

刑法案例解析方法論

蔡聖偉

2017年2月二版

國家圖書館出版品預行編目資料

刑法案例解析方法論／蔡聖偉著．-- 二版．

-- 臺北市：元照，2017.02

面：公分

ISBN 978-986-255-875-1（平裝）

1.刑法 2.個案研究

585

105025297

刑法案例解析方法論

5C175PB

作 者 蔡聖偉

出版者 元照出版有限公司

100 臺北市館前路 18 號 5 樓

網 址 www.angle.com.tw

定 價 新臺幣 450 元

專 線 (02)2375-6688

傳 真 (02)2331-8496

郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

出版年月 2014 年 9 月 初版第 1 刷

2017 年 2 月 二版第 1 刷

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-986-255-875-1

本書簡介

這是一本犯罪審查體系的完整版使用手冊，主要任務就是解說如何進行完整的犯罪審查，以及怎樣把刑法課堂上所學到的抽象知識，合乎犯罪階層體系地運用在具體案例中。打個比方，就是要教導初學者怎麼蹲好刑法的馬步、如何打出刑法拳術的完整套路。儘管武林大會上不會有蹲馬步這項競賽，但這不表示初學者不需要學會並熟練這些基本功。此外，本書也同時整理了法律適用的基本觀念與一般性原則，適合作為法學院新生入門的基礎參考讀物。

作者簡介

蔡聖偉，1969年出生於台北，輔仁大學法律學系、法律學研究所碩士班畢業，臺灣大學法律學研究所博士班肄業，律師高考及格，通過教育部公費留學考試後，於2000年赴德國進修，進入福萊堡(Freiburg)大學法學院攻讀刑事法，2005年以「論構成要件選擇要素於刑法上的問題－兼論刑法上的構成要件要素理論」為題，完成論文取得法學博士學位。2010年榮獲德國宏博基金會(Humboldt-Stiftung)贊助，再度赴德研究進修一年。

作者曾任教於東吳大學法律學院(2005年8月至2012年7月)，現為臺北大學法律學院專任教授，曾參與國家考試的命題及閱卷工作。迄今已出版的學術性專書(單獨作者)計有：《Zur Problematik der Tatbestandsalternativen im Strafrecht》(2006年)、《刑法問題研究(一)》(2008年)及《刑法問題研究(二)》(2013年)，教學輔助用書則有《刑法案例解析方法論》(第1版，2014年)，另譯有《法學思維小學堂》(Puppe原著，2010年)一書。

二版序

本書初版問世迄今已兩年，本次改版除了更新了參考資料以及更正前版的錯漏外，也增添、修改了部分內容。為了避免厚重的外觀形成閱讀學習的無形壓力，本次改版也微調了版面，希望能在不影響閱讀舒適性的前提下，既讓本書內容更加充實，又還能維持不厚重的外觀。

此次改版要感謝臺北大學法律學研究所刑事法組鄭婷文、王宜璇、許金柱和法律學系傅可晴等同學的細心校對與諸多寶貴建議，以及元照出版公司在出版、行銷事務方面的協助。

蔡聖偉

2017年1月11日，新店

前言

法律學是門應用科學，讓學生練就正確運用實定法的功夫，自然就成為法律系的主要教學目標之一。在司法實務工作中所遇到的問題，都是以實例的形式出現，因此，無論是法官、檢察官、律師還是其他的法務從業人員，都必須能夠將抽象的法律合乎事理邏輯地應用到具體案件。法學教育中的實例解析練習，就是在培養這種法律實務工作者所必須具備的能力。

德國刑法學界為了提高法律適用的可預測性（法安定性），發展出一套精巧細緻的犯罪審查體系，堪稱德國法學界最重要的出口品項之一。法律適用者透過這個審查體系，盡可能地公開每個步驟的心證，便於他人理解並接受自己的判斷結果，提昇審查結論的說服力。目前通說所使用的體系，累積了前人超過百年的思想結晶，複雜程度自不在話下，初學者當然要經常演練才能上手。德國法學院的教學相當重視此點，所以在一般的理論性課程外，都會搭配每週數次的案例練習。相較之下，台灣法律系學生這方面的練習機會就明顯少很多。筆者自從 2005 年回國任教以來，經常遇到有同學把各種抽象理論背的滾瓜爛熟，卻不知道如何將這些知識合乎犯罪審查體系地運用在具體案例中。這些觀察心得，促成了撰寫這本書的動機。從開始構思動筆，寫到自己覺得可以出版的程度，竟也過了七、八個年頭。雖然遠超過原本預計的時程，但細活總是需要慢工琢磨，而且這段時間所累積的教學及閱卷經歷，也讓內容更加本土化。往回看，這些時間際遇對

本書都有獨自的意義，就像那句德國人常說的諺語，alles hat seine Zeit，凡事皆有其定時。

簡單地說，這本書就是德國犯罪審查體系的完整版使用手冊，重點在於犯罪理論的技術應用面。但是在練習應用技術之前，還是必須對於相關犯罪理論的實質內容具有一定程度的理解，所以在每個單元中，都會先用簡短篇幅介紹基礎知識，幫助讀者理解這些技術操作規則背後的實質考量。學會技術規則後，當然還需要實際的操演練習。本書於第六講設有不同犯罪類型的案例解析示範，建議讀者在看完每個單元的抽象規則後，隨即對照參考該講中相關案例的應用示範。至於本書各章節中所列出的常見錯誤，則是整理自筆者歷年來在東吳大學、臺北大學以及國家考試的閱卷經驗，應該也有一定程度的防錯功能。

在此還要特別感謝陳奕廷律師和阮玉婷律師的細心校對以及提供的諸多寶貴意見，讓本書的錯漏能再少一些。另外，也要感謝元照出版公司萬總經理和紀副總在本書出版事務上的支持與協助。

最後，謹以本書獻給我親愛的家人。

蔡聖偉

2014年8月20日，新店

講 細

【第一講】法律人的養成及考試

【第二講】案例解析方法指引

【第三講】犯罪審查體系概說

【第四講】各種犯罪類型的審查架構

【第五講】錯誤與競合問題的處理

【第六講】案例演練

詳目

主要參考文獻縮語表	XI
-----------------	----

【第一講】法律人的養成及考試

壹、本書定位：基本功教學	3
貳、法律人的學習目標與考試制度	6
一、考試目的為何？	6
二、台灣刑法教學的演進	9

【第二講】案例解析方法指引

壹、案例審查者的任務	15
貳、鑑定模式 vs. 判決模式	18
參、法律適用的一般原則	20
一、法律語言的精準要求	20
二、法律適用與邏輯三段論法	23
三、涵攝	26
(一) 概說	26
(二) 透過局部定義簡化陳述內容	30
(三) 避免循環定義	32
四、法律爭點的處理	33
(一) 拆開事實包裝紙	33

(二) 如何決定應否處理某個法律爭點？	34
(三) 正確的處理位置	37
(四) 處理的程度	38
五、事實不明的處理：罪疑唯輕原則	42
(一) 事實不明的意義	43
(二) 裁判規則的選定	43
(三) 法律效果	45
(四) 概念釐清	46
肆、處理刑法實例題的特殊原則	49
一、我國刑法典的適用準則	49
二、以個別犯罪參與者的人別作為單位	50
三、標題的寫法	52
(一) 特定審查對象：哪個行為？	52
(二) 確定審查標準：哪個犯罪構成要件？	54
四、個別罪名間的先後適用順序	56
五、犯罪審查架構：三階 or 二階？	59
六、小結	61

【第三講】犯罪審查體系概說

壹、審查清單的功能	65
貳、體系演進的回顧與展望	68
參、三階層犯罪審查體系的基本架構	70
肆、不法與罪責的區分實益	73
伍、犯罪審查流程圖	75

【第四講】各種犯罪類型的審查架構

壹、故意作為既遂犯	81	(四) 審查方式：先客觀後主觀	115
一、前審查階層：行為	81	四、罪責	117
(一) 理論演進史	81	(一) 原則：反面審查模式	117
(二) 概念釐清：行為能力 vs. 責任能力	83	(二) 故意罪責？	119
二、構成要件該當性	85	(三) 特殊罪責要素	123
(一) 概說	85	1. 概說	123
1. 犯罪構成要件 vs. 犯罪構成事實	85	2. 審查位置及其影響	125
2. 先客觀後主觀	88	3. 適用的規則	127
3. 避免與案例事實無關的敘述	88	(四) 所謂「原因自由行為」的問題	128
(二) 客觀構成要件該當性的審查	90	1. 概說	128
1. 「客觀」構成要件要素？	90	2. 審查方式	131
2. 各個要素之間的先後審查順序？	91	五、客觀可罰性條件	132
3. 構成要件選擇要素	94	(一) 概說	132
4. 常見錯誤	96	(二) 審查位置	134
(三) 主觀構成要件該當性的審查	99	六、限制刑罰事由	136
1. 構成要件故意與特殊主觀不法要素	99	(一) 阻卻刑罰事由	137
2. 認知部分	100	(二) 減免刑罰事由	138
3. 意欲部分	102	七、審查流程簡表	140
(四) 故意既遂之歸責（對應關係）	103	貳、未遂犯	146
1. 並非確認有無故意	103	一、未遂理論的意義	146
2. 額外的審查階層	104	二、現行法的設計	147
3. 可避免誤解	107	三、所謂的「前審查階層」	148
三、違法性	108	(一) 犯行未既遂	148
(一) 原則：反面審查模式	108	(二) 未遂犯之處罰明文（未遂之可罰性）	152
(二) 尋找阻卻違法事由	112	四、構成要件該當性	154
(三) 阻卻違法事由間的審查順序	113	(一) 審查起點：主觀構成要件該當性	154

(二) 著手實行	155	(一) 從屬要求的鬆綁	196
(三) 其他的要求?	157	(二) 適用標準的爭議	198
1. 現實危險?	157	(三) 處理位置	200
2. 構成事實欠缺理論?	158	審查架構表	203
(四) 常見錯誤	160	肆、過失犯	207
五、違法性與罪責	161	一、概念釐清	207
六、限制刑罰事由	163	(一) 有認識過失與無認識過失的區分	207
(一) 阻卻刑罰事由: 刑法第 26 條	163	(二) 過失犯不限於結果犯	208
1. 規範意旨	163	二、理論史簡介	209
2. 法律效果及審查位置	164	(一) 傳統理論的發展軸線	209
3. 適用判準之爭	165	(二) 客觀歸責理論興起的影響	213
4. 不能未遂的分類及反面構成要件錯誤的屬性	167	(三) 傳統過失要件與客觀歸責理論的相認	215
(二) 減免刑罰事由: 刑法第 27 條	168	三、過失作為犯的審查架構	217
審查架構表	171	(一) 前審查: 非出於故意 (補充條款)	217
參、正犯與共犯	177	(二) 兩種審查模式	219
一、犯罪參與體系: 區分制度	177	(三) 違法性	221
二、正犯與共犯的區分爭議	178	(四) 罪責	223
三、參與者間審查順序的安排	181	四、結果加重犯的審查	225
四、正犯	183	(一) 概說	225
(一) 概說	183	(二) 審查模式及內容	229
(二) 間接正犯	185	伍、不作為犯	232
(三) 共同正犯	186	一、純正不作為犯與不純正不作為犯	232
五、共犯	189	二、不純正不作為犯的犯罪結構	233
(一) 共犯理論 (共犯的處罰根據)	189	(一) 前審查: 不作為	233
(二) 共犯從屬性	190	(二) 不法構成要件	235
(三) 審查架構	193	1. 客觀構成要件要素	235
六、刑法第 31 條的適用	196		

2. 主觀構成要件要素	237
(三) 違法性	238
(四) 罪責	239
審查架構表	241
【第五講】錯誤與競合問題的處理	
壹、錯誤問題的處理	247
一、鳥瞰錯誤理論	247
二、關於構成要件該當事實的錯誤	249
(一) 阻卻構成要件故意的事實錯誤	249
(二) 阻卻故意既遂歸責的事實錯誤	250
(三) 因果歷程偏離	253
(四) 附論：「所知·所犯」規則	256
三、關於阻卻違法事實的錯誤（容許構成要件錯誤）	258
(一) 概念界定	258
(二) 兩個先決問題	260
(三) 處理位置	262
(四) 反面容許構成要件錯誤	266
四、剩餘的事實錯誤類型	267
五、關於行為違法屬性的錯誤（禁止錯誤）	268
貳、競合關係的處理	271
一、概說	271
(一) 基本理念與現行法架構	271
(二) 競合論 vs. 罪數論？	273
二、行為單數 vs. 行為複數	274

三、真正競合 vs. 不真正競合	277
(一) 區分的意義	277
(二) 區分的標準	279
四、不真正競合（含單一之構成要件實現）	282
(一) 法條競合	282
(二) 單一之構成要件實現（單純一罪與包括一罪）	285
五、審查技術提示	287
(一) 處理位置	287
(二) 提前處理競合問題的可能性	288
(三) 審查順序	291
(四) 爭議問題的處理	292

