

社會共識與個人自由之間：  
法權理論下的預防與溝通功能何處安放？\*

陳禹任\*\*

---

\*本文係為申請財團法人理律文教基金會法律系所獎學金而撰寫之報告。

\*\* 國立成功大學法律學系研究所二年級甲組。

## 目錄

壹、	研究動機與問題意識.....	1
貳、	共識論：社會價值連結民主正當性，作為證立刑法規範之基礎？.....	2
一、	從歐洲人權法院之血親性交案與我國釋字 617 號出發.....	2
二、	在「共識論述」的法益理論？.....	5
（一）	通說見解下的法益理論.....	5
（二）	本文見解.....	7
參、	個體論：以個人自由為核心開展的康德法權理論.....	9
一、	「相互承認關係」作為法益理論之基礎.....	9
二、	刑罰目的：絕對理論的堅持與對預防理論的批判.....	12
三、	本文見解：預防與溝通功能何處安放？.....	14
四、	小結.....	15
肆、	從刑法作為「文化」的觀點重新出發.....	16
一、	作為國家意識形態的刑法實證法.....	16
（一）	刑法作為一種意識形態的「文化」.....	16
（二）	隱性功能與顯性功能：區分刑法實證法的本質與效果.....	18
二、	小結.....	22
伍、	研究結論與問題討論.....	22

## 壹、 研究動機與問題意識

刑法規範的正當性基礎，通說認為在於「保護法益」；而所謂法益，又經常被廣泛且簡化地理解為「法律上所保護的重要利益」、「以法律手段而加以保護的生活利益」<sup>1</sup>。此時，在文字形式邏輯上產生了一個循環論證：作為賦予正當性基礎者的定義，卻同時是被其賦予正當性者所認定。也因此，除了可以連結法理學中經典的自然法與實證法論證外<sup>2</sup>，在刑法領域，更可以發現「法益理論」的爭奇鬥豔、蓬勃發展，其理論目的即在於如何充實法益的具體內涵。

而在繁多龐雜的法益理論之中，最晦澀不明而難解者，又莫過於「集體法益」，或有稱之為「超個人法益」<sup>3</sup>。不同於生命、身體、自由、財產等個人法益，集體法益的內容更為包羅萬象，從最傳統的善良風俗、性道德感情，到風險社會下逐漸日受關注的交通、金融秩序之維護，或者食品安全、環境保育，都能見到集體法益的相關討論。本文尤其關注者，則係以廣受主流見解支持的「共識論」，意即認為刑法保護法益的正當性基礎，可從「社會多數人」的道德、感情、利益等價值推導而得的基本論調。相對於此，有力見解則強調，刑法規範的本質在於「權利主體之相互承認誠命」，所謂的刑事不法即該誠命之違反，逕自輸出非容許風險致他人的權利領域（法權領域）<sup>4</sup>；此見解的出發點在於個體自由的絕對保護，主張法益必須具備抽象普遍性，而不能是具體的、特定的價值觀，並批評多數見解將使人性尊嚴的「絕

<sup>1</sup>林山田，刑法通論〈上冊〉，增訂10版，頁52；王皇玉，刑法總則，3版，頁22；張麗卿，刑法總則理論與應用，3版，頁127。

<sup>2</sup>關於此法理學上經典問題的簡要介紹，可詳參 Ian Mcleod 著，楊智傑譯，法理論的基礎，修正版，頁15-75。對康德法權理論與自然法及法實證主義之間的關係，亦可參吳彥，法、自由與強制力：康德法哲學導論，商務印刷館，一版一刷，頁201-206。

<sup>3</sup>近期針對集體法益之理論進行完整而詳實的討論者，可詳參陳俊偉，食品刑法有無保護集體法益之可能？——一個立於法益理論而來的立法論思考，中研院法學期刊，第30期，頁1-78(2022)；古承宗，環境風險與環境刑法之保護法益，興大法學，第18期，頁181-231(2015)；古承宗，經濟刑法的保護法益與抽象危險，刑事政策與犯罪防治研究專刊，第24期，頁1-44(2020)。

<sup>4</sup>周漾沂，未遂犯可罰性基礎及著手實行概念：風險輸出理論的建構與應用，臺灣大學法學論叢，第47卷第1期，頁451-454(2018)。

對性」被「相對化」。

上開批評擲地有聲，然而，本文認為有疑問者即在於，如果我們全盤接納有力見解的批評，去質疑主流見解將「相對的、偶然的、不具抽象普遍性的利益」作為刑法上保護法益，無疑是用刑罰強制犧牲少數人自由，以換取社會多數的集體連帶。那麼，我們究竟又要如何去理解此時的刑罰目的與功能？通說所強調的預防功能，以及部分學者所主張的溝通功能，是否在上開有力見解的視角下，都只是不重要的「反射利益」？如是，這樣的論點又是否妥當？我們是否可以這樣輕易地放棄討論刑法規範的預防功能及與受規範者交互關係的溝通功能？但如果我們認為不能這樣輕易放棄，那麼兩種南轅北轍的刑法義務見解，整合又要如何成為可能？

以下本文將先從主流見解所持的「共識論」出發，說明該說視角下的法益基本觀點，並進一步將其與所謂「民主正當性」的論述進行連結後，提出本文的批評。再來，介紹以個別權利主體之自由的絕對保障為核心的「個體論」之基本觀點，及其對主流見解的批評。最後，本文有意從被明文化的刑法實證法作為一種意識形態、一種文化的角度出發，以社會學家莫頓的理論，嘗試整合上開共識論中的刑罰目的與功能，以及個體論中的刑法規範本質及法益理論。

## 貳、 共識論：社會價值連結民主正當性，作為證立刑法規範之基礎？

### 一、 從歐洲人權法院之血親性交案與我國釋字 617 號出發

2012 年歐洲人權法院作出大名鼎鼎的「德國血親性交案」判決，其結果認定該罪並未抵觸歐洲人權公約第八條，即並不違反保護個人私領域及家庭生活之規定。文獻指出，細究該院之論理，重點在於強調對

「判斷餘地」的尊重<sup>5</sup>；歐洲人權法院認為，對於「如何維護個人私密領域」、「什麼才是保護該權利的最佳方式」，及所謂「系爭歸定有無抵觸歐洲人權公約第八條」的判斷，當歐洲人權公約各會員國之間缺乏共識時，各國即享有相對寬鬆的判斷餘地<sup>6</sup>。當所謂「歐洲共識」並不存在時，則應委由較能掌握自身國內情況的各國立法者判斷是否具備刑事不法性，而非逕交由歐洲人權法院判斷；是以，正因為血親性交罪在刑事上可罰與否，在歐盟各成員國之間各自有迥異的應對方式，所以歐洲人權法院藉由「判斷餘地」的論述，認定自身並沒有強行介入判斷有無抵觸歐洲人權公約的權限。文獻即指出，這種「訴諸共識，否則尊重各自判斷餘地」的見解，因為可兼顧歐洲各國的「共享價值」與「彼此差異」，所以也受到德國學界部分的支持<sup>7</sup>。

無獨有偶地，針對我國刑法第 235 條所做成的釋字 617 號解釋亦曾謂：「社會風化之概念，常隨社會發展、風俗變異而有所不同。然其本質上既為各個社會多數人普遍認同之性觀念及行為模式，自應由民意機關以多數判斷特定社會風化是否尚屬社會共通價值而為社會秩序之一部分，始具有充分之民主正當性。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。」儘管該釋字亦指出：「另基於對少數性文化族群依其性道德感情與對性風化認知而形諸為性言論表現或性資訊流通者之保障，故以刑罰處罰之範圍，應以維護社會多數共通之性價值秩序所必要者為限。」似乎試圖力挽狂瀾地保護性少數的自由，但不論如何，在其「必須尊重社會多數共通價值之判斷」的大纛之下，即已無異於宣稱「社會共同價值秩序」等同於「憲法上所保障

