

2012年最新版

基礎刑法學(上)

黃榮堅 著

 元照

作者簡介

黃榮堅，台灣台北市人，德國波昂大學法學博士。曾任律師、輔仁大學法律學系副教授。現職台灣大學法律學系暨法律學研究所專任教授、法鼓山法鼓佛教學院兼任教授；擔任刑法總則、刑法分則、刑事判決研究、刑法實例練習、刑事政策、德國法學名著選讀、法律與道德，及研究所刑法專題研究等課程。著有「刑法問題與利益思考」、「刑罰的極限」等書。

內容簡介

本書是刑法總則的教科書，不過最主要的篇幅並不在對既有文獻內容的介紹；由於法律思維是生活經驗的產物，所以本書嘗試針對我們可以見到的生活環境，使用一般生活語言去描述刑法及犯罪概念的形，並且從人本的角度對於相關概念作價值上的析論。本書目的在於幫助讀者理解刑法及犯罪概念的建構邏輯，藉此掌握判斷犯罪問題的體系方法。如果其中也可能觸發讀者對人性尊嚴的關照，則是作者所樂見之附帶效應。

ISBN 978-986-255-202-5



9 789862 552025



5C062HD

定價：550元



元照出版公司

地址：臺北市館前路18號5樓

電話：(02)2375-6688

網址：www.angle.com.tw

基礎刑法學(上)

黃榮堅 著

元照出版公司

PDG

國家圖書館出版品預行編目資料

基礎刑法學／黃榮堅著．-- 4 版．-- 臺北市：
元照， 2012.03
冊；公分
ISBN 978-986-255-202-5（上冊：精裝）. --
ISBN 978-986-255-203-2（下冊：精裝）
1.刑法 2.犯罪
585.1 101002964

基礎刑法學(上)

5C062HD

2012年3月 四版第1刷

作者 黃榮堅
出版者 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 550 元
專線 (02)2375-6688
傳真 (02)2331-8496
郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-986-255-202-5



序 言

本次改版距前版出版已經又過了六年的時間，這當中並沒有什麼重要相關法律的變動，所以改版內容除了新的實務、學說資料的補充或非重要段落的刪除外，最主要的，部分是意見的改變（擇一故意、間接犯罪的著手）或增加（犯意變更、結合犯、單純一罪之確認等），部分是論述架構以及表達文字上的更張（幫助犯的因果關係、注意義務與過失概念的關係、對客觀危險和風險提升概念的評論、不作為犯概念、犯罪人概念等）。希望透過這一些調整，可以讓閱讀者更精確掌握本書所要傳達的觀念。

雖然本書立場一貫強調的是，學習的意義不在對所謂答案的記憶，而是在對人情和事理的顯影，但是近年來在社會現實壓力下，所謂標準答案成爲國家考試系統和學習者共同追逐的目標，補習班也取代法律學院成爲主要法學教育的場所。就此，從期待可能性的角度，特別是對於學生，我們無法說要如何抗拒社會現實的壓力，只不過我們近幾年來可以看到的是，學校裡的學生和投入實務的法律人，正因爲放不下，大致上越來越沒有自己說理解決問題的能力、信心與興趣。至於談到怎麼辦的問題，其實這也不是理論上怎麼辦的問題，因爲這就是態度的問題。好像有人酗酒，理論上的解決方法很簡單，就是不要喝酒，問題是，人類的學習途徑向來就不是理性，而是情緒；對於喝酒的人而言，不喝酒也會讓人不知道日子要怎麼過下去。

根本的問題當然是，學習法律理論要作什麼？保守的觀念裡，習慣把法律當作公平正義的化身，但是歷經現實的考驗，法律學領域內部對於法律學的基本意義也有截然的分歧。不但在實體法領域裡，實證主義者認爲，法律說什麼（*Rechtsprechung*），

就是什麼，在程序法領域裡，所謂的客觀與中立也被和當事人主義的形式劃上等號。「法律說什麼，就是什麼」，此一命題在面對專制獨裁的歷史經驗裡也有其妙用，問題是方法上的質疑：法律本身果真曾經說過什麼？以及，在沒有目的思考的情況下，所謂客觀與公正的標準要立足於何處？事實上，當我們以武器對等的理由而反對法官主動介入事實調查的時候，所謂武器對等不也是一種目的思考下的產物嗎？更甚者，我們固然不捨於辯方系統面對強大檢察系統時所顯現出來的弱勢，因此在訴訟程序上想起了武器對等的概念，但是在檢察系統怠惰，特別是檢察系統淪為執政者私人利益鬥爭的工具時，這個社會裡武器對等過了嗎？從此可以看得出來，無論是抽象之自然法理論與實證法理論，或是職權主義與當事人主義，都是現實因緣際會的產物，沒有什麼理論上對錯的意義，至於實際上對於不同主義的引用，也是個別利害關係下的各取所需。

面對全球化之新自由主義（neoliberalism）的風潮，個人人格要被開放，所以廣大勞動者要在血汗工廠「追求卓越」，換來每個月新台幣兩、三萬元以支應一家人生存所需。一樣面對新自由主義的風潮，國家概念必須被開放，所以像非洲人必須與血鑽石為伍一般，我們的生活裡不能沒有三聚氘氨，不能沒有瘦肉精，也不能沒有SSCI。抽象層面上，法律體系作為國家概念的一個環節，其刑事法理論也不例外的在「自由」的旗幟底下開放。刑事法理論的開放，第一個面向是對於國際強權的開放，也因此美國人在所謂智慧財產權相關議題上可以（透過本土資本階級的共同利益關係）左右我國的刑事立法。刑事法理論的開放，第二個面向是對於國內社會人民的開放，例如不久前的白玫瑰運動，程序角度的開放是對訴訟案件的全民公審，實體角度的開放則是廢棄刑法開門見山所揭示的罪刑法定主義。刑事法理論的開放，最後

一個面向是對於執政者之私人的開放，典型例如二〇一二年國內總統大選，執政者動員國家資源全面性的為執政者競選；理論上，黨國不分是一個國家當中可能存在之最終極的貪腐，然而如同人類歷史所呈現的，人類天生健忘於理論，特別是在民主概念的包裝下，既然人民選擇重回台灣五十年前黨國不分的體制，自然也沒有人能夠去臧否其是非。以上三個刑事法理論開放的面向，不但技術上不可分割，更重要的是背後一致的哲學，亦即統治人類價值思維領域者依然是生物學上的達爾文主義。

於是我們看到，法律理論本身的定性只在於傳授論述的技術，而不可能傳授做人的品格。說得更徹底一點，法律解釋學的彰顯與否，和整體人民福祉並無任何一絲關連性。也因此，法律人之自我如果為其身上的標籤而感覺空虛或不安，那麼純粹就知識層面而言，只能從法律學以外的文學、哲學或社會學、心理學、政治學、經濟學概念領域去擷取養分，因為至少在哪裡，我們比較有機會看到法律的真面目。相同的道理，刑事法的學習，絕對不能缺少犯罪學及刑事政策的認知。至於道德概念作為最後唯一真實的價值，則已經不是理論可以著墨。

本書的改版，感謝元照出版公司在出版事務的費心，全書文字另有勞台大法律學研究所廖宜寧、鍾慶禹、郭釗偉、陳盈如等同學幫助校稿，於此一併致謝。同時更感謝大學部及研究所裡全部選課同學們課堂上的報告、一起思考和討論；這一些東西，讓我們度過了最愉快的時光。



2012

元照出版
PDG

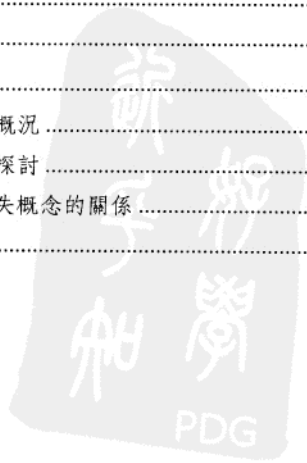
目 次 (上)

序 言

第一章 刑法基本概念.....	1
第一節 刑法的意義.....	4
壹、刑法是什麼？.....	4
貳、刑法的形式.....	5
第二節 刑法的目的.....	10
壹、直接目的：罪刑法定.....	11
貳、間接目的：刑罰功能問題.....	13
參、刑法目的概念之現實.....	42
第三節 刑法的效力範圍.....	45
壹、刑法在時間因素上的效力.....	45
貳、刑法在事件因素上的效力.....	48
參、時 效.....	63
第四節 刑事法律效果.....	66
壹、刑 罰.....	66
貳、保安處分.....	88

第二章 犯罪基本概念.....	103
第一節 罪刑法定主義.....	107
壹、罪刑法定主義的意義.....	107
貳、罪刑法定主義的具體標準.....	111
第二節 行為概念.....	144
壹、概 說.....	144
貳、行為理論.....	148
參、理論的再檢討.....	152
肆、「行為」的定義.....	155
伍、關於原因自由行為.....	159
陸、法人之犯罪能力問題.....	166
第三節 犯罪結構.....	169
壹、犯罪是不法而且有責任的行為.....	169
貳、二階層理論與三階層理論.....	179
參、故意過失概念之定位.....	187
肆、犯罪結構上的基本犯罪（不法）類型.....	196
第三章 不法構成要件.....	199
第一節 不法構成要件概念.....	204
壹、不法構成要件的形式.....	204
貳、不法構成要件的意義.....	209
第二節 成文不法構成要件.....	219
壹、依法令之行為.....	220
貳、公務員服從命令之行為.....	222

參、業務上之正當行為	225
肆、正當防衛之行為	226
伍、緊急避難之行為	252
第三節 不成文不法構成要件	264
壹、正面要件：因果關係	264
貳、負面要件	289
參、關於其他阻卻「客觀歸責」事由	339
第四章 主觀不法	357
第一節 過失	361
壹、主觀不法概說	361
貳、過失理論概況	363
參、過失概念內容探討	369
肆、過失與行為時	393
伍、有認識過失？	396
陸、特殊過失型態	399
第二節 故意	412
壹、故意概念理論概況	412
貳、故意概念內容探討	415
參、故意概念與過失概念的關係	457
肆、故意與行為時	465



目 次 (下)

第五章 客觀不法.....	469
第一節 未遂犯.....	472
壹、未遂犯基本概念.....	472
貳、未遂犯的犯罪結構.....	484
參、其他形式的未遂犯？.....	530
肆、未遂犯的處罰.....	532
第二節 既遂犯.....	570
壹、既遂概念的意義.....	570
貳、既遂概念的內涵.....	575
第六章 有責性.....	589
第一節 有責性概說.....	592
壹、責任原則的意義.....	592
貳、責任理論.....	594
第二節 期待可能性.....	606
壹、意志自由？.....	606
貳、對於相對自由的處理.....	615
第三節 廣義有責性概念.....	627
壹、刑罰的衡平性.....	627
貳、具體判斷標準.....	628

