

## 風險社會與現代刑法的象徵性

古承宗\*

摘 要

風險社會下的現代刑法是以降低風險及確保社會安全為首要任務，規範模式表現出純粹的象徵性，而適用領域特別是針對環境汙染、金融市場、毒品、食品衛生、逃漏稅捐、侵入電腦系統，以及恐怖主義活動等。又刑法的象徵化結果導致法益抽象化、制定大量的抽象危險犯，以及危險預防為主要目的。然而，為了避免刑法淪為極富彈性的社會性控制手段，其結構發展上仍應堅守法治國基礎與風險理性。又刑罰欲對社會大眾產生積極一般預防的理性溝通效果，刑事立法則有必要以個人法益理論，以及不法與罪責之衡平等原則作為基礎。

關鍵詞：風險社會、現代刑法、象徵刑法、法益、最後手段性、抽象危險犯

---

DOI：10.3966/181130952013061001003

\* 國立成功大學法律系副教授；德國波茲坦大學法學博士。作者誠摯地感謝兩位匿名審稿委員惠賜寶貴建議及細心斧正。

投稿日：2012年7月31日；採用日：2012年11月3日

Cite as: 10 TECH. L. REV., June 2013, at 115.

## **Risk Society and Symbolization of the Modern Criminal Law**

Chen-Chung Ku<sup>\*</sup>

### Abstract

The modern criminal law under risk society is made to reduce risks and be sure of social security. In addition, mode of rule is purely symbolic and is applied specifically to the area of environmental pollution, financial market, drugs, food sanitation, tax evasion, computer system invasion and terrorism etc. As well, symbolization of criminal law results to abstraction of legal interests makes a great amount of abstract strict liability tort, and targets on risk prevention. However, to prevent criminal law from being a method of flexible social domination, its structural development shall insists on state under the rule of law and principle of rational risks. Further, punishment as policy discourses in positive crime prevention to the publics, the legislation of criminal law shall be based on theory of legal personal assets and balance of injustice and guilt.

**Keywords:** Risk Society, Modern Criminal Law, Symbolization of Criminal Law, Legal Assets, Ultima Ratio, Abstract Strict Liability Tort

---

<sup>\*</sup> Associate Professor, Department of Law, National Cheng Kung University; Doctor of Law, Potsdam University, Germany.

## 1. 前言

基本上，現代（風險）社會的面貌是歷經農業社會過渡至工業化社會，然後再進展到風險社會等一系列結構性變革的結果，而工業化歷程不僅促進了文明開展，但也隨之產生許多威脅人類生存基礎的，卻又無法即時有效辨明及控制的潛在危險，例如近年來從新聞報導多有聽聞的氣候異常、水源及土地遭受工業化學廢料污染、食品含有過量的或不得使用的化學添加物、大規模金融海嘯、電腦個資遭受濫用等消息。初步歸納這些所謂「生存威脅」的特徵，我們可以發現到現象背後所蘊藏的威脅幾乎是指向對於整體社會運作造成規模性的崩壞危險。但是，隨著社會型態的現代化進程引發新的生存威脅，一個原本可以具體描述的威脅現象，在歷經不斷傳述、詮釋、演繹、理解等心理認知性的循環建構程序，有時候最終亦會變成一種抽象的，或者訴諸直覺的「安全」（Sicherheit<sup>1</sup>）感受。而此就法之功能體系的影響來說，誠如德國刑法學者 Fehsee 提出頗具省思的批判：隨著近代工業社會型態的持續變動，同時也影響了法系統功能的轉變，也就是「寬容的法治國理念下的法主要是作為市民的防禦法（Abwehrrecht des Bürgers），不過現時德國法的發展趨勢則是逐漸脫離這樣的理念，轉向於保守的保護國家理念。又在此等理念之下的法，原則上乃是作為國家的干預法（Eingriffsrechts des Staats<sup>2</sup>）。」換句話說，綜合安全意識、國家任務擴張、新的法文化興起等諸多因素，傳統的刑法理論體系似乎也無法迴避規範結構及功能的調整。但是事實上，結合安全思維的刑法理論卻又明顯表現出國家權力擴張及獨占等現象，刑法最後手段的規範邏輯亦被迫重新調整。就在刑法快速擴張的情形之下，不論是我國或德國近代的刑事立法陸續出現大量的抽象危險犯規定，

<sup>1</sup> 參見 Winfried Hassemer, Sicherheit durch Strafrecht, HRRS 2006, S. 130 (130 ff.).

<sup>2</sup> Detlef Fehsee, Fehlfunktionen des Strafrechts und der Verfall rechtsstaatlichen Freiheitsschutzes, in: Fehsee/Löschper/Smaus (Hrsg.), Konstruktion der Wirklichkeit durch Kriminalität und Strafe, 1997, S. 14 (14).

其中大部分為附屬刑法、特別刑法的規範架構，而且多是針對「環境汙染、證券交易、經濟（競爭）行爲、毒品、食品衛生、逃漏稅捐、侵入電腦系統，以及恐怖主義活動」等。

大概自 1980 年代開始，德國刑法學界持續針對這種刑法擴張現象提出多樣性的分析及批判，例如 Prittwitz 的「風險刑法<sup>3</sup>」、Wohlers 的「預防刑法<sup>4</sup>」、Kindhäuser 的「危險刑法<sup>5</sup>」，以及 Hassemer 的「安全刑法」（Sicherheit durch das Strafrecht<sup>6</sup>）等。這些不同形式的刑法名稱或描述，本質上實為兼具分析性與批判性的概念，並同時指向於「現代刑法」（modernes Strafrecht<sup>7</sup>）此一上位的規範模型。基本上，現代刑法代表的理論趨勢乃是當代刑法理論走向「後預防式」（nach-präventiv<sup>8</sup>）的危險防禦或秩序管制思維。為了積極排除社會日益增加的不安全感，現代刑法亦是發展為一種純粹象徵性的規範宣示，也就是所謂的「象徵刑法」（Symbolisches Strafrecht）。初步看來，現代刑法的規範模型或許是一個不可逆的時代趨勢，但是仍未對目前的刑事立法產生全面性且絕對的影響<sup>9</sup>，所以風險社會下的刑法理論發展到底應該何去何從，在可預見的未來仍會持續受到熱烈討論。儘管目前為止國內已經累積數篇專文就類似議題提出精闢分析<sup>10</sup>，不過

<sup>3</sup> Cornelius Prittwitz, *Strafrecht und Risiko: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, 1993, S. 1 ff.

<sup>4</sup> Wolfgang Wohlers, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik „moderner“ Gefährdungsdelikte*, 2000, S. 1 ff.

<sup>5</sup> Urs Kindhäuser, *Gefährdung als Straftat: Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, 1989, S. 1 ff.

<sup>6</sup> Hassemer, aaO. (Fn. 1), S. 130.

<sup>7</sup> 參見本文 3.1.2 的概念說明。

<sup>8</sup> 引自 Peter-Alexis Albrecht, *Das nach-präventive Strafrecht*, in: *Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a.M. (Hrsg.), Jenseit des rechtsstaatlichen Strafrechts*, 2007, S. 3 (3-4).

<sup>9</sup> Frank Neubacher, *An den Grenzen des Strafrechts – Stalking, Graffiti, Weisungsverstöße*, ZStW 118 (2006), S. 855 (855-856).

<sup>10</sup> 例如李茂生，「風險社會與規範論的世界」，月旦法學雜誌，第 173 期，頁 145 以

本文選擇將論述重點聚焦在，先行釐清刑法實際上於風險社會所想要抗制的對象為何，再進一步分析風險社會結構下的刑法理論發展，特別是以現代刑法與象徵刑法等議題為主，以及其中衍生的正當性問題。最後，在以此等分析結果作為基礎，針對風險社會的刑事立法嘗試提出一套理性的建構理路，並且提供學理及實務一個後續對話的基礎。

## 2. 風險社會下的刑法運作邏輯

### 2.1 Ulrich Beck 的風險社會論與風險

一般來說，當代法學不論是在民法、公法，或者刑法等領域的法政策論述之中均可看到風險社會的應用<sup>11</sup>，只不過這個概念涉及社會、政治以及哲學等多面向的學術分析，至今學理上是否已經形成一套穩定的詮釋結果，仍存有疑慮。儘管如此，關於風險社會的原始理解，我們嘗試先溯源到德國社會學家 Ulrich Beck 於 1986 年所出版的學術專論：「風險社會」（Risikogesellschaft）。藉著這本專論，Beck 首度著手全面分析現代工業社會面臨到生態、科技及政經等社會系統的崩壞危機。基本上，Beck 的核心命題是：「現時我們正在經歷一場根本性的時代變革。於此，工業社會正過渡到一個新的宏觀社會學性的模型，也就是風險社會<sup>12</sup>。」若是從社會的結構史看來，19 世紀傳統的農業社會確實經歷了現代化的洗禮，進而形成工業化社會的結構形象，但是任何一個社會發展與結構轉型都具有時空上的連續意

---

下（2009）；李佳玟，「風險社會下的反恐戰爭」，月旦法學雜誌，第 118 期，頁 30 以下（2005）；王正嘉，「風險社會下的刑法保護機能論」，法學新論，第 6 期，頁 75 以下（2009）；許恒達，「刑法法益概念的茁生與流變」，月旦法學雜誌，第 197 期，頁 134 以下（2011）；王皇玉，「論施用毒品行為之犯罪化」，臺大法學論叢，第 33 卷第 6 期，頁 39 以下（2004）。

<sup>11</sup> 進一步說明，可參見 Eric Hilgendorf, Strafrechtliche Produzentenhaftung in der „Risikogesellschaft“, 1993, S. 29 ff.

<sup>12</sup> Ulrich Beck, Risikogesellschaft, 1986, S. 14.

義，因此所謂的現代化（*Modernisierung*）不只是確立了工業社會的基本輪廓，同時該工業社會本身也會在現代化的連續進程中，又繼續開展出另一種社會型態<sup>13</sup>。而這裡所謂的「另一種社會型態」（*andere gesellschaftliche Gestalt*）就是 Beck 所稱的「風險社會」。

概念理解上，或許我們可以把風險社會視為一個新的時代，然而，這個新的時代本質上都還是保留了工業化社會的基礎結構，只不過其中較為特殊的地方是，「人類在這個時代必須面臨大規模的生存危機，也就是社會高度工業化的結果可能引發所有生命的自我毀滅<sup>14</sup>。」換句話說，當代社會持續現代化的結果反而不斷引發各種錯綜複雜的社會衝突，而這些衝突不再只是影響個人的生活領域而已，甚至是擴散到群體的交往層面，甚至可能破壞人類生存所必備的各種社會性及生態性之條件基礎<sup>15</sup>。又因為這些影響效果已經超越國家與階級之分際，所以風險社會所關注的議題不再是財富分配正義，而是風險如何限制及分配等問題<sup>16</sup>。

儘管 Beck 嘗試釐清出風險社會應有的結構輪廓，實質上卻仍舊只是對現代社會的風險進行一種「現象層面的描述」，其中最顯著者莫過於「生態與化學領域」的風險<sup>17</sup>。因此，Beck 的風險社會論最受批評者莫過於風險過度偏重於描述性質，而其內容欠缺一套系統性的論理基礎<sup>18</sup>。也就是說，如果概念辯證過度導向於純粹的現象描述，則有可能只是另外一種形式的符號堆砌而已，因此我們也就難以精確掌握到事物之本質及存在意義。為此，Beck 在其後續的風險著作中試著援用 Christoph Lau 的風險釋義方法<sup>19</sup>，再度

<sup>13</sup> Beck, aaO., S. 14.

<sup>14</sup> Ulrich Beck, *Risikogesellschaft – die organisierte Unverantwortlichkeit*, 1989, S. 4.

<sup>15</sup> Ulrich Beck, *Politik in der Risikogesellschaft*, 1991, S. 10.

<sup>16</sup> 李佳玟，前揭註 10，頁 31。

<sup>17</sup> Beck, aaO. (Fn. 12), S. 14 ff.

<sup>18</sup> 同此質疑，例如 Adalbert Evers/Helga Nowortny, *Über den Umgang mit Unsicherheit: die Entdeckung der Gestaltbarkeit von Gesellschaft*, 1987, S. 32 ff.; Eric Hilgendorf, *Gibt es ein „Strafrecht der Risikogesellschaft?“ - Ein Überblick -*, *NSStZ* 1993, S. 11 (11).

<sup>19</sup> 完整分析，可參見 Hilgendorf, aaO. (Fn. 11), S. 26.

針對風險社會的風險提出一套更為精確的理論體系。進一步地說，任何一個時代的風險概念多少會隨著社會型態的轉變而出現不同的詮釋取向，而主要原因在於，一旦人類社會活動的內容產生質變，當代社會將隨之形成一定社會心理氛圍，想要試圖釐清、解釋與掌握這些活動改變之後對於個人社會交往的意義為何。舉例來說，傳統農業社會的風險對於個人生活，或者（資本主義初期的）企業經營的影響尚屬單純，亦即在一方面，對於這個時期的風險我們可以採取個別性的歸責評價，例如社會成員通常可以事先預期到特定活動將會產生如何的風險及結果；另一方面，任何風險所有可能產生的侵害效果不論在時間或空間等物理條件下都可以被有效預測<sup>20</sup>。相較之下，從農業社會進展到工業社會階段，農業社會原本的風險內容隨著社會結構變動而產生質變，伴隨著工業活動而生的風險已經形成相當的影響規模，對於這些風險可能造成的損害範圍，我們已經無法有效地採取個別預測及歸責評價，因此由工業活動風險額外產出的各種外部成本，也就不再是由個人獨自承擔，反而是輾轉再轉嫁到團體，甚至是整個社會。至少從這樣的結構性轉變看來，工業社會風險難以預測的問題確實開始挑戰當代科學的風險排除技術與數理統計能力。為了彌補當代科學技術的不足，經濟上的可能損失在一定範圍內，則是轉由發展保險制度來加以預防。

相異於前述農業及工業社會，風險社會則是出現所謂的「新風險」（*Neue Risiken*），這種新風險本質上帶有高度的複雜性與抽象性，亦即其為一種由工業社會既有的風險與一些無法被定義為風險的一般生存危險，兩者所相互混合的特殊類型<sup>21</sup>。更精確地說，一方面，新風險乃是綜合現代社會之各種風險所形成的集合性效果，又風險原因與侵害結果之間的因果關係往往會因為當代科學技術的限制而無法被有效確認，例如食品中的化學添加物可能在持續使用兩、三年之後（時間性因素），或是體內累積一定的量（數

<sup>20</sup> 參見 *Hilgendorf*, aaO. (Fn. 11), S. 23.

<sup>21</sup> *Christoph Lau*, *Risikodiskurse: Gesellschaftliche Auseinandersetzungen um die Definition von Risiken*, *Soziale Welt* 1989, S. 418 (424 ff.).

量的因素)才會引發某種病症,或者問題產品透過銷售通路而散布世界各地(地域性因素),因此在長時間、數量累積與地域幅廣等諸多因素的共同作用之下,導致原因與結果之間的因果關係難以獲得確認;另一方面,新風險特別具有足以毀滅人類生存基礎的能力。

綜上說明,其實 Beck 仍是將新風險的基本型態鎖定在「核能性、化學性、生態性,以及基因科技性」等特徵屬性,只不過更進一步確認了這些風險具有以下特性:1.不論是風險本身或是後續的侵害結果,於時間、地點與影響範圍皆無法被明確掌握;2.風險歸責於目前既有的法規範體系無法被有效評價;3.風險所帶來的損害已經無法透過保險制度有效保障<sup>22</sup>。為此,Beck 認為法律制度仍是現代社會控制風險的核心手段,而這個法必須是預防性的法<sup>23</sup>。

## 2.2 風險規範的轉移

### 2.2.1 心理性的風險恐懼

一般而言,新風險於某種程度上確實造成社會運作的不確定性,而社會成員開始有意識地另覓新的穩定方法,為此必須先找出生活環境中無所不在且可能隨時爆發的危險源頭,然後加以控制<sup>24</sup>。不過,就在釐清危險所在與尋求控制手段的過程,除了前述 Beck 所論及的新風險之外,當代社會同時開始凝聚一種潛在的心理認知狀態,亦即所謂的風險恐懼,或是確保安全與滿足安全感等心理需求<sup>25</sup>。事實上,我們也可以說當代風險社會的風險邏輯逐漸擺脫 Beck 原所設定的理論原型,進而導向於社會集體心理性的追求安定,又風險領域亦是擴及金融交易、國家財政、資訊使用、毒品、妨害性自主、恐怖主義等。對此,若是從經濟的外部成本觀點切入,國家為了控制潛

<sup>22</sup> 參見 Beck, aaO. (Fn. 14), S. 10.

<sup>23</sup> 引自 Prittowitz, aaO. (Fn. 3), S. 242.

<sup>24</sup> 參見李茂生,前揭註 10,頁 148。

<sup>25</sup> Detlef Frehsee, Der Rechtsstaat verschwindet, 2003, S. 258.

在的新風險或是滿足安全感的心理需求，勢必不得不加碼提高社會管制的層級，藉以避免社會系統一旦崩壞之後，必須付出相當可觀的風險成本（包含損失與重建）。所以，國家純粹基於風險管控的效率性、降低社會外部成本等立場，也就不得不將「風險管理<sup>26</sup>」納入現代立法的主要政策依據。簡單地說，立法本身所代表的意義正是國家透過風險管控手段來達成安全確保的目標。

### 2.2.2 社會心理下的自由憂慮

針對上述的說明結果，仍有待釐清的是，「風險社會的風險概念為何最終會導向於心理認知面向的，或者甚至是情緒性的詮釋結果」。其中主要的形成原因可能在於當代資本社會的結構深刻影響著個人關於自由的理解取向。對此，我們試引德國社會學家 Fromm 的社會心理分析理論作為說明基礎。基本上，人的歷史可以描繪成兩條發展路徑，亦即「個別化增長」和「自由增長」的過程，這些過程的共同開端為個人自出生開始便與母體分開而具有獨立性，不過這只是從生理現象所觀察到的結果而已，事實上嬰幼兒仍有相當時間完全無法自足而須仰賴母親餵養及照顧，因此在心理上依然覺得自己與母親同為一體（所謂的原始關係），特別是嬰幼兒藉此來獲得自身安全感的滿足。隨著生理、心智成長與教育作用等交互影響之下，個人在心理上的獨立性逐漸獲得深化。雖然這種個別化現象正式宣告個人已經擺脫了原始關係下的安全感保證，但也讓人在不斷重新建構自我形象與尋求社會認同的過程，不得不面臨前所未有的無力感與孤獨感<sup>27</sup>。換句話說，儘管個人自由開始獲得解放，不過同時卻也開始對自由感到憂慮。為了擺脫無力感與孤獨感等負面作用，個人勢必要經歷一系列的社會性適應過程，如同同儕相處、學校、家庭等。一旦在適應過程之中所仰賴的經濟、社會和政治狀況無法讓其有效克服這些潛在的無力感與孤獨感，那麼自由就會轉變成讓人難以忍受的重擔，如同生活欠缺存在意義和方向。就在這種迷失的情境之下，個

<sup>26</sup> Neubacher, aaO. (Fn. 9), S. 855.

