

台湾法学研究
精要丛书

柯耀程
著

刑法的思与辩



中国人民大学出版社

D914.04/54

2008

台湾法学研究
精要丛书

柯耀程
著

刑法的思与辩

中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法的思与辩/柯耀程著.

北京: 中国人民大学出版社, 2008

(台湾法学研究精要丛书)

ISBN 978-7-300-09477-9

I. 刑…

II. 柯…

III. 刑法—研究—台湾省

IV. D927.580.404

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 101685 号

台湾法学研究精要丛书

刑法的思与辩

柯耀程 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	河北三河市新世纪印务有限公司		
规 格	170 mm×228 mm 16 开本	版 次	2008 年 7 月第 1 版
印 张	20 插页 2	印 次	2008 年 7 月第 1 次印刷
字 数	353 000	定 价	38.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

序

台湾法学研究精要丛书
刑法的思与辩

中国人民大学出版社推出的“台湾法学研究精要丛书”连续引入我国台湾地区法学领域的拔尖之作，在祖国大陆法学界产生了积极的学术影响。整套丛书开始出版的主要是民商法、行政法和诉讼法方面的著作，现在又要陆续推出刑法系列，这是令人欣慰的。

台湾地区的刑法学和大陆的刑法学之间存在密切联系。台湾的老一辈刑法学家韩忠谟教授等，都是在祖国大陆完成学业以后去台湾的，可以说是在台湾承续了自清末以降从大陆法学引入的刑法学传统。在大陆上个世纪80年代初开始恢复刑法学的学术研究的时候，又恰恰是台湾的刑法学著作起到了一定的启蒙作用。例如韩忠谟教授的《刑法原理》一书就以影印的方式在大陆出版，为我们当时了解刑法理论研究的世界现状打开了一扇学术的门窗。此后，随着大陆刑法学理论迅速发展，尤其是

大陆法学和英美法学的刑法学教科书和专著大量地翻译出版，台湾地区刑法学的学术影响力有所下降。但由于两岸之间人员交流、学术交流的日益增加与扩大，加上同种同文的优势，祖国大陆和台湾地区之间在刑法学术领域实质性交流更加深入，对于大陆刑法学理论研究的发展起到了积极的促进作用。

尽管目前两岸之间学术交流加强，我们也可以通过各种渠道获得台湾同行的刑法学著作，但对于更为广泛的刑法学教学科研人员，尤其是对那些在读的本科生、硕士生和博士生来说，获得第一手的台湾刑法学资料还是存在一定难度的。在这种情况下，中国人民大学出版社推出“台湾法学研究精要丛书”之刑法系列，可以说它是两岸刑法学术交流领域的一大盛举。自上个世纪90年代以后，台湾地区的刑法学界逐渐完成了新老交替。老一辈刑法学者年事已高，有的已经过世，尽管其著作仍然对当下发生着学术影响力，但其人其作品慢慢地退出历史舞台，这是不可抗拒的自然现象。与此同时，一批中青年学者占据了刑法学术的舞台中心，成为学术中坚，正是这些学者及其作品成为目前主导台湾刑法学研究的力量。这些年来，祖国大陆出版机构也零星地出版过台湾刑法学者的著作，但尚无系统的出版规划。这次我们经过征求各方面的意见，向出版社推荐了一批在台湾刑法学界具有较大学术影响力的著作，纳入刑法系列。从第一批著作来看，主要有以下两种类型：一是刑法体系书，主要是指刑法教科书。台湾地区在2005年完成刑法修订以后，刑法教科书也随之完成了修订。在这种情况下，选择一些具有代表性的刑法教科书在大陆出版，可以作为教学参考之用。刑法体系书的体系性知识及叙述的特点，使大陆读者能够较为系统地了解台湾刑法学理论的全貌，因而必然会受到读者的欢迎。二是刑法论著，包括刑法论文集和专著。这是在某些刑法论题上进行深入研究的著作，可以展示刑法理论研究的深度。随着大陆对刑法理论研究的不断深入，台湾的刑法论著的出版必将提供某种借鉴。