第七章 不作為犯.....	669
第一節 不作為犯基本概念.....	672
壹、不作為犯的意義.....	672
貳、不純正不作為犯概念的問題與處理.....	684
第二節 不純正不作為犯之不法.....	686
壹、不作為犯之不法構成.....	686
貳、不作為犯的故意或過失.....	706
參、不作為犯之未遂犯.....	708
第三節 不作為犯之有責性.....	713
壹、概說.....	713
貳、保證人地位.....	714
第八章 犯罪的參與.....	737
第一節 犯罪參與基本問題.....	740
壹、犯罪參與的意思.....	740
貳、犯罪參與結構理論.....	750
第二節 正犯.....	787
壹、間接正犯.....	787
貳、共同正犯.....	802
第三節 教唆犯與幫助犯.....	820
壹、教唆犯.....	820
貳、幫助犯.....	846

第九章 犯罪之競合	861
第一節 競合基本概念	866
壹、競合的意義	866
貳、競合問題內容	887
第二節 法律單一（法條競合）	893
壹、理論概況	894
貳、法律單一概念的的目的性思考	895
參、行為數的認定	901
肆、保護法益同一性的認定	914
伍、刑法與單行刑法間的競合	929
陸、法律單一的效果	931
第三節 真正競合	935
壹、真正競合概說	935
貳、數罪併罰技術	937
參、單一刑罰	938
肆、想像競合	939
伍、數罪併罰	952
陸、連續犯之廢除	960
柒、牽連犯之廢除	975

新
手
加
學

PDG

第一章 刑法基本概念

目 次

第一節 刑法的意義 4

壹、刑法是什麼？ 4

貳、刑法的形式 5

一、狹義刑法 5

二、廣義刑法 8

第二節 刑法的目的 10

壹、直接目的：罪刑法定 11

貳、間接目的：刑罰功能問題 13

一、關於應報理論 14

(一)「目的」概念的混淆 14

(二)報仇的代價 15

(三)應報理論與刑罰的客觀化 17

二、關於預防理論 18

(一)預防機制的說法 18

(二)法益概念功能 19

(三)刑罰預防之實效 30

2 基礎刑法學（上）

三、規範維護理論 36

（一）規範維護本身不是目的 37

（二）關於建立自我發展可能性的說法 37

四、結論：保護最低限度的利益衡平 39

（一）沒有絕對的利益 39

（二）「基本利益」概念的問題 40

參、刑法目的概念之現實 42

第三節 刑法的效力範圍 45

壹、刑法在時間因素上的效力 45

一、法律生效後始有其適用 45

二、關於限時法的問題 46

貳、刑法在事件因素上的效力 48

一、前提概念：與程序管轄權區別 48

二、原則與規定 51

（一）屬地原則 51

（二）保護原則 58

（三）（積極）屬人原則 59

（四）世界法原則 61

三、外國裁判之效力 62

參、時效 63

一、追訴權時效 63

二、行刑權時效 64

第四節 刑事法律效果 66

壹、刑 罰 66

一、刑罰的概念 66

二、刑罰的種類 67

(一)主 刑 67

(二)從 刑 81

貳、保安處分 88

一、感化教育 89

二、監 護 91

三、禁 戒 92

四、強制工作 93

五、強制治療 96

六、保護管束 97

七、驅逐出境 100



第一節 刑法的意義

壹、刑法是什麼？

刑法是國家法律之一，它規定，當一個人做了什麼樣的事情的時候，國家會給予什麼樣的刑罰或保安處分。這裡所謂做了什麼樣的事情，具體所指的也就是犯罪。關於犯罪及刑罰或保安處分，我們在後面會有進一步的說明。無論是刑罰或保安處分，粗糙的講，都是刑法對於犯罪所規定的法律效果¹，所以刑法就是規定犯罪及其法律效果的法律。

刑法之所以規定要處罰一個人，是因為一個人做了某一些特定的事情，所以才給與刑罰。這裡所說的，一個人做了某一些特定的事情，也就是刑法第一百條以下的條文所規定的行為，例如刑法第三百二十條規定竊盜是犯罪，刑法第二百七十一條規定殺人是犯罪。刑法所規定的這一些行為為什麼會被規定為犯罪？為什麼要被處罰？此一問題，簡單的講，就是這一些行為可能造成（不被容許的）利益侵害。刑法處罰這一些行為，使大家不會做這一些行為，用意在避免這一些行為造成利益侵害²。

依據刑法第三十二條的規定，刑罰可以分為主刑和從刑。主刑的種類有死刑、無期徒刑、有期徒刑、拘役和罰金（刑法第三十三

¹ 事實上，保安處分並非僅針對犯罪行為才有的法律效果，參照下述。

² 刑罰本身也是一種對於人的傷害（攻擊）行為，因此，如果套用心理學上的概念，預防理論下的刑罰屬於工具性的攻擊，而應報理論下的刑罰則屬敵意性的攻擊。前者是以傷害作為達成預防目標的工具，後者則是以傷害受刑人本身為目的，參考Ann L. Weber著，趙居蓮譯，社會心理學，1995年，215頁。

條)；從刑的種類有褫奪公權、沒收以及追徵、追繳或抵償(刑法第三十四條)。所謂主刑，顧名思義，是主要的刑罰的意思。至於從刑，是附隨於主刑而存在的刑罰，亦即被告不可能沒有被判處死刑、無期徒刑、有期徒刑、拘役或罰金的刑罰，卻單獨被判處褫奪公權或沒收。不過也有例外，例如刑法第三十九條規定，免除其刑者，仍得專科沒收；刑法第四十條規定，違禁物得單獨宣告沒收。

刑法第八十六條以下所規定的保安處分，種類包括感化教育、監護、禁戒、強制工作、強制治療、保護管束、驅逐出境等。保安處分的目的是在改善行為人品格，使其可以適應社會生活，以及在保護社會安全，而不是有意藉著受處分人的痛苦去達到其他的社會目的。又，事實上並不是只有在行為人犯罪的情況下才可以科以保安處分；有些情況下，行為人行為欠缺有責性，也可能有保安處分的科處，例如因未滿十四歲而不罰者的感化教育(刑法第八十六條第一項)。關於以刑罰或保安處分作為刑法法律效果，本書在本章第四節有所說明。

貳、刑法的形式

一、狹義刑法

我國所有符合上述刑法意義的法律當中，有一部法律，名稱就叫做刑法，我們在這裡姑且稱之為狹義刑法。此一刑法的規定，在編章的安排上分成總則編以及分則編。其中刑法第一百條以下屬於刑法分則編的規定，是專門針對個別的犯罪類型所做的犯罪以及刑罰的規定。例如刑法第二百七十一條第一項規定，對於殺人的行為要處以死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。而刑法第三百二十條第一項規定，對於竊盜的行為要處以五年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰

6 基礎刑法學（上）

金。其中殺人行爲和竊盜行爲就是刑法所規定出來的犯罪行爲，而死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑等，就是針對殺人行爲所規定出來的法律效果。

至於刑法第一條到第九十九條，則屬於刑法總則編的規定。刑法總則的規定，所涉及的並不是某一特定犯罪類型的問題，而是對於所有犯罪類型的犯罪構成以及刑罰的共通規定，所以稱之爲刑法總則。其中有一些條文是和刑法分則的條文結合起來，共同形成對於個別犯罪行爲類型的要件規定，例如刑法第二十一條到第二十四條所規定的構成不法的消極事由，或者刑法第十八條第一項以及第十九條第一項所規定的構成罪責的消極事由都是。也有一些條文是和刑法分則的條文結合起來，共同形成對於個別犯罪行爲類型的法律效果規定，例如刑法第三十六條以下關於褫奪公權或沒收的規定，或者刑法第八十六條以下關於保安處分的規定都是。除此之外，刑法總則有些是關於刑事責任的基本原則，例如罪刑法定主義（刑法第一條）、刑法適用的範圍（刑法第二條以下）等等。有些是關於構成犯罪之要件的補充說明，例如關於故意過失（刑法第十三條以下）或加重結果犯（刑法第十七條）的概念。也有一些是關於犯罪之法律效果的補充說明，例如關於刑罰裁量或加減的原則（刑法第五十七條以下），或是關於緩刑與假釋的規定（刑法第七十四條以下以及第七十七條以下）。

關於刑法總則之規定對於個別犯罪類型的作用，刑法第十一條揭示，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。例如刑法第十二條規定，犯罪的構成以有故意或過失者爲限，那麼只要其他刑罰法律並沒有相反的規定出現，在解釋上，沒有故意或過失，就不可能構成任何犯罪³。又

³ 參考法86檢（二）字第1372號函：按，食品衛生管理法第三十二條第一項第一款對於製造、調配、加工、販賣染有病原菌之食品或添加物之行爲有刑罰之規定，雖然條文文字並未明示以故意爲要件，但是依刑法第十二條之規

例如針對刑法第一百三十條所規定的廢弛職務釀成災害罪，雖然公務員廢弛職務釀成災害的事件所在多有，但是多出於過失，而本條並未處罰過失，所以對於公務員因過失廢弛職務而釀成災害者，即無法以本罪論處。相對的，所謂其他法律有特別規定者，例如「稅捐稽徵法第四十七條第一款之規定，係將納稅義務人之公司之責任，基於刑事政策之考慮，於其應處徒刑範圍內，轉嫁於公司之負責人，故於此情形而受罰之公司負責人，乃屬於『代罰』之性質……公司以不正當方法逃漏稅捐……究非屬於公司負責人本身之犯罪行為……而公司為法人，既不具有犯罪能力，自無犯意，其於稅捐稽徵法充其量僅係受罰主體，尤無所謂概括犯意與犯意聯絡之存在……此與銀行法第一百二十五條第二項之規定，因係處罰法人之『行為負責人』，故有刑法第二十八條共同正犯之適用，二者情形有別，不容混淆」⁴。此處實務明白認為，即使涉案公司負責人並非刑法理論上的犯罪行為人，依然基於稅捐稽徵法相關刑事責任轉嫁之規定而負刑事責任⁵。實務文字並未直接指明，稅捐稽徵法此一處罰公司負責人之規定即係刑法第十一條所謂「其他法律有特別規定」，但是論述過程清楚的顯示出，實務在基本態度上認為此一處罰公司負責人之規定，無疑就是刑法第十一條所謂「其他法律有特別規定」，否則按照刑法總則的犯罪概念，公司負責人既無犯罪行為，本應無法構成犯罪，也不可能負刑事責任。

