

刑法通則新論

New Criminal
Law-General Principles

● 邱忠義 著

傳曰齊之以禮有恥且格刑之不可
於犧年宜有降矣若夫穹圓肇判宥
其善惡則有自然之理焉念室後刑
休和取譬琴瑟不忘銜策擬陽秋之
肅軒皇有轡野之師雷電揚威高辛
市朝具嚴天刑以懲亂首論其本意
丹浦興仁羽山鹹服而世屬僥倖事
孔子曰聽訟吾猶人也必也使無訟
生成憲章堯禹政有膏露威兼禮樂
其微或彰善以激其情或除惡以崇
寓言成康不由凝網此所謂酌其清
彝倫道睽明慎則夏癸之虐劉百姓

刑

法



元照出版

D927.584.04/1

2007

刑法通則新論



邱忠義 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

刑法通則新論／邱忠義著．-- 初版．-- 臺北市：元照，2007.08
面：公分

ISBN 978-986-6842-29-0（平裝）

1.刑法

585

96013364

刑法通則新論

1C055PA

2007年9月 初版第1刷

作 者 邱忠義
出 版 者 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 400 元
訂購專線 (02)2375-6688
訂購傳真 (02)2331-8496
郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-986-6842-29-0

序 文

刑法是規定犯罪與處罰的法律，故「罪與罰」判定的最基本元素貫穿整部刑法典，在犯罪的檢驗方面，必須是構成要件該當且不法的有責行為，而其重點又是在法益的認定上；在處罰的量定方面，也必須符合禁止雙重危險原則、比例原則等要求。因此本書特在每一個罪與罰的判定步驟中，將實體的要素與程序的基本原則加入，使修習刑法者進一步瞭解刑法在實質及程序正義上的重要角色，俾助於罪與罰論證過程中的論證方向正確性。

又傳統教科書的缺點在於過度闡述理論，不重視考試的實戰技巧訓練，而坊間各講義又過度強調速成技巧，惟欠缺法學基本原理的養成，本書乃揚棄上開二者的缺點而結合其等優點，以圖文並茂的方式，提綱挈領地呈現關於罪與罰的各家學說、實務及立法的最新趨勢，並適時輔以表格、體系圖等以解析各項論點，且於各爭議問題後舉以實例，幫助讀者吸收且融會貫通，即使再複雜的爭議性問題，也能迎刃而解。

修習刑法者可能會有專於研讀而欠缺解題技巧之情形，故本書另提供讀者基本的解題技巧，舉數實例如下：



例一

X在某私人公司上班，因Y欠其十萬元，某日X需錢孔急，前往Y住處要債，惟Y對X叫窮，X不相信，乃未經Y同意對Y住處翻箱倒櫃，然未找到任何值錢財物而作罷，試問X有無犯罪？



Ans

這個問題的解答，若依三階層理論的結構，應該可以簡答如下：

一、本例X未經同意在Y宅內翻箱倒櫃之行為，「成立」刑法第307條非法搜索罪，檢驗如下：

(一)犯罪構成要件該當性

1. 客觀要件（按本罪為舉動犯，故本題不檢驗結果及因果關係）

(1)行為：X在Y宅內著手實行並完成翻箱倒櫃之行為，係屬「搜索」他人「住宅」之性質。

(2)行為主體：本罪之行為主體，依實務見解，應以具有搜索權限之人為限，然學界通說則認為本罪之性質為一般犯，不以有搜索權者為限，亦即任何人皆均有可能成為本罪之行為主體。管見以為，基於文義解釋，本罪之法條文義對於行為主體並無任何身分之限制，且倘具有搜索權之公務員不依法令搜索，恐須再依刑法第134條加重矣，故以後說見解較為可採。準此，本題X雖依法令無搜索權，但仍係本罪之行為主體。

