

台湾法学研究
精要丛书

新刑法总则

林钰雄
著



中国人民大学出版社

新刑法总则

台湾法学研究
精要丛书

林钰雄
著

中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

新刑法总则/林钰雄著.

北京: 中国人民大学出版社, 2009

(台湾法学研究精要丛书)

ISBN 978-7-300-11480-4

I. 新…

II. 林…

III. 刑法-总则-研究-台湾省

IV. D927.580.404

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 217616 号

台湾法学研究精要丛书

新刑法总则

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	北京山润国际印务有限公司		
规 格	170mm×228mm 16 开本	版 次	2009 年 12 月第 1 版
印 张	38.5 插页 2	印 次	2009 年 12 月第 1 次印刷
字 数	694 000	定 价	69.80 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，可以说是在台湾接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

本书设想的定位，在于传递体系性的刑总基础知识。书名表明本书系以 2005 年大幅翻修的新“刑法”为主要的阐释对象。不管褒贬或喜恶，这部新“刑法”，是台湾地区“刑法”历年来最大幅度的“修法”，这一大变革会带来剧烈的洗牌效应，文献更新与实务调整的脚步也将加剧进行。

无论新旧“刑法”的称谓如何引导学生或读者，从具体案例出发来掌握“刑法”的体系，始终是刑法教学者与教科书的基本课题。简洁但抽象，本来是总则式成文立法例的共通特性。化繁为简、不到百条的刑总条文，让人面对千变万化的刑法问题时，有头有绪，但往往过于抽象。弥补之道在于回归具体实例，正因如此，所以本书编排了数以百计的案例来辅助理解。除了引介一些比较法上的经典范例（如正犯与共犯脉络的【天狼下凡案】、【邪魔

猫王案】)以外,本书着重台湾近年来的实际案例(如【激情光碟案】、【小车大祸案】、【北城医院案】),这些周遭事件构筑了你我的共同经验,只不过现在要切换到“刑法”的角度来理解。就地取材的出发点尤其在于,继受外国法固然是历史事实,但解决斯土斯民的实务问题,终究是台湾地区“刑法”无可回避的基本任务。

至于挑选的台湾案例来源,主要有二:一是近年来具标杆性的实务裁判(收录至2006年中为止),二是受大众瞩目且深具“刑法”意义的社会事件。但这是知易行难的工作,以裁判筛选为例,单是“最高法院”每年度的相关裁判就8000笔之多,为了这个说大不大的心愿,多年来,个人以及协助我的王士帆,为此不知付出多少时间精力。相较之下,多半于大陆时期所作成的旧院解及判例,随手可得,也深受实务(乃至于部分文献)的青睐与倚重,但本书则有意识地降低其引用比重。所谓“千万研究不如两行判例”,无论是出自于泥古守旧的情结,或是单纯着眼于不假思索的便利,这种依赖性造成台湾刑事法的长期停滞。本书固然无力扭转,但至少不愿助长这种趋势。

再者,当代刑事法的研究,已经没有闭门造车的空间。是以,除了着重本土实例以外,本书也试图衔接近年来刑法国际化的新发展及跨国性司法实践的新趋势。在全球性与区域性国际刑法方面,本书援引两部国际上的模范刑事法典,即《国际刑事法院规约》及《欧盟刑事法典(草案)》,作为一些个别刑法议题(如错误法则、未遂论及竞合论)的比较对象。此外,自从20世纪下半叶以来,全球性与区域性的国际人权法,剧烈冲击我们所熟知的诸多内国“刑法”,本书试图以联合国《公民及政治权利国际公约》及《欧洲人权公约》为范例,让读者了解,诸如罪刑法定原则、死刑或驱逐外国人出境这类的刑法议题,台湾地区“法”与国际人权法有何差距。令人汗颜的是,在两岸的学术竞争方面,尽管部分法界人士仍然确信台湾在这方面的绝对优势,但以国际刑法为例,中国大陆的相关研究和出版,质量早已超越台湾。

