

变动中的 刑法思想

柯耀程 著

中国政法大学出版社

变动中的 刑法思想



西安政院201 2 0327369 7

柯耀程 著



中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

变动中的刑法思想/柯耀程著. - 北京:中国政法大学出版社,2003.5

ISBN 7-5620-0999-6

I. 变… II. 柯… III. 刑法-研究 IV. D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 045322 号

- 书 名 变动中的刑法思想
出 版 人 李传敢
出版发行 中国政法大学出版社
经 销 全国各地新华书店
承 印 北京博诚印刷厂
开 本 787×960 1/16
印 张 27
字 数 440 千字
版 本 2003 年 6 月第 1 版 2003 年 6 月第 1 次印刷
印 数 0 001-5 000
书 号 ISBN 7-5620-0999-6/D·949
定 价 36.00 元
- 社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803
电子信箱 zf5620@263.net
网 址 <http://www.eupl.edu.cn/cbs/index.htm>
☆☆☆☆☆
- 声 明 1. 版权所有,侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

作者簡介

柯耀程，台灣台南人，一九六二年出生。德國慕尼黑大學法學博士（受業於 VOLK 教授），現任中正大學法律系教授。

内 容 简 介

本书的内容所处理的问题，主要系针对刑法的基本原理原则，作者思维的出发点，乃在寻求一个一致性也得以贯穿刑法体系的基础，且在法律逻辑上，能够得以支撑。本书即使见解不同于一般，但并非作者之特异独行，而是一种思维方式的表示方式而已。虽然诠释的结果与一般的见解，出入甚大，或可为完全迥异，但在评价科学中，思维的方式，本就有所分歧，只要能够维持前提与结论的一致性，就是一个完整的思考模式。其实，刑法法理长期发展下来，思想的模式，似乎已经被定型了，能否从不同的思考方向，来重新观察既有的学理，而使刑法得到一个不同的面貌？正是作者所持质疑的出发点？也希望此种思考的方式，能提供观察刑法理论时，一个不同的思维方式。

再版序

书是一种思想表达的体现，是一种作者与读者间思想传递、双向交流的媒介与桥梁。书固然是作者所著，但评断者却是读者，或许作者可以为其论著而沾沾自喜，也可以以一种“敝帚自珍”的轻狂自持，但对一本著作真正的回响，并不是作者的独鸣，而应该是读者的激赏才是最后的决定关键所在。

“变动中的刑法思想”一书自问世以来，作者心中所期待者，并不是销售的成绩，而是一种互动的思想沟通，幸蒙读者不弃，在出书二年之间，得到甚多先进、前辈及贤达的指正与启发，使作者更能虚怀若谷地潜心思考，并能借此敲醒沉睡僵化的思想，此均应归功于读者的激励。事实上，此书不论在文笔或是表达的方式，多有艰涩难解之处，作者所欲表达的意思，常限于笔力迟钝及文字运用不够洗练，每每造成读者的疑惑，这是作者必须再多加充实及自我检讨之处。所幸，多亏读者的容忍，对作者鲜加责难，这是读者优于作者气度之所在，亦是作者必须再多加学习之处。

近年刑事立法频仍，刑法中若干规定已被修正，其中与本书相关部分，乃有加以修订之必要。原本想将其他新作纳入其中，但限于篇幅已大，惟恐变成“大而无用、华而不实”，乃放弃此种念头，仍旧维持体系性论述的十九篇论文，而将修订的重点置于实质内容之补强。在十九篇原始论文中，几乎大部分都有作若干幅度的补充与更动，特别是针对公共危险罪章增订“酒醉驾车”规定之后，其

所涉及“原因自由行为”的基本概念者，在本书之中多有提及；另外对于“刑法”第四十一条易科罚金规定的变动，从立法背景、乃至修法过程、到修法底定后所衍生的问题，亦有所交代，其他部分除作文字之修订外，对于内容的扩充及版面之更动，也属修订重点。此次修订希望多少能再提供读者一些足以鞭策作者的素材。

