

刑法解題架構思考

一、原因自由行爲

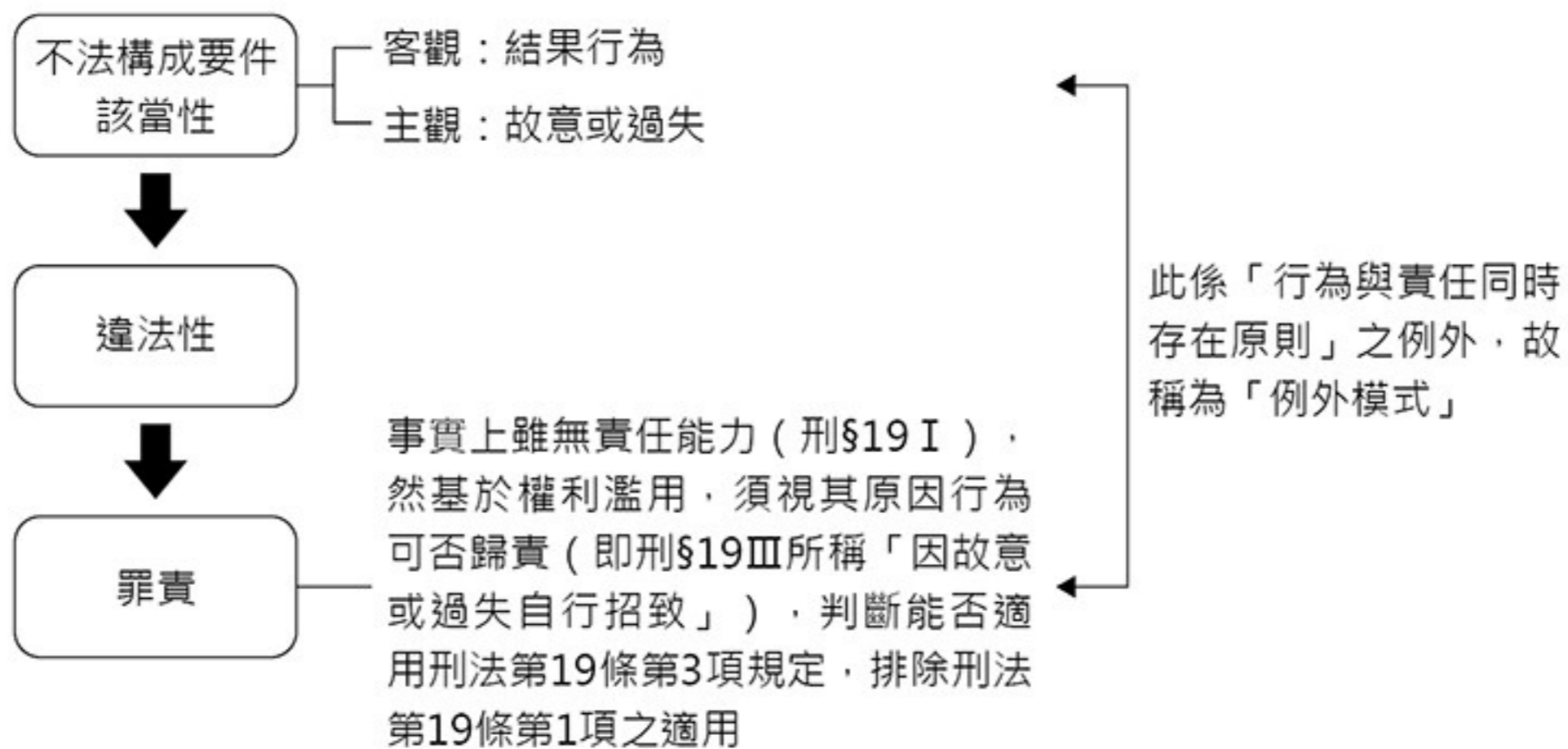
關於原因自由行爲的審查，蔡聖偉老師指出幾個重點¹：

- (一) 無論採取構成要件模式或例外模式，都必須在不法構成要件該當性階層審查「結果行爲」（例如持刀殺人、傷害等行爲），因為結果後行爲才是構成要件行爲，而構成要件行爲是對於法益侵害具有關鍵作用之要件，亦是刑法主要評價的對象，故答題時應先審查結果後行爲，較爲妥適。
- (二) 於罪責階層，要確認行爲人是否無責任能力（刑 § 19 I）或處於減輕責任能力之狀態（刑 § 19 II），才能據以開啓原因自由行爲的審查。如果行爲人於結果行爲階段具有完全責任能力，根本無須審查原因自由行爲。這點也呈現在刑法第 19 條第 3 項所稱「前二項規定」的用語，亦即只有符合刑法第 19 條第 1 項或第 2 項之情形，始有該條第 3 項原因自由行爲之適用。
- (三) 接下來比較困難，涉及原因自由行爲論理模式的採擇，分述如下
 1. 若採「例外模式」

