

676993

書 用 學 大

究研論理本基法刑

著 銘 墩 蔡



大 學 用 書

刑 法 基 本 理 論 研 究

蔡 墩 銘 著

東 亞 法 律 叢 書

東亞法律叢書 刀榮華主編

刑法基本理論研究

基本定價：伍圓整

著者 蔡 墩 銘

發行人 刁 榮 華

發行所 漢 林 出 版 社

臺北市重慶南路一段63號908室

電話 三七一九八七五

郵政劃撥一〇八八三二號

經銷處 各 大 書 局

印刷者 吉豐印刷公司

中華民國六十九年元月修訂初版
新聞局局版業字第一四九三號

S8802 / 9 (中1—15 / 149)

刑法基本理論研究 (大學用書)

(東亞法律叢書)

BG000400

自序

刑法爲處罰犯罪之法規，其內容莫不與人民權益之保護與社會秩序之維持有關。對於犯罪之處罰究應以人民權益之保護爲重，抑應以社會秩序之維持爲重，甚難一概而言。刑法學者遂站在各自之立場，發揮其所見，於是刑法書籍處處出現學說之對立，並不斷有嶄新理論之提出，以供檢討。因而刑法在法律學領域內以學說及理論衆多見稱。

一般刑法教科書對於刑法所出現之各種問題，雖曾涉獵，但多未能詳加研討。此不僅刑法教科書如此，即其他法律教科書亦莫不如此。因之，雖然已將刑法學習完畢，惟未必對於刑法上之問題，獲得深刻之認識，更無法瞭解刑法之重點所在。爲有助於刑法之學習，本書針對刑法上各種重要問題，依一定之體系分別提出檢討。

然而刑法上之重要問題至多，將其盡加網羅，悉予檢討，爲事實所不能，是以雖係對於刑法上之重要問題，予以檢討，實無法爲全面之檢討，僅能擇其比較基本問題爲之。書中所包括之各種問題，乃係基於此項選擇而來。

本書對於所檢討之問題，力求深入淺出，以期所檢討之內容，超出一般教科書以上之程度。然以本書祇屬於專題研究之性質，故無法對於刑法爲一般綜合性之說明。讀者認爲對於本書所研究之問題，有與其他問題綜合瞭解之必要，則倘能參閱與本書同時出版之姊妹篇中

國刑法精義，或許有所幫助。

本書之問世承蒙漢林出版社發行人刁榮華先生之鼓勵與協助，並列為東亞法律叢書之一，尤感榮幸，謹此申謝留念。

中華民國六十八年九月一日

蔡墩銘序於國立臺灣大學法學院

刑法基本理論研究目次

自序

第一章	犯罪與意思	一
第二章	犯罪與行爲	九
第三章	犯罪與結果	一九
第四章	犯罪與法人	二七
第五章	犯罪類型之概念	四三
第六章	行爲之結果	六八
第八章	行爲之支配	八四
第九章	詐術之形態	九九
第一〇章	因果關係之認定	一一五
第十一章	責任原則	一三一
第十二章	違法性認識	一四七
第十三章	期待可能性	一六三
第十四章	犯罪行爲之危險	一七三

第五章	犯人之危險性·····	二三四
第六章	共同正犯之行爲·····	二四六
第七章	陷害教唆·····	二五七
第八章	間接共犯之形態·····	二七九
第九章	間接正犯之形態·····	二九三
第二〇章	己手犯之形態·····	三一—
第二一章	刑罰之目的概念·····	三二六
第二二章	刑罰之人權保障思想·····	三四五
第二三章	科刑之標準·····	三六〇
第二四章	刑法上之損害賠償·····	三七〇
第二五章	刑法上之善行保障·····	三八五
第二六章	刑法上之時效·····	三九八
第二七章	酗酒者之保安處分·····	四一三
第二八章	普遍性之減刑·····	四二四

