

大學用書

2015年9月增修三版

刑法總論

陳子平 著



元照

刑法總論

陳子平 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

刑法總論／陳子平著．--三版．-- 臺北市：

元照， 2015.09

面； 公分

ISBN 978-986-255-665-8（精裝）

1.刑法總則

585.1

104017599

刑法總論

5C097GC

2015 年 9 月 三版第 1 刷

作 者	陳子平
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 850 元
專 線	(02)2375-6688
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 978-986-255-665-8

增修三版序

本書初版分上、下兩冊，於2005年5月與翌年2月刊行，主要係根據2005年1月7日通過之新修定刑法內容做出詳細說明與分析之著作。其後三年間，國內多位學者之刑法總論新版或改版著書陸續發行，不但增加許多新的見解，新修定刑法於2006年7月1日施行後，司法實務上亦提出不少新見解或修正見解。本書增修二版，即為了增補上述新增內容，於2008年9月刊行，轉眼之間，竟悄然已過七寒暑。在這段期間，學說有了更豐富多樣之見解，例如不純正不作為犯之作為義務（保證人地位）、相當因果關係與客觀歸責、共同正犯之本質等議題，而司法實務對於各種爭議問題也有了更詳細之論述，例如結果加重犯之成立要件、不能犯之相關問題、共同正犯之本質、結果加重犯之共同正犯、共同正犯關係之脫離等；再者，本書行將付梓之際，獲悉行政院剛通過總則有關「沒收」規定之條文草案，乃特別增列該草案之修正條文與修正理由等內容。為此之故，本書增修三版，除了將增修二版之內容做更詳細之說明外，再針對上述學說與司法實務之相關議題，加以分析說明與檢討，期使增修三版之內容更為充實，俾便提供刑法學界與司法實務界先進賢達參考之用。

長期以來，我國刑法絕大部分受到日本刑法與理論之影響，乃不爭之事實；而日本刑法早期受到法國刑法之影響，中後期則受到德國刑法之影響，亦屬事實；然而二次大戰結束之後，日本刑法雖然持續受到德國刑法與理論之影響，卻也開始逐漸走出不同於德國刑法理論之思考與學說。因此，在理解或解讀我國刑法規定之際，有時確實需要參考德、日刑法與理論，有時則必須擺脫該等刑法與理論而加以思考。惟漫漫歲月中，國內刑法學界堪稱是留德學者之天下，留日學者已然淪為「極少數派」，甚至在留德學者之著作中，提及「留日學者之論述」者幾乎微乎其微的現況下，莘莘學子在學習上多以德國刑法理論為中心，亦因此導致司法實務屢有片片斷斷採取德國刑法理論之傾向，嚴重者則難免敗露以偏蓋全之謬誤。所幸近幾年來，已有多位優秀的留德學者返國任教，也逐漸有優秀的留日學者學成回國，開始投入教學與研究的行列，筆者熱切盼望，這股研究能量帶動日本刑法理論與德國刑法理論有更深

入的比較分析，讓國內刑法學之發展步入正軌，早日與德、日刑法理論並駕齊驅。

本書三版之增修過程，幸賴高雄大學法律學系碩士班刑事法組碩士生張家慶（律師），高大法律系應屆畢業生且今年九月即將就讀台北大學法律系碩士班刑事法組的王雪君，將就讀高大法律系碩士班刑事法組的李緻柔、陳筠婷等諸位賢隸，於參加司法考試前後，依然不辭辛勞、細心協助校稿，以及元照出版公司萬先生及其優秀團隊的全力支持，使本書得以順利付梓，特此表達深摯的感謝。

筆者謹識於永和無知齋

2015年孟七夕過後

增修版序

本書上、下冊分別於2005年5月及翌年2月出版後，國內多位學者的新版刑法總論著書也陸續出版，諸如眾所周知的有林山田教授《刑法通論》、甘添貴教授《捷徑刑法總論》、黃榮堅教授《基礎刑法學》、林東茂教授《刑法綜覽》、張麗卿教授《刑法總則理論與運用》、鄭逸哲教授《刑法初探》、柯耀程教授《刑法總論釋義》、林鈺雄教授《新刑法總則》等，再加上新修定刑法於2006年7月施行後，司法實務上亦有不少新見解或修正見解提出，因此本書增修版，除為了得以將初版的錯誤加以訂正外，更得以將上述學者的修訂新版書所敘述內容以及最新實務見解，盡可能地加以補充增訂，以期本書內容的充實與最新資料的維持。

