

學術論文集

犯罪實行理論

Execution Theories of Crime

政治大學法學院刑事法學中心

李聖傑、許恒達 編

犯罪實行理論



政治大學法學院刑事法學中心

李聖傑、許恒達 編

陳志輝、梁根林、林鈺雄

李聖傑、勞東燕、王皇玉

馮 軍、許恒達、周光權

許澤天、陳興良、王效文

謝望原、王政勛 合 著

（依發表順序排列）

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

犯罪實行理論／陳志輝等作；政治大學法學院
刑事法學中心編．-- 初版．-- 臺北市：政大刑事
法學中心，2012.04

面：公分

ISBN 978-986-03-2063-3（平裝）

1.比較刑法 2.文集

585.07

101004610

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

犯罪實行理論

5D226PA

2012 年 4 月 初版第 1 刷

編 者 李聖傑、許恒達
作 者 陳志輝、梁根林、林鈺雄、李聖傑、勞東燕
王皇玉、馮 軍、許恒達、周光權、許澤天
陳興良、王效文、謝望原、王政勛

（依發表順序排列）

出 版 者 政治大學法學院刑事法學中心

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 480 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 978-986-03-2063-3

序 言

「海峽兩岸刑法論壇」的誕生，是2008年12月本人在北京大學法學院講學三個月行將結束前，與北京大學法學院陳興良教授、梁根林教授、中國人民大學法學院劉明祥教授、馮軍教授、謝望原教授以及清華大學法學院張明楷教授、黎宏教授、周光權教授、中國政法大學刑事司法學院曲新久教授等先進共同協商之後，決定以「海峽兩岸刑法論壇」為名，在大陸方面由北京大學法學院、中國人民大學法學院、清華大學法學院及中國政法大學刑事司法學院共同主辦，臺灣方面由臺灣大學法學院、政治大學法學院等共同主辦的學術研討會。

在眼前的兩岸社會當中，到處瀰漫著為了追求名利而不擇手段的「形式主義」，原本應該屬於社會中堅清流的學術界乃至於法學界，也同樣充斥著這樣的氣氛。看看海峽兩岸諸多必須耗費龐大的人力、物力、時間與金錢才得以召開的研討會，多半淪為某些個人交際應酬的舞臺，報告內容往往也是濫竽充數而欠缺學術價值的居多，不但對於兩岸法學的學術提升毫無作用，甚至還帶動不良的示範效果。面對這些現狀，海峽兩岸有不少學者深感沈痛。

究竟要如何透過毫無語言阻隔的研討會，促使兩岸刑法學在相互合作、相互激勵下更上一層樓，進而逐步提升甚至超越法治先進國家的刑法學水平？若採取素來以「形式主義而追求

名利」為前提所舉辦的研討會模式，仍將是緣木求魚，唯有以「實質主義而以文會友」為前提的模式，始有期待可能。

為此，「海峽兩岸刑法論壇」的議程，是在一個共同主題下，利用兩天的時間，討論四個議題，每一個半天聚焦於一個議題的討論；每一個議題由兩岸各一位刑法學者撰寫論文及口述報告，對於各該論文，另由兩岸各一位刑法學者進行評論，每一位評論人都要評論兩岸的兩篇論文，最後再以預留的一小時進行綜合討論。在這個模式下，報告人必須在研討會舉行日的一個半月前完成論文，並透過兩岸負責人轉寄給評論人，而評論人必須在研討會的半個月前完成書面的評論意見，再由各負責人轉寄給各報告人。

第一屆「海峽兩岸刑法論壇」，由中國人民大學法學院2010年4月率先負責在蘇州舉辦，共同主題為「過失犯」。大陸方面的參與學者，主要有陳興良教授（北大）、梁根林教授（北大）、劉明祥教授（人大）、馮軍教授（人大）、黎宏教授（清華）、周光權教授（清華）、勞東燕副教授（清華）、曲新久教授（中國政法）、陳忠林教授（重慶大）、夏勇教授（中南財經政法）等；臺灣方面的參與學者，主要有甘添貴教授（世新）、林鈺雄教授（臺大）、蔡聖偉副教授（東吳）、王效文副教授（成大）、李聖傑副教授（政大）與我本人（高大）等。該次研討會論文集由中國人民大學法學院負責彙整，交由北京大學出版社於2010年9月在大陸出版。

