

學術論文集

刑罰的極限

黃榮堅 著

國立台灣大學法學叢書 115

國立台灣大學法學叢書編輯委員會 / 編輯



元照出版

D914/21

1998

刑 罰 的 極 限

黃榮堅 著

月旦出版社股份有限公司 出版

國家圖書館出版品預行編目資料

刑罰的極限/黃榮堅著，

--初版.--臺北市；月旦，1998[民87]

面；公分。

ISBN 957-696-295-1(精裝)

1. 刑罰學

548.7

87016442

刑罰的極限

作 者：黃榮堅

發行人：洪美華

出版者：月旦出版社股份有限公司

執行製作：元照出版有限公司

一版一刷：1998年12月

郵撥帳號：19246890 元照出版有限公司

訂書專線：(02) 2370 7890

讀者服務：台北市館前路18號5樓

定 價：精裝/新台幣150元

登記證：局版臺業字第5298號

本書如有缺頁、破損、倒裝，請寄回更換。

ISBN 957 696 295 1

目 錄

序言

壹、論通姦罪的除罪化	7
一、德國立法例	8
二、對德國立法的評論	11
三、刑法任務觀點上的考察	14
四、結論	19
貳、論保證人地位	23
一、判決與問題	24
二、保證人地位的理論	27
三、保證人地位的探討	33
四、關於消極的遺棄罪	51
五、結論	54
參、衛爾康事件的基本刑法問題	63
一、前言	64
二、因果關係	64
三、客觀歸責	69
四、故意概念	71
五、不作為犯	74

六、廢弛職務釀成災害	75
七、結論	81
肆、論正當防衛	87
一、前言	88
二、正當防衛	90
三、相關問題	107
四、結論	118
伍、從破壞性教導行為看共犯觀念	127
一、前言	128
二、共犯類型區分與否	129
三、共犯類型區分的後遺症	132
四、破壞性教導行為	136
五、結論	141
陸、論風險實現	147
一、概說	148
二、風險實現概念的內涵	149
三、風險實現概念的檢討	153
四、結論	171
柒、電腦犯罪的刑法問題	177
一、什麼是電腦犯罪	178
二、電腦犯罪問題的產生	180
三、幾個固有的問題	182

四、幾個仍待思考的問題	196
五、結論	210
捌、論行爲犯	219
一、概說	220
二、既遂概念	222
三、行爲犯	227
四、結論	244
玖、論犯罪之行爲時	251
一、緒言	252
二、行爲概念	257
三、犯罪行爲時	259
四、相關問題	282
五、結論	298
拾、刑法增修後的電腦犯罪問題	311
一、概說	312
二、增修條文的技術問題	313
三、電腦犯罪的根本問題	332
四、結論	348
拾壹、故意的定義與定位	355
一、故意的定義	358
二、故意的定位	383
三、結論	402

序 言

這一本書是個人最近幾年來的論文集，並且按照文章發表的時間次序做排列。這幾年來，國內在政策上對於教育工作的商業化，以及對於學術工作指標的物慾化，使得真正的教學與思考的工作，一日比一日更艱辛，一日比一日更不可能。因此，多少還能寫出一些東西來，不管好壞，個人已經覺得滿意了。

名之爲刑罰的極限，是因為想到一個最根本的問題：刑罰這種東西在現實裡能夠給我們帶來什麼？這個功能的極限，理論上也應該就是刑罰的極限。然而在我們所習慣的刑法學的學習領域裡，以及在整個社會對於刑罰這種東西的意識裡，我們一直是在想著要如何刑罰的問題，卻忽略根本的問題－刑罰了以後又如何？

刑罰了以後又如何？整個來講，這是一個刑法學上最古老的問題，亦即到底我們是要爲應報而刑罰？還是爲預防而刑罰？如果要追問，以應報這個概念做爲所謂的目的，在一般人心中的具體的意義是什麼？答案恐怕就是復仇的快感。當然，對於這種復仇的快感，我們並不會稱之爲快感，而是稱之爲正義。

能夠使人感到愉快的，當然就是一種利益。所以國家和人民一起來追求復仇的快感，並不是自始就不可以的事情。問題是，爲了追求這樣的快感，我們是不是在眼睛所沒有看到的地方，在腦筋所沒有想到的地方，要付出更慘痛的代價？

