

# 法益保護與行爲刑法

Rechtsgüterschutz und Tatstrafrecht

---

許恒達 著

元照出版公司

# 自序

本書是筆者2008年留學歸國迄今，針對刑法基本理論已發表論文所編纂的部分作品集，書名之所以訂為「法益保護與行為刑法」，是希望表達筆者自學習刑法釋義學以來，一直堅守的兩個基本路線：第一，刑事責任必須建構在法益侵害的非難之上；第二，確認歸責對象時，必須把法定構成要件行為擺在論理中心。更精確地說，「法益保護」是刑法主要目標；建構於構成要件行為的「行為刑法」責任模式，則是損害歸責的基礎命題。放棄了法益保護，刑法將淪為行為規範的管制次法，退守構成要件行為的嚴格命題，容任所有行動都可以作為結果歸責的對象，也將破壞立法者對於犯罪行為的事先篩選，甚至模糊了嚴格且精確的成罪界限。

在這兩重思考刑法問題的推理軸線上，筆者選擇若干相關作品為本書的收錄範圍。第一章討論法益理論，檢討法益概念的源頭與發展，同時批評源自法益理論、卻又無視法益保護機能的規範論；第二章則處理行為概念，在此提及的是前審查階層的行為理論，筆者認為行為理論仍有其必要，只不過必須修正串連內在意志與外在行動的中介元素，同時須重新確認行為的概念範圍；第三章則延伸視角至不法概念，筆者在此確立以結果非價為重，以行為非價為佐，同時主張強化客觀意義不法概念的理論取徑。

第四章開始則將前三章匯整的理念，應用分析於犯罪／行為前置的議題，筆者基本看法即是：不應該任意前置犯

罪的構成要件行為，若要前置也必須以法益的客觀危險作為核心，同時一併建立可供檢驗的明確標準。本此，在第四章中筆者重新反芻客觀未遂理論的實質內涵，並設法建構合理的著手實行判斷標準；第五章則重新打造舊客觀說，作為無罪之不能未遂的判斷依據；第六章則以強盜預備罪為例，檢證構成預備犯的實質要素；第七章則轉向檢討原因自由行為的立法與解釋，筆者反對僅因罪責認定障礙就前置構成要件行為的前置操作，主張只有保留犯行於原來的行動，並透過理論演繹修補罪責障礙的修正例外模式，才能建立正當的歸責原理，同時合理地解釋現行法規範；第八章則以一則具代表性的最高法院判決為例，分析並批判原因自由行為的釋義學通說。

本書各個篇章，分別寫就於美因津渡、紫荊青坂、飛鳶翠園與醉夢南堤，寫作過程始終是對個人知識極限的挑戰，也希望這個鞭策自己，同時與刑法學歷代大師對話的筆耕歷程，能為刑法學研究發展略盡綿薄之力。本書能夠付梓，除了元照出版公司的盡心幫忙外，筆者更需感謝諸多師長及畏友，打從筆者大學時代、德國留學到返台任教以來的提攜與照顧，此外也要向歷屆擔任筆者助理的諸位同學致謝，他們的協助讓我有充沛時間及資源潛心研究。序言最後一碼則歸屬我的家人，對我來說，家的溫暖與感動，始終是突破與奮進的無悔源頭。

許恆達

2016年寫於春雨乍歇的台北家中

# 目 錄

## 自 序

### 第一章 刑法法益概念的茁生與流變

壹、法益概念與其功能	1
貳、法益概念如何可能？	3
參、法益概念的提出與損害對象的形塑：誕生期	10
肆、法益類型的成長與可罰範圍的激增：擴張期	15
伍、法益理論的變體與個人行為的規訓：內化期	20
陸、結 語	25

### 第二章 再訪行為理論

壹、前 言	27
貳、重新觀察既有學說	29
一、行為概念的作用與分類	29
二、內在／外在的過程理論	31
三、身體動靜論	47
四、行為概念與構成要件的整合：負面的行為概念	50
五、小 結	52
參、本文見解	53
一、基礎論點	53
二、行為概念的體系需求與評價客體機能	55
三、行為的過濾機能及「內在意志／外在行止」的連鎖關係	59

四、行為概念的範圍與個別構成要件之行為屬性.....	71
五、小 結.....	76
肆、結 語.....	77

### 第三章 行為非價與結果非價

#### ——論刑事不法概念的實質內涵

壹、導 論.....	79
貳、「行為非價」與「結果非價」的概念緣起.....	82
一、主觀與客觀不法論爭.....	82
二、目的行為論的不法概念——「行為非價」與 「結果非價」的誕生.....	88
參、「結果非價」地位的弱化與其反省.....	101
一、規範理論與不法體系中的結果非價.....	101
二、本文見解(一)：「結果非價」刑法意義的理論 反省.....	108
三、小 結.....	130
肆、「行為非價」的規範化與主觀化.....	131
一、「行為非價」概念在後Welzel時代的理論演變.....	131
二、本文見解(二)：「行為非價」內涵的再定性.....	137
三、小 結.....	153
伍、結 語.....	154

### 第四章 重新檢視未遂犯的可罰基礎與著手時點 ——以客觀未遂理論及客觀犯行的 實質化為中心

壹、導 論.....	157
貳、印象理論與未遂犯可罰性界限.....	161
一、犯罪的社會心理效果.....	161
二、行為規範論的崛起.....	162
三、著手標準的續造.....	163
參、檢討印象理論.....	175
一、印象理論本身的問題.....	176
二、通說著手標準的疑義.....	182
三、比較實證法規範.....	192
四、小 結.....	202
肆、重構客觀未遂理論.....	202
一、危險的定義：對未來後果的可能性判斷.....	203
二、危險的判斷時點.....	204
三、危險的判斷基礎.....	215
四、危險的判斷標準.....	215
五、質疑的回應.....	220
伍、未遂犯可罰界限與著手時點.....	221
一、客觀未遂論的切入點：強化未遂犯客觀構成要件.....	221
二、《類型一》已實施典型構成要件行為的未了未遂.....	223
三、《類型二》間接正犯／既了未遂.....	226
四、《類型三》未實施典型構成要件行為的未了未遂.....	228
五、小 結.....	233
陸、結 論.....	234
一、未遂犯客觀要件判斷方法.....	234

二、刑法第25條的解釋 .....	234
三、案例解析 .....	235
<b>第五章 論不能未遂</b>	
——舊客觀說的古酒新釀	
壹、刑法修正後的實務見解 .....	239
貳、重大無知說與印象理論的疑點 .....	245
一、印象理論的問題 .....	246
二、重大無知說的缺陷 .....	248
三、小 結 .....	251
參、具體危險說與客觀未遂理論的難處 .....	252
一、具體危險說無法與客觀危險概念接軌 .....	252
二、常態科學觀與專家科學觀的齟齬 .....	255
三、隔離犯具體危險的認定困擾 .....	257
四、小結：客觀未遂理論的困境與出路 .....	258
肆、舊客觀說的發展進程與概念省思 .....	260
一、Feuerbach、Mittermaier與舊客觀說的濫觴 .....	260
二、構成要件欠缺論的接續發展 .....	265
三、評析構成要件欠缺論 .....	270
四、舊客觀說的重構 .....	273
伍、案例分析——代結論 .....	288
<b>第六章 強盜預備罪與放棄續行犯罪的刑法評價</b>	
壹、南投地方法院98年度訴字第88號刑事判決	
事實摘要 .....	293
貳、判決要旨 .....	294

參、判決評釋 .....	294
一、本案爭點 .....	294
二、預備犯與共同責任 .....	296
三、預備犯的成立要件 .....	299
四、預備犯放棄犯行的法律效果 .....	314
肆、結 論 .....	320

## 第七章 原因自由行為的刑事責任

壹、導 論 .....	321
貳、原因自由行為的處罰理據 .....	328
一、兩種理論模式 .....	328
二、構成要件模式與原因自由行為的主觀歸責 .....	332
三、小 結 .....	337
參、對「構成要件模式」的質疑 .....	337
一、兩種證立理論的問題點 .....	337
二、前置犯行的法效與疑難 .....	354
三、限制責任能力人的問題 .....	361
四、與我國現行法的齟齬 .....	363
五、小 結 .....	367
肆、「例外模式」的重塑 .....	368
一、例外模式的理論基礎 .....	368
二、理論反省與本文見解 .....	372
三、原因自由行為的成立要件 .....	378
伍、個別案例的刑責 .....	402
陸、附論：普通法的「醉態抗辯」	
(Intoxication Defense) 模式 .....	405
一、醉態抗辯的適用條件 .....	405

二、Montana v. Egelhoff案 .....	408
三、分析與檢討——代結論 .....	410

## 第八章 殺人未遂與原因自由行為

壹、最高法院96年度台上字第6368號判決之事實 .....	413
貳、本案爭點 .....	413
參、判決理由 .....	414
肆、本案評釋 .....	416
一、修法後的實務現況與本案法律效果 .....	416
二、構成要件模式的困境 .....	418
三、修正的例外模式作為解套方案 .....	420
伍、結 論 .....	422
一、殺人時甲陷入心神喪失 .....	422
二、殺人時甲陷入精神耗弱 .....	423

## 第一章

# 刑法法益概念的茁生與流變\*

## 壹、法益概念與其功能

成立犯罪有許多前提，除了罪刑法定主義、罪責原則之外，現代刑法學說還強調行為人必須「侵害法益」（das Rechtsgut zu verletzen）<sup>1</sup>。隨著犯罪理論的演進與發展，「法益」概念已經成為現代刑法學不可或缺的要素之一，透過法益的媒介，刑法學發展了諸多深入的思考方式<sup>2</sup>。例如在構成要件層次的結果要素（「法益」實害與「法益」危險）、犯行內容（製造不容許的「法益」風險）、主觀故意標準與過失的標準（積極侵害「法益」的認識與意欲／不遵守保護「法益」的社會規範），或是違法階層判斷有無阻卻違法事由（優越利益說：權衡「法益」與法益關聯事件的一切利益，決定是否保護高價利益而損害低價利益），都有法益概念的影子，甚至可以說，倘若缺少法益概念，刑法釋義學的關鍵操作機制必然面臨重大困擾。

雖然對刑法學而言，法益有著不可或缺的重要地位，但關涉法益的原始提問：「法益概念為何」，或者原始提問的另一種表述方式：「如何判斷值得刑法保護的法益」等問題，仍然缺乏清楚的解答，這個困擾也一直捲繞在刑法論辯中，不論是

\* 本文原載於月旦法學雜誌，197期，2011年10月，頁134-151。

<sup>1</sup> Roxin, AT/2, 2006, 2/7.

<sup>2</sup> Kühl, AT, 2005, 3/3.

早期剛開發法益概念時，對於法益實質內涵的v. Liszt與Binding論爭，甚至到現代學理中超個人法益、環境刑法、風險刑法、抽象危險犯的長期辯論，這些釋義學難題的源頭，都肇因自欠缺清楚的法益定義<sup>3</sup>。

即便法益是一個不明確的概念，但刑法學理或刑事審判實務卻廣泛接納這個內容有待澄清的語彙，德國或我國的刑法學教科書，都在犯罪實質定義的部分，介紹了法益概念<sup>4</sup>，同時具體地解釋犯罪成立的諸項要素。從功能面向至少可以認為，在現代刑法論述場域中，法益概念扮演著雙重功能。

首先，透過法益概念才能清楚地解釋犯罪構成要件的實質內容，例如個別構成要件的保護法益內容，將決定犯罪的保護方向；行為人能否該當阻卻違法事由，也必須從法益與其附屬的社會利益關係，判斷是否保護重要利益而侵犯較不重要的利益；此外，當行為人同時犯數罪時，要如何決定其適用要件與法律效果，必須取決競合理論，而支撐競合理論的重心即在個別構成要件的法益內容。這種藉由引領保護對象，從而解釋具體條文的功能，我們可稱為法益的解釋機能。

其次，除了司法解釋機能之外，法益還能劃定入罪化的處罰界限，如果立法者希望處罰某個行為，該行為必須損害法益或具危害法益的潛在可能性，倘若行為只是違背道德感情，甚或其效果只是感覺上的不舒服，立法者不得以刑罰制裁該行

<sup>3</sup> 有關法益定義、淵源與爭議，vgl. Hassenner, Theorie und Soziologie des Verbrechens – Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutlehre, 1973, S. 34 ff.; Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, S. 15 ff.

<sup>4</sup> 林山田，刑法通論（上），2008年，頁52；黃榮堅，基礎刑法學（上），2006年，頁22-32；林鈺雄，新刑法總則，2006年，頁10；王皇玉，刑罰與社會規制，2008年，頁163；Jeschek/Weigend, AT, 1995, S. 256 ff.

為。例如德國學者Roxin從法益保護憲法基本權利的觀點立論，基此而臚列數種不屬於法益，也不應該透過刑罰制裁的損害效果<sup>5</sup>。這種以法益為保護中心，清楚限縮刑法保護範圍，同時禁止以刑法保護道德與感情的功能，可稱之為法益的可罰性限縮機能。

以上簡述了現代刑法面對法益概念的掌握理路，一言以蔽之，雖然法益概念非常模糊，但法益提供了解釋與限縮可罰性的雙重功能，目前仍無其他更適合的替代概念。

本文論述重心是法益概念，不過試圖在有限篇幅中解決法益論爭，基本上是一個過度嚴苛的任務，因此本文中討論的法益問題，倒不是承接悠久漫長的刑法釋義學傳統，提供一個完美而無破綻的「法益定義」或「判斷法益標準」，筆者毋寧追問：如果法益概念這麼地模糊又不清楚，為什麼刑法學還需要法益概念？為什麼刑法學無法發展出其他更精確的概念來解決問題？依筆者之見，上述問題無法直接從刑法學演繹概念的理路回答，毋寧必須翻轉問題意識，才能觀察到既有理論設法遮蔽或隱藏的若干結構。以下討論，就先簡要說明本文的觀察角度與反思立場，接著筆者將以法益概念形成及發展為例證，說明可能得到的不同解讀成果，最後則是結論。

## 貳、法益概念如何可能？

人類社會發展概念，是為了解決實際的生活問題。概念具有其原始定義，藉以因應所要處理的困擾，例如為了確定竊盜罪的侵害效果，刑法發展出動產的「持有」（Gewahrsam）概念，當行為人侵犯他人原持有並建立新持有，就會成立竊盜犯

<sup>5</sup> Roxin, AT/2, 2006, 2/13 ff.

行。<sup>6</sup>

然而當社會的外在環境變化，使得概念必須應付更複雜的問題時，概念本身將面臨危機，新的外在景況使得概念無法應對，此時必須轉換或微調概念本身定義，否則無法解決問題。再以持有概念為例，原來的持有概念可以處理有體性的動產，但當某些新的財產價值出現，而不再具有原來的有體性時，無權取得者是否仍可構成竊盜罪，勢必產生疑問，比方20世紀初的竊電問題，或是20世紀末的無權取得電磁紀錄解釋困擾，在當時都挑戰了持有概念的適用可能性<sup>7</sup>。

從上述持有的例子可以看到，概念的出現、發展與變遷，往往對應著外在環境的變動，若將概念「本身」定義當作連續性歷程進行觀察，並考量所有曾發生的外在事態，試圖給予概念完整、合理的定義，這種思考方式在Foucault看來，可稱為「概（觀）念史」（history of ideas）的研究理路，概念史關切概念的誕生與演變，並試圖賦予合理的「概念定義」，刑法教科書在討論「持有」時，基本上正是運用概念史的觀察方式，透過觀察現實的制裁需求，設法給予「持有」合理的內涵，並舉出自古至今與持有相關的不同案例，從而印證某個持有定義的合理性<sup>8</sup>。

然而對Foucault來說，概念史研究進路有其無法觀察到的侷限性，概念史只看到人類社會在特定時空，對某種想法的理理解機制，但並沒有進一步追問「為什麼要這樣理解？」或者

<sup>6</sup> 有關持有概念，參考甘添貴，*刑法各論（上）*，2009年，頁207-211。

<sup>7</sup> 參考甘添貴，同註6，頁211-212。

<sup>8</sup> Michel Foucault著，鄭義愷譯，*傅柯說真話*，2005年，頁123；see also MICHEL FOUCAULT, *ETHICS - SUBJECTIVITY AND TRUTH ESSENTIAL WORKS OF FOUCAULT 1954-1984 VOL. 1*, 117 (1994).

