九年四月二十一日，總統明令公布刑法第十條和第二百二十一條以下諸修正條文後，「一夕之間」，「肛交」、「口交」、「異物插入」等均不再屬於「猥褻」，而是屬於新出現的法律用語「性交」。

自此之後，——除了刑法第二百三十九條中的通姦構成要件和相姦構成要件外——，「性交」不但「強制」取代「姦淫」成為法律用語，而且使「猥褻」的概念範圍也大幅度限縮。此一改變，不管法律人是否有充分的時間適應，在法律用語上，其有「義務」立即使用新的用語：將「肛交」、「口交」、「異物插入」等稱為「猥褻」，於昨日仍是，但於今日屬非。

由這個例子可以清楚看出，「法律中文」是會在「一夕之間」，經由「人工」且「強制」而「不自然」地加以改變。

所以，我們說：「日常中文」是「自然的」，「法律中文」是「人工的」。

四、「描述用語」和「評價用語」

當初之所以將「姦淫」改稱為「性交」，並移動而擴大其概念範圍，立法者的用意之一，乃在使「性交」在法律上成為純粹的「描述（事實）用語」，而凸顯其並不兼具「價值判斷」的含義。換句話說，「法律中文」的使

用，應該明確區分為「描述用語」和「評價用語」而為使用。在此同時，「日常中文」就常出現兼具「描述用語」和「評價用語」雙重性格的用語。

我們還是以「姦淫」這個用語作為例子，在「日常中文」中，其不僅只是用來描述男女交媾的事實，而且也同時賦予這樣的事實負面價值。但在「法律中文」中，同樣的用語就只是單純描述「男性生殖器插入女性生殖器」這樣的事實，並沒有對該事實的「好壞」表達立場。也就是說，「姦淫」這個用語，在「日常中文」中固然是「描述用語」和「評價用語」的「競合」，但在「法律中文」就純粹是「描述用語」。

再者，在「日常中文」中，原則上並不發生對事實不得評價的問題，充其量只是禁止或不宜公開表達其評價；但在「法律中文」中，即使能找到對事實的「描述用語」，但不見得有機會對同一事實再使用「評價用語」。舉例來說，「不小心把別人的東西打壞了」，我們在刑法上，可以用「過失毀損」加以描述，但刑法上並沒有「過失毀損構成要件」，至此就可確定，這不是刑法所得進行評價的事，自然也就不會有機會使用「法律中文」的「評價用語」。

其實，即使是資深的法律人，也往往不能精確掌握「法律中文」嚴格區分「事實描述」和（對事實的）「價值判斷」的態度——甚至，根本對此毫無概念。即使立法者開始有些理解，而以「性交」來取代「姦淫」，但意義並不大；如果「姦淫」有必要以「性交」這樣的「中性」用語加以取代，那又為什麼還繼續保留在「日常中文」上顯然帶有負面評價的「猥褻」用語？這樣的做法，即使並非一無可取，但只是治標，而不是治本！治本之道，乃在於法律人的養成過程中，厚植其嫻熟區別

「描述用語」和「評價用語」而為運用的「法律中文」能力。否則，面對——例如——「傷害」用語時，又該如何？

我們再看幾個例子，以證明其重要性：

牙醫師甲受病患乙的請求，將其病牙拔除，這在「日常中文」中，大概就叫「拔牙」，而且隱含著「病患承諾」；但在刑法的專業判斷上，並不會像在「日常中文」中，如此「二步併成一步走」，「拔牙」的部分屬於「傷害構成要件該當行為」，而「病患承諾」屬阻卻該「傷害構成要件該當行為」違法事由（超法規的）阻卻違法的承諾」判斷所依據的事實。

同樣的，如「侵害」、「被害人」和前述的「猥褻」等用字，在「日常中文」均帶有價值判斷的色彩，但在「法律中文」中，卻只是單純的「中性」事實描述。上例中的甲之拔牙行為，就是因為其「侵害」乙的身體法益才具有傷害構成要件該當性；而正當防衛人的構成要件該當行為的「被害人」是對之為現在「不法」攻擊之人；「猥褻」在「法律中文」中也只不過指「性交」以外的情慾動作——法律其實重點不在干涉「猥褻」，甚至也無權干涉「猥褻」，而是禁止以「強制」為手段去「猥褻」別人，或者禁止和未滿十六歲人為「猥褻」。

