

經濟刑法導論

林 東 茂^{*}

目 次

壹、序言	捌、制定法上的經濟刑法是否必要
貳、對於經濟刑法下定義的困難	玖、經濟刑法何以常須有抽象危險構成要件（代結語）
參、犯罪學觀點的經濟刑法概念	一、刑事政策的必要性
肆、刑事追訴的經濟刑法概念	1. 經濟犯罪行為的不法內涵，常源於行為方式的潛在危險
伍、法解釋學的經濟刑法概念	2. 刑法的實用性
陸、經濟刑法的分類	二、刑法解釋學上的必要性（詐欺罪的局限性）
一、依經濟刑法與經濟制度的關連性而分類	1. 關於欺騙
二、依經濟刑法的功能而分類	2. 關於財產損害
三、依經濟刑法的保護對象而分類	
柒、經濟刑法與附屬刑法	

壹、序言

經濟刑法不能算是一個新的法律概念。因為，早在 1932 年，德國的刑法學家 Lindemann 就已經寫過一本書，叫做「有獨立的經濟刑法嗎？」（註一）。在這本書中，他給經濟刑法下了一個定義。他說：『經濟刑法是以整體經濟及其重要部門

* 德國慕尼黑大學法學博士，中央警官學校犯罪防治系暨研究所專任副教授

（註 一） Lindemann, Gibt es ein eigenes Wirtschaftsrafrecht? Jena, 1932。這本書只有 94 頁，書中所提到的經濟犯罪類型很少（這也難怪，因為當時德國進入工商業的時間還不是很長），主要是：偽造貨幣、擾亂有價證券、卡特爾違反行為、信用詐欺、工業間諜、違反食品衛生管理法、違反勞工保護法的行為。

為保護對象的法律』（註二）。這個定義，在日後的德語系國家，大致被採用。

相對於一般刑法，國人對於經濟刑法還不是很熟悉（註三）。這個原因並不難理解。因為：第一，經濟刑法與經濟不法活動有密切的關係，經濟不法活動又與經濟發展的程度有正相關。台灣的經濟發展比起歐美日，相對的慢了許多，所以，現象面的呈現較慢，對應的規範（經濟刑法是其中之一）自然也出現較晚。第二，台灣的刑法教學、考試與研究，大致上，是由解釋學（Dogmatik，或譯法理分析）主導的，尤其是犯罪論的分析。解釋學以外的東西，被認為不重要。由於考試的關係，使得絕大部份的學生與研究者，不得不用他（她）們最珍貴的時間和精力，去從事熱門的犯罪論體系的鑽研。

本文試圖做一個橋樑的工作，希望把一些經濟刑法的基本問題拿出來，供作參考。這些問題包括：究竟什麼是經濟刑法？對於經濟刑法下定義，有什麼困難？可以用什麼不同的觀點，對於經濟刑法下定義？經濟刑法包括那些範疇？經濟刑法與附屬刑法的關係如何？有必要在制定法上弄一個獨立的經濟刑法嗎？經濟刑法為什麼常有危險構成要件（尤其是抽象危險構成要件）？

貳、對於經濟刑法下定義的困難

要給經濟刑法下一個精確的定義，不是一件容易的事（註四）。大略地說，經濟刑法是保護經濟秩序的刑法規範（經濟犯罪則是攻擊經濟秩序的犯罪行為）。可

（註 二） Lindemann, aaO., S. 19.

（註 三） 比較詳細的介紹經濟刑法的概念，是從林山田的書開始（1976年）。林山田，經濟犯罪與經濟刑法，1987年，第87頁以下。

（註 四） 事實上，對於任何概念作精確的界說，都有困難。例如，當我們描述：「張三是一個憂鬱的人」，這樣的描述也是不精確的。因為，憂鬱應該有多種不同的種類。有屈原的悲憤壯烈的憂鬱；有幽遠的鄉愁的憂鬱；有為賦新詞強說愁的憂鬱；有青春不再的憂鬱；有愛情失落的憂鬱；有思索不出生命意義的憂鬱；有說不出所以然的憂鬱等等。此外，憂鬱是有時空背景的，此時此刻的憂鬱，未必就會延宕到另外一個時間與場景。也許你會說，憂鬱是感覺的問題，抽象的觀念，所以，無法下確切的界說。那麼，法律是什麼？精於法律的人，你有辦法對於法律這個概念，下一個清楚的定義嗎？稍為年輕時，本人對於法學緒論的課（常常

是，這樣的說法並不周延。例如，環境刑法和電腦刑法是不是屬於經濟刑法的範疇，就有爭論。

1986年，德國的第二次抗制經濟犯罪法案（註五），把有關電腦犯罪的處罰條款安排在普通刑法裏面（註六），可是，仍有些刑法學家認為（註七），電腦刑法不是經濟刑法的範疇。依 Lackner 的看法，用電腦刑法來保護經濟與行政上所仰賴的電腦系統，經濟秩序其實只是受到反射的保護（不是直接受保護）。

至於環境刑法（規定在德國刑法第 324 條至 330 條 d）雖然被有些德國學者認為（註八），是經濟刑法的範疇之一；但是，德國的法院組織法第 74 條 c（規定經濟刑庭的管轄案件），卻不包括環境犯罪。

由於精確定義的困難，所以，經濟犯罪可能造成的財產損害，也不容易做確切的估計，甚至只能臆測（註九）。精確概念之不易，大約是下面的這些原因（註一〇）：

要問法律是什麼），沒有多一點的疑懼；但是，取得博士學位之後，上完法緒的課，往往覺得懊惱，懷疑自己「算不是一個法律學博士」（借用吾友鄧學仁博士的話）。

- （註 五）這是包裹立法。在這個法案裏，被同時修正並公佈施行的法律，除了刑法之外，還有不正競爭對抗法、秩序違反法、以及其他法律。詳細的第一、二次抗制經濟犯罪法案，請參閱：林東茂，德國近二十年來的經濟刑法發展趨勢，警政學報，第 23 期，1993 年，第 13 頁至 38 頁。
- （註 六）被安排在普通刑法的電腦犯罪條款，包括：窺伺電腦資訊罪（第 302 條 a）、電腦詐欺（第 263 條 a）、偽造重要證據價值的資訊（第 269 條）、變造資訊與電腦破壞（第 303 條 a,b）。這些電腦犯罪條款，都是當時新增加進去的。對於這些規定，簡要的內容介紹，請參閱：林東茂，前揭文，第 22 至 24 頁。
- （註 七）Lackner, StGB, 19. Aufl., 1991, § 263a, Rdnr. 1; Otto, Die Tatbestände gegen Wirtschaftskriminalität im Strafgesetzbuch, Jura 1989, S. 33.
- （註 八）例如：Berckhauer, Wirtschaftskriminalität und Staatsanwaltschaft, 1977, S. 154; Bottke, Das Wirtschaftsstrafrecht in der Bundesrepublik Deutschland--Lösungen und Defizite, wistra 1991, S. 4; Heinz, Konzeption und Grundzüge des Wirtschaftsstrafrechts, ZStW 1984, S. 422.
- （註 九）Schwind, Kriminologie, 5. Aufl., 1993, S. 320.
- （註一〇）這裏借用經濟法學者 Rinck 與 Schwark 的看法。這些看法本來是在說明，為什麼經濟法的定義那麼難下（在德語文獻裏，經濟法的定義多達 35 個）。Rinck/Schwark, Wirtschaftsrecht, 6. Aufl., 1986, § 2, Rdnr. 19-25.

1. 經濟刑法所關涉者，不是特定的、較傳統的法律制度（例如契約、繼承或行政處分），而是複雜的生活事實與經濟活動；對於這些事實與活動要納入規範的控制，很難有一致的評價標準，去決定經濟刑法的範疇。
2. 經濟刑法的範疇廣及私法與公法的領域。在私經濟主體之間的規範領域（私法），如公司法、動產擔保交易法、破產法等，有刑法制裁條款；在公權力主體與人民之間的規範領域（公法），如公平交易法、證券交易法、銀行法等，有更多的刑法制裁條款。簡單的說，經濟刑法在廣泛的法律領域之中，到處可見，要抽離出一個能夠圓滿描述這些法律規範的概念，當然不容易。
3. 經濟刑法的範疇，跨越以個人法益為主要保護對象的傳統的財產刑法，還有以保護超個人法益為主的新刑事立法。例如，德國法院組織法關於經濟刑庭的管轄案件（後文肆另有說明）（註一一），就包括詐欺、背信、重利（假如在案情的判斷上，需要特別的經濟知識）。至於保護超個人法益的新刑事立法，在我國近年來不斷膨脹的附屬刑法中，例子很多。像是：證券交易法當中的內線交易，銀行法中處罰地下投資公司的規定。
4. 即使經濟制度相同的國家之間，例如德國與荷蘭，對於經濟刑法的概念界定，也不是一致的。在德國，破產犯罪被認為是最典型的經濟犯罪；可是在荷蘭，則不被這樣認為。相反的，德國在法院組織法中，並不把環境犯罪當做經濟刑庭管轄的案件；但是，荷蘭的「經濟刑法」當中，則包括了環境犯罪（註一二）。

（註一一） 從德國法院組織法的這個規定，我們發現，德國的立法者並沒有完全同意 Lindemann 的看法。（Lindemann 認為，經濟刑法要保護超個人的法益--整體經濟秩序）。

（註一二） Schaffmeister, Diskussionsbericht der Tagung für Rechtsvergleichung über Erscheinungsformen der Wirtschaftskriminalität und Möglichkeiten ihrer strafrechtlichen Bekämpfung, ZStW 1976, S. 67 ff.

