

林山田刑法学作品

刑法通论

GENERAL PRINCIPLES
OF CRIMINAL LAW

上册

增订十版

林山田 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

刑法通论

GENERAL PRINCIPLES
OF CRIMINAL LAW

上册

增订十版

林山田 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

北京市版权局著作权合同登记号 图字:01-2011-1977

图书在版编目(CIP)数据

刑法通论·上/林山田著. —北京:北京大学出版社,2012.1

ISBN 978-7-301-19649-6

I. ①刑… II. ①林… III. ①刑法-法的理论 IV. ①D914.01

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第216994号

简体中文版由元照出版有限公司(Taiwan)授权北京大学出版社出版发行

《刑法通论》(上册)(增订十版),林山田 著

2008年1月版,ISBN 978-957-41-4918-6(精装)

书 名:刑法通论(上)

著作责任者:林山田 著

责任编辑:王建君

标准书号:ISBN 978-7-301-19649-6/D·2972

出版发行:北京大学出版社

地 址:北京市海淀区成府路205号 100871

网 址:<http://www.yandayuanzhao.com> 电子邮箱:law@pup.pku.edu.cn

电 话:邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

印 刷 者:三河市北燕印装有限公司

经 销 者:新华书店

965毫米×1300毫米 16开本 25.5印张 393千字

2012年1月第1版 2012年1月第1次印刷

定 价:49.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

十 版 序

本书针对“刑法”总则编于2005年1月较大幅度的部分条文修正,业已全面增订或修正,而于同年9月发行增订九版。今该修正规定,业已施行年余,对于有些新规定,先后已有些文献论及,刑法实务也提出一些新见解;况且,九版上册附录二、附录三所录的两篇有关本次部分条文修正的文章,业已抽出与另两篇拙文,交由元照出版公司发行《二〇〇五年刑法修正总评》一书。因此,决定印行本书的增订十版。

退休后,时间充裕,而且退隐山林,毫无俗务杂事缠身,而可以仔细审阅全书,全心推敲思虑全书的内容,或加以增订,或加以修正、删除。此外,并引述或评论新文献的论述(截至2007年9月出版),以及刑法实务的见解。

许泽天学棣虽在德国撰写博士论文,但仍投入甚多心力,参与本书的增修工作,除更新本书附注中有关德文文献的页码外,并提出不少宝贵的增修意见。东吴大学法研所潘明正硕士用心地校阅全书,在此深表衷心的感谢。

林山田

2007 重阳

九 版 序

公布施行于 1935 年的刑法,从 1974 年起,即已开始全面修正的工作,经历三十年漫长的岁月,至今(2005)年初的“刑法”修正,已告一个段落。本次的修正,虽然对于总则编的规定有较大幅度的修改,但是基本上是在固有的老旧框架之下的部分条文修正而已。

针对本次的“刑法”修正,本书乃作相对应的修改与增补。同时,趁这次增修的机会,全面仔细审阅全书,无论在上册或下册,均有诸多增订与修正之处,使本书更臻完善。

林清贤学棣的细心校阅,在此特申谢意。

2005.7.20 礁溪

八 版 序

百年来,刑法论理体系的演化,至今已臻相当完备之境,通过如此完备的体系,使刑事司法实务能够严谨而一致性地适用甚具严厉性与痛苦性的刑法规范追诉与审判犯罪,而对犯罪行为入定罪科刑,以建立并维系社会的和平与秩序。

法律人在刑法的学习中,不应只是学得操作刑法的技术,练习解析案例,而是应该融会贯通刑法论理体系,领悟刑法的真谛,以及刑罚的意义与目的。有朝一日,进入刑事司法体系而操作刑事处罚权之时,真正能够通过刑事追诉或审判,以实践刑法的法律正义,并能提升裁判质量,建立法治国的刑法文化。

