

修訂二版

刑法的象徵化與 規制理性

Strafrecht zwischen Symbolisierung
und Rationalität

古承宗
著



學術論文集

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=10715>

刑法的象徵化與規制理性

古承宗 著

元照出版公司



元照出版

搶先試閱版

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=10715>

Meinem verehrten akademischen Lehrer
Prof. Dr. *Wolfgang Mitsch*



元照出版

搶先試閱版

二版序

時至今日，隨著台灣當前社會之政治、經濟結構的快速變遷，以及資本階級的持續異化，刑法的象徵化問題依舊是有增無減。刑法作為法律系統的子系統，並且基於功能區分的因素，我們本來就無法期待其能夠全面回應各種錯綜複雜的社會性問題。當立法者將刑法視為一套無所不能的社會控制工具，恐怕不只是無法實現其所預設的規範目的，反而產生更多的規範侵蝕現象。近年來與食品衛生刑法、洗錢刑法、以及環境刑法有關的修正，其實均可明顯看到此種法制發展上的疑慮。在本書的初版問世之後，筆者陸續撰寫了與此議題有關的學術論文。為了更深化刑法象徵化的討論，第二版新增了「刑法第190條之1作為累積的具體危險犯」、「洗錢刑法的正當性依據」等文章。

關於第二版的出版，感謝元照出版公司的持續支持，以及出版團隊的細心編輯。當然，也要特別謝謝諸位師長的提攜，以及學術夥伴們這一路上的相知相惜。

古承宗

2019年3月



元照出版

搶先試閱版

序 言

關於當代社會的形貌，我們可以使用許多帶有不同意涵的概念來加以描述，例如資本社會、風險社會、資訊社會、安全社會、後現代狀態等，而這些概念的應用相當程度上是代表著社會本身的宏觀理論；當然，也可以是關涉個人行動如何在傳播、經濟、階級、文化、法律的意義上形成一定的運作邏輯。刑法不僅作為一部規制個人行動的法律，同時也是一種社會性的思想產物。關於刑罰的意義往往會隨著我們對於社會及人的理解差異而有不同的詮釋。實際上，這樣的連動思考始終深化在各種社會結構的生成脈絡中，例如在資本階級異化越大的社會，刑法作為階級對抗的工具性格也就越明顯；或是社會集體心理越是焦慮的社會，國家越是強勢地透過刑法限制個人自由，這可能是因為社會大眾相信，只要國家越是限制個人自由，我們反而過得更安全。

在這樣的法制發展背景下，我們發現到近年來，台灣發生了多起重大的食品安全、環境污染、酒駕、詐騙集團等犯罪問題，而立法者為了消解高漲的輿論壓力，近乎激進地創設新式的抽象危險犯與不斷調高刑度。除了從法的觀點檢視立法及司法解釋的妥適性外，從更深層的角度觀察，國家刑罰權不斷前置化與重刑化的現象，恐怕也只是反映出社會集體意識下的對立思考。換句話說，現今的刑事政策不再關心何謂一般預防或特別預防，而是簡化為善



購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=10715>

與惡的二元對抗，或是刑法如何平衡社會階級之間的差異等。此種刑法運作的邏輯絕非偶然，有相當部分的因素取決於台灣當前的政治氛圍、媒體生態、教育的形式主義、世代之爭、貧富差距等。只要其他系統的價值選擇過度滲入刑法系統，甚至作為實質的指導原則，那麼刑法勢必將捨棄形塑自身存在之正當性的法治國基礎，例如罪責原則、罪刑法定原則等。明顯地，台灣當前的刑法制度正面臨到這種法系統高度異化的問題。本書收錄的文章是筆者自2008年留學歸國以來，對於這些問題所提出的觀察，特別是結合了法社會學、法哲學、法解釋學等多重視野，全面檢視當代刑法面臨的正當性危機，並且嘗試提出刑法如何回歸規範理性的解決方案。倘若讀者想要獲得一個較具體且全面的問題意識，建議可以從「風險社會與現代刑法的象徵化」一文讀起，因為此文乃是筆者對於當代刑法的發展趨勢所提出的總結性批判。

