

國立臺灣大學法律學院法律學系

碩士論文

Department of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis



論構成要件外效果作為量刑因子

——重新釐定刑法第 57 條第 9 款之射程範圍

On Extra-Component Effects as Sentencing Factors:

Redefining the Scope of Section 57(9) of the Criminal Code

劉劭容

Shao-Jung Liu

指導教授：周漾沂 博士

Advisor: Yang-Yi Chou, Ph. D.

中華民國 112 年 7 月

July 2023

國立臺灣大學碩士學位論文
口試委員會審定書

論構成要件外效果作為量刑因子
——重新釐定刑法第 57 條第 9 款之射程範圍
On Extra-Component Effects as Sentencing Factors:
Redefining the Scope of Section 57(9) of the Criminal
Code

本論文係劉劭容君 (R08A21054) 在國立臺灣大學法律學系
完成之碩士學位論文，於民國 112 年 7 月 7 日承下列考試委員審
查通過及口試及格，特此證明

指導教授：

同濟所

口試委員：

同濟所

謝煥偉

蔡聖偉


謝辭



撰寫一篇嶄新主題的論文，從初期構思至最終呈現，一路道阻且長，由衷感謝在此過程中無私提供支持與協助的師長、同儕與家人。

首先，感謝指導教授周漾沂老師，總以清晰邏輯與批判性思維帶來深刻啟發，同時始終相信學生堪以迎接挑戰，並不吝對學生獨立研究能力給予肯定，在老師循循善誘又充分給予自由創作空間下，始得順利完成這份作品；接著，必須感謝刑法啟蒙老師兼口試委員蔡聖偉老師，從刑總與刑分的課堂，至後續撰寫科技部大專生研究計畫，並獲學術期刊接受刊登，一路在老師悉心指導下奠定堅實基礎，口試時老師提出的諸多寶貴建議與斧正，也使本論文有機會更加嚴謹與豐富；此外，也要感謝口試委員謝煜偉老師，先前開設的量刑專題課程讓我對相關領域有更深入的瞭解，口試時老師提出的精闢問題也令我重新思考並檢視箇中疑義，而使本論文更臻完善。

回顧研究歷程，誠摯感謝王士帆老師，自大學以來不斷給予鼓勵與協助，特別是身處人生十字路口時，老師每次的支持與勉勵都成為我繼續向前的動力。另外，台大研究所的每堂課均為本論文灌注無窮養分，感謝林鈺雄老師課堂中的提點與提攜，與同學們一起研析德文的日子是我研究所期間珍貴的時光；感謝王皇玉老師課程中生動的解說與深具啟發的回饋令我開拓眼界；感謝許恒達老師精闢且深入的課程令我豐富學術底蘊，老師出借的參考書籍亦對本論文助益匪淺；感謝簡資修老師，兩學期的法律經濟分析課程提供學生將相關理念橋接至刑法的啟發，老師對於期末報告的肯定與鼓勵亦是促進我繼續鑽研的動機；感謝顏佑紘老師，德文法學名著課程同時提升學生德文閱讀速度與翻譯精確度；最後，感謝榮譽導師李念祖老師，每次的對話與討論均是一場美妙的思辨之旅。



此外，感謝宗奇學長不吝分享實務經驗以及至今的關照；感謝同門師兄士程學長及威霖學長，無微不至的照應令我得在溫暖的學術討論氛圍中成長；感謝自大學以來給予諸多協助的奕文學長，除了經常分享德國學術資訊並補充德文文獻，亦不時關心生活近況；感謝惟容不吝提供德文資料上的協助，每次的交流也砥礪我益加積極向前。

感謝刑法組所有學長姐、同學及學弟妹持續不斷的支持與協助，特別是時常修習相同課程的志瑋，課間的切磋討論往往別具啟發；感謝友人茹瑄、曼芸、佳欣、穎萱、于軒、宏仁與奕翔，你們的鼓勵與陪伴總能成為我最堅實的後盾。最後感謝最棒的金以及家人，全方位的支持令我在無後顧之憂下，潛心致力於寫作，在這宛若真空的時間中，也能堅定地告訴自己：就這樣一點一滴的邁進，或許還是會留下些許痕跡吧！感謝生命中所有陪伴我走過人生跌宕起伏的人，沒有你們，無法完成這篇論文。

劉劭容 謹誌

112 年 7 月 20 日

摘要

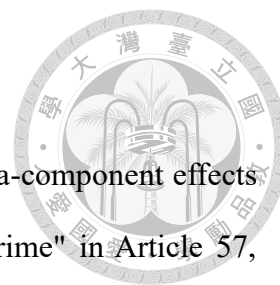


本文旨在釐清「構成要件外效果」必須符合何等要件，始屬我國刑法第 57 條第 9 款「犯罪所生之危險或損害」的射程範圍，而得作為從重量刑因子。此議題至關重要，卻向來為量刑研究空缺的一角，然「構成要件外效果」既未被立法者於法定構成要件中所明示，其射程或可廣袤無垠，倘未加以限縮，則犯罪論多年戮力發展的現代歸責理論將在很大程度上崩塌殆盡。

本文將以爬梳我國司法院各項量刑指引及實務判決為起點，繼而介紹並評析相應的德國刑法第 46 條第 2 項第 2 句「犯行之可歸咎效果」在實務與學說的多元論述，以彰顯癥結點所在。接續，本文擬由憲法上規範性人類圖像重新出發，依序對刑罰目的爭議、刑罰目的與量刑目的的交織關係、量刑罪責中犯行罪責（Tatschuld）與行為人罪責（Täterschuld）的糾葛，一一抽絲剝繭，梳理頭緒。最後，本文結論上主張構成要件外效果唯有符合下述前提時，始得依據我國刑法第 57 條第 9 款「犯罪所生之危險或損害」作為從重量刑因子：（一）系爭效果必須落入所違犯之構成要件保護範圍，而屬真正具有量刑法上意義的犯行效果；（二）系爭效果必須與犯行具有因果關係且客觀上可歸責；（三）行為人主觀上對系爭效果的招致至少具有預見可能性。

關鍵詞：量刑、構成要件外效果、刑法第 57 條第 9 款、犯罪所生之危險或損害、刑罰理論、量刑罪責、歸責理論

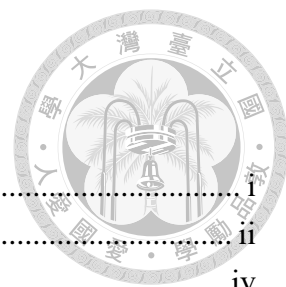
ABSTRACT



The purpose of this article is to clarify the prerequisites for extra-component effects to fall within the range of "danger or damage arising from the crime" in Article 57, Paragraph 9 of the Criminal Law of the Republic of China, and to be regarded as aggravating factors in sentencing. Starting from the sentencing guidelines and practical decisions of our country, the article will then outline and evaluate the practical and doctrinal discussion of the corresponding sentence 2 of Article 46(2) of the German Criminal Code. Subsequently, the article intends to restart from the constitutional normative image of human beings, and sort out the controversy over the purpose of punishment, the intertwined relationship between the purpose of punishment and the purpose of sentencing, and the entanglement of the offense's culpability and the offender's culpability in sentencing guilt. This paper proposes a three-stage examination system for the extra-component effects. The only way to be regarded as an aggravating factor in accordance with Article 57(9) of the Criminal Law is to meet the following prerequisites: (1) the effect in question must fall within the scope of protection of the component element violated, (2) the effect must be causally related to the offense and objectively imputable, and (3) the perpetrator must have at least a foreseeable likelihood of incurring the effect.

KEYWORDS: *Sentencing, extra-component effects, Article 57(9) of the Criminal Code, danger or damage arising from crime, theory of punishment, sentencing culpability, theory of imputation*

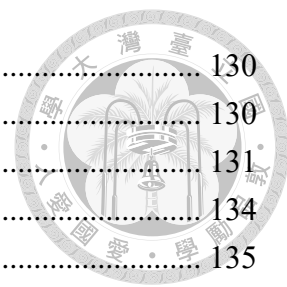
目錄



口試委員會審定書	i
謝辭	ii
摘要	iv
Abstract	v
第一章 緒論	1
第一節 研究背景與研究動機	1
第二節 用語界定與研究範圍	5
第一項 量刑	5
第二項 構成要件該當結果與構成要件內外效果	7
第一款 結果、後果、效果、危險與損害	8
第二款 構成要件內與構成要件外	11
第三節 研究方法與論述取徑	14
第四節 研究內容與研究架構	19
第二章 我國司法實務對構成要件外效果之審酌	21
第一節 司法院量刑指引	21
第二節 法院裁判	25
第三節 小結	33
第三章 德國實務及文獻上對構成要件外效果之考量	35
第一節 德國聯邦最高法院之分歧見解	35
第一項 發展軌跡	35
第二項 主觀歸責標準	36
第一款 吸血鬼案 (BGH NStZ 1983, 20)	39
第二款 同事嫌疑案 (BGH NStZ 1985, 453)	40
第三款 婚姻詐欺案 (BGH NStZ 2002, 645)	41
第三項 客觀歸責標準	43
第一款 海洛因交付案 (BGH NStZ 1991, 392)	43
第二款 尋求庇護者案 (BGH NStZ 1993, 337)	45
第二節 德國文獻上之限制進路	46
第一項 客觀歸責標準	46
第一款 發展軌跡	46
第二款 Frisch 的典型性與規範保護目的理論	48
第三款 Bloy 的嚴格法益標準	57
第四款 Hörnle 的規範訴求功能	61
第五款 Puppe 及 Grosse-Wilde 的違反注意義務之因果關係 及連續性要求	64

第六款	Stahl 的連續性嚴重尺度與想像競合	66
第二項	主觀歸責標準	68
第一款	問題意識	68
第二款	主流的過失說	70
第三款	Schröder 及 Bloy 等的故意說	71
第四款	Bruns 及 Frisch 的區分說	73
第三節	小結	75
第四章	刑罰理論與量刑理論之交織	76
第一節	刑罰正當性與目的——從人類圖像出發	76
第一項	兩大路線之二元對抗——應報與預防	76
第二項	難以緩和之刑罰目的二元對抗	78
第一款	二元對抗背後的本質問題	78
第二款	無濟於事的統合說	79
第三項	夾縫中的出路——走向應報一元論	80
第一款	跳脫方案：犯罪事後處理機能論的嘗試	81
第二款	擇一方案：應報理論優於預防理論	83
第四項	應報理論分支中的出口與曙光	87
第一款	古典應報論	88
第二款	新應報論	89
第三款	溝通應報論	92
第四款	以溝通為中介之權利釐定回復論	97
第二節	從刑罰目的貫穿至量刑目的	103
第三節	小結	106
第五章	重塑量刑罪責——以犯罪論為導向	108
第一節	罪責原則的兩個層次——刑罰證立罪責與量刑罪責	108
第二節	量刑罪責的澄清——以犯行罪責為中心	110
第一項	剝除行為人罪責的殘餘	110
第二項	犯罪論與量刑論之相互對照	113
第三節	量刑罪責的內容——不法與罪責之量的綜合回顧性評價	115
第一項	從量刑罪責描繪我國刑法第 57 條的架構	115
第二項	構成要件與結果不法之量的概念	118
第四節	小結	121
第六章	重構量刑中構成要件外效果之審查流程	122
第一節	歸責客體——真正具量刑法上意義的犯行效果	123
第一項	問題所在	123
第二項	構成要件保護範圍內之結果不法	126
第一款	罪刑法定原則於量刑的貫徹	126
第二款	罪刑法定原則與罪責原則的協調	128

第三項	構成要件保護範圍之射程	130
第一款	解釋方針	130
第二款	危險犯之具體實現	131
第三款	個人法益併合多種不法內涵	134
第四款	法益對法益持有者的社會生活功能	135
第五款	心理、精神與情感影響	140
第六款	社會所生之影響	144
第七款	國家與國際形象受損	146
第二節	因果關係及客觀歸責	147
第三節	主觀歸責標準	149
第四節	小結	151
第七章	結論	152
參考文獻	156



第一章 緒論



第一節 研究背景與研究動機

我國量刑改革非一蹴而就，其綿長的進程不僅貫穿過去、現在，亦將延續至可見的將來。其濫觴可追溯至 2010 年「白玫瑰運動」¹，隨著民眾對妨害性自主案件量刑偏低的不滿情緒逐漸發酵，量刑公正及個案正義亦逐漸成為司法改革致力的目標。為回應各界對提升量刑公平、透明、妥適、合理及可預測性之期待，司法院近年來力推各項量刑指引，舉凡「量刑資訊系統」(暨新版「AI 量刑資訊系統」)、「量刑趨勢建議系統」、「量刑審酌事項參考表」、「刑事案件量刑及定執行刑參考要點」以及「重大矚目刑事案件量刑前調查／鑑定評估參考手冊(1.0 版)」，概旨在增進國民對司法之信賴²。2017 年司法改革國是會議呼籲推動「量刑準則之建立」³，在多方努力下，2021 年司法院更通過《刑事案件妥適量刑法》草案，研議設立「刑事案件量刑準則委員會」，並制定具原則上拘束力的「刑事案件量刑準則」，以明定犯罪的從重、從輕量刑因子，或劃定量刑分布區間，現已交立法院司法及法制委員會審查⁴。

¹ 參司法院全球資訊網「刑事量刑專區」，<https://www.judicial.gov.tw/tw/cp-83-57186-1ef46-1.html> (最後瀏覽日：2023 年 7 月 20 日)。詳參林錦芳(2011)，〈妨害性自主罪量刑分析研究〉，《刑事法雜誌》，55 卷 5 期，頁 19-21；郭豫珍(2013)，《量刑與刑量—量刑輔助制度的全觀微視》，頁 126-127，元照；關於白玫瑰運動之訴求，尚可參正義聯盟官方新聞網(02/14/2011)，〈【正義聯盟 2011/2/14 聲明稿】司法院？恐龍院？讓我們的分析報告告訴你司法院到底有多瞎！〉，<https://xteam.www.com.tw/775> (最後瀏覽日：2023 年 7 月 20 日)。

² 參司法院全球資訊網「刑事量刑專區」，<https://www.judicial.gov.tw/tw/cp-83-57186-1ef46-1.html> (最後瀏覽日：2023 年 7 月 20 日)。

³ 參中華民國總統府「司法改革國是會議成果報告書」，<https://www.president.gov.tw/News/21581> (最後瀏覽日：2023 年 7 月 20 日)。

⁴ 參司法院「刑事案件妥適量刑法草案總說明」，<https://www.judicial.gov.tw/tw/dl-162819-bf4b9a7b53e1495ca1d542b2c8264abd.html>；司法院(12/14/2021)；〈司改 2.0 一打造透明、可預測的「量刑改革」司法院通過《刑事案件妥適量刑法》草案新聞稿〉，<https://www.judicial.gov.tw/tw/cp-1471-552775-fe247-1.html>；立法院法制局「刑事案件妥適量刑法草案評估報告」，https://www.ly.gov.tw/Pages/ashx/File.ashx?FilePath=~/File/Attach/218541/File_19740898.pdf (最後瀏覽日：2023 年 7 月 20 日)。

綜觀我國近年多項釐革，大抵均以量刑客觀化為目標，然而「簡單的公平」絕非量刑之終極目標⁵，蓋所謂「公平」，毋寧僅是「適當（合宜）」量刑的反射利益⁶。惟過去量刑改革多聚焦於表層「實然面」的量刑歧異弊病，以調校個案量刑「結果」間鴻溝為標的，卻忽略根本問題在於欠缺一套從「應然面」建構的量刑理論，以支撐量刑判斷的正當性並進而導引量刑的「過程」。在欠缺量刑理論的支撐下，量刑輔助系統也僅是統計數字的堆疊，「無法顯示諸因子間層次高低以外之結構性問題」⁷，即便部分量刑指引自詡除了統計數據外，尚海納各方意見⁸，然尚未釐清各方意見背後的理念核心，最終結果也僅是特定團體協商下碎片化的理念拼貼，貌似可行卻難行得遠，是故尋思如何建構一套完整的量刑理論實為量刑改革應著力的重點。然而，我國刑事法研究卻一向重犯罪論而輕刑罰論⁹，縱有量刑研究，亦多為實證研究¹⁰，且在現有學理研究中，不是多聚焦於各國量刑制度比較，就是試圖為量刑體系及量刑步驟提供芻議¹¹，惟就前階段如何妥適篩選裁量因子，卻鮮少著墨，而在匱乏的量刑因子研究中，或曾有團隊研究我國刑法第 57 條第 4 款（生

⁵ 黃榮堅（2004），〈確認量刑的實質課題〉，《台灣本土法學雜誌》，57 期，頁 1。

⁶ 許恒達（2017），〈罪刑均衡、犯罪預防與刑罰裁量〉，《科技部補助專題研究計畫成果報告期末報告》（計畫編號：MOST 104-2410-H-004-070-MY2），頁 8；司法院（2018），〈新北地院邀許恒達教授談刑事案件量刑議題〉，《司法周刊》，1924 期，頁 4。

⁷ 李茂生（2013），〈量刑因子的調查與辯論〉，《法官協會雜誌》，15 卷，頁 102；同樣批評量刑行情表無助於指引量刑合理性者，可參謝煜偉（2016），〈犯罪被害人因素與量刑上之考慮〉，《科技部補助專題研究計畫成果報告期末報告》（計畫編號：MOST 103-2410-H-002-053-），頁 39。

⁸ 例如有指出「量刑趨勢建議系統」非如「量刑資訊系統」側重過往及實然面向，而是反映未來及應然面向，（見蘇凱平（2020），〈以司法院量刑資訊作為量刑之內部性界限？——評最高法院 108 年度台上字第 3728 號刑事判決〉，《月旦裁判時報》，98 期，頁 90），然「量刑趨勢建議系統」仍是先蒐集並統計過往判決中法官衡量之量刑因子，始召開焦點團體會議對此進行討論，不僅仍奠基於實然面的統計結論，且後續焦點團體基於何等理由決定是否納入各該量刑因子、又如何判斷其影響力，均無從而知。

⁹ 同樣觀察可參見林山田（1977），〈論刑罰裁量〉，《刑事法雜誌》，21 卷 1 期，頁 2；許澤天（2011），〈訴訟表現與量刑研究成果報告（精簡版）〉，《行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告》（計畫編號：NSC 98-2410-H-006-066-），頁 2；柯耀程（2012），〈刑罰裁量的檢視與實踐〉，收於：《甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集（上冊）》，頁 590，承法；廖晉賦（2019），〈量刑責任之初探〉，《法官協會雜誌》，20 期，頁 180。

¹⁰ 同此觀察可參見梁家昊（2020），〈量刑步驟之理論基礎〉，《律師法學期刊》，4 期，頁 60。

¹¹ 關於我國過往量刑研究的爬梳，可參見郭豫珍（2013），〈量刑與刑量——量刑輔助制度的全觀微視〉，頁 113-120，元照。



活狀況)、第 5 款(品行)及第 6 款(智識程度)¹², 卻幾乎不見專著¹³討論量刑中發揮最初關鍵定錨作用¹⁴的我國刑法第 57 條第 9 款「犯罪所生之危險或損害」。

關於我國刑法第 57 條第 9 款「犯罪所生之危險或損害」, 核心問題在於其射程範圍究竟應鎖定在構成要件結果要素之具體型態(*konkrete Ausprägung*)(涉及構成要件內效果), 抑或擴及其他一切與犯行有直接或間接關聯之效果(涉及構成要件外效果)? 試思考德國文獻常列入討論的案例: 倘 A 隱匿經濟困窘而恐無力支付貨款的情事, 對 B 實施供應商詐欺(*Lieferantenbetrug*), A 未料自己旋即宣告破產, B 亦因無望債權獲滿足而宣告破產、繼而舉槍自盡, 其妻也因此流產。此時, 除得在締約詐欺(*Eingehungsbetrug*)的量刑中考量 B 處分時所受財貨損失危險外, 是否尚得衡量未被構成要件明確提及的 B 破產、自盡及其妻流產¹⁵? 釐清此等問題具有高度實益, 蓋犯罪雖看似為已過去的事件, 然犯罪所生影響往往如「蝴蝶效應」般環環牽動被害人及其周遭人的整體生活, 而非在構成要件該當那刻旋即告終¹⁶。例如在兩名兒童面前持刀殺害他們單親母親的案例中, 不難想像該犯行除致被害人死亡外, 尚可能額外導致未成年子女無人撫養、精神創傷、健全成長受挫、家庭經濟來源中斷、喪葬費支出、遺族悲痛及社會震撼等一系列無窮無盡的連鎖效果, 然而將之全數納入量刑評價, 不僅在技術上不可能, 在規範上也不允許。

¹² 例如: 由李茂生教授與周儵嫻教授主持之團隊研究, 後製成「重大矚目刑事案件量刑前調查/鑑定評估參考手冊(1.0 版)-- 刑法第 57 條第 4、5、6 款篇」。

¹³ 僅見李嘉興(2021),〈構成要件結果外之實質損害與量刑〉,《司法周刊》,2053 期,頁 2-3。

¹⁴ 李茂生(2013),〈量刑因子的調查與辯論〉,《法官協會雜誌》,15 卷,頁 110;許恒達(2017),〈罪刑均衡、犯罪預防與刑罰裁量〉,《科技部補助專題研究計畫成果報告期末報告》(計畫編號: MOST 104-2410-H-004-070-MY2),頁 15。同樣指出結果要素在量刑中扮演關鍵角色者, vgl. Bruns, *Das Recht der Strafzumessung*, 2. Aufl., 1985, S. 151; Frisch, *Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik*, ZStW 99 (1987), 751, 751; Schäfer/Sander/van Gemmeren, *Praxis der Strafzumessung*, 6. Aufl., 2017, Rn. 588; Meier, *Strafrechtliche Sanktionen*, 5. Aufl., 2019, S. 197。

¹⁵ Schäfer/Sander/van Gemmeren, *Praxis der Strafzumessung*, 6. Aufl., 2017, Rn. 594。

¹⁶ 類似觀察, vgl. Meier, *Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 4.7.2002 – 3 StR 190/02*, StV 2003, 442, 442。


就相關條文來看，相較於德國刑法第 46 條第 2 項第 2 句限於犯行之「可歸咎」效果（*die verschuldeten Auswirkungen der Tat*）始可作為量刑因子¹⁷，我國刑法第 57 條第 9 款就字面解讀，似乎任何「犯罪所生之危險或損害」均得納入量刑審酌，不論屬構成要件內或構成要件外、是否與所犯罪名之保護法益有關或是否與犯行具有客觀上或主觀上歸責關聯。然而，倘在量刑領域中要求行為人必須為一切構成要件外效果負責而承擔較高之刑責，則過去多年來在構成要件領域戮力發展的現代歸責理論將在很大程度上崩潰傾圮¹⁸。

況且量刑論中的歸責問題往往相較犯罪論中的歸責問題更為複雜、難掌握，蓋犯罪論中已有法定構成要件框定結果樣態，而使歸責客體（*Zurechnungsobjekt*）¹⁹相對確定，例如：殺人罪（我國刑法第 271 條）僅關注他人死亡的結果，傷害罪（我國刑法第 271 條）也僅關注他人身體或健康損害的結果，只要個案中出現此等法定構成要件類型化的結果，僅待進一步釐清歸責標準（例如：相當因果關係、客觀歸責或主觀歸責等），即得依此確認結果與行為間之關聯；然而，量刑論首要面臨的歸責挑戰在於如何掌握何等犯行效果實際具有量刑法上意義，而屬得進入歸責審查標準的歸責客體，就此僅有我國刑法第 57 條第 9 款此一般性規定，倘如文義所示，所有構成要件外效果似皆可納入，並隨想像力無邊無際地擴展，則除了關涉犯罪被害人本人之影響外（例如：性侵之被害人因而懷孕、學習權益受損、未來親密關係發展障礙或偵審過程中二次傷害等），連具體第三人（例如：遺族傷慟或家庭經濟中斷）、社會（例如：隨機殺人所生社會震撼與恐慌）、甚或國家影響（例如：跨境電信詐欺所生國家形象受損）均屬「犯罪所生之危險或損害」的範疇，

¹⁷ 德國刑法第 46 條第 2 項規定：「法院裁量時，應審酌對行為人有利與不利之情狀，尤應注意下列事項：…犯行之可歸咎效果」，原文為：「Bei der Zumessung wägt das Gericht die Umstände, die für und gegen den Täter sprechen, gegeneinander ab. Dabei kommen namentlich in Betracht:…die Art der Ausführung und die verschuldeten Auswirkungen der Tat」。

¹⁸ Vgl. Berz, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 15.05.1985 – 2 StR 83/85, NStZ 1986, 86, 87; Bloy, Die Berücksichtigungsfähigkeit außertatbestandlicher Auswirkungen der Tat bei der Strafzumessung, ZStW 107 (1995), 576, 578.

¹⁹ 用語參見 Grosse-Wilde, Erfolgzurechnung in der Strafzumessung, 2017, S. 410。



其中不僅可能含括犯行的直接影響、間接影響，尚可能擴及間接再間接的輾轉影響，甚至部分影響可能在審判時尚未被證實及確定，而僅是被預期會發生²⁰。為避免牽連過廣，必須鑽研究竟哪些構成要件外效果得以在量刑中加以衡量，為此有待釐清者不僅是犯行與犯行效果間之歸責標準（即「如何歸責？」），尚包含如何劃定作為前提的歸責客體（即「誰可以被歸責？」），此涉及龐大的研究工作，卻未若犯罪論不法體系已累積豐厚的成果²¹，然而對於行為人而言，不僅「有無成立不法」至關重要，「多少不法的量」可歸責於其並影響量刑輕重更是影響重大。鑒於我國刑法第 57 條第 9 款「犯罪所生之危險或損害」定義過於籠統，其中構成要件外效果的放射幅員更是遼闊，為確保罪責原則自始至終作為法治國不應棄守的最後一道防線，本文將重新釐定構成要件外效果在何等前提下始得在多大範圍內升高量刑，企盼能為我國刑法第 57 條第 9 款空缺的研究添畫一筆，以為未來實務及學術界注入涓涓細流。

第二節 用語界定與研究範圍

第一項 量刑


為使討論立於相同平面，在進入主軸實質討論前，必須先界定一些關鍵的用語，並確立本文研究範圍。以「量刑」此最基本的概念為始，實非想像中的明確，蓋我國刑法典實無此用語，最相關者，僅可在刑法第 57 條中見到「科刑」此措辭，惟為凸顯其具有裁量之性質²²，本文將循多數文獻及實務稱之為「量刑」，與「刑罰裁量」（Strafzumessung）同義²³。必須進一步釐清者，乃其指涉範圍多廣？

²⁰ Terhorst, Die Folgen der Tat und ihre Auswirkungen auf den Täter, JR 1989, 184, 185.

²¹ Bloy, Die Berücksichtigungsfähigkeit außertatbestandlicher Auswirkungen der Tat bei der Strafzumessung, ZStW 107 (1995), 576, 577; Frisch, Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik, ZStW 99 (1987), 751, 754.

²² 吳景芳 (1982), 〈人格責任論在量刑基準理論中之意義〉, 《刑事法雜誌》, 26 卷 6 期, 頁 31。

²³ 參考德國法之我國文獻不乏如此稱之, 林山田 (2008), 《刑法通論 (下冊)》, 增訂 10 版, 頁 515 以下, 元照; 林山田 (1977), 〈論刑罰裁量〉, 《刑事法雜誌》, 21 卷 1 期, 頁 1 以下;



首先，從刑罰形成至逐步落實的階段，固有分為法定刑、宣告刑、處斷刑及執行刑²⁴，然就「量刑」涵蓋範圍，論者意見不一：狹義者認為，所謂量刑僅含由「處斷刑」範圍內定「宣告刑」，或在不具加重或減輕事由時，由「法定刑」範圍內定「宣告刑」²⁵；廣義者則認為，「處斷刑」、「宣告刑」、「執行刑」及保安處分均為量刑的範圍，其中，「處斷刑」乃「法定之刑罰測量」(gesetzliche Straf bemessung)的主要內容，而後三者則為「法官之刑罰裁量」(richterliche Strafzumessung)的範疇²⁶。在新通過的《刑事案件妥適量刑法》草案第 1 條說明中，量刑被定義為「法院就行為人所犯特定罪名，依法決定刑罰種類及刑度輕重，而量定各罪『宣告刑』之過程；又數罪併罰之『定應執行刑』……為一種特別量刑過程。本法所稱『量刑』，自包括前述二者」，可見目前採取了較廣義的定義。

再者，就「量刑」指涉的具體裁量對象而言，由狹至廣尚可分為：最狹義的量刑，單指刑量的決定；狹義的量刑，包含刑種及刑量的決定；廣義的量刑，尚及於應否緩刑、保安處分、刑之免除、刑之免除執行等判斷；至最廣義的量刑，則再加上其他附隨處分，例如：羈押日數折算、易科罰金等²⁷。


蔡墩銘 (1985)，〈刑庭推事之量刑行為〉，《國立台灣大學法學論叢》，14 卷 1-2 期，頁 37 以下；許恒達 (2017)，〈罪刑均衡、犯罪預防與刑罰裁量〉，《科技部補助專題研究計畫成果報告期末報告》(計畫編號：MOST 104-2410-H-004-070-MY2)，頁 2 以下；柯耀程 (2012)，〈刑罰裁量的檢視與實踐〉，收於：《甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集 (上冊)》，頁 588 以下，承法。

²⁴ 所謂「法定刑」，乃立法者在刑法中抽象性地針對特定犯罪行為類型規定其處罰後果；而所謂「宣告刑」，乃法官在具體個案中，於法定刑框架內量定宣判之刑；至於「處斷刑」，則乃在個案具有法定刑罰加重、減輕、免除等各種事由時，賦與法官修正法定刑之權；最後，就「執行刑」，則指法官以具體個案之宣告刑為基礎，具體定犯罪人應執行之刑，其中特別處理數罪併罰的情形 (參蘇俊雄 (1999)，〈量刑法理與法制之比較研究〉，《法官協會雜誌》，1 卷 2 期，頁 28；盧映潔 (2006)，〈刑事制裁體系：第二講—刑罰的適用〉，《月旦法學教室》，39 期，頁 80-82；林山田 (2008)，《刑法通論 (下冊)》，增訂 10 版，頁 463-465。

²⁵ 吳景芳 (1982)，〈人格責任論在量刑基準理論中之意義〉，《刑事法雜誌》，26 卷 6 期，頁 31；吳景芳 (1983)，〈由行為責任立場論刑罰目的在量刑基準中之意義 (一)〉，《刑事法雜誌》，27 卷 5 期，頁 89；蔡墩銘 (2007)，《刑法精義》，2 版，頁 414，韓盧。

²⁶ 蘇俊雄 (1999)，〈量刑法理與法制之比較研究〉，《法官協會雜誌》，1 卷 2 期，頁 28-29。關於「法定之刑罰測量」與「法官之刑罰裁量」之用語區分尚可見於 Bruns, *Das Recht der Strafzumessung*, 2. Aufl., 1985, S. 4。

²⁷ 分類方式參酌下述文獻，並依我國文獻用語稍作調整：松尾浩也 (著)，吳正順 (譯) (1973)，〈量刑〉，《刑事法雜誌》，17 卷 2 期，頁 89-90；同樣引用日本學者松尾浩也見解者，可參曾



本文認為固然從刑罰形成至實現之整體過程，歷經立法者抽象初步劃定刑罰框架、再由法官在個案中進一步具體化，可謂立法者與司法者的「共同作品」，惟本文研究主軸乃法官於具體個案中應「根據甚麼標準」決定「是否」及「在多廣範圍」將構成要件外效果納入量刑考量，且僅關注行為單數的情況，故所稱「量刑」乃以宣告刑為中心，而不涉及數罪併罰定應執行刑的問題；此外，就更具體的量刑裁量對象而言，由於不同機制蘊含不同法理基礎，如緩刑、假釋與保安處分等即有獨立章節加以規範並訂有不同要件，在討論時自應有所區別。既然本文核心在於探討構成要件外效果何時得以歸入我國刑法第 57 條第 9 款的射程範圍，則討論重點毋寧在於法官對於刑量之決定。又因通說認為加重刑罰與減輕刑罰適用不同的原理，且迄今德國相關文獻集中探討「犯行之可歸咎效果」作為從重量刑因子的面向，為使焦點集中化，本文將聚焦分析構成要件外效果用以升高刑量之可能性²⁸，例如：增加自由刑的刑期長度或罰金刑的金額高度，至於其他轉向措施、保安處分或後續執行則不在本文討論範疇。

第二項 構成要件該當結果與構成要件內外效果

再就本文主題所稱「構成要件外效果」，本用語雖未出現於我國刑法條文中，然而早在林山田教授的論著中，即把關涉結果不法的我國刑法第 57 條第 9 款「犯罪所生之危險或損害」區分為「構成要件該當之危險結果或實害結果及其程

淑瑜（2003），〈量刑基準之比較研究〉，《華岡法粹》，29 期，頁 154-155；林伯樺（2014），〈量刑基準與犯罪後態度之關係〉，《國立中正大學法學集刊》，43 期，頁 62-63；類似分類方式尚可參朱朝亮（2021），〈從量刑法則之應然，談我國現行量刑實務問題〉，《法官協會雜誌》，22 期，頁 42。我國文獻中，行文脈絡以最狹義的量刑概念為主者，如：周漾沂（2004），〈論刑法第五十七條量刑要素之基礎〉，《刑事法雜誌》，48 卷 3 期，頁 96。採取狹義說者，參吳景芳（1982），〈人格責任論在量刑基準理論中之意義〉，《刑事法雜誌》，26 卷 6 期，頁 31-32；朱朝亮（2021），〈從量刑法則之應然，談我國現行量刑實務問題〉，《法官協會雜誌》，22 期，頁 42。接近廣義者，參林山田（1977），〈論刑罰裁量〉，《刑事法雜誌》，21 卷 1 期，頁 3-4。最近似最廣義者，參蔡墩銘（1985），〈刑庭推事之量刑行為〉，《國立台灣大學法學論叢》，14 卷 1-2 期，頁 40-41；謝煜偉（2020），〈從量刑目的論形構量刑框架及量刑理由之判決架構〉，《法官協會雜誌》，22 卷，頁 90，氏認為量刑除考量刑罰程度外，尚應一併審酌易刑、緩刑、免刑、保安處分的適用，連同其他可預期的社會性制裁（如：職業的限制、其他行政懲處、資格剝奪等）。

²⁸ Vgl. Bruns, Strafzumessungsrecht, 2. Aufl., 1974, S. 252.

度」與「構成要件以外的犯罪後果」²⁹，雖此論述僅點到為止，而未對兩者定義及內涵做更深入的說明，仍可謂替本領域開啟進一步研究的契機。



將犯行效果區分為構成要件內與外的分析方式可溯源至德國學理，類似用語包含區分「構成要件內後果」(innertatbestandliche Folgen)與「構成要件外效果」(außertatbestandliche Auswirkungen)³⁰、「構成要件該當後果」(tatbestandsmäßige Folgen)與「構成要件該當外後果」(außertatbestandsmäßige Folgen)³¹、「構成要件內效果」(innertatbestandliche Auswirkungen)與「構成要件外效果」(außertatbestandliche Auswirkungen)³²或指結果不法包含「法定構成要件預設之結果的程度」(Ausmaß des vom gesetzlichen Tatbestand vorausgesetzten Erfolgs)及「犯行之構成要件外後果的程度」(Ausmaß der außertatbestandsmäßigen Folgen der Tat)³³。綜觀上述詞彙，可統整出需進一步闡釋的概念有二：其一，究竟應稱「結果」(Erfolg)、「後果」(Folgen)或「效果」(Auswirkungen)？又與我國刑法第 57 條第 9 款所稱「危險與損害」的關係為何？其二，構成要件內與外應如何界分？

第一款 結果、後果、效果、危險與損害

在德國脈絡下，「構成要件（該當）結果」(tatbestandsmäßiger Erfolg；tatbestandlicher Erfolg)與「犯行效果」(Auswirkungen der Tat)必須嚴以區分。首先，從文義解釋來看，「效果」(Auswirkungen)一詞使用的是複數名詞，已隱含必

²⁹ 林山田(2008)，《刑法通論(下冊)》，增訂 10 版，頁 531；林山田(1977)，〈論刑罰裁量〉，《刑事法雜誌》，頁 22；其他提及相似用詞的我國文獻，可參蔡聖偉(2009)，〈絕命醫療站(下)——殺人之中止未遂與傷害既遂罪的競合〉，《月旦法學雜誌》，174 期，頁 321-326，稱「構成要件內的後果」與「構成要件外的後果」；李嘉興(2021)，〈構成要件結果外之實質損害與量刑〉，《司法周刊》，2053 期，頁 2-3，稱「構成要件結果外之實質損害」；朱朝亮(2021)，〈從量刑法則之應然，談我國現行量刑實務問題〉，《法官協會雜誌》，22 期，頁 66-67，稱「構成要件內之結果」與「構成要件外之結果」。

³⁰ Bruns, Das Recht der Strafzumessung, 2. Aufl., 1985, S.151.

³¹ Vgl. Maier, in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 2, 4. Aufl., 2020, §46 Rn. 245 ff.; Berz, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 15.05.1985 – 2 StR 83/85, NStZ 1986, 86, 87.

³² Bloy, Die Berücksichtigungsfähigkeit außertatbestandlicher Auswirkungen der Tat bei der Strafzumessung, ZStW 107 (1995), 576, 580.

³³ Schäfer/Sander/van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 6. Aufl., 2017, Rn. 587.

須從多維度來考慮犯行的作用 (Wirkungen)。其次，所謂「犯行」(Tat)，一般認為只要該罪如此預設，就不僅包含構成要件該當結果，也包含構成要件該當行為 (tatbestandsmäßige Handlung)，故所謂「犯行效果」必然也包含構成要件該當結果外的考量³⁴；再者，從歷史解釋亦可以得出一樣結論，蓋在 1969 年引入舊德國刑法第 13 條第 2 項第 2 句 (現行德國刑法第 46 條第 2 項第 2 句) 時，立法者之所以特別捨棄各刑法草案使用之「犯行後果」(Folgen der Tat) 一詞，而轉為採用更廣義的「犯行效果」，乃為強調量刑中不限於考量犯行之構成要件該當後果 (die tatbestandsmäßigen Folgen der Tat)，而是也包括與之具因果關係的其他效果³⁵。職是，從文義解釋及歷史上立法者意志來看，均可得出「犯行效果」比「構成要件該當結果／後果」包含更多的內容³⁶。不過在德國實務及文獻上，雖在用語上嚴格區分犯罪論層次的「結果」與量刑論層次的「效果」，然在量刑法領域普遍將「犯行後果」(Tatfolgen) 與「效果」當作同義詞使用，均廣義地兼及構成要件內與構成要件外的成分³⁷。

然而仍須初步釐清的是，作為構成要件要素的「結果」與作為量刑因子的「效果」關係為何？既然德國刑法第 46 條第 3 項已明文禁止雙重評價——即「已屬法定構成要件要素之情狀，不得審酌之」，則可以確知「構成要件該當結果」絕非德國刑法第 46 條第 2 項第 2 句意義下的「犯行效果」本身³⁸。然此並未排除在量刑時審酌構成要件之結果不法，蓋雙重評價禁止僅在反對構成要件要素同時用


³⁴ Grosse-Wilde, Erfolgzurechnung in der Strafzumessung, 2017, S. 245.

³⁵ BGBl. I S. 645; Horstkotte, Die Vorschriften des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafrechts über die Strafbemessung (§§ 13-16, 60 StGB), JZ, 1970, 122, 125; Frisch, Die »verschuldeten« Auswirkungen der Tat, GA 1972, 321, 321; Maurach/Gössel/Zipf, AT, Bd. 2, 8. Aufl., 2014, § 63 Rn. 24.

³⁶ Bruns, Das Recht der Strafzumessung, 2. Aufl., 1985, S. 151; Puppe, Die verschuldeten Folgen der Tat als Strafzumessungsgründe, in: Spindel-FS, 1992, S. 451; Bloy, Die Berücksichtigungsfähigkeit außertatbestandlicher Auswirkungen der Tat bei der Strafzumessung, ZStW 107 (1995), 576, 583; Schäfer/Sander/van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 6. Aufl., 2017, Rn. 587; Grosse-Wilde, Erfolgzurechnung in der Strafzumessung, 2017, S. 244; Streng, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), NK-StGB, 6. Aufl., 2023, §46 Rn. 58.

³⁷ Frisch, Die »verschuldeten« Auswirkungen der Tat, GA 1972, 321, 321; Maurach/Gössel/Zipf, AT, Bd. 2, 8. Aufl., 2014, § 63 Rn. 24.

³⁸ Puppe, Die verschuldeten Folgen der Tat als Strafzumessungsgründe, in: Spindel-FS, 1992, S. 451.



以證立刑罰及決定具體 (in concreto) 刑罰程度高低³⁹，例如：在過失致死案件量刑中，又再以「行為人有過失」或「被害人已死亡」為由而加重處罰⁴⁰。鑒於犯罪構成要件要素本可透過不同的方式來滿足，雖然此種差異可能不再影響構成要件該當與否，然仍可能在量刑中展現差異化的評價⁴¹，例如：同樣該當傷害結果要素的情況下，究竟僅造成皮肉傷或造成開放性骨折，應在量刑中考量此結果不法高低差異，而對應到不同的刑罰程度。換言之，作為可罰性前提的「構成要件該當結果」僅說明了處罰有無，然法官仍有義務在量刑層次中進一步評估實際「犯行效果」，以確認個案中應予處罰的量，因此「結果」與「效果」應視為抽象到具體的關係。

將視野轉向我國刑法第 57 條第 9 款的脈絡，所稱「犯罪所生之危險或損害」雖異於德國上開規定用語，惟應同樣理解為與構成要件該當結果含意不同。從文義來看，我國刑法第 57 條第 9 款所稱「犯罪」，實與德國刑法第 46 條第 2 項第 2 句所謂「犯行」(Tat) 同義，蓋我國舊刑法在仿照德國刑法準備草案及委員會刑法草案時，即將其所稱的「犯行之後果」譯為「犯罪之結果」⁴²，故前述對於「犯行」含括範圍廣於構成要件該當結果的解讀在我國亦有所適用；再者，我國現行法「危險或損害」此廣義的措辭乃立法者於 1935 年特地擴張舊法原定「結果」此狹義用語的產物。從文義解釋併合歷史解釋來看，我國刑法第 57 條第 9 款同樣不僅包含構成要件該當結果，尚可能包含構成要件外效果。此外，固然我國條文明確區分「危險」與「損害」，並分別對應至危險結果（例如：放火所生人命與財產具體危險程度）與實害結果（例如：毀損而致案外第三人損害）⁴³，而非如德國刑法


³⁹ Bloy, Die Berücksichtigungsfähigkeit außertatbestandlicher Auswirkungen der Tat bei der Strafzumessung, ZStW 107 (1995), 576, 579.

⁴⁰ 例子參見林山田 (2008)，《刑法通論 (下冊)》，增訂 10 版，頁 539；蘇俊雄 (2000)，《刑法總論 III》，頁 414，元照。

⁴¹ Bloy, Die Berücksichtigungsfähigkeit außertatbestandlicher Auswirkungen der Tat bei der Strafzumessung, ZStW 107 (1995), 576, 579.

⁴² 1918 年《刑法第二次修正案》首次出現，1928 年《中華民國刑法》(舊刑法)正式通過。我國現行刑法第 57 條之立法過程可參黃源盛 (2010)，《晚清民國刑法史料輯注 (上)》，頁 653-654，元照；黃源盛 (2010)，《晚清民國刑法史料輯注 (下)》，頁 909-910，元照。

⁴³ 林山田 (2008)，《刑法通論 (下冊)》，增訂 10 版，頁 531-532。



第 46 條第 2 項第 2 句統稱「效果」，然而倘進一步分析「效果」的概念，實也包含危險（Gefährdungen）與實害（Verletzungen）⁴⁴，是故我國刑法第 57 條第 9 款所稱「危險與損害」與德國第 46 條第 2 項第 2 句所稱「效果」基本上可理解為對等的概念。就此，由於構成要件外效果可能為危險、亦可能為損害，兩者涉及問題交織，且均為本文討論範疇，故無須自始在名詞上兵分兩路而予區別分析，故後文在量刑層次將統一以「效果」（或文獻所稱「後果」）併稱兩者，一方面表達包含危險與損害之整體結果不法概念，另一方面也與犯罪論層次作為可罰性前提的「構成要件該當結果」相區別。

第二款 構成要件內與構成要件外

關於「構成要件內」與「構成要件外」的區分，雖常見於德國文獻，亦有我國文獻援用之，惟其劃分界線往往不如人們想像中的明確，文獻上亦無統一的用語⁴⁵。為確定本文研究範圍，必須先界定所稱「構成要件內」與「構成要件外」究竟應如何區分。

根據德國聯邦最高法院的經典判決，構成要件外效果被描述為「與可罰行為無直接關係且不在實際犯行圖像（Tatbild）或犯行範圍（Tatbereich）內之犯行效果」，由於犯行嚴重性及個人罪責程度構成了量刑基礎（Strafzumessungsgrundlage），故此等效果必須適於塑造犯行圖像並影響罪責嚴重性，始足當之⁴⁶。然此種定義問題在於，如何始適於塑造犯行圖像？又何等犯行效果始會影響罪責嚴重性？以上均屬模糊而待定的概念，援用此定義恐陷入循環論證，無助於清楚劃分構成要件內與構成要件外效果，故實有必要更精確闡明其等內涵。

⁴⁴ Maurach/Gössel/Zipf, AT, Bd. 2, 8. Aufl., 2014, § 63 Rn. 24.

⁴⁵ Bloy, Die Berücksichtigungsfähigkeit außertatbestandlicher Auswirkungen der Tat bei der Strafzumessung, ZStW 107 (1995), 576, 580; Maurach/Gössel/Zipf, AT, Bd. 2, 8. Aufl., 2014, § 63 Rn. 25; Maier, in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 2, 4. Aufl., 2020, §46 Rn. 249.

⁴⁶ BGH NStZ 1993, 337, 337; BGH NStZ 2017, 577, 577.

此外，單純根據法益異同來區分「構成要件內」與「構成要件外」效果⁴⁷亦不夠精準。Frisch 即以德國聯邦最高法院著名的「汽車詐欺案」(Autobetrugsfall)⁴⁸為例：行為人透過詐欺手段取得一輛出租車，謊稱當天歸還，卻繼續使用數天，在醉態駕車下發生交通事故，並致該車嚴重毀損。在本案中，倘僅以法益異同作為判斷構成要件內與外的唯一標準，則車輛毀損此嗣後後果 (Spätfolgen) 將因與詐欺罪同樣涉及財產法益，而恐被定性為構成要件內效果，如此結論容有疑義。因此，正確的出發點毋寧應連結「法定構成要件要素」來理解⁴⁹。

在連結法定構成要件而為定義的學說當中，也有將構成要件外效果定義為「客觀或主觀構成要件沒有明示或暗示地描述的所有事實」⁵⁰，然此標準亦有失精確，因為單是在確認何等事實被構成要件所「暗示」時，就將面臨極大解釋上困擾及爭議。本文認為，由於「構成要件內」與「構成要件外」的區分本非法條所固有，如此區分僅具功能性意義，目的僅在劃定本文所欲探討的主題，而非表明特定的解決方案⁵¹。為確立討論範圍，構成要件內與外的定義上必須盡可能明確，在本文脈絡下，構成要件內效果僅包含立法者於法定犯罪構成要件明示之結果的具體型態，反之則屬構成要件外效果的範疇，尤其是未被任何犯罪構成要件納入的事實往往被置於刑法第 57 條第 9 款意義下討論⁵²。將「構成要件內」與「構成要件外」如此區分的實益在於，倘一事實乃該當構成要件該當結果所必要，則必然具有影響犯行不法程度的適格，而被立法者明示為具有量刑法上意義；相對地，構成要件外效果

⁴⁷ von Weber, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 8.4.1957 – GSSt 3/56, MDR 1957, 693, 693.

⁴⁸ BGH VRS 15, 112, 114.

⁴⁹ Vgl. Frisch, Die »verschuldeten« Auswirkungen der Tat, GA 1972, 321, 325-326.

⁵⁰ Grosse-Wilde, Erfolgszurechnung in der Strafzumessung, 2017, S. 497.

⁵¹ Bloy, Die Berücksichtigungsfähigkeit außertatbestandlicher Auswirkungen der Tat bei der Strafzumessung, ZStW 107 (1995), 576, 580 f.

⁵² 限於「未被構成要件化」的背後理由在於，倘能夠透過刑法第 57 條第 9 款構成要件外效果的概念將他罪構成要件已規定之結果納入量刑考量，將造成競合體系混亂，而有重複評價之危險，參蔡聖偉 (2009)，〈絕命醫療站 (下) 殺人之中止未遂與傷害既遂罪的競合〉，《月旦法學雜誌》，174 期，頁 324。不乏德國文獻亦指出，倘一效果同時滿足其他犯罪構成要件，已可透過競合加以解決，即不涉及此處間接處罰的核心爭議，vgl. Frisch, Die »verschuldeten« Auswirkungen der Tat, GA 1972, 321, 323; Puppe, Die verschuldeten Folgen der Tat als Strafzumessungsgründe, in: Spendel-FS, 1992, S. 451; Bloy, Die Berücksichtigungsfähigkeit außertatbestandlicher Auswirkungen der Tat bei der Strafzumessung, ZStW 107 (1995), 576, 584。

因未被法定構成要件所框定，其指涉範圍可能無邊無界，不僅影響對象可能及於被害人以外的第三人、社會或國家，影響內容尚可能擴及與法益無關的一般生活干擾，且容易與被害人個人條件及外在社會環境等周邊條件交織作用，甚至影響時點可能延後發生，導致法官某種程度上必須仰賴推測。鑒此，在構成要件外效果的情況，首要任務在提出一定限縮標準以篩選真正具有量刑法上意義的歸責客體，始能進一步提出究竟應依循何等歸責標準來判斷是否能在量刑中加以衡量。

或有提出疑問：既稱「構成要件外」，為何還可能在量刑中加以衡量？正如 Frisch 所闡明，倘如真正文義所言，一後果真屬「構成要件外」，則根本不可能對量刑有所影響，顯然文獻上談論者非此種情況。實際上，「構成要件外」後果應指「非構成要件上被類型化之後果，但又與構成要件相關之後果」(nicht tatbestandlich vertypte, aber tatbestandsrelevante Folgen)；相對地，「構成要件內」後果則指「性質上為構成要件上被類型化之構成要件相關後果」(der Art nach tatbestandlich vertypten tatbestandsrelevanten Folgen)⁵³。由此即清楚表明，「構成要件外」效果僅非該具體被類型化的效果，非謂完全與構成要件無關。

奠基於上述討論，則構成要件內效果僅包含：殺人罪中死亡人數、傷害罪中身體受損之嚴重性、私行拘禁罪中自由受妨害之久暫、妨害性自主罪中對性自主權之干涉⁵⁴、財產犯罪中財產損害程度⁵⁵、放火罪的公共危險性程度⁵⁶、毒品案件中該物質的數量及危險性等⁵⁷。而在前述「供應商詐欺案」中，B 處分時所受財貨損失危險乃構成要件內效果，B 破產、自盡及其妻流產則為構成要件外效果；在「孩童面

⁵³ Frisch, Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik, ZStW 99 (1987), 751, 755 f.

⁵⁴ 至於妨害性自主衍生的精神與身體傷害，本文則將之歸入構成要件外效果。

⁵⁵ 至於強盜、搶奪與擄人勒贖罪所生生命及身體具體危險或實害，恐嚇取財所生自由妨害，本文均將之置於構成要件外效果，蓋此等法定構成要件僅具行為危險性的描述。

⁵⁶ 至於抽象危險犯現實化為具體危險或實害，以及具體危險犯現實化為實害，均屬構成要件外效果，蓋此時已超越法定構成要件結果不法的範疇。

⁵⁷ 相似整理可參 Schäfer/Sander/van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 6. Aufl., 2017, Rn. 588-590; Maier, in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 2, 4. Aufl., 2020, §46 Rn. 246.



