

第二章

刑法的任務

壹、維護社會秩序	13
貳、預防犯罪	14
一、一般預防理論	15
(一) 消極一般預防理論	15
(二) 積極一般預防理論	17
二、特別預防理論（個別預防理論）	18
(一) 基本概念	18
(二) 影響——刑罰與保安處分雙軌制度之產生	19
(三) 批判	21
參、保護法益與社會共同生活的基本倫理價值	23
一、法益的概念	23
二、法益的功能	24
(一) 法益乃不法構成要件目的解釋的依歸	24
(二) 侵害法益乃實質犯罪概念的核心	24
(三) 法益具有批判刑事立法的作用	25
三、法益的分類與項目	26
(一) 個人法益與超個人法益	26
(二) 法益二元論與一元論之爭	27

四、敵人刑法	28
五、具道德意涵之法益	29
六、環境刑法的保護法益	31
七、法益與行為客體的區別	31
八、法益保護 VS 規範效力之維護	32

在人類社會的歷史演進中，不管任何時代、任何國家或社會均存在著刑法。然而刑法的任務隨著時代的推進而有不同的演變，在集權國家或君主王權時代，刑法常受統治者濫用作為打壓異己、行使統治權的工具。然而，在現代民主國家，刑法的任務主要有三：一、維護社會秩序；二、預防犯罪；三、保護法益與社會共同生活的基本倫理價值。以下分述之：

壹、維護社會秩序

個人無法獨存於世界，而是藉由人與人的結合而形成社會，且在一定的社會組織架構下生存。個人藉由與他人的互助、互信、交易、競爭等方式而生存。個人在社會生活，必須享有一定的自由，然而人事複雜，利害相反，個人自由若毫無節制地行使，亦會侵害他人利益，破壞社會的平衡、規律與安定。因此凡是過度行使自由，侵害他人利益，超越生活常軌或是進行不合乎社會規範所期待之行為者，常會被社會成員界定為犯罪行為，且對於此等犯罪行為，若不施以制裁措施以導正其行為，則社會規範將可能崩壞，社會秩序亦將陷於混亂與不安定。¹

刑法的任務，也是刑法所追求的目的，首要在於社會秩序的維護。其方式，一方面制定抽象的法律規範，告知人們何謂犯罪行為（侵害他人利益，超越生活常軌或是不為合乎規範所期待之行為），犯了罪其制裁效果為何，以供人們遵循；另一方面就是對犯罪人施以刑事制裁措施，以達到控制犯罪的目的，並進而維護個人與社會不受犯罪侵擾，使社會秩序穩定與和平。

1 此等對社會規範與犯罪的理解方式，在犯罪學上，被認為是一種建立在「共同意見模式」(consensus model) 觀點下的犯罪概念。與此相對立的犯罪定義，則是建立在「衝突模式」(conflict model) 下的犯罪定義，認為法律規範之制定，並非全然是社會成員的共通價值，而是隱含了掌握政治權力者的價值觀，尤其是將異己或異質文化界定為犯罪，並加以打壓，可參考王皇玉，文化衝突與台灣原住民犯罪困境之探討，臺大法學論叢第 36 卷第 3 期，2007.09，頁 268-269。

刑法的任務雖然在於維護社會秩序，且刑法幾乎是每一個國家進行社會控制的最重要手段。然而刑法規範的制定與刑罰的運用，並非毫無限制，而是必須符合法治國原則，尤其必須符合罪刑法定原則、罪責原則與人道原則。亦即：

- (一) 罪刑法定原則：罪與刑均須由立法機關制定，避免國家權力之擅斷，且「沒有刑法，就沒有犯罪，也就沒有刑罰」。因此刑法一方面固然是入罪的標準；另一方面也是人民自由權利的保證書，凡刑法沒有明文規定處罰的行為，國家即不得擅自予以入罪化加以處罰。
- (二) 罪責原則：一個人為犯罪行為，就必須對自己所為之惡行負刑事責任。然而國家施加在犯罪人身上的刑責，必須與犯罪人所為之惡害相對等，此即為罪責原則。換言之，刑罰的輕重應與犯罪人所造成的惡害大小相當，且有一個合理對應關係與比例性。因此立法者對於法定刑的設計，必須以社會損害性與法益侵害的大小，決定刑責的輕重，大罪大罰，小罪小罰，殺人行為與竊盜行為不能同等處罰，否則有違罪責原則。
- (三) 人道原則：國家的刑罰暴力，不得以設置違反人道或侵害人性尊嚴的殘酷刑罰為原則，尤其禁止以凌虐為內容的生命刑與身體刑。

