

利益衡量與刑法之犯罪判斷

高金桂 著

學術論文集



元照出版

D90/306

2003

利益衡量與刑法之犯罪判斷



高金桂 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

利益衡量與刑法之犯罪判斷 / 高金桂著.-- 初
版.-- [嘉義縣民雄鄉]: 高金桂出版; 臺
北市: 元照總經銷, 2000 [民 90]
面; 公分

ISBN 986-99967-7-9 (精裝)

1. 犯罪

585.14

90022916

利益衡量與刑法之犯罪判斷

5D20GA

2003 年 2 月 初版第 1 刷

作 者	高金桂
出版者	高金桂
總 經 銷	元照出版有限公司 100 臺北市館前路 18 號 5 樓
網 址	www.angle.com.tw
定 價	新臺幣 320 元
訂閱專線	(02)2375-6688 轉 166 (02)2370-7890
訂閱傳真	(02)2331-8496
郵政劃撥	19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號: 局版臺業字第 1531 號

ISBN 986-99967-7-9

序

近代法律現代化及世俗化的過程，也就是法律規範目的及內容理性化的過程。人類的社會生活本質，即在追求利益，包括物質的利益及抽象或理想的利益，俾能提高生活的品質及品味。理性化的法律規範，必須正視人的需求及社會行為的本質，促使人民的社會生活在社會秩序中成為可能。刑法也不例外，雖屬干涉性及強制性極為強烈的法律，其規範設定之目的，是在保護法益。

由於利益之需求及分配狀態的差異，人們在追求利益的過程中，難免會發生衝突，法律之規制，即在預防利益衝突，或對既已發生之衝突公正地加以釐清，以便回復法秩序的和平狀態。這些目的，創設了法律，因此，若謂利益衝突為法律肇生根源，並不為過。而解決利益衝突，即經由利益衡量為之。

立法者於制定刑法時，即已在其能掌握之範圍內，將利益衡量引進構成要件該當性、違法性及其他可罰性要件，加以思考權衡，使刑法能維護最佳的利益。於法律適用階段，特別是違法性之判斷時，法律適用者（法官、檢察官、律師）常須就涉及利益衝突之案件，為具體的利益衡量。利益衡量是一種法學方法，其作用貫穿了整個法律體系，刑法自不例外。利益衡量之作用，最明顯的就是在違法性的判斷。經由利益衡量之考察，刑法學說及實務上尚發展出一系列之超法規阻卻違法事由。即使是在較晚近發展之客觀歸責理論，也隱約可以看到利

益法學之身影。

利益法學是對傳統概念法學及純法學理論之反動，並朝向目的法學及評價法學發展，其功能在於使立法者避免非理性的立法，使法律適用者能在違法性做實質的判斷，使法律貼近生活而免於僵化。本文之目的，即在論述利益衡量對刑法犯罪判斷之作用。實則，利益衡量對刑事訴訟法之構造亦有不可忽視的作用，但不在本文討論之內。作者對本文之內容，思考固已良久，但寫作倉促，內容難免不周，只祈有拋磚引玉之效。最後，要感謝學棣呂秉翰及巫嘉惠在打字、校對上之辛苦協助，以及元照出版公司的極力配合。

高金桂

2002年12月1日

於中正大學犯防系

作者簡介

高金桂

學 歷

臺灣師範大學教育學士
中央警察大學法學碩士
德國維爾茲堡大學哲學博士

曾 任

中央警察大學講師、副教授
國立中正大學犯罪防治研究所教授

現 任

國立中正大學犯罪防治系教授

目 錄

序

第一章 導 論

- | | | |
|-----|----------------|----|
| 第一節 | 法規範之理性化..... | 3 |
| 第二節 | 價值理性與目的理性..... | 7 |
| 第三節 | 理性原則之放射效力..... | 12 |

第二章 利益法學之發展

- | | | |
|-----|-----------------|----|
| 第一節 | 概念法學與純法學理論..... | 19 |
| 第二節 | 利益法學與目的法學..... | 27 |
| 第三節 | 法學上的杜賓根學派..... | 34 |