第一章 犯罪與意思

一、前言

依刑法之規定，犯罪行為須出於故意或過失（刑法第十二條第一項）。鑒於犯罪行為限於意思所發動之行爲，是以故意或過失均可視爲故意意思或過失意思。因之，倘無故意意思或過失意思，必無犯罪行為可言。

犯罪行為之實施不能缺少意思，是以意思對於犯罪而言，至爲重要，不待多贅。果如此，意思應見於犯罪構成要件之規定方爲妥適。惟徵諸實際，刑法各本條之犯罪規定，却僅列舉過失意思，對於故意意思，祇在例外之情形予以列舉，亦即其所列舉者僅限於確定故意之明知，對於不確定故意，一律不予以列舉。此莫非認爲刑法以處罰故意爲原則，處罰過失爲例外（刑法第十二條第二項），是以祇要將例外之過失予以列舉，即知其他犯罪皆須有故意意思，而且以不確定故意爲已足，不必有確定故意。藉此以觀，故意意思所以未見於刑法各本條之犯罪規定，乃基於立法技術之考慮，要非犯罪不需要故意意思存在。

處罰犯罪既以故意犯爲原則，過失犯爲例外，則對於故意意思自須特別寄以重視所不待言。然而

故意意思所以應受特別重視，不僅其見於一切之犯罪，且由於其構造較為複雜，故頗值進一步予以分析與檢討。

二、故意與認識

故意本指行為人認識（意欲）自己之行為該當犯罪構成要件且屬於違法，亦即故意含有構成要件該當事實之認識（即事實之認識）及違法性之認識。惟違法性之認識僉認為違法或責任判斷之對象，而非故意認定之對象，是以對於故意有無之認定，胥依行為人對於構成要件該當事實之認識如何而定，故此種故意被稱為構成要件故意。

故意既以對於犯罪構成要件該當具體事實之認識為其內容，則依行為人所實施之犯罪如何，其所具有之故意自不相同。果爾，則在刑法上祇有殺人故意、強盜故意、詐欺故意或放火故意，實無不含一定犯罪為內容之故意存在。因之，對於故意所予之檢討，不外對於具體個別之犯罪，就其在故意方面所出現之普遍特徵予以反覆推敲。倘站在此一立場以觀察故意時，首須予以注意者為成立故意所需要認識之程度。

按故意固以認識為不可缺之要素，然而對於犯罪構成事實之認識顯有程度之差，亦即對於犯罪構成事實所予之認識有屬於確定認識，亦有僅僅為不確定認識，實不相同。依刑法故意之規定（刑法第十三條），無論任何一種認識，均可認為故意。惟如刑法分則各本條之犯罪對於故意有特別規定時，則僅有不確定認識或未必認識，對於一定犯罪之成立尚嫌不足，此即要求應有確定認識存在。

三、故意與明知

構成要件故意是否成立之認定，決諸行為人對其所實施犯罪之客觀構成要件要素是否予以認識。依各種犯罪之不同，各個犯罪異其客觀構成要件要素之內容與數目，對此行為人均須有所認識，方可認為有構成要件故意之成立，例如對於一個客觀構成要件要素漏未認識，將被認為缺乏構成要件故意。

刑法分則各本條之犯罪對於故意規定為明知者，行為人自應對於客觀構成要件要素為確定認識，業如前述。明知雖屬於確定故意，惟刑法所規定以明知為構成要件要素之犯罪，並不要求對於一切客觀構成要件要素要求其必須明知。茲將刑法各本條之犯罪中必須明知之事項，分別列舉於次：

