

刑法秩序中 愛的含義

The Meaning of Love in Criminal Law Order

金日秀 著

李穎峰 譯

購書請上：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=12564>

刑法秩序中愛的含義

THE MEANING OF LOVE IN CRIMINAL LAW ORDER

金日秀 著

李穎峰 譯



元照出版

搶先試閱版

元 照 出 版 公 司

序 言

長期以來，我片刻也沒有忘記有關「愛的刑法學」的夢想，雖然這一夢想尚未完全實現，但是在長年追尋夢想而走來的這一路，只要有機會，我就會像鋪設步石一樣將思想的頭緒種在各處。在韓國刑事政策研究院院長任期屆滿之際，在整理之前未發表的演講稿時，我忽然覺得將有關這一主題的思想片段彙編成冊比較好，結果就有了這裡呈獻給讀者們的、名為《刑法秩序中愛的含義》的單行本。

我之所以能從根深蒂固的傳統報應主義刑法學轉向再社會化的刑法學，是因為年輕時沉迷於「人的尊嚴」這一概念，並受其引導。此後我又摸索了與後現代社會的危險刑法、安全刑法以及敵人刑法等具有重刑主義傾向的所謂的「場外刑法」進行對抗的刑法思想（counter thought），這也是我從再社會化的刑法學轉向「愛的刑法學」的契機。從報應主義刑法學轉向再社會化的刑法學，再轉向愛的刑法學，走過這一漫長的學術之旅，是因為我渴望實現我的信仰與學問的融合與統一，而這也一直是我進行學術思索的主旋律。

當然，對我而言，實現罪與罰的刑法學與愛的神學之間的對接不是起初就有的想法，而是在走投無路的情況下，找出一個解決方案。

記得是在1985年9月的某一天。當時我在高麗大學西館前面的小講堂講授刑法，當講到人的罪與罰這一主題時，我開始滿懷激情地論證：能夠從根本上解決「人的罪」這一問題的不是刑罰，而是2千多年前在髑髏地山坡被釘死在十字架上的耶穌的鮮血，即耶穌的代贖之恩。這時，一個坐在前排、身穿黃色T恤的男生突然舉手，我預感到他對我的話語產生了共鳴，可沒想到他立即大聲說道：「我們來到這裡是想聽刑法學講授，而不是特定宗教的宣傳。」多麼正當的抗議！但是，受到巨大衝擊的我，眼前發黑，精神恍惚，隨即陷入了深深的挫敗感之中，恍惚間我向他問道：「你是誰，說出這樣的話」。他立刻回答：「我是高麗大學韓國思想研究會會長柳某」。我勉強解圍，匆忙回到了研究室，頭像是受到了鐵錘重擊，沉重無比。

從那時起，我開始不斷追問自己一個實際問題：「我是否應該辭去大學的工作，進入神學院？是否應當拿著聖經（而不是法典），以牧師的身分（而不是法學教授的身分）重回校園？」從那天起，我向神提出的這個問題在經過了無數個深秋的夜晚和寒冬的黎明之後，一直持續至1986年春季學期開始2周之前的2月中旬。一直沉默的上帝在那天黎明時分帶著恩寵與《約翰福音》第一章第四節的話語（生命在他裡面，這生命就是人的光）來到了我靈魂的空白處。在那一瞬間，我透過一個生命之樹的景象，短暫地看到了刑法中重要的法益是如何與永恆的生命融為一體。透過這次體驗，我確信了刑法學的真理深藏於耶穌基督真正的生命之中，同時有關罪與罰的真理也與耶穌基督自我犧牲之愛相聯繫，而這

次體驗也成為了我將耶穌基督愛的十字架置於罪與罰問題的中心，並追求構建愛的刑法學的契機。

這一點集中體現在我《韓國刑法Ⅲ》（1993年）的序文之中。「在長期撰寫刑法各論的過程中，我體會到，相比深奧的研究對象，我積累的知識實在是貧乏。在停滯與低潮之中，我重新認識到，這不應當成為滿足個人學術追求的平凡工作，而應當成為追求道德性人格的發展以及充滿愛與和平的共同體發展的實踐性工作。上帝按照自身的形象創造了人類，而這一工作從根本上講也是體現造物主之光榮的上帝的作品（opus dei）。望著上帝的莊嚴（majestas dei）與人的尊嚴（dignitas homini）交叉的地平線，我認識到我依靠上帝的全能之臂完成了這項工作。在相當於刑法各論上卷的《韓國刑法Ⅲ》完成之際，我將這份光榮（soli deo gloria）付與上帝一人。」

法律時刻處於其先導機能與規制機能的緊張關係之中，刑法也是如此。刑法的規制機能表現為：事先明示禁止規範與命令規範，對違反規範者施加刑事制裁，以此發揮抑制犯罪的作用。為了發揮這種規制作用，刑法迄今為止一直將重點放在了同態復仇的報應思想、重視威懾的消極的一般預防思想以及處罰個人或將其從社會隔離的消極的特別預防思想。

但是，刑法的機能不能僅限於規制機能，刑法還應當發揮透過人的尊嚴這一價值與和平共同體的理念引導社會的先導機能。為了實現這種先導機能，刑法應當積極地發揮其引

導作用，這種觀點的重要性直至近年才被重新認識。為了發揮這種作用，刑法應當積極地提示存在於禁止・命令規範背後的要求規範，並透過這種要求規範的號召，期待實現刑法規範的內化以及社會教育性的學習效果。①比起禁止更重視要求，比起威懾更重視號召，比起結果更重視動機，比起外部的行為樣態更重視內在意識，透過這些獲得的犯罪預防效果，②包括基於和解與寬恕實現的社會統合的積極的一般預防思想，③旨在實現犯罪人的社會化與人格化的積極的特別預防思想，刑法的先導機能對上述領域表現出了更大的關注。

從規制機能的角度看，刑法是越小越美¹，越謙抑越好。法治國家的刑法應當具備的品性是透過最小限度的規制，保障市民最大限度的自由，這既是刑法的補充性原則，也是比例性原則。

但是，從先導機能的角度看，刑法是越大越美²，影響力越強越好。社會國家・文化國家刑法的價值追求應當是，為市民過一種價值定向的生活提供最大限度的保障。

一直以來，刑法學界存在只關注規制機能而忽視先導機能的傾向。但是，對於實現人的尊嚴與價值以及和平的共同生活而言，刑法應當具有的積極作用反而應當透過先導機能予以發揮，而這正是刑法的道德形成力。

