

台湾法学研究
精要丛书

黄荣坚
著

基础刑法学

(下)

(第三版)



中国人民大学出版社

基础刑法学

(下)

中国政法大学
刑法学系

中国政法大学出版社

台湾法学研究
精要丛书

黄荣坚
著

基础刑法学

（第三版）

（下）

中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

基础刑法学 (上、下) (第三版) / 黄荣坚著.

北京: 中国人民大学出版社, 2008

(台湾法学研究精要丛书)

ISBN 978-7-300-09666-7

I. 基…

II. 黄…

III. 刑法-法的理论-台湾省

IV. D927.580.401

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 135140 号

台湾法学研究精要丛书

基础刑法学 (上、下) (第三版)

黄荣坚 著

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511398 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com> (人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 河北涿州星河印刷有限公司

规 格 170 mm×228 mm 16 开本

版 次 2009 年 1 月第 1 版

印 张 41.5 插页 4

印 次 2009 年 1 月第 1 次印刷

字 数 800 000

定 价 95.00 元 (上、下)

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

台湾法学研究精要丛书

学术委员会

(以姓氏笔画为序)

王利明 甘添贵 石少侠 刘明祥

刘春田 曲新久 江平 江伟

许玉秀 张明楷 苏永钦 陈子平

陈兴良 林勋发 姜明安 崔建远

梁宇贤 黄立 曾世雄 谢在全

詹森林 赖源河

目录 (下)

第五章	客观不法	305
第一节	未遂犯	305
	壹、未遂犯基本 概念	305
	贰、未遂犯的犯罪 结构	314
	叁、其他形式的未 遂犯?	348
	肆、未遂犯的处罚	349
第二节	既遂犯	374
	壹、既遂概念的 意义	374
	贰、既遂概念的 内容	378
第六章	有责性	390
第一节	有责性概说	390
	壹、责任原则的 意义	390
	贰、责任理论	392

	第二节	期待可能性	400
	壹、意志自由?	400	
	贰、对于相对自由的处理	406	
	第三节	广义有责性概念	415
	壹、刑罚的衡平性	415	
	贰、具体判断标准	416	
第七章	不作为犯	443	
	第一节	不作为犯基本概念	443
	壹、不作为犯的意义	443	
	贰、不纯正不作为犯概念的问题与处理	452	
	第二节	不纯正不作为犯之不法	454
	壹、不法构成要件	454	
	贰、不作为犯的故意或过失	468	
	叁、不作为犯之未遂犯	469	
	第三节	不作为犯之有责性	472
	壹、概说	472	
	贰、保证人地位	473	
第八章	犯罪的参与	487	
	第一节	犯罪参与基本问题	487
	壹、犯罪参与的意思	487	
	贰、犯罪人概念	492	
	第二节	正犯与共犯的区别	503
	壹、特定关系的限制?	503	
	贰、正犯与共犯区分标准理论	511	
	第三节	正犯	517
	壹、间接正犯	517	
	贰、共同正犯	527	
	第四节	教唆犯与帮助犯	538
	壹、教唆犯	538	
	贰、帮助犯	556	
第九章	犯罪之竞合	564	
	第一节	竞合基本概念	564
	壹、竞合的意义	564	
	贰、基本处理模式	568	

第二节	法条单一 (法条竞合)	571
	壹、理论概况	571
	贰、法条单一概念的目的性思考	572
	叁、行为数的认定	576
	肆、保护法益同一性的认定	584
	伍、刑法与单行刑法间的竞合	595
	陆、法条单一的效果	596
第三节	真正竞合	602
	壹、想象竞合	603
	贰、数罪并罚	610
	叁、连续犯之废除	616
	肆、牵连犯之废除	632
关键字索引		635

第五章 客观不法

第一节 未遂犯

498

壹、未遂犯基本概念

一、侵害行为的事实流程

就因果关系的概念而言，行为人造成侵害的结果，是透过身体的作用而支配侵害结果的实现。这个形式上的过程和其他自然力量造成侵害结果没有两样，例如地壳下能量的累积到达饱和点而造成能量的释放，造成地壳的震动，接着造成房子的倒塌和人命的伤亡。不一样的是，自然力量造成侵害结果的过程，纯粹是物质的变动，而人的身体作用造成侵害结果的实现，其身体现象的背后则是有思维的存在（如果思维活动不是纯粹的物质活动）。因此要分析一个人制造利益侵害的流程，大致上的轮廓是，人因为某一个欲望的存在，所以产生行动的念

