

刑法的思與辯

柯耀程 / 著



元照出版

D914.04/54=2

2003

刑法的思與辯

柯耀程 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

刑法的思與辯／柯耀程著. —— 初版. —— [嘉義縣民雄鄉]：柯耀程出版；臺北市：元照總經銷, 2003〔民92〕

面：公分

ISBN 957-41-1435-X (平裝)

1. 刑法 — 論文, 講詞等

585.07

92018979

刑法的思與辯

5D43PA

2003 年 12 月 初版第 1 刷

作 者	柯耀程
出 版 者	柯耀程
總 經 銷	元照出版有限公司 100 臺北市館前路 18 號 5 樓
網 址	www.angle.com.tw
定 價	新臺幣 600 元
訂閱專線	(02)2375-6688 轉 166 (02)2370-7890
訂閱傳真	(02)2331-8496
郵政劃撥	19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 957-41-1435-X

ISBN: 9789574114351

人民幣價：375

序言

刑法學理的研究，從啟蒙時起以來，確實經過一番成果相當輝煌的時期，似乎幾乎所有的刑法問題都已被研究殆盡，乃至使得刑法學的研究，有陷入泥淖之感，好像刑法基礎理論上的問題，都已經被反覆多次研究過了一般，對於刑法議題的研究，似乎都只是在既有的問題上，反反覆覆而已，致使得鑽研刑法學之人，不免有了無新意之感，心中頗有遺珠之憾。確實刑法學之研究，經過歷史的發展與累積，研究成果的文獻可謂「汗牛充棟」，幾乎所有可能存在的議題，已被鉅細靡遺地檢討過好幾遍，要想再找出新創的議題，確實有若干的難處。但學術的研究，本就是心靈與思想的活動，即便是「行至水窮處」，當有「坐看雲起時」的心境，是以可否從不同的角度，來重新觀察刑法學的若干問題？會否得出不一樣的境界？又是否刑法的問題，果真僅止於已經研究過的議題而已？而使得刑法學的研究只能唱唱老調，變不出任何的新花樣？倘若如此，刑法學的生命將在不斷發展的歷史洪流中，漸漸成為遺跡。吾人不禁要問，刑法學的發展，是否已經走到極限？是否已經碰到難以突破的瓶頸？乃至於是否已經缺乏創新發展的動力了？這是一個值得深思的問題。或許在不斷的思辯中，可以重新開啟刑法學的新生命，或許當老調重彈時，亦能譜出新樂章。這樣的疑惑，心中雖有幾分不能平，但卻也提供刑法學研究的新動力。在刑法學的研究領域中，不由得對於刑法的規範結構，重新思考與辯證，嘗試找出隱藏在刑法學背後尚未被開拓的領域，並對於既有的學理重新思辯一番，期待刑法學有一番不同的多元面貌。故而，本書乃以「刑法的思與辯」為名，

以期在刑法的研究領域中，不斷思考與辯證，以求一扣刑法學宏宇之門、一窺刑法學廟堂之美。

或許刑法學的發展，太過於沈溺在緬懷過去輝煌歷史的沈思當中，漸漸思維變得狹隘了，原本應有的客觀的認知，卻已被主觀的偏見所佔據，所以問題當然也就變少了。其實刑法學的發展，應該仍處於待開發的階段，仍有相當多的問題值得深思與開拓。記得多年以前讀到一本勵志小品時，文中有一段描述人生從無知到困頓、乃至覺醒所經歷三個境界的話，作者用了一個相當巧妙的引述「昨夜西風凋敝樹，更上層樓，望盡天涯路；衣帶漸寬終不悔，為伊消得人憔悴；眾裡尋他千百度，驀然回首，伊人卻在燈火闌珊處」，此種心境歷程，或可貼切地作為刑法學研究時，思辯心情轉換的期待吧！

本書共蒐集十二篇論文，雖係論文集的形式，但卻是依刑法體系加以安排。內容以刑法規範適用基本原則的檢討為始、漸次檢討刑法學所未真正關注的行為主體定位問題，延伸至特殊犯罪類型的參與關係的檢討，到刑法參與擬制規範重新思考，乃至犯罪行為資格與界線認定問題、不能未遂的正當性，以及競合論的回顧與前瞻，競合論若干概念的釐清，以及刑罰法律效果的認知，進而關於刑事法規範體制中，特別法問題的批判，刑法修正性犯罪的諸多問題，以及少年事件處理法的法制動向等，在本書中作一個體系性與邏輯性的編排。期望能提供給對刑法學研究有興趣者一個較有體系性的架構。也藉此與讀者共同思考，透過生澀文字的表達，企求能與大家進行一番無須言語的思想對話。

