

the People

學術專論

經濟刑法問題學思筆記（一）

Studien und Überlegungen zu
wirtschaftsstrafrechtlichen Problemen (I)



惲純良 著

元照

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11652>

經濟刑法問題學思筆記(一)

惲純良 著

 元照出版公司

元照出版

搶先試閱版

序 言

起心動念出版論文集，最初的想法之一，其實只是想為自己誤打誤撞、進入學術這個行業留下一點小小的紀念而已。回首栽進學術這條路的過往，或許不是那麼盡如人意、一帆風順；但是即便如此，不管是在出國留學獎學金的甄試、德國尋覓博士指導教授，或者是歸國之後尋找教職等各方面，一路上，我都得到政大時期師長們諸多的幫助。師長們從來沒有因為我不是出自他們自己的師門，而減少對我的鼓勵與提攜。作為學界的後生晚輩，如果有什麼能夠作為回饋的話，那麼把助理教授時期的一些想法「結算表列、造冊呈報」，敬獻給在這一路上曾經鼓勵、提攜過我的師長們，或許可以是另外一種形式的表達感謝；這算是出版論文集的第二個動機。當然，方便對於經濟刑法有興趣的讀者查找，也是集結出書的重要原因之一。

作為一個在台北出生、長大的小孩，來到雲林任教，大概是一件想都不曾想過的事情，但是我至今並不後悔來到雲林科技大學工作的決定。科技法律研究所的前輩與同事們給我充分的空間發揮所長。雖然雲林相對偏遠，但是沒有太多行政事務的束縛，反而讓我有更多的時間與機會，沉浸在自己的學術異想世界裡，始能成書。對於雲科大科法所友善的教學、研究環境，我有必要於此一併致謝。



元照出版

搶先試閱版

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11652>

回想起自己的大學時代，協助某位師長將論文集結成冊的時候，並沒有統一書中各篇文章的引註格式。當時師長的說法是：要留下成長的痕跡。現在輪到自己出書才發現，有沒有成長不知道，但是去統一註腳格式的確是一項吃力不討好的工作。先不問各篇論文當初因應不同期刊的要求，本來就有著不盡相同的引註方式，統一改寫時又可能發生錯漏的問題，光是要選定一種不會提供過多非必要的資訊、卻又能同時清楚標明出處、方便讀者查找的引註格式，就是一件頗傷腦筋的事情。除此之外，為了能夠把話說得更清楚些，在所收錄的各篇文章中，除了若干細節之處偶爾有些字句上的微調或修正之外，在排版校正的相關事務上，不僅要感謝元照出版公司專業的工作團隊，我在雲科大科法所兩位優秀的兼任助理，李俞炫、陳映竹同學的辛苦校對，自然也是功不可沒。

最後，感謝芳名錄中最重要、也是絕對不容忽略的，當然是我的母親：林秀雲女士。感謝母親一直以來對我無私的奉獻與支持，容許我任性地放下律師的工作，遠赴萬里之遙的異鄉，踏上我的學術異想之旅。如果我今天能夠有任何一點點值得誇耀之處的話，那絕對不會是我迄今為止微不足道的學術能力或成就，而是我有一個難能可貴、睿智開明的母親！

惲純良



元照出版

搶先試閱

2020年2月
序於台北

目 錄

序 言

◆公職詐欺與財產損害

——財產危險到底是什麼？

壹、前 言	1
貳、德國判決的發展概況	2
一、RG v. 27. 04. 1931 – III 171/31	2
二、BGH v. 26. 06. 1952 – 5 StR 58/52與BGH v. 13. 08. 1953 – 4 StR 320/53	3
三、BGH v. 16. 05. 1954 – 5 StR 552/53	4
四、BGH v. 18. 02. 1999 – 5 StR 193/98	6
五、小 結	7
參、公職詐欺案例中損害時點與類型的判斷	9
一、損害判斷的時點：處分時	9
二、損害的發生形式：財產危險不是危險， 而是一種實害！	13
三、損害的認定標準與刑法的獨立性	21
肆、BGH一系列判決的問題所在	27
一、對於財產危險概念的曲解	27
二、將目的不相同的事務做不當的類比	29
三、裁量縮減到零的損害判斷標準？ ——專業適格欠缺與人格品質欠缺都是 給付價值的欠缺	30
伍、結 語	32