參、犯罪學觀點的經濟刑法概念

犯罪學觀點的經濟刑法概念，可以溯源到 Sutherland 在 1939 年所發表的演講，叫做「白領犯罪」。Sutherland 給白領犯罪下的定義是（註一三）：「具有崇高社會地位的人，在其職業活動過程中，違反別人所付託的信任，破壞刑法法規的行爲。」這個定義的兩個主要特徵是，行爲人的崇高社會地位以及職業活動。具有崇高社會地位的人，主要是：醫生、律師、會計師、建築師、其他專業從業人員、還有工商業人士。依 Sutherland 的看法，經濟犯罪通常出現在企業的活動上。他的「白領犯罪」書中所談到的犯罪類型，主要就是企業的違法活動，包括：侵害消費者的行爲、不從事營業競爭的行爲（托辣斯或卡特爾）、不正當的營業競爭、不實廣告、侵害專利權、商標權與著作權的行爲、侵害勞工權益、詐騙投資、證券犯罪、對於公司股東的詐欺等等。從 Sutherland 書裏的內容可以看出，他認為白領犯罪是包括經濟犯罪的。而且從 Sutherland 的觀念，引伸出一個經濟刑法的概念，那就是，經濟刑法是制裁企業不法活動的法律。

Sutherland 的觀念，在後來美國的白領犯罪研究上，被完整的接受。例如，Clinard 在他的「黑市」(The Black Market) 一書裏，也把白領犯罪界定為：主要由商人、從政者，在他的職業活動中的法律破壞行爲（註一四）。德國在 1950、60 年代，有關經濟犯罪的概念，也是接受 Sutherland 的觀點。例如，當時就有德國的犯罪學家認為，經濟犯罪即職業上的犯罪（註一五）。

Sutherland 有關白領犯罪的研究，不但富有社會批判的意味，而且，在犯罪學領域當中，也有很大的貢獻。因為，他把傳統犯罪學的研究，從偏重低下階層的犯罪（如性犯罪、少年犯罪、竊盜犯罪），轉而引發研究者對於上階層人士的犯罪行

（註一三） Sutherland, White Collar Crime, 1949, P. 9.

（註一四） Clinard, The Black Market, 1952, P. 227.

（註一五） Midendorf, Soziologie des Verbrechens-- Erscheinungen und Wandlungen des asozialen Verhaltens, 1959, S. 52.

爲的重視（註一六）。不過，這個犯罪學上的經濟刑法概念，並不適合我們的法律體系。因爲，我們的刑法是行爲刑法，是以法益保護爲主的刑法。在我們刑法當中，犯罪類型的規定，主要是按照法益類型的保護，而依序編排的。我們的刑法不是行爲人刑法，行爲人的身分並不重要。犯罪學的經濟刑法概念，則是行爲人刑法的概念。

還有一點要注意的是，白領犯罪與經濟犯罪不是同義語。有些白領犯罪不能算是經濟犯罪，例如，「醫生爲圖私利，替病患做不必要的手術」（註一七），雖然可以認爲是白領犯罪，但不能認爲是經濟犯罪（因爲，對於經濟秩序不會有妨害）。此外，不屬白領階級的人，也可能是經濟犯罪人，從事妨害經濟秩序的行爲。例如，企業的僱員或工友，可能扮演商業間諜的角色，將企業內部重要的情報，洩露給競爭的企業。

（註一六） 很遺憾的是，到目前爲止，台灣國內的犯罪學研究，還明顯的偏重傳統的犯罪類型。這個原因，可能是因爲傳統犯罪類型，可以依照法感去了解；但是，像白領犯罪或經濟犯罪，就無法憑依個人的法感去了解。國內的犯罪學研究，基本上，是由留美的實證研究者主導的。這些人通常不懂法律，這個現象的出現（把犯罪學的焦點放在傳統犯罪上，做犯罪人的人格分析，做社會控制的分析等等），也可以說是必然的。這個現象的背後，可能沒有被太多人發現矛盾之處。美國是判例法的國家，他們的法律是個案累積的結果，不像大陸法系有體系完備的成文法。在大陸法系國家，犯罪成立與否，不但要有成文法的依據，作爲判斷的基礎，而且，也有嚴謹的法理解釋學上的思考體系。換句話說，在美國研究犯罪學，不懂法律並無礙犯罪概念的理解；可是，在大陸法系國家，不懂法律，就無法把犯罪概念說清楚。因爲，大陸法系國家不能憑著法感去談犯罪概念。

（註一七） 例如，病患可能只是一般肚子疼痛，醫生卻告訴病患是盲腸炎，爲病患切除盲腸，圖得手術獎金（這個例子的提出，只是爲了說明的方便。事實上，根據一個醫生朋友說，醫療實務很少有這種事）。這種行爲，會成立普通傷害罪。因爲，正常人的生理組織都有盲腸，醫生卻破壞了這個病患的正常生理組織，而且身體被割傷了。此外，醫生的行爲也會成立詐欺罪。因爲，醫生欺騙病患，說病患有盲腸炎，使病患陷於錯誤，與醫生訂立手術契約，多付了不必支出的醫療費用，遭受財產的損失，而醫生則得到這些不法的財產利益。當然，這是一行爲觸犯數罪名（想像競合），可以依較重的詐欺罪處罰。

肆、刑事追訴的經濟刑法概念

法務部曾公佈經濟犯罪的罪名及其認定標準，函知司法院、內政部、經濟部、調查局以及各級檢察機關參考。這些經濟犯罪的法律規範，就是經濟刑法。這是刑事追訴意義的經濟刑法。1994年10月11日法務部所認定的經濟犯罪包括：

一、依被害人的人數或損害金額而認定

冒貸詐欺、投資詐欺、破產犯罪；利用國貿、海運、惡性倒閉、票據、保險、訴訟詐欺及其他重大詐欺犯罪；公務或業務侵占罪、重利罪、其他違反經濟管制法令的犯罪。

二、侵害超過新台幣兩百萬元的犯罪

進出口走私、違反稅捐稽徵法或其他以詐術或不正當方法申請退稅案件、偽造變造有價證券案件、偽造變造貨幣案件、違法製造販賣私煙私酒案件、違反管理外匯條例案件、違反銀行法案件。

三、斟酌當地社會經濟狀況，足以危害社會經濟的犯罪

違反證券交易法案件、違反公平交易法案件、違反商標專利著作權案件、違反國外期貨交易法案件、非保險業經營保險或類似保險業務等案件、其他使用不正當方法，破壞社會經濟秩序構成犯罪者。

法務部的這個認定標準，是要提供刑事追訴機關的參考。也就是，何種案件由哪一個專責單位承辦。不過，這個經濟犯罪的認定，還不能清楚描繪出經濟刑法的概念。如果把經濟犯罪解釋為：「攻擊經濟秩序的犯罪行為」，那麼，與經濟秩序無關的犯罪行為，就不能算是經濟犯罪。損害額非常高的詐欺、侵占與背信未必就會干擾經濟秩序；相反的，損害額低、被害人人數少的破產犯罪、投資詐欺與信用詐欺等等，未必就與經濟秩序無關。此外，經濟犯罪常常不是實害犯，甚至不是具體危險犯，而是抽象危險犯。例如，偽造貨幣是攻擊國家財政經濟的犯罪行為，偽造行為之可罰，是因為有引發通貨膨脹的潛在危險。即使偽造的金額很少，對於通貨膨脹沒有任何影響，還是被處罰。又例如，內線交易、事業聯合（如單純的圍標）、銀行放款人員對於利害關係人（如近親）無擔保授信的行為，在各有關法條

的構成要件上，都不要具體危險的出現。因此，法務部前述第三類的認定標準（斟酌當地社會經濟狀況，足以危害社會經濟利益者），是有問題的。說得更清楚些，所有違反證券交易法以及公平交易法的犯罪，都是經濟犯罪，無須考慮這些行為對於經濟秩序的影響程度。

關於刑事追訴的經濟刑法概念，還可以參考德國法院組織法第 74 條 c 的規定（註一八）。這是 1971 年加入的規定，規定何種案件由經濟刑庭管轄。

伍、法解釋學的經濟刑法概念

犯罪學的經濟刑法概念，是行為人導向的；刑事追訴意義的經濟刑法，則是以司法機關的管轄範疇做為界定的基礎。這兩種界定方法，都不能清楚勾畫經濟刑法的面貌。因此，以法益保護做為界定經濟刑法的主要方向，應該比較妥當。這是功能取向的界定方法。也就是，解釋上，保護整體經濟秩序及其重要部門的刑法規範，即為經濟刑法。這個界定方法，可以和我們的法律體系相對應。而且，刑法的本質即是法益的保護。

這個解釋學上的經濟刑法概念，可以分為狹義和廣義兩種（註一九）。狹義的

（註一八） 經濟刑庭的管轄案件迭有增修，最近的修正是 1993 年 1 月 11 日。依德國法院組織法第 74 條 c，第 1 項的規定，經濟刑庭的管轄案件包括：

1. 違反專利法、消費樣品法、半導體法、品級保護法、商標法、品嚐樣品法、著作權法、不正競爭對抗法、股份法、特定企業與關係企業結算法、有限公司法、商法、歐洲經濟利益聯盟執行法與合作社法的案件。
2. 違反銀行法、保險法、證券法、金融制度法與保險監督法的案件。
3. 違反 1954 年公佈施行的經濟刑法、外貿法、外匯管理法、財政獨占法、稅法、關稅法的案件。
4. 違反葡萄酒法與生活物資法的案件。
5. 電腦詐欺、經濟輔助詐欺、投資詐欺、信用詐欺、破產犯罪、圖利債權人罪與圖利債務人罪。
6. 凡於案情之判斷，需要特殊經濟知識的詐欺、背信、重利、圖利與貪污罪。

（註一九） 這裡主要參考 Weber, in:Arzt/Weber, Strafrecht BT, LH 4, 2. Aufl., 1989, Rdnr. 4 ff.