本書校對的繁瑣工作，端賴中正法研所黃俊昇、洪明立、陳信安、陳偉展諸位研究生悉心校稿，我的助理黃俊昇更統籌文字校對之總成工作，於此致謝。

柯耀程

2003 年 10 月 10 日

于嘉義

刑法的思與辯

目錄總覽

序言

目錄總覽 I

目錄分目 III

刑法法律變更與事實變更概念的基本思考 1

圖利罪修正與法律適用問題分析 35

懲治盜匪條例廢止後相關法律適用問題檢討 107

論行為主體於構成要件定位問題 175

特別犯類型之共同正犯認定 221

參與擬制規範之檢討 263

不能未遂之檢討 287

刑罰相關規定之修正方向 327

競合論之回顧與前瞻 357

貪污治罪條例在適用上的評估與檢討 417

性侵害案件程序處理及犯罪人處遇 445

少年矯治處遇手段之檢討 495

刑法的思與辯

目錄分目

序言

刑法法律變更與事實變更概念的思考	1
前言	2
壹、法律變更的基本概念	6
一、法規範的變更	9
二、評價範圍的變動	12
三、範圍界定	15
貳、事實變更	16
一、基本概念	17
二、事實變更的類型	18
三、事實變更的效應	19
參、法律變更與事實變更觀念釐清	21
一、區分基準	22
二、評價效應分析	24
肆、除罪化的效應及程序處理	27
一、除罪的法律適用關係	27
二、程序處理	30
三、實例解析	31
伍、結語	32

圖利罪修正與法律適用問題分析

35

前言	37
壹、圖利罪的迷思	44
一、弔詭的法律規範	48
二、刑法圖利罪果真為舉動犯？	52
貳、刑法與特別法圖利罪類型與屬性之差異	56
一、屬性差異	60
二、規範目的範圍不同	62
三、規範對象同一性問題	63
參、修正後新舊法適用界線判斷	66
一、事實適用之認定	69
二、裁判確定前	75
三、裁判確定後	79
肆、刑法第二條第三項之適用問題分析	82
一、拼裝卻優質的規範	83
二、法律變更適用之嚴格限縮	87
三、單一之適用範圍	92
伍、圖利罪修正後所生之刑罰執行問題	93
一、法律變更程度	93
二、應否執行之分析	96
三、差異性判斷問題	98
陸、結語	99

懲治盜匪條例廢止後相關法律適用問題檢討 107

引言	108
壹、特別法廢除的法律關係分析	113
一、特別法與普通法之交錯	115

二、回歸適用關係	121
三、特別法存在之基本條件	125
貳、刑法配合修正適用之檢視	129
一、修法的根本觀察	129
二、配套修正的適用關係	136
三、法律生效與適用問題	144
參、「懲治盜匪條例」廢除回歸適用問題	147
一、一對一之回歸適用	151
二、一對多之回歸適用	159
三、單純除罪問題	165
四、廢除前法律適用完成案件問題	168
肆、修正評釋—代結論	171

論行為主體於構成要件定位問題 175

引言	177
壹、傳統評價對象分析	180
一、行為導向之刑法	182
二、行為篩選論說	184
三、評價對象之確認與質疑	192
貳、構成要件詮釋之不足	194
一、以行為為中心的構成要件認定	195
（一）客觀構成要件	196
（二）主觀構成要件	199
（三）主、客觀要件之關係	200
二、遺漏要件檢討	204
參、行為主體資格要件論述之欠缺	206
一、特別犯問題詮釋之不足	207
二、特別犯之特殊性	209

三、行為主體評價的不一致現象-----	211
四、主體定位的模糊-----	212
肆、行為主體資格定位之重新思考-----	213
一、構成要件內容重新詮釋-----	214
二、主體要件之定位效應-----	216
三、行為主體資格一致性之檢討-----	218
伍、行為主體要件定位之思考—代結論-----	219
 特別犯類型之共同正犯認定	 221
前言-----	222
壹、參與論學說概況-----	225
一、客觀及主觀理論之爭辯-----	226
二、犯罪事實支配理論-----	233
貳、檢視學說對於共同正犯之認定-----	236
一、客觀理論之不足-----	236
二、主觀理論之難題-----	240
三、綜合論之謬誤-----	242
四、支配論之隱憂-----	244
五、解決方案-----	247
參、特別犯共同正犯之認定-----	250
一、特別犯形成共同正犯之基礎-----	251
二、特別犯共同正犯主體資格之擬制問題-----	254
肆、重新界定共同正犯之擬制關係—代結論---	258
 參與擬制規範之檢討	 263
問題-----	264
引言-----	264