元照出版

搶先試閱版

◆期待地位作為背信罪的財產損害

——評臺灣高等法院103年度上易字第2469號
刑事判決

壹、裁判摘要.....	35
貳、裁判簡評.....	37
一、背信罪保護的法益結構.....	37
二、期待地位作為一種財產損害.....	42
參、結語.....	47

◆不法意圖在詐欺罪的定位、功能與判斷標準

壹、前言.....	49
貳、不法所有意圖在詐欺罪的緣起與定位.....	52
一、區分詐欺罪與竊盜罪的不法所有意圖.....	53
二、不法所有意圖的由來.....	54
三、不法所有意圖的定位.....	60
參、不法所有意圖的功能	
——凸顯詐欺行為的特性.....	66
一、詐欺作為截斷的結果犯.....	66
二、詐欺作為財產移轉犯、獲利犯	
——彰顯行為的主觀不法.....	69
三、限縮詐欺罪的成立範圍——同質性的要求.....	70
肆、不法所有意圖的判斷標準.....	75
一、中間目的與附帶結果的區分.....	75
二、本文建議的判斷標準.....	78
伍、結語.....	80



陸、附論：詐欺得利罪存在的必要性？	80
一、形成史簡述	81
二、保護法益的區別	83

◆誰的標準？誰的具體？

——評最高法院104年度台上字第3877號判決：
內線訊息具體性的認定標準

壹、前 言	87
貳、證券交易的特殊性：支配的雙重弱化衰減	90
一、一般市場參與者對於訊息的支配程度	92
二、併購兩造對於訊息的支配程度	95
三、內線訊息的範圍≠公開義務的範圍	98
參、誰的利益才是決定的標準？	99
一、我國文獻概況	100
二、德國法的立場	105
肆、我國法的認定標準	117
一、德國模式援用的可能性	117
二、本案例中訊息的具體性	118
伍、結 語	121

◆連帶沒收淺介

——德國實務經典裁判分析

壹、前 言	125
貳、連帶沒收制度在學說上引起爭議原因	126
一、連帶沒收與沒收規定的強制特質不合	126
二、連帶沒收與刑法典第73c條的過苛條款 不相容	126

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11652>

三、連帶債務與沒收的制度目的不相容.....	127
四、共同處分權限 ≠ 資產淨額的增加	128
五、內部求償難以落實且法無明文	128
參、裁判分析	131
一、連帶沒收	131
二、連帶沒收與假扣押	159
肆、結 語	170

◆商業賄賂行為可罰性簡析

——以2015年德國刑法典第299條商業賄賂罪之
修正為鑑

壹、前言：商業賄賂行為處罰的必要性	173
貳、德國刑法典中的商業賄賂罪	176
一、歷史簡述	176
二、保護法益的問題	176
三、2015年修正後德國商業賄賂罪結構簡析	191
參、混和型態的考察	201
一、對台灣立法者的啟發：競爭模式與業主 模式結合的必要性？	201
二、以瓶塞案為檢驗基準	203
肆、結 語	207

◆內線交易罪保護法益的探索

——以市場效率假設及資本資產定價模型為核心

壹、前 言	209
-------------	-----



元照出版

搶先試閱版

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11652>

貳、市場效率假設的內涵及其驗證	212
一、市場效率與市場功能之間的關連	212
二、Fama的市場效率假設理論：效率假設的 三種模型	214
三、定價模型的種類與選擇	219
四、市場效率的三種等級	228
五、小 結	230
參、對於市場效率假設與CAPM在方法論上 的質疑以及回應	231
一、效率假設的前提性問題	231
二、 β 值與雙聯假設的問題	237
肆、市場效率假設與CAPM的規範意義	244
一、半強勢效率等級是立法者採取的效率市場 標準	245
二、內線交易罪保護法益的設定	249
三、從保護法益出發所能釐清的爭議問題	255
伍、結 語	263
 ◆詐欺罪中財產損害之判斷 ——「財產危險」概念的回顧與展望	
壹、前 言	267
貳、財產危險概念的文獻回顧	271
一、德國實務見解	271
二、學說探討簡析	286



