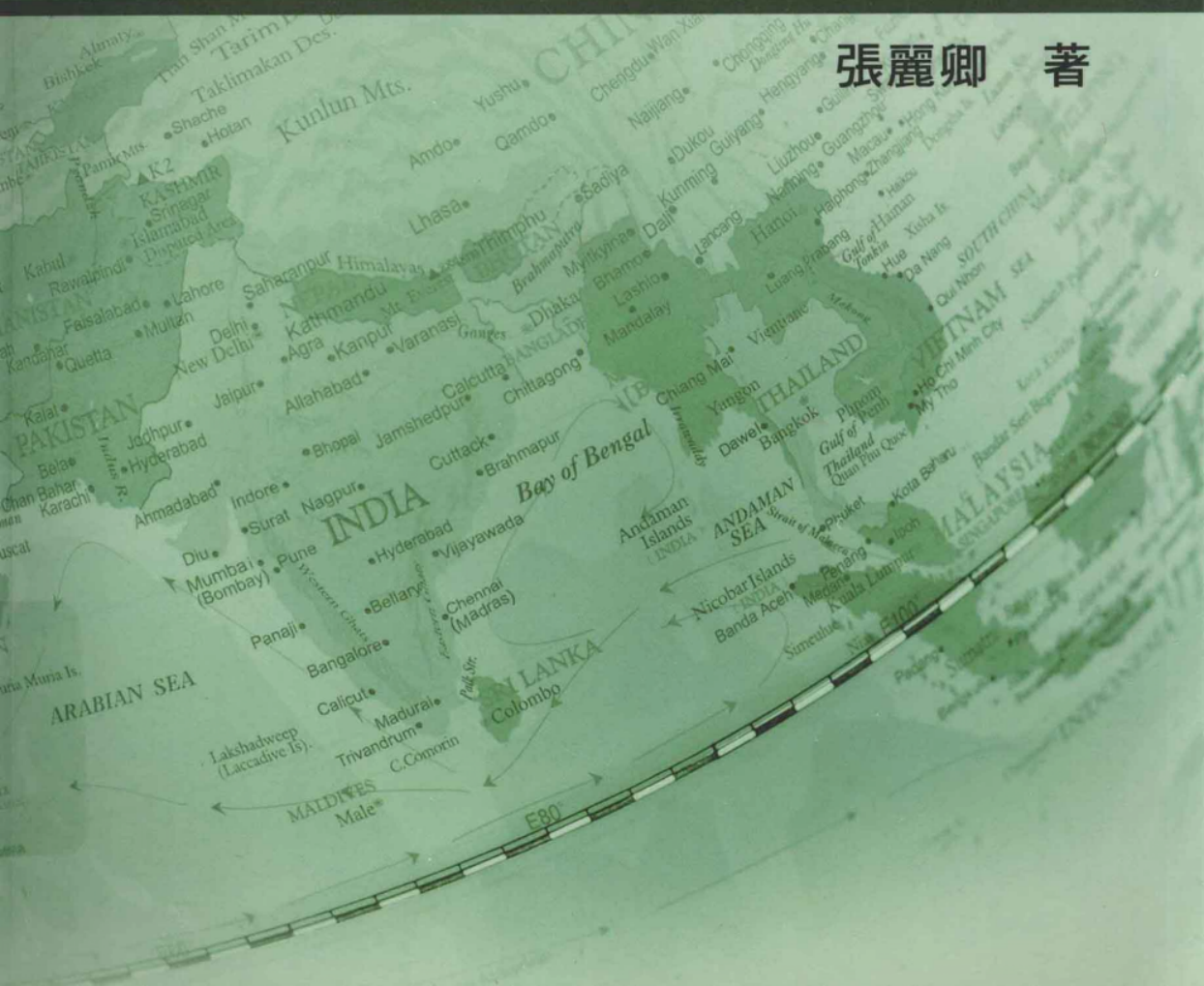


2012年增訂版

刑法總則理論與運用

Theory and Practice of Criminal Law

張麗卿 著





Wer lebensspendende Quellen gefunden hat,
soll sie auch anderen zugänglich machen.

