

刑法專題研究

陳 樸 生 著



國立政治大學法律學系法學叢書（十九）

刑法專題研究

陳 樸 生 著

國立政治大學法律學系
法學叢書編輯委員會編印

版權所有
翻印必究

國立政治大學法律學系法學叢書（十九）

刑法專題研究

中華民國七十二年九月初版

中華民國七十七年八月四版

著 作 人 陳 樸 生

發 行 人 陳 樸 生

叢書編輯 國立政治大學法律學系
法學叢書編輯委員會

經 售 處 三 民 書 局

定 價 新 台 幣 叁 佰 元 正

外埠款交當地郵局劃撥帳號0012788-1「陳樸生」戶

印 刷 者 海天印刷廠有限公司
臺北市中華路一段一〇四號

目 錄

刑法理論之基礎.....	1 - 60
--------------	--------

壹、主觀與客觀

一、結果無價值與行為無價值

1 結果無價值論（物的違法觀）

2 行為無價值論（人的違法觀）

3 折衷說

二、客觀的違法性與主觀的違法性

1 客觀的違法性

2 主觀的違法性

三、犯罪能力與刑罰能力

四、主觀危險與客觀危險

五、犯罪共同與行為共同

六、共犯獨立性與共犯從屬性

七、罪質論與罪量論

貳、形式與實質

一、形式犯與實質犯

二、形式的違法性與實質的違法性

參、侵害與危險

一、侵害犯與危險犯

二、抽象的危險與具體的危險

法益概念.....	61 - 72
-----------	---------

壹、法益概念之變遷

貳、法益概念之內容

參、侵害法益與危險性

肆、刑法之任務

伍、違法性之中心

犯罪之構成..... 73 - 84

壹、犯罪之概念

貳、犯罪之體系

叁、構成要件

不作爲犯..... 85 - 144

壹、行爲

一、概 念

1 因果的行爲概念

a. 自然的行爲概念

b. 社會的行爲概念

c. 精神的行爲概念

2 目的的行爲概念

a. 主觀的目的的行爲概念

b. 客觀的目的的行爲概念

二、行爲之形式

三、行爲之構造

四、行爲性之根據

五、行爲與規範之關係

六、作爲犯與不作爲犯之區分

貳、純正不作爲犯

叁、不純正不作爲犯

一、作爲犯，可否以不作爲犯之

二、總則問題與分則問題

三、不純正不作爲犯之成立

1 構成要件相當性

2 違法性

3 責 任

四、減輕原因

五、共犯

1 不作爲共犯

2 共犯不作爲

加重結果犯.....	145 - 182
------------	-----------

壹、本 質

貳、基本犯罪

一、內在危險

二、類 型

1. 犯罪類型

a. 混合形態

b. 結合形態

2 純正加重結果犯與不純正加重結果犯

3 可分性與不可分性

三、犯罪類型

1. 故意犯與過失犯

2 形式犯與結果犯

3 侵害犯與危險犯

a. 抽象的危險犯

b. 具體的危險犯

4 作為犯與不作為犯

四、犯罪形式

五、訴追條件

參、加重結果

一、構 造

二、責任要素

1 故意加重結果犯