「為什麼要發展出這樣的理解機制？」這種不同於概念史的提問方式，是一種「問題化」（problematization）的思考策略，我們不再只觀察概念或觀點的形式演變，而是追問在什麼樣的社會脈絡下，概念以特定形式出現，Foucault將這種觀察方向稱為「思想史」（history of thoughts）<sup>9</sup>，Foucault指出：「我在我大部分作品中想分析的，並不是過去人們的行為舉止（這屬於社會史的領域），也不是各種觀念所具有的代表性價值。我一開始試著作的就是分析『問題化』的過程——這意指：某些事物（行為舉止、現象、過程）如何並為何成了一個問題。」<sup>10</sup>

再以持有問題為例，若從思想史角度思考，關切重心不再是持有概念本身內涵發生了什麼樣的變化，而是「為什麼會有這些改變？」簡言之，應該追問的是：「為什麼在20世紀初，刑事立法或司法改變了持有定義，以處罰竊電行為？」「為什麼在20世紀末，刑法又改變了持有定義，以處罰竊取他人電磁紀錄的電腦使用者？」甚或「在什麼樣的社會脈絡下，刑法必須擴張持有概念，藉以處罰侵犯電能或電磁紀錄的行為？」回答這些問題時，不能只審視刑法思考下的「持有概念」，毋寧必須觀察概念演變背後的歷史、文化或權力背景，引入非屬概念原有學科的觀點與看法，並將其變遷歷程本身作為予以質疑的問題，設法分析概念發展出來的實質理由。

<sup>9</sup> *Id.*

<sup>10</sup> 原文如下：“I told you very briefly that what I intended to analyze in most of my work was neither past people’s behavior (which is something that belongs to the field of social history), nor ideas in their representative values. What I tried to do from the beginning was to analyze the process of ‘problematization’ – which means: how and why certain things (behavior, phenomena, processes) became a problem.” See MICHEL FOUCAULT, *FEARLESS SPEECH*, 171 (2001).



Foucault運用思想史觀點，觀察諸多的偏差行為、社會機制，乃至於主體性的問題，並從其分析中指出，影響概念作用的非概念性要素，往往是潛伏在概念背後的權力關係；以「什麼是改變持有概念的實質理由」為例，答案恐怕不能只談刑法理論，而必須觀察資本主義的發展側面，人與物質的關係，甚或透過法律分解人格主體的可能性。

再回到法益理論，幾乎所有關於法益論述的思考理路，都先處理法益的發生史歷程，接著討論學理、立法以及司法實務是否改變了原有的法益定義，最後則由作者提出另一種法益「觀察」，討論成果可能是回歸更古典的法益觀點<sup>11</sup>，或是提出新的法益定義方式<sup>12</sup>，甚或完全放棄法益概念<sup>13</sup>。前文提到法益概念的兩種功能，其實正是呼應概念史的思考模式，能夠有效地貼近或親近這兩種功能，也是刑法學理始終努力不懈的目標。更清楚地說，刑法學期盼一個能夠解釋條文、能夠限縮可罰性的法益概念，所以自原初理論開始，就一直把合宜的法益概念當作概念發展的最終目標，不論是Birbaum強調的「益」(Gut)，v. Liszt主張的「利益」(Interesse)<sup>14</sup>，甚或是1920至1930年代的「文化規範說」(Kulturnorm)<sup>15</sup>，乃至

11 例如Hassmer主張應該回歸個人法益的理解方式，vgl. Hassmer, Grundrinen einer personalen Rechtsgutslehre, in: ders., Strafen im Rechtsstaat, 2000, S. 167 ff.

12 例如Hefendehl主張從「信賴」(Vertrauen)的觀點，重新掌握起個人法益(或稱為集體性法益)的實質內容，vgl. Hefendehl (Fn. 3), S. 123 ff.

13 例如Jakobs主張以「違反規範」替換法益侵害，並作為刑事不法的具體理由，vgl. Jakobs, AT, 1991, 2/1 ff.

14 有關早期的法益理論，vgl. Hassmer (Fn. 3), S. 34 ff.

15 Lampe, Rechtsgut, kultureller Wert und individuelles Bedürfnis, in: Hans Welzel-FS, 1974, S. 151 ff.

於現代的「基本權」(Grundrecht)或「行為規範」(Verhaltensnorm)思考脈絡等，刑法學者長期以來不停地使用「新的定義」來理解法益。但是，倘若思考法益問題，只停留在概念沿革、概念定性及概念實際效用的層次，至多只能觀察到處罰界限與當時刑事政策之間的互動關係<sup>16</sup>，但卻無法掌握到為什麼法益理論必須發展的關鍵理由。

必須特別強調，筆者絕對無意批評類似的思辨流程，上述觀點絕對是刑法釋義學的正統論述進路，筆者只想指出，這種傳統法益論述屬於概念史的思考方法，設法從其中的討論得到正確無誤的法益(或取代法益的其他概念)定義。但是，上述概念史觀察角度，並未觸及「為什麼刑法學要在19世紀發展出法益概念？」「為什麼逐漸成為通說的法益概念，因為立法、學說與實務發展而面臨挑戰？」「為什麼刑法學者必須發展更精密的法益定義？」倘若能從思想史面向反思法益，法益理論的提出、發展，甚或學理論述與實務判決，都應該成為觀察與批判的對象。

本文探討重點正是從思想史反省法益理論，筆者嘗試在本文中指出，雖然在今日學理角度審視下，堅守法益看似一種保守穩健的立場，但若我們能翻轉問題意識，暫時不詳究「什麼是法益／如何認定法益」等存有論或認識論立場的概念史提問，而是轉向追問：「為什麼刑法必須創造法益概念？」或者更基礎的問題：「法益概念如何可能？」(Wie ist der Begriff des Rechtsgutes möglich?)或許我們可以發現在現代法益理論中未曾被關注的若干層面。

已如前述，解釋與限縮固然是法益的主要機能，但是，我

16 例如當新的生產方式出現時(電能、熱能)，刑罰必須有效力以保障，否則就無法穩固既有的資本秩序。

我們可以進一步追問：「爲什麼法益能夠／必須實現這些機能？」這個提問在概念史的脈絡下，至多從刑罰的「最後手段性」(ultima ratio)著眼，因爲刑罰是公力制裁中最強烈的一種，不論是入罪化的行爲或個別構成要件的定型範疇，都應該予以限縮，以有限地保護人權，法益作爲犯罪的實質侵害對象，其目標正是設法在最後手段性的前提下，儘量地符合刑罰最後手段性。

概念史的思考方向提供了一個尙稱可接受的制式答案，然而正如本文最初所述，法益從來不是一個清楚而有明確內涵的概念，倘若刑法學期待的是一個能合理把握可罰界限的理論框架，那麼，爲什麼又開展出一個「『不太能限縮可罰性』的限縮可罰性要素」呢？若我們跳脫刑法最後手段性甚或人權保障的固有框架，轉從另一個角度，追問爲什麼在特定時空下，刑法必須開發出「法益」概念解決問題，並從權力視角解讀「爲什麼我們發展出法益概念來限縮刑罰？」的實質理由，我們可以提出幾個對法益概念的初步反省：

一、自啓蒙時代以降，施用刑罰重點不再是苛酷而無限制的處罰與制裁，而是設法形塑能夠遵守法律秩序的社會成員。爲了達成這個目的，必須發展各種限制刑罰範圍的基本原則，只有最嚴重的侵害行爲才能動用刑罰，刑罰對於侵害行爲的反應強度，也必須採用分級且層升的機制，無節制、血腥殘暴且單純施用暴力的刑罰，無從產生任何的預防效果。啓蒙刑法理論的重心即在於，透過階層化及可事先預見的和緩刑罰，產生最大的社會與行爲調控機能，這是一種「和緩刑罰干預以產生高度預防效果」的司法經濟學機制。

二、法益作爲啓蒙理論的衍生產物，其表面效果似乎是限制刑罰的人權保護機能。但若從前述的司法經濟學觀察，法益概念不是單純地限制刑罰而已，更重要的意義其實是，利用法

益概念，「表面上」雖限縮刑罰的機能，不過刑罰企圖實現的行爲調控與社會規訓效果，卻同時藉由法益媒介，「實質上」暗渡並擴張其管制力道，這種一體（法益概念）兩面（表面限縮節制／實質擴張發散）的效果，才是刑法必須採用法益的正理由。

三、這一套表面限縮／實質擴張的操作技術，可以從三個層面觀察，而這三個層面剛好與法益概念發展的時間面向一致。初步而論，我們可以從司法經濟學的觀點，把法益的發展歷程區別爲三個時期：

(一)誕生期：刑法必須生產出一個形式明確而內涵空洞的法益概念，同時透過理論證立，強化其形式明確的側面。如此一來，即可展現法益制約刑罰的效果，並建立起「犯罪以危害或損害法益爲前提」的正當性。

(二)擴張期：由於法益內涵極其空洞，任何具有政策上管制的必要的社會需求，都可以透過法益的中介，納入刑法保護體系之下。法益在這種氛圍下，當然也會納入許多新型態的社會活動，刑法管制的場域同時大幅擴張。

(三)內化期：由於犯罪是人類行爲引發的社會事件，若要強化刑法控管犯罪的效能，必須透過刑事制裁調控人類行爲。法益在行爲調控機制中，同樣扮演重要地位，此即爲有效保護法益，必須禁止社會成員實施可能損害法益的行爲，社會成員從而負有遵守行爲規範（Verhaltensnorm）的義務，一旦違反行爲規範，初步的可罰性就已具備，法益在這種氛圍下，無異成爲刑法管控個人行動的關鍵推手。

簡言之，法益是一個外在堅實而內在空虛的概念，由於其定義內涵極不明確，具體操作上很難說得出法益／非法益的界限何在。只要透過立法或解釋操作，將某些生活利益歸屬爲法益，就取得利用刑罰保護的正當性，可以正當、合理地處罰侵

害該利益的行為人，搭配法益保護的大羈，刑法強化行為管制與一般預防的機能。在這個視角下，法益擔負的真正任務，其實不是限縮刑罰；相反地，法益毋寧是刑罰「柔軟而正當」擴張過程中的關鍵因子。

接續的論述，筆者將分段檢視法益概念的發展過程，析論法益與刑罰權力結構相接連的側面，設法說明在什麼樣的政策與理論氛圍下，法益概念成爲刑法學理的主流，一方面限縮了刑罰，另一方面卻又以柔軟而策略的手法，「柔軟地」擴張了刑法對社會成員的牽制效果。

## 參、法益概念的提出與損害對象的形塑：誕生期

已如前述，法益涉及犯罪的實質侵害對象，但這卻是一個相當晚近才出現的刑法概念。

在19世紀初期，尙未有法益概念，當時較主流的法學說是 Feuerbach 主張的「權利侵害說」(Rechtsverletzung)。權利侵害說本身是一個來自啓蒙哲思的刑法觀點，不僅承接啓蒙理論中的契約論，也搭配自貝加利亞以來覆受重視的罪刑法定主義觀點，根本而論，其理論相當具有自由主義色彩。

Feuerbach 認爲，擔保個人自由是法律制度存在最重要的功能，而爲了保護社會成員的普遍自由，個人與國家必須締結契約，國家因契約而負有保護所有人自由的契約義務。同樣地，作爲與國家締約另一造的個人，也會因爲契約而負有尊重他人自由權利的義務，國家必須先以「實證法」(Gesetze) 禁止任何人侵犯契約所保護的自由權利<sup>17</sup>，而個人違反契約要求的尊

重他人權利義務，又滿足實證法規定時，即爲「犯罪」(Verbrechen)<sup>18</sup>。必須特別說明的是，在 Feuerbach 的觀點下，成爲締約當事人的個人與國家(作爲道德人格 *moralische Person*)，都具有法律上應予保護的「權利」(Recht)<sup>19</sup>。實

證法目的即在保護個人與國家的權利，並免於他人恣意侵犯，成立犯罪實質要件，當然指的是行爲人侵犯(個人或國家所擁有的)權利，同時符合實證法的行爲<sup>20</sup>，侵犯國家權利可稱爲公罪<sup>21</sup>，而侵害個人權利時則屬於私罪<sup>22</sup>。透過契約論與罪刑法定主義的中介，Feuerbach 架構了德國刑法學最原初的實質犯罪定義，此即權利侵害說，並將受到保護的對象限定爲個人與國家的權利。

值得特別注意的是，在公罪／私罪(均具權利侵害與違反實證法規定特質)之外，Feuerbach 仍保留一些特別的犯罪類型，前述公罪或私罪可稱爲是嚴格意義的犯罪，此外另有一些涉及「警察法」(Polizeigesetze)的行爲，這些行爲本身未直接干擾到國家或個人權利，但是爲了達成國家目的，國家有權利要求人民不得實施相類行爲。Feuerbach 認爲「禁止特定行

<sup>18</sup> Feuerbach, Lb, § 21.

<sup>19</sup> Feuerbach, Lb, § 23.

<sup>20</sup> „Wer nun durch Uebertretung eines Strafgesetzes unmittelbar die Rechte des Staats verletzt, begeht ein öffentliches Verbrechen. [...] ist aber das Recht eines Unterthans unmittelbar Gegenstand der Uebertretung, so ist dies ein Privatverbrechen.“ Dazu Feuerbach, Lb, § 23.

<sup>21</sup> 「公罪」(Öffentliche Verbrechen - Staatsverbrechen) 亦可理解爲侵害國家權利的犯罪行爲，依 Feuerbach 的看法，包括內亂、侮辱國王、偽造貨幣、詐欺官署、非法的個人自力救濟行爲(例如決鬥)、脫逃罪等。Dazu Feuerbach, Lb, § 161 ff.

<sup>22</sup> 「私罪」(Privatverbrechen) 指的是侵害個人的犯罪行爲，與現代刑法侵害個人法益的犯罪相類。Siehe Feuerbach, Lb, § 206 ff.

<sup>17</sup> Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts (zit.: Lb), 14. Aufl., 1847, § 17.