第三章 利益衡量之意涵

- | | | |
|-----|----------------|----|
| 第一節 | 法益之意涵..... | 39 |
| 第二節 | 利益之意涵..... | 47 |
| 第三節 | 利益衝突與利益衡量..... | 54 |

第四章 利益與刑事立法

第一節	利益及價值判斷與刑事政策	69
第二節	法益之發現與創造	75
第三節	法益之文化及價值關聯性	81

第五章 利益衡量與構成要件該當性

第一節	構成要件該當性與價值判斷	89
第二節	利益衡量與客觀構成要件	98
第三節	利益衡量與主觀構成要件	105

第六章 利益衡量與阻卻違法事由

第一節	違法性概說	111
第二節	利益衡量與法定阻卻違法事由	119
第三節	利益衡量與個別阻卻違法事由	128
第四節	利益衡量與超法規阻卻違法事由	137

第七章 利益衡量與其他可罰性要件

第一節	利益衡量與罪責	149
第二節	利益衡量與其他可罰性要件	152
第三節	利益衡量與訴訟要件	156

第八章 利益衡量之運用：以言論自由權與人格權之衝突為例

第一節	言論自由權之意涵	165
第二節	人格權之意涵	174
第三節	言論自由權與人格權之衝突	180
第四節	基本權限制之理論	188
第五節	利益衡量在實務上之運用	193

第九章 結 論

第一節	利益衡量之基本觀點	213
第二節	利益衡量之實用性	217

參考書目	221
------------	-----

名詞索引	227
------------	-----

第一章 導 論

第一節 法規範之理性化

- 一、人類生活之本質
- 二、法規範之理性化提升理論
- 三、與目的法學之關係

第二節 價值理性與目的理性

- 一、價值理性
- 二、目的理性
- 三、對韋伯法社會學理論之檢討

第三節 理性原則之放射效力

- 一、國家之目的與任務
- 二、法律之功能
- 三、理性原則適用於整體法律體系

第一節 法規範之理性化

一、人類生活之本質

「人的生活原則就是利。所謂利，就是好處。所謂好處，就是能夠使人覺得愉快的一種狀態。……問題只是在於，技術上如何使人生活得更愉快，以及價值判斷上如何分配人與人間爲了得到一個愉快的生活而應付出的成本。責任的分配，就是成本的分配，就是利益的分配。」¹這是刑法學者黃榮堅教授在其論著「刑法問題與利益思考」中所提出的基本思考模式，且此等思考模式似乎也貫穿了其所著之許多論述，隱約之中可看出作者有意將此等思考模式提升爲刑法上之法學方法，饒富意味。

德國法學文獻上，「法益」(Rechtsgüter)與「利」(Güter)常混合使用，而在涉及法規範內容或目的時，「保護之法益」(geschütztes Rechtsgut或Rechtsgüterschutz)與「保護的利」(Schützgut)也常交互使用。²而在涉及權利、利益或義務衝突時，所發展出來的法律判斷原則，也以不同的概念出現，包括法益衡量(Güterabwägung)及利益衡量(Interessenabwägung)，³其中法益衡量，文義上是「利的衡量」，但觀諸文獻上對其意涵之解說，多以形式上法定刑之輕重及行爲所侵害之法益價值的優越性爲衡量的基準，故，「法益的衡量」與「利的衡量」實

¹ 黃榮堅：刑法問題與利益思考，月旦，1995，序言。

² Vgl. Jörn Ipsen: Staatsrecht II (Grundrechte) (4.Aufl.), 2001, S.66.

³ Fritjof Haft: Strafrecht AT (4.Aufl.), 1990, S.87.

