

## 建構一個「程序依賴」的個人不法理論\*

林倍伸\*\*

<摘要>

本文的目的在於建構一套程序依賴的個人不法理論。個人不法理論強調個人能力與法／不法概念之間的聯繫關係，可以上溯至 Hans Welzel。然而，在他提出個人不法理論的相關說法後，由於無法適切整合構成不法概念兩大支柱的主觀向度（目的）與社會向度（社會相當性），開啟了後世的爭論。基此，本文前半部將針對 Welzel 的原始論述，以及較具代表性的幾種個人不法理論進行分析與批判。而後，本文將提出並建構一個「程序依賴」的個人不法理論，在其中，不法的主觀向度與社會向度得以適切整合。本文承繼當代語言哲學的相關說法，認為：個人不是僅憑一己之力、無須他人存在即可發現自我的個化主體，也不是只能全面接受社會中所設定之行動選項的標準化角色，而是能夠穿梭其間，一般情形下接受角色，但必要時也能夠提供理由，創造改變可能性的「溝通理性主體」。基此，要宣稱特定不法判斷具有正當性，法共同體即須建構一個公正程序，讓行動者有可能改變社會既存

\* 本文部分內容曾發表於2022年4月22日由社團法人台灣刑事法學會主辦之「刑事法學青年論壇（七）學術研討會」，作者感謝與談人陳俊偉教授與主持人吳耀宗教授的提問與建議。本文部分內容亦曾發表於2023年6月2日由政治大學法學院刑事法學中心主辦之「政大刑事法講座（二十一）」，作者在此感謝與談人黃士軒教授與主持人李聖傑教授的提問與建議。另外，本文為國科會計畫（111-2410-H-030-010-MY2）研究成果之一。作者由衷感謝審查人細心閱讀本文並提出精確的修正意見。

\*\* 輔仁大學法律學系助理教授；德國法蘭克福大學法學博士。

E-mail: 153166@mail.fju.edu.tw

• 投稿日：04/22/2023；接受刊登日：12/27/2023。

• 責任校對：張譽麟、陳怡君、江昱麟。

• DOI:10.6199/NTULJ.202412\_53(4).0004

的行為詮釋框架對其行為意涵的詮釋結果。也就是，公正程序提供了個人與社會的整合介面。最後，本文提出了此種不法理論的基本命題：「一個在公正刑事程序裡，透過生活界中的行為詮釋框架，被認定具有否定權利之意義的行為，即屬不法行為。」

關鍵字：刑事不法、個人不法理論、溝通理性、溝通自由，程序依賴

## ◆目 次◆

壹、問題提出

貳、檢視個人不法理論

一、Welzel 的原始論述：行為的意向性與社會損害性

二、分支一：命令理論與行為不法一元論 v. 以「實踐理性」支撐的個人不法概念

三、分支二：客觀歸責理論

四、小結

參、建構一個程序依賴的個人不法理論

一、個人（Person）概念作為理論建構起點

二、Humboldt 語言哲學對理解個人概念的啟發

三、溝通理性的語用學奠基

四、以溝通理性為基礎的法理解

五、溝通理性法理解中的個人概念：主體之間相互承認的溝通  
自由

六、程序依賴的個人不法理論

肆、結論

## 壹、問題提出

本文的目的在於建構一套程序依賴的個人不法理論（personale Unrechtstheorie）。為了達成此論述目的，有必要呈現、分析並批判以往通行的個人不法理論，從而進一步展示何以個人不法理論必須依賴程序的理由。從上述簡短的說明即可看出，本文主要的問題意識並不在於直接討論任何一個不法層次的具體概念（如故意、過失、客觀歸責等），而是嘗試奠定這些具體概念的共同基礎。作為一篇前導理論式的研究論文，本文的任務在於透過反思既有論述，並在提出「程序依賴的個人不法理論」之基本輪廓與原則後，開啟後續研究的可能性。也因此，必須合先敘明的是，許多有關不法概念的具體問題，必須留待後續專文，在本文的基礎上再行處理。另外，本文既選定「個人不法理論」為論述起點，即意味著與其相對的「物的不法理論」並非此處的關注焦點，因此關於後者的分析與討論，只在與本文主題相關的前提下進行<sup>1</sup>。

一般認為，個人不法理論至少可以上溯至德國刑法學者 Hans Welzel<sup>2</sup>。此概念不僅對當時的刑法理論內涵影響深遠，其放射效力時至今日亦不容小覷。個人不法理論之影響，最為人所熟知者莫過於將故意、過失等，原本在「物的不法」理論背景下屬於有責性層次的要件，提升至不法層次，確立了主觀不法要件在犯罪審查階層中的普遍地位。不過，這個理論的意義絕非僅止於此，因為，從犯罪審查的技術性觀點來說，需要篩選的要件總數，無論置放於不法抑或有責，並沒有差別。是以，此理論既然在當代的討論中仍舊不斷被提起，顯然它除了上述影響之外，更帶有其他更深層的意義。這層意義在於：它重新構造了一套實質不法概念的論述，並強調個人能力與違反刑

---

<sup>1</sup> 相關討論參照：許恒達（2010），〈「行為非價」與「結果非價」：論刑事不法概念的實質內涵〉，《政大法學評論》，114期，頁227以下。Vgl. auch Roxin/Greco, AT, Bd. 1, 5. Aufl., 2020, 10/88 ff.

<sup>2</sup> Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 62.

法規範之間的必然關聯<sup>3</sup>，而這是在物的不法理論中所欠缺的。然而，Welzel 立基於一種在當時流行的、來自於哲學人類學的觀點<sup>4</sup>以論證此關聯，很快就遭受來自各方的批評，Welzel 本人也未能真正提出合理的辯駁理由。但縱然如此，他所強調的命題：人與不法的必然關聯，卻也開啟了一場至今仍未稍歇的論辯。

除此之外，對 Welzel 而言，由於刑法上的不法行為是一種社會現象，因此必須從社會、而非僅從個人心理的視角審視某行為是否具備不法性<sup>5</sup>。也就是說，在 Welzel 的不法理論中，要成立不法，除了行為人個人的故意過失所彰顯的「意向性（Intentionalität）」<sup>6</sup>以外，尚有「社會損害性（Sozialschädlichkeit）／相當性（Sozialadäquanz）」<sup>7</sup>之要件，於是產生了一個同時要求主觀向度與社會向度的不法理論。但這種說法也旋即面對許多質疑，其中一個最根本的問題是，兩個標準之間的關係究竟為何？兩者之間可兼容，抑或具有優劣順位？這個提問造成的結果是：在此體系下，行為的不法意義究竟是以行為人的主觀所設定者為主？或者，行為人主觀想像所賦予的行為意義，尚須合乎社會性的詮釋框架，才能終局地確認該行為的不法意義？抑或，行為人真正認為的行為意義在刑法中並不重要，而應該被社會性

<sup>3</sup> 縱然有各種證立的方式，但這點可以說是所有「個人不法理論」的共同特徵。各種證立參考，Maihofer, Der Unrechtsvorwurf, in: *Festschrift für Theodor Rittler zu seinem achtzigsten Geburtstag*, 1957, S. 141, 141 ff.; Lampe, *Das personale Unrecht*, 1967, S. 37; Otto, *Personales Unrecht, Schuld und Strafe*, ZStW 87 (1975), 539, 539 ff.; Wolff, *Die Abgrenzung von Kriminalunrecht zu anderen Unrechtsformen*, in: *Strafrechtspolitik*, 1987, S. 137, 137 ff. 國內學者參照周漾沂（2014），〈風險承擔作為阻卻不法事由：重構容許風險的實質理由〉，《中研院法學期刊》，14期，頁 170、207。

<sup>4</sup> 尤其是影響他主張目的行為論的Nicolai Hartmann。Dazu Frisch/Jakobs/Kubiciel u. a. (Hrsg.), *Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels*, 2015, S. III; vgl. auch den in diesem Buch vorliegenden Aufsatz, Stuckenbergs, *Vorsatz, Unrechtsbewusstsein, Irrtumslehre*, S. 87, 89.

<sup>5</sup> Welzel, *Studien zum System des Strafrechts*, ZStW 58 (1939), 491, 496 f.

<sup>6</sup> Welzel, *Kausalität und Handlung*, in: *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975, S. 7, 14.

<sup>7</sup> Welzel, (Fn. 5), S. 516.

的詮釋框架所取代？第一種論述取徑將不法判斷的基準限縮於行為人的主觀層面，在此說法中，不法的實質內涵在於行為人主觀意向違反刑法規範之義務違反性<sup>8</sup>。現今流行的見解採取的是第二種論述方式。一方面，通說透過「行為規範論」<sup>9</sup>的說理模式，承繼了前一種說法當中，將刑法理解為能夠藉由刑罰驅動個人遵法意向的「決定規範（Bestimmungsnorm）」之命題，保留行為人主觀層面在不法判斷中的地位<sup>10</sup>。另一方面，在客觀歸責理論的框架之下，行為是否具備不法意義，仍需進一步藉由一個社會性的觀點介入，方能確定。這也讓不法判斷不再如同前一種模式一般，獨尊主觀面向。第三種說法則是將不法判斷全面社會化，行為的內在與外在面向都必須透過一組標準化的範疇做出不法判斷<sup>11</sup>。

在後續的討論中，本文將指出，上述各種說法的差異事實上應該要溯源自對於「主體能力」與「（刑）法證立」之間關係的相異理解，並分析各種說法背後所可能產生的問題，進而提出本文見解。本文認為，一套合理的個人不法理論，必然同時關注兩個面向，即個人的主體面向與社會面向。主體面向側重不受外在因素制約的自我決定能力，社會面向則關照多數人共存的社會情境。基此，可以預見的是，本文將提出的，是一套兼容個人主體性與社會性的個人不法理論，並且，此理論必然具有「程序依賴」的特性，亦即，本文主張，刑事不法之判斷，必須經由一個蘊涵特定特徵的公正審判程序，才具備正當性。

<sup>8</sup> 國內相關討論僅參許恒達，前揭註1，頁239以下。

<sup>9</sup> 關於行為規範概念之說明參照，蔡聖偉（2006），〈評2005年關於不能未遂的修法：兼論刑法上行為規範與制裁規範的區分〉，《政大法學評論》，91期，頁339，355-369；許玉秀（2005），〈刑罰規範的違憲審查標準〉，國際刑法學會台灣分會（主編），《民主、人權、正義：蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集》，頁365以下，尤其頁394以下，元照；許澤天（2010），〈刑法規範的基本權審查：作為刑事立法界限的比例原則〉，黃舒芃（主編），《憲法解釋之理論與實務（第七輯，上冊）》，頁259以下，新學林；許恒達，前揭註1，頁244以下。

<sup>10</sup> 決定規範概念源於Mezger, *Die subjektiven Unrechtselemente*, *Gerichtssaal* 89 (1924), 207, 245 ff. 其與行為規範之關聯參考許恒達，前揭註1，頁236以下；vgl. auch Zaczek, *Kritische Bemerkungen zum Begriff der Verhaltensnorm*, *GA* 2014, 73, 79 ff.

<sup>11</sup> Vgl. nur Jakobs, *Norm, Person, Gesellschaft*, 3. Aufl., 2008, S. 97 f.