2 過失加重結果犯

3 能預見

三、處罰方法

四、結合犯之加重結果犯

五、共犯與加重結果犯

正當化事由.....	183 - 212
------------	-----------

壹、概 說

1 肯定說

2 否定說

- 貳、自救行為
- 叁、被害人之承諾
- 肆、正當防衛之適法性

責任論.....213 - 282

壹、責任

- 一、決定論與非決定論
- 二、責任與危險性

貳、責任理論

- 一、心理責任與規範責任
- 二、道義責任與社會責任
- 三、行為責任與行為人責任
- 四、個人責任、團體責任與共同責任
- 五、自己責任與組織責任

叁、責任主義

- 一、結果主義與責任主義
- 二、絕對責任與相對責任
 - 1 絕對責任
 - 2 相對責任
 - a. 消極的責任主義
 - b. 積極的責任主義

原因之自由行為..... 283 - 298

壹、立法例

貳、原因

- 一、行為與責任同時存在
- 二、責任能力有無之判斷
- 三、如何定其責任意思

叁、以何時為着手

肆、行為一貫性

伍、原因行為之責任

陸、結論

過失論..... 299 - 342

- 壹、責任原則
- 貳、責任要素
- 參、過失之含義
- 肆、過失犯在犯罪體系上之地位
 - 一、結果無價值與行為無價值
 - 二、構成要素、違法要素與責任要素
- 伍、過失理論之發展
 - 一、舊過失論
 - 二、新過失論
 - 三、危懼感說
- 陸、過失犯之構造
 - 一、過失行為
 - 二、過失犯之違法性
 - 可以允許之危險性之理論
 - 三、過失
 - 信賴原則
- 柒、過失相殺
- 捌、結 論

未遂之可罰性..... 343 - 414

- 壹、刑法規範之構造
- 貳、犯罪類型及構成要件
- 參、未完成階段犯罪之處罰
 - 一、定為獨立犯罪者
 - 二、設有處罰未遂犯之規定者
- 肆、未遂犯
 - 一、概 念
 - 二、處罰根據
 - 三、可罰範圍
 - 四、總則性規定與分則性規定
 - 五、未遂行為及其危險性之判斷
 - 六、着手實行
 - 七、成立時點
 - 1 隔地犯

- 2 間接正犯
- 3 原因之自由行為
- 八、是否獨立犯罪
- 九、何種犯罪，有成立未遂犯之可能
 - 1. 過失犯
 - 2 不作為犯
 - 3 加重結果犯
 - 4. 舉動犯
 - 6 危險犯
- 十、普通未遂
- 十一、不能未遂
 - 1 可罰性
 - 2 不能發生犯罪之結果
 - 3 危險性
- 十二、中止未遂
 - 1 可罰性
 - 2 成立要件
 - 3 預備中止
 - 4 著手中止與實行中止

正犯與共犯..... 415 - 492

壹、立法之趨向

貳、正 犯

- 一、正犯之含義
- 二、直接正犯與間接正犯
 - 1 直接正犯
 - 2 間接正犯
 - a. 間接正犯應否明文化
 - b. 間接正犯之類型
 - 甲、純正正犯
 - 乙、不純正正犯
 - c. 錯 誤
 - d. 未 遂
 - e. 親手犯