關於本書的出版，首要感謝元照出版公司願意支持出版，以及出版團隊的細心編輯。也要感謝歷任的研究助理們辛苦協助校閱，以及提供許多閱讀上的建議，使得文章內容得以更為完善。最後，要特別感謝諸位師長的不吝提攜，以及學術夥伴們於一路上的相知相惜，讓筆者更有信心在刑法的基礎理論領域持續地深耕。

古承宗

2016年12月於台北



元照出版

搶先試閱版

目 錄

謝 辭
二版序
序 言

◆危險的電子遊戲場？

——評析大法官釋字第646號解釋

壹、前 言	1
貳、解釋要旨與爭點	2
參、本文分析	4
一、導論：刑罰最後手段性的階層評價體系	4
二、道德（善良風俗）與行為應刑罰性	7
三、法益保護與行為需刑罰性	22
肆、危險防禦化及工具化的刑法？——代結論	42

◆風險社會與現代刑法的象徵性

壹、前 言	45
貳、風險社會下的刑法運作邏輯	48
一、Ulrich Beck的風險社會論與風險	48
二、風險典範的轉移	51
三、刑法作為風險微量化之主要手段	56
參、現代刑法的象徵性結構	57
一、傳統刑法過渡至現代刑法	57
二、象徵刑法之象徵性	63



購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=10715>

三、象徵刑法之分析與批判功能	69
四、刑法的象徵化特徵	71
肆、安全導向的刑事預防思維與限制	76
一、刑罰理論與（秩序管制的）安全確保	77
二、現代刑法的預防理性界限	91
伍、刑法的溝通理性與積極一般預防	95
一、刑法作為一部溝通法	95
二、積極一般預防之實質基礎	97
陸、結 論	102

◆環境風險與環境刑法之保護法益

壹、緒 論	105
貳、風險社會與刑法的風險抗制邏輯	108
一、風險社會、反思的現代、風險	108
二、刑法作為風險控制的手段	114
參、環境刑法的象徵化危機	117
一、象徵性立法	118
二、象徵刑法	121
三、環境刑法為象徵刑法	125
肆、「環境」之於保護法益的辯證	127
一、嚴格的生態法益理論	129
二、生態與人本的雙重法益理論	132
三、個人的法益理論	135
四、自然資源	139



元照出版

搶先試閱版

伍、環境刑法之保護法益的實質建構.....	142
一、法益與法主體間的相互承認關係	
——規範的證立觀點.....	143
二、環境與個人法益間的溯源關係	
——立法技術的觀點.....	148
陸、結 論.....	151
◆刑法第190條之1作為「累積的具體危險犯」	
壹、前 言.....	153
貳、日月光案之分析與檢討.....	155
一、簡化的案例事實.....	155
二、一、二審判決的論理取向.....	156
參、累積性之污染結果與具體危險的歸責關聯.....	166
一、保護法益.....	166
二、「結果定義」的功能性障礙.....	169
三、「污染」作為特殊的累積性問題.....	170
四、「污染」與「危險結果」	
——雙重的因果證明難題.....	171
肆、所謂的「總體結果歸責」.....	174
一、新型態的犯罪類型.....	174
二、「污染」之解釋.....	175
三、污染結果的客觀歸責.....	181
伍、結 論.....	189



◆**刑法作為保障食品安全之手段**

——兼評彰化地方法院100年度矚易字第1號判決、
台灣高等法院台中分院101年度矚上易字
第295號判決

壹、前 言	191
貳、實務見解之分析與檢討	193
一、彰化地方法院100年度矚易字第1號判決	193
二、台灣高等法院台中分院101年度矚上易字 第295號判決	198
參、食品衛生刑法的正當性疑慮	202
一、象徵化的刑法	202
二、抽象的集合性法益：食品安全	204
三、社會安全的預防理念	207
肆、未來修法的思考方向	211