前殺母案」中，僅母親的死亡屬構成要件內效果，其餘兒童精神創傷及健全成長受挫、遺族悲痛、未成年子女無人撫養、家庭經濟來源中斷、喪葬費、社會震撼等均屬構成要件外效果。

此外，附帶說明本文討論的構成要件外效果僅包含犯行本身所生之輻射效應。此固然含括歷經一段時間始會顯現的損害，例如：對 14 歲以上未滿 16 歲之人性交（我國刑法第 227 條第 3 項）所生學習權益受損或影響未來性別關係互動，亦屬本文討論範疇。然本文論及的構成要件外效果並不包含犯行前或犯行後因其他作為而生之影響，例如：行為人事後試圖降低損害、進行賠償或道歉等，則不包括在內。以上確認本文所用措辭並劃定研究範圍後，接下來將繼而說明本文所欲使用之研究方法。

第三節 研究方法與論述取徑

劃定研究範圍後，尚需先確立本文研究方法。刑罰學主要的研究方法有二：規範方法（normative Methoden）及經驗方法（empirische Methoden）⁵⁸。前者乃藉演繹法及歸納法探究相關法理論及條文規定，後者則藉經驗科學的實證法研究各種刑罰手段及保安處分在刑事政策上的功能。本文將以前者作為論述主軸，蓋若欠缺更深層的橋接論述，「實然」並無法當然導出「應然」⁵⁹，既然刑罰裁量的本質實為對人的一種評價關係，則終究非純粹客觀經驗法則、自然科學上的對等關係或經濟學上計算或記帳工作⁶⁰。換言之，欲建立一套適當的量刑準則，核心並非技術層面如何勾畫表格或書寫算術程式，而是究竟在刑罰意義上應納入哪些個別因素、分別

⁵⁸ 林山田（2015），《刑罰學》，修訂版，頁 9-13，臺灣商務。

⁵⁹ 同樣批評量刑行情表試圖從實然推導應然者，參見李茂生（2013），〈量刑因子的調查與辯論〉，《法官協會雜誌》，15 卷，頁 102-103；謝煜偉（2016），〈犯罪被害人因素與量刑上之考慮〉，《科技部補助專題研究計畫成果報告期末報告》（計畫編號：MOST 103-2410-H-002-053-），頁 39；許恒達（2017），〈罪刑均衡、犯罪預防與刑罰裁量〉，《科技部補助專題研究計畫成果報告期末報告》（計畫編號：MOST 104-2410-H-004-070-MY2），頁 8。

⁶⁰ 柯耀程（2012），〈刑罰裁量的檢視與實踐〉，收於：《甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集（上冊）》，頁 592，承法；柯耀程（2005），《刑法總則釋義-修正法編（下）》，頁 495，元照。

占多少比重、在量刑尺度上又應定位在哪條線上⁶¹。欲回答此等核心問題，必然有賴學理的引入。然此亦非謂本文對實際運作現況置若罔聞，蓋現實正是受理論檢視、批判、並圖改革的對象，將其作為觀察研究的起點，有助於跳脫天馬行空的臆測及想像，使眾人得以立於相同的平台進行對話⁶²。故本文論述取徑將分為兩層面：先爬梳司法實務現況中是否及如何考量構成要件外效果，再深入以理論進行分析。

詳言之，就司法實務現況而言，本文指涉者較為廣義，既包含司法院近年主導之各項量刑改革，亦包含法院透過各判決所表彰之意見。就前者而言，與本文相關者包含：蒐集各類犯罪之判決書所載我國刑法第 57 條各款量刑審酌事由建置而成的「量刑資訊系統」⁶³、除分析判決外尚邀集審、檢、辯、學及相關民間團體提出相關建議之「量刑趨勢建議系統」以及借鏡英國論理式量刑基準模式而著重從重或從輕事項之「量刑審酌事項參考表」⁶⁴。此等量刑指引不僅表彰了司法改革的動向，亦牽動實務的脈動。過去判決即表明法官量刑時應具體審酌我國刑法第 57 條各款規定之一切量刑因素，並參酌「量刑資訊系統」、「量刑趨勢建議系統」及「量刑審酌事項參考表」之建議而為妥適裁量。當量刑結果顯著偏離「量刑資訊系統」之量刑分布（最低刑度、最高刑度及平均刑度）全貌時，法院宜為說明，且愈接近最高刑度，負擔愈高義務說明其審酌各項量刑因素之有利、不利評價與判斷過程之理由，避免因非理性主觀因素導致量刑歧異，以符合罪刑相當及公平原則⁶⁵，同時亦始符合「刑事案件量刑及定應執行刑參考要點」旨趣⁶⁶。倘未為說明，且經綜合

⁶¹ 黃榮堅（2004），〈確認量刑的實質課題〉，《台灣本土法學雜誌》，57 期，頁 1。

⁶² 文獻上即有稱法實證研究方法的意義即在於協助了解司法系統運作現況，參蘇凱平（2016），再訪法實證研究概念與價值：以簡單量化方法研究我國減刑政策為例，臺大法學論叢，45 卷 3 期，頁 1007-1008；蘇凱平（2020），〈以平等原則建立量刑原則的意義與價值：臺灣高等法院 105 年度交上易字第 117 號刑事判決評析〉，《台灣法學雜誌》，393 期，頁 37。

⁶³ 新版 AI 量刑資訊系統目前僅供法官查詢。

⁶⁴ 除 2018 年間彙整製成的「刑事案件量刑審酌事項參考手冊」外，後又陸續發布「洗錢防制法第 14 條量刑審酌事項參考表」、「焦點團體建議法院辦理散布性私密影像犯罪態樣量刑審酌時允宜注意之事項」、「焦點團體建議法院辦理國家安全犯罪態樣量刑審酌時允宜注意之事項」及「焦點團體建議法院辦理環境犯罪態樣量刑審酌時允宜注意之事項」。

⁶⁵ 最高法院 110 年度台上字第 5437 號刑事判決。

⁶⁶ 臺灣高等法院臺中分院 110 年度侵上訴字第 66 號刑事判決。



卷內全部量刑事實，並無理由超出量刑趨勢而為量刑決定時，恐因違反量刑公平性而被撤銷改判⁶⁷。職是，上開司法改革下誕生之量刑指引既影響過去實務，亦可能繼續影響未來。本文將勘探哪些構成要件外效果被納入刑罰加重之考量，以作為後續討論標的。

上述各該量刑指引固然對實務有所影響，然亦無法總括實務意見，蓋非所有判決悉數採納其等建議，其中不乏認為上開指引僅具參考性，理由大致有二：一則主張量刑輕重乃事實審法院得依職權自由裁量之事項⁶⁸，二則立基於該等指引的缺陷，有指出個案情節非完全相同的情況下，不得逕行比附援引⁶⁹，亦有指出該等系統參考性不足，未能反映量刑全貌⁷⁰。鑒於法院判決亦非全面遵循上開量刑指引，若欲瞭解法院如何審酌構成要件外效果，則有更直接爬梳實務判決之需要⁷¹。不過在此要全盤整理所有判決提及之各種犯罪類型的一切構成要件外效果不僅不可能、也無必要。蓋本文援引實務的目的非在進行實證研究，而是希冀藉此挖掘若干曾被實務納入考量之構成要件外效果的案例，以作為後續學理探討的對象。故本文將僅「例示」部分具有討論實益的案例，以供後文討論。

待梳理完我國司法落實現況後，本文將再導入關鍵的學理分析。在刑罰學中，可資使用的規範科學方法包含：法哲學方法、法律史方法、分析註釋方法及比較法方法⁷²，本文均將酌以採用。其中，由於本文主題國內研究稀缺，故比較法顯得格外重要，然而在使用上亦應格外謹慎，不宜恣意挑揀自身偏好的外國制度作為比較

⁶⁷ 臺灣高等法院高雄分院 107 年度上訴字第 639 號刑事判決；臺灣高等法院高雄分院 109 年度上訴字第 94 號刑事判決；臺灣高等法院臺中分院 110 年度上訴字第 284 號刑事判決；臺灣高等法院臺中分院 110 年度侵上訴字第 66 號刑事判決；臺灣高等法院高雄分院 111 年度交上訴字第 49 號刑事判決。

⁶⁸ 參最高法院 72 年度台上字第 6696 號刑事判決；最高法院 75 年度台上字第 7033 號刑事判決；最高法院 85 年度台上字第 2446 號刑事判決等判決意旨。

⁶⁹ 如：最高法院 109 年度台上字第 5794 號刑事判決。

⁷⁰ 最高法院 108 年度台上字第 2686 號刑事判決；臺灣高等法院 105 年度上訴字第 2218 號刑事判決。

⁷¹ 由於本文整理實務見解之目的僅在呈現實際在判決中曾作為從重量刑因子的構成要件外效果有哪些，故將不以整理最高法院判決為限。

⁷² 林山田（2015），《刑罰學》，修訂版，頁 10，臺灣商務。

對象，更不應不問脈絡地揀選數個法體系迥異的制度七拼八湊，蓋法律實為各該共同體文化自我表述的手段，唯有背景脈絡相關聯者始有參看比較的意義。

就此，本文之所以選擇德國刑法作為比較對象，乃以本文最終要處理的問題——「構成要件外效果是否及如何作為量刑因子」為出發⁷³，並衡酌以下諸點：首先，就刑法體系而言，我國本繼受大陸法傳統，嚴格區分「法適用」(Rechtsanwendung)與「法制訂」(Rechtsetzung)，與普通法尤重於法院裁判過程中融合「法適用」(law application)與「法制定」(law making)相去甚遠⁷⁴，故以大陸法系國家之法制作為比較對象具有避免與既有體系發生齟齬的優勢⁷⁵。其次，從立法資料即可探知，作為量刑核心同時亦為本文研究主軸的我國刑法第 57 條與德國刑法第 46 條淵源匪淺。追溯至 1928 年《中華民國刑法》(舊刑法)，於刑法總則中首次設專條，列舉科刑時應審酌之事項，以示法官注意，其中也包含了「犯罪之結果」此等結果要素⁷⁶。對此，立法理由明確記載，此乃仿細緻化瑞士草案第 47 條的德國刑法準備草案及委員會刑法草案，以免過去因科刑範圍相懸三等而失之過廣，致施行以來法官援用或未盡得當，又得免於科刑範圍修為一等而失之過狹；至 1935 年《中華民國刑法》將該條所稱「犯罪之結果」修為「犯罪所生之危險或損害」⁷⁷，正如舊德國刑法第 13 條(現行第 46 條)選用「犯行之效果」此等廣泛之措辭一般，文義上均有容納構成要件內效果與構成要件外效果的餘地；此外，在 2005 年我國刑法修正中，亦參參考德國刑法第 46 條第 1 項與日本改正刑法草案第 48 條第 1


⁷³ 文獻上稱「真正的比較法」必須「以提出問題」為起點，並以「解決問題」為目的，參翁岳生(2003)，〈比較法學之理念與實踐〉《月旦法學雜誌》，98 期，頁 9；黃舒芃(2005)，〈比較法作為法學方法：以憲法領域之法比較為例〉，《月旦法學雜誌》，120 期，頁 184-192。

⁷⁴ 歐陸法與普通法之差異可參黃舒芃(2005)，〈比較法作為法學方法：以憲法領域之法比較為例〉，《月旦法學雜誌》，120 期，頁 195-196。

⁷⁵ 同樣可參林臻嫻(2022)，〈從我國妥適量刑法草案談德國之無須量刑準則〉，《國會季刊》，50 卷 2 期，頁 75。

⁷⁶ 1928 年《中華民國刑法》(舊刑法)第 76 條規定：「科刑時，應審酌一切情形為法定刑內科刑輕重之標準，並應分別情形注意左列事項：...八、『犯罪之結果』...。」(括號為筆者所加)。

⁷⁷ 1935 年《中華民國刑法》第 57 條規定：「科刑時應審酌一切情狀，尤應注意左列事項，為科刑輕重之標準：...九、『犯罪所生之危險或損害』...。」(括號為筆者所加)。



項之立法例，明定以行為人之責任為「科刑之基礎」⁷⁸，以彌補原法僅設有「科刑之標準」，而忽略適用上必須優先確認的「科刑之基礎」，並確保科刑時嚴守責任原則⁷⁹；縱使是 2021 年 12 月 14 日甫通過的《刑事案件妥適量刑法》草案，前言雖稱旨在參考美國、英格蘭與威爾斯、蘇格蘭等國家或地區設立量刑委員會並制定量刑準則，然作為指導方針的第三章「量刑基本原則」中有關責任原則（草案第 29 條）、有利不利一律注意原則（草案第 30 條）、重複評價禁止原則（草案第 31 條）及數罪併罰合併定應執行刑之規定（草案第 32 條）仍分別參考德國刑法第 46 條第 1 項、第 2 項、第 3 項及第 54 條第 1 項之規定⁸⁰。

儘管我國刑法第 57 條第 9 款未如德國刑法第 46 條第 2 項第 2 句明示量刑中的結果要素必須具「可歸咎性」，而僅於我國刑事案件量刑及定執行刑參考要點第 14 點訂有：「審酌犯罪所生之損害，宜考量『可歸責』於犯罪之直接或間接財物損害、被害人生理及心理之傷害、被害人受此損害之影響輕重程度、犯罪之時間、地點，及損害係持續性或一時性（雙引號為筆者所加）」，然而我國刑法第 57 條第 9 款之所以未有如此要件，實有歷史因素可循，即立法之初（1918 年《刑法第二次修正案》首次出現、1928 年《中華民國刑法》通過）仿照的德國刑法準備草案及委員會刑法草案正是未加上「可歸咎」要件之版本（僅規定「犯行之後果」），然在 1927 年《德國一般刑法典正式草案》即已表明限於「可歸咎」之犯行效果始得考量，我國當時條文則停留在未被德國立法者最終採納的版本，嗣後修法中亦遺憾未能補上。不過即使該條文至今仍未有「可歸咎」的要求，然解釋上此乃罪責原則之必然，蓋惟有可歸咎於犯行之外部世界變動始可由行為人承擔，不待法條規

⁷⁸ 現行我國刑法第 57 條規定：「科刑時『應以行為人之責任為基礎』，並審酌一切情狀，尤應注意下列事項，為科刑輕重之標準：...九、犯罪所生之危險或損害...」（括號為筆者所加）。

⁷⁹ 關於 2005 年刑法第 57 條修正之立法理由，參中華民國法務部主管法規查詢系統，<https://mojlaw.moj.gov.tw/LawContentReason.aspx?LSID=FL001424&LawNo=57>（最後瀏覽日：2023 年 7 月 20 日）。

⁸⁰ 參刑事案件妥適量刑法草案總說明，<https://www.judicial.gov.tw/tw/dl-162819-bf4b9a7b53e1495ca1d542b2c8264abd.html>（最後瀏覽日：2023 年 7 月 20 日）。


定。綜上，本文將採取多元的分析路徑，而德國法相關規定及學說實務見解將為本文重要的參考對象。下文將繼而說明本文研究內容及研究架構。



第四節 研究內容與研究架構

本文旨在闡明「構成要件外效果」符合何等前提條件下，始屬我國刑法第 57 條第 9 款「犯罪所生之危險或損害」的射程範圍，而得作為從重量刑因子。本文將分前後兩大部分說明，第一部分旨在瞭解我國與德國實務及學說相關現況：首先，類型化爬梳我國司法院近年提供的三項量刑指引（「量刑資訊系統」、「量刑趨勢建議系統」及「量刑審酌事項參考表」），並列舉具討論價值的法院判決，以考察我國現行實務運作下究竟考量或明示應考量哪些構成要件外效果，並據此揭示我國既有論述的不足（第二章）。其後，放眼德國實務及學說對構成要件外效果之見解，始於考察德國聯邦最高法院關於主觀歸責標準（包含無過失說、過失說與故意說）及客觀歸責標準（規範保護目的理論）的論爭，並佐以經典案例事實、法院見解及學者評論，以一窺德國實務概貌。再轉而梳理德國學說上提出之客觀歸責標準及主觀歸責標準，就客觀歸責標準而言，包含 Frisch 最具指標性的規範保護目的理論（*Lehre vom Schutzzweck der Norm*）、Bloy 倡導的狹義法益觀點、Hörnle 主張的規範訴求功能、Puppe 及 Grosse-Wilde 提出的違反注意義務之因果關係與連續性要求，以及 Stahl 將刑罰框架視為連續性嚴重尺度並連結想像競合而為解釋；就主觀歸責標準而言，則包含主流的過失說（即預見可能性說）、Schröder 及 Bloy 等的故意說（即確實知悉說）、Bruns 及 Frisch 的區分說。本文將初步評析此等見解，並由此糾結纏繞的理論線團中抽繹尚未被解決的關鍵點，以作為後續建構本文分析脈絡的基礎（第三章）。

第二部分則旨在從本文思考架構環環導出限縮構成要件外效果進入量刑衡量的標準：此將從刑罰目的出發，剖析應報與預防兩大路線之關鍵爭議，並解析通說所採之統合論是否能解決其間衝突，又或者試圖跳脫固有框架的犯罪事後處理機



能論是否能予吾人不同的思考？如仍有不足，則僅能回首思考：應報傾向與預防傾向之理論何者較足採？本文將縷析其間核心思維差異而擇定其一路線，並由該路線開展之分支理論中汲取精華，以奠定本文關於刑罰目的之立場。接著，刑罰目的欲進而導引量刑的解釋，前提是刑罰目的與量刑目的兩者相連貫，對此學說上素有爭議，本文將加以釐清（第四章）。待確認上位量刑目的指向後，繼而應就我國刑法第 57 條進行釋義。由於各款量刑事由均須依條文前導所稱「以行為人之責任為基礎」而為解釋，則進一步澄清量刑罪責（Strafzumessungsschuld）的內涵便至關重要，特別是除了犯行罪責（Tatschuld）外，是否可以容許行為人罪責（Täterschuld）的考量，將牽動各款量刑事由在解釋上是否限於與犯行之不法與罪責有關。待確認我國刑法第 57 條一般性的量刑架構後，則必須進一步確立該條第 9 款之定位、概念內涵及評價標準（第五章）。最後，則回歸建構構成要件外效果必須通過何等審查要件始得依我國刑法第 57 條第 9 款作為從重量刑因子。先闡明為何須先劃定「真正具有量刑法上意義的犯行效果」範圍以確定歸責客體，繼而探討該範圍之射程幅員為何？亦即，是否限於落入構成要件保護範圍，抑或可以跨越構成要件而衡量犯行之總體不法？如為前者，則構成要件保護範圍又應該理解地多廣？亦即是否必須固守刑法典上法益的分類，抑或在量刑層次中應為更實質解釋？待確認歸責客體後，本文將進一步提出歸責標準，包含客觀面上，構成要件外效果是否亦須與犯行具有因果關係且客觀上可歸責？以及主觀面上，行為人對於構成要件外效果是否需具有故意、過失、抑或連故意過失均不需要（第六章）？最後總結（第七章），期許提供未來立法及實務上之參考。

第二章 我國司法實務對構成要件外效果之審酌

關於構成要件外效果得在多大範圍作為從重量刑因子，我國一向缺乏系統性的研究。本文將以我國司法實務意見作為起點，其中將分兩部分考察：首先，爬梳三項量刑指引——「量刑資訊系統」⁸¹、「量刑趨勢建議系統」⁸²及「量刑審酌事項參考表」⁸³，以呈現司法量刑改革的現況。其次，擇選對本議題具有討論價值的實務判決，試圖建構我國實務現況下對於構成要件外效果承認範圍之圖像。

第一節 司法院量刑指引


首先，就侵害生命或身體之犯罪，在量刑資訊系統中，殺人案件與普通傷害罪均無所生損害之因子可供選擇；而在量刑趨勢建議系統中，就殺人與傷害致死罪（我國刑法第 271 條第 1 項、第 271 條第 2 項、第 277 條第 2 項），從重因子包含「犯罪所生危險嚴重危害社會治安」，其中殺人罪（我國刑法第 271 條第 1 項及第 271 條第 2 項）則另外考量是否「在兒童面前殺人」；至於量刑審酌事項參考手冊中，則明示在（重）傷害致死罪及殺人罪的量刑中宜從重考量「犯罪結果對社會治安造成重大影響者」。由此可徵，在侵害個人生命或身體法益之犯罪中，主要考量現場目擊第三人所受衝擊及社會面向的影響。

其次，就妨害性自主罪而言，量刑資訊系統在「所生損害」項目下，可供勾選的量刑因子包括被害人本身所受「性交、猥褻所衍生之身體傷害」、「精神創傷」、「因而懷孕」、「健全成長可能性」、「學習權益受損」及「偵審過程中遭受二度傷害」，以及周遭效應所及之「家庭受損」及「傷害國家形象」；在量刑趨勢建議系統

⁸¹ 以下關於量刑資訊系統之資訊，均來自司法院量刑資訊服務平台網站，https://sen.judicial.gov.tw/pub_platform/（最後瀏覽日：2023 年 7 月 20 日）。

⁸² 以下關於量刑趨勢建議系統之資訊，均來自司法院量刑趨勢建議系統網站，https://sen.judicial.gov.tw/pub_platform/sugg/index.html（最後瀏覽日：2023 年 7 月 20 日）。

⁸³ 以下關於刑事案件量刑審酌事項參考表之資訊，均來自刑事案件量刑審酌事項參考手冊，https://sen.judicial.gov.tw/pub_platform/Reference_book.pdf（最後瀏覽日：2023 年 7 月 20 日）。



中，就妨害性自主罪（我國刑法第 221 條第 1 項）及加重妨害性自主罪（我國刑法第 222 條第 1 項），「犯罪行為造成之損害」若符合「嚴重身體傷害」、「嚴重精神創傷」或「健全成長可能性」三項，將提高建議刑度及建議量刑區間，至於常被文獻視為妨害性自主罪之構成要件外效果的「在偵審過程中造成被害人二度傷害」則被置於「犯後態度」。至於對 14 歲以上未滿 16 歲之人性交罪（我國刑法第 227 條第 3 項），則建議考量更多的構成要件外效果，包含：「性交猥褻所衍生之身體傷害」、「精神創傷」、「健全成長可能性」、「社交網絡受損」、「因而懷孕」、「學習權益受損」、「偵審過程中遭受二度傷害」、「家庭受損」；此外，刑事案件量刑審酌事項參考手冊更詳述，量刑時宜逐一檢視並妥適評估犯罪所生危險或損害，並依總體損害程度對應至刑度高低，而所謂「犯罪所生損害」，應包括「犯行對於被害人所造成之生理傷害（包含直接因犯行所受傷害、間接因犯行造成之性病感染、流產，甚至被害人嗣後因創傷壓力而自殘等）、心理傷害（急性創傷、長期創傷、生活能力受損等）、社會或家庭關係之破壞（如因性侵害陰影導致被害人與異性交往之障礙、與他人發展親密關係之障礙、與社會關係之斷裂程度、未來生涯發展的可能性等。倘被害人為在學學生，亦將影響求學機會）、行為人於案發後辯解或偵審中訴訟行為對於被害人造成之二度傷害（如誣指被害人）、行為人之犯行對於社會價值及正義、社會安全感之破壞程度等。」其次，另提醒「被害人特別年幼或年老時，可能深化犯罪所生損害程度，宜列為從重量刑因子。例如：童年受虐（含性侵受虐兒在內）將造成被害人不可逆之腦部受損……。受害兒童並可能發生失眠、焦慮、創傷症候群、飲食性疾患、低自尊、解離症等症狀；成年後罹患憂鬱症比例亦偏高；受害兒童也可能出現學習問題、行為問題，自殺傾向，並容易產生藥物濫用、酗酒、反社會性人格等問題，甚至反而成為性侵害加害人」；應加以補充的是，刑事案件量刑及定執行刑參考要點第 14 點之立法理由亦例示妨害性自主案件應一併審酌「犯罪所生被害人之身體傷害、精神創傷、因犯罪所生之就醫診療費用、被害人因此侵害而影響日後生活之狀況等」。由此可徵，在性犯罪中，考量之犯行效果射程



特別廣泛，除被害人個人面向含括身心傷害、因而懷孕、與家庭與社會關係的破壞、成長與學習干擾、訴訟程序中的二次傷害，尚擴及與被害人緊密關係的家庭受損、社會面向的價值與安全感動搖，甚至國家形象的破壞。

再者，在侵害財產之犯罪中，首先，就竊盜案件，依量刑資訊系統所示，除在「所生損害」考量構成要件內典型的「竊得財物之價值」外，尚在「所生危險」考量是否「危害居家安寧或居家安全」及「危害社會風氣及社會治安」等額外效果；另根據量刑趨勢建議系統，在竊盜罪（我國刑法第 320 條第 1 項，無論欲判處罰金、拘役或五年以下有期徒刑）及加重竊盜罪（我國刑法第 321 條第 1 項）的情形，倘「竊取之財物為被害人生活所必需物品、生財工具（例如：農漁牧機具或交通工具等）或具有特殊意義（例如：紀念品）」，或「衍生其他公共危險或危害國家安全（例如：竊取水溝蓋、電纜線、鐵軌、彈藥）」，將加重建議刑度或（及）量刑區間；而在刑事案件量刑審酌事項參考手冊中，同樣將「行為人竊得的財物對被害人具有價值與意義者（不論是財產上或情感上的意義）」納為從重量刑因子。其次，在（加重）搶奪罪（我國刑法第 325 條第 1 項、刑法第 326 條第 1 項）中，量刑趨勢建議系統則建議「造成被害人受傷及傷害程度愈大」時，愈應提高量刑程度；至於在刑事案件量刑審酌事項參考手冊中，搶奪罪的從重量刑因素則包括：其一，同樣考量「行為人搶奪的財物對被害人具有急迫需求或價值與意義者（不論是財產上或情感上的意義）」；其二，「行為人搶奪致被害人受身體傷患者」，且宜考量被害人痊癒時程之長短。再者，在（加重）強盜罪（我國刑法第 328 條第 1 項強盜罪及刑法第 330 條第 1 項加重強盜罪）中，量刑趨勢建議系統一樣建議考量「造成被害人受傷及傷害程度」；而在刑事案件量刑審酌事項參考手冊中，關於犯罪所生之危險或損害的加重因子則有四：其一，「行為人強盜的財物對被害人具有急迫需求或價值與意義者（不論是財產上或情感上的意義）」；其二，「行為人強盜致被害人受到身體普通傷患者」；其三，「行為人『蒙面』強盜，造成被害人心理重大恐懼者」；其四，「行為人犯強盜罪，對被害人施予之妨害自由之時間愈長者」；最後，

在電信詐欺罪（我國刑法第 339 條之 4 第 1 項）中，量刑趨勢建議系統則建議考量「犯罪行為對被害人生活狀況所造成之實際影響」。由此可徵，在財產犯罪中，共同建議考量財物對被害人之意義⁸⁴及取財手段危險性現實化後的實害，且部分犯罪尚會考量犯行對社會及國家的影響。

至於就《人口販運防制法》第 31 條案件，刑事案件量刑審酌事項參考手冊則揭示，「行為人使被害人從事性交易，致被害人有罹患嚴重疾病、身體、心理受到傷害及公眾健康有受損害之虞者」，應作為從重量刑因子，足見不僅宜衡量被害人所受衍生損害，亦建議考量對公眾之影響。

此外，量刑指引尚對危險犯類型之量刑審酌事項有所著墨。首先，就不能安全駕駛罪（我國刑法第 185 條之 3），量刑資訊系統與量刑趨勢建議系統均建議考量交通危險行為是否實際發生事故，並造成他人損害（從任何損害、財產損害、普通傷害、重傷害、到死亡均在羅列範圍之內）。其次，就毒品犯罪，刑事案件量刑審酌事項參考手冊揭示，倘行為人販賣毒品予人施用「因而致人於死傷」者，宜加重其刑。此外，在槍砲案件中，量刑資訊系統表示「被害人數」將影響量刑結果。另就《洗錢防制法》第 14 條，量刑審酌事項參考表指明，倘洗錢行為「助長毒品交易市場、組織犯罪活動者」，或因洗錢金額或規模龐大「因而危及金融機構之穩定或經濟活動秩序者」，宜從重量刑⁸⁵。再就國家安全犯罪而言，依據「焦點團體建議法院辦理國家安全犯罪態樣量刑審酌時允宜注意之事項」，「於危險犯之類型，犯罪

⁸⁴ 從文義上來看，「財物對被害人之意義」可能屬構成要件內、亦可能屬構成要件外效果。倘僅表彰（無論是財產上或情感上）財產價值，應屬構成要件內效果；倘意指該財產的特殊意義所衍生之其他損害，則屬構成要件外效果，例如：竊取老翁維持生命所需之藥物，所生之生命或身體危險則屬構成要件外效果；又或者偷走他人營業用之計程車，則預期營業利益損失亦屬構成要件外效果。

⁸⁵ 參洗錢防制法第 14 條量刑審酌事項參考表，<https://www.judicial.gov.tw/tw/dl-134423-2ff4ba7c8876468dbaa7b1643bbcf921.html>（最後瀏覽日：2023 年 7 月 20 日）。



行為對國家安全或社會安定已造成實害者」，亦宜納入從重量刑的考量⁸⁶。由此可徵，在危險犯上，往往納入考量危險（性）現實化後的實際損害。

上開量刑指引以案件類型劃分，從被害人個人、具體第三人、社會，乃至國家等面向，羅列諸多宜作為從重量刑因子之構成要件外效果，然上開指引至少具有以下四點缺失，而使參考性大打折扣：其一，該等指引缺乏完整統計，不只資料來源僅含括一定年份區間，且僅就部分犯罪類型進行取樣分析；其二，該等指引間欠缺統整，每一指引羅列的從重從輕因子各異，恐令法官無所適從，倘法官得依其偏好恣意選取，則即便殫精竭慮建立的量刑輔助系統亦無助現今司法改革追求的量刑一致性與量刑妥適性目標；其三，該等指引僅點出犯罪類型與諸因子的對應，卻欠缺案例事實的對照，鑒於個案千變萬化，欲藉上開指引提供通案參考性，恐有困難；其四，該等指引僅呈現結論，卻欠缺納入此等量刑因子的理由，倘各界欲與其進行對話並檢視其合理性，將窒礙難行。至此，已可略窺三項司法院提供之量刑指引對構成要件外效果之採納現況，接續將繼而檢視我國實際法院判決是否能予吾人更深層的啟發，以下將概分為對被害人、對其家屬、對社會及對國家之影響加以論述。

第二節 法院裁判

首先，就犯行對被害人個人之影響，判決除考量個案中構成要件內效果之嚴重程度外，尚審酌其他構成要件外效果。舉凡多名被害人在詐欺案中遭被告誑騙以結婚為前提與之交往，不但人財兩失，且「其等渴望婚姻夢碎，必致精神創傷甚深...造成巨大損害，影響相當深遠，非一般詐欺犯罪可比」⁸⁷；又或者擄人勒贖雖未取得贖款，惟不僅嚴重侵害被害人自由法益，亦造成被害人及其家屬「難以磨滅之精神創傷」⁸⁸。在妨害性自主案中，除考量行為人漠視被害人性自主權，尚考量犯行

⁸⁶ 參焦點團體建議法院辦理國家安全犯罪態樣量刑審酌時允宜注意之事項，<https://www.judicial.gov.tw/tw/dl-145522-c1ca5ed9b6a641dba2ed600768f5cd48.html>（最後瀏覽日：2023年7月20日）。

⁸⁷ 臺灣高等法院臺中分院 107 年度上易字第 573 號刑事判決。

⁸⁸ 臺灣高等法院臺中分院 106 年度上訴字第 1083 號刑事判決。

所生「精神創傷難以弭平」⁸⁹、「危害……身心健全發展」⁹⁰、對被害人「日後感情、婚姻或其他親密關係的建立及人格發展造成重大影響，惡性嚴重」⁹¹、犯行導致被害人因而懷孕產子，「對人生剛起步之 A 女影響至遠、造成身心傷害至深」⁹²、或致使被害人「因心理壓力而於年僅 17 歲之荳蔻年華即自殺身亡之重大憾事，足徵被告侵害法益之加重或加乘效應甚鉅」⁹³等，不一而足。雖然大多數判決均在量刑中實質衡量構成要件外效果，然多未思量究竟哪些構成要件外效果具有納入量刑因子的適格。事實上，僅鳳毛麟角的判決闡釋構成要件外效果在量刑中的審酌可能性，如臺灣高等法院花蓮分院 105 年度上訴字第 13 號刑事判決即揭示，量刑時除考量構成要件要素評價基礎情事外，「行為人如侵害與構成要件所保護之法益『具有關係』之利益時，……，適度審酌『構成要件結果以外之實質被害結果』，不唯沒有違反雙重評價禁止原則，亦是法院於量刑判斷須加以相當重視之量刑因子（括號為筆者所加）」。⁹⁴該判決尚表示德國聯邦最高法院 1957 年 4 月 8 日刑事大法庭裁定亦認為：倘一危險狀態乃由行為人實施違法行為而有責地惹起，即使是未被法定構成要件框定之「不特定侵害結果」，亦可能非難於行為人，況「量刑層次之歸責要件與犯罪論層次之歸責要件並無必要同一」，故本案另生被害人情緒低落、焦慮、易怒及夜眠差等構成要件結果以外之實質被害結果，亦得在量刑中加以衡量⁹⁴。然而，本文認為需進一步釐清的問題是：何謂與保護法益「具有關係」之利益？又何以在量刑中得以衡量比法益更廣泛的利益侵害？其射程範圍是否應有所設限？以該案考量之心情不佳與失眠為例，一般咸認屬被害人應自行吸收的局部情緒或一般生活干擾，無法作為成立不法的要素，何以能夠升高不法的量而影響

⁸⁹ 臺灣高等法院花蓮分院 103 年度原侵上訴字第 4 號刑事判決。

⁹⁰ 最高法院 111 年度台上字第 339 號刑事判決。

⁹¹ 臺灣高等法院 105 年度侵上訴字第 188 號刑事判決。

⁹² 臺灣高等法院 101 年度侵上訴字第 117 號刑事判決。

⁹³ 最高法院 110 年度台上字第 1545 號刑事判決。

⁹⁴ 臺灣高等法院花蓮分院 105 年度上訴字第 13 號刑事判決，其引用伊藤壽，〈量刑に關する諸問題—7 構成要件の結果以外の實質的被害の發生と量刑〉，判例タイムズ第 1217 號，2006 年 10 月 15 日，第 45 頁、第 47 頁、第 48 頁。

量刑，自有待更進一步的分析。再者，該判決雖引用 1957 年德國著名的大法庭裁定見解，惟該裁定備受現今德國實務及學說批評，亦不為德國立法者所採納⁹⁵，是否宜援此作為論述支撐，不無疑義。更甚者，為何量刑層次與犯罪論層次之歸責要件得以不同？又應如何不同？此實值得鑽研。

相對上述判決，另有判決對於在量刑中納入構成要件外效果抱持保留態度，該案涉及被告駕駛自用小客貨車未遵守交通規則，與被害人小客車發生碰撞，致被告受傷，因而犯過失傷害罪，就是否能一併考量「車損」此構成要件結果以外的實質被害結果，法院分兩層次論述：首先，我國刑法第 284 條前段的過失傷害罪旨在保護身體法益，而「車損」屬財產法益，與本條保護範圍有異，若將其獨立列為非難對象，恐有「間接處罰」之疑慮。其次，縱使肯認量刑時得將構成要件結果以外的實質被害結果納入衡量，仍須審酌行為人對於結果的發生有無「認識、容認有無及其程度」，本案行為人乃因「疏虞未注意」而致構成要件結果以外的實質被害，「認識程度應尚難認為明顯、嚴重、惡質」⁹⁶。由此可見，該法院於第一層次以客觀面作為限縮，亦即超出保護法益射程範圍者，恐有「間接處罰」的問題，又第二層次則涉及主觀面的限縮，似意味行為人對該構成要件外效果的招致僅具預見可能性尚不足夠。然為何必須至明顯、嚴重、惡質的認識程度始足？又其確切意義為何？與固有故意／過失的概念如何對應？均有待澄清。

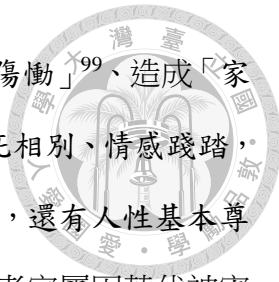
除上開對被害人個人的影響外，法院亦常慮及犯行對被害人家屬之影響，屢被納入量刑考量者包括被害人家屬之「被害感情」⁹⁷（或作「被害情感」⁹⁸），其中多

⁹⁵ 詳見本文第三章第一節第二項。

⁹⁶ 臺灣高等法院花蓮分院 111 年度交上易字第 6 號刑事判決。

⁹⁷ 例如：臺灣高等法院花蓮分院 105 年度上訴字第 13 號刑事判決。單就「被害感情」一詞，具體而言舉凡：感到絕望，致罹患憂鬱症；或遺族因被害人之死亡，造成精神及日常生活上之困頓、悲傷、創傷或財物之損失等，參李嘉興（2020），〈被害人訴訟參加之科刑範圍意見及意見陳述權（上）〉，《司法周刊》，2024 期，3 版，此處整理者乃對第三人的面向。

⁹⁸ 例如：最高法院 101 年度台上字第 4531 號刑事判決；最高法院 101 年度台上字第 3762 號刑事判決；最高法院 104 年度台上字第 539 號刑事判決；最高法院 108 年度台上字第 940 號刑事判決；臺灣高等法院高雄分院 109 年度上重訴字第 7 號刑事判決。



描述犯行對被害人至親造成無法抹滅的傷害、「釀成無可彌補之傷慟」⁹⁹、造成「家庭破碎，子女失怙，身心均遭重創」¹⁰⁰、甚至被害家屬「歷此生死相別、情感踐踏，其衝擊極大，哀慟逾恆，可知上訴人抹煞者非但係被害人之生命，還有人性基本尊嚴、家屬的完整人生等」¹⁰¹，在妨害性自主案件中亦有論述被害者家屬因替代被害而致身心創傷¹⁰²。此外，亦有掂量被害人家屬的處罰情緒，如：被告「顯然未能獲取被害人遺族之原諒，並解消、緩和其等強烈之『處罰情感』等情」¹⁰³。除上述身心影響外，還有更廣泛論及犯行對被害人家屬經濟及其他生活層面的影響，如：「使被害家庭破碎，……，對被害家屬之生活、經濟、家庭狀況等各方面造成莫大之影響」¹⁰⁴，或如臺灣高等法院臺南分院 108 年度上訴字第 1563 號刑事判決中，除犯行對被害家屬造成「驟失至親永難弭平之傷痛」外，尚考量本案被害遺族為對母親依賴甚深之未成年子女，其中 11 歲幼子甚至目睹母親遭刺殺過程，留下終身精神創傷¹⁰⁵，同時在母親遇害後「正常生活一夕之間傾覆，……，已難安穩生活」，家庭頓時陷入經濟困境，犯罪所生危害至鉅，惡性重大¹⁰⁶。其中大多數判決僅羅列被害感情應納入衡量，卻未表明理由，臺灣高等法院花蓮分院 104 年度原交上訴字第 1 號刑事判決極為罕見地提出理由，認為「犯罪與被害感情之間亦具有條件關係」，且「刑事司法之目的既在於保護法益，被害感情既非不得視為被害延長衍生之副次法益」，則在量刑中審酌構成要件結果以外之實質被害感情，「應認符合一般國民之正當法律感情」，且亦符合刑事訴訟救濟被害人之目的，並切合公平及均

⁹⁹ 最高法院 108 年度台上字第 411 號刑事判決。

¹⁰⁰ 最高法院 89 年度台上字第 7364 號刑事判決；臺灣高等法院臺中分院 92 年度上訴字第 2068 刑事判決等。

¹⁰¹ 最高法院 102 年度台上字第 2615 號刑事判決。

¹⁰² 最高法院 106 年度台上字第 1374 號刑事判決；最高法院 108 年度台上字第 1963 號刑事判決。

¹⁰³ 最高法院 107 年度台上字第 3031 號刑事判決。其他尚有在被害人家屬之被害情感中考量被告家屬表示希望從重量刑者，可參臺灣高等法院花蓮分院 103 年度原上訴字第 5 號刑事判決。

¹⁰⁴ 高等法院 105 年度上訴字第 827 號刑事判決。

¹⁰⁵ 臺灣高等法院臺南分院 108 年度上訴字第 1563 號刑事判決。另外亦有明示揭發得在殺人罪量刑中考量「犯罪時有兒童或老人在場」，參最高法院 102 年度台上字第 170 號刑事判決等諸多判決。

¹⁰⁶ 臺灣高等法院臺南分院 108 年度上訴字第 1563 號刑事判決。

衡之觀點¹⁰⁷。然而有待研求的是，被害感情是否可認屬副次法益的一環而納入量刑衡量？又國民法感情是否真能作為量刑審酌項目的依據？除上開判決外，亦有實務判決相對地提醒不宜過於偏重被害感情的衡量，否則「恐使刑罰制度流於私物化」，且「縱為同樣被害內容，各被害人表示之處罰感情可說千差萬別」，過於偏重被害感情恐違反公平原則及責任原則，不過此判決亦非全面否定被害感情的衡量可能性，而是否定僅以告訴人請求「從重量刑」為依據，其指出被害人感情之考量對象，應該不是被害感情本身，而是犯罪行為對被害人「平素生活會產生如何之身體、精神、經濟或社會上之不利益，而盡可能謀求被害情狀之『客觀化』」¹⁰⁸。

另外，量刑時除斟酌對被害人及其家屬之影響外，法院亦有考量犯行對社會所生之影響，如有指出「犯罪既然係伴隨法益侵害之社會現象，多少對於社會平和秩序會投下波紋，宛如於社會該池春水投入石頭一般，石頭愈大波紋愈大，石頭愈小波紋愈小，又縱是同樣之石頭，投擲力道愈大波紋愈大，力道愈小波紋愈小」，則犯罪對社會所生之影響在量刑時不僅為決定責任刑框架之要素，尚為預防要素¹⁰⁹。倘進一步分析實務所稱社會影響之內涵，實蘊含多種意義。首先，有用以描述犯行在侵害被害人所涉法益之餘，尚映射動搖社會秩序，例如：強制性交除造成被害人及其家人長久無法彌平之身心傷害外，並「嚴重危害社會治安，造成人心惶惶，住居不安，犯罪情節及惡性均屬重大」¹¹⁰；擄人勒贖除了對被害人的人身自由及財產法益造成侵害，亦「危害社會治安甚鉅」¹¹¹。此外，亦有判決除了說明犯罪對客觀社會秩序之破壞，尚闡明犯罪對主觀面的公共安全感動搖，例如：攜帶凶器、毀越

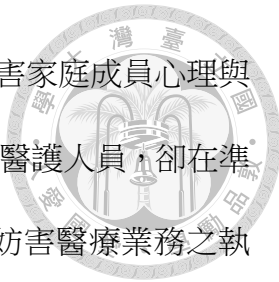
¹⁰⁷ 臺灣高等法院花蓮分院 104 年度原交上訴字第 1 號刑事判決。

¹⁰⁸ 臺灣高等法院花蓮分院 111 年度上易字第 65 號刑事判決；臺灣高等法院花蓮分院 112 年度原侵上訴字第 1 號刑事判決。同樣指出不宜過於偏重者，參臺灣高等法院花蓮分院 109 年度上訴字第 101 號刑事判決，其所引用之文獻乃橫田信之，〈被害者と量刑(4)〉，タイムズ第 1275 號，2008 年 10 月 15 日，第 46 頁至第 52 頁。

¹⁰⁹ 臺灣高等法院花蓮分院 103 年度重上更（二）字第 16 號刑事判決；臺灣高等法院花蓮分院 104 年度原重上更（一）字第 2 號刑事判決等，稱參照日本最高裁判所第二小法庭昭和 58 年 7 月 8 日判決、名古屋地方裁判所平成元年 6 月 28 日判決。

¹¹⁰ 最高法院 103 年度台上字第 1746 號刑事判決。

¹¹¹ 臺灣高等法院臺中分院 106 年度上訴字第 1083 號刑事判決。



門窗、毀越安全設備侵入住宅竊盜或強盜犯罪，不但嚴重影響被害家庭成員心理與居家安寧，並「降低一般人對於社會治安之信賴」¹¹²；被告身為醫護人員，卻在準備進行手術之開刀房內持刀攻擊執行醫療業務之護理人員，除妨害醫療業務之執行，其所為對醫療環境與醫護人員執業安全及病患之權益影響非微，更「造成社會震撼」¹¹³；在隨機挑選被害人之案件中，法院於量刑時曾考量犯行「造成社會大眾之恐懼，對社會治安、公共安全影響甚鉅」¹¹⁴。以下兩件矚目案件更為典型例證：在「鄭捷案」中，被告在大眾運輸系統密閉之車廂中隨機行兇，造成社會大眾集體恐慌效應，人人自危，即便於案發後數月群眾仍缺乏公共安全感，形成人際間猜忌、戒備，甚至乘坐大眾運輸交通工具時難以安心閱讀或睡眠歇息，破壞社會治安及公共安全至深且鉅¹¹⁵；在「北投女童割喉案」中，被告選擇在最安全、純淨之國小校園犯案，事發後不但造成校園師生及家長惶惶不安，更因被告起意犯罪並無特定指向，對依正常作息之社會大眾，難以事先防範突遭「隨機挑選」而受害，形成民眾對隨機犯罪之集體恐慌，群眾心中的焦灼不安縱使在案發後數月仍未稍減，被告之犯行著實嚴重破壞社會治安¹¹⁶。

此外，關於社會影響，除考量犯行同時反射的社會治安或安全感動搖外，尚有考量犯行可能引起「模仿效應」而產生後續犯罪，特別常見於違反《槍砲彈藥刀械管制條例》案件¹¹⁷及詐欺等案件類型中¹¹⁸，如有指出：「犯罪愈加多樣化、巧妙化，同時犯罪情報瞬時廣泛傳播之犯罪狀況前提下，犯罪行為本身所有之模仿性、傳染

¹¹² 臺灣高等法院臺南分院 103 年度上易字第 44 號刑事判決；臺灣高等法院 102 年度上易字第 922 號刑事判決；臺灣高等法院 101 年度上易字第 1848 號刑事判決；臺灣高等法院 101 年度上易字第 544 號刑事判決。

¹¹³ 最高法院 109 年度台上字第 5623 號刑事判決。

¹¹⁴ 最高法院 101 年度台上字第 4242 號刑事判決。

¹¹⁵ 歷審法院：臺灣新北地方法院 103 年度囑重訴字第 1 號刑事判決；臺灣高等法院 104 年度囑上重訴字第 6 號刑事判決；最高法院 105 年度台上字第 984 號刑事判決。

¹¹⁶ 歷審法院：臺灣士林地方法院 104 年度重訴字第 7 號刑事判決；臺灣高等法院 105 年度上重訴字第 10 號刑事判決；最高法院 106 年度台上字第 2125 號刑事判決。

¹¹⁷ 臺灣高等法院花蓮分院 103 年度上訴字第 220 號刑事判決等。

¹¹⁸ 臺灣高等法院臺南分院 111 年度上訴字第 667 號刑事判決。



性，以及特殊犯罪手法增加現狀下，於量刑上實不得不重視犯罪對於社會所生影響之一般預防觀點」¹¹⁹，詐騙除侵害財產法益外，亦「助長詐騙歪風、危害社會風氣」¹²⁰，均應在量刑中加以衡量。

再者，尚有實務考量行為人身分特殊性，犯罪將生額外社會影響，例如：立法委員身為中央民意代表本應以謀求國家、社會及民眾之利益為職志，卻進行股票炒作，如此「僅因牟取一己私利，而置廣大投資人權益及集中交易市場秩序於不顧；又明知公眾人物一言一行深具社會影響力」¹²¹，竟漠視政府法令，嚴重擾亂證交市場秩序；或就媒體從業人員，本應客觀真實反映社會現況，卻怠忽所肩負之社會責任，不僅未舉發不法，反為一己私利協助行為人規避查緝，「危害社會秩序非輕，行為誠屬可議」¹²²，或有新聞媒體於全國發行之報紙頭條刊載聳動標題搭配妨害性自主被害人遭竊錄之照片，被告為媒體從業人員「具有一定程度之社會影響力」，卻「濫用（abuse）新聞自由之圖騰....侵害被害人之隱私權至鉅，並導致被害人身心蒙受難以言喻之痛苦，原屬不該」¹²³，此舉明顯逾越新聞自由之界線，「自我放棄其等應盡之守門人義務，斷喪媒體身為第四權之正面形象，違反義務之程度非低」¹²⁴；抑或在退休校長違反證券交易法（內線交易）與公益侵占罪之量刑中，提及被告為總統之親家並身為小學校長，不思謹言慎行以為學生楷模，「明知公眾人物一言一行深具社會影響力」，卻從事內線交易與公益侵占，「破壞社會大眾對於公益團體之信賴性」¹²⁵。

最後，法官亦有在被害人、被害人家屬、社會面向以外，衡量犯行對國家或國際的影響，例如：跨境電信詐欺案件不但嚴重侵害社會秩序與民眾財產法益，亦「損

¹¹⁹ 臺灣高等法院花蓮分院 105 年度原上訴字第 23 號刑事判決等。

¹²⁰ 臺灣桃園地方法院 111 年度訴緝字第 1 號刑事判決。


¹²¹ 臺灣高等法院臺中分院 103 年度重金上更（二）字第 11 號刑事判決。

¹²² 臺灣高等法院 103 年度上訴字第 2025 號刑事判決。

¹²³ 臺灣高等法院 102 年度上訴字第 2054 號刑事判決。

¹²⁴ 臺灣高等法院 103 年度上訴字第 1763 號刑事判決。

¹²⁵ 臺灣高等法院 101 年度金上重更（三）字第 8 號刑事判決。



害我國國際形象至深」¹²⁶；販賣偽藥及販賣仿冒商標商品，除嚴重危害社會大眾身體健康、侵害商標專用權，「並有損我國之國際形象」¹²⁷；或指出專勤隊隊長職司轄區內入出國及移民相關事項，因頻仍接觸外籍人士，其「所有作為均關係到國家形象」¹²⁸；又或主張國安特勤人員肩負總統維安任務，本應知法守法，然卻濫用特權利用總統專機走私巨量菸品，不僅破壞社會大眾的信賴，更「嚴重損害國家形象及國際聲譽，犯罪情節與所生損害嚴重」¹²⁹；甚有謂被告僅因政治理念對立，竟於出入境門戶桃園機場揪眾施暴，除嚴重干擾社會秩序，並「有損於國際觀瞻，使國際人士對我國民眾有不良之印象，進而影響有意來我國觀光之遊客怯步」，罔顧國家形象，應予非難¹³⁰。此外，最高法院 104 年度台上字第 1574 號刑事判決案件格外值得深究，該案行為人對外籍人士進行結夥搶奪，前審衡酌犯行致使社經地位崇高之被害人「由原本對我國印象良好之態度，一夕破滅，對於國家形象、尊嚴及國人多年努力自重之成果所生實質創傷及損害非輕」，況且，近年普遍國際化，各地多有外籍人士，原非被告「行為時所不能預見者」¹³¹。被告上訴則指原判決以被害人身分作為量刑輕重之依據，違反平等原則，且搶奪罪（我國刑法第 325 條及第 326 條）既為侵害個人法益之犯罪，則以行為人行為時未預見之國家尊嚴及形象侵害作為量刑審酌事項，如此將保護個人法益擴大至國家法益，更可能使本罪從實害犯變成危險犯。惟最高法院駁回上訴，理由在於「刑法規定之各犯罪類型所保護之法益，固有個人法益、社會法益及國家法益之別，惟就刑罰法規本具有維護社會秩序及人類共同生活安全之基本目的」，我國刑法第 57 條第 9 款所謂之「犯罪所生之危險或損害」自不以各該犯罪之刑罰規定所直接保護之法益為限」¹³²。此

¹²⁶ 臺灣高等法院臺中分院 110 年度金上訴字第 1920 號刑事判決。

¹²⁷ 最高法院 99 年度台上字第 7402 號刑事判決。

¹²⁸ 臺灣高等法院臺中分院 100 年度上訴字第 291 號刑事判決。

¹²⁹ 臺灣臺北地方法院 108 年度矚重訴字第 1 號、109 年度訴字第 992 號刑事判決。

¹³⁰ 臺灣高等法院 96 年度矚上訴字第 2 號刑事判決。

¹³¹ 臺灣高等法院高雄分院 103 年度上訴字第 1070 號刑事判決。

¹³² 最高法院 104 年度台上字第 1574 號刑事判決。

案件的高等法院及最高法院判決恰好彰顯兩個重要的見解，前者提及可預見性標準，後者則提及量刑時不以衡量所犯罪名保護法益射程內之危險與損害為限。

縱觀我國實務判決，關涉被害人、其親近家屬、社會乃至國家的構成要件外效果皆寬泛地被納入從重量刑因子，然而絕大多數量刑理由僅止於形式上表明法院已經斟酌我國刑法第 57 條所列各款情事而為適當之考量，至於詳細考量為何，則罕見著墨¹³³，就算有臚列各款考量事項，亦僅得知悉實務在量刑上「會」考量諸多類型的構成要件外效果，然就「為何」得以考量，則無從洞悉，即便竭力搜尋，也僅尋得寥若晨星的判決提供相形之下較多線索。然而，或許正因目前尚欠缺過往相關實務見解的積累，故上開少數對構成要件外效果概念有所著墨的判決亦蘊含相異之標準，就其間差異，大略得統整出以下核心問題：在客觀上，犯行與構成要件外效果間是否必須具有條件因果關係？又量刑時是否僅得衡量所犯罪名保護法益射程內之構成要件外效果，抑或可擴及更廣的利益侵害？主觀上，是否必須具有預見可能性，抑或更高的認識程度標準？此等問題均有待學理進一步探究。

第三節 小結

綜上，我國司法院三項量刑指引與實務法院裁判均羅列相當廣泛的構成要件外效果作為從重量刑因子，惟多未附上理據，少數附上理據者，意見亦不一致。然而，多廣泛的構成要件外效果得作為刑罰加重衡量，攸關行為人最終被宣告的刑罰程度，實難接受早期實務稱此純屬法官自由裁量領域，更遑論容許其恣意決定，否則罪刑法定原則的機能將僅侷限在限制可罰與否的評價，而使量刑的合理性缺乏規範上基礎¹³⁴。既然當代量刑須被視為「受法律拘束之裁量的行動」(Akt rechtlich gebundenen Ermessens)¹³⁵，則必須依循法律所提供的判斷條件，對具體犯罪事實

¹³³ 觀察過去判決即有此傾向者，黃榮堅(2004)，〈確認量刑的實質課題〉，《台灣本土法學雜誌》，57期，頁1。

¹³⁴ 蘇俊雄(1999)，〈量刑法理與法制之比較研究〉，《法官協會雜誌》，1卷2期，頁27-28。

¹³⁵ Meier, Strafrechtliche Sanktionen, 5. Aufl., 2019, S. 166.

進行評價¹³⁶。然而，欲藉我國學說填補實務的不足亦有難處，蓋文獻上幾無以構成要件外效果為主題之專論¹³⁷，即便是部分提及此概念者亦寥寥無幾¹³⁸，而在未明確提及構成要件外效果概念下，零星討論諸如被害感情等個別相關量刑因子者也屈指可數¹³⁹。為填補我國研究上的欠缺，以下將參考德國實務及學說相關討論，並進一步探求其提出的各種進路是否可行。

¹³⁶ 柯耀程（2012），〈刑罰裁量的檢視與實踐〉，收於：《甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集（上冊）》，頁 592，承法；柯耀程（2005），《刑法總則釋義-修正法編（下）》，頁 479，元照。

¹³⁷ 僅見於李嘉興（2021），〈構成要件結果外之實質損害與量刑〉，《司法周刊》，2053 期，頁 2-3。

¹³⁸ 可見於蔡聖偉（2009），〈絕命醫療站（下）——殺人之中止未遂與傷害既遂罪的競合〉，《月旦法學雜誌》，174 期，頁 321-326；朱朝亮（2021），〈從量刑法則之應然，談我國現行量刑實務問題〉，《法官協會雜誌》，22 期，頁 42。

¹³⁹ 例如：李茂生（2013），〈量刑因子的調查與辯論〉，《法官協會雜誌》，15 卷，頁 111；謝煜偉（2016），〈犯罪被害者因素與量刑上之考慮〉，《科技部補助專題研究計畫成果報告期末報告》（計畫編號：MOST 103-2410-H-002-053-），頁 4-5；王正嘉（2012），〈犯罪被害人影響刑事量刑因素初探〉，《國立中正大學法學集刊》，36 期，頁 79-83。

第三章 德國實務及文獻上對構成要件外效果之 考量



就犯行效果何時得以納入量刑考量，德國刑法第 46 條第 2 項第 2 句已明文限於「可歸咎」者，是故在德國法脈絡下討論重心便在「可歸咎」究竟應如何解釋。綜觀德國實務與學說咸認「可歸咎」須以犯行與犯行效果間具有因果關係為前提¹⁴⁰，然若僅要求條件因果關係，將使量刑囊括之犯行效果無邊無際，而有牽連過廣之嫌。鑒此，各方紛紛提出各種限制進路：有主張主觀歸責標準、客觀歸責標準、更有綜合主客觀兩種標準者，以下分別討論之¹⁴¹。

第一節 德國聯邦最高法院之分歧見解


第一項 發展軌跡

就犯行之可歸咎效果何時得以納入量刑，各種不同思想論戰相繼出現。綜觀德國聯邦最高法院相關見解之發展，約得以 1990 年代界分為前後兩時期。在前期判決中，德國聯邦最高法院對客觀歸責標準著墨不多，而多側重於主觀歸責標準，其中又以預見可能性說為主。雖然自 1970 年代以來，學理發展出所謂規範保護目的理論——即犯行效果限於落入被違反之規範保護範圍內者，始得作為從重量刑之考量，然此說長期未被實務所採納¹⁴²。直至 1990 年代後，規範保護目的理論始陸續出現在德國聯邦最高法院裁決中。普遍認為，德國聯邦最高法院第四刑事庭於 1991 年的「海洛因交付案」(Heroinabgabefall) 判決（參第三章第一節第三項第一

¹⁴⁰ Schneider, in: LK-StGB, Bd. 4, 13. Aufl., 2019, §46 Rn. 129; Maier, in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 2, 4. Aufl., 2020, §46 Rn. 245; BGHSt 37 179, 180 = BGH NStZ 1991 392, 392.

¹⁴¹ 由於多數德國學說及實務在討論「犯行之可歸咎效果」時，並未特別區分構成要件內與外，故本章介紹之見解亦不限於適用構成要件外效果的情況，合先敘明。

¹⁴² Grosse-Wilde, Erfolgzurechnung in der Strafzumessung, 2017, S. 262; Schäfer/Sander/van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 6. Aufl., 2017, Rn. 597.



款) 乃承認規範保護目的理論之先河¹⁴³，不過本案討論重點乃《麻醉藥品法》。真正首次就核心刑法明確直接援引學理所倡之規範保護目的理論者，實乃 1993 年同庭對「尋求庇護者案」所為判決¹⁴⁴（參第三章第一節第三項第二款）。前德國聯邦最高法院法官 Schäfer 曾在其具影響力之《量刑實踐》（Praxis der Strafzumessung）第三版中表示此判決可能顯示實務見解的「180 度轉彎」（Kehrtwende）¹⁴⁵，然而在後續德國聯邦最高法院判決中，除了第四刑事庭明確延續其見解外¹⁴⁶，他庭並未積極表示支持。最具代表性的反對者，莫過於 2002 年的「婚姻詐欺案」判決（參第三章第一節第二項第三款），第三刑事庭明確否定規範保護目的理論，而認行為人對犯行效果具備預見可能性已足¹⁴⁷；此外，第一刑事庭也同樣繼續採取預見可能性標準¹⁴⁸；至於第二刑事庭雖曾實質上採取與規範保護目的理論一致的標準，然始終未明確在其論述中提及該理論，亦未明確支持第四庭見解¹⁴⁹。綜觀德國聯邦最高法院目前對犯行之可歸咎效果的審查標準，可謂見解分歧，以下將擇定採納主觀歸責標準及客觀歸責標準之判決中特具研究價值之案例加以研析。

第二項 主觀歸責標準

就犯行效果的主觀面要求而言，從寬至嚴可分為無須故意或過失、至少具過失、以及限於須具（間接）故意三種標準。1957 年 4 月 8 日刑事大法庭裁定（BGHSt 10, 259）即為採取最寬鬆標準的指標性意見¹⁵⁰，其審理的早期激辯法律

¹⁴³ Beulke/Schröder, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 25.09.1990 – 4 StR 359/90, NStZ 1991, 393, 394 f.; Schäfer/Sander/van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 6. Aufl., 2017, Rn. 598.

