

經濟刑法的保護法益與抽象危險

古承宗*

要 目

- | | |
|------------------------|--------------------------|
| 壹、導 論 | 一、法益的侵害適格性 |
| 貳、「經濟制度」作為保護法益的辨證 | 二、以「相互承認（或理解）」為形塑基礎的關係概念 |
| 一、個人法益隱身於規模的利益結構 | 三、否定相互承認關係與刑罰正當性 |
| 二、折衷的保護機制 | 四、「模組化的經濟生活」與法益侵害 |
| 三、侵害模式與行為之應刑罰性 | |
| 參、重構「經濟制度」作為保護法益的內涵與標準 | 肆、結 論 |

DOI : 10.6460/CPCP.202004_(24).01

* 國立成功大學法律系教授，德國波茲坦大學法學博士。

摘 要

當代經濟刑法的保護法益基本上為經濟制度的運作與功能，並且以抽象危險犯為主要的類型設定。但是，為了避免刑法淪為純粹的經濟管制手段，所謂的經濟制度就不能是以信用經濟、公平競爭、國家財產分配計畫等為具體內容，而應當為與財產法益具有溯源關係的「實踐財產自由之制度性條件」。另外，考慮到行為與結果之間的客觀歸責要求，經濟刑法的不法構成要件仍須設有一定的結果要素，亦即創成危險的特殊事件，藉此對外呈現出「法益侵害的危險徵象」，並且確認行為的結果非價（或危險非價）。

關鍵詞：經濟刑法、抽象危險犯、法益、經濟制度、財產

The Protected Legal Interest of the White Collar Crime Law and Abstract Danger

Chen-Chung Ku^{*}

Abstract

The legal interest of modern collar crime is ability of the Economic Institute. This type of offense is the abstract danger offenses. If criminal law is to be avoided merely as an instrument of economic control, then the legal good of commercial criminal law must meet the conditions of the legally guaranteed freedom of ownership, which can be derived from the property. In addition, one must not forego the element of success, namely the so-called risk-based event, in the facts, otherwise the foundation stone for objective attribution will be missing.

Keywords: White Collar Crime Law, Abstract Danger Offenses, The Legal Interest, Economic Institute, Property

^{*} Prof. Dr., National Cheng-Kung University; Doctor of Law, Potsdam University, Germany.

壹、導 論

近年來，為了因應層出不窮的食品安全問題，食安刑法歷經多次的修訂，卻也引起了沒收制度的變革聲浪。然而，就在立法者大幅修訂沒收規定後，再度引發另一波洗錢防制法、金融八法，以及刑事訴訟法中與沒收有關之規定的修訂。暫且不論沒收制度的變革走向是否妥適，至少從這一連串的修法連動關係來看，所謂的「經濟刑法」對於現代經濟社會的運作確實帶有相當分量的影響力，否則不會有如此劇烈的共振效果。基本上，我國的核心刑法典未設有經濟刑法專章，通常是以附屬刑法的形式分散規定於證券交易法、銀行法、破產法、公平交易法之中，規範對象看起來均是與金融交易、市場競爭相關的經濟行為，而且大多採取抽象危險犯的立法模式。當然，經由統整各別法律系統的細部規定，歸納出經濟刑法應有的面貌，多少可以讓我們掌握到經濟刑法可能的規範邏輯與射程範圍，只不過還是無法從中解構出經濟刑法於具體形塑上所依循的上位基準為何。或可想像的是，基於社會領域的特殊性，經濟刑法所要抗制的對象應當限定在所謂的經濟犯罪，又經濟刑法的正當性基礎不免因此會取決於經濟犯罪的定義。然而，當代學理上對於經濟犯罪（*Wirtschaftskriminalität*）的概念內涵始終存在著相當分歧的理解，例如在刑事政策及犯罪學的認知範疇，有從行為人的身分確認此種犯罪的本質，尤其是指所謂的「白領階級」（white

collar)；或者是從解釋學的面向切入，凡是實現以經濟作為保護法益的不法構成要件即屬經濟犯罪¹。但應注意的是，即使我們肯認經濟犯罪所欲抗制的對象乃是帶有負向意義的經濟行為，經濟刑法也不盡然因此就被理解為專以此種侵害模式為規範重點的法律系統，因為純粹從經濟關聯的特徵來限定刑法所欲非難的不法行為，其實跟前面所提到的從行為人身分定義經濟犯罪並沒有不同，本質上皆是從刑事政策及犯罪學的認知角度所直接推導出的結論²。

無論如何，暫且不論概念定義上的難題，經濟刑法終究隸屬於刑法的子系統，任何一個具有規範理性的刑事立法所要求的正當性條件與解釋方法，同樣適用在經濟刑法的領域，例如法益保護、不法與罪責的應報衡平，以及不法歸責³等。於此，至少可確定的是，經濟刑法的功能設定不會純粹是以經濟管制或維持經濟秩序為目標；另一方面，不同於傳統的（財產）犯罪模式，例如竊盜、詐欺等，經濟犯罪的特徵往往在於角色特殊性的行為模式，以及行為人應備一定的資格條件等，所以，國家就經濟犯罪而發動刑罰權的基礎也不可以只是

¹ 見Otto, Grundkurs Strafrecht – Einzelne Delikte, 7. Aufl., 2005, § 60 Rn. 1-2; Artz/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht Besonderer Teil, in: AWHH-BT, 2. Aufl., 2009, § 19 Rn. 8 ff.

² Otto, aaO., Rn. 3.

³ 例如刑事制裁的前提：系爭行為必須可歸責於「個人的不法（即義務違反）」與「罪責」。

行為人的行為單純違反秩序管制需求的職業規則⁴。

除了前述的消極排除方法之外，本文擬以德國刑法典中的經濟刑法為例，先行說明德國立法論及解釋論所面臨的問題。緊接著，嘗試從刑法保護法益的建構原理，以及抽象危險犯之抽象危險的辯證等，初步為經濟刑法釐清出一套符合規範理性的刑事立法基準。

貳、「經濟制度」作為保護法益的辨證

一、個人法益隱身於規模的利益結構

面對當前社會不斷出現各種新式且難以預估的風險，例如環境污染、食安問題、金融危機等，刑法的規制策略不再固守最後手段的節制要求，轉為強調如何更有效率地抗制風險，以此確保社會成員的生存自由。按照立法者的想像，不論是實害犯或具體危險犯等傳統的社會控制手段，顯然皆已無法符合更有效率的刑事政策思維，取而代之的抽象危險犯變成當前刑事立法的首要選擇。為此，立法者「創造」眾多新式的超個人法益，例如電腦安全（刑法358以下）、食品安全（食品安全衛生管理法49 I）、國家追訴機關的有效偵查（洗錢法14 II ②），或如經濟刑法之於經濟制度的順暢運作與秩

⁴ Kindhäuser, Zur Legitimität der abstrakten Gefährdungsdelikte im Wirtschaftsstrafrecht, in: Abhandlungen zum Vermögensstrafrecht, 2018, S. 397.

序⁵等，並且作為刑罰權擴張的依據。我們推測其中更為深層的理由在於，立法者技巧性地將利益侵害或危險的觀察重點聚焦在「個人利益隱沒於大規模的或整體性的利益結構」。所以，因為犯罪行為而受有危害的對象不再是傳統犯罪所預設的單一個體，反而轉向於抽象的社會系統本身。換句話說，隨著立法者改變理解被害對象的方式，以及為此透過抽象危險犯的立法模式擴張刑法的規制範圍，技術上只要創造出新型的超個人法益即可說明立法需求的迫切性，根本無需進一步探究真正需要保護的個人法益到底為何。延續這樣的思考，既然經濟刑法的犯罪類型設定以抽象危險犯為主，那麼只要特定的行為方式對於經濟系統的運作產生一定程度的干擾，國家即可動用刑事制裁手段加以回應，由此確保該系統本身的穩定，至於個案中是否有個人或組織體因此直接或間接遭受財產損害，均非所問。

其次，抽象危險犯的不法構成要件捨棄實害及危險結果等要素，甚至純粹以行為犯的類型呈現⁶，那麼只要特定的行為方式能夠產生一定的危險，即可合理化抽象危險犯的立法必要性。於此，所謂的「危險」無論如何不是一項不法構成要件，充其量是促使立法者新創不法

⁵ 謝煜偉，財產犯、財產法益與財產上利益，收於：刑事法與憲法的對話——許前大法官玉秀教授六秩祝壽論文集，2017年3月，頁693。

⁶ 關於「行為犯」於立法正當性上的辯證，可參考Walter, Märchen von den Tätigkeitsdelikten, in: Christian Fahl (Hrsg.), FS für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015, S. 327 ff.

