

新  
法學叢書

— 修訂二版 —

# 刑法總論

General Principles of Criminal Law

余振華 著

 三民書局

General Principles of Criminal Law  
General Principles of Criminal Law  
General Principles of Criminal Law

本書是刑法總論之體系書。體系書不單是「解說」而已，更必須超越「解說」之範圍，明白地顯示著者本身之「理論體系」，依此而建構毫無矛盾之「理論」，進而具有說服力地論述該種「理論」。本書是依據「理論體系」，針對刑法各種爭議問題，集結各家學說與實務見解，提出適切解決問題之論點。

全書由第一篇「刑法基礎論」、第二篇「犯罪論」、第三篇「刑罰與保安處分」等三大部分所架構而成，其中第二篇「犯罪論」係本書之重要環節。第二篇「犯罪論」，主要係採德國與日本通說之犯罪三階層理論體系，就構成要件論、違法性論、責任論、未遂論、正犯與共犯論分別深入詮釋與解說。第三篇「刑罰與保安處分」，更針對最近所增修之新規定，做提綱挈領之介紹與分析。



三民網路書店  
www.sanmin.com.tw

ISBN 978-957-14-5853-3 (585)



NT. 660



9 789571 458533



# 刑法總論

余振華

學歷／一九八七年至一九九八年留學日本  
日本國立東北大學法學碩士  
日本明治大學法學博士

經歷／國家安全會議副研究員  
中央警察大學法律學系暨法律學研究所專任副教授  
輔仁大學財經法律學系暨法律學系兼任副教授  
真理大學財經法律學系兼任副教授  
開南大學法律學系兼任教授  
台灣刑事法學會第一屆理事、第二屆常務理事、第三屆理事  
長、第四屆理事長  
法務部司法官訓練所講座  
司法官、律師、高考、警察特考、升官等考試等典試委員、  
命題委員、閱卷委員  
日本明治大學客座教授  
日本中央大學客座教授  
廈門大學法學院講座教授

現職／中央警察大學法律學系暨法律學研究所教授兼系主任、所長  
輔仁大學法律學系兼任教授  
法務部刑法研究修正委員  
法務部刑事法律問題審查委員  
台灣刑事法學會顧問

著作／刑法違法性理論（初版、第二版）  
刑法總論二十五講（譯）  
集中講義 刑法總論（譯）  
刑法深思·深思刑法  
刑法七十年之回顧與展望紀念論文集（共著）  
共犯與身分（共著）  
連續犯規定應否廢除暨其法律適用問題（共著）  
二〇〇五年刑法總則修正之介紹與評析（共著）  
刑法總則修正重點之理論與實務（共著）

國家圖書館出版品預行編目資料

刑法總論 / 余振華著. -- 修訂二版一刷. -- 臺北市:  
三民, 2013

面; 公分. -- (新世紀法學叢書)

ISBN 978-957-14-5853-3 (平裝)

1. 刑法總則

585.1

102019431

◎ 刑法總論

著 作 人 余振華

責任編輯 沈家君

美術設計 李唯綸

發 行 人 劉振強

著作財產權人 三民書局股份有限公司

發 行 所 三民書局股份有限公司

地址 臺北市復興北路386號

電話 (02)25006600

郵撥帳號 0009998-5

門 市 部 (復北店) 臺北市復興北路386號

(重南店) 臺北市重慶南路一段61號

出版日期 初版一刷 2011年8月

修訂二版一刷 2013年10月

編 號 S 586020

行政院新聞局登記證局版臺業字第〇二〇〇號

有著作權·不准侵害

ISBN 978-957-14-5853-3 (平裝)

<http://www.sanmin.com.tw> 三民網路書店

※本書如有缺頁、破損或裝訂錯誤，請寄回本公司更換。

## 〔 修訂二版序 〕



本書初版付梓之際，幸蒙恩師阿部純二教授與川端博教授、日本刑法學會理事長山口厚教授、國內法學泰斗甘添貴教授與邱聰智教授等鼎力支持，為本書撰寫推薦之序文，使得本書得以隆重出版，深獲各界肯定，藉著修訂二版出版之機會，在此特別感謝諸位先生之厚愛與關照。

本書自 2011 年 8 月初版問世至今，匆匆已經過了兩個寒暑，在這兩年期間，本人除為台灣刑事法學會會務以及警察大學法律系系務忙碌外，更多次組團前往日本暨大陸地區參加刑法學術研討會，戮力搭建我國與日本及大陸地區刑法學交流之橋樑。基此，本人亦應邀於 2012 年 3 月前往日本中央大學做專題演講、2013 年 7 月前往廈門大學法學院開設「短學期特別講座」，更受邀前往廈門思明人民法院參加「思法論壇」。雖然短短兩年期間，在教學與研究之餘，有機會參與學術、實務以及修法等會議，對刑法學之發展與實務問題之解釋，有更深之理解與啟示。

刑法做為一門實踐學科，亦不斷地在實踐中得到完善和充實。最近，由於刑法總則與分則都有部分條文之修正，而司法實務亦有不少重要判決，為了因應現時立法與實務狀況，爰將本書做適度之修正與補充。修訂二版之修訂內容，主要有三：一、在適當之處，增加案例，讓讀者加深對理論與實務中疑難問題之理解；二、增加兩年來新修正之法律條文與最新實務見解；三、本人在兩年教學、研究以及參與修法之過程中，對諸多理論與現實問題經過反覆思考後，將初版若干問題重新詮釋，使得本書在論理上更加清晰且具體呈現。

有刑法學界摯友曾給我提示：一本好的理論著作，應具有三個主要特點，或者起碼在三者中具有其中之一二。亦即，一、概念清晰；二、論證周圓；三、可用性高。一直以來，本人都在以上三個標準上嚴格自我要求，以求達到日臻完善之目標。因此，本書既然定位為一本體系書，則除了提出清晰與準確之概念外，仍然儘量使用簡明扼要之語言，將深奧之刑法理論深入淺出，且富有邏輯性地完整闡述。多年來，認真學習刑法學和深入思考刑法問題，終於能轉化成文字，並成為現實中眾多莘莘學子所能適用之工具書，此乃吾生之大幸！

本書初版受到老師和學生們之廣泛推薦與好評，對此，甚感欣慰與感恩。時值修訂二版出版之際，始終本著追求完美之認真態度，思及兩年來實務界發生之諸多變化，很多實務判決及修法情況，身為參與修法之一份子，本人認為有責任在此書中有所交代，以體現本書理論與實務相結合之現實可用性。唯一遺憾的是，目前修法工作仍然在繼續中，故仍無法完整體現所有之修法狀況。或許在刑法分則修法全面完成之後，或者將來在本書第三版中，會有更全面性之體現！

當然，本人已竭盡目前之最大努力，將個人所能搜集之最新資料以及最新之思考成果都在此修訂二版書中有所呈現。然而，變化社會之現實背後，湧動著變化中之思想與推陳出新之各種問題，以簡單之刑法規定應對複雜多變之社會現實，本來就是一個永恆之難題。希望本書所論述之內容，對所有學人能有所助力，並期盼法學先進不吝賜教與指正，本人當虛心接受與誠心改進。

余振華 謹誌

於大崗誠園

2013年9月

# 余 教授の『刑法総論』を推薦する

日本国、東北大学名誉教授 阿部純二

2011年4月20日

---

この度、中央警察大学専任教授、輔仁大学兼任教授、台湾刑事法学会理事長の余振華博士は大著『刑法総論』を世に送られた。心より慶賀したい。

余教授、日本の東北大学（修士号取得）、明治大学（博士号取得）に学ばれたのち、母校、中央警察大学で教鞭をとられ、また共犯論、違法性論その他刑法学全般につき孜々として研究を重ねてきた。その成果が本書として実ったことは、誠に喜ばしく、台湾の学界のみならず日本の学界にも裨益するところ大なるものと考えられる。

『刑法総論』は、全文40万字を超え、646頁に及ぶ浩瀚な体系書である。第1編「刑法基礎論」、第2編「犯罪論」、第3編「刑罰と保安処分」の3編から成るが、第2編「犯罪論」が全体の大半を占めている。そこでは、ドイツ及び日本の標準的な体系とほぼ同じように、構成要件、違法性、責任、未遂、共犯の諸問題が整然と、かつ詳細に論じられている。

本書は、体系的に一貫しているだけでなく、個々の問題についても充実した論述が見られ、刑法を学ぶ学生諸君にとって頼りになる教科書であると同時に、研究者にとっても参照に値する学術書になっている、と信ずる。

以上により、本書の刊行を喜び、本書を江湖に推薦するものである。

---



# 推薦 余教授著《刑法總論》

日本國東北大學榮譽教授 阿部純二

2011年4月20日



此次，中央警察大學專任教授、輔仁大學兼任教授、台灣刑事法學會理事長余振華博士大作《刑法總論》出版問世，本人由衷表示祝賀之意。

余教授曾經在日本東北大學（取得碩士學位）、明治大學（取得博士學位）攻讀刑法學，學成回國後，在母校中央警察大學擔任教職，其間更孜孜不倦從事共犯論、違法性論及其他刑法學整體之研究。本書正是余教授多年研究成果之呈現，實在令人高興，相信本書對臺灣學界以及日本學界都將具有重大之助益。

《刑法總論》一書，全文超過40萬字，篇幅亦有600餘頁，堪稱內容相當豐富之體系書。本書係由第一篇「刑法基礎論」、第二篇「犯罪論」、第三篇「刑罰與保安處分」等三大部分所架構而成，其中第二篇「犯罪論」係本書之重要環節，佔本書整體之大半。在第二篇「犯罪論」之中，正如同德國與日本刑法之標準體系般，針對構成要件、違法性、責任、未遂、共犯等各種問題，均有完整且詳細之論述。

本書不僅在體系上係屬整體一貫，針對各種問題亦有相當充實之論述。本人深信，對學習刑法之學生諸君而言，本書係一本可信賴之教科書，而對研究者而言，本書亦是值得參考之學術論著。

基於以上理由，本人除對本書之出版表示祝賀之外，亦特別將本書推薦給社會大眾。

# 推薦の辞

明治大学法科大学院教授・法學博士 川端 博

2011年4月13日

余振華教授が「刑法總論」の体系書を公刊されることとなった。實に慶賀すべきことである。何故ならば、刑法學者が体系書を世に問うことは、研究者として極めて名誉なことであるからである。単なる教科書は、容易に書ける。多少の勉強をすれば、それなりに体裁を整えることは可能である。教科書は、要するに、刑法についての「解説」に止まる。しかし、体系書は、「解説」を超えて自らの「理論体系」を提示するものでなければならない。矛盾のない「理論」を構築し、それを説得的に論述しなければならないのである。そうであるからこそ、學者にとって体系書の公刊は、大変な事業といえることになる。

私は、体系書を書く資格として、数冊の研究書を公刊していることを考えている。何故ならば、体系書は問題となる全ての論点について著者自らの見解を提示することが要求されるので、数多くの深い研究の裏付けが必要とされるからにほかならない。それらの研究を基礎にして、諸論点に明解な解決を与えなければ、体系書は仕上がらないのである。

幸いにして余教授は、私の研究室において真摯な研究をされ、明治大学から法學博士の學位を授与されており、その後、研究を深められて数冊の論文集を公刊されている。それ故、余教授は、

上記の資格を有しておられる。

公刊される「刑法總論」の目次を見せてもらった。それを見ると、緻密に考え抜いて構築された刑法理論体系が叙述されていることが分かる。すなわち、章立てとその相互関係から理論体系が明瞭に浮かび上がって来るのである。多くの人に本書を読んで刑法を學び、余教授の理論体系を把握してその素晴らしさを味読して戴きたいと思う。本書を広く推薦する所以である。



## 推薦辭

明治大學法科大學院教授・法學博士 川端 博

2011年4月13日



余振華教授所著《刑法總論》之體系書出版問世，確實值得慶賀。其理由為：刑法學者能將體系書出版問世，對研究者而言，應該係一生相當榮譽之事情。倘若僅僅係屬於教科書，則相當容易撰寫。因為只要稍微努力，即可達到某種程度之規模。總而言之，教科書僅止於刑法之「解說」而已。然而，體系書不單是「解說」而已，更必須超越「解說」之範圍，明白地顯示研究者本身之「理論體系」，依此而建構毫無矛盾之「理論」，更進而具有說服力地論述該種「理論」。正因為如此，出版體系書對刑法學者而言，可謂係其一生相當重要之事業。

本人認為，應公開發表數冊之研究專書後，始具有撰寫體系書之資格。為何如此說？其理由為：體系書必須針對刑法中所有具有爭議問題之論點，提出作者本身之見解，因此當然必須深入研究相當多數之專題，依此始能獲得其中問題之理論根據。倘若不以該多數之研究專論做為基礎，依此而明確地解釋各種論點，實在無法完成體系書之撰寫。

所幸余教授在本人研究室研究期間，真摯努力地從事研究，因而獲頒明治大學法學博士學位，回國後，更繼續深入研究，亦曾公開出版過數冊論文集。因此，本人認為余教授具有撰寫體系書之資格。

本人閱覽《刑法總論》一書之目錄後，知道本書係余教授敘述其經過細緻且反覆思考所建構之刑法理論體系。亦即，從本書之章節及其相互間之關係，已經明確地浮現出刑法理論之體系。本人期望閱讀本書而學習刑法之多數讀者們，能確實掌握余教授之理論體系，詳細閱讀其中之精采論點。因此，本人願意廣泛地將本書推薦給各界。

## 推薦のことば

このたび、台湾刑事法学会理事長であられる中央警察大学法律系・余振華教授が大著「刑法総論」を上梓されることとなった。まことに喜ばしい限りである。余教授は、日本・東北大学大学院及び明治大学大学院で学ばれ、川端博教授の下で博士の学位を取得された刑法学の権威である。日本の刑事法学についても、大変ご造詣が深い。昨年5月、余教授のお招きで、日本・早稲田大学の曾根威彦教授とともに台湾の各地を訪れ、講演の機会をもつことができたが、そのおりに余教授のお人柄、真摯な学問的姿勢に直接触れることができ大変感銘を受けた。翌6月には、日本・仙台市にある東北大学で開催された日本刑法学会第88回大会に余教授をお招きして、再度意見交換を行う機会をもつことができたが、大変に有益であった。

