

刑總要論

林山田·許澤天 著

D927. 584. 1/1

2006

刑總要論

林山田、許澤天 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

刑總要論 / 林山田, 許澤天著. — 初版. —
臺北市 : 林山田出版 : 元照總經銷, 2006[
民 95]

面 ; 公分

ISBN 978-957-3838-8 (平裝)

1. 刑法

585

95014227

刑總要論

56WNC02701

2006年8月 初版第1刷

作 者 林山田·許澤天
出 版 者 林山田
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 400 元
訂購專線 (02)2375-6688 轉 503 (02)2370-7890
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-10 957-41-3838-0

ISBN-13 978-957-41-3838-8

ISBN: 9789574138388

人民幣价: 250

林 序

這本書是在五年前和我在臺大指導的學生許澤天合作的作品，內容上是以我所寫的刑法通論為基礎，對於刑法的重點，做簡要的論述，並針對法律系入門學生或非法律本科人士的需要來調整寫作的內容與手法。

由於去(2005)年刑法總則的許多修正條文自今年七月一日起施行，本書也須從頭配合修改與增補，方能配合讀者的學習需求。目前在德國攻讀博士學位的許澤天學棣，從事刑事法研究學習多年，過去多次參與增修刑法通論的協助工作，經常和我有討論互動。這次改版，由他擔任寫作任務，在內容上作了許多調整，使得本書更具可讀性。尤其，在許多重要單元裡所安置的開場實務見解以及實務短評，更能使讀者在理論與概念的學習同時瞭解它們的實用意義，非常具有學習與參考價值。

希望透過本書對刑法的簡明論述，一方面減輕許多讀者在刑法學習上的恐懼心理，另一方面使讀者掌握相關學習要點。

最後，由於本書處理的內容限於刑法總則部分，又是簡明扼要的敘述相關問題與概念，本書自本版開始更名為刑總要論。

林山田

2006.8.3.礁溪

許 序

本書的目的，是在協助讀者建立刑法的基礎思考架構，並認識相關重要概念與重要實務說法。故在內容敘述上，是不側重與其他許多不同意見學者的對話論辯，而是在啟發讀者的思考，並提供相關實例解題的方法。許多複雜的觀念與學說，都以簡要的說明與例子帶過，不再深入討論。因此，本書在定位上不是一般具有學術深度的教科書，而是協助讀者學習的學習書。正因如此，再加上筆者學養不夠深厚，本書援用的資料，都是個人比較有把握理解的中德文教科書見解，也就是我過去有幸擔任助理協助工作的林老師刑法通論、黃常仁老師刑法總論兩本著作，幾本具有搭配輔助作用的德國主流教科書見解，以及自己曾寫過的一些文章。

本書在內容上是使用很大的篇幅處理一般刑法論理學所關心的犯罪論與競合問題（第三章起到第十二章），也就是先按照故意作為犯、過失犯與不作為犯等三大犯罪類型，闡述其中的構成要件該當性、違法性、罪責、正犯與共犯、錯誤與未遂犯問題後，再處理數罪競合的處罰問題。並且，在這些問題的敘述過程中，也儘量只寫處理實例問題所需瞭解的觀念，及在適當角落提出相關實例解析的注意事項與答題技巧。換句話說，許多與實例解析不具直接關聯性的理論爭執與說明，如行為理論、犯罪理論等，都儘量省略。

不過，除了上述一般刑法論理學與實例解析所著重的問題外，本書還是花了相當篇幅來簡要闡述刑法的基本理念以及刑事法律效果問題（第一章、第十三章、第十四章）。因為，這些問題涉及基本刑法的理念與價值探討，任何學習刑法的人都應常在心中思考這些問題。然而，很多人只喜歡在刑法論理學的教學案例與問題爭執裡打轉，陷入許多不具實用價值的概念迷宮，卻忽略許多具有人性與深度思考價值意義的討論，實在可惜。

