

刑事政策上關於犯罪化 與除罪化問題

高金桂^{*}

目 次

- 壹、犯罪概念之相對性
 - 一、絕對的犯罪概念
 - 二、犯罪概念之相對性
 - 三、犯罪概念之文化關聯性
- 貳、刑罰可罰性問題
 - 一、可罰性與應罰性
 - 二、視可罰性為刑法上之優位概念
- 參、形式與實質的犯罪概念
 - 一、形式的犯罪概念
 - 二、實質的犯罪概念
 - 三、法益概念之內涵
 - 四、實質犯罪概念在實務上之運用
- 肆、刑罰理論
 - 一、絕對刑罰理論
 - 二、相對刑罰理論
- 伍、可罰性之擴張與限縮

壹、犯罪概念之相對性

一、絕對的犯罪概念

對於特定的行為，可否經由一個固定而不變的概念來將之界定為犯罪，長期以

* 德國烏茲堡大學法學博士，中央警察大學警政研究所副教授，本系兼任副教授。

來即是一個爭議性的問題。一八八五年加洛法洛 (Garofalo) 在其所著「犯罪學」中，提出自然犯 (delicta per se) 之概念，其中「自然」這個概念，與俗約無關，而須經由社會本質 (soziale Natur) 來加以理解；自然犯之本質，即在這種行為侵害到社會通常之同情與正直的基本情操；這種犯罪概念與時代之條件及要求無關，且不受當代立法者特殊觀點的影響（註一）。自然犯與「法定犯」 (delicta mere prohibita) 是相對的概念；自然犯，實即為違反自然法 (wider natürliches Recht) 的犯罪，而法定犯，即是違反實定法 (wider positives Recht) 的犯罪（註二）。自然犯這種絕對的犯罪概念，欠缺邏輯上的基礎，經驗上也不易加以驗證，但卻引發吾人對實質犯罪意義的探討。

絕對的犯罪概念與自然法 (Naturrecht) 之基本思想相契合。而自然法則與法實定主義 (Rechtspositivismus od. Gesetzespositivismus) 相對立（註三）。自然法之基本思想，即認為在國家實定法之外，尚有一個居於上位、且獨立於實定法之不成文的法典；此種不成文法典係導衍於「人的自然本質」 (Natur des Menschen)，它獨立於時空而具永久的效力；它源於上帝而與自然本身及正義有完全的合致性（註四）。自然法意在找尋一些正義原則，做為實定法之上位尺度，俾能經由實定法的形式正義 (formelle Gerechtigkeit)，同時確保實質正義 (materielle Gerechtigkeit) 的實現。

(註 一) Hans Joachim Schneider : Kriminologie. Berlin : Walter de Gruyter, 1987, S. 108。

(註 二) Kaiser in Kleines Kriminologisches Wörterbuch. Heidelberg : C. F. Müller, 1985, S. 504.

(註 三) 所謂法實定主義，是指凡是法規，只要依一定的程序產生，無謂其內容為何，均具有約束力；法規，經有效統治之政權之一定作為，對其規範內容賦予外觀上可加認識之法的本質 (Rechtsqualität)。法實定主義之缺點，在於對法律問題的解決，欠缺自我評價 (eigene Wertung)，且抑制了法官造法之可能性。

參照 Arthur Kaufmann / Winfried Hassemer (Hrsg.) : Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart (5. Aufl.). Heidelberg : C.F. Müller, 1989, S. 143.

(註 四) Hermann Mannheim : Vergleichende Kriminologie (Bd.1) 。 Stuttgart : Ferdinand Enke, 1974, S. 48. Vgl. Reinold Zippelius : Rechtsphilosophie. München : C.H. Beck, 1982, S. 93ff.

對自然法內容之探討，實難有一致性的結論。就此而論，Zippelius 認為自然法之內容是變幻不定的；而關於正義問題，也面臨一個特殊的架框：吾人是否能於實然本身找到正當性之尺度，或於實然面找到應然之準則。這種假設，只有基於下述之形而上的前提方有可能：即現象上的事實本身就是隱含意義之理性的世界秩序之展現（註五）。自然法所面臨的尷尬情況，解決之道，即在將其內容以文化價值加以定位。若此途徑受到肯定，則吾人當可肯定：在文化相對性 (Kulturrelativität) 之前提下，自然法的內涵當可容納犯罪概念之相對性。關於此，曼漢 (Mannheim) 有如下之論述：（註六）

自然法運動，至少就其早期而論，所關切者似乎局限於人與上帝法則之關聯性，而甚少關心人類之法與道德的關係。不同的是，當胡爾夫 (Erik Wolf) 調查了自然法之各種可能的定義後即強調，自然法之實質部分包含了各時代之主要的文化價值，這種價值可包含個人的、集體的、社會的、政治的、經濟的、科學的或宗教的形式。

儘管自然法面臨上述之尷尬情況，但對於實質正義的追求仍具有啓發性。它落實在高位階之法律體系內，例如德國的基本法（如第一條之人性尊嚴的保障，及第二條之人格自由開展權的保障）及「歐洲保障人權及基本自由協定」(MRK)（註七）。

二、犯罪概念之相對性

依犯罪學之多數說，認為犯罪概念之內涵是相對的，而非絕對的 (Opp 1974；Mergen 1978；Wiswede 1979；Zipf 1980；Schneider 1987；Kaiser 1988)。犯

（註 五） Zippelius, a.a.o. S. 93ff.

（註 六） Mannheim, a.a.o. S. 93ff.

（註 七） 在二次大戰前後，由於集權主義所發生侵犯人格權及戰爭所發生之各種現象，自然法思想所強調之基本人權愈獲重視。從道德內涵，自然法引申出權利的理念，從而建構人類社會生活的基本原則，特別是基本權利與基本自由。見 Carl Creifeld (Hrsg.): Rechtswörterbuch. München: C. H. Beck, 1988, S. 786. 關於此，有一代表性之文章，即 Jürgen Baumann 所著「艾其曼判例之省思」(Gedanke zum Eichmann-Urteil)，其中凸顯了自然法、超實定法之法 (überpositives Recht)、實質正義等概念 (JZ, 1963, s. 110 ff.)

罪概念之內涵，受到社會文化變遷之影響，亦不能自外於一定時空之法秩序。極端之犯罪相對論者如 Mezger 之觀念：「某種行為於此時地是犯罪，但也許在他日或他地就不是了。」（註八）但犯罪概念是否全然為相對的，似仍有疑義。故 Kaiser 有下列較為折衷之說法：（註九）

刑罰可罰性行為之基礎與核心部分，長期以來只有緩慢而些微的改變；其他的犯罪類型，在歷史上則有重大的變遷。從十九世紀以來，犯罪構成要件一方面是增加了，明顯的例子是毒品、交通、經濟、環境保護方面的犯罪。另一方面，只要規範無意無限制地貫徹，則有些可罰行為（如猥褻物品罪、同性戀、墮胎、通姦）也減少了。

極端的犯罪相對論，可以犯罪學衝突學派為例。依犯罪學衝突學派之見，沒有行為在本質上是犯罪的，犯罪是法律界定的結果，而法律之界定與適用，決定於優勢階級，他們將與其利益相衝突的行為界定為犯罪（註一〇）。

極端的絕對論與極端的相對論，顯然都難以令人滿意。極端的絕對論反映了刑法體制的僵化及對行為與社會價值多樣化之否定的態度，而牲犧了社會進步與社會變遷；相對地，極端的相對論也可能導致社會無規範 (Anomie)，在欠缺明確的價值決定及穩定的行為參照架構下，社會秩序也難以確保。

同一行為，在不同的社會中，可能同等被界定為偏差行為或犯罪，但於社會規範及社會價值所顯現之文化多樣性，其對偏差行為界定之關係，不能單純化地以無限制的相對性 (grenzenlose Relativität) 加以形容（註一一）。Newman (1976) 曾對六個政治、經濟、文化背景不同之國家，調查各國之刑法、民意與法意識之間的關係，其中曾就九種行為，詢問各國國民是否將之視為犯罪，結果顯示，對行為可罰性之判斷，六國國民之態度有相當的合致性，但在不同行為上，可罰性判斷有程度不等的差異：在親屬相姦、強盜、侵占、環境污染（工廠）、六國人民之可罰性

（註 八） Günther Kaiser : Kriminologie (7. Aufl). Heidelberg : C. F. Müller, 1985 S. 53。

（註 九） Kaiser in Kleines Kriminologisches Wörterbuch, S. 503。

（註一〇） 蔡德輝：犯罪學。民 79 年，五南，頁 121。

（註一一） Alfred Bellebaum : Abweichendes Verhalten. Paderborn : Schöningh, 1984, S. 10.

