

台湾法学研究
精要丛书

基础刑法学

黄荣坚
著

(上)

(第三版)

 中国人民大学出版社

台湾法学研究
精要丛书

黄荣坚
著

基础刑法学

(第三版)

(上)

中国人民大学出版社
· 北京 ·

台湾法学研究精要丛书

学术委员会

(以姓氏笔画为序)

王利明

甘添贵

石少侠

刘明祥

刘春田

曲新久

江平

江伟

许玉秀

张明楷

苏永钦

陈子平

陈兴良

林勋发

姜明安

崔建远

梁宇贤

黄立

曾世雄

谢在全

詹森林

赖源河

序

台湾法学研究精要丛书
基础刑法学
(上)

中国人民大学出版社推出的“台湾法学研究精要丛书”连续引入我国台湾地区法学领域的拔尖之作，在祖国大陆法学界产生了积极的学术影响。整套丛书开始出版的主要是民商法、行政法和诉讼法方面的著作，现在又要陆续推出刑法系列，这是令人欣慰的。

台湾地区的刑法学和大陆的刑法学之间存在密切联系。台湾的老一辈刑法学家韩忠谟教授等，都是在祖国大陆完成学业以后去台湾的，可以说是在台湾延续了自清末以降从大陆法学引入的刑法学传统。在大陆 20 世纪 80 年代初开始恢复刑法学的学术研究的时候，又恰恰是台湾的刑法学著作起到了一定的启蒙作用。例如韩忠谟教授的《刑法原理》一书就以影印的方式在大陆出版，为我们当时了解刑法理论研究的世界现状打开了一扇学术的门窗。此后，随着大陆刑法学理论迅速发展，尤其是大陆法学和英美法学的刑法学教科书和专著大量地翻译出版，台湾地区刑法

学的学术影响力有所下降。但由于两岸之间人员交流、学术交流的日益增加与扩大，加上同种同文的优势，祖国大陆和台湾地区之间在刑法学术领域实质性交流更加深入，对于大陆刑法学理论研究的发展起到了积极的促进作用。

尽管目前两岸之间学术交流加强，我们也可以通过各种渠道获得台湾同行的刑法学著作，但对于更为广泛的刑法学教学科研人员，尤其是对那些在读的本科生、硕士生和博士生来说，获得第一手的台湾刑法学资料还是存在一定难度的。在这种情况下，中国人民大学出版社推出“台湾法学研究精要丛书”之刑法系列，可以说它是两岸刑法学术交流领域的一大盛举。自20世纪90年代以后，台湾地区的刑法学界逐渐完成了新老交替。老一辈刑法学者年事已高，有的已经过世，尽管其著作仍然对当下发生着学术影响力，但其人、其作品慢慢地退出历史舞台，这是不可抗拒的自然现象。与此同时，一批中青年学者占据了刑法学术的舞台中心，成为学术中坚，正是这些学者及其作品成为目前主导台湾刑法学研究的力量。这些年来，祖国大陆出版机构也零星地出版过台湾刑法学者的著作，但尚无系统的出版规划。这次我们经过征求各方面的意见，向出版社推荐了一批在台湾刑法学界具有较大学术影响力的著作，纳入刑法系列。从第一批著作来看，主要有以下两种类型：一是刑法体系书，主要是指刑法教科书。台湾地区在2005年完成刑法修订以后，刑法教科书也随之完成了修订。在这种情况下，选择一些具有代表性的刑法教科书在大陆出版，可以作为教学参考之用。刑法体系书的体系性知识及叙述的特点，使大陆读者能够较为系统地了解台湾刑法学理论的全貌，因而必然会受到读者的欢迎。二是刑法论著，包括刑法论文集和专著。这是在某些刑法论题上进行深入研究的著作，可以展示刑法理论研究的深度。随着大陆对刑法理论研究的不断深入，台湾的刑法论著的出版必将提供某种借鉴。

