

2006年修訂版

基礎刑法學(下)

黃榮堅 著

基礎刑法學(下)



黃榮堅 著

國家圖書館出版品預行編目資料

基礎刑法學 / 黃榮堅著. -- 三版. -- 臺北市
：楊雅惠出版：元照總經銷，2006〔民95〕
冊；公分

ISBN 978-957-41-3931-6(上冊：精裝). --
ISBN 978-957-41-3932-3(下冊：精裝)

1. 犯罪 2. 刑法－哲學，原理

585.14

95016576

基礎刑法學（下）

56WNC00203

2006年9月 三版第1刷

作 者 黃榮堅
出 版 者 楊雅惠
總 經 銷 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
訂購專線 (02)2375-6688
訂購傳真 (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-10 957-41-3932-8

ISBN-13 978-957-41-3932-3

目 次 (下)

第五章 客觀不法.....495

第一節 未遂犯.....498

壹、未遂犯基本概念.....498

貳、未遂犯的犯罪結構.....511

參、其他形式的未遂犯？.....564

肆、未遂犯的處罰.....566

第二節 既遂犯.....607

壹、既遂概念的意義.....607

貳、既遂概念的內容.....612

第六章 有責性.....631

第一節 有責性概說.....634

壹、責任原則的意義.....634

貳、責任理論.....636

第二節 期待可能性.....648

壹、意志自由？.....648

貳、對於相對自由的處理.....657

第三節 廣義有責性概念.....673

壹、刑罰的衡平性.....673

貳、具體判斷標準.....	674
第七章 不作為犯.....	715
第一節 不作為犯基本概念.....	718
壹、不作為犯的意義.....	718
貳、不純正不作為犯概念的問題與處理.....	732
第二節 不純正不作為犯之不法.....	735
壹、不法構成要件.....	735
貳、不作為犯的故意或過失.....	756
參、不作為犯之未遂犯.....	758
第三節 不作為犯之有責性.....	763
壹、概 說.....	763
貳、保證人地位.....	764
第八章 犯罪的參與.....	787
第一節 犯罪參與基本問題.....	791
壹、犯罪參與的意思.....	791
貳、犯罪人概念.....	798
第二節 正犯與共犯的區分.....	814
壹、特定關係的限制？.....	814
貳、正犯與共犯區分標準理論.....	828
第三節 正 犯.....	836
壹、間接正犯.....	837

貳、共同正犯.....	853
第四節 教唆犯與幫助犯.....	870
壹、教唆犯.....	870
貳、幫助犯.....	897
第九章 犯罪之競合.....	909
第一節 競合基本概念.....	914
壹、競合的意義.....	914
貳、基本處理模式.....	920
第二節 法條單一（法條競合）.....	924
壹、理論概況.....	924
貳、法條單一概念的目的性思考.....	926
參、行為數的認定.....	932
肆、保護法益同一性的認定.....	944
伍、刑法與單行刑法間的競合.....	962
陸、法條單一的效果.....	964
第三節 真正競合.....	973
壹、想像競合.....	974
貳、數罪併罰.....	986
參、連續犯之廢除.....	994
肆、牽連犯之廢除.....	1020

目 次 (上)

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.....	12
壹、直接目的：罪刑法定.....	13
貳、間接目的：刑罰功能問題.....	15
參、刑法目的概念之現實.....	46
第三節 刑法的效力範圍.....	58
壹、刑法在時間因素上的效力.....	59
貳、刑法在事件因素上的效力.....	61
參、時效.....	81
第四節 刑事法律效果.....	84
壹、刑 罰.....	84
貳、保安處分.....	108
第二章 犯罪基本概念.....	123
第一節 罪刑法定主義.....	126
壹、罪刑法定主義的意義.....	126

貳、罪刑法定主義的具體標準.....	129
第二節 行為概念.....	162
壹、概說.....	162
貳、行為理論.....	166
參、理論的再檢討.....	170
肆、「行為」的定義.....	174
伍、關於原因自由行為.....	178
陸、法人之犯罪能力問題.....	184
第三節 犯罪結構.....	188
壹、犯罪是不法而且有責任的行為.....	188
貳、二階層理論與三階層理論.....	198
參、故意過失概念之定位.....	206
肆、犯罪結構上的基本犯罪（不法）類型.....	214
第三章 不法構成要件.....	217
第一節 不法構成要件概念.....	222
壹、不法構成要件的形式.....	222
貳、不法構成要件的意義.....	226
第二節 成文不法構成要件.....	235
壹、依法令之行為.....	236
貳、公務員服從命令之行為.....	238
參、業務上之正當行為.....	241
肆、正當防衛之行為.....	243

