

台湾法学研究
精要丛书

刑法总论

陈子平
著

(2008年增修版)

 中国人民大学出版社

著作权合同登记号
图字：01-2007-5150号

《基础刑法学》（第三版）（上、下） 黄荣坚 著

《刑事法理论与实践》 林钰雄 著

《刑法问题与利益思考》 黄荣坚 著

《罪数理论之研究》 甘添贵 著

《共同正犯与共犯论》（修订版） 陈子平 著

《刑法总论》（2008年增修版） 陈子平 著

《刑法的思与辩》 柯耀程 著

《刑法竞合论》 柯耀程 著

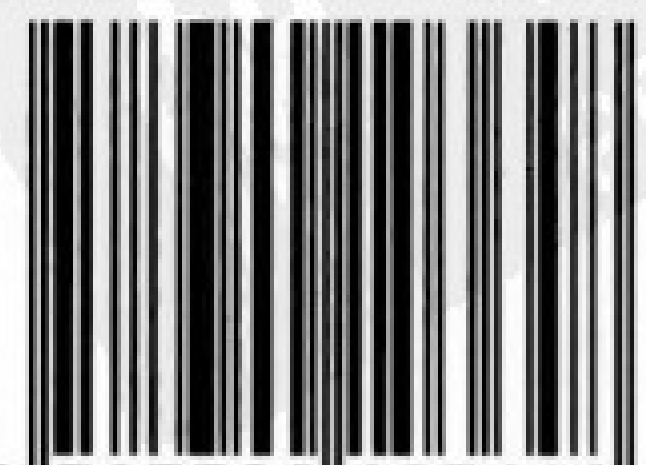
《一个知识论上的刑法学思考》（增订三版） 林东茂 著

《刑法综览》（第五版） 林东茂 著

策划编辑 杜宇峰
责任编辑 黄丽娟 曹江红 朱 宁
封面设计 李亚莉 徐 静
版式设计 赵星华

ISBN 978-7-300-10364-8/D · 1979

ISBN 978-7-300-10364-8



9 787300 103648 >

定价：75.00元

台湾法学研究
精要丛书

刑法总论

陈子平 著

(2008年增修版)

中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法总论 (2008 年增修版) / 陈子平著.
北京: 中国人民大学出版社, 2009
(台湾法学研究精要丛书)
ISBN 978-7-300-10364-8

I. 刑…
II. 陈…
III. 刑法-研究-台湾省
IV. D927.580.404

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 025592 号

台湾法学研究精要丛书
刑法总论 (2008 年增修版)
陈子平 著

出版发行	中国人民大学出版社		
社 址	北京中关村大街 31 号	邮政编码	100080
电 话	010-62511242 (总编室)		010-62511398 (质管部)
	010-82501766 (邮购部)		010-62514148 (门市部)
	010-62515195 (发行公司)		010-62515275 (盗版举报)
网 址	http://www.crup.com.cn http://www.ttrnet.com (人大教研网)		
经 销	新华书店		
印 刷	北京山润国际印刷有限公司		
规 格	170 mm×228 mm 16 开本	版 次	2009 年 3 月第 1 版
印 张	38 插页 2	印 次	2009 年 3 月第 1 次印刷
字 数	715 000	定 价	75.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

序

台湾法学研究精要丛书
刑法总论

中国人民大学出版社推出的“台湾法学研究精要丛书”连续引入我国台湾地区法学领域的拔尖之作，在祖国大陆法学界产生了积极的学术影响。整套丛书开始出版的主要是民商法、行政法和诉讼法方面的著作，现在又要陆续推出刑法系列，这是令人欣慰的。

台湾地区的刑法学和大陆的刑法学之间存在密切联系。台湾的老一辈刑法学家韩忠谟教授等，都是在祖国大陆完成学业以后去台湾的，可以说是在台湾承续了自清末以降从大陆法学引入的刑法学传统。在大陆 20 世纪 80 年代初开始恢复刑法学的学术研究的时候，又恰恰是台湾的刑法学著作起到了一定的启蒙作用。例如韩忠谟教授的《刑法原理》一书就以影印的方式在大陆出版，为我们当时了解刑法理论研究的世界现状打开了一扇学术的门窗。此后，随着大陆刑法学理论迅速发展，尤其是大陆法学和英美法学的刑法学教科书和专著大量地翻译出版，台湾地区刑法

学的学术影响力有所下降。但由于两岸之间人员交流、学术交流的日益增加与扩大,加上同种同文的优势,祖国大陆和台湾地区之间在刑法学术领域实质性交流更加深入,对于大陆刑法学理论研究的发展起到了积极的促进作用。

尽管目前两岸之间学术交流加强,我们也可以通过各种渠道获得台湾同行的刑法学著作,但对于更为广泛的刑法学教学科研人员,尤其是对那些在读的本科生、硕士生和博士生来说,获得第一手的台湾刑法学资料还是存在一定难度的。在这种情况下,中国人民大学出版社推出“台湾法学研究精要丛书”之刑法系列,可以说它是两岸刑法学术交流领域的一大盛举。自20世纪90年代以后,台湾地区的刑法学界逐渐完成了新老交替。老一辈刑法学者年事已高,有的已经过世,尽管其著作仍然对当下发生着学术影响力,但其人、其作品慢慢地退出历史舞台,这是不可抗拒的自然现象。与此同时,一批中青年学者占据了刑法学术的舞台中心,成为学术中坚,正是这些学者及其作品成为目前主导台湾刑法学研究的力量。这些年来,祖国大陆出版机构也零星地出版过台湾刑法学者的著作,但尚无系统的出版规划。这次我们经过征求各方面的意见,向出版社推荐了一批在台湾刑法学界具有较大学术影响力的著作,纳入刑法系列。从第一批著作来看,主要有以下两种类型:一是刑法体系书,主要是指刑法教科书。台湾地区在2005年完成刑法修订以后,刑法教科书也随之完成了修订。在这种情况下,选择一些具有代表性的刑法教科书在大陆出版,可以作为教学参考之用。刑法体系书的体系性知识及叙述的特点,使大陆读者能够较为系统地了解台湾刑法学理论的全貌,因而必然会受到读者的欢迎。二是刑法论著,包括刑法论文集和专著。这是在某些刑法论题上进行深入研究的著作,可以展示刑法理论研究的深度。随着大陆对刑法理论研究的不断深入,台湾的刑法论著的出版必将提供某种借鉴。

祖国大陆和台湾地区具有相同的法律文化渊源。这是在刑法学术交流上的优势。但也不可否认,经过五十多年的文化隔绝,两岸刑法学术话语之间已经产生了较大的区隔。例如大陆在1949年以后引入苏俄刑法学,尤其是作为刑法学基本理论框架的犯罪构成体系,它是苏俄式的,沿用至今。台湾刑法学则以德、日的犯罪论体系作为刑法知识的基本逻辑结构。在这种情况下,两岸的刑法学术话语存在相当程度上的不对接,这也增加了刑法学术交流的困难。这些年来,祖国大陆刑法学界还在引入和借鉴德、日的犯罪论体系,对苏俄刑法学的犯罪构成体系进行反思与重构。就我个人认为,祖国大陆的刑法学面对着“拨乱反正”、知识转型的重大课题。唯有完成这一刑法知识的转型,祖国大陆的刑法学理论研究才能融入大陆法系的刑法学术传统之中,刑法学的理论格局也将为之发生巨变。在这样一个刑法知识转型的历史性时刻,我们刑法学人应当具有开拓的学术眼界、广阔的学术胸怀,为推进并完成这一刑法知识的转型而付出一己之力。在这样一个背景之下,台湾刑法著作在祖

国大陆的出版，是具有独特作用的。大陆法学的刑法学术传统经过台湾地区刑法学者的长期努力，深深地打上了中华文化的印记，这对于亟待引入大陆法学刑法学术传统的祖国大陆来说，无疑具有直接的借鉴意义。

我曾于1999年8月和2007年5月两度到访台湾，参访了台湾大学、东海大学、东吴大学、辅仁大学等高校，拜访过老一辈学者蔡墩铭教授，也与陈子平教授等中年学者长期交往，保持了深厚的友情。这次出版的“台湾法学研究精要丛书”之刑法系列，是这个系列的第一批书，我相信还会有更多的著作纳入到这个书系，与祖国大陆的读者见面。

是为序。

陈兴良

谨识于北京依水庄园渡上寓所

2008年3月23日

序 言

本书上、下册分别于2005年5月及翌年2月出版后，台湾多位学者的新版刑法总论著书也陆续出版，诸如众所周知的有林山田教授《刑法通论》、甘添贵教授《捷径刑法总论》、黄荣坚教授《基础刑法学》、林东茂教授《刑法综览》、张丽卿教授《刑法总则理论与运用》、郑逸哲教授《刑法初探》、柯耀程教授《刑法总论释义》、林钰雄教授《新刑法总则》等，再加上新修定“刑法”于2006年7月施行后，司法实务上亦有不少新见解或修正见解提出，因此本书增修版，除为了得以将初版的错误加以订正外，更得以将上述学者的修订新版书所叙述内容以及最新实务见解，尽可能地加以补充增订，以期本书内容的充实与最新资料的维持。

由于以总则篇为主要修定部分的现行“刑法”，于2005年通过公布、2006年开始施行，实务界为了因应总则大幅度的修改，重新检讨不合新规定的判例，甚至进而提出新见解；而学界不

少学者则绞尽脑汁，希望对新修定之规定内容提出最合理的诠释，或者从批判角度进行检讨，刑法学一时蔚为欣欣向荣之景象。然而，无论如何地分析诠释或批评检讨，其内容依然无法脱离台湾地区所继受的日本与德国刑法理论。本书除了将日本最新的刑法理论加以介绍，进而运用于诠释台湾地区“刑法”规定外，亦尽可能地就德国刑法规定与理论加以说明及比较检讨，同时将留德学者所著教科书之重要内容（多数采德国刑法理论）与目前最新实务见解纳入其中，期使读者既能清晰了解刑法体系架构，合理诠释新修定“刑法”总则条文，亦能正确掌握实务立场以及日本、德国刑法规定与理论的发展脉络。

本书增修过程，正与个人担任学系主任三年任期重叠。在兼顾系主任职责的行政工作与一介学者本分的学术研究下，增修工程难度倍增，所幸有东吴大学法律学系硕士班刑事法组诸位贤隶黄依琳、李彦光、蔡宜衡、黄国书、殷节的细心协助，本书始得以顺利付梓，特此表达感谢之意。

笔者谨识于永和无知斋

2008年孟秋

初版上册序

台湾法学研究精要丛书
刑法总论

由于大学时代对于刑法学的深厚兴趣，我在大学毕业次年就前往日本早稻田大学法学研究所专研刑事法学，而接受我入学申请并担任指导教授的，就是素未谋面而年仅四十一岁的曾根威彦教授。当时曾根教授已是一位有名的早稻田大学教授，我却还看不到先生自己撰写的教科书，对此我一直感到纳闷，于是在一次与教授喝咖啡聊天时，就问先生为何尚未出版自己的教科书，教授回答说：“要等到五十岁才会出教科书”。我一时之间并无法了解原因何在，等到多所接触之后，才比较深入了解日本学界的现象，对于日本学者而言，毕竟一本教科书（体系书）代表其本身在该专业领域的思想结晶，所以诸多日本学者的教科书几乎是在年逾五十之后才问世。

我在1991年所出版的《刑法总论（讲义纲要）》，是为了减轻听课同学抄写之辛劳而制作的，内容仅是纲要式之重点提示，并无一般教科书应具备的叙述式之详细内容。该讲义纲要出版迄今已有

十多个年头，也显示我个人的刑法教学已有十七八年的经历，尽管不敢妄言已有圆熟的刑法思想，也自忖已然形成一套独自の刑法体系架构。再观察台湾地区的刑事立法、实务见解、学说理论，向来都受日本深厚的影响，却由于最近二十年来，留日学者递减、留德学者大量增加，而形成台湾地区刑法学界几乎全面引进德国刑法学说理论之局面，并导致台湾“刑法”、实务见解、以日本学说理论为基础的传统学说理论与以德国学说理论为基础的多数学说理论之间存在相当大的断层，这不仅造成刑法学界之间对话上的困难、与实务见解之间极大的鸿沟与落差，以及刑法学进步的严重阻碍，更造成法律学子在学习刑法学上的严重困扰。这些理由，也可说是本书出版的一大推手。

本书的出版，不敢奢谈能够消弭立法、实务、日本学说理论、德国学说理论等各层面之间的断层，仅希望作为一个开端、一个垫脚石，借此抛砖引玉而促使更多承先启后的刑法教科书出版。一般而言，法律学是一门社会科学，所欲探讨的议题就是我们生活所涉及的社会问题，能够有效解决该社会问题的学说理论，不可能抛弃传统思想而仅仅全面引进外国学说理论即可形成。因此，本书希望能找回既有的传统思想（学说理论）之同时，也能将新的外国学说理论（尤其是日本学说理论）加以介绍、说明，并且尽可能地将目前台湾之主要学说理论纳入本书各相关章节，俾便读者对于台湾学说理论（无论传统或目前的）都能有初步通盘的理解。

本书分为上、下两册，上册是以刑法之基础理论与犯罪论之行为论、构成要件论、违法性论、责任论为主要内容，下册则以犯罪论中之未遂犯论、正犯与共犯论、罪数论以及刑罚论为主要内容。于犯罪论之构成要件论是采违法行为类型（不法类型、不法构成要件）说；于违法性论是采结果反价值（结果非价）、行为反价值（行为非价）二元论；于责任论则采法的责任论；换言之，本书的整体架构，就是以此等理论为核心基础，而尝试解决细密的刑法问题。

本书的完成，除了要感谢早期敦促我、协助我制作《刑法总论（讲义纲要）》的许多同学外，我还要感谢担任本人助理的东吴大学法律系硕士班同学陈奕仲与陈宏铭，更要特别感谢东吴大学法律系博士班的王容溥同学、政治大学法律系博士班的潘怡宏同学为本书初稿细心校正、惠赐宝贵意见。而在我逾越半世纪的人生旅程中，多位鼓励我护持我的师长、挚友与贤隶、在法学教育工作上与我抱持共同理念而恪尽心力的同事、一生坚毅勇敢而无怨无悔关爱我的母亲、一路伴我走来而源源不断丰富我生命的爱妻，都是灌溉我心灵、支撑我意志、让我得以耐烦有恒专注于研究的贵人，我感恩无限。

