構成要件結果外之實質損害與量刑

文／李嘉興

壹 前言

對刑事法學者而言，在過去，量刑未被重視。但無論如何細膩解說或演繹犯罪論及刑罰論，若在最終之量刑結論上，不能形成合理的量刑結論，就犯罪論及刑罰論之解說可以說是空談。刑法第 57 條雖規定量刑時應以行為人之責任為基礎，及應審酌之量刑因素，但量刑因素應如何選定及評價，從上開規定未必能獲得明確之答案。例如在財產上犯罪，是否應區分為是經濟狀況較佳者對貧窮之人犯罪，或取走之財物是被害人多餘之財物，或是行為人相當富有，卻仍從事財產上犯罪，抑或所取走者是其所必要之物品？財力普通之人犯財產上之犯罪時又如何？因此，學者謂量刑是犯罪論與刑事責任論的縮影[1]，洵屬的論。審判實務上，「類似案件」間之量刑參差零落，差異性甚大，且除了無期徒刑及死刑外，絕大多數之量刑，就有關知識程度等量刑事實亦僅記載稱：被告之教育程度為高中畢業，從事鐵工、家有妻女等語，就所舉量刑事實，究應如何評價，例如知識程度高者應一律從重量刑或從輕？未曾置一詞，幾致上訴審無從為量刑審查。

司法院為追求量刑之公平、透明及合理妥適，設立「刑事案件量刑委員會研議委員會」[2]；研議「量刑基本法」[3]；訂頒「刑事案件量刑審酌事項參考手冊」，及持續開發「量刑資訊系統」、「量刑趨勢建議系統」等，可以說是啟動了一場量刑革命。

貳 量刑法上之責任主義

刑罰之裁量，審判實務[4]及學說上泛稱「量刑」，刑法典及刑事訴訟法則稱為「科刑」[5]，以下或稱科刑或稱量刑，並無不同之意義。何謂科刑，範圍有廣狹之分，無論如何，量刑可說是法院依法定程序及法定基準，決定判決主文之法律效果之活動，有程序面及實體面之訴訟活動，且程序上先行的是科刑因素的調查選取及辯論。

刑之量定，除應依循比例、平等、禁止不當聯結、禁止雙重評價[6]等原則外，應以刑法第 57 條為基準，學理上稱之為量刑法上之責任主義，責任主義除了在「量」上，有限制國家刑罰權之機能，與「罪責相當或均衡原則」同義外，尚有就科刑因素為「質」的限制之機能，亦即縱使基於刑事政策上之考量，允許審酌與犯罪無直接關聯性之量刑事實，但並非可以毫無限制，仍須受到行為責任主義之制約[7]。

參 構成要件結果以外之實質被害結果與量刑事實之界限

責任主義尚有就量刑因素為「質」的限制機能，已如前述，除被害人等被害感情外，在社會上發生駭人聽聞之殺人等案件，在科刑時常以對「社會治安影響」作為其中一項科刑因素[8]，在所謂「小燈泡」案件，事實審法院亦以：被告之行為破壞社會治安至深且鉅[9]，作為實質之量刑因素。此外，在殺人未遂案件，被害人支出鉅額之必要費用，陷入「破產狀態」；被害人遭受恐嚇致心生畏懼，而「自殺身亡」或造成「創傷症候群」；轉讓第一級毒品予他人，該他人回家後因過量施用以致死亡之結果；妨害性自主案件，被害人在偵查或法庭接受詰問後引發之「創傷」等事實，於量刑之際，可否援為量刑因素？上開事實，均係構成要件外之實質被害結果，採為量刑事實，是否會不當擴大可罰性之範圍，透過量刑程序處罰法律所不處罰之事實，形成「間接處罰」之效果，違反罪刑法定主義，削弱人權保障之機能的疑慮，如採肯定之見解，根據為何？更具體的說，刑法第 57 條第 9 款所稱「犯罪所生之危險或損害」之內涵為何？此亦為啟動被害人訴訟參加制度及現今司法當局重視量刑之際，應一併思考之課題。

