

General Criminal Law · Strafrecht AT

新刑法總則

林鈺雄 著

2006 年 9 月初版

D927.584/2

2006

新刑法總則

林鈺雄 著

2006 年 9 月初版

國家圖書館出版品預行編目資料

新刑法總則 / 林鈺雄著. — 初版. — 臺北市

: 林鈺雄出版 : 元照總經銷, 2006 [民 95]

面 : 公分

參考書目 : 面

ISBN 978-957-41-3846-3 (精裝)

1. 刑法 — 總則

585.1

95014322

新刑法總則

56WNC02801

2006 年 9 月 初版第 1 刷

作 者	林鈺雄
出 版 者	林鈺雄
總 經 銷	元照出版有限公司 100 臺北市館前路 18 號 5 樓
網 址	www.angle.com.tw
定 價	新臺幣 780 元
訂購專線	(02)2375-6688 轉 503 (02)2370-7890
訂購傳真	(02)2331-8496
郵政劃撥	19246890 元照出版有限公司

您可以在以下網址免費下載本書勘誤或最新增補資料
<http://www.angle.com.tw> (進入增補資料)

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN-10 957-41-3846-1

ISBN-13 978-957-41-3846-3

ISBN: 9789574138463

人民币价: 487.5

序

本書設想的定位，在於傳遞體系性的刑總基礎知識。書名表明本書係以 2005 年大幅翻修的新刑法爲主要的闡釋對象。不管褒貶或喜惡，這部新刑法，是我國刑法歷年來最大幅度的修法，這一大變革會帶來劇烈的洗牌效應，文獻更新與實務調整的腳步也將加遽進行。

無論新舊刑法的稱謂，如何引導學生或讀者，從具體案例出發來掌握刑法的體系，始終是刑法教學者與教科書的基本課題。簡潔但抽象，本來是總則式成文立法例的共通特性。化繁爲簡、不到百條的刑總條文，讓人面對千變萬化的刑法問題時，有頭有緒，但往往過於抽象。彌補之道在於回歸具體實例，正因如此，所以本書編排了數以百計的案例來輔助理解。除了引介一些比較法上的經典範例（如正犯與共犯脈絡的【天狼下凡案】、【邪魔貓王案】）以外，本書著重台灣近年來的實際案例（如【激情光碟案】、【小車大禍案】、【北城醫院案】），這些週遭事件構築了你我的共同經驗，只不過現在要切換到刑法的角度來理解。就地取材的出發點尤其在於，繼受外國法固然是歷史事實，但解決斯土斯民的實務問題，終究是台灣刑法無可迴避的基本任務。

至於挑選的台灣案例來源，主要有二：一是我國近年來具標竿性的實務裁判（收錄至 2006 年中爲止），二是受大眾矚目且深具刑法意義的社會事件。但這是知易行難的工作，以裁判篩選爲例，單是最高法院每年度的相關裁判就近 8000 筆之多，爲了這個說大不大的心願，多年來，個人以及協助我的王士帆，爲此不知付出多少時間精力。相較之下，多半於大陸時期所作成的舊院解及判例，隨手可得，也深受國內實務（乃至於部分文獻）的青睞與倚重，但本書則有意識地降低其引用比重。所謂「千萬研究不如兩行判例」，無論是出自於泥古守舊的情結，或是單純著眼於不假思索的便利，這種依賴性造成台灣刑事法的長期停滯。本書固然無力扭轉，但至少不願助長這種趨勢。

再者，當代刑事法的研究，已經沒有閉門造車的空間。是以，除了著重本土實例以外，本書也試圖銜接近年來刑法國際化的新發展及跨國性司法實踐的新趨勢。在全球性與區域性國際刑法方面，本書援引兩部國際上的模範刑事法典，即《國際刑事法院規約》及《歐盟刑事法典（草案）》，作為一些個別刑法議題（如錯誤法則、未遂論及競合論）的比較對象。此外，自從 20 世紀下半葉以來，全球性與區域性的國際人權法，劇烈衝擊我們所熟知的諸多內國刑法，本書試圖以《聯合國政治與公民權利公約》及《歐洲人權公約》為範例，讓讀者瞭解，諸如罪刑法定原則、死刑或驅逐外國人出境這類的刑法議題，我國法與國際人權法有何差距。令人汗顏的是，在兩岸的學術競爭方面，儘管國內部分法界人士仍然確信台灣在這方面的絕對優勢，但以國際刑法為例，中國大陸的相關研究和出版，質量早已超越台灣。這種劣勢，不能僅以台灣國際地位特殊來搪塞。這是視野的問題。

