

2012年最新版

基礎刑法學(上)

黃榮堅 著

作者簡介

黃榮堅，台灣台北市人，德國波昂大學法學博士。曾任律師、輔仁大學法律學系副教授。現職台灣大學法律學系暨法律學研究所專任教授、法鼓山法鼓佛教學院兼任教授；擔任刑法總則、刑法分則、刑事判決研究、刑法實例練習、刑事政策、德國法學名著選讀、法律與道德，及研究所刑法專題研究等課程。著有「刑法問題與利益思考」、「刑罰的極限」等書。

內容簡介

本書是刑法總則的教科書，不過最主要的篇幅並不在對既有文獻內容的介紹；由於法律思維是生活經驗的產物，所以本書嘗試針對我們可以見到的生活環境，使用一般生活語言去描述刑法及犯罪概念的形成立，並且從人本的角度對於相關概念作價值上的析論。本書目的在於幫助讀者理解刑法及犯罪概念的建構邏輯，藉此掌握判斷犯罪問題的體系方法。如果其中也可能觸發讀者對人性尊嚴的關照，則是作者所樂見之附帶效應。

ISBN 978-986-255-202-5



9 789862 552025



5C062HD

定價：550元



元照出版公司

地址：臺北市館前路18號5樓

電話：(02)2375-6688

網址：www.angle.com.tw

基礎刑法學(上)

黃榮堅 著

元照出版公司

PDG

國家圖書館出版品預行編目資料

基礎刑法學／黃榮堅著．-- 4 版．-- 臺北市：

元照， 2012.03

冊；公分

ISBN 978-986-255-202-5（上冊：精裝）．--

ISBN 978-986-255-203-2（下冊：精裝）

1.刑法 2.犯罪

585.1

101002964

基礎刑法學(上)

5C062HD

2012 年 3 月 四版第 1 刷

作 者 黃榮堅

出 版 者 元照出版有限公司

100 臺北市館前路 18 號 5 樓

網 址 www.angle.com.tw

定 價 新臺幣 550 元

專 線 (02)2375-6688

傳 真 (02)2331-8496

郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-986-255-202-5



序 言

本次改版距前版出版已經又過了六年的時間，這當中並沒有什麼重要相關法律的變動，所以改版內容除了新的實務、學說資料的補充或非重要段落的刪除外，最主要的，部分是意見的改變（擇一故意、間接犯罪的著手）或增加（犯意變更、結合犯、單純一罪之確認等），部分是論述架構以及表達文字上的更張（幫助犯的因果關係、注意義務與過失概念的關係、對客觀危險和風險提升概念的評論、不作為犯概念、犯罪人概念等）。希望透過這一些調整，可以讓閱讀者更精確掌握本書所要傳達的觀念。

雖然本書立場一貫強調的是，學習的意義不在對所謂答案的記憶，而是在對人情和事理的顯影，但是近年來在社會現實壓力下，所謂標準答案成為國家考試系統和學習者共同追逐的目標，補習班也取代法律學院成為主要法學教育的場所。就此，從期待可能性的角度，特別是對於學生，我們無法說要如何抗拒社會現實的壓力，只不過我們近幾年來可以看到的是，學校裡的學生和投入實務的法律人，正因為放不下，大致上越來越沒有自己說理解決問題的能力、信心與興趣。至於談到怎麼辦的問題，其實這也不是理論上怎麼辦的問題，因為這就是態度的問題。好像有人酗酒，理論上的解決方法很簡單，就是不要喝酒，問題是，人類的學習途徑向來就不是理性，而是情緒；對於喝酒的人而言，不喝酒也會讓人不知道日子要怎麼過下去。

根本的問題當然是，學習法律理論要作什麼？保守的觀念裡，習慣把法律當作公平正義的化身，但是歷經現實的考驗，法律學領域內部對於法律學的基本意義也有截然的分歧。不但在實體法領域裡，實證主義者認為，法律說什麼（*Rechtsprechung*），

