

# 刑事法論叢

(二)

林山田 著

一九九七年三月初版

# 刑事法論叢

## (二)

林山田 著

德國杜賓根大學法學博士  
臺灣大學法律系暨法研所教授

一九九七年三月初版

林山田 台南市人 德國杜賓根大學法學博士

曾任：中央警官學校客座副教授、教授兼警政研究所主任、輔大法律系教授、政大法律系教授兼系主任暨法研所所長、台灣法學會（前中國比較法學會）理事長、台灣教授協會會長。

現任：台大法律系暨法律研究所教授。

著作：刑罰學、刑法通論、刑法各罪論、刑法特論、刑事訴訟法、刑事法論叢（一）（二）、經濟犯罪與經濟刑法、犯罪學、犯罪問題與刑事司法、社會問題與法治現況、談法論政、法制論集、五十年來的台灣法制、抗爭一〇〇、德國胡恩錄等書。

---

# 刑事法論叢

## （二）

1997年3月初版

---

著 作 者 林 山 田

發 行 者 台北市徐州路21號台大法律系·

TEL: 3519641-370

7609401

---

印 刷 者 興豐印刷廠有限公司

經 銷 者 台大法學院圖書部

台北市徐州路21號。TEL: 3949278

---

# 獻 給

秉持專業良知  
實踐公平正義的

法律人

# 序

自任教職，匆匆已屆二十五年，在刑事學的領域中已先後出版刑法通論、刑法各罪論、刑法特論、經濟犯罪與經濟刑法、刑罰學、刑事訴訟法等六書，以及一本包括十一篇論文集的刑事法論叢(一)。今將另外十八篇發表在各種學術刊物的專論，詳加整理，或修訂舊見解，或增訂新內容，彙集成刑事法論叢(二)一書問世，使發表年代先後而零星四散的專論，得以構成具有整體觀的學術論叢，以供刑事學的研究者參考。

文大法律系邱蓮華小姐、輔大法律系蔡瑞麟學棣的電腦輸入、校對與排版，台大法研所許澤天、汪怡君學棣的校對，倍極辛勞，特此申謝。

林山田

1997.2.9.於台北市

# 目 錄

評可罰的違法性理論 .....	1~29
前 言 .....	2
壹、可罰的違法性理論 .....	4
貳、從犯罪理論批判 .....	7
參、從違法性批判 .....	10
肆、解決微罪問題之道 .....	19
結 論 .....	27
論刑事不法與行政不法 .....	31~57
前 言 .....	32
壹、區別刑事不法與行政不法的各種論說 .....	34
貳、區別刑事不法與行政不法的德瑞判例 .....	45
參、刑事不法與行政不法的立法例 .....	46
肆、區別刑事不法與行政不法的理想立法方式 ..	51
結 論 .....	56
行政刑法與行政犯辯正 .....	59~69
壹、德國與法國之刑事立法例 .....	59
貳、德國學者提出之行政刑法 .....	61
參、我國繼受後概念之混淆 .....	63
肆、刑事制裁與行政制裁宜嚴加區分 .....	65
伍、概念之澄清與辯正 .....	66

## 使用刑罰或秩序罰的立法考量 ..... 71~76

## 論併合處罰之易科罰金

~兼評釋字第三六六號解釋 ..... 77~98

前 言 ..... 77

壹、易刑處分中之易科罰金 ..... 78

貳、實質競合之併合處罰 ..... 85

參、評釋字第三六六號解釋 ..... 92

結 論 ..... 97

## 競合論概說與行為單數 ..... 99~119

前 言 ..... 99

壹、競合論概說 ..... 101

貳、競合論的立法例 ..... 103

參、行為單數與行為複數 ..... 108

結 論 ..... 118

## 評刑法修正草案 ..... 121~202

前 言 ..... 121

壹、一般性的評論 ..... 122

貳、對草案總則編的評論 ..... 132

參、對草案分則編的評論 ..... 157

結 論 ..... 200

民國成立至今之特別刑法 .....	203~247
前 言 .....	205
壹、禁煙禁毒之特別刑法 .....	206
貳、懲治貪污之特別刑法 .....	211
參、懲治盜匪或綁匪之特別刑法 .....	214
肆、經濟管制與妨害貨幣之特別刑法 .....	217
伍、懲治叛亂之特別刑法 .....	222
陸、懲治流氓之特別刑法 .....	227
柒、懲治走私之特別刑法 .....	229
捌、刑事執行之特別刑法 .....	231
玖、軍事特別刑法 .....	235
拾、其他特別刑法 .....	240
結 論 .....	244
論經濟管制法 .....	249~277
前 言 .....	249
壹、立法沿革 .....	250
貳、規定內容 .....	254
參、法律問題 .....	262
肆、存廢問題 .....	270
結 論 .....	275
論國家公園法中的制裁規定 .....	279~293
前 言 .....	279
壹、本法制裁規定的內容 .....	281