祖国大陆和台湾地区具有相同的法律文化渊源。这是在刑法学术交流上的优势。但也不可否认，经过五十多年的文化隔绝，两岸刑法学术话语之间已经产生了较大的区隔。例如大陆在1949年以后引入苏俄刑法学，尤其是作为刑法学基本理论框架的犯罪构成体系，它是苏俄式的，沿用至今。台湾刑法学则以德、日的犯罪论体系作为刑法知识的基本逻辑结构。在这种情况下，两岸的刑法学术话语存在相当程度上的不对接，这也增加了刑法学术交流的困难。这些年来，祖国大陆刑法学界还在引入和借鉴德、日的犯罪论体系，对苏俄刑法学的犯罪构成体系进行反思与重构。就我个人认为，祖国大陆的刑法学面对着“拨乱反正”、知识转型的重大课题。唯有完成这一刑法知识的转型，祖国大陆的刑法学理论研究才能融入大陆法系的刑法学术传统之中，刑法学的理论格局也将为之发生巨变。

在这样一个刑法知识转型的历史性时刻，我们刑法学人应当具有开拓的学术眼界、广阔的学术胸怀，为推进并完成这一刑法知识的转型而付出一己之力。在这样一个背景之下，台湾刑法著作在祖国大陆的出版，是具有独特作用的。大陆法学的刑法学术传统经过台湾地区刑法学者的长期努力，深深地打上了中华文化的印记，这对于亟待引入大陆法学刑法学术传统的祖国大陆来说，无疑具有直接的借鉴意义。

我曾于1999年8月和2007年5月两度到访台湾，参访了台湾大学、东海大学、东吴大学、辅仁大学等高校，拜访过老一辈学者蔡墩铭教授，也与陈子平教授等中年学者长期交往，保持了深厚的友情。这次出版的“台湾法学研究精要丛书”之刑法系列，是这个系列的第一批书，我相信还会有更多的著作纳入到这个书系，与祖国大陆的读者见面。

是为序。

陈兴良

谨识于北京依水庄园渡上寓所

2008年3月23日

序 言

台湾法学研究精要丛书
刑法的思与辩

刑法学理的研究，从启蒙时期以来，确实经过一番成果相当辉煌的时期，似乎几乎所有的刑法问题都已被研究殆尽，乃至使得刑法学的研究，有陷入泥淖之感，好像刑法基础理论上的问题，都已经被反复多次研究过了一般，对于刑法议题的研究，似乎都只是在既有的问题上，反反复复而已，致使钻研刑法学之人，不免有了无新意之感，心中颇有遗珠之憾。确实刑法学之研究，经过历史的发展与累积，研究成果的文献可谓“汗牛充栋”，几乎所有可能存在的议题，已被巨细靡遗地检讨过好几遍，要想再找出新创的议题，确实有若干的难处。但学术的研究，本就是心灵与思想的活动，即便是“行至水穷处”，当有“坐看云起时”的心境，是以可否从不同的角度，来重新观察刑法学的若干问题？会否得出不一样的境界？又是否刑法的问题，果真仅止于已经研究

过的议题而已？而使得刑法学的研究只能唱唱老调，变不出任何的新花样？倘若如此，刑法学的生命将在不断发展的历史洪流中，渐渐成为遗迹。吾人不禁要问，刑法学的发展，是否已经走到极限？是否已经碰到难以突破的瓶颈？乃至是否已经缺乏创新发展的动力了？这是一个值得深思的问题。或许在不断的思辩中，可以重新开启刑法学的新生命，或许当老调重弹时，亦能谱出新乐章。这样的疑惑，心中虽有几分不能平，但却也提供刑法学研究的新动力。在刑法学的研究领域，不由得对于刑法的规范结构，重新思考与辩证，尝试找出隐藏在刑法学背后尚未被开拓的领域，并对于既有的学理重新思辩一番，期待刑法学有一番不同的多元面貌。故而，本书乃以“刑法的思与辩”为名，以期在刑法的研究领域中，不断思考与辩证，以求一扣刑法学宏宇之门、一窥刑法学庙堂之美。

或许刑法学的发展，太过于沉溺在缅怀过去辉煌历史的沉思当中，渐渐思维变得狭隘了，原本应有的客观的认知，却已被主观的偏见所占据，所以问题当然也就变少了。其实刑法学的发展，应该仍处于待开发的阶段，仍有相当多的问题值得深思与开拓。记得多年以前读到一本励志小品时，文中有一段描述人生从无知到困顿，乃至觉醒所经历三个境界的话，作者用了一个相当巧妙的引述“昨夜西风凋碧树，更上层楼，望尽天涯路；衣带渐宽终不悔，为伊消得人憔悴；众里寻他千百度，蓦然回首，伊人却在灯火阑珊处”，此种心境历程，或可贴切地作为刑法学研究时，思辩心情转换的期待吧！