¹ 譯者註：按照作者的解釋，這裡「刑法越小越美」是指，刑法的規制機能越小越好。

² 譯者註：按照作者的解釋，這裡「刑法越大越美」是指，刑法的先導機能越大越好。

考慮到這一點，在撰寫這本書的過程中，我並沒有僅僅關注犯罪現象，而是注意挖掘犯罪現象背後的規範要求。刑法規範直接向我們傳達的是禁止與命令，但是，在禁止規範與命令規範背後卻是愛人如己的規範要求。耶穌基督的「愛之法」這一更高層次的法（higher law）使我領悟了這一點。正是耶穌基督將禁止與命令的律法上升為了「愛之法」。

耶穌對他說：「你要盡心、盡性、盡意愛主你的神。這是誡命中的第一，且是最大的。其次也相仿，就是要愛人如己。這兩條誡命是律法和先知一切道理的總綱。」（馬太福音22：37～40）

我在「愛人如己」這一愛的誡命中發現了刑法的根本規範：

「弟兄們，你們蒙召是要得自由，只是不可將你們的自由當作放縱情欲的機會，總要用愛心互相服侍。因為全部律法都包含在『愛人如己』這一句話之內了。你們要謹慎，若相咬相吞，只怕要彼此消滅了。」（加拉太書5：13～15）

刑法追求的和平的共同社會秩序以愛人如己的思想為基礎，它要求社會成員履行作為基本倫理（einfache Sittlichkeit）的尊重法益的義務，並認為必須使行為規範扎根於社會生活的實際。從現今積極的一般預防觀點出發，期待以愛為基礎的「要求規範」內化為我們的法意識，正是刑法的規範設計藍圖。除了消極的禁止與外部的命令之外，刑法從根本上是透過向我們內心的法意識發出號召，要求我們透過積極的愛與自律性，尊重他人的法益（Actunganspruch）。

對於遵守「禁止損害他人名譽」這一禁止規範而言，一生緘口不語的生活或避免與他人的一切接觸而隱居的生活或許是保護他人名譽的最完美對策。但是刑法並不期待這種對策。相反，刑法期待的是，在與他人積極的交往中提升他人的人格品位並尊重他人名譽充滿活力的生活樣態。基於刑法的社會教育性學習效果希望達到的社會統合性預防的目標，是在信任、希望與愛之中促進和建設充滿生命力的和平的共同體社會，而不是使社會在禁止規範與命令規範中凍結。因此，即使存在數百種禁止規範與命令規範，一個人若能將「愛人如己」的教義銘記於心，並將其付諸實踐，那麼這個人可以說已經達到了刑法之道的最高境界。

這一思想在我《韓國刑法IV》（1993年）的序言中得到了延續：「本書中我的世界觀是以耶穌的人類救贖與世界和平為中心的基督教世界觀。在我剛上大學的時候，我的一位恩師曾跟我說道，世界觀就如同人的眼鏡，有些人為了提升視力戴高度數的眼鏡，而有些人戴藍色或紅色的眼鏡。戴有色眼鏡看世界時，世上的事物都會被看成是同一種顏色。」

正因為世界觀有這樣的魔力，因此它具有使人陷入偏見與意識形態之中的危險，但另一方面，它也具有統合處於矛盾與混沌狀態的事物，保障其一貫性的長處。提防陷入意識形態之中的危險，敞開胸懷，以開放的眼光看待世界時，我們可以在不人為地歪曲多樣性的同時，獲得統一性。在多樣性中獲得統一性，這是我透過基督教世界觀達到的另一種學術研究的方法論境界。透過基督教世界觀，我領悟到了相遇與開放，寬容與尊重，重生與和解的含義。

歸根結柢，法律專家們應當將實現當事人之間的和解作為自己的本職任務。思考人類社會悲劇性片段的罪與罰這一根本問題的刑事法律專家們，尤其應當具有這種本職意識。

耶穌基督的要求規範（*Anspruchsnorm*）是連接被禁止規範與命令規範主宰的刑法中的行為規範（*Verhaltensnorm*）與上帝愛的教義（*Liebesgebot*）的媒介，本書試圖透過這一媒介，使讀者們能夠展望上帝的莊嚴與人類的尊嚴相交叉的景象。

人類的法與上帝的法透過第三個比較因數（*tertium comparationis*）——「要求規範」實現了不一樣的交會。要求規範就像歷史中耶穌的十字架，在本質上不同的行為規範與愛的教義之間架起了橋樑。歸根結柢，在財產罪領域重要的是鄰舍之愛的思想：「凡事都不可虧欠人，唯有彼此相愛，要常以為虧欠，因為愛人的，就完全了律法。像那不可姦淫，不可殺人，不可偷盜，不可貪婪，或有別的誡命，都包含在『愛人如己』這一句話之內了。」（羅馬書13：8～10）

這種愛鄰的頌歌在我韓國刑法系列的最後一部《韓國刑法V》（1995年）的序言中也得到了延續：「本書的基本構想與敘述方式與已出版的韓國刑法I、II、III、IV相同。為了使這些書在整體上形成一個統一的體系，我賦予了它們一定的有機關聯性。為此，我維持了各組成部分條目與體系的一貫性，並將其歸結為一個高位法（*the higher law*）的理念，即『規範的本質內容為愛的刑法』。如果說今後還有課

題留待作者繼續研究，那就是在被行為規範和制裁規範主宰的刑法規範的世界中，透過鄰舍之愛這一根源性的媒介規範，尋找通往社會統合的和平世界的路標。」

由於本書探討的主要是個人與社會、個人與國家之間的關係，因此需要一種一以貫之的社會哲學與國家哲學的觀點。在克服了絕對國家觀念的今天，個人的絕對性和社會的絕對性也難以成立。基於此，我將犯罪與犯罪人也理解為我們所處的生活環境的一部分。犯罪與犯罪人本身不是絕對的惡，只是在當時的地點、當時的環境中，就當時的行為而言，它（他）們可以被評價為「惡的」和「有害的」。如果將社會共同體比作廣闊的庭院，那麼犯罪就是生長在那裡的雜草。雜草一般是無益的，但是對於庭院的生態系統而言，一定數量的雜草又是必要的。因此，為了將雜草連根拔除而使用過度的除草劑時，或許可以期待一時的除草效果，但是庭院的生態系統將面臨破壞的危險。因此，控制犯罪時，我們必須從生態人類學（eco-humanism）觀點出發，對其進行調節，以實現犯罪控制與人類社會環境之間的協調。在如今面對大量無法預測危險的所謂的危險社會（Risikogesellschaft），我們即使是放慢前行的步伐，也要更加重視以人為本的刑法學思考。

