

刑法系列

刑法總論

Criminal law introduction
Logic analysis and System demonstration

邏輯分析與 體系論證

理論非但可滿足實務上的需求，更豐富了法律精神

Criminal law introduction
Logic analysis and System demonstration

黃常仁◎著



新學林

刑法系列

刑法總論

邏輯分析與
體系論證

Criminal law introduction
Logic analysis and System demonstration

理論非但可滿足實務上的需求，更豐富了法律精神

 新學林出版股份有限公司

地址：台北市和平東路二段339號9樓

TEL: 2700-1808 FAX: 2705-9080

郵政劃撥：19889774 新學林出版股份有限公司

E-mail: law@sharing.com.tw



005AB830901

ISBN 978-957-41-6020-4



9 789574 160204



00600

刑法總論

—邏輯分析與體系論證—

黃常仁 著

德國哥廷根大學法學博士
國立高雄大學法律學系專任教授

(最新增訂二版)

二〇〇九年一月 出版

國家圖書館出版品預行編目資料

刑法總論：邏輯分析與體系論證 / 黃常仁著。
— 增訂二版。— 臺北市：黃常仁出版：新
學林總經銷，2009.01
面；公分。—
參考書目：面
ISBN 978-957-41-6020-4(精裝)

1. 刑法總則 2. 論述分析

585.1

97024937

刑法總論

— 邏輯分析與體系論證 —

作 者：黃常仁
出 版 者：黃常仁
總 經 銷：新學林出版股份有限公司
地 址：台北市和平東路二段 339 號 9 樓
電 話：(02) 2700-1808
傳 真：(02) 2705-9080
網 址：<http://www.sharing.com.tw/>
出版日期：2009 年 1 月 最新增訂二版
定 價：600 元
ISBN 978-957-41-6020-4

郵撥帳號：19889774 新學林出版股份有限公司
劃撥未滿 1000 元加收郵資 50 元
本書如有缺頁、破損、倒裝，請寄回更換
門市地址：台北市和平東路二段 339 號 9 樓
團購專線：(02) 2700-1808 分機 18
讀者服務：law@sharing.com.tw

版權所有，禁止翻印轉載

Meinem verehrten Lehrer, Herrn Prof. Dr. Fritz Loos,
in Dankbarkeit für seine hilfreiche Unterstützung und seine Anregungen
während meines Aufenthaltes in Göttingen im Sommersemester 1997

敬獻吾師佛立茲·羅斯博士教授先生
一九九七年夏季學期，當余客居哥廷根時，
感謝先生多所協助與鼓勵。

序言（最新增訂二版）

刑法總則自民國 94 年(2005 年)2 月 2 日公布新修正條文以來，即已產生或多或少之結構性變化，此對實務與學界也已產生相當大的衝擊與混亂。如「牽連犯」與「連續犯」之規定刪除、刑法第二十九條第三項「未遂教唆」之規定刪除，再加上「不能犯」、「教唆犯」與「幫助犯」之規定「修正」……等等。此舉，就實務而言，已苦於「本則判例，不再援用」或「本則判例保留，但應注意刑法已修正」之說；就學界而言，此等刪除或修正之論，早已眾說紛紜，莫衷一是。更何況其之刪除或修正理由，實也充斥著似是而非之語。基於此，也是本書重起新版的主要理由之一。

最新增訂二版多所著墨之處：首先，係針對刪除或修正或新增規定而來；其次，也將增訂一版的內容予以深化，亦即使問題之來龍去脈更趨完整性；最後，也將新近實務見解予以歸納且併序處理之。在新版論述過程中，由於反覆再三且力求嚴謹與無誤，所幸有賴法研所徐慶國、劉傳璟、李衣婷、王舒俞諸位同學的協助。因為舉凡資料提供、電腦處理過程、校稿工作，實備極辛勞，謹此一併致謝。

誠然，作者學植也有所不逮，掛一漏萬，甚至於謬誤之處，也再所難免。就此，尚祈法學先進、讀者，不吝指正，是幸。

黃常仁

謹誌

二〇〇八年十二月

序言（增訂一版）

本書自上、下冊付梓問世以來，即不斷予以檢討並也多所發現其缺失處。又近年來，國內相關論著不斷出新，可供參考者頗眾；同時，刑法分則之相關規定也已多所增新與更迭。此乃本書予以增修之理由與事項。

本書新版仍以上下冊內容為主，同時也以深入淺出方式重新嚴謹論述。增修較鉅者是在第七章「正犯與共犯」，並另闢第九章「罪疑唯輕」與「選擇確定」，用以力求本書之完整性。誠然，著者學植未深，謬誤疏漏處必然有之。誠盼 方家、讀者多所指正，是幸！

本書新版得以順利付梓，尙有賴研究所鄭凱鴻、張格明、陳淑櫻等諸位同學的辛苦協助。謹此一併致謝。

黃常仁

謹誌

二〇〇〇年八月

序言（上冊）

法學教育與法學訓練之主要目的，乃在培養習法者之思考、分析、推理與論證能力。然此等能力之養成，除了教學本身以外，尚須相關著作的輔助與習法者之自我訓練，方竟全功。本書之撰寫動機即緣於此。

本書之撰寫方式，即如附題所載：「邏輯分析與體系論證」。故在首章即以邏輯思考方式，分析出刑法之整體架構，隨之介紹「故意犯」、「過失犯」與「加重結果犯」之論證體系。並於每一論證體系之末附一「範例解析」，以期建立習法者之論證方法與論證基礎。

本書擬分上、下兩冊。然因著述過程頗為繁複，為求謹慎並避免延宕時日計，乃將上冊先行付梓。下冊有關「不作為犯」（純正不作為犯、不純正不作為犯）、「未遂犯」、「正犯與共犯」、「罪數與競合」部份，預計明年出版。

邏輯論證體系的建立乃本書之重點，惟因著者學植未深，疏漏謬誤之處，自所難免。敬祈 方家不吝指正，則吾人是幸！法學教育是幸！

本書之撰寫，承中興法研所謝開平同學，彙整相關實務見解，並提供諸多寶貴意見。其次，也承東吳法律系同學洪志恆、張天明、許澤天、汪怡君、姜鑫汝……等諸位同學，再三校閱。電腦排版方面，也承呂瑋卿同學、呂素卿小姐、呂鏗明先生之協助。謹此致謝！

黃帝仁

謹誌

一九九四年七月

序言（下冊）

本書下冊從第五章「不作為犯」開始，並以「不純正不作為犯」為體系論證主軸。同時，下分「故意不純正不作為犯」與「過失不純正不作為犯」，最後論及有關「純正不作為犯」的問題。第六章「未遂犯」則從整體架構出發，並剖析其與「迷信犯」、「幻覺犯」之相互關係性，且以體系方式論及「未遂犯」之下位概念——「不能犯」與「中止犯」，最後兼論可罰之「預備犯」。第七章「正犯與共犯」係在力求突破現行刑法之瑕疵規定，為論證的方向，並釐清諸多有關似是而非的基本概念問題。第八章即以「競合體系」本身展開「競合論」的論證基礎與架構，並以訴訟法上「罪疑唯輕」的原則作為結束。

本書下冊得以如期順利付梓，尚賴中興法研謝開平、靳宗立，台大法研許澤天，東吳法律汪怡君、林幸琪等諸多同學與陳淑櫻助教的多方協助；電腦排版方面也承呂瑋卿女士，克盡排版之苦。謹此一併致謝！！

最後，尚望 方家、讀者不吝指正，則可重新予以整理並再度出發。

黃常仁

謹誌

一九九五年十二月

凡例

爲便利解讀本書起見，乃將本書在引註與論述方面，所援用之代號與縮寫，特舉下述凡例以明之：

- 一、刑 § 23 前： 刑法第 23 條前段
 - 刑 § 10 IV Nr. 6： 刑法第 10 條第 4 項第 6 款
 - 刑 §§ 277 I、II；278 I、II：
刑法第 277 條第 1 項、第 2 項；
刑法第 278 條第 1 項、第 2 項
 - 社維法 § 74 Nr. 6： 社會秩序維護法第 74 條第 6 款
 - 刑訴 § 303 Nr. 3： 刑事訴訟法第 303 條第 3 款
 - 民 §§ 13、15： 民法第 13 條、第 15 條
 - 優保 § 9 I Nr. 1-6： 優生保健法第 9 條第 1 項第 1 款至第 6 款
 - 憲增 § 4 VIII： 中華民國憲法增修條文第 4 條第 8 項
 - 餘類推……
-
- 二、Wessels/Beulke, AT, S. 116：
氏合著，總則，第 116 頁
 - § 17 Rn. 776：
第十七章，旁碼 776
 - Baumann/Weber/Mitsch, AT, S. 369 ff.：
氏合著，總則，第 369 頁以下
 - Maurach/Zipf, AT-1, S.405 ff.：
氏合著，總則，第一冊，第 405 頁以下
 - Welzel, Lb, S. 168f.：
氏著，教科書，第 168、169 頁
 - SK-Rudolphi, StGB, § 16 Rn. 12：
氏著於，刑法逐條釋義，第 16 條、旁碼 12

S/S/Lenckner, StGB, Rn. 19.121 vor § 13 :

氏著於，刑法逐條釋義，第十三條前引旁碼 19、121

Roxin, in : Henkel-FS S. 184 ff. :

氏著於 Henkel-紀念文集，第 184 頁以下

Blei, AT, § 82 II 1 :

氏著，總則，第 82 節第 2 款第 1 項

餘類推……

BGHSt 11, 1; 33, 61 :

德國聯邦最高法院刑事判決第 11 卷第 1 頁；第 33 卷第 61 頁

RGSt 1, 373 :

帝國最高法院刑事判決，第 1 卷第 373 頁

餘類推……

參考書目

一、中文部份（依作者姓氏筆畫順序）

- | | | |
|------|----------------|----------|
| 甘添貴著 | 體系刑法各論（第一卷） | 1999年9月 |
| | 體系刑法各論（第二卷） | 2000年4月 |
| 林山田著 | 刑法通論（上）增訂十版 | 2008年1月 |
| | 刑法通論（下）增訂十版 | 2008年1月 |
| | 刑法各罪論（上）增訂二版 | 1999年9月 |
| | 刑法各罪論（下）增訂二版 | 1999年9月 |
| 周治平著 | 刑法總論 | 民國52年3月 |
| | 刑法各論 | 民國57年9月 |
| 陳樸生著 | 實用刑法 重訂初版 | 民國80年9月 |
| 陳子平著 | 刑法總論 增修版 | 2008年9月 |
| 許玉秀著 | 主觀與客觀之間 | 1997年9月 |
| 梁恆昌著 | 刑法總論 十六版 | 民國80年7月 |
| 黃榮堅著 | 刑法問題與利益思考 | 1995年 |
| | 刑罰的極限 | 1999年 |
| | 基礎刑法學（上） | 2006年9月 |
| | 基礎刑法學（下） | 2006年9月 |
| 黃常仁著 | 間接正犯與正犯後正犯 | 1998年5月 |
| 褚劍鴻著 | 刑法總則論增訂十二版 | 民國87年7月 |
| | 刑法分則釋論（上）三次增訂版 | 2000年9月 |
| | 刑法分則釋論（下）三次增訂版 | 2001年2月 |
| 蔡墩銘著 | 刑法總論 增修五版 | 2001年9月 |
| | 刑法各論 修訂五版 | 2006年9月 |
| 韓忠謨著 | 刑法原理 再版 | 民國86年12月 |
| | 刑法各論 增補一版 | 民國89年9月 |
| 蘇俊雄著 | 刑法總論（Ⅱ） | 民國86年7月 |

