

學術著作 ◆ 大專用書

危險犯與 經濟刑法

林東茂 著

五南圖書出版公司 印行



2 f 10
L 197

危險犯與經濟刑法

林東茂

德國基爾大學法學博士

中央警察大學法律系教授兼系主任

國立政治大學法律系及國立東海大學法律系兼任教授

五南圖書出版公司 印行

危險犯與經濟刑法

作 者 / 林東茂
責任編輯 / 陳雅惠
校對者 / 鄭如晃



出 版 者 / 五南圖書出版有限公司

地 址：台北市和平東路二段 339 號 4 樓

電 話：7055066（代表號）

傳 真：7066100

劃 撥：0106895-3

局版台業字第 0598 號

發行人 / 楊榮川

排 版 / 陽明電腦排版股份有限公司

製 版 / 和鑫照相製版有限公司

印 刷 / 東良印刷股份有限公司

裝 訂 / 華台裝訂行

中華民國 85 年 9 月初版一刷

ISBN 957-11-1248-8

基本定價 8 元

（如有缺頁或倒裝，本公司負責換新）

自序

1

自
序

這本書總計約二十萬字，搜錄我自一九九二年九月取得博士學位回國以來，所寫的七篇論文。這些文章，先後發表在不同的期刊雜誌（內文會有註記），較早發表的文章，我在這裡都做了相當程度的修改。修改的原因是，這幾年來，我自己的思想又有我自己可以察知的進境，對於早些年作品，已經不能滿意。當然，幾年後，我必也不會滿意目前所做的修正。之所以還要出此文集，是要為這幾年的思想愁困，做一個紀錄。

在這本文集裡，除了較短的「圍標的刑罰制裁問題」，每一篇都耗掉平均四個月的持續苦思。每一篇文章，都是用短暫的喜悅和漫漫的寂寥寫下來的。我用羅丹或梵谷的心情，經營我的論文。我深信，一切的美麗事物，都產生於磨難和寂寞當中；在人羣的簇擁裡面，不會有美的東西。

這幾篇文章，有很少的一些部份，內容是重複的，請讀者勿做求全之毀。這些文章並沒有相互的關連，而是彼此各自獨立的，讀者可以自由的選看。我做了很大的努力，要把能說的都說清楚，讀者如果稍加思考，還不能理解我的言說，就非常可能是我的敘述有問題。這世界上最困難的事情之一，是把話說清楚。請容許我以此作為藉口吧！

1994-10-10/04

五南圖書出版公司的老闆楊榮川先生，答應爲這本文集出書，我相當感謝。我之前曾與台北一家大書局試探性的聯繫（林山田老師與我曾爲這家書店合寫一書，而且是銷售極好的書），這家書店的決策者，客套地急忙把電話掛掉。我們讀書人的敏感心靈，很能清楚體會並且同情商人的盤算。爲一個沒有市場潛力的人出書，是一個愚蠢的冒險。

我的母校，中央警官學校（現在改名爲中央警察大學），縱容我悠遊在我自己的精神世界，我是心懷感念的。雖然我常常用懷海德（Whitehead）這樣的話來慨嘆我的母校：『大學存在的理由是，它結合老年人與青年人，一同對學問做出富於想像的思考，以此來維持知識和生活熱情的聯繫。大學傳授知識，而且是富於想像的傳授知識。一所大學不能做到這一點，就沒有理由存在下去！』

我的母校有不少可敬可愛的質樸的人。我們一起散步，一起喝酒，談生命的憧憬，在學問上詰難，在精神上安慰與激勵……。這樣的情景，又可能是懷海德理念中的大學所沒有的。這些可愛的朋友，是我寂寥的學思歷程上的一個力量。我要把這本書獻給他們。