このたび出版された余教授の「刑法総論」は、600頁を遙かに超える文字どおりの労作であり、大著である。それは、刑法の基礎理論から犯罪論、さらには刑罰論・保安処分論にまで及ぶ本格的な体系書であり、台湾の刑事法学界において久しく待望されていたものであるといえよう。そこには、日本刑法学を含む、余教授の幅広い学識が遺憾なく示されているといえる。本書が、今後の台湾刑法学にとって重要な意義をもつ体系書として、確固たる地位を占めるものとなることを確信している。ここに、余教授の「刑法総論」をご推薦申し上げる所以である。

活力溢れる余教授が、今後、刑事法学の多方面で益々ご活躍されることを切望してやまない。



2011年4月  
日本刑法学会理事長  
東京大学教授 山口 厚

## 推薦辭



現任台灣刑事法學會理事長、中央警察大學法律系余振華教授，其大作《刑法總論》付梓，確實係一件令人高興之事情。余教授曾經留學日本，先後在東北大學大學院及明治大學大學院進修，而在川端博教授之指導下，獲頒明治大學法學博士學位，係刑法學之權威，而且其對日本刑事法學亦有相當高深之造詣。2010年5月，本人有幸獲余教授之邀請，而與早稻田大學曾根威彥教授一同前往臺灣訪問，在臺灣各地進行多場學術演講會。由於演講會之機會，本人能更直接接觸余教授，對於其優越之人品以及其真摯之研究學問態度，深受感動而銘感在心。2010年6月，日本刑法學會在日本仙台市東北大學舉辦第88屆大會，本人特別邀請余教授參加該次會議，再次有機會與余教授進行意見交換，更是獲益良多。

此次，余教授所出版之《刑法總論》，其篇幅超過600頁，堪稱辛勞且內容豐富之巨大著作。本書從刑法之基礎理論，乃至於犯罪論、刑罰論、保安處分等均有詳細之論述，屬於一本正式之體系書，可謂係臺灣刑事法學界待望已久之論著。在本書之內容中，包括日本之刑法學，此部分亦充分展現出余教授之豐富學識。由於本書對於今後臺灣刑法學而言，實屬一本具有相當重要意義之體系書，因此本人確信本書將佔有堅固之學術地位。基於以上理由，特別撰文推薦余教授所著《刑法總論》。

筆末，本人殷切期望充滿活力之余教授在刑事法學等各方面，今後更活躍、更成功。

2011年4月

日本刑法學會理事長  
東京大學教授 山口 厚



## 甘 序

刑法是規範犯罪與刑罰的法律，在刑法理論學界，向來頗著重於犯罪理論的分析與檢討，且一直試圖將錯綜複雜的犯罪理論加以體系化，以作為行為成立犯罪的判斷標準。但因法律學屬於社會科學的一環，是由人類數千年來從事社會生活的經驗所累積而成，不但與時代及環境的變動有關，且與個人的生活觀及價值觀密不可分。因此，如何架構一套符合邏輯思維且操作嚴謹的犯罪論體系，便成為研究刑法學的人必須面臨的核心課題。在各國刑法學者所建構的犯罪論體系中，有一元的犯罪論體系及多元的犯罪論體系的差異；而在多元的犯罪論體系中，又有二階層、三階層及四階層體系的不同。德國及日本等歐陸法系國家，雖然多數學者採取三階層體系，但也有不少學者採取二階層或四階層體系。處此價值觀多元併行與自由民主的社會，各人依其價值觀而採取或傾向於某種理論體系，是一種很正常的現象。因時代與環境的劇烈變動，犯罪理論的不斷推陳出新，或許將來有別於傳統理論體系的新體系隨之而產生，亦非難以想像的事。

余振華教授近日所撰著的《刑法總論》一書，為探討刑法理論的一本體系書，概分為三大部分，第一部分旨在探討刑法的基礎理論，第二部分重在犯罪理論的剖析，第三部分則在闡明刑罰與保安處分的理論。其中有關犯罪理論體系的部分，本書傾向德、日學者通說所採的三階層犯罪理論體系，就構成要件論、違法性論及責任論分別加以深入詮釋與解說，體系分明，見識獨具，頗值有志研習刑法學者的深思與體會。其他部分，如未遂犯論、正犯與共犯論以及罪數論，作者多年來的研究所獲心得，均充分滲入其中，堪供刑

法學界及司法實務揣摩與運用的參酌。本人對於振華兄精深的法學造詣及執著的專業精神，甚為感佩，爰在此略綴數語，以為之序。



甘添貴 謹序

2011.5.15 於挹翠山莊半半齋

## 邱 序

刑事法學，鉤深致遠，經緯細緻。其中，刑法總論，實為總體犯罪論及刑法論之樞紐，更為其總匯。此之總匯，多為深奧難解的抽象概念及錯綜複雜之體系網絡，其具體化工程之構築，至為艱鉅。近半世紀矣！早歲研讀刑法總論當時的困頓苦澀，迄今猶然歷歷在目。刑事法學研習之特別困窘，至少是筆者經驗上的心路歷程。

振華教授，早年留學日本專攻刑事法學，先在日本國立東北大學追隨 阿部純二教授，獲得法學碩士學位，其後轉往日本明治大學，拜在日本刑法學權威 川端博教授門下，獲得法學博士學位。返回國門後，潛心刑事法學之教學研究，歷任中央警察大學法律學系暨法律學研究所助理教授、副教授、教授，同時在輔仁大學、真理大學、開南大學等法律學系兼任刑事法學教授，並應聘在法務部司法官訓練所擔任刑法講座，係國內刑事法學界知名之權威學者。

教學認真，研究精勤，為振華教授之學術生命寫照。由於二者粲然兼備，聲譽卓著，爰備受刑事法學界及實務學界之推崇及肯定，進而膺任台灣刑事法學會理事長。其領導我國刑事法學者，主動積極而熱心推動刑事法國際學術交流活動，並與日本刑法學會、大陸刑法研究會建立相當密切之交流。因其在刑法理論學界與實務界之名望很高，十餘年來，多次受聘擔任考試院司法官特考、律師專技考試、高普考試及警察特考等國家考試之典試委員、命題委員及閱卷委員，均能審慎用心，力求公平公正而善盡職責。

振華教授曾經出版多冊刑事法學之專門論著，並且在我國及日本法律雜誌上發表很多論文。我國刑法繼受德國及日本，刑法學亦深受德國、特別是日本刑事法學之影響。振華教授在 2001 年 3 月出

版之《刑法違法性理論》一書，詳細論析德國、日本與我國之違法性理論，洋溢師承 川端名門之學風。1999年與2008年，先後將川端教授所著《刑法總論二十五講》與《集中講義 刑法總論》二書譯成中文，讓國內與大陸許多刑法先進分享 川端教授之學說精華，對於刑法學術研究之提昇，堪稱貢獻良多。

在學生、同事、朋友之殷盼催促之下，振華教授終於在今年，將多年精心研究刑法之心得，配合在各大學教授刑法之經驗，長期辛勞撰成鉅作《刑法總論》，真是值得慶賀。本書內容豐富而見識精到、融會貫通而深入淺出，確係非常合適實用之教材，其嘉惠刑法學子者，信必多而且鉅，對於有志鑽研刑法學術或實務之先進，亦是值得參考之絕佳論著。

側身法學界及實務界雖已40年，惟以所學所用大多偏於民法學之領域。振華棣非常客氣，巨著定稿之日，專程徵序於余，本是驚惶異常，不敢承命。奈因念及振華棣情深義重，而且為人耿介不阿，處事真摯熱誠，實在令人盛情難卻；加以感佩其於刑事法學造詣之深、啟迪之功，惶恐而又喜悅之餘，乃敢謹綴數語，以為力學有成之推薦見證，同時期待 振華教授更為精進成功。



考試院 考試委員  
輔仁大學法律學系教授  
邱聰智 謹序

2011年5月26日於考試院

## [ 自序 ]



在法學領域中，刑法學被視為係一門艱深難懂之科目，主要因為刑法解釋學上包含太多原理原則，而這些原理原則更涵蓋刑法哲學、刑法論理學、法制史與比較刑法學等範疇，因而使許多莘莘學子望門卻步。倘若一本具有完整體系概念之教科書，無法正確解釋刑法所存在之問題，則學習者將事倍功半。而若僅是簡單扼要解釋法條之規定，卻又形成似懂非懂，無法正確適用刑法理論，解決現實社會所存在之問題，同樣無法收學習之效。如何使學習刑法者排除學習障礙，清楚理解刑法學中各種論點，進而學以致用，確實係出版刑法教科書之重要關鍵。

著者從 1998 年返國擔任刑法教職以來，除經常發表刑法中各種爭議問題之論文外，更積極在各種學術研討會提出專題報告，藉此機會就教於刑法學先進們。近年來，更經常前往日本，或是擔任客座教授，或是短期研究，而能與日本恩師及刑法學界前輩相聚討論，亦從中獲得許多寶貴意見。在撰寫本書期間，除仔細拜讀日本刑法名家之重要論著外，亦重新檢閱曾經發表過之個人專論，藉此修正諸多先前之見解。在經過無數次之反覆深思後，建構一套自認較為完整之刑法理論體系，遂完成一本具有體系架構之「刑法總論」教科書。

2005 年刑法總則全面修正，總計修正 67 條，著者有幸參與修法工作，更覺得必須將修法過程中所提出之學說論點，清楚加以解釋與釐清。因此，在本書內容之中，特別結合刑法體系概念與理論根據，提出新刑法總則許多重要問題之解釋。在本書各章節中，針對

爭議性之問題，特別綜合各家學說與實務之精闢見解，確定個人立論，更努力解決每一個爭議問題。本書中所述諸多論點，未必能獲得刑法學先進賢達之贊同與支持，但其中見解係著者累積多年教學與研究之心得，其中難免有闕漏或謬誤之處，自當悉心接受指正。

本書初稿之撰寫，主要係在 2010 年暑假至 2011 年寒假，其間雖然經歷異國他鄉之酷暑與嚴冬煎熬，但由於中央警察大學批准我教授休假，台灣刑事法學會工作夥伴為我擔下學會許多重要會務，所以能在日本東京寒舍閉關專心寫作，內心充滿感恩之心。完成此書之際，正是嚴冬冷風刺骨時節，望眼窗外飄著細雪之情景，回憶昔日十餘年異國寒窗苦讀，此情此景亦是可待成追憶。

長年在外從事研究與寫作，未能隨時伺候年邁雙親左右，在此必須說聲抱歉，同時感謝在臺灣、東京、北京妻兒之加油打氣。真理大學王乃彥副教授、輔仁大學法律系博士研究生曾思堯、蔡孟兼、黃國瑞等多位學棣提供意見與費心校稿，備極辛勞，特別致上謝忱。最後，必須感謝三民書局劉振強董事長與公司同仁之鼎力相助，使本書能順利付梓。本人才學有限，雖竭盡畢生所學，終究未能臻於理想之境界，敬祈法學先進不吝賜教與指正。

余振華 謹誌  
於隅田川月島書齋  
2011 年 7 月



# 【刑法總論】

## 目次

修訂二版序

余 教授の『刑法總論』を推薦する（推薦 余教授著《刑法總論》）

推薦の辞（推薦辭）

推薦のことば（推薦辭）

甘 序

邱 序

自 序

## 第一篇

## 刑法基礎論 1

### ▼第一章 刑法與刑法學 2

第一節 刑法的意義 2

第二節 刑法的種類 3

第三節 刑法的規範 6

第一項 刑法規範的概念 6

第二項 行為規範的意義 8

第三項 制裁規範的意義 11

第四節 刑法的機能 13

第一項 規範行為 16

第二項 保護法益 16



第三項	保障人權	18
第五節	刑法的性質	18
第一項	刑法的法律定位	19
第二項	刑法與其他法律的關係	20
第六節	刑法學的概念	22
第一項	刑法學的分類	22
第二項	刑法學的研究方法	22
▼第二章	刑法與刑法理論的演進	24
第一節	刑法理論的演進	24
第一項	啟蒙時代的刑法思想	24
第二項	前期古典學派的刑法理論	26
第三項	後期古典學派的刑法理論	28
第四項	近代學派的刑法理論	29
第五項	現代的刑法理論	30
第二節	現代刑法理論的基本思想	32
第一項	客觀主義與主觀主義	32
第二項	現實主義與表徵主義	33
第三項	非決定論與決定論	34
第三節	我國刑法的沿革	35
第一項	舊刑律時代	35
第二項	現行法時代	36
第三項	最近修法後的新刑法時代	37
▼第三章	刑法的基本原則	38
第一節	罪刑法定主義	39
第一項	罪刑法定主義的概念	39
第二項	罪刑法定主義的沿革	39
第三項	罪刑法定主義的理論基礎	42
第四項	罪刑法定主義的衍生原則	43

第二節	謙抑主義	51
第三節	責任主義	51
▼第四章	刑法的解釋	53
第一節	刑法解釋的概念	54
第二節	刑法的一般解釋	55
第一項	文理解釋	56
第二項	目的論解釋	56
第三項	體系論解釋	57
第四項	合憲性解釋	57
第五項	歷史解釋	58
第三節	刑法的立法解釋	60
第一項	以上、以下、以內	60
第二項	公務員	60
第三項	公文書	66
第四項	重傷	67
第五項	性交	70
第六項	電磁紀錄	72
▼第五章	刑法的適用範圍	73
第一節	時間的適用範圍	74
第一項	禁止溯及既往的原則	74
第二項	行為後法律有變更的意義	75
第三項	法律變更的適用原則	78
第四項	我國刑法的適用原則	80
第五項	我國實務的新運作	83
第二節	場所的適用範圍	88
第一項	立法主義	88
第二項	我國刑法的立場	89
第三項	外國判決的效力	96

