

刑法總則 理論與運用

張麗卿 著

二〇〇五年九月



刑法總則

理論與運用

張麗卿 著



二〇〇五年九月



國家圖書館出版品預行編目資料

刑法總則理論與運用／張麗卿著．一修訂二版

——臺中市：張麗卿發行；臺北市：一品文化總經銷

民 94

面； 公分

ISBN 957-41-3041-X (精裝)

1. 刑法—總則

585.1

94015196

刑法總則理論與運用

著 者／張麗卿

發 行 人／張麗卿

通 訊 處／台中市東海大學法律學系

聯絡電話／04-23590229

總 經 銷／一品文化出版社

地 址／台北市重慶南路一段 13 號 10 樓

電 話／02-23759472

傳 真／02-23889869

郵政劃撥帳號／31526723 一品文化出版社

出版日期／中華民國 94 年 9 月修訂二版



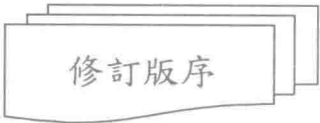
=====
著作權所有・翻印必究

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
§ 10IV①	中華民國刑法	第十條第四項第一款
§ § 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。



修訂版序

2005年1月7日刑法大幅度修正，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分外，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渡時期的需求。

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，但為了這本書的新生命，只好壓縮休閒的時間，全力以赴。

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。

二版問世後，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，我也無力單獨完成全新的修正與改版，致上由衷謝忱。

張麗卿寫於公平會

二〇〇五年八月

目 錄

第一篇 緒論	1
第一章 現行刑法之沿革	3
第二章 刑法總則在法律體系中之地位	7
第三章 犯罪行為之結構與研究	11
第四章 刑法之概念	17
第一節 刑法之基本概念	21
壹、定義	21
貳、犯罪與非犯罪	21
參、刑法和刑事訴訟法間之關係	22
第二節 刑法之分類	24
壹、普通刑法與特別刑法	24
貳、形式刑法與實質刑法	24
參、完備刑法與空白刑法	26
第三節 刑法學和其他刑事科學之關係	28
壹、犯罪學與刑法學	28
貳、犯罪偵查學與刑法學	28
參、刑事政策與刑法學	29
肆、小結	30
第四節 刑法之功能	32
壹、保護法益	32
貳、制壓與預防犯罪	33
參、保障人權	33
肆、矯治犯罪人	33
第五節 刑法之特色	34
壹、刑法之道德性	34

貳、刑法之不完整性	34
參、刑法之高度政治性	35
肆、刑法之最後手段性	36
第六節 刑法之性質	37
壹、公法	37
貳、司法法	37
參、實體法	37
肆、強行法	38
伍、國內法	38
陸、繼受法	38
第七節 罪刑法定原則	39
壹、概說	39
貳、沿革	40
參、理論根據	41
肆、內容	42
第五章 刑法法典	45
第一節 刑法之解釋	47
壹、解釋之方法	47
貳、解釋的原則	48
第二節 刑法之用語	51
壹、以上、以下、以內	51
貳、公務員	52
參、公文書	54
肆、重傷	54
伍、性交	56
陸、電磁紀錄	56
第三節 刑法總則之適用範圍	58
第四節 刑法之效力	60

壹、時之效力	60
貳、地之效力	64
參、人之效力	68
肆、外國法院裁判之效力	69
第二篇 犯罪論	71
第一章 犯罪定義與犯罪理論	73
第一節 犯罪定義	75
壹、形式之犯罪定義	75
貳、實質之犯罪定義	75
第二節 犯罪之本質	79
壹、權利之侵害	79
貳、法益之侵害	79
參、義務之違反	79
第三節 犯罪成立之要件	80
壹、二階論	80
貳、三階論	81
參、四階論	82
肆、五階論	83
伍、小結	83
第四節 犯罪理論	85
壹、前言	85
貳、犯罪理論之演進	85
第二章 刑法之行為與犯罪類型	97
第一節 刑法之行為	99
壹、概說	99
貳、刑法之行為	100
第二節 行為之理論	103