所謂復仇，簡單的講，就是以另外一個人的痛苦爲樂的做法。而且說實話，看到所謂的壞人遭受痛苦，人會感到愉快，這

是人的劣根性。當我們看到一個行徑惡劣的駕駛人不顧別人死活的呼嘯而過的時候，情緒上可能馬上會閃過一個念頭，如果他煞車不及去撞大卡車，我們心裡不知道有多爽快。但是，壞人去撞大卡車，我們除了得到看到壞人撞大卡車的爽快之外，又能得到什麼？通常，一個人而可以以另外一個人的痛苦為樂，我們會說這是一種殘忍的心態。然而對於如此的殘忍，復仇者的說法是，我們所復仇的對象是「壞人」，而不是好人。問題是，對於「好人」不殘忍，對於「壞人」就可以殘忍，這樣的哲學對於現實世界的作用又是什麼？

所謂好人或壞人，當然並不是根據他的長相好壞來說他是好人或壞人。所謂壞人，指的應該是做壞事，所以才被稱之為壞人。而，我們每一個人都會有做錯事情的時候，也都會有做對事情的時候。換句話說，每一個人都是好人，也都是壞人。每一個人都有做為好人的時候，也都有做為壞人的時候。那麼按照上面殘忍對待壞人的哲學，我們每一個人心裡都必須準備好面對殘忍。這裡所說的殘忍，並不是刑罰的本身，而是刑罰的心態，亦即一個人直接以另外一個人的痛苦為樂的心態。

殘忍的心態是可以模仿的，是可以示範的，是可以「教育」的。人虐待動物，社會上習以為常之後，人虐待人就不足以為奇。在台灣，政府機關長期睜著眼睛容忍汽車駕駛人在道路上掠奪與廝殺的駕駛態度。到了今天，絕大多數的駕駛人，在意識的底層已經牢不可破的認為，廝殺與掠奪本來就是國道上當然的駕駛規則。對於壞人的殘忍哲學，也是如此。當「壞人」被說成是壞人之後，長期下來，包括國家，包括每一個人，都會心安理得的看著「壞人」受苦，都會心安理得的享受折磨「壞人」的快

感。

但是想想看，這樣子的做法，和七八個國中生把一個女同學凌辱強暴致死，有什麼不一樣呢？當國家本身，當這個社會的多數人，在心態上已經接受了把自己的快樂直接建立在別人的痛苦上的哲學之後，我們就沒有資格因為社會上出現了七八個國中生把一個女同學凌辱強暴致死的新聞而感到震驚與憤怒。因為我們的國家與我們的成人社會，自己正是如此的在示範給年輕人看。不管我們怎麼說我們只處罰壞人而不處罰好人，都沒有用。因為在心態上，這些國中生也認為，他們是在凌辱壞人，而不是凌辱好人。因此，要解決問題，現實上真正的方法只有一個，就是不做殘忍的示範。

以別人的痛苦為樂，這樣的行為態度透過刑事政策成為社會的價值主流之後，人與人之間的關係就淪為冤冤相報的無止境的循環。到頭來，刑罰只是人與人之間的廝殺動作的一部份。只不過，這一部份的廝殺動作是被體系化與被「合法化」的一部份。而從這種制度化的冤冤相報，到頭來誰也得不到好處。因為我們不知道有哪一天，自己也會被當做壞人來看待。

在刑罰目的上講預防，所追求的也是愉快，也是利益。只不過這種愉快是來自於不同角度（因素）的愉快，所以刑罰的幅度有時候會有所不同。以刑罰做為預防的手段，所追求的愉快是來自於人與人之間不再遭受侵害的愉快。因此，以刑罰做為預防的手段，就必須考慮預防的功效以及預防的必要性等等的問題。如果刑罰沒有它的功效或必要，刑法就喪失了它的基礎。例如，除了刑罰以外，人們也必須想一想，到底有什麼其他的做法，可以更有效或是更經濟的解決問題，而不是永遠叫被告一個人去負起

全部的社會責任。

這些預防的功效以及預防的必要性等等的問題考量，從某一個層次來講，也是一些技術上的問題。例如用刑罰來處理所謂色情書刊或影像的問題，是許多國家所認為的不二法門。用比較具體的講法，是希望藉著刑罰來避免青少年身心受到傷害。但是我們不知道，就只是一味的迴避性的現象與問題，到底是不是真的就是避免青少年身心受到傷害的有效的方法。或許，隨著年齡以及理解力的增長，對青少年或小孩子積極的開放性現象的認知與理解，才是驅除有害的性觀念的方法。否則，就像我們所看到的許多台面上的人物，在言談上不斷急於鞭撻所謂的色情刊物、影像或甚至是物品，不斷的標榜一個純潔的世界。如此的反應，不正說明了他們面對色情刊物與影像時內心的激動、脆弱與容易受傷嗎？事實上，對於這樣的大人世界，小孩子看在眼裡，都會更想知道，到底性的世界是怎麼樣的一個世界，否則為什麼會讓這些大人們有如此不平靜的反應？而，正好在資訊不完全的情況下，小孩子才最容易受到誤導與傷害。