定，行為非出於故意或過失者，不罰，並且，過失行為之處罰，以有特別規定者為限，前揭法條並無處罰過失行為，自以故意為限。

⁴ 87年台上字第1974號判決。

⁵ 此處實務認為，稅捐稽徵法對於公司負責人的（轉嫁）處罰規定有異於銀行法對於「行為負責人」的處罰規定，意思似乎是，銀行法所稱「行為負責人」的責任並非基於轉嫁而來，而是基於自身的行為參與而來。其實，銀行法第一百二十五條第三項所稱「行為負責人」究指何人，意思並不清楚。參考本書第二章「犯罪基本概念」關於法人犯罪問題的討論。

二、廣義刑法

我國法律當中，除了名之為刑法的法律是規定犯罪與刑罰的法律之外，也還有其他的法律，雖然並不是直接以刑法為名，但是事實上也是在規定犯罪與刑罰的法律。這樣的法律，有些是整部法律的內容都是有關犯罪與刑罰的規定，也就是刑法的單行法，例如貪污治罪條例、槍砲彈藥刀械管制條例、妨害兵役治罪條例、毒品危害防制條例等等都是。

另外也有一些附屬於非刑法法規的刑罰規定，例如商標法（第八十一條以下）、公平交易法（第三十五條以下）、銀行法（第一百二十五條以下）等等，都是行政法規當中出現對於某特定行為科以特定刑罰的規定，希望藉著刑罰達到行政法規所要達到的目的。像這樣涉及犯罪及刑罰的規定，雖然不是規定在刑法或是其他單行刑法當中，不過它們在實質上也是刑法規定的性質。以上包括狹義刑法、單行刑法以及附屬於非刑法法規的個別刑罰規定可以合為廣義刑法。

對於上述刑法的單行法規，國內用語經常稱之為特別法，意思也就是指刑法的特別規定。有關於此，我們必須特別說明。其實刑法學上所謂的特別法，是有其嚴謹的意義的。刑法學上所謂的特別法，指的是刑法所規定的兩個犯罪的構成要件之間的邏輯關係。當某一個犯罪的構成要件包含另外一個犯罪的全部構成要件，並且至少又多一個構成要件，那麼我們說前者是後者的特別法。例如刑法第二百七十四條所規定的生母殺嬰罪，基本上也完全符合殺人罪的要件，只不過多了一個特別要件，就是此處的行為人與被害人之間是屬於生母與初生嬰兒之間的關係，所以生母殺嬰罪是殺人罪的特別規定。如此的特別法，立法者是有意針對其特別情狀賦予特別的法律效果，所以在法律的適用上自然形成特別法優於普通法的原則。

刑法體系上現在或過去所存在的許多刑法單行法，有一些內容是補充狹義刑法的不足，例如證券交易法內對於內線交易、銀行法內對於非銀行業者的非法吸金等；有一些內容大致上是基於罪罰衡平原則，相對於刑法做更為細緻的犯罪行為分類或要件定義規範，例如槍砲彈藥管制條或毒品危害防制條例等。此等單行法，如果不論其間可能個別出現的重刑問題，大致上都有其特別存在的意義。但是也有一些單行法律規定，例如現行的貪污治罪條例，或者已經失效的懲治盜匪條例所規定的條文，基本上就是刑法既有條文的重複規定。這樣的法律，如果稱其為特別法，意思其實只不過是在既有規定之外，在刑度上另為更嚴苛的特別規定而已⁶。這樣的法律，實質上其刑罰違反衡平原則，形式上也不合於刑法學上特別法的法理。合理之計應該是，廢除其重複的刑法規定⁷。如此，一方面可以擺脫漫無邊際的重刑心態，另外一部分也是在解決許多沒有意義的法律適用困境，例如貪污治罪條例第四條對於竊取或侵占公有財物等單純侵害財產意義的犯罪，卻視為重大貪污行為（無期徒刑或十年以上有期徒刑，得併科新台幣一億元以下罰金）；又例如同法第三條對於不具公務員身分者共同犯罪的處罰⁸。其他例如我國對於侵害商標行為的刑罰，刑法上有規定，商標法有規定，公平交易法也有規定。事實上，一樣是對於侵害商標行為的處理，不斷的重複刑罰的規定，在禁絕侵害商標行為的目的上並沒有任何邊際效益，相對的，對於這一些沒有意義的重複

⁶ 甚至在過去毒品危害防制條例當中，對於三犯之吸毒者出現有唯一死刑的規定。

⁷ 至於是要廢除其他刑法規定而併入基本的刑法規定，或是廢除基本刑法內的規定而併入其他刑法的規定，是一個技術問題。刑法構成要件的解釋如果涉及繁複的行政法規定內容為前提（例如毒品的種類或槍砲彈藥的種類），不妨在刑法以外以附屬刑法的方式做規定，否則可以回歸基本刑法內規定。

⁸ 涉及公務員身分的基本意義定位問題，亦即如果此處的公務員身分是（如本書意見立場）屬於責任意義的身分，那麼法理上沒有理由對不具身分者連帶入罪（參照本書第八章「犯罪之參與」）。

立法所產生的適用⁹與競合¹⁰問題的處理，徒然耗費資源。至於例如兒童及少年性交易防制條例，其內容是在彌補刑法規定之不足，形式上合於特別法之意義，不過問題在於其規範本身根本上的合法性和合憲性¹¹。

第二節 刑法的目的

刑法的目的所談的是，刑法存在於社會有什麼好處的問題。學說上對於刑法存在的目的，一般所提到的是法益保護以及規範維護的說法。至於刑法學上關於刑罰目的討論，學說上所提到的是絕對主義（應報理論）以及相對主義（預防理論）¹²。其實，不管理論對錯，關於刑法目的與刑罰目的的問題，有一些概念是必須先做釐清的。

從今天法治國家的角度來看，國家制定刑法自然是在賦予國家刑罰權的依據，除此之外，如果說國家制定刑法還能有什麼功能的話，基本上都是透過刑罰的機制來實現的。因為現實上，如果不是有刑罰的機制，所謂法益保護、規範維護、犯罪預防或是應報效果都不可能實現。基於此，一般關於刑法目的問題所論述的保護法益或維護規

⁹ 同樣是對於商標權的保護、同樣是對於侵害商標權行為的處罰規定，但是在商標法、公平交易法以及刑法上所規定的不法構成要件（例如，是不是以意圖欺騙為要件？是不是以登記商標為前提？）卻都不一樣。

¹⁰ 侵害商標權刑罰規定相關競合問題，參考黃榮堅，「濫用商標行為之刑事責任」，載於刑法問題與利益思考，1999年，289頁以下。

¹¹ 參考黃榮堅，「對於性交易的刑法觀點」，載於政治與社會哲學評論，23期，2007年12月，179頁以下。

¹² 關於刑罰目的理論介紹，參考Jakobs, AT 1/17ff.; 國內文獻可參考林山田，刑罰學，57頁以下；柯耀程，變動中的刑法思想，1999年，433頁以下，436頁以下；陳志龍，「刑法目的與預防理論」，載於台大法學論叢，23卷1期，137頁以下；韓忠謨老師，刑法原理，1982年，17頁以下。

範，說法都不算錯，不過在層次上可能都屬於間接目的，換句話說，是透過刑罰來實現的最終目的。

壹、直接目的：罪刑法定

在法治國家概念下，沒有刑法，就沒有刑罰。因此可能有人會得出一個結論就是，先有刑法的存在，所以跟著才有刑罰的存在。其實，「先有刑法才有刑罰」只是現代法治國家的理念，是人類社會對於應然價值堅持之後的原則。如果我們不論刑罰的形式問題，那麼事實是，在有刑法之前，泛刑罰（所有人類之間對於生命、身體、自由與財產等利益的剝奪）老早就以各種方式存在了。從人類的歷史來觀察，在不平等關係的層面上，泛刑罰本來就是強權欺凌弱勢的手段，就是呈現著統治者對於被統治者以製造痛苦為目的的相互關係。西洋刑罰史上羅馬暴君卡利古拉把殘忍的刑罰當做是個人的娛樂，他隨時可能宣布處死身旁的顧問和弄臣，從他們被拖走時的驚恐神色中取樂¹³。俄羅斯歷史上殘酷的暴君伊凡在十六世紀帶領軍隊進入諾夫哥羅德時，對於反對者無須審判而可以使盡一切酷刑。伊凡說「我確信他們全都有罪，我看他們的臉就知道了」¹⁴。質言之，在沒有刑法之前，泛刑罰已經是人類之間普遍存在的事實。而且其存在的情形，較諸人類社會開始形成所謂刑法以後的刑罰，有過之而無不及¹⁵。如此，原始的統治者不可能主動以刑法的規定來為自己的「刑罰權」設限，因此，對於制定刑法的要求和對於法治國家概念的要求一般，一開始要制定刑律並不是考慮到刑罰本身可以有什麼理性上的目的。在無標準的刑罰現實下，受害的一定是弱勢的人民。是故，確立刑罰權

¹³ Karen Farrington著，陳麗紅、李臻譯，刑罰的歷史，2005年，11頁。

¹⁴ Karen Farrington著，陳麗紅、李臻譯，刑罰的歷史，2005年，38頁。

¹⁵ 參考Jescheck / Weigend, AT S.2.

的要求，和對於法治國家的要求一樣，是來自於弱勢的被統治者的願望，這也是人類一開始想要制定刑法的動機之所在。質言之，人類想要有刑法，不是要創設刑罰，而是要限制刑罰。因為，統治者的刑罰本來就已經存在了。

就人類社會之間平等關係的層面而言，情形也是如此。除了作為統治者鎮壓被統治者的工具之外，刑罰也可能以氏族之間或氏族與氏族之間報復工具的型態出現，換句話說，是在透過以眼還眼以牙還牙的贖罪作用而重建正常的人際關係。不過正由於其欠缺最低限度的實證法意義，可能導致漫無標準的彼此復仇侵害，在歐洲歷史的發展上，最後也是透過教會規章的形式才能產生穩定生活的功效¹⁶。

在上述刑法目的的思考脈絡下¹⁷，國家（或類似之社會結構）制定刑法，確立了刑罰權的標準之後，有什麼好處呢？刑法規定，對於什麼樣的行為要給予什麼樣的刑罰或其他法律效果。有了這個標準之後，如果刑法沒有規定要處罰的行為，國家就不能給予刑罰。因此對於人民而言，刑法的存在一方面固然是入罪的標準，但是另外一方面同時也是人民自由權利的保證書。這裡所謂的自由，除了是不受刑罰的自由之外，更重要的是開展其快樂生活的自由。因為，在對於刑罰的無法預測的恐懼中，人們動輒得咎的結果，只能自我設限。也因此，十三世紀的英國大憲章、十八世紀的美國獨立宣言以及法國的人權宣言等等都一再揭示罪刑法定主義的重要性¹⁸。而罪刑法定主義的實踐，最基本的前提就是刑法的制定。質言之，刑法提供人民自由開展其生活的保證。

¹⁶ 參考Rüping/Jerouschek, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 4 Aufl. S. 22f.

