

General Criminal Law · Strafrecht AT

新刑法總則

林鈺雄 著

2011年9月3版



新刑法總則

正者毋庸
向不正者屈服

沒有法律
就沒有犯罪
就沒有刑罰

罪刑法定原則
是犯罪者的
大憲章

死刑與其說是
針對罪犯
不如說是
針對觀眾而發

刑罰史之於
人類的不名譽
不亞於犯罪史

ISBN 978-957-41-8378-4



9 789574 183784

00800



新刑法總則

林鈺雄 著

2011年9月3版

國家圖書館出版品預行編目資料

新刑法總則／林鈺雄著. -- 三版. -- 臺北市：
林鈺雄出版：元照總經銷， 2011.09
面； 公分

ISBN 978-957-41-8378-4（精裝）

1.刑法總則

585.1

100014732

新刑法總則

5C110GC

2011年9月 三版第1刷

作 者 林鈺雄
出版者 林鈺雄
總 經 銷 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 800 元
專 線 (02)2375-6688
傳 真 (02)2331-8496
郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

您可以在以下網址免費下載本書勘誤或最新增補資料
<http://www.angle.com.tw>（進入增補資料）

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-957-41-8378-4

序

本書設想的定位，在於傳遞體系性的刑總基礎知識。書名表明本書係以 2005 年大幅翻修的新刑法為主要的闡釋對象。不管褒貶或喜惡，這部新刑法，是我國刑法歷年來最大幅度的修法，這一大變革會帶來劇烈的洗牌效應，文獻更新與實務調整的腳步也將加遽進行。

無論新舊刑法的稱謂，如何引導學生或讀者，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。簡潔但抽象，本來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，有頭有緒，但往往過於抽象。彌補之道在於回歸具體實例，正因如此，所以本書編排了數以百計的案例來輔助理解。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，本書著重台灣近年來的實際案例（如【激情光碟案】、【小車大禍案】、【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（收錄至 2006 年中為止），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，單是最高法院每年度的相關裁判就近 8000 筆之多，爲了這個說大不大的心願，多年來，我個人以及協助我的王士帆，爲此不知付出多少時間精力。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。

再者，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，本書援引兩部國際上的模範刑事法典，即《國際刑事法院規約》及《歐盟刑事法典（草案）》，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《聯合國政治與公民權利公約》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。令人汗顏的是，在兩岸的學術競爭方面，儘管國內部分法界人士仍然確信台灣在這方面的絕對優勢，但以國際刑法為例，中國大陸的相關研究和出版，質量早已超越台灣。這種劣勢，不能僅以台灣國際地位特殊來搪塞。這是視野的問題。

此外，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〕，當可會意。

儘管有些投石問路的嘗試，但我毫不諱言，本書「述而不作」的成分居多。事實上，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，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；此外，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

（參考至 2006 年 7 月的新文獻），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，諸如許玉秀大法官著作等身的專文專論，林山田教授歷久彌新的《刑法通論》及黃榮堅教授自成一格的《基礎刑法學》等。

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，自從離開政大教職之後，多年來我因故而未執教刑法總則課程。由於欠缺教學相長的加持，難免生疏起來，因此，我改弦易轍，以持續閱讀寫作來溫故知新，期間曾多次萌生退意，有出於外界干擾的「障礙未遂」，也有心灰意冷的「己意中止」。點點滴滴，最後還是將本書付梓，雖然改進空間仍大，但總算是完成自己多年來的一樁心願。為此，首先要感謝所有刑法前輩及本書所引用文獻的作者。若非這些前人筆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，要由衷感謝陳昭龍的細心校對與補充，王士帆、崔雲飛的協助以及許澤天的建議。儘管力求正確，但錯誤在所難免，本書勘誤與更新資料，將會以電子檔形式，供讀者在書末版權頁所示的網站下載，歡迎多多利用，並期待指正。