此時應思考的是，行爲人是否在具有完全責任能力的階段，自行招致責任障礙狀態（包含無責任能力與減輕責任能力）的發生。若欠缺上述要件，則無法適用刑法第 19 條第 3 項，應回頭適用刑法第 19 條第 1 項或第 2 項之法律效果。筆者將「例外模式」的審查內涵圖示如下：

1 蔡聖偉，刑法案例解析方法論，2023 年 9 月四版，頁 142-143。

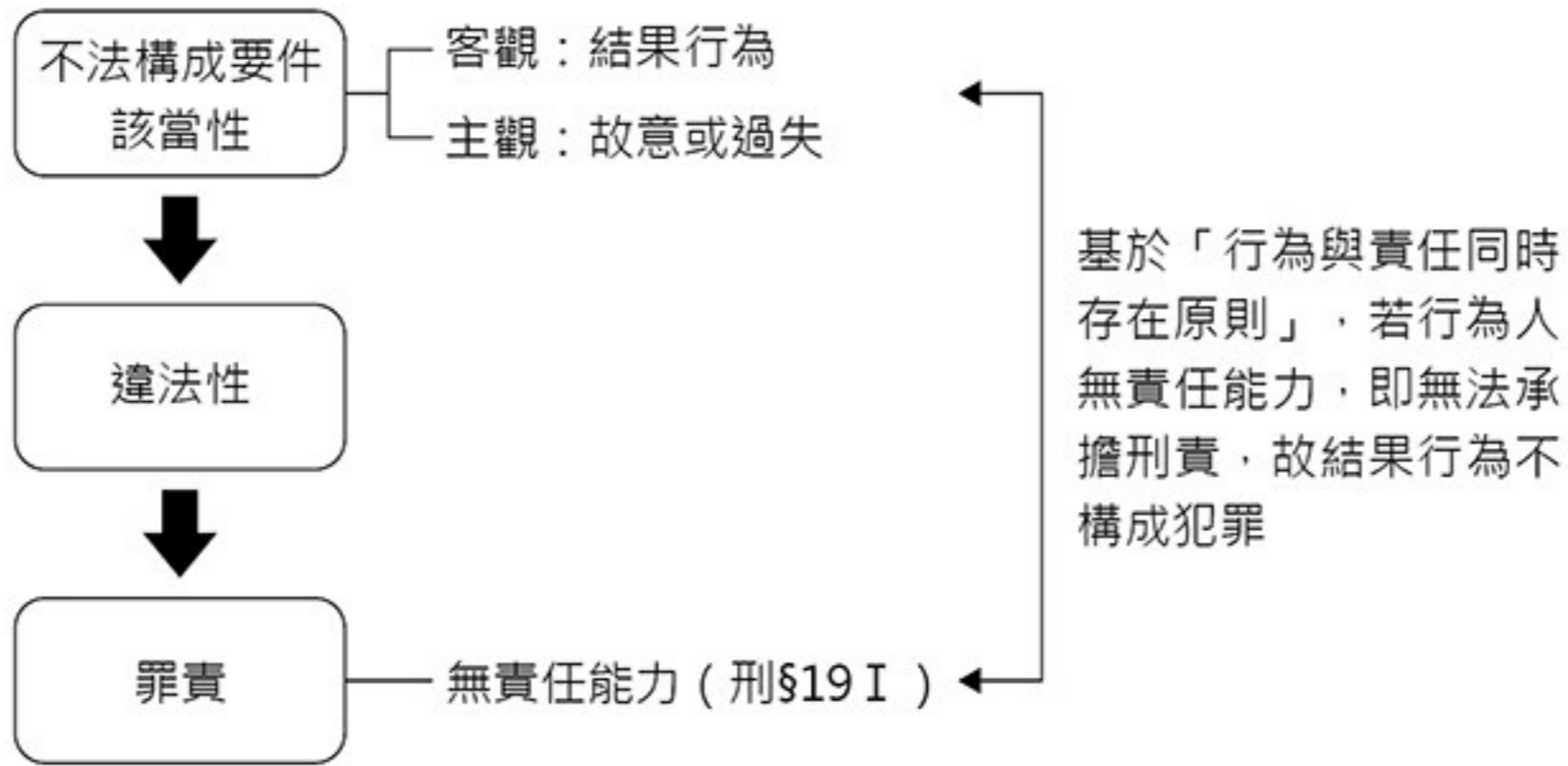
僅審查「結果行為」



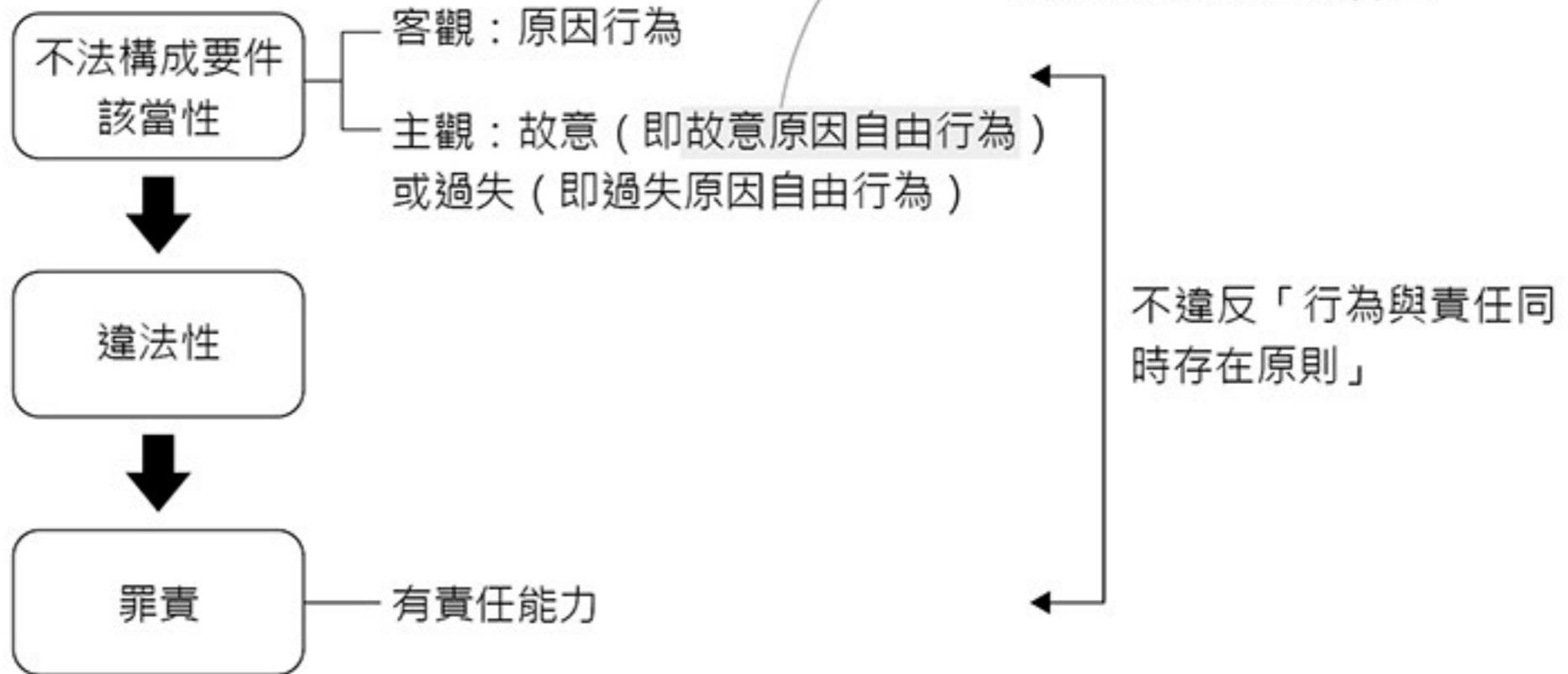
2. 若採「構成要件模式」

在審查結果行為的罪責階層時，往往欠缺責任能力而不成立犯罪。此時必須轉而針對「原因行為」重新開一個標題進行審查（白話來說，就是看「原因行為」能否當成被歸責的對象，例如行為人飲酒自陷於無責任能力狀態之原因行為，是否構成殺人罪既遂）。這裡要特別注意的是，在審查主觀要件時，必須檢視是否屬於「故意原因自由行為」或「過失原因自由行為」。「故意原因自由行為」會成立故意犯，「過失原因自由行為」會成立過失犯（但須視該罪有無處罰過失犯之明文規定，以符合刑 § 12 II 之要求）。筆者將「構成要件模式」的審查步驟圖示如下：