為」，可認為是國家間接對社會秩序的維持權利，若行為人仍實施特定行為，等於違反了國家的衍生性權利，雖然不致構成嚴格意義的犯罪，但國家仍可以動用「輕罪」(Vergehen)或「違警罪」(Polizeiuebertretung)予以制裁<sup>23</sup>，但無論如何，違警罪並非真正侵害固有權利的「犯罪行為」<sup>24</sup>。

雖然Feuerbach整合契約論、啓蒙的自由主義思想，並提出犯罪實質概念的定義，此即對「他人」以及「國家」作為道德主體而享有自由權利的尊重義務<sup>25</sup>；但是在什麼樣的前提下可以認定有值得刑法保護的「權利」，這一點在Feuerbach理論架構下，則相當不清楚。此外，Feuerbach仍接受未侵害權利的違警罪，這一點則與他原始看法相互矛盾。

為了解決Feuerbach理論見解上的缺陷，其徒孫輩的Birnbbaum則提出了完全不同的思考路徑。Birnbbaum的看法來自兩個主要基礎：第一，權利侵害說可以解釋侵犯國家與個人的犯罪，但無法合理說明倫理與宗教犯罪可罰性的實質理由，Feuerbach因而以違警罪而非狹義犯罪來描述這類型的法律效果，但本質上並無差異；第二，宗教或倫理犯罪，其實有其社會發展目的上的需保護性存在，因為這些「利益」(Güter)具有人類生活的原始需求，或屬於社會發展結果，仍然需要刑法

保護<sup>26</sup>。

基此，Birnbbaum認為權利並非刑法保護對象，重點應該是形塑這些權利的利益內容，而後者除了包涵原來權利類型的保護範圍外，還涵括了宗教、倫理等不具有典型權利的保護對象，這樣的想法後來即被稱為「法益」(Rechtsgut)。

根本而論，Birnbbaum之所以提出「法益侵害」概念以取代「權利侵害」，其實是為了合理說明處罰宗教或倫理犯罪的問題。由此觀之，法益概念最初的目的，並非限制或縮減刑罰範圍，而是為諸多風俗、倫理、宗教犯罪，找到處罰正當性的出口；刑事制裁的界限，也不再需要從個人與國家的契約關係論證，法益理論獨立建構了一個具有刑法保護需求的有機體——「社會共同體」(Gesamtheit oder Allgemeinheit)，為了保護有機體內的各項機能，維持其順利運轉，干擾有機體功能的行為，當然有刑罰制裁需求。基此，宗教、倫理、公共安全雖然原屬於違警罪，但這些事務都跟社會共同有機體的機能運作有關，與國家存在、「國家公務正潔性」(Reinheit)、國家司法機制等利益完全相同，都屬於社會共同體概念下的保護對象。

從上述理論的發展動向，可以進一步觀察到，權利侵害說重視個人與國家間的契約關係，因為權利必須有相對應的「權利主體」(Rechtssubjekt)，值得動用刑罰的損害對象，只有原始的「個人」權利，以及透過契約授予「國家」的集體權利。亦即，只有契約兩造才有權利的損害，也才能定義為嚴格意義的犯罪，若無法納入契約論體例的共同生活需求，只能作為次位階的違警罪而已。不過在法益理論之下，犯罪不必以契約兩造(個人、國家)作為直接的保護對象，只要屬於值得動

<sup>23</sup> Feuerbach, Lb, § 22.

<sup>24</sup> Feuerbach在分則違警罪部分指出：「這類的可罰行為，雖未侵害權利，而僅是出於警察理由而受到刑罰威脅」，siehe Feuerbach, Lb, S. 703. 此外，Feuerbach又將違警罪區分為四個大類：刑事違警罪(Criminalpolizei；例如唆使他人犯罪)、經濟違警罪(Güterpolizei；例如放高利貸、賭博)、倫理違警罪(Sittenpolizei；利用宗教信仰犯罪)、風俗違警罪(Bevölkerungspolizei；例如通姦、性交易等)。

<sup>25</sup> Hassemer (Fn. 3), S. 35.

<sup>26</sup> Birnbbaum, N. Arch. CrimR 15 (1834), S. 177 ff.

用刑罰保護的多數人共通利益，舉凡宗教、風俗、倫理要求等生活關係，都有可能成爲法益實質內容，法益理論因而擴展了非歸屬個人共通利益的保護範圍，不再以個人擁有或與國家有關聯性爲限，次位階的違警罪也與嚴格意義的犯罪合併觀察，都算是真正的犯罪行爲。

當法益取代了權利之後，原先犯罪侵害的被害人，只有權利主體：個人與國家，但是法益理論放棄了契約論的刑法結構，有機體的功能效應不再能連結權利主體的損害。亦即，干擾社會性風俗、宗教風俗或公共安全的行爲，很難與某一個特定被害人（具體個人或國家）連結，因此法益理論勢必再發展出新的被害人論述，這個新的論述就是「法益持有人」（Rechtsgutsträger）的觀點<sup>27</sup>。

依法益理論的見解，能夠作爲真正被害者的法益持有人，除了具體的個人之外，還包括國家或社會整體，前者可稱爲「個人法益」（Individualrechtsgut），而後者則被理解爲「超個人法益」（Universalrechtsgut）。超個人法益的侵害對象不再是個人或可以具體干涉的國家，而是一個多數個人連帶集結的共同關係，當行爲人干擾了共同關係的順暢機能，刑法就可以正當地介入。超個人法益概念的出現，終於使得刑法管制的範圍逾越了古典的節制界限，當社會成員對於某個偏差行動（das abweichende Verhalten; deviance）產生恐慌時，這種恐慌通常表現爲「可能影響不特定多數人利益」的「危險」，而成爲值得刑法管制的對象；但其中的介入正當性，不必如同 Feuerbach 扭扭地在權利侵害以外，創造違警罪的例外情狀，而是直接以「影響不特定多數人」之名而開展刑罰的管制效果。

換言之，法益理論創造了新的損害主體：法益持有人，但

卻又未曾清楚界定法益持有人的範圍，表面上符合限縮刑法的目的（只有損及法益持有人才能入罪），但是實質上因爲法益持有人可以是不特定多數人，任何足以干擾多數人生活效益的行爲，都有機會被當作法益受到保護，在無形中已然擴張刑法的管制與適用範圍。

## 肆、法益類型的成長與可罰範圍的激增：

### 擴張期

承前文所述，因爲法益只是一個徒有堅實外形，卻欠缺實質內涵的概念，自 Birnbaum 在 19 世紀末葉提出法益概念後，20 世紀上半葉的刑法學者，均聚焦其思考至法益的定義與內涵。這樣的法益思潮一直發展到 20 世紀的 1970 至 1990 年代左右，法益論述的主要軸線，因爲刑事政策的管制需求而發生變化，而在這個變遷過程中，我們更可以得到法益概念表面限縮，卻又同時擴張刑罰的影子。

先從理論面談，刑罰是對犯罪的回應，早期的犯罪定義，必須造成他人利益的實際損害，在此會極爲重視行爲與損害的歸責關係，這是一種以實際損害爲導向的刑事制裁制度。然而隨著現代社會的高度複雜化，具有高度管制需求的社會情狀日益增加，如果維持舊有的刑法思想，發動刑罰的前提是出現可歸責的損害，勢必過度限縮可罰性範圍，也不可能應用政策上逐漸強化的「風險調控」（Risikosteuerung）與「安全需求」（Sicherheitsbedürfnisse），刑法學界中，同樣也有越來越多希望透過刑事制裁維護社會安全的呼聲<sup>28</sup>。

<sup>27</sup> 此一概念，vgl. Hassemer (Fn. 3), S. 68 ff.

<sup>28</sup> Kindhäuser, Sicherheitsstrafrecht. Gefahren des Strafrechts in der Risikogesellschaft, Universitas, 3/1992, S. 227 ff.; Stratenwerth, Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts, ZStW 105 (1993), S.

支持透過刑法管控風險的論者，也提出了極其精密的論證，由於社會發展趨向複雜，人的生活往往依賴許多社會制度，如果不改變刑法原有的成罪機制，純粹將刑罰侷限於實害範圍，則所有的社會成員只能信賴自己，這種結果不可能維持有意義的社會生活<sup>29</sup>。

為了有效處理現代社會中的風險問題，有必要將可罰性界限向前挪移，為了符合需求，刑法必須改變原有的嚴格結果歸責結構，尤其考量科學與技術發展後，實務上往往難以證明個案中的因果關聯性，如果因此而讓某些違反行為準則的高風險行為不受處罰，刑法不免放棄對未來風險的管控制學說上因而認為：唯一的辦法就是採用不需要判斷結果可歸責性的「抽象危險犯」<sup>30</sup>（abstrakte Gefährungsdelikte），只要行為人實施一個定型行為，刑法以直接介入予以處罰，透過抽象危險犯的立法，任何違反刑法行為規範者，都能夠無障礙地受到制裁，前置的處罰機制自然更能落實刑法的一般預防效果了。

類似傾向「風險刑法」的嶄新理論，自然也影響1970至1990年代的刑事立法與司法實務<sup>31</sup>，例如德國刑事立法上，廣泛地增加了公共安全、環境刑法、毒品、組織犯罪等新型態的可罰行為，這些新的犯罪都採用抽象危險犯的方式立法，不再積極地考量是否現實上已經造成實際損害，管制重心反而是禁止特定的行為態樣；而刑事司法上，也出現若干簡化結果歸責成立標準的判決，例如德國在1990年代前後一連串的產品製造

685 ff.

<sup>29</sup> Stratenwerth, ZStW 105 (1993), S. 688 ff.<sup>30</sup> 有關抽象危險犯，參考王皇玉，論危險犯，月旦法學雜誌，159期，2008年8月，頁239-244。<sup>31</sup> 有關風險社會中的刑法問題，vgl. Prittwitz, Strafrecht und Risiko, 1993, S. 172 ff.

人刑事責任判決中，由於難以認定某項瑕疵產品是否確實引起消費者的病變，德國刑事法院乃直接依歸納（多數出現病變的被害人，都曾經使用該瑕疵產品）或反證（經過科學探究，找不到其他更可能的原因，故必然是瑕疵產品引起損害）方法，肯定生產瑕疵產品的公司所有人或經營團隊，必須為該損害擔負負責（通常是過失致傷或過失致死罪），雖然這不是另訂新的管制與處罰條文，但卻也逸脫了傳統、古典刑法的基礎原理。

值得注意的是，法益概念也未缺席這一場改變刑法原始理論的潮流，由於立法者把許多有害社會的行為入罪化，這些新興立法其實不能完全符合既有的法益定義，但為了能夠解釋這些犯罪，刑法學理逐漸發展出以風險調控為論述基調的法益概念。法益在這種氛圍下，雖然有其固有的保護論域，但某程度而言，其實已經是風險控管的代名詞，即便行為人只是引發一個令人感到不安的狀態，尚無明確而特定的被害人，但只要能透過法益論述作為媒介，將這種不安狀態的控管指稱為法益內容，透過刑罰的管制當然也就有其需求了。

類似的發展尤其可從幾種「新興法益」的創造歷程觀察得到，例如不能安全駕駛「串連的交通安全」（Sicherheit des Verkehrs）法益<sup>32</sup>，在古典刑法領域，違規參與交通活動的行為人，除非已經造成被害人現實損害，才會構成過失犯，這是一種以個人生命法益與實害犯為導向的刑事制裁機制。然而當工業技術逐漸發展後，交通往來的順暢與安全在工業社會中，扮演的角色愈益吃重，汽車、機車等動力交通工具的速度日益增加，若不能有效管控使用動力交通工具，勢必影響其他交通參與者的法益，為了有效確保參與者在交通活動中的安全，德國

<sup>32</sup> NK-StGB-Herzog, § 316 Rn. 1.

或我國的立法者都在刑法典中增訂不能安全駕駛罪（德國刑法第316條；我國刑法第185條之3），行為人不必真正危及任何具體被害人，毋寧只要駕駛動力交通工具時，因服用酒類或藥物而欠缺安全駕駛能力，就可以構成刑事責任。至於如何判斷「不能安全駕駛」（nicht in der Lage [...], das Fahrzeug zu führen），則因多數見解將本罪定位成保護交通安全的抽象危險犯，因此不需要考量具體情狀，直接依行為人駕駛時狀態進行判斷<sup>33</sup>。

同樣情況也發生在環境犯罪的立法過程，有鑑於工業發展過程中，往往干擾人類賴以維生的自然環境（水、土地、空氣、動物與植物），自1970年代開始，德國學界就有支持透過刑罰保護環境的呼聲，最初看法認為，干擾自然環境不必然影響人類生活（例如單純排放某種科學上不影響人類健康，但可能污染保育類動物的廢水），保護環境的利益應該從環境利益本身的需保護性著眼，這種早期的觀點稱為生態法益觀點<sup>34</sup>，後來則逐漸發展出所謂人本取向的環境法益看法，污染或影響環境，並不是侵害環境本身，而是影響人類賴以生存的自然基礎<sup>35</sup>，這是一種與人類生活相關的利益（menschensbezogene Interessen）。德國後來於1980年終於將環境犯罪納入刑法典規範，而我國同樣也接續在刑法中，規定核能與放射線（第187條之1至之3）與污染水源（第190條與第190條之1）的刑罰規

<sup>33</sup> 參考張麗卿，論刑法公共危險罪章的新增訂，月旦法學雜誌，51期，1999年8月，頁57-58。Auch vgl. Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, BT, 2009, § 38 Rn. 40.

<sup>34</sup> 中文資料，參考許玉秀，我國環境刑法規範的過去、現在與未來，收錄於氏著：主觀與客觀之間，1997年，頁451-455。德文資料，vgl. Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, BT, § 41 Rn. 2.

<sup>35</sup> Maunach/Schroeder/Maivald, Strafrecht BT, Teilband 2, 2005, § 58 Rn. 20; NK-StGB-Ransiek, Vor §§ 324 Rn. 14.

範，這些規範共通特點在於，都是以危險犯（尤其是抽象危險犯）的方式立法，只要足以認定有可能自然環境或人類生活，就可以成立刑事責任<sup>36</sup>。

不論是交通安全或環境安全的新興立法，某程度都已經超越了古典法益保護的固有範圍，許多較保守的論者，也針對這種新發展提出強烈的批判。例如德國學者Hassener認為，當刑法大量以危險犯的方式，滲透並管制這些新領域時，刑法已經放棄了法治國限制刑法效力的原始假定，成爲一種單純的社會控制手段，刑法保護對象已經不再是古典法益，而是使社會穩定的制度而已。Hassener因而主張，過度擴張刑法管制領域與管制縱深的作法，將使得刑法無從遵循法治國的基本誠命，基此，我們應該重返「核心刑法」（Kernstrafrecht）的原始觀點，並限制刑罰的適用<sup>37</sup>。

某程度而言，新興立法支持者與Hassener的批評，看似相反且不可能兼容的兩種立場，但實際上，如果能夠注意到兩種立場間的共通處，就可以發現這種論辯其實是法益概念的蛻變過程而已。在筆者看來，不論是哪一種立場，都未曾真正放棄「刑法應保護法益」的基調，只不過兩說從不同角度解讀法益內涵，前者強調擴張法益定義到交通安全與環境安全，而後者則強調應該堅守古典的法益類型。很有意思的是，面對這種支持與批判的兩難，法益理論從中找到了一條折衷的活路，此即透過與個人法益之間的緊密連結，證立新興超個人法益的正當性，交通安全之所以受到保護，並不是因爲「交通安全」是一個值得刑法保護的獨立制度，而是因爲不特定多數人都有可能

<sup>36</sup> Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, BT, § 41 Rn. 10.

<sup>37</sup> Siehe vor allem Hassener, Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrecht, in: ders., Freiheitliches Strafrecht, 2001, S. 217 ff.