本书共搜集十二篇论文，虽系论文集的形式，但却是依刑法体系加以安排。内容以刑法规范适用基本原则的检讨为始、渐次检讨刑法学所未真正关注的行为主体定位问题，延伸至特殊犯罪类型的参与关系的检讨，到刑法参与拟制规范重新思考，乃至犯罪行为资格与界线认定问题、不能未遂的正当性，以及竞合论的回顾与前瞻，竞合论若干概念的厘清，以及刑罚法律效果的认知，进而关于刑事法规范体制中，特别法问题的批判，刑法修正性犯罪的诸多问题，以及少年事件处理法的法制动向等，在本书中作一个体系性与逻辑性的编排。期望能提供对刑法学研究有兴趣者一个较有体系性的架构。也借此与读者共同思考，透过生涩文字的表达，企求能与大家进行一番无须言语的思想对话。

本书校对的繁琐工作，端赖中正法研所黄俊升、洪明立、陈信安、陈伟展诸位研究生悉心校稿，我的助理黄俊升更统筹文字校对之总成工作，于此致谢。

柯耀程

2003年10月10日

于嘉义

目 录

刑法法律变更与事实变更概念的思考	1
图利罪修正与法律适用问题分析	22
“惩治盗匪条例”废止后相关法律适用 问题检讨	61
论行为主体于构成要件定位问题	99
特别犯类型之共同正犯认定	124
参与拟制规范之检讨	148
不能未遂之检讨	162
刑罚相关规定之修正方向	185
竞合论之回顾与前瞻	203
“贪污治罪条例”在适用上的评估与 检讨	236
性侵害案件程序处理及犯罪人处遇	253
少年矫治处遇手段之检讨	282

细 目

刑法法律变更与事实变更概念的思考	1
前言	2
壹、法律变更的基本概念	4
一、法规范的变更	6
二、评价范围的变动	7
三、范围界定	9
貳、事实变更	10
一、基本概念	10
二、事实变更的类型	11
三、事实变更的效应	12
叁、法律变更与事实变更观念厘清	13
一、区分基准	14
二、评价效应分析	15
肆、除罪化的效应及程序处理	16
一、除罪的法律适用关系	17
二、程序处理	18

三、实例解析	19
伍、结语	20
图利罪修正与法律适用问题分析	22
前言	23
壹、图利罪的迷思	27
一、吊诡的法律规范	29
二、刑法图利罪果真为举动犯	31
貳、“刑法”与特别法图利罪类型与属性之差异	34
一、属性差异	36
二、规范目的范围不同	37
三、规范对象同一性问题	37
叁、修正后新旧法适用界线判断	39
一、事实适用之认定	41
二、裁判确定前	44
三、裁判确定后	46
肆、“刑法”第二条第三项之适用问题分析	48
一、拼装却优质的规范	49
二、法律变更适用之严格限缩	51
三、单一之适用范围	54
伍、图利罪修正后所生之刑罚执行问题	54
一、法律变更程度	55
二、应否执行之分析	56
三、差异性判断问题	57
陆、结语	58
“惩治盗匪条例”废止后相关法律适用问题检讨	61
引言	62
壹、特别法废除的法律关系分析	64
一、特别法与普通法之交错	66
二、回归适用关系	69
三、特别法存在之基本条件	71
贰、“刑法”配合修正适用之检视	73

一、修法的根本观察	74
二、配套修正的适用关系	77
三、法律生效与适用问题	82
叁、“惩治盗匪条例”废除回归适用问题	84
一、一对一之回归适用	86
二、一对多之回归适用	90
三、单纯除罪问题	92
四、废除前法律适用完成案件问题	94
肆、修正评释——代结论	96
论行为主体于构成要件定位问题	99
引言	100
壹、传统评价对象分析	102
一、行为导向之刑法	103
二、行为筛选论说	104
三、评价对象之确认与质疑	108
贰、构成要件诠释之不足	109
一、以行为为中心的构成要件认定	110
二、遗漏要件检讨	114
叁、行为主体资格要件论述之欠缺	115
一、特别犯问题诠释之不足	116
二、特别犯之特殊性	117
三、行为主体评价的不一致现象	118
四、主体定位的模糊	118
肆、行为主体资格定位之重新思考	119
一、构成要件内容重新诠释	120
二、主体要件之定位效应	121
三、行为主体资格一致性之检讨	122
伍、行为主体要件定位之思考——代结论	122
特别犯类型之共同正犯认定	124
前言	125
壹、参与论学说概况	127