---

<sup>5</sup>黃舒芃，人權保障與價值共識之間的衝突：從歐洲人權法院之血親相姦案判決談起，／憲政時代，第 38 卷第 4 期，頁 494（2013）。

<sup>6</sup>前註 5，頁 495 - 496。

<sup>7</sup>前註 5，頁 495 - 496。

的社會秩序」，而在「共同價值之外」的性少數，即似乎將成為憲法保障未及的化外之民<sup>8</sup>。

當然，上述這些直接以社會共通價值秩序等「共識」填充刑法規範的正當性的見解，亦能受到其他釋義學層次上的努力補強。譬如在傳統法律解釋方法中，目的性解釋的重點即在探求立法者意志，以前述刑法第 235 條為例，按民國 58 年 11 月 21 日印發之立法院議案關係文書：「...鑑於近年來出版事業畸形發展，不良商人貪圖不法利益，刊行黃色書刊圖片，危害國民身心健康，影響社會風氣至鉅，現行法...實不足以遏止此種邪惡風氣...」便可一窺當年立法者對本罪的態度。縱使這些關係文書並非法律本身而不享有法律拘束力，但論者將此解釋方法連結至立法者的直接民主正當性<sup>9</sup>，強調相較於法官或事務官，擁有強烈民主正當性的立法者對於有限性之國家資源如何分配分配<sup>10</sup>、抑或涉及傳統倫理道德之價值判斷時<sup>11</sup>，立法者擁有較寬廣的形成空間而司法權而必須予以尊重。

簡而言之，不論是歐洲人權法院「回歸尊重各國立法者之判斷餘地」的見解，亦或者我國釋字 617 號解釋將「社會共通價值」與「憲法所保障的權利」劃上等號，都是建立在相信立法權相較於司法權，具有直接民主正當性的立法者，較能反映出該國內的社會共通價值的基礎上而來，進而才將該「共通價值」填充至刑法規範的正當性中，作為刑事不法與否的證立基礎。

<sup>8</sup>文獻亦有針對我國第 554 號解釋指出，我國著重於論述憲法第 22 條的非明文列舉之基本權的結果，就是將性自主權取決於「社會如何看待性的正面價值」。進而論者認為，這樣的見解將使性工作者的性則與「疾病、墮落、反社會」緊密連結，而這正是因為對特定性價值的偏見，限制了對性自主權的理解；當法律賦予特定性行為特權，並將性交易邊緣化、罪罰化時，它也明確地宣告：藉由刑法強制操縱、干預、甚至侵害性工作者的性自主權。詳參許雅斐，法益保護與法制規範：德國性工作的除罪化歷程，台灣社會研究季刊，121 期，頁 31-32（2022）。

<sup>9</sup>Ingeborg Puppe 著，蔡聖偉譯，法律思維小學堂，二版一刷，頁 132。

<sup>10</sup>如司法院釋字 485 號解釋：「立法者基於社會政策考量，尚非不得制定法律，將福利資源為限定性之分配。」

<sup>11</sup>如上述司法院釋字釋字 617 號解釋：「釋憲者就立法者關於社會多輦共通價值所為之判斷，原則上應予尊重。」

## 二、 在「共識論述」的法益理論？

### (一) 通說見解下的法益理論

有趣的是，不論是歐洲人權法院的判決論述，抑或釋字 617 號解釋理由書，儘管均以刑法規範作為審查標的，但卻未見任何在刑事法領域極為重視的保護法益論述。事實上，近期即有見解明確指出，釋憲實務審查刑法構成要件的合憲性時，都是以比例原則進行判斷，整個過程中法益概念從來沒有扮演任何功能<sup>12</sup>。

然而，這是否代表在法益理論的視角下，所謂「歐洲共識」或「社會共通價值秩序」這類的見解，全然是空白的一頁而無從與既有的法益理論進行掛鉤連結？本文認為這種以「共識」作為刑法規範證立基礎，甚至影響到適用法律機關以立法理由探求立法者意志的釋義學途徑，爬梳刑法法益理論史，或可認係起源於 Binding 的法益定義。氏認為：「一切在立法者的眼中對於法共同體有價值的事物，是法共同體的健全生活條件，維持這些條件不被變動、不受干擾，被立法者認為對於法共同體有利益，因此立法者用規範來避免這種不受期望的實害或危險之發生。」在這樣的觀點下，Binding 的法益概念只存在「整體的法益」而無個人法益，蓋立法者的價值判斷乃著眼於法律共同生活秩序<sup>13</sup>。然而，更具有直接關連性者，仍應屬十九世紀末並於二十世紀前期達到巔峰的新康德學派，該說論者主張必須運用「與價值相關的認識方法」，根據特定文化背景

<sup>12</sup>許恒達，違憲審查與法益概念的刑事立法批判機能，月旦法學雜誌，第 348 期，頁 22（2024）。該文獻結論上主張法益理論在憲法審查仍有其重要的意義，意即協助比例原則中的「合目的性」層次之檢驗。

國內亦有文獻同樣強調法益理論具有至關重要性，並也認為有助於協助憲法上比例原則之審查者，惟其直接明言認為「何者可以被視為法益」這個問題，是不可能得到明確答案的。因為，刑法可以保護什麼樣的法益，並非一成不變，而必須取決於回答這個問題的社會。就此而言，儘管該文獻極力於強調現代性犯罪的法益不是，也不可能是純粹的性風俗，但這是因為過去人們普遍相信性道德具有約束力，而如今現代社會變革，單純的性道德將無從發揮此等強大的作用。然而，本文認為，該論者將何謂法益的問題交還於社會，肯定法益的認定會因為時、空之改變而不同，終究與主流的共識論觀點異曲同工，而難以分離。詳參前註 8，頁 36 - 37。

<sup>13</sup>鍾宏彬，法益理論的憲法基礎，政治大學法律研究所碩士論文，頁 32（2009）。

下的一般性價值，來認識、解釋法律事實有關。這種思維方式不僅影響其法益理論發展，亦極為強調區分行為客體與保護客體的必要<sup>14</sup>。伸言之，該論者嚴格區分對行為客體的侵害是結果無價值，而對保護客體的侵害才是真正的法益侵害；這樣的觀點將直接導致法益理論被「精神化」、「抽象化」，進而只能從立法目的去充實法益內容。新康德主義者將法益概念給抽象化，從構成要件中探求立法者的意志，此時法益概念已不強調先驗性與普遍性，而是訴諸於特定時空背景下的社會共同體所享有的倫理價值<sup>15</sup>。然而，也正因為共同體價值本身是一個模糊的概念，如果過度強調法益的共同體屬性，就可能模糊其作為個人權利保障的功能；如果過度強調立法者意志的正當性，就可能喪失對國家權力的限制作用。最顯著的，莫過納粹時代動輒以「民族精神」、「健康的民族情感」證立刑法正當性所產生的惡果<sup>16</sup>。

不論如何，這種強調「社會共識」、「共通價值」甚至「國民道德」，並將其作為刑法規範正當性基礎的法益理論，在時至今日的主流刑法學教科書中依然可見其蹤跡。學者林山田即認為，行為人的犯罪行為乃天理、國法、人情所不容，明顯逾越倫理道德所能容忍之最低限度<sup>17</sup>。學者陳子平也指出，雖然社會倫理與刑法規範不應混淆，但刑法仍無疑具有社會倫理功能，故為達成穩固社會之目的，犯罪與刑罰必須根植於國民健全道義觀念<sup>18</sup>。在這樣的法益理解與刑法義務建構論下，也不難理解為何「集體法益」學說會呈現