五、從「日常中文」到「法律中文」再到二者併用的過程

即使有能力區別「法律中文」中的「描述用語」和「評價用語」，但這也只是具有「法律中文」運用能力的必要條件，而非充分條件。不同於「日常中文」，「法律中文」中的「描述用語」和「評價用語」並不容許「競合使用」；如此一來，就只能先後使用，但其使用規則又是什麼？

另外，在本文一開始，我們就指出，法律人使用語言還是要從不必經過法律專業訓練的「日常中文」開始，我們又是如何從純粹的「日常中文」使用而轉入「法律中文」使用，進而將二者併用呢？

為了把這問題弄清楚，我們先提出個詭異的問題：「在法律上有沒有不違法的強姦？」

事實上，在立法院於一九九九年修正刑法後，「法律中文」中已不存在「強姦」用語——並已納入意義更廣的「強制性交」之中——，也就是說，上面那個問題中的「強姦」屬「日常中文」用字。而且，——如前所述——，「法律中文」的使用，是嚴格區分「事實描述」和（對事實的）「價值判斷」的，如果判斷不出來「構成要件該當行為」，根本也討論不到違法不違法問題。所以，如果精確依「法律中文」來提問，應該是：「在法律上是否存在具有阻卻違法事由的強制性交構成要件該當行為？」

答案是：有！如果用「日常中文」來說，就是「會有合法的強姦行為」。很詭異吧！我們來看個具體的例子：

甲女擺明了不願意，但乙男還是壓制她的反抗，將其陰莖插入甲女的陰道中，乙有「強制性交構成要件該當行為」，對吧？但乙犯強制性交罪嗎？那可不一定，如果我們把「鏡頭」往後拉，在「場景」中出現了另一個人丙，他手持開山刀對乙說：「如果你不強姦她，我就宰了你們二個！」乙因而無奈地強姦了甲。

「強姦」二字在「日常中文」的使用上，是絕對帶有價值判斷色彩的。然而，這個「強姦」「日常中文」動詞，卻必須先「翻譯」為「法律中文」動詞「強制性交」，乙因而確定具有「強制性交構成要件該當行為」，但因為具有雙重阻卻違法事由而不犯「強制性交



罪」。

在使用「日常中文」時，我們或許會說：「這筆帳應該算到丙頭上去」，但怎麼算？因為丙持刀強迫乙強姦甲啊！但如何翻譯為「法律中文」動詞呢？此時，更詭異，一個「日常中文」動詞會翻譯成二個「法律中文」動詞，因為如果我們依間接正犯來切割觀察，丙不僅持刀強迫甲被人性交，也持刀強迫乙對人性交，也就是說，一個「日常中文」動詞「強迫」，會翻譯成二個相同的「強制性交」「法律中文」動詞，因而持刀的丙具有的二個「攜帶兇器強制性交構成要件該當行為」。

