

台湾法学研究
精要丛书

林东茂
著

刑法学思考

增订三版

一个知识论上的



中国人民大学出版社

台湾法学研究
精要丛书

林东茂
著

刑法学思考

增订三版

一个知识论上的

中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

一个知识论上的刑法学思考/林东茂著.

北京: 中国人民大学出版社, 2009

(台湾法学研究精要丛书)

ISBN 978-7-300-10336-5

I. 一...

II. 林...

III. 刑法-法的理论-研究-台湾省

IV. D927.580.401

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 023086 号

台湾法学研究精要丛书

一个知识论上的刑法学思考

(增订三版)

林东茂 著

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511398 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com>(人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 北京山润国际印务有限公司

规 格 170 mm×228 mm 16 开本

版 次 2009 年 4 月第 1 版

印 张 20.5 插页 2

印 次 2009 年 4 月第 1 次印刷

字 数 398 000

定 价 45.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

序

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，可以说是在台湾承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

三版序

据说论文集的生命有限，这本文集居然可以经历两个版次的四刷，算是长寿了。我要特别感谢读者的宽厚。这个新的版本，我删除了两篇旧作：《刑法分则修正草案评估》、《重利罪的构成要件》。新增了四篇文章：《法律与文学》、《与谈〈我愿意为你朗读〉》、《法学方法，即非方法，是名方法》、《刑事政策与自由主义》。至于其他文章的内容，我一字不动。（《法律与文学》、《法学方法，即非方法，是名方法》这两篇文章本来放在《刑法综览》里，我综览的新版不再收录。）

为了鸟瞰的方便，我把文集分成四篇，依序曰：“刑法总论”、“刑法各论”、“刑事政策与刑事诉讼法”、“法律与文学”。第四篇只收录三篇文章，但都是我自己最为珍爱的。《法律与文学》、《法学方法，即非方法，是名方法》这两篇文章，我都酝酿了很长的时间。老舍写《骆驼祥子》，说他酝酿的时间很长久，所以笔下才能够滴出血和泪。我这两篇文章没有那种撩动生命的

力量，但我自己清楚，我这一生可以写出的这类文章应该不会多。

近几年由于习练内家拳的关系，我更为深入涉猎生命的学问，佛道思想的体悟远较从前为多。我越来越清楚有为法的梦幻泡影，如露如电，似乎渐渐要悟出本来面目。我把刑法解释学的思考略作停顿，写作减少，但我正在蓄积能量，一种“道冲而用之或不盈”的能量。我也努力反省，避免自己成为有知识而没有心肝的混蛋。

父亲受肺癌折磨，在加护病房独自与死神搏斗月余，今年5月4日下午3点于屏东家里断气。他忍着最后的呼吸，挥手告别身边的妻女。那一刻，我正在东吴的研究室忙着什么。父亲是赤贫文盲，一生从事骆驼祥子的低卑苦力，多么希望子女有好的教育。但我所受的教育越高，却在思想上与生活上离开父亲越远。教育之为物，何其吊诡？我熟知生者必死、聚者必散的事理，但听到弟弟的电话，我的眼泪依然有如决堤的河水。这本文集，权充对于先父的纪念。

林东茂

2007年6月19日端午

再版序

本书再刷已经售完，必须再版。第二版，收入近两年来的新作九篇。新作维持我一贯的简洁风格，但文字密度加大，特别是《刑法知识的社会功能》一文。旧作《一个知识论上的刑法学思考》，除改写文字之外，我还更动了叙述次序，先谈刑法体系的流变，接着谈背景知识。这是林正弘的建议。

法律论述当如何表达，值得深省。任何语体，无论文言或白话，都贵在简洁、清楚与亲切。智慧可以自然流露，无需出于不可高攀的姿态。有些读者天真胆怯，以为喋喋不休、艰涩难懂才叫说理，以为借洋人的嘴巴说话才叫深邃。这些读者要得救，必须不受制于原作者的幽灵，要勇敢挣脱文理不通与病句的纠缠。

法律人需要在自己的领域之外，与其他伟大的灵魂安静对晤。这不仅为了知识的有力撞击，也为了避免心灵狭隘，复有助于行文简洁清畅。这些话，不是出于自恋，而是长年的思索与领悟。

论文集难有市场，出版社避之唯恐不及。五南公司不计得失，已冒险为我出了两本文集，值得感谢。读者从书店带走这本文集，表示愿与作者神交，是对我莫大的鼓励。如果没有人群，再炙烈的光与热，都无荣耀可言。