<sup>27</sup> 參見 Erich Fromm 著，管韻鈴譯，*逃避自由*，頁 39-41（2002）。

人心理上將開始產生強烈的逃避自由傾向，也就是求助於某種逃避機制來重新建立起安全感的保證關係，例如讓自己歸順於（制度的或大眾言論的）權威<sup>28</sup>。

無論如何，在人類的個別化過程中，我們發現到社會本身就已經帶有創造人格的功能，亦即任何人所擁有的性格、激情和焦慮等個性乃是文化上的產物，這些被創造出來的狀態則是繼續轉變成另一種力量，進而促成一定的社會進程。透過這些狀態、力量與社會進程等持續交互影響的結果，終將形成穩定的個人交往行動與社會運作邏輯，例如成功的渴望與工作的驅力為有用的力量，沒有這些力量不可能成就現代資本主義，只不過資本主義社會卻因為種種壟斷性資本日漸增強的力量使得個人變得更孤獨、孤立，以及變成其他強勢力量手中的工具<sup>29</sup>。就在這樣的循環因果的條件下，個人逐漸開始試著逃避自由，在獨裁國家的情形就是對領袖完全順服，而在民主國家則是強迫性地迎合別人的想法與作為<sup>30</sup>。

### 2.2.3 單向維度的公共意見

針對上述社會心理面向的自由憂慮與向權威靠攏，現代社會的媒體因素實具關鍵性的影響地位<sup>31</sup>，特別是當代公共領域隨著傳播技術發展與媒體（商業）經營模式等因素產生質變<sup>32</sup>，影響了社會集體心理的風險恐懼之意識狀態。更進一步地說，現代媒體的經營模式高度傾向於商業化思維，加上各種電子傳播技術快速發展，社會大眾接受資訊越來越強調時效性，形同迫

<sup>28</sup> 同前註，頁 45、131。

<sup>29</sup> 同前註，頁 24-26、118。

<sup>30</sup> 同前註，頁 128。

<sup>31</sup> 同前註，頁 123 以下。

<sup>32</sup> 依 Habermas 的理解，從社會學的角度來看，公共領域是指民主社會對於公共議題進行理性論辯的場所，而媒體屬於公共領域的一部。為了促成公民社會的自主力量，以及推動理性的政治活動，公共領域有必要向社會中的行動者保持一種平等、開放的地位。參見黃聖哲，「電視與公共領域」，黃瑞祺主編，溝通、批判和實踐：哈伯馬斯八十論集，頁 259（2010）。

使傳播媒體在處理特定議題時，必須迎合大部分閱聽者的喜好，又內容表達上亦須相當簡化。另外，傳統產製社會下的社會關係大多發生在鄰近性的交往活動，通常分布較廣且得以長期維繫，相較之下，傳播則是屬於遠距文化的問題，而社會關係就像敘事一樣被建構起來，社會關係轉而由傳播取代。又因為傳播是密集的、短暫的，所以訊息短暫的現象往往無法提供訊息接受者一個較完整的資訊環境<sup>33</sup>，社會關係與文化建構也就顯得相當片斷而不完整。換句話說，現代的文化工業實際上帶有一種更加短暫及人為的特徵<sup>34</sup>，例如隨著當代政治、經濟局勢的複雜與龐大，個人相對上屬於資訊弱勢的一方，本身較無能力明確掌握各種政經問題背後的前因後果，就在這種先天能力的限制下，國家、政黨、特定利益團體，或者媒體本身開始大量介入個人的資訊市場，透過直接或是間接的方法限制了閱聽大眾所接收的議題選項，因此新聞事件與各種具衝突性議題的平衡報告越來越少見，社會大眾實際上淪為媒體輿論操控下的附屬品，而以被動的公眾姿態出現，被動地承受大眾媒體所提供的資訊<sup>35</sup>。社會整體的價值判斷終究被迫引導至單一的思維立場<sup>36</sup>，特別是一些具衝突性的議題往往被導引為威脅生存的討論氛圍，甚至是純粹情緒性的宣洩，而這些現象往往容易成為公眾關注的焦點。若是援據 Mills 的分析<sup>37</sup>，這些被引導出來的（情緒性）公眾意見頂多僅能論為「大眾的輿論」而已，根本不能被視為歷經充分辯證而具批判性意義的公共輿論，因為所謂的「輿論大眾」其實只是眾多在傳播媒體或權威組織影響之下的個人所共同形成的抽象性集合體，其中真正表達意見之人可能只是隱身其後的

<sup>33</sup> Scott Lash 著，許夢芸譯，資訊的批判，頁 350（2007）。

<sup>34</sup> 參見 Jürgen Habermas 著，曹衛東等譯，公共領域的結構轉型，頁 318（2005）。

<sup>35</sup> 黃聖哲，前揭註 32，頁 271。

<sup>36</sup> 參見 Niklas Funcke-Auffermann, *Symbolische Gesetzgebung im Lichte der positiven Generalprävention*, 2007, S. 36; Dennis Teschner, *Die soziale Kontrolle im virtuellen Raum*, 2009, S. 42.

<sup>37</sup> Charles Wright Mills, *The Power Elite*, 1956, S. 303 ff., 轉引自 Jürgen Habermas 著，曹衛東等譯，前揭註 34，頁 322。

媒體或是權威組織本身。

再者，在高度商業性的媒體經營環境下，個人意見是否真的能夠實現，多是受到掌握媒體或特定組織之權威人士的影響，因此社會大眾實際上根本無法從媒體傳播系統中取得自主性，隱身背後的權威者滲透到大眾當中，進而剝奪大眾之間形成意見共識的自主性空間。所以，隱身媒體背後的個人或利益團體刻意藉助傳媒組織所形塑出來的公共意見（或大眾輿論），往往可以毫不費力地成為一些不當立法與司法審判的正當化後盾，例如現代社會常見的抗議運動往往趨向於一種新型態的抗議形式，也就是拒絕那些「吾人在其中可能成為他人風險性行為的犧牲者」的處境<sup>38</sup>。基於公共意見不斷受到刻意篩選、簡化，以及單向性思維的循環建構程序，社會大眾的批判思考能力遭到前所未有的鈍化。所謂的社會大眾也就不再由理智說話且關心公共福祉的個人所組成，反而是這些所謂的個人遁入一種訴諸於傳播媒體或權威組織的公眾事務之中，讓這些公眾事務來呈現出（或代表）自己的個人形象。總體而言，新的、單一化的個人形象，甚至人格內涵悄悄地逐漸形成<sup>39</sup>，又幾乎在當代的傳播領域，凡是涉及到人類利益的議題總是帶有情緒化、戲劇化與個人化的特徵，更甚者為，以消費性為主的公眾則是逐漸替代了以理智說話的公眾<sup>40</sup>。

### 2.3 刑法作為風險微量化之主要手段

不論風險社會的風險是否為生態、核能、化學性風險，或者只是詮釋為一種（被刻意塑造的）莫名的心理恐懼，在面對當代社會因為不安全感而提出之降低或排除風險（恐懼）的需求，國家只好有意識地持續擴張自身的保

<sup>38</sup> 參見 Georg Kneer & Armin Nassehi 著，魯貴顯譯，*盧曼社會系統理論導引*，頁 231（1998）。換句話說，在討論各種具相當衝突性的議題（例如犯罪）之時，提供意見之人往往不自覺地將自己置身於被害人的地位來進行思考。

<sup>39</sup> 學者李茂生教授稱此為「溝通秩序下的身心一元的市民」，見李茂生，前揭註 10，頁 149。

<sup>40</sup> *Funcke-Auffermann*, aaO. (Fn. 36), S. 32.

護任務範圍，以及重新調整法規範現有的體系結構<sup>41</sup>。此一發展看似國家之於風險抗制的積極回應，但是當風險命題已經確定在公共領域形成一股穩定的法政策軸線，而這些風險命題實質上又多涉及到，一些根本無法具體描述的風險狀態，甚至只是純粹的不安全情緒而已。那麼風險控制之需求增加，與國家保護任務之相對擴張等現象也就不免將產生，例如 1.由風險（恐懼）引發的社會不確定性，國家應當採取何種規範手段予以排除或降低，以及 2.這些規範手段的發動界限應當如何拿捏等規範難題。儘管這些問題皆有待深思，不過就現時的立法現實看來，刑法早已是當代國家作為抗制風險的首要手段，亦即國家必須在危險早期發展的階段就發動刑事制裁進行全面性的防堵<sup>42</sup>。依此，我們也可以說，風險社會實際上需要的只是「風險微量化」（Risikominimierung）的規範手段，又刑罰與刑法制度也就只能夠為了實現此等目的而具有正當性。因為風險社會特別呈現出一種不安全的社會結構及情緒氛圍，所以社會需要國家提供一套擔保儀式，此一擔保就是刑罰與刑法的正當性所在<sup>43</sup>，一種新的刑法典範隨之正式形成。

### 3. 現代刑法的象徵性結構

#### 3.1 傳統刑法過渡至現代刑法

##### 3.1.1 傳統刑法的理論基礎

綜觀近代刑法理論的發展，「現代刑法」（Modernes Strafrecht）的概念提出與上述的風險社會、風險控制、社會安全等議題之間存在密切的論述關連。嚴格來說，這裡的現代刑法在概念上並不表示某一個歷史時空背景下的刑法理論必然保有較先進的特徵。相反地，這裡的概念運用邏輯是，藉助特定的語言符號我們賦予刑法理論發展一種現代性的印象，又指稱現代性的主

<sup>41</sup> 參見蔡志方，「論科技法律之概念與衍生之問題」，蔡志方、蔡達智，汽車科技安全法制，頁 296（2010）。

<sup>42</sup> Kurt Seelmann, Risikostrafrecht, KritV 1992, S. 452 (453).

<sup>43</sup> 參見 Prittowitz, aaO. (Fn. 3), S. 200.

要目的乃是在於發揮知識學上的分析功能，特別是為了凸顯，近代於部分社會領域所新興發展的（風險）刑法規範模式與傳統刑法上典型的犯罪類型，這兩者在理論之體系結構與發展路徑上的差異性<sup>44</sup>。當代德國學理上嘗試為現代刑法提出一套較為完整的論述系統者首推 Winfried Hassemer。整體來說，Hassemer 所採取的方法是先從傳統刑法的定義出發，藉著這個定義結果凸顯出現代刑法的特徵。所謂的傳統刑法，是立基於社會契約論的典範而來，也就是法秩序的實質建構必須跳脫某種更高位或抽象性的法原則，而是根基於所有社會成員之間形成法秩序的合意基礎，亦即「社會契約」（Sozialvertrag<sup>45</sup>）。但應注意的是，這裡所稱的社會契約並非指實際存在於各個社會成員之間的意思表示合致，其所強調的是在自然法時代結束之後，法理論的實質建構開始進入另一個新的時代，而此一時代所體現的法思維不再相信所謂超實證的、超時代的與超地域的法源，而是聚焦在任何有關形成法規範的達成性條件<sup>46</sup>。換句話說，一旦法規範被具體創設之後，法的本身隨即表達出一種規約理念下的有效性宣稱，並且具有邏輯上必然的承認關係<sup>47</sup>。無論如何，以社會契約論為據的法思維變革在在彰顯出人類自己當起了立法者，而且自己決定什麼樣的事件應當有如何之發展<sup>48</sup>。

再者，依據社會契約條件而建構的法秩序狀態，社會成員相互之間皆須放棄部分的自然權利（或自由），藉以換取在權利衝突的情形下創造出一個更富協調性的生存環境，讓每個人有機會可以實現自我。基於犧牲部分之自然權利此一理由，社會成員亦可要求相對應的制度來保障所有人之自由。依

<sup>44</sup> 以言說行動為基礎的辯證方法，可參見 Roman Hamel, *Strafenals Sprechakt*, 2009, S. 27-28.

<sup>45</sup> Winfried Hassemer, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, 2. Aufl., 1994, S. 4.

<sup>46</sup> Hassemer, aaO., S. 4.

<sup>47</sup> 此為從 Arthur Kaufmann 的法效理論所獲得的理解。進一步說明，可參見顏厥安，「法效力與法解釋——由 Habermas 及 Kaufmann 的法效理論檢討法學知識的性質」，*幕垂鴉翔——法理學與政治思想論文集*，頁 133-134（2005）。

<sup>48</sup> Winfried Hassemer, *Sebstbestimmung – noch zeitgemäß?*, in: *Erscheinungsform des modernen Rechts*, 2007, S. 26.

此看來，每一個人所能夠支配的自由也就不再是一個受絕對證立的概念，而是帶有調和衝突的相對性思維。只不過自由的相對化程度仍然要有一定的限制，也就是社會成員不能是毫無限制地放棄自由，否則基於社會契約所形成的民主平衡終將導向由少數人完全掌握他人生存基礎的絕對支配地位。所以，放棄自由（或稱限制）的平等性與相互性共同形成了社會契約獨有的價值理念<sup>49</sup>，又爲了讓這些特徵得以維持在一定的均衡狀態，不讓少數人完全掌控他人自由的分配，則有必要提出一項原則性要求：「個人放棄部分自由的範圍必須藉由特別的確保手段予以劃定之<sup>50</sup>。」對此，國家<sup>51</sup>存在的正當性基礎也就必須在於讓所有參與社會契約之人相互間所形成的交往關係皆被納入法的狀態，任何契約性的自由放棄界限（或限制）因而得以毫無例外地獲得確保。很明顯地，社會契約論讓統治主體，從過往的君主過渡到（理性的）法本身，理論背後帶有強烈的抗制專權之思維，又刑法既然屬於法規範之一部，同樣亦須肩負起作爲一套穩定及長期確保社會契約性合意的工具<sup>52</sup>。換句話說，刑法本身具備兩種面向的運作邏輯：一者爲，劃定出市民自由的界限所在，例如實施刑法所禁止或誡命的行爲形同逾越法所限制的（行動）自由範疇；二者爲，發揮相對應的確保作用（制裁），刑法因此也可以說是一部侵害自由的法，以及在侵害自由的狀態下產生其他的保護效果<sup>53</sup>。

<sup>49</sup> Hassemer, aaO. (Fn. 45), S. 4.

<sup>50</sup> Hassemer, aaO. (Fn. 45), S. 4.

<sup>51</sup> 應注意的是，這裡提到的國家是指依據社會契約論所推導出的制度概念，而非一般國家法上所理解之以實證法為建構基礎的制度。換句話說，關於社會契約之功能意義的理解，就社會組成員間放棄部分自由來說，乃是一種「水平面向」（horizontal）的思考，相較之下，國家確保自由放棄的界限則是從「垂直面向」（vertikal）的思考。完整說明，可參見 Hassemer, aaO. (Fn. 45), S. 5.

<sup>52</sup> 參見許恆達，前揭註 10，頁 140。

<sup>53</sup> 參見 Hassemer, aaO. (Fn. 45), S. 5.

最後，值得一提的是，Hassemer 嘗試結合社會契約論闡釋刑法的保護法益任務，讓法益概念進一步深化為支撐刑法理論的基本要素<sup>54</sup>，又此一論理對於法益概念的證立而言，論理方法上確實跨出一大步。其實，若是從法制史的角度切入的話，我們發現到 Hassemer 的理論自有軌跡可循，也就是自 19 世紀初以來，刑法保護法益的功能原型最早開始於 Feuerbach 的權利侵害（Rechtsverletzung），以及後由 Birnbaum 持續發展為利益概念<sup>55</sup>，這一系列概念發展最原始的促因正是在於承接啓蒙時代所代表的政治哲學思想，亦即國家應當避免刑法工具化的現象，例如將刑法作為剷除異己的工具及恣意造法，當時的利益概念因此開始被理解為作為限制刑法的一項重要原則。歷經百年來的概念辯證與建構，刑法任務為保護法益的理念越來越具體及穩定，亦是確定了刑法所要保護的法益內容主要是以個人自由發展為根本的詮釋基礎<sup>56</sup>。整體來說，基本上傳統刑法的理論典範多是聚焦在個人、自由權利、（利益侵害的）行為，以及國家干預手段之合理性<sup>57</sup>等建構元素。

### 3.1.2 刑法的現代化

相較於啓蒙哲學時代的政經氛圍，當代風險社會的規範議題不再是強調國家統治權力過度集中，或是自由應如何分配等，而是聚焦在社會持續處於一種高度仰賴社會控制機制的氛圍，亦即要求國家積極採取行動排除或降低風險（恐懼），或是實現安全保證之需求。換句話說，國家任務應首重在如何防止生存基礎的毀敗（Schlimmste），至於應如何為人類福祉創造更多的利益（Güter）則是退居第二位<sup>58</sup>。依此，現代立法者關注的犯罪議題大幅轉向於風險可能引起社會系統崩解的危機，特別是一旦讓風險造成實害結果的

<sup>54</sup> Hassemer, aaO. (Fn. 45), S. 5-6.

<sup>55</sup> 對此，許恒達，前揭註 10，頁 140 以下，有非常詳盡的介紹。

<sup>56</sup> Michael Marx, Zur Definition des Begriffs Rechtsgut: Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre, 1972, S. 62. 主張「超個人法益」必須以個人法益為基礎，而法益保護的最終目的無論如何都是在於保護個人。

<sup>57</sup> 衍生的原則為補充性、明確性、罪疑唯輕等。

<sup>58</sup> Rolf-Peter Calliess, Strafzwecke und Strafrecht, NJW 1989, S. 1338 (1340).

