

## 再論刑事不法與行政不法之區別 ——以德國聯邦憲法法院裁判見解 及立法形成自由為中心（下）\*

陳 信 安\*\*

### 要 目

- |                                   |                              |
|-----------------------------------|------------------------------|
| 壹、刑事不法與行政不法之理論發展                  | 肆 違法行為及刑罰                    |
| 一、十九世紀時期之質的區別理論                   | 伍 行政違反行為與行政處罰                |
| 二、Goldschmidt之區分理論                | 陸 刑法與行政罰法之異同                 |
| (一)根基於目的與手段之差異性的區分                | 三、Erik Wolf之區分理論             |
| (二)法憲法之和平狀態與福利之良善秩序：強制性之行政與創造性之行政 | (一)迥異於刑罰之意義與價值的行政罰           |
| (三)國家作為法憲法及行政之主體                  | (二)由不同之國家價值探究行政罰法與司法刑法之差異    |
|                                   | (三)由法益與行政利益之區別探究行政不法與司法不法之差異 |
|                                   | 四、納粹時期之理論發展                  |

DOI : 10.3966/199516202014110016005

\* 感謝兩位審查人細心審閱本文，並提出諸多寶貴意見以及指正本文論證疏漏之處，使作者受益甚多。另亦感謝國立中興大學法律學系李惠宗以及蔡惠芳兩位教授給予作者有參與相關研究計畫之機會，並進而促使作者有進一步深入研究此一主題之契機。德國法蘭克福大學法學院博士班陳俊偉先生在作者撰寫本文過程中，總是詳盡地為作者解惑並解說刑法學方面之專業學識與文獻資料，在此亦一併致謝！

\*\* 輔仁大學法律學系助理教授，德國敏斯特大學法學博士。

投稿日期：一〇三年二月二十二日；接受刊登日期：一〇三年三月十四日

## 五、二次戰後之理論發展

(一) Eberhard Schmidt之見解

(二) 同一理論

## 貳、聯邦憲法法院之見解

## 一、罰鍰程序案

( Busgeldverfahren:

BVerfGE 8, 197)

(一) 事實概述

(二) 聯邦憲法法院之見解

## 二、經濟刑法案

( Wirtschaftsstrafgesetz:

BVerfGE 9, 167)

(一) 事實概述

(二) 聯邦憲法法院之見解

## 三、行政處罰程序案

( Verwaltungsstrafverfahren:

BVerfGE 22, 49)

(一) 事實概述

(二) 聯邦憲法法院之見解

## 四、空白刑法案

( Blankettstrafrecht:

BVerfGE 23, 113)

(一) 事實概述

(二) 聯邦憲法法院之見解

(以上見本刊第十五期)

## 五、秩序違反行為案

( Ordnungswidrigkeiten:

BVerfGE 27, 18)

(一) 事實概述

(二) 聯邦憲法法院之見解

## 六、禁止共同辯護案 (Verbot

der gemeinschaftlichen

Verteidigung: BVerfGE 45,

272)

(一) 事實概述

(二) 聯邦憲法法院之見解

## 七、無照駕駛附動力輔助引擎腳

踏車案 (BVerfGE 51, 60)

(一) 事實概述

(二) 聯邦憲法法院之見解

## 八、難民庇護案 (BVerfGE 80,

182)

## 九、聯邦憲法法院見解之剖析

(一) 基本法第92條司法權概念之

闡釋

(二) 刑事不法與行政不法之區別

依據——質量混合理論

(三) 刑罰與秩序罰之差別

## 十、學理見解之評析

## 參、我國學理對於刑事不法與行政

不法區分之見解

## 一、學理之見解

(一) 量的區別與修正見解

(二) 質量兼差理論

## 二、大法官之見解

## 肆、本文之見解

一、保留由司法權行使之刑罰

制裁

二、刑事不法與行政不法之劃分

三、立法形成自由及其界限問題

之提出

四、比例原則作為立法形成自由

之界限及其審查密度

五、比例原則之具體適用

(一) 行為條款與制裁條款之區分

(二) 立法目的之正當性

(三) 手段對於目的達成之適當性

(四) 侵害最小之手段必要性

(五)謀求公益與基本權限制之相當性

伍、代結論——以基本權及比例原則為導向之刑事立法形成自由

## 摘 要

刑事不法與行政不法應如何區別，向來為學理及實務上爭論不休之課題。為能釐清其爭議之緣由，本文首先說明理論之發展與演變。再者，由於學理上在探討相關問題時均會提及德國聯邦憲法法院之見解，但較少就其個案事實與論證過程。因此，本文將詳細說明與探討德國聯邦憲法法院相關涉及刑事不法與行政不法之裁判事實與論證過程。由於目前實務及學理上多肯定立法者對於刑事不法或行政不法之立法享有形成自由，但立法者所享有之形成自由的界限為何，則是本文最後將詳細探討之重點。本文亦將嘗試由憲法上基本權利與比例原則之觀點，探討立法者於刑事與行政不法之立法中所應遵循與注意之界限。

**關鍵詞：**刑事不法、行政不法、質的區別、量的區別、質量混合、刑法核心領域、立法形成自由、比例原則

（以上見本刊第十五期）

## 五、秩序違反行為案（Ordnungswidrigkeiten: BVerfGE 27, 18）

### （一）事實概述

本裁定之原因事實為Gießen區檢察署於一九六八年十二月三日以當事人違反道路交通規則、道路交通法以及刑法上相關規定為由，向Nidda區法院提起公訴，同時向法院聲請進行主程序（Hauptverfahren），定主審（Hauptverhandlung）期日以及依刑事訴訟法第111條之1之規定，暫時吊銷當事人之駕駛執照。在秩序違反法於一九六八年十月一日，以及秩序違反法施行法第3條所有規定於一九六九年一月一日生效適用後，區法院認為其對於該等聲請之裁判已受到阻礙。理由在於其對於該等案件已不再具有土地管轄權。然而，其認為該等關於法院土地管轄權，以及將交通違警行為與輕罪行為轉換為秩序違反行為，而導致管轄權變更之規定，係屬違憲，因而欲繼續適用一九六九年一月一日前之原先規定<sup>171</sup>。因此，區法院乃於一九六九年一月二日依基本法第100條第1項之規定裁定停止審判程序，並就道路交通法相關規定在秩序違反法施行法生效適用後，以及秩序違反法第36條及第68條等規定是否符合基本法第101條第1項第2句、第92條、第20條第2項、第79條第3項以及第72條至第75條之規定，移請聯邦憲法法院裁判。

### （二）聯邦憲法法院之見解

#### 1. 基本法第92條規範內涵之重申

區法院之主張與本文較為相關者，乃係其認為將道路交通法中的違警行為與非屬重大之刑事構成要件（weniger bedeutsame Vergehenstatbestände）轉換為秩序違反行為，乃違反基本法第92條規定之要求。對此，聯邦憲法法院則認為區法院之見解係屬無理由。其重申於

<sup>171</sup> BVerfGE 27, 18 (21 f.).

先前裁判中已表示過之見解，亦即依據基本法第92條規定，所有在憲法其他規定中明文交由法院執行之任務乃應保留由司法權為之。此外，透過該規定亦將傳統屬於司法核心領域，特別是民事司法及刑事審判權委由法官行使。然而，從基本法第92條規定，並未得出應將所有傳統上屬於法院任務之事務視為實質意義之司法，並須全數保留由法官行使之要求。立法者仍可藉由限縮刑法規範內容，或是基於其他法政策對於不法內涵之評價，而將非屬重大之刑事不法構成要件轉換為單純的秩序違反行為等方式，而在某種程度上變更實質司法領域之範圍<sup>172</sup>。

## 2. 刑罰與秩序罰之區別

再者，聯邦憲法法院指出，所有重大不法構成要件乃係屬法官得依基本法第92條第1句前段規定而無例外地，且獨占式地享有預防性法律審查權限之刑法核心領域。而在只要有事後法律審查即屬已足之秩序違反領域部分，則係包括依一般社會通念非具有應刑罰性（*strafwürdig*）之違法行為（*Gesetzesübertretungen*）。該等行為具較低之不法內涵；換言之，其與刑事輕罪（*kriminelle Vergehen*）不同之處，僅係因其具較低之倫理非價內容（*ethischer Unwertgehalt*）而已<sup>173</sup>。

刑罰規範主要係針對被入罪化之行為形式進行具國家權威性的社會倫理非價判斷。換言之，非價判斷之具體內容，乃透過刑罰構成要件以及刑罰威嚇加以呈現。在法治國中之所以依據犯罪類型及刑度而區分不同制裁等級，乃係相應於依據不法內容而將犯罪行為分級化之情形<sup>174</sup>。依據正義之理念，構成要件及法律效果必須合於事務本質（*sachgerecht*），且其彼此間須相互調和。由此，構成要件與法律效果二者間乃具有相互關係：一方面刑度之輕重，係取決於規範對於受

<sup>172</sup> BVerfGE 27, 18 (28).

<sup>173</sup> BVerfGE 27, 18 (28 f.).

<sup>174</sup> BVerfGE 27, 18 (29).

侵害法益所評定之價值，以及行為人之罪責；另一方面，犯罪行為之嚴重性，亦即在由立法者所為之具拘束力評價中對於犯罪行為之非價內容，亦僅能由被用以威嚇之刑罰強度而得知。就此，刑罰威嚇對於犯罪構成要件之刻劃、評價以及解釋，亦具有重要性意義。由於對於不同犯罪行為之非價內容有不同之評價，方使得刑法上區分制裁輕重程度具有正當性，且亦合乎其本質。而對於犯罪行為以及秩序違反行為所為之區別，亦係以此為基礎<sup>175</sup>。

刑法之任務在於保護共同生活中之重要（根本性）價值。何者確實屬於刑法之核心領域，乃係藉由基本法之價值秩序而以充分明確之方式加以確定。基於相同的明確性要求，有認為某些非屬重大之傳統刑法構成要件規定非屬該核心領域<sup>176</sup>。然而，較為棘手的是如何清楚界分刑法核心領域以及單純秩序違反之行為領域，尤其是在二者之邊界領域中該等於法律共同體內主宰個別行為形式不法內容之評價觀點，往往特別容易發生變動<sup>177</sup>。對此，聯邦憲法法院重申，立法者之任務即係在考量歷史上之個別具體情況後，詳細地劃定該二領域之界線。基此，聯邦憲法法院即不得審查立法者是否已在其決定中尋獲最切合目的、最為理性或是最合乎正義要求之解答；其充其量僅得審查立法者之決定實質上係否符合憲法價值秩序、不成文之憲法基本原則以及基本法基本決定的要求而已<sup>178</sup>。

### 3. 將違警行為及輕罪構成要件轉換為秩序違反行為之合憲性

就立法者將道路交通法中之違警行為（Übertretungen）以及非屬重大之輕罪構成要件轉換為秩序違反行為部分，聯邦憲法法院認為其乃符合數十年以來持續地將單純的秩序不法自刑事法領域加以剔除之發展趨勢。較早期之立法已經知悉對於真正的刑事不法

<sup>175</sup> Ebenda.

<sup>176</sup> Ebenda.

<sup>177</sup> BVerfGE 27, 18 (29 f.).

<sup>178</sup> BVerfGE 27, 18 (30).

(Kriminalunrecht) 與單純的秩序或警察不法 (bloßes Ordnungs- und Polizeirecht) 之區分；儘管如此，北德意志邦聯帝國議會，以及其後之德意志帝國議會仍將對於違犯警察法規定之行為納入刑法典「違警」(Übertretungen) 之特別篇章中以為規範。然而，關注於社會生存照顧之公行政必須逐漸地以規制及管理方式，致力於大眾社會中持續形成之其他生活領域，且有制裁需要性之禁令與誡命數量亦日益增加。如此一來，則國家刑罰過度，而使刑罰面臨失其原有意義之危險亦隨之提升。因此，乃有創設秩序構成要件之需要<sup>179</sup>。於一九一一年至一九三六年期間所被提出之各類新刑法典草案其目的，在於形式上將違警構成要件自刑事不法領域加以分離。例如一九二五年所被提出之一般刑法典草案已將交通違警行為視為警察不法行為，而將其自刑事不法加以排除，並將其移至特別法之違警法典中加以規範<sup>180</sup>。

二次戰後首先在經濟刑法領域中賦予行政機關得藉由秩序罰，以制裁違背管制規定之行為的權限。一九四九年七月二十六日所頒布之經濟刑罰法乃首次對於犯罪行為與秩序違反行為進行實質之界分。而後於一九五二年三月二十五日所頒布之違反秩序罰法，乃作為對所有事務領域之秩序違反行為均有所適用之一般性框架法律。嗣後仍以此部法律為基礎而延續秩序不法與刑事不法之區分；換言之，聯邦立法者在對舊有法律進行改革時一併清除違警構成要件，而不再於附屬刑法典中規範違警構成要件。對此，於聯邦及各邦法律中乃持續增加罰鍰構成要件之規定。一九六二年所起草之刑法典即不再有違警構成要件之規定。該草案之出發點在於應將違警構成要件轉換為秩序違反行為，或是將之分級為輕罪<sup>181</sup>。

聯邦憲法法院指出，在此等最終應將秩序不法完全自刑事不法剔除之一般性立法發展中，已經正確地將道路交通法中先前的交通違警

<sup>179</sup> BVerfGE 27, 18 (30 f.).

<sup>180</sup> BVerfGE 27, 18 (31).

<sup>181</sup> Ebenda.

行為及非屬重大之輕罪構成要件，轉換為秩序違法行為之情形納入<sup>182</sup>。基此，其認為在由道路交通法第24條所規範之領域中，因現代大眾交通的迅速增加連帶導致具制裁需要性之誡命與禁令規定亦急速地擴增，同時也出現國家刑罰過度之危險。此乃可由源自於該等道路交通違反行為所生之大量科刑判決而獲得證實。故若立法者將之轉換為秩序違反行為，並無法指摘其違憲<sup>183</sup>。

#### 4. 秩序違反行為之立法權限爭議

另外，聯邦憲法法院認為，將原屬刑法上重要之行為形式轉換為秩序違反行為，並非僅限於單純地變更不法之法律效果的名稱而已<sup>184</sup>。對於承審法院主張聯邦立法者僅能於行使其就刑法事務所享有之立法權限範圍內，方可進行轉換之見解，聯邦憲法法院則予以駁斥。其論證首先以先前裁判中之見解為基礎：亦即當時基本法第74條第1款賦予聯邦享有刑事立法權乃可追溯自一八七一年的帝國憲法第4條第13款，以及威瑪憲法第7條第2款等規定。在此三部憲法中均可獲致相同的概念。依據帝國及威瑪時期刑法學理上之通說，均肯認當時的帝國立法者得以其刑事立法權限為依據，而在警察（行政）罰法領域中創設處罰構成要件。基此，並無任何根據指證基本法制憲會議（Parlamentarischer Rat）欲對刑法此一概念賦予不同於威瑪時期學理通說之意義。故立法者就刑法事務所享有之立法權限，不僅包括傳統意義下之刑法，同時亦包含秩序違反法在內<sup>185</sup>。

再者，聯邦憲法法院指出，在將道路交通法之刑事構成要件轉換為秩序違反行為時，並非保留相同的制裁手段，而僅為名稱之變更而已。雖然罰金刑與罰鍰同樣均會對於當事人產生財產上的不利益，但二者仍有不同：依據一般觀點認為，對行為人其行為形式進行具權威性且有損其名譽之非價判斷、指摘該等抗拒法秩序行為以及確定該等

<sup>182</sup> Ebenda.

<sup>183</sup> BVerfGE 27, 18 (31 f.).

<sup>184</sup> BVerfGE 27, 18 (32).

<sup>185</sup> BVerfGE 27, 18 (32 f.).

指摘之合法性等情形，乃會與科處特定刑罰相結合。相反地，針對秩序違反行為所裁處之罰鍰僅係一種有力的義務警告（Pflichtenmahnung），其並未對當事人之聲望及名譽造成重大傷害；其雖能如同罰金刑般對當事人之財產造成同樣程度的負擔，但仍欠缺國家刑罰的嚴厲性<sup>186</sup>。

## 六、禁止共同辯護案（Verbot der gemeinschaftlichen Verteidigung: BVerfGE 45, 272）

### （一）事實概述

本裁定係由聯邦憲法法院對不同憲法訴願人就依違反秩序罰法第46條第1項之規定而在罰鍰程序中，特別是在違反限制競爭防止法所定秩序違反行為之程序中準用刑事訴訟法第146條禁止在刑事訴訟程序中禁止為共同被告共同辯護之規定，是否符合基本法規定之問題所提之憲法訴願，於同一程序中一併審理而作成<sup>187</sup>。

### （二）聯邦憲法法院之見解

對此，聯邦憲法法院於其裁定理由中再次重申，違反秩序罰法與普通刑法二者在重要面向上乃係相互區別：刑罰之特徵在於對人民之法律地位施加嚴厲之干預，其乃內含有倫理上之非難性；相對的，對於秩序違反行為科處制裁僅係一種強大的義務警告，其並未具有國家刑罰的嚴厲性<sup>188</sup>。所有重大不法構成要件係屬於刑法核心領域，至於違反秩序罰法則係針對具較低不法內涵之案件情形。但是並無法嚴格地貫徹此等區分。聯邦憲法法院再次強調，立法者之任務即係在考量歷史上之個別具體情況後，詳細地劃定該二領域之界線。聯邦憲法法院僅能於某種範圍內審查立法者所作成之決定。在此等情況下，倘若立法者就該二類領域制定同一程序規範，且僅係藉由一些目的在於簡

<sup>186</sup> BVerfGE 27, 18 (33).

<sup>187</sup> BVerfGE 45, 272 (272 f.).

<sup>188</sup> BVerfGE 45, 272 (288 f.).

化罰鍰程序之特別規定，例如藉由職權原則以鬆綁追訴強制等，以顧及秩序違反行為具有較低不法內容之特殊性時，則不應對之進行憲法上之指摘<sup>189</sup>。

雖然簡化罰鍰程序之規定，會涉及相關有助於保護當事人之規定。然而，若立法者將有助於相同目的之達成的禁止雙重辯護規定導入罰鍰程序中，則其並未因此而違反法治國原則，及從中所導出之比例原則的要求<sup>190</sup>。另外，對於當事人而言，罰鍰與罰金刑均會產生財政上的不利益。在違反秩序罰法第17條第1項所規定之界於5至1,000馬克間的罰鍰範圍，已經在多數聯邦及各邦法律中被擴增。在經濟法領域中最高可科處100,000馬克之罰鍰，且根據違反秩序罰法第17條第4項規定，在個案中基於歸還經濟上利益之目的，甚至可科處高於該額度之罰鍰。另外，限制競爭防止法第38條第4項亦規定，一項高於100,000馬克之違反卡特爾行為最多可被裁處因違反而獲得之盈餘的三倍罰鍰。在多數罰鍰構成要件中除罰鍰外，尚可考慮如沒入標的物（*Einziehung*）等其他重大附屬效果<sup>191</sup>。在交通秩序違反行為中，特別重要的是禁止駕駛或可能產生職業上重大不利益效果之交通違規記點等制裁措施。而在經濟法領域科處罰鍰亦可能對於雇員之職業地位，或其職業生涯生有不利益之效果。因鑑於經濟法中的重大秩序違反行為而科處制裁之情況中，並無法完全排除有對於當事人其名譽與聲望造成傷害之可能，尤其違反卡特爾行為之不法內涵，多會超出諸多秩序違反行為輕微的不法內涵甚多。因此，特別是近期已經有部分刑法學界及部分社會各界強力要求應將較為嚴重的構成要件行為自卡特爾秩序違反行為領域，移轉至普通刑法加以規範。再者，特定之違反競爭行為及其行為形式亦可由刑法加以處罰。由罰鍰程序過渡到刑事程序，或由刑事程序過渡到罰鍰程序之情形將有其實用性<sup>192</sup>。

<sup>189</sup> BVerfGE 45, 272 (289).