這是愛的刑法學的理论歸結。從根源上講，上帝是社會共同體的創造者，為了這一共同體的創造性發展，上帝又創立的法、國家與秩序。為了使人類在法、國家與秩序中繁榮發展，上帝按照自己的形象創造了人類，並為人類戴上了尊

貴之冠。但是人類之後開始墮落，當人類成為法、國家與秩序的破壞者時，上帝舉起了憤怒之鞭，但上帝絕沒有與人類斷絕關係並將人類永久逐出共同體的意願。相反，上帝透過自我犧牲，引導人類走向了修復關係之路。人類至今以及今後的罪孽再深，其深度也無法超越上帝洗刷人類的罪孽並治癒人類的謝罪之恩。當國家與百姓走過罪孽與死亡的眼淚峽谷時，胸懷大愛的上帝並沒有因震怒而施加無情的懲罰。相反，上帝在長時間忍耐的同時，透過最小限度的制裁，最終將我們引向了治癒與寬恕，和解與安寧，愛與希望的新世界。

如此看來，上帝的愛的誠命不僅要求道德與倫理的最小化，而且還進一步要求法與正義的最小化。雖然這種要求在世俗國家與世俗社會的刑法實踐中很大程度上遭到了拒絕，但是筆者在解釋現行法的過程中，時刻銘記這一刑法神學性理念，並對其傾注了大量心血。刑法不過是以愛的誠命為基礎的上位法（the law above the law）要求的複合性表現，為了將這種複雜性還原為本質含義的單純性，作者以極大的熱情完成了本書的寫作。在此過程中，我不斷摸索使法典中刑法規範的道德含義深入人類（法律生活主體）靈魂的途徑，並在引導人們行為的刑法規範的含義中，不斷尋求人類救贖與解放，重生與恢復的路徑。

「諸天哪，自上而滴，蒼穹降下公義，地面開裂，產出救恩，使公義一同發生，這都是我耶和華所造的。」（以賽亞書45：8）

在最終完成書稿之後，我眼前浮現了茫茫的大海，上面漂著幾艘帆船³，寂靜與沉默開始在靈魂深處沉降。才疏學淺的我試圖將十字架與重生的耶穌立於罪與罰問題的中心，對此，敬愛的上帝將其所有豐富的智慧與知識賦予了我，在此，我首先向上帝表達我的感謝與榮幸。此外，我還要向我所信賴依靠的兄弟姐妹們表達我的謝意，正是他們的祈禱能夠使我在上帝與人前始終保持謙遜。

我一直在仁愛與愛鄰理念的指引下，鑽研刑法學的根本問題。將一直以來有關這些根本問題的思想片段彙編成冊之後，我發現其寬度與深度尚有不足，對此我深感慚愧。但是，在我的法律思想中一直存在對人改惡遷善的堅定信念，即無論多麼兇殘的人，今後也有可能改善。將這些人看作今後與我們共同生活的鄰里而予以接納和認可，承認他們的權利，不將他們視為社會的敵人，而是作為有尊嚴的人格體而予以保護，這些正是在社會層面實踐愛的刑法學的深層次要求。為此，我們首先應當關注這樣一個事實：社會現實中在法律的名義下或者在法律的曲解與冷漠中，正有一群人遭到疏遠與排擠；其次，我們應當指出使這一現實正當化並且使人熟視無睹的既有觀念；最後，我們應當提出對抗這一現實的思想（參見陳雄熙：《現代改新教法思想研究》，首爾大學碩士學位論文，1993年，第130頁）。最近有些刑法思想為了安全這一利益或者為了逃避危險而將一定種類的危險因

³ 譯者註：按照作者的解釋，這裡是想透過一種意境表達：本書作為一個學術成果，對於學術的海洋而言，不過是滄海一粟。

素規定為社會的敵人進而進行敵視，對此敲響警鐘的正是愛的刑法思想。

以刑法中的愛為主題的這些論文與演講稿，雖然在寫作時機與整體內容上存在差別，但其主題存在重迭部分，因此其中不可避免地存在重複的內容。在本書出版之際，我並沒有為了給讀者留下以下印象而試圖修訂原文，即該書的每一部分都充滿了新的獨創性的內容。相反，即使存在重複的內容，我也只是在最小限度內對語句和文章進行了一些修改。將來在構建「愛的刑法學」這一大的理論體系時，這裡所有的素材以及其他素材都將作為一個整體融入其中。屆時應該可以期待避免這裡出現的重複。

因此，我希望讀者們將多篇論文中出現的部分重複的敘述理解為在刑法秩序的背景中播放愛的交響樂主題曲。今後將這一主題曲作為中心，將刑法學各個素材作為步石，開闢一條思想的小路，是我殷切的希望。

在本書出版之際，我想對負責收集原稿的高飛煥法學碩士以及盡心整理原稿的韓國刑事政策研究院樸鉉淑表示深深的謝意。我還要向欣然答應本書的出版並操勞的世昌出版社李方源社長與林吉男常務懂事表達深深的謝意。最後，我想感謝始終如一地成為信仰與祈禱伴侶的妻子以及深愛的子女們，並懷著這份謝意將這本書獻給他們。

金日秀

在牛眠山麓
2013年11月

目 錄

序 言

金日秀

第一章 社會安全與刑事法

I 為何提出安全或／以及社會安全	1
II 傳統憲法・傳統刑法缺失的一環	5
III 安全社會・安全國家的刑事法	11
IV 界限與對策	17
V 結 論	21

第二章 國家刑罰權正當化的根據是什麼

I 序 論	23
II 刑罰權正當化的必要性	24
III 刑罰的倫理正當性	27
IV 刑罰目的論層面的正當化	32
V 刑罰限制論層面的正當化	50
VI 結 論	57

