

第二章

犯罪階層與案例分析方法

壹 犯罪階層

【基本的三階層審查架構】

- 一、概說
- 二、階層化的意義
- 三、三階層審查體系的基本架構

◆ 2-3

2-3

2-3

2-4

貳 案例分析方法

- 一、案例分析的目標
- 二、如何進行案例分析：鑑定與判決模式？
- 三、各罪名間的先後審查順序
- 四、如何正確掌握「案例事實」
- 五、法律「爭點」的寫作方式

◆ 2-5

2-5

2-5

2-7

2-8

2-9

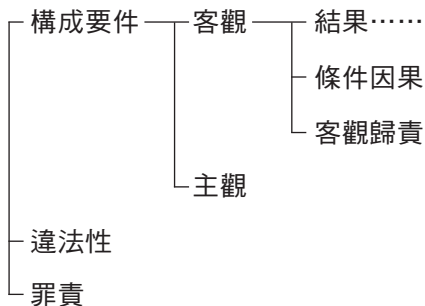
● || 導讀

在介紹完刑法的基本概念後，我們就可以進入比較重要的犯罪階層以及案例分析方法。本章的目的是讓讀者可以對刑法有一個綜覽，稍稍建立體系感後會在之後的學習中輕鬆許多。而本章介紹的案例分析方法就是考生在考試上的作答方法，筆者建議讀者無論是否為初學者，都可以閱讀此節，應有助於提升讀者的考試技巧以及拆解實例的能力。

壹

犯罪階層

【基本的三階層審查架構】



一、概說

犯罪是「不法且有責的行為」，再嚴格一點來說，犯罪是「該當構成要件、具違法性，且有責的行為」。此即為犯罪的定義，要成立犯罪就必須滿足「構成要件」、「違法性」、「有責性」、「行為」這幾個要素。而所謂的犯罪階層理論，就是在處理這幾個要素的審查順序、方法的一種「思考流程」。

而這種思考流程又被分為「二階層結構」以及「三階層結構」，二者的共通點在於，都將「行為」作為最上位概念審查，而不同的地方在於前者僅有不法、有責兩階層；後者則細化「不法」要素，將其分為構成要件以及違法性，故有構成要件、違法性、有責性三個階層。

不過，現幾乎已無人採取二階層結構，因此建議讀者於考試時以三階層結構作答。且無論採取二階層或三階層，於考試中都無須說理，直接採用心儀的結構即可。

二、階層化的意義

階層化的意義在於可以把犯罪的要素系統性地排列出來，避免在審查犯罪是否成立時重複審查同一要素，造成審查不經濟或自我矛盾。並且，階層化也可以在一定程度上擔保刑法的可預見性，若司法機關都按照相同的階層審查，那就比較不容易因為審查者（法官）不同而得出完全不同的結論。

另外，讀者在寫法律實例題時，一定都曾陷於不會開標的困境中，有時候在快寫完一份考卷時還必須回頭修正自己一開始開的標題。而在刑法考試中，因為已經階層化了，因此讀者完全無須煩惱開標的問題，只需要按照階層一步一步審查即可。

三、三階層審查體系的基本架構

要進入三階層審查架構之前，我們必須先確認我們檢驗的標的究竟是不是「刑法所要非難的行為」，因此行為可說是三階層架構的「前提要件」，為第二百零階的審查。確認了我們審查的對象是刑法所要非難的行為之後，就必須接著審查「構成要件」，也就是第一階的審查。在得到肯定的答案後，我們才有必要繼續進行第二階的「違法性」以及第三階的「有責性」審查。

這樣的審查架構無論在何種犯罪中均適用，因此可以很肯定的說，構成要件、違法性、有責性是所有犯罪成立的共通要件。綜上，我們可以得出一個三階層審查體系的基本架構：(0)行為 (1)構成要件 (2)違法性 (3)有責性（罪責）。若其中任何一個階層不該當，我們就沒必要再繼續審查下個階層。

貳

案例分析方法

一、案例分析的目標

◆【偷竊小狗案】

甲養了一隻小狗 A，並將其拴在社區住戶共有的停車場中。一日，社區外之人乙誤入停車場，見到可愛的 A，便將其帶走賣給丙。試問：乙成立何罪？

在考試中，出題者通常會將刑法問題包裝成案例事實，並提問作答者「何人成立何種犯罪」，考生在解題的過程中所要做的便是「案例分析」。簡而言之，考生須扮演簡化版的刑庭法官，並完成刑庭法官所應完成的任務，即「確認案例事實與否以及構成何種犯罪」。之所以說是「簡化版」，是因為考生並不需要透過調查證據來確認事實的真偽，題目中給出的事實已經是被視為真實的案例事實了，考生只需要對題目給的資訊加以審查即可；另外，考生亦無須完成「量刑」的任務，在考試中對量刑部分多加著墨並不會多獲得分數（除非題目明確問量刑）。