在台灣我們實在太少關注死刑、無期徒刑的假釋問題，太少投入刑事制裁的實證研究與討論，也太少處理憲法基本人權與刑法的關係問題，以致許多重大刑事政策的更改，經常只是用些欠缺學理根據的口號來表決，其中更隱藏著對被害人的冷漠及對犯罪人的恨意與過度懼怕。這讓人痛心，也感到學術研究的責任重大。

此處，順便要提醒讀者注意的，本書的閱讀原則上可按寫作的順序一頁一頁閱讀，如有不明瞭的地方，尤其是許多單元裡的開場實務與實務短評，不妨略讀後，就進入下個章節。並且，本書在許多註解裡的提問，往往是針對進階讀者的需求，一時不懂，是完全合乎經驗法則的相當因果流程，千萬不要太鑽牛角尖，致未能掌握本書全貌。之外，讀者也可經常對照本書第二章的學習導覽以及最後附錄中所附的犯罪論證結構，相信會有助於掌握相關問題的座標與方向。

寫作過程中，林山田老師對我的厚愛與信任支持，同

在杜賓根大學學習的薛智仁、張檬的校稿與意見，犯罪學研究所裡的 Frank Czerner 與 Thomas Dieckmann 及 Katharina Stelzel 經常為我解說與討論相關德國刑事法概念，指導教授 Hans-Jürgen Kerner 老師的不時協助與觀念啟迪，杜賓根基督教會的 Jim Kautt 牧師夫婦、國際團契 (Internationaler Kreis) 與中文查經弟兄姐妹的經常代禱，都是使我有能力在短期內完成改版工作的可歸功條件，在此一併稱謝。

許澤天

2006.7.17.

德國杜賓根

刑 總 要 論

目 次

凡例	-----	3
本書細目	-----	5
引用文獻	-----	33
第一篇 導 論		
第一章	刑法的基礎概念	----- 37
第二章	刑法體系學習導覽	----- 57
第二篇 故意的作為犯		
第三章	構成要件該當性	----- 71
第四章	違法性	----- 111
第五章	罪 責	----- 143
第六章	其他可罰性與追訴條件	----- 159
第七章	正犯與共犯	----- 169
第八章	刑法上的錯誤	----- 217

第九章	未遂犯	239
第三篇 過失犯與不作為犯		
第十章	過失犯	271
第十一章	不作為犯	291
第四篇 競合論與法律效果		
第十二章	競合論	313
第十三章	刑罰	343
第十四章	保安處分	379
附錄		387

凡 例

一、本書引用的解釋與判例及判決年度與文號，都是使用略語，舉例如下：

三一院二三五七	司法院三十一年院字第二三五七號解釋
釋字五二二	司法院大法官釋字第五二二號解釋
二八上一九	最高法院二十八年上字第一九號判例
七六臺上一九二	最高法院七十六年臺上字第一九號判例
八六臺上五一二五判決	最高法院八十六年臺上五一二五號判決

二、引用法律名稱，常用略語（見三、略語表）。只寫法條號數，而未冠上法律名稱的，就是現行刑法。例如：第一條或（§1），即現行法第一條。括號中以阿拉伯數字與羅馬數字表示法條號數、項數與款數。這裡，舉例如下：

§13 I, II	第十三條第一項與第二項
§38 I (3)	第三十八條第一項第三款

-4- 刑總要論

§§121～	第一二一條以下
§§50, 51	第五十條與第五十一條
§74-1	第七十四條之一

三、略語表

少年	少年事件處理法
民	民法
刑訴	刑事訴訟法
但	但書
毒品	毒品危害防治條例
洗錢	洗錢防制法
保執	保安處分執行法
前	前段
後	後段
貪污	貪污治罪條例
赦免	赦免法
野生	野生動物保育法
道罰	道路交通管理處罰條例
監獄	監獄行刑法
德刑	德國刑法
憲	憲法
舊	經 2005 年修法刪除的條文

