

## 第二章

# 刑法的論罪結構

構成要件是經驗累積的產物，能夠被編寫成犯罪構成要件之所作所為，必然都是最典型的不法，也可以說只要是身為人類都無法忍受的犯行。例如英美法中所謂的「重罪」，包括謀殺、強制性交、強盜、夜間侵入住宅、惡意傷害、放火等等，都是毫無疑問的處罰典型，其中最無爭議的就是殺人罪。構成要件該當性有客觀與主觀之別，以殺人罪為例，立法者經驗上所設想的殺人係「出於殺人故意而殺死他人之行爲」，亦即客觀與主觀皆完全該當之情形，學理上將客觀該當稱爲「既遂」，至於主觀該當則稱爲「故意」，「故意+既遂」是立法者最想掌握的處罰原則。若客觀構成要件未該當是「非既遂（≠未遂）」，主觀構成要件未該當是「非故意（≠過失）」，非既遂與非故意都不足以建構行爲的可罰性，若要想例外地擴張處罰，除要有法律的明示處罰規定外（罪刑法定原則），還必須滿足其他犯罪成立要件。



### 案例2-1

甲手持西瓜刀，耍了一套西瓜刀法想要砍死乙，不料乙施展凌波微步閃過。

#### ◀問題導引▶

甲客觀上並未殺死乙，客觀構成要件未該當，並非處罰原則。若要例外處罰，除要有法律的明示處罰依據外（§ 25 II → § 271 II），還必須滿足其他的犯罪成立要件（客觀上有著手+主觀上有故意）而論以未遂犯。



## • 案例2-2 •

甲手持西瓜刀，想要練練生疏已久的西瓜刀法，不料乙施展凌波微步路過時竟中刀死亡。

## ◀ 問題導引 ▶

甲主觀上並未想殺死乙，主觀構成要件未該當，非是處罰原則。若要例外處罰，除要有法律的明示處罰規定外（§ 12 II → § 276 I），還必須滿足其他的犯罪成立要件（客觀上達既遂+主觀上有預見可能性）而論以過失犯。



## 解題提示

千萬別直覺地認為「客觀構成要件未完全該當即為未遂」，或「主觀構成要件未完全該當就是過失」，這是非常嚴重的錯誤觀念，將導致未遂犯中漏未審查「著手」，過失犯中忽略「預見可能性」，若因此建構可罰性，將嚴重背離罪刑法定原則。我們也可以在法條中找到邏輯上的依據。例如§ 12 I 規定：「行為非出於故意或過失者，不罰。」若肯定「非故意=過失」的話，那根本不存在「行為非出於故意或過失（=無過失）」的情況了。一個簡單的小概念，其實隱藏了許多既基本卻又常常被忽略的重要理念，學習法律的人不可不慎！

至於違法性以及罪責階層，都是反面找尋有無阻卻違法事由或阻卻罪責事由，雖然刑法對這些事由有提供例示，但並不以此為限。要注意的是，各種阻卻事由中尚有某些特殊情況是無法發生推翻效力而必須接受刑法處罰的，這些例外情形如：



## • 案例2-3 •

甲為知名大學法律系學生，深知刑法上有所謂「正當防衛」之權利，遂心生一計，想要藉機修理情敵乙。某日甲在學校走廊上堵乙，並用盡各種言語嘲諷，當乙怒不可抑而準備朝甲飽以老拳之際，甲順手拿起傘桶

內的雨傘朝乙猛擊，造成乙身體多處瘀傷。甲主張正當防衛而不成立犯罪，試問有無理由？

#### ◀問題導引▶

甲該當傷害罪的構成要件（§ 277），違法性部分，甲客觀上面臨現在不法之侵害而反擊，主觀上出於防衛意思，看似可依正當防衛阻卻違法。惟甲有「利用正當防衛來侵害乙之意圖」在先，此種「意圖式挑唆防衛」乃權利濫用，例外無法阻卻違法。先前曾經提過的【櫻桃案】以及【輸血案】，也是阻卻違法的例外。



#### ● 案例2-4 ●

甲想殺乙已久，但苦於乙身形高大而沒有勇氣下手。某日甲吃了秤砣鐵了心，將自己灌醉後果真勇氣大增，於無責任能力的狀態下殺死乙。

#### ◀問題導引▶

甲該當殺人罪的構成要件，且無任何阻卻違法事由，甲殺人時欠缺責任能力，看似阻卻罪責。惟甲「故意自陷無責任能力狀態」在先，此種「原因自由行為（§ 19 III）」例外無法阻卻罪責。

綜上所述，我們可以這麼說：刑法的處罰原則係（無法阻卻違法與阻卻罪責下）故意的、既遂的犯罪，簡稱**故意既遂犯**。所有分則條文的設計都是以故意既遂犯為藍本。至於刑法的處罰例外有**未遂犯**（§ 25 II）與**過失犯**（§ 12 II），正因為是處罰例外，其可罰性必須有法律的明文宣示。比如說殺人罪有處罰未遂犯（§ 271 II）與過失犯（§ 276 I）的規定，然而傷害罪僅處罰過失犯（§ 284 I），竊盜罪僅處罰未遂犯（§ 320 III）。至於違法性與罪責層次，也有雖符合阻卻事由卻不得主張之特殊例外，諸如違法性階層中的明知命令違法（§ 21 II）、特別義務關係（§ 24 II）、意圖式挑唆防衛、利益絕對失衡、違反人性尊嚴，以及罪責階層中的原因自由行為（§ 19 III）。

最後要補充的是，犯罪成立後還可能因刑事政策上的理由而阻卻刑罰發動，學理上稱為**其他刑罰要件**，客觀處罰條件、（自始性的）個人排除或減

免刑罰事由、(嗣後性的)個人解除或減免刑罰事由均屬之。我們可以用下圖表達犯罪的基本審查流程。

### 基本論罪流程

行為	刑法意義之行為？	
	確認功能：確認所欲討論的行為	
	過濾功能：排除非刑法意義之行為	
TB	分類功能：作為、純正不作為、不純正不作為 (§ 15)	
	法益侵害形式為何？	
	原則 故意既遂犯 (§ 13)	例外 未遂犯 (§ 25) 過失 (§ 12、§ 14、§ 17)
R	有無阻卻違法事由？	
	可以阻卻違法 (§ 21~§ 24)	不能阻卻違法 (§ 21 II、§ 24 II、其他法理)
S	有無阻卻罪責事由？	
	可以阻卻罪責 (§ 16、§ 18~§ 20、§ 23但、§ 24 I但)	不能阻卻罪責 (§ 16、§ 19 III、其他法理)
其他	有無其他刑罰要件？	
	可以阻卻刑罰 (§ 26、§ 27、客觀處罰條件)	不能阻卻刑罰
↓	結論	
	成立○○犯罪的	故意既遂犯
		未遂犯
		過失犯