2006 年仲夏夜於草山洞天

三版序

本版修訂，主要是針對本書初版及二版付梓之後的立法與實務變動而發，因此著重補充 2006 年新刑法施行以來及至 2011 年初夏為止，陸續出爐的實務見解及相關評釋，其餘汗牛充棟的文獻，僅能小幅更新。再者，延續本書第一版將國際人權法引進內國刑法討論的用意，本版新增幾則國際間知名的新近案例，以供啓發與反省；隨著我國批准兩公約及其內國法化的潮流，期待將這個方向的努力，能夠引起更多的共鳴，並進而影響內國刑法釋義學的發展。

這本書的問世及三版的完成，要感謝的人太多（詳見第一版序）。首先，最該感謝的是本書所引用文獻與裁判的所有作者，他們的努力讓本書有豐富的素材及不同的視野。此外要特別感謝於盼盼、邵允亮、謝慧中及崔雲飛，鼎力協助的校訂工作。至於相關出版事宜，要特別感謝元照出版公司。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，並期待指正。

2011 年大暑於雪山山麓

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，其他為判例
- 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, 75-1 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＝兒童及少年性交易防制條例。兒福＝兒童及少年福利法。

VI◎凡例

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。∨ = 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。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）。英文文獻皆以頁數表示（如：pp. 27~32 表示第 27 頁至第 32 頁）。

參考書目

—中外文刑事法教科書及註釋書—

- 甘添貴，刑總：《刑法總則講義》，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：《刑法各論（上）（下）》，2002年修訂3版/2000年增訂2版2刷。
 - 林鈺雄，刑訴 I/II：《刑事訴訟法（上）（下）》，2010年6版。
 - 林東茂，刑綜：《刑法綜覽》，2006年修訂版。
 - 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》，2007年3版。
 - 陳子平，刑總：《刑法總論》，2008年2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）》，2003年。
 - 蔡墩銘，刑精：《刑法精義》，2005年2版。
 - 盧映潔，刑分：《刑法分則新論》，2008年初版。
 - 韓忠謨，刑原：《刑法原理》，1982年增訂15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。
-
- Baumann/Weber/Mitsch, AT: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl., 2003.
 - 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 I/II: Strafrecht, Allgemeiner Teil I / II, 2005.
 - 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 1, 2001.
 - Krey, BT I/II : Strafrecht Besonderer Teil, Band 1/2, 11. Aufl., 1998 / 12. Aufl.,

VIII◎參考書目

- 1999.
- Kühl, AT: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2000.
 - Lackner/Kühl, StGB: Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, Kommentar, 24. Aufl., 2001.
 - Roxin, AT I/II: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I / II, 3. Aufl, 1997 / 1. Aufl., 2003.
 - S/S, StGB: Schönke/Schröder, StGB Kommentar, 25. Aufl., 1997.
 - Stratenwerth/Kuhlen, AT I: Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 5. Aufl., 2004.
 - Tröndle/Fischer, StGB: Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 53. Aufl., 2006.
 - Welzel, LB : Das Deutsche Strafrecht (Lehrbuch), 11. Aufl., 1969.
 - Wessels/Beulke, AT: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 34. Aufl., 2004.
 - Wessels/Hettinger, BT I/II: Strafrecht, Besonderer Teil 1/2, 25. Aufl., 2001 / 24. Aufl., 2001.

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、因果行為論（自然行為論）.....	117
參、目的行為論.....	118
肆、社會行為論.....	119
伍、人格行為論.....	120
陸、結論.....	121
◎ 自我評量.....	125

II◎目錄

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
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
肆、附論：肇事逃逸罪之「致人死傷」要件	329
◎ 自我評量	331
第十二章 刑法上之錯誤	333
壹、錯誤理論概說	336
貳、關於犯罪構成事實之錯誤	339
參、關於禁止規範之錯誤	340
肆、關於阻卻違法事由之錯誤	345
伍、關於寬恕或減輕罪責事由之錯誤	351
陸、關於不法與罪責以外之犯罪成立要件的錯誤	352
◎ 自我評量	353
第十三章 犯罪之階段－預備、未遂與既遂	355
壹、故意犯罪行為之階段	359
貳、預備犯	362
參、未遂犯	364
肆、不能未遂（犯）	375
伍、中止未遂（犯）	383
◎ 自我評量	397
第十四章 正犯與共犯	399
壹、正犯與共犯之概說	407
貳、正犯與共犯之區別	413
參、正犯	420
肆、（狹義）共犯	456
伍、正犯與共犯之特殊問題	487
◎ 自我評量	493
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