由於以總則篇為主要修定部分的現行刑法，於2005年通過公布、2006年開始施行，實務界為了因應總則大幅度的修改，重新檢討不合新規定的判例，甚至進而提出新見解；而學界不少學者則絞盡腦汁，希望對新修定之規定內容提出最合理的詮釋，或者從批判角度進行檢討，國內刑法學一時蔚為欣欣向榮之景象。然而，無論如何地分析詮釋或批評檢討，其內容依然無法脫離我國所繼受的日本與德國刑法理論。本書除了將日本最新的刑法理論加以介紹，進而運用於詮釋我國刑法規定外，亦盡可能地對德國刑法規定與理論加以說明及比較檢討，同時將國內留德學者所著教科書之重要內容（多數採德國刑法理論）與目前最新實務見解納入其中，期使讀者既能清晰瞭解刑法體系架構，合理詮釋新修定刑法總則條文，亦能正確掌握我國實務立場以及日本、德國刑法規定與理論的發展脈絡。

本書增修過程，正與個人擔任學系主任三年任期重疊。在兼顧系主任職責的行政工作與一介學者本分的學術研究下，增修工程難度倍增，所幸有東吳法律學系碩士班刑事法組諸位賢隸黃依琳、李彥光、蔡宜衡、黃國書、殷節的細心協助，本書始得以順利付梓，特此表達感謝之意。

筆者謹識於永和無知齋

2008年孟秋

初版上冊序

由於大學時代對於刑法學的深厚興趣，我在大學畢業次年就前往日本早稻田大學法學研究所專研刑事法學，而接受我入學申請並擔任指導教授的，就是素未謀面而年僅四十一歲的曾根威彥教授。當時曾根教授已是一位有名的早稻田大學教授，我卻還看不到先生自己撰寫的教科書，對此我一直感到納悶，於是在一次與教授喝咖啡聊天時，就問先生為何尚未出版自己的教科書，教授回答說：「要等到五十歲才會出教科書」。我一時之間並無法瞭解原因何在，等到多所接觸之後，才比較深入瞭解日本學界的現象，對於日本學者而言，畢竟一本教科書（體系書）代表其本身在該專業領域的思想結晶，所以諸多日本學者的教科書幾乎是在年逾五十之後才問世。

我在民國八十年（1991年）所出版的《刑法總論（講義綱要）》，是為了減輕聽課同學抄寫之辛勞而制作的，內容僅是綱要式之重點提示，並無一般教科書應具備的敘述式之詳細內容。該講義綱要出版迄今已有十多年年頭，也顯示我個人的刑法教學已有十七、八年的經歷，儘管不敢妄言已有圓熟的刑法思想，也自忖已然形成一套獨自的刑法體系架構。再觀察我國的刑事立法、實務見解、學說理論，向來都受日本深厚的影響，卻由於近二十多年來，留日學者遞減、留德學者大量增加，而形成國內刑法學界幾乎全面引進德國刑法學說理論之局面，並導致我國刑法、實務見解、以日本學說理論為基礎的國內傳統學說理論與以德國學說理論為基礎的國內多數學說理論之間存在相當大的斷層，這不僅造成刑法學界之間對話上的困難、與實務見解之間極大的鴻溝與落差、以及刑法學進步的嚴重阻礙，更造成法律學子在學習刑法學上的嚴重困擾。這些理由，也可說是本書出版的一大推手。

本書的出版，不敢奢談能夠消弭立法、實務、日本學說理論、德國學說理論等各層面之間的斷層，僅希望做為一個開端、一個墊腳石，藉此拋磚引玉而促使更多承先啟後的刑法教科書出版。一般而言，法律學是一門社會科學，所欲探討的議題就是我們生活所涉及的社會問題，能

夠有效解決該社會問題的學說理論，不可能拋棄傳統思想而僅僅全面引進外國學說理論即可形成。因此，本書希望能找回既有的傳統思想（學說理論）之同時，也能將新的國外學說理論（尤其是日本學說理論）加以介紹、說明，並且盡可能地將目前國內之主要學說理論納入本書各相關章節，俾便讀者對於我國學說理論（無論傳統或目前的）都能有初步通盤的理解。

本書分為上、下兩冊，上冊是以刑法之基礎理論與犯罪論之行為論、構成要件論、違法性論、責任論為主要內容，下冊則以犯罪論中之未遂犯論、正犯與共犯論、罪數論以及刑罰論為主要內容。於犯罪論之構成要件論是採違法行為類型（不法類型、不法構成要件）說；於違法性論是採結果反價值（結果非價）、行為反價值（行為非價）二元論；於責任論則採法的責任論；換言之，本書的整體架構，就是以此等理論為核心基礎，而嘗試解決細密的刑法問題。