此外，本書也嘗試多以圖表來增進抽象文字的理解，這個靈感來自於我在台灣與歐洲開車旅遊時，看交通標誌的經驗比較。圖表或圖像往往有輔助文字說明，甚或超越語言隔閡的特殊魅力。這不單指法律人所熟悉的樹枝圖或體系表，也兼指其他更為具體、令人一目了然的圖像，這點，請讀者翻閱〔※圖表 13-4〕，當可會意。

儘管有些投石問路的嘗試，但我毫不諱言，本書「述而不作」的成分居多。事實上，歷經時間淘洗的刑法總則，基本結構已經相當穩定，個別議題的見解固然不乏推陳出新者，但在可預見的未來，難以也毋庸期待理論結構的全面創新。而從前述國際刑法的發展來看，也可間接印證這項觀察。據此，如何以相對精簡的篇幅，為讀者繪製一幅比較清晰的刑法總則體系，才是本書寫作的目標與難題。為此，本書捨棄了暢所欲言的習慣，把深入理論的任務留給學術專文專論處理；此外，為了避免落入斷章取義、割裂體系及見樹不見林的盲點，本書並不熱衷於甲說乙說式的學說歸納，也無意地毯式網羅台灣刑法學界迄今的發展。這是定位問題，也是取捨問題。藉由書中關於國內

文獻的指引（參考至 2006 年 7 月的新文獻），期待讀者僅以本書為學習刑法總則的始點而非終點，建議一併研讀其他文獻來對照理解，諸如許玉秀大法官著作等身的專文專論，林山田教授歷久彌新的《刑法通論》及黃榮堅教授自成一格的《基礎刑法學》等。

還有，釋義雖是刑法學習者與實務家，必備的蹲馬步功夫，但刑法的生命畢竟不僅止於此。譬如，書中再三援引的「正者毋庸向不正者屈服」，與其說這是正當防衛的法理，毋寧說這更是入木三分的人生哲理。再如，【陸女落海案】這則實例所涉及的，豈止於一樁殺人案的犯罪競合問題？細讀本案前前後後，它是台灣人權的一頁晦暗史，男/女、富/貧、中心/邊陲的深層剝削結構，在此表露無遺。

最後，自從我離開政大教職之後，多年來因故而未執教刑法總則課程。由於欠缺教學相長的加持，難免生疏起來，因此，我改弦易轍，以持續閱讀及寫作來溫故知新，期間曾多次萌生退意，有出於外界干擾的「障礙未遂」，也有心灰意冷的「己意中止」。點點滴滴，最後還是將本書付梓，雖然改進空間仍大，但總算是完成自己多年來的一樁心願。為此，首先要感謝所有刑法前輩及本書所引用文獻的作者。若非這些前人筆路藍縷及聚沙成塔的努力，本書當無問世的可能。其次，在出版事宜方面，除由衷感謝陳昭龍的細心校對與補充，王士帆、崔雲飛的協助以及許澤天的建議外，並感謝元照出版公司之協助。儘管力求正確，但錯誤在所難免，本書勘誤與更新資料，將會以電子檔形式，供讀者在書末版權頁所示的網站下載，歡迎多多利用，並期待指正。

2006 年仲夏夜於草山洞天

凡 例

一、本書以→符號引用本書其他章節。例如：→9.2.3.1 表示請參閱本書「第九章、貳、三、(一)」；→14.3.1.2.5 表示「請參閱本書第十四章、參、一、(二)、5」；→3.◎表示請參閱本書「第三章之自我評量」。本書未來改版時，頁數可能改變，但章節通常不變，使用舊版書讀者仍可憑章節指引而找到引註的正確位置。