質上並無從區分。⁴由前述可知，法益與利的字根均為Gut，而該字根原含有占有、財產權、有價物、無非難之可能性、無倫理道德或法律上非難之可能性……等意涵。因而，法益應係指個人於社會生活中，於無倫理、道德及法律上非難可能性之下所能享有或主張之利益，這樣的利益，可為自己帶來快樂，也可能同時為他人帶來快樂（或利益），但至少不能對他人帶來痛苦。法規範，係針對人類行為之規範或引導之準則（含禁止規範或命令規範），其規範內容之合法性或正當性的基礎，即對個人及社會整體帶來利益，或至少維持損益之衡平性。

二、法規範之理性化提升理論

德國法社會學者韋伯（Max Weber）曾提出「法律理性化提升理論」（These von der zunehmenden Rationalität des Rechts），認為法規範之發展史，是從偉人魅力型之法律宣示、預言式的法律及神諭之法律朝向專業的法律發展，亦即：從原始之法律的非理性，歷經政教合一及父權社會之實質理性，而朝向邏輯理性（形式理性）發展，而法律之理性化及專業化之極致即是嚴謹的演譯方法（deduktive Strenge）及邏輯的化約（logische Sublimierung）之使用。⁵就此而論，韋伯似乎心儀邏輯實證主義之概念法學（Begriffsjurisprudenz），視其為法律理性化之最終目的，而與現今之利益法學或評價法學（Interessen-oder Wertungsjurisprudenz）有所偏離；但，其論述中有關形式

⁴ 德國帝國法院時期使用「法益衡量」之概念，但其後在實務及學說上多以「利益衡量」替代之。

⁵ Max Weber: Rechtssoziologie, hrsg. von J. Winckelmann, 1989, S.227.

理性與實質理性之對立狀態，對當今法學之啓示，即法律應有所彈性，但不得忽略形式上之法安定性（即法律適用之預見可能性），全然的形式理性不利於實質正義的需求，全然的實質理性則可能危及法安定性。⁶

就韋伯之見解而言，法律之理性化，是指法規範之去神祕化（*Entzauberung*）、世俗化（*Säkularisierung*）及常民化（*Profanierung*）。⁷韋伯又依法律之理性化程度之不同，區分爲：（一）形式非理性（*formal irrational*），例如，立法者或法官只聽命於神示；（二）形式理性（*formal rational*），即法律全然立基於一般可理解的構成要件要素，一方面，於法條文句之適用時應回歸構成要件之外在特徵，另一方面，不能脫逸法律概念之抽象及邏輯的意涵；（三）實質理性（*material rational*），此與形式理性不同，指法律適用應參酌一般化的行爲準則，又可區分爲價值理性（*wertrational*）及目的理性（*zweckrational*）；價值理性，指法律適用應參酌倫理、美學、宗教及其他類似之價值；目的理性，指法律適用應具有目的，即針對他人的行爲或特定事物加以影響，俾能有助於預期目的之實現。⁸依韋伯之論，法律史是朝向形式理性發展，形式理性（或概念法學）是法律理性化之終極，並將自由法學派（自由法理論容許法官造法）歸類爲非理性主義者。⁹

⁶ Manfred Rehbinder: *Rechtssoziologie* (2.Aufl.), 1989, S.130.

⁷ Thomas Raiser: *Rechtssoziologie*, 1987, S.340.

⁸ Max Weber: *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1985, S.12 ff. Raiser, a.a.o. S.84.

⁹ Raiser, a.a.o. S.84ff.

三、與目的法學之關係

韋伯曾承襲了耶林 (Rudolf v. Jhering) 的目的法學思想，¹⁰ 並進一步加以發展。依耶林之論，法律之目的，在於維護社會生活之條件，其理論是屬於社會功利主義 (soziologisch-utilitaristisch) 的法學理論，以目的及價值理性 (Zweck-und Wertrationalität) 為主要特徵，而揚棄了邏輯及心理學角度之分析。¹¹ 韋伯有關法律實質理性之論點，與耶林的思想在精神上完全一致，但其又何以法律理性化發展之終極是形式理性 (強調法律之形式構成要件及抽象邏輯的意涵)？又韋伯為何不會試圖將形式理性與實質理性、實質正義 (個案正義) 與法安定性之間的矛盾加以調合？實為令人不解的問題。但無論如何，從耶林到韋伯之法學思想，將法規範之價值視為手段上之實用性 (instrumentale Nützlichkeit)，視為有意識之社會目的的實現，實為法學上值得深思的議題。韋伯將價值理性及目的理性加以切割，就法規範之理性化原則而言，似無必要。觀其內容，法規範之價值理性及目的理性實質上具有內涵上之同一性。毋寧說，價值理性及目的理性之內涵若同樣涉及價值關聯性，且同樣皆以維護社會生活之條件或社會成員之福祉為目的，則價值理性與目的理性可合而為一，且將價值理性視為目的正當性之實質內容。若經價值理性之檢驗合格，法規範之目的具有正當性，吾人仍應進一步檢驗，實現法規範目的所採取之手段，是否合乎理性原則。於此，吾人所應考量者，含：(→)手段是否