第三章 犯罪被害人學視角下的犯罪、刑罰與刑事程序

I 傳統刑法缺失的一環	61
II 犯罪被害人學視角下的犯罪論與刑罰論	66
III 傳統訴訟程序結構與對話式訴訟程序論	73
IV 公訴案件中被害人的審判程序參與權	79
V 結 論	84

第四章 社區處遇的刑事政策意義及其界限

I 社區處遇理論的產生背景及其理論基礎	89
II 社區處遇與刑罰替代措施的樣態	96
III 社區處遇制度存在的問題	102
IV 結 論	108

第五章 為何重提保安處分制度

I 序 論	111
II 刑法修正試行案中的保安處分及其標準模式	116
III 舊社會保護法中保安處分制度存在的問題	126
IV 有關保護監護處分的刑法政策及其完善方向	133
V 刑法修正試行案概要	137
VI 結 論	142

第六章 危險刑法・敵人刑法與愛的刑法

I 面臨新挑戰的傳統刑法	149
II 圍繞危險刑法的爭論	152
III 敵人刑法的立場與贊反論	155
IV 愛的法律	163
V 愛的刑法	169
VI 結 論	174

第七章 韓國刑法與「壞撒瑪利亞人」的處罰問題

I 序 論	177
II 刑法的應對方案	179
III 比較法層面的考察	183
IV 結 論	187

第八章 韓國法中的孝道法 ——以刑法為中心

I 序 論	191
II 刑法中的孝道法原理	193
III 結 論	205

第九章 通姦罪存廢爭議的核心是什麼

I 序 論	209
II 憲法法院判決中通姦罪是否合憲的爭議	211
III 通姦罪廢除論與存置論的現狀	216
IV 關於通姦罪合憲論與違憲論的探討	219
V 憲法視角下通姦罪的正當性	226
VI 刑法視角下通姦罪的正當性	237
VII 結 論	245

第十章 「找回的兒子」比喻中罪與罰的意義

I 序 論	251
II 「人的形象」的界定問題	251
III 浪子的故事出現的罪與罰的問題	256
IV 結 論	276

第十一章 30年以來我對刑法學的理解 ——在「學」與「教」的旅程中

I 序 言	279
II 從報應性正義到再社會化刑法， 再到原狀恢復性正義	281
III 與危險刑法的相遇	282

購書請上：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=12564>

IV 與敵人刑法的遭遇	283
V 法為何需要愛	286
VI 刑法為何需要愛	288
VII 為何需要構建對話式的刑事訴訟程序	290
VIII 為何矯正與處遇中需要希望	291
IX 結 語	293



元照出版

搶先試閱版

第一章

社會安全與刑事法

I 為何提出安全或／以及社會安全

一直以來，在人權以及基本權的發展歷史中成為主流的，無疑是個人的自由以及自由的保障。即使是在30餘年之前，比起自由，安全就如同自由的附隨物，不僅沒有出現在人權文書中，而且稱其為被遺忘的權利也不為過¹。究其原因在於，基本權的含義主要側重於針對國家權力的個人的防禦權。

但隨著市民社會越發成熟，民主政治逐漸發展，以個人自由為根基的市民生活秩序得以確立，市民逐漸不再將國家視為對市民權利構成威脅的因素，相反，他們將國家視為保障其自由與安全免受國內外威脅的機關。也就是說，在市民的認識中，國家悄然從威脅自由的存在轉變為保障安全的存在²。

另一方面，隨著社會的巨變，在過去的幾十年，有關安全的新的爭論在西歐社會逐步擴大，其集中體現就是危險社會理論³。即後現代社會的不確定性與危機，除了科學技術量產的危險（例如，原子能危險、化學危險、生態危險、基因工程危

¹ J. Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates, 1983, S.23ff.; G. Robbers, Sicherheit als Menschenrecht, 1987, S.27.

² W. Hassemer, Der Staat wird zum Vater, in: ders., Freiheitliches Strafrecht, 2001, S.268.

³ Sofsky: 《安全的原則》（2006）（李翰雨譯），2007年，第225頁以下。

2 刑法秩序中愛的含義

險）以外，還包括隨著社會的自我變遷出現的性與勞動糾紛以及導致超國家危險管理問題的金融危機等全球性危險⁴。

在過去幾十年的時間裡，世界範圍內出現了生產與市場的全球化與國際化、勞動力市場與社會關係的流動化、國家職能的民營化、奉行福特主義的福利國家承諾的福利政策的變化、以及後現代社會的發展，這些因素導致傳統的集體感與普遍的共同體精神開始瓦解，同時，高度的個人主義與多元主義的擴大大幅加劇了社會的不穩定狀態。這一過程不僅沒有終結，還在各地繼續進行。

隨著這種不確定性與危險的增大，人們對安全的強烈要求與新的社會爭議開始擴大。在更大程度上保障安全的努力，已不僅僅是國家的任務，而逐漸變成了需要由國家與社會以及個人分擔合作的任務。其結果就是，比起其他的社會價值或目標，安全取得了優先地位，並成為了支配市民日常生活的價值。據此，大部分追求安全的政策在廣泛的支持與同意下得到了實施。為了安全這一目標，啟蒙運動之後在法治國家傳統中占據優先地位的個人自由有時需要作出特別犧牲，有時需要作出讓步或被無視⁵。

那麼，人們主張的為什麼是安全而不是個人的自由，為什麼是社會安全而不是市場的自律性？這是包括經濟變革與國家職能轉變等在內的宏觀社會變化等要求。

上個世紀我們經歷的美國的經濟危機（1929年10月24日）、舊蘇聯的切爾諾貝利核電站事故（1986年4月26日）、印度的博帕爾（Bhopal）化工廠事故給我們帶來了不亞於戰爭

⁴ J. O. Zinn, Risk Society and reflective Modernization, in: J. O. Zinn (ed.), Social Theories of Risk and Uncertainty, 2008, p.21.