¹⁷ 此處僅論及刑法作為人民行動自由保障書之思考下的罪刑法定主義的功能，事實上罪刑法定主義還有其他角度的意義，見本書第二章「犯罪基本概念」關於罪刑法定主義的討論。

¹⁸ 蘇俊雄，刑法總論 I，1995年，4頁以下。

貳、間接目的：刑罰功能問題

在人類社會逐漸民主化之後，罪刑法定主義的概念被確定下來，關於刑法目的的問題，除了原有的罪刑法定主義的維護之外，人們更注意到刑法應有的積極意義。此處所謂積極目的的意思是：刑法在一個民主國家裡自然是確立國家刑罰權的依據，但是最後的根本問題在於，為什麼國家要對人民動用刑罰¹⁹？

關於刑罰目的理論中所謂絕對主義，主要代表人是康德及黑格爾。其觀念認為，人不能作為國家預防犯罪的工具，所以刑罰的實施就單純是為了正義的維護。黑格爾則強調，犯罪就是對於規範的否定，而對於規範的否定必須用再度的否定（刑罰）使規範重新被實證²⁰。從結論來看，應報主義就是一種以眼還眼，以牙還牙的想法。而相對主義，也就是預防主義或目的主義，又可以分為一般預防主義及個別預防主義。前者是藉著刑罰的一般威嚇作用，使一般人不至於犯罪；後者則強調，刑罰的目的是著眼於使犯罪人個人不至於再犯罪，其中一部分是藉著刑罰的威嚇功能，但是同時另外一部分也藉著相關處遇措施（保安處分）以達到矯正犯罪人的目的。目前學說上一般認為應報主義與預防主義均有其意義，所以也產生綜合理論的說法。

如上所述，刑罰目的問題最終也是刑法目的問題的核心。關於此一目的問題，不管所論及的目的是用直接或間接的方式來呈現，整體

¹⁹ 有關於此一問題思考的發展也是經過長久的時間逐漸累積出來的，甚至應該說是用許多人的鮮血去換取來的，因為即使有法律的規定，生命並不寶貴，人的痛苦更不值得注意，這是中世紀歐洲權貴們的基本信條。君主、教皇和政府對於水刑、火刑、斷肢、殘體、活埋以及格鬥定罪等等野蠻的作法都無動於衷（Karen Farringdon著，陳麗紅、李臻譯，刑罰的歷史，2005年，19頁以下）。

²⁰ 關於黑格爾理論的介紹，參考Jakobs, AT 1/21.

而言，被論述到的幾個主要概念是應報理論、預防機制下的法益保護理論以及社會規範的維護²¹。

一、關於應報理論

（一）「目的」概念的混淆

如果應報理論的意思就是所謂的以眼還眼，以牙還牙，你怎麼對待我，我就怎麼對待你，那麼應報理論本身根本沒有回答刑罰目的的問題。因為所謂的目的，它的意義指的是追求什麼好處的意思。而所謂「以眼還眼以牙還牙」的應報思想，只是表達了一個「我要用刑罰！」的行動態度，至於針對題目所要問的問題（為什麼要用刑罰？）還是完全沒有答案。所謂絕對正義的維護，脫離了利益概念的說明，是一種純粹語言上的循環論證。至於哲學上的主張，亦即對於規範的否定必須用再度的否定（刑罰）使規範重新被實證，到頭來如果不是繼續說明穩定規範的意義²²，也等於沒有說到刑罰目的的核心問題，因為規範的存在不是為規範而規範²³。此外，雖然「人不能被當做工具來看待」的理念是為一般人所認同，但是姑且不論，在人性的現實當中，一個社會能否承擔此一理念百分之百的實踐？如果要取代「工具化」，果真有更仁慈而有意義的作法²⁴？

²¹ 參考 Jescheck / Weigend, AT S. 7f.; 國內學說上關於刑法目的問題，亦有以規範維護說與法益保護說並列，參考鄭善印，「刑法的目的只有法益保護嗎？」，載於現代刑事法與刑事責任（蔡墩銘教授六秩晉五壽誕祝壽論文集），1997年，649頁以下。

²² 就此而言，Jakobs在刑罰之穩定規範的意義上卻有深入的論述，參考Jakobs, AT 1/4ff.

²³ 如此的應報理論事實上已經接近規範維護理論，參考下述關於規範維護理論的討論。

²⁴ 理論上，更仁慈而有意義的做法是教育，問題在於人的資源和耐心有限，所以人在現實上也沒有辦法負荷一個純粹仁慈而有意義的做法。因此，如果說

（二）報仇的代價

我們可以從事實經驗當中去體會，一般人所說的應報，它的好處就在於洩憤所帶來的心情上的愉快。我們不能否認，洩憤也可以給人帶來心情上的愉快，這也是一種好處。在此一前提下，我們可以把應報主義所認知的目的和預防主義所認知的目的做一個比較。所謂的預防，也是在追求人們一個愉快的生活。不過這裡所說的愉快的方式並不是來自於報復行動後的情緒上的彌補，而是設法根本減少侵害行為的發生，使我們生活於一個比較不受傷害的環境中。

我們在現實當中，特別是在短暫的時間內，很難驗證採取應報理論以及採取預防理論對於人類生活的效益一定是怎麼樣，就好像我們沒辦法說，在現實生活當中到底是吸毒比較快樂或不吸毒比較快樂。不過長時間以觀，我們大致上可以知道，報復的作法於事無補，反而有害。不止具體層面有害，對於全部人的心理層面更有害。誠如一些心理學上的研究所顯示，人的攻擊行為是遵循一定的腳本的，例如吵架中的兒童被制止時，都會指責對方先開始，意即人們在心理上認為，對於對方的「尋釁」，以攻擊回應是具有正當性的（所謂負面的回報規範）²⁵。這一點，從社會上屢屢發生的青少年械鬥事件，特別是從國際上美國和被他稱為「恐怖主義」的組織或國家之間的纏鬥，我們也可以得到清楚的教訓。因此值得思考的問題是，當人與人之間的應報頻率因為人類行為的模仿作用而趨於密集的時候（所謂冤

仁慈而有意義的做法是一個理性上的正確，那麼問題在於，我們對於人們去建構一個沒有刑罰的社會（有異於對於一個沒有處罰的學校）並沒有期待可能性。

²⁵ Ann L. Weber著，趙居蓮譯，社會心理學，1995年，220頁。其中另外舉了兩個例子，亦即侮辱丈夫的婦女「理該」被鞭打，以及建造核子武器以防敵國先攻打。從這兩個例子，令人想到更典型的例子當然是，美國布希總統以伊拉克擁有大規模毀滅性武器為藉口而出兵攻打伊拉克，但是事實上，美國蹂躪了伊拉克之後，並沒有從伊拉克搜尋到任何毀滅性武器。

冤相報），每一個人是否有能力負擔得起己身所受到的應報？

近年來，Jakobs提出所謂讎敵刑法的概念與市民刑法相對應，並且在美國九一一攻擊事件後更加引起學說上的關注。按照讎敵刑法的概念，對於那一些根本性的偏離社會秩序、持續性的破壞社會秩序者，我們應該把他當做敵人來看待，把他宣告為「一個東西」、「一頭畜生」，對他進行戰爭，把他從人類社會共同體排除出去。只有對於非根本社會偏離者，我們才可能期待其重新回到社會生活，才有保留其市民地位（使用市民刑法）的必要性²⁶。本書認為，學說上對於讎敵刑法之意義的理解言人人殊。假如所謂讎敵刑法用語是（如一開始一般人所認為的）在為刑法某些既存正當性有疑慮的入罪規範之基本態度貼標籤，例如總則性的預備犯或危險犯，分則裡的使用毒品罪、賭博罪，以及本書所認為的，特別是無數的加重結果犯和結合犯、以風險提升概念詮釋幫助犯、以浮濫的犯意聯絡概念詮釋共同正犯等等，則此一用語事實上有提醒的功能，亦即警惕立法者和解釋者注意可能存在的合理。但是如果讎敵刑法另有其刑事政策主張上擴張刑罰的意義，那麼問題是，我們要如何判定讎敵？果真可以如我國兒童及少年性交易防制條例的刑罰規定，把桃色交易設定為人類共同打擊的標靶？或者如數年前台灣政府忠誠且鮮明的遵照中國之政策立場，在世界上獨一無二的把新疆異議人士那比婭定義為恐怖份子？或是如美國把伊拉克或賓拉登定義為恐怖分子？從長期歷史淵源以觀，美國布希總統派兵攻打伊拉克或掠殺賓拉登，姑且不論美國視他者為讎敵，他者也視美國為讎敵²⁷，其實第三者也很難從二者之中去圈選出來誰是讎敵。實質上的問題是，「任何現象、任何事件都有不同的

²⁶ Jakobs，2003年10月台北「市民刑法與讎敵刑法」刑法學術研討會提交論文全文。

²⁷ 另外一種立場者的思想，參考Gilles Kepel等著，余品葵等譯，文本中的蓋達，2007年，東觀。

角度。所有的事件都是息息相關的²⁸」。這個道理，在個人事件的價值判斷上是如此，在形成社會共同規範的價值判斷上更是如此。質言之，讎敵間的報復心態作為國家的政策基礎，滿足了執政者的私人盤算，但是對於整體社會利益最後的作用卻是惡性循環²⁹。

（三）應報理論與刑罰的客觀化

學說上經常強調應報理論的一個優點是對於責任原則的堅持，亦即行為人不應該受到超過其責任程度的刑罰³⁰。問題是在決定刑罰的量的問題之前，先決問題應該是質的問題：到底行為人應不應該被刑罰？如果行為人根本不應該被刑罰，談應該刑罰多少的問題，都沒有意義。用一個比喻的說法，當強盜向商家收取「保護費」的時候，強調其收費是依據店面大小及營業額為標準，根本無助於其行為的正當化。

相對的，對於預防理論，學說上擔心刑罰預防取向的考量而過度侵害基本人權。其實此一說法顯屬過慮，也是對於預防理論完全的誤解，因為預防理論本來就是就刑罰意義的方向在表達其立場，而不是主張預防目的下的無限制刑罰³¹。相反的，法治國家概念下的預防理論本來就受到比例原則的限制，因此，對於輕罪不能重罰，這在法治國家的預防理論下是一個當然的結論。不僅止於此，法治國家的預防理論的核心思想在於非刑罰的預防：由於預防理論的刑罰目的觀在於

²⁸ Dalai Lama / Howard C. Cutler著，朱衣譯，快樂，2003年，154頁。

²⁹ 一個人類社會最典型的報復心態問題就是死刑存廢的問題，國內社會對於此一問題的立場衝突，參考黃榮堅，「2010年刑事法發展回顧」，載於台大法學論叢，40期特刊，2011年10月，1795頁以下，1801頁以下。

