

## 臺大人文社會高等研究院社會科學講座

講題：„Das Spannungsverhältnis von Freiheit und Sicherheit im Strafrecht und in der Kriminalpolitik“

(刑法與刑事政策下自由與安全之緊張關係)

主講人： Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Winfried Hassemer

(德國聯邦憲法法院副院長郝斯曼教授)

在我們所處的時代中自由與安全的關係是一項重要的課題。對於其生存的人文與政治環境有所了解的人們，關於這一點我們是毋須多作解釋的。我們只要稍微觀察一下在德國當前內政與外交政策上所出現的爭端，而在必要的情況下它們也可能反映在聯邦憲法法院的判決中。在自由與安全的關係上。首先我們將先詳細地探討這兩者之間的關係，然後進一步地解釋說明無法藉由先前的觀察所發現之兩者關聯性。如果人們能夠正確無誤地進行觀察的話，就可以在這項觀察中發現一個具體且密集出現的案例對象，這個觀察對象在今天就是刑法。

大概是自上個世紀的 80 年代以來，在聯邦德國的刑法以及對於刑法規範變遷的公開討論上已經確立這一點，就是這些變遷涵蓋了刑事政策刑事司法以及刑法理論，並且在自由與安全的關係上這些變遷也明確地新產生了有利於安全的調節。在刑事實體法上，這些變遷涉及到了刑法的禁止規範與刑罰，而在刑事程序法上，這些變遷則是和刑事訴訟程序之規定有關，至於在刑事政策方面，則是與我們所有人經由民主方式所決定之刑法走向有關。

首度被列為刑罰行為態樣的構成要件特別多是出現在對抗恐怖主義、環境保護以及經濟刑法的領域中，加重刑法威嚇的範疇則是以麻醉藥品犯罪最具代表性，刑法所具有的結構不完整特性已經是昨日黃花，藉由除罪化來從事改革，亦即藉由實體刑法的退卻所進行的改革已經時代錯誤的概念了。

抽象危險犯的頻繁出現是特別著重於入罪化這項偏好的辨識符碼。這將使得法律適用在司法的日常工作上變得簡單，並且擴張其範圍。抽象危險犯減輕刑事法官在事實證明上的負擔，而使得被告的辯護變得困難。除了減少刑法上的審查程序外，抽象危險犯也模糊了刑事不法的內含以及行為人的責任，這是不同於刑法上傳統的實害犯。因為就作為可刑罰性的前提要件而言，抽象危險犯所要求的是僅是針對法益的抽象危險而不再是對於法益造成實害。

甚至連現代的刑事立法者操作法益的傾向，亦即空泛地描述法益，並且不再直接以人的個別法益作為其導向，而使得刑法既模糊且範圍廣泛。立法者主要是在社會利益中尋找法益，並且立法者還大幅度地描述這些社會利益，就這樣立法者就以空泛的語義學的方式製造出超個人法益，這些法益使得立法者將所有可能的偏

差行為態樣入罪化，並且將法益的概念作為管制的可能性。

在許多其它領域中都可以觀察到這一點，亦即在刑法中，現代風險社會的管制需求也會造成形式上侵犯的密集化與擴大，這種情形大概適用於所謂的前庭偵查。這種所謂的前庭偵查在未有犯罪嫌疑存在之前就應該可能已經作為控制性的侵犯，並且這些侵犯當然也是迫切地牽涉到這個問題，就是在犯罪嫌疑方面如何去正當化此種侵犯。這同樣地也適用在警察與其它負責蒐集資料的機關之間。這項過去相當重要並且有價值的原則被檢察官以及警察視為是有效率的偵查作為的障礙。在民眾的感受面，資訊保護其重要性之喪失係自由概念被普遍拒絕而轉向到安全這個概念上的一項特別顯著的徵兆。我是這樣地解釋此種損失，就是在一個風險社會中關於在資訊保護方面仍然可以藉由其他快速的而且是根本性的轉變強化社會管制需要的力量：這項轉變即是社會對於隱私概念的轉變。