林东茂

2001年4月25日成大敬业楼

自序

好的电影深深触动观众的心灵，使之落泪。优美的音乐与文学作品，都足以让人震动不已。法律论述，能有如此的张力与感染力吗？多年来我一直这么问。

电影、音乐与文学触探人的情感，处理技巧可以不拘一格，可以丰富多样；法律谈的是严肃的权利保护，利益的衡量，在内容上，已经远离了生命的感动。至于法律意见的表达，几乎没有异议，多认为必须中规中矩，端出法律人森冷枯索、晦涩深奥的独具风貌。所以，我的提问似无讨论必要了。

法律论述，当然无法散发如钟理和文章的巨大感动，让人读之久久难以自己；也不能如普契尼的咏叹调，令人低迴不已。不过，法律既然是人的学问的一种，至少不应该失去它的亲切吧。为什么读了法律，写出的东西就要不亲切，甚至，人也不亲切了？是谁规定的？何时规定的？为什么如此规定？

法律论述要呈现美的感动，给人无目的的快乐，给人的性灵救赎，恐怕真有困难。但是，依我看，应该还有层层向上发展的可能。

首先，要设法说清楚想说的话，不能介绍外国学说时受制于外国人的幽灵，以一种幼儿学语的腔调兼带可笑的严肃，述说沉闷含混的事物。其次，清楚的话要有意义，要有厚重的感觉，厚重才有绵延的生命力。标榜清晰而不具思想厚度，可能是分析哲学的致命伤，偏偏有优秀的法律人把分析哲学当作典范。再次，是把清楚厚重的话，优雅地说出，这是美的层次。法律论述如果可以像一首诗，如一篇优美而感人的散文，像一部《红色警戒》那样如诗的电影，该会多么迷人。最后一层，我认为最难的一层，是善。优雅厚重的清楚话语，如果心存不仁地说出，也会令人生厌。善，是人的世界的终极归向。

我在警大服务时，与友人提过我观念中法律论述的前三境。转来成大任教，重读罗曼·罗兰原著，傅雷翻译的托尔斯泰传记，品味托翁所说“最崇高的艺术，是以爱的力量来直接完成这事业的艺术”，才领会到善的深意。这领会，不表示我做到了，或做得到。我把它悬挂在高处仰望，让我有羞愧的可能。

距离一个完成自己的人（指的是，从心所欲不逾矩），我还很遥远。我的不惑之年早过，不可解的疑惑却越来越多。知天命之年逐渐逼近，可是依我的能力，那种形上的智慧以及宇宙秩序的把握，确定地不可能了。孔子六十岁的潇洒，对我更是难上加难。我还很在意别人偶尔栽赃构陷，耳根不清静。我很自信，有足够的勇气承担自己犯过的错误，但对于恶意的构陷仍无法一笑置之。

不能一笑置之，是因为一种沉重的疑惑。这个疑惑是，受过法律训练的人常自认为有利落的思考，可以辨别事情真伪；可是，更广阔、更真实的思考战场在日常生活中，为什么很多人在这里溃败得难以想象？举一个简单的例子。日常生活中我们会听到流言，或不知传播几手的黑函，许多人立刻兴奋起来加入围攻的行列，连最简单的查证都不做，所持的是一个低劣的判断标准：“为什么别人不会有流言，偏就是他？”流言与黑函里面有极其粗糙的故事，可是，多少人在这种粗糙之前谦卑地下跪了。我们的法律论述，我们的法律教育与考试，能教人在真实的思想战场不败下阵来吗？

应该是善吧！善，对于刑法这个领域尤其重要。无罪推定、罪疑唯轻的原则，不都从善念出发吗？有善念，才不会放任情绪罗织，罗织一个没有辩解机会的人。有善念，清明的思虑才不至于被扼杀，才能找到真正修持的道场，学佛才不会只是生活上的一个装饰、衬托与虚矫。我在其他文章写过，刑法是一门恶的学问，这学问里用的都是恶的语言，处理的都是恶的因缘，接触多了，如果少了一些法律以外的自省，会被这门学问反过来影响自己的人格。法律外的自省，比较重要的是善念与包容。

人与人的关系多么闪烁飘忽，人的情感世界多么复杂，利益纠葛多么难解，法律人如果用单元简易的标准决断人间的是非，只会带来遗憾，甚至悲剧。避免遗憾与悲剧，除了努力于“学问的生命”之外，“生命的学问”的涉足，也是必需的。这两者的共通源流，是善。

