

學術專論

刑法問題研究(一)



蔡聖偉 著



元照出版

刑法問題研究(一)

蔡聖偉 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

刑法問題研究／蔡聖偉著． -- 初版． -- 臺北
市：元照， 2008.07-
冊； 公分

ISBN 978-986-6842-80-1（第 1 冊：精裝）

1. 刑法 2. 論述分析

585

97009890

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

刑法問題研究(一) 5D144GA

2008 年 7 月 初版第 1 刷

作 者 蔡聖偉
出 版 者 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 520 元
專 線 (02)2375-6688
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 978-986-6842-80-1



Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach

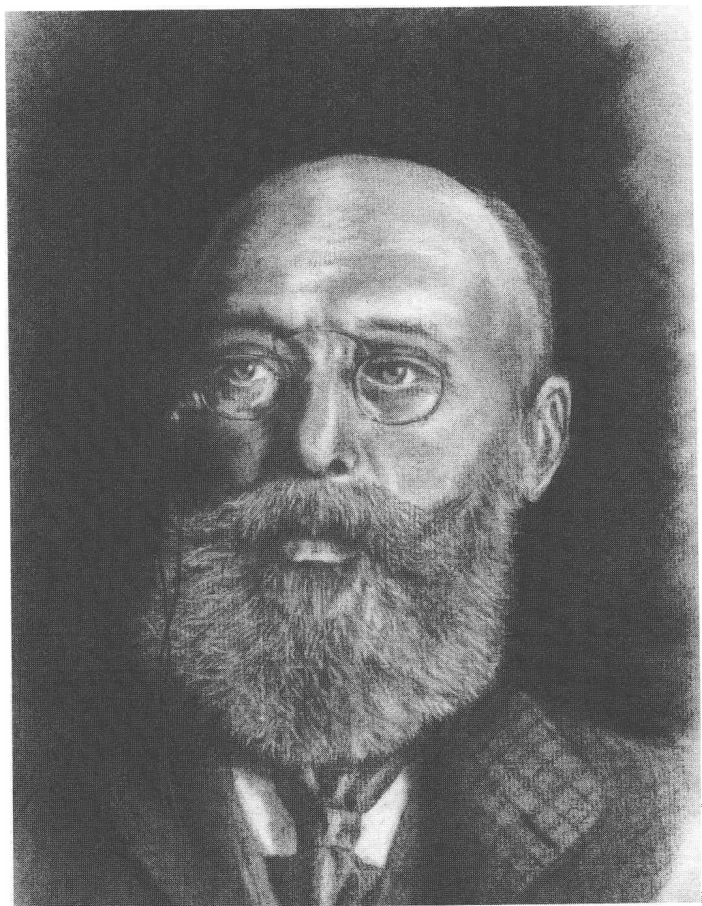
(費爾巴哈，1775 - 1833)

在德國被譽為現代刑法學的奠基者，自由、實證法治國的信徒，首倡罪刑法定的思想，心理強制（嚇阻）論亦為其在刑事政策上所提出的著名主張。



Karl Binding
(賓丁，1841 - 1920)

提出著名的「規範理論」(Normentheorie)，透過其五大冊的鉅著：《規範及其違反》(Die Normen und ihre Übertretung, 1872 - 1920) 對刑法學界造成深遠的影響。



Franz von Liszt

(封·李斯特，1851 - 1919)

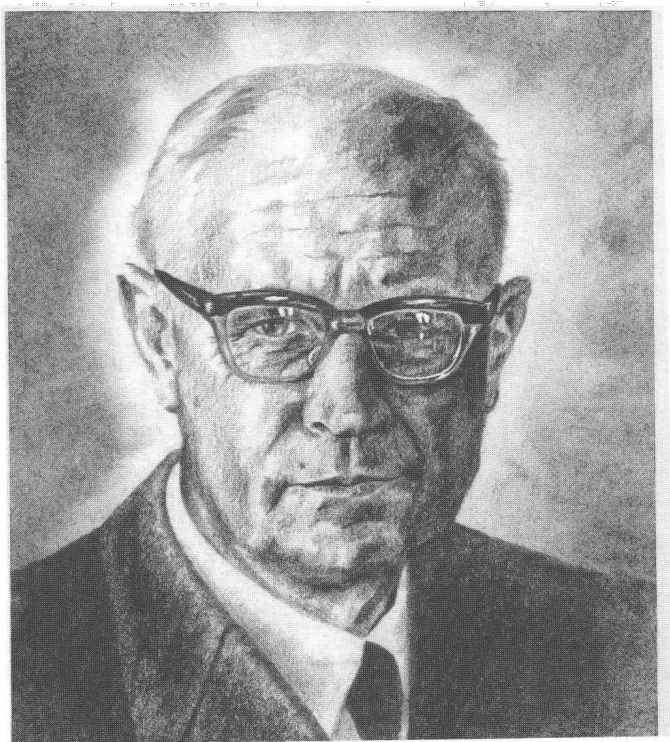
三階層犯罪理論的創始者，以自由法治國的模型來建構刑法學理的體系（古典犯罪論體系），並倡導目的導向的刑罰理論，反對應報概念而強調刑罰的特別預防機能。