林東茂序於大崗

1996年5月12日

◎五南刑法類參考書◎

- 1T01 刑法暨特別法判解彙編
..... 蔡墩銘 主編
- 1T02 刑法各論(上)
..... 甘添貴 著
- 1T03 刑法實例研究
..... 梁恆昌 主編
- 1T04 刑法概要
..... 高仰止 著
- 1T06 德、日刑法典
..... 蔡墩銘 譯
- 1T17 罪與刑表解
..... 李榮鴻 編
- 1T18 刑事責任比較研究
..... 張智輝 著
- 1T21 竊機犯罪之研究(上)
..... 鄭正忠 著
- 1T22 竊機犯罪之研究(下)
..... 鄭正忠 著



目 錄

1

目
錄

1. 危險犯的法律性質 ■ 1 ■
2. 經濟刑法導論 ■ 61 ■
3. 德國近年來的經濟刑法發展趨勢 ■ 105 ■
4. 圖標的刑罰制裁問題 ■ 149 ■
5. 德國的組織犯罪及其法律上的對抗措施 ■ 169 ■
6. 臥底警探的法律問題 ■ 235 ■
7. 從客觀歸責理論判斷交通事故的刑法責任 ■ 283 ■

危險犯的法律性質

本文刊載於：台大法學論叢

第 23 卷第 1 期，1994 年 6 月

◀目 次▶

壹・前言

貳・刑法保護向前推置，創設獨立構成要件的型態

一 預備犯

二 著手犯

三 單純的舉動犯（行為犯）

四 危險犯

參・創設獨立危險構成要件的理由

一 處罰實害犯的未遂，在刑法保護上仍嫌不足

二 侵害結果難以認定

三 行為人的責任難以認定

四 掌握過失實害犯所附麗的偶然因素

五 警察的危險防禦作用

肆・危險犯的類型

一 具體危險犯

二 抽象危險犯

伍・對於抽象危險犯擴張可罰性的批評

- 一 與除罪化趨勢相衝突
- 二 違反刑法的最後手段性
- 三 可能違反罪責原則

陸・節制抽象危險犯可罰性的學說見解

- 一 對於單純的不服從，不應施加刑事罰
- 二 對於危險的立法推定，應許反證推翻
- 三 具體危險的可能性若不存在，抽象危險犯的可罰性應受排除
- 四 風險若已排除，則不應處罰
- 五 如未違反客觀的注意義務，則不應處罰
- 六 如未違反主觀的注意義務，則不應處罰
- 七 如未損及法律同夥的信賴感，應認為構成要件不該當
- 八 如未破壞安全，即不應處罰

柒・立法上對於抽象危險犯可罰性的節制措施（代結語）

- 一 設計迷你條款，排除輕微不法
- 二 運用客觀可罰條件，限制可罰性
- 三 創設特殊的中止犯，用以解除刑罰

壹 ■ 前言

危險犯，是相對於實害犯的犯罪類型。實害犯是已經現實上造成侵害的犯罪；危險犯則只有對刑法的保護客體惹起危險狀態。刑罰是最嚴厲的國家制裁手段，因此，基本上只有現實上造成侵害的不法行為，才會被刑罰制裁。這是刑法向來以處罰實害犯為主的原因。但是，從數十年來的刑事立法趨勢，我們可以發現，危險犯有增加的現象。不但在德國的普通刑法（核心刑法），尤其是在我國與德國的附屬刑法¹⁾，被安排了許多危險構成要件²⁾。刑法解釋學上，危險

1) 附屬刑法就是我國刑法教科書上所說的實質刑法。附屬刑法是指依附在刑法以外的法律領域內的刑罰制裁條款。附屬刑法的數量相當可觀。在破產法、公司法、保險法、公平交易法、銀行法、證券交易法、野生動物保育法、勞動檢查法、水污染防治法等等當中，都可以發現刑罰制裁的條款，這些條款的總稱，就是附屬刑法。與特別刑法有明顯區別的是，特別刑法之本身，就是刑法法典，例如，陸海空軍刑法、肅清煙毒條例、貪污治罪條例、懲治盜匪條例。附屬刑法的規範內容，通常是普通刑法中所沒有的。應該注意的是，特別刑法相對於普通刑法，由於量少，所以才有特別的意味；附屬刑法在數量上，遠遠超過普通刑法，因此，絕對無從特別。特別刑法由於在概念上與法律教育上，有加強人民法意識的意味，因此，理論上，一般人民對於特別刑法應該有比較高的不法認識（相對於普通刑法），一般預防的功能也應該比較高（事實上如何，則為另一件事情）。相反的，附屬刑法由於隱藏在其他法律領域之內，一般人民對其規範內容當然比較陌生，不法認識較低，禁止錯誤的情形也較有可能出現，一般預防的功能因而較弱。刑事立法上，把附屬刑法當中重要的犯罪類型（如經濟犯罪、環境犯罪），移植到普通刑法中，似乎比較恰當。

