井田刑法學之基礎探索

——以規範論之一般預防思想為主軸之刑法思索

周慶東*

目 次

壹、序言

貳、井田先生思想根源：刑法存在理由與機能

一、犯罪概念

二、法益概念機能

三、比例原則之強調

參、刑法基本原則：行為主義、罪刑法定主義與責任主義

一、行為主義

二、罪刑法定主義

三、責任主義

肆、小結

* 中央警察大學法律學系教授。

中文摘要

本論文旨在解讀整理井田教授以「規範論之一般預防」為主軸之刑法思想基礎。第一部分主要探索犯罪概念、法益概念之機能等。其提出行為統制與犯罪預防想法，主張刑法之本質機能是透過行為規範之提示，達到「行為統制」，以防範犯罪。第二部分研析刑法基本原則。於行為主義方面，刑法評價的對象僅限於依人意思可得支配與控制的外部身體舉止表現。於罪刑法定主義方面，特別基於心理強制說以及民主、自由主義的要求，要求刑罰法規必須具體明確，並將英美之「實體適正原則」納入其中。於責任層面則提出假設的自由意思，藉此保障人權並避免人成為單純被統制的客體。於故意、過失之體系定位上主張單階結構，其屬於「不法要素」而非責任要素。在原因自由行為方面則採行構成要件模式之間接正犯類似說，將原因行為視為具備「實行正犯性」。對阻卻違法事由錯誤則主張將阻卻違法事由視為消極的構成要件要素，故行為人若對此產生誤認，即屬「事實錯誤」，進而直接否定作為故意犯之可罰違法性。

總而言之，井田教授的刑法體系緊密扣合規範論，在保障人權與犯罪預防之間試著進行折衝調和，並構建出兼具邏輯嚴密性與人道主義之刑法思想。

Zusammenfassung

Diese Arbeit widmet sich der systematischen Erschließung und Aufarbeitung der strafrechtlichen Grundgedanken von Professor Ida, deren Schwerpunkt auf der „Generalprävention im Rahmen der Normtheorie“ liegt.

Der erste Teil erforscht im Wesentlichen das Verbrechenskonzept sowie die Funktion des Rechtsgutskonzepts. Auf der Grundlage von Überlegungen zur Verhaltenssteuerung und Verbrechensprävention wird argumentiert, dass die wesentliche Funktion des Strafrechts darin besteht, durch das Aufzeigen von Verhaltensnormen eine „Verhaltenssteuerung“ zu erreichen und so Straftaten vorzubeugen.

Der zweite Teil analysiert die Grundprinzipien des Strafrechts. Hinsichtlich des Handlungsbegriffs beschränkt sich der Gegenstand strafrechtlicher Bewertung ausschließlich auf das äußere körperliche Verhalten, das der menschlichen Willensherrschaft und -kontrolle zugänglich ist. Beim Gesetzlichkeitsprinzip (*Nulla poena sine lege*) wird – insbesondere gestützt auf die Theorie des psychischen Zwangs sowie die Erfordernisse von Demokratie und Liberalismus – verlangt, dass Strafnormen konkret und bestimmt sein müssen; zugleich wird das anglo-amerikanische Prinzip des materiellen vertrauenswürdigen Verfahrens (*Substantive Due Process*) miteinbezogen. Auf der Schuldebene wird eine hypothetische Willensfreiheit postuliert, um die Menschenrechte zu wahren und zu verhindern, dass der Mensch zu einem bloßen Objekt der Steuerung degradiert wird. Bei der systemischen Einordnung von Vorsatz und Fahrlässigkeit wird eine einstufige Struktur befürwortet, wonach diese als Unrechtselemente und nicht als Schulpelemente einzuordnen sind. Bezüglich der *Actio libera in causa* wird das Tatbestandsmodell im Sinne einer Analogie zur mittelbaren Täterschaft vertreten, bei dem die

Ursachenhandlung bereits als „täterschaftliche Ausführungshandlung“ angesehen wird. Beim Irrtum über Rechtfertigungsgründe vertritt die Arbeit die Auffassung, Rechtfertigungsgründe als negative Tatbestandsmerkmale zu behandeln. Ein diesbezüglicher Irrtum des Täters stellt daher einen Tatsachenirrtum (Tatbestandsirrtum) dar, was unmittelbar die strafrechtliche Rechtswidrigkeit als Vorsatztat ausschließt.