Ernst Beling

(貝林，1866 - 1932)

於其著名的《犯罪理論》(Die Lehre vom Verbrechen, 1906)一書中，提出了刑法上的構成要件理論，同時也是應報刑理論的支持者。



Hans Welzel
(魏采爾，1904 - 1977)

持續以不同觀點衝擊通說體系的「目的行為理論」掌門人，現今的犯罪論體系處處可察見其所留下的足跡。

序 言

這本書並非主題式的專論，而是十一篇獨立作品的集結，主要是作者在這兩三年內所撰寫的文章。出版本書的目的，除了想留下個人研究生涯的起跑紀錄外，也希望藉此減輕同學們蒐集資料的辛勞。因此，本書原則上儘量保留各篇文章的內容及引註，只有對於其中的四篇做了內容上的更改或補充，先簡單說明如下：

第二篇〈評 2005 年關於不能未遂的修法〉一文，主要內容原發表於《政大法學評論》。在該文發表一年後，我又在最高法院和國際刑法學會台灣分會等單位所合辦的「學術與實務之對話：九四／九五年度刑事判決評析」研討會上，將新法生效前後的相關實務見解予以綜整，從學理的角度提出評釋。此次集結成書，除了將後文的結構重新調整並加入了更新的實務見解外，為了節省篇幅，也將之併入前文中，成為「陸、修法後的實務見解」乙節。第六篇〈妨害秘密罪章的新紀元〉以及第八篇〈賭博罪保護法益之探討〉，則是本書中僅有的兩篇早期作品，是就讀台大博士班時所撰寫。其中所涉及的相關規定，無論是在台灣或德國皆已有所更動。為避免誤導讀者，凡遇有修法之處，均於註釋中增加補充說明。最後一篇論文〈從刑總法理檢視分則的立法〉，雖然是數月前才發表，但因為當時迫於交稿期限匆促完稿，以致於漏掉了一些註釋說明，也趁這次重新出版的機會補上。

放在封面及本書前幾頁的人像素描，同樣是作者近年來的作品，想藉此向這幾位歷史上的刑法大師致敬。德國與台灣的刑法學之所以能有今天這番風貌，他們絕對都是「不可想像不存在的條件」。因為這些前輩所留下的思想結晶，我們才能站在巨人的肩膀上看得更高，走得更遠。日前辭世的恩師 林山田教授，也為台灣

刑法學界留下了紮實的根基，讓台灣的法律人能夠踩著他的肩頭繼續向上爬。在此謹將這本個人的研究起跑紀錄，獻給這位永遠活在大家心中的戰鬥法律人！

出版事宜方面，除了要感謝元照出版團隊的配合支援外，更要感謝東吳大學法律研究所李宣毅、陳奕廷、王凱玲以及法律系朱珮君、阮玉婷、陳芊諭同學的細心校對。因為他們的參與，讓這本書的缺點能夠少一些。藉此機會，也想要對元照出版公司總經理萬聖德先生表達謝意，感謝他這十年來的知遇及關懷。最後，當然還要感謝家人對我長年來的照顧及支持。

在學習法律的過程中常會覺得，資料看得越多，腦袋中的問號也就隨之增多。原本自己覺得已經弄懂的環節，想劃上個句點，往往又因為再多看了幾種說法，使得無疑處又變得可疑起來。但也正是透過這種「句點與問號間的來回遊移」，才讓我們對於所要處理的素材能夠持續地有進一步的體認。這種見山是山、不是山、又是山的循環，或許稱之為「法律理解的螺旋」會更貼切。事實上，人世間的事物又何嘗不是如此？面對人生各處定見與疑惑間的循環，個人能夠做的，大概就是對自己誠實吧！每個人的一生都是在不斷地認識自己，承認並面對自己的不足，正是這個任務的第一課。做好這一課的作業，才能擺脫事物表象的迷惑，進而看清楚必須努力的方向。這本書中的想法，可以說是作者目前對這些問題暫時畫下的句點，衷心期盼各位師長先進給予指正，幫助作者找出盲點，發現下一個層次的問號。

蔡聖偉

2008年5月25日

作者簡介

蔡聖偉，1969年5月出生於台北。輔仁大學法律系、法律研究所碩士班畢業，台灣大學法律研究所博士班肄業，1994年律師高考及格。2000年4月赴德進修，追隨Frisch教授攻讀刑事法，2005年7月以博士論文《論構成要件選擇要素在刑事法上的問題》（Zur Problematik der Tatbestandsalternativen im Strafrecht）獲頒福萊堡（Freiburg）大學法學博士學位，現任教於東吳大學法律學系。