2) 尤其是抽象危險構成要件的運用，更為常見。關於此點，德國刑法學者

犯的研究，幾乎成為顯學。此一現象，德國的刑法學者 Lackner，早在 1969 年就指出，危險犯的研究，幾已從刑法解釋學上的繼兒變成寵兒³⁾。

本文主要在討論，於實害出現之前，刑法防衛線向前推置的種類（危險犯只是其中的一種），創設獨立的危險構成要件的理由，危險犯的型態，對於抽象危險犯擴張可罰性的批評，刑法解釋學上限縮抽象危險犯可罰性的見解，刑事立法上節制抽象危險犯的措施。

貳 ■ 刑法保護向前推置，創設獨立構成要件的型態

在前言中已經提及，由於刑罰是最嚴厲的國家制裁手段，因此，原則上刑法所處罰者，是那些已經現實上造成侵害的不法行為。現代刑法的核心領域，依然是實害犯⁴⁾。不過，為了更周全的保護法益，立法者例外地也處罰一些尚未造成實害的行為，這些行為只是有可能造成實害而已。例如，處罰非獨立犯罪類型的預備與未遂行為。立法者有時更

（續前頁）

Hassemer 在最近的一篇文章「現代刑法的表徵與危機」當中，有深刻的評論。這是一篇值得細讀的好文章，Hassemer, Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts, ZRP 1992, S. 378 ff.

- 3) 這是 Lackner 1996 年 5 月 13 日，在柏林法學家學會所做的演講中提到的，Lackner, Das konkrete Gefährdungsdelikt im Verkehrsstrafrecht, 1967, S. 1.
- 4) 此處只參考：Schröder, Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht, ZStW 1969, S. 7.

將可罰性擴張，創設獨立的刑法構成要件，不要求任何結果出現。這種可罰性被擴張的（獨立）犯罪類型，包括：預備犯、著手犯（*Unternehmensdelikt*）、單純的舉動犯（或譯行爲犯，*Tätigkeitsdelikt*）、危險犯（但是具體危險犯屬於結果犯）⁵⁾。

前述可罰性被擴張的獨立犯罪類型，有一個共同特徵。那就是，這些犯罪類型的不法，主要是根源於「行爲非價」（*Handlungsunwert*）⁶⁾。比較詳細的說，結果犯（包括實害犯與具體危險犯）是對於行爲所引起的結果，做無價值的判斷（負面的、否定的價值判斷），結果犯的不法，主要是根源於「結果非價」（*Erfolgswert*）。相反的，前述可罰性被擴張的獨立犯罪類型，是行爲方式本身，就被加以無價值的判斷。行爲方式本身就被認爲可罰，而不是行爲所引起的結果被認爲可罰。由於行爲並未造成任何結果，就被立法者認定爲可罰，因此，從法益保護的角度觀察，是立法者將刑法的防衛線向前推置了。

學說上把刑法防衛線向前推置的犯罪類型，做了不同的命名，實際上，對於這些不同命名的犯罪類型，要在概念上嚴加區分，是很困難的（下文中會加以說明）。依本人之見，

5) 危險犯可以大略分成抽象與具體危險犯。抽象危險犯並非結果犯，具體危險犯則屬於結果犯。參閱：Dreher/ Tröndle, *Strafgesetzbuch*, 45. Aufl., 1991, vor§13, Rdnr. 13a; Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts AT*, 4. Aufl., 1988, S. 237.