⁵ Singelnstein/Stolle：《安全社會》（第3版）（尹在旺譯），2012年，第112頁以下。

第一章 社會安全與刑事法 3

的恐怖與痛苦。本世紀，針對美國紐約世貿大廈雙子建築的恐怖襲擊（2001年9月11日），日本東海岸地震海嘯與福島核電站事故等（2011年）是當代湧向我們地球村社會的代表性的巨大危險與大災難。

不僅如此，我們的日常生活也面臨著氣候變化、各種事故、新型病毒、以及在市場流通的令人不安的食材等各種難以預測的日常危險。隨著對生存基礎與周圍環境的安全感受到動搖，這個令人不安的時代使我們感到深深的擔憂與疲憊。

人們常常透過散心或自我安慰去填補因不安產生的心理空隙，其結果導致巨大的危險對我們而言似乎也只是另一個世界與己無關的事。但這不過是一種心理上的幻覺。人們陷入恢復並維持日常正常狀態的強烈欲求之中。從本質上講，安全是弱小的個人與人類社會最原始的渴望之一。那是因為不安會給人的精神、靈魂與行動能力產生強烈的影響⁶。因此，在後現代社會的國家政策中，保障安全已不再是選擇性問題，而是必須實現的問題，同時安全也不再是追求幸福的手段，而是與幸福同等重要的價值。

相比自由與危險的承受，我國也在不知不覺中走向追求安全與幸福的方向。隨著自由民主主義的確立，市民意識不僅已達到不再擔心國家的神化與權力恣意化的階段，而且還出現了以下傾向，即比起保障國民的自由，更希望國家關注國民的安全與人身保護。在安全與自由之間傳統的緊張關係中，其重心正在由「存疑有利於自由」（*in dubio pro libertate*）向「存疑有利於安全」（*in dubio pro securitate*）轉移。在預防犯罪、保障安全的期待下，伴隨市民自由限制的員警法與刑事法上高效而綜合性的社會控制手段正在得到加強。為了解決社會安全問

⁶ Sofsky：《安全的原則》，第22頁以下。

4 刑法秩序中愛的含義

題而得到強化的這些法律制度中當然存在與傳統自由法治國家刑法秩序的片斷性以及最後手段的補充性相原則去甚遠的內容。

無論如何，開創共同體和平、安全的生活新紀元，正是當今安全國家・安全社會的理念⁷。有觀點認為，這裡的安全國家在政治層面是應對危險社會而產生⁸，而安全社會反映了，比起社會安全，個人安全被賦予的社會意義顯著增加⁹。因此，安全社會的主要內容就是透過預防、管理超出被允許範圍的現實的・潛在的危險，構建正常的社會秩序本身，並以此為目標¹⁰。不知不覺中，安全・社會安全這一標語在政治層面逐漸變成了消除危險社會中升高之危險的象徵性比喻。安全的象徵性意義成為了強化電子腳鐐、個人資訊公開、化學閹割等特定法律制度以及員警預防活動的論據。其結果導致進行危險管控的文化逐漸形成並成為常態。

在這裡我們陷入了一個兩難的境地，即如果我們為了擺脫高度的犯罪危險而強化國家安全措施，則自由的法治國家將在不知不覺中淪為監視國家、管制國家、刑罰國家。如果說國家的刑事政策是為了追求國民的幸福，那麼國家就必須保持個人自由與安全之間的平衡，因為二者總是處在此消彼長的關係之中，而這也是實現國民幸福的條件。能夠享受安全的社會才是真正安全的社會，在此意義上，過度追求安全將與缺乏安全感一樣成為安全社會的敵人¹¹。

⁷ 金日秀：《為什麼是國民安全？》，2013年1月17日首爾日報專欄。

⁸ A. Baratta, *Jenseits der Strafe*, Arth. Kaufmann-FS, 1993, S.402.

⁹ Singelstein/Stolle：《安全社會》，第171頁。

¹⁰ 參見A. Legnaro, *Konturen der Sicherheitsgesellschaft*, in: *Leviathan*, 1997, S.281.

¹¹ 金日秀：《實現安全社會的刑事政策》，2013年3月28日首爾日報

II 傳統憲法・傳統刑法缺失的一環

在傳統憲法中，作為主觀性公權¹²的自由權一直以來占據著權利典章的大部分內容。傳統中，自由權所具有的對國家權力的消極的防禦屬性主要體現在刑法與刑事訴訟法中有關人身保護的原則之中。例如保障人身自由、禁止恣意的逮捕、拘禁和處罰、人身保護令制度、罪刑法定原則、無罪推定原則、禁止強迫自白、禁止酷刑、司法獨立等等¹³。

但是，現實中有可能侵犯憲法上保障的個人基本權利的不僅僅是國家權力，還包括他人以及社會組織等第三人。就後一種情況而言，傳統憲法上防禦性基本權的觀念對權利主體基本沒有幫助作用。如果自由性基本權的機能僅僅停留在防禦機能層面，那麼當第三人侵害權利主體的法益時，受到憲法保護的僅僅是犯法的侵害人，而權利主體卻得不到任何憲法上的保護。因為，犯罪被害人長期以來處於基本權保護對象的死角地帶。

在20世紀之後的社會發展中，比起國家對個人自由的侵害，私人對個人自由的威脅日益增大，而這也加大了對個人自由保護的必要性¹⁴。一個人行使自由權對他人造成危險的情形，以及在各種恐怖主義犯罪、有組織犯罪、環境犯罪、經濟犯罪、偽劣食品犯罪、電腦犯罪等領域，一個人的越軌行為或犯罪行為動搖整個社會安全的情形不在少數。重視損益衡量與經濟性的自由市場在控制和調節這些危險方面顯然力有不逮。

專欄。

¹² 譯者註：按照作者的解釋，主觀性公權是指，國家認可並保障的個人享有的各種權利。

¹³ G. Robbers, Sicherheit als Menschenrecht, a.a.O., S.19f.

¹⁴ Di Fabio, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994, S.38; K. Reus, Das Recht in der Risikogesellschaft, 2010, S.30.