元照出版

搶先試閱版

參、其他對於財產危險可能的質疑與詐欺罪	
基本結構的澄清	301
一、「財產危險」破壞了「實害」與「危險」	
這一組對立的二分概念？	302
二、財產危險只是一個評價上的遊戲、欠缺	
規範及實證上的意義？	313
三、財產損害的檢驗方式：結算原則	314
四、破產會計如何作為損害計算的輔助工具？	324
五、財產危險壓縮中止未遂的適用空間？	329
肆、結 語	332

◆抽象危險犯作為對抗環境犯罪的基本制裁手段
——以污染水體行為為例

壹、前 言	335
貳、環境犯罪的保護法益與構成要件設計	337
一、擺脫象徵刑法：五種環境法益內涵的理解	
方式	337
二、環境法益的屬性與社會學的觀察	344
參、抽象危險犯與行為規範	353
一、德國文獻上對於抽象危險犯近年來的討論	353
二、行為規範概念簡述	383
肆、結 語	393

◆商譽損失作為背信罪之財產損害？

——評臺灣高等法院102年度金上重更(一)字第8號判決

壹、本案事實	395
貳、爭 點	396

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11652>

參、判決理由	397
肆、評 析	398
一、背信罪中財產損害調查的方式與結構概述	399
二、商譽的定性、分類與計算方式	405
三、商譽作為背信罪的保護對象？	410
伍、結 語	417



元照出版

搶先試閱版

公職詐欺與財產損害^{*}

——財產危險到底是什麼？

壹、前言

公職詐欺（或稱騙取公職的僱用詐欺 *Anstellungsbetrug durch Amterschleichung*）的問題近來在國內文獻¹中的討論日趨熱絡。文獻討論的範圍正確地聚焦在財產損害的問題上。相關的討論除了展現我國刑法學人對於德文文獻高度地掌握能力，在對於公職詐欺問題的研究上，也無庸置疑地做出了正面的貢獻。

誠然，德國文獻中關於公職詐欺的討論的確值得我們借鏡，因為不管是第二次世界大戰以後或者東西德統一之後，都不乏有謀職者隱瞞之前曾任職於納粹政權或東德秘密警察機構的經歷而謀得職務，最後被依詐欺罪起訴的案例。最早從帝國法院（*Reichsgericht*，以下簡稱RG）時期起即曾經有相關的判決；直到1999年2月18日，德國聯邦最高法院（*Bundesgerichtshof*，以下簡稱BGH）刑事第五庭第193/98號判決為止，算是BGH對於處理公職詐欺迄今最後的表態。遺憾的是BGH這一系列的相關判決在德國學界引起不少批評，

^{*} 本文原載於：中律會訊雜誌，第17卷第3期。

¹ 薛智仁，巧取公職之詐欺罪責：評台北地方法院九十八年度金重易字第九號及台灣高等法院九十九年度矚上易字第二號刑事判決，月旦法學雜誌，第212期，2013年1月，頁200-224；許恒達，公職詐欺與財產損害：以台灣高等法院九十九年度矚上易字第二號刑事判決為討論中心，月旦法學雜誌，第217期，2013年6月，頁15-32。

2 經濟刑法問題學思筆記(一)

尤其是判決對於財產危險²的詮釋，更說明了BGH對於財產危險的理解有所偏差。為了避免財產危險的概念在我國同樣受到誤解³，本文以下將以公職詐欺為例，說明財產危險的概念，並且具體指出BGH在公職詐欺案件的一系列判決中，方法論上令人存疑之處以及不當曲解財產危險概念的問題所在。

礙於篇幅所限，本文擬僅以公職詐欺中的損害類型——財產危險——作為討論的主軸，故原則上暫時肯定故意隱瞞消極任職條件的行為成立實行詐術行為，以及行為人具備不法所有意圖，對於詐術的實行方式不做進一步的深入討論，行文間如有相關之處則僅略做說明，合先敘明。由於公職詐欺是本文作為說明的基礎案例，因此故事不得不從RG時代說起。

貳、德國判決的發展概況

一、RG v. 27. 04. 1931 – III 171/31

在RG刑事第三庭第171/31號判決中，被告作為警務巡官因為違反職務義務與失格行為，在D市無期限地遭到解職。但被告卻自己偽造由D市市政委員B所開具任職證明與推薦信，並且在G市獲得任用⁴。

