

### 第三章 刑罰裁量前提

刑罰裁量理論的展開，並非僅僅由刑罰裁量行為本身直接發展，尚需考量整體刑事法體系之相互關係，而這些相互關係，即為討論刑罰裁量理論的前提。諸如在法規範的部分，應如何制訂與運用始為正當？其與刑罰裁量的關係為何？此乃立法者給予刑罰裁量規範強度之問題。在犯罪檢證體系上的思維，是否應受刑事政策指導？以及其對刑罰裁量所產生的效應為何？此乃犯罪論與刑罰論的界限問題，直接影響刑罰裁量考量因素。渠等皆為進入刑罰裁量理論探討前，應當確立的前提要素。如此才得以確認刑罰裁量理論正確運用的對象、範疇與步驟。

以往，在刑罰裁量理論中，對於前提架構的忽略，造成許多假設的問題與困境，實際上就是前提不明確所造成，因此，本章承接前章所釐清之刑罰目的觀，更進一步的要將刑罰裁量的前提架構釐清並結合刑罰目的觀之探討，提出刑罰裁量的理論雛形。以下即依上述各主要爭點逐一展開論述。

#### 第一節 法規範

人民與人民之間的基本權侵害爭執，必須由受侵害之人民基於基本權「保護義務」，向國家請求保護；另一方面侵害他人基本權之人民，因為國家欲遂行其對於他人的保護義務，而必須對於侵害他人基本權的人民，加以基本權之限制，以實現該義務。此時，受限制之人民，其基本權的「防禦功能」就會啟動，防止國家不當的侵害，這種情形稱為基本權衝突。而法規範訂立的基準，就是在衡量其利益衝突的平衡點。法規範為一切刑事制裁的開端，蓋現代憲政體制下，對於「法律保留」的嚴格要求，已成為憲法法治國原則下，對於國家侵害行為必備的形式阻卻違憲事由。特別是刑罰手段，通常為侵害人民權利最嚴重的國家行為，衡諸刑罰可能的手段有剝奪人民生命、限制人身自由、限制人民財產等，依照司法院大法官會議釋字第 443 號解釋所稱的「層級化法律保留」的體系中<sup>106</sup>，前兩者要屬最高。據此，在採行代議制度的我國，必須透過

<sup>106</sup> 參照司法院大法官會議釋字第 443 號解釋：「...惟並非一切自由及權利均無分軒輊受憲法毫無差別之保障：關於人民身體之自由，憲法第八條規定即較為詳盡，其中內容屬於憲法保留之事項者，縱令立法機關，亦不得制定法律加以限制(參照本院釋字第三九二號解釋理由書)，而憲法第七條、第九條至第十八條、第二十一條及第二十二條之各種自由及權利，則於符合憲法第二十三條之條件下，得以法律限制之。至何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，與所謂規範密度有關，應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許

具有民主正當性的立法機關(立法院)，訂定具有明確構成要件之法律，並由總統公佈施行，始具備形式阻卻違憲事由。「法律保留」在刑事法上的用語，即為「罪刑法定原則」。然而，法規範僅具有形式阻卻違憲事由，對於刑罰此等國家行為行使的正當性，尚有未足，還必須兼顧實質上的阻卻違憲事由，此部分更是犯罪化考量的重要依據，是在法規範討論中，第一步須探討的問題點。

再者，「罪刑法定原則」在刑罰裁量中所扮演的重要角色，往往在有關刑罰裁量的論述中被略而未談，大部分對於罪刑法定的討論，著眼在罪的部分，但事實上，以罪刑法定原則限制刑罰權的恣意行使，是最為有效的基本要求。以罪刑法定原則給予刑罰裁量一定的框架，不正是啟蒙時期追求人權保障、民主主義與自由主義的手段，一般預防理論的萌芽，即出於此。罪刑法定的意涵中，除了「無法律，無犯罪」外，「無法律，無刑罰」更是在刑罰裁量前所應確立的限制規範<sup>107</sup>，因此，要說任一刑罰目的的運用，會造成刑罰權毫無界限的恣意行使，在目前法治國原則的法律保留架構下，恐怕要防範的並非司法權的行使。故法定刑、處斷刑等概念，在此前提下，對於刑罰裁量是否還有其他的限制機能？則是法規範討論中，進一步探討的問題點。

以下，即分別針對法規範的形成基準與法律效果的限制機能，在「法律保留」、「罪刑法定」之大架構下，逐一展開討論。

### 第一項 犯罪化

法規範形成中最為關鍵的問題在於立法的界線為何？也就是犯罪化的問題，關於形式阻卻違憲事由的部分，已如前述。但國家對於人民權利的侵害行為，單憑形式上的合憲尚有不足，更需重視實質合憲的要求，此乃犯罪化議題中，最為重要的部分，是憲法對於刑罰正當性與否的控制樞紐。刑罰的正當性求諸於刑法本身的失敗經驗已如第二章所述，此時應尋求更上位的正當性依據，轉而探求憲法上對於國家行為的規範。因此，本文以下主要針對實質阻卻違憲事由的部分，將犯罪化的概念，從憲法上對於基本權限制的法理作檢討。

---

合理之差異：諸如剝奪人民生命或限制人民身體自由者，必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式為之；涉及人民其他自由權利之限制者，亦應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則...

<sup>107</sup> ロクシン，前掲註 32，第 125 頁。

## 第一款 法益保護

對於犯罪化基準的問題，首要釐清者，為何謂刑法的目的？以決定在基本權衝突時，何種基本權為衡量的客體。刑法的目的是一體兩面的命題，積極面而言，刑法有保護法益的目的；消極面而言，刑法有限制刑罰權侵害基本權的功用。兩者實為對國家行為一體兩面的憲法限制，一方面國家受到保護義務的要求，必須對人民有足夠的保護行為，一方面國家受到基本權防禦功能的抵抗，必須對人民的侵害行為保持合憲，亦稱為「雙重拘束」<sup>108</sup>。

首先，從積極面角度，所謂保護法益目的為何？首先要解決的是何謂法益的問題？學者高金桂曾對法益定義，認為法益是指個人在以實現個人自由開展(自我實現)權為目的之整體社會制度中，所有有助於個人自由開展權之條件或目的的設定，以實現利益為導向<sup>109</sup>。當然，這還是一個抽象的定義，不過仍有一些原理原則可供依循，例如：法益必需和國家保護或國家意識予以分開；法益必需和「人類」有關；法益不一定和「文化權益」有關<sup>110</sup>。不過這並非唯一的標準，尤其是最後一點其爭議頗大<sup>111</sup>，但可以確定的是，法益「一定」、「必需」要和人類有關，至於關連性強弱問題則仍待解釋，但至少必需是「觀念上的石頭」<sup>112</sup>。

然而，刑法有保護法益任務，國家是否有義務一定要完全的介入所有被認為需要保護的法益當中？最具爭議者，即刑法與道德的界線為何？如前所述(第二章、第二節、第二項)，在刑法與道德的界限中，要避免刑法流於「父權思想」，必須認知到共通的社會道德不容易由客觀上來確定，要求人民遵守國家所承認的特定價值觀(假借共通的社會道德之名)，刑罰就只淪落成國家的社會防衛目的而已<sup>113</sup>。法益保護的立法，不得一味的認為刑法就是維護道德的手段，仍須注意個人的自我決定權，而非任由多數

<sup>108</sup> 許宗力，「基本權的功能與司法審查」，收於，憲法與法治國家行政，第196頁，元照出版有限公司，2007年1月2版1刷。李建良，「基本權利與國家保護義務」，收於，憲法理論與實踐(二)，第97-98頁，新學林出版股份有限公司，2007年8月2版1刷。

<sup>109</sup> 高金桂，利益衡量與刑法之犯罪判斷，第75頁，元照出版社，2003年。

<sup>110</sup> 陳志龍，法益與刑事立法，第36-101頁，自版，1997年3版。

<sup>111</sup> 例如學者高金桂即認為，法益必然是和文化價值相關連，不可疏離。參照高金桂，「刑事政策上關於犯罪化與除罪化問題」，東海大學法學研究，第10期，第181-182頁，1996年3月。

<sup>112</sup> 陳志龍，前揭註110，第57頁。

<sup>113</sup> 大野 真義，前揭註80，第69-70頁。

人或有權者，強暴個人自我決定的神聖空間。因此，法益的保護，除了不足的禁止，另一方面仍須考量過度禁止的問題，亦即犯罪化基準的範疇。

## 第二款 犯罪化基準

從刑法目的的消極面角度，必須探討實質的犯罪化基準，亦即基本權防禦功能的範疇之一。簡單的說，犯罪化基準就是立法者立法的界線，國家受人民目的性的託付，旨在使個人的權益，在社會共同體肯認的秩序下亦即「共識秩序」下，做最大發展<sup>114</sup>。這是憲法上的抽象概念，實際上這個共識秩序仍然必需出於每一個共用本部憲法的人類，也都必需與其具有關連，前所述及對於法益概念的限制，都必需予以遵守，始承認其利益的共識為刑法所保護的客體。而此受保護的客體，因為其保護的手段為刑罰，刑罰可能的手段有剝奪人民生命、限制人身自由、人民財產等，甚至衍生出許多間接的基本權侵害，故基於憲法第 23 條的要求，法律保留的形式阻卻違憲事由是基本必備的要件，進一步則更需具備實質阻卻違憲事由。

實質阻卻違憲事由的部分，其有著實定法與自然法悠久的爭議存在，二戰結束後的紐倫堡大審中，由 Gustav Radbruch (1878-1949) 所提出的「實證法的不法」與「超實證法的法」等概念<sup>115</sup>，自然法在該次戰役獲得大勝利，確立了法律具有實質合法性的概念，而將其導入司法，成為審查法律正當性與否的重要依據，而其中審查的事項很多，在刑法中較重要者為比例原則的衡量，亦為立法者刑事立法的界線所在，在我國更是有憲法第 23 條作為司法審查的法源依據<sup>116</sup>。審查的密度方面，由於涉及人身自由的權利為一切自由所本，自應當受最嚴格的審查<sup>117</sup>。至於財產權限制或剝奪的部分則容有爭議<sup>118</sup>。

所謂實質阻卻違憲事由之比例原則，由於本文此部分係討論刑事立法，

<sup>114</sup> 李惠宗，「論比例原則作為刑事立法的界限--大法官釋字第五一七號解釋評釋」，台灣本土法學雜誌，第 18 期，第 26 頁，2001 年。

<sup>115</sup> 李惠宗，前揭註 114，第 28 頁。

<sup>116</sup> 中華民國憲法第二十三條：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」

<sup>117</sup> 參照司法院釋字第 392 號解釋。李建良，「論立法裁量之憲法基礎理論」，收於，憲法的理論與實踐(二)，第 373-378 頁，新學林出版股份有限公司，2007 年 8 月 2 版 1 刷。

<sup>118</sup> 其爭議的問題在於，何以認為財產權的保障要劣於人身自由的保障，這樣的認定是判斷者的預斷，與實際可能有差異。

關於比例原則的三個子原則，適當性、必要性及過度禁止三原則，將與刑事法同義之原則替換其名稱，分別替換成「恣意立法禁止」、「刑罰最後手段性」及「殘虐刑罰禁止原則」<sup>119</sup>：

「恣意立法禁止」：手段必需有助於目的的達成，抽象而言，目的當然是保護法益，但仍須更精確的認定法益應該保護的範疇為何。並且該干涉基本權的手段必需有其獨立的意義<sup>120</sup>，不當連結的將行為入罪，是立法上所絕不允許的。但其根本的問題仍在於法益的界定上，蓋刑罰手段具有相當的固定性，少有透過指責刑罰手段不當，而認定違反此原則的情形，也不可能因為幾個特定的犯罪類型，而改變刑罰制度。故若非法益概念認定浮濫，恣意立法禁止的原則難被違反。由於現今犯罪現象愈趨複雜，所產生的結果往往造成社會巨大的損害，法益的保護也傾向於法益的前階化。例如學者認為工業發展所產生的重大環境破壞行為或重大環境危險，都應該以「抽象危險犯」的方式予以犯罪化<sup>121</sup>，這類法益都是未曾出現在傳統的犯罪或法益理論中。與其說是為了保護生命、身體等法益所層升的集合法益，毋寧說是期待刑法手段的介入<sup>122</sup>，這樣的立法現象，有時會造成距離實害法益侵害甚遠，卻處以刑罰，效果上難以認為有一定程度的關連，都是屬於法益認定趨於浮濫的問題。恣意的立法固然應禁止，但與其指責立法者在立法上太過勤勞，不如說是行政權的怠惰，才會造成不斷透過立法，將原本為行政權範疇的處罰交由刑罰處置。當然恣意立法禁止原則還必需注意到手段的有限性，尤其是人力、設備以及預算<sup>123</sup>，其達成可能與否，都應該考量其中。

「刑罰最後手段性」：刑法是國家獨佔刑罰權的具體化，其行使必需相當慎重，假如有其他的社會控制手段，應該優先於刑法適用，這就是刑法的「最後手段性」<sup>124</sup>。或有稱為刑法的「補充性原則」或「謙抑性原則」。假設在其他社會控制手段可選擇的情況下，鑒於刑罰侵害人民基本權至深，

<sup>119</sup> 其名稱，部分參考李惠宗，前揭註 114。

<sup>120</sup> 高金桂，前揭著 109，第 194 頁。

<sup>121</sup> 鄭昆山，「論我國環境犯罪防制之道--在除罪化與人罪化迷宮中之刑事政策分析」，東海大學法學研究，第 10 期，第 243 頁，1995 年 9 月。

<sup>122</sup> 吉岡 一男，「刑事法」，青林書院，第 161 頁，1996 年。

<sup>123</sup> 森下 忠，「刑事政策大綱 I」，成文堂，第 19 頁，1987 年。

<sup>124</sup> 加藤 久雄，「刑事政策入門」，立花書房，第 34 頁，1991 年。黃朝義，「『司法外處理』制度之理論與實際--非公的司法外處理、微罪處分制度、除罪化問題」，月旦法學雜誌，第 16 期，第 46 頁，1996 年。