【第六講】案例演練

雙重接 / 301

重點：① 罪疑唯輕原則的作用方式、② 因果關係與風險實現的判斷、③ 介入第三人故意犯行的歸責問題

在劫難逃 / 306

重點：① 風險實現關聯的判斷、② 殺人故意與傷害故意的關係、③ 加重未遂的競合關係

無毒有嘔 / 311

重點：① 未遂犯的審查架構及要件（尤其是著手實行）、② 刑法第 26、27 條在犯罪審查體系中的處理位置、順序及其適用要件

醉無可赦 / 319

重點：原因自由行為案型的審查架構示範

剝頸之教 / 323

重點：① 複數犯罪參與者的實例審查架構（各參與者之間審查順序的安排、正共犯認定爭議的處理位置）、② 共犯的構成要件要素、③ 幫助行為之因果關係爭議

錯上加錯 / 330

重點：① 過失犯的一般審查架構示範、② 業務過失的審查方式與爭議、③ 不純正不作為犯的審查架構示範

血上加雙 / 338

重點：① 競合爭議的處理示範、② 具「方法・目的」關聯之罪名間的競合問題、③ 繼續行為的「夾結作用」

主要參考文獻縮語表*

一、中文書籍

- 川端 博（余振華譯）· 刑法總論二十五講· 1999年；簡稱：二十五講。
 王皇玉：刑法總則· 2版· 2016年；簡稱：總則。
 王澤鑑：法律思維與民法實例· 2006年；簡稱：法律思維。
 甘添貴：刑法之重要理念· 1996年；簡稱：理念。
 甘添貴：刑法案例解評· 1999年；簡稱：案例。
 甘添貴：罪數理論之研究· 2006年；簡稱：罪數。
 甘添貴，刑法各論（上）· 3版· 2013年；簡稱：各論（上）。
 甘添貴，刑法各論（下）· 2版· 2013年；簡稱：各論（下）。
 甘添貴、謝庭晃：捷徑刑法總論· 2版· 2006年；簡稱：總論。
 甘添貴等合著：刑法七十年之回顧與展望紀念論文集（一）· 2001年；簡稱：刑法七十年（一）。
 余振華：刑法總論· 2版· 2013年；簡稱：總論。
 林山田：刑法各罪論（上）· 5版· 2005年；簡稱：各罪論（上）。
 林山田：刑法各罪論（下）· 5版· 2005年；簡稱：各罪論（下）。
 林山田：刑法通論（上）· 10版· 2008年；簡稱：通論（上）。
 林山田：刑法通論（下）· 10版· 2008年；簡稱：通論（下）。
 林東茂：一個知識論上的刑法學思考· 3版· 2007年；簡稱：思考。
 林東茂：刑法綜覽· 8版· 2015年；簡稱：綜覽。
 林書楷：刑法總則· 3版· 2016年；簡稱：總則。
 林鈺雄：刑事程序與國際人權· 2007年；簡稱：人權。
 林鈺雄：新刑法總則· 5版· 2016年；簡稱：總則。

* 以下僅列出本書的主要參考書籍及其簡寫方式（排列依照作者姓氏筆劃或拉丁字母順），單篇期刊論文則均不列出。

邱忠義：刑法通則新論，3版，2015年；簡稱：通則。

吳耀宗：犯罪與法之抗制（一），2000年；簡稱：犯罪_(一)。

柯耀程：變動中的刑法思想，2001年；簡稱：刑法思想。

柯耀程：刑法總論釋義—修正法篇（上），2005年；簡稱：釋義_(上)。

柯耀程：刑法總論釋義—修正法篇（下），2005年；簡稱：釋義_(下)。

柯耀程：通識刑法，2007年；簡稱：通識。

柯耀程：刑法構成要件解析，2010年；簡稱：構成要件。

柯耀程：刑法總則，2014年；簡稱：總則。

許玉秀：主觀與客觀之間，1997年；簡稱：主觀。

許玉秀：刑法的問題與對策，1999年；簡稱：問題。

許玉秀：犯罪階層體系及其方法論，2000年；簡稱：犯罪階層。

許澤天：刑總要論，2009年；簡稱：刑總。

陳子平：共犯處罰根據論，1992年；簡稱：共犯。

陳子平：刑法總論，3版，2015年；簡稱：總論。

陳志龍：人性尊嚴與刑法體系入門，2版，1998年；簡稱：刑法體系。

陳樸生：實用刑法，重訂版，1992年；簡稱：刑法。

黃東熊：刑法概要，1998年；簡稱：概要。

黃常仁：刑法總論，3版，2009年；簡稱：總論。

黃惠婷：刑法案例研習（一），2006年；簡稱：案例_(一)。

黃惠婷：刑法案例研習（二），2008年；簡稱：案例_(二)。

黃惠婷：刑法案例研習（三），2011年；簡稱：案例_(三)。

黃榮堅：刑法問題與利益思考，1995年；簡稱：問題。

黃榮堅：刑罰的極限，1999年；簡稱：刑罰。

黃榮堅：基礎刑法學（上），4版，2012年；簡稱：基礎_(上)。

黃榮堅：基礎刑法學（下），4版，2012年；簡稱：基礎_(下)。

黃翰義：案例刑法講義，2012年；簡稱：案例。

曾淑瑜：刑法總則爭點精解，2014年；簡稱：爭點。

張麗卿：刑法總則理論與運用，5版，2013年；簡稱：總則。

靳宗立：刑法之傳承與變革，2007年；簡稱：傳承。

靳宗立：刑法總論 I，2010年；簡稱：總論 I。

靳宗立：刑法總論 II，2011年；簡稱：總論 II。

廖正豪：過失犯論，1993年；簡稱：過失犯。

劉幸義：法律概念與體系結構，2015年11月；簡稱：法律概念。

劉幸義：法律推論與解釋，2015年11月；簡稱：法律推論。

褚劍鴻：刑法總則論，9版，1992年；簡稱：總則。

褚劍鴻：刑法分則釋論（上），4版，2004年；簡稱：分則_(上)。

褚劍鴻：刑法分則釋論（下），4版，2004年；簡稱：分則_(下)。

鄭逸哲：法學三段論法下的刑法與刑法基本句型（一），3版，2005年；簡稱：基本句型_(一)。

蔡聖偉：刑法問題研究（一），2008年；簡稱：研究_(一)。

蔡聖偉：刑法問題研究（二），2013年；簡稱：研究_(二)。

蔡墩銘：刑法精義，2版，2005年；簡稱：精義。

蔡墩銘：刑法總論，10版，2013年；簡稱：總論。

蔡墩銘：刑法各論，6版，2008年；簡稱：各論。

蘇俊雄：刑法推理方法及案例研究，3版，1989年；簡稱：刑法推理。

蘇俊雄：刑法總論 II，1998年；簡稱：總論 II。

盧映潔：刑法分則新論，10版，2015年；簡稱：分則。

韓忠謨：刑法原理，15版，1982年；簡稱：原理。

韓忠謨：刑法各論，7版，1982年；簡稱：各論。

Ingeborg Puppe (蔡聖偉譯)：法學思維小學堂，2010年；簡稱：小學堂。

二、中文期刊縮語

月旦法學教室（月旦法教）；月旦法學雜誌（月旦法雜）；月旦裁判時報（月旦裁判）；月旦刑事法評論（月旦刑論）、中研院法學期刊（中研法

學)；台灣本土法學雜誌(本土法學)；台灣法學雜誌(台灣法學)；刑事法雜誌(刑誌)；法令月刊(法令)；法學講座(講座)；法學論叢(法叢)；軍法專刊(軍專)。

各大學法學院所出版的法律學報，則均統一簡稱為「○○法學」。例如：北大法學(臺北大學法學論叢)、東吳法學(東吳大學法律學報)、台大法學(臺灣大學法學論叢)、政大法學(政治大學法學評論)等。

三、德文書籍

Alexy, Robert: Theorie der juristischen Argumentation, 1991; 簡稱: Argumentation。

Arzt, Gunther: Die Strafrechtsklausur, 6. Aufl., 2000; 簡稱: Strafrechtsklausur。

Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl., 2003; 簡稱: AT。

Beulke, Werner: Klausurenkurs im Strafrecht III, 2004; 簡稱: Klausurenkurs III。

Beulke, Werner: Klausurenkurs im Strafrecht I, 3. Aufl., 2005; 簡稱: Klausurenkurs I。

Bockelmann, Paul/Volk, Klaus: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 1987; 簡稱: AT。

Bringewat, Peter: Grundbegriffe des Strafrechts, 2003; 簡稱: Grundbegriffe。

Ebert, Udo: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2001; 簡稱: AT。

Engisch, Karl: Einführung in das juristische Denken, 1997; 簡稱: Einführung。

Fahl, Christian/Winkler, Klaus: Definitionen und Schemata Strafrecht, 5. Aufl., 2013; 簡稱: Definitionen。

Freund, Georg: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 2009; 簡稱: AT。

Frister, Helmut: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2013; 簡稱: AT。

Frisch, Wolfgang: Vorsatz und Risiko, 1983; 簡稱: Vorsatz。

Frisch, Wolfgang: Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988; 簡稱: Tatbestandsmäßiges Verhalten。

Gropp, Walter: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2005; 簡稱: AT。

Gropp, Walter/Küpper, Georg/Mitsch, Wolfgang: Fallsammlung zum Strafrecht, 2003; 簡稱: Fallsammlung。

Haft, Fritjof: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 2004; 簡稱: AT。

Heinrich, Bernd: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2012; 簡稱: AT。

v. Heintschel-Heinegg, Bernd: Prüfungstraining Strafrecht, Band 1: Methodik der Fallbearbeitung, 1992; 簡稱: Prüfungstraining 1。

Hillenkamp, Thomas: 32 Probleme aus dem Strafrecht AT, 11. Aufl., 2003; 簡稱: Probleme。

Hilgendorf, Eric: Fallsammlung zum Strafrecht, 5. Aufl., 2008; 簡稱: Fallsammlung。

Hilgendorf, Eric: Fälle zum Strafrecht für Anfänger, Klausurenkurs I, 2011; 簡稱: Klausurenkurs I。

Hoyer, Andreas: Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 1996; 簡稱: AT/1。

Jakobs, Günther: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991; 簡稱: AT。

Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996; 簡稱: Lb。

Joerden, Jan C: Logik im Recht, 2. Aufl., 2005; 簡稱: Logik。

Kienapfel, Diethelm: Strafrechtsfälle, 9. Aufl., 1989; 簡稱: Strafrechtsfälle。

Kindhäuser, Urs: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2011; 簡稱: AT。

Kindhäuser, Urs: Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 5. Aufl., 2013; 簡稱: LPK-StGB。

Kindhäuser, Urs/Schumann, Kay H./Lubig, Sebastian: Klausurtraining Strafrecht, Fälle und Lösungen, 2011; 簡稱: Klausurtraining。

Klug, Ulrich: Juristische Logik, 4. Aufl., 1982; 簡稱: Logik。

Krahl, Matthias: Tatbestand und Rechtsfolge, 1999; 簡稱: Tatbestand。

- Krey, Volker/Esser, Robert: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2012 ; 簡稱 : AT °
- Kühl, Kristian: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2012 ; 簡稱 : AT °
- Lagodny, Otto: Gesetzestexte suchen, verstehen und in der Klausur anwenden, Berlin/Heidelberg 2008 ; 簡稱 : Gesetzestexte °
- Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, hrsg. v. H. H. Jescheck, W. Ruß und G. Willms, 12. Aufl., 2006 ; 簡稱 : LK-StGB °
- Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: Hrsg. v. W. Joecks und K. Miebach, 2003 ; 簡稱 : MK-StGB °
- Murmann, Uwe: Grundkurs Strafrecht, 2. Aufl., 2013 ; 簡稱 : Grundkurs °
- Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch: Neumann/Puppe/Schild (Gesamt-redaktion), 3. Aufl., 2010 ; 簡稱 : NK-StGB °
- Otto, Harro: Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl., 2004 ; 簡稱 : AT °
- Otto, Harro/Bosch, Nikolaus: Übungen im Strafrecht, 7. Aufl., 2010 ; 簡稱 : Übungen °
- Puppe, Ingeborg: Vorsatz und Zurechnung, 1992 ; 簡稱 : Vorsatz °
- Puppe, Ingeborg: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 2011 ; 簡稱 : AT °
- Rengier, Rudolf: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2012 ; 簡稱 : AT °
- Rotsch, Thomas: Strafrechtliche Klausurenlehre, 2013 ; 簡稱 : Klausurenlehre °
- Roxin, Claus: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band 2, 2003 ; 簡稱 : AT/2 °
- Roxin, Claus: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band 1, 4. Aufl., 2006 ; 簡稱 : AT/1 °
- Roxin, Claus/Schünemann, Bernd/Haffke, Bernhard: Strafrechtliche Klausurenlehre mit Fallrepetitorium, 4. Aufl., 1982 ; 簡稱 : Klausurenlehre °
- Rüthers, Bernd: Rechtstheorie, 2. Aufl., 2005 ; 簡稱 : Rechtstheorie °
- Samson, Erich: Strafrecht I, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 1988 ; 簡稱 : Strafrecht I °
- Schneider, Egon/Schnapp, Friedrich E.: Logik für Juristen, 2006 ; 簡稱 : Logik °
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst: Strafgesetzbuch, Kommentar, bearb. v. Lenckner, Cramer, Eser, Stree, Heine, Perron und Sternberg-Lieben, 28. Aufl., 2010 ; 簡稱 : StGB °
- Scholz, Christian/Wohlers, Wolfgang: Klausuren und Hausarbeiten im Strafrecht, 1999 ; 簡稱 : Klausuren °
- Steinberg, Georg: Angewandte juristische Methodenlehre für Anfänger, 2006 ; 簡稱 : Methodenlehre °
- Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch: bearb. v. Rudolphi, Horn, Samson, Günther, Hoyer und Wolters, 2010 ; 簡稱 : SK-StGB °
- Tiedemann, Klaus: Die Anfängerübung im Strafrecht, 3. Aufl., 1997 ; 簡稱 : Anfängerübung °
- Tsai, Sheng-wei: Zur Problematik der Tatbestandsalternativen im Strafrecht, 2006 ; 簡稱 : Tatbestandsalternativen °
- Valerius, Brian: Einführung in den Gutachtenstil, 2009 ; 簡稱 : Gutachtenstil °
- Vogel, Juristische Methodik, 1998 ; 簡稱 : Methodik °
- Walter, Tonio: Kleine Stilkunde für Juristen, 2002 ; 簡稱 : Stilkunde °
- Walter, Tonio: Der Kern des Strafrechts, 2006 ; 簡稱 : Kern °
- Welzel, Hans: Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969 ; 簡稱 : Lb °
- Wessels, Johannes/Beulke, Werner: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 40. Aufl., 2010 ; 簡稱 : AT °
- Wessels, Johannes/Beulke, Werner/Satzger, Helmut: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 44. Aufl., 2014 ; 簡稱 : AT °
- Wessels, Johannes/Hettinger, Michael: Strafrecht, Besonderer Teil 1, 34. Aufl., 2010 ; 簡稱 : BT/1 °
- Zippelius, Reinhold: Juristische Methodenlehre, 11. Aufl., 2012 ; 簡稱 : Methodenlehre °
- Zopfs, Jan: Der Grundsatz „in dubio pro reo“, 1999 ; 簡稱 : Grundsatz °

