

新刑法總則

林鈺雄 著

2018年9月6版

1917年

1917年

1917年

序

本書設想的定位，在於傳遞體系性的刑總基礎知識。如何引導學生及讀者，從具體案例出發來掌握刑法的體系，始終是刑法教學者與教科書的基本課題與難題。簡潔但抽象，本來即是總則式成文立法例的共通特性。化繁為簡、不到百條的刑總條文，讓人面對千變萬化的刑法問題時，綱舉目張，但往往過於抽象。

彌補之道在於回歸具體實例，因此本書編排了數以百計的案例來輔理解。除了引介一些比較法上的經典範例（如正犯與共犯脈絡的【天狼下凡案】、【邪魔貓王案】）以外，亦著重台灣近年來的實際案例（如【太陽花開案】、【議長賄選案】、【北城醫院案】），這些週遭事件構築了你我的共同經驗，只不過現在要切換到刑法的角度來理解。就地取材的出發點尤其在於，繼受外國法固然是歷史事實，但解決斯土斯民的實務問題，終究是台灣刑法無可迴避的基本任務。

至於挑選的台灣案例來源，主要有二：一是我國近年來具標竿性的實務裁判（本版挑選至 2018 年中），二是受大眾矚目且具刑法意義的社會事件。但這是知易行難的工作，以裁判篩選為例，單單最高法院每年度就有數千筆裁判，去蕪存菁的過濾工作，曠日廢時。相較之下，多半於大陸時期所作成的舊院解及判例，隨手可得，也深受國內實務（乃至於部分文獻）的青睞與倚重，但本書則有意識地降低其引用比重。所謂「千萬研究不如兩行判例」，無論是出自於泥古守舊的情結，或是單純著眼於不假思索的便利，這種依賴性造成台灣刑事法的長期停滯。本書固然無力扭轉，但至少不願助長這種趨勢。

其次，當代刑事法的研究，已經沒有閉門造車的空間。是以，除了著重本土實例以外，本書也試圖銜接近年來刑法國際化的新發展及跨國性司法實踐的新趨勢。在全球性與區域性國際刑法方面，本書援引國際上的模範刑事法典（如《國際刑事法院規約》）及歐盟相關法規，

作為一些個別刑法議題（如錯誤法則、未遂論及競合論）的比較對象。此外，自從 20 世紀下半葉以來，全球性與區域性的國際人權法，劇烈衝擊我們所熟知的諸多內國刑法，本書試圖以《聯合國公民與政治權利國際公約》及《歐洲人權公約》為範例，讓讀者瞭解，諸如罪刑法定原則、死刑或驅逐外國人出境這類的刑法議題，我國法與國際人權法有何差距，以期迎頭趕上，接軌國際。

再者，本書也嘗試多以圖表來增進抽象文字的理解，這個靈感來自於我在台灣與歐洲開車自助旅遊時，看交通標誌的經驗比較。圖表或圖像往往有輔助文字說明，甚或超越語言隔閡的特殊魅力。這不單指法律人所熟悉的樹枝圖或體系表，也兼指其他更為具體、令人一目了然的圖像，這點，讀者只要翻閱〔※圖表 13-4〕，當可意會。

整體而言，歷經時間淘洗的刑法總則，基本結構已經相當穩定，個別議題的見解固然不乏推陳出新者，但在可預見的未來，難以也毋庸期待理論結構的全面創新。而從前述國際刑法的發展來看，也可間接印證這項觀察。據此，如何以相對精簡的篇幅，為讀者繪製一幅比較清晰的刑法總則體系，並且運用到我國的具體實例，才是本書寫作的目標與難題。為此，本書捨棄了暢所欲言的習慣，把深入理論的任務留給專論處理；為了避免落入斷章取義、割裂體系及見樹不見林的盲點，本書並不熱衷於甲說乙說式的學說歸納，也無意地毯式網羅台灣刑法學界迄今的發展。這是定位問題，也是取捨問題。藉由書中關於國內文獻的指引，期待讀者僅以本書為學習刑法總則的始點而非終點，建議一併研讀其他文獻來對照理解。