Zusammenfassend ist das strafrechtliche System von Professor Ida eng mit der Normtheorie verknüpft. Es versucht einen Ausgleich zwischen dem Schutz der Menschenrechte und der Verbrechensprävention herzustellen und baut damit ein Strafrechtsdenken auf, das sowohl durch logische Strenge als auch durch Humanismus geprägt ist.

壹、序言

時光荏苒，沒想到已臨井田先生古稀之年紀念。猶記當初因緣際會與井田先生相識，懷抱初生之犢不畏虎之情懷敢於向之求教，由德國刑法學派、學說到其恩師 Prof. Hans Joachim Hirsch，再到日本刑法學說等思想，井田先生像活水源泉般為我開啟如沐春風的刑法思旅。尤其小生在京都大學研究期間，他更不辭路途辛勞到古都探視，在吉兆的聚會點滴情景歷歷在目。每每捧讀他送我的教科書，入目的是刑法知識，體會的卻是日月出矣而爝火不息，時雨降矣而猶浸灌之感懷。這篇小論文與其說是學術文章，倒不如說是向井田先生的思想對話請益，同時也是對他的致敬。

刑法之本質在於藉由對具備自由行動與意思決定能力之一般人民提供法上訊息──亦即明示違法與適法之界限──而企望防範犯罪於未然。刑法之規制對象乃對刑法關心之一般人民，他不只具有能基於意思而行動之能力，且受期待能運用規範意識來抑制朝向犯罪之意思決定（假設係非決定論）。因此刑法具有提供上述一般人民訊息之意義，透過刑罰法規所含行為規範（行動準則）之提示來預防犯罪。井田先生稱此種形式的犯罪預防為「規範論之一般預防」。對此乃井田先生之刑法基本思想，也是他堅持罪刑法定主義之支柱。

貳、井田先生思想根源：刑法存在理由與機能

刑法思想最源頭應該就是探尋吾人所研究的客體「刑法」為何？這是一種本源之探討。經常用來描述刑法為何之說明就是其係犯罪與刑罰相關的學問。凡犯罪者即應受處罰，而刑罰又是國家所獨佔之權利，據此，刑法成為國家刑罰權發動與實現之根據，也應是制約此權力之規範。

「目的是一切法之創造者」（Der Zweck ist der Schöpfer des ganzen

Rechts）[1]，現今的法及其實現之各項制度係人所自覺構築及維持之社會制度，為了學問上能對之加以把握，在對之說明或批判時，便須探究根本的問題，即「其目的為何」。但「目的」往往因個人所好不同，而在事前腦海中所想、所描繪理解者可能有偏狹之虞，因此井田先生便不直接追問「刑法之目的為何」，而是希望由目的為始轉換求問「刑法的存在理由與機能為何」以作為求索探尋問題之起點。質言之，亦即刑法為何存在或刑法的存在理由為何？以及刑法能發揮與應發揮什麼樣的機能，即刑法的機能是什麼？以此作為考察刑法之起手式與大哉問[2]。

