

刑法學習技巧與解題說明

編目 | 刑法

主筆人 | 榮律師 (張鏡榮)

一、刑法學習技巧

(一) 刑法學習之路的障礙

依照刑法條文的分類，多半會將刑法課程分成「刑法總則」與「刑法分則」，而雖然兩個部分建構起刑法這個科目，但是兩個部分的學習障礙之處其實不完全相同。刑總主要要學習的是適用所有犯罪的要件與原理原則，例如：罪刑法定原則、從舊從輕原則、故意、過失、不作為、正共犯等，既然是從所有分則犯罪抽繹出來的概念，總則部分勢必會抽象難懂，如果要再搭配德國學理的理論史發展以及對德文翻譯名詞的理解，難度就會更上好幾階；另一部分，刑分重在構成要件的文字解釋，概念的抽象性就沒有刑總這麼高，複雜的就落在這些要件解釋的瑣碎度，例如：竊盜罪的「竊取」、搶奪罪的「搶奪」，以及強盜罪的「強制」與「取財/得利」三個構成要件行為如何區分，甚或是竊盜罪與詐欺罪「施用詐術」的區分，都能有各種不同的理解方式。如果要再加上立法者未全盤考量就草率地「現象式立法」而造成體系混亂，解釋起來就會形成一場災難。總之，刑總的抽象艱澀，刑分的雜亂瑣碎，是同學學習刑法之路的障礙。