四、德文期刊縮語

GA (Goldammer's Archiv für Strafrecht); JA (Juristische Arbeitsblätter); Jura (Juristische Ausbildung); JuS (Juristische Schulung); ZStW (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft)。

五、判決縮語

最高院 101 台上 4645 = 最高法院 101 年度台上字第 4645 號判決。
最高院 76 台上 192 例 = 最高法院 76 年度台上字第 192 號判例。
最高院 80 刑 4 議 = 最高法院 80 年度第 4 次刑事庭會議決議。

【第一講】

法律人的養成及考試

壹、本書定位：基本功教學

為了避免誤解，有必要在一開始先用些篇幅來說明這本書的定位，以及作者透過這本書所預期要達成的任務。可能很多人一看到書名《刑法案例解析方法論》，腦中就會浮現「考試用書」四個字。先且不論，如果考試制度的設計正確、能夠真實反映學習成效，那麼考試用書也就不必然是個貶義詞¹。至少可以先確定的是，如果考試的作答時間極為有限，要在兩、三個鐘頭內解答四、五道複雜的實例題（像是台灣的國家考試或是各校的研究所招生考試），那麼徹底遵循本書所介紹的每一個步驟來作答，下場一定很慘，因為時間絕對不夠用²。從這個角度來看，這本書當然就不會是一本考試用書。但如果馬上由此推斷本書對於各種法律考試完全沒有用處，則又太快。簡單的說，這本書是要告訴大家，怎樣把刑法課堂上所學到的抽象知識（體系架構、各個爭議）運用在實際的具體案例上，要介紹給各位的就是：如何完成一個「完整的」犯罪審查。打個比方，就像是要藉由這本書教導初學者如何蹲刑法馬步、如何打出完整套路等基本功。儘管武林大會上不會有蹲馬步這項競賽，但不代表初學者不需學會並時時勤練這項基本功。在法學院裡，尤其是初學刑總與刑分的低年級同學，都必須先從馬步基本功學起。如果修完刑法學分後，還不知道本書所提到的方

¹ 至於法律人的考試應該如何設計才算合理，當然就是取決於法學教育的目的設定。對此，在下文貳、將有更進一步的說明。

² 儘管筆者在課堂上一再反覆強調此點，也還是一直會有同學跑來抱怨說這套方法讓他們在國考中什麼重點都沒寫到就把時間用完，實在讓人感到非常無奈。根據筆者自身的國考閱卷經驗，的確看到不少考生把時間用在沒有爭議的形式細節上，而對重點爭議隻字未提，自然不可能拿到多高的分數。

法、原則，那麼就算他背了再多的理論也是枉然。在法釋義學的範疇，我們可以這麼說：無法被運用的知識就是無用的知識！

但在另一方面也必須要提醒大家，我們雖然不應該過分貶抑這些刑法上的馬步基本功，但也不能過分高估它。犯罪審查架構本身以及本書所介紹的案例解析指導原則並不是法源，而只是一種在方法上合目的、較為經濟的審查規則，應該用平常心來看待。其中的部分內容固然是出於事理邏輯，若有違背即屬錯誤；但有更多的規則是出於共識或審查經濟的考量，本身並沒有標榜絕對的正確性¹，換句話說，只是形式的方法，其任務在於讓法律適用者能夠較容易地正確適用法律，推導不出實質的事理內容，初學者必須先對此有所瞭解。

在時間極度有限的考試中，就必須如同律師回答當事人的提問或是像法官開庭審理案件、寫判決書一樣，都是實戰，必須把握時間直接切入重點。這就像是武林大會的比武過招，沒有人在這時候還從馬步蹲起，然後一招一式打完套路。所以，初學者在學會了怎樣進行完整的審查後，除非國考制度有重大變革²，不然下一步就是要學會時間的分配以及內容的取捨³。但不管取捨結果為何，應試者的腦袋中都必

¹ 僅參閱 Frister, AT, 7/6。

² 像是在德國法律人的第一階段國家考試中，每則實例題考五個鐘頭，一天考一則實例。有這樣的作答時間，才可能要求考生完整地解題。不過如此一來，考試的行政成本（出題、場地、監考、閱卷等）就會大幅提昇，在台灣不會受到執政者的重視與採納也不意外，因為這是一個無法立即看到成果的長期投資。

³ 坊間多數的刑法實例書籍，都是採取直接切入重點分析的方法，如蔡墩銘教授所撰寫的《刑法例題演習》、甘添貴教授的《刑法案例解評》等書，或者像是林東茂教授在《刑法綜覽》一書各章中的「案例與解題」單元。這些都是初學者學會基本功之後，可供參考的進階讀物，練習如何直接挑出重點。

須先有一份完整的草圖，才能決定取此捨彼。最後要再說明的是，一個步驟一個步驟進行的思考方式，在面對簡單的案例時，雖然較慢、較笨拙。但是在面對事實複雜的案例時，「笨方法」就立即顯現出它的可靠，可以讓法律適用者在面對龐雜的案例事實資訊時也不會慌了手腳，還能知道要怎樣跨出正確的第一步，並且也是最能擔保審查完整性的安全作法。與此相對，若是沒有學過這種基本思考套路的案例解析方法，就會把案例解析寫得像作文、社論一樣，每一篇都有不同的結構安排，自然就可能阻礙其結論與推論過程的可檢證性，進而降低了說服強度。事實上，先有一套固定的形式架構，也能為法律適用者省下思考如何安排段落的时间與精力，也有利於相互間的檢視與對話，提高法律適用結果的可預見性（法安定性）。

貳、法律人的學習目標與考試制度

一、考試目的為何？

學校裡舉行考試的最直接目的，就是用來確認學生的學習效果，進而決定成績的高低、是否授予學分。「考試用書」一詞，之所以會成為貶義詞，當然和考試制度的設計息息相關。詳言之，如果考試的試題都只是在追問一些死背強記的內容，那麼配合這種考題所撰寫的考試用書，自然也就只會整理一些純粹形式的記憶規則，而不具實質的意義¹。我國國家考試中的刑法科試題，早年多半偏重於理論爭點的默寫²

¹ 像是坊間關於語言學習的各種書籍，創造出許多強化記憶的聯想方式，諸如口訣、圖像或諧音等。語言學習，尤其是單字的背誦，經常沒有什麼道理可循，所以透過這些容易記憶的巧法來輔助背誦，也無可厚非。但也就是因為這些都只是輔助記憶的工具書，所以不會有什麼學術價值可言，而學術價值本來也就不會是這類書籍要追求的目標。

² 像是：關於「錯誤」之理論，過去向區分為「事實錯誤」、「法律錯誤」兩者，現時通說則以「構成事實之錯誤」與「違法性錯誤」相對立。試說明理論上何以有此轉變（1972年司法官特考）、預備犯、過失犯、舉動犯（行為犯）及實行犯（企行犯）有無未遂之型態（1995年律師高考）、何謂首謀？首謀與陰謀有和區別？試列舉刑法所規定處罰首謀之犯罪（1993年律師高考）、何謂共犯獨立性說，試說明之（1991年律師高考）、想像競合與法條競合有何不同，試說明之（1986年司法官特考；1988年，律師高考）、行為單數與行為複數之概念，是否等同於犯罪之單數與複數？試申論之（1997年律師高考）、試就法律競合與不罰之前行為、不罰之後行為三者間之關係予以闡明（1998年司法官特考）、未遂教唆與教唆未遂是否相同，其法律效果如何？（1998年律師高考）甚至在2000年後仍可見到申論題，例如：何謂共犯連帶性？並說明我國司法實務見解（2000年第二次司法官特考）、學說上有謂「共同正犯」不是「共犯」，請附理由說明其是否正確（2000年司法官特考）、罪責的意義是什麼？罪責原則有何功能？（2002年法制人員高考）、間接正犯有那些情形？試分析之（2002年檢察官/偵查實務組）、何謂罪責（亦

或是條文的背誦¹，而法律系學生對於這種題型也都相當地習慣，只要把唸過的學說或條文背出來就可以拿到不錯的分數，改題者也落得輕鬆方便，看似皆大歡喜。然而，這種題型其實測試不出考生的整體觀念是否正確，也無法辨識考生是否有能力正確適用法律，而只能看出考生的記憶力，因此向來被人詬病。這樣的考試方式，就會讓法學院的學習與日後的實務工作無法銜接。法律系學生最主要的學習目標之一，就是要學會法律的適用²，這也是未來司法實務的工作內容。法律實務界的各種工作，無論是法官、檢察官、律師或是各種法務人員，都必須要在具體案例中做出自己的決定。法學教育中刑法解題的練習，就是在訓練、培養這種從事法律實務工作所必須具備的能力，因為在法律實務工作上所遇到的問題，都只會以實際案例的形式出現。

稱有責性）？（2003年司法官特考）想像競合與法規競合（法條競合）有何異同？試申述之。（2013年法制人員高考）

¹ 像是：我國刑法規定有關洩漏秘密之種類有幾？並將其性質及內容擇要說明之（1974年司法官特考）、刑法第一百六十八條偽證罪之構成要件如何？試說明之（1994年律師高考）、試舉例說明我國刑法中有關刑罰加重減免之規定（1994年司法官特考）、試說明緩刑制度之種類及有關緩刑效果之立法例，並就我國之規定及適用狀況加以評述（1995年司法官特考）。

² 但另外同樣（甚至是更加）重要的，則是培養獨立的法學思維能力。就此而言，在國家考試中，出現語文（國文、英文）科目，實在是非常怪異。我國的各類考試向來被定位成檢測考生的「知識」（而非思考能力），所以科目多、內容廣是各類考試的共通特色。這樣的想法，也促成了司法考試考科不斷增加的現象。然而，大學法學院的任務是提供基礎的養成教育，法律人畢業並通過國考不應該是學習的結束，仍須不斷持續進修。基此，國家考試的任務就應該設定在確認考生是否已經具備獨立處理法律問題的能力，不應該（也不可能）期待考生在應考時就已經具備一切的法學知識。

對於法律人來說，包括法學教授、法官、檢察官及律師等職業，工作內容就是靠說理、論證來說服別人。如果法律適用者只講出自己依照感覺得到的結論，完全沒有公開自己的思維過程，那麼當他的結論異於別人時，就很難進行對話。法律適用者如果想得到反對者的理解與認同，就必須把自己的判斷過程盡可能詳細地說出來，比對看看到底是在哪些環節和他人有出入，這就是犯罪審查體系的任務。如果大家解案例時都是依循一定的犯罪審查架構一步步進行，那麼透過這樣方式所得出的結論，在說服他人的強度上當然就會明顯勝過直接公布「結論（答案）」的作法，這就是法律人所追求的法安定性（Rechtssicherheit）。簡言之，德國犯罪審查體系的主要功能之一，就是要讓法律適用者能夠公開自己在每個步驟的心證，以便於與他人溝通，進而讓別人理解並接受自己的判斷結果，提昇案例審查結論的說服力。即便大家最終的判斷結果相互間有所歧異，也能夠很快找到關鍵差異處，以便集中火力展開對話。如果各種法律考試都能緊扣這個原則，一份高分的試卷自然就是一份體系清楚、論證說服強度較高的試卷。學會這種技能的考生，日後擔任法官職務時，當然也能寫出說服力較強的判決。由於過去的法學教育並不強調實例解析，以致於還會有不少法律系的畢業生在看完案例事實時，心裡的 OS 永遠只有「這不就是成立○○罪嘛，還要我寫什麼？」犯罪審查體系就是要告訴大家，提出成立某罪的結論之前，必須先交代哪些環節。否則，大學法律系念完，和念法律系之前的差別，就只在於結論中有沒有引用法律條文而已。