第二屆「海峽兩岸刑法論壇」輪到臺灣方面舉辦，負責的是政大法學院，時間是2011年3月，地點在政大綜合大樓，共同主題為「犯罪實行理論（預備與未遂）」。大陸方面的參與學者，主要有陳興良教授（北大）、梁根林教授（北大）、馮軍教授（人大）、謝望原教授（人大）、周光權教授（清華）、勞東燕副教授（清華）、曲新久教授（中國政法）、王政勛教授（西北政法，因事未能出席）等；臺灣方面的參與學者，主要有臺大李茂生教授、林鈺雄教授、王皇玉副教授、政大許玉秀教授、李聖傑副教授、陳志輝助理教授、許恒達助理教授、東吳徐育安副教授、成大王效文副教授、許澤天副教授，以及任教於高大的本人等。

本人由衷感佩政大法學院、尤其是刑事法學中心諸位老師與學生盡心盡力負責，韓忠謨法學基金會經費與物資等的鼎力支援，以及司法院、法務部、陸委會等單位的支持與協助，使得第二屆兩岸刑法論壇得以圓滿完成，並留下豐碩的學術成果。此次研討會論文集由政大法學院刑事法學中心負責彙整，交由元照出版公司出版，對此本人也要特別感謝元照出版公司及編輯同仁給予的大力支持。

陳子平 謹識

2012年立春
於永和無知齋

作者簡介

主 編

李聖傑

政治大學法學院副教授

德國雷根斯堡大學法學博士

許恒達

政治大學法學院助理教授

德國法蘭克福大學法學博士

作 者 （依發表順序排列）

陳志輝

政治大學法學院助理教授

德國慕尼黑大學法學博士

梁根林

北京大學法學院教授

北京大學法學博士

林鈺雄

臺灣大學法律學院教授

德國慕尼黑大學法學博士

李聖傑

政治大學法學院副教授
德國雷根斯堡大學法學博士

勞東燕

清華大學法學院副教授
北京大學法學博士

王皇玉

臺灣大學法律學院副教授
德國海德堡大學法學博士

馮 軍

中國人民大學法學院教授
中國人民大學法學博士

許恒達

政治大學法學院助理教授
德國法蘭克福大學法學博士

周光權

清華大學法學院教授
中國人民大學法學博士

許澤天

成功大學法律學系副教授

德國杜賓根大學法學博士

陳興良

北京大學法學院教授

中國人民大學法學博士

王效文

成功大學法律學系副教授

德國法蘭克福大學法學博士

謝望原

中國人民大學法學院教授

武漢大學法學博士

王政勛

西北政法大學刑事法學院教授

北京大學法學博士

目 錄

序 言

陳子平

作者簡介

預備犯的可罰性

- 預備犯之可罰性及其界限 陳志輝... 3
- 預備犯普遍處罰原則的困境與突圍
——刑法第22條的解讀、審視與重構..... 梁根林... 41
- 簡評預備犯的處罰困境及其立法出路 林鈺雄... 99

未遂犯的著手實行

- 未遂行為刑法處遇之探究 李聖傑... 115
- 論實行的著手與不法的成立根據 勞東燕... 143
- 論未遂的處罰與判斷標準 王皇玉... 195
- 未遂行為的刑法評價
——李聖傑教授和勞東燕教授論文之評釋..... 馮 軍... 205

不能未遂

- 論不能未遂
 - 舊客觀說的古酒新釀 許恒達… 229
- 區分不能犯和未遂犯的三個角度 周光權… 275
- 從比例原則看不能未遂的處罰 許澤天… 295
- 不能犯與未遂犯
 - 一個比較法的分析 陳興良… 309