參與交通，若不予控制，則每個社會成員都是潛在的被害人<sup>38</sup>；而環境刑法並非與具體個人欠缺關聯，毋寧環境刑法保護現存社會成員共同生活的自然基礎，同樣具有值得刑法介入的需保護性<sup>39</sup>。

換言之，原本與古典法益系統有距離的新興制度性保護條文，透過法益概念重整，新興刑事立法的條文納入了法益綿密的保護網內，也取得可罰正當性，實際的結果即是：一方面刑法更形確立以法益為中心的規範目標，法益概念更加獲得保護正當性；另一方面，既然這些條文都具備與古典法益串連的保護內容，將刑法處罰擴張到交通安全與環境安全，當然不會有合理性與必要性的質疑，法益概念非但未與新的制度與自然保護決裂，反而透過法益的吸納作用，使這些原來有處罰疑慮的犯行，都能被認為已經「侵害法益」。從這樣的操作中，我們更清楚看到了法益的性質：一個具有緊實外形，卻欠缺實質內容，只要能夠在理論上說得通，就可以「生產」刑罰管制的轉換介面。

## 伍、法益理論的變體與個人行為的規訓：內化期

歷經法益的誕生期（形塑法益持有人）與擴張期（創造新的保護法益），法益概念在20世紀的1980年代末葉開始，再次進入了一個新階段，這個新階段的理論重點，在於學說上出現了徹底反對法益論的主張：規範理論<sup>40</sup>。

在法學領域中，很早就存在規範理論。刑法學也很早就參考規範理論的作品出現，例如1920至1930年代，有關不法概念是「評價規範」（Bewertungsnorm）或「決定規範」（Bestimmungsnorm）的爭議<sup>41</sup>，或是罪責概念中的「規範罪責論」（normative Schuldlehre），強調罪責評價不是單純的犯意或意志自由的問題，而是行為人守法能力的「期待可能性」（Zumutbarkeit）<sup>42</sup>。這些都是應用規範理論至刑法釋義學的實例。不過，規範理論要成爲反對法益理論的流派，一直要等到Armin Kaufmann、Günther Jakobs等1970至1980年代的德國學者大力提倡後<sup>43</sup>，才逐漸成爲1990年代迄今的顯學。

規範理論認爲，縱然每一個構成要件都有保護的法益，不過刑法只保護法益免於人爲攻擊，不保護法益受到自然災害或非人爲的侵擾，因此，最有意義的保護法益方法，其實是有效控制社會成員的行動舉措。以生命法益的保護爲例，最有效的

晉五壽誕祝壽論文集，1997年，頁649-661；蔡聖偉，評2005年關於不能未遂的修法——兼論刑法上行為規範與制裁規範的區分，政大法學評論，91期，2006年6月，頁339-410；許玉秀，刑罰規範的違憲審查標準，收錄於國際刑法學會台灣分會主編：民主·人權·正義——蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集，2005年，頁365-413；許玉秀，刑法的任務——與效能論的小小對話，刑事法雜誌，47卷2期，2003年4月，頁1-14。反對見解，另可參考黃榮堅，同註4，頁41-44；李茂生，風險社會與規範論的世界，月旦法學雜誌，173期，2009年10月，頁145-153。

<sup>41</sup> Münzberg, Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung, 1966, S. 50 ff.

<sup>42</sup> Vgl. Jakobs, AT, 1991, 17/7 ff.

<sup>43</sup> Vgl. Armin Kaufmann, Lebendiges und Todes in Bindings Normtheorie, 1954, S. 49 ff.; Jakobs, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW 97 (1985), S. 753 ff.; Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973, S. 121 ff.

<sup>38</sup> 張麗卿，同註33，頁57。

<sup>39</sup> Arzi/Weber/Heinrich/Hilgendorf, BT, § 41 Rn. 4.

<sup>40</sup> 中文資料，參考鄭善印，刑法的目的只有法益保護嗎？，收錄於台灣刑事法學會主編：現代刑事法與刑事責任，蔡教授敏銳先生六秩



個人生命保護機制，其實要求每一個社會成員都不得實施可能影響他人生命的行為，透過刑罰有效地節制人的行動，才是有效保護法益的真正方法。

更進一步地說，刑罰發動的特點，往往是犯罪已經完成，法益已經受到侵害了，若消極地把刑法作用的重點擺在事後的追訴與處罰，則根本不可能開展刑法保護法益的功能。因為刑事制裁生效的特點，法益通常已經受到損害，有效保護法益的方法，應該是讓刑法事先產生對未來作用的行動要求。亦即，讓刑法事先清楚宣示，任何社會成員都不得實施某項可能損害法益的行為，產生所謂「行為規範」(Verhaltensnorm)的效果，倘若某個社會成員不理會刑法保護法益的誡命——亦即行為規範，則刑罰應再考量刑事政策上的需求強度，對該行為人科予相應的刑事制裁<sup>44</sup>。這種以保護法益為理論基石，移置刑罰效用於未來一般預防取向，並以節制社會成員行為舉措為思考導引的見解，就是1990年代以後逐漸風行的行為規範論。

值得注意的是，雖然現代意義的行為規範論源自保護法益思想，但自從行為規範從法益論中獨立出來後，愈來愈多的學者傾向認為，只要能夠貫徹行為規範，防止行為人實施足以該當構成要件的行為，就可以有效保護法益。至於犯行實施完成後，是否真正地損害法益，僅是行為人處罰輕重的刑事政策問題而已，與犯罪成立無必然絕對關係。甚至，所謂「刑法保護法益」的法益論基本立場，其實也可以用「刑法禁止特定行為」的規範論觀點予以取代，畢竟刑法每一個構成要件都涉及行為人的犯行，只要能夠制約犯行，就可以減低行為人實現構成要件的機會，自然也就阻止犯罪，貫徹安定的社會秩序了。基於此，規範論日漸成為刑法學理的有力見解，也對法益理

論的存在意義產生高度威脅<sup>45</sup>。

不過依筆者之見，雖然規範理論在今日刑法學討論中，愈來愈顯重要，甚有認為法益論終將被取代的看法，但從某個角度來看，這種激進的觀點或許過度強調兩種論述之間的差異。規範理論強調未來取向的行為管制，而法益理論重視過去已實現的法益損害或法益危險，二者間似乎有絕對而不可能統合的鴻溝。不過，禁止的「殺人行為」，卻是無法從構成要件提供的行為內涵得知，毋寧只能透過生命法益角度定性，亦即：殺人行為指的是足以損害他人生命的人類行動。從這個角度來看，行為規範論其實只是法益理論的另一種表述方式，刑法為了擴張管制綜效，必須從事後處罰機能轉向事前預防機能，而最能夠有效達到事前預防法益損害的作法，正是防止任何人實施損害法益的行動，倘若法益理論能提早其作用機能，使得任何人都能接受：「保護法益的最佳方案就是『前置』管轄可能損害法益的行為」，自然能在不知不覺中，利用新型的規範論述，擴大刑法保護法益、穩定社會秩序的機能。換言之，規範論其實是法益論的前置論述，二者其實不是完全相對立的看法，毋寧法益論透過規範論展開更強烈、卻也更加柔軟的行動規制，就此可以再分為兩點說明。

第一，從誕生期到擴張期，法益理論的基調至少都指向「外在的社會調控」，不論是早期的宗教犯罪、風俗犯罪等問題，或是中期的公共安全犯罪或環境犯罪，法益概念都把「排除某項社會紛擾」吸納並作為法益內容的方式，藉以控制社會內部風險，同時捍衛社會秩序。這裡的風險控管對象，都指向

44 參考蔡聖偉，同註40，頁354-369。

45 進一步的討論，參考許恆達，「行為非價」與「結果非價」——論刑事不法概念的實質內涵，政大法學評論，114期，2010年4月，頁239-267。

了外在的社會情狀，或至少有一些可以觀察的外在事實作為指標，例如要求不得有悖反宗教道德或性道德的事件，不許可影響不特定人安全的喝酒駕車事件等。然而法益論發展到規範論的階段時，除了前文提到的前置與擴大效果外，法益論還發展了一套更高明的管控技巧，此即將「人」本身當作是風險來源<sup>46</sup>，由於人是一個受到生物與非生物欲望制約的智能生物，雖然有思考行動能力，但卻往往因為某些恣意理由而破壞社會秩序，若能夠將刑法保護法益的期待，落實到人類偏差行動的風險控制，則必然更能強化刑法保護法益的能力。因此，刑法必然發展出所謂內化取向的法益論述，只要屬於社會成員，就有義務要尊重法益，節制自己的私欲，並且不可實施足以威脅他人的行動，這種內化至個人行動義務的法益論點，正巧是規範論的主軸。

第二，問題在於，倘若強加任何社會成員恪遵行為規範的義務，不免會引發高度的強制效果，也違反前文一再強調的司法經濟學基本原則——以最低介入成本，達到最高管制效力。因此，規範論勢必再發展「降低管制強度／提高管制綜效」的介入技巧，依筆者之見，這種技術的精髓正是規範論一直強調的「積極一般預防效果」(positive Generalprävention)，有別於盛行於早期刑法學中，重視「威嚇效果」(Abschreckung)的「負面一般預防」(negative Generalprävention)。積極一般預防強調的是，每一個社會成員都有合法行為的主動學習義務，刑罰效果並不是以刑罰強制實現義務，而是設法讓社會成員明瞭合法／非法的界限後，充分考量個人利益以及社會穩定的優點，接著再自願而主動配合，達到學習義務內容，並遵守

義務要求的效能<sup>47</sup>。只要社會成員能夠養成遵守規範的配合習慣，同時減低強制感，遵守規範以保護法益的理念，自然能夠更深入、更內化於每個成員的意識中，從而也能產生更有效的作用<sup>48</sup>。

總之，當現代規範理論取代表益理論的同時，我們不應該只觀察二者在形式上的論點歧異，而應該觀察二者在權力結構與社會應有的同質性，透過規範理論，社會成員表面上不再被強制遵守規範，但實質上負有主動學習與遵從規範的義務，法益概念展開了更深入、更有效卻也更柔軟的行為規訓機能，而這正是法益理論深蘊的權力基礎與經濟效能。

## 陸、結語

再次強調，本文並非嚴格意義的刑法釋義學論文，筆者並不希望發展出一個實質或有意義的法益概念，筆者只是想強調，刑法的法益概念，其實是某種權力結構下，用以整合社會規訓機制的概念介入，法益本身只是一個具有知識論意義的中介轉換觸媒，刑法「生產、創造」出法益的知識理路，就能將現代社會秩序的政策管制需求，轉以限縮刑罰且有謙抑導向的法益形貌出現；但在這種和緩、柔軟意向表現的同時，法益終能創造更有效能力行動管制縱深與範圍，而這一點或許是純粹釋義學分析中，較無法觀察到的權力側面。

或許會有論者質疑，筆者的分析可能過度強調調法益理論的陰暗面，而忽略法益理論在限縮、節制、劃定可罰範圍上的功效。筆者必須強調，限縮／擴張、柔軟／強效都只是現代刑法

<sup>47</sup> 關於負面與積極一般預防的意義，vgl. Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 1990, S. 309 ff.

<sup>48</sup> 相關論述，vgl. Jakobs, Norm, Person, Gesellschaft, 1997, S. 98 ff.

<sup>46</sup> 類似論點，vgl. Kindhäuser, Universitas, 3/1992, S. 229.

管制機能的一體兩面而已，從法益誕生期、擴張期與內化期的變遷歷程中，我們更可以看得出這一個兩手操作的規劃現實。如果只專注於法益的概念史，強調「如何定義法益」、「如何認定是否屬於法益」，可能就無法觀察到「為何法益必須被創造出來」的實質理由，這種觀察來自思想史的考察，而這也正是本文最關切的重心所在。

## 第二章

### 再訪行為理論

#### 壹、前言

翻開每一本我國的刑法學教科書，幾乎都可以在教科書的前幾個章節中，看到教科書作者討論行為理論，作為犯罪成立三階層要件的前審查階段，行為理論可說是所有學習與適用法律者接觸犯罪理論的第一步驟，納入刑法三階層體系評價的社會事件，都必須先符合行為概念的審查前提，「行為」指引了刑法評價的主要對象，也排除諸如素行、個人危險性等「非行為」的成罪基礎，如果無法符合行為概念的基本要求，當然也不構成任何刑事責任。舉例來說，非人類所能支配的自然現象（山崩、地裂）或動物侵害（野狗咬人），或是非出於人類支配的身體舉措（夢遊、反射動作、睡夢中的舉止、絕對強制等），都因欠缺行為適格而不成立刑責<sup>1</sup>。

行為理論已然揭明刑事責任成立的前提，不是源自人類行為而生的社會事件，不必考慮進入構成要件階層的審查階段，直接在構成要件的前階段即可排除於犯罪成立的範疇，不過，我國實務顯然持完全相反的看法，以較近期的看法為例，法院

<sup>1</sup> 本文原載於成大法學，26期，2013年12月，頁1-58。

參考林山田，刑法通論（上），2008年，頁196；黃榮堅，基礎刑法學（上），2012年，頁155-159；陳子平，刑法總論，2008年，頁118-120。進一步案例的討論可參考蔡蕙芳，刑法總則實例研習：行為理論，台灣本土法學雜誌，68期，2005年3月，頁141-146。

在一則夢遊中竊盜的案例指出：「被告於案發當時，應為服用安眠藥『史諦諾司』後之夢遊行為，其精神狀態已達心神喪失之程度。然而因無案發當時被告『史諦諾司』安眠藥血中濃度之直接證據，僅能就其臨床現象作佐證。夢遊個案其精神狀態是處在朦朧狀態（twilight state），可以開門、開鎖走出家門，也能夠開門、開鎖自行回到家中；夢遊者通常不知危險，判斷能力差，例如任意穿越大馬路、不顧疾駛之車陣、任意攀高（樹木、陽台等）而墜落（朦朧狀態時，平衡感較差）；是非、對錯之判斷力亦較差，因而會發生任意拿取便利商店之商品、未付款即走出店外，或如同本案之竊盜事件，竊取無價值、無法變賣之雜物。朦朧狀態時，可以正確回答部分問題，有時也會答非所問；平日溫和之個案，有時也會出現惡言或暴力相向，甚至力大無窮，遠超過平日給人之印象[……]被告於前揭時、地，應係處於服用安眠藥物後無意識或意識不清之夢遊狀態，其行為應無刑法上之責任能力可言，自難以竊盜罪責相繩」<sup>2</sup>。

簡單地說，法院認為被告服用安眠藥而陷入夢遊情狀，並在夢遊中竊取他人財物，該事件屬於行為，構成要件該當且無阻卻違法事由，但因欠缺責任能力而不成立犯罪。實務見解認為夢遊中的舉止仍然是行為，顯然與行為理論的觀點完全不同，學者雖然提出了批評<sup>3</sup>，但這也表示刑法釋義學發展出來的行為概念，似乎對實務無足輕重，是否我們應該接納實務意見，放棄行為概念的前階段審查？或者，夢遊其實應該認為不是行為，而直接在構成要件的前階段排除刑責？甚而，究

<sup>2</sup> 台灣高等法院97年度上易字第1507號刑事判決。

<sup>3</sup> 參考林東茂教授針對本案原審判決的批判，林東茂，刑法綜覽，2012年，頁1-72。

竟應該如何理解刑法的行為概念？行為概念不包括夢遊下的侵害舉措？這些問題雖然相當古老，但透過上述的實務判決，仍可看到其具有高度的實務意義。

本文討論重心聚焦於行為概念的理論問題，筆者將先討論既有諸種學說的良窳，設法從各種不同的行為理論中，疏理出行為概念的理論實益，接著說明行為概念在刑法體系中的意義及需求，透過對理論的分析，筆者將提出行為概念的個人意見，最後再回顧前文提到的實務見解。

## 貳、重新觀察既有學說

### 一、行為概念的作用與分類

刑法解釋學之所以在構成要件的審查之前，承認一個先審查的行為階層，無非因為行為概念的機能有別於不法及罪責層次，透過行為階層的事前篩選，可以排除絕對欠缺成立犯罪特質的社會事件，也能讓接續的三階層犯罪判斷過程更省力。

現代刑法通說對於行為概念，大致上分別從行為概念的三重作用，以及各類行為理論切入觀察。依一般見解，行為概念具有三重作用<sup>4</sup>：首先，行為概念是所有犯罪的「基本要素」（Grundelement），此一特質強調行為是所有犯罪之上位概念（Oberbegriff），各種類型犯罪都得滿足「行為」的原始要求。相反地說，嘗試定義行為概念實質內容的學說見解，也必須能一以貫之地以其定義解釋故意犯、過失犯及不作為犯等不同的犯罪類型。

其次，行為階層必須用以排除所有不適合納入刑法構成要件審查的損害事件，此即行為必須提供的界分要素

<sup>4</sup> Jescheck/Weigend, AT, 1985, S. 219; Roxin, AT/1, 2006, § 8 Rn. 1 ff.