除了增強說服的強度外，犯罪審查體系也還有另一個刑法教學上的功能。嚴格要求刑法初學者使用犯罪審查體系來解析實例，才看得出審查者是否已經正確學會體系概念，以及是否充分了解爭點中不同學說的主張內容。因為，審查者除了必須在案例事實中看出爭點外，

還必須要在正確的體系位置處理該爭點，並且對於自己所採的立場做出體系上正確的推演，而不能只是像一般申論題那樣，單純地將各種理論內容背誦出來。根據筆者自身的觀察經驗，如果沒有要求學生一步步說清楚、講明白，有時候很難分辨得出來對方是否真的理解。有些學生對於爭點或法條的內容背的滾瓜爛熟，但卻不知道這些爭點是要解決什麼問題，或是不知道要在犯罪審查的哪個階層適用這些法條，就表示學習方法有偏差，進而影響到解答的正確性¹。因此，這種套用固定體系來發言的模式，絕對是刑法初學者首先要練會的技能²。

二、台灣刑法教學的演進

依照筆者留德期間的個人觀察經驗，台灣法律系學生往往會將法律爭點或抽象的各家理論唸得滾瓜爛熟，但若是就實例解析的能力來

¹ 舉例來說，在處理那些涉及到原因自由行為的案例時，經常會見到有考生一方面採取前置理論，另一方面卻在「結果行為」的罪責階層透過原因自由行為的法理肯定了罪責，表示其並未完全理解前置理論的操作方式（詳見本書第四講、壹、四、（四）2.的說明）。如果是透過抽象提問的方式，像是「何謂原因自由行為？又原因自由行為是否具有可罰性？」（2003年司法四等考試），相信多數考生都能夠把教科書上所整理的各種學說倒背如流。又例如，最高法院99年第7次刑事庭會議對於與幼童性交的法條適用做了重大的宣示，法律系學生多半能夠完整地背出決議內容，但卻不知道應該在實例審查中的哪個階層處理這個決議（對此詳見拙著，月旦法學教室，115期，頁33以下）。其他常見的嚴重錯誤，像是在構成要件該當性或違法性的審查階層中，檢視中止規定的可適用性，或是在罪責中審查客觀歸責。如果沒有要求考生一步步地交代他的審查步驟，往往難以看出這類體系上的誤解。

² 這並不是只有繼受法國家的法律初學者才會面臨的狀況，德國大學法学院第一學期的新生也需要特別去適應這一點，此為 Valerius, Einführung in den Gutachtenstil, 2009, S. 10 f.的觀察。

看，可能就普遍不如德國法律系學生。這種現象的原因當然不會只有一個，但無論如何可以確定的是，制度面的因素必然是其中的樞紐。除了我們要求大學生必修的課程過多且雜¹，以及基礎課程所搭配的實例解析練習嚴重不足²外，國家考試制度的設計其實也扮演了非常重要的角色。考試一定會在相當程度上影響到教學方式，這是大家從小到大都會有的經驗，校際的差別只在於教學被考試影響的程度而已。所以，從各種法律考試的題型其實多少可以看出法學教育的方式。尤其是在繼受法國家，更可藉此間接探知該國法學界對於進口的法學知識所抱持的態度，是一個繼受國法學發展程度的觀察指標³。

德國刑法學界所出口的犯罪論體系是超過百年的思想結晶，經過這麼長時間的雕琢，內容之精細自不在話下。再加上理論發展的各階段在歷史上均各自有其哲學背景思潮，經常會讓繼受法國家的法律人在接觸初期過度著迷於理論體系的細緻內容與哲學意涵，進而忽略這些理論在實用面向上的意義。然而，法學理論都是為了解決具體問題才會被提出來，倘若脫離了實際運用，法學知識便會失去價值。直到今日，仍有部分繼受德國刑法學體系的國家僅採用申論式的測驗題型。這樣的測驗方式，會讓法律系學生習慣去死背硬記理論內容，而

¹ 都已經到了大學階段，還要減縮專業科目的學習時間來修習母語(大一國文)，甚至到了檢核專業能力的國家考試，竟然還要列上這個科目，實在令人難以理解。

² 這當然也和前一個問題牽扯在一起：修習的課程過多，學生自然較沒時間和餘力多做實例解析練習。與此相對，德國大學的法學院所要求的必修課程不多，並且對於基本權、民、刑法這些基礎課程也都會搭配實例練習課程(Übung)和研究生帶領的討論小組(AG)，每週都有數次的練習。除此之外，每堂基礎課程也都會要求學生撰寫家庭作業(Hausarbeit)。練習多，自然就會熟練。

³ 參閱拙著，戰後台灣刑法學界之發展，載於台灣法學會台灣法學史編輯委員會編，戰後台灣法學史，下冊，2014年，34頁以下。

忽略了這些理論的實際運用功能。這在某種程度上，似乎也可看出出題者面對舶來法學知識的態度：第一種可能性是，出題者過於高估理論的抽象意義，才會藉由如此的測試方式促使法律系學生將這些法學理論知識當作絕對的教條來背誦。第二種可能性，則是出題者相反地過分低估了審查體系與各種抽象理論的實際運用功能，亦即認為通過考試後的司法實務工作根本和這些進口的知識無關，以致於不覺得有必要從考試辨識出考生能否駕馭這些知識，而只需要看得出考生是否「乖乖用功背書」即可。無論是哪一種原因，恐怕都不是面對外來法學知識的正確態度。這也同樣適用於早年常見的法條背誦題型，透過這樣的測驗方式，只能看出考生的背誦記憶能力，而無法辨識其能否正確運用這些法條。雖然早年偶而也會見到實例題的測驗方式，但因為當時並沒有強調實例題的基本格式，而僅需討論爭點，以致於在解答上和申論式的測驗題沒有什麼不同。更有甚者，因為對於實例題不要求一定的解答格式，經常可見「作文式」的論述結構。刑法總則課堂上所教授的犯罪審查階層理論，並沒有真正被落實到實例解答中。這種情形，一直到了上個世紀的90年代才開始有了轉變。

1989至1991年間，黃榮堅教授陸續發表了四篇解題式的文章⁴，首次正式且詳盡地把德國犯罪審查體系的具體操作方式介紹給國內法律人。黃老師的這幾篇文章，就是採行德國法學教育中家庭作業的撰寫格式。筆者2005年從德國返台任教時，發現這些觀念儘管已被引進

⁴ 這四篇文章分別為：①刑法解題－關於故意及過失，輔仁法學，第8期(1989年)，61頁以下、②刑法解題－關於詐欺等財產犯罪，輔仁法學，第9期(1990年)，99頁以下、③刑法解題－關於不能未遂，輔仁法學，第9期(1990年)，111頁以下、④刑法解題－關於不法意識及犯罪結構，台大法學論叢，21卷1期(1991年)，171頁以下。在此之後，黃老師也撰寫了一連串短篇的實例解析示範，陸續刊載於月旦法學雜誌的「法學教室」單元。

了十五年，法律系學生似乎還是需要一本較詳細的犯罪審查體系使用手冊，因此才萌生了撰寫這本書的念頭¹。透過這本書要傳達的，就是如何將刑法課程中學到的抽象知識運用在具體案例，也就是犯罪審查體系的使用說明書²。這二十年來，在法律人的各類考試中，實例題型的出現比例大增，顯示出台灣法律圈越來越重視法學知識的實用面向，這應該可以看作是繼受法國家法學界的一個里程碑³。不過，就如前面所提到的，在第二試中，考試時間仍然相當有限，考生要在三小時內解五則實例題，自然只能直接切入爭點，而無法詳細交代各個步驟。如此一來，就不容易辨識出考生究竟是真的理解這些學說，還是靠死背硬記默寫出來。

¹ 在德國，這類型的書籍相當多，其中內容較為詳盡，並非單純集結案例，且具有教科書規模者，像是 Roxin/Schünemann/Haffke, Strafrechtliche Klausurenlehre, 4. Aufl., 1985; v. Heintschel-Heinegg, Prüfungstraining Strafrecht, Band 1: Methodik der Fallbearbeitung, 1992; Tiedemann, Die Anfängerübung im Strafrecht, 3. Aufl., 1997; Arzt, Die Strafrechtsklausur, 6. Aufl., 2000; Beulke, Klausurenkurs im Strafrecht I, 3. Aufl., 2005。

² 這也是德國法學院對於家庭作業所要求的審查格式。德國法學院的基礎課程每學期至少會規定一則家庭作業，要求學生完整地解析一則較為複雜的實例（案例事實約一張 A4 紙，作業則是大約 20 頁的内文篇幅，再加上封面、目次及參考文獻列表）。藉此除了要訓練學生解析案例的能力（體系架構的基本格式與相關爭議的內容）外，也意在培養學生自行尋找法學文獻（教科書、註釋書、期刊論文及實務判決）的習慣與能力。

³ 由於國家考試甫改制，目前區分成兩階段，刑法科試題題型在第一試均為選擇題，第二試則為實例題，用意固然良善（想藉此先行剔除基礎法學知識不足者），但在第一階段，可以預見出題者為了避免產生爭議題，會大量以概念定義或法條規定作為測試內容，是否會因此又讓考生走回背誦法學知識、強記法律條文的老路，仍有待觀察。

【第二講】

案例解析方法指引

壹、案例審查者的任務

法律適用者的任務，簡單地說，就是「認事用法」：認定事實，然後再將法律適用於其所確認的事實。刑庭法官的任務則有三：①確認起訴事實是否為真、②確認該事實是否構成（以及構成何種）犯罪，若是構成犯罪，最後還要③決定判處何種內容的刑罰（種類及額度）。第一個任務，雖然是訴訟實務中的主戰場，要靠各種證據加上證據法則和經驗論理法則來完成，但是當我們拿到一道實例題時，其中的案例事實都是業已確定並且經過加工，審查者並不需要自己找證據來確認事實，只要從案例事實的陳述中挑出有意義的環節即可。於此要注意的是，審查者不需要（也不應該）去揣測題目中並未提及的事實環節。譬如，案例事實中如果沒有特別交代行為人的年齡，也沒有提到其精神狀態是否異常，審查者就應該要在「行為人已滿十八歲，並且精神狀態正常」的基礎上立論，而不需要對此做任何臆測或假設¹。既然沒有交代的環節不代表「事實不明」，自然就沒有適用「罪疑唯輕」（in dubio pro reo）原則的餘地²。審查者當然更不應該去質疑或者甚至推翻題目中預設的事實，例如，案例事實中如果已經明白指出「行為人並沒有想到這樣的凌虐行為會有導致被害人死亡的可能性」，審查者就應該要以此作為討論的基礎，而不能相反地主張「依照一般生活經驗，施以此種凌虐行為時絕對不可能沒有考慮到致人於死的可能性」。這樣的作法，除了會造成審查

¹ 由於違法性與罪責的審查是採取反面確認的模式（檢視是否存有阻卻事由，而非正面地確認），在描述案例事實時，沒有做任何的敘述當然就表示沒有任何的阻卻違法或阻卻罪責事由存在，而非命題不周延。對此，詳參閱本書第四講、壹、三、（一）及四、（一）。

² 反之，如果出題者是要審查者援用罪疑唯輕原則，那麼在敘述事實時，就一定會特別提到某個事實環節「無法被確切證明是否存在」（如本書第六講《雙重揍》案例）。關於罪疑唯輕原則適用前提與方式的進一步說明，詳見本書第二講、參、五。

者沒有認真看待測驗的不良印象外，也表現出審查者在認定事實上的輕率態度，因為他只透過題目中的簡短敘述就確認了關鍵的事實環節¹。實例題中的事實原則上都是完整的，亦即會對於所有與涵攝相關的事實都有所交代。有時候出題者會跳過一些透過經驗法則明顯可推知的事實環節，審查者就應該根據通常的生活經驗來闡釋。只有極端例外的情形，出題者漏未交代無法根據生活經驗推知的重要事實，審查者才要分別對該事實存在與不存在的可能性做出不同的分析²。初學者只有透過不斷地練習與觀摩，才能摸索出（受允許的）闡釋案例事實和（不受允許的）任意改寫事實二者間的界線³。

其次，案例審查者也不需要實踐刑庭法官的第二個任務（量刑）。

理由很簡單，刑罰裁量是要透過法官在審理程序中對於案例事實及被告所形成的個人印象來進行，案例審查者無論如何都沒辦法從極為有限的案例事實中決定出具體刑罰⁴。常見到有考生抄寫出法定刑度範圍，像是「行為人應依刑法第 320 條第 1 項判處 5 年以下有期徒刑、拘役或 500 以下罰金」。這樣的內容雖然無誤，但仍然是完全多餘，因為這只是單純重複敘述了一些翻開法典就能直接確認的資訊⁵。