貳、本法制裁規定與其他法律規定的競合 .....	286
參、本法制裁規定的檢討 .....	288
肆、本法制裁規定的改進 .....	291
結 論 .....	292
中國刑法總則評析 .....	295~378
前 言 .....	297
壹、罪刑法定原則與類推適用 .....	298
貳、犯罪定義與犯罪特徵 .....	310
參、犯罪構成理論 .....	316
肆、正當防衛與緊急避險 .....	333
伍、故意犯罪過程中之犯罪形態 .....	337
陸、共同犯罪 .....	344
柒、罪 數 .....	352
捌、刑罰制度 .....	356
玖、時 效 .....	369
拾、適用範圍 .....	371
結 論 .....	376
中國之刑事立法及其刑法學 .....	379~392
前 言 .....	379
壹、中國早期之刑事法制 .....	380
貳、中國遲延制訂刑法之原因 .....	382
參、中國建立社會主義法制之理由 .....	383
肆、中國刑法之立法經過 .....	385

伍、中國之刑法學 .....	387
結 論 .....	390
法學與社會學 .....	393~405
法事實研究	
～一個亟待加強的法學研究領域 .....	407~422
前 言 .....	407
壹、法事實研究的定義 .....	408
貳、法事實研究的研究客體 .....	409
參、法事實研究的目的 .....	414
肆、法事實研究的方法 .....	418
結 論 .....	421
犯罪學導論 .....	423~440
壹、遲緩誕生的犯罪學 .....	423
貳、向受忽視的犯罪學 .....	424
參、犯罪學的定義 .....	428
肆、犯罪學在刑事學中的地位 .....	433
伍、犯罪學的任務 .....	438
論政治犯罪 .....	441~456
前 言 .....	441
壹、政治犯罪的定義 .....	442

貳、政治犯罪的特質 .....	445
參、政治犯罪的防制 .....	453
結 論 .....	456
論防制犯罪的對策 .....	457~493
前 言 .....	458
壹、標本兼治的防制犯罪政策 .....	458
貳、整體性的防制犯罪政策 .....	469
參、防制少年犯罪的對策 .....	471
肆、以刑事司法手段防制犯罪 .....	477
結 論 .....	492
五十年(1945~1995)來的台灣法制 .....	495~556
前 言 .....	496
壹、歷史沿革 .....	498
貳、戒嚴法制 .....	508
參、動員戡亂法制 .....	515
肆、終止動員戡亂後的法制 .....	533
結 論 .....	551
附：著作目錄 .....	557~567

# 評可罰的違法性理論\*

## 目 次

前 言	二、形式違法性與實質違法性
壹、可罰的違法性理論	三、可罰的違法性理論在違法性理論上之問題
一、理論內涵	肆、解決微罪問題之道
二、法律性質與定位	一、我國現行法之規定
貳、從犯罪理論批判	二、中國法之規定
一、三元犯罪理論	三、德國法之規定
二、可罰的違法性理論在三元犯罪論之問題	(一)設微罪須告訴乃論之規定
參、從違法性批判	(二)設免刑之規定
一、不法與違法	(三)設微罪不舉與停止程序之規定
(一)違法與違法性判斷	
(二)不法與不法行為	結 論

\* 原刊載於《刑事法雜誌》，36卷6期，1~31頁，1992，今加修訂。

## 前 言

就刑事司法之犯罪判斷而言，犯罪乃具有構成要件該當性、違法性與罪責，而應科以刑罰之刑事不法行為。例如某甲偷摘他人庭園中的一朵花，送給他的女友；某乙自他人木瓜樹上偷摘一顆木瓜食用。雖然只是一朵花或一顆木瓜，但是仍屬他人之物，甲、乙不告而取，且均具為他人或自己不法所有之意圖，故其故意之摘取行為，均屬竊盜罪之構成要件該當行為，且因具違法性與罪責，故甲與乙均應負竊盜罪之刑責。惟就社會大眾之法感，甲僅偷摘一朵花，乙僅偷摘一顆木瓜，就被判處竊盜罪，則不免予人刑法太過嚴苛之感，此即形成刑法之專業判斷與一般民眾之法感不相符合之現象。為解決此一問題，日本刑法學乃提出「可罰的違法性」之理論，經洪福增教授於1976年6月於刑事法雜誌發表「可罰的違法性之理論」一文<sup>①</sup>，介紹進入台灣。十五年後的今年4月26日，在最高法院舉辦「可罰違法性理論與司法實務研究討論會」中，復有四篇論文再度討論此一理論<sup>②</sup>。其後，並引

