

「行為非價」與「結果非價」 ——論刑事不法概念的實質內涵*

許 恒 達**

要 目

壹、導 論	(三)理論反省——Welzel未解決的問題
貳、「行為非價」與「結果非價」的概念緣起	參、「結果非價」地位的弱化與其反省
一、主觀與客觀不法論爭	一、規範理論與不法體系中的結果非價
(一)不法理論的初期發展	二、本文見解(一)：「結果非價」刑法意義的理論反省
(二)對客觀不法論的修正與批判	(一)行為規範的法益關聯性
二、目的行為論的不法概念——「行為非價」與「結果非價」的誕生	(二)結果歸責與偶發事件的界限
(一)刑事責任的人格關聯與「人的不法論」	(三)結果非價在不法構成要件中的定位
(二)「行為非價」與「結果非價」的理論內涵	三、小 結

* 筆者感謝兩位匿名審查人細心斧正本文，並提出極富建設性的修正建議，惟文責由筆者自負。

** 台北大學法律學系助理教授，德國法蘭克福大學法學博士。

投稿日期：九十八年三月六日；接受刊登日期：九十八年六月一日

責任校對：吳美慧

肆、「行為非價」的規範化與主觀化	二、本文見解(二)：「行為非價」內
一、「行為非價」概念在後Welzel	涵的再定性
時代的理論演變	(一)行為非價的獨立檢證必要性
(一)客觀不法論的變革	(二)行為非價與規範理論
(二)「行為非價」概念的單一主觀	(三)行為非價與法益危險行為
化與「意向非價」	(四)特殊主觀不法要素
(三)主客觀要素一併審查的行為非	三、小 結
價論	伍、結 語

摘 要

本文探討德國與我國刑法「不法理論」中重要的概念——行為非價與結果非價，分析其概念的來源與變化，以及在二十世紀七〇年代以後的發展動向。經由分析、批判德國各種學說見解，筆者試圖在本文提出以結果非價為中心，並取向於客觀法益侵害與危險性的不法概念。

關鍵詞：行為非價、結果非價、不法理論、目的行為論、規範理論

壹、導 論

依據今日刑法通說見解，所謂的犯罪指是符合「不法」(Unrecht)與「罪責」(Schuld)雙重評價階層的行為，「不法」階層關心的是，行為人是否侵害了法律保護的利益，而「罪責」階層則重視行為人有無迴避法益侵害行為的個人能力。不法階層從形式面象來看，又可分為構成要件該當性與違法性兩個次階層的審查，前者處理侵害行為是否與法條具體規定相一致，而後者則檢視個案中有無阻卻違法事由。構成要件該當、違法與罪責等三個審查階層，共同構築了今日犯罪階層理論的三大支柱¹。

除了可從形式上再區別不法階層的審查為「構成要件該當性」與「違法性」外，學說上又從實質觀點，將不法的整體區分為「結果非價」(Erfolgsunwert)與「行為非價」(Handlungsunwert)，其共同的核心思想在於：刑法是一種規範體系，規範體系必須對合乎與違背規範期待的事物作出相應的價值判斷（正面、肯定／負面、否定的價值判斷），法益侵害的實現流程中有兩個主要階段，行為人必須先實施某個行為，再因行為的實施而侵害法益，刑法就「實施行為」本身違反刑法期待作出負面價值判斷，此即「行為非價」，而針對行為實施後造成損害的負面價值判斷，就是「結果非價」，當「行為非價」與「結果非價」均具備時，即實現了「實質

¹ 有關當代我國學理上的犯罪審查體系，參考林山田，刑法通論（上），頁171-189，2008年10版；蘇俊雄，刑法總論Ⅱ，頁1-13，1998年修訂版；黃榮堅，基礎刑法學（上），頁188-216，2006年9月3版；許玉秀，犯罪階層理論（下），台灣本土法學雜誌，3期，頁52-69，1999年8月；林東茂，刑法綜覽，頁1-44~1-47，2007年9月5版；張麗卿，刑法總則理論與運用，頁77-92，2007年9月修訂3版；甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，頁41-52，2006年修訂初版；陳子平，刑法總論（上），頁96-99，2005年5月。

意義」的不法侵害²。

上述概念看似簡單，但事實上仍有許多疑點，我們可以用下列案例說明：

行為人甲基於「主觀殺人犯意」而「持用槍枝、扣下扳機」，子彈朝著乙飛去，乙雖然設法閃躲，但子彈仍命中乙的心臟而「致乙於死亡」。

粗略地看，結果非價的判斷對象基本上是乙的死亡結果，而行為非價是甲的開槍行為。然而，我們可以更深入地思考下列兩個問題：

一、倘若「開槍行為」具有刑法的負面價值，那麼我們應該如何理解「開槍行為」？本案中可能的選項有三個：第一是只單純地考慮「持用槍枝、扣下扳機」的客觀動作，至於行為人開槍時主觀上的想法為何，則完全不予考慮；第二則是將開槍行為理解為「主觀殺人犯意」的實現，因為甲若沒有開槍的意思，就不會扣下扳機，基此，客觀舉動是主觀意思的實現，重點應是引發客觀行動的主觀意思，行為非價的處理對象應僅限於「主觀意思」層面；第三個選項則是將主觀意思與客觀意思實現的動作一併處理，因為任何行為都必然由意思與實現意思的行動共同組合而成。

我們如何選擇三種模式，將涉及不法階層審查之要素的範圍，

² 有關「行為非價」與「結果非價」等概念的說明，參考林山田，同前註，頁171-179；黃榮堅，同前註，頁191-192；張麗卿，同前註，頁170-171；林鈺雄，新刑法總則，頁212，2006年9月；余振華，論違法性之本質，載：刑法違法性理論，頁63-87，2001年3月；陳子平，同前註，頁212-217；甘添貴、謝庭晃，同前註，頁120-129。值得一提的是，中國學者王安異曾於《東吳法律學報》發表相關專論，該文主以概念發展史的闡述為主，最後則以現今德國通說見解作結，參見王安異，刑法中的行為無價值與結果無價值，東吳法律學報，16卷1期，頁45以下，2004年8月。

第一種見解將導出故意、過失等主觀要素不屬於不法階層的結論，第二說則會降低客觀不法要素的重要性，僅重視主觀要素，而第三種見解則將導出主、客觀並重的不法概念。那麼，從釋義學與刑事政策的視角觀察，如何選擇適當的行為非價內涵，勢必影響犯罪不法階層的審查內容³，而有研究的必要。

二、乙之死亡表彰了甲的犯行具有結果非價，然而，乙之所以會被子彈命中而死亡，除了甲開槍射擊之外，還必須有「乙閃躲未成功」這個要素的配合。換言之，要實現結果非價，除了行為人實施犯罪行為外，還需要被害人的「參與配合」，行為人甲無法「全面而單獨」地支配法益侵害的實現。倘若我們無法完全肯認甲能夠單獨支配法益侵害——亦即實現「結果非價」，那麼結果非價的具體審查要素——因果關係與客觀可歸責性⁴，是否還適合建構不法概念，抑或應排除於不法階層外，而賦予其他定位方式，值得再予思考⁵。

承上，行為非價與結果非價這組雙生不法概念，對於我們如何掌握犯罪審查的不法階層，尤其是那些要素應該在不法階層的審查（純主觀要素？純客觀要素？主客觀要素綜合審查？因果關係與客觀歸責的審查必要性？），有著理論與實例操作上的重要意義。本文的撰寫目的，即設法透過理論史發展的導引，辨明「行為非價」與「結果非價」的問題意識與概念流變，從而回答上述兩個「刑事

³ 除了涉及不法階層的體系之外，行為非價內涵的判定還會涉及近來日漸重要的行為規範理論，就此請參見本文第肆段的說明。

⁴ 由於犯罪必然是人的行為所致，單純的「結果出現」無法證立「結果非價」，其成立毋寧必須下列三個要素同時滿足：「法益侵害結果出現」、「行為與結果的因果關係」與「客觀可歸責性」。

⁵ 近來有從「制裁規範」的角度，將結果歸責理解為一種社會心理層次、而非不法概念的問題，就此的討論請參考本文第參段。

不法概念」的提問。這組概念的產生，肇因德國刑法學「不法理論」的理論史發展，筆者將先從為何德國刑法學要開發這組概念談起，進行理論史脈絡的系統性考察，然後再說明在二十世紀的七〇年代以後，這組概念有什麼樣的後續演變，最後則分就「結果非價」與「行為非價」的刑法意義與概念內涵，提出筆者的個人見解，並以本文發展的觀點，處理若干涉及犯罪不法體系的釋義學問題⁶。

貳、「行為非價」與「結果非價」的概念緣起

一、主觀與客觀不法論爭

(一)不法理論的初期發展

要說明不法理論中「行為非價」與「結果非價」概念的起源，必須先從二十世紀初蔚為通說之客觀不法論，以及學說上的反動談起。

相對於罪責概念甚早在刑法理論中發展，「不法」理論直到十九世紀末才正式出現在刑法的舞台。不法理論的發展初期，學說上出現兩種迥異的「不法」觀點。其一是由不法理論奠基者Adolf Merkel代表的主觀不法論，該說認為法規範是一種客觀化的共通意志（*Gemeinwille*）⁷，其以禁止或誡命方式，對個別社會成員的行

⁶ 對「行為非價」與「結果非價」的定性與探討，基本上可以處理所有犯罪類型在構成要件成立與違法性階層的問題，然限於篇幅，本文只能將探討的視角侷限在故意作為犯的構成要件層次，至於行為非價與結果非價概念在過失犯、不作為犯、阻卻違法事由等釋義學問題之應用，本文無法全面地處理，留待未來再行文論述之。

⁷ Adolf Merkel, Zur Lehre von den Grundeintheilungen des Unrechts und seiner Rechtsfolgen, Kriminalistische Abhandlungen Band I, 1867, S. 42.

為舉止予以規範⁸，但是並非任何違反共同意志的行為均屬不法行為⁹，法規範僅生效力於具有歸責能力（Zurechnungsfähigkeit）的行為人¹⁰，亦即：具有個人歸責能力是構成不法的前提，當行為人有歸責能力，並基於其意志而違反規範的禁止或誡命時，就構成不法行為¹¹。在此一詮釋下，不法是一種「可歸責的不法」（verschuldetes Unrecht）¹²，法律所規範的是具有服從規範意志能力的行為人¹³，基本上這是一種從行為人意志觀點處理不法概念的命令論（Imperativtheorie）思想。

相對於主觀不法論，另一支「客觀不法論」則反對從行為人意志能力觀察不法概念，主要支持者包括德國現代刑法學奠基者李斯特（Franz v. Liszt）與其門生Alexander Löffler。Löffler明確指出：刑法的犯罪概念強調的則是「有責的不法」（schuldhaftes Unrecht），不過這不代表不法階層必須一併考量罪責的問題，「不法」與「罪責」事實上是兩個不同審查階層，不法著重的是與違反法律期待的客觀狀態變動¹⁴，違法行為人的主觀意志對客觀法秩序而言，根本不具有重要性，不法行為與個人要素的考量無關¹⁵。

⁸ Merkel, aaO., S. 43.

⁹ Merkel, aaO. (Fn. 7), S. 46.

¹⁰ „Diese Gebote nun wenden sich an den Willen des zurechnungsfähigen Menschen.“ Merkel, aaO. (Fn. 7), S. 43 f.

¹¹ Merkel, aaO. (Fn. 7), S. 44, 49.

¹² Dietrich Oehler, Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung, 1959, S. 16.

¹³ 特別參考Edmund Mezger, Die subjektiven Unrechtselemente, GS 89 (1924), S. 209 f.

¹⁴ Alexander Löffler, Unrecht und Notwehr, Prolegomena zu einer Revision der Lehre von der Notwehr, ZStW 21 (1901), S. 558 ff., 564.

¹⁵ 類似的見解亦可見於Johannes Nagler的見解中，Nagler主張法規範是一種社會的共同生活秩序，所謂的違法或不法指的是規範對某一個客觀狀態予以非價判

主觀與客觀不法論最重要的區別，在於是否將不法概念與個人歸責能力切割處理，此一爭議最後在主流學者的支持下（尤其是Edmund Mezger的見解¹⁶），客觀不法論於上個世紀的二〇至三〇年代，逐漸成為德國通說見解，雖然後繼的客觀不法論支持者，已經在某些層面上修正原始的想法，但是客觀不法論的幾個基調，卻已經在三〇年代以前的刑法理論中，成為對「不法」概念理解的基本路線，我們可以從下列三個層面總結客觀不法論的理念¹⁷：

第一，客觀不法論認為，違反法規期待的是「行為」而非「行為人」，不法概念的建構無涉「行為人之非難」，僅是「評價規範」（Bewertungsnorm）¹⁸而非「決定規範」（Bestimmungsnorm）¹⁹的違反，此一見解尤其以Mezger為代表，對Mezger來

斷（Unwerturteil），因其悖離了客觀共同生活秩序，這種賦予非價的客觀狀態還包括非人為性的自然現象，Vgl. Johannes Nagler, Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit, in: Karl Binding-FS, Band II, 1911, S. 315 ff.

¹⁶ Mezger, aaO. (Fn. 13), S. 240 ff.

¹⁷ 亦可參見Detlev Krauß, Erfolgswert und Handlungswert im Unrecht, ZStW 76 (1964), S. 20 ff.

¹⁸ 以「評價規範」的角度來理解法規，則法規僅判斷個別事件的適法或違法關係，但不因此禁止或誡命行為人實施或迴避特定的行為，法規將只是事後判斷事件的意義，但無任何「拘束」行為人社會行動的功能，評價規範只關心「事件」的法律意義，不在乎該事件是否為行為人所造成，評價規範在乎客觀的事件與其評價，不關心引發事件的人類行為是否合法。Vgl. Wolfgang Münzberg, Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung, 1966, S. 50 ff.

¹⁹ 以「決定規範」的角度來理解法規，法規的效力對象不是事件而是人類，規範必須能影響個別行為人的行動，透過施以行為人的行動禁止與誡命，規範的內涵將會形成對行為人生效的具體行為義務，那些行為人將受到規範的拘束，並須先行劃出標準，而且規範也必須提供行為人具體的合法行動準據，使得行為人能夠遵行規範賦予的義務內容，決定規範極強調行為人與規範義務的關係，行為人的行動是否合規範期待，是決定規範的判定重點。Vgl.

說，雖然法規範就整體來說必然是取向於決定規範特質，藉以要求個別「行為人」服從法規範²⁰，然而在法規範決定行為人的行為向度前，法規範必須「先行」決定那些「行為」違反了法規範所建構的共同生活秩序，刑法的「不法概念」就是法秩序「先行」標記個別行為的負面評價²¹，只有外在的客觀事件才能造成共同生活秩序的侵擾，行為人內在的心理狀態與共同秩序之侵擾無必然關係²²。

第二，由於不法是針對客觀上侵害法益客觀侵害的評價²³，在此的重點是現實世界中發生了法益侵害，而不是行為人實施了侵害法益的行為²⁴，因此，行為人的意志內容與意志能力是完全不重要的，只要行為人透過因果關聯性而實現法益實害，就可以該當不法²⁵。

第三，承上，故意與過失等主觀心理要素不歸屬於「不法」層次，毋寧是處理決定規範的罪責層次，故意、過失是一種對客觀不法要素的主觀投射（*Spiegelbild*）²⁶，其僅為客觀不法狀態與行為人主觀心理的歸責聯結。

(二)對客觀不法論的修正與批判

上述對客觀不法論——或稱為「客觀因果不法論」的說明，反應了當時德國學界在二十世紀初期的主流看法，不過，仍有一些不

Münzberg, aaO., S. 50 ff.

²⁰ Mezger, aaO. (Fn. 13), S. 240 f.

²¹ Mezger, aaO. (Fn. 13), S. 245 ff.

²² Mezger, aaO. (Fn. 13), S. 246 ff., 249.

²³ Nagler, aaO. (Fn. 15), S. 315 ff.; Mezger, aaO. (Fn. 13), S. 246.

²⁴ Max Ernst Mayer, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 1915, S. 11.

²⁵ Franz von Liszt/Eberhard Schmidt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Nachdruck der 26. Aufl., v. 1932, S. 161 ff.

²⁶ Edmund Mezger, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, 1960, S. 27.

同的想法存在，以下即簡述在二十世紀中葉以前對客觀不法因果論主要的兩個批評與修正意見。

第一個批評強調：在某些特定的犯罪類型，無法以客觀要素完整說明不法內涵，在此可能要考量主觀不法要素（*Subjektive Unrechtselemente*）才能說明行為的不法性。例如竊盜罪的行為人，破壞他人持有而建立他人動產持有時，是否能夠成立竊盜罪仍必須進一步討論，行為人「主觀」上是否出於不法所有意圖，這種主觀不法所有意圖的存在區別了一般竊盜與使用竊盜的不同，縱或支持客觀因果不法論的部分學者，也例外地接受在竊盜犯構成要件中存有「主觀不法要素」²⁷。

第一個批評雖然反對「完全客觀」的不法概念，但是至少對「不具特定主觀不法事由的既遂犯」構成要件毫無殺傷力（例如殺人既遂罪），這種構成要件至少可以完全從客觀的損害因果關聯性認定犯罪的不法²⁸。真正挑戰古典客觀因果不法論者，實為下面談到的第二個批評。

第二個批評的重點為客觀不法論的機械性因果思想，客觀因果不法論只要求行為與法益侵害間具有因果關係，即可成立不法，但這種自然機械論的不法概念，在目的行為論者Hans Welzel看來並不合理，Welzel認為：因果法則是一種自然世界的客觀法則，如果刑事責任的理由是行為與法益侵害間的因果關係，那麼根本無從區別刑法不關心的自然事件與刑法上有意義的犯罪行為，因為兩者客

²⁷ 相關的問題參考Rudolf Sieverts, *Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht*, 1934, S. 4 ff.

²⁸ Karl Engisch, *Bemerkungen zu Theodor Rittlers Kritik der Lehre von den subjektiven Tatbestands- und Unrechtselementen*, in: Theodor Rittler-FS, 1957, S. 174.

觀上都是依循因果法則的外在變動²⁹。Welzel因而主張：刑法上有意義的不法行為，不應該從因果關係的角度掌握，而是行為人基於個人意志，在符合外在因果法則的前提下，對客觀事態進行支配的過程，個人內在主觀上的意志作用並非屈從物理因果法則，而是凌駕並支配（überdeterminieren）外在客觀的因果歷程，舉例來說，甲要殺乙，必須以其行為造成乙的死亡，死亡是一種生命現象的終結，其發展必然符合醫學與自然法則（呼吸停止、瞳孔放大、心臟停止運作），但在本案中是甲「想」殺乙，「因而」引發起死亡的自然歷程，所以，對甲責任的評價重點，應該是甲殺乙的主觀意思，只有當甲有殺害意思時並予以實現時，後面的乙死亡歷程才會被引發，乙也才會在符合自然法則的狀況下死亡。說得更精確一點：只有當行為人基於意志作用而施行「行為」侵害法益，該法益侵害才能歸責與行為人，「行為」是有別於單純自然事件的目的行動，其以一定的意志內涵為前提，否則無從決定是否後續的結果應由行為負責³⁰。

也就在第二層面批評的觀照下，Welzel提升了犯罪「行為」概念的地位，並賦予一定的刑法意義，行為不再是一個無實質內容的身體動作，毋寧具有特定的不法內涵，這樣的觀點，也使得刑法學長期以來，僅重視客觀因果關係的不法論理為之丕變，Welzel進而開發出了行為非價」與「結果非價」等現代刑法學的重要概念，筆者將在下一部分討論Welzel的相關見解。

²⁹ Hans Welzel, Kausalität und Handlung, in: ders., Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, S. 9 f. 實例如下：「甲推落石至山下，造成乙的死亡」與「石塊A自行落下，造成丙死亡」中，如果不考慮第一例是甲基於「人的意志」所引致，則兩例都是依據物理原則的因果歷程（「推動石頭→石落→擊中乙」與「石塊過重→石落→擊中丙」）而已。

³⁰ Welzel, aaO., S. 18 ff.

二、目的行為論的不法概念——「行為非價」與「結果非價」的誕生

(一) 刑事責任的人格關聯與「人的不法論」

「非價」(Unwert)概念雖然早在Welzel以前就用以指稱某一項值得法律非難的事件³¹，但是現代意義的「行為非價」與「結果非價」概念，仍是建立在Welzel對客觀不法論的批評上，若要掌握行為與結果非價在Welzel理論中的原義，必須先從Welzel區別純粹自然事態與以人格為基礎的刑事責任之觀點談起。

Welzel基本問題意識是「人」與責任的關係，如果刑事責任只有「人」可以承擔，那麼在刑法理論中應該如何看待「人」的地位，就必須先予澄清³²。Welzel引用了德國心理學家Arnold Gehlen的見解，認為相對於動物以生物能的適應自然，「人」欠缺對抗自然環境的原始本能，人為了生存，必須以計畫性的行動(planvolle Tätigkeit)發展對抗自然環境的保護措施³³。人的特質乃目的行動之能力³⁴，目的行動能力界分了人與動物的差異，動物受限於生物本能的行動能力，但人卻能實施目的行為，而超越原有的貧乏生物本能³⁵，正因如此，人也必須負擔比動物更大的責任。Welzel以性行為為例，對於動物而言僅只是純粹的生殖行為，但對於人來說，

³¹ 例如Nagler, aaO. (Fn. 15), S. 332. „Dieses Unwerturteil wird gefällt, gleichviel ob Schuld- oder auch nur Willenelemente mit beteiligt waren.“ (斜體為筆者所加)。

³² 從客觀不法論至Welzel理論的系統研究，可參考許玉秀，犯罪階層理論(上)，台灣本土法學雜誌，2期，頁12-32，1999年6月。

³³ Hans Welzel, Persönlichkeit und Schuld, in: ders., Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, S. 187.