壹、因果行為論	103
貳、目的行為論	104
參、社會行為論	105
肆、小結	105
第三節 犯罪類型	108
壹、作為犯與不作為犯	108
貳、故意犯與過失犯	109
參、舉動犯與結果犯	109
肆、實害犯與危險犯	111
伍、狀態犯與繼續犯	113
陸、自然犯與法定犯	114
柒、一般犯、特別犯與親手犯	114
捌、單一犯與結合犯	115
玖、單行為犯與複行為犯	116
第三章 構成要件	117
第一節 構成要件之概說	121
壹、定義	121
貳、功能	121
參、種類	122
肆、構成要件要素	123
第二節 客觀之構成要件	127
壹、行為主體	127
貳、行為客體	128
參、行為	129
肆、行為結果	129
第三節 因果關係與客觀歸責	131
壹、概說	131
貳、因果關係之認定	133

參、因果關係之學說及評價·····	135
肆、因果關係之類型及是否可歸責·····	138
伍、客觀歸責理論所衍生之規則·····	143
陸、不作為犯之因果關係·····	145
柒、疫學之因果關係·····	146
第四節 主觀之構成要件·····	147
壹、前言·····	147
貳、故意·····	148
參、過失·····	154
第五節 構成要件錯誤·····	159
第四章 違法性·····	161
第一節 違法性之概念·····	163
壹、違法性之意義·····	164
貳、違法性之判斷·····	164
參、可罰之違法性·····	165
第二節 法定阻卻違法事由·····	170
壹、正當防衛·····	170
貳、緊急避難·····	186
參、依法令之行為·····	194
肆、業務上正當行為·····	197
伍、依上級公務員命令之職務行為·····	197
第三節 超法定阻卻違法事由·····	199
壹、定義·····	199
貳、種類·····	199
第五章 罪責·····	213
第一節 罪責之基本概念·····	215
壹、前言·····	215
貳、罪責之意義·····	216

參、罪責之基礎·····	218
肆、罪責要素之學說·····	219
第二節 罪責之內涵·····	221
壹、罪責能力·····	221
貳、罪責型態·····	234
參、不法意識·····	235
肆、期待可能性·····	239
伍、小結·····	241
第三節 客觀處罰條件·····	242
壹、意義·····	242
貳、現行法上之例子·····	243
第六章 錯誤·····	247
第一節 錯誤之基本概念·····	249
壹、前言·····	249
貳、基本概念·····	249
第二節 錯誤之種類·····	251
壹、構成要件錯誤之分類及其處理·····	252
貳、禁止錯誤之分類及其處理·····	256
參、容許構成要件錯誤之評價·····	258
肆、包攝錯誤·····	261
伍、反面錯誤·····	263
陸、錯誤案例之綜合結構圖·····	264
第七章 行為階段與未遂犯·····	267
第一節 行為階段·····	271
壹、決意·····	271
貳、陰謀·····	271
參、預備·····	271
肆、著手實行·····	272

伍、結果	273
陸、預備及著手實行（未遂）之界限	273
第二節 未遂犯之基本問題	278
壹、定義	278
貳、未遂（犯）之型態	278
參、未遂犯之處罰依據	281
第三節 普通（障礙）未遂	286
壹、須有故意	286
貳、著手實行構成要件之行為	286
參、欠缺構成要件之完全實現	286
肆、法律明文處罰	287
伍、意外障礙所引起	287
第四節 不能未遂犯	289
壹、概說	289
貳、不能未遂犯之可罰性	289
參、有無危險	290
肆、不能未遂之型態	292
伍、構成事實欠缺	292
陸、幻覺犯與不能犯	293
柒、迷信犯與不能犯	294
第五節 中止未遂犯	296
壹、意義	296
貳、法律規定	296
參、立法理由	297
肆、要件	298
伍、多人犯罪情形之中止	303
陸、既遂之中止	305
柒、陰謀預備之中止	305

第八章 正犯與共犯	307
第一節 正犯	309
壹、概說	309
貳、共同正犯	312
參、同時犯	320
肆、單獨正犯	321
第二節 共犯	330
壹、概說	330
貳、狹義之共犯	334
參、教唆犯	334
肆、幫助犯	346
伍、共犯之競合	349
陸、共犯之共犯	350
柒、身分犯之共犯	351
第九章 過失犯	357
第一節 過失犯之基本概念	359
壹、過失之意義	359
貳、過失犯之注意義務及過失之體系地位	361
第二節 過失作為犯之構成要件	363
壹、客觀之構成要件	363
貳、主觀之構成要件	366
第三節 過失作為犯之違法性與罪責	367
壹、違法性	367
貳、罪責	367
第四節 過失作為犯之未遂犯、正犯與共犯	371
壹、未遂犯	371
貳、共同正犯	371
參、間接正犯	373