判斷有高度的一致性，但對同性戀、墮胎、吸毒、公然示威、不為救助行為，則可罰性之判斷仍有顯著差異（註一二）。Newman 進而將犯罪分為五類：

1. 本質犯 (Mala in se)：如親屬相姦
2. 傳統犯 (Mala antiqua)：如強盜
3. 法定犯 (Mala prohibita)：如侵占公物、吸毒、同性戀。
4. 新生犯 (Mala nova)：如環境污染。
5. 不確定犯 (Mala ambigua)：如不為救助行為、示威抗議。

前述之本質犯與傳統犯應屬一般所謂之自然犯，而後三者應可歸類為法定犯；前者之界定有較明顯之絕對性，而後者相對性較為明顯，常因法律政策上的特殊需求經由立法手段或法規解釋加以犯罪化或除罪化。

三、犯罪概念之文化關聯性

犯罪概念之文化關聯性，意指犯罪概念之界定，深受社會規範與社會價值之影響。犯罪概念之相對性，也可從其文化關聯性及文化相對性 (Kulturelle Relativität) 加以理解。所謂文化，是指在代間相傳及永續發展與變遷的過程中，所存在之道德、習俗、生活觀、生活方式、信仰、宗教、環境之物質建構形式之總合，這些內容，經由社會普遍認同之規範整合成一定的價值取向（註一三）。

犯罪是一種侵害行為規範之行為，此種行為，必然具有特異性、破壞性、反社會性，對犯罪之界定，固須參照規範的特質；而為犯罪概念核心部分的行為規範，又取決於文化價值體系（註一四）。社會價值觀，可經由法益之選擇，從而影響到犯罪概念之建構；此種關係，又進一步決定了刑法規範及社會規範貫徹之可能性。當然，立法者於選擇保護客體，或法官於判斷某一行為對法益之侵害或危險程度

（註一二） Schneider, a.a.o. S. 73 ff.
s.a. Günther Wiswede : Soziologie abweichenden Verhaltens(2. Aufl.) 。
Stuttgart : W. Kohlhammer, 1979, S. 14 ff.

（註一三） Armand Mergen : Die Kriminologie. Berlin : Franz Valen, 1978, S. 35。Vgl. Günther Hertfiel/Karl-Heinz Hillmann : Wörterbuch der Soziologie, 1982, S. 415.

（註一四） Mergen, a.a.o. S. 34。

時，有可能會偏離文化脈絡。關於這個問題，Hassemer 有下列之見解：（註一五）

刑法若欲實現其保護功能，則其保護客體之認定不能背離文化脈絡。一個文化疏離的實定法 (Kulturfremdes Gesetz)，絕對不能長久有效運作。實定法，只有當其能為文化所容納，方能較為持久地成為法秩序的重要部分。更有甚者，文化價值意識不僅可要求法制措施維護控制功能 (kontrollierende Funktion)，尚可進一步要求創造功能 (Produktive Funktion) ……法益之內涵，若只就規範範籌或司法範籌加以理解，將有所不足。

Lampe 曾就法學與文化人類學之關係加以探討，最後就法益、文化價值、個人需求三者之關係提出下列命題：（註一六）

1. 法益是以文化價值為基礎。
2. 文化價值是以個人需求為基礎。

這兩個命題具有邏輯上的連繫關係：當某些事物成為法益時，必然也是一種文化價值；當某些事物成為文化價值，則它必然建基於個人需求。但逆向推論則不可行。

3. 個人需求若具有社會優勢，則將形成文化價值。
4. 文化價值，若吾人對其存在之信賴，認有法律保護之必要性時，將形成法

（註一五） Winfried Hassemer : Theorie und Soziologie des Verbrechens. Frankfurt : Europäische Verl. 1973, S. 128 ff.

（註一六） Ernst-Joachim Lampe : Rechtsgut, kultureller Wert und individuelles Bedürfnis. In Festschr. für Hans Welzel, 1974, S. 151 ff.

依 Lampe 之見，文化是一種規範體系，它建立在兩個基礎之上：(1)人具有社會之本質；(2)人是一種不受本能控制之生物，不適用決定論。而將法律建制為文化規範體系則有歷史、社會學、人類學三方面之理由。就歷史之觀點，文化與法律實屬同源且長期以來不可分離。就社會學之觀點而論，法律由於其具有強制性本質，在某些方面能發揮正式的效力，以便排擠或改變文化規範（如革命法）；另一方面，與文化疏離的法律因欠缺適應性，也可能受到道德與習俗之排擠。就法律人類學觀之，則文化意識與法意識必需相契合；無相呼應之法意識，無法發展文化意識；無相對應之文化意識，亦無法發展法意識。因此，文化與法律應平行地成為規範的一部分。

益。

誠然，吾人可將刑法、社會規範及整個法律體系視為文化要素之一部分。犯罪概念，若視之為社會控制之一種手段，則不應與文化有明顯或長期的疏離。從前述 Lampe 之觀點吾人可引申出另一個問題，即刑法之重點應在控制功能 (Kontrollfunktion) 及認證功能 (Bestätigungsfunktion)，或究應朝積極之建構功能 (Gestaltungsfunktion) 發展？吾人以爲，無論是基於文化契合性之考量，或係基於規範執行可能性之考量，刑法之重點應在實現控制功能，只有於例外之情狀，方可容許建構功能（即超前立法之情形）。

貳、刑罰可罰性問題

一、可罰性與應罰性

刑法之首要的、直接的目的在於保護法益。但法益之保護任務並非專屬於刑法，因而，並非所有法益侵害的行爲都有刑法適用之餘地。由於刑罰是國家干預不法行爲之最嚴厲的手段，且涉及對行爲與行爲人之社會倫理上的非價判斷，因而不能無限制地將之作爲社會控制之手段。只有當其他的制裁方式均無以確保法秩序及社會和平時，方有動用刑法權的可能性及必要性 (ultima ratio)。

由於對國家刑罰權之範圍有著審慎與嚴謹的要求，有關行爲刑罰可罰性之界限問題，長期以來，即爲刑法與刑事政策上之重要問題。探討此一問題，首先要面臨的困難，即是概念之混淆：在文獻上出現的有刑罰可罰性 (Strafbarkeit 或 Strafwürdigkeit，以下簡稱可罰性)，亦有刑罰應罰性 (Strafbedürftigkeit，以下簡稱應罰性) 及刑罰必要性 (Strafnotwendigkeit)。又這些概念在犯罪論體系中的地位爲何，也頗有爭議。

1. 將應罰性視爲犯罪之第四要素

採此立場者，將可罰性與應罰性加以區隔，認構成要件該當性、違法性、罪責乃可罰性之實質要件，行爲該當於犯罪之三階段的要素，即具可罰性；但當其對法秩序之侵擾不嚴重時，可能排除應罰性；因而，一個有罪責之可罰行爲，若欠缺應罰性，如合乎個人刑罰阻卻事由 (Strafausschließungsgründe，如親屬相盜之免刑)

或個人刑罰免除事由 (Strafaufhebungsgrunde, 如中止犯之免刑) (註一七), 因其對整體法秩序並未造成重大破壞, 故可不予刑罰之處罰。

2. 以目的性考量區分可罰性與應罰性

依 Otto 之見, 行為之可罰性, 是經由社會侵害性之評價而加以認定, 應罰性則包括國家刑罰目的之考量; 一個可罰之行為, 只有當刑罰為確保法秩序及避免法益侵害與危險之不可或缺的手段時, 方具有應罰性; 只有當行為具有可罰性及應罰性, 刑罰方具有適當性 (註一八)。

3. 視可罰性及應罰性為相同之概念

Volk 認為, 可罰性與應罰性之關係可能以下列方式加以思考: (1) 將可罰性視為犯罪體系之核心部分, 將應罰性視為邊緣部分; (2) 將可罰性與應罰性視為原則與例外關係, 或一般決定與個別決定之關係; (3) 將可罰性視為行為關聯 (tatbezogen), 而應罰性則為行為人關聯的; (4) 視可罰性為價值理性 (wertrational), 是一種「整體的非價判斷」 (Gesamtunwerturteil), 而應罰性涉及目的理性 (zweckrational), 是一種「整體之合目的性判斷」 (Gesamtzweckmäßigkeitssurteil)。但 Volk 認為, 從法律政策與刑事政策之立場, 前述四種想法都無法立足, 而認為: 可罰性與應罰性, 就其對犯罪論體系之功能而言, 不具有區分之可能性, 兩者同等可運用於對實定法之控制與批判, 從而提出犯罪化或除罪化之結論; 又兩者也可做為刑訴法上職權不起訴之參照點 (註一九)。

4. 將可罰性視為量刑之參照標準

將可罰性之概念導入實定法者, 首推奧地利。一九八七年, 該國於刑法修正案中, 於第四十二條規定: 若官署所追訴之犯罪, 其最高法定本刑為罰金, 或三年以下有期徒刑, 則於下列情況下, 不具可罰性:

(註一七) Gunther Stratenwerth: Die Stufen des Verbrechens aufbaus. In Seminar: Abweichendes Verhalten II. Frankfurt: Suhrkamp, 1975, S. 263 ff.