話，我們終將完全束手無策，或者必須花費難以估計的成本才能修復崩壞的社會系統，刑法理論體系因而順勢開展出另一條建構基礎：「應受規範禁止者為具備破壞或是危及整個社會系統等能力的（危險）行為」，典型代表者為環境汙染、毒品濫用、國際性組織犯罪、核能製品、為解決衝突而形成的特殊暴力型態（例如青少年霸凌、國內與國際間交錯的貨幣經濟問題等<sup>59</sup>）。

其次，已如前所述<sup>60</sup>，刑法作為現代國家抗制風險（特別是風險微量化）的主要手段。風險不論是具體或抽象描述的事實狀態，或者只是純粹心理的恐懼感受等，皆不斷被轉譯成簡化的安全概念。其實就在概念轉譯的過程之中，當代社會同時也形成一股刑法應當積極擴張適用範圍的壓力。對此來說，除了上述的資訊（媒體）社會與社會心理現象等因素外，其實一些純粹經驗上的個人感受或多或少也會產生一定的影響力，例如我們可能會覺得日常生活中原本具有拘束力的社會規範逐漸喪失其應有的約制功能，而原因或許在於，現代人的處世態度多以自我為中心，或者開始從經濟效益的角度理解傳統的社會價值規範，計較這些價值規範能否有效影響個人行為，以及違反社會價值的行為是否會為個人帶來負面評價等問題<sup>61</sup>。個人經驗上的（失落）感受，特別又是受傳播媒體的影響下，導致我們在選擇解決社會衝突的方法，不再寄託於非形式的社會控制機制，例如家庭、學校等，畢竟這些機制已經不被期待可以達到任何具體的約制成效，所以遭到邊緣化。相較之下，反而開始求助於純粹形式的組織系統，亦即國家<sup>62</sup>。為了防堵風險社

<sup>59</sup> 整理自 *Winfried Hassemer, Das Symbolische am symbolischen Strafrecht, in: Strafrecht. Sein Verständnis, seine Welt, 2008, S. 98.*

<sup>60</sup> 參見本文 3.2。

<sup>61</sup> 對此，我們可以提出兩種社會現象以供思考：一者為，因為智慧型手機之使用日漸普遍，越來越多的使用者在駕駛汽車或者行走之時專注於手機螢幕（亦稱低頭族），無視於此等舉止可能會危及其他用路人的安全，因此若是純粹寄託於每個人自發性地遵守倫理要求，恐怕無法期待這些要求會在個人的行動選擇上形成任何影響力；二者為，自發性遵循傳統社會規範的意義轉變為遵守與否取決於會不會被其他的社會成員所責難，典型例子為捷運及公車博愛座讓位的問題。

<sup>62</sup> *Hassemer, aaO. (Fn. 59), S. 98.*

會下的系統崩解危機，以及試圖彌補傳統社會價值規範的約制不足（或者完全失靈），只好不斷訴諸於形式上的法強制手段（*Rechtszwang*）直接介入個人生活領域（限制自由權利），相信唯有如此才能真正防堵可能爆發的危機，其中又以警察法、刑法及刑事訴訟法上的干預為首選<sup>63</sup>。所以我們也可以說，刑法正式發展為一部社會性控制（*Gesellschaftliche Steuerung*）及國民教育的工具<sup>64</sup>。

整體來說，風險社會下的刑法持續走向擴張適用範圍與犯罪前置化<sup>65</sup>的預防途徑，而預防思維最終迫使我們必須棄守傳統的法治國刑法，讓其從一個原本只是處罰有責的法益侵害行為的不完整性格（最後手段性）轉變為富有彈性的危機抗制工具（手段優先性）。Hassemer 將這些以安全確保（預防）為目的功能的刑法理論趨勢統稱為刑法的現代化（*Modernisierung des Strafrechts*）<sup>66</sup>，也就是所謂的「現代刑法」。

## 3.2 象徵刑法之象徵性

### 3.2.1 工具性與象徵性立法

現代刑法的主要特徵為象徵立法，又現代刑法的正當性疑慮大多聚焦在立法本身所表現的純粹象徵性。大致上，象徵立法概念可以追溯至 1980 年代德國及瑞士關於立法理論（*Gesetzgebungslehre*）的分析<sup>67</sup>，當時的核心爭點聚焦在所謂的工具性立法（*instrumentelle Gesetzgebung*）與象徵性立法（*symbolische Gesetzgebung*）的區別，以及特別是後者可能產生的正當性疑

<sup>63</sup> Hassemer, aaO. (Fn. 59), S. 98.

<sup>64</sup> Winfried Hassemer, Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts, ZRP 1992, S. 378 (380); Felix Herzog, Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge: Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich, 1991, S. 146.

<sup>65</sup> Calliess, aaO. (Fn. 58), S. 1340.

<sup>66</sup> Hassemer, aaO. (Fn. 59), S. 97.

<sup>67</sup> Marcelo Neves, Von der symbolischen Gesetzgebung zur symbolischen Konstitutionalisierung: Ein Überblick, in: IfS-Nachrichten Nr. 16, 1999, S. 1 (7).

慮<sup>68</sup>。

基本上，任何一個民主機制下所制定的法規範，對於解決社會衝突而言具有正當性，同時也保有一定程度的象徵性意義。基於法的實證化結果，原本只是具實然意義的社會事實，因而取得規範上具應然意義的有效性主張。但是，這樣的說明還只是形式正當性的理解而已，如果我們只是關注於立法的形式正當性，則有可能忽略立法形成空間應有的界限，進而引起國家權力恣意擴張的危險<sup>69</sup>。進一步地說，人作為理性主體並保有絕對的價值與尊嚴，因此，一個人想要從事什麼樣的行動應當先從自律（*Autonomie*）的觀點進行理解，而不是一開始就考慮透過外在強制力驅使其做出行動決定。又法規範屬於外部的強制力手段，適用邏輯乃是將人視為他律的（*heteronom*）與經驗的（*empirisch*）主體，因此考慮到透過課予規範相對人行為義務、法效果影響個人的心理認知等因素，藉此達到控制外部行為之效果，同時建立起客觀的行為秩序。然而，現代的法思想基本上乃是將法規範視為「協助」個人實現自律的工具，而提供協助的理由必須是，為了滿足人類真正的需求，例如解決社會衝突<sup>70</sup>。一旦國家過度（非合乎比例地）利用外部強制力（立法）要求個人實現內在的理性自律，則有可能產生侵害人性尊嚴的疑慮<sup>71</sup>。

<sup>68</sup> *Harald Kindermann*, *Symbolische Gesetzgebung*, in: Grimm/Maihofer (Hrsg.), *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 13)*, 1988, S. 222 (230).

<sup>69</sup> 其中特別涉及到「國家（政治）權力」的正當性基礎及界限。詳細分析，可參見 *Valentin Petev*, *Das Recht der offenen Gesellschaft: Grundlegung einer Philosophie des Rechts*, 2001, S. 54 ff.; 類似批評，參見林東茂，「刑事政策及其相關學科」，一個知識論上的刑法學思考，頁 352（2007）。

<sup>70</sup> *Werner Maihofer*, *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik*, in: Grimm/Maihofer (Hrsg.), *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 13)* 1988, S. 403 (409).

<sup>71</sup> 典型者為國家只是透過法規範（外部義務）要求個人履行一定的道德標準（內在義務），參見古承宗，「危險的電子遊戲場？——評析大法官釋字第六四六號解釋」，*東吳法律學報*，第 21 卷第 1 期，頁 136-137（2009）。類似觀點，亦可參見 *Maihofer*, aaO., S. 409.

以此為據，通常一部法律除了具形式正當性之外，更應特別兼顧到實質的正當性，而所謂的實質正當就是立法本身必須是以「目的為導向的」（*zweckgerichtet*），亦即立法者之所以制定新法或修法應是著眼於企圖實現特定目標，例如透過關稅制度影響進口商品的價格<sup>72</sup>。換句話說，任何一部法律所被賦予的功能意義即在於，立法者試圖讓法規範目的發揮其所預設的規制效果，又在此一法規範目的背後也都有特別強調的政策重點。符合此等條件的立法結果應具有積極影響特定之社會活動事實的能力，而讓社會導向於正面的發展<sup>73</sup>。倘若立法者未能藉由特定的立法結果明確表達出一定的，或是真正的政策重點，那麼該法律實際上即無法對社會運作產生任何的積極作用。對此，誠如 Peter Noll 指出立法的核心價值在於，法律應作為形塑理性社會的工具，而整個立法過程本質上就是一套提出理性解決紛爭之方法的程序。此種立法結果我們可稱之為「工具性立法」<sup>74</sup>。

然而，不容忽視的是，現實上解決紛爭的手段方法本來就存在多種選擇，形塑理性社會的說法有可能流於純粹形式上的概念辯證而已。對此，若是再輔以 Noll 的論點，立法正當性的證立基礎必須是一種積極的、具目的意識的，並以正義為基礎導向的社會控制與發展，因此立法始得以被視為一項理性政策下的（社會）控制工具<sup>75</sup>。若是延續此一目的性的辯證觀點，特別就刑事立法來說，我們或許可以將刑法的正當性初步理解為，國家藉助帶有負面非難意義的制裁手段促使社會成員積極實現國家所期待的作為或不作為（行為規範），並且以此成就理性目的下的社會控制結果與實現正義。

單就工具性立法的說明看來，儘管我們發現到法律的實質正當性基礎必須仰賴理性政策形成特定的規範目的，不過到底什麼樣的政策內容才能論為社會理性辯證下的產物，恐怕在說理上都還是有難以完全之處，畢竟每一次的立法就像是某種儀式般，試圖強化既有的社會規範，以及彰顯某種理想典

<sup>72</sup> 本例援引自 *Kindermann*, aaO. (Fn. 68), S. 222.

<sup>73</sup> *Kindermann*, aaO. (Fn. 68), S. 222.

<sup>74</sup> *Kindermann*, aaO. (Fn. 68), S. 223.

<sup>75</sup> *Peter Noll*, *Gestzgebungslehre*, 1973, S. 72.

型<sup>76</sup>，而且也不排除可以分別從主、客觀解釋方法具體掌握立法者所想要強調或維繫的價值理念。所以，關於立法論上的實質正當問題，或許我們無法提出一套既直接又明確的標準，但仍可以嘗試將一些典型的「非工具性立法」予以類型化，例如：1.立法的目的本來就不企圖影響現實（*Realität*），也就是並非為了影響特定的生活現實以促使社會導向正向及理性的發展<sup>77</sup>，或者 2.立法本身並不關心是否能有效形塑任何的社會實在性（*soziale Wirklichkeit*），只是因為法規範既然已經存在，或多或少都還能保有某種程度的規制效果<sup>78</sup>。這些現象均被納入所謂的「象徵立法」（*symbolische Gesetzgebung*）概念範疇。

若是依 *Krems* 的分析，象徵立法的主要功能乃是作為一份「規範聲明」（*Deklaration der Normen*），亦即規範目的只是國家期待在社會大眾之間形成一定的合法與不法意識，實質上並不企圖影響任何的個人行為取向<sup>79</sup>。對此，可能存在的情形是，通常一個象徵立法背後所代表的，有可能只是立法者基於特定政治目的，而所形成的價值偏好，或者只是單純反應出某個時空背景點下社會的集體心理情緒。只不過仍有疑慮的是，若是純粹想要透過立法手段具體形塑出社會大眾的合法或不法意識，不論是在國家的政治權力界限，或是法的本質與功能辯證上，恐怕都無法讓人清楚理解到，我們認定某種行為具有不法內涵的根本意義到底何在，特別是隨著社會關係與政經結構的快速變遷，那些當初只是為了反映特定時空下的社會情緒或價值偏好的象徵立法，其自身所蘊含的規範意義對於社會持續運作下所衍生的其他問題，即無法再發揮任何實質的規制效果，而法的存在也只是徒具形式而已<sup>80</sup>。除此之外，某個立法結果有可能只是依據某項統計上的客觀數據，隨即宣稱法

<sup>76</sup> *Kindermann*, aaO. (Fn. 68), S. 222.

<sup>77</sup> *Peter Noll*, *Symbolische Gesetzgebung*, ZSR 1981, S. 347 (349).

<sup>78</sup> *Hans-Ludwig Schreiber*, *Ist eine Effektivitätskontrolle von Strafgesetzen möglich?*, in: *Schäffer/Triffterer* (Hrsg.), *Rationalisierung der Gesetzgebung*, 1984, S. 178 (180).

<sup>79</sup> *Burkhard Krems*, *Grundfragen der Gesetzgebungslehre*, 1979, S. 34.

<sup>80</sup> *Kindermann*, aaO. (Fn. 68), S. 225.

律已經足以擔保社會大眾的安全期待，但有時候頗為弔詭的是，任何心理上的安全感往往只是一種相對性的情緒程度，亦即這種感覺有可能只是訴諸於道德要求<sup>81</sup>，或者只是訴諸於部分人的個案經驗而已。實際上，經驗性的個人感覺不見得可以透過科學統計的數據獲得有效證明，例如我們沒有把握依據某個路段發生車禍的次數多寡，即斬釘截鐵地論斷該路段是安全或不安全的，畢竟發生車禍的原因可能是路況、交通符號設計，或者駕駛及行人方面等因素。或者像是飲用添加塑化劑（DEHP）的飲料，不能只是因為科學實證上沒有人飲用超過量導致身體受到傷害或者死亡，就直接論斷產品是安全無虞的，相對地，當然我們也不能只是因為食品依法不能添加塑化劑，即可斷然推論食用塑化劑必然會引起特定病症，例如癌症<sup>82</sup>。

儘管如此，值得注意的是，關於法規範是否能夠發揮應有的功能，或者達到預期的規制效果等問題，我們確實無法像自然科學一般可以透過實驗數據進行客觀的驗證及量化的呈現，方法上還是要藉助抽象價值與規範目的的辯證過程，加以確認某項立法結果是否符合法之理性建構原則，以及規範目的是否實質正當等。或許我們也可以說，立法者所宣稱或所企圖維護的安全不見得完全都是客觀經驗上可以掌握到的現象，相反地，實際上所謂的安全有可能只是為了讓社會大眾與法律規範間產生某種程度上的聯繫關係而已<sup>83</sup>，亦即純粹強化與鞏固一種關於「規範的有效性宣稱」，以及某種「儀式性的安全保證」。

<sup>81</sup> 例如酒駕問題到底是因為「酒醉狀態開車」是不安全的，還是「喝酒居然還開車」是不安全的。這兩項命題是有差別的，前者較傾向於事實面的評價，後者則是（道德）價值面的評價。

<sup>82</sup> 例如「Q8.曾食用或飲用受塑化劑 DEHP 污染的食物，會不會引起癌症？目前尚無直接證據顯示 DEHP 會導致人類罹患癌症，因為：1.依據文獻報告，到目前為止並無針對人體做出 DEHP 的致癌風險研究，雖有動物實驗的結果，但是否可以引用到人體，值得懷疑。」引自食品藥物管理局 Q&A（2011.7.29 更新），衛生署食品藥物管理局網站：<http://www.fda.gov.tw/TC/siteContent.aspx?sid=2481#Q8>（最後點閱時間：2012 年 7 月 25 日）。

<sup>83</sup> *Funcke-Auffermann*, aaO. (Fn. 36), S. 46.

### 3.2.2 風險抗制與潛藏的立法目的

延續上述的說明脈絡，若我們回到刑事立法的層次，因為考慮到風險社會的風險（恐懼）與安全需求的日益增加，刑事立法者一方面可能為了單純滿足社會期待，另一方面又欲宣示國家已經著手採取相對應的行動來抗制風險，因此只好不斷透過立法程序逐步將公眾領域所肯認的風險納入象徵立法的規範體系<sup>84</sup>。只不過法規範作為一部社會控制工具，本質上又屬於社會行動下的產物，倘若我們如同部分論者一般，不斷強調象徵立法未能促進或者不企圖影響任何社會實在性的形成，恐怕將面臨到法之本質與運作邏輯等，於說理上產生矛盾的困境。因為任何一部法的存在現象就是社會實在性的具體表徵，法的建構取向也就或多或少左右著社會實在性的取向。所以，嚴格來說，象徵立法作為一種純粹的規範聲明，目的不論是在強化規範的有效性宣稱或是儀式性的安全保障，最深層的用意其實是指向：「國家欲透過立法活動實現其他隱藏其中的規範目的」。而這樣的象徵性特徵將使得法無法取得實質的正當性基礎。最後，附帶一提的是，實質上每一個階段的立法程序都是一種政治表達方式，特別是刑事立法者往往會希望透過立法過程傳達出一定的象徵性效果，因此精確地說，象徵立法並不是只有（虛偽地）表現出法規範的實效期待，象徵性的意義最早在立法過程就已經產生了相當的期待關連。

### 3.3 象徵刑法之分析與批判功能

大約自 70 年代開始，象徵刑法（*symbolisches Strafrecht*）在德國形成顯明的立法趨勢，隨後在刑法釋義學、刑事政策理論等學術領域亦是受到熱烈討論<sup>85</sup>。基本上，開啓象徵刑法的討論，及讓其持續受到注目的關鍵應可溯

<sup>84</sup> Albrecht, aaO. (Fn. 8), S. 5.

<sup>85</sup> 對此，Hassemer 指出「象徵刑法不只是數量增加，而此立法現象引起的效應幅度亦是變大」，見 Winfried Hassemer, *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*, NSStZ 1989, S. 553 (553); Sowie Hassemer, aaO. (Fn. 59), S. 95.

及 Hassemer 的研究，特別是其以上述之 Noll 的立法論作為論述基礎，致力於充實象徵刑法在知識學、刑事政策等面向的多樣性觀點<sup>86</sup>。直到目前為止，象徵刑法相當程度上已經發展成一套自成論述系統的概念<sup>87</sup>，又此一概念本身兼具著分析性與批判性的澄清功能。也就是說，藉助符號的指稱作用，我們將刑法象徵性的構想（Konzept）設定在：1.具體描繪出刑法處於何種的劃時代狀態、2.指出刑法理論發展上的其中一條路徑、3.提出這項發展的應備條件，以及 4.以規範性假設作為前提而對此等發展進行評價，並且以此評價結果進一步提出刑法理論發展的建議<sup>88</sup>。

或許是因為象徵刑法的概念兼具分析性與批判性的特質，以及再考慮到社會型態的快速變革與刑法理論結構的持續發展，確實難以（亦無必要）為象徵刑法概念提出一項明確且穩定的解釋準據，更精確地說，概念提出的根本用意只是在於，協助我們如何辯證象徵刑法的規範邏輯，以及釐清現代刑法就（風險性的）社會現象提出何種象徵性的回應，以及分析其中可能存在的規範正當性問題。就此來說，依據 Hassemer 的觀察<sup>89</sup>，除了抽象的構想之外，象徵刑法現時已經成為一套獨立發展的刑法系統（Strafrechtssystem）支線，而此一系統支線通常表現出下列特徵：1.為了因應當代的重大社會問題，往往在未經深思熟慮的情形之下擴張刑事立法；2.過度高估立法於實證經驗上的成效；3.過度高估成效的結果導致實際上根本不期待刑法任務可以獲得實現；4.刑事立法者原本就無意對於立法是否具成效的問題提出任何解釋，因此可能衍生的立法不足問題亦無進一步調整的必要，特別是執行能力不足導致選擇性適用刑法規範；5.刑事立法者獲得政策上的（象徵性）利益，例如回應社會問題的敏捷性、行動能力，以及企圖讓刑法適用範圍更具全面性。

到目前為止，我們可以觀察到象徵刑法形成的背景與象徵立法相仿，也

<sup>86</sup> 著名的文獻代表，可參考 Hassemer, aaO. (Fn. 85), S. 553.