甲、身分犯

乙、目的犯

丙、純正不作爲犯

丁、單純舉動犯與形式犯

三、單數正犯與複數正犯

1. 同時正犯

a. 故意行爲之同時正犯

b. 過失行爲之同時正犯

2 共同正犯

叁、共犯

一、共犯理論

1. 單獨犯原理

2 團體犯原理

二、共 犯

三、共同正犯

1. 成立要件

a. 意思之共同

b. 實行之共同

2 實行共同正犯與共謀共同正犯

a. 實行共同正犯

b. 共謀共同正犯

四、教唆犯

1 客觀要素（教唆行爲）

a. 未遂教唆

b. 教唆未遂

2 主觀要素（教唆故意）

五、從犯

1. 客觀要素

2 主觀要素

六、身分犯於共犯性之影

肆、正犯之共犯性

一、間接正犯

二、共同正犯

伍、共犯之正犯性

壹、立法發展之方向

貳、罪數概念

一、犯罪之構造

1 行為之單複

2 犯罪之單複

二、一罪一刑、一人一刑

三、處分單位與執行單位

叁、罪之競合

一、想像競合犯

法條競合

二、牽連犯

三、連續犯罪

1 連續一罪

2 連續犯

肆、刑之競合

一、數罪

二、併合範圍

三、併合時間

四、併合制度

五、併合裁判

1 同時裁判

a. 併合宣告刑

甲、同種刑之競合

乙、異種刑之競合

b. 併合執行刑

2 異時裁判

3 一部赦免

六、處斷方法

1 單一刑制

2 併合刑制

a. 併合處斷

甲、併合刑制

乙、統一刑制

b. 分別處斷

伍、結論

刑法理論之基礎

壹、主觀與客觀

犯罪之本質，因其重點之不同，向有客觀主義與主觀主義之對立，前者，重在犯罪所表現於外部之部分，即對於外部的行為及因而發生之實害，為刑罰評價對象，後者，雖亦不否認外部的行為及實害之重要性，而置重於使外部的行為發生實害之行為人人格、動機。

一、客觀主義 (Objektivismus)

認刑事責任之基本，在於行為人之行為，即求之於犯罪事實之本身，亦稱之為犯罪主義、事實主義、行為主義。刑罰，係以犯罪之外部的行動為對象，非人之內部心意。行為之外部的事實即指狹義行為及結果之客觀的要素，以行為與其結果之害惡，為刑法的價值判斷之對象，或稱之為犯罪實在說，亦稱現實主義。因認犯罪之主觀的要素，僅存於故意、過失，刑事責任之輕重，則專按其外部的事實而定。為避免裁判之擅斷，確保人權，乃認心理事實，係在法律範圍之外，法律僅支配表現於外部之行為。個人之刑事責任，不問其惡意如何，均應與其外部行為成正比例，與罪刑法定主義關連，並與自由意思論相結合。犯罪，係因自由意思之決定而成立之一定事實。人之自由意思本屬平等，故刑事責任之輕重，應與因行為之實害之輕重同。雖以行為為中心，但非完全忽視行為人之主觀，係在行為人之行為限度內，觀察其主觀。

二、主觀主義 (isubjektivismus)

則認刑事責任之基本，在於犯罪人之人格、性格本身，並非求之於犯罪人之行為，刑罰，非僅犯罪之外部行為，並應以犯罪行為人之反社會的性格為對象而科處之，亦稱犯罪人主義、人格主義、行為人主義。乃重視行為之內部的、精神的事實，即以性格、人格、動機等，為其主觀的要素。乃有可罰者，為行為人，而非行為之語，但非完全忽視行為之客觀的要素，即認行為，乃行為人之行為，並非與犯罪人分離之抽象的行為。行為，乃表徵行為人之人格，故犯罪，不過乎犯罪人人格之表徵，本其實證研究之成果，認意思之必至的關係，行為之外形雖屬同一，但行為人之人格，則不相同。因之，刑罰，應依犯罪人之反社會的性格而定，以適應各個犯罪人之性格。

採犯罪徵表說，認犯罪行為，非僅為實現之外部事實，且具有表現行為人之性格，表徵其性格之意義，係經犯罪，而觀犯人。對於社會具有危險的性格者本可不待社會已受其損害，即應講求保全社會安全之方法，但依吾人現有知識與經驗，僅對於一定之人實施一定之行為時，始得確認其有一定之惡性。是主觀主義之犯罪徵表主義係結合犯罪行為與行為人加以觀察，從犯罪人之個性定其處置。

規範，既為保護法益而設，當然包括禁止其侵害法益之行為為規範。稱此違反行為為規範之行為，為違法行為。刑法規範之為刑罰規範，雖係對於違法行為科以刑罰而設，惟其本質，究屬假設的規範。必其違法行為違反行為規範，與構成要件相當者，始有其適用。