經濟刑法，是直接以整體經濟秩序及其重要部門為保護對象的刑法規範。狹義的經濟刑法，包括公平交易法中的刑法規範（保護自由競爭的機能），證券交易法中的刑法規範（保護投資市場），以及管理外匯條例（保護金融的穩定），銀行法（保護信用市場），租稅法（保護國家的財政經濟）等等法律當中的刑法規範。此外，普通刑法中的偽造貨幣的處罰規定，主要也在保護國家的財政經濟，避免通貨膨脹的發生；偽造度量衡的處罰規定，主要在保護交易秩序。因此，這些規定，在解釋上，都可以算是狹義的經濟刑法。

廣義的經濟刑法（註二〇），是指間接以整體經濟秩序為保護對象的刑法規範（包括直接以整體經濟秩序為保護對象的刑法規範）。稍微詳細的說，有些刑法規範雖然直接保護個人的財產法益，但也間接保護經濟秩序，這些規範，仍然可以認為是經濟刑法。例如，破產刑法（規定於破產法第 152 至 159 條），直接保護的是債權人的財產利益，但也有間接保護資本市場的作用，因此，破產刑法屬於經濟刑法。普通刑法中的重利罪，主要在保護經濟弱者的財產利益，可是也間接保護：『一般人對於合乎秩序的經濟功能的信賴』（註二一）。詐欺、背信、偽造文書等規範，在某些個案上，也有保護整體經濟秩序的作用，這些規範也可以認為是經濟刑法。例如，信用詐欺或押匯詐欺，行為人常常使用偽造文書的手段向金融機構詐欺，形成牽連犯的關係，這類犯罪，會被依偽造文書罪追訴審判。換言之，對於信用市場的攻擊行為，有賴詐欺與偽造文書規範的保護。又例如，公司董事將公司的資產賤售自己的關係企業或其他人，這種有害經濟秩序的利益輸送行為，主要的處罰規定是背信罪。

（註二〇）這可能是德語系國家的多數說，可以參閱：Baumann, Stichw. “Wirtschaftsstrafrecht”，in: Staatslexikon, 6. Aufl., Bd. 8, 1963, S. 826; F. Geerds, Probleme der Wirtschaftskriminalität und ihre Bekämpfung, Kriminalistik 1968, S. 234; Otto, aaO., S. 264; Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, Bd. 1, S. 54 f; Weber, aaO., Rdnr. 6 ff; Werner, Wirtschaftsordnung und Wirtschaftsstrafrecht in Nationalsozialismus, 1991, S. 7.

（註二一）Otto, Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte, 3. Aufl., 1991, S. 284. 不過，依 Otto 的看法，重利罪的規範，主要保護的法益是經濟秩序的功能，而不是個人的財產利益。

前述狹義與廣義的經濟刑法概念，是從刑法規範的功能來觀察的。這是對於實證法加以功能解釋所得的概念。如果不限於實證法的觀察，把刑法規範的範疇擴張到修正的意義上（也就是：未來的法 *de lege ferenda*），那麼，經濟刑法的概念還要更廣。詳細的說，有些足以干擾經濟秩序的不法行為，依實證法的規定，只有民事制裁或行政制裁的法律效果；但是，這些行為的不法內涵，也許已經必須動用刑法手段加以對付。與這些有待犯罪化的不法行為相對應的刑法規範，也是經濟刑法。例如，無意給付而使用信用卡，使發卡銀行蒙受財產上的不利益（註二二）。這種濫用信用卡的行為，不但直接攻擊銀行的財產，也間接攻擊非現金的交易制度，可是，這個行為在我國尚無刑法的處罰規定（註二三）。補充此一可罰性漏洞的法律規範（註二四），就是經濟刑法（未來法意義的經濟刑法）。

著眼於法益保護的經濟刑法概念，等於承認經濟秩序是一種「超個人的法益」，這種法益值得用刑法的手段加以保護。這在強調傳統（古典）自由主義的人士眼中，是一個危機（註二五）。因為，從傳統自由主義的觀點，行為之所以應受處罰，是因其具體侵害了某些人的法益，例如，生命、身體、自由、財產，而不是因其可能破壞一種抽象的機制（*Insitut*），或人們想像出來的價值。把一種機制或價值當作法益來保護，可能會讓刑法變成「嫌疑刑法」（註二六）。可能演變成嫌

- （註二二） 關於信用卡的濫用類型，參閱：林東茂，德國近二十年來的經濟刑法發展趨勢，*警政學報*，第 23 期，1993 年，第 26 頁。
- （註二三） 假設有人經濟狀況陷入危機，已經沒有支付能力，卻拿著信用卡到處消費，發卡銀行把結算的對帳單寄給持卡人，持卡人無法付帳，持卡人既不成立詐欺罪，也不成立背信罪。持卡人的行為不成立詐欺罪，因為，持卡人並沒有施用詐術，理由是：他自己就是合法的持卡人。依交易習慣，特約商店不審查合法持卡人的支付能力與支付意願。持卡人的行為不成立背信罪，因為，持卡人使用信用卡消費，並不是為他人處理事務。
- （註二四） 這個可罰性的漏洞，已經在德國被填補起來。這是 1986 年第二次抗制經濟犯罪法案新增的規定，規定在德國刑法第 266 條 b，是一種特殊的背信罪。參閱：林東茂，前揭文，第 26 至 28 頁。
- （註二五） Hassemer 的文章「現代刑法的表徵與危機」，有深刻的反省。Hassemer, *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*, ZRP 1992, S. 378 ff.
- （註二六） Herzog, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsver-sorge*, 1991, S. 24, 133.

疑刑法的疑慮，是因為保護超個人法益，在刑法構成要件的安排上，常常要借用抽象危險構成要件。被處罰的行為，都沒有造成任何結果；刑法所做的否定的價值判斷，是針對行為方式本身，而不是針對結果。這是對於刑法防衛線的重大擴張。Lampe 批評說（註二七）：『在經濟刑法中，普遍承認整體經濟是一種法益，無異將立法者運用抽象危險構成要件的疑慮一掃而光』。

前述質疑，對於負責任的立法者，有警惕的作用。不過，這些質疑仍無礙法益導向的經濟刑法概念的描述。因為，解釋學上的概念描述，是以實證法為核心的（也就是說，這裏著重實然，不討論應然）。即使如上所述，經濟刑法的概念也可以廣及「未來法」，但這並不意味，破壞經濟秩序的行為，可以不經慎重的選擇就加以犯罪化。換言之，承認超個人的法益，並且慎重立法上的選擇，刑法不會恐怖化。核心刑法中，處罰貪污瀆職的規定，處罰偽造貨幣的規定，不也是直接保護超個人的法益嗎？

陸、經濟刑法的分類

依前文所述，經濟刑法是直接、間接保護經濟秩序的刑法規範。以下要對於經濟刑法做不同的分類，這將有助於經濟刑法概念上的進一步理解。這裏所做的分類，是三個人提出的，那就是：Tiedemann、Jubelius、Lampe。Tiedemann 是依照經濟秩序與刑法規範的關係作分類；Jubelius 與 Lampe 則分別從經濟刑法的功能與保護對象而做分類。其實，再加以追問，我們發現 Jubelius 與 Lampe 的分類，都是功能導向的。

一、依經濟刑法與經濟制度的關連性而做分類（註二八）

1. 與經濟制度無關的經濟刑法

這是指，任何經濟制度（註二九）底下都會出現的經濟刑法。屬於這類的經濟

（註二七） Lampe, aaO., S. 311.

（註二八） Tiedemann, Erscheinungsformen der Wirtschaftskriminalität und Möglichkeiten ihrer strafrechtlichen Bekämpfung, ZStW 1976, S. 231.

（註二九） 我們向來把經濟制度分成三種：自由經濟、計劃經濟、計劃的自由經濟。事實上，這個地球上已經沒有純粹的自由經濟與計劃經濟。例如，一向最有自由精神

刑法，最典型的就是電腦刑法（註三〇）。

2. 與經濟制度相對有關的經濟刑法

這是指，與經濟交易的型態，以及經濟交易所使用的特定工具相對有關的經濟刑法。這類經濟刑法之典型者，如保護「非現金支付手段」的經濟刑法（註三一）。

3. 內在於經濟制度的經濟刑法

這是指，與經濟制度絕對有關的經濟刑法。也就是說，某些經濟刑法，只有在實施某種經濟制度的國家，才可能出現。例如：實施嚴格外匯管制的國家，才有禁止外匯自由買賣的刑法規定；實施嚴格保護本國產品的經濟政策，才可能出現相對應的關稅規範與處罰走私的刑法規定；實施允許自由競爭的市場經濟，才可能出現維護市場秩序的競業刑法。

二、依經濟刑法的功能作分類

按照 Jubelius 的看法（註三二），經濟刑法可以大略分成三類。不過，這三類有時無法做嚴格的區分。

1. 對抗經濟交易上結構性危險的刑法規範

這是指，利用經濟刑法的手段，去對應經濟分工上所可能出現的危險。其主要者，例如：生活物資刑法、競業刑法、重利刑法。生活物資刑法保護一般市民，免受商品交易上的危險；競業刑法保護營業上的弱者或一般市民，免受經濟強者經濟霸力的威脅；重利刑法保護經濟上的弱者，免受不合理契約內容的威脅（依我國刑

的美國，也常採取經貿措施，限制他國產品進口或提高關稅，甚至更嚴厲的貿易報復措施，對付他國的不公平貿易行為。這世界上僅存的少數共產國家，如中國與越南，也已經放棄計劃經濟的立場，允許自由競爭、自由追求利潤。因此，嚴格地說，世界上只有一種經濟制度，那就是：「計劃的自由經濟制度」。

（註三〇） 電腦刑法可不可以認為是經濟刑法的一部份，學說上有爭執。不過，德國已經在立法上採肯定的態度（第二次抗制經濟犯罪法案，把電腦刑法條款納入普通刑法之中）。從這個現象，我們可以印證，德國的通說，是把經濟刑法做廣義的詮釋。

（註三一） 例如：我國從前的票據刑法，以及德國普通刑法中處罰濫用信用卡的規定（266b）。

（註三二） Jubelius, Stichw. “Wirtschaftsstrafrecht”, in: Handwörterbuch der Kriminologie, Bd. 3, 1975, S. 671 ff.