此外,本书也尝试多以图表来增进抽象文字的理解,这个灵感来自于我在台湾与欧洲开车旅游时,看交通标志的经验比较。图表或图像往往有辅助文字说明,甚或超越语言隔阂的特殊魅力。这不单指法律人所熟悉的树枝图或体系表,也兼指其他更为具体、令人一目了然的图像,这点,请读者翻阅〔※图表13—4〕,当可会意。

尽管有些投石问路的尝试,但我毫不讳言,本书“述而不作”的成分居多。事实上,历经时间淘洗的“刑法”总则,基本结构已经相当稳定,个别议题的见解固然不乏推陈出新者,但在可预见的未来,难以也毋庸期待理论结构的全面创

新。而从前述国际刑法的发展来看，也可间接印证这项观察。据此，如何以相对精简的篇幅，为读者绘制一幅比较清晰的“刑法”总则体系，才是本书写作的目标与难题。为此，本书舍弃了畅所欲言的习惯，把深入理论的任务留给学术专文专论处理；此外，为了避免落入断章取义、割裂体系及见树不见林的盲点，本书并不热衷于甲说乙说式的学说归纳，也无意地毯式网罗台湾刑法学界迄今的发展。这是定位问题，也是取舍问题。借由书中关于台湾地区文献的指引（参考至2006年7月的新文献），期待读者仅以本书为学习“刑法”总则的始点而非终点，建议一并研读其他文献来对照理解，诸如许玉秀“大法官”著作等身的专文专论，林山田教授历久弥新的《刑法通论》及黄荣坚教授自成一格的《基础刑法学》等。

还有，释义虽是刑法学习者与实务家必备的蹲马步功夫，但刑法的生命毕竟不仅止于此。譬如，书中再三援引的“正者毋庸向不正者屈服”，与其说这是正当防卫的法理，毋宁说这更是入木三分的人生哲理。再如，【陆女落海案】这则实例所涉及的，岂止于一桩杀人案的犯罪竞合问题？细读本案前前后后，它是台湾人权的一页晦暗史，男/女、富/贫、中心/边陲的深层剥削结构，在此表露无遗。

最后，自从我离开政大教职之后，多年来因故而未执教刑法总则课程。由于欠缺教学相长的加持，难免生疏起来，因此，我改弦易辙，以持续阅读及写作来温故知新，期间曾多次萌生退意，有出于外界干扰的“障碍未遂”，也有心灰意冷的“己意中止”。点点滴滴，最后还是将本书付梓，虽然改进空间仍大，但总算是完成自己多年来的一桩心愿。为此，首先要感谢所有刑法前辈及本书所引用文献的作者。若非这些前人筚路蓝缕及聚沙成塔的努力，本书当无问世的可能。其次，在出版事宜方面，除由衷感谢陈昭龙的细心校对与补充，王士帆、崔云飞的协助以及许泽天的建议外，并感谢元照出版公司之协助。尽管力求正确，但错误在所难免，本书勘误与更新资料，将会以电子档形式，供读者在元照出版有限公司的网站下载，欢迎多多利用，并期待指正。

2006年仲夏夜于草山洞天

凡 例

一、本书以→符号引用本书其他章节。例如：→9.2.3.1表示请参阅本书“第九章、贰、三、(一)”；→14.3.1.2.5表示“请参阅本书第十四章、叁、一、(二)、5”；→3.◎表示请参阅本书“第三章之自我评量”。本书未来改版时，页数可能改变，但章节通常不变，使用旧版书读者仍可凭章节指引而找到引注的正确位置。