祖国大陆和台湾地区具有相同的法律文化渊源。这是在刑法学术交流上的优势。但也不可否认，经过五十多年的文化隔绝，两岸刑法学术话语之间已经产生了较大的区隔。例如大陆在1949年以后引入苏俄刑法学，尤其是作为刑法学基本理论框架的犯罪构成体系，它是苏俄式的，沿用至今。台湾刑法学则以德、日的犯罪论体系作为刑法知识的基本逻辑结构。在这种情况下，两岸的刑法学术话语存在相当程度上的不对接，这也增加了刑法学术交流的困难。这些年来，祖国大陆刑法学界还在引入和借鉴德、日的犯罪论体系，对苏俄刑法学的犯罪构成体系进行反思与重构。就我个人认为，祖国大陆的刑法学面对着“拨乱反正”、知识转型的重大课题。唯有完成这一刑法知识的转型，祖国大陆的刑法学理论研究才能融入大陆法系的刑法学术传统之中，刑法学的理论格局也将为之发生巨变。在这样一个刑法知识转型的历史性时刻，我们刑法学人应当具有开拓的学术眼界、广阔的学术胸怀，为推进并完成这一刑法知识的转型而付出一己之力。在这样一个背景之下，台湾刑法著作在祖

国大陆的出版，是具有独特作用的。大陆法学的刑法学术传统经过台湾地区刑法学者的长期努力，深深地打上了中华文化的印记，这对于亟待引入大陆法学刑法学术传统的祖国大陆来说，无疑具有直接的借鉴意义。

我曾于1999年8月和2007年5月两度到访台湾，参访了台湾大学、东海大学、东吴大学、辅仁大学等高校，拜访过老一辈学者蔡墩铭教授，也与陈子平教授等中年学者长期交往，保持了深厚的友情。这次出版的“台湾法学研究精要丛书”之刑法系列，是这个系列的第一批书，我相信还会有更多的著作纳入到这个书系，与祖国大陆的读者见面。

是为序。

陈兴良

谨识于北京依水庄园渡上寓所

2008年3月23日

序 言

台湾法学研究精要丛书
基础刑法学
(上)

本书是《基础刑法学》的第三版，距离第一版的出书，已经有三年的时间。新版变动内容有一部分是针对去年（2005年）的第十六次台湾地区“刑法”修正而有对应的论述，另一部分则是本书对于某些相关基本问题有不同的看法，或是在论述途径上有新的补充。不过由于时间上的匆促，除了增补的部分以外，对于德国文献资料并未重新审订。和第一版《基础刑法学》相同的是，本书是刑法总则的教科书，不过最主要的篇幅内容并不在于对既有文献叙述的介绍，而是在刑法基本问题本身的讨论。本书所设定的目的是，读者可以跟着走过一些对于刑法基本问题的思想历程，形成个人对于刑法问题的思想方法和习惯，如此，加上每一个人用自己的眼睛看到世界上不同的事物，自然可以展现出个人说话的内容。长年来，台湾的学生习于记忆与重现书上的理论用字，甚至对于个案的讨论，也习于记忆一定的标准答案，至于个人论述内容则甚为薄弱。

这是一个严重的问题，因为理论和现实之间永远有一道必须依赖论述来勉强跨过的鸿沟，世界上也没有两个完全一样的个案，因此没有自己的说法和用语，等于没有任何解决问题的能力。更严重的是，欠缺自己的说法，背后欠缺的是来自自我肯定的愉悦。学生欠缺自我肯定的愉悦，不管是对哪一个学门而言，表示教育最终的目的已经完全落空。这一个问题当然和主宰台湾社会的功利心态有关，因为在患得患失的情绪下，急于精准计算个人考试所得，自然不能没有标准答案。但是，姑且不论规范科学问题就像人生没有标准答案，当一个人丧失快乐能力的时候，还有什么东西是对人有用的？