法的規定，主要是指消費借貸契約的威脅)。

2. 克服急切的經濟危機的刑法規範

這主要是指，急迫性的經濟管制法律。例如，對於戰時物資或營業上的管制法律（我國的國家總動員法與妨害國家總動員懲罰暫行條例）。又如，特定時期與特定區域對於糧食的管制法律（我國的違反糧食管理治罪條例）。再例如，對於特定物資的進出口管制法律；或如石油危機時期對於物價的定價限制（價格管制刑法）。

3. 無直接經濟目的的經濟刑法

這類經濟刑法主要是對於高科技產品的輸出入管制。例如，依照我國 1993 年公佈施行的貿易法（第 13 條），為引進先進國家高科技貨品之需要，經濟部應訂定高科技貨品之輸出入管理辦法。違反此一辦法的行為，可依貿易法（第 27 條），處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣三十萬元以下罰金。

三、依經濟刑法的保護對象而分類（註三三）

1. 保護國家財政經濟的刑法規範

這類刑法規範，包括：保護國家通貨的刑法規範（偽造、變造貨幣，預備偽造貨幣）；租稅犯罪的處罰規定；保護國家財政支出的刑法規範（主要是經濟輔助詐欺（註三四）的處罰規定）。

2. 保護總體經濟的刑法規範

這些刑法規範，包括：維護自由競爭制度的規定（對抗消極的不競爭或因此而

（註三三） Lampe, Stichw. “Wirtschaftsstrafrecht”, in: HdWW, 9. Bd. 1981, S. 311, 318 ff. 這個分類法，在德國被許多人援用。例如：Heinz, Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts, ZStW 1984, S. 422; Otto, aaO.(Jura 1989), S. 28.

（註三四） 國家對於經濟活動，不只是干涉、禁止或管制，有時也會有誘導、獎勵的措施。誘導獎勵的措施，例如，對於提昇產業升級的工業（像是記憶積體電路的生產），給予長期低率的銀行貸款，或優惠的稅率，甚至若干年的免稅措施。這些措施，即是經濟輔助措施。這些措施可能被不法的商人濫用。例如，不具備申請條件的人，偽造文件以及提出虛假的投資計劃，向政府欺騙優惠措施。這種情況，在我國只有等到核發的機關受騙之後，才可能依詐欺罪處罰（或是依詐欺與偽造文書的牽連關係處罰）。

形成的差別待遇或杯葛)；保護金融制度以及證券制度的規定；保護信用交易的規定；維護保險給付制度的規定；保護生活物資的規定；經濟管制與經濟監督的規定(例如，價格法與輸出入管制的貿易刑法)。

3. 保護營業經濟的刑法規範

這類刑法規範主要在保護營業單位(提供市場上勞務與財貨的營利單位)。這些規範包括：保護智慧財產權的規定(處罰侵害著作權、商標權與專利權的行為)；保護營業單位信用能力的規定(如誹謗罪)；保護營業單位生產設備的規定(處罰營業上的毀損行為，包括硬體與軟體的毀損，後者如貯存於電腦中重要資訊的毀滅)；保護市場上機會均等的規定(處罰不正當的營業競爭行為，如引人錯誤的廣告或變形多層次傳銷)。

4. 保護一般市民與消費者的刑法規範

這類刑法規範包括：保護一般市民的生命、身體健康的規定(主要是環境刑註(註三五)、生活物資法與化妝品衛生管理法)；保護市民與消費者免受欺騙及財產危險的規定(例如不實廣告的處罰規定(註三六)；保護市民免受經濟強者的剝削(如重利罪的處罰規定)；保護市民免受詐騙投資(如地下投資公司的處罰規定)；保護一般債權人財產利益的破產刑法。

柒、經濟刑法與附屬刑法

本文前貳，談到經濟刑法下定義的困難，已略有提及，經濟刑法常出現在附屬刑法之中。這裏要對於此一現象，稍微詳細再做說明。首先要說明，附屬刑法是什麼。

附屬刑法是指，依附在刑法領域(包括普通刑法與特別刑法)之外的刑罰制裁

(註三五) 從這裏可以看出，Lampe 認為，環境刑法屬於經濟刑法。Lampe, aaO., S. 322.

(註三六) 參閱刑法第 255 條。但處罰的前提，必須證明行為人有欺騙他人的意圖。公平交易法第 21 條，對於不實廣告，只有行政與民事制裁的處罰規定。公平交易法草案，本來對於不實廣告有刑罰制裁規定，但是，在立法院審議時被刪除。

規定的總稱。這類刑罰制裁規定的數量相當繁多，總數遠超過普通刑法的條款。很多法律裏面，都有刑罰制裁規定。例如：公平交易法、證券交易法、銀行法、管理外匯條例、稅捐稽徵法、貿易法、公司法、保險法、海商法、野生動物保育法、森林法、文化資產保存法、國家公園法、商標法、著作權法、專利法、破產法、動產擔保交易法、勞動基準法、勞動檢查法、就業服務法、鐵路法、水污染防治法、山坡地保育利用條例、麻醉藥品管理法、食品衛生管理法、藥事法、後天免疫缺乏症候群防治條例（舉例不盡）。這些法律裏面的刑罰規定，就是附屬刑法（註三七）。

特別刑法是指，對於普通刑法所規定的處罰事項，重複規定的刑法（不是絕對）。有一種看法，認為普通刑法以外，凡有刑罰規定者，都是特別刑法（也就是，附屬刑法包括在特別刑法裏面）。這是錯誤的。因為，從語意學的角度來看，稱特別者，量少也。如果把附屬刑法稱為特別刑法，那麼，特別刑法的數量遠超過普通刑法的數量，特別刑法還能稱為特別嗎？

特別刑法與附屬刑法是不一樣的。不同的地方，有如下述：

- (一)特別刑法本身就是刑法，例如：陸海空軍刑法、懲治盜匪條例、肅清煙毒條例、貪污治罪條例、槍砲彈藥刀械管制條例。可是，附屬刑法所依附的法律並不是刑法。例如，破產刑法依附在破產法裏，破產法本身不是刑法。
- (二)特別刑法的條文都非常簡略，主要是因為，特別刑法只是做疊床架屋的立法而已。附屬刑法所依附的法律，則是自成體系的法律，有繁複的規範內涵。特別刑法既然是對於普通刑法的重複規定，所以，一個行為若符合特別刑法的描述，也會同時符合普通刑法的描述（也就是，形成法律競合的現象（註三八））。可是，符合附屬刑法描述的行為，常常與普通刑法無關。

（註三七） 從這些說明，我們可以了解，附屬刑法與行政刑法是不相同的。如果把行政刑法理解為，行政法當中的刑罰制裁規定，那麼，民事法當中的刑罰制裁規定，就不能說是行政刑法。例如破產刑法依附在破產法中，破產法不是行政法，所以，破產刑法無論如何都不能算是行政刑法。公司刑法的情形相同。

（註三八） 與本文同樣看法，例如：黃榮堅，雙重評價禁止與法條競合，台大法學論叢，第32卷，第1期，1993年，第159頁。不同看法認為，特別刑法與普通刑法的關係，是原則法與例外法的關係。行為只要合乎例外法的規定，原則法就被排斥不用，根本不會形成法律競合的現象。例如：林山田，刑法通論，1993年，第473頁。

(三)特別刑法的制訂，明顯的是爲了一般預防的目的，是心理強制說的極端表現。

附屬刑法常常是爲了保護某種特殊的文化價值、社會價值或經濟價值。這當然也有一般預防的作用。不過，兩者基本上是有差異的。因爲，特別刑法主要在對應本體惡（*mala in se*）；而附屬刑法主要在對應禁止惡（*mala prohibita*）。

(四)立法政策上，特別刑法可以廢除不要。因爲，法秩序的建立，普通刑法已經足夠。可是，附屬刑法往往有保留必要。因爲，有些反社會倫理與社會危險性較高的行爲，由於立法技術的關係，無法全數移植到普通刑法裏面（註三九）。

經濟刑法與附屬刑法，會發生密切的關係，是因爲，與經濟生活或經濟秩序有直接關係的法律，主要不是普通刑法，而是其他財政經濟的法律。例如，銀行是現代經濟交易的中樞，攻擊銀行（信用市場）的處罰規定，主要是安排在銀行法裏面，而不是在普通刑法中。又例如，主要與營業競爭有關的法律，是公平交易法；重大違反營業競爭的刑罰規定，也是安排在公平交易法當中。經濟刑法與附屬刑法的關係密切，從法務部對於經濟犯罪的認定標準（請翻閱前述肆），就可以清楚的看出來。在這個認定標準裏，大部份的經濟犯罪，是違反附屬刑法的行爲。經濟刑法大多出現在附屬刑法當中，並不是我國特有的立法現象。德國的情況也是一樣（註四〇）。

經濟刑法出現在附屬刑法中，可能引發的問題之一，是違法者不認爲，自己的行爲已經違法。也就是禁止錯誤：行爲人知道自己做了什麼事，但是，不知道所做的事，是法律禁止的（行爲人不知規範的存在）。例如銀行法第三十二條第一項規定（註四一）：「銀行不得對…本行負責人、職員、或主要股東，或對與本行負責