陳子平

谨识

2005年三月天于永和无知斋

初版下册序

台湾法学研究精要丛书
刑法总论

台湾新修定“刑法”总则于去年元月通过后，本书上册也在同年五月完成出版，原本预定能随即于八九月间出版下册，却由于一些因素而延宕至今。其中因素之一，就是由于这次所通过的刑法总则有相当大幅度的修改，“法务部”为了使检察官能理解与因应修法后的内容，邀请对于修法内容比较理解的学者前往北部、中部、南部检察署举行六梯次巡回讲座，笔者也在受邀之列，而分担未遂犯、正犯与共犯的讲授。因素之二，则是在修法后，有许多学者对于通过的修法内容提出不同程度的批评，加上一些刑法总论教科书也因应这次修法而修定改版（蔡墩铭教授的《刑法精义》二版、林山田教授的《刑法通论》九版、林东茂教授的《刑法综览》四版等，另有柯耀程教授新出版的《刑法总论释义》上、下册），为了能对于这些批评与改版内容作适当说明，笔者重新将已完稿的本书下册内容再加以增订。

透过这次“刑法”总则修定后刑法学者的批

评，更可证明台湾学说见解之紊乱，即便在提出批评的学者间之见解不仅存有相当大的歧异，甚至还出现情绪性批评，正如本书上册序言曾指出“这不仅造成刑法学界之间对话上的困难、与实务见解之间极大的鸿沟与落差，以及刑法学进步的严重阻碍，更造成法律学子在学习刑法学上的严重困扰”。笔者以为，在学理上，学者本身持有各自的独特见解是可以理解，甚至是理所当然之事，犹如众所周知，社会科学没有唯一的答案、没有绝对的真理，既然是见解分歧，自然会出现对立，但，这是立场的对立，而非情绪的对立，当针对不同见解提出批评时，言而有据、理由充分地提出反对意见，原本是身为学者最起码的审慎态度，更是身为知识人对于他人见解、立场予以尊重的基本涵养；在立法上，彼此应抱持更宽大的包容心，尤其在面对存有分歧对立见解的问题时，所主张的条文内容，则应集思广益，尽可能包容不同的见解、立场，也就是尽量让不同见解能有解释的空间。

本书是一本搜罗丰富新旧资料的体系书。在学中的法律系学生乃至法律专业人士（包括司法官、律师等等），皆可借由体系完备、理路清晰的本书，建立深厚的刑法学素养。然而本书属于刑法学的进阶用书，大一新生或刑法初学者在研读上，或许会由于内容丰富深入、不同见解繁多而倍感吃力，所幸本书在内容的安排上，循序渐进，初学者不妨先就初步内容加以理解，尤其搭配书中设例学习分析与思考后，再逐步涉猎较深的内容，相信一定会有倒吃甘蔗的喜悦。

陳子平

谨识

2006年元月于永和无知斋

总 纲

台湾法学研究精要丛书
刑法总论

第一篇 刑法之基础理论

- 第一章 刑法之意义与功能
- 第二章 刑法之历史与理论
- 第三章 刑法之基本原则
- 第四章 刑法之效力
- 第五章 刑法之基本用语

第二篇 犯罪论

- 第一章 犯罪之概念与犯罪论之体系
- 第二章 行为论
- 第三章 构成要件论
- 第四章 违法性论
- 第五章 责任论
- 第六章 未遂犯论
- 第七章 正犯与共犯论
- 第八章 罪数（竞合）论

第三篇 刑罚论

- 第一章 刑罚之概念
- 第二章 刑罚之适用
- 第三章 刑罚之执行
- 第四章 刑罚之消灭

第四篇 保安处分论

- 第一章 保安处分之意义与沿革
- 第二章 保安处分之基础
- 第三章 保安处分与刑罚之关系
- 第四章 台湾地区“刑法”上之保安处分
- 第五章 保安处分之宣告与执行

目 录

台湾法学研究精要丛书
刑法总论

第一篇 刑法之基础理论

第一章 刑法之意义与功能	3
壹、刑法之意义	3
贰、刑法之性质	4
叁、刑法之分类	6
肆、刑法之规范	7
伍、刑法之功能	8
陆、刑法之谦抑主义	10
柒、刑法与社会伦理规范	10
捌、刑法学	11
第二章 刑法之历史与理论	13
壹、封建时代之刑法制度	14
贰、启蒙时代之刑法思想	14
叁、前期古典学派之刑法理论	15
肆、后期古典学派之刑法理论	17
伍、近代学派之刑法理论	18

	陆、学派论争与其后之发展	21
	柒、纳粹德国之刑法理论	22
	捌、德国战后之刑法思想	23
	玖、日本近现代之刑法思想	23
	拾、我国（含台湾地区）近现代之刑法思想	26
	拾壹、现代刑法理论之基本观念	30
第三章	刑法之基本原则	33
	第一节 罪刑法定主义	33
	壹、罪刑法定主义之意义	33
	贰、罪刑法定主义之沿革	34
	叁、罪刑法定主义之思想基础	35
	肆、罪刑法定主义之内容	36
	第二节 行为主义	46
	第三节 责任主义	46
	壹、责任主义之意义	46
	贰、责任主义之内容	46
第四章	刑法之效力	48
	第一节 刑法之时的效力	48
	壹、时的效力之意义	48
	贰、行为后法律有变更者	49
	叁、限时法	53
	第二节 刑法之地的效力	53
	壹、地的效力之意义	53
	贰、立法主义	54
	叁、现行“刑法”之地的效力	54
	肆、外国裁判之效力	55
第五章	刑法之基本用语	56
	壹、以上、以下、以内	56
	贰、公务员	57
	叁、公文书	59
	肆、重伤	59
	伍、性交	61
	陆、电磁纪录	62

第二篇 犯罪论

第一章	犯罪之概念与犯罪论之体系	67
第一节	犯罪之概念	67
	壹、犯罪之意义	67
	贰、一般概念之犯罪	69
	叁、犯罪之本质	70
	肆、犯罪之分类	71
第二节	犯罪论之体系	77
	壹、犯罪论体系之意义	77
	贰、犯罪论之阶段性（阶层性）构造	78
	叁、犯罪论体系之构成方法	79
第二章	行为论	83
	壹、行为论之体系地位	83
	贰、行为概念之功能	84
	叁、行为论之各说	85
第三章	构成要件论	90
第一节	构成要件之概念与理论	90
	壹、构成要件之概念	90
	贰、构成要件之理论	91
	叁、构成要件之功能	96
	肆、构成要件之种类	97
第二节	构成要件之要素	98
	壹、依构成要件要素性质之分类	99
	贰、记述性的构成要件要素与规范性的构成要件要素	109
第三节	不作为犯	109
	壹、作为犯与不作为犯	110
	贰、不纯正不作为犯之成立要件	111
第四节	因果关系	116
	壹、因果关系之意义	116
	贰、条件关系	117
	叁、因果关系理论	120

第四章

	肆、客观归责理论 (Lehre von der objektiven Zurechnung)	124
第五节	构成要件的故意	126
	壹、故意之意义	126
	贰、故意之体系地位	127
	叁、构成要件的故意之要件	128
	肆、故意之种类	132
第六节	构成要件事实之错误	136
	壹、构成要件事实错误之意义	136
	贰、构成要件事实错误之分类	137
	叁、具体事实错误	138
	肆、抽象事实错误	141
第七节	构成要件的过失	143
	壹、过失之意义	143
	贰、传统的过失理论 (旧过失论)	144
	叁、新的过失理论 (新过失论)	146
	肆、构成要件的过失之要件	148
	伍、信赖原则	149
	陆、可容许之危险	153
	柒、过失之种类	154
	捌、过失之竞合	156
	违法性论	159
第一节	违法性之概念	159
	壹、违法性之意义	159
	贰、违法性之本质	160
	叁、违法性之判断	166
	肆、可罚的违法性	167
第二节	违法性阻却事由 (正当化事由)	170
	壹、违法性阻却之意义	170
	贰、违法性阻却 (正当化) 之一般原理	170
	叁、违法性阻却事由 (正当化事由) 之种类	172
第三节	正当防卫	173
	壹、正当防卫之意义	173
	贰、正当化之根据	173

	叁、正当防卫之要件	174
	肆、防卫过当	181
	伍、误想防卫	182
	陆、误想防卫过当	182
	柒、防卫行为与第三人	183
第四节	紧急避难	184
	壹、紧急避难之意义	184
	贰、紧急避难之本质（紧急避难不罚之根据）	185
	叁、紧急避难之要件	187
	肆、避难过当	189
	伍、误想避难	189
	陆、误想避难过当	190
	柒、正当防卫与紧急避难	190
第五节	依法令行为、业务上正当行为	193
	壹、意义	193
	贰、依法令行为	194
	叁、业务上正当行为	196
第六节	超法规违法性阻却事由（超法规正当化事由）	199
	壹、意义	199
	贰、被害人之承诺（同意）	199
	叁、其他社会相当性行为	208
	肆、自救行为（自力救济）	208
第七节	义务冲突	209
	壹、义务冲突之意义	209
	贰、义务冲突之种类	210
	叁、义务冲突之法的性质	211
	肆、义务冲突之处置	212
第五章	责任论	213
第一节	责任之概念	213
	壹、责任（Schuld）之意义	213
	贰、责任主义（责任原则、罪责原则）	214
	叁、责任之本质	215
	肆、责任之基础（对象）	219
	伍、责任之内容	221

	陆、责任之要素	222
第二节	责任能力	222
	壹、责任能力之意义	222
	贰、责任能力之本质	224
	叁、责任能力之体系地位	225
	肆、无责任能力者与限制责任能力者	226
	伍、原因自由行为	230
第三节	责任条件	235
	壹、责任条件之意义	235
	贰、责任的故意	236
	叁、责任的过失	236
	肆、违法性意识或意识可能性（不法意识或意识可能性）	237
	伍、期待可能性	248
第四节	结果加重犯	251
	壹、结果加重犯之意义	251
	贰、结果加重犯之要件	252
	叁、台湾实务见解	255
	肆、本书之立场	257
第六章	未遂犯论	259
第一节	犯罪之实现阶段	259
	壹、导言	259
	贰、阴谋与预备	260
	叁、既遂犯与未遂犯	261
	肆、未遂犯之处罚根据	262
第二节	普通未遂	264
	壹、普通未遂之意义	264
	贰、普通未遂之成立要件	265
	叁、普通未遂之效果	271
第三节	不能未遂	272
	壹、不能未遂之意义	272
	贰、不能未遂与普通未遂之区别	273
第四节	中止未遂	290
	壹、中止未遂之意义	290

	贰、中止未遂之法律性质·····	290
	叁、中止未遂之成立要件·····	295
	肆、中止未遂之法律效果·····	300
	伍、预备之中止·····	301
	陆、台湾地区现行“刑法”第27条之解读·····	302
第五节	未遂犯立法例之比较（台湾地区、日本、德国）·····	304
	壹、条文内容·····	304
	贰、比较说明·····	305
第七章	正犯与共犯论·····	308
第一节	正犯与共犯之基本概念·····	308
	壹、正犯与共犯之立法例·····	308
	贰、正犯之概念·····	312
	叁、共犯之概念·····	313
	肆、限缩正犯概念与扩张正犯概念·····	313
	伍、正犯与共犯之区别·····	314
第二节	必要的共同犯罪·····	322
	壹、必要的共同犯罪之意义·····	322
	贰、必要的共同犯罪有无总则“正犯与共犯”规定之适用·····	322
第三节	间接正犯·····	323
	壹、间接正犯之意义·····	323
	贰、间接正犯之正犯性·····	324
	叁、间接正犯之形态·····	325
	肆、间接正犯之未遂成立时期·····	327
	伍、己手犯·····	328
	陆、间接正犯之错误·····	329
第四节	正犯与共犯之基础理论·····	330
	壹、共同正犯之本质·····	330
	贰、共犯之处罚根据·····	337
	叁、共犯之学说·····	341
第五节	共同正犯·····	351
	壹、共同正犯之意义·····	351
	贰、共同正犯之要件·····	352
	叁、实施与实行·····	354
	肆、主观要件“共同实行之意思”之相关联问题·····	361

	伍、客观要件“共同实行之事实”之相关联问题	373
第六节	教唆犯	385
	壹、教唆犯之意义	385
	贰、教唆犯之要件	386
	叁、教唆之未遂与未遂之教唆	388
	肆、阴谋罪、预备罪之教唆	396
	伍、过失之教唆	398
	陆、间接之教唆与连锁之教唆	399
	柒、共同教唆	401
	捌、效果	402
第七节	帮助犯（从犯）	403
	壹、帮助犯之意义	403
	贰、帮助犯之要件	404
	叁、帮助犯之因果关系	407
	肆、阴谋罪、预备罪之帮助	411
	伍、为他人之预备行为	412
	陆、共同正犯与帮助犯之区别	413
	柒、间接帮助、连锁帮助与教唆帮助、帮助教唆	416
	捌、帮助犯之其他诸问题	419
	玖、效果	420
	拾、德国、日本与民国及台湾地区教唆犯、帮助犯之立法例	421
第八节	正犯、共犯与身份	425
	壹、意义	425
	贰、身份或其他特定关系之概念	426
	叁、身份犯之概念	428
	肆、“刑法”第31条第1项与第2项之解读	429
	伍、纯正身份犯与正犯、共犯	433
	陆、不纯正身份犯与正犯、共犯	433
	柒、消极身份犯与正犯、共犯	434
	捌、台湾地区第31条与日本第65条、德国第28、29条之 异同	436
第九节	共同正犯与共犯之其他诸问题	437
	壹、共同正犯之错误与共犯之错误	437
	贰、“共同正犯或共犯之中止”与“共同正犯或共犯关系	

	之脱离”	441
	叁、共同正犯、共犯与不作为犯	446
第八章	罪数 (竞合) 论	449
	第一节 罪数之概念	449
	壹、罪数之意义	449
	贰、罪数之种类	450
	叁、决定罪数之基准	451
	第二节 本来的一罪	452
	壹、单纯一罪	452
	贰、包括一罪	456
	第三节 科刑上的一罪	460
	壹、意义	460
	贰、想象竞合	460
	叁、牵连犯	464
	肆、连续犯	467
	伍、锯齿 (钩环) 现象	472
	第四节 数罪并罚 (并合罪)	472
	壹、意义	472
	贰、要件	473
	叁、处分	474
 第三篇 刑罚论 		
第一章	刑罚之概念	479
	第一节 刑罚与刑罚权	479
	壹、刑罚之本质	479
	贰、刑罚权	480
	第二节 刑罚之种类	480
	壹、意义	480
	贰、种类	481
第二章	刑罚之适用	488
	第一节 法定刑与刑之加重、减轻	488
	壹、法定刑之意义与法定刑之轻重	488

