

2006年修訂版

基礎刑法學(上)

黃榮堅 著

D914.01/36

:1

2006

基礎刑法學(上)

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（上）

56WNC00103

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-10 957-41-3931-X

ISBN-13 978-957-41-3931-6

ISBN: 9789574139316

人民幣價: 343.75

序 言

本書是基礎刑法學的第三版，距離第一版的出書，已經有三年的時間。新版變動內容有一部分是針對去年（二〇〇五年）的第十六次刑法修正而有對應的論述，另一部分則是本書對於某些相關基本問題有不同的看法，或是在論述途徑上有新的補充。不過由於時間上的匆促，除了增補的部分以外，對於德國文獻資料並未重新審訂。和第一版基礎刑法學相同的是，本書是刑法總則的教科書，不過最主要的篇幅內容並不在於對既有文獻敘述的介紹，而是在刑法基本問題本身的討論。本書所設定的目的是，讀者可以跟著走過一些對於刑法基本問題的思想歷程，形成個人對於刑法問題的思想方法和習慣，如此，加上每一個人用自己的眼睛看到世界上不同的事物，自然可以展現出個人說話的內容。長年來，台灣的學生習於記憶與重現書上的理論用字，甚至對於個案的討論，也習於記憶一定的標準答案，至於個人論述內容則甚為薄弱。這是一個嚴重的問題，因為理論和現實之間永遠有一道必須依賴論述來勉強跨過的鴻溝，世界上也沒有兩個完全一樣的個案，因此沒有自己的說法和用語，等於沒有任何解決問題的能力。更嚴重的是，欠缺自己的說法，背後欠缺的是來自自我肯定的愉悅。學生欠缺自我肯定的愉悅，不管是對哪一個學門而言，表示教育最終的目的已經完全落空。這一個問題當然和主宰台灣社會的功利心態有關，因為在患得患失的情緒下，急於精準計算個人考試所得，自然不能沒有標準答案。但是，姑且不論規範科學問題就像人生沒有標準答案，當一個人喪失快樂能力的時候，還有什麼東西是對人有用的？

本書在內容編排上一開始就介紹到刑罰的內容，主要是因為，刑法理論到最後無非在鋪陳通往刑罰之路。如果我們對於作為犯罪法律

效果的刑罰沒有最低限度的知覺，就不可能為刑罰的使用設定出合乎人性的條件。不過對於初學者而言，本書建議對於刑罰的部分只要知其基本觀念即可，對於瑣碎的技術性規定或數字不必強加記憶，以免反而妨礙了對於刑法原理基本動線的掌握，甚至喪失興趣。過失犯罪在本書當中並沒有被當做和故意犯罪完全不同的犯罪結構類型來做處理，因為除了過失犯罪的行為人對於侵害事實的實現沒有預見之外，過失犯罪和故意犯罪的犯罪結構原理是完全一樣的。至於刑法選擇性的處罰過失犯罪類型，是來自於刑罰必要性的考量，而不是過失犯罪類型在刑罰正當性上有所虧欠。相反的，主觀不法的最低限度是過失，而不是故意。也因此，本書在章節的編排上，先談過失，後談故意。著手與既遂的關係也是如此，一旦行為人扣下扳機，被害人的死傷與否就決定於運氣。由於法律不想以人的利益做為輪盤上的賭注，因此客觀不法的最低限度是著手（未遂），而不是既遂，從而本書在章節的編排上也是先談著手犯，後談既遂犯。著手的概念無法脫離於故意，因為如果不是探索故意的軌跡，所有沒有實現的結果，客觀上本來就都是注定不會實現的結果，而行為也不可能指往結果的方向。所以在犯罪概念的介紹上，本書先談主觀不法，後談客觀不法。至於不作為犯以及正反與共犯的問題，基本上不是刑法犯罪結構學當中具有獨立意義的問題。基本上，只要懂得犯罪基本結構，不作為犯以及正犯與共犯的問題都只是基本結構的應用問題而已。

繁華世界令人眼花撩亂的是事物的外在，而不是事物的本質。就一個學門而言，特別是就法律學作為一門處理人類社會問題的科學而言，沒有基礎概念，什麼都不是。所謂什麼都不是，意指沒有快速有效解決問題的工具。我們也知道，對於人類社會所存在的種種紛爭，無論如何，自會有解決的機制。光是就司法遊戲而言，案例法當然也是解決紛爭的模式之一，甚至在技術層次上是高度追求實質正義的模式，然而案例法本身也無法脫離概念的主張，否則羅列案例也根本沒

