

論實行行為概念*

謝煜偉**

<摘要>

由於刑法典修正以及學說實務上的發展，犯罪實行行為的概念及定位逐漸具有重要性，然討論卻未臻深入。本文分析日本刑法學有關「實行行為」概念的發展，並從結果反價值論的立場思考犯罪實行行為概念的內涵。首先，本文對於單一的實行行為概念能否完整說明因果關係、實行未遂與預備、正犯與共犯區別等問題抱持懷疑態度。單一的實行行為概念可能有害於法益侵害說的貫徹，也無益於解釋論上具體問題的解決。其次，雖有從刑法的行為指導作用來重構實行行為意義的立論，然本文主張在解釋論上，應專注在刑法作為裁判規範所具有的限定國家刑罰權的意義。刑法規範所設定的「主要」溝通對象是審判者、及其他偵查、訴追等執法者；對於一般人民而言，刑法規範意義在於基於罪刑法定原則的要求，能夠讓人民明確預測自己的行為將可能會遭致何等評價以及制裁效果，進而在內心中形成行為動機之基礎；現行以「犯罪構成要件＋法律效果」作為規範型態的刑法規範對於一般人民的行為指導作用，僅具反射效果。不過，基於罪刑法定原則以及行為同時性原則之要求，在定式犯罪中，構成要件文義範圍所劃定而成的「實行行為」概念仍有助於行為究責時點的特定。

* 本文為作者執行國科會專題研究計畫（NSC102-2410-H-002-217-）之研究成果。感謝二位匿名審查者提供寶貴的修改建議，讓本文更加充實完整。亦感謝臺大法法律系碩士班涂冠宇、常子薇同學的協助，提升了本文的可讀性。惟文責當由作者自負。

**國立臺灣大學法律學院副教授。E-mail: yuweisha@ntu.edu.tw。

- 投稿日：08/08/2019；接受刊登日：12/26/2019。
- 責任校對：陳莉秦、吳霽桓、黃品瑜。
- DOI:10.6199/NTULJ.202009_49(3).0007

關鍵字：實行行為、罪刑法定原則、行為規範、著手、定式犯罪、遵法義務

◆目次◆

壹、問題提起

- 一、實務判決中的實行行為概念
- 二、實行行為概念的新開展
- 三、在日本刑法學獨特脈絡下生成的實行行為概念

貳、日本刑法學中的實行行為概念及其論爭

- 一、實行行為理論的建構
- 二、實行行為概念之實質化
- 三、對實行行為理論之反省

參、有限功能的實行行為概念

- 一、對刑法作為國民行為指導依據的反思
- 二、實行行為在構成要件論中之意義
- 三、預備、實行與著手

肆、結語