Step 1. 審查「結果行為」

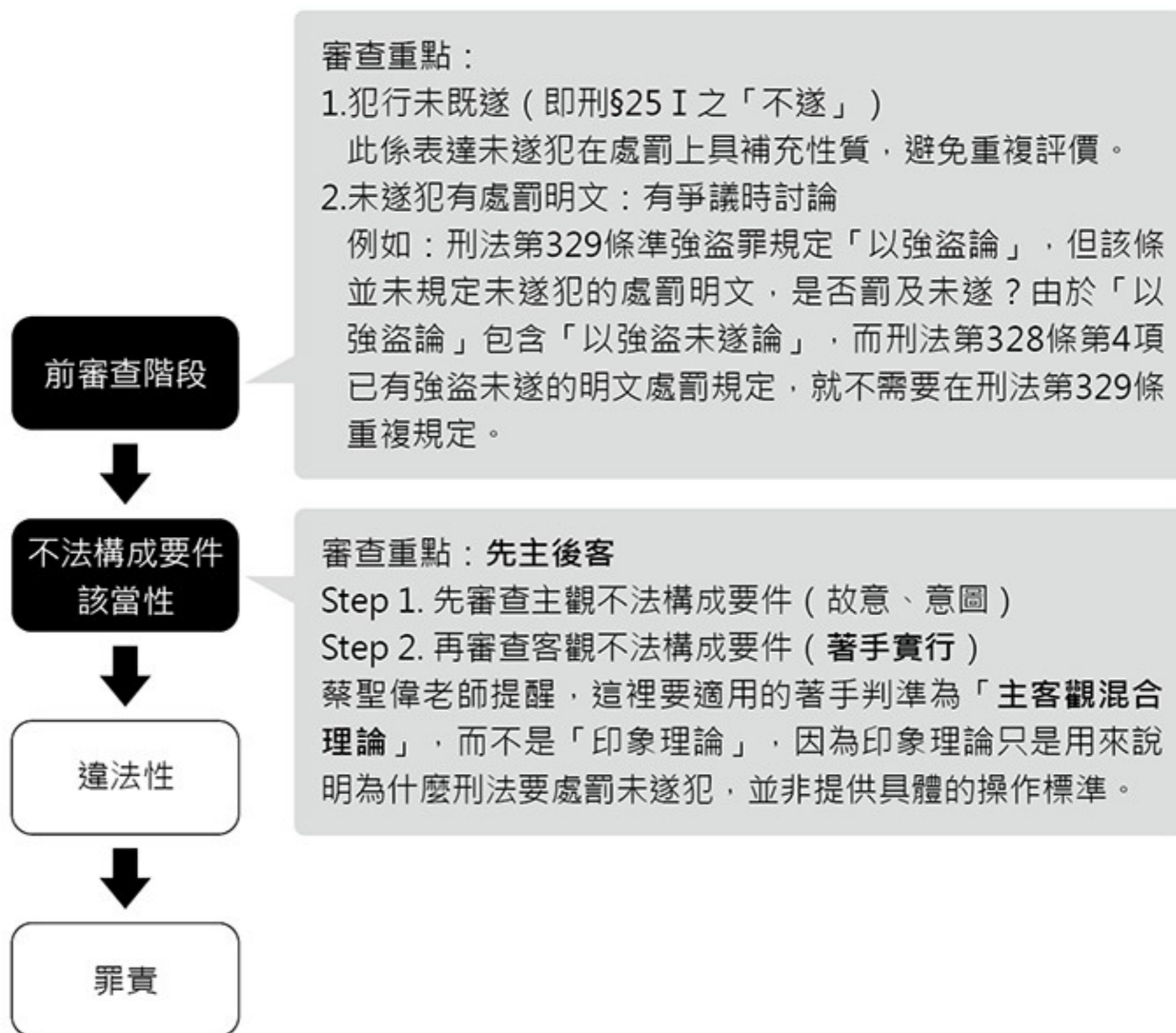


Step 2. 審查「原因行為」



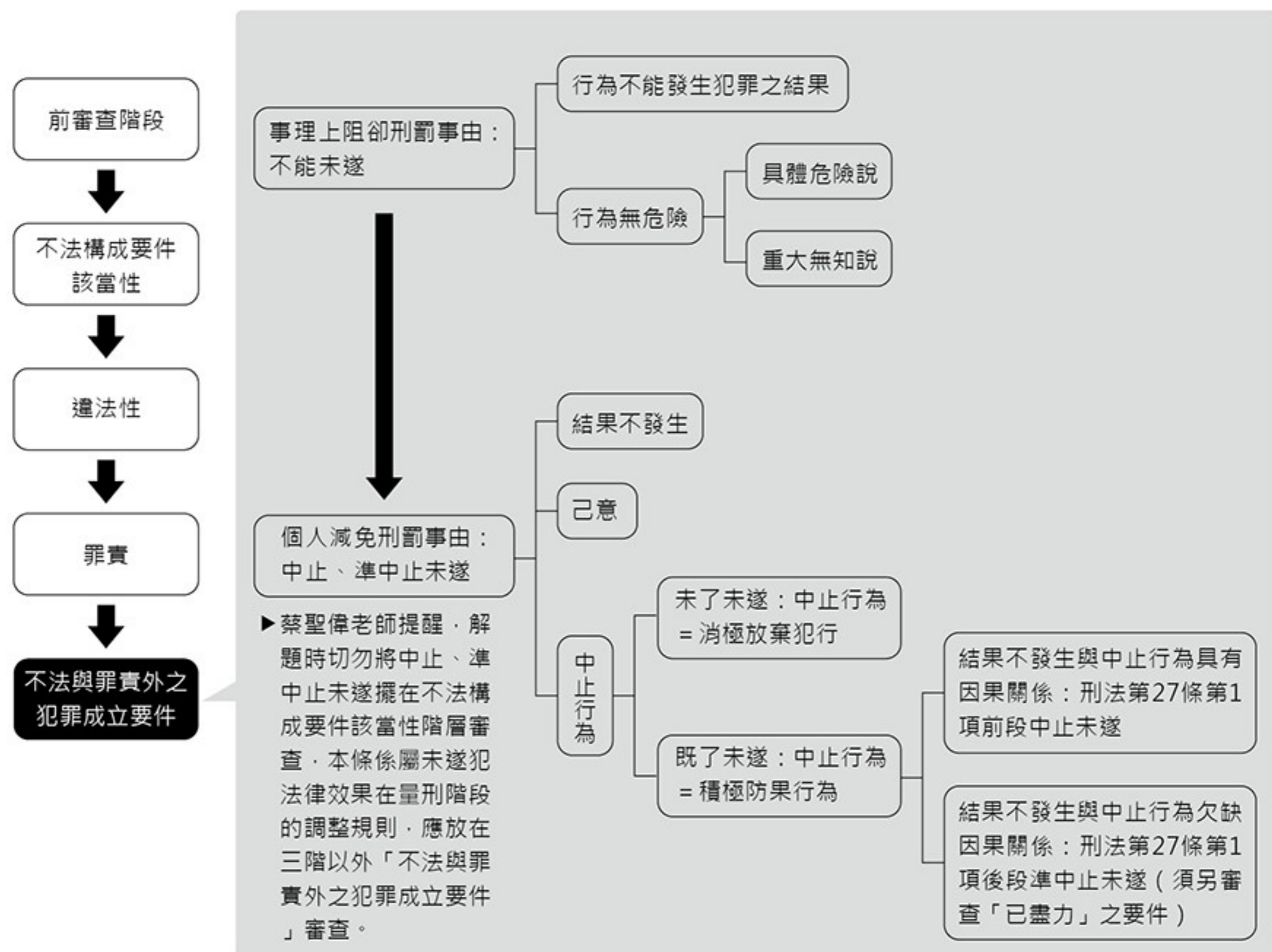
二、未遂犯

(一) 基本：普通未遂之審查體系²



² 整理自：蔡聖偉，刑法案例解析方法論，2023年9月四版，頁159以下。

(二) 進階：不能未遂、中止／準中止未遂之審查體系³



三、過失犯

在思考過失犯的審查架構時，透過理論史的考察，可以發現有兩條截然不同的審查機制⁴：

(一) 雙階理論

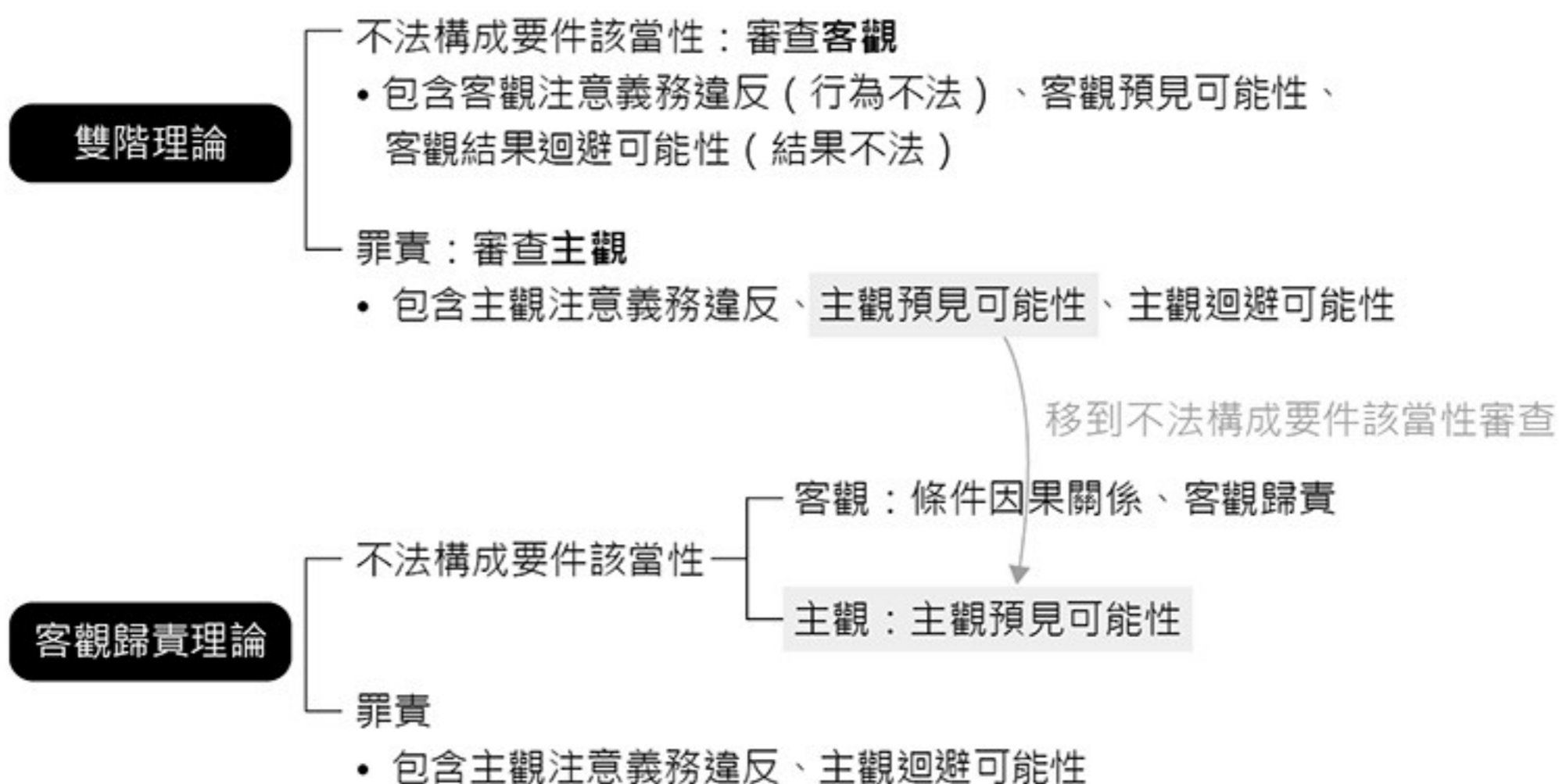