(一)行為 即其明知係以構成要件行為為對象，屬於此種犯罪者有越權受理訴訟罪之明知不應受理而受理（刑法第一二八條）。

(二)客體 即其明知係以構成要件客體為對象，屬於此種犯罪者有濫用職權追訴罪之明知為無罪之人（刑法第一二五條第一項第三款），公務員不實登載罪、使公務員為不實登載罪或從事業務者不實登載罪等之明知為不實之事項（刑法第二一三條、第二一四條、第二一五條），販賣偽造商標商號之貨物罪之明知為偽造仿造之商標商號貨物（刑法第二五四條），販賣虛偽標記商品罪之明知為虛偽標記或其他表示（刑法第二五五條第二項）。

(三)行為人本身之情況 即行為人對其本人身體情況之明知，屬於此種犯罪者為傳染花柳病淋瘋罪

之明知自己有花柳病或癩瘋（刑法第二八五條）。

四、故意與意圖

意圖（Absicht）由來於行爲人之意思活動，是其亦屬於主觀構成要素要無可疑（註①）。惟意圖非一切故意犯之主觀構成要件，僅爲目的犯（Absichtsdelikte）之主觀構成要件，故祇有目的犯除故意之外，另須具有意圖。刑法學者有視意圖爲直接故意者（註②），然而意圖宜與故意予以分別。按故意所包括之二個要素，即認識與意欲均涉及客觀構成要件，業如前述，然而意圖與客觀構成要件無關，亦即行爲人所意圖者實已超越客觀構成要件而屬於將來發生之事物。例如竊盜罪（刑法第三二〇條）、搶奪罪（刑法第三二五條）、強盜得財罪（刑法第三二八條第一項）、侵占罪（刑法第三三五條）、詐欺取財罪（刑法第三三九條第一項）、準詐欺罪（刑法第三四一條）或恐嚇取財罪（刑法第三四六條第一項），其意欲爲取得動產或財物，但其意圖則將其所取得之動產或財物據爲己有，即所謂不法所有之意圖是。似此意圖在刑法上尚有強盜得利罪（刑法第三二八條第二項）、詐欺得利罪（刑法第三三九條第二項）或恐嚇得利罪（刑法第三四六條第二項）之不法利益之意圖；挑唆包攬訴訟罪之漁利（刑法第一五七條）；引誘姦淫罪（刑法第二三一條）、和誘爲猥褻姦淫罪（刑法第二四〇條第三項）、略誘爲猥褻姦淫罪（刑法第二四一條第二項）、收受被誘人爲猥褻姦淫罪（刑法第二四三條、第三〇〇條）、爲人施打嗎啡罪（刑法第二五九條）、供給賭博處所罪（刑法第二六八條），辦理有獎儲蓄罪（刑法第二六九條第一項）、加工墮胎罪（刑法第二九〇條）或詐術使人出國罪（刑法

第二九七條）之營利意圖。

意圖所涉及者爲犯罪後之將來所發生事項，故所意圖事項是否達成與犯罪之成立或行爲人所負之責任，不生影響，此與屬於故意要素之意欲，是否達成其所欲，足以影響行爲人所負之責任有異。蓋行爲人所意欲之構成要件結果，如未見發生時，行爲人僅負未遂責任，然而行爲人所意圖之事物終未發生，對於行爲人所成立之犯罪或所負之責任，却不構成任何影響關係。

五、故意與違法性認識

故意是否含有違法性認識，學者所見不一（註③），然而刑法所規定之犯罪却有少數之例外，強調行爲之違法性，在此情況之下，違法性之認識遂有其必要。然而特別強調違法之犯罪，其所指之違法有屬於故意認識之對象者，但亦有包括於意圖之內，而成爲意圖認識之對象者，並不相同。茲將刑法所規定強調違法之犯罪列舉於次：