還有，釋義雖是刑法學習者與實務家，必備的蹲馬步功夫，但刑法的生命畢竟不僅止於此。譬如，書中再三援引的「正者毋庸向不正者屈服」，與其說這是正當防衛的法理，毋寧說這更是入木三分的人生哲理。再如，【陸女落海案】這則實例所涉及的，豈止於一樁殺人案的犯罪競合問題？細讀本案前前後後，它是台灣人權的一頁晦暗史，男/女、富/貧、中心/邊陲的深層剝削結構，在此表露無遺。

最後，這本書的問世及六版的完成，要感謝的人太多。首先，要由衷感謝所有刑法前輩及本書所引用文獻的作者，若非這些前人筭路藍縷及聚沙成塔的努力，本書當無問世的可能。其次，在出版事宜方面，要特別感謝楊雅筑、姜德婷、高世軒、葉宛兒、林容的細心校對，及元照出版公司的編務協助。由於眾人之助，本版得以避免許多疏失，筆者感念在心！儘管如此，因增修幅度及出版時程之故，掛一漏萬之處在所難免，缺漏部分尚請讀者見諒，並請讀者注意書末版權頁所示網站的更新資料，歡迎多多利用。

2018年仲夏夜於雪山山麓



目 錄

第一章 序說刑法	1
壹、刑法是什麼？	4
貳、犯罪與刑罰	7
參、刑罰目的何在？	13
肆、刑法之雙軌制裁體系	20
◎ 自我評量	31
第二章 刑法之運用與解釋	33
壹、罪刑法定原則	36
貳、刑法之解釋	46
參、刑法之效力範圍	58
◎ 自我評量	84
第三章 犯罪之基本類型	87
壹、故意犯 v. 過失犯	89
貳、作為犯 v. 不作為犯	90
參、行為犯 v. 結果犯	91
肆、實害犯 v. 危險犯	100
伍、繼續犯 v. 狀態犯	104
陸、一般犯 v. 特別犯 v. 己手犯	107
柒、單一犯 v. 結合犯	109
◎ 自我評量	110
第四章 行為與行為理論	111
壹、犯罪行為的基礎：人類行為	113
貳、行為理論	116
參、附論：法人犯罪能力	124
◎ 自我評量	126
第五章 構成要件之概念與學說	127
壹、構成要件之概念	129
貳、構成要件之學說	130
參、基本構成要件及其變體	137
肆、不法構成要件之要素	140
◎ 自我評量	147

II◎目錄

第六章 客觀不法構成要件－因果關係與客觀歸責－	149
壹、客觀不法構成要件概說	152
貳、行為與結果之因果關係	154
參、行為與結果之客觀歸責	162
◎ 自我評量	179
第七章 主觀不法構成要件－構成要件之故意與錯誤－	181
壹、主觀不法構成要件概說	185
貳、構成要件故意之型態	188
參、構成要件之故意要素與對應關係	199
肆、構成要件錯誤	207
◎ 自我評量	218
第八章 違法性總論	221
壹、違法性概說	223
貳、阻卻違法事由概說	229
◎ 自我評量	236
第九章 阻卻違法事由各論	237
壹、正當防衛	242
貳、緊急避難	262
參、依法令之行為	275
肆、業務上之正當行為	281
伍、得被害人之承諾（超法定阻卻違法事由）	283
◎ 自我評量	288
第十章 罪責（有責性）	291
壹、罪責概說	294
貳、罪責理論	297
參、罪責要素	299
肆、原因自由行為	310
◎ 自我評量	322
第十一章 不法與罪責以外之犯罪成立要件	323
壹、概說	324
貳、客觀處罰條件	325
參、個人排除及解除刑罰事由	327
◎ 自我評量	330

