

第二章

故意作為犯的構成要件該當性

目 次

第一節 構成要件的概念與結構	63
壹、廣義與狹義構成要件	63
貳、構成要件的敘述方式	64
參、不法構成要件的基本內容	67
肆、重要構成要件類型	69
伍、特殊可罰性要件	73
第二節 刑法上的行為	77
壹、行為問題在實例檢驗的順序	77
貳、基礎理論	79
參、行為品質的過濾判斷	80
肆、行為能力	82
第三節 因果關係與客觀歸責	83
壹、因果關係與客觀歸責概說	83
貳、判斷結果原因的條件理論	85
參、限制條件範圍的其他「因果理論」	92
肆、判斷結果歸責的客觀歸責理論	96

第四節 故意與意圖	110
壹、概說.....	110
貳、故意.....	111
參、意圖.....	128

參考文獻

Claus Roxin 著，許玉秀譯，客觀歸責理論，政大法學評論，50 期，1994 年 6 月；黃榮堅，刑法解題——關於故意及過失，收於：刑法問題與利益思考（氏著），1995 年 6 月；林東茂，從客觀歸責理論判斷交通事故的刑事責任，收於：危險犯與經濟刑法（氏著），1996 年 9 月；許玉秀，客觀的故意概念？——評德國的間接故意理論、檢驗客觀歸責的理論基礎——客觀歸責理論是什麼？，均收於：主觀與客觀之間（氏著），1997 年 9 月；黃榮堅，論風險實現，收於：刑罰的極限（氏著），1999 年 4 月；許玉秀，犯罪階層體系及其方法論，2000 年 9 月；李聖傑，風險變更之結果客觀歸責，中原財經法學，7 期，2001 年 12 月；李聖傑，因果關係的判斷在刑法中的思考，中原財經法學，8 期，2002 年 6 月；許澤天，擇一因果——條件理論之省略模式與因果律公式，法學講座，19 期，2003 年 7 月；林鈺雄，罪疑唯輕原則之個案運用——以「平底煎鍋」案之因果及歸責判定為例，收於：戰鬥的法律人（林山田教授退休祝賀論文集），2004 年 1 月；黃榮堅，論危險故意——評最高法院 93 年度台上字第 1155 號判決及 91 年度台上字第 6368 號判決，月旦法學雜誌，118 期，2005 年 3 月；林鈺雄，第三人行為介入之因果關係及客觀歸責（上）——從北門醫院打錯針及蘆洲大火事件出發，台灣本土法學雜誌，79 期，2006 年 3 月；徐偉群，論遺棄故意與遺棄罪的立法作用，中原財經法學，19 期，2007 年 12 月；蔡聖偉，從刑總法理檢視分別的立法，收於：刑法問題研究（一）（氏著），2008 年 7 月；徐育安，間接故意理論之發展——兼論不確定故意、未必故意與附條件故意，東吳法律學報，21 卷 3 期，2010 年 1 月；許澤天，遺棄罪之研究——待釐清保護法益的具體危險犯，東吳法律學報，22 卷 2 期，2010 年 10 月；Wolfgang Frisch 著，蔡聖偉譯，客觀之結果歸責——結果歸責理論的發展、基本路線與未決之問題，法學新論，32 期，2011 年 10 月；林書楷，因果關係中斷與客觀歸責，收於：刑事法理論與財經刑法之接軌（氏著），2012 年 11 月；蔡聖偉，德國犯罪理論演進簡史，收於：刑法問題研究（二）（氏著），2013 年 4 月；周漾沂，風險承擔作為阻卻不法事由，中研院法學期刊，14 期，2014 年 3 月；周漾沂，從客觀轉向主觀：對於刑法上結果歸責理論的反省與重構，臺大法學論叢，43 卷 4 期，2014 年 12 月；許恒達，再訪行為理論，收於：法益保護與行為刑法（氏著），2016 年 5 月；陳俊偉，從

