

台湾法学研究
精要丛书

刑法综览

林东茂
著

(修订五版)



中国人民大学出版社

台湾法学研究
精要丛书

刑法综览

林东茂
著

(修订五版)

中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法综览 / 林东茂著. 5 版 (修订本).

北京: 中国人民大学出版社, 2009

(台湾法学研究精要丛书)

ISBN 978-7-300-10766-0

I. 刑…

II. 林…

III. 刑法—研究—台湾省

IV. D927.580.404

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 086728 号

台湾法学研究精要丛书

刑法综览

(修订五版)

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 涿州市星河印刷有限公司

规 格 170mm×228mm 16 开本

版 次 2009 年 6 月第 1 版

印 张 28.5 插页 2

印 次 2009 年 6 月第 1 次印刷

字 数 551 000

定 价 58.00 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 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

五版序

“刑法总则”于2005年修正后，本书随即做了微幅调整，但却留有旧法的诸多残迹。将近一年，我努力铲除旧迹，增添新素材，大幅改写不少章节。这一年来我发表的新论很少，原因之一，我用了很多时间与心思在这本书的改版上，很难旁顾；原因之二，我努力在蓄积一种“道冲而用之或不盈”的能量。

这个新版里，我拿掉原来附录的三篇文章，其中两篇，改放在我的文集《一个知识论上的刑法学思考》。这两篇文章是《法律与文学》、《法学方法，即非方法，是名方法》。移走的原因是，我企图让《刑法综览》成为比较纯粹的考试用书。

不少读者由衷地喜欢《刑法综览》，有人还试图登门一见。钱钟书说，吃鸡蛋的人，何必认识生蛋的母鸡？不过，资讯这么发达，网络这样方便，认识母鸡的管道很多，不见也见了。有位诚挚的读者，详细指出《刑法综览》的许多错误，我在这个版次全都改了过来。经我求问，知

道大名是翁鹏伦，我要真心感谢他的真心。

我的社会资源有限，没有任何学术帮手，能够孤立无援地守住这本书，全赖读者厚爱。神交者为伴，晓风残月，千里单骑，也不寂寞了。

父亲久历肺癌折磨，卧在加护病房月余，知道生命已是尽头。他识字无几，不能书写，因为插管，不能言语，从住院到最后的一口呼吸，完全无法与人沟通。在幽冥世界的近旁，独自与死神搏斗，何等恐怖？需要何等的勇气？权借此页，祝愿父亲在彼岸无有恐怖，得入无余涅槃。

出版社李怡修与张美珠，辛苦你们的校对排版，一并致谢。

林东茂

2007年8月6日

序 言

这本书包括总则与分则，所以名为《刑法综览》。既曰“综览”，就只作精要叙述，内容不免剪裁取舍。总则部分，特重犯罪论，刑罚论只在一章里交代。分则部分，特重侵害个人法益之罪，侵害社会法益的犯罪取其较具讨论意义者说明，至于侵害“国家法益”的犯罪则暂略。读者如果纯为考试之便，只看这书，大致也够了，小小的遗漏，尽可在他书补足。

这本《刑法综览》试图扮演桥梁角色，让读者悠闲地通往更精奥博大的刑法之林。原则上，这本书说我自己想说，不累引各家之言与实务意见。我希望读者不必用沉重的心情看这书，读书地点亦可不拘，咖啡厅、草地上、卧榻之旁、行旅之中，皆无不可。

刑法皆处理恶缘，亦即冤孽，美好的因缘不会落入刑法范畴。冤孽的超度需要慈悲高远的佛法。我想提醒读者，不要读了刑法之后，甚至一切法律，心田里种满无数请求权的根苗，却不留

为人设想的余地。习得争斗而失去悲悯。刚猛的少林功夫必须济以无限仁心，方可获得至高进境，并免走火入魔。这绝非虚玄之谈。

这本书我接续耕耘十年，删修无数次，求其完美，可谓至矣尽矣。惜乎我的内力太薄，行之于外终究难逃浅陋。不过，万物肇始，注定成灰；成住坏空乃一切有为法的定数。此书化成余烬以前，如果能有萤火之光，那也就算有光了。