³⁰ 概念介紹，參考林鈺雄，刑事法理論與實踐，2001年，286頁以下。

³¹ 把預防理論和重刑思想劃上等號，顯然是學說上對於預防理論的一個嚴重的誤解；對此，柯耀程，變動中的刑法思想，1999年，433頁以下，441頁的說法是正確的。

預防，因此在使用刑罰的時候必須考慮到，是不是已經沒有其他更經濟有效的預防方法。當刑罰在預防功能上欠缺其適當性、必要性或衡平性的時候，就必須放棄刑罰³²。由於在事實上，刑罰的預防功能本來就不是絕對的，另一方面，隨著各種科學的研究，我們對於人類行為有越來越多的理解，可以掌握更多影響人類行為的方法。如此，就預防思想的角度，要達到一個最少侵害的社會生活狀態，必須善用非刑罰的管道，因此刑罰即須自我設限。總之，預防理論本身並沒有內含濫用刑罰的主張³³。

二、關於預防理論

（一）預防機制的說法

預防理論把刑罰的目的設定在犯罪的預防，意思是透過刑罰的威嚇作用，可以使人放棄侵害行為，從而保護人們的生活利益。主張預防理論者，又有兩個不同的著眼途徑，其一是個別預防理論，其二是一般預防理論。個別預防理論設定預防的對象是犯罪行為人個人，是要行為人因為受刑而記取教訓、不敢再犯的意思。一般預防理論設定預防的對象是全部的社會人，亦即所謂殺雞儆猴的意思。

個別預防與一般預防對於社會生活利益的保護都是可以理解的，事實上，從社會生活利益保護的目的來看，這兩個途徑的利益保護並

³² 相同概念參考Beccaria, *Über Verbrechen und Strafen*, 1998, S. 174.

³³ 基於此一立場，所謂刑事政策指的是處理犯罪問題的對策，但是處理犯罪問題的對策並不等於採取刑罰的對策。刑事法學家李斯特（Liszt）所說過一句最有名的話「最好的刑事政策是好的社會政策」已經清楚的表達此一思想，亦即，犯罪是一種社會關係下的產物，所以要有效對抗犯罪就必須從社會政策下手（*Die Zukunft des Strafrecht*, 載於所著Aufsätze und Vorträge, Band II, 1905, S. 8）。其中最根本的社會政策可能是經濟或財政政策。

無互相排斥的關係，甚至有其互補之意義³⁴。簡單的講，行為人透過犯罪行為所表現出來的危險性，提供了個別預防的必要性；另外一方面，除了再犯率特別高的竊盜或煙毒等罪以外，其他犯罪初犯的普遍性，也提供了一般預防的必要性。因此，個別預防與一般預防都有其存在之意義，並且我們也無法精確的說，二者之間在刑事政策上考量的比例應該是多少。學說上有主張，一般預防與個別預防之間的比例是隨著法律實踐階段不同而有差異的，簡單言之，在立法存在的本身，一般預防的意義大於個別預防，在法院審判的階段，一般預防與個別預防的意義互相接近，而在執行的階段，個別預防的意義大於一般預防。此一說法對於刑事政策考量的彈性化觀點，殊值贊同，不過是否一般預防與個別預防之間的考量比例一定就是隨著法律實踐的進程而成固定的曲線圖，可能無法一概而論。有時候，人民對於法律的認知媒介並不是法律規定的本身，而是法律的執行。事實上，此一問題有很大一部分是涉及資源的問題，因為廣義的個別預防，包括刑罰為手段的預防，也包括刑罰手段以外的預防，例如保安處分。由於犯罪人往往有其個別難以排解的犯罪原因，如果不是加上刑罰以外之個別預防的作法，可能無以為功，不過特別是保安處分的各種處遇措施，如果要真正有效達到個別預防的目的，現實上必須有難以估計的大量資源，因此以保安處分取代刑罰，現實上也僅可能在一定程度內為之，無法全面取代。

（二）法益概念功能

「刑罰的目的在於預防」，這一句話在技術上並沒有把刑罰目的表達徹底。如上所述，所謂目的必然是一個人們可以理解的愉悅狀態。預防之所以可以成為是一種目的，最後的意義是在於無侵害下之

³⁴ 參考Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht, 載於氏著Aufsätze und Vorträge, Band I, 1905, S. 126ff.

生活利益的完整性。也因此，刑法的目的在於確認刑罰的基礎，希冀最後達到法益保護的功能³⁵。此一命題無論是在立法或司法行為上，理論上都有其絕對重要的意義³⁶，亦即刑事立法不應逾越法益保護的必要性，刑法解釋也不應逾越法益保護的必要性。只不過，此一命題在立法與解釋之實際上，有其不同層次的效益與運作原則。

1. 刑法的立法

（1）原則與效益

從刑法以法益保護為基本目的出發，邏輯上自然可以形成的結論是，「犯罪規定必須有其保護的法益」、「犯罪規定不得僅在保護意識型態」或是「犯罪規定不得僅在處罰道德的違反」³⁷，質言之，不應有欠缺保護法益的刑事立法。並且在關於此一問題的討論時，學說上經常會舉到例如毒品罪或賭博罪等等的例子³⁸，意思是說在這些犯罪類型當中，事實上並沒有哪一個人的利益會遭受損害（以吸食毒品為例，行為人傷害的是自己的身體健康；以賭博為例，行為人損害的是自己的財富，甚至也可能透過賭博行為反而賺取財富），因此是所謂沒有被害人的犯罪。

所謂法益，其基本概念是利益，從此一基本概念來觀察，對於刑法最後以保護利益為目的的說法，其意義有待釐清。因為，只要是人經過選擇所做出來的行為，包括出門穿衣服、白天工作、一直到晚上看電影，沒有不是把追求利益作為目的的。刑法的制定，到頭來也是人為的產物，因此即使是所謂的惡法也有其得到利益的人。例如我們

³⁵ Jescheck / Weigend, AT 5 Aufl. S. 7.

³⁶ 高金桂，利益衡量與刑法之犯罪判斷，2003年，46頁；Jescheck / Weigend, AT 5 Aufl. S. 257ff; Otto, Grundkurs Strafrecht, AT 4 Aufl., 1992, S. 8.

³⁷ 參考Roxin, AT 1 § 2 Rn. 9ff.

³⁸ 許福生，「無被害人犯罪與除罪化之檢討」，載於中央警察大學學報，34期，21頁。

從今天一個開放社會的眼光來看，難以接受人類保守社會裡對於同性戀者的刑罰，問題是事實上，除了立法者可能自肥以外，對於不同意識型態的說法（例如地球繞著太陽轉）或作法（例如援助交際、同性戀、與配偶以外之人的性行為）的鬥爭或入罪，就可以使社會上的一些人，或甚至是多數人感覺到快樂與興奮³⁹。即使我們說這是一種鴉片，鴉片也可以給人帶來某種生活（人格宣示）上的愉悅，也是一種利益。因此嚴格來講，世界上不會有欠缺保護利益的刑事立法。

「不應有欠缺保護法益的刑事立法」，或是「犯罪規定不得僅在保護意識型態」或是「犯罪規定不得僅在處罰道德的違反」等等的衍生說法，其嚴謹意義應該是，不應有欠缺保護合理利益的刑事立法。當然，所謂合理利益本身是一個高度價值判斷的概念，換句話說，事實上是一個高度受到人際利益情緒關係所左右的概念，所以在具體個案上不容易見到清楚的界線⁴⁰。因此以所謂「犯罪規定不得僅在保護意識型態」或是「犯罪規定不得僅在處罰道德的違反」等說法來限制入罪的規定，實際上效果有其限制⁴¹。到最後，「不應有欠缺保護法益的刑事立法」的概念意義在於理念的宣示，在於提供立法主張時的論述工具，希望可以警惕各個角度之立法參與者對於立法保護（就整個社會而言）最大利益的立場有所理解與堅持。如果說得更具體，此一概念也是公法上最基本的比例原則的貫徹⁴²，其中關於不同群體之

³⁹ 參考黃榮堅，「刑法妨害風化罪章增修評論」，載於月旦法學雜誌，51期，81頁以下。

⁴⁰ 例如關於使用毒品在刑事立法上的利害關係考量，參考蘇佩鈺，施用毒品行為之刑事立法問題，1997年，113頁以下。

⁴¹ 典型的例子如對於供自行使用之所謂侵害著作權行為的刑罰規定。其實跳脫刑法領域而言，任何立法都有利益保護衝突的問題，國內的「促進產業升級條例」到底是否保護一個合理利益的問題，長期以來即有爭議。從形式上講，是促進經濟發展，問題是，促進什麼人的經濟發展？台灣獨厚於資本家的稅賦制度實質上相對的製造更多財富與人格上的赤貧。

⁴² 關於比例原則對於包括刑法在內之立法的作用，參考陳新民，憲法基本權利

間的利益折衝，最主要涉及衡平原則的問題。

（2）法益的項目與分類

當我們在此把「法益」定義為刑法所保護的社會生活利益⁴³，並且指稱「利益」為使人感受到愉悅的狀態的時候，必須知道，所謂「狀態」指的並非具體的某一個人事物時空的特定物理場景，例如某甲在某天下班時為消解疲累而到啤酒屋喝一杯啤酒，而是全部人在全部可以感受到愉悅的時間點之狀態的總集合。所謂「全部人在全部可以感受到愉悅的時間點之狀態的總集合」，事實上其外延可以無限延伸，例如某甲一大清早就起床慢跑，某乙不耐鬧鐘吵人而關掉鬧鐘又繼續睡大覺，某丙約女朋友看了一場電影，或是某丁買樂透中獎一千萬等等。因此「令人愉悅的狀態」指的依然是一個抽象的觀念。之所以稱其「抽象」，第一層意義固然是，法益指的並不是行為客體，例如殺人罪的被害人是行為客體（行為對象），但是（按照通說）殺人罪所保護的利益是生命⁴⁴。不過之所以稱其「抽象」，最主要的是要強調抽象概念與具體物相之間跨越不過的鴻溝。不管我們在文字上如何用「愉悅」來替換「利益」，總之，如果對於「愉悅」的確認必須尊重全部人的感情，那麼使用最實證的說法：「愉悅」是人們會說它是愉悅的全部狀態，「利益」是人們會說它是利益的全部狀態⁴⁵。

之基本理論（上），239頁以下。

⁴³ Jescheck/Weigend, AT 5Auf. S. 256.

⁴⁴ 參考蔡墩銘，刑法精義，2004年，81頁；Jescheck / Weigend, AT 5 Aufl. S. 256ff.