綜上所述可知，在解析刑法實例題時，只有要求審查者完成刑庭法官的第二個任務：確認行為人是否構成犯罪以及構成何罪。由於案例解析是要告訴大家某個特定事實在某個法領域中應該如何評價，因此，當案例事實實現了某個法規範的構成要件，除非審查者是要主張該規範違憲無效，否則就算相關的法律規定訂得再有問題，也還是必須要適用。

¹ 此見 Samson, Strafrecht I, S. 2。

² 見 Kienapfel, Strafrechtsfälle, S. 21。

³ 見 Arzt, Strafrechtsklausur, S. 30 ff。

⁴ Otto/Bosch, Übungen, S. 23。

⁵ 參閱 Samson, Strafrecht I, S. 1。

立法層次的立（修）法建議，對於案例解析而言，並非必要。舉例來說，即便認為立法者在刑法第 174 條的放火罪中不應該隨著所有權歸屬的不同來決定要選擇何種危險構成要件¹，在認定構成要件該當性時，也還是要依據現行有效的條文進行涵攝。

¹ 換句話說，應採用具體危險犯還是抽象危險犯的設計，所要考量的不應該是客體所有權的歸屬。若是從所有權的歸屬來間接推斷行為人對於客體空間的安全掌控程度，也未免過於僵化。

貳、鑑定模式 vs. 判決模式

德國法學界將法律文件的寫作格式區分成兩種，也就是「鑑定模式」(Gutachtenstil) 與「判決模式」(Urteilstil)¹。前者，是要先以假設性語句拋出問題(像是：甲的○○行為可能構成○法第○○○條的○○罪)作為起始點，然後開始逐步、逐要件地進行確認，最後才得出是否成立該罪名的結論。與此相對，「判決模式」則是法官撰寫裁判書的標準格式，先開門見山地宣示結論(判決主文)，接著才說明其理由根據為何。

鑑定模式是德國法學院刑法基礎課程中絕對必須要學會的基本功，也是法學院考試及家庭作業所必須遵循的撰寫格式。因為這就是德國法學鑑定書的寫作格式，才会有如此的名稱²，也可以將之意譯為「解題模式」³或「審查模式」。這種寫作格式，除了在德國法學院中的各種考試必須遵循外，也是德國法律人在第一次國家考試中被要求的撰寫格式⁴。鑑定模式與判決模式這兩種寫作格式，是在不同狀況中針對不同的需求所設計，不過要瞭解的是，法官在下判決時固然是採用判決模式來撰寫，但鑑定模式的步驟還是會在法官思考時派上用場，可以避免不少錯誤或疏漏。另外要注意的是，不管是採取何種模式，結論的部分一定是使用肯定語句。有時會見到有考生採取鑑定模式書寫，標題是「行為人的○○行為可能構成故意殺人既遂罪」，寫到最後居然又跑出「故行

為人『可能』構成故意殺人既遂罪」這樣一句話來當作結論，審查了半天又回到原點，實在讓人啼笑皆非。

即便是採取鑑定模式審查某罪名，也不需要在每一個環節都詳細交代。在這裡，就要介紹另一組概念：論證模式(Begründungsstil) 與宣稱(主張)模式(Behauptungsstil)¹。論證模式，是採取①定義法律概念、②涵攝案例事實，進而③提出該概念是否被實現的確認結果²，適用於有疑義的法律要件。後者，宣稱模式，則是直接宣示結論，而不需附具任何理由，適用於明顯不會有爭議的環節。如果在案例事實中，某個罪名明顯成立，或是某個法律要件很明顯有實現，而審查者又希望完整交代，就可以直接採取宣稱模式，來表示自己並沒有忽略該罪名或某要素(例如：「甲成立故意傷害既遂罪」或是「乙的皮夾對甲係屬他人之動產」)³。初學者經常會力道拿捏不準，對理所當然的事實環節花費很多功夫審查論證，對於需要處理的環節卻用單純的主張代替論證，這就需要多多練習論證模式與宣稱模式的交互使用。如果審查者時間不夠，對於那些不會有爭議的罪名或是要件，自然可以連宣稱結論的步驟都直接跳過。不過，考試的目的之一在於評分，考生為了能夠多拿一點分數，自然就必須盡量展示自己的知識。如何在「展現所知」與「不做多餘審查」這兩個要求之間取得平衡，也需要一些技巧和練習。對此，在本講參、三、(三)會有進一步的例證及說明。

¹ 參見 Wessels/Beulke/Satzger, AT, Rn. 870。關於這兩種模式，另可參閱王澤鑑，法律思維，349 頁以下；黃榮堅，問題，101 頁以下的說明。

² 見 Steinberg, Methodenlehre, Rn. 12。

³ 如黃惠婷，案例(二)，9 頁。

⁴ 可算是最重要的遊戲規則之一，參見 Hilgendorf, Klusurenkurs I, 1. Teil Rn. 15。與此相對，德國法律人的第二階段國家考試則是以實務為導向，雖然沒有完全排除出現鑑定式考題的可能性，但極為罕見，參見 Walter, Stilkunde, S. 117。

¹ 參見 Lagodny/Mansdörfer, ZJS 2014, 157 ff., 159 f.。宣稱模式，也就是早期文獻所稱的「直接方法」(direkte Methode)，如 Kienapfel, Strafrechtsfälle, S. 19。

² Otto/Bosch, Übungen, S. 17。

³ 對此參見 v. Heintschel-Heinegg, Prüfungstraining 1, Rn. 867; Otto/Bosch, Übungen, S. 17, 20 f.：結論明顯，不會有人出於理性對之有所爭執時，即可改用判決模式。

參、法律適用的一般原則

以下對於法律適用過程所整理的基礎原則或概念，通用於所有法領域，都是法學院學生第一學期就應該具備的基礎知識。與法律適用有關的一般性原則，就是「法學方法論」(die juristische Methodenlehre) 所要處理的課題。法學方法論這門學問，就是要跳脫具體的法領域，站在較高的位置去觀察法律適用的一般原則¹。它的主要任務，就是解答「如何才能將法律合乎事理地適用於具體案例事實」這個問題²，而這也正是每個法律人的工作。然而，怎樣才算是「合乎事理」？其中最重要的核心內容就是「非出於恣意」。法學方法論提供了規範適用(實現)的規則，發展出一系列判斷推論是否可採的標準。透過方法論可以讓法官的裁判變得可審查，沒有方法論，就沒有辦法正確適用法規。因此，方法論的錯誤也經常會導致程序上的法律錯誤。但在另一方面，我們當然也不能過分高估法學方法論的貢獻，因為它只能擔保形式上的正確，而無法保障實質正義的實現³。

一、法律語言的精準要求

法律文件，包含了法學院學生的報告、考卷、論文，以及畢業後從事法律實務工作人員的判決書、起訴書、答辯狀、法律意見書等，當然也包含了學術研究工作者所撰寫的法律文章與書籍。這些法律文件的共通特性之一，就是較高度的精準要求。這個特性，直接表現在法律人引用條文以及用字遣詞上。法律人在引用法律條文時，務求正確且完整：

¹ 參閱 Puppe (蔡聖偉譯)，小學堂，原著前言。

² Schlehofer, JuS 1992, 572。

³ 此見 Vogel, Methodik, S. 8。

除了正確的條號外，如果條文中還有分項、款、目(中央法規標準法第8條參照)，而自己只是要援用其中一部分時，就必須指出所要引用的是何項何款(例如：刑法第321條第1項第3款)，甚至還要指明是援用本文或但書、前段或後段。同樣的道理，在陳述要審查或是成立的罪名時，法律適用者也不能含糊籠統地說，成立「公共危險罪」、「妨害名譽罪」或「財產犯罪」，因為這些都只是犯罪的「類別」，而非具體特定的罪名。第一次引用法條時，必須要表明法條的種類(民法、刑法或行政罰法等)，但在第二次引用條文時，則可以使用「刑法(以下同)」的方式，以省去重複標明「刑法」的勞費。

腦袋中的想法必須靠語言文字當媒介才能傳達，鑑於語言的多義性，當然不可能達到絕對的精準，但無論如何我們還是能夠掌握語言文字到一定程度。法律上有很多專有名詞具有特定意涵，這就是俗稱的「法律語言」(Rechtssprache)。法律語言的形成是不可避免的現象，無論是在世界上的哪個國家、什麼法系、何種語言，均然。這種現象的形成原因不難想像，因為法律的主要任務就是定紛止爭，如果在法律文件中述說的不夠精確，恐怕製造出的問題就會比原本想解決的問題更多。因此，各國的法律人才會讓法律文件所使用的語言盡可能地精準，以避免誤會產生。而我國所繼承的德國法，無論是法學界、司法實務界還是實定法，都極端重視法律適用的安定性(可預測性)，除了強調體系思維之外，更是將法律語言系統發展到極致，有時候部分概念甚至會異於一般口語中的使用方式。舉例來說，財產犯罪中所要求的不法意圖⁴，和非法律人所稱的不法意圖(=不良企圖)不同。常見到的初學者錯誤，就是在審查殺人罪時也加上「行為人基於不法意圖而行為」這樣一句話，儘管殺人罪的構成要件中並沒有要求任何的特殊意圖。又像是在日常用

⁴ 更精確地說，應該是「所有意圖的違法性」，詳參閱拙著，月旦法教，80期，45頁以下。

語中，不會把自己與他人的共有物稱作「他人之物」，但在財產犯罪的認定上，凡是非屬自己單獨所有的有主物，均為他人之物¹。

不過大體上來說，法律語言還是立於一般語言使用習慣的基礎上，在絕大部分的情形都沒有賦予相同概念迥異的語意內涵。但無論如何法律語言都會比一般口語更加細緻。舉例來說，民法上所稱的「撤銷」、「撤回」、「終止」，或者像是契約「不成立」還是「無效」，都有不同的內涵及法律效果。又例如，法律上「以○○論」、「推定為○○」或「視為○○」，都是在表達原本的事實並不該當○○概念，只不過透過特定的規則（通常是法律的明文規定），讓原本只適用於○○的法律效果亦可在某些不該當○○前提的案例事實中發生，或者換句話說，就是要把原本不該當○○概念的事實，等同於○○概念來對待²。話說起來雖簡單，但是一等到自己動筆，有時候就又会忽略了這些語詞的使用規則。就拿前面提到「以○○論」的表達方式，常見到有拿來和「應論以○○」這個陳述相互替用，但是這兩種表述所要表達意義其實並不相同，絕對不能相互替換。舉例來說，如果我們經過審查後，發現案例事實可滿足刑法第 328 條第 1 項強盜罪的所有成立要件，那麼結論應該就是「論以強盜罪」。如果案例事實中並不符合強盜罪的構成要件，而是符合了刑法第 329 條準強盜罪的要件，那麼就是成立準強盜罪，但法律效果是「以強盜論」³。我們甚至可以在實定法上發現立法者也曾經誤用過，像是刑法

¹ 此例參見 Herzberg, JuS 2005, 2。

² 法律初學者要注意的是，「推定」和「視為」二者在細節上（是否可以透過反證推翻）又有所不同，不可混淆。

³ 此亦適用於刑法第 123 條（準受賄罪），該條的作用並非將收賄當時不具公務員身分之行為人「視為公務員」，而是一個獨立的罪名，只不過法律效果是準用其他條文的法定刑。類似的立法技術，像是「準用○○之規定」（如刑法第 176 條）或是「依○○之規定處斷」（如刑法第 216 條、第 283 條）等，均屬法律效果上的準用指示，並不會影響到應成立的「罪名」。從這些小細節可以看出基本觀念是否清楚，初學者應多加留意。

第 13 條第 2 項的「以故意論」，其實該項所描述的情形本來就是故意，立法者原本想表達的應該是「亦為故意」，但卻誤用了準用的句型⁴。同樣的問題，也出現在刑法第 14 條第 2 項「以過失論」這個表述。

又或者像是「適用」、「準用」以及「類推適用」這些用語，也經常被初學者錯誤混用。依照通說，法律解釋的界線就是法條的文義，一旦逸脫了可能文義所劃定的最大界限，便進入了類推的範疇⁵。只有在直接適用的情形，才是指案例事實實現了相關法規範的構成要件，在「準用」和「類推適用」的情形，案例事實均已逸脫了法條的文義範圍⁶。在這樣的理解前提下，只有在法條文義範圍內才能算是「解釋」，因此「類推解釋」這個用語便顯得十分詭異⁷。此外，也有一些常見的概念混同誤用，像是把「防禦型緊急避難」等同於「正當防衛」、把「既了未遂」等同於「既遂」、把「胎兒」等同於「嬰兒」、把「具體危險結果」等同於「實害結果」、把「不法所有之意圖」等同於「故意」或「不法意識」、把「預見可能性」理解成「有所預見」、把「加重竊盜罪」稱為「竊盜加重結果犯」等。透過這些語詞混用的症狀，可以看到的問題恐怕不只是表述者的粗心，甚至是基本觀念不清，不可不慎。

