

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=10061>

新刑法總則

林鈺雄 著



元照出版提供 請勿公開散布。

2018年9月6版

壹、刑法是什麼？

一、刑法之定義

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=10061>

「殺人者死、傷人及盜抵罪」。據說劉邦在攻入關中時，曾與父老如此約法三章。關於這句名言，可以有不同的詮釋角度，但從刑法而言，這句名言點出了刑法規範的基本課題：犯罪、刑罰及兩者的關係，這正是刑法所欲處理的對象。除此之外，它也道出了刑法條文經常使用的基本句型：「若——則」，亦即，若殺人，則處死刑；若傷害人身或盜取財物，則應抵償。

「若——則」，或者白話一點，「如果——那麼」，乃古今中外刑法規範的基本結構。有位法學家曾說，每個法律規則都等於「如果——那麼」的陳述；「如果」由各種假設事實所填充，這種假設事實被用來作為適用該規則的必要條件。「若——則」的規範結構，迄今已有數千年以上的歷史，例如，西元前 1750 年由巴比倫英主漢摩拉比頒佈的《漢摩拉比法典》（Code of Hammurabi）¹，堪稱歷史上最也最為重要的成文法典之一，其中第 22 條就規定：「若強盜物品且被逮捕者，則應處死刑。」²

幾千年以來，刑法歷經演變，雖然許多基礎思想早已產生根本變革，但「若——則」的基礎結構則無二致。試翻翻我國刑法關於普通強盜罪的規定：「意圖為自己或第三人不法之所有，以強暴、脅迫、藥劑、催眠術或他法，至使不能抗拒，而取他人之物或使其交付者，為強盜罪，處五年以上有期徒刑。」（§328I），如同當初《漢摩拉比法典》一般，我國現行刑法也採行「若——則」的基本語法結構，一方面規

¹ 漢摩拉比（Hammurabi）是巴比倫第一王朝的第六位君主，在位期間為西元前 1792 至前 1750 年，期間最為重要的事蹟乃統一美索不達米亞平原及頒佈《漢摩拉比法典》。本法典乃漢摩拉比國王長期彙整兩河流域法律的傑作，經篆刻於神廟內的岩石柱上，除了刑法部分外，亦包括民事財產法、家事法等等。此部法典之刻本石柱，目前陳列於巴黎羅浮宮內。

² Vgl. Wesel, 1996, S. 189.

定犯罪行為的法律要件（…為強盜罪），另一方面規範犯罪行為的法律效果（處…），只不過在法律要件部分繁複許多，而在法律效果部分則較為輕微（僅處以有期徒刑）且有彈性（5年以上）³。

購書請至 <http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=1006> 刑法乃規定犯罪行為的法律要件及其法律效果的法律。就刑法而言，法律人的任務便是在於確定某人所為是否符合犯罪的法律要件；如果答案肯定，則法律人須進一步探究依法應施以何等的制裁。依照以上看法，我們可以把刑法略分為「犯罪論」與「刑罰論」兩大領域⁴；但嚴格來講，以上所稱的刑罰論僅是法律效果的泛稱，當代刑法法律效果已趨於多元，非僅止於傳統的、狹義的刑罰而已，也包含了保安處分，以及刑罰與保安處分以外之其他法律效果（如沒收：→18.6）。

二、刑法體系綜覽

（一）總則與分則

進入刑法學門，首要者乃了解刑法的體系。在成文法國家，各個法律領域的基本體系已由立法者建立，表現於各該法典之中。請翻閱我國的《刑法典》，首先，讀者將清楚看出，這部法典的體系由《總則》和《分則》兩大部分構成，前者規定在第1條到第99條，後者規定於第100條以下。體系上區分總則與分則的用意，究竟何在⁵？

³ 其實，這樣的法條結構，並不是刑法的專利。讀者可以試翻其他法典，例如民法的侵權行為規定：「因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。」（民§184I前），也是遵循同樣的「若——則」結構。

⁴ 嚴格來講，還有介於兩者樞紐的競合論。包含本書在內的刑法總則教科書，主要是以犯罪論為討論的主軸（→3~16 犯罪論；→17 競合論；→18 刑罰論），這一來是因為我國刑法典就刑罰論的規範密度遠高於犯罪論，大多數處理方式已見於法條；二來，刑罰論與刑事執行與犯罪學的關聯性頗高，故就教學分配而言，一般也未必列入刑法總則的講授範圍。

⁵ 蘇俊雄，刑總I，頁59~；Welzel, 1969, S. 277。附帶說明，一般成文法典的體例（如我國刑法），是先總則後分則；但《歐盟刑事法典草案》（Corpus Juris 2000），體例上是先分則（Art. 1~8）後總則（Art. 9~17）。Vgl. Delmas-Marty, 1998, S. 1ff.（德文註釋），S. 101ff.（法文註釋）；Satzger, 2014, 頁129~。

簡言之，《分則》規定各個具體犯罪類型之法律要件及其法律效果，例如竊盜、詐欺、傷害、殺人等等；《總則》則將不同犯罪類型之間共通的要件和基本的原則抽離出來，一併規定，例如故意過失問題、責任阻卻違法問題、既遂未遂問題及刑罰量定問題等等。我們可以任意舉一個犯罪類型為例，說明何以刑法要有總則及分則的規定：假設某 T 持刀把某 O 砍死了。大家都知道這是殺人罪，如果翻翻刑法第 271 條，白紙黑字寫著：「殺人者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑」，你也許會有這樣的印象：直接適用本條即可，哪裡還需要總則規定呢？