二、本书以略语引用解释例与裁判之年度、文号，例示如下：

1998释471：“司法院大法官”1998年释字第471号解释

31院2284：司法院民国31年院字第2284号解释

2006.05.23刑议8：“最高法院”2006年5月23日第8次刑事庭会议决议

1990台上5253：“最高法院”1990年度台上字第5253号刑事判例

2006台上1278：参照上述，但斜体字表为裁判，其他为判例

三、引用法律名称，多用略语。称本法者或未特别标明者，均指“刑法”，直接引用条文内容者，以标楷体表示，画线者表示2005年新“刑法”修正部分。条号引用例示如下：

§ 2 I 本	“刑法”第2条第1项本文
§ 16 但	“刑法”第16条但书
§ § 74, 75—1 I ①	“刑法”第74条与第75条之1第1项第1款
§ 86~	“刑法”第86条以下
§ § 86~90	“刑法”第86条至第90条

四、本书为节省篇幅，使用以下略语、代号：

常用相关“法律”略语如下：少年=“少年事件处理法”。民=“民法”。刑施=“刑法施行法”。刑诉=“刑事诉讼法”。走私=“惩治走私条例”。儿少=“儿童及少年性交易防制条例”。毒危=“毒品危害防制条例”。流氓=“检肃流氓条例”。军刑=“陆海空军刑法”。国赔=“国家赔偿法”。组织犯罪=“组织犯罪防制条例”。贪污=“贪污治罪条例”。通讯=“通讯保障及监察法”。枪炮=“枪炮弹药刀械管制条例”。监狱=“监狱行刑法”。宪=“宪法”。宪增=“宪法”增修条文。选罢=“公职人员选举罢免法”。优生=“优生保健法”。

常用外文略语如下：AT=刑法总则。BT=刑法分则。CJ=欧盟刑事法典草案(Corpus Juris 2000)。ECHR=欧洲人权法院。IStGH-Statut=国际刑事法院规约。ICCPR=联合国公民及政治权利国际公约。StGB. at=奥地利刑法。StGB. ch=瑞士刑法。StGB. de=德国刑法。v.=versus。

常用符号略语如下：~=以下/自……至……。☞=请参阅、请详见。∴=因为。∴=所以。∈=属于。V=或。Λ=且。【案例名称】=案例。【发生日期/报导日期】=实例。※=图表。

五、引用之法律文献，一律使用略式引注，标明作者、年或年月、页数；本书引用文献之详细资料，请参阅本书附录之参考文献表；本书引用之中外文刑事法教科书、注释书，另请参阅以下参考书目表。引用作者顺序为姓、名笔画，再次为年代、月份。略式引注中，中文专论或已经由作者单独集结成册之论文集，引年代而不引月份；中文期刊论文、祝寿论文或其他合著成册之论文集，引年代及月份；德文文献则依照德文略式引注法。中文翻译著作引用之年月，乃译著之出版年月。

页数之引注法，参照上述三之略式引法，所标明的单页为起始页（如：页37，表示第37页；页37~，表示第37页以下）；德文文献以章节/编（边）码表示出处（如：Rn. 37表示该书第37段编码；26/37ff.表示第26章编码37段以下），无编码者则以页数表示（如：S. 37表示第37页）。英文文献皆以页数表示（如：pp. 27~32表示第27页至第32页）。

参考书目

—中外文刑事法教科书及注释书—

- 甘添贵，刑总：《刑法总论讲义》，1992年再版。
- 甘添贵，刑各Ⅰ/Ⅱ：《体系刑法各论（上）（下）》，2001年修订再版/2000年初版。
- 林山田，刑通Ⅰ/Ⅱ：《刑法通论（上）（下）》，2005年增订9版。
- 林山田，刑各Ⅰ/Ⅱ：《刑法各论（上）（下）》，2002年修订3版/2000年增订2版2刷。
- 林钰雄，刑诉Ⅰ/Ⅱ：《刑事诉讼法（上）（下）》，2006年4版3刷。
- 林东茂，刑综：《刑法综览》，2006年修订版。
- 柯耀程，刑总：《刑法总论释义——修正法篇（上）（下）》，2006年。
- 张丽卿，刑总：《刑法总则理论与运用》，2005年修订2版。

- 陈子平, 刑总 I / II: 《刑法总论 (上) (下)》, 2006 年。
- 黄常仁, 刑总: 《刑法总论——逻辑分析与体系论证》, 2001 年增修合订版。
- 黄荣坚, 基础 I / II, 《基础刑法学 (上) (下)》, 2003 年。
- 蔡墩铭, 刑精: 《刑法精义》, 2005 年 2 版。
- 韩忠谟, 刑原: 《刑法原理》, 1982 年增订 15 版。
- 苏俊雄, 刑总 I / II / III: 《刑法总论 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.
- 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.