一言以蔽之，案例分析的目標就是在確認為人構成／不構成何種犯罪，這也是讀者們在寫刑法實例題的目標，其他如立法論、刑事政策、刑事制裁等均非所問。例如，在【偷竊小狗案】中，考生須要做的僅有告訴改題者乙是否成立某罪，至於其應被科處如何的刑罰、是否應宣告保安處分、竊盜罪的立法是否合理均無須出現於考卷上。

二、如何進行案例分析：鑑定與判決模式？

(一)基本概念

鑑定模式與判決模式都是在案例分析中可以使用的方法，兩者各有優劣，並無強弱之分，讀者於案例分析時可任擇其一作答。不過，在進入這兩種模式的介紹前，有些共通的上位概念必須先交代清楚。

1. 開標方式

首先，就如同上面所說的，案例分析的目的在於確定行為人是否成立何

種犯罪，因此無論採用哪種模式寫作，在一開始的開標上，都必須清楚的呈現出「人」、「行為」以及「何種犯罪」。唯一的差別僅在於，鑑定模式會以「提出問題」的方式開標，而判決模式則須如同法官下判決般，在開標時便確定是否成立。舉例而言，在【偷竊小狗案】中，若讀者採用鑑定模式，那標題就會是「乙帶走A的行為**可能成立**刑法第320條第1項竊盜罪」；而若採用判決模式，標題就會是「乙帶走A的行為**成立**刑法第320條第1項竊盜罪」。

2. 正面回答出題者所提出的問題

其次，兩種模式均必須針對出題者提出的問題正面回答，如在【偷竊小狗案】中，讀者在案例分析中應明確交代乙到底會不會構成竊盜罪。差別在於，若採用鑑定模式，在審查完構成要件、違法性、有責性等階層後，考生必須額外補上「乙成立本罪」或「乙不成立本罪」，否則留給閱卷者的答案便僅有標題中的「可能成立」¹；而若採用判決模式，因為考生已經於標題中直接給出是否成立的回答，故不必再於分析完畢後重複回答。

3. 緊扣三階層審查架構

最後，無論採取何種模式，均必須緊扣三階層審查體系，不得任意更改階層的順序，亦不得省略某一階層而逕跳到下一階層，即便是沒有爭議的階層亦同。並且，在案例分析時，無須「合先敘明」，所有須討論的問題，都會在它應該在的位置審查，沒有合先敘明的必要²。

(二) 鑑定模式

鑑定模式是以假設的方式拋出問題，接著再一步一步審查，最後得到答案。德國法學鑑定書即係這樣的寫作格式，鑑定模式亦因此得名³。完整

1 蔡聖偉，刑法案例解析方法論，4版，2023年9月，頁18-19即提到：「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OO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。」

2 以筆者自己的閱卷經驗為例，刑法初學者常見的開標錯誤如「本件涉及正當防衛的問題，故先不論構成要件是否成立」、「甲是否成立犯罪涉及有無正當防衛之問題」。

3 蔡聖偉，刑法案例解析方法論，4版，2023年9月，頁18。

的鑑定模式總共會經過四個步驟，首先須提出問題，然後是提出抽象的定義去說明如何在這個問題中得到答案。接著審查案例中的事實是否符合抽象定義，最後即可得到結論去回答一開始提出的問題。我們以【偷竊小狗案】為例，說明這四個步驟。首先，竊盜罪的行為是「竊取」，故先提出的疑問便是「乙帶走A是否為竊取行為？」而竊取的定義為「未經他人同意破壞他人持有並建立自己持有」，但乙的行為是否符合這個定義，需要提出新的問題，即「A被拴在停車場是否仍為他人所持有？」緊接著再繼續討論持有的定義，最後得出A仍由他人持有，乙之行為為竊取的答案。

不過，案例分析時不一定有如此多的時間去解構每個要素，因此鑑定模式亦無要求審查者鉅細靡遺的交代所有要件，在某些明顯不會有爭議的環節，可以直接宣示結論。例如在【偷竊小狗案】中，竊盜罪要求行為人竊取「他人動產」，但A狗是他人動產應該不會有理性人對此爭執，故可直接宣示「乙竊取A，係竊取他人動產」。

