

針對《危機的刑法》的主題¹

João Manuel Teixeira de Assunção Ribeiro
法律顧問

1. 概述

選擇研究課題往往是一件困難的工作，在眾多的題目當中，我們遇到了一些新的難題，而今次所選擇的題目便是其中之一。

基於歐洲國家的社會發展趨勢，以及其政治環境的變遷，使我們有必要認真地對社會所出現的危機進行研究。

我們所研究的課題除涉及社會法律學層面外，令我們感到驚訝的是，有關的問題亦廣泛存在於各個法律領域當中。

一方面，這個新課題使我們雀躍，但另一方面，亦令我們難於進行集中的研究，故此，我們只能在眾多法律見解中作重點的論述。

同時，基於缺乏這一新課題的資料，因此，這次的研究或許能有鼓勵作用。

對刑事法律制度而言，可謂邁出了艱難的一步；FIGUEIREDO DIAS曾提出這樣的問題：“為要克服現今社會所出現的危機，是否需要改變刑事法律規定原有的模式（...）？”這是一個值得深思的問題，但無疑亦是一個令人困擾的問題，正因為這樣，我們才會對其作出探討。這些上一代給我們遺留下來的問題，令我們對將來感到憂慮。

針對社會所出現的危機，本報告會分別從歷史、社會及政治的角度進行探討；我們特別選取了BECK的研究成果，並會對歐洲國家刑事政策的取向進行研究。

此外，亦有必要瞭解刑事法律制度如何面對社會所出現的危機，以及其對刑事政策有何重要性。

¹ 2002-2003年度葡文法律學位後課程刑事訴訟法報告。

在漫長的道路上，常常都會出現不確定的因素，我們試圖探求當中的原因（*brevitatis causa*），正如刑事法律制度中的新問題，包括對新法益的審查、行為人的問題、危機在發生變化時所帶來的危險以及透過一般危險犯作為解決方法的重要性。

作為一份研究報告，除了本人所作的結論外，我們還選取了BUERGO及SÁNCHEZ在其研究中所提出一系列批判性的結論，而針對原則及成效問題分別有兩派不同的意見，刑法作為主要介入手段（*prima ratio*）的新概念，在採取預防手段的國家中透過刑法進行保護的重要性，而SÁNCHEZ認為，在刑事法律制度中，發生了重大的變化。

透過本報告，本人將盡力對這一新課題作深入的探討。

2. 政治、社會及歷史背景

2.1. 危機的特質及其所帶來的問題

那些認同FUKUYAMA²看法的人們，均認為社會的形態已經改變，並應從更人性化的角度去認識這個新社會；然而，我們則認為出現了新的社會發展方向。正是人們出現了不安的感覺，才會促使他們作新的思考，在悠長的文明歷史發展過程當中，這種情況屢見不鮮，正如中國人有句諺語，認為機會旁邊總存在著危機。

在現今以思考為主導的社會中，所有人均享有平等的權利，並有求知的慾望，人們享有資訊權，加快了民主的進程，社會所出現的不安令人們加以思索，並愈加發現社會所存在的危機問題對我們的影響甚深，經過探索，我們漸漸知道如何可以改善生活，從中，反映出人們對社會狀況感到不安的一面。

於是，基於對社會問題的思索，體現了社會中所存在的危機，正如上述理論之“父”在其主要的著作³中曾提及，所出現的危機並不是新的東西，且絕大部分已為人所知及所感受到的。

世界上很多重要的理論均源於工業革命時期，對危機的認識便是當時的成果之一，而相關理論更迅速發展起來。然而，當時所出現的危機並不十分明顯，且往往屬哲學及社會學範疇的問題，尤其是在社會及政

² FUKUYAMA, Francis, 《O Fim da História e o Último Homem》, Gradiva, 1992年。

³ BECK, Ulrich, 《Risk Society, Towards a new modernity》, SAGE, 由Mark Ritter所翻譯, 2002年。

治的層面。財富與貧窮的問題導致社會發生衝突，以致法治國需著力減少當中所衍生的危機，又或將其影響減至最低；正因如此，今天才會對危機問題有新的理解。

在探討危機此一新概念時，可參考BECK⁴所作出的基本定義：

1) 危機並不為人所見，只有當其產生一定後果時，人們方頓然察覺；當中，突顯了社會傳媒、科學及法律工作在社會政策上的重要性，從而令我們想到要創設一些條件以便將目前經濟凌駕於政治的主導地位倒置過來，有人認為，應維持或加強國家機關在社會中的參與地位（直接或透過其組成的團體參與）；