- 第三節 人的適用範圍 96
  - 第一項 國內法上的例外 96
  - 第二項 國際法上的例外 99

## 第二篇

## 犯罪論 101

- ▼第一章 犯罪與犯罪論體系 102
  - 第一節 犯罪的概念 102
    - 第一項 犯罪的意義 104
    - 第二項 犯罪的成立要件 105
    - 第三項 犯罪的本質 106
    - 第四項 犯罪的種類 108
  - 第二節 犯罪論的體系 112
    - 第一項 犯罪論體系的概念 112
    - 第二項 犯罪論體系的構成 112
  - 第三節 行為的概念 115
    - 第一項 行為概念的機能 116
    - 第二項 行為概念的學說 117
    - 第三項 刑法上行為的解釋 122
- ▼第二章 構成要件論 125
  - 第一節 構成要件的概念 125
    - 第一項 構成要件的機能 126
    - 第二項 構成要件的種類 128
    - 第三項 構成要件要素的種類 130
  - 第二節 行為主體 131
    - 第一項 自然人 132
    - 第二項 法人 135
  - 第三節 行為客體與保護客體 141
    - 第一項 行為客體 141

第二項 保護客體	141
第四節 行為與結果	144
第一項 行為的概念	144
第二項 結果的概念	146
第三項 行為與結果的犯罪類型	147
第五節 因果關係	153
第一項 因果關係的概念	153
第二項 條件關係	156
第三項 因果關係的理論	160
第六節 構成要件故意	168
第一項 故意的意義	169
第二項 故意的種類	172
第三項 故意的犯罪論體系地位	175
第七節 構成要件過失	178
第一項 過失犯的概念	178
第二項 過失的內涵	180
第三項 過失的種類	183
第四項 有認識過失與未必故意的區別	187
第五項 複數行為人的過失競合	190
第六項 可容許的危險	193
第七項 信賴原則	195
第八節 不作為犯	202
第一項 不作為犯的意義	202
第二項 不純正不作為犯的成立要件	203
第三項 作為義務的犯罪論體系地位	209
第四項 作為義務的錯誤	210
第九節 構成要件錯誤	212
第一項 構成要件錯誤的意義	213

第二項	具體事實的錯誤	214
第三項	抽象事實的錯誤	219
▼第三章	違法性論	221
第一節	違法性的概念	221
第一項	違法性的意義	222
第二項	違法性的立論基礎	223
第二節	違法性的判斷	230
第一項	違法性判斷的意義	230
第二項	違法性判斷的標準	231
第三節	阻卻違法事由	232
第一項	阻卻違法事由的意義	232
第二項	阻卻違法事由的理論根據	233
第四節	依法令的行為	236
第一項	公務員職務行為的阻卻違法	237
第二項	私人權利義務行為的阻卻違法	239
第五節	業務上正當行為	242
第一項	業務上正當行為的意義	242
第二項	業務上正當行為的種類	243
第六節	正當防衛	243
第一項	正當防衛的意義	244
第二項	正當防衛的成立要件	245
第三項	挑撥防衛	252
第四項	偶然防衛	255
第七節	緊急避難	257
第一項	緊急避難的意義	257
第二項	緊急避難的成立要件	258
第三項	自招危難	263
第八節	超法規阻卻違法事由	265

第一項	得被害人的承諾	265
第二項	義務衝突	270
第三項	可罰的違法性	271
第四項	安樂死	273
第九節	阻卻違法事由情狀的錯誤	277
第一項	阻卻違法事由情狀錯誤的概念	277
第二項	誤想防衛	278
▼第四章	責任論	282
第一節	責任論的基礎	283
第一項	責任的意義	284
第二項	責任的本質	285
第二節	責任能力	287
第一項	責任能力的概念	287
第二項	責任能力的種類	288
第三節	原因自由行為	292
第一項	原因自由行為的意義	292
第二項	原因自由行為的理論根據	294
第四節	違法性認識	295
第一項	違法性認識的意義	295
第二項	違法性認識的內涵	296
第三項	違法性認識的體系地位	299
第五節	違法性錯誤	300
第一項	違法性錯誤的概念	300
第二項	違法性錯誤的評價	302
第三項	無法避免錯誤的判斷標準	303
第六節	期待可能性	306
第一項	期待可能性的意義	306
第二項	期待可能性的理論形成	306

- 第三項 期待可能性的體系地位 309
- 第四項 期待可能性的判斷標準 310
- 第五項 期待可能性的錯誤 314

## ▼第五章 未遂犯論 316

### 第一節 未遂犯的概念 317

- 第一項 犯罪的發展階段 317
- 第二項 未遂犯的分類 319
- 第三項 未遂犯的處罰根據 320

### 第二節 普通未遂犯 322

- 第一項 普通未遂犯的意義 322
- 第二項 普通未遂犯的成立要件 323
- 第三項 著手實行的判斷標準 324

### 第三節 中止犯 326

- 第一項 中止犯的意義 326
- 第二項 中止犯的成立要件 331
- 第三項 準中止犯的內涵 332
- 第四項 正犯或共犯中止的內涵 335

### 第四節 不能犯 340

- 第一項 不能犯的意義 340
- 第二項 不能犯的內涵 342
- 第三項 不能犯的學說 344
- 第四項 不能犯的類型與思考 348
- 第五項 不能犯的危險判斷 352

## ▼第六章 正犯與共犯論 356

### 第一節 正犯與共犯的概念 357

- 第一項 正犯與共犯的意義與種類 357
- 第二項 正犯與共犯的立法體例 359
- 第三項 正犯與共犯的區別 362

第四項	正犯與共犯的關係	373
第五項	共犯的處罰根據	376
第二節	間接正犯	378
第一項	間接正犯的意義	378
第二項	間接正犯的理論根據	379
第三項	間接正犯的成立態樣	382
第四項	間接正犯的著手實行	385
第三節	共同正犯	388
第一項	共同正犯的意義	388
第二項	共同正犯的成立要件	390
第三項	共同正犯的本質	394
第四項	共謀共同正犯	398
第五項	承繼的共同正犯	402
第六項	過失的共同正犯	404
第七項	結果加重犯的共同正犯	409
第八項	共同正犯的其他類型	413
第四節	教唆犯	416
第一項	教唆犯的意義	416
第二項	教唆犯的成立要件	419
第三項	教唆犯的類型	422
第五節	幫助犯	427
第一項	幫助犯的意義	427
第二項	幫助犯的成立要件	428
第三項	幫助犯的類型	432
第六節	身分犯的參與	435
第一項	身分犯的參與問題	435
第二項	身分犯的意義	436
第三項	純正身分犯的參與	438



第四項 不純正身分犯的參與 439

第五項 身分犯參與的實務見解 440

第七節 參與關係的脫離 444

第一項 參與關係脫離的意義 444

第二項 共同正犯關係的脫離 445

第三項 共犯關係的脫離 448

## ▼第七章 罪數論 449

第一節 罪數的概念 450

第一項 罪數的意義 450

第二項 罪數的判斷標準 451

第二節 本質上一罪 454

第一項 法條競合 454

第二項 包括一罪 461

第三項 不罰的前行為與不罰的後行為 469

第三節 科刑上的一罪 471

第一項 想像競合 471

第二項 牽連關係的罪數問題 478

第三項 連續行為的罪數問題 481

第四節 數罪併罰 487

第一項 數罪併罰的意義 487

第二項 數罪併罰的成立要件 488

第三項 數罪併罰的處斷方法 490

第四項 數罪併罰的限制 492

## 第三篇

## 刑罰與保安處分 495

### ▼第一章 刑罰的概念 497

第一節 刑罰的基本思想 497

第一項 刑罰的意義 497

第二項	刑罰的本質	497
第三項	刑罰的目的	499
第二節	刑罰權的基本思想	499
第一項	刑罰權的意義	499
第二項	刑罰權發生的條件	501
第三節	刑罰的種類	503
第一項	生命刑	504
第二項	自由刑	507
第三項	財產刑	508
第四項	名譽刑	512
▼第二章	刑罰的適用	514
第一節	刑罰適用的概念	514
第二節	法定刑的輕重	514
第三節	法定刑的加重與減輕	515
第一項	法定刑的加重	516
第二項	法定刑的減輕	516
第三項	累犯	518
第四項	自首	524
第四節	量刑	528
第一項	量刑的意義	528
第二項	量刑的標準	528
▼第三章	刑罰的執行	535
第一節	刑罰執行的意義	535
第二節	各種刑的執行	536
第一項	生命刑的執行	536
第二項	自由刑的執行	537
第三項	財產刑的執行	544
第三節	緩刑	548

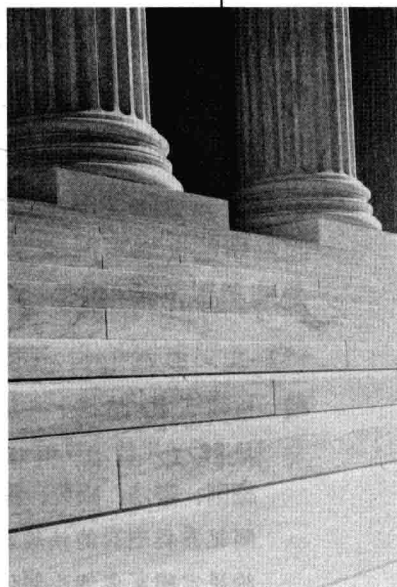
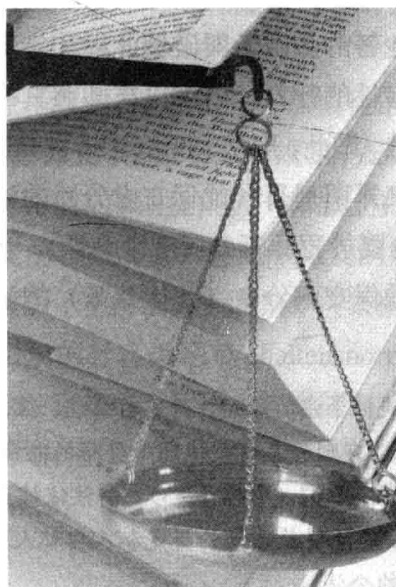
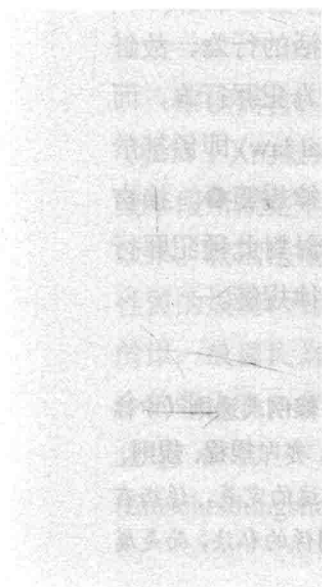
第一項	緩刑的意義	548
第二項	緩刑的要件	549
第三項	緩刑宣告的附帶命令	552
第四項	緩刑的撤銷	554
第五項	緩刑的效力	555
第四節	假釋	556
第一項	假釋的意義	556
第二項	假釋的要件	557
第三項	假釋的撤銷	561
第四項	假釋的效力	562
第五項	假釋的程序	563
▼第四章	刑罰的消滅	564
第一節	刑罰消滅的意義	564
第二節	赦免	564
第一項	赦免的意義	564
第二項	赦免的種類	565
第三節	時效	566
第一項	追訴權的時效	566
第二項	行刑權的時效	569
▼第五章	保安處分	572
第一節	保安處分的概念	572
第一項	保安處分的意義	572
第二項	保安處分的本質	573
第三項	刑罰與保安處分的區別	575
第二節	保安處分的種類	576
第一項	感化教育	577
第二項	監護	579
第三項	禁戒	582

第四項	強制工作	585
第五項	強制治療	587
第六項	保護管束	590
第七項	驅逐出境	594
第三節	保安處分的宣告與執行	596
第一項	保安處分的宣告	596
第二項	保安處分的免除執行	596
第三項	保安處分的時效	597
參考文獻		599
名詞索引		603



[ VOLUME 1 ]

第一篇  
刑法基礎論



# 第一章 刑法與刑法學

初學刑法者，首先必須理解「何謂刑法?」、「何種行為屬於犯罪行為?」。因此，本章從刑法與刑法學的基本概念開始，在介紹刑法的意義與範圍後，復又基於刑法與社會倫理的關係，進一步深入思考刑法的目的與機能，藉此清楚瞭解犯罪的真正意涵。

## 第一節 刑法的意義

人類經營社會生活，係期待能過著安定與安全且免於恐懼的生活，但在現實社會中，卻存在著許多威脅與破壞此種和諧生活的行為，故針對此種具有重大社會侵害性的行為，自古以來即將其視為犯罪行為，而以最嚴厲的刑罰加以制裁。準此，刑法 (Strafrecht, criminal law) 即係基於此種意義，以明文規定犯罪與刑罰（或保安處分）的法律規範<sup>①</sup>。換言之，刑法係規定何種行為屬於犯罪行為（法律要件），並針對此種犯罪行為應科以何種刑罰或何種保安處分<sup>②</sup>（法律效果）的法律規範。

---

① 所謂法律，依據中央法規標準法的規定，得定名為法、律、條例或通則（中標法§2）。此種法規的形式，有別於各行政機關所發布的命令，亦即規程、規則、細則、辦法、綱要、標準或準則（中標法§3）。刑法依據上述的定義，係指有關犯罪與刑罰的法規範，其性質並非屬於規定私人與私人關係的私法，而是屬於規定國家與個人關係的公法。

② 世界各國刑法的立法例，針對法律效果的規定，有僅規定刑罰者，亦有將刑罰與保安處分二者皆規定者，我國刑法係採後者的立法方式。我國刑法所規定的刑罰包括死刑、無期徒刑、有期徒刑、拘役、罰金等主刑，以及褫奪公權、沒收、追徵、追繳與抵償等從刑；保安處分則包括感化教育、監護、禁戒、強制工作、強制治療、保護管束及驅逐出境等七種處分。