2. 主觀要件

本例X對其未經同意在Y宅內翻箱倒櫃之客觀犯罪構成事實有認識，具有構成要件故意。

(二)違法性

本題X並非依法令有權搜索之人，亦無其他阻卻違法事由存在，故具有違法性。

(三)罪責

本題X無其他阻卻罪責之事由存在，故具有罪責。

二、結 論

綜上所述，X未經同意在Y宅內翻箱倒櫃之行為，成立刑法第307條之違法搜索罪。

 例二

A為某大學成年學生，平日作威作福，在校橫行無阻，適逢期中考時期之某日，A故態復萌，橫躺在學校圖書館內之三張椅子上睡大覺，影響其他學生唸書之權益，B心有不平，乃以手機拍照存證，並在照片旁寫道：「A男橫躺圖書館，占據三椅不知羞；睜開兩眼觀螃蟹，看伊橫行到幾時！」連同照片張貼於網路部落格上供人評論，A發現後對B提告，B提出上開照片為證，辯稱：其有所本，並未捏造事實等語。試問B行為有無犯罪？



這個問題的解答，若依三階層理論的結構，亦可以簡答如下：

一、本例B之行為「不構成」刑法第310條第2項之加重誹謗罪，檢驗如下：

(一)犯罪構成要件該當性（按本罪為舉動犯，故本題不檢驗結果及因果關係）

1. 客觀要件

加重誹謗罪之行為，係以文字、圖畫指摘或傳述足以毀損他人名譽之事為其要件，亦即以文字或圖畫之方式，使他人名譽可能產生負面評價之具體事實予以揭發或加以宣傳之行為即足當之，不以實際上是否被害人之名譽實際受損害為必要（舉動犯）。故本題B（行為主體）在客觀上將A（行為客體）橫躺圖書館占據三張椅子睡大覺之行為以手機攝下，旋於網路上著手實行並完成張貼散布且加註說明，已符合上開客觀犯罪構成要件。

2. 主觀要件

(1)B對上開加重誹謗之客觀犯罪構成事實有認識，具有構成要件故意。

(2)B在網路上張貼散布圖貼並加註說明之目的，旨在散布於大眾知悉評論，是其具有散布於眾之意圖甚明。故B主觀構成要件亦該當。

(二)違法性

B行為具有刑法第310條第3項所定之「正當理由」，故不具違法性，說明如下：

1.按圖書館設置之目的，係供公眾得自由使用其設施，並藉以取得知識訊息，故圖書館之使用涉及「公共利益」。本題A之橫躺占據圖書館三張椅子之行為，乃屬妨害他人使用圖書館權利之行為，故事涉公共利益。

2.B雖於照片旁書寫足以使A名譽可能產生負面評價之言詞，涉及A之私德，惟B所誹謗者涉及上開公共利益，依刑法第310條第3項之規定，因B之行為與公共利益有關，依該條之規定B可主張免責，亦即具有「正當理由」而可阻卻違法，故B之行為不具違法性。（按學說上尚有阻卻構成要件說、阻卻罪責說，惟管見認為阻卻違法說較符合「違法性乃在判斷構成要件該當行為是否具有正當理由」之理論）