就是什麼，在程序法領域裡，所謂的客觀與中立也被和當事人主義的形式劃上等號。「法律說什麼，就是什麼」，此一命題在面對專制獨裁的歷史經驗裡也有其妙用，問題是方法上的質疑：法律本身果真曾經說過什麼？以及，在沒有目的思考的情況下，所謂客觀與公正的標準要立足於何處？事實上，當我們以武器對等的理由而反對法官主動介入事實調查的時候，所謂武器對等不也是一種目的思考下的產物嗎？更甚者，我們固然不捨於辯方系統面對強大檢察系統時所顯現出來的弱勢，因此在訴訟程序上想起了武器對等的概念，但是在檢察系統怠惰，特別是檢察系統淪為執政者私人利益鬥爭的工具時，這個社會裡武器對等過了嗎？從此可以看得出來，無論是抽象之自然法理論與實證法理論，或是職權主義與當事人主義，都是現實因緣際會的產物，沒有什麼理論上對錯的意義，至於實際上對於不同主義的引用，也是個別利害關係下的各取所需。

面對全球化之新自由主義（neoliberalism）的風潮，個人人格要被開放，所以廣大勞動者要在血汗工廠「追求卓越」，換來每個月新台幣兩、三萬元以支應一家人生存所需。一樣面對新自由主義的風潮，國家概念必須被開放，所以像非洲人必須與血鑽石為伍一般，我們的生活裡不能沒有三聚氰氨，不能沒有瘦肉精，也不能沒有SSCI。抽象層面上，法律體系作為國家概念的一個環節，其刑事法理論也不例外的在「自由」的旗幟底下開放。刑事法理論的開放，第一個面向是對於國際強權的開放，也因此美國人在所謂智慧財產權相關議題上可以（透過本土資本階級的共同利益關係）左右我國的刑事立法。刑事法理論的開放，第二個面向是對於國內社會人民的開放，例如不久前的白玫瑰運動，程序角度的開放是對訴訟案件的全民公審，實體角度的開放則是廢棄刑法開門見山所揭示的罪刑法定主義。刑事法理論的開放，最後

一個面向是對於執政者之私人的開放，典型例如二〇一二年國內總統大選，執政者動員國家資源全面性的為執政者競選；理論上，黨國不分是一個國家當中可能存在之最終極的貪腐，然而如同人類歷史所呈現的，人類天生健忘於理論，特別是在民主概念的包裝下，既然人民選擇重回台灣五十年前黨國不分的體制，自然也沒有人能夠去臧否其是非。以上三個刑事法理論開放的面向，不但技術上不可分割，更重要的是背後一致的哲學，亦即統治人類價值思維領域者依然是生物學上的達爾文主義。

於是我們看到，法律理論本身的定性只在於傳授論述的技術，而不可能傳授做人的品格。說得更徹底一點，法律解釋學的彰顯與否，和整體人民福祉並無任何一絲關連性。也因此，法律人之自我如果為其身上的標籤而感覺空虛或不安，那麼純粹就知識層面而言，只能從法律學以外的文學、哲學或社會學、心理學、政治學、經濟學概念領域去擷取養分，因為至少在哪裡，我們比較有機會看到法律的真面目。相同的道理，刑事法的學習，絕對不能缺少犯罪學及刑事政策的認知。至於道德概念作為最後唯一真實的價值，則已經不是理論可以著墨。

本書的改版，感謝元照出版公司在出版事務的費心，全書文字另有勞台大法律學研究所廖宜寧、鍾慶禹、郭釗偉、陳盈如等同學幫助校稿，於此一併致謝。同時更感謝大學部及研究所裡全部選課同學們課堂上的報告、一起思考和討論；這一些東西，讓我們度過了最愉快的時光。



2012

元照出版
PDG

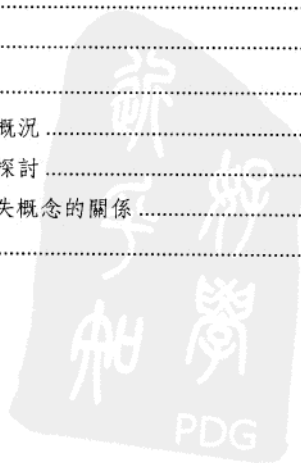
目 次 (上)