### 【刑法的基本認識】

由於行為必須具備一定的法律要件，始屬於犯罪行為，刑法即為規定此等要件的實體法律；刑法所規定的法律要件包括犯罪行為所共通的要件(刑法總則)，與各種犯罪行為的個別要件(刑法分則)。刑法既然有規定犯罪行為，當然亦應針對此等行為的代價有所規範，亦即明定其法律效果；我國刑法所規定的法律效果包括刑罰與保安處分，主要係透過制裁犯罪行為人的方式，藉以衡平犯罪所生的惡害以及預防將來的危害。所謂刑罰 (Strafe)，係指針對行為人現在所實施的犯罪行為，依法剝奪特定法益的國家制裁；至所謂保安處分 (Sicherungsmaßnahme)，則係指針對具有將來社會危險性的行為人，為祛除該種危險性而施予強制治療或改善的國家處分。

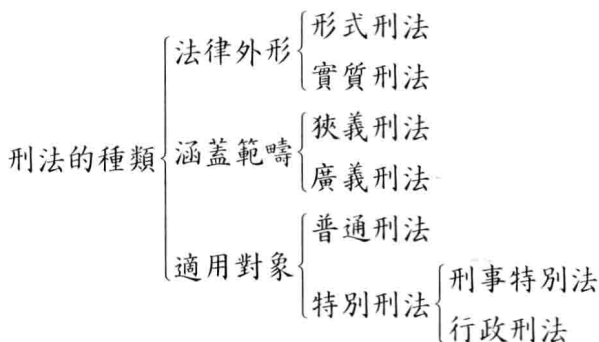
舉例而言，在「殺人者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。」 (§271 I) 的殺人罪條文中，前半段所規定「殺人者」，即屬於法律要件；後半段所規定「處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑」，則係屬於法律效果。就刑法規範的觀點而言，在此一條文的規定中，可包含兩種相異性質的規範：(1)關於「不得殺人」的禁令（禁止規範與命令規範），係屬於以一般國民為對象的行為規範 (Vehaltensnormen)；(2)針對違反此種禁令的殺人者，命令法官宣告「死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑」，禁止宣告以外的刑罰，係屬於以法官為對象的裁判規範 (Entscheidungsnormen)。

## 第二節 刑法的種類

刑法固然為規範犯罪與刑罰（或保安處分）的法律，惟事實上除刑法典<sup>③</sup>之外，亦有許多犯罪行為係在其他法律中加以規定。有關此等犯罪行為的規定，依據法律外形、涵蓋範疇、適用對象與適用範圍等的不同



同，可歸納以下幾種類型：



## 一、形式刑法與實質刑法

刑法的種類，最基本的分類方法係從法律外形來區分，可分為形式刑法與實質刑法兩種類型。形式刑法係指在法律名稱中即具有刑事制裁名稱的法律規範，例如中華民國刑法、陸海空軍刑法、毒品危害防制條例、懲治走私條例、組織犯罪防制條例、貪污治罪條例、妨害國幣懲治條例等；實質刑法則係指具有刑法的實質內涵，但在外形上並無刑事制裁名稱的法律規範，例如著作權法、公司法、證券交易法、廢棄物清理法等。

- ③ 所謂法典，亦即一般所稱的「法律」。稱法律者，有別於「法」，二者應加以區分。「法」係指自然法或法哲學上的用語，其係屬抽象意義的現象，而將抽象的現象以法條形式體現化，即形成具體意義的「法律」。採行成文法的國家，依據各種領域的基本事項有體系地加以組織編列，而形成國家的法秩序。一般將法律通稱為「六法」，此種用語源自於日本，日本所稱「六法」係指憲法、民法、民事訴訟法、商法（包含公司法等）、刑法、刑事訴訟法；而我國所稱六法主要係指憲法、民法、民事訴訟法、行政法、刑法、刑事訴訟法。

## 二、狹義刑法與廣義刑法

刑法就涵蓋範疇而言，可分為狹義刑法與廣義刑法兩種類型。所謂狹義刑法，係指中華民國刑法，一般稱刑法時，即指狹義的刑法；所謂廣義刑法，則係指一切以犯罪與刑罰為內容的刑事實體法而言，包含中華民國刑法、刑事特別法及設有刑罰法律效果的行政刑法。

## 三、普通刑法與特別刑法

刑法就適用對象與適用範圍而言，可分為普通刑法與特別刑法。所謂普通刑法，係指基於國家獨立主權所及範圍內的所有人與事均可適用的原則所制定的刑事法典，其屬於規定犯罪與刑罰的最主要法律。換言之，普通刑法係適用於一般人或一般刑事案件，且適用於平時普及全國各地的法典，其性質具有一般性與恆常性。所謂特別刑法，係針對特定的人、事、時、地而制定的刑法，其性質屬於刑法的輔助法律。特別刑法依其立法方式可分為刑事特別法與行政刑法<sup>4</sup>。

申言之，刑事特別法乃以刑事犯（亦稱自然犯）為對象，一般係針對特定範圍內的人、地、時或特別事項，為因應當時社會客觀環境的需要，在無法適用普通刑法解決之際，以單行法的立法形式所制定的刑事法規，其性質具有特殊性與短暫性，例如陸海空軍刑法、貪污治罪條例、毒品危害防制條例、懲治走私條例、組織犯罪防制條例、洗錢防制法、兒童及少年性交易防制條例、少年事件處理法等。至於行政刑法，則係以行政犯（亦稱法定犯）為對象，而於行政法、民商法、經濟法、財稅法、環境法等各種行政法規中規定刑事處罰條文，例如著作權法、公司法、廢棄物清理法等之相關刑事處罰條款。

綜上所述，就法律性質而言，普通刑法係針對具有「常態性」的一般犯罪行為所制定的法典，其性質上屬於長期性適用的法律；反之，刑

<sup>4</sup> 有學者將刑事特別法稱為「狹義的特別刑法」，而將行政刑法稱為「附屬刑法」。本書為方便區別，將其區分為刑事特別法與行政刑法兩種類型。

事特別法則係針對現實環境所產生的特殊情況，在不修改具有常態性的法律（普通刑法）為前提，另外制定的暫時性、非常態性或限時性的特別法。依據此一立法性質，若現實環境所產生的特殊情況消失時，僅須廢止特別刑法並回歸普通刑法的適用即可<sup>5</sup>，仍得以保持及回復普通刑法的完整適用性與安定性。

準此，普通刑法與特別刑法的適用原則，依據二者的法律性質，係採「特別刑法優於普通刑法」、「例外法排斥原則法」兩大法理，倘若某種犯罪行為在普通刑法與特別刑法均設有處罰條款，亦即在適用上產生競合的情形時，應優先適用特別刑法，而普通刑法自然被排斥不適用。

### 第三節 刑法的規範

#### 第一項 刑法規範的概念

刑法規範的內容，係約束國民行動的一種行為準則，刑法規範基於罪刑法定主義，透過刑法定對於犯罪與刑罰的事先預告，使國民得以預知其所實行的各種行為是否係刑法規範所容許或禁止。因此，刑法規範的目的在於保障國民對其行為是否受到刑罰制裁的預知可能性，因而其對國民產生行動的規範力，具有犯罪預防或社會控制的規範行為機能。

基於上述刑法規範的目的，所衍生出來的規範行為機能，其所欲規範的對象，乃是生活於社會中的個人在社會中的各種行為，就此種角度而言，刑法規範可謂係一種行為規範 (Vehaltensnormen)<sup>6</sup>。為了發揮行

<sup>5</sup> 例如 1942 年 8 月 1 日公布「妨害國家總動員懲罰暫行條例」，而於 2004 年 1 月 7 日廢止；1953 年 7 月 7 日公布「臺灣省內菸酒專賣暫行條例」，而於 2002 年 5 月 22 日廢止；1946 年 4 月 8 日公布「懲治盜匪條例」，而於 2002 年 1 月 30 日廢止等。

<sup>6</sup> 參照山中敬一，〈刑法規範のシステムと機能〉，收錄於《刑事法入門》，成文堂，1995 年出版，21-22 頁。

為規範的作用，刑法在制度的設計上，係透過犯罪構成要件的内容，揭示刑法規範所欲禁止或命令國民的行為。然而，賦予犯罪構成要件對於行為的違法內涵，而實現禁止或命令國民行為的目的，並非憑空想像或恣意為之，仍須透過犯罪理論的學理賦予其違法內涵的意義。

在犯罪理論中，對於犯罪構成要件賦予可罰性基礎，實為違法性的功能及其所關注的重點。刑法規範既以行為做為規範的對象，則於違法性的理論中，有以行為概念為其核心而賦予其違法內涵的論點，亦即所謂行為無價值論。依據此種理論，違法性係對於行為人的行為所做的一種否定價值的判斷，而由於行為人的行為涵義甚廣，除行為態樣本身外，行為人的主觀意思、所承擔的義務以及行為所造成的法益侵害結果，皆為決定違法性的要素。基此，行為無價值論認為違法性的本質係行為的規範違反性，著重於行為人的行為態度<sup>⑦</sup>。

然而，刑法規範的目的，除了使國民對其所實行的各種行為能夠事先預知是否成立犯罪，保障國民對其行為是否受到刑罰制裁的預知可能性之外，倘若行為人的行為違反行為規範時，究竟應如何適當處理，以維護整個社會的和平秩序，則為刑法規範的另一個目的。蓋國家刑罰權的發動，係以行為違反刑法規範的禁止或命令規範為其前提，而將其評價為犯罪，並透過刑法規範的實際效力，基於回復被破壞的法秩序，針對犯罪做事後的處置，以達到預防犯罪的目的。

承上所述，由於刑法規範係由犯罪構成要件與刑罰效果兩者所組成，故刑罰權發動的前提，除須以違反行為規範為必要外，仍須以刑罰的合目的性為依據<sup>⑧</sup>。所謂刑罰的合目的性，係基於刑法規範的保護法益為其目的，當法益受到侵害或產生侵害危險時，始有對犯罪施加刑罰制裁的必要。換言之，法益保護機能係賦予刑罰合目的性的理論依據，依此

<sup>⑦</sup> 參照甘添貴·謝庭晃合著，《捷徑刑法總論》，作者自版，2006年6月第2版，127-128頁。

<sup>⑧</sup> 參照何佳芳譯·山中敬一著·蔡秀卿校，〈罪刑法定主義與規範構造〉，收錄於劉幸義編，《多元價值、寬容與法律》，五南圖書，2004年4月初版，633頁。

而針對違反行為規範的犯罪施以刑罰制裁的效果，在此種意義之下，刑法規範可謂係一種制裁規範 (Sanktionsnormen)<sup>9</sup>。

制裁規範的實現，係以行為規範的違反為其前提，且又造成法益侵害或法益侵害的危險。若從違法性的本質來觀察，行為規範的內涵係以行為無價值論為基礎，惟進入制裁規範的射程範圍時，制裁規範所關切者，乃法益侵害的程度，亦即法益侵害或法益侵害的危險。因此，以違法性本質做為觀察制裁規範的基礎時，制裁規範實具有結果無價值論的濃厚色彩。依據結果無價值論的見解，違反行為規範的行為對於他人的法益造成侵害或危險時，此種法益侵害或危險，基於整體法秩序的立場，應給予否定的價值判斷，故結果無價值論將違法性的本質，求諸於法益侵害的結果<sup>10</sup>。

從違法性的本質來看，行為規範的內涵係具有行為無價值論的色彩；至於制裁規範的內涵則以結果無價值論為其核心。因此，在進行犯罪的評價時，仍須先有行為規範的違反，始有進入制裁規範的必要，亦即制裁規範係以行為規範的違反為前提，確實有法益侵害或危險發生時，始發生制裁規範的機能。然而，行為規範係行為無價值的表現，而制裁規範又以結果無價值為核心，故對於違法性的本質，倘若僅基於違法一元論的立場，實無法清晰掌握行為規範與制裁規範間的關係，甚至造成犯罪評價上的立場有所偏頗，將有導致罪刑失衡之虞。

## 第二項 行為規範的意義

自人類文明社會形成以來，為了維持社會生活秩序的平穩與安定，必須遵循維持社會生活平穩與安定的行動準則，藉以維持社會秩序。因此，應如何使生活於社會中的文明人瞭解其行為是否將危害社會秩序，或何種行為對社會秩序將產生重大的破壞，實有賴刑法規範對犯罪的類

<sup>9</sup> 參照山中敬一，〈刑法規範のシステムと機能〉，收錄於《刑事法入門》，成文堂，1995年出版，22頁。

<sup>10</sup> 參照甘添貴·謝庭晃合著，前揭書，127頁。

型與內容所做的描述，透過事先揭示犯罪及其後果的手段，始能實現犯罪的一般預防機能。

行為規範對於安定社會共同生活的平穩秩序所必要不可欠缺者，即係對一般人創設可預測其行動內容及方向的狀態。此種對於行動內容及方向的預測，並非以維持社會倫理秩序為目的，而係指自己的生命、身體、財產等不被侵害的預測。換言之，行動預測必然係基於法益保護的目的，故創設此種可預測行動內容的狀態，可謂係以法益保護為目的<sup>11</sup>。

就行為規範係以法益保護為目的的意義而言，所謂透過行為規範實現法益的保護，係指事前預防犯罪的法益保護。舉例而言，對殺人者科以刑罰，並非係以被殺害者復活為理由；對毀損他人器物的人科以刑罰，亦非以修復被損壞的器物為理由。因此，從法益保護的立場來看，刑法經常於法益被侵害後始發生作用，而透過刑法規範實現法益的保護，僅有在對將來實現法益保護始具有意義。其次，行為規範既係以法益保護為目的，故在判斷行為人的行為是否有違反行為規範時，仍必須對法益相關的事項進行判斷。如前所述，由於無法否定預防性法益保護的事前判斷，故必須透過在行為中要求行為人對法益的一般抽象危險，確認一定程度的行為規範性<sup>12</sup>。