Elisabeth Kawa

本書特色

刑法理論也許都會讓人覺得相當深奧與混亂，經常讓人無所循從。本書撰寫的目的，是想讓刑法的學習能夠避開「理論與爭議叢林」的困境，而能輕鬆愉快入門並深入掌握。寫作風格上，力求清晰易讀，因此本書盡量以案例引導及圖表綜合並陳的方式來敘述，應該可以減輕讀者在閱讀及理解上的困難。本書不但適合初學者閱讀，更能提供研究者參照及考試者攻略。

Theory and Practice of Criminal Law



五南文化事業

ISBN 978-957-11-6390-1 (585)



9 789571 116390

00650

五南圖書出版公司

問渠那得清如許，
為有源頭活水來。

朱熹

2012年增訂版

刑法總則理論與運用

Theory and Practice of Criminal Law

張麗卿 著



五南圖書出版公司 印行

新版序

本書的上一版次距今已有四年，近四年刑法總則又有若干的微幅修正，新的實務意見與學說也紛紛出現，本書因而必須有所更動。近數年，有不少新的刑法總則教科書問世，讀者有了更多的選擇，但有些讀者偏愛本書，而且頻頻催促本書的改版。近幾年，我因兼行政工作繁忙，比較沒有餘暇照顧本書。儘管如此，我仍然斷斷續續利用時間，甚至於往返南北高鐵的途中，將本書作了一番修正。

這個新版次的修正內容，主要是加入刑法總則的新規定，增添新學說與實務意見，並將全書文字整理潤飾，同時也添加一些案例的分析解答，此外，爲了讓本書的編排更加精美，全書的印製格式與版面，也做了大幅度的更動，希望讀者能以更愉悅的心情閱讀本書。我每個學年同時講授刑法總則與刑事訴訟法，我自己的上課經驗是，刑法總則的案例變化無窮，案例內容微小的更動，答案就會不同，所以刑法總則的趣味性更高，也因爲如此，我對於刑法總則的修正用心很多。

我參與很多國家考試的命題及閱卷工作，清楚知道國考題目都不是太難，大致上都是基本觀念及其變化。如果只是爲了準備考試，基本觀念的把握最爲關鍵。不要鑽牛角尖，在不疑處有疑，長篇大論，有時反而吃力不討好。讀書也是如此，各家學說鋪陳的書本未必適合考生，反而比較適合研究者；此外，爲了因應國家考試的新變革，本書於書末附錄一些選擇題型，供讀者參考。

本書的生命得以不斷延續，很大部分依靠讀者的厚愛與督促，所以最應該感謝。書的修正，除由衷感謝東海大學法研所博士候選人王紀軒講師

的細心斧正外；高雄大學法研所碩士生莊琬婷、廖紫喬；東海大學法研所碩士生韓政道、陳旻甫、李依蓉及東海大學法律學系學生李睿祥、曾曄庭；以及五南圖書出版公司的劉靜芬與李奇蓁的協助，也必須一併致謝。

張麗卿

寫於南北往返高鐵上

2011年7月10日

2011年的改版，是本書的體系與內容，歷年最大幅度的一次修正，書中難免缺漏，排版上也多少存有錯誤。適逢再刷，本人針對書中些許內容進行修正，也調整排版上的疏忽。感謝五南圖書公司的費心，以及研究助理們東海大學法研所博士王紀軒講師，以及法研所博士生韓政道，碩士生陳旻甫、李依蓉、林士勛，以及高雄大學財經法律研究所碩士生李睿祥的細心校正；更重要的是，感謝各位讀者的厚愛，如有發現本書尚待改進之處，請不吝指正，是幸。

張麗卿寫於2012年9月

三版序

刑法總則於2005年修正後，2005年9月本書已經跟著更改過了。不過，當時的改版主要是針對修法的理由及舊法過渡到新法時期的法律適用，由於新法的實務意見與學說的最新反應都還沒有形成，所以沒有增列進去。

今年二月我離開公平交易委員會，回到東海寧靜校園，沒有公務上的壓力，所以此次改版的幅度更甚於前次，除了新的實務意見與學說予以引用外，也增寫許多內容及增修許多圖表。

本書的圖表能讓讀者迅速掌握學習重點及學說意見的爭執，具有引導方向的功能。圖表的形成是我教書的心得，也有部分參照德國學者Fritjof Haft刑法總則第八版（以Haft, AT, 8. Aufl.之形式附註）中的內容，雖然Haft教授於第九版的書中已刪去許多圖表，然爲了本書的一貫性及讀者閱讀上的便利，我仍保留一些原來第八版中的圖表呈現方式。