³⁴ Welzel, aaO., S. 188.

³⁵ Welzel, aaO. (Fn. 33), S. 188.

性更有不屬於純生殖領域而滿足愉悅的效果³⁶，但我們不可能任意地為了愉悅而與他人發生性行為。換言之，當人可以透過實施目的行為超越生物本能時，目的行為的後果已經不受到原有生物本能所限，無界限地實施目的行動，將造成共同生存的危機³⁷。因此，就如同原始的生物本能行動受到自身的限制（魚無法飛翔、鳥無法潛水），人之目的行為也有其框架，此即維持共同的生活秩序，這是意志行為「自身」的任務，也架構了共同生活下的責任基礎，目的性意志活動本身就會產生共同生活秩序的應然誠命（Sollen），告誡個人目的性意志活動的界限何在，應然誠命來自於目的意志活動自身存有（Sein）設定的框架，其實質內涵是使得共同生活秩序可能的倫理要求（sittliche Forderung）³⁸，對Welzel而言，意志與倫理要求的關係不在於「異質」的支配或順從，而是意志「本身」就具有倫理性，基於個人意志而實施的目的行動有義務遵從自身的倫理誠命，Welzel認為，這是一種人在實施意志行為時，必須同時服從的存心倫理（Gesinnungsethik）³⁹。

法律作為社會秩序的一環，同樣也必須以上述存有論為基礎。法律並非只是單純的實證規範而已，而是固有價值秩序的實證

³⁶ Welzel, aaO. (Fn. 33), S. 189. 另一個Welzel引用的例子是食物的攝取，對人而言，食物除了提供養分以維持生物機能外，還有享用美食的意義存在。

³⁷ Welzel, aaO. (Fn. 33), S. 189.

³⁸ Welzel, aaO. (Fn. 29), S. 9; ders., aaO. (Fn. 33), S. 190, 206 f.; ders., Über die ethischen Grundlagen der sozialen Ordnung, in: ders., Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, S. 241 ff. Welzel在此的論理是將人的目的活動之界限，比照動物本能活動來思考，由於動物的本能活動範圍受到其天賦所限（例：獅子不能飛），人的目的性活動也必須產生同樣的自身限制，Welzel認為這種從存有導出應然的自身限制，就是形成共同生活的倫理要求，因此，目的行為必須以合乎此等倫理性為前提。

³⁹ Welzel, aaO., S. 242.

化⁴⁰，Welzel導出兩個推論：第一，法律的規範對象是目的行為（finale Handlung），目的行為的定義是：行為人本於主觀意向性（Intentionalität），對符合因果律的自然世界進行支配的行動，行動的意向性會先指向外在世界某一項尚未發生、但行為人期待發生的事情，接著實施相應的行動，最後改變原有的客觀狀態，並朝行為人的期待發展⁴¹；第二，任何法律禁止的行動必然是出於行為人意志、但違反意志「自身倫理限制」的舉動，換言之，違反法規範的行為也必須同時侵犯法律所保護的倫理共同秩序，不法「行為」本身就具有特殊的倫理悖反性⁴²。

Welzel進一步指出，法律所禁止的行為—犯罪，其定義不應該從外在侵害狀態、而應該從內在意志對外在世界的影響來決定，其作用力就是出於意志（Wille）、並具有主觀內涵之目的行為⁴³，外在世界的法益由個人負責的唯一理由，是外界侵害因行為人的目的行為所致⁴⁴，審查犯罪時必須先行確認，是否利益侵害導源自目的行為，Welzel乃提出著名的目的行為論（finale Handlungslehre），將行為階層置於犯罪審查之始，要求只有目的行為才能作為犯罪成立的前提要素，Welzel同時反對長期以來支配德國刑法學說的因果行為論，因為因果行為論的行為概念，是一個僅具有意志作用、但缺乏意志內涵的行動，欠缺了意志內涵，只能透過物理性的因果鏈

⁴⁰ Welzel, aaO. (Fn. 33), S. 207.

⁴¹ Welzel, aaO. (Fn. 29), S. 13 ff. 例如原本的狀態是被害人仍活著，行為人目的行為是使被害人死亡，故實施目的行為以令死亡結果發生。

⁴² Hans Welzel, Über den substantiellen Begriff des Strafgesetzes, in: ders., Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, S. 227 ff.

⁴³ Welzel, aaO. (Fn. 29), S. 15; ders., Das neue Bild des Strafrechtssystems, 4. Aufl., 1961, S. 4 f.

⁴⁴ Welzel, aaO. (Fn. 29), S. 20.

將侵害結果與行為人相連接⁴⁵，無法基於「超越並決定因果」（überdeterminieren）的目的性判定侵害的責任歸屬。

除此以外，Welzel也應用目的行為論至刑事不法概念的處理。由於意志行為有自身的倫理誠命，賦予某一個目的行為負面價值判斷的理由，當然在於其悖反「自身倫理限制」，Welzel反對當時主流的客觀不法論，對Welzel而言，客觀行動與法益侵害的因果關係只不過是事件的先後發展，實際上無法串連到作為刑法歸責主體的「人」，要建立事件與「人」之間的責任歸屬關係，只能經由行為人主觀意志設定的行為目的，踐行具有目的內涵的行動，進而實現法益侵害⁴⁶，這種以目的行為作為媒介，以目的性意志作為法益侵害實現的認定基礎，並以「人」之目的行為作為前提的不法觀點，Welzel稱之為「人的不法論」（der personale Unrechtsbegriff）。

隨著目的行為論與人的不法論理論的成形，Welzel開啓了另一個理論新頁，不法概念並非經由外在的因果關聯引致客觀的法益侵害（客觀不法論），也不是有完全歸責能力的行為人牴觸共同意志（主觀不法論）⁴⁷，而是行為人本於主觀上對外界支配的目的意志。Welzel充實了原本無具體內涵的行為概念，並將行為作為中間的介面，串連了作為歸責主體的「人」與外在世界之法益侵害的關係，這樣的見解並進一步提出兩個極為重要的刑法概念：「行為非價」（Handlungsunwert）與「結果非價」（Erfolgusunwert）。

⁴⁵ Welzel, aaO. (Fn. 43), S. 7 ff.

⁴⁶ Welzel, aaO. (Fn. 43), S. 27 f.

⁴⁷ 相對於主觀不法論在「不法層次」處理所有行為人個人因素的歸責問題（包括故意過失與歸責能力等等），人的不法論則是將故意過失與其他的個人歸責要素分開，在不法層次只處理故意過失，但不處理其他的歸責要素。

(二) 「行為非價」與「結果非價」的理論內涵

依據「人的不法論」，除了實現法益侵害違反了刑法的期待以外，目的行為也違反了自身的價值秩序，前者Welzel稱之為結果非價，後者則是行為非價，行為非價與結果非價共同組成了不法概念的實質基礎。

首先必須說明，什麼是Welzel所使用的「非價」(Unwert)概念。一般來說，「非價」指的是刑法秩序對某一項行為人實施之「行為」與其「結果」的「負面價值判斷」，例如刑法期待行為人不傷害他人，當甲不傷害乙時，我們會說甲的行為符合刑法期待，應予肯定(正面價值判斷)，相反地，當甲傷害了乙，甲的行為未達成刑法期待，應予責難(負面價值判斷)，這種一般觀點下的「非價」，專指行為與價值秩序間的「(正面或負面)關係」。

然而，Welzel使用的非價概念並非如此簡略，Welzel在一篇極為早期的論文「刑法之評價問題」中清楚地指出⁴⁸，長期以來，以新康德主義為基礎的刑法學者，從純「價值概念」(Wertbegriff)處理刑法的問題，例如「謀殺」指的是，鑑於主要操控生命法益侵害因果流程的行為予以「負面價值判斷」，但是Welzel認為應區別兩個不同層次，當吾人作成「負面價值判斷」時，這個否定判斷同時包括了兩重意義，第一是作為規範評價對象的「客體」，第二是規範與客體間的「評價關係」，新康德主義刑法學者只注意到第二層面的評價關係，但未重視第一層面的意義，Welzel因此主張：任何刑法上的價值判斷，都必須同時有判斷對象之客體存在。再以「謀殺」為例，當我們指稱某一項行為屬刑法上的「謀殺」時，我們同時表達了：1. 行為人實施了某一項基於故意而有計畫的殺人行

⁴⁸ Hans Welzel, Über Wertungen im Strafrecht, in: ders., Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, S. 23 ff.

為，這是「謀殺」的判斷對象；2.該行為在刑法的規範體系中，被評價為違法而受到責難，這是「謀殺」與「刑法規範」的「評價關係」⁴⁹。總之，「非價」標示了「具有刑法上具可非難性之『負面規範評價』與『其評價對象』」。

進一步的問題是：刑法應該如何決定進行負面規範評價的標準？目的行為有著「自身」的倫理框架，逾越倫理秩序限制的目的行為，對之即產生負面價值判斷⁵⁰，在Welzel看來，具體的判斷標準是「既有法律與生活秩序的穩定」⁵¹，評價客體或是評價標準的篩選，都不能從外於行為的規範體系掌握，而是一種人作為共同秩序成員所必須承擔的倫理義務⁵²。

⁴⁹ Welzel, aaO., S. 23 ff.

⁵⁰ Welzel, aaO. (Fn. 42), S. 227.

⁵¹ Hans Welzel, Studien zum System des Strafrechts, in: ders., Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, S. 151; ders., aaO. (Fn. 33), S. 206 ff.

⁵² Welzel, aaO. (Fn. 33), S. 207. 值得一提，在Welzel使用的概念下，「非價」（Unwert）的判定，並非依憑與存有秩序分離的規範秩序，而是內蘊於既定存有秩序中的規範評價，亦即是目的行為違反其內在秩序而產生的負面判斷，對於Unwert概念的中譯，就必須考量Welzel概念使用的上述原始觀點。中文文獻中，對於Unwert的對應中譯，有從日文譯語引入的「無價值」或「反價」，亦有林山田教授直接從德文逐譯之「非價」，以及近來學界使用的「負價值」。上述三則譯詞的選擇，筆者認為「反價」與「負價值」在中文上易於與「違反特定規範追求的價值」作聯想，容易造成誤解Unwert的規範評價是來自於「外」於存有世界的規範層次，而「反價」的使用也過度彰顯Unwert所謂價值判斷關係的層面，忽略Unwert本身具有篩選特定具負面意涵之判斷客體的功能，似乎不是一個允當的選項；「無價值」的用語則是大部分日文刑法學者使用的翻譯，雖然無價值可以表現出客體「本身內蘊」的「不合乎规范要求」之意義，但較難從中得到「負面價值判斷」的聯想。反而是「非價」的使用，一來可以表現出「目的行為『非』屬合乎既定秩序價值層次的範疇」之存有論意義，二來「非」字的使用，遠較「無」字的使用，在純粹評價意義的理解上，代表了較高的負面意義。由於Welzel是賦予相關概念定義的原始作者，基於上述的考量，筆者在本文中使用了「非價」來中譯Unwert的概念。

古典客觀因果不法論強調法益侵害結果是刑事不法成立的唯一理由，Welzel批評此一看法，因為該說忽視了目的行為「本身」具有倫理非難性，將刑事不法委諸外在的客觀法益侵害，但是未重視「目的行為之內容」侵害了法律秩序企求的倫理規範⁵³。依據Welzel所主張之「人的不法論」，刑事不法的證立必須經由雙重的管道說明，此即行為人實施目的行為，而目的行為表現出反法秩序倫理性的「行為非價」⁵⁴，以及基於目的行為實施後，進而實現法益侵害的「結果非價」。Welzel認為，刑法的實質不法是由「外在的法益侵害」與「目的行為的倫理違反性」共同證立，但是兩者間並非居於平行且對等的關係，真正關鍵性的不法重心毋寧是行為非價，只有當行為人施行具非價性的「行為」，後續產生的侵害結果才能歸責行為人，也才有結果非價存在；相對於行為非價，結果非價是一種附屬性的效果。「所有」的犯罪都必須以具有「行為非價」的目的行為實施為前提，但是僅在「大部分」的犯罪中必須處理「結果非價」之法益實害或法益危險⁵⁵。

以人的不法論為基礎，以目的行為為介面整合人與法益侵害的關係，Welzel發展出行為非價與結果非價的理論基調，行為非價所表彰的反倫理意義才是不法的重心，雖然不法階層仍處理法益侵害實現的問題，但已經淪為行為非價向結果非價發展過程的附屬產

⁵³ Welzel, aaO. (Fn. 51), S. 141 f. 基此，Welzel反對在行為階層不考慮行為的社會意義，毋寧行為非價的酌定，必須考量系爭行為之「內容」的社會倫理悖反意義，從這一點Welzel也發展出所謂「社會相當性」(soziale Adäquanz)的概念，認為如果特定的行為內涵屬於共同生活秩序能夠接受者，該行為即無行為非價，而不構成犯罪。

⁵⁴ Welzel, aaO. (Fn. 42), S. 228.

⁵⁵ Welzel, aaO. (Fn. 43), S. 29 f. 在此Welzel舉出不具結果非價的犯罪類型是不能未遂。

品，其重要性降低至不法階層的次要地位⁵⁶。

實際應用上述理論至犯罪審查體系，最重要的成果，就是將「故意」從古典體系的罪責階層移至不法階層，不法行為不能完全從「實現利益侵害」觀察，還必須重視其行為的不法內涵，亦即行為人侵害法益的目的意志——故意⁵⁷；此外，行為人的行為還必須是一個社會倫理上無可容許的行止（sozialethisch unerträglicher Akt）⁵⁸，行為非價具有兩個層面，主觀上行為人必須出於故意，而實施客觀上逾越容許限度的行為⁵⁹。

Welzel也同時肯認，在特定構成要件中，有特殊主觀要素審查的必要性，因為行為人犯行的反倫理性，只能透過特殊主觀不法要素表現出來⁶⁰。以竊盜罪的不法所有意圖為例，縱然行為人基於故意，破壞他人所有動產之持有而建立自己持有，如果只以這種方法描述竊盜行為，完全無法區別可罰的一般竊盜與不可罰的使用竊盜，只有當行為人主觀上具有不法所有意圖而為上述行為時，「行為之特定社會倫理非價內涵」（der spezifische sozialethische

⁵⁶ Welzel, aaO. (Fn. 51), S. 143, 147.

⁵⁷ Hans Welzel, Das deutsche Strafrecht. Eine Systematische Darstellung (LB), 9. Aufl., 1965, S. 59.

⁵⁸ Hans Welzel, Um die finale Handlungslehre. Eine Auseinandersetzung mit ihren Kritikern, 1949, S. 15.

⁵⁹ 日本學者中贊同Welzel目的行為論與主觀構成要件的看法，參見Taira Fukuda（福田平），Vorsatz und Fahrlässigkeit als Unrechtselemente. Eine Studie zum personalen Unrecht, ZStW 71 (1959), S. 38 ff. 此外，即便目的行為論在主觀構成要件的發展史中，具有最重要的意義，但現代刑法最早提出主觀構成要件構想者並非Welzel，而是Hellmuth v. Weber的看法，其同樣反對以客觀因果性為前提的構成要件論點，並設法以主觀意志予以限制，Vgl. Hellmuth von Weber, Zum Aufbau des Strafrechtssystems, 1935, S. 8 ff.

⁶⁰ Welzel, aaO. (Fn. 57), S. 71.

Unwertgehalt einer Handlung) 才會完全成立⁶¹，也才能區別其與使用竊盜間的不同。

(三)理論反省——Welzel未解決的問題

以上簡單說明了Welzel發展出行為與結果非價概念的基本想法，然而Welzel的理論仍有諸項不明確之處，以致後代德國刑法學者發展出不同的解讀。

暫時回到前面闡述過的客觀不法論三個基本命題：不法是「行為人違反評價規範」、「行為人基於因果關係而實現法益侵害」與「不考量主觀不法要素」，Welzel基本上反對這三個命題，但其理由則與主觀不法論不同。目的行為論最主要的批評，是針對客觀因果不法論完全以「法益侵害與純客觀行止間的因果關係」掌握刑事不法概念的看法，因為只有基於主觀目的性的行為才能夠實現不法侵害，犯罪行為的不法內涵不能僅是客觀取向，還必須考量目的行為的社會倫理性與意志的主觀內涵，換言之，Welzel明確地反對客觀因果不法論的第二項與第三項命題。

然而就第一個命題「評價規範」而言，Welzel並未將不法的構成委諸個人歸責能力，相反地，非價判斷的對象是具法益侵害意志之目的行為，但這不表示不法之價值判斷，是一種純個人標準的價值判斷，Welzel毋寧認為，法規範關係始終是一種本於「客觀標準」的價值判斷，而非以行為人個人認知為判定標準⁶²，Welzel援

⁶¹ Welzel, aaO. (Fn. 57), S. 71. 值得注意的是，Welzel極為謹慎地強調特殊主觀不法要素與「行為人刑法」無關，因為特殊主觀不法要素只是行為人個人在實施犯行時的內在心態，並非「行為人素行要素」，而是現實而單一出現於行為時的主觀要素。

⁶² „Die Rechtswidrigkeit ist dabei ein ‚objektives‘ Werturteil insofern, als es von einem allgemeinen Maßstab her, von der Rechtsordnung, über das tatbestandsmäßige Verhalten gefällt wird. Der Gegenstand, der dabei als

用了目的行為論的想法，變動不法判斷的「對象」為具有主觀目的內容的行為，但對於不法規範關係的判準，仍然堅持在客觀的層面，構成要件禁止規範的適用對象，完全不考量行為人是否有歸責能力，只考量主觀意志內涵是否違反客觀倫理秩序，甚或進而實現法益侵害。從這個層面來看，Welzel從早期刑法學「歸責能力」概念中，抽繹出「意志內涵」的要素，轉置到行為的構成元素與不法的主觀構成要件中，法規範與個人的連結機能在於：要求行為人不得以其行為（如：殺人行為），實現法律禁止的意志內涵（例：殺人故意）。規範的機能並非拘束有「全面歸責能力者」的行動，而是拘束個別行為人的「意志內涵」。基此，任何拘束社會成員的規範體系，不可能僅為評價規範而不具有決定規範的效果，這兩種規範的功能必然同時存在，刑事不法的規範體系當然也同時為評價與決定規範⁶³，不法的作用必然統攝犯行的評價（評價規範）與個人

rechtswidrig beurteilt wird, nämlich das tatbestandsmäßige Verhalten eines Menschen, bildet eine Einheit von außenweltlichen (objektiven) und seelischen (subjektiven) Momenten.“ Siehe Welzel, aaO. (Fn. 57), S. 46. (中譯：在此的判斷標準是一般性、從法秩序的向度觀察構成要件行為，因此違法性的認定是「客觀的」價值判斷。不過，違法性判斷的對象，亦即人所實施的構成要件行為，是由外在行動與內在認知要素共同組成的主、客觀整體。)

63 „Der Gegenstand der strafrechtlichen Bewertung ist die *Handlung*, nicht der bloße Erfolgssachverhalt; die strafrechtliche Bewertungsnorm ist darum kein bloßes Sein-Sollen, sondern, da es die *Handlung* ist, die »sein« soll, eben ein Handeln- oder Tun-Sollen: also gerade das, was schon die Bestimmungsnorm aussagt!“ (Hervorhebung von Welzel) Vgl. Hans Welzel, *Besprechung des Buchs von Herbert Rauch: „Die klassische Strafrechtslehre in ihrer politischen Bedeutung“*, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 97 (1937), S. 382. [中譯：刑法的評價對象是行為，而不是單純的結果或利益侵害事件；因此，刑法的評價規範內容並非只是當為存有（譯按：法規範所期待的利益保護狀態），考量到行為的存有面象（譯按：實現利益侵害以行為的「現實」實施為其媒介），法規範應該是透過行為而產生利益保護的效果，是一種當為行動指標，

合規範行動的驅使功能（決定規範），Welzel於不法階層結合兩種規範的理論走向，使得後世採用新的「行為規範」（Verhaltensnorm）觀點來稱呼不法的規範功能，也開啓了現代刑法理論的規範主義之序幕⁶⁴。

另一個疑難點是行為非價實質內涵的商榷。Welzel認為，行為非價的實質判準是法秩序的倫理性與社會相當性，但行為非價的「非難對象」包括主、客觀兩個不同層面⁶⁵，不過，Welzel對行為非價「客觀」層面的處理並不精緻，其僅提出「社會相當性」（soziale Adäquanz）的概念，作為排除行為非價的實質理由⁶⁶，實際上具體界限的拿捏，在Welzel理論下仍然相當模糊⁶⁷。Welzel對行為非價客觀層面的論述不足⁶⁸，也導致了未來刑法學者就行為非

因此，法規範必然具有決定規範的作用！]

64 「行為規範」概念實脫胎於邊沁（Jeremy Bentham）之見解，Karl Binding將行為規範的概念引入刑法學中，並區別出「制裁規範」（Sanktionsnorm）的概念，就此參考Joachim Renzikowski, Normentheorie und Strafrechtsdogmatik, in: Robert Alexy (Hrsg.), Juristische Grundlagenforschung, ARSP Beiheft 104, 2005, S. 115 ff.; Friedrich-Christian Schroeder, Das Strafgesetz zwischen Tatvergeltung und Verhaltensverbot, in: Harro Otto-FS, 2007, S. 165 ff.