(註一八) Harro Otto: Grundkurs Strafrecht, Berlin: de Gruyter, 1988, S. 13.

(註一九) Klaus Volk: Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien jenseits des Deliktaufbaus. In ZStW 97, S. 897 ff. und S. 905. Vgl. Maurach / Gössel / Zipf: Strafrecht (AT, Tb. 2), 1989, C.F. Müller, S. 100.

(1)行爲人之罪責輕微

(2)行爲並未引發結果，或只造成無關緊要之結果，倘使行爲人已善盡努力，以防止結果之發生、加以回復原狀或補償，且

(3)於防止行爲人再度犯罪，或嚇阻他人犯罪之考量上，顯示無加以刑罰之必要。

奧地利之所以將可罰性之概念引進刑法之量刑規範，旨在解決微罪問題——一個刑事政策上頗具爭議性之棘手問題。依該規定，則凡是構成要件該當行爲，若行爲之不法及罪責內涵在應罰水準之下，即屬罪責輕微而不具可罰性。而行爲只造成無關緊要之結果，亦可排除可罰性，其中所稱「結果」，則不只包含直接之行爲結果(Tatfolgen)，尚含所有之「行爲效應」(Tatauswirkungen)；亦即，從特別預防及一般預防之觀點，顯示無罰之必要時，行爲即不具可罰性。

二、視可罰性爲刑法上之優位概念

執此觀點者，認爲可罰性爲行爲刑罰化之基礎要件，也是行爲除罪化之最重要的考量因素。可罰性，並非是與傳統犯罪論體系（構成要件該當性、違法性、罪責）相毗鄰之獨立的犯罪判斷要素，亦非在罪責之後的特別範籌，而是一個對整個犯罪論體系均具有影響效應之刑法概念，特別是對於構成要件該當性之判斷。可罰性一方面是一種形式範籌(Formalkategorie，如有無違法性之判斷)，另一方面也是一種實質的及層級化(materiell-graduierbar)的範籌（如不法內涵之判斷）；而可罰性之探討，旨在避免實定法上之形式的犯罪構成要件與實質的犯罪概念相互疏離，並使形式犯罪體系之適用能符合規範之正義。換言之，可罰性不只是一個貫穿犯罪論體系之上位概念，也是一個貫穿刑事立法、刑法適用、刑事追訴（局部性）之刑法上的優位概念（註二〇）。

1. 可罰性之意義

可罰性，旨在將憲法上之客觀的價值秩序及其相關之實質的、社會倫理的基本決定轉化到刑法領域，從而區分具有刑法重要性及不具刑法重要性之行爲。行爲之所以具有可罰性，乃因其非價內涵重大，顯示國家基於避免他人之法益受到侵害，

（註二〇） 因此，即便是在客觀可罰要件、個人阻卻刑罰事由、個人免除刑罰事由，亦可發現可罰性之概念介入之影子。見 Frank Altpeter：Strafwürdigkeit und Straftatsystem. Frankfurt：Peter Lang, 1990, S. 3 ff.

並確保法秩序，以最嚴厲之刑罰制裁手段合乎比例性，且有其適當性及必要性。此一定義，係來自於對刑罰本質之回顧：刑罰是國家對於具社會侵害性之法益侵害的最後與最嚴厲之反應（註二一）。

關於前述 Altpeter 對可罰性之定義，顯示犯罪行為及其不法內涵之界定，須參照憲法上之基本法律原則。其中關於適當性 (Geeignetheit) 之主要原則，即在考量對特定行為之刑罰處罰，是否足以保障法益及維護法秩序；關於必要性 (Erforderlichkeit) 問題，所須考量者，是否除了刑罰之外，其他制裁方式均不足以保護法益及維護法秩序，其中涉及刑法之補充性原則；至於比例性 (Proportionalität) 之問題，則涉及刑罰對犯罪行為人所構成之權益上的剝奪與其行為對他人所造成之社會侵害是否相當。

2. 可罰性判斷之屬性

依 Altpeter 之見解，可罰性之判斷，有八種屬性；這八種屬性，又可依四個不同的面向，將之區分為如下之四種相互對立的屬性：

抽象性——具體性

絕對性——相對性

客觀性——主觀性

積極性——消極性

可罰性效應之抽象性，顯現於刑事立法：於此立法者須依據憲法上之抽象價值位階，對某些想象中之法益侵害行為，依其嚴重性判斷刑罰制裁是否具有合法性。其具體性，則表現於刑法之適用，於此須將具體發生之行為與實定法之抽象的價值衡量相對照：只有當行為符合實定法之定型化的價值衡量，方有刑罰之可能性。（註二二）

可罰性判斷之絕對性，顯現於可罰性閾限之界定：行為之價值侵害須與其他相涉之價值相對照，從而判斷法益侵害是否成立。其相對性，則顯現於量刑：刑罰之輕重須與行為之價值侵害成相當之比例（註二三）。

可罰性判斷之客觀性，顯現於行為關聯性：刑罰反應所造成之價值侵害須符合

（註二一） Altpeter, a.a.o. S. 246。

（註二二） Altpeter, a.a.o. S. 246。

（註二三） Altpeter, a.a.o. S. 248 ff.

行爲所造成之客觀的價值侵害。其主觀性，則顯現於行爲人關聯性：價值侵害，可能依行爲人之特殊的犯意而擴張或限縮，而行爲人之特殊情境，亦足以爲制裁輕重之參照指標（註二四）。

可罰性判斷之積極性，顯現於適用刑罰反應之行爲的非價判斷 (unwertbegründend)。其消極性，顯現於行爲之非價排除 (unwertabschließend)：在特定之非常態的情狀下，行爲非價之量的判斷，尙不足以爲刑罰反應之合法性基礎（註二五）。

3. 可罰性判斷貫穿整體刑事法

依 Altpeter 之見解，可罰性是一個具有高度抽象性之概念，它並非刑法理論 (Dogmatik) 上的概念，也非用以解決刑法理論的問題；可罰性存在於犯罪論體系之外，不是犯罪論體系之個別範籌；可罰性判斷，是國家刑罰權運作之指導原則及控制原則，於犯罪論體系之個別領域均扮演基本的角色，並以意識型態 (ideologisch) 作用之方式，引導刑法解決理論上的問題。可罰性之功能，可分析如下：（註二六）

- (1) 可罰性是刑事立法決策之規範性指導原則，刑法規範之創設、變更或廢止，均立基於可罰性評價。
- (2) 可罰性判斷，經由對憲法上客觀價值秩序之參照，使憲法之約束力可實現於刑法。
- (3) 可罰性對於犯罪論體系之內部，可做爲解釋及概念建構之指標，特別是經由對個別構成要件要素之內涵的影響，決定行爲是否具構成要件該當性。
- (4) 可罰性可做爲量刑之參照指標。
- (5) 可罰性可做爲刑事訴訟法上便宜性原則 (Opportunitätsprinzip，如職權不起訴) 運用之指導原則。

（註二四） Altpeter, a.a.o. S. 249。

（註二五） Altpeter, a.a.o. S. 249。

（註二六） Altpeter, a.a.o. S. 282 ff.