應當選擇其他侵害較低的手段，始為正當。再者，由於國家資源的有限性，假如有其他的社會控制手段，就應該選擇之，而將國家這部分的資源，運用在真正有需要的地方，也才能更有效率的達到目的，避免造成刑法的過度肥大症，而舉步維艱。刑法的肥大所造成的傷害，往往也成為除罪化的理由，學者也曾尖銳的指出，美國於 20 世紀 60 年代後半所提倡的除罪化議題，其實真正的目的是在解決異常的犯罪增加，刑事政策上的失敗，導致監獄人滿為患，再犯率也提升，治安狀況不佳的情形，直接從統計上的數字來減少，避免納稅人的批評<sup>125</sup>。這樣的隱憂值得重視。

「殘虐刑罰禁止原則」：國家為遂行其保護義務，有必要介入私人與私人之間的糾紛，也就是刑罰權的意涵，一方面為了保護基本權，一方面卻侵害了另一基本權，也就是基本權衝突的典型。然而，刑罰權的實現是國家的義務，而國家為了實現刑罰權是否就該不顧一切的為任何行為呢？答案當然是否定，但是這樣的界線應當如何拿捏？實為利益衡量中，關鍵的部分。透過刑罰來達成法益保護目的，是用法益再度侵犯的方法，所以一樣是法益不能顯失均衡，一樣是基本權，當然也不能太過於偏頗，例如：對於單純財產犯罪處以死刑<sup>126</sup>，就難以理解其法益保護的需求是否真的大過對生命的尊重。因此基本權衝突的解決，如果顯然失衡，理當會被認為刑罰過於殘虐。再者，由於現狀上保護法益的前階段現象頻繁，於行為犯罪化之後，尤需注意到其過度禁止的問題，一言以蔽之，如果法益保護是屬於實害前階段的抽象危險犯，其刑罰的處罰就不應完全等同於實害犯的處罰，要有相對輕的法定刑調整<sup>127</sup>，若非如此，應當有相當強烈的理由，否則刑罰的處置難謂符合殘虐刑罰禁止原則<sup>128</sup>。

<sup>125</sup> 菊田 幸一，「犯罪學」，成文堂，第 40-41 頁，1984 年三訂增補版。

<sup>126</sup> 我國刑法此類例子較少，反觀中華人民共和國刑法則有許多，例如第二百六十四條盜竊公私財物，數額較大或者多次盜竊的，處三年以下有期徒刑、拘役或者管制，並處或者單處罰金；數額巨大或者有其他嚴重情節的，處三年以上十年以下有期徒刑，並處罰金；數額特別巨大或者有其他特別嚴重情節的，處十年以上有期徒刑或者無期徒刑，並處罰金或者沒收財產；有下列情形之一的，處無期徒刑或者死刑，並處沒收財產：（一）盜竊金融機構，數額特別巨大的；（二）盜竊珍貴文物，情節嚴重的。

<sup>127</sup> Winfried Hassemer，堀內 捷三編譯，「現代刑法体系の基礎理論」，成文堂，第 17-18 頁，1991 年。

<sup>128</sup> 此觀蘇俊雄大法官於釋字第 517 號解釋中的不同意見書有明確的闡明，其略謂：「……按所謂『抽象危險犯』的立法模式，其實是一種『刑罰的前置化』，意在尋求對於法益較為周延的保護。惟我們固然容許立法者為保護法益的考量而將刑罰的時點提前至實害發生以前，但是我們也必須嚴格認定該等行為的『可刑罰性』，才能確保國家提前刑罰的正當性與必要性。……總觀妨害兵役治罪條例第十一條第三項之規定，就實際上無明確避免召集惡意之違反申報義

實質合法性的審查，除了比例原則較為重要之外，尚有「平等原則」需注意，憲法上禁止立法機關，在立法時為不合理的差別待遇，在處理人民權利的限制時，平等原則亦與比例原則同等重要。例如在美國關於同性戀犯罪化的問題，有些州只處罰同性戀的非常態性行為，因此就被美國大法官宣告違反平等原則而違憲<sup>129</sup>。又日本對於殺直系血親尊親屬的處罰，亦因為其違反平等原則而宣告其違憲<sup>130</sup>。其審查的標準，由於平等權本身無保障範圍的概念，無法直接判斷國家刑罰權是否已介入人民平等權，故其認定流程上，與一般基本權有所不同，步驟上，需先判斷犯罪化是否有差別待遇，界定出國家的侵害行為，再進一步判斷是否為合理的差別待遇，檢討其侵害行為是否具備阻卻違憲事由<sup>131</sup>。尤其後者，恣意禁止的要求，是憲法上對平等權保障的核心價值<sup>132</sup>。至於其如何判斷立法者是否恣意，仍需借用比例原則的概念輔助判斷，而不同點在於，一般在自由權中比例原則的判斷，注重手段與目的間的單向思考，反之，在平等權中借用比例原則審查，是相互比較的多面向思考<sup>133</sup>。

綜上所述，犯罪化為刑事制裁的起點，為一切刑罰裁量的前提要件，因此，若立法者在犯罪化上的考量，逾越上述的立法界限，則無論司法為如何的刑罰裁量，都不適當的，此乃憲法對於立法者立法行為的規範，故犯罪化基準的正當性，是於司法之前必須注意的憲法界限，也是刑罰正當性的根據之一。

## 第二項 法定刑與刑罰裁量

法定刑的概念，係規範著司法裁量的框架，是刑罰裁量的基本準據，其對於刑罰裁量意義，當然本於其法規範的本質，受到法律保留的基本限制，法官不得於裁量時為超越法定刑的宣告，自不待言，否則將造成違法判決。

---

務行為，僅以其致使召集令未適時送達之結果，論以加重處罰類型之罪，或者由立法者擬制其避免召集意圖之存在而論罪科刑，實有欠刑罰前置與加重處罰罪責之正當性，與刑法之『責任原則』，顯屬不符。」

<sup>129</sup> 陳荔彤，「美國最高法院同性性行為除罪化與同性婚姻合法化的憲法發展」，月旦法學雜誌，第 104 期，第 210 頁，2004 年 1 月。

<sup>130</sup> 昭和 48.04.04，大法院・判決 昭和 45(あ)1310，刑集第 27 卷，第 3 号，第 265 頁。

<sup>131</sup> 李建良，「恣意禁止與過度禁止的融貫性？—平等原則思維方法的建構」，第 5 頁，中央研究院法律學研究所籌備處學術研討會，台北，2007 年 4 月 17 日。

<sup>132</sup> 法治斌、董保城，憲法新論，第 243-244 頁，董保城，2005 年 10 月 3 版。

<sup>133</sup> 李建良，前揭註 131，第 16 頁。

對於法定刑的探討可以分成兩個面向，一為法定刑的形成基準，法定刑的形成，素有廣義刑罰裁量之稱，其基準為何？實乃刑罰裁量前需檢驗的課題。再者，法定刑對於刑罰裁量的機能為何，其又可細分為積極面與消極面的機能。以下即先針對法定刑範疇如何形成展開討論，進而探討法定刑對於刑罰裁量的機能。

### 第一款 法定刑形成基準

在符合法律保留之要求下，法定刑的訂立更需進一步的探究其形成是否具有實質正當性，由立法者對於構成要件與法定刑的確定，是刑罰裁量的第一階段，也是廣義的刑罰裁量<sup>134</sup>，而法定刑範疇如何形成？在討論上多數認為應由罪刑均衡探討<sup>135</sup>，但如前所述(第二章、第二節、第二項)，本文認為單純罪刑均衡的應報刑束縛應當解脫，容許多元價值的介入，改由較為靈活而內容相近的比例原則予以界定，不但符合憲法上的要求，在立法的考量點上也更為全面。或有認為，除以應報刑為考量的法定刑外，在以一般預防或特別預防的考量上，會造成無上限的法定刑<sup>136</sup>。然而在憲政架構底下，無上限的法定刑，是否真能通過比例原則的考驗？顯然是過多的疑慮。故法定刑的形成基準應與犯罪化的基準一致，法定刑同為法規範，亦為犯罪化之一部，實無割裂適用不同形成準則的理由。

學者嘗試整理出符合罪刑均衡原則所應考量的要點，分別為：1.保護法益的性質、侵害行為的程度與態樣；2.刑罰必要性；3.依照所設立的刑罰制裁規範能期待積極的效果與影響；4.預測消極的效果與影響；5.國民的法意識；6.歷史與社會的基礎<sup>137</sup>，若分別觀察之可以發現，第1點為權利衡量的客體，本即應當具備，而第2~4點的內容幾乎與比例原則同義，並且與典型由應報刑出發的罪刑相當原則有所出入，至於第6點是否有存在必要？如前所述(第三章、第一節、第一項)仍有爭議。

<sup>134</sup> 遠藤 邦彦，「量刑判断過程の総論的検討(第2回)」，判例タイムズ，第1185号，第24頁，2005年10月。

<sup>135</sup> 安田 拓人，「法定刑の改正動向について--犯罪論の立場から」，刑法雜誌，第46卷，第1号，第87頁以下，2006年6月。川崎 友巳，「法定刑の改正動向について-刑罰論の立場から」，刑法雜誌，第46卷，第1号，第101-102頁，2006年6月。松宮 孝明，「法定刑の原理論」，法律時報，第78卷，第4号，第89-90頁，2006年4月。村越 一浩，「法定刑・法改正と量刑」，判例タイムズ，第1189号，第29-30頁，2005年12月。

<sup>136</sup> 川崎 友巳，前揭註135，第102-103頁。

<sup>137</sup> 安田 拓人，前揭註135，第89頁。

本文認為，法定刑範疇形成的思考順序，應當是求諸國民的法意識，依照比例原則中適當性、必要性及過度禁止三個子原則，得出法定刑的範疇。或有認為法定刑的形成，並非求諸以應報為本質的罪刑相當原則，若要單純經由衡量法意識對於該侵害行為的情感分量，而得出合適的法定刑範圍，是不可想像的<sup>138</sup>。並且會被社會感情混淆，而使原先建立的國家刑罰權制度往私刑的方向倒退<sup>139</sup>，但不可否認的，經由立法者所制訂的應報法定刑，的確具有應報的形式正當性，其原因在於，立法者所代表的，本即為國民的共同意志，故經由立法制訂之法定刑，形式上的確具有應報的正當性，但並不以此為足夠，仍需透過實質阻卻違憲事由的審查，加強以國民法意識所得出之法定刑的正當性。亦即，由國民法意識來衡量被行為人所侵害的權利與行為人受國家限制的權利間，是否在比例原則的審查上合宜。當然，在絕大部分的情形，除非有顯不適當的情形外，司法機關應當尊重立法機關的價值判斷，並將法定刑當成刑罰裁量的外在界限。

## 第二款 法定刑機能

法定刑的機能，除本於法律保留的外在限制外，法定刑對於刑罰裁量的內在限制與強度，亦為應釐清之爭議點，蓋法定刑可謂是立法對於司法的控制，其控制寬嚴，實則影響刑罰裁量之理論運作。法定刑對與刑罰裁量限制的寬嚴大致可分為兩個部分探討，一為法定刑對於刑罰裁量的積極形成機能，可分為兩種理論，即點理論<sup>140</sup>與自由裁量理論，兩者都是在法定刑範圍的前提下，將法定刑對於刑罰裁量的內在限制作不同程度的理解。另一部份則為法定刑對於刑罰裁量的消極限制機能，亦即「雙重評價禁止」原則的探討。以下先就法定刑對於刑罰裁量的積極形成機能部分，分別探討。

從點理論的角度觀察，法定刑並非只限定刑罰裁量的上下限，更是刑罰裁量的評價尺度<sup>141</sup>。提倡此觀點者，首推德國學者 Hans-Jürgen Bruns，

<sup>138</sup> 學者安田 拓人認為，以國民正義感或法意識，無法得出詳細的判斷基準。安田 拓人，前揭註 135，第 94 頁。

<sup>139</sup> 川崎 友巳，前揭註 135，第 105 頁。

<sup>140</sup> 在日本，將此稱為量刑尺度論，事實上，此乃從點理論的角度觀察法定刑，無需另為其他稱呼。

<sup>141</sup> 小島 透，「量刑判断における法定刑の役割：量刑スケールとしての法定刑の可能性」，香川法学，第 26 卷，第 3/4 号，第 34 頁，2007 年 3 月。

Bruns 認為法定刑具有指導刑罰裁量的任務，並且將罪刑法定的精神延伸至刑罰裁量之中<sup>142</sup>。因此法定刑對於法官而言，係立法者命令法官依其意思為刑罰裁量，立法者透過法定刑，指示法官構成要件該當行為之違法性與罪責的程度，而法官必須依此程度為刑罰宣告<sup>143</sup>，此時法官本身已無量刑的任務，也無自由裁量的範圍，其所能做的僅為推敲立法者在法定刑當中所為的指示，亦即對於構成要件該當行為之違法性與罪責的當罰性程度為何，進行推測<sup>144</sup>，進而判決。可謂是立法與司法絕對的分工，貫徹罪刑法定原則，在量刑的領域中貫徹立法對於司法的控制<sup>145</sup>。

然而，上述的理念在憲政架構下，的確貫徹權力分立的原則，但實行上有若干困難，日本實務界曾對於這樣的理論，在日本司法體制內是否實用，為若干檢討，並進一步認為該理論不可行，其理由有 1、日本現行刑法是採取構成要件單純、法定刑範圍廣泛之立法，在罪刑均衡的實現上，相當程度需委由司法；2、在刑法的立法沿革上，未必詳盡調查各罪的科刑實際情形；3、在日本的刑事法制，修法是極為抑制的，而對應到社會情勢變化，短時間內僅能委由司法，法定刑與刑罰裁量之間的差距更加擴大<sup>146</sup>。4、刑罰裁量慣例的存在<sup>147</sup>。尤以第四者，更是主導日本實務界刑罰裁量的規範更勝法定刑的規範。