¹⁴⁴ BGH NStZ 1993, 337.

¹⁴⁵ Schäfer, Praxis der Strafzumessung, 3. Aufl., 2001, Rn. 324。至 2002 年「婚姻詐欺案」出爐後，本書新版則刪除此等描述，vgl. Schäfer, Praxis der Strafzumessung, 4. Aufl., 2008, Rn. 324。


¹⁴⁶ BGH NJW 1998, 2149, 2152.

¹⁴⁷ BGH NStZ 2002, 645, 645.

¹⁴⁸ BGH NStZ-RR 2006, 372, 372.

¹⁴⁹ Streng, in: Streng, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), NK-StGB, 6. Aufl., 2023, §46 Rn. 59.

¹⁵⁰ BGHSt 10, 259。即前述臺灣高等法院花蓮分院 105 年度上訴字第 13 號刑事判決引用之大法庭裁定。



問題乃針對「量刑時是否能審酌犯行之不可歸咎的後果（*unverschuldete Folgen der Tat*）而加重刑罰」，其案件事實涉及在強制罪（*Nötigung*）的量刑中，得否考量無過失所生之被害者死亡，結論上大法庭採取肯定見解，理由在於：「如果行為人有責地（*schuldhaft*）招致一個危險狀態（*Gefahrenlage*），並因此可能產生不特定的構成要件該當外損害後果（*außertatbestandmäßige Schadenfolgen*），則此危險狀態及實際上由此危險狀態發展而成的（*erwachsenen*）損害後果均可歸責於該行為人，以加重其刑，即使其不能預見該等損害後果的特定型態（*besondere Gestaltung*），亦同。」然而弔詭的是，該大法庭裁定雖一方面聲稱量刑領域亦須遵循罪責原則，另一方面卻在結論上背離之，只要行為人踏入禁區（即開啟危險狀態），便須對此狀態中引發之一切結果負責，形同重返過時的自陷禁區理論（*versari in re illicita*），違反現代法治國理念，因此備受眾多文獻批評¹⁵¹，且在 1969 年新通過的德國刑法 13 條第 2 項第 2 句（現行德國刑法第 46 條第 2 項第 2 句）中，立法者也透過將犯行效果加上「可歸咎」之限制，以明確表達反對上開大法庭見解之意志¹⁵²，由此可確定的是，就德國現行法而言，要將犯行效果在量刑中作為刑罰加重考量，不可能連可預見性都不需要。

然而，尚有疑問者：究竟應限於行為人對具體犯行效果具有知與欲（即至少間接故意），抑或具預見可能性（即過失）已足？就此，實務上曾有採取最嚴格標準者，如德國聯邦最高法院於 1965 年「嚴重損害案」（*Schwerbeschädigtenfall*）中揭示，限於確認行為人已知悉嚴重損害之情況下，始得加重其刑¹⁵³；又或如 1969 年知名的「贓物案」（*Hehlereifall*）中，德國聯邦最高法院同樣指出限於行為人確實

¹⁵¹ Frisch, Die »verschuldeten« Auswirkungen der Tat, GA 1972, 321, 321; Bruns, Strafzumessungsrecht, 2. Aufl., 1974, S. 418; Bruns, Das Recht der Strafzumessung, 2. Aufl., 1985, S. 160; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, 5. Aufl., 1996, S. 888; Grosse-Wilde, Erfolgzurechnung in der Strafzumessung, 2017, S. 500.

¹⁵² 立法草案資料，vgl. E 1958 S. 63; E 1962 S. 182。關於 1969 年舊德國刑法的立法史詳參 Horstkotte, Die Vorschriften des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafrechts über die Strafbemessung (§§ 13-16, 60 StGB), JZ, 1970, 122, 125.

¹⁵³ BGH bei Dallinger MDR 1966, 26, 26.

知悉贓物價值或至少估計並認可此等物品之重大價值時，始得以高額損害作為刑罰加重考量¹⁵⁴。



不過上述兩案件被多數德國學說歸類為涉及構成要件內效果¹⁵⁵，反之，涉及構成要件外效果之審判實務則多採取過失說，亦即縱使是在故意犯（Vorsatzdelikt）的量刑中，亦以行為人對犯行效果具有預見可能性為已足，而不需具有故意。最常被引述之基本公式為：只需犯行效果在其質（Art）與量（Gewicht）上基本可得認知（erkennbar）已足¹⁵⁶，無需被告能預見犯行效果的所有細節。不過就實際操作而言，有時難以捉摸實務究竟何時會認定行為人具有預見可能性、何時則否，以同為殺害幼童母親的案件為例，一則判決中，德國聯邦最高法院認為「不須確定被告是否已知悉（wußte）被害人乃 12 歲孩童的母親，而該孩童將因該犯行而成為孤兒，根據其所認知的所有情況，其能預期到此點已足，蓋刑法第 46 條第 2 項意義上的犯行可歸咎效果不僅包含行為人確信其會發生的效果，尚包含其本可預見的效果」，據此應肯定原審基於被告藉其犯行奪走兩個孩童的母親而從重量刑¹⁵⁷；相反地，在另一則判決中，德國聯邦最高法院則反駁原審不應以「被告從被害人年幼的孩子手中奪走母親」為由升高被告罪責，「蓋被告不認識被害人，不必假定一位 23 歲婦女會有小孩」¹⁵⁸。另一個實務上套用預見可能性標準卻認定結果不一的例子乃性侵被害人事後自殺未遂的情況，一則判決認為，「眾所周知，暴力實施之性犯罪亦可對被害人造成非常嚴重的心理後果；因此，如無特殊情況，假定性犯罪行為的此種後果對行為人……至少在其本質上（in ihrem Kern）具預見可能性，乃不證自明」¹⁵⁹；然在另一則判決中，德國聯邦最高法院則指摘原審「判決理由未充分說明

¹⁵⁴ BGH bei Dallinger MDR 1969, 533, 533.


¹⁵⁵ Bruns, Strafzumessungsrecht, 2. Aufl., 1974, S. 422; Frisch, Die »verschuldeten« Auswirkungen der Tat, GA 1972, 321, 329；反之定義為涉及構成要件外效果者，vgl. Bloy, Die Berücksichtigungsfähigkeit außertatbestandlicher Auswirkungen der Tat bei der Strafzumessung, ZStW 107 (1995), 576, 582。

¹⁵⁶ BGH NStZ 2005, 157, 157; BGH NStZ-RR 2006, 372, 372; BGH NStZ-RR 2010, 170, 170.

¹⁵⁷ BGH NStZ 1985, 161, 161.

¹⁵⁸ BGH, 04.05.1993 - 4 StR 168/93.

¹⁵⁹ BGH NStZ-RR 2000, 353, 363。循德國聯邦最高法院歷年見解，所謂特殊情形，如：行為人為精神障礙的情況，往往要求更多的證明，vgl. BGH NStZ-RR 1997, 304, 305。



被告是否及在多大程度上預見並接受此等超乎尋常的效果（*außergewöhnliche Auswirkungen*），或此等效果對其而言至少是可預見的」，即令行為人為其承擔較高之刑罰，不無疑義¹⁶⁰。由上可知，德國實務操作仍有待進一步研究觀察，以下將以三個經典案例作為討論。

第一款 吸血鬼案（BGH NStZ 1983, 20）

本案中，被告們均為一家大型日報記者，其等竊取或從其他竊盜犯手中取得嫌疑犯 K 少年之照片，並聳動地以「吸血鬼」之稱刊登於 B 報上，被告們因此分別被判處贓物罪或竊盜罪。在量刑理由中，邦法院認為被告以特別嚴重、不負責任的方式進行犯罪新聞報導，在未徹底調查 K 少年實際罪責（*Schuld*）所在的情況下，為滿足轟動的慾望（*Sensationslust*），罔顧其財產基本權、住宅不可侵犯性及私人與個人領域之尊嚴。且新聞界往往被稱為「第四權」（*vierte Gewalt*），對自由法治國至關重要，而被法秩序賦予特殊特權，然因其往往有能力通過違法、歪曲的出版物對公民造成不可估量、不可彌補損害，故此種權力（*Macht*）更應擔負廉潔新聞（*sauberer Journalismus*）的高度責任。被告身為媒體人，卻明知故犯，不僅損害新聞界的聲譽，更造成尚為學生之 K 嚴重的心理危害。德國聯邦最高法院維持原審量刑見解，蓋被告不思盡力調查警察懷疑的理由，反藉侵入住居及竊盜的手段來滿足轟動慾望，特別是鑒於被告亦「可預見」對被害人的人格損害程度，因此在法律上無可反駁該當「輕率」（*Rücksichtslosigkeit*）的非難。

然而在此顯然會浮現幾個問題，首先，新聞界的聲譽受損與被盜者的心理危害是否是竊盜罪與贓物罪所要保護防免發生的範圍？若不是，為何可以納入量刑考量？再者，按通說對行為數之觀點，竊取或收受贓物之行為以及批准刊登聳動報導之行為豈非兩先後不同行為？為何不就後行為另行討論妨害 K 名譽是否成立誹

¹⁶⁰ BGH, 11.11.1986 - 2 StR 190/86.

謗罪，而是將實質上因名譽受損所受之心理危害納入前面財產行為的量刑中考量呢？此等疑問均有待釐清。



第二款 同事嫌疑案 (BGH NStZ 1985, 453)

在本案中，被告犯下強盜式恐嚇取財 (räuberische Erpressung)，被告前同事 E 因之被懷疑與另一人共同犯下該罪行，E 不僅被當作被告反覆詢問以致難以找到新工作，甚至一直承受嚴重精神壓力，至審判期日仍無法完全克服，綜上事實，邦法院認為應將之納入刑罰加重考量因素。

然而，德國聯邦最高法院對原審量刑意見持保留見解。首先，上述後果固屬被告犯行所共同促成，惟原審未查明行為人是否至少可預見此後果而應得非難，是故難認屬德國刑法第 46 條第 2 項第 2 句意義下「犯行之可歸咎效果」。再者，倘以被告未揭發自己犯行為由加重處罰，形同與不自證己罪原則相牴觸。此外，亦無法證明本案屬被告有意 (bewußt) 將嫌疑導向 E 的特殊情況。綜上理由，德國聯邦最高法院以原審量刑瑕疵為由而撤銷原刑罰宣告。

不少文獻對此判決加以評論，如 Berz 即曾表示支持上開德國聯邦最高法院判決的結論，惟反對其判決理由。原因在於，倘如通說及本庭所預設，德國刑法第 46 條第 2 項第 2 句意義下的「可歸咎」以至少過失為已足，則行為人犯罪時總是可以預見到調查亦會牽扯到無辜者 (Unschuldiger)，故難以據此否定行為人對此具有預見可能性。即使如 Jescheck 對「可歸咎」的解釋採取故意說，亦難以得到滿意解方，蓋行為人往往不僅預期、甚至希望另一無辜者將被懷疑。Berz 進而主張欲避免將德國刑法第 46 條第 2 項第 2 句意義下的「犯行之效果」理解為一切犯行招致的效果，最佳的進路乃結合犯行實現之構成要件而作限縮解釋，此即肯定在量刑框架中一併適用規範保護目的之思維，以將在構成要件領域已獲豐碩成果的現代歸責理論援用至此。倘將此標準適用於本案，則強盜式恐嚇取財罪既非旨在免於

無辜者遭追訴，則行為人欠缺可歸責性（Zurechenbarkeit），此也類似 Horn 所稱欠缺「違法性關聯」（Rechtswidrigkeitszusammenhang）¹⁶¹。同樣以規範保護目的理論解決本案疑義者，尚有 Schäfer 認為強盜式恐嚇取財與誣告罪（德國刑法第 164 條）有異，無涉無辜者因犯罪嫌疑而受之不利益¹⁶²。

就此，Grosse-Wilde 則支持 Berz 等結論但反對其理由，蓋其認為不應從強盜式恐嚇取財的規範保護目的推導，而是鑒於未達實現誣告罪（德國刑法第 164 條）門檻的情況下，通常因特定犯罪事實使他人陷入刑事追訴的可能性並非「非容許風險」（unerlaubtes Risiko），且德國聯邦最高法院著名民事裁判亦表示，除意圖（absichtlich）或明知（wissentlich）使人捲入刑事訴訟的情況外，被捲入刑事訴訟乃每個人均可能面臨的一般生活風險（allgemeines Lebensrisiko），嫌疑犯不得向行為人請求損害賠償¹⁶³，此見解亦得適用於量刑。換言之，此案件之所以不能以使人陷於嫌疑為由而納入刑罰加重考量，乃因欠缺從「構成要件實現」到「犯行效果」的非容許狀態之連續性要求（Durchgängigkeitserfordernis unerlaubter Zustände），不能單純透過因果關係或預見可能性標準來解決¹⁶⁴。綜上，雖然德國聯邦最高法院、Berz、Schäfer 及 Grosse-Wilde 均反對將本案例中無辜者之不利益納入強盜式恐嚇取財的量刑衡量，惟理由各異。

第三款 婚姻詐欺案（BGH NStZ 2002, 645）

在本案中，被告先取得受害者們的信賴與好感，或承諾建立長久關係甚至結婚、或致受害者辭去工作，繼而取走支票表格、偽造之、並用於支付貨款或以自己為受領人。邦法院認定被告犯數起竊盜、侵占、一行為犯詐欺及偽造文書罪，因被害者的心理危害（psychische Beeinträchtigungen）（失望、絕望、擔心犯行對其財產

¹⁶¹ Berz, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 15.05.1985 – 2 StR 83/85, NStZ 1986, 86, 86 f.

¹⁶² Schäfer/Sander/van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 6. Aufl., 2017, Rn. 601.

¹⁶³ BGHZ 27, 137, 140.

¹⁶⁴ Grosse-Wilde, Erfolgsszurechnung in der Strafzumessung, 2017, S. 505-507.

的影響)對行為人而言具有預見可能性,故可被視為德國刑法第 46 條第 2 項意義下犯行之可歸咎效果,本判決在此並引用了上述「同事嫌疑案」。

就此,德國聯邦最高法院第三刑事庭對以規範保護目的理論作為量刑限制持保留見解,強調「後果是否落入被告被控違反之刑法規範的保護範圍,並不重要」,反之,對於構成要件外效果而言,「犯行後果之預見可能性此一劃分標準已足」。


就此,肯認上開判決者,如 Maier 認為本判決所採可預見標準令人信服,蓋一旦排除這種可預見之後果,即無法再適當把握犯行的量(Tatgewicht)¹⁶⁵;反之,質疑上開判決者,如 Meier 則認為,無差別地排除規範保護目的理論不無疑問,若僅為保持量刑過程之靈活性,而退回到表面上更廣泛且更彈性的預見可能性標準,那就太短視了¹⁶⁶。實則,刑罰證立層次(Strafbegründungsebene)和量刑層次(Strafzumessungsebene)均在決定一個共同問題:在何種前提條件及在何種程度上,可因行為人引起的犯行後果對其進行非難¹⁶⁷。在刑罰證立層次,吾人均知預見可能性與規範保護目的涉及不同層面的歸責問題:對於結果發生的預見可能性乃構成過失非難(Fahrlässigkeitsvorwurf)之注意義務違反不可或缺的要素,而規範保護目的則指注意義務違反與結果發生間必須存在義務違反關聯(Pflichtwidrigkeitszusammenhang)——只有當被違反的行為規範正是為了防止此類結果的發生,始可將結果歸責於行為人,由此可知,預見可能性標準與規範保護目的理論乃相輔相成,於量刑層次亦應有所適用¹⁶⁸。職是,Meier 主張犯行效果必須同時符合以下四個要件,始得納入德國刑法第 46 條第 2 項:(一)行為人行為與後果的發生間具有因果關係、(二)行為人能預見後果的發生、(三)且有關後果落入行為人被控違反之規範保護範圍內、(四)最後並能夠建立相應後果與構成要

¹⁶⁵ Maier, in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 2, 4. Aufl., 2020, §46 Rn. 250.

¹⁶⁶ Meier, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 4.7.2002 – 3 StR 190/02, StV 2003, 442, 443.

¹⁶⁷ Meier, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 4.7.2002 – 3 StR 190/02, StV 2003, 442, 443; Meier, Strafrechtliche Sanktionen, 5. Aufl., 2019, S. 194.

¹⁶⁸ Meier, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 4.7.2002 – 3 StR 190/02, StV 2003, 442, 443.



件結果不法或行為不法間的關係¹⁶⁹。Meier 認為本案第三刑事庭不應迴避討論被告被定罪之構成要件保護功能為何，蓋該裁判雖「影射」對被害者所生失望、絕望、擔心犯行對其財產的影響等後果不在被違反之規範（竊盜、侵占、詐欺罪等）保護範圍之內，然肯定亦有其他論者肯認本案被告所受心理危害為系爭規範所涵蓋，故該庭應該清楚表明其立場並面對批評，而非在德國刑法第 46 條第 2 項爭點上逕行偏袒一方¹⁷⁰。

第三項 客觀歸責標準


相較於德國實務在主觀歸責標準上存有歧異，在客觀歸責標準上則主要聚焦在規範保護目的理論的適用，以下將以兩個建立承認規範保護目的理論先例的德國聯邦最高法院經典判決作為討論。

第一款 海洛因交付案（BGH NStZ 1991, 392）

本案案例事實涉及一名海洛因成癮者輾轉從被告處購得海洛因並在吸食後死亡，另外三名共同吸食者則在吸食同樣來源的海洛因後昏迷不醒。癥結點在於吸食毒品者的死亡乃因自我負責的自我危害行為（*eigenverantwortliche Selbstgefährdung*）所生，可否歸咎於行為人即生爭議。本判決揭櫫，犯行效果要在量刑中被評價為刑罰加重因子，必須通過兩個審查標準：其一，「犯行與此等『效果』間之因果關係乃無庸置疑」，其次，「尚需說明行為人能預見該嚴重後果」。其中就因果關係而言，並不因該案所生昏迷與死亡效果乃由吸食海洛因或如飲酒、服藥等其他因素共同引起而被阻斷。而就預見可能性而言，則不以能預見該效果的所有細節為必要，僅需基本可預見其質與量已足。本案中，德國聯邦最高法院第四刑事庭指出，即使鑒於自我負責原則，原則上排除透過德國刑法第 211 條以下侵害生命之犯罪（特別是包含殺人罪及過失致死罪等）對行為人加以處罰，但並不因此

¹⁶⁹ Meier, *Strafrechtliche Sanktionen*, 5. Aufl., 2019, S. 199.

¹⁷⁰ Meier, *Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 4.7.2002 – 3 StR 190/02, StV 2003, 442, 443-444.*




排除以《麻醉藥品法》上從事交易（Handeltreiben）和交付（Abgabe）麻醉藥品定罪時，將過失招致海洛因吸食者死亡的後果作為刑罰加重情節加以考慮，蓋《麻醉藥品法》保護法益為國民健康（Volksgesundheit），與德國刑法第 211 條以下、222 條及 223 條以下（即侵害生命、身體健康之犯罪）的保護法益有異，換言之，《麻醉藥品法》非僅著重保護個人的生命和健康，「毋寧是避免廣泛吸食特別是硬性毒品（harte Drogen）而對公眾造成的損害，尤其是由此而生的個人健康危害」，「基於其對此種複雜而普遍（universell）、個人不得任意支配之法益的抽象危險性，各種形式的非容許處理麻醉藥品均訂有刑罰」，由於欲防止的吸毒行為往往意味著自我危害，因此立法者在制定規範時，必然已將此考慮進去，因而在此不得透過自我負責原則來排除《麻醉藥品法》相關規定的適用。

上開劃時代的裁判也在文獻上掀起熱烈迴響。關於德國聯邦最高法院從《麻醉藥品法》的立法者意志得出上開結論，Rudolphi 認為值得喝采，蓋《麻醉藥品法》的目標乃防止麻醉藥品的吸食以保護國民健康，無關乎吸食者的意志，為防止對公眾的損害，針對促使或鼓勵法益持有者自我危害的行為訂定刑罰，與基本法無違¹⁷¹；然 Otto 卻質疑，從《麻醉藥品法》的形成歷史來看，交易麻醉藥品之所以能證立嚴厲的刑罰框架，是為避免麻醉藥品流入青少年、兒童或毒癮者手中的危險，但此等人對於自我危險及自我侵害正好不具自我負責性，故要從歷史上立法者的意志推導出上開結論，不無疑義。反之，正確的推導方式毋寧是藉由目的性解釋，即因自我負責的危險及其可能的嚴重損害亦可能影響到社會本身，故可將《麻醉藥品法》的保護範圍擴及防止自我負責的自我危險行為¹⁷²。

不過，上開對於《麻醉藥品法》之目的性解釋欲成立，前提是所謂「國民健康」並非僅是個人法益保護的中介化（Mediatisierung），否則個人應享有法益處分權。

¹⁷¹ Rudolphi, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 25.09.1990 – 4 StR 359/90, JZ 1991, 572, 572 ff.

¹⁷² Otto, Die Bedeutung der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung im Rahmen der Delikte gegen überindividuelle Rechtsgüter, Jura 1991, 443, 444.



對此，Beulke 與 Schröder 即明確指出「國民健康」非謂所有國民成員身體健康的總和，而是意謂國家對於維持健康市民狀態及具存續能力之社會秩序所享有之利益（Interesse des Staates an der Erhaltung eines gesunden Bürgerstandes und einer lebensfähigen Gesellschaft），亦即社會的運作能力（Funktionsfähigkeit der Gesellschaft），因此非個人得以處分，也無法由其自我負責。其等主張關於規範保護目的之考量，不僅應同時適用於構成要件層次與量刑層次，尚應同時適用於《麻醉藥品法》中之量刑規則及德國刑法第 46 條之一般量刑規則（特別是關於犯行之可歸咎效果之解釋），至於未來德國實務是否會採納此種看法，尚有待觀察¹⁷³。

第二款 尋求庇護者案（BGH NStZ 1993, 337）

本案涉及被告等尋求庇護者犯下七起結夥竊盜罪與結夥竊盜未遂罪，在有關量刑部分，邦法院考量被告之犯行無疑加劇尋求庇護者群體在廣大公民中聲譽受貶損的後果，特別是會對那些實際受政治迫害而在德國尋求庇護並請求基本法保障者產生不利影響，既然被告可得認識此犯行後果，故應由其負責，而得依德國刑法第 46 條第 2 項作為刑罰加重情節加以考量。

然德國聯邦最高法院的第四刑事庭對此表達反對，理由可分兩層次闡明：在第一層次，法院提及所有尋求庇護者聲譽貶損的根本原因在於部分公民顯露出仇外心理及缺乏區分意願（fehlende Differenzierungsbereitschaft），由於「此等犯行後果與犯行本身欠缺必要關聯（erforderlicher Zusammenhang）」，故此等不利益不應由被告負責而將之全數納入德國刑法第 46 條第 2 項作為刑罰加重考量；在第二層次中，法院則表明，雖說與犯行無直接關係且不在實際犯行範圍內之犯行後果（即構成要件外效果）亦可能納入量刑衡量，惟前提有二：其一，「此等效果適於塑造犯行圖像，並影響罪責嚴重性的評價」，其二，「該後果必須落入行為人被控違反之刑事規範的保護範圍內」。然而，本案兩要件均不具備，蓋就前者而言，聲譽貶損

¹⁷³ Beulke/Schröder, NStZ 1991, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 25.09.1990 – 4 StR 359/90, 393, 393 ff.



的後果既不影響被告犯行的量，亦無法由此推斷對關涉罪責評價的被告態度（Einstellungen）有何影響，且就後者而言，聲譽貶損亦不在刑法典中財產犯罪的保護範疇，是故即使在第二層次的推論中，亦將得出上開構成要件外效果無法納入德國刑法第 46 條第 2 項作為刑罰加重考量的結論。

本判決不僅沒有提到過往德國聯邦最高法院所採的預見可能性標準，反而明確援引學者 Horn 及 Frisch 的見解，而使規範保護目的理論跨入實務判決領域。至今在德國聯邦最高法院各庭中，也儼然成為以預見可能性為主的主觀歸責理論，以及主張規範保護目的客觀歸責理論此兩大流派之爭。以下將繼而闡述學說上關於量刑中犯行之可歸咎效果的限制標準，再一併評析。

第二節 德國文獻上之限制進路

第一項 客觀歸責標準

第一款 發展軌跡

雖然 Frisch 往往被認為是首位將規範保護目的理論運用至量刑理論的學者¹⁷⁴，惟在此之前，為本理論奠基者實不乏其人。如 1954 年 Spindel 已在其具代表性的《刑度理論》（Lehre vom Strafmaß）中強調量刑有關情節與構成要件相關聯¹⁷⁵；1957 年 von Weber 首先指出在量刑中審酌犯行之構成要件外事實將「間接處罰」本不應處罰的情況¹⁷⁶；尚容易被忽略者，乃 1958 年 Elbers 已在其學位論文

¹⁷⁴ Bloy, Die Berücksichtigungsfähigkeit außertatbestandlicher Auswirkungen der Tat bei der Strafzumessung, ZStW 107 (1995), 576, 586; Grosse-Wilde, Erfolgzurechnung in der Strafzumessung, 2017, S. 262 mit Verweis auf Frisch, Die »verschuldeten« Auswirkungen der Tat, GA 1972, 321.

¹⁷⁵ Spindel, Zur Lehre vom Strafmaß, 1954, S. 231 f.

¹⁷⁶ Bruns, Strafzumessungsrecht, 2. Aufl., 1974, S. 413; Frisch, Die »verschuldeten« Auswirkungen der Tat, GA 1972, 321, 342; Frisch, Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik, ZStW 99 (1987), 751, 752; Bloy, Die Berücksichtigungsfähigkeit außertatbestandlicher Auswirkungen der Tat bei der Strafzumessung, ZStW 107 (1995), 576, 585; Puppe, Die verschuldeten Folgen der Tat als Strafzumessungsgründe, in: Spindel-FS, 1992, S. 452 mit Verweis auf von Weber, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 8.4.1957 – GSSt 3/56, MDR 1957, 693, 693.

中主張以「結果損害的相當因果關係」來判斷量刑中的結果歸責¹⁷⁷，惟因其採用純粹客觀歸責標準，而與現行德國刑法第 46 條第 2 項第 2 句（舊德國刑法第 13 條）法條文義不合，故鮮少被其他文獻所採納¹⁷⁸；至 1967 年 Bruns 經典的《量刑法》（Strafzumessungsrecht）初版問世，該專論對於量刑的全面性介紹影響德國研究甚遠，其中也提到罪責原則應同時適用於構成要件內與構成要件外後果，從而僅「可歸咎」於行為人之後果始得令其承擔較高之刑責，惟 Bruns 僅隱含應由主觀面的罪責形式（Schuldform）加以限縮，惟未進一步闡釋是否應有客觀面的限縮標準作為前提¹⁷⁹。奠基於上開理論發展，Frisch 於 1972 年發表〈犯行之「可歸咎」效果〉（Die »verschuldeten« Auswirkungen der Tat）一文，此標誌性鉅著也引起德國學術及實務界對於在量刑中適用規範保護目的理論的關注¹⁸⁰。嗣後，作為德國量刑法發展指針的 Bruns 也在《量刑法》第二版等後續著作中表達基本上支持規範保護目的理論的立場¹⁸¹，現今蔚為德國文獻之通說¹⁸²。

不過在學界一片支持規範保護目的理論的聲音中，亦有對其提出修正補充版本者，如 Puppe 在 1992 年 Spindel 的祝壽論文集集中發表〈犯行之可歸咎後果作為量刑事由〉（Die verschuldeten Folgen der Tat als Strafzumessungsgründe），主張應轉向由「構成要件上違反注意義務之因果關係」（Kausalität der tatbestandlichen Sorgfaltspflichtverletzung）及「連續性要求」來判斷「可歸咎」與否¹⁸³；而 Bloy 則

¹⁷⁷ Elbers, Der Erfolg als Strafzumessungsproblem, zitiert nach Grosse-Wilde, Erfolgzurechnung in der Strafzumessung, 2017, S. 274.

¹⁷⁸ Grosse-Wilde, Erfolgzurechnung in der Strafzumessung, 2017, S. 274-275.

¹⁷⁹ Bruns, Strafzumessungsrecht, 1. Aufl., 1967, S. 364 ff.

¹⁸⁰ Frisch, Die »verschuldeten« Auswirkungen der Tat, GA 1972, 321, 333; Frisch, Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik, ZStW 99 (1987), 751, 753 f.

¹⁸¹ Bruns, Strafzumessungsrecht, 2. Aufl., 1974, S.424; Bruns, Das Recht der Strafzumessung, 2. Aufl., 1985, S. 164 f.; Bruns, Neues Strafzumessungsrecht, 1988, S. 14.

¹⁸² Vgl. Schäfer/Sander/van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 6.Aufl., 2017, Rn. 594 ff.; Berz, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 15.05.1985 – 2 StR 83/85, NStZ 1986, 86, 87; Beulke/ Schröder, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 25.09.1990 – 4 StR 359/90, NStZ 1991, 393, 395, Horn/Wolters, in: SK-StGB, Bd. 2, 9. Aufl., 2016, §46 Rn. 123; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, 5. Aufl., 1996, S. 888; Meier, Strafrechtliche Sanktionen, 5. Aufl., 2019, S. 195; Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl., 2018, §46 Rn. 34; Streng, in: Streng, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), NK-StGB, 6. Aufl., 2023, §46 Rn. 58.

¹⁸³ Puppe, Die verschuldeten Folgen der Tat als Strafzumessungsgründe, in: Spindel-FS, 1992, S. 451 ff.



在 1995 年藉由〈量刑中犯行之構成要件外效果的可考慮性〉(Die Berücksichtigungsfähigkeit außertatbestandlicher Auswirkungen der Tat bei der Strafzumessung)提出嚴格法益關聯的限縮觀點¹⁸⁴；至 Hörnle 則在 1999 年出版之《犯行相當之量刑》(Tatproportionale Strafzumessung)中，採用生活質量 (Lebensqualität) 分析的實質標準，並強調規範的訴求功能 (Appellfunktion von Normen)¹⁸⁵。雖說在此段期間之後規範保護目的理論研究沉寂多年，惟晚近 Frisch 的學生 Stahl (2015 年) 在其《犯罪論與刑罰論間的量刑事實》(Strafzumessungstatsachen zwischen Verbrechenslehre und Strafrecht)中，創新地以刑罰框架作為「連續性嚴重尺度」(kontinuierliche Schwere skala)來解釋犯行之可歸咎效果，並與想像競合相連接而開展論述¹⁸⁶；此外，2017 年 Grosse-Wilde 所著《量刑中的結果歸責》(Erfolgszurechnung in der Strafzumessung)出版，可謂當今關於德國刑法第 46 條第 2 項犯行之可歸咎效果最完整的專論，其中仔細地爬梳德國學說及實務相關見解，最終選擇承襲 Puppe 以因果關係出發的觀點，並更完整地提出對於犯行之可歸咎效果的審查標準¹⁸⁷。以下將逐一討論繼 Frisch 以來文獻上有關犯行之可歸咎效果的客觀歸責標準。

第二款 Frisch 的典型性與規範保護目的理論

就何等犯行效果得納入刑罰加重考慮，Frisch 主張應分兩層次加以處理：首先，鑒於構成要件外後果無邊無際，必先確認「系爭後果與量刑之相關性 (Relevanz)」此上位問題，始能進一步回答「故意犯之行為人是否須對嚴重後果

¹⁸⁴ Bloy, Die Berücksichtigungsfähigkeit außertatbestandlicher Auswirkungen der Tat bei der Strafzumessung, ZStW 107 (1995), 576, 576 ff.

¹⁸⁵ Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 221 ff.

¹⁸⁶ Stahl, Strafzumessungstatsachen zwischen Verbrechenslehre und Strafrecht, 2015, S. 138 ff.

¹⁸⁷ Grosse-Wilde, Erfolgszurechnung in der Strafzumessung, 2017, S. 1 ff.

具有故意或過失」此罪責形式的問題¹⁸⁸。析言之，前者屬客觀歸責的問題，後者則屬主觀歸責的問題，僅有在前者成立的情況下，始有討論後者的餘地¹⁸⁹。

關此，Frisch 由德國刑法第 46 條第 2 項第 2 句「可歸咎」之術語釋義出發，觀察 1962 年草案理由及刑法委員會立法過程中雖皆曾透漏「可歸咎性」等同可預見性，惟最終卻未體現於法條本身，由此可徵立法者乃有意保留「可歸咎」概念在解釋上的開放性，蓋刑法標準的罪責形式乃故意，若要例外採取過失標準，自應在條文中表現出來¹⁹⁰。在存有此立法者有意漏洞（gewollte Lücke）的情況下，既無其他刑法法規明確界定「可歸咎」之解釋，自應借用法律對類似情況表達之價值判斷加以填補。就犯行之可歸咎效果，往往涉及法官於量刑時欲在故意犯之刑罰框架內對過失招致之後果加重懲罰（例如：在上述偷藥的例子中，於竊盜罪之法定刑內決定要量處多高之刑罰時，試圖以過失招致之死亡作為加重事由），此等考慮正與加重結果犯結合了故意基本犯與過失招致加重結果而在法律效果上升高刑度的結構相似。雖然或有質疑加重結果犯為（升高）可罰性層次，而犯行效果則為量刑層次，惟 Frisch 認為此差異並不影響前述類似性，蓋法官量刑乃立法者設定構成要件並分配相應刑罰框架的延續，申言之，立法者在制訂個別規範時本不可能捕捉到與量刑相關的所有因子¹⁹¹，故須藉由法官評價加以補綴其中間隙，由此可徵，作為可罰性要件的加重結果犯與作為量刑因子的犯行效果並無本質的不同¹⁹²，又既然兩者乃貫穿的平行問題，而加重結果犯又為立法者選擇性取代想像競合，則加重結果犯所循原則亦須輻射到犯行效果的問題上。


¹⁸⁸ Frisch, Die »verschuldeten« Auswirkungen der Tat, GA 1972, 321, 346 f.; Frisch, Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik, ZStW 99 (1987), 751, 753.

¹⁸⁹ 同樣審查順序，vgl. Bloy, Die Berücksichtigungsfähigkeit außertatbestandlicher Auswirkungen der Tat bei der Strafzumessung, ZStW 107 (1995), 576, 578; Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 256.

¹⁹⁰ Frisch, Die »verschuldeten« Auswirkungen der Tat, GA 1972, 321, 330.

¹⁹¹ Frisch, Die »verschuldeten« Auswirkungen der Tat, GA 1972, 321, 331; Bruns, Strafzumessungsrecht, 2. Aufl., 1974, S. 70 ff.

¹⁹² Frisch, Die »verschuldeten« Auswirkungen der Tat, GA 1972, 321, 331.



固然學理上對加重結果犯的加重基礎及其限制向有爭議，惟 Frisch 觀察並認為加重結果犯建構思維均立基於：根據生活經驗，引起結果的故意構成要件該當行為產生了一種非常特定、基於基本構成要件特性而生的危險，當此種危險係由落入「危險範圍」(Gefahrenkreis)的結果所實現時，始能適用更高的刑罰框架。從功能角度觀之，基本犯不僅旨在防止故意的法益侵害，亦在防止由此而生的典型延伸危險。藉此亦得證立加重結果犯的法定刑度高於故意基本犯加上過失結果犯想像競合下的刑罰，理由在於即使危險狀態對行為人而言顯而易見，行為人卻未在其動機過程 (Motivationsprozeß) 中阻止自己實施故意犯行，此時已非普通的注意義務違反，而是因故意基本犯導致之特別嚴重注意義務違反，故提高了過失犯行的量¹⁹³。

同理類推，倘將上述法定加重結果犯的特殊性轉移到法官量刑的「類似」情況，即會導出無論是構成要件內或構成要件外後果，只要符合下述三點，則純粹可預見的犯行後果亦得用以加重故意犯的處罰：「(一) 通過故意構成要件的實現，創造了非常特定的典型危險狀態、產生了未被故意犯面向捕捉到的侵害風險 (經驗上確定, empirische Feststellung)；(二) 實際發生的後果可以被理解為此種典型危險的實現，即落入所謂「危險範圍」內 (歷程上確定, prozeßhafte Feststellung)；並且，(三) 實現的構成要件，據其意義及目的，也是為了防免 (一) 項所述危險，即法律在確立故意構成要件時，也想針對這些危險及其實現築起一道「保護牆」 (Schutzwall) (功能上確定, funktionale Feststellung) ¹⁹⁴。」就此，文獻上有將三項標準理解為可拆分為兩個部分：(一)、(二) 含括相當性的判斷 (Adäquanzurteil)，而 (三) 則為眾所周知的規範保護目的理論¹⁹⁵；亦有進一步將此三點均詮釋為確定損害是否具典型性的方法，(一)、(二) 乃先透過經驗判斷在此情形是否通常發生

¹⁹³ Frisch, Die »verschuldeten« Auswirkungen der Tat, GA 1972, 321, 331 ff.

¹⁹⁴ Frisch, Die »verschuldeten« Auswirkungen der Tat, GA 1972, 321, 333.

¹⁹⁵ Grosse-Wilde, Erfolgzurechnung in der Strafzumessung, 2017, S. 273 ff.

如此損害，接續方由（三）的規範角度加以澄清法律是否通常亦希望保護防免此等危險的發生¹⁹⁶。



需補充者，Frisch 特別強調上述（三）所涉之規範保護目的幾乎無任何獨立意義，蓋從法律中即可推斷出其有意保護防免與構成要件行為具相當性的所生危險。其功能毋寧僅在確認從規範保護觀點來看，系爭效果是否可視為落入被違反之刑事規範的保護範圍，如此始能證立其乃刑法所涵蓋之不法¹⁹⁷。此外，Frisch 主張可訴諸法律指示探求各該規範保護範圍¹⁹⁸，無法律指示時，則應仔細探求構成要件行為所生之危險範圍及被違反之刑事規範的保護目的。確定危險範圍的準則立基於因果歷程的一般經驗知識，實務工作者必須研究歷史、體系及目的論、甚至探知未來法律，以確定後果是否符合規範的保護方向¹⁹⁹。當然，或有質疑此說並未確立構成要件究竟同時保護免於甚麼後果的發生，Frisch 則兩點回應，其一，要界定構成要件究竟同時保護免於甚麼後果的發生有其困難，但這其實是事實性的問題，不應就此轉而採取其他較「簡易的」方案。其二，其實就此我們在犯罪論已經研究頗豐，只待在量刑法中取得成果²⁰⁰。

本文以為，Frisch 試圖將加重結果犯的法理基礎及其限縮標準嫁接至犯行效果獨具匠心，惟部分論理仍有進一步思考的餘地，以下將從方法論面及實質面加以評析。先就方法論而言，援引加重結果犯的法理來解釋構成要件外效果實值商榷。首先，在平等原則的基礎下，僅有在兩事務具類似性的前提下，始有類推適用之餘地，惟構成要件外效果與加重結果犯恰非此種情況。詳言之，誠然構成要件外效果與加重結果犯均可能為故意與過失的結合，然兩者存在形式結構上的差異：在加重結果犯中，故意的基礎行為與過失致生的加重結果在刑法典上本具獨立處罰規定，


¹⁹⁶ Hörnle, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, S. 256.

¹⁹⁷ Frisch, *Die »verschuldeten« Auswirkungen der Tat*, GA 1972, 321, 333.

¹⁹⁸ Frisch, *Die »verschuldeten« Auswirkungen der Tat*, GA 1972, 321, 334.

¹⁹⁹ Frisch, *Die »verschuldeten« Auswirkungen der Tat*, GA 1972, 321, 334 ff.


²⁰⁰ Frisch, *Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik*, ZStW 99 (1987), 751, 754.



因此可謂可罰加上可罰的結合；相對地，構成要件外效果本身並無成立他罪的可能，將之併入特定故意犯之刑罰框架中，乃可罰加上不可罰的組合。且正因兩者結構有別，亦將導致兩者「待解決之核心問題」及「所適用的刑罰框架」迥然有異：就核心問題差異而言，加重結果犯涉及兩個本為刑法可罰的犯行，為何在結合出現時即得例外高於原本競合規則下之刑度？例如：傷害致他人於死的情況，本可獨立成立故意傷害罪及過失致死罪，為何成立傷害致死罪此加重結果犯時，將比故意傷害罪加上過失致死罪想像競合的刑度明顯提升？此處涉及架空一般競合規則的問題；相對地，將構成要件外效果納入其他故意犯之刑罰框架的關鍵問題在於：為何本不可罰的構成要件外效果在納入另一可罰之他罪量刑後卻可以影響刑罰的高低？例如：在前述「汽車詐欺案」中，行為人後續過失財產損害本為刑法上不可罰的行為，是否能在前面可罰的故意詐欺犯行之量刑中作為刑罰加重事由？又如如前述「同事嫌疑案」中，導致他人找不到工作而受精神危害亦不具可罰性，然是否能將此等負面效果亦納入行為人強盜式恐嚇取財罪的從重量刑考慮？此處涉及間接處罰的問題。至於就加重結果犯與構成要件外效果所適用之刑罰框架差異而言，加重結果犯乃一旦符合法條所述情況——即特定種類故意犯不法加上過失致生特定種類結果損害之不法，即必然例外適用另一明顯高於一般競合規則的法定刑框架；而就構成要件外效果的納入可能性，則僅在評價其是否及如何影響犯行不法的量，故仍是在既有法定刑框架中判斷須對應到多高的刑度。換言之，加重結果犯本質上立於「 $1 + 1 > 2$ 」的邏輯²⁰¹，惟在量刑中考量構成要件外效果則僅是在計算犯行結果不法的量「 $=$ 」多少，以及「 $=$ 」多少刑量。

此外，構成要件外效果與加重結果犯間除了可罰與否的形式結構互異外，是否已被法定構成要件明定範圍亦有別：加重結果犯的加重結果已被立法者限定在一定樣態，例如在德國刑法典中多限於「致人於死」、在我國刑法典中則多限於「致

²⁰¹ 此比喻參黃榮堅(1999)，〈犯罪的結合與競合〉，收於：《刑法問題與利益思考》，頁 398 以下，元照；黃榮堅(2012)，《基礎刑法學(上)》，4 版，頁 401，元照。



人於死或致重傷」；反之，量刑中的構成要件外效果則未被構成要件所列出，其範圍可稱無邊無際。此差異將導致兩者涉及的歸責問題有所不同：在加重結果犯中，僅須試圖在行為與加重結果間建立一定連繫，以便將該加重結果歸責於行為人；相對地，在構成要件外效果的情況，由於從廣義來看，所有因與果皆環環相扣，一切和一切均有所關聯，倘未先行確定何等效果可供歸屬，亦即先行確定歸責客體，則永無止境的外界事態變動均可能對量刑產生影響。這也是為何 Bloy 即稱，以加重結果犯的結構性特徵來解釋量刑相關之構成要件外效果，無異確立了量刑法中的風險升高理論（*Risikoerhöhungslehre*），僅在已確定系爭後果屬於歸責候選範圍的前提下，討論此種歸責「根據什麼標準」而產生，而無涉特定品質的後果「得否」在特定構成要件框架內成為歸責對象²⁰²，是故加重結果犯的法理並無法完整解釋構成要件外效果面臨的歸責問題。綜上，構成要件外效果與加重結果犯在結構上及範圍劃定上均有所差異，亦將導致兩者待處理的問題有所不同，故兩者並無比附援引之餘地。

縱或忽略構成要件外效果與加重結果犯之歧異，單從加重結果犯的適用可能性來看，亦應否定將之援引至構成要件外效果的情況。蓋相較於構成要件外效果在任何犯罪量刑中均可能被衡量，加重結果犯僅在立法者有特別規定時，始有適用的餘地。從實定法中便可得出加重結果犯的挑選乃具排他性的決定，蓋倘立法者欲一般性地規定只要符合故意加上過失的結構，即可適用較高的刑罰框架，自可在總則中如此宣告，惟立法者卻僅在分則中挑選特定結果與特定基本構成要件相連繫時，始具刑罰加重的效果，則意味宣告此等情況具有特殊性，而非一般性適用於所有情

²⁰² Bloy, Die Berücksichtigungsfähigkeit außertatbestandlicher Auswirkungen der Tat bei der Strafzumessung, ZStW 107 (1995), 576, 591 f.

況²⁰³。且即便是德國刑法第 18 條有關加重結果犯的規定²⁰⁴，亦僅在限定法定加重結果犯的適用須以行為人（或參與人）至少具有過失為前提，而非一般性授權只要具有故意加上過失的結構即可適用加重結果犯的規定。至於德國刑法第 46 條第 2 項第 2 句也僅在提醒法官量刑時應審酌之事項，亦非因此創造新的不法或開放援用加重結果犯邏輯的可能性。綜上，加重結果犯仍以立法者有特別規定者為限，構成要件外效果並無援用其法律價值以填補解釋上空缺之餘地。

除方法論上難以將構成要件外效果與加重結果犯相比擬外，從實質面來看，援引加重結果犯作為構成要件外效果解釋上的典範，恐將加重結果犯的固有釋義問題帶入構成要件外效果的解釋中²⁰⁵。亦即，加重結果犯一向為人詬病恣意逾越競合規則、違反平等原則，而使存在正當性備受質疑，縱使學者已極力找尋各種限縮方案以為其平反，例如：直接因果說、特殊危險性說、特殊危險關聯性說、重大過失說等²⁰⁶，然對於最終究竟要採取何者解釋方案，文獻上仍莫衷一是。

尚就 Frisch 所採取之加重結果犯限縮方案以觀，亦潛藏若干待解決的固有問題，將之援引至構成要件外效果領域，該等問題亦不會因此消失。首先，關於 Frisch 前半段理論承繼的典型危險或相當性概念，實指從人類生活經驗與因果法則的認識推論，對於結果之發生具有一定或然率的條件，然以此為標準，文獻上素有諸多質疑，如指稱自然律與經驗性的判斷如何影響規範性的標準始終曖昧不明，無法根本性回答為何伴隨典型危險的行為比未伴隨典型危險的行為更值得處罰²⁰⁷。縱使 Frisch 所採典型性標準能在規範判斷上尋得基礎，該標準亦常被批評難以操作，蓋

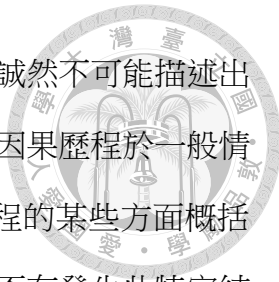
²⁰³ 同樣質疑一般性訴諸於加重結果犯規定有所不當者，vgl. Puppe, Die verschuldeten Folgen der Tat als Strafzumessungsgründe, in: Spendel-FS, 1992, S. 453; Bloy, Die Berücksichtigungsfähigkeit außertatbestandlicher Auswirkungen der Tat bei der Strafzumessung, ZStW 107 (1995), 576, 590 f.

²⁰⁴ 原文：「Knüpft das Gesetz an eine besondere Folge der Tat eine schwerere Strafe, so trifft sie den Täter oder den Teilnehmer nur, wenn ihm hinsichtlich dieser Folge wenigstens Fahrlässigkeit zur Last fällt.」，翻譯「倘法律對犯行之特殊後果訂有加重其刑之規定，則行為人或參與者只有在對該後果至少具過失的情況下，始適用之」。

²⁰⁵ 同樣提及此問題者，可見於 Puppe, Die verschuldeten Folgen der Tat als Strafzumessungsgründe, in: Spendel-FS, 1992, S. 452。

²⁰⁶ 參蔡聖偉（2018），《刑法案例解析方法論》，2 版，頁 227，元照。

²⁰⁷ Grosse-Wilde, Erfolgzurechnung in der Strafzumessung, 2017, S. 279.



其並未闡明典型性的對象究竟要如何擷取。實則在法律評價時，誠然不可能描述出事件的所有條件及結果，以完整呈現客觀真實，因此在判斷個案因果歷程於一般情況下是否適於招致特定結果時，也只能透過抽象概念將因果歷程的某些方面概括化（*verallgemeinert*），並在此前提下，評估有此特定條件下，是否有發生此特定結果的蓋然性²⁰⁸。正如 Puppe 當年批評相當因果關係理論之始祖 von Kries 一般，Frisch 亦未具體說明個案的因果歷程要如何抽象化以及要抽象化到甚麼程度²⁰⁹。Grosse-Wilde 即舉例：如果單從實現竊盜罪的整體類別（*Gesamtklasse*）來看，則竊盜產生他人健康受損的風險將相當低，惟若從在救護車上竊盜的下位類別（*Unterklasse*）來看，則竊盜所生健康風險又會變得相當高，如此應以何等視角判斷是否具有相當性？又若情況換成在火車站竊盜的下位類別時，哪些間接損害又是常見的呢？由此可見，在未解釋該標準如何普遍化的情況下，典型性標準亦有適用困難²¹⁰。再者，除典型性標準的判斷對象未定外，文獻上亦有指出典型性門檻具有高度模糊性，蓋永遠無人知曉損害的概率究竟要到達多高的程度始足以稱為典型，且即使不去指定概率的程度，事實上仍難以從經驗上去確定結果損害的典型性，蓋現實中根本不存在有關典型損害歷程的數據可供參考²¹¹。

至於 Frisch 論述後半段的規範保護目的判準，亦遭遇文獻諸多質疑。首先，有質疑在量刑中徵引規範保護目的理論的基礎並不穩固，蓋量刑法中並未如民法第 823 條第 2 項（違反保護他人之法律）具有明確的立法授權，而德國刑法第 46 條亦非授權規定，蓋量刑罪責附屬於不法，該規定並沒有創造新的行為規範²¹²。此外，規範保護目的理論更常被批評為射程範圍不明，蓋從 Frisch 認為偽造文書罪


²⁰⁸ Grosse-Wilde, *Erfolgzurechnung in der Strafzumessung*, 2017, S. 276 ff.

²⁰⁹ Puppe, *Die adäquate Kausalität und der Schutzzweck der Sorgfaltsnorm*, in: Bemmann-FS, S. 227, 229 f.; Puppe, *Strafrechtsdogmatische Analysen*, 2006, S. 171; Grosse-Wilde, *Erfolgzurechnung in der Strafzumessung*, 2017, S. 276.

²¹⁰ Grosse-Wilde, *Erfolgzurechnung in der Strafzumessung*, 2017, S. 276.

²¹¹ Hörnle, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, S. 256 f.

²¹² Grosse-Wilde, *Erfolgzurechnung in der Strafzumessung*, 2017, S. 280 f.



(德國刑法第 267 條) 也保護財產等例子中²¹³，可知其採取的規範保護目的非限於刑法上狹義的保護法益，而是擴及更廣泛的內容。然而刑法的規範目的不就是在保護各該法益、而各該構成要件不也專門為此而制定嗎？何以在量刑中得比在犯罪論中解釋出更寬廣的保護射程？又此寬泛的規範保護射程究竟應解釋地多廣？固然 Frisch 主張得從立法資料等線索探知立法者的意志，然本文認為此種說法誠值懷疑，蓋不僅久遠制定的法律難以查明立法者是否希冀藉由特定構成要件來防免特定損害的發生，即便是近代訂立的法規，亦時常僅是眾多力量協商折衝的結果，立法者有時也僅是將所有可能的目的皆納入立法說明²¹⁴，實難妄圖事先周詳釐清該構成要件是為防免未來甚麼可能的損害。

此外，上開標準的不明確尚導致同樣採取規範保護目的之論者在解釋適用相同犯罪構成要件時，時常得出不同的保護範圍理解²¹⁵，例如：在偽造證據並過失導致無辜者自由受剝奪的案例中，Frisch 認為德國刑法第 153 條以下規定亦在保護特定訴訟參與人的財產及個人財貨（das Vermögen und die persönlichen Güter），故上開利益因偽證而間接受侵害時，亦得一併衡酌之²¹⁶；惟 Horn 卻認為該規定僅在保護國家的司法行政（Rechtspflege），從而不得因過失剝奪他人自由而在偽證罪的量刑中加重對行為人之處罰²¹⁷。此等歧異不僅源自於學說上對各該犯罪保護法益的理解出入，尚在於應如何理解量刑層次之規範保護目的、又其與刑法上保護法益的關聯為何，此等問題均有待進一步釐清。

²¹³ Frisch, Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik, ZStW 99 (1987), 751, 754.

²¹⁴ 例如 2021 年我國肇事逃逸罪（我國刑法第 185 條之 4）修法時，也只是將過去各種學說主張之法益（例如：生命或身體保護、損害賠償保障與責任釐清等）均列入立法理由。

²¹⁵ Vgl. Puppe, Die verschuldeten Folgen der Tat als Strafzumessungsgründe, in: Spendel-FS, S. 454; Grosse-Wilde, Erfolgszurechnung in der Strafzumessung, 2017, S. 271 f.; Schneider, in: LK-StGB, Bd. 4, 13. Aufl., 2019, §46, Rn. 139.

²¹⁶ Frisch, Die »verschuldeten« Auswirkungen der Tat, GA 1972, 321, 334; Frisch, Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik, ZStW 99 (1987), 751, 754.

²¹⁷ Horn/Wolters, in: SK-StGB, Bd. 2, 9. Aufl., 2016, §46 Rn. 123; Bloy, Die Berücksichtigungsfähigkeit außertatbestandlicher Auswirkungen der Tat bei der Strafzumessung, ZStW 107 (1995), 576, 587, 594.



第三款 Bloy 的嚴格法益標準

在審查架構上，Bloy 指出構成要件外效果必須客觀上先屬於被違反之規範保護範圍內，始有進一步討論主觀標準之必要，蓋在評價犯行效果時，若客觀上已經無法歸責，則過失因果關係是否充分等主觀歸責問題也不復存在²¹⁸。鑒此，以下將先就 Bloy 提出之客觀歸責標準加以討論，其基本思想在於應將量刑釋義學某程度視為犯罪論的延續，也因此客觀歸責的原理必須被貫徹至德國刑法第 46 條第 2 項第 2 句意義上犯行之「可歸咎」效果²¹⁹。其論理重點綜整如下：首先，從避免間接處罰（indirekte Bestrafung）的考量得以導出規範保護目的理論，蓋構成要件外效果本無法獨立成立其他任何犯罪構成要件，若在量刑中作為刑罰加重考量，不啻間接處罰了立法者認為不可罰之情況，此乃對刑法分則所訂保護法益界線不可接受之逾越²²⁰，亦違反了德國基本法第 103 條第 2 項所訂罪刑法定原則的要求²²¹。鑒此，犯行效果必須結合所涉構成要件加以限制，唯有屬行為人所違反之規範所要防止者，始能合法影響其可罰性²²²。此外，由構成要件與量刑事由的關係亦能說明為何必須採取規範保護目的理論，蓋「如果說構成要件要素始終代表了預量刑的一部分，則反過來說，量刑也是建構構成要件的一部分²²³」。申言之，由於法律上鮮少具體勾勒構成要件要素的輪廓，故量刑事由即旨在補充並完善構成要件之描述，「犯行之可歸咎效果」就此僅能被視為個別不法類型的具體化要素，而

²¹⁸ Frisch, Die »verschuldeten« Auswirkungen der Tat, GA 1972, 321, 342; Frisch, Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik, ZStW 99 (1987), 751, 753; Bloy, Die Berücksichtigungsfähigkeit außertatbestandlicher Auswirkungen der Tat bei der Strafzumessung, ZStW 107 (1995), 576, 594.

²¹⁹ Bloy, Die Berücksichtigungsfähigkeit außertatbestandlicher Auswirkungen der Tat bei der Strafzumessung, ZStW 107 (1995), 576, 578.

²²⁰ Bloy, Die Berücksichtigungsfähigkeit außertatbestandlicher Auswirkungen der Tat bei der Strafzumessung, ZStW 107 (1995), 576, 583.

²²¹ Bloy, Die Berücksichtigungsfähigkeit außertatbestandlicher Auswirkungen der Tat bei der Strafzumessung, ZStW 107 (1995), 576, 585。德國基本法第 103 條第 2 項規定：「犯行之處罰，以犯行前法律已訂有處罰者為限（Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.）」。

²²² Bloy, Die Berücksichtigungsfähigkeit außertatbestandlicher Auswirkungen der Tat bei der Strafzumessung, ZStW 107 (1995), 576, 585.