◆**高雄石化氣爆事件與刑法上的組織歸責** 217

◆**洗錢刑法的正當性依據**

——兼論當代刑事政策的變異

壹、前 言	221
貳、洗錢罪作為確保刑法系統運作的手段	223
一、德國洗錢罪之立法與保護法益	224
二、全面性的處罰趨勢	246
參、洗錢罪與刑事政策的變異：「安全政策」	252
一、自由確保與社會安全的相互證成	253



二、組織性的慣習犯罪與組織犯罪	258
三、不法構成要件的簡化與降低證明要求	264
肆、結 論	268

◆不法意識之於犯罪結構的功能意義

壹、前 言	271
貳、實務見解與未決的問題	272
一、故意與不法意識	272
二、客觀第三人觀點下的可避免評價	273
參、不法意識作為故意或罪責要素	275
一、不法意識與不法懷疑	275
二、故意與罪責理論	278
三、小 結	281
肆、現行法的基本解釋脈絡	282
一、禁止錯誤之可避免性	282
二、「虛擬性」的非難標準	284
伍、重新定位不法意識的體系功能	287
一、「犯罪意思」作為證立不法行為的基礎	287
二、刑罰功能包括對不法意識的否定	289
三、一般性的規範認識與違法質疑	290
陸、結 論	292

◆重新檢視擅自重製罪之解釋與適用

壹、前 言	295
貳、不法要素	297
一、保護法益	297
二、犯罪客體：著作	310
三、重製行為	319



購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=10715>

四、擅自	323
五、非「合理使用」	331
參、罪責要素：資訊社會與不法意識	347
肆、結 論	351

◆沒收不法所得與刑罰威嚇的功能關聯

——兼評智慧財產法院一〇三年度刑智上易字
第一三號判決

壹、導 論	353
貳、智財法院之見解分析與檢討	354
一、詐欺罪之抽象危險化的解釋方法	354
二、沒收不法所得與法秩序破壞的關係	355
三、沒收範圍採總額原則	357
參、沒收不法所得作為強化刑罰溝通及 威嚇效果的手段	360
一、經濟的犯罪理論	360
二、沒收不法所得與刑罰威嚇的手段目的關係	364
肆、結 論	374



元照出版

搶先試閱版

危險的電子遊戲場？

——評析大法官釋字第六四六號解釋

壹、前言

大法官釋字第六四六號解釋宣告電子遊戲場業管理條例（下稱管理條例）第二十二條規定符合憲法第二十三條比例原則，並且與憲法第八條、第十五條等規定亦無牴觸。概括地說，本號解釋認為電子遊戲場業的性質特殊，通常會有引起青少年沉迷電玩、賭博行為、毒品交易等負面作用，而有危害社會安寧、善良風俗、國民身心健康之可能。所以，對於未辦理營業事業登記而經營電子遊戲場者，有論處刑罰的必要，以達事前之危險預防的目的。然而，違反營業登記而經營電子遊戲場的行為是否有論處刑罰之必要，主要爭點其實就是國家發動刑罰權的界限為何。進一步地說，對於這樣的行為論處刑罰，如果超出了刑罰最後手段原則應有的法理界限，管理條例第二十二條規定就是違憲。但是，詳閱本號解釋全文，大法官特別就刑罰行為的可罰性要件、系爭條例所保護的利益範圍（法益）、構成要件行為的描述，及行政危險管制與刑事應報制裁的區別等問題，仍舊欠缺一套明確的且系統的刑事法理論證。正因為如此，系爭管理條例第二十二條是否真的如本號解釋所宣告的是一條合憲性條文，恐怕仍有高度疑慮。針對這點，本文嘗試以這裡所提及的待證問題作為論證主軸，逐步分析及檢視本號解釋所產生的法理疑慮，特別是針對大法官對系爭管理條例所提出的合憲性解釋方法。