教書多年，我發現學生對於案例的作答常常不知所措，法律原理原則的學習不能在實際運用上正確的發揮，因此，除了本書末篇原有的「理論與運用」的實例講習外，此次更於每一章的最後增列「實例講座」單元，希望提供學生對於案例作答的參考。

如初版序所言，本書是本人教授刑法總則多年的心得，所以並沒有遵循嚴格學術規範，在必要的地方附加註腳。寫作風格上，力求清晰可讀簡單易懂，不希望陷入「教科書專論化之窠臼」，因此本書不但適合初學者研讀，更能作爲考試者攻略及研究者參照的多項功能。讀者如果有意更加深入探究刑法理論，可參照我的專書：「交通刑法」（新學林）、「新刑法探

索」(元照)、「司法精神醫學」(元照)及本書所附之參考書目中之專論書籍。

這一版的附錄，將我的法律與文學相關作品之一的「曹雪芹《紅樓夢》中王熙鳳四個事件的古事今判」收錄進去，當作讀者閱讀上的樂趣。這篇文章討論王熙鳳曾經涉入四個人命事件的是非曲直。事實上，文學伴隨人生，刑法的學習也能感覺身處文學天地裏，讀者或許不曾察覺，但當我們隨著曹雪芹看盡人生百態，流連古事今判而清夜不眠時，就會發現已在文學的國度。

此次改版，主要係因三版問世後廣受讀者歡迎，現即將售罄，加上2009年所兩次公布之條文皆涉及刑罰論之修改，本書除將新條文附上外，並擇要列出立法理由，俾使讀者充分掌握修法內容。值得注意的是，釋字第662號（2009.6.19）宣告2005年2月2日修正之刑法第41條第2項（2009.6.10立委修法挪至41條第8項）違憲，是立法院上一會期尚來不及修法，基於大法官解釋有拘束全國機關及人民的效力，有關機關應盡速提案修法為宜。

新版完成，要特別感謝：東海大學法律系助教陳美蘭及林芳瑜的協助排版，研究助理林弘毅、王紀軒及劉蕙綺的細心校正。本書如果能夠更臻完善，除了許多不斷關懷支持的讀者外，本書歷次協助改版的助教及助理，是最大的功臣。

張亞卿

寫於

東海大學大度山研究室

2009年9月

修訂版序

2005年1月7日刑法大幅修正，規模之大，堪稱空前。雖然本次修正是刑法實施七十年以來最大幅度的變動，但早在刑法修正通過前，我已陸續修改本書，除了改正內容有疑義的部份外，全書內容針對新法的適用及新舊法比較的問題加以修正，希望這個大幅度的更新內容，能夠符合讀者在新舊法過度時的需求。

自從刑法修正案通過後，最高法院、司法院、法務部、律師公會先後邀請我在北、中、南各地法院、檢察署、律師公會巡迴演講，與法界的先進朋友們上課討論新法的適用與困境。這些上課討論的發現，我也盡可能的納入這個修正版。我另有行政院公平交易委員會的工作負擔，可利用的時間非常有限，但爲了這本書的新生命，只好壓縮休閒時間，全力以赴。

這本書不但適合初學者研讀，也可提供研究者參照。寫作風格上，我希望這本書不要陷入「專論書化」的窠臼，因此力求清晰可讀、簡單易懂，讓刑法的學習能夠避開理論與爭議的困境，愉快入門並深入掌握。新版頁數雖足可分成上下兩冊，但考慮讀者購書成本與易於攜帶，全書仍以一冊出版。

初版問世後，東海學生溫婷婷及許多匿名讀者即展開校對書中錯漏；研究助理王士帆、王紀軒仔細比對新舊法；東海助教陳美蘭、林芳瑜幫忙電腦編輯及排版，如果沒有他們的投入與協助，我也無力單獨完成新的修正與改版，致上由衷謝忱。

張要印

寫於公平會
2005年8月

初版序

這本書是我多年來刑法總則授課的心得。刑法總則的重要性不待多言，但是學生卻視為畏途。拙書希望可以退怯初學者的恐懼感，甚至還能夠給人研讀的喜悅。創造快樂當然不是作者主要的任務，八卦新聞更可以給人短暫的官能上的雀躍，但終究不能提供知識上的進境。本書主要還是希望有助於建立讀者的刑法體系。