所謂「雙階」，係指於「不法構成要件該當性」與「罪責」這兩個階層均須檢驗：於不法構成要件該當性階層檢驗過失犯的行為不法與結果不法；於罪責階層則以行為人個別能力作為罪責要素（主觀注意義務違反、主觀預見可能性、主觀迴避可能性）。

3 整理自：蔡聖偉，刑法案例解析方法論，2023年9月四版，頁176以下。

4 整理自：蔡聖偉，刑法案例解析方法論，2023年9月四版，頁221以下。

(二) 客觀歸責理論

「客觀歸責理論」於 1970 年代興起後，理論旗手 Roxin 教授將該理論同時適用於故意犯與過失犯的審查體系中，故過失犯的體系與故意犯相似。



I

Chapter1 犯罪審查體系

▶▶▶ Topic1 客觀歸責

1 容許風險、被害人自我負責 ▶▶▶ 考.古.題

A 為慶生而邀請朋友們聚餐，友人甲與 B 都到場慶祝，但兩人心有嫌隙已久，甲明知 B 開車赴會，為了讓 B 難堪，不斷向酒量不佳的 B 敬酒，B 雖數次拒絕，甲反而起鬨邀在座友人一起勸酒，B 只好應付喝了多杯。在回家的路上，B 在酒精影響下，駕車不穩自撞安全島致死，試分析甲之行為在刑法上的意義。（25 分）

【106 北大】

分析 Analysis.

本題主要測驗「客觀歸責理論」的檢驗結構，必須詳細討論甲的勸酒行為是否製造法律上不容許的風險，亦即須討論「容許風險」的意涵，以及 B 自撞安全島身亡一事要由誰（甲或 B）來負責，即有無「被害人自我負責原則」之適用。

擬答 本題字數 887
Answer.