本書的完成，除了要感謝早期敦促我、協助我制作《刑法總論（講義綱要）》的許多同學外，我還要感謝擔任本人助理的東吳大學法律系碩士班同學陳奕仲與陳宏銘，更要特別感謝東吳大學法律系博士班的王容溥同學、政治大學法律系博士班的潘怡宏同學為本書初稿細心校正、惠賜寶貴意見。而在我逾越半世紀的人生旅程中，多位鼓勵我護持我的師長、摯友與賢隸、在法學教育工作上與我抱持共同理念而克盡心力的同事、一生堅毅勇敢而無怨無悔關愛我的母親、一路伴我走來而源源不斷豐富我生命的愛妻，都是灌溉我心靈、支撐我意志、讓我得以耐煩有恆專注於研究的貴人，我感恩無限。

陳子平

謹識

2005年三月天於永和無知齋

初版下冊序

我國新修定刑法總則於去年元月通過後，本書上冊也在同年五月完成出版，原本預定能隨即於八、九月間出版下冊，卻由於一些因素而延宕至今。其中因素之一，就是由於這次所通過的刑法總則有相當大幅度的修改，法務部為了使檢察官能理解與因應修法後的內容，邀請對於修法內容比較理解的學者前往北部、中部、南部檢察署舉行六梯次巡迴講座，筆者也在受邀之列，而分擔未遂犯、正犯與共犯的講授。因素之二，則是在修法後，有許多學者對於通過的修法內容提出不同程度的批評，加上一些刑法總論教科書也因應這次修法而修定改版（蔡墩銘教授的刑法精義二版、林山田教授的刑法通論九版、林東茂教授的刑法綜覽四版等，另有柯耀程教授新出版的刑法總論釋義上、下冊），為了能對於這些批評與改版內容做適當說明，筆者重新將已完稿的本書下冊內容再加以增訂。

透過這次刑法總則修定後刑法學者的批評，更可證明我國學說見解之紊亂，即便在提出批評的學者間之見解不僅存有相當大的歧異，甚至還出現情緒性批評，正如本書上冊序言曾指出「這不僅造成刑法學界之間對話上的困難、與實務見解之間極大的鴻溝與落差、以及刑法學進步的嚴重阻礙，更造成法律學子在學習刑法學上的嚴重困擾」。筆者以為，在學理上，學者本身持有各自的獨特見解是可以理解，甚至是理所當然之事，猶如眾所周知，社會科學沒有唯一的答案、沒有絕對的真理，既然是見解分歧，自然會出現對立，但，這是立場的對立，而非情緒的對立，當針對不同見解提出批評時，言而有據、理由充分地提出反對意見，原本是身為學者最起碼的審慎態度，更是身為知識人對於他人見解、立場予以尊重的基本涵養；在立法上，彼此應抱持更寬大的包容心，尤其在面對存有分歧對立見解的問題時，所主張的條文內容，則應集思廣益，盡可能包容不同的見解、立場，也就是盡量讓不同見解能有解釋的空間。

本書是一本蒐羅豐富新舊資料的體系書。在學中的法律系學生乃至法律專業人士（包括司法官、律師等等），皆可藉由體系完備、理路清晰的本書，建立深厚的刑法學素養。然而本書屬於刑法學的進階用書，大一新生或刑法初學者在研讀上，或許會由於內容豐富深入、不同見解繁多而倍感吃力，所幸本書在內容的安排上，循序漸進，初學者不妨先就初步內容加以理解，尤其搭配書中設例學習分析與思考後，再逐步涉獵較深的內容，相信一定會有倒吃甘蔗的喜悅。

陳子平

謹識

2006年元月於永和無知齋

作者簡介

陳子平

現 職

國立高雄大學法律學系專任教授

國立政治大學法學院兼任教授

講授科目

刑法（總論、各論）、刑法專論、刑法案例解析（刑法演習）、刑法專題研究、醫事刑法專題研究、經濟刑法專題研究

學 歷

東吳大學法律學系畢業

日本早稻田大學法學研究科碩士班畢業

日本早稻田大學法學研究科博士班修畢

經 歷

司法官考試刑事法組召集人

律師考試審議委員會委員

司法官、司法人員特種考試典試委員

律師高考典試委員

考試院常設題庫（律師、司法官）小組審查委員

法務部刑法分則修正委員會委員

法官學院講座教授（2011年～）

東吳大學法律學系系主任（2005.8.1～2008.7.31）

東吳大學法律學系專任副教授、教授

政治大學法律學系兼任副教授

成功大學法律研究所兼任副教授

東吳大學法學院法律服務社指導老師

主要代表著作（著書）

- 共犯處罰根據論（東大圖書公司，1992年）
- 刑法總論〔講義綱要〕增訂版（自行出版，1996年）
- 共同正犯與共犯論——繼受日本之軌跡及其變遷（五南圖書公司，2000年10月～2008年7月出版）
- 刑法總論（2008年9月增修版）（元照出版公司）
- 兩岸刑法案例比較研究（陳興良、陳子平合著）（北京大學出版社，2010年9月）
- 新聞刑法I（元照出版公司，2012年6月）
- 刑法各論（上）（元照出版公司，2013年10月）
- 刑法各論（上）增修版（元照出版公司，2015年9月）
- 刑法各論（下）（元照出版公司，2014年11月）