刑法總則

危險故意理論省思放火罪之實質內涵——以最高法院 105 年度台上字第 2179 號判決及其歷審判決爭點為出發點，興大法學，26 期，2019 年 11 月；許澤天，法人刑法之構成要件設計，月旦法學教室，225 期，2021 年 7 月；陳俊偉，初探經濟刑法中空白構成要件與行政從屬性之界限，收於：經濟刑法的在地實踐，吳俊毅、薛智仁主編，2021 年 12 月；蔡聖偉，被害人吸食毒品過量死亡的歸責問題——評最高法院 110 年度台上字第 5318 號刑事判決，月旦實務選評，2 卷 3 期，2022 年 3 月；蔡聖偉，偽造文書罪的故意與錯誤——評最高法院 110 年度台上字第 3566 號刑事判決，台灣法律人，10 期，2022 年 4 月；薛智仁，參與被害人自我危害之結果歸責——最高法院 110 年度台上字第 5318 號刑事判決，台灣法律人，16 期，2022 年 10 月；薛智仁，刑法解釋與適用之憲法界限——近期刑事判決之綜合評析，興大法學，32 期，2022 年 11 月；林琬珊，被害人素因、拒絕醫療與客觀歸屬——最高法院 109 年度台上字第 2549 號刑事判決評析，月旦實務選評，3 卷 10 期，2023 年 10 月；古承宗，概論抽象危險犯的立法原理與限制，月旦法學教室，255 期，2024 年 1 月；馮聖晏，刑事不法與被害人自負風險，臺北大學法學論叢，131 期，2024 年 9 月；陳俊偉，論故意概念的社會化——簡評最高法院 112 年度台上字第 2240 號刑事判決，收於：臺灣刑事法新世紀脈動（何賴傑教授六秩晉五榮退祝賀論文集），2025 年 3 月；古承宗，適性犯與足生損害要件，月旦法學教室，271 期，2025 年 5 月；徐育安，幫助犯之規範性故意——簡評最高法院 112 年度台上字第 2240 號刑事判決，新學林法學，13 期，2026 年 2 月；陳俊偉，抽象危險犯的解構與重建，臺大法學論叢，55 卷 2 期，2026 年 6 月。

-
- 1 故意作為犯是刑法釋義學的核心類型，裡面的許多討論都會沿用到過失犯、不作為犯。因此，已經在本篇討論的內容（如行為能力、因果關係、客觀歸責、故意、阻卻違法事由、阻卻罪責事由等），就只會在往後的單元簡要提及，而把重點擺在比較特殊的地方。

第一節 構成要件的概念與結構

壹、廣義與狹義構成要件

構成要件(Tatbestand)在法律語言的使用上，就是法律效果的適用前提，其在廣義上包含不法構成要件、違法性、罪責以及客觀處罰條件等所有可罰性前提要素，而稱為廣義構成要件(Tatbestand iwS)。就罪刑法定原則的保障機能來說，廣義構成要件的概念有其存在意義，也就是所有藉由習慣法或類推適用來創設或擴張廣義構成要件的不利行為人方式，皆須受到禁止¹。

狹義構成要件(Tatbestand ieS)的內容，則是敘述刑法各罪中禁止的典型不法情狀，並藉此彰顯各罪的差異，例如傷害人之身體或健康 (§277)、公然侮辱人 (§309)。在本書中所使用的構成要件用語，如無特別交代，原則上指的就是狹義構成要件，或稱不法構成要件。這裡，刻畫或描述法律禁止或命令內容的構成要件，對於受其規範的個人來說具有訴求功能(Appellfunktion)，而使個人得以知悉哪些行為是法律禁止而不能為，或要求為之而必須為者。

由於構成要件是由諸多構成要件要素組成，如公然侮辱中的「人」、「侮辱」、「公然」等要素 (§309 I)，各個要素都具有篩選功能。因此，當一個罪名有越多的構成要件要素，就會因為有越多的篩選，而使個案越難成立犯罪。法律適用者的任務，就在於清楚地把每一個要素區隔，並確認個別要素的內容為何，即掌握該要素的定義，再對個案事實進行涵攝，而在最後提出是否該當構成要件的結論。