構成要件的動機因素而已。當然，可想像的是，行為的可罰基礎全然鎖定在行為之危險性的部分，無非是為了減輕刑事訴訟程序上關於行為與結果之間的因果證明要求，但是過度簡化的不法構成要件設計卻也使得解釋上難以推知行為規範所預設的保護法益為何。舉例來說，依據刑法第185條之3第1項第1款規定，駕駛動力交通工具而有吐氣所含酒精濃度達每公升0.25毫克之情形，已經具有可罰性，至於該駕駛行為是否達到不能安全駕駛的狀態，法條文義則是沒有相關的描述。如此一來，本罪所欲禁止的行為似乎是導向於純粹的「酒後駕駛」，而此種行為現實上對於何種利益具有何等侵害危險，則非所問⁷。除此之外，另一個同時涉及解釋論與立法論的難題在於，即便不法構成要件已經獲得實現，實質上卻是沒有明確的法益受有侵害或危險，例如行為客體與保護法益之間欠缺密切的意義關聯，規範相對人恐怕難以形成所謂的侵害意識，不知特定行為乃是法所不允許的。如此一來，以保護法益為任務的行為規範勢必難以產生規範溝通上的實效⁸。

⁷ 進一步的批評，可參考古承宗，論不能安全駕駛罪之解釋與適用——以刑法第185條之3第1項第1款為中心，刑事政策與犯罪防治研究專刊，22期，2019年9月，頁9-10。

⁸ 從社會學的觀點來看，刑法的功能或許在於避免與形塑社會聯繫相關的行為期待（Verhaltenerwartung）因為不法行為而落空，然而，當我們把目光移往刑法作為一套具有引導行為意義的社會控制工具時，這裡的行為期待不再只是一種複合性社會系統（Komplexe Sozialsysteme）的運作條件，而是實質轉變為在社會成員的自我意識

綜此說明，若是立法者堅持經濟刑法以抽象危險犯為首要的選項，恐怕有必要先予釐清下述問題：「如何透過不法構成要件的設計充分表徵出抽象危險犯的行為規範，特別是如何框定與此有關的法益內容與界限⁹。」唯有如此，刑事制裁手段始有可能理性且有效地擔保社會成員之間合理及平等的社會交往。

二、折衷的保護機制

以德國的法制現況為例，尤其是補助詐欺（德刑264）¹⁰、投資詐欺（德刑264a）¹¹、信貸詐欺（德刑

中所形成之具有行為控制意義的禁命與誡命要求（行為規範）。類似的思考路徑，已見Müssig, Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz, 1994, S. 189.

⁹ 另一條論證路徑為，以承認「集合法益」（Kollektives Rechtsgut）為刑法的保護對象，不過，除了抽象危險犯的選項之外，有必要為其尋求全新的犯罪類型，例如Hefendehl, Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm, in: Roland Hefendehl (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, S. 129.

¹⁰ 德國刑法第264條第1項規定：「有下列情形之一者，處五年以下有期徒刑或罰金：一、對負責許可補助之機關或其他於補助程序設為職務之人或他人（補助者），就自己或他人之具補助重要性的事實為不正確或不完全之有利於其或他人的陳述；二、違反法律規定或補助之物或現金的使用限制；三、違反授予補助之法律規定，使補助者不知其具補助重要性的事實；四、於補助程序使用以不正確或不完全之陳述所取得的補助資格，或具補助重要性之事實的證明文件。」譯文引用自王士帆、王玉全等譯，德國刑法典，2版，2019年7月，頁430。

¹¹ 德國刑法第264a條第1項規定：「有下列情形之一者，於公開說明書或介紹或摘要中說明財產狀態，而就決定取得或提高股份配額之重要事務，向大規模之不特定人提出不正確之有利說明，或就不利益之事實保持緘默，處三年以下有期徒刑或罰金：一、銷售有價證券，優先承購或參與企業經營之股份者；二、提供股票增額者。」譯文引用自

265b)¹²，以及約定限制競爭（德刑298）¹³等由德國立法者肯認的經濟犯罪¹⁴，性質上均屬普通詐欺罪的派生類型，而且是以抽象危險犯為設定基礎的處罰前置手段。初步而言，只要行為人有施用詐術，但無需造成他人陷於錯誤或財產損害之結果，即可成立犯罪。雖然這些類似於詐欺的經濟犯罪是導向於抽象危險犯的設計，似乎仍舊是以保護整體財產為規範目的。不過，部分的學說見解認為，經濟刑法的保護對象可以僅限於超個人法益，例如補助詐欺的國家財產分配計畫（Vermögenplanungshoheit）¹⁵，或者同時兼及個人法益

同前註，頁432。

¹² 德國刑法第265b條第1項規定：「有下列情形之一者，處三年以下有期徒刑或罰金：為工廠或企業或受詐騙之工廠或企業申請給付，保留或更改下列信用條件：一、關於經濟上之狀況：1.提供不正確或不完整之文件，特別是財務報表，損益計算，財產列表或鑑定報告，或2.提出有利於借貸者之非正確或非完整的書面說明，並且對核可申請之決定為重要的；二、關於文件或陳述所呈現之經濟狀況惡化，提出對決定核可申請具重要性的文件時未說明。」譯文引用自同前註，頁432。

¹³ 德國刑法第298條第1項規定：「關於商品或勞務之圍標，基於使舉辦者接受特定出價為目的之違法協議而出價者，處五年以下有期徒刑或罰金。」譯文引用自同前註，頁469。

¹⁴ 用語見Wohler, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, 2000, S. 154.

¹⁵ Artz/Weber/Heinrich/Hilgendorf, aaO. (Fn. 1), § 21 Rn. 55; Tiedemann, in: Laufhütte (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 9/1, in: LK-StGB, 12. Aufl., 2012, § 264 Rn. 16, 28. 認為補助詐欺與普通詐欺罪實無派生關係，所以不應稱作為補助詐欺，而是補助濫用（Subventionsmissbrauch）或隱匿事實而獲取補助（Subventionserschleichung）。

的整體財產與超個人法益，例如信用詐欺之於信用經濟（即金融市場）的功能¹⁶，或如投資詐欺之於可受信賴的資本市場¹⁷等。即便如此，保護複數法益的立法技術看似連結了個人法益與超個人法益的保護需求，其實是把超個人法益視為一種「附隨性質的中間法益」（*mediatisierte Zwischenrechtsgüter*）¹⁸，最終還是指向多數參與經濟活動之人的財產利益¹⁹。無論採取何種觀點，經濟刑法以抽象危險犯為類型基準的理由在於，不法構成要件捨棄了財產損害此項結果要素，一方面既是排除行為與結果之間的因果要求；另一方面，亦可迴避財產損害要素的解釋難題，例如在補助詐欺（*Subventionsbetrug*）的情形，無需額外檢視申請補助者施用詐術與補助機關陷於錯誤之間的因果關係²⁰，或是無需再費心考量（補助）目的不達（*Zweckverfehlung*）理論之於財產損害評價的應用²¹等。凡此均能有效提高

¹⁶ Artz/Weber/Heinrich/Hilgendorf, aaO. (Fn. 1), § 21 Rn. 4; Tiedemann, aaO., § 265b, Rn. 17.

¹⁷ 參閱Artz/Weber/Heinrich/Hilgendorf, aaO. (Fn. 1), § 21 Rn. 55; 關於本罪是否同時保護個人法益與超個人法益，或者僅限於超個人法益，德國學界其實有相當分歧的看法。相關見解之介紹與分析，可參考Tiedemann, aaO. (Fn. 15), § 264a Rn. 13.

¹⁸ 見Kindhäuser, aaO. (Fn. 4), S. 400.

¹⁹ Hefendehl, aaO. (Fn. 9), S. 122. 認為若只是在範圍與侵害方式確認個人法益的侵害，大規模的或遠距的侵害效果其實無需特別使用超個人法益。

²⁰ Wohler, aaO. (Fn. 14), S. 155.

²¹ Tiedemann, aaO. (Fn. 15), § 264 Rn. 23.