<sup>190</sup> BVerfGE 45, 272 (289 f.).

<sup>191</sup> BVerfGE 45, 272 (290).

<sup>192</sup> BVerfGE 45, 272 (290 f.).

## 七、無照駕駛附動力輔助引擎腳踏車案（BVerfGE 51, 60）

### （一）事實概述

本裁定係就由Kleve區少年法院於承審年僅15歲之學生，在未持有駕照之情況下，即騎乘經改裝而時速可達每小時36公里之附有動力輔助引擎之腳踏車之案件時，對於作為其裁判基礎之道路交通法中以刑罰處罰無照駕駛之規定，認為有牴觸基本法相關規定之爭議，故而裁定停止審理程序並移請聯邦憲法法院裁判而作成<sup>193</sup>。

### （二）聯邦憲法法院之見解

本裁定所依據之理由中與本文較為有關者，乃係聯邦憲法法院認為基本法並未阻止立法者以刑罰手段處罰在未持有駕照之情況下，即騎乘附有動力輔助引擎之腳踏車。此既無法由過度禁止原則，亦不能由平等原則或其他憲法規定得出<sup>194</sup>。聯邦憲法法院再次重申，應付審查之規範乃落於刑事不法與秩序不法二者間之邊境領域。在此等領域中前述二類不法形式僅有程度上之差異。立法者之任務，乃在於明確劃定二者之區分界線。至於立法者是否已經尋獲最合目的、最為理性或是最合乎正義要求之解答，並非聯邦憲法法院所得審查之標的。其充其量僅得審查立法者之決定實質上係否符合憲法價值秩序、不成文之憲法基本原則以及基本法基本決定的要求。而本案正屬於此等情形<sup>195</sup>。

動力汽車其於道路交通中所可能引發之危險程度，主要係取決於其可達到何種速度；隨著速度的增加，發生危險的機率也就越高。此與所駕駛之動力汽車種類無關。即便是原本對於一般交通參與者並不會，或僅係造成微小之傷害的低速腳踏車，若經過例如添加輔助引擎等改裝而可大幅提升其速度，則亦會成為道路交通中顯著的危險

<sup>193</sup> BVerfGE 51, 60 (62 f.).

<sup>194</sup> BVerfGE 51, 60 (74).

<sup>195</sup> Ebenda.

源<sup>196</sup>。而立法者或法規命令制定者的任務，即在針對各類動力汽車界定允許之最高速限，從中並基於對第三人可能產生危險而對動力汽車駕駛人設定其駕駛動力汽車時所必須具備之能力與資格等要求。基此，聯邦憲法法院認為法規命令制定者依當時之見解，將附有動力輔助引擎之腳踏車最高速限規定為每小時25公里，很明顯地並無任何違背憲法之處<sup>197</sup>。

因此，依據立法者之觀點，若於道路交通中騎乘因附有動力輔助引擎而時速可達每小時25公里之腳踏車之駕駛人，未經由取得必要之駕駛執照以證明其有駕駛該等腳踏車之資格時，即可能會對其他道路交通參與者造成再也無法容忍之危險。若立法者以刑罰手段處罰此等無照駕駛之情形，則其並非恣意，亦無抵觸過度禁止原則之要求<sup>198</sup>。再者，聯邦憲法法院認為，應付審查之規定並未因立法者將其他違反道路交通法相關規定之行為僅界定為秩序違反行為，即屬違反平等原則之要求。理由在於基本法第3條第1項之規定並未課予立法者在所有情況下，均須將相同之事務為相同的處理，且對不同的事務為不同之處理的義務。毋寧唯有在系爭規定係屬恣意，亦即在進行差別對待或相同處理之規定中無法發現其理性、由事物本質所得出，或其他事物本質上顯而易見之理由時，方屬侵害平等原則<sup>199</sup>。

最後，聯邦憲法法院認為，即便立法者在交通法領域之除罪化過程中將極大部分之傳統交通犯罪行為轉換為秩序違反行為，但很明顯地此並未阻止其仍可基於行為之不法內涵，而對某些違反道路交通法規定之行為施加刑罰<sup>200</sup>。

<sup>196</sup> BVerfGE 51, 60 (74 f.).

<sup>197</sup> BVerfGE 51, 60 (75).

<sup>198</sup> Ebenda.

<sup>199</sup> BVerfGE 51, 60 (75 f.).

<sup>200</sup> BVerfGE 51, 60 (76).

## 八、難民庇護案（BVerfGE 80, 182）

本案原因事實為來自迦納之庇護申請者自一九八六年十月起即開始在德國境內居留。其依據難民庇護程序法（Asylverfahrensgesetz）第20條第1項第1句規定所核發之居留許可，僅得於主管之外國人事務局管轄區域內，亦即Mühlheim市之轄區內居留。嗣後其因違反此等居留限制規定，而被依難民庇護程序法第35條第1項第1款之規定裁處罰鍰。隨後，其因再次在未獲許可之情況下於一九八七年六月十二日居留於Düsseldorf，而被Mühlheim區法院依據難民庇護法第34條第1項第3款a目之規定，科處每日10馬克，共計60日之日額罰金（Tagessätze）。此外，其並在未持有難民庇護程序法第25條所規定之必要許可的情況下，分別於一九八七年十月十四日以及一九八八年五月二十三日出現在Leverkusen以及Duisburg，並被分別科處每日10馬克，共計40馬克之日額罰金<sup>201</sup>。

上訴審法院Duisburg邦高等法院於承審被告所提起之上訴時，認為難民庇護程序法第34條第1項第3款a目之規定係屬違憲。理由在於一般均肯認唯有違反行為內含有顯著之社會損害性，且透過其他法律，特別是行政法上之措施或處分亦無法充分解決之行為，方得對之採取刑罰制裁。基此，承審法院認為系爭之刑罰規定並不合乎前述要求<sup>202</sup>。再者，其認為系爭規定除違反日內瓦難民公約第26條難民有自由選擇其住所之規定外，同時亦違法侵害被告其受基本法第2條第1項所保障之一般行動自由（allgemeine Bewegungsfreiheit）。理由在於其認為對於屢次違反居留限制規定科處刑罰乃違反必要性之要求。基此，其乃依據聯邦憲法法院法第100條第1項之規定，裁定停止訴訟程序並移請聯邦憲法法院裁判<sup>203</sup>。

對此，聯邦憲法法院首先認為Duisburg邦高等法院之移送，並不

<sup>201</sup> BVerfGE 80, 182 (183).

<sup>202</sup> Ebenda.

<sup>203</sup> BVerfGE 80, 182 (184).

符合聯邦憲法法院法第80條第2項第1句之規定，理由在於其並未清楚說明其裁判與系爭規定有何關聯性，以及牴觸何等上位規範<sup>204</sup>。另在，在與本文有關之理由部分，乃係聯邦憲法法院於本裁定中再次重申其於先前相關裁判之見解，認為在刑事不法與秩序不法間乃存有一邊界領域，而在此邊界領域中刑事不法與秩序不法僅具有程度上之差別而已。至於在此邊界領域內應如何界分刑事不法與秩序不法，乃係立法者之事務；其認為立法者或可考量不同之具體歷史情況而作成決定。至於立法者之決定係否為最切合目的、最為理性或最合乎正義要求之解答，則非聯邦憲法法院所得審查之事項；其充其量僅得審查立法者之決定實質上係否符合憲法價值秩序、不成文之憲法基本原則以及基本法基本決定的要求而已<sup>205</sup>。值得注意的是，聯邦憲法法院在此裁定中首次明白、但亦僅係簡略地指出，對於採取刑罰制裁手段係否合於憲法要求此一問題，並非以狹義比例原則（enger Verhältnismäßigkeitsgrundsatz）為審查依據；立法者於此毋寧享有寬廣的自我評價空間（Spielraum eigenverantwortlicher Bewertung）<sup>206</sup>。

## 九、聯邦憲法法院見解之剖析

經由上述對於相關裁判事實及理由之說明後，可進一步將聯邦憲法法院之見解整理及分析如下：

### （一）基本法第92條司法權概念之闡釋

首先，聯邦憲法法院認為，基本法第92條將司法權交由法官，並由各類法院分別行使之規定，不僅具有組織上之規範意義，更應由實質觀點加以解釋。換言之，其認為首先應由基本法上明文交由司法權行使之任務此一面向出發，以確定司法權之概念範疇。再者，其補充認為雖然基本法上並未將民事司法與刑事審判明文交由司法權行使，

<sup>204</sup> BVerfGE 80, 182 (185).

<sup>205</sup> BVerfGE 80, 182 (183).

<sup>206</sup> BVerfGE 80, 182 (186). 相同論證亦可見於BVerfGE 90, 10 (17).

但此二類事務向來即係屬於司法權之一環，而為典型的司法權任務，亦無疑問。由此可知，聯邦憲法法院在實質的觀點下，乃將司法權理解為執行基本法已明文交由法院行使之任務，以及執行民事司法與刑事審判事務之國家權力。但是，此等任務觀點下所理解之實質司法權其範圍並非一成不變；相反地，除基本法已明文規定應由法院行使之任務無法加以變動外，聯邦憲法法院肯認立法者仍可透過限縮刑法構成要件規範內容，或者是將某類原屬應以刑罰加以制裁之行爲，轉換為僅受行政罰制裁之單純秩序違反行爲等方式，以限縮法院所得行使之司法權範圍。

聯邦憲法法院之所以會強調即便基本法並未明文將刑事審判權交由法院行使，但其傳統上仍屬於典型的司法權範圍，一方面應係欲藉此以說明唯有司法權，或者說唯有法官方能在經過法定之刑事審判程序後對該當刑法構成要件且具罪責之行爲人科處刑罰。也因此，在此等思維脈絡之下，聯邦憲法法院才會在行政處罰程序中宣告當時之稅捐通則相關授權由財政機關制裁稅捐犯罪行爲之規定，牴觸基本法第92條規定之要求。另一方面，由此亦可得出，倘若立法者針對某類行爲形式建構應處以行政罰之秩序違反行爲構成要件，或者是將原本應以刑罰加以制裁之行爲形式，轉換為僅受行政罰制裁之單純秩序違反行爲，則此不但係對於實質司法權範圍的限縮，同時亦表示行政機關得於認定行爲人之行爲形式該當法定之秩序違反構成要件且屬有責後，自行對之科處行政罰，無須再經由法院爲之。

### (二) 刑事不法與行政不法之區別依據——質量混合理論

本文最為關切者，乃是聯邦憲法法院對於區分刑事不法與行政不法二者所持之見解。就此，聯邦憲法法院最早於罰鍰程序中對於由行政機關科處罰鍰之問題，僅係簡要的指出科處罰鍰程序其性質並非刑罰發動程序，並對當時將僅有輕微不法內涵之行爲排除於刑罰範圍之外，而由行政機關加以處罰，並由法院對該處罰行爲進行合法性審查之單純行政不法的立法趨勢，表示贊同。由此，或能初步得出聯邦

憲法法院認為行政不法與刑事不法二者之差異，僅在於不法內涵之輕重；更確切而言，此二者僅具有量的差別而已。但是在經濟刑法案以及行政處罰程序案中，聯邦憲法法院則進一步認為，刑事不法行為其本質上乃屬於一種「根本性、欠缺人性舉止且具有倫理非難性之違犯國家法秩序的行為」；對於是類行為乃係以刑罰手段加以處罰。相反地，秩序違反行為僅係一種「單純的不服從與技術、時間及社會情況相關之國家行政秩序法」而已，其根本不具有倫理可非難性；也因此，國家僅需藉由不具有刑罰嚴厲性之行政罰加以回應或規制，即屬已足。根據此等論證，似乎可認為聯邦憲法法院對於刑事不法與行政不法二者乃係採所謂質的區別理論。

但是聯邦憲法法院於行政處罰程序案中首次提出刑法核心領域的概念。其認為該等領域涵括所有刑法上重大不法構成要件之規定；依據基本法之規定，對之僅能由法官進行法律審查，且立法者亦不得將該等重大不法構成要件轉換為秩序違反行為之方式而限縮實質司法權之範圍。而在此等刑法核心領域之外，則係屬於刑法非重大構成要件所存在之場域。於此等場域中，聯邦憲法法院認為立法者或可繼續維持對某類行為形式科處刑罰之情形，但亦可根據法政策對於該行為形式其不法內涵之不同評價，而將之轉換為僅以罰鍰制裁之秩序違反行為。若再觀察聯邦憲法法院尤其在難民庇護案中所持之見解認為：「在刑事不法與秩序不法間乃存有一邊界領域，而在此邊界領域中刑事不法與秩序不法僅具有程度上之差別而已。」則或可將聯邦憲法法院之見解理解為區分刑法核心領域、不法內涵十分低微而不得界定為刑事不法之行政不法領域以及存於二者之間，刑事不法與行政不法僅具有量之差異，而得由立法者依其自我評價而決定應採取刑罰或秩序罰手段的邊界領域三種類型<sup>207</sup>。也因此，學理上有將聯邦憲法法院此等區分之見解稱為質量混合理論（gemischt qualitativ-quantitative

<sup>207</sup> Otto Lagodny, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, S. 419 f., 422 f.

Theorie)<sup>208</sup>。

然而，此等理論首先會面臨以下的問題：首先即是應以何等標準界定某類構成要件規定係屬重大而應歸於刑法核心領域，何者係屬於行政不法之領域。再者，立法者於核心領域以外應以何等標準決定應繼續維持刑法非重大之構成要件規定，抑或是應將之轉換為秩序違反行為。針對前者，聯邦憲法法院僅指出由於刑法任務主要在於「保護共同生活中之重要以及根本性之價值」；因此，其核心領域乃係針對「具有社會倫理非價之不法行為」。其應以基本法所建構之價值秩序為判斷依歸，並應以充分明確之方式加以確定。對於後者，聯邦憲法法院在最初相關裁判中僅表示此係立法者之任務；換言之，其認為立法者應於考量歷史上之個別具體情況後，詳細地劃定該二領域之界線。且在難民庇護案中，聯邦憲法法院除再次、甚至是強調式地指出立法者在邊境領域中就界定行政不法或刑事不法享有顯著、寬廣的自我判斷空間外，並首次明確拒絕以比例原則審查立法者於此領域內就行政不法或刑事不法之決定。至於該等立法者所享有之自我判斷空間之界限為何，聯邦憲法法院在相關裁判中均未明確說明，充其量僅係慣性式地宣示其至多僅得審查立法者之決定實質上係否符合憲法價值秩序、不成文之憲法基本原則，以及基本法基本決定的要求，而不得審查其係否為最切合目的、最為理性或是最合乎正義要求之解答。

### (三) 刑罰與秩序罰之差別

綜合觀察聯邦憲法法院於前述相關裁判中所持之見解，則即便其認為秩序違反行為與非重大刑事不法二者僅係因其不法內涵有程度上之差異，但其仍明確指出對於秩序違反行為所科處之罰鍰，以及對於非重大刑事不法所科處之刑罰，尤其是罰金刑仍有諸多不同之處。首先，在程序方面，相對於科處罰金刑之刑事程序而言，裁處罰鍰程序並未有檢察官之參與，且亦無追訴強制之適用。倘若行為人無能力支

<sup>208</sup> Bohnrt, aaO. (Fn. 1), Rn. 88; Peter König, in: Erich Goher/Peter König/Helmut Seitz (Hrsg.), Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 14. Aufl., 2006, Vor § 1 Rn. 6.

付罰鍰時，亦不得將之轉換為服自由刑以代罰鍰。又行為人所為之秩序違反行為，並不會如刑事不法行為般被載入刑事紀錄中。於此必須要注意的是，對於立法者針對科處罰鍰程序制定與刑事程序相同之程序規範，並藉由某些特別規定以簡化罰鍰程序，同時並顧及秩序違反行為具有較低不法內容之特殊性的情形，聯邦憲法法院認為其仍屬合憲。

再者，雖然罰金刑與罰鍰同樣會對行為人產生財產上的不利益，但二者仍有不同：在罰金刑方面，乃會對行為人所為之刑事不法行為，進行具權威性且有損其名譽之非價判斷，並進而對之科處罰金刑以指摘其違犯法秩序之行為；相反地，針對秩序違反行為所裁處之罰鍰僅係一種有力的，與行為人聲望及名譽基本上無涉之義務警告而已。或許罰鍰能如同罰金刑般對行為人之財產造成同樣程度的負擔，但其仍舊欠缺國家刑罰的嚴厲性。

## 十、學理見解之評析

學理上對於由聯邦憲法法院所提出之質量混合理論，有認為其係以質的區別理論為其論證出發點<sup>209</sup>。且若進一步觀察聯邦憲法法院之說明內容，則其將不法行為分為三類形式：首先是歸屬於刑法核心領域之刑事不法行為。該等行為係屬於具有社會倫理非價內容之犯罪行為，對之乃應由重大刑法構成要件為規範並以刑罰處罰之；且立法者不得將該領域中之重大構成要件規定轉換為一般秩序違反行為規定。在該領域以外則係行政不法行為，或稱秩序不法行為所歸屬之領域。其相對於刑事不法行為，乃為不同本質之行為形式，因其並未具有社會倫理非價內容，故而亦無須以刑罰加以制裁。刑法核心領域與秩序違反行為領域二者並非決然劃分、毫無牽扯、重疊之領域；相反地，其彼此間仍有一抽象、本質上無法清楚歸類之邊界領域。在該邊界領域中對於某類行為究竟係屬行政不法，抑或應屬刑事不法之區別界

<sup>209</sup> König, aaO., Rn. 6.