伍、緊急避難之行為.....	269
第三節 不成文不法構成要件.....	282
壹、正面要件：因果關係.....	282
貳、負面要件.....	315
參、關於其他阻卻「客觀歸責」事由.....	365
第四章 主觀不法.....	383
第一節 過失.....	387
壹、主觀不法概說.....	387
貳、過失理論概況.....	389
參、過失概念內容探討.....	396
肆、過失與行為時.....	417
伍、有認識過失？.....	421
陸、特殊過失型態.....	424
第二節 故意.....	437
壹、故意概念理論概況.....	437
貳、故意概念內容探討.....	440
參、故意概念與過失概念的關係.....	481
肆、故意與行為時.....	487
伍、故意與過失的界限.....	490

第五章 客觀不法

目 次

第一節 未遂犯 498

壹、未遂犯基本概念 498

一、侵害行為的事實流程 498

二、處罰未遂犯的理由 499

（一）問題與理論 499

（二）獨立於既遂犯之外的刑法理由？ 501

三、處罰預備犯的正當性問題 503

（一）形式預備犯 504

（二）實質預備犯 508

四、名詞使用問題 510

貳、未遂犯的犯罪結構 511

一、未遂犯之主觀不法 511

（一）與既遂犯相同的主觀不法 511

（二）限於所謂直接故意？ 512

（三）關於所謂迷信犯 512

二、未遂犯之客觀不法：著手 513

（一）著手標準理論 514

（二）著手概念探討 519

（三）客觀上的表徵行為？ 538

三、以客觀危險為客觀不法前提？ 539

（一）國內學說及實務 540

（二）德國學說及實務 544

（三）我國刑法之修正 547

（四）修法之後 554

（五）個別問題 558

參、其他形式的未遂犯？ 564

一、陰謀犯與預備犯的未遂犯？ 564

二、過失未遂犯？ 565

肆、未遂犯的處罰 566

一、基本規定：未遂得減輕 566

二、中 止 568

（一）中止優惠的理由 568

（二）區分處理 572

（三）未了未遂的中止 575

（四）既了未遂的中止 593

（五）中止行為與其他犯罪階段 602

第二節 既遂犯 607

壹、既遂概念的意義 607

一、行為不法理論與結果不法理論 607

二、本書看法 609

（一）刑罰必要性的問題 609

（二）概念定位 610

貳、既遂概念的內涵 612

一、原始之既遂概念 612

二、行為犯之既遂概念 613

（一）行為犯與結果犯之對立 613

（二）結果犯 616

（三）行為犯 618

（四）犯罪類型與犯罪故意 627

（五）結 論 629

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，是透過身體的作用而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，造成地殼的震動，接著造成房子的倒塌和人命的傷亡。不一樣的是，自然力量造成侵害結果的過程，純粹是物質的變動，而人的身體作用造成侵害結果的實現，其身體現象的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，大致上的輪廓是，人因為某一個慾望的存在，所以產生行動的念頭，接著因為行動的念頭，所以產生行動，以及因為行動，所以產生外在世界現象的變動，以及產生侵害¹。

所謂人因為某一個慾望的存在，所以產生行動的念頭，他的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），但是卻並不一定如此，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）。

¹ 關於犯罪行為的階段，參考林山田，刑法通論（上冊），二〇〇五年，四三三頁以下；Sch-Sch-Eser, § 22 Rn. 1.

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的結果，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的結果，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），例如持續的毆打被害人。

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的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為刑罰的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。因為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的結果已經活生生的呈現在多數人的眼前，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過來），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為目的，而行為人的行為現實上並沒有產生利益侵害，為什麼可以加以刑罰？對於未遂犯的刑罰理由，大致上有所謂客觀理論、主觀理論以及主客觀混合理論。

1.客觀理論

由於故意犯罪之未遂犯在主觀不法上所具備之故意和既遂犯在主觀不法上所具備之故意是完全一致的，所不一樣的只是客觀上的實現階段，因此持客觀理論者認為，處罰未遂犯的理由並非在其主觀上之不法，而是在其客觀上的危險性²。基於此一立場，客觀理論認為，如果行為在客觀上並無導致實害的危險性，根本不構成犯罪。並且也因為強調其行為之客觀意義，所以在法律效果上認為，對於著手而未遂的行為，必須減輕其刑。

2.主觀理論

主觀理論者認為，即使侵害行為未遂，行為人透過其行為依然顯示其主觀上的法敵對意志，而此一法敵對意志正是刑法所要處罰的地方³。站在此一立場，主觀理論認為，即使是對於所謂的不能未遂，也具備可罰性，並且對於既遂犯與未遂犯基本上應該做相同的處罰。

3.主客觀混合理論

通說所採的主客觀混合理論又稱為印象理論（Eindrucks-

² 客觀理論大致上是比較早期的理論，參考 RG 68, 340; Spendel, NJW 65, 1888.