犯罪成立的機會。除此之外，另一個可能的理由為，更加有效地防堵經濟犯罪引起不特定人的或大規模的財損，進而侵蝕經濟制度（或稱為整體經濟的功能）的可信賴性，或者是撼動國家之經濟進程所依賴的運作基礎²²。總而言之，在經濟犯罪的領域，不論是採取超個人法益或複數法益的見解，單純降低因果舉證門檻的作法始終不足以合理化立法者創設新型的且以抽象危險犯為主的詐欺構成要件，關鍵還是取決於我們如何框定保護法益的內容，以及前置性的不法構成要件行為必須帶有應刑罰性的不法內涵²³。

相較之下，另有論者則是持不同意見，認為堅持整體財產（Vermögen）才是唯一的保護法益²⁴。但有疑問的是，既然現行的刑法典中已經訂有竊盜、詐欺、恐嚇取財等實害犯類型的不法構成要件以保護所有權及整體財產，若要將此等個人法益的保護予以前置，恐怕還需要更有力的正當化依據²⁵，否則即有架空既有財產犯罪

²² 僅參閱Artz/Weber/Heinrich/Hilgendorf, aaO. (Fn. 1), § 21 Rn. 54-55.

²³ BT-Drucks. 7/3441, S. 18.

²⁴ 相關學說之介紹，見Krüger, Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff, 2000, S. 56-57; 附帶一提，當我們將經濟刑法的規範目的定位在保護財產，那麼這裡的財產或可理解成財產制度意義下的概念，其中包括了所有權與整體財產等。然而，考慮到內文引用為分析對象的經濟刑法均是詐欺罪的派生類型，再加上詐欺罪是以整體財產為保護對象，所以筆者這裡將「Vermögen」翻譯為「整體財產」，合先敘明。

²⁵ Wohlers, aaO. (Fn. 14), S. 161-163.

體系的疑慮。就此，Schlüchter即明確表達出否認的態度，認為國家不可以只是為了避免整體財產遭受抽象的侵害危險而冒然採取刑罰手段²⁶。或如Wohlers的批評，既然立法者已經就整體財產建構出一套完整的刑事保護系統，要不是持續把這套系統發展下去，要不然就是重構另一套完整的規範系統予以取代。若是我們捨棄這樣的發展路徑，轉而在既有的系統準則下創制出一套偏異的制裁結構，那麼就有必要為此特別提出不同的正當性依據²⁷。更具體地說，以抽象危險犯為典型的經濟刑法只是處罰純粹的施用詐術行為，前提必須是此種行為本身已經滿足所有應罰的條件。基本上，普通詐欺罪的規範任務在於保護整體財產，且以發生財損為成罪前提。詐欺罪的施用詐術行為的可罰基礎無非就是此種行為內含使他人陷於錯誤及財產損害的風險，又此等風險在毫無阻礙的發展條件下，基於經驗法則將會接續地導致最終的財損結果。不過，單從詐欺罪的派生類型來看，經濟刑法似乎是把施用詐術以外的構成要件要素斷然切割，形同不再強調行為本身必須內含財產損害與陷於錯誤的風險特徵。換句話說，派生性的詐欺類型其實是把「施用詐術行為」變相定位成一種「既遂的」犯罪行為而加以處罰，如此一來，恐怕既是無法合理說明該行為

²⁶ Schlüchter, Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, 1987, S. 156, 176.

²⁷ Wohlers, aaO. (Fn. 14), S. 161, 163.

本身的應罰性基礎何在，而且甚至使行為規範本身的義務設定脫離財產犯罪保護個人財產的原始結構。

暫且不論上述的學說爭執，為了回應個人法益保護前置所面臨的正當性質疑，德國不少的學說見解從一開始便是技巧性地結合整體財產與經濟制度之間的保護需求，尤其是讓個人法益含括在經濟制度運作的效力範圍，或是把制度本身與個別主體的生存條件塑造成某種社會性結構的連動關係，試圖以此解消掉保護個人法益可能過於前置的批評²⁸。然而，就在超個人法益被肯認為經濟刑法的保護對象之後，不法構成要件卻是逐漸導向純粹以刑事政策為主軸的解釋策略，淡化原初以保護個人財產為首的刑罰前置思維，以及迴避因為純粹減輕因果證明負擔的技術性立法而可能產生的正當性疑慮。而就這點來說，或如Tiedemann表達的肯定立場，即便無法從不法構成要件的文義推導出此等法益的保護功能，但是因為刑法所欲非難的行為不法不盡然都要完全表現為不法構成要件的内容，例如法條文義中出現「妨礙經濟制度（或市場交易）之運作」的描述，不妨礙我們把保護法益的内容限定在超個人法益與個人法益兩者。另一方面，抽象危險犯的功能同樣在於避免法益侵害，只不過其所預設的行為規範功能在於禁止規範相對人實施特定之行為，尤其是最終能夠導致「不法構成要件以外的法益」受到具體危險或實害的行為方式。換句話說，

²⁸ 參閱Krüger, aaO. (Fn. 24), S. 56-57.

特定行為所製造的抽象危險乃是針對超脫於不法構成要件描述的利益，又此種利益才是抽象危險犯真正所要保護的對象²⁹。針對此等說理的合理性，不論是堅持直接或間接保護個人法益，恐怕都還是無法迴避經濟刑法必須面對如何界定行為之應刑罰性的質疑，因為要不是行為規範的預設與避免侵害他人財產的禁命要求之間欠缺實質連結，就是作為超個人法益的經濟制度淪為內容空泛的表象法益，使得法益喪失體系批判的功能。

三、侵害模式與行為之應刑罰性

如前所述，德國不少的學說見解肯認經濟刑法的保護法益為經濟制度與整體財產兩者，雖然試圖藉此解消過度前置保護整體財產的疑慮，卻也額外衍生出另一項立法正當性的問題，尤其是應如何透過不法構成要件的文義設定明確劃定出與侵害經濟制度有關的行為態樣。更具體地說，大部分的經濟刑法為詐欺罪的派生類型，若是經濟制度確實為保護法益的話，考慮到此種法益於概念內涵上的模糊性及欠缺具體的輪廓形象，客觀經驗上難以想像行為人實施各罪所欲非難的不法行為後，到底將對此種利益造成何種實害或危險。舉例來說，即使個別的行為人實施德國刑法第264條所規定的詐術行為，實際上卻不會對信用經濟下的所有子系統造成任何損害，亦即與信用相關的經濟制度不會因此隨即崩壞，那

²⁹ Reus, Das Recht in der Risikogesellschaft, 2010, S. 114-115.

麼似乎更可說明捨棄實害犯，轉向採取抽象危險犯立法的必要性³⁰。只不過進一步考量到法益侵害或危險之射程範圍的不確定，抽象危險犯的不法內涵與保護法益有關的結果非價（或者至少為危險非價）之間不只是欠缺明確的意義關聯，而且就長期而言，恐怕會因此越來越難以感知到特定行為的不法內涵到底為何。另外，相對於實害犯與具體危險犯的法益侵害階段，抽象危險犯只不過是把法益保護的時間點更為提前，所以與此相關的危險預設即有必要符合實害適格或危險適格的條件，典型者為我國刑法第173條放火罪，行為人燒燬現供人居住的建築，而火勢持續蔓燒下去的話，經驗上即不排除將會導致住戶傷亡。以此而言，若是經濟刑法為普通詐欺罪的派生類型，那麼我們使用所謂的實害、具體危險、抽象危險等概念，無非是考慮到整體財產法益侵害路徑的線性發展；另一方面，基於刑事政策上的考量，例如致力於更有效率的法益保護而減輕舉證負擔，立法者自然會傾向於採取抽象危險犯的類型設定，不過，關於侵害法益的預設卻不會因此產生任何變動。換句話說，經濟刑法不會只是因為配合舉證負擔減輕的需求，而隨之改變保護法益的內容；相對地，若是純粹為了減輕舉證負擔，卻又堅持保護法益為整體財產的話，那麼確實需要提出更有力的論據來正當化個人法益保護前置的必要性。

³⁰ Artz/Weber/Heinrich/Hilgendorf, aaO. (Fn. 1), § 21 Rn. 58.

依前述說明，不論是經濟制度或整體財產等法益設定，以及與此對應的抽象危險犯，均會面臨來自立法論及解釋論上的挑戰。對此，雖然德國多數的學說見解仍然堅持經濟制度為首要的保護法益，不過卻試圖重新定位行為的可罰性基礎，以此說明經濟刑法之處罰前置化的正當性。以補助詐欺罪為例，除了造成實際的財損之外，此罪所規定的詐騙行為能夠形成所謂的漩引效果（*Sorgwirkung*），也就是引發其他補助申請者從事相同或類似的補助詐騙行為，使得自己同樣保有跟其他獲得補助者同等的優勢³¹。換句話說，補助詐欺罪所欲非難的還是「個別行為」，只不過這種行為的特質在於能夠招致非實體性的結果（*immaterielle Folge*）³²，尤其是撼動所謂的經濟道德（*Wirtschaftsmoral*）及經濟參與者應當誠實等德行要求³³。這裡值得注意的是，漩引效果無非是強調刑罰的心理強制作用，似乎是趨近於消極一般預防的理念。由此看來，關於經濟刑法是否保護經濟制度的問題，實際上已經不再是規範上的重點，甚至可以說只是一項假議題，立法者真正所欲實現的目標恐怕是經濟領域的行為控制需求，藉此規整市場應有的財貨流通秩序。除此之外，過度強調刑法抗制個人行為的漩引效果，亦是忽略了避免引發他人犯罪無論如何都只是法

³¹ Artz/Weber/Heinrich/Hilgendorf, aaO. (Fn. 1), § 21 Rn. 68.