期刊文章

- 治療行為與病人之同意（承諾）之關聯性——從刑法觀點之思考，月旦法學雜誌，第240期，2015年5月
- 擄人勒贖罪與強盜罪之界線——最高法院一〇一年度台上字第五四七二號刑事判決的評釋，月旦裁判時報，第34期，2015年4月
- 信用卡之不正使用與詐欺罪，月旦法學教室，第148期，2015年2月
- 強盜罪與恐嚇取財罪之界線——一〇一年度台上字第五四七二號判決的評釋，月旦裁判時報，第31期，2015年1月
- 結果加重犯與共同正犯，月旦法學教室，第147期，2015年1月
- 醫療過失刑事裁判的問題思考——一件經過七次審級的裁判事件，月旦法學雜誌，第218期，2013年6月
- 著手實行前共同正犯關係之脫離——94台上3515與95台上3251判決評析，月旦法學雜誌第203期，2012年3月
- 醫療上「充分說明與同意」之法理在刑法上的效應（上）（下），月旦法學雜誌，第178-179期，2010年2-3月

欲知作者更多作品，請上月旦法學知識庫



總 綱

第一篇 刑法之基礎理論

- 第一章 刑法之意義與功能
- 第二章 刑法之歷史與理論
- 第三章 刑法之基本原則
- 第四章 刑法之效力
- 第五章 刑法之基本用語

第二篇 犯罪論

- 第一章 犯罪之概念與犯罪論之體系
- 第二章 行爲論
- 第三章 構成要件論
- 第四章 違法性論
- 第五章 責任論
- 第六章 未遂犯論
- 第七章 正犯與共犯論
- 第八章 罪數（競合）論

第三篇 刑罰論

第一章 刑罰之概念

第二章 刑罰之適用

第三章 刑罰之執行

第四章 刑罰之消滅

第四篇 保安處分論

第一章 保安處分之意義與沿革

第二章 保安處分之基礎

第三章 保安處分與刑罰之關係

第四章 我國刑法上之保安處分

第五章 保安處分之宣告與執行

目 錄

增修三版序

增修版序

初版上冊序

初版下冊序

作者簡介

第一篇 刑法之基礎理論

第一章 刑法之意義與功能.....	3
壹、刑法之意義	3
貳、刑法之性質	4
參、刑法之分類	6
肆、刑法之規範	8
伍、刑法之功能	8
陸、刑法之謙抑主義	10
柒、刑法與社會倫理規範	11
捌、刑法學	12
第二章 刑法之歷史與理論	15
壹、封建時代之刑法制度	15
貳、啓蒙時代之刑法思想	15
參、前期古典學派之刑法理論	17
肆、後期古典學派之刑法理論	20

伍、近代學派之刑法理論	22
陸、學派論爭與其後之發展	25
柒、納粹德國之刑法理論	27
捌、德國戰後之刑法思想	28
玖、日本近現代之刑法思想	28
拾、我國近現代之刑法思想	32
拾壹、現代刑法理論之基本觀念	37
第三章 刑法之基本原則	41
第一節 罪刑法定主義	41
壹、罪刑法定主義之意義	41
貳、罪刑法定主義之沿革	42
參、罪刑法定主義之思想基礎	43
肆、罪刑法定主義之內容	45
第二節 行為主義	58
第三節 責任主義	58
壹、責任主義之意義	58
貳、責任主義之內容	59
第四章 刑法之效力	60
第一節 刑法之時的效力	60
壹、時的效力之意義	60
貳、行為後法律有變更者	60
參、限時法	65
第二節 刑法之地的效力	66
壹、地的效力之意義	66
貳、立法主義	66
參、現行刑法之地的效力	67
肆、外國裁判之效力	68

第五章 刑法之基本用語	69
壹、以上、以下、以內	69
貳、公務員	69
參、公文書	75
肆、重 傷	76
伍、性 交	78
陸、電磁紀錄	80

第二篇 犯罪論

第一章 犯罪之概念與犯罪論之體系	83
第一節 犯罪之概念	83
壹、犯罪之意義	83
貳、一般概念之犯罪	84
參、犯罪之本質	86
肆、犯罪之分類	88
第二節 犯罪論之體系	99
壹、犯罪論體系之意義	99
貳、犯罪論之階段性（階層性）構造	100
參、犯罪論體系之構成方法	103
第二章 行為論	108
壹、行為論之體系地位	108
貳、行為概念之功能	108
參、行為論之各說	109
第三章 構成要件論	116
第一節 構成要件之概念與理論	116
壹、構成要件之概念	116
貳、構成要件之理論	117