<sup>87</sup> 關於各種象徵刑法的下位類型說明，可參考 Prittwitz, aaO. (Fn. 3), S. 255-259.

<sup>88</sup> 整理自 Hassemer, aaO. (Fn. 59), S. 95-96.

<sup>89</sup> Hassemer, aaO. (Fn. 59), S. 96.

就是刑事立法原本就不期待讓規定本身發揮預設的規制效果，而是著重在歷經相當期間之後逐漸開展出「其他潛在的」規範宣示功能。舉例來說，純粹的德行指導作用（刑法第 235 條之散布猥褻物品罪）、積極管控電子遊戲場之經營（電子遊戲業管理條例第 22 條）、證券交易之公平性（證券交易法第 171 條、第 157 條之 1）等均屬之。另外，象徵刑法存在的目的亦有可能只是，為了凸顯當代社會有權要求立法者就某種風險現象制定相對應的刑法規定，至於國家現實上有無能力或真正企圖實現法所被賦予的任務，均非重點所在<sup>90</sup>。換句話說，對於抗制風險來說，就算象徵刑法不是最具優勢的手段選擇，但是因為現實上既然已經存在著象徵性的刑法規定，至少立法者始終相信，這些規定仍會長時間影響著社會成員的法意識型態。

### 3.4 刑法的象徵化特徵

#### 3.4.1 預防導向

從上述之象徵刑法的概念發展看來，我們大概可以掌握到現代刑法的象徵性其實是一種傾向於「預防」的規範邏輯。基本上，預防在概念上本來就帶有防止結果的手段前置意義，不過，隨著預防對象存在不同的理解方式，我們所採取的相對抗制方法及可能的發動時機都將受到影響。因此不得不注意的是，一旦預防對象從具體可掌握的事實狀態過渡到抽象的風險恐懼，我們所堅信的預防效能也有可能只是一種內容空洞的心理期待，而依此所建構起來的法系統，似乎也就無法避免產生「毫無限制的（未符合比例原則）」<sup>91</sup>權利干預的疑慮。所以，在高舉預防理念的氛圍，刑事立法者其實只是不斷環繞在法秩序不可侵害性的前提，試圖透過立法手段強化或者訓練一般社會大眾對於法規範的信賴及忠誠，而且（虛偽地）相信刑法可以解決存在於當代社會的重大風險難題。至少就此看來，象徵刑法的預防觀基本上

<sup>90</sup> 參見 Rainer Hamm, Ein neuer Fall von symbolischem Strafrecht: „Graffitigesetz“, in: Albrecht (Hrsg.), Winfried Hassemer zum sechzigsten Geburtstag, 2000, S. 56 (56).

<sup>91</sup> Winfried Hassemer, Sicherheit durch das Strafrecht, in: Strafrecht. Sein Verständnis, seine Welt, 2008, S. 262.

乃是傾向於「積極一般預防」的理念。基於刑事立法者「堅信有效預防」與「強化法信賴」等預設心理，只要風險威脅達到一定的懷疑程度時，刑事立法的運作邏輯立即從「最後手段」轉變為「手段優先」（*prima und solatio*）。這裡的積極一般預防思維與風險邏輯之間雖然看似具有合理的連結，不過，容待進一步辨明的是，預防思維之所以主導刑事政策走向的關鍵原因不外乎，一者為，在立法或修法之時，刑事立法者或許已經意識到，就算動用刑法威嚇手段也難以遏止犯罪發生，但至少是透過一種較不費力的方式來承受社會輿論壓力，順勢強化社會大眾關於法不可侵害性的信賴與忠誠，以及產生某種心理程度上的安全保證印象；二者為，社會期待或深信唯有透過刑法始能有效防止犯罪現象，只不過實際上在立法或修法過程之中並沒有嚴正考慮到「真正的實效」<sup>92</sup>。或許正是因為刑事立法者為了迅速回應時下的社會輿論壓力，或是藉此企圖實現全面的秩序管制，只好有意識地持續加碼制定出新式的犯罪構成要件（高度入罪化）與提高刑度（重刑化）。

無論如何，我們應當謹慎看待此種「表面上」結合積極一般預防的立法意識，因為所謂的「刑法能夠實現預防成效」命題，實質上有可能只是刑事立法者純粹主觀上的預設而已。所以，當我們論及「相信刑法具備如何之能力」之時，不見得就是指刑法實際上真的有機會實現那些原本被預期的規範效果，以及解決社會上的風險問題，有時候只是透過具體的立法行動（包含程序過程）彰顯當代社會在某一時空背景下（刻意塑造！）認同的社會理想價值，或者安撫那些既已存在卻又難以言喻的風險恐懼。總而言之，象徵刑法所強調的積極一般預防不過只是一種「（純粹心理的）安全保證」而已。依此，刑法通常被期待採為首要的社會控制手段，國家因此順勢獲得絕對的刑事制裁發動基礎，更甚者為，針對任何一個造成當代社會之生存恐懼的行為動輒以刑事制裁手段對抗之，以期實現毫無恐懼的生存確保<sup>93</sup>，同時亦是確保法規範之於社會控制的（形式上的）有效性主張。

<sup>92</sup> *Funcke-Auffermann*, aaO. (Fn. 36), S. 53.

<sup>93</sup> *Seelmann*, aaO. (Fn. 42), S. 455.

### 3.4.2 法益抽象化

刑法過度象徵化的另一個特徵為，保護法益有持續擴張的趨勢，特別是內容高度抽象的「全涵法益（或稱超個人法益）」<sup>94</sup>（*Universalrechtsgüter*），例如國民健康、公共秩序、經濟市場的公平與信賴、資訊取得平等與市場公平<sup>95</sup>、性道德情感<sup>96</sup>，以及社會安寧、國民身心健全<sup>97</sup>等。實質而論，這些法益概念背後多涉及到社會功能與系統，又一旦社會功能或系統徹底崩壞，個人利益終將無法獲得保全<sup>98</sup>。基於法益高度抽象化的結果，現代刑法的法益功能不再是作為限制刑罰權的消極標準，更是結合危險預防與規範效率等純粹政策性的觀點，轉向作為證立國家刑罰權擴張的積極論據<sup>99</sup>。

### 3.4.3 歸責系統之簡化

就在強調預防及法益功能轉變的前提下，現代刑法一方面脫離傳統上以結果犯為主要犯罪類型的不法要件設計，朝向抽象危險犯的立法技術；另一方面亦是捨棄了傳統刑法上的個別歸責原理，因為這些歸責系統勢必將妨礙

<sup>94</sup> 亦有論者譯為「普遍法益」，見王正嘉，前揭註 10，頁 92；見林東茂，「危險犯的法律性質」，危險犯與經濟刑法，頁 37（1996）；嚴格來說，這種法益概念與傳統上所理解的個人法益之間並無任何關連，實質上只是將個人法益轉化成一種內容空洞的表述方式而已。參見 *Frehsee*, aaO. (Fn. 25), S. 323.

<sup>95</sup> 例如臺北地方法院 96 年度重訴字第 132 號刑事判決：「……，導致資訊流通受影響，阻礙市場公平競爭，而與資訊平等取得原則之立法意旨相違。」

<sup>96</sup> 司法院釋字第 617 號解釋：「為維持男女生活中之性道德感情與社會風化，立法機關如制定法律加以規範，則釋憲者就立法者關於社會多數共通價值所為之判斷，原則上應予尊重。」

<sup>97</sup> 司法院釋字第 646 號解釋：「……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，特別是兒童青少年身心健全發展之情事，目的洵屬正當，所採取之手段對目的之達成亦屬必要，符合憲法第二十三條比例原則之意旨，與憲法第八條、第十五條規定尚無牴觸。」

<sup>98</sup> *Seelmann*, aaO. (Fn. 42), S. 454.

<sup>99</sup> *Prittowitz*, aaO. (Fn. 3), S. 245; *Wohlers*, aaO. (Fn. 4), S. 33.

現代刑法之社會性控制的效率<sup>100</sup>。換句話說，當行為本身已經對所謂的全涵法益（或稱超個人法益）表現出一定的風險嫌疑<sup>101</sup>時，國家即可採取相對應的刑事制裁手段加以防堵，以事先避免實害發生，或是適時阻止損害範圍持續擴大等。據此，若是對應到以風險思考為基礎的刑事政策取向，傳統刑法上的歸責思維則是轉而由危險性<sup>102</sup>取代，保護法益內容亦是持續擴張（抽象化）。又擴張目的乃是在於促使刑法就潛在危險的控制更富有彈性<sup>103</sup>，而主要的立法模式不免就是創設「抽象危險犯」，或是「適格犯」（Eignungsdelikte）等犯罪類型。可以想像的是，刑法可能成為一套「全面性的預防控制工具」（allumfassendespräventives Steuerungsinstrument）<sup>104</sup>或稱「政策工具化的刑法」<sup>105</sup>。另外，就在此等發展條件之下，現代刑法關注的犯罪類型傾向於無被害人（opferlos）或被害人難以確定（opferverdünnnt）等現象<sup>106</sup>。隨著保護法益內容的抽象化與空洞化趨勢，不論刑事立法者或是司法審判機關越有可能為了單純滿足大眾輿論對於國家的作為期待，或是達到

<sup>100</sup> 例如空氣污染的情形，就現有的科學技術而言，我們幾乎無法明確地指出某一輛汽車的排氣就是空氣污染的主要原因。換句話說，對於此種特殊的環境案例，刑法上傳統的條件理論無助於確認原因與結果之間的因果關係。進一步說明，可參考 *Seelmann*, aaO. (Fn. 42), S. 459；林東茂，刑法綜覽，頁 1-59（2012）。

<sup>101</sup> *Hans Albrecht Hesse*, *Der Schutzstaat: Rechtssoziologie Skizzen in dunkler Zeit*, 1994, S. 21 (22).

<sup>102</sup> 特別是指行為具有侵害社會系統的危險性，亦稱之為「系統危險」（Systemgefahr）。見 *Seelmann*, aaO. (Fn. 42), S. 460.

<sup>103</sup> 參見 *Hilgendorf*, aaO. (Fn. 18), S. 48-49；*Detlef Frehsee*, *Die Strafe auf dem Prüfstand, Verunsicherung des Strafrechts angesichts gesellschaftlicher Modernisierungsprozesse*, StV 1996, S. 222 (229).

<sup>104</sup> *Peter-Albrecht Albrecht*, *Das Strafrecht auf dem Weg vom liberalen Rechtsstaat zum sozialen Interventionsstaat*, KritV 1988, S. 182 (182 ff.).

<sup>105</sup> *Ulf Demski/Heribert Ostendorf*, *Vom Kanzelparagraph zur Anleitung zu Straftaten – Der § 130a StGB – ein Paradebeispiel für ein politisch instrumentalisiertes Strafrecht*, StV 1989, S. 30 (30 ff.).

<sup>106</sup> 類似的觀察結果，參見黃榮堅，基礎刑法學（上），頁 20（2012）。

更爲有效的刑事管制結果，逐漸忽略法治國原則下的刑罰最後手段性要求，並且肯認刑罰前置化具有相當的正當性基礎。

#### 3.4.4 彈性且全面的危險防禦

誠如德國學者 Vormbaum 提出的特徵總結，現代刑法大致上爲一種「去形式化」（Entformalisierung）、「富彈性的」（Flexibilisierung），以及「擴張的」（Ausweitung）趨勢現象<sup>107</sup>，而這些特徵往往又是刑法純粹象徵化的邏輯必然。換句話說，刑法擺脫其所「宣稱的」（manifest）功能，例如法益保護，逐漸轉向強調「潛在的」（latent）功能，例如降低社會的風險恐懼、穩定特定的道德理念，而此種潛在的功能作用也就是現代刑法過度象徵性的結果<sup>108</sup>。整體來說，刑事立法者事實上關心的議題不再是違法之人應受刑事制裁，而是國家可以透過刑法取得全面的社會性控制，特別是刑法的行爲控制重心將可以在刑事預防與其他法規系統（例如行政的秩序管制）兩者之間任意游移，刑法最終走向類似秩序管制的危險防禦思維，形同放棄法治國的刑罰最後手段性原則，變相地轉由手段優先性（prima ratio）取代之<sup>109</sup>。

## 4. 安全導向的刑事預防思維與限制

目前多數學說見解認爲，刑罰目的在於「積極一般預防」<sup>110</sup>，也就是刑法對於規範系統定義下的犯罪事實做出回應，又此種回應乃是規範自身所具備的「法秩序防衛」（Verteidigung der Rechtsordnung）機能。另外，刑罰可以產生心理與情感上的溝通效果，透過法的溝通程序讓刑事不法內涵能夠被具體彰顯，社會成員因而瞭解到合法與不法的界限，並且考慮到個人利益與社會

<sup>107</sup> Thomas Vormbaum, Beiträge zum Strafrecht und zur Strafrechtspolitik, 2011, S. 37.

<sup>108</sup> Funcke-Auffermann, aaO. (Fn. 36), S. 53.

<sup>109</sup> 參見古承宗，前揭註 71，頁 156。

<sup>110</sup> 參見 Dietrich Kratzsch, Prävention und Unrecht – Eine Peplik, GA 1989, S. 49 (50 ff.); Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Aufl., 2006, § 3 Rn. 26 ff.

穩定等優點，進而願意自動學習及遵行規範義務的內容<sup>111</sup>。依此，刑罰目的應在於促使法信賴與法忠誠理念的實現，並無違誤。但是若從本文 3.4.1 預防導向之分析看來，我們掌握到現代（象徵）刑法的（據稱的）主要訴求似乎是結合「積極一般預防」作為國家發動刑罰權的正當性論據，實質上卻是明顯聚焦在實現社會的安全保證。因此可以想像的是，刑法運作邏輯不免將偏向於滿足國家企圖實現的「（危險防禦性的）秩序控制」（*ordnungspolitisch*）。或者我們也可以換個方式提問，刑法理論該不該調整「功能主義」（*Funktionalismus*）的理解取向，例如原本以刑事政策（刑罰目的）之價值決定建構刑法概念的功能性觀點，轉向於積極介入個人生活及形塑社會秩序，藉以實現安全確保的目標。

或許從上述說明中，我們瞭解到現代刑法的純粹象徵化將侵蝕刑法的法治國基礎，因此風險社會下的刑法理論發展與安全保證之間不免處於相當的緊張關係。儘管如此，仍有待釐清的是，刑法的適用邏輯是否必然地（或應該）與安全確保的思維徹底脫鉤，又在現代社會的複雜結構、法文化思維變遷，以及國家任務擴張等條件的綜合影響之下，答案是否為絕對的否定或肯定，恐怕都難以立斷。無論如何，至少我們可以確定的是，刑法任務與安全確保之間糾結其實不是風險社會才有的專屬議題，因為從啟蒙哲學時代開始陸續發展的各種刑罰目的論，就已經存在相當的辯證。基此，為了適切釐清刑法在社會安全議題之下的功能取向，與相對應的可能限制等問題，本文嘗試從刑罰目的論的辯證歷史中尋得相關立論的核心基礎。

## 4.1 刑罰理論與（秩序管制的）安全確保

### 4.1.1 啟蒙哲學時代的刑罰觀

啟蒙哲學時代以「政治經濟論述」為主軸的刑罰理論強調，刑罰警告（*Strafandrohung*）必須表現出足夠的抗衡力量（*Gegengewicht*）回應犯罪人

<sup>111</sup> 許恒達，前揭註 10，頁 150。

實行犯罪的渴望<sup>112</sup>。另外，刑罰警告應受「必要性原則」的限制，也就是從經濟效率的觀點出發，刑罰必須兼顧最小化手段與最大化效果，以此作為抗制犯罪發生的基礎<sup>113</sup>。至於執行的方法，刑罰仍應公開執行以示公眾，只不過必須符合啓蒙哲學的標準與人道理念（*Humanität*），例如雖然死刑必須公開執行，但受刑人在公開示眾之前已經先以未公開的方式窒息<sup>114</sup>。無論如何，啓蒙時代的刑罰目的觀已經約略形成了預防思維的雛形。

#### 4.1.2 絕對應報論

絕對應報論的代表人物 Hegel 及 Kant 皆認為，刑罰的正當性基礎在於對犯罪做出「等價」的回應，至於是否對犯罪人產生賦歸社會之效果（再社會化）或是對於潛在之犯罪人產生心理上的威嚇強制（一般預防），均非所問<sup>115</sup>。換句話說，刑罰自身的存在性必須與威嚇或再社會化等目的脫鉤，讓其任務維持一定的單純狀態，因此刑罰目的必須是絕對的（*absolut*）。

首先，Kant 認為刑罰必須在「再應報法」（*Wiedervergeltungsrecht*）的意義架構下予以理解，最終目的在於實現（絕對）正義<sup>116</sup>，例如殺人者，亦須忍受死亡的痛苦（痛苦應報）。由此看來，絕對性的正義觀與近代一般理解的刑法任務為保護法益存在明顯的差異，因為應報理論聚焦在過去已經發生的侵害事實，所以如果我們想要把法益保護視為刑法的主要任務，那麼刑罰目的也就不能只是回溯地對過去已經發生犯罪進行「不法衡平」

<sup>112</sup> Kurt Seelmann, *Imputation und Prävention in der Strafrechtsphilosophie der Aufklärung*, ZStW 97 (1985), S. 241 (241 ff.).

<sup>113</sup> 許恒達，前揭註 10，頁 139。

<sup>114</sup> Seelmann, aaO. (Fn. 42), S. 462.

<sup>115</sup> Funcke-Auffermann, aaO. (Fn. 36), S. 65.