¹⁰ 耶林在1923年曾出版「法律之目的」(Der Zweck im Recht)一書。

¹¹ Arthur Kaufmann u. Winfried Hassemer: Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart (5.Aufl.), 1989, S.113.

有助於正當目的之實現；(二)目的實現所形成之利益與手段所形成之損害，經衡量之後，是否合乎功利主義之原則。就此而論：

- 1.若目的不正當（例如有害無利），則任何實現該目的之手段均因違反理性原則而欠缺正當性；
- 2.若目的具有正當性，但實現目的之手段，所形成之損害多於實現目的之利益，則該手段行為因違反理性原則而欠缺正當性；
- 3.若目的具有正當性，且實現目的行為所形成之損害少於實現目的之利益，則該手段行為具有正當性。抽象之法規範的理性化，實係經由法益、利益或價值衡量原則而加以具體化。

第二節 價值理性與目的理性

一、價值理性

韋伯於法社會中所稱之價值理性，指法規範之設定及適用應具有價值的關聯性，即在於實現倫理、美學、宗教或其他價值（按：應可包括文化價值或社會價值）；而目的理性，指法規範之適用，應針對社會成員之行為加以影響，使其行為能有助於特定結果之實現，就此而論，目的理性也許較適用於說明立法內容的妥當性，亦即，立法不能脫逸社會價值，甚至於應積極實現社會價值，故立法者於設定法律時，應觀照法外之社會價值、文化價值或倫理價值。法社會學者艾爾利希（Eugen Ehrlich）認為法律是人類生活秩序（*Lebensordnung der Menschen*）之形構，而非決定於國家或法官，法律只是社會規範之一種特別形式（*Sonderart sozialer Normen*），法律絕對不

能基於少數人之動機而加以創設，並從而強迫他人服從；換言之，法規範之內容，只有為多數人所認可時，人民方能自願加以遵守，此即「生活法」（*lebendes Recht*）之概念。¹²故法規範只有與世俗化或普遍化的社會價值、文化價值或倫理價值相容，方具有規範人類生活秩序之意義，也因而才能形成法之實效性（*praktische Effektivität*）。

二、目的理性

依韋伯的觀點而言，法律或社會行為之目的理性，是以目的（*Zweck*）、手段（*Mitteln*）及附帶結果（*Nebenfolgen*）為導向，甚至是在手段與目的之間、目的與附帶結果之間、及各種不同目的之相互間，相互為理性的衡量，而排除情感或神秘的色彩。在相互競合或衝突之各種目的及結果之間經由衡量而形成決定，可以以價值理性為導向，這樣的行為就其手段而言即合乎目的理性。價值理性之取向與目的理性之取向，可能存在變異性之關係，就目的理性之觀點而言，價值理性總是朝向「絕對的價值」而提升（*zum absoluten Wert steigert*），反而形成非理性；因為，絕對的價值只是純然考量純粹良知、美、絕對的利、絕對的合義務性（*absolute Pflichtmäßigkeit*）等之本然價值或內在價值（*Eigenwert*），而較少顧慮到行為之結果；就此而論，絕對的目的理性在本質上只是一種結構上的邊際案例。¹³

¹² Raiser, a.a.o. S.71.

¹³ Raiser, a.a.o. S.71.

Weber: *Wirtschaft und Gesellschaft*, a.a.o. S.13.