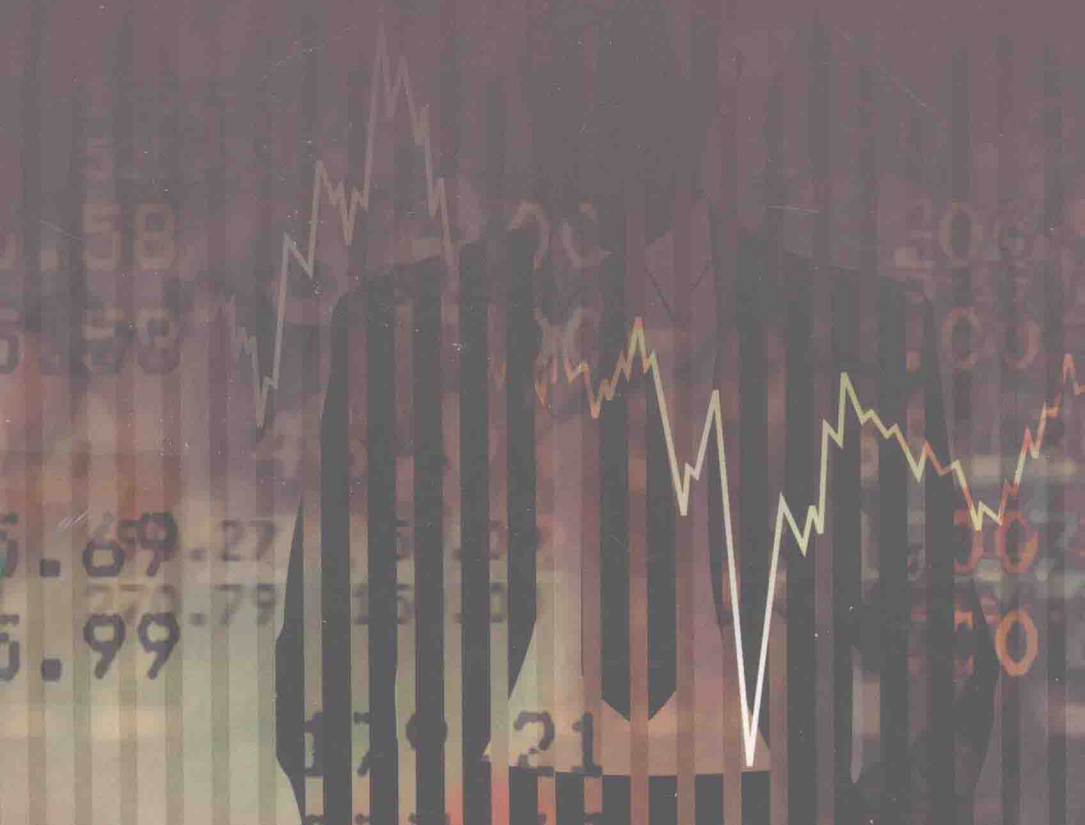


刑事法理論與 財經刑法之接軌

林書楷 著



刑事法理論與財經刑法之接軌

林書楷



翰蘆圖書出版有限公司

www.hanlu.com.tw

刑事法理論與財經刑法之接軌

2012 年 11 月 初版發行

著 者 林書楷
發行人 洪詩棠
出版者 翰蘆圖書出版有限公司
法律顧問 曾榮振律師
印 製 金華排版打字行
電 話 02-2382-1169

總經銷 翰蘆圖書出版有限公司
地 址 台北市 100 重慶南路一段 121 號 5 樓之 11
電 話 02-2382-1120
傳 真 02-2331-4416
網 址 <http://www.hanlu.com.tw>
信 箱 hanlu@hanlu.com.tw
大陸展售 廈門外圖集團有限公司
地 址 廈門市湖里區悅華路 8 號外圖物流大廈 4 樓
電 話 86-592-2986298