65 Welzel, aaO. (Fn. 43), S. 8.

66 Welzel, aaO. (Fn. 57), S. 50 ff.

67 Welzel所舉的例子是酒保提供酒類飲料的行為，原則上符合社會相當性，縱然酒客事後因飲酒駕而發生事故，亦與酒保無關；但若明確可知該酒客喝酒後將會在無法控制車輛的情況下開車，Welzel又認為這時酒保的行為不屬社會相當性的範圍。然其標準應該如何拿捏，Welzel的論述並不清楚，參考Welzel, aaO. (Fn. 57), S. 51.

68 對Welzel社會相當性概念的批判，參見Hans Joachim Hirsch, Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, in: ders., Strafrechtliche Probleme, 1999, S. 213 ff. 此外，Roxin亦指出，二次戰前的Welzel極重視「客觀取向」的社會相當性之概念功能，但在戰後則降低其理論中的客觀社會面象，轉而偏向主觀目的性的方法，Vgl. Claus Roxin, Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von

價概念實質內涵的重大分歧。

最後一個Welzel未完滿處理的問題，則是結果非價與行為非價之關係，Welzel明白地切割了兩者的判準，結果非價取決於實現法益侵害，行為非價的核心意義則是違反社會倫理秩序。不可否認，Welzel如同其他二次戰後的刑法學者，試圖將刑法理論與道德問題合併觀察，以尋求刑法理論的道德論據，但是這樣的觀點卻完全否定了客觀因果不法論所堅持的要求：「刑事制裁以法益侵害結果為前提」，「行為」有了完全獨立於法益侵害的道德／倫理意義；其次，Welzel的論述中，也極不重視行為與結果間的因果關係，Welzel甚至認為，故意犯客觀構成要件中的因果關係，只限於行為人主觀上認識的因果關係⁶⁹。正因為Welzel切割處理行為與結果的實質內涵，但對於兩者如何串連整合又說明不清，後代的刑法學者因而產生結果非價與行為非價關聯性的論辯，部分的學者否定了結果非價的考量必要性，而部分的學者則完全以主觀的方式掌握行為與結果的關聯性。

從以上三個不同層面的討論中（評價規範／決定規範取向、行為非價的主客觀要素、行為非價與結果非價的關係）可以發現，Welzel實際上並未解決「行為非價」與「結果非價」理論內涵的實質問題，即便如此，我們也無從否認Welzel對德國近代刑法學的貢獻，Welzel創新的觀點提供了刑法後代研究者一個新的理論基點，也引發了他們的思考原動力。接下來筆者將討論「後」Welzel時代的德國刑法學，如何在Welzel的概念定性前提上，反思「行為非

Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit, ZStW 116 (2004), S. 934 f.

⁶⁹ Welzel, aaO. (Fn. 57), S. 40. 不過Welzel隨即在教科書的下一頁（S. 41）提到，客觀預見可能性的概念也對故意犯相當因果關係的認定有其意義，其論理似乎有前後不連貫之嫌。

價」與「結果非價」這組概念。

參、「結果非價」地位的弱化與其反省

一、規範理論與不法體系中的結果非價

首先要討論的問題是結果非價概念在不法體系中的地位，按照Welzel的構想，不法概念中除了獨立出行為非價外，還必須把結果非價的地位削弱，Welzel雖然仍接受結果非價作為不法體系的一部，但減低法益侵害在不法體系中的地位，這引發了後代學者另一波的反省。

第一波對「結果非價」刑法意義的反動，來自於Welzel的門生Armin Kaufmann與後者的再傳門生Diethart Zielinski，德國學說稱之為「波昂學派」（Bonner Schule）。這一派見解的論理前提仍是以Welzel的目的行為論，但在思考歷程上則取向於規範理論角度，而不是Welzel原始的存有論取徑，最後則導出「獨尊行為非價」的論點⁷⁰。

Armin Kaufmann認為，法律條文的目的是在於拘束社會成員，社會成員因而負有服從法律的義務，此種對社會成員行為向度的法律期待，即為所謂的規範（Norm），規範是一種當為判斷（Sollurteil）⁷¹，法律規範的存在，是用抽象方式制約「受規範者」（Normadressater）的行為，形成其行為矩度的當為要求⁷²，

⁷⁰ 除了波昂學派以外，早期亦獨尊行為非價觀點的亦有Friedrich Schaffstein，有關其見解參考Friedrich Schaffstein, Handlungsunwert, Erfolgusunwert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten, in: Hans Welzel-FS, 1974, S. 560 ff.

⁷¹ Armin Kaufmann, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik, 1954, S. 49.

⁷² Kaufmann, aaO., S. 48 f.

例如刑法禁止殺人，社會成員就受到「不得殺人」的規範所拘束，規範必然要求受規範者放棄或實施一定的行為，才能使得規範的內容獲得貫徹，此乃所謂規範的禁止或誡命機能⁷³。

轉譯法定構成要件為規範之後，Armin Kaufmann進一步導出三個後續的論點。第一，規範在內容上必然要有禁止素材（*Verbotsmaterie*），Armin Kaufmann在此維持了Welzel原有的見解，主張規範能處理的對象，僅限於目的行為⁷⁴，殺人罪的規範：「不得殺人」，禁止的實際內容並非殺人的法益侵害實現流程，而是一個具體行為人主觀上具有殺人意志而將之展現於外的目的行為。

第二個問題是，規範要如何決定那一些行為予以禁止或誡命？Armin Kaufmann的論證是透過三個步驟進行：首先，必須先行確認那一些是法秩序下應該保護的利益狀態，其乃價值秩序下「當為存有」（*Seinsollen*）的積極、正面之秩序，從刑法的角度來說就是值得保護的法益狀態⁷⁵；其次，任何與上述受到法益保全狀態相悖離的事件——亦即法益侵害事件，就是一種法秩序上應予負面評價的狀態改變，Armin Kaufmann將這種狀態的出現理解為「結果非價」⁷⁶；最後，任何能夠造成上述正面評價轉化為負面評價秩序的目的行為，在法秩序的視角下，當然也應賦予負面評價，Armin Kaufmann將此一目的行為的非難稱之為「行為非價」⁷⁷。

⁷³ Kaufmann, aaO. (Fn. 71), S. 67 f., 74 ff.; Diethart Zielinski, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, 1973, S. 121 ff.

⁷⁴ Kaufmann, aaO. (Fn. 71), S. 106 f.; ders., *Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht*, in: ders., *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, 1982, S. 152 ff.

⁷⁵ Kaufmann, aaO. (Fn. 71), S. 69 f.

⁷⁶ Kaufmann, aaO. (Fn. 71), S. 70 f.

⁷⁷ Kaufmann, aaO. (Fn. 71), S. 71 ff.; Zielinski, aaO. (Fn. 73), S. 125 f. 必須說明的

緊接著作出的第三個推論即放棄不法體系中的結果非價。Armin Kaufmann與其弟子Zielinski均認為，刑法規範的目的，不是外界法益狀態變動，而是試圖以刑事制裁制約受規範者，以令其實施合法行為，這是一種規範取向的行為制約。刑法規範能只作用於目的行為⁷⁸，目的行為又來自於人的意志，因此規範的重心應是行為「意志內涵」與「規範」間的關係，只要行為人透過意志驅動違反刑法規範的客觀行為，即可完整而獨立地證立行為非價；結果的出現或可歸責與否，只是目的行為實施之後，接連產生於客觀世界的後果，一來不屬於規範對目的行為的管制範圍⁷⁹，二來法益侵害結果的出現，往往只是個案中無法由目的行為完全決定的偶發事件（Zufall）⁸⁰，「結果非價」當然不屬於不法體系，行為非價可以單獨證立刑事不法⁸¹。這樣的見解表現在釋義學上，最重要的推論就是既遂犯與未遂犯的刑責問題，按照Armin Kaufmann的看法，既了未遂與既遂犯的不法內涵與其對應的刑責，理論上應該相同，因為兩者都構成了完整的行為非價，結果的出現充其量只是未遂犯的減刑事由而已，未了未遂則因尚未實現充分的行為非價內涵，刑責上則必須減刑處理⁸²，結果非價無論如何只能是刑罰需求（Strafbedürfnis）的考量⁸³，而與不法內涵的實質證立無關⁸⁴。

是，雖然Armin Kaufmann的討論多集中於刑法的規範理論，但作為Welzel門生的Armin Kaufmann並未完全放棄目的行為論的存有論結構，只不過Armin Kaufmann強調存有論結構下的規範理論側面而已。

⁷⁸ Kaufmann, aaO. (Fn. 74), S. 154.

⁷⁹ Zielinski, aaO. (Fn. 73), S. 142 ff., 204 f.

⁸⁰ Zielinski, aaO. (Fn. 73), S. 130.

⁸¹ Kaufmann, aaO. (Fn. 74), S. 169 f.; Zielinski, aaO. (Fn. 73), S. 136 ff.

⁸² Armin Kaufmann, Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf, in: ders., Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, 1982, S. 243 f.

⁸³ Zielinski, aaO. (Fn. 73), S. 205 ff.

「波昂學派」的見解完全否定法益侵害與結果非價在不法體系中的地位，不法概念成為「單一行為非價論」⁸⁵，這樣的看法雖然源自目的行為論，但是許多目的行為論之支持者卻大加撻伐排除結果非價的看法，因為主觀的目的性不可以沒有目標，其目標就是法益侵害，若認為法益侵害實現不屬於不法，則無異認為主觀目的性的實現化過程與不法無關，這樣的見解違反目的行為論的原始論點⁸⁶。

將不法概念完全封鎖在行為非價的見解雖然未為後繼德國學者接受，但他們的看法卻闡明了目的行為論倡導「行為具有獨立於結果的不法內涵」以來，構築不法概念時的難題：第一，當不法行為具有獨立於結果的內涵，而結果出現又非由行為人完全支配時，如何將結果非價融入不法體系，自然成為棘手的困擾⁸⁷；第二，Welzel區別行為非價（反社會秩序的倫理性）與結果非價（法益侵害），原意乃導向二元的評價標準，但是波昂學派並未繼承這樣的看法，而是重新回溯至以法益保護為中心的一元判準，「法益保

⁸⁴ 不過必須注意，縱然結果非價被認為是刑罰需求的問題，但Zielinski仍主張刑罰需求的認定必須倚賴迴避可能性的結果歸責判斷，Vgl. Zielinski, aaO. (Fn. 73), S. 211 ff.

⁸⁵ Vgl. Hans Joachim Hirsch, Handlungs-, Sachverhalts- und Erfolgsunwert, in: Dieter Meurer-GS, 2002, S. 7.

⁸⁶ Z.B. Hans Joachim Hirsch, Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Teil II), in: ders., Strafrechtliche Probleme, 1999, S. 367 ff. Ähnliche Meinungen siehe auch Hans-Joachim Rudolphi, Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre, in: Reinhart Maurach-FS, 1972, S. 55, 64.

⁸⁷ Manfred Maiwald, Die Bedeutung des Erfolgsunwertes im Unrecht, Die Bedeutung des Erfolgsunwertes im Unrecht – Der Einfluss der Verletztenposition auf eine dogmatische Kategorie, in: Heinz Schöch (Hrsg.), Wiedergutmachung und Strafrecht, 1987, S. 65 ff.

護」為行為非價與結果非價實質內涵的共同根源⁸⁸，但是在法益侵害的前階段則另立以「法益危險」為導向的行為非價，最後則再將結果非價的考量排除於不法內涵之外，這樣的想法實乃現代刑法學從「行為規範」（*Verhaltensnorm*）角度詮釋行為非價的先聲，原先其目的雖是法益保護，但是實際結果卻是建構出具獨立內涵的行為規範系統⁸⁹；最後，波昂學派反對單以評價規範判斷不法的看法，主張不法乃用以預防未來社會成員有可能的違反規範行為，不法的判定除了評價規範以外，還必須考量規範的政策功能⁹⁰，此一視角亦開啓未來將不法概念與一般預防機能結合的可能性⁹¹。

單一的行為非價論雖然未受學說的接受，但其以融合規範理論與目的行為論的見解，卻間接開啓了第二波對結果非價不法意義的反動⁹²，相關的學理不再完全強調結果非價必須放棄，毋寧重新以

⁸⁸ Kaufmann, aaO. (Fn. 71), S. 275: „Aus der Zweckbestimmung – Rechtsgüterschutz durch Stärken der rechtstreuen Haltung – ergibt sich, daß das Strafrecht *fragmentarisch* sein darf, ja sein muß.“

⁸⁹ Kaufmann, aaO. (Fn. 71), S. 75.

⁹⁰ Kaufmann, aaO. (Fn. 71), S. 75.

⁹¹ Klaus Lüderssen, Erfolgszurechnung und „Kriminalisierung“. Die Jurisprudenz vor der Toren der Soziologie – Forschungsfragen an Adresse der Kriminologen, in: Paul Bockelmann-FS, 1979, S. 190 ff.; Günther Jakobs, Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung, in: Ulfrid Neumann u.a. (Hrsg.), Verantwortung in Recht und Moral, 2000, S. 57 ff.

⁹² 本文所謂第二波對結果非價的反動，非指任何接受「行為規範」觀點的學者，例如Günther Jakobs與Wolfgang Schild雖然完全從行為規範的角度證立刑事責任，但仍堅持不法階層中必須審查結果非價，在此毋寧指Wolfgang Frisch與Klaus Lüderssen仿效波昂學派將結果非價所反應的法益保護機能弱化，將之取向於刑罰需求與刑事政策必要性的角度。有關Jakobs與Schild之見解，參見Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil (AT), 2. Aufl., 1991, § 6 Rn. 75 ff.; ders. aaO., S. 63 ff.; Wolfgang Schild, Zurechnung zum Verhaltensunrecht, in: Günther Jakobs-FS, 2007, S. 601 ff.

「『行為規範』／『制裁規範』或『結果發生之社會心理功能』」的新包裝行銷⁹³，詮釋行為與結果非價的關係⁹⁴。

「行為規範」綜合了早期「評價規範」與「決定規範」的論理內涵，強調規範不僅用以評價行為是與規範期待相符，還必須能「禁止或誡命」受規範者，使其恪遵行為規範，行為規範兼具評價與決定規範的雙重功能⁹⁵；至於行為規範的具體內涵，必須與法益的完整保護相結合，受到禁止的行為態樣必須有法益侵害的高度可能性，也必須是社會秩序所不容許者⁹⁶，基本上這是一種從行為時（*ex ante*）的情況所決定的不容許之法益危險製造⁹⁷；然而，當行為人違反了行為規範的要求，製造了法益不容許的風險時，並不必然完全證立實施刑事制裁的必要性⁹⁸，在此還必須考慮「制裁規範」的問題。所謂的「制裁規範」則是從刑事政策與社會反應的需求上，考量刑罰的社會反應以及刑事制裁必要性後，用以限制行為規範違反者的處罰條件，這些處罰條件將與行為規範的違反，共同構成不法的可罰性前提⁹⁹，任何構成要件除了行為規範的違反之

⁹³ 有關德國學說上兩波對結果非價概念反省的概述，參見Schroeder, aaO. (Fn. 64), 172 ff.

⁹⁴ Wolfgang Frisch, *Vorsatz und Risiko*, 1983, S. 57 ff.; Lüderssen, aaO. (Fn. 91), S. 193 ff. 國內文獻的討論，參見許玉秀，*刑罰規範的違憲審查標準*，載：民主·人權·正義——蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集，頁392-399，2005年9月；蔡聖偉，*評2005年關於不能未遂的修法——兼論刑法上行爲規範與制裁規範的區分*，政大法學評論，91期，頁355-369，2006年6月。

⁹⁵ Münzberg, aaO. (Fn. 18), S. 62 ff.; Wilhelm Gallas, *Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs*, in: Paul Bockelmann-FS, 1979, S. 158 f.; Frisch, aaO., S. 59.

⁹⁶ Münzberg, aaO. (Fn. 18), S. 142 ff.

⁹⁷ Frisch, aaO. (Fn. 94), S. 72 ff.; ders., *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges*, 1988, S. 70 ff.

⁹⁸ Frisch, aaO. (Fn. 94), S. 60 ff.

⁹⁹ Münzberg, aaO. (Fn. 18), S. 68 ff.; Frisch, aaO. (Fn. 94), S. 60 ff.

外，還必須考量其他的刑事政策理由以附加其他的可罰性條件，後者的考量即為制裁規範的層面¹⁰⁰。

承上，行為規範違反與刑事政策目的的制裁規範，屬於兩個不同層次的問題¹⁰¹，行為規範是法秩序以行為時（*ex ante*）為基準，判定行為人的行為是否偏離法的行為期待，制裁規範則是從事後（*ex post*）的觀點，判定除了行為規範違反以外，是否有其他政策或社會反應的理由足以許可行為人受到制裁¹⁰²。由於行為規範的管制對象僅及於禁止與誡命的行為，結果出現與結果歸責的問題僅是行為規範違反行為之刑事制裁限制，其關涉制裁規範而非行為規範¹⁰³。支持者如Frisch即清楚地指出，刑法考量結果出現與結果歸責的主要理由，與行為規範無關，而是涉及制裁規範的問題，實際上應審查下列兩點：第一，當行為規範之違反所製造的不容許風險進而發展為法益實害時，法和平秩序是否會受到更大的撼動¹⁰⁴；第二，當可歸責的法益侵害結果出現時，受規範者對行為規範的尊重將會減低，為了重建規範效力的確信與相應的法和平秩序，必須透過較高的刑事制裁處罰肇致結果的可歸責行為人¹⁰⁵。換言之，

¹⁰⁰ 以「竊盜未遂」為例，在行為人違反刑法「不得竊取他人動產」的行為規範，而從刑事政策的考量上，該行為規範的違反即屬可罰，不以法益侵害結果的發生為必要；但在民事法上則不構成不法。換言之，當行為人違反行為規範以後，是否要進行制裁，必須要考量個別法領域、個別的利益關聯，從「制裁規範」的角度予以決定。Vgl. Münzberg, aaO. (Fn. 18), S. 69 ff.

¹⁰¹ Münzberg, aaO. (Fn. 18), S. 72.

¹⁰² Münzberg, aaO. (Fn. 18), S. 71.

¹⁰³ Frisch, aaO. (Fn. 97), S. 510 f., 516.

¹⁰⁴ Frisch, aaO. (Fn. 97), S. 516 f.

¹⁰⁵ Frisch, aaO. (Fn. 97), S. 517 f. 又例如Lüderssen之見解，其認為犯罪是一個行為人、被害人、社會其他成員均參與的社會活動過程，結果非價是屬於社會心理層次，必須從一般預防的角度加以考量Vgl. Lüderssen, aaO. (Fn. 91), S. 190, 199.

制裁規範並不是法益侵害本身，而是從社會效果（法和平、社會心理面象）決定結果歸責的可罰性高低，再以之審視不同類型行為規範的違反應該對應程度多高的不法評價。

從波昂學派到「行為規範／制裁規範」的一系列見解，都朝向了強化行為非價並減低結果非價重要性的傾向，結果非價不再是成立刑事不法的優位考量要素，而僅是從刑罰與刑事政策層面予以附加的制裁前提而已，刑事不法所擔保的也不再是法益侵害的等價制裁，而是一般社會成員對行為規範之公共信賴機制。

二、本文見解(一)：「結果非價」刑法意義的理論反省

上面的分析簡單地說明了結果非價逐漸喪失重要地位的理論發展過程，整體而言，現代刑法理論對結果非價的質疑，不外從二個命題出發：(一)行為規範可以獨立於法益侵害實現的結果歸責而存在；(二)結果的出現與否往往是個案中的偶發事件，因此不應以結果非價作為不法理論的重心。以下的討論將先從這兩個批判的回應開始。

(一)行為規範的法益關聯性

先從行為規範論與結果非價的關聯性開始討論，筆者的論述重點將著眼於兩個具體的提問：1.行為規範如何決定禁止或誡命的具體內容？2.斷然切割行為規範與結果歸責間之關聯性是否符合刑法謙抑性的要求？

行為規範論的支持者一向主張：貫徹法益保護的有效方式乃事前禁止行為人實施可能危害法益的行為，而不是事後從法益侵害是否實現著眼，不法的核心論理應為行為人的舉止是否違反行為規範的期待而非結果歸責。這樣的理解方式固然立基於正確的出發點：「只有人的行為才能夠引發刑法有意義的法益侵害流程，也才是規

範禁止的對象」，然而，若不考量特定因果歷程的發展狀態，僅單從行為時點考量是否應予禁止，實際上完全無法確認什麼是刑法所應禁止的行為模式。一個行為之所以應予禁止的原始理由，正是該行為於「後續因果流程」的利益侵害作用，只有當特定行為有可能造成法益侵害時，刑法對該行為的禁止才具備正當性¹⁰⁶。當行為規範禁止行為人實施某項行為，只闡明了規範能夠管制行為人行動的形式效力，何種行為受到特定構成要件的規範所禁止，但無法純由規範的形式效力中得知，唯一的方法是經由解釋、演繹出行為有可能產生的後續作用，視其後續作用的強弱（生命或財產法益受侵害之可能性），再決定是否將該行為納入禁止之列¹⁰⁷。行為規範的實質內涵不可能無視構成要件結果而獨立認定，相反地，我們應該認為：行為規範是為了防止法益受到侵害，進而類型化的禁止或誡命之行為態樣，其是後續因果發展的前階類型，若不考量行為所蘊含的「可能後續因果發展」，則行為規範的內涵自然無從確認。

事實上，早在二十世紀三〇年代，Karl Engisch就已經明白指出：要判定行為是否符合構成要件所要禁止的危險，必須審視該行為在實施時點，是否在未來有產生構成要件該當結果的可能性，只有肯定此一提問時，行為才屬於構成要件的禁止對象。Engisch並將上述的審查稱之為「廣義相當性」（Adäquanz im weiteren Sinne）¹⁰⁸。即便相當性的概念在今日刑法學上已經逐漸失去支配性的地位，但Engisch的見解仍然正確地指明了行為規範內涵必然

¹⁰⁶ 參考Karl Heinz Gössel, Das Rechtsgut als ungeschriebenes strafbarkeitseinschränkendes Tatbestandsmerkmal. Zugleich ein Versuch über das Verhältnis von Rechtsgut, Tatbestand und Norm, in: Dietrich Oehler-FS, 1985, S. 99 ff.