而我國是否有與日本同樣條件拒絕該理論的限制？分別觀之，在第一點而言，法定刑的幅度，可分成三種類型，分別為比較廣的構成要件與法定刑(如日、韓等國)；較細的構成要件與法定刑(如法、德等國)；以及設立刑罰裁量準則的定期刑(如美國)<sup>148</sup>。分別代表三種不同程度的法定刑幅度，而觀察我國制度，以殺人罪章為例，僅有將某些特殊情狀獨立立法，較普通殺人罪加重或減輕法定刑，未若規定較細微的國家，尚有區分手段與等級，而有不同的法定刑。可大概看出，我國立法例上係採前者較為廣泛的法定刑。

<sup>142</sup> 野村 和彦，「量刑における法定刑の意義：ブルンスの見解を中心に」，法政論叢，第 44 卷，第 1 号，第 25 頁，2007 年 11 月。

<sup>143</sup> 野村 和彦，前掲註 142，第 27-28 頁。

<sup>144</sup> 野村 和彦，前掲註 142，第 29 頁。

<sup>145</sup> 井田 良，「何が法定刑の引上げを正当化するか」，刑法雜誌，第 46 卷，第 1 号，第 24 頁，2006 年 6 月。

<sup>146</sup> 村越 一浩，前掲註 135，第 29 頁。

<sup>147</sup> 杉田 宗久，「平成 16 年刑法改正と量刑実務の今後の動向について」，判例タイムズ，第 1173 号，第 7 頁，2005 年 5 月。

<sup>148</sup> 松宮 孝明，前掲註 135，第 86-87 頁。

第二點而言，我國在刑法的制訂沿革上，適逢戰亂，其部分立法資料逸失，難以考究其是否有詳盡調查各罪之科刑實際情況；退步言之，即使資料齊全，我國現行刑法中，大部分的法定刑，仍屬於立法當時對廣大土地與人民之中國規範的法定刑，實有通盤檢討之必要。

第三點而言，我國對於刑事立法與修法較為活絡，但也有片段修法造成法定刑失衡的狀況產生<sup>149</sup>，反而造成法官推測立法者尺度的障礙，更勝於日本的立法抑制。

而第四點在我國實務界的觀察，是否具有如同日本實務界盛行的「量刑行情表」？在民間司法改革基金會於2004年2月所公布的「竊盜罪量刑分析」研究報告中發現，竊盜罪量刑的輕重，可能受到法官年齡、性別、城鄉分佈等因素的影響<sup>150</sup>，反而是受到法官個人因素的影響較大。而我國實務界亦有認為，以往的初任或新到任之法官，會向較資深之法官探聽當地之量刑行情，但現今標榜「審判獨立」，已少有上述情形，反而產生刑罰裁量差異<sup>151</sup>。或可認為，在我國實務界中，並無確切的刑罰裁量慣例。

綜合觀察，所謂的點理論的法定刑觀點，在我國的確受到法定刑幅度較為廣泛的限制，並且在立法上亦無通盤檢討各罪章法定刑，僅片段修正法定刑，難認有如何之尺度可供推敲，即使有也與現今社會嚴重脫節。因此，實不宜在我國貿然採用。

自由裁量理論的法定刑觀點，指在法定刑的範圍內，其具體的刑罰委由司法決定，亦即回歸法定刑之外在限制，法定刑本身對刑罰裁量無積極限制效果。然而並非謂法定刑之內即毫無內在規範，誠如最高法院80年台非字第473號判例所云：「法律上屬於自由裁量之事項，並非概無法律性之拘束。自由裁量係於法律一定之外部性界限內...使法官具體選擇以為適當之處理；因此在裁量時，必須符合所適用之法規之目的。更進一步言，

<sup>149</sup> 例如2002年為配合廢除懲治盜匪條例，單純的提高強盜罪之法定刑至五年以上有期徒刑，不僅打亂強盜罪與搶奪、竊盜等罪間的法定刑關係，並且僅僅以寥寥數語說明原強盜罪之法定本刑與被宣告違憲之懲治盜匪條例「相差懸殊」，作為提高法定刑之理由，實難推測立法者新的量刑尺度為何？

<sup>150</sup> 揭開法官量刑心證的黑盒子-司法統計實證研究，<http://www.jrf.org.tw/line/focus.asp?SN=434>，2008年4月3日。

<sup>151</sup> 洪昌宏，「從司法實務談量刑基準之抉擇」，收於《國際私法暨刑事法上刑之量定相關問題》，最高法院學術研究會叢書(十四)，第281頁，最高法院，2007年。

須受法律秩序之理念所指導，此亦即所謂之自由裁量之內部性界限。關於定應執行之刑，既屬自由裁量之範圍，其應受此項內部性界限之拘束，要屬當然...」其後最高法院在多次判決中<sup>152</sup>，更將所謂「法律秩序理念」具體提出為比例原則與平等原則等各種原則充實之，姑且不論其是否正確，但對於法定刑範圍內具有內在限制的肯定，是我國實務支配性的見解。至於其內在限制內涵為何？則容後於第五章介紹時詳述。

法定刑雖無對刑罰裁量的積極的形成機能，但仍有對刑罰裁量消極限制的機能，亦即起源於「權力分立原則」之「雙重評價禁止」的規範。蓋立法者在形成法定刑時，已考量某些刑罰裁量事實，並形之於不法構成要件、罪責或客觀處罰條件之中，因此這些要素已成為立法者決定法定刑的標準，不應於刑罰裁量時再次評價，作為加重或減輕刑罰的考量因素<sup>153</sup>。例如：強盜罪係以施以強暴脅迫藥劑催眠術等手段致使他人不能抗拒為構成要件要素，因此，在刑罰裁量之時，就不能再將行為人具有上述手段而為加重量刑之理由，但其手段強度則不在此限。又如過失致人於死罪中，被害人死亡之結果為本罪之構成要件要素，則不能再以被害人死亡為加重量刑之理由。

「雙重評價禁止」的規範。我國在 2005 年刑法總則大幅度修法時，並未如同德國刑法第 46 條第 3 項明文規定禁止，使其適用上是否必要，產生疑義。在德國，不僅成文的構成要件要素有其適用，在不成文構成要

<sup>152</sup> 例如最高法院 86 年台上字 7655 號判決：「...尤其是違反比例原則、平等原則時，得認係濫用裁量權而為違法...」、92 年台上字第 3865 號判決：「...查刑之量定乃法律賦予法院自由裁量之事項，倘於科刑時，已斟酌刑法第五十七條各款所列事項，未逾越法定刑度，又未明顯違背正義，即難謂違法...」、93 年台上字第 2550 號判決：「...刑之量定，乃實體法上賦予法院得為自由裁量之事項，法院行使此項職權時，應審酌刑法第五十七條所列各款事項及一切情狀，亦即須符合客觀上之適當性、相當性與必要性之要求，不得逾越此等特性之程度，用以維護其均衡...」、93 年台上字第 2864 號判決：「...刑之量定，乃實體法上賦予法院得為自由裁量之事項，法院行使此項職權時，自應受比例原則與平等原則等一般法律原則之支配；所稱之比例原則，指行使此項職權判斷時，須符合客觀上之適當性、相當性與必要性之價值要求，不得逾越此等特性之程度，用以維護其均衡；而所謂平等原則，非指一律齊頭之平等待遇，應從實質上加以客觀判斷，對相同之條件事實，始得為相同之處理，倘若條件事實有別，則應本乎正義理念，分別予以適度之處理，禁止恣意為之...」、93 年台上字第 3746 號判決：「...刑之量定，因為實體法上賦予法院得為自由裁量之事項，但此項職權之行使，並非得恣意為之，仍應受比例原則、平等原則、罪刑相當原則之支配，審酌刑法第五十七條所列各款應行注意事項及一切情狀為之，使輕重得宜，罰當其罪，以符合法律授權之目的，此即所謂自由裁量權之內部界限...」等。更多實務見解及分析，可參照，林增福，「由美、英兩國量刑基準之制訂，談我國法治對於刑罰裁量權之限制」，收於，國際私法暨刑事法上刑之量定相關問題，最高法院學術研究會叢書(十四)，第 231-235 頁，最高法院，2007 年。

<sup>153</sup> 林山田，前揭註 28，第 538-539 頁。柯耀程，前揭註 28，第 520-524 頁。

件要素亦同適用之，只要是立法者在立法時所考量的要素，皆在「雙重評價禁止」原則的範疇內<sup>154</sup>。對於「雙重評價禁止」原則最為爭議之點在於其適用範圍不明確，立法者究竟已考量過哪些要素，並不具體<sup>155</sup>。假如無限制的認為所有立法者已考量過的因素都應排除，不正是反向的與點理論持相同看法，亦即必須由法官推測立法者已考量過哪些要件而消極排除之。因此，本文基於上述反對點理論的相同立場，認為過度的「雙重評價禁止」原則，並不宜適用於我國現行法制。但立法者所明訂之成文構成要件要素、罪責要素與客觀處罰條件，或普遍被承認之不成文犯罪成立要素，仍應嚴格遵守「雙重評價禁止」原則，不得於刑罰裁量時再度作為刑罰加重或減輕之依據，是為法定刑在刑罰裁量上的消極限制機能。

綜上所述，法定刑與刑罰裁量之關係，在我國現行法制下，應當具有本於法規範本質的外在限制的機能，亦即法律保留、罪刑法定對於行為人的基本保障，與刑罰裁量上的消極限制機能，亦即雙重評價禁止原則。至於法定刑本身對於內在刑罰裁量形成的機能，則仍不容許。

### 第三項 處斷刑與刑罰裁量

法官本應於法定刑範圍內為刑罰裁量，然由於受到法律規定之刑罰加重減輕事由，導致法定刑的範疇受到變動，而產生「處斷刑」的概念，因此法官必須在處斷刑範疇內，為刑罰裁量之判斷，其外在限制的規範功能與法定刑的觀念並無二致。

處斷刑之立法例上有職權主義與法定主義兩種，所謂職權主義，係指當法定事由發生時，具體案件內是否具備加重或減輕之必要，委由法官裁量，始得出處斷刑；而所謂法定主義，係指當法定事由發生時，法官無裁量是否加重減輕法定刑之權限，必須依法律規定調整法定刑幅度，得出處斷刑<sup>156</sup>，後者情況實與法定刑概念相當，理應與前述法定刑之規範功能相當。誠有疑義者，在屬於職權主義之處斷刑，是否有雙重評價禁止原則之規範機能？

<sup>154</sup> イエシエック=ヴァイゲント，西原 春夫監訳，「ドイツ刑法総論」，成文堂，原著第5版の抄訳，第717頁，1999年。林 美月子，「量刑における二重評価の禁止」，神奈川法学，第26卷，第1号，第139頁，1990年12月。

<sup>155</sup> 林 美月子，前掲註154，第137-138頁。川崎 一夫，「体系的量刑論」，成文堂，第149-150頁，1991年。

<sup>156</sup> 褚劍鴻，刑法總則論，第406頁，自版，1998年7月增訂12版。

法律對於法定刑的調整，在我國刑法中以兩種形式呈現，亦即上述之職權主義<sup>157</sup>與法定主義<sup>158</sup>，因此，上開疑問在我國刑法中，是必然遇到的難題。亦即，在法官依法律明文授權調整法定刑後，能否再次依該調整法定刑之原因，作為處斷刑內為刑的加重或減輕裁量之依據？或有認為，處斷刑的選擇與刑罰裁量的決定，應該由全部的行為情況與行為者人格全體評價，因此不受雙重評價禁止的規範<sup>159</sup>。事實上，對於法定刑的調整應區分看待，以責任條件為例，立法者明文規定十四歲以上未滿十八歲人之行為，得減輕其刑，因此法定刑即受到調整，關於年齡係屬於客觀上一定存在之事實，既已受立法者所普遍考量，自不得由法官於個案中，將行為人之年齡作為刑罰裁量之依據，但是具體的責任能力減低之程度為何，仍屬於法官得判斷之範疇<sup>160</sup>。因此，即使在職權主義之處斷刑的情況下，假如法官決定依法律授權而為法定刑之調整時，即已接受立法者對於法定刑調整的判斷，況且其減輕或加重之幅度亦已由法律所規定，變化幅度也由立法者所明訂<sup>161</sup>，自不許法官再行以同一因素，於處斷刑範疇內為刑罰裁量之論據。但如同前述，本文認為除明文規範或普遍被認同之考量要素外，其餘的處斷刑形成之因素，仍不對法官造成消極限制。故刑罰裁量時，如同法定刑一般，法官仍受處斷刑的消極限制，亦即處斷刑形成因素的雙重評價禁止。

#### 第四項 宣告刑與刑罰裁量

宣告刑的意義在於對特定犯罪行為科以一定之刑罰，因此宣告刑的形成過程，即為刑罰裁量本身，法院在法定刑或處斷刑範疇內，以一定的刑罰目的性，為刑罰裁量因素的考量，即為該過程。而其裁量結果，稱為宣告刑。

宣告刑的方式有兩種制度，一為絕對的決定主義，即為定期刑宣告主義；一為相對的決定主義，即不定期刑宣告主義<sup>162</sup>，前者，係在法定刑或處斷刑範疇中，由法院裁量出確定刑量，進而執行。而後者，則是不宣告被告確定

<sup>157</sup> 例如：刑法第 16 條關於違法性錯誤之刑事責任、第 18 條關於責任能力之年齡規定、第 19 條關於責任能力中精神狀態之規定、第 25 條第 2 項關於未遂犯處罰之規定、第 59 條關於犯罪情狀顯可憫恕酌減之規定、第 62 條關於自首之規定等。

<sup>158</sup> 例如：刑法第 27 條關於中止犯之規定、第 47 條關於累犯之加重規定、第 63 條關於老幼年者所犯本刑為死刑或無期徒刑之規定、第 166 條關於犯湮滅證據罪而自白之規定等。

<sup>159</sup> 林美月子，前揭註 154，第 146 頁。

<sup>160</sup> 川崎一夫，前揭註 155，第 151 頁。柯耀程，前揭註 28，第 523 頁。

<sup>161</sup> 減輕之規定如刑法第 66 條、第 73 條，而加重的部分則由各該規定定其幅度。

<sup>162</sup> 褚劍鴻，前揭註 156，第 396 頁。

之刑度，視執行情形決定刑期，又可分為兩種型態，一為僅宣告刑的種類；一為宣告刑的期間<sup>163</sup>，亦即仍有最長之刑期。前者為絕對不定期刑，後者為相對不定期刑。