ATM轉帳 107-540-458-934 中國信託城中分行（代號 822）
郵政劃撥 15718419 翰蘆圖書出版有限公司

定價 380 元

ISBN 978-986-7522-98-6

加入會員，直購優惠。

書局缺書，請告訴店家代訂或補書，或向本公司直購。

版權所有 翻印必究

（缺頁、倒裝，請寄回更換）

序

這本書收錄了這數年來所撰寫對我個人覺得比較重要的幾篇文章，其中有涉及刑法基礎理論的因果歸責、原因自由行為以及正犯與共犯的議題，刑事訴訟法領域法定法官與羈押的問題，也有財經刑法中涉及證券交易刑法內線交易與操縱資本市場的部分，涵蓋範圍或有些許龐雜，但彼此間又具有思考脈絡的關連性。例如在關於內線交易的這篇文章中，以構成要件核心不法內涵的概念來限縮內線交易罪的適用，並探討追訴內線交易在司法實務上所面臨的刑事舉證責任論的問題。基本上這本書是以刑事法理論的基礎作為出發，而將相關刑事法理論概念延伸到財經刑法的領域，因此才決定以「刑事法理論與財經刑法之接軌」作為本書書名。

關於原因自由行為的問題，是我自大學以來就一直縈繞在腦中的疑惑，總覺得相關的理論都有無法圓滿說明之處，難以對原因自由行為的處罰提供足夠的法理基礎。幾年前出版刑法總則教科書時，關於原因自由行為這個部份也是僅敘述通說的想法，並未直接去尋求較深層的理解。在本書所收錄的這篇原因自由行為的論文中，以例外說作為基礎，並從罪責原則的角度來詮釋雙重故意的體系定位，與通說的見解或有不同，但大致呈現了自己對這個議題的一些想法。覺得比較有缺憾的是關於完全無責任能力狀態下行為人的認知狀況這個部份，這涉及到行為人在當下是否仍可能有故意的問題，本來的寫作構想是要尋求醫學上的解答，但後來受限於資料蒐集困難的緣故，並未能有一個完整的處理，或許留待他日可就此再作較細緻的探討。

正犯與共犯的議題是自研究以來即關注的焦點，因此書中關於共同正犯與教唆犯的論文算是以往研究方向的延續。在共同

正犯之行為分擔這篇文章中，提出了一些對實務共謀共同正犯概念的批評，並從犯罪支配理論的角度來檢視這個問題，將僅參與謀議的共同正犯侷限在實行行為階段仍具備犯罪支配的範圍內。教唆故意之特定性國內文獻較少提及，德文文獻上的幾種見解也都有某種程度上的問題，本書從確認教唆不法內涵的角度來界定教唆故意之特定性，並主張在客體不確定的情形適用罪疑唯輕原則，以教唆故意指涉最輕微犯罪方式來認定教唆行為的不法與罪責內涵，並據以為刑罰裁量之基礎。

財經法中關於刑事處罰的部份是一個橫跨刑法與財經法的領域，財經法學者從財經法的角度來看這個部份，與刑法學者從刑法的角度來看這個部份會有不小的觀點差異，而且似乎難有交集、通常是各說各話，我在一場證券刑法的學術研討會中發現這個饒富趣味的現象，自覺要處理這方面的議題不能不接觸財經法的文獻。因此在寫財經刑法領域的文章時，自己儘量多方參閱了財經法學者的見解，再從刑事法理論的角度來解釋證券交易刑法的問題，也恰巧本身對財經領域有高度興趣，於克服一些困難（例如證券期貨市場中的專門術語）後，完成了關於內線交易與操縱資本市場這二篇論文的撰寫。

序末，感謝這些年來師長的提攜、親友的陪伴與鼓勵、同學們的愛護，願大家平安喜樂。興國管理學院財經法律學系林幸臨、蔡名峰與張鈺雯同學，高雄大學法律學系研究生徐應松同學，熱心協助校對以及相關工作，財法系助理張淑娟平日襄助系務備極辛勞，特此致謝。