⁴⁵ 學說上對於此一所謂法益的描述是：法益（有異於行為客體）並非感官可以察覺的對象，而是社會秩序之抽象價值，這些價值是社會生活之安全、福祉與尊嚴所依賴（Jescheck / Weigend, AT 5 Aufl. S. 259）。這是一個帶有理念意義的定義方式，不過也可能是在人類生活經驗當中過於頻繁的利害衝突，所以「理念」的確認在現實上也必須訴諸多數決，甚至在技術上是依據人類使用語言的習慣去定義「法益」的內容。這種多數決，是技術上的需求，而不是理念本身的需求。

既然刑法最後的目的是保護法益，那麼刑法上一個絕對重要的問題自然是，刑法要保護哪些法益？今天學說上一般對於刑法所要保護的最基本個人法益的列舉包括生命、身體、自由、名譽、財產等，事實上在我們一般人的意識當中也都會接受其為利益，主要來自於社會人高度同質性的生活感受⁴⁶。雖然在民主國家的立法機制下，法律是經過憲法所規定的立法程序，並且在事實上經過政黨以及利益團體的運作所形成，不過在理念上，刑法以立法保護一定之法益，其實質正當性依然建立在上述人類社會生活最質樸的共同認知⁴⁷。人類社會生活共同認知的利益狀態會隨著時代背景的遷移而有所異動⁴⁸，例如對於個人的隱私，無論在一般生活當中或是在刑法立法上，都已經屬於不可或缺的利益概念。當然，就刑事立法之現實層面而言，什麼樣的利益可以被規定為刑法所要保護的利益，可能會有與刑法基本理念相互歧異的情形，不過這是屬於現實層面的問題（參照後述）。

其實，無待乎時代背景遷移所帶來個人基本法益內容概念的變動與爭執，傳統刑法對於所要保護的法益，除了個人法益（*Rechtsgüter des Einzelnen, Individualrechtsgüter*）的保護之外，早已另外及於整體法益（*Rechtsgüter der Gesamtheit, Universalrechtsgüter*）的保護⁴⁹。侵害個人法益的犯罪意指在具體層面上，其犯罪行為只侵害到特定個人的利益，例如小偷偷竊，每一個竊盜罪的行為所侵害的都是單一個人的財產利益；或是殺人罪，每一個殺人罪的行為所侵害的也是單一被害人的生命利益。相對的，侵害整體法益的犯罪意指其犯罪行為侵

⁴⁶ 參考陳志龍，*刑法與刑事立法*，1990年，102頁以下。

⁴⁷ 學說所稱個人法益具有「前實定」（非經思考衍生）之性質（陳志龍，*刑法與刑事立法*，1990年，102頁以下），如果從此一角度做理解，是可以接受的。

⁴⁸ 參考蘇佩鈺，*施用毒品行為之刑事立法問題*，1997年，11頁。

⁴⁹ Jescheck / Weigend, AT 5 Aufl. S. 259. 對於整體法益，國內多稱為「超個人法益」（陳志龍，*刑法與刑事立法*，1990年，114頁以下）。

害到不特定範圍之社會多數人的利益，例如污染空氣、土壤或水體罪，如果有人投棄毒物到空氣、土壤或水流中，可能受害的並不僅只某一特定個人，而是社會上有不確定範圍的人可能受害，又例如妨害公務罪，如果有人對於公務員依法執行職務時施加強暴脅迫，那麼國家公務受妨害的結果，也不是只有某一特定人受害，而是無數的國民都會受害，例如有人妨害公務機關拆除違建，其結果是不利於公共居住之（生命、身體、財產）安全或交通之順暢（自由、財產）。

國內傳統在刑法保護之整體法益的範圍內，又區分為侵害社會法益的犯罪以及侵害國家法益的犯罪⁵⁰，其意思是，侵害社會上不確定範圍多數人的犯罪都是侵害社會法益的犯罪，除了上述的污染空氣、土壤、水體罪之外，例如放火、酒醉駕駛、製造或持有危險物品、妨害公眾交通安全、偽造貨幣、偽造文書、製造或販賣毒品、賭博等等，都是屬於侵害社會法益的犯罪。不過在侵害整個社會利益的犯罪當中，有一些犯罪類型又特別涉及到國家統治權機制之利益，也就是侵害國家法益的犯罪，除了上述的妨害公務罪以外，例如內亂罪、外患罪、洩漏國防機密罪、公務員收受賄賂罪、圖利罪、妨害投票罪、參與犯罪結社罪、藏匿人犯罪、偽證罪或誣告罪等等都是。

學說上對於國內傳統將整體法益的範圍以社會法益及國家法益作為分類標準有所批評，認為「國家」或「社會」都僅具備持有利益之「主體」的性質，本身並無「利益」的性質，無從據以作為分類之標準⁵¹。其實，此一爭議之內容最後涉及法益確立之正當性問題，亦即，當刑法超越所保護之個人法益範疇之外，要指稱某一所謂整體法益之存在，並據以為立法之依據的時候，必須具備如何的基本意義？從法律作為保護人的利益的出發點而言，任何脫離人之保護的基本意

⁵⁰ 林山田，刑法各罪論（上冊），2005年，44頁；蔡墩銘，刑法各論，2001年，19頁。

⁵¹ 陳志龍，刑法與刑事立法，1990年，152頁以下。

義者，都欠缺法規的正當性基礎。反對國家利益或社會利益的說法，技術上有其避免國家恣意立法的作用。例如公共危險犯罪類型，因為可以還原為個人可以感受之利益侵害，所以具備正當性。相對的，我國過去以及目前刑法所存在的以妨害善良風俗為名的犯罪類型，典型如兒童及青少年性交易防制條例第二十九條對於性交易之示意行為的刑罰，由於其難以還原為實質上之個人利益的侵害（別人性交易和我有什麼關係？），所以屬於欠缺正當性的犯罪⁵²。從此以觀，「國家法益」或「社會法益」（甚至是「國際法益」，例如美國總統布希為了「建立國際社會秩序」而出兵蹂躪伊拉克人⁵³）的分類用語有其負作用，亦即一旦「國家」與「社會」不是以多數自然人集合體的意義出現，而是獨立於活生生的個人以外的存在體出現，那麼基於「國家」或「社會」概念所塑造出來的利益說法，極可能背離於人民真正可以感受到的利益狀態。問題是民主國家裡，如果利益不是人民的利益，還可能（應該）是什麼人的利益？

（3）個人法益與超個人法益的關係

到底相對於個人法益的利益項目，在用語上應該叫做超個人法益，或是應該叫做國家法益或社會法益，最後所爭執的自然不是形式上的問題，而是上述法益概念的正當性的問題。即使我們把所謂國家法益和社會法益稱為超個人法益，學說上依然爭論二者之間的關係，亦即，超個人法益所保護的固然是全部社會人共同的利益，問題是，

⁵² 此一概念在實際操作上的效用，仍然依賴其他理性論述的配合。對於性交易示意行為的刑罰，強解為保護青少年的身心利益，形式上也是保護無數個人法益，問題是，如此的因果關係連結與多元社會下的價值獨斷顯然違背比例原則（參考黃榮堅，「以刑法防制性交易？」，載於台灣本土法學雜誌，50期，1頁以下）。

⁵³ 至於以反恐名義所形成的美國措施對於國內人民基本權利的侵害，參考廖元豪，「多少罪惡假『國家安全』之名而行？」，載於月旦法學雜誌，131期，37頁以下。

這裡所說的共同利益是什麼？是個人法益項目以外之獨立法益項目（二元論）？或是多數個人法益的集合體，最後依然可以還原為個人法益的項目，與個人法益之間僅具有量差關係（一元論）？

實證法上的觀察是，超個人法益的項目有一部分固然可以被還原為個人法益的項目，例如公共危險罪，即使我們說是在保護公共安全，最後很清楚可以理解的是，公共危險罪諸犯罪類型的設定，不外乎保護不確定範圍之每一個人的生命、身體或財產安全。不管生命、身體或財產，都在刑法原來所保護個人法益的範圍之內。但是也有一部分超個人法益的項目，似乎不一定可以被還原為個人法益的項目，例如妨害公務罪章對於公務利益的保護、妨害投票罪章對於投票制度的保護以及偽造文書罪章對於文書制度的保護，或甚至是內亂罪章對於國家機制的保護等等都是。以內亂罪章而言，如果一個國家的主權機制被推翻了，會波及個人的什麼利益？姑且不論，在暴政統治的國家裡一樣有內亂罪的規定，亦即其國家的主權機制被推翻，事實上可能並沒有影響到大部分人的利益，或甚至是有利於多數人的利益，就立法本身所假設的理想狀態而言，此一問題的答案也是浮動的。一個國家的主權機制被推翻了，嚴重者可能影響甚多數人民的生命、身體或財產安全，次要者可能影響健保利益、受教育的利益、參觀美術館的利益或出國旅行的利益，其中並非所有的利益都可以回歸到刑法對於個人法益保護的範圍。對於這樣的一種利益狀態，我們沒有辦法單純稱其為，或還原其為生命利益或身體利益等等，取而代之的是「國家存在利益」的名稱。

在理念層次的問題，亦即對於超個人法益的承認是否應該限於可以「還原為個人法益」的問題，我們必須先釐清「還原為個人法益」的意思是什麼？如上所述，如果還原為個人法益的意思是指還原為刑法對於個人法益的保護項目，顯然實證法上所規定的保護超個人法益的犯罪類型，其法益內容並非都可以還原為個人法益，因此問題是，

這樣的超個人法益的保護是否可以被容許？

本書認為，所謂超個人法益應該可以被還原為個人法益的訴求，乃在於其立法必須符合一般人民的具體感覺。刑法所保護個人法益的項目固然是最典型的一般人民具體感覺中的利益狀態，但是一般人民具體感覺中的利益狀態事實上可能不限於刑法所保護個人法益的項目。問題的實質重點在於比例原則上的檢驗，具體言之，所謂超個人法益的項目是否果真符合一般人民的具體感覺，是否忠實反映了一般人民痛苦與快樂的情緒，而不僅僅是建立在文字上的幻覺或是少數利益的需求上。例如基於著作權法第一條所稱「保障著作人著作權益，調和社會公共利益，促進國家文化發展」而建構起來的刑罰規定，或例如刑法妨害風化罪章一些保護所謂善良風俗的犯罪規定，都是值得商榷的法益概念。