定期刑固為罪刑法定之表現，但相對不定期刑並非絕不容許，以同為刑事制裁手段之感訓處分為例，依我國少年事件處理法第42條第3項之規定，即可不宣告處分期間，但依同法第53條規定，最長仍不得超過三年。再者，比較法制上，相對不定期刑亦曾運用在刑罰，例如美國在1984年量刑改革法案之前，就曾受特別預防目的之影響，雖形式上定有確定刑期，但透過部分機制運作，形同實際的相對不定期刑，其方式係將被告判處以最高刑期，而嗣後再將具體刑期的判斷工作，大量交由假釋委員會判斷受刑人是否已達改善的刑罰目的<sup>164</sup>，透過假釋機制達成相對不定期刑的實質內涵。因此，除形式上的相對不定期刑外，實質的相對不定期刑，在運作上，仍非罕見，即使在採定期刑的我國而言，若採上述的方式，仍可能發生相對不定期刑之效果。

## 第五項 執行刑與刑罰裁量

在通常情況下，宣告刑即為執行刑，但若有易刑處分或數罪併罰之情形，兩者即非指同一意涵。在前者，易刑處分在我國刑法中有易科罰金、易服勞役、易以訓誡等三種，其適用上較無疑義。而數罪併罰則是執行刑中，較具爭議者。數罪併罰之所以為爭議點，其原因除競合論的糾結外，在94年刑法修正後，對於連續犯與牽連犯的廢除，更是引起我國對於數罪併罰之刑罰裁量問題極大的討論。

依我國刑法第50條之規定，執行刑的適用，限於裁判確定前犯數罪者，始得當之，若於裁判確定後另犯他罪者，依司法院大法官會議第202號解釋之意旨，此情形並非數罪併罰的範疇，而應以合併執行，並且不受第51條第5款但書之限制，亦即合併執行得超過30年的數罪併罰有期徒刑上限。

數罪併罰而定執行刑，所爭議之競合問題，最主要者在於連續犯刪除後，

<sup>163</sup> 褚劍鴻，前揭註156，第396頁。

<sup>164</sup> 遠藤邦彥，「量刑判斷過程の總論的検討(第4回)」，判例タイムズ，第1187号，第36頁，2005年11月。

因其本質為數罪，必須回歸數罪併罰處置，而可能產生的罪刑失衡疑慮<sup>165</sup>，以連續犯數竊盜罪為例，其定執行刑時，上限可能高達30年，下限則可能為6個月，如此廣泛的裁量空間，也難以透過刑罰裁量解決，若使刑罰裁量取代法律效果的規定，將無法透過立法限制法官恣意，其問題大於承認連續犯的概念<sup>166</sup>。上述問題的癥結在於，原本對於罪刑均衡的概念即屬抽象，在單一罪刑中，尚且有法定刑上下限可供制衡，也具有形式上的民主正當性，可作為罪刑均衡的憑藉，但是到了數罪併罰的情況，已無法審視究竟何種情形始得符合罪刑均衡，也導致連續犯問題，陷入存廢皆有其理之現象。因此根本的問題，尚須透過澄清罪刑均衡概念來排解，而關於刑罰裁量的罪刑均衡問題，容後詳述。

## 第二節 犯罪論與刑罰論之探討

刑罰論的理論變遷在近代對犯罪論的發展，產生卓著影響，在探討刑罰裁量理論前，對於其分際的討論，可使刑罰裁量所應考量範疇的掌握更加明確，更可藉此釐清以大一統方式討論刑罰目的所產生之疑問。兩者的關係，如同德國學者 Bernd Schünemann 所言：「我們需要一個以法學方法確定之法體系，其相較於以日常語言所理解的實證法全體在語意上有更為豐富的內涵；另一方面我們在建構此體系時，不可能不使用刑事政策的目標設定，不然就犯了方法上嚴重錯誤。」<sup>167</sup>，純粹法律解釋的探討已無法滿足刑事法體系的發展，甚至可說其發展毫無目的方向性，因此，犯罪論與刑罰論之關係，反倒如同自然法與實證法兩者之關係一般，而其內涵變化為何，則是本文探究的重點。

以下，本文將針對犯罪論與刑罰論兩者，採行結合說的可能性與其內涵先行探討，藉以釐清犯罪論與刑罰論之關連性，也只有在確立結合說之容許性後，分別檢討犯罪檢證體系中，各該階層所展現之刑罰目的觀，才具有合理性。並且本文將針對犯罪檢證體系的各階層略為闡述其沿革與內涵，藉以作為討論其與刑罰目的關連性的根基。

<sup>165</sup> 林山田，前揭註28，第354頁。

<sup>166</sup> 柯耀程，前揭註28，第245-246頁。

<sup>167</sup> Bernd Schünemann，「刑法體系與刑事政策」，許玉秀、陳志輝合編，不疑不惑獻身法與正義-許迺曼教授刑事法論文選輯，第38頁，公益信託春風煦日學術基金，2006年。

## 第一項 結合說之容許性

犯罪論與刑罰論的關係，實則從犯罪體系的發展沿革可窺知一二，近代刑法理論發展，從原始的以刑罰目的思想，作為對抗專擅刑法手段的發展重心，逐漸因有成果而慢慢推移至犯罪檢證理論的精緻化，將形式的人權保障，推向實質的人權保障理想，在極度精緻化的過程中，最後又回頭探究刑罰目的，以正當化新的體系發展，犯罪論與刑罰論的糾葛，著實烙印在犯罪體系的發展史上。回歸問題本身，究竟犯罪論與刑罰論之關係為何？應採全然分開的分立說，或是相互影響的結合說，其實在犯罪檢證體系的發展過程中，答案已呼之欲出。下面就分別對犯罪檢證體系的概念與流變，探討結合說的容許性。

### 第一款 犯罪檢證體系的概念

首先要提出的疑問為，犯罪檢證體系的作用為何？犯罪檢證體系並非學者一夕間憑空想像出來的知識產物，而是透過不斷的討論，在學說上慢慢發展，將零星的法律概念串連而成，形成體系化的構造<sup>168</sup>。整個發展的契機，學者 Claus Roxin 有一段簡短而精彩的整理：其認為犯罪體系的構成，是由 Albert Friedrich Berner (1818-1907)所提出的「行為」概念提供犯罪檢證體系的根基，並接著由 Rudolf von Jhering (1818-1892)將「客觀違法性」概念由罪責當中分離，而 Ernst Beling (1866-1932)則在其著作「犯罪論」中創設「構成要件」概念，Reinhard Frank (1860-1932)在其「責任概念的構造」論文中，將「責任論」推向新的發展，上述個別法律概念的提出，為犯罪體系建立重要根本，進而由 Franz v. Liszt (1851-1919)與 Ernst Beling、Max Ernst Mayer (1875-1932)、Edmund Mezger (1883-1962)、Hans Welzel (1904-1977)等體系發展的大家，陸續將體系建立<sup>169</sup>，並使犯罪檢證體系成為刑法發展的重心。一般稱為犯罪論，本文討論上著重在其篩檢行為之程序流程功能，故稱其為犯罪檢證體系。

但回到先前的疑問，犯罪檢證體系的作用為何？亦即，原本個別的關

<sup>168</sup> 林東茂，「一個知識論上的刑法學思考」，收於，一個知識論上的刑法學思考，第 24-25 頁，2007 年 3 版 1 刷。ロクシン，前掲註 32，第 195 頁。

<sup>169</sup> ロクシン，前掲註 32，第 195 頁。

於犯罪的法律概念，為何要有系統的整合？並作為檢驗犯罪與否的流程。關鍵的問題在於判斷犯罪與否的「可預測性」。假設放棄體系檢證犯罪流程，將使原本所欲透過法律解決的社會衝突，受到用語的影響，使多樣的生活觀與生活秩序介入，而回到用日常生活的方式解決紛爭<sup>170</sup>，並且容易受到人類激動的感情，亦即最不易確定的法感情所影響<sup>171</sup>，喪失原本依體系架構檢證的可預測性，犯罪構成與否流於隨機。因此，犯罪成立與否的可預測性，是犯罪檢證體系的關鍵作用。並且其由此衍生的優點如在思考上的經濟、法律效果適用的均衡與標準化、透過體系思考創造法律發展<sup>172</sup>、避免體系矛盾，使評價觀點統一<sup>173</sup>，都是利用體系檢證犯罪的作用與正面效果。

## 第二款 犯罪檢證體系的流變

犯罪檢證體系的發展中，犯罪論與刑罰論的關係如何？實乃實證法與自然法的戰場之一，本文旨在描述犯罪論與刑罰論之關連性，無意捲入其紛爭。因此，僅就其理論本質中，刑罰論介入可能性為分析，合先說明。

「古典體系」源自於實證主義的發展，是典型的利用經驗事實的描述，建立犯罪體系的架構。因此其認為犯罪行為的確定與存在，並無二致<sup>174</sup>，體系的建構著重在事實的還原，也就無行為事實以外，刑事政策的介入空間。誠如 Liszt 所言，刑法是刑事政策不可超越之界限，刑法釋義學之體系建構與刑事政策之目的行為互相對立之背景乃法律實證主義，並且其相信立法者已做出所有的決定<sup>175</sup>。是對於古典體系將體系設限於自然事實呈現的最佳註解。

而「新古典體系」受到新康德哲學的影響，認為單純透過事實的實證分析，不可能發現評價事實的規範標準<sup>176</sup>。犯罪的概念必須依照刑法所追

<sup>170</sup> Bernd Schünemann,「刑法體系思想導論」，許玉秀、陳志輝合編，不疑不惑獻身法與正義-許迺曼教授刑事法論文選輯，第 251-252 頁，公益信託春風煦日學術基金，2006 年。

<sup>171</sup> ロクシン，前掲註 32，第 206 頁。

<sup>172</sup> ロクシン，前掲註 32，第 207-210 頁。

<sup>173</sup> イエシエック=ヴァイゲント，前掲註 154，第 145-146 頁。

<sup>174</sup> Bernd Schünemann，前掲註 170，第 265 頁。

<sup>175</sup> Bernd Schünemann，前掲註 167，第 41 頁。

<sup>176</sup> Bernd Schünemann，前掲註 170，第 269 頁。

求的目的，以及以其為基礎的價值觀，形成體系<sup>177</sup>，故新古典體系在犯罪判斷上，逐漸在各階層中加入價值判斷的因素。在構成要件中認為，應對行為人的主觀意思加入規範性的價值判斷；在違法性中認為，其本質係指行為在實質上具有社會損害性；在罪責中加入規範的罪責要素，亦即可非難性的概念<sup>178</sup>。規範價值大舉進入犯罪判斷體系，讓許多不確定的價值判斷進入犯罪檢證體系構成中，卻也因此使其對於權威的意識型態失去抵抗力<sup>179</sup>。對於何謂價值未清楚交代，交由文化價值評斷，是新古典體系在結構上為兼納廣大價值觀念，所產生先天上的不良。但無論如何，價值觀念的介入，是新古典體系對犯罪體系的震盪。

「目的體系」則是由目的行為論所主導，建構一個存在論的犯罪檢證體系，目的行為論大師 Welzel 從存在論的角度認為，所有的秩序和意義存在於客觀現實之中，因此價值就是一種存在的事實<sup>180</sup>，不需另外賦予意義，而這樣的物本邏輯結構，係先於法律而存在的，並且該人類學上不變的因素，直接規範立法者，而排除刑事政策的適用<sup>181</sup>。簡言之，目的體系基本的概念是告訴我們價值與秩序是本來就存在的事實，不必透過多餘的價值解釋賦予其原本就有的意義，因此，所謂目的論的體系，相較於古典體系，更加重視實證，而排斥刑事政策介入。

目的行為論上述關於價值已然存在的論述，遭受到後來的「新古典暨目的論綜合體系」所抗拒，但其仍舊保留目的體系對於犯罪體系結構上的調整，例如對於主觀構成要件的承認，以及其所連帶的對罪責的調整等。大抵上該體系形成「不法」是對於行為無價值的判斷，而「罪責」是說明行為人所表現之無價值判斷<sup>182</sup>。更重要的是其分別在不法的部分用社會損害性的價值思考；在罪責部分，用可非難性的價值思考，作為形成各該階層的中心思想，是受新古典體系的影響<sup>183</sup>。也使刑事政策考量依存這些概念，偶然隱含於體系之中。

犯罪檢證體系是否必然與刑罰論涇渭分明？此乃對於犯罪檢證體系，

<sup>177</sup> イエシエック=ヴァイゲント，前掲註 154，第 149 頁。

<sup>178</sup> 林山田，刑法通論(上冊)，第 185-186 頁，自版，2008 年增訂第 10 版。

<sup>179</sup> イエシエック=ヴァイゲント，前掲註 154，第 149 頁。

<sup>180</sup> 許玉秀，犯罪階層體系及其方法論，第 93 頁，自版，2000 年。

<sup>181</sup> Bernd Schünemann，前掲註 167，第 45 頁。

<sup>182</sup> ロクシン，前掲註 32，第 200 頁。

<sup>183</sup> 林東茂，前掲註 168，第 35 頁。

過去百年以來發展的大哉問，由於犯罪檢證體系，往往僅為刑罰裁量前提的評價系統，這也是犯罪檢證體系的盲點。亦即，在犯罪檢證體系下，無法滿足刑事政策的需求<sup>184</sup>，犯罪檢證之過程，由於被體系所限制住，常常忽略其他政策性考量的餘地，或是偶然與體系連結，但卻不具全盤考量。這當然也是犯罪體系基於保障被告權利，維持犯罪成立之可預測性，所營造出的保障機能<sup>185</sup>，即所謂犯罪論與刑罰論的分立說。然而，採行分立說最大的盲點，在於犯罪檢證體系缺乏目的性，使刑罰目的達成的可能性降低，並且使犯罪檢驗的各該階層內容不充分<sup>186</sup>，犯罪檢證體系不應僅具有如法律保留的消極限制機能，更應將正當化的價值納入體系之中。法律雖源自於實證經驗，卻仍不得忽略價值的重要性<sup>187</sup>，犯罪檢證的體系需有價值的引導，才不至於使經驗的方向偏差，而背離原本所欲維持的秩序。單純的從人權保障的觀點看待犯罪檢證體系，顯然是忽略了憲法上，對於國家行為實質正當性之阻卻違憲事由的要求。更何況所謂的法律保留之形式保障，早在罪刑法定的部分受到關注，在犯罪檢證體系下，實無須再過度的全然保障犯罪成立的「可預測性」。再者，從實證法與自然法紛爭中，過去體系的轉變，正是兩者分合的體現，立於實證主義的古典體系，受到新康德哲學思想的衝擊，於體系中加入了價值評價的因素，形成新古典體系，之後納粹時期將其貶為個人及自由主義<sup>188</sup>，即使在戰後仍無法恢復<sup>189</sup>，於是目的體系又返回擁抱實證主義，隨著目的行為論被檢討，新康德的思想又再度融合於體系中。上述的體系演變，實則為實證法與自然法的正反合交錯，可以肯定的是，不具備價值觀的實證體系，終究會因判斷上的盲點，而求助於自然法。因此，要建立一個全然與價值觀分離的犯罪體系，是不可得的。而剩下所需檢討的部分，即如何的價值觀始能與犯罪體系融合而不陷於抽象或恣意？