謹以本書獻給我最親愛的家人。

林書楷 於高雄家中
2012.11.15

目 錄

序	1
因果關係中斷與客觀歸責	11
壹、前言	11
貳、因果關係中斷	14
一、實務判決中的相當因果關係與因果關係中斷 ..	15
二、「回溯禁止」與「超越的因果關係」	20
參、歸責關聯性中斷	24
一、被害人自我危害行為所導致的歸責關聯性中斷 ..	25
二、應負責第三人行為介入所導致的歸責關聯性 中斷	30
三、行為人自己所導致的歸責關聯性中斷	35
肆、醫療過誤行為介入之客觀歸責	37
一、過失區別說	38
二、行為區別說	38
三、風險綜合說	40
四、小結	41
伍、以風險實現關聯作為判斷基準	42
一、作為醫療過誤	42
二、不作為醫療過誤	43

陸、結語	45
原因自由行為	49
壹、原因自由行為與「合致原則」	49
貳、原因自由行為理論歸類	52
一、「構成要件處理模式」與「罪責處理模式」 ..	53
二、「一致模式」與「例外模式」	55
三、本文分類	56
參、原因自由行為理論	58
一、前置說	58
二、擴張說	61
三、例外說	69
四、不一致說	72
肆、理論選擇與立法現實	73
一、構成要件行為的解釋	74
二、原因設定行為與犯罪實行間的因果關係	83
三、未遂著手時點	87
四、正當防衛的問題	91
五、本文見解	92
伍、故意原因自由行為	95
一、原因自由行為中的故意概念	95
二、構成要件故意	102
三、罪責原則與雙重故意	105
四、雙重故意作為罪責要素	113

五、醉態駕駛與原因自由行為.....	117
六、可罰性漏洞與自醉行為構成要件.....	121
陸、過失原因自由行為.....	126
一、過失原因自由行為的觀點差異.....	126
二、以過失前行為取代過失原因自由行為.....	129
柒、結論.....	134
 共同正犯之行為分擔.....	 139
壹、前言.....	139
貳、正犯理論與共謀共同正犯.....	141
一、形式客觀理論.....	141
二、主觀理論.....	143
三、主客觀擇一標準說.....	144
四、犯罪支配理論.....	146
五、評析.....	147
參、謀議與犯罪支配.....	150
一、角色參與強度補足犯罪實行直接性之欠缺.....	151
二、實行階段之共同加工.....	154
三、評析.....	155
肆、共同正犯之行為分擔.....	158
一、犯罪現場之分擔.....	158
二、非犯罪現場之分擔.....	160
伍、犯罪集團首腦與共謀共同正犯.....	161
陸、代結論 — 回歸客觀本質的行為分擔.....	163

教唆故意之特定性	165
壹、問題的提出	165
貳、教唆故意特定性的學說	168
一、作為具體事件之所有個別化要素—德國聯邦 最高法院觀點	169
二、不法重要面向—Roxin 的見解	171
三、具體侵害方向—Ingelfinger 的見解	173
四、構成要件關連性—Warneke 的見解	177
五、理論評析	181
參、教唆故意的最低內涵	191
一、特定被教唆人	191
二、特定構成要件事實	192
三、正犯行為的違法性	199
肆、正犯實行罪名的偏離	200
一、邏輯階層關係	201
二、規範階層關係	203
三、欠缺階層關係	204
伍、結論	204
 法定法官與重罪羈押	 207
壹、前言	207
貳、法定法官原則與分案規則	210
一、請求受法定法官審判的基本權	211

二、分案規則與法定法官	213
參、檢視法院併案審理制度	216
一、後案併由前案審理	216
二、法官協商併辦後簽請院長核准	218
三、協商不成由法官會議議決	223
肆、羈押制度與「無罪推定原則」	227
伍、檢視重罪羈押制度	229
一、重罪羈押不合羈押制度的目的本質	229
二、合憲性解釋途徑	231
三、逃亡與滅證串證條款足以涵蓋重罪因素在內 ..	233
陸、結論	236
 內線交易之因果關聯與刑事舉證責任	 239
壹、前言	239
貳、內線消息之知悉與利用	241
一、知悉說	242
二、利用說	244
三、舉證免責說	245
四、理論評析	246
參、內線交易罪之不法內涵	247
一、內線交易構成要件的保護法益	248
二、從犯罪不法內涵導出不成文構成要件要素	251
三、「利用」或「運用」內線消息	255