本书在内容编排上一开始就介绍到刑罚的内容，主要是因为，刑法理论到最后无非在铺陈通往刑罚之路。如果我们对于作为犯罪法律效果的刑罚没有最低限度的知觉，就不可能为刑罚的使用设定出合乎人性的条件。不过对于初学者而言，本书建议对于刑罚的部分只要知其基本观念即可，对于琐碎的技术性规定或数字不必加强记忆，以免反而妨碍了对于刑法原理基本动线的掌握，甚至丧失兴趣。过失犯罪在本书当中并没有被当作和故意犯罪完全不同的犯罪结构类型来做处理，因为除了过失犯罪的行为人对于侵害事实的实现没有预见之外，过失犯罪和故意犯罪的犯罪结构原理是完全一样的。至于刑法选择性的处罚过失犯罪类型，是来自于刑罚必要性的考量，而不是过失犯罪类型在刑罚正当性上有所亏欠。相反的，主观不法的最低限度是过失，而不是故意。也因此，本书在章节的编排上，先谈过失，后谈故意。着手与既遂的关系也是如此，一旦行为人扣下扳机，被害人的死伤与否就决定于运气。由于法律不想以人的利益作为轮盘上的赌注，因此客观不法的最低限度是着手（未遂），而不是既遂，从而本书在章节的编排上也是先谈着手犯，后谈既遂犯。着手的概念无法脱离于故意，因为如果不是探索故意的轨迹，所有没有实现的结果，客观上本来就都是注定不会实现的结果，而行为也不可能指往结果的方向。所以在犯罪概念的介绍上，本书先谈主观不法，后谈客观不法。至于不作为犯以及正犯与共犯的问题，基本上不是刑法犯罪结构学当中具有独立意义的问题。基本上，只要懂得犯罪基本结构，不作为犯以及正犯与共犯的问题都只是基本结构的应用问题而已。

繁华世界令人眼花缭乱的是事物的外在，而不是事物的本质。就一个学门而言，特别是就法律学作为一门处理人类社会问题的科学而言，没有基础概念，什么都不是。所谓什么都不是，意指没有快速有效解决问题的工具。我们也知道，对于人类社会所存在的种种纷争，无论如何，自会有解决的机制。光是就司法游戏而言，案例法当然也是解决纷争的模式之一，甚至在技术层次上是高度追求实质正义的模式，然而案例法本身也无法脱离概念的主张，否则罗列案例也根本没有意义。案例法或体系法的选择，最后浮现的问题是，社会有多少资源，以及个人有多少资源可以用

来追求极致的正义？亦即，我们要的是一个人独享的实质正义或是社会人大体平等的实质正义？赢家通吃哲学为了个人的扩张，现实上无穷反复的理论空间变成是一个不可或缺的生存条件。但是，如果我们对于概念法体系有充分的研读，将可以发现，任何案例法个案当中所曾经出现的正反抗辩或思维，无一可以脱逸于前人概念法体系所掌握的广度及深度。承此，人类之间约定基本规则，接受基本规则，是一个整体上经济的做法，也是追求平等共生的不二法门，因为，不是每一个人都有钱可以请律师，不是每一个人都有足够的聪明可以为自己讲话，也不是每一个人都会汲汲于为自己讲话，包括正确与不正确、诚实与不诚实的话。因此，当我们讶异于原住民在检察官或法官面前（不管是因为语言习惯或是人格因素）往往一开口就承认自己有罪的时候，我们就应该想一想，人类社会制度的设计果真要让灵巧的人就活得好一点，朴拙的人就活得不好一点？当然，个别法官也有偷懒或思虑不周的时候，但是在全部社会人口的职业结构关系中，法官们绝非恰好就是社会里特别不堪或特别不食人间烟火的一群人，因此至少在今天的社会事实上，个别法官怠惰或思虑不周可能形成的损害远不及于作为文明主流的掠夺哲学。到头来，概念法体系和个案法体系之间的差异不是技术，而是人生态度的选择。