刑事第三庭於本案中肯定G市市政府的財產損害：儘管公

² 關於財產危險概念的介紹，中文見Hefendehl著，惲純良譯，財產危險：一個已經過時的概念？，檢察新論，第10期，2011年，頁251-270。

³ 作者曾以註2譯文將財產危險的概念首次——抑或只是作者自己主觀上認為的首次——引進台灣，如果說財產危險迄今在我國沒有能夠被正確的認識與運用，那麼可以想像的原因之一，可能是因為作者才疏學淺，以致前開譯文詞不達意。果真如此，那麼對於澄清財產危險這個不易理解的概念，作者更是責無旁貸！所謂的亡羊補牢，猶時未晚，正是本文的初衷！

⁴ RGSt 65, 281.

務員的任用與一般私人僱用契約有其類似性，但是不同於私人僱用契約的地方在於，其職務具有不可收買性；這裡毋寧涉及的是一種持續投入的忠誠關係，於此忠誠關係中，公務員須全身心的投入，而國家機關對於公務員則須擔負公務員法意義上的俸給義務。任職者的專業知識、所提出的給付、特別是其人格的可信賴性以及道德上的無瑕疵性等，都是建立這種忠誠關係不可或缺的條件。欠缺此等條件之人無法滿足職務目的的設定，其所提出的給付被認為是完全不適格且不具價值的。公務機關的損害在於，詐取職務者所提出的給付是無價值的，但是公務機關卻依照公務員法提出了僅具有任職資格者才能獲有的俸給⁵。對RG而言，公務員的適格性不僅取決於他的給付，同時也取於他的人格，因為國家不會需要一個曾經犯罪的人，或者一個道德上有瑕疵或之前曾因為明顯違反公職義務而被解聘的人格⁶。

二、BGH v. 26. 06. 1952 – 5 StR 58/52與BGH v. 13. 08. 1953 – 4 StR 320/53

在告別帝制以後，基本上BGH對於公職詐欺的立場初期仍然維持與RG時代相同的見解。當BGH v. 26. 06. 1952 – 5 StR 58/52一案尚繫屬於下級審法院時，下薩克森邦高等法院認可被告的抗辯，認為被告雖然隱瞞自己在1942年曾受侵占有罪判決，以及他在1934年被免除警察職務的真實理由而獲得國家機關的任用，但是被告依職務契約所提出的給付與他所獲得的薪資在經濟上是等值的⁷。本案經檢察官提起上訴後，BGH駁斥下薩克森邦高等法院的看法。刑事第五庭認為，如果被告擔任

⁵ RGSt 65, 281, 282.

⁶ A.a.O.

⁷ BGH v. 26. 06. 1952 – 5 StR 58/52 Rn. 3, 9.

4 經濟刑法問題學思筆記(一)

的是一個與公務員相近的職務的話，則當他藉由關於道德品質的錯誤說明而獲得國家機關的僱用契約時，即應構成詐欺。本案中被告受僱於警察學校的薪資部門，而這正是一個近似公職的職缺⁸。

BGH在1953年8月13日第320/53號判決中更是進一步地說明了公職詐欺與道德瑕疵的關係：被告於1937年因為損害保安警察名譽以及多次違反服從義務的緣故遭到免職，其後又因詐欺罪被判刑入獄10個月。1945年他隱瞞了自己曾經有刑案前科的事實再次獲聘為警察。刑事第四庭在本案中認為，當詐欺行為人欠缺對其職務而言必須具備的道德素質時，即應肯定國家的財產損害，並且是一種財產危險（*Vermögensgefährdung*）形式的損害。此處的損害在於：國家一方面擔負起了公務員法上俸給支付、也就是具有財產價值的義務；但是他方面由於行為人性格的不適格性，使得國家機關根本沒有獲得相對應的給付⁹，因為詐欺的前科事實對於聘用機關或者國家而言代表著一種持續性的危險，行為人可能因為一時衝動再次侵害財產法益而重蹈法網¹⁰。值得注意的是，BGH在這個階段一方面不再特別強調忠誠關係，而改以道德瑕疵稱之，此種要求對於公家機關的雇員亦生效力；他方面同時認為，隱瞞前科取得公務員聘用契約對於國家機關構成（作者按：這當然是BGH自己所理解的）財產危險。

三、BGH v. 16. 05. 1954 – 5 StR 552/53

本案被告於1932年通過高中畢業考試並且學習糕餅烘焙，1935年通過糕餅烘焙技藝考試，1939年通過公立學校教師考

⁸ BGH v. 26. 06. 1952 – 5 StR 58/52 Rn. 10.