第十二章 刑法上之錯誤	331
壹、錯誤理論概說	334
貳、關於犯罪構成事實之錯誤	337
參、關於禁止規範之錯誤	338
肆、關於阻卻違法事由之錯誤	343
伍、關於寬恕或減輕罪責事由之錯誤	349
陸、關於不法與罪責以外之犯罪成立要件的錯誤	350
◎ 自我評量	351
第十三章 犯罪之階段－預備、未遂與既遂	353
壹、故意犯罪行為之階段	357
貳、預備犯	360
參、未遂犯	362
肆、不能未遂（犯）	373
伍、中止未遂（犯）	381
◎ 自我評量	395
第十四章 正犯與共犯	397
壹、正犯與共犯之概說	405
貳、正犯與共犯之區別	411
參、正犯	418
肆、（狹義）共犯	454
伍、正犯與共犯之特殊問題	485
◎ 自我評量	491
第十五章 過失之作為犯	495
壹、過失作為犯之概述	499
貳、過失作為犯之構成要件	506
參、過失作為犯之違法性：以正當防衛為例	521
肆、過失作為犯之罪責	524
◎ 自我評量	525
第十六章 故意與過失之不作為犯	527
壹、不作為犯之概說	531
貳、不純正不作為犯之構成要件	545
參、不作為犯之違法性／義務衝突	550
肆、不作為犯之罪責	553
伍、不作為犯之行為階段	554
陸、不作為犯之參與型態（正犯 v. 共犯）	558

IV◎目錄

◎ 自我評量.....	560
第十七章 犯罪之競合—行為與犯罪之單數與複數.....	563
壹、競合論概說.....	572
貳、行為單數 v. 行為複數.....	579
參、行為單數之犯罪競合.....	601
肆、行為複數之犯罪競合.....	620
◎ 自我評量.....	630
第十八章 犯罪之法律效果—刑罰與保安處分.....	635
壹、刑罰之種類.....	641
貳、刑罰之適用.....	645
參、刑罰之執行.....	666
肆、保安處分及其執行.....	681
伍、處罰之障礙.....	691
陸、其他法律效果：沒收新制.....	699
◎ 自我評量.....	712
◎ 附錄：新刑法立法理由.....	715
◎ 附錄：新刑法立法理由（沒收）.....	753
◎ 參考文獻.....	772
◎ 圖表索引.....	797
◎ 法條索引.....	799
◎ 關鍵字索引.....	803

凡 例

一、本書以→符號引用本書其他章節。例如：→9.2.3.1 表示請參閱本書「第九章、貳、三、(一)」；→14.3.1.2.5 表示「請參閱本書第十四章、參、一、(二)、5」；→3.◎表示請參閱本書「第三章之自我評量」；→19/§28.1.2 表示請參閱附錄第 28 條之立法理由之一、(一)。本書未來改版時，頁數可能改變，但章節通常不變，使用舊版書讀者仍可憑章節指引而找到引用的正確位置。

二、本書以略語引用解釋例與裁判之年度、文號，例示如下：

99 釋 681：司法院大法官民國 99 年釋字第 681 號解釋

31 院 2284：司法院民國 31 年院字第 2284 號解釋

99.06.29 刑議 5：最高法院民國 99 年 6 月 29 日第 5 次刑事庭會議決議

79 台上 5253：最高法院 79 年度台上字第 5253 號刑事判例

27 上 1925⊗：⊗表不再援用之判例

95 台上 1278：參照上述，但斜體字表為裁判，正體字為判例

三、引用法律名稱，多用略語。稱本法者或未特別標明者，均指刑法，直接引用條文內容者，以標楷體表示，2005 年新刑法修正畫實線標示，之後的修正畫虛線標示。條號引用例示如下：

§2 I 本 刑法第 2 條第 1 項本文

§16 但 刑法第 16 條但書

§§74, 75-I I① 刑法第 74 條與第 75 條之 1 第 1 項第 1 款

§§86~ 刑法第 86 條以下

§§86~90 刑法第 86 條至第 90 條

四、本書為節省篇幅，使用以下略語、代號：

常用相關法律略語如下：少年＝少年事件處理法。民＝民法。刑施＝刑法施行法。刑訴＝刑事訴訟法。走私＝懲治走私條例。兒少＝兒童及少年性剝削（舊：性交易）防制條例。兒福＝兒童及