（註三九）這裏談的是立法技術上的實際問題。至於立法上的應然，也就是，該不該用刑法手段，保護文化價值、社會價值或經濟價值，那是另一個問題。

（註四〇）在德國，被依照普通刑法處罰的經濟犯罪，數量上，遠少於依照附屬刑法的處罰。參閱 *Bottke, aaO., (wistra, 1991) S. 9.*

（註四一）這是 1985 年，銀行法修正時的新規定。主要是對於 1985 年 2 月，十信案金融風暴的亡羊補牢的立法措施。十信案是國內曾發生過的，特別重大的經濟犯罪案件，波及的層面非常廣。這個案件的大致情形，就本人的記憶，是這樣的：「台北市第十信用合作社（以下簡稱十信）的理事主席蔡辰洲（當時的立法委員），利用職權將十信存款戶的資金，不法轉借給自己的關係企業（例如當時竹南塑膠廠）。轉借的手法是，冒用關係企業員工的名義向十信貸款；此外，要十信的放款部門，高估冒名貸款人所提出的土地價值（實際上的抵押品由蔡辰洲提出）。

人或辦理授信之職員有利害關係者（註四二），為無擔保授信。但消費者貸款及對政府貸款不在此限。」一個銀行放款部門的新進職員，可能對於這個禁止的規定不瞭解。當他放款給自己的兄弟（血親意義的兄弟），他知道自己所做何事，但不知道法律禁止他這麼做。這種欠缺不法認識的禁止錯誤，要如何處理？目前學說以及實務的看法，都認為，行為人成立犯罪，而且成立故意的犯罪（只有在很少數的情況下，犯罪不成立（註四三）），只是，可以減輕處罰。

這個處理方式，是罪責理論的觀點（註四四）。此即：「不法認識」屬於犯罪判斷上，第三階段的罪責（或責任）；不法認識與故意無關。但是，依照故意理論的看法，不法認識屬於故意的一部份；欠缺不法認識，就等於欠缺故意，只是有可能成立過失。前面提到的，銀行職員的放款例子，如果依照故意理論來處理，這個職員有可能成立過失犯罪。不過，銀行法對於這種放款行為，不罰過失；所以，職員不成立犯罪。罪責理論與故意理論對照之下，罪責理論顯然不利於行為人。

如此由十信違規貸放出去的資金，高達數十億新台幣。金融檢查機關發現多次，均未嚴厲處分。最後，由於事態嚴重，被媒體披露，引起十信存款戶的擠兌，並波及蔡氏家族的國泰信託投資公司，被存款戶擠兌。同時也造成金融機構的不良的連鎖反應。」這件案子，後來造成當時的財政部長與經濟部長下台，許多負責金融檢查的公務員，被移送法辦或行政處分。蔡辰洲本人則被判重刑，不久病死於台北監獄。這件案子涉及的是，深層的社會結構，也就是政商交結的問題。盤根錯節的政商關係，是台灣經濟犯罪的主要溫床之一，也是對抗經濟犯罪所可能遭遇的很大的阻力。這個深層的社會結構如果沒有改變，法律的制訂與修正，以及專責單位的成立，恐怕只是做浮光掠影的抗制工作罷了。

（註四二）所謂利害關係者，立法上的定義，請參閱：銀行法第 33 條之 1。

（註四三）那就是，錯誤的發生，實在不可避免。例如，新進的職員對於銀行法不熟悉，舊的承辦人沒有把這項規定告訴新人，或者給錯訊息。依照我國刑法的規定（第 16 條），不可避免的禁止錯誤，仍然成立犯罪，但可以免刑。

（註四四）這是目的犯罪論的見解。1975 年，德國的立法者，在刑法第 17 條，把罪責理論清楚的實踐了。這是目的犯罪論的勝利。目的犯罪論的另一個重要的勝利是，德國刑法第 26, 27 條明文規定，非故意的犯罪，不能成立共犯。共同正犯、教唆犯、幫助犯，全都必須針對故意的正犯。這裏參考：Schünemann, Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, in: Grundfragen des modernen Strafrechtssystems (hrsg. von Schünemann), 1984, S. 38.

這裏要提出的一個問題是（註四五）：發生在核心刑法中的禁止錯誤，可不可以和發生在附屬刑法中的禁止錯誤，做相同的處理？易言之，全部依照罪責理論來處理，認為成立故意犯罪，但減輕處罰。

核心刑法所處罰的行為，大多是自然犯（或本體惡 *mala in se*），例如，財產犯罪與暴力犯罪。這些行為，一般民衆憑其自然的法感，也可以知道行為不對。所以，有人焉，認識他人的東西，有破壞他人持有、建立自己持有的行為，並且具備不法所有的意圖，竊盜的構成要件已經該當。我們判斷這是一個故意的竊取行為，不再考慮行為人不法認識的有無。因為一個有自然理性的人，本來就應當知道，不可偷盜。罪責理論用來處理核心刑法中的自然犯的禁止錯誤，是合理的。但是，罪責理論用來處理附屬刑法中的法定犯（或禁止惡 *mala prohibita*）的禁止錯誤，所得結果是否合理，也許值得進一步思考。理由是，對於大量增加的附屬刑法，不要說是一般民衆，或是一般的職業從業者，即使是專門研究刑法的人，也無法盡窺全貌。換句話說，附屬刑法的規範，對於大多數人來講，是相當陌生的。讓不知規範的人（欠缺不法認識），承擔故意犯罪的責任，是否過苛？

德國學界對於這個問題的反省，似乎逐漸有比較多的人認為，對於自然犯的禁止錯誤，可以依罪責原則處理；但是，對於法定犯的禁止錯誤，則必須依故意理論處理。也就是，核心刑法與附屬刑法當中的禁止錯誤，應該按不同的方式處理（註四六）。這樣的處理結果，對於附屬刑法中的某些禁止錯誤的行為，就無法加以處罰（過失犯的處罰，必須有特別的規定）。如果認為值得處罰，立法者可以對於過失行為犯罪化（註四七）。

（註四五） 這個問題的提出，主要是來自 Tiedemann 的一篇文章：「附屬刑法中的構成要件錯誤與禁止錯誤」。這篇文章，是 1994 年 4 月政治大學法律系主辦的「中德西刑法學研討會」的論文報告。論文由本人翻譯，與其他論文合刊於：政大法學評論，第 50 期（1994 年 5 月出版）。

（註四六） 請參閱：林東茂譯（Tiedemann 著），附屬刑法中的構成要件錯誤與禁止錯誤，政大法學評論，第 50 期，1994 年，第 72 頁以下。本文對於此一問題，尚無定見，也暫時無法深論。

（註四七） 林東茂譯，前揭文，第 80 頁。

捌、制定法上的經濟刑法，是否必要

如前柒所述，經濟刑法大多出現在附屬刑法當中。由於刑法的規範，隱藏在非刑法領域，所以社會大眾不容易對規範有認識，違法的人可能不知行為違法（禁止錯誤）。這個情形，會引發刑法解釋學（或法理上）的一個棘手問題：以暴力犯罪等自然犯為基礎，所建立起來的禁止錯誤的處理原則，可以適用於核心刑法；但是，可以毫無疑問的適用於附屬刑法嗎？除此之外，也很可能造成犯罪追訴的困難。實證研究發現（註四八），刑事追訴機關對於犯罪的偵查活動，大多因為民衆的告發而開始；民衆對於規範的不知，自然會影響告發的可能性。經濟犯罪會有比較高的犯罪黑數（註四九），原因之一，也是民衆對於經濟刑法的規範的陌生。

大量的經濟刑法隱藏在附屬刑法中，還會有一個立法者所不樂見的結果。那就是，刑罰的一般預防作用（註五〇）大打折扣，刑法構成要件的「警示功能」無從彰顯。刑罰的一般預防作用是指，藉由刑法構成要件的明確描述，使理性的市民，

（註四八） 根據犯罪學家 Kaiser 的研究，關於一般的犯罪，超過 90 % 的警察統計上的案件，是經由告發而被警方知道的。轉引自 Beck, *Bekämpfung der organisierten Kriminalität speziell auf dem Gebiet der Rauschgiftkriminalität unter besondere Berücksichtigung der V-Mann-Problematik*, 1990, S. 29.

（註四九） 關於經濟犯罪的黑數，參閱：Heinz, *Stichw. "Wirtschaftskriminalität"*, in: *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*, 3. Aufl., 1993, S. 591.

（註五〇） 刑罰對於社會大眾與犯罪人本身，應該具有何種意義與目的，是刑罰論的核心問題。一般來講，對於這個問題有三個不同的主張。比較古老（但不落伍）的看法，是報應。這是消極回顧已經發生的行為惡害的看法。認為刑罰只是要發揮罪刑均衡的功能，別無追求的目的。一般預防的理念，則主張刑罰是要預防不特定的社會大眾犯罪。特別預防是認為，刑罰的目的，是在去除犯罪人的社會危險性，讓犯罪人再社會化。關於刑罰的意義與目的，詳細的討論，可以參閱：林山田，*刑罰學*，1991年，第45至90頁；陳志龍，*刑罰目的與預防理論*，*台大法學論叢*，第23卷，第1期，1993年，第115至156頁；張麗卿，*刑事法學與精神醫學之整合—精神疾病犯罪人處遇之比較研究*，1994年，第117至151頁（張麗卿，*刑罰理論與精神疾病犯罪人的處遇*，*台大法學論叢*，第22卷第1期，1993年，第257至278頁）。

清楚預見自己的行為後果，因而打消犯罪念頭（積極的一般預防）；或者藉由對於犯罪人的追訴審判，與刑罰的執行，讓社會大眾知道國家貫徹刑罰的嚴肅態度，因而不敢心存僥倖（消極的一般預防）（註五一）。構成要件的「警示功能」（Appellfunktion）（註五二）是指，刑法的構成要件，對於任何人來講，都好像是警告的訊號。它告訴世人，有禁止規範的存在，踰越構成要件所劃定的界線，刑罰制裁就會隨之而來。刑罰的一般預防功能，也就是這樣發生的。

由於前述的原因（尤其是一般預防的考慮（註五三）），經濟刑法的制定法的體系化，被認為必要。制定法的體系化，有兩種可能的途徑。其一是，在普通刑法中制訂專章；其二是，制訂一部獨立的經濟刑法法典。

先談第一種制定法的體系化。我國普通刑法中，雖然有妨害農工商罪的專章（第十九章），但是，這不是經濟刑法的專章。因為，這裏面規定的犯罪類型，太過簡略；經濟犯罪的範疇，遠超過這些犯罪類型（註五四）。德國刑法當中，也沒有經濟犯罪的專章。他們的刑法學者曾經努力推動（註五五），要在普通刑法中，

（註五一） 這裏參考：Roxin, Strafrecht AT, Bd. 1, 1992, S. 35 f.