線、標準係具移動性的。換言之，其會受到與時間及現實情境密切相關之法律觀點轉變的影響。對此，則應由立法者依其法政策之評價，而對於行為構成要件性質之歸屬作出決定<sup>210</sup>。也因此，在此邊界領域中刑事不法或行政不法二者之差異，僅在於對其所採取之法律效果，也就是量的差異而已<sup>211</sup>。

目前德國學理上通說多係以聯邦憲法法院所提出之質量混合理論為相關論證之出發點，但若就其說明內容以觀，則似有偏向量的區別說之趨勢<sup>212</sup>。但仍有部分學者並不贊同由聯邦憲法法院所提之質量混合理論。其質疑之理由，主要認為以行為具社會倫理非價作為建構刑法核心領域之依據時，即必然會出現無法清楚說明社會倫理概念與其內涵之問題。例如Joachim Bohnert即指出，雖然該等概念之目的相當明確，但其內涵卻混沌未明。不僅如此，其同時亦未說明作為判斷依據的社會倫理價值，究竟係指吾人所處之社會當下所存在、既有的倫理價值，抑或是指此等社會所應具備的倫理價值<sup>213</sup>。且不可諱言的，隨著時空變遷，社會倫理必然出現價值遷移（Wertverschiebung）之情形，連帶地也會導致社會倫理非價判斷以及刑法核心領域的變動<sup>214</sup>。尤其在因科技與經濟快速發展所帶動的社會迅速變化之情況中，可能甚難形成一致性的社會倫理價值觀。以此等內容不甚明確且穩定，甚至可能並未被普遍認識與接受之社會倫理價值作為劃分之標準，其適當性即備受質疑。

再者，就刑法核心領域與秩序違反行為二者間所存之邊界領域部分，雖然聯邦憲法法院認為在該領域中可依不同之法政策評價而將某

<sup>210</sup> Hans. J. Wolff/Otto Bachof/Rolf Stober/Winfried Kluth, *Verwaltungsrecht I*, 12. Aufl., 2007, § 65 Rn. 46.

<sup>211</sup> Wolff/Bachof/Stober/Kluth, aaO., Rn. 44.

<sup>212</sup> 關於德國目前學理上通說見解之介紹，參見Bohnrt, aaO. (Fn. 1), Rn. 90.

<sup>213</sup> Bohnrt, aaO. (Fn. 1), Rn. 100 f.

<sup>214</sup> Bohnrt, aaO. (Fn. 1), Rn. 102; 洪家殷，論行政秩序罰之概念及其與刑罰之界限，東吳大學法律學報，第9卷第2期，1996年8月，頁77-98。

類刑事不法行為轉換為秩序違反行為，反之亦然。換言之，立法者於此乃享有立法形成、自我決定之權限。對此，學理上認為，該等裁量仍不得恣意為之。除受前述刑法核心領域之拘束外，其於立法程序中基於國家權力功能分立所要求之清楚界分司法與行政之核心領域的必要性，仍有義務說明係基於何等刑事與安全政策之事實基礎，而得出應將某一行為界定為刑事不法或應轉換為秩序違反行為之立法評估<sup>215</sup>。且該等立法決定仍須遵守憲法價值秩序、憲法基本原則等建構基本法的基本決定。

至於在聯邦憲法法院拒絕以比例原則作為審查依據之部分，學者 Otto Lagodny 認為聯邦憲法法院在相關裁判中其實僅係以基本法第3條第1項所內含之恣意禁止（Willkürverbot）作為其審查立法者界分刑事不法與行政不法之決定的依據而已<sup>216</sup>。或許，若僅係就單獨個案以恣意禁止為審查依據不見得會有問題。但若就聯邦憲法法院相關涉及刑法核心領域之裁判加以觀察，則 Lagodny 認為很難理解何以聯邦憲法法院在墮胎案中主要係以不足禁止原則作為具體化刑法核心領域之依據，並且由胎兒之基本權保護功能推導出應以刑罰作為制裁手段之行為條款<sup>217</sup>，但是在涉及對規範相對人科處刑罰，亦即涉及該等相對人基本權之防禦功能之案件中，卻僅以恣意禁止，而拒絕以比例原則，尤其係過度禁止原則作為審查系爭規定之基準。換言之，其認為在此等脈絡下觀察聯邦憲法法院，則其乃係基於非對稱之論證（Asymmetrie der Begründung）而為裁判<sup>218</sup>。

<sup>215</sup> Wolff/Bachof/Stober/Kluth, aaO. (Fn. 210), Rn. 46.

<sup>216</sup> Lagodny, aaO. (Fn. 207), S. 419.

<sup>217</sup> 關於行為條款之概念，詳見下述肆、五、(一)行為條款與制裁條款之區分的說明。

<sup>218</sup> Lagodny, aaO. (Fn. 207), S. 420.

## 參、我國學理對於刑事不法與行政不法區分之見解

### 一、學理之見解

#### (一)量的區別與修正見解

我國學理上對於區分刑事不法與行政不法二者之見解，其發展脈絡與德國極為相似。較早期的學者大多主張對之應為質的區別<sup>219</sup>；而晚近學者或多主張量的區別說<sup>220</sup>。例如李惠宗教授即係基於「現代國家制裁權的考量」，以及「處罰手段相對化」等觀點，認為採取量的區別方屬妥適<sup>221</sup>。詳言之，其一方面認為現代國家不再僅係基於道德，反而更多是出於「公共理性」之觀點，而透過法定程序以規範形式課予人民與公共利益有關之義務。國家基於權力獨占地位而可透過具實力性之處罰措施以督促人民履行法定義務，或是對於違反法定義務之行為施加處罰。由此等關聯性可知，採取處罰措施不再著眼於違反道德之「行為之惡性」，而應是行為對於「整體國家機能、行政效益及社會大眾所生之不利益的外部效果」<sup>222</sup>。另一方面，氏亦肯認傳統刑事不法與行政不法之處罰對象具有本質上的迥異性，前者係基於個人責任原則，故其處罰對象亦以自然人為原則；後者基於社會連帶主義之觀點，處罰對象並不以具有「實際意志」之自然人為限，尚包括法人、非法人團體或其代表人在內。但此等本質上的迥異，因「刑法目的擴張」、「處罰手段多樣化」以及「兩罰主義」等因素而逐漸模糊其界限<sup>223</sup>。基此，刑事不法與行政不法乃以呈現相對化的趨勢，其彼此間應僅係量的差異而已。

<sup>219</sup> 相關學者見解之整理，參見洪家殷，前揭註214，頁100以下；陳文貴，從行政罰法看行政不法與刑事不法之交錯，法令月刊，第58卷第11期，2007年11月，頁1584以下。

<sup>220</sup> 洪家殷，前揭註214，頁105。

<sup>221</sup> 李惠宗，行政罰法之理論與案例，第2版，2007年10月，頁9以下。

<sup>222</sup> 同前註，頁10以下。

<sup>223</sup> 同前註，頁12以下。

除此之外，學者洪家殷教授則是認為不論是採取質、量或者是折衷的質量混合區別理論均有其論理上無法迴避與改善的缺失，尤其是質量混合之折衷見解更可能必須面對質與量之區別二者所含之遺漏或不足之處<sup>224</sup>。因此，對於該等曾被稱為無解的法學難題，氏認為不如退而探求相對較為可行之說理方式。基此，氏乃對於量的區別理論進行適度的修正，而主張將社會倫理價值納入作為判斷不法行為輕重之因素。只是不同於先前的理論見解，氏認為社會倫理價值「不再具有排他性之地位」，亦即：「打破所謂核心領域及邊界地帶的界限，成為由刑罰到行政秩序罰之間的一種類似光譜式的型態，社會倫理價值因素亦成為判斷之一種標準，與其他之判斷因素具有同等之地位」<sup>225</sup>。至於用以判斷刑事不法與行政不法行為於量的差異之標準，除社會倫理價值外，尚包括非難性程度、危險之程度、法益之侵害、發生之頻率與數量、制裁制度之特性以及權力分立之理念等因素<sup>226</sup>。另外，氏亦認為應由立法者就前述各種因素加以考量後，再行標定系爭行為其應落於整體光譜之定位。倘若立法者於立法程序中未綜合考量是類因素，即恣意決定系爭行為之定性，即屬逾越立法裁量之界限<sup>227</sup>。

### （二）質量兼差理論

此外，亦有學者基於與德國聯邦憲法法院相近之立場，認為對刑事不法與行政不法之區分應同時兼顧質與量之觀點而做全盤之考量。已逝的林山田教授認為，刑事不法與行政不法二者各自有其本質相異之核心部分，但在其彼此交錯之邊緣部分，則僅為量的差異而已。之所以應採質量兼差的觀點，主要係著眼於「在人文科學領域中，對於

<sup>224</sup> 洪家殷，前揭註214，頁104。

<sup>225</sup> 洪家殷，前揭註214，頁105。

<sup>226</sup> 詳細說明，參閱洪家殷，前揭註214，頁105以下。

<sup>227</sup> 蘇俊雄，論刑罰與行政刑罰及行政罰之範疇界限——評最高法院八十九年度台非字第八七號判決，月旦法學雜誌，第73期，2001年6月，頁155-156；洪家殷，前揭註214，頁100；陳文貴，前揭註219，頁1585。

人類行為的價值判斷，會存在著因量變而導致質變的現象」<sup>228</sup>。基此，氏乃區分「刑事不法（純正犯罪行為）」、「具行政罰後果的行政不法（純正行政不法行為）」以及「具刑罰後果之行政不法（不純正之行政不法行為）」三種不法態樣<sup>229</sup>。純正的犯罪行為因本質上具有高度的倫理非價內容與損害性及危險性，基於整體法秩序之利益，應採取同樣具有倫理非難性之刑罰為制裁手段，以遏制其所彰顯的法律敵對性，並進而衡平其所肇致之惡害<sup>230</sup>。至於在純正的行政不法行為部分，其所違犯者，乃係以促成國家特定目的為內容且性質上係屬價值中立之秩序誡命或禁令。對是類秩序違犯行為無須以具倫理非難性之刑罰加以制裁，僅需科處行政罰用以警示或督促義務人履行其法定行政義務，或遵循必要之秩序規定，即為已足<sup>231</sup>。最後，介於上述二者不法態樣領域間尚存有不純正之行政不法行為類型。該等行為雖與純正之行政不法行為同樣係違犯以促成國家特定目的為內容而不具社會倫理價值判斷之禁令或誡命，然若就其違犯而對於整體國家行政或社會秩序所生之危害，以及行為人主觀之動機與惡性以觀，其顯然具有較為強烈之不法內涵，甚至可能達到社會倫理可加以非難之程度。基此，乃有必要採取刑罰手段加以制裁<sup>232</sup>。由此可知，所為不純正之行政不法其本質乃同於純正之行政不法行為，僅係在其所生之危害程度部分較純正之行政不法行為來得強烈、重大。

至於究竟應將不法行為定性為刑事不法抑或行政不法，林山田教授認為應綜合考量：1. 系爭行為係否具有倫理道德非難性，以及是否破壞社會共同生活利益與基本價值（質的考量）；2. 其對於法益所造成之損害或危害程度以及其違犯之頻率（量的考量）；3. 由行政管理

<sup>228</sup> 林山田，使用刑罰或秩序罰的立法考量，載刑事法論叢(二)，1997年3月，頁71-72。

<sup>229</sup> 林山田，論刑事不法與行政不法，載刑事法論叢(二)，1997年3月，頁31-52。

<sup>230</sup> 同前註，頁53。

<sup>231</sup> 同前註，頁53以下。

<sup>232</sup> 同前註，頁54以下。

政策之角度，綜合考量是否符合司法權及行政權之界限、行政管理之有效性及目的性和不宜過度迷信刑罰威嚇力等觀點；以及4.由刑事政策之角度考量刑罰最後手段性、避免過度地將本屬秩序違反之行為定性為刑事不法行為所造成之司法超載，以及基於慎刑原則觀點應將非屬必要之刑事不法行為予以除罪化，以適度修正特別刑法肥大症<sup>233</sup>。

## 二、大法官之見解

就妨害兵役治罪條例中針對因遷居導致召集令無法送達者科處刑罰之規定是否違反憲法之爭議，大法官作成釋字第517號解釋。在該號解釋中大法官對於行政不法與刑事不法之區分爭議，亦稍有提及而認為：「按違反行政法上義務之制裁究採行政罰抑刑事罰，本屬立法機關衡酌事件之特性、侵害法益之輕重程度以及所欲達到之管制效果，所為立法裁量之權限，苟未逾越比例原則，要不能遽指其為違憲。即對違反法律規定之行為，立法機關本於上述之立法裁量權限，亦得規定不同之處罰」。或許因受到本案之釋憲聲請人，即花蓮地方法院朱光仁法官主要係以妨害兵役治罪條例第11條第1項第3款「後備軍人居住處所遷移，無故不依規定申報」之行為，得依同條第3項規定科處「一年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金」之規定，已違反憲法第10條所保障人民有居住及遷徙之自由及同法第23條比例原則要求作為其聲請大法官解釋之理由<sup>234</sup>，因此大法官於解釋理由書中亦

<sup>233</sup> 詳細說明，參閱林山田，前揭註228，頁72以下。

<sup>234</sup> 承審原因案件之朱光仁法官於其聲請書中指出：「按依憲法比例原則所衍生於刑事法領域之罪刑相當原則，要求罪與刑必須相當，亦即侵害之法益與所處之刑罰必須具有合比例之關係，且刑罰法律具有最後手段性，必須侵害法益最為嚴重之行為，方有科以刑罰之必要。準此，本罪事實上僅係規範後備軍人未收受召集令之行為，但未收受召集令未必與未入營接受召集相同，受召集人仍可能因其他管道獲得通知而按時接受召集，召集令之送達僅係行政管理之方法，以行政管制之違反即課以刑罰，實屬對於無法益侵害之行為課以刑罰（縱承認超個人法益之存在，亦應於受召集人未按時接受召集時，始有法益侵害之行為存在），其違反罪刑相當原則，足堪認定。縱令認為該規定或係對於法益之危險行為而有必要加以規範，然兵役制度之維持亦應區分平時與戰時，承平時對於此等行政管制，應僅課以行政罰為已足，至於戰時為維持國家或人民之生

主要就此項主張加以回應，並未另行針對行政不法與刑事不法之區分依據詳加說明。但由前所提及之解釋理由書文句至少可知，對於違反行政法上義務之行為除可以行政罰加以制裁外，對之亦可處以刑罰。至於究應採取行政罰或刑罰手段，則係屬立法者其裁量權限。其行使裁量之依據主要為事件之特性、侵害法益之輕重程度及所欲達到之管制效果等因素。且其裁量權限絕非可恣意為之，大法官認為立法者於此仍須注意憲法上比例原則所建構之裁量界限。大法官此段說明，乃與聯邦憲法法院所提出之行政不法與刑事不法之邊界領域的說明極為相似。其同樣認為在該領域中對於某一行為形式究竟應將之定性為刑事不法亦或行政不法，乃係立法者得依其法政策觀點而行使裁量權限之場域。大法官或聯邦憲法法院於此乃可審查立法者其行使裁量權限時有無逾越憲法基本價值決定或基本原則之要求。

對於該號解釋所持之理由，當時的蘇俊雄大法官於其所提的不同意見書中首先指出，針對違反行政法上義務的行為，立法者對之得否科處刑罰予以制裁之問題，已不再由質的區別觀點，而主要係由量的區別觀點，或者是所謂「危險程度理論」出發尋求作成立法決定之依據。基此，「立法者乃擁有相當程度的規範形成自由，得就社會需要與政策考量等觀點，復以衡量該等違法行為之危險性，決定其制裁方式」<sup>235</sup>。然而，蘇俊雄大法官補充認為，若立法者欲以刑罰的作為制裁違反行政法義務之手段，則必須該等違反行為「確實具有可罰性或應刑罰性時」，方可為之。也因此，其認為立法者在「對違法行為選擇其制裁體系時，其於立法過程中所進行之效果預測或衡量決定，仍須合於比例原則之要求，以確保『罪』與『刑』的衡平」<sup>236</sup>。雖然蘇

---

存，始有科以刑罰之必要，不論何一時期，一律以該違反行政規制之輕微法益危險行為，課以最重有期徒刑之刑罰，應已逾越上述比例原則之要求而為違憲。」參閱[http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/P03\\_01\\_detail.asp?Expno=517&showtype=](http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/P03_01_detail.asp?Expno=517&showtype=)相關附件，造訪日期：2013年11月8日。

<sup>235</sup> 蘇俊雄，大法官釋字第517號不同意見書；另，蘇俊雄，前揭註227，頁157以下之說明。

<sup>236</sup> 蘇俊雄，大法官釋字第517號不同意見書。

俊雄大法官贊同本號解釋以比例原則作為立法者行使裁量權限之憲法界限，同時也支持在本號解釋中對於系爭規定進行比例原則審查時，係採可支持性之審查基準，以適度尊重立法者之決定。但是其認為系爭妨害兵役治罪條例第11條第3項對於同條第1項第3款針對「後備軍人居住處所遷移，無故不依規定申報」之行為，以準用或擬制為「意圖避免召集」，並進而對之科處刑罰之情形，乃不符合罪與刑相當以及比例原則之要求，應而認為該等規定應屬違憲為是。

另外大法官於釋字第617號解釋中針對刑法第235條就散布、播送或販賣猥褻文字、圖像等行為採取刑罰制裁手段係否違憲之爭議，曾以性資訊或物品之閱聽，乃「破壞社會性價值秩序，有其倫理可非難性」為由，認為立法者所採取之刑罰制裁手段不僅彰顯憲法所維護之平等和諧的性價值秩序，同時亦實現憲法維持社會秩序之目的，故而肯定該等制裁手段之適當性<sup>237</sup>。若單由解釋理由書此段文字以觀，似乎大法官之論證思維係因系爭刑法第235條規定所欲規範之行為係具有倫理可非難性，因此，對之採取刑罰制裁手段，乃屬適當。

## 肆、本文之見解

### 一、保留由司法權行使之刑罰制裁

如本文前部分對於德國聯邦憲法法院相關裁判之說明，可知對於刑事不法與行政不法，以及刑罰與行政罰之區分，均涉及德國基本法第92條司法權僅得由法官行使之規定。聯邦憲法法院由實質觀點解釋該條規定，並認為即便基本法並未有任何規定明文將刑事審判權交由法院行使，但其傳統上仍屬於典型的司法權範圍。也因此，唯有法官方能在經過法定之刑事審判程序後對該當刑法構成要件且具罪責之行為人科處刑罰。換言之，唯有法官方能對違犯刑事構成要件者發動刑罰權。

<sup>237</sup> 大法官釋字第617號。

以此觀察我國憲法第7章「司法」之規定，則由憲法第77條以及第78條等規定應可得出我國司法權範圍包括民事、刑事、行政訴訟之審判、公務員之懲戒以及解釋憲法及統一解釋法令等事項，若再將憲法增修條文第5條第4項規定納入觀察，則尚包括總統、副總統之彈劾以及政黨違憲解散之審理等事項在內<sup>238</sup>。其中所為刑事訴訟之審判，依據大法官釋字第392號解釋之見解，乃係即刑事司法之裁判，係以實現國家刑罰權為目的之司法程序<sup>239</sup>。姑且不論先前因釋字第530號解釋所引發的司法院依據憲法第77條規定究應為最高司法審判機關抑或最高司法行政機關之爭論，依據憲法第82條規定可知，除司法院外尚應以法律設置各級法院以掌理各類司法權之行使<sup>240</sup>。基此，法院組織法第2條即明文規定法院執掌民事、刑事及其他法律規定之訴訟案件，並依法管轄非訟事件。由此，初步可以得出我國憲法乃係將以實現國家刑罰權為目的之刑事審判交由具司法權性質之機關，亦即法院為之。