中止未遂

- 中止犯減免刑罰之理由 王效文… 349
- 內地中止犯成立要件與刑事責任根據
 - 以比較刑法為視角 謝望原… 377
- 中止犯性質之再探討
 - 評謝望原教授之《內地中止犯成立要件與
刑事責任根據》及王效文副教授之《中止
犯減免刑罰之理由》 王政勛… 397

預備犯的可罰性

➤ 預備犯之可罰性及其界限

陳志輝

➤ 預備犯普遍處罰原則的困境與突圍
——刑法第22條的解讀、審視與重構

梁根林

➤ 簡評預備犯的處罰困境及其立法出路

林鈺雄

預備犯之可罰性及其界限

陳志輝*

目 次

- | | |
|--------------------------------|--------------|
| 一、前 言 | (三)打探和製造犯罪機會 |
| 二、臺灣文獻研究現況與本文研究範圍 | 五、形式預備犯 |
| 三、明確性原則與預備犯 | (一)問題釐清 |
| 四、典型的預備行為 | (二)預備內亂罪 |
| (一)設法獲得及持有犯罪武器或工具及製造決定性的犯罪前提要件 | (三)預備殺人罪 |
| (二)探訪犯罪地點及尚未引人注意之逗留犯罪現場 | 六、特殊問題 |
| | (一)重罪約定 |
| | (二)未遂教唆 |
| | (三)共謀共同正犯 |
| | 七、結 論 |

* 政治大學法學院助理教授，德國慕尼黑大學法學博士。

一、前言

就實現故意犯罪的階段而言，行為人大致上會先產生犯罪決意，進而犯罪預備，或者省略預備階段，逕行開始實行構成要件行為，歷經完成犯罪行為以及產生犯罪結果。除了既遂受處罰之外，只要法律有特別明文規定處罰未遂犯，也會成立未遂犯（臺灣刑法第25條）。至於犯罪預備，刑法原則上不予以處罰，只有在若干特殊犯罪，其危險性較大，侵害之法益亦較鉅，為了有效保護法益，防衛國家、社會及個人生命身體財產自由之安全，以消弭犯罪，刑法亦例外處罰預備犯。預備犯之處罰，我國刑法總則未設概括之規定，立法者在刑法分則及各種特別刑事法中，通常以附屬於該罪既遂犯的構成要件形式分別規定之。在刑法分則中共計有十五條規定，包括：預備普通內亂罪（第100條第2項）、預備暴動內亂罪（第101條第2項）、預備通謀開戰罪（第103條第3項）、預備通謀喪失領域罪（第104條第3項）、預備械抗民國罪（第105條第3項）、預備單純助敵罪（第106條第3項）、預備加重助敵罪（第107條第3項）、預備洩漏交付國防機密罪（第109條第4項）、預備刺探收集國防機密罪（第111條第3項）、預備放火罪（第173條第4項）、預備劫持交通工具罪（第185-1條第6項）、預備殺人罪（第271條第3項）、預備殺害直系血親尊親屬罪（第272條第3項）、預備強盜罪（第328條第5項）以及預備擄人勒贖罪（第347條第4項），這些規定被歸類為「形式預備犯」，其既遂犯都屬於重大犯罪類型。除了形式預備犯外，還有立法者將某些本來僅是預備的行為，予以入罪化，使其分離出來成為一種獨立的犯罪類型，這是「實質預備犯」¹。例如，行為人為了偽造千元的新臺幣假鈔之目的，而購入原料與器

¹ 林鈺雄，新刑法總則，2009年9月2版，358頁。

材，這本質上是製造偽鈔的預備行為，但是立法者將預備行為獨立出來，成為一個單獨的犯罪構成要件（第199條製造交付收受偽造變造貨幣器械原料罪）。類似的規定還包括：準誣告罪（第169條第2項）、加重製造或販賣持有危險物罪（第187條）、製造交付收受偽造變造有價證券器械原料罪（第204條）和持有煙毒或吸食鴉片器具罪（第263條）。