(Grenzelement)，諸如自然災害、動物侵擾，甚或人無法透過意志決定的身體行動，諸如夢遊中殺人，反射動作造成他人受傷，或者在絕對強制 (vis absoluta) 下對他人的攻擊行為等等，理應排除於行為的審查結構之外。不過，若干極為類似的情況則因具有人的意志支配性，故仍可納入刑法的審查過程，例如相對強制下的攻擊行為，行為人一時情緒失控侵害他人的即決行為，或者所謂的自動化行為 (automatisierte Handlung)。任何行為理論至少都必須有效世界分上上述兩種不同的案例類型，才能符合界分要素的要求。

最後，行為必須是三階層的犯罪審查對象，此即學說上所謂的連結要素 (Verbindungselement)，連結要素強調在這個意義下，「行為」階層除了必須是「價值中立」的「實體概念」，一方面行為還必須有具體的物質基礎，不能只是純粹的規範評價，否則不法或罪責等價值判斷階層，就無法附麗於行為之上，從而展開犯罪是否成立的判斷流程；另一方面，行為必須不具任何事先給定的評價立場或非難意義，保持價值中立，方能作為不法與責任評價等價值命題的觀察對象。

除了三種不同的功能之外，學說上也對行為概念內涵，提出各種不同的定義，依筆者之見，我們可以將既有的行為學說區別為三個主要大類，第一類是內／外的流程理論，這類行為概念主要認為行為必然包括內在的內素與外在的體素，透過內在內素引發外在體素變動的整體「過程」即為行為，這類的見解包括最原始的自然行為論、因果行為論，以及建立在上述原始模式之上，再進一步修正內素或體素內涵的社會行為論、目的行為論及人格行為論。

第二類的行為概念則可稱之為身體動靜論，此一見解並不強調內在、外在的流程關係，毋寧只在乎外在體素，亦即只要是人類身體動靜即認定為行為，不必該動靜與內在意志心素具

有串連關係。

第三類的行為概念則放棄作為構成要件前階層的原始定位，行為基本上屬於構成要件的一部分，沒有必要再嚴格區別行為與構成要件的差異。

接下來的討論，筆者將先分析不同的行為理論觀點，具體探論個別理論的緣由、發展及困境，以及不同見解在刑法整體系統中的合宜性。必須強調，即便可歸類為相同名稱的行為概念，不同學者定義也有若干落差，因此下文討論中，原則上主要援引特定行為概念的主流說法，至於比較特別的學說見解，礙於時間及篇幅，只能割愛。

## 二、內在／外在的過程理論

### (一) 自然行為論與因果行為論

首先討論過程型行為概念的最原始見解，現代行為論源起於 *Beiling* 與 *v. Liszt*，其理論源自 19 世紀自然主義及科學主義，當時的法學家看到自然科學的發展，想要仿效科學理論，將科學理論的思考特質轉介於刑法概念，從而使得刑法能夠有如同實證科學一般的可操作性及可逆證性，雖然具體主張上，*Beiling* 主張的自然行為論與 *v. Liszt* 主導的因果行為論有若干差別<sup>5</sup>，但兩說均為科學至上時代的產物<sup>6</sup>。

這兩說的核心論點都認為，刑事責任既然是人透過行為損害法益同時違反實證法的法律效果，當然只有源自於人之意志

<sup>5</sup> 兩說差別主要在於外在體素的內容，這部分將於後文詳細說明。

<sup>6</sup> 林東茂，一個知識論上的刑法學思考，1999年，頁7-8；許玉秀，犯罪階層體系方法論探源，政大法學評論，60期，1998年12月，頁3-5；Schünemann, Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, in: ders. (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 19 ff.

所支配的身體動作，才稱得上是「行為」，也才能夠作為刑法評價對象<sup>7</sup>，在這個意義下，行為是源自人之意志而展開的身體動作「過程」，該過程是由內在意志及外在舉措等兩個內在／外在要素共同組成，並透過人的意志操控作用相互銜接內、外關係，亦即人透過內在意志操縱、支配的外在行動，這種源自內在意志而改變外在世界狀態的過程，即為自然行為論及因果行為論主張的行為概念<sup>8</sup>。

舉例來說，甲伸手向前以手中水果刀刺入他人心臟，造成他人死亡。該「刺擊」動作與接續發生的死亡結果必須是甲透過意志控制支配的舉措及外在變動，才能納入刑事責任考量範圍，如果甲被身後的乙以強大握力抓住手部，被迫挪動肩膀向前刺擊他人，甲雖然有外在客觀的刺擊動作，也因而致生損害後果，但該舉動與甲個人意志無關，外在變動無從歸本於內在意志的作用，屬於絕對強制（vis absoluta），不能計入行為概念。

此外，刺擊與被害人死亡只要是甲透過意志支配即可，因果行為論不在乎甲啓動刺擊行動時的內在意志實質內容，甲可以心想著要殺人而伸手向前（此即故意的意志內容），也可以完全不知道前方有人，僅因不小心伸手向前而誤刺他人（此即過失或無關刑法故意過失的意志內容），這些意志內容即使不同，但只要滿足意志作用的基本框架，也透過意志支配引發舉措與外在變動，整個流程都能認為行為，至於個別案例中應成立何種刑事責任，或是無故意過失而不成罪，則與行為概念無關，而是後階段主觀歸責的問題。換言之，內在的意志要素只提供支配、啓動後階段行動與環境變動的觸發機制而已，與

意志內容的主觀責任並無關係<sup>9</sup>。

不過，即便透過意志支配關係串連人的內在想法與外在變動，但對於什麼是意志所連鎖的「外在變動」，則面臨非常嚴重的理論分歧，這個歧異同時又涉及行為與構成要件間的定位難題。Beling認為，行為概念是前於構成要件之外的前審查階層，構成要件所須討論的各項要素，不必在行為概念中一併處理，行為概念的外在要素只延展到行為人的「動靜舉措」，行為人身體動靜以外的外在變動，例如被害人死亡、財物持有移轉等損害後果，以及動作、損害間的因果關聯性，均與行為概念無關<sup>10</sup>；相對於此，v. Liszt則持不同看法，由於v. Liszt未全面承認前於構成要件的行为階層，其傾向主張行為與構成要件應該整合為同一審查位階，因此v. Liszt的行為概念自然擴張到行動後的外在變動，行為的定義即是透過意志所能支配的外在變動，行為包括結果、因果關係等要素<sup>11</sup>，而非如Beling僅及於行為人的身體動靜而已<sup>12</sup>。也因為定位上的差異，一般均稱呼Beling的見解為自然行為論，而v. Liszt的看法為因果行為論，這兩支系出同源，但在推論及定義上截然不同的行為理論，也影響後代對於行為概念的掌握方向。

即便如此，自然行為論及因果行為論並非完全的理论，除了外在變動範圍的界定爭議外，最常受到質疑的地方，正是如何解決不作為犯的行爲定性。因為不作為犯可能在身體完全靜止的狀態下，消極不干預已然開始作用的風險作用，例如一動也不動地看著自己小孩跌落地面的母親，由於自然及因果行為

<sup>9</sup> Mezger, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, 1950, S. 12-13.

<sup>10</sup> Beling (Fn. 7), S. 14.

<sup>11</sup> Schwarzschild, *Franz v. Liszt als Strafrechtsdogmatiker*, Diss. Uni Frankfurt, 1933, S. 17.

<sup>12</sup> v. Liszt, *LB*, 1900, S. 102 ff.

<sup>7</sup> Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, S. 9 ff.

<sup>8</sup> Beling (Fn. 7), S. 12 ff.

論緣自科學實證主義，如果沒有物理意義的外界變動，不論是身體位移或被害客體的狀態改變，自然不容易反推某一項損害是由行為人的意志所支配，也因此Radbruch認為不作爲並非行爲，而是獨立於行爲犯（作爲犯）以外的另一個處罰領域<sup>13</sup>；正因爲自然及因果行爲論本身的科學背景，倘若行爲人純粹以靜止不動的方式等待損害出現，如何認爲不作爲犯也是一種行爲，自然迭生困擾。

這種困擾尤其嚴重地打擊Beimg所主張的自然行爲論，Beimg認爲行爲的外在要素可以是身體動作，也可以是身體靜止<sup>14</sup>，但外在損害結果與行爲無關，問題是：如果不把行爲概念延伸納至結果與因果關聯性，行爲人純粹身體靜止，完全未改變物理事件的事件發展，如何認爲被害人死亡是「受到行爲人意志支配的外在變動」，自然有非常大的說理困擾<sup>15</sup>，也因此Beimg的見解說法未獲得多數學者認同。

由於Beimg的看法出現實質缺點，以內／外過程爲中心的行爲概念在嗣後修正時，也就從Beimg見解轉到了v. Liszt的支線，不過，v. Liszt的因果行爲論雖然導入損害、危險、因果關聯等後續發展，反饋式地回溯解決不作爲犯的行爲定性，但從其科學實證主義的基點來看，這些結果其實與不作爲的身體靜止，並無直接的因果關係，而是其他風險源頭作用的結果，如果不從規範角度，事實上難以結合行爲人的靜止與損害的因果發展<sup>16</sup>，這也造就了v. Liszt學生輩Eberhard Schmidt的社會行爲

論，以下就從Eb. Schmidt對v. Liszt的修正談起。

## (二) 社會行爲論

Eb. Schmidt的社會行爲論一開始出現在他的重要著作：刑法中的醫師（Der Arzt im Strafrecht），在該書中Eb. Schmidt認爲傳統的因果行爲論只從身體動、靜的關係觀察行爲概念，但行爲概念既然涉及法律的犯罪評價關係，就應該從身體行動的社會意義觀察<sup>17</sup>。所謂刑法上的行爲，應該著重於人之意志所引發行動的社會意義（die soziale Sinnhaftigkeit des von menschlichem Willen getragenen Verhaltens），行爲由兩個要素組合，第一是足以引起人身體活動的內在意志，第二是由意志所支配身體活動的社會意義，至於個別社會意義內容爲何，Eb. Schmidt最初的看法認爲應該同時考量行爲人的內在意志內容，以及該意志行動產生的外在後果，例如行爲人開快車轉彎後誤撞他人致死，該開車撞人是由行爲人所支配（內在要素），但其個別的社會意義則應該考量行動時的想法，以及行動之後的致死後果，從而認爲具有刑法規範評價的關聯性（外在要素）<sup>18</sup>。

本質而論，Eb. Schmidt主張的社會行爲論，並未根本性地改變v. Liszt因果行爲論的原始結構，仍認爲行爲是一個意志與行動結合的「過程」，不過，這裡的外在行動不再只侷限於行爲人「身體動靜」及純粹「事實關係」的外在因果流程及結果，Eb. Schmidt毋寧納入了規範的評價觀點，認爲外在變動應該同時考量其規範意義，亦即一個與法律相關、且由意志引發的身體行動（rechtlich relevante Willensbestätigung）以及法益

<sup>13</sup> Radbruch, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, in: ders., Gesamtausgabe Band 7, 1995, S. 157 ff.

<sup>14</sup> Beimg (Fn. 7), S. 9.

<sup>15</sup> Roxin, AT/1, § 8 Rn. 13; Jescheck/Weigend, AT, S. 220.

<sup>16</sup> Schwarzschild (Fn. 11), S. 18 f. 事實上，v. Liszt也注意到這一點，對不作爲的行爲屬性，也從必須是「違法」的不作爲才能處罰行爲

人，vgl. v. Liszt (Fn. 12), S. 112 ff.

<sup>17</sup> Eb. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, 1939, S. 75, Fn. 29.

<sup>18</sup> Eb. Schmidt (Fn. 17), S. 75 f., Fn. 29.

損害結果。質言之，社會行為論擴張了外在行動的定義範圍，不再固守於行為人的活動或靜止，只要行為人透過其意志支配了特定社會事態的變化<sup>19</sup>，就足以將「意志 (Wille) → 行動 (動/靜; Willensbestätigung) → 事態結果 (Erfolg)」一併納入行為概念下觀察，換言之，行為指的是意志透過行動引致的外在世界變動 (Veränderung der sozialen Außenwelt durch willkürliches Verhalten)<sup>20</sup>，該變動必須具有社會意義及法律關聯性，至於外在評價要素的考量內容，依據Eb. Schmidt構想，必須同時考量1. 行動與結果間的因果關係<sup>21</sup>；2. 行動造成的結果 (包括實害與危險)<sup>22</sup>；3. 行為人引發行動的主觀意思<sup>23</sup>；4. 犯罪的时间及地點<sup>24</sup>。

Eb. Schmidt引入了法律/社會關係的考量要素，藉以修正因果行為論的缺點，接續重點當然是：社會行為論能否有效回應不作為犯的行為屬性？對此Eb. Schmidt認為，既然重點不再是身體行動，而是意志所能支配的外界變動，只要該外界變動導因於行為人消極不阻止損害，造成損害實現，就具備了適足的社會及法律關聯性<sup>25</sup>，整體的流程：「意志 → 消極不阻止 → 損害實現」也就成為社會行為論概念下的行為，更正確地說，社會行為論考量不作為犯肇致的損害及因果關係之後，反推該消極不阻止的行為舉措，具備了適足的社會評價機能。

某程度而言，Eb. Schmidt提出的社會行為論，確實解決因

果行為論的概念困擾，特別是引入社會意義的評價機能，這一點在一定程度上可以掌握不作為犯的行為屬性。不過我們必須注意，社會行為論延續的學理源頭是v. Liszt見解，該說並不認為行為與構成要件階層應有明確的區分，Eb. Schmidt不僅接受了v. Liszt的立場，Eb. Schmidt甚而在發展社會行為論，也不太採用「前行於構成要件」的行為論，比較合理的說法應該是，行為概念已然成為「構成要件行為」論。

同樣的理論傾向也可以從另一位重要的社會行為論支持者Karl Engisch的論述中看得到。有別於Eb. Schmidt強調行為概念的規範意義，Engisch對行為概念的定性，倒是比較接近下文要提到的目的行為論，只不過Engisch仍維持了社會行為論的概念宗旨。Engisch認為行為理論不只是規範評價的意義而已，同時還兼具有論的意義 (ontologische Bedeutung)<sup>26</sup>，行為必須承載構成要件、違法性及罪責等三大階層的所有要素，而具有上位概念及承載效果<sup>27</sup>。基此，只要出現在構成要件、違法性及罪責中的所有要素，都必須能兼容至行為的論述範圍中，在行為階段只是鎖定並揭明接續三個階層要探討、審查的對象，至於個別的歸責、評價作用，則遞延到個別階層。

既然行為必須包括所有接續的審查要素，不論是行動、相當因果關係、損害後果，當然都必須納入行為概念之內<sup>28</sup>，這些不屬行為人內在意志及外在行動的環境要素，共同構成了行為的社會及法律意義，也形塑行為概念的基礎<sup>29</sup>。

19 Eb. Schmidt, Soziale Handlungslehre, in: Karl Engisch-FS, 1969, S. 341.

20 v. Liszt/Eb. Schmidt, LB, 1932, S. 154.

21 Eb. Schmidt, in: Engisch-FS, S. 343.

22 v. Liszt/Eb. Schmidt (Fn. 20), S. 157 f.