本于上述的目的构想,以最近几年来研究所得与累积的教学经验,对于本书作较大幅度的增订与修正,调整不少章节款的编排与内容,使全书的论述体系更形完善,从原先总计十六章,扩充或调整成为二十章,使上册与下册均各有十章。

卢军杰贤棣的用心校对,在此致谢。

2002.9.1

七 版 序

本书第六版于1997年秋出版后迄今,“刑法”已经历三次的部分条文修正,虽然利用再刷的机会,以不变动页码的原则,将增订或修正的新规定内容引进本书的论述,但因限于版面,故仍有不尽完善之处。

积三年来的教学与思考,发现第六版仍有些尚待增订、修正或调整之处,乃利用今年暑假,大加增修。除增加“罪责原则与人道原则”、“现行刑法之修正”、“刑法对于行为之犯罪判断”、“构成要件与犯罪结构”等四节外,并将原先分置于构成要件与罪责领域中论述的各种不同的错误问题,抽出合成一新章(即第八章)。此外,并调整合并原第一章至第三章,使原本为十五章的本书,增加一章,共十六章。经过如此的增修与调整,使本书的论述体系与内容更形完备,而有助于读者对于刑法的学习与研究。

许泽天与薛智仁学棣提出一些增修的宝贵建议,卢军杰与林清贤学棣的细心校对,在此一并致谢。

2000.9.20 于台北市

六 版 序

本书自初版问世,匆匆即将届满十五年,在这段时间里,经历第二版与第三版的部分修订,至第四版则大幅增修未遂犯、正犯与共犯,以及竞合论等部分,第五版则配合假释规定的修法而修订。今积数年来的教学经验,以及1994年在德研究期间,博览德国新文献所得,大幅增订或修正本书,遂成增修六版问世。

第六版在结构体系上增加一章,即合并第五章与第六章,并加以扩充,而成为第五章至第七章,全书大幅增修部分计有:因果关系与客观归责、构成要件错误与包摄错误、正当防卫与紧急避难、原因自由行为、容许构成要件错误、教唆犯、帮助犯、特别犯之参与问题、过失犯罪,以及竞合论等领域。此外,其余部分也做了相对应的修订,并增加许多生动的实例,说明或印证理论,使本书的体系与论述更趋完美,而使习法者更易借由本书之助,走进刑法的殿堂。

台大法律研究所许泽天学棣长期以来与我有关本书问题的深入讨论,蔡圣伟学棣校阅全书,提出疑问,均为本书的增订与修正工作提供了很多宝贵的意见。

此外,汪怡君学棣与吴俊毅学棣的计算机数据处理与排版工作,也备极辛劳。没有四位学棣的投入与协助,本书不可能以崭新的面貌与充实的内容呈现在读者面前,故特在此表示我的衷心谢意。

由于第六版增修后,全书篇幅大增,为使读者携带方便,且为免却刚进法律学系的法律新鲜人对于厚厚的一本书所形成的表象压力,提高学习刑法的兴趣,故本书自第六版起,改成上、下两册印行。

1997.8.22 于台北市

四 版 序

本书自 1983 年初版问世后,至今已届十年,其间在初版之架构下,虽经历三版之修订,但仍有不尽完善之处,而有待增修。

近年来,虽以积极之行动,投入台湾民主化之社会运动,花费不少时间与心力,但对于个人之专业领域,仍不敢稍有疏忽懈怠,除在学术刊物发表专论外,即致力于本书之修订工作。积数年之功力,今夏赴德研究前,终能完成本书之大幅增修,使其更趋完善,而成增订四版。全书篇幅增加约二百余页,主要增订之处计有:未遂犯、不能犯、中止犯、正犯与共犯,以及一罪或数罪之竞合论等部分。此外,并增列最新之判例与解释例。