參、形式與實質的犯罪概念

一、形式的犯罪概念

形式的犯罪概念，是指合乎所有的犯罪要素（構成要件該當性、違法性、罪責），而以刑罰為法律結果之人類的行為，這是狹義的犯罪意義。廣義的犯罪意義，則不以行為人具有罪責為必要，只要行為具有構成要件該當性、違法性，即使法秩序係以保安處分為其法律結果，亦屬犯罪，據此，犯罪實為一種具刑法違法性之行為，或刑事不法行為。原則上，行為若該當於構成要件，只要無例外規定（阻卻違法事由），通常亦成立違法性；因刑法分則之每一個構成要件皆同時規定了刑事不法之內涵，此即「構成要件實現之指標效應」（Indizwirkung der Tatbestandeserfüllung）（註二七），因而，構成要件亦可稱之為「不法構成要件」（Unrechts-tatbestand），亦即刑事不法行為。

二、實質的犯罪概念

實質的犯罪概念，旨在探討不法與罪責之實質內涵，及行為可罰性之實質要件：犯罪是指對法秩序所保護之利益構成侵害或危險之可罰的及具有刑罰必要性之行為，或具有「不可容忍之社會侵害」（unerträgliche Sozialschädlichkeit）的行為（註二八）。於此所稱法益，是指法規範所保障之社會生活的利益（註二九），或是憲法上基本權利所概括下之客觀化、有保護必要之關於人的價值（註三〇）。行為具有社會侵害性，在於其對社會共同生活之功能及存續能力構成危害；但在刑法

（註二七） Jurgens Baumann：Grundbegriffe und System des Strafrechts (5. Aufl.) Stuttgart：W. Kohlhammer, 1979, S. 41。

（註二八） Schönke / Schröder：Strafgesetzbuch, Kommentar(23. Aufl.), 1988, § 12 Rdn. 23.

Jescheck：Lehrbuch des Strafrechts (AT. 4. Aufl.), 1988, S. 44。

（註二九） Jescheck, a.a.o. S. 44。

（註三〇） Harald Schneider：Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei Grundrechtskonflikten. 1979, S. 126 ff.

適用領域上，實質的犯罪概念只具有間接之影響力，形式的犯罪概念仍具有優先性（註三一）。

依 Zipf 之見，不可容忍之社會侵害性是一個有具體化必要性及可能性之概念，而社會侵害性之具體化，應有兩個任務：一方面社會侵害性須由經驗研究加以驗證，另一方面也須由規範的觀點，來判斷那些法益具有保護之必要性，而以刑罰之強制手段加以確保（註三二）。社會侵害性之具體化，因而成爲刑法、刑事政策、犯罪社會學之溝通領域，對此 Maurach 及 Zipf 有如下之論述：（註三三）

在社會侵害性之經驗檢驗方面，刑法顯然對犯罪學之研究有所依賴……同理，在評價法益保護之必要性時，亦復如此。但對經驗事實，仍需做各種事後處理。因而，關於特定行爲之社會影響效應，即使吾人已掌握到經驗的發現，非即可導引出刑事政策上的決定（註三四）。由於犯罪概念對整體文化及社會秩

（註三一） Maurach / Zipf : Strafrecht (AT, 7. Aufl. Tb. 1), 1987, S. 162 ff.

但對此亦有持異說者，Gallas 即排斥以法規範違反性之形式犯罪概念，而主張採目的論及價值觀聯之思考方式，來建構一種實質的、以法規範保護目的爲導向之違法性概念，犯罪，因而是一種對法益造成實害或危險之不法。見 Wilhelm Gallas : Beiträge zur Verbrechenslehre. Berlin : Walter de Gruyter, 1968, S. 21。

另 Leferez 也認爲形式犯罪概念會淪爲一種沒有指望的循環論證：犯罪，是因刑罰之需要而成立；刑罰，是因犯罪之需要而產生。見 Heinz Leferez : Wilhelm Gallas' Gedanken zum Begriff des Verbrechens aus kriminologischer Sicht. In Karl Lackner(Hrsg.) : Festsch. für Wilhelm Gallas. Berlin : Walter de Gruyter, 1973, S. 66。

（註三二） Henz Zipf : Kriminalpolitik (2.Aufl.).Heidelberg:CF Müller, 1980, S. 163.

（註三三） Maurach / Zipf, a.a.o. S. 163 ff.

（註三四）關於這點，Zipf, 曾以犯罪異數，之問題爲例，即犯罪學之事實研究發現，墮胎及經濟犯罪均有極高的犯罪黑數，但這個事實發現卻有不同的結果：墮胎之高犯罪黑數成爲主張除罪化之理由，經濟犯罪之高黑數卻成爲主張強化犯罪抗制及改善追訴效力之理由。其原因，乃犯罪學研究所得之事實發現，仍需經由刑事政策上之價值判斷，並參酌刑法理論上之妥當方式，方能將所得之目的設定加以實現（如犯罪化或除罪化）。刑事政策，因而非本體論之實然科學，而是規範論之價值科學。見 Zipf, a.a.o, S. 14。

序具有依賴性，也因而參與了社會文化之變遷；價值變遷之持續性過程，擴散到實質的犯罪概念，並經由犯罪化與除罪化，要求犯罪概念能適應社會變遷；於此可發現，一般的價值信念與刑法規範化存在互動關係。

在刑法學之發展史上，刑法顯示其目的導向之趨勢；此種目的導向，可視為刑事立法之理性及合法性，而實質犯罪概念之探討，是此種趨勢之必然結果。迄今為止，關於實質犯罪概念之內涵，主要圍繞在下列四個主題：(1)行為或結果是否對法益造成侵害或危險；(2)是否具有社會侵害性；(3)是否違背社會相當性；(4)手段與目的之間是否有相當性。即是德國聯邦憲法法院，在其判決上亦承認，社會生活基本價值之維護，是刑法之一般任務（註三五）。但對實質犯罪概念內涵之探討，除在法益之探討有較為豐碩的成果，其他概念則仍顯得空泛，有待進一步之具體化。

三、法益概念之內涵

(一)法益之本質

法益是法價值 (Rechtswert) 或法利益 (Rechtsinteresse)，含個人及整體的價值與利益，刑法之犯罪構成要件旨在排除對其所為之實害或危險；在行為刑法之思維下，法益居於犯罪體系建構之核心地位（註三六）。刑法所規範及處罰之行為，即對於具有刑法重要性之法益造成實害或危險之行為，而法益之所以具有刑法上之重要性，是因其與憲法上之基本權利或義務具有關聯性。又法益可區分為實質法益與想像法益，亦可區分為個人法益與超個人法益（或整體法益）。

依陳志龍教授之見解，法益保護與法益創設在本質上是不相容的，既言保護，只有對既存的事物，方有法律保護之可能性與必要性，而不是對於根本尚未存在的事物予以創設；因而，並非立法者創造了刑法的法益，而是在刑事立法之前，即已有法益的存在，立法者不過將此等法益實證化（註三七）。又任何法益，必須與人或人性尊嚴之價值具有關聯性；亦即在刑法的保護體系中，是以個人法益為核心；而超個人法益之概念，必須和個人法益有機能上的關聯性，亦即，前者應係由後者直接導衍出來，且在確定是否為超個人法益之前，須先有個人法益之保護客體的存

（註三五） BVerfGE 45, 187, 254。

（註三六） Baumann / Weber：Strafrecht(AT), 1985, S. 139 ff.