¹⁰⁷ Gössel, aaO., S. 100 ff.

¹⁰⁸ Karl Engisch, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, S. 46 ff. 有關「廣義相當性」之定義，特別參考S. 61.

建立在未來結果出現可能性的預期之上。

我們更可以透過兩種不同類型的構成要件予以檢證上述看法，第一種是因果構成要件（*Verursachungstatbestand*），一般稱之為非定式犯罪，此一類型犯罪的特色在於，其「典型」之構成要件行為內涵無法純由法條文義描述得知¹⁰⁹，例如「殺人行為」的範圍極廣，血腥如持刀刺入被害人腹部，溫和若在被害人手臂上注入氰酸鉀，都屬於殺人行為的範圍，即便殺人罪「行為規範」要禁止「殺人行為」，但如果不考量某一個特定舉動「是否在『後續因果歷程』可能造成死亡結果」，根本無從定性該舉動是否屬於受到禁止的殺人行為，「刀子刺入腹部」與「注射氰酸鉀」之所以能納入殺人行為的範疇，是因為以「合經驗」的角度推想其「後續因果歷程發展」，有極大可能性將造成死亡後果。基此，惟有考量結果的實現可能性，才能確認因果構成要件的行為規範內涵。

另一種犯罪行為則是「定式犯罪」，定式犯罪的構成要件完整描述了行為不法的實質內涵，某程度上看來，似乎不必再以上述「非定式犯罪」的作法判定行為非價內涵。例如竊盜罪的法條已經明白地要求，行為人必須破壞他人對財物之持有而建立新的持有，本於法條明定，竊盜罪的行為規範禁止內涵相當清楚，似乎不必委諸後續因果流程的結果關聯性。然而依筆者之見，定式犯罪的行為規範內容仍是一種後續法益侵害實現可能性的類型化方法，其與非定式犯罪間的差別，無非在於定式犯罪未明文描述，有待解釋上結果關聯性的具體應用，而定式犯罪則成文化這種具體應用的結果，

¹⁰⁹ 相對於「典型」行為內涵的「非典型」行為內涵，必須取道於刑法的正犯／共犯理論，例如間接正犯與共同正犯的概念，均屬構成要件行為文義界限的擴張。就此可參考許玉秀，實質的正犯概念，載：刑法的問題與對策，頁32-44，2000年修訂再版。

即便如此，對於行為內涵描述文字的「解釋」仍必須從結果非價關聯性予以判定，例如竊盜罪的行為規範是禁止破壞動產之原持有而建立新持有，但實際上刑法第三二〇條第一項對犯行的描述只有「竊取」兩字，如果不透過結果非價法益關聯的具體解釋，亦即引用通說所謂：「竊盜罪是透過持有利益（Gewahrsam）的侵害而造成所有利益（Eigentum）的損害行為」¹¹⁰，我們實際上無法指明：所謂的竊盜行為必須先行剝奪他人的持有進而建立行為人或第三人的新持有關係，應用了「持有——所有利益破壞」的結果經驗關聯性，刑法才能夠具體、類型化什麼是竊盜行為。同樣的情形也發生在詐欺罪，詐欺罪的保護法益為整體財產利益（Vermögen in seiner Gesamtheit），其行為類型即行使詐術而傳述反於真實之內容（Täuschung über Tasachen mittels einer wahrheitswidrigen Behauptung），用白話來說就是說謊行為，但並非任何內容的謊言均可成立詐欺罪，足以成立詐欺罪的謊言必須足以引發被害人後續的財產處分行為，進而造成財產損害，如果說謊的陳述內容無關於財產損害，當然無法成立詐欺罪，這種財產侵害的關聯性介分了可成罪的詐欺行為與無法成罪的一般說謊¹¹¹。總而言之，法益實現的關

¹¹⁰ 甘添貴，體系刑法各論第2卷，頁11，2008年6月修訂再版；Vgl. Gunter Arzt/Ulrich Weber, Strafrecht Besonderer Teil (BT), 2000, § 13 Rn. 35; Wolfgang Mitsch, Strafrecht Besonderer Teil 2, Teilband 1, 2. Aufl., 2003, § 1 Rn. 6; Karl Lackner/Kristian Kühl, StGB, 26. Aufl., 2007, § 242 Rn. 1.

¹¹¹ 我國學者甘添貴教授早已明文指出：「詐術，乃係取得他人所持財物或財產上不法利益之手段，故其施詐之目的，須為使自己或第三人取得他人所持財物或財產上利益。倘雖使用詐術，而使人陷於錯誤，但其目的並非使自己或第三人取得財產者，則該施詐行為，仍不具備本罪之構成要件該當性」。參見甘添貴，同前註，頁282。相同見解Vgl. Mitsch, aaO., § 7 Rn. 38 „Damit der vermögensdeliktische Charakter des Betrugs bereits in der Täuschung zur Geltung kommt, muß dieser ein spezifisches Vermögensschädigungsrisiko innewohnen, das

聯性始終扣緊著行為規範的禁止範圍，一個無視於結果的行為規範概念上不可能存在。

接下來，將從刑事政策角度來討論將行為規範獨立於結果非價的後遺症，就此可分為四點說明：

第一，從結果或行為視角觀察刑法的不法體系，決定了客觀因果不法論與近代行為規範論的分歧，此種差異會進而形成迥異的法益保護模式。前者認為刑法的法益保護是一種消極的限制犯罪成立機能，法益保護機制的破壞——亦即法益侵害結果的發生，僅作為刑事司法介入某一特定社會事件的前提，刑罰的效力也只能對過去造成現實法益侵害的行為進行回應性的處罰；相反地，近代行為規範論則不再堅持刑法僅能回應過去法益侵害結果的消極作用，其援用了目的行為論發展出來的獨立出行為階層看法，主張只有人類的行為才能夠實現法益侵害，因此法律保護機制的基礎架構，必須以禁止具法益侵害可能性的行為為中心，以預防任何足以致生法益危險性並欠缺社會容許性的舉止，才能有效地保護法益¹¹²。

第二，上述兩套觀點應該如何取捨，從刑事政策的觀點來看，必須審視制裁犯罪的基本原則。就此我們必須注意，刑事制裁乃是用以擔保人類共同生活秩序的不受侵擾，除非是對生活秩序引致最嚴重、最強烈的侵害，否則必須拒絕刑罰的使用，這是長期以來刑

sich dann im Vermögensschaden realisiert“（中譯：詐欺行為本身必須要具備特定的財產法益損害風險，該財產風險必須於接續的流程中實現，是故，詐欺罪的財產犯罪特色乃在於行為人施用詐術損害財產）；Lackner/Kühl, aaO. § 263 Rn. 6.

¹¹² 最為激進的見解如Dietrich Kratzsch，其完全認為刑法的功能在於預防未來的法益侵害，不法內涵的實質建構，亦必須從行為規範違反的未來調控（Steuerung）著眼，參考Dietrich Kratzsch, Prävention und Unrecht – eine Republik, GA 1989, S. 57 ff.

事法學所堅持「最後手段性」原則（*ultima ratio*）的具體展現¹¹³。刑罰的施行既然以犯罪成立為前提，在犯罪體系中用以評價侵害事件刑法適法性意義的不法階層，在決定其判斷標準時，也必須以利益侵害為中心，例如被害人死亡、所有人的動產完全移轉於他人的支配範圍等等，將適法性判準以利益侵害實現的角度詮釋，才能有效地體現刑法所管制之社會事件是最強烈的生活秩序破壞，也才能貫徹刑法作為利益保護法的特質。如果不從現實利益侵害的角度審查行為適法性，而強調個別社會成員的行為舉止是否違反行為規範，甚或是行為人主觀上有侵害他人的惡性，作為利益保護法的刑法將會隨之成為行為管制法，不法判定的主軸將從利益侵害的實現轉為有無符合行為規範，可罰性的初始界限也將從法益侵害的現實發生，轉而擴張到行為人主觀的惡性或是客觀規範的不服從，試圖從後面兩者證立不法，與刑法作為利益保護法的基本原則顯然相悖。

一個發生於過去、明確而可以具體察知的法益侵害，必然是刑事責任發動前提——犯罪之具體要求¹¹⁴，也因為法益侵害結果的產生，法律才有必要將某一事件評價為不法。將不法的初始思考點鎖定在客觀、明確、具體的法益侵害結果之出現，才能以現實上出現的利益侵害社會事件（被害人死亡、受傷、財物被他人取得持有）為原點，進而探尋事件的源頭是否有必須承擔起侵害刑事責任

¹¹³ 有關最後手段性的概念、適用範圍，Vgl. Cornelius Prittitz, *Das deutsche Strafrecht: Fragmentarisch? Subsidiär? Ultima Ratio? Gedanken zu Grund und Grenze gängiger Strafrechtsbeschränkungspostulate*, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt am main (Hrsg.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, 1995, S. 393.

¹¹⁴ Günter Spendel, *Zur Notwendigkeit des Objektivismus im Strafrecht*, ZStW 65 (1953), S. 529 ff.

的行為人，再審查其他的犯罪成立要素有否成立¹¹⁵，這樣的想法，才能排除對「個人主觀心態悖反法秩序」或是「客觀不服從規範紀律」的刑事制裁¹¹⁶。換言之，僅當足以被評價為法益侵害的結果出現時，才足以認定行為人破壞了客觀的共同生活秩序¹¹⁷，刑法才有評價犯罪的原初基點，倘若該事件與行為人的行為具有可歸責的關係時，才有必要進一步審查有無構成要件、違法、罪責等等要素。

第三，透過上面的討論，筆者認為客觀的法益侵害結果，表彰了行為人侵害刑法擔保的客觀共同秩序¹¹⁸，這是一個探討有無犯罪構成的根本基礎，只有接受了結果非價為主軸的不法理論，才能夠充分地實踐前述刑法以極為限縮的方式施行刑事制裁，從而處罰侵害法益者的初衷。行為規範論的思考方式，過度強調了行為舉動與規範期待的契合與否，卻忽視法益侵害才是客觀秩序受到破壞的論理基礎，將可罰性的觀察基點，從後階段的法益侵害挪移到前階段的違反行為規範，這種作法將會造成刑法過度介入管制個人行為的缺失。因此，本文仍採取以結果非價為初始基調的不法體系。

第四，就如前面第一部分的討論，行為規範的禁止界限必然取決於結果出現可能性的觀點，其內容特定無從獨立於結果非價的法益關係性，但當行為規範取道結果關聯性，取得實質概念內涵後，

¹¹⁵ Arthur Wegner, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1951, S. 112.

¹¹⁶ Thomas Würtenberger著，蔡墩銘譯，德國刑法學的現狀，頁44以下，1968年。

¹¹⁷ Mezger, aaO. (Fn. 26), S. 20 ff.

¹¹⁸ 筆者基本上贊同客觀因果不法論從「共同生活秩序侵害」的基點，探索不法概念的理論根據。對於德國刑法學偏離此一法治國觀點的回顧與批判，Vgl. Günter Spendel, *Der Begriff des Unrechts im Verbrechenssystem*, in: Ulrich Weber-FS, 2004, S. 3 ff.

竟轉而主張：「法益侵害出現與結果歸責並非不法體系的主要管制手段，而是基於刑罰需求或刑事政策考量另行附加的可罰性限制」，這樣的轉折使得刑法從法益保護法轉為處罰行為人舉止違反行為規範，描繪不法內涵「初始思考點」的變動，同時前置了發動可罰性的基礎時點。以殺人既遂罪為例，在強調結果非價的不法理論視角下，構成殺人既遂罪不法階層必要的前提是行為人造成被害人死亡的結果，結果的歸責在此是必要而絕對不可放棄的構成要件核心要素。反觀行為規範的立論，不論是殺人既遂或未遂罪，其不法的核心均是實施殺人行為而違反「禁止殺人」的行為規範，生命法益的實害結果是否出現，不會影響到行為規範已然受影響的事實，只會造成不同程度的刑罰需求而已，法益侵害實現不再是不法階層的核心，而只是刑事政策的法和平安撫或一般預防作用而已。倘若我們毫不遲疑地接納這種想法，某程度上可以大膽推測，一旦因為社會氛圍的變動，出現了高度的刑罰需求，或是當刑事政策上因為某些社會事件的出現，產生特別強烈的處罰與預防必要性時，我們可以直接本於上述的刑事政策或預防需求，合併殺人既遂與未遂罪的構成要件，亦即，只要違反禁止殺人的行為規範即構成單一的殺人罪：「實施殺人行為者，處……」，一旦如此，刑法論理不必再區別殺人既遂與殺人未遂，因為從嚴峻的刑事政策機能看來，殺人既遂與未遂違反了相同的行為規範，亦構成了同樣的不法內涵，維持法和平所必要的刑事制裁需求完全相同。這是一個極度將可罰性前置，並擴張刑法管制領域的推論，雖然在現今的行為規範論支持者中，還沒有這麼激進的見解出現¹¹⁹，但是前述行為規範

¹¹⁹ 目前德國學說上主流的見解仍認為：構成要件形塑具體的行為規範，描繪了行為非價，此為構成要件的重心所在，但法益侵害之結果非價，仍必須能歸責至行為不法，才能完整地說明刑事不法內涵。Vgl. Schild, aaO. (Fn. 92), S.

論者的思考進路，確實為相類的刑罰前置化與擴張開了一道大門，過快地採用這樣的想法，無異嚴重斷傷了以最後手段性為宗旨的刑法原理¹²⁰。

總結來說，如果行為規範在內容上無從獨立於結果非價，在刑事政策上不應率然與侵害結果之實現切割，進而將結果非價理解為制裁規範之問題，此種見解顯然造成刑法可罰界限的過度逾越。

(二)結果歸責與偶發事件的界限

接下來討論另一個行為規範論者的批判。行為規範的主要管制對象是人類的意志行動，但因行為人無法以意志行動「完全支配」外在世界結果之發生與否，法益侵害結果的出現在許多情況下是偶發事件（Zufall）。基此，論者以為結果非價當然無足以建構刑事不法的主要內涵，至多僅能作為刑罰需求的條件¹²¹。

不可否認，上述見解有相當程度的道理，我們可以用下面的例子來說明¹²²，喝咖啡的甲與乙均未謹慎持用咖啡杯，分別失手導致瓷器咖啡杯掉到地上，甲的咖啡杯未有損害，而乙的咖啡杯則摔破。在上面兩個例子中，甲與乙完全相同的疏失行為，一個致生法益損害，另一個則未有損害產生，從利益侵害有無出現的觀點評價，兩者顯然應該得到不同的法律效果；但從行為規範違反的角度

610 ff.

¹²⁰ 匿名審查者指出，行為規範論者不必然會採用「改寫」殺人罪構成要件為「實施殺人行為」的立場，其僅是對結果要素有不同以往的詮釋而已。基本上匿名審查者的看法正是現代行為規範論的見解，筆者只是指出：如果過快地「淡化」結果要素的不法意義，「未來」將有「可能」導向「改寫」構成要件的傾向，為了防止刑法釋義學步上這種高度擴張刑法適用效力的後果，我們應該走向「強化」結果要素之不法關聯性的復古路線。

¹²¹ 此一論述尤其為波昂學派的學者所支持，參考Zielinski, aaO. (Fn. 73), S. 216 f.

¹²² 刑法不罰過失毀損罪，本例僅用以說明結果非價並非等同於「偶然事件」。

來看，甲和乙均違反了同樣的行為規範，行為規範的違反是否導致結果出現（咖啡杯是否破掉），在本例中幾乎完全取決於甲與乙的運氣好壞，若將侵害結果的歸責納入不法體系的一環，則可能將不法最終的效力範圍取決於偶發事件，因此，行為規範論才會從刑事政策需求或是制裁規範的角度處理結果非價的問題。

上述案例雖然有一定的說服力，但是筆者認為這種將結果出現等同於偶發事件的論理有重大問題，我們可以從三個不同層面討論。第一，雖然人只能夠控制自己的行為舉止，無法完全控制某一項外在事件的發生與否，但是這不表示行為所造成的外在變動與行為無關，毋寧必須認為：「犯罪」是行為人實施了可自我控制的行止並造成外界損害的社會事件，社會事件不僅包含行為人的行為，還包括行為對外界造成的效果（Auswirkung）¹²³，「人的行為」與「行為的外在、後續效果」共同組成了犯罪審查的具體對象，若將行為對外在客觀世界的效果排除於犯罪審查程序，刑事不法的構成內涵將只有社會成員行動悖離法律期待的規範非難而已，如前一段所述，這樣的見解將造成刑法可罰性的過度前置，刑法也將成為行為人行動的管制法而不是利益保護法。

第二，雖然論者主張：「完成行為後，外界變動即非行為人可『完全』支配」，這樣的立論雖然沒有錯，但不表示因果流程的後續發展「完全」取決於外在的偶發要素，甚至與行為人所製造的法益危險性無關。倘若接受結果等於偶發事件的看法，不只是刑法、還包括民事責任上的損害賠償，都必須與結果歸責的問題脫鉤，財產損害的產生完全取決於非行為人可支配的其他要素，民事法中對現實損害必須有過失與因果關係的責任主義，當然也會無法維持其論理依據；刑事法中既遂犯與未遂犯透過不法內涵反應出來的刑事

¹²³ Maiwald, aaO. (Fn. 87), S. 69 f.

責任也無從區別¹²⁴。因此，筆者認為正確的理解方法應該是：雖然行為人完成其行為實施後，法益侵害結果是否接續發生，必須依憑案例事實中具體外在要素的配合，但是只要與法益侵害的因果流程進行，是行為時符合一般經驗且可得預見的範圍內發展¹²⁵，原則上我們就可以承認系爭結果的出現是合理的行為後續效果¹²⁶，可以將之納入值得進行犯罪審查的社會事件概念之中，並為相應的刑法評價¹²⁷。簡言之，行為實施完後所有的外在客觀世界要素

¹²⁴ Krauß, aaO. (Fn. 17), S. 61 ff.; Günter Stratenwerth, Zur Relevanz des Erfolgswerts im Strafrecht, in: Friedrich Schaffstein-FS, 1975, S. 186 ff. Stratenwerth 認為結果非價在行為非價以外，將會升高不法程度，並科與行為人較高的刑責。

¹²⁵ „Die »Handlung überhaupt« umfaßt also alle erfahrungsmäßig adäquaten und in diesem Sinne objektiv bezweckbaren Folgen.“ Vgl. Karl Engisch, Der finale Handlungsbebriff, in: Eduard Kohlrausch-FS, 1944, S. 162; Ähnliches Vgl. Otto Triffterer, Die „objektive Voraussehbarkeit“ (des Erfolges und des Kausalverlaufs) – unverzichtbares Element im Begriff der Fahrlässigkeit oder allgemeines Verbrechenselement aller Erfolgsdelikte?, in: FS-Paul Bockelmann, 1979, S. 205 ff.

¹²⁶ 相對Engisch對前述行為規範可能結果預期之危險行為「廣義相當性」，Engisch進一步將行為危險性之合預期實現流程，稱之為「狹義相當性」(Adäquanz im engeren Sinne)。Dazu vgl. Engisch, aaO. (Fn. 108), S. 61 ff., 69.

¹²⁷ 值得一提的是，如果我們肯認只有「行為」(Handlung)能夠構成刑法上有意義的犯罪前提，那麼行為概念的射程就是一個比較仔細處理的問題，在此主要涉及行為理論中對於行為內涵的定性，古典的因果行為論中基本上就有兩種不同的設定模式，第一種模式是僅包含行為人意志與身體舉止，此說以Ernst Beling、Reinhard Frank與Gustav Radbruch為代表；第二種模式則是理解行為概念為三個不同階段的組合，包括行為人意志、行為人的身體舉止以及經由行為人身體舉止所造成的外界變動，此說以Franz v. Liszt與Edmund Mezger為代表。其後主張社會行為論的Eberhard Schmidt與Karl Engisch，基本上亦接受第二種建構行為概念的模式。Welzel之目的行為論對行為概念的定義，亦是延用第二種模式，因為目的行為的完成包括兩個階段：「主觀內在

中，原則上可以分為行為時可合理預期的後續發展要素與不可合理預期的偶然介入要素等兩種組合，如果行為的效果接續地經由可預期要素的組合，一步步地發展至法益侵害結果，那麼我們就可以肯認該結果是行為外在效果的一部分，屬於行為人的「作品」的一部¹²⁸，而可以共同地成為刑事不法的評價對象¹²⁹，這種以客觀預見可能性串連行為非價與結果非價的見解，實際上也受到部分行為規範論者的支持¹³⁰。

第三，無論從科學、哲學或法學的角度來看，一個能夠「完全控制結果」的世界並不存在，因為這種世界只有無條件地遵守「決定論」（Determinismus）的線性因果法則才有可能，但因為現實世界中的因果發展，往往受到人的意志與各種事物的變遷所影響，我們根本不可能「無條件而全面地」操控法益侵害實現，試想：若行為人甲在酒會上對乙的飲料杯子下毒，乙要喝下有毒的飲料，還需要乙的配合，甚至還必須要沒有其他人先「幫」乙喝下飲料，甲要以其行為「完全控制」乙中毒死亡的因果流程，根本是不可能的

領域的目的決定」與「客觀外在領域基於目的性的結果引致」。對於行為的概念範圍，似乎不完只及於「意志支配的身體動作」，還必須涵括「該動作所導致的客觀世界外在變動」（此即所謂的「結果」），「行為」作為不法評價的對象，當然必須連同結果一併進行評價。就行為概念射程的不同學說整理，可參考Klaus Otter, Funktionen des Handlungsbegriffs im Verbrechen-saufbau?, 1973, S. 59 ff.