刑法本具社会伦理性之性质,使用具有社会伦理非难性之法律手段,公正地报应犯罪,亦即以刑罚之痛苦,衡平犯罪之恶害,而体现公平正义之应然理想,以满足人民对于正义感之需求。本书之作,期能阐释发扬上述之理念,但愿通过本书进入刑法殿堂之习法者,有朝一日成为法官、检察官或律师之时,能以刑法之专业知识,断人间是非,追求社会公义,造福大众,切勿成为政治工具,更勿使自己沦为法匠,而成为国家统治机器之小零件。

一九九三年七月二十二日于台北

初 版 序

法学领域中,刑法学比其他法学有较长之历史,经欧陆法系学者百年来之钻研,迄今理论体系已粲然大备。唯学者间所持观点之不同,在刑法论理与犯罪判断中,仍存有不少纷争多端之论题。对于此等见仁见智之争论,习法者往往无所适从,而引以为苦,在学习刑法过程中,极易因众说林立,而迷失方向,致影响学习刑法之兴趣,以及判断与评价犯罪之能力。

本书系采纳现今欧陆刑法学之犯罪理论,以故意之作为犯、过失之作为犯、故意或过失之不作为犯等三大犯罪形态为经,并以构成要件、违法性、罪责等三大犯罪要素为纬,架构体系。对于学说分歧之论题,均以通说之介绍与论述为主,以免习法者陷于各家学说争论之迷阵中,而不知所措。至于针对通说以外之各说,则分别在本文或脚注中指出,使欲深入研究者,有脉络可寻。

著者从事刑法教学十年,今以平日研究所得,并参考去夏赴德参加经济刑法会议而搜得之最新文献,著成本书。唯著者才学有限,阙漏或错误,自属难免,尚祈读者指正。

政大法研所蔡碧玉,法律系邱永顺、叶淑仁诸学棣,在校对与编列索引之助力,特此申谢。

林山田

一九八三年五月于台北市

凡 例

一、本书引用的解释例或判例,年度与文号均用略语。兹例示如下:

1932 年院 660 司法院 1932 年院字第 660 号解释

2001 年释 522 “司法院”大法官 2001 年释字第 522 号解释

1940 年上 135 最高法院 1940 年上字第 135 号判例

1973 年台上 4 “最高法院”1973 年台上字第 4 号判例

二、较常引用的法律名称,均用略语(见略语表)。只书法条号数,而未冠法律名称者,即为现行刑法。例如:第 1 条,或(§ 1),即指“刑法”第 1 条。括号中以阿拉伯数字与罗马数字表示法条号数、项数与款数。兹例示如下:

§ 13 I	第 13 条第 1 项
§ 57 (1)	第 57 条第(1)款
§ 38 I (1)	第 38 条第 1 项第(1)款
§ § 103—115	第 103 条至第 115 条
§ § 3、4	第 3 条与第 4 条
§ 79-1	第 79 条之一

三、引用“最高法院”的判决大多属于判例,少数非属判例者,即明示“判决”。例如:1965 年台非 58 号判决。

四、判例或判决的法条号前加(旧)字者,系指本法施行后至最近修正前的旧条文,与此旧条文相当的现行法的法条号,则以括号附于旧法条号之后。例如:“刑法”(旧)第 27 条(§ 27 I 前),乃指旧条文第 27 条,即现行法第 27 条第 1 项前段。