二、本書以略語引用解釋例與裁判之年度、文號，例示如下：

87 釋 471：司法院大法官民國 87 年釋字第 471 號解釋

31 院 2284：司法院民國 31 年院字第 2284 號解釋

95.05.23 刑議 8：最高法院民國 95 年 5 月 23 日第 8 次刑事庭會議決議

79 台上 5253：最高法院 79 年度台上字第 5253 號刑事判例

95 台上 1278：參照上述，但斜體字表為裁判，其他為判例

三、引用法律名稱，多用略語。稱本法者或未特別標明者，均指刑法，直接引用條文內容者，以標楷體表示，畫線者表示 2005 年新刑法修正部分。條號引用例示如下：

§2 I 本 刑法第 2 條第 1 項本文

§16 但 刑法第 16 條但書

§§74, 75-1 I① 刑法第 74 條與第 75 條之 1 第 1 項第 1 款

§§86~ 刑法第 86 條以下

§§86~90 刑法第 86 條至第 90 條

四、本書為節省篇幅，使用以下略語、代號：

常用相關法律略語如下：少年＝少年事件處理法。民＝民法。

刑施＝刑法施行法。刑訴＝刑事訴訟法。走私＝懲治走私條例。

兒少＝兒童及少年性交易防制條例。毒危＝毒品危害防制條例。

流氓＝檢肅流氓條例。軍刑＝陸海空軍刑法。國賠＝國家賠償法。

組織犯罪＝組織犯罪防制條例。貪污＝貪污治罪條例。通

訊＝通訊保障及監察法。槍砲＝槍砲彈藥刀械管制條例。監獄＝監獄行刑法。憲＝憲法。憲增＝憲法增修條文。選罷＝公職人員選舉罷免法。優生＝優生保健法。

常用外文略語如下：AT＝刑法總則。BT＝刑法分則。CJ＝歐盟刑事法典草案（Corpus Juris 2000）。ECHR＝歐洲人權法院。

IStGH-Statut＝國際刑事法院規約。ICCPR＝聯合國公民與政治權利公約。StGB.at＝奧地利刑法。StGB.ch＝瑞士刑法。StGB.de＝德國刑法。v.＝versus。

常用符號略語如下：～＝以下/自…至…。☞＝請參閱、請詳見。

∴＝因為。∴＝所以。∈＝屬於。∨＝或。∧＝且。【案例名稱】＝案例。【發生日期/報導日期】＝實例。※＝圖表。

五、引用之法律文獻，一律使用略式引註，標明作者、年或年月、頁數；本書引用文獻之詳細資料，請參閱本書附錄之參考文獻表；本書引用之中外文刑事法教科書、註釋書，另請參閱以下參考書目表。引用作者順序為姓、名筆劃，再次為年代、月份。略式引註中，中文專論或已經由作者單獨集結成冊之論文集，引年代而不引月份；中文期刊論文、祝壽論文或其他合著成冊之論文集，引年代及月份；德文文獻則依照德文略式引註法。中文翻譯著作引用之年月，乃譯著之出版年月。

頁數之引註法，參照上述三之略式引法，所標明的單頁為起始頁（如：頁 37，表示第 37 頁；頁 37～，表示第 37 頁以下）；德文文獻以章節/編（邊）碼表示出處（如：Rn. 37 表示該書第 37 段編碼；26/37ff.表示第 26 章編碼 37 段以下），無編碼者則以頁數表示（如：S. 37 表示第 37 頁）。英文文獻皆以頁數表示（如：pp. 27~32 表示第 27 頁至第 32 頁）。

參考書目

—中外文刑事法教科書及註釋書—

- 甘添貴，刑總：《刑法總論講義》，1992 年再版。
- 甘添貴，刑各 I/II：《體系刑法各論（上）（下）》，2001 年修訂再版/2000 年初版。
- 林山田，刑通 I/II：《刑法通論（上）（下）》，2005 年增訂 9 版。
- 林山田，刑各 I/II：《刑法各論（上）（下）》，2002 年修訂 3 版/2000 年增訂 2 版 2 刷。
- 林鈺雄，刑訴 I/II：《刑事訴訟法（上）（下）》，2006 年 4 版 3 刷。
- 林東茂，刑綜：《刑法綜覽》，2006 年修訂版。
- 柯耀程，刑總：《刑法總論釋義—修正法篇（上）（下）》，2006 年。
- 張麗卿，刑總：《刑法總則理論與運用》，2005 年修訂 2 版。
- 陳子平，刑總 I/II：《刑法總論（上）（下）》，2006 年。
- 黃常仁，刑總：《刑法總論—邏輯分析與體系論證》，2001 年增修合訂版。
- 黃榮堅，基礎 I/II：《基礎刑法學（上）（下）》，2003 年。
- 蔡墩銘，刑精：《刑法精義》，2005 年 2 版。
- 韓忠謨，刑原：《刑法原理》，1982 年增訂 15 版。
- 蘇俊雄，刑總 I/II/III：《刑法總論 I/II/III》，1998 年修正再版/1998 年修正再版/2000 年初版。
- Baumann/Weber/Mitsch, AT: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl., 2003.
- Gropp, AT: Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 2. Aufl., 2001.
- Haft, AT: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 2004.
- Hauf, AT: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 2001.
- Heinrich, AT I/II: Strafrecht, Allgemeiner Teil I / II, 2005.
- Jakobs, AT: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1993.
- Jescheck/Weigend, AT: Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996.
- Joecks, StGB : StGB, Studienkommentar, 6. Aufl., 2005.
- Krey, AT I: Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band 1, 2001.
- Krey, BT I/II : Strafrecht Besonderer Teil, Band 1/2, 11. Aufl., 1998 / 12. Aufl., 1999.