林东茂

1999年5月14日成大敬业楼

目 录

台湾法学研究精要丛书
一个知识论上的刑法学思考

第一篇 刑法总论

第一章	刑法知识的社会功能	3
	壹、引言	4
	贰、刑法的独特性	4
	叁、刑法的社会功能	6
	肆、刑法知识的传布	9
	伍、刑法知识的经济 分析	11
	陆、结语	13
	柒、回应	14
第二章	一个知识论上的刑法学 思考——刑法体系的思 想根源试探	17
	壹、前言	17
	贰、刑法体系的流变	18
	叁、社会科学不等于 实证	27
	肆、法律的基础是实证	33

	伍、立法除实证外，还兼顾价值	34
	陆、法律解释除实证外，还兼顾价值	36
	柒、结语	38
第三章	信赖原则的适用范畴与界限	40
	壹、超越容许的危险，才有过失	40
	贰、信赖原则的概念及其适用范畴	42
	叁、信赖原则的界限	44
	肆、台湾地区实务意见	44
第四章	当爱已成往事——评台北地院 1998 年第 1565 号判决	46
	壹、案例事实	46
	贰、判决要旨	47
	叁、判决评析	48
第五章	中止犯	56
	壹、前言	57
	贰、中止犯的法律效果	58
	叁、宽待中止犯的理由	59
	肆、自愿中止的核心意义	61
	伍、非结果犯的中止	64
	陆、结语	66
第六章	误想防卫	67
	壹、前言	67
	贰、误想防卫的概念	68
	叁、误想防卫的处理	69
	肆、总结与本文立场（代结语）	72

第二篇 刑法各论

第一章	肇事逃逸——评“高等法院”2000 年交上诉字第 9 号判决	77
	壹、案例事实	77
	贰、判决要旨	77
	叁、判决评释	78
第二章	评“刑法”“妨害性自主罪”的修正	86
	壹、前言	86
	贰、鸟瞰修正内容	87

	叁、值得肯定的修正	89
	肆、不尽圆满的修正	91
	伍、还有讨论余地的修正	95
	陆、结语	98
第三章	信用卡滥用的刑法问题	100
	壹、前言	100
	贰、信用卡滥用是典型的经济犯罪	101
	叁、无给付意愿与能力滥签信用卡	102
	肆、伪造信用卡并持以消费	107
	伍、冒用他人的信用卡	109
	陆、伪造身份证件等资料申请信用卡	110
	柒、结语	111
第四章	教师惩戒行为的刑法问题	112
	壹、序言	112
	贰、惩戒行为可能成立伤害罪	113
	叁、惩戒的结果可能成立强制罪	116
	肆、惩戒行为可能成立妨害行动自由罪	118
	伍、惩戒行为可能成立毁损罪	119
	陆、关于学校生活公约的刑法效果	119
	柒、结语	122
第五章	校园暴行的法律问题	124
	壹、序言	124
	贰、学生对学校设施加以破坏的法律问题	125
	叁、学生对于学生施加暴行的法律问题	126
	肆、学生对老师施加暴行的法律问题	130
	伍、老师对学生施加暴行的法律问题	130
	陆、校园暴力防治法有用吗？有必要吗？	132
第六章	诈欺或窃盗——一个案例的检讨	134
	壹、前言：从一个真实的案例谈起	134
	贰、成立诈欺与窃盗以外的罪？	135
	叁、诈欺罪是否可能？	138
	肆、为什么是窃盗罪？	140
	伍、后语：误作处分的警察有罪否？	143

第七章	诈欺罪的财产损害	144
	壹、前言	144
	贰、鸟瞰诈欺罪的基本结构	145
	叁、关于财产的概念	147
	肆、与使用目的重大的背离，是一种财产损害	149
	伍、具体的危险，也是一种财产损害	151
	陆、台湾地区实务意见与检讨	151
	柒、结语	152
第八章	加重窃盗——实务相关见解评析	154
	壹、前言	154
	贰、携带凶器行窃	155
	叁、在车站码头行窃	157
	肆、结伙三人行窃	158
	伍、夜入住宅行窃	160
	陆、乘灾害行窃	161
	柒、加重窃盗的着手	163
	捌、结语	164

第三篇 刑事政策与刑事诉讼法

第一章	经济犯罪的几个现象面思考	167
	壹、前言	168
	贰、什么是经济犯罪？	168
	叁、经济犯罪与其他类似现象	171
	肆、形成经济犯罪的相关原因	176
	伍、经济犯罪的抗制（代结语）	179
第二章	评“少年事件处理法”修正	182
	壹、前言	182
	贰、鸟瞰“少事法”结构	183
	叁、“少事法”的思想根源	185
	肆、值得称许的一些修正	187
	伍、失妥的修正	189
	陆、对于矫正学校的一些疑虑	192
	柒、结语	193