IV◎目錄

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、不作為犯之行爲階段	554
陸、不作為犯之參與型態（正犯 v. 共犯）	558
◎ 自我評量	560
第十七章 犯罪之競合—行爲與犯罪之單數與複數	563
壹、競合論概說	572
貳、行爲單數 v. 行爲複數	579
參、行爲單數之犯罪競合	601
肆、行爲複數之犯罪競合	620
伍、餘波蕩漾：牽連犯、連續犯與常業犯	629
◎ 自我評量	641
第十八章 犯罪之法律效果—刑罰與保安處分	645
壹、刑罰之種類	650
貳、刑罰之適用	661
參、刑罰之執行	682
肆、保安處分及其執行	697
伍、處罰之障礙	707
◎ 自我評量	715
◎ 附錄：新刑法立法理由	717
◎ 參考文獻	755
◎ 圖表及案例索引	775
◎ 法條索引	781
◎ 關鍵字索引	784

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	24

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】

郭女與璩女原本相交甚深，璩女不但常與郭女分享私密心事，且郭平時可自由出入璩的住處、辦公室並使用璩的座車。後郭女因故對璩女不滿，在 2001 年 7 月間趁璩出國開會之際，在璩的淡水海悅大樓住處臥室、辦公室與座車裝設針孔攝影機，偷拍璩女生活的非公開活動，並攝得璩女與已婚曾姓男子的性愛場面。郭女取得對璩女的偷拍光碟後，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，郭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》社長沈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？

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



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

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，除了刑法部份外，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.

方面規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。

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；簡稱為 CJ；全稱是《保護歐洲聯盟財政利益刑事法規》／Strafrechtliche Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union – 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）。

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）、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）、假釋（第 10 章）、時效（第 11

章)、保安處分(第12章),合計12章。其中,法例可以說是「總則的總則」,除了宣示刑法最基本的罪刑法定原則之外,還規定刑法的效力範圍及刑法用語的立法定義(如§10II何謂「公務員」)等等。此外,前述法律要件與法律效果的基本結構,也有助於了解總則的體系:刑事責任、未遂犯、正犯與共犯章處理犯罪成立要件的認定問題,其他章(刑、累犯、數罪併罰、刑之酌科及加減、緩刑、假釋、時效、保安處分)則多半處理犯罪法律效果的科處及其執行問題。2005年2月2日公布的第16次刑法修正案(自2006年7月1日起施行),是我國刑法歷年來最大幅度的一次修法。

此外,應注意我國《刑法典·總則篇》的適用範圍:「本法總則於其他法律有刑罰或保安處分之規定者,亦適用之。但其他法律有特別規定者,不在此限。」(§11;☞立法理由)。

貳、犯罪與刑罰

一、國家刑罰之正當性：兩個基本問題

既然刑法是規定犯罪行為的法律要件及法律效果的法律,那麼,刑罰的法律效果到底是什麼?死刑、無期徒刑、罰金...,都是刑罰,究竟國家動用刑罰制裁的正當性何在?刑罰有什麼積極的目的?這是自古以來刑法學上討論最多的問題之一⁶。

對於非法律人而言,刑法可謂在所有的法律領域之中,最為知名且有趣的法律學門。聳動的犯罪行為的報導(鮮血淋淋的電視鏡頭、鉅細靡遺的犯行描述),誘發公眾對犯罪的興趣與恐懼。公眾雖然樂於在各個刑事案件中品頭論足,但卻很少有人希望和犯罪案件扯上關係。何以如此?因為大家知道,刑罰對個人的社會地位和個人生活而言,有哪些不可承擔的負面效果。

刑罰有何嚴重性?假設某人因為犯罪行為而被判處有期徒刑,必須在獄中長期度日,想像一下他可能的生活變化是什麼:首先,在

⁶ Vgl. Roxin/Arzt/Tiedemann, 1994, S. 1ff.