在思索這些問題時，井田先生首先的發想是將刑法認為是行為統制之手段，並將重點置於刑法與犯罪預防之關係上，以及說明刑法之犯罪預防機制。刑法若按照法條規定，在各種廣、狹之構成要件要素齊全後加以審判，以實害犯而言，由於該犯罪結果已出現，此時犯罪已成過去事實，因此在適用刑法規範時，就法益保護觀點來看代表著刑法總是晚到一步。故柏拉圖在普羅達戈拉斯[3]篇中描述，睿智者不會將處罰拿來當作對過去不正之報復，畢竟一旦犯罪結果發生就像潑出去的水般無可挽回。反倒處罰的目的應是著眼於未來，冀望第三者與行為人勿重蹈覆轍。儘管刑法對過去發生之損害事實無法一筆勾銷，但卻可以對將來之犯罪預防有所影響。對今日的犯人於過去某一時點中所為之實害行為關係上，刑法是種遲到的正義，但是對現時下之犯人科處刑罰，卻能對未來某時點中想要損害他人法益者之意思決定產生威嚇與抑制之作用。通過如此機制或許能夠挽救下個潛在可能的被害者。刑法確實無法直接對行為人在犯行當下具有物理力之阻止，但將刑法規定之存在與內容昭告公示給所有一般人，以此為前提，對現

1 *Jhering*, Der Kampf ums Recht, 1872，間接引註自井田良，講義刑法学・総論，2版，2018年，頁4。

2 井田良，同註1，頁4。

3 Protagoras，他提出「人為萬物尺度」（der Mensch das Maß aller Dinge; Homo-mensura-Satz）及疑神論之觀點。井田良，同註1，頁5。

實的行為人可以適用所告示出之刑罰法規，是對該行為作出否定評價並科處相當之刑罰。如此對將來潛在可能的行為人之意思決定造成抑制性影響，如果因此而讓未來犯罪者能夠警惕並停止犯行，這才是刑法所應發揮之機能。故吾人可以說刑法本質機能係以法文為手段而來推動對人之行為意思形成行為統制、控制或制御作用。這樣的本質機能可說是與「規制機能」相一致[4]，井田先生在刑法機能方面特別著重於將刑法作為行為統制之規制機能。為推動行為意思之統制作用以使用規範，在此規範指的是以禁命、誡命為內容而針對人之行動準則謂之。簡言之，其指導想法為刑法乃通過按照規範之行為統制而發揮犯罪預防之目的。況且這樣的本質機能與罪刑法定主義會更加緊密合致。

對犯罪防範於未然乃法之重要任務。刑法之所以能達到此任務乃是藉由事後處罰手段，亦即闡明刑罰制度是一種藉由事後之責任追究而達到犯罪預防之制度，這制度是由「刑事法」（包含刑法、刑事訴訟法以及犯罪處遇法）所規範制定的。對於著眼於追求將來之犯罪預防不管是事前預防或是事後處罰都是共通的。刑法規定本身與將來潛在可能的行為人之間之關係雖是迂迴間接的，但由犯罪預防觀點來看，事前犯罪預防卻是對將來潛在可能的行為人有著直接的作用。要是能夠在事件產生前就防範於未然這是最好的。另一方面，事後處罰的犯罪預防能夠藉由對犯人之處罰而對一般人產生心理上的作用，藉此期待達到犯罪預防。雖說如此似乎有些迂迴疏遠，但事後之責任追究這方法，在經過時間考驗後至今仍一直維持著。再者，在犯罪之事前對應上有著相當廣泛的負擔及考慮，畢竟要減少犯罪之事前對應有著極為多樣的考慮，例如國家如何根本上去創造讓人民能夠安居樂業與過上富足生活的各種社會條件，或讓人民在家庭與學校中接受較為理想的教育，或充實對社會弱者的各項福利等，都是事前降低甚至預

4 日本刑法中對於刑法之機能有分為（法益）保護機能、（人權）保障機能以及規制機能。僅參照山中敬一，刑法總論，3 版，2015 年，頁 17-18。

防犯罪之重要考量。此即 Liszt 所謂的「良好的社會政策即是最良好的刑事政策」之意義[5]。但這樣的政策考量對降低犯罪而言卻是耗費鉅大的工程。另一方面，如果降低犯罪只是以一言堂式價值觀的社會，或透過一整天監視所有人民的行動等監管型社會來管控人民，這又非吾人所願。因此對犯罪之事前抑制可說要不是成本耗費過高，要不就是需要大幅地限制個人行動與自由等，這些皆非吾人所樂見之副作用。所以若由事後對犯罪者之處罰而來防止犯罪這樣的刑法制度就顯有意義。事後責任追究的方法與事前比起來更加「便宜」，總體來看耗費較少，對一般市民的自由與權利也不會有過於廣泛的影響，是抑制犯罪的適合方法。在此井田先生將對犯罪防範於未然視為刑法重要的任務。而這任務須透過事前的預防及事後的（責任追究）處罰來達成。