德國的刑事訴訟程序不僅是繫乎於有效率的偵查作為，更是取決於對於簽涉於其中的人們給予儘可能完善的保護以及賦與其各項權利。在所謂的阿克曼一案中，廣大的德國民眾對於協商在德國訴訟程序中的發展已經有所認識。藉由侵犯主審判程序上傳統之公開性相關原則，亦即所有相關人員都能夠參與發現真實的過程以及對於事實經過進行足夠調查的手段，這項對於刑事訴訟結果加以協商的技術在此同時也幾乎已經確定。並且最終也阻礙了立法者將這項按照一定形式發現真實的傳統結構重新予以建立。

我們生活在一個風險社會中。雖然人們總是和各項風險一起生活，像是戰爭傳染病、饑荒、天然災害。然而當今由社會學家、歷史學家、哲學家以及刑法學家所預期的激化現象卻有著不同的性質。這項性質就是我們所面臨的威脅狀況是由兩項毀滅性的特徵緊密聯結在一起的，一方面它們是空泛的，無法具體掌握的。而在另外一方面，萬一它們一旦發生的話，就保證是毀滅一切的。在結果方面這種結合將造成持續性的癱瘓以及對於管制的盲目需求。我們生存在一個規範處於混亂無方向的階段上，對於日常生活相關的規範我們不再能夠確定，並且我們將因此逐漸地喪失與掌控不確定感有關之工具。社會規範效力的模糊不清。對於其安全性人們可以毫無疑問地給予信賴並且一直以來也都加以信任的日常生活領域的組成部分，這些部分正在減少中。

模糊不清的社會規範並不能為國家所取代，即使現在國家正在作這樣的嘗試(零寬容)，社會規範的辨識符碼是靈活彈性的，具體的並且和社會團體之間的必要關聯。藉此可以解釋其全然不同的內含與效力要件這些來源國家是不得其門而入的，藉由國家的規範也無法加以製造並且取而代之。規範混亂無方向感的原因可能是在於我們的日常事務以及生活上重要機制的經濟化(廣義的理解)。因此經由經濟化的發展大概像是大學、公法上的媒體或者是體育運動就失去了其在教學與

研究自由；在型態變換，勇氣與大膽嘗試；在更加不受拘束的以及其它未提及與有依據的身體愉悅等方面所具有之穩固的以及逐漸穩固中的獨特意義，這些對於我們的日常生活具有重大意義的機制影響到普遍化、短期的以及外在有效性所具有的效能。減損了其作為指引方針的力量，並且製造出新的問題。

這項感受上的威脅是透過重大犯罪的犯罪學理論所發現的，也就是在成為重大犯罪被害人的實際可能性與民眾對於重大犯罪的恐懼之間做出區隔。一般而言，這和對於重大犯罪的恐懼與經由重大犯罪所造成的實際威脅是沒有太大關係的，而這種差異顯然是更加明確的，亦即在每一項領域中主觀上對於重大犯罪的恐懼以及客觀上重大犯罪所形成的威脅當然是互相漂移的。在這些領域中點燃了我們對於風險的恐懼，並且為了控制這些風險我們呼求能提供安全的國家。

當前的刑事犯罪政策採納了這項呼聲以及在犯罪學上所做的區隔。這項政策著重在處理重大犯罪恐懼這個概念，並且將保護被害人置於刑法目標的核心。

真正的刑法概念，像是刑法侵犯的最後手段性(在別無其它適當方法的情況下始得應用刑法)，個人責任原則(刑罰須以責任為其前提而有罪判決是對於一個人所為之社會道德的非價判斷)，或者是行為人導向(人們不僅應該訴追處罰行為人同時更應該協助其對抗刑法的諸多銳利工具)。尤其是人格、保護與寬容陷入一項以有效率的安全為其導向，專注於畏懼重大犯罪與被害人保護的刑法背後因素中，先前所提到的刑法法益概念功能的改變，亦即從一項負面的批判的角色轉變為正面的入罪化的角色，這項轉變也符合這種情形。如果不是所有的訊號都是假的話，這項被期待、並且是已經明顯可以預見的演變將導致限制的拉平與產生，也就是依照傳統的概念，那些應該對於刑法的侵犯家以阻礙，並且對刑法的侵犯作出界限。