第三章

	贰、法定刑之加重与减轻·····	490
	叁、累犯·····	490
	肆、自首·····	493
	伍、酌量加重、减轻、免除·····	494
	陆、刑罚之加重、减轻之方法与顺序·····	497
第二节	量刑与刑之谕知·····	500
	壹、量刑·····	500
	贰、刑罚之谕知·····	502
第三章	刑罚之执行·····	504
第一节	各种刑之执行·····	504
	壹、意义·····	504
	贰、死刑之执行·····	505
	叁、自由刑之执行·····	505
	肆、财产刑之执行·····	508
第二节	缓刑·····	510
	壹、意义·····	510
	贰、要件·····	511
	叁、缓刑宣告之附带处置·····	512
	肆、缓刑期间·····	514
	伍、缓刑之撤销·····	514
	陆、缓刑之效力·····	516
第三节	假释·····	518
	壹、意义·····	518
	贰、要件·····	518
	叁、假释之撤销·····	521
	肆、假释之效力·····	522
	伍、假释要件之刑罚执行期间之计算·····	524
	陆、假释之程序·····	524
第四章	刑罚之消灭·····	526
第一节	意义·····	526
第二节	犯人之死亡与法人之消灭·····	527
第三节	赦免·····	527
	壹、意义·····	527
	贰、种类·····	528

第四节	时效	528
	壹、意义	528
	贰、追诉权时效	528
	叁、行刑权时效	533

第四篇 保安处分论

第一章	保安处分之意义与沿革	539
	壹、保安处分之意义	539
	贰、保安处分之沿革	540
第二章	保安处分之基础	541
	壹、反复犯罪之危险性	541
	贰、保安处分之法定	541
第三章	保安处分与刑罚之关系	543
	壹、并科主义	543
	贰、代替主义	543
	叁、择一主义	544
第四章	台湾地区“刑法”上之保安处分	545
	壹、感化教育	545
	贰、监护	546
	叁、禁戒	547
	肆、强制工作	548
	伍、强制治疗	549
	陆、保护管束	552
	柒、驱逐出境	553
第五章	保安处分之宣告与执行	554
	壹、保安处分之宣告	554
	贰、保安处分之执行	555
	叁、保安处分之时效	556
	主要参考书目	558
	事项索引	561

第一篇 刑法之基础理论

第一章 刑法之意义与功能

第二章 刑法之历史与理论

第三章 刑法之基本原则

第一节 罪刑法定主义

第二节 行为主义

第三节 责任主义

第四章 刑法之效力

第一节 刑法之时的效力

第二节 刑法之地的效力

第五章 刑法之基本用语

第一章 刑法之意义与功能 3

台湾法学研究精要丛书
刑法总论

壹、刑法之意义

“刑法”，简单而言，就是规定如何之行为构成“犯罪”以及对于该犯罪应如何科处“刑罚”之法律。由此可知，“犯罪”就是应被科处刑罚之行为，属于“法律要件”，“刑罚”则是对于犯罪之制裁，属于“法律效果”，“犯罪”与“刑罚”彼此处于密切之对应关系。例如，“刑法”第 271 条规定：“杀人者，处死刑、无期徒刑或十年以上有期徒刑。”其中，“杀人”，就是属于法律要件之犯罪，“处死刑、无期徒刑……”，就是属于法律效果之刑罚。

此外，“刑法”第 86 条至第 99 条设有“保安处分”之规定。“保安处分”着眼于行为人内在之危险性，其目的在于谋求社会之安全，并改善及治疗行为人之危险性。“保安处分”与“刑罚”之关系如何，素有一元主义与二元主义之

争；一元主义又分为两种主张，刑罚一元主义主张，刑法上之法律效果，仅有刑罚而不包含保安处分；保安处分一元主义主张，刑法之法律效果，仅有保安处分而不涵盖刑罚。二元主义则主张，除刑罚之外，保安处分亦属于刑法上之法律效果，而刑罚系以“应报”为基础，保安处分系以“预防未来之犯罪”为目的。台湾“刑法典”明显是采二元主义（林山田，刑法通论（上）增订十版，40页；甘添贵、谢庭晃合著，捷径刑法总论（修订二版），332页；黄荣坚，基础刑法学（上）2006年修订版，5页；林钰雄，新刑法总则，19、20页，27—29页）。

4 ◎林山田教授：“本法所规定的法律效果则指用以制裁或处遇行为人的法律手段，系采包括刑罚与保安处分的双轨制的法律效果。刑罚系指使用剥夺生命、人身自由或财产的处罚手段，以作为刑事制裁的法律反应手段，包括：死刑、无期徒刑、有期徒刑、拘役、罚金等主刑（§33），以及褫夺公权、没收与追缴或抵偿等从刑（§34）（见下述第十六章、第一节与第二节）。保安处分则用以充当社会保安措施的法律手段，包括：感化教育（§86）、监护（§87）、禁戒（§§88, 89）、强制工作（§90）、强制治疗（§§91, 91-1）、保护管束（§§92, 93）、驱逐出境（§95）等（见下述第十九章、第二节）。”（刑法通论（上）增订十版，40、41页）

贰、刑法之性质

刑法属于法律规范。然而，法律规范，除刑法之外，尚有宪法、民法、行政法、民事诉讼法、刑事诉讼法、行政诉讼法等，可见刑法必有异于其他法律之性质。

一、刑法属于公法

刑法与属于私法之民法，商法等有所不同。一般而言，规定国家与国民之间权力服从关系之法律，即“公法”；规定国民与国民之间平等关系之法律，即“私法”。刑法是规定刑罚权主体与犯罪主体（国家与个人）关系之法律，故属于公法。公法，除刑法之外，尚有宪法、各种行政法（“立法院”组织法、“行政院”组织法、税法、土地法、医疗法等）、民事诉讼法、刑事诉讼法、行政诉讼法等。

◎关于公法与私法之区别基准：法益说主张，以法所保护者系公益或私益为准；主体说主张，以法律关系之主体系国家、公家机关或系私人、私人机关为准；法律关系说主张，以所规范者系权力关系或平等关系为准。

◎林山田教授：“由于刑法所规定的内容系属于国家与国民之间具有主权性质的法律关系，故刑法属于公法。”（刑法通论（上）增订十版，42页）

二、刑法为实体法

刑法与属于程序法之刑事诉讼法等不同。规定权利义务之法律，即“实体法”；规定实现实体法所规定之权利义务内容之法律，即“程序法”。刑法是规定犯罪与刑罚之实质内涵之法律，故为实体法，与规定实体法适用手续之程序法（刑事诉讼法），明显不同。刑法以外之实体法，尚有民法、商法（公司法、银行法等）及各种行政法。

5

三、刑法属于实定法

凡经过国家机关制定而实际实施于现实社会之法律，即“实定法”，或称“现实法”；相对地，不受人为之影响、具有超越经验及时空之普遍妥当性、人们得根据理性而先验地加以认识之法，即“自然法”。刑法是根据国家立法机制与社会习惯等经验事实订定而成之法律，故属于实定法，而非自然法。

◎一般自然法论者认为，任何国家或地域，皆有普遍妥当公正且次元高于实定法之“自然法”存在，或称之为“神之法”、“理性之法”等。法实证主义者则仅承认实定法之存在，而否定自然法之存在。

四、刑法属于强行法

“强行法”，就是无论当事人之意思如何、仍会当然地被加以适用、且具有绝对适用效力之法；反之，不直接涉及公益、而得依照当事人之意思排除其适用之法，就是“任意法”。刑法之内容，明示禁止规范（例如禁止杀人、禁止强盗）与命令规范（例如命令解散、命令退出），除告诉乃论之罪（例如侮辱罪、诽谤罪）外，基本上，当事人之意思，不得左右刑法之适用，故刑法属于强行法，而非任意法。刑法之外，宪法、各种行政法、民事诉讼法、刑事诉讼法等，皆属于强行法。

◎民法，基本上属于任意法，尤其有关财产部分；而有关身份部分，因涉及人伦秩序之维持，大多属于强行法。

五、刑法属于继受法

凡根据各该国固有独特之法律观念与法律制度而成立之法，为“固有法”；凡以外国之法律思想、法律制度为基础而成立之法，为“继受法”。台湾现行“刑法”，虽包含固有法之成分，但就其体裁与内容观之，主要系仿效外国法而制定，故应认其为继受法，而非固有法。

6

六、刑法即犯罪法 (Strafrecht; criminal law)

尽管曾有学者认为,刑法 (Strafrecht) 着重于刑罚,犯罪法 (criminal law) 着重于犯罪行为,两者概念有所不同 (韩忠谟,刑法原理,1页;林山田,刑法通论(上)增订十版,42页);但实质上,刑法为大陆法系之名称,犯罪法为英美法系之名称,两者并无区别。

叁、刑法之分类

一、“广义刑法”与“狭义刑法”

“广义刑法”,指刑法典以及其他有规定犯罪与刑罚之刑罚法规而言,例如“刑法典”、“贪污治罪条例”、“惩治走私条例”、“妨害国币治罪条例”、“儿童及少年性交易防制条例”、“家庭暴力防治法”、“集会游行法”、“台湾地区与大陆地区人民关系条例”、“银行法”、“金融控股公司法”、“证券交易法”、“消费者保护法”、“公平交易法”、“商标法”、“专利法”、“著作权法”等等。

“狭义刑法”,仅指“刑法典”而言,是所有刑罚法规之基本法。台湾现行“刑法典”,共有363条,第一编为“总则”(第1条至第99条),第二编为“分则”(第100条至第363条)。“刑法总则”,规定各个犯罪与刑罚之共通问题;“刑法分则”,规定各个犯罪之法律要件与法律效果。

7 2006年7月1日起施行之现行“刑法”第11条规定:“本法总则于其他法律有刑罚或保安处分之规定者,亦适用之。但其他法律有特别规定者,不在此限。”

◎原刑法(1935年~2006年6月)第11条规定:“本法总则于其他法令有刑罚之规定者,亦适用之。但其他法令有特别规定者,不在此限。”

二、“普通刑法(一般刑法)”与“特别刑法”

“普通刑法”,指“刑法典”而言;“特别刑法”,指“刑法典”以外之刑罚法规而言,依性质之不同,可分为“狭义特别刑法”与“行政刑法”。

“狭义特别刑法”,又称刑事刑法,就是以刑事犯或自然犯为处罚对象之刑法,具有补充刑法典与附属刑法典之性质,带有强烈之道德伦理非难性,例如“贪污治罪条例”、“妨害国币治罪条例”、“惩治走私条例”、“洗钱防制法”、“毒品危害防治条例”、“枪炮弹药刀械管制条例”、“组织犯罪防治条例”、“检肃流氓条例”等等。“行政刑法”,就是以行政犯或法定犯为处罚对象之刑法,其行为大多不带有道德伦理之非难性,而是以行政取缔为目的,例如“金融控股公司法”、“证券交易法”、“消费者保护法”、“公平交易法”、“商标法”、“专利法”、“著作权法”、“全民健康保

险法”、“老人福利法”、“少年福利法”、“卫星广播电视法”等等。

行政犯（法定犯）是违反法律规范之犯罪，刑事犯（自然犯）则是同时违反法律规范与道德规范之犯罪，二者之区别，具有流动性及相对性；例如“空气污染防制法”、“水污染防制法”中之犯罪，虽属于行政刑法之犯罪，却带有违反法律规范与违反道德规范之性质，此即“法定犯之自然犯化”。

◎林山田教授：“刑法就其适用对象与范围的不同，以及适用的优先顺序，而有普通刑法与特别刑法的区分。普通刑法系指适用于一般人或一般刑事案件，或适用于平时或普及全国各地适用的常典，亦即是在无其他的特别规定下，处于国家刑罚权之下的所有行为人均可适用于刑法规范，故属一般性与经久性的原则刑法。特别刑法则指针对特定人、事、时、地的特别需要而制定的刑法，系仅适用于特定人、特定事、特定时、特定地的特典，故属具有特殊性与短暂性的例外刑法。适用于特定人的特别刑法，例有“陆海空军刑法”与“少年事件处理法”；适用于特定事的特别刑法，例有“残害人群治罪条例”、“枪炮弹药刀械管制条例”等；适用于特定时期的特别刑法，例有“妨害‘国家’总动员惩罚暂行条例”、“九二一震灾重建暂行条例”；适用于特定地的特别刑法，例有“台湾省烟酒专卖暂行条例”（已废）。”（刑法通论（上）增订十版，46、47页）

◎黄荣坚教授：“刑法学上所谓的特别法，指的是刑法所规定的两个犯罪的构成要件之间的逻辑关系。当某一个犯罪的构成要件包含另外一个犯罪的全部的构成要件，并且至少又多一个构成要件，那么我们说前者是后者的特别法。例如‘刑法’第二百七十四条所规定的生母杀婴罪，基本上也完全符合杀人罪的要件，只不过多了一个特别要件，就是此处的行为人与被害人之间是属于生母与初生婴儿之间的关系，所以生母杀婴罪是杀人罪的特别规定。而由于如此的特别法，立法者是有意针对其特别情状赋予（不同于一般规定的）特别的法律效果，所以在法律的适用上自然形成特别法优于普通法的原则。从这样的基本概念来看，刑法体系上现在或过去所存在的许多刑法单行法，事实上并不是刑法学上所说的特别法。甚至有大部分的条文，例如“贪污治罪条例”，或者已经失效的‘惩治盗匪条例’所规定的条文，根本就是刑法上既有条文的重复规定。像这样的法律，传统下的立法者与司法者以所谓特别法的概念视之，意思其实只不过是在既有规定之外，在刑度上另为更严苛的特别规定而已……这样的法律，实质上的刑罚违反衡平原则，形式上也不合于刑法学上特别法的法理。”（基础刑法学（上）2006年修订版，10页）

肆、刑法之规范

刑法既然是规定犯罪（法律要件）与刑罚（法律效果）关系之法律，则大部分

之条文中，势必含有“行为规范”与“裁判规范”此两种不同规范。

例如，第 271 条规定：“杀人者，处死刑、无期徒刑或十年以上有期徒刑。”条文中属于“法律要件”之“杀人者”，就含有对于“杀人”之禁止。又例如，第 149 条规定：“公然聚众，意图为强暴胁迫……而不解散者，在场助势之人，处六月以下有期徒刑、拘役或三百元以下罚金。首谋者，处三年以下有期徒刑。”条文中属于“法律要件”之“公然聚众，意图为强暴胁迫……而不解散者，在场助势之人”以及“首谋者”，就含有对于“公然聚众，意图为强暴胁迫”、“在场助势”、“首谋”等行之禁止，以及对于“解散”之命令。诸如此类，以一般国民为对象之“禁止规范”或“命令规范”，皆是在禁止或命令一般国民不得为或应为一定之行为，故又称为“行为规范”。