VI◎凡例

少年福利與權益保障法。毒危=毒品危害防制條例。流氓=檢肅流氓條例。軍刑=陸海空軍刑法。國賠=國家賠償法。組織犯罪=組織犯罪防制條例。貪污=貪污治罪條例。通訊=通訊保障及監察法。槍砲=槍砲彈藥刀械管制條例。監獄=監獄行刑法。憲=憲法。憲增=憲法增修條文。選罷=公職人員選舉罷免法。優生=優生保健法。

常用外文略語如下：AT=刑法總則。BT=刑法分則。CJ=歐盟刑事法典草案（Corpus Juris 2000）。ECHR=歐洲人權法院。IStGH-Statut=國際刑事法院規約。ICCPR=聯合國公民與政治權利國際公約。StGB.at=奧地利刑法。StGB.ch=瑞士刑法。StGB.de=德國刑法。v.=versus。

常用符號略語如下：~ = 以下/自…至…。☞ = 請參閱、請詳見。∴ = 因為。∴ = 所以。V = 或。∧ = 且。【案例名稱】 = 案例。【發生日期/報導日期】 = 實例。※ = 圖表。

五、引用之法律文獻，一律使用略式引註，標明作者、年或年月、頁數；本書引用文獻之詳細資料，請參閱本書附錄之參考文獻表；本書引用之中外文刑事法教科書、註釋書，另請參閱以下參考書目表。引用作者順序為姓、名筆劃，再次為年代、月份。

略式引註中，中文專論或已經由作者單獨集結成冊之論文集，引年代而不引月份；中文期刊論文、祝壽論文或其他合著成冊之論文集，引年代及月份；德文文獻則依照德文略式引註法。中文翻譯著作引用之年月，乃譯著之出版年月。

內文頁數之引註法，參照上述三之略式引法，所標明的單頁為起始頁（如：頁 37，表示第 37 頁；頁 37~，表示第 37 頁以下）；德文文獻以章節/編（邊）碼表示出處（如：Rn. 37 表示該書第 37 段編碼；26/37ff. 表示第 26 章編碼 37 段以下），無編碼者則以頁數表示（如：S. 37 表示第 37 頁）。英文文獻以頁數表示（如：pp. 27~32 表示第 27 頁至第 32 頁）或段落表示。

參考書目

—中外文刑事法教科書及註釋書—

- 王皇玉，刑總：《刑法總則》，2017年3版。
- 甘添貴，刑總：《刑法總論講義》，1992年再版。
- 甘添貴，刑各 I/II：《體系刑法各論（上）（下）》，2001年修訂再版/2000年初版。
- 林山田，刑通 I/II：《刑法通論（上）（下）》，2008年增訂10版。
- 林山田，刑各 I/II：《刑法各罪論（上）（下）》，2006年修訂5版/2006年修訂5版。
- 林鈺雄，刑訴 I/II：《刑事訴訟法（上）（下）》，2017年8版。
- 林東茂，刑綜：《刑法綜覽》，2012年7版。
- 柯耀程，刑總：《刑法總論釋義—修正法篇（上）（下）》，2006年。
- 張麗卿，刑總：《刑法總則理論與運用》，2011年4版。
- 陳子平，刑總：《刑法總論》，2017年4版。
- 黃常仁，刑總：《刑法總論—邏輯分析與體系論證》，2009年2版。
- 黃榮堅，基礎 I/II：《基礎刑法學（上）（下）》，2012年4版。
- 蔡墩銘，刑精：《刑法精義》，2005年2版。
- 盧映潔，刑分：《刑法分則新論》，2014年8版。
- 韓忠謀，刑原：《刑法原理》，2002年再版。
- 蘇俊雄，刑總 I/II/III：《刑法總論 I/II/III》，1998年修正再版/1998年修正再版/2000年初版。
- 法務部，德國刑法：《德國刑法典》，2017年（法務部審訂，何賴傑、林鈺雄審譯，李聖傑、潘怡宏編譯，王士帆等合譯）。
- Satzger, 2014：Satzger 著／王士帆譯，《國際刑法與歐洲刑法》，2014年，元照出版。