头，接着因为行动的念头，所以产生行动，以及因为行动，所以产生外在世界现象的变动，以及产生侵害。¹

所谓人因为某一个欲望的存在，所以产生行动的念头，他的欲望可能是有害的欲望，例如想要报仇（看到敌人受苦），而行动的念头也可能是制造利益侵害的行动念头，例如杀人、伤害或纵火（属于刑法上故意犯罪的情形），但是却并不一定如此，例如行为人为了赶赴约会开快车，在弯道刹车不及而撞伤机车骑士（属于刑法上过失犯罪的情形）。

499 人实现利益侵害的过程大致上是行为念头导致行为，接着导致侵害，这是抽象的说法。事实上，世界上不可能有完全一样的具体侵害流程。除了行为人对于侵害结果的认知可能有所不同之外，有些侵害行为是经过缜密的计划，但是也有些侵害行为是出于一时的冲动。有些侵害行为的计划是出于多数人的共同思考（刑法上所谓阴谋犯的情形），但是也有些侵害行为的计划是出于一个人单独的思考。至于行为和侵害结果之间的关系，有些行为并没有真的造成利益侵害的结果，例如开枪而未命中（属于刑法上未遂犯的情形），但是也有些行为终于造成利益侵害的结果，例如开枪命中被害人要害致死（属于刑法上既遂犯的情形），甚至是在造成利益侵害结果之后又继续其制造利益侵害的行为（通说所谓继续犯的概念），例如持续的殴打被害人。

二、处罚未遂犯的理由

（一）问题与理论

刑罚的存在是为了透过刑罚的威吓而达到预防利益侵害的功能，那么要选择哪些行为的行为人作为刑罚的对象才能达到所要的预防效果？毫无疑问，如果行为人的行为现实上产生了利益侵害（例如被害人已经死了），自然是刑罚的对象。因为就一般预防目的而言，行为人制造利益侵害却可以免于刑罚，多数人所收到的讯息是“不罚犯行”。而且由于此一利益侵害的结果已经活生生的呈现在多数人的眼前，因此其“不罚犯行”的讯息留在社会大众心中的印象特别深刻，对于未来侵害行为的激励作用也特别显著。

500 然而，除了行为人的行为确实造成利益侵害的情形以外，在上述种种行为人形成利益侵害的流程可能性当中，是不是只要侵害结果不发生（例如行为人开枪没有射中被害人或被害人经送医抢救过来），行为人就可以免于刑罚？有关于此一问题，学说、实务以及立法例上从来没有出现过“只要客观侵害结果不实现，就可以免于入罪”的看法。问题是，既然刑法是以警惕利益侵害为目的，而行为人的行为现实

¹ 关于犯罪行为的阶段，参考林山田，刑法通论（上册），433页以下，2005年；Sch-Sch-Eser，§ 22Rn. 1。

上并没有产生利益侵害，为什么可以加以刑罚？对于未遂犯的刑罚理由，大致上有所谓客观理论、主观理论以及主客观混合理论。

1. 客观理论

由于故意犯罪之未遂犯在主观不法上所具备之故意和既遂犯在主观不法上所具备之故意是完全一致的，所不一样的只是客观上的实现阶段，因此持客观理论者认为，处罚未遂犯的理由并非在其主观上之不法，而是在其客观上的危险性。²基于此一立场，客观理论认为，如果行为在客观上并无导致实害的危险性，根本不构成犯罪。并且也因为强调其行为之客观意义，所以在法律效果上认为，对于着手而未遂的行为，必须减轻其刑。

2. 主观理论

主观理论者认为，即使侵害行为未遂，行为人透过其行为依然显示其主观上的法敌对意志，而此一法敌对意志正是刑法所要处罚的地方。³站在此一立场，主观理论认为，即使是对于所谓的不能未遂，也具备可罚性，并且对于既遂犯与未遂犯基本上应该做相同的处罚。