二、外文部份

K. Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. II, 2. Auflage 1914/16

H. Mayer, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1967

H. Welzel, Das Deutsche Strafrecht (Lb), 11. Auflage 1969

Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Auflage 1996

Schönke/Schröder, Komm. zum Strafgesetzbuch, 26 Auflage 2001

H. Blei, Strafrecht I Allgemeiner Teil, 18. Auflage 1983

H. Tröndle/Fischer, Komm. zum StGB, 53 Auflage 2006

Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10 Auflage 1995

Bockelmann/Volk, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage 1987

Maurach/Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 1, 7. Auflage 1987; Maurach/ Gössel/Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, 6. Auflage 1984

K. Lackner/Kühl, Komm. zum StGB, 24 Auflage 2001

Rudolphi/Horn/Samson, Systematischer Komm. zum StGB, Band I, Allgemeiner Teil, 5. Auflage 1987

G.Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage 1991

C. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I 1992; Band II 2003

J. Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 30. Auflage 2000

Eb. Schmidhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage 1984

Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch:

9. Auflage 1970/74 (Hrsg. Baldus und Willms) ;
10. Auflage 1978/89 (Hrsg. Jescheck, Ruß und Willms) ;
11. Auflage 1992 (Hrsg. Jähnke, Laufhütte und Odersky)

刑法總論

—邏輯分析與體系論證—

〔 最新
增訂二版 〕

目錄

序 言
凡 例
參考書目

第一章 導論.....	1
壹、引言.....	1
貳、刑罰行為三段論.....	3
一、法益侵害／行為構成要件相當性／ 不法行為構成要件.....	3
二、違法性.....	4
三、有責性.....	5
參、個人阻卻刑罰事由／個人免除刑罰事由／ 個人減輕刑罰事由.....	6
肆、追訴條件與追訴障礙.....	8
一、追訴條件.....	8
二、追訴障礙.....	8
第二章 故意作為犯.....	11
第一節 行為論.....	11
壹、刑法上的「行為概念」.....	11
一、原因行為論.....	11
二、目的行為論.....	12
三、社會行為論.....	12

四、小結.....	13
貳、行爲能力（Handlungsfähigkeit）.....	16
第二節 不法行爲構成要件.....	19
壹、意義與功用.....	19
貳、客觀不法行爲構成要件之個別要素.....	20
一、描述性要素.....	20
二、規範性要素.....	20
三、不成文要素.....	21
四、「無故」、「不法」、「非法」、「不依法令」…… 等之要素.....	21
五、因果關係（Kausalität）.....	22
1.「條件說」或稱「等價說」	
2.條件說之修正見解	
3.相當因果關係說	
4.重要性說	
5.客觀歸責說	
參、「主觀不法行爲構成要件」—「故意」 及其「特別主觀要素」—「意圖」.....	31
一、概說.....	31
二、「故意」態樣.....	34
（一）一般形態.....	34
1.直接故意	
2.間接故意	
（二）特別形態.....	36
1.擇一故意	
2.累積故意	
三、不法行爲構成要件之錯誤.....	38
（一）概說.....	38
（二）類型.....	39
1.就「不法行爲」本身而言	

2.就「行為客體」而言

3.就「因果過程」而言

第三節 違法性	47
壹、概說.....	47
貳、阻卻違法事由.....	48
一、法定阻卻違法事由.....	49
(一) 正當防衛	49
(二) 緊急避難	61
(三) 依法令之行為.....	67
1.父母懲戒權	
2.現行犯逮捕權	
3.準現行犯逮捕權	
(四) 依上級公務員命令之職務行為	71
(五) 業務上之正當行為.....	73
二、超法規阻卻違法事由.....	75
(一) 同意.....	75
(二) 可推測同意.....	80
(三) 義務衝突	82
(四) 教師懲戒權.....	83
(五) 可容許危險.....	84
第四節、刑事責任.....	86
壹、概說.....	86
貳、複合責任概念.....	88
一、責任能力.....	88
1.無責任能力人	
2.限制責任能力人	
二、責任能力與原因自由行為.....	90
1.故意原因自由行為	
2.過失原因自由行為	
三、欠缺免除責任事由.....	98

(一) 防衛過當與避難過當.....	98
(二) 誤想防衛與誤想緊急避難.....	100
四、不法意識可能性：規範錯誤.....	103
(一) 直接禁止錯誤.....	105
(二) 間接禁止錯誤.....	106
五、特別責任要素.....	109
六、責任形態——故意責任！.....	110
第五節 客觀處罰條件.....	112
壹、概念與意義.....	112
貳、個別規定.....	112
一、「致婚姻無效之裁判或撤銷婚姻之裁判確定」.....	113
二、「所誹謗之事，能證明其為真實」.....	113
三、「致人於死或致重傷」.....	114
四、「公務員或仲裁人條件成就時」.....	115
五、其他.....	115
參、「客觀處罰條件」與「個人阻卻或免除刑罰事由」.....	116
肆、「客觀處罰條件」與「追訴條件」或「追訴障礙」.....	116
第三章 過失作為犯.....	117
壹、意義與形態.....	117
1. 無認識過失	
2. 有認識過失	
3. 「有認識過失」與「間接故意」之界限	
貳、體系結構.....	121
一、不法行為構成要件.....	122
1. 結果之肇因	
2. 客觀必要注意義務之違反	
3. 結果之發生，在客觀係可預見且可避免	
4. 「不法行為」與「不法結果」之特殊關聯性	
二、違法性.....	126
三、有責性.....	128

第四章 加重結果犯.....	131
壹、概念與意義.....	131
貳、規範目的.....	132
參、實害犯體系結構與成立要件.....	132
一、體系結構.....	133
二、成立要件.....	134
1.故意基本犯之成立	
2.加重結果之發生與因果關係	
3.能預見	
4.特別問題	
肆、危險犯之體系結構與成立要件.....	138
一、體系結構.....	139
二、成立要件.....	140
1.具體危險犯	
2.抽象危險犯	
第五章 不純正不作為犯與純正不作為犯.....	141
第一節 概說.....	141
第二節 不純正不作為犯.....	143
壹、故意不純正不作為犯.....	144
一、不法行為構成要件.....	144
(一)客觀要件.....	144
1.不作為	
2.結果之發生	
3.防止結果發生的可能性	
4.因果關係	
5.保證人地位	
(1)對一定法益具特別保護義務者	
①家屬或最近親屬間	
②生命與危險共同體	
③基於事實上承擔而為保護與救助者	

④對於一定支配範圍具監督與管制義務者	
(2) 一定危險狀態之導致者	
6.相當條款	
(二) 主觀要件	157
二、違法性.....	157
三、有責性.....	158
(一) 等價義務衝突.....	159
(二) 規範錯誤	159
貳、過失不純正不作為犯.....	160
一、不法行為構成要件.....	160
二、違法性.....	163
三、有責性.....	163
第三節 純正不作為犯	165
第六章 未遂犯.....	169
壹、概說.....	169
貳、成立要件.....	171
一、主觀要件.....	172
(一) 行為決意	172
(二) 除外狀況	175
1.幻覺犯	
(1) 反面禁止錯誤	
(2) 反面許可錯誤	
(3) 反面包攝錯誤	
2.迷信犯	
二、客觀要件.....	178
(一) 「著手.....實行」	178
1.形式客觀說	
2.實質客觀說	
3.主觀說	

4.主、客觀混合說	
(二) 欠缺既遂狀態.....	181
參、不純正不作為犯之未遂問題.....	182
肆、不能犯與中止犯.....	183
一、不能犯.....	183
(一) 客體不能	184
1.客觀說	
2.主觀說	
3.主、客觀混合說	
(二) 手段不能 (或稱「工具不能」)	188
(三) 主體不能	189
(四) 「不罰」事由.....	190
二、中止犯.....	191
(一) 「未了未遂」與「既了未遂」	191
1.未了未遂	
2.既了未遂	
(二) 「未了未遂」與「己意中止」	193
1.「中止」要素	
2.「己意」要素	
3.結果不發生	
(三) 「既了未遂」與「積極防止結果發生」	197
(四) 第 27 條第 2 項.....	199
第七章 預備犯與陰謀犯	201
壹、預備犯.....	201
貳、陰謀犯.....	203
第八章 正犯與共犯.....	205
壹、概說.....	206
貳、界定學說.....	208
一、形式客觀說.....	208

二、主觀說.....	209
三、實質客觀說.....	209
參、正犯.....	211
一、共同正犯.....	211
二、相互正犯.....	215
三、共謀共同正犯.....	216
四、直接正犯.....	218
五、間接正犯.....	219
(一) 意義與工具適格	219
1.該他人之所為，欠缺構成要件相當性	
2.該他人之所為，欠缺違法性	
3.該他人之所為，欠缺有責性	
4.利用他人之過失行爲	
5.犯罪工具人與犯罪被害人具備同一性之特殊狀況	
6.利用所謂「對人或對物之錯誤」或「利用他人之 犯罪決意」	
7.利用所謂「組織支配」	
(二) 未遂始點	226
(三) 支配錯誤	228
1.「幕後者」誤認：「實行者」係具完全責任能力人	
2.「幕後者」誤認：「實行者」係一欠缺責任能力人	
3.「幕後者」誤認：「實行者」係善意第三人	
4.「實行者」逾越「幕後者」的授意範圍	
5.「實行者」的「客體錯置」	
(四)「不作爲」與「間接正犯」	231
肆、共犯.....	233
一、教唆犯.....	233
(一) 刑法第 29 條第 1 項	233
1.客觀要件	
2.主觀要件	
(二) 刑法第 29 條第 2 項	241