- Baumann/Weber/Mitsch, AT: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl., 2003.
- Fischer, StGB: Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 63. Aufl., 2016.
- Gropp, AT: Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 2. Aufl., 2001.
- Haft, AT: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 2004.
- Hauf, AT: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 2001.
- Heinrich, AT: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2012.

VIII◎参考書目

- Jakobs, AT: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1993.
- Jescheck/Weigend, AT: Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996.
- Joecks, StGB : StGB, Studienkommentar, 6. Aufl., 2005.
- Krey, AT I: Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 2001.
- Krey, BT I/II : Strafrecht Besonderer Teil, Band 1/2, 11. Aufl., 1998 / 12. Aufl., 1999.
- Kühl, AT: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2000.
- Lackner/Kühl, StGB: Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl., 2011.
- Roxin, AT I/II: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I / II, 4. Aufl., 2006 / 1. Aufl., 2003.
- Satzger, 2013: Internationales und Europäisches Strafrecht, 6. Aufl.
- S/S-StGB: Schönke/Schröder, StGB Kommentar, 29. Aufl., 2014.
- Stratenwerth/Kuhlen, AT I: Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 5. Aufl., 2004.
- Welzel, LB : Das Deutsche Strafrecht (Lehrbuch), 11. Aufl., 1969.
- Wessels/Beulke/Satzger, AT: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 43. Aufl., 2013.
- Wessels/Hettinger, BT I/II: Strafrecht, Besonderer Teil 1/2, 25. Aufl., 2001 / 24. Aufl., 2001.

第一章 序說刑法

壹、刑法是什麼？	4
一、刑法之定義	4
二、刑法體系綜覽	5
(一) 總則與分則	5
(二) 總則之體系	6
貳、犯罪與刑罰	7
一、國家刑罰之正當性：兩個基本問題	7
二、社會損害性／法益	8
三、最後手段性原則／附屬性原則	11
參、刑罰目的何在？	13
一、應報理論	13
(一) 意義	13
(二) 代表人	14
(三) 評釋	15
二、一般預防理論	15
(一) 意義	15
(二) 代表人	16
(三) 評釋	16
三、特別預防理論	17
(一) 意義	17
(二) 代表人	18
(三) 評釋	18
四、結合理論	19
肆、刑法之雙軌制裁體系	20
一、刑罰	20
(一) 刑罰之分類	20
1、主刑與從刑	21
2、法定刑與宣告刑	21
3、生命刑、自由刑與財產刑	21
(二) 生命刑（死刑）	22
(三) 自由刑	25

2◎第一章 序說刑法

1、無期徒刑.....	25
2、有期徒刑.....	25
3、拘役.....	26
(四) 財產刑.....	26
二、保安處分.....	28
(一) 意義.....	28
(二) 限制.....	28
(三) 種類.....	29
(四) 保安處分與刑罰.....	30
◎ 自我評量.....	31

【案例 1-1：激情光碟案】

甲女與乙女原本相交甚深，乙女不但常與甲女分享私密心事，且甲女平時可自由出入乙女的住處、辦公室並使用乙女的座車。後甲女因故對乙女不滿，在 2001 年 7 月間趁乙女出國開會之際，在乙女的淡水某大樓住處臥室、辦公室與座車裝設針孔攝影機，偷拍乙女生活的非公開活動，並攝得乙女與已婚丁男的性愛場面。甲女取得對乙女的偷拍光碟後，為散布偷拍性愛錄影帶，曾先後聯繫多家具有轉拷技術及大量壓製光碟設備公司負責人與媒體工作者，後經輾轉散布於市面，其中，《獨家報導》雜誌第 698 期更刊登錄影帶全部對話譯文及定格照片，並隨書附贈偷拍光碟。