上開課題並非我國所獨有，日本最高裁判所也在一件被告等從海中撈起魚雷，而持有該魚雷之違反火藥類取締法案件，被告等於數日後，將該魚雷出售給他人，買受人在拆解過程中，引起魚雷爆炸，造成解體從業者、買受人之家屬等 7 人死亡，數人輕重傷，更進而造成工廠及附近之住家 15 戶全毀，12 戶半毀，小型船 1 艘全毀，2 艘嚴重毀損，引發毀損及傷亡等事實，可以援為量刑之因素[10]。德國亦發生被告駕駛貨車搭載離家出走的少女，到人跡罕至之森林，想誘姦該少女但被拒，乃喝令強制該少女下車，於即將驅動貨車前進時，少女又坐上與牽引車相連結位置上，嗣貨車起動時不慎跌落在地，遭隨後跟來的車輛輾壓死亡，被告遭強制罪起訴，引發少女之死亡是否得於強制罪中作為量刑事實之審酌[11]。

肆 規範保護目的論

日本最高裁判所就魚雷爆炸致人於死傷及毀損案件，以火藥類取締法第 21 條、第 59 條之規定，禁止持有火藥類，處罰其違反行為是為了防止因火藥類造成災害，確保公共安全。如原判決所認定，在被告等所持有之火藥類若不為讓渡，就不會緊接著發生被認定的災害，將由該火藥類所發生之災害結果，作為火藥類持有罪之量刑的一個因素，絲毫沒有不妥當，且不能認為違法。最高裁判所亦認為構成要件所保護之法益以外之法益亦得作為量刑事由。

德國聯邦法院於 1957 年 4 月 8 日刑事大法庭之裁定認為，刑罰法規不僅是以法律禁止特定結果之發生，也將在通常情形與結果之發生有相關之「不特定之結果」作為保護國民之目標，行為者因違法行為有責引起之危險，即使是對法律上構成要件未規定之不特定侵害結果，可歸責於行為人，行為人認識伴隨著構成要件結果之實現對其他法益的危險，或是有認識的可能時，關於引起那樣的一般危險狀態，可以非難行為人。其次，在量刑歸責要件和在犯罪論之責任要件不一定要相同。在量刑，為達成對犯罪行為人所科處之刑，符合責任主義之目的，有責引起蘊含危險狀態之人，從所蘊含危險之狀態發生某種結果時，是允許對該結果追究責任的[12]。

德國其後修正刑法第 46 條第 2 項已明文規定應審酌「可歸咎之行為影響」。則構成要件結果以外之結果應加審酌，固無疑問。然依上開刑法規定必須是可歸責於行為人。依上開裁定指出之重點，至少關於使構成要件以外結果發生危險性必須有預見可能性，但關於具體上發生怎麼樣的結果，並不要求有具體預見的可能性。

規範保護目的論亦有稱之為「構成要件保護範圍論」，此一理論是將量刑上「構成要件外之結果」限定在構成要件所要保護範圍內之結果。也就是因為具有因果性犯罪行為引起之利益侵害結果，是該當構成要件也是以保護該利益為限，始得作為量刑因素。例如經營商店之 A 隱匿已經不能按照期限付款之情事，使往來廠商 B 交付大量之商品，之後 A 破產，B 也陷入破產並罹患精神病而舉槍自殺。B 之妻受到上開衝擊而神經衰弱並流產之案例，假如採用財產犯罪所保護範圍，為財產上之侵害之較為狹義的解釋時，雖然可以審酌 B 之破產，但是其後 B 之自殺、妻之流產即使是肯定有「因果關係」和「預見的可能」，也不能被認是有客觀關聯性[13]。依此見解，在業務上過失致死罪，對被害者遺族，使其蒙受財產上不利益之事實；在竊盜罪，從罹患罕見疾病之人竊取取得不易之藥物，使其生命陷於危殆之事實，都不是各該罪之構成要件所要保護之利益，在量刑上不得加以審酌。是就構成要件結果以外之實質損害得否作為量刑事實，構成要件保護範圍論之意見確實有值得傾聽之處[14]。

伍 構成要件保護範圍論之類型化

構成要件保護範圍論本身只是一個「架構主張」，須根據各個刑罰法規進行解釋加以補充，為了能安定運用，不因判決主體不同而歧異，影響量刑理論存在之價值，學者提出之類型化如下：

一、加深對本來保護法益的侵害

（一）危險犯之危險的實現

行為或結果係構成要件屬性的危險，因該危險的實現，對刑罰法規本來保護法益加深其侵害，與類型化犯罪之不法內容產生關聯性時，可視為構成要件守備範圍內之利益，將此一結果包括在構成要件保護範圍內。例如，即使在毒品犯罪，對施用者造成有害的健康惡化或死亡等各種歸結，亦即防止有害的各種歸結才是禁止毒品施用之最終目標，因為毒品之各種交易或處置的禁止，無非是為了事先防範上開健康惡化等之到來的危險，