貳、預防犯罪

刑法的第二個任務，就是預防犯罪。有人類社會的地方，就有犯罪。犯罪行為不僅是侵害他人利益的行為，也是對社會規範效力加以破壞的行為。刑法的內容以犯罪與刑罰為主，但是刑法除了界定犯罪的概念與刑罰種類之外，也藉由刑法的制定與對犯罪的制裁，來達到預防犯罪與控制犯罪的目的。刑法雖具有預防犯罪的任務，但是刑法究竟如何達到此等目的，在刑法學說上，針對刑罰的功能，有一般預防理論與特別預防理論等不同見解。前者認為，刑罰的預防功能，在

使一般大眾不敢犯罪；後者認為，刑罰的預防功能，在於預防某些特定個人不會犯罪。此等預防理論，又稱為「刑罰相對理論」，乃有別於以報應刑為主的「刑罰絕對理論」。報應刑思想乃著眼於行為人「過去」做了什麼行為，而就其所作所為應給予相對等的報應；預防理論則是以如何預防「未來」不要有犯罪為出發點。預防理論又可區分為「一般預防理論」與「特別預防理論」，以下分述之：

一、一般預防理論

一般預防理論認為，刑罰的作用主要針對一般大眾而來。然而，刑罰預防犯罪的功能，究竟是因為刑罰威嚇的一面，使潛在想要犯罪的人打消犯罪念頭，不敢犯罪？還是藉由刑罰的執行，可以向社會大眾宣示法律規範效力的不可破壞性，進而塑造社會大眾對於遵守法律規範的忠誠性，而達到預防犯罪的目的？兩者對於關於刑罰如何達到預防犯罪的目的，看法並不相同，因而刑法學說又將前者稱為「消極一般預防理論」，後者稱為「積極一般預防理論」。

（一）消極一般預防理論

消極一般預防理論又稱為「威嚇預防」，認為刑罰的目的，乃藉由「刑罰本身的威嚇力」與「刑罰的執行」（例如公開執行死刑），以阻止一般人產生犯罪動機。其運作方式是對社會大眾強調，凡有犯罪行為，必定會帶來刑罰痛苦之結果，並以此來阻止或壓抑潛在犯罪人的犯罪動機，或是使一般人在行為時，得知行為後果的嚴重性，進而放棄原本的行為驅力，不敢犯罪。一般預防理論又可說是以「嚴刑峻罰」或「殺雞儆猴」的方式，來威嚇人民不敢犯罪，此乃古今中外世界各國的統治者最常慣用的刑罰手段。

一般預防最有名的理論建構方式，是德國刑法學者費爾巴哈（Feuerbach, 1775-1833）提出來的「心理強制論」。費爾巴哈曾說，要阻止一般人犯罪，只有兩種方式，一是將人民全數用鍊子鍊起來，但此方法不具可實踐性；另一則是透過「心理強制」，也就是透過刑罰威

嚇力，以及刑罰的確實執行，讓一般人心理感到害怕而不敢犯罪。費爾巴哈主要以「潛在犯罪人」的心靈控制作為理論的出發點，認為犯罪的動機，可以透過伴隨犯罪而來的刑罰而受到壓制，因為人是懂得「趨吉避凶」的理性個體，經由利弊得失的理性計算，刑罰的痛苦將在人們心中產生一種不敢犯罪的反對動機。罪刑法定原則的原始概念，也是從此等「威嚇預防」或是「心理強制」的理論發展出來。