3. 主客观混合理论

通说所采的主客观混合理论又称为印象理论（Eindrucks-theorie），此一理论基本上的出发点和主观理论一样，认为行为人透过其行为已经显示出法敌对意志，不过刑法之所以处罚未遂犯，并不仅是因为其法敌对意志的显示，而是更进一步因为行为人如此的行为已经足以动摇一般人对于法律的信赖。⁴基于此一基本立场，对于所谓客观不能之未遂犯的可罚性问题，理论上决定于行为人的行为对于社会大众之法信赖的影响而定。⁵

501

（二）独立于既遂犯之外的刑法理由？

1. 预防目的

客观理论以行为所制造的客观危险性作为对于未遂犯的刑罚理由，此一说法不论在刑法目的思考上或是在事实认知的基础上都有不足。按，刑法规定刑罚的目的并不是在挽救过去的伤害，也不是在对于过去的侵害行为做报复，而是在其未来的作用。单纯以行为所制造的客观危险性作为对于未遂犯的刑罚理由，看起来其与刑法目的的关联如何。其次，所谓客观危险的说法，在事实认知上也有待厘清。从

2 客观理论大致上是比较早期的理论，参考 RG 68, 340; Spendel, NJW 65, 1888。

3 主要是德国实务所支持的理论，参考 RG1, 441; 8, 203; 34, 21; BGHSt. 11, 268。

4 Meyer, ZStW 87, 604; Roxin, JuS 79, 1; SK-Rudolphi, Rn. 13ff. vor § 22; Schünemann, GA 86, 309, 323。

5 行为人的行为对于社会大众之法信赖的影响与否，其判断也并无清楚的界线。笼统地来说，对于一般所谓的不能未遂，大致上依然具备可罚性，但是对于所谓的迷信犯，可能因为在社会大众心目中欠缺利益侵害之意义而欠缺可罚性。

现在的角度回过头看过去的事实，要说客观上有什么危险或没有什么危险，基本上是没有意义的。因为特别是在科学发达的今天，人类对于事实的发展有几近完全的解釋能力。对于已经发生的结果，事实本身已经告诉我们，它就是会发生，而对于到现在为止没有发生的结果，事实也告诉我们，它就是不会发生。那么，对于已经发生的事实，我们如何说是没有危险？而对于没有发生的事实，我们如何说是有危险？结果是，对于着手而未遂的行为，不可能有真正的客观危险！

502 主观理论认为行为人的着手行为足以反映行为人的法敌对意志，此一说法在事实认知的角度上是可采的，不过和上述客观理论相同的问题是刑法目的思考上的问题：为什么因为行为人的着手行为足以反映其法敌对意志（因为行为人是“坏人”），刑法就要处罚他？对于此一问题，主观理论也没有直接的回答。

关于未遂犯的刑罚理由，印象理论在说理的层次上比较周延。所谓比较周延，意指比较接近整个刑罚的目的观。虽然行为人侵害利益的不法行为未遂，但是针对其行为所代表（违反法规范）的意义，刑罚的缺席可能导致规范威信的减低与未来利益侵害的发生。质言之，处罚未遂犯，也是为了预防不法行为可能造成利益侵害。

2. 技术需求

整个刑罚，不管是对于既遂犯的处罚或是对于未遂犯的处罚，刑罚就是刑罚，其刑罚的理由是一致的，都是为了不法行为的预防。因此在既遂犯之外独立探索未遂犯的刑罚理由，并无意义。通说之所以特别针对未遂犯论述其刑罚的理由，无非是因为对于其未造成利益侵害而却加以刑罚的怀疑。不过对于这一点，其实很容易可以有一个答复。从刑法的预防目的来看，未遂犯作为犯罪的一种形态，其意义基本上并不会与既遂犯有所不同。因为人着手于利益侵害的行为，最后会不会果真实现利益侵害的结果，决定于天时、地利与人合（被害人正好踩到香蕉皮滑了一跤，所以没有被射中）等数不尽的因素，而每一次行为所存在的现实条件也都不一样。虽然过去这一次的着手行为并没有果真造成实害，但是只要这样（勇于尝试不法）的行为没有被禁止，那么表示容许将来还是可以着手于侵害行为。问题是，一旦未来的行为人着手于其侵害行为，没有人可以保证未来的被害人会有相同的运气可以免于侵害结果的实现。因此，为了有效预防利益侵害的形成，对于过去的未遂行为，技术上依然有处罚的必要。