肆、內部人交易行為與內線消息間之因果關聯在刑事 訴訟中的舉證責任	257
一、刑事舉證責任論	257
二、舉證責任轉換？	262
三、內線交易之舉證責任	264
伍、結語	266
 操縱資本市場價格之刑事責任	 269
壹、前言—資本市場中的市場濫用行為	269
貳、操縱資本市場行為之型態	272
一、資訊型	273
二、交易型	274
三、行為型	275
參、操縱資本市場罪之保護法益	276
肆、操縱市場構成要件之性質	280
一、空白構成要件	280
二、抽象危險構成要件	281
伍、構成要件行為類型	285
一、不履行交割	285
二、沖洗買賣	289
三、相對委託	291
四、連續買賣炒作股價	295
五、散布流言或不實資料	299
六、其他操縱市場行為	304

陸、阻卻違法事由.....	314
一、國安基金護盤.....	314
二、庫藏股買回計畫.....	315
三、安定操作.....	319
柒、正犯與共犯.....	322
一、間接正犯.....	322
二、共同正犯.....	323
三、共犯.....	326
捌、結論.....	327
參考文獻.....	331

序

這本書收錄了這數年來所撰寫對我個人覺得比較重要的幾篇文章，其中有涉及刑法基礎理論的因果歸責、原因自由行為以及正犯與共犯的議題，刑事訴訟法領域法定法官與羈押的問題，也有財經刑法中涉及證券交易刑法內線交易與操縱資本市場的部分，涵蓋範圍或有些許龐雜，但彼此間又具有思考脈絡的關連性。例如在關於內線交易的這篇文章中，以構成要件核心不法內涵的概念來限縮內線交易罪的適用，並探討追訴內線交易在司法實務上所面臨的刑事舉證責任論的問題。基本上這本書是以刑事法理論的基礎作為出發，而將相關刑事法理論概念延伸到財經刑法的領域，因此才決定以「刑事法理論與財經刑法之接軌」作為本書書名。

關於原因自由行為的問題，是我自大學以來就一直縈繞在腦中的疑惑，總覺得相關的理論都有無法圓滿說明之處，難以對原因自由行為的處罰提供足夠的法理基礎。幾年前出版刑法總則教科書時，關於原因自由行為這個部份也是僅敘述通說的想法，並未直接去尋求較深層的理解。在本書所收錄的這篇原因自由行為的論文中，以例外說作為基礎，並從罪責原則的角度來詮釋雙重故意的體系定位，與通說的見解或有不同，但大致呈現了自己對這個議題的一些想法。覺得比較有缺憾的是關於完全無責任能力狀態下行為人的認知狀況這個部份，這涉及到行為人在當下是否仍可能有故意的問題，本來的寫作構想是要尋求醫學上的解答，但後來受限於資料蒐集困難的緣故，並未能有一個完整的處理，或許留待他日可就此再作較細緻的探討。

正犯與共犯的議題是自研究以來即關注的焦點，因此書中關於共同正犯與教唆犯的論文算是以往研究方向的延續。在共同

正犯之行為分擔這篇文章中，提出了一些對實務共謀共同正犯概念的批評，並從犯罪支配理論的角度來檢視這個問題，將僅參與謀議的共同正犯侷限在實行行為階段仍具備犯罪支配的範圍內。教唆故意之特定性國內文獻較少提及，德文文獻上的幾種見解也都有某種程度上的問題，本書從確認教唆不法內涵的角度來界定教唆故意之特定性，並主張在客體不確定的情形適用罪疑唯輕原則，以教唆故意指涉最輕微犯罪方式來認定教唆行為的不法與罪責內涵，並據以為刑罰裁量之基礎。