本文以下將先從檢視、分析、批判較具代表性的各種個人不法理論證立模式開始，而後提出並論證本文所主張的程序依賴之個人不法理論。

## 貳、檢視個人不法理論

### 一、Welzel 的原始論述：行為的意向性與社會損害性

Welzel 在所著之刑法總則教科書中明確寫道：「不法是與行為人相關聯的、個人的行為不法 (Unrecht ist täterbezogenes, personales Handlungsunrecht)<sup>12</sup>。」不過，其實早在 Welzel 尚在科隆努力撰寫教授資格取得論文，同時也擔任研究助理時所發表的〈因果關係與行為 (Kausalität und Handlung)〉一文中<sup>13</sup>，就已經提出了個人不法理論之相關論述。其中的重要命題，在往後的數十年間並沒有重大改變，因此，該文相當適宜作為掌握 Welzel 不法理論的起點。

如同文章標題即已揭示，Welzel 在寫作時所設想的討論對象是在當時對於刑法學影響甚深的自然主義思考模式。在自然主義的想法中，因果關係不僅規制了自然現象，也決定了理解人類行為的框架<sup>14</sup>。準此，刑事不法的概念被理解為「人類透過因果律所造成的外在事態變動」，至於行為人主觀上是否認識此變動的可能性，與不法概念無關，而屬責任階層<sup>15</sup>。Welzel 從文章開頭便明確反對僅從因果關係的觀點理解刑事不法概念，並指出，將因果關係視作不法核心判準的結果，就是無法篩漏出對於刑法規範真正重要的

<sup>12</sup> Welzel, (Fn. 2), S. 62.

<sup>13</sup> Welzel, (Fn. 6), S. 7 ff.

<sup>14</sup> 關於自然主義思潮對當時刑法學的影響參許玉秀（1998），〈犯罪階層體系方法論探源〉，《政大法學評論》，60期，頁2以下；蔡聖偉（2013），〈德國犯罪理論演進簡史〉，氏著，《刑法問題研究（二）》，頁5以下，元照。

<sup>15</sup> 王皇玉（2022），《刑法總則》，8版，頁127-129，新學林；許玉秀（1999），〈犯罪階層理論（上）〉，《台灣本土法學雜誌》，2期，頁16以下；蔡聖偉，前揭註14，頁7。

事實要素<sup>16</sup>。因為，如果單純從條件因果關係的角度來觀察，不僅行為人扣下手槍扳機的動作，連同手槍、扳機、子彈等一切存在於行為當下、但未必關乎刑法規範所欲禁止或所能禁止的事態，都會成為不法評價的對象。Welzel 汲取部分當時同樣批判自然主義思維的新康德主義相關說法，主張刑事不法的認定涉及價值判斷，而任何價值判斷都預設了其所評價之特定對象的存在<sup>17</sup>。而刑事不法的評價對象是人的「意向行為（intentionaler Akt）」（即後來為人所知的「目的行為（finale Handlung）之前身」）<sup>18</sup>。Welzel 所說的意向性指的是人的主觀內在層面與外在對象之間的特殊關係。首先，在認識論的層次，人類的認識能力並不只侷限在被動地接收外在客體的物理性質，而是主動地運用自己的能力，將主觀意向指向所欲認識之標的而產生對特定客體的知識<sup>19</sup>。同樣的邏輯應用在行為的面向，Welzel 認為，人類並非僅受外在因素決定自我的行為模式，而是具有自我規制（selbst reguliert）的能力<sup>20</sup>。這個自我規制能力，具體來說，就是人類在主觀上能夠設定特定目的，而後選擇適當手段在客觀上予以達成的能力。準此，行為及其結果間之關聯，無法只憑藉自然因果範疇，而是須進一步導入行為人主觀意欲所設定之目的後，方能適切理解<sup>21</sup>。此即何以 Welzel 後來將該行為概念稱作「目的行為」之原因。如前所述，Welzel 認為評價標準必須預設其評價客體，這裡指的並非只預設該客體存在，而是更要求評價標準必須考量評價客體的存有特徵。是以，刑法規範要評價特定行為不法與否，必須符應行為的存有構造，亦即，必須將行為人的主觀目的納入審查<sup>22</sup>。

雖然〈因果關係與行為〉一文就批判因果行為論以及提出作為刑事不法評價客體的意向（目的）行為概念而言，具有劃時代的意義。不過，該文對

<sup>16</sup> Welzel, (Fn. 6), S. 9.

<sup>17</sup> Welzel, (Fn. 6), S. 9.

<sup>18</sup> Welzel, (Fn. 6), S. 10.

<sup>19</sup> Welzel, (Fn. 6), S. 12.

<sup>20</sup> Welzel, (Fn. 6), S. 14.

<sup>21</sup> Welzel, (Fn. 6), S. 19.

<sup>22</sup> 此即Welzel強調目的行為先於法而存在的原因。Dazu Welzel, (Fn. 2), S. 42.

於刑事不法的評價標準如何設定，以及如此設定的合理性，並沒有充分說明。這方面的論述，在 Welzel 於 1939 年所發表的論文〈刑法體系之研究 (Studien zum System des Strafrechts) 〉中具有相當的發展。維持一貫批判因果行為論的基本立場，Welzel 在此進一步反對當時許多刑法學者提出「刑法之目的在於保護法益」的主張，認為生命、身體與財產法益等作為經驗性的客體，並不是刑法所應直接保護的對象。刑法不是博物館，將這些法益如珍貴的藝術品一般保護，只能欣賞而無法使用並沒有意義<sup>23</sup>。刑法的真正目的應在於確保各種法益在社會生活中能夠發揮其功能；為此，刑法應禁止倫理共同生活中所無法忍受的行為<sup>24</sup>。

也正是在此脈絡下，Welzel 首次提出了「社會相當性 (Sozialadäquanz)」作為排除不法事由<sup>25</sup>。反面來說，在 Welzel 的不法判斷體系中，「社會倫理非難性」也就成為上述意向非價之外的另一支柱<sup>26</sup>。如同其字面所示，社會相當性著重的是行為評價之社會面向，也就是在不法判斷之標準中，導入法共同體的視角，藉此審查特定行為是否被刑法所容許。如此一來，也就表示客觀不法論者將行為人透過條件因果關係引致法益侵害結果視作不法內涵核心之說法，忽略了不法的社會面向。而 Welzel 對於行為合乎社會相當性即能阻卻不法的理由，交代得並不詳盡而且幾經更迭，以下區分為兩個類型以方便說明。

第一類理由：Welzel 認為，當行為合於「正常社會秩序 (normale soziale Ordnung)」時，並非實現不法<sup>27</sup>。然而，顯而易見的是，所謂合乎正常社會秩序的說法，不過是「社會相當」的同語反覆，並沒有任何論證後者合理性的作用。為了補充說明此處的合理性，有論者嘗試將此說法結合 Binding<sup>28</sup>以

<sup>23</sup> Welzel, (Fn. 5), S. 514.

<sup>24</sup> Welzel, (Fn. 5), S. 515.

<sup>25</sup> 國內文獻對此的詳盡分析已見周漾沂，前揭註3，頁179-181。

<sup>26</sup> Reyes, Theoretische Grundlagen der objektiven Zurechnung, ZStW 105 (1993), 108, 108 ff., 121 ff.

<sup>27</sup> Welzel, (Fn. 2), S. 56.

<sup>28</sup> Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 4, 1965, S. 440 ff.

及德國帝國法院對於行為容許性的見解<sup>29</sup>，認為所謂合乎正常秩序，指的是特定行為對整體社會所帶來的效益將大於其所造成的損害，因此非屬刑事不法<sup>30</sup>。很明顯的，這個詮釋方式是將社會相當性的概念嫁接至效益主義的基本構想中，當從事某行為所帶來的效益大於可能造成的損害，即屬於應該做的、或至少是容許做的行為。然而，該論者提出這個主張的目的並非在於藉此為社會相當性的說法奠基，他反倒認為這種以行為增益社會為由阻卻不法的說法，屬於純粹描述性、事實性的觀點，與 Welzel 建構刑事不法的規範性觀點並不相容。

本文認為，以效益主義觀點理解正常秩序的概念，確實並非 Welzel 原意。但如果直接以效益主義僅具描述性，欠缺 Welzel 堅持的規範性觀點為由批評上開論點，也未盡妥適。首先，前述正常社會秩序之概念，必須置於 Welzel 整體理論之脈絡下方能妥適解讀。既然他的論述起點即已揭示單純經驗性的自然因果之不足、因此不應成為理解刑法及其概念的適當範疇，並主張應以價值哲學與物本邏輯取代之，那麼，對於正常社會秩序一詞之解釋即應鑲嵌於此價值哲學體系中，並將該詞理解為具規範性的社會倫理概念。在此框架下，多數人在事實上都如此行事，不過是人類追求正向價值之合理展現，而不是單純逐利的現實結果。由於刑法是社會倫理價值之具體化，因此，以行為合乎社會相當性作為排除不法事由，並不會造成以刑法外部的描述性觀點決定不法判斷之問題<sup>31</sup>。其次，效益主義者所主張的利益衡量模式也並不必然僅具描述性格，因為，正如將社會相當性解讀為行為有益社會而不具有不法評價所呈現者，「利大於弊」也是可以作為行為尺度之應然判斷標準。是以，直接將利益衡量視作描述性範疇，並因而批評其無能作為屬於規範性範疇之刑法不法構成要件之基礎者<sup>32</sup>，並不正確。

<sup>29</sup> Vgl. z. B. RGSt 57, 172.

<sup>30</sup> Cancio Meliá, Sozialadäquanz, in: *Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels*, 2015, S. 69, 74 f.

<sup>31</sup> 相反觀點如Zipf, Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten im Strafrecht, ZStW 82 (1970), 633, 639.

<sup>32</sup> 例如Cancio Meliá, (Fn. 30), S. 74 ff., insbesondere S. 75.

第二類理由即正確地如同本文上述的作法，將社會相當性的概念置於 Welzel 的整體刑法哲學架構中來理解。Welzel 強調，行為如果合乎「隨著歷史所形成的秩序（geschichtlich gewordene Ordnung）」，即應被排除在不法的概念之外<sup>33</sup>。之所以如此，是因為從 Welzel 所承繼的價值哲學觀點來說，人類的文化與歷史中，具有特定的正面價值。這些正面價值透過人的行為而形成或破壞。而涉及社會各個領域的行為規範，如道德、習俗以及法律，都是為了要維繫這些價值。刑法作為社會規範的具體部門，當然也是服務於這個目的。因此，合乎社會相當性的行為，就是維繫價值的行為，刑法也就無需禁止。結合這個版本的社會相當性概念與前述的意向／目的行為，我們就可以明白何以 Welzel 要說自己是「個人不法理論」的主張者。在這個理論中，維繫社會倫理價值是最終目的，而這些價值如果又只能透過人的行為去建構與破壞，則這個理論要做的便是要促進人們實施合乎價值，以及避免採取反於價值的行為。又因為人的行為是以「意向／目的」驅動的，所以，最根本的做法就是以規範驅動個人的主觀意向，促使他以正確的方式行事。不過，行為除了主觀的意向以外，尚有外在的面向，並且，此一面向往往無法由行為人全盤掌握與控制。也就是說，行為人即使主觀上有違背社會倫理的意向，也驅動了自己的身體行止以實現系爭意向，也不能確保此意向真的能被實現，此時便是適用社會相當性以排除不法之例。此即將目的行為與社會相當性視為 Welzel 不法理論兩大支柱的原因。這個同時兼顧不法的主觀面向與社會面向的理論構造，也成為了目前德國與台灣的通行見解，只是將兩大支柱繼續發展為故意（歸責）與客觀歸責。

然而，即使在文字上可以很輕易地表述「意向性與社會倫理非難性共同成為個人不法判斷的兩大支柱」，但兩者在概念上與論證上的齟齬，卻始終困擾著刑法學界。此困擾的原因主要有三：首先，Welzel 本人不僅未清楚說明目的行為與社會相當性之間的關係，有關後者的理論基礎，更是幾經更迭且說理模糊。其次，Welzel 整體理論所賴以存立的哲學背景，尤其是新康德主義所強調的價值學說以及他本身所建構的物本邏輯結構（sachlogische

---

<sup>33</sup> Welzel, (Fn. 5), S. 516 ff..