如前所述，新古典理論中，將規範價值的概念，委由文化價值形成，但卻陷入另一紛爭，亦即文化價值的模糊不清，因此，學者 Roxin 認為在保留新康德思想的同時，應當將其十分模糊之文化價值概念，用特殊的刑

<sup>184</sup> ロクシン，前掲註 32，第 212-214 頁。

<sup>185</sup> 松原 芳博，「犯罪論と刑罰論との關係」，刑法雜誌，第 46 卷，第 2 号，第 236 頁，2007 年 2 月。林鈺雄，新刑法總則，第 119-120 頁，自版，2006 年。

<sup>186</sup> 松原 芳博，前掲註 185，第 236-237 頁。

<sup>187</sup> 林東茂，前掲註 168，第 47-54 頁。

<sup>188</sup> Bernd Schünemann，前掲註 167，第 44 頁。

<sup>189</sup> 或有認為此時做為戰犯國的知識份子，談規範目的或規範本質，會有自我否定的壓力。參照，許玉秀，前掲註 180，第 1 頁。

事不法基準，亦即以現代刑罰目的理論的刑事政策基礎取代之<sup>190</sup>。此舉不僅解決文化價值模糊的缺點，更重要的是保留價值判斷的根本體系結構，形成機能的刑法體系，亦即所謂「目的理性體系」。目的理性體系最初由Roxin所具體化，其反對目的體系，認為刑法體系的建構，不能依據存在的既有事實<sup>191</sup>，而是必須完全以刑法的目的為導向<sup>192</sup>。這樣的主張，徹底將犯罪論與刑罰論之藩籬除去，使刑罰目的對於犯罪體系產生指引功效，並藉此作為體系正當化的檢證依據。而誠如前述(第二章)，本文認為刑罰目的觀應做功能性的分配，以達其適當功用，並避免理論紛爭。實則目的體系理論正是在刑罰裁量基準的建立上，開拓新的理論發展可能。

綜上所述，本文認為，犯罪論與刑罰論的關係，若以合理的刑罰裁量基準建立為目標，應採結合說，並且，係以目的理性體系為核心，而以下將針對在目的理性體系下，指導各該階層的刑罰目的為何一一探討，為刑罰裁量基準建立合理前提。

## 第二項 不法構成要件之刑罰目的觀

不法構成要件中所應體現的刑罰目的觀為何？在目的理性體系下，引導著不法構成要件的規範方向。然而，在討論不法構成要件之刑罰目的觀，應分別針對幾項議題探討，首先，應探討不法構成要件之內涵為何？此涉及構成要件與違法性概念關係的歷史分合；再者，分別檢討不法構成要件中，其內涵所體現的刑罰目的觀，雖然在目的理性體系下，是由刑事政策引導出階層內涵，但在討論與推敲的過程中，反向的推論，由內涵推敲出犯罪階層體現之刑事政策，並進而檢討其正當與否，是討論上較為便利之方法。因此，本文以下即先對於不法構成要件之內涵與所涉及相關議題討論，並進而推敲、檢討不法構成要件體現之刑罰目的觀。

從構成要件的歷史觀察可以發現，構成要件的内涵雖不斷演進，但中心

<sup>190</sup> ロクシン，前掲註 32，第 201 頁。林東茂，前掲註 168，第 36 頁。許玉秀，前掲註 180，第 102 頁。

<sup>191</sup> 此乃學者許玉秀之譯法，參照許玉秀，前掲註 180，第 38 頁。另有稱為「本體的先在事實」，參照，林東茂，前掲註 168，第 36 頁。指的皆是存在論的基本主張，即所謂「先於法律而存在的事實」概念。

<sup>192</sup> ロクシン，前掲註 32，第 200-201 頁。許玉秀，前掲註 180，第 38 頁。林東茂，前掲註 168，第 36 頁。

思想始終與罪刑法定原則相關連<sup>193</sup>。然而，在構成要件的內涵不斷的演進同時，罪刑法定原則被提升為憲法位階的法律保留原則，則此時不禁回頭檢討，構成要件的機能還有什麼？以下，即先就構成要件歷史的觀察，分析檢討之。

### 第一款 構成要件的歷史演進與內涵

構成要件的歷史發展，可以幾位理論的代表人物看出構成要件的演變，分別是 Beling 以前訴訟法意義的構成要件，Beling 之後的行為類型說，Mayer 發現規範構成要件要素，Mezger 的存在根據說等，分別概述如下：

構成要件的沿革，可溯源到中古世紀，其意義係指依刑事程序所證明的犯罪事實，稱之為構成要件，是訴訟法上意義時期<sup>194</sup>。然隨著罪刑法定思維的展開，Feuerbach 等將構成要件引入實體法中，將構成要件區分為一般構成要件與特別構成要件，但仍缺乏刑法上的意義<sup>195</sup>。

Beling 在 1906 年的大作「犯罪的理論」及其後於 1930 年修正的著作「構成要件的理論」中，將構成要件概念具體化<sup>196</sup>，認為構成要件有兩種特徵，即「客觀」與「無價值」，前者，將主觀的要素從構成要件中分離；後者，則是將違法性與構成要件區別<sup>197</sup>。因此在 Beling 的構成要件概念中，具有價值中立的特性，僅為描述性且客觀的要素，始得為構成要件要素。故構成要件具有犯罪的行為類型功能，概念上源自於罪刑法定原則，是構成要件在犯罪體系上最典型的功能，在往後的發展中，也少有挑戰該機能者。

Mayer 以 Beling 的行為類型說為出發點，認為構成要件該當性僅為描述性的客觀概念，是違法性最重要的認識根據或證明資料<sup>198</sup>，然而其卻另外發現所謂「規範性構成要件要素」，亦即在構成要件要素中，是有部分要素需判斷違法與否，使得違法性價值判斷的色彩，進入構成要件當中，

<sup>193</sup> 曾根 威彦，前揭註 27，第 175-176 頁。

<sup>194</sup> 大谷 實，前揭註 68，第 111 頁。

<sup>195</sup> 大塚 仁，前揭註 5，第 114 頁。

<sup>196</sup> 大塚 仁，前揭註 5，第 115 頁。

<sup>197</sup> ロクシン，前揭註 32，第 294-295 頁。

<sup>198</sup> 大塚 仁，前揭註 5，第 115-116 頁。

構成要件為中立無價值性的思維，開始受到動搖<sup>199</sup>。由此發軔，Erik Wolf (1902-1977)更進一步認為即使是描述性的構成要件要素，仍須藉由法官評價規範的界限<sup>200</sup>，從而，構成要件具有徹底的規範形象，是不可能揚棄的價值要素與存在要素之合作架構<sup>201</sup>。至此，Beling 的行為類型說主張中，認為構成要件是純描述性的價值中立概念，已被嚴重質疑，正如同古典理論受到新康德哲學思想所影響，產生新古典理論的價值觀念。

Mezger 更進一步強化構成要件與違法性的關係，認為構成要件該當的行為，限於無阻卻違法事由，始得成為違法行為，故構成要件該當的事實，是其本身違法性的實質根據<sup>202</sup>。另外，Mezger 更認為，構成要件要素中，必須考量主觀因素，是對於前述 Beling 的行為類型說中，認為構成要件係純客觀的概念的質疑。針對此點，目的行為論者，更是直接將主觀構成要件要素，從原本於罪責中討論的概念，提升至構成要件當中，作為犯罪檢證體系的一環。至此，構成要件概念，已從 Beling 的行為類型說，被演進成「非純客觀」也「非無價值」的構成要件概念。

在上述構成要件的歷史概述中，除概念本身的演變外，更可看出構成要件與違法性的關係微妙。從 Beling 採價值中立之構成要件概念，使違法性與構成要件涇渭分明，而 Mayer 對規範構成要件要素的發現，使構成要件與違法性兩者概念相形接近，到了 Mezger 更是直接認為構成要件該當是違法性的根據。從構成要件的演進中，似乎已將違法性概念吞噬，形成一個整體的不法構成要件<sup>203</sup>。價值中立的構成要件概念，隨著規範性構成要件要素的發展，漸漸喪失<sup>204</sup>。對於不法價值的衡量與否，不再是構成要件與違法性的區別標準，在構成要件概念中，也有如同違法性一般，對於不法概念的價值判斷因素。因此兩者的關係勢必因構成要件概念的發展，而必須進行調整。

尤有進者，由學者 Adolf Merkel (1836-1896)首先提出的「負面構成要件要素理論」，認為要檢證行為的不法，除了構成要件要素全部具備之外，

<sup>199</sup> 柯耀程，「刑法行為評價架構的演變及省思」，收於氏著，變動中的刑法思想，第 22-23 頁，自版，2001 年修正 2 版。

<sup>200</sup> 柯耀程，前揭註 199，第 23 頁。ロクシン，前揭註 32，第 297 頁。

<sup>201</sup> ロクシン，前揭註 32，第 297 頁。

<sup>202</sup> 前田 雅英，前揭註 6，第 42-43 頁。

<sup>203</sup> 柯耀程，前揭註 199，第 53-54 頁。

<sup>204</sup> 井田 良，「刑法總論の理論構造」，成文堂，第 127-128 頁，2006 年初版 3 刷。

還需阻卻違法事由的不存在，始構成行為的不法<sup>205</sup>。構成要件與違法性的概念，在該理論中已無區分。

該理論備受爭議的問題在於，使原本由構成要件所形成的規範效果，因此而失去區別功能。反對者認為，構成要件不該當之行為，與構成要件該當但阻卻違法之行為，係有區分上的價值，而負面構成要件要素理論則是將兩者同一看待，使構成要件的機能盡失。再者，反對者認為，構成要件是普遍的判斷要素，而違法性則是個別判斷利益衡量的要素，兩者混同，將使行為的審查複雜化<sup>206</sup>。

對於反對者之理由，首先，論者認為法益保護本無絕對性，受到利益衡量下所不處罰的行為，與構成要件不該當的行為，在價值上並無不同<sup>207</sup>，如同憲法上對於權利不可侵犯的相對性一般，只要符合一定條件，權利仍可受適當限制，重點仍在衡量的合理與否，而非權利受侵害所彰顯的表徵為何。再者，對於本質上的區分，將構成要件認為是普遍的判斷要素而無個別的價值判斷，顯然忽略了構成要件在演進上的改變。並且對於所謂普遍與個別的概念，在犯罪判斷中，不具實益，蓋在每個行為的判斷上都是個案的判斷<sup>208</sup>，普遍與個別的區分，在實際案件中，並無意義。

然而，在傳統構成要件與違法性區分的體系中，如前所述，於構成要件的規範性被發現後，兩者本質上的區分，已難涇渭分明。目前多數的論者認為，以一個不法構成要件的上位概念，來包含構成要件與違法性，而使二者在行為審查上仍具個別意義<sup>209</sup>。其實就是受到構成要件規範性的影響後，使得違法性的概念難以與構成要件完全割離，進而使用一個上位概念來包含兩個界限模糊的概念，用以說明兩者關係密切，但仍可保留其檢驗的個別意義。而反之，在前述的負面構成要件要素理論中，並非渾然的將構成要件與違法性一併思考，其在思考的流程上，仍須於構成要件判斷

<sup>205</sup> 黃榮堅，前揭註 77，第 198-200 頁。

<sup>206</sup> ロクシン，前揭註 32，第 302 頁。

<sup>207</sup> 黃榮堅，前揭註 77，第 202-203 頁。Bernd Schünemann，「在萊比錫和維也納刑法註釋書中所呈現出刑法修正後的德語區刑法學」，許玉秀、陳志輝合編，不疑不惑獻身法與正義-許迺曼教授刑事法論文選輯第 312 頁，公益信託春風煦日學術基金，2006 年。井田 良，前揭註 204，第 129-130 頁。

<sup>208</sup> 許玉秀，前揭註 180，第 65 頁。

<sup>209</sup> ロクシン，前揭註 32，第 300-303 頁。

上，另行對於消極構成要件要素的不存在為檢驗<sup>210</sup>。兩者在步驟檢驗上，其實已無太大差異。這也足以說明二階論與負面構成要件要素理論兩者所指稱的，雖不一定是同一概念，但內涵上已相去不遠，所剩差別，僅在於構成要件與違法性，是否仍須有個別獨立的意義而已。該差異則展現在容許構成要件錯誤與反面容許構成要件錯誤的處理差別。

在容許構成要件錯誤的處理上，二階論是以行為人欠缺不法意識看待，不法意識的定位問題，直接影響二階論判斷的結論。而首要解決的是不法意識的內涵問題，若將不法意識的概念僅定義為對於「實質違法性」的認識<sup>211</sup>，則不法意識的概念，隨著整體不法構成要件的建立，其意義將喪失在構成要件與違法性界限模糊中，使得不法意識被故意概念所涵蓋，而失去其獨立意義，在二階論中是如此，在負面構成要件要素理論中亦然<sup>212</sup>。因此，不法意識的認識對象，應當是行為有違反法律規範的禁止或誡命<sup>213</sup>，始具有定位上的特殊意義。