²²³ Bloy, Die Berücksichtigungsfähigkeit außertatbestandlicher Auswirkungen der Tat bei der Strafzumessung, ZStW 107 (1995), 576, 589.

非更廣泛的要素，蓋每一犯罪構成要件都是專為保護各該法益而量身訂做，永遠不可能透過侵害相關構成要件根本不保護的法益來升高各該犯罪特定的不法²²⁴，故僅有立於被違反之刑法規範保護範圍內之構成要件外效果始屬刑法涵蓋之不法，而可作為從重量刑因子；反之，倘將非構成要件保護範圍亦納入刑罰加重考量，形同由法官建構刑法所未規定的副次犯罪構成要件（sekundäre Straftatbestände）²²⁵。

再者，相對於 Frisch 採取較為寬泛版本的規範保護目的理論，Bloy 則將規範保護範圍限縮在嚴格的法益標準²²⁶，此差異導致兩者同樣在適用規範保護目的理論時，結論亦有所不同，例如：在上述偷藥的案例中，Frisch 認為此等結果損害亦屬相關財產犯罪（德國刑法第 242 條等規定）之保護範圍，蓋此等規定不僅旨在保護所有人或持有人之物品或財產標的，尚欲透過此等保障創造一個安全基礎，以防免與此被竊物緊密相連的身體和物質福祉亦隨之被剝奪²²⁷；惟 Bloy 指出，固然所有權也擔保了所涉之物及其質（Qualität）提供所有權人形塑其生活的可能性，而可將竊盜罪視為保障所有權人行動自由的一部分²²⁸，然財產仍屬一種特定類型的個人法益，並不包含生命或健康的保障，上開竊盜犯行雖然在模糊的層面上看起來特別嚴重，但只要沒有同時該當額外犯罪構成要件，即不能對竊盜可能產生之其他法益侵害進行處罰²²⁹。不過，即使是在 Bloy 狹義的規範保護範圍理論中，亦非完全排除在量刑中考慮構成要件外效果的可能性，例如：在具體危險犯或抽象危險犯在個案中危險確實實現的情況，雖然也超過了結果不法的範圍，但仍在構成要件保護法益內，蓋危險犯僅是將可罰性前置，以更完善地保護法益，例如：在道路交

²²⁴ Bloy, Die Berücksichtigungsfähigkeit außertatbestandlicher Auswirkungen der Tat bei der Strafzumessung, ZStW 107 (1995), 576, 586-587.

²²⁵ Bloy, Die Berücksichtigungsfähigkeit außertatbestandlicher Auswirkungen der Tat bei der Strafzumessung, ZStW 107 (1995), 576, 587; 589.

²²⁶ Bloy, Die Berücksichtigungsfähigkeit außertatbestandlicher Auswirkungen der Tat bei der Strafzumessung, ZStW 107 (1995), 576, 586.

²²⁷ Frisch, Die »verschuldeten« Auswirkungen der Tat, GA 1972, 321, 337.

²²⁸ Bloy, Die Berücksichtigungsfähigkeit außertatbestandlicher Auswirkungen der Tat bei der Strafzumessung, ZStW 107 (1995), 576, 586 mit Verweis auf Maiwald, Der Zueignungsbegriff im System der Eigentumsdelikte, 1970, S. 89 ff.

²²⁹ Bloy, Die Berücksichtigungsfähigkeit außertatbestandlicher Auswirkungen der Tat bei der Strafzumessung, ZStW 107 (1995), 576, 588 f.

通危險處罰時考慮巨大財產損失，或在偽證罪中考量因之實際做出錯誤判決，並無不可²³⁰。



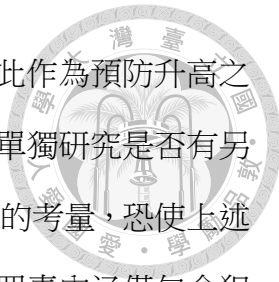
就此，本文認為 Bloy 從避免間接處罰的觀點切入直指問題核心，且以「法益」作為限縮標準更加明確且具可操作性。然而，學說上仍存在反對的聲音，主要質疑有二：第一種批評認為，德國基本法第 103 條第 2 項罪刑法定原則僅適用於構成要件層次，而不適用於量刑領域，理由在於，量刑階層需考量罪責原則，而必須窮盡個案中所有不法與罪責相關的情狀，故與罪刑法定原則相矛盾。既然量刑階層無罪刑法定原則的適用，則在此審酌本身不具獨立可罰性的效果，亦無間接處罰的問題²³¹。然而本文疑問在於，罪刑法定原則和罪責原則在量刑層次中是否必然互相衝突？為何在構成要件層次決定刑罰成立與否時受罪刑法定原則拘束，在量刑層次決定刑罰升高與否時卻不需受此拘束？將兩層次一分為二是否合理？且就算罪刑法定原則與罪責原則有所衝突，為何逕行偏向罪責原則而放棄罪刑法定原則的要求，而非在符合罪刑法定原則的前提下，始依照罪責原則的要求考量此範圍內的不法與罪責？此等問題均涉本文核心，欲詳加回答，必先確認犯罪論階層與量刑階層各自目的與內涵以及其間關聯性（詳參本文第五章），始能進一步分析罪刑法定原則應否在一定程度上從構成要件貫徹至量刑，以及罪刑法定原則與罪責原則是否相抵觸（詳參第六章第一節第二項）。

至於第二點批評則認為純粹採取法益觀點過於狹隘，如 Grosse-Wilde 即認為拒絕考量法益以外的損害不僅無法充分反映犯行的不法與罪責，甚至扭曲之²³²。關於量刑中是否僅能考量法益範圍內之構成要件外效果，本文認為可以分兩層次釐清：首先，量刑中是否僅能考量犯行的不法與罪責，抑或尚應考量犯行以外的預防目的？Bloy 曾在文末的展望提及，其全文僅討論了構成要件外效果在何等前提下

²³⁰ Bloy, Die Berücksichtigungsfähigkeit außertatbestandlicher Auswirkungen der Tat bei der Strafzumessung, ZStW 107 (1995), 576, 587.

²³¹ Grosse-Wilde, Erfolgzurechnung in der Strafzumessung, 2017, S. 257 ff., 287.

²³² Grosse-Wilde, Erfolgzurechnung in der Strafzumessung, 2017, S. 290.



得作為罪責升高情節 (schulderhebliche Umstände)，惟是否得依此作為預防升高之量刑理由 (präventionserheblicher Strafzumessungsgrund)，則有待單獨研究是否有另外制定一套獨立歸責標準的必要，同時其也預示著，倘納入預防的考量，恐使上述主張的嚴格法益界線因此被相對化²³³。基此，先釐清上位的量刑罪責內涵僅包含犯行罪責抑或包含行為人罪責誠屬重要，蓋此一來將影響到本文是否應奠基於應報與預防雙重目的而建構兩套審查標準，二來將影響各別構成要件外效果是否得納入量刑審酌的解釋，例如 Bloy 也提及得否審酌犯行「持久動搖公民對法秩序有效性堅定信賴」此理念損害 (ideelle Schäden)，亦涉及本問題的釐清²³⁴；其次，倘量刑中確實僅能考量犯行的不法與罪責，則必須接續回答：是否必須以「法益」作為審酌標準？就此，Bloy 雖於前文堅稱必須採取嚴格的法益標準，卻在文末語帶保留地提及「被害人與第三人所受精神危害 (seelische Beeinträchtigungen)」，例如：父母對於其孩童死於交通事故的震驚，雖然既不能理解為額外法益侵害、也不能理解為犯行結果不法的特殊型態，然若此時仍堅守法益標準而排除此等危害納入量刑審酌的可能性，恐有疑問²³⁵。由此再再顯示出 Bloy 本身也認為狹義的法益標準尚無法圓滿解釋。此外，從 Bloy 對於前述偷藥案例的解釋也可以凸顯此點問題，亦即，其既然亦認同所有權也保護了所有權人形塑其整體生活的可能性，為何最終又認為連結藥物使用可能所生之生命或身體損害不得在財產犯罪的量刑中加以衡量？可見 Bloy 對於法益的理解在某程度上還是固著於形式化法益的分類，而否定彼此之間交交流動的可能性。然此嚴格法益標準仍有待商榷，蓋所有法益最終可能也只是權利的一種現實化樣態，實則共同形塑出個人的社會生活，僅基於現實的感知可能性與語言極限性而被表述為不同種類，並置於不同刑法典章節加以規範，惟本質上仍相互連結。例如：對於財產法益的完整保障不是也影響到所有權人的行

²³³ Bloy, Die Berücksichtigungsfähigkeit außertatbestandlicher Auswirkungen der Tat bei der Strafzumessung, ZStW 107 (1995), 576, 596.

²³⁴ Bloy, Die Berücksichtigungsfähigkeit außertatbestandlicher Auswirkungen der Tat bei der Strafzumessung, ZStW 107 (1995), 576, 596.

²³⁵ Bloy, Die Berücksichtigungsfähigkeit außertatbestandlicher Auswirkungen der Tat bei der Strafzumessung, ZStW 107 (1995), 576, 595.

動自由？性自主法益不是也連接到人的身體、自由、隱私甚至名譽？遑論刑法典上還有被包裝為集體法益實則為個人法益之聚合者，例如：公共安全法益實為生命、身體、財產法益的集合，倘單以是否有獨立的法益名稱作為區分，則公共安全也能被稱為獨立的法益樣態，然此時若無法在量刑中考量對具體個人生命、身體、財產的影響，顯然有評價不足之虞。綜上，尚有兩問題懸而未決，有待後文繼而釐清：一方面涉及罪刑法定原則在量刑中是否亦有所適用；另一方面則涉及若採取法益標準，應如何解釋其實質內涵，又應如何落實於各該構成要件外效果的解釋。

第四款 Hörnle 的規範訴求功能

關於德國刑法第 46 條第 2 項第 2 句「犯行之可歸咎效果」，德國著名學者 Hörnle 反對以「構成要件內後果」與「構成要件外後果」這組模糊的用詞作為劃分，而是將之區分為「原初損害」(Primärschaden) 以及時間上隨原初損害實現後所生之「結果損害」(Folgeschäden)²³⁶。

就「原初損害」而言，相較於多數學者採取形式化的法益標準，Hörnle 主張唯有透過實質評價標準 (materielle Bewertungskriterien) 始能完整把握具體個案犯行不法的量²³⁷。就此，其承繼了 von Hirsch 及 Jareborg 的觀點²³⁸，在針對自然人的犯罪中，透過「生活質量」的削減來判斷原初結果不法的程度，以利於從被害者的角度計算具體損害量，特別是非物質性的精神危害，例如在性犯罪的情況，利用生活質量分析始能表彰性侵害對受害者的嚴重屈辱²³⁹。


而就「結果損害」而言，Hörnle 的觀點可分兩個層次：先確定此處所討論的結果損害範圍，再提出相關審查標準。首先，就討論範圍而言，Hörnle 認為應先排除「不予獨立考慮的結果損害」(nicht selbständig zu berücksichtigende

²³⁶ Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 200, 247, 251.

²³⁷ Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 251.

²³⁸ von Hirsch/Jareborg, *Gauging Criminal Harm: A Living-Standard Analysis*, 11 OXFORD JOURNAL OF LEGAL STUDIES, 1, 1-38 (1991).

²³⁹ Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 229 f.



Folgeschäden)，此為與嚴重原初損害（*gravierender Primärschaden*）相連的社會性後果（*soziale Folgen*），蓋其已於原初損害的評價中作為衡量結果不法重要面向，故不具獨立意義。例如：在因截癱而失去工作的情況，由於嚴重身體傷害之所以被歸入最嚴重的犯罪，乃考量某些基本身體功能是社會動物生存的基本條件，故與截癱相連的典型社會性後果已是將嚴重身體傷害評價為重大不法的主要因素，故不再具有獨立意義；又或者在因公司負擔嚴重財產損害而致企業破產及失業的情況中，此種伴隨破產風險的財產損失已在定位犯罪嚴重尺度時被衡量進去，不應再次評價；又或因侵害高度個人利益（*höchstpersönliche Güter*）之嚴重犯行所生的心理後果，已在原初損害中產生決定性影響，故不得再次於量刑中獨立作為加重事由²⁴⁰。職是，「真正的」結果損害僅包含因犯行嗣後發展而改變損害的質並造成原初損害額外負擔的結果損害。其中包含損害的加深（即構成要件限定之損害的延續）與損害的擴大（即損害擴大到其他利益上）兩種情形，前者諸如身體受傷後長時間住院治療，因栓塞和肺炎造成的進一步健康損害；後者則包括犯行另造成被害人經歷損害而心臟病發作，或另使被害人親屬產生震撼損害（*Schockschäden*）²⁴¹。

確立應獨立考慮的結果損害範圍後，Hörnle 接續提出兩個標準——典型性及預見可能性，前者乃客觀歸責標準，後者則為主觀歸責標準²⁴²。就本段落討論的客觀歸責標準而言，其雖亦以典型性作為風險和損害擴大間必要連繫，惟反對 Firsch 先用經驗角度再用規範角度分析，而是認為應該一貫以規範角度進行合理限制，亦即訴諸於「規範訴求功能」。在此功能下，不僅包含保護防免直接的犯行後果，在特定情況下亦包含保護防免進一步的損害後果。就此，損害的危險（*Schadensgefahr*）必須對每一個受規範者都清楚可見，構成要件與可能損害後果間的連繫不能僅具

²⁴⁰ 不過其並未排除此等結果損害類型作為刑罰扣減事由的可能性，vgl. Hörnle, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, S. 251 f.。

²⁴¹ Hörnle, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, S. 252 f.

²⁴² Hörnle, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, S. 253 ff.

「可能性」，而是還必須「對每個人而言都顯而易見」。在此理解下，唯有當損害的加深是構成要件行為之性質所固有時，始可將可預見之犯行後果列入加重處罰²⁴³。


就適用上，Hörnle 舉了三個可以囊括進量刑加重考量的例子：其一，誹謗後由第三人轉傳而擴大，蓋損害的不可控性本屬原本構成要件描述之行為所固有（德國刑法第 186 條、第 187 條）；其二，身體傷害的進一步惡化（德國刑法第 226 條、第 227 條），蓋生物體對傷害的反應本具不可預測性；其三，危險犯中實際發生侵害，蓋危險犯本屬法益保護的前置，特別是可識別地間接保護個別法益的抽象危險犯，更應如此解釋（例如在德國刑法第 306a 條縱火罪中應考慮到對人類生命所生具體危險）²⁴⁴。反之，特別是在物質損害的犯罪中，不應在量刑中審酌損害的加深；至於損害的擴大，因涉及溢出到其他法益的損害歷程，往往乃一系列耦合（Verkettungen）與發展（Entwicklungen）所生，毋寧僅可稱為「悲劇性歷程」（tragische Verläufe），而非狹義的犯罪典型後果。此外，當損害擴及直接被害人以外之第三人時（例如：被害者親屬等），亦不得藉此加重處罰，蓋訴求不傷害他人身體的傷害罪是為了保護潛在受害人（即個別法益持有人）免受疼痛、屈辱及健康損害，而不是為了保護被害人親屬免受情感損害²⁴⁵。

本文認為 Hörnle 的見解固然層次分明，然而第一個浮現的疑問是，關於量刑中犯行效果的評價，究竟為何要以時間點將「原初損害」與「結果損害」區分討論？從現象來看，損害的具體嚴重程度本可能當下即顯現，亦可能隨時間流逝才逐漸浮現，倘均為同一風險關係下所生損害，則以損害可被觀察的時點作為界分是否具有規範上意義？遑論原初損害的範圍究竟多廣、該損害發生後多久始屬結果損害而不再屬原初損害的同一範疇，恐怕難以找到妥適的切點。在此將連結到第二個疑問，即 Hörnle 稱已在原初損害作為重要考量者，便不可能在結果損害獨立考量，

²⁴³ Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 254 ff.

²⁴⁴ Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 257 f.

²⁴⁵ Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 258 ff.



惟問題就前置到究竟哪些效果已屬原初損害重要考量面向？以法益持有人的生活質量影響為標準一方面或有過廣之虞、一方面又有過狹之虞，申言之，犯行對被害人之影響從 0 至無限大，廣義而言均可稱為對生活質量的削減，是否均得反應在量刑，誠值思考。另一方面，本標準著眼於被害人所受損害，卻忽略刑罰同時具有與行為人、被害人及社會三方溝通的機能，此種單一面向的評價恐怕不夠充分。此外，雖然 Hörnle 去除了 Frisch 理論中經驗判斷的成分，然縱使將規範判準改稱依據「規範訴求功能」，仍然難以清楚知悉規範訴求究竟為何。

第五款 Puppe 及 Grosse-Wilde 的違反注意義務之因果關係及連續性要求

就「犯行之可歸咎效果」的解釋，Puppe 則認為應從量刑釋義學與因果關係理論相互交織的視角出發²⁴⁶，並且在量刑中犯行之可歸咎效果的結果歸責與過失犯中違反注意義務的結果歸責應適用相同標準。在此，其一貫地認為條件因果關係與 Engisch 的合法則條件（gesetzmäßige Bedingung）說均有所不足²⁴⁷，正確的審查標準毋寧包含兩個層次：首先，無論是行為人行為與構成要件該當結果的因果關係（責任成立因果關係，haftungsbegründende Kausalität），或與構成要件外後果的因果關係（責任範圍因果關係，haftungsausfüllende Kausalität），均應以「構成要件上違反注意義務之因果關係」（Kausalität der tatbestandlichen Sorgfaltspflichtverletzung）為圭臬。倘特定行為構成了規範違反，而在因果法則解釋上，該行為的特徵對於損害的發生必不可少，則該後果可稱由違反規範所引起，而非僅出於偶然²⁴⁸；其次，從行為人行為直到構成要件該當結果或構成要件外後果，必須是由一連串非容許狀態（unerlaubte Zustände）串成的因果鏈，始能確保違反注意義務所生之風險在因

²⁴⁶ Puppe, Die verschuldeten Folgen der Tat als Strafzumessungsgründe, in: Spindel-FS, 1992, S. 455 ff.

²⁴⁷ Puppe, Die verschuldeten Folgen der Tat als Strafzumessungsgründe, in: Spindel-FS, 1992, S. 456 f.

²⁴⁸ Puppe, Die verschuldeten Folgen der Tat als Strafzumessungsgründe, in: Spindel-FS, 1992, S. 458 f; vgl. Grosse-Wilde, Erfolgzurechnung in der Strafzumessung, 2017, S. 304 ff.

果序列中實現。換言之，倘因果鏈中出現某個可容許的環節，則將適用回溯禁止，歸責因此便會被打斷²⁴⁹，此第二層次的要求又被稱為「連續性要求」。而一狀態容許與否，Puppe 認為判斷基準在於：如一狀態乃違背當事人意志而強加其身，且非普遍習慣或可接受，則為非容許狀態；相反地，如為當事人同意之範圍，且屬普遍習慣或可接受之狀態，則屬容許之狀態²⁵⁰。

此後，Grosse-Wilde 又承繼 Puppe 上開因果關係的取徑²⁵¹，雖說多數論證鋪墊相似，然 Grosse-Wilde 對犯行之可歸咎效果之理論益臻完整。結論上 Grosse-Wilde 認為應依序審查下列四點：「(一) 在規範上提高犯行之結果不法、(二) 因果上 (ursächlich) 正可歸因於行為人行為違反注意義務的構成要件特徵 (sorgfaltswidrigen tatbestandlichen Eigenschaften des Täterhandelns)、(三) 通過一連串非容許狀態恰與行為人行為相連繫、(四) 在此情況下，沒有發生排除歸責的被害人自我負責之自我危害，則屬犯行之可歸咎效果²⁵²。」關於非容許與否的標準，Grosse-Wilde 則設定比 Puppe 更寬，其主張既然「非容許狀態」屬高度規範性要素，則一定程度上可將其理解為一個「開放條款」(Öffnungsklausel)，故整體法秩序價值均應納入衡量，包含侵權法對純粹財產損害的責任射程，特別是同時應參考民法第 823 條第 2 項之規定及相關民事實務之見解，倘因果鏈中有一環節無其他法秩序稱其具有不法，則將因可容許狀態的存在而打斷連續性要求，因此不可將結果歸責於行為人²⁵³。

雖然在結果歸責理論的採擇傾向上可能與本文立場有所不同，但就 Puppe 主張量刑中的結果歸責與犯罪論中的結果歸責應等同視之，仍十分具有說服力，蓋歸責判斷的本質就在確認系爭結果／效果究竟是由違反規範的行為所引起，抑或僅

²⁴⁹ Puppe, Die verschuldeten Folgen der Tat als Strafzumessungsgründe, in: Spindel-FS, 1992, S. 461.

²⁵⁰ Puppe, Die verschuldeten Folgen der Tat als Strafzumessungsgründe, in: Spindel-FS, 1992, S. 462, 468.

²⁵¹ Grosse-Wilde, Erfolgzurechnung in der Strafzumessung, 2017, S. 3.

²⁵² Grosse-Wilde, Erfolgzurechnung in der Strafzumessung, 2017, S. 609.

²⁵³ Grosse-Wilde, Erfolgzurechnung in der Strafzumessung, 2017, S. 366 ff. 其主張自身見解比 Puppe 見解更具體且具規範性。

一種偶然。此種考量在犯罪論或量刑論中均應有所適用，蓋若罪責原則必須從犯罪論貫穿至量刑論，倘非行為人所應負責的事項，既不應令其承擔刑罰，亦不應令其承擔「更高的」刑罰。至於 Grosse-Wilde 將連續性要求中非容許與否的判斷放寬至參考整體法秩序價值，則值得懷疑，蓋即使德國刑法第 46 條第 2 項第 2 句沒有提供新的刑事不法，也不代表要透過民事等不法來補充，又即使「非容許狀態」確屬高度規範性要素，也不代表允許開放容納所有法秩序價值進入，蓋刑法與侵權法等各種法體系本具自身任務，既然最終決定的是刑量的判斷，則仍須由刑法自身價值體系出發。

第六款 Stahl 的連續性嚴重尺度與想像競合

與前述學者論述取向不同，Stahl 別出心裁地將刑罰框架作為「連續性嚴重尺度」的觀點與異種想像競合相對照，以論證構成要件外後果在量刑中考慮的可能性²⁵⁴。其論述基礎乃立於所謂「極限值假說」(Grenzwerthypothese)，即在犯罪論中已存在對不法與罪責嚴重尺度的漸進分級考量 (gradueller Betrachtung)，而這些漸進分級差異 (gradueller Unterschiede) 雖然僅有在達一定極限值 (Grenzwerte) 時始會影響犯罪成立與否，然而在量刑中應將刑罰框架理解為一「連續性嚴重尺度」，為避免打斷該尺度而違反連續性要求，應跳脫此等極限值的限制，而考量低於該極限值的非法與罪責程度差異，進而影響刑罰高度²⁵⁵。Stahl 並指出，關涉量刑之嚴重尺度標準無法逕行從單一構成要件本身得出，而是必須訴諸更上位的實質標準²⁵⁶。承接其對犯罪論與量刑論的實質關聯 (Zusammenhang) 乃「對規範事實上效力之質疑」(Infragestellung der faktischen Geltungskraft einer Norm)²⁵⁷，此處嚴重尺度的上位實質標準乃「對法律之質疑」的程度 (Infragestellung des Rechts)²⁵⁸。


²⁵⁴ Stahl, Strafzumessungstatsachen zwischen Verbrechenslehre und Strafrecht, 2015, S. 138.

²⁵⁵ Stahl, Strafzumessungstatsachen zwischen Verbrechenslehre und Strafrecht, 2015, S. 37 ff., 103.

²⁵⁶ Stahl, Strafzumessungstatsachen zwischen Verbrechenslehre und Strafrecht, 2015, S. 104, 142.

²⁵⁷ Stahl, Strafzumessungstatsachen zwischen Verbrechenslehre und Strafrecht, 2015, S. 90 ff.

²⁵⁸ Stahl, Strafzumessungstatsachen zwischen Verbrechenslehre und Strafrecht, 2015, S. 104.




奠基於上述對刑罰框架作為連續性嚴重尺度之理解，Stahl 認為尚須進一步思考如何與異種想像競合的規定相協調。根據通說，在一行為犯數罪的情況下，即使「數個單獨考量本具可罰性的不法」之間僅以純粹外部事件歷程（Geschehensverlauf）作為唯一連結，而無任何構成要件前提上的規範性關聯，亦得成立想像競合，而允許在重罪刑罰框架中衡量輕罪不法，可見此時已非完全取決於原先構成要件要素。例如：一行為犯故意身體傷害和故意財損，兩者雖只有行為上而無規範上連接，亦可成立想像競合，而得在故意身體傷害的刑罰框架中考量故意財損²⁵⁹。同樣邏輯亦應適用於「單獨考量時無法通過可罰性門檻的不法」——即構成要件外效果的情況，蓋此時若未比照想像競合情形而將不具可罰性、但又實質升高對法律質疑程度的行為一併納入衡量，將打斷嚴重尺度的連續性²⁶⁰。縱上可知，量刑框架的解釋必須在一定程度上脫離決定它的構成要件，並理解為單一犯行實現（tateinheitlich verwirklicht）之「總體不法」的嚴重尺度，所有能影響實質不法（即「對法律之質疑」）程度高低者，均必須包括在刑罰框架內，只要這是競合理論的結果²⁶¹。例如：A 故意推 B 而不慎打破 C 的花瓶，在衡量故意傷害 B 身體的刑罰框架裡，亦應一併考慮對 C 之過失財產損害，以使嚴重尺度相連續。

就此，本文認為 Stahl 視角獨到且具啟發性，特別是其提到構成要件在犯罪論層次僅是一種可罰與否的門檻，在該門檻之下仍可能存在沒被立法者定為犯罪而不具可罰性（Strafbarkeit）、但仍具應罰性（Strafwürdigkeit）的實質不法，而此正構成了量刑中判斷不法之量的依據，也解釋了為何通常不及可罰性界線的構成要件外效果還有被納入量刑考量的可能性。不過就其認為應打破個別構成要件的界線，不論法益異同地將一行為所生之所有不法均納入同一刑罰框架加以衡量，本文認為值得進一步檢討。蓋如此理解之下，所有犯罪構成要件便不再是保護各該不法類型，而是保護一行為所生之所有不法，例如：殺人罪不再僅保護生命法益、傷害

²⁵⁹ Stahl, Strafzumessungstatsachen zwischen Verbrechenslehre und Strafrecht, 2015, S. 139 f.

²⁶⁰ Stahl, Strafzumessungstatsachen zwischen Verbrechenslehre und Strafrecht, 2015, S. 140 f.

²⁶¹ Stahl, Strafzumessungstatsachen zwischen Verbrechenslehre und Strafrecht, 2015, S. 139 f.



罪也不再僅保護身體法益，然此是否確實是立法者為不同不法類型設立多數構成要件，並對應至不同刑法框架之目的？Stahl 認為如此理解的理由在於避免打破刑罰框架的連續性嚴重尺度，惟原初 Dreher 提出的「連續性嚴重尺度」僅謂在既有刑罰框架下，刑罰將按照嚴重程度形成一個等級序列 (Stufenfolge)，必須將具體犯行對應歸入其中，並未稱從 0 以上所有不法與罪責要素皆嚴格地連續不斷²⁶²。實則，完美的刑法典在現實生活中本不存在²⁶³，而是具有斷片性，此乃罪刑法定明確性誠命下的妥協，僅能透過列舉的立法方式禁止特定典型嚴重的侵害模式，而無法提供全面性的保護。此外，Stahl 試圖比照想像競合規則，並得出多數不法間僅需有「同一行為」此自然事件歷程上連接，已足構成在同一刑罰框架一起評價的理由，然而一來，想像競合乃兩罪均成立的情況下，為避免過度評價與過少評價所生之立法選擇，與此處單單構成要件外效果的招致無法成罪的情況有異；二來，想像競合透過一行為作為連接的正當性也備受質疑，我國近來亦有學者提出廢除想像競合之聲音²⁶⁴，再將之作為典範而比照至構成要件外效果的適用，實不無疑義。

第二項 主觀歸責標準

第一款 問題意識

至此已討論完文獻上對犯行效果所提出的客觀歸責標準，然為避免形同外部強制，自不以客觀歸責標準為已足，行為人主觀上對於構成要件的認識狀況亦應為歸責考量對象。前文已提及，在現行德國刑法第 46 條第 2 項第 2 句已納入「可歸咎」之文義下，不可能要求行為人為根本非其故意或過失所生之犯行效果負責，而承擔較高之刑責。然容有疑義處在於，「可歸咎」的概念仍具模糊性，特別在以

²⁶² 最初將刑罰框架理解為連續性嚴重尺度者，vgl. Dreher, Über die gerechte Strafe, 1947, 61 ff.；相關評論，vgl. Grosse-Wilde, Erfolgzurechnung in der Strafzumessung, 2017, S. 300。

²⁶³ Hörnle, Strafzumessungsrelevante Umstände der Tat, in: Frisch (Hrsg.), Grundfragen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht, 2011, S. 115.

²⁶⁴ 黃榮堅 (2005)，〈數罪併罰量刑模式構想〉，《月旦法學雜誌》，123 期，頁 66；黃榮堅 (2012)，〈基礎刑法學 (下)〉，4 版，頁 948 以下，元照。



故意犯定罪的情況下，行為人是否必須在個案中確實已預見或已認知到該犯行效果的發生，而至少具有間接故意，始得納入量刑考量？抑或只要行為人對犯行效果具有預見可能性而有過失已足？此等問題在德國文獻討論中，亦可將爭點歸結於：是否可將一般適用在犯罪構成要件的德國刑法第 15 條有關故意與過失的規定²⁶⁵、第 16 條有關構成要件錯誤的規定（舊德國刑法第 59 條）²⁶⁶或第 18 條有關加重結果犯的規定（舊德國刑法第 56 條）²⁶⁷比照適用於德國刑法第 46 條「可歸咎」概念的解釋²⁶⁸？基本上，主張在此比照德國刑法第 18 條者，就會偏向過失說，亦即犯行效果須對行為人而言至少具有預見可能性；主張比照德國刑法第 15 條及第 16 條者，則往往偏向故意說，亦即行為人必須要認知到該犯行效果；另外還有視情況決定究竟應適用德國刑法第 15 條、第 16 條或第 18 條之區分說。此等理論的區分實益可以展現在德國文獻經常舉的一個例子：行為人侵入畫廊竊取一幅畫作，其本可認識到該畫作市價 10 萬馬克，卻僅預估價值 1000 馬克，此時應依據其已確實認知到的 1000 馬克作為量刑計算的財產侵害數額，抑或依其能預見的 10 萬馬克為裁判基礎²⁶⁹？採取故意說者往往會得出前者的結論，蓋就過失財產損害而言，刑法典並不存在補強的過失構成要件；至於採取過失說者則往往會得

²⁶⁵ 德國刑法第 15 條規定：「除法條明確訂有過失行為之處罰者外，僅有故意行為可罰」，原文：「Strafbar ist nur vorsätzliches Handeln, wenn nicht das Gesetz fahrlässiges Handeln ausdrücklich mit Strafe bedroht」。

²⁶⁶ 德國刑法第 16 條規定：「(1) 凡實施犯行時未認識屬法定構成要件之事實者，無故意。過失行為之可罰性不受影響。(2) 凡實施犯行時誤以為輕法構成要件之前提事實存在者，僅得依輕法對其故意犯行進行處罰」，原文：「(1) Wer bei Begehung der Tat einen Umstand nicht kennt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört, handelt nicht vorsätzlich. Die Strafbarkeit wegen fahrlässiger Begehung bleibt unberührt. (2) Wer bei Begehung der Tat irrig Umstände annimmt, welche den Tatbestand eines milderen Gesetzes verwirklichen würden, kann wegen vorsätzlicher Begehung nur nach dem milderen Gesetz bestraft werden」。

²⁶⁷ 德國刑法第 18 條規定：「本法對犯行之特別後果訂有加重處罰規定者，僅有行為人或參與人對此後果至少具有過失時，始適用之」，原文：「Knüpft das Gesetz an eine besondere Folge der Tat eine schwerere Strafe, so trifft sie den Täter oder den Teilnehmer nur, wenn ihm hinsichtlich dieser Folge wenigstens Fahrlässigkeit zur Last fällt」。

²⁶⁸ Vgl. Schäfer/Sander/van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 6. Aufl., 2017, Rn. 596; Kinzig, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl., 2019, § 46 Rn. 26b; Frisch, Die »verschuldeten« Auswirkungen der Tat, GA 1972, 321, 322; Schneider, in: LK-StGB, Bd. 4, 13. Aufl., 2019, Rn. 141.

²⁶⁹ 本案例在通說概念下涉及構成要件內效果，在 Bloy 定義下則涉及構成要件外效果。在此仍以本案為例的理由在於，多數德國學者往往就犯行之可歸咎效果的主觀標準統一討論，本案仍為最經典、最純粹、也最常被討論者。



出後者的結論，蓋行為人只要細察就能認識到此等效果。由此可見，在此採取預見可能性說或確實知悉說，在法官量刑評價財產損害數額時便會有顯著差異，分別討論如下。

第二款 主流的過失說

德國通說認為，即使犯行效果對行為人僅具預見可能性，亦足在故意犯之量刑中被考量，換言之，不需個案中行為人已預見或已確實認知，犯行已可歸咎²⁷⁰。蓋「對於法定刑罰加重事由（gesetzliche Strafschärfungsgründen）正當者，對於司法上刑罰加重事由（richterliche Straferhöhungsgründen）亦應是合理的²⁷¹。」言下之意，即構成要件層次中的加重結果犯與量刑層次中用以加重處罰的犯行效果並無本質上差異，既然德國刑法第 18 條規定行為人對加重結果僅需具有預見可能性，則相類似的犯行效果亦然。本文認為，固然此種透漏出犯罪構成要件與量刑事由乃接續評價的觀點誠值參考，然問題在於，前文已述加重結果犯乃立法者選擇性地就具有特別危險性之犯行而制定，不僅只針對相當特定的基礎犯行（如：強制性交、傷害、私行拘禁、強盜等），且搭配的加重結果態樣亦已限定（如：致人於死）；相對的，在量刑中則是針對任何犯行及其所生任何犯行效果進行評價，將兩者比附援引，不無疑義（詳參第三章第二節第一項第二款）。

主張過失之犯行效果亦足納入故意犯之量刑審酌者，除上述藉由類推德國刑法第 18 條而導出外，尚有另一種見解主張由故意與過失的關係出發，由於兩者處於一種加減關係（Plus - Minus Verhältnis），故意犯因此也隱含了相應過失犯所有的

²⁷⁰ Frisch, Die »verschuldeten« Auswirkungen der Tat, GA 1972, 321, 325 f.; Puppe, Die verschuldeten Folgen der Tat als Strafzumessungsgründe, in: Spendel-FS, 1992, S. 464 f.; Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, 253 f.; Hörnle, Strafzumessungsrelevante Umstände der Tat, in: Frisch (Hrsg.), Grundfragen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht, 2011, S. 119; Maier, in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 2, 4. Aufl., 2020, §46 Rn. 251; Kühl, in: Lackner/ Kühl, StGB, 29. Aufl., 2018, § 46 Rn. 34; Streng, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), NK-StGB, 6. Aufl., 2023, §46 Rn. 60; Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl., 2018, § 46 Rn. 34.

²⁷¹ Spendel, Zur Entwicklung der Strafzumessungslehre, ZStW 83 (2009), 203, 215; Frisch, Die »verschuldeten« Auswirkungen der Tat, GA 1972, 321, 326.

歸責結構²⁷²。就此，本文認為此種將故意和過失視為包含關係而非互斥關係的論述，誠具啟發性，惟重點在於量刑中犯行效果的主觀歸責標準是否可以低於立法者在構成要件所劃定的不法界線，此點有賴後文先行釐清構成要件階層與量刑階層間的關係，再行回應。

第三款 Schröder 及 Bloy 等的故意說

另一種更直觀的看法認為，在故意犯中，限於行為人已知悉而為故意所涵蓋的犯行效果，始得在量刑時納入刑罰加重考量；在過失犯中，只要是行為人能預見而具過失的犯行效果，即得在量刑時加以衡量²⁷³。Schröder 為本說最知名的支持者，其核心論據在於，應將德國刑法第 15 條（故意與過失）、德國刑法第 16 條（構成要件錯誤）的基本思想也適用於犯行效果「可歸咎性」標準的採擇上。理由在於，所謂量刑事實（Strafzumessungstatsachen）正客觀地表徵了法益侵害程度，歸根結柢即是個別化的犯罪要素（individualisierte Tatmerkmale）。是故，既然構成要件階層以故意為原則，例外在立法者明文另訂有過失構成要件時，始處罰過失行為，則在量刑階層亦應適用相同的原則。在此理解下，例如：上述誤認寶石為贗品的案例中，即不得以高價值來論斷，又或者在販毒情況下，僅有在行為人知悉其特別危險性時，始得用以加重其刑²⁷⁴。

此觀點與前述 Frisch 認為立法者與法官在分工中處理的事情實具同一性相類似，故不意外地 Frisch 對此部分也表達贊同。惟 Frisch 認為此種觀點過於一概而論，雖然在如「贓物案」等特定情況可以得出合理的結論，但在某些情況——如要求偽證案行為人必須對其犯行嚴重後果（如：剝奪無辜者自由、財產損害等）具

²⁷² Grosse-Wilde, Erfolgzurechnung in der Strafzumessung, 2017, S. 559, 599。不過其也強調，在其歸責體系中，以預見可能性為形式的主觀歸責標準僅扮演次要角色，vgl. Grosse-Wilde, Erfolgzurechnung in der Strafzumessung, 2017, S. 550。

²⁷³ Kinzig, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl., 2019, § 46 Rn. 26b.

²⁷⁴ Kinzig, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl., 2019, § 46 Rn. 26b；關於 Schröder 原初即如此主張，vgl. Frisch, Die »verschuldeten« Auswirkungen der Tat, GA 1972, 321, 326-327.

有故意始得納入量刑衡量卻有違正義觀念（*Gerechtheitsauffassung*）²⁷⁵。惟本文認為何謂正義觀念、為何得以此作為理據均有待釐清。



除了 Schröder 外，Bloy 亦認為在客觀歸責（即嚴格規範保護法益標準）審查後的主觀歸責審查層次中，倘刑法僅保護相關法益不受故意侵害，則已排除過失所生損害之歸責。然而，Bloy 並非比照構成要件錯誤規定來推導，而是延續其在構成要件外效果之客觀範圍主張，以基本法第 103 條第 2 項罪刑法定原則與避免間接處罰出發。倘將主觀方面非屬構成要件不法的效果亦歸入構成要件外效果的範圍，形同將立法者未納入刑罰考量的情況亦作為懲罰對象，形同將刑法保護法益體系擴大到一般性的副次過失犯（*sekundäres Fahrlässigkeitsdelikt*）。職是，原則上在量刑時仍不應考慮過失招致之財產損害，因此在前述偷畫的案例中，倘行為人並無認知該畫的價值，便不得考量該畫實際價值而對行為人不利量刑；反之，由於德國刑法第 315c 條第 3 項已將道路交通危險所生之過失毀損納入刑事不法，故允許在此情況將過失毀損第三人重大價值之物納入量刑評價²⁷⁶。

惟 Hörnle 反對引據間接處罰禁止，蓋德國刑法第 46 條第 2 項第 2 句已構成充足的法定基礎，並無違反罪刑法定原則（基本法第 103 條第 2 項）之虞，因為一方面不刑罰化（*pönalisieren*）過失損害，但另一方面又將故意行為情況下同時過失招致的總體損害納入刑罰加重情節，在邏輯上並非不可能，蓋立法者有時基於可容許的犯罪化（*Kriminalisierung*）射程考量，僅將侵害生命與身體完整性等高度個人化法益（例如德國刑法第 222 條過失致死罪與德國刑法第 229 條過失致傷罪）及財產破壞之嚴重形式（例如德國刑法第 306d 條失火罪）的過失侵害劃入犯罪構成要件。實則，現實中全面保護所有個人法益不受侵害不具可行性，特別是如果刑法禁止所有過失財產危險和損害，將導致經濟關係的癱瘓，亦對日常生活干涉

²⁷⁵ Frisch, Die »verschuldeten« Auswirkungen der Tat, GA 1972, 321, 327.

²⁷⁶ Bloy, Die Berücksichtigungsfähigkeit außertatbestandlicher Auswirkungen der Tat bei der Strafzumessung, ZStW 107 (1995), 576, 592-594.

過深²⁷⁷。對此，Grosse-Wilde 雖然不認為引據德國刑法第 46 條即容許創造出法秩序未承認之新的結果不法，但其同樣認為在此情況納入過失犯行效果並不違反基本法第 103 條第 2 項明確性原則（Bestimmtheitsgebot），蓋構成要件乃一開放條款，必須加以補充，否則將違反罪責原則，是故，量刑與刑罰證立層次並不適用相同的規範價值²⁷⁸。本文疑問在於：既認構成要件乃一開放條款，則究竟何等情狀可以用來補充？就算立法者確實基於特定政策考量而僅挑選特定犯行入罪化，在量刑領域中是否便得無視之？此涉及構成要件與量刑是否可以在一定程度上解離，必須待後文一併釐清。

第四款 Bruns 及 Frisch 的區分說

除以上介紹的過失說與故意說外，德國學界尚有認為擇一適用構成要件錯誤規定或加重結果犯規定並不能帶來令人滿意的結果，故應將兩原則雙軌地從犯罪論移向量刑層次，並區分不同情形分別適用²⁷⁹。其中，Bruns 主張以究竟屬構成要件外效果或構成要件內後果作為區分標準。就構成要件外效果而言，行為人對犯行效果僅需具有預見可能性，蓋加重結果犯規定原則上已納入構成要件外效果的考慮可能性；至於就構成要件內後果而言，行為人則需對之具有故意，蓋行為人對構成要件中確認可罰性所需的後果亦須具有故意，在量刑中亦應具有平行的故意要求。此結論非由理論推導得出，而是透過歸納具代表性的德國聯邦最高法院判決事實及對應的法律見解所得出²⁸⁰。


就此，本文認為 Bruns 的區分略顯恣意，特別是在方法論上是否能僅從若干實務判決結論即得出一般性適用的抽象標準，誠值懷疑，蓋純粹實然面的歸納應無

²⁷⁷ 雖然此段話出現在有關原初損害之主觀歸責標準的論述中（Vgl. Hörnle, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, S. 249），然其指出此論證同樣可適用於結果損害（Vgl. Hörnle, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, S. 254）。

²⁷⁸ Grosse-Wilde, *Erfolgzurechnung in der Strafzumessung*, 2017, S. 257 ff., 569.

²⁷⁹ Bruns, *Strafzumessungsrecht*, 2. Aufl., 1974, S. 422; Frisch, *Die »verschuldeten« Auswirkungen der Tat*, GA 1972, 327-328.

²⁸⁰ Bruns, *Strafzumessungsrecht*, 2. Aufl., 1974, S. 422.



應然面的規範意義。況且，即使承認實務判決的價值，Bruns 的論證尚缺乏充足判決統計上的支持，毋寧僅挑選極少數的判決進行剖析，何以此等判決應被視為指標性案例，並且作為往後裁判的指引？均值商榷。對於 Bruns 的觀點，德國學界亦有質疑的聲音，如 Frisch 即表示，雖然 Bruns 確實歸納出一些德國聯邦最高法院所隱含意見，也確實在「贓物案」及「汽車詐欺案」得以導出正確的結論，然並非所有情況均如此。首先，將構成要件內後果限於故意似過於狹隘，例如：行為人雖未預見、但能預見被焚燒之建築物內火勢將進一步擴大時，在放火罪量刑中著實不得據以加重處罰嗎？其次，以構成要件內或構成要件外作為區分標準亦無道理，蓋加重結果犯規定除適用於構成要件外後果，至少在部分時候也包含構成要件內後果²⁸¹。此等質疑值得參考。

對此，Frisch 既反對通說全部適用加重結果犯規定，亦反對文獻上全部適用錯誤規定。相對地，延續其在客觀歸責標準以加重結果犯作為論證取徑，Frisch 認為在主觀歸責中亦應區分是否符合加重結果犯結構，若犯行與犯行效果間具備類似加重結果犯的結構時，應比照加重結果犯之規定（舊德國刑法第 56 條，現行德國刑法第 18 條），在故意犯中，即使是過失所生的犯行後果亦得納入衡量；若欠缺該等加重結果犯結構，則適用錯誤的規定（舊德國刑法第 59 條，現行德國刑法第 16 條），在故意犯的量刑中，只能衡量故意的構成要件外效果。舉例而言，上述大法庭案中強制犯行伴隨的致死後果、「汽車詐欺案」中隨後財產損害、偽證案中產生諸如限制自由或財產損害之特殊過失後果，皆與加重結果犯結構相仿，因此在故意犯量刑中，即使是過失所生的構成要件外效果亦得納入衡量；至於前述將貴重畫作誤為廉價品而為竊盜的案例或嚴重損害案中的犯行效果，則與加重結果犯之結構不同，因此在故意犯的量刑中，只能衡量故意的構成要件外效果²⁸²。然而前文（第三章第二節第一項第二款）已提及，不僅在方法論上難以將加重結果犯模式援引至

²⁸¹ Frisch, Die »verschuldeten« Auswirkungen der Tat, GA 1972, 329 f.

²⁸² Frisch, Die »verschuldeten« Auswirkungen der Tat, GA 1972, 321, 330 ff.，對其見解的闡述與評析尚可見於 Bruns, Strafzumessungsrecht, 2. Aufl., 1974, S. 423 ff.。

構成要件外效果，且從實質面來看，援引加重結果犯在釋義學上本蘊含諸多問題，帶入構成要件外效果之解釋中，恐生更多疑義。



第三節 小結

以上已勾勒德國實務及學說如何分別從客觀歸責層面與主觀歸責層面限制量刑中構成要件外效果的範圍。就其等爭議的癥結點，本文認為仍有兩層次問題尚未充分解決。第一層次乃「歸責客體」之劃定，涉及究竟是否所有構成要件外效果均具有量刑法上意義？以純粹心情不悅為例，重點似不在於此效果的實現是否具有典型性或行為人能否預見，而在於此等效果是否具有量刑法上審酌的適格。此階層核心問題在於歸責客體是否應在一定程度上與立法者於構成要件劃定的保護範圍相呼應，抑或在量刑階層中構成要件劃分的界線已無足輕重？此亦連結到上文尚未回應的兩個問題：第一，量刑階層是否亦適用罪刑法定原則與間接處罰禁止？第二，罪刑法定原則與罪責原則間互動的關係為何？此均有待更周詳研究。然而多數德國實務學說並未區分兩層次進行分析，而是直接進入第二層次——「歸責標準」的探討，包含客觀歸責標準與主觀歸責標準，在此則涉及在量刑論中是否應與犯罪論立於一致判斷，抑或必須建構獨立的歸責標準？此均有待更詳盡的分析。為回答上開問題，本文認為必須先確立刑罰目的與量刑目的之定位，才能導出量刑時是否僅能考量犯行之不法與罪責，抑或尚能擴及更廣泛的預防目的、刑罰感應力與刑事政策等考量，也才能繼而斷定我國刑法第 57 條第 9 款之考量內容，最終才能確立構成要件外效果在何等前提條件下，始能落入我國刑法第 57 條第 9 款的範圍而從重量刑。

第四章 刑罰理論與量刑理論之交織



第一節 刑罰正當性與目的——從人類圖像出發

第一項 兩大路線之二元對抗——應報與預防

長年來，關於詮釋國家刑罰權正當性基礎（*Legitimation staatlichen Strafens*）的刑罰理論及其相應的刑罰目的（*Strafzweck*）²⁸³，已經在不同的形式和表述中逐漸豐富並展現其多樣性。其中最根本的角力可化約為兩大路線的二元對抗：即究竟應採取應報理論（*Vergeltungstheorie*）抑或預防理論（*Präventionstheorie*）²⁸⁴？兩者從人類圖像設定原點即開始分岔，就此開展兩條迥然不同的路徑。

應報理論立基於非決定論（*Indeterminismus*），預設人類圖像為絕對理性主體，乃享有自我決定且具自律（*autonom*）和主權（*souverän*）的主人。刑罰的意義旨在對「過去」已發生之「犯行」進行罪責抵銷（*Schuldausgleich*），進而實現正義。換言之，應報的連接因素為犯行罪責。立基於義務論（*Deontologie*）立場，其非工具

²⁸³ 固然學說上也存在將「刑罰理由」（*Strafgrund*）與「刑罰目」（*Strafzweck*）二分之論者，例如有稱施予刑罰的「原因是甚麼」（*Wozu*）與施予刑罰是「為了什麼目的」（*Wofür*）乃不同的命題，自應有不同的答案，故就「刑罰制度的概念」（*Begriff und Institution der Strafe*）、「刑罰之正當性」（*Legitimation der Strafe*）、「刑罰之意義與目的」（*Sinn und Zweck der Strafe*）與「潛在功能」（*Latente Funktionen*）分別討論，vgl. Neumann/Saliger, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), NK-StGB, 6. Aufl., 2023, vor § 1 Rn. 102 ff.; 有稱古典學派代表之正義與應報理論僅聚焦於法律原因（*Rechtsgrund*），即國家刑罰正當性基礎，反之，現代學派代表之預防理論則僅關注「現實目的」（*Realzwecke*），vgl. Otto, Grundkurs, 7. Aufl., 2004, § 1 Rn. 74；我國學說亦有主張應區分刑罰正當性與刑罰目並異其內涵者，參徐育安（2022），〈正義理論與刑罰應報理論之重構〉，《臺北大學法學論叢》，124 期，頁 316。惟本文認為，雖然單從形式上看，刑罰正當性與刑罰目的之命題有異，然就實質而言，兩者緊密相連，蓋探詢刑罰合理目的何在的同時，也在探詢刑罰立基於何等目的始具正當性，從而刑罰之證立結果必然影響到刑罰之目的，Montenbruck 即舉例：以社會心理學式證立（*sozialpsychologische Rechtfertigung*）者往往會傾向主張積極一般預防，以社會倫理學式證立（*sozialethische Rechtfertigung*）者則往往會傾向罪責抵銷原則（Vgl. Montenbruck, Deutsche Straftheorie I – IV, 4. Aufl., 2020, S. 178）。

²⁸⁴ 鑒於各式刑罰理論不勝枚舉，我國已有眾多文章深入探討，故此處非旨在全面介紹相關理論，而是欲從兩大刑罰思維路徑切入，剖析其間思考脈絡差異，以進行對話，並奠定本文的立場取向。

性導向，而是具自我目的性，又稱絕對刑罰理論（absolute Strafrecht）²⁸⁵，此理論奠基於道德倫理學，普遍認為源於康德和黑格爾，近代亦興起一波復甦潮²⁸⁶。

相對的，預防理論立基於決定論（Determinismus），將人類圖像勾勒為趨樂避苦、追求利益極大化、須接受他律的工具理性人，不是具犯罪傾向又易受刑罰影響，就是情緒浮動又容易盲目進行私刑（Selbstjustiz）。刑罰的意義在於透過必要之惡害（notwendiges Übel）增加犯罪的不利益，以驅使「行為人」（及潛在行為人）「未來」選擇不犯罪。換言之，預防的連接因素為行為人的危險性（Gefährlichkeit）。立基於功利主義（Utilitarismus）、結果主義（Konsequentialismus），其乃「目的（預防犯罪）—手段（刑罰）」的工具性與功能性思維，又稱相對刑罰理論（relative Strafrecht），以著重效用的社會學為根基²⁸⁷，可依針對行為人抑或社會大眾區分為特別預防（Spezialprävention）及一般預防（Generalprävention）理論，後者又可再區分為旨在重建公民法信賴或規範意識的積極一般預防（positive Generalprävention）理論與旨在嚇阻潛在犯罪人的消極一般預防（negative Generalprävention）理論。

²⁸⁵ 參 Montenbruck, *Deutsche Strafrecht I – IV*, 4. Aufl., 2020, S. 169-170, 177；林山田（2008），《刑法通論（下冊）》，增訂 10 版，頁 414-417、424-425，元照；王皇玉（2009），〈論刑罰的目的〉，收於：《刑罰與社會規訓—台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變》，頁 4-8，元照；黃榮堅（2012），《基礎刑法學（上）》，4 版，頁 14-18，元照；陳子平，《刑法總論》，2 版，頁 13 以下，元照；劉幸義（2011），〈論刑罰之目的--由刑法理論、語意學與哲學角度觀察〉，《月旦法學雜誌》，192 期，頁 156-158。

²⁸⁶ Schünemann, *Aporien der Strafrecht in Philosophie und Literatur*, Lüderssen-FS, 2002, S. 327.

²⁸⁷ 參 Montenbruck, *Deutsche Strafrecht I – IV*, 4. Aufl., 2020, S. 169, 177, 199；Pawlik（著），鍾豪峰（譯）（2010），〈對預防理論刑罰正當化論據之批判〉，《政大法學評論》，117 期，頁 347-395；林山田（2008），《刑法通論（下冊）》，增訂 10 版，頁 418-421、430-451，元照；王皇玉（2009），〈論刑罰的目的〉，收於：《刑罰與社會規訓—台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變》，頁 10-17、22-31，元照；黃榮堅（2012），《基礎刑法學（上）》，4 版，頁 18-33，元照；陳子平，《刑法總論》，2 版，頁 13 以下，元照；劉幸義（2011），〈論刑罰之目的--由刑法理論、語意學與哲學角度觀察〉，《月旦法學雜誌》，192 期，頁 159-163。



綜上以觀，應報理論與預防理論不僅在核心思想上迥異，在內在邏輯上亦必然相互衝突與矛盾²⁸⁸，學說上亦有稱此乃刑罰目的之二律背反（*Antinomie der Strafzwecke*）²⁸⁹。

第二項 難以緩和之刑罰目的二元對抗

第一款 二元對抗背後的本質問題

對於刑罰正當性基礎乃至刑罰目的究竟基於應報或預防，各界見解分歧，本文認為追本溯源乃涉及「實然」（*Sein*）與「應然」（*Sollen*），「自然」（*Natur*）與「理念」（*Ideen*）二元對抗的古老命題，甚至另涉及「文化」差異²⁹⁰。首先，從人類圖像的角度觀之，實然面的人類無論背景、思想及活動皆多元而分殊，過去百年來犯罪學（含社會學、心理學、精神醫學等）研究再再顯示，人之所以犯罪乃基因、環境、心理、生理病理等各種成因交織混合物²⁹¹，要將人類化約成單一圖像不啻徒勞，亦可能抹去個人特異性，使人成為無臉孔群眾²⁹²，因此從實然面剖析，人類沒有也不能有單一圖像；相對的，若從應然面以觀，在刑罰正當性證立階段，根本不可能針對每一異質的人給予不同施予刑罰理由，因此規範上往往必須基於理念做出特定價值決定。由此可徵，規範性人類圖像不可避免地將在某程度上與現實化人類有所落差。

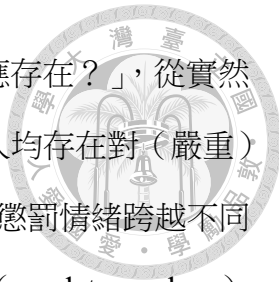
²⁸⁸ 同樣指出各種刑罰目的存在本質對立性者，可見於林山田（1977），〈論刑罰裁量〉，《刑事法雜誌》，21 卷 1 期，頁 12。

²⁸⁹ Bruns, *Strafzumessungsrecht*, 2. Aufl., 1974, S. 81 ff.; Bruns, *Neues Strafzumessungsrecht*, 1988, S. 30 ff.; Frisch, *Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik*, ZStW 99 (1987), 349, 364-366; Montenbruck, *Deutsche Straftheorie I – IV*, 4. Aufl., 2020, S. 267; 蘇俊雄（1999），〈量刑法理與法制之比較研究〉，《法官協會雜誌》，1 卷 2 期，頁 43。

²⁹⁰ Vgl. Montenbruck, *Deutsche Straftheorie I – IV*, 4. Aufl., 2020, S. 167.