<sup>116</sup> 參見劉秉鈞，「論犯罪的法律效果——以保安處分之目的與刑罰之差異為中心」，甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會主編，甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集（上），頁 629（2012）；劉幸義，「論刑罰之目的——由刑法理論、語意學與哲學角度觀察」，月旦法學雜誌，第 192 期，頁 156（2011）。

(Unrechtsausgleich)，而必須兼顧以未來為導向的法益保護<sup>117</sup>。相較之下，雖然 Hegel 的刑罰目的論仍然堅持應報思維，但卻不再強調 Kant 的痛苦應報，而是發展為刑罰於「溝通—象徵性的」(kommunikativ-symbolisch) 辯證意義。進一步地說，Hegel 認為刑罰是一種針對犯罪(合法的否定)的回應，回應的結果在於讓社會大眾共同的法意思得以再度獲得重建。若是從法的規範邏輯出發，其實犯罪人質疑的不只是特定人的權利地位而已，同時也是質疑了法即合法(das Recht als Recht)的命題。倘若我們將犯罪定位在一種非理性狀態的象徵，那麼刑罰就是要讓理性狀態重新獲得建立。又所謂非理性狀態的象徵可以進一步理解為，因為犯罪(Verbrechen)在概念上是刑法所預設之不法標準的一種效力宣示，而犯罪人正是藉由實現犯罪來表現出其不受法規範拘束的態度<sup>118</sup>。為此，刑罰目的也就在於，針對犯罪人因為實施犯罪而表現擺脫法規範拘束的態度宣示(否定)進行否定，而讓社會大眾瞭解到法規範的拘束性是一直有效的。此處值得一提的是，Hegel 的絕對理論相當程度上影響了近代之積極一般預防理論的法忠誠與法信賴觀點。

此外，絕對理論尚有第二條途徑，亦即贖罪理論<sup>119</sup>。此一理論強調刑罰目的在於「罪責衡平」(Schuldausgleich)。基於刑事制裁的結果，行為人將認識到刑罰乃是國家對於已經實現的不法所採取的具體反應，而且行為人內在心理也會接受刑罰本身就是一個符合正義的罪責衡平手段，對於行為的違法性產生一定理解。行為人最終會透過贖罪程序重新再獲得人性的與社會性的完整。此種刑罰目的觀帶有強烈的觀念論思維，只不過罪責衡平是否真的可以成就個人之人格的完整性，恐怕是有疑慮的。

<sup>117</sup> Hans Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., 1969, S. 3.

<sup>118</sup> 引自 Georg Küpper, *Der gemeinsamer Tatentschluss als unverzichtbares Moment der Mittäterschaft*, ZStW 105 (1993), S. 295 (295-296); 另外從規範理論的角度亦可理解為，行為人藉由犯罪表現出「行為規範」(Verhaltensnorm) 對其並無拘束力，見 Urs Kindhäuser, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., 2009, § 5 Rn. 3.

<sup>119</sup> 參見柯耀程，「刑罰裁量的檢視與實踐」，甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會主編，甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集(上)，頁 599 (2012)。

整體來說，絕對應報論的核心理念可以追溯到啓蒙哲學思想的影響，也就是統治主體已經不是一個具體的個人（君主），而是理性的法，因此刑罰目的的論本質上就是一種「存在本身即目的」的哲學性辯證。暫且不論 Kant 或是 Hegel 之絕對應報論各自所持的理念為何，至少可以從歷史經驗得知，當時的刑罰實際上大多被統治者利用為確保威權統治（*autoritäre Herrschaftsabsicherung*）的手段，成為一部表徵威權的國家刑法（*staatliches Strafrecht*）<sup>120</sup>。所以，就算絕對應報論並沒有直接強調刑罰與秩序管制之間的關係到底為何，但仍不排除國家假借確保安全之名以鞏固統治權力。

#### 4.1.3 消極的一般預防論

隨著社會快速變遷，衍生的衝突越趨複雜，絕對應報論的刑罰目的論顯得過於消極、被動，保障人民之權益恐怕將有所不足，以預防思維為主的刑罰目的觀因而興起。又預防性的刑罰手段因為連結到特定目的，形同開啓了國家刑罰權擴張的可能性。舉例來說，Feuerbach 主張的「消極一般預防論」強調刑罰必須對潛在犯罪人形成心理上的強制效果。基本上，Feuerbach 的理論建構可以追溯到其所提出的法建構模式，也就是以 Kant 的契約論為基礎的法理論。依此，市民社會的形成基礎乃是立基於所有社會組成員的合意，而市民社會的形成目的就是為了確保個人自由，至於具體實踐則是透過每個人服從於一個整體的意志與國家體制<sup>121</sup>。就在國家形成之後，為了確保所有人相互之間的自由領域與界限，國家任務也就必須再度以「法狀態之建立」（*Errichtung des rechtlichen Zustandes*）為主。為了實現和平狀態的穩定，所有人皆須遵循法所建構起來的規範秩序共同生活<sup>122</sup>。原則上國家不能夠只是純粹為了實現特定目的而採取強制手段（*Zwang*），但是困難之處卻又在於，如果個人自由權利遭受侵害之後，國家才開始採取強制手段處罰行為

<sup>120</sup> Albrecht, aaO. (Fn. 8), S. 5.

<sup>121</sup> Benno Zabel, Die ordnungspolitische Funktion des Strafrechts, ZStW 120 (2008), S. 68 (92).

<sup>122</sup> Paul Johann Anselm Feuerbach (Ritter von), Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 11. Aufl., Gießen 1832, § 8.

人，刑法恐怕無法確保和平穩定。爲此，Feuerbach 認爲國家有必要透過強制手段防止發生違反法規範（Normverstoß）之情事<sup>123</sup>，而刑罰的警告目的也就在於在社會大眾之間形成一定的威嚇效果<sup>124</sup>。更精確地說，因爲任何一種法規範違反的現象皆呈現出，行爲人的所作所爲與國家建構法狀態的目的相左，所以國家更有權利且有義務對此加以制止。

再進一步言，Feuerbach 認爲人是思想人（Sinnmensch），以及目的性考量的經濟人（homo oeconomicus）<sup>125</sup>，因此所有的違法行爲背後都帶有一定的心理形成原因，而此種心理成因的意義乃是在於個人實施行爲的慾望促發其從事違法行爲的能力。爲了避免個人形成此種心理上的促因，則有必要透過刑罰手段讓社會大眾瞭解到實施違法行爲將遭遇到何種痛苦制裁（Übel），而刑事制裁所帶來的痛苦效果必須超越那個人想要實施犯罪之本能衝動未被滿足的痛苦，始能影響個人壓抑自己從事違法行爲的念頭<sup>126</sup>。即便如此，Feuerbach 自己也意識到警告及威嚇策略下可能存在的矛盾，也就是高估防止犯罪的潛力，要不然就是防止潛力根本是過於微弱的<sup>127</sup>。所以，Feuerbach 主張刑罰威嚇應具備「雙目的性」（Verdopplung des Zwecks），亦即目的之一在於保障所有人權利的必要性，另一目的則是讓威嚇要素可以獲得實現。就後者而言，科以刑罰的主要理由也就必須是爲了該法律預先呈現出來的「刑罰警告」<sup>128</sup>。此外，Feuerbach 認爲法律心理層面的（gesetzespsychologisch）或者一般預防的刑罰理由乃是作爲限制刑罰被利用爲安全手段的重要原則。換句話說，刑罰不能被導向於純粹的秩序管制（ordnungspolitisch）功能，又具有法律心理意義的刑罰只能夠適用在重罪的

<sup>123</sup> 參見林山田，刑法通論（下），頁 433（2008）。

<sup>124</sup> Feuerbach, aaO. (Fn. 122), § 12.

<sup>125</sup> 參見 Funcke-Auffermann, aaO. (Fn. 36), S. 68.

<sup>126</sup> 參見 Feuerbach, aaO. (Fn. 122), § 15-16.

<sup>127</sup> Zabel, aaO. (Fn. 121), S. 93.

<sup>128</sup> Feuerbach, aaO. (Fn. 122), § 17; 陳子平，刑法總論，頁 22（2008）稱此爲「預告刑罰之一般預防論」。

部分，例如叛國（公罪），以及殺人、強盜、竊盜等（私罪），因為這些犯罪行為往往會造成國家或是個人權利的損害，其他被論為是干擾（Belästigung）的行為，也就不是法律心理意義下的刑罰所要過問的<sup>129</sup>。

儘管如此，仍值得注意的是，Feuerbach 關於刑罰目的的論述，實際上多少帶有確保社會安全與國家統治正當性的理念，只不過何種行為會納入刑法的規範體系內，「並不取決於我們要確保什麼樣的社會安全，而是取決於明確的，以及對任何人而言是可辨識的、法有明文的與能夠有效貫徹的行為規範」。只有在此等條件獲得確保的情形下，國家的高權行為始能具有正當性<sup>130</sup>。總而言之，Feuerbach 應當是把社會安全之確保理解為國家發動刑罰權之下的一種附隨效果而已，而且唯有在刑罰目的與社會安全兩者之間做出清楚的區分，才能夠有效地穩固刑事立法的正當性。

#### 4.1.4 特別預防論

相較於一般預防理論，Franz von Liszt 則是在一般預防論的體系架構下引入特別預防思維，刑罰目的論的重心首度聚焦在犯罪人身上，強調刑罰應當發揮控制個人之未來危險性的效果。基本上，刑法本身是一部「與犯罪人相關的干預法」（täterbezogenes Interventionsrecht），又刑法功能同時也在於保護法益，社會大眾的生活條件得以藉此獲得確保<sup>131</sup>。基本上 Liszt 承繼 Jhering 的國家目的理論，認為刑罰目的在於確保個人、團體生存、共同福祉利益，以及法秩序本身（Rechtsordnungselbst）等<sup>132</sup>。刑罰本身就是一個帶有目的性意義的法益保護工具，同時也是一種強制手段，特別是用以對抗（壓制）犯罪人於侵害法益時所表現出來的犯罪意思。又因為刑罰對於犯罪人具備教化、威嚇，以及無害化（Unschädlichmachung）等效果，因此應屬

<sup>129</sup> Paul Johann Anselm Feuerbach (Ritter von), Revision der Grundsätze und Grundbegriff des positiven peinlichen Rechts, 1799, S. 40; 雖然 Feuerbach 認為刑罰應具備威嚇效果，但並未主張重刑化的刑事政策。見柯耀程，刑法概要，頁 424（2007）。

<sup>130</sup> Zabel, aaO. (Fn. 121), S. 95.

<sup>131</sup> Zabel, aaO. (Fn. 121), S. 99.

<sup>132</sup> 進一步說明，可參考 Zabel, aaO. (Fn. 121), S. 100.

最有效率的安全手段<sup>133</sup>。然而，其實 Liszt 在其著名的「馬堡綱要」（Marburger Programm）已經嘗試將刑法朝向秩序管制功能的方向擴張，即便如此，Liszt 認為刑法與其他的制裁範疇及形式之間仍有必要為本質上的區分，特別是跟行政法與警察法。

至少到此為止，我們應可瞭解到 Liszt 的特別預防論為何沒有出現在象徵刑法的討論脈絡，根本原因或許在於，特別預防強調犯罪人的無害化與教化等問題必須先透過刑罰的執行才有可能實現，而不是單純透過警告方式（Androhung），所謂的威嚇效果也必須等到刑之宣告與執行之後才能夠發揮作用<sup>134</sup>。儘管如此，Liszt 雖然主張刑法是刑事政策不可攀越的界限<sup>135</sup>，但另一方面卻又認為刑罰並非一套以法治國原則為基礎的罪責衡平手段，而是一個對於社會損害性的行為採取合目的性的及社會有益性的具體回應<sup>136</sup>。依此看來，Liszt 的特別預防理論恐怕將會面臨到更棘手的難題，也就是任何一個隨時代變革所形成的安全策略（Sicherheitsstrategie），可能會不當導致刑罰與其他法規範之間的界限模糊不清<sup>137</sup>。換句話說，特別預防觀點即有可能讓刑法完全擺脫法治國原則的拘束，全面趨向於功能主義式的秩序管制模式，例如當代社會一直存在的重刑化思維，雖然表面看起來是強調心理威嚇式的功能取向，實質上不外乎正是考慮到為了永久（或者相當長時間）隔離「輿論大眾」認為無法再教化之犯罪人（危險源）<sup>138</sup>，典型者為性侵害犯、吸毒犯等。另外，頗值得注意的是，現代社會逐漸形成一股認知氛圍，認為

<sup>133</sup> Franz von Liszt, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, Nachdruck, 2002, S. 42.

<sup>134</sup> Carl Constantin Lauterwein, *Symbolische Gesetzgebung*, 2006, S. 47.

<sup>135</sup> 柯耀程，前揭註 119，頁 601。

<sup>136</sup> Hilgendorf, aaO. (Fn. 18), S. 46.

<sup>137</sup> Zabel, aaO. (Fn. 121), S. 102.

<sup>138</sup> 例如黃榮堅，「重刑化刑事政策之商榷」，*台灣法學雜誌*，第 45 期，頁 69（2003）指出：「重刑化刑事政策的另外一個主要想法是，不管刑罰有沒有威嚇功能，至少自由刑或甚至死刑可以有隔離犯罪個人與社會的接觸，因此刑期越久，至少隔絕個別犯罪的時效也越久。」

凡是酒醉駕車<sup>139</sup>、食品添加塑化劑<sup>140</sup>等行爲也都應該科以重刑對待。凡此現象實際上均已表現出特別預防論開始質變爲另一種極端的純粹危險控制思維。

#### 4.1.5 積極的一般預防論

依照象徵刑法特徵的分析結果，積極一般預防論乃是刑法作爲確保安全手段的核心論據，或許從此看來，刑罰目的論與秩序管制功能具有直接關連者應屬積極一般預防。不過，頗值得探究的是，刑罰目的如何從積極一般預防連結到社會安全或是純粹秩序管制的思維。目前多數學說見解皆認爲刑罰目的在於積極一般預防，國家藉由處罰犯罪人的手段讓一般大眾再度建立法信賴與法忠誠的態度。而積極一般預防理論從 1970 年代的德國重新開始獲得重視，在此之前仍是以再社會化思維爲主軸<sup>141</sup>。從理論史的發展脈絡切入，積極一般預防的理念最早可以追溯到 Carl-Theodor Welcker 於 1813 年關於各種刑罰目的所提出的綱要說明，其中提到了刑罰目的在於，針對違法之情形重建一般市民的注意與信賴，以及在市民之間重建法的意志決定<sup>142</sup>。另外，Durkheim 於 1893 年從法社會學的觀點賦予刑罰目的的意義，其所持論點已經明顯帶有積極一般預防的影子，也就是犯罪是對於社會集體法意識的干預，並且對於集體團結造成危險，刑罰的任務因此在於維持社會團結。爲了實現此等目的，即有必要讓社會對於刑罰的活力（Lebensfähigkeit）形成一定

<sup>139</sup> 立法機關之具體回應，參見施曉光、邱俊福，嚴懲酒駕 立委提案修法，2012 年 6 月 10 日，自由時報電子報網站：<http://www.libertytimes.com.tw/2012/new/jun/10/today-so4.htm>（最後點閱時間：2012 年 7 月 20 日）。

<sup>140</sup> 立法機關之具體回應，參見李曉儒、陳柏諭，食衛管理修法，藍綠立委版本多，公視新聞網網站：<http://news.pts.org.tw/detail.php?NEENO=181397>（最後點閱時間：2012 年 7 月 20 日）。

<sup>141</sup> Arthur Kaufmann, *Das Schuldprinzip*, 1976, S. 64.

<sup>142</sup> Funcke-Auffermann, aaO. (Fn. 36), S. 73. 基本上，Welcker 強調，刑罰目的（Zweck）與刑罰理由（Grund）必須有所區分，前者乃是針對當下與未來的法維持與法秩序重建，而後者則是針對已發生的行爲，亦即罪責。See Tilman Rückert, *Der intellektuelle Verbrechenschaden bei Carl-Theoder Welcker*, 1998, S. 64.

共識<sup>143</sup>。儘管如此，實際上積極一般預防功能開始具備較成熟的理論原型應可溯及到 Welzel 的觀點。概括地說，Welzel 認為刑法應當具有長期影響法意識與市民之法信賴的積極效果，亦即刑法透過刑罰手段表徵出正向之行動價值（positive Aktwerte）的不可侵害性、形塑市民的社會倫理判斷，以及強化市民原有的法信賴良知<sup>144</sup>。但是，Welzel 自己似乎不認同這是積極一般預防的說明，因為此等論點乃是源自於刑法本身具備之積極的、社會倫理的本質（positiv-sozialethische Natur）而來<sup>145</sup>。

暫且不論 Welzel 如何看待自己的理論，近代學理上的多數論者均已明確表態支持積極一般預防論<sup>146</sup>，而其理論基礎則是有意識地跟「犯罪應報論的智慧」（Weisheit der Tatvergeltungslehre）結合<sup>147</sup>。即便如此，這裡仍值得說明的是，真正為積極一般預防論建構完整的論述基礎者首推 Günther Jakobs，具體方法上其則是以德國社會學家 Niklas Luhmann 的系統理論作為基礎，援據該理論所開展的「期待失望」（Erwartungsenttäuschung）概念作為預防理論的論述核心。基本上，Jakobs 認為刑罰功能不在威嚇潛在的犯罪人或是讓已經犯罪之人變得更好，而是僅在於維護社會大眾對於法規範的信賴基礎<sup>148</sup>。進一步地說，系統理論下的法律作為全社會的一個次系統，又法律系統是藉著「法、不法」這組差異的二元符碼獲得自身運作上的封閉性。藉著

<sup>143</sup> Funcke-Auffermann, aaO. (Fn. 36), S. 73.

<sup>144</sup> Welzel, aaO. (Fn. 117), S. 2-3.

<sup>145</sup> Welzel, aaO. (Fn. 117), S. 3.

<sup>146</sup> Roxin, aaO. (Fn. 110), Rn. 26 ff.

<sup>147</sup> Winfried Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl., 1990, S. 324; 亦有論者認為積極一般預防實際上是應報理論的再建構而已，例如 Felix Herzog, Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts, 1987, S. 51-52.

<sup>148</sup> 概括而言，相較於傳統法社會學就法應具社會控制功能的理解，Luhmann 則是認為法的功能在處理「期待」，法律系統的獨特社會功能即在於規範性期待的穩定。換言之，法所要解決的核心議題為期待之時間拘束的社會成本，例如透過規制，規範性期待之時間的、事物的與社會的一般化來加以穩定。規範相對人可以透過法確切瞭解合法與不法之界限所在。完整的分析，可參見張嘉尹，「系統理論對於法全球化的考察」，王鵬翔編，2008 法律思想與社會變遷，頁 94（2008）。

法律系統這個二元符碼可以創造出下述的安定性，「當人們站在法的這一邊時，人們便是站在法的這一邊，而不是站在不法的那一邊。如此一來，法律的不安定性只還存在於原則上可被消除的形式中，亦即關連在法律系統自身做出來的決策時。」<sup>149</sup>此外，法律系統爲了排除期待失望的情形，即有必要藉助制裁手段處罰違法之人（造成失望之人），主要目的在於，一方面可以讓違法之人形成從事合法行爲的動機；另一方面，可以在失望的情形下明白宣示系統將持續穩定期待。因此，不論是在事後或者爲了未來的事件，無論如何制裁都必須被有效貫徹，藉此亦是明確表明法律系統維護期待的決心<sup>150</sup>。對 Luhmann 而言，立法的形貌（Bild von Gesetzgebung）是多功能面向的，而刑罰本身已經足以表現出相當的說明效力，只不過這種說明效力並不是在執行刑罰之後始告確定的具體效果，而是被抽象理解爲一種「象徵性的執行」（symbolische Exekution）<sup>151</sup>。依此，Jakobs 基於 Luhmann 的法系統論進一步認爲，刑罰的任務應當被定位在，透過規範承認的訓練來達成一般預防效果。也就是說，因爲社會衝突產生了期待失望（違反法規範），刑罰系統在這種情形下向信賴規範之人進行確認：「無論如何，信賴依舊是正確的，只是在造成失望的人（犯罪人）這邊出現了一個錯誤。」<sup>152</sup>所以，刑罰必須排除期待失望以穩固系統的穩定運作，特別是透過「規範有效性之確認」（Bestätigung der Normgeltung）的手段，促進社會交往的實現可能<sup>153</sup>。更精確地說，刑罰的目的在於透過規範有效性的宣示方法，來穩定已經遭到破壞的規範秩序，又此種宣示方法並非取決於法規範的價值內容，而是決定

<sup>149</sup> Niklas Luhmann 著，湯志傑、魯貴顯譯，生態溝通：現代社會能應付生態危害嗎？，頁 103（2001）。

<sup>150</sup> Niklas Luhmann, Rechtssoziologie, 4. Aufl., 2008, S. 60.