近年來（日本）有著越來越強調事前預防之勢。刑法事前預防之作用於明治 40 年（1907 年）制定日本刑法之預備罪後，更在近年，特別是 1990 年以後在網路犯罪、經濟犯罪或組織犯罪領域中受到廣泛的注目與立法承認傾向。刑法對於無可（或難以）挽回的重大事態發生之前就早期介入並確定處罰對象，如此想法受到立法者之青睞，於平成 29 年（2017 年）日本就在「有關組織犯罪之處罰及犯罪收益規制等法律」（組織犯罪處罰法）之部分修正中，制定了對恐怖主義等準備罪之處罰規定即為一例。但是這些法律修訂之事後處罰方面規定仍具有著發揮上述的作用。對特定重大犯罪而言，於實行準備階段其行動便是重大危險發生之起點，所以對其本身便值得禁止與處罰。事後處罰是刑法之任務，而事前預防卻非刑法專有，而是「法之任務」，例如警察法或監視器之裝設都是事前預防之措施，但並非刑法所專擅領域。

刑罰制度雖是通過對事後之責任追究以圖對未來之犯罪預防之制

5 井田良，同註 1，頁 8 注 8。

度，但這刑罰制度是規定在刑（事）法之中，不管事前預防或事後處罰對將來之犯罪預防都是其共通目標。由犯罪預防觀點來看，事前犯罪預防對未來潛在可能行為人是產生重要作用的。相對的，事後處罰的犯罪預防則是一種亡羊補牢或殺雞儆猴的方式，藉由對行為人之處罰而賦予一般人心理上作用，以達到將來讓犯罪不發生之效果。雖然如此論述對犯罪預防方面頗顯迂遠，另一方面，事後究責方式在歷經時間考驗後，迄今可說仍是維持著屹立不搖的姿態。之所以會維持下來應該是在犯罪事前的對應上有著極寬廣的挑戰界限，以及這些界限會伴隨讓人無法小覷之負擔之故。

除了上述之預防效果外，刑罰係以犯罪之實行為前提，作為對此行為之否定作用而加以科處之法上制裁。在此意義上，刑罰是一種「應報」。所謂應報必須帶有「非難性格」，此係針對行為人之意思決定所做含有非難旨趣之否定評價。故刑法學中之應報概念用語可理解為是由行為人違法行為中所體現出來之意思決定之非難，亦即對行為賦科符合其責任程度之苦痛。易言之，所謂應報刑乃指「對應責任之刑」。雖說在量刑方面，行為之結果嚴重程度與大小是決定刑度之重要因素，但其意義絕不僅於此。刑之份量之決定性基準應是對應於行為所生結果之非難程度。因之，井田先生不認為刑罰完全是「對應結果發生之報復或復讐」，畢竟在日本現行刑法下，對精神障礙者有不得（或僅部分）追責之規定，所以不論被害人或其家屬遺族之復讐情感有多重，無責任能力人之行為也不會成為犯罪而受科刑罰。所以今日的刑罰制度，是不會將被害情感完全反映於刑罰當中的。因此刑罰並非對應受害人對結果發生之復讐等情事，例如像是過失致死罪之所以輕於殺人罪即為適例。因此刑罰之復讐情感宥和機能是有限的，充其量刑罰之復讐情感宥和機能只不過是為了預防而科處刑罰之反射效果罷了[6]。

6 井田良，同註 1，頁 12。