³² Krüger, aaO. (Fn. 24), S. 130.

³³ Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht – Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstext*, 4. Aufl., 2014, S. 25 ff.

益保護下的一種附隨效果而已³⁴。

相較之下，另有論者則是從多數行為所形成的共同效果出發，先是肯認個別行為確實在現實上無法侵害抽象的經濟制度，不過，卻又反向地強調超個人法益的侵害不必然以個別行為本身產生結果非價為基礎，而是應當把規制重點聚焦在該行為的「舉動非價」（Aktumwert）。即使這樣的見解看起來仍是把刑法的非難對象鎖定在個別行為，說理上卻是從集合意義的行為效果回溯地證成個別行為本身的法益侵害適格性，並且推導出以下結論：經濟刑法真正所要防止的是大量違法行為對於經濟制度所造成的危險，或稱之為「經濟系統的累積性風險」³⁵。就本質而論，這裡所謂的累積性風險相當近似於Kuhlen於環境刑法領域所提出的累積犯概念³⁶。也就是說，雖然個別行為無法單獨對法益產生侵害效果，但是，一旦與其他同類型的行為形成共同作用後，便有危害法益之能力。依此，累積行為的制裁正當性是以「假設性的因果累積」為開展基礎。即便個別行為不帶有法益侵害的危險，仍然可以是刑法所欲非難的「不法行

³⁴ Krüger, aaO. (Fn. 24), S. 131.

³⁵ Bottke, Das Wirtschaftsstrafrecht in der Bundesrepublik Deutschland, wistra 1991, S. 7; Otto, Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts (einschließlich Verbraucherschutz), ZStW 1984, S. 360.

³⁶ Wohlers, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 5, in: MK-StGB, 3. Aufl., 2019, § 264a Rn. 10明確表態德國刑法第264a條投資詐欺罪為累積犯。對此批評，可參考Tiedmann, aaO. (Fn. 15), § 264a Rn. 28.

為」，因為該行為的危險性（即應刑罰性）正好取決於「假設未來有類似行為的效果與其相互結合，便能招致一定的結果。」如此一來，行為與結果的因果關係與客觀歸責不再是行為可罰性的前提，而且透過累積犯特殊的行為結構，傳統所理解的結果非價變相地轉為行為非價的問題。至於行為非價的義務違反也不再以現實的法益危險作為關聯對象，而是純粹訴諸於行為外部成本的控制需求。除了Kuhlen所提出的論證，Hefendehl則是改從道德哲學的角度支持累積犯的制裁正當性，因為只要有足夠的行為數量集結起來即可形成法益侵害的效果，那麼個別的行为人即無理由主張該行為本身根本無助於法益侵害³⁷。然而，本文認為累積犯的論據存有疑慮。主要理由在於，儘管抽象危險犯捨棄了實害意義的不法結果，但行為所內含的不法仍有必要符合「實質等價性」（*matrielles Äquivalenz*）的歸責條件，否則無法反應出刑法是以「現實歸責」為前提的規範結構³⁸。相較之下，累積犯的處罰依據卻是鎖定在：考慮到行為的潛在危險正是其他人有可能基於自利動機而實施同類型之行為，即使個別行為在現實上沒有法益侵害危險的行為，仍有處罰之必要。顯然地，這種假設的累積危險不只是脫離了刑事不法應有的現實歸責基礎，而且亦是牴觸罪責原則。

³⁷ Hefendehl, aaO. (Fn. 9), S. 131.

³⁸ 見古承宗，評析2018年新修正之刑法第一九〇條之一，國立中正大學法學集刊，61期，2018年10月，頁211。

參、重構「經濟制度」作為保護法益 的內涵與標準

一、法益的侵害適格性

基本上，「刑罰」乃是國家得以施加於行為人的特殊惡害，目的在於針對已經發生的錯誤行為表達出法倫理面向的責難（*rechtethischer Tadel*），並且積極重建社會成員對於法拘束力的承認。換句話說，刑罰的功能在於擔保刑法本身的規範實效，又具體的運作邏輯則是透過所謂的制裁規範（*Sanktionsnorm*）引導個人於內在心理形成一定的規範意識，確認各罪之行為規範所預設的禁止或誡命要求始終具有拘束效果³⁹。就這點來說，刑罰所對外彰顯的責難正是刑法與其他國家制裁手段的區分基礎。不論是民法上事後的損害填補，或是行政法上事前的危險防禦等制度功能，都沒有像國家發動刑罰權所必要的責難要素⁴⁰。為了對外表達法倫理性的責難而允許國家對特定人施以惡害，刑法典中規定了一般性的歸責條件，以及各罪的不法構成要件等，不過也正是因为如此，不同於民法與行政法等規範系統，刑法系統受制於自身原生的建構條件，必須符合更為嚴格的正當性要求，所以明顯與其他的法律規定存在著質量上的差異，典型者莫過於保護法益的資格與限制。

³⁹ Timm, *Gesinnung und Straftat*, 2012, S. 61-62.

⁴⁰ Kindhäuser, aaO. (Fn. 4), S. 395.

更進一步地說，當代的法益理論認為法益兼具所謂的批判性機能，任何有關法益的具體形塑並不是只有純粹指向解構性的概念分析，而是同時帶有反射性的決定效果⁴¹，也就是法益本身作為解釋分則各罪之不法構成要件的輔助工具，或者稱之為解釋與適用的引導功能⁴²；另一方面，法益理論亦是提供立法者選擇及制定各罪之不法構成要件描述的基準與界限，並且要求以符合規範體系的方式將該罪融入刑法典的結構。然而，隨著當代社會結構的快速變異，不同系統之間的運作越趨於複雜，例如金融市場中即可看到經濟系統、政治系統、法律系統分別產生「共振」，並且由此衍生出各自的運作問題，主觀的安全感受逐漸取代經驗上的危險評價，當代刑法不斷擴張規制範圍，許多不同的社會生活領域明顯出現了刑罰前置化的現象，例如生態環境、食品安全、金融市場、洗錢等，又為了迎合刑罰擴張的需求，保護法益的內容明顯導向「去實質化」（Entmaterialisierung）⁴³的發展趨勢。

基於法益的去實質化結果而在刑事立法所產生的正當性疑慮，或許可以把這個問題擱置在立法論的層次進行討論，至於各罪於具體個案中的解釋與適用，仍然完

⁴¹ 僅參閱Kargl, Strafrecht, 2019, S. 90; Kahlo, Über den Zusammenhang von Rechtsgutsbegriff und objektiver Zurechnung im Strafrecht, in: Roland Hefendehl (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, S. 26.

⁴² Müssig, aaO. (Fn. 8), S. 176; Krüger, aaO. (Fn. 24), S. 107.

⁴³ 用語見Krüger, aaO. (Fn. 24), S. 104.

全按照立法者原本的法益設定解釋構成要件。舉例來說，德國立法者「發明」（*erfinden*）新型態的信貸經濟法益，並且透過增訂刑法第265b條之不法構成要件予以保護，所以解釋上有必要尊重立法者的立法裁量結果。不過，應注意的是，一方面，這樣的解釋策略有可能不當地導致法益喪失作為解釋工具的功能，因為毫不猶豫地採納立法者關於制度性法益的預設，恐怕未能有效限定不法構成要件的文義射程範圍；另一方面，其實也忽略了法益本身正是一種經由解釋取得的成果（*Auslegungsprodukt*）⁴⁴。

為了避免上述的去實質化現象與解釋疑慮，我們或許可以在方法上試著回到法益的建構條件，由此確立刑法保護法益的界線。舉例來說，若是考慮到基本權的保護需求，並且依此決定刑法的保護法益時，法益的組成要素似乎即有必要限定在生命、身體完整性、自由、財產，或是其他與個人生活領域相關的權利⁴⁵。然而，即使法益作為基本權實現的條件，卻不必然以具備基本權的品質為建構前提，因為行為需刑罰性之於法益侵害或

⁴⁴ 主要理由在於法益乃是一種「絕對實證法的概念」（*ein durch und durch positivrechtlicher Begriff*），用語見Rudolphi (Hrsg.), in: SK-StGB, Band I, 6. Aufl., 1997, Vor § 1 Rn. 4.