略 语 表

少年	“少年事件处理法”	保执	“保安处分执行法”
公惩	“公务员惩戒法”	前	前段
日刑	《日本刑法》	后	后段
中	中段	赦免	“赦免法”
本法	公布施行于 1935 年的 “现行刑法”	强执	“强制执行法”
民	“民法”	劳基	“劳动基准法”
民诉	“民事诉讼法”	道安	“道路交通安全规则”
刑律	《暂行新刑律》(1912 年)	道罚	“道路交通管理处罚条例”
刑草	“刑法修正草案”(1990 年)	瑞刑	《瑞士刑法》
刑诉	“刑事诉讼法”	奥刑	《奥地利刑法》
行刑	“行刑累进处遇条例”	意刑	《意大利刑法》
行罚	“行政罚法”	枪弹	“枪炮弹药刀械管制条例”
走私	“惩治走私条例”	监狱	“监狱行刑法”
但	但书	德刑	《德国刑法》
法刑	《法国刑法》	宪	“宪法”
军刑	“陆海空军刑法”	选罢	“公职人员选举罢免法”
军惩	“陆海空军惩罚法”	旧	本法施行后至最近修正 前的旧条文,或本书所 引法律的旧条文
社维	“社会秩序维护法”	旧刑	旧刑法(1928 年)
保处	“窃盗犯赃物犯保安处分 条例”	警械	“警械使用条例”

主要参考书目

- 韩忠谟:《刑法原理》,1997年版。
- 陈朴生:《实用刑法》,1993年版。
- 蔡墩铭:《刑法总论》,1977年版。
- 蔡墩铭:《中国刑法精义》,1990年版。
- 褚剑鸿:《刑法总则论》,1995年版。
- 周治平:《刑法总则》,1972年版。
- 曾劭勋:《刑法总则》,1974年版。
- 杨建华:《刑法总则之比较与检讨》,1988年版。
- 苏俊雄:《刑法总论》(I)、(II),1995年版、1997年版。
- 黄常仁:《刑法总论》,2000年版。
- 郭君勋:《案例刑法总论》,1991年版。
- 林东茂:《刑法综览》(修订五版),2007年版。
- 张丽卿:《刑法总则理论与运用》(修订二版),2005年版。
- 黄荣坚:《基础刑法学》(上)、(下)(修订版),2006年版。
- 陈子平:《刑法总论》(上)、(下),2005年版、2006年版。
- 柯耀程:《刑法总论释义》(上)、(下),2005年版。
- 林山田:《刑罚学》(修订版),1992年版。
- 陈志龙:《法益与刑事立法》,1990年版。
- 黄荣坚:《刑法问题与利益思考》,1995年版。
- 黄荣坚:《刑罚的极限》,1998年版。
- 林东茂:《危险犯与经济刑法》,1996年版。
- 林东茂:《一个知识论上的刑法学思考》,1999年版。
- 柯耀程:《变动中的刑法思想》,1999年版。
- 林山田:《刑法各罪论》(上)、(下)(修订五版),2005年版。

2 刑法通论(上)

林山田:《刑事法论丛》(一)、(二),1997年版。

林山田:《经济犯罪与经济刑法》,1987年版。

林山田:《刑事程序法》(增订五版),2004年版。

林山田:《刑法的革新》[《刑事法论丛》(三)],2001年版。

林山田:《二〇〇五年刑法修正总评》,2007年版。

林山田、林东茂、林灿章:《犯罪学》(增订四版),2007年版。

林山田编:《刑事思潮之奔腾——韩忠谟教授纪念论文集》,2000年版。

Baumann/Weber/Mitsch, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*,

9. Aufl. 1985; 11. Aufl. 2003.

zitiert: Baumann/Weber, AT. od. Baumann/Weber/Mitsch, AT.

Blei, H., *Strafrecht I, Allgemeiner Teil*, 18. Aufl. 1983.

zitiert: Blei, AT.

Bockelmann/Volk, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Aufl. 1987.

zitiert: Bockelmann/Volk, AT.

Ebert, U., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Aufl. 2001.

zitiert: Ebert, AT.

Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1983.

zitiert: Jakobs, AT.

Jescheck/Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*,

2. Aufl. 1972; 5. Aufl. 1996.

zitiert: Jescheck, AT. od. Jescheck/Weigend, AT.

Kienapfel, D., *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Eine systematische Darstellung des Österreichischen Strafrechts*, 4. Aufl. 1984.

zitiert: Kienapfel, AT.

Kühl, K., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 2005.

zitiert: Kühl, AT.

