

臺大法學教科書5

General Criminal Law · Strafrecht AT

新刑法總則

林鈺雄 著

2019年9月7版

新刑法總則

林鈺雄 著

2019年9月7版

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11000>



元照出版

搶先試閱版

序

本書設想的定位，在於傳遞體系性的刑總基礎知識。如何引導學生及讀者，從具體案例出發來掌握刑法的體系，始終是刑法教學者與教科書的基本課題與難題。簡潔但抽象，本來即是總則式成文立法例的共通特性。化繁為簡、不到百條的刑總條文，讓人面對千變萬化的刑法問題時，綱舉目張，但往往過於抽象。

彌補之道在於回歸具體實例，因此本書編排了數以百計的案例來輔助理解。除了引介一些比較法上的經典範例（如正犯與共犯脈絡的【天狼下凡案】、【邪魔貓王案】）以外，亦著重台灣近年來的實際案例（如【太陽花開案】、【議長賄選案】、【北城醫院案】），這些週遭事件構築了你我的共同經驗，只不過現在要切換到刑法的角度來理解。就地取材的出發點尤其在於，繼受外國法固然是歷史事實，但解決斯土斯民的實務問題，終究是台灣刑法無可迴避的基本任務。

至於挑選的台灣案例來源，主要有二：一是我國近年來具標竿性的實務裁判，二是受大眾矚目且具刑法意義的社會事件。但這是知易行難的工作，以裁判篩選為例，單單最高法院每年度就有數千筆裁判，去蕪存菁的過濾工作，曠日廢時。相較之下，多半於大陸時期所作成的舊院解及判例，隨手可得，也深受國內實務（乃至於部分文獻）的青睞與倚重，但本書則有意識地降低其引用比重。所謂「千萬研究不如兩行判例」，無論是出自於泥古守舊的情結，或是單純著眼於不假思索的便利，這種依賴性造成台灣刑事法的長期停滯。本書固然無力扭轉，但至少不願助長這種趨勢。

其次，當代刑事法的研究，已經沒有閉門造車的空間。是以，除了著重本土實例以外，本書也試圖銜接近年來刑法國際化的新發展及跨國性司法實踐的新趨勢。在全球性與區域性國際刑法方面，本書援引國際上的模範刑事法典（如《國際刑事法院規約》）及歐盟相關法規，

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11000>



元照出版

搶先試閱版

作為一些個別刑法議題（如錯誤法則、未遂論及競合論）的比較對象。此外，自從 20 世紀下半葉以來，全球性與區域性的國際人權法，劇烈衝擊我們所熟知的諸多內國刑法，本書試圖以《聯合國公民與政治權利國際公約》及《歐洲人權公約》為範例，讓讀者瞭解，諸如罪刑法定原則、死刑或驅逐外國人出境這類的刑法議題，我國法與國際人權法有何差距，以期迎頭趕上，接軌國際。

再者，本書也嘗試多以圖表來增進抽象文字的理解，這個靈感來自於我在台灣與歐洲開車自助旅遊時，看交通標誌的經驗比較。圖表或圖像往往有輔助文字說明，甚或超越語言隔閡的特殊魅力。這不單指法律人所熟悉的樹枝圖或體系表，也兼指其他更為具體、令人一目了然的圖像，這點，讀者只要翻閱〔※圖表 13-4〕，當可意會。

整體而言，歷經時間淘洗的刑法總則，基本結構已經相當穩定，個別議題的見解固然不乏推陳出新者，但在可預見的未來，難以也毋庸期待理論結構的全面創新。而從前述國際刑法的發展來看，也可間接印證這項觀察。據此，如何以相對精簡的篇幅，為讀者繪製一幅比較清晰的刑法總則體系，並且運用到我國的具體實例，才是本書寫作的目標與難題。為此，本書捨棄了暢所欲言的習慣，把深入理論的任務留給專論處理；為了避免落入斷章取義、割裂體系及見樹不見林的盲點，本書並不熱衷於甲說乙說式的學說歸納，也無意地毯式網羅台灣刑法學界迄今的發展。這是定位問題，也是取舍問題。藉由書中關於國內文獻的指引，期待讀者僅以本書為學習刑法總則的始點而非終點，建議一併研讀其他文獻來對照理解。

還有，釋義雖是刑法學習者與實務家，必備的蹲馬步功夫，但刑法的生命畢竟不僅止於此。譬如，書中再三援引的「正者毋庸向不正者屈服」，與其說這是正當防衛的法理，毋寧說這更是入木三分的人生哲理。再如，【陸女落海案】這則實例所涉及的，豈止於一樁殺人案的犯罪競合問題？細讀本案前前後後，它是台灣人權的一頁晦暗史，男女、富/貧、中心/邊陲的深層剝削結構，在此表露無遺。

