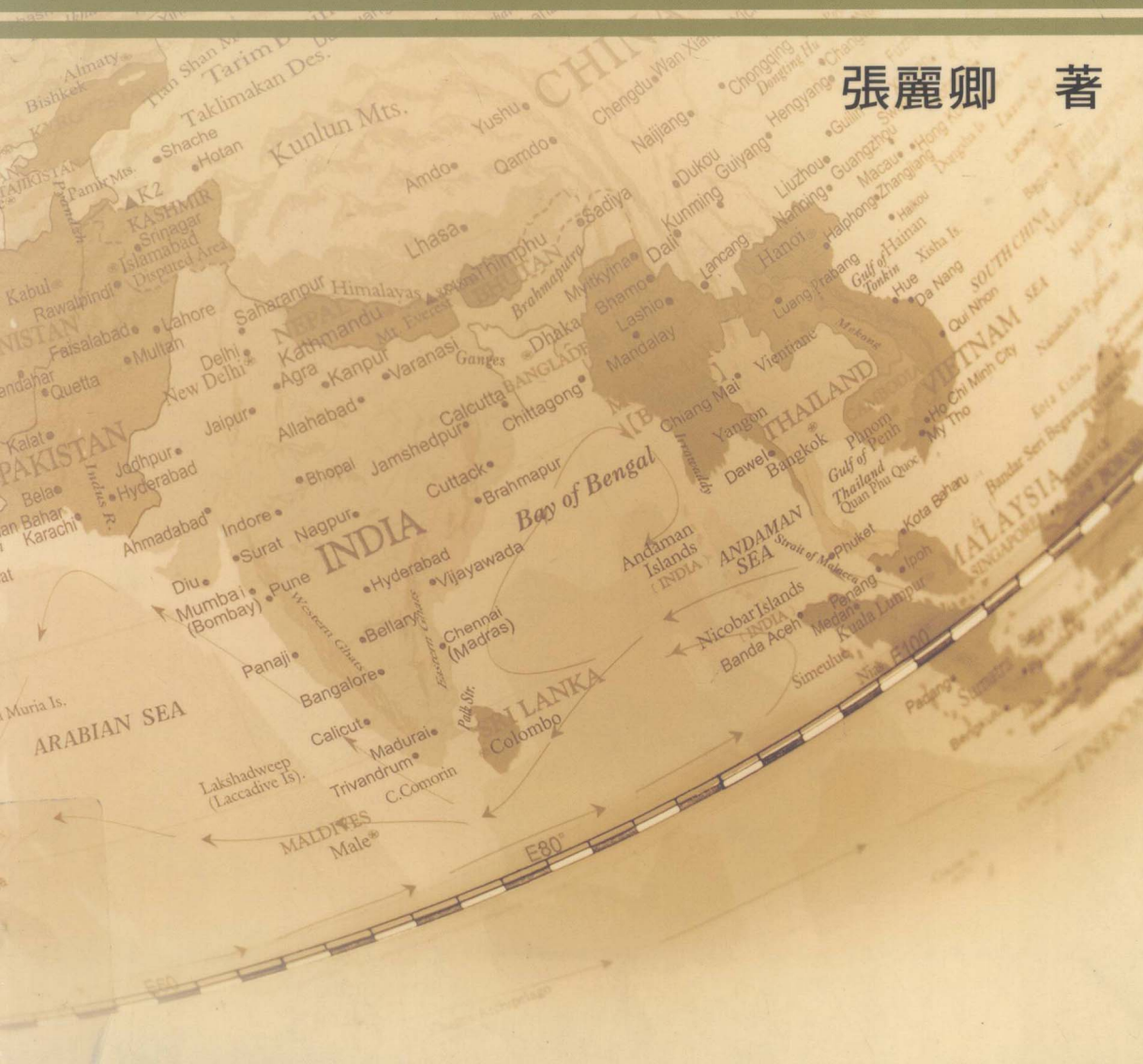


2007年9月修訂版

刑法總則理論與運用

Theory and Practice of Criminal Law

張麗卿 著





刑法總則

理論與運用

張麗卿 著



二〇〇七年九月

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．—三版．—臺

北市：五南，2007.09

面；公分

參考書目：面

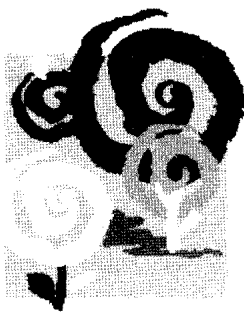
含索引

I S B N: 978-957-11-4933-2 (精裝)