2) 危機在社會中造成深遠的影響，危機是不長眼的，正如現今社會中並沒有階級之分，某些流行疾病亦會發生在上流社會當中；有時候，會對私有財產造成影響，更有可能損害大企業的盈利（例如瘋牛症及禽流感）；全球性的危機令民族之間產生了矛盾，並加深了民族之間的差異；反映出社會階級的重要性已越來越低，反而更需要重視的是民族關係；

3) 危機擴散到多個領域當中，並漸趨商業化。BECK⁵言道：“正因為危機波及到經濟活動中，令社會產生危險，因而針對此等危機出現制定相關的政策趨向”，並對國家機關的介入有了新的要求；

4) 提高了危機問題對經濟／財富所帶來負面影響的認識，可以肯定的是，對問題的瞭解亦與所獲得的財富息息相關（BECK僅略為認同有關見解）；換言之，資本限制了對問題的認知（人民文化及歷史財產等知識產權、對人類學的專門研究，揭示了遺傳學的研究成果）；再次重申，國家機關有責任認識社會上所出現的不平等狀況，並竭力作出保護。

除階級鬥爭、自由經濟外，現代社會還出現了其他新的問題。

2.2. 歐洲國家的刑事政策背景

正如我們所見，現實生活中所出現的危機改變了民主社會原有的模式，在此前提下，值得一提的是BECK或HASSEMER⁶針對刑事政策所作

⁴ 上述著作。

⁵ 上述著作。

⁶ 參見HASSEMER, 《Fundamentos del Derecho Penal》（由Muñoz Conde/Arroyo Zapatero所翻譯），巴塞隆那，1984年，第400頁及續後內容，引自SILVA SÁNCHEZ, J.-M., 《La expansión del derecho penal, Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales》, Civitas, 第2版, 2001年。

出研究成果，相關見解自上一世紀90年代初開始在立法政策層面得以落實，尤其是左翼政黨在國際社會主義民主組織中所提出的政策方針，其主張的新犯罪理論更獲得關注及認同。政黨的獨到見解有其重要性，因為從中體現出過往的意識形態已發生了重大的轉變，過往，左翼政黨將犯罪與階級鬥爭混為一談，然而，時至今天，只有某些傾向資本主義的左派份子仍然保持著這種想法。可以肯定的是，此種見解透過不同的管道蔓延到世界各國，即使是關係較複雜的社會，今天亦認為有必要改變原有的想法。

在整個90年代當中，相關的理論獲得確立起來，CARDARELLI / HICKS⁷認為：“資產階級與無產階級之間的鬥爭，向來是資本主義社會犯罪的源頭”。不能否認，到今天仍然存在這種情況，然而，卻出現了新的研究空間，YOUNG⁸指出：“正如告訴工人們其被克扣數星期的薪金，又或某位女士被強姦等，均不存在犯罪”，正是階級社會這種新的負面想法，令左翼黨派在當時活躍起來，並改變了一切。

當代社會中所出現的危機，為刑事法律制度帶來了新的思維，弱勢社群開始備受關注，同時，亦考慮到個人及大眾所要保障的法益（SILVA SÁNCHEZ⁹），因此，世界人權宣言所作出的努力，對一成不變的聯盟意向而言不存在任何意義，因為某些歐洲國家的左派支持者認為，犯罪者不再必然是工人階級。

BOBBIO在其著作中認同了JOHNIEA¹⁰所主張的見解：“接下來，左翼分子需要就法律的問題作出認真的考慮，以正視犯罪，尤其是犯罪是否取決於對人權的違反”；原有的刑事法律制度在這個問題上發生了重大的變化，包括透過刑事化來對集體法益作出保障，以及法人的責任問題，並出現了環境保護協會、消費者委員會、反種族主義協會、和平主義協會及反全球一體化協會等；此等團體組織，均按刑法最小介入（ultima ratio）的原則來對其利益作出保護，然而，就刑法的最小介入（ultima ratio）原則，亦出現了矛盾的狀況，我們容後再談。

⁷ 參見CARDARELLI / HICKS，《*Radicalism in law and criminology*》，84，第3期，1993年，第502頁及續後內容，第519頁。

⁸ Cit. em SILVA SÁNCHEZ, os. cit., p. 66.

⁹ SILVA SÁNCHEZ, os. citada.