VIII◎参考書目

- Kühl, AT: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2000.
- Lackner/Kühl, StGB: Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, Kommentar, 24. Aufl., 2001.
- Roxin, AT I/II: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I / II, 3. Aufl, 1997 / 1. Aufl., 2003.
- S/S, StGB: Schönke/Schröder, StGB Kommentar, 25. Aufl., 1997.
- Stratenwerth/Kuhlen, AT I: Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 5. Aufl., 2004.
- Tröndle/Fischer, StGB: Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 53. Aufl., 2006.
- Welzel, LB : Das Deutsche Strafrecht (Lehrbuch), 11. Aufl., 1969.
- Wessels/Beulke, AT: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 34. Aufl., 2004.
- Wessels/Hettinger, BT I/II: Strafrecht, Besonderer Teil 1/2, 25. Aufl., 2001 / 24. Aufl., 2001.

◎ 本書簡介

這是一本以 2006 年 7 月起施行的新刑法總則為本所撰寫的教科書，並收錄、歸納及評釋截至同年月為止的新法文獻與最新裁判，讓讀者掌握我國刑法總則的新脈動。全書編排皆從具體案例出發，輔以數十則圖表，細說刑法總則的體系結構與基礎知識。除了著重近年來本土的知名實例以外，本書論述兼及刑法國際化的發展，讓讀者窺見跨國性刑事法與人權法整合的新趨勢。

◎ 作者簡介

林鈺雄，台灣台北縣人，1964 年出生。台灣大學法律系、法研所畢業，司法官、律師考試及格，1993 年 9 月赴德深造，追隨駱克信 (Claus Roxin) 教授攻讀刑事法，論文題目「法官保留及對刑事訴訟上基本權干預 (強制處分) 之救濟」(Richtervorbehalt und Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe)。1998 年 2 月獲頒慕尼黑大學法學博士學位，曾任教於政治大學法學院，現任教於台灣大學法律學院。主要書籍著作包括：

- 《檢察官論》，1999 年。
- 《刑事法理論與實踐》，2001 年。
- 《搜索扣押註釋書》，2001 年。
- 《嚴格證明與刑事證據》，2002 年。
- 《刑事訴訟法(上)(下)》，2006 年 4 版 3 刷。

新刑法總則

目 錄

第一章 序說刑法.....	1
壹、刑法是什麼？.....	4
貳、犯罪與刑罰.....	7
參、刑罰目的何在？.....	13
肆、刑法之雙軌制裁體系.....	19
◎ 自我評量.....	30
第二章 刑法之運用與解釋.....	31
壹、罪刑法定原則.....	34
貳、刑法之解釋.....	43
參、刑法之效力範圍.....	55
◎ 自我評量.....	79
第三章 犯罪之基本類型.....	81
壹、故意犯 v. 過失犯.....	83
貳、作為犯 v. 不作為犯.....	84
參、行為犯 v. 結果犯.....	85
肆、實害犯 v. 危險犯.....	94
伍、繼續犯 v. 狀態犯.....	97
陸、一般犯 v. 特別犯 v. 己手犯.....	100
柒、單一犯 v. 結合犯.....	101
◎ 自我評量.....	102
第四章 行為與行為理論.....	103
壹、犯罪行為的基礎：人類行為.....	105
貳、因果行為論（自然行為論）.....	108
參、目的行為論.....	109
肆、社會行為論.....	110
伍、人格行為論.....	111
陸、結論.....	113
◎ 自我評量.....	116

第五章 構成要件之概念與學說.....	117
壹、構成要件之概念.....	119
貳、構成要件之學說.....	120
參、基本構成要件及其變體.....	127
肆、不法構成要件之要素.....	130
◎ 自我評量.....	136
第六章 客觀不法構成要件－因果關係與客觀歸責.....	137
壹、客觀不法構成要件概說.....	140
貳、行為與結果之因果關係.....	142
參、行為與結果之客觀歸責.....	149
◎ 自我評量.....	167
第七章 主觀不法構成要件－構成要件之故意與錯誤.....	169
壹、主觀不法構成要件概說.....	173
貳、構成要件故意之型態.....	176
參、構成要件之故意要素與對應關係.....	186
肆、構成要件錯誤.....	194
◎ 自我評量.....	205
第八章 違法性總論.....	207
壹、違法性概說.....	209
貳、阻卻違法事由概說.....	215
◎ 自我評量.....	222
第九章 阻卻違法事由各論.....	223
壹、正當防衛.....	227
貳、緊急避難.....	247
參、依法令之行為.....	259
肆、業務上之正當行為.....	265
伍、得被害人之承諾（超法定阻卻違法事由）.....	267
◎ 自我評量.....	272
第十章 罪責（有責性）.....	273
壹、罪責概說.....	276
貳、罪責理論.....	279
參、罪責要素.....	281
肆、原因自由行為.....	291
◎ 自我評量.....	303