（註三七） 陳志龍：法益與刑事立法。台大法學院，1990，頁103。

在，且與人的價值有密切的關聯性方可（註三八）。

前述陳氏關於法益本質之陳述，特別是法益必須與人類或人性尊嚴須有關聯性，且公法益亦須與個人法益具有關聯性，顯示將自然法之思潮引入法益概念之探討，使法益問題發生疑義時能參照高位階之法價值加以解決。誠然，所有的犯罪構成要件不得與法益疏離，而所有法益之最後參照點即是人的價值與尊嚴。以德國刑法之環境犯罪（§ § 324 ff. StGB）為例，其所保護之法益即在「維護當代及後代之適合人居的生活條件」；雖然，環境刑法保護目的之最後參照點是人的尊嚴與價值，但並不因此而否認，環境亦得為獨立之法益；因為對人的保護，不只涉及人能否生存，尚應顧及其如何生存（註三九）。

但法益是否全然來自於既存之事物，又立法者是否不得創造法益，則似仍有探討的餘地。環境刑法所保護之法益，既含「後代之適合人居的生活條件」，在後代尚未出生之情況下，是否形同立法者依其想像而創造了法益？如是，則立法者創造法益——與前述陳氏之見解即法益應以既存之事物為基礎有異，是否妥當？關於這個問題，可從法社會學之角度，就法規範之實然面 (Sein) 及應然面 (Sollen) 加以說明。法律究竟是純為應然規範，或是立基於實然之規範，歷來有兩種極端的立場：(1) 凱爾森 (Kelsen) 的純法學理論，視應然與實然為最終的，且不可再導衍的兩個範疇。他嚴格區分規範之效力 (Geltung) 與實效 (Wirksamkeit)；效力是指規範應被遵守，若未被遵守，則規範應被適用；實效是指規範在事實上被遵守，若有違者，規範果被適用；效力是規範之特殊存在形式，建立於「應遵守」之基礎上，是規範之約束力與合法性之基礎；又應然與實然無關，一個應然之合法性是來自於另一高位階之應然（註四〇）。純法學理論之後續發展即概念法學，是一種規範邏輯之表現方式（註四一）。(2) 艾爾利希 (Ehrlich) 之見解則與純法學理論不同。依艾氏之

（註三八） 陳志龍著前揭書，頁 16 及頁 156-158。

（註三九） Cramer in Schönke / Schrödle, a.a.o. Vor. § § 324 ff. Rdn. 8

（註四〇） Hans Kelsen : Allgemeine Theorie der Norm. Wien : Manz, 1979, S. 3。

（註四一） 對 Kelsen 之主張，Zippelius 曾有所批評。因依前者之見，所有規範之效力最後是來自於「基本規範」(Grundnorm)，所有規範自成一個有秩序的體系，但基本規範之上（或之後）是什麼，則無解。又在革命或重大改革的前後期間，則純法學之論點正難以立足。又依後者之見，規範，只有全部或大部分果真被遵守，方可稱之為有效力的法規範；實效，因而是規範效力之條件。見 Reinhold Zippelius : Das Wesen des Rechts (4. Aufl.) C.H. Beck, 1978, S. 22 ff.

見，法律是一種社會決定 (gesellschaftliche Entscheidung)，也是一種「活法」(lebendes Recht)；所有法規範均立基於法外之規範，而與道德、宗教、習俗有密切的關係；刑法所保護之法益，應限於事實上已存在於社會生活者（此與前述陳氏之見解同）（註四二）。據此，則法律是一種強制規範，同時也是一種社會事實，一種來自於既存社會實然之實然。

賴菲勒 (Ryffel) 之法社會學思想，則試圖對法規範之實然面與應然面的衝突加以調和，認為法規範之特性，即在其「實效性」及「正當性」(Richtigkeit)；一方面法規範須依據特定之尺度來有效地建構社會，此即實然面；另一方面，又須將特定的「優位理念」(Leitideen) 加以具體化，此即法規範之應然面（註四三）。藉由法之社會聯結性，賴氏將法規範分為三類：認證規範 (Bestätigungsnormen)、衝突規範 (Konfliktnormen)、變革規範 (Änderungsnormen)。認證規範是從道德、宗教、風俗中接收了社會規範，賦予事實上之重要性及法的約束力；變革規範則與前者相反，旨在既存之社會及法律結構中，改變現有的法律或社會狀態，甚至對結構本身加以重建（註四四）。在社會變遷過程中，法規範之實效性及正當性常發生問題，而變革規範則愈顯其重要性，即以法律做為有計畫之社會建構的手段（註四五）。賴氏此種法社會學思想，用於民法與行政法領域較無疑問；用於刑法領域，則應較為慎重，但並非全無適用之餘地，易言之，於一定情況下，容許立法者創造法益，導衍為刑法規範，或有其必要性。

(二)法益之抽象性與倫理性

傳統上，刑法基於客觀化之要求，對法益之概念，盡可能用客觀可見之事物來

(註四二) Eugen Ehrlich : Grundlegung der Soziologie des Rechts (3. Aufl.). Berlin : Dunker & Humblot, 1967, SS. 13, 19, 44 u. 399ff.

(註四三) Hans Ryffel : Rechtssoziologie. Berlin : Luchterhand, 1974, S. 132

(註四四) Ryffel, a.a.o. S. 159 ff.

(註四五) Ryffel, a.a.o. S. 161 u. S. 163。

賴氏認為規範是用以引導行為及穩定行為，人類不只需要規範，而且需要有事實重要性之規範——法規範，此等規範之最後目的，即是「人之價值的展現」。所有規範之後，存在優位理念；法規範之任務，即在將優位理念具體化，但此種具體化從不可能完全實現——此即不完全之具體化。後一見解，與 Binding 所稱「刑法之不完整性」相似。見 Ryffel, a.a.o. S.131 ff.

加以掌握，對於不能藉此加以掌握者，則承認有想像法益之存在。關於法益，Schmidhäuser 提出一個抽象的概念來加以說明，即「尊重請求權」(Achtungsanspruch)：

法益並不相等於具體的行為客體，而是一種從社會所承認之價值，所導引出來之想像的尊重請求權。因此，行為人所射擊之子彈未中目標，被害人之具體生命雖未受到侵害；但這種危及生命之行為卻侵害到尊重請求權，於此吾人稱之為生命法益…只有經由這種藉想像方可理解之尊重請求權（這在人類共同生活中是有價值之屬性），方可說明刑法之任務在於維護法益。

另 Welzel 對於法益之見解，則甚具倫理化之色彩，依其見，刑法之任務在於保護基本社會倫理之良心價值或行為價值，而個別法益之保護則包容於其中，於此，法益之保護退居為刑法之次要任務。據此，則法益之保障，須經社會倫理價值之保障，方有實踐之可能。茲將其主張略述如下：

刑法之任務，即在經由基本社會倫理之行為價值之維護，以保護法益。刑法經由對特定行為型態之禁止或要求，落實法益之保護；在這些禁止或要求之幕後，即存在著基本的社會倫理義務（行為價值），對此等義務之違反，應受刑罰制裁，此即其效力所在。刑法一方面要真正實現廣泛性及持久性的法益保護，另一方面，也要限制對社會倫理之可非難性的侵犯形式……刑法所包含之社會倫理義務（經由刑罰來加以維護）基本上具有兩種意義；此種義務之履行只有輕度的價值，違反此等義務，其所否定之價值則甚為重大（註四六）。

(三)法益衡量

刑法之任務，在於保護社會共同生活之重大法益，並防止可能發生的社會侵害行為。犯罪構成要件之成立與界限即為實現此等目的之手段，任何可罰行為之創

(註四六) Hans Welzel: Das Deutsche Strafrecht. Berlin: Walter de Gruyter, 1969, S. 4 ff.

Welzel 之刑法思想，除其目的行為論，對當代刑法犯罪論體系有深遠的影響外，其對法益所持之見解，亦使刑法在不法內涵之評價上，超越傳統的結果非價，使行為非價日益受到重視。

設，不得踰越相當性原則（註四七）。相當性原則，被德國聯邦憲法法院認為是一種以基本權利為標準之控制公權力的原則；對於經由實定法限制基本權利方式與幅度之適當性，及個案中基本權利行使之界限，相當性原則是一項決定性之規準；必要性及比例性兩個尺度可合稱為「過度禁止」（Übermaßverbot）原則；又由於只有防止危險之適當的行為（手段），方有可能為必要之手段，手段之適當性，對於涉必要性之判斷標準有其獨立的意義（註四八）。

目的與手段之相當性思想，是建立在對個案之正義需求的基礎上（註四九）。而相當性原則或過度禁止原則，對於刑罰目的與量刑，及行為不法內涵與法定刑之決定，均具有重大的意義。又在構成要件該當性及違法性之判斷，法益衝突常是重要的線索，釐清法益衝突，則有賴於法益衡量（Güterabwägung）。有關於此，德國聯邦憲法法院曾就一件法律衝突，即言論思想之自由（Art. 5 GG）及違背善良風俗之故意侵害（§ 826 BGB）之間的衝突，作成如下之法律見解：

法益衡量有其必要性：言論思想之表達，若侵害到更高位階之應保護的利益，則言論思想表達之權利當不復存在。是否有他人之更重要的利益存在，須依個案之所有情狀加以審查……於此價值秩序之內，此亦為一種價值分配，必須衡量基本法第五條之基本權利及因其行使所限制到之（他人的）權利與法益……在大規模之社會共同生活中，必然會持續發生個人之間的利益或權利的衝突，必然也永續存在一種依其（權利或利益）保護必要性所為之衡平或衡量……特別是一般條款，其用於判斷人類行為時須第照法外之規準（如善良風俗），故提供司法判決實現其影響力之機會。因為，在個別情況下，要判斷社會所要求者為何，須優先以價值觀念之整體——此乃國民於精神文化發展過程中所達成且於憲法中固定化——為出發點（註五〇）。

（註四七） 相當性原則，被德國聯邦憲法法院視為所有限制基本權利之法律行為的架構，也是一般法律原則。見 BVerfGE 7, 377, 410。

（註四八） Peter Badura：Staatsrecht. C.H. Beck, 1986, S. 84。另見 Zipf, a.a.o. S. 101。

（註四九） Manfred Gentsch：Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen. In NJW 1968, 1600 ff.