6 刑法秩序中愛的含義

在全球化急劇發展，民主的法秩序得以確立的今天，相比自由，安全並沒有得到應有的重視，而世界人民只能生活在充滿不安與擔憂的時代。難以預測的人際關係、充滿風險的經濟狀況、戰爭的危險、作為新型戰爭的恐怖主義的威脅迫使弱小的個人在甘願承受自由受限制的情況下，向國家・社會發出保障自身安全與社會安全的要求，並向可能實現這一要求的政黨和候選人投票，以此委任權力。

自洛克（Locke）以來，在市民社會・自由主義的傳統下，基本權一直被視為對國家之防禦權，但如今其含義已經發生了變化，即基本權如今作為一種與安全與保護相關的積極權利，其作用在於督促國家履行保障自由與安全的義務。這種觀點的轉換早在霍布斯（Hobbes）的國家理論中可以找到其淵源。在他看來，國家本身不具有自身的目的，國家僅僅是實現市民與人的現實目的的手段，即國家不過是保障市民安全、實現人自我存續的手段。霍布斯（Hobbes）在《利維坦》（The Leviathan）中指出：「市民對統治者負有的義務僅存在於統治者有能力保護市民安全的期間。」自然狀態意味著眾人對眾人的鬥爭，為了改變自然狀態的這種混亂局面，人們將自我決定的自由交給了利維坦（Leviathan），並使其保障人們的安全。在霍布斯看來，這種對安全的保護就是國家的核心課題。

在自由法治國家理論中，自由與安全的側重點以及各自的定位可能有所不同，但是我們不可將二者理解為擇一關係。自由是人實現自我發展的條件，而安全是人實現自我保存的條件，因此，自由法治國家應當彈性地把握自由與安全的均衡關係，就如同流淌的河流的兩岸或飛鷹的雙翼，以此實現最大限度的自由與安全以及平等的自由與安全的秩序。正如Maihofers正確指出，完整意義上的法治國家原本就是，既是自由國家，

第一章 社會安全與刑事法 7

同時也是安全國家¹⁵。

儘管如此，在法思想史或政治思想史中，人們長期以來將霍布斯（Hobbes）的安全國家觀誤解為排斥自由的官僚國家或權威主義國家，而且在憲法秩序觀中未能給予安全這一價值足夠的重視。如果將法治國家觀正確地理解為自由國家與安全國家的統一體，那麼在以往傳統的國家學或憲法學中，國家對安全的保護義務無疑就是缺失的一環¹⁶。

還有一點被我們忽視的就是，在紛繁複雜的生活世界中，安全如今已不是僅應由國家共同體負責保護的對象，社會共同體，甚至國際社會也應當分擔安全的保護義務¹⁷。

傳統刑法的發展已經達到了不亞於憲法的完滿程度，但仍無法擺脫作出自我變化與調整的命運。傳統刑法受到了自由主義和法治理念的洗禮，長期以來處於「片斷性」、「最後手段性」、「補充性」以及「比例性」等原則的支配之下。

上世紀70年代以後，現代刑事政策出現了刑法的自由化、人性化、合理化等新的發展趨勢，與此相適應，傳統刑法的刑罰觀也出現了新的變化。一度被稱讚體現了「與目的思想絕緣的報應刑之威嚴」¹⁸的報應性刑罰觀轉向了以犯罪人的個性與人格恢復為重點的再社會化刑罰觀。隨著尊重人性尊嚴的刑法秩序觀登場，死刑的廢除、終身監禁刑的緩和、罰金刑的主刑化、作為刑罰的一種或其替代措施的社會服務令制度與原狀恢復制度等得以實現或立法化。

¹⁵ Maihofer：《法治國家與人的尊嚴》（1968）（沈在宇譯），1994年，第136頁。

¹⁶ K. Reus, Das Recht in der Risikogesellschaft, a.a.O., S.29.

¹⁷ Ebd., S.39f.; G. Jakobs, Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts, 2012, S.27.

¹⁸ Maurach, Deutsches Strafrecht, 4. Aufl., 1971, S.77.

8 刑法秩序中愛的含義

雖然出現了這種轉變，但是就國家刑罰權的行使而言，國家與犯罪人二者相互對立的構圖並沒有發生變化。自從國家刑罰權確立以來，壟斷國家公權力的國家一直被視為所有犯罪第一次性的被害人。壟斷刑罰權的國家以犯罪第一次性的被害人自居，導致加害人與現實的被害人之間因犯罪產生的矛盾和衝突，在透過刑事訴訟或刑罰的執行仍無法得到解決的情況下，只能在社會生活中繼續存在並累積。

這種現象用一句話表述，就是犯罪被害人的中立化¹⁹。國家取代犯罪被害人的地位，站在台前試圖控制犯罪，並恢復、維持法秩序的這種傾向，導致刑法更多地關注李斯特（Liszt）所說的犯罪人的大憲章，而不是市民的利益（*utilitas civitas*）。在打擊犯罪以及過度打擊犯罪的過程中，刑法應當確保現實的、潛在的犯罪人的自由，這種思想一直占據著重要地位，導致保障現實的、潛在的犯罪被害人的安全與幸福的措施未能及時跟進。

這種危機狀況一度曾被稱為再社會化刑法的危機，這一危機狀況發生的原因就在於，傳統刑法只關注國家與犯罪人之間的關係，而忽視了犯罪被害人這一環。消除越軌行為和犯罪產生的社會矛盾，需要與這一矛盾的產生有關的所有主體，即共同體、行為人、被害人等的共同參與，以及國家共同體與社會共同體為了消除這一矛盾而進行的多角度的對話，這一點直至較近的近代才得到了重視。一直以來，國家與犯罪人之間的對抗模式構成了傳統刑法秩序的主體部分，但是，為了恢復因犯罪受到衝擊的法益共同體的安寧，最近人們開始積極地摸索從這一模式向犯罪人與被害人之間的對話模式轉換的途徑。

這一新的模式又被稱為「被害人的流行」（*Opfereuphorie*）

¹⁹ W. Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 1981, S.67.

