

林山田刑法学作品

刑法通论

GENERAL PRINCIPLES
OF CRIMINAL LAW

下册

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

下册

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:01-2011-1978

图书在版编目(CIP)数据

刑法通论.下/林山田著. —北京:北京大学出版社,2012.1

ISBN 978-7-301-19624-3

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209752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》(下册)(增订十版),林山田 著

2008年1月版,ISBN 978-957-41-4919-3(精装)

书 名:刑法通论(下)

著作责任者:林山田 著

责任编辑:王建君

标准书号:ISBN 978-7-301-19624-3/D·2965

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 28.5印张 444千字

2012年1月第1版 2012年1月第1次印刷

定 价:56.00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年元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,九版上册附录二与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月出版者),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,即已开始全面的修正工作,经历 30 年漫长的岁月,至今年(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,但是基本上只是在固有的老旧框架之下所为的部分条文修正而已。

针对本次的“刑法”修正,本书乃做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。

拜网络科技之赐,使远在德国攻读博士学位的许泽天学棣,亦能对于第十一章与第十四章的增修,提供一些宝贵的意见。此外,林清贤学棣的细心校阅,在此,均同表谢意。

2005.7.30 礁溪

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。惟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。惟著者才学有限,缺漏或错误,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。

陳山田

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(下)

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

第十一章 犯罪参与论	1
第一节 犯罪参与的基本概念	1
第一款 正犯与参与犯概说	1
第二款 正犯概念	4
第二节 正犯与共犯的理论	7
第一款 正犯与共犯的区别理论	7
第二款 共犯从属性理论	16
第三节 间接正犯	20
第四节 共同正犯	36
第五节 教唆犯	56
第六节 帮助犯	75
第七节 特别犯的犯罪参与问题	85
第八节 必要的参与犯	92
第十二章 过失的作为犯	95
第一节 过失犯的基本概念	95
第二节 过失作为犯的构成要件该当性	106
第三节 过失作为犯的违法性	120
第四节 过失作为犯的罪责	122
第五节 过失作为犯的未遂犯以及正犯与共犯	125
第六节 结果加重犯	127
第七节 对于过失犯的立法与司法建议	136
第十三章 故意或过失的不作为犯	143
第一节 不作为犯的基本概念	143
第二节 不作为犯的不法构成要件	152
第一款 故意不作为犯的不法构成要件	152

2 刑法通论(下)

第二款	过失不作为犯的不法构成要件	166
第三节	不作为犯的违法性	169
第四节	不作为犯的罪责	172
第五节	不作为犯的未遂犯	174
第六节	不作为犯的正犯与共犯	177
第七节	对于不作为犯的刑事立法建议	180
第十四章	竞合论	184
第一节	竞合论的基本概念	184
第二节	行为单数与行为复数	189
第三节	想象竞合与已删除的牵连犯	194
第四节	法律单数	207
第一款	法律单数的基本概念	207
第二款	法律单数的三种关系	210
第三款	刑事制裁与行政制裁的法律单数	223
第五节	连续行为与连续犯的删除	224
第六节	实质竞合	232
第七节	不罚的前行为及不罚的后行为	239
第八节	吸收与吸收犯	243
第九节	竞合论的刑法判断体系	250
第十节	罪疑唯轻原则与选择判定	252

下篇 法律效果

第十五章	刑罚概说	261
第一节	刑罚的基本概念	261
第二节	刑罚的制裁对象与法人的制裁	267
第三节	刑罚的意义与目的	272
第一款	报应思想与预防思想	273
第二款	刑罚理论	281
第十六章	本法规定的刑罚	308
第一节	刑罚的种类	308
第二节	本法规定的各种刑罚手段	310