（註五〇） BVerfGE 7, 198, 206 ff.

四、實質犯罪概念在實務上之運用

可罰性是刑法體系之優位概念，也是可以貫穿刑事立法、構成要件該當性、違法性、罪責、量刑及刑事追訴之概念，但其實用性則有待進一步之具體化，因而刑法實務上對該概念之運用，仍然相當慎重與保留，即是奧地利已將可罰性經由法制化而視為量刑之考量要件，實務上之運用仍相當謹慎。

我國之刑法實務，將實質犯罪概念及可罰性用於刑事判決，見諸一九八五年台上字第四二二五號最高法院之判例，其裁判要旨謂：「行為雖適合於犯罪構成要件之規定，但如無實質之違法性時，仍難成立犯罪。本件上訴人擅用他人之空白信紙一張，雖其行為適合刑法第三百三十五條第一項之侵占罪構成要件，但該信紙一張所值無幾，其侵害之法益及行為均極輕微，在一般社會倫理觀念上尚難認有科以刑法罰必要。且此項行為，不予追訴處罰，亦不違反社會共同生活之法律秩序，自得視為無實質之違法性，而不應繩之以法。」

前述關於侵占他人信紙一張（甚至幾十張），雖侵害法益之價值極為輕微，但在形式上卻已實現侵占罪之構成要件。此等行為，法益侵害情節輕微，合乎刑法第六十一條之微罪規定，檢察官自得參酌刑法第五十七條（特別是第九款）之規定，為不起訴處分（刑訴法第二五三條第一項）；即係經提起自訴，法院亦得裁定駁回自訴（刑訴法第三二六條第三項）；但此等規定，乃裁量權限，而非強制規定。若檢察官提起公訴，或有自訴權人（刑訴法第三百十九條）提起自訴，法院雖得依刑法第五十九條酌減其刑，或依第六十一條免除其刑，但仍應為有罪之判決，有時對被告不免失之過苛。故前述最高法院之判例引進實質違法性之概念——依其意雖未阻卻構成要件該當性，但至少可阻卻違法——應為司法實務上之進步。

依甘添貴教授之見解：「實質違法性之判斷，首須視行為之結果對於法益是否造成侵害或危險，此為認定違法性之最外圍；倘已侵害或威脅法益安全時，再視其行為之方法或態樣等有否違反社會倫理規範或社會相當性，如屬肯定時，即可確定該行為具有實質之違法性……故除法益侵害之要素外，尚須加上行為之方法或態樣違反社會倫理規範之要素，兩者加以綜合判斷，始能充分認識違法性實質之所在。」

（註五一）前段甘教授之見解，係引進「可罰的違法性」，說明判例上關於微罪之

（註五一） 甘添貴：可罰的違法性之理論（上）。軍法專刊第三十八卷六期，民81年，頁5。

實質違法性問題，顯係將可罰性之概念引進違法性判斷，對當代刑事政策甚富意義（註五二）。又依其見，可罰的違法性乃超法規之阻卻違法事由，應依全體秩序之精神，就目的之正當性、手段之相當性、法益之均衡性等要件，加以判斷；然可罰違法性之判斷，仍頗曖昧，有使立法論與解釋論混同之虞，若使用恣意，恐有害構成要件違法性推定機能之虞（註五三）。

實質的犯罪概念，其判斷標準仍有待進一步之具體化，故刑法實務上對其運用仍顯慎重。由於法益衡量較客觀明確，故實質的犯罪概念，適用於侵害法益輕微之犯罪，較無疑慮。對於侵害法益重大之犯罪，則應兼顧更多的判斷標準，如手段與目的的相當性、行為之善良風俗的合致性、社會相當性、目的之正當性等詳加審查。

肆、刑罰理論

一、絕對刑罰理論

基於刑事制裁是否具有目的考量之關聯性，刑法及刑事政策上可區分為絕對刑罰理論及相對刑罰理論。絕對刑罰理論又稱為正義理論，據此理論，刑罰不得用以滿足特定目的，刑罰只不過用於對行為人所犯不法之報應或贖罪，與任何目的考量

（註五二） 但亦有持異說者，認為：「違法性既已阻卻，其行為即不違法，自不生可罰與否之問題；違法行為之不可罰性，以違法行為之成立為前提，與阻卻違法之立論基礎迥然不同。且阻卻違法之原因，無論為一般規定（如刑法第二十一條至第二十四條）或特別規定（如刑法第三十一條），均有法條明文。違法行為之不可罰性，既與阻卻違法原因之法條規定不符，自不宜超越法律之解釋，謂其阻卻違法性。……不可罰的違法行為原已該當於刑法所定之犯罪構成要件，因具有不可罰性而不為罪。但不可罰性為學理而非法律明文，其使合於犯罪構成要件之行為成為不罰行為，與罪刑法定原則有無齟齬，尚待斟酌。」

見楊大器：違法行為的不可罰性。法令月刊，第四十三卷第九期，民81年，頁4。

（註五三） 甘添貴：可罰的違法性之理論（下）。軍法專刊，第三十八卷第七期，頁2-3。

無關，此亦可稱之為報應理論 (Velgeltungstheorie) 或贖罪理論 (Sühnetheorie) (註五四)。

絕對刑罰理論導衍於康德 (Kant) 之刑罰理論，依康德之見，凡人本身即是自我目的，因其有主觀上之理性、良知及自主意志，任何人不得純然被利用為他身外目的之手段，因此：「刑罰不得純然是為促進其他之善或其他利益之手段，無論該善或利益是為犯罪人本人或社會整體；於任何時候，刑罰之實施，只能說是因行為人犯了罪，因為個人絕不可以成為他人意圖之手段，也不可以被混為物權之客體，因如此就違背了對天賦人格之保障。」(註五五) 絕對刑罰論之優點，即在其主張刑罰之正義性並對人性尊嚴予以價值上之肯定。

正義之意義，有兩種內涵：(1)即平衡的正義 (ausgleichende Gerechtigkeit)，此即私法上之正義；(2)分配的正義 (austeilende Gerechtigkeit)，此即公法上之正義。平衡的正義是權利對等者之間的正義，須以分配的正義為前提，因為只由經由分配正義之作為，方可對法律交往者賦予相等的權利、相等的交往能力及相等的地位；因而，分配正義可謂為正義之原型 (註五六)。就此而論，平等可謂為正義的形式要件。基於實現正義之要求，對於行為人因犯罪行為對他人造成一定的法益侵害，則他人或公眾對行為人要求承擔一定的義務，或剝奪其一定的權益，為理所當然之事，刑罰因而反映了正義。

法哲學家考夫曼 (Kaufmann) 曾藉由最佳適合度之正義或正當的正義 (optimale od. richtige Gerechtigkeit) 來探討實質的正義，認為正義之判斷，並非從純理性之判斷可得，其中必然更包括了情緒上的要素；惟有就此立足點，方能找到判斷正當正義之最適當的條件；設若正義的判斷可純然經由理性獲得，則個人自行判斷即屬可能；但由於正義的判斷含情緒之內涵，則情緒要素勢須經由「相互主觀化」(Intersubjektivierung) 方能確定其實質內涵 (註五七)。

(註五四) Baumann / Weber : Strafrecht (AT, 9. Aufl.), 1985, S. 11。

(註五五) Hellmuth Mayer : Kant, Hegel und das Strafrecht. Im Paul Bockelmann (Hrsg) : Festschr. für Karl Engisch, 1969, s. 54 (64 ff.)。

(註五六) Gustav Radbruch : Rechtsphilosophie. Stuttgart : K.F. Köhler, 1973, S. 121 ff.