然對於法院概念，我國學理及實務上向來尚有廣義與狹義之區分。前者主要係指組織觀點下之法院，其意指國家為裁判而設置之人及物之機關；後者則係訴訟法觀點下之法院，而限於對具體案件由獨任或數人合議以行使審判權之機關。依此，狹義的法院係指具獨立地位以行使法定審判權限之機關，亦即法官<sup>241</sup>。也因此，我國憲法亦如同德國基本法第92條規定般，乃將以實現國家刑罰權為目的之刑事審判交由法官為之。此等解釋結果對於區分刑事不法與行政不法之意義，乃在於確認唯有法官方能針對刑事不法行為科處刑罰。倘若立法

<sup>238</sup> 李惠宗，憲法要義，第6版，2012年9月，頁584以下。

<sup>239</sup> 大法官釋字第392號。

<sup>240</sup> 大法官釋字第86號解釋曾謂：「憲法第77條所定司法院為國家最高司法機關，掌理民事、刑事訴訟之審判。其所謂審判自係指各級法院民事、刑事訴訟之審判而言，此觀之同法第82條所定司法院及各級法院之組織以法律定之，且以之列入司法章中，其蘄求司法系統之一貫已可互證。」另外，現行司法院組織法第7條亦規定司法院設各級法院、行政法院及公務員懲戒委員會。

<sup>241</sup> 大法官釋字第392號理由書。

者於相關法律中將刑罰之科處委由行政機關為之，即係違背上述憲法之要求而屬違憲。

## 二、刑事不法與行政不法之劃分

經由本文前述之說明可知，早期對於刑事不法與行政不法之區分，均係著眼於該二類違反行為及處罰其最根本性之差異。然而，隨著國家角色的轉變、任務的多元化，乃至於國家與人民之關係不再如早期國家社會二元對立時期般的對立，甚至其彼此間之互動更加緊密，刑事不法與行政不法其原先本質上清晰的區別，亦隨之日趨模糊<sup>242</sup>。即便如此，本文認為不論是質的區別說、量的區別說，乃至於聯邦憲法法院自從行政處罰程序案後逐步發展而成的質量混合說，均提供諸多值得參考之觀點與思維依據。但若進一步觀察質的區別說與量的區別說，二者見解均明確點出某類群之行為，例如侵害他人生命或身體法益等行為，其或因具有社會倫理非難性，或因對於公共利益或特定法益造成嚴重之侵害，無論如何必須以具有社會倫理非難性之刑罰加以制裁；相反地，某類群之行為，例如違反交通規則或任意傾倒垃圾等行為，或因不具任何社會倫理非難性，或因對於公共利益或整體社會秩序並無太大損害，以致於不得對其採取刑罰制裁手段，至多僅能採取秩序罰之結論。換言之，此二種類群之行為不論係以質的區別說，抑或是由量的區別說為論證基礎，均可得出相同之論證結果。

然而，相較於量的區別說，質的區別說僅係以係否具有社會倫理可非難性為判別基礎，而單純地將所有違反法規範之行為區分為刑事不法與行政不法行為二種類型。由於社會倫理可非難性之有無，本屬一種價值判斷，此等價值判斷極可能會如林山田教授所言，出現因量變而導致質變的情形<sup>243</sup>。也因此，質的區別說所彰顯之非黑即白，僅

<sup>242</sup> 蘇俊雄，大法官釋字第517號不同意見書。

<sup>243</sup> 林山田，前揭註228，頁71-72。

能從二擇一之區分思維下，若僅以須經價值判斷之社會倫理可非難性概念作為判別刑事不法與行政不法之標準，恐較不足而可能無法完全適用於現今國家與人民以及人民彼此間多元之互動關係。也因此，本文認為除前述不論係基於質的區別說抑或是量的區別說之觀點所導出必須採取刑罰制裁手段，以及絕對不應採取刑罰制裁手段之二類行為外，其間應存有如德國聯邦憲法法院所言之邊界領域。若輔以權力分立之功能最適理論<sup>244</sup>加以分析，則應由代表多元意見、且須經歷正式、謹慎且較為公開、透明之程序之立法者，在此等邊界領域中基於刑事政策之理性觀點並在憲法價值秩序與基本權利保障之框架內，依照社會當下之具體情狀而判斷係否應將某類行為界定為刑事不法而對之採取刑罰制裁手段，抑或僅屬應以行政罰加以回應之行政不法。換言之，立法者於此乃享有立法決定之形成自由。也因此，本文認為刑事不法與行政不法之區別爭議重點，應由早期質的區別說與量的區別說的理論之爭，移轉至立法者之形成自由時係否有應予遵循之界限及其內容為何，以及其在個案中所為之刑事不法或行政不法決定，乃至於制裁手段之選擇係否有逾越該等界限。以下本文即嘗試由此觀點探討立法者於行使立法形成自由時所應遵循之界限以及相關問題。

### 三、立法形成自由及其界限問題之提出

不論是德國聯邦憲法法院，乃至於我國大法官解釋，對於某類行為究應將之界定為犯罪行為抑或是秩序違反行為之爭議，均指出此乃屬於立法者之形成自由。所不同者，乃在於其所肯認之立法者形成自由的界限此一面向上的論證。對此，德國聯邦憲法法院乃以所謂刑法的核心領域作為立法者形成自由之界限。基此，凡涉及人類社會共同生活中重要及根本之價值者，應由立法者以刑法規定加以保護；換言之，應將各類內含有社會倫理非難性，以侵害前述重要及根本價值為要之行為定性為犯罪行為，對之並應採取刑罰手段加以回應、制裁。

<sup>244</sup> 關於功能最適理論之說明，參閱許宗力，論法律保留原則，載法與國家權力，1999年10月，頁179以下。

也因此，針對是類行為立法者即不得僅係將之定性為秩序違反行為，並僅以行政罰手段加以回應而已。在此等刑法核心領域以及在行政不法二者間之邊界領域中，聯邦憲法法院認為立法者或可繼續維持對某類行為形式科處刑罰之情形，但亦可根據法政策對於該行為形式其不法內涵之不同評價，而將之轉換為僅以罰鍰制裁之秩序違反行為。換言之，此部分即為立法者享有形成自由之場域。

至於我國部分，大法官認為對於某一違反行政法上義務之行為，究應採取刑罰手段抑或秩序罰手段以為回應，乃係立法者得在衡酌事件特性、法益侵害輕重程度及欲謀求之管制效果等觀點後，在比例原則之框架內自為形成規範之事項。換言之，在此一領域內即係以比例原則作為立法者形成自由之界限。雖然大法官在本號解釋中首次明確提及立法者之形成自由不得逾越比例原則之要求，值得肯定。但若細究，則尚有諸多疑問有待釐清：首先，大法官既言立法者得在比例原則之要求下，自行判斷並決定對於違反行政法上義務之行為究應採取刑罰或秩序罰，則在違反刑法規定之行為部分，係否立法者亦享有得將之除罪化而轉換為秩序罰之形成自由？若為肯定，則立法者係否得將所有各類違反刑法之行為轉換為秩序違反行為？抑或如同聯邦憲法法院所採取之見解般，存有一立法者不得加以轉換、侵犯之刑法核心領域？其界限為何？再者，在立法者享有形成自由之場域中應如何操作、適用比例原則，使其作為該等場域之界限？

所謂立法形成自由，係指立法者對於規範內容之制定與形塑，得自由運用其源自於憲法之立法權限，進而達成其所欲追循之目的<sup>245</sup>。此等形成自由之範圍，主要涵括藉由規範以設定其基於某種特定政策之考量而欲追循之目的，以及為達成該等目的所應採取之手段或措施等面向<sup>246</sup>。但是此等「自由」並非毫無限制，換言之，既然立法者係

<sup>245</sup> 李建良，論立法裁量之憲法基礎理論，載憲法理論與實踐(二)，2000年12月，頁299-371。

<sup>246</sup> 林錫堯，大法官釋字第699號協同意見書。

在行使由憲法所賦予之立法權限下而享有形成自由，則其毫無疑問地必須受制於憲法以及各類具有本質之重要性而為整體憲法規範秩序存立基礎之原則的拘束<sup>247</sup>。

#### 四、比例原則作為立法形成自由之界限及其審查密度

若進一步觀察我國釋憲實務之發展，則可發現雖然大法官在相關解釋中均明白肯認立法者的形成自由，但也開始探究立法者在行使其形成自由時有否逾越前述界限，尤其係比例原則之要求<sup>248</sup>。在學理上以及在部分大法官自行提出之意見書中，對於以比例原則作為立法形成自由之界限此一問題之探討，多由違憲審查者其應如何於具體個案中操作比例原則此一審查基準及其審查密度之觀點出發，以作為探究立法者於規範形成過程中有否逾越其形成自由之界限的判斷基礎<sup>249</sup>。所謂比例原則之審查密度，主要源自於由德國聯邦憲法法院在其裁判中因操作比例原則所逐步發展、累積而成之不同審查強度類型。例如在勞工參與企業決定案中該法院即明確指出，其對於立法者所為之立法預測（Prognosen），乃可分別運用明顯性審查（Evidenzkontrolle）、可支持性審查（Vertretbarkeitskontrolle），以及強烈內容審查（intensivierte inhaltliche Kontrolle）等由寬鬆至嚴格

<sup>247</sup> 關於立法形成自由之界限的詳細說明，參閱李建良，前揭註245，頁371以下。

<sup>248</sup> 關於大法官於解釋中運用比例原則之整理與相關問題之詳細探討，參閱黃昭元，大法官解釋審查標準之發展（1996-2011）：比例原則的繼授與在地化，國立臺灣大學法學論叢，第42卷第2期，2013年6月，頁215以下。

<sup>249</sup> 就此，可參閱許宗力，比例原則之操作試論，載法與國家權力(二)，2007年1月，頁121以下；黃昭元，立法裁量與司法審查——以審查標準為中心，憲政時代，第26卷第2期，2000年10月，頁156以下；蘇彥圖，立法者的形成餘地與違憲審查——審查密度理論的解析與檢討，臺灣大學法律學研究所碩士論文，1998年6月。大法官之意見書部分，可參閱許玉秀，大法官釋字第644號一部協同一部不同意見書、釋字第646號不同意見書、釋字第689號一部協同一部不同意見書；許宗力，大法官釋字第578號協同意見書、釋字第669號協同意見書；陳春生，大法官釋字第659號協同意見書；李震山，大法官釋字第639號協同意見書等。

之不同強度的審查基準以作為其審查之依據<sup>250</sup>。至於何時應採寬鬆之明顯性審查，何時又該採嚴格之強烈內容審查作為審查基準，則取決於系爭規範所涉及之事務領域、所涉及之基本權利性質及對之所造成的侵害強度等不同因素綜合考量<sup>251</sup>。

確切而言，此等審查密度所針對者，乃係立法者其對於過去及當下社會生活事實之調查，以及規範在未來將會生有何等效力，亦即就其在規範中所採取之手段、措施係否能有效達成其所設定之目的此一未來事實之預測、評估。簡言之，在適用明顯性審查密度之下，除非立法者對於此等未來事實之預測存有公然、明顯之錯誤或恣意，否則即應肯定其判斷；也因此，在此等審查密度下立法者乃享有最廣泛之形成自由空間，而違憲審查者得以介入之審查範圍即相對最小。至於在可支持性審查密度下，則應探究立法者對於未來事實之預測、評估之論理係否合乎事理，亦即係否基於可予支持之立論基礎；於此，立法者之形成自由空間即較受限制，而違憲審查者所得介入審查之範圍即相對擴張。最後，在最為嚴格之強烈內容審查密度下，違憲審查者應詳細地剖析立法者對於未來事實之判斷係否實質正確；基此，立法者之形成自由空間將因違憲審查者大幅擴增其得以介入審查之範圍，而受到最大之限制<sup>252</sup>。姑且不論學理上對此等層級式審查密度在運作上所提出之質疑<sup>253</sup>，本文認為，藉由此等用以探究立法者形成自由之

<sup>250</sup> BVerfGE 50, 290 (333).

<sup>251</sup> 許宗力，大法官釋字第578號協同意見書；另，許宗力，違憲審查程序之事實調查，載法與國家權力(二)，2007年1月，頁67以下。

<sup>252</sup> 許宗力，大法官釋字第578號協同意見書；李建良，前揭註245，頁375以下；吳信華，憲法審判機關與立法者，東吳法律學報，第20卷第4期，2009年4月，頁53-72。

<sup>253</sup> 尤其是對於在何等情況中，或是在涉及何等基本權利以及涉及何等類型之國家干涉行為應採用何等審查密度進行比例原則之操作，目前學理上並未形成共識，且在德國聯邦憲法法院之釋憲實務中有時亦未充分、明確地說明為何採取某種特定審查密度進行審查。相關質疑，德文部分Klaus Schlaich/Stefan Koriath, Das Bundesverfassungsgericht, 9. Aufl., 2012, Rn. 535 f.; 中文部分，吳信華，同前註，頁72以下。

界限的比例原則審查密度之模式，或可作為探究立法者於界定某類行為係屬對之應採取刑罰制裁之刑事不法，抑或對之僅需裁處秩序罰之行政不法，而行使其形成自由時有否逾越比例原則之要求的判斷依據。

## 五、比例原則之具體適用

### (一)行為條款與制裁條款之區分

#### 1. 行為條款與制裁條款之意義

不同於傳統公法學領域對於基本權利干預行為所進行之比例原則審查，許玉秀大法官首先於釋字第594號所提之部分協同意見書中，以德國學者Lagodny<sup>254</sup>所提，以及該國聯邦憲法法院於大麻案<sup>255</sup>開始操作之審查模式為基礎，主張在對刑法規範進行比例原則之審查時，應分別就刑法之行為規範（Vorhaltensnorm）以及制裁規範（Sanktionsnorm）係否具備應刑罰性（Strafwürdigkeit）與需刑罰性（Strafbedürftigkeit）加以探究<sup>256</sup>。繼之，學者許澤天教授亦在其大作「刑法規範的基本權審查——作為刑事立法界限的比例原則」中，同樣將刑法規範先行區分為行為條款（Vorhaltensvorschrift）與制裁條款（Sanktionsvorschrift），再分別進行比例原則之審查<sup>257</sup>。

依照德國學者Lagodny之見解認為，若由基本權利之防禦功能出發，則在國家與行為人之關係中乃涉及對國家干預的防禦，此時應深入探究國家係基於何等基礎而得對行為人之基本權利進行干預。對此，其認為或可由區別行為條款與制裁條款之角度切入<sup>258</sup>。所謂行為

<sup>254</sup> Lagodny, aaO. (Fn. 207), S. 64 ff.

<sup>255</sup> BVerfGE 90, 145.

<sup>256</sup> 許玉秀，大法官釋字第594號部分協同意見書；另，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，2005年9月，頁387以下。

<sup>257</sup> 許澤天，刑法規範的基本權審查——作為刑事立法界限的比例原則，載憲法解釋之理論與實務第七輯，2010年12月，頁259-267。

<sup>258</sup> Lagodny, aaO. (Fn. 207), S. 6.

條款乃係指用以禁止或要求特定行為（作為或不作為）之一般性、抽象性規範；換言之，其乃係指立法者透過構成要件規定所彰顯之禁令（Verbot）或誡命（Gebot）<sup>259</sup>。須注意的是，若依Lagodny之思維，此等行為條款不僅出現於刑法與行政法等公法領域，即便係在私法領域中，亦存有例如禁止違反契約之禁令條款<sup>260</sup>。其中在公法領域中所出現之行為條款，自其生效開始，即成為警察法之概括條款所內含之公共安全概念的構成要素。換言之，即便立法者未特別制定下述之制裁條款等干預授權規定，仍可透過一般警察法中所規範之干預措施，例如禁止處分（Verbotsverfügung）等以遏止方出現之違反行為條款之情形<sup>261</sup>。至於所謂制裁條款，係指授權予國家對於違反行為條款之行為加以非難並對之科處特別制裁手段之規範<sup>262</sup>。該等特別制裁手段除刑法中所常見之各種刑罰外，尚包括依秩序違反法所裁處之罰鍰等行政罰措施，以及依相關懲戒法所施加之懲戒罰<sup>263</sup>。

## 2. 區分之必要性及其理由

之所以應先行區分行為與制裁條款，主要有以下幾類值得肯定之

<sup>259</sup> Ebenda.

<sup>260</sup> Ebenda.

<sup>261</sup> 也因此，Lagodny認為行為條款規定若輔以規範於特別法中或由警察法概括條款所授權之職權規定，似乎即可得出自動授權予警察機關而得採取警察法上預防性措施之結論。就此，Lagodny, aaO. (Fn. 207), S. 85 f.

<sup>262</sup> 詳言之，Lagodny乃將制裁條款進一步區分為授權國家對於違反行為條款之行為予以非難，以及授權其對於該等違反行為採取制裁手段等兩部分。在名稱上，氏乃將前者稱為一般制裁手段，後者則為特別制裁手段。以罰鍰裁決書為例，其中乃包括確認何等事實可歸責於當事人，以及確定採取罰鍰形式之制裁手段；同樣的結構亦可見於刑事判決中，亦即在判決主文中先行確認被告之罪責，進而確認對之所應採取之刑罰制裁手段。在此等思維脈絡下，氏認為國家對於違反行為條款之行為予以非難，已係一種獨立的，對於一般人格權造成干預之類型，且立法者或可，但非必須於制裁條款中再對於該等非難再附加前述之特別制裁手段；倘若立法者附加特別制裁手段，則其將會因該等特別制裁手段係屬刑罰、秩序罰抑或是懲戒罰而分別對不同基本權造成干預。Lagodny, aaO. (Fn. 207), S. 96 ff., 106, 111, 115 ff., 129 ff.