二、結 論

B之行為得依刑法第310條第3項之規定阻卻違法，不構成加重誹謗罪。（按本例因已可阻卻違法，故在三階層理論之檢驗上，不必再探討下一階層罪責問題）

例三

甲父不反對有純熟駕駛能力之兒子乙無照開車，且交付鑰匙，導致乙無照開車肇事致人於死，甲父須否負刑事責任？

Ans

這個問題的解答，若依三階層理論的結構，亦可以簡答如下：

一、本案甲父親無須負刑法第276條第1項之過失致死罪責，檢驗如下：

◎犯罪構成要件該當性

1. 客觀要件

(1)行為：甲父有交付鑰匙予兒子乙無照開車之行為。

(2)結果：乙有開車肇事致人於死之結果發生。

(3)因果關係或客觀歸責：依國內通說及實務看法，因果關係之判斷採相關因果關係說，亦即依日常生活中累積之經驗法則判斷，如一定之行為產生一定之結果，一般人認為相當（具高度蓋然性）時，即具有因果關係，否則即不具因果關係。本件甲父雖不反對兒子乙無照開車，且交付鑰匙，惟乙已有純熟駕駛能力，在此情形下，依日常生活中累積之經驗法則判斷，甲交付鑰匙讓乙無照開車之行為，與乙肇事致人於死之結果間，一般人並不認為具高度蓋然性，應不具相當因果關係。即便本例依有力說所採之具條件關係，亦應進入客觀歸責理論探討而認為危險與結果間之關聯性在經驗上並非常態而不具風險實現關係，故亦不具客觀可歸責性。

2. 主觀要件：客觀要件已不該當，無庸再探討此主觀要件。

二、結 論

本例無論認為不具相當因果關係或不具客觀可歸責性，均阻卻過失致死罪之構成要件，自無庸進入違法性及罪責之探討。故本件甲父無庸負刑事上責任。

（以上解題模式僅供參考，請讀者在閱讀本書每個章節後自行練習）

95年7月1日起施行的新刑法揭櫫了「寬嚴併進的刑事政策」，總計此次修正條文，刑法總則修正61條、刪除4條、增訂2條；而分則部分，配合總則廢除連續犯及心神喪失、精神耗弱之定義修正規定，對有關常業犯之規定併同檢討修正，總計修正15條、刪除7條；刑法施行法則修正1條、增訂4條。其中刑法總則修正幅度達2/3，可謂近70年來最大幅度之修正，由於涉及重要刑事政策之採行及諸多人民權利事項之變動，為刑事司法史上之重要大事，影響至為深遠。故本書對新刑法多所著墨，盼能承先啓後。

最後，本書在內文中各項學說、見解後習慣性地直接標明教授、專家姓名，目的在便利讀者閱讀，請諸位教授、專家見諒。另外，感謝莊和曦先生的細心校對與建議，並感謝元照出版有限公司全體同仁的全力配合。

郭忠義
2007.08

凡 例

一、本書採傳統教科書與坊間講義之綜合模式編著，為便利讀者閱覽，故引用之作者、文獻資料等，均使用略語引註，甚至在內文中直接標名教授、專家姓名及看法，引用方式極為活潑，不拘小節。

二、本書主要參考書目如下：（以姓氏筆劃排序）

1. 台灣刑事法學會（主編），刑法總則修正重點之理論與實務
2. 台灣刑事法學會，二〇〇五年刑法總則修正之介紹與評析
3. 台灣刑事法學會，連續犯之廢除暨其法律適用問題
4. 甘添貴，刑法之重要理念
5. 甘添貴，刑法各論（上）
6. 甘添貴，刑法案例解評
7. 甘添貴，刑法總論講義
8. 甘添貴，體系刑法各論（第一卷）（第二卷）
9. 甘添貴教授祝壽論文集：刑事法學之理想與探索（第一卷至第四卷）
10. 林山田，刑法通論九版（上）（下）
11. 林山田教授祝壽論文集：罪與刑
12. 林東茂，一個知識論上的刑法學思考
13. 林東茂，危險犯與經濟刑法
14. 林鈺雄，新刑法總則
15. 邱忠義，由憲法正當法律程序原則論刑事訴訟預備與選擇合併制度（輔仁大學碩士論文）
16. 柯耀程，刑法總論釋義——修正法篇（上）（下）
17. 柯耀程，變動中之刑法思想
18. 柯耀程，刑法競合論
19. 張麗卿，刑法總則理論與運用
20. 許玉秀，主觀與客觀之間
21. 許玉秀，刑法的問題與對策
22. 陳子平，刑法總論（上）（下）