¹²⁸ Vgl. Christos Mylonopoulos, Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgswert im Strafrecht, 1981, S. 129; Roxin, aaO. (Fn. 68), S. 938.

¹²⁹ 類似的見解如極為忠實Welzel原著精神的Hirsch，其認為結果本來就是整體的行為構成要件（Handlungstatbestand）之一部，從行為人目的舉止到法益侵害結果的肇生，均是行為人主觀目的性的實現歷程，Vgl. Hirsch, aaO. (Fn. 86), S. 374 ff.

¹³⁰ 例如Bernd Schünemann, Über die objektive Zurechnung, GA 1999, S. 213 ff.

事¹³¹。行為規範論者只因為「無法完全控制」就推論：「因此應該放棄結果歸責的不法關聯性」，這樣的論證毋寧過度跳躍，即便個人無法「完全控制」結果，但是，只要我們能夠提出認定行為與結果關聯性的有效方式，就不應該在不法階層放棄結果歸責，筆者認為判斷的方法就是：「侵害流程在合乎事理與預期的狀態下發展，並且最終實現預想的法益侵害」。

綜上，只要是符合客觀預見可能性進而接連發展的行為後續作用，即可與行為人行為共同成為刑事不法的評價對象。在這樣的前提下重新審視上述案例，我們必須肯認：只要乙杯子破掉的事件，在一般標準下為失手使杯子墜地的後果，亦即其乃符合客觀預期的社會事件發展範圍，那麼杯子破掉對於乙的疏失而言，就是一個可以整體評價的事件發展歷程，而非所謂的偶發事件，結果的出現與可歸責性也明確證立了乙的結果非價。如果我們稍微變化案例，當乙是用鋼杯喝咖啡，正常情況下鋼杯墜地並不會造成毀壞的結果，然而因為該鋼杯在出廠時，丙工廠的生產流程有瑕疵，造成鋼杯耐摔程度的減低，最後的損害結果對於乙而言，即屬不可預見而由其他社會要素所控制的範圍，縱然乙違反行為規範而未正確持用鋼杯，但鋼杯的損害對乙而言已是不可預見的偶發事件，乙的行為當然未造成適足的結果非價。至於甲基於疏失將一般咖啡杯墜地，因

¹³¹ 我們應該區別兩個不同層面的問題：在一般因果法則的層次上，「吃下a毒藥會死亡」，這是一個決定論的一般因果公式，但不表示在現實的世界中，事物的先後變動必然會依照一般因果法則的律定發展。要滿足一般因果法則，必須要被害人吃下a藥，但被害人是否吃下a藥，還關係了被害人的意志、偶發的第三人介入（例如有人先搶喝被害人的飲料）等等。換言之，現實世界的事物秩序，縱然受到決定論的一般因果法則支配，但不代表事物的發展一定能合乎一般因果法則。刑法在此關心的應該是後者而非前者的問題，倘若如此，則刑法結果歸責的認定，不應該建立在一般因果法則絕對而無例外的假設上，而應該建立在事物發展的「常態性」與「合預期性」。

為幸運而未造成損害，由於法益侵害結果未曾依合預期的方式發生，在該案中自然也欠缺結果非價。

透過上述說明，認為結果出現屬於偶然事件的見解，實際上是誤解刑法不法評價的客體有以致之，不法的評價客體不應該只是行為人自身可得控制的身體行動，還包括在合客觀可預期的範圍內所引發的外在世界後果，依此一看法，結果非價當然屬於不法要素，而且對犯罪行為不法內涵高低具有絕對而優位的重要性。

(三)結果非價在不法構成要件中的定位

已如前述，若反對於不法層次考量結果非價，行為非價的內涵不僅無法特定，也無法確認犯罪審查的具體標的，結果非價依筆者之見必然是不法要素，而且是不法階層的核心要素。接下來的問題是：在個別的構成要件中，結果非價應該如何尋找其定位，以下筆者分為兩種不同類型的構成要件予以說明：

1. 既遂犯

先從既遂犯談起，行為規範論者認為：既遂犯的不法非難與未遂犯相同，均本於行為人違反了行為規範的期待，結果實現與歸責只是刑事政策上的考量，因為當結果發生時，法和平的撼動較大，相對於未遂犯在制裁規範的政策考量上必須加重處罰。

筆者反對上開見解，因為刑事不法的論理基礎並非僅是行為規範的違反，毋寧是法益侵害後果在可預期關聯作用下之人為實現。我們必須先行確認是否現實社會中出現了足以直接察覺的法益侵害事件，當出現特定的侵害事件，再進一步評價是否該法益侵害是否可歸責於特定的行為人，筆者認為這種本於法益侵害實現而向前回溯處理結果歸責，再行確認結果非價的不法階層論理，才能有效地限縮刑法的成罪範圍而符合最後手段性的要求。基此，法益侵害事件的出現與其後果的歸責是既遂犯不法階層的核心，結果非價絕非

刑事政策功能上的附屬考量。

2. 故意未遂犯

既遂犯的行為人實現了法益侵害，結果非價極為明確，以結果非價為中心的不法概念基本上可以正確地對既遂犯加以解釋。但是在故意未遂犯的例子中，不論是法益侵害未發生，抑或侵害結果無法歸責予行為人，行為人在完成行為、滿足行為非價的不法非難後，能否獨立出以「法益危險狀態」為具體內涵的結果非價即不無疑問¹³²。

雖然仍有部分的學說認為，相應於既遂犯法益侵害實現的結果非價，未遂犯也有結果非價的不法內涵¹³³，但一般在審查未遂犯的不法要件時，僅判斷未遂犯的「實行行為」（*Ausführungshandlung*）是否已經達到著手階段，而不會獨立「未遂結果」於行為階段的審查之外；近來蔚為風潮的行為規範論，更是完全否定未遂犯有獨立之結果非價存在的必要性，論者一再強調未遂犯與既遂犯均違反相同的行為規範，只不過未遂犯的預防必要性較低而受到較低之刑罰¹³⁴。

要求未遂犯也要有獨立的結果非價內涵與審查階層，某程度來說有其先天的障礙，不論基於結果未發生或其他偶發情事介入，未遂犯最後必然是欠缺結果歸責，即便行為人在行為時點（*ex ante*）製造了法益的不容許風險，滿足了行為非價，但從事後（*ex post*）觀點來看，受到保護的法益並不會因為行為人舉措而受有危險，以

¹³² Engisch, aaO. (Fn. 28), S. 174.

¹³³ 例如Claus Roxin, Über den Strafgrund des Versuchs, in: Haruo Nishihara-FS, 1998, S. 162.

¹³⁴ 蔡聖偉，同註94，頁367-368，德國學說見解可參考Erich Samson, Das Verhältnis von Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Strafrecht, in: Gerald Grünwald-FS, 1999, S. 601.

事後角度為判斷基點，必然得到法益無危險的結論¹³⁵，所以現今絕大部分的學說見解，都取道於未遂犯「行為時點」的危險性——亦即行為非價的法益危險來論證未遂犯可罰基礎¹³⁶。

由於筆者主張結果非價才是不法概念核心元素，基本上反對前述僅由行為非價建構未遂犯不法內涵的見解，但在反對之餘，筆者仍有義務說明如何能獨立出未遂犯的結果非價，就此可分為幾點說明。

第一，如果未遂犯也有結果非價，其結果非價在不法程度上一定低於既遂犯以法益實害所建構的結果非價，未遂犯的結果非價只能是法益的危險。至於未遂犯危險的認定，以及是否應該接受未遂

¹³⁵ 依據一般看法，危險的判斷基本上可分為行為時（*ex ante*）與事後（*ex post*）兩個不同的考量時點，兩者最大的差異在於判斷基礎資料（*Urteilbasis*）上的不同，行為時的考量僅以行為人實施犯行時，一般人可得認知的事實狀態（在特殊的個案中還要加入行為人的特別認知）為其判定事實基準，犯行實施完成後的狀態不予納入判斷基礎事實；事後的考量則將所有相關聯的事實均一併納入處理。以行為人向被害人開槍，但子彈偏差而未擊中為例，當行為人開槍時（行為時），其行為有危險的判斷只能以一般常態性的角度，考量持槍向他人射擊的動作有無危險性，但不可考量嗣後子彈偏差的情況，因此可得到該射擊行為具有「『行為時』之危險」的結論；然而從事後的角度來看，當我們納入「子彈發生偏差未擊中被害人」的事實後，就可以確認被害人的生命未因子彈的擊發受有威脅，因此，以事後的角度來處理未遂犯行的危險性，基本上會得到「無『事後』危險」的結論。就此可參考Hans Henckel, *Der Gefahrbegriff im Strafrecht*, Breslau 1930, S. 23 ff.; Justus Krüpelmann, *Über die zeitliche Struktur einiger Zurechnungsurteile*, in: Otto Triffterer-FS, 1996, S. 137 ff.

¹³⁶ 事實上就連主張客觀未遂理論（未遂犯的處罰理由是行為人所製造的客觀法益危險性）的學者，也同樣認為上開危險性應從行為時（*ex ante*）判斷，事後的危險顯然有判斷上的困難，Vgl. Robert von Hippel, *Deutsches Strafrecht*, 2. Bd., Berlin 1930, S. 397 ff.; Henckel, aaO., S. 37 ff.; Günter Spendel, *Zur Neubegründung der objektiven Versuchstheorie*, in: Ulrich Stock-FS, 1966, S. 105 f.

犯的結果非價等問題，均涉及未遂犯處罰理由的依據。一般學說上有客觀未遂、主觀未遂與印象理論諸種見解¹³⁷。通說的印象理論從社會心理層面（行為人法敵對意志之實現對大眾的法秩序信賴之撼動）證立未遂的可罰性，此說與前述行為規範／制裁規範論的看法相呼應，但與本文論述的主要脈絡不符¹³⁸；主觀未遂理論則強調行為人主觀上法敵對意志是制裁未遂之基礎，這種看法將使得既遂犯與未遂犯毫無區別之可能，當然也不再區隔「實害結果非價」、「危險（狀態）結果非價」與「行為非價」的必要性。唯一能夠在不法概念上承認未遂犯有獨立結果非價的見解只有客觀未遂理論，依此見解則未遂犯在法益受威脅的程度上有別於既遂犯，其只有達到法益的客觀危險而未達客觀實害之程度。

第二，囿於篇幅所限，筆者無法再對三種不同的未遂論理進行詳細的討論，但本文的立場是支持客觀未遂理論，簡要的理由如下：我國修法的立法理由書明列改採客觀未遂理論¹³⁹，而本說從

¹³⁷ 諸種未遂理論的討論，可參見林山田，同註1，頁460-462；黃榮堅，「未遂犯」之基本邏輯——評刑法未遂概念相關修正，台灣本土法學雜誌，68期，頁113-124，2005年3月；柯耀程，刑法總論釋義——修正法篇（上），頁232-237，2005年10月；張麗卿，同註1，頁292-296；Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil (AT), 5. Aufl., 1996, S. 512 ff.; Roxin, aaO. (Fn. 133), S. 157 ff.

¹³⁸ 筆者基本上反對印象理論，雖然印象理論自稱是主客觀取徑的折衷見解，但是其修正的主軸並非客觀未遂理論，而是先從行為人法敵對意志（主觀面）說明「法益危險」，再從社會心理面象論證主觀法益危險的處罰必要性，在整套理論中完全看不到客觀法益危險的討論。類似的批評，可參考Hans Joachim Hirsch, Untauglicher Versuch und Tatstrafrecht, in: Claus Roxin-FS, 2001, S. 714 f.

¹³⁹ 雖然我國2005年修正刑法時，僅在不能未遂改爲不罰的立法理由中指明是基於客觀未遂理論，但因為未遂理論必須一體性地適用到障礙未遂與不能未遂，所以可以逆推而認爲：即便是障礙未遂的可罰性亦應從客觀未遂理論觀

法益在現實層面上的客觀危險立論未遂之可罰性，在刑事政策上符合最後手段性的基本要求¹⁴⁰。不過筆者並不認為所謂的客觀危險僅能從行為非價立論，毋寧我們可以透過具體的解釋，抽繹出介於行為危險與結果實害之間的危險結果狀態，再以之說明未遂犯的結果非價。

第三，由於結果非價的判斷並非從行為時點切入，一般必須從「事後」的角度綜合一切已發生的事實進行判定，然而這將面臨到解釋上的難題，此即從事後觀點考量所有因果歷程相關事實後，難以在未遂犯的結構下獨立出以「法益危險」為具體內涵的結果非價，也因此絕大部分接受客觀未遂理論的學者，均不認為未遂犯有獨立結果非價存在的必要性，其支持者所稱的客觀危險毋寧是直接從行為非價進行判斷，視行為人之行為是否已經進入著手狀態¹⁴¹，亦即其行為是否實現了充分的行為非價。

第四，然依筆者之見，行為非價僅以「行為時」的事實基礎觀點決定法益危險性，但是行為的危險性並不必然能夠對保護法益造成威脅，此因刑法絕大部分的構成要件中，受到保護的法益是依附在「特定」客體上，殺人罪的法益危險自然必須從特定客體是否因為行為人的危險行動而受有侵害可能性進行判定，倘若在行為人施行之危險行為與特定法益陷入急迫的受侵害可能狀態間，在時間、空間上仍有相當距離時，法益危險的結果非價判定，就會脫離行為非價的判斷射程而具有獨立認定的解釋必要性，類似的案例尤其以

察。類似的看法參考陳子平，新修訂刑法總則之理論基礎——第三章「未遂犯」，載：刑與思——林山田教授紀念論文集，頁215-216，2008年11月；柯耀程，同註137，頁237-240。

¹⁴⁰ 由於未遂犯處罰基礎與著手時點的學說爭議實非本文討論重點，在此僅能初步交待筆者的個人想法，未來將再另撰專論研究此一問題。

¹⁴¹ 例如前文之v. Hippel, Henckel與Spendel之見解。

「隔離犯」(Distanzdelikt)¹⁴²值得注意，我們可以用下列案例說明之：

甲在公車底盤裝設定時炸彈以殺害不特定的乘客與路人，該炸彈將於三日後引爆，未料二日後炸彈被警方發現而未能引爆。

甲安裝了定時炸彈，但該定時炸彈能在第三日設定時點之前並不會引爆，因此我們可以認為，當甲完成炸彈的設定時，實現了行為非價所要求的類型化法益危險性，但因炸彈是設定第三日引爆，第一日搭上公車的乘客並不會因為甲的行為而受有生命危險，真正受到危險的法益範圍必須限定到第三日於爆炸預定時間搭上公車的乘客，當炸彈在第二天就被發現時，當然不存在足以特定客體的法益危險狀態，因此甲不會成立殺人罪之未遂犯，至多成立殺人預備罪。

我們可以再稍微修改一下案例：

乙在公車底盤裝設定時炸彈以殺害不特定的乘客與路人，該炸彈將於三日後引爆，三日後炸彈一如預期引爆，但因為該日發生司機罷工事件，公車未能營運，因此無人受傷。

本案例中乙雖然完成了定時炸彈設定，滿足行為非價的要求，而且炸彈也如預期地在第三日引爆，但是因為在引爆前車上已經沒有任何乘客與司機，從而也沒有任何人身法益在當時陷入法益危險狀態，因此乙也不會成立殺人未遂罪，只能成立殺人預備罪。

上述兩個案例中，行為人均完成了犯行，但該犯行只造成了概括、一般性的法益危險，但這種由行為所引致的概括性法益危險，

¹⁴² 相關的討論，Vgl. Jakobs, aaO. (Fn. 92), 25/71 ff.; Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II (AT/2), 2003, 29/192 ff.

一方面無法完全具體地限定真正的侵害對象，二來論理上行為與實害間的距離過度遙遠，若要以完成行為的時點作為未遂責任的起動點，會有可罰性過度前置的疑慮¹⁴³，相反地，如果能夠在完成行為（滿足行為非價）後，實害發生前，透過解釋的方法創設一個中間階段（Zwischenstadium），這個中間階段是一個具體、特定法益受到高度侵害可能性的客觀事件狀態（Zustand）¹⁴⁴，當這個事件狀態出現時，法益的完整保護將陷入極為不確定的情況，因果歷程的發展上除非有不可預期而且非屬相當的偏差事件發生，否則法益侵害將必然實現。筆者認為只有當這種脫離行為時點認定的具體、特定法益危險狀態才能充分說明未遂犯的可罰性，未遂認定的標準應該是一種基於「裁判時」經驗知識的判斷（nachträgliches Urteil）¹⁴⁵，選擇一個犯行實施後、最終結果發生前的具體狀態，

¹⁴³ 亦即一旦完成炸彈設定，就直接認定行為人已經進入未遂狀態。採取此種極其前置見解的德國學說，Vgl. Jürgen Meyer, Kritik an der Neuregelung der Versuchsstrafbarkeit, ZStW 87 (1975), S. 609.

¹⁴⁴ 就此特別參考Hans Joachim Hirsch, Konkrete und Abstrakte „Gefährungsdelikte“, in: ders., Strafrechtliche Probleme, 1999, S. 625-631. Hirsch在此區別了作為結果的危險狀態（Gefahr als Erfolg）以及從行為本身進行判斷的危險性（Gefährlichkeit des Handelns）。類似的見解亦可在Jürgen Wolter對具體危險的研究中看到，Wolter區別了行為時的「具體結果危險」（konkrete Erfolgsgefahr）以及事後考察的「具體危險結果」（konkreter Gefährerfolg），後者基本上是一種綜合行為後的事實情狀，從特定的保護客體是否確實受到行為所產生之危險因子的威脅所進行的判斷，除非是偶發事件致結果最終不發生或無可預期的救援機會出現，否則保護客體之法益實害必然實現。Dazu vgl. Jürgen Wolter, Konkrete Erfolgsgefahr und konkreter Gefährerfolg im Strafrecht – OLG Frankfurt, NJW 1975, 840, JuS 1978, S. 750 ff.

¹⁴⁵ 在德國刑法之不法歸責理論中，nachträglich與ex post兩者的概念使用有著嚴格的區別。Nachträglich指的是作出判斷時點乃「裁判時」的法官判斷，當法官進行判斷時，就有其「判斷標準」的問題，nachträglich的判斷基本上必然是法官從客觀第三人的理解狀態予以考察（在此尚有是否應納入特定專業科學

而該狀態所關聯的事實足以認定：「受保護的特定法益陷入高度的迫切危險，其侵害的方式、時間、內容、程度、地點等等『具體』的情況要素已可得特定，只要沒有其他無可預期的事件發生，法益實害將必然出現」，當上述問題的答案為肯定時，我們才能本於「特定法益依其空間、環境，已陷入特定情況下的危險」而處罰未遂行為人，這種具體的危險狀態就必須求諸特定法益客體所身處的時間、空間、程度、地點關係，透過這些輔助性的判斷標準才能決定行為人以其行動所設定的危險因子，是否已經逐步發展到緊臨於特定客體的時空範圍，否則實際上難以肯定法益危險狀態的存在。

如果接受上述解釋方法，我國刑法第二十五條所謂：「已著手於犯罪行為之實行而不遂者」之「著手時點」與「實行犯罪行為」必須切割處理，實行犯行時點關涉的是行為有無具體充分的行為非價，以行為時的事態為判定基準，但是「著手狀態」則是保護法益面臨高度、充分危險的情況，法官以事後的经验知識為判定基準，考量上述行為後、最終結果出現前「著手狀態」的相關事實，對於有無客觀危險性作出最後的判定¹⁴⁶。

知識的爭議)；ex post的問題意識則是關於判斷之「基礎事實」，其相對的概念乃ex ante，如前所述，ex post指的是判斷的基礎事實必須從事後的角度將所有已發生的事實納入判斷流程，而ex ante則指基礎事實僅限於行為時的事實情狀。按照德國刑法學界目前的一般見解，行為不法的判定基礎乃以行為時(ex ante)的事實為據，但從裁判時點的客觀第三人標準判定行為有無法益侵害可能性(此即nachträgliche Prognose)，而結果歸責的判定事實基礎則以事後(ex post)已知的一切事實為據，但仍依裁判時的經驗知識為標準(nachträgliches Urteil)，進行結果歸責(法益侵害是否為行為不法風險之實現)的認定。就此可參考Jescheck/Weigend, aaO. (Fn. 137), S. 286; Krüpelmann, aaO. (Fn. 135), S. 137 ff.