Struktur) 皆備受挑戰，致使從其中所衍生出的各種概念之合理性，也遭受多方質疑。這也導致了第三個原因，亦即，在 Welzel 的理論基礎已經站不住腳的時候，各方刑法學者開始嘗試不同的證立模式，從自己的理論旨趣出發，選擇側重意向性或社會性，或者繼續堅持兩者兼容的命題，然後提出新的合理說明。接著，本文將循此路徑選擇幾種較具代表性之個人不法理論進行分析。

## 二、分支一：命令理論與行為不法一元論 v. 以「實踐理性」支撐的個人不法概念

### （一）命令理論與行為不法一元論

Welzel 所提出個人不法理論的其中一種發展可能性，是將不法概念的主觀面向強調到極致，也就是將行為的結果與社會面向排除在不法概念之外。基此，不法只與行為人主觀上「對抗規範的錯誤意欲 (Auflehnung gegen die Norm im Sinne eines falschen Wollens)」<sup>34</sup> 有關。這樣的主張，事實上也並非從 Welzel 開始，因為，最遲在 19 世紀末蔚為風潮的命令理論 (Imperativentheorie) 中，甚或追溯至 Hobbes 的法理解中，都可以發現相當類似的說法<sup>35</sup>。這種說法首先將人類理解為受慾望影響的動物，以「欲／不欲 (Lust/Unlust)」決定其行為模式。在此的理解下，某人之所以實施某行為，是因為比起不實施而言，實施行為更能滿足其需求，對其更有利。當然，決定某行為是否值得行使的因素繁多，又因為每個人對於欲與不欲的判斷容有差異，因此，特定社會中的人際行動規範以及由此而生的行動協調，都僅具有偶然性。在這樣的架構之下，法律最重要的特徵即是其外在的強制性。刑法藉由實證化的、因此讓社會中的行動者可得預期的強制力，以及在

---

<sup>34</sup> Zaczek, Das Unrecht der versuchten Tat, 1989, S. 86.

<sup>35</sup> 關於命令理論，參考 Thon, Rechtsnorm und subjectives Recht, 1878, S. 7 ff.; Bierling, Juristische Prinzipienlehre, Bd. 1, 1894, S. 135；命令理論與刑事不法概念關聯性的討論，vgl. Zaczek, (Fn. 10), S. 80 f.

行動者違反刑法時實際施加的刑罰，形成一系列行動者在決斷是否實施違反刑法的行為時所不欲的負面後果，以期讓行為人因為行為對自身所產生的負面後果大於正面後果而放棄不法行為<sup>36</sup>。刑法因此是帶有處罰後果的命令。而命令的特徵即在於，被命令者無從質疑下令者的權威與命令內容的正確性，只能選擇服從（或是接受違反的不利後果）。在此見解下，刑法的功能不再只侷限於評價規範（Bewertungsnorm），僅在特定事件（例如有人死亡、受傷等）發生後，以被給定的標準評價系爭事件是否應該歸屬於特定人而已。相反的，刑法及其所伴隨的刑罰負面效果能更前置地、藉著成為行動者在決斷是否採取行動時的反面動機，影響個人的行為選擇，達成刑法作為決定規範的功能<sup>37</sup>。

凸顯刑法作為決定規範的特徵，讓結果在不法概念中的地位更趨弱化，甚至形成一種「行為不法一元論」的主張。例如 Welzel 的學生 Armin Kaufmann 即明確主張：「行為是個人不法要素的全部（Der Akt ist das personale Unrechtsmerkmal schlechthin）<sup>38</sup>。」Kaufmann 的學生 Zielinski 也持同樣見解並清楚指出，以目的行為論為基礎的不法理論，無法容納結果要素。因為，結果發生與否繫諸偶然，行動者無法全然掌控，而刑法規範只能針對行為人的主觀目的下達命令，對於不屬於行為人能夠掌控的事項，也就不能成為規範考量的要素<sup>39</sup>。對照 Welzel 的原始論述，我們可以發現，Kaufmann 與 Zielinski 的說法在許多層面已經逸脫了 Welzel 的理論設定<sup>40</sup>。首先，Welzel 提出目的行為論以替代因果行為論的核心旨趣，並不在於將行

<sup>36</sup> 以Lust/Unlust作為行為決斷的標準，參Jakobs, (Fn. 11), S. 1 ff.; Jakobs, Individuum und Person, ZStW 117 (2005), 247, 256 (Mit weiteren Nachweisen); Zaczek, (Fn. 10) S. 80 f.

<sup>37</sup> 相反的，強調刑法主要作為評價規範，並以此建構不法理論者，國內文獻參謝煜偉（2020），〈論實行行為概念〉，《臺大法學論叢》，49卷3期，頁1238以下。關於決定規範與評價規範，參Münzberg, Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung, 1966, S. 50 ff.

<sup>38</sup> Kaufmann, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954, S. 157.

<sup>39</sup> Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973, S.142.

<sup>40</sup> 其他批評參Zaczek, (Fn. 34), S. 101 ff.

為現實上所導致的結果排除於不法概念之外，而是強調行為人主觀目的對於不法概念的重要性，從而指出因果行為論在不法概念中只偏重結果之缺失。因此，從目的行為概念本身並不能推論出結果不屬於不法概念的命題。其次，Zielinski 僅從結果是否發生是偶然的，即聲稱結果並非規範應考量的事項，不但不是貫徹目的行為論的主張，反而是重新落入了因果行為論單純以自然科學視角理解刑法的論述窠臼。從因果律的角度結合行為時的所有事實，結果是否發生當然完全繫於偶然的條件，因為，在該時點沒有任何人能完全斷定結果是否發生。然而，從目的行為論的角度出發，規範所欲禁止的，並不是一個偶然的法益侵害結果，而是一個「透過個人主觀目的規畫並實現的」法益侵害結果，合乎這項標準的行為即屬行為人的作品，從而具備不法<sup>41</sup>。如果規範要藉由其誠命，驅使個人採取合於規範的行為，從而創造一個良善的社會共存狀態，而結果實現的偶然性本來就是人類採取任何行動時都必須克服的因素，那麼，規範不但不應排除此因素，反而應該將其納入考量<sup>42</sup>。個人為了克服偶然性所做的努力，具體地展現在他對於實踐知識的認識程度上。當他對於自己的行為如何能夠導致結果的發生知道得越詳細，行為人就越具有克服上述偶然性的能力，將主觀的行為計劃實現為悖於上開良善秩序的可能性也就越大，而這也說明了故意與過失在主觀不法上強弱區別的理由。因此，結果確實發生並不是與不法無關的獨立事態，而是反映了主觀目的之強烈程度，屬於不法的內涵。

除了上面指出的，行為不法一元論與目的行為論之間的論證齟齬外，對於本文後續所欲建構之「程序依賴」的個人不法理論而言更為重要的是，行為不法一元論者將刑法視為驅動行為人動機的工具，行為人僅能服從刑法所劃設的行為框架等說法，事實上與早先的命令理論，抑或是 Hobbes 的法理解沒有太大差異。縱然 Kaufmann 等人依循著 Welzel 的價值哲學，強調(刑)法是社會倫理價值的具體化，也無從改變個人在此見解中無法形塑自己所遵

<sup>41</sup> Zaczek, (Fn. 34), S. 102 f.

<sup>42</sup> 類似說法參 Köhler, *Die bewusste Fahrlässigkeit*, 1982, S. 329 f., Anmerkung 8; Zaczek, (Fn. 34), S. 102 f.

循的行為規範，亦即無從自我決定的事實。事實上，如果這樣的說法認真地面對社會倫理價值這個概念及其背後所預設的良善秩序共同體，那麼，任何一個共同體成員都不應該只被設想為有能力透過行為破壞正面價值，而應該更進一步被理解為個人能夠藉由實踐而建構正面價值。個人有能力建構正面價值，也代表著他有能力「重構」價值，也就是行動者並非只是消極地接受來自於集體、合理性不明的僵化互動模組，更重要的是他有改變、挑戰、質疑系爭聲稱具備合理性之行為模式的可能性。此際，個別行動者與共同體形成一種相互循環的動態關聯，共同體中所形成的社會倫理價值以及其具體化的刑法，在發揮行動指引作用的同時，也必須在面對受規範者質疑其合理性時，或提供理由維繫其合理性基礎，或承認質疑之理由而改變原先設定的行為框架。Kaufmann 等人的說法只片面地擷取共同體價值制約個人的面向，使得刑法與行為人之間只呈現出「強制——反面動機」的他律 (heteronom) 面向，忽略了個別主體上述的能動性，因此所發展出的個人不法概念也只會是不完整的說法。這個問題在以民主體制支撐現代國家正當性的觀點中，更被凸顯出來。因為在此觀點中，(刑) 法不再需要依賴特定倫理價值以取得其效力基礎，相反的，民主程序本身即足以奠基刑法的正當性<sup>43</sup>。系爭程序表徵了國民主權原則，也就是，任一法共同體的成員都有資格設定或改變自己所要遵守的行為規範及其詮釋方式。一個恣意排除國民運用自己的公共自主決定其透過 (刑) 法所建制之生活方式的 (刑) 法理解，也同時抹消了該理論自身的合理基礎。

## （二）以「實踐理性」支撐的個人不法概念

相對上述將法規範理解為一種外在於個人的命令，從而以「他律」為基本思維證立的行為不法一元論，刑法學界中亦有不少學者強調個人在證立法規範時的核心地位，認為刑法不應只是一種外部行為操控機制，藉由人的趨利避害特徵促使其不侵害法益。論者認為，刑法的正當性毋寧應該直接來自

---

<sup>43</sup> Ausführlich Gärditz, Strafbegründung und Demokratieprinzip, *Der Staat* 49, 331, 331 ff. 民主原則如何證立刑法亦參見下述參、四、五、六。

於人的實踐理性，亦即「自律（Autonomie）」<sup>44</sup>。而由於刑事不法概念在邏輯上就是刑法的否定，因此，如果要適切地定義不法概念，人作為主體所擁有的實踐理性與自律，也就同時必須被納入考量，「個人不法」也就因此相當於「以人的自律能力為基礎的不法概念」。主張此種見解中最具代表性者，當屬 E. A. Wolff 及其弟子與再傳弟子。由於本文並非專門討論該學派中各個學者對於不法概念的主張上有何細節上的差異，因此僅以該學派成員之一的 Rainer Zaczek 作為分析對象，拆解其如何連結個人的實踐理性與刑事不法概念。

Zaczek 在其教授資格取得論文《未遂犯行之不法（Das Unrecht der versuchten Tat）》中，將不法之實質內涵定義為：「從承認交互主體關係至侵害交互主體關係之過渡（Übergang von der Anerkennung zur Verletzung intersubjektiver Verhältnisse）」<sup>45</sup>。此說法明顯承繼了其指導教授 E. A. Wolff 對於犯罪概念的理解：「犯罪是對於相互承認關係的侵害（Verbrechen ist eine solche Verletzung des gegenseitigen Anerkennungsverhältnisses）」<sup>46</sup>。要確實掌握這些概念的意涵，就必須進入 Wolff 學派所援引作為理論前導的、以 Kant 與 Fichte 為首之德意志觀念論法哲學脈絡中。

首先，Zaczek 以 Kant 的主體自律概念論證刑法的正當性基礎。他認為，每個人作為具有先天理性的主體，有能力判斷自己的行為是否合乎道德與法律，並以正確的行為模式與其他同樣具有理性能力的主體建立實踐關係<sup>47</sup>。反過來說，在法領域內，主體也同樣擁有自我決定以悖反於法的模式行動，

<sup>44</sup> Z. B. Zaczek, Über Begründung im Recht, in: Festschrift für E.A. Wolff, 1998, S. 509, 509 ff.; Zaczek, Die Freiheit der Person als Zentrum der Rechtsbegründung, in: Rechtsphilosophische Kontroversen der Gegenwart, 1999, S. 51, 51 ff.; Wolff, Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität, ZStW 97 (1985), 786, 786 ff. 亦參周漾沂（2012），〈從實質法概念重新定義法益：以法主體性論述為基礎〉，《臺大法學論叢》，41卷3期，頁994以下。

<sup>45</sup> Zaczek, (Fn. 34), S. 231.