行為規範，從其與刑法規範之關係言，固係自宗教、道德等規範或其他社會規範演進而成，惟刑法規範之行為規範，則係以其所為違反行為規範之行為，為刑法規範成立犯罪之條件，亦即刑法上違法行為，並非一切違法行為。故刑法規範之為行為規範者，僅適用於相當構成要件之違法行為。因認刑法規範，為評價規範。以為區別刑法上違法行為之基準，具有評價機能。此評價機能，除具有規律機能，或稱規範機能外，是否并具社會倫理機能，即認刑法之適用，應否與正義之理念一致，且刑法規範，除為評價規範，即判別其行為是否違法外，應否包括意思決定規範，即不為違法行為之決意之義務，具有意思決定機能，亦即認刑法之任務，重在保護法益，抑重在維護社會倫理，即保護思想與義務思想，何者為優先。蓋刑法法規，從其為保護各種生活利益言，固係為保護法益而設，必因其行為致法益受侵害或發生危險，惟其行為之價值，本有結果價值與行為價值之分。從其引起結果觀之，稱之為“結果價值”，或稱“事態價值”，從其行為言，并不問結果如何，則稱之為“行為價值”。

刑法之評價對象，重在結果，抑重

在行為，在理論上因其基本立場之不同，致關於

- ①刑法之目的與機能，
- ②刑罰評價之重點，
- ③法益概念，
- ④可罰的違法性之判斷基準及其適用範圍，
- ⑤阻却違法之一般基準，
- ⑥故意之體系的地位，
- ⑦過失理論之構成。

等所作之見地有所不同。採目的的行為論之立場者，因唱“人的不法概念”，強調“行為無價值”，乃稱法益之侵害，為“結果無價值”，因有“結果無價值”與“行為無價值”之對立，遂有結果無價值論與行為無價值論之稱。

日本刑法學界雖亦有採結果無價值論之立場者，有採行為無價值論之立場者，前者，求其違法之實質於法益之侵害、危險，并不以故意為違法要素，後者，則認行為無價值應與法益之侵害、危險分立，具有獨立之意義，且行為人之主觀的（內心的）要素較為廣泛，以故意為違法要素，但從其理論發展之趨向觀之，此二者實已相當接近。持結果無價值論之立場者，關於違法之判斷，亦考慮行為之方法、態樣，即強調行為無價值論之立場者，關於違法之判斷，除行為之態樣（行為之種類、方法、主觀的要素等）外，亦考慮結果無價值法益侵害、危險，乃稱之為折衷說。惟其所謂行為無價值，是否具有獨立的意義，應否包括人的主觀的要素，故意可否為一般違法要素，仍有不同之點。是如

爲理解刑法上客觀主義與主觀主義之意義，一般稱客觀・主觀，與客觀的・主觀的，有用以指判斷或評價者，有用以指判斷或評價之對象者，刑法上客觀主義及主觀主義，非指前者，乃指後者。故刑法上主觀主義，并非指判斷者、評價者之獨斷。偏見之義，實與客觀主義同，均具有普遍妥當性或一般性之意味。爲刑罰判斷、評價之對象，雖爲犯罪，然犯罪，乃人類之行爲，由於行爲人之內部的性格、人格，經動機、意思決定而實現之者，稱外部的行爲及實害，爲犯罪之客觀的部分，稱內部的性格、人格、動機、意思決定，爲犯罪之主觀的部分。客觀主觀，置重客觀的部分，主觀主義，則置重主觀的部分。其不同之點，在於客觀主義僅考慮在外部的行爲及實害中所表示之主觀的部分，而主觀主義則認外部的行爲及實害係內部的、主觀的部分之實現，應就其主觀的部分爲全面的考慮，較諸表示於外部的行爲及實害之主觀的部分爲廣。犯罪之本質，舊派係基於客觀主義之見地，而新派則基於主觀主義之見地。刑罰之本質，主報應刑論者以客觀主義之立場爲前提，對於已實施之犯罪，即外部的行爲及實害，科以相當於害惡之刑罰。主教育刑論者則以主觀主義之立場爲前提。認刑罰係對於犯罪人之再教育。