刑法體系主要有兩個部份，犯罪論與刑罰論。犯罪論探討在何種條件下，一個行為可以評價為犯罪。刑罰論處理構成犯罪的行為，該如何適用刑罰，並思索國家以刑罰對付犯罪人，究竟有何意義與目的。法律系的教學幾乎都以犯罪論為重心，刑罰論多三言兩語帶過。本書雖以犯罪論為核心，但仍用了不小的篇幅說明刑罰理論，亦即，報應、一般預防與特別預防。熟知刑罰理論，就能清楚掌握占刑法總則多數條文的刑罰論。在考場上，為數不少的人不能有條理的解答案例，因此也難以獲得理想的分數。本書在最後一篇列舉了十則案例說明理論與運用間之關係，應該可以幫助讀者解題的思維方式。

本書不是專論，所以沒有遵循嚴格的學術規範，在必要的地方附加註腳，若干議題也未鉅細靡遺的詳談。對於各有關主題的詳細討論，讀者可以循本書的建議，自行查閱。這類詳細引註各家意見的書，市面上已經很多。拙書只是希望讓讀者簡潔清楚的瞭解刑法體系的整個面貌，所以有關的爭點也不涉入。讀者如果太早踩在意見的爭執裡，只會增加負擔，不能歡喜的讀書。

我獲得傅爾布萊特（Fulbright）的獎助金，今夏將去史丹福大學法學

院進行訪問研究半年，每週八小時的英文課及爲了趕在行前完成本書，我真正嚐到什麼叫做心力交瘁。教學、趕稿、開會等等事情之外，我需用更多的時間和精力，與正值青春期的兒女相處，還要用盡心思去抵禦一股力量，避免兒女被誤導了人生的方向。我曾經徬徨外望，也曾內求自省，雖有時顯得悵惘恐懼、奇罕落寞，但我深知，我終將堅毅地不斷試探前行。

這本書最後的定稿，已是溽暑，與我一起揮汗爲此書催生的人，包括：法律系助教陳美蘭與范薰方，東海法研所學隸李宛珍、吳彥鋒、詹東益、劉清彬、季凱群，東海法律系陳重安、蘇淑華、周志樺、黃麒勳，法研所碩丙組林義龍醫師、陳志宏醫師、陳世杰醫師不斷給我醫療上的諮詢與協助。沒有他們的幫忙與關懷，這本書很難如期面世。在此併致謝忱。

我要把這本書獻給我的刑法啓蒙恩師甘添貴教授，如果不是他啓迪我學習刑法的樂趣，在我從事教職後的鼓勵與提攜，我沒有勇氣把這本書拿出來。尤其，從他身上我見到生命原來是可以半懂的，他那種不屑於世人拘謹、小心翼翼，而是任情恣性、擔待包容，不露山峰卻處處是山的半半人生哲學，是我終生學習的榜樣。謹以本書祝他六十歲生日快樂！

張亞卿

於大度山
2001年7月

凡例

本書所使用的法律名稱，有的用略語，有的用全名。使用略語的方法是，只寫上法條號，未冠以法條名稱，即為中華民國刑法。例如：第二十一條或§21或（§21），均指中華民國刑法第二十一條。其中羅馬數字及阿拉伯數字表示法條號數、項數及款數。舉例說明如下：

§10	中華民國刑法	第十條
§10 I	中華民國刑法	第十條第一項
§10 I ①	中華民國刑法	第十條第一項第一款
§§10-30	中華民國刑法	第十條至第三十條

使用全名的情況，大都冠上法律名稱，主要是該段中有兩個以上的法律名稱，為了避免混淆而冠上的。例如：槍砲彈藥管制條例§3指槍砲彈藥管制條例第三條、少年事件處理法§3指少年事件處理法第三條、民法§3指民法第三條等。此外，本書也以略語引用司法院解釋及最高法院判例、判決及決議。舉例說明如下：

釋字569解釋：司法院大法官釋字第569號解釋

93台上2033判例：最高法院93年台上字2033號判例

92台上215判決：最高法院92年度台上字第215號判決

目錄

CONTENTS

第一篇 緒 論.....	001
第一章 刑法之沿革.....	003
壹、暫行新刑律.....	005
貳、1928年的刑法.....	005
參、1935年的刑法.....	005
肆、2005年的刑法修正.....	006
伍、2006年後的刑法修正.....	006
第二章 刑法總則在法律體系中之地位.....	007
第三章 刑法之概念.....	011
第一節 刑法之基本概念.....	015
壹、定義.....	015
貳、犯罪與非犯罪.....	015
參、刑法和刑事訴訟法間之關係.....	016
第二節 刑法之分類.....	017
壹、普通刑法與特別刑法.....	017
貳、形式刑法與實質刑法.....	017
參、完備刑法與空白刑法.....	019
第三節 刑法學和其他刑事科學之關係.....	020
壹、犯罪學與刑法學.....	020