而在二階論的學說討論上<sup>214</sup>，對於欠缺不法意識的處理，基本上分成「故意說」與「罪責說」，「故意說」的概念是指，行為人在欠缺不法意識的情況下，因不法意識包含於故意當中，故阻卻故意。反之，採「罪責說」者，則認為不法意識欠缺，是影響行為人罪責，而不影響故意構成要件的成立，其效果視行為人對於不法意識的欠缺是否不可避免而異。另外尚有各該修正理論的「限制故意說」與「限制罪責說」，「限制故意說」所要處理的是所謂法盲目或法敵對者，於故意說中的漏洞，並進而認為上述情形下，不法意識欠缺，不影響故意的成立。採「限制罪責說者」是將「誤認行為為法律所許可」與「誤認有阻卻違法之前提事實存在」兩種情形分別處理，前者，認為與罪責說相同，亦即不阻卻故意，影響罪責，後者，則是以類推適用欠缺故意處理。另外尚有採「限制法律效果責任說」，認為在上述情形下，行為人並未欠缺故意，而是援引欠缺故意的法律效果。以上對於容許構成要件錯誤的處理，是在二階論中仍堅持構成要件與違法性具有個別性，所產生對於容許構成要件錯誤的各種解決方案。

<sup>210</sup> 許玉秀，前揭註 180，第 66 頁。

<sup>211</sup> 松原 久利，「違法性の錯誤と違法性の意識の可能性」，成文堂，第 38-39 頁，1992 年。

<sup>212</sup> 黃榮堅，前揭註 85，第 698 頁。

<sup>213</sup> 林山田，前揭註 178，第 398 頁。

<sup>214</sup> 黃榮堅，「刑法解題-關於不法意識及犯罪結構」，收於氏著，刑法問題與利益思考，第 179-183 頁，元照出版公司，1999 年。黃榮堅，前揭註 77，第 262 頁。

若以負面構成要件要素理論處理，則因行為人未認識阻卻違法事由不存在，其結論為主觀不法構成要件不具備，直接就在不法構成要件當中將問題處理，而不是如同前述的二階論者一般，必須透過討論不法意識的定位，來解決容許構成要件錯誤的問題，故在負面構成要件要素理論中，不法意識的定位問題，不影響在容許構成要件錯誤情形下，故意不成立的結論<sup>215</sup>。但在該理論中，仍有不法意識的定位問題，是另外一個影響故意或罪責的要素。

對此適用上的差異，學者亦有採斧底抽薪之方式，將錯誤理論的概念重新闡述，認為容許構成要件錯誤的問題是錯誤理論的分類不當所造成，並受到前述不法構成要件中，構成要件與違法性區隔模糊的影響，認為行為人的主觀面，除需具備構成要件故意，也需不具備主觀阻卻違法意思，始得該當主觀不法構成要件，據此認為，將構成要件錯誤與禁止錯誤區分，是造成容許構成要件錯誤在傳統三階論的難題主因<sup>216</sup>。一方面，構成要件概念上的演進，對於違法性造成的影響，未充分在錯誤理論中被認知；另一方面則是錯誤理論被賦予太多任務的結果，事實上，錯誤理論僅為各種主客觀要件不合致，概念上的總整理而已，對於犯罪檢證並無解決問題的功能。據此，二階論與負面構成要件要素理論在適用的結論上，幾無區別，實乃構成要件與違法性界限模糊所致之結果。

而反面容許構成要件錯誤的判斷上，以二階論判斷的結果，一構成要件該當之行為，因主觀阻卻違法要素不具備，雖具備客觀上阻卻違法要素，仍無法阻卻違法，其行為仍具有違法性。而在負面構成要件要素理論中，則因客觀上具有阻卻違法事實存在，故客觀構成要件不具備，因此在有處罰未遂的行為中，可成立未遂犯。學者提出若將未遂犯的概念，隨著構成要件概念的擴大，將未實現客觀構成要件，擴大到未實現客觀不法或未實現風險<sup>217</sup>，結論上兩者即為一致。事實上這樣的調整，仍是隨著構成要件演變的脈動在進行。

因此，在決定行為是否不法的階層中，因為構成要件的時代演變，使得構成要件的規範性被漸漸擴大，最後擴大成一個整體的不法構成要件概

<sup>215</sup> 黃榮堅，前揭註 214，第 205 頁。

<sup>216</sup> 許玉秀，前揭註 180，第 66 頁。

<sup>217</sup> 許玉秀，前揭註 180，第 67 頁。

念<sup>218</sup>。在以不法與罪責判斷行為是否為犯罪的大架構下，對於不法概念的解讀，仍分成兩種看法，一為堅持構成要件與違法性具備個別意義的二階論者，一則為將兩者當成不具個別意義的負面構成要件要素論者，而兩者對於構成要件與違法性是否有獨立意義，在概念上的不同調，造成在容許構成要件錯誤與反面容許構成要件錯誤的同一事實中，不同理論間的適用齟齬，隨著構成要件的演變，實際上已無差異。一個整體的不法構成要件概念，逐漸被確立。

## 第二款 不法構成要件與刑罰目的

在確立不法構成要件是判斷行為在刑法上的客觀無價值之標準後<sup>219</sup>，緊接著須確立引導不法構成要件之目的為何，此乃與刑罰裁量息息相關，攸關刑罰裁量時哪些重要的目的，事實上已被考量，而無須再對相同的目的思考為雙重評價。因此，檢討不法構成要件的刑罰目的，是刑罰裁量前提的工作之一。

不法構成要件的本質，是對行為的無價值判斷，在此前提架構下，應以何種目的引領？從構成要件最原始的機能觀察，亦即構成要件之罪刑法定機能，對於行為以一種無關行為人人格與具體情狀的觀察，宣告何種行為是在這樣的要件下是可罰的，如此抽象的威嚇作用，正是一般預防的體現<sup>220</sup>。構成要件的罪刑法定機能，本源自於對行為產生是否被處罰的可預測性，並進而使一般大眾產生心裡強制作用。反面來說，這就是清楚告知行為處罰界限的功能，是其自由保障機能的展現<sup>221</sup>，其實也是法律保留原則的具體化。

然而在罪刑法定被提升為憲法層次之法律保留原則後，法律的訂立本身，即蘊含有上述機能，上述的觀察反成為對於該機能的現象描述，而非

<sup>218</sup> 學說討論上，亦有認為在構成要件中，規範性構成要件要素應在完全無法使用描述性構成要件時，始得使用的最後選擇，或許是意識到這樣的結果，而寧可選擇價值中立的構成要件概念。參照，林山田，前揭註 178，第 246 頁。

<sup>219</sup> Bernd Schünemann，前揭註 170，第 249、293 頁。Schünemann 認為，刑法上有兩個獨立的價值層面，一為行為特別明顯(刑法所特有)的客觀無價值，亦即「不法」；行為人對行為的個別責任，則是刑法中另外一個價值訴求，亦即「罪責」。

<sup>220</sup> ロクシン，前揭註 32，第 219 頁。

<sup>221</sup> 川端 博，「現代刑法理論の現状と課題：川端博對談集」，成文堂，第 62-63 頁，2005 年。

確立何種目的來建構體系內涵。單純依罪刑法定來看待不法構成要件之目的，顯然已不太充分。不法構成要件中，除評價客體之外，尚包含評價本身，整個不法構成要件具備完整的客體與評價關係<sup>222</sup>，而罪刑法定，就是告知人民何謂被評價之客體，也就是刑法上關注的行為。但是，缺少評價的事實，能否發揮完全的社會控制機能？不論在犯罪體系的流變，或是在構成要件的演變中，經驗上清楚的呈現，價值判斷是必然存在的。在純粹事實告知中，假設未將刑法上所不關注的行為告知，其一般預防的機能反而產生缺陷。一個與違法性要素割離的構成要件概念，在罪刑法定的保障上反而是凸顯其不充足的缺陷<sup>223</sup>。簡言之，告知人民理性行為的界限時，僅告知禁止或誡命，卻忽略告知何謂刑法上不禁止的行為，反而使行為人在權利衝突時，能為必要保護自己權利的概念未被宣示，這是以威嚇的一般預防缺陷，反映在將構成要件與違法性分別看待的結果，亦即威嚇的一般預防，僅單方面的宣示何謂不被刑法容許的客觀行為事實，而未注意到刑法所容許的合法價值行為。而如前所述，構成要件與違法性的界限被打破後，一個整體的不法構成要件概念，其目的當然不可僅針對形式的不法為內涵，更應當就實質的不法為考量目的取捨的因素。同樣是形成不法的概念，當然也不會有分別不同的目的考量<sup>224</sup>。據此，威嚇的一般預防思想顯然無法引領不法構成要件階層的形成。而考量整體不法構成要件的規範性，積極的一般預防思想，或許是更佳的選擇。

積極的一般預防思想認為，刑罰主要的效果在於強化對於法秩序的存在與貫徹力的信賴感，從而刑罰是宣示法律共同體中，法秩序的堅固，強化市民對於法的信賴<sup>225</sup>。本文認為，並非僅能透過刑罰執行，才會產生積極的一般預防作用，蓋對於法律信賴的建立，並不在於行為人本身，而在於行為<sup>226</sup>，行為的否定，所要建立的效果，是明確指引人民為理性行為的方向。因此，當行為被認定具有不法的評價時，對於該行為不法的宣告，不正是宣示法秩序的存在與界限，其所具有的對人民教育何謂規範與確認

<sup>222</sup> 柯耀程，前揭註 199，第 53-54 頁。

<sup>223</sup> 松原 芳博，「犯罪論における『構成要件』の概念について」，收於，西原春夫先生古稀祝賀論文集第 1 卷，第 45、52-53 頁，1998 年。

<sup>224</sup> Bernd Schünemann，前揭註 167，第 37、47-48 頁。

<sup>225</sup> ロクシン，前揭註 32，第 63-64 頁。

<sup>226</sup> 類似看法，Bernd Schünemann，「區分不法與罪責的功能」，許玉秀、陳志輝合編，不疑不惑獻身法與正義-許迺曼教授刑事法論文選輯，第 437 頁，公益信託春風煦日學術基金，2006 年。其認為，對於形式不法基礎之禁止規範，必須包含所有社會損害性的成立要件，但不包含行為人遵守規範的能力。

規範之功能，無須待刑罰的執行，即已展現。換言之，當行為人之行為被判斷為不法而宣告之同時，一方面告知社會其行為的負面評價，宣示法秩序的存在，一方面也使人民得知合乎規範生活的方向。並且透過不法評價的犯罪結果之宣告，使人民得知為法益侵害行為後，所產生的後果，提高人民對於法益尊重的想法，亦即藉由行為負面評價的宣告，展現犯罪結果的嚴重性，喚醒人民對於法益的尊重意識<sup>227</sup>。而所需指引的內涵不僅包含行為無價值的事實，更重要的是指導規範的價值，正是與不法構成要件的基本要素相符合。因此，本文認為，以積極的一般預防思想形成不法構成要件的中心思考方向，是建構不法構成要件時，較為合理的刑事政策考量。其不僅蘊含應報觀念，亦即對行為產生否定評價，有濃厚的確認規範意義，使人民信任法規範會被實現，更重要的是因此對於人民為法規範的教育，使其有遵守規範界限之依據。

### 第三項 罪責之刑罰目的觀

罪責概念的發展，實為對於刑罰裁量最密切的前提要素，從罪責的本質、罪責的判斷構造等概念，對於刑罰裁量，都具有決定性的影響，也影響其所展現的刑罰目的思想。在犯罪檢驗體系上，罪責所具備的任務係針對行為人的行為，在犯罪判斷上，經過不法的評價後，接著判斷行為人是否應該就其「應為而不為」或「不應為而為」的行為(不法)，負擔刑罰效果。不法行為和罪責的區別，即「當為」與「可能」之分，蓋在不法的評價上，規範具有一般性並無針對行為人的特殊性考慮，而是僅就行為本身的判斷。但是，在個別的違反規範者是否有遵守規範的可能時，則是罪責評價的任務，此為罪責在犯罪檢驗體系上具有的意義。以下，將先針對罪責概念的歷史發展討論，其爭議點圍繞在意思自由的探討，進而討論負責性概念，以及其在目的理性體系下應有的目的觀。

#### 第一款 罪責的歷史演進與內涵

如何判斷行為人具有罪責，涉及評價罪責的結構，隨著犯罪檢證體系的改變，從心理責任論演變到規範責任論。以自然主義為基礎的古典體系，

<sup>227</sup> 松原 芳博，前揭註 185，第 242 頁。

將行為事實的主客觀要素分別置於罪責與不法，因此，心理責任論的判斷結構，就是行為事實的主觀面。心理責任論中，並未討論行為人為什麼違反規範，其結果，只要事實出現，就應該歸責於行為人<sup>228</sup>。然而，受到新康德哲學思想的影響，價值判斷的概念進入刑法體系中，罪責不再只是自然事實的存在，而是加入非難可能性的評價要素。Frank認為，罪責若僅為心理事實存在尚有不足，仍必須對該心理事實依規範為價值判斷<sup>229</sup>。至此罪責的探討逐漸從本質轉移到非難可能性的探討，亦即關於某些當為而不履行的價值判斷<sup>230</sup>。發展到了目的體系，由於主觀要素被移至構成要件中，罪責中留下對於行為人動機的評價，更加純化規範責任論的內涵<sup>231</sup>。罪責的評價發展到了規範責任論後，對於評價的結構大致底定，爭執的重心轉往「非難可能性」的基礎，亦即意思自由之爭議。其受到刑罰目的思想中，學派發展的強烈影響，也是罪責概念的歷史發展縮影。然而目的理性體系的提出，對於罪責的發展，產生極大變化，改變了罪責的評價結構，淡化意思自由問題在罪責中的重要性。以下本文將先就「決定論」與「非決定論」等相關理論，分別介紹與檢討，分述如下：