503 3. 处罚未遂犯是刑罚的前置化？

一般认为，对于未遂犯的处罚是所谓刑罚的前置化，意思似乎是以犯罪之既遂作为开始刑罚的正当时间点，因此相对的，对于未遂犯的处罚就变成是刑罚的前置化。不过此一所谓刑罚前置化的说法，其意涵是有问题的。如果犯罪既遂的时间点才是开始刑罚的正当时间点，刑法上有什么道理可以把开始刑罚的正当时间点往前移，以致变成不正当的刑罚？从上述说明可以知道，对于未遂犯的处罚有其刑罚目

的上的需求,因此对于刑罚的正当时间点本来就不是在于犯罪的既遂,而是在于犯罪行为的本身。因此与其说对于未遂犯的处罚是刑罚的前置化,不如说对于既遂犯的处罚是刑罚的后置化。

三、处罚预备犯的正当性问题

行为人某甲因为怀恨被害人,遂于傍晚携刀侵入被害人店内,潜伏其卧床下,拟趁机杀害被害人,但是随即被发现而拿获。⁶或行为人某乙在美容院与某丙等人发生斗殴,因为不敌,回家呼叫人手携带凶器前往寻仇,不过当到达美容院时,某丙等人已经离去。⁷以上两个例子,按照通说观点,大致上也都不认为行为人是已经进入杀人罪的着手阶段。不过对此,刑法上却另有所谓预备犯的概念,并且在预备犯的概念下,针对某一些犯罪类型,依然有刑罚的规定,其中包括所谓形式的预备犯与实质的预备犯。⁸所谓形式的预备犯,意指条文本身明白规定特定犯罪之预备行为为独立的犯罪类型,例如“刑法”第二百七十一条第三项所规定的预备杀人罪、第三百二十八条第五项所规定的预备强盗罪、第一百条第二项所规定的预备内乱罪等都是。实质的预备犯意指某些犯罪类型,形式上虽然不是以其他犯罪的预备犯为名,但是观察其构成要件的内容,实质上是以其他犯罪的预备行为的意义而被规定为犯罪,例如“刑法”第一百九十五条所规定的意图供行使之用而伪造、变造通用货币、纸币,第二百零四条所规定的意图供伪造、变造有价证券而制造、交付或收受各项器械原料,第二百三十五条第二项所规定的意图散布、播送、贩卖而制造、持有猥亵物品等都是。

504

(一) 形式预备犯

1. 有效的法益保护?

从关于犯罪行为起点的基本概念来看,只要行为人的行为还没有到达对于利益侵害失控的阶段,就不具备任何不法的意义,因此对于所谓预备犯的处罚,特别是对于所谓形式上的预备犯的处罚,其法律上的正当性显然有问题。学上说针对预备犯的刑罚有认为,提早刑罚的起点是为了特别有效保护这一些法益。⁹问题是,把刑

6 1940年上字第21号判例。

7 参考1988年台上字第5376号判决。

8 关于刑法例外处罚预备犯的情形,参考Sch-Sch-Eser, Rn. 14 vor § 22 其中列出三种形态,第一种形态是下述实质预备犯的情形,第二种形态是下述形式预备犯的情形,第三种形态是德国刑法第三十条所谓参与未遂的情形。

9 Baumann-Weber, AT § 33 I 1d.

罚的起点提早到着手之前，事实上是否真的就可以更有效的保护法益？¹⁰当然，有了预备犯的规定，刑事诉讼程序上对于预备行为就可以有启动侦查中强制处分的依据，甚至因此保护个案中潜在的被害人，但是此一方式的法益保护，并不是刑法设定预防犯罪机制之所在，因为对于现行犯的逮捕毕竟不是一个普遍可靠的预防管道。