¹⁰ 引自SILVA SÁNCHEZ的上述著作。

VAN SWAANINGEN¹¹形容：“對刑罰應加以信任（...）因為是社會的主要保障手段，其提出了有需要糾正上一代為錢而活的思想，並反映在法律、傳播媒介及政策等層面”；“...犯罪學對新問題作出了批判：包括性侵犯、家庭暴力、環境及公司等方面的犯罪，以及對公民權利的侵害與國家機關的其他犯罪”；所有這些新問題所帶來的影響均反映在歐洲國家的政策中。

我們並不認為這只是單純的人民主義，在人文歷史發展的過程中，賦予人們更平等的權利及機會的同時，亦產生了各種的危機問題，多個學理均認為歐洲南部社會學主義黨派的冒升，是為刑事法律制度的新階段邁出了重要的一步。在法律、社會秩序及治安等問題中，出現了CLINTON、GUTERRES、BLAIR、AMATO、SCHRÖEDER、CHÉVENEMENT及STRAW的見解，並提出了要對弱者加以保護的新觀點，並出現了各種口號：“雖然是犯了罪，但亦需瞭解犯罪的起因”。

左翼黨派所提出的新觀點是，犯罪並不是要強行制裁侵犯傳統個人法益的行為，而是在於將侵犯公民權益、社會利益及某些政策活動的行為刑事化。左翼黨派這種理論的發展與之前有所不同，雖然已沒有重要的意義，但亦不妨加以瞭解及研究。

葡萄牙的情況有所不同，過往，其基於認為針對弱勢社群不應從輕處罰，因而在刑事偵查的權力問題上一直存有爭議，直到90年代，才開始提出應從人權的角度去考慮新的犯罪行為。

這樣，為刑事法律制度揭開了新的一頁：包括刑法作為預防性的介入手段、排除個人責任而對集體的責任進行問責、根據疑點利益歸被告的原則（*in dubio pro reu*）而將舉證責任倒置，以及在執行秘密任務時，刑事偵查及訴訟程序中的特別措施；KUNZ¹²認為，司法監控越來越受限制了。

這一新階段各有利弊，但值得一提的是，我們並不是要立即進行全面的改革，因為所涉及的範圍甚廣，例如近期透過國際法介入伊拉克的問題。

¹¹ VAN SWAANINGEN, 《Critical Criminology》, 第170頁及續後內容, 第238頁至第239頁, 第241頁等。

¹² KUNTZ, 《Kriminologie》, 第305頁至第307頁, 同上。

3. 社會出現的危機在刑事法律制度中所體現的重要性

3.1. 危機的概念及其與刑事法律制度的關係

社會學所提出的新概念一直被法律界投以不信任的目光，尤其是刑法，而那些新概念通常帶有強烈的政治色彩，其中，危機的概念與人類，不管是個人還是集體的活動均有密切的關係，在此前提下，提出了“針對社會所出現的危機而制定的刑事法律制度”¹³這一問題。

就危機與刑事法律制度的關係，不僅在技術及科研的層面帶來一系列的問題，其亦對刑事法律制度原有的模式造成了一定的影響¹⁴。

人們往往只有在出現重大危機時，才會要求刑法的介入，然而，因現今社會所出現的危機正日益嚴重，令國家機關不得不選擇透過刑事法律制度來對社會作出保護；面對重大的危機，令社會感到極之不安，因而無可避免地向國家機關求助，以獲得保障。刑法的嚴謹性令人產生了錯覺，故此，人們不知道其實可以打破刑法最小介入（ultima ratio）的模式，揭示其鮮為人知的一面。KINDHÄUSER問道：“刑法是否為最有效的保護手段？是否不求助於刑法便沒有其他解決方法？在面對一些不希望發生的行為上，有何方法或有誰可提供保障？”¹⁵。

3.2. 全球一體化下刑事政策的危機¹⁶

正如我們之前所提及，基於有新問題的出現，因而對刑事法律制度的傳統模式提出了爭論，包括刑法的原則及刑法的模式¹⁷。

¹³ HILGENDORF, *NStZ*, 1993年, 第12頁, 引自BUERGO, Blanca Mendonza, 《El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo》, Civitas, 第1版, 2001年。

¹⁴ 參見SILVA FERNANDES, Paulo, 《Globalização, “Sociedade do Risco” e o futuro do direito penal – Panorâmica de alguns problemas comuns》, Almedina出版社, 2001年。

¹⁵ KINDHÄUSER, 《Universitas》, 1992年, 引自BUERGO, 同上著作。

¹⁶ 參見SILVA SÁNCHEZ, 上述著作。

¹⁷ Dias, Jorge de Figueiredo, 《O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”》, 第590頁, *studies iuridica*, 61, ad honorem - 1, BFD: “倘若認為需對危險的情況加以規範，並將構成犯罪的前提拓展至過失及不作為，那麼，我們如何還可以認為 – 雖然刑事政策要求存在罪過 – 故意的作為犯是構成犯罪的“一般”形式，並以此作為審查犯罪的準則？那末，（...）即使行為未產生結果但存在重大的危險時（即以損害為結果或以危險為結果），我們是否仍堅持原有對實施犯罪事實的定義？”。