⁴⁵ 以基本權作為形塑及限制法益內容之依據，例如Brunhöber, Vor der Unrechtsahndung zur strafrechtlichen Risikosteuerung, in: Roland Hefendehl (Hrsg.), FS für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag, 2014, S. 15; 陳俊偉，論食品安全衛生管理法第49條重新入罪化之必要性，月旦刑事法評論，5期，2017年6月，頁170-171。

危險的關聯意義終究以「社會現實」（soziale Wirklichkeit）為評斷依據。更具體地說，國家的任務在於替個人自由建構起一套安全的輔助體制，只不過這裡所指稱的安全既不同於心理性的感知狀態，也不屬於純粹描述性的概念，而是實質指向於一種涉及個人是否及如何實踐自由權利的框架條件。即便如此，法系統的功能仍然不會被理解為保護安全此種抽象利益，因為系統本身就是一種體現安全的體制結構，只要各別法律的建構與規範密度越是完整對應到社會性的運作現實，越是有機會讓社會成員在法的框架秩序下相互協調地實現自我。此外，刑法作為法系統的一部分，不只是帶有限制自由（或基本權）的效果，本質上更是作為一種協助或促進個人實踐自由權利的體制。既然刑法的運作本身即屬安全的體現，若是又考慮到法益為支撐刑法系統的核心要素，以及此套系統乃是作為實踐個人自由的框架條件，那麼刑法的保護法益與基本權之間也就不必然互為同一，或是保有所謂的派生關係。因為這樣的框架條件必須能夠充分反映出社會現實的規制必要性，所以與此相關的法益內容勢必將會超脫既有的基本權設定。簡單地說，關於基本權保護需求的命題，只不過是透過刑法保護法益的方式「間接地」確保自由權利的實踐可能。

再者，因應社會結構的持續變異，刑事不法的類型化與區分始終保有相當程度的彈性，而且就算是基本權

的內容也存在著不斷擴張的現象，例如無體財產、資訊自決等，所以堅持傳統的生命、身體、自由、財產等基本權作為刑法之保護法益的依據，恐怕是忽略刑法作為法律系統的一部分不免也會受到來自其他系統的刺激而調整自身的運作結構。另一方面，基本權概念在法理論的理解脈絡下往往是緊扣住「程序上可實踐性的請求權」，如此一來，刑法上的法益侵害恐怕將嚴格限縮在個人於程序上可請求賠償的權利侵害⁴⁶。

暫且不論前述的基本權論據，特定利益之所以具有刑法上的需保護性而可視為保護法益的前提在於，與此等利益相關的關係實體或狀態必須具備客觀經驗上的認知可能性，又具體的判斷基準為：(一)升高的社會保護需求；(二)確定經常受有侵害或危險；(三)關於利益侵害的威脅感⁴⁷等。如果外部世界的變化未能有效刺激個人的感官經驗，使得個人無法在內在對此反射出一定的認知圖像，勢必難以理解特定行為所內含的（自然或社會性）意義與效果為何，當然也就不可能再從中確認是否有何種法益受到影響，或是如何受有侵害或危險。於此，較無問題的是，傳統實害犯的經驗性評價聚焦在行為與結果之間的因果關聯，而從結果本身得以有效推知法益是否確實受有侵害⁴⁸；相對地，雖然抽象危險犯受

⁴⁶ Kindhäuser, aaO. (Fn. 4), S. 319.

⁴⁷ 見Kargl, aaO. (Fn. 41), S. 90.

⁴⁸ 應強調的是，行為客體不等於法益。法益是否受有侵害取決於我們如

制於自身的結構特徵，不宜直接套用實害犯的因果要求，卻不必然等於捨棄經驗性的認知要求。換句話說，只不過是把觀察重點轉向於「事件歷程的風險評價」，也就是行為仍有必要先引起特定的事件或狀態，我們由此進一步推知法益侵害的風險（或危險）射程⁴⁹。即便刑法的保護法益有必要依循經驗法則而在可得證明（或風險計算）的形式基礎上確認具有受侵害或危險的可能性，只不過容待釐清的是，在經濟犯罪的領域，個別的經濟行為是否或如何影響無現金交易或信貸經濟的運作，進而導致整體的經濟制度受有侵害或危險。對此，從經驗性的因果認知來看，客觀上確實難以證明個別的經濟行為是某個經濟系統崩壞的原因，因為到目前為止並沒有任何一個經濟制度因為某個經濟犯行的介入而完全終止運作；另一方面，如果改從數量規模的集合行為來看，儘管個別的經濟行為確實無法危害經濟制度的功能，不過只要綜合多數相同的或類似的經濟行為似乎就不排除可以癱瘓制度運作。然而，不論從個別性或集合性的行為效果切入，因為相關的風險論述實際上一直緊扣住「系統崩壞」的結果想像，自始都沒有跳脫行為與（實害）結果的因果要求，所以導致在行為模式與法益侵害或危險之間始終未能提出一套合理的歸責關聯。無論如

何觀察與評價行為客體於外部世界的物理性變化，接著從中推導出所謂的利益如何受有影響。

⁴⁹ 參閱古承宗，同前註7，頁9。

何，如前所述的，此種類似累積犯（Kumulationsdelikt）或流引作用的思考，實際上乃是將他人的不法行為視為行為人的不法基礎而進行歸責，顯然已經牴觸罪責原則。

二、以「相互承認（或理解）」為形塑基礎的關係概念

刑法的任務為保護法益⁵⁰。概念上，首先無法將法益視為所謂的「價值」，因為帶有觀念特徵的價值只存在違反與否的問題，而沒有遭受侵害或危險的可能性；同樣地，考慮到客觀經驗上不可能經由感官認知反應所謂的「利益」，也就是我們無法從物理性的時空條件加以體覺且描述，所以亦不可能將其理解為一種實體或事物狀態（Objekte oder Gegebenheit）。相較之下，所謂的法益其實是泛指對外直接或間接彰顯出人格主體之法權關係的個人組成特徵、物，或是制度，例如生命、身體、自由、財產、司法制度、法治國原則下的國家主權等；或是將其理解為一種「關係概念」（Beziehungsbegriff）⁵¹，特別是指涉到某種事物或狀態（或稱為實在性⁵²）在特定

⁵⁰ 關於法益概念流變與刑法功能之間的關聯，許恒達，刑法法益概念的茁生與流變，收於：法益保護與行為刑法，2016年5月，頁1以下有相當完整的分析。

⁵¹ 已見古承宗，環境風險與環境刑法之保護法益，收於：刑法的象徵化與規制理性，2版，2018年4月，頁147-148。

⁵² 或稱「現實性」（Realität），見Hefendehl, Materialisierung von Rechtsgut und Deliktsstruktur, GA 2002, S. 23.

主體身上所形成之積極且附有價值的關聯結構，而此種作為法律概念的關係正是以實現法人格主體的外部自由為形塑基礎。各罪的不法構成要件設定因而有必要直接或間接反映出此等面向的法權要素⁵³。

具體而言，刑法作為一套社會控制手段，規制對象又為人類的社會活動。考慮到社會運作實為人類之社會活動的具體呈現，任何一種能夠取得刑法保護資格的利益狀態均屬社會運作不可或缺的條件。只不過所謂的社會運作倒不是片面地從經驗性的觀察角度所歸納推得出的事物狀態，亦即由多數個體或組織單元共同組成且透過交往活動形成一定的關聯作用，而是專指社會之具體形塑與自我再製等規範上的溝通程序⁵⁴。也就是說，社會的具體形塑與再製程序所應具備的規範性要素主要在於，所有的社會成員之間對於彼此人格發展所需的自由領域形成相互承認（或理解）的認知結構，而且以相互理解為基礎的參與條件發展出合理且平等的社會交往模式⁵⁵。就「承認」的意義來說，任何人於社會交往的過程中不是以禁命或誡命等義務形式單向地被要求肯認他

⁵³ 典型者為刑法第320條竊盜罪所規定的「動產」，透過犯罪客體的文義表現，反映出他人的「所有權地位」。

⁵⁴ 理論依據為Habermas所提出的溝通行動理論，見林立，哈伯瑪斯的法律哲學，2016年1月，頁10以下。

⁵⁵ 參閱Kindhäuser, Rationaler Rechtsgüterschutz durch Verletzungs- und Gefährdungsverbote, in: Klaus Lüderssen (Hrsg.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse, 1998, S. 266.