公眾的眼光中，他是一個「犯人」；他失去原先的職位與收入；他必須和家人分開；他一切的所作所為都在獄政人員的監控之下，即使是最起碼的休閒（看電視、打手機），都受限制。科處徒刑，可謂對個人自由的最大侵害，即便出獄之後，他也難以逃脫獄中的經歷和犯人的標籤。即便是罰金刑，除了財產上的損失之外，他也要背負前科犯的罪名！

由此導出刑法最重要的問題：國家施加刑罰的正當性何在？或者說，到底是什麼原因使國家能夠對人民施加這樣的懲罰？這個問題，套用前面所說的犯罪論和刑罰論，還可以略分為兩大部分討論：

1、國家到底可以對什麼行為施以懲罰，到底可以禁止哪些行為（犯罪成立要件問題）？

2、如果確定要懲罰，那要懲罰些什麼？處罰的程度到那裡？這就是刑罰的目的、強度、方式的問題（犯罪法律效果問題）？

首先，國家到底可以以刑罰禁止個人何種行為？當然，我們可以說，殺人行為應該處罰，但言論自由應受保障。然而，就生活上其他特定的行為，例如同性戀的性行為、通姦的行為、違反契約的行為、胡亂停車的行為，究竟應否以刑罰加以制裁？想要就這些問題提出解答，則必須先有一套理論上的標準，審究何種行為屬於國家得以刑罰制裁個人的可罰行為。

再者，由前一問題不可避免衍生第二個問題，即國家刑罰的建構問題。如果我們結論認為，國家有權就特定行為（如竊盜）施以刑罰，那我們必須進一步探究，國家得以施以何種刑罰？其目的何在？舉例言之，即便我們肯認國家有處罰竊盜犯的正當性，也還未解決國家究竟可否為了威嚇的目的而將竊盜犯剁手、剁腳、終身監禁或五馬分屍，這涉及刑罰目的、刑罰方式和刑罰程度的正當性問題。

二、社會損害性／法益

以往的刑法，與道德、宗教和風俗有密切的關係，因此，與大多數人的信仰、道德悖離的行為，不但常被評價為違反善良風俗的行為，同時也常被當成是可罰的犯罪行為，以嚴厲的刑罰制裁之。眾所

周知，西元前 399 年希臘雅典的大審判團，便是以信奉異教和蠱惑青年的罪名，將哲人蘇格拉底判處死刑；至於中古時期歐洲燒死的異教徒，更是不計其數。當初，統治者也很少思慮其刑罰權的正當性問題，只把刑罰當成貫徹其禁止規範的手段，甚至於政爭的工具，羅馬皇帝凱薩之死就是一例⁷；台灣先前的白色恐怖時期，殷鑑也才不遠。

啓蒙時代之後的刑法則多半認為，惟有與公民之間和平的、自由的共同生活不一致的行為，才能施以刑罰。此等不一致的行為，在古典的犯罪型態中相當明顯，例如殺人、傷害或竊盜等等；如果人可以不處罰，任意殺害別人、傷害別人或竊取他人的財產據為己有，則公民之間和平的共同生活殆無可能，因為這將引發人與人之間的爭鬥、自力救濟的司法、無政府狀態和騷動。是以，現代刑法不再以行為的反道德性，而是以行為的社會損害性（*Sozialschädlichkeit*）為聯結點，亦即，現代刑法之所以處罰特定行為，乃因該行為和人類和平共同生活的規則互不相容。反過來說，即便是不道德的行為，如果未損及人類和平的共同生活，也不應受刑罰制裁。舉例言之，縱使社會大多數人認為，同性之間的性行為乃不道德的行為，但是，只要參與同性性行為者都是成年人，且彼此同意，而進行的場所又非大庭廣眾之處，則參與者並不會因此受到處罰，因為他們的行為並未毀損和平的共同生活。從啓蒙時代之後 18 世紀的國家理論之發展亦可得知，將刑法與特定道德觀點過度結合，乃不正確的作法，因為從社會契約的立場而言，君權並非神授，主權在於人民，而國家的任務在於保護個人免受他人之攻擊，並且保障個人最大的自由，國家只在不得不的必要範圍才應介入（名言：「干預最少的政府就是最好的政府」），而以道德觀點來監護成年人的行為，則不是國家的任務⁸。