¹ Kindhäuser/Hilgendorf, Vor §13 Rn. 33; W/Beulke/Satzger, AT Rn. 184. 黃常仁，總則，頁 20。這也是在罪責層次的原因自由行為概念需要立法的理由，本書 4 章/邊碼 31。

貳、構成要件的敘述方式

一、描述性要素與規範性要素

- 5 立法者在構成要件中表達的禁止內容，是使用**概念**進行敘述，如竊盜罪構成要件中所禁止的內容是「意圖為自己或第三人不法之所有，而竊取他人之動產者」 (§320 I)，其中就使用「動產」、「他人」、「竊取」、「所有意圖」、「不法」、「自己」、「第三人」等概念。
- 6 當立法者使用的概念具有對自然狀態的描述性質時，則是所謂的**描述性構成要件要素**(deskriptive Tatbestandsmerkmale)，如殺人罪的「人」 (§271 I)、毀損罪的「物之毀棄、損壞」 (§354)，審判者可直接判斷個案中所涉及的行為客體是否係人或物、行為是否係毀棄或損壞，而行為人只要對此在感官上有所察覺就具有故意。
- 7 當立法者使用的概念具有評價性質，則是所謂的**規範性構成要件要素**(normative Tatbestandsmerkmale)，審判者對於這種要素的解釋需要借助該罪外的法律或社會規範才能得出，如藏匿人犯罪的「犯人」 (§164)、竊盜罪、侵占罪與毀損罪的「他人」 (§§320 I, 335 I, 354)、背信罪的「違背其任務」 (§342 I)、偽造文書罪的「偽造」與「文書」 (§210)，審判者必須先依據其他刑法規定判斷有無犯人，或先從民法或其他法律判斷所有權是否屬於他人、行為人是否受任為他人處理事務且進而違背任務，而行為人對此要素的**法律或社會功能**也應有所理解，才具有故意²。
- 8 由於描述性要素較能促進刑法適用的一致性與可預測性，基於罪刑法定中的**明確性原則**，立法者應儘可能避免使用規範性要素³。

² Kindhäuser/Zimmermann, AT §27 Rn. 24. 主張規範性構成要件要素係在描述社會中的某種制度性事實者，蔡聖偉，台灣法律人 10 期，頁 198。關於規範性構成要件要素與故意及錯誤的關係，本書 5 章/邊碼 13。

³ B/W-Mitsch, AT §6 Rn. 25. 林山田，通論(上)，頁 246。

二、完整構成要件與空白構成要件

在主刑法中的大部分犯罪規定，都是完整描述行為可罰性的完整構成要件，內容包括前述的描述性與規範性構成要件要素，甚至使用使用概括條款（如「其他……方法」 (§§221 I, 224)）。但仍有少數犯罪規定，立法者並未在條文中完整地對不法內涵加以規範，而係以空白構成要件(Blanketttatbestand)的立法方式，將部分構成要件要素委由其他法規或行政處分來填補，如預防傳染病所公布之檢查或進口之法令 (§192 I)、禁止囤積哄抬物品價格的經行政院公告之生活必需品 (§251 I (3))。此等空白構成要件在附屬刑法中，更是經常出現，如野生動物保育法第 40 條第 1 款禁止「未經中央主管機關同意，輸入或輸出保育類野生動物之活體或其產製品者」，其中關於保育類野生動物的內容為何，則需透過行政院農業委員會公告的「保育類野生動物名錄」來填補；如證券交易法第 157-1 條第 5 項有關內線交易消息的範圍及公開方式等相關事項之辦法，由主管機關定之；如銀行法第 125 條第 2 項禁止「未經主管機關許可，而擅自營業者」，則以主管機關的未許可作為構成要件要素。

立法者使用空白構成要件的理由，主要係出於立法技術的考量，以避免法條文字過於瑣碎，並讓相關刑法的規定得以透過更具彈性與迅速制定的行政法規與行政行為來回應社會生活需要。但無論如何，需要被補充的空白構成要件與對其補充的填補規範(Ausfüllungsnorm)，已共同組成對行為施加處罰的法律明文 (§1)，自應受到罪刑法定原則的拘束⁴。

