

台湾法学研究
精要丛书

刑事法

理论与 实践

林钰雄
著



中国人民大学出版社

台湾法学研究
精要丛书

刑事法

理论与实践

林钰雄
著



中国人民大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事法理论与实践 / 林钰雄著.
北京: 中国人民大学出版社, 2008
(台湾法学研究精要丛书)
ISBN 978-7-300-09328-4

- I. 刑…
II. 林…
III. ①刑法-研究-台湾省②刑事诉讼法-研究-台湾省
IV. D927.580.404 D927.580.524

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 065312 号

台湾法学研究精要丛书

刑事法理论与实践

林钰雄 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	河北三河市新世纪印务有限公司		
规 格	170 mm×228 mm 16 开本	版 次	2008 年 6 月第 1 版
印 张	21.5 插页 2	印 次	2008 年 6 月第 1 次印刷
字 数	344 000	定 价	39.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

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

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。在大陆上个世纪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。自上个世纪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

自序

这不是一本专论，因此也不以时下流行的专论形式包装。其实，这是一本地地道道的“论文合集”，总共收录十一篇论文，各篇之间并无特殊的关联性，研究领域兼及刑事实体法（三篇）及刑事程序法（八篇）；若以论文形式区分，主要包括基础学理研究（第一部分，共六篇）、实务见解评释（第二部分，共四篇）及立法评析（第三部分，共一篇）。将这些论文收录于本书的用意，仅在于免于读者搜寻及影印之劳而已。

以上论文，自我留德期间以来陆陆续续写作，及至今年为止。在此期间，我计划性写作的主题包括检察官及刑事证据法（含证据禁止），前者已经成书，后者正在补遗，因此，本书仅收录我“非计划性”研究的论文。虽说是非计划性写作，但是，每篇文章都有其渊源与来历。

三篇实体法文章，与其说是研究的成果，毋宁说是遗憾的表白。虽然我对刑事实体法有着浓厚的兴趣，在政大教学期间对于刑法总则课程也情有独钟，但是，我回台湾这三年以来，刑事诉讼领域早已是遍地烽火，几无宁日可言；置于前线的处境，使我分身乏术，例如，被害者学一文就只写了开头。这篇文章，灵感来自于一则台湾实际发生的有趣案例（即该文中的妓女处女案），案中的法律问题一直萦绕我的脑际。后来，我太太到慕尼黑跟随 Schünemann 教授攻读硕士，正巧修了一门被害者学的研讨课程，影印不少文章阅读。由于被害者学的观点非常引人入胜，我就跟着“伴读”，最后两人就合著被害者学一文。本来，这篇文章还有续集，但却一直无暇处理，颇感遗憾。

八篇程序法论文，除了刑事诉讼目的一文之外，几乎都是带着时效性、急迫感而下笔的文章，节奏多半随着刑事诉讼立法的变动方向，亦步亦趋，这也是作为台湾刑事诉讼法学者的悲哀。最足以表达这种情境者，莫过于搜索修法一文，读者若一并参考刑事程序法研讨会第九、十次会议的记录，当能体会所言。

附录另收录两篇文章，一篇以刑事法中隐私权的侵害与保障为主题，原载于《当代杂志》，另一篇则是为《法庭上的DNA》中译本一书所写作的导读。虽然两篇文章所处理者，都是刑事诉讼核心领域的问题，并且我分别在文中表达对隐私权侵害及DNA鉴定的基本看法，但是当初考量原文刊登处以及读者的属性，因此未以法律学术文章的格式写作，行文风格也有所区别，职是之故，本书仅将其收为附录，而不列入正文。

在出版事宜方面，我特别感谢学林文化事业庄品秀总编的全力配合，以及黄则儒、李瑞敏、王士帆、曾秀钰、朱敏信细心的校对与建议。

千禧隔年端午于草山山麓

目 录

第一部分 基础理论

论刑事诉讼之目的	3
壹、前言与案例	4
贰、发现真实	6
叁、法治程序	12
肆、法和平性	18
伍、结语	21
论侦查法官	23
壹、前言：何谓侦查法官？	24
贰、侦查法官与强制处分	26
叁、侦查法官与证据保全	36
肆、侦查法官之审查权限	44
伍、结语	46
变更起诉法条与突袭性裁判	49
壹、前言	50
贰、问题之说明	52
叁、超出同一性之变更：非 A 型	55