序 言

第一章 刑法基本概念	1
第一節 刑法的意義	4
壹、刑法是什麼？	4
貳、刑法的形式	5
第二節 刑法的目的	10
壹、直接目的：罪刑法定	11
貳、間接目的：刑罰功能問題	13
參、刑法目的概念之現實	42
第三節 刑法的效力範圍	45
壹、刑法在時間因素上的效力	45
貳、刑法在事件因素上的效力	48
參、時 效	63
第四節 刑事法律效果	66
壹、刑 罰	66
貳、保安處分	88

第二章 犯罪基本概念	103
第一節 罪刑法定主義	107
壹、罪刑法定主義的意義	107
貳、罪刑法定主義的具體標準	111
第二節 行為概念	144
壹、概 說	144
貳、行為理論	148
參、理論的再檢討	152
肆、「行為」的定義	155
伍、關於原因自由行為	159
陸、法人之犯罪能力問題	166
第三節 犯罪結構	169
壹、犯罪是不法而且有責任的行為	169
貳、二階層理論與三階層理論	179
參、故意過失概念之定位	187
肆、犯罪結構上的基本犯罪（不法）類型	196
第三章 不法構成要件	199
第一節 不法構成要件概念	204
壹、不法構成要件的形式	204
貳、不法構成要件的意義	209
第二節 成文不法構成要件	219
壹、依法令之行為	220
貳、公務員服從命令之行為	222

參、業務上之正當行為	225
肆、正當防衛之行為	226
伍、緊急避難之行為	252
第三節 不成文不法構成要件	264
壹、正面要件：因果關係	264
貳、負面要件	289
參、關於其他阻卻「客觀歸責」事由	339
第四章 主觀不法	357
第一節 過失	361
壹、主觀不法概說	361
貳、過失理論概況	363
參、過失概念內容探討	369
肆、過失與行為時	393
伍、有認識過失？	396
陸、特殊過失型態	399
第二節 故意	412
壹、故意概念理論概況	412
貳、故意概念內容探討	415
參、故意概念與過失概念的關係	457
肆、故意與行為時	465



目 次 (下)

第五章 客觀不法.....	469
第一節 未遂犯	472
壹、未遂犯基本概念	472
貳、未遂犯的犯罪結構	484
參、其他形式的未遂犯？	530
肆、未遂犯的處罰	532
第二節 既遂犯	570
壹、既遂概念的意義	570
貳、既遂概念的內涵	575
第六章 有責性	589
第一節 有責性概說	592
壹、責任原則的意義	592
貳、責任理論	594
第二節 期待可能性	606
壹、意志自由？	606
貳、對於相對自由的處理	615
第三節 廣義有責性概念	627
壹、刑罰的衡平性	627
貳、具體判斷標準	628

第七章 不作為犯.....	669
第一節 不作為犯基本概念.....	672
壹、不作為犯的意義	672
貳、不純正不作為犯概念的問題與處理	684
第二節 不純正不作為犯之不法.....	686
壹、不作為犯之不法構成	686
貳、不作為犯的故意或過失	706
參、不作為犯之未遂犯	708
第三節 不作為犯之有責性.....	713
壹、概 說	713
貳、保證人地位	714
第八章 犯罪的參與.....	737
第一節 犯罪參與基本問題.....	740
壹、犯罪參與的意思	740
貳、犯罪參與結構理論	750
第二節 正 犯	787
壹、間接正犯	787
貳、共同正犯	802
第三節 教唆犯與幫助犯.....	820
壹、教唆犯	820
貳、幫助犯	846