---

①洪教授的論文相當深入，篇幅亦相當大，包括可罰的違法性之概念、理論之構成、判斷可罰的違法性之基準（含量與質的問題及一系列的日本判例）、可罰的違法性之理論與其他相類似或有關之概念或理論之關係，包括實質的違法性之理論、超法律的阻卻違法事由之理論、正當行為概念、相當性之理論等等。詳見刑事法雜誌，20卷3期，1976，1~67頁，後收錄於氏著：刑法理論之基礎，1977，272~362頁。本文引述頁碼均依後者。

②洪教授專論發表十五年後，在最高法院所舉辦之學術研究會中，復有四篇論文提出，即：(1)甘添貴：可罰違法性之理論。(2)林永謀：可罰違法性。(3)林永謀：可罰違法性之實務運用。(4)褚劍鴻：可罰違法性理論之實踐。本文引述此四文均刊：最高法院學術研究會編印之「可罰違法性理論與司法業務」，

發另一論文就學理名詞中文化之觀點，認為此一理論宜改稱為「違法行為之不可罰性」或「不罰的違法行為」<sup>③</sup>。

任何犯罪之不法構成要件，均係就具體犯罪事實加以抽象化、類型化與條文化之結果。行為侵害之客體如屬具有數量問題之抽象條文，則在具體案件之適用上，必然會發生雖僅侵害微不足道或微少數額之行為客體，但仍屬構成要件該當行為而會成立犯罪之現象，而且此等現象在刑事司法實務上，尚非屬少數，特別是在財物犯罪領域中，更佔相當之比率<sup>④</sup>。因此，在刑事立法與刑事司法政策上，必須謀求對策，在刑法學中宜探討透過刑事實體法抑或刑事程序法之手段，處理此等微不足道之輕微犯罪或微罪（Bagatellkriminalität, Bagatelldelikte）之問題<sup>⑤</sup>。日本刑法界提出之可罰的違法性理論，就刑法論理以及刑事立法與刑事司法政策上之思考，是否妥當可採？對於刑法之犯罪理論有何影響？有無價值引進我國刑法學術或刑法審判實務之中？以及微罪問題究採何種方法解決為宜？等等問題，即是本文所要探討之重點所在。

---

最高法院學術研究會叢書(一)，引述簡稱：最高法院叢書(一)，1992。

③楊大器：違法行為的不可罰性～兼論學理名詞中文化，刊：法令月刊，43卷9期，1992，3、4頁。

④例如依據德國警察統計，1981年警察登記有案之一百二十萬案之竊盜案中，竊取物值一百馬克以下者，約有半數。在詐欺罪中，約有百分之四十案件之騙取物值在一百馬克以下。見：Rössner：Bagatellkriminalität，in：Kaiser / Kerner，ua：Kleines Kriminologisches Wörterbuch，2. Aufl. 1985，S.39。

⑤參閱 Kaiser：Möglichkeiten der Bekämpfung von Bagatellkriminalität in der Bundesrepublik Deutschland in：ZStW 90，1978. S. 877-904；Kruempelmann：Die Bagatelldelikte，1966。

## 壹、可罰的違法性理論

### 一、理論內涵

所謂可罰的違法性是指行為違法性之程度，必須達到施予刑罰之強力對策，並且具有適合此一對策之質與量，始具有可罰性，行為若無可罰的違法性，則不成立犯罪<sup>⑥</sup>。例如偷摘一朵花或一顆木瓜或侵占一張紙等行為，因欠缺竊盜罪或侵占罪之「構成要件所預想之可罰的程度之實質的違法性」<sup>⑦</sup>，故不構成竊盜罪或侵占罪。自此以觀，在違法性之判斷上尚須加上可罰性之評價，而將違法性區分為「可罰的違法性」與「不可罰的違法性」，或把違法區分為「值得科處刑罰之違法」與「不值得科處刑罰之違法」。侵害微不足道之微罪行為，即因欠缺可罰的違法性，而不構成犯罪，致不受刑罰之制裁。因此，行為不僅須違法，而且必須達到足以科處刑罰程度之違法，始可成立犯罪，亦即行為在形式上雖然符合刑法處罰之規定，但因欠缺可罰的違法性，而在實質上即屬不值得以刑罰予之規制之行為，而不構成犯罪<sup>⑧</sup>。