二、法律適用與邏輯三段論法

古典邏輯中的三段論法 (Syllogismus)，是一種從兩個（透過中間

⁴ 批評已見林山田，通論(上)，294 頁。

⁵ 參閱林山田，通論(上)，156 頁以下；Puppe (蔡聖偉譯)，小學堂，73 頁以下、110 頁以下。

⁶ 「準用」，在本質上可說是一種立法者明文指示的類推適用。

⁷ 在早年的刑法文獻中，的確可見到「類推解釋」一詞，被用來指稱類推適用，如韓忠謀，原理，65 頁；陳樸生，刑法，27 頁。時至今日，只有極少數文獻仍採如此的用法，如蔡墩銘，總論，38 頁。

概念連結的) 語句導出第三個語句的論證形式¹，也就是「大前提 + 小前提 → 推論」的模式，隨著細節的不同，可以有數十種變化²。其中最為法律人所熟悉者，則要屬以下的這種模式³：

【大前提】每個人都會死。

【小前提】亞里斯多德是人。

【推論】亞里斯多德會死。

在這個三段論式中，大前提與小前提之間的連結，是靠一個中間概念 (Mittelbegriff, terminus medius，或譯為「中詞」)，也就是「人」。這個分別出現在兩個前提中的概念，內涵上必須保持相同⁴。如果同樣的表述在整個推論過程中不只出現一次，但卻沒有保持相同的意義，便會出現推論謬誤，這就是所謂的「**概念錯換**」(Begriffsvertauschung)⁵。

法律的適用，在本質上也是一種推論，就是「某個法條所規定的法律效果應否在某個特定具體事實中發生」的宣稱。**抽象地觀察，法條的結構就是「若 P 則 Q」這種條件式 (konditional) 的假言命題語句**。前件就是法定構成要件，後件則表述了法律效果，前者是後者發生的前

¹ 見 Schneider/Schnapp, Logik, S. 108。

² 詳見 Joerden, Logik, S. 331 ff。

³ 這是所謂的「Barbara」模式，僅參閱 Klug, Logik, S. 48。

⁴ 見 Joerden, Logik, S. 353。

⁵ 亦被稱作「**四詞謬誤**」(Vervierfachung der Begriffe, quaternio terminorum，見 Joerden, Logik, S. 365) 或「**一語雙關的語意謬誤**」，其推論形式如下：【大前提】狐狸都有四條腿 → 【小前提】曹操是頭老狐狸 → 【推論】曹操有四條腿。看到這樣的無效推論，大家可能只是覺得好笑，而不會認真覺得自己有違犯相同錯誤的可能。然而，事實卻證明，違犯這種錯誤的機率並不是那麼的低。在德國文獻中的例子，可參見 Puppe (蔡聖偉譯)，小學堂，216 頁以下，我國法上的例子，則可參閱拙著《月旦法雜》，214 期，214 頁以下。

提¹。依此，在法學方法論的意義下，「構成要件」一詞就是指：一個法條中，對其法律效果所規定的一切實體要件 (構成要件要素) 的總和。這樣的構成要件概念，會出現在犯罪審查的所有階層。除了分則的狹義構成要件 (如殺人罪、竊盜罪等) 外，也會出現在阻卻違法事由或是與罪責相關的法條中 (如第 21 條、第 23 條或第 19 條)；甚至在程序法的範疇，也脫離不了這樣的構成要件概念，這就是所謂的廣義構成要件²。刑法上的構成要件雖然有其刑法上的特殊任務，像是盡可能明確地描述可罰的不法類型，然而這並不會導致其失去原本法理論上的構成要件本質。而在決定某個條文所規定的法律效果應否在具體個案中發生時，文獻上經常見到結合前述邏輯三段論法的思維過程³：

【大前提】凡實現 T^1, T^2, T^3, \dots 等要素者，科處法律效果 R。

【小前提】具體案例事實 S^1, S^2, S^3, \dots 已實現了 T^1, T^2, T^3, \dots 等要素。

【推論】具體案例事實 S^1, S^2, S^3, \dots 應科處以法律效果 R。

在法律適用過程中，大前提就是實定法上的規定。除非我們根本就質疑某個實定法規定的合憲性，否則就要以實定法的規定作為法律適用的大前提。這個三段推論過程和下段所要介紹的「涵攝」，在概念上並不完全等同。嚴格說來，**涵攝應該是三段論法中確定「小前提」(確認法律事實是否實現了所有的構成要件要素) 的階段⁴，而不包含大前提以及推論的部分**。兩者在範圍上有所不同。

三段論法源自於古典邏輯學，在受到法實證主義及概念法學支配的

¹ 僅參閱 Rütters, Rechtstheorie, Rn. 122。

² 見 Krahl, Tatbestand, S. 7 ff。

³ 參照 Zippelius, Methodenlehre, S. 79。

⁴ 已見 Kindhäuser/Schumann/Lubig, Klausurtraining, S. 40。但也有文獻將涵攝與邏輯三段論等同看待，如玉澤鑑，法律思維，240 至 241 頁。

時代，法律人相信這樣的邏輯推演就是法律適用的全部。時至今日，這種以為單靠邏輯推演便可從實證法中推論出判決的主張，已被斥為天真的謊言¹。因為單靠邏輯分析與推論無法得出任何含有規範內涵的陳述²。在這近百年的演進史，法學方法論上的主流雖然已經從概念法學轉換到利益法學、價值法學或評價法學，但通說只是要強調評價的動作在整個法律適用過程中的必要（然）性，而沒有要推翻三段論法或是涵攝的思維模式，所以法律初學者還是必須學會這些基本功。不過，對於刑法的案例審查來說，論證模式與宣稱模式的交互運用技巧（前文貳、）以及下文三、所要介紹的涵攝方法遠比邏輯三段論法來得重要。

最後還要附帶說明的是，這個三段論法和刑法上的三階層犯罪審查體系完全不同，不容相混。這裡所介紹的三段論法，是在抽象描述所有法律條文的適用過程，所以在判斷構成要件該當性、違法性以及罪責時，都會出現這樣的法律適用過程。最後要特別注意的是，這個三段論法，只是在抽象的分析描繪法律適用者的思維，在進行案例審查時，並不需要一一描述其中的步驟，而只需要交代其中的小前提（涵攝）如何確認即可。說明自己的涵攝過程才有助於提升審查結果的說服力，接下來我們就針對這個法律適用的重要概念提出更進一步的說明及補充。

三、涵攝

（一）概說

案例解析，就是要在抽象的法規範與具體的生活事實二者之間，建

¹ Gössel, Peters-FS, S. 44。

² Alexy, Argumentation, S. 311。

立起某種關聯性¹；而建立此種關聯性所依靠的方法，就是涵攝（Subsumtion）²。簡單地說，涵攝就是「某個現實事物實現了某個特定概念」的陳述，法律適用者就是要去比對具體案件事實與規範中所描述的抽象事實（概念）³。這其實就只是把一般人在日常生活中的思維過程，抽象地描繪出來。舉例來說，在我們說出「隔壁小王買了一台重機」這句話（涵攝結論）之前，必須先針對他所購買的客體，和「重機」這個抽象概念的各項特徵相互比對；只有當前者確實符合後者（現實的客體可算是抽象概念的一個特殊情形）時，上面那句陳述始為真。法律系的案例解析，就是要審查者把這個比對判別的過程交代出來，藉此才能讓讀者檢驗其判斷是否正確、周延。這在涉及到有爭議的概念（像是猥褻、無故等）時，尤其重要。

法律人有證立（說明）自己判斷結果的義務，因此法律適用者的任務之一，就是透過他人能夠理解且可檢證的方式來進行涵攝⁴。但我們要如何證立一個涵攝？法律上的抽象描述與具體事實之間存在著一道鴻溝（Kluft）⁵，透過涵攝過程，就是嘗試著在這道鴻溝上搭起橋樑，將這兩端串連起來。德國刑法學者 Engisch 曾經傳神地用「目光在規範與生活事實之間往返游移」（Hin- und Herwandern des Blicks zwischen Norm und Lebenssachverhalten）來描述涵攝的過程⁶，意指：具體的生活事實要

¹ 見 Arzt, Strafrechtsklausur, 2000, S. 23。

² 這個概念在台灣也被譯為「包攝」（如林山田，通論（上），147 頁）或「法律推論」（如蘇俊雄，刑法推理，105 頁）。

³ 此見 Otto/Bosch, Übungen, S. 23。

⁴ Arzt, Strafrechtsklausur, S. 25。

⁵ 除非立法者直接把那些無法進一步提供語意解釋的基本概念（像是紅、黃、綠等顏色概念）拿來當作法定要素（例如「紅燈號誌」），該要素與事實之間才不會有這道鴻溝，此見 Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre, S. 71。

⁶ 參閱 Engisch, Logische Studien, S. 15。

朝往構成要件或法律概念的方向抽象化，構成要件或法律概念則要朝往案例事實的方向具體化¹。法律要件的解釋（具體化）必須以具體個案事實為導向，這也被稱作「事實與規範間的相互依存性」²。

依此，審查者對於個別法律要件所進行的涵攝內容就應該緊扣案例事實。脫離具體案例事實進行涵攝是一個常見的初學者錯誤³，常見到有初學者會先將相關罪名中的重要爭議都列出來，而不管其中的論述是否與本案有關。這種脫離具體案例的教科書撰寫模式（Lehrbuchstil ohne Fallbezug），會形成審查者搞不清楚自己任務何在的印象⁴。這就好像法官在寫判決時，對於不相干的事實環節做出陳述或表態，這些部分寫的再多也不會提升判決的說服力。曾有一則法諺這麼說：「判決理由一句不能多，也一句不能少，必須寫的剛剛好」，亦即，判決內容應該緊扣個案中的具體事實，只針對其中需要特別說明的環節提出理由，不需要（也不應該）去討論與該事實無關或在本案中完全沒有爭議的部分⁵。

將概念具體化的方法，就是定義，或是稱為解釋。每個涵攝都是透過法律概念的定義（解釋）作為起始出發點⁶，先釐清個別要素的內涵及

及外延（範圍）¹。審查者在一開始要先留意，立法者是否對於相關概念已經設有立法定義（Legaldefinition）²。如果立法者已經對於相關概念做出定義，無論該立法定義是在同條其他項次或是不同條文中，都會拘束法律適用者。審查者跳過立法定義來自行解釋相關概念，也被認為是一種致命的初學者錯誤³。

在定義某個概念時，實質上就是要把這個概念「展開」。我們可以橫向地把一個概念拆解成數個部分⁴，也可以縱向地把這個概念更進一步具體化成另一個中間概念（Mittelbegriff），這個中間概念又可朝向案例事實的方向再次具體化。舉例來說，在定義竊盜罪中的「竊取」要素時，通說先垂直地將之具體化為「違背或未得原持有人同意而改變持有關係」⁵，然後再針對其中「改變持有關係」的部分，水平地展開成「破壞舊持有」與「建立自己或他人對該物的新持有」，之後再將「持有」概念繼續具體化。透過這種方式，將所要審查的概念一層層展開，形成所謂的涵攝鎖鏈（Subsumtionsketten）⁶，連結起法律概念與事實情狀二者。居於鎖鍊末端的，雖然同樣是一個事實合於中間概念的陳述，但這

¹ 否則，生活事實中有無限多的要素，法律適用者就不知道要挑出裡面的哪些事實環節。同樣的道理，法律規範中的每個要素都具有超脫具體案例的內涵，如果不先確定涉及到什麼事實，自然也就不知道應該朝向哪個方向來加以具體化。

² Otto/Bosch, Übungen, S. 19。

³ 參閱 Arzt, Strafrechtsklausur, S. 23 ff。

⁴ Wessels/Beulke/Satzger, AT, Rn. 870。在台灣，雖然經常可見到法學期刊中的部分案例解析是透過此種方式撰寫，但這些文章有其教學目的，作者是將重點設定在內容的詳盡周延，嚴格來說，已經不算是純粹的實例解析。

⁵ 參見 Walter, Stilkunde, S. 118。對此，我們在下文第四講、壹、二、（一）3. 將會有更進一步的解說和具體例證。略過無爭議部分的技巧，則可參閱下段（二）關於局部定義的說明。

⁶ Arzt, Strafrechtsklausur, S. 30。

¹ v. Heintschel-Heinegg, Prüfungstraining 1, Rn. 17。

² 像是刑法第 10 條（初學者務必仔細閱讀該條各項內容）。但如果立法定義是出現在不同法領域的規範中（如民法第 66 條），那麼在適用刑法規範時就還是有相異解釋的空間（法律概念相對性），但法律適用者必須提出得以正當化相異解釋的論據（如各不相同的規範意旨）。

³ 見 Lagodny, Gesetzestexte, S. 52。

⁴ 要注意的是，這裡並非指我國法界的傳統「造句式」的定義方式，像是把強暴定義成「逞強施暴」，把煽惑定義成「煽動蠢惑」。這種方式的展開，對於概念的具體化不會有任何助益。

⁵ 這是德國學界對於竊取所做的定義，僅參閱 Wessels/Hillenkamp, BT/1, Rn. 71。而這也是國內所有教科書中都會提到的部分，只不過通常會在此基礎上再附加其他的額外要求，像是秘密、和平、趁人不知等，應非必要，詳見拙著，月旦法教，75 期，55 頁以下的分析。