2 刑法的象徵化與規制理性

貳、解釋要旨與爭點

按管理條例第十五條規定：「未依本條例規定辦理營利事業登記者，不得經營電子遊戲場業。」又第二十二條規定：「違反第十五條規定者，處行為人一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣五十萬元以上二百五十萬元以下罰金。」只要經營電子遊戲業者違反管理條例第十五條，而未向主管機關辦理營利事業登記，依據管理條例第二十二條之文義規定，立法者將原本只是一個行政不法的行為提升¹到刑事不法的位階，論以刑罰處斷。

首先，大法官引用釋字第五四四號及第五五一號解釋的見解界定出刑罰功能的界限，「人民身體之自由與財產權應予保障，憲法第八條及第十五條訂有明文。如以刑罰予以限制者，係屬不得已之強制措施，具有最後手段性之特性，自應受到嚴格之限制。」依此，大法官先是明確肯定刑罰最後手段性原則作為限制國家發動刑罰權的法理準據。

觀諸管理條例第二十二條的不法構成要件描述，立法者明顯將未辦理營業登記而經營電子遊戲場之行為設定為「抽象危險犯」的犯罪類型。不過，有問題的是，這樣的經營行為對於什麼樣的法益帶有何種的典型危險。大法官的多數意見認為，電子遊戲的過程往往伴隨著濃厚的博奕色彩，並且容易使兒童及少年留滯遊戲場。因為如此，使得來自於學校或是家庭方面的保護無法有效地發揮，而無可避免地導致學童課業怠惰的情形；同時，「有成為潛在之犯罪被害人或涉及非行之虞。」另外，因為電子遊戲本身具有操作簡單與收費平價的特性，往往

¹ 見Mitsch, Das Recht der Ordnungswidrigkeiten, 2. Aufl., 2003, S. 18 ff.

會吸引一般社會大眾前往遊戲場，甚至長時間留滯。於此，「一方面影響公共安全與社區安寧，另一方面成爲媒介毒品、色情、賭博及衍生其他犯罪之場所，因此電子遊戲場業之經營，亦涉及兒童少年保護公共安全及社區安全等問題。」所以，考慮到電子遊戲機的性質特殊，經營本身已經具備相當的危險性，足以危害兒童及少年個人身心發展、公共安全與社區安寧等法益。如果等到發生賭博行爲，或其他的犯罪行爲等具體危害才動用到國家刑罰權，前述法益勢必將面臨難以回復的損害。爲此，關於未辦理營業登記而經營電子遊戲場的行爲，也就有採用「刑罰強制事前登記之預防性管制方式」的必要。

其次，違反管理條例第十五條未辦理營業登記而爲經營電子遊戲場之行爲，因爲違反該條所創設之行政義務而具有行政不法；同時，該條例第二十二條之規定又將違反營業登記而爲經營之行爲，直接論處刑罰。對此，容有疑問的是，既然在同一部法規系統內，我們將一個只是純粹違反行政義務的行爲定性爲兼具行政不法與刑事不法的內涵，那麼就辦理營業登記的行政管制目的與刑事預防之間，到底存在著何種實質上的區別。對此，本號解釋從「行政管制目的」的視野切入，認爲管理條例之制定乃是考慮到電子遊戲場業的經營多涉及到社會安寧、善良風俗及國民身心健康等問題，所以訂有強制分級的措施（管理條例第五條第一項及第二項）、電子遊戲場所之公共安全應符合都市計畫、建築與消防法令之規定（管理條例第八條），以及電子遊戲場設置的地點與學校、醫院間的距離須達五十公尺以上（管理條例第九條第一項）等。相較於此，從「刑事預防」的觀點出發，管理條例第二十二條的立法目的則是爲了「杜絕業者規避辦理營利事業登記所需之營業分級，營業機具，營業場所等項目之查驗，以事前防止諸如賭博等威脅社會安寧、公共安全與危害國民，特別是兒童及少年身心健全



4 刑法的象徵化與規制理性

發展之情事。」基本上，大法官的說理策略乃是藉由管理條例的立法理由推論出第二十二條所要保護的法益內容，似乎是肯認刑法上所保障的法益內容與行政管制所欲實現及保障的公益²並無差別。此外又認為，為了達成管理條例所要達到的保護目的，如果只是透過罰鍰處罰，將無法有效地達到危險管制的效果。