(註五七) Arthur Kaufmann: Theorie der Gerechtigkeit. Frankfurt : Alfred Metzner, 1984, S. 37。

近代刑法學者對報應刑之觀念多持排斥之態度，但由於犯罪對法益及社會之侵害性，被害人及社會全體之報應需求，實為心理（情緒）上不易避免之現象，則刑罰之反應，多少可以滿足其心理（情緒）之需求，從而使法秩序確保穩定，亦可使社會之和平秩序回復常態；反之，若全然否定刑罰之報應性質，則無異否定被害人或社會成員之心理上的需求，未免強人所難，有違期待可能性之原則。依考夫曼之見解，正義之情緒要素既須經由相互主觀化確定其內涵，則刑罰反應的輕重，當可有客觀之標準可循（如相當性原則），而不致淪為非理性及過度情緒化的反應。

二、相對刑罰理論

相對刑罰論認為，對犯罪人之刑罰制裁，並不能使已發生的事情不發生，刑罰應著眼於未來，使不會有其他的人，或被處罰者本人，再犯同樣的不法行為；相對刑罰論認為刑罰本身並非目的，而是用於達成預防犯罪之手段，因此，亦可稱之為目的刑罰論（註五八）。以下分就一般預防、特別預防及綜合理論說明之：

（一）一般預防

一般預防 (Generalprävention) 是指刑罰之目的，在於經由對犯罪人處罰所生之示範作用，對社會大眾及被罰者本人形成嚇阻作用，以防未來再發生犯罪行為（註五九）。據此，刑罰之法律結果純然只有工具性，是達成特定目的之手段，而非自我目的；刑罰是國家實現其抗制犯罪之具體任務的一種展現，也是國家用以確認危害及排除危害之一種權力工具（註六〇）。費爾巴哈 (Feuerbach) 之心理強制說，即為一般預防思想之例，依其說，因國家刑罰權之運用，足以使一般人感知到因犯罪會遭致刑罰所帶來的惡害，從而使犯罪之動機或慾望會受到心理上的強制。此等觀點，顯立足於另一命題——即人是理性思維之主體，顯見一般預防思想與近代人文主義及理性主義之發展有關聯性。

一般預防說，與近代法社會學之見解相符。依陸曼 (Luhmann) 之見，社會行為之合致性，來自於習得之期待；法律是所有信賴關係之基礎，其基本功能不在影

（註五八） 林山田著：刑罰學。商務，1991，頁 63-64。

（註五九） 林山田著前揭書，頁 64。

（註六〇） Zipf, a.a.o. S. 38。

響特定行爲，而在於強化特定的期待。法律屬於「規範期待」(normative Erwartungen)之領域，而與認知期待不同；規範期待若面臨失望情境（例如有人犯罪），個人仍會堅守此等期待（認為法律是正當且需要的）並依期待而反應（個人之舉發犯罪及國家刑罰權之反應）（註六一）。

一般預防之考量，對刑法之立法目的與個別量刑有其不可忽略之地位，但從其基本命題及經驗上的實效，仍有一些盲點。依其假設，人是理性的，因而在決定是否犯罪前應能作風險評估；就此而論，刑罰對激情性及精神有障礙者不可能有一般預防之效果。且對社會弱勢者，「在他們之心目中，以合法手段所獲得之快樂微乎其微，反而以非法手段所獲得之快樂較多而確實，就是受刑罰制裁也無所損失時，如果再加上犯罪技術進步而檢舉率或破案率偏低，他們怎會輕易放棄犯罪。」（註六二）

主張一般預防者，常會提出「亂世用重典」之主張，因而特別刑法林立，且一切重罰是從，這種觀點實昧於犯罪原因之多樣化，且顯示對人權之不尊重，又無視於國家在刑事追訴外之其他責任。這並非一般預防之罪，而是有人曲解其意義而加以誤用，致今在國內造成負面效應，在觸及刑事政策時盡可能迴避一般預防，而盡可能就個別預防加以探討，也難以建構宏觀的刑事政策。

其實，一般預防之本質，並不在藉由重罰嚇阻犯罪，而是在經由刑事追訴的確實性（勿枉勿縱）及提高破案率，以預防未來可發生之犯罪（註六三），此亦符合刑法對法益之間接保護功能。早在十八世紀，貝加利亞 (Beccaria) 在刑罰原理之探討中，已就一般預防提出一些相當進步的見解：（註六四）

1. 刑罰之輕重，應以能預防犯罪及維護社會正義為原則。

（註六一） 認知期待若面臨失望情境，即個人發現事實與原有認知期待不同時，會改變期待而適應事實；因而認知期待具有學習意願，而規範期待則無。

Niklas Luhmann : *Ausdifferenzierung des Rechts*. Frankfurt : Suhrkamp, 1981, S. 114 ff.

（註六二） 謝瑞智：中外刑事政策之比較研究，中央文物供應社，1977，頁127。

（註六三） 林山田著前揭書，頁89。

謝瑞智著前揭書，頁127-128。

（註六四） Elio Monachesi : Cesare Beccaria. In Hermann Mannheim (edited) : *Pioneers in Criminology*(2nd. ed.), New Jersey : Patterson Smith, 1972, PP. 36-49。

2. 刑罰之目的，並非對犯罪人施加痛苦或解除已發生之犯罪，而是為使其不致繼續危害社會，並能對其他社會成員造成一種強烈的印象，但對犯罪人所加之痛苦應盡量減少。
3. 真正能提高嚇阻犯罪效果者，非刑罰之嚴厲性，而是刑罰的明確及及刑罰反應之速捷性（即追訴的確實性與時效性），並使社會相信，犯罪之結果不免要受到處罰。

(二)積極的一般預防

傳統上之一般預防觀念是指嚇阻預防(Abschreckungsprävention)，亦即負面的(消極的)一般預防。正面的(積極的)一般預防，是指整合預防(Integrationsprävention)。一般預防思想，無論是經由法定刑之制定、刑之宣告或刑的執行加以實現，本無區分之必要，但因德國在一九六九年將「法秩序之防衛」之概念(Verteidigung der Rechtsordnung)引進短期自由刑之報行要件(§ 47 Abs.1)、緩刑要件(§ 56 Abs.3)及刑罰保留(猶豫)要件(§ 59 Abs.1 Nr.3)中，學理及實務上在解釋這個概念時，引進正面一般預防之概念。

依 Roxin 之見，正面一般預防可區分為三種效應；(1)社會教育之學習效應，即刑罰在培養守法習慣；(2)信任效應，即國民因親見法之貫徹，產生對法的信賴；(3)滿足效應，即經由被告之付出與作為，使公眾之法意識雖歷經法之破壞得以回復平靜，並視與犯罪人之衝突已獲釐清。又 Roxin 原以正面一般預防為上位概念，整合預防指狹義的刑罰制裁之滿足目的，但歷經討論，兩者已成為同義之概念(註六五)。依 Zipf 之見，正面一般預防應包含兩個面向，其一是規範之貫徹(Normdurchsetzung)，指法官之規範制裁決定之事件本身及其用以影響公眾守法精神之方式；其二即公眾對法規範之接納(Normakzeptanz)，此先於法官之作為而存在，且是法官量刑之出發點，若公眾原已有很高的守法意願，則法官於裁判時可不必太在意一般預防。又規範之貫徹與規範之接納有互賴關係，且正面一般預防應優先於負面一般預防(註六六)。

關於法秩序防衛之內涵，實即正面一般預防之核心，故德國聯邦憲法法院就曾

(註六五) Heinz Zipf: Die Integrationsprävention. In Walter Melnizky(Hrsg.): Festschr. für Franz Pallin, 1989 S. 483。

(註六六) 同前註，S. 483 ff.