從這裡，我們可以很清楚看出，「法律中文」非但是「不自然的」「人工語言」，而且其目的不是在描述事實，而是在確定事實的「法律結構」。也就是說——例如：

強姦是事實，強制性交構成要件是法律，強制性交構成要件該當行為是強姦這樣的事實的法律結構。而：

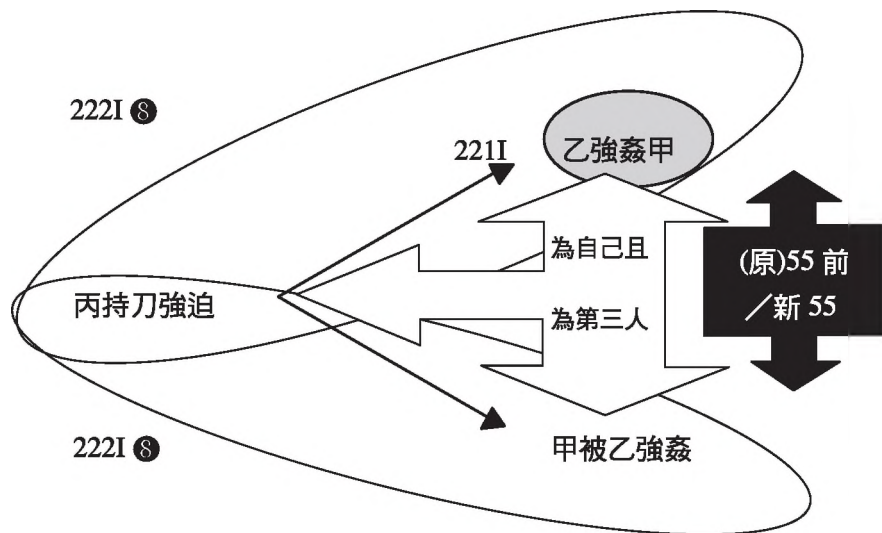
「丙持刀強迫乙強姦甲」是事實，攜帶兇器強制性交構成要件是法律，「二個」攜帶兇

器強制性交構成要件該當行為是「丙持刀強迫乙強姦甲」這個事實的法律結構。更精確講：

以丙作為主詞加以觀察，「丙持刀強迫乙強姦甲」這個事實的法律結構不僅具有「二個」攜帶兇器強制性交構成要件該當行為，而且這「二個」攜帶兇器強制性交構成要件該當行為間具有「想像競合關係」，這整個才是以丙作為主詞的「丙持刀強迫乙強姦甲」這個事實的法律結構。

但整個「丙持刀強迫乙強姦甲」這個事實的「整個」法律結構又是如何？先看以下的圖示：（圖一）

其實在這整個事實中，出現了三個構成要件該當行為：丙有二個，乙有一個——以「日常中文」加以描述，且以乙為主詞的事實部分「乙強姦甲」，我們以強制性交構成要件的規定形式進行「切割」，可以具體得到乙具有一個強制性交構成要件該當行為。但至此，我們只是對於以乙為主詞的句子完成法律「事實結構」判斷，尚未對於此判斷出來的法律「事實結構」賦予法律「價值判斷」。我們是繼而將



《圖一》

「丙持刀強迫」、「乙強姦甲」和「甲被乙強姦」三者「同時」加以觀察，並由此三者的「關係」中，得致乙的強制性交構成要件該當行為具有雙重阻卻違法事由：阻卻違法的為自己緊急避難和阻卻違法的為第三人緊急避難。

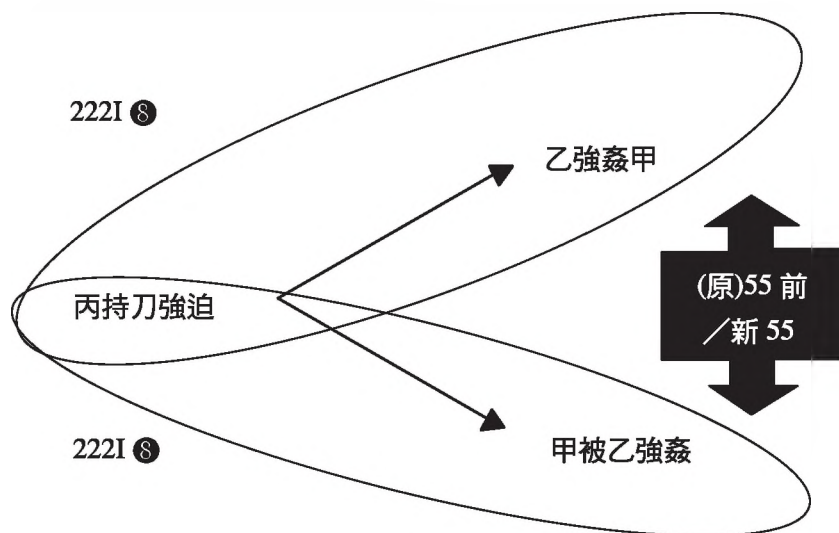
然而，就同樣的事實對象，如果我們以丙為主詞進行觀察，我們卻不是直接進入「法律評價語言」的運用階段，而是又退回「法律描述語言」的運用階段。我們首先確定的是丙具有二個攜帶兇器強制性交構成要件該當行為——甲和乙分別為其被害人。在確定此之後，我們還是再度就同樣的事實對象進行「關係」觀察，但並未發現使用得上「法律評價語言」的關係存在；或者更精確講，並未發現「值得」以「法律評價語言」加以「強調」的關係存在。反倒是就相同的事實對象，加以第三次觀察，我們得知其所具有的二個攜帶兇器強制性交構成要件該當行為間具有「想像競合關