⁶ 對此另可參見 Puppe（蔡聖偉譯），小學堂，52 頁以下。

個陳述已經平凡到不可能還會被爭執，所以無需繼續說明，進行至此，該涵攝即屬證成¹。所以，每個涵攝過程都是透過一個明顯到無需再解釋的主張來結束²。

最後還要稍微說明「個別涵攝」(Einzelsubsumtion)與「整體涵攝」(Gesamtsubsumtion)這組名詞。如果所要涵攝的抽象描述(概念)是個別的構成要件要素，那麼這個涵攝過程就是所謂的「個別涵攝」。與此相對，如果這個抽象概念是指某個構成要件，則是所謂的「整體涵攝」³。後者是由前者所組成，而在組成整體涵攝的個別涵攝之間，原則上都是累積(而非擇一)的關係；只有當所有的前提(要素)併存地被實現時，才會引發該法條所預定的法律效果。反之，若要得出構成要件不該當的結論(整體涵攝的否定結論)，就只需要在其中任何一個個別涵攝得出否定結論即可⁴。要注意的是，整體涵攝的對象單位並非是實定法上的「條條號」，而是「構成要件」，因為同一個條號下可以併存著數個構成要件。像是在刑法第309條中，第1項與第2項便分別含有不同的構成要件，也分別定有獨立的法律效果，所以直接將條號拿來當作整體涵攝的對象沒有什麼意義。這也同時呼應本講前文參、一、所提出法條引用必須精準至項、款、目的要求。

(二) 透過局部定義簡化陳述內容

語言文字先天就註定會有不精確的地方，因此，幾乎所有的法律概

念都會有模糊的邊緣地帶(數字可能是唯一的例外)。儘管如此，我們還是可以找出一些顯然符合或顯然不符合的情形，前者就是所謂的「積極選項」(die positiven Kandidaten)，後者則被稱作「消極選項」(die negativen Kandidaten)¹。打個比方，我們或許不確定水路兩用氣墊車算不算是「船」，但無論如何都可以毫不遲疑地確定遊艇是船(積極選項)以及大象不是船(消極選項)。在積極選項與消極選項兩者之間，則存在著灰色地帶，也就是所謂的「中性(中立)選項」(die neutralen Kandidaten)。如果案例事實所涉及的是積極或消極選項，審查者自然就不用去涉入中性選項的爭議。如果案例事實涉及到某個法律概念的積極選項，那麼在技術上就可以透過局部(部分)定義(Teildefinitionen)來避開無謂的爭議。

局部定義，就是審查者對於所要涵攝的概念，先針對具體個案量身定做出一個實現該概念的充分條件²，接下來就只需要證立案例事實符合這個局部定義(實現相關法律概念的充分條件)，涵攝即屬證成，而不需要去處理這個上位概念的所有模糊、不確定的地方。因為局部定義並不是要掌握該概念的所有邊界案例，所以要比這個概念的整體定義更加貼近事實、更精準、更清楚並且更簡單。如此一來，我們就能透過一種簡潔但仍能使人信服的方式，完成涵攝的證立。這樣的方法，也可以適用於學說上對於某個法律概念提出不同定義的情形。不過，這當然限於相互爭執的定義是處於某種語意內涵上的包含關係³。此外，我們也可以把局部定義的方法適用到不同判準的爭議。就讓我們以未遂概念的著手實行要素為例，來示範局部定義的操作。

¹ 參閱 Alexy, Argumentation, S. 280。

² Arzt, Strafrechtsklausur, S. 24。

³ 參考 Samson, Strafrecht I, S. 4 ff.; v. Heintschel-Heinegg, Prüfungstraining 1, Rn. 16。

⁴ 比較特別的是「構成要件選擇要素」(Tatbestandsalternativen)，詳見本書第四講、壹、二、(二)3.的說明。

¹ Vogel, Methodik, S. 103。

² Puppe, Arm. Kaufmann-GS, 1989, S. 23。

³ 具體事例參閱 Puppe (蔡聖偉譯)，小學堂，62頁以下。

著手實行的認定被公認為未遂理論中最為棘手的問題，學說上雖然提出了許多判準（形式客觀理論、中間行為理論、部分行為理論、危險理論、純粹主觀理論等）¹，但法律適用者還是經常在沒什麼把握的心態下做出決定。然而，行為人如果業已進展到既了未遂的階段（已經完成所有依其想像對於犯行既遂所必要的動作），那麼不管我們採取何種判準，一定都會肯定行為人業已著手實行進入未遂階段。因此，我們就可以利用既了未遂的概念提出一個著手實行的局部定義（著手實行的充分條件），在既了未遂的案例，審查者自然就只需要確認個案中的行為人業已完成了所有招致結果所必要的動作，涵攝即屬證成，而不必再去處理著手實行的判準爭議²。

（三）避免循環定義

如前所述，在具體化法律概念時，法律適用者就會需要概念定義。在定義法律概念時，必須注意一個基本定義規則：被定義項不能出現在定義項。若違反此規則，就會出現循環定義（Zirkeldefinition）³，而無法完成涵攝。譬如，把「好人」定義成「做好事的人」，然後再把「好事」定義成「好人做的事」。這聽起來似乎平凡無奇，沒什麼好特別強調的，但其實有時還是會在法律文獻中看到這種謬誤。舉例來說，司法院院字第 2033 號解釋在說明何謂「公然」時，主張「以不特定人或多數人得以共見共聞之狀況為已足」，而大法官會議於 1976 年又做成釋字第 145 號解釋來補充說明：「本院院字第 2033 號解釋所謂多數人，係包括特定之多數人在內，至其人數應視立法意旨及實際情形已否達於公然

¹ 詳參閱林山田，通論（上），466 頁以下的學說整理。

² 對此，另請配合本講下文四、（二）的說明。

³ 關於定義的規則，可參閱鄭正人，邏輯基礎，379 頁。

之程度而定」。在這裡，如果把兩號解釋放在一起觀察，便會發現牴觸了上述的基本定義規則。另一個例子，則是刑法文獻中對於印章與印文所下的定義：印章是「顯現印文之物體」，印文則是「由印章所現出之文字或符號」⁴。這類循環定義，對於相關概念的涵攝當然就無法提供任何助益。

四、法律爭點的處理

前面所提到的基本形式架構，都只是用來清楚說明判斷過程的工具，目的只在於讓人理解自己的思考路徑，以便雙方溝通。但這只是最基本的形式部分，有清楚的體系架構只是讓自己能夠獲取基本分。影響一份實例解析評價的最主要因素，當然還是審查者對於案例事實中各個爭點的處理。簡單的說，就是要看審查者能否看出案例事實中所包含的法律問題（爭點意識）、能否進而清楚還原各種不同的學說立場與實務見解，並且對於各說的利弊長短提出看法（理論熟悉度）。唯有如此，讀者或閱卷者才能知道審查者是有意識地採擇了某說（而不是只知道該說）。以下，我們就針對這一部分加以說明。

（一）拆開事實包裝紙

首先，法律適用者必須要從具體的案例事實中看出裡面蘊涵的爭點，這就是所謂的「爭點意識」。事先學過相關的抽象理論爭議，是看到案例事實後能夠產生爭點意識的必要條件，但非充分（或充要）條件。因為在具體案例中，這些理論爭議被案例事實包裹、覆蓋，審查者不見

⁴ 見韓忠謀，各論，246 頁。

得都能從中看出所涉及的爭點。無法從案例事實中形成問題意識，可能是因為自己從來沒有接觸過這方面的討論，也可能是因為自己不懂得活用所學的知識，所以當包裝的事實一改變，就看不出來其中的法律爭點¹。法學知識重在應用，如果不懂得如何拆開案例事實這層包裝紙，那麼學了再多的法律知識也沒用。

要能夠拆開事實包裝紙，首先就是要充分理解學說爭議所要解決的問題何在。接下來，就是要多做練習。一個平常就可以實踐的練習，就是在閱讀報紙時，多注意社會版的新聞。報紙上的事實，對於法律人來說，就像是一顆尚未經處理的裸鑽，法律人要戴上「刑法眼鏡」來切割，自行挑選需要的部分來加工處理²。

(二) 如何決定應否處理某個法律爭點？

根據個人的教學經驗，法律系學生在刑法課堂上聽了那麼多理論爭議後，心中經常會浮現以下這個令他們非常困擾的問題：理論爭議那麼多，我怎麼知道在解實例時要不要寫出來？其實，只要能夠認清學說爭點的意義以及考試的目的何在，心中應該就會有答案。例如，對於法條中某個要素的定義，學說上之所以會有不同意見、會有爭議，就是因為大家對於該條文應否適用於某些特定情形有著不同的看法。我們所要處理的案例事實若是與這些引發爭議的情形無關，這個爭議自然就不再重

¹ 就筆者自身的觀察經驗來看，如果直接問刑總課堂上的學生：「什麼叫做容許構成要件錯誤、學說上有哪些解決的建議」，可能大部分的同學都可以講（背？）得出來。但只要改成案例題型，用事實把爭點包裝起來，可能就會有三分之一以上的人不知道這就是他們學過的爭點。這聽起來似乎讓人無法理解、難以置信，但卻屢試不爽。

² 語見 Mitsch, ZJS 2011, 128。

要；因為無論採取何種看法，都不會影響到本案的法律適用結果¹。這也同樣適用於法官的判決書，法官不是要寫教科書，而是要交代自己在具體個案中如何得出結論（判決主文），並且說服其他人接受（或至少能夠理解）自己的判斷。因此，一切與判決論證強度無關的論述（亦即不會影響到本案結論的爭議），都不應放入判決中。依照德國大學法學院的案例解析評分標準，審查者必須正確看出案例中蘊含的爭點，並且正確地評價各爭點的重要性高低，以合乎比例地決定力道的分配。若發生所謂的「錯置重點」（fehlerhafte Schwerpunktsetzung），也就是花了一堆篇幅去討論與本案無關的爭點，反而會有扣分的效果²。

舉例來說，學說與實務對於人的始期與終期的認定雖然有不同看法，但如果具體案件中的被害人是一個意識清醒的成年人，被行為人斬首殺害，去討論人的始期與終期的爭議自然就是絕對地多餘，已屬錯置重點。又例如，學說上對於財產概念有提出不同的看法（純法律、純經濟、折衷立場），但這裡的爭議，在一般的詐欺案件中並不會導出不同的結果，自然就沒有處理的必要³。或者像是在肇事逃逸的案例中，只有當行為人沒有認識到客觀上「致人死傷」的事實時，才需要討論刑法第185條之4的條文中「致人死傷」要素的定性問題⁴。或者像是在刑法第173條的放火罪，如果行為客體是學校建物，雖仍處於供人使用的狀態，但在放火時空無一人，才需要處理條文中「現有人所在」解釋上是否應異於「現供人使用」的這個爭點⁵。

基此，應否在案例解析中處理某個法律爭議，便要取決於這些不同

¹ Arzt, Strafrechtsklausur, S. 103。

² 僅參閱 Hilgendorf, Klusurenkurs I, 1. Teil Rn. 26。

³ 黃榮堅，月旦法教，5期，140頁。

⁴ 實例參見林鈺雄，講座，10期，40頁以下。

⁵ 關於此爭點，參見拙著，月旦法教，85期，30至31頁。

的立場在本案例中是否會分別導出不同的結論，這就是所謂法律爭議的決定重要性 (Entscheidungserheblichkeit)¹。對此，文獻上有不同意見，認為即便某個爭點在具體個案中不會造成差異，但至少也應該要介紹相關學說，只是沒有表態選邊的必要；倘若完全未提及，便有可能讓閱卷者誤以為答題者不知道相關學說爭議²。然而，案例的審查內容應該要緊扣案例事實。如果某個爭議中的各種立場都不會在眼前的案例事實中導出不同結論，閱卷者就不應該期盼答題者的解答中出現該爭議。當然我們無法排除閱卷者仍然懷有此種期待的可能，是否因為這種可能性而花時間去介紹那些不會有影響的爭議，就要取決於每個答題者自己的決定，其中最重要的考量因素當然就是答題的時間。無論如何可以確定的是，時間一定要優先留給那些會影響到法律適用結果的爭點。有餘力時，才能考慮提及對於那些不會影響到結果的爭議。

如果在案例事實中蘊含了過多的問題，以至於無論如何都不可能在可用的時間內處理完所有爭點，就必須要在這些爭點間做出抉擇，要挑選其中重要性較高的問題來處理。至於如何判斷爭點的重要性，並沒有一個絕對的標準。對此，我們可以參考黃榮堅教授的建議：若是在解釋上引起重大分歧，學說或實務討論得越多，重要性可能就越高³。初學者經常違犯的錯誤，就是遇到每一個問題點，不區分重要性的高低，一律用盡全力來處理，開頭寫的非常詳盡，最後卻因時間問題而草草結束⁴，這種虎頭蛇尾的處理方式，亦屬錯誤的重點分配。