1.刑法總則

585.1

96017067



4T28

刑法總則理論與運用

作 者 — 張麗卿(224)

發行人 — 楊榮川

總編輯 — 龐君豪

主 編 — 劉靜芬 林振煌

責任編輯 — 李奇蓁

封面設計 — 童安安

出版者 — 五南圖書出版股份有限公司

地 址：106 台北市大安區和平東路二段 339 號 4 樓

電 話：(02)2705-5066 傳 真：(02)2706-6100

網 址：<http://www.wunan.com.tw>

電子郵件：wunan@wunan.com.tw

劃撥帳號：01068953

戶 名：五南圖書出版股份有限公司

台中市駐區辦公室 / 台中市中山路 6 號

電 話：(04)2223-0891 傳 真：(04)2223-3549

高雄市駐區辦公室 / 高雄市新興區中山一路 290 號

電 話：(07)2358-702 傳 真：(07)2350-236

法律顧問 得力商務律師事務所 張澤平律師

出版日期 2007 年 9 月三版一刷

定 價 新臺幣 650 元

寫在前頭～最新版序

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，然為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，更能作為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。

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。

張麗卿 寫於
東海大學大度山研究室
2007年9月

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。

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。

張麗卿寫於公平會

2005年8月

刑法總則理論與運用

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為了趕

刑法總則理論與運用

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，與我一起揮汗為此書催生的人，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啟蒙恩師甘添貴教授，如果不是他啟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！

張麗卿 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 年度台上字第 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

第一篇 緒論	1
第一章 現行刑法之沿革	3
壹、暫行新刑律	5
貳、1928 年的刑法	5
參、1935 年的刑法	5
肆、2005 年的最新刑法	6
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	20
壹、定義	20
貳、犯罪與非犯罪	20
參、刑法和刑事訴訟法間之關係	21
第二節 刑法之分類	23
壹、普通刑法與特別刑法	23
貳、形式刑法與實質刑法	23
參、完備刑法與空白刑法	25
第三節 刑法學和其他刑事科學之關係	27
壹、犯罪學與刑法學	27
貳、犯罪偵查學與刑法學	27
參、刑事政策與刑法學	28
肆、小結	29
第四節 刑法之功能	31
壹、保護法益	31
貳、制壓與預防犯罪	32

參、保障人權·····	32
肆、矯治犯罪人·····	32
第五節 刑法之特色·····	33
壹、刑法之道德性·····	33
貳、刑法之不完整性·····	33
參、刑法之高度政治性·····	34
肆、刑法之最後手段性·····	35
第六節 刑法之性質·····	36
壹、公法·····	36
貳、司法法·····	36
參、實體法·····	36
肆、強行法·····	37
伍、國內法·····	37
陸、繼受法·····	37
第七節 罪刑法定原則·····	38
壹、概說·····	38
貳、沿革·····	39
參、理論根據·····	40
肆、內容·····	41
第八節 實例講座·····	43
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、解釋之原則·····	48
第二節 刑法之用語·····	50
壹、以上、以下、以內·····	50
貳、公務員·····	51
參、公文書·····	53

肆、重傷	53
伍、性交	54
陸、電磁紀錄	55
第三節 刑法總則之適用範圍	56
第四節 刑法之效力	58
壹、時之效力	58
貳、地之效力	61
參、人之效力	64
肆、外國法院裁判之效力	65
第五節 實例講座	67
第二篇 犯罪論	69
第一章 犯罪定義與犯罪理論	71
第一節 犯罪定義	73
壹、形式之犯罪定義	73
貳、實質之犯罪定義	73
第二節 犯罪成立之要件	77
壹、二階論	77
貳、三階論	79
參、四階論	80
肆、五階論	80
伍、小結	80
第三節 犯罪理論	82
壹、前言	82
貳、犯罪理論之演進及內容	82
第二章 刑法之行為與犯罪類型	93
第一節 行為之理論	95
壹、因果行為論	95

