

2009年最新版

刑法通則新論

New Criminal
Law-General Principles

● 邱忠義 著

刑 法

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濟
彝倫道睽明慎則夏癸之虐劉百姓



元照出版

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．--二版．--臺北

市：元照， 2009.01

面：公分

ISBN 978-986-6540-44-8（平裝）

1. 刑法

585

97022785

刑法通則新論

1C055PB

2009年2月 二版第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 480 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 978-986-6540-44-8

再版序

感謝各位讀書對本書的厚愛，也印證「好書不寂寞」的衡定法則。本次再版，除了仍維持原來的獨特風格外，也訂正了初版文字、用語及排版之疏誤，同時亦針對新興議題加以介紹，復加入學界及實務最新與有力之看法，更有效地將刑事訴訟法與刑法相連結，並隨著新修正之民法而調整若干用語，去蕪存菁，希望能節省讀者於時間、精力與勞費上不必要之虛耗。

本書再版較大之新增議題略有：

1. 倘制定財產來源不明罪，並溯及既往生效，是否有悖於罪刑法定主義。（第1章）
2. 拘束人身自由之保安處分評析。（第1、6章）
3. 公務員概念之再釐清。（第1章）
4. 禁止習慣法之例外情形及特別費之分析。（第1、2章）
5. 「法律變更」之實務見解。（第1章）
6. 關於在釣魚台附近犯罪是否為在我國領域內犯罪之法律問題。（第1章）
7. 總統刑事豁免權（免訴權）究何所指。（第1章）
8. 三段論法與三階層理論之不同。（第2章）
9. 純正不作為犯之作為義務概念分析。（第2章）
10. 猥褻之意涵。（第2章）
11. 易讓人與不純正不作為犯（有保證人地位）混淆之作為犯實例。（第2章）
12. 喧騰一時之某助理教授放置符咒恐嚇案與不能犯之關係。（第2章）
13. 無限防衛權（特殊防衛權）之概念。（第2章）
14. 是否有罪責故意（或過失）之爭論及解題。（第2章）
15. 通訊保障及監察法對期待可能性之借用。（第2章）
16. 刑法分則必要共犯／正犯是否應援引總則第28條等之評析。（第3章）

17. 成年人與未成年共同犯罪時，刑度之特別加重。（第3章）
18. 正當法律程序與禁止雙重危險。（第4章）
19. 從法益侵害之角度評析一行為。（第4章）
20. 針對「行為人之行為所可能構成之兩個犯罪事實具有不兩立之關係，且屬侵害單一法益之一行為」，例如竊盜vs.贓物／竊盜vs.毀損，倘重複起訴審判，是否構成雙重危險問題。（第4章）
21. 連續犯廢除後，實務上不當擴張接續犯問題。（第4章）
22. 數罪併罰之定應執行刑實例。（第4章）
23. 沒收是否為「嚴格意義刑罰」之探討。（第5章）
24. 被告死亡、法人不存在或逃匿後，得單獨宣告沒收之立法芻議。（第5章）
25. 追徵、追繳或抵償概念之釐清。（第5章）
26. 短期自由刑之缺失。（第5章）
27. 立法院擬擴大刑法第41條易科罰金適用範圍之評析。（第5章）
28. 易科罰金制度實務運作之困境、建議與「社會勞動（社區服務）」之易刑處分修法。（第5章）
29. 舊法時宣告緩刑，在新法施行後可否參選公職問題。（第5章）
30. 實務對「重罪累犯不得假釋」之看法。（第5章）
31. 時效完成之計算方法。（第5章）
32. 施用毒品成癮之禁戒處分替代措施——「毒品減害計畫」之介紹。（第6章）
33. 保護管束之執行實務。（第6章）

以上諸多議題，預料在國內理論與實務界將是被持續探討的議題，在國家考試中亦可能隨時現身，本書特予提出，期能拋磚引玉，共同研究。

總之，這是一本值得再三品味與收藏的教科書／工具書，再次感謝元照出版公司的幫忙，並祝各位讀者順心如意。

邱忠義
2009.01

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？



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？



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。

邱忠義
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：

(一)中文（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. 台灣高等法院檢察署，刑罰執行手冊
5. 甘添貴，刑法之重要理念
6. 甘添貴，刑法各論（上）
7. 甘添貴，刑法案例解評
8. 甘添貴，刑法總論講義
9. 甘添貴，體系刑法各論（第一卷）（第二卷）
10. 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）
11. 林山田，刑法通論九版（上）（下）
12. 林山田教授祝壽論文集：罪與刑
13. 林東茂，一個知識論上的刑法學思考
14. 林東茂，危險犯與經濟刑法
15. 林鈺雄，新刑法總則
16. 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）
17. 柯耀程，刑法總論釋義——修正法篇（上）（下）
18. 柯耀程，變動中之刑法思想
19. 柯耀程，刑法競合論
20. 張麗卿，刑法總則理論與運用
21. 許玉秀，主觀與客觀之間
22. 許玉秀，刑法的問題與對策