目 录

第一章	序说刑法	1
	壹、刑法是什么?	3
	贰、犯罪与刑罚	6
	叁、刑罚目的何在?	10
	肆、刑法之双轨制裁体系	16
第二章	刑法之运用与解释	25
	壹、罪刑法定原则	27
	贰、刑法之解释	35
	叁、刑法之效力范围	44
第三章	犯罪之基本类型	64
	壹、故意犯 v. 过失犯	66
	贰、作为犯 v. 不作为犯	67
	叁、行为犯 v. 结果犯	68
	肆、实害犯 v. 危险犯	75
	伍、继续犯 v. 状态犯	77
	陆、一般犯 v. 特别犯 v. 己手犯	79
	柒、单一犯 v. 结合犯	81

第四章 行为与行为理论	83
壹、犯罪行为的基础：人类行为	85
贰、因果行为论（自然行为论）	88
叁、目的行为论	89
肆、社会行为论	90
伍、人格行为论	90
陆、结论	92
第五章 构成要件之概念与学说	96
壹、构成要件之概念	98
贰、构成要件之学说	100
叁、基本构成要件及其变体	105
肆、不法构成要件之要素	107
第六章 客观不法构成要件——因果关系与客观归责	113
壹、客观不法构成要件概说	116
贰、行为与结果之因果关系	118
叁、行为与结果之客观归责	124
第七章 主观不法构成要件——构成要件之故意与错误	138
壹、主观不法构成要件概说	141
贰、构成要件故意之型态	144
叁、构成要件之故意要素与对应关系	151
肆、构成要件错误	156
第八章 违法性总论	167
壹、违法性概说	169
贰、阻却违法事由概说	174
第九章 阻却违法事由各论	181
壹、正当防卫	184
贰、紧急避难	199
叁、依法令之行为	208
肆、业务上之正当行为	213
伍、得被害人承诺（超法定阻却违法事由）	214
第十章 罪责（有责性）	219
壹、罪责概说	221
贰、罪责理论	224

叁、罪责要素	226
肆、原因自由行为	233
第十一章 不法与罪责以外之犯罪成立要件	244
壹、概说	246
贰、客观处罚条件	247
叁、个人排除及解除刑罚事由	249
肆、附论：肇事逃逸罪之“致人死伤”要件	251
第十二章 刑法上之错误	253
壹、错误理论概说	256
贰、关于犯罪构成事实之错误	259
叁、关于禁止规范之错误	259
肆、关于阻却违法事由之错误	263
伍、关于宽恕或减轻罪责事由之错误	268
陆、关于不法与罪责以外之犯罪成立要件的错误	269
第十三章 犯罪之阶段——预备、未遂与既遂	271
壹、故意犯罪行为之阶段	274
贰、预备犯	277
叁、未遂犯	278
肆、不能未遂（犯）	286
伍、中止未遂（犯）	292
第十四章 正犯与共犯	303
壹、正犯与共犯之概说	309
贰、正犯与共犯之区别	314
叁、正犯	319
肆、（狭义）共犯	343
伍、正犯与共犯之特殊问题	365
第十五章 过失之作为犯	370
壹、过失作为犯之概述	373
贰、过失作为犯之构成要件	378
叁、过失作为犯之违法性：以正当防卫为例	389
肆、过失作为犯之罪责	391
第十六章 故意与过失之不作为犯	394
壹、不作为犯之概说	397