一、客观及主观理论之争辩	127
二、犯罪事实支配理论	131
贰、检视学说对于共同正犯之认定	133
一、客观理论之不足	133
二、主观理论之难题	135
三、综合论之谬误	136
四、支配论之隐忧	137
五、解决方案	139
叁、特别犯共同正犯之认定	141
一、特别犯形成共同正犯之基础	142
二、特别犯共同正犯主体资格之拟制问题	143
肆、重新界定共同正犯之拟制关系——代结论	146
参与拟制规范之检讨	148
问题	149
引言	149
壹、犯罪类型的行为主体	151
一、无特定行为人要求之参与类型	151
二、特定行为主体的犯罪类型	152
贰、拟制参与角色的疑虑	153
一、问题所在	154
二、主体资格拟制的疑虑	156
三、主体评价的不一致迷思	157
叁、行为主体资格参与问题重新思考	158
一、二种思维	158
二、主体资格一致性地位	160
肆、结语	161
不能未遂之检讨	162
摘要	163
前言	163
壹、未遂之基本概念	164
一、未遂前提之判断	165

二、未遂形态分析	168
三、未遂处罚之基础	169
贰、不能未遂之通念	174
一、不能未遂之不能	174
二、形成“不能”可能想象的情况	176
叁、不能未遂问题之检讨	178
一、形成关系之质疑	178
二、处罚之疑虑	181
三、小结	182
肆、不能未遂废除之刍议——代结论	183
刑罚相关规定之修正方向	185
引言	186
壹、修法动向说明	187
一、重刑化修正方向	187
二、刑罚刑度与范围的扩张	188
三、累犯规定修正重点	190
四、假释规定之配合	191
贰、“刑度草案”修正评议	192
一、重刑化立法的隐忧	193
二、刑度修正动向之质疑	194
三、刑罚种类的重整	196
四、小结	196
叁、累犯规定“修正草案”评释	197
一、累犯的性质与疑虑	197
二、累犯修正的批判	198
三、累犯假释规定的矛盾	199
四、小结	200
肆、结论与总评	201
竞合论之回顾与前瞻	203
引言	204
壹、竞合论之基本结构	208

一、竞合论之结构形态	211
二、行为数或罪数	212
三、真假竞合	214
贰、竞合论之定位	215
一、犯罪行为论	216
二、法律效果论	218
三、双重地位	219
四、刑罚裁量论	220
五、评述	222
叁、法律效果处理原则	223
一、前提条件	224
二、法律效果之处理	225
三、区分制与单一制	225
肆、回顾与前瞻	232
一、定位之检讨	232
二、处理原则之厘清	234
伍、结语	235
“贪污治罪条例”在适用上的评估与检讨	236
引言	237
壹、“贪污治罪条例”与“刑法”关系	238
一、特别法与普通法关系界定	239
二、特别法之特别	241
三、适用效力分析	242
贰、职务犯罪法律适用的切割	243
一、贪污与渎职的界线	243
二、规范适用专属性	244
叁、贪渎并存的法律适用	245
一、手段目的机制	245
二、纯正职务贪渎并存犯罪类型之适用	246
三、以贪污犯非职务犯罪之适用	247
四、“贪污治罪条例”第七条为适用范例	248

肆、欺凌“刑法”的“贪污治罪条例”	249
一、贪污行为被过度扩张	249
二、适用规范关系的混沌	250
伍、纯化适用关系——代结论	251
性侵害案件程序处理及犯罪人处遇	253
前言	254
壹、性侵害犯罪之特殊性	256
一、犯罪类型的特殊性	256
二、侵害关系	257
三、行为人之属性	258
贰、性侵害案件之范围界定	259
一、台湾地区法之类型	260
二、德国法之分类	261
叁、性侵害之法律效果分析	262
一、传统刑罚	262
二、保安处分及防制措施	264
三、其他可能之法律效果	265
肆、性侵害案件之程序处理	265
一、案件特殊性之顾虑	267
二、被害人之询问	269
三、避免重复陈述	272
四、被告对质之限制	273
五、小结	274
伍、德国 1998 年修法关于性侵害案件之检视	275
一、实体法之修正	275
二、程序法之修正	277
三、刑事执行法之修正	278
四、小结	279
陆、结论	280
少年矫治处遇手段之检讨	282
前言	283

壹、少年矫治处遇之基本思维	284
一、非行与转向	285
二、少年矫治处遇基本思维变迁	286
贰、矫治处遇手段设计之检视	287
一、适用前提	288
二、类型区分	289
三、程序转换	290
四、检讨	291
叁、转向式法律效果的运作	293
一、科处基础	295
二、保护处分之执行	296
三、法律效果之转换	298
四、问题	299
肆、结语	300