當然，一個超個人法益概念的形成是否果真符合多數人的利益關係，因此可以被接納為超個人法益當中的一個項目，在具體的刑事立法上往往是會有爭議的，例如關於偽造文書罪章保護法益的問題即是。如果我們堅持，超個人法益所保護的必須也是刑法對於個人法益所保護的利益項目，那麼就偽造一般文書（相對於有價證券或貨幣）而製造利益侵害的具體事實而言，一般普遍被聯想到的利益侵害可能是財產上的侵害，例如偽造學生證買優待電影票看電影。如此，對於財產可能造成利益侵害的行為是在行使偽造文書的時候，是在構成詐欺罪的時候，而不是偽造文書的時候。即使是對於財產以外的利益侵害，例如確認親子身分關係，也是在行使偽造文書的時候，而不是偽造文書的時候。那麼姑且不論，親子關係的確認和刑法對於個人法益的保護項目（生命、身體、財產或自由等）無關，事實上偽造文書本身似乎並不至於造成利益侵害，因此對於偽造文書行為的處罰似乎喪失其正當性（和保護法益之間並無關係）。不過，如果對於超個人法益的定義也包括刑法對於個人法益所保護的利益項目以外的個人利

益，偽造文書罪的正當性似乎就可以有其脈絡了。亦即，處罰偽造文書的意義並不在於其具體製造財產利益的損害，而是最後在於文書制度的保護。析言之，人類的信賴感事實上可能很脆弱，偽造文書的存在（而不需要到達行使偽造文書的地步）已經足以破壞社會人對於文書證明功能的信賴，從而動搖文書制度存在的可能性。相同的道理，有形的偽造（而不需要是無形的偽造）也已經足以破壞社會人對於文書證明功能的信賴，因此刑法上都規定處罰。最後的問題是，文書制度的存在是社會的多數利益嗎？至少從今天的社會現實來看，似乎很難想像人們可能接受一個沒有文書的社會，因為技術上，文書是多樣生活的前提，而人們事實上所競逐的就是如此的生活⁵⁴。

相對的，刑法訂定參與犯罪結社罪（刑法第一百五十四條）以保護「社會秩序」，似乎能為一般人所接受。於此，無待乎犯罪結社成員有任何殺人、傷害或恐嚇取財行為，一般人心理上對於犯罪結社的存在，已經自然的界定為不利狀態。

綜上所述，超個人法益與個人法益之間的關係並非絕對的一元關係，也不是絕對的二元關係。有一些超個人法益的內容可能可以不變其態樣的還原為刑法所保護之個人法益的量聚集，例如公共危險罪章各犯罪類型所保護的法益，不管放火、決水或投放毒物，在觀念上無非是為了多數人生命、身體或財產的利益保護。但是有一些超個人法益的內容並非刑法所保護之個人法益的量聚集，而是另有獨立概念。不過無論如何，就刑法的基本正當性而言，超個人法益永遠是個人利益的集合。此處所謂個人利益的集合，並不限於刑法所保護之個人法益的集合，但是依然必須是多數社會人可以感覺得到的利益關係。

⁵⁴ 黃榮堅，「論偽造文書之行使行為」，載於台灣本土法學雜誌，54期，63頁以下之看法必須修正。

2. 刑法的解釋

法益的基本概念是利益，不過刑法學在用字上一直使用保護「法益」的字眼，一般解釋為刑法所保護的生活利益。此處使用「法益」的字眼，而不是直接使用「利益」的字眼，似乎有意和一般的利益概念做區別。透過法益的概念，似乎是強調，刑法不多不少的就是在保護刑法所承認（所要保護）的利益。於此，所產生的問題是，事實上，並沒有哪一個人的哪一個利益是刑法先天所要保護，也沒有哪一個人的哪一個利益是刑法先天所不保護的，因此就法益保護作為刑法解釋的指導原則而言，指導的效益是有限的，因為在具體問題上，經常是經過解釋之後，我們才知道個別刑法規定是要保護什麼，而不是我們先知道個別刑法規定是要保護什麼，然後據以解釋個別刑法規定的處罰範圍。到最後，個別刑法規定保護什麼，和個別刑法的解釋是同一個問題，所以以保護法益作為解釋法律的依據，具體而言，是一個套套邏輯。

把人生活當中的某一些利益項目列為封閉性的法律保護利益，就罪刑法定主義的角度而言是對的，換句話說，只有侵害某一些特定種類之利益才會構成犯罪。但是就阻卻犯罪的事由而言，不保護行為人的相對利益，是沒有道理的。因為人的感覺觸角是沒有設限的，基於人類平等原則，在利益衝突的情況下，世界上任何人（包括所謂壞人）的任何利益（包括殺人的利益）先天上都沒有被排斥在保護範圍之外。因此，即使是刑法列為保護範圍的利益項目（法益），也沒有受到絕對保護的理由，事實上也沒有受到絕對的保護。例如某甲因為防衛某乙的現在侵害而殺死某乙，基於刑法上某甲正當防衛的概念，某乙的「生命」法益就沒有被保護。

近來盛行的法律經濟分析概念，雖然在實質上一樣無法突破傳統刑法思考既有的最大難題，亦即利益的價值往往難以量化，並且法律經濟分析本身所觀察的角度事實上並不必然絕對周延，或者事實上也

可能反而忽略法律理論所關照的價值思考，不過法律經濟分析概念亦有其提醒的意義，亦即一個條文的制定與解釋並非就只有一個角度的利益思考。其實這一點，從刑法犯罪構成要件的內部關係，特別是在所謂阻卻不法事由，以及包括有責性概念在內的種種刑事政策上的考量，也可以看得出來。總之，全方位的利益思考有其必要性，因為法律問題之所以成為問題，本來就無非出於一切存在的利益衝突。如果把法律所要保護的利益封閉性鎖定於單一利益（所謂被害人的特定利益）思考，形同對於衝突問題視而不見，結局是實質問題的無解。

（三）刑罰預防之實效

1. 人類行為動機的複雜性

雖然我們希望透過刑法可以有威嚇作用，進而實現預防犯罪以保護生活利益的功能，但是，刑罰存在的刺激和人類的行為反應之間的關係是否如此單純，是一個很大的問題。因為事實上，影響人類行為的動機本身就是一個複雜的世界。心理學上為了解人類行為產生的原因，對於動機有深入的研究。以一般心理學對於人類行為動機的理解，大致上可以分為十幾種不同的動機，例如屬於生理性動機的飢餓動機、性動機、母性動機等以及屬於心理性動機的成就動機、親和動機和權力動機等等。不過十幾種動機和人類行為之間的關係，卻沒有不變的對應關係⁵⁵。簡單的講，從刺激到動機，再從動機到行為的過程中，刺激不等於動機，而動機對於行為也沒有單一的決定關係。如果說，一個空空的胃並不等於飢餓的感覺，而一個充滿食物的胃也並不等於飯飽的感覺⁵⁶，那麼事實上，刑罰存在的刺激並不必然產生人

⁵⁵ 張春興，現代心理學，1990-1991年，493頁以下。

⁵⁶ 一個空空的胃或一個充滿食物的胃和飢餓感覺之間的關係，參考張春興，現代心理學，1990-1991年，495頁以下。

們的畏懼。再加上，相同的動機也並不必然會有相類似的行為反應⁵⁷，所以事實上，對於刑罰畏懼的結果也不必然是對於犯罪行為的迴避。因此，認為刑罰的存在必然可以有預防犯罪的功能，想法可能過於單純。

2. 刑罰手段的控制效益

到底人與人之間侵害行為的根源何在？對於此一問題，心理學上的研究大致上有三種說法，亦即天生衝動說、外導驅力說以及模仿說⁵⁸。對於這一些說法，要說當中哪一種說法就是對或不對，其實難以下定論。即使是近年來對於人類基因的研究，固然肯定了基因與犯罪行為之間的關係，但是從來也不會說基因是決定犯罪的唯一因素。學界大致上的看法是，基因與環境共同決定了犯罪人格的發展。只不過有些學者偏重基因的影響，有些學者偏重環境的影響⁵⁹。不過不管從哪一種說法出發來看，要說刑罰的使用就能夠很有效的控制人與人之間的侵害行為，說法顯然也過於樂觀。

以天生衝動說而言，既然侵害行為是確保種族生存繁衍的本能行為，自然有其普遍化的必要性，因此其預防與控制似乎是少有可能，更不用說是要絕對的消除⁶⁰。雖然一般社會心理學家並不接受這種宿命論的看法，不過所謂不接受宿命論的看法，是在強調一個實踐上的態度⁶¹，卻不是否定人類天生的侵害衝動或傾向的客觀事實。特別是

⁵⁷ 所謂「戰或逃」的壓力反應，亦即人可能因為恐懼而逃避，也可能因為恐懼而攻擊，參考張春興，現代心理學，1990-1991年，494頁；Ann L. Weber著，趙居蓮譯，社會心理學，1995年，211頁。

⁵⁸ 參考劉安彥，社會心理學，1988年，183頁以下。

⁵⁹ Ann Moir / David Jessel著，高忠義、盧正芝譯，腦內犯罪驚奇，1999年，134頁以下。

⁶⁰ 劉安彥，社會心理學，1988年，184頁。

⁶¹ 不管客觀事實是如何的宿命，在價值判斷的領域裡，人永遠不可能放棄對於宿命的挑戰。因為人一旦放棄對於宿命的挑戰，隨即喪失了存在的價值，跟

在近代生物科學對於基因研究的突破性發現之後，要在客觀上否定人類行為的天生傾向，應該更是不容易的事⁶²。於此，在國家政策以及個人的實踐上要對抗所謂宿命的安排，很難想像說，刑罰的使用就可以有絕對的正當性。就外導驅力說以及模仿說而言，引發侵害行為的外在因素至少可以包括挫折、暴力與惡言、社會模仿等等⁶³。如果我們要從這些引發侵害行為的外在因素出發去尋找減少侵害行為的方法，那麼不但看不到刑罰所扮演的角色，相反的，刑罰本身就是一種暴力。這種暴力行為一方面往往為被懲罰者提供一種侵害者的模型，進而導致侵害行為的模仿：「如果一個小男孩打妹妹，他的媽媽大概會責打他，希望他下次不再犯。不幸地，這懲罰卻教他某些形式的攻擊是可以接受的；而且他的媽媽本身正示範了身體攻擊。懲罰也許會立刻去除一種反應，但卻未教導小男孩其他非攻擊的方式」⁶⁴。除了

著也喪失了快樂的根源。Matt Ridley處理了人類自私的基因的存在方式之後，在價值哲學上卻不見有明白的交代（參考Matt Ridley著，范昱峰譯，德性起源，2000年）。

⁶² 參考AnnMatt Ridley著，范昱峰譯，德性起源，2000年。

⁶³ 參考Ann Moir / David Jessel著，高忠義、盧正芝譯，腦內犯罪驚奇，1999年，137頁以下。另外，誠如“What You Can Change and What You Can't”一書作者Martin E. P. Seligman所說的，一九六〇年代的學習心理學論者認為，只要安排好報酬和懲罰的方式，有機體就會學會你所要教他的東西，但是「我在學習實驗室所花的歲月告訴了我一件事，就是有些事情不管這個實驗設計得多好，有機體就是學不會。老鼠學不會一個音調變化代表食物就是有毒的，鴿子也學不會只要啄一個鍵就能讓電擊停止」，作者更直言「人類則是更不願改變」（見Martin E. P. Seligman著，洪蘭譯，改變，2000年，12頁）。