其中，SILVA SÁNCHEZ¹⁸就合法性原則、罪過原則及適度性原則作出了分析。

現在，我們探討一下傳統上對罪過原則的看法。學理認為罪過的存在是必要的條件，即使其並非判刑的充分條件；今天，基於針對社會法益而出現的一般危險犯，令這一原則受到了威脅；其中，提出了法人責任的問題、組成法人的個人是否擇一地或補充地承擔刑事責任，又或是否應免除個人的行為責任——針對的是集體活動中的可歸責性，是否對個人作出歸責、如何解決法人中某些人存在故意而另一些人不存在故意的情況，以及排除不法性理由的重要性等，這些都是新提出的問題。

針對適度原則，SILVA SÁNCHEZ¹⁹指出，同樣解決了：“因過失行為而損害了集體法益時在懲處上的困難；針對損害社會法益的危機需透過一般危險犯罪制度來作出保護，因而動搖了傳統的刑法模式，而多名學者更認為是刑事法律制度的改變。”

法治國未有為新問題提供適當的解決方法，故此，只能對其原有的模式作出改變。

為解決新的問題，我們今天應對原有的模式作出改變（以避免日後需作出更大的改變），這個問題成了學理激烈爭論的內容：在這種新的刑事法律制度中，出現了新的法益，亦改變了刑事法律制度中的結構及原則，並在法治國的多個層面中發展起來，如要以刑法手段作出保護，必須透過國家機關的介入，只有透過立法定明處罰規則，才能產生保障作用，否則，欠缺權威性是不能產生強制性的約束力。

關於訂定犯罪的行為人、對具危害性的行為作出處罰、舉證責任的倒置、變更犯罪的罪狀以便於搜證，以及對法人作刑事問責等問題，均改變了傳統刑事理論中對犯罪的行為人個人進行處罰的模式，但我們所著重的是如何令刑法發揮其效用，從而對社會作出保障。

4. 刑事法律制度就社會所出現的危機而產生的問題

4.1. 淺述法人的刑事責任

¹⁸ 上述著作。

¹⁹ 上述著作。

目的主義學者就刑事法律制度提出了一個新觀點，即對法人作出刑事問責的需要。

EDUARDO CORREIA²⁰指出，“刑事政策的目的是建立刑法價值的準則，以便有效對抗犯罪——建立並指出刑事法律制度所要確立的方向”。

CASTRO E SOUSA²¹認為，所謂對法人進行刑事的問責，指的是對法人中的個人作懲處²²。

根據有關學者的理解，為著法人利益而實施的個人犯罪行為，對該法人而言存在其意義，故此，犯罪行為往往會反映在法人的活動之中。

就個人責任的問題，立法者認為犯罪行為應視為由個人所作出的活動，在此前提下，法人活動中所出現的犯罪行為，僅針對個人作出處罰。

最後，還要提及法人所扮演的角色。我們並不認同法人需為層級較低的職員其所作出的犯罪行為而受到刑事歸責的見解。

因此，有關學者將法人的刑事責任定義為“是所有個人為著法人的利益及在法人的活動中所實施的犯罪行為的總和，因此，有關的犯罪行為是依賴著法人長久不斷的活動而實施”²³。

在此情況下，針對凌駕於個人之上的法益的保護以及犯罪行為人等問題均獲得解決，然而，這一理論仍存有不公正的隱憂；例如，向法人科處罰款，導致法人的運作成本增加，因而可能致使其出現營運的危機；但總括而言，這種方式仍是較佳的保障手段。

然而，對個人的懲處，有可能不足以達到預防犯罪的目的，導致實施附加刑的需要，但亦產生了其他的問題。

MAURAUCH²⁴曾言道，預防犯罪乃刑事政策之一，其適度性必須按其預防需要而訂定。

在古典的刑事法律制度中，需按行為人所作事實的不法性及其罪過，以決定其刑罰，此外，亦會根據行為人的人格看其是否應受譴責而

²⁰ CORREIA, Eduardo, 《Direito Criminal》, 第1冊, 1968年, 第8頁。

²¹ 參閱SOUSA, J. Castro, 《As Pessoas Colectivas em Face do Direito Criminal e do chamado “Direito de mera ordenação social”》, 科英布拉出版社, 1972年, 第85頁及續後內容。