國內對可罰的違法性理論之論述，均認為判斷行為有無可罰之違法性，具有量與質之問題；惟對量與質之內涵，則各有出入。有認為在量之問題上，係指行為因受侵害之法益係屬輕微（即被害法益之輕微性），或侵害法益之行為態樣，因其脫逸社會相當性的程度係屬微弱，在犯罪之性質上，尚未達到法所預定程度之最小限度之違法性（即

---

<sup>⑥</sup>洪著，前揭文，272頁。甘著，前揭文，163頁。林著，前揭文（註②之(2)），207頁。

<sup>⑦</sup>藤木英雄：可罰的違法性之理論，3、20頁，引自洪著，前揭文，272頁。

<sup>⑧</sup>林著，前揭文(2)，207頁以下。甘著，前揭文，163頁以下。

行爲態樣之輕微性），故不構成犯罪。至於在質之問題上，則指行爲縱令已具備構成要件之形式，若其違法性之質與其犯罪類型所預定者相異，則亦不構成犯罪。每個刑法條款均有其保護之目的與範圍，行爲若超出保護目的與範圍以外之事態，縱令在外形上，適合某一構成要件，然因並不具有該犯罪類型所預想之實質的違法性，故亦不成立犯罪<sup>⑨</sup>；惟另有認爲可罰的違法性之判斷基準有二：一爲法益之輕微性，即行爲之結果對於法益所造成之實害或危險須極爲輕微，始不具可罰的違法性，此即違法性之量的問題；另一爲逸脫之輕微性，即行爲之方法或態樣違反社會倫理規範或社會相當性，必須極爲輕微，始不具可罰的違法性，此即爲違法性之質的問題<sup>⑩</sup>。

日本刑法學以被害法益之輕微，而使原屬違法之行爲，喪失其可罰之違法性，致不成立犯罪，最初出現於大審院在明治四十三年（1910）「一厘事件」之判決。此案係被告在其所製作之煙葉中，未將七分左右之煙葉繳納政府，致違反【煙草專賣法】。大審院認爲「法對於各個犯罪，皆已預定一定程度之違法性，在形式上，一定行爲縱令適合於某一罰條之構成要件，如其違法性極爲微弱而未達到法所預定之程度時，則亦不成立犯罪。」<sup>⑪</sup>，故撤銷原審對被告有罪之判決，而改予諭知無罪。惟並非凡屬輕微之違法行爲，均可付諸不問，故在「竊取公證書案」或「神社竊案」等，認爲行爲侵害之客體在金錢上之價值雖甚低微，但關係權利之證明，或係祭祀崇拜之對象物，故其違法性已至法所規定竊盜罪所預定可罰之程度。因此，仍舊成立竊盜罪<sup>⑫</sup>。

<sup>⑨</sup>洪著，前揭文，280頁以下，290頁以下。

<sup>⑩</sup>甘著，前揭文，173頁以下。

<sup>⑪</sup>引自洪著，前揭文，282頁。

<sup>⑫</sup>同前註。



總之，可罰的違法性理論認為犯罪之成立「不僅以行為在形式上適合於構成要件之違法，且係可罰為以足，同時，在實質上，亦以該行為在該構成要件所預定之程度上係屬違法而可罰為必要。」<sup>13</sup>。透過此一理論，而足以建立微罪非罪之理論，而非在既有之理論結構中，微罪仍屬犯罪，只能在程序法上透過微罪不舉之方式處理，或作免除其刑之判決。至於在判斷可罰的違法性之基準上，並非僅是違法性之輕重的問題（即違法性之量的問題），更有違法性之質的問題。此外，可罰的違法性理論雖以實質的違法性理論為基礎，認為某一行為之違法性因其程度之輕微，尚未至其該當之構成要件所預定足以處罰之違法性的程度，而否定其犯罪之成立。此與實質之違法性之情形，並不相同，且與超法律之阻卻違法事由，以及正當行為與社會相當性之理論，亦有所別<sup>14</sup>。

## 二、法律性質與定位

透過可罰的違法性之判斷，可使微罪行為不致成立犯罪，其在法律性質上，究為阻卻違法，抑為阻卻構成要件該當性，在日本學說上，各有不同見解<sup>15</sup>。有認為不具可罰的違法性之違法行為，係欠缺構成要件該當性之行為，故不成立犯罪。亦即認為可罰的違法性，可以阻卻構成要件該當性。另有認為不具可罰的違法性之違法行為，雖係具構成要件該當性之違法行為，但因其違法性之程度，並非構成要件所預想之違法，故不構成犯罪。因此，認為不具可罰的違法性可以阻卻違法。

---

<sup>13</sup>洪著，前揭文，348頁。

<sup>14</sup>同前註。

<sup>15</sup>洪著，前揭文，273頁。