第一章 社會安全與刑事法 9

或「被害人的復興」。我們需要將這一新的模式立法化，同時進一步擴大實際參與刑事司法程序的機會。為此，第一，需要在犯罪人與被害人的相互關係中，重新理解一直以來針對犯罪人或被告人的一成不變的犯罪觀與刑罰觀；第二，需要將現有的刑事訴訟結構轉變為由檢察官、被害人、被告人以及法院構成的四角結構。

從這一新的模式看，一直以來我們單純從犯罪人個人角度出發，將犯罪理解為「規範侵害」或「法益侵害」的觀點顯然過於狹隘。相反，犯罪有必要理解為「加害人與被害人之間的糾紛」。進一步而言，我們需要從積極的一般預防，尤其是社會統合性預防思想出發，重新考慮刑法的任務²⁰。法益保護是傳統刑法的機能，因此恢復因犯罪受到侵害的法秩序，並樹立國家的權威就成為了刑法主要的關注點。但是，從統合性預防的觀點看，除了犯罪人與社會，對犯罪人與被害人之間的糾紛解決提供令人滿意的方案，並基於此恢復和平的共同體秩序以及法的安定性（Rechtssicherheit），就應當成為刑法的主要任務。

如此看來，作為對犯罪反作用力的刑事制裁也不應當是單純的法律權威的宣告或確認，它還應當是具體被害人的權利恢復，以及基於此而實現的被害人與加害人之間新的連帶性的恢復、加害人與國家共同體之間連帶性的恢復、以及被害人與國家共同體之間連帶性的恢復²¹。

積極地導入被害人的處罰請求權與程序參與權時，如何防止被害人單純的報復心理，是理論上的難題之一。傳統刑法將

²⁰ 參見Il-Su Kim, Punitivistische Grundtendenzen der gegenwärtigen Kriminalpolitik, 《高麗法學》第56號（2010），第515頁以下。

²¹ 金日秀：《韓國刑法Ⅲ》，第17頁。

10 刑法秩序中愛的含義

被害人放逐於中立地帶，也是出於這一原因。如果借用福柯（Foucault）的話表述，就是刑法的力量是建立在使被害人陷入無助境地的基礎之上。

刑法理論中積極的一般預防思想的登場，無疑使被害人的處罰請求權與程序參與權獲得了更廣闊的發展空間²²。刑法若要發揮社會統合性預防機能，則必須對犯罪實施正當的處罰，這一點是毋庸置疑的，同時，這一處罰必須與犯罪所實現的不法維持一種平衡。刑法若要將強化一般人的法意識，並以此確保法秩序的穩定，則必須透過正當的利益調節，使社會共同體成員對自身的利益感到滿足。

如果為了國家・社會利益而科處過度的刑罰，反而容易損害刑法的統合性預防機能。相反，無視犯罪被害人的處罰要求，將加害人的社會復歸作為重點的處罰，從結果上看，會造成偏袒、包庇不法的印象，從而使人們對刑法的統合性預防機能失去信賴。從這個意義上講，刑罰至少應當明確體現法規範在發揮效力這一事實。與脫離比例性原則的「零寬容」相同，拋棄比例性原則的無限制的寬容，同樣與具有現實關聯性的、作為規範性社會科學的刑法學的根本要求相去甚遠。因為，前者會使犯罪人的自由與權利受到侵害，而後者會損害被害人的安全與幸福。與此相關的重要議題之一，就是筆者在傳統刑法的主流之外進行研究的危險刑法、預防刑法、安全刑法以及敵人刑法等所謂的「場外刑法」的問題²³。

²² 關於此，參見 Baratta, Integration-Prävention, KJ (1984), S.132f.; Schumann, Positive Generalprävention, 1989, S.7.

²³ 金日秀：《社會變動與刑法政策的方向——以刑事立法為中心》，第5屆韓國法制研究會立法政策論壇 演講稿（2012年7月19日），第7頁。

III 安全社會・安全國家的刑事法

如今傳統刑法面臨著諸多挑戰。降低現實生活的不確定性與不安感，在更大程度上保障安全，是後現代社會國家的主要任務，因此它們更容易受到危險刑法、安全刑法、敵人刑法的誘惑。對傳統刑法的這些挑戰看似不合理，但是說這些理論開創了保障安全的刑法擴張的局面與刑法的文藝復興時代也不為過。

隨著以往的社會與國家向安全社會・安全國家轉變，傳統刑法經歷的變化背後存在幾種新的社會文化性・政治經濟性條件的轉變。

其中最重要的就是，前述對新型危險的認識以及旨在應對這種危險的危險社會理論。危險社會中的新型危險（Neues Risiko）具有如下性質：即無法根據場所、時間，以及影響範圍進行衡量；無法根據因果關係以及責任歸屬的原則進行歸責；難以透過保險解決。陷於新型危險之中的危險社會有可能引發區別於以往產業社會的巨大危險，並因此而增大人類滅亡的潛在可能性。

在客觀上的安全得到保障的場所和時期，如果市民主觀上的不安在廣泛擴散，那麼，這個社會也將淪為危險社會或不安社會。因此，一個安全的社會不僅應當給出消除客觀危險的答案，同時還應當為主觀性不安的增大提供解決方案。在後現代社會中，單身家庭、低生育率、核心家庭、多元主義、老齡化社會、代溝等社會性複雜因素帶來了善惡標準的缺乏、對他人信賴的弱化，以及危險資訊的過度化，而這些導致後現代社會的市民比以往的產業社會市民陷入更大的不安感之中²⁴。此

²⁴ H. Hempel/S. Krasmann/U. Bröckling (Hrsg.), Sichtbarkeitsregime, Überwachung, Sicherheit und Privatheit im 21. Jh., 2011, S.18ff.

12 刑法秩序中愛的含義

外，當人們主觀上的不安超過客觀上的危險時，為了遏制這種不安感的增大，人們就會要求國家採取非常措施²⁵。

除了新型危險之外，頻繁發生的犯罪帶來的危險也是產生這種不安感的原因之一。威脅生活品質的犯罪有搶劫、侵入住宅、機動車盜竊、家庭暴力、性暴力、對兒童的暴力等，人們對這些犯罪的恐懼感也是不可忽視的。此外，在世界各地發生的恐怖主義犯罪、有組織犯罪、超國家性犯罪，也是動搖社會安全的不安要素。因此，即使無法從根本上消除這種不安感，但是減少這種不安感，恢復、維持應有的安全，也是如今國家應當對渴求更多安全的國民所負的主要責任與義務。

其次，資訊技術革命帶來的產業結構與生產方式的劃時代變化已經改變了日常生活與消費生活的方式。勞動密集型大量生產方式逐漸被自動化生產取代，導致工作崗位減少，同時，生產與僱傭關係靈活性的提高使福特式生產方式經歷了新的變化。隨著經濟體制向新自由主義經濟體制轉變，比起同質化、模組化的勞動者整體群體，具有靈活性和創造性的專業化勞動者個人的比重逐漸提高，這導致失業人口和非正式員工增加。僱傭不安和工資差距引起的社會差距也隨之加大，這些導致中產階級減少，並成為了一個社會不安因素。