505 2. 预备犯的起点问题

形式预备犯欠缺立法的正当性，连带着在解释的技术上产生无以解套的难题，亦即“预备行为”是什么意思？所谓预备行为，按照一般语意的理解，是有助于实现不法侵害的行为。如上所述，行为人从有不法行为的念头一直到实施不法行为之间，事实上是一个漫长的行为过程。在此一漫长的过程当中，行为人的行为大致上是逐渐有利于整个不法事实的实现，换句话说，都是犯罪的预备行为。例如行为人今天先到火车站去看火车时刻表，以便明天搭火车去找被害人，或是行为人到邮局买一张邮票，以便寄出一封邀约被害人的信函，甚至行为人必须走出门才能到火车站或邮局，都是预备行为。然而，在学说及实务上，这一些行为却从来不曾被认为会构成预备犯。问题是，那么预备犯的构成开始于什么时候？就此，学说及实务对于预备犯概念的问题多着墨于预备犯与未遂犯之着手间的界线问题¹¹，但是相对的，预备犯的构成开始于什么时候，却是一个无解而有意或无意被忽略的问题。

关于预备犯的起点，德国学说上有针对个别条文（例如德国刑法第八十三条的预备内乱罪）的预备犯概念做解释，认为此处可罚之预备行为必须是具有重要性的行为，因此例如购买打字机（以便信函联络内乱）或索取武器目录都不是预备内乱的行为，但是相对的，制造假证件以便进入政府机构，则是预备内乱的行为。¹²然而，以预备行为的“重要性”作为进入预备犯阶段的标准，显然没有实证意义（如果行为人不出门，自然也无法找到被害人以及杀害被害人，那么为什么这就不重要了？）。

506

3. 欠缺正当性

此处解释上的难题，根本问题出在概念的正当性：不管预备行为所可能侵害的法益有多么的重要，在还没有办法确认一个人是否果真存在有不法意志的情况下，就以刑罚相应，恐怕是对于人毫无节制的工具化。例如对于行为人到火车站去看火车时刻表、到邮局买一张邮票、到店里买打字机以及行为人走出家门的行为论以预备犯，马上会显示出刑法处罚预备犯的荒谬（行为人到火车站去看火车时刻表就会怎么样？），因此学说及实务都不可能把这些行为论以犯罪。然而相同的道理，只要

10 刑法的目的并不是提供对于目前特定个案的预防作用，而是对于未来社会上全部潜在个案的预防作用，因此对于确定具有侵害法益意义之行为的刑罚，才是预防功能考量的重点。

11 参考 1935 年上字第一二五一号判例；1940 年上字第二一号判例；1942 年上字第二一七号判例；1970 年台上字第二八六一号判例；1988 年台上字第五三七六号判决。

12 Sch-Sch-Eser, § 83 Rn. 8.

行为人不扣扳机，行为人瞄准被害人又会怎么样？至于行为人制造假证件或购买武器，除了就其伪造文书或违反枪炮管制相关法规所形成的无法控制利益侵害的危险性（因此可能构成伪造文书或非法持有枪炮罪）之外，对于内乱罪的构成，只要行为人最后不造成内乱，行为就没有内乱的意义。所谓“重要性”的说法，在形式预备犯没有被废除的情况下，固然可以粗糙的限缩预备犯的适用范围，但是另一方面，此一说法也掩饰了预备犯的欠缺正当性。¹³根本解决之道是，废除刑法上全部形式预备犯的处罚规定。对于全部的预备行为，如果已经到达对于利益侵害失控的阶段，直接论以着手（或形式上既遂化的犯罪）。如果预备行为没有达到对于利益侵害失控的阶段，就是无罪。¹⁴

507

4. 立法问题的印证

第十六次“刑法”修正，第二十八条文字修正为“二人以上共同实行犯罪之行为者，皆为正犯”，与旧法文字对照，“实行”与“实施”仅有一字之差，修法理由是，旧法文字“实施”多持1942年院字二四〇四号解释之意旨，认其系涵盖阴谋、预备、着手、实行概念在内（即承认阴谋共同正犯、预备共同正犯），非仅局限于直接从事构成犯罪事实之行为，故解释上包括“共谋共同正犯”，而实务上之所以采取此种见解，即在为共谋共同正犯寻求法源之依据。但是对于本条之解释，如采1942年院字二四〇四号解释之见解，其所产生之最大争议，即在于应否承认“阴谋共同正犯”与“预备共同正犯”，基于近代刑法之个人责任原则及法治国人权保障之思想，应以否定见解为当。为此，“刑法”修正第二十八条文字“实施”为“实行”。