（一）枉法裁判罪 刑法第一二四條之枉法裁判罪，行爲人須認識其爲枉法之裁判，是其對於行爲之違法性不能無認識。

（二）違法執行刑罰罪 刑法第一二七條之違法執行刑罰罪，行爲人須認識其違法爲刑罰之執行，是其對於行爲之違法性應有認識。

（三）違背預防傳染病法令罪 刑法第一九二條之違背預防傳染病法令罪，行爲人須認識其所爲違背關於預防傳染病所公布之檢查或進口之法令，是其對於行爲之違法性須有認識。

(四)違背局外中立之命令罪 刑法第一一七條之違背局外中立之命令罪，行爲人須認識其所爲違背政府局外中立之命令，是其對於行爲之違法性應有認識。

(五)違法搜索罪 刑法第三〇七條之違法搜索罪，行爲人須認識其不依法令搜索他人身體、住宅、建築物、舟車或航空機，是其對於行爲之違法性應有認識。

(六)財產犯罪 刑法大部分之財產犯罪倘非須具有不法所有之意圖，則須具有不法利益之意圖，是以行爲人應認識其所實施之行爲係違法侵害他人之財產權或財產上之利益，假如出於合法之意圖，而非不法之意圖，即使有妨礙他人財產權或財產利益之情事，實不應構成各種財產犯罪。

六、過失與認識

如所週知，刑法上之過失分爲不認識過失與認識過失二種，前者雖稱爲不認識過失，要非意味着行爲人在毫無認識之下實施其行爲，而祇對於不法結果之發生未予以預見或認識而已；後者却對於不法結果之發生予以預見或認識，却過份相信其不發生，但行爲實施之後，終於引起不法結果。

不認識過失與故意之區別較爲顯著，若認識過失與故意不同者，却不在於行爲人之認識，而在於行爲人之意欲，亦即在認識過失，不法結果之發生非行爲人所欲；如係故意，則不法結果之發生却爲行爲人所欲。從而故意倘不包含意欲要素，則故意與認識過失將失去其區別之界限。

另須注意者爲違法性認識之問題，即在故意之內，除犯罪構成事實之認識外，另含有違法性認識，業如前述。在過失方面，不問其爲不認識過失或認識過失，通常欠缺違法性認識，故究竟行爲人有

無違法性認識，猶非不可作為故意與過失區別之依據（註④）。

七、故意與過失之競合

故意與過失雖屬於二種互相異其內容之意思，但猶非不可同時出現於一個行為。在刑法各本條之犯罪中顯然承認故意與過失競合者，即所謂加重結果犯。按我國刑法加重結果犯之基本犯限於故意犯，而無過失犯，然而加重結果犯之成立，必須行為人對於加重結果之發生，認定其具有過失，因有兩個結果同時發生，且分別可認定其有故意與過失，故加重結果犯之處罰自應重於一般之故意犯或過失犯。設行為人對於重結果之發生，不能認定祇成立過失，而可認為有故意之存在，則行為人對於所引起重結果，仍應依其認識與意欲而成立較重之犯罪，而非祇成立加重結果犯而已。

行為人所實施之行為雖屬故意與過失之競合，但刑法對其犯罪並未將其特別規定為加重結果犯時，則應依想像競合犯之例，從一重處斷（刑法第五五條前段）。故意與過失同時存在於一個行為之情形，除前述加重結果犯外，其例不多。不過如對於打擊錯誤採具體符合說時，則行為人對於特定之人所予之攻擊誤中他人者，應成立殺人未遂與過失致人於死二罪，仍依想像競合，從一重之殺人未遂處斷（註⑤）。

八、結語

刑法所規定之犯罪，無論其為故意犯，過失犯或加重結果犯，均不能缺少意思，祇不過其所出現

意思之構造，有所區別而已。惟刑法上所規定絕大多數之犯罪爲故意犯，故對於故意犯之意思，自須特別予以注意。

關於故意犯之類型，刑法分則各本條之犯罪出現二種特別之形態，即一爲具有明知之故意犯，另一爲具有意圖之故意犯。此二種故意犯均要求行爲人具有確定之認識或意欲，否則影響其犯罪之成立，可知其與一般故意犯有別。惟其如此，對於具有明知或意圖故意犯之認定，不能不力求慎重，以期無枉無縱。