（文轉三版）

註釋

1 団藤重光著「刑法綱要総論」第 507 頁。
2 司法周刊 109 年 4 月 17 日第 1999 期。
3 司法周刊 109 年 5 月 15 日第 2003 期。
4 最高法院 47 年台上字第 1249 號判例、106 年度台上字第 2358 號判決參照。
5 刑法第 57 條、刑事訴訟法第 289 條第 2 項、第 455 條之 47 參照。
6 林鈺雄教授著，新刑法總則第七版，第 661-664 頁；93 年度台上字第 3746 號、101 年度台上字第 5587 號、107 年度台上字第 518 號判決參照。
7 野村健太郎著，量刑事情の選別と行為責任主義，早稲田大学大学院法研論集，第 134 号，272-273 頁參照。
8 108 年度台上字第 3081 號判決「對社會治安影響甚鉅」；109 年度台上字第 5 號判決「對社會治安危害亦深」；108 年度台上字第 800 號、109 年度台上字第 174 號判決「對社會治安秩序之維持」等。
9 臺灣高等法院 107 年度上重更一字第 6 號判決意旨參照。
10 最高裁判所第二小法庭判決，昭和 31 年 12 月 22 日，刑集第 10 卷第 12 號 1667 頁。
11 井田良著，量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察（二）58-59 頁；小池信太郎著「量刑における構成要件画外結果の客観的範囲について」27 頁參照。
12 井田良著前揭論文（二）58-59 頁、小池信太郎著前揭論文第 27 頁參照。

JUDICIAL 司法 徵稿啟事
四、文稿一律不退件，請自留底稿。
五、稿件一經刊登，酌送稿酬，並寄贈該期刊物。
JUDICIAL 司法 訂閱辦法
本刊每 全年
費用新臺
如 蒙
請郵政
帳
5005
帳
司法院

（文接二版）

將實際上產生有害之各種危險，歸結在毒品管制之保護範圍內相當明顯。

（二）包攝於實害犯之危險的現實化

構成要件係實害犯或危險犯，係以如何理解保護對象的利益內容而定，對保護個人法益之實害犯之犯罪，如對實害犯作實質的理解，亦可以找出與在危險犯的危險實現相同結構之類型。

例如對侵害身體、自由或財產法益之犯罪，依存在該法益之被害者之一定活動或利益遭到妨礙，亦即該法益是作為實現被害者一定目的之手段價值時，該法益亦為保護對象。因此，評價侵害上開犯罪構成要件之傷害程度、移動自由之重要性，或者財物之價值時，被害者受到活動或利益上之不利益，亦為構成要件保護範圍內之利益。例如傷害歌手的聲帶、私行拘禁將要參加畢業考之考生；偷走被害人抑制宿疾發作藥品；於即將截稿之際，破壞存有小說原稿資料之筆記型電腦等實害犯，所含有之妨礙被害者從事種種活動目的「危險」，亦有「危險犯」的實質，可與上開（一）之危險犯之危險實現相提並論。這些結果可以評價為傷害罪、私行拘禁罪、竊盜罪、物品之毀損罪之構成要件保護範圍內，作為量刑事由。但有認為上開各結果是在第一次被害之構成要件的結果評價時已經被考慮，沒有獨立評價之意義。

二、構成要件守備範圍之附隨利益

所謂間接處罰是以構成要件之實現作為支點，處罰本來不具可罰性之構成要件以外結果，被認為會有擴大立法者所制定處罰範圍之虞。例如把對因為過失而損害其詐欺取得價值近千萬元之自小客車、因轉讓第一級毒品而招致施用者死亡之結果（由於是自己之有責行為之緣故，轉讓者不成立過失致死罪）作為在各該詐欺罪、毒品轉讓罪之實質上量刑審酌時，有透過立法者未設有獨立處罰之因「過失而毀損物品」、對「被害者自己責任引起死亡」之非構成要件事實，從量刑上加以從重審酌，被認為形成間接處罰，從罪刑法定主義之觀點，固不無疑義。

然刑罰規範內容具有不完整性[15]，不明確的構成要件以外之實質結果，有可能是量刑時所不許審酌，但很多本來是構成要件所保護核心法益，卻未必在條文之構成要件上明白描述，必須經由解釋探求保護法益，且立法時並不存在有該法律所要保護之法益必須是單一。所謂附隨法益保護範圍，只能由各個犯罪類型之個別解釋而決定。又現今因精神醫學等領域之發展已經成熟，犯罪被害人受到實際損害已廣泛被認知，將類型化犯罪構成要件法益保護範圍，解釋為包括對被害人造成精神層面上生活、經濟上具體障礙，應屬妥適。如此解釋，並未改變應該將因犯罪所生被害結果之嚴重性，反映在量刑上之傳統的刑罰觀念。