此一立法文字修正，姑且先不论对于将来共谋共同正犯的处罚依据而言，可能形成重大的法理上的疑虑¹⁵，就预备犯与阴谋犯概念的问题而言，新法修法理由已经表明，对于预备共同正犯或阴谋共同正犯的处罚有沦为思想之虞，那么很清楚的，最后的问题是出在，对于预备犯或阴谋犯的处罚（而非仅止于预备犯或阴谋犯之共同正犯的情形）根本有沦为处罚思想之虞，换句话说，对于预备犯与阴谋犯的处罚规

13 关于预备犯的观念，如同学者高金桂所说（“论不能未遂与未遂教唆”，载于月旦法学杂志，130期，200页以下，204页），一个有趣的现象是，刑法文献对预备犯及其起点的问题，均是轻描淡写带过，甚至有些教科书对预备犯行为并不加以讨论，以致预备行为的起点，近乎无文献可资参考。不过本书并不认为此一现象的原因是在于预备犯的规定很少被适用到，因为，即使预备犯的规定很少被适用到，还是有被适用到的机会，况且预备犯规定的适用，其实不在少数（例如预备杀人罪）。上述现象真正的原因应该在于，通说也根本找不出来预备犯起点的界线。

14 对于形式预备犯有否可能透过限缩解释予以正当化，亦即直接以对于利益侵害的失控作为预备行为的定义？应该有困难。因为把预备概念用着手概念来理解，预备犯的法定刑应该和未遂犯的法定刑一致。由于刑法上对于形式预备犯的规定，相较于未遂犯，在法定刑上都是大幅度的减轻，显见立法者对于预备犯的概念是执著于风险提升的思想，因此就立法者的想法而言，此处形式预备犯的概念似无合理化的空间。

15 详参本书第八章“犯罪的参与”关于共同正犯规定文字的讨论。

508 定本身,是侵害基本人权¹⁶的规定。因此,对于“刑法”第二十八条立法文字问题,釜底抽薪之计是,废除刑法上对于预备犯及阴谋犯的处罚规定,否则,一方面否定对于预备共同正犯或阴谋共同正犯的处罚,另一方面却又承认根本上对于预备犯或阴谋犯的处罚正当性,是一种逻辑关系上的矛盾(如果预备与阴谋也可以是一种犯罪,为什么共同预备或共同阴谋不可以是一种犯罪?),也是一种价值认知上的双重标准。

(二) 实质预备犯

1. 利益侵害的失控

实质预备犯的规定可能是因应行为本身已经制造无可控制的危险所做的规定,特别是针对不确定范围之公共危险的情况,有其存在的意义,例如非法制造枪炮弹药刀械的情形,虽然在单纯的想法上,枪炮弹药刀械不被使用就不会伤人,因此制造枪炮弹药应该是还停留在不至于产生侵害的预备阶段,但是由于枪炮弹药物理上的危险性及使用上的便利性,制造或贩卖枪炮弹药行为的本身已经导致风险的失控,所以概念上也是已经进入着手的阶段,立法上可以用(行为人具备危险故意)危险犯概念来理解。¹⁷基于此,对于制造枪炮弹药作为预备行为的犯罪态样有规定其为犯罪的必要。不过相对的,“刑法”第一百九十九条所规定的,意图供伪造、变造通用之货币、纸币或意图供减损通用货币分量之用,而制造、交付或收受各项器械原料等行为,由于其行为态样尚难以到达典型危险的阶段,规定为预备犯或危险犯,似乎欠缺正当性。¹⁸