消極一般預防理論最常受到的批評，首先在於以貶抑個人人格與人性尊嚴的方式來對待犯罪人。從一般預防理論的觀點來看，每一次的刑罰執行，都是一種示範儀式，也是對一般大眾宣告刑罰威嚇力確實存在的儀式，如此才能確保心理強制作用的運行。然而這種「殺雞儆猴」的預防犯罪方式，其出發點是一種不考慮犯罪人的主體性，只把犯罪人當成用以警告其他人不要嘗試犯罪的示範性工具而已。此時，犯罪人已非「目的自身」，而是被貶抑成僅僅為了達成其他威嚇目的的工具而已。²目前有些國家仍然存在公開執行刑罰的制度，就是為了要加深刑罰心理強制的作用，威嚇人民不敢犯罪。然而，從另一個觀點來看，被處罰的人，本身變成一種用來警示一般大眾的手段、工具或示範性的客體，失去其「主體性」地位，這樣的作法基本上就是一種違反人性尊嚴的作法。

對消極一般預防理論的第二個批評，就是會使刑罰制度不自覺地陷入嚴刑峻罰與重刑化的傾向中。一般預防的基本命題，就是要一般人瞭解到遵守規範才是最有利的選擇。因而會傾向於認為，刑罰應該嚴厲到人民會有痛苦感覺的程度，才足以使人民打消或壓抑其犯罪動機。因此，自然而然會認為刑罰越高，越能達到威嚇目的。然而刑罰越高越能遏止犯罪的想法，將使刑罰跳脫了罪責原則範圍，成為不人道的嚴酷刑罰。此外「嚴刑峻罰」才能遏止犯罪的想法，往往是沒有依據的空想，因為從現實面來看，法律規範的內容與刑罰效果不見得

2 相關批判參考 Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 1981, S. 286. 亦可參考王皇玉，刑罰與社會規訓——台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變，2009，頁 25。

必能為全體人民所知悉；即使法律規範與效果為人民所知悉，影響其犯罪與否，有時也非刑罰高低問題，而是制約犯罪人行為舉動的生理、心理或社會結構因素。此外，犯罪實證研究顯示，對於潛在想要犯罪的人而言，刑罰的嚴厲程度，只是影響其犯罪或不犯罪的考量因素之一，除刑罰輕重之外，實際上更為重要的壓抑犯罪之反對動機，則是來自於被逮捕風險之大小，個人在倫理道德上的自我譴責程度，以及因犯罪所獲利益之高低等因素。因此，要達到一般預防之效果，絕不能迷信嚴刑峻罰，反而必須一方面從加強警察執法與破案的效率著手；另一方面則強化個人積極面向的守法意識與個人道德教育之養成，建立更緊密的與個人人際交往有關的初級社會控制網絡，甚或修正與改善社會政策，反而更能達到一般預防之效果。

（二）積極一般預防理論

威嚇式預防理論預設的前提，是假設人民想要犯罪，但害怕刑罰的痛苦性，所以只好消極地打消犯罪的念頭。然而這樣的假設，與真實世界現況，顯然有所差距。現實社會中，大多數人都沒有想要犯罪的念頭，甚至大多數人都有強烈的遵法意識。對這些遵守法律規範的人而言，刑罰的存在與執行，最大的意義不在於威嚇潛在的犯罪人（他者）不敢犯罪，反而在於以懲罰犯罪人（他者）藉以維繫與強化社會大多數成員（我族）既有的遵法意識。因此，刑罰的積極一般預防理論之出現，毋寧是觀察到以下這個現象：刑罰對於潛在想要犯罪之人，其作用或許在於威嚇其不情願地放棄犯罪動機；但是對於大多數的人而言，刑罰卻是使其自願遵守法律規範的動機來源。

從積極一般預防理論來看，刑罰的任務並不在於威嚇，而是對社會大眾宣示法律秩序的不容破壞性。犯罪乃是對法律規範的破壞行為，刑罰即是對破壞法律規範的反應。這種反應乃是为了要平復一般社會大眾因犯罪所引起的騷動不安而來。一般守法大眾可以透過刑罰的執行過程，學習或加深遵守法律規範的意願。如果破壞法律規範之人，法律規範沒有適時地做任何反應，則法律規範將無以繼續維持其