承上所述，行為規範一方面為實現刑法上法益保護的目的，並以法益保護為行為規範的內涵；另一方面又欲透過行動準則的預告，令生活於社會中的一般國民得以預知其行為是否符合行為規範的期待，故行為規範實透過規範社會人的行為，實現法益保護的目的，同時實現刑法上對於行為規範機能與法益保護機能。準此，判斷行為規範是否被破壞，究竟係以行為違反行為規範抑或法益受到侵害為標準，亦即行為與法益間究竟具有何種關係，仍有釐清的必要性存在。

由於行為規範所規範的對象係行為人的行為，因此行為規範是否遭受破壞，仍應以行為人的行為做為判斷對象。如上所述，在犯罪本質論

<sup>11</sup> 參照高橋則夫，《規範論と刑法解釈論》，成文堂，2007年10月，7頁。

<sup>12</sup> 參照高橋則夫，前揭書，8頁。

中，以行為人的行為做為犯罪的觀察重點，亦即所謂行為無價值論。在此所謂行為可謂係反應行為人內部態度的外部表現，故行為人的行為是否為犯罪，除了必須觀察行為人所表現的外部舉動是否違反行為規範中的評價規範外，並須判斷行為人的外部行為所反應的內部態度是否違反行為規範中的意思決定規範<sup>19</sup>。

基於行為無價值論的立場，對於違法性本質的觀察，乃所謂規範違反，然在此所謂規範，當然係指行為規範而言，蓋行為規範係為了維持社會生活與社會秩序而規範行為人的行為，其所規範的行為類型與態樣必然係對社會生活或社會秩序具有重大負面的影響。因此，基於社會安定及維持秩序的思想，乃認為重大危害社會生活或嚴重破壞社會秩序的行為，係違背維持社會生活的安定與維持社會秩序平穩的行為，故為法所不容許。在此種意義之下，行為規範與維持社會生活的安定及維持社會秩序的平穩，乃互為表裡關係。

由於行為規範亦無法將法益保護棄之不顧，此時法益保護的目的在行為規範之中，應發揮何種作用，仍不無疑問。申言之，法益保護既為行為規範的目的，則在判斷某個行為是否屬於犯罪，應視該行為是否有侵害刑法所欲保護的法益存在而決定。蓋刑法係屬於保護法益的法典，所有被規範的行為態樣均有其所要保護的法益，若無應被保護的法益，縱使認為可能對社會生活的安定及維持社會秩序的平穩產生影響，基於刑法的謙抑思想，仍不應由刑法介入，如此始能避免過度保護法益。簡言之，行為規範與犯罪論體系的連結，係與犯罪論探究犯罪的本質與犯罪的成立不謀而合，亦即犯罪論的主要機能係判斷行為規範是否受到破壞。

基此，判斷犯罪是否成立，在構成要件的判斷上，仍將法益做為犯罪成立的客觀構成要件要素，縱使行為人的行為該當構成要件的描述，倘無發生法益侵害或法益侵害的危險，仍然不該當構成要件而不成立犯

<sup>19</sup> 有關行為無價值論的內涵，參照余振華，《刑法違法性理論》，作者自版，2010年9月第2版，89-90頁。

罪。再者，在違法性的階層上，基於行為無價值論的立場，違法性本質既然認為係規範違反，且能夠違反規範的對象僅有行為人的行為，但一方面又無法忽視法益保護的目的，並無法否認法益侵害為違法性的本質，故在違法性的階層上，法益保護實已經內化為規範的目的，而所謂規範違反，實可謂係「具有法益侵害的規範違反」。

### 第三項 制裁規範的意義

刑法對於法條的描述，係以行為人實行何種行為時，處以何種刑罰為其架構，因此若行為人所實行的行為在該當各種犯罪的構成要件時，行為人應對其所實行的行為負刑事責任，而在法律的適用上，即基於此種觀點而對行為人施予刑罰制裁。基此，行為規範雖然係以法益保護的目的來規範行為，惟如上所述，造成法益侵害的對象係行為人的行為，行為規範即以規範行為的手段來實現法益保護的目的，故在違法性的本質論中，乃將法益保護的目的內化至規範的內涵當中，形成規範行為的正當性基礎，藉以抑制犯罪行為的發生，並實現犯罪預防的機能。相對地，制裁規範則係藉由制裁手段而適當地反應犯罪行為所造成的法益侵害，並使制裁合乎刑罰合目的性的要求。

因此，制裁規範必須以行為規範的違反為前提要件，亦即行為規範對於犯罪預防無法發生作用時，從犯罪事後評價的觀點，必須對被破壞的行為規範，回復國民對行為規範所應有的信賴性。據此，基於二元行為無價值論的立場，於犯罪事後的評價時，應將行為與結果進行綜合性的判斷，並以此觀點做為支持制裁規範的依據。換言之，制裁規範基於二元行為無價值論的內涵，於犯罪評價階段時，除考量行為對於規範違反的危害外，於決定是否應發動制裁，以及決定制裁的內容時，仍應就法益侵害程度的強弱，進行通盤性的考量。

承上，發動制裁規範的時機，係對於法益造成侵害或有侵害危險的行為，並將法益侵害的結果或危險的產生歸屬於行為之中，亦即在犯罪判斷上有發生對法益惹起危險的行為後，始進入制裁規範的射程範圍，



故有惹起法益侵害危險的行為，係制裁規範的首要要件<sup>14</sup>。申言之，行為規範與制裁規範發生作用的時點並不相同，行為規範係以行為做為其指標，要求行為人於將來應作為或不作為加以描述與規範，其具有事前的犯罪預防機能。相對地，制裁規範係處理過去所發生的行為規範的違反，就行為人已實行的犯罪行為，對行為人追究其所應負的刑事責任，並擔保行為規範的妥當性，就對行為規範的違反施予制裁而具有補強行為規範的作用觀點而言，其係具有事後的犯罪處理機能<sup>15</sup>。

制裁規範係對行為人違反行為規範時所產生的反作用，就制裁規範的刑罰而言，其具有刑罰本質係應報思想與回復行為規範的意涵。質言之，具有應報思想的刑罰，並非毫無目的地應報犯罪，而係基於某種社會目的，對刑罰賦予正當化的理由；至於回復行為規範的面向，依刑罰制裁的作用，則係基於威嚇思想抑或改善的思想，此二者由於立場相異而使刑罰具有不同的意義<sup>16</sup>。

由於制裁規範係依據行為規範而對一般人在實行犯罪之前加以命令或禁止，故當行為人違反此一命令或禁止時，亦即行為人有違反行為規範時，應以刑罰來回復所違反的行為規範。然而，在行為人違反行為規範時，應如何回復行為規範，則應考量在行為規範中所出現的各相關人。換言之，就犯罪的關係人而言，不僅僅係加害人或被害人，甚至從不同關係人至其所處的地域等公共層面，更甚者乃至於社會整體與國家，因此回復刑法上的行為規範，主要係在回復因犯罪所侵害的法安定性。在此所謂法安定性，係存在於加害人、被害人與市民社會三者中所具有規範意義的連結，而刑罰則係回復法安定性的最後手段<sup>17</sup>。

<sup>14</sup> 參照山中敬一，〈犯罪論の規範構造〉，《産大法学》，2000年10月，391頁。

<sup>15</sup> 參照山中敬一，〈犯罪論体系論における行為規範と制裁規範〉，收錄於三井誠等編，《鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集》，成文堂，2007年5月初版，42頁。

<sup>16</sup> 參照高橋則夫，〈刑法における行為規範と制裁規範〉，收錄於三井誠等編，《鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集》，成文堂，2007年5月初版，91頁。

<sup>17</sup> 參照高橋則夫，〈犯罪論体系論における行為規範と制裁規範〉，收錄於三井

## 第四節 刑法的機能

一般而言，有關刑法機能的論述，有基於社會倫理原則與法益保護原則兩種相互對立的見解。基於社會倫理原則的論者，將刑法機能求諸於社會倫理秩序的維持，主張犯罪的本質係違反社會倫理規範；反之，基於法益保護原則的論者，則係將刑法機能求諸於法益保護，主張犯罪的本質係法益侵害或其危險性<sup>18</sup>。此兩種相互對立的見解，雖與古典學派及近代學派的對立並無直接關係，但社會倫理原則係源自於應報主義的後期古典學派，而法益保護原則係源自於前期古典學派。

### 【刑法與社會倫理規範的關係】

從本質上來看，刑法係以刑罰為強制手段，故具有他律性；至於社會倫理規範則係屬於內在規範，故具有自律性<sup>19</sup>。例如針對殺人與竊盜二種行為，在刑法規範之中，該二種行為在行為規範的內容與社會倫理規範的內容上具有一致性，然由於刑法具有確保社會倫理秩序的任務，故唯有針對必須施以刑罰強制手段的違反社會倫理規範行為，始成為處罰的對象。此又有謂「刑法係倫理道德的最低限度」，因此，刑法上的犯罪行為，有極大多數皆係屬於社會倫理規範上所不容許的行為。

誠等編，《鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集》，成文堂，2007年5月初版，91頁。

<sup>18</sup> 參照余振華，《刑法深思·深思刑法》，作者自版，2005年9月，17頁。

<sup>19</sup> 所謂社會倫理，係指社會上所認同的人類良心而言；至所謂社會倫理規範，乃與以特定主義或宗教為根據的道德與社會倫理有所不同，而係指基於社會上所認同的人類良心，為了制約社會行為或社會構成員相互間的行為，所形成約束的規範而言。參照大谷實，《刑法講義總論》，成文堂，2010年3月新版第3版，10頁。

最近，針對社會倫理原則與法益保護原則，有學者提出以下的詮釋：刑法係藉由對法益的保護，而以維持社會秩序為最終目的，並非以維持社會倫理秩序為其目的。基此，只要非侵害法益或產生法益侵害危險的行為，縱然違反社會倫理規範的行為，亦不構成刑法上的違法行為<sup>20</sup>。因此，刑法雖以保護法益為其目的，惟法益保護機能事實上亦附帶具有維持社會倫理的作用。也就是說，在社會生活上，相當多的重要侵害法益行為，係屬於倫理上的不當行為，但刑法並非以維持社會倫理為其目的，其具有維持社會倫理的作用，往往僅出於事實上的巧合。

刑法的非倫理化概念，亦反映在違法性本質論的行為無價值 (Handlungsunwert) 與結果無價值 (Erfolgsunwert) 之上<sup>21</sup>。在學說上，以往係以「行為無價值論導致刑法的倫理化，而結果無價值論則導致刑法的非倫理化」的基本模式來加以說明。有關刑法與倫理的關係，可溯自魏采爾 (H. Welzel) 提倡行為無價值論而在違法性論上強調刑法的倫理化，惟其主張「刑法具有維持倫理的任務」的論點，應係歷史演進過程中偶然所產生，於現代社會上，自當有不同的詮釋。換言之，若將刑法的任務限定在法益的保全 (價值秩序的保全)，亦可依據行為無價值的論點加以解釋；至於採結果無價值論者，亦有主張刑法倫理化的見解<sup>22</sup>。前者例如川端博氏、井田良氏；後者例如小野清一郎氏。行為無價值未必導致刑法的倫理化。

<sup>20</sup> 此種見解係基於主觀與客觀併重的立場所做的詮釋，參照川端博，《刑法總論講義》，成文堂，2006年2月第2版，36頁。

<sup>21</sup> 有關行為無價值與結果無價值的概念，參照本書第二篇第三章第一節第二項三「行為無價值與結果無價值」。

<sup>22</sup> 有關違法性論與刑法倫理化的結合，並非基於論者的立場，而產生必然相異的見解，其應係反映在倫理責任的動機原則與結果原則二者的對立上，絕非來自於行為無價值論與結果無價值論所對立的「實質違法性」。參照川端博，《刑法總論講義》，成文堂，2006年2月第2版，286-287頁。

### 【非倫理化的概念】

相對於認為刑法具有確保社會倫理秩序的任務的見解，亦有學者主張刑法應以保護法益為其任務。採此種見解者認為，例如刑法對於殺人罪與竊盜罪二者，其所保護者乃生命與財產的基本價值，當此等價值受到保護之後，亦得以維持社會倫理秩序。再者，刑罰法規所保護的基本價值，並不侷限於社會倫理，其他與社會倫理無關的行為，亦可能因具有行政取締的必要性，而成為處罰的對象。依據此種思考，刑法並非必然與社會倫理相互結合<sup>23</sup>。因此，倘若採此種見解，則不具法益侵害的單純違反倫理規範行為，並非刑法處罰的對象，此即所謂刑法的「非倫理化」。

人類的社會生活規範，原本係以保護不特定人的法益為其目的，故倘若具有侵害法益或侵害法益之虞時，則可認定其屬於違法行為，此種概念乃屬當然的道理。因此，在現實上有法益侵害或法益侵害危險的行為存在時，始依刑法規定科處刑罰，其宗旨乃在保護法益。然而，社會秩序的維持，亦須憑藉國民的健全道德觀念<sup>24</sup>。並非所有的法益侵害或危險均值得施予刑罰，必須行為人以違反社會倫理規範的方法或程度，而引起法益的侵害或危險時，始認定其行為屬於違法。

現代刑法學對於刑法的任務，係採較中庸的見解，亦即刑法非僅在保護法益而已，同時亦在維護倫理。換言之，刑法的保護機能並非僅保護生活利益，亦在維護社會倫理秩序。就實質面而言，刑法係以侵害各種維持人類生活條件的行為（亦即以具有社會侵害性的行為）為其處罰對象，因此刑法係控制社會的手段之一。