(三) 所謂「未遂教唆」	245
二、幫助犯.....	248
(一) 刑法第 30 條第 1 項	248
1.客觀要件	
2.主觀要件	
(二) 刑法第 30 條第 2 項	255
伍、共犯／不作爲犯.....	256
陸、特別犯.....	258
一、正犯、共犯與純正特別犯〈刑法第 31 條第 1 項〉	259
(一) 本條項前段	
(二) 本條項後段	
二、正犯、共犯與不純正特別犯〈刑法第 31 條第 2 項〉	263
柒、必要共犯.....	267
捌、親手犯.....	270
第九章 競合論.....	273
壹、概說.....	273
貳、「一行爲」與「數行爲」	275
一、「一行爲」與「行爲單數」	275
(一) 不純正競合.....	279
—法規競合—	
1.特別關係	
2.補充關係	
3.吸收關係	
4.擇一關係?	
(二) 純正競合	290
1.想像競合犯	
2.刪除後的「牽連犯」	
3.刪除後的「連續犯」	
二、「數行爲」與「行爲複數」	310
(一) 不純正競合.....	310

1.「與罰後行爲」	
2.「與罰前行爲」	
(二) 純正競合	313
—實質競合犯—	
1.同種實質競合	
2.異種實質競合	
參、吸收犯？	315
肆、「結合犯」與「集合犯」	319
一、「結合犯」	319
二、「集合犯」	321
1.常業犯	
2.習慣犯	
3.營利犯	
第十章 「罪疑唯輕」與「選擇確定」	323
壹、概說	324
貳、「罪疑唯輕」原則	325
一、「邏輯階梯關係」	325
二、「評價階梯關係」	327
三、「不在場證明」	329
參、「不純正選擇確定」	330
一、「行爲實施方式同一性」	331
二、「行爲實施方式擇一性」	331
肆、「不定後行爲」與「不定前行爲」	332
一、「不定後行爲」	332
二、「不定前行爲」	333
伍、「純正選擇確定」	333
一、「法律倫理與心理可比較性」	334
二、「不法核心同一性」	335
陸、結語	335

第一章 導論

壹、引言

甲故意殺乙致死。試問甲應否以刑法第 271 條第 1 項之「殺人罪」論罪科刑？

刑法第 271 條第 1 項謂：「殺人者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。」從本條項觀之，此之「殺人」必須產生死亡結果；若無死亡結果，則僅生同條第 2 項「殺人未遂」的問題。由於刑法是以處罰「既遂犯」為原則，「未遂犯」為例外，此從刑法第 25 條第 2 項—原則與例外—的揭示規定中（「未遂犯之處罰，以有特別規定者為限。」），即可知之。故第 271 條第 1 項之「殺人者」，包括死亡結果在內。

又第 271 條第 1 項之「殺人」是指「故意殺人」而言，若因過失行為致人於死，則非本條項之適用範圍。因為刑法第 12 條第 2 項規定謂：「過失行為之處罰，以有特別規定者為限。」從此一規定又可得知，刑法亦以處罰「故意犯」為原則，「過失犯」為例外。由於「過失致死」之處罰，刑法第 276 條即已明定，因此第 271 條之「殺人」是以「故意殺人者」為其規範對象，要無疑義。

從上述分析中，當可知悉，立法者於第 271 條第 1 項之規定，有意省略行為人之主觀要件—「故意」與殺人行為之「結果」—「死亡」。

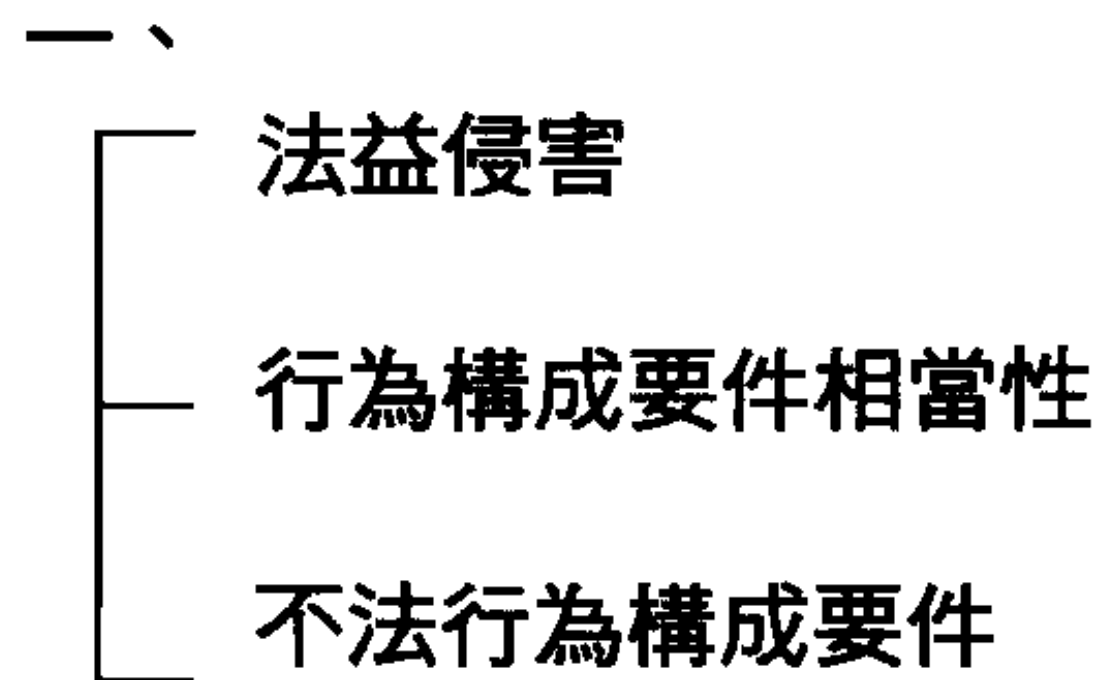
但是否在「故意殺人且致死」之狀況下，均可論以「殺人既遂罪」？亦即以第 271 條第 1 項論罪科刑？由於任何一項犯罪，皆有其實質的犯罪要素在，亦即至少必需具備「構成要件要素

」、「違法性要素」與「責任要素」。換言之，任一「刑罰（犯罪）行為」（Straftat）是否可罰，邏輯上必須經過三段論證，亦即「行為構成要件相當性」（Tatbestandsmäßigkeit）、「違法性」（Rechtswidrigkeit）與「有責性」（Schuld），方可終局確定。因為並非所有「故意殺人且致死」狀況下，當然具其違法性與有責性。

於茲，先行將三段論證及其整體結構系統圖示如下：

一、行為構成要件相當性 a.)客觀要件： b.)主觀要件：	/ 客觀處罰條件
二、違法性 a.)法定阻卻違法事由 b.)超法規阻卻違法事由 三、有責性 a.)阻卻責任事由 b.)免除責任事由	
c.)減輕責任事由	
四、個人阻卻刑罰事由 個人免除刑罰事由 個人減輕刑罰事由	
五、追訴條件與追訴障礙	

貳、刑罰行為三段論



在「刑罰行為」可罰性判斷之第一階段，首先即應說明「不法行為構成要件」（Tatbestand）、「行為構成要件相當性」（Tatbestandsmäßigkeit）與「法益侵害」（Rechtsgutsverletzung）諸概念之相互關係性。

所謂「不法行為構成要件」乃指某一犯罪之構成要件要素之總稱，但並不包括違法性與責任要素在內。如：「殺人罪」（刑§ 271 I）之構成要件，除主觀構成要件—「故意」外，尚包括客觀構成要件要素：「殺人行為」、「死亡結果」、行為與結果間之「因果關係」等。至於「行為構成要件相當性」乃指任一「行為事實」（Sachverhalt）的判斷，是否符合某一犯罪之「構成要件」的過程結論而言。

如題例，甲故意殺乙致死，則甲之行為事實已符合刑法第 271 條第 1 項之構成要件，故甲之行為已具備「構成要件相當性（該當性或一致性）」。在行為構成要件該當之同時，乙之生命（法益）¹亦受實質侵害²。故「不法行為構成要件」、「行

¹ 「法益」（Rechtsgüter）是屬抽象價值利益且因其具有社會上之特別意義，而享有法律保護之謂。簡言之，「法益」乃具有理想中之社會價值者。吾國傳統上將「法益」區分為「個人法益」、「社會法益」與「國家

為構成要件相當性」與「法益侵害」實乃一體之三面。

二、違法性

在「刑罰行為」可罰性判斷之第二階段，即涉及「違法性」的問題。因為並非所有「故意殺人」皆具其違法性，若是基於「正當防衛」（刑 § 23 前段）殺人，是法例外所許可者；同理，亦非所有「故意傷害」（刑 §§ 277、278）、「故意毀損」（刑 §§ 352、353、354）均具其違法性，若此等侵害行為係基於「緊急避難」（刑 § 24 I 前段）或其他法令所許可者（刑 § 21 I），亦可阻卻其違法性³。此係說明某一犯罪之

法益」，但嚴格言之，似僅有「個別（人）法益」（Individualrechtsgüter；Rechtsgüter des Einzelnen）與「一般法益」（Universalrechtsgüter；Rechtsgüter der Allgemeinheit）即「超個人法益」之別，前者如個人之生命（刑 §§ 271、293）、名譽（刑 §§ 309、310）……等；後者即涉及社會一般大眾之價值利益，如公共安全（刑 §§ 173、174）、公務員之不可收買性（刑 §§ 121、122）……等等。

² 在犯罪性質方面，有以對受保護客體或受保護法益之侵害程度作為一組分類準據者：若以客體或法益之實質侵害為必要者，則其犯罪（法律）性質稱之為「實害犯」（Verletzungsdelikte），如刑法第 271 條的「殺人罪」；若此之侵害以一定危險狀態之導致為已足者，則其犯罪（法律）性質稱之為「危險犯」（Gefährdungsdelikte），如刑法第 293 條、第 294 條的「遺棄罪」。

又「法益」與「客體」於此也應加以區別：「法益」係屬抽象的；「客體」則是屬具體的。就「殺人罪」而言，其所欲保護之法益係人之生命；行為客體則指攻擊的對象（具體之個人；他人〈自然人〉）而言！若就縱火罪（刑 § 173 I）而言，保護法益係「公共安全」；行為客體則是「現供人使用之住宅」……等等。

³ 違法性的判斷，並不以法律明文規定之「法定阻卻違法事由」或稱「法定正當事由」（gesetzlicher Rechtfertigungsgrund）為限。所謂「超法規阻

構成要件並不當然包含實質違法要素在內，而僅具形式不法要件而已。故如題例，甲故意殺人，雖與刑法第 271 條第 1 項之構成要件相當，但若甲係基於「正當防衛」為之，則其殺人行為不具違法性，當然更無任何刑事責任可言（有關違法性之總問題，尚詳參第二章、第三節）。

三、有責性

然而，是否在「故意且違法之殺人行為」皆應以刑法第 271 條第 1 項論罪科刑？此又必須探討「刑罰行為」可罰性之第三階段—「刑事責任」，「有責性」的問題。因舉凡未滿十四歲之人或欠缺「意識能力」之人，在其故意且違法殺人之情況下，均無刑事責任可言，因此等之人，在刑法上是屬所謂「無責任能力人」。無責任能力人並非當然欠缺「故意」，因為此等之人仍可具備對於殺人行為事實之認識與意思，其所欠缺的應是「意識能力」（Einsichtsvermögen）問題，亦即欠缺辨別是非之能力，換言之，欠缺辨別合法與非法之能力⁴。對於此等之人的違法行為，刑法第 18 條第 1 項、第 19 條第 1 項即規定曰：「未滿十四歲人或欠缺『意識能力』……等等之人的行