有意義。案例法或體系法的選擇，最後浮現的問題是，社會有多少資源，以及個人有多少資源可以用來追求極致的正義？亦即，我們要的是一個人獨享的實質正義或是社會人大體平等的實質正義？贏家通吃哲學爲了個人的擴張，現實上無窮反覆的理論空間變成是一個不可或缺或生存條件。但是，如果我們對於概念法體系有充分的研讀，將可以發現，任何案例法個案當中所曾經出現的正反抗辯或思維，無一可以脫逸於前人概念法體系所掌握的廣度及深度。承此，人類之間約定基本規則，接受基本規則，是一個整體上經濟的做法，也是追求平等共生的不二法門，因爲，不是每一個人都有錢可以請律師，不是每一個人都有足夠的聰明可以爲自己講話，也不是每一個人都會汲汲於爲自己講話，包括正確與不正確、誠實與不誠實的話。因此，當我們訝異於原住民在檢察官或法官面前（不管是因爲語言習慣或是人格因素）往往一開口就承認自己有罪的時候，我們就應該想一想，人類社會制度的設計果真要讓靈巧的人就活得好一點，樸拙的人就活得不好一點？當然，個別法官也有偷懶或思慮不週的時候，但是在全部社會人口的職業結構關係中，法官們絕非恰好就是社會裡特別不堪或特別不食人間煙火的一群人，因此至少在今天的社會事實上，個別法官怠惰或思慮不周可能形成的損害遠不及於作爲文明主流的掠奪哲學。到頭來，概念法體系和個案法體系之間的差異不是技術，而是人生態度的選擇。

近年來國內流行科際整合，但是事實上很清楚的，不可能沒有基礎理論，卻形成所謂科際整合的理論。科際整合有兩個不同層次的意義，一個是學術研究上的科際整合，一個是應用層面上的科際整合。就法律學門而言，前者主要在以其他異質學門，特別是自然科學對於事實的認知爲基礎，對於法律規範命題提出支持、修正或推翻的主張，例如基因研究對於全部倫理規範之正當性的質疑。後者在於法律實務者處理具體個案時必須同時具有法律學以及某其他學門之專業

知識，例如確認醫師醫療行為是否過失致死時，除了必須知道法律上的過失概念之外，也必須對於病人就診時疾病治癒可能性能夠做事實上的判斷。學術研究意義的科際整合，主題是可遇不可求，所以以學術研究取向作為科際整合系統教育的定位，顯然不切實際。剩下來，科際整合系統教育的定位只可能是應用層次的科際整合，既然如此，不管法律學和哪一個其他學門的整合，基礎理論只有一種基礎理論，不可能有變體基礎理論。不管是學術研究取向的科際整合或是應用層次的科際整合，科際整合是只能一個人獨行的經驗歷程，沒有可以在人與人間傳授的體系，也沒有可以在人與人間傳授的方法。科際整合所依賴的，除了邏輯學之外，在法律領域內依然是法律基礎理論。

刑法理論本身在我們一般為刑法理論所預期的目的上有其功能上的極限，對於學說與實務之間的差距而言，實務界一般會認為學說理論是不切實際的說法。其實，學說立論帶有理想色彩，設定目的本來就是某種程度的要改變實務作法，因此本來就不會，也不應該完全吻合實務。學說對於實務的批評，並非要對於實務態度有所責難，而是在提供訊息。與其說學說所寄望的是今天判決通例或立法對於學理的依循，不如說是經過長時間發酵過程後觀念的遷移，一來是因為觀念的改變，特別是集體觀念的改變需要時間，二來是實務工作就是有實務工作的背景與限制。一個最現實的問題是，當法官所負荷的案件量過大的時候，可能就難以有思考的時間了。但是儘管如此，基於學理存在於人類社會中的基本意義，學理不可能淡忘本身的理想色彩，否則人類社會也沒有任何進步的機會。

最後但也是最重要的問題是，刑法作為控制社會秩序的手段，效益永遠不如一般人所想像那麼大。簡單說，在一個沒有道德、沒有責任觀念的社會，人們無論如何不可能要得到所想要的愉悅生活。我個人這十年來一直困惑一件事，就是十個機車騎士當中有九個從小巷子匯入主要道路，或甚至從紅燈方向匯入綠燈方向道路時，可以頭也不