係」：（圖二）

像「想像競合關係」這種「法律中文」用語，在「日常中文」中根本找不到類似的用字，一來用語是「舶來品」外，二來一般人根本不處理「數罪一罪名」的問題。

從上面的分析，我們可以很清楚看出：一般來說，在「日常中文」中，「事實描述語言」和「事實評價語言」往往不是很清楚地區分，甚至可以這樣說，二者往往「競合」於同一用語。而「法律中文」的「事實描述語言」，如果就不特定的事實類型，其實大致上就是構成要件用語，如果就具體發生的個案事實，則必依賴「先行的」「構成要件該當行為」用語，而決定是否有機會繼之使用「法律評價用語」。

我們可將前面的分析，繪成以下的整理圖表：（如下頁表）



《圖二》





		抽象事實類型		具體個案事實	
		先行用語		先行用語	
日常中文	描述用語	或有或無	容許 競合使用	或有或無	容許 競合使用
	評價用語				
法律中文	描述語言	無	構成要件 用語	日常中文 用語	構成要件 該當行為
	評價用語	構成要件 用語	其他 法律用語	構成要件 該當行為	其他 法律用語

對此，我們也可以從法學三段論法的表現格式，更清楚觀察出法律人複雜使用語言的來龍去脈。

我們以「某人殺另一人」的抽象事實類型為例，「教科書式」的法學三段論法說明應為：

1. 依刑法第二百七十一條第一項的規定，**行為人在無阻卻犯罪事由的情況下，殺被害人，犯殺人罪。**
2. 若行為人 **某人** 在無阻卻犯罪事由的情況下，**亂刀砍死** 而殺 **另一人** 被害人。
3. 則 **該人** 犯殺人罪。

若以「甲亂刀砍死乙」的具體個案事實為例，則「刑事判決式」的法學三段論法說明應為：

1. 依刑法第二百七十一條第一項的規定，**行為人在無阻卻犯罪事由的情況下，殺被害人，犯殺人罪。**
2. 本案，若行為人 **甲** 在無阻卻犯罪事由的情況下，**亂刀砍死** 而殺被害人 **乙**。

3. 故 **甲** 犯殺人罪。

在以上二個採法學三段論法的說明例子中，使用標楷體的用語部分，屬「法律中文」和「日常中文」所共用的用語；而同時加以框線和灰色網底的部分，屬於「日常中文」用語；另外的粗體且 150%加寬的部分，則屬於「法律中文」用語。不僅如此，如果我們對這二個採法學三段論法的說明例子中的不同用語的構成「關係」加以精緻觀察，可以發現以下：

- 大前提，除指明法源出處的用語，為「法律中文」和「日常中文」所共用外，其他部分一定是使用「法律中文」，而且是由「法律描述用語」和「法律評價用語」，依其條件結構加以排列而構成。
- 在小前提的部分，不論就「抽象事實類型」，或就「具體個案事實」，「法律中文」用語和「日常中文」用語是以「同位格」的「穿插模式」，共同組合成一個句子，而這種「同位格」的「穿插模式」，其法學方法論上的意義，就是「法律適用」——也可以說，就是法律所規定的要件的滿足