⁷ Vgl. Schultz, 1996, S. 11ff. (蘇格拉底之死), S. 21ff. (凱撒之死)。

⁸ Vgl. Roxin/Arzt/Tiedemann, 1994, S. 3f. 二次世界大戰之後，歐洲人權法院（ECHR）曾數度裁判歐洲各內國法中對成年人間同性性行為的刑罰，違反歐洲人權公約第 8 條所保障的家庭與私人生活及第 14 條的平等權：See ECHR, for examples, *Dudgeon v. the United Kingdom*, 1981, Series A no. 45; *Norris v. Ireland*, 1988, Series A no. 142; *Modinos v. Cyprus*, 1993, Series A no. 259。

將刑法限縮成為「禁止社會損害行為」的規範，是現代刑法的第一個重要前提。對於這種啓蒙觀點最有貢獻的刑法學者，莫過於貝加利亞⁹，其名著《論犯罪與刑罰》，影響現代刑法深遠，後來發展成為法益（Rechtsgut）的概念：只有侵害法益才構成犯罪，國家僅應也僅能就侵害法益的行為施加刑罰。理論上，現在刑法分則所規定的任何一個犯罪構成要件，都有其所欲保護的法益，例如，竊盜罪（§320）所欲保護的是財產法益，傷害罪（§277）所欲保護的是身體法益，殺人罪（§271）所欲保護的是生命法益。

不過，上述啓蒙刑法的進展可以說是極其緩慢，刑法與道德的界限迄今仍然模糊不清。以強制性交罪為例，成年男女有權決定欲和何人發生性關係，所以，強制他人性交，侵害的法益本來是「性自主決定權」；然而，以往的刑法卻將之歸類於所謂的妨害風化罪，認為強制性交妨害的是「善良風俗」。隨著觀念的進步，現代國家漸漸重視性自主決定權，並將刑法去道德化，德國在 1973 將強制性交正式定位為違反個人性自主決定權的犯罪，我國則遲至 1999 年 4 月才將刑法第 16 章的章名由妨害風化罪改為妨害性自主罪。

其次，過猶不及，法益概念固然作為建構現代刑法的基石，但畢竟還是啓蒙時代以來，以「人」作為世界中心的人本思想的反應；然而，虐待動物、污染環境及滅絕生態等行為，固然造成不少惡果，但卻不是傳統型態的侵害法益行為，因此，當代刑法學的課題之一，在於如何重新界定法益概念，使其既能保有限定刑罰範圍的傳統功能，又能適度制裁人類過度「唯我獨尊」的侵害行為¹⁰。

⁹ 貝加利亞（Beccaria 1738~1794），出生於米蘭，乃義大利著名法學家。其於 1764 年發表的經典之作《論犯罪與刑罰》，為現代歐陸法系國家的刑事立法與刑法理論奠定基礎，堪稱影響後代最深的刑法著作，據稱為自聖經以來譯本最多的著作之一（不過，據說這個紀錄最近已經被《哈利波特—神秘的魔法石》所超越）。貝加利亞不但力主限縮刑罰的適用範圍，並且首倡刑罰的最後手段性原則及人道化原則，同時也是啓蒙時代以來廢除死刑論的先驅。

¹⁰ Vgl. Roxin, 1997, 2/1ff., 18ff.。傳統法益概念：陳志龍，1990。適應與變遷：許玉秀，2002.09，頁 32~；Schünemann，2004.04，頁 57~。財經刑法問題：陳志龍，2006。以法益觀點檢視刑法各罪，如許澤天，2010.10-1，頁 1~（遺

三、最後手段性原則／附屬性原則

然而，是否一切侵害法益的行為皆應施以刑罰制裁？發動刑罰的第二個條件，乃以其他較為輕微的制裁手段還不足以抑制某社會損害行為，此即刑法之最後手段性（ultima ratio）原則¹¹。以民法上的違約行為為例，不履行契約，某種程度而言也是社會損害的行為，因為商業交易的順利進行，需要參與者遵守其約定。不過，概括地處罰違約行為，卻是不恰當的做法，因為由於違約而產生的摩擦可以用提起民事訴訟，請求履行契約或損害賠償的方法來解決；反之，不履行契約已經涉及竊盜、詐欺或背信時，以刑法的手段制裁則屬必要。另外，也有不少行為以行政上的措施來管制即可，無庸動用刑法¹²，例如，商店有違規營業之情形發生時，以輕至警告、重至歇業的行政制裁方法，可能比刑罰更具效果。又如違規停車等行為，以罰款及拖吊等措施，也足以懲罰行為人，如此，亦可避免行為人成為刑事前科犯。

