

2012年最新版

基礎刑法學(下)

黃榮堅 著

基礎刑法學(下)

黃榮堅 著

元照出版公司

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(下)

5C063HD

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 978-986-255-203-2

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、既遂概念的內容	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、法律單一概念的目的性思考	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

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

第五章 客觀不法

目 次

第一節 未遂犯 472

壹、未遂犯基本概念 472

一、侵害行為的事實流程 472

二、處罰未遂犯的理由 473

（一）問題與理論 473

（二）獨立於既遂犯之外的刑法理由？ 475

三、處罰預備犯的正當性問題 477

（一）形式預備犯 478

（二）實質預備犯 481

四、名詞使用問題 483

貳、未遂犯的犯罪結構 484

一、未遂犯之主觀不法 484

（一）與既遂犯相同的主觀不法 484

（二）關於所謂迷信犯 485

二、未遂犯之客觀不法：著手 486

（一）著手標準理論 487

（二）著手概念探討 491

（三）客觀上的表徵行為？ 505

三、以客觀危險為客觀不法前提？ 506

（一）國內學說及實務 507

（二）德國學說及實務 511

（三）我國刑法之修正 514

（四）修法之後 521

（五）個別問題 524

參、其他形式的未遂犯？ 530

一、陰謀犯與預備犯的未遂犯？ 530

二、過失未遂犯？ 531

肆、未遂犯的處罰 532

一、基本規定：未遂得減輕 532

二、中止 534

（一）中止優惠的理由 534

（二）區分處理 538

（三）未了未遂的中止 541

（四）既了未遂的中止 558

（五）中止行為與其他犯罪階段 567

第二節 既遂犯 570

壹、既遂概念的意義 570

一、行為不法理論與結果不法理論 571

二、本書看法 572

（一）刑罰必要性的問題 572

（二）概念定位 573

貳、既遂概念的內涵 575

一、不法構成要件的完全實現 575

（一）原始之既遂概念 575

（二）行為犯與結果犯之對立 575

二、行為犯概念問題 577

（一）行為犯規定的形成 577

（二）對於具體危險犯概念的質疑 581

第五章 客觀不法

目 次

第一節 未遂犯 472

壹、未遂犯基本概念 472

- 一、侵害行為的事實流程 472
- 二、處罰未遂犯的理由 473
 - (一) 問題與理論 473
 - (二) 獨立於既遂犯之外的刑法理由？ 475
- 三、處罰預備犯的正當性問題 477
 - (一) 形式預備犯 478
 - (二) 實質預備犯 481
- 四、名詞使用問題 483

貳、未遂犯的犯罪結構 484

- 一、未遂犯之主觀不法 484
 - (一) 與既遂犯相同的主觀不法 484
 - (二) 關於所謂迷信犯 485
- 二、未遂犯之客觀不法：著手 486
 - (一) 著手標準理論 487
 - (二) 著手概念探討 491
 - (三) 客觀上的表徵行為？ 505

三、以客觀危險為客觀不法前提？ 506

（一）國內學說及實務 507

（二）德國學說及實務 511

（三）我國刑法之修正 514

（四）修法之後 521

（五）個別問題 524

參、其他形式的未遂犯？ 530

一、陰謀犯與預備犯的未遂犯？ 530

二、過失未遂犯？ 531

肆、未遂犯的處罰 532

一、基本規定：未遂得減輕 532

二、中止 534

（一）中止優惠的理由 534

（二）區分處理 538

（三）未了未遂的中止 541

（四）既了未遂的中止 558

（五）中止行為與其他犯罪階段 567

第二節 既遂犯 570

壹、既遂概念的意義 570

一、行為不法理論與結果不法理論 571

二、本書看法 572

（一）刑罰必要性的問題 572

（二）概念定位 573

貳、既遂概念的內涵 575

一、不法構成要件的完全實現 575

（一）原始之既遂概念 575

（二）行為犯與結果犯之對立 575

二、行為犯概念問題 577

（一）行為犯規定的形成 577

（二）對於具體危險犯概念的質疑 581

第一節 未遂犯

壹、未遂犯基本概念

一、侵害行為的事實流程

就因果關係的概念而言，行為人造成侵害的結果，是透過身體的作用支配侵害結果的實現。這個形式上的過程和其他自然力量造成侵害結果沒有兩樣，例如地殼下能量的累積到達飽和點而造成能量的釋放，造成地殼震動，接著造成房子倒塌和人命傷亡。不一樣的是，自然力量造成侵害結果的過程，純粹是物質變動，而人的身體作用造成侵害結果之實現，其身體現象背後則是有思維的存在（如果思維活動不是純粹的物質活動）。因此要分析一個人製造利益侵害的流程，其大致上輪廓是：人因為某一個慾望存在，所以產生行動的念頭；接著因為行動的念頭，所以產生行動；因為行動，所以產生外在世界現象的變動；由是產生侵害¹。其中所謂人因為某一個慾望存在而產生行動的念頭，這個慾望可能是有害的慾望，例如想要報仇（看到敵人受苦），而行動的念頭也可能是製造利益侵害的行動念頭，例如殺人、傷害或縱火（屬於刑法上故意犯罪的情形），但是也並不一定如此，例如行為人為了趕赴約會開快車，在彎道煞車不及而撞傷機車騎士（屬於刑法上過失犯罪的情形）。

人實現利益侵害的過程大致上是行為念頭導致行為，接著導致侵害，這是抽象的說法。事實上，世界上不可能有完全一樣的具體侵害

¹ 關於犯罪行為的階段，參考林山田，刑法通論（上冊），2005年，433頁以下；Sch-Sch-Eser, § 22 Rn. 1.

流程。除了行為人對於侵害結果的認知可能有所不同之外，有些侵害行為是經過縝密的計畫，但是也有些侵害行為是出於一時的衝動。有些侵害行為的計畫是出於多數人的共同思考（刑法上所謂陰謀犯的情形），但是也有些侵害行為的計畫是出於一個人單獨的思考。至於行為和侵害結果之間的關係，有些行為並沒有真的造成利益侵害結果，例如開槍而未命中（屬於刑法上未遂犯的情形），但是也有些行為終於造成利益侵害結果，例如開槍命中被害人要害致死（屬於刑法上既遂犯的情形），甚至是在造成利益侵害結果之後又繼續其製造利益侵害的行為（通說所謂繼續犯的概念），例如持續地毆打被害人。

二、處罰未遂犯的理由

（一）問題與理論

刑罰的存在是爲了透過刑罰威嚇而達到預防利益侵害的功能，那麼要選擇哪些行為的行為人作爲刑罰對象才能達到所要的預防效果？毫無疑問，如果行為人的行為現實上產生了利益侵害（例如被害人已經死了），自然是刑罰的對象。因爲就一般預防目的而言，行為人製造利益侵害卻可以免於刑罰，多數人所收到的訊息是「不罰犯行」。而且由於此一利益侵害結果已經活生生的呈現在多數人眼前，因此其「不罰犯行」的訊息留在社會大眾心中的印象特別深刻，對於未來侵害行為的激勵作用也特別顯著。

然而，除了行為人的行為確實造成利益侵害的情形以外，在上述種種行為人形成利益侵害的流程可能性當中，是不是只要侵害結果不發生（例如行為人開槍沒有射中被害人或被害人經送醫搶救後倖免於難），行為人就可以免於刑罰？有關於此一問題，學說、實務以及立法例上從來沒有出現過「只要客觀侵害結果不實現，就可以免於入罪」的看法。問題是，既然刑法是以警惕利益侵害爲目的，而行為人