同时，条文中属于“法律效果”之“处……”，则含有对于违反各该法律要件之禁止或命令者，法官必须判“处……”之命令，以及不得科“处……”以外种类之刑或衡量其他刑度之禁止。诸如此类，以法官为对象之“命令规范”或“禁止规范”，是在命令或禁止法官，对于违反刑法者，应为或不得为如何之裁判，故又称为“裁判规范”。

伍、刑法之功能

刑法素为社会统制之重要手段之一。在现代社会中，刑法到底应扮演何种角色、发挥如何之功能，吾人尤须详加探究。一般认为，刑法具有“规制”、“保护”与“保障”等三项功能，而关键则在于应如何理解此三项功能之内容，以及其相互间之关系。

一、刑法之规制功能

刑法之“规制功能”，又称“规律功能”或“规范功能”，就是刑法有规范国民行动之功能。国家以刑罚剥夺人民之生命、自由、财产时，必须有所根据；作为行为规范之刑法，既然是规定对于一定之行为科处特定刑罚之法律，则于科刑之前，必须先明确显示如何之行为系法所不容许之行为，即刑法必须先评价或显示如何之行为系具有反价值之行为（此即刑法之评价功能），进而，命令人民不得为一定之反价值行为，予以人民不得为该一定反价值行为之意思决定，即刑法预示不得为该行为之命令或禁止（此即刑法之意思决定功能）。刑法即透过此项功能，对人民之行动加以规制，以防止人民图谋犯罪之发生或作出犯罪之行为。

二、刑法之保护功能

刑法之“保护功能”，就是刑法有保护法益不受犯罪侵害之功能。所谓法益(Rechtsgut)，就是法所要保护之利益、价值，或值得受刑法保护之生活利益。刑法之功能，究竟仅在于法益之保护？抑或包含社会伦理之保护？本书以为，法益保护之最终目的，不外乎社会生活秩序之维持，故刑法之功能亦应包含社会伦理之保护；换言之，并非所有受侵害之法益或有受侵害危险之法益皆受刑法之保护，而是必须有受到“脱离社会生活秩序之范围且值得刑罚加以制裁”之侵害时，该法益才受保护，故刑法亦含有维持社会伦理之功能。

法益保护功能，可分为“一般预防功能”与“特别预防功能”；前者指防止一般人犯罪之功能，后者则指防止特定且已犯罪之人再度陷入犯罪之功能。

◎甘教授等认为，刑法之功能为法益保护、人权保障、行为规制以及秩序维持等功能，另又认为，刑法规范除有保护法益安全之目的外，尚有维护社会伦理之目的(甘添贵、谢庭晃合著，捷径刑法总论(修订二版)，4—5页)。唯所谓保护法益安全、维持社会伦理，皆应属于刑法之功能，实无须另以刑法规范之目的进行说明。

三、刑法之保障功能

刑法之“保障功能”，就是刑法有限制国家刑罚权之发动以保障个人自由之功能。即刑法具有划定国家刑罚权界限之功能，当人民所实施之行为不符合刑法所规定之犯罪时，国家刑罚权之发动应受限制，以保障个人之自由；换言之，刑法是借由事先规定犯罪与刑罚之正当妥适之内容，以限制国家刑罚权之发动，避免国家权力之恣意行使，进而发挥保障个人人权之功能，故又称为“大宪章(Magna Charta)功能”。

11

从刑法具有制止国家恣意处罚人民之功能以观，刑法不失为“善良国民之大宪章”；从犯人不受刑法规定以外之刑罚之科处以观，刑法实乃“犯罪者之大宪章”。

刑法之保护功能与保障功能，会互为消长。当刑法愈扩大保护之利益、价值之范围时，将会相对地愈缩小保障功能之范围。亦即保护功能愈强，保障功能将愈弱；反之，保障功能愈强，则保护功能将愈弱。因此，保障功能与保护功能之调和，乃刑法学上之重要课题。

◎林山田教授认为，刑法有五大功能，即保护法益、制压与预防犯罪、保障人权、矫治行为人及予行为人赎罪之机会等(刑法通论(上)增订十版，51页以下)。其中，制压与预防犯罪应可归纳于“保护功能”或“规制功能”，至于矫治行为人及予行为人赎罪之机会，则可归纳于“保障功能”。

◎蔡墩铭教授将刑法之目的，分为“正义之维持”、“公共福祉”及“法律安定性”

三种，至于刑法之功能，则分为“保障功能”、“保护功能”及“规范功能”三种（刑法精义（二版），9页以下）。此见解大致与本书见解相同。

陆、刑法之谦抑主义

刑法作为社会统制手段之一，借由牺牲个人原有之自由与权利，以达到效果之发挥。然而刑法对于犯罪之防止并非万能，刑罚本身并不能免除其恶害性，因此，与保障功能相关联之谦抑主义应加以重视。

“刑法之谦抑主义”，就是刑法不应将一切违法行为都当作处罚对象，仅应以具有刑罚必要性之犯罪，始有其适用之原则。例如 Franz von Liszt 之名言：“最好的社会政策，就是最好的刑事政策。”盖因任何国家社会，仅仰赖刑法作为手段，并不能遏止犯罪，况且刑罚是剥夺人民之生命、自由、财产等极端苛酷之制裁，因此，刑法应仅止于作为防止犯罪之“最后手段（ultima ratio）”（此即刑法之补充性）；同时，刑法之规制，不必企求囊括一切或及于生活领域之每一部分，反而应仅限于维持社会秩序所必要且最小限度之领域（此即刑法之片段性）；再者，即便有现实犯罪行为之实施，凡是欠缺保护法益之必要性，就应侧重于宽容精神，而将刑罚加以节制（此即刑法之宽容性）。可知，刑法之谦抑主义，就是以刑法之补充性、片段性及宽容性为内容，而成为刑法立法与解释之重要原理。

柒、刑法与社会伦理规范

一、社会伦理与刑法之关系

一般通称为道德之“社会伦理规范”，就是以社会上一般人之良知为基础，而规制社会成员之行为或社会成员彼此间之行为之整体规范。因此，若根据特定意识形态（观念形态）或宗教信仰等而形成之“道德”或“社会伦理”，则非此处所称之“社会伦理规范”。

刑法藉由“杀人者”、“窃取他人动产者”之规定，向人民宣示“勿杀人”、“勿窃取他人动产”等行为规范，而此等刑法规范，与规律一般人行为之社会伦理规范有着密切关系，犹如谚语“法乃最低限度之道德”所示，成为刑法上之犯罪之多数，也都属于道德所不容许的。

唯刑法与社会伦理规范仍具有下列不同之处。（一）社会伦理规范，虽与刑法同属于社会规范而具有规制功能，却非国家权力所承认之规范。（二）社会伦理规范，是以人之良知为基础之规范，因此，社会伦理规范上之正邪或善恶，是根据个人内心之态度而决定；相对地，刑法是透过保护法益以维持社会秩序为目的之规范，因

此，刑法上之正当或不正当、合法或违法，是根据个人之外在举止是否为法益侵害或侵害危险之行为而决定。(三) 当有人违反社会伦理规范时，尽管世间将会对其非难甚或加诸社会之制裁，而具有心理之强制力，但其绝对欠缺刑法根据国家权力而具有的刑罚之强制力。

13

可知，刑法与社会伦理规范不能加以混同。即便是违反社会伦理规范之行为，若无法益保护之必要性，则非刑法上之犯罪；反之，虽非违反社会伦理规范之行为，但若有法益保护之必要性，则亦属于刑法上之犯罪。

二、刑法之社会伦理功能

刑法与社会伦理规范虽应严格区别，但并不表示刑法与社会伦理毫无关联，其区别之意义在于，不得仅以违反国家道义或社会伦理为理由，就将某行为视为犯罪。如前所述，刑法是以刑罚为手段来保护法益，而达到维持社会秩序之目的，因此，某行为被视为犯罪而受处罚之理由，首先必须是该行为具有法益之侵害或侵害之危险。不过，为达成维持社会秩序之目的，犯罪与刑罚必须同时根植于国民健全之道义观念；换言之，应以人类古往今来历史中所孕育而成之社会伦理与道义之应报观念为基础，始得以有效发挥刑法上各种功能之可能。从而，主张“刑法不应导入道义以及社会伦理之观念，而应仅就法益保护之必要性、有效性以掌握刑法功能”之见解者，对于刑法之功能实有误解。

◎以上有关刑法与社会伦理规范之议题内容，是参考日本刑法学者大谷实教授之见解。

捌、刑法学

“刑法学”有狭义与广义之分。狭义之刑法学，就是以解释实定刑法为任务之“刑法解释学”；广义之刑法学，包括刑法哲学、刑法史学、比较刑法学等“基础刑法学”之相关科学。

一、刑法解释学

14

“刑法解释学”，就是运用解释学之方法，体系性地认识刑法规范之意义内涵而作为内容之学问，其研究范畴，可分为“刑法总论”与“刑法各论”。

刑法总论，是就各个犯罪与刑罚之共通问题，进行一般性、原理性之考察，亦即对于犯罪之一般要件（所有犯罪之共通要件）做检讨，而重视体系思考与体系之整合性；易言之，刑法总论之任务，在分析、理解各个犯罪与刑罚所具有之一般共通性质，其研究对象，基本上是刑法典之总则编。

刑法各论，是就各个犯罪与其所相对应之刑罚之固有问题，进行特殊性、具体性之考察，亦即对于各个犯罪之固有要件（各个犯罪各自所须具备之要件）做检讨，而重视问题思考与具体之妥当性；易言之，刑法各论之任务，在阐明各个犯罪之固有要件，确立各个处罚范围，并使各个犯罪相互间之关系与区别明确化，其研究对象，基本上是刑法典之分则编。

二、基础刑法学

“基础刑法学”，就是成为刑法解释学基础之学问，包括刑法哲学、刑法史学、比较刑法学、犯罪学、刑事政策学等相关科学。

“刑法哲学”在考察犯罪与刑法之哲学基础，“刑法史学”是以历史学之方法考察刑法历史之发展经过，“比较刑法学”则是比较考察各国间之刑法。属于刑法解释学研究对象之现行刑法，即根据此等相关科学所呈现之成果而成立。若将刑法解释学比喻为“临床医学”，此等相关科学则可比喻为“基础医学”。

再者，属于犯罪与刑罚等实证科学之“犯罪学”，以及以犯罪学为基础之“刑事政策学（犯罪对策学）”，亦为重要之基础刑法学。

15

三、刑事法学

为充分发挥刑法之功能，必须关联性地将侦查犯罪、提起公诉、审判及执行等全部过程，进行机能性之考察。执法机关依法所为之整体实现过程，称为“刑事司法”；与此等过程相关之刑事实体法（刑法等）、刑事程序法（刑事诉讼法等）及刑事执行法（监狱行刑法等）等，统称为“刑事法”；以此等刑事法作为研究对象之学问，则称为“刑事法学”。

第二章 刑法之历史与理论

17

台湾法学研究精要丛书
刑法总论

我国近代刑法，主要是继受日本近代刑法制度与刑法思想，而日本之近代刑法，则来自近代欧陆（尤其是法国与德国）刑法制度与思想，加之我国现代刑法，不仅受到日本现代刑法理论与思想影响，也同时大幅接受现代德国刑法理论与思想。吾人学习刑法，不仅必须了解近现代欧陆刑法之历史源流，尚须对于日本近现代之刑法理论与思想有所认识，进而充分掌握我国近现代刑法理论与思想系如何受到近现代日本、德国刑法理论与思想影响之脉络。因此，本章大致上，先扼要叙述中世纪封建时代之刑法制度、启蒙时代之刑法思想，然后介绍前期古典学派（18世纪至19世纪初之市民社会成立期）、后期古典学派及近代学派（19世纪中叶至20世纪之资本主义兴盛期）、全体主义（纳粹德国时期）之刑法理论，以及战后德国、日本近现代、我国近现代之刑法思想，最后再说明现代刑法理论之基本观念。

壹、封建时代之刑法制度

法国大革命之前，欧陆各国尚处于封建制度之状态，刑法之思想，以君权神授为基础，神学赎罪、伦理应报之色彩浓厚，刑法之目的，在于压制对身份秩序之反抗，因而当时刑法制度主要有四项特色：一、宗教性及道德性：刑法多用于宗教、道德之强制；二、身份性：依贵族、平民等身份之不同，处遇亦不同；三、恣意性：国王或国王任命之大臣可任意运用刑法，即所谓“罪刑专断主义”；四、残酷性：刑罚以残酷之死刑、身体刑为主。

18 贰、启蒙时代之刑法思想

18世纪启蒙运动之兴起，实源自于对非合理性封建制度社会之反动。所谓“启蒙”，即欲以理性重新思考一切事物之时代精神。依当时“社会契约论”之主张，个人之自由与平等，乃社会之最高价值，国家社会制度，并非来自神之意思，而是根据自由且平等之个人所订定之契约（社会契约）而成立的具合理性之制度。当时之刑法思想，亦随着合理主义、个人主义、功利主义等启蒙思想之蓬勃，对于中世纪封建制度之非合理主义加以否定，而将刑法制度自宗教与君权予以解放，并以人之理性为基础，倡导国家刑罚权之根据与界限，应以“社会契约”决定之，刑罚之本质，并非应报，而是犯罪之预防；此等刑法思想，因而成为近代刑法学之源流。

当时之启蒙思想家，主要有法国之 Charles Louis de Secodat, Baron de la Brède, et de Montesquieu (1689—1755)、Jean Jacques Rousseau (1712—1778)、德国之 K. F. Hommel (1722—1781)、Joseph von Sonnenfels (1733—1794)、意大利之 Cesare Beccaria (1738—1794)、英国之 Jeremy Bentham (1784—1832) 等。其中，以意大利之 Cesare Beccaria 最具代表性，受世人尊称为“近代刑法学始祖”。

Cesare Beccaria 出身意大利米兰之贵族，于某次拜访米兰监狱之友人时，产生改革刑事司法之兴趣，由此契机而撰写《犯罪与刑罚》一书，于1764年以匿名方式公开刊行，因而广为世人所知。该书1766年被译成法文，次年又被译成英文。根据其所论述之内容可知，Beccaria 之思想，深受法国哲学家 Montesquieu 之三权分立说与 Rousseau 之社会契约论之影响。