<sup>14</sup>高志明，刑法法益概念學說史初探—以德國學說為主，臺北大學法律研究所，頁 109、120(2002)；前註 13，頁 63。

<sup>15</sup>前註 14，高志明，頁 98、104 - 106、113。

<sup>16</sup>前註 14，高志明，頁 117。另外，亦有文獻指明希特勒在《我的奮鬥》中，也用了整整一章的篇幅來論述賣淫、梅毒與一個民族的健康和道德衰退之間的關係，其基於國家社會主義式的婚姻家庭思想、種族進化以及人口政策的角度去主張賣淫的罪行。詳參前註 8，頁 7。

<sup>17</sup>前註 1，林山田，頁 54。

<sup>18</sup>陳子平，《刑法總論》，增修三版，頁 12。



紛雜沓亂的現象。縱不提性道德、善良風俗等古老爭議<sup>19</sup>，以環境刑法為例，「嚴格的生態法益」、「生態與人本雙重法益」與「自然資源」等見解亦多受論者所支持<sup>20</sup>；然而，這些與個人權利未必能直接連結的見解之法益論述，或許在某程度上也僅是著眼於「社會共識認定環境保護具有重要性」因而推論出「刑法規範環境保護的正當性」的一種展現罷了。

## （二）本文見解

綜上所述，主流論述不是完全不重視刑法規範的保護法益適格性，就是將社會共識、主流價值的論述與保護法益進行連結；如此一來，不僅產生難解的「道德義務」與「刑法義務」之間是否可以區分、是否有必要區分的難題<sup>21</sup>，也產生在價值觀相對化的後現代社會中，究竟要多高的民意才是「共識」，亦或者，是否真的能在特定議題產生共識等技術問題。但真正核心爭議是，這樣的見解無疑是將個人權利訴諸社會多數決，此時個人權利已不再是權利，而成為了使整體社會利益最大化而存在的砝碼。在訴諸共識、主張「主流價值至上」的論點下，一個不見容於社會通念的行為，甚至只不過是社會多數人不會嘗試的行為，都將難以尋求法秩序的自由保護，因為「主流見解認為不需要（或不應該）保障這種自由」<sup>22</sup>。簡言之，就算受到社會上再多的支持，但只要仍是以特定的價值觀作為

<sup>19</sup>近期亦有文獻直接指出，性道德與善良風俗不僅作為本罪的立法目的，同時藉由與社會多數價值的結合，而得以肯定該罪的正當性基礎。在該文獻的立論之下，刑法所保護的法益，只不過是「被選擇出來的價值」而已，就算是生命、身體等法益，要不要透過刑法加以保護，其實也都只是立法者的價值判斷。所以，沒有一種「絕對」的價值存在，所有價值都是會隨著社會標準的變動而改變的；縱使是生命法益，在未來也可能不受到保護。詳參郭怡姝，社會學想像下的法律——以散布猥褻物品罪為例，臺灣大學法律研究所碩士論文，頁 34 - 35（2020）。

<sup>20</sup>詳參前註 3，古承宗，環境風險與環境刑法之保護法益，頁 204 - 215。

<sup>21</sup>學說即有指出，道德規範的實踐須為「出於義務」，而法律規範的實踐卻只要「合於義務」，故兩者任務取向不同：前者關注的是個人人身善惡，後者則是多數人間的外在合致。是以，在這個意義上，康德法權理論可說是與其道德形而上學的哲學體系有相當大的不同，蓋法權理論重視之「外在自由」，某程度上所強調的將不是道德性而是合法性、是合於義務而非出於義務。詳參前註 2，吳彥，頁 146；前註 4，頁 78、88。

<sup>22</sup>前註 5，頁 507（2013）。

刑法行為規範的法理基礎，那就是以不服從該價值的人民的自由為犧牲品，換取外在的偶然合致<sup>23</sup>；如果能將（縱是社會多數的）特定價值觀作為刑法義務要求他人遵守，將如當年的陶片流放制般，在法治國之下還分化成數個群體，使刑法服膺於部分群體，而他部分群體則成為了法治國的化外之民。但正如文獻所指出，如果我們仍將人性尊嚴當一回事，這個前提上的自由／權利或法益，就必然蘊含一種本質上絕對性<sup>24</sup>。因此，在這個絕對性的前提之下，將個別人民基本權利之有無取決於社會多數的見解，無疑正與這個前提背道而馳；縱使這種「社會多數」觀點用「民主正當性」予以包裝實仍無濟於事。

事實上，所謂立法者的民主正當性，至多也只能是用以肯定其有「制定法律」之正當性，但不能逕自將此正當性徑直地填充至其所制定之個別法律，而謂該法律的法理基礎無疑。尤其是，如果我們依然堅持刑法保護法益理論有其意義，那麼過度誇大民主正當性在刑法規範正當性基礎的檢驗，將無異於治絲益棼，蓋法益理論正是用來判斷某一規範之正當性基礎有無疑慮的標準，然而該規範正是通過國會立法而來，自然具有民主正當性，此時訴諸再多「民意」、「共識」於法益理論，將產生「球員兼裁判」的高度衝突，所謂的批判立法與解釋實證法的功能也將成為永遠的徒勞與妄想。

### 三、 小結

鳥瞰主流見解對於刑法規範正當性基礎的判斷標準，本文認為可以大致劃分出一個名為「共識論」的陣營，在此陣營中，強調社會共通價

<sup>23</sup>周漾沂，重新建構刑法上保證人地位的法理基礎，國立臺灣大學法學論叢，第 43 卷第 1 期，頁 246（2014）。

<sup>24</sup>林倍伸，台大法律學院傑出博碩士論文叢書：論妨害公務罪—以法治國家中的公務概念為核心，初版一刷，頁 83、190-195。

值對於證立某刑法規範的決定性作用，該價值又能透過與立法者的直接民主正當性予相互連結而受到補強。但是，如此見解一來過度誇大了民主正當性在此時的重要性之外，更危險的問題就是使個人自由流於多數決；我們永遠無法充分解釋，為何一個不服從於主流價值觀的權利主體就必須受到該價值觀所形成的刑罰所限制己身的自由？

可以注意的是，共識論者多將法律規範視為「解決衝突的產物」而予以重視，意即用法律規範去隔離、翦除與社會主流價值迥異並發生衝突（犯罪）的少數<sup>25</sup>。然而，如果刑法規範的正當性基礎果真基於共識而來，那麼共識論者或許就太過高估刑法規範存在的必要性。蓋將規範的正當性訴諸於共識，將忽略了若真的有堅實的共識存在，則規範的角色將越有限；反之，唯有價值不夠具體、不夠一致，規範才能釐清適當的行為標準。正當價值不精確時，規範才是不可或缺的存在<sup>26</sup>。

簡言之，儘管在上個世紀初期不論法學或社會學都發展出將刑法的本質理解為共同體價值的展現<sup>27</sup>，但如此一來卻使個人被貶抑為國家或社會利益的載具，本應自我即目的的個人，卻成為非人格價值最大化的工具，這種觀點難以見容於以尊重人性尊嚴與強調個人自由之保障的刑法精神之中。

## 參、 個體論：以個人自由為核心開展的康德法權理論

### 一、 「相互承認關係」作為法益理論之基礎

<sup>25</sup>這一點在所謂「敵人刑法」或「抽象危險犯」的概念上可說是發揮得淋漓盡致。對於敵人刑法的進一步介紹，詳參 Lus Greco 著，周漾沂譯，對敵人刑法的批判，法學新論，第 28 期，頁 72（2011）。