(三)判決模式

相較於鑑定模式會先提出問題，判決模式則是立於法官之角度，先將答案告訴閱卷者，再一步步說明理由。判決模式會在開標時便會先交代行為人是否成立犯罪，而在各要素的審查中亦同。以【偷竊小狗案】為例，判決模式在討論「竊取」行為時會直接寫出：「乙之行為為竊取，蓋竊取之行為為破壞他人持有並建立自己持有，且A由甲所持有……」

判決模式雖簡潔明瞭，但在較為複雜的案例中可能無法一眼看出答案，若先本於直覺回答問題，可能審查完得到的答案會和原先的回答衝突。筆者建議讀者，若欲採取判決模式開標，可以先寫「乙帶走A的行為_____刑法第320條第1項竊盜罪」，待全數審查完畢後，再回頭補上答案，但若忘記回頭補答案，在分數上會有重大不利益。

三、各罪名間的先後審查順序

在較為複雜的案例中，可能會出現一個行為人構成數個犯罪，或數個行為人構成數個犯罪的情形，此時即有必要決定應先審查哪個行為人以及哪個犯罪。除了因為規範邏輯必須遵守的順序外（如正犯必須優先於參與犯審查），學說上對此並未有硬性的規定，只要保證答題清晰明瞭即可。

為了保持清晰性，學說上發展出兩種不同的審查順序，一是按照案例事實發生的時間順序審查；二是先審查完某一行為人的行為後，再接續審查其他行為人。不過，無論採取哪種審查順序，共通的要求都是每個行為人、每個罪名分開審查⁴。也就是說，一個標題中原則只會出現一個行為人及一個罪名，除非個案中涉及加重構成要件。

另外，有些審查順序是已被既定，如正犯必須先於參與犯審查，以符合從屬性理論；間接正犯時應先審查作為犯罪工具的行為人，再討論幕後的正犯；而在個案中存在數個行為人與數個阻卻違法事由時，應嚴格按照時序審查，蓋前行為是否該當犯罪的構成要件很可能影響後行為是否得主張正當防衛⁵；最後，同一罪名的既遂犯應先於未遂犯檢討，故意犯應先於過失犯檢討。

四、如何正確掌握「案例事實」

案例事實是出題者預設的情境，考生於作答時應正確掌握案例事實，方能回答到出題者的問題。因此，於案例分析時切勿「虛構」案例事實，部分答題者會將案例事實比照自己曾經看過的題目，而完全按照該題目的方式作答，如此可能會與出題者預設的情境有所出入，而無法取得分數。不過，在某些時候，考生可能必須自己去假設某些事實，此時請本於「常識」假設，勿為了寫爭點而提出與題目相差過遠的假設。例如在【偷竊小狗案】中，雖題目並未給出細節，但可假設乙帶走狗的時候應未受阻攔。考生無須假設「乙受阻攔而對阻攔者使用強暴手段」，此與案例事實相差過遠。

另外，考生須接受案例事實為既定的事實，即便其看似不合理，亦不可於分析時質疑。例如案例事實為「甲不知道拿刀砍人脖子會使人死亡」，那這就

4 112年司律二試刑法與刑事訴訟法閱卷委員的話：「仍有不少考生同時審查數罪名，但每個罪名皆有其自身的要素，應分別獨立審查。」

5 112年司律二試刑法與刑事訴訟法閱卷委員的話：「在人別順次的安排上，由於甲與乙兩人有犯罪參與的關係，故甲應先於乙審查。亦即，先確認甲所實現的不法事實，再討論此等不法能否歸責於（未親手實現該事實的）乙。此外，丙的傷害行為涉及能否對甲成立正當防衛的問題，故亦應安排在甲的審查之後。」109年司律二試刑法與刑事訴訟法閱卷委員的話：「本題涉及正犯與教唆犯之結構，由於共犯之成立，刑法採取「限制從屬性」理論，正犯必先成立犯罪，始有探討教唆犯之餘地。因此本題作答時，若以符合犯罪成立的邏輯結構來作答，應該先處理正犯，再處理教唆犯。」不過，由於教唆犯僅要求正犯具不法即可，因此109年閱卷委員的話真意應係指正犯必須先於教唆犯審查，但正犯不必定成立犯罪。

是真實的事實，考生不可於考卷上提出「甲為正常人，故甲應該知道這樣會殺死人」的質疑，請按照題目給出的敘述分析。

五、法律「爭點」的寫作方式

所謂爭點，就是有爭議的點，也就是學說、實務會提出不同見解的地方。多數考試上會以爭點的處理作為評分標準，比如是否發現爭點、是否知悉這個爭點存在的甲說、乙說、丙說……以及在本題的案例事實中如何進行涵攝等。在爭點的處理上，有幾個需要特別留意的寫作技巧，如下所述。