判斷。

- 結論的部分，則是由在前的「日常中文」用語和在後的「法律中文」用語所共同組成。

可見，法律人在初步接觸事實或其類型時，固然還是純粹使用「日常中文」，一旦進入法律處理，大前提就必須使用「法律中文」，在小前提必須使用「日常中文——法律中文——同位格穿插式中文」，至結論時就必須使用「日常中文——法律中文——前後銜接式中文」。

從這個角度來看，一個成熟的法律人在使用中文時，至少必須嫺熟四套中文的使用：「日常中文」、「法律中文」、「日常中文——法律中文——同位格穿插式中文」和「日常中文——法律中文——前後銜接式中文」。

其實，如果要非常精確區分，其實法律人也經常使用第五套：我們姑且將之稱為「法律學術中文」，例如，在刑事訴訟法的教科書或論文中，我們會看到：「拘提是要式的逮捕，而逮捕是不要式的拘提」。第一次出現的「拘提」和第二次出現的「逮捕」是「法律中文」用語，但第一次出現的「逮捕」和第二次出現的「拘提」就是不「法律中文」用語，而是基於二者所具有的剝奪他人行動自由之「同」，以及其二者「要式」和「不要式」之「異」，而以『「異」加「同」』形式所創造出來的「法律學術中文」用語。這句話，其實是可以純粹用「法律中文」表達的：「刑事訴訟法上的『拘提』和『逮捕』，雖然都（同）屬於刑法上的『（狹義）剝奪他人行動自由構成要件該當行為』，但是是否屬刑法所指的『依法律之行為』而不具違法性，其判斷標準並不相同（而有異）：『拘提』的合法要件內容是要式的，而『逮捕』的合法要件內容是不要式的」。

所以，「法律學術中文」是否算得上法律

人使用的獨立類型中文，容有疑問。

六、「分析文句」可以作為檢驗是否正確認識法律的方法

我們在使用「日常中文」時，當然有時也會說：——例如——「如果你把你的狗關好，它就不會跑出來咬傷人了」。但我們很清楚可以看出，我們不是在描述事實，而是在陳述「非事實」。

然而，在現行刑法下，法律人對這樣的「非事實」加以處理，通常，卻不是以「日常中文」被提供的，而是由法律人自己「逆向的」從「法律中文」的「評價語言」出發，去找尋「非事實」加以「法律描述用語」，再對該法律描述，加以先前的「法律評價用語」。簡單說：起點是「法律評價用語」，終點還是同一的「法律評價用語」。

其實，如果我們把本文一開始的題目：「甲養了一條噬血的狼犬，但又粗心沒管好，結果惡犬跑出來逛大街，一看到肉肉胖胖的乙路過，就撲向前去，死咬住乙的小腿不放，乙痛不欲生，順手拾起地上的石塊，將狗擊斃，但小腿肉還是被扯了一塊下來，血流如注」，逐字去唸，會發現根本沒有提到什麼「如果甲把他的狗關好，它就不會跑出來咬傷乙了」。但我們卻在其題解的「1. ●」中出現了「…甲…過失未履行該監控危險源的保證人義務，使乙被該犬咬傷小腿…」。其間，最令人關注的，應該就是「使」這個字。

「使」是「致使」的簡寫，是個連接詞，其連結前後句所描述的事實，表達前事實和後事實間的因果關係。我們在前面說過，雖然「日常中文」和「法律中文」雖是不同語言，但具有完全相同的文法結構，而且在小前提中，「日常中文」和「法律中文」是以同位格穿插方式組成句子。然而，原來「日常中文」





所描述的是：「…惡犬…死咬住乙的小腿不放…（使）乙…小腿肉還是被扯了一塊下來，血流如注」。注意！此時的主詞是「惡犬」，而「使」所連接的是該犬所為的「咬」和「乙受傷」。但到了題解「1.②」的小前提時，主詞被法律人「偷天換日」變成甲，動詞也變成甲所為的不作為「未履行」；即使「犬」和「咬」仍保有主詞和動詞的地位，但已不再是本來的句子中的唯一主詞和唯一動詞，被人「動手腳」成為子句的主詞和動詞，嚴格說來，已不再是句子的主詞和動詞，而是就「名詞性」關係子句局部觀察下的主詞和動詞。