⁴ B/W-Mitsch, AT §7 Rn. 39; Roxin/Greco, AT-I §5 Rn. 40, 68a, 77c ff. 關於空白構成要件與其伴隨的行政從屬性問題，陳俊偉，經濟刑法的在地實踐，頁 63 以下（尤其頁 78 以下關於兩則德國聯邦憲法法院裁定的介紹）。關於填補規範內容的故意與錯誤問題，本書 5 章/邊碼 17。

三、成文要素與不成文要素

- 11 在構成要件中，除了立法者敘述在法條文字的成文要素外，還存在著不成文構成要件要素，如殺人罪中殺人行為與死亡結果間之因果關係與客觀歸責。對於成文或不成文的要素，又可從敘述或指稱的對象，係屬外在客觀事實情狀或是行為人主觀心理情狀，而歸納到客觀構成要件或是主觀構成要件這兩個範疇中。
- 12 立法者在分則各罪所敘述的文字未必都是不法構成要件要素。

例如 剝奪行動自由罪(§302 I)的「非法」、妨害書信祕密罪(§315)的「無故」，在概念上是對行為事實情狀的整體評價，也就是強調行為無正當理由（具違法性），而非對禁止的不法事實情狀加以敘述。故縱使把它們寫入法條或加以刪除，對於犯罪的審查也無所增減。質言之，這些要素僅是贅文，充其量只是要提醒注意有無阻卻違法事由。

又如 聚眾鬥毆罪(§283)的「致人於死或重傷」，並非該罪的不法結果要素，而是客觀處罰條件。

又如 生母殺嬰(§274)的「母因不得已之事由，於生產時或甫生產後」，旨在彰顯行為人個人之責任減輕情狀，屬於減輕罪責要素。

又如 親屬相盜中(§324)的「直系血親、配偶或同財共居親屬之間」，是涉及個人的阻卻刑罰事由，同條文的「告訴乃論」則是訴訟程序規定，而與行為可罰性問題無關。

又如 不能安全駕駛罪(§185-3 I (1))的「酒精濃度值」，是立法者對酒精造成不能安全駕駛狀態的法定訴訟證明，並非客觀構成要件要素，行為人對此不需認識。

參、不法構成要件的基本內容

一、客觀不法構成要件

客觀不法構成要件，係由客觀構成要件要素組成。在具體案例 13
中，只要所判斷的事實情狀，與構成要件中的某一要素不符，就屬未
實現客觀構成要件的不遂情形，而只能進一步檢討是否成立該罪的未
遂犯。

客觀構成要件要素，一般可分為：(1) 行為主體；(2) 行為客 14
體；(3) 行為；(4) 行為情狀；(5) 行為結果；(6) 因果關係與客觀
歸責等六項。

(一) 行為主體

行為主體係指實施不法行為的行為人。大多數的客觀不法構成要 15
件，均未對行為主體設有特別規定，而謂「……者」，任何人均可能
成為適格的行為人。

少數的客觀不法構成要件對行為主體設有規定，例如瀆職罪章中 16
的「公務員」、洩漏業務上知悉他人秘密罪(§316)的「醫師」、「藥師」
等專業人員，或肇事逃逸罪(§185-4)的「駕駛動力交通工具發生交通
事故之人」(肇事者)⁵。

(二) 行為客體

行為客體則指行為所侵害或攻擊的具體對象，包括被害人或被害 17
客體。例如殺人罪(§271 I)與傷害罪(§277 I)的「人」、偽造文書罪
(§210)的「文書」等等。要分辨的是，法條中所敘述的行為客體概
念，與不法構成要件所要保護的**法益**概念不同⁶。如殺人罪與傷害罪

⁵ 仔細的讀者應該會發現本書刻意區隔肇事逃逸罪的「逃逸」與「肇事」兩個概念，不妨想想這樣的區分意義何在？不要小看這個基本功夫，作成釋字 777 的部分大法官，就將該罪的不法行為誤以為是「肇事」，從而要求行為人對「肇事」須有故意或過失。

⁶ 本書 1 章/邊碼 7。