(請從本頁第 1 行依序開始書寫)

(一)甲勸 B 飲酒，B 因而酒後駕車，可能成立刑法(下同)第 185 條之 3、第 29 條不能安全駕駛罪之教唆犯	批註欄
1. 甲能否成立本罪之正犯？	
由於多數學說認為本罪屬「己手犯」，只有直接、親自實行駕駛行為之人，始能成立該罪之正犯，而排除間接正犯或共同正犯之適用 ¹ 。甲既非駕駛，則無法成立本罪之正犯。	
2. 甲能否成立本罪之教唆犯？	
(1)依題意，由於 B 已實行不能安全駕駛行為，依共犯限制從屬原則，甲之共犯行為得以從屬於 B 之不法行為，合先敘明。	
(2)本題甲雖不斷勸 B 飲酒，係惹起 B 酒後開車之犯意，屬教唆行為，然甲並未有使 B 酒駕開車之故意，欠缺教唆犯之主觀要件，不成立犯罪。	
(二)甲勸 B 飲酒，B 酒後駕車不穩自撞安全島致死，可能成立第 271 條第 1 項殺人罪既遂犯	
客觀上，若沒有甲不斷勸 B 喝酒，B 不會因此喝醉，進而酒駕自撞而亡，甲之行為係 B 死亡不可想像其不存在之條件，兩者有條件因果關係。	
於客觀歸責審查上，甲勸 B 喝酒的行為，是否製造法律上不容許的風險？學說 ² 認為，所謂「容許風險」，係指行為雖然附帶某些危險性，但由於該行為具有社會相當性，且為了追求一個更高度的生活利益，縱使帶有風險或提高風險，仍係法律所容許的範圍，而欠缺客觀可歸責性。雖然飲酒本身並非製造不容許風險，然過度勸他人飲酒，已非日常生活所必需，實已逾越一般人能負荷的範圍，	

1 臺灣新北地方法院 108 年度聲判字第 30 號裁定。

2 部分文字參考自：林書楷，刑法總則，2022 年 9 月六版，頁 93-94；王皇玉，刑法總則，2023 年 8 月九版，頁 207。

<p>故應認為甲之行為逾越容許風險程度，已製造法所不容許之風險。</p>
<p>又甲勸酒行為與 B 因酒駕自撞而亡之間，在經驗上具有常態關聯性，甲勸酒之非容許風險已實現。</p>
<p>惟甲僅勸 B 喝酒，並沒有勸 B 酒後開車，是否有被害人自我負責原則之適用，而認為甲實現之風險並非於殺人罪之構成要件效力範圍內？學說認為，倘若法益持有者係有意識地投身於風險中，其後縱使該風險行為致其法益受損，該損害後果原則上亦應由其自身承擔，此即自我負責之自行涉險行為，故基於被害人自我負責原則，應否定行為與結果之歸責關聯。基此，甲雖然多次向 B 敬酒，惟 B 是否飲酒、酒後是否開車，都是 B 出於自主決定，而讓自己陷於風險之中的行為，B 隨後自撞安全島而死亡的結果縱係甲間接促成，基於被害人自我負責原則，應由 B 自行對此結果負責，甲毋須負責³。</p>
<p>綜上，B 之死亡無法歸責給甲，甲不成立本罪。</p>

3 部分文字參考自：蔡聖偉，COVID-19 疫情防治與刑法，臺大法學論叢第 50 卷特刊，2021 年 11 月，頁 1181；許澤天，刑法總則，2023 年 5 月四版，頁 100。

延伸專題——「被害人自我負責」之體系定位與要件探討⁴

一、體系定位

我國主流見解採取「客觀歸責理論」，並在客觀歸責之構成要件效力範圍，處理被害人因自我冒險而受損害的情況；惟亦有見解是透過「容許風險」概念來處理被害人因自我冒險行為而受損害的情況⁵，說明如下：

(一) 多數學說：於客觀歸責理論探討負責原則

多數學說認為，由於每個人原則上僅須對自己的行為負責，不必為他人自我危害法益負責，若構成要件結果是來自於他人（此處指被害人）自我危害行為，此時應由被害人自我負責。依此，在客觀歸責層次上，須明確區分不同人的負責領域，以限縮歸責的範圍⁶。

(二) 薛智仁老師：容許風險

首先，薛老師對於多數學說劃定不同責任範圍（由行為人或被害人負責）的邏輯預設前提提出質疑：被害人若要為自我危害的結果負責，並不當然認為行為人就不必為同一結果負責，而行為人是否要為同一結果負責，必須有更積極的論證。薛老師指出，積極的論證應是：行為人對於被害人創造的法益風險，是否同時促成被害人實現自主利益而獲平衡。若答案肯定，即可被評價為製造法律容許風險的行為。換言之，在薛老師的概念裡，被害人自

4 主要改寫自：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，台灣法律人第16期，2022年10月，頁152-158。