我在母校“中央”警察大学读书六年，工作十七年（其中四年分成两次带职带薪在德国攻学位），合计二十三年足以脱胎换骨的黄金岁月。我曾发愿要在母校山谷中点灯，无计荣枯，窃仿康德终生不离柯尼斯堡。如今我背愿越谷而出，孤帆航行在广漠无边的知识大海，母校的浓烈情谊却成了我勇迈向前的暖柱。我对于母校的感怀，有如离家的游子，这本书因此要题献给她。我唯一的爱女法伸，我没能伴她成长，这本书同时要题献给她，稍补愧悔。我在成大沉潜五年，安静读了一些书；如同南台湾的艳阳，我在这里也得到暖热的友谊；这些我都心存感激。知天命之年在望，东吴大学提供我新的学术基地，我很珍惜这个因缘，容我将感激深藏起来。在这个不算喧嚣的城区街市里，我将度过若干大隐春秋，我还可能脱胎换骨，无数次地洗刷我的灵魂。

极具学术潜能的薛智仁，促成此书的出版，值得一记，并受我的道谢。

林东茂

2002年9月14日

目 录

台湾法学研究精要丛书
刑法综览

上篇 刑法总则

第 一 章	导论	3
	第一节 刑法的概念	3
	第二节 犯罪与刑事立法	4
	第三节 刑法典的结构	5
	第四节 刑法与其他刑事学	7
	第五节 刑法的社会功能	8
	第六节 刑法的经济分析	10
第 二 章	刑罚论	13
	第一节 刑罚的意义与目的	13
	第二节 刑罚种类	16
	第三节 死刑	16
	第四节 刑罚的节制措施	19
	第五节 累犯	20
	第六节 保安处分	22
	第七节 追诉处罚的障碍	27
	第八节 刑法的从旧从轻原则	29
	第九节 问题与回答	30

第三章	犯罪论体系	32
第一节	犯罪论体系概述	32
第二节	古典体系	35
第三节	新古典体系	39
第四节	目的体系	41
第五节	新古典与目的体系的结合	42
第六节	目的理性体系	43
第四章	规范上的犯罪分类	46
第一节	作为犯与不作为犯	46
第二节	单一犯与结合犯	47
第三节	继续犯与情况犯（状态犯）	48
第四节	结果犯与举动犯	49
第五节	具体与抽象危险犯	50
第六节	着手犯	52
第五章	构成要件	54
第一节	构成要件概说	54
第二节	罪刑法定原则	56
第三节	行为的意义与法人犯罪	61
第四节	因果关系	62
第五节	相当因果关系说	64
第六节	客观归咎理论	66
第七节	信赖保护原则	71
第八节	主观构成要件	74
第九节	案例与解题	75
第六章	违法性	78
第一节	绪论	78
第二节	消极构成要件理论	80
第三节	正当防卫	81
第四节	紧急避难	84
第五节	正当防卫与紧急避难的区分	87
第六节	依法令的行为	88
第七节	依上级公务员命令与业务上正当行为	90
第八节	得被害人承诺	91
第九节	推测的同意与义务冲突	93

	第十节 案例与解题	94
第 七 章	罪责	98
	第一节 罪责基础	98
	第二节 年龄	100
	第三节 精神状况	100
	第四节 违法性的认识	103
	第五节 原因自由行为	105
	第六节 无期待可能性	108
	第七节 案例与解题	109
第 八 章	不作为犯	111
	第一节 纯正与不纯正不作为犯	111
	第二节 作为与不作为的真义	112
	第三节 不纯正不作为犯的评价次序	113
	第四节 因果关系的评价	114
	第五节 保证人地位	115
	第六节 期待可能性	123
	第七节 案例与解题	124
第 九 章	过失犯罪	131
	第一节 前言	131
	第二节 构成要件	132
	第三节 违法性	143
	第四节 罪责与可非难性	144
	第五节 案例与解题	147
第 十 章	未遂犯	150
	第一节 预备与未遂的界线	150
	第二节 普通未遂与不能未遂	152
	第三节 中止未遂	160
	第四节 非结果犯的中止与准中止犯	162
	第五节 特殊犯罪型态的未遂	164
	第六节 案例与解题	165
第十一章	犯罪的参与	172
	第一节 概说	172
	第二节 直接正犯与共同正犯	173
	第三节 间接正犯	174