肆、法律基础之变更：A ₁ 型	60
伍、事实基础之变更：A ₂ 型	67
陆、立法刍议	70
柒、诉因制度之争议——代结语	72
论罪科刑之一部上诉	77
壹、问题之提出	78
贰、一部上诉声明之法律规定及实务见解	81
叁、分析与检讨	84
肆、结论	94
从行为观点谈安乐死之基础类型	97
壹、问题之提出	98
贰、基本出发点	100
叁、积极之安乐死	102
肆、消极之安乐死	110
伍、积极、消极安乐死之界限	111
陆、结语	114
从被害者学谈刑法诈欺罪	115
壹、前言与案例	116
贰、传统见解	117
叁、被害者学之观点	119
肆、结语与案例解析	125

第二部分 判解评释

论告知义务	129
壹、前言	130
贰、告知义务之法理基础	131
叁、告知义务之适用范围	133
肆、告知义务之事项	138
伍、违反告知义务之法律效果	145
陆、系争判决之评释	152
柒、结语	156
附录：系争判决全文	157

强制辩护案件之判定基准	163
壹、前言	164
贰、基础理论之说明	165
叁、实务见解之评释	170
肆、结语	176
发现确实之新证据	177
壹、前言	178
贰、基础理论之说明	180
叁、实务见解之评释	190
肆、结语	198
保安处分与比例原则及从新从轻原则	201
壹、问题之说明与回顾	202
贰、一律宣付三年强制工作之立法是否违“宪”?	204
叁、强制工作有无从新从轻原则之适用?	212
肆、结语	218
附录：“大法官”释字第四七一号解释	218

第三部分 立法评析

搜索修法之回顾与前瞻	227
壹、前言	228
贰、搜索新法之简介	230
叁、搜索新法之批评检讨	242
肆、搜索新法之解释适用	247
伍、结语	268
附表一：搜索修法大事记	271
附表二：新旧条文及修法重点对照表	273
附表三：新法条文与邱版草案对照表	279

本书附录

电话监听、秘密录音与日记	293
壹、春神不到大哥来?	294
贰、老大哥无所不在?	294
叁、法治国束手无策?	295

肆、电话监听无法管?	296
伍、住宅监听有必要?	297
陆、秘密录音当证据?	298
柒、日记内容无保障?	300
捌、1984 咫尺近?	302
DNA: 挑战法律的科学巨人?	303
壹、如日中天的生物科技	304
贰、所罗门王的智慧何在?	304
叁、证物个化的里程碑	306
肆、挑战法律的 DNA	309
伍、无懈可击的 DNA?	312
陆、冲击法庭权力结构的 DNA	318
柒、回应 DNA 的挑战	324
本书索引	327

第一部分 基础理论

论刑事诉讼之目的

壹、前言与案例

貳、发现真实

一、基本概念

二、法规依据

三、比较法制

叁、法治程序

一、基本概念

二、法规依据

三、目的冲突

肆、法和平性

一、基本概念

二、法规依据

三、目的冲突

伍、结语

※本文原载《政大法学评论》，第六十一期，1999年6月，第四〇三页以下。

壹、前言与案例

在当今的刑事司法体制之下，由于国家独占刑罚权的结果，追诉犯罪及制裁犯人仅得由国家来行使，据此，国家负有几种责无旁贷的任务，而刑事诉讼法，正是担当这些国家任务的法律领域。本文拟处理的对象，即是这几种任务，一般也称为刑事诉讼之任务、功能或目的。

刑事诉讼之目的，可以说是刑事诉讼法的根本，自始至终支配侦查、起诉、审判及至执行等诉讼流程。无论是在哪个刑事诉讼阶段的设计理念，几乎都与刑事诉讼的目的息息相关，并且，许多刑事诉讼的争议问题，往往必须回溯其根本目的及相互冲突时的解决途径。此外，刑事诉讼的立法、修法或改革，也必须探讨或标示其所追求的刑事诉讼目的何在。¹不论基于上述何种理由，都有必要探讨分析刑事诉讼目的及其冲突的解决之道。

本文之写作目的，即在于探究上述问题。简言之，本文认为刑事诉讼的目的，在于以合乎司法形塑的裁判，发现实体真实并回复法的

1 德国文献上关于刑事诉讼的改革刍议或探讨，提出者多半会先交代其立足点，提出其关于刑事诉讼目的的看法，如 Rie.，Prolegomena zu einer Gesamtreform des Strafverfahrensrechts，in: Sch.fer-FS，1980，S.155，S.168 ff.；Wolter，Aspekte einer Strafproze. reform bis 2007，1991，S.18 ff.