23 v. Liszt/Eb. Schmidt (Fn. 20), S. 158, vor allem Eb. Schmidt, in: Engisch-FS, S. 344 f.

24 v. Liszt/Eb. Schmidt (Fn. 20), S. 159.

25 Eb. Schmidt, in: Engisch-FS, S. 350 f.

26 Engisch, Der finale Handlungsbegriff, in: Eduard Kohlrausch-FS, 1944, S. 146 ff.

27 Engisch, in: Eduard Kohlrausch-FS, S. 160.

28 進一步的討論，vgl. Maihofer, Der soziale Handlungsbegriff, in: Eb. Schmidt-FS, 1961, S. 156 163 ff.

29 Engisch, in: Eduard Kohlrausch-FS, S. 160 ff.



從上文討論可以清楚地掌握到社會行為論的重點：透過行為人動／靜舉措後的事件發展，決定從意志決定到外在事件的過程是否與刑法有關，某程度而言，這種雖然解決了不作爲犯的難題，但也製造了若干新的問題。傳統批評通常指向社會行為論所謂「行爲之社會意義」的不明確<sup>30</sup>，不過筆者則認爲，此一批評並未直接命中社會行為論的核心論點，社會行為論始終強調，屬於「行爲」的流程應該包括嗣後損害過程與損害後果，一旦納入這些嗣後事態，到底一個特定流程是不是具有社會或法律意義，原則上都能透過法益關聯性予以掌握，在此到沒有所謂不明確的困擾。

依筆者之見，社會行為論的真正問題在於，行爲概念幾乎與構成要件範圍重疊，兩者難以區隔。這一點完全體現在Eb. Schmid的見解中，雖然Eb. Schmid提出社會行為論並不是用來取代構成要件的機能，但在其論述中，根本完全把行爲與構成要件等兩個要件當作同一問題；而相對於Eb. Schmidt，即便Engisch設法從存有論觀點證成行爲概念必須考量全部流程，但Engisch卻未明確指出，究竟行爲與構成要件的審查內容有什麼不同，例如Engisch主張相當因果關係，依其見解同時是行爲與構成要件的要素，一個要素理論上不應該在犯罪審查過程中雙重處理，究竟應於何一階層判斷相當因果關係，Engisch並未清楚說明。換言之，雖然納入後階段的事態發展有助於解決不作爲犯的困擾，卻也使得行爲概念的獨立論域幾近消失。這個問題其實更直接的反應是1980年代以後興起的新看法，亦即以構成要件論取代行爲概念，更深入的討論將於後文進行。

### (三)目的行為論

已如前文所述，因果行為論與社會行為論可說是同一見解的延續，但當Eb. Schmid的社會行為論逐漸模糊了行爲階層的屬性，行爲概念幾乎與構成要件無太大差別，甚至可以認爲兩者間實以構成要件爲中心指標，理應優先判斷的行爲概念反成爲附隨標的時，Hans Welzel於1930年代反向提出新的目的行為論（finale Handlungslehre），該說重新強化行爲概念的「中心屬性」，並透過行爲概念重塑構成要件、違法、罪責等犯罪三階層。此說在二次戰後刑法學界備受重視，雖然並未成爲行爲理論的主流看法，但卻發生遠比社會行為論更重要的影響力，這些影響尤見於人的不法概念（der personale Unrechtsbegriff）逐漸成爲主流，甚而建構近代通說的主觀構成要件<sup>31</sup>。

依據Welzel的看法，犯罪必然是人類的行爲，人類行爲之所以不同於自然事件，實因人類行動必然出於意志的目的性（Finalität），人類利用意志支配自然界的因果屬性，從而實現損害，構成犯罪<sup>32</sup>。區別人的目的性與事物的因果性後，Welzel反對從純粹事物的因果現象觀察犯罪，因爲事物現象必然盲目地依循科學的因果法則，這種因果現象不足以說明人與損害的關係，相反地，只有人才能透過意志目的性支配世界，選用特定因果法則侵害法益，犯罪必須以人的目的性爲前提，出於人之目的性的外在行動，才可以稱得上行爲<sup>33</sup>。

30

黃榮堅，同註1，頁155；林鑫雄，新刑法總則，2011年，頁119-120。

31

由於本文並非不法理論的專論，只處理行爲概念的相關問題，有關目的行爲論對於近現代不法理論的變革，未能於本文處理，進一步的研究可參見許恆達，「行爲非價」與「結果非價」——論刑事不法概念的實質內涵，政大法學評論，114期，2010年4月，頁215-300。

32

Welzel, Das neue Bild des Strafrechtssystems, 1961, S. 1 ff.

33

Welzel, Das deutsche Strafrecht, 9. Aufl., 1965, S. 29 f.

須先強調，Welzel提出目的行為論的原義，是期待重塑行為觀點，從而建立一套存有論的犯罪觀點，行為在這個意義下，必然是一個具有明確內涵的實體概念，藉以提供後階段規範意義判斷流程的審查對象，Welzel故而強調，因果或社會行為認為犯罪是規範作出的價值判斷，行為僅是此一負面價值判斷的前提，但目的行為論不僅認為行為是犯罪的前提，還主張「犯罪」是規範評價及存有事實結合的實體，行為提供了存有事實的觀察基礎，這是犯罪的基礎結構，犯罪理論其實是行為理論的延續，兩者間具有高度緊密的關係<sup>34</sup>。

至於目的行為的具體內容，Welzel並未完全放棄自因果行為論就建立起的「過程」概念，Welzel仍然主張行為是由內在意志與外在變動組成，不過，Welzel大幅度修正了內在意志的定義。Welzel認為：目的行為的內在層面包括兩個先後階段，第一階段是內在想法領域，其構成又可分為三個步驟，首先行為人必須形成一個內在意思的特定目的，接著選擇並決定為了實現目的所要採取的行為手段，最後則須考量到該手段可能帶來的其他附屬效果。完成第一重的內在想法後，即能進入到第二階段的外在行動領域，行為人必須在客觀的世界中實施擇定的手段，該手段將利用外在環境的因果連鎖，進而損害法益，整個流程即為行為人基於目的所支配（überdeterminieren）的

34

Welzel, Studien zum System des Strafrechts, in: ders., Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, S. 125. 也正因為發自主觀而實現於客觀的目的行為（主、客並重），提供了接續犯罪評價的審查對象，因此作為不法評價優先階層的構成要件，也得回應目的行為的主、客合一關係，Welzel即推論：構成要件不應該只有客觀要件，還包括主觀要件。Dazu, Welzel, Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, in: ders., Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, S. 322 f.

目的行為<sup>35</sup>。

目的行為論與前述因果行為論及社會行為論最大的差異，即在後兩者的內在要素，僅只為一個啟動外在行動的意志框架，並無實質內容，然而目的行為論主張能作為行為的意志，必須具有明確內容的主觀意志，行為人本於特定行動目的才有可能實施外在動作，也才能夠納入行為的範圍，從而成為犯罪歸責的實質對象<sup>36</sup>。

相對於行為的內在要素，什麼是目的行為的外在要素，Welzel討論的篇幅顯然較少，不過值得注意的是，Welzel在有關行為概念的討論區塊中，有時納入損害結果出現的要素<sup>37</sup>，有時談到因果關係，從字裡行間的說明，我們可以認為，目的行為的外在變動，不僅只是行為人的動作而已，還同時包括其行動引發的損害後果<sup>38</sup>，換言之，雖然Welzel未曾明說，但Welzel主張的目的行為論的外在要素，其實與社會行為論並沒有太大的差異，均擴展到行動嗣後的客體或法益變動。不過，這一點並沒有獲得其他目的行為論追隨者的完全認同，例如非屬Welzel嫡系，卻在理論上熱切支持目的行為論的Reinhardt Maurach，雖然完全認同Welzel目的行為論的內在要素，但Maurach認為外在要素應該僅侷限於行為人的行動，行動後引起的因果流程或損害後果，應該是構成要件而非行為階層的問題<sup>39</sup>。

總結來看，目的行為論極端強化內在意志的見解，大致上可以合理解釋故意作為犯的行為結構，大多數的故意作為犯都

35 Welzel (Fn. 33), S. 30 ff.; Welzel (Fn. 32), S. 2.

36 Welzel (Fn. 32), S. 3 f.

37 Welzel (Fn. 33), S. 32.

38 Bloy, Finaler und sozialer Handlungsbegriff, ZStW 90 (1978), S. 647 f.

39 Maurach/Zipf, AT/1, 1992, § 16 Rn. 72-73.

有明確的侵害目的，再本於侵害目的實現損害<sup>40</sup>。不過，要如何以具備明確侵害意圖的目的行為論合理說明不作爲犯及過失犯，目的行為論顯得難以應對。就不作爲犯而言，倘若目的行為的表現方式是出於特定侵害意志而「靜止」，由於行爲人並未直接涉入客觀環境的因果變動，行爲人並未「實現內在意志」，而是「未實現（救援法益的）內在意志」，此一犯罪模式能否符合目的行為的原始定義，似乎不無疑問<sup>41</sup>；而更不易解決的是過失犯，尤其是出於無認識過失的行爲人，主觀上並無損害法益的內在意志，是否仍可符合目的行為的定義，學理上更是出現爲數甚多的質疑<sup>42</sup>。

Welzel本人對於這些批評的回應則是：刑法上的不作爲指的是不實施特定行爲，這個沒被行爲人踐履的「特定行爲」（例如救援被害人），是一個明確的目的行為，當行爲人未實施特定的目的行為時，就具備潛在的目的性（potenzielle Finalität），不作爲犯正是潛在目的支配外在的因果歷程，從而實現法益侵害，即便欠缺現實目的性（aktuelle Finalität），仍可例外地認定符合目的行為<sup>43</sup>。

至於過失犯與目的行為的關係在於，行爲人實施了特定意志內容的目的行為，但該目的行為在客觀上引發法律不希望發生的損害後果，雖然行爲人未明確認知該目的行為造成的損害後果，但不因此否認其目的行為的屬性，舉例來說，行爲人開

<sup>40</sup> Welzel, Um die finale Handlungslehre, 1949, S. 9 ff.

<sup>41</sup> Otter, Funktion des Handlungsbegriffs im Verbrechensaufbau, 1973, S. 123.

<sup>42</sup> Vgl. Mathofer, Eb. Schmidt-FS, S. 160 ff.; Engisch, in: Kohlrausch-FS, S. 149 ff.; Hans-Heinrich Jeschke, Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung, in: Eb. Schmidt-FS, 1961, S. 146 ff.; Schlünemann (Fn. 6), S. 39 ff.

<sup>43</sup> Welzel (Fn. 33), S. 181; ders. (Fn. 40), S. 17 ff.

車超速想要趕回家，卻因剎車不及撞死路人，其目的行爲是「超速開車」，雖然行爲人「致人於死」並無明確的實現意志，但只要未遵守速限的開車行爲違反社會共同的行爲期待，該致死結果仍可計入「超速開車」的目的關係內<sup>44</sup>，換言之，Welzel判斷過失犯的目的行爲屬性時，引入了「社會共通的注意義務」，從而擴張目的行為的範圍：即使行爲人實施特定行爲時，未對特定後果具有目的性，但只要該後果是該行爲實施過程中，社會期待行爲人採用迴避措施以阻止其發生的事件，仍可將該後果計入目的性的串連關係內，亦即：「超速開車的行動意志→超速開車的客觀舉措→（遵守速限以迴避路人損害的規範期待）→路人死亡」，而將這整個過程認定爲目的行爲<sup>45</sup>。

平心而論，目的行為論雖然可以順利地說明故意犯，但仍有的混亂體系的疑慮。尤其是行爲人侵害法益的意志，究竟應該被定義爲行爲要素，還是構成要件要素？類似質疑一直存在<sup>46</sup>，但目的行為論者似乎無法有效地回應。

此外，對於不作爲犯及過失犯的行爲屬性，目的行為論確實提出了相當程度的解釋，但這一套解釋其實無法完全解釋目的行為的設定障礙。目的行為論既然強調人可以透過意志的目的性，以及本於目的性的展開的行動支配外在世界，犯罪理應建立在這一整套目的性的支配連續上，任何損害如果無法歸本於犯罪源頭的主觀目的性，要不然就是損害與行爲人無關，要

<sup>44</sup> Welzel (Fn. 33), S. 117; ders. (Fn. 34), S. 322 f.

<sup>45</sup> 基此，過失犯構成要件的優先判斷指標，當然不再是行爲人的主觀意志內容，而是基於（欠缺系爭後果侵害認知的）主觀意志所展開的行動，是否違反社會共通的注意義務。

<sup>46</sup> Schmidhäuser, Willkürlichkeit und Finalität als Unrechtsmerkmal im Strafrechtssystem, ZStW 66 (1954), S. 36 ff.

不然就是目的行為論的設定有誤，基此，透過扭曲理論基礎，試圖從潛在目的性立論的不作為犯及過失犯，本質上並非符合目的行為的理論脈絡<sup>47</sup>，但以現有的刑事處罰機制，我們又不可能放棄不作為犯及過失犯的制裁，目的行為論的妥適性，不免滋生疑義，也因此在此後代的行為理論中並未延續發展<sup>48</sup>。

#### 四 人格行為論

除了上述三個早期理論外，近期德國學理又發展出人格行為論（die personale Handlungslehre），人格行為論力倡者即著名的Claus Roxin<sup>49</sup>。該說從功能取向的角度指出，行為是人格的外在表現（Persönlichkeitsäußerung）<sup>50</sup>，刑事責任的成立必須歸本於人類行動，而人類又是具有心靈及精神力量的能動中心，若要將特定的外在損害與行為人相連結，必須以該行為人透過心靈、精神的作用，以客觀行動方式表達於外在世界為前提，損害若無從與人格的精神作用相互連結，即無歸責的可能性。同樣的道理，如果只是內在想法，卻還沒表現於外，只是單純個人的精神領域想像而已，與行為無關；而行為人身體舉措如果與人格的精神作用無關，當然也不是行為<sup>51</sup>。

<sup>47</sup> 相關批評，vgl. Mezger (Fn. 9), S. 18 f.

<sup>48</sup> Welzel目的行為論雖然未獲得後代支持，不過目的行為論推導出的不法及罪責概念，卻大大地改變了刑法釋義學的未來方向，有關討論vgl. Hans Joachim Hirsch, Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel, in: Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, 1988, S. 400 ff.

<sup>49</sup> Roxin一開始的見解並不支持存有意義的行為概念，反而是認為行為概念功能甚為有限，vgl. Roxin, Zur Kritik der finalen Handlungslehre, in: ders., Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1973, S. 107 ff.

<sup>50</sup> Roxin, AT/1, § 8 Rn. 44.

<sup>51</sup> Roxin, AT/1, § 8 Rn. 44.

與前述見解相同，人格行為論並未放棄從因果行為論以來的「過程」論理，行為仍然是內在／外在兩個元素間的連結過程，只不過在此內在元素，從因果、社會行為論的意志（Wille）或目的行為論的目的性（Finalität），轉換為人格的精神操控機制（geistig-seelischer Steuerungsinstanz）<sup>52</sup>，但外在要素上，其實與社會行為論並沒有太大的差異，依Roxin所主張的人格行為論，判斷哪些事件與人格的精神驅動有關時，必須將判斷對象擴大至所有的事件，包括行為人舉措、因果歷程及結果等要素，綜合考量這些要素之後，才能判斷事件與人格驅動作用間的關聯性<sup>53</sup>，由於這些判斷都是在構成要件之前的行為階層進行，理論上是價值中立，同時不帶有任何的評價色彩，人格的外在表現在此應該被看作一個實體的評價對象，以供接下來三階層各項要素檢驗<sup>54</sup>，不過Roxin也強調，雖然行為是價值中立的實體，不過其判斷標準上，仍然會考量諸多的規範元素，包括社會、心理、法律等機制，共同決定特定事件的行為屬性，因此判斷標準其實已經引入規範取向，只不過得到的結果仍然價值中立<sup>55</sup>。

至若實際上的個案判斷，人格行為論與其他行為論並無太大的不同，舉凡動物、內在想法、無控制可能性的人類舉措等等，都排除於行為之外<sup>56</sup>。此外，既然人格行為論主張，所有的行為都必須歸屬於人格表現，在某些邊際型的事例中，倘若行為人雖然意識該行動，但稱不上人格的外部展現時，仍然可

<sup>52</sup> Roxin, AT/1, § 8 Rn. 44.