（註五二） Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 4. Aufl., 1988, S. 290.

（註五三） 林山田，經濟犯罪與經濟刑法，第99頁。

（註五四） 這個情形不能責怪當初的立法者。實證法是人類生活經驗的累積，立法者不是先知，無從預見半世紀之後的社會，可能是什麼樣子。（其實，我們豈止不敢要求立法者是先知；立法者能有良知，就已經是我們最大的幸運了）。

（註五五） 這是1977年，由當時仍年輕的刑法學者，所推出的刑法修正的參考對案（Alternativ-Entwurf）。參考對案當中，有一個刑法各論的改革建議案，名為「對抗經濟的犯罪」（Straftaten gegen die Wirtschaft），建議在普通刑法中，設置經濟犯罪的專章。提案的五名刑法學者是Lampe, Lenckner, Stree, Tiedemann, Weber。他們建議經濟犯罪的專章，有下列七類犯罪：

1. 對於營業競爭與消費者的犯罪（包括：經由協議與互為一致之行為而限制營業競爭、卡特爾官署干涉後仍為營業競爭之違反行為、經濟上的杯葛、有目的變更企業、企業結合、經濟交易上的行賄、不實廣告、契約詐欺）；
2. 對於營業經濟的犯罪（包括：經濟破壞、出賣經濟上機密、經濟交易上的誹謗、濫用公司權限與公司權利的侵害）；
3. 對於給付交易與信用經濟的犯罪（包括：濫用支票、濫用支票卡與信用卡、濫用票據、信用詐欺、投資宣傳手冊的不實記載、不實的投資諮詢）；
4. 證券犯罪（包括：對於有價證券指數的欺騙性影響、濫用內線消息）；

設立經濟犯罪的專章，不過，沒有被立法者接受（註五六）。德國第一（1976）與第二（1986）抗制經濟犯罪法案（註五七），所做的刑法修正，是在普通刑法中，增列相關的規定。主要的增列與修正的規定，多與詐欺罪和背信罪有關，尤其是詐欺罪（註五八）。其他重要的經濟犯罪，如破產犯罪，則另外獨立成爲一章。第一與第二抗制經濟犯罪法案，可以說是德國官方與學界，對抗經濟犯罪所做的最大努力。此項努力，並沒有把經濟刑法在制定法上體系化。

接下來談第二種制定法的體系化，也就是，獨立的經濟刑法法典。歐陸各國，有獨立的經濟刑法法典的國家，只有德國和荷蘭（註五九）。

德國1954年公佈施行的「經濟刑法」，總稱是「簡化經濟刑法」（註六〇）。第二次世界大戰之前，德國有許多經濟管制法令。大戰結束後，不合時宜的經濟管制法令要加以廢除；有必要留存的法令，也要加以精簡。因此，有簡化經濟刑法的誕生。這個「簡化經濟刑法」全部有二十三個條文，在屢次修正後，有六個條文被

5. 破產犯罪（包括：破產詐欺行爲、個人經濟危機時期的義務違反行爲、義務違反而引致背負過重債務、圖利債務人、縮減破產財團）；
6. 對於商業帳目公佈的犯罪（包括：資產負債表與商業報表的不實記載、對內業務通報的不實記載、審核報告的不實記載）；
7. 對於公共財政經濟的犯罪（包括：租稅詐欺與經濟輔助詐欺）。

以上參閱：Lampe/Lenckner/Stree/Tiedemann/Weber, *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, BT, Straftaten gegen die Wirtschaft*, 1977.

- (註五六) 這與經濟犯罪的概念與內涵，沒有一致的見解有關係。參閱：Bottke, aaO., S. 5; Otto, aaO., (Jura 1989), S. 25.
- (註五七) 請參閱：林東茂，德國近二十年來的經濟刑法發展趨勢，警政學報，第23期，1993年，第13頁至38頁。
- (註五八) 在兩次的抗制經濟犯罪法案中，與詐欺有關的新規定，如：經濟輔助詐欺（§ 264）、信用詐欺（§ 265b）、電腦詐欺（§ 263a）、詐騙投資（§ 264a）；與背信有關的新規定，如：濫用支票卡與信用卡（§ 266b）。
- (註五九) 嚴格的說，除了德國與荷蘭之外，還有葡萄牙。參閱：Jescheck-Löffler, *Quellen und Schrifttum des Strafrechts*, Bd. 1, 1972.（這是文獻的索引，內容不詳）。
- (註六〇) 關於德國的簡化經濟刑法的介紹，可以參閱：林山田，經濟犯罪與經濟刑法，第97至99頁；林東茂，西德經濟刑法之簡介，刑事法雜誌，第30卷，第2期，1986年，第10至25頁。

刪除，有兩個條文，因為德國統一，已失去規範對象。這個經濟刑法，其實並不是真正的刑法。冠上刑法之名，是一個錯誤（註六一）。理由有二：其一，這個法律裏面的刑罰制裁規定，只有一個（第一條），其他都是秩序罰的條款；其二，這個唯一的刑罰制裁條款，只有在戰備情況或急難情況下，才有適用的可能（但是要依照德國憲法第 80 條 a 的標準）。「簡化經濟刑法」除了實體規定之外，還有程序上的規定。實體的規定，主要是第一至第六條。這些規定，可以說是傳統「經濟刑法」（不是嚴格意義的經濟刑法）的核心領域。因為，傳統經濟刑法是在維護國家的管制經濟（包括價格管制），而不是保護私人的財產利益（註六二）。唯一的刑罰制裁條款（第一條），是在保護戰時與特殊時期的國家管制經濟，使一般國民與軍隊，可以得到充分的物資供應。在承平時時期，這個規定幾乎沒有適用餘地。依據德國官方的統計，在過去十多年，被依照這個經濟刑法判決的人數，很少超過十個（註六三）。

荷蘭的經濟刑法（以下簡稱該法），於 1950 年公佈施行，總計有 87 個條文（註六四）。規定的內容，比德國的經濟刑法還要豐富。該法主要是規定，經濟犯罪的偵查追訴與審判的程序；至於實體的規定（何種行為是經濟犯罪），則只是在第一條，做「框架立法」而已（其他條文並不是框架立法）。該法第一條的規定，大略是這樣的：『違反下列法律之規定者，為經濟犯罪：1. 外匯管理法第七條第六項…；2. 金融監督法第四條…；3. 農業法第十七條…；4. 輸出入法第二條第一項…；5. …』（註六五）。經濟犯罪的構成要件，在該法第一條並未做規定；個別的規範內容，都在各個有關的法律裏面。所以，第一條被稱為框架立法。該法

（註六一） Bottke, aaO., S. 5.

（註六二） D. Geerds, aaO., S. 273.

（註六三） 1978:7, 1979:21, 1980:2, 1981:5, 1982:6, 1983:2, 1984:4, 1985:11, 1986:11, 1987:8. 資料引自：D. Geerds, aaO., S. 275, Fn. 399.

（註六四） 詳細的德文譯本，可以參閱：Schaffmeister, *Entwicklung und Begriff des niederländischen Wirtschaftsstrafrechts*, 1978, S. 289 ff. 簡要的介紹，可以參閱：林山田，前揭書，第 96 至 97 頁。

（註六五） 總計在該法被列出的法律，有六十八種。這六十八個法律，大約可以分成六種類型：1. 農業法；2. 生活物資法；3. 工資與價格法；4. 卡特爾法；5. 運輸法；6. 零售商與手工業同會法。

第六條，把經濟犯罪分成兩類，即重罪與輕罪。重罪可以科處六年以下自由刑，或十萬荷盾（Gulden）以下罰金；輕罪可以科處一年以下自由刑，或二萬五千荷盾以下罰金（其他法律有特別規定者，從其規定）（註六六）。這些刑罰還可以併科從刑與保安處分。從刑（第七條），例如：收容於強制工作處所、停止營業或勒令歇業（與經濟犯罪有關的營業）、沒收…。保安處分（第八條），例如：諭令受判決人的營業，接受三年（重罪）或兩年（輕罪）的行政監督、提存為時三年的十萬荷盾（重罪）或為時二年的五萬荷盾（輕罪）、追繳從事經濟犯罪所獲得的不法利益…。前面所述，都是實體上的規定。其實，該法比較重要的部份，是有關程序上的規定。這些規定，與加速經濟犯罪的追訴有關。例如（註六七）：1. 該法賦予追訴人員權限，可以在特定的界限內，對於沒有犯罪嫌疑的人，扣押物品、檢視文件；2. 檢察官有權，在偵查程序中採取暫時處分，對於企業加以監督，命令歇業或不為特定行為；3. 在檢察署設有熟悉經濟事物的鑑定專家，供檢察官諮詢；4. 有關法院組織，在第一與第二審級，設有經濟刑庭，專門審理裁判經濟犯罪，而且法官不調職。

制定法上，類如德國與荷蘭的獨立的經濟刑法，是否必要（註六八）？本文的看法是，沒有必要。理由如下：

第一，德國的經濟刑法的命名，是一個錯誤，有如前述。因為，這個法律主要是秩序罰的規定，而不是刑事罰。此外，該法規定簡略，實務上的運用也很少，顯

（註六六） 實務上，自由刑的運用很少。例如，從 1956 年到 1970 年，在科刑判決中，科處自由刑的比率，大約在 2.1 % 到 0.27 % 之間。罰金刑所佔的比率最多，以 1970 年為例，罰金刑佔所有宣告刑的 99.42 %。參閱：Schaffmeister, *Das niederländische wirtschaftsstrafgesetz, seine Handhabung und seine grundsätzliche Bedeutung für die deutsche Reform des Wirtschaftsstrafrechts*, ZStW 85(1973), S. 795. 罰金刑佔宣告刑的比率很高，在近年的荷蘭刑法實務，沒有什麼改變，例如 1982-1989 年，因為環境犯罪（在荷蘭的經濟刑法中，環境犯罪是經濟犯罪的一種）被判罰金刑的比率是 91.5%。參閱：Oudijk, *Die Sanktionen im niederländischen Gesetz über Wirtschaftsdelikte und deren Anwendung im Umweltstrafrecht*, wistra 1991, S. 162.