<sup>263</sup> Lagodny, aaO. (Fn. 207), S. 7；許玉秀，前揭註256，頁392；許澤天，前揭註257，頁267。

事由：首先，行為條款與制裁條款因其分別以（針對規範對象其未來之行爲的）禁令或誡命，以及對於（過去已經）違反該等禁令或誡命施加非難爲其各自之規範內容，也因此，其各自乃涉及不同的基本權利干預。對於規範相對人而言，行為條款乃內含有某種尤其係對一般行爲自由以及其他基本權利尚需經正當化的干預；至於在刑法規範中內含有刑罰措施之制裁條款，除透過死刑以剝奪違反禁令者之生命權外，一般係藉由自由刑以限制其人身自由<sup>264</sup>。再者，若單純區分且分別就行為條款與制裁條款進行獨立之觀察，則可能會出現如許玉秀大法官及許澤天教授所言，無制裁效果之行為條款，因欠缺法拘束力而僅係一種不完整之規範，其既無法自行擔保否能獲致實現，更無法發揮干預基本權之作用；反之，與行為條款相脫鉤之制裁條款將因欠缺效力拘束之標的、對象，同樣亦無法實現（甚至根本無法知悉）立法者藉由行為條款所欲追循之目的，以及對於基本權利造成干預<sup>265</sup>。但正由於其各自涉及不同之基本權利，因此仍有分別審查之必要性。也因此，在審查結果上可以進一步區分爲行為條款違憲，以及行為條款合憲但制裁條款違憲等情形。換言之，在前者，既然行為條款已屬違憲，則制裁條款亦將隨之而屬違憲；在後者，即便行為條款合憲，若國家係採取刑罰作爲制裁手段，則須進一步檢視該等刑罰制裁手段係否符合比例原則之要求。倘若係違反比例原則，則僅須由立法者重新思考其他合憲之制裁手段即可，而無須連帶指摘行為條款及其所欲追循之目的<sup>266</sup>。最後，雖然學理上一般均將刑法界定爲公法之特別、獨立領域，但其各自均已發展出不同的理論與研究方法。藉由區分行爲

<sup>264</sup> 另外Lagodnye更指出自由刑之執行將會對於受刑人之言論、集會、結社等表現自由、職業自由、婚姻與家庭自由乃至於宗教自由造成限制。Lagodny, aaO. (Fn. 207), S. 130; 關於人身自由之限制部分，該書第6頁以下；許澤天，前揭註257，頁270；許玉秀，前揭註256，頁393。

<sup>265</sup> 許玉秀，前揭註256，頁394；許澤天，前揭註257，頁268。

<sup>266</sup> 許玉秀大法官則是認爲若制裁規範違憲，僅須免除刑罰之適用、停止或終結訴訟程序而無庸對整體系爭刑法規範宣告違憲。對此，前揭註256，頁396。

條款與制裁條款以釐清其各自係否符合比例原則之要求，乃可作為憲法學與公法學相互交融之介面<sup>267</sup>，從中除可以互為補充不足之處外，更可探尋諸多可能尚未被發現之問題繼而成為日後研究之主題。本文以下即由區分行為條款及制裁條款之觀點，嘗試釐清立法者將某類行為定性為刑事不法行為，並對之科處刑罰制裁時，應如何運用比例原則作為其行使形成自由之界限。

### （二）立法目的之正當性

依照通說對於比例原則之操作，均係依序審查系爭干預基本權利之行為是否符合適當性（*Geeignetheit*）、必要性（*Erforderlichkeit*）及相當性（*Angemessenheit*）或狹義比例原則（*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn*）之要求<sup>268</sup>。其中在適當性部分，乃探究系爭行為係否能有助於其所欲追循之目的的達成。此部分又會因系爭行為係行政行為抑或立法行為而導致在操作上會有若干差異<sup>269</sup>。倘若系爭行為係立法行為，則一方面應先行探究立法者所欲追循之目的為何？其係否為憲法價值秩序下所容許之目的？另一方面則係探究立法者所採取之手段、措施係否能有效地達成其所欲追循之目的。此即涉及立法者對於未來事實之預測、評估；若由前述審查密度之觀點出發，則係涉及對於立法者就該等未來事實之預測、評估應有何等程度之準確性的要求。

在立法者欲針對某類行為施以刑罰制裁之情況中，其所欲追循之立法目的亦應如同上述，係屬憲法價值秩序所允許之目的。然而，何

<sup>267</sup> 例如德國學理上即有探討刑法學中之罪責原則（*Schuldprinzip*）與憲法，或者是公法學中的比例原則之關係。對此，參閱Wolfgang Frisch, *Schuldgrundsatz und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*, NStZ 2013, 249.

<sup>268</sup> Andreas Voßkuhle, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, JuS 2007, 429 (430); Bernd Grzeszick, in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, 2013 (69. Ergänzungslieferung), Art. 20 GG, Rn. 110 ff.

<sup>269</sup> 關於比例原則於行政法上以及憲法上操作之差異的詳細說明，參閱蔡宗珍，*公法上之比例原則初論——以德國法的發展為中心*，政大法學評論，第62期，1999年12月，頁89以下。

等目的方屬之？若單純就我國憲法第23條規定為字面上之理解，則似乎立法者僅能係為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或是增進公共利益等目的，方能制定法律對人民基本權利為必要之限制。但學理上多數見解認為，該條所列四種目的，其性質均為須進一步予以具體化之不確定法律概念，也因此，在具體個案中乃允許有多面向、不限於字面意義之解釋可能性<sup>270</sup>。基於此等多面向、開放的解釋可能性，復以立法者所代表者乃係多元政治民意、具最為直接之民主正當性，也使其於設定其所欲追循之立法目標時，乃享有極為寬廣之自我形成空間<sup>271</sup>。總的來說，當立法者非以明顯違憲或恣意設立之目的，而係以公共福祉或公共利益為導向而設定其所欲追循之立法目的者，原則上即不得指摘該等目的之正當性<sup>272</sup>。

<sup>270</sup> 許宗力，基本權的保障與限制（下），月旦法學教室，第14期，2003年12月，頁50-52；許澤天，前揭註257，頁271。

<sup>271</sup> 蔡宗珍教授則稱之為「不可被侵奪之政治形成自由」（politische Gestaltungsfreiheit）。就此，蔡宗珍，前揭註269，頁92。

<sup>272</sup> 對此，林錫堯、陳敏及陳春生三位大法官共同於大法官釋字第666號所提出之協同意見書中，對於審查立法目的正當性之解釋，即具參考性，其謂：「關於立法目的之憲法上審查，由於憲法之框架與開放性，復因立法者本身之直接民主正當性，當複雜之社會問題有待規範而往往有多種不同之解決可能時，立法權之行使，並非只是單純將憲法規定予以具體化，毋寧帶有自主形成之色彩。因此就立法目的之憲法審查，應肯認立法者就立法目的與手段之選擇享有一定程度之形成自由……惟肯認立法者就立法目的享有一定程度之形成自由，並不代表釋憲機關在此完全放棄審查，毋寧說係採取寬鬆之審查態度，此在我國與德國之釋憲實務皆係如此。如此並非表示對立法目的之審查完全失其意義，在憲法第二十三條之限制下，倘立法者明白引用非屬憲法第二十三條之公益目的作為其限制基本權之目的；或立法者完全未指出係基於何種理由限制基本權，則仍逾越憲法容許之界限……蓋自憲法第二十三條之法文結構觀察，釋憲者就立法目的之審查，僅要求立法者不得追求明顯違憲之目的，並符合憲法所預設或容許之公益目的。」另外，須注意的是，所謂以公共利益或公共福祉為導向而設定立法目的，並不可誤解為立法者只要概括式地宣稱其立法係基於「公共利益」，即屬正當之目的；毋寧應理解為立法者仍必須盡可能詳細地具體化其所欲追循之各種立基於公共利益或公共福祉之立法目的。再者，於涉及某些基本權利時，對於干預行為其所立基之公共利益亦可能會有內涵上以及重要程度上之特別要求。此之適例即係職業自由之三階理論中，分別要求不同程度、重要性之公共利益。就此，參閱Lothar Michael, Die drei Argumentationsstrukturen

刑法學理上向來係以保護特定法益<sup>273</sup>作為刑法規範最主要之目的，則在進行比例原則之審查時應如何界定此等作為刑法規範目的之法益保護，或如何將其嵌入前述憲法學理上所強調應以公共利益為導向之立法目的，即有探討之必要。首先，透過法益概念一方面得以確認刑法規範之立法目的即在於保護法益，另一方面亦可確認凡係侵害受刑法保護之法益的行為，即具有所謂應刑罰性<sup>274</sup>。基於此等理解，若立法者透過刑法規範所追求者，並非以保護特定法益為其主要目的，則其立法目的之設定即有恣意之嫌，而可能無法符合前述目的的正當性之要求<sup>275</sup>。

在確立法益保護作為刑事立法目的後，繼之應探究者，乃係法益之概念及其內容。對此，本文礙於篇幅及研究主題之聚焦，在此並無法詳細且全面地探討此一已經在刑法學領域中有長遠爭論歷史的問題。不可諱言地，刑法不論在立法實務以及學理之發展演進等面向，均遠早於憲法。也因此，如許玉秀大法官所言，在成文憲法出現之前，其實國家在某種程度上即已經透過刑法典之制定而建構整體社會生活秩序之模型<sup>276</sup>。在此等歷史背景下，刑法學理自行發展出以法益

---

des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit – Zur Dogmatik des Über- und Untermaßverbotes und der Gleichheitssätze, JuS 2001, 148 f.

<sup>273</sup> 關於刑法上法益概念之詳細說明，可參閱Thomas Rönnau, Grundwissen – Strafrecht: Der strafrechtliche Rechtsgutsbegriff, JuS 2009, 209；陳志龍，刑法之法益概念（上）、（中）、（下），國立臺灣大學法學論叢，第16卷第1期，1986年12月，頁125以下、第17卷第2期，1988年6月，頁117以下、第18卷第1期，1988年12月，頁117以下；另許恆達，刑法法益概念的茁生與流變，月旦法學雜誌，第197期，2011年9月，頁134以下。

<sup>274</sup> 學理上有認為行為係否具有應刑罰性，除須侵害由刑法所保護之法益外，尚須該等侵害已對於社會共同生活秩序所內含之穩定性及功能性造成無法容忍之破壞，方屬之。陳俊偉，入罪化與除罪化——刑事立法政策之基本思維，中正大學法律學研究所碩士論文，2004年6月，頁15以下之說明。

<sup>275</sup> 李惠宗，論比例原則作為刑事立法的界限——大法官釋字第五一七號解釋評釋，台灣本土法學雜誌，第18期，2001年1月，頁23-30；陳志龍，刑法之法益概念（中），前揭註273，頁117-118。

<sup>276</sup> 許玉秀，前揭註256，頁401。

作為刑法保護目的，乃係一種必然。但是當成文憲法出現並以憲法規範及其所內含之憲法價值秩序作為國家權力之運作，以及國家與人民互動關係之準繩時，則作為判斷國家應否以刑罰制裁違反禁令或誡命等行為條款之行為的法益概念，亦應由憲法之觀點予以理解。對此，德國學理上多認為刑法既然作為整體國家法秩序之一環，則其基本原理與範圍乃係立基於憲法，特別是基本權利之中。此等奠基於憲法，以及由憲法所獲致之正當性，不僅對於刑法之目的，乃至於對其作用效力均具有重要意義<sup>277</sup>。倘若刑法其正當性係源自於透過刑罰之威嚇與科處，以確保由法社會所肯認而應予保護之法益免於受到侵害，則其無論如何不可牴觸由憲法所建構之價值秩序<sup>278</sup>。在此等思維脈絡下，則刑法上所欲保護之法益應可理解為在整體憲法價值秩序下所欲確保或建構之價值或秩序利益。其除保障個人基於所享有之各類基本權利而得開展其人格、確保生命及身體外，尚包括基於群體生活之完善而必須建構、發展之社會秩序，以及為使國家能符合憲法要求而運作之憲政秩序在內<sup>279</sup>。基此，當立法者欲透過刑法以保護特定法益之同時，亦係確保該等在整體憲法價值秩序下所應予保障或建構之價值或秩序利益。總地來說，若立法者係以保護特定法益作為其刑事立法目的，則在比例原則之審查中即應可初步肯認其具有正當之立法目的。

又，倘若在將刑法規範區分為行為條款及制裁條款而分別進行比例原則之審查之觀點下，必然會面臨此二類條款其所欲追循之立法目的係否相同的問題。就刑法行為條款之立法目的部分，如同聯邦憲法法院所言，依據基本法所建構之秩序，確定刑法之目的與用以保護法益之手段，以及使刑法規範能符合社會發展現況，乃係具民主正當性

<sup>277</sup> Albin Eser/Bernd Hecker, in: Adolf Schönke/Horst Schröder (Hrsg.), Strafgesetzbuch-Kommentar, 28. Aufl., 2010, Vorbemerkungen vor § 1 Rn. 30.

<sup>278</sup> Eser/Hecker, aaO., Rn. 30; Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl., 2006, § 2 Rn. 7 ff.

<sup>279</sup> Roxin, aaO., Rn. 8 f.; 許玉秀，前揭註256，頁401以下。

之立法者的職權。此等職權之界限毋寧在於憲法本身；換言之，除非憲法及其所建構之價值秩序自始即排除某種特定目的之追求，只要其非屬明顯、恣意地違背憲法價值秩序之要求，均可肯認其正當性<sup>280</sup>。至於在刑法制裁條款部分，由於其係透過刑罰手段以制裁違反行為條款之行為，並確保行為條款所欲追循之法益保護目的能有效達成。因此，其最主要追循之立法目的即在於確保行為條款之有效性，並進而達成保護特定法益之目的<sup>281</sup>。但除此之外，刑法學理中尚有由不同之理論觀點，例如應報、一般預防、特別預防探究刑罰之目的。對於前開涉及刑罰目的之理論觀點，於此無法再予詳加說明與分析。但本文肯定許澤天教授之見解，亦即若要求立法者應基於正當之目的而採取刑罰手段，則純粹以報復、應報為目的之刑罰制裁，將不具有憲法上之正當性。相反地，在刑法係以保護特定法益不受侵害為最主要目的之情況下，則若立法者另基於預防（行為人再次，或他人）對於由行為條款所保障之法益進行侵害，應係符合目的正當性之要求<sup>282</sup>。

### （三）手段對於目的達成之適當性

在確立立法目的之正當性後，立法者即有義務採取有助於達成其所設定之目的的手段，唯有如此，方能謂手段對於目的之達成具有適當性。此部分即涉及立法者對於過去與當前社會生活事實之調查，以及立法後對於未來事實之預測與評估，已如前述。在行為條款部分，由於其係以禁令或誡命之方式確保特定法益不受侵害，因此首先必須釐清被禁止之行為若未加以禁止，或是被要求之行為在不作為之情況下，亦即在未存有禁令及誡命之情況下，係否會對於所欲保護之法益造成侵害<sup>283</sup>。再者，並應釐清透過禁令與誡命係否真能使該等法益免

<sup>280</sup> BVerfGE 45, 187 (253); 120, 224 (242).

<sup>281</sup> 許澤天，前揭註257，頁279。

<sup>282</sup> 詳細說明，參閱許澤天，前揭註257，頁279以下。

<sup>283</sup> 如許宗力大法官所言，倘若在未存有禁令及誡命之情況下，被禁止或被要求之行為根本不會對欲予以保護之法益產生任何危險，則立法者所欲採取之禁令或誡命即係一種「無的放矢」，更遑論其能有助於立法目的之落實。許宗力，前

於侵害；此即涉及在透過刑法規範制定禁令及誡命後，對於目的達成情況之未來事實的預測<sup>284</sup>。至於在制裁條款部分，則係涉及對於違反該等禁令或誡命之行爲若採取某種刑罰之制裁，係否能有效防止行爲條款所欲保護之法益遭受侵害，以及達成其本身所欲追求之預防目的等預測、評估問題。

由於在探究適當性原則時主要涉及立法者對於規範制定後係否能有效達成立法目的，所謂有效與否，並非指立法者所採取之手段必須絕對地、百分之百地能達成立法目的的絕對性要求，至多只要該等手段能有助於目的之達成，縱使並非絕對、全面地有效，亦應肯認其係屬適當<sup>285</sup>。但由於所採取之手段係否能有效地助於目的之達成，乃係一種立法者對於規範實施後之未來事實的預測、評估，因此探討之重點應非在於該等未來事實係否發生立法者所預測、評估之效果；毋寧應著重於立法者在立法當時對於該等未來事實之預測、評估應負有何等程度之證明責任。若以違憲審查之角度觀之，即係涉及前述所提之違憲審查者應以何種強度，究竟應以明顯性、可支持性或強烈內容之

---

揭註251，頁52。

<sup>284</sup> 換言之，當立法者欲對某類行爲定性為刑事不法，並對之採取刑罰制裁時，則會涉及所謂入罪化之問題。在此，立法者其必須先行探究、考量何等社會具體事實、現象應藉由刑法加以規範。此等作為立法者在形成法規範前之觀察對象的社會具體事實、現象，與一般單純的社會生活事實有所不同；換言之，其乃係指基於形成規範之需要性觀點而藉由犯罪學及法社會學研究，初步被界定為內含有規範與社會交互影響關係之事實，亦被稱為法事實（Rechtstatsachen）。對此，學理上有認為立法者於觀察此等法事實時，尤應著重於特定行爲係否會對社會整體共同秩序形成重大之損害或危險、社會現實層面中對於法益保護之需求程度、刑事政策上包括罪責原則與預防思想在內之不同基本原則其彼此間應如何取捨，與規範實際實施後將以何等方式，對於受規範之整體社會事實與現狀造成何等影響，及所可能衍生之實效性問題等面向之探究。此等透過犯罪學及法社會學研究所篩選出之法事實，尚應再由刑事政策之觀點出發，繼而對之進行入罪化的價值判斷，以確認刑法之評價客體。最後，尚需再經歷剖析各種內嵌於法事實之構成要素，並將之剝離成不同之法律概念，以作為刑法規範內容之基礎組合要素，並透過典化之方式予以組合。詳細說明，陳俊偉，前揭註274，頁77以下。

<sup>285</sup> 許宗力，大法官釋字第578號協同意見書。

密度審查立法者之評估、預測的正確性問題。

對於上述審查密度選擇之問題，（尤其是我國）學理及實務目前仍處於有待發展之狀態。雖然許宗力大法官曾嘗試提出各種判斷參數，例如立法所涉及之事務領域、涉及之基本權利類型、法律所欲保護之公益性質、憲法之價值決定，乃至於立法正當性之高低等，以作為判斷之依據，但其亦明白指出諸多細節性問題仍有持續討論之必要<sup>286</sup>。但若以許宗力大法官所提之判斷要素來檢視刑法之行為條款及制裁條款，則本文初步認為其各自所涉及之基本權利類型乃係判斷審查密度時不可或缺之要素。如前所述，由於行為條款主要涉及禁令或誡命違反者之一般行為自由或其他基本權利，而制裁條款中若採取刑罰制裁手段，則會涉及人身自由、甚或是生命權。基此，則可知對於行為條款及制裁條款即應分別以其所涉及之基本權利類型作為審查密度之決定基礎。基此，倘若行為條款之禁令或誡命所涉及者，僅係規範對象之一般行為自由時，且當立法者已經由調查而確認對於過去及立法當時在未有禁令或誡命之情況下，會出現法益遭受侵害之情形，則只要該等禁令或誡命未出現有明顯無法促進目的之達成或恣意之情形，即可肯認其適當性。倘若涉及其他基本權利，尤其係言論等表現自由時，立法者所為之預測、評估應合於事理且可予支持，方可肯認該等禁令或誡命之適當性。

至於在制裁條款部分，對於立法者以刑罰作為制裁手段究應採取何等審查密度進行審查，向來係極具爭議之問題。如同許宗力大法官於釋字第669號解釋所提之協同意見書中明確指出：「對刑罰應採取何種密度之審查，一直是難以委決的問題：一方面刑法制裁動輒剝奪人民之財產、自由、名譽乃至於生命，具嚴峻性與最後手段性，從刑罰對人民權利影響重大之觀點，似應以嚴格審查標準審視刑罰之合憲性，否則輕易容任國家濫刑重罰，人民最核心的人身自由與生命，不免時時懸於國家合法暴力的威脅。但他方面嚴格違憲審查卻有其現實