本书重新修正的过程中，作者的心态上其实有一点意兴阑珊，心想一本算不上佳作的书，能够有一次上场演出的机会也就够了，何必再让它继续“贻害人间”呢？然而，在中正法研所上课时，研究生许宏仁、郭哲华、陈俊伟等人不厌其烦的催促，甚至将全书疑义及应修正之外完全标示出来，借此说服作者拾起积极之心，乃使得作者再生修订之意。姑且不论这本书是好是坏，至少对于他们之盛情，衷心感激。本书改写完成之后，文字校对的繁杂工作，多赖我的助理陈俊伟、以及研究生黄耀平、连佑铨等人悉心校正，并征结疑义、反复推敲，而使得修正得以在短时间内完成，对其辛劳于此敬表谢意。同时，特别感谢元照出版公司对本书之经销，使“变动中的刑法思想”一书得以继续忝据书林之一隅。

柯耀程

二〇〇一年九月三日于嘉义

序 言

从启蒙时期以后，刑法思想的发展进入一个蓬勃发展的阶段，对于刑法法理的诠释，更是日新月异。每一个时期都有其思想精华，每一位致力于刑法学术发展的学者，都奉献一分心力，使得刑法思想得有今日完整的面貌呈现。每一位刑法学术研究者，都值得予以肯定与尊敬，毕竟学术的研究，必须有一份近似痴狂的态度，而每一份传承思想的背后，似乎都隐藏着不为人知的酸甜苦辣。其实，学术研究的背景写照，常常是多少漫漫长夜的苦思，以换取作品完成时短暂的快乐，旋即又陷入另一场困顿思索中的无尽循环。或许所呈现出来的，并不能满足每一个人的需求，但却不能否定研究者殚精竭虑的努力，毕竟刑法学理的完整性，是透过长期来每一位学者奉献心力，所建构起来的，每个人都只是其中的一份子，或者更露骨地说，每一个人在其中，都只是如沙粒一般微不足道的一份子而已，如果没有先人的思想传承，如何能有后人自以为傲的所谓“精辟见解”？没有前人一点一滴的观念累积，何来刑法思想的丰硕成果，而为后人所用？刑法学理的发展没有国界，也没有时代间隙，是一项绵绵不断的思想传承。而吾辈后学只不过是在这个传承思想之后，享受前辈留下来的成果罢了。有鉴于此种想法，本人在撰写文章之时，从不敢专事批评，而是以一种虚心受教的态度，将个人

的想法加以表达而已。

这本书是本人近年来发表文章的一部分所成之论文集，其编排方式，并不以发表时间先后顺序安排，而是以刑法体系的系统性次序架构而成，并将其定名为“变动中的刑法思想”，主要系因刑法学理从十九世纪初迄今，虽体系化的架构，大致底定，但其内容却不断朝向精致化及体系化发展，所求者，不正是希望能以一致性的简单法理，贯穿整个刑法体系，而使适用时简便且正确无误，惟往往在思维的过程中，多少会产生一念之差，而使得学理见解发生分歧。观察整个发展过程所产生的思想变动，多少会令人产生一些质疑，从这些质疑的探索过程中，我斗胆不揣简陋地，从另一种不同的思维方式来探讨一些问题，或许产生一些不太一样的看法，正如人所说的是一种“异端邪说”，但它总是一些思维的方向，毕竟对于规范之学的研究，总可以用不同思考方式，来寻求妥善的解决方法。虽然本书中所有文章的思考模式，不同于一般对刑法问题的思考，但总是一种以问题导向的思考方式，忝为研究刑法时，思考问题的参考，由于书中文章是建立在对于刑法思想发展过程中，所产生的质疑，故而名之为“变动中的刑法思想”。

或许某一种想法，在某一个时期，具有支配性的影响力，但随着时代的物换星移，江潮后浪推前浪，旋即又成为库藏冰封的一个思想痕迹，即使这个痕迹不会消失，但却会渐渐被人所淡忘。刑法思想亦然，这个时期的见解，很可能在不久之后，就遭到推翻。因此，对于自己的观点见解，虽可持之以“敝帚自珍”的心态，却时时自我警惕，勿沦为狂妄自大之徒，否则就对不起自己所研究的刑法了。