本 書 細 目

第 一 篇 導 論

第 一 章 刑 法 的 基 礎 概 念

壹、刑法的重要功能與性質-----	37
一、法益的保護-----	37
二、最後手段性與補充性-----	38
貳、罪刑法定與刑法解釋-----	40
一、罪刑法定原則-----	41
(一)罪刑法定原則概說-----	41
(二)罪刑法定原則的涵義-----	42
二、刑法的解釋-----	44
(一)刑法的解釋概說-----	44
(二)類推與解釋不同-----	46
(三)解釋刑法的方法-----	47
參、罪疑唯輕與選擇判定-----	48

一、罪疑唯輕原則-----	48
二、選擇判定-----	49
三、實務短評-----	50
肆、刑法的效力-----	51
一、關於時的效力-----	52
(一)刑法新增處罰條款-----	52
(二)刑法刪除處罰規定-----	53
(三)刑法變更可罰性範圍或法律效果----	53
二、關於地的效力-----	54
(一)主要原則-----	54
(二)輔助原則-----	55
三、實務短評-----	56

第二章 刑法體系學習導覽

壹、犯罪行為的三階論證結構-----	57
一、三階論證概說-----	57
二、構成要件該當性-----	59
三、違法性-----	61
四、罪責-----	61

貳、犯罪形態 -----	62
一、故意作為犯 -----	62
二、過失作為犯 -----	63
三、不作為犯 -----	63
四、三大犯罪類型的交錯性 -----	64
參、正犯與共犯 -----	65
肆、錯誤理論與未遂犯 -----	66
一、錯誤理論 -----	66
二、未遂犯 -----	67
伍、競 合 -----	68
陸、刑事制裁 -----	69

第二篇 故意的作為犯

第三章 構成要件該當性

壹、刑法上的行為 -----	71
----------------	----

一、人類行為係刑法評價基礎-----	71
二、行為品質的判斷-----	71
三、行為能力-----	72
貳、構成要件的概念與結構-----	73
一、廣義與狹義構成要件-----	73
二、構成要件的敘述方式-----	74
(一)描述性要素與規範性要素-----	74
(二)成文要素與不成文要素-----	75
三、客觀不法構成要件-----	76
(一)行為主體-----	76
(二)行為客體-----	77
(三)行為-----	77
(四)行為時的特別情狀-----	78
(五)行為結果-----	78
(六)因果關係與客觀歸責-----	78
四、主觀不法構成要件-----	79
(一)故意-----	79
(二)意圖-----	79
參、重要構成要件類型-----	79

一、行為犯與結果犯 -----	79
二、實害犯與危險犯 -----	80
三、狀態犯與繼續犯 -----	81
四、一般犯與特別犯及親手犯 -----	82
肆、因果關係與客觀歸責 -----	82
一、因果關係與客觀歸責概說 -----	83
(一)因果關係 -----	83
(二)客觀歸責 -----	84
二、判斷結果原因的條件理論 -----	86
(一)條件理論的思考模式 -----	86
(二)條件理論的運用 -----	87
(三)雙重因果情狀下的條件理論 -----	90
三、修補理論 -----	91
(一)相當理論 -----	91
(二)重要性理論 -----	93
四、判斷結果歸責的客觀歸責理論 -----	93
(一)客觀歸責的基本想法 -----	93
(二)並未製造法所不容許的風險 -----	95
(三)風險並未實現 -----	97
五、實務短評 -----	99

伍、故意與意圖	101
一、故意	102
(一)故意的概念	102
(二)故意的種類	104
(三)故意的特別情況	106
(四)故意的判斷時點	107
二、意圖	108
三、實務短評	109

第四章 違法性

壹、違法性概說	111
一、功能與作用	111
二、阻卻違法事由的結構	112
三、阻卻違法事由的法源	113
貳、法定阻卻違法事由	114
一、依法令的行為	114
(一)父母懲戒子女的行為	115
(二)逮捕現行犯的行為	115
二、依上級公務員命令的職務行為	116