<sup>46</sup> Wolff, (Fn. 3), S. 212.

<sup>47</sup> Zaczek, (Fn. 34), S. 326.

從而破壞與他者原先正面建構的實踐關係之能力。這也代表著，在判斷刑事不法時，行為人的主觀面必須被納入考量。然而，這並不意味著不法判斷之全然主觀化。因為，對 Kant 而言，相對於道德涉及的是主體內在的義務動機，法所涉及的則是主體外在行動領域的共存事項<sup>48</sup>。因此，綜合來看，Kant 法哲學意義下的所謂「相互承認關係」，指的是主體根據自我決定之能力，在將所設想的行為準則實現於外時，只選擇不會侵越其他主體外在行動領域的方式為之。以此形式在主體之間建構的共存關係<sup>49</sup>，便是相互承認關係。

這些主張固然有理，但 Kant 在論證上卻也面臨許多未解的難題。難題主要有二，首先是 Kant 在證立主體的自律能力時，對其基礎之說明並不充分。詳言之，Kant 認為，個人的自律能力展現在他能藉由「定言令式」執行行為（準則）是否合乎普遍有效性之審查，並且出於其行為合乎定言令式之動機而為之<sup>50</sup>。然而，縱然認為定言令式與自律能力得以相互說明彼此——因為主體只能藉由認知定言令式間接理解自身的自律能力<sup>51</sup>，Kant 對主體認識道德法則之能力的論證，卻只能訴諸一個預設的「理性事實（Faktum der Vernunft）」<sup>52</sup>，此事實又因為其超越了人類認識能力之範疇，因此無法再進一步說明。然而，若奠定 Kant 實踐哲學的此一關鍵概念被如此當作盲點一般的存在而無法提供進一步的論證，說服力恐怕是大打折扣。

Zaczyk 則是透過反思第二個難題，而將 Kant 之自律概念與 Fichte 的法哲學結合。他認為，Kant 所認定的實踐理性，必須建立在一個前提之上：主體能夠辨別出其他主體的存在。唯有如此，他才能基於這個認知判斷自己的

<sup>48</sup> Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, in: *Werkausgabe in 12 Bänden*, Bd. 8, 17. Aufl., 2014, AB 17 f.

<sup>49</sup> Kant, (Fn. 48), AB 32 f.

<sup>50</sup> Kant, (Fn. 48), AB 7.

<sup>51</sup> Kant, *Kritik der praktischen Vernunft*, in: *Werkausgabe in 12 Bänden*, Bd. 3, 17. Aufl., 2014, A 53.

<sup>52</sup> Kant, (Fn. 51), A 55 f. 國內關於理性事實的討論參彭文本（2005），〈關於《第二批判》的「理性事實學說」之兩種解讀方式〉，《國立政治大學哲學學報》，14 期，頁37-70。

行為是否並未妨害他人的自由<sup>53</sup>。Zaczyk 主張，Kant 並未論證此認識產生的條件，Fichte 則補足了這部分。而這也是 Zaczyk 在其刑法理論基礎中需要進一步導入 Fichte 法哲學論述的原因。Fichte 的法哲學著眼於一組條件，使得原先只是理論上可能的主體自我意識能夠實現於經驗世界中，並與其他現實存在的複數主體產生連結。

Fichte 以下述幾個步驟逐步說明：首先，他認為，作為有限理性存有的人類，要產生自我意識，必須要賦予 (zuschreiben) 自己「自由的有效性 (freie Wirksamkeit)」<sup>54</sup>；藉此，人類得以確定一個外在於自己的世界，而主體可以將其思想實現在其中，產生有效性。但是，主體要賦予自我自由之有效性的前提是，必須設想與認知其他主體的存在，並且也賦予他自由的有效性。因為，首先，主體無法僅憑一己之力就賦予自我自由的有效性；其次，主體也無法由世界中所存在的其他客體賦予系爭有效性。因此，主體只能透過其他主體，透過他者「要求」、而主體「承認」的方式同時讓兩主體生成自我意識，使自己與他者皆能理解所擁有的理性能力<sup>55</sup>。所謂的承認，指的並非內心的態度，而是主體相互間在行動上始終考量他人和自己一樣具有相同的、開展自由有效性的外在領域。此相互承認關係即是法權關係<sup>56</sup>。

結合 Kant 的主體自律以及 Fichte 的法權概念，Zaczyk 認為，在討論未遂理論時，從根本上就應該排除純粹的主觀說（雖然此說長期支配著德國通說）與純粹的客觀說。因為，前者忽略了法權的交互主體／社會面向，只讓個別主體的想像決定刑法之效力，並不恰當；相反的，後者則錯誤地以為法只關照客觀利益之維繫而無視主體證成與破壞刑法之能力。基此，Zaczyk 主張的是一種將主客觀面向皆納入考量的刑事不法以及未遂理論。其所主張的不法概念內涵與其業師 E. A. Wolff 相同，即對於上開相互承認關係之侵害。既遂犯是將系爭關係完全破壞，而未遂犯則是從承認至侵害之過轉。要成立

<sup>53</sup> Zaczyk, (Fn. 34), S. 152 f.

<sup>54</sup> Fichte, *Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre*, in: Johann Gottlieb Fichte's Werke, Bd. 3, 1845, S. 1, 17. (Lehrsatz I)

<sup>55</sup> Fichte, (Fn. 54), S. 33.

<sup>56</sup> 主要從Kant法哲學導出相同結論者參周漾沂，前揭註44，頁1009。

未遂不法，行為人主觀上必須真正認識到所侵害的法益，客觀上也必須該法益真實存在，才有侵害可能<sup>57</sup>。

Zaczyk 從 Kant 與 Fichte 抽象的哲學與法權論述，層層推演而提出其未遂不法之主張與具體爭議個案之解方，深具學術創新與實踐意義。在未遂不法的層次，其說法基本上都能在抽象的（法）哲學層次找到相應的理據，因此，本文的批判主要聚焦於其見解在（法）哲學層次未竟全功的部分。本文的質疑主要有二：首先，如前所述，為了解決 Kant 哲學內部論證的問題，Zaczyk 選擇在實質法概念部分過渡至 Fichte 的法權論述，期望該論述能夠整合進 Kant 的自律概念。然而，此論述策略忽略了 Fichte 在《自然權利之基礎（Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre）》中所採取的全然相反的說理方向。Fichte 認為，法既然只涉及現實世界及主體之間的外在行動領域，即與道德（自律）無關而在本質上僅具有目的理性、假言令式的特徵<sup>58</sup>。Zaczyk 對於如何解決 Kant 與 Fichte 的理論在此關鍵環節的斷裂，並沒有說明。其次，即使這樣的斷裂能夠解決，Zaczyk 見解之最根本的困境仍是在於 Kant 對其自我意識概念以及自律概念的說理問題，亦即，這兩個在 Kant 理論哲學與實踐哲學中的關鍵概念，到最後只能訴諸他對客體世界「物自身／現象」之區分，並將上述兩概念之證立基礎置於物自身的領域，排除了作為有限理性主體的人類之認識可能性，也就是，人類除了相信之外，別無他法。這種論述模式，恐怕仍舊具有 Kant 本身所欲批判的「獨斷論（Dogmatik）」色彩。

然而，必須明確說明的是，以上對 Zaczyk 說法的批判並不表示本文要放棄個人自律、法權之普遍有效性等論述，只是要在後續以更具說服力的說法，去除特定形上學的色彩後，重新論證這些重要概念在現代社會中如何可能，以及基此而來的刑事不法理論將如何變貌。

---

<sup>57</sup> Zaczyk, (Fn. 34), S. 327-330.

<sup>58</sup> Fichte, (Fn. 54), S. 13. Dazu vgl. Kersting, Die Unabhängigkeit des Rechts von der Moral (Einleitung), in: Johann Gottlieb Fichte: Grundlage des Naturrechts, 2001, S. 21, 25.; Kersting, Wohlgeordnete Freiheit, 2. Aufl., 2016, S. 167 ff.

### 三、分支二：客觀歸責理論

在 1970 年代客觀歸責理論興起之後，不法的判斷重心逐漸移位。除了主觀要素不斷弱化，讓許多原屬故意要素判斷的案型轉移至客觀構成要件中的客觀歸責層次外；近年來，在論證過失犯與未遂犯的實質不法時，直接援引客觀歸責理論及其判斷公式並取代原有之審查結構者亦所在多有<sup>59</sup>。客觀歸責理論對傳統犯罪審查結構的滲透力，以及兼顧行為與結果不法的整合性，很快地就在不法理論中佔有一席之地。客觀歸責理論的「客觀」特性，從形式的角度來說，在於它必須在客觀構成要件進行判斷。從實質的角度來說，特定行為最後是否在客觀上可歸責，依據的也是一個來自「客觀理智第三人」的標準。系爭理論之所以強調客觀性，與理論奠基者 Roxin 反對前述 Welzel 之目的行為論有密切的關聯。因此，本文先從 Roxin 批判目的行為論的相關見解出發，連結至他轉向客觀歸責理論的緣由，最後並對客觀歸責理論本身的問題進行批判。

Roxin 反對目的行為論，以及立基於該理論而強調主觀意向作為歸責標準之不法理論的原因，首先在於，他認為，雖然 Welzel 試圖藉由提出目的行為論來反對因果行為論並批判從其所出的物的不法理論欠缺規範性，無法正確做出刑法上具規範意義的不法判斷。但 Welzel 本身的目的行為概念卻仍舊來自實然／存有的範疇<sup>60</sup>，這與他所欲批判的因果行為並無不同，因此也有範疇錯誤的問題<sup>61</sup>。規範既然屬於應然範疇，就不應該受實然因素牽制，無論這個實然因素是因果關係或目的行為皆然。更何況，雖然 Welzel 主張目的行為與因果關係同屬實然範疇，因此規範無能改變，反而必須在設定應

<sup>59</sup> 過失犯部分參 Roxin/Greco, (Fn. 1), 24/10；國內文獻參林鈺雄（2022），《新刑法總則》，10 版，頁 516，元照；未遂犯部分參考 Wachter, Das Unrecht der versuchten Tat, 2015, S. 170 ff.