購書請至： <http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11000>



元照出版

搶先試閱版

關於第七版更新部分，實務見解挑選至 2019 年 4 月；立法動態部分，由於沒收新制修正後，我國刑法又歷經 7 次修正，故本版次立法更新至改版前 2019 年 5 月底的修法。也因修法至改版期間倉促，故諸多值得參考文獻於本版次來不及補充，特此致歉。

最後，這本書的問世及七版的完成，要感謝的人太多。首先，要由衷感謝所有刑法前輩及本書所引用文獻的作者，若非這些前人筆路藍縷及聚沙成塔的努力，本書當無問世的可能。其次，在出版事宜方面，要特別感謝董尚晨、吳于禎、姜德婷、林容、洪瑋廷、陳建廷的細心校對，及元照出版公司的編務協助。由於眾人之助，本版得以避免許多疏失，筆者感念在心！儘管如此，因增修幅度及出版時程之故，掛一漏萬之處在所難免，缺漏部分尚請讀者見諒。

2019 年仲夏夜於雪山山麓

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11000>



元照出版

搶先試閱版

目 錄

第一章 序說刑法	1
壹、刑法是什麼？	4
貳、犯罪與刑罰	7
參、刑罰目的何在？	13
肆、刑法之雙軌制裁體系	20
◎ 自我評量	31
第二章 刑法之運用與解釋	33
壹、罪刑法定原則	36
貳、刑法之解釋	46
參、刑法之效力範圍	58
◎ 自我評量	84
第三章 犯罪之基本類型	87
壹、故意犯 v. 過失犯	89
貳、作為犯 v. 不作為犯	90
參、行為犯 v. 結果犯	91
肆、實害犯 v. 危險犯	100
伍、繼續犯 v. 狀態犯	104
陸、一般犯 v. 特別犯 v. 己手犯	107
柒、單一犯 v. 結合犯	109
◎ 自我評量	110
第四章 行為與行為理論	111
壹、犯罪行為的基礎：人類行為	113
貳、行為理論	116
參、附論：法人犯罪能力	124
◎ 自我評量	126
第五章 構成要件之概念與學說	127
壹、構成要件之概念	129
貳、構成要件之學說	130
參、基本構成要件及其變體	137
肆、不法構成要件之要素	140
◎ 自我評量	147

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11000>



元照出版

搶先試閱版

第六章 客觀不法構成要件－因果關係與客觀歸責.....	149
壹、客觀不法構成要件概說.....	152
貳、行為與結果之因果關係.....	154
參、行為與結果之客觀歸責.....	162
◎ 自我評量.....	179
第七章 主觀不法構成要件－構成要件之故意與錯誤.....	181
壹、主觀不法構成要件概說.....	185
貳、構成要件故意之型態.....	188
參、構成要件之故意要素與對應關係.....	199
肆、構成要件錯誤.....	207
◎ 自我評量.....	218
第八章 違法性總論.....	221
壹、違法性概說.....	223
貳、阻卻違法事由概說.....	229
◎ 自我評量.....	236
第九章 阻卻違法事由各論.....	237
壹、正當防衛.....	242
貳、緊急避難.....	262
參、依法令之行為.....	275
肆、業務上之正當行為.....	281
伍、得被害人之承諾（超法定阻卻違法事由）.....	283
◎ 自我評量.....	288
第十章 罪責（有責性）.....	291
壹、罪責概說.....	294
貳、罪責理論.....	297
參、罪責要素.....	299
肆、原因自由行為.....	310
◎ 自我評量.....	322
第十一章 不法與罪責以外之犯罪成立要件.....	323
壹、概說.....	324
貳、客觀處罰條件.....	325
參、個人排除及解除刑罰事由.....	327
◎ 自我評量.....	330

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11000>



元照出版

搶先試閱版

第十二章 刑法上之錯誤	331
壹、錯誤理論概說	334
貳、關於犯罪構成事實之錯誤.....	337
參、關於禁止規範之錯誤.....	338
肆、關於阻卻違法事由之錯誤.....	343
伍、關於寬恕或減輕罪責事由之錯誤.....	349
陸、關於不法與罪責以外之犯罪成立要件的錯誤.....	350
◎ 自我評量.....	351
第十三章 犯罪之階段－預備、未遂與既遂.....	353
壹、故意犯罪行為之階段.....	357
貳、預備犯	360
參、未遂犯	362
肆、不能未遂（犯）	373
伍、中止未遂（犯）	381
◎ 自我評量.....	395
第十四章 正犯與共犯	397
壹、正犯與共犯之概說	405
貳、正犯與共犯之區別	411
參、正犯	418
肆、（狹義）共犯	454
伍、正犯與共犯之特殊問題.....	485
◎ 自我評量.....	491
第十五章 過失之作為犯	495
壹、過失作為犯之概述	499
貳、過失作為犯之構成要件.....	505
參、過失作為犯之違法性：以正當防衛為例.....	520
肆、過失作為犯之罪責	523
◎ 自我評量.....	524
第十六章 故意與過失之不作為犯.....	527
壹、不作為犯之概說	531
貳、不純正不作為犯之構成要件.....	545
參、不作為犯之違法性／義務衝突.....	550
肆、不作為犯之罪責	553
伍、不作為犯之行為階段.....	554
陸、不作為犯之參與型態（正犯 v. 共犯）	558