財經法中關於刑事處罰的部份是一個橫跨刑法與財經法的領域，財經法學者從財經法的角度來看這個部份，與刑法學者從刑法的角度來看這個部份會有不小的觀點差異，而且似乎難有交集、通常是各說各話，我在一場證券刑法的學術研討會中發現這個饒富趣味的現象，自覺要處理這方面的議題不能不接觸財經法的文獻。因此在寫財經刑法領域的文章時，自己儘量多方參閱了財經法學者的見解，再從刑事法理論的角度來解釋證券交易刑法的問題，也恰巧本身對財經領域有高度興趣，於克服一些困難（例如證券期貨市場中的專門術語）後，完成了關於內線交易與操縱資本市場這二篇論文的撰寫。

序末，感謝這些年來師長的提攜、親友的陪伴與鼓勵、同學們的愛護，願大家平安喜樂。興國管理學院財經法律學系林幸臨、蔡名峰與張鈺雯同學，高雄大學法律學系研究生徐應松同學，熱心協助校對以及相關工作，財法系助理張淑娟平日襄助系務備極辛勞，特此致謝。

謹以本書獻給我最親愛的家人。

林書楷 於高雄家中
2012.11.15

目 錄

序	1
因果關係中斷與客觀歸責	11
壹、前言	11
貳、因果關係中斷	14
一、實務判決中的相當因果關係與因果關係中斷 ..	15
二、「回溯禁止」與「超越的因果關係」	20
參、歸責關聯性中斷	24
一、被害人自我危害行為所導致的歸責關聯性中斷 ..	25
二、應負責第三人行為介入所導致的歸責關聯性 中斷	30
三、行為人自己所導致的歸責關聯性中斷	35
肆、醫療過誤行為介入之客觀歸責	37
一、過失區別說	38
二、行為區別說	38
三、風險綜合說	40
四、小結	41
伍、以風險實現關聯作為判斷基準	42
一、作為醫療過誤	42
二、不作為醫療過誤	43

陸、結語	45
原因自由行為	49
壹、原因自由行為與「合致原則」	49
貳、原因自由行為理論歸類	52
一、「構成要件處理模式」與「罪責處理模式」 ..	53
二、「一致模式」與「例外模式」	55
三、本文分類	56
參、原因自由行為理論	58
一、前置說	58
二、擴張說	61
三、例外說	69
四、不一致說	72
肆、理論選擇與立法現實	73
一、構成要件行為的解釋	74
二、原因設定行為與犯罪實行間的因果關係	83
三、未遂著手時點	87
四、正當防衛的問題	91
五、本文見解	92
伍、故意原因自由行為	95
一、原因自由行為中的故意概念	95
二、構成要件故意	102
三、罪責原則與雙重故意	105
四、雙重故意作為罪責要素	113

五、醉態駕駛與原因自由行為.....	117
六、可罰性漏洞與自醉行為構成要件.....	121
陸、過失原因自由行為.....	126
一、過失原因自由行為的觀點差異.....	126
二、以過失前行為取代過失原因自由行為.....	129
柒、結論.....	134
 共同正犯之行為分擔.....	 139
壹、前言.....	139
貳、正犯理論與共謀共同正犯.....	141
一、形式客觀理論.....	141
二、主觀理論.....	143
三、主客觀擇一標準說.....	144
四、犯罪支配理論.....	146
五、評析.....	147
參、謀議與犯罪支配.....	150
一、角色參與強度補足犯罪實行直接性之欠缺.....	151
二、實行階段之共同加工.....	154
三、評析.....	155
肆、共同正犯之行為分擔.....	158
一、犯罪現場之分擔.....	158
二、非犯罪現場之分擔.....	160
伍、犯罪集團首腦與共謀共同正犯.....	161
陸、代結論 — 回歸客觀本質的行為分擔.....	163