旨出，正面一般預防之目的，旨在「維護及強化對法秩序存在及其貫徹力之信賴」(BVerFGE 45, 256)，而聯邦高院亦在其判決中，就刑罰之正面一般預防，提出如下之內容：(1)對行為人所為之不法貫徹法的效力；(2)對公眾顯示法的不可侵犯性；(3)維持國民之守法；(4)確保國民之法律良知及對司法的信賴；(5)避免國民以為對犯罪有不正當的讓步或軟弱之印象；(6)避免法秩序受犯罪之侵害而動搖（註六七）。

(三)特別預防

特別預防，是指刑罰重在對犯罪人施加影響，如加以教育或改善，或至少對其本人加以嚇阻，避免再度犯罪，此理論之代表者如李斯特(V. Liszt)（註六八）。特別預防所重視者，並非既已發生之行為人的可非難性，而是其未來之社會危險性，依此觀點，刑罰有三個主要的功能，即對個人的嚇阻、再社會化、保安隔離。保安處分及不定期刑，即是此種思想下的主張，且今日之保安處分，亦吸收了相對不定期刑之精神，形成了刑罰與保安處分並存之雙軌的刑事制裁制度。

再社會化是特別預防的基本理念，其目的在於排除犯罪人之再犯危險性，使其可重新適應社會生活、能為社會所接納並重返社會生活體系；因此，在特別預防之考量下，是否有再社會化之需要及所需時間之長短，是保安處分宣告與否及宣告期間長短之基礎，如此，便需進一步有精確的「危險預測」（註六九）。危險預測，則須以客觀存在之事實為判斷之線索，如行為人之素行、初犯年齡、再犯次數、失業、家庭關係等，此即犯罪學上之「再犯預測」（註七〇）。但再犯預測之研究，常面臨技術上之困難，因研究對象（樣本）選擇有困難，常須以執行刑罰中之受刑人為對象，則研究所得，究為再犯之原因，或是犯罪及監禁之結果，不易釐清；且犯罪預測在運用上亦有困難，易被指責造成標籤效應。

特別預防之貢獻，在於將教育理念導入刑罰，使刑罰不再具強烈的惡害報應之色彩，且使刑事政策上發展多元化的刑罰替代方式（如保護管束）。但特別預防最

（註六七） Heinz Müller- Dietz：Integrationsprävention und Strafrecht. In Theo Vogler (Hrsg.)：Festschr. für Hans-Heinrich Jescheck, 1985, S. 817 ff.

（註六八） Baumann / Weber, a.a.o. S. 11。

（註六九） 張麗卿著：刑事法學與精神醫學之整合。五南，1994，頁143-144。

（註七〇） 張甘妹等著：再犯預測之研究，法務部專題研究，1987。

受質疑者，在其不定期刑之主張，嚴重違背法治國家之原則，在法治史上殊少受到採行；即如含有相對不定期刑精神之保安處分，亦常引起疑慮，如保安處分刑罰化及執行之恣意。特別預防另受批評處，在於將犯罪視同疾病，形同否定了法秩序對犯罪之倫理上的非難，未能滿足公眾對正義感之需求（註七一）。迄今為止，特別預防在刑事制裁實務上之成效，亦不彰顯。故一九七五年後之國際刑事政策，多少重返報應與一般預防思想，顯示特別預防立意雖佳，但其所強調之再社會化的刑罰及保安處分之執行，頗多困難（註七二）。

四 綜合理論

綜合理論，旨在調和絕對刑罰理論及相對刑罰理論之間的對立，認為刑罰須於罪責範圍內裁量且須與罪責維持相當，亦即在罪責範圍內，預防目的享有發揮影響力的空間，就量刑而言，此即表示一種正義報應範圍內的目的刑，此亦被稱為裁量空間理論 (Spielraumtheorie)（註七三）。綜合理論並不排斥絕對刑罰理論之報應刑思想，但卻經由「罪責原則」之引進，對報應刑賦予理性的色彩，亦即，以行為人之罪責決定刑罰（法定刑）之最重界限，於此界限之下，法官就一般預防及特別預防之考量，決定宣告刑（註七四）。但於罪責決定法定刑時，亦應考量報應刑之最低要求，界定最輕法定本刑，從而確定預防思想之運作空間。

現今之德國刑法規定：行為人之罪責為量刑之基礎，但刑罰對於行為人未來社會生活之影響，亦應加考慮（§ 46 Abs.1）；又在其他法條中（短期自由刑之執行、緩刑、刑罰保留）引進法秩序防衛之概念，顯然採用了綜合理論。從一九六〇年代到一九七〇年代之間，刑法及刑事政策上之優勢主張，即報應與罪責平衡不得做為刑罰之目的及刑罰之合法性基礎，並未落實於實定法上。

欲完全排除刑罰之報應思想，恐太過理想化。故德國聯邦高院在判例上雖稱，贖罪不得為刑罰之考量理由，且亦表明，刑罰不能純然實現罪責平衡之任務，只有當其為滿足刑法預防性保護任務所必要時，刑罰方具合法性（註七五）。此等見

（註七一） 林山田著：刑罰學，商務，1991，頁76。

（註七二） 張麗卿著前揭書，頁146。

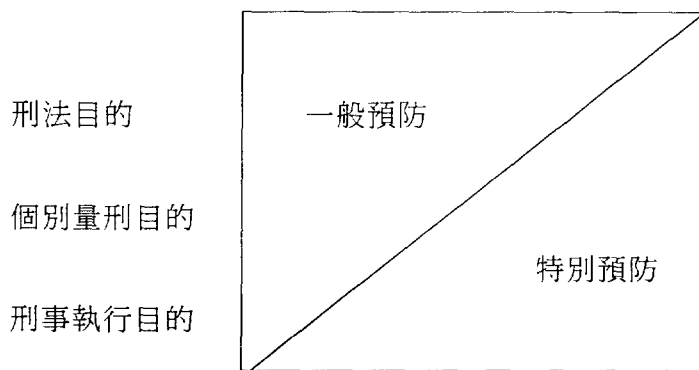
（註七三） Baumann / Weber, a.a.o. S. 12。

（註七四） Baumann / Weber, a.a.o. S. 15 ff.

（註七五） BGHSt 24, 40ff.

解，等於說明實務上亦間接承認報應思想，亦無異說明，基於一般預防之理由，罪責平衡之刑罰有其必要性，（註七六）或者說，罪責刑罰內實隱藏著報應刑思想。

綜合理論當然也並納一般預防及特別預防思想，但兩者在整體刑法體系內之不同領域，扮演分量不等之角色：在刑法立法目的裡，一般預防之考量重於特別預防；在個別量刑目的內，一般預防與個別預防考量之重要性相當；在刑事執行之目的方面，特別預防之考量則重於一般預防（註七七）。關於預防目的與刑法體系之關係，可圖示如下：



德國司法實務上對綜合理論之接納，最明顯即如下列憲法法院在判決中所持之見解：「現行刑法及各法院之判決均採納所謂之綜合理論，該理論接納所有刑罰目的的思想，擷取各思想之不同的重點，將之做平衡的結合。立法者依憲法所容許之創制自由，可對各種刑罰目的加以承認、加以衡量及加以折衷。據此，聯邦憲法法院在其判決中，不儘強調了罪責原則，而且對其他刑罰目的亦加以承認。刑法之一般目的，在於維護社會生活之基本價值。罪責平衡、預防、犯罪人之再社會化、對過去不法行為之贖罪及報應，均為適當刑罰制裁所考量之要件。」（註七八）

（註七六） Claus Roxin：Zur Entwicklung der Kriminalpolitik seit den Alternativ-Entwürfen. JA 1980, S. 548。

（註七七） Baumann / Weber, a.a.o. S. 19。

（註七八） BVerfGE 45, 187, 253 ff.

伍、可罰性之擴張與限縮

一、可罰性之擴張途徑

1. 創制犯罪構成要件。
2. 將可罰性之行爲階段提前：如未遂犯、預備犯、陰謀犯、危險犯之處罰。
3. 排除訴訟要件、個人阻卻刑罰事由或個人免除刑罰事由。
4. 以擴張解釋，擴大構成要件適用範圍。
5. 增設對過失犯之罰則。

二、可罰性之限縮途徑

1. 程序法上之除罪化。
2. 實體法上之除罪化
 - (1)被害人參與之除罪化：即訴訟要件之規定。
 - (2)將刑事不法行爲轉化爲秩序違反行爲。
 - (3)擴大免刑範圍。
 - (4)以限縮解釋，限制構成要件適用範圍。
 - (5)廢除不具可罰性之罪名（含基本構成要件、未遂犯、預備犯、陰謀犯、過失犯）