²² SEILER, 《Strafrechtliche Massnahmen als Unrechtfolgen gegen Personenverbände》, Freiburg, 1967年, 第119頁, 引自SOUSA, J. Castro, 上述著作。

²³ SOUSA, J. Castro, 上述著作, 第90頁。

²⁴ MAURAUCH, 《Deutsches Strafrecht》, Allgemeiner Teil, 4 Auflage, 第33頁, 引自SOUSA, J. Castro, 上述著作。

決定相關的保安處分。

因此，是透過保安處分來預防將來的不法性，又或對行為的不法性科處刑罰，從而作出保障？

問題的核心在於：如以罪過為前提而適用刑罰，那麼，如何訂定法人的罪過呢？法人肯定是存在罪過的，只是其分散到個人的身上而已。

在此情況下，我們接納罰金刑；接著，我們要看看作為預防犯罪的手段，有關刑罰是否太重，但倘若刑法只是紙上談兵的規定，那麼，便無法展示其保障效力。

在保安處分中，亦定有多種懲罰法人的措施：例如要求其解散、對財產進行扣押、中止其業務、關閉商業場所、扣押其牌照及經營許可、提供擔保金及限制其活動等等。

4.2. 公眾範疇的新法益

在淺述上述內容後，我們現對之前所提出的問題作較為詳細及深入的探討。

某些學理認為，就社會危機而探討刑事法律制度，其目的在於研究所要保障的新法益，BUERGO²⁵指出，“我們所看到的是法益概念的解體”，體現為出現了新的個人法益、不確定的個人法益及凌駕於個人之上的法益等概念。按照這個想法，刑法便不再是針對個人的損害行為而作出懲處的法律制度，並針對未造成實害的行為作出處罰：“基於維持治安的需要，需預防對社會所造成的滋擾”。

在法益解體的過程中，有必要對以下兩個問題進行研究：

1) 在訂定造成損害或危險的符合罪狀的行為時，難以明確界定所要保障的法益；

2) 難以確立行為與所可能產生的結果之間的關係 以便瞭解是否屬個人法益的問題。

針對這一內容，在環境法學或經濟法學中已曾研究又或已得以解決，就環境法學，我們亦知道有哪些法益需要獲得保障，在歐洲國家的多個法典中，面對環境所造成的衝擊，已開始意識到需對人類的生命及健康加以保護。

²⁵ 上述著作，第69頁。

因此，今天所要保障的法益範圍已有所擴張（人類的生命及健康），水、空氣及土壤均被公認為環境法益，相關的保障團體亦相繼出現，並提倡對例如水質等法益作出保護，而不管其是否受到他人的破壞，該等法益亦處於獨立受保障的地位^{26 / 27}。

同樣，提出了訂定經濟刑法學中所要保障的法益的問題，對於這一問題，學理上必須區分哪些是刑法傳統模式中的根本法益²⁸，哪些是新刑法模式中所要保障的法益²⁹。

這裏，還得提及德國在學理所提出的爭論：其中，HASSEMER³⁰認為新的刑事法律制度與法益的概念之間不存在不相容的問題，並認為在任何的情況下均對法益作間接的保護；相反，STRATENWERTH則認為無法維持原有的法益概念，其反對依循行為的一般規則來對行為作出評評價³¹。此外，亦有其他學者持中立的見解。

因而，令我們意識到需對某些政策作出保護，並要求學理努力尋求合理的解決方法。

問題之複雜，令我們必須選擇其中一個思想方向，需強調的是，在環境法學範疇中可找到合理的解決方案，事實上，應朝著保護社會環境的方向發展，而關於法益問題上所存在的困難，應較有組織犯罪或經濟犯罪中所出現的問題易於解決。

在《公民權利國際宣言》³²中，明確列明瞭所有法益的內容，並反映出對現行刑法規範的保障方針，當中亦吸收了歷史及社會的發展因素。正如其他的範疇般，在刑事法律制度中，偶爾也會有些經歷數百年也未能釐清的困難。

²⁶ “正如Norberto Bobbio所言，人們雖然沒有傷害別人的意圖，但往往其行為已在不知不覺中對他人造成損害，正如人類與自然環境的關係” SANTOS ALVES, A.L., 《Interesses Difusos, Protecção Penal do Ambiente》，共和國檢察長於1996年3月15日所發表的意見。

²⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, 《Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente - um quarto de século depois》，相關研究獲Cunha Rodrigues所確認。