卻違法事由」（*übergestzlicher Rechtfertigungsgrund*）也可作為違法性之有無的判斷準據。如甲經乙之「同意」（*Einwilligung*）而燒毀乙之書籍……等，則甲之故意毀損他人之物的行為（刑 § 354），即欠缺「故意毀損他人之物」的違法性，此即是基於「同意」之法理而來。簡言之，違法性之有無是以有無違背整體法律秩序為斷。又「整體法律秩序」的維護基礎，除法律之外，尚包括習慣法、公序良俗、宗教禮儀……等等。

⁴ 若無責任能力之人於行為時欠缺「故意」，即不生「故意違法行為」的問題，當然亦無對「故意違法行為」應如何擔負其刑事責任的問題。質言之，無責任能力人之核心問題乃在於「意識能力」或「支配能力」（亦稱「他為能力」或「控制能力」）的欠缺。

爲，不罰」，實乃因爲此等之人欠缺責任能力（或稱責任條件）之原理。基於此，即產生學理上所謂的「阻卻責任事由」（*Schuldausschließungsgründe*）。

但若行爲人具備意識能力或責任能力，則是否對其違法行爲皆應擔負其刑事責任？此又不然，因爲有些違法行爲，在客觀上係無法避免的，在此一狀況下即難譴責、非難於行爲人。如：不可避免之「防衛過當」（刑 § 23 後段）、不可避免之「緊急避難過當」（刑 § 24 I 後段），即欠缺違法行爲之可責性，故有免除責任，從而免除其刑之規定。此即係產生學理上所謂「免除責任事由」（*Schuldaufhebungsgründe*）之理由所在。

從上述有關責任層面的分析中，應可進一步確知：不論是「阻卻責任事由」抑或「免除責任事由」，甚至於是「減輕責任事由」（如：可避免之「防衛過當」或「緊急避難過當」）之規定，均係基於「期待可能性」（*Zumutbarkeit*）的基本思想而來者（有關刑事責任之總問題，尙詳參第二章、第四節）。

又從上述三段論證亦可得知如下之邏輯關係：刑事責任乃以構成要件相當且具違法性之不法行爲爲其前提，換言之，無（刑事）不法行爲，即無刑事責任可言⁵。因此，所謂「刑罰行爲」（*Straftat*）乃指構成要件相當、違法且有責的行爲；任何「刑罰行爲」可罰性之基礎要素包括「構成要件要素」、「違法性要素」與「責任要素」，缺一不可。

⁵ 雖無（刑事）不法行爲，但仍可能涉及民事不法與民事責任，亦可能涉及行政不法與行政處罰等問題。前者，如過失毀損他人之物（民 § 184）；後者，如無正當理由停屍不殮或藉故抬棺滋擾……等（社維法 § 74 ⑥）。

參、個人阻卻刑罰事由 個人免除刑罰事由 個人減輕刑罰事由

然是否每一「刑罰行爲」具備上述可罰性之要素，皆應以刑罰制裁之？此又涉及刑罰必要性與否的問題。由於立法者對於若干犯罪之情狀基於刑事政策的理由（如：基於家庭倫理的和諧，或從刑罰目的性之預防觀點，或爲避免法益侵害之擴大……等），都設有「免除或減輕」其刑之規定。如：親屬間之竊盜犯罪，即規定：「於直系血親、配偶或同財共居親屬之間，犯竊盜罪者，得免除其刑」（刑 § 324 I）；又如：於所謂的「加工自殺罪」中，亦規定：「謀爲同死而犯第一項之罪者，得免除其刑」（刑 § 275 III）⁶；再如：於「中止犯」中亦規定：「已著手於犯罪行爲之實行，而因己意中止或防止其結果之發生者，減輕或免除其刑」（刑 § 27）。

上述狀況即是立法者基於刑事政策理由並考慮刑罰必要性與否所作之規定，此在學理上又可區分爲所謂「個人阻卻刑罰事由」（*Persönliche Strafausschließungsgründe*）、「個人免除刑罰事由」（*Persönliche Strafaufhebungsgründe*）與「個人減輕刑罰事由」（*Persönliche Strafmilderungsgründe*）⁷。然現行刑法並不嚴格區分所謂的「個人阻卻刑罰事由」、「個人免除刑罰事

⁶ 該條項之規定即係基於刑罰目的性之預防觀點而來。由於刑罰的目的觀已非單純在於「應報」，更重要的乃在於「預防」；若行爲人已無再犯的可能性，則此一「特別預防」的目的即不存矣！

所謂「特別預防」係針對行爲人個人而言；若係針對社會一般大眾之威嚇預防目的，則稱之爲「一般預防」。

⁷ 於此應嚴格與「阻卻責任事由」（刑 §§ 18 I、19 I）、「免除責任事由」（刑 § 16 後段……等等）或「減輕責任事由」（刑 §§ 18 II、19 II）區別之，因爲責任乃刑罰之前提要件。

由」與「個人減輕刑罰事由」，換言之，給與司法者相當自由的裁量空間。如「中止犯」之規定（刑 § 27 I），即橫跨「免除與減輕刑罰事由」之範疇⁸；又「親屬間之竊盜」（刑 § 324 I）或「加工自殺罪」（刑 § 275 III），在理論上皆應屬「阻卻刑罰事由」，因為此等法定情狀（謀為同死或親屬關係）自始存在⁹。且若屬「阻卻刑罰事由」，理應必免其刑，但現行刑法皆謂「得免除其刑」。

肆、追訴條件與追訴障礙

若行為人觸犯某一刑罰規定，亦即其行為已具備可罰性之要件且無任何免除其刑之狀況，則司法機關是否即可加以追訴處罰。此又另外涉及追訴條件與追訴障礙問題。

一、追訴條件

如：甲公然辱罵某宗教人士（乙）為「政治和尚」。

就此，甲已觸犯「公然侮辱罪」（刑 § 309）。但由於該罪係「告訴乃論」之罪（刑 § 314），而「告訴乃論」之罪又必以合乎刑事訴訟法上的規定（刑訴 §§ 232、233）而提出告訴，作為其追訴條件。若欠缺合法之告訴，則法院應諭知不受理判決（刑訴 § 303 ③）。「請求乃論」之罪（刑 § 119），亦同。於此，「告訴」或「請求」均係追訴處罰之前提條件。

其他屬於追訴條件者，尙有如：立法院之許可（憲增 § 4

⁸ 由於「中止犯」的法律效果規定為「減輕或免除其刑」。

⁹ 若法定情狀於行為中或行為後才發生者，則應歸類於所謂的「個人免除刑罰事由」，如「中止犯」（刑 § 27 I）之規定：「已著手於犯罪行為之實行，而因己意中止或防止其結果之發生者」。

VIII：立法委員，除現行犯外，在會期中，非經立法院許可，不得逮捕或拘禁）……等。

二、追訴障礙

如：甲故意殺乙，且將乙沉屍海底。經過三十年後，甲自行投案，乙之家人與警方才知悉乙非單純失蹤而已。

就此，甲雖然構成「殺人既遂罪」（刑 § 271 I），且雖也無任何追訴條件上的限制（尤其「殺人罪」是屬非告訴乃論之罪），但依刑法第 80 條第 1 項第 1 款之規定，此一犯罪之追訴權時效已消滅，故檢察官也已喪失主動追訴處罰之權限¹⁰。故追訴權時效即屬於追訴障礙之一種。至於其他追訴障礙，另有如：總統之刑事豁免權（憲 § 52）、派遣國之外交代表於本國之刑事豁免權（國際法或依國際慣例）……等均屬之。

「告訴乃論」之罪或「請求乃論」之罪（追訴條件）與「追訴時效」（追訴障礙）在形式上雖規定於刑事實體法，但實質上，此等「追訴條件」與「追訴障礙」是屬刑事訴訟程序之一環。故「追訴條件」與「追訴障礙」即具刑事實體法與刑事訴訟法之雙重性質與功能。

¹⁰ 若檢察官誤認追訴權時效尚未消滅，而逕行偵查並提起公訴（刑訴 §§ 228、264），則法院應做免訴判決（刑訴 § 302 ②）。若檢察官知悉追訴權時效已消滅者，則應作（絕對）不起訴處分（刑訴 § 252 ②）。至於追訴權時效是否已消滅，必須特別注意者有：起算日從何日開始（刑 § 80 II），時效期間多長（刑 § 80 I 各款），時效如何暫時中止與如何繼續合併計算（刑 § 83 I、II、III）。

第二章 故意作為犯

第一節 行爲論

每一「刑罰行爲」(Straftat)，不論是殺人行爲(刑 § 271)、毀損行爲(刑 § 352)、賭博行爲(刑 § 266)抑或外患行爲(刑 § 103)，其是否可罰，至少應具備構成要件要素、違法性要素與責任要素，換言之，「刑罰行爲」乃一犯罪之構成要件相當，而且違法，同時具可歸責之行爲。但並非謂具備此三大要素，必然要以刑罰制裁，而是謂其已具備「可罰性」(Strafbarkeit)之要件；相反地，若欠缺其中任一要素，則必然不可罰。

然所有之「刑罰行爲」又必以「行爲」(Handlung)作為其出發點。而「行爲」即係人表現於外界之一切活動、舉止之謂。

壹、刑法上的「行爲概念」(Handlungsbegriff)

由於人表現於外界的一切活動、舉止，並非全然具有刑法上的意義。何者始具有刑法上的意義？於此，認識刑法上的「行爲概念」應是不可或缺。如何界定刑法上的「行爲概念」，此在學說上早有論爭。必須介紹說明的：有所謂「原因行爲論」、「目的行爲論」與「社會行爲論」。

一、原因行爲論 (Die kausale Handlungslehre)

此一理論見解¹是將刑法上的行爲概念定位於意思活動的原因性，亦即每一表現於外界且具有意思之人的活動、舉止。至於該行爲之目的何在，並非所問；蓋因行爲人之目的何在，並非

¹ 「原因行爲論」之代表者，有如：Beling、v. Liszt、Mezeger……。

行爲構成要件的問題，而是責任的範疇²，換言之，行爲係由人之意思所引發的身體活動與其在外界所生之結果³。

若依此見解，則舉凡在睡夢中或催眠狀態下的活動、舉止，甚至於人之身體的反射動作，均非屬刑法意義上的「行爲」。

二、目的行爲論（**Die finale Handlungslehre**）

「目的行爲論」者⁴則將刑法上的「行爲」概念定位在人之「活動、舉止的目的性」（*Zwecktätigkeit*）。據此，人之行爲係「一種由認識且從目的出發並受其支配之作用者」（*ein bewußt vom Ziel her gelenktes Wirken*）。故含有目的性之「行爲意思」（*Handlungswille*），亦即「自然上的故意」（*natürlicher Vorsatz*），遂成爲行爲構成要件之組成部分⁵。

此一理論見解最大的貢獻已將「故意」從責任層面脫離，並視其爲主觀要件，並與客觀行爲結合，從而支配行爲之方向與目的。但反對此一理論見解最主要的理由，是其無法解釋過失犯的問題⁶。

三、社會行爲論（**Die soziale Handlungslehre**）

「社會行爲論」者⁷係將「行爲」定位在「人之活動、舉止與

² 我國早期的立法，甚至於現行的規定都將行爲人的行爲目的性（故意），置於第二章：刑事責任。可見現行之規定仍無法擺脫「原因行爲論」的影響。

³ 參閱 Schönke/Schröder, Komm. zum StGB, Vorbem. §§ 13 Rn. 26.