进入刑法的研究领域，其实是一项生命中的偶然。虽然我很早就受到刑法的吸引，对刑法充满兴趣，但如欠缺引导，则仍旧会如无头苍蝇一般，不知所落何处。对此，我必须衷心感谢启蒙恩师林东茂教授，将我从无知的探索中，导入一条正确的道路，以免误入歧途。由感而发，多少前辈走在前面，筚路蓝缕，披荆斩棘，开拓出一条让后学研究刑法时平坦的道路，此种艰辛的点滴，吾辈后学之人，即使未曾有感念的心，但在无知狂妄的同时，或许也该多少放在心上。

柯耀程

一九九九年八月于

中正大学法学院

总 目 录

再版序	(1)
序言	(1)
总目录	(1)
目录细目	(1)
刑法行为评价架构的演变及省思	(1)
刑法结合罪之研究	(44)
刑法“结合构成要件”之概念	(72)
论加重结果犯	(108)
刑法“原因自由行为”可罚性问题探讨	(137)
共犯成立基础与处罚基础	(156)
刑法单一行为人概念评析	(180)
数罪并罚整体刑之确立与易刑处分	
—兼评大法官会议第三六六号解释—	(201)
易科罚金的数罪并罚问题探讨	(230)
“意图犯”意图实现于刑法之评价	(240)
意图犯与牵连关系	(261)
评德国刑法竞合论“行为单数”概念	(269)
连续犯存废争议之思辩	(292)
刑法连续关系问题探讨	(313)
过失犯成立连续关系问题探讨	(340)
图利罪与其参与关系之思辩	(348)
重刑化犯罪抗治构想的隐忧与省思	(365)
结果必然性成立法规单一之争议	(389)
继续犯“涵摄效应”之争议	(398)

目录细目

刑法行为评价架构的演变及省思	(1)
引言	(2)
壹、刑法评价客体的确立	(4)
一、行为与行为人	(5)
二、行为理论的发展	(6)
三、现代刑法上行为应有的形象	(11)
貳、行为评价架构的发展	(12)
一、贝林的行为评价架构	(12)
二、主观构成要件的发见	(14)
三、构成要件价值判断观念的确立	(15)
叁、犯罪行为评价模式的透视	(17)
一、三阶段评价的内涵	(19)
(一) 构成要件该当性与违法性的关连	(20)
(二) 构成要件与罪责关系	(24)
(三) 违法性与罪责的关系	(27)
二、二阶段评价架构的见解	(28)
肆、行为评价架构的批判与省思	(31)
一、三阶段评价架构的批判	(32)
(一) 行为主观要素的变动与批判	(33)

(二) 评价与规范要素的变革	(36)
二、二阶评价架构的诠释方法	(37)
(一) 客观归责论浅介	(38)
(二) 客观归责之难题	(40)
伍、结论	(42)
刑法结合罪之研究	(44)
绪言	(45)
壹、结合罪之基本概念	(45)
一、结合罪之意义	(46)
二、结合罪之形成	(47)
貳、结合罪实务上运用所面临之问题	(50)
一、既、未遂之结合罪适用	(50)
二、结合罪中有涉及追诉条件之罪	(53)
三、结合结合罪问题	(55)
四、相结合之罪有加重结果之情形	(57)
叁、对现行法之结合罪规定之检讨	(59)
一、结合罪客观面之分析	(60)
二、结合罪主观面之剖析	(63)
三、结合罪共犯问题之判断	(64)
(一) 参与结合罪基本罪之共犯	(64)
(二) 参与与基本罪相结合单一罪之共犯	(66)
肆、建议与结语	(67)
刑法“结合构成要件”之概念	(72)
绪言	(73)