由上述可知，刑法的首要任務在於保護法益，次要任務在於維護倫

<sup>23</sup> 刑法上倫理化與非倫理化概念，參照川端 博，《刑法總論講義》，成文堂，2006年2月第2版，36、286頁。

<sup>24</sup> 參照大谷 實，《刑法講義總論》，成文堂，2010年3月新版第3版，11頁。

理，唯有構成侵害法益與社會倫理的違法行為，始能成立犯罪，進而對行為人科以刑罰制裁。基於此種概念，刑法主要應具有規範行為、保護法益與保障人權等三種機能。

## 第一項 規範行為

刑法係社會規範的一種，因其乃以刑罰的強制手段，使國民遵守規範所定事項為特徵，故具有規範一般國民行為的機能。一般而言，刑法的規範包括明記一定行為屬於犯罪，而對其科以刑罰的要旨，亦即表示該行為係法律上反價值 (Unwert) 的評價規範、以及命令行為人不為該行為而形成相反動機的決定規範。

從刑法規範的觀點以觀，刑法一方面具有明示法律上反價值行為的評價機能，另一方面亦命令行為人不為該犯罪行為的內心意思決定，具有決定機能（意思決定機能）<sup>25</sup>。簡單而言，由於刑法規範何種行為係屬犯罪，同時預告該犯罪的刑罰效果，故刑法對於一般國民而言，可警惕其遠離犯罪，使其過著正常的社會生活，藉此達到防止犯罪的目標。

刑法規範	行為規範（以國民為對象）	——決定規範——	決定機能
	裁判規範（以法官為對象）	——評價規範——	評價機能

## 第二項 保護法益

所謂法益 (Rechtsgut)，通常係指依法保護的利益而言。在社會生活中，無論係個人、團體社會或國家，均具有其生活上的利益，故立法者以法律規定的形式來加以保護。從維持社會秩序的觀點以觀，立法者制定刑法、民法、行政法等法律而形成整體法秩序，其中各種法律都是以

<sup>25</sup> 有關刑法的規範與機能，參照川端 博，《刑法總論講義》，成文堂，2006年2月第2版，1-2頁；大谷 實，《刑法講義總論》，成文堂，2010年3月新版第3版，6-7頁。

保護法益為其主要任務。然而，就保護法益的方法而言，各種法律所使用的方法不盡相同，而刑法係以最嚴厲的刑罰為手段來保護法益，此乃刑法所具有的最大特徵。

### 【法益的詮釋】

所謂法益，係指值得法律保護的生活利益，可分為國家法益、社會法益與個人法益等三大類。在以尊重國民主權與基本人權為基本原理的現行憲法秩序下，刑法應優先保護生命、身體、自由、名譽、財產等個人法益。而公共安全、信用等社會法益，不應視其為超越個人而統一存在的社會法益，始終必須將其視為係結合個人利益所形成的社會法益。此外，國家亦不應被視為係超越個人目的所形成的保護對象，而係為了擁護個人法益的一種機關，在此種限度內受到保護。所稱國家法益，包含國家的基本政治組織、國家的行政與司法作用等<sup>26</sup>。

由於刑法係以最嚴厲的刑罰制裁為其手段，故在非必要時，絕對不能輕易動用（此即所謂「最後手段性」）。唯有在其他法律無法充分保護法益之際，始將該種侵害法益行為視為犯罪，而以刑罰加以處罰，並藉此期待能充分維持社會秩序。因此，刑法的保護法益機能，實質上即係維持社會秩序的機能。

刑法係以刑罰的強力制裁手段來保護法益，此種強制手段係與其他法領域不同，故刑法具有獨特的保護法益機能。刑法的保護法益機能，可分為一般預防 (Generalprävention) 與特別預防 (Spezialprävention) 兩種機能。所謂一般預防機能，係指由於有刑法而使社會一般人遠離犯罪的機能；所謂特別預防機能，則係指由於有刑法而使特定的犯罪人將來不

<sup>26</sup> 此種法益概念，係基於結果無價值論的立場，特別重視法益保護機能的曾根威彥教授所做的解釋，尤其值得參考。參照曾根威彥，《刑法總論》，弘文堂，2010年4月第4版，6頁。

再實行同種犯罪的機能。

### 第三項 保障人權

刑法規範由於係以處罰為其基礎，並明白確立處罰的界限，故具有限制國家刑罰權的發動，依此而使個人自由受到保障，此亦為憲法保障個人基本人權的根本要求。就此種觀點而言，刑法保障人權的機能，應包含以下兩種實質的內涵：(1)任何人只要不實行法律所規定的犯罪行為，即具有不接受刑罰干涉的自由保障；(2)對於犯罪人不得科處該犯罪規定以外刑罰的自由保障<sup>27</sup>。

刑法所具有的維持社會秩序與保障人權兩種機能，此兩種機能一方面具有密切的表裡關係，另一方面亦有相互矛盾與相互剋制的情形。究竟應該重視社會秩序或保障人權，依據時代背景、社會環境或各學者的主張等觀點，呈現相當大的差異性。然而，無論偏向任何一方，均無法達到刑法的任務，因此如何具體地使兩者相互調和，此乃現代刑法理論與實踐的核心問題。在此種核心問題之上，真正能發揮作用者，應係罪刑法定主義的原則。

## 第五節 刑法的性質

就我國刑法的立法史而言，從 1912 年民國成立後所施行的中華民國暫行新刑律、1928 年的舊刑法與 1935 年的現行刑法等，皆仿自歐洲大陸的法國刑法或德國刑法。因此，我國刑法可謂係從固有法而轉向學習外國法的繼受法。此外，我國刑法在法律定位上，係具有公法、實體法、成文法、強制法與實定法等幾種性質。

<sup>27</sup> 參照木村龜二著·阿部純二增補，《刑法總論》，有斐閣，1978年4月增補版，87頁。

## 第一項 刑法的法律定位

### 一、刑法為公法

法律有公法與私法的區別，所謂公法，係指規定國家與個人之間權力從屬關係的法律而言；至於所謂私法，則係指個人與個人之間平等關係的法律而言。我國刑法係規定國家刑罰權主體的國家與犯罪主體的個人之間的關係，故屬於公法。

### 二、刑法為實體法

所謂實體法，係指規定權利義務的法律而言，而所謂程序法則係指實現實體法所規定權利義務內容的法律而言。我國刑法係規定犯罪與刑罰的法律，故屬於實體法。此外，例如民法、行政法、公司法與銀行法等亦屬於實體法。至於刑事訴訟法、民事訴訟法與行政程序法等則係屬於程序法。

### 三、刑法為成文法

所謂成文法，係指經過立法程序而制定的法律而言，而未經立法程序而制定的法律，係屬不成文法。我國刑法與其他法律均係經過立法程序而制定的法律，故屬於成文法。由於法律首重安定性，故規定國家刑罰權與法律效果的刑法，必然須經過立法程序而制定，始具有安定性。其他如不成文法或習慣法，由於不具安定性，故皆非屬於我國刑法所涵蓋的範圍。

### 四、刑法為強制法

所謂強制法，係指無論任何人均適用的法律，亦即任何當事人均無法變更適用的法律而言，而相對強制法意義的任意法，則非屬公共利益，故得依當事人的意思而排除適用的法律。由於刑法規範係明示禁止規範



與命令規範的法律，除了告訴乃論罪之外，任何人均無法依其意思而排除適用，故刑法屬於強制法。此外，例如行政法、刑事訴訟法、民事訴訟法等亦屬強制法。

## 五、刑法為實定法

所謂實定法，係指基於國家立法作用或社會習慣等經驗事實所制定的法律而言，此種法律具有經驗事實的性質，故亦稱實證法。相對的自然法，則係指非人為而超越時空的理性經驗，具有無須依據經驗而認識的性質。刑法係國家立法機關為了保護法益與維持社會倫理秩序，基於社會習慣等經驗事實而制定的法律，故屬於實定法。

## 第二項 刑法與其他法律的關係

### 一、刑法與憲法

憲法係規定國家與人民權利義務關係的根本大法，在法律規範體系上具有最優位性，因此刑法的規定不得牴觸憲法，牴觸憲法者即屬無效（憲 §171 I）。此外，在刑法的解釋及其運用上，當然亦不得違背憲法的規定與精神。亦即，在解釋刑法的問題時，必須以憲法的規定、精神與價值判斷標準，作為解釋的最高指導原則。

刑法與憲法主要有兩個銜接點，亦即「罪刑法定主義」與「保護法益原則」。罪刑法定主義係刑法上最重要的基本原則，其被視為係基於憲法的基本理念而產生，故在充分保障國民基本人權的目的之下，必須遵照憲法解釋的「形式解釋論」。

近來，有關罪刑法定主義更從「實質解釋論」的觀點，基於「明確性原則」與「實體的正當程序」(substantive due Process) 等主題而展開新的趨勢，其中所論不僅係「罪與罰的規定方法」，甚至論及「罪與罰的合理性」。相對地，有關保護法益原則，則係以「憲法以刑罰而應保護的利益，究竟所指為何？」為其問題的關鍵而展開論述<sup>26</sup>。

## 二、刑法與刑事訴訟法

刑法係犯罪的實體規定，如何實現其法律效果，當然必須有程序規定的配合，始能發揮刑法的規範機能。反之，若無刑法的實體規定，則刑事訴訟法的程序規定，將形成無用的虛有條款。因此，刑法與刑事訴訟法二者的存在，係屬於相輔相成、互相補充的密切關係。

## 三、刑法與民商法

刑法與民商法同樣屬於實體法，在某些概念或用語上具有相通性，故刑法針對相通的概念或用語，自然可以引用民商法的規定，並無重複規定的必要性。例如親等的計算、婚姻關係的認定等。然而，由於刑法在性質上與規範內涵上，仍與民商法具有相當的差異性存在，故不可相互借用。例如針對生命的始點，民法通說採獨立呼吸說，而在刑法概念上，為了周密地保護生命法益，則採分娩開始說。

## 四、刑法與行政法

刑法與行政法同樣屬於公法，行政法主要係使人民負擔公法上的義務，而為了確保此等義務的履行，對於違反義務者，亦設有制裁制度。惟在行政法上的制裁有使用刑罰者，亦有使用秩序罰者，若以刑罰為制裁手段者，則行政機關並無管轄權，只能以告發人（刑訴 §241）的地位，移請該管轄檢察署檢察官依刑事訴訟法偵辦。因此，行政法中具有以刑罰為法律效果的刑罰條款，即屬行政刑法（附屬刑法），而與主刑法同樣適用刑法總則的規定。

28 參照余振華，《刑法深思·深思刑法》，作者自版，2005年9月，8頁。

## 第六節 刑法學的概念

### 第一項 刑法學的分類

刑法學的意義，可從最廣義、廣義與狹義三方面來加以分類。最廣義的刑法學，除了以研究實定刑法為對象的學問領域（廣義的刑法學）之外，尚包含以研究刑事程序為對象的刑事訴訟法學、以實證事實研究犯罪與刑罰的刑事學、行政法學等學問領域。其中，刑事學包含以犯罪現象論與犯罪原因論為研究內容的犯罪學，與以犯罪對策論為研究內容的刑事政策學。由於最廣義刑法學的範圍包含其他與實定刑法相關的領域，故亦稱整體刑法學或刑事法學。

廣義的刑法學包含刑法解釋學與基礎刑法學兩種領域。刑法解釋學係以解釋現行刑法的規範意義為其任務；基礎刑法學則係提供刑法解釋學的基礎理論。基礎刑法學尚包含刑法哲學、刑法史學、比較刑法學等。刑法哲學係考察犯罪與刑罰的哲學基礎；刑法史學係以歷史學來考察刑法的歷史演進；至於比較刑法學則係以各國刑法為比較研究的學問。

狹義的刑法學係指刑法解釋學，亦為研究刑法的主要領域。刑法解釋學依據對應刑法典所規定的總則與分則，可分為刑法總論與刑法各論。刑法總論係以刑法典總則編的規定（§§1~99）為範圍，主要係針對犯罪成立要件及其法律效果，研究刑罰適用的原理原則；而刑法各論係針對刑法典所規定的各種犯罪類型（§§100~363），研究各種犯罪的意義以及各種犯罪與法定刑之間的關係。

### 第二項 刑法學的研究方法

誠如前述，刑法具有規範行為、保護法益與保障人權等三種機能，而為了充分實現該三種機能，當然必須慎重且精確地認定犯罪與刑罰，刑法學即在此種目的上負擔最重要的任務。一直以來，刑法學的發展已

經在此一層面上，建構依嚴格論理所形成的犯罪論體系架構與刑法條文解釋，此種範疇即所稱刑法解釋學，而此種學問領域的形成，其研究方法主要包含「體系的思考」與「問題的思考」二種方式。

倘若以科學的角度來觀察，所謂科學，包含自然科學、社會科學、精神科學與文化科學等領域，一般將科學解釋為一種認識相關對象的體系，故刑法解釋學係屬於科學的範疇。在此，吾人仍然必須先行確立刑法解釋學究竟係屬於「純粹科學」，或者係屬於「應用科學」？倘若刑法解釋學僅係一種應用科學，則僅不過係為了解決具體案件的一種技術而已。

刑法解釋學在科學與技術的定位問題上，必須從「解釋法」與「適用法解釋」兩個角度來區別。所謂解釋法，係屬科學（刑法解釋學）的任務，而適用法解釋者，則係屬於裁判的任務。依據此種論點，裁判純屬一種技術，而刑法解釋學則係一種科學<sup>29</sup>。換言之，在裁判時，若無刑法解釋學，完全無法達成其任務，刑法解釋學可謂係裁判上不可欠缺的要件。因此，不可將刑法學視為係一種技術，而由於其本身具備固有的科學性，研究刑法必須採「體系的思考」與「問題的思考」二者併行思考的模式。

<sup>29</sup> 參照木村龜二著·阿部純二增補，《刑法總論》，有斐閣，1978年4月增補版，14頁。

## 第二章 刑法與刑法理論的演進

由於我國現行刑法係承襲歐陸法系，故欲瞭解我國刑法的主要內涵，進而能正確地適用，必須先具備有關歐陸法系的刑法理念，否則難收功效。因此，本章針對歐陸刑法理論的演進，從近代至現代的重要思想，逐一介紹後，再進入我國刑法理論的探討。