<sup>60</sup> 這點也是 Welzel 所強調的。Dazu vgl. Welzel, Um die finale Handlungslehre, 1949, S. 7.

<sup>61</sup> Roxin, Zur Kritik der finalen Handlungslehre, in: Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1973, S. 72, 81 f.

然標準時將因果律與目的行為的構造納入考量<sup>62</sup>。但實際上，只有自然的因果律無法被規範所改變之主張是正確的，例如，我們無法透過刑法規範要求萬有引力不發生作用。行為構造則非如此。即使目的行為論對行為構造的理解是正確的，這也不代表刑法規範就必須將不法判斷的核心置於行為人的主觀目的，而是可以依照規範本身的基準設定要納入考量的要素<sup>63</sup>。基此，Roxin 認為，如果要判斷行為人是否具備故意，重點不是如目的行為論者所強調，行為人主觀上認知到的事實直接決定是否具備故意，而是行為人必須認知到刑法規範所要求認知到的事實，才被評價為具備故意<sup>64</sup>。至於這裡所稱的規範性標準為何，Roxin 認為存在於立法者所設定的目的中<sup>65</sup>。也就是說，Roxin 將目的行為論中，具有不法判斷核心意義之行為人主觀目的，替代成了立法者希望透過刑法規範所欲達成的政策目的。當我們試圖設定或解讀刑法中的各種要件時，就必須引入立法者的觀點，以客觀目的論的（aus teleologischer Sicht）角度為之<sup>66</sup>。

Roxin 之所以強調必須從客觀目的觀點建構不法理論，除了連結到前述對於目的行為論範疇錯誤的批評外，也涉及了他對系爭理論的第二個批評：目的行為論忽略了不法的社會意義（sozialer Bedeutungsgehalt/ Sinn）<sup>67</sup>。Roxin 指出，以往對於因果行為論的批判，在於該理論錯失了規範性，因而造成了如 Radbruch 對於「侮辱」的經典（！）定義：「藉由製造聲波而讓相對人的耳朵受到感官刺激。<sup>68</sup>」不過，即使援用目的行為論的一貫見解，將行為人主觀目的之內容當作詮釋其客觀行動及其引致之外在效果的框架，也只會讓侮辱的定義轉變為「行為人為了達成震動相對人耳膜之目的所為的多個聲

<sup>62</sup> Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 2. Aufl., 1955, S. 197.

<sup>63</sup> Roxin, (Fn. 61), S. 82.

<sup>64</sup> Roxin, (Fn. 61), S. 84.

<sup>65</sup> Roxin, (Fn. 61), S. 82.

<sup>66</sup> Roxin, (Fn. 61), S. 85.

<sup>67</sup> Roxin, (Fn. 61), S. 82.

<sup>68</sup> Radbruch, *Zur Systematik der Verbrechenslehre*, in: FS-Reinhard von Frank, Bd. 1, 1930, S. 158, 161.

波製造行為」<sup>69</sup>。上述兩種侮辱的定義對刑事不法的判斷同樣都不具重要性。因為，對於刑法而言，重要的終究不是行為人客觀上牽動了什麼因果鏈，也不是其主觀上所要達成的目標，而是行為人所身處的法共同體成員如何看待整起事件，這個共同體視角也就是社會的視角。無論行為人主觀認識了什麼，或是客觀上開啟了什麼因果流程，最後都必須被放置在社會的視角下，判斷行為人的行動在共同體中容許與否。也就是說，這個社會的視角確定了行為的合法或不法的意義。事實上，這個社會視角對於目的行為論的理論框架而言也不是全然異質的產物，而是從 Welzel 建構該理論起，就持續存在的觀點，即本文前述的「社會相當性」概念。只是，目的行為論一再強調個人主觀目的內容對於不法判斷的定鑽作用，使得一個外於個人意志內容的社會性觀點如何相容地整合進該理論體系中，產生了極大的困難，最後也導致 Welzel 刑法理論中社會相當性要件的重要性日益降低。相反的，Roxin 則是以此為出發點，試圖重新建構以社會視角為中心的不法理論。對 Roxin 而言，立法者所欲達成的目的決定了這個來自於社會視角的行為意義詮釋框架。質言之，立法者透過創造各種犯罪構成要件，形塑了發生在社會中的所有行動，從刑法的角度應該如何給定意義的詮釋框架。依此邏輯，究竟特定行為是否該當侮辱的概念，取決於刑法本身的要件設定。不過，這些都只是形式的標準，並沒有回答不法的實質判準為何的問題。

對 Roxin 來說，這個不法的實質標準即是一種目的理性思考下的利益衡量原則，也就是說，當一個行為做下去所造成利益大於弊害，即屬合法行為；相反的，如果是弊害大於利益，則屬不法行為。而要確認個案中的行為究竟是利大於弊抑或弊大於利，就必須依靠客觀歸責理論做出判斷<sup>70</sup>。Roxin 指出，刑法的任務固然在於保護法益，但刑法也並不是禁止所有可能造成法益侵害或危險的行為。如果加入客觀歸責理論的基本判斷公式，刑法所禁止

<sup>69</sup> Roxin, (Fn. 61), S. 82.

<sup>70</sup> Roxin, Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit, ZStW 116 (2004), 929, 930.

的毋寧是一個「製造了法所不容許的風險，且該風險實現成為法益侵害」<sup>71</sup>的行為。然而，如果刑法要保護法益，為什麼不是給予全面性的保護，亦即全面禁止可能對法益造成侵害風險的行為，而僅限縮在「非容許」的風險呢？Roxin 的回應是，這是法治國刑法的基本要求。全面封鎖可能造成法益侵害風險的行為，固然可以更周全地保護法益，但付出的代價卻是極度限縮個人自由。因此，以刑法要求公民只放棄對法益製造非容許風險的行為，而非全面放棄可能製造風險的行為（又有什麼行為是全然無風險的呢？），才能在法治國家的安全保障以及維護個人自由之雙重任務中取得平衡。這樣一來，我們就可以理解在其教科書中所羅列之各種被理解為並非製造法所不容許的風險<sup>72</sup>，從而排除客觀歸責而終局不具備刑事不法<sup>73</sup>的行為：如降低風險<sup>74</sup>、欠缺危險創制<sup>75</sup>與容許風險<sup>76</sup>等。在這些案例中，沒有系爭行為固然就不會有法益侵害的結果，行為當然是結果的原因。但是，倘若將行為人從事該行為的自由利益與可能造成法益侵害之風險所帶來的不利益置於利益衡量的天平上，則前者將大於後者，因此得出了這些行為所造成的風險是法所容許之結論<sup>77</sup>。

同樣的利益衡量邏輯也可以運用在風險實現層次。以各刑總教科書幾乎都會提到的經典案例「醫院火災案」為例：行為人基於殺人故意而對被害人開槍，被害人中彈後受有槍傷但未死亡，緊急送至醫院並搶救成功，卻在留院觀察時因醫院發生火災而被燒死<sup>78</sup>。在本案例中，較無爭議的，是行為人的開槍行為確實對被害人的生命法益造成了法所不容許的風險。然而，Roxin

<sup>71</sup> Roxin, (Fn. 70), S. 930.

<sup>72</sup> Jüngst auch Roxin, Die objektive Zurechnung in ihrer Bedeutung für die strafrechtliche Tatbestandslehre, in: Crime, Criminal Justice, and the Way Forward, FS-Nestor Courakis, Volume II, 2017, S. 73, 75.

<sup>73</sup> Roxin/Greco, (Fn. 1), 11/47.

<sup>74</sup> Roxin/Greco, (Fn. 1), 11/53 f.

<sup>75</sup> Roxin/Greco, (Fn. 1), 11/55 ff.

<sup>76</sup> Roxin/Greco, (Fn. 1), 11/65 ff.

<sup>77</sup> Roxin, (Fn. 70), S. 930.

<sup>78</sup> Vgl. nur Roxin/Greco, (Fn. 1), 11/45.

認為，該風險並沒有實現在被害人因大火而死亡的結果中。因此，行為人對於被害人的死亡不負故意殺人既遂的責任<sup>79</sup>。不過，這並非否定行為人開槍行為的所有責任，因為，在這則案例中，系爭行為仍可構成殺人未遂罪。學說上通常會認為這類案件屬於「反常的因果歷程」，從而排除行為的結果歸責。然而，何以行為人僅須為透過「正常」因果歷程實現的結果負責，而不須為經由反常因果歷程實現的結果負責，實質的理由並不清楚。尤其是，行為人客觀上已經創造了對於被害人生命法益的非容許風險，最後被害人的生命法益也確實被侵害了，為什麼造成生命法益侵害結果的責任卻不能算在行為人身上？更何況，殺人罪作為非定式犯罪，構成要件中也從來沒有限制，只有特定的死亡方式才能算是殺人。Roxin 所提供的答案是，在風險實現階層所要判斷的關鍵要件，其實和前一個階層一樣，也就是行為人是否逾越法所容許的尺度而創設或提高了被害人法益侵害的風險<sup>80</sup>。只是現在要判斷的不是「行為人的開槍行為是否創造或提高了被害人的死亡風險」，而是更具體的「被燒死」的風險。由於在本案中的開槍行為並未提升被害人被燒死的風險，Roxin 做成了否定系爭燒死的死亡結果歸責給行為人的結論。然而，這樣的說法仍舊無法回應何以我們要將作為非定式犯罪的殺人罪之死亡結果限定在「中槍而死」而排除「被燒死」。尤其是，倘如 Roxin 所說，創造非容許風險與風險實現兩階段都使用同一個判準，那麼，同一個開槍行為得出中槍而死是非容許風險，被燒死卻是容許風險，難道不是明顯的矛盾？

本文認為，如果嘗試帶入 Roxin 的思考框架，之所以要排除反常風險實現關係的理由，仍舊是利益衡量後的結果。也就是說，要求行為人對反常的因果歷程而導致的結果負責，是一個利益衡量上的負數。就本案而言，應該分兩階段思考。首先，從客觀第三人的視角，行為人藉由開槍行為實現其行動自由，卻可能犧牲被害人的生命法益，固屬非容許風險。然而，當因果歷程持續，被害人中槍後沒死時，再從客觀第三人的視角來判斷，任誰都會做出將被害人送醫的決定，因為，這樣才可能拯救生命。至於醫院裡可能發生

---

<sup>79</sup> Roxin/Greco, (Fn. 1), 11/69.

<sup>80</sup> Roxin/Greco, (Fn. 1), 11/69.