最後，仍有疑問的是，立法者將管理條例第十五條「未辦理營業登記」之違反行政義務的規定，直接設定為第二十二條抽象危險犯之不法構成要件行為的意義為何。就此，本號解釋援引內政部警政署的統計研究，認為未辦理營利事業登記與賭博等犯罪行為「確有高度關聯」，據此認定未辦理營業登記已經突顯出經營電子遊戲場的危險性。所以，為了對於前述的公共法益提出更完善的保護，非等到具體的危害發生，就無照經營者即有透過刑罰予以制裁的必要性。

綜合上述觀點，本號解釋認為管理條例第二十二條「所採取之手段對目的之達成係屬必要，符合憲法第二十三條比例原則之意旨，與憲法第八條，第十五條規定尚無抵觸。」

參、本文分析

一、導論：刑罰最後手段性的階層評價體系

通常在學習刑法理論談到刑法的任務時，皆會論及刑法作為社會控制的手段，以確保社會生活秩序的穩定。不過，國家刑罰權的發動相較於其他的法規範措施，諸如行政秩序法、民法等，常會被要求處於更為節制的地位。一般而言，依照法益保護的優先次序觀點，受法治國原則拘束的刑法具有不完整性

² 僅參考程明修，論行政目的，收於行政法之一般法律原則(一)，1997年，6頁以下。

(fragmentarisch)，以及社會政策的最後手段性(ultima ratio der Sozialpolitik)。也就是說，並不是所有的利益危害行為，刑法都要介入制裁，而是僅就特定的、對於穩定社會生活秩序具有重要性的利益才會予以保護。理由在於，刑罰制裁作為最嚴厲的國家干預措施，本身具有痛苦應報³的意義，以及標籤式的烙印效果⁴，動輒影響市民的自由權利甚鉅。所以，只有當干預效果較為緩和的法規範，或是社會機制對於抑制不法的利益侵害不具成效，也就是在無法確實提供市民之自由權利有效保障的情形，刑法手段的干預才有介入空間。另外，刑法在整體的法規範系統中，主要任務在於穩定社會秩序與保障人類社會生活的各種基本條件，以維護市民所保有的利益不至於受到侵害，卻不是作為國家積極控制社會發展的工具。換句話說，對於各種可能會影響到社會發展的潛在危險源，刑法不至於皆要作出立即的對抗反應。追根究底，這些原則性觀點其實都是憲法上之比例原則的體現。更精確地說，所謂的「禁止過度原則」(Übermaßverbot)⁵作為國家發動刑罰權的正當性界線，又在整體的法規範系統中，刑法被確定在「補充性的法益保護」(subsidiärer Rechtsgüterschutz)⁶的地位，立法者於制定刑法規定時，即有必要特別到注意規範目的與手段之間是否均能合乎比例原則。這樣的定位觀點相當程度地突顯出國家刑罰權不允許被恣意擴張，刑法應適度節制而避免不當凌駕或侵害其他的法規範系統原本被賦予的規範功能。於此，我們可以得到的初步理解是：「刑罰最後手段性原則作為國家發動刑罰

³ 蘇俊雄，刑法總論 I，1998年3版，122頁。

⁴ 林鈺雄，新刑法總則，2006年，11頁。

⁵ Roxin, AT Band I, 3. Aufl., 1997, § 2 Rn. 97; 參閱甘添貴，刑法保護財產之基本理念，收於刑法之重要理念，1996年，343頁。

⁶ Duttge, Vorbereitung eines Computerbetrugs, in: FS für Ulrich Weber, 2004, S. 294; Neubacher, ZStW 118 (2006), S. 859.

