

第二章 刑法體系學習導覽

經過長期的發展，刑法理論體系本已相當龐大，再加上學者間往往從不同角度的敘述與評論，實在讓許多學習者感到困惑不已。因此，本章的目的，乃在依作者學習與教學的經驗提出重要的刑法總則學習方向，希望帶領讀者掌握其中的基礎架構，以便在進入個別問題學習與討論時，隨時抓穩理論的座標¹⁹。

壹、犯罪行為的三階論證結構

一、三階論證概說

如何判斷社會生活事實中的人類行止構成刑法意義上的犯罪行為，乃是學習刑法的首要且核心的任務，也是大部分理論與學說的討論對象。

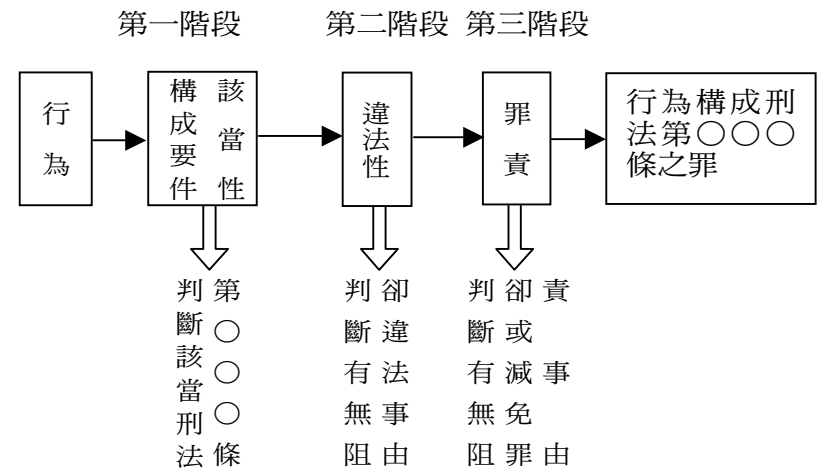
依照通說，只要是人類行為經行為概念的判斷後，即進入刑法的犯罪判斷。不論任何犯罪類型，犯罪判斷的通

¹⁹ 對初學者來說，是不可期待一次掌握本章所述的許多概念與名詞；但別慌張，此處只是一個導覽，真正的本題在後面。至於已經學習過刑法的人，則不妨把本章當作一個整體回顧，用心觀察自己是否了解各個問題點與觀念。

常程序，首先開始進行的是構成要件該當與否的判斷；其次，在構成要件該當性之後，再進行違法性的判斷；最後，始進入罪責的判斷。亦即，採行三階犯罪結構 (Dreistufiger Deliktsaufbau)。

〔圖表〕

刑法的犯罪判斷順序：



原則上，一個具備構成要件該當性、違法性與罪責的行為，就是刑法上可罰的犯罪行為，可成為刑事追訴與審判及科刑的對象（其他例外補充事項，後述第六章）。

至於刑法理論上也有二階犯罪結構 (Zweistufiger Deliktsaufbau) 的主張，即將三階犯罪結構中構成要件該當

性與違法性合併在一起，而形成不法與罪責的兩階判斷。

就實例解析來說，這兩種論證結構的順序與內容皆屬相同，如在殺人罪的審查中，正當防衛或心神喪失情狀都是要檢驗的；兩者差別只在三階犯罪結構把正當防衛納入構成要件該當性判斷後的阻卻違法層次，二階犯罪結構把這個問題納入所謂的（負面）構要素中，而在構成要件層次檢驗²⁰。

二、構成要件該當性

刑法上所有的不法構成要件，都是規定在分則而非總則篇中，例如殺人罪的「殺人者」（§271 I）、遺棄罪的「遺棄無自救力之人者」（§293 I）、強制罪的「以強暴、脅迫使人無義務之事或妨害人行使權利者」（§302 I）、公然侮辱罪的「公然侮辱人者」（§309）等規定。因此，在判斷行為是否具有構成要件該當性的時候，務必要從分則各罪的規定出發來分析。在此，許多學習者有個錯誤觀念，即誤以為總則與分則是脫節的兩回事，甚至在考試作答時，寫上某甲構成不作為犯，某乙論以教唆犯，卻未提行為人所犯分則罪名的錯誤答案。事實上，沒有刑

²⁰ 參閱林山田：通論上冊，259頁以下。

法總則的「分則」是可想像的²¹，但沒有分則而只存在「總則」的刑法是根本無法想像的。

不過，上述各罪構成要件的概念，例如何謂「強暴」或「脅迫」？何謂「公然」？何謂「侮辱」等等？並非刑法總則編的構成要件理論的討論重點。

總則編所要討論的，乃是各種犯罪行為共通的構成要件問題。譬如說，分則大多數的犯罪都是結果犯，則在構成要件的單元裡，學習者要瞭解結果犯的結果與行為間的因果關係與客觀歸責問題（尤其在過失犯）；又如分則所規定的絕大多數犯罪是故意犯，那麼故意究竟是甚麼？故意有哪些形態？其與意圖有何區別？又與過失的分界如何拿捏？亦成為總則編的重要課題。

並且，占刑法大多數的故意犯的構成要件該當性問題（包含作為、不作為與相關未遂問題），可分別從客觀不法構成要件與主觀不法構成要件來加以討論。

例如：各種犯罪的行為與行為結果（殺人罪的殺人行為與死亡結果），就是客觀不法構成要件的問題；故意（殺人罪的殺人故意）則是主觀不法構成要件的問題。

²¹ 歷史上，漢高祖劉邦入咸陽，與百姓約法三章「殺人者死，傷人及盜抵罪」，就是只有各罪，而無總則。

三、違法性

行為人的行為實現構成要件，例如出於殺害故意而將他人殺害，原則上就是違法的。然而，若存有阻卻違法事由的情況，則行為的違法性即被排除，以致不成立犯罪。例如符合正當防衛要件的殺人行為，並非違法。

在違法性的單元中，學習者必須瞭解個別阻卻違法事由的內容與要件，例如正當防衛（§23）、緊急避難（§24 I）、業務上正當行為（§22）、依上級公務員命令的職務行為（§21 II）、承諾與推測承諾等，以判斷個案中的阻卻違法事由是否成立。

此外，阻卻違法的承諾與阻卻構成要件的同意的概念區別，亦屬讀者必須留意的問題。

四、罪 責

犯罪的成立，不以行為具有構成要件該當性與違法性為已足，也就是行為人還必須對其所為的違法行為具有罪責，行為才能在刑法上被評價為犯罪。

如同違法性的判斷一般，對罪責的判斷原則上並非採取正面肯定的判斷方式，而是判斷所謂的阻卻罪責事由、免除罪責事由與減輕罪責事由。

阻卻罪責事由，包括：無責任能力（如§19 I）、不可