壹、犯罪類型的行為主體	268
一、無特定行為人要求之參與類型	268
二、特定行為主體的犯罪類型	270
貳、擬制參與角色的疑慮	272
一、問題所在	273
二、主體資格擬制的疑慮	276
三、主體評價的不一致迷思	278
參、行為主體資格參與問題重新思考	280
一、二種思維	280
二、主體資格一致性地位	283
肆、結語	284
不能未遂之檢討	287
摘要	288
前言	289
壹、未遂之基本概念	291
一、未遂前提之判斷	292
二、未遂型態分析	298
三、未遂處罰之基礎	300
貳、不能未遂之通念	309
一、不能未遂之不能	309
二、形成「不能」可能想像的情況	312
參、不能未遂問題之檢討	316
一、形成關係之質疑	317
二、處罰之疑慮	321
三、小結	323
肆、不能未遂廢除之芻議—代結論	324

刑罰相關規定之修正方向 327

引言	329
壹、修法動向說明	331
一、重刑化修正方向	331
二、刑罰刑度與範圍的擴張	333
三、累犯規定修正重點	336
(一) 範圍擴大及故意再犯原則	337
(二) 三振法案引入	338
四、假釋規定之配合	339
貳、刑度草案修正評議	339
一、重刑化立法的隱憂	340
二、刑度修正動向之質疑	343
三、刑罰種類的重整	346
四、小結	347
參、累犯規定修正草案評釋	348
一、累犯的性質與疑慮	348
二、累犯修正的批判	349
三、累犯假釋規定的矛盾	351
四、小結	353
肆、結論與總評	354

競合論之回顧與前瞻 357

引言	359
壹、競合論之基本結構	366
一、競合論之結構型態	371
二、行為數或罪數？	374
三、真假競合	379

貳、競合論之定位	380
一、犯罪行為論	382
二、法律效果論	384
三、雙重地位	386
四、刑罰裁量論	389
五、評述	391
參、法律效果處理原則	394
一、前提條件	395
二、法律效果之處理	396
三、區分制與單一制	397
(一) 區分處理原則	399
1、累罰原則	399
2、併罰原則	401
3、吸收原則	402
4、限制原則	404
5、結合原則	405
(二) 單一刑原則	407
肆、回顧與前瞻	410
一、定位之檢討	411
二、處理原則之釐清	413
伍、結語	414
貪污治罪條例在適用上的評估與檢討	417
引言	419
壹、貪污治罪條例與刑法關係	422
一、特別法與普通法關係界定	424
二、特別法之特別	427
三、適用效力分析	428

貳、職務犯罪法律適用的切割	430
一、貪污與瀆職的界線	430
二、規範適用專屬性	432
參、貪瀆並存的法律適用	433
一、手段目的機制	433
二、純正職務貪瀆並存犯罪類型之適用	434
三、以貪污犯非職務犯罪之適用	436
四、貪污治罪條例第七條為適用範例	438
肆、欺凌刑法的貪污治罪條例	439
一、貪污行為被過度擴張	440
二、適用規範關係的混沌	441
伍、純化適用關係—代結論	443
 性侵害案件程序處理及犯罪人處遇	 445
前言	447
壹、性侵害犯罪之特殊性	450
一、犯罪類型的特殊性	450
二、侵害關係	452
三、行為人之屬性	454
貳、性侵害案件之範圍界定	456
一、我國法之類型	456
二、德國法之分類	458
參、性侵害之法律效果分析	460
一、傳統刑罰	460
二、保安處分及防制措施	463
三、其他可能之法律效果	465
肆、性侵害案件之程序處理	466
一、案件特殊性之顧慮	468

二、被害人之詢問 -----	472
(一) 偵查階段 -----	473
(二) 訴訟程序之要求與例外 -----	476
三、避免重複陳述 -----	478
四、被告對質之限制 -----	479
五、小結 -----	481
伍、德國 1998 年修法關於性侵害案件之檢視 -	483
一、實體法之修正 -----	484
(一) 類型之整合 -----	485
(二) 法律效果之修正 -----	485
二、程序法之修正 -----	487
三、刑事執行法之修正 -----	489
四、小結 -----	491
陸、結論 -----	492
 少年矯治處遇手段之檢討	 495
前言 -----	496
壹、少年矯治處遇之基本思維 -----	499
一、非行與轉向 -----	500
二、少年矯治處遇基本思維變遷 -----	502
貳、矯治處遇手段設計之檢視 -----	504
一、適用前提 -----	505
二、類型區分 -----	508
三、程序轉換 -----	509
四、檢討 -----	511
參、轉向式法律效果的運作 -----	514
一、科處基礎 -----	517
二、保護處分之執行 -----	519