火災最後導致被害人死亡，屬於極小機率事件，在利益衡量上並不具備重要性。因此，將被害人送醫可以拯救生命法益及其高概率，相較於被害人可能意外被燒死及其極低概率，是在非容許風險的開槍行為與最後被害人被燒死的死亡結果間，一個利益衡量上的正數。如果要求行為人為被害人被燒死的結果負責，毋寧等同於要求行為人在被害人中槍後，要阻止被害人被送往醫院救助，以逃過燒死的劫難。這樣的結論顯然不合理。綜上，我們也就能夠理解，利益衡量原則在風險實現階層仍舊扮演了關鍵的角色。

從以上的論述中，我們可以看出，Roxin 主張客觀歸責理論當作不法概念的核心，主要立足在兩個基本假設上：首先，他反對目的行為論從實然的角度，以人的主觀目的為介面開展的不法理論，從而提倡刑事不法必須從規範的視角，以社會中的客觀理性第三人的能力與知識作為參考指標，得出行為是否應被刑法禁止的結論。也就是說，規範性就是客觀性<sup>81</sup>。其次，如果要從規範視角客觀確認特定行為是否具備不法特徵，實質的標準就是利益衡量原則：從一般人能理解的事實觀察，行為對社會整體所帶來的利益大於弊害，就是刑法上合法的行為；相反的，若行為對社會的弊害大於利益，就是刑法上禁止的行為，亦即不法行為。利益衡量作為刑法規範性的最終標準，在當代的憲法中也找得到相應的理論支點：比例原則。通常的理解是，刑法作為公法的下位部門，無論是在設定構成要件與法律效果時，抑或在適用這些要件時，皆可視為國家對人民各種基本權利之干預。而在憲政法治國家中，唯有系爭干預行為是適當且必要、並且合乎狹義比例原則時，才是正當的國家行為。從而可以說，在操作客觀歸責時，就是在刑法領域內確認禁止哪些行為才合乎憲法上比例原則的要求<sup>82</sup>。

本文認為，這兩個基本假設都未必成立。首先，要求不法概念必須採取規範性的應然標準，並不代表只能從客觀理性第三人的角度理解不法與歸責

<sup>81</sup> 國內學說對此假設的深刻反思已見周漾沂（2014），〈從客觀轉向主觀：對於刑法上結果歸責理論的反省與重構〉，《臺大法學論叢》，43卷4期，頁1476-1477。

<sup>82</sup> 關於比例原則作為刑法／罰正當性的最近論述可參 Wilfert, Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat, 2017, S. 156-184.

的問題。從採用客觀歸責理論者的犯罪審查結構中也不會排除主觀構成要件可以看出，只有行為同時具備客觀以及主觀構成要件時，才會具有最初步的不法品質。由此可知，單純強調歸責必須客觀判斷才具有規範性的說法，並無道理。事實上，包含行為容許性與行為結果之關聯性在內的不法判斷，按照本文後續將開展的理論而言，是一種社會實踐（soziale Praxis）<sup>83</sup>，也就是一個法共同體中的成員對於特定行為的意義賦予。既然行為人本身也是法共同體的一份子，他就和其他主體有相同的權利定義自己行為的意義，在刑法上即是定義自己行為是否應被容許、與結果間之關聯、從而不法與否。因此，Roxin 及傳統客觀歸責論者僅從客觀理智第三人的視角判斷行為的社會意義，等同排除了行為人參與不法判斷此一社會實踐的過程，忽視了行為人的主體性。

除了規範性並不能必然導出客觀性之外，以利益衡量原則作為規範性的實質判準，本文亦不贊同。從操作的層次來說，要能夠做出利害判斷的前提是，個案中的行為可以增益社會的總量及其可能性，乃至於可能造成的損害及其可能性真的可以被量化。然而，要如何確定個案中的每個事態是利是弊，利弊的量又是多少，在學說上主張客觀歸責理論者並沒有說明。實務上縱然接受客觀歸責理論，也只是套用理論中的各個原則，沒有對於行為的整體利弊做精確的說明<sup>84</sup>。到最後，真正在個案的不法判斷中發揮作用的，多半只

<sup>83</sup> Günther, Die Zuschreibung strafrechtlicher Verantwortlichkeit auf der Grundlage des Verstehens, in: Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?, Bd. 1, 1998, S.319, 319 ff.

<sup>84</sup> 近期實務見解，如最高法院109年度台上字第5121號刑事判決，對於客觀歸責的基本操作已經相當熟悉：「主『客觀歸責理論』者，則認為應具備條件上之因果關係，且行為人就該結果發生具有『客觀可歸責性』，即祇有行為人之行為對行為客體製造法所不容許之風險，而該風險在具體結果中實現（即結果與行為間具有常態關聯性，而非僅係不尋常的結合；且結果之發生在規範保護目的範圍內並具有可避免性），始歸由行為人負責。至於因果歷程中如介入他人之行為，就採『相當因果關係說』者而言，其行為既經評價為結果發生之相當原因，則不論有無其他事實介入，對具因果歸責關聯性皆不生影響；而就主『客觀歸責理論』者而言，必該第三人創造並單獨實現一個足以導致結果發生之獨立危險，使得先前之行為無法持續作用到結果之發生，始足以中斷先前行為與結果間之因果歸責關聯性。」

是一般人的印象。然而，之所以如此，本文並不認為是學說或實務不願意貫徹利益衡量原則，而是要衡量特定行為對於社會整體的利害關係，本身就是不可能的任務。因為，社會中的每個成員，對於行為所開啟的因果流程中的每個事實要素，都可能產生不同的利害關係，即使利害關係可能相同，在量的面向也可能相異。利益從而是無法「被代表」的，我的利害判斷未必等同於你的和他的，更何況嘗試整合出一個「全社會」統一的利害判斷，這是一個注定失敗的任務。而如果將利益衡量原則的此種根本性缺陷當作不存在，堅持在不法概念中使用它，造成的結果就是，以一個虛假的社會綜效，強迫行為人接受社會中的刻板印象所賦予他的行為意涵，使刑法成為保障社會既有權力網絡與意識形態的工具。這不僅與 Roxin 所宣稱的，客觀歸責理論可以平衡保障安全與自由的說法不符，也和當代講求自由與平等的法治國基本原則相扞格。

同樣的批評也適用於以利益衡量為基礎的比例原則。比例原則實質上就是在判斷國家對於公民的基本權干預行為，是不是達成特定政策目的之成本最小的手段。然而，對全社會而言是侵害最小的手段，對受干預者而言卻可能是莫大的成本。因此，只單純透過比例原則即正當化國家干預權利的作為，毋寧是將受干預者當作追求政策目標的工具而已。當代刑法學不斷強調憲法化，先將法益等同於基本權，再以利益衡量原則比附比例原則，最後得出合比例的保護法益是刑法貫徹憲法誠命的結果。這種說法，其實是對於憲法原則的偏狹理解，尤其忽略了賦予整體法秩序正當性基礎的國民主權以及民主原則。國民主權原則確立了國家此一功能體制並非自我目的，而是接受全體國民之委託，為了全體國民而存在。因此，國家以及使其現實上真正發揮作用的各個權力機關，在行使權力時皆須以人民的意志作為依歸，反映在立法權上，便成民主原則。立法機關設定各種構成要件時，必須開啟一套程序，

---

易言之，結果之發生乃出乎行為人預料之偶然行為，固不能將結果歸咎於前行為，但前行為與結果間如具有『常態關連性』，而未產生重大因果偏離時，行為人自仍應就該結果負責。」可惜的是，實務對客觀歸責背後的利益衡量邏輯，以及如何決定可能涉及的各種利益與其輕重，仍舊未置一詞。

讓可能受該立法影響之人參與其中，主張各自的利益狀態，使最後的立法結果盡可能地尊重所有人的利益狀態，達成公民自我治理<sup>85</sup>，也就是讓法共同體中的成員自我決定相互間的權利界線。如果贊同法的正當性來自於民主原則，同樣的邏輯也應適用於不法概念的判斷中。不法判斷即是在確認行為人的行為是否超越了法共同體成員相互間所確立的權利行使界線，並且應由共同體成員自我決定。行為人本身當然也包含在內。作為共同體成員之一，其有權利主張自己的行為對社會的利害關係為何。倘將比例原則即可正當化基本權干預的思考模組強力貫徹至刑事不法概念的判斷中，僅以客觀第三人的角度確認行為的利害關係，結果即是排除了行為人作為共同體成員的身分。

#### 四、小結

從以上的論述可以發現，從 Welzel 提出個人不法理論，並以人的個別主觀意向與社會視角作為判斷行為之不法特徵的兩大支柱後，後世的不法理論可以說是以一種「各取所需」的方式，片面擷取 Welzel 理論中能支撐自己見解的部分，分別朝向強調個人主觀目的或強調社會視角的方向開展。

Kaufmann 與 Zielinski 等學者擷取個人不法理論中的主觀面向，將不法判斷的標準閉鎖在個人主觀意向做了一個反於法所要求的決意，至於決意形諸於外後對其他人所可能造成的社會效應，則不在考量的範圍內。如此一來，這類不法理論已經逸脫了「個人」不法理論的基本設想，系爭理論中的人類圖像已經被化約成一個個原子式的個人；個人與他者所形成的關係，以及個人所身處的社會，都錯誤的被排除在理論的範疇外，以至於我們完全無法理解，為何這個個人要遵守一堆與他的存有似乎毫無關聯的社會規範，並且如果主觀意向與之對抗時，還會因此受到刑罰？

而 Roxin 之所以批判 Welzel 以目的行為為基礎的不法理論，除了認為目的行為概念不具規範性以外，對本文而言更重要的是，Roxin 正確點出了不法概念的社會向度，強調對於不法判斷真正具有重要性的並非只是行為人

---

<sup>85</sup> Habermas, *Faktizität und Geltung*, 5. Aufl., 2014, S. 111 ff.

的主觀目的，而是該目的形諸於外後的社會效應。基此，一個行為的不法特徵將取決於它在客觀上是否創造了法所不容許的風險並使風險實現。簡言之，就是行為對整體社會而言的利弊關係。用 Welzel 的話來講就是「社會相當性／社會損害性」，只是對於何謂對社會相當抑或對社會有害的標準，Roxin 以效益主義式的損益計算，取代了 Welzel 對於法共同體裡當然蘊含的善惡秩序之存有論式預設。但如此一來，Roxin 不法理論中的人類圖像，似乎就成了一個個面貌模糊，消融在社會整體中，甚至隨時準備要為社會整體效果而犧牲<sup>86</sup>的「某社會成員」而已。個人作為主體的能動性，構作社會，創造並改變自己所要遵守之規範的能力，最後都可被解消在社會有益性的大纛中。這個結論在強調公民自我治理的民主法治國中，自然是無法被接受的。

E. A. Wolff 學派等學者，尤其是本文前述所分析過之 Zaczek 的個人不法理論，正確掌握了個人與他者、與社會之間的互動關係，方能形塑每個人的自我意識與構作社會的基本能力，並因此一貫地將判斷不法的標準同時取決於行為人的主觀面向以及社會（客觀）面向。只不過，Wolff 學派仰賴德意志觀念論之意識哲學作為理論基礎，如前所述，本文認為尚有商榷之餘地。

## 參、建構一個程序依賴的個人不法理論

在本文前半部檢視幾種既有的個人不法理論之後，接下來的工作便是建構作者版本的個人不法理論。既然是個人不法理論，即意味著人的能力與特徵在確定法與不法的關係上，具有關鍵地位。而本文如果要能提出一個相較於前述見解而言更適切的個人不法理論，先決條件就在於主張一個更適切的人的概念。因此，以下的論述首先將指出，個人只有在與他者的關係中才能形塑自我，成為一個既能開啟行動，又能被歸責的個人。相較於前述見解中

---

<sup>86</sup> 通說以「社會連帶」為由承認攻擊性緊急避難得以阻卻違法的見解就是一個貼切的例子。相關討論參周漾沂（2012），〈論攻擊性緊急避難之定位〉，《臺大法學論叢》，41卷1期，頁404以下；薛智仁（2019），〈阻卻不法之緊急避難：法理基礎、適用範圍與利益權衡標準〉，《臺大法學論叢》，48卷3期，頁1153以下。