對於預備行為的定義，通說咸認為係指行為人為實現其犯意，在著手實行犯罪行為之前，所為的預備行為²。例如擬定犯罪計畫、調查被害人的行蹤或其上下班的行走路線、預備犯罪之需的工具（刀、槍、毒藥等）、攜帶兇器而埋伏於被害人必經之處、跟蹤尾隨被害人等。然而，預備行為究竟可以被提前到什麼時候開始，臺灣刑法條文並未進一步明確規定，因此導致具體適用上的疑慮。學理上普遍質疑此種形式預備犯之規定違反明確性原則（Bestimmtheitsgebot）³，尤其是1992年修正前的刑法第100條第2項的陰謀犯與預備犯，更是容易成為司法者主觀擅斷的彈性條款，而在臺灣威權統治時代淪為製造白色恐怖以排除異己與鞏固政權的利器⁴。因此建議，刑事立法政策上實不宜將預備的行為階段加以犯罪化，以避免刑法的濫用。所以即便是刑事政策上確實有必要，針對特定的犯罪類型提前至預備行為階段加以處罰，仍須進一步地釐清究竟在何種情況下可以成立預備犯。

在下一個段落，本文欲先釐清臺灣文獻上對此問題研究的現

² 僅參照陳子平，刑法總論，2008年9月增修版，368頁；林山田，刑法通論上冊，2008年1月增訂10版，452頁；黃常仁，刑法總論——邏輯分析與體系論證，2009年1月增訂2版，201頁。

³ 僅參照黃常仁，前揭註2，201頁。

⁴ 林山田，刑法通論下冊，2008年1月增訂10版，452-453頁；類似的看法已見於黃榮堅，刑法增修後的電腦犯罪問題，收錄於「罪與刑——林山田教授六十歲生日祝賀論文集」，1998年，328頁。

況及界定本文的研究範圍。

二、臺灣文獻研究現況與本文研究範圍

臺灣文獻對於預備犯之研究，實屬有限。除了一般刑法教科書中簡短的敘述之外，就目前所查閱到的文獻資料顯示，最早期有李元簇教授針對預備犯之意義、預備行為的態樣，以及預備犯與其他重要刑法學理概念（不能犯、中止犯、加重結果犯、結合犯、不作為犯、犯罪競合等概念）之間關係，深富教學意義地進行闡述⁵。時間間隔將近四十年後，甘添貴教授的學生王榮聖在其碩士論文「預備罪之研究」中⁶，針對預備罪的歷史沿革有深入的分析，並在李元簇教授的研究基礎下，藉助日本文獻，探索預備罪之成立要件以及相關重要問題。其後，有曾淑瑜教授⁷針對預備罪相關問題進行整理，鄭逸哲教授⁸針對預備犯構成要件及預備犯之可罰性進行整理。針對個別犯罪預備犯的問題，也有零星的討論⁹。

⁵ 李元簇，預備犯之研究，刑事法雜誌1卷4期，1957年8月，12-26頁。隨後，與此相關但並非直接針對預備犯問題進行研究的文章有，正田滿三郎著，林建慶譯，預備罪與其他各種犯罪區別與關係，法律評論42卷11、12期合刊，1976年12月，25-29頁；蔡墩銘，論障礙未遂犯與預備犯之區別，軍法專刊34卷2期，1972年3月，16-21頁。

⁶ 王榮聖，預備罪之研究，中興大學法研所碩士論文，1995年1月。

⁷ 曾淑瑜，有關預備罪之諸問題，軍法專刊45卷1期，1999年1月，22-28頁。

⁸ 鄭逸哲，「預備犯構成要件」及其適用，法令月刊60卷2期，2009年2月，4-16頁。

⁹ 例如參照許玉秀，刑法第100條的爭議，收錄於「刑法的問題與對策」，春風煦日論壇——刑事法叢書系列4，1999年8月，361-378頁；蕭宏宜，防盜拷措施與刑法保護，月旦法學雜誌133期，2006年6月，125-146頁。