刑罰最後手段性的理由何在？簡言之，為了儘量避免刑罰的惡害。刑罰的惡害主要來自兩方面：一是刑罰的痛苦性；二是刑罰的副作用。關於刑罰的痛苦性，前面已經說過。至於刑罰的副作用，根據社會學與犯罪學的標籤理論，施加刑罰容易對受刑人形成「烙印效果」，增加其回歸社會正常生活的困難。所以，我們儘量選擇一方面能排除社會損害性、二方面對受處罰人造成最小負面效果的制裁措施。所謂刑罰的最後手段性，乃基於此等認識，而在所有的制裁手段當中，將刑罰當成附屬性的制裁手段加以運用，因此，只當無其他可資利用的有效手段時，才能動用刑罰，所以也稱為刑法或刑罰的附屬性原則（Subsidiaritätsprinzip）。這種將刑罰限定在必要及合理的最小限度的刑法謙抑思想，也有前述國家法上的理論基礎，即社會契約論：人民只將有限的權力交給國家，國家也只在維持和平共同生活的必要

棄罪)；李茂生，2010.10，頁 83~（墮胎罪）；許恒達，2009.06，頁 168~（違法通訊監察罪）及 2010.10，頁 205~（妨害秘密罪）。

¹¹ Vgl. nur Roxin/Arzt/Tiedemann, 1994, S. 4f.

¹² 行政犯與刑事犯之區別：蘇俊雄，刑總 I，頁 35~。

性之前提下運用權力，據此推知，國家不可超過上開目的限制人民的自由。

不過，由於何謂必要而有效的制裁，判斷誠屬不易，並且也會隨著時代觀念的而演變，因此，人民選舉產生的立法者，有相當的裁量權判斷特定的社會損害行為是否應以刑罰制裁之。譬如，隨著解嚴及民主政治的軌跡，1992年我國立法者修正刑法的內亂罪（§100），將與民主政治、言論自由有關的非暴力活動及陰謀行為除罪化。反之，1999年刑法增訂侵犯他人隱私的處罰規定，將窺視、竊聽、竊錄及其散布、播送、販賣的行為入罪化（§§315-1~315-3）；【案例 1-1：激情光碟案】郭女及沈社長所涉及者即為上開侵犯隱私的罪名；此外，因應現代生活型態改變與風險意識變遷，我國刑法還將醉態駕駛、肇事逃逸行為入罪化（§§185-3, 185-4）。

總而言之，刑法並非萬能，只能作為附屬性的法益保護規範，且只當特定行為危及社會和平的共同生活且非用刑罰不足以制裁，才具正當性。

我國刑法上的通姦罪（§239），可以說是討論刑罰正當性的範例¹³。通姦行為究竟應不應該以刑罰的嚴厲手段來制裁？或者，更精確地問：通姦會不會造成什麼社會損害性？到底侵害了什麼法益？配偶有所謂的貞操權嗎？再者，處罰通姦，是不是符合刑罰的最後手段性原則？最後，處罰通姦，把配偶送入監獄，是否有助於婚姻家庭的維持？

【案例 1-1】所示，在 2001 年轟動一時的璩女偷拍光碟案中，因曾男為已婚男子，故曾男與璩女可能觸犯了通（相）姦罪（§245 須告訴乃論，但曾妻並未提出告訴），台灣的婦女團體也藉此機會拋出了通姦除罪化的議題。

【案例 1-2：處女姦女案】則是另一個反省刑罰最後手段性的台灣實例。施用詐術騙取他人的財物，固然構成詐欺罪（§339）。

但是，誠如被害者學所提出的質疑：社會上有許多射倖性的投機交易，刑法要介入到何等程度？當被害人只要盡一點最低的注意義務，便可以避免錯誤的交易所造成的損失時，科處行為人刑罰是否合乎刑罰的最後手段性原則¹⁴？

