

刑事法叢書之三
洪福增著

刑法理論之基礎



刑事法叢書之三
洪福增著

刑法理論之基礎

刑事法雜誌社印行

中華民國六十六年二月出版

刑法理論之基礎

定價新臺幣壹佰肆拾元

著作兼
發行人：

洪 福 增

住址：臺北市銅山街十七號

發行所：刑事法雜誌社

社址：臺北市信義路二段一三四號三樓
電話：三二一二六六〇・三二一六九〇五號
郵政劃撥儲金帳戶一三五三四號

印刷廠：海天印刷廠有限公司

廠址：臺北市中華路一〇四號

總經理處：三民書局

地址：臺北市重慶南路一段六十一號

说 明

应法学界和广大法律工作者的要求，我们选印了一批港台出版的法律图书。由于法律本身有鲜明的阶级性，书内有些内容与无产阶级专政针锋相对，为利于教学、研究单位参考，我们未予删减，仅对政法单位发行，供研究使用。

序 言

一、理論為吾人理性之成果，探求事物真理之南針。它不特使吾人之生命具有意義與活力，且促使吾人之生活進步及發展。但理論之創立，因人、因時、因地之不同而有其特色，某人所曾構成之理論，可由他人予以修改，某一時代所曾樹立之理論，可由後一時代予以變更，某一國家、民族所產生之理論，亦可由他國家或他民族予以重新構成；是故，理論在其性質上具有普遍性、進化性與時代性。吾人必須迎合時代之潮流，構成新時代的理論，以適合於吾人之生活環境。

法律之理論，已自以個人為本位之法制，朝向以社會及團體為本位之法制變化、進展。就刑法言，業由報應刑論轉向目的刑論以及教育刑論之途徑發展。舊的理論逐漸由新的理論取而代之，惟舊的高新的根抵，新的為舊的萌芽，新舊理論互相連續前進；因此，吾人必須對於新舊理論加以確切的理解，明其真理，知其優劣之所在，俾能正確的從事於推進、開拓之任務與工作。

二、古典的犯罪論，認犯罪乃適合於構成要件之違法而且有責的行為。此種理論，係將行為認為「類的表徵」，而將構成要件適當性、違法性及責任之行為的屬性，認為「種的表徵」所構成之理論。其區別違法性與責任，係以外部的與內部的，客觀的與主觀的為標準，亦即認為外界所惹起之事象及外部的要素以及因果的要素，皆屬於違法性；所有的內部的要素及心理的要素，皆形成責任。此種理論，簡單而明瞭，故能深入人心，成為通說達數十年之久，而無爭議。但自發現「

主觀的違法要素」，而展開「並非所有的主觀的要素皆屬於責任，同時，違法性亦非僅與客觀的、外部的要素有關係，則主觀的要素與違法性亦具有關係。」之理論以來，復經規範的責任論倡導「責任之本質，並非完全在於主觀的及心理的要素，同時，非難可能性亦為成立責任要素之一，蓋有時雖欠缺主觀的、心理的要素（如無認識的過失之情形），然如有期待可能性時，亦不能謂為無責任。」之理論於後，古典的犯罪論（因果的行為論）的體系，遂開始發生不安定。此後由於學者如 Welzel 等之努力，樹立新的行為概念之所謂「目的的行為論」，將「行為之操縱支配」（Handlungsteuerung）與「動機之控制支配」（Antriebssteuerung），加以區別，一方面企圖維持區別違法與責任之傳統的立場，另一方面強調違法之主觀面及責任之規範面。彼等主張向來由於將客觀的、外部的要素，與主觀的、心理的要素予以分離，而區別違法與責任的見解（即認識違法係客觀的，責任係主觀的見解），顯屬不當。蓋「意思」並非僅係行為者內心之外部的因果事象之單純的「映像」（Spiegelbild），而係由於行為者之計劃，積極的形成外部的事象之要素；「行為」亦決非單純的因果事象，而係由於內部的意思之「外部的因果事象之操縱支配」，此蓋由於「意思」在思考上先有目標，並為達成此目標而選擇必要的手段，且自此有計劃的予以配置之故。因此，「行為」乃係客觀的要素與主觀的要素在組織上之統一體，而在此統一上受違法之判斷。與此相異，「責任」係關於付與形成違法的意思動機之控制支配者。換言之，即因行為者未依據法規範圍而形成其行為意思所加之非難也。蓋行為者為一定行為時，本應依照法規

GDB35/22

GWH 01/16

範之指示向着合法的行為方向決定其自己之意思，然彼不此之圖，竟向着違法的行為方向決定其自己之意思而為違法行為，因而必須對法規範負責任而遭受非難也。「責任」之本身，為對於行為者的非難性之一種價值判斷，而「故意」或「過失」等心理的事實，則係價值判斷之對象，故不可能屬於「責任」之範圍，其在犯罪論的體系上，係屬於構成要件的事實（主觀的違法）之範疇。如是，遂形成所謂「故意說」與「責任說」之爭。