²⁸ OTTO, Madrid Symposium, 第456頁，引自BUERGO，上述著作。

²⁹ HASSEMER, 《Funktionalismus》，第88頁，同上。

³⁰ 同上。

³¹ STRATENWERTH, 《Zukunftssicherung》，ZStW, 105 (1993年)，第679頁及續後內容，引自BUERGO，上述著作。

³² 採用了聯合國常會於1948年12月10日所頒佈的第217 A (III)號的解決方案。

從宏觀的角度看來，形勢發生了逆轉：在整個20世紀中葉時期，一直以透過法律明文規定方式將行為刑事化並處罰的原則，如今，出現了新的刑法概念，並要求刑法大範圍的介入，令刑事法律制度有了新的功能。

面對著這種新狀況，除了借助刑事法律規定之外，我們再也找不到其他更有效的保護方法，這種情況持續了一段頗長的時間；故此，有必要對刑法的固有模式進行徹底的改造，並摒棄原有的法益。社會面對著這種不明確的因素，往往，要在找到新的解決方法後，才不需要刑法的介入；換言之，亦會出現新的非刑事化階段³³。

顯然，刑事法律制度固有的模式正受到威脅。

4.3. 針對社會保障上的新需要，普通危險犯（抽象）屬優先考慮的手段

利用規範抽象（具體的危險犯會存在搜證上的困難）普通危險犯的立法方式不單是回應社會所出現的新問題的一個有效的方法，亦捍衛了刑事法律制度。

為回應人們透過刑事法律制度以維護社會安全的訴求，立法者將非必然對法益造成實害但存在造成損害的重大危機的行為刑事化，並以刑罰作為威嚇；這裏，並不要求對法益存在實質的損害又或實質的危機；事實上，在搜證及確定因果關係方面會有一定的困難；這是立法者在面對某些政治壓力時的一個簡單且直接的回應。

無容置疑的是，當任何的執政民主黨在面對人民主義及右翼民主派勢力上升的威脅時，均會有其本身的機制以作鬥爭。

然而，針對未有對法益造成實害、亦未存在足以對行為人進行歸責的危險等行為，出現了進行處罰的合法性及適度性的問題。

在此問題中，罪過原則似乎變得不重要，刑法對這些利益提供了新的解決方法，以減少一些只著眼於細小利益的不當行為³⁴。

面對著所提出的新問題，刑事法律制度被要求發揮更高的效能，而最需要透過普通危險犯作為保障手段的範疇是：毒品、恐怖主義、有組織犯罪、經濟犯罪、清洗黑錢、青少年違法、資訊犯罪及環境犯罪等。

這種介入的方式所產生的危機往往大於我們所要避免的危機，在歐洲

³³ BUERGO，上述著作，第86頁，第3點。

³⁴ 參見BUERGO，上述著作。

大陸民主制度法律意識提高的情況下，這種過度的處罰方式，無疑會對民主法治國的根本保障制度造成威脅，基於此，有需要對衡平及適度性等問題作出考慮，我們需要就所付出的作出考量（即是否值得！），“將具構成危險的行為刑事化，其目的在於提供更完整及更有效的保障，而不能單憑著眼於所擬達至的目的，還要考慮到相關的後果及所要付出的成本³⁵。”

TREUBEN³⁶曾言道，法律不會理會社會所發生的變化，而立法者亦不可能作超出其能力所限的立法行為。

TREUBEN認為，出現同化是因為國家政策過度介入刑法之中，而沒有考慮過對刑法本身而言是否合適，以至在大部分的個案中都變得欠缺效用。

有時，過度地將行為刑事化，反而會令人們失去其自律性，因為人們知道所有沒有被規範的行為，均不屬違法，均可作為；在越來越大的政治壓力影響下過度立法，反而會產生反效果。

針對現今的刑事法律政策，當局改變了刑法原有的功能，這樣只會損害刑法介入所擬保障的利益；故此，刑法的擴張只會是適得其反，而BECK³⁷亦體會到有需要向各法律學者提出這個新看法的需要。

5. 結論 對某些學理的批判

5.1. 透過抽象普通危險犯來解決問題的效果（效果與原則）

關於透過普通危險犯來解決問題的爭論，主要集中在反對破壞刑事法律制度其嚴謹性的問題之上。

事實上，正是主張該解決方法而促成了相關理論的發展，但正如之前所述，相關解決方法的效果仍有待證實。BUERGO³⁸對此抱懷疑的態度，他認為：“當刑法過度介入時，反而會削弱刑法一般預防的效力”；換言之，原意是要加強一般預防，卻反而削弱了它的效能。在不考慮結果的情況下，判斷某一行為其危險性的大與小，往往需要借助多方面的意見