第九章 犯罪之競合	861
第一節 競合基本概念	866
壹、競合的意義	866
貳、競合問題內容	887
第二節 法律單一（法條競合）	893
壹、理論概況	894
貳、法律單一概念的目性思考	895
參、行為數的認定	901
肆、保護法益同一性的認定	914
伍、刑法與單行刑法間的競合	929
陸、法律單一的效果	931
第三節 真正競合	935
壹、真正競合概說	935
貳、數罪併罰技術	937
參、單一刑罰	938
肆、想像競合	939
伍、數罪併罰	952
陸、連續犯之廢除	960
柒、牽連犯之廢除	975

新
手
和
聲

PDG

第一章 刑法基本概念

目 次

第一節 刑法的意義 4

壹、刑法是什麼？ 4

貳、刑法的形式 5

一、狹義刑法 5

二、廣義刑法 8

第二節 刑法的目的 10

壹、直接目的：罪刑法定 11

貳、間接目的：刑罰功能問題 13

一、關於應報理論 14

（一）「目的」概念的混淆 14

（二）報仇的代價 15

（三）應報理論與刑罰的客觀化 17

二、關於預防理論 18

（一）預防機制的說法 18

（二）法益概念功能 19

（三）刑罰預防之實效 30

2 基礎刑法學（上）

三、規範維護理論 36

（一）規範維護本身不是目的 37

（二）關於建立自我發展可能性的說法 37

四、結論：保護最低限度的利益衡平 39

（一）沒有絕對的利益 39

（二）「基本利益」概念的問題 40

參、刑法目的概念之現實 42

第三節 刑法的效力範圍 45

壹、刑法在時間因素上的效力 45

一、法律生效後始有其適用 45

二、關於限時法的問題 46

貳、刑法在事件因素上的效力 48

一、前提概念：與程序管轄權區別 48

二、原則與規定 51

（一）屬地原則 51

（二）保護原則 58

（三）（積極）屬人原則 59

（四）世界法原則 61

三、外國裁判之效力 62

參、時 效 63

一、追訴權時效 63

二、行刑權時效 64

第四節 刑事法律效果 66

壹、刑 罰 66

一、刑罰的概念 66

二、刑罰的種類 67

(一) 主 刑 67

(二) 從 刑 81

貳、保安處分 88

一、感化教育 89

二、監 護 91

三、禁 戒 92

四、強制工作 93

五、強制治療 96

六、保護管束 97

七、驅逐出境 100

新
學
社
學
習
社

PDG

第一節 刑法的意義

壹、刑法是什麼？

刑法是國家法律之一，它規定，當一個人做了什麼樣的事情的時候，國家會給予什麼樣的刑罰或保安處分。這裡所謂做了什麼樣的事情，具體所指的也就是犯罪。關於犯罪及刑罰或保安處分，我們在後面會有進一步的說明。無論是刑罰或保安處分，粗糙的講，都是刑法對於犯罪所規定的法律效果¹，所以刑法就是規定犯罪及其法律效果的法律。

刑法之所以規定要處罰一個人，是因為一個人做了某一些特定的事情，所以才給與刑罰。這裡所說的，一個人做了某一些特定的事情，也就是刑法第一百條以下的條文所規定的行為，例如刑法第三百二十條規定竊盜是犯罪，刑法第二百七十一條規定殺人是犯罪。刑法所規定的這一些行為為什麼會被規定為犯罪？為什麼要被處罰？此一問題，簡單的講，就是這一些行為可能造成（不被容許的）利益侵害。刑法處罰這一些行為，使大家不會做這一些行為，用意在避免這一些行為造成利益侵害²。

依據刑法第三十二條的規定，刑罰可以分為主刑和從刑。主刑的種類有死刑、無期徒刑、有期徒刑、拘役和罰金（刑法第三十三

¹ 事實上，保安處分並非僅針對犯罪行為才有的法律效果，參照下述。

² 刑罰本身也是一種對於人的傷害（攻擊）行為，因此，如果套用心理學上的概念，預防理論下的刑罰屬於工具性的攻擊，而應報理論下的刑罰則屬敵意性的攻擊。前者是以傷害作為達成預防目標的工具，後者則是以傷害受刑人本身為目的，參考Ann L. Weber著，趙居蓮譯，社會心理學，1995年，215頁。