第十一章 不法與罪責以外之犯罪成立要件	305
壹、概說	306
貳、客觀處罰條件	307
參、個人排除及解除刑罰事由	309
肆、附論：肇事逃逸罪之「致人死傷」要件	311
◎ 自我評量	313
第十二章 刑法上之錯誤	315
壹、錯誤理論概說	318
貳、關於犯罪構成事實之錯誤	321
參、關於禁止規範之錯誤	322
肆、關於阻卻違法事由之錯誤	326
伍、關於寬恕或減輕罪責事由之錯誤	333
陸、關於不法與罪責以外之犯罪成立要件的錯誤	334
◎ 自我評量	334
第十三章 犯罪之階段－預備、未遂與既遂	335
壹、故意犯罪行為之階段	339
貳、預備犯	342
參、未遂犯	344
肆、不能未遂（犯）	354
伍、中止未遂（犯）	362
◎ 自我評量	375
第十四章 正犯與共犯	377
壹、正犯與共犯之概說	385
貳、正犯與共犯之區別	391
參、正犯	398
肆、（狹義）共犯	432
伍、正犯與共犯之特殊問題	461
◎ 自我評量	467
第十五章 過失之作為犯	469
壹、過失作為犯之概述	473
貳、過失作為犯之構成要件	479
參、過失作為犯之違法性：以正當防衛為例	493
肆、過失作為犯之罪責	496
◎ 自我評量	498

第十六章 故意與過失之不作為犯.....	499
壹、不作為犯之概說.....	503
貳、不純正不作為犯之構成要件.....	517
參、不作為犯之違法性／義務衝突.....	521
肆、不作為犯之罪責.....	524
伍、不作為犯之行爲階段.....	525
陸、不作為犯之參與型態（正犯 v. 共犯）.....	529
◎ 自我評量.....	531
第十七章 犯罪之競合－行為與犯罪之單數與複數.....	533
壹、競合論概說.....	542
貳、行為單數 v. 行為複數.....	549
參、行為單數之犯罪競合.....	568
肆、行為複數之犯罪競合.....	584
伍、餘波蕩漾：牽連犯、連續犯與常業犯.....	594
◎ 自我評量.....	605
第十八章 犯罪之法律效果－刑罰與保安處分.....	607
壹、刑罰之種類.....	612
貳、刑罰之適用.....	621
參、刑罰之執行.....	642
肆、保安處分及其執行.....	655
伍、處罰之障礙.....	665
◎ 自我評量.....	673
◎ 附錄：新刑法立法理由.....	674
◎ 參考文獻.....	708
◎ 圖表及案例索引.....	723
◎ 法條索引.....	729
◎ 關鍵字索引.....	732

第一章 序說刑法

壹、刑法是什麼？	4
一、刑法之定義	4
二、刑法體系綜覽	5
(一) 總則與分則	5
(二) 總則之體系	6
貳、犯罪與刑罰	7
一、國家刑罰之正當性：兩個基本問題	7
二、社會損害性／法益	8
三、最後手段性原則／附屬性原則	10
參、刑罰目的何在？	13
一、應報理論	13
(一) 意義	13
(二) 代表人	14
(三) 評釋	14
二、一般預防理論	15
(一) 意義	15
(二) 代表人	15
(三) 評釋	16
三、特別預防理論	17
(一) 意義	17
(二) 代表人	18
(三) 評釋	18
四、結合理論	18
肆、刑法之雙軌制裁體系	19
一、刑罰	20
(一) 刑罰之分類	20
1、主刑與從刑	20
2、法定刑與宣告刑	21
3、生命刑、自由刑與財產刑	21
(二) 生命刑（死刑）	22
(三) 自由刑	24

2◎第一章 序說刑法

1、無期徒刑	24
2、有期徒刑	24
3、拘役	25
(四) 財產刑	25
二、保安處分	27
(一) 意義	27
(二) 限制	27
(三) 種類	28
(四) 保安處分與刑罰	29
◎ 自我評量	30