威信。因此，刑罰的作用在於「維持與強化一般人民對於法秩序的存在與執行力的忠誠性」（遵法意識的維持與強化）。

積極一般預防理論的思想淵源，可以追溯至黑格爾「否定的否定」，法律是社會根據共同認同之價值所確定的規範，犯罪是對此法律規範的否定，故應該以刑罰再去否定這樣的破壞行為。因此，刑罰的作用，就是為了要透過「否定的否定」，去重新證明「社會的認同」。然而，刑罰並非僅僅只是維持社會認同的手段，而是為了要使受到干擾破壞的規範效力再度生產出來，不至於消失。

德國著名的刑法學者洛克信（Roxin）則認為，刑罰的積極一般預防作用，可以藉由下面三種效應來達成³：

- （1）「學習效應」：刑罰具有以社會教育為動機的「學習效應」，亦即，透過刑事司法在大眾面前的實踐過程，可以引起大眾對法律忠誠信守的內化學習效果。
- （2）「信賴效應」：刑罰的行使得以使人民看見法律規範的效力被確實地實踐，且自然而然產生一種信賴感，信賴法律規範是會被一直實踐的。
- （3）「滿足效應」：藉由刑罰的實踐，得以使原來法規範被破壞所引起的社會不安，以及因犯罪人所造成的衝突，得以獲得平撫與滿足，並重新達到社會整合的效果，因此積極的一般預防理論，又被稱為「整合型的一般預防」。

二、特別預防理論（個別預防理論）

（一）基本概念

特別預防理論，又稱為「個別」預防理論，也就是針對個別犯罪人而來的刑罰措施。在特別預防理論下，刑罰不是作用於一般人，而是以個別犯罪人為導向。此外，刑罰並非單純施以報應刑即已足夠，還必須考慮個別犯罪人的「教育需要性」或「矯治必要性」，且以不同

3 Roxin/Greco, Strafrecht, AT/1, 5. Aufl., 2020, § 3, Rn. 27.

的矯正措施來改善或矯治犯罪人之所以陷入犯罪的原因或其危險人格，以期在治療與矯正後，犯罪人未來可以再社會化而回歸社會。從這樣的觀點出發，刑罰的目的，變成側重於如何預防犯罪人未來不要再犯，以及確保社會大眾的安全不再受到此一犯罪人的侵害或干擾。這樣以預防再犯，保護社會大眾安全為著眼點的刑罰理論，亦導引出刑法用以建構保安處分措施的思想根源——「社會防衛」思想。

特別預防理論強調，刑罰應該具有預防再犯的作用，故刑罰應該個別化，在刑事制裁的設計與執行上，應該將犯罪人予以分類，給予不同之制裁措施。例如少年犯與成年犯的制裁目的與方式應該有所不同，不能全部以報應刑的思考模式，將少年人與成年人科以相同的刑罰。對少年犯，應從教育之觀點對其施以感化教育或社區處遇，不能給予像成年犯一樣的監禁式機構性處遇。如果犯罪行為是因為一個人的精神障礙或是不能控制的衝動所導致，就必須採取某些措施來遏制其再為同樣的行為，例如將精神疾病犯罪人收容在醫療機構進行強制治療，以消除其再度犯罪之危險性。

（二）影響——刑罰與保安處分雙軌制度之產生

預防理論對後世最大的影響與貢獻，在於「社會防衛」思想的建構。也就是強調刑罰制裁必須著眼於行為人的危險性格與其對社會的危險性，以預防犯罪人一再危害社會為目的。這種以消除犯罪人對社會整體威脅與危害的想法，在今日世界各國的刑事政策上，占據了重要地位。受到社會防衛思想之影響，歐陸各國的刑法，在刑事制裁體系中，除刑罰之外，另外發展出補充性與替代性之保安處分措施，目的在於強化行為人的再社會化，與改善行為人之潛在危險性格。亦即採取刑罰與保安處分的雙軌體制，以同時兼顧「罪責的應報」與「危險的預防」。例如對於精神疾病犯罪人之處遇，儘管受到古典學派之影響，認定行為人之行為因欠缺自由意志，不具有罪責能力，但是歐陸各國在 19 世紀時，即廣泛設置犯罪精神病院，並於刑法中規定，因精