<sup>151</sup> Luhmann, aaO., S. 108.

<sup>152</sup> Günther Jakobs, Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern, ZStW 101 (1989), S. 516 (517 f.).

<sup>153</sup> Günther Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Aufl., 1993, 1. Ab. Rn. 4.

於形式的法效力<sup>154</sup>。或許從這裡可以理解為何 Jakobs 會認為刑法於實證經驗上能否實現一定的預防效果並非問題所在，因為真正的重點在於我們假設了經驗上的預防效果，並且認為此一效果係屬可信<sup>155</sup>。儘管如此，Jakobs 後來修正了自己的理論，認為刑法具有「證實社會同一性」的抽象功能<sup>156</sup>，也就是刑罰為破壞秩序之人應付出的代價，藉著處罰得以讓一般人知道遵守規範與大家所共同肯認的價值取向等皆屬正確<sup>157</sup>。然而，刑罰不只是維持社會同一性的工具，而是其本身就是這個同一性的表現，所以規範重點在於強調刑罰本身已經足以體現出維持社會同一性的意義。基於這種刑罰的象徵意義，Jakobs 認為刑法的溝通是否及如何產生言說上的效果，或者影響心理系統（個人），均非所問<sup>158</sup>。換句話說，在溝通的層次上，刑法僅關注對於遭到破壞的規範效力予以持續重建，至於社會的及個別心理的效果，例如維持或穩定法信賴，則是一種只能期待的言說作用<sup>159</sup>。整體看來，Jakobs 後來修正的理論仍多受 Luhmann 之系統理論的影響，只不過相當程度上已經朝向 Hegel 的絕對理論靠攏。

除了上述的理論說明，我們若將問題重新聚焦在所謂的重新建立一般大眾的法信賴與法忠誠，不論採取何種積極預防的觀點都會有疑慮的地方是，所謂忠誠與信賴的命題其實內容也可以簡化成「規範效力之承認」的理解。如果刑罰目的只是在於強調產生規範效力承認的效果，恐怕刑法的運作邏輯同時會被簡化為「透過刑罰維持刑法的實效性」<sup>160</sup>，或者也可以說是，純粹

<sup>154</sup> Jakobs, aaO., 1. Ab. Rn. 14-15.

<sup>155</sup> 進一步分析，可參見 Neubacher, aaO. (Fn. 9), S. 855-856.

<sup>156</sup> Günther Jakobs, Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken, ZStW 107 (1995), S. 844 ff.

<sup>157</sup> 許玉秀，「刑法的任務——與效能論的小小對話」，刑事法雜誌，第 47 卷第 2 期，頁 2（2003）。

<sup>158</sup> Jakobs, aaO. (Fn. 156), S. 869 ff.

<sup>159</sup> Jakobs, aaO. (Fn. 156), S. 844-845.

<sup>160</sup> 類似批評，參見 Winfried Hassemer, Strafrecht, Prävention, Vergeltung. Eine Beipflichtung, in: Strafrecht. Sein Verständnis, seine Welt, 2008, S. 56.

透過刑罰制約社會成員不去實施分則各罪的不法行爲。如此一來，刑法作爲純粹的秩序管制或行爲控制手段也就不無可能，畢竟刑法最終在乎的也只有自身的規範效力是否被貫徹而已。爲了避免此種過於極端的循環發展，可能的方法爲把積極一般預防的刑罰效用連結到刑法任務，亦即「法益保護」<sup>161</sup>。即便如此，倘若法益內容越是抽象，或是本質上就是安全概念的另一種表述，積極一般預防下的刑罰目的，無論如何都還是有可能導向於純粹秩序控制的危險防禦思維。

#### 4.1.6 小結

總體看來，我們觀察到不論是何種刑罰目的論，實際上都有可能從節制國家權力的基礎逐漸走向釋放國家權力的結果。對此，頗值得反思的是，根本來說，人類社會的進化過程就是不斷擺脫自然律所決定下來的本能，逐漸轉變爲（經驗性的）理性行動模式，並且導向於一種自主形成行動規則的自由狀態。所以，任何一規範系統所建構的期待體系一旦脫離了心理系統（個人）之關連性的話，將喪失其最基本的理性建構及辯證基礎。再者，刑法作爲人類理性行動之下的社會產物，我們對其無法像對待自然事物一般可以透過觀察方法得到具體的存在特徵，而是必須透過「同意」（Zustimmung）的方式產生<sup>162</sup>。正是因爲如此，如果想要更適切地掌握刑法的本質也只能夠不斷透過自由、權利、目的、任務與功能等議題的交互辯證，藉此獲得建構刑法系統的理性共識。但有問題的是，這裡的辯證脈絡應當如何被掌握。基本上，所謂的目的與任務通常是指我們企圖達到什麼樣的成果，相較之下，功能則是爲了實現這個企圖現實上會有如何的手段安排與調整<sup>163</sup>。所以，如果我們想要透過刑法解決社會衝突，也就有必要將實際的規範功能連結到預設的刑罰目的與刑法保護法益任務等。又因爲刑法作爲人類社會活動下的產物且爲（理性）法的一部分，而其規制效果涉及到社會成員之自由權利的干預

<sup>161</sup> 許恆達，前揭註 10，頁 149；許玉秀，前揭註 157，頁 5。

<sup>162</sup> Hassemer, aaO. (Fn. 160), S. 43.

<sup>163</sup> Hassemer, aaO. (Fn. 160), S. 44.

時，任何關於目的、任務與功能的內涵辯證（或批判）皆有必要立基在合乎比例的正當性基礎（完整說明，請參考下述「4.2」及「5」處的說明），而非只是一昧強調現實上刑罰應當發揮或者提高如何的實效。

另外，亦可想像的是，特別是在風險社會下的風險論述、政治、法律文化等因素交互影響之下，不論是採取何種刑罰目的論，只要我們不斷地將刑罰手段連結到各式各樣想得到的功能任務，例如強調安全思維，就有可能透過目的辯證的方法直接或間接地重新建構刑法形象及功能，進而擴張其原有的規制範疇。換句話說，風險社會下的刑罰目的論有兩種可能的潛在發展路徑：一者為，過度強調刑法的風險抗制功能，導致實質上刑法手段擺脫既有的刑罰目的論基礎及法益保護，兩者之間失去意義脈絡的連結；另一者為，將刑罰目的直接導向於純粹秩序控制的理解，賦予國家積極動用刑法手段抗制風險的正當性。無論如何，這兩種發展路徑終將導致刑法功能不僅是跨越到其他（行政）法領域的任務領域，甚至是作為一套無所不包的社會性控制手段。所以，延續這裡的批判脈絡，因為現代刑法的核心理念乃是以安全確保、危險防禦等預防導向的象徵性立法，刑罰目的不可避免地將首重於「純粹的秩序控制」或者「規範效力之承認的可能性」，而所謂的法益保護任務亦是轉由抽象的「安全保證」取代之。就在這些目的任務的預設前提之下，個人自由權利與最後手段性等核心的法治國要素隨之退居第二位。

## 4.2 現代刑法的預設理性界限

自始以來刑法多少被賦予控制及改善世界的功能定位，任何定位實質上也正是呼應了我們對於國家及社會的想像為何，以及影響刑法既有理論體系的再建構取向。然而，現代刑法為了因應安全需求而導致過度象徵性的結果，理論體系的發展上已經顛覆了傳統刑法原有的核心價值，特別是法治國原則。倘若我們認為這樣的法制發展已經走向歧途，那麼應如何將其拉回到應有的路線。為此，首要解決的問題癥結點應當是：1.風險社會概念誤植於現代的刑法政策思維，以及 2.刑事不法概念的實質建構。

#### 4.2.1 風險理性

現代刑法所規範的犯罪現象大多集中在環境汙染、經濟犯罪、毒品犯罪、恐怖份子、青少年犯罪、性侵害犯罪，以及跨國性組織犯罪等，而這些犯罪背後代表的風險與 Beck 詮釋的「新的風險」（*neue Risiken*）兩者之間，除了環境及食品衛生犯罪之外，似乎在概念上並無任何具體的關連性<sup>164</sup>。或許是因為 Beck 提出的風險論述本質上還是傾向於描述性的意義，在沒有堅實的理論基礎給予支持的情形下，容易導致概念的空洞化。基此，原本屬於社會學領域的風險社會概念被植入刑事法領域之後，因為概念不精確下的可操控性讓其早已失去了應有的概念形象，取而代之的只是一種純粹的且強烈情緒性的社會不安全感，又以此種安全感所建構出來的刑法規範系統也就無法避免偏離既有的法治國基礎。這裡我們援引德國法社會學家 Luhmann 對於風險社會的詮釋，嘗試提出另外一條可能的思考途徑。Luhmann 認為現代社會之所以是一個風險社會，不是因為它製造了危害、痛苦、毀壞，而是任何的危險我們無法再利用所謂的不幸或命運加以包裝，因為幾乎所有發生的一切必須歸因於到某項決定，例如地震導致房子毀壞，並不是因為地震而是因為某個建築人員的錯誤決定，忽略地震帶上的建築安全規定<sup>165</sup>。相較之下，或許我們會說對房子進行補強可以讓整體結構更穩固，而這樣的作法似乎也會讓人覺得更安全，但不可否認的是，任何一個補強決定同樣會形成其他可能的潛在建築風險。無論如何，當我們的決定介入到某個自然世界的運作（地震）、社會的工業化進程（排放污水），或是人為舉止（開快車）的時候，形同製造了世界的可塑性、可改變性與可引導性的意識，對此所有付出的代價是錯誤決定或是不做決定等所帶來的風險<sup>166</sup>。依照 Luhmann 的說法，我們必須衡量某個方法與另一個方法的決定風險，而人們

<sup>164</sup> 同此批評，已見 *Lothar Kuhlen, Zum Strafrecht der Risikogesellschaft, GA 1994, S. 357.*

<sup>165</sup> Georg Kneer & Armin Nassehi 著，魯貴顯譯，前揭註 38，頁 228-229。

<sup>166</sup> Georg Kneer & Armin Nassehi 著，魯貴顯譯，前揭註 38，頁 229。

也就必須容忍風險決定下的風險<sup>167</sup>。舉例來說，既然任何決定都是帶有風險的，只要我們決定透過法律手段抗制那些被認為是風險的事實狀態（例如食品衛生、電腦資訊利用、內線交易、性侵害等），就必須考慮到所有的抗制決定都會伴隨著一定的風險（例如刑法既有理論體系的崩解、不當干預個人自由等）。如此一來，刑事立法不能只是單向式地對風險做出回應與抗制，反而亦須檢視所有刑法手段對於法規範自身可能存在的影響。限於篇幅因素，這裡我們無意全面檢討 Beck 或 Luhmann 何者對於風險社會的詮釋較為妥適，說明重點只是在於，試圖藉由 Luhmann 的風險概念凸顯出，當代刑事立法的理論及實務援用風險社會的潛在論述盲點，也就是忽略了現時多所援用的風險社會概念早已脫離了 Beck 原始建構的理解範疇，而實際的概念應用已經轉為一種純粹政治性或社會心理性的安全保證需求。很明顯地，以此為基礎的刑事立法快速地走向擴張並轉變為一套全面的社會性控制工具，並且與傳統的法治國刑法分道揚鑣。為了避免這種極端的發展趨勢，即使刑法必須承擔起風險社會下的風險抗制責任，避免社會系統崩壞的危機，我們認為任何的刑法理論發展仍有必要兼具法治國的與風險理性的雙向特徵。

#### 4.2.2 刑事不法的本質

不可否認的是，現時的社會已經不是 Hegel、Kant、Liszt 等先哲當時所生活的世界，面對當代社會的結構性改變，我們不可能直斷地認為現代社會比起 18、19 世紀更加的文明進步，生活品質也就必然相對安穩，對此典型的反證為近來的食品添加塑化劑與早些年毒奶精風波等，這些事件都讓人深刻體悟到，實際上每個人幾乎無時無刻都暴露在莫名的不確定危險，而當代的法文化思維勢必也會因此受到影響。即便如此，我們認為在任何背景之下的法文化思維變革仍有一些最核心的價值必須被堅持。若是回到法的基本運作邏輯來看，首先，為了讓社會成員得以充分在社會上行動、交往，社會運作的功能之一便是在於劃定出個人權力的界線，同時亦須對個人的權力領域

<sup>167</sup> Gerog Kneer & Armin Nassehi 著，魯貴顯譯，前揭註 38，頁 233。

(Machtsphäre)，以及該領域的不可侵害性提出相對擔保<sup>168</sup>。只有當社會成員在其應有的權力領域內實踐自我，才有可能維持一個和諧的社會共同生活，因此所有人在實現社會生活的過程之中，同樣都負有義務滿足相互之間的行為期待。其次，延續這樣的觀點，法便是一套劃定權力領域界線及提供擔保的制度，個人於此作為一個「權利主體」，所有人相互之間承認彼此皆擁有同等的權利基礎，而透過此種承認關係（Anerkennungsverhältnis）將形成一定的信賴基礎，期待任何人在實現社會生活之時，皆會採取適當的避免措施以防止侵害他人之權利。所以，為了實現法益保護之任務，刑事立法者為各罪所設定的不法構成要件，同時亦是宣示了規範相對人應履行預設的禁止或誡命要求。實際上，分則各罪的不法構成要件可以視為刑事立法者為社會成員的權力領域所劃定的實踐界線，而這些要件背後所宣示的禁止或誡命要求，形同法益尊重要求與確保的實證基礎。就此看來，刑法任務或許亦可更深化理解為提供所謂「期待確保（或穩定）」（Erwartenssicherheit）<sup>169</sup>，而刑法所規範的利益侵害事實也就表徵了，權利主體之相互承認關係的一種破壞現象，社會運作的信賴基礎因此將受到動搖。所以，任何一個利益侵害行為之所以具備刑事上的不法性格，根本理由在於「權利主體之相互承認關係的侵害」<sup>170</sup>。儘管我們認為期待確保是刑法任務的最終目的，但是在這樣的理解定位之下，仍有必要區辨的是，刑罰目的與期待確保之間卻不能直接畫上等號，主要原因在於刑罰功能必須是直接指向於行為控制（Verhaltenssteuerung）的需求，特別是涉及到特定行為侵害他人利益或造成危險的情形，若是刑罰跨越這個行為控制階段的理解，直接過渡到期待確保的階段，勢必導致刑罰是純粹為了滿足個人（或特定團體）單方面的期待需求的危險，或是僅止於強調法規範對其效力受到質疑的形式回應而已。很顯然地，現代刑法的象徵化現象已經表現出這種危機。

<sup>168</sup> Harro Otto, Personales Unrecht, Schuld und Strafe, ZStW 87 (1975), S. 539 (551 f.).

<sup>169</sup> Wiebke Schürer-Mohr, Erlaubte Risiken, 1998, S. 59; Bernd J. A. Müssig, Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz, 1994, S. 143.

<sup>170</sup> Schürer-Mohr, aaO., S. 59.

## 5. 刑法的溝通理性與積極一般預防

爲了積極抵制風險社會中各種形式的風險（恐懼）現象，刑法或許已經無法避免朝向積極的功能性運作，不過，在此發展趨勢之下，本文認爲理性的刑法理論建構與刑罰目的論之辯證仍應堅守下述原則：

### 5.1 刑法作為一部溝通法

如前所述，刑法分則各罪的不法構成要件預設了行爲的禁止或誡命要求（應然義務），因此讓刑法形成一套象徵性的規範機制<sup>171</sup>。如果我們想要讓這套象徵性的規範系統對規範相對人產生一定的影響行爲效果，也就不能只是取決於其所規範的利益侵害現象爲何，而是透過所謂的「溝通」（Kommunikation）<sup>172</sup>。不過，這裡的溝通並非意指人與人之間的交談或是意見交換，而是一種規範功能面向的理解。也就是說，人類的溝通行爲基本上必須仰賴象徵符號始有可能，而其中最重要的符號系統就是語言。又法律系統本身就是由一連串的語言符號所構成，不論是立法或法適用等皆需要透過語言予以呈現。爲了讓所有社會參與者之間的主觀聯繫成爲可能，任何一個以言說爲基礎的溝通行動皆須以達到理解爲目的<sup>173</sup>。

首先，較無疑慮的是，刑法任務一般被理解爲保護法益，或是規制社會成員的外部活動關係，但是這些說明僅止於法效力宣示的形式詮釋而已，實質上刑法仍有必要讓（應然面的）一般化的禁止或誡命要求形成相當穩定的規制狀態<sup>174</sup>，而這種狀態的成就與否則是取決於社會成員對於「規範性的行爲期待」與「合法與不法」等規範性因素的理解可能性<sup>175</sup>。換句話說，爲了

<sup>171</sup> 此處應注意的是，刑法本身保有一定的象徵效果，但不必然因此就是象徵刑法。

<sup>172</sup> Heiko H. Lesch, Die Begründung mittäterschaftlicher Haftung als Moment der objektiven Zurechnung, ZStW 105 (1993), S. 271 (274 f.).

<sup>173</sup> 參見 Jürgen Habermas 著，沈力譯，溝通與社會演化，頁 74-77（1980）。

<sup>174</sup> Müssig, aaO. (Fn. 169), S. 146.