貳、犯罪偵查學與刑法學	020
參、刑事政策與刑法學	021
肆、小結	022
第四節 刑法之功能	022
壹、保護法益	023
貳、壓制與預防犯罪	023
參、保障人權	023
肆、矯治犯罪人	024
第五節 刑法之特色	024
壹、刑法之道德性	024
貳、刑法之不完整性	024
參、刑法之高度政治性	025
肆、刑法之最後手段性	026
第六節 刑法之性質	026
壹、公法	026
貳、司法法	026
參、實體法	026
肆、強行法	027
伍、國內法	027
陸、繼受法	027
實例講座	028
第四章 罪刑法定原則	031
第一節 罪刑法定原則	033
壹、概說	033
貳、根據	034

參、內容	036
肆、罪刑法定之於犯罪與刑罰	038
第二節 刑罰之意義與目的	038
壹、應報理論	039
貳、一般預防理論	040
參、特別預防理論	042
肆、刑罰的綜合理論	048
實例講座	051
第五章 刑法法典	055
第一節 刑法之解釋	057
壹、解釋之方法	057
貳、解釋之原則	058
第二節 刑法之用語	060
壹、以上、以下、以內	060
貳、公務員	061
參、公文書	062
肆、重傷	063
伍、性交	064
陸、電磁紀錄	064
第三節 刑法總則之適用範圍	065
第四節 刑法之效力	066
壹、時之效力	066
貳、地之效力	069
參、人之效力	071
肆、外國法院裁判之效力	072

實例講座.....	074
-----------	-----

第二篇 犯罪論..... 077

第一章 犯罪之意義與犯罪成立之階層理論..... 079

第一節 概說..... 081

第二節 犯罪之意義..... 081

壹、形式之犯罪定義..... 082

貳、實質之犯罪定義..... 082

第三節 犯罪成立之階層理論..... 085

壹、三階論..... 085

貳、二階論..... 086

參、四階論..... 088

肆、五階論..... 088

伍、小結..... 089

第二章 行為理論..... 091

第一節 行為之理論..... 093

壹、因果行為論..... 093

貳、目的行為論..... 094

參、社會行為論..... 094

肆、人格行為論..... 095

伍、小結..... 095

第二節 刑法之行為..... 097

壹、刑法意義之行為..... 097

貳、行為檢驗在刑法上的實益..... 099

實例講座.....	100
第三章 犯罪論體系之演進及內容	103
第一節 概說	105
第二節 古典犯罪理論.....	106
第三節 新古典犯罪理論.....	109
第四節 目的犯罪理論.....	110
第四章 犯罪類型.....	117
第一節 概說	119
第二節 種類	119
壹、作為犯與不作為犯	119
貳、故意犯、過失犯與意圖犯	120
參、舉動犯、結果犯與結果加重犯.....	121
肆、實害犯與危險犯.....	124
伍、狀態犯與繼續犯.....	125
陸、自然犯與法定犯.....	126
柒、一般犯、特別犯與親手犯	127
捌、單一犯與結合犯.....	128
玖、單行為犯與複行為犯	128
拾、著手犯	129
實例講座.....	130
第五章 構成要件	133
第一節 構成要件之概說	137
壹、定義	137
貳、功能	137

參、種類.....	138
肆、構成要件要素.....	139
第二節 客觀之構成要件.....	141
壹、行為主體.....	141
貳、行為客體.....	142
參、行為.....	143
肆、行為結果.....	144
第三節 因果關係與客觀歸責.....	144
壹、概說.....	144
貳、因果關係之學說及評價.....	145
參、因果關係之類型.....	154
肆、不作為犯之因果關係.....	159
伍、疫學之因果關係.....	160
第四節 主觀之構成要件.....	161
壹、前言.....	161
貳、故意.....	161
參、過失.....	169
第五節 構成要件錯誤.....	175
實例講座.....	176
第六章 違法性.....	179
第一節 違法性之概念.....	183
壹、違法性之意義.....	185
貳、違法性之判斷.....	185
參、可罰之違法性.....	188
第二節 法定阻卻違法事由.....	191