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11000>



元照出版

搶先試閱版

IV◎目錄

◎ 自我評量.....	560
第十七章 犯罪之競合－行為與犯罪之單數與複數.....	563
壹、競合論概說.....	572
貳、行為單數 v.行為複數.....	579
參、行為單數之犯罪競合.....	601
肆、行為複數之犯罪競合.....	620
◎ 自我評量.....	630
第十八章 犯罪之法律效果－刑罰、保安處分與沒收.....	635
壹、刑罰之種類.....	641
貳、刑罰之適用.....	645
參、刑罰之執行.....	666
肆、保安處分及其執行.....	681
伍、處罰之障礙.....	691
陸、其他法律效果：沒收新制.....	699
◎ 自我評量.....	712
◎ 附錄：新刑法立法理由.....	717
◎ 附錄：新刑法立法理由（沒收）.....	757
◎ 參考文獻.....	776
◎ 圖表索引.....	801
◎ 法條索引.....	803
◎ 關鍵字索引.....	807

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11000>



元照出版

搶先試閱版

第一章 序說刑法

壹、刑法是什麼？	4
一、刑法之定義	4
二、刑法體系綜覽	5
(一) 總則與分則	5
(二) 總則之體系	6
貳、犯罪與刑罰	7
一、國家刑罰之正當性：兩個基本問題	7
二、社會損害性／法益	8
三、最後手段性原則／附屬性原則	11
參、刑罰目的何在？	13
一、應報理論	13
(一) 意義	13
(二) 代表人	14
(三) 評釋	15
二、一般預防理論	15
(一) 意義	15
(二) 代表人	16
(三) 評釋	16
三、特別預防理論	17
(一) 意義	17
(二) 代表人	18
(三) 評釋	18
四、結合理論	19
肆、刑法之雙軌制裁體系	20
一、刑罰	20
(一) 刑罰之分類	20
1、主刑與從刑	21
2、法定刑與宣告刑	21
3、生命刑、自由刑與財產刑	21
(二) 生命刑（死刑）	22
(三) 自由刑	25

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11000>



元照出版

搶先試閱版

2◎第一章 序說刑法

1、無期徒刑.....	25
2、有期徒刑.....	25
3、拘役.....	26
(四) 財產刑.....	26
二、保安處分.....	28
(一) 意義.....	28
(二) 限制.....	28
(三) 種類.....	29
(四) 保安處分與刑罰.....	30
◎ 自我評量.....	31

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11000>



元照出版

搶先試閱版

【案例 1-1：激情光碟案】

甲女與乙女原本相交甚深，乙女不但常與甲女分享私密心事，且甲女平時可自由出入乙女的住處、辦公室並使用乙女的座車。後甲女因故對乙女不滿，在 2001 年 7 月間趁乙女出國開會之際，在乙女的淡水某大樓住處臥室、辦公室與座車裝設針孔攝影機，偷拍乙女生活的非公開活動，並攝得乙女與已婚丁男的性愛場面。甲女取得對乙女的偷拍光碟後，為散布偷拍性愛錄影帶，曾先後聯繫多家具有轉拷技術及大量壓製光碟設備公司負責人與媒體工作者，後經輾轉散布於市面，其中，《獨家報導》雜誌第 698 期更刊登錄影帶全部對話譯文及定格照片，並隨書附贈偷拍光碟。

案經起訴後，台北地方法院於 2002 年 7 月 25 日宣判，甲女因為妨害個人秘密和散布光碟，被判處 4 年 8 個月重刑，而《獨家報導》社長丙某也因為散布和販賣光碟，被判刑 2 年 6 個月。

【案例 1-2：處女妓女案】

妓女 T 從事該業多年，為求更高利潤，與馬伕 S 共謀，由 S 向男子 O 宣稱，其認識「處女」T，因需款甚急，可仲介與 O 從事性交易，代價為新台幣 10 萬元，O 頗感懷疑：何以此行業中有眾多處女，儘管如此，仍抱著姑且一試之想法，與 T 從事性交易，並交付 10 萬元予 T。問 T 是否構成詐欺罪？

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11000>



元照出版

搶先試閱版

壹、刑法是什麼？

一、刑法之定義

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

「若——則」，或者白話一點，「如果——那麼」，乃古今中外刑法規範的基本結構。有位法學家曾說，每個法律規則都等於「如果——那麼」的陳述；「如果」由各種假設事實所填充，這種假設事實被用來作為適用該規則的必要條件。「若——則」的規範結構，迄今已有數千年以上的歷史，例如，西元前 1750 年由巴比倫英主漢摩拉比頒佈的《漢摩拉比法典》（Code of Hammurabi）¹，堪稱歷史上最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.