貳、目的行為論	96
參、社會行為論	96
肆、人格行為論	97
伍、小結	98
第二節 刑法之行為	100
壹、概說	100
貳、刑法之行為	100
參、行為檢驗在刑法上的實益	102
第三節 犯罪類型	104
壹、作為犯與不作為犯	104
貳、故意犯、過失犯與意圖犯	105
參、舉動犯、結果犯與結果加重犯	105
肆、實害犯與危險犯	108
伍、狀態犯與繼續犯	109
陸、自然犯與法定犯	110
柒、一般犯、特別犯與親手犯	110
捌、單一犯與結合犯	111
玖、單行為犯與複行為犯	112
拾、著手犯	112
第四節 實例講座	113
第三章 構成要件	117
第一節 構成要件之概說	120
壹、定義	120
貳、功能	120
參、種類	121
肆、構成要件要素	122
第二節 客觀之構成要件	126
壹、行為主體	126

貳、行為客體·····	127
參、行為·····	128
肆、行為結果·····	129
第三節 因果關係與客觀歸責·····	130
壹、概說·····	130
貳、因果關係之學說及評價·····	131
參、因果關係之類型及是否可歸責·····	136
肆、客觀歸責理論所衍生之規則·····	142
伍、不作為犯之因果關係·····	144
陸、疫學之因果關係·····	145
第四節 主觀之構成要件·····	146
壹、前言·····	146
貳、故意·····	146
參、過失·····	155
第五節 構成要件錯誤·····	161
第六節 實例講座·····	162
第四章 違法性·····	165
第一節 違法性之概念·····	167
壹、違法性之意義·····	169
貳、違法性之判斷·····	170
參、可罰之違法性·····	172
第二節 法定阻卻違法事由·····	177
壹、正當防衛·····	177
貳、緊急避難·····	192
參、依法令之行為·····	199
肆、業務上正當行為·····	203
第三節 超法定阻卻違法事由·····	205
壹、定義·····	205

貳、種類·····	205
第四節 構成要件該當與違法性的組合·····	214
第五節 實例講座·····	219
第五章 罪責·····	221
第一節 罪責之基本概念·····	223
壹、概說·····	223
貳、罪責之意義·····	224
參、罪責之本質·····	225
肆、罪責之理論·····	227
第二節 罪責之內涵·····	229
壹、罪責能力·····	229
貳、原因自由行為·····	234
參、罪責型態·····	239
肆、不法意識·····	240
伍、期待可能性·····	241
陸、小結·····	242
第三節 實例講座·····	244
第六章 不法與罪責以外之犯罪成立要件·····	245
第一節 客觀處罰條件·····	247
壹、意義·····	247
貳、現行法上之例子·····	248
第二節 個人排除或解除刑罰事由·····	251
壹、個人排除事由·····	251
貳、個人解除事由·····	251
第七章 錯誤·····	253
第一節 錯誤之基本概念·····	255
第二節 錯誤之分類及其處理·····	256
壹、構成要件錯誤·····	258

貳、禁止錯誤·····	261
參、包攝錯誤·····	271
肆、反面錯誤·····	273
伍、錯誤案例之綜合結構圖·····	274
第三節 實例講座·····	277
第八章 行為階段與未遂犯·····	281
第一節 行為階段·····	284
壹、決意·····	284
貳、陰謀·····	284
參、預備·····	285
肆、著手實行·····	285
伍、結果·····	286
陸、預備及著手實行（未遂）之界限·····	286
第二節 未遂犯之基本問題·····	292
壹、定義·····	292
貳、未遂犯之處罰依據·····	292
參、未遂（犯）之型態·····	297
第三節 普通（障礙）未遂·····	301
壹、須有故意·····	301
貳、著手實行構成要件之行為·····	301
參、欠缺構成要件之完全實現·····	301
肆、法律明文處罰·····	302
伍、意外障礙所引起·····	302
第四節 不能未遂犯·····	304
壹、概說·····	304
貳、有無危險·····	304
參、不能未遂之型態·····	306
肆、幻覺犯與不能犯·····	307