¹⁴⁶ 依筆者之見，我國刑法第25條應該理解為：「行為人已實施具有行為非價的犯行(犯罪行為之實行)，並達到著手之結果狀態(已進入著手狀態)，但法益侵害結果未發生或不可歸責(不遂)者，為未遂犯」，當然筆者也承

三、小 結

綜合上面的論述，筆者對結果非價概念的初步看法如下：

(一)只有現實上出現的法益客觀實害或危險，方能侵害共同生活秩序，建立在此一觀點上的結果非價，必然是刑事不法概念的核心要素。以結果非價為中心，強化法益侵害的現實狀態，才能夠使得作為刑罰前提的犯罪審查要素，維持在極為限縮的範疇。

(二)任何主張放棄結果非價，或是提高行為規範至不法階層之核心，從而降低結果非價為刑罰需求、制裁規範表現或是社會心理作用的觀點，都應該嚴正地加以拒絕。

(三)既遂犯的結果非價，在於法益實害的結果歸責。

(四)未遂犯仍有獨立審查的結果非價，此即法益的客觀危險狀態，當個案中欠缺此一危險狀態認定時，行為人即使已經完成其全部犯行，亦不構成未遂犯。

(五)上述未遂犯結果非價的其判定方法如下：當行為人完成其犯行之實行，於接續的因果流程中，法益實害未出現前，已出現了現實預想上能具體、特定完整侵害事實的客觀法益危險狀態。

筆者所主張的不法概念，重新回歸以結果非價為中心的想法，當筆者採取此一極類似早期客觀不法論的看法，似乎暗示著接下來的論述將傾向接納古典的因果不法論，甚至完全放棄行為非價的功能。然而上述觀點並非筆者的看法，即便結果非價在不法體系中扮演著中心角色，並不意謂著必須完全放棄行為非價的解釋功能，毋寧我們必須進一步探求，如何在一個以結果非價為中心的不法理論中提出行為非價的實質定性方法，這部分的討論將在下一段落進行。

認，此一見解與我國、德國通說見解有重大差異，限於篇幅無法在此詳細處理，將來必再為文詳述之。

肆、「行為非價」的規範化與主觀化

論述及此至少可以確認，結果非價表彰了現實上的法益侵害或危險狀態，結果非價才是證立不法的核心元素，接下來的提問則是，在這種不法體系下，我們應該如何處理「行為非價」的概念與體系定位？以下筆者將先行介紹德國學說上對「行為非價」概念的後續發展，接著將提出筆者對德國學說的批評與個人見解。

一、「行為非價」概念在後Welzel時代的理論演變

(一)客觀不法論的變革

早期的客觀因果不法論僅重視法益侵害與行為是否有因果關係，「行為」不必有任何特定非價品質，只要能夠依循因果發展而實現法益侵害，這是一種完全以結果非價為中心的不法概念，毫無承認行為非價的空間。

縱然結果非價是此一流派的論理根據，但中後期的客觀不法論支持者卻逐漸傾向放寬不法要素的範圍，以集客觀不法論之大成的Mezger見解為例，其除了肯認在不法階層應審查「特殊主觀不法要素」外，亦認為不法階層的因果關係審查，只是一種物理科學的關聯性判定，與刑法必須追究責任問題（Haftung- und Verantwortungsfrage）顯有不同，構成要件除了審查因果關係之外，還必須以「重要性理論」（Relevanztheorie）限縮結果歸責的範圍，只有「一般合經驗的適當結果條件」（erfahrungsgemäß generell geeignete Bedingungen des Erfolgs）所引致之法益侵害¹⁴⁷，才足以成立

¹⁴⁷ Edmund Mezger, *Strafrecht Allgemeiner Teil Studienbuch* (AT), 9. Aufl., 1960, S. 71 f.

不法¹⁴⁸。

二十世紀九〇年代以後的德國刑法學論述中，仍然堅持古典客觀因果不法論的見解者，相對於接受行為非價的學者人數，實際上是少之又少，基本上只有Jürgen Baumann、Ulrich Weber與Günter Spendel等三位仍然提倡這種極其古典主義的想法，完全採用條件理論所造成的法益結果引致，並完全從結果非價的引致判定不法階層的審查依據¹⁴⁹，行為人主觀要素的審查則在罪責階段處理¹⁵⁰，但是在一定的範圍內，仍接受構成要件中必須例外審查主觀不法要素¹⁵¹。

(二)「行為非價」概念的單一主觀化與「意向非價」

筆者在前文曾經說明過，縱然是行為非價論的奠基者Welzel，在其論述中也未清楚地交待什麼是行為非價的客觀層面，這導致了後繼者從不同觀點解釋「行為非價」的爭議，也間接造就了一支完全放棄行為非價客觀面象的看法。

這一支學說支派即Armin Kaufmann帶頭的波昂學派論述，該學派一反Welzel分立行為非價（社會倫理）與結果非價（法益）的判別標準，一方面雖然以法益保護為理論中心，但另一方面卻主張

¹⁴⁸ 必須強調，重要性理論雖然使得構成要件從物理因果轉而處理責任問題，並影響了現代客觀歸責理論的問題意識，但是重要性理論僅限制結果歸責的層次，認為只有特定行為造成的結果才能符合構成要件的結果歸責，在此並無「獨立」行為非價的審查階段；相對於此，客觀歸責理論則是立基在承認「行為非價／結果非價」的前提下，縱然製造不容許風險（行為不法）階層是依附在結果不法上，但是其亦獨立認定並涉及「行為規範」的問題。

¹⁴⁹ Spendel, aaO. (Fn. 114), S. 529 ff.; Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (AT), 11. Aufl., 2003, 14/8 ff.

¹⁵⁰ Baumann/Weber/Mitsch, aaO., 20/1 ff.

¹⁵¹ Baumann/Weber/Mitsch, aaO. (Fn. 149), 8/19 ff., 16/17 ff.

要實踐法益保護，只能藉由行為規範制約行為人的主觀目的性，不過，並非所有的社會成員在任何情況下均應受行為規範制約，行為規範毋寧只適用於特定情況下有實現合規範行為能力的受規範者¹⁵²，此即所謂的「行為能力」（*Handlungsfähigkeit*）¹⁵³，這是一種潛在的個人主觀能力，當行為人在具體狀況下主觀上能認識自己行為將造成法益侵害時，原則上就足以認定行為人有實施侵害目的的行為的行為能力¹⁵⁴。

如果行為人具有行為能力，即意謂行為人能夠服從規範，並接受規範對其行為的拘束力，行為人就其行為的「意志形成過程」乃具有初步的非價可能性，如果行為人再以行為實現其犯罪意志，即充足了行為的否定評價¹⁵⁵，以客觀行動實現意志對於主觀犯罪意志的生成，只是一種後階段的說明功能而已，行為非價的評價對象並不是行為人表現於客觀世界與法益侵害的關聯性，而是有行為能力者就行為規範禁止或誡命內容在主觀上的意志形成過程，當行為人主觀上認為其行為的完成將侵害行為規範，而仍予以實現時，即具有行為非價¹⁵⁶，由於波昂學派排除結果非價於不法審查之外，此時已構成完整的刑事不法。基本上波昂學派已然將Welzel兼納主客觀層面的行為非價，轉譯為僅關心行為人主觀意思內涵的「意向非價」（*Intentionsunwert*）¹⁵⁷，並創設了「單一主觀不法論」。

¹⁵² 以Zielinski的說明為例：當行為人主觀上知悉：「床上躺人，床邊有已裝有上膛子彈的槍枝時，使用該槍攻擊床上的人，會造成其死亡」，該行為人即具有實現殺人目的行為的能力。Vgl. Zielinski, aaO. (Fn. 73), S. 139.

¹⁵³ Kaufmann, aaO. (Fn. 71), S. 121 ff., 156 ff.

¹⁵⁴ Kaufmann, aaO. (Fn. 71), S. 138 ff.

¹⁵⁵ Zielinski, aaO. (Fn. 73), S. 147.

¹⁵⁶ Zielinski, aaO. (Fn. 73), S. 147.

¹⁵⁷ Gallas, aaO. (Fn. 95), S. 156 ff.; Hirsch, aaO. (Fn. 85), S. 7.

波昂學派將「行為非價」轉譯為「意向非價」的學說進路，在德語學圈幾乎未獲贊同，不過仍有一些學者，在維持結果非價的前提下，仍設法將行為非價解釋為主觀的意向非價。例如 Hans Joachim Rudolphi 認為，行為非價必須建立在與結果非價之保護法益的關聯性上¹⁵⁸，所謂的行為非價是指行為人對於構成要件該當結果的實現企行（Erstreben），表現在不法的層面即所謂的「意向非價」，具體內涵在故意犯為行為人的故意，而過失犯則是行為人違反客觀注意義務的行為¹⁵⁹。又例如 Erich Samson 更為晚近的見解，其從法益「現實」侵害的角度指出，結果僅能歸責予具有「結果作用力」（erfolgsmächtig）的行為，但因人類在「行為時」無法知悉何種行為在「事後」將具有現實的結果作用力，因此只能從行為人在行為時點的「認知狀態」上判定，若行為人當下認為其行動屬於具有結果作用力的行為類型，並予以實施，就構成了行為非價¹⁶⁰。

基本上這一系列的見解只強調行為人主觀意志內涵，但不重視透過行為現實化後的意志內涵具有何種客觀社會意義，我們可以稱之為「意向非價論」。

¹⁵⁸ Rudolphi, aaO. (Fn. 86), S. 51-73.

¹⁵⁹ Rudolphi, aaO., S. 62 ff. 類似 Rudolphi 的見解，Jakobs 主張「不法的非價機能」不能以實現法益侵害的行為層面以及結果層面來區別，毋寧應該從客觀與主觀不法並列的方式闡釋，Jakobs 提出了極為特別的理論架構，首先先行區別不法要素為客觀與主觀兩種不同的非價內涵，客觀不法包括「歷程非價」（Verlaufsunwert）與法益侵害的「結果非價」，主觀不法則包括行為人有意侵害法益的「意向非價」以及將意志實現為客觀行動的「意志客觀化非價」（Objektivierungsunwert），主客等四項非價內涵共同組成不法的實質核心，本文限於篇幅，無法再行討論 Jakobs 的見解。Vgl. Jakobs, aaO. (Fn. 92), 6/76.

¹⁶⁰ Samson, aaO. (Fn. 134), S. 599.

(三)主客觀要素一併審查的行為非價論

對於上述純主觀的理論發展，德國學說上也出現了反動風潮，早期的批評是從目的行為論的學理出發，某程度上是重新詮釋Welzel行為非價論的原始見解，主張行為非價不限於單一主觀面象的意向非價，而是一併考量行為人「主觀」個人認識，以及實現意志的客觀行為對法益之危險性，這一支較早期的看法主要由Stratenwerth、Hirsch與Gallas所主張。

Stratenwerth一方面延續目的行為論的傳統，主張不法的構成必然出自現實化意志的目的行為¹⁶¹，另一方面堅持法益侵害作為不法概念必要元素，然而Stratenwerth亦指出：結果出現與歸責並不在構成要件禁止規範的範圍內，能夠受到規範禁止者，只有行為人的目的行為，因此何種行為是受到行為規範所禁止，必須從行為人個人的角度觀察¹⁶²，若不考量行為人主觀的認知狀況，單純禁止特定行止是無意義的規範要求，行為規範的內涵乃以行為人具體認知狀態為中心¹⁶³，在故意犯的行為非價就是行為人主觀上的侵害認識¹⁶⁴，但是這並非表示行為非價完全無須考慮客觀層面¹⁶⁵，其具體的考量乃是判斷特定的客觀行為是否具有社會相當性¹⁶⁶。相類似的看法亦可見於Hirsch的論述中，Hirsch支持目的行為論，但行為非價的認定不可單從主觀目的意志觀察，意志現實化的結果

¹⁶¹ „Handeln heisst, einen Entschluss in die Tat umsetzen.“ Vgl. Günter Stratenwerth, Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht, SchwZStr 79 (1963), S. 244 f.

¹⁶² Stratenwerth, aaO., S. 246.

¹⁶³ Stratenwerth, aaO. (Fn. 161), S. 246 f.

¹⁶⁴ Stratenwerth, aaO. (Fn. 161), S. 247.

¹⁶⁵ Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil I (AT/I), 5. Aufl., 2004, 8/60.

¹⁶⁶ Stratenwerth/Kuhlen, aaO., 8/26 ff.

乃外在世界中的客觀行動，其進而造成法益侵害結果，行為非價的決定應考量被現實化的主觀意志內涵與其客觀化的外在舉止¹⁶⁷。

另一位反對目的行為論，但仍主張主、客觀統合的行為非價論者是Wilhelm Gallas，其主張行為非價必須從行為規範的角度予以認定¹⁶⁸，由於行為規範是以行為時（ex ante）之事實基礎判定，而結果歸責則取決事後（ex post）知悉的一切事實，因此行為非價與結果非價是兩個互無關聯性的不法要素¹⁶⁹。行為非價的認定是以行為規範為基礎，考量違反規範行為在客觀意義上的社會損害性¹⁷⁰，以及行為人主觀上目的意志的內容¹⁷¹，必須要共同考量主、客觀層面後，才能夠決定行為非價。

Gallas反對目的行為論，但折衷主客觀層面，並從行為規範違反推導「行為非價」內涵的折衷見解，在八〇年代以後逐漸成為德國刑法理論的主流看法，這一派的學理，後來甚至與Richard Honig與Claus Roxin開發的客觀歸責理論合流，並形成今日德國的通說見解¹⁷²。在客觀歸責理論下，行為非價的實質內容必須從兩個角度量定，客觀層面上，行為人必須製造法所不允許的法益風險，才足

¹⁶⁷ Hirsch, aaO. (Fn. 85), S. 14 f.

¹⁶⁸ Gallas, aaO. (Fn. 95), S. 156 ff.

¹⁶⁹ Gallas, aaO. (Fn. 95), S. 165.

¹⁷⁰ Gallas, aaO. (Fn. 95), S. 160 ff., 165.

¹⁷¹ Gallas, aaO. (Fn. 95), S. 160.

¹⁷² Jürgen Wolter, Objektive Zurechnung und modernes Strafrechtssystem — ein normtheoretischer Beitrag zum „Risikoprinzip“ von Claus Roxin und zur „Wesentlichkeit von Kausalabweichung“, in: Gimbernat/Schünemann/Wolter (Hrsg.), Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte, 1995, S. 12 ff.; Wolfgang Frisch, Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion und zur Problematik der objektiven Zurechnungslehre, GA 2003, S. 733 ff.

論以行為規範的違反¹⁷³，此外，行為人主觀上的故意，亦構成行為非價的另一層面¹⁷⁴，原則上亦在不法階層中審查¹⁷⁵。

二、本文見解(二)：「行為非價」內涵的再定性

(一)行為非價的獨立檢證必要性

以上的說明交待了自Welzel以來，德國刑法學中有關行為非價內涵的數個發展方向，接下來的問題是，我們如何在這些見解中作出取捨，然後再發展出適當的行為非價概念？

筆者已經在前面說明過，犯罪成立的原始基點，並不是行為人的舉止與法律規範期待相悖，而是現實世界中發生了具體、客觀的利益侵害事件，該事件的出現破壞了刑法擔保的共同生活秩序。透過「不法理論」抽象性與體系性的思考模式，我們才能明確地將刑法所擔保的生活秩序範圍予以定型，犯罪成立的審查不致流於浮動，刑法的可罰性範圍也會具體地受到限定。不論是行為與結果非價的實質內涵，都必須從破壞客觀共同生活秩序的角度切入，這樣的觀點將使得行為非價「獨立」於結果非價的實質意義受到一定程度的質疑，特別是某程度上可以透過因果與結果歸責關係的認定，將法益侵害歸責予特定行為，如此自然無須發展行為不法（不論主觀或客觀）的具體內涵。當筆者主張強化結果非價的不法體系時，似乎暗喻著筆者試圖重返古典客觀因果不法論。

¹⁷³ Frisch, (Fn. 97), S. 71 f.; ders., aaO., S. 734; Schünemann, aaO. (Fn. 130), S. 215 ff.

¹⁷⁴ Gallas, aaO. (Fn. 95), S. 156 ff.

¹⁷⁵ Jescheck/Weigend, aaO. (Fn. 137), S. 51, 241 f.; Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I (AT/I), 4. Aufl., 2006, 10/61 ff.

然而，上述推論毋寧過度跳躍，也忽視了現代不法與構成要件理論的主要動向。如前所述，行為非價的「實質內涵」，是建立在類型化有可能侵害法益的行為模式，這些類型化後的法益危險行為，當然應有其「形式意義」上的審查階層，任何行為人的舉動除非能夠滿足上述定型，才屬於值得非難的行為，否則應該直接排除其行為非價，從而不構成犯罪。筆者認為：實質上從屬於結果非價、但形式上具備獨立審查位階的行為非價論，是一個較合理的見解，這種觀點基本上有兩重的理論意義：第一，行為非價實質上依附於結果非價，是一種足生法益實害的危險行動，因此可以貫徹刑法保護法益侵害的論理；第二，由於行為非價具有形式審查意義，不法行為的成立必須要先行合致於定型化的行為模式，才有討論後續結果歸責的必要性，這樣的操作方式可以使得罪刑法定的可預見性——僅有定型化的行為能夠滿足「構成要件行為」的要求，更能獲得貫徹。

我們可以再用前面提過的定性與非定式犯罪進行檢證。先從定式犯罪談起，定式犯罪的構成要件內涵正是明確地具備筆者所強調之「實質上從屬而形式上獨立」的行為不法，如前所述，定式犯罪有充分而明確的成罪行為限制，這種限制的實質理據來自於法益保護方式的類型化，但形式上看來，定式犯罪更以成文方式（形式上）描寫了不法行為的範圍，例如竊盜罪的法益侵害在於透過持有的剝奪侵害所有利益，因此定型後的行為是破壞他人財物原持有而建立新持有的行為，此一概念限制了成立竊盜罪的行為類型；又例如偽證罪，並非任何單純陳述的舉動均與「偽證行為」相關，行為人毋寧必須在具結後，陳述關於重要事項而違反客觀真實的證言¹⁷⁶。總結來說，定式犯罪的構成要件行為有著明確的內容定

¹⁷⁶ 林山田，刑法各罪論（下），頁244-248，2006年11月5版。

性，不允許任何與最終法益侵害有因果關聯的行為人舉止滿足構成要件行為，責任限定的問題將不會任意地推移到因果關係與結果歸責¹⁷⁷。

相反於定式犯罪，非定式犯罪最大的難題在於不容易明確指陳什麼是「殺人行為」，行為人可以用極其溫和（投入毒藥）、異常殘忍（刀傷）甚或具有一般許可性的方式（勸導打高爾夫球，希望被害人剛好遇到雷雨天，並受到雷擊致死，事後果然發生）的方式促成他人的生命法益侵害。然而上述三種不同的殺人手法顯然在法秩序上有著截然不同的評價，溫和地施用毒藥或殘暴地殺害他人，都逾越了社會容許的行為界限，但是勸導被害人雨天打球而期待雷擊發生的手法，僅是一種主觀的期望，但該行為仍在法秩序允許的範圍內¹⁷⁸，這種行為與投入毒藥、用刀砍殺的手段顯然有不同的社會意義，應該排除其行為非價。問題在於，我們無法從殺人罪的法條字面意義中讀出上述三種案例的區別，在此勢必在解釋上要求殺人行為須具備特定的不法品質，才能允洽地處理三個不同案例的法律效果。

透過上面的說明可以清楚地發現，縱然不法體系無法單從行為非價的視角建構，但不代表「行為非價」在刑法上是毫無作用的概念，行為非價「形式上」獨立於結果非價的存在，提供了我們建立類型化構成要件行為的切入點，可以將不具備刑法特有意義的行為人舉止，直接在行為非價階層排除於犯罪的審查之外，蔚為現代通說的客觀歸責理論，實際上也是朝著這個方向努力¹⁷⁹。因此，筆

¹⁷⁷ Theodor Rittler, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1954, S. 104 ff.

¹⁷⁸ Roxin, aaO. (Fn. 175), 11/47; Wolter, aaO. (Fn. 172), S. 8 ff.

¹⁷⁹ Roxin, aaO. (Fn. 175), 11/53 ff.

者認為行為非價的獨立檢證仍有其必要性。

(二)行為非價與規範理論

接下來的問題是，行為非價應該依附在什麼樣的對象上進行判斷？前面已經提過，基本上有幾個不同的選項：第一是完全依憑驅動行為舉止的主觀意志，並透過意志內涵決定法益的危險性，此即上述Armin Kaufmann、Zielinski、Rudolphi與Samson一脈的意向非價論；第二是兼考量行為人客觀行動所表現的法益危險，以及主觀的意志內涵，這就是Gallas以來德國學說的主流見解；第三則是只從展現於外在客觀行動的法益危險性觀察。

三種學理進路的取捨，實際上必須從不法與個人行動的關係談起，此即不法階層所處理的對象，究竟只是行為的客觀法益危險性，抑或包括行為人的主觀犯意？這個問題的回答，又必須再回溯到評價規範、決定規範與現代行為規範的爭議。

首先談「評價規範」的看法，其強調對侵害事件的客觀評價，邏輯上必先於對受規範者的行為禁止或誡命（決定規範效力），前行於罪責的不法階層審查只能處理客觀事件之評價，但不應該透過禁止或誡命驅動行為人的意志方向¹⁸⁰，因此，不法的處理對象原則上只限於行為人的客觀舉措，不應考量行為人的主觀意思內容。然而，我們可以從兩個層面批評這種與單從評價規範證立的客觀不法論：第一，上述看法未充分說明何以不法與受規範者的禁止或誡命無關，也未否定不法階層可以「同時」處理評價與決定規範；第二，評價規範論完全不重視受規範者的存在與特質，只在乎特定事件與法律擔保價值秩序是否相符，只要涉及法益侵害，不論是自然現象或是人為結果，均具有評價規範的非價意義，不法的構成當然

¹⁸⁰ Mezger, aaO. (Fn. 13), S. 240 ff.