(二) 如何排除障礙？

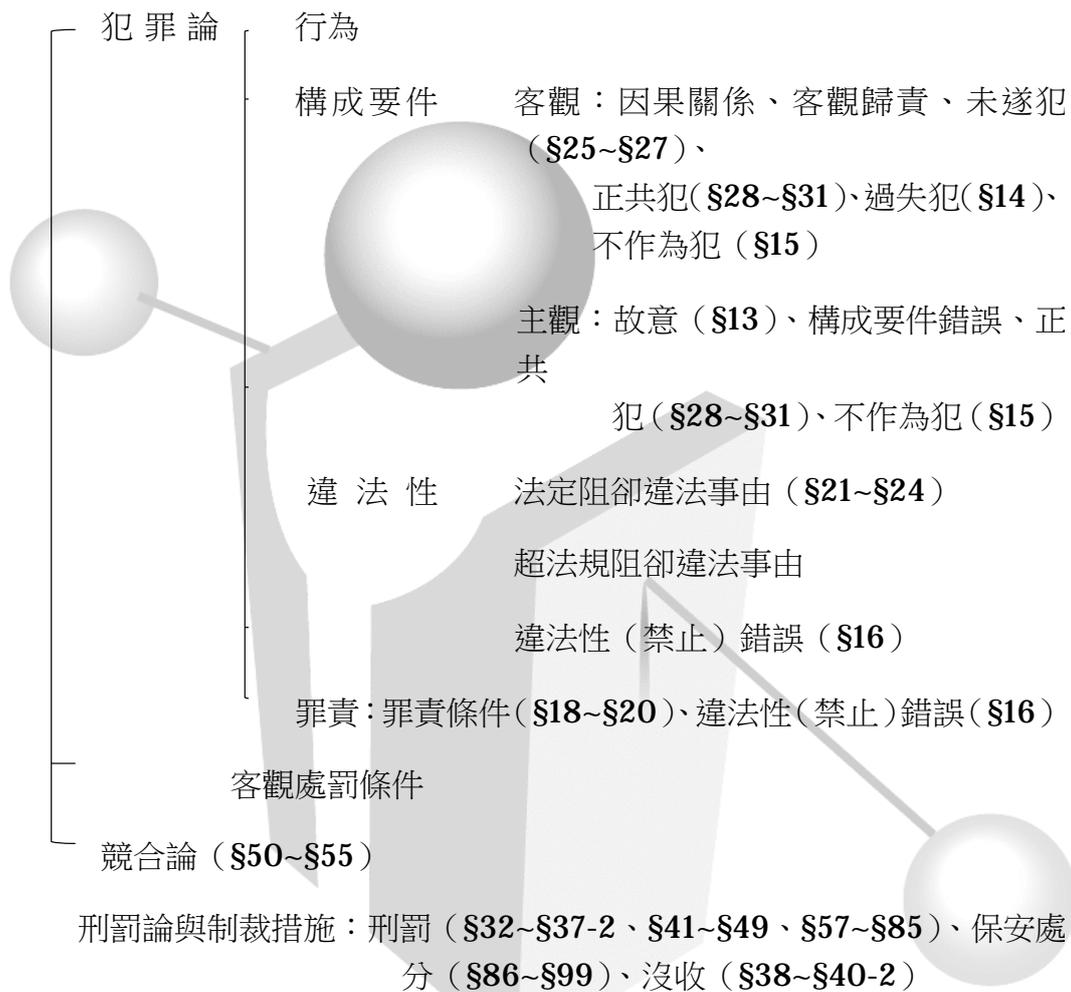
1、刑法體系的選擇

目前較常被提及的刑法理論出產國主要指德國與日本，而這兩個國家的學說從概念與用語的使用開始就存在不少差異，所以建議先擇定當中某個刑法體系，並且以留學該國的我國學者的教材去作打底工作，切記勿企圖兩國理論全盤通吃，這會落得基本知識零散無組織的下場，之後要再更深入去學的時候，反而容易讓自己心態崩壞。選擇了某個主要體系之後，便需要開始建構知識。

2、刑法知識的體系式建構

無論是德國或日本的刑法學理，都存在著「犯罪階層體系」這個審查程序，而無論將犯罪階層體系區分成幾階層，肯定會需要至少三個階段的審查，用通說三階層用語來說就是「構成要件」、「違法性」與「罪責」。必須知道的是，「構成要件」與「違法性」（合稱為「不法」）要審查行為人是否「做錯事」，也就是行為是否對法益有侵害或危險，而「罪責」則用來確定行為人是否需要為他的不法行為受到「處罰」，也就是他個人有沒有被刑法期待為合法行為的可能性。藉由「做錯事」與「處罰」這兩個大架構，我們進一步去推展，確定一個人有沒有做錯事需要什麼標準，確定一個人是否受到處罰，又需要什麼

要件，這些要件與標準就是我們在總則學的每一個章節要素，圖示如下：



3、要素的階層意義

故意作為犯、過失作為犯以及不作為犯都有他們共通與各自獨立的階層要素，同學學到最後常常會不斷背誦各種不同理論，但是反而忘記這些理論應該要被放在哪個地方處理，因此要素的體系定位是絕對不能忘記的大重點，在學習每個章節的時候，務必很明確地知道這個章節要討論的不同概念會被放在哪個階層，這會直接影響到解題時的順序。

以中止未遂為例，如果減免理由採取刑事政策理論或刑罰目的理論，它會被稱為「個人解除刑罰事由」，因為這是刑罰論的問題，而不是犯罪論的問題。從字面意義來看，必定要「成立犯罪」才會需要「解除刑罰」，所以中止未遂必須寫在「犯罪論」之後，也就是三階層之後的第四階層。如果再延伸到「共同正犯脫離與中止」的爭議，共同正犯脫離涉及的是「脫離的人要成立既遂還是未遂」這個問題，因此必須放在客觀構成要件討論，而共同正犯中止則因為中止未遂屬個人解除刑罰事由，同樣要放在第四階層討論。如果理

解這個架構，自然就不會出現「共同正犯脫離跟共同正犯中止有什麼差別」這樣的疑問，因為兩個是完全不同的概念，只是個案當中脫離的原因常常是因為心生悔意，而使得他們兩個概念常常一起連袂出現而已。

再以讓多數同學非常頭痛的錯誤當例子，我們區分成「構成要件錯誤」與「違法性錯誤」兩類，指的就是這類錯誤應該被放在構成要件階層或違法性跟罪責階層，而錯誤涉及「故意」這個概念，「故意」又包括構成要件故意與罪責的不法意識，那麼至少可以確定兩件事：錯誤是主觀要件的事，錯誤寫在哪個階層要看這是哪類錯誤。因此，客體錯誤、打擊錯誤、因果歷程錯誤這三類錯誤，應該放在「主觀構成要件」討論，禁止錯誤則要放在「罪責」階層。

(三) 瑣碎複雜的刑分怎麼學？

1、體系式學習在刑分的運用

上述所強調的都是刑總的抽象學理概念與體系的連結問題，這種綜觀的體系觀察視角如果要運用在刑分，就相對容易，因為刑分討論的都是分則構成要件如何解釋的問題，絕大多數的條文要素都屬於構成要件階層，只有少數如侵入住宅罪的「無故」被學說解釋為違法性要素，或是殺害直系血親尊親屬罪的「直系血親尊親屬」屬於罪責要素，也因此刑分學習的問題點絕不在體系定位，而在於那些條文的字如何在不同脈絡下理解。