6 刑法的象徵化與規制理性

權的正當性基礎，又受法治國原則拘束的刑罰制裁手段，並非只是為了實現社會的絕對正義而存在，實質上乃是基於維持社會秩序穩定這樣的公益，刑罰制裁這種手段不被放棄使用而已⁷。」

關於最後手段性原則作為國家刑罰權發動的正當性基礎，這樣的說法還是停留在一般性的敘述。因此，無法充分理解的是，到底在什麼樣的情形才算是所謂的「最後」。換句話說，什麼樣的時間點才算是國家對特定行為動用刑罰制裁的正確時機，始能確實符合憲法上的比例原則。如果要適切地回答這項提問，勢必要先行建構出一套實質且具體的標準，藉以充足這項原則應有的結構與內涵。同時，正好也可以說明刑罰正當性的界限所在。一般來說，國家對於特定行為選擇是否動用刑罰予以制裁，必須考慮到以下兩項先決問題⁸：(一)針對什麼樣的行為是我們需要處罰，或是根本不需要處罰的？此乃行為是否具備「應刑罰性」(Strafwürdigkeit)的議題；再者，(二)處罰這個行為究竟是為了什麼？也就是說，為了什麼樣的目的，國家針對這樣的行為特別動用到刑罰予以制裁。此乃行為是否具備「需刑罰性」(Strafbedürftigkeit)的議題。

處理上述二項先決問題的實益在於，如果刑法就其所要處罰的對象與規範目的均無法確定，或是處罰範圍無法具體劃定的話，刑罰目的勢必淪為一套純粹以自身為目的而存在的理

⁷ Küpper, Richtiges Strafen, Jahrbuch für Recht und Ethik (2003), S. 56.

⁸ 相同的思考邏輯，參見Baumann/Weber/Mitsch, AT, 11. Aufl., 2003, § 3 Rn. 4 ff.; Küpper, ebda., S. 60; 相對於此，也有學者不區分兩者，而以「應刑罰性」作為統一的判斷基礎，例如Wittig, Das tatbestandsmäßige Verhalten des Betrugs, 2003, S. 118; 另外，國內有學者不為區別，而統稱「可刑罰性」，例如黃榮堅，論通姦除罪化，收於刑罰的極限，2000年，10頁。

念⁹。簡單地說，只是爲了刑罰而刑罰，而所謂的刑罰最後手段性原則終將成爲空談。所以，前述二項先決問題必須能夠確實充足刑罰最後手段性原則的實質內涵；同時，共同建構起一套符合該原則的形式階層評價體系。特別就這一點來說，只要作爲刑罰最後手段性原則的前提要件能夠越具體且明確，那麼我們便可以更理性掌握行爲可罰性的正當性界限¹⁰。或許，刑罰最後手段性原則限制了國家刑罰權發動的時機，實際上卻也是提供國家形成理性刑事政策的基礎¹¹。

目前爲止，我們大致確立出一套檢驗國家刑罰手段正當性的評價體系，而就管理條例第二十二條的合憲性判斷，亦即牴觸或符合刑罰最後手段性原則¹²，這裡所提出的「行爲應刑罰性」與「行爲需刑罰性」之二階評價體系，將作爲本文逐步檢視本號解釋之論證是否正確的依據。

二、道德（善良風俗）與行爲應刑罰性

本號解釋的論證重點在於，爲什麼一個未辦理營業登記的電子遊戲場經營行爲有論以刑罰制裁的必要。持多數意見的大法官引用管理條例的立法理由，認爲電子遊戲場業的經營往往對於「社會安寧」與「善良風俗」影響甚鉅，而此部分又牽涉到普遍的公共利益，特別是維護兒童及少年的身心健全發展。

⁹ Kindhäuser, Gefährdung als Straftat, 1989, S. 134.

¹⁰ 見Hassemer, Grundlinien einer personalen Rechtsgutlehre, in: FS für Arthur Kaufmann, 1989, S. 92; Hohmann, Das Rechtsgut der Umweltsdelikte, 1991, S. 142 (143); 關於這部分在自然法與理性法領域的說明，可參考Hilgendorf, JuS 2008, S. 764 (765).

¹¹ Neubacher (Fn. 6), S. 861 (862); 不同意見，見Pittwitz, NStZ 1989, S. 110.

¹² Funcke-Auffermann, Symbolische Gesetzgebung, 2007, S. 29; Wohlers, Präventionsstrafrecht, 2000, S. 242.