²⁹¹ 周榛嫻（2016），〈刑法第 57 條科刑量表建置的犯罪學觀點〉，《軍法專刊》，62 卷第 6 期，頁 38、42；亦有刑法學者指出，人類行為動機的複雜性與侵害行為的根源含括天生衝動、外導趨力、模仿說等多元因素，參黃榮堅（2012），《基礎刑法學（上）》，4 版，頁 30-36。

²⁹² 謝煜偉（2004），《二分論刑事政策之考察與批判－從我國「寬嚴並進的刑事政策」談起》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 85。



其次，如果將視角從「人」的面向轉移到「刑罰制度為何應存在？」，從實然的角度觀之，社會心理學實證研究顯示，無論是被害人或第三人均存在對（嚴重）犯罪行為強烈、立即、直覺而非經推理所生的懲罰慾望²⁹³，此種懲罰情緒跨越不同社會及族群²⁹⁴。一項社會研究指出，同社群的人們大腦尾狀核（caudate nucleus）會在破壞規範者受懲罰時活動增強，顯示他們因此感覺獲得犒賞，而且惟有施加真實痛苦而非象徵性懲罰時，才能達成此犒賞功能，人們甚至願意為此投注更多資源²⁹⁵。從歷史學、社會學或文化學爬梳，此種復仇情感深植於固有文化²⁹⁶，並潛藏著政治作用的伏流²⁹⁷，不僅在人類社會中難以消除，且綜觀我國近年刑事立法脈動，尚益加仰賴；然而相對於實然面社會與個人的刑罰需求，在應然面上，無論是滿足懲罰情緒、鞏固政治秩序或作為社會調控手段，現代法治國均無法將其作為證立刑罰存在的立足點。雖然對大多數人而言，刑罰在這社會中「必須存在」已超越了正當性的問題²⁹⁸，然而刑罰「必須存在」的直覺終究無法合理化刑罰為何「應當存在」，雖說正是竭力為刑罰正當性尋求理性之理由（vernünftige Begründung）為吾人帶來如此多難題²⁹⁹，然此又為法律工作者無法迴避的任務。

第二款 無濟於事的統合說

面對應報與預防二元對抗的難題，最直觀的想法便是既然兩者各有利弊，則應同時吸納兩者優勢、互補彼此劣勢，因此衍生出主流提倡之統合說

²⁹³ John M. Darley, *Morality in the Law: The Psychological Foundations of Citizens' Desires to Punish Transgressions*, 5 ANN. REV. L. & SOC. SCI. 1, 3, 4, 15 (2009).

²⁹⁴ Paul H. Robinson & John M. Darley, *Intuitions of Justice: Implications for Criminal Law and Justice Policy*, 81(1) S. CA. L. REV. 1, 2 (2007).


²⁹⁵ John M. Darley, *Morality in the Law: The Psychological Foundations of Citizens' Desires to Punish Transgressions*, 5 ANN. REV. L. & SOC. SCI. 11-12 (2009).

²⁹⁶ 關於復仇觀在東方傳統文化脈絡下被高度肯定的爬梳，見許惠琪（2019），〈應報論、復仇觀與傳統哲學—再論死刑爭議〉，《全國律師》，23 卷 1 期，頁 36-40。

²⁹⁷ 許恒達（2006），〈刑罰理論的政治意涵—論「刑事政策」的誕生〉，《月旦法學雜誌》，137 期，頁 188 以下。

²⁹⁸ Montenbruck, *Deutsche Straftheorie I – IV*, 4. Aufl., 2020, S. 165.

²⁹⁹ Montenbruck, *Deutsche Straftheorie I – IV*, 4. Aufl., 2020, S. 165-166.



(Vereinigungstheorie，又稱「綜合理論」、「調和理論」)³⁰⁰。該說涵括各種統合方法，首先有粗糙地並列兩者而未闡明其間關聯者，如我國刑事案件量刑及定執行刑參考要點第 2 點即綜合應報、特別預防與一般預防觀點而謂：「量刑時，除應注意法律相關規定外，並宜綜合考量下列刑罰目的：(一)對於不法侵害行為給予相應責任刑罰之應報功能。(二)矯正行為人並使其復歸社會之特別預防功能。(三)適切發揮嚇阻犯罪、回復社會對於法規範之信賴，及維護社會秩序之一般預防功能」，又或如實務通說採取「正義報應、預防犯罪與協助受刑人復歸社會等多元刑罰目的」³⁰¹，卻未申述其位階關係或彼此牴觸時處理機制；另有將兩者分別定位為主軸與輔助的優先理論 (Vorrangstheorie)³⁰²，大體可分為以應報為優先³⁰³、以一般預防為優先以及以特別預防為優先³⁰⁴，其中又以預防為基礎但以應報為限度的「相對應報論」為學界通說。然而，各式混合說看似截長補短，實則在自詡為多重優點之加總時，同時也是多重缺點的累加。況且，由上述分析可見應報與預防本質相互矛盾對立：一者為絕對性邏輯、一者則為相對性邏輯，無論透過何種方式加以統合，終究也只是異質的焊接，充其量僅可能達成表面上的統一，而不可能達到內部的合致，因此即使是統合說也無助於緩和兩者本質上相互對立的衝突。

第三項 夾縫中的出路——走向應報一元論

既已剖釋應報與預防既存之內部矛盾，兩者難以相容，如此似乎只剩兩條出路：一為跳脫固有應報與預防框架，試圖淡化對特定人類圖像的設定、放棄積極證

³⁰⁰ BVerfGE 45, 187, 253; Heinz Koriath, Über Vereinigungstheorien als Rechtfertigung staatlicher Strafe, JURA 1995, 625, 625 ff.; Tonio Walter, Die Vergeltungsidee als Grenze des Strafrechts, JZ 2019, 649, 649 ff.; 林山田 (2008), 《刑法通論 (下冊)》, 增訂 10 版, 頁 456。

³⁰¹ 最高法院 111 年度台上字第 2116 號刑事判決; 最高法院 108 年度台上字第 2666 號刑事判決等。

³⁰² 關於優先理論與平行理論的區分, 中文文獻介紹可參蘇俊雄 (1999), 〈量刑法理與法制之比較研究〉, 《法官協會雜誌》, 1 卷 2 期, 頁 44-46; 郭豫珍 (2011), 〈刑罰目的觀對法官量刑影響力的質化研究〉, 《法學叢刊》, 56 卷 4 期, 頁 73。

³⁰³ 林山田 (2015), 《刑罰學》, 修訂版, 頁 83, 臺灣商務。

³⁰⁴ Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, 5. Aufl., 1996, S. 76 ff.

立刑罰存在之正當性，並轉向在現實中尋求解方；二為在應報或預防間擇其一相對合理者，以維持理論的一貫性。



第一款 跳脫方案：犯罪事後處理機能論的嘗試

首先，近代出現一種尋求跳脫固有兩路線的刑罰理論，其源於對時代的反思與對國家刑罰權的不信任，並試圖揭露市民刑法中所謂「理性自律的主體」人類形象僅是為了近代刑事制度存立而生所共同幻想出的虛像，而此虛像背後的實像乃敵人刑法的共生³⁰⁵。此理論並非意圖轉向矯治、再社會化及隔離無害化等預防刑罰目的³⁰⁶，而是尋求跳脫本體論思考，改從建構論觀察並分析其中糾葛的權力關係³⁰⁷，以求徹底翻轉思考軸線³⁰⁸。在此思維下，我國謝煜偉教授等即吸納日本學者吉岡一男所倡「犯罪事後處理機能論」³⁰⁹，主張基於刑罰謙抑主義，應朝刑罰極小化、甚至消滅的方向邁進，無論是預防或絕對主義之應報刑均無法積極正當化刑罰，而是應著眼將更廣泛的量刑目的，並將其定位在對過去犯行所生紛爭進行具體人際關係的修補及對應犯罪的「犯罪處理」³¹⁰。又既然量刑目的乃中性的犯罪「處理」與

³⁰⁵ 謝煜偉（2014），〈重新檢視死刑的應報意義〉，《中研院法學期刊》，15 期，頁 177-178、192；謝煜偉（2015），〈寬容社會的曙光？—從市民刑法的例外、犯罪事後處理機能、社會責任於個人責任的反饋回應三篇評論文〉，《中研院法學期刊》，17 期，頁 377。

³⁰⁶ 謝煜偉（2015），〈寬容社會的曙光？—從市民刑法的例外、犯罪事後處理機能、社會責任於個人責任的反饋回應三篇評論文〉，《中研院法學期刊》，17 期，頁 384。

³⁰⁷ 謝煜偉（2014），〈重新檢視死刑的應報意義〉，《中研院法學期刊》，15 期，頁 184、377。

³⁰⁸ 謝煜偉（2014），〈重新檢視死刑的應報意義〉，《中研院法學期刊》，15 期，頁 189 以下。

³⁰⁹ 謝煜偉（2014），〈重新檢視死刑的應報意義〉，《中研院法學期刊》，15 期，頁 193 以下；謝煜偉（2015），〈寬容社會的曙光？—從市民刑法的例外、犯罪事後處理機能、社會責任於個人責任的反饋回應三篇評論文〉，《中研院法學期刊》，17 期，頁 384 以下。其他參酌日本學者吉岡一男見解的我國文獻，尚可參范耕維（2022），〈前科與量刑之研究〉，《國家科學及技術委員會補助專題研究計畫報告》（計畫編號：MOST 110-2410-H-259-034-），頁 19；廖晉賦（2022），〈由犯罪事後處理機能重新思考量刑基準〉，國立臺北大學碩士論文，頁 63 以下。雖有指出本理論仍屬應報理論之一環（參范耕維（2022），〈建構量刑階段中罪刑相當原則的第一哩路—自應報觀點形塑刑罰量定之理論嘗試〉，《中研院法學期刊》，頁 140），惟鑒於其基礎仍與德國觀念論法哲學發展出的應報論有異，故本文仍將之與前述應報理論分開介紹。

³¹⁰ 謝煜偉（2015），〈寬容社會的曙光？—從市民刑法的例外、犯罪事後處理機能、社會責任於個人責任的反饋回應三篇評論文〉，《中研院法學期刊》，17 期，頁 385 以下；相關介紹另可參范耕維（2022），〈建構量刑階段中罪刑相當原則的第一哩路—自應報觀點形塑刑罰量定之理論嘗試〉，《中研院法學期刊》，頁 140；范耕維（2022），〈前科與量刑之研究〉，《國家科學及技術委員會補助專題研究計畫報告》（計畫編號：MOST 110-2410-H-259-034-），頁 18；廖晉賦（2022），〈由犯罪事後處理機能重新思考量刑基準〉，國立臺北大學碩士論文，頁 65、75。



「對應」，而非「制裁」與「懲罰」³¹¹，若有其他替代手段可達此目的時，則無使用刑罰之必要，僅有在所有替代手段均不可能時，刑罰始能作為事後處理的最後手段³¹²，然而此時施加的刑罰亦須以犯行罪責為上限³¹³。

上述見解精闢剖析任何以理性包裝的理論均可能在現實中成為國家施展權力、進行差異與排除的溫床，確實喚起吾人對現有制度的批判與反省。然而面對此種現實的困境，值得再進一步思考的是：為何要如此「翻轉」？又如此「翻轉」為何較能緩和差異與排除的出現？蓋任何理論均不可能無空白之處，而在此留白間隙便有落入掌有話語權之人言說的風險。況犯罪事後處理機能論隱含更多元及豐富的刑罰對應手段，然若未進一步具體劃定各種手段之內容及施用界線，則原為美意的「多元」也可能反面成為掌權者施展權力的新場域，再以各種高明的名義美化更嚴重的權利侵害，如此終與該理論原宗旨背道而馳。欲回應上開問題，顯然仍須先釐清，所謂「犯罪事後處理」概念之內涵及其外延為何？拋出此問題乃因為以「事後」作為立足點的刑罰理論不勝枚舉，且無論硬性（強制性）或軟性（自願性）的犯罪對應方式，語意上似乎也都可以描述成一種「犯罪處理」³¹⁴。對此，該理論強調每次犯罪發生後究竟係採取何種對應方式，應著眼在具體事件原因的解明與關係的修補，而不在設定一個明確的「目的」³¹⁵，然而就算是面對具體事件，也需要知道最終欲達何等目標，否則何以在具體情況提出應採取何種具體對應措施？此外該理論也承認，「一旦在所有替代手段皆無法處理時，仍有使用刑罰的必要性及正當性，在此，刑罰作為事後處理的最後手段（刑罰謙抑性）」³¹⁶，惟刑罰理論關

³¹¹ 謝煜偉（2015），〈寬容社會的曙光？—從市民刑法的例外、犯罪事後處理機能、社會責任於個人責任的反饋回應三篇評論文〉，《中研院法學期刊》，17 期，頁 388。


³¹² 謝煜偉（2014），〈重新檢視死刑的應報意義〉，《中研院法學期刊》，15 期，頁 195；謝煜偉（2015），〈寬容社會的曙光？—從市民刑法的例外、犯罪事後處理機能、社會責任於個人責任的反饋回應三篇評論文〉，《中研院法學期刊》，17 期，頁 386。

³¹³ 謝煜偉（2014），〈重新檢視死刑的應報意義〉，《中研院法學期刊》，15 期，頁 176、194-195。

³¹⁴ 同樣指出「事後處理」內涵及範圍模糊者，可見於范耕維（2022），〈前科與量刑之研究〉，《國家科學及技術委員會補助專題研究計畫報告》（計畫編號：MOST 110-2410-H-259-034-），頁 18。

³¹⁵ 謝煜偉（2015），〈寬容社會的曙光？—從市民刑法的例外、犯罪事後處理機能、社會責任於個人責任的反饋回應三篇評論文〉，《中研院法學期刊》，17 期，頁 388。

³¹⁶ 謝煜偉（2014），〈重新檢視死刑的應報意義〉，《中研院法學期刊》，15 期，頁 195。



心重點正是：何時有施加刑罰的必要性及正當性而可祭出此最後手段？此外，上述觀點可謂結合了刑罰謙抑性（刑罰最後手段性）以及犯行罪責作為消極限制國家刑罰權的觀點，然而未臻明確的是，既然犯行罪責不能積極證立刑罰，為何可以作為消極限制刑罰的標準？畢竟如欲貫徹刑罰謙抑性，邏輯上亦可採取比犯行罪責更低的上限標準。不可諱言，此理論試圖融入更多刑罰替代方案與程序轉介措施確實提供翻轉的機會，然為使該理論更臻圓全，部分理念及具體對應措施仍有待進一步釐清。

第二款 擇一方案：應報理論優於預防理論


承上述，既然同時跳脫應報與預防的方針並不可行，則僅能回首從應報與預防中擇一相對足採者。由於兩者理論南轅北轍，故所受批評正好兩歧。由此交互辯論切入，或有助從交纏混亂的毛線團中理得一端線頭。以下將綜整四點針對兩理論之不同批評，並從中抽出癥結點、加以分析、並得出何者較足採的結論。

第一點，就人類圖像的設定，應報理論往往被批評為將人性單一化，缺少人性化乃至人情的一面³¹⁷；相對的，預防理論則常被批評將人視為純粹功利的存在，對人性的想像過於負面³¹⁸。如前闡述，從實然面觀之，人類自當是各種基因、生存環境及文化的集合體，樣貌多元而複雜，任何欲將之化約為單一樣貌的描述，均會面臨與現實的落差，沒有哪種想像較為正面或負面。如此一來，是否便應放棄人類圖像的設定？顯然也無法如此斷言。蓋從規範面而言，不論何種原則或規則均不可能毫無立場³¹⁹。鑒於人類圖像的設定乃近代刑事規範體系不可或缺的基點，妥切加以描繪仍為法學家無法逃避的使命。雖然心理學、社會學、精神醫學或道德哲學等亦

³¹⁷ Montenbruck, *Deutsche Strafrecht I – IV*, 4. Aufl., 2020, S. 97.

³¹⁸ 周漾沂 (2016)，〈刑罰的自我目的性——重新證立絕對刑罰理論〉，《政大法學評論》，147 期，頁 3。

³¹⁹ Hörnle, *Die verfassungsrechtliche Begründung des Schuldprinzips*, in: Tiedemann-FS, 2008, 325, 335。本文中譯本尚可參 Hörnle (著)，鍾宏彬 (譯) (2013)，〈罪責原則的憲法論證〉，《軍法專刊》，59 卷 1 期，頁 121-159。



提供我們對人類複雜行為與動機一窺堂奧之視角，但這並不代表此處人類圖像的描繪應直接交由其等來完成，反之，其設定仍須由法規範的價值導出。顯然，作為最高位階的憲法對此基本立場及價值決定昭然若揭，亦即人具有獨立與自主性，而為人性尊嚴之根源³²⁰，參看德國文獻 Hörnle 對此亦有類似詮釋，即「基本法的規範性人類圖像」包含兩個元素：「自主決定」與「自我負責」。申言之，只要行為獨立於非歸屬於自己之因素影響，即所謂「自主決定」(Selbstbestimmung)，即便大腦結構中所含人格可能受先天條件與後天環境影響以多種方式決定，但仍是個極力抵抗他律約束 (heteronome Zwänge)、專屬獨有的高度個人化的自我 (höchstpersönliches Selbst)。此應與自由 (Freiheit) 概念相區分，蓋行動自由 (德國基本法第 2 條第 1 項) 並不以自由意志 (Willensfreiheit) 最終能控制大腦活動為前提³²¹；至於「自我負責」係指一個有對話能力 (dialogfähig) 的人格者 (Person)，其有能力正視他人對自己行為所做的非價判斷、也有意願接受他人對其做出的責任歸屬 (Verantwortungszuschreibung) 並為此負起責任³²²，也因此自主乃自我負責的前提，唯有如此理解，方使歸責成為可能³²³，同時此種「自主決定」與「自我負責」的人類圖像也賦予由刑罰傳達非難之正當性³²⁴。綜上，無論我國憲法或德國基本法雖未見得採取狹義的自由觀點為人類圖像設定，但至少採取了廣義的自主觀點，就此，比起他律角度的預防理論，自律角度的應報理論路線仍較為貼合。


³²⁰ 準確而言，此所稱「憲法」乃指憲法背後理念，而非實定憲法，蓋人性尊嚴乃前於實定憲法前的原初權利，實定憲法僅在協助彰顯之，參李震山 (1992)，〈人性尊嚴之憲法意義〉，《律師通訊》，150 期，頁 42；關於憲法基本價值決定下人類圖像乃獨立、自主之獨立個體，縱使我國實定憲法並無人性尊嚴之明文，仍可從其整體規範中可以導出人性尊嚴乃我國憲法的當然內涵，參蔡宗珍，〈現代憲法論第三單元：人性尊嚴之保障作為憲法基本原則〉，《月旦法學雜誌》，45 期，頁 99-100。

³²¹ Hörnle, Die verfassungsrechtliche Begründung des Schuldprinzips, in: Tiedemann-FS, 2008, 366.

³²² Hörnle, Die verfassungsrechtliche Begründung des Schuldprinzips, in: Tiedemann-FS, 2008, 337.

³²³ Hörnle, Die verfassungsrechtliche Begründung des Schuldprinzips, in: Tiedemann-FS, 2008, 339.

³²⁴ BVerfGE 128, 326, 376; Hörnle, Die verfassungsrechtliche Begründung des Schuldprinzips, in: Tiedemann-FS, 2008, 337-338, 339.



第二點，預防理論常被詬病為將人視為工具、蔑視人的主體性、違反人性尊嚴³²⁵；相對的，應報理論常被指責為無目的性³²⁶，無法通過當代憲法國家比例原則之合目的性審查³²⁷。其中對預防理論之質疑不無道理，從預防理論的三種子理論即可看出端倪：就特別預防而言，雖美其名為協助行為人治療與改善，然前述規範性人類圖像乃自主決定與自我負責之人，為何得以國家強制力強迫其接受扶助？如此與展現硬性家父長主義（hard paternalism）似無二致，而與自主原則暨負責原則相衝突³²⁸。再就消極一般預防理論而言，其仰賴刑罰的威嚇與抑止效果，實則無異於備受摒棄之威嚇理論。最後就一般積極預防理論而言，基本上也只是將威嚇與心理強制說美其名為法忠誠與法信賴熟習³²⁹；反觀對應報理論之質疑，則顯得有些評價錯置，蓋應報理論本植基於絕對性邏輯，欲以蘊含利益衡量而屬相對性邏輯的比例原則來審查，不免有預設立場再為批評之嫌。事實上，絕對理論僅排除將刑罰繫諸於外部目的，非謂無任何現實上功能或作用，有待釐清者僅是其內部目的應如何設定。

第三點，預防理論最常為人抨擊者，乃其所宣稱的犯罪控制效果並無實證根據³³⁰；相應的，應報理論則不乏被批評為無法透過外在標準檢驗，終究僅是一種思想上的假說³³¹。前者指摘一語中的，蓋預防理論既立於效果導向，若實際上無法證明

³²⁵ 蕭宏宜（2012），〈量刑原則與罪罰相當〉，《台灣法學雜誌》，214 期，頁 125；林臻嫻（2022），〈從我國妥適量刑法草案談德國之無須量刑準則〉，《國會季刊》，50 卷 2 期，頁 62；王皇玉（2009），〈論刑罰的目的〉，收於：《刑罰與社會規訓—台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變》，頁 21、25。

³²⁶ Klug, Abschied von Kant und Hegel, in: Baumann (Hrsg.), Programm für ein neues Strafgesetzbuch, 1968, 36, 40; Tatjana Hörnle, Strafrecht, 2011, S. 15 ff.; 批評早期絕對理論者，參林山田（2008），《刑法通論（下冊）》，增訂 10 版，頁 425；王皇玉（2009），〈論刑罰的目的〉，收於：《刑罰與社會規訓—台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變》，頁 9，元照；林山田（2015），《刑罰學》，修訂版，頁 51，臺灣商務。

³²⁷ 徐育安（2022），〈正義理論與刑罰應報理論之重構〉，《臺北大學法學論叢》，124 期，頁 295。

³²⁸ 硬性家父長主義與軟性家父長主義（soft paternalism）的區分及其定義，可參周濛沂（2013），〈論被害人生命法益處分權之限制——以刑法父權主義批判為中心〉，《臺北大學法學論叢》，88 期，頁 215-243。

³²⁹ 謝煜偉（2014），〈重新檢視死刑的應報意義〉，《中研院法學期刊》，15 期，頁 160。

³³⁰ 蕭宏宜（2012），〈量刑原則與罪罰相當〉，《台灣法學雜誌》，214 期，頁 125。

³³¹ 林山田（2008），《刑法通論（下冊）》，增訂 10 版，頁 426；王皇玉（2009），〈論刑罰的目的〉，收於：《刑罰與社會規訓—台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變》，頁 9，元照。

其效果，則無異於將刑罰目的奠基於一種直覺式的「玄想」³³²，不可能取得堅實的基礎。事實上，長年來犯罪學研究已顯示，預防與再社會化的成效實取決於行為人的年齡與周遭環境³³³，真欲減少犯罪，實應對症下藥，從其他諸如成因根除、醫療、公共教育、鼓勵參與社會活動、改變社會環境等管道著手³³⁴，而非迷信刑罰的效果；另就應報理論上開批評，由於此理論立基於觀念層次而非經驗性層次，邏輯上確實不必、也不能對其進行實證研究，然若一理念僅停留在形上學層次，而與社會現實完全脫節，則易成空中樓閣。誠然，在真空的世界中邏輯容易完美，然因犯罪與刑罰終究是具體現實，即使是從應然角度建構的理論也必須說明如何與社會及現實相連結。

第四點，依預防理論推導，刑罰之程度及種類將取決於預防必要性，如此將導致刑罰無上限之非難³³⁵；應報理論則被批評為蘊含差異與排除之機制，如此「市民／非市民」的二分，恐合理化死刑或其他以保障安全、隔離危險源為名的犯罪對應措施³³⁶。就前者而言，誠然如部分文獻所回應，不應將預防理論與重刑思想劃上等號³³⁷，蓋從法律經濟分析角度觀之，在刑罰邊際效用遞減的評估下，未必需仰賴重刑化達成最佳嚇阻效果³³⁸。然而，若將刑罰純粹工具性地理解為不具非難意義，則犯行與刑罰間將欠缺一種內在關聯，也因此無法從理論內部導出罪責原則³³⁹。縱有論者主張得另外藉由比例原則替代罪責原則附加「比例性」或「罪刑均衡」的概念

³³² 柯耀程（2005），《刑法總則釋義-修正法編（下）》，頁 316，元照。

³³³ Rössner, Die besonderen Aufgaben des Strafrechts im System rechtsstaatlicher Verhaltenskontrolle, in: Roxin-FS, 2001, 977, 978.

³³⁴ 周儉嫻（2016），〈刑法第 57 條科刑量表建置的犯罪學觀點〉，《軍法專刊》，62 卷第 6 期，頁 29 以下。


³³⁵ 柯耀程（2005），《刑法總則釋義-修正法編（下）》，頁 319，元照。

³³⁶ 謝煜偉（2014），〈重新檢視死刑的應報意義〉，《中研院法學期刊》，15 期，頁 162 以下、177。

³³⁷ 黃榮堅（2012），《基礎刑法學（上）》，4 版，頁 17，元照；柯耀程（2005），《刑法總則釋義-修正法編（下）》，頁 315，元照。

³³⁸ 謝煜偉（2014），〈重新檢視死刑的應報意義〉，《中研院法學期刊》，15 期，頁 156。

³³⁹ 同樣觀點可參 Neumann（著），王效文（譯）（2016），〈犯罪行為人的罪責——心理的事實還是規範的歸責？〉，《成大法學》，32 期，頁 76。



作為外部限制，以緩和重刑化可能³⁴⁰，然比例原則審查乃一權衡的過程，此種「目的（與刑事政策目的之實現）—手段（對刑罰之負面結果）」的權衡僅能導出避免過度懲罰的相對保護，而非絕對保護，蓋當預期目的被認為至關緊要（如防止未來嚴重犯罪），可允許之手段範圍也會隨之擴大，嚴刑即可能隨之出現³⁴¹，即使「恰巧」未逾越之，也僅是社會核心人民基於共同體之共同效用（Gesamtnutzen für die Gemeinschaft）所施捨的恩惠³⁴²。反之，應報理論自始至終將人類圖像設定為自主之人，而能為歸屬於自己之行為負責，刑罰表達相應的譴責也因而僅限於可歸責之行為³⁴³，罪責原則因此乃內包於該理論當中。縱使歷史上或有掌權者試圖將應報理論作為嚴刑峻法的背書，然此毋寧是對應報理論徹底的扭曲與誤解，事實上對於有心之人，一切理論均可能淪為其濫用的工具，面對此現實，應持態度並非直接回推質疑理論的正確性，而是應從理念持續影響並圖改造現實的不完美。

從上述四點來看，預防理論缺乏堅實根基且弊多於利，相形之下，應報理論路線基石較為穩健、也較值得嘗試，惟究竟如何始可確切把握刑罰之目的，則須再進一步理清應報理論各種分支之理論內涵。

第四項 應報理論分支中的出口與曙光

如前所述，應報導向的刑罰理論不僅較符合憲法上規範性人類圖像的預設，整體思想亦較為融貫，故採擇此思考取徑應為較佳的選擇。然而由於應報理論分支眾多，且內涵各異，唯有逐一釐清檢視，始能在多個叉路中尋得最適切的出口，以奠定本文關於刑罰理論之理解。

³⁴⁰ Moccia, Die systematische Funktion der Kriminalpolitik. Normative Grundsätze eines teleologisch orientierten Strafrechtssystems, in: Schünemann/Figueiredo Dias (Hrsg.), Bausteine des europäischen Strafrechts, 1995, S. 66 ff.

³⁴¹ Hörnle, Das antiquierte Schuldverständnis der traditionellen Strafzumessungsrechtsprechung und -lehre, JZ 1999, S. 1082.

³⁴² Vgl. Montenbruck, Deutsche Strafrechtstheorie I – IV, 4. Aufl., 2020, S. 199.

³⁴³ Neumann (著)，王效文 (譯) (2016)，〈犯罪行為人的罪責——心理的事實還是規範的歸責？〉，《成大法學》，32 期，頁 76。



第一款 古典應報論

首先，古典應報理論基礎可追溯至康德與黑格爾³⁴⁴。康德主張刑法乃定言令式 (kategorischer Imperativ)，犯罪必受「對等」之刑罰以實現正義，此種理論因而為人理解為必罰主義、同害報復 (ius talionis) 法則的展現³⁴⁵；黑格爾則認為，法乃奠基於理性的正義，犯罪乃對於法權作為法權的侵害，係對法的「否定」，而刑罰又為此一「否定之否定」(Negation der Negation; Widerspruch eines Widerspruchs)，如此始能解消 (aufheben) 犯罪效力、進而恢復法權效力，以重新體現法的正義³⁴⁶。其告別了康德的同害報復法則，轉而主張價值平等 (Wertgleichheit) 的等價應報³⁴⁷。

康德理論有待釋疑處在於，僅憑宣示「刑法乃不容質疑的定言令式」是否即足以結束各方論證？即使後續援用正義的概念，能否從中導出同害報復之正當性？更甚者，刑罰最終無非是作用於現實的世界，其目的之設定終究不可能僅駐足於形上學理念的貫徹，然在其理論下，尚難掌握如何與現實及社會產生連結；而就黑格爾理論而言，得以推導出罪刑相當不等同康德所謂同害報復，實值贊同，蓋縱然俗稱刑罰應「以牙還牙，以眼還眼」，然即使是你我的牙、你我的眼，從存有狀態來看也無法被視為同一。然而，黑格爾理論有疑問之處在於，未見闡明刑罰為何對於犯罪是必要的？又刑罰具體如何解消犯罪的效力並恢復法權的效力³⁴⁸？縱認絕對


³⁴⁴ 惟黑格爾理論亦有被理解為一般積極預防的來源，王皇玉 (2009)，〈論刑罰的目的〉，收於：《刑罰與社會規訓—台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變》，頁 6-7，元照；徐育安 (2022)，〈正義理論與刑罰應報理論之重構〉，《臺北大學法學論叢》，124 期，頁 296。

³⁴⁵ 柯耀程 (2005)，《刑法總則釋義-修正法編 (下)》，頁 315，元照 297-298；王皇玉 (2009)，〈論刑罰的目的〉，收於：《刑罰與社會規訓—台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變》，頁 5-6；徐育安 (2022)，〈正義理論與刑罰應報理論之重構〉，《臺北大學法學論叢》，124 期，頁 289-290。

³⁴⁶ Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 6. Aufl., 2000, § 97.

³⁴⁷ Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 6. Aufl., 2000, § 101。中文介紹可參柯耀程 (2005)，《刑法總則釋義-修正法編 (下)》，頁 315，元照 298-300；王皇玉 (2009)，〈論刑罰的目的〉，收於：《刑罰與社會規訓—台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變》，頁 6-7；徐育安 (2022)，〈正義理論與刑罰應報理論之重構〉，《臺北大學法學論叢》，124 期，頁 292-293。

³⁴⁸ 同樣批評黑格爾理論未說明為何使用刑罰者，參黃榮堅 (2012)，《基礎刑法學 (上)》，4 版，頁 14，元照；徐育安 (2022)，〈正義理論與刑罰應報理論之重構〉，《臺北大學法學論叢》，124 期，頁 290-291；周濛沂 (2016)，〈刑罰的自我目的性——重新證立絕對刑罰理論〉，《政大法學評論》，147 期，頁 282。



性邏輯下，無須實證刑罰在現實中「確實」具解消犯罪效力的作用，然在論理上仍需有充分推演及說明。事實上，兩人在刑罰正當性問題上留有諸多空白並非不能理解，蓋兩人本非旨在完整解釋其等法哲學理念應如何應用於犯罪與刑罰的概念，以致留下無限的解釋空間³⁴⁹。雖然康德與黑格爾的哲思確實奠定了當代應報理論的基石，然其終究非神聖不容懷疑的教條，而是應持續思考「現實（犯罪）—理念—現實（刑罰）」間的動態關聯，並反覆與其等理論進行對話與辯證，以確保應報理論在當代社會的有效性。

第二款 新應報論

雖然康德與黑格爾的絕對刑罰理論曾有一段時期不為多數學說實務所採，然德國近代卻興起一波主張重返康德及黑格爾啟蒙刑法觀的熱潮，此種理論傾向又稱「新應報論」或「規範應報論」，如 Köhler、Schild、Zaczyk 及 Felix Herzog 均在此列³⁵⁰。我國周漾沂教授亦循此方向，依序闡釋刑法、犯罪、與刑罰在主體性、主體際及制度性三層次的實質內涵：所謂正當之「刑法」，其規範性來源乃理性主體（主體層次），其規範內容為法權關係——即承認可普遍化之個人權利（即個人法益）及捍衛此等權利所必須之體制（即集體法益）的誠命（主體際層次），至於其規範效力則是所有上開誠命均被遵守後所形成的「法和平狀態」（制度性層次）³⁵¹；而「犯罪」即為對刑法的否定，對應刑法三個層次，犯罪的實質意義則涵括理性主體的自我矛盾（主體層次）、法權關係的破壞（主體際層次）及進一步規範效

³⁴⁹ Hörnle 即曾舉例康德的一段話就可能存在三種解讀版本，vgl. Hörnle, *Straftheorien*, 2011, S. 17。本書中文譯本可參 Hörnle（著），鍾宏彬，李立暉（譯）（2013），〈刑罰理論〉，《軍法專刊》，57 卷 5 期，頁 111-160。

³⁵⁰ Montenbruck, *Deutsche Straftheorie I – IV*, 4. Aufl., 2020, S. 97 mit Verweis auf Köhler, *Der Begriff der Strafe*, Heidelberg 1986; Zaczyk, *Das Unrecht der versuchten Tat*, 1989, S. 130 ff.; Herzog, *Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts*, 1987, S. 57 ff.

³⁵¹ 周漾沂（2016），〈刑罰的自我目的性——重新證立絕對刑罰理論〉，《政大法學評論》，147 期，頁 287-297；周漾沂（2012），〈從實質法概念重新定義法益：以法主體性論述為基礎〉，《國立臺灣大學法學論叢》，41 卷 3 期，頁 1016-1017、1033-1035。



力的減損（制度性層次）³⁵²；至於「刑罰」則為對犯罪之再否定，即藉由將行為人實踐的錯誤行為準則回轉適用於行為人自身，以揭露行為人的錯誤，而開啟犯罪者理性自我回復的契機（主體層次）、同時回復受破壞的法權關係（主體際層次）及受損的刑法規範效力（制度性層次）³⁵³。

至於上述目的之達成為何不能僅依賴觀念上闡明，而是必須透過刑罰此等實際減損行為人權利的�方式？周濛沂教授回應，純粹觀念上闡明或告知有所不足，蓋「行為人的錯誤並非只是理論層面的認知錯誤，而是在實踐層面的行動錯誤」，僅藉觀念上的匡正來揭露行為人的錯誤，「相對於行為人所為者只具有較弱的意義...在程度上並不充分」。簡言之，唯有令行為人經受自己所做之錯事，始能「確實體會」錯事何在，並對之「現實化」。否則這種自我矛盾亦可能僅停留在行為人的觀念層次，則其便可始終不願承認錯誤，自我矛盾亦將難以解消³⁵⁴。

至於為何由國家獨占刑罰權？周濛沂教授指出個別法主體具有認知上的侷限性而難確保罪刑相當及刑罰平等，並易受慾望、情緒等經驗性條件影響而於施加刑罰時失去自我控制，導致刑罰正義取決於偶然。國家「既超越個別法主體、又關聯個別法主體」，故藉由將刑罰權交予國家，統一制定公開客觀可見之刑法、並依之公開宣告及執行，得以化解法主體間的個別差異，進而使平等、相當且穩固的刑罰獲得保證，並使刑罰理念得以現實化³⁵⁵。

由此種新應報論尚能合理提出罪刑必須相當之理由，蓋刑罰既是將犯罪的效力轉而適用至行為人本身，刑罰因此也是犯罪之映射³⁵⁶。而此所謂相當，如同黑格


³⁵² 周濛沂（2016），〈刑罰的自我目的性——重新證立絕對刑罰理論〉，《政大法學評論》，147 期，頁 297-302。

³⁵³ 周濛沂（2016），〈刑罰的自我目的性——重新證立絕對刑罰理論〉，《政大法學評論》，147 期，頁 302-318。

³⁵⁴ 周濛沂（2016），〈刑罰的自我目的性——重新證立絕對刑罰理論〉，《政大法學評論》，147 期，頁 305-306。

³⁵⁵ 周濛沂（2016），〈刑罰的自我目的性——重新證立絕對刑罰理論〉，《政大法學評論》，147 期，頁 331-334。

³⁵⁶ 周濛沂（2016），〈刑罰的自我目的性——重新證立絕對刑罰理論〉，《政大法學評論》，147 期，頁 320。




爾主張是指價值上相當，而非同態報復，蓋不應限於具偶然性及相對性之外在形態的對應，況且現實中也未必存在外在形態上完全同一性者可資對應³⁵⁷。此外，同樣基於犯罪與刑罰觀念上的對應，本刑罰理論尚能進一步導出「犯罪論取向的刑罰裁量理論」，意即僅有建構犯罪行為的要素（包含不法與罪責要素）始能成為量刑要素，至於行為人之刑罰敏感度等則非考量之列³⁵⁸。

此理論縝密地闡釋「刑法」、「犯罪」與「刑罰」三者的實質內涵及其內在連繫，並具體提出國家壟斷刑罰權之具體理由，深具啟發性。然就為何須透過刑罰應對犯罪而不能僅觀念上告知或闡明，其理由尚有幾點待釐清：首先，其以行為人所為乃「認知錯誤」或「行動錯誤」來區分是否應施以實際減損行為人權利的刑罰而非僅觀念告知，然而，若僅是停留在主體內部的認知錯誤，本不會有任何外部法律加以干涉，能進入法律管轄範圍內者，必為外部行動，至此尚無法知悉為何須施以刑罰，而非他種法律手段，尤其是人既被預設為理性主體，理應有多種管道得使其面對自身錯誤，同時也使社會知悉其所為乃錯誤的效力主張。對此，周漾沂教授接續闡明，單純觀念告知對行為人意義較弱，在程度上有所不足，由此可知，新應報論不僅具有絕對性的視野，也蘊含相對性的視角，換言之，觀念性層次與經驗性層次乃處於互相指涉、互相補充的流動性關係。固然，前文也肯認能否以經驗性證明無關理念性的證立，本文亦無意反駁應報理論的基礎，惟在思及現實層面如何貫徹該等理念時，仍必須有現實化的基礎，在此便須接續探問：行為人是否如文章所述（至少在原則上）必須親身經受所做錯事始能「確實體會」其所為錯事呢？實則，人不僅在抽象層次被預設具有反思性，在現實層面亦被多項研究證實不必然親身經受始能感同身受。例如：早在 1992 年即有腦科學家團隊發現，當位於大腦前額葉皮質所謂「腦島」區域中的「鏡像神經元」（mirror neurons）驅動時，能讓人類即使在被

³⁵⁷ 周漾沂（2016），〈刑罰的自我目的性——重新證立絕對刑罰理論〉，《政大法學評論》，147 期，頁 322-323。

³⁵⁸ 周漾沂（2016），〈刑罰的自我目的性——重新證立絕對刑罰理論〉，《政大法學評論》，147 期，頁 320、340。



動想像時，亦能產生感同身受的反應³⁵⁹；2004 年，腦神經科學家 Singer 團隊更以功能性磁共振造影（fMRI）實驗觀察，在受測者體驗痛苦或同理他人痛苦時，皆會激發大腦特別是前腦島和前扣帶皮質活化，可徵人類不必親身經歷亦得切身體驗他人感受³⁶⁰。由此可見，對於理解自身錯誤而言，親身經受所做錯事非必不可少。退步言，即使認為親身體會實屬必要，則「體會」也有「體會多少」始足的問題，且如真要「確實體會」，為何不是經受愈貼近自身所施行犯罪的方式，愈能體會其錯誤？蓋在經驗層次，不同權利侵害型態（如：剝奪生命權、身體權、財產權等）必有差異，例如：體驗自由剝奪是否真可能「確實體會」殺人的錯誤？固然，本文也同意犯罪與刑罰僅可能在抽象層次上價值上相當，惟欲回答為何必須施以「此種」刑罰措施，而非「他種」犯罪應對措施，是否能以犯罪人（原則上）必須同樣經受其所犯錯誤，始足以認知其錯誤，以達成理性自我回復呢？

第三款 溝通應報論

除上開理論外，R. A. Duff 以降的溝通應報論在當代應報論中亦佔有一席之地，並為我國部分學說所採³⁶¹。Duff 將人類圖像設定為具自主理性可能性但又易犯錯的道德主體，而行為人亦不例外，其非被社會拋棄或驅逐之人³⁶²，而是規範社群（normative community）之一員，且為程序中積極的參與者（active participant），能夠接收（receive）訊息並反應（respond）。

³⁵⁹ G. di Pellegrino, L. Fadiga, L. Fogassi, V. Gallese, and G. Rizzolatti, *Understanding motor events: a neurophysiological study*, 91 EXPERIMENTAL BRAIN RESEARCH. 176, 176-180 (1992).

³⁶⁰ Tania Singer, Ben Seymour, John O'Doherty, Holger Kaube, Raymond J Dolan, Chris D Frith, *Empathy for Pain Involves the Affective but not Sensory Components of Pain*, 303 SCIENCE. 1157, 1157-1162 (2004).

³⁶¹ 許家馨（2014），〈應報即復仇？—當代應報理論及其對死刑之意涵初探〉，《中研院法學期刊》，15 期，頁 214、256-257、274；范耕維（2019），〈以違法偵查作為量刑因子之正當化根據一個刑罰理論的觀察〉，《臺大法學論叢》，48 卷 4 期，頁 2172 以下；范耕維（2022），〈建構量刑階段中罪刑相當原則的第一哩路—自應報觀點形塑刑罰量定之理論嘗試〉，《中研院法學期刊》，頁 125，並將本說稱為「悔悟自新說」。

³⁶² R. A. DUFF, PUNISHMENT, COMMUNICATION, AND COMMUNITY 79-80, 107, 150 (2001).



立於此等人類圖像的理解，Duff 亦從應報論出發，將刑罰目的視為「世俗的贖罪」(secular penance)，以達成雙向溝通。申言之，刑罰旨在透過譴責(censure)，使犯罪者理解其犯罪是為錯誤³⁶³，並間接促使其悔悟(repentance)³⁶⁴，勸說其自新(reform)³⁶⁵，並藉由實質之方式對過去關係修復(reparation)³⁶⁶，最終與社區達成和解(reconciliation)，並重回社區。此乃一種內包(inclusionary)而非排除(exclusionary)過程³⁶⁷。其強調與一般應報理論有別，因本理論含括回顧性(backward-looking)與前瞻性(forward-looking)二面向，不僅期許行為人悔悟過去錯誤行為，亦望其自新以避免未來再犯。不過並不能因此稱本理論為義務論加上結果論的統合論，蓋此非立於工具性考量，而是內部本質使然³⁶⁸。

在溝通對象及內容上，Duff 之理論架構體現了多元與多方關係：首先，從譴責訊息角度出發，對被害人而言，乃在表明其受到錯誤對待；對社會而言，乃在表達其所體現之價值與法律受到認真對待；對犯罪者本人而言，則因將其視為負責任的道德主體，故對其不法行為予以誠實回應³⁶⁹。另外，從社區與犯罪者及被害人間溝通角度出發，亦為雙向關係：一方面，犯罪者必須對被害人及社區溝通，透過公開儀式(public ritual)³⁷⁰，承認其錯誤，並對被害人與社區正式道歉，亦即以接受

³⁶³ R. A. DUFF, PUNISHMENT, COMMUNICATION, AND COMMUNITY 111-112 (2001).

³⁶⁴ Duff 認為譴責本身即帶有此目標，且為勸使悔過，懲罰必定會帶來痛苦，而證立犯罪人應該悔過的理由在於其犯錯，See R. A. DUFF, PUNISHMENT, COMMUNICATION, AND COMMUNITY 107 (2001).

³⁶⁵ Duff 強調精確而言應為說服犯罪者自我改善(self-reform)，而非將其視為客體重新塑造(reform)，See R. A. DUFF, PUNISHMENT, COMMUNICATION, AND COMMUNITY 108 (2001).

³⁶⁶ Duff 指出，修復的負擔(burden)本身即為一種嚴厲處遇(hard treatment)。此外，所謂「修復」非損害的修復(蓋此為民法上任務)，而是道德上修復，See R. A. Duff, *Punishment, Retribution and Communication*, in PRINCIPLED SENTENCING: READINGS ON THEORY AND POLICY 126, 127 (Andreas von Hirsch & Andrew Ashworth & Julian V Roberts eds., 2009); R. A. DUFF, PUNISHMENT, COMMUNICATION, AND COMMUNITY 109 (2001).

³⁶⁷ R. A. DUFF, PUNISHMENT, COMMUNICATION, AND COMMUNITY 97-100 (2001).

³⁶⁸ R. A. DUFF, PUNISHMENT, COMMUNICATION, AND COMMUNITY 30, 80, 88-89 (2001).

³⁶⁹ R. A. DUFF, PUNISHMENT, COMMUNICATION, AND COMMUNITY 28 (2001); R. A. Duff, *Punishment, Retribution and Communication*, in PRINCIPLED SENTENCING: READINGS ON THEORY AND POLICY 126, 127 (Andreas von Hirsch & Andrew Ashworth & Julian V Roberts eds., 2009).

³⁷⁰ Duff 所謂悔悟或道歉儀式並非如文字表象意義，文中強調人乃自主性主體，其接受處罰譴責一事，即代表其悔悟與道歉，至於內心是否被勸服，則不在考量之內。



刑罰本身作為悔過的象徵³⁷¹；另一方面，被害人對社區負有協助偵測與起訴的義務，蓋犯罪乃攻擊社會公共價值，為公共錯誤（**public wrongs**），而非僅被害人一己私事，此外，被害人對於犯罪者及社區，則必須準備透過刑事處罰與犯罪者和解，最終視其為已還債的同社區公民³⁷²。

至於溝通為何需透過對犯罪者施加痛苦來達成？Duff 認為基於人性往往太容易忘記或忽視其應自省所犯錯誤，故純口頭或象徵性懲罰並不足夠，而需藉嚴厲處遇佔據其注意力、思考、情緒一段時間，以使其悔過³⁷³。換言之，刑罰乃痛悔（**remorse**）本身³⁷⁴。

再就刑罰溝通為何屬國家職責？Duff 剖明理由有三：第一，保護市民免於成為潛在被害人，然若僅具這層次，則與預防無異。故尚有第二個層次，因犯罪涉及公共錯誤，因此需藉由第三方權威性宣示、定義、並為公共回應（**public response**）³⁷⁵。最後一個層次，則為保護其市民免於成為潛在犯罪者，此背後理念乃將人視為社群中一員，具有規範價值，僅偶受誘惑，因此仍須尊重關懷³⁷⁶。

此外，Duff 的溝通應報論本質上尚蘊含犯罪嚴重性與懲罰嚴厲性間之均衡原則，蓋如懲罰是要向行為人傳遞犯罪應得之譴責，則必須傳遞與譴責嚴厲性或程度適當（**appropriate**）之溝通³⁷⁷。重點有三：其一，應採取絕對均衡（**absolute/cardinal proportionality**），亦即必須判斷一定程度或方式之刑罰本質上是否對於特定犯罪而

³⁷¹ R. A. DUFF, PUNISHMENT, COMMUNICATION, AND COMMUNITY 113 (2001).

³⁷² R. A. DUFF, PUNISHMENT, COMMUNICATION, AND COMMUNITY 114 (2001); R. A. Duff, *Punishment, Retribution and Communication*, in PRINCIPLED SENTENCING: READINGS ON THEORY AND POLICY 126, 127 (Andreas von Hirsch & Andrew Ashworth & Julian V Roberts eds., 2009).

³⁷³ R. A. DUFF, PUNISHMENT, COMMUNICATION, AND COMMUNITY 82, 107 (2001).

³⁷⁴ R. A. Duff, *Punishment, Retribution and Communication*, in PRINCIPLED SENTENCING: READINGS ON THEORY AND POLICY 126, 127-129 (Andreas von Hirsch & Andrew Ashworth & Julian V Roberts eds., 2009).

³⁷⁵ R. A. Duff, *Punishment, Retribution and Communication*, in PRINCIPLED SENTENCING: READINGS ON THEORY AND POLICY 126, 127 (Andreas von Hirsch & Andrew Ashworth & Julian V Roberts eds., 2009).

³⁷⁶ R. A. DUFF, PUNISHMENT, COMMUNICATION, AND COMMUNITY 112-113 (2001).

³⁷⁷ R. A. DUFF, PUNISHMENT, COMMUNICATION, AND COMMUNITY 120 (2001).

言是合比例的³⁷⁸。其二，懲罰重點應在於對公共錯誤的回應，必須讓犯罪者理解犯罪與刑罰背後意涵，既然刑罰是要與犯罪相適（fit the crime），自然不僅須傳遞合比例程度之譴責，尚須更進一步溝通而使犯罪者能認真面對其所為，並修復其所生傷害。其三，應選擇實質上對特定犯罪而言，適於作為溝通贖罪之特定量刑³⁷⁹，不過多少刑度才算適於世俗贖罪？其認為無絕對答案，而應採取負面原則（negative principle）——只要非絕對不符比例（如過度殘忍、貶低或侵犯而不把犯罪人視為社區的一員或違反社區價值），即可納入其他因素考量，選擇不同刑度與刑種³⁸⁰。

針對本理論，文獻上大致得以羅列以下幾點批評：首先，Duff 見解缺乏經驗上依據，蓋刑罰往往僅為犯罪者帶來憤怒與挫折，而非悔過或自新³⁸¹；其次，Duff 要求行為人接受刑法傳遞之價值並內化於己，始能確實展現悔悟與自新的意思，如此剝奪主體性自我價值的尊重，有違多元論（pluralism）精神³⁸²；其三，按 Duff 基於人性不願自新故須以懲罰應對的推論，早已悔過及無法挽救者，理應不受處罰始合乎邏輯³⁸³；其四，另從現實面觀察，群眾激憤與其他道德因素皆可能影響決策過程，而使其合理性被現實侵蝕，最終無法達到溝通目的，甚或藉口溝通失敗，而暫時或永久將犯罪者排除於社會之外³⁸⁴。

就第一點批評，誠然在「經驗上」行為人不見得會因此改過自新，但在 Duff 概念裡，所謂世俗贖罪僅具儀式性象徵，犯罪者「承擔刑罰」本身即代表參與認真的道德考量、亦即代表悔悟與道歉³⁸⁵；此概念亦可為第二點釋疑，因刑罰僅在協助

³⁷⁸ R. A. DUFF, PUNISHMENT, COMMUNICATION, AND COMMUNITY 133 (2001).

³⁷⁹ R. A. DUFF, PUNISHMENT, COMMUNICATION, AND COMMUNITY 140-142 (2001).

³⁸⁰ R. A. DUFF, PUNISHMENT, COMMUNICATION, AND COMMUNITY 134 (2001).

³⁸¹ Mirko Bagaric & Kumar Amarasekara, *Feeling Sorry? Tell Someone Who Cares: The Irrelevance of Remorse in Sentencing*, 40(4) THE HOWARD JOURNAL OF CRIME AND JUSTICE. 364, 370 (2001).

³⁸² 范耕維 (2022), 〈建構量刑階段中罪刑相當原則的第一哩路——自應報觀點形塑刑罰量定之理論嘗試〉, 《中研院法學期刊》, 頁 142-143。

³⁸³ Mirko Bagaric & Kumar Amarasekara, *Feeling Sorry? Tell Someone Who Cares: The Irrelevance of Remorse in Sentencing*, 40(4) THE HOWARD JOURNAL OF CRIME AND JUSTICE. 364, 370 (2001).

³⁸⁴ 李茂生 (2015), 〈應報、死刑與嚴罰的心理〉, 《中研院法學期刊》, 17 期, 頁 298-300。

³⁸⁵ R. A. DUFF, PUNISHMENT, COMMUNICATION, AND COMMUNITY 125 (2001).

並提供行為人悔過的「機會」，但此終究僅一種「期許」³⁸⁶，而非強求行為人心理面、現實面確實被勸服，蓋行為人既為自主性主體，自有權決定自己是否要接受刑罰所傳遞之訊息內容，並無要求行為人必須接受並內化刑罰的價值之說；至於第三點質疑，Duff 文中已回應，基於刑罰乃具公開道歉意涵的儀式，並不因行為人內心已悔過而免除³⁸⁷，此外，也難有所謂無法挽救者，蓋即使始終不悔過者，亦應將之視為社區之一員，非謂溝通失敗而停止溝通；就第四點而言，前文已有類似回應，現實面的瑕疵無法逕行回推否定理論面的合理性，蓋如問題存在於現實面群眾激憤等外部因素的干涉，則應對症下藥，而非據以指責理論面有所缺失，且倘如其所述，沒有任何手段可以防止此種外部因素對合理性的侵蝕，則任何理論的研討將終歸徒勞無益。

實則，溝通應報論已相對完整地闡明刑罰如何與行為人、被害人、社會三方進行訊息傳遞，而使整個刑罰制度運作成為可能，並提出何以必須施以刑罰來溝通、為何須由國家來溝通以及罪刑均衡之理由。不過，「溝通」本身終究非理論核心，蓋其僅描述了刑罰發話與他方回應的過程，無論應報理論、預防理論或犯罪事後處理機能論等，均得以此為連結³⁸⁸，是故正確的理解應為：溝通僅是一種中介，重點仍在最終為達何等目標（Why）、和誰溝通（Who）以及溝通了甚麼（What）。鑑於上開應報理論分支各有洞見，本文亦非旨在建構全新的刑罰理論，故將奠基於上開應報理論學說，並吸納箇中精髓、分析其間關聯性、進而思考橋接可能性，以嘗試勾勒刑罰理論的輪廓³⁸⁹。

³⁸⁶ R. A. DUFF, PUNISHMENT, COMMUNICATION, AND COMMUNITY 125 (2001).

³⁸⁷ R. A. DUFF, PUNISHMENT, COMMUNICATION, AND COMMUNITY 113, 119 (2001).

³⁸⁸ 例如有連結「犯罪事後處理機能論」者，參范耕維（2022），〈建構量刑階段中罪刑相當原則的第一哩路—自應報觀點形塑刑罰量定之理論嘗試〉，《中研院法學期刊》，頁 139 以下。

³⁸⁹ 本文之所以賦予其新的名稱，並稱之「以溝通為中介之權利釐定回復論」，乃為避免與過去特定理論相混淆。有關「權利釐定」一詞，乃啟發自簡資修教授對於法律作為權利釐定之（合約）制度的敘述（詳參簡資修（2017），〈權利之經濟分析：定分或效率〉，《法令月刊》，68 卷 9 期，頁 26 以下、42-43；簡資修（2018），〈論法律經濟分析之科學性〉，《政治與社會哲學評論》，66 期，頁 26），本文認為此「詞彙」最能精準描述本文重點所在，故將借用之，並賦予新的生命。



第四款 以溝通為中介之權利釐定回復論

一個完整的刑罰理論，本文認為必須有能力逐一回答以下問題：首先，何謂刑法？何謂犯罪？何又謂刑罰？其次，為何必須以刑罰的方式回應，而不能僅藉由語言文字為之？其三，為何應由國家來執行刑罰？其四，為何罪刑須均衡？本文將從人之主體性出發，主張刑罰乃透過溝通機能作為中介、以達成權利釐定之回復為最終目的。

就第一個問題，欲依序回答刑法、犯罪與刑罰為何，須從憲法的規範性人類圖像出發，人被視為自主決定與自我負責之法主體，乃權利與自由之載體³⁹⁰。其享有「權利」（自由），即不受他人干涉下決定自我的狀態。為確保個別主體間的權利狀態受到尊重且不受破壞，必以各法主體間相互承認彼此均擁有同等的權利（自由）為前提，而法的實質內容（即「實質法」概念）即蘊含主體間的相互承認關係（*Anerkennungsbeziehung*）³⁹¹。至「實證法」的出現則旨在協助權利界分，理由在於，雖然立基於上述人類圖像，在人際交往中，為使多數主體間趨近共生共存的目標，個別法主體自會試圖建立一套劃定與他人自由領域界線之行為準則，然因個別法主體具有有限性，由其自身所形成之行為準則僅具個別、主觀、內部與片面性，難保在多數主體間達成一致，故需仰賴第三方、中立、外部、集中的「機制」來建立一套可由多數主體共同認識、客觀、公開、統一的「行為準則」，以協助明確化人際間權利（自由）領域之範圍³⁹²。而國家既為串聯多數個別主體的集合體，故作為此「機制」最妥適，而由國家立法者制定共同「行為準則」即為實證法規範，其社

³⁹⁰ Zaczyk, *Kritische Bemerkungen zum Begriff der Verhaltensnorm*, GA 2014, 73, 89.