³⁵ 同上，第82頁及續後內容。

³⁶ 同上，第87頁及續後內容。

³⁷ 上述著作。

³⁸ 上述著作，第164頁及續後內容。

來加以考慮；但過於詳盡的規範，只會反映出對事情欠缺客觀性，而事實上，不同階層或不同界別的人士，對事情的觀點均有不同，我們不能損害法律規定應有的客觀性。有部分學者對危機作出了定義：面對著刑法的懲罰性規定，每一個人就其行為的付出與收獲應作出自我的評審。

為此，針對這一問題，我們必須指出兩個不同時刻：其一是立法者適用刑法原則的時刻，其二是個人面對懲罰規定時對自我行為作出評價的時刻。

因此，唯一的辦法（亦是不為接納的辦法）是透過嚴厲的處罰以確保刑法的效能，從而確保每個人均對其行為的付出與收獲作出自我的評價；然而，這樣又出現適用較重刑罰的難題，因為，會改變刑法原有的模式；我們之前亦提及過，倘若刑罰法則沒有定明時，只會削弱其懲罰性的功能³⁹。

5.2. 最小介入（*ultima ratio*）以至主要介入手段（*prima ratio*）又或刑法作為社會預防措施所作出的保護

總括而言，本課題所要探討的是刑事法律制度由最小介入（*ultima ratio*）原則發展至主要介入手段（*prima ratio*）的情況，這種發展結果令刑法的原有架構發生改變，變得更受制於政策的發展狀況。

毫無疑問，針對現存的社會危機問題，必需透過新的介入方式方能獲得解決，亦得透過行政法及刑法來解決之。事實上，是一種保障較小的介入方式（HASSEMER⁴⁰理論中的法律介入制度），當中所要承擔的責任會因保障減少而降低，但對刑事法律制度不構成影響亦不破壞其嚴謹性，這種介入方式會成為當代政治所爭論的問題，又或會受社會政策所約束。

³⁹ 參見PALMA, M.F., 《Crimes de terrorismo e culpa penal》, 刑事法律國際研討會, “有組織犯罪”: “當某一規範只針對特定之人的利益, 而對其相對人而言無任何根本性的利益時, 這樣, 就會破壞權利與義務相對應的關係, 使得個人難以作出反抗; 有關的規範並不是自動產生約束力, 而只有當不遵守有關規定(不要求針對其相對人)並產生一定的後果時, 該等規定方產生約束力; 對於後述的情況, 法律體現為一種阻嚇力, 而不再是單純的權力行使”。

⁴⁰ HASSEMER, 《Produktverantwortung》, 第22頁及續後內容, 引自BUERGO, 上述著作, 第183頁。

這個問題引發了很大的爭論，亦難以選擇適當的解決方式，但考慮到正朝著全球一體化及民主化方向發展的政治形勢，似乎HASSEMER所提出的理論模式較能回應社會的需要，且亦較能維護刑事法律制度所給予的保障及其原則。

SILVA SÁNCHEZ⁴¹亦持同一立場，其強調現今社會面對所出現的危機都採取了預防性的保障措施；某些落後國家專注在經濟的發展上，因而忽略了建立法律體制，以解決社會所出現的危機等問題（我們指的是民主國家）。針對社會危機採取預防措施的這種新模式，擔當著監察的角色，並需對所擬規範的問題作事前的瞭解，必需認清誰是行為人、要做什么及如何作為。因此，需有賴於行政機關的認證及許可，以便在個別的情況中作出限制（這裏所指的限制屬廣義的概念，當中包括自我約束，或在公共秩序中的自我約束，以及在私人範疇中的自我約束）⁴²。

故此，就合法性的問題，在防範一些未為國家機關所認知的邊緣行為時，可以透過行政處分以取代刑事處罰。

正如DENNINGER⁴³所言，當國家機關未有足夠的保障機制防範社會中所出現的危機時，這種預防性介入會是較佳的保障手段。

在此，亦值得一提的是BARATTA/WAGNER⁴⁴所作的描述：“針對社會所出現的危機，令某些國家意識到需對此採取防範性的措施，其特點在於社會對不同的危機問題，會採取相對應的立法措施，透過法律來規範人們的行為，以防止危機的出現，亦即透過限制人們的自由來防止危害社會的行為，但另一方面，過度的立法將會導致人們喪失其民主自由”。