第三节	刑罚的加重	326
第四节	刑罚的减免	332
第五节	自首	340
第十七章	刑罚的裁量	344
第一节	刑罚裁量的基本概念	344
第二节	刑罚裁量的原则	347
第三节	刑罚裁量事实与其审酌原则	352
第四节	加强刑罚裁量的研究与训练	362
第十八章	刑罚的执行	365
第一节	刑罚执行的基本概念	365
第二节	死刑的执行	366
第三节	徒刑或拘役的执行	367
第四节	罚金与没收的执行	373
第五节	缓刑	376
第六节	假释	382
第十九章	保安处分	387
第一节	保安处分的基本概念	387
第二节	本法规定的各种保安处分手段	392
第三节	保安处分的宣告与执行	398
第二十章	处罚障碍	401
第一节	处罚障碍概说	401
第二节	赦免	401
第三节	追诉时效与行刑时效	403
第一款	追诉时效	403
第二款	行刑时效	406
条文索引		409
名词索引		413
跋		427

第十一章 犯罪参与论

第一节 犯罪参与的基本概念

第一款 正犯与参与犯概说

一、单独犯与参与犯

犯罪行为有由一个行为人单独完成者,亦有由两个以上的行为人以各种不同的犯罪参与方式而完成者。前者为单独犯(单独正犯),在刑法评价上较为单纯,直接按照本书前述各章所论述的内容评价其行为,即为已足;后者则属多数人参与犯罪的参与犯,系由两人以上的行为人参与同一个犯罪,由于各参与者(即行为人)在不同形态的犯罪过程中所扮演的角色,以及他们在犯罪行为中所占的分量各不相同,对于犯罪行为的完成或贡献,亦各有不同的重要性,故在刑法上的评价,自各不相同。实例如下:

例 1:A 唆使 B 与 C 去杀害 E,在 B 与 C 商议决定合力分工下手杀 E 时,C 的友人 D 得知上情,乃提供 B 与 C 杀人的刀械。B 与 C 抵达 E 家找到 E 之后,由 B 紧抱着 E,由 C 持刀将 E 杀害。

在本案的整个杀人事件过程中,A、B、C、D 四人均是杀害 E 的刑事案件的参与者,呈现出多数行为人的参与犯的结构。

在刑法评价上,用力紧抱着 E 的 B 及动刀下手杀害 E 的 C,构成杀人罪(§ 271 I)的共同正犯。至于仅使用言词唆使 B 与 C 共同杀害 E 的 A,以及仅系提供 B 与 C 用以杀害 E 的武器的 D,虽在一般社会评价或用语上,似乎无法被理解为杀人者,但两人在刑法评价上,则无法与 B 和 C 杀死 E 的杀人事件脱离关系,亦即 A 与 D 也应分别为其教唆杀人行为与

帮助杀人行为负责,故 A 应成立杀人罪的教唆犯,D 则成立杀人罪的帮助犯。

二、正犯与共犯

刑法为了妥当评价各种不同参与犯罪的方式或实现犯罪方式的行为人的刑事责任,将其在刑法制裁体系上的资格或地位予以类型化,使其适当地接受刑罚的制裁,乃在刑法论理学中,创造出正犯(Täterschaft)与共犯(Teilnahme)两种类型。正犯包括以自己的行为直接实现不法构成要件的直接正犯与利用他人作为行为工具而实现不法构成要件的间接正犯(参见下述第三节),以及单一行为人单独犯罪的单独正犯与由两人以上的行为人共同犯罪的共同正犯(参见下述第四节)。共犯则包括唆使他人实现不法构成要件的教唆犯(参见下述第五节),以及仅帮助他人实现不法构成要件的帮助犯(参见下述第六节)。

传统学说将共同正犯与教唆犯及帮助犯合称为广义之共犯,并认为由于教唆犯与帮助犯必须有实行正犯的存在始能成立,这种从属违犯的形态,即为“狭义之共犯”^{〔1〕}。这样的见解实有不妥,足以混淆区分正犯与共犯的意义与目的,因为正犯在刑法评价上系属直接或间接实现不法构成要件的行为人,而共犯则属教唆他人或帮助他人实现不法构成要件的行为人。正犯在整个犯罪过程中居于犯罪支配的地位,而共犯则否,故在逻辑上不宜将属正犯与属共犯的两种不同的行为人合称为“广义之共犯”^{〔2〕}。