- 23.陳志龍，人性尊嚴與刑法體系入門
- 24.陳志龍，法益與刑事立法
- 25.黃常仁，刑法總論（上）（下）
- 26.黃榮堅，刑法問題與利益思考
- 27.黃榮堅，刑罰的極限
- 28.黃榮堅，基礎刑法學（上）（下）
- 29.蔡墩銘（主編），刑法爭議問題研究
- 30.蔡墩銘，中國刑法精義
- 31.蔡墩銘，刑法各論
- 32.蔡墩銘，刑法精義
- 33.蔡墩銘，刑法總論
- 34.蔡墩銘教授容退感念專輯：當代刑事法學之理論與發展
- 35.蔡墩銘教授祝壽論文集：現代刑事法與刑事責任
- 36.韓忠謨，刑法各論
- 37.韓忠謨，刑法原理
- 38.蘇俊雄，刑法總論 I、II、III

三、本書所參考之各學者文章因數量過多，囿於篇幅，不一一臚列。

四、其餘參考文獻列於本書各段論述之後。

目 錄

序 文

凡 例

第一章 緒 論

第一節 刑 法	1
第二節 謙抑思想	1
第一項 謙抑思想之性質（特性）	1
第二項 謙抑思想在犯罪論上之落實	2
第三節 刑法目的	3
第四節 法例（法源）	8
第五節 刑法之基本原則	10
第一項 正當法律程序原則（Due Process of Law）	10
第二項 罪刑法定主義	11
第六節 法律的解釋方法	14
第七節 立法用語	15
第一項 「以上、以下、以內」	15
第二項 「公務員」	15
第三項 「公文書」	18
第四項 「重傷」	19
第五項 「性交」	20
第六項 「電磁紀錄」	20

第八節 刑法適用之效力	21
第一項 時的效力	21
第二項 地的效力	25
第三項 人的效力	29
第四項 外國判決的效力	30
第五項 刑法總則的適用範圍	33

第二章 犯罪論

第一節 犯罪概論	37
第一項 犯罪之意義	37
第二項 刑罰理論兩學派之爭論	37
第三項 犯罪本質	39
第四項 犯罪理論	40
第五項 犯罪階層理論	45
第二節 行為論	45
第三節 構成要件該當性	49
第一項 概 念	49
第二項 構成要件要素（犯罪構成要件之成立要件）	50
第一款 種類（分類）	50
第二款 主、客觀之構成要件要素	51
第一目 客觀構成要件	51
第二目 主觀構成要件	55
第三項 犯罪類型	68
第一款 行為犯（舉動犯）與結果犯（ 依法益侵害 角度分類 ）	68
第二款 即成犯與繼續犯（ 依行為長 短分類 ）	71
第三款 結合犯	73
第一目 意 義	73

第二目	架 構.....	73
第三目	故意之範圍.....	76
第四目	既遂或未遂.....	78
第四款	加重結果犯.....	83
第一目	意 義.....	83
第二目	結 構.....	84
第三目	明文規定.....	85
第四目	能預見.....	86
第五目	重結果.....	87
第六目	傷害致死等與殺人區別.....	88
第七目	重結果之行爲客體.....	88
第五款	不作爲犯.....	89
第一目	意 義.....	89
第二目	種 類.....	89
第三目	區 別.....	90
第四目	不純正不作爲犯.....	91
第四項	因果關係.....	101
第一款	定 義.....	101
第二款	判斷標準.....	102
第三款	疫學因果關係.....	106
第五項	客觀歸責.....	107
第一款	故意犯與過失犯.....	107
第二款	針對過失犯應特別注意者.....	111
第六項	客觀處罰條件.....	113
第七項	構成要件錯誤.....	115
第一款	意 義.....	115
第二款	目 的.....	115
第三款	判斷標準.....	115
第四款	錯誤之分類.....	116