在該當構成要件，不是以除去不被認為是該當犯罪成立要件之某種結果發生之危險作為目的（至少是附隨目的），可以說也預定處罰所惹起該等結果下，而去審酌該結果時，即可迴避「間接處罰」的疑慮[16]。例如在轉讓第一級毒品罪而引起死亡的量刑上，雖然因轉讓毒品而引起之死亡並不該當於過失致死，但並非毫無關聯的事實，因轉讓毒品所引起之死亡，增加行為的不法，因有刑法上關連性的不法，轉讓第一級毒品罪規範目的一保護國民之健康，即有助於迴避間接處罰之疑慮。因此，在構成要件保護範圍內之附隨利益，宜解為得為量刑事實，俾充分反映行為不法內涵於刑罰內，亦不違反罪刑法定主義。惟既然是附隨利益之侵害，與構成要件結果本身相較，量刑審酌上之比重自應較輕。我國審判實務上則尚未意識及此一課題[17]。

陸 對社會治安的影響

一、對侵害社會法益之犯罪所造成之社會治安問題

刑法第 57 條雖列舉 10 款之量刑因素，然並未列舉量刑時應審酌行為對「社會治安的影響」，法條所稱「一切情狀」係指該條所列 10 款事項以外其他與被告犯罪有關之各種事實情況與因素[18]；或應指與該 10 款性質相同之事項[19]。因此，對社會之影響或對社會治安之影響，就文義之形式上似可解釋為係同條第 9 款所稱「犯罪所生之危險或損害」。

然而所謂影響社會治安，究其實質內容，係指犯罪對於社會所造成之影響，更具體的說，是對當地居民帶來生活上或經濟交易上之心理上不安。而在社會生活中，無論係個人、團體社會或國家，均有其生活上之利益，立法者以法律加以保護，刑法亦係以保護法益為主要任務，所謂法益係指值得以法律保護的生活利益，可分為國家法益、社會法益與個人法益等 3 大類[20]。所有對社會法益之犯罪，例如在對公共危險之犯罪，本即以不特定或特定多數人之生命、身體或財產之確保；在對交易安全之犯罪，係以對經濟交易等社會經濟活動所使用之主要手段之公共信用的確保為目的，對上開法益所造成之危險，本即為各該犯罪之本質。因此，即使是對社會治安的影響，只要該影響在該危險範圍之內，由於從該犯罪類型所生法益之危險本身已為立法者所考慮，並納入法定刑之高低範圍內，自不得再審酌由該犯罪所派生之社會治安影響。以放火罪為例，對社會造成的不安，可以還原為「可能會延燒到附近不特定或特定多數人之住宅及住宅內之人的生命、身體、居住或財產等安全」等，本即為放火罪法益之危險本身，同時亦為立法者事先考量的構成要件性之量刑事由，不應再將對「社會治安所造成之影響」視為該當刑罰法規保護法益以外「法益的侵害」作為實質上量刑事由，而從重量刑，否則即有違反重複評價禁止原則。

二、對侵害個人法益之犯罪所造成之社會治安問題

生命、身體、自由、財產等犯罪所保護者均為個人法益，而如前所述，構成要件所保護之法益，並未限定只能是單一法益，可能經由解釋而包括附隨法益。則個人法益之保護，防備之範圍是否包括對社會產生之影響？鑒於立法者於立法之際，已區別對國家、社會法益及個人法益之侵害而異其章節，不能謂非出於立法者有意識之立法活動及安排。又殺人等侵害個人法益之犯罪行為，所以會對當地居民產生心理上或財產上之不安，大抵是由於行為、結果、態樣、手段之殘暴、惡質性及嚴重性，而對社會治安帶來衝擊的緣故，則所謂對社會治安影響云者，不過是對犯罪行為、手段之殘暴、惡質性及嚴重性的另一種說法而已。何況，縱認社會治安係侵害構成要件所保護之法益後所派生之另一獨立之事實，然而對居民產生之不安，大部分係因大眾媒體強力反覆報導，推波助瀾所致，與行為責任及人格責任無關。因大眾媒體報導之強弱，或是犯罪是否廣為世人所知，而左右量刑之輕重，實非所宜，且如何舉證亦為問題。更何況，責任與不法有異，責任並非施予處罰之根據，只是單純限制刑罰之機能[21]，社會治安顯非附隨於生命等個人法益內之法益，自非生命等個人法益之守備範圍，若援為從重量刑之實質事由，無異從質的因素上擴大行為可罰性，牴觸責任主義對量刑因素之制約，實質上違反罪刑法定主義之原則，應不得援為從重處罰之量刑事由。