⁴ 「目的行爲論」之代表者，有如：Welzel、Hirsch……。

⁵ 參閱 Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 23.

⁶ 參閱 Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 13 Rn. 74.

⁷ 「社會行爲論」之代表者，有如：Eb.Schmidt、Wessels、Jescheck……。

環境之關係上」 („die Beziehung des menschlichen Verhaltens auf die Umwelt“) ⁸。據此，「行爲」乃一由「人之意思所支配或所可支配之具有社會重要性的活動、舉止」 („das vom menschlichen Willen beherrschte oder beherrschbare sozial-erhebliche Verhalten“) ⁹。

如：甲於假日參觀花市，乙為了讓甲"好看"，乃出其不意，猛撞甲之背部。甲因此撞翻花主(丙)之名蘭，盆破蘭折，乙逃逸無蹤。甲則由丙所召來之警察訊問之。

就此例，甲撞翻丙之名蘭與花盆，此一活動、舉止雖具有社會重要性（因其已涉及丙之所有權，亦即已侵害他人之權益問題），但此一活動、舉止並非甲之意思所支配或所可支配者，故此亦非屬刑法意義上的「行爲」(Handlung)。至於乙，不論依何種「行爲論」均涉及「故意毀損罪」(刑 § 354)，是屬另一問題。

四、小結

上述三種「行爲論」，均試圖要以積極方式界定刑法上的「行爲概念」，從而欲建立並貫穿各種不同犯罪性質之論證體系。然此等「行爲論」見解，在立論上仍有其某種程度困難在：就「原因行爲論」而言，將「故意」與「行爲」分離，則「故意」勢必遠離「不法行爲構成要件」的層面，此在解讀「故意犯」的「故意行爲」時，是其缺憾之所在；就「目的行爲論」而言，則是完全無法說明「忘卻犯」的問題（如：看守柵欄工

⁸ 參閱 Jescheck/Weigend, AT, § 23 VI.

⁹ 參閱 Wessels/Beulke, AT, § 3 Rn. 91.

人，忘記將平交道柵欄放下，因而造成重大傷亡），因為「忘記」本身是無任何目的性可言；就「社會行為論」而言，所謂「具有社會重要性之活動、舉止」，並非明確，因為尚有諸多活動、舉止居於「重要」與「不重要」之間者，則又如何？

於此，必須說明與決定的是：「原因行為論」、「目的行為論」與「社會行為論」並非互相排斥，而是具有互補關係。同時，若依「原因行為論」而非屬刑法上的「行為概念」者，則依「目的行為論」抑或「社會行為論」，當然亦非屬刑法上的「行為概念」。據此，當可以消極方式歸納出刑法上的「行為概念」。依上述三種理論見解，下述狀況均不符合刑法上之「行為概念」意義，從而即無犯罪之發生問題。

1.由於不可抗拒之強制力所導致之行為模式

如：舉重選手(甲)在街上撞及老人(乙)；卡車司機(丙)為閃避乙，撞及石牆，丙不幸死於衝撞事件中。

此例，乙受強烈撞擊而失去平衡之身體活動，已非由乙之意思所出發（原因行為論），也非具有目的性之活動（目的行為論），當然亦非由其意思所支配或所可支配（社會行為論），故乙自始至終均與任何「刑罰行為」無涉，因其本身欠缺刑法意義上的「行為」。至於甲，則屬另一問題。

2.無意識狀態（如睡夢中、麻醉或催眠狀態）下之身體活動

如：夢遊症患者（乙）深夜至墳場，挖掘墳墓並啃食屍骨。

又如：某催眠師將乙催眠後並指使乙攻擊丙。

上舉二例，乙表現於外界的活動、舉止，不論依據何種「行為論」，均非屬刑法意義上之行為，從而也與任何「不法行為」（Tat）無涉。但在催眠師一例中，就催眠師而言，其之行為事實，不論依據何種「行為論」，均屬刑法意義上的行為概念，從而涉及某項犯罪事實之認定與判斷。

3.所有的反射動作

任何人受電擊或痙攣而所表現在外界之活動、舉止，也非屬刑法意義上的「行為概念」。但衝動性之防衛反應或激情下的行為（如：興奮過度），甚至所謂「短路行為」（Kurzschlußhandlungen）¹⁰，則仍屬刑法上的「行為概念」意義。

4.單純之意圖與想法

如：甲心想擬於某日搶奪某觀光客之財物。

此之「單純考慮」或決定而尚未行諸於外者，亦無任何行為意義可言。但必須注意者，若甲已至行為地，並伺機下手前，於此，雖然甲之行為尚未可罰（因尚未進入未遂狀態），但此仍係刑法意義上的「行為」，亦即是屬預備搶奪之「預備行為」¹¹。至於我國有「陰謀犯」（刑 §§ 101 II、103 III、104 III）之規定者，恐與刑法理論不符，而有必要刪除者（就此，另見第七章）。

¹⁰ 所謂「短路行為」是指：行為人在未經思慮情況下所為之唐突決定與動作。

¹¹ 現行刑法並不處罰「預備搶奪」，是屬另一問題。就此，參閱刑法第325條各項規定。

貳、行爲能力（Handlungsfähigkeit）

舉凡任何自然人，只要具備固定意思之形成能力者，均具「行爲能力」¹²。縱令欠缺「意識能力」之精神病患，亦即刑法第 19 條第 1 項所規定者，仍具備刑法意義上的「行爲能力」，其所欠缺者，也僅係「責任能力」（Schuldfähigkeit）而已。

至於法人，則不論係財團法人抑或社團法人，亦不論係公法人抑或私法人，均欠缺刑法意義上的「行爲能力」¹³。蓋因法人係法律上所擬制之人格，亦即由法律所創設而得爲享受權利、負擔義務之組織體。法人本身並非形成固定意思之能力者，形成固定意思能力的，僅是法人之負責人、董（監）事……等之

¹² 刑法意義上的「行爲能力」（Handlungsfähigkeit）應與民法意義上之「行爲能力」（Geschäftsfähigkeit）嚴格區別。民法第 13 條第 1 項謂：「未滿七歲之未成年人，無行爲能力」。此之「無行爲能力」乃指其所爲之法律行爲係屬無效之法律行爲，亦即無效意思表示之謂。但未滿七歲之人，仍具備刑法意義上的「行爲能力」（Handlungsfähigkeit），因爲刑法上所強調的是事實行爲能力。故未滿七歲之人，在刑法上，僅係欠缺「責任能力」（Schuldfähigkeit）而已。又刑事訴訟法上所稱之「無行爲能力」或「限制行爲能力」（刑訴 § 319 I）其意義與民法規定者同（民 § 13、15）。

¹³ 我國傳統上習於使用「犯罪能力」一詞。但「犯罪能力」一詞並非嚴謹，因其究係指「行爲能力」抑或「責任能力」？「行爲能力」與「責任能力」，在刑法上，必須加以區別。此猶如未滿七歲之人所欠缺的，是「責任能力」而非「行爲能力」。

使用「犯罪能力」一詞者，參閱 80 年台上字第 4086 號判決：「法人（公司）既不具有犯罪能力，自亦無犯意可言」；70 年台上字第 6902 號判決、70 年台上字第 547 號判決、71 年台上字第 4233 號判決：「法人……在實體法不認其有犯罪能力」；韓著，頁 90、91；梁著，頁 47；周著，頁 110；陳著，頁 63。

自然人。

如：足球員（甲）基於憤怒，毆打友隊「猛暴型」之前鋒（乙），裁判（丙）舉紅牌，將甲逐出球場，最後甲之球隊失利敗北。於是，甲所屬之社團召開記者會，並於會中宣讀一張聲明且指稱乙係「一隻骯髒之大犀牛」。

就此例，具法人資格之足球社團本身並無任何意思活動之能力，故也不具所謂的「侮辱能力」。但該社團之理事是屬自然人，即具備「行為能力」。若在理事們的同意下而對外公開發表簽署聲明，則各該理事將涉及「公然侮辱」之「刑罰行為」（刑 § 309）。

由於現行刑罰規定中，尤其在所謂的「附屬刑法」（*Nebenstrafrecht*），如：勞工安全衛生法第 31 條第 2 項（法人犯前項之罪者）；工廠法第 68 條以下……等等，似乎均承認法人有其「犯罪能力」。也由於此等規定並未基於上項理論基礎來嚴格界定「行為能力」與「處罰對象」，故而形成解釋適用上的困境¹⁴。

¹⁴ 如 67 年台非字第 199 號判例要旨謂：

「現行工廠法處罰之對象，固已改為工廠之負責人，然其違反規定之主體，則仍為工廠，此觀該法第六十八條至第七十一條之規定自明，此項犯罪與處罰主體相分離，乃基於轉嫁之法理，因之犯罪個數之計算，仍應以犯罪主體（即工廠）之行為為準。而工廠本身既無犯罪意識可言，顯與概括犯意要件不合，應認無刑法上連續犯規定之適用，被告工廠先後違反規定，雇用未滿十四歲之何某、林某為工人，原係數行為，應予併罰之案件，原判決對被告以一罪論，自屬違誤。」

按工廠本身並非自然人，何來之犯罪？又何來之「犯罪個數之計算，以犯罪主體即工廠之行爲爲準」？於此，唯有工廠負責人始具備「行爲能力」，而「刑罰行爲」（非法雇用童工）亦唯有工廠負責人始能爲之。至於工廠，充其量僅是行政處罰之對象（如：勒令歇業、停業），而非刑罰之對象，故亦無所謂「犯罪與處罰主體相分離，乃基於轉嫁之法理」。

