

General Criminal Law · Strafrecht AT

新刑法總則

林鈺雄 著

2011年9月3版



新刑法總則

正者毋庸
向不正者屈服

沒有法律
就沒有犯罪
就沒有刑罰

罪刑法定原則
是犯罪者的
大憲章

死刑與其說是
針對罪犯
不如說是
針對觀眾而發

刑罰史之於
人類的不名譽
不亞於犯罪史

ISBN 978-957-41-8378-4



9 789574 183784

00800



新刑法總則

林鈺雄 著

2011 年 9 月 3 版

國家圖書館出版品預行編目資料

新刑法總則／林鈺雄著. -- 三版. -- 臺北市：

林鈺雄出版：元照總經銷，2011.09

面：公分

ISBN 978-957-41-8378-4（精裝）

1.刑法總則

585.1

100014732

新刑法總則

5C110GC

2011 年 9 月 三版第 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 800 元
專 線	(02)2375-6688
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 978-957-41-8378-4

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為主要的闡釋對象。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。化繁為簡、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 年中為止），二是受大眾矚目且具刑法意義的社會事件。但這是知易行難的工作，以裁判篩選為例，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，我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，讀者只要翻閱〔※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，自從離開政大教職之後，多年來我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，要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。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

三版序

本版修訂，主要是針對本書初版及二版付梓之後的立法與實務變動而發，因此著重補充 2006 年新刑法施行以來及至 2011 年初夏為止，陸續出爐的實務見解及相關評釋，其餘汗牛充棟的文獻，僅能小幅更新。再者，延續本書第一版將國際人權法引進內國刑法討論的用意，本版新增幾則國際間知名的新近案例，以供啓發與反省；隨著我國批准兩公約及其內國法化的潮流，期待將這個方向的努力，能夠引起更多的共鳴，並進而影響內國刑法釋義學的發展。

這本書的問世及三版的完成，要感謝的人太多（詳見第一版序）。首先，最該感謝的是本書所引用文獻與裁判的所有作者，他們的努力讓本書有豐富的素材及不同的視野。此外要特別感謝於盼盼、邵允亮、謝慧中及崔雲飛，鼎力協助的校訂工作。至於相關出版事宜，要特別感謝元照出版公司。由於眾人之助，本版得以避免許多疏失，筆者感念在心！儘管如此，因增修幅度及出版時程之故，掛一漏萬之處在所難免，缺漏部分尚請讀者見諒，並請讀者注意書末版權頁所示網站的更新資料，歡迎多多利用，並期待指正。

2011 年大暑於雪山山麓

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」；→19/§28.1.2 表示請參閱附錄第 28 條之立法理由之一、(一)。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用的正確位置。

二、本書以略語引用解釋例與裁判之年度、文號，例示如下：

99 釋 681：司法院大法官民國 99 年釋字第 681 號解釋

31 院 2284：司法院民國 31 年院字第 2284 號解釋

99.06.29 刑議 5：最高法院民國 99 年 6 月 29 日第 5 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

27 上 1925◎：◎表不再援用之判例

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，2005 年新刑法修正畫實線標示，之後的修正畫虛線標示。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。兒福＝兒童及少年福利法。

VI◎凡例

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。∨＝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：《刑法總則講義》，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）》，2008 年增訂 10 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）》，2010 年 6 版。
- 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》，2007 年 3 版。
- 陳子平，刑總：《刑法總論》，2008 年 2 版。
- 黃常仁，刑總：《刑法總論—邏輯分析與體系論證》，2009 年 2 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。
- 盧映潔，刑分：《刑法分則新論》，2008 年初版。
- 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.,

VIII◎参考書目

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 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.....	20
◎ 自我評量.....	31
第二章 刑法之運用與解釋.....	33
壹、罪刑法定原則.....	36
貳、刑法之解釋.....	46
參、刑法之效力範圍.....	58
◎ 自我評量.....	84
第三章 犯罪之基本類型.....	87
壹、故意犯 v. 過失犯.....	89
貳、作為犯 v. 不作為犯.....	90
參、行為犯 v. 結果犯.....	91
肆、實害犯 v. 危險犯.....	100
伍、繼續犯 v. 狀態犯.....	104
陸、一般犯 v. 特別犯 v. 己手犯.....	107
柒、單一犯 v. 結合犯.....	109
◎ 自我評量.....	110
第四章 行為與行為理論.....	111
壹、犯罪行為的基礎：人類行為.....	113
貳、因果行為論（自然行為論）.....	117
參、目的行為論.....	118
肆、社會行為論.....	119
伍、人格行為論.....	120
陸、結論.....	121
◎ 自我評量.....	125