<sup>53</sup> Roxin, AT/1, § 8 Rn. 51-53.

<sup>54</sup> Roxin, AT/1, § 8 Rn. 55.

<sup>55</sup> Roxin, AT/1, § 8 Rn. 74.

<sup>56</sup> Roxin, AT/1, § 8 Rn. 58, 64-66.

以否定其行為屬性<sup>57</sup>，例如驚嚇中的急轉變、一時興奮而對他人上下其手等等。但是否有任何實際案例可以認為欠缺人格展現的行為特質，Roxin檢證具體事例時，基本上仍然認為多數相似案例還是存在人格外部展現的特點，還是可以肯認個案的行為屬性<sup>58</sup>。

以上大致說明了人格行為論的幾個關鍵論點，雖然人格行為論掌握了一個關鍵論述，此即行為概念是人與外在事件之間的橋接元素，只有人透過精神能動性而掌握外在行動的作用效果，也才稱得上行為，但實際操作上，人格行為論其實與社會行為論的差異不大，這一點尤其可從不作為犯來觀察。例如行為人以單純靜止方式不履行救援義務，如果只論及行為人當下的靜止，該靜止絕非任何人格的外在表現，因此Roxin必須仿造社會行為論，納入非屬舉措的作為義務、損害歸責關係，甚至還要考量行為人靜止當下的主觀意思，否則根本無從觀察人格的外部化，從這一點來看，其實與社會行為論之間只有用語差異，卻無本質上的不同。

此外，如果貫徹人格行為論，一個事件是否可以認為是人格的外部展現，其實應該無涉於外在規範的評價，毋寧是內在行動與人格連結關係的多寡問題，但若如Roxin的推論，許可外在的規範評價介入人格實現的判斷，問題自然導向於外部化的社會意義，不再是內在人格的實現關係，這已然悖離人格行為論的核心命題。

最後，縱或我們不質疑內在展現為何要透過外部的規範標準進行篩選，接受Roxin所稱的一切指標，此時我們可以發現，幾乎所有在構成要件討論的要素，都與人格展現及外部化

的認定有關，再以不作為犯為例，舉凡作為義務、假設因果關係、結果、不作為故意等等，都必須綜合納入行為屬性的認定過程，即使Roxin一再宣稱，人格行為論絕非構成要件論，但其最終的問題與社會行為論如出一轍，混淆了行為論與構成要件間的界限。

綜合上述，雖然人格行為論指出了損害必須是行為人的行為展現，才能與行為人有直接關係，不過實際操作時，其實與社會行為論差異不大，自然也避免不了社會行為論體系關係下的缺陷。

### (五) 小 結

以上檢討了各類以內／外過程關係為立論基礎的行為概念，為了貫徹不作為犯的解釋，Being為主軸的自然行為論逐漸沒落，以v. Liszt為主導的因果行為論納入損害結果要素，大致上成為發展整套體系的主要動向，只不過外在要素（是否納入規範性因素）與內在要素（無內容的意志、附內容的目的性意志或人格展現作用）的定義，因為不同的概念出發點而略有差異，然正如前文提到的批評，這一支理論已經統合了行為論與構成要件論，實際上幾已削弱了行為概念的理論功效。

### 三、身體動靜論

接著要討論一支現由日本學者提倡，但在我國亦有支持見解的看法：身體動靜論<sup>59</sup>。與過程系統的行為概念不同，身體

<sup>57</sup> Roxin, AT/1, § 8 Rn. 67.

<sup>58</sup> 相關討論，vgl. Roxin, AT/1, § 8 Rn. 68-69.

<sup>59</sup> 「凡是人之身體動靜，皆屬於濕，而不論其是否具有有意性、目的性、社會性。依此，反射動作，睡眠中之動作、無意識之動作、絕對強制下之動作等，亦皆屬於刑法評價對象之行為」，參見陳子平，同註1，頁117。明確主張此一見解者，參見甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，2004年，頁57。

動靜論反對意志（或人格）作為行為的內在源頭，直接以人類身體動靜的外在表現作為觀察基點，從而認為，只要是人的身體動靜就是行為，至於該身體動、靜是否與人的意志有關，身體動靜論認為不需要在行為階層處理，某程度上只要透過罪責的各項標準決定即可。

相類於日系學理看法，其實早於二次戰後，此一切斷行動與意志連鎖關係的行為理論，早見於德國學者 Hellmuth v. Weber 於二次戰後的論述中<sup>60</sup>。有別於因果行為論以降諸說，v. Weber 主張行為概念應可更開放地定義，即便某個人的身體動靜無法由該人支配，但考量刑法後階段還有許多審查要素，這些要素已足有效地解決相類爭議，根本不必將行動的意志支配或支配可能性納為行為概念的立論前提。以通說主張的見解為例，一般均認為反射動作不具意志的支配可能，因此不是行為；不過，v. Weber 認為這類問題其實可以透過罪責階層處理，只要行為人無從支配特定的身體動靜，即可直接認為欠缺罪責，不需要提早至行為階層處理，換言之，反射動作與其他人類的「原始反應」（Primitivreaktionen）均屬於行為<sup>61</sup>。

某程度來說，本說與前文提到我國實務見解幾近相同，行為概念只能排除動物侵害與自然界變動，但不足以排除諸如夢遊、反射動作、絕對強制等人的身體舉止，即使與意志無關，這些事件仍屬行為，排除刑責必須延後至接下來的構成要件、違法性或罪責階層。

本說的問題在於：第一，以人類的單純「身體動靜」作為前於構成要件的行为，固然可以掌握所有犯罪型態的行為屬

<sup>60</sup> v. Weber, Bemerkungen zur Lehre vom Handlungsbegriff, in: Karl Engisch-FS, 1969, S. 328 ff. 除了 v. Weber 以外，奧地利學者 Friedrich Nowakowski 亦支持本說， dazu vgl. Otter (Fn. 41), S. 61-62.

<sup>61</sup> v. Weber, in: Engisch-FS, S. 335 ff.

性，各種型態犯罪有無行為的解釋，都將不再是問題，然而，從純粹理論面向看來，既然行為概念只能區別「人／動物或自然事件」，從刑法只與人類有關的當然解釋來看，行為概念已失去實質的界分功能，無從區別與刑法有關／無關的人類行動，行為已然成爲一個可有可無的形式概念而已。

第二是主觀要件的問題，例如行為人在夢遊過程中殺人，除了本說以外的諸種行為理論，均否認夢遊殺人的行為屬性，當然不必考量殺人罪的構成要件問題。至若採用身體動靜說處理同一案例，依其支持者與我國實務的看法，本案真正的重點應是責任能力問題，不過，既然夢遊具備行為屬性，判斷時不應該直接跳過構成要件及違法性，在構成要件的層次，考量殺人的舉措是行為，能否肯認行為人的主觀構成要件隨即成爲判斷斷點，亦即，在犯罪體系的階層觀點下，必須先肯認夢遊者對於他人死亡有故意或過失，才有必要討論責任能力，但事實上在具體個案中，我們很難認爲夢遊者對於其夢遊中造成的損害，主觀上有故意或過失的可歸責事由，換言之，依據本說的刑法論理，夢遊者應該是無主觀歸責事由而不成立犯罪，而不是因欠缺責任能力不成立犯罪。倘若可以接受以上推論，我們馬上可以觀察到本說的兩個問題：一方面與本說力倡者所謂無責任能力的結論相互衝突，另一方面則過度加重主觀要件的負擔與承載能量。

第三，即便忽略上述討論，回歸本說原始的適用結果，夢遊者因欠缺責任能力而不罰，這意謂著夢遊者可能構成不法行為，受到夢遊者攻擊之人，可以對夢遊者實施正當防衛以保護其法益，但若更仔細觀察夢遊者，他又未積極地侵害他人，若許可相對人的正當防衛行為，不免有過度擴張保護的疑慮<sup>62</sup>。

<sup>62</sup> 若回歸一般行為論的看法，夢遊者的攻擊不是行為，當然也不構成

綜上，本說雖然可以合理地說明所有的犯罪事態，但欠缺與意志間結合的行為概念，勢必喪失行為原有的界分功能，不當擴大其他要素的解釋適用範圍，也削減了夢遊者本身法益的需保護性，本說似不無斟酌餘地。

#### 四、行為概念與構成要件的整合：負面的行為概念

接著討論一支比較少受到支持的說法：負面的行為概念。此一見解主要由德國刑法學者Herzberg支持<sup>63</sup>，該見解最主要看法認為，所謂的行為必須從迴避可能性的角度定義<sup>64</sup>。Herzberg的理論出發點認為，傳統上行為理論強調其本身是評價客體，因此必須具有中立無價值的屬性，但若從不作為犯來觀察，我們顯然依據法律的規範觀點，期待行為人實施特定救助行為，既然必須借重規範的評價視角來決定行為屬性，行為

不可能純然中立無價值，而必然具有一定的價值判斷色彩<sup>65</sup>。因此，對於是否應接納一個前於構成要件的行为階層，Herzberg持相當保留的態度，特別是在構成要件理論已經高度發展的今天<sup>66</sup>。

雖然Herzberg認為行為概念可有可無，不過他並未完全揚棄定性刑法的行為，只不過Herzberg不再從傳統實質存在的角度觀察行為，改從違反規範的評價立場切入。Herzberg指出，行為論的理論意義是所有犯罪共通規範元素，其中尤應觀察作為犯與不作為犯兩種不同型態的犯罪，多數學理通常先從作為犯設立標準，認為存有意義的作為是行為概念的原型，再用以解釋不作為犯，Herzberg則反其道而行，轉從與規範關係更緊密的「不作為犯」立論行為概念<sup>67</sup>。

依Herzberg之見，不作為犯之所以成為刑法關切的問題，在於行為人消極不迴避法益侵害，這種有採取特定行動迴避損害的可能，卻「不迴避損害」（das Nicht-Vermeide）的評價結果，正是行為概念的定性依據，亦即，刑法的行為概念即為有迴避可能性，卻「不迴避損害」，至於作為犯的屬性，Herzberg同樣從不作為犯的反面角度定性，作為犯指的是「未放棄可能造成損害的行為」，亦即，作為犯與不作為犯均可從「不迴避損害」的角度定性，只不過前者是「應放棄特定行動卻未放棄」，後者是「應實行特定行動卻未實行」<sup>68</sup>。

不可否認的是，Herzberg提供了以「不作為」為基準，進而觀察行為概念的全新論點，不過Herzberg的說法也受到許多反擊。其中反對激烈的尤為Roxin，Roxin提出了三點重要的批

63 不法侵害，相對人只能對夢遊者實施防衛性緊急避難（defensiver Notstand），其手段合法的要件，顯然與正當防衛不同，vgl. Roxin, AT/1, § 16 Rn. 75-77.

64 此一學說的名稱為Roxin所提出，Herzberg本人倒未明確認為他的見解叫做負面行為概念。另值說明的是，Roxin在其教科書中，在負面行為概念的標題下，一併討論Jakobs的行為理論，不過，Jakobs的見解比較傾向認為，直接從歸責理論的角度思考行為概念，依Jakobs所見，行為必然是社會評價的結果，指的是行為人基於故意、過失而可以迴避的損害後果，而要進入結果迴避可能性的討論之前，還必須符合罪責，vgl. Jakobs, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, 1992, S. 30 ff. 雖然Jakobs設定的行為標準非常接近Herzberg，但相對於Herzberg些許保留，Jakobs倒是非常直接地擴大行為概念的範圍，甚至可以說整個歸責理論的議題（客觀、主觀、罪責）相互結合，Jakobs的行為理論已不算是本文討論，「前行」於構成要件階層的行為理論，因此筆者在本文中不特別處理Jakobs的行為概念。

65 Herzberg, Gedanken zum strafrechtlichen Handlungsbegriff und zur »vortatbestandlichen« Deliktsverneinung, GA 1996, S. 12 ff.

65 Herzberg, GA 1996, S. 5 f.

66 Herzberg, GA 1996, S. 7 ff.

67 Herzberg, GA 1996, S. 9 f.

68 Herzberg, GA 1996, S. 12.

評：(一)Herzberg純粹的負面概念的不作為，無從定性作為犯的行爲屬性，因為作為犯的非難基礎是「製造損害」(Herbeiführung des Erfolges)而非「不迴避損害」<sup>69</sup>；(二)Herzberg的看法其實已經進入構成要件論，不再是前行於構成要件的行爲層次<sup>70</sup>；(三)迴避可能性到底指的是什麼層次，Herzberg並未清楚說明<sup>71</sup>。

對於Herzberg的看法，筆者認為：Herzberg想從不作爲掌握行爲的企圖，其實並不成功。誠如Roxin的第二、三點批評<sup>72</sup>，「不迴避損害」的前提是「能迴避」，行爲人能不能迴避損害結果，必須從因果關係或預見可能性的標準觀察，而這些概念的操作已經達到構成要件層次，不再是行爲論層次的問題，Herzberg批評行爲論的存有性格，轉從評價角度立論，可是一談到規範的評價，勢必與不法、罪責等後階段審查要素連結，規範評價的立論基礎必然走向放棄行爲概念，可是Herzberg又不肯直接採行爲概念不必要說，甚至混淆了兩者間的關係，其說似乎仍有值得檢討的空間。

## 五、小 結

以上大致討論了我國及德國主要學理上的行爲理論，很清楚的是，既有諸說似乎都有或大或小的缺陷，不論在理論意義上無法充分說明，或者在個案適用上面臨解釋困擾。以下討

<sup>69</sup> Roxin, AT/1, § 8 Rn. 35.

<sup>70</sup> Roxin, AT/1, § 8 Rn. 36-38.

<sup>71</sup> Roxin, AT/1, § 8 Rn. 39.

<sup>72</sup>

不過，筆者認為Roxin的第一點批評倒不是非常成功，從最終損害與行爲人的關係來看，製造損害本來就是「不迴避損害」，只不過語言使用時，著重在積極用語或消極用語而已，這一點Herzberg的反駁應屬有理。Dazu vgl. Herzberg, GA 1996, S. 12 ff.