人的人格獨立性，而是經由一系列的社會化歷程，例如家庭、學校教育、同儕互動等，基於雙向性及社會性的心理建構程序，個人反覆透過社會交往逐步建立起關於自身的認知結構，進而在心理認知上反射出與他人的差異，從中理解到所有人均是獨立的人格主體。換句話說，此種社會化歷程正是指涉自我與他人相互獨立的認知程序，所有的人格主體自從出生開始持續藉著自我理解的心理形塑，逐步導入人際互動與相互認同的過程，也唯有透過自己與他人之異同的認識，例如反覆接受否認、承認等，始有可能讓自己明確認識到自我的完整性與自由性。換句話說，一旦特定的意識主體將另一個同樣具有意識的人格主體視為獨立主體之時，那麼才會真正形成對於自身形象的意識，也就是所謂的自我意識⁵⁶。

然而，不可忽略的是，個人之自我意識其實也是作為他人建構自我意識的一項媒介，尤其是自我意識的形成取決於自我的這個概念總是內含著「他人之存在」的意義；另一方面，社會性的世界則是經由主體之間相互對象化的關係所構成⁵⁷。所以，只要所有的社會成員形成且負有所謂的承認義務，隨即表示彼此之間基於相互關係所形塑之具反射自我意義⁵⁸的自由狀態，而有能力

⁵⁶ Seo, *Rechtstontologie und Hegels Rechtsbegriff*, 2004, S. 165 ff.

⁵⁷ 參閱Simon, *Das Selbstbewusstsein und der Andere*, in: Asmuth Christoph (Hrsg.), *Transzendentalphilosophie und Person*, 2015, S. 199 ff.

⁵⁸ Kargl, *Inersubjektive Begründung und Begrenzung der Notwehr*, ZStW

且有意願履行此等義務。又在這樣的理解脈絡下，任何人在法的框架秩序下既是作為「人格體」（Person），因而在社會交往的過程中被嚴肅看待為一個自由且負責性的「法人格主體」⁵⁹。

儘管如此，自由的實在性與具體實踐並不限於「直接」透過個別主體之間的社會活動加以呈現，儘管所謂的自由在社會意義上亦可指向個人的獨立自主性格（Selbstständigkeit），不過，獨立自主既不是把個人視為完全隔絕於世的個體，也不是完全聚焦在與他人之社會活動毫無連結的自我關係上。換句話說，任何人不可能只是為了自己而立足於世，在社會性的交往過程中不免會與他人產生接觸與互動，進而形成相互承認關係的意識狀態。或可想像的是，經由持續性的社會交往，社會成員之間逐步形塑出一定的生活形式，又這種形式密切連結到個人作為自決且獨立的意思及行動主體而為生存所力求的自我維持（Selbsterhaltung）。若是進一步考慮到現代社會運作的高度分工與複雜性，個別主體的生活領域與社會性格勢必不會只是取決於個人與個人相互交往的結果，實質上還會由帶有複合特徵的社會系統予以決定，所以，當代社會中有關個別主體之自由與獨立性的辯證，無非就是在確認「社會性的主體素質」（Gesellschaftliche Subjektskonstituion），而且此種形象

1998, S. 59.

⁵⁹ Kindhäuser, aaO. (Fn. 4), S. 397.

的具體形塑正好凸顯出社會性的現代化進程與主體性的人格表徵之間帶有交互作用的關聯性⁶⁰。如此一來，對應到社會性的主體形象，刑法更須致力於確保任何與維持社會參與有關的機會，或是在個別主體的生活領域與複合性的社會系統之間劃定出一定的界線，藉此維持個別主體帶有自我意識的人格特徵，同時亦可避免社會的與人格的系統身分（soziale und personale Systemidentität）產生混淆⁶¹。

基於自我意識與社會性的相互承認等觀點，刑法保護法益的命題實質上即是指涉到刑法作為確保社會參與的規範手段，至於所謂的法益則可進一步被理解為促成社會參與的輔助性媒介（Subsidium）。又從這樣的命題反向推論，只要我們先確定社會參與是以社會成員理解到任何人均保有人格發展所需的自由領域為前提，那麼刑法保護法益的意義無非就會是為了擔保個人自我維持與自我實現所需要的基礎條件。或許，與人格具有密切連結的利益組成（即生命、身體、健康、財產等）為刑法首要保護的對象，不過，實際上不排除還有其他直接或間接有助於自我維持與自我實現的條件。也就是說，

⁶⁰ 見Müssig, aaO. (Fn. 8), S. 192.

⁶¹ 更深層的理由在於：依據Honneth的承認理論，承認關係乃是「根本地構成人類生活形式之合理性」，以及對抗「物化（承認的遺忘）」的社會實踐病徵。完整的理論分析，見林遠澤，論霍耐特的承認理論與作為社會病理學診斷的批判理論，哲學與文化，43卷4期，2016年4月，頁28-29。

任何法律上所肯認的共同生活形式，例如「制度」（Institutionen），基本上也是以確保個人自由為建構基礎，又法主體參與此種共同生活形式的運作時，即是與其中所「中介的」（vermittelt）關係條件產生連結，促使個人自由權利始終保有具體實踐的可能。所以實有必要讓與此相關的利益狀態透過「法律質性的轉化程序」（verrechtlich）進入刑法的規制範圍，而任何人基於刑法擔保自我維持與實現自我所必要的利益，以及相互理解及協調自己與他人各自於社會交往過程所扮演的角色。總而言之，任何與「制度運作」有關的行動模式不只是能夠針對具普遍性特徵的自由實踐表現出尊重、提供協助的效果，其實亦有可能在部分的情境下是負向的侵害或危險等⁶²，所以，所謂的制度在刑法上轉化而成的公共法益（或稱之為超個人法益），例如市民社會、國家等層次的組織單元，現實上也就不排除會因為特定的行為的介入而產生運作上的不利益。即便如此，相對應的不法構成要件設定仍有必要連結到「與法主體相關」的規制邏輯，而且對規範相對人來說，刑法規定本身或解釋結果即有必要具備再現此種主體性（resubjektivierbar）的可能⁶³。簡單地說，即使行為是針對制度的運作形成不利益，仍須確認其中是否直接或間

⁶² Kahlo, aaO. (Fn. 41), S. 28.

⁶³ Kahlo, aaO. (Fn. 41), S. 29.

接影響個別主體於法律上所擔保的自由領域⁶⁴。

三、否定相互承認關係與刑罰正當性

一般而言，國家動用刑罰權的根本條件在於，行為人所為之行為具備一定程度的罪責，因而有必要透過相應的刑罰手段予以應報。不同於犯罪成立⁶⁵及量刑⁶⁶意義的罪責，這裡所指稱的罪責是指允許⁶⁷國家動用刑罰手段之正當基礎的「濫用人格自由」（Fehlgebrauch personaler Freiheit）。如同Kindhäuser提出的觀點，任何具刑事制裁意義的罪責均可實質理解為「對於濫用自由的失望」，又所謂的自由則是源生於社會成員在為社會交往的過程彼此承認為自由之法主體的相互關係⁶⁸。倘若行為人實現了各罪的不法構成要件，不只是質疑刑法規定的效力，同時也實質代表著否認相互承認關係。如此一來，只要行為人是有責地違反那些形塑相互承認關係（或稱為自由領域之相互協調）的基礎規範，亦即侵入他人原所保有且受法擔保的自由領域，那麼刑法便得以透過施加惡害的方式提出法倫理上的責難，同時象徵性地修補受到違反的刑法規定，以此確認刑法應當發揮

⁶⁴ Kindhäuser, aaO. (Fn. 4), S. 400.

⁶⁵ 即「控制能力」與「法認識能力」，僅參閱王皇玉，刑法總則，5版，2019年8月，頁323以下。

⁶⁶ 詳見刑法第57條規定之內容。

⁶⁷ 應強調的是，刑罰正當性的首要問題不在於「行為人是否應接受處罰」，而是「國家得否對其施以刑罰」。

⁶⁸ Kindhäuser, aaO. (Fn. 4), S. 397.