II◎目錄

第五章 構成要件之概念與學說	127
壹、構成要件之概念	129
貳、構成要件之學說	130
參、基本構成要件及其變體	137
肆、不法構成要件之要素	140
◎ 自我評量	147
第六章 客觀不法構成要件－因果關係與客觀歸責－	149
壹、客觀不法構成要件概說	152
貳、行為與結果之因果關係	154
參、行為與結果之客觀歸責	162
◎ 自我評量	179
第七章 主觀不法構成要件－構成要件之故意與錯誤－	181
壹、主觀不法構成要件概說	185
貳、構成要件故意之型態	188
參、構成要件之故意要素與對應關係	199
肆、構成要件錯誤	207
◎ 自我評量	218
第八章 違法性總論	221
壹、違法性概說	223
貳、阻卻違法事由概說	229
◎ 自我評量	236
第九章 阻卻違法事由各論	237
壹、正當防衛	242
貳、緊急避難	262
參、依法令之行為	275
肆、業務上之正當行為	281
伍、得被害人之承諾（超法定阻卻違法事由）	283
◎ 自我評量	288
第十章 罪責（有責性）	291
壹、罪責概說	294
貳、罪責理論	297
參、罪責要素	299
肆、原因自由行為	310
◎ 自我評量	322

第十一章 不法與罪責以外之犯罪成立要件	323
壹、概說	324
貳、客觀處罰條件	325
參、個人排除及解除刑罰事由	327
肆、附論：肇事逃逸罪之「致人死傷」要件	329
◎ 自我評量	331
第十二章 刑法上之錯誤	333
壹、錯誤理論概說	336
貳、關於犯罪構成事實之錯誤	339
參、關於禁止規範之錯誤	340
肆、關於阻卻違法事由之錯誤	345
伍、關於寬恕或減輕罪責事由之錯誤	351
陸、關於不法與罪責以外之犯罪成立要件的錯誤	352
◎ 自我評量	353
第十三章 犯罪之階段－預備、未遂與既遂	355
壹、故意犯罪行為之階段	359
貳、預備犯	362
參、未遂犯	364
肆、不能未遂（犯）	375
伍、中止未遂（犯）	383
◎ 自我評量	397
第十四章 正犯與共犯	399
壹、正犯與共犯之概說	407
貳、正犯與共犯之區別	413
參、正犯	420
肆、（狹義）共犯	456
伍、正犯與共犯之特殊問題	487
◎ 自我評量	493
第十五章 過失之作為犯	495
壹、過失作為犯之概述	499
貳、過失作為犯之構成要件	506
參、過失作為犯之違法性：以正當防衛為例	521
肆、過失作為犯之罪責	524
◎ 自我評量	525

IV◎目錄

第十六章 故意與過失之不作為犯	527
壹、不作為犯之概說	531
貳、不純正不作為犯之構成要件	545
參、不作為犯之違法性／義務衝突	550
肆、不作為犯之罪責	553
伍、不作為犯之行爲階段	554
陸、不作為犯之參與型態（正犯 v. 共犯）	558
◎ 自我評量	560
第十七章 犯罪之競合－行為與犯罪之單數與複數	563
壹、競合論概說	572
貳、行為單數 v. 行為複數	579
參、行為單數之犯罪競合	601
肆、行為複數之犯罪競合	620
伍、餘波蕩漾：牽連犯、連續犯與常業犯	629
◎ 自我評量	641
第十八章 犯罪之法律效果－刑罰與保安處分	645
壹、刑罰之種類	650
貳、刑罰之適用	661
參、刑罰之執行	682
肆、保安處分及其執行	697
伍、處罰之障礙	707
◎ 自我評量	715
◎ 附錄：新刑法立法理由	717
◎ 參考文獻	755
◎ 圖表及案例索引	775
◎ 法條索引	781
◎ 關鍵字索引	784

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	11
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	15
二、一般預防理論	15
(一) 意義	15
(二) 代表人	16
(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	19
肆、刑法之雙軌制裁體系	20
一、刑罰	20
(一) 刑罰之分類	20
1、主刑與從刑	21
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