事實上，「犬咬」和「乙受傷」間的因果關係是可以證明的，但「甲未履行其監控危險源的保證人義務」和「乙受傷」間的因果關係是無法證明的。法律人只是「強行視為」具有因果關係，如果——「如果」就不是事實——甲履行其監控危險源的保證人義務話，乙就不會被該犬咬傷。既然不是事實，就無所謂證明的問題，因為根本欠缺證明的對象，即使如通說，將之稱為「擬制的因果關係」，但根本沒證明，也無可證明。

我們似乎長期以來誤認不純正不作犯構成要件的結構，其實不能證明的東西，根本不可能作為構成要件要素，不然犯罪就不當然基於事實。請注意！我們只說「因果關係」不可能也不應該作為不純正不作為構成要件的構成要件要素，但「未履行其保證人義務」的不作為作為其構成要件行為要素在形式是沒有問題的——當然刑法存在不純正不作為構成要件是否合理，固然是件值得探討的事，但還是另一回事。

純就不純正不作為構成要件的結構進行形式分析，其實一般所認為的構成要件結果要素，根本不是構成要件結果，因為一旦將之認定為構成要件結果，隨之就必須具有構成要件

因果關係要素，但這種東西根本不存在，已如前所述。但這樣的「結果」要素卻又明明白白為刑法第十五條所宣示，也就是說，這個構成要件要素是無法否認其存在的，但它又是什麼？答案是：它是客觀處罰條件——是具有構成要件要素外觀，但卻又不具有構成要件屬性的客觀處罰條件。

為什麼長期之來，立法者規定不純正不作為為構成要件備受爭議？就因為它根本就是單純處罰規範不服從，而不是建立在對法益構成實害或危險的事實基礎之上的。就算其以實害發生作為其客觀處罰條件，而限縮其處罰範圍，但改變不了其非基於對法益構成實害或危險的事實的事實——就算「未履行其保證人義務」屬事實的問題。

我們長期以來沒有認清，不純正不作為為構成要件「結果」要素，根本不是構成要件結果要素，而是作為客觀處罰條件的「事實結果」，因而陷入不存在的構成要件因果關係要素的泥淖中，而不能自拔，先企圖以獨斷的「擬制的因果關係」概念來化解自己的虛幻想像所導致問題，已錯在先，更而使刑法的其他關鍵概念，也隨之動搖：如果不純正不作為為構成要件真的具有構成要件因果關係要素，而且是一種「擬制的因果關係」要素，那故意的認識對象和過失的可預見對象，就不就不再只是事實？

如果我們撇開不純正不作為為構成要件的立法正當性不談，並將其「結果」要素正確定位為客觀處罰條件，則逾今所「誤認」的題解「1.①」中的大前提就可以進行正確的改寫：

1. 關於甲之狼犬咬乙的部分：

①依刑法第十五條第二項和第二百八十四條第一項前段的規定，行為人因自己先前的作為或不作為意外形成被害人發生過失傷害構成要件傷害結果的危險，即有義務以

另一作為排除因其前行為所發生的危險，以防止該結果的發生，卻過失未履行該監控危險源的保證人義務，致傷害結果發生於被害人，犯不純正不作為過失傷害罪。

改 ↓ 寫

1. 關於甲之狼犬咬乙的部分：

- ① 依刑法第十五條第二項和第二百八十四條第一項前段的規定，行為人因自己先前的作為或不作為意外形成危險源，卻過失未遵循法律所命令的排除危險源作為而未履行其監控危險源的保證人義務，且該危險源使被害人客觀上發生傷害實害，則該行為人犯不純正不作為過失傷害罪。

如此一來，題解「1.」的部分就變成：

1. 關於甲之狼犬咬乙的部分：

- ① 依刑法第十五條第二項和第二百八十四條第一項前段的規定，行為人因自己先前的作為或不作為意外形成危險源，卻過失未遵循法律所命令的排除危險源作為而未履行其監控危險源的保證人義務，且該危險源使被害人發生傷害實害，則該行為人犯不純正不作為過失傷害罪。