<sup>26</sup>Roberto Mangabeira Unger 著，王佳煌譯，現代社會的法律，初版，頁 31。

<sup>27</sup>如涂爾幹認為，刑法作為壓制性的制裁，其本質是一種「機械連帶」，此一連帶是建立在社會裡各分子間的同質性上，意即「傳統」或「親屬關係」等被團體所神聖化的權威；社會全體分子共有著此等思想與傾向，並認為這些權威比每一個獨立分子的自我人格既強又大。是以，懲罰的功能在於維持社會的凝聚性，手段是重新強化共同意識的力量、撫平崇高權威被破壞的傷害，以反映共同體的「集體良知」或「道德憤慨」。詳參洪謙德，法律社會學，二版，頁 156 - 161；蔡文輝，社會學理論，五版，頁 95 - 96（2020）；Ken Morrison 著，王佩迪、李旭騏、吳佳綺、國家教育研究院翻譯，古典社會學巨擘：馬克思、涂爾幹、韋伯，頁 208 - 211（2012）。

相較於前述的「共識論」，本文認為在光譜的另一端，也就是以個人自由建構刑法本質的有力見解<sup>28</sup>，在某一程度上可稱之為「個體論」。之所以「某一程度」，蓋其理論係立基於康德法權，但康德並不是認為所有權利主體都是如分子般毫無交集的個體；恰好相反，法權理論關注的是「外在自由」，因為人們存在於現象界與本體界，不僅是身體性的存在，同時也是理性的存有者，是以，人與人之間勢必以一種可普遍化的原則相互共處，如果違反這種原則，將受到外在強制力的反彈<sup>29</sup>。不論如何，該說論者仍以個別權利主體的自由為出發點，發展其邏輯一貫的學說體系，是以本文稱之為「個體論」。而此一以個人自由建構刑法本質的有力見解認為，應以人與人之間相互承認誠命此「主體間際」的角度去證立刑法上義務與法益的正當性基礎。更深入而言，本文認為對刑法本質的理解，勢必得討論對政治哲學上「自然狀態(State of Nature)」的理解，而有兩種不同進路：一種是霍布斯(Hobbes)式理解，另一種則是洛克(Locke)式理解。

就前者而言，霍布斯致力於使君主權力與權威合理化，其認為人類生命「惡劣、匱乏、孤寂、野蠻、短暫」，在先於國家與(實證)法律之前的自然狀態因此被設想為「一個萬人與萬人的大戰爭」而充斥著飢荒與恐懼。因此，正義不可能存在於自然狀態，而必須委由君主創造正義秩序<sup>30</sup>；人類不願意在恐懼中生活，因此互相同意建立一個最高的權力者——即政府。政府是萬能的，其意志是絕對的，因而人民無反抗權<sup>31</sup>；具絕對權力的國家，以外部命令鞏固社會秩序，個人權利的有無將取決於主權者的一念之間。法律在這樣的思維下是工具理性的產物，其「從無到有地」

<sup>28</sup>周濂沂，從實質法概念重新定義法益：以法主體性論述為基礎，國立臺灣大學法學論叢，第41:3期，頁1009(2012)。

<sup>29</sup>這便是前述所提及法權理論因為人類既是本體界又是現象界的雙重存在，是以法律規範涉及「外在自由」，而不同於道德性，只需內在出於義務即可的最大不同。刑法學說上以此延伸出刑法權利義務之強制權能，並證立正當防衛之法理基礎者，詳參周濂沂，正當防衛之法理基礎與成立界限：以法權原則為論述起點，國立臺灣大學法學論叢，第48卷第3期，頁1223-1278(2019)。

<sup>30</sup>Roger Scruton 著，康自強譯，Political Philosophy From Hobbes to Hegel(從霍布斯到黑格爾的政治哲學)，鵝湖月刊，370期，頁2-3(2006)。

<sup>31</sup>劉幸義，法治國家、反抗權與人民不服從，月旦法學雜誌，第237期，頁114(2015)。

創設出社會生活導引力，意即前述的權利義務界線便是有賴主權者制定。

就後者而言，洛克對於自然狀態的理解就遠不如霍布斯般冷峻。其認為，即使是自然狀態，也仍有公認的法則存在：人們因為有絕對理性，彼此之間本即傾向相互尊重；在國家存在之前人類便有自然權利，並不會積極侵害他人權利。在他的描繪下，實證法僅是將先於國家前既已存在的社會生活導引力予以明文化、具體化。康德又更進一步指出，傳統的社會契約論有一個直觀的弔詭：「歷史上從未真正的出現一份社會契約，那是否世界上所有國家的統治機制都是不正當的？」在上述霍布斯經驗主義、效益主義為導向的思想脈絡下提出這問題，將可能真的得到這樣的結論。不過康德基於其先驗哲學克服了這個弔詭，其認為不論是社會契約、亦或基於此契約而來的普遍意志，全都不是經驗性的產物，而是先驗的概念。因為只要是經驗性事物，就將會不斷面臨變動，從而也不可能是普遍的，縱使有，也只是訴諸於外界的偶然；職此，普遍的事物必定是非經驗的，也就是先驗的理念，也就是源自人類的實踐理性<sup>32</sup>。

兩種截然不同的自然狀態描述下，人類的原初圖像即有可能是霍布斯式的純粹自然生物，憑藉計算利益得失、趨吉避凶的工具理性而活；也可能是洛克式，擺脫與經驗性動物無異的生活，享有絕對性的實踐理性，並以之作為「人性尊嚴」、「人權」的核心內涵。這兩類預設都不是歷史性觀察，而僅係作為哲學的基礎立場而存在。然而，也正因為這種立場的不同，將導致站穩這層次的價值觀後的每一步邏輯推演都將導向不同的刑法學解釋。

本文認為人類如果真的有所謂不可侵犯、不可衡量的人性尊嚴的話<sup>33</sup>，

---

<sup>32</sup>前註 24，頁 122（2016）。

<sup>33</sup>其實刑法通說也是這樣「宣稱」的，從緊急避難案例中典型的「強制抽血案」即可觀察到，通說強調縱使強制抽血是挽救被害人生命的唯一方法，但在未得無辜第三人同意的情況下侵犯其身體權，無異於將人貶抑為純粹的客體，嚴重違反人格自主與不受侵犯之人性尊嚴核心領域。詳參林鈺雄，新刑法總則，6 版，頁 270；前註 1，王皇玉，頁 297。

洛克式理解將即是我們所應站穩的價值觀。進而刑法本質根本不是外部規範，毋寧是源自權利主體內部的實踐理性；實證法之目的僅為具體化、強化原已存在的權利義務界線。據此，刑法的義務概念便是「承認他人享有你願意他人也同樣承認你享有的權利」的主體間際的相互承認關係，承認對方與自己一樣，都是具有人性尊嚴的抽象法主體。而所謂的刑事不法，意即擅自輸出法所不容許的風險致他人的權利領域，因為這就代表行為人將他人權利視為自己之物一般恣意變動，逾越了權利義務的界線範圍，也就是，侵害對方的法權領域。在這樣的理論視角下，法益則將被理解為：因為人們不可能徒以意志懸置於世，故為個人具體存在所必要、抽象而普遍的外部條件，是以為人性尊嚴的具體化而有絕對不可衡量性。如果法益不具抽象普遍性，則將再次落入對「共識論」的批評：縱在現象上受到社會多數所認同，惟就本質而言依然是偶然的外在合致，外於必然性的領域；但刑法法益的本質是必然的，才能緊扣於人性尊嚴的絕對性，而避免將刑法的法益概念流於恣意。

## 二、 刑罰目的：絕對理論的堅持與對預防理論的批判

延續前述，論者更有主張不能將刑罰目的理解為任何立足於「嚇阻」或「預防」的理論基礎。理由在於，預防理論所描繪的人類圖像，無異於被牧羊犬追趕的羊隻，又或如黑格爾所言「對一隻狗舉起手上的拐杖一樣<sup>34</sup>」，計算利弊得失、傾向趨吉避凶，僅在反應外界痛苦與快樂的純粹自