（註六七） 這裏參考：Melai in: *Verhandlungen des 49. DJT Bd. II (Sitzungsberichte)*, S. M 37 ff.

（註六八） 認為有必要的理由，請參閱：林山田，前揭書，第 99-100 頁。

見在抗制經濟犯罪上，該法扮演的角色並不重要。至於荷蘭的經濟刑法，主要的內容是程序部份，而不是實體規定（實體規定並且是不清楚的框架立法）。這些程序規定，其實可以安排在刑事訴訟法或法院組織法，並沒有必要另行規定。

第二，經濟犯罪的概念還沒有澄清，制定法上獨立的經濟刑法，無法週延的涵括所有的經濟犯罪。無論如何規定，終將顧此失彼（註六九）。

第三，德國與荷蘭的立法趨勢（註七〇），是把重要的經濟犯罪類型，規定在核心刑法（普通刑法）之中，並不是放在獨立的經濟刑法當中。而且，在核心刑法中，也並未設立專章。

玖、經濟刑法何以常有抽象危險構成要件 （代結語）

經濟刑法所保護者，主要是超個人法益。也就是：整體經濟秩序及其重要部門，如：信用市場、資本市場、營業競爭秩序、非現金的經濟交易制度。對於這種超個人法益的保護，立法者常常使用抽象危險構成要件（註七一）。或者說，抽象危險構成要件被認為，是對抗經濟犯罪的重要手段（註七二）。這個現象，可以分

-
- （註六九） 德國向來重視「比較法」的研究，荷蘭經濟刑法的豐富內容，自然受到注意。1972年，德國第49屆法學家年會（會議的主題是：有效對抗經濟犯罪的刑法手段是什麼？），討論了一個問題，那就是：有必要模仿荷蘭的經濟刑法嗎？德國學界認為，並沒有必要。主要的理由是，經濟犯罪的概念，仍無法澄清。參閱：Schaffmeister, aaO.(ZStW 1973). S. 824 f.
- （註七〇） 關於荷蘭的經濟刑法立法趨勢，參閱：Schaffmeister, aaO.
- （註七一） 關於詳細的抽象危險犯的討論，請參閱：林東茂，危險犯的法律性質，台大法學論叢，第23卷，第2期，1994年，第267頁至304頁。
- （註七二） 例如：Otto, Strafrecht, Die einzelnen Delikte, 1991, S. 264 f; Weber, in: Arzt/Weber, Strafrecht BT, LH 4, 1989, Rdnr. 21; 特別是：Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, Bd. 1, 1976, S. 81 ff, 反對在經濟刑法中，使用抽象危險構成要件的有：Lampe, aaO., S. 311; Volk, Strafrecht und Wirtschaftskriminalität, JZ 1982, S. 88; Gössel und Oder-sky, in: Schaffmeister, aaO. (ZStW 1976), S. 301; Schubarth, Von Vermö

從兩個層面來說明：其一是，刑事政策的必要性；其二是，刑法解釋學上的必要性（主要是因為，詐欺的規範不足以對抗經濟犯罪）。

一、刑事政策的必要性

1. 經濟犯罪行為的不法內涵，常源於行為方式的潛在危險。

經濟犯罪行為的不法內涵，常在於行為方式對整體經濟所蘊含的潛在危險，而非此一行為對財產價值或其他個人利益的具體危險或破壞（註七三）。因為，任何個別的行爲，都不足以造成整體經濟明顯的傷害（註七四）。也因為，經濟犯罪大多沒有具體的攻擊對象，刑法的構成要件，無從掌握具體對象的實害或危險（註七五）。以偽造貨幣為例：個別偽造行爲，不足以引發通貨膨脹，而且偽造的行爲，不是攻擊具體個人的財產利益；因此，偽造貨幣罪的構成要件，無從要求實害或具體危險的出現。偽造貨幣的不法內涵，在於這個行爲對整體經濟的潛在危險。違規放款的處罰規定（註七六）、內線交易的處罰規定（註七七）、企業聯合的處罰規定（註七八）等，都是抽象危險構成要件，立法上的理由均無不同。

2. 刑法的實用性

經濟刑法運用抽象危險構成要件，除了前述的理由之外，還因為刑法實用性的考慮。由於抽象危險犯不是結果犯，所以，不必做因果關係上的歸責判斷。這種抽

gensstrafrecht zum Wirtschaftsstrafrecht, SJZ 1979, S.185. 依照 Schubarth 的看法，對於超個人法益的保護，只有在兩個條件之下是正當的：其一，國家本身是被保護的財產權利的主體；其二，超個人法益是刑法對於個人財產利益保護的反射作用，例如破產犯罪。對於這個問題的爭執，德國的兩次抗制經濟犯罪法案，採取肯定的態度，認為超個人法益可以是刑法直接的保護對象，而且可以用抽象危險構成要件加以保護。

（註七三） Bottke, aaO., S. 204.

（註七四） Tiedemann, Der Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, ZStW (88) 1976, S. 269 f; Weber, in: Arzt/Weber, aaO., Rdnr. 21.

（註七五） Tiedemann, Objektive Strafbarkeitsbedingungen und die Reform des deutschen Konkursstrafrechts, ZRP 1975, S. 133.

（註七六） 銀行法第 32 條第 1 項，第 125 條。

（註七七） 證券交易法第 157 條之 1，第 175 條。

（註七八） 公平交易法第 14 條，第 35 條。

象危險犯的規定，容易被執行。例如，證券交易法的內線交易的構成要件，並不要求任何人的財產遭受損害或發生危險，只要有人（內線人或準內線人或第一手的信息受領人），知悉影響股價的重要消息，在消息尚未對外公開前，買進或賣出股票，構成要件就已該當。犯罪偵查的重點是，行為方式本身（買賣股票及其時機），而不是任何結果（有人受損）（註七九）。依照 Zipf 的看法，實用性是刑法建構的基本原則之一。用他的話來說（註八〇）：『刑法實用性的要求，是指刑法的建構，要著重實務的運用可能。所以，例如，實體刑法與刑事程序法必須視為一個效用單元。任何解釋上（dogmatisch）的實體問題，必須同時顧及訴訟上的貫徹可能性；一個解釋學上的解答，若不能在訴訟上實踐，這個解答在刑事政策上就是無用的。』著重刑法的實用性，相對的，就減輕了追訴與審判機關的工作負擔，也因此比較可能實現刑法的一般預防功能（註八一）。

二、刑法解釋學上的必要性（詐欺罪的局限性）

經濟犯罪往往與詐欺有關，可是，詐欺罪的規範，無法掌握若干經濟不法行為。這裏所要討論的，主要就是，詐欺罪在對抗經濟犯罪時的侷限性。以下只做簡略的說明，至於更詳細的討論，留待日後另文交代。

詐欺罪的成立，必須實現客觀的與主觀的構成要件（註八二）。屬於客觀構成要件的有：行為人的欺騙、被害人的錯誤、陷於錯誤的人處分財產、行為人（或第三人）得利與被害人（或第三人）財產受損。屬於主觀構成要件的有：行為人的故意與不法所有的意圖。這些構成要件必須完全實現，才是詐欺罪的構成要件該當。有些經濟不法行為，依照前述的構成要件逐一檢驗，不會成立詐欺罪。下面要稍加詳細的說明兩個詐欺罪的構成要件要素，欺騙與財產損害，並指出其侷限性。

1. 關於欺騙

（註七九） 至於實務上，被依照內線交易的規定追訴審判的人不多，那是其他原因造成的，這和規範本身無關。

（註八〇） Zipf, *Kriminalpolitik*, 1980, S. 54.

（註八一） Tiedemann, *Gutachten*, S. C 41. 當然，刑法不能只考慮一般預防的作用，否則，會演變成恐怖刑法。這是應當警惕的。關於此點，請參閱：Herzog, aaO., S. 115.