Beccaria 之《犯罪与刑罚》一书，有下列几点特色：

19 一、以社会契约论为基础：根据社会契约论之主张，立法之目标，在于分配给最大多数人最大之幸福，为维持全体社会之幸福，于必要之限度内，各人必须牺牲一部分之自由。刑罚权之实施，必须在如此之社会契约之范围内。

二、罪刑均衡与罪刑法定：犯罪与刑罚之间，必须取得均衡，且必须有法律之规定。

三、客观主义之犯罪理论：认为犯罪，是由于侵害社会之故，而非由于行为人之恶性；亦即，从表现于外在之侵害社会之客观行为来理解犯罪。

四、采相对主义之立场：认为刑罚之本质，不在于“应报”，而在于预防犯罪者将来之犯罪（特别预防论），以及对社会一般人之警告，亦即预防一般人犯罪（一般预防论）。

五、宽刑化与人道主义：超过必要程度之刑罚，系残酷且不正当；除例外之情况外，死刑必须废止。

Beccaria 所强调之刑法思想，对西欧各国刑法改革（例如 1791 年所制定之法国刑法典）影响深远，所主张之罪刑法定主义、罪刑均衡主义、客观主义犯罪理论，乃至以一般预防及特别预防为刑罚本质之相对主义，迄今依然是刑法理论之基础。

◎合理主义：主张以人之理性为前提，以理性之思维作为思想上、生活上之基本态度。

◎功利主义：主张以功利效用作为衡量一切价值基准之态度或人生观，人在本性上是利己的，倾向于追求快乐而避免痛苦，唯一的善即快乐，唯一的恶即痛苦。

叁、前期古典学派之刑法理论

关于“何谓犯罪”、“何谓刑罚”、“刑罚之对象为何”等议题，自 18 世纪启蒙时期至 20 世纪之间，存在各种不同之理解，而形成所谓“古典学派（旧派）”与“近代学派（新派）”之分歧；“古典学派（旧派）”又可分为前后两股流派，即 18 世纪至 19 世纪初期欧洲市民社会成立期所形成之“前期古典学派”，以及 19 世纪中叶至 20 世纪资本主义兴盛期所形成之“后期古典学派”。

“前期古典学派”之刑法理论，就是将启蒙主义刑法思想加以体系化的成果，除 Kant、Hegel 之外，von Feuerbach 是最主要之代表。产业大革命之后，以对抗之态势与近代学派展开论争的，就是“后期古典学派”。尽管古典学派因时代变迁而有前、后期之区分，但二者皆强调罪刑法定主义、重视显现于外在之客观行为，而具有共通之特色。

一、Kant

观念论哲学家 Immanuel Kant (1724—1804)，代表之作有 1781 年《纯粹理性批判》、1788 年《实践理性批判》、1790 年《判断力批判》之所谓《三批判书》，以及 1797 年《道德的形而上学》等。《道德的形而上学》分为两部，第一部为“法论”，

第二部为“德论”。“法论”中，严格区别合法性与道德性，主张“法”并非为国民之福祉而存在，而系为自律之自由而存在，当自律之自由遭受妨害时，就有加以制止之必要，因此，势必需要具有强制力之法，此即是刑罚权之根据。

Kant 刑罚论之特征，就是绝对的应报刑论，主张以牙还牙、以眼还眼的同害报复之法。易言之，Kant 认为，刑罚乃为惩罚犯罪而存在，绝非作为促进其他目的（例如预防犯罪）之手段，仅须因行为人犯罪即应予以科处（绝对主义）；人是理性之存在，人既然根据自由意志而选择犯罪，则应有所应报，刑罚之根据即在于应报，且刑罚应依循“罪刑均等”与“同害报复”之原理。可知，Kant 之刑罚论，既含有理性者应受尊重的自由主义之保障人权要素，其同害报复之主张中，亦含有严罚主义要素。

二、Hegel

21 Wilhelm Friedrich Hegel (1770—1831) 于《法之哲学》一书中认为，犯罪，并非对于各个权利之侵害，而是违反客观之法秩序，亦即法之否定，而对于犯罪再加以否定，使法秩序恢复，乃刑罚之使命；法之否定的否定，即是刑罚。刑罚，并非为了加恶害于犯人，使其痛苦，而是应将犯人当作理性且受尊重之人加以对待；刑罚，并非在于同害报复，而应该是具有“与受侵害之价值相对应的同等性”。因此，Hegel 之刑罚论，又可称为辩证法的、绝对的应报刑论。Hegel 又主张，犯罪发生时，国家作为最高道义主体而动用刑罚，积极性地回复受到动摇的国家与法之权威，正是国家之权利。可见 Hegel 之刑法思想，带有国家主义与权威主义之色彩。

Hegel 虽与 Kant 同样以绝对主义之应报观念为基础，却否定刑罚之“同害报复”，主张刑罚是与“受侵害之法价值”具同等性之“等价的应报”（“等价的应报刑论”），并不严格区分法与道德，故与 Kant 之思想显著不同。

三、von Feuerbach

Paul Johann Anselm von Feuerbach (1775—1833) 为了导正中世纪政教合一之裁判，主张应严格区分法与道德，裁判应区分为“神之裁判”与“国家之裁判”，只有神可处罚不道德之事，国家仅能处罚违法行为；凡侵害国家所保护之“权利”之行为，就是“违法行为”，应构成犯罪；易言之，滥用国家契约所平等保障的“法的自由与权利”，而以刑法规定之形态侵害他人的“法的自由与权利”者，即属于犯罪。von Feuerbach 主张此“权利侵害说”之思想，亦促使近代“犯罪”之概念得以确立。

此外，von Feuerbach 更认为，人皆系依理性计算快乐与痛苦，从犯罪所得到之快乐或利益，与因犯罪而被科处刑罚之痛苦或不利益相较之下，后者若大于前者，

人将不会做犯罪之事；只要事先以法律明定“实施如何之行为，则科处如何之刑罚”，将给予一般人不要犯罪的心理上之强制，而达到预防犯罪之目的。von Feuerbach 即根据此“心理强制说”，强调自由平等思想与人格至上主义之观点，排斥“威吓论之一般预防论”与“特别预防论”，主张“预告刑罚之一般预防论”，并赋予罪刑法定主义（即“无法律则无犯罪、亦无刑罚”之原则）理论基础，因而除去刑法之宗教性、伦理（道德）性。

22

von Feuerbach 以上述之主张，使近代个人主义、自由主义之内容具体实现于刑法之中，贡献至巨，遂被称为“近代刑法学之父”。

由国家观与人类观而言，von Feuerbach 所代表之前期古典学派刑法理论，带有合理主义与功利主义之性质，其刑罚论亦属于相对主义之性质，而与以 Kant、Hegel 之绝对的应报刑论为思想基础、受历史主义与浪漫主义影响之后期古典学派大异其趣。

◎历史主义 (historicism)：主张法律与制度等系由于历史的因素演变而成，并非根据人类的理性而来。

◎浪漫主义 (romanticism)：主张尊重个性、追求自由、崇尚想象力和创造力，反对形式主义与理智，强调理想与主观热烈之情感。

肆、后期古典学派之刑法理论

前期古典学派刑法理论至 1840 年以后，即 19 世纪中叶至 20 世纪资本主义兴盛期之间，受 Kant、Hegel 等观念论哲学、历史主义等影响，强调超个人的民族精神之本源性、创造性（与合理主义对抗之浪漫主义），侧重于将法视为民族精神产物的历史性研究（与启蒙主义、自然法论对抗之历史法学派），主张以形而上学之意思自由论为基础之绝对的应报刑论、道义报应思想，而形成后期古典学派。

再由当时之社会现象而言，随着资本主义之兴盛与产业之发达，造成资本家与劳工之阶级性对立，平等之市民社会秩序因而解体，加以急速之都市化，导致乡村共同体崩溃，贫困与犯罪等社会问题不断；于如此混乱而分裂之时代里，市民对于超越个人的民族精神之需求远甚于个人之理性；而民族精神来自于民族之历史，国家则由民族而产生，因此个人须依附于国家与民族始可享受自由。于如此之时代思想下所形成的后期古典学派，可谓之国家主义与自由主义混合的一种思辨的、哲学的刑法思想。主要代表人物为 Karl Binding，以及 Karl von Birkmeyer、Ernst Beling 等。

23

Karl Binding (1841—1920) 被称为“伟大之解释学家”，主张绝对的刑法理论，并倡导绝对的应报刑论。Binding 之刑法理论，脱离了 Hegel 学派之形而上学的理论，由实定刑法规范构造之分析出发，而呈现出新的实证主义之方法。Binding 之规范说，

严格区别刑罚法规与从刑罚法规所导出之规范；刑罚法规，就是赋予国家科处刑罚权力之法规，亦即规制刑罚权者（国家）与犯罪者之间，刑罚法律关系之发生、内容、终了之法规；而规范，则是对于具有行为能力之人所发出的行为之禁止或命令，并非刑罚法规之一部分，在概念上，系先行于刑罚法规，而将有责的规范违反行为当作犯罪加以掌握，亦即以规范之违反作为犯罪之本质。换言之，Binding之规范理论，严格区别刑罚法规与概念上先行于刑罚法规之规范，认为犯罪就是否定规范、反抗规范、违反规范，刑罚则是对于否定规范之犯罪之再否定，而借此维持法之权威，并根据犯罪所造成之法秩序损害之大小，决定对犯罪者的刑罚之轻重（法律的应报刑论、客观主义）。

24 Binding 否定罪刑法定主义之原则，容认类推适用。其刑罚论，虽属于绝对的应报刑论，却不否定作为次要目的之特别预防。Binding 刑法思想之基础根据，建立于法律权威与规范命令之上，刑罚之正当化亦求之于刑罚法规本身，而带有极端权威主义与道德主义之性质。依 Binding 之论说，其强调之刑罚，就是具有“使犯罪者服从于法的权威之下”或“服从于优势权力的法之下”之性质。Binding 如此保守而带权威主义之刑法思想，与当时德国之统一（1871年），以及以国家威权为前导之时代背景有相当之关联。Binding 所采取之法律的应报刑论，虽接近 Kant 之主张，其思想所带有的国家主义色彩，则接近 Hegel 之立场。

此外，与 Binding 同时代且属于保守的古典学派应报刑论之代表 Karl von Birkmeyer（1847—1920），与当时近代学派之代表 Franz von Liszt 之间，则展开激烈的“学派论争”。

须加以注意的是，von Feuerbach、Kant、Hegel 虽同属古典学派，却各持不同之见解。例如，关于刑罚，von Feuerbach 采相对主义，Kant 与 Hegel 采绝对主义；关于法与道德之区别，von Feuerbach 与 Kant 采严格区别立场，Hegel 则加以反对；关于应报刑论，Kant 采同害报复，Hegel 采等价报复。不过，古典学派皆从抽象的人类观（人生观）出发，例如，von Feuerbach 持功利的人类观，Kant 与 Hegel 持理性的人类观，以人皆有计算快乐与痛苦之能力及自由意思为前提，主张应重视行为，而非重视行为人，并且以要求罪刑均衡之客观主义为基础，显示出古典学派具有共通之思想基础。

伍、近代学派之刑法理论

近代学派之诞生，源于 19 世纪后半资本主义之发达。当时欧洲许多国家（例如德国）随着社会产业化发展而进入泡沫公司林立之时代，以致社会遽变而引发失业贫穷等问题，犯罪（尤其累犯、常习犯及少年犯）激增，固有之国家观亦因此而动

摇，此种社会结构上之变化，凸显出自由主义国家之老旧，而有必要转型为福利国家或预防（防卫）型国家。易言之，以自由主义国家观为基础，而主张犯罪是由于人之自由意思与理性所产生的古典学派刑法理论，并无法有效解决因社会变化所形成之犯罪现象；加以当时自然科学与技术显著发达，物理学、生物学等之方法论亦被应用于社会科学，以探究社会现象与社会进化法则；而利用此等方法研究犯罪现象之学者认为，犯罪并非因理性人之自由意思之实施所造成，而是由于素质与环境所决定之因果法则所呈现的现象之一；从而，以科学方法探究犯罪之原因、以科学方法谋求预防犯罪之对策，在犯罪预防上，被认为是有效之手段。此种理解方式，使得“刑罚具有预防犯罪之目的”之思考，成为近代学派之中心思想。

25

近代学派，又称为新派，主要代表人物，有被尊为“犯罪学三圣人”的意大利刑事人类学派之 Lombroso、Ferri、Garofalo，以及德国刑事社会学派之 Liszt。

一、意大利“刑事人类学派”

主张从实证性、科学性之方法研究犯罪原因以达到刑事政策效果的此一思考，即始于意大利。意大利之刑事人类学派，又称为实证学派，特别重视犯罪生物学之要因。

（一）Cesare Lombroso

Cesare Lombroso (1835—1909) 是近代学派之创始人，最早以犯罪人类学之方法，从事科学性的犯罪学研究。身为医师之 Lombroso，于调查过犯罪者之头盖骨及体型后，认为犯罪者皆有特定之身体上、精神上之特征，具有此种特征之人，即属于天生的犯罪者，因而提倡“生来犯罪者”之概念，并以隔代遗传作说明。此一具科学性之说明，此后虽由英国精神医师 Charles Goring (1870—1919) 之研究认定为“并无法获得科学上之证明”，然而此种实证方法本身之应用，对于向来以抽象观点（认为人是理性的）掌握人之行为的方法论提出了质疑，而且以科学方法研究犯罪之成因，于犯罪学上，具有划时代之意义。

（二）Enrico Ferri

Enrico Ferri (1856—1929) 虽继承 Lombroso 思想，却修正 Lombroso 仅以人类学要素说明犯罪原因之方法，而加入其他如气候等物理学要素，以及政治、经济等社会学要素，以进行说明。换言之，Ferri 将犯罪之原因分为三种要素：人类学的原因、社会学的原因、物理学的原因，而认为当此三要素达到一定的饱和状态时，将会发生犯罪，此即犯罪饱和原则。Ferri 又从“犯罪乃由素质与环境所产生”之意思决定论立场，倡导社会责任论，主张刑罚应以犯罪者之危险性为基础，而否定自由意思之存在，以及因此所产生的道义责任。对于犯人反复犯罪之危险性的措施，Ferri 主张应以制裁代替刑罚，而排斥责任刑罚。