事實不然，因為案例千變萬化。假設 T 是外國人呢？假設 T 是 13 歲的未成年人呢？假設 O 當時正舉槍瞄準 T，T 因自衛才殺人呢？假設 T 砍到一半就自行中止呢？假設 T 是受 P 唆使才行兇的呢？諸如此類的問題，無法直接由刑法第 271 條找到答案。類似的問題，在其他犯罪類型也會發生，如果立法者在每一個犯罪類型後面都鉅細靡遺規定這些問題的處理方式，那現行刑法法條的數量可能會從三百多條暴增為好幾千條以上，因此，為了立法便利起見，聰明的立法者把各個犯罪類型共通的問題抽離出來，成為約莫百條的總則條文，適用於分則所有的犯罪類型，因此，《總則》可謂《分則》各個犯罪類型的公因數。正是因為這種簡潔的成文法典，使得源於歐陸的大陸法系不斷出口，移植於其他國家；不過，這種立法方式也附隨一個問題：抽象性。除刑法總則之外，民法總則或行政法總論等等，由於都是不斷地從成千上萬的具體事例，抽離出來的結晶，因此都具有類似的抽象性，對於初入法律殿堂的學習生來說，彌補之道在於回歸具體實例；本書也將儘量以實例來讓大家練習。

（二）總則之體系

就《總則》本身的體系而言，我國立法者依序將其分為法例（第 1 章）、刑事責任（第 2 章）、未遂犯（第 3 章）、正犯與共犯（第 4 章）、刑（第 5 章）、沒收（第 5-1 章）、易刑（第 5-2 章）、累犯（第 6 章）、數罪併罰（第 7 章）、刑之酌科及加減（第 8 章）、緩刑（第 9 章）、假

釋(第10章)、時效(第11章)、保安處分(第12章),合計14章。其中,法例可以說是「總則的總則」,除了宣示刑法最基本的罪刑法定原則之外,還規定刑法的效力範圍及刑法用語的立法定義(如§10II何謂「購書請至」<http://www.lingde.com.tw/Book.asp?BookID=1006>等等。此外,前述法律要件與法律效果的基本結構,也有助於了解總則的體系:刑事責任、未遂犯、正犯與共犯章處理犯罪成立要件的認定問題,其他章(刑、沒收、易刑、累犯、數罪併罰、刑之酌科及加減、緩刑、假釋、時效、保安處分)則多半處理犯罪法律效果的科處及其執行問題。2005年初及2015年底的兩次刑法修正案,是我國刑法歷年來最大幅度的兩次修法。

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

貳、犯罪與刑罰

一、國家刑罰之正當性：兩個基本問題

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

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

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

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

眾的眼光中，他是一個「犯人」；他失去原先的職位與收入；他必須和家人分開；他一切的所作所為都在獄政人員的監控之下，即使是最起碼的休閒（看電視、打手機、上網），都受限制。科處徒刑，可謂對個人自購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=10001> 即便出獄之後，他也難以逃脫獄中的經歷和犯人的標籤。即便是罰金刑，除了財產上的損失之外，他也要背負前科犯的罪名！

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

- 1、國家到底可以對什麼行為施以懲罰，到底可以禁止哪些行為（犯罪成立要件問題）？
- 2、如果確定要懲罰，那要懲罰些什麼？處罰的程度到那裡？這就是刑罰的目的、強度、方式的問題（犯罪法律效果問題）？

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

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

二、社會損害性／法益

以往的刑法，與道德、宗教和風俗有密切的關係，因此，與大多數人的信仰、道德悖離的行為，不但常被評價為違反善良風俗的行為，

同時也常被當成是可罰的犯罪行為，以嚴厲的刑罰制裁之。眾所周知，西元前 399 年希臘雅典的大審判團，便是以信奉異教和蠱惑青年的罪名，將哲人蘇格拉底判處死刑；至於中古時期歐洲燒死的異教徒，更是不在少數。初，統治者也很少思慮其刑罰權的正當性問題，只把刑罰當成貫徹其禁止規範的手段，甚至於政爭的工具，羅馬皇帝凱薩之死就是一例⁷；台灣先前的白色恐怖時期，殷鑑也才不遠。

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

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

⁸ Vgl. Roxin/Arzt/Tiedemann, 1994, S. 3f. 二次戰後，歐洲人權法院（ECHR）曾數度裁判歐洲各內國法中對成年人間同性性行為的刑罰，違反《歐洲人權公約》第 8 條所保障的家庭與私人生活及第 14 條的平等權：See ECHR, for examples, *Dudgeon v. U.K.*, 1981, Series A no. 45; *Norris v. Ireland*, 1988, Series

國家圖書館出版品預行編目資料

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=10061>

新刑法總則 / 林鈺雄著

臺北市：元照，2018.09

面；公分

ISBN 978-957-43-5441-2 (精裝)

1.刑法總則

585.1

107013551

新刑法總則

5C110GF

作者 林鈺雄

總經銷 元照出版有限公司

100 臺北市館前路 28 號 7 樓

網址 www.angle.com.tw

定價 新臺幣 820 元

專線 (02)2375-6688

傳真 (02)2331-8496

郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

出版年月 2006 年 9 月 初版第 1 刷

2018 年 9 月 六版第 1 刷

您可以在以下網址免費下載本書勘誤或最新增補資料

<http://www.angle.com.tw> (進入增補資料)

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-957-43-5441-2