<sup>286</sup> 許宗力，前揭註251，頁67以下。

困難，因為有關何種行為應予處罰及應受何種處罰，涉及複雜的社會環境、歷史文化、犯罪現象、群眾心理及犯罪理論等因素，立法機關所具之民主正當性，較諸司法機關更能反映當代社會紛呈的多元價值，對前者基於民主論辯所為之決定，後者要難率爾取代，是由事務領域與機關功能最適之角度，司法機關原則上似應支持刑罰之立法政策，僅以合理審查標準審查之<sup>287</sup>。」若由此段文字以觀，似乎許宗力大法官認為對於以刑罰為制裁手段之立法應採取合理審查標準即可<sup>288</sup>。本文基本上肯定許宗力大法官之見解，但認為在尚有以剝奪生命權作為刑罰制裁手段之我國，倘若立法者針對違反某些行為條款，造成特定極具重要性之法益侵害之行為人以剝奪其生命權作為制裁手段時，對之應採取嚴格之審查標準，較為妥適。換言之，於此立法者僅能在其預測、評估具有「充分之蓋然性」或有「相當之確定性」

<sup>287</sup> 許宗力，大法官釋字第669號協同意見書。此外，許大法官於前述協同意見書中亦明確指出，倘若立法者基於特別需要，而在普通刑法之外另行制定以重度刑罰作為制裁手段之特別刑法時，則基於特別刑法係「嚴峻的例外立法，特別容易產生重大違反體系的價值判斷，此種例外的特別立法本應有非常堅強的正當理由始得為之」，以及為「敦促立法者檢討特別刑法重刑林立的現象，使國家刑罰權回歸到最後手段性的原則」等理由，應將審查密度提高至強烈內容審查層級。另許玉秀大法官則是認為：「刑罰規範涉及生命的剝奪、人身自由及財產權的限制。針對人身自由的限制，應該採取嚴格的審查標準，因為對人身自由的限制，直接貶抑個人人格，而損及人性尊嚴；針對財產權的限制，則可採取中度審查標準，因為對財產權的限制，比較可以與人性尊嚴相區隔。固然社會經濟力的損害，對社會心理及社會安全秩序會造成嚴重衝擊，使得高額罰金刑所具有的責難意義，未必低於對人身自由的限制，並且因而使得高額的罰金對於個別受處罰的人而言，可能比自由刑，尤其可能比短期的自由刑還要嚴厲，但是在基本權的序列上，用以衡量的根本基準，仍然是與人性尊嚴的連結程度，因為基本權理論完全建立在保障人性尊嚴的動機上面，如果財產權的剝奪也達到剝奪生存工具的程度，而能與侵害人性尊嚴相連結，自然也可能受較嚴格的審查。總之，基於對人性尊嚴的絕對保護，對人身自由的限制，應該接受嚴格的審查。」許玉秀，大法官釋字第646號不同意見書。

<sup>288</sup> 但許宗力大法官在其「違憲審查程序之事實調查」一文中，則係認為「剝奪生命權與人身自由……涉及人類生存基本需求與其他自由權行使之基礎，宜從嚴審查」。許宗力，前揭註251，頁67。

時，方能肯定其所採取之剝奪生命權手段具有適當性<sup>289</sup>。

#### （四）侵害最小之手段必要性

即便立法者所採取之手段能有效地達成其所設定之立法目的，尚須進一步確認該等手段對於目的之達成係屬必要，亦即其須為對受規範者之基本權利侵害最小的手段<sup>290</sup>。但須注意者，並非立法者選擇對於基本權利侵害最小之手段，即可謂其符合必要性之要求。所謂的侵害最小，乃係經比較後的結果，換言之，立法者必須自所有對於立法目的之達成係屬同樣有效之手段中，選擇對於規範對象之基本權利侵害最小之手段。此等對於目的之達成所要求之同樣有效性必須在各種面向獲致肯定，也因此，立法者不得採取某種對於規範對象之基本權利雖然造成較小侵害，但對於立法目的之達成而言係屬較不妥適、有效之手段<sup>291</sup>。

從上述之說明，可知於進行比例原則時必須面臨以下兩個問題：首先，除立法者已選擇、使用之手段外，是否尚存有其他同樣能有效地達成立法目的之手段；若為肯定，則應進一步與立法者所已選擇之手段相互比較，以檢視立法者所選擇之手段係否為最溫和、對於規範對象基本權利侵害最小之手段<sup>292</sup>。對於此二類應予審查之事項，雖均會涉及價值之判斷，但此等價值判斷乃係立基於立法者所調查、確認之事實以及預測與評估<sup>293</sup>。換言之，立法者於此乃如同在適當性審查階段之情況般，除必須對於立法事實進行調查與認定外，尚須進行經驗性之審查（*empirische Prüfung*）；倘若立法者在立法過程中對於該二

<sup>289</sup> 關於充分之蓋然性與相當之確定性之說明，許宗力，前揭註251，頁63。

<sup>290</sup> 許宗力，前揭註270，頁54；林錫堯，大法官釋字第699號協同意見書。

<sup>291</sup> BVerfGE 30, 292 (319); 53, 135 (145 f.); 67, 157 (177); 68, 193 (218 f.).

<sup>292</sup> 林錫堯，大法官釋字第699號協同意見書；許宗力，前揭註270，頁54。學理上有部分見解則是認為應先審查係否存有較立法者所選擇者更為溫和之手段，若為肯定，則再進而探究其對於目的達成的實效性係否同於立法者所已選擇者。Lagodny, aaO. (Fn. 207), S. 179；許澤天，前揭註257，頁286以下。

<sup>293</sup> 許宗力，前揭註251，頁53。

類事項欠缺有效之實證發現，而必須以預測及評估作為其立法基礎時，則一般均肯認立法者享有所謂評估特權（Einschätzungsprärogative）、判斷或評價空間（Beurteilungsspielraum）<sup>294</sup>。既然涉及立法預測、評估，則此部分亦同樣會面臨前述應以何等審查密度對於立法者之預測、評估進行審查之問題<sup>295</sup>。

就德國聯邦憲法法院歷來之裁判見解以觀，鑑於立法者之評估特權，僅有在相當例外之情況下行為條款方會被認定為不具有必要性而屬違憲<sup>296</sup>。例如在大麻案中聯邦憲法法院即指出，若立法者評估、預測認為透過內含有刑罰之禁令以禁止未經許可而使用大麻產品，對於立法目的之達成乃屬必要之手段，即無法再由憲法觀點對立法者之評估、預測加以指摘<sup>297</sup>。再者，其並指出立法者依據（裁判）當時之知識水準，而認為於立法時並未有其他同樣能有效達成目的，但較刑罰威嚇更為溫和之手段的主張亦屬可予支持。由於不僅在刑事政策方面，對於究應以完全解禁之方式，或是仍保留透過刑法所生之一般預防等方式，方能有效降低大麻之使用之爭議，仍未有定論。即便在對於究竟係以隔離吸食大麻之誘因，或是透過宣導大麻危害性之方式何者較為有效，學術上亦未有充分之研究成果。因此，聯邦憲法法院認為，若立法者於此等情況下仍堅持認為藉由內含有刑罰制裁之大麻使用禁令較去除刑罰威嚇更能嚇阻較大多數潛在之使用者，且對於法益之保護更為妥適，則於憲法上即必須對於立法者此等評估、預測加以容忍<sup>298</sup>。

<sup>294</sup> BVerfGE 43, 291 (347); 77, 170 (215); 88, 203 (262); 90, 145 (173); 120, 224 (240); Christian Starck, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl., 2012, Art. 1, Rn. 280 f.; Lagodny, aaO. (Fn. 207), S. 180; Roxin, aaO. (Fn. 278), Rn. 101; 林錫堯，大法官釋字第699號協同意見書。

<sup>295</sup> 許宗力，前揭註270，頁54。

<sup>296</sup> Lagodny, aaO. (Fn. 207), S. 180.

<sup>297</sup> BVerfGE 90, 145 (182).

<sup>298</sup> BVerfGE 90, 145 (182 f.).

在判斷行為條款之必要性部分，或許有認為在未有行為條款之禁令或誡命，或有其他不具有禁令或誡命之替代手段情況下，亦可能係最為溫和之手段。然而，此等主張忽視行為條款之意義及其與制裁條款之關係。如前所述，所謂行為條款乃係指用以禁止或要求特定行為（作為或不作為）之一般性、抽象性規範。其一方面係於法律上對於特定人類行為之斥責（*Mißbilligung*），另一方面其亦為制裁條款之基礎，換言之，當出現違反行為條款之禁令或誡命之行為時，制裁條款即會授權予國家加以非難並可能對之科處特別制裁手段之規範<sup>299</sup>。也因此，若行為條款不再內含有禁令或誡命，則制裁條款亦將無所附麗。即便肯定其他未含有禁令或誡命之替代手段係屬於更為溫和之手段，仍須進一步探討其係否同樣與立法者所選擇之禁令或誡命般，均能有效達成立法目的。由於此同樣涉及對於立法事實之預測與評估，因此以德國聯邦憲法法院之見解為例，其多半係以立法者享有形成自由、評估特權而尊重立法者選擇原先禁令或誡命之立法主張<sup>300</sup>。

<sup>299</sup> Lagodny, aaO. (Fn. 207), S. 79, 182, 345.

<sup>300</sup> 例如，德國聯邦憲法法院於審查勞動派遣案中審查勞動促進法第12條之1禁止派遣勞工此一禁令規定之必要性時，首先指出其審查僅限於由憲法訴願人所提出，或是在專業領域中備受討論之替代手段係否能以同樣有效，但對於基本權利侵害較小之方式達成立法目的。在結論部分其認為並沒有任何一種替代手段能使其基於憲法，而要求立法者應對建築業採取該等替代手段，以取代其原先所選擇之禁令。換言之，其認為立法者之職權於此不受任何影響，其基本上得依其秩序理念、對適當性之判斷以及情況之評估、預測為基準，而自行決定係否附加地採用替代手段或僅採用該等替代手段。再者，聯邦憲法法院並指出，立法者無須先行等候、觀望在勞動促進法中所用以防範非法勞動派遣之措施，已在其他經濟領域出現充分成效。換言之，依據立法者其可予支持之評估，在建築業已經出現明顯干擾之情形時，基於受危害之共同利益所彰顯之意義，不應要求立法者在採取同樣適當但更為嚴厲之手段前，須先行等待、觀望較為溫和之手段係否會產生某種成效。另外，聯邦憲法法院認為，若立法者依其判斷而認為並無法透過單純地強化對於派遣業的監督與干預職權，以及擴增監督機關之人員、事務、組織以及資訊資源等方式以取代其所採取之禁令時，即應尊重立法者之判斷。根據立法者可予支持之評估，若欲監督建築業內之勞動派遣行為，將面臨特殊之困難，特別是因為若要有效地在建築工地實施查核，則可能必須支出高額費用。復以，若要確保僅僅係由主管機關所進行之審查具充分之有效性，則可能必須一定範圍內擴增其人力及物力；對此，立法者認為其不具

至於在制裁條款之必要性部分，立法者應先行探究除刑罰制裁手段外，係否尚有其他可同樣達成立法目的之制裁手段；若為肯定，則繼而探究其相較於刑罰係否屬較為溫和之制裁手段。當然在前階段又再次涉及立法者之預測、評估特權或判斷空間，在實際情況中可能亦會得出必須對於立法者之預測、評估加以預測之結論。但本文認為此處之重點，應係要求立法者先行釐清、探究刑罰與其他例如民法、秩序罰上之制裁手段，甚或是行政法之管制措施等手段之關係。換言之，不可因受制於「亂世用重典」或「重刑論」之迷思，而認為立法者唯有採取刑罰制裁手段，方為達成立法目的最為有效之手段。對此，Lagodny指出，若僅係以非難之質與量作為判斷制裁條之依據，則基本上立即可得出：「刑法上之社會倫理非難程度乃較秩序法為重；而此二者又重於僅係藉由採取警察法上相關措施所為之非難，或是透過民法或民事訴訟法而單純由國家允許私人所為之非難等情形」。但若由基本權利保障之觀點出發，則此等論證過程即顯得過於跳躍<sup>301</sup>。在上世紀七〇年代時德國學界曾就應否對於第三人為協助出賣人能順利出售老舊建物，而開立不實之估價鑑定報告的行為採取刑罰制裁，抑或應採取行政法上之許可要求，亦即應先經主管行政機關許可後方得開立估價鑑定報告之爭議進行探討<sup>302</sup>。若依據前述質與量

---

期待可能性。聯邦憲法法院認為，基於群體關聯性以及群體拘束性，個人並不會期待僅僅係為避免該等以去除社會弊端為目的之措施對於基本權利造成限制，而在逾越群體合理可得期待之範圍的情況下將有限之公共預算用以建構負責去除社會弊端之機關。最後，聯邦憲法法院認為應否採取建築或派遣勞工認證，或導入社會保險證明制度，以替代立法者所選擇之禁令，乃屬於立法者形成與決定自由之範圍。且立法者亦無須透過制定新的刑法或秩序違反行為的構成要件規定，或是擴張現行制裁條款之處罰範圍、擴充責任構成要件等方式，以取代其原先所選擇之禁令手段。理由在於其肯認立法者主張現行刑法規範或責任規定，對於對抗違法勞動派遣之行為並不具有成效。詳細說明，BVerfGE 77, 84 (109 ff.).

<sup>301</sup> Lagodny, aaO. (Fn. 207), S. 345.

<sup>302</sup> 詳細說明，Klaus Tiedemann, Der Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, ZStW 87 (1975), 253 (267); Lagodny, aaO. (Fn. 207), S. 345 f.

之觀點，則很可能在未經論證之情況下即得出採取刑罰制裁係屬最為嚴厲之手段的結論。但若進一步檢視，則可能會得出如當時的刑法學者Klaus Tiedemann所言，相較於對開立不實估價鑑定報告之行為採取刑罰制裁手段，要求唯有獲致許可方可開立估價鑑定報告之行政法上管制措施，乃係一種對於經濟行為自由造成更為嚴重之侵害的手段<sup>303</sup>。理由在於此等一般性許可義務自始即對於各該有許可需求之規範相對人造成限制。亦即，規範相對人為獲致許可而必須讓主管行政機關介入審查其估價鑑定報告；倘若其不讓主管行政機關介入審查，並因而在未獲許可之情況下即開立估價鑑定報告，於此則至少會存在有一種由秩序違反規定所規範之秩序違反行為。在此等情況下，其乃導致規範相對人喪失得自我負責地就其職業行為之危險性作成決定的權限<sup>304</sup>。相較之下，唯有當出現開立不實之估價鑑定報告時方會被科處刑罰制裁，似乎不如想像般地嚴厲，但同時似乎也不如想像般地能有效防止開立不實估價鑑定報告。

對於上述Tiedemann之見解，本文認為其至少提供另一種思考觀點。但若從不具有自由刑，至多僅涉及罰鍰科處之角度觀察行政管制措施，則可能如同許玉秀大法官所言，行政管制及其所附帶之秩序罰措施反而係對於規範相對人侵害較小，但對於目的之達成卻是更為有效之手段<sup>305</sup>。此等因基於不同思考觀點而導致對於制裁條款所採取之

<sup>303</sup> Tiedemann, aaO., S. 266 ff.

<sup>304</sup> Lagodny, aaO. (Fn. 207), S. 348 f.

<sup>305</sup> 許玉秀大法官於大法官釋字第617號對於性言論及性資訊之管制，究應採取刑罰抑或應採取行政管制措施，有如下之說明，值得參考：「如果要管制性資訊與性言論，究竟有無採用刑罰手段的必要？本席的答案是沒有必要。上述關於權利／力主體意識性價值觀的維護，是管制的必要理由，但未必是刑罰制裁的必要理由。究竟在行政管制手段與刑罰手段之間如何選擇？舉例說明：以殺人為例，防止殺人，可以有什麼手段呢？加強教育？在每個人身邊安置一個警察？設置遙控器或監視器？這些避免殺人的管制手段，未必全部不可能做到，但是殺人行為發生的可能性根本無從預測，全面性的管制非常難以做到，因此設立一個刑罰的規定，宣示全面性的禁止，是一個必要而有效的手段。反觀散布有害性資訊與性言論，如果不廣為傳布，沒有危險可言，無須管制；如果廣

制裁手段的有效性與嚴厲性有不同之判斷結果，不僅彰顯出在比較、評估與預測不同制裁手段時的困難性，同時也凸顯賦予立法者評估特權或判斷空間的必要性<sup>306</sup>。但若無論如何必須審查立法者對於採取刑罰制裁措施之有效性及嚴厲性所為之評估、預測以及評價時，則似可將判斷之重點置於立法者係否有意識到刑罰作為最後手段原則（ultima-ratio-Prinzip）的要求。

所謂刑罰最後手段原則，在刑法學理上有稱之為補充性原則（Subsidiaritätsprinzip）<sup>307</sup>、第二順位原則（Sekundärprinzip）<sup>308</sup>，或是以刑法的謙抑原則<sup>309</sup>、慎刑原則<sup>310</sup>等用語概稱之。依據此等原則，刑罰應作為所有保護措施的最後手段，亦即唯有當用以解決社會衝突、保護法益之手段，例如民事訴訟、警察或營業法上之命令以及其他非刑法上制裁手段，或是其他非典型之社會控制機制等均告失靈時，方可採用刑罰措施<sup>311</sup>。而聯邦憲法法院在其相關裁判中亦指出，唯有當特定行為在逾越禁令範圍之情況下，以特殊方式顯現其社會損害性而為人類共同生活秩序所無法容忍，因此制止該等行為係屬極為

---

為傳布，有流通管道，就有管制方法，以行政手段管制，能防範於未然。如以刑罰手段制裁，總在犯罪事實發生之後，緩不濟急。雖然刑罰規定也有事前教育的一般預防效果，但是比起行政手段的立即介入干預，防範效果究竟相差太多。尤其在行政訴訟法將司法救濟程序周備之後，訴訟人權獲得相同的保障，行政管制手段對於保護法益，比刑罰手段更積極而有效。此外，就排除自由刑而言，行政管制手段也是侵害較小的手段。總之，對於性資訊與性言論的管制，刑罰的手段不是必須採用的最後手段，因為還有侵害較小、比較有效的行政管制手段。使用刑罰手段尚非必要。」就此，許玉秀，大法官釋字第617號不同意見書。

<sup>306</sup> Lagodny, aaO. (Fn. 207), S. 348; Roxin, aaO. (Fn. 278), Rn. 101.

<sup>307</sup> Roxin, aaO. (Fn. 278), Rn. 97; Heinz Zipf, *Kriminalpolitik*, 1980, S. 52 f. 許玉秀，大法官釋字第594號部分協同意見書，註6。

<sup>308</sup> 許玉秀，大法官釋字第594號部分協同意見書，註6。

<sup>309</sup> 林山田，*刑法通論*（上冊），增訂第10版，2008年10月，頁60；李惠宗，前揭註275，頁23-32；甘添貴，*刑法之謙抑思想*，*月旦法學雜誌*，第24期，1997年4月，頁50。

<sup>310</sup> 林山田，同前註，頁95。

<sup>311</sup> Roxin, aaO. (Fn. 278), Rn. 97; Zipf, aaO. (Fn. 307), S. 53.