因此,共犯应仅指教唆犯与帮助犯,而无广义共犯与狭义共犯之分。由于共同正犯系属真正的正犯,故非属共犯,而共同正犯、教唆犯与帮助犯,均系因犯罪参与方式而予类型化的资格,故宜合称为参与犯,而不宜如传统学说上称为“广义之共犯”。

本法第四章的原刑章名“共犯”所指涉者,应系犯罪有数行为人参

〔1〕 参见陈朴生:《实用刑法》,第244页;周治平:《刑法总则》,第391页;蔡墩铭:《刑法总论》,第229页;高仰止:《刑法总则之理论与实用》,第391页;张丽卿:《刑法总则理论与运用》,第330页以下。本书原从台湾地区通说,而分广义的共犯与狭义的共犯(1983年初版,第203页);惟自1993年第四版(第267页)起,即已扬弃如此见解。

〔2〕 对于共犯一词的辨正,另有其他见解,参见陈志龙:《“共犯”(?)的刑事责任》,载《蔡墩铭教授祝寿论文集》,1997年版,第1页以下。

与的参与犯,以有别于单独犯的情形,可是却使用并不包括“正犯”的“共犯”一词,但是在刑章的规定内容上却包含共同正犯与共犯,实属概念与逻辑上的错误。因此,2005年的刑法修正,将刑章名更改为“正犯与共犯”〔3〕。

三、犯罪参与的前阶段

正犯与共犯虽是数人参与犯罪的刑法理论的重要问题,但却非全部。亦即,在犯罪参与论中,尚有犯罪参与的前阶段(Vorstufen der Beteiligung)问题〔4〕,也就是当所有的参与者都尚未达着手实行犯罪行为的行为阶段时,则既无属于构成要件行为主体的正犯,亦无依附于正犯行为的共犯。对于这种仅在犯罪预备阶段的参与犯情形,本法原第29条第3项规定的未遂教唆,即是其处罚的规范依据。〔5〕如今,2005年的刑法修正已将该项规定删除,则只能以刑法各罪中的相关预备犯的规定(例如§§173 IV、271 III)论处相关犯罪参与行为人的刑事责任。

然而此一犯罪参与的前阶段概念,在台湾地区文献上,往往与犯罪着手后的正犯与共犯概念混为一谈,以致产生诸多理论上的说理困难。例如所谓的不以正犯着手犯罪的实行为必要的“共犯独立性说”、数人均仅达于预备阶段而尚未有人着手实行的“预备的共同正犯”、被教唆者仅止于预备阶段或阴谋阶段的“阴谋罪、预备罪之教唆”、正犯终于阴谋或预备阶段的“阴谋罪、预备罪之帮助”等〔6〕,原本均因无所谓正犯,自也无依附其上的共犯可言,各该参与的行为人,均应依照现行法直接以刑法各罪中的相关预备犯的规定,论处刑事责任。〔7〕

〔3〕事实上,就全刑章的规定内容而言,刑章名宜修正为“参与犯”或“犯罪之参与”。针对2005年刑法修正本刑章名的修正评论,参见林山田:《对“共犯”刑章之刑法修正的检讨》,载《月旦法学》2006年8月第135期,第158—172页,收录于林山田:《二〇〇五年刑法修正总评》,2007年版,第49页以下。

〔4〕参见Kühl, AT. §14 Rn. 13, 19, §20 Rn. 243 ff.

〔5〕参见Roxin, AT. -2. §28 Rn. 1 ff. 林山田、许泽天:《刑总要论》,第171页。

〔6〕如此叙述与主张,参见陈子平:《刑法总论》(下),第116、168、184、201页。

〔7〕这些情形在《德国刑法》上属于该法第30条的处理对象,即其第1项处理被教唆者尚未着手实行的未遂教唆,而其第2项则处理形成共同正犯前的犯罪参与问题。