也不以系爭非價事件與人的行為間存有關聯性為前提¹⁸¹，然而，法秩序是一種人類行為的規範秩序，日月星辰交替、山川草木變化等自然界的狀態，不受到人的行為控制，本來就無從為規範所拘束；法規範的形成，目的是約束受規範者的行動，規範的內容必然禁止或誡命特定的人類行動¹⁸²，基於人類行動產生的事件，縱然表面上是自然秩序的變動，但只要該事件本身具有法律意義，而事件的出現與一定的人類行為有因果與責任關聯性，即可作為規範客體而納入規範評價，「不法」作為違反規範的評價結果，當然必須處理「人類行為與其後果」。評價規範的觀點以及其所代表的客觀因果不法論，完全忽略不法評價必須以人的行動為前提，未正確掌握不法階層的法律意義¹⁸³。基此，筆者認同學理上對評價規範的批評：一個只能評價，不能對受規範者施與禁止或誡命的規範，概念上是難以存在的。

其次是早期Merkel主張的純粹決定規範說與所謂的「主觀不法論」，此說將個人歸責能力（例如責任能力）與不法概念結合，與現代刑法學明確界分不法與罪責階層的潮流不符，原則上是不能接受的見解。

最後則是整合評價與決定規範機能的現代行為規範論，該說經由決定規範機能的引納，使得受規範者的範圍有所限制，規範的作用禁止或誡命受規範者的行為舉止，並指明其合法行為的矩度，至此的行為規範論並無疑慮。

¹⁸¹ 參照Löffler, aaO. (Fn. 14), S. 555; Nagler, aaO. (Fn. 15), S. 325.

¹⁸² Münzberg, aaO. (Fn. 18), S. 62.

¹⁸³ 參考Dietrich Oehler, Der materielle Gehalt der strafrechtlichen Rechts- und Pflichtnormen, in: Wilhelm Sauer-FS, 1949, S. 263 f.

真正的問題在於，行為規範論的支持者裂解出兩種不同的行為非價觀點：第一種是轉化行為非價為主觀的意向非價，但如此的理論取徑過早介入了個人主觀層面的審查，因為法益是獨立於行為人而存在於社會脈絡的價值秩序，要破壞價值秩序，必須從外在的狀態變動加以觀察，縱然行為人主觀上出於意圖以侵害法益，但這樣的主觀規範不服從，並不會立即造成法益的現實擾動，客觀共同生活秩序的利益現實保障，也不會僅因行為人內心意志的不服從而發生變動，變動的前提毋寧是行為人將主觀的侵害意志現實化為客觀行動，而客觀行動進而展現其侵擾法秩序的社會意義。基此，筆者反對Armin Kaufmann以降的單一主觀意向非價論。

第二種從行為規範論推導的「行為非價」論點，乃是綜合主客觀的論述（意志內涵／法益危險），行為非價的認定不能偏向客觀或主觀層面，理應兩者兼顧¹⁸⁴。上述見解立基於下列的理論前提：行為規範拘束受規範者行動的方式，必須從其意志的成形為出發點，因為客觀行為的實現是一種意志行動（Willensbetätigung）¹⁸⁵，其根源是主觀意志導向（Willensrichtung）的作用¹⁸⁶。這樣的理論前提雖然不完全錯誤，因為外顯的意志行動固然基於內在的意志導向，但在行為人由意志發展到行動的過程中，意志由內至外的連結毋寧只是一種形式上的連鎖發展，不必然在意志內容上有所對應；簡單地說，人的客觀行動固然是基於主觀意志，但客觀行動表現出來的社會意義，不一定與主觀行動的意志內涵相吻合，相反地，兩者常常不一致，刑法上最明顯的案例就是過失行為，正因為過失行為人

¹⁸⁴ 今日的通說見解，Vgl. Jescheck/Weigend, aaO. (Fn. 137), S. 241 f.; Roxin, aaO. (Fn. 175), 10/93.

¹⁸⁵ Jescheck/Weigend, aaO. (Fn. 137), S. 242.

¹⁸⁶ Jescheck/Weigend, aaO. (Fn. 137), S. 244.

疏於注意，導致其客觀行動的社會意義（超速行車而不及剎車，造成前方騎士死亡），與踐行該客觀行動的主觀意志內涵（上班遲到而超速，但不想亦不認為會發生意外）不相一致。但依上述主客觀折衷的行為規範論，客觀行為的社會意義原則上由主觀意志內涵所賦予，然而主觀意志內涵往往只有行為人自己知悉，外人難以探察，若過快地將難以具體證明的「主觀意志內涵」納入不法階層加以審查，往往會錯誤解讀「客觀行動社會意義」，而使得原本主、客觀相輔相成的行為非價，囿於主觀意志內涵支配客觀行動意義的優位性，致令客觀行動的社會意義完全屈從於主觀意志內涵而發生誤判，最後的結果還是回到前面已經批判過的主觀意向非價論¹⁸⁷。

如果可以接受上述批判，並一併考量法秩序是客觀秩序的保護，那麼真正對法益造成危險的，當然只有出於意志，進而表現於外在世界、具有法益危險意義的客觀行動，當意志現實化（不考慮其內容）並形構成客觀舉止後，該客觀舉止才能造成法益的危險，主觀意志內涵無論再惡劣，只要表現出的客觀社會意義屬於可接受者，基本上就沒有值得非難之處，客觀行為只要是意志行動的後果即可，但不必考慮其意志內涵的串連關係。換言之，不法概念的切入點，應該是維持「主觀意志／客觀行動」兩者的形式連結，要求任何進行不法審查的客觀行動，都必須出自行為人的意志導向，但主觀意志導向的實質內涵（亦即：故意、過失），原則上不需在不法階層審查，「不法」作為刑法介入前提之法益侵害事件確認機能，自應先從（不考慮主觀內容）意志行動之客觀社會意義加以觀察。

¹⁸⁷ 縱然現今學理通說主張客觀構成要件優先於主觀構成要件審查，但只要客觀構成要件行為的社會意義無法擺脫主觀意志內涵的投射作用，這樣的審查其實仍然隱約地偷渡主觀意志內涵於優位的審查地位。

承上，筆者主張行為非價僅能考量客觀行動的法益危險性，這樣的結論將極為近似前述已經否定的評價規範論，甚至可能有筆者支持評價規範論的質疑。筆者認為，關鍵且應堅持的觀點有二：第一，刑事不法行為所違反的規範，必然同時兼具評價與決定規範的機能；第二，不法階層規範對象的選擇，並無將行為人主觀意志內涵納入不法判定的必要性。這樣的想法顯然與目前學說上的評價規範論與行為規範論不同，那麼，是否學理上有任何的規範理論足以符合上述的兩項要求？

規範罪責論的重要倡導者James Goldschmidt曾在二十世紀初的論著中指出，刑法的規範可以區別為「法規範」（Rechtsnorm）與「義務規範」（Pflichtnorm），兩種規範同時具有評價與決定規範的機能¹⁸⁸，此一見解後來為Dietrich Oehler所繼承，並發展出獨特的規範論述¹⁸⁹。Oehler認為，「法規範」用以提供外在行動的合規範準據，其適用對象是具有人類型貌的所有社會成員，這是一種從客觀法秩序角度對所有社會成員外在行動的共通要求，期待社會成員迴避有可能侵害他人法益的客觀行為，「法規範」對外在行動的禁止與誡命內涵，不受社會成員有無足夠的行為與歸責能力之影響¹⁹⁰；「義務規範」的適用以行為人現實上違背了「法規範」為前提，其目的乃是要求個別行為人內在主觀的意志形成過程必須迴避共同客觀的生活秩序侵害，由於「義務規範」主要是以行為人個人的內在意志活動與外在行動的關係為處理範疇，因此只有具歸責能力的行為人才會受到「義務規範」的拘束¹⁹¹，作為主觀要素的

¹⁸⁸ James Goldschmidt, *Der Prozess als Rechtslage*, 1925, S. 234 f. (Anm. 1287).

¹⁸⁹ Oehler, aaO. (Fn. 183), S. 265 ff.

¹⁹⁰ Oehler, aaO. (Fn. 183), S. 266.

¹⁹¹ Oehler, aaO. (Fn. 183), S. 267.

故意與過失，屬於行為人內在意志與外在行動相接連的主觀意思，當行為人針對外在行動具有故意與過失時，其乃違反「義務規範」要求行為人主觀上不得實現侵害法秩序之意志的誡命¹⁹²。藉由「法規範／義務規範」的區別，Oehler主張「法規範」的概念建構了犯罪的「不法」階層，而「義務規範」的違反則是「罪責」階層的判定指標¹⁹³。

上述見解最重要的啓發，就是獨立出對「所有社會成員」均生效力的「法規範」，「法規範」在此並非單純的評價，還另就特定受規範者——「所有社會成員」的外在行動予以禁止或誡命，個人歸責或行為能力與「法規範」基本上無關¹⁹⁴，只要作為「人」就受到共通的「法規範」之拘束，換言之，「法規範」兼具評價與決定規範之機能，其受規範者乃是符合「人」的形象之社會個別成員。Oehler一方面將不法層次的規範，解釋為同時具備評價與決定規範，但其只對所有社會成員外在行動加以約束，此一見解符合了不法概念只限於客觀法益侵害的本文思考原始進路，也將「法規範」的內容，侷限於彰顯於外在世界的客觀舉止，行為人的個人能力與主觀意志內涵，均屬「義務規範」層級的問題，基本上與不法行為無關。

援用Oehler的看法至行為非價具體內涵的判定，基本上可以有兩個推論：第一，由於不法審查依憑「法規範」——對所有社會成

¹⁹² Oehler, aaO. (Fn. 183), S. 272.

¹⁹³ Oehler, aaO. (Fn. 183), S. 268 ff.

¹⁹⁴ Oehler認為，不論具體行為人年齡、意識狀態或有無責任能力，均不得任意侵害他人的生命法益，對生命法益的尊重（法規範）乃一體適用至所有「人」；此外，當教師行使合法的懲戒權教訓學生時，即便教師內心出於報復學生的想法，只要懲戒權的行使具有合法的外觀，就符合法規範的基本要求，教師也不會構成犯罪。Vgl. Oehler, aaO. (Fn. 183), S. 265 f.

員的客觀行動規範，對行為予以非價判斷的基礎端賴「人」之客觀行動的社會意義與法益危險性，至於引發客觀行為之「行為人」「主觀意志內涵」——即故意、過失之審查，因為已經涉及具體的行為人意志內容，其並非不法階層之要素；第二，罪責階層是驅動行為人遵行合法行為的「義務規範」為核心，義務規範處理的對象是行為人的主觀意思，當「主觀意志內涵」的審查脫離了不法階層，勢必只能回返原來的罪責階層，這將導出故意於罪責階層審查的結論¹⁹⁵。

Oehler從客觀面象整合規範理論的看法，巧妙地規避了一般對客觀不法論的諸項批判：包括「評價規範論」、「排斥行為非價」以及「純粹因果考量」¹⁹⁶等論述，卻又能整合不法概念與規範理論，維持住客觀取向的法益危險性判斷流程，並將主觀的故意過失

¹⁹⁵ 現代刑法學理中的罪責概念，已經與早期「心理罪責論」以及原始的「規範罪責論」不同，現代罪責概念主要從個人就侵害行為的規範可非難性立論，近年來尤其盛行將刑罰效果與罪責概念整合的看法，直接將一般預防的作用與罪責相連結。這些新近的理论，都難以使得故意重新在罪責階層找到合宜的定位。筆者初步認為，可能的答案有幾個不同的進路：第一是回復至心理罪責論；第二是回復至早期的規範罪責論，將罪責內涵區別為罪責的心理事實層面（故意、過失）與規範評價（意志形成的可非難性）；第三種則是直接承認罪責是一個複合式的概念集合（*der komplexe Schuldbegriff*），要透過單一原則解釋罪責概念，基本上是不必要且不可能的，罪責概念下包括「責任能力」、「現實的主觀歸責必要性」（故意、過失）與「阻卻罪責事由」（法定與超法規期待可能性）等不同論理依據的元素，其總合則稱之為罪責階層。上述三說中的第一說完全無期待可能性的考量，顯非可採，第二說與第三說應如何取捨，筆者目前仍未有定見。罪責理論發展的概述，參考Jakobs, aaO. (Fn. 92), 17/1 ff. 早期的規範罪責論，見August Hegler, *Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs*, in: Reinhard Frank-FG, Band I, 1930, S. 288 ff. 複合的罪責概念，見Mezger, aaO. (Fn. 26), S. 36 ff.; Baumann/Weber/Mitsch, aaO. (Fn. 149), 18/19 ff.

¹⁹⁶ 必須說明，本文未涉及因果關係的探討，這部分的討論留待將來處理。

要素復歸至罪責階層。筆者基本上贊同此一見解，然而，仍有兩個後續問題尚待處理：第一，如何在Oehler的見解上具體認定行為不法的內涵？第二，不法階層的主觀要素除了故意、過失之外，還包括了特定法條所規範的「特殊主觀違法要素」，如何在純客觀的行為非價論下處理「特殊主觀不法要素」？筆者將在下面二個段落回答這些問題。

(三)行為非價與法益危險行為

筆者接受Oehler的看法，不法階層的「法規範」拘束並期待合規範的對象是所有社會成員，法規範期待社會成員之本於意志的外在行動能夠合乎法規範的具體內容，但該外在行動不考量個別行為者的主觀意志內涵，當行為人外在行動違反作為社會成員應有的行止準據之「法規範」時，即實現了行為非價。

然而，真正關鍵的問題毋寧是：我們應該如何劃定行為非價／法規範的禁止（或誡命）之界限？前文曾經提過，雖然行為非價具有形式上的審查意義，但實質內涵仍附屬於結果非價所強化的法益保護。因此，當某一項客觀的舉止依據一般性的常態經驗，在不考量後續因果流程中的個別要素（如時間、地點、法益受創程度等），將會概括性地造成法益侵害，原則上就是「法規範」的禁止行為，在此涉及一般、概括化的行為類型判定，就此我們可以分成下列三點具體說明。

第一，法規範要求的是個人外在行止合乎法秩序的期待，但不過問個人內心意志內涵如何、法敵對意志如何重大等內心意思，只要行為人的客觀舉措就避免法益侵害而言有其意義，原則上就應該認為該行為合乎法規範的初步要求。不過還必須注意，人的客觀社會活動某程度上帶有一定程度的風險性，例如販賣菜刀有可能被他人拿來殺人，開車接送友人可能造成車禍，因此，行為非價的判斷

應該分為兩個不同的層次：首先先行確認行為人的客觀行止是否有法益的一般、概括危險性，如果答案是肯定的，再判斷是否該一般、概括的危險性屬於社會可接受的危險，亦即判定該行動是否仍在容許風險的界限之內。

第二，就第一部分的危險判定來說，應分為定式與非定式兩種類型討論。就定式構成要件而言，法規範的類型化禁止行為必須從兩個層面具體認定，此即刑法構成要件對行為內涵的描述與該法條所保護的法益類型；而就非定式犯罪，因為其構成要件欠缺具體特定的行為描述用語，原則上只能經由法益的一般化危險予以特定。

至於什麼是法益的一般、概括化的危險，筆者認為這是一種依據行為時（*ex ante*）已經存在的既存事實（判斷的基礎事實），依據客觀第三人的角度（判斷的標準），立基在既存事實的前提下，判斷是否行為人的行為從一般人看來，會產生特定的法益侵害後果¹⁹⁷。在此不必考量該損害結果是否以特定的因果歷程進行，亦即法益侵害發展歷程的時、地、物等等關係暫且不論，只要該行為有致生結果的一般化傾向，即足以認定該行為屬於構成要件之法規範所要禁止的行為類型（判斷標準的實質內容），在此應從客觀第三人的角度，立於行為人所身處的環境，以第三人所具備的經驗、知識能力，於行為時點所能知悉的相關事實，由法官基於事後的角度，判定是否有足以致生法益侵害後果的一般傾向¹⁹⁸。

¹⁹⁷ 此亦為目前德國通說見解，Vgl. Henckel, aaO. (Fn. 135), S. 25; Engisch, aaO. (Fn. 108), S. 55; Jescheck/Weigend, aaO. (Fn. 137), S. 286; Schünemann, aaO. (Fn. 130), S. 216 ff.

¹⁹⁸ 另一個較難處理的問題是：當行為人客觀行動自外界觀察完全符合社會規範之矩度，但因為行為人特別的知識與能力而知道該行動具有法益危險性，此種因為行為人「特殊認知」（*Sonderwissen*）的情況在學理上的處理方式不一，本文限於篇幅與能力，亦無法就該問題詳加申述。就此一問題可參考Luis

第三，除了上述對法益一般危險傾向的判斷流程之外，還需要具體認定上開一般危險傾向的客觀行為是否為社會生活所容許，此即常態行為與一般性容許風險的判斷¹⁹⁹。例如駕駛汽車上路雖然有造成路人傷害的一般危險可能傾向，但只要在符合交通規則的要求下，原則上仍屬於容許風險的範圍而排除其行為非價。

透過上述三點說明，我們基本上可以確定，具備行為非價的行為指的是：本於行為時點的具體事狀，從第三人的立場觀察，具有一般性法益侵害危險傾向，而又逾越社會容許界限的客觀行動。

(四)特殊主觀不法要素

最後要處理的難題是特殊主觀不法要素，自Mezger主張在特定犯罪類型中，不法的成立須以行為人主觀上有特定犯意以來²⁰⁰，刑法學一向肯定這種無相對應客觀要件的特殊主觀不法要素的存在，最重要的類型即竊盜罪的不法所有意圖（*rechtswidrige Zueignungsabsicht*），以下的討論就以竊盜罪的不法所有意圖為例。

按照通說的見解，竊盜罪保護的法益同時包括動產的持有與所有利益，侵害持有利益的認定取決於：行為人有無實施破壞持有的行為與有無故意，行為人在此必須未經同意而破壞他人動產之原有持有，並建立自己之新持有，至於所有利益侵害的構成上，除了該動產之所有權屬於他人外，行為人主觀上還必須有「不法所有意

Greco, Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: Zum „Problem“ des Sonderwissens, ZStW 117 (2005), 519 ff.

¹⁹⁹ 容許風險與行為不法的關係，特別參考Claus Roxin, Finalität und objektive Zurechnung, in: Armin Kaufmann-GS, 1989, S. 245 ff.; Jakobs, aaO. (Fn. 92), 7/35 ff.

²⁰⁰ Mezger, aaO. (Fn. 147), S. 89 ff.

圖」，此即行為人企圖透過其行為而使自己居於類似所有人的地位，享受動產的使用與利益，此一要素並無客觀要件相對應，乃一超越的主觀不法要件²⁰¹。不法所有意圖的認定對於「使用竊盜」（furtum usus; Gebrauchsdiebstahl）與竊盜行為的界分有特別的意義，依一般見解，竊盜與使用竊盜在客觀上無從區別，兩者都是破壞他人動產之原持有而建新持有，但竊盜罪行為人主觀上有使自己或第三人居於所有人地位之不法所有意圖，但使用竊盜的行為人在犯罪行為實施時點²⁰²，主觀上則有歸還意思（Rückgabewille），故因欠缺「不法所有意圖」而不構成竊盜罪²⁰³，主觀上有無不法所有意圖，界分了可罰的竊盜與不可罰的使用竊盜。

筆者一貫主張從客觀法益秩序的違反觀點判定不法階層，依據這種客觀論述的方向，「似乎」筆者應將竊盜故意與不法所有意圖等主觀要素，從竊盜罪的不法構成要件中移至罪責階段審查，不法要素只保留實施竊盜行為而破壞他人持有與所有利益等客觀要素即足。然而如此的操作方法，將可能面臨紊亂刑法不法與罪責體系的批判：倘使採納此說，則竊盜行為與使用竊盜在不法階段將無從區別，其差別毋寧在於罪責階層有無不法所有意圖，從而使用竊盜將成為一種可以對之正當防衛的不法行為，如此則有過度擴大刑法對

²⁰¹ 林山田，刑法各罪論（上），頁327-332，2005年9月5版；甘添貴，同註110，頁49；Arzt/Weber, aaO. (Fn. 110), 13/71; NK-Kindhäuser, § 242 Rn. 69 ff.; Mitsch, aaO. (Fn. 110), § 1 Rn. 96 ff.

²⁰² 一般學理上的見解認為，行為人主觀上是基於「不法所有意圖」或是本於「歸還意圖」必須以實施犯行的時點予以判定。Vgl. Mitsch, aaO. (Fn. 110), § 1 Rn. 108.

²⁰³ 林山田，同註201，頁330；甘添貴，同註110，頁49；Johannes Wessels/Thomas Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil, Band II (BT/2), 29. Aufl., 2006, § 2 Rn. 143; Arzt/Weber, BT, § 13 Rn. 81 ff.; Mitsch, aaO. (Fn. 110), § 1 Rn. 106; Lackner/Kühl, aaO. (Fn. 110), § 242 Rn. 24.