論，筆者將從設法從行爲概念的三個主要功能，連結刑法歸責的實質需求等基礎上，設法說明行爲概念的個人見解。

## 參、本文見解

### 一、基礎論點

作為先於構成要件的前審查階層，行爲概念必須有其獨立的理論意義，否則承認行爲概念無異疊床架屋，不僅紊亂體系，也無法使得三階層的審查更省力，如果要接納行爲階層存在的獨立需求，我們必須具體地指出，這樣的處理觀點究竟有什麼好處。

前文曾經提過，行爲概念具有犯罪的基本要素、界分要素與連結要素等三項功能，筆者認為，這三個作用範圍，正闡明了行爲概念獨立於三階層的主要理由。先就界分要素而言，其重點是排除刑法絕對不關切的社會事件，一般而言，與人爲無關的自然事件（山崩、海嘯、野生動物侵害）本來即非刑法關係所在，如果欠缺前行於構成要件的階層，那麼這些事件就必須本於「欠缺構成要件行爲」而排除於刑法討論之外，不過，「構成要件行爲」之所以有意義，並不在於排除無關刑責的自來事件，而是用來鎖定符合刑法定型的犯罪行爲，進而判定同一時點有無故意、過失、阻卻違法及罪責要素等各項事由，掌握構成要件行爲的成立時點，才可以同時確認犯罪成立的各項要素，構成要件行爲的功能當然不是排除無關刑法的非人類事件事件，而是鎖定刑法關切的人類舉動，以之決定刑責能否成立，以滿足行爲責任主義的基本要求。既然構成要件行爲的功能是鎖定成立刑責的人類行動，不是過濾不成立刑責的自然變遷，我們當然有必要在構成要件的審查之前，安排一個類似濾網的行爲階層，排除無涉刑責問題的自然事件，構成要件行爲的機



能才能更形明確。

至於連結要素的重點有二：第一，透過行為的中介，我們可以將特定損害事件與行為人串連起來，如果無法詳盡說明這個串連介面，作為外在法益侵害的犯罪結果，與行為人應承擔責任的法律論理，勢必欠缺結合的可能性，如果在其中納入了行為人對外在世界影響源頭的「行為」概念，即能滿足這裡提到的串連需求。

第二，犯罪是發生於外在世界的現實活動，不應該僅是法律的規範評價而已，刑法三階層的構成要件、違法性及罪責都是開展實質價值判斷的法律概念，但這些具有評價機能的法律概念，必須先找到足以施展評價的現實客體，欠缺明確範圍的評價客體，勢必無從發展出合宜的犯罪評價，考量構成要件、違法性及罪責均屬對特定客體展開犯罪評價的規範機制，在構成要件之前，當然有必要獨立出一個能夠作為評價客體的行為階層。

最後則是基本要素的功能，因為構成要件是針對個別犯罪而設計，故意犯、過失犯及不作為犯各有其獨立要素，但考量犯罪是刑法整體、共通的事實評價，這些個別犯罪構成要件之間，若欠缺了共通指標，將使得刑法的犯罪概念欠缺統一的理論脈絡，純就犯罪定義的共通理論基礎而言，前於個別構成要件階層的行為概念，確實可以建構起一致的特性。

綜上討論，我們至少可以整理出五個設定行為階層時必須具體拿捏的指標：

- (一)行為概念不同於構成要件，兩者有不同的體系功能；
- (二)行為階層的主要功能，在於排除無關刑事責任的社會事件；
- (三)行為概念連結行為人與外在損害的關係，亦即行為人必須透過行為的介面，才能損害法益，行為介面的存在，使得外

在損害事件的刑事責任歸屬有其可能；

(四)行為展現犯罪必須是實際存在於外在客觀世界的損害事件，同時也鋪陳了犯罪各階層規範評價的審查對象；

(五)行為統合各個不同犯罪構成要件（故意犯、過失犯、不作為犯）間的共通意義，從而實現犯罪概念具有統一的理論特質。

接續的討論，就從上文發展出來的五個行為概念之理論目標，說明筆者個人對行為概念的實質定性。

## 二、行為概念的體系需求與評價客體機能

首先說明前文提到的(一)及(四)兩個行為層面。早從行為概念出現在刑法釋義學中，行為與構成要件的分合一直困擾著行為理論的各個主張者，以最初期的兩支見解為例，Beising主張的自然行為論顯然強調，行為與構成要件的設定目的有別，但以v. Liszt、Eb. Schmidt為代表而延續發展的因果行為論及社會行為論支脈，反倒傾向認為行為與構成要件階層並無嚴格區別的必要性，即便是構成要件階層才要處理的因果關係與損害結果，也可以一併納入行為理論的討論範圍，此一說法也影響後代的行為論及人格行為論，雖然後面兩種見解的立論基礎，完全不同於社會行為論，但在考量不作為時，這些出發點不同的學說，居然也都肯認必須藉由事後結果要素，才能有效證立不作為的行為屬性。而在規範論日漸主流的今天，我們更發現有愈來愈多循規範立場論述行為概念的見解，包括Herzberg、Jakobs等雖然不直接放棄行為概念，但仍設法從評價角度掌握／架空行為概念的看法，甚至也出現主張行為概念與構成要件同一階層的見解。

不能否認，現代刑法釋義學的理論重心已經逐漸匯集到構成要件階層，犯罪審查的核心重點確實也是構成要件階層，尤

其二次戰後，源自目的行為論思考進路的主觀構成要件，其存在已經廣泛被接受，而1970年代以後，定性實質不法意義的客觀歸責理論興起，更是使得客觀構成要件吸納大多數的犯罪判斷元素，某程度而言，構成要件階層幾乎可以掌握絕大多數的刑責爭議，有沒有行為階層確實沒有想像中那麼嚴重，畢竟犯罪的成立共有三個先後審查階層，不在行為階層排除刑責，其他階層還是可以擔負相近的功能。

雖然看似放棄行為階層，也不會帶給原有刑法體系過大的負面影響，但依筆者之見，既然行為概念的存在需求與內涵定義涉及刑法理論及體系問題，我們或許更應思考，如果在構成要件之前建構了行為階層，是否可以帶來更明確、更清楚的理論標竿及體系定位？

先從實質應用層面談起，特別是人／物差異的實際操作問題。如果認為刑法不需要行為階層，那麼「野狗咬人成傷」和「甲為了防止乙被丙射出的子彈擊中頭部，而拉住乙，乙因而被子彈命中肩膀」<sup>73</sup>（亦即通說所謂的降低風險，而未實現不容許風險）<sup>73</sup>這兩則案例，都將欠缺行為為不法而不該當構成要件，也不成立刑事責任。

然而，這兩則案例顯然有著非常大的差異性，構成要件的關鍵作用，無非從各類繁複多樣的人類行動中，篩選出干擾法益並值得刑法非難的定型行為，這是一個極度規範取向的價值判斷，對於特定行動的價值否定與社會非難，才是構成要件的中心指標，野狗咬人雖然製造了被害人損害，但不成立刑責的理由，倒不是純粹因為「社會不非難」的價值屬性，而是該事件屬性上，本來就與犯罪基本定義欠缺關聯性；有別於此，降低風險的行為之所以不成立行為為不法，完全出於該行動符合刑

法保護法益的價值取向。

倘若取消行為階層，這兩個損害事件勢必只能在構成要件階層排除刑責，問題是：未被人飼養的野狗咬人，縱然釀成損害，刑法不予介入的理由，絕非因為該事件吻合或偏離刑法的價值判斷，而是刑法根本不會以規範價值評判一個無關人類行動的損害事件，這是一個本於存有概念而排除刑法介入空間的機制，而不是價值意義看來合乎刑責的問題。綜言之，構成要件審視的是事件與刑法價值間的合致關係，我們顯然有必要在構成要件之前，先形塑一個先位階的審查步驟，用以排除這些合價／非價判斷都不需要討論的事件，這在在顯示了行為獨立於構成要件的實際必要性。

接著，我們更可以從抽象的理論層面檢討。已如前述，行為向來一直被理解成存有概念，不提供任何正面或負面的評價內容，但可以作為犯罪價值判斷的審查客體，這種「行為：存有概念／犯罪（三階層）：價值判斷」可說是行為理論最原初的構想，不過，近來的理論開始質疑這項區別命題，如果行為概念是犯罪審查結構中的一部分，如何能夠獨立於三階層的價值屬性，而只具有存有意義？這些新興見解因而認為，行為同樣也是價值判斷的結果，例如Jakobs即認為，刑法透過「行為」區隔了原始的結果責任主義（Erfolgshaftung），然而為何要從結果責任走向行為責任，這其實是社會的價值選擇，因此，行為的實質內容必然反映出刑法的價值選擇，屬於價值判斷的概念<sup>74</sup>。

上述見解乍看之下極為合理，與犯罪有關的概念，必然是社會對於具體事物所決定的價值決定，但在筆者看來，此說似不無誤解之處，價值判斷固然源自特定的規範系統，例如法

<sup>73</sup> Roxin, AT/1, § 11 Rn. 53-54.

<sup>74</sup> Vgl. Jakobs (Fn. 63), S. 27 ff.

律、道德、倫理等價值導向的體系，實際運用規範系統進行價值判斷時，必須先將一個特定的中性事物限定為判斷對象，再依據該規範系統的內在價值選擇，對該判斷對象作出正／負價值的評判，判斷對象本身得是價值中立的存有事物，否則不足以讓價值系統觀察並認定其價值屬性。

犯罪成立與否，基本上也是承沿著此一價值判斷的操作結構，立法者創設實證法，司法者運用刑法理論解釋實證法，這整套機制作用的前提，在於行為人實現一個特定行動釀致損害，該特定行動不可能由純粹規範內容所形構，毋寧必然是現實世界中的存有事實，沒有特定存在於外在世界的「事實」，也不必再判斷犯罪的各種非價是否成立，如果認為行為也是價值判斷體系的內在階層，那麼我們根本找不到任何一個決定客體的階層，這種論理勢必將犯罪概念推向空洞而無所附麗的價值非難關係，犯罪成立不必立基並歸本於具體存有的外界現象，而是脫離現實甚或與現實情狀無關的價值判斷，而由於評價客體的存在不必先於刑法評價，刑法理論勢必自陷內在的規範邏輯關係，我們甚至可以認為，只要規範正常功能的整體運作失調，而規範認為必須透過處罰才能將整體系統調整回原有的正常功能，就可以認定有犯罪，並動用刑罰制裁犯罪者，此說若發展至極，有沒有犯罪事實一點也不重要，重要的僅是規範的功能被侵擾，而使得規範必須在作出非價評判，以彰顯規範邏輯與內在價值系統的一致性，此時即可發動刑罰，倘若如此，刑法真正作用已然是「創造」規範意義的犯罪，而不是用來「評價」既有犯罪事實」。

考量上述問題，筆者認為在三階層實質的評價之前，必須先行篩選出三階層等價值判斷要觀察的存有對象，這是一個實際出現於客觀世界的存有事物，行為階層正巧提供了同一存有意義的判斷功能。既然應該從存有事實的角度觀照行為概念，

那麼一個獨立於構成要件的行为概念，自然是無可否認的必然要求，也是維持住刑罰明確性甚且是最後手段性的必然結果。

綜合上述，行為階層必須具備有意義的實體要求，一方面在邏輯上區別「價值中立意義的非犯罪事件」與「合乎價值的非犯罪事件」，另一方面，透過行為我們篩選出滿足其概念的成罪實體，進一步讓三階層的各项審查元素，能夠針對該項實體，判斷其規範意義的可非難性。筆者認為與構成要件相互獨立的行為階層，仍然是刑法釋義學不可放棄的基本論理。

### 三、行為的過濾機能及「內在意志／外在行止」的連鎖關係

#### (一)行為作為人與損害事件的中間介面

接續詳細討論前文提到的(二)與(三)兩個行為層面。除了具有區別構成要件以及揭明犯罪審查對象的功能外，行為概念還須能排除與刑事歸責無關的社會事件，將這些無關事件在構成要件之前，就直接過濾、除外於刑法審查過程，向來學說也認為，行為概念正如刑法歸責的初階漏斗，自然事件及人類無可控制的身體行動所釀成之損害，都不算是行為，讓刑法歸責的判斷對象回歸到人類引致衍生的損害事件。

某程度而言，界分「可開展刑法歸責」與「不得開展刑法歸責」的事件種類正是行為概念最重要的功能，然而，要怎麼決定此一標準，往往陷入眾說紛紛的困擾。依筆者之見，此時應該考慮行為作為人與損害中介關係的特點，雖然本文並不贊同Jakobs的行為理論，但Jakobs從行為功能取向強調，行為揭明了特定社會動用刑罰解決侵害衝突的基本共識<sup>75</sup>，以人類刑

<sup>75</sup> Vgl. Jakobs (Fn. 63), S. 14 ff. 雖然行為界分了規範意義的可歸責／不可歸責事件，不過本文並不贊同Jakobs接續完全從規範論視角定義

罰史的發展而言，早期的基本共識不強調個人的責難，而重視氏族的連帶關係；而在特定年代，社會基本共識也有可能設定為個人的危險性（Gefährlichkeit）及素行（Lebensführung），刑責的界分基點設定在生來／非生來犯罪人或種族血統的立論上。

現代刑法學立基於笛卡兒以降的歐洲理性主義傳統，強調以「人」作為能動及歸責主體的基礎思想<sup>76</sup>，隨著啓蒙時代人文思潮的冶煉，「人→主體→責任」的關係已經在法學理論中獲得充分承認，任何損害僅當出於人的支配，才能將相應責任歸本於該人，換言之，「可開展刑法歸責」的前提是人所支配的損害後果，那麼接續要回答的難題即是，人如何支配損害？<sup>77</sup>

### (二) 外在的因果作用

直觀地看，損害是外在世界從法益「無缺損」的狀態變動至「缺損」，必須有事物或狀態上的變動，否則不足以認定損害。不過我們必須注意，外在損害的變動過程，其實完全服膺於自然的因果法則發展行進<sup>78</sup>，舉例而論，行為人將桌上的杯子往下丟，杯子行進過程必然依循萬有引力的基本法則落下，而不會向上飄浮，杯子落下後與地面碰撞而破裂，致生財產損

<sup>76</sup> 行為，筆者毋寧認為，即使行為具有受規範對象的區隔功能，但這不代表行為本身只能從規範角度定位。

<sup>77</sup> 相關討論，vgl. Welzel, Gedanken zur „Willensfreiheit“, in: Karl Engisch-FS, 1969, S. 91 ff.; Detlefsen, Grenzen der Freiheit – Bedingungen des Handelns – Perspektive des Schuldprinzips, 2006, S. 34 ff.

<sup>78</sup> 類似的思考方式，vgl. Maihofer, in: Eb. Schmidt-FS, S. 178 ff.

<sup>79</sup> Vor allem vgl. Engisch, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, S. 21 ff.

害，這一整套過程會如何發展，其實全部都由自然世界的物理因果法則支配，任何人要實現外在損害，只能配合特定的因果法則，不依循因果法則而逐步實現，損害根本無從發生。再舉例而論，行為人試圖槍殺坐在他北邊的被害人，由於子彈擊發之後只會向前行進，不會迴轉飛行（此為力學的物理因果法則），要成功射殺被害人，行為人僅能朝北邊擊發子彈，不能朝南邊。這整個流程雖然是行為人扣下扳機而引發，但完全依照「子彈直線飛行不迴轉」的因果法則進行，從這個簡單實例可以發現，人類不可能操縱或改變支配客觀世界的因果法則，但人類可以決定運用那些因果法則，使得自然世界發生依循這些因果法則特定變動，以前例來看，雖然行為人囿於子彈飛行的物理學因果法則，只能朝北擊發子彈，但符合抽象因果律的「子彈朝北飛行」具體流程，卻是由行為人透過客觀行動的外在作用。

既然個人要支配損害的實現，僅能運用自然因果法則，外在作用至少必須能透過因果法則的串連，方能回溯其源頭至啓動流程的客觀行動，而因客觀行動是行為人的身體動作，損害才能夠與個人建立關聯性，從而認為「該個人引起損害」，並要求個人承擔引發損害的責任。換言之，就外在而言，人要支配損害的前提是：個人實施了特定客觀行動，運用了自然界的抽象因果法則，引發特定具體的損害流程，這是任何損害事件不可或缺的外部作用機制。

### (三) 內在的意志作用

承上，「客觀行動→（因果法則）→損害實現」的機制，只說明了人支配損害過程中的外在連鎖關係，我們此時更應該追問的是無法直接肉眼感知的內在連鎖關係：如何要求一個人為某個客觀行動負責？這個問題用更淺白的方式說明，即為：