SILVA SÁNCHEZ⁴⁵針對這種新的防範性保障措施其發展過程，指出了4個階段：

1) 對具體及抽象的損害行為作出定義，旨在避免對人身或財產利益造成損害，從而更有利於刑事法律制度的擴張發展；

2) 對符合罪狀的行為或危險行為作出描述，因此，針對的是集體法益又或是凌駕於個人之上的法益，並透過行政途徑作出處分，而在某些

⁴¹ 上述著作，第136頁及續後內容。

⁴² ESTEVE PRADO，《Técnica》，第77頁，同上。

⁴³ DENNINGER，《Der Präventionsstaat》，1988年，第1頁，同上。

⁴⁴ BARATTA/WAGNER，《Risque, sécurité et démocratie》，1994年，第331頁及續後內容，同上。

⁴⁵ 上述著作。

情況中，則透過刑事途徑作處罰；

3) 對可導致危險發生且符合罪狀的行為跡象進行定義，透過對相關準則的審查，讓行政當局能展開其懲罰性的程序，這種情況已體現在公共衛生及稅務範疇當中；

4) 即使不存在任何危害性行為的跡象，仍可透過行政程序進行監察。

在進行監察及查核的過程中，倘若作出騷擾行為，應以違令罪論處，但不科處剝奪自由的刑罰；倘若重複或變本加厲地進行滋擾，並對集體法益造成損害時，則按SÁNCHEZ的理解，應對之科處較嚴厲的處罰⁴⁶。

5.3. 刑事法律制度的多個變化 (SÁNCHEZ)

另一個要指出的是SILVA SÁNCHEZ⁴⁷的見解，其承襲了HASSEMER的思想，認為有需要切實對新的問題進行回應。

HASSEMER認為就如創立了新的法律制度（預防性的法律保障制度），而SÁNCHEZ則認為只有一個刑事法律制度，但當中包含著兩個方面，其一是維持原有的刑法古典結構，另一者則考慮到程序的原則及處罰的規則而作出彈性的處理，並非完全棄用舊有的模式，只是採取較溫和的懲罰手段（限制權利及作金錢性的處罰）。

事實上，SÁNCHEZ企圖將刑法的這種新現況的發展具體化或正規化，並對之作出確認，稱之為“刑法擴張的合理空間”。

然而，需要強調的是，“如接納後述所指的擴張，並結合上述所提及的彈性處理方式，毫無疑問，對有關的不法行為便不科處徒刑的處分，因為會偏離（...）刑法擴張所要求的（...）合理化法律政策⁴⁸。”

總括而言，我們仍有很多的疑問，我們只能以扼要的形式帶出有關問題，並只能對個別主流的學理見解提出簡淺的意見。

我們認為，並沒有必要就社會所出現的危機建立新的刑事法律制度。然而，我們相信對於每一個所提出的問題，都是必要且迫切的，亦需透過學理長時間的驗證。我們並不是要回應法治國的需要，而是回應現實社會的分歧。

⁴⁶ 上述著作，第138頁及續後內容。

⁴⁷ 上述著作，第163頁及續後內容。

⁴⁸ 上述著作，第162頁。

參考書目：

- 1- FUKUYAMA, Francis , 《*O Fim da História e o Último Homem*》, Gradiva , 1992年。
- 2- BECK, Ulrich, 《*Risk Society, Towards a new modernity*》, SAGE , 由Mark Ritter所翻譯 , 2002年。
- 3- SILVA SÁNCHEZ, J.-M., 《*La expansión del derecho penal, Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*》, Civitas , 第2版 , 2001年。
- 4- BUERGO, Blanca Mendonza, 《*El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo*》, Civitas , 第1版 , 2001年。
- 5- SILVA FERNANDES, Paulo, 《*Globalização, “Sociedade do Risco” e o futuro do direito penal – Panorâmica de alguns problemas comuns*》, Almedina 出版社 , 2001年。
- 6- DIAS, Jorge de Figueiredo, 《*O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”*》, 第590頁 , *studia iuridica*, 61, ad honorem - 1, BFD。
- 7- SOUSA, J. Castro, 《*As Pessoas Colectivas em Face do Direito Criminal e do chamado “Direito de mera ordenação social”*》, 科英布拉出版社 , 1972年。
- 8- DIAS, Jorge de Figueiredo, 《*Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente-um quarto de século depois*》, 相關研究獲Cunha Rodrigues所確認。
- 9- SANTOS ALVES, A.L., 《*Interesses Difusos, Protecção Penal do Ambiente*》, 共和國檢察長所發表的意見 , 1996年3月15日。
- 10- PALMA, M.F., 《*Crimes de Terrorismo e culpa penal*》, 刑事法律國際研討會 , “有組織犯罪”。

其 他