三、本書各篇，僅就犯罪論有關「行為」與「違法性」部分之基本問題加以論述，並闡明新舊理論之精義；有關「責任」部分，容待他日再行整理付梓，以就教於海內賢達。

著者

序於臺北青舍

中華民國十六年二月

刑法理論之基礎 目錄

序 言

一、犯罪論之體系

一、前言.....一

二、一元的犯罪論體系.....六

三、二元的犯罪論體系.....二二

四、結論.....二三

二、刑法上之行為概念

一、序言.....三四

二、行為之概念.....三六

三、表現意思活動之方法.....四八

四、意思支配之意義及界限.....五〇

五、行爲之機能·····	五四
六、行爲之分類·····	五六
七、不作爲之行爲性·····	六〇
八、過失行爲之行爲性·····	六七
九、結論·····	八〇

三、刑法上之因果關係論

一、因果關係之概念·····	八九
二、刑法上因果關係之本質·····	九四
三、因果關係在犯罪論體系上之地位·····	九六
四、作爲犯之因果關係·····	九九
五、不作爲犯之因果關係·····	一三一

四、因果關係錯誤論

一、前言·····	一五二
二、因果關係錯誤之意義·····	一五三

三、因果關係錯誤之學說·····	一五四
五、因果關係錯誤之判例·····	一五七
五、結論·····	一六〇
五、論不作為犯之作爲義務	
一、不作為犯之概念·····	一六一
二、不作為之違法性·····	一六四
三、違法不作為之構成要件適當性·····	一七三
四、作爲義務與因果關係、違法性及構成要件適當性之關係·····	一八九
六、第二次大戰後德日兩國設立不純正不作為犯規定之梗概·····	二一五
七、刑法上違法性之理論	
一、違法性之概念·····	二三五
二、形式的違法性論與實質的違法性論·····	二三九
三、法規範之論理的構造·····	二四五

四、主觀的違法性說與客觀的違法性說·····	二四九
五、違法性理論之發展·····	二五六
六、違法性之判斷·····	二五九
八、可罰的違法性之理論	

一、可罰的違法性之概念·····	二七二
二、可罰的違法性理論之構成·····	二七五
三、判斷可罰的違法性之基準·····	二七九
四、實質的違法性理論與可罰的違性理論之關係·····	三三六
五、可罰的違法性之理論與超法規的阻却違法事由之理論的關係·····	三三八
六、可罰的違法性之理論與正當行為概念之關係·····	三四〇
七、可罰的違法性之理論與社會的相當性之理論的關係·····	三四二
八、不具有可罰的違法性之「不法」行為是否可對之行使正當防衛權之問題·····	三四五
九、尾語·····	三四八

九、主觀的違法要素論

一、主觀的違法要素論史的發展·····	三六三
二、否定及縮小主觀的違法要素之理論·····	三七五
三、新的主觀違法要素論·····	三八二
四、尾語·····	三八七

十、論自救行為

一、前言·····	三九三
二、自救行為之意義·····	三九四
三、自救行為之要件·····	三九五
四、自救行為不罰之依據·····	三九八
五、結論·····	三九九

十一、想像的競合犯

一、意義與本質·····	四〇三
--------------	-----

二、要件.....	四〇五
三、處斷.....	四一三
四、其他.....	四一五

一、犯罪論之體系

一、前言

一、稱「體系」者，乃依據某種原理或規則所組織之知識的統一體也。此非單純之知識的集合或分類，而係由貫通全體知識之原理予以支配、統一，並使其間保持有機的關聯之組織也。以認識犯罪之成立及其樣態之一般理論爲對象之犯罪論（Verbrechenslehre），其體系即係依據論理的規則，支配或統一犯罪之實質的概念而構成者。其功用在於將雜多之犯罪構成要件要素整納於一個有秩序有系統之體系內，使人易於明瞭理解。行爲或構成要件適當性、違法性、有責性以及可罰性等構成犯罪要件之要素，對於構成犯罪之實質的全部概念，各皆具有其部分概念之機能，此等部分概念，必須基於論理的一貫性，作有機的相互關聯而統一的構成全體之犯罪概念。換言之，此等部分概念，必須與全體概念之間保持有機的關聯，並作爲全體概念之一部分以營其機能，或展開其理論。因此，爲適切的判斷有無犯罪以及有無刑事責任起見，必須在犯罪全體概念有機的互相關聯之下，展開犯罪理論體系之論理。亦即犯罪論體系，係在論理上分析犯罪之實質的概念而構成者。所謂「犯罪乃係適合於構成要件之違法且有責的行爲，同時，亦係受刑罰制裁的行爲」之犯罪論體系，應以全體之實質的犯罪概念爲前提，而在論理的貫通下予以構成，不能在形式的犯罪概念下，認犯罪係行爲，並附加「違法

「以及「有責性」，以爲行爲之屬性，而構成所謂「犯罪係違法且有責的行爲」之體系，蓋如此之排列方法，顯未正當的理解全體與部分之有機的關聯所致故也。全體既先於部分而存在，則「部分概念」，應有機的構成全體之分支，並以全體的概念爲前提而存在，如是，始能符合於論理的觀念。