重要時，對之方可作為保護法益最後手段之刑法加以制裁<sup>312</sup>。我國大法官於釋字第646號解釋中，亦曾指出用以限制人民自由與財產權之刑法，乃係「不得已之強制措施，其具有最後手段之特性，自應受到嚴格之限制」<sup>313</sup>。

目前學理上大多肯認此等最後手段原則與法治國之比例原則間至少具有一定程度之關聯性、甚或認為前者乃係源自於後者而來，或是肯認二者應屬相同之概念<sup>314</sup>。無論如何，在比例原則必要性之觀點下，最後手段原則至少對於立法者所享有之評估特權、判斷空間築起一道必須加以注意的界限。換言之，立法者在評估、判斷對於違反禁令或誡命之行為究應採取刑罰、秩序罰或是其他制裁手段，或是探討係否應將特定犯罪行為轉換為秩序違反行為，甚至予以除罪化時<sup>315</sup>，一方面至少必須妥適地對於欲保護之法益的種類、範圍、保護必要性，與其他法益之衝突與整體關聯性，以及違反行為對於法益之侵害方式、惡性等綜合考量；另一方面亦必須著眼於最後手段原則所內含的寬容價值，不得執著於必須對各種違法行為趕盡殺絕、除惡務盡<sup>316</sup>。現今社會往往在媒體對於偶發事件嗜血式地過度渲染下，會在極短時間內出現高度驚恐、不滿或群情激憤的情形，若立法者僅係基於政治、選票的考量，在未就前述各類觀點詳細評估、判斷前即對特定行為予以入罪化，或是基於亂世用重典之過時思維而採取嚴刑峻罰以求能平息民怨，很明顯已違反最後手段原則的要求<sup>317</sup>。長此以往，

<sup>312</sup> BVerfGE 120, 224 (239 f.).

<sup>313</sup> 大法官釋字第646號。

<sup>314</sup> Roxin, aaO. (Fn. 278), Rn. 98; Zipf, aaO. (Fn. 307), S. 101 f.; 許澤天，前揭註257，頁290；許玉秀，前揭註256，頁397；李惠宗，前揭註275，頁32。

<sup>315</sup> 例如Roxin即認為最後手段原則毋寧係刑事政策中重要的要求，其乃涉及社會政策，尤其係就特定犯罪行為之除罪化或轉化為秩序違反行為等應如何決定的問題。Roxin, aaO. (Fn. 278), Rn. 101.

<sup>316</sup> 陳俊偉，前揭註274，頁85以下；許玉秀，前揭註256，頁397以下；甘添貴，前揭註309，頁51。

<sup>317</sup> 許玉秀，前揭註256，頁398。

更可能導致整體刑罰體系的崩毀。

#### (五) 謀求公益與基本權限制之相當性

比例原則最後尚要求立法者其限制人民基本權利之行為必須符合狹義比例原則之要求，亦即該等限制行為所謀求之公益與對於人民基本權利所造成之限制二者間須屬相當，符合比例<sup>318</sup>。換言之，藉由限制行為以謀求公益的同時，不得對於人民基本權利造成明顯不合比例或是過度的限制、侵害，也因此，學理或實務上亦有將之稱為過度禁止原則（Übermaßverbot）<sup>319</sup>。此一原則要求必須對限制行為所謀求之公益與人民基本權利因此所造成之限制或侵害，換言之，必須對於限制所造成之嚴重性（Schwere）與用以主張限制具合法性之事由的重要性與急迫性進行衡量（Abwägung）。藉此，以確保人民因此所承受之限制、負擔與公眾因此所獲致之利益，仍處於一種理性、具期待可能性，而非係顯失比例之關係<sup>320</sup>。

然而有爭議的是，立法者應以何等方式進行前述之法益衡量？又違憲審查者應基於何等基準或係否僅能在某種範圍內審查立法者之法益衡量結果？對於前者，德國學理上乃就德國聯邦憲法法院在其相關裁判中所曾表示之見解加以歸納，並嘗試建構不同的衡量層級與應納入考量之判斷參數，簡要說明如下：首先，應先行探究系爭干預行為其對於當事人之法益會造成何等之影響效果；於此必須確定影響之類型與嚴重性，尤其須確認於何等要件下，以及幾多基本權利主體遭受何等程度之影響。再者，必須調查限制行為對於其所欲謀求之目的而

<sup>318</sup> 許宗力，前揭註270，頁57；林錫堯，大法官釋字第699號協同意見書。

<sup>319</sup> BVerfGE 67, 157 (178); 90, 145 (173); 105, 17 (36); 113, 29 (54); Grzeszick, aaO. (Fn. 268), Rn. 117; Lagodny, aaO. (Fn. 207), S. 216; 李惠宗，前揭註238，頁112。另亦有稱為衡量性原則或期待可能性原則，相關說明參閱程明修，國家法講義(一)——憲法基礎理論與國家組織，2006年10月，頁193。

<sup>320</sup> BVerfGE 76, 1 (51); 100, 313 (375); 113, 167 (260); Karl-Peter Sommermann, in: Hermann von. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 6. Aufl., 2012, Art. 20, Rn. 314; Grzeszick, aaO. (Fn. 268), Rn. 117.

言，有何等之意義。於此必須釐清應予保護之法益其位階，以及其因限制行為所遭受、面臨之危險程度。最後，則是將前述調查、探究之結果以所謂「越如何，則越是應如何」之比較性衡量公式（Je-Desto-Formel）進行衡量：當系爭限制行為對於法益造成越是嚴重、深入之侵害，則其所欲追求之目的必須越是重要、迫切<sup>321</sup>。誠如Robert Alexy所言，即便前述由聯邦憲法法院於其裁判中所逐步發展之比較性衡量公式，並未明確提出可作為決定應如何衡量之標準，但若就整體衡量模式以觀，其仍有藉由將衡量法則與理性法學論證理論相結合而提供一可依循之準則；換言之，藉由該等衡量法則乃將在衡量過程中必須進行理性論證之事項加以凸顯<sup>322</sup>。另外，值得肯定的是，藉由此等比較性衡量公式之運用，可知在相當性原則此一層次中所進行之法益衡量，並非係一種全有或全無的衡量判斷模式；相反地，立法者於此乃負有在衝突情況中將私人法益與公共利益予以最佳化之任務<sup>323</sup>。

若就憲法解釋之觀點而言，為探究立法者藉由行為條款與刑罰制裁條款所欲維護、達成之法益保護，與因此對於規範相對人之基本權所造成之侵害係否合於比例所進行之利益衡量，其實亦屬於憲法解釋之場域。除傳統文義、目的、體系、歷史等解釋方式外，學理上基於憲法規範之開放性與特殊性，乃逐步發展出適於憲法的特殊解釋方式<sup>324</sup>。其中與此部分之論證具有密切關聯性者，乃係由Hesse所提出

<sup>321</sup> BVerfGE 100, 313 (392); 110, 33 (60); 113, 348 (386); 118, 168 (195); Hans D. Jarass, in: Hans D. Jarass/Bodo Pieroth, Grundgesetz-Kommentar, 10. Aufl., 2011, Art. 20, Rn. 86a; 許宗力，前揭註270，頁57以下；林錫堯，大法官釋字第699號協同意見書。

<sup>322</sup> Robert Alexy, Theorie der Grundrechte, 3. Aufl., 1996, S. 152.

<sup>323</sup> Ebenda.

<sup>324</sup> 關於憲法解釋之意義及其特殊解釋方法之詳細說明，參閱Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Neudruck der 20. Aufl., 1999, Rn. 49 ff.; Hartmut Maurer, Staatsrecht I: Grundlagen, Verfassung-sorgane, Staatsfunktionen, 6. Aufl., 2010, § 1, Rn. 47 ff.; 程明修，前揭註319，頁61以下。

之實踐整合原則（*praktische Konkordanz*）之憲法解釋方式<sup>325</sup>。依據 Hesse 之見解，當在具體個案中憲法所保護之不同法益彼此間發生衝突時，不得以片面式地全有或全無的觀點作為衝突解決方法；換言之，不得在輕率地進行法益衡量或根本係屬抽象之價值衡量後，即以片面地犧牲其中一項法益以成全他項法益之實現的方式而為衝突之解決<sup>326</sup>。其認為，基於憲法一致性原則之要求，於進行憲法解釋時應履踐所謂的最佳化任務（*Aufgabe einer Optimierung*）：亦即必須對系爭之不同法益劃定其彼此間之界線，使其即便在衝突之情況下仍能各自獲致、開展其最佳之效力<sup>327</sup>。至於界線應如何劃定，Hesse 則認為其必須合乎比例；換言之，為使發生衝突之不同法益彼此能有效地整合、最佳化，該等界線不得逾越其發展最佳化效力所必要之範圍。基此，其認為比例原則在此等關聯性中乃彰顯二種具可變性要素其彼此間之關係，而非某種固定不變的目的與某種或多種具可變性之手段間的關係<sup>328</sup>。

在此等思維脈絡下，Alexy 乃將過去學理上將規範結構區分為原則（*Prinzipien*）與規則（*Regeln*）之理論用以解析基本權利規範結構，並進而作為解決衝突之論證基礎<sup>329</sup>。依據其見解，規範可分為原則與規則，而基本權規定（*Grundrechtsbestimmungen*）即具有原則與規則之雙重特徵。然而，即便基本權規定具有此等雙重特徵，並不表示基本權規範（*Grundrechtsnormen*）<sup>330</sup>亦具有此等雙重特徵。相反

<sup>325</sup> Hesse, aaO., Rn. 72.

<sup>326</sup> Ebenda.

<sup>327</sup> Ebenda.

<sup>328</sup> Ebenda.

<sup>329</sup> 由於國內對於 Alexy 之理論學說已有相當豐富的引介與剖析文獻，且基於本文探討主題之聚焦，以下僅簡要說明與本具有密切關聯性之部分，以作為後續論證之基礎。

<sup>330</sup> 依據 Alexy 之見解，基本權利規定乃係指所有於基本法之基本權利清單內（即該法第 1 條至第 19 條規定）所表達之語句，以及在相關以保障個別權利為內容之規定中（該法第 20 條第 4 項、第 33 條、第 38 條、第 101 條、第 103 條以及第 104 條）所表達之語句；而基本權規範則係指藉由前述語句而直接被表達之規範。

地，基本權規定首先可能僅係規則或是原則性質而已。唯有當在基本權規範之表達中嵌入某種涉及原則及其衡量之限制條款（Schrankenklauseln），進而使原則及規則在該等基本權規範中相互匯合，則基本權規範方如同基本權規定般，具有原則與規則之雙重特徵<sup>331</sup>。其中，作為原則之基本權規範，其並非如規則般僅有被履行或不被履行之結果；相反地，其係一種最佳化誡命（Optimierungsgebot），乃要求規範相對人必須在事實上及法律上之可能範圍內盡可能使其所內含之價值或目的得以發展其最佳之效力<sup>332</sup>。既然作為原則之基本權規範係以盡可能使其發展最佳效力之誡命要求受其規範之相對人，則其實現乃呈現一種相對性，亦即可能因具體個案事實情狀或法律上不同之可能性而有不同之最佳化實現程度<sup>333</sup>。此等特徵尤其可見於不同原則彼此間發生衝突之情形。如同Alexy所言，當二種不同原則彼此發生衝突時，則可能其中某一原則必須退讓。但絕非表示退讓之原則於該衝突中即完全被抹煞而失其效力，且亦不因其退讓於另一原則而表示其本身質變為一種例外。於此毋寧應將其理解為退讓之原則僅係基於在衝突中存有某些特定情形，而必須退讓於另一原則使其在最佳化時享有優先之地位。基於前述之相對性，倘若衝突之情形、條件有所改變，則原先退讓之原則亦可能隨之而享有優先地位<sup>334</sup>。至於在如何決定互生衝突之原則何者應退讓，何者則得享有優先地位，並使其即便在衝突之中仍能各自發展其最佳效力之問題部分，Alexy於此認為應經由衡量（Abwägung）作為判斷之法則<sup>335</sup>。

---

Alexy, aaO. (Fn. 322), S. 56.

<sup>331</sup> Alexy, aaO. (Fn. 322), S. 122 f.

<sup>332</sup> Alexy, aaO. (Fn. 322), S. 75 f.; 王鵬翔，基本權作為最佳化命令與框架秩序——從原則理論初探立法餘地（gesetzgeberische Spielräume）問題，東吳法律學報，第18卷第3期，2007年4月，頁7以下。

<sup>333</sup> 王鵬翔，同前註，頁8。

<sup>334</sup> Alexy, aaO. (Fn. 322), S. 78 f.

<sup>335</sup> Alexy, aaO. (Fn. 322), S. 79 f.; 王鵬翔，前揭註332，頁8。

就此，Alexy乃以德國聯邦憲法法院相關裁判之見解為基礎，對於互生衝突之法益應如何在衝突之情況下開展其最佳化效力，乃提出如同前述之比例性衡量公式般的衡量法則如下：「當某一原則其無法被屢踐或被侵害之程度越高，則用以履踐另一原則之重要性亦隨之增加」<sup>336</sup>。藉由此等衡量法則，Alexy乃建構一種用以衡量之論證模式（Begründungsmodell），亦即某一原則對其無法被屢踐甚或被侵害所得容忍、允許之程度，乃係取決於與其互生衝突之另一原則被屢踐之重要性、迫切性程度。在此等思維下，乃呼應前述Hesse所提之實踐整合原則的憲法解釋方法，亦即互生衝突之原則其彼此間並非立於絕對的，而係處於一種比例、相對之關係中。

以此檢視立法者所制定行為條款係否符合相當性之要求，則除非有甚為極端之情形，否則應如許澤天教授所言，行為條款因欲追循公共利益或是特定法益之保護所採取之禁令或誡命，相對於因此而使規範相對人其基本權利，尤其係一般行為自由所遭受之限制，應不會有過度禁止之情形<sup>337</sup>。若觀察許澤天教授之論證基礎，主要乃係立基於基本權利狹義構成要件理論之觀點<sup>338</sup>。就一般行為自由等基本權利其保護領域之內容與界線以觀，德國學理上乃有廣義構成要件理論（weite Tatbestandstheorie）與狹義構成要件理論（enge Tatbestandstheorie）之爭論。廣義構成要件理論之論者認為在探究基本權之保護領域時，無須考量與其他基本權或道德規範所可能產生之衝突，亦即其乃完全地含括基本權之事務主題（Sachthema）。因此，舉凡謀殺、搶劫等均屬於受基本權保護之行為。當國家透過刑法等規範禁止各種暴力行為時，即必須以比例原則檢視該等禁令係否正當、合憲；換言之，此一理論思考重點毋寧在於探究國家，尤其是立法者對於基

<sup>336</sup> Alexy, aaO. (Fn. 322), S. 146; 中文文獻之翻譯及說明部分，王鵬翔，前揭註332，頁9；許澤天，前揭註257，頁291以下。

<sup>337</sup> 許澤天，前揭註257，頁293。

<sup>338</sup> 許澤天，前揭註257，頁293以下。

本權利所為限制行為之合憲性<sup>339</sup>。一般而言，立法者以刑法規範及刑罰手段限制、禁止侵害他人之生命、身體等法益均應可獲致其合憲性。與之相對者，乃係德國學者Josef Isensee於探究國家對於基本權之保護義務時，就對於他人基本權造成干擾、侵害之行為係否亦屬於基本權自由之行為乃提出所謂狹義構成要件理論<sup>340</sup>。其認為，基本權自由之行使須以和平為前提，換言之，作為社會群體成員之人民其在權力係由國家獨占（Gewaltmonopol）<sup>341</sup>之情況下，乃負有維護和平秩序之義務。此等和平義務並不得將之理解為係對人民自由權利的限制；相反地，其乃係人民行使、主張其自由權利之重要前提。基此，凡係透過暴力、武力而對於他人基本權造成明顯侵害之行為，自始即應將其由基本權之保護領域剔除<sup>342</sup>。姑且不論學理上對於此等基本權狹義構成要件理論之批判，則在此等理論之思維脈絡下，侵害他人生命、身體法益之行為即非屬一般行為自由之保護領域。既然該等行為自始即不為基本權保護領域所涵蓋，則立法者藉由刑法之行為條款禁止該等行為，即無涉及對於規範相對人之基本權造成限制的情形，當然亦無須將其與所欲追求之公共利益進行衡量<sup>343</sup>。

不可諱言，除前述禁止侵害他人生命、身體等法益之行為條款經衡量後，得以輕易得出明確之合乎比例的衡量結果而認定其符合相當

<sup>339</sup> Josef Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 5., 2. Aufl., 2000, § 111 Rn. 172.

<sup>340</sup> Isensee, aaO., Rn. 176. 關於此二理論之詳細說明與批判，參閱Alexy, aaO. (Fn. 322), S. 278 ff.

<sup>341</sup> 關於國家權力獨占乃係作為基本權效力要件之說明，Josef Isensee, Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 5., 2. Aufl., 2000, § 115 Rn. 109.

<sup>342</sup> Isensee, aaO. (Fn. 339), Rn. 176.

<sup>343</sup> 如Isensee所言，藉由基本權狹義構成要件理論乃可避免進行無所限制之法益衡量。其認為基本權構成要件之界限應係藉由對基本權規定進行解釋加以探究，絕非透過恐屬恣意或主觀認定之法益衡量而得出。Isensee, aaO. (Fn. 339), Rn. 175 f.

性之要求外，有諸多行為條款其所欲謀求、保護之公共利益或特定個人法益，相較於因此而被限制之基本權利甚難衡量孰輕孰重，何者於衝突中享有優先之地位。學理上多肯認在此等情況下可能會出現無法決斷之衡量僵局（Abwägungsspatt）<sup>344</sup>。於此，或可基於權力分立功能最適理論之觀點，而由代表多元意見、且須經歷正式、謹慎且較為公開、透明之程序之立法者，在此等邊界區域中基於刑事政策之理性觀點並在憲法價值秩序與基本權利保障之框架內，依照社會當下之具體情狀而為衡量之判斷，較屬妥適<sup>345</sup>。

相較於上述行為條款在比例原則之相當性要求部分較無爭議，在制裁條款部分由於涉及國家以刑罰制裁手段對違反行為條款者所進行之非難。因此，於此即有必要探究國家所為之非難係否符合某種正當性要求而未屬過度。對此，德國聯邦憲法法院向來若非將刑法學理上所強調之罪責原則（Schuldprinzip）與比例原則等同視之，即係將其視為過渡禁止原則內容的具體化，並以其作為審查系爭個案之依據<sup>346</sup>。若進一步探究罪責原則之概念，則學理及實務上有由三種不同面向加以觀察：首先，罪責原則乃係由憲法，尤其是法治國原則所導出而作為制定、形成整體刑法規範之重要基礎<sup>347</sup>。除法治國原則外，聯邦憲法法院以及部分學理更認為其憲法上之基礎乃係基本法第1條第1項所強調之人性尊嚴與第2條第1項之一般人格權保障<sup>348</sup>。姑且不

<sup>344</sup> 王鵬翔，前揭註332，頁28；許澤天，前揭註257，頁295。

<sup>345</sup> 學理上亦肯定立法者於此乃享有所謂衡量餘地（Abwägungsspielraum）而屬於違憲審查者應予以尊重之形成自由。王鵬翔，前揭註332，頁28；許澤天，前揭註257，頁295以下。

<sup>346</sup> BVerfGE 50, 205 (215); 73, 206 (253); 105, 135 (156); 120, 224 (241); BVerfG, 2 BvR 578/07 vom 7.10.2008, Absatz-Nr. 28.