一、結果無價值與行爲無價值

刑法，係規定犯罪與刑罰之關係的法規，惟其所謂犯罪與刑罰之關係，并非一般犯罪與一般刑罰之關係，乃一定

犯罪與一定刑罰之關係。本罪刑法定主義之原則，通常以「法命題」表示其關係。此項法命題，從狹義言，即指刑法，或稱刑罰法規，并非指依此法命題爲事實之存在關係之法則，係表示其規範，得稱之爲刑法規範。是其基本形態，係以一定之人實施一定行爲爲條件，科以一定之刑罰，稱此一定之行爲，爲構成要件，特定之刑罰，爲法的效果，詳言之，即以有相當於一定構成要件行爲之存在爲條件，對其行爲人科以特定之刑罰，爲其法的效果。稱此科刑罰之規範，爲刑罰規範。

刑法規範之爲刑罰規範者，其目的在保護法所保護之價值或利益。稱此價值或利益，爲法益，稱其機能，爲保護機能，以公共福祉爲其基礎，乃明定以侵害或威脅何等法所保護之價值或利益，構成犯罪，科以刑罰之旨，并基於法的安定性之要求，以法律明定犯罪與刑罰之關係，即其犯罪之構成要件及刑罰之種類與內容，以限制國家刑罰權之發動，保障個人之自由與安全。稱此機能，爲保障機能。故此等規範，均以裁判機關爲其適用主體，因有稱之爲裁判規範。

刑法規範，係以有相當於構成要件之行爲存在爲條件，設其假設之規定，稱之爲假設規範。刑法規範之適用，其所以有相當於構成要件之行爲存在爲前提者，係以其行爲違反刑法規範所禁止或命令者，稱此禁止或命令一定行爲之規範，爲行爲規範，包括禁止規範與命令規範，以一般人爲其適用對象。刑法

何本其相互作用，尋求其妥協途徑，為今後刑法學之主要課題。

1. 結果無價值論（物的違法觀）

犯罪，從其實質言，在啓蒙主義時代，因受自然法思想之影響，初唱權利侵害說，認犯罪，係權利之侵害，國家對於人民既得之權利，本負有保護之任務，為達成此項任務，其最有效之手段，即制定法規加以刑罰制裁，以資防止。故犯罪，乃違反刑罰法規之規定，實施侵害人民權利之行爲。惟依法所保護之一定生活上利益或客觀的價值，不限於權利，並及於權利以外之利益或價值。稱此依法所保護之利益或價值，為法益，乃有唱法益侵害說，認刑法，係以法益為其保護客體。故犯罪，係法益之侵害。稱法益，係依規範並經刑罰制裁所保護之生活上利益，非依法律賦與個人之主觀的權利。雖無個人權利之存在，但基於法律全體之立場，其利益有加以保護之必要者，亦得加以保護。權利，雖亦為法所保護之利益，然利益之侵害，未必即係權利之侵害。故犯罪，雖無客體者，但仍有其法益在。是採法益侵害說者，係從結果之事態出發，求其違法之實質於法益之侵害、危險，即違法性之中心，於結果無價值之中。惟採規範違反說者，着眼於規範之面，即採所謂法秩序違反說，認犯罪，如僅指侵害主觀的法之權利，於其在法規上之意義並不充分，乃更進而主張其係法規之違反，違法性之理論，即本此見解為其起點。

刑法規範，係為保護法益之目的而

設，為達成保護法益之任務，具有禁止、命令一定行為之規範，稱之為行為規範。故刑法規範之為刑罰規範，係從保護法益之見地，對於違反行為規範之行爲，科以刑罰，為其法的效果。其基本的形態，係以相當於一定構成要件之行爲之存在為條件，科以一定之刑罰。乃定曰：……者，處……，係表示單純的事實關係，刑罰規範，並非規範，乃法則，具有功利的意義，與行為規範相對立。刑法雖僅就行為人所為違反規範之違法行為為條件適用刑罰之旨設其規定，但必行為人之行為，違反行為規範，與刑法一致，始有刑法之適用。