⁹ BGH v. 13. 08. 1953 – 4 StR 320/53 Rn. 4.

¹⁰ BGH v. 13. 08. 1953 – 4 StR 320/53 Rn. 6.

試，並於此後在職業學校任教。1946年被告以東德政治受難者的身分向公立職業學校L申請教職，他隱瞞自己只有通過公立學校教師考試的事實，並聲稱自己於1936年4月起曾在柏林職業教育機構進修，且於1939年4月通過職業教師考試。被告因為此項不實的陳述於1946年9月起在公立職業學校L中獲聘為職業教師，自1949年5月起改聘為高級職業教師。本案下級審法院於判決理由中否認公立職業學校L的財產損害，因為被告提供了作為一名高級職業教師、與其薪資相當的給付¹¹。

有別於前開刑事第四庭的觀點，刑事第五庭在本案中明確贊同RG所提出的忠實義務，因為：高級職業教師的聘用資格以申請人必須通過職業教師考試為前提。被告不曾通過此項考試，因此他最多只能以兼任教員的身分被聘用。尤其是公務關係並不僅侷限於有對價的勞務給付，重點毋寧在於雙方的忠實義務。國家依照法令或行政法規只能將公職授與符合特定條件之人，特別是要求受過一定職業教育者，欠缺此等條件者無法符合公職的需求¹²。此外聯邦公職法第83條對於通過職業教師考試者的薪俸有明確的等級區分，在公法薪資給付規定的範圍內，公務員的年齡與家庭狀況雖與其所提出給付的客觀價值無關，但在薪資的給付上卻是具有重要性的。特別是在虛報年資或家庭狀況的情形，即便是在任職者提出的給付與其他公務員相同、甚至高於其他年紀更長或者有更多家庭成員者時，國家機關仍然給付了超過依法應給付的薪俸而因此受有財產損害。同理，在任職者根本欠缺任職的前提條件時，由於其本身對於職務的不適格性，對於國家機關已經構成財產損害，這與行為人是否能有效地履行該職位的相關任務無關¹³。

¹¹ BGHSt 5, 358, 359.

¹² BGHSt 5, 358, 360.

¹³ BGHSt 5, 358, 361 f.

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11652>

國家圖書館出版品預行編目資料

經濟刑法問題學思筆記(一)/惲純良著.

-- 初版. -- 臺北市：元照，2020.05
面；公分

ISBN 978-957-511-106-9 (平裝)

1.經濟刑法 2.論述分析 3.文集

585.73

108007552

經濟刑法問題學思筆記(一) 5D521RA

2020 年 5 月 初版第 1 刷

作 者 惲純良
出 版 者 元照出版有限公司
臺北市館前路 28 號 7 樓
網 址 www.angle.com.tw
定 價 新臺幣 500 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 978-957-511-106-9

經濟刑法問題學思筆記（一）

這本小冊子裡收錄了作者於2014年自德國取得博士學位起，到升等副教授之前曾經在台灣發表的若干作品，大多數是經濟刑法領域的相關著作。具體來說，包括了：詐欺罪中不法意圖的內容、財產損害的形式與確認的方法、內線交易罪的保護法益與制裁結構、商業賄賂行為的可罰性分析、連帶沒收案例分析、環境犯罪的法益定性與犯罪性質、以及若干與背信罪相關的問題等，近幾年來文獻上討論的焦點。文章中展現了作者在研究問題時思考的路徑與方法，因此稱之為「筆記」或許並不為過。如今集結成冊，除了方便有志於研究經濟刑法的讀者查找之外，也算是為作者的研究生涯留下一點小小的紀錄。

Studien und Überlegungen
zu wirtschaftsstrafrechtlichen
Problemen (I)

ISBN 978-957-511-106-9



9 789575 111069



5D521RA

定價：500元



元照網路書店



元照讀書館



元照出版公司

地址：臺北市館前路28號7樓

電話：(02)2375-6688

網址：www.angle.com.tw