8 刑法的象徵化與規制理性

我們先暫時略過這項結論不談¹³，綜觀本號解釋的前後脈絡，首先會產生疑問的是，到底是因為違反營業登記而經營電子遊戲場的行爲本身，對於特定利益的侵害有相當的危險性；還是僅僅因為它是一個違反善良風俗的行爲，所以就足以認定這樣的行爲一定是有危險的。特別是本號解釋運用了善良風俗這樣的德性概念闡述違反營業登記而經營電子遊戲場的行爲危險性，同時又引此作為經營行爲的可罰性基礎，這樣的論證方法某種程度揭示著，只要認定某個行爲是個違反善良風俗的行爲，那麼就可以直接推論為對於特定利益之侵害有相當危險的行爲。只不過這樣的分析是否存在著抵觸刑罰最後手段性原則的潛在危險，容有深入檢討之必要。

(一)法義務與道德義務的區分——以*Kant*的法哲學為基礎

基於社會成員之間的互動關係，逐漸形成共同生活條件的基本共識，進而促使市民社會的穩定運作及發展。又市民社會經歷持續性的運作過程，也逐步建構起眾多的共同生活機制，並且以此為基礎，相當程度地保障了所有社會成員於社會生活中的自由等距¹⁴。不過，考慮到獨立自主人格，個人對於各自的生活理念、方式各有不同的選擇，又因為不同的利益需求，產生不同的選擇結果，在社會往來的過程中因此不可避免會導致一定的利害衝突。從個人追求利益最大化¹⁵的角度看來，爭取利益的手段可能是透過競爭、相互協調，甚至有可能是透過更極端的破壞。又手段的選擇往往取決於個人就其自身

¹³ 關於這部分的評析，請參考本文參、三、(二)及參、三、(三)。

¹⁴ Feuerbach, Lehrbuch, 1801, S. 13 (14); auch Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 2. Aufl., 1998, S. 353.

¹⁵ Friedman, Law's Order, 2000, S. 84 (85); 詳細的說明，見Eidenmüller, ebda., S. 22 ff.

所身處的環境所能夠掌握到的所有資訊，以及實際上所能夠支配運用之資源的多寡。在這樣的選擇條件下，利害相衝突的結果往往是，特別是在資訊與資源不對稱的情形，資訊與資源處於相對弱勢的一方遭到犧牲，而社會共同生活原本已經形成的理性秩序也隨之遭到破壞。基此，有別於市民社會帶有共識性的運作模式，國家存在的目的便是在於，透過制定各種具有強制力的法規範，劃定出人類之社會共同生活最起碼的客觀秩序標準¹⁶。市民期待法規範能夠被有效地遵守，使其所保有的與想要追求的各種利益不至於受到他人恣意干擾、破壞，例如任何人可以自由地走在街上，不會遭到他人無故阻擋去路；或者，在一個即將引起利害衝突的情形，能夠有一個客觀的利益決定與平衡¹⁷準據，例如面對他人現時的傷害行為，被攻擊者得以主張正當防衛，不必承擔毫無法律上原因的襲擊風險；相對地，攻擊者必須承擔被攻擊者之反擊行為所帶來的傷害風險¹⁸。依此，在客觀規範秩序的框架內，個人所追求或確保的利益在社會生活裡最終才有實現的可能¹⁹。

不過，容待釐清的是，至少在什麼樣的條件下，刑法才可以（或者應該）介入保護個人在社會生活中的利益。依據前述之刑罰最後手段性的二階評價體系，這裡必須處理的第一個問題就是：「行為應刑罰性的界限在哪？」換句話說，是什麼樣

¹⁶ 參閱Zabel, ZStW 120 (2008), S. 92 (93).

¹⁷ Zabel, ebda., S. 80.

¹⁸ 例如刑法上的正當防衛，攻擊者必須承受「正當防衛的風險承擔義務」，見Murrmann, NStZ 1994, S. 215 ff.