- ② 本案中，行為人甲因自己先前未妥適圍控其所養的噬血狼犬之不作為意外形成危險源，卻應注意且能注意而不注意而過失未遵循法律所命令的進行圍控其所養的噬血狼犬的排除危險源作為，而未履行其監控危險源的保證人義務，且該危險源狼犬死咬住乙小腿使被害人乙客觀上發生傷害實害。

- ③ 故甲犯不純正不作為過失傷害罪。

這樣的題解，在語言使用上，就不再發生「日常中文」主詞被法律人「偷天換日」，也免除「法律中文」「逆向」優先於「日常中文」而為使用的謬誤，使法律人回復四套中文的「正常」使用——尤其是小前提回復到「日

常中文——法律中文——同位格穿插式中文」的「正常」使用。

由此例，我們可以發現，若對法律人若其文句的使用加以精進，隻字必究，「分析文句」是可以用來作為檢驗是否正確認識法律的方法。也就是說，文句的正確使用，對法律人來說，不應該只是種應用技術的問題，甚至具有發現的能力。

其實，當我們在前面研究如何就不純正不作為犯使用語言時，不就發現今天的不純正不作為構成要件的立法基礎其實只是建立在單純的「規範不服從」之上，而非應然的「對法益構成實害或危險」的事實基礎之上，因此，不純正不作為構成要件的立法合法性是大有問題的！

從這樣來看，「分析文句」不僅具有發現的能力，也具有批判的能力。

七、法律人的語言使用應能「還原」為其所應使用的四套中文形式——代結語

本文一開始的案例，其題解的其他部分，即以下：

2. 關於乙擊斃甲之狼犬的部分：

- ① 乙的行為構成要件該當性問題：

A、依刑法第三百五十四條的規定，毀棄、損壞或致令他人之物不堪用者，其行為具有毀損構成要件該當性。

B、本案中，乙將他人之物甲之狼犬擊斃，不僅將之毀棄，且令甲不能再依通常使用方式使用該犬。

C、故乙的行為具有毀損構成要件該當性。

- ② 乙的毀損構成要件該當行為的違法性問題：

A、依刑法第二十三條的規定，行為人基於為自己或第三人防衛的意思，對於現在





不法之攻擊，當場以構成要件該當行為進行反擊，若該反擊足以減輕或終止該攻擊而具必要性，且未濫用防衛權而具適當性，則該構成要件該當行為具有正當防衛之阻卻違法事由而不犯罪。

B、本案中，行為人乙基於為自己防衛的意思，對於現在甲之因其所養之狼犬咬乙而犯**不純正不作為過失傷害罪之不法攻擊**，當場以毀損構成要件該當行為進行反擊，該反擊終止該攻擊而具必要性，且因拯救較高之身體法益而犧牲較低之財產法益而符合法益權衡原則，並未濫用防衛權而具適當性。

C、故乙之毀損構成要件該當行為具有正當防衛之阻卻違法事由而不犯毀損罪。

這部分，法律人都是依應然而使用其所應使用的四套中文，並沒有問題。

但曾有人問作者，題解的「2.●B」中以粗體且150%加寬的「**不純正不作為過失傷害罪之不法攻擊**」部分，出現了「法律中文——法律中文——同位格穿插式中文」，而非「日常中文——法律中文——同位格穿插式中文」，而且是「法律評價用語」和「法律評價用語」的「同位格」使用，因此，應該還存在第五套法律人所應使用的中文才對！您請先想一想，他的說法對嗎？

簡單講，他的意思是說，「不純正不作為過失傷害罪」和「不法攻擊」是「同位格」，而且「不純正不作為過失傷害罪」和「不法攻擊」都屬於「法律評價用語」。但他弄錯了！

我們要知道，中文的使用，往往把形容詞字尾的「的」字省略，所以「不法攻擊」的「全貌」是「不法的攻擊」。所以「不法攻擊」是由一個名詞「攻擊」再前加一個形容詞「不法的」所構成。我們要先確定「有」攻擊，才有機會判斷這個「攻擊」是不是「不法