案經起訴後，台北地方法院於 2002 年 7 月 25 日宣判，甲女因為妨害個人秘密和散布光碟，被判處 4 年 8 個月重刑，而《獨家報導》社長丙某也因為散布和販賣光碟，被判刑 2 年 6 個月。

【案例 1-2：處女妓女案】

妓女 T 從事該業多年，為求更高利潤，與馬伕 S 共謀，由 S 向男子 O 宣稱，其認識「處女」T，因需款甚急，可仲介與 O 從事性交易，代價為新台幣 10 萬元，O 頗感懷疑：何以此行業中有眾多處女，儘管如此，仍抱著姑且一試之想法，與 T 從事性交易，並交付 10 萬元予 T。問 T 是否構成詐欺罪？

壹、刑法是什麼？

一、刑法之定義

「殺人者死、傷人及盜抵罪」。據說劉邦在攻入關中時，曾與父老如此約法三章。關於這句名言，可以有不同的詮釋角度，但從刑法而言，這句名言點出了刑法規範的基本課題：犯罪、刑罰及兩者的關係，這正是刑法所欲處理的對象。除此之外，它也道出了刑法條文經常使用的基本句型：「若——則」，亦即，若殺人，則處死刑；若傷害人身或盜取財物，則應抵償。

「若——則」，或者白話一點，「如果——那麼」，乃古今中外刑法規範的基本結構。有位法學家曾說，每個法律規則都等於「如果——那麼」的陳述；「如果」由各種假設事實所填充，這種假設事實被用來作為適用該規則的必要條件。「若——則」的規範結構，迄今已有數千年以上的歷史，例如，西元前 1750 年由巴比倫英主漢摩拉比頒佈的《漢摩拉比法典》(Code of Hammurabi)¹，堪稱歷史上最早也最為重要的成文法典之一，其中第 22 條就規定：「若強盜物品且被逮捕者，則應處死刑。」²

幾千年以來，刑法歷經演變，雖然許多基礎思想早已產生根本變革，但「若——則」的基礎結構則無二致。試翻翻我國刑法關於普通強盜罪的規定：「意圖為自己或第三人不法之所有，以強暴、脅迫、藥劑、催眠術或他法，至使不能抗拒，而取他人之物或使其交付者，為強盜罪，處五年以上有期徒刑。」 (§328I)，如同當初《漢摩拉比法典》一般，我國現行刑法也採行「若——則」的基本語法結構，一方面規

¹ 漢摩拉比 (Hammurabi) 是巴比倫第一王朝的第六位君主，在位期間為西元前 1792 至前 1750 年，期間最為重要的事蹟乃統一美索不達米亞平原及頒佈《漢摩拉比法典》。本法典乃漢摩拉比國王長期彙整兩河流域法律的傑作，經篆刻於神廟內的岩石柱上，除了刑法部分外，亦包括民事財產法、家事法等等。此部法典之刻本石柱，目前陳列於巴黎羅浮宮內。

² Vgl. Wesel, 1996, S. 189.

定犯罪行為的法律要件（…為強盜罪），另一方面規範犯罪行為的法律效果（處…），只不過在法律要件部分繁複許多，而在法律效果部分則較為輕微（僅處以有期徒刑）且有彈性（5年以上）³。

簡單地說，刑法乃規定犯罪行為的法律要件及其法律效果的法律。就刑法而言，法律人的任務便是在於確定某人所為是否符合犯罪的法律要件；如果答案肯定，則法律人須進一步探究依法應施以何等的制裁。依照以上看法，我們可以把刑法略分為「犯罪論」與「刑罰論」兩大領域⁴；但嚴格來講，以上所稱的刑罰論僅是法律效果的泛稱，當代刑法法律效果已趨於多元，非僅止於傳統的、狹義的刑罰而已，也包含了保安處分，以及刑罰與保安處分以外之其他法律效果（如沒收：→18.6）。