（刑法之機能、任務）

是採結果無價值論之立場者，僅以結果無價值為不法構成之要素，稱之為因果的、非人格的不法論，或稱物的違法觀。因認刑法之機能、任務，在於保護法益發生侵害、危險時始得介入，並非於違反社會倫理秩序時即可介入。刑罰，係對於犯罪所為價值評價的結論，即對於行為人所加之法的效果。犯罪，從其形式言，固係具備如何法的要件，即犯罪成立要件之問題，但從其實質言，則指應以犯罪成立要件之何部分，為其刑罰評價之重點。在採結果無價值論之立場者，係以結果價值為其基本，即認刑罰雖係以犯罪為其評價對象，然犯罪，乃人之行為，即行為人及其外部行為與結果之總稱。此項外部行為及其結果，本應經動機、意思決定，而實現行為人內部的性格、人格。惟結果無價值論認刑罰對於犯罪之評價，其重點在於

犯罪所表現於外部的行為及因而生之害，亦即犯罪之客觀的部分，稱之為客觀主義，亦稱犯罪主義，事實主義，或行為主義。

刑事責任之基本，在行為人之行為，即重在結果責任，其主觀部份，僅係就其表示於外部的行為及其實害，為其刑罰之評價對象。故刑事責任之輕重，應依其外部事實而定。至故意、過失，則屬責任要素之範圍。乃稱之為犯罪實在說，或稱現實主義。因認刑法之所以對於犯罪行為科以刑罰制裁者，乃基於報應之原理，亦即認刑罰之本質，為報應。報應，係基於本能，對於動所為之反動，其關係為相對的，平等的，且具有均衡性、等價性、道義性、倫理性。其機能在於防止一般人之犯罪。此種一般預防的機能，本包括於刑法規律機能之中，以指示一般人對其行為之客觀的價值判斷之基本標準。

（法益）

結果無價值論，以法益為其理論之基礎。稱法益，通常指包括的、形式的、法所保護之利益或價值，從其概念之實質的內容言，係具有為犯罪侵害對象之現實的、實體的基礎，重其物質。此項生活利益，在實定法以前本已存在。法，雖係為保護人類之生活利益而設，惟刑法所保護者，係立法者以一定之生活利益值得以刑罰法規加以保護者。以此生活利益，為刑罰法規保護客體之“法益”。故法益之概念，仍含有實定法之價值判斷，亦即具有實定法之概念，并不包括宗教的、倫理的、政治的或其

他價值觀在內，但不限於依刑罰法規所直接保護者，如表現自由，勞動團體行動等是。因認犯罪，以採法益侵害說為其基礎。刑罰，為防止犯罪，保護生活利益之一最後手段。故犯罪，必係可能確實認定其存在，並達於應以刑罰為其最後手段之階段，即限於發生客觀的結果（法益侵害）或有發生結果之危險（法益危險）時，此不特為罪刑法定主義所要求，亦為責任主義之基礎。法益，從其係法所保護者言，固為“保護之客體”，從其因犯罪受侵害之方面觀之，則為“侵害之客體”。刑法上所保護之法益，原則上不以明文加以規定，并非構成要件之要素，為觀念之對象，與侵害客體之為行為客體，屬於構成要件之要素，係感覺的對象者應加區別。

（行為概念）

犯罪者，行為也。故行為為構成要件之內容，其概念為何？在採純肉體的“身體動作”說者，固認行為，係指純肉體的身體的動作，既與違法無關，亦不問其意思之有無及其內容如何。但此見解，已為通說所不採。而唱有意行為說，認有意的動作，指單純引起外部之動作與結果之原因，亦即依此心理的原因，發展成為因果的事實。至其意思之內容如何，則屬責任之問題。故意、過失，為責任之心理的要素，并不在行為概念之中。稱此概念，為因果的行為概念，惟採自然行為論之立場者，以意思，為行為之原因，促使其神經運動，而為身體的舉動，既具有“有意性”或“任意性”且其舉動為外部的結果發生之