26

Ferri 主张刑法应从社会防卫论之观点，而对具有社会危险性格之人加以处分的刑法思想，可谓近代学派之典型思考。Ferri 将此种刑法思想，具体呈现于 1921 年所起草之意大利刑法草案中，即根据行为者“危险性”与“社会防卫处分”，而将近代学派（新派）思想彻底具体化之草案，因此，该草案亦被称为 Ferri 草案。

（三）Raffaele Garofalo

Raffaele Garofalo (1851—1934) 同样继承 Lombroso 思想，从事于犯罪心理学之研究，主张刑罚应符合犯人之恶性，并非仅依照行为所表现之质与量而施以刑罚。

二、德国“刑事社会学派”

德国之 Franz von Liszt (1851—1919)，与荷兰之 G. A. van Hamel (1842—1917)、比利时之 Adolphe Prins (1845—1919)，共同创设国际刑事学协会，成为将近代学派刑法学向世界推广之主帅，因而声名大噪。

Liszt 最先采用实证方法，将犯罪与刑罚当作现实社会现象而加以掌握，并以此架构刑法与刑事政策间之桥梁，其贡献迄今依然备受推崇。Liszt 之主张，与意大利之实证学派犯罪学不同，并非仅以素质或环境作为犯罪原因，反而优先以社会原因作为犯罪原因，故被称为刑事社会学派。

Liszt 受到 Charles Robert Darwin (达尔文，1809—1882) 进化论，与 Rudolf von Ihering (1818—1892) 目的刑思想之影响而主张，刑罚已从盲目地对犯罪加以制裁之“冲动性应报刑”，进化到“意识性目的刑”，刑罚并非要达到本能的、冲动的报复，而是受必要性、合目的性所支配（目的刑论）；再者，刑罚是为防止犯罪之目的而存在，因此，不应该固定性地、统一性地考量该目的，而应从社会学观点将犯罪者加以分类，亦即以反复犯罪危险性之强弱为基准加以分类，而选择因应各类犯罪者之目的，将犯罪者分为“偶发犯人”与“状态犯人”，状态犯人又分为“改善可能者”与“改善不可能者”（犯罪者类型论）；对于偶发犯人施以威吓，对于改善可能之状态犯人施以教育，对于改善不可能之状态犯人，则施以长期或终身隔离（无害化），以此等合目的性之手段而将刑罚个别化（特别预防主义、刑罚个别化论），亦即“应处罚者，并非行为，而是行为人”（行为人主义），而行为人之反社会性格与该性格所显示之对于“法秩序之危险性”，即决定刑罚之种类与分量（主观主义、性格责任论）。

Liszt 提倡“最好的社会政策就是最好的刑事政策”，即基于意思决定论之立场，将犯罪原因分为个人属性与社会属性之原因，除去犯罪之社会原因，乃是社会政策之任务；至于除去犯罪之个人原因，如前所述，将犯人分类为偶发犯人、改善可能之状态犯人及改善不可能之状态犯人，而分别做不同之处置，对于其中改善可能之状态犯人（尤其常习犯、累犯等），必须以完全除去危险之不定期刑加以改善，否则

甚难获得成效。对于以意思自由、他行为可能性为前提之“传统责任概念”与“报应概念”，Liszt 根据意思决定论之立场加以否定，而采“目的刑论”，主张刑罚之唯一正当化根据，即在于“维持法秩序之必然性”，刑罚不外乎是“防卫社会之手段”（社会防卫论），刑罚并非道德上所必要，而是以改善市民或犯人不侵害他人为目的（改善刑），因此刑罚与保安处分并无本质上之差异。

28

此外，Liszt 提倡“刑法乃犯罪者之大宪章”、“刑法乃刑事政策所无法超越之屏障”，表现出 Liszt 之自由主义与法治国家刑法观，亦反映 Liszt 之犯罪论。换言之，Liszt 于犯罪论上，依然以外在之客观行为为出发点，而将违法性之实质，以客观之法益侵害或侵害之危险加以掌握，对于责任之实质内容之反社会性格，亦认为必须能够从已实施之客观行为加以认识者为限。因此，Liszt 之犯罪论，可谓并未脱离客观主义之犯罪理论。

总之，Liszt 刑法思想之特征，即刑罚论上采目的刑论，犯罪论上采客观主义之二元论。

陆、学派论争与其后之发展

一、后期古典学派与近代学派之学派论争（1890—1920）

1890 年至 1910 年之间，后期古典学派之支持者，对于前述近代学派之主张，展开激烈之反批判，而形成“学派论争”。其中，后期古典学派之 Karl von Birkmeyer 与近代学派之 Franz von Liszt 间之论争，最为有名。

无论古典学派或近代学派，其内部皆有各式各样或多或少不同之立场，然大致上，可将两派所主张之内容，做下列类型化之说明。

（一）刑罚论

1. 刑罚之本质

古典学派主张“应报刑论”，认为刑罚是对于行为人过去之恶行（恶因）的反作用（恶果），其中有特别重视“赎罪刑论”者。

近代学派主张“目的刑论”，认为刑罚是为了预防将来发生之犯罪，以作为防卫社会的一种手段，其中更有强调“教育刑论”者，以刑罚教化与改善犯人为目的。

29

2. 刑罚之目的

古典学派中，有的基本上虽主张应报刑论，却是采相对主义立场，而同时考量刑罚之目的，并主张借由刑法所规定之刑罚与实际执行之刑罚来威吓一般人，以预防将来犯罪之发生，此即采“一般预防论”。

近代学派则采“特别预防论”，主张借由刑罚之科处，以预防犯罪者将来再度陷入犯罪。

（二）犯罪论

古典学派之刑法理论，以理性而具有自由意思之人为前提（意思自由论），认为根据自由意思所表现在外之犯罪行为本身即具有现实意义（现实主义），因此，应侧重行为之客观面与因该行为所发生之结果（客观主义），国家依刑罚权所应处罚的，是行为而非行为人（行为主义），刑罚之轻重，则视现实违法行为之轻重判断。

近代学派之刑法理论，否定人有自由意思，认为行为人之行为，受素质及环境所决定，并非有自由意思而决定自己之行为（意思决定论），行为人所表现之犯罪行为，只不过是行为人反社会性格之表征，就犯罪而言，行为本身并无任何现实意义（表征主义），因此，应侧重行为人反社会之动机及其性格（主观主义），刑罚所应处罚的，是行为人而非行为（行为人主义），刑罚之轻重，则以行为人之社会危险性格为依据。

二、学派论争之缓和

1920年之后，学派论争渐趋缓和。其理由为，论争过程中，两派之主张都过于夸张及单纯化，不符合时代需要；其次，各国之刑事立法，有某种程度地接受近代学派之刑事政策主张，例如，立法上采刑罚与保安处分并行之二元主义，即刑罚采后期古典学派之立场，注重行为人之责任，保安处分则采近代学派之主张，注重行为人之危险性；再者，刑法理论上，Hippel之“统合说”，主张在正当应报之限度内，一般预防与特别预防应予综合理解，并非相互对立；M. E. Mayer之“分配说”，主张将刑罚分为法定、量刑、执行三阶段，而分别适用应报理念、法的确认（法秩序之维护）与目的刑等三项指导理念。

柒、纳粹德国之刑法理论

1932年7月德国莱比锡议会选举，纳粹劳工党大获全胜，同年9月刑法学会上，纳粹刑法思想开始受到讨论，并且出现信奉纳粹主义之刑法学者，例如Wenzeslaus Graf Gleispach（1876—1944）。基本上，纳粹主义刑法思想，对魏玛时期之法实证主义、形式主义、自由主义等严加批判，主张纳粹的自然法思想、实质主义、民族共同体思想等。1933年1月31日纳粹党取得政权，同月Georg Dahm（1904—1962）与Friedrich Schaffstein（1905— ）共著《自由主义刑法？权威刑法？》一书出版，书中要求恢复国家权威，以强势刑事司法取代体弱之刑事司法，纳粹主义刑法思想于是开始推行于德国。

纳粹主义刑法思想，以摒弃个人主义、自由主义，而贯彻全体主义、国家主义、权威主义为核心，一切莫不以国家与权威作为刑法理论之出发点；于刑罚论上，大

力提倡“赎罪应报刑论”，认为刑罚是违反民族共同体（国家）之诚实义务而施加的道义非难，对于应报刑论或教育刑论，皆以其含有限制国家刑罚权之自由主义及个人主义性质而大加批评。

必须加以注意的，纳粹主义刑法思想所强调的“赎罪思想”，其实并非赎罪应报，而是威吓之目的刑。更重要的是，纳粹主义刑法思想，否定罪刑法定主义，而容许类推适用，并且试图将素有的客观主义之“结果刑法”，转变为极端的主观主义之“意思刑法”、“危险性刑法”，例如，否定预备与未遂之“着手实行”，而提倡“企行”之概念，主张犯罪乃义务之违反，而非法益之侵害（如 Schaffstein）等。总而言之，纳粹主义刑法思想，结合了后期古典学派之“国家主义”、“权威主义”与近代学派之“主观主义”，形成极夸张的“民族共同体保护论”、“赎罪应报刑论”、“意思刑法论”、“行为者刑法论”等核心主张。

31

捌、德国战后之刑法思想

第二次世界大战后，德国分裂为东德与西德。成为西方民主国家之西德，否定纳粹刑法思想，回复罪刑法定主义。却由于东西冷战开始，与东德处于紧张状态下之西德，重视与道义责任连结之国家、伦理观念，以道义责任为刑罚根据之应报刑论，成为西德刑法理论之主流。60年代后半，随着刑事政策论之高涨，西德刑法理论开始发生变化，在刑法修正作业过程中，为对抗1962年西德政府所提出之“刑法修正草案”，由当时较为年轻之中生代学者所成立之代案小组，提出另一版本之“刑法修正代案”，其基本主张，即排除形而上学的道义报应思想，认为刑法必须有助于法益之保护与行为人之回归社会，提倡重视功能的、刑事政策的考察方法之刑法理论。1975年所施行之新刑法，可谓此二种刑法理论之折中方案，1990年德国统一后，仍继续适用于德国。

玖、日本近现代之刑法思想

32

一、第二次世界大战前

日本于明治时期近代天皇制国家形成过程中，继受欧陆之刑法制度，并吸收欧陆之刑法理论。明治13年（1880年）制定、15年（1882年）施行之日本旧刑法，即以当时日本司法省招聘之法国巴黎大学法学家 Gustave Emile Boissonade（1825—1910）所起草之刑法草案为基础，经元老院修正审查通过的。该刑法典，可谓以当时法国拿破仑刑法典为范本而成立，刑法思想上，则是以启蒙主义之自由主义为根基。

Boissonade 是折中主义刑法理论（新古典主义）之强烈支持者，而受教于 Boissonade 之日本刑法学者，有宫城浩藏氏、井上正一氏等。所谓折中主义刑法理论，在当时法国居支配之地位，主张犯罪乃社会之恶害，刑法为除此恶害，应采功利的目的主义，另一方面，犯罪乃道德之恶，刑法必须以报应回复正义；简言之，犯罪既是社会之恶害，同时亦是道德之恶，因此，刑法必须结合刑罚之目的性（社会之效用）与应报性（正义）。

受 Boissonade 影响，于明治 20 年（1887 年）前后，法国折中主义刑法理论已占日本通说之地位。唯嗣后随着富井政章氏、胜本勘三郎氏等学者引进欧陆之近代学派理论，以至于折中主义刑法理论连同日本旧刑法，都被认为在犯罪对策上过于软弱无力而备受批评。再者，为确立近代天皇制国家，当时日本明治宪法即仿效德意志帝国宪法而制定，日本法制度遂开始由法国法制度转变为德国法制度。在多次刑法修改作业过程中，即大量参考 1871 年德国刑法及德国刑法修正案，于明治 40 年成立现行刑法。因此，日本现行刑法，除具有德国刑法基础之后期古典学派之色彩外，亦同时受到当时主导德国刑法修正之近代学派之影响。

由于近代学派刑法理论之引进，日本现行刑法于 1907 年成立后，亦形成日本古典学派与近代学派之论争。

33 （一）日本近代学派之刑法理论

日本现行刑法成立后，即明治末期至昭和初期，以近代学派立场，对现行法展开理论性的、体系性的解释论之代表，即 Ferri、Liszt 门下之牧野英一氏。

牧野氏以进化论之思考为基础，认为从应报刑论转为目的刑论、特别是教育刑论，以及从客观主义犯罪论移转为主观主义犯罪论，乃刑法之进化，亦因此始有防止犯罪以防卫社会之可能。尽管牧野氏以人道主义为基础之刑事政策论，对日本现行刑法之发展，有思想上、实践上不容忽视之影响，然而，其具有乐观主义（optimism）色彩之进化论国家观，终究于结论上肯定当时之天皇制国家思想，且其刑法理论亦内含限制个人权利与自由之内容。换言之，牧野氏认为 19 世纪至 20 世纪是从法治国家思想进化至文化国家思想，而将自由法运动导入刑法之解释，并主张法解释之无限性，因此，亦暗示罪刑法定主义之排除；于犯罪论上，牧野氏彻底采主观主义立场，重视行为人之犯意、亦即行为人反社会之危险性，认为行为仅有显现犯意之作用，而全面倾向行为人刑法。上述牧野氏之刑法思想，反映出牧野氏忽视个人与国家或社会之间所存在之现实紧张关系之结果，因而带有近代学派之国家主义、权威主义性质。

战前，在牧野氏影响下加入近代学派立场者，尚有木村龟二氏。宫本英脩氏亦属于近代学派立场，却有个人独自之主张。宫本氏虽贯彻主观主义立场而采主观违法性论，却强调以自由主义思想为背景之刑法“谦抑主义”，试图限制国家之刑罚权。

(二) 日本古典学派之刑法理论

明治末期至大正时期，相对于日本近代学派代表之牧野英一氏，而最早论述古典学派刑法理论者，即 Birkmeyer 门下之大场茂马氏；进入昭和时期之后，与牧野氏、宫本氏等展开激烈对抗者，有小野清一郎氏与泷川幸辰氏。

34

大场氏认为，刑罚必须与正义应报观念一致，以满足国民道义之要求，因而主张应报刑论；于犯罪论上，采侧重客观与结果层面的客观主义犯罪论；其理论基础，即为维持法律秩序、保护生活利益，刑法必须以国民之道义观念为基础，强调必须培养或助长国民之道义观念。