參、刑罰目的何在？

前面貳所述幾點，處理的是何謂犯罪的問題，當一個行為被評價為犯罪之後，接下來的問題便是刑罰的問題。究竟國家得使用何種刑罰制裁犯罪行為人（以下簡稱為犯人），目的何在，這便涉及所謂刑罰的目的問題¹⁵，關於這點，也稱為刑罰理論的問題，向來有所謂應報理論與預防理論兩大流派之分，歷史上較早出現者，乃應報理論（Vergeltungstheorie）。

一、應報理論

（一）意義

應報，乃人類社會中古老的思想，所謂「以牙還牙，以眼還眼」，就是應報思想的體現；我國傳統中，也有「殺人償命」的觀念，前述「殺人者死」的命題，基本出發點也是如此。不過，傳統應報思想中，經常伴隨殘酷的行刑方式，認為非如此不足以衡平因犯罪所帶來的惡害，例如中國古代處決犯人，包括車裂、梟首、腰斬、棄市、凌遲等等殘酷而不人道的方式，這是近代提出應報理論者所不苟同的作法。

以暴易暴並非近代的應報理論的主張。應報理論為自由啓蒙思想後的產物，已與前述的應報思想有別，其基礎思想，乃絕對的正義觀念，認為刑罰的目的既不在於威嚇大眾，也不在於預防犯罪，而在

¹³ 余振華，2005，頁 346~；黃榮堅，1999，頁 1~。

¹⁴ 王梅英、林鈺雄，1998.04，頁 96~。

¹⁵ Roxin/Arzt/Tiedemann, 1994, S. 6ff., 34ff.; Roxin, AT I, 3/1ff.; 林山田，刑通 II，頁 412~；陳志龍，1993.12，頁 137~。

於衡平犯人因其犯行所有的罪責，以實現正義。打個比喻，我們可以把社會的原來的正義狀態（未發生犯罪前）想像成是一個「天平」，那犯罪便是加諸天平一方並破壞平衡的重量，刑罰則是犯罪後國家施加於天平另一方的重量，目的在於回復原來的平衡狀態，也就是回復原來的絕對正義狀態，是以，應報理論也稱為絕對理論。刑罰的目的，既然在於回復原來的平衡，那麼刑罰的輕重，也應完全以犯人的罪責為測量基準，這就是所謂的罪責必須與刑罰相等的罪責原則，乃應報理論的核心主張，因此應報理論又稱為等量論。至於為了回復此等平衡必須付出多少代價，及其對未來防止類似犯罪的效用如何，則非所問。由此可知，應報理論主要著眼點乃因犯罪而產生的既成事實，或者說過去的客觀行為，應報理論並不重視實施犯罪的行為人，是以，犯罪由何人所為，並非重點。

（二）代表人

應報理論的代表人，乃兩位赫赫有名的德國哲學家：康德（Kant, 1724~1804）與黑格爾（Hegel, 1770~1831）。康德認為如果沒有正義的存在，人的存在便沒有意義。康德甚至於舉出一個極端的小島例子說明應報理論：假設一個公民組成的社會（如在一個孤立小島上），其全體成員決議解散，則在監獄中的最後一個死刑犯也應該被處決，因為犯了罪就要給予絕對的懲罰，這就是應報的要求，並且，這個誠命不會為了社會即將解散或其他原因而改變。黑格爾則說：犯罪基本上就是對刑法規範的否定，刑罰就是對否定者的否定。如果犯人今天否定刑法規範而殺人，國家以刑罰回應，就是對犯人否定刑法行為的否定。由此可知，應報理論與哲學上迄今爭論不休的「非決定論」有關。以刑罰來應報犯行的前提，乃個人有決定自己行為的意思自由（非決定論），因此，個人也應當為自己的錯誤負完全的責任，此種觀點，可謂徹底的個人責任論¹⁶。

¹⁶ 意思自由、決定論與非決定論之檢討：黃榮堅，2003.04，頁 70~。關於自由意志（Der freie Wille）問題，同名電影（中譯《縱慾》）可謂絕佳教材。