<sup>175</sup> 類似觀點，見 Dirk Fabricius, Gehör, Verständnis, Einsicht, in: Neumann/Herzog (Hrsg.),

讓刑法達到有效且穩定的規制狀態，我們不得不考慮到社會成員對法適用及效力範圍的認知可能性，特別是這種認知可能性的功能使得法規範的存在，從純粹形式的法效力宣示過渡到實際上讓社會成員充分理解與承認，至於具體的方法就是透過刑罰手段表現出違反禁止或誠命要求的效果為何，亦即體現出不法與罪責的意義<sup>176</sup>。其次，誠如 Luhmann 對於法律功能的詮釋，「法律使人們有可能能夠知道，藉由哪些期望，人們能獲得社會性的支持，在哪些期望上則不行。倘若存在著此種期望的確定性，那麼人們就可在更大程度上坦然面對日常生活中的失落。<sup>177</sup>」基此，國家針對特定的利益侵害行為發動刑罰權，目的也就在於對已經發生的規範破壞現象（或行為期待的違反）進行非難，並且表達出規範命令的可貫徹性與宣示規範效力應當受到尊重，同時亦是藉此試圖回復遭到破壞的法和平，以及穩定一般社會大眾繼續信賴法規範的有效性。相較之下，象徵刑法其實真正想要產生溝通效力的對象，卻只是部分的利益團體，或是那些將自己置身於被害人恐懼地位之人而已<sup>178</sup>。

## 5.2 積極一般預防之實質基礎

延續上述規範性溝通的觀點，若是考慮到當代社會結構的複雜性、積極抗制可能發生的風險危機，以及時代性的法文化變遷等現實因素，「積極一般預防論」之於證立刑罰目的來說，應屬一套相對適切與具說服力的說理。

---

Festschrift für Winfried Hassemer, 2010, S. 41.

<sup>176</sup> 見 Georg Freund, *Strafrecht Allgemeiner Teil: Personale Straftatlehre*, 2. Aufl., 2008, § 2 Rn. 52; Hamel, aaO. (Fn. 44), S. 38; 中文文獻可參考蔡聖偉，「評 2005 年關於不能未遂的修法」，*刑法問題研究*（一），頁 81（2008）。

<sup>177</sup> 引自 Niklas Luhmann 著，李君韜譯，*社會中的法*，頁 158（2009）。從系統理論所理解的法律功能是否真的可以完全與個人（心理系統）脫勾，從 Luhmann 的這段說明看來，其實是很有疑問的。所以，Jakobs 的積極一般預防概念以 Luhmann 的系統理論為據，認為刑法的溝通無須考量到言說上的效果，或是對於心理系統（個人）的影響等，恐怕都有再商榷的餘地。

<sup>178</sup> Seelmann, aaO. (Fn. 42), S. 464.

只不過再考慮到上述的風險理性與刑法的法治國基礎，我們認為積極一般預防必須在理論建構的層次採取相當節制的思考，否則就有可能走向象徵立法的困境。簡單地說，積極一般預防最起碼仍須堅守絕對應報論之不法與罪責衡平的要求，以及與刑法的法益保護有所連結<sup>179</sup>。理由分述如下：

1. 基於理論建構上的延續性，雖然積極一般預防論的法信賴與法忠誠等概念原型可以追溯至 Hegel 提出的「溝通－象徵性的」（kommunikativ-symbolisch）犯罪應報，不過，實現法信賴與法忠誠仍須具備一定的前提，亦即刑罰乃是對於犯罪的一種等價回應，而所謂的等價則須仰賴不法及罪責衡平的實質標準<sup>180</sup>。可以想像的是，如果我們捨棄不法及罪責衡平的要求，只是一昧強調法信賴與忠誠此一目的，則有可能形成一種循環論式規範邏輯，亦即刑法為了確保自身的規範有效性，只好再透過刑法及刑罰持續強化法信賴與忠誠，如此一來形同簡化為類似規範論思考的「刑法及刑罰只是為了確保刑法有效性而存在」。簡單地說，當法規範存在的目的就是為了法規範本身的時候，所有原本應備的法治國基礎恐怕將輕易地遭到捨棄。

2. 基本上，現代刑法所呈現出來的規範模式就是一種預防刑法，而犯罪類型大多以抽象危險犯或適格犯為主要。因為過度強調犯罪成立不要求具體的利益侵害結果，所謂的危險性（Gefährlichkeit）因而完全取代了傳統刑法中罪責的地位。儘管程度上抽象危險犯的設計與傳統的罪責理念相互脫勾，而有欠缺不法與罪責衡平基礎的疑慮，不過困難的是，有時候國家為了有效管控風險及恐懼的成本，讓社會系統得以確保自身的穩定運作<sup>181</sup>，因而不得不針對特定風險現象做出相當的立法妥協，創設抽象危險犯以為積極對抗。或許正因為如此，特別是在刑法抗制風險的問題上，為了避免刑法過度前置與罪責衡平之要求完全失據的話，較為適切的犯罪類型設計應以具體危險犯

<sup>179</sup> 對此，有論者指出一項指導性原則，亦即法治國下的預防理論本來即應受到「比例原則」的限制。參見黃榮堅，前揭註 106，頁 17。

<sup>180</sup> Rückert, aaO. (Fn. 142), S. 64.

<sup>181</sup> 王皇玉，「論危險犯」，月旦法學雜誌，第 159 期，頁 242（2008）。

為優先，其次才是抽象危險犯<sup>182</sup>。即便如此，倘若我們仍堅持抽象危險犯依舊是國家抗制風險的首要選擇，那麼至少在立法技術上必須堅持，所謂的不法行為必須是對法益侵害具有典型或特殊的危險<sup>183</sup>。換句話說，抽象危險犯跟具體危險犯的危險性一樣，都是指行為本身具有促成法益侵害的潛在能力，兩者差別只是保護階段的技術性選擇，而非危險高低的階級評價<sup>184</sup>。只不過在抽象危險犯，依據一般生活經驗法則，某種行為確實存在著法益侵害的高度可能性，所以關於行為之危險本質的認定，不再取決於行為人是否可以控制的客觀事實（立法上的假定），以便提供法益更周延的保護。然而，這樣的說明畢竟只是一種對規範之形式結構的限縮嘗試而已，也就是立法上的假定必須符合經驗行為上的危險預測。這裡仍值得注意的是，所謂的經驗行為往往只是一種透過觀察而得到的認識結果，而觀察在概念上大多側重於表達，觀察者對於特定事件的單向認識活動，亦即關於「如何（發生）」的描述。如果刑法欲產生預防性的溝通效果，法律規定與適用似乎就不應該被限制在單方的描述性觀察，而是必須讓社會成員對於經驗上的危險預測，進一步產生「為何（處罰）」的規範性理解。如此一來，法規範始有可能與社會成員產生一定的主觀聯繫，並且促使其採取一定的意向性行動<sup>185</sup>。進一步地說，不論刑事立法、法解釋、追訴、審判，以及執行刑罰等均可被理解為某種形式的言說行動（符號使用）。特別是透過程序法的具體運作，訴訟主體的法意識可以透過法律言說行動，針對涉及自身權利義務之法規範的解釋適用、有效性與正當性提出相關論證，並且促成合理的可接受性<sup>186</sup>。而國家

<sup>182</sup> 林東茂，前揭註 94，頁 38。

<sup>183</sup> *Kuhlen*, aaO. (Fn. 164), S. 363; 概念辯證上，抽象危險犯不能只是從擴張刑罰權理解，而是反思作為一種限制的概念。參見古承宗，前揭註 71，頁 149 以下。

<sup>184</sup> 參見許玉秀，「無用的抽象具體危險犯」，*台灣法學雜誌*，第 8 期，頁 85、88（2000）；李茂生，「論義務者遺棄罪的罪質與危險犯的概念（下）」，*法令月刊*，第 63 卷第 3 期，頁 29（2012）。

<sup>185</sup> 相關的理論基礎，參見 *Jürgen Habermas* 著，沈力譯，前揭註 173，頁 10-12。

<sup>186</sup> 參見顏厥安，前揭註 47，頁 150。

刑罰權的發動時機與要件等，在歷經司法程序之後獲得確認（有罪、無罪判決），又該確認結果應當能夠促使社會成員確實理解，以及接受刑法適用之有效性主張的合理性與正當性。為此，諸如刑法任務與刑罰目的之間的意義關連性、刑事不法，以及理性的制裁界限等命題都會是規範溝通的關鍵因素，又對於這些命題的有效證立，在語言系統的運用條件之下，不免就有必要再藉助一些特殊符號以促成穩定的立法結構與規範性理解。就此，刑法學理上常所提及的法益概念即屬這裡所稱的特殊符號之一。換句話說，法益概念的發展或許從啓蒙時代開始有其獨特的歷史促因，或者是受到刑法理論之哲學體系變遷的影響，例如 20 世紀初的新康德學派學者 Erich Schwinge 以價值哲學為基礎，首度將法益深化為解釋分則各罪的指導原則等<sup>187</sup>，但是無論如何，實際上我們正是不斷地透過法益這個概念媒介來辯證及確認刑法的本質為何<sup>188</sup>。相較之下，就當代刑事法上的風險抗制來說，關於刑法本質（Natur des Strafrechts）的辯證，確實在現今的風險社會一直持續進行著，只不過輔以言說行動的溝通觀點，我們更可以瞭解到法益功能應該再轉向於，如何使一個兼具（風險）理性（可參考本文 4.2.1 所述）的刑法本質辯證成為可能。

再者，一方面為了避免刑事立法者任意以保護國家、社會制度為名，實質上卻是為了滿足社會大眾莫名的安全感，而創設內容極為抽象的超個人法益，另一方面，亦是為了讓分則各罪的要件設定能夠清楚體現刑事不法的根本內涵（請參考本文 4.2.2 所述），我們就有必要將法益內容限制在「與傳統的個人法益有所連結」（個人法益理論）<sup>189</sup>，例如生命、身體、健康、自由、名譽、財產法益等，藉以避免刑法的溝通功能淪為空談。因為如果刑法作為一部溝通法的命題為真，以及欲產生有效的規範理解，那麼刑法就應先考慮到其所欲保護的對象（法益），在經驗世界的變化過程之中可以直接或

<sup>187</sup> Erich Schwinge, *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht*, 1930, S. 33.

<sup>188</sup> 實質上相同，參見許恆達，前揭註 10，頁 151。

<sup>189</sup> 古承宗，前揭註 71，頁 154-155；類似見解，參見黃榮堅，前揭註 106，頁 26-27。

間接地被掌握，而非只是單純爲了產生社會性控制的拘束效果而發動刑罰權，畢竟在這種情形下，刑法只是淪爲單向性地向社會成員傳遞禁止訊息，特別是一種純粹威嚇或警告的訊息而已，實際上根本無法讓其對於制裁意義產生穩定且有效的理解。換句話說，或許我們更應強調刑法溝通乃是與所有社會成員，而非只是跟個別的犯罪人進行「雙向性的理解」（Einsicht）<sup>190</sup>。就此，（個人的）法益概念正是促成穩定且有效溝通的關鍵之一。所以整體看來，若是認爲抽象危險犯較能發揮一般預防功能而被立法者廣泛採納，只能說是倒果爲因的理解<sup>191</sup>。

最後，如本文 4.2.2 所述，刑罰功能必須直接指向行爲控制的需求，而行爲控制的準據存在於分則各罪所預設的各種行爲規範，因此邏輯上，一個有效的行爲控制取決於刑罰維持行爲規範的「效力之有效性」（Geltungskraft）。但應注意的是，只有當刑事法能夠持續且穩定地成爲社會成員做出行爲決定的動機因素之時，法規範的事實性與有效性兩者之間才能夠被確實建立，而形成一套屬於個人自決的行事準則。也只有在這樣的前提之下，我們才能防止任何人再度擺脫行爲規範的拘束，而真正達到分則各罪所企圖實現的行爲控制需求。又爲了能夠達成法規範事實性與有效性之間的確實連結，勢必有必要讓一般人可以理解到行爲規範的拘束性應受到尊重，只不過促成一般人有效理解的前提在於，至少規範相對人不論是在生理或者智識等條件狀態下應具備實現刑事處罰的意義與界限，特別是行爲之於特定利益的侵害危險性格。所以，從個人內在的資訊認知與理解程序出發，現實上只要行爲人有能力足以認識到法規範上的應爲要求，便可以在其心理上形成一定的行爲或不行爲動機<sup>192</sup>。

<sup>190</sup> Hassemer, aaO. (Fn. 59), S. 108; 應注意的是，這裡所稱的理解是指個人接收資訊，並加以理解之程序，參見 Fabricius, aaO. (Fn. 175), S. 41-42.

<sup>191</sup> 正確的批評，參見許玉秀，前揭註 184，頁 89。

<sup>192</sup> 古承宗，「刑事交通事件中的容許風險與信賴原則」，月旦法學雜誌，第 193 期，頁 48-49（2011）。

總結地說，積極一般預防下的刑罰欲產生具理解性的（言說）溝通效果，即有必要讓社會大眾能夠有效掌握刑事不法之意義與刑罰的可能界限，其中又以個人法益理論與不法、罪責衡平要求最為關鍵。若不如此為之，積極一般預防恐怕難以形成理性的刑罰目的觀，而刑法無法獲得社會成員的信賴，終將淪為國家恣意發動刑罰權干預個人自由權利的藉口，恣意擺脫法治國原則的限制。

## 6. 結論

最後，分項說明本文的分析結果：

1. 基於風險社會下的社會安全心理，刑法乃是國家降低風險及確保安全的主要手段。又強調安全與預防的刑法概稱為「現代刑法」，規範領域大多為特殊的環境污染、金融交易、毒品、食品衛生、逃漏稅捐，以及入侵電腦等。為了有效抵制所謂的風險（恐懼），刑法適用範圍不斷地被擴張與前置化，終究擺脫了傳統的法治國刑法。因此，刑法從原本只是處罰有責的法益侵害行為的最後手段，轉變為富有彈性的風險抵制工具。

2. 以確保安全為要務的現代刑法帶有明顯的象徵化特徵，亦即大量使用抽象危險犯、法益內容越來越抽象，以及無被害人的犯罪型態等。但為了積極滿足抽象的社會安全心理，刑法或許根本無力解決所謂的風險威脅，卻是刑事立法者用來平復社會輿論，以及強化社會成員的法信賴與忠誠。事實上，現代刑法之象徵化現象，純粹只是在於試圖維繫規範的有效性，而國家最終得以透過刑法進行全面的社會性控制。

3. 為了避免刑法淪為安撫社會的風險恐懼或安全心理的手段，而與傳統的法治國刑法分道揚鑣，即使刑法仍為風險抵制的首選，規範結構上仍應堅守法治國基礎與風險理性等原則。換句話說，國家選擇刑法作為抵制風險的手段有必要同時考慮到，相關的立法決定可能產生侵蝕法治國刑法，以及不當干預個人自由等危險。又刑法作為一部溝通之法，刑罰目的在於表達規範命令的可貫徹性與宣示規範效力應受到尊重，以及穩定一般社會大眾繼續信

賴法規範的有效性。然而，如果刑罰欲產生具理解性的預防溝通效果的話，則有必要讓社會成員有效掌握刑事不法意義與刑罰界限。對此，風險社會的刑事立法須以個人法益理論，以及不法與罪責衡平等原則作為基礎，始有可能促成理性的刑罰溝通效果。

## 參考文獻

### 中文書籍

- Erich Fromm 著，管韻鈴譯，《逃避自由》，志文出版，臺北（2002）。（Erich Fromm [auth.], Yun-Lin Guan [trans.], *Escape from Freedom*, Zhi Wen Publishing, Taipei (2002).）
- Georg Kneer & Armin Nassehi 著，魯貴顯譯，《盧曼社會系統理論導引》，巨流出版，臺北（1998）。（Georg Kneer & Armin Nassehi [auth.], Kuei-Hsien Lu [trans.], *Niklas Luhmanns Theorie Sozialer Systeme*, Chuliu Publishing, Taipei (1998).）
- Jürgen Habermas 著，曹衛東等譯，《公共領域的結構轉型》，聯經出版，臺北（2005）。（Jürgen Habermas [auth.], Wei-Tong Tsao et al. [trans.], *The Structural Transformation of the Public Sphere*, Linking Publishing, Taipei (2005).）
- Jürgen Habermas 著，沈力譯，《溝通與社會演化》，結構群出版，臺北（1980）。（Jürgen Habermas [auth.], Li Shen [trans.], *Communication and the Evolution of Society*, Structural Culture Publishing, Taipei (1980).）
- Niklas Luhmann 著，李君韜譯，《社會中的法》，五南出版，臺北（2009）。（Niklas Luhmann [auth.], Chun-Tao Lee [trans.], *Das Recht der Gesellschaft*, Wu-Nan Books, Taipei (2009).）
- Niklas Luhmann 著，湯志傑、魯貴顯譯，《生態溝通：現代社會能應付生態危害嗎？》，桂冠出版，臺北（2001）。（Niklas Luhmann [auth.], Chih-Chieh Tang & Kuei-Hsien Lu [trans.], *Ökologische Kommunikation: Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?*, Laureat Publishing, Taipei (2001).）
- Scott Lash 著，許夢云譯，《資訊的批判》，韋伯文化出版，臺北（2007）。（Scott Lash [auth.], Meng-Yun Hsu [trans.], *Critique of Information*, Weber Publication International, Taipei (2007).）
- 林山田，《刑法通論（下）》，10 版，作者自版，臺北（2008）。（Lin, Shan-Tien, *Criminal Law: General Principles, Part II*, 10th ed., Shan-Tien Lin, Taipei (2008).）
- 林東茂，《刑法綜覽》，7 版，一品出版，臺北（2012）。（Lin, Dong-Mao, *Criminal Law*, 7th ed., Yi-Pin Publishing, Taipei (2012).）

- 柯耀程，〈刑法概要〉，元照出版，臺北（2007）。（Ko, Yao-Cheng, *Introduction of Criminal Law*, Angle Publishing, Taipei (2007).）
- 陳子平，〈刑法總論〉，2版，元照出版，臺北（2008）。（Chen, Zi-Ping, *Criminal Law: General Principles*, 2d ed., Angle Publishing, Taipei (2008).）
- 黃榮堅，〈基礎刑法學（上）〉，4版，元照出版，臺北（2012）。（Huang, Jung-Chien, *Basic Criminal Law, Part I*, 4th ed., Angle Publishing, Taipei (2012).）