### 第一節 刑法理論的演進

#### 第一項 啟蒙時代的刑法思想

從十六世紀以來，由於自然科學的發展，導致先前受教會法拘束制度的情況逐漸緩和，亦使人類社會生活開始重視人性的觀點。至十七、十八世紀以來，由於人道主義與自由主義的思潮已經普及整個歐洲社會，過去刑事制裁的殘酷與專制開始受到嚴厲批判。在啟蒙時代中，主要由數位自然法學名家提出各種刑法思想，開始影響歐陸的法律與政治制度，因而奠定歐陸法系的刑法學基礎。

在近代刑法學之中，居於先驅地位的是古典學派，古典學派所主張的刑法理論即從啟蒙刑法思想所產生<sup>①</sup>。啟蒙時代的自然法學名家有荷蘭的科羅提斯 (Hugo Grotius, 1583-1645)；英國的霍布斯 (Thomas Hobbes, 1588-1679)、洛克 (John Locke, 1632-1704)；德國的普凡杜夫 (Samuel Pufendorf, 1632-1694)、賴普尼芝 (Gottfried Wilhelm Leibniz, 1646-1716)、湯馬休斯 (Christian Thomasius, 1655-1728)、渥爾夫

<sup>①</sup> 有關啟蒙時代的刑法思想，參照川端 博，《刑法總論講義》，成文堂，2006年2月第2版，26-27頁；大谷 實，《刑法講義總論》，成文堂，2010年3月新版第3版，16頁。

(Christian Wolff, 1679–1754)；法國的孟德斯鳩 (Charles Louis de Montesquieu, 1689–1755)、伏爾泰 (F. M. Voltaire, 1694–1778)、盧梭 (Jean Jacques Rousseau, 1712–1778) 等等。

在上述自然法學名家之中，最具影響力者當推被尊稱為自然法學之父的科羅提斯。科羅提斯在 1625 年發表《戰爭與和平的法》一書，其中提出「以脫離教會的人類理性為基礎」的刑法思想，其雖採應報主義，但同時主張刑罰目的在於「改善與預防犯罪人」。

霍布斯提出社會契約說<sup>②</sup>觀點來說明刑罰的概念，其主張刑罰的目的並非應報，而係對第三者的威嚇且改善犯罪人；洛克則主張刑罰的目的在於「自我生存與安全保護」，強調犯罪人的改善；普凡杜夫承襲科羅提斯的思想，認為刑罰的合理性對國家具有功效；接著，賴普尼芝及湯馬休斯分別提出「法與道德」的區別，而渥爾夫則基於功利主義的立場，主張刑罰的威嚇性。

孟德斯鳩在 1748 年所發表的著作《法的精神》中，基於三權分立論的立場，認為法院應機械式地適用立法機關所制定的法律，故賦予罪刑法定主義一個理論基礎，至於其對於刑罰的主張，認為除了必須重視以「威嚇」來達到犯罪預防之外，亦應將刑罰緩和化。

伏爾泰認為，刑罰的合理性在於「刑罰的有用性」，並強調犯罪預防的必要性；盧梭基於「社會契約論」的立場，主張犯罪係違背社會契約，犯罪人係由於對國家的謀叛而喪失法律的保護，惟以「教育」作為預防犯罪的手段，比使用刑罰更具有效果。

其後，在深受啟蒙思想的影響下，刑法學者紛紛表明立場，故從十九世紀開始，歐陸刑法史上呈現相互對立的學派論爭，其主要係針對刑罰的本質與刑罰的目的而展開爭論。在十九世紀至二十世紀之間，歐洲

② 社會契約說的主要論旨為：在自然狀態下，雖有「萬人對萬人」的戰爭，但任何人都係出自自我生存的本能，依自由意思而創造國家，因此在受國家保護之下，國家亦提供個人的自由，而個人若違背國家時，則不受到國家的保護，應受國家的嚴厲制裁。

學界（特別係在德國）所形成的學派，主要有古典學派（舊派）與近代學派（新派）兩大學派，而在古典學派中，基於自由主義與國家主義的不同立場，可分為前期古典學派與後期古典學派。

## 第二項 前期古典學派的刑法理論

古典學派的刑法思想，實際上係屬於啟蒙思想的一環，主要立場係在否定中世紀的非合理主義<sup>③</sup>，而展開「以人類的理性」為基礎的合理主義。前期古典學派的主要代表學者，有義大利的貝卡利亞（Cesare Beccaria, 1738-1794）；德國的康德（Immanuel Kant, 1724-1804）、封·費爾巴哈（Anselm von Feuerbach, 1775-1833）、黑格爾（Georg Wilhelm Friedrich Hegel, 1770-1831）等等<sup>④</sup>。

貝卡利亞基於反對當時專制體制下的無秩序刑事裁判與殘酷的刑罰制度，發表《犯罪與刑罰》（*Dei delitti e delle pene*, 1764）一書<sup>⑤</sup>，譴責透過拷問取得自白所形成的誤判，主張罪刑法定、罪刑均衡，以及刑罰係以一般預防與特別預防為目的（相對主義），其諸多論點均突破當時的專制體制，故被尊為現代刑法學的始祖。

康德係以具有理性的人為基本思考，認為犯罪係違反基於社會契約所形成的國家法律，對犯罪人科處刑罰係一種正義的體現，唯有實行犯

③ 中世紀的西歐諸國刑法，受到當時政治權力的極大影響，反映出當時代法與宗教的未分離狀態，其刑法具有深入犯人內心的處罰干涉性，而且由於犯罪與刑罰並未明確以法律明定，故刑罰權係屬恣意行使，刑法的適用亦依身分而有所差別，刑罰的內容有火刑或釜刑等死刑、烙印或切斷四肢等身體刑，其殘酷的刑罰係屬於違反人道的非合理主義。

④ 有關前期古典學派的刑法思想，參照川端 博，《刑法總論講義》，成文堂，2006年2月第2版，28-29頁；山中敬一，《刑法總論》，成文堂，2008年3月第2版，23-25頁。

⑤ 有關《犯罪與刑罰》的日本文獻，參照ベッカリアー著・風早八十二・風早二葉訳，《犯罪と刑罰》，岩波文庫，1938年；ベッカリアー著・佐藤晴夫訳，《犯罪と刑罰》，矯正協會，1976年。

罪行為的犯罪人始被科處刑罰（絕對主義），而刑罰的根據在於應報，刑罰的絕對性質應求諸於「同害報復的法」（應報主義）。

封·費爾巴哈承襲康德的啟蒙刑法思想，進而完成刑法理論。由於深受康德學說的影響，故封·費爾巴哈將法與道德嚴格區別，認為犯罪係法的違反、權利的侵害（客觀主義），基於防止犯罪行為，必須重視心理的強制（心理強制說）。封·費爾巴哈係從心理強制說 (psychologischen Zwangestheorie) 的觀點來建構犯罪論與刑罰論，被尊為近代刑法學之父。

### 【心理強制說】

心理強制說認為，將「人類以實行犯罪來滿足其快感」與「針對其犯罪行為科處刑罰而產生痛苦」二者相比較，若後者較前者為大時，人類即不會犯罪。因此，若事先將犯罪與刑罰明確規定在刑律，任何人由於感受到刑罰痛苦性的心理威脅，將不至於實行犯罪（此即一般預防的思想）<sup>⑥</sup>。

黑格爾係繼康德之後，將德國觀念論哲學<sup>⑦</sup>發揮至最尖峰的學者，其係採獨特的辯證法而展開犯罪論與刑罰論，主張犯罪係「法的否定」，而刑罰係「對犯罪的再否定」，並藉由對犯罪的再否定以恢復法秩序；刑罰並非單純使犯罪人接受痛苦而科處，而係將犯罪人視為理性者來尊敬

<sup>⑥</sup> 心理強制說係由德國學者封·費爾巴哈所提倡，其係以實定法的絕對權威為基礎，強調以成文法明定犯罪構成要件及其刑度，可收心理強制的功效，堪稱該時代的經典學說。

<sup>⑦</sup> 所謂德國觀念論，係指一系列德國思想家的哲學，其時間涵蓋十八世紀的 80 年代至十九世紀中葉，費斯特 (Johann Gottlieb Fichte)、謝林 (Friedrich W. J. Schelling) 與黑格爾係最具代表性的哲學家。費斯特主要針對問題的窮究，而謝林的哲學立場則反覆不定，黑格爾的哲學系統則細密繁複，雖三者的哲學性格相當不同，但卻擁有相同的問題領域及追求的目標，亦即三者均將哲學系統建立在一個最嚴格、完整且不可動搖的基礎之上，而所提觀念論在探討哲學問題上的深入、嚴格以及思惟系統性的開展，哲學史上無出其右者。



而科處；刑罰並非僅係「同害的報復」，而係應該具有「對應侵害的等價性」（絕對主義、應報刑論）。黑格爾主張絕對主義的應報觀念，此點係與康德的理念相同，但在否定「同害的報復」、主張「等價的應報」以及「再度整合法與道德」等觀點上，卻與康德的理念有顯著的差異性存在。

此外，黑格爾認為人類係具有理性，故提倡意思自由論。黑格爾所主張的刑法理論，嗣後由屬於黑格爾學派的柯斯特林 (Reinhold Köstlin, 1813–1856)、赫休納 (Hugo Hälschner, 1817–1889) 及貝爾納 (Albert Friedrich Berner, 1818–1907) 等刑法學者所承襲而繼續發揚。

### 第三項 後期古典學派的刑法理論

在古典學派的前期階段，諸如封·費爾巴哈等學者係採自由主義的立場，而在後期階段的古典學派，則係採國家主義的立場。後期古典學派的主要代表，有賓丁 (Karl Binding, 1841–1920)、貝林 (Ernst Beling, 1866–1932)、麥耶 (Max Ernst Mayer, 1875–1923)、比克麥耶 (Karl Birkmeyer, 1847–1920) 等<sup>⑧</sup>。

賓丁揚棄康德與黑格爾的形而上學思想，專注研究實定法學的刑法學，其首創嚴格區別「刑罰法規」與「從刑罰法規所導出的規範」的規範論。其基於此種規範論的立場，認為犯罪係對規範的反抗與違反，對於有該種規範違反的情形，依刑罰法規而產生刑罰權；刑罰係對規範的否定（犯罪）的再否定，依此而得以維持法的權威，故刑罰權的內容應基於犯罪的重大性與恆常的關係，倘若因犯罪使法秩序遭受重大的破壞，則對犯罪人所施予的痛苦亦應相對地加大（應報刑主義、客觀主義）。

賓丁主張法律的應報刑，此種觀點係接近康德的思想，然而主張國家主義的觀點則係接近黑格爾的思想，但其所採實定法的分析，卻是嶄新的分析法，此種依相當稀有的論理思考而建構刑法學的理论體系，獲

⑧ 有關後期古典學派的刑法思想，參照川端 博，《刑法總論講義》，成文堂，2006年2月第2版，29–30頁；山中敬一，《刑法總論》，成文堂，2008年3月第2版，25–27頁。

得學界相當高的評價。此外，屬於後期古典學派的貝林，其對刑法學的主要功績係確立「構成要件論」，而比克麥耶主要則係扮演與近代學派論爭的主要角色，故亦具有不可動搖的地位。

#### 第四項 近代學派的刑法理論

十九世紀後半，由於隨著資本主義與產業革命的興起，故導致經濟與社會形成混亂的局面，尤其是習慣犯與少年犯的犯罪情況特別嚴重。針對此種犯罪情勢，由於古典學派所採理論無法有效地防治，使得該種理論出現破綻，諸多刑法學者轉而主張新的刑法理論。當時支配新刑法理論趨勢者，即近代學派的刑法理論（義大利學派或社會學派），由於此學派係以自然科學方法的實證主義理論為其基礎，故亦稱實證學派。屬於義大利學派的主要代表學者，有龍布羅梭 (Cesare Lombroso, 1836–1909)、費利 (Enrico Ferri, 1856–1929)、賈羅華洛 (Raffaele Garofalo, 1852–1934) 等，而社會學派的主要代表學者，則係德國的封·李斯特 (Franz von Liszt, 1851–1919) 等<sup>9</sup>。

龍布羅梭採實證方法來觀察與分析犯罪現象，而以人類學來研究犯罪人，在其所發表的著作《犯罪人》一書中，強調犯罪人係由於本身具有特定的身體與精神特徵而實行犯罪行為，其與生活環境並無關係，故犯罪人係屬於與生俱來的「生來性犯罪人」，應以刑罰來將犯罪人與社會隔離。

費利承襲龍布羅梭的思想，認為犯罪的發生有人類學、物理學與社會學等三種主要原因，由於自由意思僅止於係一種幻想，故應否定以自由意思為前提的道義責任論而採社會責任論。費利更主張將犯罪人加以分類，依據不同的犯罪人而採個別的措施。

賈羅華洛亦承襲龍布羅梭的思想，但其更從事心理學的研究，將心

<sup>9</sup> 有關近代學派的刑法思想，參照川端 博，《刑法總論講義》，成文堂，2006年2月第2版，30–31頁；山中敬一，《刑法總論》，成文堂，2008年3月第2版，28–29頁。

理學與法律學二者相互結合，且在概念上區別自然犯（刑事犯）與法定犯（行政犯），將其視為決定責任的基準，並提示犯罪人的危險性。

封·李斯特同樣係基於實證主義的立場，繼受功利主義的目的思想而提倡目的刑論，其認為刑罰目的在於保護法益與防衛社會，犯罪人應依反社會性的強弱而予以分類，對應各種犯罪人而分別施予威嚇、矯治、隔離等刑罰加以個別化。封·李斯特在刑法學上的貢獻，主要除了為綜合法律問題與刑事政策問題而提倡整體刑法學，進而以國際規模方式推動刑法修正工作，聯合各國刑法學者創設國際刑法學會等。