回的直接切入，毫無眷顧的放棄了對別人生命的責任，甚至也毫無眷顧的放棄了對自己生命的責任。多數的人生可以自我放棄至此，還有什麼是不會被放棄的？這兩三年來，卡債的問題更暴露了我們社會裡一個尋常的生活觀：很多債務人心中想的是，人無須工作也可以有奢華的生活，「只要你敢把錢借我，我就敢借！」另一方面，銀行經理人心中想的是，最後為卡債問題付出代價的人，不是銀行，更不是經理人，而是社會，所以「只要你敢借，我就敢把錢借給你！」生意人態度如此，表示背後國家政策基本立場也是如此，因為一旦社會資本化之後，連國家也難逃被個人資本化的命運，只是，一如我們最近在國道 ETC 問題所見，交通部本身作為一個國家機關已經放棄對於人民的公益原則，如何有立場要求 ETC 的得標商要牽掛公益原則？

在道德問題上，我們原本很傳統的寄望於教育工作者，然而新時代的教育工作者為了追求個人最大利潤，最直截的方法就是社會既有文明模式取向的自我最佳化，簡單的講，在一個向下沈淪的文明裡，教育工作者的作用就是以其知識提供沈淪的技術。無限量的大學讓學歷無用化，五年五百億的「學術卓越」大餅讓學術營利化，教育機構的自我膨脹讓教育形式化，量身定做的升學制度讓社會階級化。如此風行草偃，我們很清楚，這個社會裡的問題並非出在下階層者，而是出在上階層者。

年輕人寄望用春天的吶喊舒活自我，政府機關也樂得在海邊用震動心臟的節奏來對應。雖然廉價的付出對於自我的追求顯然無效，但是往好處想，似乎這樣的決策在形式上也符合民主的原則。問題是，民主就只是民主。就生活效益而言，民主只是一個乘數，當社會道德意識是正數的時候，民主的效益也是正數，當社會道德意識是負數的時候，民主的效益也是負數。一個傳承掠奪文化的社會中，無論如何包裝，人們標準行為的核心意義就是掠奪。在這樣的標準行為模式中，對於未經包裝的掠奪行為再來引用嚴厲的刑事政策，無異是絕大

的諷刺。事實上，社會安全不安全，已經和刑罰沒有什麼緊密的關係。基於此，有意義的刑法理論也就是在讓人理解，刑法所追求的本來也就是在百分比上相當微小的效益而已。刑法犯罪概念體系當中有很多細緻的討論與推理，但是這一些東西的目的並不是在使刑法能夠有效的消滅犯罪，而是在維持一個講理的原則，維持一個極限裡的刑罰。如果人們深切感覺社會不安，那麼刑法事實上無能為力，也應該無能為力。

本書改版工作的處理，要感謝我的助理邱靖貽和丁昱仁的幫忙。靖貽整理全書文字，對於書中許多文字不清楚、論述有疏漏，或甚至前後說法不一致的地方都提出意見以供修正參酌，昱仁則全權負責本書的編排工作。兩位助理都在我心目中國內法學教育會發亮的那個時候進大學，上了研究所之後，都跟了我四年的時間，也在他們同時要畢業的最後時光裡，除了忙論文、忙搬家、忙工作之外，還要忙著和我一起完成教科書改版的任務。我想，和其他任何一件事一樣，工作這一件事如果可以讓人有收穫，可能就是對於時光的享受。對於時光的分享，則更是一種令人愉悅的回憶。



2006.08.30.

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

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

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

（一）總則與分則的區分 5

（二）總則規定對於刑罰規定之拘束力 6

二、廣義刑法 10

（一）廣義刑法的意義 10

（二）所謂特別刑法 10

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

一、關於應報理論 16

（一）「目的」概念的混淆 16

（二）報仇的代價 17

（三）應報理論與刑罰的客觀化 19

二、關於預防理論 20

2 基礎刑法學（上）

（一）預防機制的說法 20

（二）法益概念功能 22

（三）刑罰預防之實效 34

三、規範維護理論 41

（一）規範維護本身不是目的 41

（二）關於建立自我發展可能性的說法 42

四、結論：保護最低限度的利益衡平 44

（一）沒有絕對的利益 44

（二）「基本利益」概念的問題 45

參、刑法目的概念之現實 46

一、刑法是強勢者的刑法 46

（一）智慧財產權的例子 48

（二）援助交際的例子 53

二、知識決定利益 56

第三節 刑法的效力範圍 58

壹、刑法在時間因素上的效力 59

一、法律生效後始有其適用 59

二、關於限時法的問題 59

貳、刑法在事件因素上的效力 61

一、前提概念 61

（一）刑法效力與其他近似概念 61

（二）個別犯罪構成要件內部的保護範圍限制 63

二、原則與規定 68

（一）屬地原則 68

（二）保護原則 75

（三）（積極）屬人原則 76