的實效。

再者，如前所述，相互承認關係涉及到個人對於「自我」與「他人存在」等意識狀態的實質建構，所以，具刑事不法的行為不會只有對外表達出行為人對於他人主體性的否認意義，而是在否認他人的同時還包括了對於自我的否認。既然行為人透過犯行否認自我的人格完整，形同部分捨棄人格的尊重要求，那麼國家對其施以具有惡害意義的刑罰，亦即同樣帶有否認人格意義的制裁措施，不只是沒有違反人性尊嚴的問題，而且正是由此取得刑罰應報上的正當性。

四、「模組化的經濟生活」與法益侵害

（一）法益定位：與實踐財產自由相關的（制度性）條件

不同於德國立法者及多數見解所肯認的經濟制度法益，Kindhäuser認為經濟刑法的保護法益應為法律上對於個人自由領域擔保的實踐條件，尤其是指個人之財產與處分自由⁶⁹。當個人得以無顧慮地支配利益的條件（即所謂的安全條件）受到侵害時，形同已經產生了抽象危險，又抽象危險犯的危險之所以是抽象的，倒不是因為特定利益於行為當下處於無助狀態，而是與其相關的安全標準受到違反，特別是該標準本身帶有促進利益使用產生最佳效益的功能。對此，原則性的立論依據為

⁶⁹ Kindhäuser, aaO. (Fn. 4), S. 402.

Kindhäuser針對抽象危險犯所發展的安全理論。一般而言，所謂的安全泛指個人得以在不受威脅的條件下處分利益，概念上又可細分為「自律的安全」（Autonome Sicherheit），例如實踐健康的生活方式，以及「他律的安全」（Heteronome Sicherheit），例如參與交通往來的安全。在前者情形，如果個人能夠藉由資訊蒐集而妥適地安排生活，促使自己的身體健康利益隨時處於更有效率的保護狀態，刑法的介入不見得是更有效率的利益保護手段；相對地，後者才是國家動用刑罰干預個人自由的正當事由，因為藉由刑罰可以平衡個人在處分利益時無法為自我提供預防，或是須耗費不成比例的預防成本等不利益⁷⁰。由此可知，Kindhäuser的安全理論似乎是致力於讓刑罰實質轉變為一套兼具經濟理性的風險成本調控機制。雖然這套理論對於抽象危險犯之處罰前置的正當性提出一套獨特且深具啟發的論證模式，學說上對此卻多有批評，例如實害犯與抽象危險犯之行為規範不當地趨於等價而產生同等程度的制裁效果⁷¹，或是安全本身得否作為法益⁷²等質疑。

限於篇幅因素，本文不打算進一步分析安全理論的發展脈絡與衍生的問題。儘管在結論上認同Kindhäuser關於經濟刑法之保護法益的定位，只不過這裡所提出的

⁷⁰ Kindhäuser, aaO. (Fn. 4), S. 404-405.

⁷¹ Krüger, aaO. (Fn. 24), S. 113.

⁷² Reus, aaO. (Fn. 29), S. 120-121.

說理略有差異，亦即：1.經濟刑法的功能在於擔保個人財產及處分自由的實踐條件（或稱為制度性條件），此項論點實際上相當近似於本文前述的法益作為一種關係概念，以及刑法的規範結構有必要反映出（法的及社會的）主體相關性等理念。所以，刑法除了保護個人財產之外，還包括任何與實踐財產自由有關的制度性條件⁷³。前者屬於傳統財產犯罪的保護領域，後者則是被劃歸在新興的經濟刑法。2.針對由經濟刑法擔保實踐財產自由的制度性條件，關鍵的正當性基礎在於現代經濟活動的共同特徵為「**模組化的財貨流通**」。進一步地說，當代社會歷經社會性、經濟性、技術性，以及科學性等不同面向的變革，逐步發展成多重系統且高度分工的運作模式，例如細分為科學、政治、經濟、法律系統等。雖然各別子系統保有自身的專業性與獨立性，形成相當複雜的社會運作結構，不過在個別系統之間倒不是截然劃清界限，而是始終持續著直接或間接的連動關係。也就是說，即便特定系統針對某項社會現象提出自有的回應方式，這些回應本身卻多少也會因為受到其他系統的影響而提出修正，例如在生態環境保護的範疇，經濟系統側重於如何有效率地分配及利用生態環境（公共財），而法律系統則會基於個人行為的理性選擇或公

⁷³ 依此，超個人法益與個人法益之間具有所謂的「溯源關係」（Ableitungsbeziehung）。概念說明，亦可參考Kargl, aaO. (Fn. 41), Rn. 187.

共財的有限性等條件訂定出環境利用的規則，卻也不排除從世代正義探求環境資源與人類生存之間的意義關聯，進而調整法律政策應有的取向。或許，正是因為不同系統之間在部分社會領域呈現出的高度分化與回應邏輯的差異，例如食品安全、環境保護、金融秩序等，一方面導致社會整體欠缺更有效率地運作，另一方面，個人或組織體於面對社會運作的複雜性時，反而難以形成適切且穩定的行動模式。刑法作為一套社會控制手段，規範目的不只是經由保護法益的方式回應各種現實存在的社會問題，在相當程度上其實亦有必要能夠降低當代社會在運作複雜下所形成的系統壓力，而規範結構略為簡化且偏重行為引導功能的抽象危險犯往往為首要選項。

回到經濟刑法的範疇，若是先從經濟系統的運作來看，不論是個人基於成本理性而追求財產效益的極大化，或是透過公共管理與政策協商達到資源利用的極大化，前提必須是現實上存在一套符合理性選擇的行為基準，促使更有效率地流通私有財及分配利用公有財。為此，考慮到不同形式之財貨市場的運作差異，例如保險、證券等，或是不斷更新的財貨流通方法，例如補助、無現金交易、證券買賣等，社會逐步發展出相應的行為模式，尤其是模組化的交易條件、環境，以及實踐步驟等，使得個人或組織單元於參與特定領域的經濟活動時，能有一套符合（成本）理性的行為準則可供依

循。如此一來，財產既是能夠在市場上更有效率地流通，而且亦可加速整體經濟的發展。除了個人或組織單元有效率的財貨流通之外，我們觀察到從市場本身的運作理性同樣也會影響經濟發展，例如市場競爭下的多元選擇、簡化工作內容與交易模式、降低生產成本等。綜此，當代社會就不同型態的經濟活動發展出模組化的行為條件，以及符合市場理性而為的運作調控，只要任何針對經濟系統運作所設定的條件進行干擾，將會緊密連動到預期應有的財貨流通趨勢與市場的理性運作，當然，個人於此種環境下的財產處分自由同樣也會受到干預。換句話說，與此相關的風險評價終究不在於終局的經濟系統崩壞，或是個人發生實際的財損，而是當一個非符合模組化條件的經濟活動介入市場後，不只是讓經濟制度運作產生負向效應，而且不排除由此接續產生一系列領域特殊性的財損危險。整體而言，若是主張經濟刑法的任務在於保護經濟制度，又這裡的制度必須堅守「主體性再現」特徵的話，那麼具體內容無異就是指實踐財產自由的制度性條件。可想像的是，經濟刑法所欲非難的行為能夠透過干擾制度運作，進而對個人法益造成侵害或危險，然而，當我們選擇以抽象危險犯保護經濟制度，只要行為本身造成制度運作上的不利益（Beeinträchtigung），那麼即可充分說明結果非價（或危險非價）的存在基礎。

(二)結果要素為抽象危險的外顯基礎

如前所述，德國立法者針對經濟刑法採取「抽象危險犯」的立法模式，其中又以不要求結果要素的「行為犯」(Tätigkeitsdelikt)為首。只要行為人所實施的行為符合各罪的不法構成要件描述，即可成立犯罪。然而，僅以行為作為成罪基礎的行為犯恐怕未能符合刑法上的歸責原理。基本上，行為人作為一個「保有自決能力(實踐理性)的意思主體」，行為時形同否認了行為規範之禁命或誡命對其所生的拘束效果，同時亦可理解為以實現不法構成要件事實為自我的行為規則而有所作為(或不作為)。又依據客觀歸責理論，客觀不法的歸責乃是一項非成文的不法構成要件，目的無非是為了確認行為人基於個人自決而實現不法構成要件是否達到既遂程度的不法。所以，當實害犯及危險犯均設有表徵法益實害或危險的「結果要素」時，那麼也就表示任何有關結果於客觀上可否歸責於行為人的判斷，形同確認其行為本身是否保有結果非價(或危險非價)，以及是否應為既遂或未遂的不法負責。

再者，不法構成要件實現應當充分表徵出規範性的結果非價，而此種帶有非價意義的內容源自於法益侵害或危險的狀態。相較之下，為了使法益保護能夠更為全面且富有效率，立法者讓刑法逐步轉變為積極介入個人自由領域的規制手段，甚至是滿足純粹的行為控制需求，各罪因而出現越來越多的抽象危險及行為犯的類型