6) 參閱：Rudolphi, *Inhalt und Funktion des Handlungsunwerts im Rahmen der personalen Unrechtslehre*, in: *FS für Maurach*, 1972, S. 59 f.

這些犯罪類型，在概念上，彼此都有交集。以下分別說明這些犯罪類型。

一 | 預備犯

預備行為基本上是不受處罰的。不處罰預備行為，主要是因為舉證不易，其次是因為預備行為大多不具有刑法上的意義⁷⁾。關於預備行為的處罰，常常發生舉證上的困難，特別是行為的意圖。例如，對於購買滅鼠藥的行為，我們無法遽下結論，認為購藥就是準備殺人⁸⁾。

原則上，預備行為雖然不受處罰，但是，立法者有時候基於特殊的刑事政策上的理由，也會處罰一些預備行為。這些刑事政策上的考慮，可能是為了要儘早發生嚇阻作用，以防止法益被破壞；也可能是因為某些預備行為本身帶有相當的危險性（這種預備行為在客觀上，有損害發生的傾向）⁹⁾。處罰特定的預備行為，以便儘早發生阻斷的作用，例如，對於絕大多數國事犯罪的預備行為的處罰¹⁰⁾；某些預備行為本身帶有相當的危險性，因而被處罰，例如，為了偽造貨幣或偽

7) 參閱：Maurach/Gössel, Strafrecht AT 2, 7. Aufl., 1989, §39 II, 18.

8) 德國刑法不處罰預備殺人的行為，也是基於這種考慮。我國刑法雖然處罰預備殺人，但犯罪統計上，找不出預備殺人的數字。

9) 觀念來自 Schönke/Schröder/Eser, Strafgesetzbuch, 24. Aufl., 1991, vor §22, Rdnr. 14.; 並參閱：Jakobs, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW 1985, S. 767.

10) 刑法第 100 條第 2 項、第 101 條第 2 項、第 103 條第 3 項、第 104 條第 4 項、第 105 條第 3 項、第 106 條第 3 項、第 107 條第 3 項、第 109 條第 4 項、第 111 條第 3 項。

造有價證券，而準備印製鈔票的原料與器械（刑法第 199、204 條）。前面所指預備行為本身帶有相當的危險性，以預備偽造貨幣罪為例，第三人以犯罪為目的，會利用已經存在的器材設施，進而著手偽造¹¹⁾。

在立法技術上，這些例外被處罰的預備行為，有的被安排成獨立的構成要件，例如，預備偽造貨幣罪（刑法第 199 條）；有的被安排依附在基本的構成要件上，例如，國事犯罪的預備犯。

對於獨立預備犯的處罰，在德國刑法裡，有特殊的中止犯規定。例如，德國刑法第 149 條第 2 項第 1 款規定，預備偽造貨幣者，出於自願，放棄預備行為的後續施行，並且防止其他人繼續預備或實施偽造行為，或者阻止偽造行為的完成，免受處罰。我國刑法的預備偽造貨幣罪，並沒有這種特殊的中止犯規定¹²⁾。

二 | 著手犯

著手犯（*Unternehmensdelikt*）是指，在刑法的構成要件中，既遂與未遂被視為一體¹³⁾。依照德國刑法學說，著手

11) Weber, Die Vorverlegung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelikte, ZStW Beiheft 1987, S. 16.

12) 刑法總則的中止犯規定，只能適用於結果犯。對於不屬結果犯的犯罪類型，總則中止犯的減免刑罰的規定，都沒有適用的餘地，例如，預備犯、舉動犯（行為犯）、抽象危險犯、著手犯。為了緩和刑罰的嚴厲，德國的立法者因此在刑法分則中，安排了對應非屬結果犯的特殊中止規定。本文在最後談到抽象危險犯的立法上節制措施，會有進一步說明。