財產保護的疑慮。

就上述對筆者見解的可能批判，其論理方向基本上是正确的，然而筆者並未主張將不法所有意圖此一主觀要素全面性地移置罪責階層，筆者毋寧主張：我國刑法第三二〇條第一項所規定的：「意圖為自己或他人不法之所有」，並非只是欠缺客觀要素對應的特殊不法要素，其毋寧同時具有客觀不法與主觀罪責兩個層面的審查機能，就此可分為三點說明。

第一，刑法絕大部分的法條僅就客觀構成要件予以規範，但我們可以透過解釋的方法，從客觀要素所對應的事實導出主觀構成要件的內容，這是一種透過客觀事件的描述掌握主觀意志內涵的解釋手法。相反地，倘若法條只具體地就犯罪施行時的主觀要件予以描述，我們也能夠透過主觀要件的對應析解出相符的行為客觀目的，竊盜罪的不法所有意圖即屬於後者。不法所有意圖除了要求行為人犯行實施時的主觀意思之外（罪責階層），還具有客觀化行為模式的功能（不法階層），亦即：必須在一般、客觀的審視上足以表現出無權限而剝奪財產利益之行為方法，才屬於竊盜行為。

第二，就客觀不法層面來看，「不法所有意圖」是一種「客觀化的行為目的」，我們可用以限制所謂「竊盜罪構成要件行為」的範圍，竊盜行為必須是客觀上破壞他人原持有、建立新持有並「表現出足以長時間破壞財物所有人所有利益」之客觀行動，進而使得原所有人難以回復基於所有人地位的使用支配狀態，才能符合竊盜罪的竊取行為。這樣的解釋方法可以在不法階層處理使用竊盜的除罪化，因為使用竊盜的行為人必須以其行動表現出有歸還動產的可能性，否則應該認為是竊盜而非使用竊盜。

上述見解乍看之下或許極為激進，但是事實上，即便實務見解未採取本文的看法，但在處理竊盜與使用竊盜區辨的案例時，往往採用同樣的判斷構想以劃定兩者間的界限，只不過實務在此的問題

意識並非「有無足以侵害所有的竊取行為」，而是「有無客觀事實證明行為人主觀上的不法所有意圖」，例如行為人最初基於使用意思而取得他人動產持有，但事後未主動歸還或直接將之棄置於難以尋覓的處所，這時實務看法傾向於否定行為人主觀上的不法所有意圖²⁰⁴。實務的這種操作方法，正因面臨到難以判定行為人主觀意思的窘境，因此發展出客觀取向的主觀不法所有意圖判斷方法。但依筆者之見，實務見解反而是表明了一個明確的立場：任何足以成罪的竊盜行為，都必須客觀上足以長期、終局性地剝奪原所有人的地位，而這也是一種對客觀行為模式的限制。

第三，不法所有意圖除了具有限定行為類型的機能外，其亦為一個罪責階層的主觀要素，行為人主觀上亦須認知他欠缺民事關係上的所有權利而終局性地剝奪持有與所有利益。

筆者的見解可以用下列實例說明之：

行為人在某年五月竊取他人的帳篷，打算使用半年，並在同年十月已不適合露營之時節返還原所有人。

本案例中行為人已經實施剝奪了原持有並建立新持有自客觀的層面來看，行為人取得持有長達半年期的使用期間，在一般經驗下，足以使得原所有人認為帳篷已經無法重新回復原先之持有，因此行為人已經構成「『足侵害財物所有利益』的竊取行為」，該當客觀不法，只要行為人主觀上對其行為有所認識，而且亦有長達半年期占用該所有物利益的主觀意思，可成立主觀罪責，行為人構成竊盜罪²⁰⁵。

²⁰⁴ 近期的判決如台灣高等法院94年上易字第1646號判決。德國實務類似的見解，參考Wessels/Hillenkamp, BT/2, § 2 Rn. 144 ff. m. w. Nachw.

²⁰⁵ 此一案例引用自Wessels/Hillenkamp, aaO., § 2 Rn. 148. 惟通說僅在本案強調主觀不法所有意圖之審查。

總結而論，竊盜罪的「不法所有意圖」僅是一種法條用字上偏向主觀層面，但實際上可以透過客觀化方式，對於竊盜罪構成要件該當行為進行限縮的行為類型描述，不法所有意圖當然有其客觀的對應要件，此即客觀上「不法所有意圖」可以類型化不同的行為方法，只有符合類型項下「足以侵害所有利益」之破壞持有行為時，行為人才會該當客觀構成要件。筆者初步認為，我國刑法分則中的諸項「特殊主觀不法要素」原則上均能以類似的方法要求其客觀的對應要件，但限於篇幅，本文只能以竊盜罪為例予以說明。

三、小 結

論述及此，以下簡單整理筆者對行為非價概念與內涵的基本構想：

(一)行為非價的概念，實質上依附於結果非價，但形式上獨立而成為有具體內涵的審查階層，此一方向亦為現代構成要件理論的基本見解。

(二)行為非價的核心乃Oehler理論中「法規範」之違反，法規範用以拘束社會成員的客觀意志行為，期待其能符合規範期待，但其效力只及於人的客觀外在行動，不及於主觀意志內涵，後者依Oehler之見僅是一種「義務規範」的違反。

(三)不法階層僅涉及客觀「法規範」，並重視意志行為的客觀社會意義與法益關聯，只需要「意志——現實化意志的客觀行動」的形式連結即可，意志之實質內涵——「故意」、「過失」的審查必須移置罪責階層。

(四)行為非價的實質內涵是：依行為時的客觀事實，足認該行為實施將引發法益侵害實現的一般性危險，而且該行為已逾越社會常態的容許界限。

(五)筆者反對在構成要件審查「特殊主觀不法要素」，主張其具有雙重功能，除了客觀不法中以「客觀化行為目的」之方法，限定構成要件行為的侵害類型，還包括在罪責階層判定行為人有無相關的主觀目的認識。

伍、結語

從古典時代純粹的客觀不法理論，到現代刑法學綜合目的理論、客觀歸責理論所形塑的不法體系，「行為非價／結果非價」這一對雙生概念組，始終扮演著極為重要的角色，我們甚至可以說，如果沒有Welzel從「行為——法益實害」的因果串連中分解出行為非價的概念，今日德國、我國刑法學根本不可能有這麼豐富的繁衍與發展。

本文不完全贊同Welzel與諸多後續的發展，特別是過快地將主觀、個人的要素納入不法階層考量，筆者毋寧主張一種獨立客觀行為非價、同時強化結果非價機能的客觀不法論，故意、過失等主觀不法要素必須回歸至罪責階層，而意圖犯之意圖則具有客觀不法與主觀罪責的雙重內涵。

無從否認的是，筆者的想法確實有著復古而求新的傾向，本文的撰寫只是這種新方向的起點，用以勾勒一個基本的理論大綱，在本文中仍有許多細微、枝節的解釋學問題留待更細緻的處理²⁰⁶，而這也是筆者在下一個階段將關懷的主要議題²⁰⁷。

²⁰⁶ 例如行為不法與近來通說之客觀歸責理論的關係、過失犯和阻卻違法事由如何與本文的不法體系整合，甚至是否要放棄阻卻違法事由的主觀要素等等。

²⁰⁷ 匿名審查人認為，如果刑法是「法益保護法」，而法益侵害已經是過去發生的事，如果考量刑罰施予時，「只」著眼過去的侵害，時間上恐怕過遲，也無法有效保護法益。此一質疑涉及對犯罪體系與刑事政策的關係，筆者初步

的看法如下：(1)犯罪成立的要件，一定是某個過去的事件，未來的行為不可能成立犯罪，否則將悖離行為刑法的本旨；(2)刑罰的科予是未來的事情，要如何判定刑罰重輕，刑事政策或預防必要性某程度上是無可迴避的考量要素；(3)匿名審查人的意見，似乎傾向將「犯罪成立」與「刑罰科予」合併觀察，亦即，因為刑罰是對未來作用，因此犯罪成立的範圍也要兼慮「未來的」法益保護效果；(4)然而，對筆者個人而言，犯罪成立與刑罰效果應該嚴密切割，犯罪成立應該嚴守過去利益侵害的立場，否則可罰性範圍會過度擴張，但刑罰科予可以考量未來的作用，但其前提是過去有可歸責的法益侵害事件。依筆者之見，刑法是法益保護法的意義，應理解為：因為「過去」有可歸責的法益侵害，使得「現在」產生秩序上的不安感，致使我們必須透過「未來」的刑罰施予回復秩序的不安定，基此，以過去法益受害事件為標準的犯罪成立（可罰前提），以未來法秩序之安定為標準的刑事政策需求（處罰內容），是兩個必須區別的論理對象。

參考文獻

一、中 文

1. Thomas Würtenberger著，蔡墩銘譯，德國刑法學的現狀，1968。
2. 王安異，刑法中的行為無價值與結果無價值，東吳法律學報，16卷1期，頁45-88，2004。
3. 甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，修訂初版，2006。
4. 甘添貴，體系刑法各論第2卷，修訂再版，2008。
5. 余振華，論違法性之本質，載：刑法違法性理論，頁63-87，2001。
6. 林山田，刑法各罪論（上），5版，2005。
7. 林山田，刑法各罪論（下），5版，2006。
8. 林山田，刑法通論（上），10版，2008。
9. 林東茂，刑法綜覽，5版，2007。
10. 林鈺雄，新刑法總則，2006。
11. 柯耀程，刑法總論釋義——修正法篇（上），2005。
12. 陳子平，刑法總論（上），2005。
13. 陳子平，新修定刑法總則之理論基礎——第三章「未遂犯」，載：刑與思——林山田教授紀念論文集，頁207-246，2008。
14. 許玉秀，犯罪階層理論（上），台灣本土法學雜誌，2期，頁12-32，1999。
15. 許玉秀，犯罪階層理論（下），台灣本土法學雜誌，3期，頁52-69，1999。
16. 許玉秀，實質的正犯概念，載：刑法的問題與對策，修訂再版，頁1-64，2000。
17. 許玉秀，刑罰規範的違憲審查標準，載：民主·人權·正義——蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集，頁365-413，2005。
18. 張麗卿，刑法總則理論與應用，修訂3版，2007。
19. 黃榮堅，「未遂犯」之基本邏輯——評刑法未遂概念相關之修正，台灣本土法學雜誌，68期，頁113-130，2005。
20. 黃榮堅，基礎刑法學（上），3版，2006。
21. 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，頁339-410，2006。

22.蘇俊雄，刑法總論II，修訂版，1998。

二、外 文

1. Arzt, Gunter/Weber, Ulrich, Strafrecht Besonderer Teil (BT), 2000.
2. Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang, Strafrecht Allgemeiner Teil (AT), 11. Aufl., 2003.
3. Engisch, Karl, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931.
4. Engisch, Karl, Der finale Handlungsbegriff, in: Eduard Kohlrausch-FS, 1944.
5. Engisch, Karl, Bemerkungen zu Theodor Rittlers Kritik der Lehre von den subjektiven Tatbestands- und Unrechtselementen, in: Theodor Rittler-FS, 1957.
6. Frisch, Wolfgang, Vorsatz und Risiko, 1983.
7. Frisch, Wolfgang, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges, 1988.
8. Frisch, Wolfgang, Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion und zur Problematik der objektiven Zurechnungslehre, GA 2003.
9. Fukuda, Taira, Vorsatz und Fahrlässigkeit als Unrechtselemente. Eine Studie zum personalen Unrecht, ZStW 71 (1959).
10. Gallas, Wilhelm, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, in: Paul Bockelmann-FS, 1979.
11. Goldschmidt, James, Der Prozess als Rechtslage, 1925.
12. Gössel, Karl Heinz, Das Rechtsgut als ungeschriebenes strafbarkeitseinschränkendes Tatbestandsmerkmal. Zugleich ein Versuch über das Verhältnis von Rechtsgut, Tatbestand und Norm, in: Dietrich Oehler-FS, 1985.
13. Greco, Luís, Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: Zum „Problem“ des Sonderwissens, ZStW 117 (2005).

14. Hegler, August, Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs, in: Reinhard Frank-FG, Band I, 1930.
15. Henckel, Hans, Der Gefahrbegriff im Strafrecht, Breslau 1930.
16. Hippel, Robert von, Deutsches Strafrecht, 2. Bd., Berlin 1930.
17. Hirsch, Hans Joachim, Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, in: ders., Strafrechtliche Probleme, 1999.
18. Hirsch, Hans Joachim, Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Teil II), in: ders., Strafrechtliche Probleme, 1999.
19. Hirsch, Hans Joachim, Konkrete und Abstrakte „Gefährungsdelikte“, in: ders., Strafrechtliche Probleme, 1999.
20. Hirsch, Hans Joachim, Untauglicher Versuch und Tatstrafrecht, in: Claus Roxin-FS, 2001.
21. Hirsch, Hans Joachim, Handlungs-, Sachverhalts- und Erfolgswert, in: Dieter Meurer-GS, 2002.
22. Jakobs, Günther, Strafrecht Allgemeiner Teil (AT), 2. Aufl., 1991.
23. Jakobs, Günther, Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung, in: Ulfrid Neumann u.a. (Hrsg.), Verantwortung in Recht und Moral, 2000.
24. Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil (AT), 5. Aufl., 1996.
25. Kaufmann, Armin, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik, 1954.
26. Kaufmann, Armin, Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, in: ders., Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, 1982.
27. Kaufmann, Armin, Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf, in: ders., Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, 1982.
28. Kratzsch, Dietrich, Prävention und Unrecht – eine Replik, GA 1989.
29. Krauß, Detlev, Erfolgswert und Handlungswert im Unrecht, ZStW 76 (1964).

30. Krümpelmann, Justus, Über die zeitliche Struktur einiger Zurechungsurteile, in: Otto Triffterer-FS, 1996.
31. Lackner, Karl/Kühl, Kristian, Strafgesetzbuch Kommentar (zit. StGB), 26. Aufl., 2007.
32. Liszt, Franz von/Schmidt, Eberhard, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Nachdruck der 26. Aufl., v. 1932.
33. Löffler, Alexander, Unrecht und Notwehr, Prolegomena zu einer Revision der Lehre von der Notwehr, ZStW 21 (1901).
34. Lüderssen, Klaus, Erfolgzurechnung und „Kriminalisierung“. Die Jurisprudenz vor der Toren der Soziologie – Forschungsfragen an Adresse der Kriminologen, in: Paul Bockelmann-FS, 1979.
35. Maiwald, Manfred, Die Bedeutung des Erfolgsunwertes im Unrecht Die Bedeutung des Erfolgsunwertes im Unrecht – Der Einfluss der Verletztenposition auf eine dogmatische Kategorie, in: Heinz Schöch (Hrsg.), Wiedergutmachung und Strafrecht, 1987.
36. Mayer, Max Ernst., Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 1915.
37. Merkel, Adolf, Zur Lehre von den Grundeintheilungen des Unrechts und seiner Rechtsfolgen, Kriminalistische Abhandlungen Band I, 1867.
38. Meyer, Jürgen, Kritik an der Neuregelung der Versuchsstrafbarkeit, ZStW 87 (1975).
39. Mezger, Edmund, Die subjektiven Unrechtselemente, GS 89 (1924).
40. Mezger, Edmund, Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik, 1960.
41. Mezger, Edmund, Strafrecht Allgemeiner Teil Studienbuch (AT), 9. Aufl., 1960.
42. Mitsch, Wolfgang, Strafrecht Besonderer Teil 2, Teilband 1, 2. Aufl., 2003.
43. Münzberg, Wolfgang, Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung, 1966.
44. Mylonopoulos, Christos, Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht, 1981.

45. Nagler, Johannes, Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit, in: Karl Binding-FS, Band II, 1911.
46. Oehler, Dietrich, Der materielle Gehalt der strafrechtlichen Rechts- und Pflichtnormen, in: Wilhelm Sauer-FS, 1949.
47. Oehler, Dietrich, Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung, 1959.
48. Otter, Klaus, Funktionen des Handlungsbegriffs im Verbrechenbau?, 1973.
49. Prittwitz, Cornelius, Das deutsche Strafrecht: Fragmentarisch? Subsidiär? Ultima Ratio? Gedanken zu Grund und Grenze gängiger Strafrechtsbeschränkungspostulate, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt am Main (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, 1995.
50. Renzikowski, Joachim, Normentheorie und Strafrechtsdogmatik, in: Robert Alexy (Hrsg.), Juristische Grundlagenforschung, ARSP Beiheft 104, 2005.
51. Rittler, Theodor, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1954.
52. Roxin, Claus, Finalität und objektive Zurechnung, in: Armin Kaufmann-GS, 1989.
53. Roxin, Claus, Über den Strafgrund des Versuchs, in: Haruo Nishihara-FS, 1998.
54. Roxin, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II (AT/2), 2003.
55. Roxin, Claus, Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit, ZStW 116 (2004).
56. Roxin, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I (AT/I), 4. Aufl., 2006.
57. Rudolphi, Hans-Jochim, Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre, in: Reinhart Maurach-FS, 1972.
58. Samson, Erich, Das Verhältnis von Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Strafrecht, in: Gerald Grünwald-FS, 1999.
59. Schaffstein, Friedrich, Handlungsunwert, Erfolgsunwert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten, in: Hans Welzel-FS, 1974.

60. Schild, Wolfgang, Zurechnung zum Verhaltensrecht, in: Günther Jakobs-FS, 2007.
61. Schroeder, Friedrich-Christian, Das Strafgesetz zwischen Tatvergeltung und Verhaltensverbot, in: Harro Otto-FS, 2007.
62. Schünemann, Bernd, Über die objektive Zurechnung, GA 1999.
63. Sieverts, Rudolf, Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht, 1934.
64. Spendel, Günter, Zur Notwendigkeit des Objektivismus im Strafrecht, ZStW 65 (1953).
65. Spendel, Günter, Zur Neubegründung der objektiven Versuchstheorie, in: Ulrich Stock-FS, 1966.
66. Spendel, Günter, Der Begriff des Unrechts im Verbrechenssystem, in: Ulrich Weber-FS, 2004.
67. Stratenwerth, Günter, Handlungs- und Erfolgswert im Strafrecht, SchwZStr 79 (1963).
68. Stratenwerth, Günter, Zur Relevanz des Erfolgswerts im Strafrecht, in: Friedrich Schaffstein-FS, 1975.
69. Stratenwerth, Günter/Kuhlen, Lothar, Strafrecht Allgemeiner Teil I (AT/I), 5. Aufl., 2004.
70. Triffterer, Otto, Die „objektive Voraussehbarkeit“ (des Erfolges und des Kausalverlaufs) – unverzichtbares Element im Begriff der Fahrlässigkeit oder allgemeines Verbrechenselement aller Erfolgsdelikte?, in: FS-Paul Bockelmann, 1979.
71. Weber, Hellmuth von, Zum Aufbau des Strafrechtssystems, 1935.
72. Wegner, Arthur, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1951.
73. Welzel, Hans, Besprechung des Buchs von Herbert Rauch: „Die klassische Strafrechtslehre in ihrer politischen Bedeutung“, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 97 (1937).
74. Welzel, Hans, Um die finale Handlungslehre. Eine Auseinandersetzung mit ihren Kritikern, 1949.

75. Welzel, Hans, Das neue Bild des Strafrechtssystems, 4. Aufl., 1961.
76. Welzel, Hans, Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung (LB), 9. Aufl., 1965.
77. Welzel, Hans, Kausalität und Handlung, in: ders., Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975.
78. Welzel, Hans, Über Wertungen im Strafrecht, in: ders., Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975.
79. Welzel, Hans, Studien zum System des Strafrechts, in: ders., Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975.
80. Welzel, Hans, Persönlichkeit und Schuld, in: ders., Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975.
81. Welzel, Hans, Über den substantiellen Begriff des Strafgesetzes, in: ders., Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975.
82. Welzel, Hans, Über die ethischen Grundlagen der sozialen Ordnung, in: ders., Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975.
83. Wessels, Johannes/Hillenkamp, Thomas, Strafrecht Besonderer Teil, Band II (BT/2), 29. Aufl., 2006.
84. Wolter, Jürgen, Konkrete Erfolgsgefahr und konkreter Gefährerfolg im Strafrecht – OLG Frankfurt, NJW 1975, 840, JuS 1978.
85. Wolter, Jürgen, Objektive Zurechnung und modernes Strafrechtssystem – ein normtheoretischer Beitrag zum „Risikoprinzip“ von Claus Roxin und zur „Wesentlichkeit von Kausalabweichung“, in: Gimbernat/Schünemann/Wolter (Hrsg.), Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte, 1995.
86. Zielinski, Diethart, Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff, 1973.

“Valuelessness” of Conduct and Consequence: Research on Theories of “Criminal Illegality”

Heng-da Hsu^{*}

Abstract

This article explores both important terms in German and Taiwanese criminal law theories: “valuelessness of conduct” (Handlungsunwert) and “valuelessness of consequence” (Erfolgsunwert), analyzing their origins, changes and developments since the 1970s. Through the review of German theories, the author suggests an objective-oriented theory based on actual damages and dangers of interests.

Keywords: Handlungsunwert, Erfolgsunwert, Unrechtslehre, Finale Handlungslehre, Normentheorie.

^{*} Assistant Professor, Department of Law, National Taipei University; Dr. iur., Frankfurt University, Germany.

Received: March 6, 2009; accepted: June 1, 2009