封·李斯特所確立的近代學派刑法理論，其後在其門生特撒 (Ottokar Tesar, 1881–1965) 與寇爾曼 (Horst Kollmann) 提倡犯罪表徵說<sup>10</sup>、李普曼 (Moritz Liepmann, 1869–1928) 與南加 (Vincenzo Lanza, d.1929) 提倡教育刑論<sup>11</sup>之下，更深深地影響二十世紀的刑法理論。

## 第五項 現代的刑法理論

古典學派與近代學派的學說對立，主要係基本理念的不同，特別係封·李斯特主張目的刑論以來，兩派的論爭達到最激烈的頂峰狀態。然而，學派論爭在主要代表者比克麥耶與封·李斯特相繼逝世後，終於畫下休止符。接著，在梅芝格 (Edmund Mezger, 1883–1962) 主張人格責任論<sup>12</sup>、魏采爾 (Hans Welzel, 1904–1977) 與毛拉哈 (Reinhart Maurach, 1902–1976) 主張目的行為論、安歌爾 (Marc Ancel, 1902–1990) 主張新社會防衛論之下，展開現代刑法理論的新局勢。

<sup>10</sup> 所謂犯罪表徵說，係指犯罪行為人的性格（其內部的危險性）係依外部所表現的行為而得以認識，故犯罪行為係行為人危險性格的「表徵」。

<sup>11</sup> 所謂教育刑論，係將「刑罰的本質係針對將來的犯罪，為了防衛社會的手段」之目的刑論，加以詮釋為刑罰係為了教化與改善犯罪者的一種手段。

<sup>12</sup> 人格責任論係在 1930 年代末期至 1940 年代初期所提出的理論，主張責任的基礎在於行為背後的人格，亦即責任的評價，除著眼於行為人人格現實化的行為之外，仍應從行為人人格形成的人格態度，加以非難行為人。

日本在明治時代中葉以後，深受德國刑法學的影響，亦引進古典學派與近代學派的刑法學，而在大正時期至昭和初期，亦形成學派對立的激烈論爭。近代學派係由勝本勘三郎(1866-1922)、牧野英一(1878-1970)、宮本英脩(1882-1944)、木村龜二(1897-1972)等博士為主要代表；而古典學派係由大場茂馬(1869-1920)、小野清一郎(1891-1986)、瀧川幸辰(1891-1962)等博士為主要代表；此外，另有基於折衷立場者，主要代表係泉二新熊博士(1876-1947)。

二次大戰後，逐漸平息學派論爭，例如木村龜二博士積極採用目的行為論及構成要件理論，將主觀主義與客觀主義綜合併用；團藤重光博士(1913-)一方面基於古典學派的立場，另一方面推展人格責任論，亦係將近代學派的性格責任論併論；佐伯千仞博士(1907-)以責任主義為前提，一方面主張特別預防論，另一面為了保障人權，亦以客觀主義限制主觀主義<sup>19</sup>。在兩學派的論爭結束後，現在日本大多數的學說係基本上接受古典學派的立場後，再採近代學派的見解。

### 【古典學派與近代學派的犯罪論與刑罰論】

	古典學派	近代學派
犯罪論	非決定論(意思自由論) 以行為為對象 (行為主義客觀主義) 對反道義性行為的非難 (道義責任論)	決定論(意思決定論) 以行為人為對象 (行為人主義主觀主義) 行為人的社會危險性 (社會責任論)
刑罰論	應報刑(絕對主義) 一般預防	目的刑(相對主義) 特別預防

<sup>19</sup> 有關二次大戰後日本主要學說的論點，參照川端 博，《刑法總論講義》，成文堂，2006年2月第2版，33頁；山中敬一，《刑法總論》，成文堂，2008年3月第2版，35-38頁。

維持法秩序

防衛社會

在犯罪論上，現代刑法理論已經脫離古典學派所主張的抽象人類觀，或近代學派所主張的生來性犯罪人觀點，趨向具體人類觀的觀點，除認為犯罪人有受素質與環境支配外，亦具有主體性的驅使<sup>14</sup>。換言之，現實的犯罪係由具有相對意思自由的具體人所為，此種人由於敢於實行犯罪行為，故具有可非難性的責任。

在刑罰論上，現代刑法理論係綜合來自於古典學派的應報刑論（絕對主義）與來自近代學派的目的刑論（相對主義），形成綜合主義與分配主義<sup>15</sup>。換言之，絕對主義將刑罰權的根據求諸於正義的理念，相對主義求諸於合目的性，而綜合主義則將二者均加以考慮，分配主義則依刑罰理念的發展，針對立法、裁判、行刑等三階段，對應法的確認、分配應報、目的刑等三層指導理念。

就綜合主義的觀點而言，刑罰具有絕對主義與相對主義等二種理念。依絕對主義的理念，呈現刑罰的應報機能，而依相對主義的理念，則呈現一般預防與特別預防二種機能。

## 第二節 現代刑法理論的基本思想

### 第一項 客觀主義與主觀主義

在犯罪的本質應如何解釋的問題上，刑法學者有從客觀主義的觀點

<sup>14</sup> 現代刑法理論雖肯認現實的意義，但並非僅從外部行為來進行評價，亦將人的行為從具有主觀與客觀的整體面來加以檢視。參照川端 博，《刑法總論講義》，成文堂，2006年2月第2版，34頁。

<sup>15</sup> 歐陸法系的刑罰觀，大都已經走向絕對主義與相對主義併重的趨勢，參照川端 博，《刑法總論講義》，成文堂，2006年2月第2版，34頁；山中敬一，《刑法總論》，成文堂，2008年3月第2版，57頁。

出發，亦有主張應從主觀主義的立場來做解釋，因此形成主觀與客觀對立的見解。所謂客觀主義，係將刑事責任的基礎求諸於表現在外部的行為人「行為」；而所謂主觀主義，則將刑事責任的基礎著重於「行為人」的反社會性格，亦即基於反覆實行犯罪行為的「犯罪者」的社會危險性。

客觀主義與主觀主義二者的對立，若從其內涵而言，即指行為主義 (Tatprinzip) 與行為人主義 (Täterprinzip) 的對立。古典學派係堅持客觀主義 (行為主義)，而近代學派則主張主觀主義 (行為人主義)。

## 第二項 現實主義與表徵主義

倘若從古典學派所主張的客觀主義 (行為主義) 觀點，則可導出現實主義。所謂現實主義，係指將犯罪行為人的「現實」行為作為科刑的基礎。依據現實主義的見解，犯罪行為人的社會危險性並非思考的重點，而唯有在行為表現在外部的限度上，始有處罰的可能性。

若從近代學派所主張的主觀主義 (行為人主義) 觀點，則可導出表徵主義。所謂表徵主義，係指犯罪行為人的性格 (其內部的危險性) 係依外部所表現的行為而得以認識，故犯罪行為係行為人危險性格的「表徵」<sup>16</sup>。換言之，現實主義認為外部所表現的犯罪行為即具固有的意義，而表徵主義則僅肯認行為人的危險性格始對犯罪行為具有意義。

### 【未遂犯在客觀主義與主觀主義上的案例思考】

甲無正當化事由心懷殺意對 A 開槍，因為槍法欠佳，致子彈未命中 A，甲成立殺人未遂罪。問題所在：未遂犯的處罰基礎為何？為什麼未遂犯可以處罰？主張客觀主義 (現實主義) 者認為，未遂犯的行為，由於造成「法益侵害的危險」，故得加以處罰，處罰甲的

<sup>16</sup> 關於現實主義與表徵主義的論點，參照大谷實，《刑法講義總論》，成文堂，2010年3月新版第3版，38頁；川端博，《刑法總論講義》，成文堂，2006年2月第2版，35-36頁。

基礎，在於甲的行為有侵害 A 生命的危險；而主張主觀主義（表徵主義）者則認為，由於未遂犯藉由其行為表現其反社會的性格，其「反社會性格（思想）」對社會有所危害，故應加以處罰。

### 第三項 非決定論與決定論

所謂非決定論，係指人的意思並非受因果法則的支配，而係能自由支配因果法則，亦稱意思自由論。所謂決定論，係指人的意思係受因果法則所支配，亦稱非意思自由論<sup>17</sup>。非決定論與決定論二種對立見解，由於其係與人的自由意思有關，故應係屬於非難可能性的責任問題。

後期古典學派係以非決定論為基礎，故主張儘管行為人基於自由意思而有實行適法行為的可能性，但卻仍執意實行違法行為，依此而求諸於責任的非難性根據。反之，近代學派主張依素質與環境而決定人的必然行為（犯罪行為），其表徵行為人具有社會危險性，而該種具有社會危險性的人應接受社會的防衛處分，此時當然必須負責任<sup>18</sup>。

#### 【非決定論與決定論的案例思考】

中輟生甲自幼父母雙亡，由祖母辛苦扶養長大，可惜祖母忙於生計而忽略對甲的品格教育，造成其性格偏差，學校老師亦未能導正其偏差性格。甲進入國中後更誤交幫派分子，國中二年級即輟學離家出走，以飛車搶奪他人財物為生，觸犯搶奪罪。思考脈絡：決定論者認為，甲之所以犯罪係受遺傳與環境（欠缺品格教育、偏差性格未被導正與結交損友等）而決定的必然行為，犯罪的意思係被決定的，沒有選擇的自由，實行犯罪行為係命中所注定。社會對其處罰，係單純為了社會本身的安危所做出的（社會）防衛舉動；而

<sup>17</sup> 參照大谷 實，前揭書，39 頁；川端 博，前揭書，36-37 頁。

<sup>18</sup> 參照川端 博，前揭書，37 頁。

非決定論者則認為，甲得依自己的意思，自由決定是否實行犯罪行為，從而，非難的基礎在於甲的主觀意思。

在現代的刑法理論上，係以非決定論為基礎，而採相對的意思自由論。依據此種見解，人的意思雖有受到素質與環境的制約，但個人亦具有自由決定的能力；反之，基於決定論的立場，亦有主張緩和的決定論的見解，依此種見解，人的意思雖受因果法則的支配，但仍具有依意義或價值決定的可能性，該決定的可能性即係意思自由。

### 第三節 我國刑法的沿革

綜觀我國刑法的演進歷程，可依制定與修正而概略分為三個時期，第一時期為清末變法前的舊刑律時代，第二時期為變法後繼受歐陸法系的現行法時代，第三時期為 2005 年修法後的新刑法時代。

#### 第一項 舊刑律時代

在舊刑律時代，從古代開始，刑法即以國家刑法型態而顯現，自西元前四世紀至二世紀開始即有罪刑法定主義的思想存在；刑事立法亦在秦（西元前 249–207 年）、漢（西元前 206–7 年）、魏（西元 220–264 年）、晉（西元 265–420 年）等朝代即形成一種法律制度。進入南北朝時代後，各朝代亦以「律」的型態而制定法律制度，而在隋朝（西元 581–618 年）係以「隋律」（西元 581、583 及 606 年）統一施行。其後，唐高宗永徽 2 年（西元 651 年）繼承隋律，發展成我國最具完整的一部成文法典「唐律」（西元 624、637 及 737 年）<sup>19</sup>。在唐律之後所制定的明律（西元 1397

<sup>19</sup> 在我國法制史上，唐律係屬最精緻的刑事立法，其貫徹公刑罰的觀念，遠超過當時歐洲諸國的刑法，即使係經過九世紀後所制定的卡羅利納 (Carolina) 法典（亦即「卡爾五世裁判例」Die Peinliche Gerichtsordnung Karls V. von 1532），仍然有多種層面不及於唐律。



年)與清律(西元1647年)亦幾乎大部分繼承而施行。

清朝末年,清廷於1904年設立修訂法律館,掌理法律的制定工作。1906年延聘日本學者岡田朝太郎(1868-1936)從事新刑法的起草工作,從此開啟我國刑法現代化的端緒。1908年完成「新刑律草案」,其內容大多仿自日本舊刑法<sup>20</sup>,採當時歐陸法系的刑事立法例,分總目與分則兩篇,其內容大多揚棄中國數千年來的傳統精神,廢除官秩服制良賤等階級差異的法制,其基本思想與根深蒂固的倫常觀念出入甚大,因而招致舊勢力強烈杯葛,因此在該草案中附帶加上舊勢力所提出的「暫行章程」五條,而以「大清新刑律」的名稱於1910年公布,惟因翌年清廷被推翻,故並未施行。

## 第二項 現行法時代

1912年開始,我國刑法進入現行法時代,當時中華民國政府甫成立,乃取大清新刑律為藍本,制定中華民國暫行新刑律(簡稱「暫行新刑律」),於1912年公布施行,1915年再補充暫行新刑律十五條。1927年政府定都南京後,再度從事新刑法的起草工作,於1928年制定公布中華民國刑法(通稱「舊刑法」),此部刑法係以當時歐陸法系的最新學理為基礎,參酌我國國情,採擇歐陸法系各國的刑法立法例,內容分為總則與分則兩編。舊刑法公布施行後,仍有諸多不盡完善之處,便於1931年著手修訂,1935年仍以「中華民國刑法」為名公布施行(即現行刑法),一直沿用至今。

<sup>20</sup> 日本於1880年所制定的刑法(1882年施行),通稱「舊刑法」。該刑法係明治政府聘請巴黎大學波阿索納德教授(Gustave Emile Boissonade, 1825-1910)所起草,因此深受拿破崙刑法典的影響,主要係以「啟蒙主義的市民自由主義思想」為背景,全部條文區分為總則與分則兩部分,除明確規定罪刑法定主義之外,將犯罪分為重罪、輕罪與違警罪,刑罰分為死刑、徒刑、流刑、懲役、禁獄(重罪的刑)、禁錮、罰金(輕罪的刑)、拘留、罰款(違警的刑)等主刑,以及剝奪公權、停止公權、禁治產、監視、罰金、沒收等從刑。