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

(二) 英、日文（日文以JIS排序）

1. Will Durant, The Story of PHILOSOPHY

2. 伊藤涉・小林憲太郎・鎮目征樹・成瀬幸典・安田拓人，アクチュアル刑法總論
3. 笠井治・前田雅英，ケースブック刑法（第二版）
4. 山口厚，ケース&プロブレム刑法總論
5. 小林憲太郎，因果關係と客觀的帰屬
6. 小林憲太郎，刑法的帰責——フィナリスムス・客觀的帰屬論・結果無価値論
7. 西田典之，刑法總論
8. 藤木英雄，刑法講義 總論〔オンデマンド版〕
9. 團藤重光，刑法（改訂版）〔オンデマンド版〕

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、其餘參考文獻詳列於本書每頁論述後之註腳中。

目 錄

再版序

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	12
第六節 法律的解釋方法	19
第七節 立法用語	20
第一項 「以上、以下、以內」	20
第二項 「公務員」	21
第三項 「公文書」	26
第四項 「重傷」	27

第五項	「性交」	28
第六項	「電磁紀錄」	29
第八節	刑法適用之效力	29
第一項	時的效力	29
第二項	地的效力	36
第三項	人的效力	41
第四項	外國判決的效力	43
第五項	刑法總則的適用範圍	46

第二章 犯罪論

第一節	犯罪概論	49
第一項	犯罪之意義	49
第二項	刑罰理論兩學派之爭論	49
第三項	犯罪本質	51
第四項	犯罪理論	52
第五項	犯罪階層理論	57
第二節	行為論	57
第三節	構成要件該當性	62
第一項	概 念	62
第二項	構成要件要素（犯罪構成要件之成立要件）	63
第一款	種類（分類）	63
第二款	主、客觀之構成要件要素	64
第一目	客觀構成要件	64
第二目	主觀構成要件	68
第三項	犯罪類型	82
第一款	行為犯（舉動犯）與結果犯（ 依法益侵害 角度分類）	82
第二款	即成犯與繼續犯（ 依行為長短 分類）	85

第三款 結合犯	87
第一目 意 義	87
第二目 架 構	87
第三目 故意之範圍	90
第四目 既遂或未遂	92
第四款 加重結果犯	97
第一目 意 義	97
第二目 結 構	98
第三目 明文規定	99
第四目 能預見	100
第五目 重結果	101
第六目 傷害致死等與殺人區別	102
第七目 重結果之行爲客體	102
第五款 不作為犯	103
第一目 意 義	103
第二目 種 類	103
第三目 區 別	105
第四目 不純正不作為犯	106
第四項 因果關係	117
第一款 定 義	117
第二款 判斷標準	117
第三款 疫學因果關係	123
第五項 客觀歸責	124
第一款 故意犯與過失犯	125
第二款 針對過失犯應特別注意者	128
第六項 客觀處罰條件	130
第七項 構成要件錯誤	132
第一款 意 義	132
第二款 目 的	132

第三款	判斷標準	133
第四款	錯誤之分類	133
第五款	形 態	134
第六款	錯誤競合	137
第七款	因果歷程錯誤（因果關係錯誤）	138
第八款	與包攝錯誤之區別	140
第八項	未 遂	141
第一款	概 說	141
第二款	著 手	146
第三款	實行行為	154
第四款	未遂之種類	154
第一目	不能犯	154
第二目	中止犯（中止未遂）	160
第三目	障礙未遂（普通未遂）	166
第四目	目的不達	168
第四節	違法性	169
第一項	概 念	169
第二項	與構成要件該當性之關係	170
第三項	本質（實質）	170
第四項	阻卻違法事由之原理	173
第五項	開放構成要件之違法性原理	175
第六項	正當行為	177
第一款	法規阻卻違法事由	177
第一目	依法令之行為	177
第二目	業務正當行為	183
第二款	超法規阻卻違法事由	185
第一目	可罰違法性理論（違法行為之不可罰性）	185
第二目	被害人承諾	188
第三目	推定承諾（推測承諾）	190

第四目	兼具實驗性質之醫療行為.....	193
第五目	安樂死與尊嚴死	193
第六目	教師懲戒權	194
第七項	緊急行為	197
第一款	法規阻卻違法事由	197
第一目	正當防衛	197
第二目	緊急避難	207
第二款	超法規阻卻違法事由	213
第一目	自助行為	213
第二目	義務衝突	213
第三目	容許風險	216
第四目	自損行為	216
第五節	罪責（有責性）	218
第一項	定 義	218
第二項	罪責理論（本質）	218
第三項	罪責原則	219
第四項	罪責要素	220
第一款	責任（罪責）能力	222
第二款	責任條件（不法意識）	232
第三款	期待可能性	236

第三章 犯罪之參與

第一節	正犯與共犯	241
第一項	正 犯	241
第二項	共 犯	242
第一款	共犯概念	242
第二款	共犯種類	242
第三款	共犯理論	245
第三項	正犯與共犯之區別	247