的個人概念，本文將嘗試做個「語言轉向」，援引語言哲學的相關研究，說明個人與他者的上述關係，與語言的使用有必然關聯。當個人與他者相互作為說者與聽者試圖使用語言理解世界，協調行動時，將進入一個共同的言說結構，透過接受理由達成共識。此一結構與全然依賴理由以理解世界、協調行動的能力，構成了「程序理性」的基礎。如此一來，個人便不再是僅憑一己之力、無須他人存在即可發現自我的個化主體，也不是只能全面接受社會中所設定之行動選項的標準化角色，而是能夠穿梭其間，一般情形下接受角色，但必要時也能夠提供理由，創造改變可能性的「溝通理性主體」。以程序／溝通理性為基礎的法秩序，尤其是本文所關注的不法概念，其效力基礎當然也必須要能夠追溯到前面所說的語用結構與個人依賴理由的能力。不過，考量到行動協調的脈絡不同（道德／倫理／法律），系爭具有規範性的語用結構與理由類型都會產生一定的變貌。而在層層的討論之後，本文將提出的「程序依賴的個人不法理論」之基本命題為：「一個在公正刑事程序裡，透過生活界中的行為詮釋框架，被認定具有否定權利之意義的行為，即屬不法行為。」

## 一、個人（Person）概念作為理論建構起點

Welzel 以「個人的（personal）」一詞指稱其不法理論的基本特徵，並非偶然。首先，如前所述，Welzel 反對從自然因果的觀點理解刑法與不法概念。不法因此不是「物的不法」，亦即並非現實世界中特定存有的損害或滅失。不法是人透過其主觀設定意向而後實現成行為所導致的價值破壞。不過，如果只從個人不法與物的不法的區別，來理解其中的個人概念，恐怕尚不足以掌握系爭概念建構不法理論的潛能。本文認為，Welzel 選用個人概念支撐整體理論，更深層的意義應該在於概念背後所伴隨的「社會性」。也就是說，在人的各種複雜的存有狀態中，Welzel 想要擷取的不只是人的生物性面向（Mensch），也不只是人具有能動性而能夠擘劃、改變世界或創造人際規範的主體性面向（Subjekt）；個人著重的毋寧是個人與他人一同生活在同一個社會中，同為社會成員的社會性面向。倘若能正確掌握這個理解人的存有狀

態的社會視角，便能夠提供一個切入點，整合本文一開始所指出的，在 Welzel 不法理論中看似矛盾的兩大支柱，亦即意向性與社會性。

從字源上來說，個人概念可以追溯到希臘文中的 *prosôpon* 以及羅馬的 *persona* 概念。前者指的是我們在與他人互動時，他人所展現的表情容貌；後者指的則是在戲劇演出時，演員戴著面具所代表的角色<sup>87</sup>。透過這個外在的面具，觀眾即可明白，演員的一切言行舉止都是在詮釋特定的角色而不是代表他真正的自我。從簡單的字源考察我們即可看出，個人概念所指涉的並不是單純的個人與自我的內部關係。我如何理解我自己是誰，如何憑一己之力設定正確的行動也都不是援引系爭概念主要處理的問題。使用個人概念時，必然會置換觀點，從主體內部的個人觀點過轉到主體與他者所共同身處之場域的社會觀點。例如，當我和他人互動時，就算我已盡力採取正確的行動，但該行動對他人所產生的正面與負面效應，也只能在實現行動後，透過他人的表情得知。從而，他人的表情勢必會影響我們下一步的行動，也讓我們能夠理解自己當初設定的行為模式是對是錯。而個人概念與面具的關聯，使得系爭概念的社會觀點更為顯然。如同我們在日常語言中時常說的：「某甲總是戴著面具與他人相處」，這句話表達出了，某甲是在個別互動情境中，選擇一副社會中隨著歷史逐漸發展出來的、最適宜的面具和他人往來。此際，個人只是在扮演特定互動脈絡中，社會所給定的角色。按此邏輯，則如同演員通常無法更動劇本一樣，個人也只能順應而無法改變角色的行動模式。

個人概念中所蘊含的社會觀點，也讓它和歸責（*Zurechnung*）概念產生高度的關聯性，而道理也很容易理解。因為，如果世界上只存在一個人，他擁有世界的全部，無須與他者共享，他自己就是世界的主人，如何支配都可以，沒有對錯與歸責的問題<sup>88</sup>。因此，只有當人進入了一個與他人共存的社會時，才會產生歸責的問題。在這樣的脈絡下，Welzel 同時在主觀意向之外又要求社會損害性作為個人不法的兩大範疇，也就成為理論上的必然結果。

<sup>87</sup> Hasso Hofmann (2022), Art. Person, in: <https://www.staatslexikon-online.de/Lexikon/Person>. (最後瀏覽日：01/24/2023)

<sup>88</sup> 例如 Jakobs 所描繪出的只有單一個體的世界。Vgl. Jakobs, (Fn. 11), S. 9 ff.

甚至可以說，基於個人概念與歸責兩概念背後所蘊含的社會觀點，行為人主觀上即使具備侵害法益的意向，該意向若無法成功實現成在社會中被認定為具損害性的行為，即非不法。倘若如此，Welzel 取道個人概念所證成的個人不法與歸責理論就應該成為一個純社會觀點的不法歸責理論。而本文所分析過的 Welzel 的兩篇重要文獻，事實上也呈現了同樣的傾向。首先，對 Welzel 而言，刑法的主要目的從來不是保護每個人的法益，而是要維護特定社會中的正面倫理價值秩序。刑法乃至於其中規範人們行動正確與否的具體標準，都只是被動地反應這個價值秩序而已。並且，Welzel 在刑法中所設定的人類形象，也只是在肯認系爭價值秩序，並以維繫系爭價值秩序為依歸之前提下，有能力選擇出最能維繫價值之選項的目的理性主體而已<sup>89</sup>。

在這樣的理解下，之所以將不法理論與「個人」連結的理由，主要只是為了與物的不法區別，以及選定特定個人，而非群體或氏族作為歸責的對象而已。至於刑法所維護的價值秩序是否為個人所認同，個人是否有權參與制定不法與歸責的具體標準（什麼又是社會相當或不相當的？），對 Welzel 的理論而言，都不重要。Welzel 的學生 Jakobs 將這種純社會性的不法與歸責理論發展到了極致，可以說把刑法歸責體系中的所有要件盡皆社會化，連傳統上強調行為人本人實際認知內容的故意概念，也都被標準化的社會角色所取代<sup>90</sup>。然而，如果行為人的個別認知、個別存有姿態不再被刑法所關照，人作為有能力積極參與擘劃、改變世界以及設定自己應該遵守之行動規範的主體性，似乎也就全然地消融在外在給定的社會價值中了。不過，本文認為，選用個人概念作為建構整體不法概念的理論支點，並不必然只能導出 Welzel 與 Jakobs 式的、忽略個人主體性的見解。當代的語言哲學相關論述，提供了相當豐富的理論資源，讓我們能夠理解，人的社會面向與主體面向不但並非互斥，更是相互依賴的。在歐陸的語言哲學傳統中，Humboldt 的理論可以說是開創了此種論述的可能性。

---

<sup>89</sup> Vgl. auch Zaczek, (Fn. 34), S. 97 f.

<sup>90</sup> Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 53 ff.

## 二、Humboldt 語言哲學對理解個人概念的啟發

Humboldt 認為，使用語言可以達成三種功能。首先是認知功能，人們可以藉由語言建構思想、表述事實；其次是表現（expressiv）功能，人們可以透過語言表達主觀感受以及創造他者的感受；最後，語言實踐具有溝通的功能，言說者可以透過使用語言表達特定事項，聆聽者在接收系爭事項以後，可以採取特定的立場，也就是可以選擇認同或反對，最後雙方可能在此溝通活動中達成對特定事項的一致性<sup>91</sup>。不同於傳統主體哲學的基本觀點將認識世界的可能性條件置於個別主體的認識能力上，Humboldt 主張：「語言是建構思想的器官（Die Sprache ist das bildende Organ des Gedanken）<sup>92</sup>。」也就是說，人們無法只藉由鎖定在個別主體的內部結構來認識世界。一套具有中介色彩的語言系統，才能為人們建構穩固的知識，而語言系統的邊界也就構成了人類知識的極限。在這樣的認識論中，我們取道字典與句法結構的內容與形式來理解世界。當然，世界上並非只有一種人類共通的語言，不同的語言中所使用的字詞與句法也有程度不同的差異。例如，英文中的 fry 一字同時可以指涉「煎」、「炒」、「炸」等多種烹煮食材的方式，但在華文中卻會進一步區分為上述三種不同的描述方式。從這個日常生活的簡單範例也就可以進一步說明，Humboldt 何以認為個別的語言系統結構化語言使用者的生活形式（Lebensform），互為表裡的語言系統與生活形式，形成了特定的語言共同體，也就是民族國家<sup>93</sup>。

<sup>91</sup> Humboldt, Über die Verschiedenheit des menschlichen Sprachbaues, in: Werke in fünf Bänden, Bd. 3, 1969, S. 144, 153 ff.; Habermas, Hermeneutische und analytische Philosophie. Zwei komplementäre Spielarten der linguistischen Wende, in: Wahrheit und Rechtfertigung, 2004, S. 65, 67. 國內有關Humboldt語言哲學的詳盡分析與討論參林遠澤（2019），《從赫德到米德：邁向溝通共同體的德國古典語言哲學思路》，頁196以下，聯經。

<sup>92</sup> Humboldt, (Fn. 91), S. 224 f.

<sup>93</sup> Humboldt, Über den Nationalcharakter der Sprachen, in: Gesammelte Schriften, Bd. 4, 1905, S. 420, 431.

然而，如果將個人對世界的認識以及對行動選擇之習得皆建立在各自相異的語言系統上，那麼，又要如何確保隸屬於不同語言系統中的人們，都能對於我們所有人所身處的這個「同一個世界」與具有普遍效力的應然行動規範都有一樣的認識<sup>94</sup>？此外，如果個人只能被動地從既存的辭典與文法書理解其所身處的世界，那麼，似乎就只剩下有權編輯辭典與文法書之人，獨享對於吾人生存處境以及應然規範的詮釋權。如此一來，和前述 Welzel 所採取的看法相同，個人也只是被收攝在特定權威之下的成員而已，只不過在 Humboldt 的理論架構下，「共同體的價值秩序」被替換成「傳統」或者「生活形式」而已。

針對第一個質疑，Humboldt 巧妙地以「翻譯活動」，闡述分殊化的語言系統間的共性如何可能，而不會落入認識論與實踐論兩方面的相對主義。繼續以上述的 *fry* 一字為例。當我們要將這個英文字翻譯成華文時，首先必須具備的能力就是要能夠同時掌握 *fry* 在英文的意義，以及該字可以對應到華文中的各種意涵。亦即，翻譯者不能僅通曉英文，也不能只理解華文，而是必須同時知曉兩種語言。於是，一個不完全侷限於英文，也不全然閉鎖於華文的「第三方觀點」於焉形成。這個第三方觀點即是英文的 *fry* 與華文的「煎、炒、炸」所同時指涉的意義向度 (Sinnhorizont)。如果將同樣的翻譯機制及其邏輯適用到所有現實中與想像中的個別語言系統，就構成了一個無論使用何種母語者，皆可以理解的客觀世界。翻譯者必須進入這第三方觀點，確認 *fry* 在英文中所代表的意義與華文中的特定字詞指的是同一個事物／行為，才能完成翻譯的任務<sup>95</sup>。

同樣的翻譯情境，也適合用來除去上述的第二個質疑。如果我們將上述案例中，通曉兩種語言的翻譯者，置換為一位只懂英文（甲）以及一位懂華文且略懂英文（乙）的兩個交談者。當甲試圖向乙解釋何謂 *fried chicken* 時，乙可能即會對 *fried* 應當如何翻譯為華文感到疑惑。因此，他可能會對甲提出疑問：「*fried* 這個述詞，指的究竟是何種烹調方式？指的是將食材放入大

<sup>94</sup> 質疑已見 Habermas, (Fn. 91), S. 70.