<sup>347</sup> Zipf, aaO. (Fn. 307), S. 59.

<sup>348</sup> BVerfGE 9, 167 (169); 20, 323 (331); 25, 269 (285); 41, 121 (125); 45, 187 (259); 54, 100 (108); 57, 250 (275); 84, 82 (87); 86, 288 (313); 95, 96 (140); 120, 224 (253 f.); 123, 237 (413); 128, 326 (376); BVerfG, 2 BvR 578/07 vom 7.10.2008, Absatz-Nr. 28; Eberhard Schmidt-Aßmann, in: Theodor Maunz/Günter Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 2013 (69. Ergänzungslieferung), Art. 103 GG, Rn. 170. 此外，學理上

論其憲法基礎為何，目前均一致肯定即便憲法未予明文，並不減損其作為具憲法位階之原則地位<sup>349</sup>。也由於其具有憲法位階且為整體刑法規範形成之基礎，藉此乃同時奠定國家透過刑罰制裁手段以限制、侵害甚至是剝奪違反行為條款者基本權利之正當性及其合法性界限<sup>350</sup>。再者，罪責原則其乃係作為行為可非難性所必要之個人要素的總和<sup>351</sup>。換言之，在正義理念之考量下，同時基於人性尊嚴確保以及個人自我負責之要求，個人唯有當其對於違反行為條款之行為係屬可予咎責時，方可透過刑法制裁條款使其對其所為之行為負責<sup>352</sup>。換言之，透過罪責原則乃可對於應採取刑罰制裁之規範事實予以釐清，同時確保其他不具可非難性之行為免於刑罰之制裁<sup>353</sup>。最後，罪責原則其在刑罰裁量（Strafbemessung）之意義下，乃係作為違反行為條款之行為其可歸責範圍，以及對於不法行為其可非難性之判斷基礎。換言之，其乃係作為量刑標準或在具體個案中決定刑罰裁量之依據<sup>354</sup>。

依照上述對於罪責原則之定位與其內涵之理解，學理及實務上進一步就罪責原則之內涵加以分析、探究如下：首先即由前述法治國原則，正義理念、人性尊嚴之確保以及個人自我負責等基礎而強調無罪責即無刑罰（Keine Strafe ohne Schuld；nulla poena sine culpa）之要求<sup>355</sup>。再者，罪責原則尚要求罪與刑必須相當、合乎比例；換言之，

---

亦有認為此一原則應係由一般人格權所得出之不成文的司法基本權（Justizgrundrecht）。Lagodny, aaO. (Fn. 207), S. 397 ff.

<sup>349</sup> BVerfGE 80, 244 (255); Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 23; Schmidt-Aßmann, aaO., Rn. 170. Roxin則認為其至少具有憲法習慣法之位階，Roxin, aaO. (Fn. 278), § 3 Rn. 52.

<sup>350</sup> Hans Achenbach, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 1974, S. 3; 陳俊偉，前揭註274，頁63。

<sup>351</sup> Zipf, aaO. (Fn. 307), S. 59.

<sup>352</sup> BVerfGE 45, 187 (259 f.); BVerfG, 2 BvR 578/07 vom 7.10.2008, Absatz-Nr. 28.

<sup>353</sup> Achenbach, aaO. (Fn. 350), S. 4 f.; 陳俊偉，前揭註274，頁63。

<sup>354</sup> Achenbach, aaO. (Fn. 350), S. 4; Zipf, aaO. (Fn. 307), S. 59; 陳俊偉，前揭註274，頁64。

<sup>355</sup> statt vieler BVerfGE 95, 96 (140); Jescheck/Weigend, aaO. (Fn. 349), S. 23; Zipf,

其要求不得對於違反行為條款之行為人科處逾越其罪責範圍之刑罰制裁手段<sup>356</sup>。對此，聯邦憲法法院在其相關判決中多次指出，在國家刑罰領域中基於罪責原則以及比例原則之觀點，乃要求國家應採取與犯罪行為之危害程度及行為人之可責性相符之刑罰制裁手段；國家依照受刑罰制裁之行為類型與危害範圍，不得對之採取不適當之刑罰威嚇，否則即係違反過度禁止原則之要求<sup>357</sup>。

然而，有問題的是，應如何判斷國家所採取之刑罰制裁手段係否符合前述罪責原則之罪刑相當的要求？首先，就思考之邏輯而言，若單純探討刑罰制裁手段，並無任何意義。如前所述，制裁條款既係用以非難違反行為條款之行為，因此，唯有將行為條款，包括其所欲保障之公共利益或個別法益等面向一併納入探究、比較，方能釐清罪與刑係否相當。此由聯邦憲法法院在相關裁判中多次強調，基於正義之理念，構成要件與法律效果彼此間毋寧應符合比例地相互一致，即可得知<sup>358</sup>。再者，若僅是針對就某類違反行為條款之行為採取某種刑罰制裁手段，例如僅僅是針對傷害他人身體法益之行為科處無期徒刑係否符合罪責原則之要求，將係無益之舉。由於行為條款乃係以各式各樣對於公共利益或特定法益造成不同程度之侵害的人類行為舉止為其規範對象，其彼此間乃具有一定程度之體系關聯性，且作為行為非難依據之制裁條款所採取之制裁手段在類型、輕重等方面亦應隨著規範對象之不同，以及所造成侵害之差異而有漸層、層級式之區隔。也因此，判斷用以制裁某類違反行為之處罰手段係否符合罪責原則之要

---

aaO. (Fn. 307), S. 65; Frisch, aaO. (Fn. 266), S. 250; 許澤天，前揭註257，頁300。

<sup>356</sup> Zipf, aaO. (Fn. 307), S. 65; Jescheck/Weigend, aaO. (Fn. 349), S. 23; Frisch, aaO. (Fn. 267), S. 250; 許澤天，前揭註257，頁300。

<sup>357</sup> BVerfGE 50, 125 (133); 73, 206 (253); 86, 288 (313); 95, 96 (140); 120, 224 (241); BVerfG, 2 BvR 578/07 vom 7.10.2008, Absatz-Nr. 28.

<sup>358</sup> BVerfGE 25, 269 (286); 50, 205 (214 f.); 54, 100 (108); 90, 145 (173); 120, 224 (241); BVerfG, 2 BvR 578/07 vom 7.10.2008, Absatz-Nr. 28.

求，即應從整體行為及刑罰與其他制裁體系加以觀察，方屬妥適<sup>359</sup>。基此，若對於殺人行為與普通傷害行為均同樣規定應以無期徒刑加以制裁，則相較之下後者之制裁手段即可能違反罪責原則之要求。最後，即便是在不同之具體個案中均涉及違反同一行為條款所內含之禁令或誡命之情形，該等違反行為即有可能因規範對象主觀動機、違反行為條款之方式，以及對於所欲保護之公共利益或特定法益所產生不同程度之侵害等不同具體個案情形而必須對其不同程度之非難。由此可知，立法者於制定刑罰制裁條款時應避免使用絕對刑，而應授予承審法官一定的刑罰裁量空間，使其能依個案具體情狀之不同而對違反行為條款者科處符合其罪責之刑罰種類與範圍。倘若立法者未授予法官刑罰裁量空間，而使其無法依個案之不法與罪責程度為刑罰之裁量，反而必須被迫對規範對象科處不合其罪責程度之刑罰制裁，即可能抵觸罪責原則中罪刑相當之要求<sup>360</sup>。

## 伍、代結論——以基本權及比例原則為導向之 刑事立法形成自由

經由本文以上之論證可知，立法者於刑事不法與行政不法二者交錯之領域中，若欲將某類行為定性為刑事不法，並對之採取刑罰制裁手段，則應注意並遵循基本權利以及比例原則所建構之框架。或許會有認為即便以基本權利與比例原則作為立法者形成自由之界限，仍無可避免必須面對立法者於規範制定過程中所必須賦予其一定程度，在某些情況下甚至是十分寬廣之評估特權或判斷空間，甚至是衡量餘地。但本文認為，此本即係立法權其行使與運作過程之本然，或者說，在民主政治健全之法治國家中本即會對於立法者是類形成自由空間妥適地予以尊重，並信任立法者其所作成之判斷。在此等思維脈絡

<sup>359</sup> 許玉秀，前揭註256，頁398；許澤天，前揭註257，頁303。

<sup>360</sup> BVerfGE 54, 100 (109); 105, 135 (154).

下，違憲審查者自然亦會遵循其憲法上所劃定、分配之權力界限而不會過度地指摘立法者基於形成自由空間所作成之判斷。

無論如何，本文認為基本權利與比例原則至少仍為立法者之立法形成建構一定之框架與思維指引。如Lagodny所言，對於立法者之形成自由而言，基本權除發揮其防禦權之功能外，尚彰顯其引導、方針功能（Richtlinienfunktion）。換言之，基本權，乃至於憲法不僅影響與形塑整體刑事政策，同時亦指引其走向並促進其發展。基此，其即係作為立法形成之指示與引導原則<sup>361</sup>。當立法者欲將某類行為定性為刑事不法，並對之採取刑事制裁時，其應清楚論證其所欲追循之立法目的係為保護何等公共利益或特定法益，並應就刑事政策與社會學研究之觀點，嚴謹地探究係否將是類行為入罪化能有助於公共利益或特定法益之保護，以及能否透過行政法上之管制手段或行政秩序罰等手段即可達成，有無其必要性存在。最後，尚應進一步探究手段係否符合相當性，以及所採取之刑罰措施係否遵循罪責原則之要求。倘若立法者於刑事立法過程中能意識到其所採取之刑罰對於規範相對人之基本權，乃至於其人性尊嚴具有嚴厲地侵害性質，並立基於刑法最後手段原則之要求，進而思考刑罰所帶來之危害副作用係否會引發更為嚴重之損害、係否無論如何必須在程序上以及對於規範相對人落實刑罰之制裁，以及係否已經窮盡其他非刑罰制裁手段等觀點<sup>362</sup>，而非僅係基於宣洩民怨、轉移當下之政治壓力而陷於「亂世用重典」之迷思，卻不思何以會出現亂世，以及如何將亂世轉變為「治世」，則方可謂以人為本之法治國與基本權保障獲得真正的落實。

<sup>361</sup> Lagodny, aaO. (Fn. 207), S. 511.

<sup>362</sup> Lagodny, aaO. (Fn. 207), S. 531; 林山田，刑罰學，修訂版，1992年2月，頁24以下。

## 參考文獻

## 一、中文

## (一)專書

1. 李建良，論立法裁量之憲法基礎理論，載憲法理論與實踐(二)，學林，2000年12月，頁299-413。
2. 李惠宗，行政罰法之理論與案例，第2版，元照，2007年10月。
3. 李惠宗，憲法要義，第6版，元照，2012年9月。
4. 林山田，刑罰學，修訂版，台灣商務印書館，1992年2月。
5. 林山田，使用刑罰或秩序罰的立法考量，載刑事法論叢(二)，自版，1997年3月，頁71-76。
6. 林山田，論刑事不法與行政不法，載刑事法論叢(二)，自版，1997年3月，頁31-57。
7. 林山田，刑法通論（上冊），增訂第10版，自版，2008年10月。
8. 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，元照，2005年9月，頁365-413。
9. 許宗力，論法律保留原則，載法與國家權力，元照，1999年10月，頁117-213。
10. 許宗力，比例原則之操作試論，載法與國家權力(二)，元照，2007年1月，頁121-142。
11. 許宗力，違憲審查程序之事實調查，載法與國家權力(二)，元照，2007年1月，頁43-74。
12. 許澤天，刑法規範的基本權審查——作為刑事立法界限的比例原則，載憲法解釋之理論與實務第七輯，中央研究院法律學研究所籌備處，2010年12月，頁259-323。
13. 程明修，國家法講義(一)——憲法基礎理論與國家組織，新學林，2006年10月。

## (二)期刊論文

1. 王鵬翔，基本權作為最佳化命令與框架秩序——從原則理論初探立法餘地（gesetzgeberische Spielraume）問題，東吳法律學報，第18

- 卷第3期，2007年4月，頁1-40。
2. 甘添貴，刑法之謙抑思想，月旦法學雜誌，第24期，1997年4月，頁50-51。
  3. 吳信華，憲法審判機關與立法者，東吳法律學報，第20卷第4期，2009年4月，頁53-87。
  4. 李惠宗，論比例原則作為刑事立法的界限——大法官釋字第五一七號解釋評釋，台灣本土法學雜誌，第18期，2001年1月，頁23-38。
  5. 洪家殷，論行政秩序罰之概念及其與刑罰之界限，東吳大學法律學報，第9卷第2期，1996年8月，頁77-110。
  6. 許宗力，基本權的保障與限制（下），月旦法學教室，第14期，2003年12月，頁50-60。
  7. 許恆達，刑法法益概念的茁生與流變，月旦法學雜誌，第197期，2011年9月，頁134-151。
  8. 陳文貴，從行政罰法看行政不法與刑事不法之交錯，法令月刊，第58卷第11期，2007年11月，頁1574-1589。
  9. 陳志龍，刑法之法益概念（上），國立臺灣大學法學論叢，第16卷第1期，1986年12月，頁125-140。
  10. 陳志龍，刑法之法益概念（中），國立臺灣大學法學論叢，第17卷第2期，1988年6月，頁117-138。
  11. 陳志龍，刑法之法益概念（下），國立臺灣大學法學論叢，第18卷第1期，1988年12月，頁117-173。
  12. 陳俊偉，入罪化與除罪化——刑事立法政策之基本思維，中正大學法律學研究所碩士論文，2004年6月。
  13. 黃昭元，立法裁量與司法審查——以審查標準為中心，憲政時代，第26卷第2期，2000年10月，頁156-185。
  14. 黃昭元，大法官解釋審查標準之發展（1996-2011）：比例原則的繼授與在地化，國立臺灣大學法學論叢，第42卷第2期，2013年6月，頁215-258。
  15. 蔡宗珍，公法上之比例原則初論——以德國法的發展為中心，政大法學評論，第62期，1999年12月，頁75-103。
  16. 蘇俊雄，論刑罰與行政刑罰及行政罰之範疇界限——評最高法院八十九年度台非字第八七號判決，月旦法學雜誌，第73期，2001年6

月，頁155-161。

17. 蘇彥圖，立法者的形成餘地與違憲審查——審查密度理論的解析與檢討，臺灣大學法律學研究所碩士論文，1998年6月。

## 二、德 文

### (一) 專 書

1. Achenbach, Hans, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 1974.
2. Alexy, Robert, Theorie der Grundrechte, 3. Aufl., 1996.
3. Bohnrt, Joachim, Einleitung, in: Lothar Senge (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl., 2006.
4. Eser, Albin/Hecker, Bernd, Vorbemerkungen vor § 1, in: Adolf Schönke/Horst Schröder (Hrsg.), Strafgesetzbuch-Kommentar, 28. Aufl., 2010.
5. Feuerbach, Paul Johann Anselm von, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des Positiven Peinlichen Rechts, Bd. 2, 1800.
6. Goldschmidt, James, Das Verwaltungsstrafrecht, 1902.
7. Grzeszick, Bernd, Art. 20 GG, in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 2013 (69. Ergänzungslieferung).
8. Hesse, Konrad, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Neudruck der, 20. Aufl., 1999.
9. Isensee, Josef, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 5, 2. Aufl., 2000.
10. Isensee, Josef, Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 5, 2. Aufl., 2000.
11. Jarass, Hans D., Art. 20, in: Hans D. Jarass/Bodo Pieroth, Grundgesetz-Kommentar, 10. Aufl., 2011.
12. Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts:

Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996.

13. König, Peter, Vor § 1, in: Erich Göhler/Peter König/Helmut Seitz (Hrsg.), Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 14. Aufl., 2006.
14. Lagodny, Otto, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996.
15. Mattes, Heinz, Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, Bd. 2, 1982.
16. Maurer, Hartmut, Staatsrecht I: Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen, 6. Aufl., 2010.
17. Roxin, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl., 2006.
18. Schlaich, Klaus/Korioth, Stefan, Das Bundesverfassungsgericht, 9. Aufl., 2012.
19. Schmidt, Eberhard, Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht, 1950.
20. Schmidt-Aßmann, Eberhard, Art. 103 GG, in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 2013 (69. Ergänzungslieferung).
21. Siegert, Karl, Deutsches Wirtschaftsstrafrecht, 1939.
22. Sommermann, Karl-Peter, Art. 20, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 6. Aufl., 2012.
23. Starck, Christian, Art. 1, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl., 2012.
24. Wolf, Erik, Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem in: August (Hrsg.), Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, Bd. 2, 1930, S. 516-588.
25. Wolff, Hans J./Bachof, Otto/Stober, Rolf/Kluth, Winfried, Verwaltungsrecht I, 12. Aufl., 2007.
26. Zipf, Heinz, Krimialpolitik, 1980.

## (二) 期刊文獻

1. Frisch, Wolfgang, Schuldgrundsatz und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, NStZ 2013, S. 249-256.
2. Michael, Lothar, Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes

der Verhältnismäßigkeit – Zur Dogmatik des Über- und Untermaßverbotes und der Gleichheitssätze, JuS 2001, S. 148-155.

3. Rönnau, Thomas, Grundwissen – Strafrecht: Der strafrechtliche Rechtsgutsbegriff, Jus 2009, S. 209-212.
4. Tiedemann, Klaus, Der Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, ZStW 87 (1975), S. 253-296.
5. Voßkuhle, Andreas, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, JuS 2007, S. 429-431.

# **A Reconsideration of Differentiations between the Criminal Illegality and the Administrative Illegality: Focusing on Judgments of Federal Constitutional Court of Germany and Freedom of Legislation (2)**

Hsing-An Chen<sup>\*</sup>

## **Abstract**

How to distinguish criminal illegalities from administrative illegalities is a controversial issue in the academic and in the field. To clarify reasons why this issue is disputed, this dissertation will explain the development of the theory in the first place. Furthermore, given the fact that academic discussions pay less attention to facts of the case and the process of argumentation when presenting judgments of Federal Constitutional Court of Germany and hence this article will explain adjudicative facts that involving criminal illegalities and administrative illegalities of Federal Constitutional Court of Germany and the process of argumentation. On the other hand, lawgivers are recognized to have the freedom of legislation when legislating criminal illegalities and administrative illegalities and therefore how to define the level of freedom of legislation lawmakers can be

---

<sup>\*</sup> Assistant Professor, Department of Law, Fu Jen Catholic University; Dr. jur., Westfälische Wilhelms-University of Münster, Germany.  
Received: February 22, 2014; accepted: March 14, 2014

given will be further studied. Finally, this article will stand on perspectives of fundamental rights and principles of proportionality to consider boundaries lawmakers should identify between criminal illegalities and administrative illegalities.

**Keywords:** Criminal Illegality, Administrative Illegality, Principles of Proportionality, Freedom of Legislation, Federal Constitutional Court of Germany