近年来台湾地区流行科际整合，但是事实上很清楚的，不可能没有基础理论，却形成所谓科际整合的理论。科际整合有两个不同层次的意义：一个是学术研究上的科际整合，另一个是应用层面上的科际整合。就法律学门而言，前者主要在以其他异质学门，特别是自然科学对于事实的认知为基础，对于法律规范命题提出支持、修正或推翻的主张，例如基因研究对于全部伦理规范之正当性的质疑。后者在于法律实务者处理具体个案时必须同时具有法律学以及某其他学门之专业知识，例如确认医师医疗行为是否过失致死时，除了必须知道法律上的过失概念之外，也必须对于病人就诊时疾病治愈可能性能够做事实上的判断。学术研究意义的科际整合，主题是可遇不可求，所以以学术研究取向作为科际整合系统教育的定位，显然不切实际。剩下来，科际整合系统教育的定位只可能是应用层次的科际整合，既然如此，不管法律学和哪一个其他学门的整合，基础理论只有一种基础理论，不可能有变体基础理论。不管是学术研究取向的科际整合或是应用层次的科际整合，科际整合是只能一个人独行的经验历程，没有可以在人与人之间传授的体系，也没有可以在人与人之间传授的方法。科际整合所依赖的，除了逻辑学之外，在法律领域内依然是法律基础理论。

刑法理论本身在我们一般为刑法理论所预期的目的上有其功能上的极限，对于学说与实务之间的差距而言，实务界一般会认为学说理论是不切实际的说法。其实，学说立论带有理想色彩，设定目的本来就是某种程度地要改变实务做法，因此本来就不会，也不应该完全吻合实务。学说对于实务的批评，并非要对于实务态度有所

责难，而是在提供讯息。与其说学说所寄望的是今天判决通例或立法对于学理的依循，不如说是经过长时间发酵过程后观念的迁移，一来是因为观念的改变，特别是集体观念的改变需要时间，二来是实务工作就是有实务工作的背景与限制。一个最现实的问题是，当法官所负荷的案件量过大的时候，可能就难以有思考的时间了。但是尽管如此，基于学理存在于人类社会中的基本意义，学理不可能淡忘本身的理想色彩，否则人类社会也没有任何进步的机会。

最后但也是最重要的问题是，刑法作为控制社会秩序的手段，效益永远不如一般人所想象的那么大。简单说，在一个没有道德、没有责任观念的社会，人们无论如何不可能要得到所想要的愉悦生活。我个人这十年来一直困惑一件事，就是十个机车骑士当中有九个从小巷子汇入主要道路，或甚至从红灯方向汇入绿灯方向道路时，可以头也不回地直接切入，毫无眷顾地放弃了对别人生命的责任，甚至也毫无眷顾地放弃了对自己生命的责任。多数的人生可以自我放弃至此，还有什么不会被放弃的？这两三年来，卡债的问题更暴露了我们社会里一个寻常的生活观：很多债务人心中想的是，人无须工作也可以有奢华的生活，“只要你敢把钱借我，我就敢借！”另一方面，银行经理人心中想的是，最后为卡债问题付出代价的人，不是银行，更不是经理人，而是社会，所以“只要你敢借，我就敢把钱借给你！”生意人态度如此，表示背后国家政策基本立场也是如此，因为一旦社会资本化之后，连国家也难逃被个人资本化的命运，只是，一如我们最近在“国道”ETC问题所见，“交通部”本身作为一个“国家机关”已经放弃对于人民的公益原则，如何有立场要求ETC的得标商要牵挂公益原则？

在道德问题上，我们原本很传统地寄望于教育工作者，然而新时代的教育工作者为了追求个人最大利润，最直接的方法就是社会既有文明模式取向的自我最佳化，简单地讲，在一个向下沉沦的文明里，教育工作者的作用就是以其知识提供沉沦的技术。无限量大学让学历无用化，五年五百亿的“学术卓越”大饼让学术营利化，教育机构的自我膨胀让教育形式化，量身定作的升学制度让社会阶级化。如此风行草偃，我们很清楚，这个社会里的问题并非出在下阶层者，而是出在上阶层者。