第五款	形 態	116
第六款	錯誤競合	119
第七款	因果歷程錯誤（因果關係錯誤）	121
第八款	與包攝錯誤之區別	122
第八項	未 遂	124
第一款	概 說	124
第二款	著 手	129
第三款	實行行為	136
第四款	未遂之種類	137
第一目	不能犯	137
第二目	中止犯（中止未遂）	142
第三目	障礙未遂（普通未遂）	148
第四目	目的不達	150
第四節	違法性	151
第一項	概 念	151
第二項	與構成要件該當性之關係	152
第三項	本質（實質）	153
第四項	阻卻違法事由之原理	155
第五項	開放構成要件之違法性原理	157
第六項	正當行為	159
第一款	法規阻卻違法事由	160
第一目	依法令之行為	160
第二目	業務正當行為	165
第二款	超法規阻卻違法事由	167
第一目	可罰違法性理論（違法行為之不可罰性）	167
第二目	被害人承諾	170
第三目	推定承諾（推測承諾）	172
第四目	兼具實驗性質之醫療行為	175

第五目 安樂死與尊嚴死	175
第六目 教師懲戒權	176
第七項 緊急行爲	179
第一款 法規阻卻違法事由	179
第一目 正當防衛	179
第二目 緊急避難	188
第二款 超法規阻卻違法事由	194
第一目 自助行爲	194
第二目 義務衝突	194
第三目 容許風險	197
第四目 自損行爲	197
第五節 罪責（有責性）	198
第一項 定 義	198
第二項 罪責理論（本質）	198
第三項 罪責原則	200
第四項 罪責要素	200
第一款 責任（罪責）能力	202
第二款 責任條件（不法意識）	212
第三款 期待可能性	215

第三章 犯罪之參與

第一節 正犯與共犯	219
第一項 正 犯	219
第二項 共 犯	220
第一款 共犯概念	220
第二款 共犯種類	220
第三款 共犯理論	223
第三項 正犯與共犯之區別	224

第二節 間接正犯	227
第一項 來 源	227
第二項 定 義	227
第三項 態 樣	228
第四項 利用行爲	231
第五項 正犯性理論	233
第六項 間接正犯之錯誤（支配錯誤）	234
第三節 共同正犯	236
第一項 定 義	236
第二項 正犯性理論依據	238
第三項 要 件	238
第四項 特殊問題	240
第一款 共謀共同正犯（同謀共同正犯）	240
第二款 加重結果犯之共同正犯	242
第三款 片面共同正犯（缺乏犯意聯絡）	242
第四款 共同正犯之過剩（或逾越）	242
第五款 過失犯之共同正犯	243
第六款 承繼（相續）共同正犯	244
第七款 己手犯與共同正犯	245
第八款 聚合犯、對向犯與共同正犯	245
第五項 未 遂	246
第四節 教唆犯	247
第一項 概 說	247
第二項 要 件	249
第三項 特殊問題	250
第四項 錯 誤	255
第五項 未 遂	259

第五節 幫助犯	260
第一項 定 義	260
第二項 法 條	260
第三項 特殊形態	261
第四項 成立要件	261
第六節 身分共犯或身分共同正犯	263
第七節 共犯或共同正犯之競合	270

第四章 罪 數

第一節 概 說	271
第一項 禁止雙重危險原則	271
第二項 禁止雙重危險之內涵	272
第三項 我國實務對於禁止雙重危險之見解	274
第四項 有關一行爲	274
第一款 一行爲定義之紛歧	274
第二款 一行爲之判斷標準	277
第五項 侵害單一法益之一行爲只能有一次刑罰評價	280
第一款 多數法益侵害或多數行爲之評價	280
第二款 一行爲侵害「同一法益」之評價	283
第三款 一行爲侵害「某單一法益」之評價	285
第四款 美國有關同一犯罪行爲之意義	286
第二節 判斷標準	287
第三節 本來一罪	289
第一項 預定數法益之犯罪（單純一罪）	289
第二項 預定數行爲之犯罪（包括一罪、實質上一罪）	291
第三項 接續犯（亦屬包括一罪之一）	294