Maurach/Zipf, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Teilband 1, 7. Aufl. 1987.

zitiert: Maurach/Zipf, AT. -1.

Maurach/Gössel/Zipf, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Teilband 2,

7. Aufl. 1989.
zitiert: Maurach/Gössel/Zipf, AT. -2.
- Noll, P. , *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 1981.
Zitiert: Noll, AT. I.
- Otto, H. , *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, 4. Aufl. 1992.
zitiert: Otto, AT.
- Roxin, C. , *Strafrecht, Allgemeiner Teil* , Bd I, 4. Aufl. 2006.
zitiert: Roxin, AT. -1.
- Roxin, C. , *Strafrecht, Allgemeiner Teil* , Bd II, 2003.
zitiert: Roxin, AT. -2.
- Rudolphi/Horn/Samson, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch ,
Allgemeiner Teil*, 3. Aufl. 1981; 4. Aufl. 1982. .
zitiert: SK StGB.
- Schmidhäuser, Eb. , *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 1984.
zitiert: Schmidhäuser, AT.
- Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 27. Aufl. 2006.
zitiert: Sch/Sch.
- Stratenwerth/Kuhlen, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Die Straftat* ,
5. Aufl. 2003.
zitiert: Stratenwerth, AT.
- Triffterer, *Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1985.
zitiert: Triffterer, AT.
- Welzel, H. , *Das deutsche Strafrecht*, 11. Aufl. 1969.
zitiert: Welzel, Lehrbuch.
- Wessels/Beulke, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau* ,
36. Aufl. 2006.
zitiert: Wessels/Beulke, AT.

目 录

第一章 导论	1
第一节 犯罪与刑法学	1
第二节 刑法的定义与其法律性质	10
第三节 刑法的分类	15
第四节 刑法的功能与其特质	20
第五节 刑法与其他法律的关系	27
第二章 刑法的主要原则	31
第一节 罪刑法定原则	31
第二节 法治国原则	46
第三节 罪责原则与比例原则	48
第四节 慎刑原则与人道原则	51
第三章 “现行刑法”	56
第一节 “现行刑法”的沿革	56
第二节 “现行刑法”的结构与总则的适用范围	58
第三节 “现行刑法”的效力	60
第一款 刑法对于人的效力	61
第二款 刑法的时间效力	63
第三款 刑法的空间效力	73
第四节 刑法的修正与前瞻	77
第四章 刑法的解释	82
第一节 刑法解释的基本概念	82
第二节 刑法解释所采的解释理论	84
第三节 刑法的解释方法	85
第四节 漏洞与类推	88
第五节 立法解释	91

2 刑法通论(上)

第六节 刑法实务与刑法学说的解释	94
------------------------	----

上篇 犯罪行为

第五章 犯罪定义与犯罪理论	101
第一节 犯罪定义	101
第二节 犯罪理论	110
第六章 行为与行为人及行为的结果	117
第一节 刑法的行为	117
第二节 作为与不作为	120
第三节 行为理论	121
第四节 行为人	124
第五节 行为的结果	126
第六节 因果关系与客观归责	128
第一款 因果关系与客观归责概说	128
第二款 因果理论	130
第三款 客观归责理论	139
第四款 因果与归责的综合判断	144
第五款 刑法实务对于因果关系的判断	146
第七章 构成要件理论	148
第一节 构成要件的基本概念	148
第二节 构成要件要素的基本概念	151
第三节 不法构成要件的犯罪类型	153
第四节 负面构成要件要素与整体不法构成要件	162
第五节 刑法的犯罪判断	164
第八章 故意的作为犯	168
第一节 故意作为犯的不法构成要件	168
第一款 故意作为犯的不法构成要件的内容	168
第二款 故意作为犯的构成要件故意	175
第三款 故意作为犯的构成要件该当性	184
第二节 故意作为犯的违法性	187
第一款 违法性的基本概念	187