2、分則條文之間的區分

從最狹隘的視角來看刑分，重要的是每個構成要件要素的解釋問題，最直接影響的是能否排除構成要件該當性，例如：針對殺人罪的「人」至少有獨立呼吸說、全部露出說、一部露出說、分娩開始說以及獨立存活可能性說幾種見解，直觀看起來似乎每個見解會影響行為人是否構成殺人罪，但是如果將視角放寬來看，其實討論人的始點，就是在討論行為客體是「自然人」或是「胎兒」，也就是殺人罪如何與墮胎罪章區分。換句話說，構成要件的解釋往往會連結到不同犯罪的區分問題，這個問題在財產犯罪尤為重要。

以在大街上公然取走他人皮包的案例來說，行為人應該構成竊盜罪、搶奪罪或強盜罪，實務上向來是以行為時的狀態，也就是「秘密」或「公然」來加以區分，行為人是否使用暴力並不重要，如果堅持這個標準，這個行為就應該評價為搶奪，但如果此多數學說的想法，行為人是否使用暴力就會是竊盜與搶奪的關鍵區分點，因此如果被害人對皮包緊密支配，行為人必須使用暴力才能剝奪支配的話，那會是搶奪，但如果被害人只有鬆弛支配，行為人使用和平手段就可以輕易破壞被害人對皮包的支配，那就是竊盜。而這個案例如果被認為不是竊盜，還要進一步去看被害人是否不能抗拒而區別這是搶奪還是強盜。這個案例的適用證明了一件事，每個獨立構成要件要素的解釋是牽一髮而動全身，考試時一旦一個基礎立場沒有踩穩，最後可能造成一步錯步步錯的可怕結果。

這種構成要件區分的問題近年更是顯露在「強暴」、「脅迫」與「恐嚇」的解釋。刑法條文涉及這三個要素的犯罪相當多，例如：妨害自由罪章的強制罪與恐嚇危害罪、財產犯罪的強盜罪與恐嚇取財罪、妨害性自主罪章的強制性交罪、施暴行妨害公務罪，以及妨害秩序罪章的聚眾不散罪與聚眾妨害秩序罪等等。雖然他們都叫罪「強暴」、「脅迫」或「恐嚇」，但是不同規範的目的跟不同的法定刑，都可能影響到這三個要件的範圍寬廣，強暴概念如果採廣義解釋，就會自然壓縮到脅迫與恐嚇要件，而且還可能讓構成要件變成開放性構成要件，進而使得違法性階層必須作正面審查，這些同學在學習的時候勢必得先做整理並釐清，過去那種一個強暴脅迫概念就要行遍天下用在所有犯罪的作法，已經跟不上學說實務的腳步了。

3、如何掌握各種不同見解？

分別既然都在構成要件的細部解釋，那麼其實各種不同見解的差別，必須從他們採用的解釋方法加以區別，所謂的「解釋方法」就是眾所皆知的文義解釋、目的解釋（包括擴張解釋與限縮解釋）、體系解釋、歷史解釋以及比較法解釋等，同學在背誦這些見解時，務必先確定每個不同見解所使用的方法，才不會迷失在理論走不出來，最後蹲在理論叢林裡哭死。

以上述竊盜罪和搶奪罪的區分來說，實務上之所以會認為兩罪區別在行為時的秘密或公然狀態，主要就是以「竊盜」和「搶奪」的文義去做推演，也就是採文義解釋，因為一般我們想像到的竊盜就是偷偷來，搶奪就是光天化日，而學說之所以會以是否使用不法腕力區別，就是因為把兩罪的法定刑做比較，以及只有搶奪罪有加重結果犯，竊盜罪沒有，這可以歸納成體系解釋或目的解釋。總之，掌握各說的解釋基礎，有利於同學在腦中做各種見解的歸納。

二、刑法解題技巧

(一) 如何擁有問題意識？

每年都會有同學來問：如何看到題目就知道要考什麼？文言一點地說，就是如何擁有問題意識。問題意識的培養其實不容易，主要可以分成兩類考題來說明：第一種是傳統考點，傳統考點的學說內容考生們大致上都清楚，差別只在於有的時候從案例事實看不出要考這個爭點，因此錯失了單刀直入打點的機會，這種考題的問題意識需要靠平時看很多題目來建立，基本上題目的數量要練習到，你一看到某個關鍵字或某種題目描述方式，就能夠直接聯想到這個爭點，這樣才夠。例如：題目提到「事後鑑定指出」、「確定」、「幾乎確定」、「結果就不會發生」或「結果仍會發生」這幾串字的時候，我們就要馬上想到，它在講不作為犯的假設因果關係，或是過失犯的結果不可避免，這時候整個答題方向就要馬上往這兩個爭議進行。但是如果上面的「確定」或「幾乎確定」改成「結果仍有可能發