當然，我們也不能永遠叫社會或國家去負起個人侵害行為的全部責任。所謂責任（不是指犯罪結構裡的罪責），它的意義是，誰應該解決問題（避免損害的發生），卻沒有解決問題，誰就是要負責任的人。因此，要負責任的人並不是永遠只有一個人。而個人和國家之間，對於一件事情的負責，也沒有必然要互相排斥的關係。我們或許可以想見，如果一次造了五條的高速公路，那麼就沒有人會有行駛路肩或是違規變換車道等等的危險行為。但是基本上，我們還是無法以此做為個人不負責任的理由。姑且不論整個社會為五條高速公路所付出的成本反而更高，即使

有辦法造出五條高速公路，無論如何，人還是永遠不會對於物質世界感到滿意的。因此，爲了保護生活在這個社會裡頭的人們，最後的一個原則就是，雖然世界令人不滿，我們還是不能製造傷害。否則在一個混亂的社會裡，我們會連最後的希望都失去了。

對於刑法這種東西，相對於一般人對於刑罰的迷信，完全否定刑罰意義的想法，恐怕也是不切實際。事實上，如果要問刑罰有沒有用，那麼它的答案應該是，有時候有用，有時候沒有用。有些問題有用，有些問題沒有用。並且，所謂有用，有時候是很有用，有時候只是有小用。因此，我們還是必須針對不同的問題個別做考量。更重要的是，在刑罰本身的價值沒有辦法完全被否定的情況下，犯罪構成的種種基本理論問題，有它體系內的一致性與精緻度的需求。這一些體系內的一致性與精緻度，背後都代表了一定的價值思考，不能僅僅爲了重罰或不罰的情緒需求而被強行扭曲。

刑罰功能的極限，就是刑罰的極限。這個極限，不會是零，也不會是一百。我想，最後的結論是：生存在這個社會裡的人，特別是執政者，對於人類的愛心到哪裡，刑罰功能的極限就是會到哪裡。

黃榮堅

民國八十七年十一月於
國立台灣大學法學院

壹、論通姦罪的除罪化

目 次

一、德國立法例

(一)一九六九年以前的通姦罪規定及理由

(二)一九六九年廢除通姦罪的理由

二、對德國立法的評論

三、刑法任務觀點上的考察

四、結論

法務部目前正在考慮通姦罪除罪化的問題。有關於這一問題，德國目前的註釋書或教科書上找不到相關的資料，因為德國廢除通姦罪的規定，已經是二十五年前的事情了。至於對於通姦罪可刑罰性的討論，則年代更為久遠。以下我們是透過德國國會立法沿革上的資料，瞭解德國早先通姦罪存在的立法理由是什麼，以及到了一九六九年把通姦罪廢除的理由又是什麼。我們首先就說明德國關於通姦罪的立法情形，接著從刑法學理的角度來分析通姦行為的可刑罰性的問題，換句話說，也就是通姦行為在刑法立法上應不應該構成犯罪的問題，最後再做一個結論。

一、德國立法例

(一)一九六九年以前的通姦罪規定及理由^①

一九六九年以前，西德的刑法仍然有通姦罪的規定。這個通姦罪，除了被規定為告訴乃論的犯罪以外，最值得注意的是，這個犯罪的構成是以通姦行為導致離婚為要件。這樣的規定，和我國刑法第二百三十九條所規定的通姦罪是有很大的不同。我國刑法第二百三十九條所規定的通姦罪，是單純以有配偶之人而與人通姦為要件，也就是說，即使是在婚姻關係仍然存續的狀態下，仍然可以提起通姦罪的告訴，使通姦的配偶或相姦人負擔刑事責任。

關於通姦罪的構成要件的考量以及整個通姦罪的立法理由，在西德聯邦參議院一九六二年所提出的刑法草案及理由當中有所說明^②。首先，關於保留通姦罪規定的立法理由，簡單的說，是

在善良風俗的塑造與維護的作用，以及國家視婚姻為社會共同生活重要基礎的宣示作用。其中關於所謂善良風俗的塑造與維護，參議院並未多做詮釋。關於重視婚姻之宣示，參議院認為，在對兩性關係的觀念顯著鬆動的時代，通姦罪的廢除使人無法理解，甚至會引起誤解，以為國家不再像以前一般重視婚姻。立法者認為，通姦罪的廢除將會抵觸西德基本法第六條的規定，因為西德基本法第六條規定，婚姻及家庭應受國家制度的特別保護^④。