（註八二） 關於詐欺罪的構造，參閱：林山田，*刑法特論（上）*，1991年，第318頁以下。

所謂欺騙，是指對於事實的欺騙，對於他人認知的影響。例如，對於他人，就不存在的事實，使誤以為存在；或對於真實之事，加以隱瞞。欺騙可以是明示或默示的表示（註八三），也可以是對於事實的操縱（例如，將二手車的公里數改少）（註八四）。值得注意的是，所欺騙的事實，是指過去或現在的事實。未來之事或價值判斷都無法欺騙（註八五）。欺騙之事，不只是外在的事實，也包括內心的事實。內心的事實，例如，行為人的支付意願，或支付能力（註八六）。

有些經濟不法行為，很難用詐欺罪處罰，是因為欺騙的認定有困難。例如，經濟狀況不好的人，提出經過修飾的財務報表，向銀行申請貸款，結果清償期屆至，無法返還貸款。雖然解釋上，貸款人對於自己的支付能力向銀行欺騙，可以成立詐欺罪，但是，這種內心事實的舉證，常常有困難。因為，依據生活經驗，當下的經濟狀況不好，並不表示未來沒有支付能力；也不能因此回溯推論，認為貸款人自始就沒有償債意願（註八七）。

又例如，詐騙投資的公司，向投資大眾宣稱（可能是投資宣傳手冊，或是口頭說明），該公司有理想的投資計劃，在海外有許多投資案，投資金礦的開採，不動產的買賣等等。這些投資案也許真的存在，但是，被過度的美化，或是風險被隱匿不談；也有可能是，投資案的有無，根本無從檢驗。這種宣稱，使投資大眾信以為真，投入資金之後，血本無歸。投資公司儘可以主張，投資原本就有很大的風險，對於未來之事，沒有人可以精確的預估，因而不成立詐欺。

（註八三） 默示的欺騙，例如，去餐館吃飯，餐館老闆與服務生，都認定吃飯的人有給付能力，不暇多問；客人飯後不給錢，成立詐欺罪。這種欺騙是默示的欺騙（與不作為詐欺不同）。

（註八四） Krey, Strafrecht BT, Bd. 2, 9. Aufl., 1993, Rdnr. 338.

（註八五） 設有某甲，好吹牛。甲自認為熟悉股市，告訴乙，某公司股票近期將大漲，乙信之，交給甲百萬元，請代買賣股票。結果甲代買股票之後，價格不斷下滑。甲不成立詐欺罪，因為對於未來之事不可欺騙；欺騙之事，必須目前可以檢驗真偽。

（註八六） 內心的事實也可以欺騙，可能是德國的通說。參閱：Blei, Strafrecht BT, 12. Aufl., 1983, S. 221 f; Dreher/Tröndle, StGB, 45. Aufl., 1991, § 263, Rdnr. 2; Krey, aaO., Rdnr. 339; Lackner, StGB, 19. Aufl., 1991, § 263, Rdnr. 4; Samson, in; SK StGB, § 263, Rdnr. 10.

（註八七） Lampe, Kreditbetrug, 1980, S. 11.

爲了克服前述的困難，德國的立法者，分別在第一與第二次抗制經濟犯罪法案中，於普通刑法裏，增列了信用詐欺與投資詐欺的處罰規定。這兩個規定，都是抽象危險犯。信用詐欺（§ 265b）的構成要件，大略是：行爲人就信用的授予或信用條件的變更，對於（受信人）經濟狀況，提出不實或不完整的申請文件，或做不實或不完整的書面報告；這種受信人經濟狀況的報告，與信用的審核有重要關係。簡言之，提出不實或不完整的申請信用的說明書，就可以判斷爲，是一種欺騙。投資詐欺（§ 264a）的規定，大略是：爲推銷有價證券、認購股份或其他投資工具，在宣傳手冊上，或在公司的財產狀況說明書或摘要表上，對於不特定的多數人，就投資判斷有重要關係的事項，做不實的有利陳述，或隱匿不利的事實，可處三年以下有期徒刑或科罰金。投資詐欺的規定，不要求被害人的錯誤與財產受損，也不要求行爲人有不法所有的意圖；構成要件只有行爲方式的描述，有特定的行爲方式出現，構成要件就算該當（這是詐欺構成要件的縮水）。

關於詐騙投資的對抗措施，我們的立法者，於1989年，在銀行法中，增列了第29條之1。規定：以投資名義，向多數人收受款項，而約定或給付與本金顯不相當之利息等，以收受存款論。違反者，依同法第125條，處一年以上，七年以下有期徒刑。這個規定，也是抽象危險犯（註八八）。

2. 關於財產損害

要指出經濟不法行爲所造成的財產損害，可能是實務上最困難的問題，也是詐欺罪在適用上最大的侷限。

（註八八） 這個新增的規定，顯然是對抗地下投資公司的權宜之計。在立法政策上，這個規定卻很令人疑慮。理由如下：第一，地下投資公司所危害者，基本上，是資本市場而不是信用市場。把地下投資公司的處罰規定放在銀行法，是錯誤的，因爲，銀行法主要是規範與保護信用市場而不是資本市場。如果這個處罰規定要放在附屬刑法之中，比較正確的安排，應該是放在證券交易法之中，而不是銀行法。第二，地下投資公司所涉者，本質上，是詐欺前階的不法行爲，換言之，是詐騙投資。這種與社會大眾息息相關的詐欺危險行爲，應該被規定在普遍刑法，而不是放在規範銀行業的法律中。此外，詐騙投資的不法內涵，是投資公司宣傳時，對投資計劃（或公司財務）做了不實或不完整的說明，使投資大眾的財產利益形成危險。投資公司給投資人很高的利息，這件事情本身並沒有什麼不對。把「給付很高的利息」當作一種不法行爲，用很重的刑罰（比重利罪還重）去對付，是很有問題的。這是立法上的草率與粗糙。

詐欺罪的成立（既遂），必須是，經由徹底的計算，有人（處分財產的人或他人）受財產的損害（註八九）（註九〇）。損害的計算方法是：處分財產之後，被害人的總財產減少的部份，就是所受的損害（註九一）。有些經濟不法行爲，是否造成財產損害，在確認上，可能發生困難。典型的例子是圍標（註九二）。過去一百多年來，德國刑法實務界與學說，大多不認爲，圍標可以歸攝在詐欺的構成要件中。主要的理由是，具體的損害難以認定。因爲，損害的發生必須比較兩種價格：其一是，圍標所開出的價格；其二是，如果沒有圍標，自由競爭所可能出現的「市場價格」。但是，市場價格是假設的價格，沒有人可以指出，真正的市場價格究竟多少（註九三）（註九四）。因爲解釋學上與舉證上的困境，所以，對抗圍標的新

-
- （註八九） 就這點而言，詐欺與竊盜有很大的不同。竊盜未必對於被害人造成財產的損害，例如，竊取他人泛黃的紀念照，雖然這張老舊的照片沒有任何經濟價值，竊盜罪還是成立的。
- （註九〇） 關於財產的概念，學說與實務都有爭執。德國的通說，似乎是「經濟的財產概念」，不具請求權基礎的財產，也是詐欺罪所要保護的財產。所以騙取小偷的贓物，同樣成立詐欺罪。Dreher/Tröndle, aaO., § 263, Rdnr. 27. 不過，這種經濟的財產概念，陸續有人提出質疑。例如：Samson, aaO., § 263, Rdnr. 35.
- （註九一） 損害有時候也可能是具體危險。例如，被騙而購買盜贓，買受人所購買之物，兩年內，隨時有被失主請求回復的危險（參閱民法第 949 條的規定）。
- （註九二） 關於圍標的現象面與規範問題，請參閱：林東茂，圍標的刑罰制裁問題，刑事法雜誌，第 37 卷，第 5 期，1993 年，第 1 至 16 頁。
- （註九三） 實務界的看法，以聯邦最高法院的一項重要判決爲代表，BGHSt 16, 367（NJW 1962, S. 312）。學術界大多支持這項判決，例如：Baumann, Zum Ärgeris Submissionsbetrug, in: FS für Oehler, 1985, S. 293; Bruns, Können ordnungswidriges Preisabsprachen bei öffentlichen Ausschreibungen nach geltenden Recht auch als Betrug mit Kriminalstrafe geahndet werden? NStZ 1983, S. 387; Jaath. Empfiehlt sich die Schaffung eines strafrechtlichen Sondertatbestandes zum Ausschreibungsbetrug? in: FS für Schäfer, 1980. Möschel, Zur Problematik einer Kriminalisierung von Submissionabsprachen, 1980. S. 27.
- （註九四） 不過，聯邦最高法院在 1992 年的另一項判決，改變了從前的看法，認爲圍標可以成立詐欺罪。這個判決所持的理由以及所遭到的批評，請參看，林東茂，前揭文。

刑事立法建議，屢屢被提出來（註九五）。提出來的新規定，都是抽象危險構成要件，均不要求損害的發生。例如，1977年，由五名刑法學家，所提出的刑法修正案的參考對案（分則篇當中的經濟犯罪章），裏面的圍標條款，如是規定（註九六）：「以限制營業競爭為目的，對他人行求、期約、或交付經濟上的利益，以對於他人可以感受的惡害相脅迫，或藉由欺騙加以影響，使不參加公家機關之招標程序，或使參加招標之他人，受不法之約束者，處三年以下有期徒刑或併科罰金。」我國公平交易法對於圍標（事業聯合的一種）的處罰規定（第十四、三十五條），更是道地的抽象危險犯，構成要件縮水的尤其厲害。這裏的規定是，只要未經許可，而有事業聯合的行為，構成要件即已該當。

（註九五） 早在1922年，就有處罰圍標的刑事立法建議。1960及1962年，德國政府的刑法修正草案，也曾增列圍標的處罰規定。1986年的第二次抗制經濟犯罪法案，本來也有圍標的處罰規定，後來因為聯邦經濟部的反對，而加以刪除。但是，即使聯邦最高法院在1992年的新判決中，已經認定圍標可以成立詐欺罪，實務界仍有人認為，處罰圍標的新立法建議不應終止。參閱：Müller/Wabnitz, Wirtschaftskriminalität, 3. Aufl., 1993. S. 333.

（註九六） Lampe/Lenckner/Stree/Tiedemann/Weber, Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil, Straftaten gegen die Wirtschaft, 1977, S. 32.