⁶³ 參考劉安彥，社會心理學，1988年，185頁以下。

⁶⁴ Ann L. Weber著，趙居蓮譯，社會心理學，1995年，225頁。其中最值得注意的應該是，人類社會中所存在的暴力攻擊，並非都被刻劃為暴力。像遊戲和體育就涉及了工具性攻擊（將身體或象徵性的傷害加諸於競爭對手），但是許多理論家都不認為這是一個重要的分野。事實上，攻擊性的運動促使攻擊成為文化規範與價值的一部分，他們強化了這樣的印象：人們在某些情況下，有攻擊別人的權力（Ann L. Weber著，趙居蓮譯，社會心理學，1995年，222頁）。國家的刑罰，和如此的遊戲或運動可能具有相同的意義。

模仿效應以外，刑罰所帶來的挫折感也反而可能會帶來受懲罰者的反侵害行為⁶⁵。因此，刑罰就達成最少侵害的世界而言，究竟正面效應大於負面效應，或是負面效應大於正面效應，難以確認。

對於侵害行為的預防與控制，心理學上曾經研究過包括出氣發洩、懲罰以及傳播媒體節目的處理等等⁶⁶。其中透過懲罰的方式而希望達到控制犯罪的目的，已如上述，往往並不是有效的方式。比較值得注意的或許是，相對於懲罰所引起的相互報復的循環，唯一可以防止侵害行為繼續發生的方法，乃是由當初使用暴力者減低其侵害性，如此一來，相對者也有可能減低其報復行為⁶⁷。當然，不管誰是所謂的當初使用暴力者，要讓使用暴力者減低侵害行為並非易事。對此，社會心理學上的研究提出了說法，析言之，人在遭受他人刺激時較可能攻擊他人，特別是當受刺激者把別人的刺激行為認定為惡意，因此把自己的反擊定位為具有正當性的作法時，人們更會採取攻擊。因此，重新把他人的刺激行為解釋（理解）為非惡意，並且將反擊定位為非正當，應可降低攻擊⁶⁸。然而，最後的問題還是在於，被刺激者如何將他人的刺激理解為非惡意？如果不是出於人與人之間具有宗教意涵之態度上的善心對待，恐怕無以致之。國家與人民之間的態度關係，最後其實就是人與人之間的態度關係，因此，在消弭人與人之間相互侵害的問題上，不能不慮及此。在人類相互懲罰的循環過程中，加害者與受害者的地位一直在不斷的轉換，其中國家的刑罰本身也是一種加害行為，因此到最後，國家對於刑罰的節制是有其必要的。

⁶⁵ 參考劉安彥，社會心理學，1988年，192頁。

⁶⁶ 參考劉安彥，社會心理學，1988年，190頁以下。另外，在降低攻擊的策略上，與早先心理分析所提出之宣洩概念相反的事實是，身體的發洩可能導致疲憊而減低攻擊，但是這類效果是暫時的，甚至反而會持續或增強攻擊傾向（Ann L. Weber著，趙居蓮譯，社會心理學，1995年，225頁）。

⁶⁷ 參考劉安彥，社會心理學，1988年，193頁。

⁶⁸ Ann L. Weber著，趙居蓮譯，社會心理學，1995年，226頁。

3. 非刑罰手段的控制效益

如上所述，基於人類行為原因的複雜性，把犯罪問題完全理解為意志的問題，犯罪問題永遠沒有辦法得到適度解決。由此輕易可見，社會一般人以及立法者所謂「治亂世用重典」的想法是一個錯誤的想法⁶⁹。從科學近來對於人類行為的研究，如果我們把它的結論極大化的話，那麼人類行為的原理就是，上天在人類身上埋藏了負載著特定方程式的基因組，讓人類在花花世界裡去碰撞，而人類在碰撞的過程中，就依循著身上的方程式做上天控制下的行為反應。從這樣的理解當中，我們可以得到的可能改變人類具體行為（例如某些特定類型犯罪）的作法有兩個，一個是改變基因組，另外一個是改變人所生存的環境。很明顯的，就改變基因組而言，人類科學目前還沒有辦法相當程度的掌握基因的作用方式，自然也不可能有相當的改變基因組的能力。更何況，在價值判斷上，用基因工程作為改變人類行為模式的後果，是否就是代表人類的幸福，或是幸福能力（可能性）的根本毀滅，恐怕還很難說。因此，對於人類行為的改變，所剩下來的唯一可能性就是改變人所生存的環境。

其實，人類對於基因的研究多少也透露出一些事實上的訊息，亦即人類或其他生物為了求生存，其自私基因的作用方式並不是只有互相侵害一途，而是也可以透過其他互利的方式更有效的達到自私的終點⁷⁰。就刑事政策而言，要讓人類放棄侵害行為而透過其他互利的方式更有效的達到自私的終點，顯然是要尋找一些普遍合理的社會生活條件的安排，主要例如公平的經濟條件與人本的教育。其中教育的意義是無庸置疑的，因為在人本教育的過程中，一個被尊重的人格直接形成一個尊重人的人格。除此之外，經濟（物質）條件的平等也代表

⁶⁹ 對於重刑化立法的質疑，參考柯耀程，變動中的刑法思想，1999年，433頁以下。

⁷⁰ 參考Matt Ridley著，范昱峰譯，德性起源，2000年。

著人格尊重上的平等⁷¹，因此經濟上的平等應該有助於消弭侵害性的人格⁷²。當然，這一些社會政策上的措施對於犯罪預防的效益有多大，也沒有一個確定的數據。不過不管犯罪預防的問題，以人類形象作為出發點，對於人格的尊重是原來就必須走的路，既然如此，以社會政策作為刑事政策的主軸，具有最堅強的正當性⁷³。特別是對於當前的人類社會，後資本主義的現代文明特質是，個人必須自我「最佳化」（事實上是自我工具化），必須為市場的脈動而自我疏離，以提高自己的售價。這種「奴役認同」的血腥過程被今天所謂的「政治家」和「教育家」宣導成高度文明的象徵⁷⁴，殊不知今天社會人與人之間的侵害傾向正來自於學校、電視、網路所代理的後資本主義市場結構的危害：由自我憎惡到互相憎惡⁷⁵。也難怪，目睹現代文明危機

⁷¹ 經濟平等與榮譽或地位之間的關係與問題，參考Johano Strasser著，吳信如譯，生活或生存，2004年，34頁以下。

⁷² 除此之外，經濟能力甚至可以直接決定刑罰在現實上的意義，亦即，刑罰對於生活在這個社會當中的人，如果要有它的作用，一個最基本的前提就是，生活在這個社會當中的人，他本來的生活內容就擁有相當的生活品質可言。因為不管是自由刑或是死刑，如果一個人不是有好的生活品質，那麼他並不會在乎失去外面世界的生活，甚至不會在乎失去生命。誠如犯罪學者所引述，「工人會對著監獄的圍牆揮舞其握緊的拳頭並抱怨說，那裡的罪犯什麼都不缺，而我和我的家人為了活得誠實，卻連吃飽都難以做到」（參考Garofalo著，耿偉、王新譯，犯罪學，1996年，190頁），其意義正是在警告，當人們在監所外的生活喪失其尊嚴的時候，也就是刑罰完全無效的時候。

⁷³ 至於所謂「打擊犯罪」的防堵措施，永遠屬於治標的做法，因為在法律規範喪失其穩定性之後，加強警力或採取類似社區聯防的作法，一來是成本過高，二來是效果有限。除了警政的預算不見得比學校的預算來得低之外，對於一個國家而言，針對治安問題，不可能有些社區有社區聯防，有些社區沒有社區聯防。更重要的是，當法律規範喪失其穩定性之後，每一個人都是潛在的犯罪人，因此防衛也失去方向。

⁷⁴ 參考Johano Strasser著，吳信如譯，生活或生存，2004年，11頁、18頁。

⁷⁵ 按照Johano Strasser的說法，檢視當今社會的仇恨與暴力傾向，不應該只從學校、電視、網路或右派的意識型態等面向著手，還應該加上隱形的市場結構危害（Johano Strasser著，吳信如譯，生活或生存，2004年，18頁）。事

的歐洲人要極力呼籲，爲了人類的生活，我們必須排除集權主義的唯一原則，亦即今天世界上市場與經濟單一的原則，並且爲此，我們無可避免的必須要與主張並追求經濟擴張的那些有力人士決裂，準備要和今日主宰之生產與再生產機制⁷⁶展開戰爭與衝突⁷⁷。當然，這種社會文化的轉變事實上很難，但是捨此一途，我們只能無止境的沿襲一個不公平，並且因而衍生的高犯罪率社會。

三、規範維護理論

關於以規範維護作爲刑罰目的的概念，學說上有認爲，從長久之法益保護機制做考察，認爲法益的保護到頭來必須依賴社會人穩定的規範價值認同，所以行爲基本價值觀的建立，才是刑法基本任務⁷⁸。不過亦有從更深遠的層次而認爲，唯有在穩固的規範下，人對於生活才有預測可能性，也才能開展個人的自我。

實上，此一說法尙屬保守，因爲學校、電視、網路都不是空洞的存在體，而是有所擁護的基本文化。在後資本主義時代，學校、電視與網路（或其他傳播媒體）擁護的正是壓制個人尊嚴的市場經濟，因此，對於此一思考脈絡而言，學校、電視與網路應該都不算是獨立於後資本主義之外的因素。至於右派意識型態，只是後資本主義者侵略意識型態的一個代名詞而已。

⁷⁶ 所謂生產與再生產的機制，簡單的講，就是爲了擴張個人資源的無窮盡的追逐，用我們目前的生活情景來理解，大到美國對於世界經濟的全球化政策，台灣對於資本帝國以及資本家的逢迎（刑法第三十六章的電腦犯罪、千面人條款以及所謂反恐怖活動的特別條例草案，以及其他法律例如促進產業升級條例等等），小到國內各大學對於所謂追求頂尖計畫五年五百億經費的掠奪，大學開設所謂的「菁英計畫課程」，以及無數家長們對於小孩子課業上的壓迫都是，使得台灣社會淪爲野獸相互掠食的叢林。

⁷⁷ Johano Strasser著，吳信如譯，生活或生存，2004年，109頁。不過所謂戰爭與衝突，並不是報復的想法，而是世界應該被引導至一個有益於多數人之尊嚴生活的方向。

⁷⁸ Jescheck / Weigend, AT S. 7.