設計，尤其是後者的規制重點純粹鎖定在禁止規範相對人實施特定行為，至於該行為是否造成外部世界的變動，亦即傳統理解下的構成要件結果⁷⁴，則非所問。然而，為了避免刑法淪為純粹的行為控制需求，以及不法構成要件本身難以推導出保護法益內容與相對應的危險射程，即便經濟刑法採取抽象危險犯的立法模式，仍有必要堅守「結果刑法」作為刑事立法的典型。也就是說，除了實害犯之外，針對抽象危險犯的不法構成要件設計與解釋，不可任意放棄「（行為）招致結果」（Erfolgsverursachung）的歸責條件⁷⁵。這裡應強調的是，基於「結果發生」與「法益侵害」分屬不同範疇的概念，在語意理解的層次不免會出現「如何表述」的問題，也就是結果要素在實害犯中能夠完整發揮對外表徵法益侵害的功能，但在抽象危險犯的範疇卻是因為欠缺實害結果的要求而顯得相當受限。所以，在部分的犯罪類型，既然結果發生無法直接表徵（或代表）法益侵害，那麼立法技術上即有可能採取迂迴的方式呈現出攻擊法益的狀態。

更具體地說，刑法上的結果係屬一種可具體感知的外部世界之變動狀態，據此得以確認行為人實施了一個

⁷⁴ 關於結果要素於法制史上的考察與概念辯證，可參考古承宗，刑法第190條之1的不法歸責與構成要件解釋，月旦法學雜誌，290期，2019年7月，頁50以下。

⁷⁵ 參閱Ronzani, Erfolg und individuelle Zurechnung im Umweltstrafrecht, 2012, S. 16.

刑法所不允許的利益侵擾行為，所以，結果要素始終是對外表徵法益侵害的必要條件。只不過不同的法益型態對應到外部世界的運作模式而所呈現出來的圖像，確實多少會有不同程度的可感知性，若是執著於把法益侵害與結果發生劃上等號，反而會誤把具體危險犯、抽象危險犯，甚至是行為犯皆理解為不以發生結果為前提。無論如何，抽象危險犯的不法構成要件設計不得捨棄結果要素的設定，只不過此種要素相異於實害結果或危險結果，而在一方面承繼了結果要素原有的「表徵侵害現實」（*corpus delicti*）功能，另一方面則是結合特定的關聯對象之於外部世界的自然性或社會性變化，進一步轉化為所謂「創成危險的特殊事件」（*Gefahrbegrundetes Ereignis*）⁷⁶，對外呈現出「法益侵害的危險徵象」，並且充作法益危險的間接證明依據。於此，如果對應到模組化的財貨流通與市場類型的多樣性，經濟刑法的不法構成要件即有必要因應前述之模組化的財貨流通特徵，設定出一套類型化的結果要素，也唯有如此，我們才能夠在個案中確認刑法所欲非難的行為是否或如何對於所謂的制度法益造成不利益，以及行為與結果之間因而具備所謂的客觀可歸責性。就此而言，若是如同Tiedemann強調經濟刑法是以舉動非價為非難核心的行為犯為主

⁷⁶ 具體的應用，例如刑法第185條之3所規定的「不能安全駕駛」，見古承宗，同前註7。

要的類型設定⁷⁷，那麼顯然將會欠缺客觀不法歸責應有的條件，而使處罰前置手段不再具有正當性。

肆、結 論

以下簡列本文的分析結果：

一、當代經濟活動帶有典型的模組化特徵，以及因應市場理性而為的運作調控，任何對經濟系統運作的干擾，勢必緊密連動到預期應有的財貨流通趨勢與市場的理性運作，且個人於此條件下的財產處分自由亦將受到干預，因此法律有必要確保與財產處分相關的制度性條件。又考慮到刑法保護法益的「主體性再現」特徵，經濟刑法的保護法益即屬與個人法益具有溯源性的「實踐財產自由的制度性條件」。

二、經濟刑法以抽象危險犯為主要的犯罪類型設定，但不可導向於單純強調舉動非價為不法內涵的行為犯。儘管不法構成要件不要求實害結果，仍有必要存在一定的結果要素，也就是「創成危險的特殊事件」，以此作為客觀不法歸責的基石，處罰前置手段因而才具有正當性。

⁷⁷ Tiedemann, aaO. (Fn. 15), § 264 Rn. 29; § 264a Rn. 28.

參考文獻

一、中文文獻

- 王士帆、王玉全等譯，德國刑法典，2版，2019年7月。
- 王皇玉，刑法總則，5版，2019年8月。
- 古承宗，評析2018年新修正之刑法第一九〇條之一，國立中正大學法學集刊，61期，2018年10月，頁157-238。
- 古承宗，環境風險與環境刑法之保護法益，收於：刑法的象徵化與規制理性，2版，2019年4月，頁105-152。
- 古承宗，刑法第190條之1的不法歸責與構成要件解釋，月旦法學雜誌，290期，2019年7月，頁42-68。
- 古承宗，論不能安全駕駛罪之解釋與適用——以刑法第185條之3第1項第1款為中心，刑事政策與犯罪防治研究專刊，22期，2019年9月，頁3-11。
- 林立，哈伯瑪斯的法律哲學，2016年1月。
- 林遠澤，論霍耐特的承認理論與作為社會病理學診斷的批判理論，哲學與文化，43卷4期，2016年4月，頁5-32。
- 許恒達，刑法法益概念的茁生與流變，收於：法益保護與行為刑法，2016年5月，頁1-26。
- 陳俊偉，論食品安全衛生管理法第49條重新入罪化之必要性，月旦刑事法評論，5期，2017年6月，頁143-173。
- 謝煜偉，財產犯、財產法益與財產上利益，收於：刑事法與憲法的對話——許前大法官玉秀教授六秩祝壽論文集，2017年3月，頁689-716。

二、外文文獻

- Artz, Günther/Weber, Ulrich/Heinrich, Bernd/Hilgendorf, Eric, Strafrecht Besonderer Teil, in: AWHH-BT, 2. Aufl., 2009.

- Botke, Wilfried, Das Wirtschaftsstrafrecht in der Bundesrepublik Deutschland, wistra 1991, S.1-10.
- Brunhöber, Beatrice, Vor der Unrechtsahndung zur strafrechtlichen Risikosteuerung, in: Roland Hefendehl (Hrsg.), FS für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag, 2014, S. 3-15.
- Hefendehl, Roland, Materialisierung von Rechtsgut und Deliktsstruktur, GA 2002, S. 21-28.
- Hefendehl, Roland, Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm, in: Roland Hefendehl (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, S. 119-132.
- Kahlo, Michael, Üner den Zusammenhand von Rechtsgutsbegriff und objektiver Zurechnung im Strafrecht, in: Roland Hefendehl (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, S. 26-38.
- Kargl, Walter, Intersubjektive Begründung und Begrenzung der Notwehr, ZStW 1998, S. 38-68.
- Kargl, Walter, Strafrecht, 2019.
- Kindhäuser, Urs, Rationaler Rechtsgüterschutz durch Verletzungs- und Gefährdungsverbote, in: Klaus Lüderssen (Hrsg.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse, 1998, S. 263-280.
- Kindhäuser, Urs, Zur Legitimität der abstrakten Gefährdungsdelikte im Wirtschaftsstrafrecht, in: Abhandlungen zum Vermögensstrafrecht, 2018, S. 395-408.
- Krüger, Mattias, Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff, 2000.
- Müssig, Bernd, Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz, 1994.
- Otto, Harro, Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts (einschließlich Verbraucherschutz), ZStW 1984, S. 339-375.

- Otto, Harro, Grundkurs Strafrecht – Einzelne Delikte, 7. Aufl., 2005.
- Reus, Katharina, Das Recht in der Risikogesellschaft, 2010.
- Ronzani, Marco, Erfolg und individuelle Zurechnung im Umweltstrafrecht, 2012.
- Rudolphi, Hans-Joachim (Hrsg.), in: SK-StGB, Band I, 6. Aufl., 1997.
- Schlüchter, Ellen, Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, 1987.
- Seo, Yunho, Rechtstheorie und Hegels Rechtsbegriff, 2004.
- Simon, Dorit, Das Selbstbewusstsein und der Andere, in: Asmuth Christoph (Hrsg.), Transzendentalphilosophie und Person, 2015, S. 199-210.
- Tiedemann, Klaus, in: Heinrich Wilhelm Laufhütte (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 9/1, in: LK-StGB, 12. Aufl., 2012.
- Tiedemann, Klaus, Wirtschaftsstrafrecht – Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstext, 4. Aufl., 2014.
- Timm, Frauke, Gesinnung und Straftat, 2012.
- Walter, Tonio, Märchen von den Tätigkeitsdelikten, in: Christian Fahl (Hrsg.), FS für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015, S. 327-338.
- Wohlers, Wolfgang, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, 2000.
- Wohlers, Wolfgang, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 5, in: MK-StGB, 3. Aufl., 2019.