「人的意思是自由的」是非決定論的立足點，人類的意識不受到任何事物(特別是因果)的制約，而享有完全的自由，稱之為絕對的自由意思論或嚴格的非決定論。在此命題之下，人類是具備理性的主體，具有完全的行為選擇自由，而不受到因果法則的支配。簡言之，人類在做任何行為決定時都是沒有受原因影響的，作為基本的立場。既然人類的意識是自由的，在行為決定時，卻去選擇違反規範的行為，就應該接受刑罰的制裁。以心理責任論的論證方式，亦即因為行為人有認知，行為人即需受處罰，建立歸責的結構。理論思想的發展可歸結到絕對主義古典學派的興起，對於人的主體性尊重的想法。

然而，嚴格非決定論的主張受到兩個基本的質疑，第一個質疑是在於證明的問題，如何證明人類是自由的？人類是不會受到任何事物的強制？面對著現實生活中，處處存在著人類是被強制的反證，如何從正面的去證明人類是自由的，這種純屬「感覺」的問題，似乎無法有全然肯定或全然

<sup>228</sup> 黃榮堅，前揭註 85，第 639 頁。

<sup>229</sup> イエシエック=ヴァイгент，前揭註 154，第 324 頁。

<sup>230</sup> Arthur Kaufmann 著，甲斐 克則譯，「責任原理」，九州大學出版會，第 245 頁，2000 年。

<sup>231</sup> 山中 敬一，「刑法總論 II」，成文堂，第 552 頁，2005 年初版第 4 刷。イエシエック=ヴァイгент，前揭註 154，第 324-325 頁。

否定的證明。第二個質疑在於刑罰效果的問題，假如意思決定是全然無原因可言的話，那刑罰對其行為人而言是無意義的。亦即，假如行為人對於所有的意思決定都不會受到影響的話，刑罰的效果則無法對其將來再次為違反規範行為時，期待產生制約的效果，充其量刑罰只是成為絕對的應報刑而已<sup>232</sup>。因此，基於上述的理解下，主張絕對的意思自由論者，幾稀矣。

多數意思自由論者在上述現實之下，不得不提出修正的理論，並且也因受到規範責任論的影響，進而考慮人類為什麼要去為不法行為，而主張相對的非決定論。即行為人在為行為決意時，原則上是自由的，但是會受到內在素質與外在環境的影響，而影響其決定<sup>233</sup>。其成立罪責的論證方式為：假如環境或素質的原因，對於意思決定或是行動具有必然的、拘束的影響，而這樣的影響是可以證明的，則自由意思就不被考慮，因而行為人不具有為其他合法行為的可能性，因此不具罪責<sup>234</sup>。另外，主張相對意思自由論者中，亦有從人格形成的方向作另類的論證：行為是人格的實現化，人格的形成是由於素質與人格環境，又因為這樣的人格與行為時的環境相互作用，而形成行為<sup>235</sup>。因此，人的意思決定在人格的形成中，就已經有部分被決定的因素在其中。但另一方面，又主張人必具有主體性，假如不具備控制自己行為的主體性，而完全的被因果關係支配的話，那人不過只是因果關係過程中的一個環節而已，這種處罰是無意義的，因此作為控制的主體必須要能「超越」因果的拘束，也就是說人類一方面受到環境與素質的制約，另一方面，在制約的範圍中可以看見人類的主體性，因此在這種制約的範圍內，肯定人類有依意思選擇的可能性，假如人類具有人格主體性，就具有道德的責任，而具備罪責<sup>236</sup>。這種否定人格主體性的方式來判斷罪責與否，在某程度上並不道德，蓋何以無意思決定能力就無人格主體性，人類的存在就應該尊重其人格的存在，不能完全的否定。

然而從相對非決定論的觀點為前提，則衍生出許多的下位概念作為歸責的標準，舉其要者，如「他行為可能性」的概念，在決定為不法行為之行為人是否具有非難可能性時，必以行為人本身條件上，具有為其他行為決定的可能性，始該當之。亦即能夠做出遵守法律的決斷，卻為行不法行

<sup>232</sup> 平野 龍一，「刑法の基礎」，東京大学出版会，第 25 頁，1983 年 10 刷。

<sup>233</sup> 內藤 謙，「刑法講義總論(下)I」，有斐閣，第 776 頁，1991 年。

<sup>234</sup> 西原 春夫，「刑法總論」，成文堂，第 391 頁，1977 年。

<sup>235</sup> 團藤 重光，「刑法綱要總論」，創文社，第 185-186 頁，1979 年。

<sup>236</sup> 福田 平，「刑法解釋学の基本問題」，有斐閣，第 83-85 頁，1975 年。

為的決斷<sup>237</sup>，以精神病患者為例，假如能證明素質或環境的原因，已對於行為人產生必然的拘束之影響時，就不考慮其自由意思，因而無他行為可能性，也不得非難之，結論上是不具備罪責的<sup>238</sup>。又如「期待可能性」的概念，依規範責任論的立場對於心理責任論者的反動，出現了期待可能性的理論。認為行為人是否能為合規範之行為決意，除了本身的條件外，更須取決於外界的客觀標準，以決定是否有為其他適法行為的可能性。單純以心理事實作為罪責的認定是不足夠的<sup>239</sup>，心理事實上有認定的能力，不代表有貫徹適法意思的可能，因此若依期待可能性的標準(一般人標準說、國家標準說等等)，行為人不具備有為合法行為的可期待性，自然就不該對其非難，因而不具備罪責。以上所舉的兩種不同的歸責標準，其共通的概念都是以行為人的意思具有「相對的自由」為前提，而推演出的歸責標準。

「人的意思是不自由的」，此為決定論者的論述基調，人類的意思決定是完全的受到因果法則拘束，亦即人類的行動是依照素質與環境的相互作用而被決定的，是必然的宿命產物，稱為絕對的決定論。因此，罪責是由具有反覆施行犯罪危險之人來負擔，重視的是人類犯罪的危險性。理論思想可歸結於近代學派的興起，對於行為人本身的重視。

這樣的見解，其所受到的質疑也是與絕對的自由意思論相同，第一個質疑也是證明的問題，人類是如何的被因果法則決定？完全沒有自由的決定空間嗎？同樣的，對於感覺的問題，實在無法被完全的肯定或否定，當然也就無法自圓其說。第二個質疑是在刑罰執行效果的部分，人類行為如果只是因果法則所決定的一部份，那麼執行刑罰也不可能改變因果法則的運作，又何必徒勞無功呢？假如考慮犯罪人必然的會犯罪，那麼刑事政策論者即使主張教育性質的刑罰，豈不矛盾嗎<sup>240</sup>？甚至會出現法官的論罪處刑行為也是被決定的如此無意義的討論<sup>241</sup>。因此難有單純主張絕對的決定論者。

<sup>237</sup> C.ロクシン，前掲註81，第75-76頁。

<sup>238</sup> 西原春夫，前掲註234，第391頁。

<sup>239</sup> 大谷實，「刑事責任論の展望」，成文堂，第111頁，1983年。

<sup>240</sup> 平野龍一，前掲註232，第22頁。

<sup>241</sup> 一則寓言如下：殺人的被告說「我確實殺了人，但那些事情是被決定的，因此假如判我死刑是不當的。」法官卻說：「你殺人或許是被決定的，但是我判你死刑也是被決定的」平野龍一，前掲註232，第23頁。相同的主張，認為這樣的討論是無意義的，參照所一彦，「抑止刑と自由意思」，收於，平野龍一先生古稀祝賀論文集下集，有斐閣，1991年。

然而，在決定論者中遂有學者主張相對的決定論，認為雖然決定論的「意思」是在經驗的世界中被遺傳、環境、社會、歷史狀況種種因素所決定，但並不是經常性的被自然法則所支配，而是依照自由去統治支配因果關係，產生創造的作用。換言之，在被決定的範圍內，有某程度的自由去創造新的法則<sup>242</sup>。然而，若行為人有此能力卻仍然為反規範行為，此時就具有非難可能性，也因此具備罪責。另外，學者有認為上述的說法實與相對的非決定論無太大不同，因而主張「緩和的決定論」認為，人類是被因果法則決定的，而從罪責是以「他行為可能性」<sup>243</sup>作為歸責的基礎，在相同的事實下，或許不能說有他行為可能性，但是如果有不同的條件為他行為是可能的，就能認為有他行為可能性。假如有不同的動機，具有更強的合法規範意思，甚至追溯到不同的人格、環境能構成他行為的話，就具備他行為可能性，亦即，所謂「非難」就是告知行為人應該有不同的動機，應該有更強的合法規範意思<sup>244</sup>。以上的論述在「他行為可能性」的理解上似乎有「以問答問」之疑。更嚴重的問題是，基於決定論的觀點，假如人類有不同的動機或更強的合法規範意思，卻為不法行為，只不過是被另一套的因果法則所支配，這樣的質疑似乎主張「緩和的決定論」者並未察覺。

綜合檢討決定論與非決定論的觀點，首先關於證明問題，在雙方理論在相對化後，仍然存在，誠然，如前所述，單單一種感覺的問題，是很難證明的。決定論者認為人類感覺到自由的或者是沒有被決定，是缺乏決定性證據的。並且有學者從物理學的概念中做突破，認為電子的運轉規則承認有一定的法則性，只是尚未被證明而已，並認為妥當性與實用性的概念應予以區分，進而認為人類行為也是具有法則性的，只是需要被更精緻的證明<sup>245</sup>。這樣的說法正是暴露出其理論的缺點，也就是在現今的科學的能力下，根本無法證明人是全然依照法則在運轉的，假使有一天能證明如此，那刑法也無意義了，蓋既然能知道因果法則，那就直接改變其法則的運轉或防止其運轉即可，無須待行為人犯罪之後再行歸責，此時已是刑法無用論了，這樣的考量，如同對近代學派的極度發展的憂慮一般。反之，非決定論者則認為，人類的不自由是無法被實證的，但是卻無法明確的證明人

<sup>242</sup> 木村 龜二，「刑法總論」，有斐閣，第 67 頁，1994 年。平野 龍一，前揭註 232，第 6-7 頁。

<sup>243</sup> 決定論所說的他行為可能性與非決定論所說的他行為可能性，有著不同的理解，在前者，不足的規範意識，是行為人被非難的原因；而後者，是行為人具有足夠的規範意識，卻不迴避，所以可非難。參照 山口 厚，「刑法總論」，有斐閣，第 166 頁，2005 年補訂版。

<sup>244</sup> 平野 龍一，前揭註 232，第 24 頁。

<sup>245</sup> 平野 龍一，前揭註 232，第 9-17 頁。

是操控其自由意思的主導者。當然這樣的爭議，並非得要抉擇其一不可，甚至不需去證明存否，蓋兩者都是無法推翻的命題，並且目前也無實證的可能性<sup>246</sup>。反而應該將注意力放在其互相影響使理論相對化後的成果，將更有實益。

再者，學者間試圖從刑罰目的的辯證，來分析應採如何的理論，持決定論者認為，非決定論者對於意思形成不受原因的影響，對於行為人成立罪責或科與刑罰是沒有意義的，對於行為人的「將來」無可期待能發揮效果，充其量只是對於「過去」的行為予以否定而已，因此若主張目的刑論者，對於行為人意思形成是具有原因及受法則性影響的觀點，是不可否認的，目的刑的前提必須是意思被決定的決定論<sup>247</sup>。面對這樣的質疑，首先要說明的是，主張絕對的非決定論才有上述缺漏的疑慮，若在相對的非決定論領域中刑罰的執行仍有目的刑的存在可能。蓋人的意思雖然是自由的，但會受到環境或素質的影響，因此科予刑罰本身就是對行為人產生影響的條件之一。簡言之，透過刑罰執行對行為人本身素質產生影響，進而於下次行為時能為合法決意，產生特別預防之效果，再者，透過刑罰的有效執行，對於行為人的外在環境也會產生一般預防之效果，故在相對非決定論者的理論中並不會排斥目的刑的存在，亦無法就此認為應採決定論始能達到目的刑的刑罰目的。尤有進者，認為主張目的刑需以決定論為前提這樣的命題是值得質疑的，蓋「非難可能性」一詞，其判斷上已經考慮目的刑存在的可能<sup>248</sup>。因此，從刑罰的目的論上探討決定論與非決定論的取捨，在罪責本質受到規範罪責論影響而趨於相對化之後，已無爭論的意義了。蓋兩者皆兼容絕對刑論與目的刑論的觀點，並非各持一端。

從目的性區分的話，或許就能看出爭議的實益所在，主張決定論者，所重視的是行為人本身所具備之危險性，為了防衛社會秩序，必須對於有危險性之行為人非難，亦即使其負擔罪責。這樣的基本論調下，行為人的故意或過失已不是非難的關鍵，倫理的非難意味並不濃厚。反之主張非決定論者，所重視的是人類意志發動的倫理非難，因此在故意或過失的評價

<sup>246</sup> 黃榮堅，前揭註 85，第 656-657 頁。內藤 謙，前揭註 233，第 784 頁。アルトゥール・カウフマン，上田 健二監訳，「刑法における責任原則のための反時代的考察」，收於，轉換期の刑法哲学，成文堂，第 194-195 頁，2002 年第 2 版第 2 刷。