---

<sup>34</sup>黑格爾即批評費爾巴哈，指出「威嚇的前提是人不是自由的，因而要用禍害這種觀念來強制人們。法和正義必須在自由和意志之中，而不是在威嚇所指向的不自由中尋找他們的根據。如果以威嚇為行罰的根據，就好像對著狗舉起杖來，這不是對人的尊嚴和自由予以應有的重視，而是像狗一樣對待他。」詳參 Hegel 著，范揚、張企泰譯，法哲學原理，頁 255（2022）。

然生物<sup>35</sup>，但這般圖像描繪，明顯悖於上述的基本立場。進而又指出，以預防為目的之風險管制刑法是一種「刑法工具化」思維<sup>36</sup>，係從無到有地創造出社會生活導引力。這種思維雖然可與社會共識下訴諸「重刑化」的立法趨勢相結合<sup>37</sup>，但卻傾向悖於侵害原則與罪責原則等自由法治國下的刑法與憲法誡命；甚至在現實上，工具思維雖標榜「功能取向」，最終卻也未能在實證統計上獲得其預想的成效<sup>38</sup>。

是以，相較預防或嚇阻論者觀點，學者周漾沂認為應以絕對理論作為刑罰之唯一目的；重點在回應過去的犯罪，而非對未來風險的預防，始契合於以「自我負責」為核心的罪責原則要求。詳言之，「犯罪行為」作為刑法之否定，有三個面向的意義<sup>39</sup>：其一，既然人先天具有實踐理性，故規範是理性主體自我的產物，而非源自於外部，因而違反刑法不是外部命令違反，所謂的犯罪則應理解成作為理性主體的人類的「自我矛盾」：是在理性推論程序中，關於普遍化判斷的錯誤運作，這是對於「行為人自身為理性推論者」的自我否定。其二，法益概念既然是所有可普遍化的個人權利，以及維護個人權利所必須的體制性關係，那麼犯罪對於法益的侵害，自然是指對於個人權利或上述體制性關係的破壞。其三，犯罪為實證刑法規範的否定，造成刑法規範效力的減損，使其失去社會生活導引力、使市民對於刑法規範所預設世界狀態的信賴產生動搖。

---

<sup>35</sup>前註 28，頁 997（2012）。

<sup>36</sup>周漾沂，刑罰的自我目的性——重新證立絕對刑罰理論，政大法學評論，第 147 期，頁 291（2016）。

<sup>37</sup>這種傾向尤其常見於風險社會下的立法者，蓋刑事立法是政府最能向選民彰顯其從不可測的風險中保護人民安全的手段，因此抽象危險犯被大量設置，現代刑法也邁向「抽象化、前置化與重刑化」。詳參李茂生，風險社會與規範論的世界，月旦法學雜誌，第 173 期，頁 146（2009）。

<sup>38</sup>以我國近十年對刑法第 185-3 條不能安全駕駛罪的頻繁修法，可說是最佳的威嚇思想體現。然而文獻指出，歷年倉促修法的背後，不是忽略了不同年齡、體重對於酒精代謝率的影響，就是對因果關係判斷過於草率，無視除了酒醉之外，同時也可能有疲勞、疾病或超速等輕率的駕駛態度。詳參李佳玟，治酒駕用重典？——一個實證的考察，月旦法學教室，頁 152（2013）；蔣聖謙，酒駕嚴罰化政策中的法律意識，臺灣大學法律研究所，頁 160（2022）。

<sup>39</sup>前註 36，頁 297 - 302。

針對上述三個面向的犯罪意義，論者指出「刑罰」的意義在於對上開三面向分別予以否定與回復。就第一點而言，刑罰的作用在於揭露行為人的自我矛盾，並使其理性自我回復。蓋既然行為人所侵害之個人權利，性質上是絕對性之理性主體的現實化，而非偶然的、經驗性的利益或需求，那麼刑罰自然也不能被理解成一種偶然的、經驗性的惡害。再就第二點而言，刑罰得以使受破壞的法權關係予以回復，亦透過「否定之否定」，在觀念上否定行為人先前對法權關係的否定，並讓其重新反思人際相處模式，回歸理性推論程序，並正確地建構法權關係。最後就第三點，既然反覆強調實證法的意義僅在讓實質法關係明文化、外部化、具體化，則在上述理性自我回復及法權關係重建後，在實證法領域代表回歸「承認他人權利」的正確行為原則，被破壞的社會生活導引力得以回復<sup>40</sup>。

### 三、 本文見解：預防與溝通功能何處安放？

簡言之，在以「相互承認誠命」建構刑法上義務的法權理論中，法益必屬於具備抽象普遍性之事物，而刑罰目的則是回應過去犯罪，旨在法實踐理性的自我恢復。此係在完全肯認人性尊嚴與個人自由之保障的刑法觀下，建構出一套邏輯一貫的法學論證。但有疑問的是，這種刑法觀能否呼印近年有學者主張的「溝通功能」？意即，強調為使社會成員之外部活動藉由刑法達到有效且穩定的狀態，將「社會成員對法適用與效力的認知可能性」加以考慮，進一步從純粹法宣示過渡到實際上讓社會成員充分理解與承認，而讓社會成員得以產生「為何（處罰）」的規範性理解過程<sup>41</sup>。強調溝通功能之學者認為，在這個過程中，得以讓刑事懲罰強化社會成員的遵法意識，並對社會大眾宣示法律秩序的不容破壞性，促使一般大眾透過刑罰執行，學習或加深遵守法律規範的意願。

<sup>40</sup>前註 36，頁 302 - 318 (2016)。

<sup>41</sup>詳參古承宗，風險社會與現代刑法的象徵性，科技法學評論，10 卷 1 期，頁 161 (2013)。



結論無疑是否定的。蓋上開理論完全著重於刑法本質，並謂此本質以外的效果，都只是不重要的反射<sup>42</sup>。伸言之，市民對實證刑法規範的信賴與期待，本來就不是如同溝通功能論者所言，建立在帶有刑罰制裁的行為規範框架上，而是建立在實踐行為規範之法主體的理性特質上。是以，刑罰之功能與目的並非「教導」社會大眾遵守法律，就本質而言並無影響人們在社會生活的外部活動與風險選擇的功能；人們是先相信他人會在社會交往中善待自己，才隨之相信他人會藉由刑法規範的只是來善待自己<sup>43</sup>。

這種堅持刑法本質是先於實證法的社會生活導引力，將「共識」排除於刑法規範證立基礎的理論，在堅守個人權利保護與理論一貫的同時，卻也直接表示「預防」與「溝通」的功能自始不在刑罰所應考量的射程範圍之內。本文認為，此見解固然精緻地論證了刑法本質，但將預防與溝通功能解為不重要的反射，卻似乎過於忽視了現實上實證法規制社會成員外部活動與風險選擇的影響力；也以及於在社會中勝出的特定價值觀，將似乎與規範毫無瓜葛。也就是說，本文雖贊同前述見解從主體間相互承認的觀點證立刑法規範的基礎，但在這之上如果欲妥適解釋刑法與社會多數價值（以及藉由該價值所建構出的共識）之間的關係，勢必已非單純依循上述理論所能處理的。因為，「與社會對話」的部分在康德法權理論中，是次要甚至可說是在本質上就不被重視的領域。

#### 四、 小結

本文所劃分之「個體論」係站在維護個別權利主體自由領域的角度出發，強調刑法義務的本質即為「權利主體之間的相互承認關係」，而法益即為權利主體具體存在於世時所必要的、具有抽象普遍性之條件；是以，所謂的刑事不法性即相互承認關係之違反，行為人破壞了基於理性主體、內在自我立

<sup>42</sup>論理不同，但採應報理論而支持相同結論者，詳參吳宗奇，白玫瑰刺傷了誰？——以刑法第227條為中心反省純潔童年形象之建構，臺灣大學法律研究所，頁157（2019）。