犯有兩種不同的構造。即：純正與不純正著手犯¹⁴⁾。

純正的著手犯，是指構成要件中，直接描述「著手」於特定行為者，得受如何之處罰。德國刑法第 11 條第 1 項第 6 款規定：所謂「著手」，兼指行為之既遂與未遂。因此，凡刑法條文中直接標明「著手」二字者，均符合前述第 11 條的規定。這種純正的著手犯，實務上的意義是，普通未遂犯的減輕規定，以及中止犯的免刑規定，都沒有適用的餘地¹⁵⁾。

德國刑法中，屬於純正的著手犯，其例不少¹⁶⁾。在我國刑法中，可舉出的例子，是修正後的刑法第 100 條：意圖破壞國體，竊據國土，或以非法之方法變更國憲，顛覆政府，而以強暴或脅迫「著手」實行者，處七年以上有期徒刑……。刑法第 100 條沒有未遂犯的處罰規定，但有預備犯的處罰規定（第二項），因此，構成要件中所描述的「著手」，應該兼指既遂與未遂。

德國的立法者為了節制著手犯的嚴厲性，在著手犯的條款中，大多有「行為悔悟」（*tätige Reue*）的特殊規定¹⁷⁾。

13) Roxin, Strafrecht, AT, Band 1, 1992, §10, Rdnr. 124 (S. 210).

14) Berz, Formelle Tatbestandsverwirklichung und materialer Rechtsgüterschutz, Eine Untersuchung zu den Gefährdungs und unternehmensdelikten, 1986, S. 126 ff; Weber, aaO., S. 7 ff.

15) Roxin, aaO.; Weber, aaO., S. 8.

16) 按照 Weber 的看法，德國刑法中的純正著手犯，有：第 81、82 條、131 條第 1 項第 4 款、184 條第 1 項第 4、8、9 款、184 條第 3 項第 3 款、310 條 b 第 1 項、311 條 a、316 條 a、316 條 c 第 1 項第 2 款、357 條。Weber, aaO., S. 7 f.

17) 例如第 83 條 a、311 條 c、316 條 a 第 2 項、316 條 c 第 4 項。

這些「行為悔悟」的規定，都有嚴格的要件，法律效果也不一致，有的可以免刑，有的只能減輕處罰¹⁸⁾。

不純正的著手犯¹⁹⁾，是指構成要件上，不要求行為在形式上既遂（出現構成要件的結果），立法上關心的只是，行為的著手有發生結果的傾向²⁰⁾。之所以處罰一個特定行為的著手，是因為該行為在客觀上曖昧，行為人著手這樣的行為，常伴隨不法的意圖²¹⁾。立法技術上，雖然不在法條上直接標明「著手」，但是，這類犯罪的構成要件，其實是把未遂行為視為既遂，此所以「不純正著手犯」命名之由來²²⁾。德國刑法學說上，將德國刑法第 333 條及第 334 條的貪污罪（相當於我國刑法第 121 條及第 122 條的不違背職務受賄罪與違背職務受賄罪），視為不純正的著手犯²³⁾。行為人只要對於職務上的行為（或違背職務的行為），「要求」、「期約」或「收受」賄賂等，一律被視為既遂。德國刑法第 113 條第 1 項的妨害公務罪（相當於我國刑法第 135 條第 1 項），也被認為

18) Weber, aaO., S. 9.

19) 不純正著手犯的用語，是由已故的德國刑法學者 Schröder 首先使用，參閱：Schröder, Die Unternehmensdelikte, in: FS für Eduard Kern, 1968, S. 464.

20) Schröder, aaO., S.464. 對於「不純正著手犯」的批評，參閱：Maurach/ Gössel, Strafrecht AT, Band 2, 7. Aufl., 1989, §40, Rdnr. 92. 批評的理由是，人們無法精確指出，法律上所描述的行為，在何種情況下，是 Schröder 所謂的「有結果發生的傾向」。

21) Schönke/Schröder/Eser, Strafgesetzbuch, 24. Aufl., 1991, §11, Rdnr. 52.

22) Berz, aaO., S.132ff.; Jescheck, aaO., S.240.

23) Schönke/Schröder/Eser, aaO.; Berz, aaO., S.133, Fn. 3.