二、刑法體系綜覽

（一）總則與分則

進入刑法學門，首要者乃了解刑法的體系。在成文法國家，各個法律領域的基本體系已由立法者建立，表現於各該法典之中。請翻閱我國的《刑法典》，首先，讀者將清楚看出，這部法典的體系由《總則》和《分則》兩大部分構成，前者規定在第1條到第99條，後者規定於第100條以下。體系上區分總則與分則的用意，究竟何在⁵？

³ 其實，這樣的法條結構，並不是刑法的專利。讀者可以試翻其他法典，例如民法的侵權行為規定：「因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。」（民§184I前），也是遵循同樣的「若——則」結構。

⁴ 嚴格來講，還有介於兩者樞紐的競合論。包含本書在內的刑法總則教科書，主要是以犯罪論為討論的主軸（→3~16 犯罪論；→17 競合論；→18 刑罰論），這一來是因為我國刑法典就刑罰論的規範密度遠高於犯罪論，大多數處理方式已見於法條；二來，刑罰論與刑事執行與犯罪學的關聯性頗高，故就教學分配而言，一般也未必列入刑法總則的講授範圍。

⁵ 蘇俊雄，刑總I，頁59~；Welzel, 1969, S. 277。附帶說明，一般成文法典的體例（如我國刑法），是先總則後分則；但《歐盟刑事法典草案》（Corpus Juris 2000），體例上是先分則（Art. 1~8）後總則（Art. 9~17）。Vgl. Delmas-Marty, 1998, S. 1ff.（德文註釋），S. 101ff.（法文註釋）；Satzger, 2014, 頁129~。

簡言之，《分則》規定各個具體犯罪類型之法律要件及其法律效果，例如竊盜、詐欺、傷害、殺人等等；《總則》則將不同犯罪類型之間共通的要件和基本的原則抽離出來，一併規定，例如故意過失問題、責任能力問題、阻卻違法問題、既遂未遂問題及刑罰量定問題等等。我們可以任意舉一個犯罪類型為例，說明何以刑法要有總則及分則的規定：假設某 T 持刀把某 O 砍死了。大家都知道這是殺人罪，如果翻翻刑法第 271 條，白紙黑字寫著：「殺人者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑」，你也許會有這樣的印象：直接適用本條即可，哪裡還需要總則規定呢？

事實不然，因為案例千變萬化。假設 T 是外國人呢？假設 T 是 13 歲的未成年人呢？假設 O 當時正舉槍瞄準 T，T 因自衛才殺人呢？假設 T 砍到一半就自行中止呢？假設 T 是受 P 唆使才行兇的呢？諸如此類的問題，無法直接由刑法第 271 條找到答案。類似的問題，在其他犯罪類型也會發生，如果立法者在每一個犯罪類型後面都鉅細靡遺規定這些問題的處理方式，那現行刑法法條的數量可能會從三百多條暴增為好幾千條以上，因此，為了立法便利起見，聰明的立法者把各個犯罪類型共通的問題抽離出來，成為約莫百條的總則條文，適用於分則所有的犯罪類型，因此，《總則》可謂《分則》各個犯罪類型的公因數。正是因為這種簡潔的成文法典，使得源於歐陸的大陸法系不斷出口，移植於其他國家；不過，這種立法方式也附隨一個問題：抽象性。除刑法總則之外，民法總則或行政法總論等等，由於都是不斷地從成千上萬的具體事例，抽離出來的結晶，因此都具有類似的抽象性，對於初入法律殿堂的學習生來說，彌補之道在於回歸具體實例；本書也將儘量以實例來讓大家練習。

（二）總則之體系

就《總則》本身的體系而言，我國立法者依序將其分為法例（第 1 章）、刑事責任（第 2 章）、未遂犯（第 3 章）、正犯與共犯（第 4 章）、刑（第 5 章）、沒收（第 5-1 章）、易刑（第 5-2 章）、累犯（第 6 章）、數罪併罰（第 7 章）、刑之酌科及加減（第 8 章）、緩刑（第 9 章）、假