【附註】

- ① Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 3 Auflage, S. 238。
- ② Blei Strafrecht I, Allgemeiner Teil, 17. Aufl. S. 104
- ③ 參照拙著：刑法總論第一七二頁。
- ④ 參照西原春夫著：刑法總論第一八四頁。
- ⑤ 參照拙著：中國刑法精義第八八頁以下；刑法總論第一八〇頁以下。

第二章 犯罪與行爲

一、前言

犯罪之成立須有行爲之實施，倘無行爲則無犯罪可言，此站在行爲刑法（*Handlungsstrafrecht*）之觀點而言，殆無爭論之餘地（註①）。刑法上之違法行爲包含甚廣，就其意思形態予以分別，有故意行爲與過失行爲；就身體動靜予以分別，有作爲與不作爲；就犯罪階段予以分別，有既遂行爲、未遂行爲、陰謀行爲與預備行爲。無論其屬於何種行爲，各個行爲皆須符合刑法對於各種犯罪而規定之構成要件。果如此，刑法上之違法行爲莫不有一定之指涉，亦即其須與某一犯罪構成要件有關，離開犯罪構成要件，應無違法行爲可言。

刑法所規定之犯罪，雖不能缺少行爲，惟由於犯罪類型之不同，其所規定之行爲實不限於一個，有時包括數個。在犯罪類型之內祇含有一個行爲時，則此應係獨立之構成要件行爲，要無可疑。惟如在犯罪類型之內包含有數個行爲時，則其是否均屬獨立之構成要件行爲，抑或祇有一個屬於獨立之構成要件行爲，其他非獨立之構成要件行爲，有待推敲。尤其若干犯罪類型所包括之數個行爲，不限於違法行爲，亦有合法行爲，甚至第三人或被害人之行爲，更值注意。

準上以觀，刑法之犯罪類型所包括之行爲形形色色，品類繁多，不能一概而論，但最須寄以重視者當係構成要件行爲，尤其此種行爲允宜與其他在犯罪類型內所出現之行爲相區別。對於構成要件行

爲之檢討，原屬刑法各論之範疇，亦即應就各個犯罪分別觀察其所規定之行爲。雖如此，刑法對於構成要件行爲之規定，仍有一定之原則可循，而且由於犯罪類型性質之相似，每每出現相同之構成要件行爲，從而對於構成要件行爲要非不可對之予以綜合觀察，進而檢討其與犯罪類型內所出現其他行爲之區別。此對於犯罪是否成立之認定，不無幫助。

二、構成要件行爲之個別性

大體上言，構成要件行爲依犯罪類型是否相同而異，亦即屬於同一犯罪類型者，其所含之構成要件行爲同，如不屬於同一犯罪類型者，其所含之構成要件行爲有異。刑法分則所規定之犯罪類型，乃依罪章予以排列。易言之，同一之犯罪類型莫不被安排於同一罪章之內，從而屬於同一罪章內之構成要件行爲，原則上鮮有區別。舉例言之，竊盜罪章（刑法分則第二章）之犯罪類型，雖有基本類型（刑法第三二〇條第一項），加重類型（刑法第三二一條第一項）或減輕類型（刑法第三二四條第一項）之別，但各個犯罪構成要件行爲皆無不同，即均以竊取行爲構成要件行爲。又如侵占罪章（刑法分則第三章）之犯罪類型，亦有基本類型（刑法第三三五條第一項），加重類型（刑法第三三六條第一項、第二項）或減輕類型（刑法第三三七條）之別，但各個犯罪構成要件行爲皆無不同，均以侵占行爲爲構成要件行爲。

藉此以觀，構成要件行爲之個別性祇存在於不同之犯罪類型，如係同一罪章之犯罪類型，多缺少獨自之構成要件行爲。惟是刑法上之犯罪雖多，但構成要件行爲之種類，却不如犯罪之多。蓋不同之