5 黃士軒，自甘冒險而受法益侵害之刑責歸屬問題——以我國過失犯事例為素材，中原財經法學第45期，2020年12月，頁170。

然而，黃士軒老師的見解與上述觀點都不同，詳細請參後面【111司特一書記官（三等）】這題的說明。

6 林鈺雄老師採德國學者Roxin的見解，將「他人/自我負責領域」（構成要件效力範圍）列為製造、實現不法風險以外的第三個規則。相關說明係改寫自：林鈺雄，新刑法總則，2021年8月九版，頁171、173。

不過，許澤天老師則是將「被害人自我負責」放在「風險並未實現」的其中一種情形來探討，審查結構與林鈺雄老師不盡相同。參許澤天，刑法總則，2023年5月四版，頁99-101。

我危害行為係「容許風險」的具體型態，與多數學說作為阻卻客觀歸責的事由不同。

舉例而言，甲放火燒燬老人 A 獨居的房屋，乙衝入火場搶救 A 而喪生。此例是否存在薛老師所認為的被害人自我危害行為？由於甲創造一個緊急危難狀態，引發乙衝入火場救人，但甲放火並非實現乙救人的願望，其所創造的風險並未同時促成乙實現自主之利益，故甲對乙的死亡仍負過失致死之刑責。

二、成立要件

(一) 被害人有法益處分權

由於被害人自我危害是個人自主利益的展現，如果被害人對於法益沒有處分權，就無法達成薛老師所謂的「行為人對於被害人創造的法益風險，同時促成被害人實現自主利益而獲平衡」。在此觀點下，此原則無法適用於侵害超個人法益之犯罪，只能適用於侵害個人法益之犯罪。

不過，我們也不排除立法者可以設定額外的限制，來限縮被害人的法益處分權。典型的例子像是刑法第 275 條加工自殺罪，薛老師認為是法律內建「禁止參與他人自殺」的行為規範，使國家可據以限制參與他人實現自主死亡權利。

(二) 行為人有參與被害人的自我危害

在行為人與被害人共同實現法益侵害的情形，其結構類似於多數人犯罪參與，因此援引犯罪支配作為被害人是否須為其自我危害行為負責的關鍵，若是由被害人支配損害或危險的行為，即屬被害人自我危害，應由被害人負責。

雖然支配力源於被害人還是行為人，在多數情形容易判斷，然薛老師也提到，在一些情況下，究竟是被害人還是行為人有支配力會有爭議：

1. 行為人與被害人具有共同支配力

例如：甲患有性病且具傳染風險，其伴侶乙於深知此情況下，仍與甲發生危險性行為，最後乙感染性病，則甲是否構成傷害罪？學說認為，由於乙可隨時要求中斷危險性行為而大幅降低感染性病的風險，卻仍選擇從事危險性行為，此時應認為乙對於危險性行為有共同支配力，甲不成立傷害罪。

2. 被害人利用行為人成為自我危害的工具

例如：甲、乙在談分手，而乙一心求死，拿一把槍給甲，向甲謊稱槍內沒子彈，要甲假裝對自己開槍（但實際上槍內有子彈，乙想藉甲開槍來自殺），甲未察覺便開槍誤殺死乙，則甲是否成立過失致死罪？由於乙計畫性地利用不知情的甲作為其自殺的工具，此時乙對甲開槍讓其自殺一事有支配力，甲係參與被害人乙的自我危害，不構成過失致死罪。

(三) 被害人須出於自主決定

被害人須對其承擔之風險有充分認識，才能肯認是出於自我決定。然而，被害人若在作出決定時受到某程度的壓力，使其自主能力受限，則在什麼情況下會被認為欠缺自主性？學說有以下見解：

免責標準說	被害人是否出於自主，須參考刑法免責規定為標準（如刑§§ 18～20）。若被害人處於壓力、錯誤或決定能力受限，使其於刑法上處於免責狀態，其意思決定即欠缺自主性。
承諾標準說	被害人是否出於自主，須以阻卻違法事由「被害人承諾」之有效性為標準。若被害人處於壓力、錯誤或決定能力受限，其承諾即屬無效，其意思決定即欠缺自主性。 ▶ 薛智仁老師係採此說。當被害人承受壓力、錯誤或決定能力受限時，在討論被害人承諾時，會認為其承諾無效，那在討論被害人自我負責的案例時，應有同樣的標準才對（亦即會導致被害人的決定欠缺自主性）。薛老師並批評，免責標準說忽略的是，刑法上的免責規範是在決定行為人危害他人法益時有無刑事責任的問題，而不是在決定被害人處分自己的法益是否出於自主，兩者的標準不同，無法援用。