關於組成「體系」之種類，詳別之，約有下列五種：

(1) 演繹的體系 (Systematische Deduktion) 此係由普通原理，推斷特殊事實方法之體系。如既知三體變化之原理（如水加熱煮沸成氣體，遇冷成固體），則可推定氣體之空氣，亦能以在低溫度之情形下加壓縮力便之成爲液體者是。

(2) 歸納的體系 (didaktische Systematik) 此係由能感覺（能知）之事物，向無一定感覺（不知）之一般原則建立有秩序之事態也。亦即使用由特殊事實以推見普通原理之方法，所建立有秩序之系統也。所謂歸納法，例如既知若干金屬有傳熱性，因而推知一切金屬皆有傳熱性者是。

(3) 分類的體系 (Systematische Klassifikation) 此係自「類」概念向「種」概念分支而成立之系統。所謂「類」概念，如「花」爲梅花桃花、櫻花等之「類」概念，而梅花、桃花、櫻花等即爲「花」之「種」概念。一般圖書所採之分類法屬之。

(4) 範疇論的體系 (Kategoriale Systematik) 此乃基於事物本身之論理，以引出一定之體系。例如「行爲」之論理概念爲出發點所構成之犯罪論體系，即爲範疇論的體系。

(5) 目的論的體系 (teleologische Systematik) 此乃由於一定之目的觀，而賦予事物一定秩序之體

系也。例如，以構成要件之概念爲始所構成之犯罪論體系，即爲目的論的體系。

依現代的犯罪論主要的見解，謂「犯罪」者，乃適合於構成要件之違法而且有責之人的行爲也。此見解乃着重於「行爲必須適合於構成要件」，且以之爲成立犯罪之重要要件，因而將行爲之概念，內涵於構成要件之中，成爲構成要件中之一部分要素；故犯罪論之體系，已由最初之範疇論的體系（即以行爲概念爲出發點之犯罪論體系），逐漸移向目的論的體系（即以構成要件概念爲基礎之犯罪論體系）。

二、關於如何研究犯罪之概念，以及如何配置犯罪之構成要件，換言之，即如何爲犯罪設定一般理論之體系，歷來由於對於犯罪概念觀點之不同，以及認定成立犯罪範圍廣狹之差異，遂發生各種不同之見解。當行爲概念在犯罪論上尙未佔有重要地位之時，Grolmann (1775-1829) 將成立犯罪的條件分爲兩種，即客觀面與主觀面，及事實面與意思面。氏並將「違法性」及「未遂」與「既遂」以及「正犯」與「從犯」，認爲犯罪之客觀的構成要素；而將「故意」與「過失」及「責任能力」，認爲犯罪之主觀的構成要素。此係在所謂「違法係客觀的，責任係主觀的」之標幟下，所產生之見解。此種體系，稱之曰「Grolmann 體系」。在同一時期，Feuerbach (1775-1833) 亦將成立犯罪之條件，分析爲兩種，即「必要的條件」與「擇一必要的條件」，並認「外部的認識可能性」及「違法性」，屬於前者，「正犯與共犯」及「未遂與既遂」以及「故意與過失」，即屬於後者。此種體系，稱之曰「Feuerbach 體系」。在上述兩種古老的類型之體系上，行爲概念，皆未佔有任何地位，亦即

無所謂「行為概念」，蓋彼等均認「犯罪係行為」之命題，乃係自明之理，問題在於「在如何條件下，行為始成為犯罪」一點故也。

其後由 Hegel (1770-1831) 之門徒，將 Hegel 在哲學上所論述之行為概念（註1），導入於刑法學上，於是行為概念始在刑法上逐漸佔有重要的地位。關於此點，吾人由 Radbruch 所云「行為概念，從來既無名目，又無形體，僅在體系內徬徨漫步。後來由於 Hegel 之刑法學的門徒，將行為予以實質化，時至今日，行為概念在刑法上已佔有重要的地位。此種功績，首先應歸功於 Abegg，其次應歸功於 Berner 及 Köstlin」（參看 Radbruch, Handlungsbegriff, S. 85）等語，即可明瞭。

以「行為」為中心所設立之犯罪理論體系，一般稱之為「一元的犯罪理論體系」，以與以「行為」及「行為者」為基礎而設立之犯罪理論體系之所謂「二元的犯罪理論體系」相區別。此一元的犯罪理論體系，自十九世紀末葉，初以因果的行為概念（註2）為依據而展開，如 Birkmeyer (1847-1920) 之將犯罪論區分為「客觀的構成要件」與「主觀的構成要件」，並將行為、結果、因果關係，以及行為之違法性及其阻却，論述屬於前者，而將犯罪之行為者的責任及責任能力，列入於後者。此外，區別「客觀的不法」及「主觀的歸責可能性」（即責任）之 H. Mayer 之見解，以及將犯罪行為三分為「犯罪之責任面」、「犯罪之事實面」及「事實向着責任之歸屬」之 Binding 的體系，亦屬之（按此一體系，最近在各社會主義國家之刑法學中亦有再度被採用之趨勢。如蘇聯法律學研究所編纂之「蘇維埃刑法總論」，關於犯罪之構成要素，曾區分為「犯罪之客體」「犯罪構成要素之客觀的側面」「犯