¹⁹ 王皇玉，論危險犯，月旦法學雜誌，第159期，2008年，241頁；另外，林東茂教授的見解：「刑法的劍，可能是一部分人失去自由，但卻創造更多人的自由。表面看，刑法拘束自由；深刻看，刑法實是創造自由，這是很大的社會功能。」見林東茂，刑法綜覽，2007年5版，1-12頁。

10 刑法的象徵化與規制理性

的行為才有透過刑罰制裁的必要，或是什麼樣的行為根本必須排除在刑罰的範疇之外。對此，我們嘗試援引*Kant*的法哲學觀點提出一項原則性的判斷標準，也就是以*Kant*在其所著的「道德形上學導論」（*Einleitung in die Metaphysik der Sitten*）²⁰一文中提出的觀點為基礎。原則上，行為應刑罰性的根本界限在於一個行為是否違反法義務，或者只是違反道德義務；如果只是一個單純的違反道德義務行為，根本沒有納入刑法規範的可能性，所以不具應刑罰性。

就法規範的一般性意義來說，應先予區辨的是，當一個行為純粹涉及到是否符合法規範的要求時，乃是行為合法性（*Legalität*）的問題，而這裡的判斷不考慮行為背後的動機（*Triebfeder*）；相對地，在行為符合法規範要求的情形，法義務所隱含的理念同時正是行為的動機時，則是合法行為的道德性（*Moralität*）問題²¹。換句話說，合法行為充其量只可以被認定為具有道德性而已，行為的合法性卻不一定就是全同於行為的道德性概念。理由在於，個人之所以會選擇從事什麼樣的行為，行為背後所考慮到的因素必然存在著多種可能性，不必然僅限於道德方面的考量；如果依據其他非道德的因素而實現法規範的要求，則是由法規範擬制這樣的行為已經具備了道德性。當然，我們也可以說，一旦個人依循著某項道德要求而決定從事特定活動，這樣的道德要求或許可以理解為行動背後的原因。即便如此，還是無法排除以下原則：「道德要求往往只是人從事符合法義務行為的選擇原因之一而已，而非全部。」目前為止，我們推得出一項初步的理解，所謂的法義務只能夠是一種外顯的義務²²，而法律的遵守也只能以此類義務

²⁰ Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 1998, S. 11 ff.

²¹ Kant, *ebda.*, S. 18.

²² Kant, *ebda.*, S. 29.

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=10715>

國家圖書館出版品預行編目資料

刑法的象徵化與規制理性／古承宗著. --

二版. -- 臺北市：元照， 2019.04

面；公分

ISBN 978-957-8607-50-7（平裝）

1.刑法 2.論述分析

585.07

107006021

刑法的象徵化與規制理性

5D421RB

作者 古承宗
出版者 元照出版有限公司
100 臺北市館前路 28 號 7 樓
網址 www.angle.com.tw
定價 新臺幣 480 元
專線 (02)2375-6688
傳真 (02)2331-8496
郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司
出版年月 2017 年 02 月 初版第 1 刷
2019 年 04 月 二版第 1 刷

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-957-8607-50-7



元照出版

搶先試閱版

本書簡介

當代社會的面貌與結構快速變遷，市民面臨更為多變且不確定的利益侵害或危險，例如食安問題、環境污染、經濟犯罪等。於此，刑法被寄予高度期待，作為一套既有效又全面的社會性控制手段。然而，在刑法功能不斷擴張的趨勢下，不只是規範本身的具體成效出現了疑慮，原有的法治國刑法特徵恐怕也遭受到侵蝕。本書所收錄的文章為作者近幾年來關於刑事立法與適用過度膨脹的觀察。特別是針對刑事政策、法釋義學等不同面向的議題，作者藉由刑法理論、法社會學、法哲學等領域知識的交互辯證，重新審思刑法於現代社會應有的規制理性。

ISBN 978-957-8507-50-7



9 789578 1607507



5D421RB

定價：480元



元照網路書店



元照粉絲團

 元照出版公司

地址：臺北市館前路28號7樓

電話：(02)2375-6688

網址：www.angle.com.tw