小野氏批判近代学派刑法理论，因扩大国家刑罚权之适用，而附带有侵害国民自由与权利之危险，另一方面，却肯定法本质之伦理性、道义性，强调刑法对于国家道义秩序之形成与维持，主张道义的、国家的应报刑论，认为一般预防与特别预防，皆须受道义观念所支配，一般预防必须与国民道义意识之觉醒相连结，特别预防必须与受刑人人格之道义观念之自觉以及道德性格之完成相连结。于犯罪论上，小野氏认为，犯罪乃不受国民道义所允许之行为，亦即反道义、反文化之行为，违法性之实质，乃在于违反国家法秩序之精神与目的，要根据国家道义之客观立场为评价，责任则是对于反道义行为之行为人所为的道义非难。第二次世界大战期间，小野氏以日本法理的自觉发展〔小野清一郎，“日本法理の自觉的展开”，昭和17年（1942年）〕为基调，主张一君万民、君臣一体之国家体制，乃日本之根本法理、最高道义。由于国家道义之强调，亦显示小野氏之刑法思想，带有浓厚的国家主义与权威主义色彩。

同属于古典学派刑法理论之泷川幸辰氏，与小野氏同样采应报刑论与客观主义犯罪论之基本立场，但其基础与内容却有所歧异。泷川氏刑法理论之特色在于，其理论架构之核心，就是以人权思想为依据之罪刑法定主义，并尝试将刑法理论与马克思主义相连结，以作为与现实社会相关联之基础根据。泷川氏之应报刑论认为，刑罚乃以被实施之犯罪为条件而对犯人课以相对之恶报，刑罚必须是与犯罪相均衡之“应报”（罪刑法定主义的应报刑论）。于犯罪论上，泷川氏主张，违法性之实质，在于生活利益之侵害或危险化，责任就是行为人违反法规范之期待，不为合法行为而为违法行为时，对于行为人所加之法的非难。泷川氏不强调刑法之国家道义性，反而亟欲开展后期古典学派所带有的自由主义思想，其刑法理论并非属于马克思主义刑法理论，而是受马克思主义影响之自由主义刑法理论。

35

二、第二次世界大战后

战后日本刑法理论之动态，大致上可以要点分析如次。

于犯罪论上，纯粹之近代学派之主观主义理论，已完全销声匿迹，尤其在战后

新宪法下，以个人尊严为最高价值之日本，全然忽视罪刑法定主义之人权保障的主观主义犯罪论，实无从延续之余地。现今犯罪论之对立，则存在于客观主义之内部，或存在于纯粹客观主义与折中主义之间。

于刑罚论上，后期古典学派所主张之绝对应报刑论，已无人主张，取而代之的，即相对主义之刑罚论；换言之，认为科刑本身有绝对意义之形而上学的刑罚论，已不再具有现实意义，于考量刑罚之“目的”之同时，依然维持“应报”之观念。

拾、我国（含台湾地区）近现代之刑法思想

一、立法沿革

36 中华民族之立法史，从形式上，约略可分为七个阶段：第一期、尧舜至周朝末期之法典创造期；第二期、秦代至南北朝之法典确立期；第三期、隋唐至清末之法典发展期；第四期、清末光绪二十八年（1902—1912）之法典蜕变期；第五期、中华民国建国元年至民国十七年（1912—1928）之法典过渡期；第六期、民国十七年立法院成立后至民国三十八年（1949年）之法典改建期；第七期、1949年以后台湾地区之“新法制”与中国大陆之社会主义法制期。从实质上的法律制度之演变，则可简单扼要地分为三大时期：第一期、先秦至清末之传统法时期；第二期、清末民初继受欧洲大陆法时期；第三期、1949年以后台湾海峡两岸之新法制交替时期。

其中，形式上的第四期与实质上的第二期，适逢我国传统法制之解体阶段，反观之，亦可谓我国因继受外国法制而迈入近代化之时代。值此近代化变革初期，晚清王朝修律大臣、尔后被尊为“中国法制近代化之父”之沈家本氏（1840—1914）大力主张：“日本法系本属支那法系，而今取法于德、法诸国，其国势乃日益强盛……唯日本特为东亚之先驱，为足以备呈明之选择”，既揭橥仿效日本继受欧陆法制经验之决心，又大量引进欧陆、日本诸国法律制度与各类新法。当时沈氏主导之下，大量完成外国法律与论著之翻译，而日本法学译著约占全体译作的百分之四十八；诸法之中尤侧重刑法典之翻译，加上刑事法学之译著，则约占全部译书总数之百分之六十一；此二项特色，实与沈氏修订大清新刑律之时空背景息息相关。再者，沈氏修订大清新刑律之际，特地敦聘日本刑事法学家冈田朝太郎氏任北京法律学堂教习，讲授刑事法学，并兼任钦命修定法律馆委员，起草新刑律。凡此种种，足资证明大清新刑律受当时日本法制与思潮影响之深（事实上，其他各领域之法律亦然）。

唯“大清新刑律”虽已制定完成并公布，却未及施行，清朝覆亡，民国肇建。当时国民政府鉴于立法大业非仓促可成，遂汰除大清新刑律中与民国政体相抵触之

条文后，于民国元年以“暂行新刑律”之名称公布施行。嗣后又因“暂行新刑律”不符时宜，而由王宠惠氏提出修订草案，再经伍朝枢氏等审查改定，于民国十七年（1928年）3月公布、同年9月施行，即所谓“旧刑法”。“旧刑法”之中，仍不乏窒碍难行与内容疏漏之处，经再度修改后，于民国二十四年（1935年）元旦重新公布、同年7月1日施行，即称之为“原刑法”。

◎参考：黄源盛，“晚清法制近代化的动因及其开展”，中兴法学32期（1991年），206页；同“晚清の法制近代化の原因及びその展开”，法と国制の史的考察（1993年），京都大学日本法史研究会编，309—310页。 37

原刑法施行后，由于国民政府迁台等情势更迭与刑法思潮之进步，1974年7月，前“司法行政部”（即“法务部”）聘请专家、学者及实务界人士组成“刑法修正委员会”，共同研拟“刑法”之修正，至1989年9月间，“法务部”完成“中华民国刑法修正草案”，并经“行政院”于1990年2月13日送请“立法院”审议。当时“行政院”所提出之“中华民国刑法修正草案”，从研拟完成至提出之时已历经十余载，多有不合时宜之嫌，“立法院”遂将该草案另行委托学者重新加以评估研拟，1994年、1995年再重新拟定之草案称为“立法院立法咨询中心草案”。

1996年10月21日，“立法院司法委员会”审查前开“刑法修正草案”之际，决议请“法务部”重新检讨后，再另提新“修正刑法草案”送“立法院”审议。2001年3月，“法务部”将研拟完成之“刑法总则修正草案”提交“行政院”，经“行政院”审议后，将此草案（“行政院版草案”）送交“立法院”。此处必须特别提出的是，“法务部”于2000年8月拟定“修正刑法总则草案”初稿后，原本仅预定于同年12月举办乙次公听会即算完成该草案，然台湾刑事法学会鉴于近年来之刑事立法作业之粗糙荒谬、欠缺专业，遂主动积极介入，“法务部”最终接受刑事法学会之建议，将公听会改为七次，而刑事法学会亦提出学者们所共同研拟之“刑法总则修正草案”之对案（刑事法学会草案），供“法务部”修法之参考。该刑事法学会草案，可说是大多数台湾刑事法学者之间尽一切可能排除个人主观意见后之最大公约数。唯深感遗憾的是，该草案之大部分，不仅未被纳入“行政院版草案”（即“法务部草案”）中，“法务部”全然未提出妥切之说明，“行政院版草案”中，诸多非常明显错误之内容依然存在，此种情状，实令当时积极参与“法务部”修法之刑事法学会学者们痛心不已。

至2004年5月，“法务部”企冀于该年度最后立法期限内，使“刑法总则修正草案”得以通过立法，以免该草案再度被退回“法务部”而遭遇必须重新草拟之命运，因此，积极于“立法院”对“立法委员”运作之同时，为取得多数之支持，不得不再度与台湾刑事法学会学者们进行协商，经过两次密集研讨之后，“法务部”终于接受刑事法学会草案之大部分内容。同年6月“立法院司法委员会”会议中，由“立 38

法委员”、“法务部代表”与刑事法学会学者们共同协商，而取得草案之协商版本，于2005年元月7日通过之现行“刑法总则”，其内容即几乎按照协商版本而通过。至此，“刑法总则”之修定，终告尘埃落定。现行“刑法”之内容，虽尚存有值得检讨之处，却已然具备现代刑法思想之内涵。

◎2005年新通过之现行“刑法”增修部分，不仅修订总则条文，亦包含少数分则条文。该分则部分，悉由“立法委员”个别之提案所造成，并非“法务部”、“行政院”之原意。

二、刑法思想之变迁

大清新刑律与暂行新刑律，不仅深受当时日本刑法典之影响，更为新刑律起草人冈田朝太郎氏个人之独特见解所左右，而从其刑法理论之主张以观，多少可推知是摇摆于主观主义与客观主义刑法思想之间。不过，当时（暂行新刑律初期）之刑法理论，皆为冈田朝太郎氏之见解所支配，学说亦几乎以其见解为依归，例如当时之用书，有刑法总论（法政丛编第六种上，湖北法政编辑社，光绪三十二年（1906年）出版）、刑法总论（法政讲义第一集第八册，李维钰编，光绪三十三年（1907年）出版）等版本，皆以冈田氏于北京法律学堂之讲授内容为主。而后期虽依然受其影响，却逐渐有不同之见解出现。例如王觐氏以日本牧野英一氏之近代学派主观主义刑法理论为基础所著之“中华刑律论”（民国十五、十六年），算是引进日本刑法理论之发端。

39 至旧刑法时期，从当时代表性刑法学者之见解可得知，依然受到暂行新刑律期间所继受之日本刑法理论之影响，例如冈田朝太郎氏、大场茂马氏、胜本勘三郎氏、泉二新熊氏、山冈万之助氏、冈田庄作氏、牧野英一氏等，其中以受到牧野英一氏所主张之主观主义近代学派见解之影响最深，尤其是王觐氏；至于郭卫氏及郗朝俊氏之见解，虽与主观主义近代学派之立场有些许不同，但从整体而言，应比较倾向于此立场。此正显示当时学者，一方面尚在消化所引进之日本刑法理论之同时，内心依然存在着我国传统中强调主观犯意或恶性之伦理观。值得加以注目的是，当时最高法院之判例见解，却一反传统伦理观，几乎全面地倾向客观主义之古典学派立场，强调行为之客观面。或许亦因此缘故，而导致旧刑法仅维持短短七年，即为原“刑法”所取代。

◎依王觐氏之见解，当时采古典学派之犯罪共同说之我国学者有石松氏、郭卫氏、赵琛氏、老遇春氏等。唯笔者以为，王觐氏仅从彼等所主张之“共犯系二人以上共同犯一罪”即认定为采犯罪共同说立场，似嫌不够充分，实应就彼等整体共犯论以观才是，例如前述郭卫氏之论说，事实上，反而较倾向近代学派之行为共同说立场。有关犯罪共同说与行为共同说之议题，于本书第二篇第七章“正犯与共

犯论”第四节“正犯与共犯之基础理论”中说明之。

民国二十四年（1935年）原刑法施行后，由于接连发生对日抗战、国共内战、乃至国民政府迁台等历史事件，刑法理论上，形成比较复杂之状态，因此必须将此段期间之学说见解分为前期、中期及近期三阶段作叙述。

前期，指原刑法施行后、至国民政府迁台之初期（约1935年至1960年前后）；当时，由于对外、对内战争接连不断，旧刑法时期大量引进日本理论之现象既已完全中断，旧刑法时期热烈讨论学说见解之现象亦不复存，刑法理论几乎处于完全停滞之状态，故学说见解仍延续着旧刑法时期之见解，以及些许本身欠缺理论基础之独特见解。

中期，指国民政府迁台后、社会经济状态处于较安定之时期（约1960年前后至1980年前后）；当时，台湾经济起飞，开始出现留学热潮，就法学而言，由于中国向来之刑法典或刑法理论几乎继受于日本，再加上日本投降之前，台湾受日本殖民统治达五十年，台湾一般国民对于日文比较容易接受，因此留学国大多以日本为主（廖文焕教授等），少数则为德国（蔡墩铭教授、苏俊雄教授等），故此时期可谓再度开始接受日本及德国刑法理论之时期。

40

近期，指台湾创造经济奇迹时期迄今（约1980年迄今）；当时，中期之刑法著书已经老旧，却一直留到留德学者林山田教授之《刑法通论》问世之前，几乎鲜见新书论著之出现。唯综观其内容，林教授几乎全面引进德国刑法理论，而偏废长期受日本理论影响且目前仍继续存在于台湾学界、实务界之理论，该书不仅令台湾刑法学内容耳目一新，又算是当时绝无仅有的具备新学理根据之教科书，加上林教授在教学与司法考试之影响，国内法律系学生在刑法之学习上，逐渐偏向德国之学说理论，在留学国之选择上亦趋向德国，而留学日本之费用过高、日本名校之学位取得不易等因素，更形成刑法学研究者之留学国几乎以德国为主，日本则属少数之现象，亦因此导致目前台湾刑法学所呈现之见解，几乎全属于德国刑法理论，而日本刑法理论则有渐趋式微之状态。

尽管如此，在现阶段，台湾之现行“刑法典”、实务见解以及部分学说见解，仍深受日本刑法思想与理论之影响，而刑法学界则依然存在未加以消化就全盘引进德国刑法思想与理论之情况，不仅形成“刑法学之春秋战国时代”，更导致刑事立法、实务见解以及学说理论之紊乱。2005年现行“刑法”之通过，作为基础之总则规定，已经修改为符合现代刑法思潮之内容，因此将可稍微化解学说见解之严重分歧。然而，以德国刑法学说理论为基础者、以日本刑法学说理论为基础者，以及素以缺乏学理根据居多之实务见解之间，于短期内似乎尚难以消弭彼此之歧见。