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11000>



元照出版

搶先試閱版

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

簡單地說，刑法乃規定犯罪行為的法律要件及其法律效果的法律。就刑法而言，法律人的任務便是在於確定某人所為是否符合犯罪的法律要件；如果答案肯定，則法律人須進一步探究依法應施以何等的制裁。依照以上看法，我們可以把刑法略分為「犯罪論」與「刑罰論」兩大領域⁴；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，也包含了保安處分及沒收（沒收屬於「刑罰與保安處分以外」之其他法律效果（→18.6），故亦有將刑罰論改稱為「制裁論」者。

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~。

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11000>



元照出版

搶先試閱版

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

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

（二）總則之體系

就《總則》本身的體系而言，我國立法者依序將其分為法例（第 1 章）、刑事責任（第 2 章）、未遂犯（第 3 章）、正犯與共犯（第 4 章）、刑（第 5 章）、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

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11000>



元照出版

搶先試閱版

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「公務員」)等等。此外,前述法律要件與法律效果的基本結構,也有助於了解總則的體系:刑事責任、未遂犯、正犯與共犯章處理犯罪成立要件的認定問題,其他章(刑、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.

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11000>



元照出版

搶先試閱版

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、滑手機、上網），都受限制。科處徒刑，可謂對個人自由的重大侵害，即便出獄之後，他也難以逃脫獄中的經歷和犯人的標籤。即便是罰金刑，除了財產上的損失之外，他也要背負前科犯的罪名！

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

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

首先，國家到底可以以刑罰禁止個人何種行為？當然，我們可以說，殺人行為應該處罰，但言論自由應受保障。然而，就生活上其他特定的行為，例如成年人間雙方合意的通姦行為、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，

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11000>



元照出版

搶先試閱版

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

啟蒙時代之後的刑法則多半認為，惟有與公民之間和平的、自由的共同生活不一致的行為，才能施以刑罰。此等不一致的行為，在古典的犯罪型態中相當明顯，例如殺人、傷害或竊盜等等；如果人可以不處罰，任意殺害別人、傷害別人或竊取他人的財產據為己有，則公民之間和平的共同生活殆無可能，因為這將引發人與人之間的爭鬥、自力救濟的司法、無政府狀態和騷動。是以，現代刑法不再以行為的反道德性，而是以行為的社會損害性（*Sozialschädlichkeit*）為聯結點，亦即，現代刑法之所以處罰特定行為，乃因該行為和人類和平共同生活的規則互不相容。反過來說，即便是不道德的行為，如果未損及人類和平的共同生活，也不應受刑罰制裁。舉例言之，「縱使」當代社會仍有人認為，同性之間的性行為並不符合其道德觀或宗教觀，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（更何況同性婚亦受我國憲法保障：106 釋 748 及其施行法）。從啟蒙時代之後 18 世紀的國家理論之發展亦可知，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，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

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11000>



元照出版

搶先試閱版

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

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

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

examples, *Dudgeon v. U.K.*, 1981, Series A no. 45; *Norris v. Ireland*, 1988, Series A no. 142; *Modinos v. Cyprus*, 1993, Series A no. 259。☞陳以蓓，2010，頁 46~。

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

¹⁰ Vgl. Roxin, AT I, 2/2ff. 傳統法益概念：陳志龍，1990。適應與變遷：周漾沂，2012.09，頁 981~；許玉秀，2002.09，頁 32~；Schünemann，2004.04，

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11000>



元照出版

搶先試閱版

國家圖書館出版品預行編目資料

新刑法總則／林鈺雄著. -- 七版. --
臺北市：元照, 2019.09
面；公分
ISBN 978-957-511-153-3 (精裝)
1.刑法總則
585.1 108011573

新刑法總則

5C110GG

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 850 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
2019 年 9 月 七版第 1 刷

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-957-511-153-3

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11000>



元照出版

搶先試閱版



新刑法總則

正者毋庸
向不正者屈服

沒有法律
就沒有犯罪
就沒有刑罰

罪刑法定原則
是犯罪者的
大憲章

死刑與其說是
針對罪犯
不如說是
針對觀眾而發

刑罰史之於
人類的不名譽
不亞於犯罪史

ISBN 978-957-511-153-3



9 789575 111533

00850



元照網路書店