¹ 見 Lagodny/Mansdörfer, ZJS 2014, 161。

² 見許澤天，台灣法學，185期，136頁。

³ 黃榮堅，月旦法教，5期，140頁。

⁴ Kampf, JuS 2012, 313。

(三) 正確的處理位置

絕大部分的爭議，都有其**在犯罪審查體系中的固定處理位置**。透過鑑定模式，我們也可以清楚看出審查者是否正確理解爭點和理論的內涵。最明顯的例子，就是那些刑法教科書中一定會介紹，但不會直接影響到法條解釋與適用的爭議，像是未遂犯的處罰根據（未遂理論），或是共犯的處罰根據（共犯理論）。這些理論本身，都只是在說明為什麼立法者要對於未遂行為或共犯加以處罰，是對刑法上未遂犯及共犯制裁正當性基礎的說明。但是在審查案例時，審查者則是要適用既有的實定法規定，除非處罰根據的釐清會影響到個別成文規定的解釋¹，否則就沒有碰觸其法理基礎的必要。

最常會放錯位置的爭點，應該要屬**保護法益**。保護法益最主要所影響的是**個別要素的解釋**，但有時則是涉及到承諾是否有效、確認個人是否能為之行使正當防衛，或是真正與不真正競合的區分²。常會見到有學生在審查某個罪名時，進入構成要件該當性的審查之前，先介紹該罪在保護法益方面的爭議，介紹完之後，又直接跳入構成要件的審查，而沒有交代兩者間有什麼關聯。這樣的問題，常會發生在肇事逃逸罪（刑法第185條之4）或是遺棄罪（刑法第294條）的審查。另外，在刑法總則的範疇，第27條的中止未遂應該可列入最常被放錯位置的規定之一。其中最常看到的作法，是在構成要件該當性的審查階層中處理，其次則是將之放在罪責中審查，另外也有見過把中止當作法定阻卻違法事由。至於正確地在犯罪成立要件之後審查「個人的減免刑罰事由」者，則只

¹ 例如，共犯處罰根據會對於從屬形式以及共犯故意的認知內容有所影響，詳見下文第四講、參、五、（一）和（二）。

² 參閱 Rönna, JuS 2009, 211。

佔了相當低的比例¹。

當然也有極少數的爭點，連應該在哪個位置處理，學說上都有不同的意見，像是容許構成要件錯誤。關於阻卻違法事實的誤認問題，究竟應該在不法審查階層處理，還是要等到罪責階層才提出，學說上都有不同的建議，均屬可採，只是必須注意自己的操作是否一貫。對於這類的爭議，我們可以抽象訂出一個基本原則，就是：在爭議首次出現的地方處理它²。

(四) 處理的程度

所有將法律適用到具體案例中的行為，包括法官寫判決和法律系學生寫考卷，目的都一樣，就是要說服別人接受自己的判斷，差別只在於要說服的對象有所不同（當事人或閱卷者）。隨著時代、環境的不同，對於說理論證的要求程度也會有差異。判決的功能，在於對系爭事實做出決定。有些社會能夠接受完全不附具理由的判斷結果，像是在遠古巫術或皇權支配的時代，只要具備權威身分（祭司或皇帝）便可不附任何理由做出決定，他人就算不認同也只有接受的份。但在現代的社會中，司法者做出的判決必須具有驗證可能性，因此，其中的說理部分就成為主要重點。這當然也適用於各種法律考試中的實例解析。

遇到應處理的學說爭議時，應該先用精簡的文句介紹不同的學說及實務立場，分析討論其間的優劣後選擇自己的立場，再以該立場為基礎，繼續往下審查。不推薦的作法是，介紹完不同的學說立場後，僅列出各種可能性（若依甲說，則如何如何，若依乙說，又會如何如何）而

不做出任何的決定。除非是要出具一份分析各種可能性的鑑定報告，才會基於各種不同的可能立場往下推演。像是法律顧問寫給企業主的法律意見分析書，或者是在合議庭中，受命法官為判決所準備的鑑定意見¹。解案例有別於法律意見評估，較接近判決書的功能，是要告訴別人自己如何處理案件事實。要告訴閱讀者的，除了各種可能的立場、主張外，自己得出何種結論當然也是重點所在。寫判決的法官遇到爭議時，當然不可能不做任何選擇，否則在技術上根本無法做出判決。更有甚者，案例中往往不只一處有爭議，如果遇到爭議又不選擇其中一種立場，那麼接下來排列組合的各種可能性就會累積到無法處理的數量。

至於介紹學說的方式，典型作法就是列出甲說、乙說、丙說等，文獻上另有認為如此看不出考生究竟是透過死背硬記還是真的理解，所以建議用法學方法論所教導的解釋方法帶出各種立場，像是以下的敘述方式：有問題的是，是否……（點出問題）。我們可以基於法條文義，要求……（理論內容）。依此，則本案中……（理論的適用）。另一方面，基於法律體系（或立法意旨），……（理論內容），依此，則本案中……（理論的適用）。由於這兩種觀察方式會分別導出不同的結論，因此有必要在這裡做出選擇。如果著眼於……（理由與立場的選擇）²。不過這似乎也只是在敘述方式上稍微有點變化，考生仍舊有可能是透過死背硬記寫出來；況且，也不是每個爭議都會和各種解釋方法有關。從閱卷者的角度來看，自然是用前一種方式（依序分段介紹學說）書寫的版面段落較為清楚分明。至於考生是否真的理解，恐怕就不是透過理論介紹可以辨識得了，而是要看後續的推演。

最理想的爭議處理程度，當然就是詳盡地列舉出每個立場的各種論

¹ 詳見本書第四講、貳、七、。

² 詳見本書第五講、壹、三、（三）。

¹ Walter, Stilkunde, S. 118。

² 參閱 Kampf, JuS 2012, 313。

據，然後一一檢視，就像一篇法學論文的討論。然而，在考試時，由於時間有限，閱卷者當然不會（也不應該）期待一份案例解析能夠徹底解決一個學界已經吵了數十年的難題，或是提出任何令人耳目一新的原創論點。如果考生能夠看出案例中的爭點，並且盡可能完整地還原論爭中的各家主張（尤其是學界通說以及最高法院的立場），就可算是滿足了要求。如果還能夠進一步分析各種立場的優劣，則已可算是相當優秀的試卷。如果自己並沒有對於該爭議形成己見，也可以在通說或實務見解的基礎上作答。只要讓自己的結論在可採（vertretbar）的範圍中即可¹。然而必須留意的是，當我們在分析及選擇立場時，自己的立場必須前後一貫。經常會看到有同學先將某種立場批評的一文不值，但後續卻又選擇採取該種立場。這種情形，尤其容易發生在實務見解或是學界通說上。要知道，案例解析的任務和判決的任務相同，都是在於說服對方理解、甚至接受自己的判斷結果。如果採取一種自己都不認同的標準，結論的說服力道自然就很弱。

在民主法治國家中，最強的論據就是法律規定。除非實定法規定違憲，否則立法者做成立法決定後，所涉及的爭論，在釋義學的層次就也成為定案²。在實務見解中，最為重要的就是司法院大法官會議的解釋，其次是最最高法院的決議與判例，接著則是最高法院與下級審法院的判決。在援引實務見解時，如果是一般的正式法律文件（如判決書），自然必須正確且完整地標示出各種字號。與此相對，在考試中的重點，則是在於考生有無正確還原相關實務見解的內容。標示出正確的字號只是加分的效果，用比喻的方式來說，只是調味料而非食材本身。並且，隨著實務見解來源的不同，在正確標示出處的要求上也會高低不同。像是

¹ Vogel, Methodik, S. 8.

² 當然還可以爭執立法決定的妥當性，不過這就已經屬於立法論的範疇，而和法律的適用沒有直接關聯。

閱卷者會期待看到相關的大法官釋字解釋、最高法院決議或著名判例的字號，但不會期待看到一般判決的字號。更不用說隨意捏造字號，更是答題時的大忌¹。

如果放下考試時間侷限的因素，而是像法官寫判決那樣，審查者就應該盡可能詳細地公開心證，評析各種立場的優劣，並且使用各種論據來證立自己的選擇。這時，法學方法論所教導的各種解釋、論證方式（文義、體系、邏輯、目的、後果觀察、歸謬論證、當然推論等）即可派上用場。德國知名刑法學者 Puppe 教授曾經用「論證網球賽」來生動描繪出法律人遇到爭議時的思考過程：法學上的工作方式就是在自己的腦袋裡進行一場問題討論，並且用書面表達出來。這就像是在舉辦一場論證網球賽，賽局是在個別論據的你來我往中進行。在每一個語句之後，法律人就要扮演球賽裁判的角色，去決定哪一邊獲勝，或是判定為平手²。

這樣的過程不僅適用於法學論文的撰寫，從事司法實務工作時，不管是在寫法律意見書、起訴書或判決書，遇到爭議時都必須論證。在十九世紀末、二十世紀初期，也就是受實證主義支配的時代，法律適用曾經被理解成一種「發現正確答案」的過程。當時認為判決應該要和數學題目一樣，都只能有一個正確解答，法律適用者的任務就是要去發現這個「唯一正解」。如果法律的設計真的能夠做到這種程度，當然就能高度擔保安定性。然而，這個概念法學的神話很快就被戳破。大家發現，法律內容有限但人事卻變化無窮，想要建構一個固定、封閉的法律體系解決所有的問題，根本是天方夜譚。我們經常可以見到，在某些法律爭

¹ 筆者曾經不只一次看過有考生寫出像是「最高法院 18 年台上字○○號」這樣令人啼笑皆非的判決字號。

² 參閱 Puppe（蔡聖偉譯），小學堂，227 頁。實際的操作演練，可參考該書 228 頁以下。

議中，不同的結論都可以在方法論上正確地被證成¹。基於，現今法學界已正確地認清，法律適用者不是要「發現」、尋找唯一正確的判決結果，而是要做出自己的決定，並且透過充分地論證讓大家能夠理解並且接受這個決定（說服）²。

五、事實不明的處理：罪疑唯輕原則

如前所述，固有意義的涵攝，就是法律適用者將法規範套用到案例事實之上，檢視二者是否合致。在進行這個動作之前，法律適用者必須先行確認案件事實與規範內涵，這就是涵攝的「前置工作」(Vorarbeit)³。刑庭法官只能在自己對於犯罪事實的存在形成確信時，才能做出有罪判決。如果在窮盡證據調查之能事後，法官仍然無法確認部分事實是否存在（心中仍有理性的懷疑⁴），那麼就出現了所謂的「事實不明」(non liquet)狀況。確認案例事實雖然不是實例解析者的任務（見前文第二講、壹、），但有鑑於處理事實不明的「罪疑唯輕」原則是現代法治國家中很重要的刑事法基礎原則，並且在案例解析中經常被誤用，所以還是要用一些篇幅來說明。

¹ Vogel, Methodik, S. 8。

² 甚至連在自然科學的領域，也不是在回答每個問題時，都可以找到一翻兩瞪眼的絕對標準答案。對此，可參考林東茂，思考，430頁。該文以物理學上關於「光」的本質爭論（波動 vs. 粒子）為例，清楚說明即便是在自然科學的範疇，也會有不同立場。此外，每個人基於自己或他人的就醫經驗同樣可以輕易瞭解，現今的醫學也經常會遇到無法解釋的病症或現象。

³ 參閱 Eser, Strafrecht I, S. 164 (Rn. A12 ff.)。

⁴ 要注意的是，這裡所說的當然限於理性、有具體根據的懷疑。如果懷疑只是建立在「單純臆想、純理論的抽象可能性」之上，毫無具體根據，自然就算不上是這裡所稱的事實不明。依此，罪疑唯輕原則並沒有要求法官一定要接受被告的一切抗辯，此見 Puppe, AT/1, 10/11。

（一）事實不明的意義

當我們對特定規範的構成要件進行涵攝時，只有在相關待證事實都已經被確證存在時，才能得出「該規範是否適用於此個案」的結論。要注意的是，這個涵攝的結論包括了「可適用該規範」（積極結論）與「不能適用該規範」（消極結論）二者。即便是要得出該法條「不能適用」的結果（法律效果的「不發生」），也必須證明案例事實「沒有」實現構成要件（該規範的適用前提「不存在」）¹。如果在窮盡調查證據之能事後，仍然無法確認某事實是否存在，這就是所謂的「事實不明」狀態。在事實不明的情形，無論是前述的積極結論（亦即：法律效果之前提「存在」，因此該法條在此一具體個案中有其適用）還是消極結論（亦即：法律效果之前提「不存在」，因此該法條在此一具體個案中不得適用）都無法產生。這就是「事實不明」狀況的一體兩面，因為相關待證事實「既無法被證明存在，亦無法被證明不存在」；不可能一方面無法確認某法條「適用」的前提是否存在，但另一方面卻能夠確認該法條「不適用」的前提已實現。現代法治國家中的訴訟程序不能因為證據不足而停擺，所以在程序法上一定要有一個裁判規則（Entscheidungsregel）來預先規定，在事實不明的情形應該出現何種法律效果，讓法官得以作出前述的積極或消極結論。

（二）裁判規則的選定

在面臨事實不明的困境時，如果要允許法官作出得以適用該法條的積極結論，便是將裁判規則設計成「有疑必不利於被告」(in dubio contra

¹ 參閱 Frisch, Henkel-FS, S. 280 f。