進一步而言，國家的職能與政策的變化也是產生這種不安感的原因。西歐的社會福利國家模式在20世紀後半期曾達到其運行的頂峰，但是在20世紀末和21世紀初，隨著各國的財政危機和經濟危機，這種社會福利國家模式正在發生變化。經歷了市場失敗和政府失敗的國家不再基於純粹的新自由主義理念將國家職能廣泛地轉移給民間機構。這些國家不得不在財政資源的有效再分配與社會保障制度的重構方面採取措施。此外，各

²⁵ Singelstein/Stolle：《安全社會》，第165頁。

第一章 社會安全與刑事法 13

國也開始在保護環境、預防恐怖主義、控制和預防威脅市民安全的危險源、調和全球化與地區化等方面摸索新的國家秩序模式。

與此同時，圍繞國家的存在意義與職能，18世紀的員警國家與官僚國家、重視個人自由權的19世紀法治國家，以及20世紀產業化時代的社會福利國家曾被認為當然享有的一些職能開始受到質疑，有關新的國家職能的爭論正在進行，如預防型國家、安全國家、合作型國家、調解型國家，以及網路型國家的相關討論。作為絕對權力根基的國家的神話形象破滅，國家的主權權威也被弱化²⁶。社會福利國家模式因財政危機而逐漸衰退，而像早期的員警國家那樣，為了國民的安全而介入所有領域的介入主義、監護主義國家正在登場。其典型例子就是，如今特別法與判例改變了立場，開始從監護主義（paternalism）的觀點出發，允許員警權介入夫妻爭吵與家庭內部的輕微暴力。

如果我們將視線轉向犯罪現象本身，會發現那裡也在發生各種變化。首先是作為危險源的犯罪現象的變化。在李斯特（v. Lizst）所處的產業社會初期，高危險性的犯罪人是常習犯和累犯。但是，後期產業社會以及危險社會的危險源卻是能夠徹底摧毀人類生存基礎巨大危險，即一個小的失誤就可能成為將我們的生存基礎連根拔起的危險。這種危險轉化為現實的可能性在各個領域升高，導致恐怖與不安的情緒出現長期化與內在心理化的趨勢。作為這種情緒的發洩途徑，中毒、自殺、憤怒爆發、無特定目標的針對不特定多數人的「無差別犯罪」等

²⁶ 關於這一點的詳細論述，參見 L. Stienen, *Privatisierung und Entstaatlichung der inneren Sicherheit*, 2011, S.30ff.; P. Ramsay, *The Insecurity State*, 2012, p.15.

14 刑法秩序中愛的含義

頻繁發生。近年來發生的美國紐約占領華爾街的和平示威活動，英國和韓國大學生要求將學費減半的示威活動，足球流氓，故意破壞文化遺產、藝術品、自然景觀、公共設施等的破壞行為（Vandalism）等，就是這種憤怒與不安思潮的表現。

就犯罪的規模而言，隨著犯罪的地區化向世界化發展，犯罪規模方面也出現了新的變化。超國家性・跨國性犯罪、毒品・武器的秘密交易、人身買賣、受保護珍惜動植物的秘密交易、文物的秘密交易、偽造商品的流通、不良食品的製造・流通、網路犯罪、廢舊電子產品・汽車的秘密交易等，已超出個人犯罪層面，向集團性、組織性犯罪層面發展變化。大部分企業犯罪和經濟犯罪也呈現出集團性和組織性特徵。此外，以特定被害人為對象的犯罪也開始向以不特定多數人、國家以及擾亂社會秩序為目標的犯罪變化，而意識形態性犯罪、仇恨犯罪、恐怖主義犯罪就是其典型例子。

此外，犯罪的危險程度也在不斷升高，即不受國家權力控制的高危險性犯罪在頻繁發生。尤其是超國家性的暴力組織和恐怖組織已具備「類似政府」（quasi government）的組織體系，這些組織在犯罪世界的登場，意味著犯罪的危險正在高度化。此外，相對於可恢復原狀的犯罪而言，「決堤型」犯罪，如原子能犯罪、環境・生態犯罪、克隆人等生命工學領域的犯罪一旦發生，就會引發無法恢復原狀同時其損失又無法透過保險承擔的巨大危險。

刑事法正在經歷如下改變和進化，即從傳統的核心刑法向涵蓋了現代社會變化的現代刑法轉變，再向遠遠超出現代刑法涵蓋範圍的後現代預防刑法・安全刑法轉變。也就是說，傳統的法治國家刑法向現代社會福利國家刑法演變之後，終於開始向安全國家的預防刑法發生轉變。

傳統刑法，即自由法治國家刑法以刑法的補充性、最後手

購書請上：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=12564>

國家圖書館出版品預行編目資料

刑法秩序中愛的含義 = The meaning of love in criminal law order / 金日秀著；李穎峰譯。

-- 初版. -- 臺北市：元照出版，

2021. 01

面； 公分

ISBN 978-957-511-464-0（平裝）

1.刑法 2.韓國

585.932

109020768

刑法秩序中愛的含義

THE MEANING OF LOVE IN CRIMINAL LAW ORDER 5J035PA

2021 年 1 月 初版第 1 刷

作 者 金日秀

譯 者 李穎峰

總 經 銷 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 450 元

專 線 (02)2375-6688

傳 真 (02)2331-8496

郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

ISBN 978-957-511-464-0

The Meaning of Love in Criminal Law Order Copyright© 2013 by Prof. Dr. Il-Su Kim Chinese complex characters translation rights @ 2021 by Angle Publishing Co., Ltd. All Rights Reserved.

刑法秩序中愛的含義

The Meaning of Love in Criminal Law Order

构建完整而宏大的「愛的刑法學」的理論體系是作者一直以來的學術目標，同時也是其畢生學術研究的依歸。「愛的刑法學」將刑法的禁止規範與命令規範背後的原理歸結為「愛人如己」的誠命，並試圖透過這統一的原理构建刑法學理論體系。

本書從此基本立場出發，探討刑事法相關問題，闡釋了如何充分發揮刑法規範的先導機能，並使刑法在實現社會統合方面發揮積極作用。這種理念與視角有助於我們對刑事法的一些重要問題進行新的解讀。

ISBN 978-957-511-464-0



5J035PA

定價：450元



元照網路書店



元照讀書館

 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