<sup>43</sup>前註36，頁317（2016）。

法的可普遍化準則，恣意地輸出規範所不容許的風險至他人的法權領域，變動既有的權利義務狀態。在這樣的理解下，刑法規範是「先於實證法」而存在的社會生活導引力的具體化，刑罰的意義也將著眼於回應過去的犯罪，目的在於使行為人之理性的自我恢復。

此說堅守了從個別權利主體出發的自由界線，否認所有不具備抽象普遍性之事物成為刑法上義務；在個體論的視角下，所謂「社會共通價值」、「主流共識」都僅僅是具體的、偶然的事物，沒有任何作為刑法法益的適格性可言。但也在這樣的視角下，通說所強調的「預防效果」，抑或者近年文獻所提倡的「溝通效果」，在此個體論的理解下均淪為不重要的反射。

基於維護個人自由並牴觸人性尊嚴被社會共識「多數決化」的理由，個體論的刑法本質、法益論述乃至於刑罰意義等見解固有見的。然而，我們又似乎不能這麼直接地認定，可以將社會上現實存在的既有價值或共識視而不見。本文認為，應該更細緻地釐清其定位及功能。因此，本文以下將指出，刑法實證法除了前述「具體化先於實證法之社會生活導引力」的本質外，亦能從社會學角度，將其理解為國家意識形態、一種文化，據而得以與社會中既存各種價值觀與共識互相溝通、交流，司法者於此透過釋義學上的努力，並得以在事實上影響社會生活參與者的具體生活選擇。

## 肆、 從刑法作為「文化」的觀點重新出發

### 一、 作為國家意識形態的刑法實證法

#### (一) 刑法作為一種意識形態的「文化」

卡爾·馬克思早年的論述雖大量受黑格爾影響，然而在他批判德國傳統唯心觀念論後，相較於黑格爾，以理性、精神來建構其哲學架構，並以此解釋世界歷史的發展，馬克思則開始使用經濟與物質的概

念加以形塑其理論<sup>44</sup>。馬克思指出，以黑格爾為巔峰的德國唯心觀念論最根本的錯誤在於：他們認為現實是一種內在理性的展現，但如此一來，馬克思批評哲學將只能是「現實的扭曲」，因為他總是逼迫現實來配合哲學的世界景象因而歪曲現實<sup>45</sup>。

馬克思主張，所謂的「上層建築」，意即宗教、家庭、國家、法律、道德、藝術等意識形態，是一組影響我們如何看待世界所透過的信仰與觀點；據此，我們生活一個在社會的世界，而非自然的世界，我們與現實社會間的關係，總是透過特定的價值觀所組成<sup>46</sup>。然而這些意識形態，在根本上是受經濟與物質所制約。也就是說，意識形態既非單獨存在，亦無歷史發展可言，他們都完全受制於生產與交易的影響，是以「並非意識形態決定生活，而是生活決定了意識型態」<sup>47</sup>。簡單而言，意識形態是一副眼鏡，其鏡片材質是用物質的、經濟的生產概念所製造，進而我們透過這副眼鏡所看到並理解的社會，都是被生產概念所套上「濾鏡」的社會。

在上述的洞見下，馬克思雖在大學畢業的前後幾年深受黑格爾所影響，並強調法律乃人類自由之存在的表現；人受內心理性所驅使、受到自然法所規範，法律無法從外頭干涉或強制人類行動<sup>48</sup>。但，隨著嗣後見解的改弦易撤，馬克思提出疑問：如果我們堅持過去那種強調自然法理性與追求自由的法律觀，那要如何解釋在近代資本主義下，國家允許經濟、宗教乃至社會的各種不平等？是以，其對法律的看法亦隨之轉向，指出法律實屬「人的自我異化」：雖是一種人類本質的

<sup>44</sup>前註 26，Ken Morrison 著，王佩迪、李旭騏、吳佳綺、國家教育研究院翻譯，頁 3（2012）。

<sup>45</sup>前註 26，Ken Morrison 著，王佩迪、李旭騏、吳佳綺、國家教育研究院翻譯，頁 75。

<sup>46</sup>前註 26，Ken Morrison 著，王佩迪、李旭騏、吳佳綺、國家教育研究院翻譯，頁 79 - 81。

<sup>47</sup>馬克思（Karl Marx）的用語，其認為法律為「上層建築」之意識形態的一環，同時也是「下層建築」經濟基礎（生產方式）的反映，並進而指出法律是人的自我異化，其功能不僅在於將社會上真實的權力關係神秘化，同時也是正當化不合理的階級宰制。參前註 26，洪鎌德，頁 111。

<sup>48</sup>前註 26，洪鎌德，頁 96、123。

延伸，但後來卻變成某種分離且外於人類存在的事物，甚至反過來控制人類本身<sup>49</sup>。氏認為，資本主義透過私有財產制而被建立，法律則是此制度下的少數統治者，為了自身利益而創造的機制，不僅用以維繫私有財產制，亦界定並正當化了社會階級的宰制、合理化社會上以人的資產、契約與生產資本的活力來劃分每一個人的階級，並進一步所衍生出的不平等關係<sup>50</sup>。

綜上，馬克思相信，法律作為「上層建築」意識形態的一環，是早被「下層建築」，也就是經濟結構與物質條件給事先決定好的；在資本主義社會，其基底就是私有財產的保障，並進而成為少數的統治階級為保護其需要與利益而放出的煙霧。更直白而言，在馬克思理解下，法律只是統治階級欺騙人民的把戲，用只存在於紙本上的人人平等粉飾了社會上既存的真正權力關係。

## （二）隱性功能與顯性功能：區分刑法實證法的本質與效果

馬克思批評哲學「反過來扭曲現實」的論調，套用在現今法律學說的討論中，某程度上亦頗有認為法律既是具有民主正當性，且現實上亦是匯集社會多數價值觀之民意的立法者所制定者，即不應受特定之「法理」或「法哲學」所否定與推翻的味道<sup>51</sup>。然而，本文必須反覆重申的是，立法者的民主正當性只能用以肯定其有「制定法律」之正當性，但不能逕自將此正當性擅自填充至其所制定之個別法律，而逕謂該法律的法理基礎無疑。換言之，如果完全接納上開馬克思對於法律的觀點，那麼我們將再也無從理解何謂「保護法益」存在於刑法釋義學與立法論上的意義；如果我們繼續認為法益有批判、指引立法的功能，卻又同時強調所謂「民主正當性」與「社會共識」對於法益

<sup>49</sup>前註 26，洪謙德，頁 97；Ken Morrison 著，王佩迪、李旭騏、吳佳綺、國家教育研究院譯，頁 145；黃瑞祺，批判社會學，三版，頁 85 - 86。

<sup>50</sup>前註 26，洪謙德，頁 101 - 114。

<sup>51</sup>前註 12，許恒達，頁 24。

理論有決定性作用，此時將產生難解的循環論證與邏輯斷裂：法益作為判斷正當性與否的標準，其存在根基卻又是取決於被判斷的對象。是以，本文依舊認為，法益理論作為實證法是否具有正當性的判斷標準，其必須是應然的、是抽象的。如果在這層次上混淆了實然與應然之間的區別，那無疑就是讓自然主義的世界無限流入精神領域，屆時，如果還強調法益理論的任何功能，也只不過是「球員兼裁判」的徒勞。

不論如何，本文無意也無力針對馬克思的法律觀做通盤的檢討，惟本文旨在強調前述所謂抽象的、精神的法益理論存在必要性。進而，針對「在將刑法義務之本質理解為相互承認誠命的前提下，要如何與社會既有的各種敘事及其背後的價值觀相溝通？」這個問題，馬克思將法律理解為意識形態的觀點，或許將成為重要的突破口。伸言之，本文雖不援引所謂「上層建築」的思考模式，並主張法律（尤指刑法規範）是受到物質性的生產條件之下層建築所決定。但本文認為，刑法作為實證法被立法者制定、明文化於法典後，確實在現實的意義上將成為一種「國家的意識形態」、「一種文化」而存在著，並在「刑法本質以外」的面向具體影響人民的社會生活行為。