生」，那我們就要想到客觀歸責的「風險升高理論」。

第二類考點是新爭議或老爭議新見解，這就要靠同學平時去翻閱老師的文章來看，尤其是某些老爭議可能在學的時候大家都不太在意，但是最近因為有一些老師在寫文章討論，他變成考題的機率就會比較高，這時候如果你在考前一段時間有特別看文章，然後去複習這個爭議，答題內容應該也會比較聚焦，例如：隔離犯的著手判斷這個傳統議題，同學往往都看得出爭點，但是時間久遠可能就忘記要怎麼寫，如果看過許恒達老師近期的月旦法學教室文章，理論上就能夠比較快有所反應然後安心揮灑答案了吧！

總之，培養問題意識有兩個重要的任務要做：多看題目、多看文章。

(二) 正確開標的重要性極高

開標是答案的門面，也是同學跟改題老師溝通的開場白，如果門面漂亮、開場白講得好聽完整，自然就會吸引人繼續交談。因此，同學在答題時務必記得，標題的幾個要素包括「行為人」、「具體行為」以及「條號+罪名」都要寫清楚，如果涉及減免其刑（例如：過當防衛、過當避難、罪責減輕、中止未遂、不能未遂等等），也可以在罪名後面加上一句「但得依××減免其刑」，好讓老師看到你完全知道他要考什麼。至於在條號跟罪名之前要寫「可能成立」（鑑定模式）或「（不）成立」（判決模式），應該沒有太多要求，本文認為如果開標之前不確定自己的答案，寫個「可能成立」能夠省去回頭修改答案的時間，但如果確定答案了，當然就直接省下「可能」這兩個字了，唯一要注意的只有標題跟最後的結論不能矛盾。

(三) 如何有層次地寫出答案？

一般法律系學生都熟知法學三段論「大前提」、「小前提」以及「結論」的寫法，這個寫法可以再區分成更多層次，好讓我們的答題更為細緻化。在寫大前提之前，我們必須先知道要處理的問題是什麼，所以要先點出爭議，然後再寫出甲乙丙說各種不同見解，這些甲乙丙說就是我們所謂的「大前提」，然後按照「小前提」與「結論」的順序去做本題涵攝，這當中每個層次都需要做分點分項，本文建議每一點應該要把握在 3-5 行之間就結束，因為這是讓改題者眼睛最舒服且最容易找到答案的篇幅。

但是，同學即使知道要使用何種寫法，仍然可能會在答題篇幅的分配上有些輕重失衡，最常見到的狀況是大前提寫得無比仔細，但是小前提跟結論卻草草結束。考試要測試的是同學解決問題的能力，而不是背學說的能力，背很多學說可能有助於解決問題，但堆疊學說不應該是答題的全部，重點還是如何應用這些學說在個案上，以回答我們在大前提之前所寫的那個爭議問題，所以同學一定要注意這點。

(四) 採取何種見解並非評分重點

既然考試重點在於問題解決能力，那麼只要能妥善解決問題的見解，應該都有值得被支持之處，換句話說，理論上改題者不至於因為你採的學說與他不同，而給予你較低的分數，這也是遵守學術自由跟言論自由所必然。因此，同學在答題時不必費心費力去猜測本題是哪位出題者所出，以及他採什麼見解，畢竟出題者理論上不應該會在意他人有沒有採他的見解，改題者與出題者也不見得支持同一種見解，如果硬要去猜測出題者是何人，並且硬是使用你不熟悉的見解去答題，反而會自曝其短，一下就被看穿其實對理論的掌握並不周全。

(五) 個人意見從何而來？

近年司律考試傾向同學去對各家見解做分析並寫出個人意見，這會讓同學陷入一個必須自創見解的焦慮當中。其實，同學並不需要太在意個人意見是不是兄弟姊妹獨創見解，重點在於「分析」，也就是如何去找不同學說的優缺點，如果能夠分析各家見解，自然就能形成個人意見，同學有邏輯有系統地分析完畢後，如果發現某個見解比較合理而採取該見解，那麼該見解就是您的「個人意見」，這個意見正好有學者支持。當然，如果同學因為考科過多且時間緊迫，沒有辦法做到這一點，那麼這時候個人支持的見解的理由，就是考試很重要的素材，把當中的一兩個理由放到個人意見當中去做陳述，也不失為一個方法。這也表示，盡量不要在考試當中自創見解，因為有限時間內不見得能充分表達個人意見，反而被改題者誤認為是在亂答題。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！