³ 主要是德國實務所支持的理論，參考 RG 1, 441; 8, 203; 34, 21; BGHSt. 11, 268.

theorie)，此一理論基本上的出發點和主觀理論一樣，認為行為人透過其行為已經顯示出法敵對意志，不過刑法之所以處罰未遂犯，並不僅是因為其法敵對意志的顯示，而是更進一步因為行為人如此的行為已經足以動搖一般人對於法律的信賴⁴。基於此一基本立場，對於所謂客觀不能之未遂犯的可罰性問題，理論上決定於行為人的行為對於社會大眾之法信賴的影響而定⁵。

（二）獨立於既遂犯之外的刑法理由？

1. 預防目的

客觀理論以行為所製造的客觀危險性作為對於未遂犯的刑罰理由，此一說法不論在刑法目的思考上或是在事實認知的基礎上都有不足。按，刑法規定刑罰的目的並不是在挽救過去的傷害，也不是在對於過去的侵害行為做報復，而是在其未來的作用。單純以行為所製造的客觀危險性作為對於未遂犯的刑罰理由，看不出來其與刑法目的的關聯如何。其次，所謂客觀危險的說法，在事實認知上也有待釐清。從現在的角度回過頭看過去的事實，要說客觀上有什麼危險或沒有什麼危險，基本上是沒有意義的。因為特別是在科學發達的今天，人類對於事實的發展有幾近完全的解釋能力。對於已經發生的結果，事實本身已經告訴我們，它就是會發生，而對於到現在為止沒有發生的結果，事實也告訴我們，它就是不發生。那麼，對於已經發生的事實，我們如何說是沒有危險？而對於沒有發生的事實，我們如何說是有危險？結果是，對於著手而未遂的行為，不可能有真正的客觀危險！

⁴ Meyer, ZStW 87, 604; Roxin, JuS 79, 1; SK-Rudolphi, Rn. 13ff. vor § 22; Schünemann, GA 86, 309, 323.

⁵ 行為人的行為對於社會大眾之法信賴的影響與否，其判斷也並無清楚的界線。籠統的來說，對於一般所謂的不能未遂，大致上依然具備可罰性，但是對於所謂的迷信犯，可能因為在社會大眾心目中欠缺利益侵害之意義而欠缺可罰性。

主觀理論認為行為人的著手行為足以反映行為人的法敵對意志，此一說法在事實認知的角度上是可採的，不過和上述客觀理論相同的問題是刑法目的思考上的問題：為什麼因為行為人的著手行為足以反映其法敵對意志（因為行為人是「壞人」），刑法就要處罰他？對於此一問題，主觀理論也沒有直接的回答。

關於未遂犯的刑罰理由，印象理論在說理的層次上比較周延。所謂比較周延，意指比較接近整個刑罰的目的觀。雖然行為人侵害利益的不法行為未遂，但是針對其行為所代表（違反法規範）的意義，刑罰的缺席可能導致規範威信的減低與未來利益侵害的發生。質言之，處罰未遂犯，也是為了預防不法行為可能造成利益侵害。

2.技術需求

整個刑罰，不管是對於既遂犯的處罰或是對於未遂犯的處罰，刑罰就是刑罰，其刑罰的理由是一致的，都是為了不法行為的預防。因此在既遂犯之外獨立探索未遂犯的刑罰理由，並無意義。通說之所以特別針對未遂犯論述其刑罰的理由，無非是因為對於其未造成利益侵害而卻加以刑罰的懷疑。不過對於這一點，其實很容易可以有一個答覆。從刑法的預防目的來看，未遂犯作為犯罪的一種型態，其意義基本上並不會與既遂犯有所不同。因為人著手於利益侵害的行為，最後會不會果真實現利益侵害的結果，決定於天時、地利與人合（被害人正好踩到香蕉皮滑了一跤，所以沒有被射中）等等數不盡的因素，而每一次行為所存在的現實條件也都不一樣。雖然過去這一次的著手行為並沒有果真造成實害，但是只要這樣（勇於嘗試不法）的行為沒有被禁止，那麼表示容許將來還是可以著手於侵害行為。問題是，一旦未來的行為人著手於其侵害行為，沒有人可以保證未來的被害人會有相同的運氣可以免於侵害結果的實現。因此，為了有效預防利益侵害的形成，對於過去的未遂行為，技術上依然有處罰的必要。