(一)針對爭議處長篇大論

若某一爭點無論採取任何學說或實務見解都會得到相同的答案，那這個爭點在題目中不會占多少分數，考生無須花費大量篇幅去闡述。舉例而言，甲砍乙一刀，但被乙閃開。此時無論採取任何學說，都會得出「甲已經著手」的結論，因此即便著手的學說紛紜，考生也無須全數列出一一批評，考生寫出「即便採最嚴格的形式客觀說，甲亦已經著手」即可。

(二)寫作上的注意事項

1. 擇定立場

爭點涉及不同的學說爭議，而這些爭議又會影響到某一要件是否該當，因此考生在羅列出各家學說後，務必選擇一說採取。若未擇定立場，不僅無法進行後續的審查，亦將嚴重影響分數。考生不必擔心選擇的立場和出題者預設的立場不同，這並不會影響分數，評分時更看重的是考生的論述過程而非答案⁶。

擇定立場的常見方法是先列出甲說、乙說、丙說，接著再本文見解時選擇其一並批評其他見解，不過筆者較傾向直接將要選擇的見解放在本文見解中，如此可充實本文見解，亦可以節省時間。比如筆者想採取丙說

6 110年司律二試刑法與刑事訴訟法閱卷委員的話：「閱卷之評分，除了題目爭點的論述判斷外，亦會充分考量應考人整體的答題評析的表現，避免應考人在問題答案之表述，只因採取特定實務或學說主張而出現評分重大差異。也就是說，對於特定見解的主張，評閱過程非僅是應考人選擇了何項答案，而是應考人是否確實知道爭點所在，以及其所呈現的論述，是否顯示應考人在爭點解決時，了解為什麼選擇特定見解的爭點主張。」當然，研究所考試時除外，考生最好還是以出題老師見解作答。

時，只會先列出甲乙二說，然後在本文見解時批評二者，並說明本文將採丙說。

2. 引用不同見解與法條時

考生在引用實務見解時，若將判決字號一併背出自無不可，但此非評分標準⁷，若不記得確切的判決字號，可僅以「實務見解認為……」帶過，切勿虛構判決字號，否則反有扣分之虞。白話來說，寫對不加分，寫錯可能會扣分，因此最好還是保險一點。不過，若是引用釋字或憲法法院判決，則「宜」提供正確的字號。

在引用學說見解時，不應將學者名字一併列出，僅須言明甲說、乙說或該學者所取的名稱即可。另外，通說、多數說、少數說等名詞請小心使用，若不確定是否為通說，寧可不予歸類。

最後，最重要的是，引用條文時務必精確引用至條、項、款，尤其在有發放法條本的國家考試中。已經不止一年的司律二試評分要點有提及此事，可見閱卷者十分在意考生對法條的熟悉程度⁸。

3. 善用法律解釋方法

若考生確定某個地方有爭點，但不確定此處的不同見解為何時，請不要憑藉法感情自創學說。正確的做法是透過法律解釋（文義、目的、體系、歷史解釋）方法找出不會錯的本文見解，最好用的是文義解釋，基本上所有的爭點都會有這一說，所以不確定時選擇文義解釋絕不會錯。而目的解釋、體系解釋涉及各罪的保護法益，要靠考生平常學習、讀書積累。至於歷史解釋，考生於考試時應較難發揮，可暫不考慮。

7 110年司律二試刑法與刑事訴訟法閱卷委員的話：「有代表性的實務見解，除非應考人有把握，其實不必在答題時呈現具體判決字號，部分應考人引述特定實務見解的判決，卻誤引錯誤字號，即使不予以扣分，嚴格來說，反而是錯誤的答題說明。」110年司律二試憲法與行政法閱卷委員的話：「未必要列出精確的字號或某年月的決議或大法庭的字號。」

8 僅例示部份如下：112年司律二試刑法與刑事訴訟法閱卷委員的話、111年司律二試刑法與刑事訴訟法閱卷委員的話：「試務單位已經提供了法律條文供考生於考試時查閱，但仍有部分的考生對於所涉及之法律條文並未明確地引用至條、項、款，未呈現出能精確適用法律之能力。」110年司律二試刑法與刑事訴訟法閱卷委員的話：「在罪刑法定的論罪原則上，如果應試時有提供條文，應考人在論罪說明開始時，最好確認條文規定（含條文序號），以免在犯罪檢視時，失去判斷依據。」