<sup>247</sup> 平野 龍一，前揭註 232，第 25 頁。福田 平，前揭註 236，第 86-87 頁。所 一彦，前揭註 241，第 59 頁。

<sup>248</sup> 川端 博、前田 雅英、伊東 研祐、山口 厚，「徹底討論刑法理論の展望」，成文堂，第 254-255 頁，2000 年。

上就顯的具有決定性的角色。簡單的比喻，在決定論的世界中，行為人是被當作「病人」看待；在非決定論的世界中，行為人則是被當成「犯人」看待。當然，以上論述的基調，都必須以刑法上有意義的行為出現，並且已受不法的評價作為前提。決定論者如此的主張，最大的貢獻在於刑罰的改革，將以往對於行為評價，只重在行為對於外在環境的影響作倫理的非難，焦點移轉至行為人本身的原因去探究，這樣的改變促使刑罰制度開始重視在教育及矯治的工作上。而如前所述此係受到犯罪學的影響所致<sup>249</sup>。但是要刑法完全脫離倫理性的非難，則殆無可能，蓋倫理性「非難」的觀點，早已深植於人類對於不法行為的評價當中，是無可置疑的，而罪責的判斷，就是行為人要不要為這樣的不法行為負責。綜上所述，決定論與非決定論最後的戰場，只剩下「病人」與「犯人」之分而已，但是否應該一面倒的選擇其一，或是互相調整觀點，在理論趨於相對化之後，似乎已無太大差異，僅僅是偏重的程度有所差異而已。並且，如前所述(第二章、第一節、第三項)在單一刑罰思想所造成的歷史錯誤中，古典學派與近代學派理論也趨於折衷，當然也影響到意思自由的爭議趨於折衷。

非難可能性其判斷之依據，在理論的爭議趨於緩和之下，已漸漸明朗化，簡單的說，非決定論者在人類的無所不能的自大想法已有所修正，進而注意到行為人素質與環境的影響。相對的，決定論者亦注意到人類的意志在非難可能的判斷中具有關鍵性的地位，無法完全的否定，否則根本與一般認為的「非難」概念無關。單純的意志發動或單純的危險性格，都無法直接判斷行為人的非難可能性，而是需進而思考行為人為何如此，不能抑或不為？這樣交互影響之下，可以確定「非難可能性」的判斷標準，「意志發動」是必需的，雖然無法確切證明自由與否，但是無論採取何種說法卻都具有歸責的關鍵地位，只是仍須注意到因果法則對於行為人的影響程度，若足以左右行為人的意志發動，此時對行為人加以非難已無實益可言。實際上，立法者根本不可能用正面列舉的方式去說明人的意志是自由的，只能夠用反面排除的方式，因此，人類科學對因果法則認識的愈深，人類自由決定的可能性就愈少，蓋能排除自由的原因愈多，兩者僅如此互為消

<sup>249</sup> 此為犯罪人類學派最大的貢獻，其創始人為 Cesare Lombroso 主要論點為：「自由意志並非犯罪原因，犯罪是由其他事實所決定的。」此學派最大貢獻就是將犯罪學的研究焦點移轉至行為人本身。詳參周震歐，前揭註 45，第 13-18 頁。

長之關係而已，無須探求一個無法實用的自由概念<sup>250</sup>。

## 第二款 負責性與刑罰目的觀

在思考罪責問題時，除了上述的非難可能性之外，是否應該還存在著其他的思考空間？簡言之，行為人的不法行為具備非難可能性時，是否就應該毫無疑問的加以刑事處罰？是不是還有其他的考量。學者提出所謂「實質」罪責的概念，認為在確定行為人為不法行為時有可非難的意志發動後，只是確認該行為人應當處罰，至於是否需要處罰則為另一個層次的問題，關於此層次的思考，其在判斷上的位置，有各種不同的說法<sup>251</sup>，但共同的目的都是在考量刑罰的需要性，從目的刑的考量上不外乎是「預防目的」，而精確的區分就是所謂一般預防與個別預防，這種導入刑事政策考量的判斷標準，正是符合目的理性體系的要求。為了探求統一的歸責理論，Roxin 提出在刑事政策觀點下，於個別的案例裡，刑法上制裁的必要性的問題，以刑罰目的論作為合理的科刑理論，稱為「負責性」<sup>252</sup>。探求行為人對於規範的反應能力，是負責性的核心概念<sup>253</sup>。

關於前述之非難可能性與負責性之關係，兩者並不互斥，Roxin 認為，非難可能性並非歸責的充分條件，而只是必要條件。假設行為人在無他行為可能性的情況下，的確阻卻責任與可罰性，反之，行為人在以意思自由的前提下，具有他行為可能性，行為人的可罰性仍非必然<sup>254</sup>。蓋非難可能性的判別標準是一般性的，所考量的是「通常人」的標準，並無針對個人做評價<sup>255</sup>，而刑罰目的論如果不針對於個別事項具體化，是無意義可言，罪責的非難也不充分<sup>256</sup>。因此，非難可能性與負責性皆同屬於歸責之要件，前者屬於一般性的歸責，而後者則是個別性的歸責考量。

<sup>250</sup> Winfried Hassemer，前揭註 127，第 131 頁。

<sup>251</sup> 參照，板倉 宏，「当罰性と要罰性」，收於，平野龍一先生古稀祝賀論文集上集，有斐閣，第 95、95-96 頁，1990 年。

<sup>252</sup> C.ロクシン，前揭註 81，第 87-89 頁。

<sup>253</sup> Bernd Schünemann 著，中山 研一、淺田 和茂監訳，「ロクシンの刑事政策的刑法体系に対する批判」，收於，現代刑法体系の基本問題，成文堂，第 108-109 頁，1990 年。許玉秀，前揭註 180，第 105-106 頁。

<sup>254</sup> C.ロクシン，前揭註 81，第 90 頁。ロクシン，前揭註 32，第 223 頁。

<sup>255</sup> Winfried Hassemer，前揭註 127，第 132 頁。

<sup>256</sup> C.ロクシン，前揭註 81，第 90 頁。Winfried Hassemer，前揭註 127，第 132 頁。

上述非難可能性與負責性分離的判斷，可知負責性的概念有意與意思自由爭議做區別。並且其假設行為人都是意思自由的，否則刑法的處罰，將因意思自由的不可證明，而依罪疑唯輕原則，無法處罰任何人<sup>257</sup>。而從刑事政策作考量的負責性概念中，所考慮的是行為人是否具有預防的必要性，而不直接考慮意思是否自由，甚至可以認為與人類是否具有自由意思毫無關係<sup>258</sup>。另有學者鑑於上述在非難可能性的判斷時，仍無法脫離難以證明的意思自由問題，進而認為，負責性的發現是從刑法解釋學潘朵拉的盒子中，所解放出來的難得觀念，因此不應該眼睜睜看其效用被侷限的如此狹隘，罪責問題的重點在於可能性的社會歸屬，因此將認定罪責的他行為可能性(非難可能性)納入負責性的內部範疇，在個人歸責的範圍內，負責與罪責是不分離的<sup>259</sup>。如此歸類之後，罪責歸屬的概念，全由刑事政策考量所替代，當然就不直接考慮意思自由與否的問題。而對於他行為可能性的認定上，不考慮個人因素，而是基於社會上所預期的正當行動，要求行為人需達到<sup>260</sup>，這樣的預期經由刑事政策考量，被訂為法律，人類必需為他行為，否則就可非難。上述的主張以完全的脫離罪責的傳統觀念，亦即行為人主觀歸責，而是將行為人當作是國家機器下被管制的一個小零件。並且被質疑僅僅只是為了預防的需求而揚棄罪責的原則而已<sup>261</sup>。

負責性的理論提出，改變了原本罪責的評價構造，也迴避了意思自由的疑問，蓋無論在決定論或非決定論的概念下，最終還是得回歸對刑罰必要性的思考，因此，負責性的概念使得意思自由的問題變的毫無意義。然而，負責性概念中被主要爭議的問題點在於，使責任原則限制國家刑罰權的機能盡失<sup>262</sup>。蓋罪責乃刑罰的前提，如今將刑罰概念混入犯罪論中，則罪責的概念都被預防考量所架空，如前所述，無論在何種概念下的非難可能性觀點，最終還是必須交由負責性來決定刑罰的必要性，是其機能盡失之疑慮。

面對上述質疑，在此應提出說明，對於犯罪論與刑罰論的分界問題，如前所述，不應拘泥於可預測性之限制機能，罪刑法定的保障，應由法律

<sup>257</sup> 林鈺雄，前揭註 185，第 277 頁。

<sup>258</sup> C.ロクシン，前揭註 81，第 96 頁。Bernd Schünemann，前揭註 82，第 175 頁。

<sup>259</sup> Bernd Schünemann，前揭註 82，第 175-176 頁。

<sup>260</sup> Bernd Schünemann，前揭註 82，第 175 頁。

<sup>261</sup> 黃榮堅，前揭註 85，第 648 頁。

<sup>262</sup> 黃常仁，刑法總論-邏輯分析與體系論證，第 80-81 頁，自版，2001 年增訂 1 版。

保留來提供。而本於應報思想的罪責概念，是否能提供限制刑罰的保障，已於前述受到質疑(第二章、第一節、第一項、第二款)，簡言之，應報刑論提供抽象概念，使國家介入解釋，歷史上的經驗清楚的呈現，無法提供刑罰限制的機能。再者，從應報刑的本質觀察(第二章、第二節、第一項)，抽象的責任應報，只是造成過度形而上的抽象解釋，等於毫無篩檢功能的責任內涵，其限制刑罰機能受限於應報的本質，極其有限。因此，本文認為，刑罰的限制機能，應交由法律保留或比例原則來保障，由立法上直接限制，可能更為直接且有效。如同學者 Winfried Hassemer 所云，刑法已變成危險防禦法，古典刑法的目標如應報與賠償，已退居到次要地位，預防，亦即以犯罪行為人的改善，對於其他所有人的嚇阻以及確保對於規範的信賴，是現在短期內無法取代的核心方法論，並且，預防的需求，必須靠比例原則來控制<sup>263</sup>。故本文認為負責性的概念，在刑罰裁量前提中，是可運用的體系。

最後要釐清的是負責性對預防思想的主張，其不僅包含特別預防，也包含一般預防，在此應特別區分，正因不法構成要件係由積極一般預防思想所引領，形成其內涵與目的，已如前述，積極一般預防思想在不法構成要件被宣告的同時，已對於社會產生作用，實不宜再重複考量相同因素，使行為人遭受雙重評價。再者，積極一般預防思想其作用對象並非對於行為人本身，如以一般預防思想決定行為人的刑罰必要性，恐將於憲法所容許的範圍內，負擔其本身以外不必要的刑罰，形成行為人替他人負責的印象。故本文認為，在負責性的概念下，應以特別預防為考量，視行為人是否有對規範的反應能力，決定其處罰必要性。

### 第三節 刑罰裁量理論之基本雛形

綜上所述，刑罰裁量的前提，建立在法治國下，受到憲法所保障，其不論在形式阻卻違憲事由或實質阻卻違憲事由上，都與刑罰裁量息息相關。而在此大架構下，必須確認法規範的正當性，不論在其形式或實質的正當性上；並且對於法定刑與處斷刑的外在與內在界限，亦即法律保留原則與雙重評價禁止的明確的認知，是刑罰裁量前在規範上所必需釐清的前提。

<sup>263</sup> Winfried Hassemer, 「刑法與刑事政策下自由與安全之緊張關係」, 台大人文社會高等研究院社會科學講座, 台大人文社會高等研究院, 台北, 2007年11月23日。

再者，由於犯罪檢驗體系中心思想的不變，隨著實證與價值的相互影響，從形式正當性出發，犯罪檢證的可預測性，在運用上顯不足夠，必須兼顧實質正當性的考量，價值判斷的融入，犯罪論與刑罰論藩籬的除去，使體系更加具有目的性，在目的理性體系下，或許更能完成刑法的任務。

犯罪檢驗體系結構的改變，則是使目的的抉擇更加明確，不法構成要件的結構，隨著構成要件的逐漸擴大，價值觀念不斷加入，形成一個整體的不法構成要件，並且也釐清目的觀的抉擇，不能僅侷限在威嚇的一般預防思想，更應在不法構成要件的判斷上，透過對行為的否定，將規範的概念展現，並確立規範的內涵與界限，指引理性行為界限，透過宣告，使人民產生對規範的確認，是積極一般預防思想的具體展現。而罪責結構的歷史發展，說明意思自由的糾葛與折衝，也是古典學派與近代學派爭執的產物，隨著學派爭議的趨於折衷，意思自由也趨於相對。尤有甚者，學者提出負責性概念，將所有意思自由的爭議拋諸腦後，建立一個以刑罰必要性為最終判斷的概念，不僅為刑罰提供正當性的理由，也使刑罰的抉擇，趨於科學與理性。然而，雙重評價禁止的原理，在刑罰思想的抉擇上亦有作用，對於負責性的目的思想，應交由特別預防引領。職是之故，刑罰裁量目的之功能性分配，至此展現雛形。

或有認為，在預防刑法下，刑罰將變的恣意而無限制，此乃忽略憲法的限制，所造成的疑慮。在法治國架構下，任何國家行為，特別是諸如刑法此等侵害人民權利至深之行為，當然受到嚴格的形式與實質正當性之限制，因此在法治國架構下，防範刑罰的恣意，恐怕不是僅針對專司刑罰裁量的司法機關，而係立法上的防範。然而，同樣在立法上，憲法仍對於法規範的形成，具有嚴格的限制。是以，過去在無憲法保障下所為的刑法討論中，每每要求刑法的內在限制，不論在刑罰目的的抉擇或犯罪檢證體系的中心思想等方面，都展現出對於刑罰恣意的恐懼，此乃本質所然，刑法的出現，正是以限制刑罰的角度而產生，藉以保障人民不受國家侵犯的權利。然而法治發展至今，憲政架構的完善，對於國家侵害人民權利的限制，已提升至憲法層次，刑法的目的漸漸專注於法益保護的需求。或許是對於專制的恐懼，刑法的外在限制一直不敢交由憲法保障，使得刑法的理論建構上，仍不忘對司法有所限制。實則，在我國目前的憲政體制下，刑法本身實無庸過度關注應由憲法保障的區塊，反而應致力於法益如何保護始能完善的目的，外在的限制，就交由憲法為實質而有效的監督，或許才是將來刑法發展的方向，也是刑罰裁量趨於理性的契機。

### 第三章 刑罰裁量前提

因此，本文認為，刑罰裁量的理論建構，應正視憲法保障的體制，使應由憲法所限制的部分，從刑罰裁量的理論中釐清，並交還憲法。而內涵的建構上，如同前述，必須在刑罰裁量前提的限制下，建立一個將刑罰思想功能性分配的理論。其理論內涵為何，是第四章所欲說明之主軸。