	第四节 教唆犯	176
	第五节 教唆犯与间接正犯的区分	178
	第六节 帮助犯	179
	第七节 正犯与共犯的区分理据	180
	第八节 处罚共犯的准据	181
	第九节 身份犯的参与	182
	第十节 参与者的中止以及逾越	183
	第十一节 案例与解题	184
第十二章	错误	186
	第一节 构成要件错误	186
	第二节 禁止错误	189
	第三节 包摄错误	191
	第四节 附属刑法中的禁止错误	191
	第五节 容许构成要件错误	193
	第六节 案例与解题	196
第十三章	竞合	201
	第一节 概说	201
	第二节 实质竞合	203
	第三节 想象竞合	203
	第四节 牵连犯	204
	第五节 连续犯	205
	第六节 法条竞合	206

下篇 刑法分则

第一章	导论	211
	第一节 各罪鸟瞰	211
	第二节 人与物的价值	213
	第三节 财产犯罪总说明	214
	第四节 法益与各罪	214
第二章	侵害生命的犯罪	216
	第一节 杀人罪	216
	第二节 安乐死与加工自杀	219
	第三节 杀直系血亲尊亲属	221
	第四节 当场义愤杀人与生母杀婴	222

	第五节 过失致死	223
	第六节 堕胎罪	224
	第七节 遗弃罪	227
	第八节 案例与解题	229
第 三 章	侵害身体的犯罪	231
	第一节 伤害罪鸟瞰	231
	第二节 伤害的概念	233
	第三节 重伤害	234
	第四节 传染病	237
	第五节 参与群殴	238
	第六节 案例与解题	239
第 四 章	侵害自由的犯罪	242
	第一节 鸟瞰	242
	第二节 妨害行动自由	244
	第三节 单纯恐吓	245
	第四节 无故侵入住宅	246
	第五节 强制罪	248
	第六节 违法搜索	250
	第七节 挟持人质	251
	第八节 案例与解题	251
第 五 章	妨害性自主罪	253
	第一节 鸟瞰	253
	第二节 强制性交与猥亵	255
	第三节 加重强制性交与猥亵	258
	第四节 结合犯与加重结果犯	259
	第五节 合意性交与猥亵	260
	第六节 乘机性交猥亵	261
	第七节 利用权势性交或猥亵	262
	第八节 诈术性交	262
	第九节 案例与解题	263
第 六 章	侵害人格的犯罪	267
	第一节 鸟瞰	267
	第二节 公然侮辱罪	268
	第三节 诽谤罪	270

	第四节 诽谤的免罚与除罪化	271
	第五节 侮辱或诽谤死者	273
	第六节 案例与解题	274
第七章	妨害秘密罪	276
	第一节 侵害“国家法益”的妨害秘密罪	276
	第二节 侵害私密罪鸟瞰	277
	第三节 妨害文件秘密罪	278
	第四节 窃听窃视窃录罪	280
	第五节 泄漏业务秘密罪	282
	第六节 案例与解题	284
第八章	窃盗罪	285
	第一节 基本结构	285
	第二节 他人之物	286
	第三节 窃取	290
	第四节 故意与不法所有意图	292
	第五节 加重窃盗	293
	第六节 案例与解题	300
第九章	抢夺强盗与海盗	301
	第一节 抢夺与强盗	301
	第二节 准强盗	303
	第三节 海盗罪	309
	第四节 案例与解题	310
第十章	诈欺罪	313
	第一节 鸟瞰	313
	第二节 施用诈术	315
	第三节 不作为诈欺	317
	第四节 陷于错误	322
	第五节 处分财产	324
	第六节 财产损害	330
	第七节 案例与解题	334
第十一章	背信与侵占	339
	第一节 身份犯	339
	第二节 背信前提是“为他人处理事务”	340
	第三节 侵占前提是“持有他人之物”	342