（三）評釋

應報理論的優點，在於設定國家發動刑罰權力的界限，刑罰絕對不能超過行為人的罪責，大罪不能小罰，反之，小罪亦不能大罰。應報理論與治亂世用重典的想法，本質上背道而馳，因為治亂世用重典的思想，無異將人（犯）當成服務其他目的（平亂世）的工具，小罪因而可能大罰。不過，另一方面，應報理論亦飽受批評。首先，應報理論要求絕對正義，即絕對相當於罪責之刑罰，即便在個案中刑罰無助於社會和平秩序的維護，甚至於會造成社會損害的副作用時，亦然。這種觀點，和現代刑法學對將國家刑罰侷限於保護法益所必要者的命題有違。此外，應報理論對刑罰執行並無建設性的整套概念，無助於犯人在受刑後遠離犯罪；由於應報理論並不處理犯人在獄中及出獄後如何更生的問題，因此，絕對的應報反而造成麻木不仁，增加再犯的機率，有害犯罪之預防。

總而言之，現代刑法學泰半否認單純的應報觀，認為應報理論並未對國家刑罰正當性問題提供解答，但卻為國家刑罰權之行使設定了必要的界限（上限）。

二、一般預防理論

（一）意義

預防理論又稱相對理論、目的理論，相對是考慮未來預防的效果，目的是考慮到刑罰的目的性。預防理論有一般預防與特別預防兩種迥然不同的觀點，歷史上較早出現的，是一般預防理論¹⁷，其認為刑罰的目的在於對社會大眾形成心理強制的威嚇效果。一般預防理論的出發點乃人為趨利避害的理性動物，因此，人欲犯罪時會衡量犯罪的利害關係，而刑罰的目的，便是以刑罰的惡害消除潛在犯人的犯罪動機，因為當犯罪惡害高於犯罪利益時，潛在的犯人便不會犯罪。由

¹⁷ Die generalpräventive Lehre, vgl. dazu Roxin/Arzt/Tiedemann, 1994, S. 8, 43ff.

此可知，一般預防理論可以說是一種「犯罪對策論」，以預防未來犯罪為導向。

（二）代表人

雖然，以刑罰之惡害嚇阻犯罪發生，與前述應報思想同為人類古老的刑罰觀，但近代所謂一般預防理論，則由德國刑法史上重要學者封·費爾巴哈¹⁸首先有體系地提出。氏基本上認為，刑罰的目的不在於應報犯罪，而在於積極與消極地形成心理強制。刑罰的惡害在消極方面可降低犯罪動機，伴隨犯罪的刑罰會起威嚇作用，預防犯罪；積極方面則可使人行為在規範範圍之內養成守法行為。

（三）評釋

一般預防理論的特色之一，在於維護社會大眾的和平秩序，故即使犯人無再犯之虞，亦應處罰，以免社會大眾仿效。1990 年代初期在台灣轟動一時的【鄧女殺夫案】，在在說明許多犯罪是特殊情況所造成，而犯人之後並無再犯之虞；然而，一般預防理論並不能苟同「殺人者完全不受懲罰」的看法。

曾轟動一時、震驚台灣社會的【鄧女殺夫案】，正是一個標準的家庭暴力案例。鄧女的丈夫即是曾強制性交過她母親的人。當鄧女母親因受到強暴而受傷住院時，施虐者每天觀察著到醫院照顧母親的鄧女。在鄧女無防備能力時，又強制鄧女性交，不僅強制性交，還對鄧女施加暴力。最後威脅鄧女，只要跟他結婚，便不再對她施暴。於是鄧女便嫁給這位強制性交過她母親及自己的男人。但婚後丈夫的暴力沒停過，反而越來越嚴重。不管鄧女逃到哪裡去，就會被她丈夫接回來。最後鄧女在極度

¹⁸ 封·費爾巴哈（Paul Johann Anselm von Feuerbach, 1775~1833）乃 18、19 世紀歐陸的名學者、立法者及法官，為影響現代刑法最重要的人物之一。1813 年的巴伐利亞邦刑法即由封·費爾巴哈起草，後來成為 1851 年普魯士刑法典的依據；1871 年德國統一後的刑法典，即以上開普魯士刑法典為藍本。