的」，因此「攻擊」是「中性的」「法律描述用語」，並非「法律評價用語」；只有「不法的」才是「法律評價用語」。

而「不純正不作為傷害罪」的「原貌」其實是「犯罪的不純正不作為傷害（構成要件該當行為）」，而我們在前面就說明過，「構成要件該當行為」是屬於「法律描述用語」，所以只有「犯罪的」「法律評價用語」。也就是說，「不純正不作為傷害罪」其實也是由一個中性名詞「不純正不作為傷害（構成要件該當行為）」再前加一個形容詞「犯罪的」所構成。

所以，並不是「法律評價用語」和「法律評價用語」的「同位格」使用，而是「法律描述用語」「不純正不作為傷害（構成要件該當行為）」和「法律描述用語」「攻擊」的「同位格」使用，以及「法律評價用語」「犯罪的」和「法律評價用語」「不法的」的「同位格」使用。

之所以會引起這樣的誤解，恐怕和中文的使用，詞性的表達往往不夠明確有關。

但您可能會追問，就算是這樣，這也是「法律中文——法律中文——同位格穿插式中文」，而不是「日常中文——法律中文——同位格穿插式中文」啊！所以應該還有第五套中文吧！

錯！因為他另外犯了一個錯誤，他「擷取」分析對象時，發生了「切割」上的錯誤。如果正確的話，他應該是把「甲之因其所養之狼犬咬乙而犯不純正不作為過失傷害罪之不法攻擊」作為分析對象才對，處理一個實例問題，沒有「日常中文描述」，根本不該也不會有小前提。所以，更嚴格講，應該是「因其所養之狼犬咬乙」和「不純正不作為過失傷害罪」構成「同位格」關係，在此同時，「因其所養之狼犬咬乙」和「不法攻擊」也構成「同

位格」關係。這二個「同位格」關係是不是都是採用「日常中文——法律中文——同位格穿插式中文」加以表達呢？

如果我們以連接詞重新組合「不法的攻擊」和「犯罪的不純正不作為傷害」，是不是可以變成「不法且犯罪的不純正不作為傷害攻擊」，並將之和「因其所養之狼犬咬乙」進行「同位格」穿插，是不是變成甲「因其所養之狼犬咬乙而（具有）不法且犯罪的不純正不作為傷害攻擊」呢？這是不是採用「日常中文——法律中文——同位格穿插式中文」加以表達呢？

其實，中文的感性之美，是以其文法的「鬆散性」為代價的！當我們要對問題進行理性的處理，就必須遵循嚴格的文法，如此一來，勢必或多或少犧牲其感性之美。不能否認，除了少數進行純粹學術研究的法律人，可以完全不顧非法律人的使用語言習慣，畢竟絕大部分的法律人都得和非法律人進行溝通，其語言的使用往往徘徊在精準而「不自然」和流暢而「不清晰」的抉擇之間。

但不管如何，法律人的語言使用，無論它的形式如何，最終都應被要求能「還原」為其所應使用的「日常中文」、「法律中文」、「日常中文——法律中文——同位格穿插式中文」和「日常中文——法律中文——前後銜接式中文」四套中文形式。否則，法學的理性基礎將被掏空，信仰和獨斷將復辟取代批判和自省，法律亦將再次淪為強者奴役弱勢的工具。

當法律人對於如何使用其母語而為表達，尚只是在研究的起步，就「日常語言」就屬不同語言的「法律語言」進行整合，恐怕言之過早！人類迄今，似乎只有在數學上具有普遍性的「語言」和「文法」，然而「數學語言」並不是「描述語言」，完全欠缺描述事實的能力。當「泡湯就是泡湯」，在邏輯形式上，依

同一律屬正確時；日本語的「泡湯」和漢語的「泡湯」可不見得指同樣的事實（類型）。

巴貝塔是人類偉大的夢想，但上帝殘酷地用語言的紛歧將之粉碎！*

（本文作者現為國立台北大學司法學系教授）



傑克·威爾許 (1935 -)

要視改變為機會，而不是威脅。



伍、刑事法學論著