壹、结合构成要件之基本概念	(76)
一、结合构成要件之意义与本质	(76)
二、结合构成要件之形成	(77)
三、结合构成要件之结构	(80)
貳、结合构成要件于实务运用所生之问题	(81)
一、结合罪既未遂判断问题	(81)
二、相结合之罪有涉及追诉条件者	(85)
三、复数结合问题	(87)
四、结合构成要件之加重结果犯问题	(89)
叁、现行法结合构成要件之检讨	(91)
一、客观构成要件之结构	(93)
二、主观要件之内涵	(96)
三、特别问题—结合罪共犯问题	(99)
(一) 帮助结合罪基本罪者	(99)
(二) 帮助相结合之单一罪者	(101)
肆、对结合构成要件于刑事立法上之提议	(102)
伍、结语	(106)
论加重结果犯	(108)
前言	(109)
壹、加重结果犯的基础概念	(111)
一、加重结果犯的历史发展	(113)
二、加重结果犯的结构	(116)
(一) 客观构成要件结构分析	(117)
(二) 主观要件连结关系	(119)
(三) 加重结果犯的整体关连性	(121)

貳、加重结果犯的存立事由之争议	(123)
一、废除论	(123)
二、修正论	(124)
三、独立形态见解	(125)
叁、加重结果的类型	(126)
一、纯正加重结果犯	(127)
二、不纯正加重结果犯	(129)
三、危险犯的加重结果犯	(130)
肆、加重结果犯问题重新诠释	(131)
一、加重结果犯的类型与成立标准	(132)
二、归责理论的运用	(133)
伍、加重结果犯立法刍议—代结论	(134)
刑法“原因自由行为”可罚性问题探讨	(137)
前言	(138)
壹、“原因自由行为”概念界定	(140)
一、“原因自由行为”的结构	(141)
(一) 事实基础	(141)
(二) 法律评价	(142)
二、“原因自由行为”可能形成的类型	(142)
貳、“原因自由行为”可罚性论据之争议	(143)
一、例外模式	(144)
二、构成要件模式	(145)
(一) 前置理论	(145)
(二) 间接正犯法理之适用	(146)
(三) 扩张理论	(147)

三、其他见解·····	(148)
叁、“原因自由行为”与刑法法理相容性分析·····	(148)
一、思想刑法的疑虑·····	(149)
二、罪刑法定原则的检视·····	(149)
三、未遂判断的不相容·····	(150)
四、与罪责原则的不一致·····	(150)
肆、“原因自由行为”重新评估·····	(151)
一、构成要件体系一致性分析·····	(152)
二、抽象危险犯与客观可罚性要件的并用·····	(152)
伍、结语—立法建议·····	(153)
陆、后记·····	(154)
共犯成立基础与处罚基础·····	(156)
引言·····	(157)
壹、共犯的基本概念·····	(158)
一、客观及主观理论之争辩·····	(159)
二、犯罪事实支配理论·····	(163)
贰、共犯成立基础·····	(166)
一、共犯独立性说·····	(167)
二、共犯从属性说·····	(169)
(一) 最低度从属·····	(170)
(二) 限制从属·····	(170)
(三) 严格从属·····	(171)
(四) 极端从属·····	(171)
三、参与类型成立之阶段·····	(172)
叁、共犯处罚基础·····	(172)
一、限制行为人概念与扩张行为人概念·····	(173)

二、学说上之争论	(174)
(一) 责任共犯说与不法共犯说	(174)
(二) 惹起说	(175)
(三) Roxin 之见解	(176)
(四) Jakobs 的观点	(177)
(五) 小结	(178)
肆、现行法之检讨与评述一代结论	(178)
刑法单一行为人概念评析	(180)
前言	(180)
壹、单一行为人基本概念与架构	(184)
一、基本结构	(185)
二、单一行为人概念的发展	(186)
三、扩张行为人概念的效应	(188)
貳、单一行为人概念的类型	(189)
一、形式的单一行为人结构	(190)
二、功能性的单一行为人架构	(190)
三、减缩之单一行为人架构	(191)
叁、单一行为人概念新解	(192)
一、参与形式的定位	(193)
二、参与形式与行为不法应加以区分	(194)
三、刑罚裁量罪责认定标准	(196)
肆、单一行为人体制可行性评估	(197)
一、单一行为人体制的正面效应	(197)
二、单一行为人体制面临的难题	(198)
伍、结语	(199)
数罪并罚整体刑之确立与易刑处分一兼评大法官会议第三六六号	