³⁹¹ Vgl. Seelmann, *Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion*, 1995. S. 67; Zaczyk, *Kritische Bemerkungen zum Begriff der Verhaltensnorm*, GA 2014, 73, 89。其他談及相互承認關係之我國文獻尚可參周濛沂（2016），〈刑罰的自我目的性——重新證立絕對刑罰理論〉，《政大法學評論》，147 期，頁 292 以下；古承宗（2011），〈刑事交通事件中的容許風險與信賴原則〉，《月旦法學雜誌》，193 期，頁 46；古承宗（2013），〈風險社會與現代刑法的象徵性〉，《科技法學評論》，10 卷 1 期，頁 159；惲純良（2018），〈抽象危險犯作為對抗環境犯罪的基本制裁手段〉，《月旦刑事法評論》，8 期，頁 65。

³⁹² 意指法規範在本文理解下乃「協助」權利釐定，而非「創造」權利釐定。

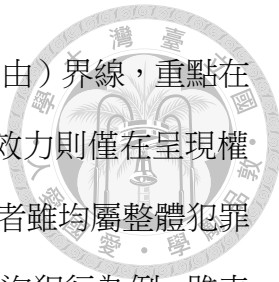
會與現實關聯性在於降低社會生活成本，一方面提供潛在行為人如何行動始不會跨越人際界線的明確標準，以免其在複雜人際交往中因擔心侵害他人權利領域而壓縮行動自由，另一方面也穩固潛在被害人的期待使其得確定期待從事社會交往活動時，他人不會任意侵害其權利，以免其為迴避風險而減損行動自由³⁹³。而刑法，相較於他種法規範，乃在抽象層次上保護人的現實存有，而在具體層次上保護使人現實存有的基本條件，又由於人存於世間並非孤立的存在，而是與社會緊密相連，故所謂「現實存有的基本條件」應從任何人從事人際交往、經營社會生活所須者出發³⁹⁴。此同時即為實質解釋下的法益概念³⁹⁵，諸如生命、身體、行動自由、名譽及財產等，因均涉及人之為人的核心領域，故均可在此概念下被理解。

就此，「犯罪」(刑事不法)的實質內涵從抽象到具體得以描述為三個層次：(一)法主體內部運作錯誤，(二)擴張自身權利(自由)而侵害他人權利、否定相互承認關係、並僭越權利界分，以及(三)實證規範效力之減損。相較於著重第一層次理性主體的自我矛盾，或將第三層實證法規範效力(Normgeltung)的減損視為核心，本文以為重點應置於第二層權利釐定的破壞，蓋就最前端的法主體內部運作錯誤而言，如未形諸於外而逾越人際界線，根本無須法律干涉，此乃將人真正視為法主體尊重之必然；而就最後端的實證法規範效力減損而言，又僅為權利界分受僭越

³⁹³ 另有從法律經濟分析觀點得出類似結論者，其中指出權利必須釐定的理由在於減少人際間不受約束競爭所致資源租值消散(dissipation of rent)，減少社會浪費，並使市場交易成為可能。所謂法律，即作為權利釐定之(合約)制度，參簡資修(2017)，〈權利之經濟分析：定分或效率〉，《法令月刊》，68卷9期，頁26以下、42-43；簡資修(2018)，〈論法律經濟分析之科學性〉，《政治與社會哲學評論》，66期，頁26。其他談及此等規範功能的刑法學文章，可參周漾沂(2008)，〈論「煽惑他人犯罪或違背法令」之處罰理由〉，《國立臺灣大學法學論叢》，37卷4期，頁370以下；周漾沂(2012)，〈從實質法概念重新定義法益：以法主體性論述為基礎〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第41卷3期，頁1011以下；古承宗(2011)，〈刑事交通事件中的容許風險與信賴原則〉，《月旦法學雜誌》，193期，頁45；古承宗(2013)，〈風險社會與現代刑法的象徵性〉，《科技法學評論》，10卷1期，頁159；古承宗(2015)，〈環境風險與環境刑法之保護法益〉，《興大法學》，18期，頁219。

³⁹⁴ 許玉秀(2003)，〈刑法的任務——與效能論的小小對話〉，《刑事法雜誌》，第47卷第2期，頁2、5；司法院釋字第594號解釋許玉秀大法官部分協同意見書。此亦含括維護此基本條件所必要之體制，參周漾沂(2012)，〈從實質法概念重新定義法益：以法主體性論述為基礎〉，《國立臺灣大學法學論叢》，41卷3期，頁1016-1017、1033-1035。

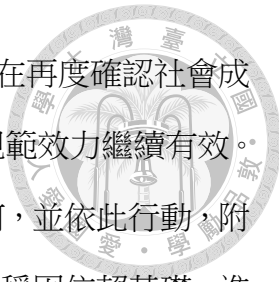
³⁹⁵ 周漾沂(2012)，〈從實質法概念重新定義法益：以法主體性論述為基礎〉，《國立臺灣大學法學論叢》，41卷3期，頁1017。



的反射結果，蓋如前所述，實證法僅在輔助劃定主體間權利（自由）界線，重點在該實證法規範後共同行為準則所表彰之價值，而實證法的規範效力則僅在呈現權利釐定彰明、所有公民均依循之而實現之法和平狀態，是故，三者雖均屬整體犯罪的一環，惟介於之間的權利界分破壞始為刑事不法的核心。以竊盜犯行為例，雖表面上看似對我國刑法第 320 條的違反，然實質上的不法核心應為第二層破壞主體間劃定之財產權制度及物的歸屬關係，而非第一層行為人做出「得以剝奪他人財產權」之涵攝錯誤或第三層我國刑法第 320 條效力之減損。

基於上述的理解，刑罰既為對犯罪之回應，則觀念上乃透過剝奪行為人所擴張之權利（自由），以回復原初的權利釐定狀態（第二層的回復）。不過雖然核心乃權利釐定之回復，然此亦會關連到法主體內部的修正（第一層的回復）與實證法規範效力的回復（第三層的回復）。此整體機制如何成為可能？本文認為應連結刑罰的溝通機能予以理解。申言之，刑罰非單純惡害的施加，而是具有與行為人、被害人、社會間三方溝通的作用。就刑罰對「行為人」的發話而言，以剝奪權利（自由）來重劃權利領域，旨在嚴正揭示其錯誤：其不當逾越人際界線，不僅具體造成他人損害，尚抽象侵害他人權利、否定相互承認關係、進而破壞共同行為準則所體現的價值。在藉刑罰傳遞非難訊息於行為人的同時，具自我負責能力之行為人亦以承擔刑罰來進行回應，在此過程中亦期待自主之法主體在接收譴責並重新認知權利界線後，得以先意識自身錯誤、自我和解並自我修正，進而重新承認他人的權利、建立正確之行為準則、並在未來不再僭越權利界線，由此可能附帶產生特別預防效果³⁹⁶。然既肯認行為人作為自我決定之主體，自無法干涉其內在自由，故行為人既以承擔刑罰來回應譴責，則無強制其內化刑罰所傳遞訊息之說；至於刑罰對「被害人」的發話，則意在確認其權利遭受不法侵害，並承認其享有公民地位，值得國家的重視。在此過程中，受害者傷痛或憤怒之情緒是否會實際被撫平，則非刑罰處理之標

³⁹⁶ 須補充者，預防終究僅是可能的附帶效果，一來不能就此斷定其為刑罰的「目的」，二來亦非在經驗上必然會導致此效果。




的，至多只能作為附帶效果；至於刑罰對「社會」的發話，則旨在再度確認社會成員間原先劃定之權利界分的正確性，而此亦將反射地使實證法規範效力繼續有效。對於潛在行為人而言，得經認知而確認正確的共同行為準則為何，並依此行動，附帶可能產生一般預防之效果，而對於潛在被害人而言，則得繼續穩固信賴基礎，進而以降低社會生活成本的方向導引社會成員行動，並使社會運作成為可能。

除了如上述刑罰分別與行為人、被害人及社會三方溝通外，整個刑罰程序同時彰顯國家機制藉權利釐定已象徵性完成三方彼此間之溝通，而有定紛止爭之作用。就行為人向被害人及社會發話而言，旨在透過承擔刑罰本身，正式表達已面對自身錯誤、承認被害人權利受損、並試圖修復被破壞之共同行為準則；而就另一端，被害人及社會對行為人發話而言，則表達捨棄進行私人復仇，而是透過國家機制解決衝突，也因而在外行為上停止究責，並接受行為人仍為社會成員而允許其復歸社會。此無關被害人或社會公眾內心傷痛或憤怒是否已被撫平，而是既然藉由刑罰公開宣示已將行為人、被害人及社會全體成員納入參與對於犯行之正式回應，則必須在此完整程序後，讓該社會矛盾象徵性地告一段落，以使社會系統得以繼續運行。

以上已從主體出發，劃定了刑法、犯罪與刑罰的實質內涵。接續將須回答的第二個問題是：為何權利釐定的回復不能透過單純語言文字等象徵性曉示來達成（例如：有罪判決宣示），而必須仰賴「代表承平時對基本權最嚴重之侵害」³⁹⁷的刑罰來達成？理由在於，觀念上，面對行為人片面並任意地擴張自身權利，必須予以相對應的權利剝奪，始能回復原先的權利界分狀態。然就具體而言，權利剝奪必須是以何種型態展現，不僅無法從前文已反駁之同害報復法則中得出，也無法單從價值上（nach dem Werte）罪刑相當之理念中得出，蓋在此理念下，罪與刑在質量換算上不應牽制於外觀形態，依此，僅要求對權利擴張的犯罪必須以權利剝奪的刑罰

³⁹⁷ Montenbruck, Deutsche Strafrecht I – IV, 4. Aufl., 2020, S. 175.



相對應，而不要求在生命權、身體權、隱私權或財產權等外觀型態上相對應³⁹⁸，例如：不會要求必須以死刑回應殺人行為。在此推論下，無論刑罰以剝奪何種權利的型態展現均可能，且此所謂權利的剝奪尚囊括非常廣義的行動自由，根本無法從中得出具體妥適的刑罰措施安排與採擇。欲得出之，便不可能一概停留在觀念性層次，而必須一定程度進入現實性，具體判斷何種措施適於上開溝通機能，以助於權利釐定。此乃因刑罰除了在抽象意義上向行為人傳遞非難訊息外，另一方面在具體意義上，也透過國家提供完整的刑事程序與執行措施，扶助行為人認知自身錯誤、進而反思、提供其自新的機會。就此，可以進一步推論出，刑罰態樣並非愈嚴厲愈好，蓋若徹底剝奪行為人之法主體性，不啻表明得以與特定人拒絕溝通。然而面對特定嚴重之犯罪³⁹⁹，不排除得使用妥適期限之自由刑，蓋自由刑乃將行為人暫時移置國家所提供的特殊場域，使其暫時阻隔外在惡劣環境（如失能的家庭或負面影響的同儕），並劃出特定真空的時間使其有機會觀照自我，開啟自我釐清與自我修復的契機。雖或有質疑我國現實監獄環境與矯正措施不僅無法達成上述溝通效果，尚深化矛盾與對立，然現實的不足亦正是本理論批判的標的，既然苦痛賦予在本文理解下並非溝通機能之核心，國家本非施加惡害即結束刑罰任務，反之，縱採取自由刑，亦應塑造適於溝通的環境，以促進開啟自省與自新的契機。誠然，現實中適於作為行為人、被害人及社會三方溝通的矯正措施，不以自由刑為限，廣義而言，如社區處遇或強制治療等多元處遇，在抽象上亦可理解為較柔軟的權利剝奪，然就此具體執行種類與執行內容安排已超越本文研究範圍，故本文僅提出思考方針，有待另文研究。

至於就第三個問題，應由國家執行刑罰之理由在於，無論是犯罪，還是因應犯罪所制定的刑法、至刑事判決宣告、再至刑罰執行乃一連串的過程，其間貫穿主體、主體際、直至制度，故必須由外於個別主體、第三方、中立、公開、集中之機制統

³⁹⁸ 參周濛沂(2016)〈刑罰的自我目的性——重新證立絕對刑罰理論〉，《政大法學評論》，147期，頁324-325。

³⁹⁹ 就何等犯罪始屬之，自須更仔細的分析，尚非本文研究重點。



一為之，而國家作為多數個別主體間的橋樑，其任務即涵括從保障法秩序、到人際間相互承認關係、最終至所有公民之權利得以實現，是故由其掌握刑罰權最為合適。

最後，就第四個問題而言，本理論亦適於回答為何罪刑必須均衡。蓋所謂犯罪，即行為人抽象上僭越既有權利界分，擴張自身權利（自由）領域、同時相對地壓縮他人權利（自由）領域，並對外宣稱此權利領域歸其所有，而創造出一個表象上權利歸屬未定的餘地，並使權利界線暫時性、模糊地向被害人一方挪動壓縮，倘未在抽象上加以推回，則新的權利界線將被永久性地被確認。就權利疆界的回推而言，並無法單純仰賴傳統民事損害填補，蓋不法的核心在於抽象的權利侵害——不僅包含個人面向的權利剝奪，亦包含社會面向的行為準則破壞，其中或大或小的具體損害僅隨之而生，傳統民法亦僅能就此具體層次的損害加以填補，而無力在抽象上回復既有權利釐定狀態。欲推回之，則必須解消其宣稱為其權利（自由）領域的餘地，僅有透過同樣抽象層次的權利剝奪，始足解消犯罪的效力，並回復既有權利界分狀態，至於在此過程中是否對行為人產生等量的具體損害同樣非重點⁴⁰⁰。至於為何不能剝奪比行為人擴張部分更多權利（自由）？理由在於刑罰宗旨僅在回復既有人際間權利界分狀態，具象化而言，只需將該界線推回中間，而非再往行為人固有領域一端推移，否則將淪為來自國家多餘的侵害，以應報之名，行同害報復、甚至殺雞儆猴之實。鑒於上述論述，首先，刑罰在觀念上必須與犯罪相對應，不過具體上是否直接落實於量刑，則必須先確認刑罰目的與量刑目的是否貫穿。其次，尚能導出刑罰評價的對象乃過去破壞權利釐定狀態之犯行，而非再犯預防的評估，不過，如前文所述，由於過去與未來乃通過現在相互連繫，評價犯行過去對權利釐定的破壞，同時也蘊含展望未來行為人重建正確的權利疆域認知，並依此而為行動。

⁴⁰⁰ 文獻上亦有指出僅有刑罰才有能力解消錯誤行為準則的表象與普遍化傾向者，可參見周漾沂（2016），〈刑罰的自我目的性——重新證立絕對刑罰理論〉，《政大法學評論》，147期，頁337-339。

第二節 從刑罰目的貫穿至量刑目的



上文已確立刑罰目的在於以溝通為中介而回復權利釐定狀態，然此是否得進而作為量刑的上位指導原則，尚有待釐清，蓋刑罰目的與量刑目的是否同一，素有爭議。闡明此點對於我國刑法第 57 條各款事由的釋義格外重要，蓋如果刑罰目的與量刑目的同一，則在解釋各款量刑事由之定位及確認個案中哪些具體情狀得納入考量時，亦應依上開建構的刑罰目的來解釋，反之，如兩者並非同一，則必須另探究量刑自身目的以導引該條的解釋適用。

無論在德國或我國，多數見解均將刑罰目的視為量刑之起點。首先，在德國學界中，自 Spendel 在《刑度理論》此深具影響力的著作中將刑罰目的置於量刑的起點後，從此奠定了刑罰目的在德國量刑法中的主導地位⁴⁰¹。此後，作為德國量刑法發展指標的 Bruns 也提出了五階段量刑步驟，其中（一）校準（Ausrichtung）法定刑罰目的被設定為量刑的第一步驟，後面才依序（二）查明相關量刑事實、（三）確認評價方向、（四）量刑情狀相互權衡、（五）並將以此所得之相對量（relativen Größen）轉化為絕對性數字（absolute Zahlen）⁴⁰²。此外，在 Meier 提出的七階段量刑步驟中，刑罰目的之確認同樣被視為第一步驟的定錨⁴⁰³。同樣地，德國聯邦憲法法院亦指出量刑時必須考量刑罰目的⁴⁰⁴。

至於我國學界中，亦不乏將刑罰目的視為量刑的起點，其中有採取三階段量刑審查基準者，認為應依序判斷：（一）刑罰目的之確定、（二）刑罰裁量事由之審酌、（三）裁量之基準與衡量原則，其中刑罰目的被置於第一步驟理由在於，唯有清楚確認刑罰目的，始能藉此判斷法官量定之刑是否適當⁴⁰⁵；此外，亦有學者主張，既


⁴⁰¹ 指出此點者，參 Hörnle, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, S. 125。

⁴⁰² Bruns, *Das Recht der Strafzumessung*, 2. Aufl., 1985, S. 6.

⁴⁰³ Meier, *Strafrechtliche Sanktionen*, 5. Aufl., 2019, S. 165 ff.

⁴⁰⁴ Maier, in: *Münchener Kommentar zum StGB*, Bd. 2, 4. Aufl., 2020, §46 Rn. 51.

⁴⁰⁵ 蘇俊雄（2000），〈刑法總論 III〉，頁 403，元照；許澤天（2010），〈自白作為 有利行為人量刑的犯後訴訟表現〉，《中原財經法學》，25 期，頁 18；郭豫珍（2011），〈刑罰目的觀對法官量



然法官職責在於將法律條文背後的規範目的具體化，因此量刑必須受刑罰目的拘束⁴⁰⁶；再者，常被援引的一則最高法院判決亦謂：「科刑過程不外乎(1)刑罰目的之確定（應報主義、一般預防主義及特別預防主義），(2)科刑事由之確認，(3)科刑之權衡（即依據刑罰目的與科刑事由，評價其影響科刑之意義；綜合考量各種科刑事由在科刑決定上之重要程度；根據綜合考量，決定一定刑種與刑度之具體刑罰）等階段。科刑是否正確或妥適，端視在科刑過程中對於各種刑罰目的之判斷權衡是否得當，以及對科刑相關情狀事證是否為適當審酌而定⁴⁰⁷。」在刑事案件量刑及定執行刑參考要點第 2 點中也指出，「除應注意法律相關規定外，並宜綜合考量...刑罰目的...」。上述觀點的共通點在於均將刑罰目的置於量刑的起點，並認為刑罰目的之採擇差異亦將影響量刑的解釋適用。

相較於上開將刑罰目的視為量刑起點的見解，文獻上尚有明確反對將刑罰目的與量刑目的相連者，如 H. L. A. Hart 即為採取此觀點的知名論者，其認為應區分刑罰制度的一般正當化目的（general justifying aim）及刑罰的分配（distribution），蓋兩層次所涉問題迥異⁴⁰⁸。此觀點嗣後也被 von Hirsch 所承襲，並進一步闡釋兩者差異在於前者涉及整個刑罰制度為何應該存在，而後者則涉及一個人相較於另一人應予以多少懲罰，即包含量刑等問題⁴⁰⁹。除此之外，Hörnle 也認為在談量刑問題時沒必要直接援引刑罰目的，蓋整體社會制度的存在理由不必然與個別規定運作方式的原則相同，換言之，刑罰理論乃刑事司法制度證立理由，而量刑理論則為具體個別刑罰之實施標準，其重點在於對具體個案的非價判斷，故實無理由直接

刑影響力的質化研究》，《法學叢刊》，56 卷 4 期，頁 68；蕭宏宜（2012），〈量刑原則與罪罰相當〉，《台灣法學雜誌》，214 期，頁 120；范耕維（2019），〈以違法偵查作為量刑因子之正當化根據一個刑罰理論的觀察〉，《臺大法學論叢》，48 卷 4 期，頁 2160。

⁴⁰⁶ 周漾沂（2004），〈論刑法第五十七條量刑要素之基礎〉，《刑事法雜誌》，第 48 卷 第 3 期，頁 97。

⁴⁰⁷ 最高法院 102 年度台上字第 170 號刑事判決。

⁴⁰⁸ H. L. A. HART, PUNISHMENT AND RESPONSIBILITY ESSAYS IN THE PHILOSOPHY OF LAW, 3-4, 8-13 (2d ed., 2008).

⁴⁰⁹ ANDREW VON HIRSCH & ANDREW ASHWORTH, PROPORTIONATE SENTENCING: EXPLORING THE PRINCIPLES, 27 (2005).



將兩者相掛勾⁴¹⁰。由上可知，上開論者均認為量刑規則的解釋適用不應直接從刑罰理論中導出⁴¹¹。

上開論者不僅在理論上主張刑罰目的與量刑目的無法相互推導，在結論上亦往往在此兩層次採取不同的取向。例如：Hart 認為在第一層次證立刑罰一般正當目的時，必須以促進公共價值之功利主義及目的論出發⁴¹²，至於在第二層次回答「誰可能受處罰 (Who may be punished)？」時，則認為應納入應報的分配正義觀，以限制上開目的的無限制追求⁴¹³；von Hirsch 則主張第一層次應以譴責為主、預防為輔來證立，至於第二層次則單純取決於譴責而非雙重目的⁴¹⁴；Hörnle 則在刑罰理論採取一般預防(含消極一般預防及一般積極預防)輔以被害人導向之表達性刑罰理論⁴¹⁵，然在第二層次卻採取犯行相當之量刑理論 (Theorie tatproportionaler Strafzumessung; Tatproportionale Strafzumessungslehre)，此取向往往被理解為與絕對刑罰理論相繫⁴¹⁶。

此外，我國學者亦有類似主張刑罰目的與量刑目的必須予以區別者，理由在於刑罰目的著重在施用刑罰後對個人或社會所生機能，而量刑則在權衡具體個案適合的刑罰，兩者雖有關聯，但層次有異⁴¹⁷；或有進一步指出，刑罰目的立足點乃「罪與罰」的對應關係，僅強調「刑罰」所能達成的目標或國家刑罰的正當性，倘量刑時亦僅侷限於此，將忽略量刑實具有多元目的，「除了應考慮應報、一般預防、特

⁴¹⁰ Hörnle, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, S. 125-127.

⁴¹¹ Hörnle, *Straftheorien*, 2011, S. 4, 6.

⁴¹² H. L. A. HART, PUNISHMENT AND RESPONSIBILITY ESSAYS IN THE PHILOSOPHY OF LAW, 8-11 (2d ed., 2008); H. L. A. Hart, *The Presidential Address: Prolegomenon to the Principles of Punishment*, 60 *Proceedings of the Aristotelian Society*. 8-10 (1959).

⁴¹³ H. L. A. HART, PUNISHMENT AND RESPONSIBILITY ESSAYS IN THE PHILOSOPHY OF LAW, 11-13 (2d ed., 2008); H. L. A. Hart, *The Presidential Address: Prolegomenon to the Principles of Punishment*, 60 *PROCEEDINGS OF THE ARISTOTELIAN SOCIETY*. 1, 10-12 (1959).

⁴¹⁴ ANDREW VON HIRSCH & ANDREW ASHWORTH, *PROPORTIONATE SENTENCING: EXPLORING THE PRINCIPLES*, 27 (2005).

⁴¹⁵ Hörnle, *Straftheorien*, 2011, S. 28, 37 ff.

⁴¹⁶ Hörnle, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, S. 6.

⁴¹⁷ 許恒達 (2017)，〈罪刑均衡、犯罪預防與刑罰裁量〉，《科技部補助專題研究計畫成果報告期末報告》(計畫編號：MOST 104-2410-H-004-070-MY2)，頁 6。

別預防（矯治、再社會化等）之外，尚應兼考慮關係修補、實質賠償或補償及犯罪原因消除等面向」⁴¹⁸。




本文以為，刑罰目的與量刑目的之所以看似在命題敘述上有所差異，乃因視角不同：前者宏觀地看整體刑罰制度，後者則微觀地看具體個別刑罰，然而本質上兩者並非彼此斷裂，而是從抽象到具體的過程。蓋刑罰制度並非抽象真空的概念，而是指涉到個別具體刑罰措施，反面來說，作為個別刑罰措施的量刑即為刑罰制度於個案中的具體實踐。也因此，倘整個刑罰制度無法立基於特定理由而證立其正當性，則亦無可能援此合理化其具體刑罰措施；反之，倘個別刑罰措施缺乏正當性，我們也無法合理化整個刑罰制度。例如：前已在刑罰理論的層次闡述預防理論的諸多弊病，則不可能在具體化刑罰制度的量刑中將之納入考量。同時，在此亦得一併否定通說在量刑理論採取的「裁量餘地理論」（Spielraumtheorie）⁴¹⁹，蓋其認為應在責任刑的幅度區間內考量預防等目的，本質上乃刑罰理論中相對應報論於量刑理論的落實，則前述統合論在刑罰理論層次面臨的問題也會被帶到量刑層次。綜上，刑罰目的必須貫穿至量刑目的，若以本文刑罰理論立基於「溝通為中介的權利釐定論」，則在刑量高低的決定上自應由此出發。

第三節 小結

本章第一節旨在剖釋刑罰目的之定位，以分析應報理論與預防理論兩大支派核心理念為始，並指出兩者必然處於相互對立的關係，即使是通說所採取的統合說亦無法緩和其間衝突，至多僅能達成表面上而非實質上的統一，且犯罪事後處理機能論雖跳脫窠臼而另闢蹊徑，然仍有諸點尚待補充，故仍必須回到應報與預防理論

⁴¹⁸ 謝煜偉（2020），〈從量刑目的論形構量刑框架及量刑理由之判決架構〉，《法官協會雜誌》，22卷，頁 88-89、103。

⁴¹⁹ BGHSt 20, 264, 266 f.; BGH NStZ 2017, 694; Streng, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), NK-StGB, 6. Aufl., 2023, §46 Rn. 97 ff.; Schäfer/Sander/van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 6. Aufl., 2017, Rn. 828; Schneider, in: LK-StGB, Bd. 4, 13. Aufl., 2019, §46 Rn. 49 ff.



中擇一，本文從憲法上規範性人類圖像的設定、免於將人工具化、避免無實證根據地信仰犯罪控制效果及堅守罪責原則四個面向闡釋應報理論較足採納。而在應報理論分支中，康德與黑格爾的古典應報理論、周漾沂教授的新應報論與 Duff 的溝通應報論均予人不同面向的啟發，奠基於此等學說並汲取、融合其中精華，本文將刑罰目的定位為旨在回復既有權利釐定狀態，並以溝通作為中介。確立刑罰目的後，本章第二節則旨在確定至少在刑量的決定上，必須貫徹上開刑罰目的的思維，蓋整體刑罰制度與個別量刑乃互為支撐補充的關係。

第五章 重塑量刑罪責——以犯罪論為導向

所謂「量刑罪責」乃我國從德國傳統量刑理論繼承而來的概念，無論是德國刑法第 46 條第 1 項第 1 句或我國刑法第 57 條，均明示各款所含量刑因子應以此基礎而為解釋，如何理解量刑罪責自然成為最終決定何等具體因子能納入量刑考量的關鍵。縱使其重要性不言而喻，然相關研究卻寥寥無幾，以至今日人們對其理解仍相當匱乏。造成德國如此現況的原因之一在於，一向提倡歸納式、系統化法學方法的 Bruns 長時間主導了德國量刑法的發展，使德國學界研究路線多走向著重目錄式闡述德國 46 條第 2 項第 2 句各款量刑事由，而摒棄對德國 46 條第 1 項第 1 句量刑罪責的概念進行抽象化理論思考分析⁴²⁰；至於我國情況則益加困迫，不僅少有周密盤點我國刑法第 57 條各款目錄的研究，統一建構量刑罪責內涵的文獻更如鳳毛麟角。然而，若無進一步闡述其規範性內涵，則恐如社會學所示，往往是發生特定犯罪事態後，為維持社會秩序、平穩國民感情、滿足懲罰需求，始回溯性地對特定個人貼附對應的罪責⁴²¹，如此一來，表面對於「罪責相當之刑罰」（schuldangemessene Strafe）的證立豈不淪為實際掩蓋法官主觀評價的事後保障（nachträgliche Absicherung）⁴²²？是故，本章將先描繪量刑罪責的規範性輪廓，始能在下一章提出我國刑法第 57 條第 9 款的規範性界線。

第一節 罪責原則的兩個層次——刑罰證立罪責與量刑罪責

論及罪責的理念（Schuldidee），往往會連結到罪責原則乃憲法定位為構建整個刑法的指導原則。德國聯邦憲法法院往往援引德國基本法第 1 條第 1 項人性尊

⁴²⁰ Hörnle, Das antiquierte Schuldverständnis der traditionellen Strafzumessungsrechtsprechung und -lehre, JZ 1999, S. 1080.

⁴²¹ Hörnle, Die verfassungsrechtliche Begründung des Schuldprinzips, in: Tiedemann-FS, 2008, S. 338；謝煜偉（2014），〈重新檢視死刑的應報意義〉，《中研院法學期刊》，15 期，頁 186。

⁴²² Hörnle, Das antiquierte Schuldverständnis der traditionellen Strafzumessungsrechtsprechung und -lehre, JZ 1999, S. 1081.

嚴、德國基本法第 2 條第 1 項人格自由發展權與法治國原則來導出罪責原則⁴²³。而我國亦在多號司法院釋字中承認之，如釋字第 775 號解釋即如過去學理⁴²⁴一般，將罪責原則分為兩層面論述：「有關刑罰法律，基於無責任無處罰之憲法原則，人民僅因自己之刑事違法且有責行為而受刑事處罰（本院釋字第 687 號解釋參照）」以及「刑罰須以罪責為基礎，並受罪責原則之拘束，無罪責即無刑罰，刑罰須與罪責相對應（本院釋字第 551 號及第 669 號解釋參照）」，前者即俗稱的「無罪責即無刑罰」（Nulla poena sine culpa），屬關涉犯罪成立與否的犯罪論層次，又被稱為「刑罰證立罪責」（Strafbegründungsschuld），僅作為犯罪成立條件之一，通說認為包含行為人對其不法行為的非難可能性（Vorwerfbarkeit），包含責任能力（我國刑法第 18 條、第 19 條、第 20 條；德國刑法第 19 條、第 20 條）及不法意識（我國刑法第 16 條；德國刑法第 17 條）⁴²⁵等；後者則關涉刑罰如何分配的刑罰論層次，又被稱為「量刑罪責」（Strafzumessungsschuld），乃刑罰的前提條件，指對不法與罪責之量的整體評價，在嚴重程度的分級概念下，量刑罪責高低也預示了刑罰高低⁴²⁶，我國刑法第 57 條及德國刑法第 46 條第 1 項第 1 句所稱「行為人之責任」均指涉此。

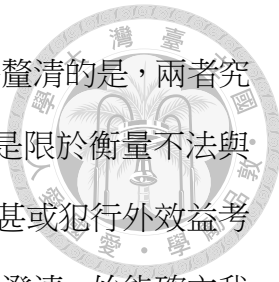
就刑罰證立罪責和量刑罪責之間的關聯而言，多數文獻正確地指出，在犯罪論通說將不法與罪責二分的情況下，量刑罪責的評價對象並非僅犯罪論中狹義的罪責，而是含括對整體不法與罪責（亦即「有責之不法（das verschuldete Unrecht）」）

⁴²³ Hörnle, Die verfassungsrechtliche Begründung des Schuldprinzips, in: Tiedemann-FS, 2008, 327.

⁴²⁴ 關於罪責的兩個面向，可參許澤天（2021），刑法總則，2 版，頁 17-18，新學林；蔡墩銘（1974），〈論刑法中的責任原則〉，《國立臺灣大學法學論叢》，4 卷 1 期，頁 59-60；林山田（2008），《刑法通論（下冊）》，增訂 10 版，頁 523-524，元照；甘添貴（2004），〈責任原則〉，《月旦法學教室》，20 期，頁 36-37。

⁴²⁵ 德國法下尚有寬恕罪責事由（Entschuldigungsgründen，德國刑法第 35 條），我國並無明文規定，惟是否在理論上肯認之，則有爭議。

⁴²⁶ Achenbach, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 1974, S. 2 ff.; Roxin, AT, Bd.1, 4. Aufl., 2006, §19 Rn. 54 f.; Meier, Strafrechtliche Sanktionen, 5. Aufl., 2019, S. 189.



的量進行評價，故刑罰證立罪責與量刑事責不盡相同⁴²⁷。然有待釐清的是，兩者究竟不同到何種程度？特別是就量刑事責的評價對象而言，究竟是限於衡量不法與罪責的量，抑或未被犯罪論通說納入的預防需求、行為人人格、甚或犯行外效益考量亦屬其中一環？就此，文獻上未見明確答覆，然而唯有先加以澄清，始能確立我國刑法第 57 條各款量刑事由之解釋方向。實則，就犯罪論中的刑罰證立罪責而言，歷史已累積豐碩的討論，惟就本文所關注之量刑事責的研究卻瞠乎其後。上文已初步澄清量刑事責與刑罰證立罪責雖有關連但亦非完全相同，接下來的問題則是，量刑事責的實質內涵究竟為何？尤其首須確認的是，量刑評價對象除了犯行不法本身外，是否尚及於犯行不法以外的行為人罪責？

第二節 量刑事責的澄清——以犯行罪責為中心

第一項 剝除行為人罪責的殘餘

關於量刑事責的非難對象，無論是德國還是我國通說，均認為包含兩條軸線——犯行的嚴重性（Schwere der Tat）以及行為人個人罪責的程度（Grad der persönlichen Schuld des Täters）⁴²⁸。其中應先由整體犯行罪責情狀確認「責任框」，再於該框線內由行為人人格及環境情狀確定其「預防框」⁴²⁹。在此我們可以看到融合犯罪論中兩大對立的罪責理論的影子。前者可以彰顯古典犯行罪責論，即以個別犯行作為罪責非難對象；後者則彰顯 20 世紀初發展出的行為人罪責論，即 Dreher

⁴²⁷ Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl., 2018, § 46 Rn. 23; Kinzig, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl., 2019, § 46 Rn. 9a; Hörnle, Das antiquierte Schuldverständnis der traditionellen Strafzumessungsrechtsprechung und -lehre, JZ 1999, S. 1082; Hörnle, Strafzumessungsrelevante Umstände der Tat, in: Frisch (Hrsg.), Grundfragen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht, 2011, S. 114。同樣指出指出犯罪論與量刑論中罪責概念不同之我國文獻，可見於朱朝亮（2021），〈從量刑法則之應然，談我國現行量刑實務問題〉，《法官協會雜誌》，22 期，頁 65。

⁴²⁸ Hörnle, Das antiquierte Schuldverständnis der traditionellen Strafzumessungsrechtsprechung und -lehre, JZ 1999, S. 1082；司法院釋字第 775 號理由書；朱朝亮（2021），〈從量刑法則之應然，談我國現行量刑實務問題〉，《法官協會雜誌》，22 期，頁 44。

⁴²⁹ 朱朝亮（2021），〈從量刑法則之應然，談我國現行量刑實務問題〉，《法官協會雜誌》，22 期，頁 56。



主張的性格罪責 (Charakterschuld) 及戰後 Gallas、Jescheck 和 Schmidhäuser 等主張的心性罪責 (Gesinnungsschuld)，主張行為人缺陷性格或心性始為非難重點⁴³⁰。

然而，前文已闡述，面對對立的兩理論，若未探求個別正當性，往往綜合兩者也僅是缺陷的集合、矛盾的載體。倘進一步分析罪責的理念，前文主張罪責原則仍須由憲法上自主決定與自我負責的規範性人類圖像出發，則由行為人負責而可對其非難的部分也僅限於過去犯行對權利釐定之破壞。相形之下，以行為人罪責為導向的諸理論乃基於社會防衛的觀念，將行為人之人格視為危險源，不僅不符規範性人類圖像的設定，且將刑罰奠基於未來的預測，不僅易流於恣意，亦欠缺內部的限制，恐流於無上限的干預，也因此根本上牴觸自由法治國的理念。基於上開理由，近代在談論犯罪論罪責時幾乎已無明確支持行為人罪責之論者⁴³¹。


然而令人費解的是，雖然在犯罪論罪責中幾乎不見採取行為人罪責者，然而在量刑論罪責中兼採行為人罪責卻蔚為通說。而此種罪責理解的理論基礎正根始於納粹時期及戰後初期所盛行、而參考 Dreher、Welzel、Heinitz、Mezger 和 Engisch 等見解所形成的「性格及素行罪責論」(Charakter- und Lebensführungsschuldlehren)⁴³²。然而問題在於，為何行為人罪責理解在當代犯罪論中已無立足之地，在量刑論中卻仍在學說及實務運作上繼續作用呢？

倘從我國刑法第 57 條之源頭的德國刑法第 46 條的發展歷史來看，便能理解其來有自。在德意志帝國刑法時期，自 1909 年首次公布《德意志刑法準備草案》第 81 條以降，便開始有訂定一般量刑基準之建議，惟始終未訂入法條，直至戰後始重啟引入法定量刑基準的討論，此時正值性格與素行罪責論崛起而與舊有理論

⁴³⁰ Hörnle, Das antiquierte Schuldverständnis der traditionellen Strafzumessungsrechtsprechung und -lehre, JZ 1999, S. 1085.

⁴³¹ Hörnle, Das antiquierte Schuldverständnis der traditionellen Strafzumessungsrechtsprechung und -lehre, JZ 1999, S. 1086；許恒達 (2019)，〈累犯與處斷刑加重之裁量：評大法官釋字第 775 號解釋暨後續實務裁判〉，《月旦法學雜誌》，294 期，頁 20。

⁴³² Hörnle, Das antiquierte Schuldverständnis der traditionellen Strafzumessungsrechtsprechung und -lehre, JZ 1999, S. 1085.



碰撞的時期，Mezger 等主張素行罪責論的知名刑法學者對 1962 年草案第 60 條發揮了關鍵性的作用，在 1969 年 6 月 25 日首次正式引入法定量刑基準的舊德國刑法第 13 條中，可見該草案規定幾乎被完全保留，並延續至今日德國刑法第 46 條⁴³³。正因為行為人人格評價在該等理論下被視為罪責評價的重要元素，以致今日在列舉量刑因子清單中可清楚看到「動機與目的」(Beweggründen und Motiven)、「心性與意志」(Gesinnung und Wille)、「過往生活」(Vorleben)、「人格及經濟關係」(persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse) 等與行為人人格罪責相關的因子，至於犯行罪責相關的結果要素因子則在條文後段才被提到。在整體法條規定上，也因上開立法過程的歷史因素，而呈現濃厚的心性及性格罪責味道。正如前文所爬梳(詳參第一章第三節)，我國整個量刑基準之立法歷程又繼承德國刑法相關規定，以致我國現行刑法第 57 條也連帶可見「犯罪之動機、目的」、「犯罪行為人之生活狀況」、「犯罪行為人之品行」、「犯罪行為人之智識程度」等諸多蘊含心性及性格罪責味道的例示量刑事由。又在行為人罪責體現於法條的情況下，多數德國與我國實務、學說也不意外地逕行依據文義解釋，而將行為人心性及性格罪責等通通納入考量，卻沒有進一步去考察罪責概念的發展脈絡、量刑規定修法歷史以及為何犯罪論與量刑論的罪責理解可以有天壤之別。綜上，通說之所以形成犯罪論罪責與量刑論罪責相互割裂的局面，實摻雜濃厚的歷史因素，惟在規範理念上是否應將兩者相區別而予不同內涵，尤其是否能以「犯罪論與量刑論層次不同、自能有不同考量」一語帶過，實有進一步檢視與反思的必要。

⁴³³ Hörnle, Das antiquierte Schuldverständnis der traditionellen Strafzumessungsrechtsprechung und -lehre, JZ 1999, S. 1087; 德國量刑準則之修法歷程尚可參吳景芳(1980),〈德國量刑準則之立法研革與檢討(上)〉,《刑事法雜誌》,24 卷 4 期,頁 38-54; 吳景芳(1980),〈德國量刑準則之立法研革與檢討(下)〉,《刑事法雜誌》,24 卷 5 期,頁 31-44 以下。

第二項 犯罪論與量刑論之相互對照



在上述法定量刑基準的立法背景下，通說主張犯罪論應與量刑論脫鉤⁴³⁴。其中又以一向在法學方法上主張歸納法的 **Bruns** 為量刑獨立性理論的代表，其強調犯罪論涉及「是否（ob）處罰」，而刑罰論則涉及「如何（wie）處罰」，兩者事務性質不同，本得有不同的判斷，獨立討論不但有助於調和刑罰的三個目的⁴³⁵，且由於犯罪總則中的構成要件釋義學並不像表面看起來那樣不言而喻，故拆分討論尚能避免將犯罪論固有爭議帶入量刑法而使問題複雜化⁴³⁶。然本文以為，固然犯罪論與量刑論豎立之問題在表面上有異，然這並不代表兩者必須適用相異的指導原則，蓋上述觀點毋寧僅表明不願將犯罪論所面臨的困難帶到量刑論中，然而面臨困難的背後理由在於犯罪與刑罰本來就是複雜的問題，要建立任何正當、合理的規範性標準並依此解釋適用，自然會面臨諸多挑戰、也自然會出現諸多相左觀點，僅因問題困難複雜即加以迴避，並非可取的作法，反之，其中蘊含的長年核心爭議正有待吾人繼續透過辯論亟力探求解方。退步言，即便同樣與其立於效益角度來看，摒棄參照發展多年、體系相對完整、相關討論豐碩的犯罪論，而在量刑論另闢新的戰場，反倒可能增加量刑罪責的判斷困難。

相對於此，晚近也有德國學者主張量刑論應對照犯罪論而為解釋，其中最具代表性者即 **Frisch** 從演繹法的角度推導出此結論。其主張固然犯罪論與量刑論有部分不同，即量刑罪責兼及考量不法與罪責且待考量的情狀目錄較多，然此非謂量刑罪責即須與刑罰證立罪責立於不同的基礎。反之，犯罪論與量刑論的相關情狀應為統一體，適用相同的指導原則，因此，由這些指導原則所塑造的類別（**Kategorien**）在基本基礎也必須相一致。犯罪論與量刑論的差別僅在兩者豎立的問題有異，犯罪

⁴³⁴ **Bruns**, Neues Strafzumessungsrecht, 1988, S. 13 ff.; **Kinzig**, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl., 2019, § 46 Rn. 8 f.; **Stahl**, Strafzumessungstatsachen zwischen Verbrechenslehre und Strafrecht, 2015, S. 37.

⁴³⁵ **Bruns**, Das Recht der Strafzumessung, 2. Aufl., 1985, 145.

⁴³⁶ **Bruns**, Neues Strafzumessungsrecht, 1988, S. 13 ff.

論僅關心從那些指導原則來看「是否」已涉國家刑罰；量刑領域則關注在這些指導原則的背景下，刑罰程度有多高。量刑罪責框架下只是將（廣義的）構成要件框架下所體現的粗略評價及其背後基礎逐漸分化與具體化⁴³⁷。就此，Hörnle 亦從功利角度表示贊同，蓋比起如 Bruns 透過多數案例類型化和系統化的方法，在決定刑罰「多少」時參照「是否」得施以刑罰的標準，較容易證立、達共識、可預測且有規律⁴³⁸。

關於犯罪論與量刑論是否應銜接，本文認為不應停留在方便操作與否等務實考量，而在於從規範角度出發，兩者的理論基礎及由此構建的實質內容是否在一定程度需有相同的理解？本文認應為肯定，蓋從刑罰目的乃回復犯罪所破壞之權利釐定狀態角度觀之，立法者與法官均只是執行該等犯罪對應措施之國家機關的一環，兩者任務方向基本相同，均在評價犯行對權利釐定狀態的破壞，並選擇相應的刑罰種類與程度，只是處於階段性分工關係：立法者透過設立犯罪構成要件及其法定刑（含刑之加重減輕）來初步劃定框架，基於語言文字的有限性及未來個案犯行外觀的多樣性與不可測性，始將具體化的任務——即確定犯罪構成要件成立與否及在法定刑框架內選擇罪刑相當之刑罰的任務交由法官接手⁴³⁹。從犯罪論到量刑論，應視為一連續性、階段性、從抽象到具體的過程，則兩者對於何謂罪責的思考

⁴³⁷ Frisch, Straftatsystem und Strafzumessung. Zugleich ein Beitrag zur Struktur der Strafzumessungsentscheidung, in: 140 Jahre GA, 1993, S. 1 ff.; Frisch, Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik, ZStW 99 (1987), 349 386 ff., 762 f.。不過其並不支持直接將所有犯罪論的內容類別轉移至量刑論，而是主張延續其背後的「法和平干擾」（Rechtsfriedensstörung）概念，將量刑罪責視為與犯行相對應之法和平擾動的逐漸增加，亦即，動搖相應制裁構成要件（Sanktionstatbestand）所預設之行為規範（Verhaltensnormen）不可侵犯性的期望，vgl. Frisch, Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik, ZStW 99 (1987), 349, 388.

⁴³⁸ Hörnle, Das antiquierte Schuldverständnis der traditionellen Strafzumessungsrechtsprechung und -lehre, JZ 1999, S. 1087; Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 143 ff.; 其他支持者，vgl. Bloy, Die Berücksichtigungsfähigkeit außertatbestandlicher Auswirkungen der Tat bei der Strafzumessung, ZStW 107 (1995), 576, 578.

⁴³⁹ Bruns, Strafzumessungsrecht, S. 70 ff.; Frisch, Die »verschuldeten« Auswirkungen der Tat, GA 1972, 321, 331.

應朝向一致：均奠基於犯行罪責而不包含行為人罪責，蓋行為人罪責在犯罪論中顯現出的缺陷在量刑論中也一樣會浮現。



第三節 量刑罪責的內容——不法與罪責之量的綜合回顧性評價

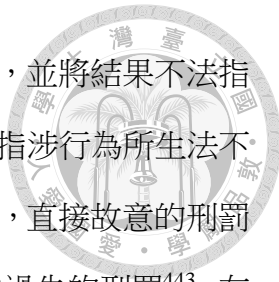
第一項 從量刑罪責描繪我國刑法第 57 條的架構

上文已確立一種將量刑論視野投向犯罪論的基調，並確認量刑評價對象亦僅有犯行本身。更深一層分析，就形式觀點而言，既然立法者在設定刑罰框架時已表示應以犯行不法與犯行罪責嚴重性來決定刑罰程度，則法官在刑罰框架內具體化刑罰程度亦應適用相同的觀點，亦即刑罰程度亦應僅取決於犯行不法與犯行罪責的嚴重性；就實質觀點而言，在權利釐定回復論下，其背後實質理由乃在刑罰既就行為人藉其犯行破壞之權利界分部分加以回應，而犯行又由不法與罪責所組成，則具體判斷刑罰程度的量刑亦僅為對應於此的不法與罪責評價。在此，並無違反雙重評價禁止原則之虞⁴⁴⁰，蓋犯罪論僅在抽象意義上檢討特定犯罪構成要件是否該當，惟量刑論則是進一步確認具體犯罪情狀在多大程度上滿足這些構成要件，兩者為抽象到具體的關係。此種僅關注犯行不法與罪責程度的量刑理論又被稱為「犯行相當理論」(Tatproportionalitätstheorie)，為近代具影響力之德國學者所提倡，後亦廣傳至英語系世界⁴⁴¹。

在此種僅考量犯行之不法與罪責的量刑理論架構下，我國刑法第 57 條各款例示事由亦應依此解釋。首先就犯行之不法，通說往往立於分析性的觀點而將之區

⁴⁴⁰ 指出不違反雙重評價禁止者，Bloy, Die Berücksichtigungsfähigkeit außertatbestandlicher Auswirkungen der Tat bei der Strafzumessung, ZStW 107 (1995), 576, 579 f.; Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 196; Hörnle, Strafzumessungsrelevante Umstände der Tat, in: Frisch (Hrsg.), Grundfragen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht, 2011, S. 115; Maurach/Gössel/Zipf, AT, Bd. 2, 8. Aufl., 2014, § 63 Rn. 26。

⁴⁴¹ Hörnle, Strafzumessungsrelevante Umstände der Tat, in: Frisch (Hrsg.), Grundfragen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht, 2011, S. 113.



分為結果不法 (Erfolgsunrecht) 與行為不法 (Handlungsunrecht)，並將結果不法指涉法和平的破壞 (Störung des Rechtsfriedens)⁴⁴²，而將行為不法指涉行為所生法不容許之法益侵害一般危險性，及行為人主觀上的故意，在量刑中，直接故意的刑罰便將高於間接故意的刑罰，而有認識過失的刑罰也將高於無認識過失的刑罰⁴⁴³。在我國刑法第 57 條中，與結果不法相關者乃「犯罪所生之危險或損害」(第 9 款) 與「犯罪行為人違反義務之程度」(第 8 款)，在解釋上可能與行為不法相關者則為「犯罪之動機、目的」(第 1 款)⁴⁴⁴、「犯罪之手段」(第 3 款) 與「犯罪行為人違反義務之程度」(第 8 款)。

除上述正面檢視不法外，犯罪論尚存在負面檢視有無阻卻違法事由的違法性階層，量刑階段相應地也會審查減輕不法情狀 (Unrechtsmindernde Umstände)，於優越利益情狀僅部分實現而不能阻卻違法的情況，仍可在量刑中減輕不法。除此之外，Hörnle 尚認為包含犯行前後之情狀，諸如犯行前被害人對於損害挑起與有過失 (Opfermitverschulden)，或犯行後行為人與被害人達成和解 (Wiedergutmachung)⁴⁴⁵，亦足資檢視參考⁴⁴⁶。在我國刑法第 57 條中，「犯罪行為人與被害人之關係」(第 7 款) 可能解釋成前者，即被害人與有過失的情況，而「犯罪後之態度」(第 10 款) 則可能解釋成後者，即行為人對已生之犯罪所生損害進行回應或彌補⁴⁴⁷。

再就罪責的程度而言，相對於犯罪論僅考量阻卻罪責與否，量刑論則進一步考量減輕罪責情狀 (Schuldmindernde Umstände)，在通說理解下，乃涉行為人迴避不法行為的認識與控制能力，包含了期待可能性的判斷。例如未有精神病理學上臨床

⁴⁴² Hörnle, Strafzumessungsrelevante Umstände der Tat, in: Frisch (Hrsg.), Grundfragen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht, 2011, S. 115.


⁴⁴³ Hörnle, Strafzumessungsrelevante Umstände der Tat, in: Frisch (Hrsg.), Grundfragen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht, 2011, S. 119 ff.

⁴⁴⁴ 行為人之動機、目的在傳統上被置於罪責層次，近來則有文獻將之置於行為不法層次，vgl. Schäfer/Sander/van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 6.Aufl., 2017。

⁴⁴⁵ Hörnle, Strafzumessungsrelevante Umstände der Tat, in: Frisch (Hrsg.), Grundfragen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht, 2011, S. 122-123.

⁴⁴⁶ 由於已超越本文研究範圍，故此處僅提出文獻上有此觀點，至其合理性則有待他文另行研究。

⁴⁴⁷ 相關解釋可參許恒達 (2017)，〈罪刑均衡、犯罪預防與刑罰裁量〉，《科技部補助專題研究計畫成果報告期末報告》(計畫編號：MOST 104-2410-H-004-070-MY2)，頁 17。




表現故未達因精神障礙而可減輕罪責的程度(德國刑法第 21 條,對應於我國刑法第 19 條)但仍降低認識與控制能力的情況,或如基於文化事由等特別犯罪動機而影響期待可能性,又或如行為人因處於緊急經濟狀況而犯罪,以上情形雖無法與生命、身體、自由直接、立即、不可避免的危險相提並論,而無法在犯罪論直接適用阻卻罪責之緊急避難(德國刑法第 35 條),但仍得在量刑中減輕罪責⁴⁴⁸。在我國刑法第 57 條中,可能與減輕罪責相關者諸如「犯罪之動機、目的」(第 1 款)、「犯罪時所受之刺激」(第 2 款)、「犯罪行為人之生活狀況」(第 4 款)、「犯罪行為人之品行」(第 5 款)、「犯罪行為人之智識程度」(第 6 款)、「犯罪行為人與被害人之關係」(第 7 款)。以上僅綱領式提出我國刑法第 57 條的思考架構及解釋可能性,實則就立法之初帶有濃厚性格及素行罪責論的條款,均應仔細檢視是否有限縮解釋使其尋得立足之處的機會,以免開啟後門容許預防與人格考量改換包裝後流入其中。不過由於本文主題僅限於我國刑法第 57 條第 9 款「犯罪所生之危險或損害」的釐清,故對他款的逐一分析將留待他日再進行討論。

對此,雖有批評犯行相當理論忽略個案處罰需求,因而弱化刑罰解決社會衝突的機能,倘無藉由預防或恤刑觀點加以補充,將積極推向死刑判決的結論⁴⁴⁹。就此,本文亦理解人的背景、思考及行動具有多樣性(參四章第一節第二項第一款),並非棄行為人特殊個人情狀於不顧,而是基於從刑罰理論貫穿至量刑理論的理念,將之限縮在減輕罪責的框架下,考量行為人的期待可能性。就實際案例而言,諸多「法感情」上認為單依犯行嚴重性予以裁量將有過重之嫌的情況,也可以考量到行為人期待可能性較低而予以減輕,並不必然得出顯著不合理的科刑結果。當然或有指出,倘能進一步考量超出不法與罪責的事由而為行為人減輕其刑,不是更能確保合宜性?然而問題就在於,無論是預防論或犯罪事後處理機能論的諸多疑義(詳參四

⁴⁴⁸ Hörnle, Strafzumessungsrelevante Umstände der Tat, in: Frisch (Hrsg.), Grundfragen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht, 2011, S. 123 f.

⁴⁴⁹ 許恒達(2017),〈罪刑均衡、犯罪預防與刑罰裁量〉,《科技部補助專題研究計畫成果報告期末報告》(計畫編號: MOST 104-2410-H-004-070-MY2),頁 13-14。




章第一節第三項)在這裡也會一直存在，而恤刑理由也一樣會面臨下述問題：恤刑理由從何而來？何時可以適用恤刑理由？恤刑可適用到何許程度？倘未進一步釐清這些問題，僅因法感情上認定行為人情有可原而援引未經證立的理由減輕其刑，將開啟法官恣意性的大門，犧牲的則是法治國的城郭。最後，要回應的是，在本文將犯行相當理論奠基在權利釐定回復論的情況下，乃以人的主體性為出發，並不會積極導向死刑的結論。

綜上，量刑論與犯罪論同樣在處理對犯行之不法與罪責的評價，因此亦可謂量刑問題其實就是刑法理論的投影，無怪乎學說上亦有稱「量刑罪責」、「罪責相當之刑罰」均屬多餘且易誤導概念，不如直接稱「有責之犯行不法」(das verschuldete Tatumrecht)或「與不法及罪責相當之刑罰」(die unrechts- und schuldangemessenen Strafe)更為準確⁴⁵⁰。不過，儘管量刑論與犯罪論皆以犯行之不法與罪責的評價作為審查對象，比起犯罪論僅關注特定犯罪事實「是否」得歸入構成要件該當結果，而表彰違犯類型化的不法，量刑論則必須進一步計算犯罪事實表彰之不法的「量有多高」。由於本文探討的我國刑法第 57 條第 9 款「犯罪所生之危險或損害」正涉及犯行結果不法的量，故必須進一步探究結果不法的量概念究竟從何導出？又其高低究竟應如何評價？唯有先確定此等問題，方可接續推論構成要件外效果在具備何種客觀及(或)主觀上條件時，始得升高結果不法的量，而依據我國刑法第 57 條第 9 款在量刑中加以衡量。

第二項 構成要件與結果不法之量的概念

事實上，從構成要件理論的發展歷史來看，對不法的分級並非理所當然，現今如此理解乃奠基於將構成要件理解為除具有「類型的概念」(Typusbegriff)與「類別的概念」(Klassenbegriff)，尚內包「序列的概念」(Ordnungsbegriff)。申言之，

⁴⁵⁰ Hörnle, Das antiquierte Schuldverständnis der traditionellen Strafzumessungsrechtsprechung und -lehre, JZ 1999, S. 1088.