肆、共犯·····	373
第五節 過失犯之其他問題·····	375
壹、過失型態·····	375
貳、過失程度·····	377
參、容許危險與信賴原則·····	378
肆、過失犯之實例·····	381
第十章 不作為犯·····	385
第一節 不作為犯之基本概念·····	387
壹、純正不作為犯·····	387
貳、不純正不作為犯·····	387
第二節 不作為犯之構成要件·····	391
壹、故意不純正不作為犯之構成要件·····	391
貳、過失不純正不作為犯之構成要件·····	398
第三節 不作為犯之違法性·····	402
第四節 不作為犯之罪責·····	404
第五節 不作為犯之未遂犯·····	408
壹、純正不作為犯之未遂犯·····	408
貳、不純正不作為犯之未遂犯·····	408
第六節 不作為犯之正犯與共犯·····	410
壹、共同正犯·····	410
貳、間接正犯·····	410
參、教唆犯·····	410
肆、幫助犯·····	410
第三篇 競合論·····	411
第一節 概說·····	413
壹、罪數之決定·····	413
貳、行為與罪數之決定·····	414

參、罪數理論	417
第二節 競合論	418
壹、行為單數與行為複數	418
貳、罪名之宣告	420
參、刑罰之宣告	420
第三節 法條競合	422
壹、法條競合之意義	422
貳、法條競合之型態	423
參、不罰（與罰）之後行為	431
第四節 真正競合	434
壹、想像競合	434
貳、狹義之實質競合（數罪併罰）	437
參、牽連犯	439
肆、連續犯	441
伍、牽連犯、想像競合犯與連續犯之競合	447
陸、新法施行後競合適用之新面貌	448
 第四篇 刑罰論	451
第一章 刑罰理論	453
第一節 報應理論	455
壹、報應理論之內涵	455
貳、報應理論之優點及其批評	456
第二節 一般預防理論	458
壹、一般預防理論之意義與威嚇邏輯	458
貳、對於一般預防理論之批評	459
第三節 特別預防理論	461
壹、特別預防理論之內涵	461
貳、特別預防理論對於當代刑事政策之影響	462

參、危險預測為特別預防之重要工具·····	466
肆、對於特別預防理論之批評·····	467
第四節 綜合理論·····	470
壹、報應之綜合理論·····	470
貳、預防之綜合理論與犯罪人之處遇·····	471
參、小結·····	473
第二章 刑罰之種類·····	475
第一節 刑罰之種類·····	477
壹、主刑·····	477
貳、從刑·····	479
第二節 主刑重輕之標準·····	481
壹、不同之刑之重輕·····	481
貳、同種主刑之重輕·····	481
參、不能依前項定重輕之補充規定·····	483
第三節 罰金·····	487
第四節 沒收·····	488
第五節 褫奪公權·····	491
壹、褫奪公權之種類及其要件·····	491
貳、褫奪公權之效力·····	492
參、褫奪公權之內容·····	494
第六節 追徵、追繳或抵償·····	495
第三章 刑罰之適用·····	497
第一節 各種刑罰之適用·····	499
壹、刑罰適用之意義與階段·····	499
貳、刑法上量刑之標準·····	500
第二節 刑罰之加重·····	504
壹、刑罰之加重·····	504
貳、累犯之加重·····	505

第三節 刑罰之減輕	508
壹、刑罰之減輕	508
貳、自首之減輕	511
第四節 刑罰之免除	514
壹、審判上之免除	514
貳、法律上之免除	515
第五節 刑罰之加減方法與順序	517
壹、主刑加減之方法	517
貳、同時併加減之情形	519
參、刑罰加減之順序	519
第四章 刑罰之易科及折抵	521
第一節 易刑處分	523
壹、易科罰金	524
貳、易服勞役	527
參、易以訓誡	529
第二節 刑期之計算與羈押之折抵	531
壹、刑期之起算	531
貳、羈押折抵之方法	531
參、羈押折抵之立法理由	532
肆、另案羈押之折抵	532
第五章 緩刑及假釋	533
第一節 緩刑	535
壹、緩刑之意義	535
貳、緩刑之要件	535
參、緩刑之立法理由	538
肆、緩刑之撤銷	539
伍、緩刑之效力	542
第二節 假釋	544