有關「逃漏稅捐」之相關刑罰規定中，其在解釋適用上也產生相同的矛盾與困難。就此，參閱 69 年台上字第 3068 號；75 年台上字第 6183 號判決。

繼續使用「犯罪能力」一詞，但也不承認公司有所謂「犯罪能力」者，尙參閱 96 年台上字第 7696 號判決；96 年台上字第 3675 號判決。「犯罪能力」一詞，繼續使用於刑事訴訟法上者，也參見 96 年台上字第 1460 號判決。

第二節 不法行爲構成要件

如前所述，「行爲」(Handlung)乃「刑罰行爲」(Straftat)之上位概念，亦係「不法行爲」(Tat)的上位概念。故就邏輯上言，若人之活動、舉止非屬刑法意義上的行爲，則即無所謂「不法行爲」(「刑罰行爲」)的問題。反之，則必須進一步探討，此一行爲事實是否符合某一法定構成要件，此即涉及所謂「不法行爲構成要件」(Tatbestand)問題。「不法行爲構成要件」乃「刑事不法」(Strafverbot)之基礎所在，亦屬「刑罰行爲」可罰性判斷之第一階段所屬問題。於此，首先介紹「不法行爲構成要件」之意義與功用。

壹、意義與功用

「不法行爲構成要件」有狹義與廣義之分：所謂「狹義不法行爲構成要件」(Tatbestand im engeren Sinne)乃指法文中對於「刑罰行爲」之個別化所歸類其典型不法內涵而給予不同要件要素之敘述規定者。如『竊盜罪』之「不法行爲構成要件」即描述謂：「意圖爲自己或第三人不法之所有，而竊取他人之動產者」(刑 § 320 I)；又如『誹謗罪』之「不法行爲構成要件」即描述謂：「意圖散布於眾，而指摘或傳述足以毀損他人名譽之事者」(刑 § 310 I)。由於「狹義不法行爲構成要件」係從無數之社會行爲中加以過濾所得出之刑罰規範，故「狹義不法行爲構成要件」具有「選擇功能」(Auslesefunktion)。如：男女之「接吻行爲」、「闖紅燈之駕駛行爲」或「虐待動物行爲」……等，即排除於刑罰規範之外。所謂「廣義不法行爲構成要件」(Tatbestand im weiteren Sinne)乃指「刑罰行爲」所有可罰性要件之總概念，亦即包

括「不法行爲構成要件」、「違法性」、「有責性」與「客觀處罰條件」（*die objektive Strafbarkeitsbedingung*），因其包括可罰性之所有法定要件，不得任意類推適用，故具有「法規範之保障功用」（*Garantiefunktion des Strafgesetzes*）。

本節所介紹者，係以「狹義不法行爲構成要件」爲主。「違法性」、「有責性」與「客觀處罰條件」將於第三節、第四節與第五節分次說明之。

貳、客觀不法行爲構成要件（*Der objektive Tatbestand*）之個別要素

「不法行爲構成要件」首先可類分爲「客觀不法行爲構成要件」與「主觀不法行爲構成要件」。「客觀不法行爲構成要件」又有描述性與規範性要素、成文與不成文要素等之類型。

一、描述性要素（*Deskriptive od. beschreibende Tatbestandsmerkmale*）

描述性要素是爲標識外部意義世界之事務，而所爲簡單描述性之概念。如：「殺」或「人」（刑 § 271 I）；「竊取」（刑 § 320 I）；「毀損」、「建築物」（刑 § 353 I）；「傷害」、「身體」（刑 § 277 I）；「附連圍繞之土地」（刑 § 306 I）……等。

二、規範性要素（*Normative Tatbestandsmerkmale*）

規範性要素，相反地，須從法律上予以評價，始得確定其意義內涵者。如：動產之「屬他性」：「他人的」（刑 § 320 I）；「私文書」（刑 § 210）；「公務員」、「仲裁人」（刑 § 121 I）……等。誠然，規範性要素實不易與描述性要

素加以區別。因為有些描述性要素往往有一層規範性外衣覆延其上。如激於「義憤」殺人（刑 § 273 I）：「義憤」究係一描述性抑或規範性要素？「義憤」一詞，應屬一描述性要素之概念，但其意義內涵若無法律上之評價，則難確定。又如：「人」（刑 § 271 I）、「動產」（刑 § 320 I）、「物」（刑 § 354）等之概念，亦或多或少必須經由法律上之評價，始能確定其意義與範圍，但其始終均具描述性要素之性質。

三、不成文要素（*Ungeschriebene Tatbestandsmerkmale*）

不成文要素是相對於成文要素者。不成文要素雖在法定構成要件中無明文，但可從法規範本身直接或間接經由論理解釋得之。如：「因果關係」（刑 § 271 I）；「具體危險」¹（刑 § 293 I 或 § 294 I）²；「財產處分」（刑 § 339 I）……等。

四、「無故」、「不法」、「非法」、「不依法令」……等之要素

在「不法行為構成要件」中，經常出現「無故」（刑 § 306 I）、「不法」（刑 § 320）、「非法」（刑 § 302 I）或「不依法令」（刑 § 307）……等之要素。然何者是屬於「構成要件要素」？又何者是屬「（一般）違法性要素」？此一區別問題，雖在歸納上有其困難，但原則上是：若「不法」或

¹ 與「具體危險」性質同，但屬成文構成要件要素者，如刑 § 177 I「致生公共危險」。

² 有關「遺棄罪」之犯罪性質，究係「抽象危險犯」抑或「具體危險犯」？尚詳參黃常仁著，「滄桑舊法」一論「遺棄罪」與「遺棄未成年子女」一，臺灣本土法學雜誌，7月號（2008），108期，頁5以下。

「非法」係描述個別之行爲狀況者（如：刑 §§ 320、335 I 之「不法」所有），則屬「構成要件要素」；若「不法」、「非法」或「無故」等之概念係標誌行爲之全部，則屬「（一般）違法性要素」，如「妨害行動自由罪」（刑 § 302 I）之「以其他非法方法」；「無故侵入住宅罪」（刑 § 306）之「無故」或所謂的「不依法令」（刑 § 307）³。

於此，毋庸置疑者，刑法第 186 條第 1 項所謂的「未受允准」或「無正當理由」，也均屬「（一般）違法性要素」，而非「構成要件要素」。

五、因果關係 (Kausalität)

甲槍殺乙：

- A) 乙因失血過多，送醫途中死亡。
- B) 送醫途中，因發生車禍而亡。
- C) 送醫急救，因手術產生併發症而亡。
- D) 乙之手術成功，但終生殘廢，乙因自卑而自縊身亡。

如前所述，「因果關係」係一「不成文之客觀構成要件要素」，但也只有在法律性質是屬「結果犯」⁴（Erfolgsdelikt）

³ 「以其他非法方法」（刑 § 302 I）或「無故」（刑 § 306 I）……等，實際上，是屬「多餘的」、「指示性的」一般違法性要素。所謂「多餘的」乃指此之一般違法性要素，無待於「構成要件」中規定；然立法者特別將此之一般違法性要素規定於其中，其目的在促使司法者在判斷所涉及之「刑罰行爲」時，應特別考量是否具有「正當性」，從而判斷違法性之有無，故也具有「指示」之性質與意義。

⁴ 相對於「結果犯」是有所謂「單純舉動犯」（Schlichtes Tätigkeitsdelikt）。此種犯罪性質是以「行爲」（Handlung）與「結果」（Erfolg）之結合程度作為分類準據。所謂「結果犯」，是屬在「不法行

之同時，始生「因果關係」之問題，是其實益之所在。因為在「結果犯」中，僅當「結果」發生時，其之客觀行為構成要件才告「實現」（*Verwirklichung*），亦即「既遂」（*Vollendung*）；若「結果」不發生，則無「既遂」可能性。但若「結果」發生，並非當然「既遂」，因尚須判斷「結果」是否與「行為」具其因果關聯性。

然「結果」究係在何時抑或在何種狀況發生，始可謂是基於行為所導致者，是有爭論。有關因果關係之重要學說，分述如下：

1. 「條件說」（*Bedingungstheorie*）或稱 「等價說」（*Äquivalenztheorie*）

依此說，刑法意義上之「原因」（*Ursache*）是指每一狀況或每一條件皆不得省略，否則在其具體個案中，「結果」（*Erfolg*）即不發生；換言之，此一理論見解將每一狀況或每

為構成要件」中，以一產生於外界且與「行為」在想像中可以界分之結果為其構成要件要素者，因而產生行為與結果間之因果關係問題。如：「殺人罪」之「死亡結果」（刑 § 271 I）、「重傷罪」之「重傷結果」（刑 § 278 I）、「竊盜罪」之「竊取結果」（即將他人之動產置於自己實力監督支配之下）（刑 § 320 I），故此等犯罪之性質是屬「結果犯」。屬「結果犯」之法律性質者，尚有如：「和誘、略誘罪」（刑 §§ 240 I、241 I）、「行使偽造、變造貨幣罪」（刑 § 196 I）……等等。

所謂「單純舉動犯」則不以產生於外界之結果為必要，其「不法行為構成要件」之該當，只要行為人單純履行法定所描述之舉動為已足。如：「侵入住宅罪」之「侵入住宅行為」（刑 § 306 I）、「血親性交罪」之「性交行為」（刑 § 230）、「侵占罪」之「侵占行為」（刑 § 335）……等，均屬「單純舉動犯」之性質。又「單純舉動犯」不宜以「行為犯」稱之，否則如「行使偽造貨幣罪」（刑 § 196 I），則難判定其究係「行為犯」抑或「結果犯」？

一條件在刑法上皆視為等價⁵。

若依此說，則在題例各種狀況中，甲之槍殺行為與乙之死亡結果均具其因果關係。因若無甲之槍殺行為，則乙不會因失血過多而亡；也不會因送醫急救，發生車禍而亡；也不會因手術產生併發症而亡；更不會因手術後殘廢，導致自卑而自縊身亡⁶。

於茲，應特別注意者，設若有另一獨立事件之介入，而導致相同之結果，且此一獨立事件與前面之原因並無關聯者，則依「條件說」亦將產生「因果中斷」的問題。

如：甲毒殺乙，在乙之毒藥尚未發作之前，乙為丙槍殺而亡。則甲之毒殺行為與乙之死亡結果，不具其「因果關聯性」⁷。

但如：乙之毒藥發作，因抵抗力減弱，無法抗拒槍傷之感染而亡。依「條件說」，乙之死亡結果與甲之毒殺行為仍具其「因果關聯性」，因無甲之毒殺行為即不會導致乙之死亡結果。

綜上所述，下列情況依「條件說」均不影響其之因果關聯性：

⁵ 參閱 RGSt 1, 373; BGHSt 1, 332.