本书以为，学者或实务上所引用之刑法理论，无论属于德国或日本、乃至法国或美国等，最终依然无法脱离台湾“刑法”规定之框架，任何人皆不可能置我们固

41 有、特有之文化条件与社会背景于不顾，而一味地、不假思索地将外国之学说理论引进套用，否则，长此以往，不仅非涉猎刑法学之莘莘学子之福，亦势必阻碍刑法学之发展。

拾壹、现代刑法理论之基本观念

依据前述之刑法思想与理论史，现代刑法理论所存在之基本观念，大致可归纳如下。

一、犯罪论之基本观念

(一) 客观主义、行为主义与主观主义、行为人主义

关于犯罪之本质，有客观主义与主观主义之对立。

“客观主义”主张，刑事责任之基础，就是表现于外在的、客观的行为人之行为；由于强调行为人之行为，故亦可称为“行为主义”。此原属于古典学派之主张。

“主观主义”主张，刑事责任之基础，就是行为人之反社会性格（反社会之危险性），亦即反复做犯罪行为之人的社会危险性；由于强调行为人的反社会之危险性（恶性），犹如 Liszt 所言：“应处罚者，并非行为，而是行为人”，故亦可称为“行为人主义”。此原属于近代学派之主张。

(二) 现实主义与表征主义

从古典学派之客观主义、行为主义之观点，导出“现实主义”；从近代学派之主观主义、行为人主义之观点，导出“表征主义”。

“现实主义”主张，以行为人之现实行为（指“实际表现在外之客观行为”）作为科刑之基础，由于完全不考虑行为人反社会之危险性程度，而仅以现实行为作为科刑对象，故现实行为本身就具有其固有之意义。

42 “表征主义”主张，行为人内在之危险性，是透过现实被表现在外之客观行为而得以认识，因此行为人之行为，仅得以作为行为人内在反社会危险性之表征，其唯一具有之意义，仅是作为认识行为人反社会危险性之手段而已。

(三) 社会伦理主义与法益保护主义

“社会伦理主义”主张，刑法之功能，就是借由法益之保护而达到社会伦理之维持，亦即以社会伦理规范之违反作为犯罪之本质。

“法益保护主义”主张，刑法之功能，就是法益之保护，亦即以法益之侵害或侵害之危险作为犯罪之本质。

◎两者之对立，虽非直接由古典学派与近代学派而来，然而，有认为社会伦理主义

系源自于采应报主义之后期古典学派（比较不严格区分法与道德），法益保护主义则源自于前期古典学派（严格区分法与道德）。

◎刑法系透过保护法益之方式以达到最终“维持社会秩序”之目的，而非以“社会伦理秩序之维持”作为目的。当行为并未侵害法益或未有侵害之危险时，即便属于违反社会伦理规范之行为，亦不成为刑法上之违法行为。因此，刑法之功能虽在于法益之保护，然此法益保护功能，事实上亦附带地达到社会伦理之维持，故可谓刑法次要地具有维持社会伦理之功能。

（四）非决定论、意思自由论与决定论、意思决定论

“非决定论”，又称“意思自由论”，以人皆平等具有自由意思之抽象人类观为前提，主张人是理性之存在者而有意思之自由，人之意思，非受因果法则所支配，而能重新开始因果系列（亦可谓能支配因果系列）。后期古典学派以非决定论为基础，主张人基于自由意思而能作出合法行为，若胆敢作出违法行为，则应接受非难，此即责任之根据。

“决定论”，又称“意思决定论”，以犯罪乃素质与环境之必然产物之宿命的人类观为前提，主张人之意思，受因果法则所支配。近代学派认为，犯罪乃素质与环境以及两者间相互关系所产生，由素质与环境所决定之必然性犯罪行为，即是表征行为反社会之危险性，因此，责任，就是具有如此反社会危险性者所应接受的社会防卫处分之地位。

◎“相对的意思自由论”主张，人虽受素质与环境之约制，人本身却具有自由决定之能力。“相对的意思决定论”则主张，人之意思虽受因果法则所支配，却具有根据意涵或价值而做决定之可能性，此可能性就是意思之自由。

43

二、刑罚论之基本观念

（一）应报刑主义、赎罪刑主义与目的刑主义、教育刑主义

“应报刑主义”主张，以应报原理为基础而对犯人科处刑罚，刑罚就是作为犯罪恶害（恶因）之反动，而由国家对犯罪科以恶害（恶果），此即恶因与恶果之关系。其中，特别重视过去犯罪之赎罪立场者，称为“赎罪刑主义”。

“目的刑主义”主张，科处刑罚，具有其特定之其他目的，刑罚系为达成保护、防卫社会之目的而存在。此亦可称为“保护刑主义”或“社会防卫论”。其中，有认为刑罚之社会防卫目的之达成，要透过教育犯人成为善良之社会人以回归社会，而特别强调刑罚之目的，在于教育与改善犯人，故又称为“教育刑主义”或“改善刑主义”。

（二）绝对主义、相对主义、合并主义、分配主义

以应报刑主义为前提之“绝对主义”，认为作为应报的刑罚本身，具有超越其所

伴随之各个目的（例如威吓、改善等）之绝对意义，刑罚的法之根据，就在于正义之要求或道义之必然性，即“因有犯罪故处罚之”（Punitur, quia peccatum est.）。以 Kant、Hegel、Binding 等为代表。

44 以 Liszt、Ferri 为代表的“相对主义”，主张刑罚有其个别现实之目的，而仅承认其作为将来犯罪之预防手段上具有意义，刑罚之根据，在于有用性或合目的性，即“为使不再犯罪而处罚之”（Punitur, ne peccetur.）。

将绝对主义与相对主义之主张加以合并的“合并主义”，主张刑罚的法之根据，在于正义及合目的性，即“因有犯罪且为使不再犯罪而处罚之”（Punitur, quia peccatum est, ne peccetur.），此为德国通说见解。

“分配主义”，并不像绝对主义或相对主义一般采取统一之见解，将正义或合目的性作为刑罚之理念，而是主张应按照刑罚之进行阶段，承认数种不同之理念，例如 M. E. Meyer，将刑罚分为刑罚之法定（立法）、刑罚之量定（裁判）及刑罚之执行三阶段，而以应报、法的确证及目的刑作为各阶段之刑罚指导理念。

（三）一般预防主义与特别预防主义

此两种立场，是相对主义内部对立之主张。

“一般预防主义”主张，借由对犯人科处刑罚，威吓、警告社会一般人，以预防将来之犯罪，又可分为“刑罚预告之一般预防主义”与“刑罚执行之一般预防主义”。“特别预防主义”主张，借由刑罚之科处，以预防该犯人再度陷于犯罪。

现今，则两者兼行采之。

第三章 刑法之基本原则

45

台湾法学研究精要丛书
刑法总论

第一节 罪刑法定主义

壹、罪刑法定主义之意义

于近代市民阶级抬头过程中，为防止国家恣意行使苛酷之刑罚权，保障市民之权利与自由，而确立出来的近代刑法之基本原则，以“罪刑法定主义”最为重要，此即“关于如何之行为构成犯罪，对于该犯罪应科处如何之刑罚，皆须事先已有法律明文规定，若在实施该行为之前，并无法律明文规定，则无论该行为如何侵害国家、社会或个人之利益，皆不构成犯罪，亦不得科处刑罚”之原则。集罪刑法定主义之大成者 von Feuerbach，于1801年之刑法教科书中，首次借用拉丁文“Nullum crimen sine lege”（无法律则无犯罪）与“Nulla poena sine lege”（无法律则无刑罚），表述此原则之思想核心。

与“罪刑法定主义”相对立之原则，就是中世纪、乃至近世纪初之封建主义国家、绝对主义国家之“罪刑专断主义”。

◎罪刑专断主义，即“如何之行为属于犯罪，应科处如何之刑罚，完全操之于国家机关（国王或法官）之手专权独断”之原则。

◎有学者将“罪刑法定主义”称为“罪刑法定原则”，而谓：“国内文献有称为‘罪刑法定主义’或‘罪刑法定主义的原则’，这是由于继受日本文献的用语所造成的后果。日本法学论著中，对于欧美学说上的‘理论’或‘原则’，均译为‘主义’，中文照抄汉字不误，致使有如‘资本主义’、‘三民主义’或‘共产主义’一般的‘客观主义’、‘主观主义’、‘属人主义’、‘属地主义’等等‘主义’，充斥于刑事法学的论著中。”（林山田，刑法通论（上）增订十版，67页）然而本书以为，所谓“~主义”，就是一种思想，凡称为“罪刑法定主义”、“客观主义”、“主观主义”、“属人主义”、“属地主义”等语，应不至于造成学习与研究上之困扰，若非有误导该用语之正确意涵，是否有加以修改之必要？何况长年以来，此等用语已普遍为学界与实务界所接纳采用；此外，通常日本法学论著，对于欧美学说上之“理论”，都称为“~说”或“~论”，例如“条件说”、“相当因果关系说”、“目的行为论”、“社会行为论”等等。

46

贰、罪刑法定主义之沿革

探究罪刑法定主义之沿革，最早可溯及1215年之英国大宪章。此大宪章是否足以显示出近代法意义之罪刑法定主义之内涵，虽尚有疑问，但的确是对抗中世纪英国国王专制，以保障贵族与僧侣之权利自由之宣言，具有限制国家权力、保障被支配者之自由等罪刑法定主义之基本性质，故依然可谓为罪刑法定主义之思想渊源。大宪章第39条规定：“任何自由人，非依其同僚合法之裁判，或非依国家法律之裁判，不得逮捕、监禁、拘押、流放或剥夺法律之保护。”

此后，此大宪章思想传至美国，于1787年美国宪法第1条第9节第3项、第10节第1项规定“刑事事后法（溯及处罚法）之禁止”，更于1791年美国宪法第五修正案规定“法的正当程序（正当法律程序）”，即“对于任何人……非依法之正当程序，不得剥夺其生命、自由、财产”。此等规定，不仅具有保障个人自由与权利之形式内容（形式保障），并具有拘束立法权之实质内容（实质保障）。

于欧洲大陆，1789年法国人权宣言第8条规定：“法律必须仅规定绝对、明确而必要之刑罚。任何人，非根据犯罪前已制定且合法被适用之法律，不得处罚之。”1810年法国拿破仑刑法典第4条则规定：“无论违警罪、轻罪或重罪，均不得使用犯罪前法律所未规定之刑罚予以科处。”唯此条文之规定，仅有“罪刑法定原则”（法

律主义)与“溯及处罚之禁止”之形式原则,欠缺法国人权宣言第8条前半所规定之实质原则。

第二次世界大战结束后,多数国家皆将罪刑法定主义作为刑法之基本原则。1948年联合国大会世界人权宣言第11条第2项规定:“行为时,依国内法或国际法并非可罚者,任何人,不得因其作为或不作为而被判有罪,对于犯罪,不得科以较其违法时应受之刑罚为重之刑罚。”根据1966年联合国大会所采纳而于1967年生效之国际人权条约B规约(公民权与政治权之国际条约)第15条第1项之规定,罪刑法定主义终于成为国际法上所承认之原则。

我国原刑法第1条规定:“行为之处罚,以行为时之法律有明文规定者为限。”而2005年1月通过之现行“刑法”第1条则规定为:“行为之处罚,以行为时之法律有明文规定者为限。拘束人身自由之保安处分,亦同。”

47

叁、罪刑法定主义之思想基础

罪刑法定主义历史发展过程中,有各种不同之思想背景,例如法治国家论、三权分立论、自由主义思想、民主主义思想、社会契约论、自然法思想等。于罪刑法定主义所具有之多元性思想背景中,可成为刑法解释论上指导方针之思想基础有两种。详言之,罪刑法定主义并非仅意味着无法律则不得处罚,而是还意味着国家科处罚之际,若不预先对国民告知如何之行为将被科处如何之刑罚,将无法保障人权;换言之,由于法律乃国民之行为规范,为保障国民行动之自由,预先告知作为行为准则之法律,而不让国民受到突如其来之限制,自有其必要,且由于透过议会之议员能反映民意,故此等法律必须由代表国民之议会(国会、“立法院”)制定;依此可知,罪刑法定主义是以“自由主义”与“民主主义”思想为基础,而显现以“三权分立(五权分立)”为前提之近代的法精神。

更重要之点,并非在于若有法律事先之规定则某行为即能成立犯罪,而是在于该法律规定之实质内容如何;换言之,罪刑法定主义并非仅具有法实证主义之形式原理之意义,更具有支撑自由主义、民主主义等法治国家之宪法秩序基本原理(实质人权保障原理)之实质原理之意义。因此,罪刑法定主义之思想根据,可分为形式根据与实质根据。

一、形式根据

(一) 自由主义

在自由主义思想下,原则上,国民皆自由,能对国民科处罚者,应仅限于事先有法律告知之情况,否则将属于不当限制国民之自由;换言之,国民依法律事前

48

之预告，对于自己之行为是否会受到处罚，具有预测可能性，此即 von Feuerbach 之“心理强制说”理论，因此，罪刑法定主义系在保障国民自由行动之人权。此自由主义思想，即罪刑法定主义形式内容之“禁止事后法（禁止溯及既往）原则”的主要理论根据。

（二）民主主义

民主主义是主张国家之一切权力皆来自国民之思想，于立法、司法、行政三权（考试、监察五权）分立上，立法乃由国民之代表（国会议员或“立法委员”）所组成之国会（“立法院”）为之，此立法机关最能反映国民之意思。而罪刑法定主义所称之“法”，乃指由该立法机关所制定之“法律”，因此，罪刑法定主义可谓是民主主义之要求。根据三权分立之思想，法院本身不具有决定犯罪与刑罚之权能，其任务仅在于适用立法机关所制定之法律；根据国民主权及议会制民主主义之思想，犯罪与刑罚之规定，必须透过代表国民之议会（国会或“立法院”）决定之；因此，民主主义思想可谓是罪刑法定主义形式内容之法律主义（罪刑法定原则）、禁止类推适用原则的理论根据。

二、实质根据

49 长久以来，罪刑法定主义一直作为刑事立法和刑法解释学之指导原则，其价值之所以日趋重要，乃由于现代之罪刑法定主义所要求之最高层次的实质根据与普遍性原理，就是实质的人权保障原理，该原理之内涵，即为防止国家刑罚权之恣意行使，而实质地保障以个人尊严为基础的权利与自由。如此一来，依据罪刑法定主义之形式根据（民主主义与自由主义思想），不仅能拘束法院之恣意判断，依据实质根据（实质的人权保障原理），甚至能拘束立法机关之不当立法。换言之，法院之功能，已由原本仅能解释法律、适用法律，转变至能审查法律本身之正当性（拘束立法权）。此实质的人权保障原理（思想），就是罪刑法定主义实质内容之“明确性原则”、“刑罚法规内容正当性原则”的理论根据。

肆、罪刑法定主义之内容

依据罪刑法定主义之形式根据与实质根据，可导出下列罪刑法定主义之形式内容与实质内容。

一、形式内容

（一）法律主义

罪刑法定主义之所谓“法定”，就是指犯罪与刑罚，必须是由代表国民之议员所