所謂「類型的概念」乃由一些無固定邊界的特徵所組成，由於其形構仍奠基於可分級、可比較的概念，故雖常用於犯罪論中，惟仍與量刑有關。而構成要件作為「類別的概念」則可以透過序數（ordinal）的觀點加以描述，犯罪體系中諸多概念均如此定義，諸如德國刑法第 223 條第 1 項的身體傷害即預設超越對身體健康微不足道的惡劣或不當對待，又或德國刑法第 303 條毀損罪也預設了非僅對物體產生微不足道的物理性變更，也因此犯罪審查體系所預設的質（Qualität），亦即類別的概念，往往可以透過在尺度上的一定量（Quantum）或極限值來定義，亦即正是因為有「序列的概念」才有辦法定義類別的概念⁴⁵¹。職是，構成要件雖然一般被理解作為可罰性前提，而僅關注所設條件存在與否，涉及類型的概念與類別的概念，然而另一方面，構成要件實也蘊含序列的概念，因此含有量的高低排序，據此即成為量刑的基礎。

確定不法具有量的概念後，接下來的問題則是，究竟要根據甚麼標準來評價結果不法的量？依形式化的回答即為：評價結果不法的量乃依據特定具有序列概念之構成要件要素實現的強度（Intensität）或頻率（Häufigkeit），此說法亦非完全錯誤，只是流於形式化地依據構成要件措辭來理解結果不法的程度將得出不合理的結論，正如文獻上所舉的極端例子：竊盜罪中與量、與程度相關的詞乃動產的「動」，然而竊盜罪不法的量自然不可能取決於動產的「能動性」（Beweglichkeit），而是取決於法條文字所沒有寫出的財產價值⁴⁵²。由此可知，僅訴諸於構成要件法條文義，無法洞察結果不法的評價重點為何。透過構成要件要素文字本身來建構程度次序的困難點在於，在犯罪定義抽象化下，構成要件要素涉及複雜的社會構造，而非僅自然科學分類，因此需仰賴更多維度的定義⁴⁵³。

⁴⁵¹ Stahl, Strafzumessungstatsachen zwischen Verbrechenslehre und Strafrecht, 2015, S. 99-102.

⁴⁵² Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 198; Hörnle, Strafzumessungsrelevante Umstände der Tat, in: Frisch (Hrsg.), Grundfragen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht, 2011, S. 115.

⁴⁵³ Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 198 ff.



有鑑於此，諸多學者紛紛提各種結果不法的實質評價標準，以抽象層次而言，如 Frisch 等通說主張應訴諸於法和平干擾程度⁴⁵⁴，或如 Stahl 主張應取決於對法律的質疑；以具體層次而言，有主張結果不法的標準為法益侵害程度、有主張為行為客體或法益客體（Handlungs- bzw. Rechtsgutsobjekts）危害程度、亦有主張為法益持有者之危害程度（Beeinträchtigung eines Rechtsgutsträgers），以生活質量影響說為典型⁴⁵⁵。本文以為，認知量刑真正評價依據乃實質不法誠屬重要，蓋唯有在理解構成要件背後隱含實質不法的排序，始有可能比較多數構成要件間不法量之高低，進而設定高低程度不同的刑罰框架，同時也才有可能在實現相同構成要件時，比較實際實現之不法量差。綜觀上述不同的實質不法評價標準主張，實與各該學說對犯罪理論的理解有關，而對本文而言，如貫穿前文理念，實質不法在抽象層次即為破壞權利釐定、否定互相承認關係、侵害他人權利，在具體層次的結果面向也指涉到法益的危險與損害⁴⁵⁶。而犯罪構成要件正記錄了與此相關的典型事實特徵，所謂構成要件該當，即宣告行為人違反「被類型化的不法」（如：生命侵害、身體完整性侵害、自由侵害或財產侵害等）⁴⁵⁷。也因此，稱量刑評價之結果不法的量乃計算表徵結果不法之構成要件要素實現強度與頻率，其實也是在說背後權利釐定的破壞程度有多少、互相承認關係在多大程度被否定以及他人權利（法益）受損程度多寡。基此，究竟甚麼抽象概念（如：「動產的能動性」、「財產價值」？）形塑了結果不法高低的排序，則必須從各該構成要件背後的保護目的來推導。


⁴⁵⁴ Frisch, Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik, ZStW 99 (1987), 349, 379, 387-388.

⁴⁵⁵ Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 210-213.

⁴⁵⁶ 雖然在本文理解下，不法在構造上應理解為行為人將主觀意志輸出於外在行為、並實現於結果的一整體，難以拆分行為不法與結果不法，然而鑒於現行刑法第 57 條仍將行為不法與結果不法分列不同款，而本條第 9 款文義確實僅指涉到結果不法，故本文仍將立於與通說相同的分析性平台上，並從本文所採理論中擷取出結果不法的面向。

⁴⁵⁷ 關於構成要件作為不法的類型化，尚可參 Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl., 2019, vor § 13 Rn. 45 ff.。

第四節 小結



本章節主軸在確立量刑罪責的概念，乃抽象到具體逐步聚焦的過程：從最上位罪責原則的理念，貫徹至量刑罪責僅包含犯行罪責，而非兼及行為人罪責。在此理解下，我國刑法第 57 條亦僅能衡量犯行之不法與罪責，而該條第 9 款「犯罪所生之危險或損害」則旨在衡量結果不法的量，而不法的量差正來自構成要件除了「類型的概念」與「類別的概念」外，尚蘊含「序列的概念」，不法的量差實質衡量標準為權利釐定的破壞程度，在具體、結果的面向則為法益的危險與實害程度。鋪墊至此，已初步描繪我國刑法第 57 條第 9 款「犯罪所生之危險或損害」的一般性輪廓，則下一章終將回到本文核心爭點：構成要件外效果在何等前提下得納入我國刑法第 57 條第 9 款「犯罪所生之危險或損害」而在量刑中發揮升高刑罰的作用。

第六章 重構量刑中構成要件外效果之審查流程

關於構成要件外效果何時可以歸入我國刑法第 57 條第 9 款意義下的「犯罪所生之危險或損害」，而得作為從重量刑因子，本章將逐步建構審查流程。鑒於前文已確立量刑論必須與犯罪論相互連繫，故進一步借鑒犯罪論中多年發展而被廣泛接受的客觀歸責理論審查體系，乃一值得嘗試的取徑。該理論在審查結果犯中特定行為是否構成不法時⁴⁵⁸，要求先從客觀面審查已發生之事態是否符合成文構成要件要素上「被類型化的結果」（視情況還需符合其他構成要件要素的描述），接著確認結果與行為間是否具有因果及歸責關聯，再轉由主觀面審查個案行為人是否符合法條要求的故意／過失。則此犯罪審查體系是否或在多大程度上可以借用於審查構成要件外效果是否得以升高不法的量，而在量刑中加以考慮？又是否存在該犯罪審查體系未考量的面向，而需在構成要件外效果的審查上增補？欲釐清此，必須依序回答三個核心問題：第一，成文構成要件要素蘊含之「被類型化的結果不法」是否已初步框定「真正具有量刑法上意義的犯行效果」範圍（歸責客體的確定）？第二，構成要件外效果與行為間是否亦須具有因果關係及客觀歸責關聯（歸責標準的確定）？第三，構成要件要求的故意／過失形式是否也拘束構成要件外效果（歸責標準的確定）？而第三點正涉及故意犯中是否能考量過失構成要件外效果的問題。以下將於第一節、第二節及第三節分別討論上述三個核心問題，以進一步勾勒構成要件外效果欲作為從重量刑因子必須通過之審查體系。


⁴⁵⁸ 此處僅談正面的不法審查（涉構成要件該當性），至於負面的不法審查（涉阻卻違法事由）因涉及減輕不法情狀，尚不在本文討論範疇。

第一節 歸責客體——真正具量刑法上意義的犯行效果



第一項 問題所在

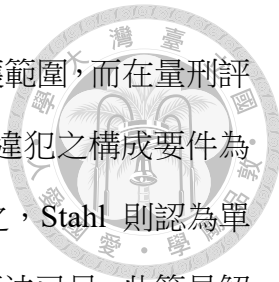
本章旨在探討成文構成要件要素蘊含之被類型化的結果不法是否及在多大程度上影響實際具有量刑法上意義之構成要件外效果的範圍。在進入實質討論前，必須先回答為何本文獨立將此置於先位審查。關此，學說及實務在探究構成要件外效果在何等前提下得作為從重量刑因子時，多從歸責標準作為直接切入點（例如：預見可能性、相當因果關係或在義務違反關聯的層次談規範保護目的），相對地，對於德國刑法第 46 條第 2 項第 2 句核心的「犯行效果」（對應於我國刑法第 57 條第 9 款的「犯罪所生之危險或損害」），卻鮮少提及如何事先篩選哪些構成要件外效果實際具有量刑法上意義，而得作為歸責客體。然而正如前文所示，量刑僅關注犯行不法與罪責的程度，構成要件外效果既非立法者在構成要件直接描述的結果，要能納入量刑衡量，自然必須能表彰犯行不法的量，但是問題就在於，構成要件外效果是否及何時可以算是表彰犯行不法的量？如前述「同事嫌疑案」中第三人無法找到工作、「婚姻詐欺案」中對於愛情失望或絕望，初步來看似皆僅可稱為一般生活影響，而與刑法典上所列法益種類無涉，是否亦能升高結果不法的量，而得作為歸責客體，自非不言而喻。就此，本文認為在審查系爭構成要件外效果是否與犯行間具因果及歸責關聯前，實有必要先從規範角度劃定特定不法射程，唯有系爭效果正落入該射程時，始可能作為歸責客體而有機會在量刑中加以評價。蓋特定不法射程的設定與因果歸責的意義並不相同，前者乃確認系爭效果的發生是否屬法律上不樂見而欲防免的結果，而應予非難；而後者則在確認系爭效果是否可以被視為行為人行為的一種表述。後者不僅無法取代前者，前者毋寧應為後者的前提。換言之，如果尚未確認行為人所為是件「錯事」，根本不會有這件錯事是否可視為行為人之「作品」的問題。倘對照犯罪審查體系則益加清楚，在結果犯的犯罪審查體系中，必先從法益角度確認已發生的事態符合立法者透過構成要件類型化框定的



結果，始會接續審查結果與行為間因果關係及客觀可歸責性等犯罪成立要件，例如：在判斷剪他人頭髮是否構成傷害罪（我國刑法第 277 條）時，必先從保護法益的角度劃定何謂具有刑法上意義的「傷害結果」（例如：生理機能妨礙說、身體完整性等），並確認剪他人頭髮所生外觀形體變更亦落入該範圍後，始會接續審查因果歸責關聯及主觀面等要求⁴⁵⁹，在量刑領域亦應有相同的考量。若略過此階層的限制，而僅透過相當因果關係（典型性）與預見可能性進行限縮，將使我國刑法第 57 條第 9 款的射程範圍無邊無際，譬如任何犯罪行為均可能帶來被害人心情上的不悅、氣憤、焦慮、懊悔、失望或沮喪，在經驗上具有高度或然性，與犯行具有相當因果關係、對行為人亦具預見可能性，並無太多疑問，然而僅僅是被害人局部情緒波動是否真能升高犯行不法的量而成為從重量刑情狀？同理，殺人後通常會有喪葬費的支出、性侵後也通常會有驗傷費開支，效果與犯行間無疑具有相當因果關係，且對行為人亦具預見可能性，然而就算再廣義地理解殺人罪與妨害性自主罪的結果不法，似也難將此種被害人或其家屬額外支出的經濟成本囊括其中，倘欲將之一併納入量刑衡量自非不言自明。綜上所述，必須先從規範角度分析量刑中真正關注的結果不法射程有多廣，以劃定真正具有量刑法上意義的犯行效果範圍，唯有落入該範圍之構成要件外效果，始可稱為升高結果不法的量，而得作為歸責客體，並接續評價。

既確認本階層必須優先討論，則下一層次問題則在於：真正具有量刑法上意義的犯行效果範圍究竟有多廣？首先，可以確定其射程非單純以逾越可罰性門檻的「量」作為劃定標準，蓋量刑階段乃在可罰性前提既已被其他犯罪事實滿足的情況下，判斷系爭效果的發生是否能反映犯行具體不法的量有所提升，故關於此的判斷自應有其他的標準。倘進一步觀察前述德國學說對構成要件外效果的射程範圍設定，由狹至廣可分為：**Bloy** 限於嚴格意義的法益、**Frisch** 取決於較廣義的規範保

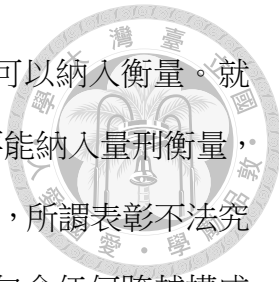
⁴⁵⁹ 該爭議案例參蔡聖偉（2010），〈髮理之爭——論傷害罪的構成要件結果〉，《月旦法學教室》，88 期，頁 20-21。



護目的、而 Stahl 則允許擺脫所違犯之單一犯罪構成要件之保護範圍，而在量刑評價任何一行為所生之實質不法。由此可見，前兩種見解端視所違犯之構成要件為何，而將得納入考量之構成要件外效果限於一定類型範圍，反之，Stahl 則認為單一構成要件劃設之結果不法類型射程並不重要，僅需具有實質不法已足。此等見解歧異背後成因在於，雖然前文已確立量刑評價者乃實質不法，然而並非所有實質不法均被明定為構成要件，更確切地說，在可能的法益侵害類型中，其實刑法僅就其中一小部分訂有處罰⁴⁶⁰，究竟會選定何等實質不法犯罪化，尚涉及立法者的採擇，例如：在過失財產損害的情況，由於受侵害的「物之歸屬關係」對人的現實存有乃不可或缺，且行為人具備預見可能性已充足主觀歸責基礎，故過失財產損害亦具實質不法，然立法者為避免如此處罰將使人民動輒得咎、造成經濟癱瘓，而未將此等行為犯罪化，則在各該犯罪量刑時面對的問題是：是否仍應堅守立法者的選擇，抑或可以在甚麼程度上超越構成要件保護防免的結果不法射程？癥結點在於，究竟量刑中考量到多少立法者未於構成要件明述的犯行效果會造成「間接處罰」？此問題將上溯到罪刑法定原則（我國刑法第 1 條及德國基本法第 103 條第 2 項）是否在量刑中亦有所適用及如何適用？又如何與罪責原則相協調？

辨明此點對於案例適用大有裨益，例如在竊藥伴隨生命、身體危險的案例中，倘限縮於最狹義的法典化法益觀點，則會主張生命法益或身體法益與財產法益乃獨立不同的法益，故不應在竊盜罪量刑中予以衡量；若採取較廣義理解規範保護目的之觀點則會認為，所有權也保護了所有權人開展其生活的可能性，因此不僅犯行侵害的財產本身價值得予以衡量，與此相連的所有權人之人身自由亦得納入量刑評價；至於採取更廣義觀點者則會認定本案量刑衡量對象無須閉鎖在財產關聯之結果不法，既然對生命或身體的侵害亦屬一行為下之實質不法，自應在量刑中完整計算。甚至在推人一把同時打破第三人花瓶的案例中，前兩種見解均認為過失毀損與身體傷害間單純只有外部自然事件歷程的连接，並無任何規範目的上之连接，故

⁴⁶⁰ 蔡聖偉（2018），《刑法案例解析方法論》，2 版，頁 70，元照。




不應將前者納入後者的量刑中，惟在最廣義版本的見解下依舊可以納入衡量。就此，由於量刑關注的是犯行不法與罪責的量，構成要件外效果要能納入量刑衡量，自然必須能表彰犯行不法的量，然此涉及兩個層次的問題：首先，所謂表彰不法究竟指的是所違犯之構成要件保護範圍內之實質結果不法，抑或包含任何跨越構成要件之實質結果不法均可？其次，倘結論為前者，則所違犯之構成要件保護範圍內之實質結果不法在解釋上應理解得多寬？亦即須限制在狹義的法益概念或廣義的保護目的？以下將從第一層次問題開始論證，先從罪刑法定原則切入，闡述構成要件的積極與消極功能對於量刑之影響，接著闡明罪刑法定原則與罪責原則間並非相衝突，而是處於相輔相成的關係。

第二項 構成要件保護範圍內之結果不法


第一款 罪刑法定原則於量刑的貫徹

誠如前述，構成要件作為可罰性前提，同時具有類型的概念、類別的概念、並蘊含序列的概念，一方面區分此種不法與他種不法（例如：生命侵害、身體傷害、自由剝奪或財產損害等），另一方面也區分刑法上不法與合法（例如：既不處罰本無實質不法的致他人心情不悅、也不處罰實具實質不法的過失毀損）。其中，序列的概念乃量刑的基礎，此點並無疑義，有疑義者在於構成要件所劃定之類型概念與類別概念是否也在一定程度上限縮了量刑中能衡量之犯行效果範圍？在此要思考的是，為何立法者不是如民法訂立單一的侵權行為規定（如我國民法第 184 條）來含括所有實質不法行為，而是在刑法上設立多數構成要件來劃分不同的不法類型（其中同時蘊含類與量的概念），並對應到不同的刑罰框架？此處顯然會聯想到刑法中的罪刑法定原則與明確性要求，然而罪刑為何應該法定？為何在刑法中寧願追求可罰性界線的明確，而容忍一定程度的刑法「斷片性」？又本文討論的量刑因子界線上是否亦有類似考量？換言之，罪刑法定原則是否在量刑中也有所適用？本文認為應從構成要件的兩方面功能——即罪刑法定的兩個理由加以分析。



首先，罪刑法定的理由之一為界定各種不同犯罪類型之不法，藉此宣示禁止行為的確實內涵。構成要件明確性有助於權利界分，導引公民的社會生活行動，而使自我定向成為可能。誠如前文所述（第四章第一節第四項第四款），對於個別主體來說，實質不法的外延相當模糊，始需統一由國家機構透過盡量精準的語言來訂定實定法，使潛在行為人清楚知悉人際界線、也穩固潛在被害人的期待結構，以免其等行動自由受壓縮。此等考量雖然通常展現在犯罪成立標準上，然在決定何等情狀得影響刑量的標準上亦應有所適用，蓋一結果／效果是在可罰性層次發揮作用或在增加刑罰層次發揮作用並無本質上的差異，因為在刑量決定上，切割成「每一份量的增加」其實也涉及每一份量「是否」能納入量刑斟酌的問題，均在評價是否為不法的一部份、是否為刑法非難的對象。換言之，特定構成要件外效果是否能納入量刑之刑罰加重衡量，正是在考量此等效果是否堪為構成要件不法類型的具體化，此不僅關涉制裁規範的問題，亦連結到行為規範的具體化，也因此受規範者對其亦必須可得知悉，始能將之納入社會生活行動的規劃中，而使侵害既存的情況下，至少潛在行為人可以選擇降低侵害，反之也令潛在被害人如此期待。

其次，構成要件必須具體劃定的理由之二涉及民主原則與對抗國家性。蓋為避免國家濫權，現代法治國往往要求具體設定刑法在何等情況下始得干涉人民的自由空間。然而，國家不僅可能透過宣示處罰與否來施展其權力，更可能透過嚴刑來展現其壟斷的暴力，故不僅須具體界定刑罰權何時得以發動，亦須明確劃分刑罰權得「如何」發動。再者，我國現行刑法的法定刑範圍甚寬，在宣告偏低刑度與偏高刑度之間便可能挾帶政治偏好、民眾情緒或社會氛圍等法治外考量，而使受處罰者淪為國家施展權力或滿足特定人慾望的祭品。也因此不應倚重在犯罪成立條件上劃定嚴格的門檻，一旦逾越該極限值而得打開處罰的大門後，便容忍無邊無界的考量進入量刑評價。蓋從犯罪成立到刑罰高低的決定應視為一整體，真正決定干涉多少人民自由者乃最後宣告之刑。是故，國家刑罰權的行使界線及如何行使的實質標準自須有所限制，且必須由作為刑罰主體之人民所授權的立法者加以訂定，而非由




法官自行創設。既然立法者僅為部分、特定之不法類型設立構成要件，則司法者不得巧立名目取而代之，自行認定未被構成要件所包括之實質不法亦得在量刑中補遺衡量；同時，既然立法者已預設不同的犯罪構成要件各司其職，則司法者不得無視個別刑罰框架僅處理「此種」不法，而非一切犯行因果所生的「所有」不法，否則在法定刑罰測量層次中立法者初步評價各該犯罪不法高低而訂立之刑罰框架高低也不再有意義。也因此，Stahl 稱具有實質不法之過失財產損害亦須在保護內涵迥異的傷害罪刑罰框架中被衡量，顯然是有疑問的，因為不可能一方面告知人民過失財產損害不受刑法非難評價，一方面又在傷害罪的量刑中以升高刑罰表達非難，既然在可罰性層次考量處罰過失財產損害將使人民動輒得咎，則不可能在量刑層次就消除處罰範圍過廣的問題，也因此前述 Hörnle 稱可罰性階層與量刑階層可以不同調的見解也應該被否定。

綜上，罪刑法定原則不僅具積極導引人民社會生活的作用，亦具消極限制國家權力的功能，此等功能不僅在刑罰發動與否的界線上發揮作用，在刑罰升高的標準上亦至關重要。因此必須將罪刑法定原則同樣適用於量刑，亦即量刑時僅能考量所犯構成要件保護範圍內之實質結果不法，則構成要件外效果僅有在落入各該構成要件所預設之結果不法射程——即構成要件保護範圍時，始得作為從重量刑因子，否則即有「間接處罰」的問題。

第二款 罪刑法定原則與罪責原則的協調

前文已論證罪刑法定原則同樣適用於量刑，接續尚須進一步確認其與罪責原則間的互動關係。前文曾提及 Grosse-Wilde 反對在量刑層次適用罪刑法定原則，理由在於罪責原則要求窮盡評價所有構成犯行不法與罪責之事實，與罪刑法定原則相衝突，然而此說法是否言之成理？



本文認為仍應從罪責原則的基礎出發，即人所以應為其行為負責，乃基於憲法之規範性人類圖像是由自主決定與自我負責兩元素所形塑，在自我負責的理念下，被預設具有對話能力與承擔責任能力之主體僅有在現實中也具有此等能力時，始應為其行為負責。基此，僅有在行為人在犯行前至少可得知悉其犯行是受禁止的，始有與規範對話而迴避不法行為的可能性，也唯有此時始得要求行為人為其犯行承擔責任。這也是為甚麼在通說架構下，不法意識被視為罪責的一環。誠如前文所述，無論是宣告特定發生的事態足以作為構成要件該當結果或足以作為從重量刑情狀，均表達招致該事態應予刑法上非難，而非難又以行為人具有罪責為前提，倘在行為人犯行前根本無具體規範可循，而無從得知招致何等效果將加重其刑，則根本不可能就此部分具有不法意識，而避免另生其他構成要件外效果⁴⁶¹。在此得出的結論：罪責原則並非要求量刑時窮盡評價犯行所生一切實質不法與罪責，而是窮盡評價所違犯之構成要件保護範圍內之一切不法及罪責。由此可見，罪刑法定原則並非與罪責原則相衝突，而是相互連貫。

在此得出的結論亦得與前文主張之犯罪論與量刑論應連貫的觀點相呼應。亦即，立法者在設定各該構成要件與相對應的刑罰框架時，形同草繪一張藍圖，其間空白並非任人肆意填補，而是帶有特定指示，法官在量刑時必須依循該立法者指示進一步具體描繪細節。既然立法者已劃定各該刑罰框架關注的不法類型化射程，則法官也只能在此範圍內估算具體實質不法的高低，倘超出此範圍而為考慮，則形同將無關犯行不法程度之「雜質」納入其中，即有違反罪責原則之虞。至於立法者究竟在構成要件指示了多廣泛的結果不法射程，則須探求各該規範保護目的，這也意味著我國刑法第 57 條第 9 款的確沒有創造新的不法，而是必須連結到個案所違犯之犯罪構成要件而為解釋。

⁴⁶¹ 同樣指出罪刑法定原則與罪責原則相連者，可參 Roxin, AT, Bd.1, 4. Aufl., 2006, §5 Rn. 24。

第三項 構成要件保護範圍之射程




第一款 解釋方針

前文已確立罪刑法定原則必須貫徹至量刑，倘類型化的結果不法乃由構成要件保護範圍所界定，則量刑中得加以考慮之構成要件外效果範圍也已初步框定：僅有其表彰的實質結果不法也落入所違犯之構成要件保護範圍內時，才可以在量刑中加以考量。此處必須接續探討應將構成要件保護範圍內之實質結果不法理解到多廣？亦即，究竟要如 Bloy 採取較狹義的法益觀點，還是應如 Frisch 對規範保護目的做更廣義的解釋？雖前文已述結果不法在具體的面向指涉到對法益的損害與危險，然構成要件結果在犯罪論中僅在判斷是否能歸入立法者所劃設之類型與類別的概念，而在量刑論中卻是要對構成要件中關涉結果不法的部分進行分級（序列的概念），既然量刑中需要實質評估結果不法的高低，不宜過於狹隘地解釋構成要件保護範圍，亦即在衡量其中每一個成分能否表彰不法的量時，不能純粹從外觀樣態判斷是否符合法典上形式化的法益概念，而是必須對法益的實質內容做更透徹的分析。

在量刑中實有必要深入解析法益的實質內容的理由有二：一來，立法者在創設構成要件時，本可能將複數法益包裹在同一犯罪構成要件中一併保護，各法益間或有處於大包小的關係（例如：下文第二款將討論可拆分之集體法益），或有處於並存的關係（例如：下文第三款將討論搶奪罪、恐嚇取財罪、強盜罪與擄人勒贖罪）；二來，除了原初形式下狹義的法益概念外，尚可能有其他情狀得以表彰法益侵害的高低，（例如：下文第四款將闡述財產法益犯罪能衡量的對象不僅在財物價值高低，尚可能有其他情狀能反映財產價值），理由在於實質法益概念並非閉鎖在對法益客體的侵害，而是與法益持有人間處於動態關係（*dynamische Beziehung*）⁴⁶²，蓋構

⁴⁶² Grosse-Wilde, *Erfolgzurechnung in der Strafzumessung*, 2017, S. 288.



成要件是藉由法益來保護具社會重要性之行為（*sozial sinnvolles Handeln*），故法益始終必須從對法益持有者（就個人法益）或對一般公眾（就超個人法益）的意義來看待⁴⁶³，需要就各該犯罪進行更多維度、更細緻的辨析。正如同 Frisch 所說規範保護目的理論不是「魔法公式」（*Zauberformel*）⁴⁶⁴，而只是一種分析方法，其適用必然會連接到犯罪論中保護法益分析與理解。綜上所述，秉持直接處罰的理念，量刑判斷僅能在系爭規範固有禁止的不法範圍內為之，此需要對每一犯罪逐一分析，並將抽象的法律規範適用於具體案例。以下將類型化討論各種具爭議性的構成要件外效果是否能通過第一階段歸責客體的審查⁴⁶⁵，雖無法悉數列舉，惟期盼因小見大，提供未來研究思考的進路。

第二款 危險犯之具體實現

首先，在抽象危險犯之犯罪中，由於條文中並未以具體招致一定危險狀態或造成實害為構成要件要素，故當個案中行為的抽象危險性逐步現實化為對法益之具體危險或實害時，自屬構成要件外效果；同理，在具體危險犯之犯罪中，由於條文僅以發生特定危險狀態為構成要件要素，故倘個案中危險狀態升高為實害時，亦屬構成要件外效果。然而，立法者設置危險犯的理由，僅鑒於特定行為模式存在典型、不可控的高度危險性，並考量個案事實情況的複雜性，個人判斷容易失準，始將可罰性前置化。因設立危險犯的終極目的仍在避免相關實害的出現，既然無論是抽象危險犯之犯罪中實際產生具體危險或實害，或具體危險犯之犯罪中實際產生實害，均僅為危險逐步現實化的進程，故將之納入量刑衡量，僅是在評價固有法定不法的

⁴⁶³ Bloy, Die Berücksichtigungsfähigkeit außertatbestandlicher Auswirkungen der Tat bei der Strafzumessung, ZStW 107 (1995), 576, 588.

⁴⁶⁴ Frisch, Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik, ZStW 99 (1987), 751, 754.

⁴⁶⁵ 若無法通過本階段關於「歸責客體」的審查，則終局確認無法在量刑中加以衡量；倘通過本階段「歸責客體」的審查，則必須接續審查是否能通過後階段的「歸責標準」，唯有均通過時，始能在量刑中加以衡量。

深化程度，不會有間接處罰的問題。無論是廣義解釋構成要件保護範圍或狹義解釋法益之論者均肯認此點⁴⁶⁶。



相關例子可以從不同保護法益類型出發。首先，在保護個人法益之危險犯中，如公然侮辱罪（我國刑法第 309 條）在通說下不以被害人名譽實際受損為必要⁴⁶⁷，然倘個案中被害人實際名譽受貶損，而影響社會上他人與之從事社會交往的意願，自具有量刑法上意義；又如妨害幼童發育罪（我國刑法第 286 條）在 2012 年修法為適性犯（Eignungsdelikt），或稱為抽象－具體危險犯（abstrakt-konkretes Gefährdungsdelikt），倘個案中已確實妨害幼童身心之健全或發育，自具有從重量刑的適格。

其次，危險犯立法模式除用以保護個人法益外，更常用以保護集體法益，而該集體法益是否具有可拆分為多數法益的性質⁴⁶⁸亦影響到量刑評估的範圍。較單純的類型乃本身具有獨立意義而不具可分性的集體法益，基本上均是在保護國家存在及其功能性，而為實現個人自由所不可或缺。當該集體法益之危險具體實現時，自具有在量刑中衡量的適格，例如：偽證罪在通說下乃為保護國家司法行政不受干擾，倘行為人虛偽陳述因而實際導致法院錯誤裁判時，自可能在量刑中加重其刑；至於受偽證波及者所受自由剝奪或財產損害是否能納入偽證罪量刑考量則各理論莫衷一是，前文也提及就算同樣採取規範保護目的者也往往得出不同的答案。本文認為此乃因各別論者在刑法分則解釋偽證罪之保護法益時，本存在理論歧異，部分認為偽證罪僅保護上開國家司法行政、部分則認為也擴及訴訟參與人之利益，故在量刑討論偽證罪之構成要件保護範圍時，自會延續該理論爭議，然而若從國家存在

⁴⁶⁶ Frisch, Die »verschuldeten« Auswirkungen der Tat, GA 1972, 321, 334 f.; Bloy, Die Berücksichtigungsfähigkeit außertatbestandlicher Auswirkungen der Tat bei der Strafzumessung, ZStW 107 (1995), 576, 587; Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 258.

⁴⁶⁷ 林山田（2006），《刑法各罪論（上）》，5 版，頁 259，元照；甘添貴（2000），〈言論自由與妨害名譽〉，《台灣本土法學雜誌》，14 期，頁 118。

⁴⁶⁸ 關於將集體法益區分為具有可分性與不可分性，參周濛沂（2012），〈從實質法概念重新定義法益：以法主體性論述為基礎〉，《國立臺灣大學法學論叢》，41 卷 3 期，頁 1039 以下。

與功能性具有獨立保護意義的角度來看，似無法直接連接到具體的個人，故被害人應僅限國家而非延伸至受波及之無辜者，故無辜者所受自由拘束或財產上不利利益均不得在偽證罪量刑中加以衡量，而僅可能依循刑事補償法請求國家填補損失。

除了上開具有獨立意義的集體法益外，我國刑法典尚存在諸多具有可分性的集體法益，其特色乃看似具有集體法益的外觀，實則為複數個人法益的聚合。將其包裹成一集體法益並以抽象危險犯規制，僅為更完整地保護重要的個人法益，故在量刑中對各該個人法益的具體危險或實害程度進行分級，不但不會違反罪刑法定原則，反而更符合罪責原則所要求。例如：公共危險罪章中保護的「公共安全」無非是生命、身體與財產法益的加總，倘行為人於現有人所在之建築物中失火，因立法者本已預料現代社會居住模式下火勢蔓延的高度可能性，故在失火罪（我國刑法第 173 條第 2 項）之量刑中衡量個案中引發人員傷亡的危險程度或財物的危險或實害程度⁴⁶⁹，自不會有間接處罰的問題。基此，個案中究竟僅造成相關法益危險或已生實害，又所生危險或實害之種類（生命、身體或財產）及程度（生命剝奪人數、身體完整性破壞程度、財產價值損失高低）為何，對量刑均至關重要，蓋此等情狀均表彰了不同的結果不法程度。同理，不能安全駕駛罪（我國刑法第 185 條之 3 第 1 項）也是為了更廣泛地保護參與道路交通此社會交往領域之人的人身及財產安全，故在量刑中亦可能衡量具體個案中行為人酒後駕車致人死傷的危險程度⁴⁷⁰或過失所生車輛等財物危險與損害程度。至於毒品刑法保護之「國民健康」法益，亦僅為個別國民身體健康的總和，雖然 *Beulke* 與 *Schröder* 稱公民維持健康狀態並促進具存續能力之社會秩序，國家也因之享有利益，因此國家利益亦為國民健康法益之一環，然在當代民主法治國下承認國家有權要求人民自我保存並作

⁴⁶⁹ 倘個案系爭效果已符合過失致死罪（我國刑法第 276 條）或過失致傷罪（我國刑法第 284 條）中的描述，則應優先適用該等規定，並依競合規則加以論斷。至於過失財產損害因無其他獨立處罰規定，故在此作為失火罪之構成要件外效果而在量刑中加以衡量，格外具有意義。

⁴⁷⁰ 倘個案系爭效果已被不能安全駕駛罪的加重結果犯（我國刑法第 185 條之 3 第 2 項）、過失致死罪（我國刑法第 276 條）或過失致傷罪（我國刑法第 284 條）等犯罪構成要件所涵蓋，則應優先適用該等規定。

為其利益，似值存疑，是以，國民健康法益在現行法下最終留存的內涵也僅存多數公民身體健康的總和⁴⁷¹。在前述「海洛因交付案」中，吸食者的死亡亦屬身體健康危害的深化，至少在立法者意志下，亦屬前階禁止交付或交易毒品所欲防免的結果，故得通過本階段的審查，不過最終是否能納入量刑衡量，仍須通過其他階層的審查，特別須考量是否因吸食者自我負責而阻斷歸責（下文第六章第二節）。

第三款 個人法益併合多種不法內涵

除了集體法益可能拆分為多種法益外，在保護個人法益之犯罪中，基於構成要件之多樣性，仍有可能解析出多種不法內涵，譬如在侵害個別財產的犯罪（即所有權犯罪）中，亦可能併合產生多種法益危險或實害，典型的例子如：作為實質結合犯的強盜罪（我國刑法第 328 條）除由竊盜罪（我國刑法第 320 條）與強制罪（我國刑法第 304 條）所組成外⁴⁷²，且強盜行為對生命、身體的危險性尚可能升高為具體危險或實害，而同時包含財產、自由、生命與身體法益的侵害。此外，在搶奪罪中，雖非如強盜罪直接描述為複行為犯，然其法定刑之所以高於竊盜罪的法定刑，應解釋為除同樣侵害所有權人對其所有物的支配權力（Herrschaftsmacht）外，尚額外造成他人身體或生命法益危險⁴⁷³，也因此複合了財產、身體與生命法益的考量。又或者在整體財產法益犯罪中，恐嚇取財罪（我國刑法第 346 條）除考量被害人財產經濟價值短少外，尚考量到恐嚇行為對被害人（未至不能抗拒程度）之意思決定自由妨害可能性，因此複合了財產與自由法益。至於同樣為實質結合犯的擄人勒贖罪（我國刑法第 347 條）則為私行拘禁罪（我國刑法第 302 條）與恐嚇取財罪（我國刑法第 346 條）的組合，同時蘊含生命與身體法益危險性的考量。在此等犯罪類型中，由於多種法益侵害均在構成要件含括之不法射程範圍內，故即使

⁴⁷¹ 如此一來，其正當性也值得存疑，可參周漾沂（2012），〈從實質法概念重新定義法益：以法主體性論述為基礎〉，《國立臺灣大學法學論叢》，41 卷 3 期，頁 1040-1042。

⁴⁷² 參蔡聖偉（2013），〈論強盜罪「至使不能抗拒」之認定〉，《月旦裁判時報》，24 期，頁 130。

⁴⁷³ 關於搶奪行為的解釋，學說上素有爭議，進一步可參蔡聖偉（2008），〈搶奪行為之認定〉，《月旦法學教室》，74 期，頁 14-15。

個案財產損害大小相同，諸如強盜、搶奪、擄人勒贖罪所致生命及身體具體危險程度、恐嚇取財所生自由妨害程度等有所不同時，亦適以影響量刑高低⁴⁷⁴。反之，單純以竊盜罪加以論罪時，因該構成要件未蘊含對被害人生命、身體及自由的保護，故無法在量刑中考量此等對生命、身體之危險或對自由之妨害程度。


雖然或有反對意見認為上開妨害自由或生命、身體的危險性僅涉及取財手段（如：強盜行為、搶奪行為、恐嚇行為、與擄人行為）此構成要件要素，而屬行為不法的一環。然而，先從立法者角度觀之，雖然表面看似額外慮及此等犯罪類型典型行為手段的特殊性，而訂定比普通竊盜罪更高的法定刑，惟其中必然亦考量到該行為手段與實際法益侵害的關聯性，蓋在不採行為人刑法的情況下，尚難想像除了考量到對法益侵害加深或加廣外，還有甚麼理由能升高法定刑。既然立法者在法定刑中宣示此部分不法內涵較高，也意味者法官應該在量刑中接續評價；此外，從法官的角度觀之，縱使是構成要件行為要素蘊含的危險性，只要在個案中現實化為對法益客體的具體危險或實害時，亦屬結果不法一環。蓋行為與結果本非可割裂的異質概念，反之，從行為人將意志輸出於外在行為至實現於結果，應理解為一個貫穿的整體性過程，也因此構成要件要素中被描述為行為者，也可能在個案中流動為結果的一環。換言之，雖然在可罰性前提上，僅要求具有行為危險性已足，然當個案現實化為具體危險或實害時，仍升高了結果不法的量，而應依據我國刑法第 57 條第 9 款在量刑中加以評價。

第四款 法益對法益持有者的社會生活功能

由於法益除了自身價值外，往往尚對法益持有者存有社會生活功能之作用⁴⁷⁵，則當犯行不僅侵害該法益自身價值，尚造成依存於該法益持有者的潛在行動自由妨害時，是否亦應在量刑時考量該「法益持有者的行動目標」(Handlungszielen des

⁴⁷⁴ 倘個案中系爭效果達他罪構成要件的程度，亦應優先適用各該規定。

⁴⁷⁵ 國內文獻尚有參日本學說而稱此問題為「實害犯內包的危險現實化」，參李嘉興（2021），〈構成要件結果外之實質損害與量刑〉，《司法周刊》，2053 期，頁 2。



Rechtsgutsinhabers) ? 以財產犯罪為例：「汽車詐欺案」中，行為人詐欺他人出租用車，除導致他人財產減損外，尚剝奪他人將該車用於營利的機會；竊取他人維持生命所需之藥物，除導致他人喪失該藥之支配權外，尚導致其生命、身體陷於危險；竊取路人手機，致其嗣後心臟病發時因無手機而無法撥打急救電話，同樣除剝奪他人對手機的支配權外，尚造成他人生命、身體的危險或實害⁴⁷⁶。倘受侵害的財產價額相同時，是否得依財產的預期使用利益，而在量刑予以不同評價？同理，在傷害罪中，例如：毆打他人致截癱，導致被害人無法工作，則在量刑時除了考量身體完整性損害程度外，是否尚能考量被害人受損害之身體部位用於社會活動之功用？而在妨害自由犯罪中，更多相關例子如：拘禁他人使其喪失締約機會，則除自由妨害時間長短外，是否尚應具體考量該段時間被害人預期的活動可能性？類似的例子尚出現在殺人罪中，除了在量刑時應考量狹義的被害人生命遭剝奪外，更廣義的損害如被害人的遺族家屬因而喪失經濟支柱或無人撫養，是否亦得納入衡量？本文認為應區分情形加以討論。

首先就財產損害衍生的所有權人社會生活妨礙而言，前已多次提及，關於竊取藥品所伴隨的生命危險，Frisch 肯認得納入量刑衡量，蓋財產犯罪之規定不僅保護所有人（或持有人）的物品或財產標的，尚在保障與該物緊密相連的身體與物質福祉⁴⁷⁷；反之，Bloy 則認為財產法益終究不包含生命和健康保障，故不應將之納入衡量⁴⁷⁸。惟本文認為應更細緻地區分不同財產犯罪類型的保護法益，蓋雖然在一般通念下財產犯罪的保護法益被統稱為「財產權的侵害」，然而所謂財產法益實為複合、相當廣泛而不確定的概念，其中包含了財產所有權、處分權、管領權、占有權、

⁴⁷⁶ 例子來自 Grosse-Wilde 對 Ryberg 所舉案例的改編，vgl. Grosse-Wilde, Erfolgzurechnung in der Strafzumessung, 2017, S. 528。

⁴⁷⁷ Frisch, Die »verschuldeten« Auswirkungen der Tat, GA 1972, 321, 337.

⁴⁷⁸ Bloy, Die Berücksichtigungsfähigkeit außertatbestandlicher Auswirkungen der Tat bei der Strafzumessung, ZStW 107 (1995), 576, 589.

債權等諸多概念⁴⁷⁹，對於所有權人也包含了不同面向的意義，刑法也就此財產利益提供不同面向的保護，不能籠統地以抽象的財產權來理解所有財產犯罪的法益⁴⁸⁰。

如果更細緻地分析財產犯罪，實則應將財產犯罪區分為「所有權犯罪」（Eigentumsdelikte）與「侵害整體財產之犯罪」。所有權犯罪旨在保護「個別財產價值」（*einzelne Vermögenswerte*），亦即所有權人對該個別物品享有之「所有權」，精準而言乃「支配利用權限」，正如 Grosse-Wilde 所述：「保護法益的意義非旨在保障利益的積極價值存續，而是保障法益持有者的處分自由（*Dispositionsfreiheit*），得按其意願使用其法益，以作為形塑其生活的手段」，保護所有權非僅在確保所有人擁有該「物」（*Sache*），而在於保障所有權人利用該「財產」（*Eigentümer*）所具備之潛能（*Potentiale*）⁴⁸¹，以擔保其形塑社會生活的可能性，財產因此也應被視為實現廣義行動自由的手段⁴⁸²。因此，由侵害所有權所連結之行動妨害，應在所有權犯罪之構成要件保護範圍內，而得通過第一階段歸責客體的審查。此等犯罪類型包含竊盜、侵占、搶奪、強盜及毀損等罪；相對地，侵害整體財產之犯罪則旨在保護「整體財產」（*das Gesamtvermögen od. Vermögen als Ganzes*），其關注的財產損失並非「物的交付」本身，而是交換價值，亦即「折算式觀察」被害人的整體財產經濟上總值是否在處分財產前後有所短少⁴⁸³，故量刑評價核心亦為整體財產總額減損程度，至多僅可從整體財產總額貶損的角度來看對所有權人整體生活的干擾（例如：「供應商詐欺案」的破產情形），惟不能就該個別之物的使用可能加以計算，此

⁴⁷⁹ 柯耀程（2008），〈財產犯罪之構成要件形成—以強盜罪構成要件為例〉，《月旦法學雜誌》，163期，頁 6-7。

⁴⁸⁰ 蔡聖偉（2008），〈財產犯罪：第一講概說：所有權犯罪與侵害整體財產之犯罪（上）〉，《月旦法學教室》，69期，頁 53、55；柯耀程（2008），〈財產犯罪之構成要件形成—以強盜罪構成要件為例〉，《月旦法學雜誌》，163期，頁 11。

⁴⁸¹ Grosse-Wilde, *Erfolgzurechnung in der Strafzumessung*, 2017, S. 288.

⁴⁸² Bloy, *Die Berücksichtigungsfähigkeit außertatbestandlicher Auswirkungen der Tat bei der Strafzumessung*, ZStW 107 (1995), 576, 588.

⁴⁸³ 蔡聖偉（2008），〈財產犯罪：第一講概說：所有權犯罪與侵害整體財產之犯罪（下）〉，《月旦法學教室》，70期，頁 48-49。

等犯罪類型則包含詐欺⁴⁸⁴、背信、恐嚇取財與擄人勒贖罪等。由上可知，「所有權犯罪」及「侵害整體財產之犯罪」保護內涵有異，在量刑中得考量的範圍亦有異。

奠基於此等理解，在上述竊取手機與竊取藥物的案例中，由於竊盜罪乃保護個別財產價值的所有權犯罪，而手機對其持有者最基本的利用潛能本為通訊聯絡之用，特別是其一般使用方式被預設為隨身攜帶，自包含緊急情況時得用以撥打急救電話，同理，如果藥物不是為了讓人服用以舒緩疾病或促進健康，其物理存在本身也沒有太多意義，因此禁止他人竊取手機或藥物，本為了保障所有人（或持有人）藉其開展各種社會生活行動的可能性，故上開所生之生命、身體危險既已落入竊盜罪的構成要件保護範圍，自得通過量刑第一階層的審查。至於在較有爭議的「汽車詐欺案」中，由於本文認為詐欺罪乃侵害整體財產之犯罪，被害人在交付該車時本質上亦同意對方使用該車⁴⁸⁵，則其關注者自非繼續保有對該車的利用，而是關注交易上是否換取合算的租金收益，進而影響整體財產總值，然而本案中，無論被告是否交付相當之租金對價，在利用期間過失毀損該車的危險也一樣存在，可見過失毀損的危險並非此種詐欺方式所要防免的效果⁴⁸⁶，更不用說送修期間所生營業機會喪失，自然亦非詐欺罪的保護範圍。反之，如果案例換成竊取公司車輛致公司收入和訂單損失⁴⁸⁷，則得加以衡量。


關於法益對法益持有人與社會互動關係的分析，除得用於財產犯罪外，亦得用於侵害重大身體法益的犯罪。亦即，保護防免嚴重的身體與健康損害，不僅旨在保

⁴⁸⁴ 我國學說素有爭議是否應區分詐欺取財罪（刑法第 339 條第 1 項）與詐欺得利罪（刑法第 339 條第 2 項），而分別歸入「所有權犯罪」與「侵害整體財產之犯罪」，惟蔡聖偉教授即精確地指出，既然被害人自己同意交付財產，則非意在繼續保有該財產，而是關注其交換價值，個案中所交付的財產究竟乃具體財物或利益，在所不問，蓋此區別僅現象上差別，而無規範上意義。參蔡聖偉（2008），〈財產犯罪：第一講概說：所有權犯罪與侵害整體財產之犯罪（下）〉，《月旦法學教室》，70 期，頁 49。

⁴⁸⁵ 亦有就本案提出類似觀點者，vgl. Puppe, Die verschuldeten Folgen der Tat als Strafzumessungsgründe, in: Spindel-FS, 1992, S. 461-462。

⁴⁸⁶ 基此理由主張過失毀損與詐欺保護範圍無涉者，vgl. Frisch, Die »verschuldeten« Auswirkungen der Tat, GA 1972, 321, 337。

⁴⁸⁷ Vgl. BGH wistra 2005, 457.



障肉體完整與否、生理組織或精神狀態健全與否，而是同時也考量到「某些基本的身體功能乃作為一個社會生物生存的基本前提條件」⁴⁸⁸，此也包含了身體的主人自行決定如何支配其軀體的能動性，以開展行動自由、並形塑社會生活，故在截癱的案例中，喪失工作等社會性後果亦得納入衡量；同理，在妨害自由犯罪中，除了自由拘束時間長短外，該段時間具體的活動可能性亦得納入衡量，例如：因受拘禁而喪失締約機會。不過上開對於潛在行動自由的妨害範圍自然同樣必須參考社會體制觀點加以判斷。至於預期利益損害，也如同在犯罪論的通說，必須限縮在幾近可能發生損害的情況。

與上開案例看似類近、但實際有所不同的是，在殺人罪中，額外導致被害者親屬過去從被害者處享有的經濟上或撫養上的利益因此中斷不應在量刑中加以衡量，蓋人活著非供他人之用，生命權並非在保護他人可因其生命存續而在經濟上或身分上享有利益，否則形同蘊含人的價值得因此區分高低，而應同理認為「造成支撐國家經濟之企業主管死亡」比「造成無親無故之獨居老人死亡」更加嚴重，而應予更高的非難。顯然在貫徹憲法人性尊嚴的理念下，自應否定此種價值排序，蓋生命等價，任何人的死亡均應被視為世間上最悲痛的事件⁴⁸⁹。綜上，被害人親屬因被害人死亡而致家庭經濟中斷或無人撫養，均不能在殺人罪之量刑中加以衡量。對於財產上所失利益與所受損害僅能循民事損害賠償加以填補，對於撫養上空缺則僅能由國家社會扶助制度來接手。

⁴⁸⁸ Hörnle, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, S. 251-252.

⁴⁸⁹ 德國實務學說多次指出生命等價在量刑中的意義，亦即不得基於被害者年齡（如：兒童餘命較長）或其他特別的質量上差異（如：被害者為有價值的人）而從重量刑，BGH NStZ 1996, 129, 129; Maurach/Gössel/Zipf, AT, Bd. 2, 8. Aufl., 2014, § 63 Rn. 26; Schäfer/Sander/van Gemmeren, *Praxis der Strafzumessung*, 6. Aufl., 2017, Rn. 590；我國文獻亦指出因生命等價，不應在量刑中衡量被殺害者的年齡及社會地位，參林山田（2008），《刑法通論（下冊）》，增訂 10 版，頁 532。



第五款 心理、精神與情感影響

犯罪行為除了產生物理層面影響外，亦時常對被害人個人、第三人或社會公眾產生額外心理層面影響，以下就不同情形討論。首先，對被害人個人所生心理影響而言，至少可以分成病理性的精神危害以及單純情緒上反應兩種。先就第一種病理性的精神危害而言，包含諸如經歷犯行後所生創傷後壓力症候群（posttraumatic stress disorder，簡稱 PTSD）等，本文認為不能僅因該損害涉及人的心理層面，即斷然否定在量刑中考量的可能性，蓋通說認為肉體（Leib）和精神（Seele）存在緊密相互作用⁴⁹⁰，故當心理危害至少使身體處於病理學上（pathologisch）、軀體上（somatisch）可客觀化的狀態時⁴⁹¹，自得作為傷害罪（我國刑法第 277 條、第 284 條）的構成要件內效果而在量刑中加以衡量。惟問題在於未達傷害程度的精神危害是否得作為構成要件外效果而在其他犯罪的量刑中加以衡量？本文認為仍應視各該犯罪構成要件是否內包精神危害的考量，例如：強制性交罪（我國刑法第 221 條）中，由於性自主法益並非固有、單一的概念，而是揉合意思決定與行動自由、身體、隱私、名譽與尊嚴等複合概念⁴⁹²，從而強制性交應視為對被害者極端的羞辱及對其最私密之生活領域的嚴重侵犯⁴⁹³，由此而生的精神後果不再僅是被害人的主觀情緒，而是蘊含在上列構成要件欲保護防免的範圍內，學說上亦多支持在性犯罪的量刑中衡量心理危害⁴⁹⁴；又或者在侵入住居竊盜罪（我國刑法第 320 條第 1 項、第 321 條第 1 項第 1 款）中，由於住居涉及人們安心、信賴之隱私領域

⁴⁹⁰ Paeffgen/Böse/Eidam, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), NK-StGB, 6. Aufl., 2023, §223 Rn. 3.

⁴⁹¹ BGH StV 1998, 76, 76.

⁴⁹² 關於複合的性自主概念，vgl. Hörnle, Sexuelle Selbstbestimmung: Bedeutung, Voraussetzungen und kriminalpolitische Forderungen, ZStW 127 (2015), 851, 862 ff.; 廖宜寧（2020），〈由德國性犯罪條文修正之觀察探析妨害性自主罪的理論基礎〉，《國立臺灣大學法學論叢》，49 卷 2 期，頁 683；黃榮堅（2004），〈刑法上性自主概念之研究〉，《行政院國家科學委員會專題研究計畫》（計畫編號：NSC 92-2414-H-002-030），頁 1 以下；李佳玟（2017），〈說是才算同意（Only Yes Means Yes）—增訂刑法「未得同意性交罪」之芻議〉，《臺北大學法學論叢》，103 期，頁 101。

⁴⁹³ Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 230.

⁴⁹⁴ vgl. Schäfer/Sander/van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 6. Aufl., 2017, Rn. 598, 601; Meier, Strafrechtliche Sanktionen, 5. Aufl., 2019, S. 197.

(Privatsphäre)，故即使被害人所受物質損害相同，當精神危害（例如：住居安全感受干擾）程度有異時，亦具有量刑法上意義，而得進入後續審查⁴⁹⁵。反之，在前述德國聯邦最高法院「吸血鬼案」中，由於與名譽相連之精神創傷未蘊含在竊盜罪與贓物罪之構成要件保護範圍內，故不得在量刑中加以衡量。

至於就被害人單純情緒反應而言，則包含諸如被害人的不悅、氣憤、焦慮、懊悔、失望或沮喪等。誠如前文所述，刑罰目的雖包含藉由刑罰否定破壞權利釐定之行為，以表達對被害人所受權利侵害的承認，然非旨在撫平被害人傷痛或憤怒情緒，即使依循通說將「法益」的原始意義理解為值得法律保護的「益」(Gut)，而將「益」的判斷連結到一個現實狀態的存否是否會令人感到悅或不悅⁴⁹⁶，惟此等一般性的大眾感受既已被轉化為生命、身體、財產等高低不同的價值型態，則評價此等價值所受侵害高低已等同評價了由此反射出的不悅感受，兩者為一體兩面。職是，曾被我國實務判決納入構成要件外效果考量之「情緒低落、焦慮、易怒」⁴⁹⁷應不具有影響量刑程度之適格。此外，在前述「婚姻詐欺案」中，以交往或婚姻為藉口，行竊盜、侵占及詐欺等犯罪之實，而致被害人格外失望、絕望與擔心，誠然在道德上特別值得譴責，然而該等心理危害一方面來自財產受危害反射出的情緒反應，另一方面則來自對愛情及未來生活關係想像的破滅，不僅前者並無在量刑中獨立衡量之餘地，且後者有關伴侶的信賴既與財產事務無關、亦與刑法上值得保護之

⁴⁹⁵ 同此觀點，vgl. Meier, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 4.7.2002 – 3 StR 190/02, StV 2003, 442, 443-444; Schäfer/Sander/van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 6. Aufl., 2017, Rn. 598; Meier, Strafrechtliche Sanktionen, 5. Aufl., 2019, S. S.197; Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 230 f.