⁶ 由此可見，條件說在立論上對於界定刑法意義上的「原因」似乎過於廣泛。因若依「條件說」吾人是否也可謂：甲之母親生甲，亦是造成乙死亡結果的「原因」之一。因為「條件說」將每一種「原因」或「條件」，在刑法上，皆視為「等價」。

⁷ 就此，甲僅涉及「殺人未遂」（刑 § 271 II）；丙則涉及「殺人既遂」（刑 § 271 I）。

- (1) 非典型之因果過程⁸；
- (2) 被害者自己加工導致者⁹；
- (3) 第三者之介入；

如：甲故意搶奪警察（乙）之手槍，射殺丙。乙之「適時」出現，對於丙死亡，在客觀上仍具其因果關聯性¹⁰。

- (4) 結果之加速發生；

如：乙受嚴重槍傷，將於幾個小時內死亡。醫師（丙）不願見其痛苦慘狀，立即予以致命一針。則丙之殺人行為與乙之死亡結果，仍具其「因果關聯性」。

2.條件說之修正見解

「條件說」之射程範圍，固然極為廣泛，但也仍無法解釋所謂「擇一因果關係」（alternative Kausalität）或稱「累積因果關係」（kumulative Kausalität）之問題。

如：甲、乙不約而同，埋伏於密林之處，準備射殺有晨跑習慣之丙。當丙於凌晨五時，適時

⁸ 非典型之因果過程（如題例之 B）、C），依條件說，雖在客觀上肯定其之因果關係，但並非謂甲對乙之死亡結果必須負責，因甲主觀上之故意並不及於該因果過程。換言之，縱使依據「條件說」，在 B）或 C），甚至於在 D）之狀況，也僅得論甲以「殺人未遂罪」。

⁹ 如題例 D）之狀況。

¹⁰ 就乙之介入而言，客觀上，雖係丙遭受槍殺之死亡原因之一，但若乙對於死亡結果，既無故意，亦無過失之情況下，當亦無任何刑事問題可言。

出現。甲、乙同時開槍，且均射中丙之心臟，丙當場死亡。

所謂「擇一因果關係」或稱「累積因果關係」是指：兩個互相獨立之因果系列同時導致一結果，而該結果之發生，即使以「擇一原因」也得以同樣方式、同一時刻造成者。如上例：甲之槍殺行為可單獨造成丙之死亡；乙之槍殺行為亦可單獨造成丙之死亡。故上例狀況是乃兩項相互獨立之因果系列所重疊、累積而生之現象。

上述狀況，若依純粹「條件說」之見解，則將形成一荒謬結論，亦即甲、乙僅能以「殺人未遂罪」論。因若無甲之行為，丙之死亡結果，仍然發生；反之，若無乙之行為，丙之死亡結果，亦同樣發生。故依「條件說」，丙之死亡結果即與甲或乙之槍殺行為，不具其「因果關聯性」¹¹。

¹¹ 此例，若依「因果律條件說」（die Lehre von der gesetzmäßigen Bedingung）（條件說之另一修正見解），亦無法解決此一荒謬結論。依該說，所謂的「原因性」是指：依照我們之經驗知識且基於因果律，所涉及之行為乃事實上有效導致該具體結果者（參閱 Jescheck/Weigend, AT, § 28 II 4; Roxin, AT- I, § 11 Rn. 14）。但當結果之原因性無法證明時，則該說也無能為力，因在題例，究竟係甲先致丙死亡抑或乙先致丙死亡，無法證明。若依此說，則甲或乙之槍殺行為也與丙之死亡結果不具其因果關聯性！

與此相類似者，乃當導致具體結果之原因性，無法確認時，亦即在諸多原因或條件中，究竟是何種原因或條件導致該具體結果，產生疑義時：如乙痛恨其「暴君型」之繼父（甲）。某日，乙又受甲之欺凌，乙亟欲致甲於死地；於是持平底鍋，連續攻擊甲之後腦。甲在第一次被攻擊時，即已倒地，乙隨即赴警局報案。此際，乙母（丙）返家，見其夫與平底鍋皆在地上，乃拾起平底鍋，再度攻擊甲。當乙報案回來，再度攻擊尚在呻吟中之

為避免此一荒謬結論，純粹「條件說」已修正如下：若多數條件均為造成結果之原因，而當「擇一原因」不存在，但結果仍然發生者，則每一條件仍係造成結果之原因¹²。

3.相當因果關係說（*Adäquanztheorie*）

由於「條件說」，在立論上，有其缺憾在。故取而代之的，即係「相當因果關係學說」¹³。「相當因果關係」所稱之原因性，是指每一事件，依一般生活經驗（亦即事情之通常過程），適足以造成一定結果者。換言之，「相當因果關係說」將具有法律意義上之原因，定位在導致具體結果之「相當性條件」（*adäquate Bedingung*）上，亦即行為與結果之因果關聯性須經「相當可能性之判斷」（*Wahrscheinlichkeitsurteil*）。

此一見解或可迴避「條件說」過度擴張因果關係的危險，但其在「可能性判斷」的前提下，「因果關係」之明確性即陷於浮游不定。因為「相當」與「不相當」之界線是「浮動的」而非「固定的」。雖然我國實務與學界均傾向採取此一因果關係學說，同時在「相當可能性」之判斷基礎上也以事後客觀判斷為

甲，甲遂斷氣身亡（參閱 BGH NJW 1966, 1823）。此例，乙、丙均論「殺人未遂罪」？抑或乙、丙均論「殺人既遂罪」？抑或其他？！

¹² 參閱 Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, S. 45. 若依此一「條件說」之修正見解，則上述題例之甲、乙對丙之死亡結果，均應論以「殺人既遂罪」。

¹³ 「相當因果關係學說」乃由 v. Bars(1871)所架構，但由 v. Kries 所建立。此說之支持者，如：v. Hippel、Engisch、Maurach

其基礎¹⁴，但仍無解於此一判斷之不確定性¹⁵。

「相當因果關係說」係植基於典型之因果過程；若屬非典型之因果過程，依此說，即否定行為與結果間之因果關聯性。然而，「相當因果關係說」又似將結果之肇因與結果之歸責混為

¹⁴ 又我學界與實務均傾向所謂的「客觀相當因果關係說」。就此，參閱 76 年台上字第 192 號判例：「所謂相當因果關係，係指依經驗法則，綜合行為當時所存在之一切事實，為客觀之事後審查，認為在一般情形下，有此環境、有此行為之同一條件，均可發生同一之結果者，則該條件即為發生結果之相當條件，行為與結果即有相當之因果關係。反之，若在一般情形下，有此同一條件存在，而依客觀之審查，認為不必皆發生此結果者，則該條件與結果不相當，不過為偶然之事實而已，其行為與結果間即無相當因果關係。」

與此相同之判例見解：參閱 75 年台上字第 3356 號判決、69 年台上字第 2090 號判決、58 年台上字第 404 號判例、97 年台上字第 3514 號判決；另參閱韓著，頁 123 以下；褚著，頁 124 以下；陳著，頁 115。

傾向所謂「折衷相當因果關係說」（不僅以事後客觀判斷為其基礎，而且必須考慮行為人在行為當時之特別認識<主觀>狀況在內）者，參閱梁著，頁 64；德國學界贊同此一見解者，也另參閱 Maurach/Zipf, AT- I, § 18 Rn. 32. 。

¹⁵ 28 年上字第 3268 號判例要旨謂：

「某甲既因受傷後營養不佳，以致傷口不收，久而潰爛，又因受傷不能工作，以致乏食，營養更行不佳，兩者之間具有連鎖之關係，即其身體瘦弱，及傷口不收，均為致死之原因，則受傷與死亡，不能謂無相當因果關係之存在。」

上述判例要旨所稱之：「受傷後，因營養不佳，又因其他等等以致傷口不收，最後致死」，此係事情之通常過程？抑或屬於非典型之因果過程？此一實例究採「條件說」抑或「相當因果關係說」？並非無疑。

有關「相當因果關係」之不穩定性，也另參見 97 年台上字第 3104 號判決。

一談，此亦係其立論缺憾之所在。

4.重要性說 (Relevanztheorie)

此一理論見解是將「因果關係」之判斷問題，定位在因果過程具有刑法上之重要性而言，亦即原因與結果必須具備刑法上之重要性。又重要性與否，是以其所涉及之不法行為構成要件與其所保護之法益為斷¹⁶。

然此一理論見解並無其特殊性在。因其對「相當因果關係說」而言，僅具補充與明示作用而已。

5.客觀歸責說 (Die Lehre von der objektiven Zurechnung)

此一理論見解¹⁷是在吸收「相當因果關係說」，同時以客觀可歸責之標準限制「條件說」之過度擴張，所繼續發展形成者。客觀可否歸責，必以下述標準共同形成，缺一不可。

- (1) 不法行為構成要件之結果，至少須由行為人之作為或不作為所共同造成者。此一標準乃在先確定不法行為與結果之原因關係。

如：甲槍殺乙，乙送醫急救後，雖保全性命，但終生殘廢，乙因自卑遂自縊而死。

此例，乙之死亡乃由於甲之槍殺行為與乙之自卑、自縊所共同造成者。依此一標準，首先肯定不法行為與結果之原因關係。

¹⁶ 參閱 Blei, AT § 28 IV. V (S.104 ff.); Bockelmann/Volk, AT, § 13 V(S. 63 ff.).

¹⁷ 參閱 Wessels/Beulke, AT, § 6 Rn. 176ff.; Jescheck/Weigend, AT, § 28 IV; Roxin, AT- I , § 11 Rn. 43 ff.