三、擴大被害者概念與生命法益等價

在被害人因犯罪而死亡時，個人之生命法益亦隨之終結，然而因該被害者之死亡，致親人精神上或經濟上受到痛苦或頓失依靠者，可說是現實之社會現象。因此，刑事訴訟法第 233 條第 2 項規定，被害人死亡者，配偶、直系血親、三親等內之旁系血親、二親等內之姻親或家長、家屬得為告訴，擴大被害者之主體範圍。將配偶等所受之精神上痛苦或經濟上損失，視為構成要件外之結果作量刑評價，似無不可。但被害人係孑然一身者，亦非絕無僅有，且被害者亦有係家中支柱者，亦有染有毒癮或慣常之家庭暴力犯，或遊手好閒者，其死亡對家庭反而是如釋重負，則在侵害個人生命之犯罪，能否因被害人有無家屬，或因親等親疏不同，精神上所受痛苦有異，或經濟上損失之有無，或區別年幼及年邁之生命，而在量刑輕重上有所不同？

我國最高法院若干判決在量刑理由上表示：翁００正值青春，當時就讀醫學系，前途無可限量，卻遭烈火焚身[22]；被害人正值青春年華，遽慘遭毒手[23]；A 女正值青春年華，遭此剝奪生命權之毒手[24]等資為量刑之事由，似有將被害者之能力、人格價值直接反映於量刑之不法程度，而採取肯定之見解。若然，不無經由法院之背書，將生命之價值差別化，生命價值之平等性可能淪為口號。對此，德國聯邦最高法院在 1995 年 9 月 13 日之判決（BGH NStZ 1996，129）認為「以造成有大好前途而未與有過失之 2 名小孩死亡之量刑事實為加重刑罰之審酌，不能免於法律上錯誤。……不許將被害者年齡作為被告不利益之審酌。因為刑法對生命的保護，基本上是不允許將生命的價值等級化」[25]，足供在兒童權利保護及生命等價之省思。

柒 結語

為確保量刑事由係真實存在及評價妥適，使當事人就量刑妥適與否之指摘，及上級審法院就量刑之審查成為可能，刑事訴訟法第 310 條規定有罪之判決書內須記載審酌刑法第 57 條或第 58 條所定事由之情形。從上開刑事實體法之觀點，法院被要求說明係如何得出具體刑量之理由，使量刑趨近透明及合理化。因此，各個量刑事實之選取及評價可說是建構我國量刑法之基礎，值此啟動量刑改革之際，殊有加以重視及深入探討之必要，此亦為達成訴訟參加制度立法理由中所寄望— 使「量刑更加精緻、妥適」途徑之一。

（作者為臺灣高等法院高雄分院法官）

註釋

13 小池信太郎著前揭論文第 46-47 頁參照。
14 大阪刑事実務研究会編著，量刑実務大系，犯情等に関する諸問題 2 第 246 頁。
15 張麗卿著，刑法總則理論與運用，2001 年版，第 25 頁參照。
16 小池信太郎著前揭論文第 61 至 71 頁參照。
17 臺灣高等法院臺中分院 98 年度上訴字第 639 號及 98 年度台上字第 3994 號判決參照。
18 100 年度台上字第 4450 號判決參照。
19 105 年度台上字第 682 號判決參照。
20 余振華著，刑法總論修訂三版，第 14 頁參照。
21 井田良著前揭論文（二）82 頁。
22 108 年度台上字第 940 號判決參照。
23 98 年度台上字第 2594 號判決參照。
24 106 年度台上字第 475 號判決參照。
25 小池信太郎著前揭論文第 21 頁。

L WEEKLY 司法周刊 徵稿啓事 一、本刊歡迎兼顧理論與實務、探討司法制度、法學新知的作品。文長宜在八千字以內，以利一次刊出。文後請加註，以利參考。二、本刊並歡迎司法人、事及法院的故事。三、來稿有關人士說明；刊出文章並酌置司法 L WEEKLY 司法周刊 週出刊 訂閱 全年400元 訂閱 劃撥 號 4377 戶 司法周刊