刑法已經演變成危險防禦法，古典刑法的目標像是應報與賠償早已退居到次要地位。預防，亦即犯罪行為人的改善，對於其它所有人的嚇阻以及確保對於規範的信賴是現在短期內無可取代的核心方法論。對於管制的強烈需求其所期待於刑法的無非是有效的預防，這項需求期待的是效率與安全，不是刑法傳統內容中所包含之責任原則的有限能量，而是藉由比例原則來控制其侵犯的嘗試居於突出的地位。傳統的確信，亦即在刑法上所為的判斷是社會道德的非價判斷，而且牽涉在程序中的人員是居於焦點地位，這些確信則是由於管制與對於危害的控制已經是過時的概念，它們已經失去了昔日的光彩，在一個功能已經降低為控制風險與防禦危害的刑法，它們已經不具有意義，更確切地說它們將阻礙這些目標的達成。

在面對安全政策的過度要求，就如同德國批判的刑法理論在過去數十年所為者一樣，僅只是防衛性地指出這一點仍然是不足的，亦即憲法所闡述的各項保障，

這些保障也是刑法所指涉，並且這些保障也經由以下這一點取得正當性的依據，也就是在這裡不僅是和名譽、自由和財產方面之特別強烈的侵犯有關，並且也是特別涉及到讓受到波及的人員在社會道德上被公正地加以對待。這雖然是正確的，然而卻是不再足夠的。

即使是一個專注於製造安全的刑法，它還是刑法而不是危險防禦法。對於刑法的限制並不是始於比例原則，而是老早就基於責任原則的有限度功能所取得。它是專注於行為人個人並且必須公正地對待這個人。刑法不僅是和自由、名譽和財產等基本權利之侵犯有關，更是涉及到一項社會道德的非價判斷。從而可以得出對於牽涉其中的相關人員應該給與最大可能的寬容以及符合持續地坦誠運用較為溫和手段的義務。刑法必須嚴肅地看待真實之追求並且對此提供保證。

如果對於風險的恐懼以及管制的的需求所滋養的是一項長期發展，並因此造成激化情況的話，那麼人們也必須要尋求一項為長遠所設定的應對方法。這些方法就必須要以自由與安全這兩個對立極之間所歸結情勢為導向，從融合政策、負責訴追以及刑罰的國家受到對人權友善之保障的拘束、直到對於貪污虧空的重視。就另外一個歷史的角度而言，在這裡所顯示的是，社會政策是最好的刑事犯罪政策。

在這個全球化、混亂迷失以及對未來感到恐懼的時代中，我們需要一個在必要時能夠去衡平利益、調和鼎鼐並且提供協助的強大國家。無疑地這個國家在法律上必須受到拘束，並且嚴格地尊重民眾的自由空間。

內部安全政策在許多其它方面的配合下必須長期地去努力拉近民眾對於重大犯罪的恐懼與其實際的威脅之間的認知差距，並且避免作出驚恐的反應。這是一項攸關政治的義務，而並非僅是一項倫理的義務。

就中程而言，內部安全的政策應該要更精準地注意到權利侵犯，特別是刑法所具有以及所沒有的可能性。刑法由於其對於人民與社會所具有的預防能量與改過遷善的機會，就傳統而言的確是過度地被高估了。如果人們片面地賦予刑法有效的預防以及解決大規模的問題處境的義務的話，那麼人們將破壞這些人權方面的保障，而確保這些人權方面的保障又是首要的任務。

就短期而言，人們應該強化以下這項趨勢，就是運用其它相較於刑法是較不以侵犯為導向的國家與社會手段以及其它法律上的工具使得安全政策更有成效。