(2) 該結果之發生在客觀上係可預見且可避免者。此一標準乃一事後客觀判斷並包括行為人之特別認識在內。

如上例，乙因自卑而自縊身亡，非在甲之特別認識範圍之內，而且事後客觀判斷，乙之自縊身亡係不可預見，當然亦不可避免。故就此一認定標準，即應否定不法行為與結果發生之因果關聯性。

(3) 該結果乃由於行為人之違法行為所創設之危險本身所致。

如上例，乙因自卑而自縊身亡，並非由於甲之槍殺行為本身之危險性所致，而是另由乙之自殺決定所產生。故就此一認定標準，亦應否定其之因果關聯性。

(4) 結果之發生，若不屬於所侵害規範之保護範圍內者，即不得歸責之。

如：甲翻牆進入乙之庭院，著手竊取財物；乙在深夜發覺，並欲當場逮捕甲，於是摸黑下樓，但不慎滾下樓梯，摔成重傷。

就上例，甲之違法行為（竊盜）所涉及之規範保護範圍，是他人財物，而非他人之身體或健康，故乙之重傷結果，非屬「竊盜罪」之保護範圍。因此，依此一客觀認定標準，乙之重傷結果不得歸責於甲之行為。換言之，乙之重傷結果與甲之行為不具其因果關聯性。

「客觀歸責說」較諸前述之「條件說」、「相當因果關係說」、「重要性說」，顯然較具明確性，固值贊同。但其以客觀標準用以限制結果發生之原因性，在立論上是否嚴謹，並非無議。因為結果發生之原因性不止一端，而且複雜，其之判斷準則

，亦有所不同。故若以客觀可否歸責，用以限定其之因果關係，恐亦有違因果關聯性之本質¹⁸。質言之，就學說之理論發展而言，「客觀歸責說」絕非最後底定之「因果關係學說」。

參、「主觀不法行為構成要件」—「故意」 及其「特別主觀要素」—「意圖」

一、概說

若採「目的行為論」或採「社會行為論」，則當「客觀不法行為構成要件」成立後，即需繼續探討行為人之主觀層面—「故意」問題。因依「目的行為論」，刑法上之行為乃由人之「目的定位意思」所涵蓋者，故該「目的定位意思」必須及於具體之行為實施方式。若採「社會行為論」，亦同；因依「社會行為論」，刑法上之重要行為乃由人之意思所支配或可支配之社會活動；亦即以具有一定社會意義方式，恣意介入社會生活關係之活動。故而行爲人之「故意」，亦在「主觀不法行為構成要件」探討之。

若採「原因行為論」，則行為舉止之目的何在與行為本身無涉。行為人之目的思惟，僅在判斷其責任時，方屬重要。若從「目的行為論」與「社會行為論」出發，則「主觀不法行為構成要件」—「故意」，即是決定行為之方向與目的者。因此，「故意」乃個人不法行為之核心，也是不法結果之主觀歸責基礎所在。又「故意」係一心理事實，亦即行為人認識所有客觀行為狀況，並有意實現此一不法行為構成要件之謂。

「不法行為構成要件」之「故意」是以「行為時」

¹⁸ 有關「客觀歸責」之理論思想與發展，尙詳參許玉秀著，主觀與客觀之間，頁 222 以下。

(Begehung der Tat) 爲其判斷「時點」(Zeitpunkt)。所謂「事後故意」(dolus subsequens ; nachträglich erlangtes Wissen) 並不影響行爲人於行爲時之不知。換言之，若行爲人於行爲時並非故意，縱令行爲後才產生「故意」，則行爲人於行爲時仍不具「故意」。

如：甲於陽台澆花並將花盆往外推移，以免所澆之水流入陽台內。但甲外推過度，於是花盆掉落地面並砸傷與其交惡之鄰居(乙)。

此例，甲僅涉及「過失傷害罪」(刑 § 284)。縱令花盆掉落時，甲才產生傷害乙之故意，則此之「故意」已無任何刑法上之意義可言。但若不慎砸昏乙，而故意不予救助，則此之故意即具有刑法上的意義，因其已附麗於另一「不作為」之上。此種狀況不應與所謂的「事後故意」混淆。

但當行爲人對其所「決定之行爲」著手實行後，但在結果發生前，放棄其實現之意思，則仍無解於「故意」的成立。

如：甲故意槍殺乙，當乙因槍傷而陷於極端痛苦掙扎之際；甲遂生惻隱之心，並改變致乙於死的意思，且將乙送醫急救，使乙免於一死¹⁹。

另應特別注意者，若當行爲實行時，行爲人變更「犯意」，亦即「故意變更」(Vorsatzwechsel)，則其究屬何種意義？就此，無法一概而論，而應就具體個案決定之。

如：甲本欲竊取乙之現金，但乙屋內並無現金；

¹⁹ 就此例，甲仍係「故意殺人」，而僅生「殺人未遂」(刑 § 271 II)之「中止未遂」(刑 § 27)問題而已。

甲不願空手而回，遂竊取花瓶二只。

此例，甲僅變更竊盜標的，就此並不影響原來的竊盜故意，故僅涉及一竊盜行爲。

但如：甲欲竊取乙家之財物，但當場為乙發現。
於是，甲將乙擊昏在地，並搜括其財物。

此例，甲已從「竊盜故意」變更為「強盜故意」（刑 § 330）。就此，甲不僅涉及「竊盜未遂」，也涉及「強盜既遂」²⁰。

又另在個別刑罰規定中（故意犯），除了一般主觀構成要件外，經常有另一特別主觀構成要件要素，附屬其中²¹。如竊盜

²⁰ 至於，甲在此個案究應如何論罪，當詳參「與罰前、後行爲」之理論基礎（第九章、貳、二、（一））。

²¹ 特別主觀構成要件要素又有「意圖」（Absicht）與「傾向」（Tendenz）之分。「意圖」即係一定目的之結果意思；「傾向」是指一定目的之意思方向而言。

「意圖」或「傾向」均屬「故意」的層升形態。若在「故意犯」中，尚要求具備另一「意圖」要素，方能充足其不法內涵者，學理上稱之為「意圖犯」（Absichtsdelikte）或「目的犯」，如詐欺罪（刑 § 339）、竊盜罪（刑 § 320）、偽造變造貨幣罪（刑 § 195）……等等。

同樣地，如尚須具備另一「傾向」要素者，學理上稱之為「傾向犯」（Tendenzdelikte），如公然猥褻罪（刑 § 234 I）。因為在不法之猥褻行爲中，行爲人除了故意裸露性之全部或一部外，尚須具有滿足自己或引起他人性慾感覺之「傾向」，方能表現說明「猥褻行爲」之非價性。例如：賽內加爾舞蹈團來台公演，裸露上身舞動，男女團員雖故意裸露性之一部，但渠等自始至終均欠缺引起或滿足觀眾性慾感覺的目的意思在，從而完全與「公然猥褻罪」無涉。

於此，必須提及的，新修第 234 條第 1 項已增添「意圖供人觀覽」之要素，然此舉並非必要且屬多餘，因為舉凡藝術表演者，無一不是意圖供人

罪（刑 § 320 I），除「故意」竊取他人之動產外，尚需「意圖」不法所有。於此，「故意」與「意圖」遂共同決定竊盜行為之不法內涵，也特別標誌該「非價行為」（*Verhaltensunwert*；*Handlungsunwert*）。換言之，若行為人故意竊取他人之物（動產），但欠缺不法所有之意圖，即欠缺竊盜行為之非價性，亦即此一狀況並非竊盜罪所欲非難譴責之行為事實。簡言之，竊盜是由「竊取他人之動產」與「意圖不法所有」所結合而生之犯罪態樣。

二、「故意」態樣

（一）一般形態

現行刑法將「故意」之種類與意義規定於第 13 條，亦即所謂的「直接故意」（刑 § 13 I）與「間接故意」（刑 § 13 II）。

1. 直接故意（*Der direkte Vorsatz*；*dolus directus*）

所謂「對於構成犯罪之事實，明知並有意使其發生」（刑 § 13 I）：是指當行為人確實預見或認識其行為將實現某一不法行為構成要件並使其實現之謂。因此在「直接故意」中，「知」之要素重於「意」之要素，因為行為人既已確實知悉，而又使之實現，即難推諉無意使其發生或其之發生違背本意²²。

觀覽者，故而必須回歸到「猥褻」之本質意涵。質言之，猥褻者必須有其滿足自己或他人性慾感覺之目的意思在。猥褻與藝術之界線，也在於此。

²² 嚴格言之，「故意」並無所謂「直接」或「間接」。然「直接故意」所要強調的，是因客觀事實相當明確，據此可直接推知行為人之「故意」所在。「直接故意」一詞，也從刑法第 13 條之立法理由中，一直使用至今。

2. 間接故意 (Der indirekte Vorsatz ; dolus eventualis)

所謂「對於構成犯罪之事實，預見其發生而其發生，並不違背其本意」(刑 §13 II)：是指行為人對於不法行為構成要件之實現認為可能，且同意其發生之謂。如當某甲在較遠距離，欲以飛刀射殺某乙，但可能命重要害，亦可能落空；縱係如此，某甲仍射殺之。此即係說明某甲在「殺人罪」的犯罪構成事實中，處於「間接故意」的心理狀態²³。

3. 區別實益

在一般「故意犯」中，如殺人罪(刑 § 271)區別「直接故意」與「間接故意」，並無太大實益，充其量僅在量刑方面或許容有差別。但在個別刑罰規定中，若要求行為人之主觀要件必須是「直接故意」，才告相當者，則其區別實益不可謂不大。

在個別刑罰規定中要求「直接故意」，才告相當者，有如：「濫權追訴罪」(刑 § 125 I ③)、「越權受理罪」(刑 § 128)、「違法徵收罪」(刑 § 129 I)……等。因為此等犯罪均以「明知」為其成立要件。

又在「意圖犯」中，「意圖」要素乃一具有目的之結果意思，

²³ 有將「間接故意」稱之為「不確定故意」或「未必故意」。然「不確定故意」或「未必故意」之稱謂，易造成混淆與矛盾，並非妥當。因舉凡「不法行為構成要件之故意」(Tatbestandsvorsatz)，包括直接故意與間接故意，均以「絕對行為意思」(ein unbedingter Handlungswille)為前提。若當行為人主觀上尚未決定(即不確定意思時)，便無故意可言，更遑論是直接故意或間接故意。「間接故意」一詞，也是在刑法第 13 條立法理由中，一直使用至今。其毋寧在強調，從客觀事實中無法直接證明，但可間接證實其具「故意」。有關「間接故意」之判斷準則，尚參見許著，上揭書，頁 156 以下。

亦即屬於「直接故意」之層升形態，故「意圖」至少必須達到「直接故意」的程度。「傾向犯」之「傾向」，亦同。

又「意圖」(Absicht)與「動機」(Motiv; Beweggrund)必須加以區別。「意圖」、「動機」雖均屬行為人之心理事實，但「動機」非屬特別主觀構成要件要素，而僅屬犯罪後之量刑依據(刑 § 57 Nr. 1)。如甲意圖不法所有，而故意竊取他人之動產，其動機可能係為解決自己財務上的困難，也可能為解決並「幫助」他人財物上的困難……等。

(二) 特別形態²⁴

1. 擇一故意 (Alternativer Vorsatz)

所謂「擇一故意」是指：若行為人欲為一特定行為，但其究係涉及何種構成犯罪事實，並非確實知悉，然行為人仍決意為之，同時任何擇一發生可能性，皆同意之。

如：甲於海水浴場旁，發現一隻由沙土覆蓋之金錶，遂將其據為所有。

此例可能涉及二種互相排斥之犯罪構成事實：若泳客係暫時離去或仍在游泳中，則此將涉及「竊盜罪」(刑 § 320)；若係泳客遺失之物，則此將涉及「侵占罪」(刑 § 337)。若屬前者，則甲係以「擇一故意」構成竊盜罪；若屬後者，則甲是以「擇一故意」構成侵占遺失物罪。

「擇一故意」之形態也可能於下述狀況發生之。如：甲為了報復乙，乃於遠距離開槍射擊；但甲並不排除射中乙或尾隨其後之犬的可能性。於此，甲即具有殺人之「擇一故意」，同時也

²⁴ 「擇一故意」與「累積故意」乃故意之特別形態，但非獨立之形態，因其可能是基於意圖、直接故意或間接故意之心理事實所為之者。