至於以通姦行為而導致的離婚結果做為處罰通姦行為的要件，草案及理由當中，對此一規定也有所說明^⑤。參議院的草案拒絕了許多通姦罪受害人的要求，依舊把離婚列為通姦罪的一個要件，理由是，考慮到婚姻的本質，在婚姻關係存續之中對通姦行為加以刑罰，這是不可能的。當然，這一句話顯然是太抽象了。不過草案理由中緊接著有更進一步的解釋：通姦罪的追訴，不能對婚姻有什麼維護的作用，相反的，在大部分的情況下，只有毀滅婚姻的作用。因為無論如何，對通姦之配偶或第三人的刑罰只會促使通姦之配偶決意離婚^⑥。從這裡我們可以看得出來，即使是贊成保留通姦罪規定的人，在基本出發點上和反對保留通姦罪規定的人有一個共同的認知就是，通姦罪的規定及處罰對於婚姻並沒有什麼維護的作用，相反的，只有破壞的作用。而贊成保留通姦罪規定的人之所以還要保留通姦罪的規定，理由就全然在上面所說的善良風俗的塑造與維護，以及國家重視婚姻的一個宣示。

(二)一九六九年廢除通姦罪的理由^⑦

有趣的是，雖然西德基本法第六條的規定並沒有改變，而且

也沒有人否定善良風俗的塑造與維護，但是相同的一個通姦罪的規定，在西元一九六九年卻被廢除掉了。換句話說，對於相同的一個問題，原來做決定時所依據的理由，在事實上並沒有改變，但是後來的答案卻改變了。

關於一九六九年廢除通姦罪規定的理由，在西德聯邦議會第五任期刑法修正特別委員會第一次書面報告當中有所說明。簡單的講，刑法修正特別委員會是基於稀少的有罪案件數量、異常輕微的刑罰以及貧乏的規範意義等理由而認為刑事政策上沒有規定通姦罪的必要^⑦。

在案件的數量上，從一九五八年到一九六六年之間，全西德每一年成立的通姦罪案件都是在一百件到兩百件之間。在刑罰方面，以一九六六年的情況做例子，在全年一百三十六個成立通姦罪的判決中，有一百一十七件是判罰金。其餘宣告自由刑的判決^⑧，絕大多數都同時宣告緩刑^⑨。

刑法修正特別委員會進一步認為，從存在的實際情況來看，通姦罪的規定毋寧說是有害的，因為通姦罪是告訴乃論的犯罪，而此一通姦罪的告訴不少是出於卑劣的動機（aus niedrigen Beweggründen）而被提起的。亦即，通姦罪的規定提供了一個危險的手段，讓受苦者去進行報仇，以及為貫徹金錢上的要求而去勒索。然而這樣的做法對婚姻的尊嚴以及婚姻的維護都沒有幫助^⑩。

刑法修正特別委員會最後也就一九六二年刑法大委員會決定維持通姦罪規定的論點做了再思考，認為，通姦罪的廢除並不致於誤導國民意識，不致於使一般國民誤以為國家不再重視婚姻。有關於此，其他國家的實證經驗可以佐證，例如在挪威、丹麥、

瑞典、芬蘭以及英格蘭等國家，通姦罪的廢除對於國民意識關於婚姻意義的認知並沒有影響。至於國家對於婚姻的保護，基本法第六條以及其他法律，例如婚姻法以及家庭法，已經有所規定，因此，並沒有必要維持一個沒有保護作用而又問題叢生的通姦罪的規定^①。

二、對德國立法的評論

從一九六二年表決時十一票對九票的比較來看，我們幾乎可以猜測得到，如果不是外在的道德形式上的壓力，那麼德國通姦罪條文的廢除可能又要提早七年了。法理上，西德在一九六二年決定保留通姦罪規定的論據，也很顯然是完全無法立足的。通姦罪的告訴對於配偶之間的關係，只有破壞的作用，而沒有建樹的作用。此一事實，是不管站在正面立場或是站在反面立場的人所共有的認知。在這樣的認知之下，主張保留通姦罪規定的人，之所以還要保留通姦罪的規定，一個是基於善良風俗的理由，另外一個是國家重視婚姻的一個宣示。問題是，這兩個理由到底對不對呢？

對於所謂善良風俗的塑造與維護，如果我們不只是在做一個泛道德化的訴求，那麼首先碰到的問題是，善良的客觀標準是什麼？我們知道，天下沒有生來善良或絕對善良的東西或風俗與制度。從人類追求幸福生活的前提來看，在基本上，一個東西、一個做法，一個風俗或一個制度，之所以善良，是因為它可以製造利益，可以使我們生活愉快，所以我們說它善良。反之，一個東西、一個做法，一個風俗或一個制度，如果給生活帶來的是壞