

自由與罪責

高 金 柱*

目 次

壹、前言	伍、主張意思自由或行為自由為罪責
貳、罪責之定位	之前提要件—人具有精神上的本質
一、犯罪論體系之要素	一、法哲學之人性觀
二、憲法法治國原則之產物	二、非決定論的立場
三、量刑之決定要素	三、社會的罪責概念
參、罪責概念之發展	四、規範上設定的自由
一、心理的罪責概念	五、德國實務上之見解
二、規範的罪責概念	六、自由在間接正犯之驗證
三、功能的罪責概念	陸、自由與期待可能性
四、交互認諾的罪責概念	一、期待可能性之意涵
五、生物及心理學的罪責概念	二、貼近人性的罪責判斷基準
肆、否定意思自由或行為自由為罪責	三、期待可能性在犯罪判斷上之前
之前提要件	置化
一、決定論	四、無自由即無期待可能性
二、功能的罪責理論	柒、結語

* 東海大學法律系教授。

壹、前言

在犯罪論體系中，相較於構成要件理論及違法性理論，罪責理論是相對較受到忽視的部分，但卻是最貼近人性的犯罪判斷基準，也是刑罰應報思想、刑罰教化（再社會化思想）思想及各種刑罰目的理論欲加以攻略之領域。法定的罪責判斷基準，立法上與違法性領域一樣，均是採取反面排除之方式，即經由阻卻責任事由來排除行為之罪責，或排除對行為人之非難。依通說之見，阻卻責任事由乃屬法律上的寬恕事由，對於行為人之違法行為，可能係基於其年幼無知、精神或生理上的不正常、對法規範的無知、或生活中面臨重大的壓力或困境，導致行為人對規範的要求欠缺認知，或無從依規範之要求從事合法之行為，法律對其為全部或一部之寬恕，從而放棄全部或一部之國家刑罰權。

於罪責理論中，早期即有道義責任論及社會責任論之爭，前者基於自由意志之假設，認為人在天賦上即具有自由決定之能力，故個人應對自己的違法行為負責；後者則抱持社會防衛的思想，主張放棄刑罰，而選擇具有改善、處遇、隔離或治療作用之保安處分。極端的社會防衛的思想，主張放棄刑法及刑罰，其中最具有代表性的人物，即義大利犯罪學者菲力（**Enrico Ferri**），認為刑法之功能若只是在保護國家，是有所不足，而應創設一套防衛社會之法律，其在 1921 年為義大利起草之刑法草案，即放棄刑罰，而以保安處分性質之「制裁」（**Sanktion**）取而代之¹。而決定論與非決定論的爭端，也一直與於罪責理論的發展，糾纏在一起。本文旨在探討罪責與自由之關係，及行為人於欠缺自由的自我決定能力下，所發生的違法行為得否阻卻或減輕罪責，簡言之，即自由與罪責之關係。

自由與犯罪論體系之關係，似乎顯得相當微妙，在刑法的行為理論中，特別是因果行為論，認為附帶意思作用（**Willensgetragtheit**）之行為，或基於內部之意思活動，所形諸於外之身體舉止，方具有刑法上之重要性，而得為犯罪評價之客體；反之，與內部之意思活動無關聯性的行為，或非出於內部意思活動之身體作用，即非屬刑法上的行為，因而，反射動作、睡眠中的身體活動或夢話、無意識下所發生之身體活動（或潛意識所誘發之身體活動）、受到絕對強制下之身體舉止，即非屬犯罪評價之客體²。未附帶意思作用之身體舉止，根本也就是無自由意思之行為，行為理論並不將之視為犯罪評價客體之「人的行為」，相當程度上是將其與自然現象或動物之行為相提並論，而無從為犯罪之評價。自由與犯罪論體系之關係，除出現於

¹ Kaumann：Strafrecht zwischen Gestern und Morgen，1983，S. 44。

² Baumann/Weber/Mitsch：Strafrecht AT，11. Aufl.，2003，§ 13，Rnn. 207 ff.