首先，倘如前述般地，將刑法的本質定性為「相互承認的誠命」、「先於實證法存在的社會生活導引力」，則我們將解除「異化」的難題：既然刑法的本質源自於理性主體內部的自我立法，則人們自然不是被源於自身理性的規範所反過來控制，因為權利主體是基於理性而自願服從於這些規範。至於馬克思批評黑格爾，認為其「逼迫現實迎合哲學」，因此才發展從現實物質角度為立足點的法律觀。本文認為，實證法被明文化後，除將其解為承認誠命的具體化的同時，也不能忽略實證法訂定後成為「國家意識形態的展現」之面向。馬克思所著眼的現實，也就是所謂社會上種種的不平等，必須在刑法義務的本質予

以堅持的前提下，透過對實證法的解釋與適用予以應對，而非回過頭扭曲法律的本質，並治絲益棼地在風險對抗的刑法工具化思維下不斷將人民的自由作為犧牲品。是以，本文主張，此時實證法解釋與適用之依歸必須緊扣國家的意識形態，而這不是立基在經濟與物質條件上，而此意識形態必需也只能是自由與平等之「憲法的基本價值」。

回歸到本文所關懷者，也就是社會共識及其背後的價值觀，究竟在將刑法做以上的理解之前提下應何處安放的問題。援引社會學家默頓的理論<sup>52</sup>，其區分「顯性功能」與「隱性功能」，前者係指某些明顯的，或有意安排的功能，社會系統內部的參與者意識到了這個功能後，以其為目標行動，而後者則是沒有被意識到的功能，因而無法被系統中的人們有意識地朝其邁進<sup>53</sup>。然而，儘管隱性功能並非被系統參與者所主動追求，並且只能在系統參與者在邁向實現顯性功能的過程中才能被實現，但其實隱性功能才是披著副產品外表的真正目標、才是真正至關重要的功能，與「先驗的」選擇息息相關。換言之，作為顯性功能之目的外顯，是為了回應那些在被具體經驗以前的選擇，而這種先驗的選擇便是隱性功能。<sup>54</sup>

既然刑法實證法是一種「先於國家的社會生活導引力之具體化」，則刑法實證法被明文公佈於全體社會參與者面前時，對國家而言，這是一種高權行為，也是一種將國家自身意識形態展現於人民的表現；對身為社會參與者的人民而言，原本曖昧未明的社會交往權利義務界線被具體呈現，也將反過來對人民產生事實上的規制影響力。本文認為，在這個層次上便是社會參與者所意識到的刑法「顯性功能」，意即法院以作為國家意識形態的「自由與平等的憲法價值」為依歸，

<sup>52</sup>前註 26，蔡文輝，頁 222 - 224。

<sup>53</sup>大澤真幸著，顏雪雪譯，給所有人的社會學史講義，初版三刷，頁 353 - 355。

<sup>54</sup>前註 53，頁 399。

在釋義學層次去具體解釋、適用法律後，將產生與各種共識與價值觀相互溝通，甚至對抗社會上既有的偏見與歧視的功能，同時在強化社會大眾遵法意識之餘，達到犯罪預防的效果。但刑法真正的功能並非上開社會參與者所意識到的目標，刑法的本質是「相互承認誠命」、刑罰目的乃「法實踐理性自我恢復」，他們作為刑法的「隱性功能」而存在，在前述顯性功能被逐漸實現時，發揮真正整合社會的力量。是以，法的本質，以及此本質所建構的義務，必須與對實證法的法釋義學嚴加區分，而法釋義學之目的在於針對這些由本質所建構的義務如何對應於現實生活、關照社會發展；甚至抱持「批判」觀點而與現實存在的各種不平等相溝通、相對抗。

更聚焦而言，社會上多樣的共識及其所蘊涵價值觀，均為「本質以外」的現實存在，但正如黑格爾將「實存」與「真實」加以區分一般<sup>55</sup>，我們不能單純為了反映現實（此指「實存」），而反過來指稱法律的本質（即如「真實」）是什麼。因此，固然無法藉由某種特定的價值觀去證立規範之正當性基礎，但仍能讓國家在實證法制定後，藉由公權力（司法權）的認事用法，具體實踐實證法作為「國家意識形態」的這個面向，並以自由與平等的立場回應各種共識及價值觀；至於所謂預防與溝通功能，也自然被理解為在國家權力對社會上的共識及價值觀予以回應之後，才產生的效果。

---

<sup>55</sup>黑格爾於《法哲學原理》序言中謂「凡是合理的都是真實的，凡是真實的都是合理的。」這句名言在流傳甚廣的同時也備受諸多誤會，甚至進而將黑格爾連結為保守的政府御用學者。我們唯有把握黑格爾在經驗主義和理性主義間的中間道路，才能理解這句格言。針對前半句，意味著「理性是一個自我實現的目的」合理的不僅是應當如何的理想，更是必定如是的目的，這句話是針對對烏托邦不屑一顧的保守派而發；至於後半句，則指現實體現了、發展了理念，但不能誤會為黑格爾認可所有形式的「現狀」，並認為他們都是合理的。犯罪、貧困與貧窮雖然是存在的、是實存的，但我們不會說他是合乎理性的，因而他們不是真實的。伸言之，我們必須區分真實與實在（實存），前者是必然使一個事物的本質得以實現的東西，真實的事物必合乎理性；唯有當我們把握住真實與理性之間的直接同一關係，我們才能理解為何黑格爾會說「法（權）是自由的定在」。詳參前註 34，頁 138；Frederick Beiser 著，王志宏、姜佑福翻譯，黑格爾哲學導論：自由精神的辯證思維，頁 273 - 274（2023）。

## 二、 小結

本文立基於個體論之「刑法本質乃先於實證法存在之社會生活導引力」的見解之上，援引馬克思的觀點作為輔助，目的並非在於指出刑法規範受制於物質生產條件等下層建築，而是在強調刑法實證法被明文制定於法典之後，不僅僅是前開社會生活導引力的具體化，更會成為「國家的意識形態」而存在。然而需注意的是，此意識形態只能也必須是符合憲法的「自由與平等」之精神。

既然實證法作為一種意識形態存在於社會生活之中，那麼刑法除了前述的、未被明言而先於社會生活存在的面向之外，同時也會有被參與者所意識，並影響其具體社會生活的面向。本文進而援引美國社會學家莫頓所提出的「顯性功能」與「隱性功能」，前者雖為社會大眾所認識並朝此邁進之目的，但履行顯性功能的真正重點，其實在於實踐遠在社會大眾具體認知之前便已決定好的隱性功能。據而，前述刑法規範的本質即屬隱性功能，但這種相互承認誠命可以在現實上被有效地履行，終究必須透過社會參與者有意識地完成顯性功能，而此便涉及強化對實證法的遵法意識，意即與文獻所指出的溝通功能與預防功能有關。

更深入而言，本文主張顯性功能既為社會參與者所認識，而其所認識者，乃司法者認事用法後的結果；易言之，法院在現實上便是這種溝通功能運行的重要場域。作為適用、解釋法律的法院，在釋義學層次上必須注意的即是，其每一次的判決都是國家高權，也是國家意識形態的具體實現。因此，在解釋刑法規範時，務必以上開唯一的國家意識形態，也就是憲法的自由與平等精神為依歸，始能契合於前開顯性功能的目的達成，最終實踐隱性功能的完美履行。