年轻人寄望用春天的呐喊舒活自我，政府机关也乐得在海边用震动心脏的节奏来对应。廉价的付出对于自我的追求虽然无效，但是往好处想，似乎这样的决策在形式上也符合民主的原则。问题是，民主就只是民主。就生活效益而言，民主只是一个乘数，当社会道德意识是正数的时候，民主的效益也是正数，当社会道德意识是负数的时候，民主的效益也是负数。一个传承掠夺文化的社会中，无论如何包装，人们标准行为的核心意义就是掠夺。在这样的标准行为模式中，对于未经包装的掠夺行为再来引用严厉的刑事政策，无异是绝大的讽刺。事实上，社会安全不安全，已经和刑罚没有什么紧密的关系。基于此，有意义的刑法理论也就是在让人理解，

刑法所追求的本来也就是在百分比上相当微小的效益而已。刑法犯罪概念体系当中有很多细致的讨论与推理，但是这一些东西的目的并不是在使刑法能够有效地消灭犯罪，而是在维持一个讲理的原则，维持一个极限里的刑罚。如果人们深切感觉社会不安，那么刑法事实上无能为力，也应该无能为力。

本书改版工作的处理，要感谢我的助理邱靖贻和丁显仁的帮忙。靖贻整理全书文字，对于书中许多文字不清楚、论述有疏漏，或甚至前后说法不一致的地方都提出意见以供修正参酌，显仁则全权负责本书的编排工作。两位助理都在我心目中台湾法学教育会发亮的那个时候进大学，上了研究所之后，都跟了我四年的时间，也在他们同时要毕业的最后时光里，除了忙论文、忙搬家、忙工作之外，还要忙着和我一起完成教科书改版的任务。我想，和其他任何一件事一样，工作这一件事如果让人有收获，可能就是对于时光的享受。对于时光的分享，则更是一种令人愉悦的回忆。



2006.08.30.

总目录

台湾法学研究精要丛书
基础刑法学
(上)

目录 (上)

第一章	刑法基本概念	1
第二章	犯罪基本概念	73
第三章	不法构成要件	133
第四章	主观不法	236

目录 (下)

第五章	客观不法	305
第六章	有责性	390
第七章	不作为犯	443
第八章	犯罪的参与	487
第九章	犯罪之竞合	564

目录 (上)

第一章	刑法基本概念·····	1
第一节	刑法的意义·····	1
	壹、刑法是什么? ·····	1
	贰、刑法的形式·····	2
第二节	刑法的目的·····	6
	壹、直接目的: 罪刑 法定·····	7
	贰、间接目的: 刑罚 功能问题·····	8
	叁、刑法目的概念之 现实 ·····	27
第三节	刑法的效力范围 ·····	34
	壹、刑法在时间因素上 的效力 ·····	35
	贰、刑法在事件因素上 的效力 ·····	36
	叁、时效 ·····	47
第四节	刑事法律效果 ·····	49
	壹、刑罚 ·····	49

	貳、保安处分	64
第二章	犯罪基本概念	73
第一节	罪刑法定主义	73
壹	罪刑法定主义的意义	73
貳	罪刑法定主义的具体标准	76
第二节	行为概念	97
壹	概说	97
貳	行为理论	99
叁	理论的再检讨	102
肆	“行为”的定义	104
伍	关于原因自由行为	107
陆	法人之犯罪能力问题	111
第三节	犯罪结构	113
壹	犯罪是不法而且有责任的行为	113
貳	二阶层理论与三阶层理论	120
叁	故意过失概念之定位	125
肆	犯罪结构上的基本犯罪(不法)类型	130
第三章	不法构成要件	133
第一节	不法构成要件的概念	133
壹	不法构成要件的形式	133
貳	不法构成要件的意义	136
第二节	成文不法构成要件	142
壹	依法令之行为	142
貳	公务员服从命令之行为	144
叁	业务上之正当行为	146
肆	正当防卫之行为	147
伍	紧急避难之行为	163
第三节	不成文不法构成要件	172
壹	正面要件: 因果关系	172
貳	负面要件	193
叁	关于其他阻却“客观归责”事由	224