## 中文期刊

- 王正嘉，〈風險社會下的刑法保護機能論〉，《法學新論》，第6期，頁75-100，2009年1月。（Wang, Jiang-Jia, *On the Protecting Function of Criminal Law Under Risk Society*, *Journal of New Perspectives on Law*, no. 6, at 75-100, Jan. 2009.）
- 王皇玉，〈論施用毒品行為之犯罪化〉，《臺大法學論叢》，第33卷第6期，頁39-76以下，2004年11月。（Wang, Huang-Yu, *On the Criminalization of Drug Abuse*, *National Taiwan University Law Journal*, vol. 33, no. 6, at 39-76, Nov. 2004.）
- 王皇玉，〈論危險犯〉，《月旦法學雜誌》，第159期，頁235-244，2008年8月。（Wang, Huang-Yu, *Gefährdungsdelikt*, *The Taiwan Law Review*, no. 159, at 235-244, Aug. 2008.）
- 古承宗，〈危險的電子遊戲場？——評析大法官釋字第六四六號解釋〉，《東吳法律學報》，第21卷第1期，頁129-162，2009年7月。（Ku, Chen-Chung, *Das Gefährliche Casino? – Anmerkung Zur Verfassungsrichterlichen Auslegung Nr. 646*, *Soochow Law Review*, vol. 21, no. 1, at 129-162, July 2009.）
- 古承宗，〈刑事交通事件中的容許風險與信賴原則〉，《月旦法學雜誌》，第193期，頁40-54，2011年6月。（Ku, Chen-Chung, *On Crime of Danger*, *The Taiwan Law Review*, no. 193, at 40-54, June 2011.）
- 李佳玟，〈風險社會下的反恐戰爭〉，《月旦法學雜誌》，第118期，頁30-40，2005年3月。（Lee, Chia-Wen, *The Anti-Terrorism War in Risk Society*, *The Taiwan Law Review*, no. 118, at 30-40, Mar. 2005.）
- 李茂生，〈風險社會與規範論的世界〉，《月旦法學雜誌》，第173期，頁145-153，2009年10月。（Lee, Mau-Sheng, *World of Risk Society and Normative Theory*, *The Taiwan Law Review*, no. 173, at 145-153, Oct. 2009.）

- 李茂生，〈論義務者遺棄罪的罪質與危險犯的概念（下）〉，《法令月刊》，第 63 卷第 3 期，頁 14-33，2012 年 3 月。（Lee, Mau-Sheng, The Nature of Crime of Abandonment by an Obligor and the Concept of the Gefährdungsdelikt (Part II), The Law Monthly, vol. 63, no. 3, at 14-33, Mar. 2012.）
- 許玉秀，〈無用的抽象具體危險犯〉，《台灣法學雜誌》，第 8 期，頁 85-89，2000 年 3 月。（Hsu, Yu-Hsiu, Useless Abstraktes konkretes Gefährdungsdelikt, Taiwan Law Journal, no. 8, at 85-89, Mar. 2000.）
- 許玉秀，〈刑法的任務——與效能論的小小對話〉，《刑事法雜誌》，第 47 卷第 2 期，頁 1-14，2003 年 4 月。（Hsu, Yu-Hsiu, The Mission of Criminal Law—Dialogue with Effect Theory, Criminal Law Journal, vol. 47, no. 2, at 1-14, Apr. 2003.）
- 許恒達，〈刑法法益概念的茁生與流變〉，《月旦法學雜誌》，第 197 期，頁 134-151，2011 年 10 月。（Hsu, Heng-Da, The Sprout and Change of the Concept of Legal Interest in Criminal Law, The Taiwan Law Review, no. 197, at 134-151, Oct. 2011.）
- 黃榮堅，〈重刑化刑事政策之商榷〉，《台灣法學雜誌》，第 45 期，頁 66-75，2003 年 4 月。（Huang, Jung-Chien, The Deliberation on Heavy Penalty Policy, Taiwan Law Journal, no. 45, at 66-75, Apr. 2003.）
- 劉幸義，〈論刑罰之目的——由刑法理論、語意學與哲學角度觀察〉，《月旦法學雜誌》，第 192 期，頁 156-165，2011 年 5 月。（Liu, Shing-I, The Purpose of Criminal Penalty—From Angles of Criminal Law Theory, Semantics and Philosophy, The Taiwan Law Review, no. 192, at 156-165, May 2011.）

## 中 文 論 文 集

- 林東茂，〈危險犯的法律性質〉，《危險犯與經濟刑法》，頁 1-60，五南出版，臺北（1996）。（Lin, Dong-Mao, The Legal Nature of Gefährdungsdelikt, in Gefährdungsdelikt and Economic Criminal, at 1-60, Wu-Nan Books, Taipei (1996).）
- 林東茂，〈刑事政策及其相關學科〉，《一個知識論上的刑法學思考》，頁 335-358，3 版，五南出版，臺北（2007）。（Lin, Dong-Mao, The Criminal Policy and Related Subjects, in The Criminal Reflection Under the Science Theory, 3d ed., at 335-358, Wu-Nan Books, Taipei (2007).）

- 柯耀程，〈刑罰裁量的檢視與實踐〉，甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會主編，〈甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集（上）〉，頁 587-623，承法數位文化出版，臺北（2012）。（Ko, Yao-Cheng, *Inspection and Practice of the Discretion of Criminal Penalty*, in *Essays in Congratulation of Prof. Kan, Tien-Kuei for His 70th Birthday (Part I)*, edited by Editorschip of the Essays in Congratulation of Prof. Kan, Tien-Kuei for His 70th Birthday, at 587-623, Cheng Fa Digital Culture Publishing, Taipei (2012).）
- 張嘉尹，〈系統理論對於法全球化的考察〉，王鵬翔編，〈2008 法律思想與社會變遷〉，頁 85-139，中央研究院法律學研究所，臺北（2008）。（Chang, Chia-Yin, *An Analysis of the System Theoretical Reflections on Legal Globalization*, in *Jurisprudence and Social Change 2008*, edited by Peng-Hsiang Wang, at 85-159, Institutum Iurisprudentiae, Academia Sinica, Taipei (2008).）
- 黃聖哲，〈電視與公共領域〉，黃瑞祺主編，〈溝通、批判和實踐：哈伯馬斯八十論集〉，頁 257-276，允晨文化出版，臺北（2010）。（Huang, Shen-Che, *Television and Public Sphere*, in *Communication, Critique and Praxis: An Anthology on Habermas*, edited by Rui-Qi Huang, at 257-276, Asian Culture Publishing, Taipei (2010).）
- 蔡志方，〈論科技法律之概念與衍生之問題〉，蔡志方、蔡達智，〈汽車科技安全法制〉，頁 241-331，正典文化出版，臺北（2010）。（Tsai, Chih-Fang, *The Concept and Problem of Technology Law*, in *Legality of Automobile Technology and Safely*, edited by Chih-Fang Tsai & Dah-Chih Tsai, at 241-331, Zenith Publishing, Taipei (2010).）
- 蔡聖偉，「評 2005 年關於不能未遂的修法」，〈刑法問題研究（一）〉，元照出版，臺北（2008）。（Tsai, Sheng-Wei, *Comment to Reform Act of the Unable Attempt in 2005*, *Issues of Criminal Law I*, Angle Publishing, Taipei (2008).）
- 劉秉鈞，〈論犯罪的法律效果——以保安處分之目的與刑罰之差異為中心〉，甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會主編，〈甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集（上）〉，頁 625-668，承法數位文化出版，臺北（2012）。（Liu, Bing-Jun, *The Legal Effect of Crime – Focusing on the Purpose of Protection Treatment and Its Difference from Criminal Penalty*, in *Essays in Congratulation of Prof. Kan, Tien-Kuei for His 70th Birthday (Part I)*, edited by Editorschip of the Essays in Congratulation of Prof. Kan, Tien-Kuei for His 70th Birthday, at 625-668, Cheng Fa Digital Culture Publishing, Taipei (2012).）

顏厥安，〈法效力與法解釋——由 Habermas 及 Kaufmann 的法效理論檢討法學知識的性質〉，《幕垂鴉翔——法理學與政治思想論文集》，頁 130-152，元照出版，臺北（2005）。（Yen, Chueh-An, Legal Effect and Judicial Interpretation—Reviewing the Nature of Legal Knowledge from Habermas and Kaufmann’s Legal Effect Theory, in *The Owls Fly as Night Falls—Essays of Nomology and Political Ideology*, at 130-152, Angle Publishing, Taipei (2005).）

### 其他中文參考文獻

李曉儒、陳柏諭，食衛管理修法，藍綠立委版本多，公視新聞網網站：<http://news.pts.org.tw/detail.php?NEENO=181397>（最後點閱時間：2012 年 7 月 20 日）。（Lee, Hsiao-Ju & Po-Yu Chen, The Lawmakers Have Bany Different Amendment Proposes of Act Governing Food Sanitation, Public Television Website, <http://news.pts.org.tw/detail.php?NEENO=181397> (last visited July 20, 2012).）

施曉光、邱俊福，嚴懲酒駕 立委提案修法，2012 年 6 月 10 日，自由時報電子報網站：<http://www.libertytimes.com.tw/2012/new/jun/10/today-so4.htm>（最後點閱時間：2012 年 7 月 20 日）。（Shih, Hsiao-Guang & Jun-Fu Chiu, The Lawmakes Propose to Amend Criminal Law to Punish DUI Severely, June 10, 2012, Liberty Times Website, <http://www.libertytimes.com.tw/2012/new/jun/10/today-so4.htm> (last visited July 20, 2012).）

食品藥物管理局 Q&A（2011.7.29 更新），衛生署食品藥物管理局網站：<http://www.fda.gov.tw/TC/siteContent.aspx?sid=2481#Q8>（最後點閱時間：2012 年 7 月 25 日）。（Q&A, Food and Drug Administration, Department of Health Website, <http://www.fda.gov.tw/TC/siteContent.aspx?sid=2481#Q8> (last visited July 25, 2012).）

### 德文書籍

Beck, Ulrich (1986), *Risikogesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag.

Beck, Ulrich (1989), *Risikogesellschaft – die organisierte Unverantwortlichkeit*, St. Gallen: Hochschule.

Beck, Ulrich (1991), *Politik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag.

Evers, Adalbert/Nowortny, Helga (1987), *Über den Umgang mit Unsicherheit: die Entdeckung der Gestaltbarkeit von Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag.

- Feuerbach, Paul Johann Anselm (Ritter von) (1799), Revision der Grundsätze und Grundbegriff des positiven peinlichen Rechts, Erster Teil, Erfurt.
- Feuerbach, Paul Johann Anselm (Ritter von) (1832), Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 11. Aufl., Giesen: Heyer.
- Frehsee, Detlef (2003), Der Rechtsstaat verschwindet, Berlin: Duncker & Humblot GmbH.
- Freund, Georg (2008), Strafrecht Allgemeiner Teil: Personale Straftatlehre, 2. Aufl., Berlin: Springer.
- Funcke-Auffermann, Niklas (2007), Symbolische Gesetzgebung im Lichte der positiven Generalprävention, Berlin: Duncker & Humblot GmbH.
- Hamel, Roman (2009), Strafen als Sprechakt, Berlin: Duncker & Humblot GmbH.
- Hassemer, Winfried (1990), Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl., München: C.H. Beck Verlag.
- Hassemer, Winfried (1994), Produktverantwortung im modernen Strafrecht, 2. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller.
- Herzog, Felix (1987), Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts, Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH.
- Herzog, Felix (1991), Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge: Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich, Heidelberg: R.v. Decker.
- Hesse, Hans Albrecht (1994), Der Schutzstaat: Rechtssoziologische Skizzen in dunkler Zeit, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.
- Hilgendorf, Eric (1993), Strafrechtliche Produzentenhaftung in der „Risikogesellschaft“, Berlin: Duncker & Humblot.
- Jakobs, Günther (1993), Strafrecht Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Aufl., Berlin: Walter de Gruyter.
- Kaufmann, Arthur (1976), Das Schuldprinzip, Heidelberg: Winter.
- Kindhäuser, Urs (2009), Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.
- Kindhäuser, Urs (1989), Gefährdung als Straftat: Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann.

- Krems, Burkhard (1979), Grundfragen der Gesetzgebungslehre, Berlin: Duncker & Humblot GmbH.
- Lauterwein, Carl Constantin (2006), Symbolische Gesetzgebung, München: Ernst Vögel Verlag.
- Liszt, Franz von (2002), Der Zweckgedanke im Strafrecht, Nachdruck, Baden-Baden: Klostermann Verlag.
- Luhmann, Niklas (2008), Rechtssoziologie, 4. Aufl., Berlin: VS Verlag fuer Sozialwissenschaften.
- Marx, Michael (1972), Zur Definition des Begriffs Rechtsgut: Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre, Köln: Heymann.
- Müssig, Bernd J. A. (1994), Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz, Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH.
- Neves, Marcelo (1999), Von der symbolischen Gesetzgebung zur symbolischen Konstitutionalisierung: Ein Überblick, in: If S-Nachrichten Nr. 16, Neubiberg: Inst. für Staatswiss.
- Noll, Peter (1973), Gesetzgebungslehre, Hamburg: Rowohlt.
- Petev, Valentin (2001), Das Recht der offenen Gesellschaft: Grundlegung einer Philosophie des Rechts, Berlin: Duncker & Humblot GmbH.
- Prittitz, Cornelius (1993), Strafrecht und Risiko: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann.
- Roxin, Claus (2006), Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Aufl., München: Beck Juristischer Verlag.
- Rückert, Tilman (1998), Der intellektuelle Verbrechenschaden bei Carl-Theoder Welcker, Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH.
- Schürer-Mohr, Wiebke (1998), Erlaubte Risiken, Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH.
- Schwinge, Erich (1930), Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, Bonn: L. Rohrscheid.
- Teschner, Dennis (2009), Die soziale Kontrolle im virtuellen Raum, Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH.
- Vormbaum, Thomas (2011), Beiträge zum Strafrecht und zur Strafrechtspolitik, Berlin: LIT Verlag Münster.
- Welzel, Hans (1969), Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., Berlin: De Gruyter Verlag.
- Wohlens, Wolfgang (2000), Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik „moderner“ Gefährdungsdelikte, Berlin: Duncker & Humblot GmbH.

## 德文期刊

- Albrecht, Peter-Albrecht (1988), Das Strafrecht auf dem Weg vom liberalen Rechtsstaat zum sozialen Interventionsstaat, *KritV*, S. 182-209.
- Calliess, Rolf-Peter (1989), Strafzwecke und Strafrecht, *NJW*, S. 1338-1343.
- Demski, Ulf/Ostendorf, Heribert (1989), Vom Kanzelparagraph zur Anleitung zu Straftaten – Der § 130a StGB – ein Paradebeispiel für ein politisch instrumentalisiertes Strafrecht, *StV*, S. 30-38.
- Frehsee, Detlef (1996), Die Strafe auf dem Prüfstand, Verunsicherung des Strafrechts angesichts gesellschaftlicher Modernisierungsprozesse, *StV*, S. 222-229.
- Hassemer, Winfried (1989), Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz, *NStZ*, S. 553-559.
- Hassemer, Winfried (1992), Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts, *ZRP*, S. 378-383.
- Hassemer, Winfried (2006), Sicherheit durch Strafrecht, *HRRS*, S. 130-143.
- Hilgendorf, Eric (1993), Gibt es ein „Strafrecht der Risikogesellschaft?“-Ein Überblick-, *NStZ*, S. 10-16.
- Jakobs, Günther (1989), Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern, *ZStW* 101, S. 516-537.
- Jakobs, Günther (1995), Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken, *ZStW* 107, S. 843-876.
- Kratzsch, Dietrich (1989), Prävention und Unrecht – Eine Peplik, *GA*, S. 49-78.
- Kuhlen, Lothar (1994), Zum Strafrecht der Risikogesellschaft, *GA*, S. 347-367.
- Küpper, Georg (1993), Der gemeinsamer Tatentschluss als unverzichtbares Moment der Mittäterschaft, *ZStW*, S. 295-305.
- Lau, Christoph (1989), Risikodiskurse: Gesellschaftliche Auseinandersetzungen um die Definition von Risiken, *Soziale Welt*, S. 418-436.
- Lesch, Heiko H. (1993), Die Begründung mittäterschaftlicher Haftung als Moment der objektiven Zurechnung, *ZStW*, S. 271-294.
- Neubacher, Frank (2006), An den Grenzen des Strafrechts – Stalking, Graffiti, Weisungsverstöße, *ZStW* 118, S. 855-877.
- Noll, Peter (1981), Symbolische Gesetzgebung, *ZSR*, S. 347-364.
- Otto, Harro (1975), Personales Unrecht, Schuld und Strafe, *ZStW*, S. 539-597.

Seelmann, Kurt (1985), Imputation und Prävention in der Strafrechtsphilosophie der Aufklärung, ZStW, S. 241-267

Seelmann, Kurt (1992), Risikostrafrecht, KritV, S. 452-471.

Zabel, Benno (2008), Die ordnungspolitische Funktion des Strafrechts, ZStW, S. 68-106.

### 徳の論文集

Albrecht, Peter-Alexis (2007), Das nach-präventive Strafrecht, in: Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a.M. (Hrsg.), Jenseit des rechtsstaatlichen Strafrechts, Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH, S. 3-26.

Fabricius, Dirk (2010), Gehör, Verständnis, Einsicht, in: Neumann/Herzog (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer, München: C.H. Beck Verlag, S. 37-48.

Frehsee, Detlef (1997), Fehlfunktion des Strafrechts und der Verfall rechtsstaatlichen Freiheitsschutzes, in: Frehsee/Löschper/Smaus (Hrsg.), Konstruktion der Wirklichkeit durch Kriminalität und Strafe, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, S. 14-42.

Hamm, Rainer (2000), Ein Fall von symbolischem Strafrecht: „Graffitigesetz“, in: Albrecht (Hrsg.), Winfried Hassemer zum sechzigsten Geburtstag, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, S. 56-64.

Hassemer, Winfried (2007), Selbstbestimmung – noch zeitgemäß?, in: Erscheinungsform des modernen Rechts, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, S. 21-41.

Hassemer, Winfried (2008), Das Symbolische am symbolische Strafrecht, in: Strafrecht. Sein Verständnis, seine Welt, Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, S. 93-114.

Hassemer, Winfried (2008), Sicherheit durch das Strafrecht, in: Strafrecht. Sein Verständnis, seine Welt, Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, S.239-269.

Hassemer, Winfried (2008), Strafrecht, Prävention, Vergeltung. Eine Beipflichtung, in: Strafrecht. Sein Verständnis, seine Welt, Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, S. 41-57.

Kindermann, Harald (1988), Symbolische Gesetzgebung, in: Grimm/Maihofer (Hrsg.), Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 13), Opladen: Westdeutscher Verlag, S. 222-241.

Maihofer, Werner (1988), Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik, in: Grimm/Maihofer (Hrsg.), Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 13), Opladen: Westdeutscher Verlag, S. 403-419.

Schreiber, Hans-Ludwig (1984), Ist eine Effektivitätskontrolle von Strafgesetzen möglich?, in: Schäffer/Triffterer (Hrsg.), Rationalisierung der Gesetzgebung, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, S. 178-186.