⁴⁹⁶ 關於法益的理解，可參黃榮堅（1997），〈論行為犯〉，收於：《現代國家與憲法：李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集》，頁 1561，月旦；蔡聖偉（2008），〈賭博罪保護法益之探討〉，收於：《刑法問題研究（一）》，頁 337-338，元照；鍾宏彬（2012），《法益理論的憲法基礎》，頁 295-302，元照。

⁴⁹⁷ 上述臺灣高等法院花蓮分院 105 年度上訴字第 13 號刑事判決。

信賴感（例如：住居安寧信賴、制度信賴等）迥然有異，故其既無法升高固有財產法益相關之結果不法，亦未增加他種新的不法，自不得升高量刑⁴⁹⁸。

其次，對被害人以外之第三人所受心理影響而言，最常被討論者莫過於與被害人親近之第三人的「被害感情」，其中又包含「處罰感情」與「精神或心理危害」兩個面向。先就處罰感情的面向而言，雖然在實然面上懲罰慾望深植人心，然不代表在應然面上即須滿足之，刑罰作為對權利界分狀態破壞的回應，亦非旨在撫平親近第三人的憤怒情緒或滿足其等個別、恣意的報復慾望；至於就親近第三人所受精神或心理危害的面向而言，雖然在現實層面中，人乃與他人相連的社會性存有而非孤立的存在，故一個人的逝去或受暴力對待，往往會伴隨與之生命歷程相連的人同樣感到痛苦，然而從應然面來看，生命、身體、自由等一系列個人法益仍專為法益持有者而設，而非擴及除此之外的第三人，故此等第三人難以就其附帶心理危害加以主張。特別是在侵害生命法益之犯罪中，倘能以親近第三人的心理危害高低作為量刑基礎，恐得出不合理的結論，以下述情境為例：一個晨昏定省的孝子、一個孑然一身的流浪漢以及一個暴力相向的逆子，某天遭他殺，孝子親屬悲痛欲絕、流浪漢無人悲哀傷心、逆子家人如釋重負，難道能依此認為殺害流浪漢或逆子的量刑應該低於殺害孝子？如此形同以被害人有無親屬、與親屬是否親密來斷定生命權的侵害高低，有違憲法精神。是故，與被害人親近之第三人所受精神或心理危害雖可稱與犯行具有條件因果關係、典型性或預見可能性，然在前階段即因無法通過構成要件保護範圍的審查，而終局確認無法納入量刑衡量，也無繼續審查的必要。除親近第三人外，犯行尚可能對犯罪現場之第三人產生放射的心理危害效應，例如：在兒童面前殺人恐致其精神創傷，惟本文認為由於第三人的精神創傷終究難以稱為被害人生命權的一部分，故亦難在殺人罪的量刑中加以衡量，僅能視情況判斷是否有另外成立傷害罪之餘地。至於前述「同事嫌疑案」中，強盜式恐嚇取財與無辜之

⁴⁹⁸ 同樣否定在本案中考量該等心理危害者，vgl. Streng, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), NK-StGB, 6. Aufl., 2023, §46 Rn. 58；相反見解，vgl. Grosse-Wilde, Erfolgzurechnung in der Strafzumessung, 2017, S. 288。

犯罪嫌疑人輾轉所生之精神壓力更難尋得規範上關聯，故不得將後者納入前者的量刑審酌範圍。



最後，就犯行（特別是個人法益犯罪）所生之社會心理影響而言，前文已述我國判決曾考量公眾安全感的動搖，諸如強制性交造成人心惶惶⁴⁹⁹、手術之際攻擊醫療人員造成社會震撼⁵⁰⁰、隨機殺人案所生社會大眾的恐懼⁵⁰¹等，本文認為可以分為兩面向分析：首先，公眾安全感可能用以描述純粹一般社會大眾情緒的波動，本文認為此處所謂社會集體情緒，亦僅是個人情緒的集合，既然前文已反駁其在量刑中獨立衡量的可能性，在此應有相同的判斷；此外，公眾安全感亦可能更實質地被解釋為「公眾對法益不受侵害的穩定心理」，並與潛在行動自由相連接。可能的理據在於，所有實際發生的犯罪不僅侵害被害人的權利，同時亦具有對公眾發話的作用，亦即犯罪即在宣稱可以違反「人不得殺人、不得傷害、不得干擾他人財產狀態」等個別誡命，繼而反映出外界事實狀態不再安全的印象，公眾因此或有憂慮自身法益也亦受侵害而改變行動選擇。本文認為此等意義下之公眾安全感固然比純粹公眾情緒更可能取得刑法上受保護之地位，然其至多僅能用以限縮解釋公然煽惑違背法令罪（我國刑法第 153 條）等抽象危險犯的保護對象⁵⁰²，蓋在此情形，禁止侵害公眾安全感已成該等特殊犯罪類型之行為規範的一部分，故在其被侵害時自得在量刑中評價侵害程度高低；相對地，逕稱所有個人法益犯罪同時也在保護公眾安全感則容有疑義，蓋各該個人法益犯罪之行為規範內容仍指涉到生命、身體、自由等個別法益本身，毋寧在行為規範的效力層次始涉及公眾的安全感或認知的穩定性，也因此，對於個別個人法益犯罪的量刑而言，以相應的刑罰對各該法益侵害

⁴⁹⁹ 上述臺灣高等法院臺中分院 106 年度上訴字第 1083 號刑事判決。

⁵⁰⁰ 上述最高法院 109 年度台上字第 5623 號刑事判決。

⁵⁰¹ 上述最高法院 101 年度台上字第 4242 號刑事判決。

⁵⁰² 關於將公然煽惑違背法令罪規範目的理解為「連結潛在行動自由的公眾安全感」，可參劉劭容（2019），〈重構刑法公然煽惑違背法令罪——兼評太陽花學運佔領立法院案〉，《臺北大學法學論叢》，111 期，頁 198 以下；將抽象危險犯一般性解釋成「穩定權利行使的心理性條件……以確保潛在被害人的認知穩定性」，可參周濛沂（2019），〈重新理解抽象危險犯的處罰基礎——以安全性理論為中心〉，《臺北大學法學論叢》，109 期，頁 161 以下。

加以回應同時已足以反射地回復行為規範的效力，故不得在上開殺人罪、傷害罪、強制性交罪等個人法益犯罪的量刑中再行衡量公眾安全感的動搖



第六款 社會所生之影響

除犯行對具體個人所生之影響外，前文已整理的我國實務判決及量刑指引亦多在量刑中考慮犯行所生之社會影響，其中大致可分為以下幾類：首先，在個人法益犯罪中，額外考量犯行對客觀面「社會治安」的危害，例如：在殺人與傷害致死罪、強制性交、侵入住宅竊盜或強盜犯罪等常考量對社會治安之嚴重危害。此主張看似直觀，卻值得深究檢討。蓋所謂社會治安僅被包裝為表面似具有集體性質，實則內涵乃人不殺人、不傷害、不竊盜等人類共同生活所需基本條件均被實現的事實狀態⁵⁰³，換言之，每一犯罪雖均可稱為對社會治安的破壞，然而如前文闡述（見第四章第一節第四項第四款），法和平僅是權利釐定清楚後、公民均遵循之而為行動的反射，也因此評價權利侵害大小已同時反映出法和平的侵害大小，例如在殺人罪中已在構成要件內效果衡量剝奪生命的嚴重性，則不得再次以構成要件外效果之姿再次衡量對社會秩序的破壞，否則將淪為雙重評價。

同樣從客觀面切入者，尚有考量犯行所生模仿效應或助長其他犯罪，例如：詐欺行為助長詐騙歪風⁵⁰⁴、洗錢行為助長毒品交易市場或組織犯罪活動⁵⁰⁵，或在違反《槍砲彈藥刀械管制條例》案件中考量無邊際之模仿效應⁵⁰⁶等。文獻亦有肯認社會模仿性高之犯罪通常可認具有犯情重大惡質性⁵⁰⁷。然而，一來，並無實證研究顯示先前犯罪與後續犯罪間確實具有因果關係；二來，泛泛將所有犯罪理解為教唆或煽


⁵⁰³ 周濛沂（2008），〈論「煽惑他人犯罪或違背法令」之處罰理由〉，《國立臺灣大學法學論叢》，37卷4期，頁361-362；周濛沂（2012），〈從實質法概念重新定義法益：以法主體性論述為基礎〉，《國立臺灣大學法學論叢》，41卷3期，頁1039-1043。

⁵⁰⁴ 上述臺灣桃園地方法院 111 年度訴緝字第 1 號刑事判決。

⁵⁰⁵ 上述洗錢防制法第 14 條量刑審酌事項參考表，<https://www.judicial.gov.tw/tw/dl-134423-2ff4ba7c8876468dbaa7b1643bbcf921.html>（最後瀏覽日：2023 年 7 月 20 日）。

⁵⁰⁶ 上述臺灣高等法院花蓮分院 103 年度上訴字第 220 號刑事判決。

⁵⁰⁷ 朱朝亮（2021），〈從量刑法則之應然，談我國現行量刑實務問題〉，《法官協會雜誌》，22 期，頁 57。



惑他犯罪亦有不當，蓋教唆與煽惑均設有額外嚴格要件，不應以較低的門檻繞道而行。再者，各該犯罪構成要件均有其守備範圍，縱使一犯行確有助長他犯罪之虞，也應由所涉具體罪名來處理，而非全數視為先前犯行不法與罪責的範圍，而包裹進單一刑罰框架加以處理，否則設立各該犯罪構成要件也不再有意義。況且，本文一向反對以預防考量作為加重刑罰理由，從而亦不可能以預防為由將犯行所生模仿效應納入先前犯行所涉犯罪量刑中。

另一種更幽微的社會影響則是考量到行為人特殊身分的放射效應，第一類型著重於描述行為人因該等身分而具有較高的注意義務，故即使與一般人犯相同罪名，亦應承擔較高之刑責，例如：身為立委，本應謀求國家、社會與民眾福祉，卻炒作股票⁵⁰⁸；身為退休校長及總統親家，本應符合民眾期待並為學生典範，卻犯公益侵占⁵⁰⁹；身為新聞從業人員，本應盡守門人、擔負新聞廉潔性的責任，卻藉此侵害被報導者的權利⁵¹⁰，前述「吸血鬼案」亦為一例；至於第二類型則是著眼於犯行對與行為人同身分之人的效應，例如：「庇護者案」中造成其他庇護者聲譽受損、「吸血鬼案」及我國判決中因新聞從業人員犯罪將導致整體第四權形象受損⁵¹¹。然而，每個人雖在社會關係中均扮演特定社會角色，承擔一定社會賦予的行為期待，而被期望遵循特定權利義務規範及行為模式，然而純粹社會角色義務終究無法不經橋接地建構刑法上義務，蓋在刑法上承認能升高犯行不法或罪責的身分相對有限（例如：犯特定罪名的公務員）。否則，如認量刑中得考量單純社會角色義務的話，實則任何人在社會中皆扮演多重角色，一個人可能同時是某大企業主管、小孩母親／父親、名校法律系校友等多樣身分，當其犯罪時，可否指謫其身為大企業主管有違社會期待、為人父／母未扮演小孩典範或名校法律系校友卻知法犯法？甚或因而造成社會對某大企業及其主管不信任或造成該校甚至所有法律系聲譽貶損

⁵⁰⁸ 上述臺灣高等法院臺中分院 103 年度重金上更（二）字第 11 號刑事判決。

⁵⁰⁹ 上述臺灣高等法院 101 年度金上重更（三）字第 8 號刑事判決。

⁵¹⁰ 上述臺灣高等法院 102 年度上訴字第 2054 號刑事判決。

⁵¹¹ 上述臺灣高等法院 103 年度上訴字第 1763 號刑事判決。

時，均得依此要求行為人承擔較高之刑責？事實上，所謂社會角色往往僅是事後的串聯與貼附，行為人行為時並非以此身分之姿進行犯罪，亦非代表社會全體相同身分者為之，無論如何難以稱構成要件保護各該個人法益時，也想要一併保護防免此等社會身分所生效果的發生。

至於就主觀面的社會影響而言，前已論證無論是社會一般大眾的情緒波動，或動搖公眾對法益不受侵害的穩定心理，均不應在量刑中獨立考量。

第七款 國家與國際形象受損

除犯行對個人、具體第三人及社會影響外，實務亦常考量犯行額外所生之國家尊嚴與國家形象受損，案例類型包含犯罪情節牽扯涉外犯罪（例如：跨境電信詐欺案件⁵¹²及販賣仿冒商標商品⁵¹³）、犯罪行為人乃執掌涉外事務之人（例如：職司人出國及移民事項之隊長⁵¹⁴、國安特勤人員⁵¹⁵）、被害人乃外籍人士⁵¹⁶、犯罪地點在出入境門戶桃園機場⁵¹⁷。其中別具見解重要性者又莫過於最高法院 104 年度台上字第 1574 號刑事判決，針對此案件高等法院提到行為人並非不能預見其行為對國家尊嚴及形象之侵害，而最高法院則認為雖然各犯罪類型所保護之法益有異，然刑罰本具維護社會秩序之基本目的，故我國刑法第 57 條第 9 款所謂「犯罪所生之危險或損害」自不以各該犯罪之刑罰規定所直接保護之法益為限，即使是個人法益犯罪亦得衡量附帶國家形象與國際形象受損。

就此，前文已多次解釋，雖然量刑衡量的實質標準確為實質不法的侵害，然此不代表得以跨越構成要件而將與所犯罪名無關的法益類型納入衡量，司法者仍應在所犯構成要件保護範圍內衡量實質不法量的高低，故最高法院 104 年度台上字

⁵¹² 上述臺灣高等法院臺中分院 110 年度金上訴字第 1920 號刑事判決。


⁵¹³ 上述最高法院 99 年度台上字第 7402 號刑事判決。

⁵¹⁴ 上述臺灣高等法院臺中分院 100 年度上訴字第 291 號刑事判決。

⁵¹⁵ 上述臺灣臺北地方法院 108 年度矚重訴字第 1 號、109 年度訴字第 992 號刑事判決。

⁵¹⁶ 上述最高法院 104 年度台上字第 1574 號刑事判決。

⁵¹⁷ 上述臺灣高等法院 96 年度矚上訴字第 2 號刑事判決。



第 1574 號刑事判決的見解不無檢討空間。此外，就國家尊嚴與形象附帶受損的情況而言，是否得升高不法的量，本身就值得存疑，蓋現代民主法治國理念下，國家並非神聖不可侵犯，究竟有何「形象」必須維護，容有疑義。且就算進一步從受他人尊重與承認乃溝通的前提來思考，國家名譽受貶損尚可能實質妨礙對外國際地位及交往能力，例如判決所稱可能使我國觀光客減少⁵¹⁸，然此自非上開個人法益犯罪所欲維護的範圍，故不論行為人對此是否具有預見可能性，均不得作為從重量刑事由。

第二節 因果關係及客觀歸責

前文已確立系爭已發生之構成要件外效果唯有落入構成要件保護範圍者始可能升高結果不法，更精準而言，若要指稱該結果不法確實因犯行而升高故得責難行為人，尚必須該效果與犯行具有因果關係且可歸責於行為人。德國刑法第 46 條第 2 項第 2 句明訂「可歸咎」之限制，得透過解釋而在確認主觀歸責標準前，以客觀上可歸責為前提。至於我國刑法第 57 條雖無此要件，但在法理上也必然會得出此等結論，蓋從憲法上規範性人類圖像出發，自主乃自我負責的前提，唯有行為人對事件具有控制能力，始能將該事件歸責於行為人⁵¹⁹。換言之，歸責（Zurechnung）乃對主體的承認。從歸責最初宗旨觀之，更能映現其正確性，蓋歸責本旨在劃分不法（Unrecht）與不幸（Unglück），由於後者僅是偶然（zufällig）同時發生，而與規範違反無關⁵²⁰，故行為人倘若無法藉由有計畫地遵守規範以避免此種結果的發生，自不應被打上不法的烙印。在犯罪論釋義學中，結果與行為的歸責要求向為顛撲不破，則在量刑論中由於效果的範圍更加無邊無際，故更應貫徹歸責的理念。綜上，

⁵¹⁸ 上述臺灣高等法院 96 年度矚上訴字第 2 號刑事判決。

⁵¹⁹ Hörnle, Die verfassungsrechtliche Begründung des Schuldprinzips, in: Tiedemann-FS, 2008, 339.

⁵²⁰ Frisch, Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik, ZStW 99 (1987), 751, 753 f.，此種將現代歸責理論體現在犯行效果解釋上的做法為後續論者所遵循，vgl. Bloy, Die Berücksichtigungsfähigkeit außertatbestandlicher Auswirkungen der Tat bei der Strafzumessung, ZStW 107 (1995), 576, .578; Berz, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 15.05.1985 – 2 StR 83/85, NStZ 1986, 86, 87；我國學者亦有指出量刑時應借重客觀歸責理論之意旨者，參林山田（2008），《刑法通論（下冊）》，增訂 10 版，頁 531，元照。



歸責理論必須從犯罪論堅持到量刑論，不僅適用於確認不法性之有無，亦適用於評價犯行不法量之高低。


立於通說架構的平台上，須先以經驗判斷結果與行為間具有因果關係為前提，再以規範導向評價結果之客觀歸責性。析言之，因果關係被認為是結果歸責的最低限度要求⁵²¹，對於構成要件外效果而言，德國學界基本也都支持其必須與犯行間至少具有條件因果關係，而非僅僅「懷疑」會產生該效果⁵²²。例如：「尋求庇護者」案中，倘個案事實稍微調整為：因部分公民根深柢固抱持仇外心理，無論有無結夥竊盜犯行，尋求庇護者的聲譽均會遭貶抑，則此時不僅無法通過第一階段構成要件保護範圍的審查，即使至因果關係層次亦難以通過。

再就客觀歸責而言，通說認為包含三個標準：製造法不容許的風險、風險實現以及落入構成要件效力範圍（包含自我負責與第三人負責領域）。倘一一適用於構成要件外效果的審查，則在製造法不容許風險層次中，倘「同事嫌疑案」的構成要件外效果未在第一階層構成要件保護範圍受阻卻，在本階層亦無法通過，蓋非容許地陷人於罪已於我國刑法第 168 條以下偽證與誣告罪章明定，本案行為人單純犯強盜式恐嚇取財而未自白，並未刻意誤導警方將調查方向指向其同事，既非偽證或誣告，則應理解為國家偵查活動難免涉及無辜者，行為人犯行並未升高具有法律上意義的風險，而屬一般生活風險⁵²³；在風險實現層次中，則得排除效果與犯行間不具常態關聯的情況，例如：因受詐欺而羞憤自殺，或前述「竊盜—被害人偶然心臟病發—無手機得撥打急救電話—生命身體陷於危險」的案例，由於該等因果歷程誠屬罕見，已逸脫一般生活經驗，不應將引發此歷程的犯行視為可非難之危險；至於構成要件效力範圍的階層中，有關第三人介入的部分，由於該效果僅歸責於第三

⁵²¹ Wolfgang Frisch (著)，蔡聖偉 (譯) (2011)，〈客觀之結果歸責—結果歸責理論的發展、基本路線與未決之問題〉，《法學新論》，32 期，頁 11-12；參黃榮堅 (2012)，《基礎刑法學 (上)》，4 版，頁 264 以下，元照。

⁵²² Maier, in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 2, 4. Aufl., 2020, §46 Rn. 245.

⁵²³ 同樣可見於 Grosse-Wilde, Erfolgzurechnung in der Strafzumessung, 2017, S. 505-507.



人，便不再歸責於行為人。例如：因國家疏失而致性侵被害人於偵審程序受二次傷害，由於保護免於此等傷害乃國家司法制度專屬負責領域，故該效果不可歸責於行為人；又如父親公開被害女童自述受性侵的錄音帶後，女童飽受家人與同儕懷疑、指責與侮辱⁵²⁴，此時因第三人有意識地介入因果流程⁵²⁵，並因而導致性犯罪被害人受家庭及社會孤立的效果，則應適用回溯禁止原則，該效果不再歸責於行為人。其次，就被害者介入而言，例如：因受詐欺而破產導致自殺⁵²⁶，若被害人符合一切得自我負責的前提，例如：對風險意義及範圍有完整的認知、具評估風險能力、有能力依其風險認知來操控自己行為，且無負面排除不得自我負責的特殊情狀等，則應理解為自我決定危害生命法益仍屬被害人自由的行使與自我的實現，在我國脈絡下只得再另論有無加工自殺罪的可能性(第 275 條第 2 項)⁵²⁷。較有爭議的是「麻醉藥品案」，由於立法思維展現出家父長主義，從立法目的來看確實似乎可能排除被害人自我負責的可能性，然而如前述，國民健康法益除了個別國民健康的加總外，國家實無宣示其亦享有相關利益的可能性，故一來稱被害人對自我健康無處分權不無疑慮，另一方面將國民健康本身作為獨立的法益加以保護，在立法正當性上，亦須面臨質疑。

第三節 主觀歸責標準


接續討論主觀層面，首先可以確定的是，不可能在行為人對該構成要件外效果完全無故意或過失的情況下，令其承擔較高之刑責，蓋如前所述，行為人對不法事實的預見可能性乃負責的前提，亦為歸責的低標，若完全割捨之，將形同肯認現代法治國所不採取的自陷禁區理論，而違反罪責原則。接下來的問題則是，在故意犯的量刑中究竟只能考量故意所生之犯行效果，抑或過失所生者已足呢？例如：強制

⁵²⁴ BGH NJW 2001, 2983.

⁵²⁵ 通說限於介入的行為乃故意行為，至多放寬到重大過失行為。

⁵²⁶ 不過亦有見解認為破產所受精神後果自始不在規範保護範圍內，與性犯罪情況有異，Schäfer/Sander/van Gemmeren, *Praxis der Strafzumessung*, 6. Aufl., 2017, Rn. 601.

⁵²⁷ 此外，我國尚有性侵致羞忿自殺的獨立加重規定(我國刑法第 226 條第 2 項)。



性交罪（我國刑法第 221 條）乃故意犯，被害人精神危害往往僅過失所招致，是否亦得作為加重量刑考量呢？就此，前文已確立罪刑法定原則的思想必須在一定程度上貫徹至量刑之中，則構成要件外效果唯有落入所犯構成要件所設不法類型射程內者，始得納入量刑衡量，惟不以該效果本身的量已逾越可罰性界線為前提，則此處問題便會歸結為：究竟構成要件所要求的故意與過失間，屬質的區別或量的區別呢？

就此，我國實務通說往往將故意過失視為排他互斥關係。此或許來自於一般日常語言使用習慣下，若稱一個人故意為之時，往往不包含指稱其過失為之，在現象上差異被誤解為本質差異的情況下，立法者亦於我國刑法第 14 條第 1 項將過失定義為「行為人雖非故意」，後續實務學說則又再依文義解釋將故意與過失理解為排他互斥關係⁵²⁸。然而，本文認為應將兩者理解為包含關係，而非異類關係(Aliud)，蓋既然故意被定義為至少對不法事實「有預見」，而過失被定義為對不法事實「有預見可能性」，則故意與過失僅主觀不法程度高低的差異⁵²⁹，換言之，故意犯也隱含了相應過失犯的所有歸責結構⁵³⁰。是故，既然故意與過失僅量差而無質差，則過失的構成要件外效果已足在所違犯之故意犯的量刑中被評價。否則，倘將故意過失理解成互斥關係，而採取極端的故意說標準：以故意犯定罪時，只能衡量被故意所涵蓋之效果，以過失犯定罪時始能衡量過失所生效果，將會產生評價矛盾，並致刑罰評價不足，例如：在放火罪（我國刑法第 173 條第 1 項）的量刑中無法衡量過失的財產損害，在失火罪（我國刑法第 173 條第 2 項）的量刑中卻得加以衡量，然而故意放火情形顯然對於法益侵害可能性的漠視程度較高，主觀不法程度較高，若反而無法對此加以評價，恐導出不合理的結論。綜上，鑒於預見可能性乃一個人

⁵²⁸ 蔡聖偉（2010），〈論排他互斥構成要件〉，《東吳法律學報》，21 卷 4 期，頁 91；蔡聖偉（2014），〈評「所知·所犯」規則於司法實務上的運用〉，《東吳法律學報》，25 卷第 4 期，頁 106；黃榮堅（2012），《基礎刑法學（上）》，4 版，頁 458，元照。

⁵²⁹ 蔡聖偉（2010），〈論排他互斥構成要件〉，《東吳法律學報》，21 卷 4 期，頁 105 以下；蔡聖偉（2014），〈評「所知·所犯」規則於司法實務上的運用〉，《東吳法律學報》，25 卷第 4 期，頁 106；蔡聖偉（2018），《刑法案例解析方法論》，2 版，頁 102，元照。

⁵³⁰ Grosse-Wilde, Erfolgzurechnung in der Strafzumessung, 2017, S. 554 ff.

負責的低標，且故意與過失在結構上相包含，故無論是在故意犯或過失犯的量刑中，行為人對於系爭效果僅需主觀上具有預見可能性已足⁵³¹。



第四節 小結

綜上，並非一切犯罪所生之構成要件外效果均得納入量刑衡量，而是必先劃定歸責客體，再確立歸責標準。在此，我國刑法第 57 條第 9 款「犯罪所生之危險或損害」應限縮解釋，系爭效果須落入所違犯之構成要件保護範圍，而屬真正具有量刑法上意義的犯行效果、與犯行具有因果關係且客觀上可歸責、且行為人主觀上對其招致至少具有預見可能性，始得歸入我國刑法第 57 條第 9 款範圍，而在量刑中作為升高刑罰加以考量。


⁵³¹ 在通說客觀歸責體系架構下，由於在「製造法所不容許之風險」與「風險實現」層次中已蘊涵審查「客觀預見可能性」，為避免重複審查，此處乃指「主觀的預見可能性」。參蔡聖偉（2018），《刑法案例解析方法論》，2 版，頁 215-221，元照。

第七章 結論



關於構成要件外效果必須具備何等前提條件，始屬我國刑法第 57 條第 9 款「犯罪所生之危險或損害」的射程範圍，而得作為從重量刑因子，本文已分析現有實務學說意見，並提出個人見解，以下分點總結本文研究成果：

- 一、「構成要件內」與「構成要件外」效果僅具功能性區分意義，旨在劃定本文所欲探討的主題。在本文脈絡下，「構成要件內效果」乃立法者於法定構成要件明示之結果的具體型態，除此之外則屬本文探討的「構成要件外效果」範疇。
- 二、鑒於我國刑法第 57 條第 9 款「犯罪所生之危險或損害」的文義解釋結合歷史解釋，並基於量刑因子本屬構成要件要素的具體化，故「構成要件外效果」仍有納入量刑衡量的餘地，惟必須加以設限。
- 三、我國司法改革下所生三項量刑指引雖已就不同犯罪類型羅列宜作為從重量刑因子的構成要件外效果樣態，然因該等指引欠缺全面統計、各指引間統整、案例事實對照及相關理由敷陳，不免折損其參考性。而我國實務判決雖在量刑中實質衡量諸多構成要件外效果，惟多數並未意識必須對此設限，至於罕見對此著墨者，見解亦非完全一致。就此，我國稀缺的相關研究現況亦難以填補上開不足。
- 四、鑒於現行德國刑法第 46 條第 2 項第 2 句與我國刑法第 57 條第 9 款立法淵源深厚，取經於德國實務學說相關見解應屬前景開闊的取徑。就德國實務而言，1990 年代前德國聯邦最高法院著重於主觀歸責標準的辯論，1990 年代後迄今則處於各庭見解不一的狀態：第四庭改採規範保護目的理論，第一庭、第三庭仍採預見可能性理論，第二庭則實質採取規範保護目的理論，惟未清楚表態。至於就德國學說而言，關於客觀歸責標準，Frisch 以加重結果犯論證犯行效果必須與犯行具有典型性且落入規範保護範圍，惟此取徑不僅在方法論上



容有疑義，實質上亦會將加重結果犯固有問題帶至量刑；Bloy 則以避免間接處罰來論證規範保護目的必須限於嚴格的法益，惟其對量刑中法益射程範圍的理解或有過於狹隘之虞，又是否得依此作為預防升高之量刑理由亦懸而未決，且將「被害人與第三人所受心理危害」適用於該標準亦將生矛盾；而 Hörnle 則就「原初損害」主張以「生活質量削減」判斷結果不法的量，並就「結果損害」主張以「規範訴求功能」判斷該損害是否屬構成要件行為所固有，惟不僅原初損害與結果損害的界線不明，且規範訴求為何亦有待釐清；至 Puppe 與 Grosse-Wilde 則均奠基於「違反注意義務的因果關係」與「連續性要求」，Puppe 將犯罪論與量刑論歸責體系相連貫，足資參照，而 Grosse-Wilde 以整體法秩序價值作為容許與否的判斷，則有擴張刑罰任務之虞；最後，Stahl 將刑罰框架視為「連續性嚴重尺度」，並連結想像競合的思維出發，得出只要是一行為所生之總體不法均應納入量刑框架，惟有疑處在於刑罰框架本非必然在嚴格意義上相連不斷，且想像競合僅立法政策選擇，本身正當性值得存疑。至於主觀歸責標準，則素有故意說（即確實知悉說）、過失說（即預見可能性說）與區分說（分為區分「構成要件內與外」，以及區分「是否具有加重結果犯結構」兩種），必先完整釐清構成要件階層與量刑階層間的關係，始得妥善回應。

五、欲重新建構構成要件外效果在量刑中的審查標準，須由刑罰目的之定位出發，鑒於應報理論與預防理論處於相互對立的關係，即使是統合說試圖透過「異質的焊接」亦無法緩和該衝突，且嘗試跳脫固有思維的犯罪事後處理機能論亦有待思考其翻轉方式的內涵、外延及理由，故仍必須從應報與預防理論間擇一。無論從憲法上規範性人類圖像的設定、免於將人工具化、避免無實證根據地信仰犯罪控制效果以及堅守罪責原則的角度出發，均能得出應報理論比預防理論更值得採納。而在應報傾向的理論中，康德與黑格爾的古典應報論、周漾沂教授的新應報論與 Duff 的溝通應報論均提供不同的養分，奠基於此並汲取其中精華，本文將刑罰目的定位於旨在回復既有權利釐定狀態，並以溝通作為中


介機能。又因整體刑罰制度與個別量刑決定乃抽象到具體的關係，故在刑量決定上亦必須貫徹上開目的。



六、我國刑法第 57 條所稱「以行為人之責任為基礎」乃指量刑罪責，源於罪責原則的理念，且與犯罪論階層的刑罰證立罪責不盡相同。究其內涵，應僅包含犯罪罪責而非兼及行為人罪責，蓋多數學者之所以在犯罪論捨棄行為人罪責論，卻在量刑論兼採行為人罪責論，乃摻雜濃厚的歷史因素，不得逕以犯罪論與量刑論層次有異即得出迥異的主張，蓋從立法者初步劃定構成要件及刑罰框架，至法官依此決定個案相適之刑，乃抽象到具體的連續性過程，亦為對犯行不法與罪責的總體評價。

七、我國刑法第 57 條第 9 款涉及結果不法的量，而結果不法的量之概念來自於構成要件本身除了類型與類別的概念外，同時蘊含序列的概念。關於結果不法的評價標準，雖從形式化觀點來看，似取決於表徵結果不法之構成要件要素實現的程度，然從實質觀點來看，乃評價背後實質不法的量——在抽象層次即權利釐定破壞的程度，在具體、結果的層面則為法益的危險與損害程度。

八、構成要件外效果僅有在通過以下審查階層時，始得落入我國刑法第 57 條第 9 款的範圍而得作為從重量刑因子：(一) 系爭效果必須落入構成要件保護範圍，而屬真正具有量刑法上意義的犯行效果。蓋罪刑法定原則中「導引公民社會行動」的積極功能與「限制國家權利」的消極功能必須在一定程度上貫徹至量刑階層，且罪責原則亦與之相輔相成。至於是否在構成要件保護範圍內，必須更實質、多維度地辨析，包含抽象危險犯現實化為具體危險或實害以及具體危險犯現實化為實害、特定個人法益犯罪（例如：搶奪、強盜、恐嚇取財、擄人勒贖）併合的多種法益危險或實害、法益對法益持有者特定社會功能干擾（例如：妨礙所有權犯罪中對該個別物本身的支配利用可能性、侵害重大身體機能之犯罪所蘊含社會活動可能性、妨害自由所反射的具體活動可能性）、法



益內包的被害人病理性精神危害。至於被害人單純負面情緒反應、第三人被害感情（包含處罰感情與精神或心理危害）、在犯罪現場所受衝擊、公眾安全感動搖（包含社會大眾情緒波動與公眾對法益不受侵害的穩定心理）、社會治安危害、模仿效應、行為人特殊身分投射的社會影響、國家形象或國際形象破壞，均不在保護範圍內；（二）系爭效果必須與犯行具有因果關係且客觀上可歸責。蓋此乃對自主與自我負責之憲法上規範性人類圖像的肯認，且釐清不法與不幸的區分對於行為人能就哪些構成要件外效果負責而承擔較高之刑責亦至關重要；（三）行為人主觀上對系爭效果則至少具有預見可能性，蓋故意與過失乃量的區別而非質的區別，且預見可能性已足成為歸責的低標。



參考文獻

一、中文文獻

(一) 專書

- 林山田 (2006),《刑法各罪論(上)》,5 版,元照
- 林山田 (2008),《刑法通論(下冊)》,增訂 10 版,元照。
- 林山田 (2015),《刑罰學》,修訂版,臺灣商務。
- 柯耀程 (2005),《刑法總則釋義-修正法編(下)》,元照。
- 許澤天 (2021),《刑法總則》,2 版,新學林。
- 郭豫珍 (2013),《量刑與刑量—量刑輔助制度的全觀微視》,元照。
- 陳子平,《刑法總論》,2 版,元照。
- 黃源盛 (2010),《晚清民國刑法史料輯注(上)》,元照。
- 黃源盛 (2010),《晚清民國刑法史料輯注(下)》,元照。
- 黃榮堅 (2012),《基礎刑法學(上)》,4 版,元照。
- 黃榮堅 (2012),《基礎刑法學(下)》,4 版,元照。
- 蔡聖偉 (2018),《刑法案例解析方法論》,2 版,元照。
- 蔡墩銘 (2007),《刑法精義》,2 版,韓廬。
- 鍾宏彬 (2012),《法益理論的憲法基礎》,元照。
- 蘇俊雄 (2000),《刑法總論 III》,元照。

(二) 期刊及論文集論文

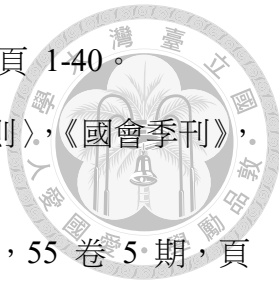
- Hörnle (著),鍾宏彬(譯)(2013),〈罪責原則的憲法論證〉,《軍法專刊》,59 卷 1 期,頁 121-159。
- Hörnle (著),鍾宏彬,李立暉(譯)(2013),〈刑罰理論〉,《軍法專刊》,57 卷 5 期,頁 111-160。
- Neumann (著),王效文(譯)(2016),〈犯罪行為人的罪責——心理的事實還是規




- 範的歸責？》，《成大法學》，32 期，頁 69-98。
- Pawlik (著)，鍾豪峰 (譯) (2010)，〈對預防理論刑罰正當化論據之批判〉，《政大法學評論》，117 期，頁 347-395。
- 劉幸義 (2011)，〈論刑罰之目的--由刑法理論、語意學與哲學角度觀察〉，《月旦法學雜誌》，192 期，頁 156-165。
- 古承宗 (2011)，〈刑事交通事件中的容許風險與信賴原則〉，《月旦法學雜誌》，193 期，頁 40-54。
- 古承宗 (2013)，〈風險社會與現代刑法的象徵性〉，《科技法學評論》，10 卷 1 期，頁 115-177。
- 古承宗 (2015)，〈環境風險與環境刑法之保護法益〉，《興大法學》，18 期，頁 181-231。
- 司法院 (2018)，〈新北地院邀許恒達教授談刑事案件量刑議題〉，《司法周刊》，1924 期，頁 4。
- 吳景芳 (1980)，〈德國量刑準則之立法研革與檢討 (上)〉，《刑事法雜誌》，24 卷 4 期，頁 38-54。
- 吳景芳 (1980)，〈德國量刑準則之立法研革與檢討 (下)〉，《刑事法雜誌》，24 卷 5 期，頁 31-44。
- 吳景芳 (1982)，〈人格責任論在量刑基準理論中之意義〉，《刑事法雜誌》，26 卷 6 期，頁 31-75。
- 吳景芳 (1983)，〈由行為責任立場論刑罰目的在量刑基準中之意義 (一)〉，《刑事法雜誌》，27 卷 5 期，頁 89-99。
- 周憐嫻 (2016)，〈刑法第 57 條科刑量表建置的犯罪學觀點〉，《軍法專刊》，62 卷第 6 期，頁 29-61。
- 周漾沂 (2004)，〈論刑法第五十七條量刑要素之基礎〉，《刑事法雜誌》，48 卷 3 期，頁 95-116。
- 周漾沂 (2008)，〈論「煽惑他人犯罪或違背法令」之處罰理由〉，《國立臺灣大學法學論叢》，37 卷 4 期，頁 347-389。
- 周漾沂 (2012)，〈從實質法概念重新定義法益：以法主體性論述為基礎〉，《國立臺灣大學法學論叢》，41 卷 3 期，頁 981-1053。
- 周漾沂 (2013)，〈論被害人生命法益處分權之限制——以刑法父權主義批判為中



- 心》，《臺北大學法學論叢》，88 期，頁 209-260。
- 周漾沂（2014），〈從客觀轉向主觀：對於刑法上結果歸責理論的反省與重構〉，《國立臺灣大學法學論叢》，43 卷 4 期，頁 1469-1532。
- 周漾沂（2016），〈刑罰的自我目的性——重新證立絕對刑罰理論〉，《政大法學評論》，147 期，頁 279-346。
- 周漾沂（2019），〈重新理解抽象危險犯的處罰基礎——以安全性理論為中心〉，《臺北大學法學論叢》，109 期，頁 161-210。
- 廖宜寧（2020），〈由德國性犯罪條文修正之觀察探析妨害性自主罪的理論基礎〉，《國立臺灣大學法學論叢》，49 卷 2 期，頁 635-710。
- 廖晉賦（2019），〈量刑責任之初探〉，《法官協會雜誌》，20 期，頁 179-208。
- 徐育安（2022），〈正義理論與刑罰應報理論之重構〉，《臺北大學法學論叢》，124 期，頁 273-331。
- 惲純良（2018），〈抽象危險犯作為對抗環境犯罪的基本制裁手段〉，《月旦刑事法評論》，8 期，頁 30-67。
- 曾淑瑜（2003），〈量刑基準之比較研究〉，《華岡法粹》，29 期，頁 151-189。
- 朱朝亮（2021），〈從量刑法則之應然，談我國現行量刑實務問題〉，《法官協會雜誌》，22 期，頁 41-85。
- 李佳玟（2017），〈說是才算同意（Only Yes Means Yes）—增訂刑法「未得同意性交罪」之芻議〉，《臺北大學法學論叢》，103 期，頁 53-118。
- 李嘉興（2020），〈被害人訴訟參加之科刑範圍意見及意見陳述權（上）〉，《司法周刊》，2024 期，頁 3。
- 李嘉興（2021），〈構成要件結果外之實質損害與量刑〉，《司法周刊》，2053 期，頁 2-3。
- 李茂生（2013），〈量刑因子的調查與辯論〉，《法官協會雜誌》，15 卷，頁 100-113。
- 李震山（1992），〈人性尊嚴之憲法意義〉，《律師通訊》，150 期，頁 34-45。
- 松尾浩也（著），吳正順（譯）（1973），〈量刑〉，《刑事法雜誌》，17 卷 2 期，頁 89-100。
- 林伯樺（2014），〈量刑基準與犯罪後態度之關係〉，《國立中正大學法學集刊》，43 期，頁 59-126。

- 
- 林山田（1977），〈論刑罰裁量〉，《刑事法雜誌》，21 卷 1 期，頁 1-40。
- 林臻嫻（2022），〈從我國妥適量刑法草案談德國之無須量刑準則〉，《國會季刊》，50 卷 2 期，頁 55-79。
- 林錦芳（2011），〈妨害性自主罪量刑分析研究〉，《刑事法雜誌》，55 卷 5 期，頁 17-40。
- 柯耀程（2008），〈財產犯罪之構成要件形成—以強盜罪構成要件為例〉，《月旦法學雜誌》，163 期，頁 5-17。
- 柯耀程（2012），〈刑罰裁量的檢視與實踐〉，收於：《甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集（上冊）》，頁 588-623，承法。
- 梁家昊（2020），〈量刑步驟之理論基礎〉，《律師法學期刊》，4 期，頁 57-71。
- 王正嘉（2012），〈犯罪被害人影響刑事量刑因素初探〉，《國立中正大學法學集刊》，36 期，頁 57-94。
- 王皇玉（2009），〈論刑罰的目的〉，收於：《刑罰與社會規訓—台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變》，元照。
- 甘添貴（2000），〈言論自由與妨害名譽〉，《台灣本土法學雜誌》，14 期，頁 112-119。
- 甘添貴（2004），〈責任原則〉，《月旦法學教室》，20 期，頁 35-37。
- 盧映潔（2006），〈刑事制裁體系：第二講—刑罰的適用〉，《月旦法學教室》，39 期，頁 80-89。
- 翁岳生（2003），〈比較法學之理念與實踐〉，《月旦法學雜誌》，98 期，頁 8-9。
- 范耕維（2019），〈以違法偵查作為量刑因子之正當化根據一個刑罰理論的觀察〉，《臺大法學論叢》，48 卷 4 期，頁 2132-2198。
- 范耕維（2022），〈建構量刑階段中罪刑相當原則的第一哩路—自應報觀點形塑刑罰量定之理論嘗試〉，《中研院法學期刊》，30 期，頁 79-170。
- 蔡墩銘（1974），〈論刑法中的責任原則〉，《國立臺灣大學法學論叢》，4 卷 1 期，頁 57-67。
- 蔡墩銘（1985），〈刑庭推事之量刑行為〉，《國立台灣大學法學論叢》，第 14 卷 1-2 期，頁 37-76。
- 蔡宗珍，〈現代憲法論第三單元：人性尊嚴之保障作為憲法基本原則〉，《月旦法學雜誌》，45 期，頁 99-102。

- 
- 蔡聖偉 (2008),〈搶奪行為之認定〉,《月旦法學教室》,74 期,頁 14-15。
- 蔡聖偉(2008),〈財產犯罪:第一講概說:所有權犯罪與侵害整體財產之犯罪(上)〉,《月旦法學教室》,69 期,頁 52-60。
- 蔡聖偉(2008),〈財產犯罪:第一講概說:所有權犯罪與侵害整體財產之犯罪(下)〉,《月旦法學教室》,70 期,頁 48-59。
- 蔡聖偉 (2008),〈賭博罪保護法益之探討〉,收於:《刑法問題研究(一)》,頁 337-372,元照。
- 蔡聖偉 (2009),〈絕命醫療站(下)——殺人之中止未遂與傷害既遂罪的競合〉,《月旦法學雜誌》,174 期,頁 321-326。
- 蔡聖偉 (2010),〈論排他互斥構成要件〉,《東吳法律學報》,21 卷 4 期,頁 87-117。
- 蔡聖偉 (2010),〈髮理之爭——論傷害罪的構成要件結果〉,《月旦法學教室》,88 期,頁 20-21。
- 蔡聖偉 (2013),〈論強盜罪「至使不能抗拒」之認定〉,《月旦裁判時報》,24 期,頁 130-133。
- 蔡聖偉 (2014),〈評「所知·所犯」規則於司法實務上的運用〉,《東吳法律學報》,25 卷 第 4 期,頁 95-131。
- 蕭宏宜 (2012),〈量刑原則與罪罰相當〉,《台灣法學雜誌》,214 期,頁 118-135。
- 蘇俊雄 (1999),〈量刑法理與法制之比較研究〉,《法官協會雜誌》,1 卷 2 期,頁 25-56。
- 蘇凱平 (2016),〈再訪法實證研究概念與價值:以簡單量化方法研究我國減刑政策為例〉,《臺大法學論叢》,45 卷 3 期,頁 979-1043。
- 蘇凱平 (2020),〈以司法院量刑資訊作為量刑之內部性界限?——評最高法院 108 年度台上字第 3728 號刑事判決〉,《月旦裁判時報》,98 期,頁 85-94。
- 蘇凱平 (2020),〈以平等原則建立量刑原則的意義與價值:臺灣高等法院 105 年度交上易字第 117 號刑事判決評析〉,《台灣法學雜誌》,393 期,頁 31-42。
- 許家馨 (2014),〈應報即復仇?——當代應報理論及其對死刑之意涵初探〉,《中研院法學期刊》,15 期,頁 207-282。
- 許恆達 (2006),〈刑罰理論的政治意涵——論「刑事政策」的誕生〉,《月旦法學雜誌》,137 期,頁 188-211。

許恒達（2019），〈累犯與處斷刑加重之裁量：評大法官釋字第 775 號解釋暨後續實務裁判〉，《月旦法學雜誌》，294 期，頁 5-32。

許惠琪（2019），〈應報論、復仇觀與傳統哲學—再論死刑爭議〉，《全國律師》，23 卷 1 期，頁 32-43。

謝煜偉（2014），〈重新檢視死刑的應報意義〉，《中研院法學期刊》，15 期，頁 139-206。

謝煜偉（2015），〈寬容社會的曙光？—從市民刑法的例外、犯罪事後處理機能、社會責任於個人責任的反饋回應三篇評論文〉，《中研院法學期刊》，17 期，頁 369-402。

謝煜偉（2020），〈從量刑目的論形構量刑框架及量刑理由之判決架構〉，《法官協會雜誌》，22 卷，頁 86-104。

郭豫珍（2011），〈刑罰目的觀對法官量刑影響力的質化研究〉，《法學叢刊》，56 卷 4 期，頁 65-88。

黃榮堅（1997），〈論行為犯〉，收於：《現代國家與憲法：李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集》，頁 1551-1584，月旦。

黃榮堅（1999），〈犯罪的結合與競合〉，《國立臺灣大學法學論叢》，23 卷 2 期，頁 151-233，元照。

黃榮堅（2004），〈確認量刑的實質課題〉，《台灣本土法學雜誌》，57 期，頁 1-3。

黃榮堅（2005），〈數罪併罰量刑模式構想〉，《月旦法學雜誌》，123 期，頁 43-67。

黃舒芃（2005），〈比較法作為法學方法：以憲法領域之法比較為例〉，《月旦法學雜誌》，120 期，頁 183-198。

（三）學位論文

廖晉賦（2022），《由犯罪事後處理機能重新思考量刑基準》，國立臺北大學碩士論文。

謝煜偉（2004），《二分論刑事政策之考察與批判—從我國「寬嚴並進的刑事政策」談起》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

（四）計畫報告

范耕維（2022），〈前科與量刑之研究〉，《國家科學及技術委員會補助專題研究計畫報告》（計畫編號：MOST 110-2410-H-259-034-）。

許恒達（2017），〈罪刑均衡、犯罪預防與刑罰裁量〉，《科技部補助專題研究計畫成

- 果報告期末報告》(計畫編號：MOST 104-2410-H-004-070-MY2)。
- 許澤天 (2011)，〈訴訟表現與量刑研究成果報告(精簡版)〉，《行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告》(計畫編號：NSC 98-2410-H-006-066-)。
- 黃榮堅 (2004)，〈刑法上性自主概念之研究〉，《行政院國家科學委員會專題研究計畫》(計畫編號：NSC 92-2414-H-002-030)。
- 謝煜偉 (2016)，〈犯罪被害人因素與量刑上之考慮〉，《科技部補助專題研究計畫成果報告期末報告》(計畫編號：MOST 103-2410-H-002-053-)。

二、德文文獻

- Achenbach, Hans (1974). *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*. J. Schweitzer.
- Beulke, Werner/Schröder, S. (1991). Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 25.09.1990 – 4 StR 359/90, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 393-395.
- Berz, Ulrich (1986). Anmerkung zu BGH, Urteil vom 15.05.1985 – 2 StR 83/85, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 86-87.
- Bloy, René (1995). Die Berücksichtigungsfähigkeit außertatbestandlicher Auswirkungen der Tat bei der Strafzumessung, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 576-596.
- Bruns, Hans-Jürgen (1967). *Strafzumessungsrecht* (1. Aufl.). Carl Heymanns Verlag.
- Bruns, Hans-Jürgen (1974). *Strafzumessungsrecht* (2. Aufl.). Carl Heymanns Verlag.
- Bruns, Hans-Jürgen (1985). *Das Recht der Strafzumessung* (2. Aufl.). Carl Heymanns Verlag.
- Bruns, Hans-Jürgen (1988). *Neues Strafzumessungsrecht*. Carl Heymanns Verlag.
- Dreher, Eduard (1947). *Über die gerechte Strafe*. Lambert Schneider.
- Frisch, Wolfgang (1972). Die »verschuldeten« Auswirkungen der Tat, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 321-347.
- Frisch, Wolfgang (1987). Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 349-388, 751-805.
- Frisch, Wolfgang (1993). Straftatsystem und Strafzumessung. Zugleich ein Beitrag zur

- 
- Struktur der Strafzumessungsentscheidung. In J. Wolter (Hrsg.), *140 Jahre Goldammer's Archiv für Strafrecht*, S. 1-38. v. Decker.
- Grosse-Wilde, Thomas (2017). *Erfolgsszurechnung in der Strafzumessung*. Mohr Siebeck.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich (2000). *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (6. Aufl.). Suhrkamp Verlag.
- Herzog, Felix (1987). *Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts*. Peter Lang GmbH.
- Hörnle, Tatjana (1999). Das antiquierte Schuldverständnis der traditionellen Strafzumessungsrechtsprechung und -lehre, *JuristenZeitung*, 1080-1089.
- Hörnle, Tatjana (1999). *Tatproportionale Strafzumessung*. Duncker & Humblot.
- Hörnle, Tatjana (2008). Die verfassungsrechtliche Begründung des Schuldprinzips. In *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht - Festschrift für Tiedemann zum 70. Geburtstag*, 325-345. Heymann.
- Hörnle, Tatjana (2011). *Straftheorien*. Mohr Siebeck.
- Hörnle, Tatjana (2011). Strafzumessungsrelevante Umstände der Tat. In W. Frisch (Hrsg.), *Grundfragen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht*, S. 113-124. Mohr Siebeck.
- Hörnle, Tatjana (2015). Sexuelle Selbstbestimmung: Bedeutung, Voraussetzungen und kriminalpolitische Forderungen, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 851-887.
- Horstkotte, Hartmuth (1970). Die Vorschriften des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafrechts über die Strafbemessung (§§ 13-16, 60 StGB), *JuristenZeitung*, 122-128.
- Jescheck, Hans-Heinrich /Weigend, Thomas (1996). *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil* (5. Aufl.). Duncker & Humblot.
- Erb, Volker/Schäfer, Jürgen (Hrsg.) (2020). *Münchener Kommentar zum StGB* (4. Aufl.). C. H. Beck.
- Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ullrich (Hrsg.) (2017). *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch* (5. Aufl.). Nomos Verlag.
- Klug, Ulrich (1968). Abschied von Kant und Hegel. In J. Baumann (Hrsg.), *Programm für ein neues Strafgesetzbuch*, S. 36-41. Fischer.

Köhler, Michael (1986). *Der Begriff der Strafe*. R.v. Decker.

Koriath, Heinz (1995). Über Vereinigungstheorien als Rechtfertigung staatlicher Strafe, *Juristische Ausbildung*, 625-635.

Lackner, Karl/Kühl, Kristian (2018). *Strafgesetzbuch: StGB* (29. Aufl.). C. H. Beck.

Laufhütte, Heinrich Wilhelm/Rissing-van Saan, Ruth/Tiedemann, Klaus. (Hrsg.) (2019). *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch* (12. Aufl.). Walter de Gruyter.

Maiwald, Manfred (1970). *Der Zueignungsbegriff im System der Eigentumsdelikte*. Winter.

Maurach, Reinhart/Gössel, Karl Heinz/Zipf, Heinz (2014). *Strafrecht Allgemeiner Teil* (8. Aufl., Bd. 2). C. F. Müller.

Meier, Bernd-Dieter (2003). Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 4.7.2002 – 3 StR 190/02, *Strafverteidiger*, 442-444.

Meier, Bernd-Dieter (2019). *Strafrechtliche Sanktionen* (5. Aufl.). Springer.

Moccia, Sergio (1995). Die systematische Funktion der Kriminalpolitik: Normative Grundsätze eines teleologisch orientierten Strafrechtssystems. In B. Schünemannl, J. Figueiredo Dias (Hrsg.), *Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, S. 45-69. Heymanns.

Montenbruck, Axel (2020), *Deutsche Straftheorie I-IV* (4. Aufl.). Freie Universität Berlin.

Otto, Harro (1991). Die Bedeutung der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung im Rahmen der Delikte gegen überindividuelle Rechtsgüter, *Juristische Ausbildung*, 443-445.


Otto, Harro (2004). *Grundkurs Strafrecht - Allgemeine Strafrechtslehre* (7. Aufl.). De Gruyter.

Puppe, Ingeborg (1992). Die verschuldeten Folgen der Tat als Strafzumessungsgründe. In M. Seebode (Hrsg.), *Festschrift für Günter Spendel*, S. 451-468. De Gruyter.

Puppe, Ingeborg (1997). Die adäquate Kausalität und der Schutzzweck der Sorgfaltsnorm. In J. Schulz/T. Vormbaum (Hrsg.), *Festschrift für Günter Bemann zum 70. Geburtstag am 15. Dezember 1997*, S. 227-245. Nomos Verlag.

Puppe, Ingeborg (2006). *Strafrechtsdogmatische Analysen*. V&R unipress.

Rössner, Dieter (2001). Die besonderen Aufgaben des Strafrechts im System

- 
- rechtsstaatlicher Verhaltenskontrolle. In B. Schünemann u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Claus Roxin*, S. 977-987. de Gruyter.
- Roxin, Claus (2006). *Strafrecht Allgemeiner Teil* (4. Aufl., Bd. 1). C. H. Beck.
- Rudolphi, Hans-Joachim (1991). Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 25.09.1990 – 4 StR 359/90, *JuristenZeitung*, 572-574.
- Schäfer, G./Sander, G./van Gemmeren, G. (2017). *Praxis der Strafzumessung* (6. Aufl.). C. H. Beck.
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst (2019). *Strafgesetzbuch* (30. Aufl.). C. H. Beck.
- Schünemann, Bernd (2002). Aporien der Straftheorie in Philosophie und Literatur. In C. Prittwitz (Hrsg.), *Festschrift für Klaus Lüderssen: zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002*, S. 327-344, Nomos Verlag.
- Seelmann, Kurt (1995). *Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion: Hegels Straftheorien*. Karl Alber.
- Spendel, Günter (1954). *Zur Lehre vom Strafmaß*. Frankfurt am Main.
- Spendel, Günter (2009). Zur Entwicklung der Strafzumessungslehre, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 203-242.
- Stahl, Dominik (2015). *Strafzumessungstatsachen zwischen Verbrechenslehre und Straftheorie*. Duncker & Humboldt.
- Terhorst, Bruno (1989). Die Folgen der Tat und ihre Auswirkungen auf den Täter, *Juristische Ausbildung*, 184-188.
- von Weber, Hellmuth (2017). Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 8.4.1957 – GSSSt 3/56, *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 693-694.
- Walter, Tonio (2019). Die Vergeltungsidee als Grenze des Strafrechts, *JuristenZeitung*, 649-656.
- Wolter, Jürgen (Hrsg.) (2017). *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch* (9. Aufl.). Carl Heymanns.
- Zaczyk, Rainer (1989). *Das Unrecht der versuchten Tat*. Duncker & Humblot.
- Zaczyk, Rainer (2014). Kritische Bemerkungen zum Begriff der Verhaltensnorm, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 73-90.

三、英文文獻



- Bagaric, Mirko & Amarasekara, Kumar (2001). Feeling Sorry? Tell Someone Who Cares: The Irrelevance of Remorse in Sentencing. *The Howard Journal of Crime and Justice*, 40(4), 364-376.
- Darley, John M. (2009). Morality in the Law: The Psychological Foundations of Citizens' Desires to Punish Transgressions. *Annual Review of Law and Social Science*, 5, 1-38.
- di Pellegrino, G. & Fadiga, L. & Fogassi, L. & Gallese, V. & Rizzolatti, G. (1992). Understanding motor events: a neurophysiological study. *Experimental Brain Research volume*, 91, 176-180.
- Duff, R. A. (2001). *Punishment, Communication, and Community*. Oxford University Press.
- Duff, R. A. (2009). Punishment, Retribution and Communication. In von Hirsch (Author, Editor), J. Roberts (Eds.), *Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy* (3rd ed., pp. 126-134). Hart Publishing.
- Hart, H. L. A. (1959). The Presidential Address: Prolegomenon to the Principles of Punishment, *Proceedings of the Aristotelian Society*, 60, 1-26.
- Hart, H. L. A. (2008). *Punishment and Responsibility Essays in the Philosophy of Law* (2nd ed.). Oxford University Press.
- Robinson, Paul H. & Darley, John M. (2007). Intuitions of Justice: Implications for Criminal Law and Justice Policy, *Southern California Law Review*, 81, 1-68.
- Singer, Tania & Seymour, Ben & O'Doherty, John & Kaube, Holger & Dolan, Raymond J. & Chris D Frith (2004). Empathy for Pain Involves the Affective but not Sensory Components of Pain, *Science*, 303, 1157-1162.
- von Hirsch, Andrew & Ashworth, Andrew (2005). *Proportionate Sentencing: Exploring the Principles*. Oxford University Press.
- von Hirsch, Andrew & Jareborg, Nils (1991). Gauging Criminal Harm: A Living-Standard Analysis, *Oxford Journal of Legal Studies*, 11, 1-38.