目 錄

序 言

第一篇 論罪疑唯輕原則之本質及其適用

壹、前 言.....	3
貳、罪疑唯輕原則之本質	6
參、罪疑唯輕原則適用之前提與效果	27
肆、罪疑唯輕原則的例外——選擇確定	50
伍、結 語	56

第二篇 評2005年關於不能未遂的修法

——兼論刑法上行為規範與制裁規範的區分

壹、前 言.....	61
貳、處罰未遂行為的理由	63
參、對新客觀未遂理論的評析	70
肆、制裁規範的正當性基礎：目的理性之法益保護	77
伍、新法適用建議	87
陸、修法後的實務見解	116
柒、結 語	130

第三篇 論間接正犯概念內涵的演變

壹、前言	137
貳、間接正犯概念的形成緣由	141
參、間接正犯概念於現代犯罪論中的應有風貌	150
肆、間接正犯概念的擴張：正犯後的正犯	172
伍、擴張的行為人概念？	176
陸、結語	180

第四篇 論故意之不純正不作為犯

壹、前言	185
貳、不作為犯的概念	185
參、不法構成要件要素	191
肆、違法性	206
伍、罪責	212
陸、結語	217

第五篇 論故意不法前行為所建構之保證人義務

壹、問題的提出	221
貳、釐清此問題的實益	222
參、學說看法	227
肆、立場的選擇	229
伍、不作為殺人罪與消極遺棄罪	248

陸、作為與不作為的競合關係：保留充分評價犯行的彈性	251
柒、結語	255

第六篇 妨害秘密罪章的新紀元

壹、前言	259
貳、妨害文件秘密罪	260
參、窺視、竊聽、竊錄罪	280
肆、其他的問題	296
伍、結語	299

第七篇 論盜用他人提款卡的刑事責任

壹、第339條之2：迷宮的入口還是出口？	303
貳、「不正方法」的各種認定標準	304
參、我國法上的解釋束縛	316
肆、有待填補的處罰漏洞	320
伍、新構成要件的設計	326
陸、結語	332

第八篇 賭博罪保護法益之探討

壹、前言	337
貳、國內文獻部分	339
參、德國文獻部分	342
肆、檢討與分析	348

伍、現行常業賭博罪在體系上的矛盾	365
陸、結語	370

第九篇 刑法解題：開門揖盜

——論「公共建物開放同意的射程」以及「侵入建物罪與竊盜罪的競合關係」

壹、進入A精品店的行為可能構成刑法（以下同）	
第306條第1項的無故侵入建物罪	375
貳、聽到廣播仍不離去，可能構成第306條第2項的	
非法留滯罪	379
參、於精品店中搜刮財物的行為可能構成第320條	
第1項的竊盜既遂罪	384
肆、競合	384
伍、結語	397

第十篇 刑法解題：醉不上道

——論危險駕駛罪與肇事逃逸罪

壹、於酩酊狀態下騎乘機車的行為可能構成刑法	
（以下同）第185條之3的危險駕駛罪	401
貳、撞倒乙的行為可能構成第284條第1項的過失傷	
害罪	403
參、任由乙倒臥路中而離去的行為可能構成第185條	
之4的肇事逃逸罪	403

肆、任由乙倒臥路中而離去的行爲可能構成第271條 第2項的不純正不作為之殺人未遂罪.....	405
伍、競 合.....	406

第十一篇 從刑總法理檢視分則的立法

壹、前 言.....	413
貳、過失犯的法定刑.....	413
參、互斥構成要件的立法.....	416
肆、易被誤用的構成要件結構.....	421
伍、結果加重犯的立法問題.....	438
陸、應刪除的規定.....	446
柒、結 語.....	453

重要關鍵詞索引.....	455
--------------	-----

第一篇

論罪疑唯輕原則之 本質及其適用^{*}

目 次

壹、前 言

貳、罪疑唯輕原則之本質

一、刑事程序上處理事實不
明的可能模式

二、裁判規則

(一)何謂「裁判規則」？

(二)裁判規則的內容

(三)非證據評價規則

(四)罪疑唯輕原則的承認必
要性

三、罪疑唯輕原則與無罪推
定原則間的關係

參、罪疑唯輕原則適用之前提 與效果

一、適用之前提——存有
懷疑

(一)事實不明

(二)有根據的懷疑

(三)刑事程序中必須確認的
事實

(四)證明的具體程度

二、法律效果——唯有利於
被告

(一)並非「確認」或「擬制」
有利事實的存在

(二)有利與否的判斷

(三)適用的結果

肆、罪疑唯輕原則的例外—— 選擇確定

伍、結 語

* 本文原刊載於《戰鬥的法律人——林山田教授退休祝賀論文集》，元照，2004，131至181頁。