509

2. 犯罪阶段定位与保护法益的关系

有一些犯罪类型,对于其犯罪阶段之定位(是否已经到达利益侵害失控的阶段),以及因此具备处罚必要性的问题,决定于保护法益之确认。例如“刑法”第一百九十五条第一项对于意图供行使之用而伪造通用货币或纸币的刑罚规定,一个基本问题是,此一规定保护什么法益?如果从最现实的角度来思考,行使伪造货币破坏货币应有之经济评价作用(至于个人财产损害则属于诈欺罪所处理的范畴)。就此一现实利害关系的思考而言,事实上,如果不是伪造货币(被使用或交付而)流入市面,并不会造成经济秩序上的损害,换句话说,伪造货币行为也只不过是行使伪造货币罪的预备行为而已。问题是,伪造货币是否已经到达利益侵害失控的阶段而有其刑罚上的正当性?就货币早先的伪造技术而言,不论在纸张或色料的来源、印刷技术的本身或防伪辨识系统的技术都是很大的难题,因此货币的伪造鲜少有人

16 参照“刑法”第二十八条修法理由用语。

17 关于危险犯的危险故意概念,参考黄荣坚,“论危险故意”,载于月旦法学杂志,118期,225页以下。

18 就事实角度而言,经破获伪造货币者几乎都是在已经伪造货币之后的阶段,少有单纯预备伪造货币阶段即经破获者,显见其提早法益保护的说法并不切实际。

独立而可以完成的，而是必须依赖整个的伪造集团才有可能。在此一前提下，加上金钱价值对于每一个人的诱惑，个人在伪造货币行为的参与，无待乎其个人行使或交付货币，对于货币流入市面与否已经没有个人的控制可能性，因此对于伪造货币行为的处罚有其正当性。不过问题是，在今天科技普及的情况下，印制货币技术或许并非国家机构所能垄断，印制货币技术或许并非集团事业不可，此外，伪造货币亦不如枪炮弹药有其物理上当然的危险性，如此，个人伪造货币果真已经到达利益侵害失控的阶段而可以以预备犯之定位而有其立法上的正当性，即值得商榷。

对此，值得讨论的是，假设如同学说上相当普遍的，把对于伪造文书罪的保护法益界定在社会上文书制度存在可能性的保护，那么逻辑上就可以有一个合理的解释，亦即伪造文书的存在本身已经损及一般人对于文书的抽象信赖，也损及文书制度的可靠性。对于社会人而言，如果文书制度是现代生活不可或缺的前提，那么基于对于文书制度的保护，伪造文书已经侵害法益，所以法律规定处罚。当然，社会人对于文书制度的价值观是一个现实问题，并无对错可言。不过相对的，其他伪造印章、印文或署押的相关规定，现实上是否也如此触及法益侵害的界线，恐有疑问，其立法处罚，可能过早。¹⁹

510

四、名词使用问题

对于行为人着手于不法行为而未遂，刑法使用的名词是“未遂犯”。此一名词的使用，有意与既遂犯做对照，不过就表彰不法的意义而言，这一个名词并未切中概念核心。因为犯罪的核心观念是在利益侵害，而行为之所以不法，必然是因为其趋近于利益的侵害，是因为其具有破坏性的意义。从这个基本概念来看，犯罪如果“未遂”，对于法益的完整性而言，毋宁是一个正数，而不是一个负数（除非我们乐于见到行为人犯罪既遂）。质言之，刑法之所以处罚未遂犯，意义并不在于处罚其未遂，而是在于处罚其着手。²⁰因此在概念的理解上，与其称为未遂犯，不如称为着手

511

19 关于伪造印章、印文或署押的犯罪规定，实务上针对其实害可能性的概念，在适用时即已经做了限缩的解释。例如“签名虽为署押之一种，而署押系指在物体上署名或签押，用以证明一定之意思表示，或一定之事实者而言，如仅书写姓名以资识别，而非证明一定意思表示或一定事实，且亦非表示本人签名之意思者，则不生署押之问题”（1996年台上字第一五四九号判决，并参考1991年台非字第二七七号判决）。此一限缩解释的结果，事实上伪造署押罪的构成已经和伪造文书罪结为一体，而无独立的意义。以此类推，伪造印章、印文罪也没有独立为处罚规定的必要。

20 不法要素的基本意义是在形成一个负面的价值判断，因此如果在利害关系的价值判断上是属于正面的现象，基本概念上就不可能属于不法的要素。关于此一道理，参照本书第四章“主观不法”关于故意与过失概念关系的说明。