## 伍、 研究結論與問題討論



持共識論色彩的主流見解認為，刑法義務的本質可以藉由社會共同價值予以填充。該說論者亦多有從立法者民主正當性的角度進行法學解釋，認為立法者相較於司法者，對於社會價值更有判斷餘地可言，因此其裁量與決定必須受到尊重。然而此類看法，一來，如果法益理論的百年積累仍有其意義，那麼過度誇大民主正當性在刑法規範之實質證立層次的意義，將與法益理論產生了難解的循環論證。其次，共識論以不服從該價值的少數者的自由為代價所換取的社會連帶，但無法妥善解釋的是，共識論強調翦除與預防功能的刑罰觀點，卻將與共識與規範之間的內在關係產生矛盾。因此，一個植基於自由法治國的刑法規範，本文認為並不能以共識論作為基礎的出發點。

持個體論的見解強調法益的抽象普遍性，並指出唯有此類「超越時、空，不受到時代或國家而改變的事物」才具備法益適格性，因此，在排斥特定的價值觀成為刑法上義務的同時，也認為刑罰目的不在以預防之名，翦除不服從者的自由，而是對實際輸出非容許風險、干預他人權利領域之人的非難。然而，此類看法卻過於輕忽了預防，以及社會交往參與者對實證法之間的互動關係，直接認定所謂的預防與溝通只是不重要的反射。但是，實證法被明文於法典之後，現實上、實證上確實難謂不發生具體影響社會參與者社會生活的功能；日常生活的行為舉措，都可能會受到實證法的解釋與適用之結果而受影響。

本文有限的篇幅中，難以逐一爬梳、整理刑法法益理論的各式見解，因而只能大致劃分出「共識論」與「個體論」二者，但本文的目標正是在於架起一到聯繫共識論與個體論之間的橋樑：在立基於個體論的刑法義務理解下，嘗試處理現實上預防功能與溝通功能究竟何處安放的問題。本文認為，刑法義務固然有其先驗上、本質上的面向，然而被制定、明文為實證法，特別經由司法裁判適用解釋後，也有作為國家意識形態之貫徹的面向存在。前者，即為刑法的隱性功能，其有賴於後者顯性功能的實踐始能履行。至於如何貫徹實證法作為國家意識形態的這一面向？這即有賴於在釋義學層次緊扣憲

法的自由與平等之精神。本文結論上有意指出，當這樣的法律解釋、判決做成後的結果，才能真正地從純粹實證法的宣示過渡到實際上讓社會成員充分理解與承認，進而強化遵法意識與預防效果，貫徹溝通功能的實現。

## 參考文獻

### (一) 中文專書

C.W.F. Hegel 著，范揚、張企泰譯 (2020)，法哲學原理，五南出版。

Frederick Beiser 著，王志宏、姜佑福譯 (2023)，黑格爾哲學導論：自由精神的辯證思維，五南出版。

Ingeborg Puppe 著，蔡聖偉譯 (2023)，法律思維小學堂，元照出版。

Ian Mcleod 著，楊智傑譯 (2010)，法理論的基礎，韋伯出版。

Ken Morrison 著，王佩迪、李旭騏、吳佳綺、國家教育研究院翻譯 (2012)，

古典社會學巨擘：馬克思、涂爾幹、韋伯，頁 208 – 211。

Roberto Mangabeira Unger 著，王佳煌譯 (2000)，現代社會的法律，商周出版。

林山田 (2008)，刑法通論 上冊，自刊。

林鈺雄 (2019)，新刑法總則，元照出版。

王皇玉 (2018)，刑法總則，新學林出版。

陳子平 (2017)，刑法總論，元照出版。

張麗卿 (2010)，刑法總則理論與應用，五南出版。

林倍伸 (2016)，論妨害公務罪—以法治國家中的公務概念為核心，台大法律學院傑出博碩士論文叢書—碩士論文，元照出版。

吳彥 (2016)，法、自由與強制力：康德法哲學導論，商務印刷館。

洪鎌德 ( 2004 ) , 法律社會學 , 揚智出版。

蔡文輝 ( 2020 ) , 社會學理論 , 三民出版。

黃瑞祺 ( 2012 ) , 批判社會學 , 三民出版。

大澤真幸著 , 顏雪雪譯 ( 2021 ) , 給所有人的社會學史講義 , 衛城出版。

## (二) 中文期刊

Lus Greco 著 , 周濛沂譯 ( 2011 ) , 對敵人刑法的批判 , 法學新論 , 第 28 期 ,

頁 63 – 74 。

Roger Scruton 著 , 康自強譯 ( 2006 ) , Political Philosophy From Hobbes to

Hegel ( 從霍布斯到黑格爾的政治哲學 ) , 鵝湖月刊 , 370 期 , 頁 1 – 11 。

古承宗 ( 2013 ) , 風險社會與現代刑法的象徵性 , 科技法學評論 , 10 卷 1 期 ,

頁 115 – 177 。

古承宗 ( 2015 ) , 環境風險與環境刑法之保護法益 , 興大法學 , 第 18 期 , 頁 181 –

231 。

古承宗 ( 2020 ) , 經濟刑法的保護法益與抽象危險 , 刑事政策與犯罪防治研究專

刊 , 第 24 期 , 頁 1 – 44 。

李茂生 ( 2009 ) , 風險社會與規範論的世界 , 月旦法學雜誌 , 第 173 期 , 頁 145 –

153 。

李佳玟 ( 2013 ) , 治酒駕用重典 ? —— 一個實證的考察 , 月旦法學教室 , 頁 147 –

158 。

周漾沂 ( 2012 ) , 從實質法概念重新定義法益：以法主體性論述為基礎，國立臺灣大學法學論叢，第 41 : 3 期，頁 981 – 1053 。

周漾沂 ( 2014 ) , 重新建構刑法上保證人地位的法理基礎，國立臺灣大學法學論叢，第 43 卷第 1 期，頁 209 – 269 。

周漾沂 ( 2016 ) , 刑罰的自我目的性——重新證立絕對刑罰理論，政大法學評論，第 147 期，頁 279 – 346 。

周漾沂 ( 2018 ) , 未遂犯可罰性基礎及著手實行概念：風險輸出理論的建構與應用，國立臺灣大學法學論叢，第 47 卷第 1 期，頁 405 – 489 。

周漾沂 ( 2019 ) , 正當防衛之法理基礎與成立界限：以法權原則為論述起點，國立臺灣大學法學論叢，第 48 卷第 3 期，頁 1223 – 1278 。

許恒達 ( 2024 ) , 違憲審查與法益概念的刑事立法批判機能，月旦法學雜誌，第 348 期，頁 19 – 38 。

許雅斐 ( 2022 ) , 法益保護與法制規範：德國性工作的除罪化歷程，台灣社會研究季刊，121 期，頁 1 – 41 。

陳俊偉 ( 2022 ) , 食品刑法有無保護集體法益之可能？ - 一個立於法益理論而來的立法論思考，中研院法學期刊，第 30 期，頁 1 – 78 。

黃舒芃 ( 2013 ) , 人權保障與價值共識之間的衝突：從歐洲人權法院之血親相姦案判決談起，憲政時代，第 38 卷第 4 期，頁 489 – 514 。

劉幸義 ( 2015 ) , 法治國家、反抗權與人民不服從，月旦法學雜誌，第 237 期，

頁 108 - 127 。

### (三) 學位論文

高志明 ( 2002 ) · 刑法法益概念學說史初探—以德國學說為主 · 臺北大學法律研究所 。

吳宗奇 ( 2019 ) · 白玫瑰刺傷了誰？—以刑法第 227 條為中心反省純潔童年形象之建構 · 臺灣大學法律研究所 。

郭怡妉 ( 2020 ) · 社會學想像下的法律—以散布猥褻物品罪為例 · 臺灣大學法律研究所碩士論文 。

蔣聖謙 ( 2022 ) · 酒駕嚴罰化政策中的法律意識 · 臺灣大學法律研究所 。

鍾宏彬 ( 2009 ) · 法益理論的憲法基礎 · 政治大學法律研究所碩士論文 。