第四章	主观不法	236
	第一节 过失	236
	壹、主观不法概说	236
	贰、过失理论概况	238
	叁、过失概念内容探讨	242
	肆、过失与行为时	256
	伍、有认识过失?	258
	陆、特殊过失形态	260
	第二节 故意	268
	壹、故意概念理论概况	268
	贰、故意概念内容探讨	270
	叁、故意概念与过失概念的关系	296
	肆、故意与行为时	300
	伍、故意与过失的界限	302

第一章 刑法基本概念

第一节 刑法的意义

4

壹、刑法是什么？

刑法是国家法律之一，它规定，当一个人做了什么样的事情的时候，国家会给予什么样的刑罚或保安处分。这里所谓做了什么样的事情，具体所指的也就是犯罪。关于犯罪及刑罚或保安处分，我们在后面会有进一步的说明。无论是刑罚或保安处分，粗糙地讲，都是刑法对于犯罪所规定的法律效果¹，所以刑法就是规定犯罪及其法律效果的法律。

刑法之所以规定要处罚一个人，是因为一个

1 事实上，保安处分并非仅针对犯罪行为才有的法律效果，参照下述。

人做了某一些特定的事情，所以才给予刑罚。这里所说的，一个人做了某一些特定的事情，也就是台湾地区“刑法”第一百条以下的条文所规定的行为，例如“刑法”第三百二十条规定窃盗是犯罪，“刑法”第二百七十一条规定杀人是犯罪。“刑法”所规定的这一些行为为什么会被规定为犯罪？为什么要被处罚？此一问题，简单地讲，就是这一些行为可能造成（不被容许的）利益侵害。刑法处罚这一些行为，使大家不会做这一些行为，用意在避免这一些行为造成利益侵害。²

依据“刑法”第三十二条的规定，刑罚可以分为主刑和从刑。主刑的种类有死刑、无期徒刑、有期徒刑、拘役和罚金（“刑法”第三十三条）；从刑的种类有褫夺公权、没收以及追征、追缴或抵偿（“刑法”第三十四条）。所谓主刑，顾名思义，是主要的刑罚的意思。至于从刑，是附随于主刑而存在的刑罚，亦即被告不可能没有被判处死刑、无期徒刑、有期徒刑、拘役或罚金的刑罚，却单独被判处褫夺公权或没收。不过也有例外，例如“刑法”第三十九条规定，免除其刑者，仍得专科没收；“刑法”第四十条规定，违禁物得单独宣告没收。

“刑法”第八十六条以下所规定的保安处分，种类包括感化教育、监护、禁戒、强制工作、强制治疗、保护管束、驱逐出境等。保安处分的目的是在改善行为人格，使其可以适应社会生活，以及在保护社会安全，而不是有意借助受处分人的痛苦去达到其他的社会目的。又，事实上并不是只有在行为人犯罪的情况下才可以科以保安处分；有些情况下，行为人行为欠缺有责性，也可能有保安处分的科处，例如因未满十四岁而不罚者的感化教育（“刑法”第八十六条第一项）。关于以刑罚或保安处分作为刑法法律效果，本书在本章第四节有所说明。

贰、刑法的形式

一、狭义刑法

（一）总则与分则的区别

台湾所有符合上述刑法意义的法律当中，有一部法律，名称就叫做“刑法”，我们在这里姑且称之为狭义刑法。此一“刑法”的规定，在编章的安排上分成总则编以及分则编。其中“刑法”第一百条以下属于刑法分则编的规定，是专门针对个别的犯罪类型所做的犯罪以及刑罚的规定。例如“刑法”第二百七十一条第一项规定，对于杀人的行为要处以死刑、无期徒刑或十年以上有期徒刑。而“刑法”第三百二十条第一

2 刑罚本身也是一种对于人的伤害（攻击）行为，因此，如果套用心理学上的概念，预防理论下的刑罚属于工具性的攻击，而应报理论下的刑罚则属敌意性的攻击。前者是以伤害作为达成预防目标的工具，后者则是以伤害受刑人本身为目的，参考 Ann L. Weber 著，赵居莲译，社会心理学，215 页，1995 年。