<sup>95</sup> Humboldt, (Fn. 91), S. 156.

量沸油中烹煮的『炸』，還是將食材放入少量油中加熱的『煎』，或是將食材放入少量油中翻攪至熟的『炒』？」為了解決乙的疑惑，甲勢必需要再進一步描述 fried chicken 的製作過程或系爭詞彙的使用脈絡，從而幫助乙解答上述的疑惑，終至理解 fried chicken 就是華文中的炸雞。這個例子的解釋力當然並不僅止於不同語言系統之間的轉譯過程。即使是在同一個語言系統所構成的溝通共同體中，當說者與聽者兩方都希望以對話的模式，共同對世界中的某事達成一致的理解，則雙方就不再只是以個人觀察世界的方式，消極地接收既存傳統權威的有關事實與規範的各種資訊；取而代之的是以主體之間相互問答，透過理由說服、達成共識的方式，可能是確認既有資訊的正確性，也可能透過理由變更部分或全部內容。因此可以說，每一次的溝通過程，都是對世界的重新理解；而每一次的溝通過程，也都蘊含了理性的批判潛能<sup>96</sup>。這也是 Humboldt 強調「語言不是成品，而是活動」<sup>97</sup>的根本意義所在。不過，要能夠發揮溝通程序中的批判潛能，憑藉著單一個人的努力並不足夠，對話的雙方都必須相互承認彼此為具有溝通能力的主體，從而進入一個有別於「我——它（ich-es）」與「我——他／她（ich-er/sie）」的「我——你／妳（ich-du）」關係，也就是「我們（wir）」的形成。Humboldt 認為，我們在學習使用語言中的人稱代名詞時，也就同時學會了我與非我的各種關係。當我們學會使用「你／妳」以及「我們」這兩種第二人稱代名詞時，也就同時學會了有一種特殊的非我存在，因為，第二人稱代名詞所指涉的對象，不是一個任意的非我，而是一個與我一樣能夠使用語言、理解世界與改變世界的另一言說者。

在「我們」的溝通過程中，當我被你／妳質疑後，進而提出理由時，我開始理解到，我是有能力可以表態的溝通主體；你／妳也在此溝通程序中，藉著提出質疑並且獲得相應的回答，而確認自己為溝通主體，而不是只能消

<sup>96</sup> 林遠澤，前揭註91，頁229。Habermas, (Fn. 91), S. 73.

<sup>97</sup> „Sie (die Sprache, ergänzt von Lin) selbst ist kein Werk (ergon), sondern eine Tätigkeit (energia)“, Humboldt, Über die Verschiedenheit des menschlichen Sprachbaues und ihren Einfluss auf die geistige Entwicklung des Menschengeschlechts, in: Gesammelte Schriften, Bd. 6, 19071, 42.

極接受溝通內容的客體。正是在此一橫跨主體之間的溝通程序中，形成了說者與聽者的主體性。

### 三、溝通理性的語用學奠基

上述 Humboldt 對於個人如何在使用語言的溝通實踐中形成主體性的說法，成為了 Habermas 後續思考「社會秩序如何可能」此一社會哲學根本問題，並提出形式語用學（Formalpragmatik）導向之溝通理性論述的基礎<sup>98</sup>。

在 Habermas 的社會理論奠基之作《溝通行動理論（Theorie des kommunikativen Handelns）》中，他反思 Max Weber 以目的理性為基礎理解社會行動以及社會秩序的說法<sup>99</sup>。在目的理性式的社會理解中，個人以「自己的行為如何達成目的」的觀點設定行為模式。其中，社會中的其他人被視為是自己的「對手（Gegenspieler）」，個人所思考的是如何透過自己的行為，以類比於操縱自然事物的方式，使他人採取自己希望他所採取的行為<sup>100</sup>。Habermas 認為，除了目的理性式的社會理解外，應該仍有另一種，主體之間基於合作、相互理解，而非只將彼此當作「可控變因」的互動形式。Habermas 認為，在人類的溝通方式中有一種理性的潛能（rationales Potenzial）。在其中，個人並非以對手，而是以「溝通參與者」的角度看待、對待他人，並且以理解為導向的方式使用語言（verständigungsorientierter Sprachgebrauch）<sup>101</sup>。理性的潛能即在於，互動參與者不需以強制抑或策略等方式，而是全然仰賴內在於語言使用本身的結構，形成以合作而非「對弈」為導向的關係。在此結構中，個人與他者之間如同說者與聽者，雙方透過使用語言時必然或隱或顯提出的「效力要求（Geltungsanspruch）」為媒介，相

---

<sup>98</sup> 從Humboldt到Habermas的理論軸線詮釋參林遠澤，前揭註91，頁268-275。

<sup>99</sup> Habermas, Theorie des kommunikativen Handelns, Bd. 1, 9. Aufl., 2014, S. 379 ff.

<sup>100</sup> Habermas, (Fn. 99), S. 385.

<sup>101</sup> Habermas, (Fn. 99), S. 148 ff. Auch Habermas, Handlungen, Sprechakte, sprachlich vermittelte Interaktionen und Lebenswelt, in: Nachmetaphysisches Denken, 1992, S. 63, 81.

互對於世界中的某事取得理解。效力要求必須進一步透過理由（Grund）來兌現（Einlösung）。當溝通（Kommunikation）順利進行時，即代表著聽者接受了說者使用語言時所同時提出的效力要求，雙方即能在共同的基礎上繼續互動；不過，當聽者質疑說者提出的效力要求時，雙方即自溝通進入論辯（Diskurs），此時，說者有義務提出理由，說服聽者接受該要求，直至聽者被說服或說者提出新的效力要求，抑或是溝通中斷<sup>102</sup>。Habermas 在其稱為「形式語用學」的研究中，分析了使人際間得以透過理解為導向的語言使用進行互動的可能性條件<sup>103</sup>，而要達成此目標，即必須分析語言使用的普遍基礎。Habermas 在此援引 Alexy 有關法論證理論的研究，並提出使用語言相互理解的基本原則，與本文最相關者如下：

- 一、任何具有言說與行動能力的主體皆得參與論辯；
- 二、（一）任何人皆得對任何主張提出疑問
  - （二）任何人皆得將任何主張導入論辯
  - （三）任何人皆得表達其立場、願望與需求
- 三、任何人皆不得在論辯中或論辯外被強制阻撓其認識上述兩項原則中所確定的權利<sup>104</sup>。

在後續的研究中，Habermas 將上述原則應用至行為規範之效力判斷，並以下列更簡要的形式描述：「只有在合乎下述條件的情形下行行為規範方具有效力：所有可能因行為規範而受影響之人得以參與有關該規範之理性論辯，並可能對該規範表達同意。」Habermas 將其稱為「論辯原則

<sup>102</sup> Günther, Artikel: Diskurs, in: Habermas-Handbuch, 2009, S. 303, 303 ff.

<sup>103</sup> Habermas, Was heißt Universalpragmatik?, in: Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns, 1995, S. 353, 353. 國內學界對此的詳盡研究參考林遠澤（2005），〈真理何為？從哈伯瑪斯真理共識理論的實用轉向論真理的規範性意義〉，《歐美研究》，35卷2期，頁366以下。

<sup>104</sup> Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl., 2015, S. 240; Alexy, Diskurstheorie und Menschenrechte, in: Recht, Vernunft, Diskurs, 2. Aufl., 2016, S. 127, 130 ff.; Habermas, Diskursethik–Notizen zu einem Begründungsprogramm, in: Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln, 12. Aufl., 2015, S. 53, 99.

（Diskursprinzip）」<sup>105</sup>，並將此原則進一步適用於不同的實踐問題領域上，藉由將各該領域的特徵納入考量，建構出了以溝通、論辯為基礎的實踐哲學理論，其中當然也包含了法哲學。這個理論的特徵在於，它延續了 Kant 實踐哲學中，將自由理解成自律的傳統。也就是說，自由代表著主體遵守的規範是自己所設定，而不是被他者規定的。只不過，如前所述，Habermas 的理論起點是以溝通為導向的主體際，而非如 Kant 一樣的單一先天主體觀點，因此能解決 Kant 哲學的論證難題。此外，不僅主體同意本身屬於行為規範之效力基礎，做成同意的形式、程序亦屬之。基此，一個讓所有可能受規範影響之人得以參與，從而表達自己對該規範所可能產生的效應，以及系爭效應對自己利益的可能影響表達意見之程序，即成為 Habermas 實踐哲學中，規範正當性的必要環節。在程序中與程序進行後，規範對象並非外在地被強制接受規範內容，而是能因為在程序中呈現的較佳論證而接受規範內容的行為導引。

然而，論辯原則中所蘊含的，任何人對於適用於自身的規範都得提出質疑、導入論辯程序而嘗試改變其內涵的權利，並不代表所有的社會互動都必然進入論辯，甚至在大多數的人際情境中，互動都能夠順暢地繼續進行，行動者之間無須詢問、質疑對方採取某行動之理由即可按照原本預期對方會採取的行為模式而繼續互動。在 Habermas 的體系中，使上述的相互行為期待成為可能的，是作為溝通行動互補概念的「生活界（Lebenswelt）」<sup>106</sup>。生活界中貯藏了之前透過溝通行動所產生的相互理解，包含對特定事實之認定或是特定行為模式／規範正確性之理解<sup>107</sup>。藉由社會化的過程，個人習得上述知識及其理由，並以此為基礎與他人互動。因此，生活界也具有行為詮釋

<sup>105</sup> Habermas, (Fn. 85), S. 138. Andere Variante auch Habermas, Diskursethik – Notizen zu einem Begründungsprogramm, in: *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, 12. Aufl., 2015, S. 53, 76.

<sup>106</sup> Ausführlich Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Bd. 2, 9. Aufl., 2014, S. 182 ff.; Habermas (1992), (Fn. 101), S. 85 ff.; Habermas, *Die Lebenswelt als Raum symbolisch verkörperter Gründe*, in: *Nachmetaphysisches Denken II*, 2012, S. 54, 54 ff.

<sup>107</sup> Habermas (1992), (Fn. 101), S. 87 ff.

框架 (Deutungsschema der Handlungen) 的作用<sup>108</sup>，亦即，在一般的情形下，生活界中的行為規範能夠成為互動雙方預期對方將如何行動的共同基礎，也就是成為理解對方行為意涵的框架。當這個基礎在互動者之間的重疊性越高，雙方就越不需要探問彼此如此認事或行動的理由，溝通的進行即能更順遂，對每個行動者而言，這也意味著提升行動的效率、降低失望的風險以及減輕溝通行動所可能導致的、需要不斷論辯的負擔<sup>109</sup>。不過，這當然不代表生活界的終局權威性。因為，生活界中的任一認知上的或實踐上的知識與行動規範，都能夠透過行動者的質疑，而進入論辯程序<sup>110</sup>，互動雙方在此情形下即會離開生活界正確性的預設，將生活界特定部分論題化。互動雙方自此進入相互透過理由說服的過程，並在完成此一過程後，繼續回到原先的溝通模式。被論題化的部分，也就可能因此改變，形成新的互動基礎（當然，也可能因為質疑者重新被說服，而維持原來的行為規範）。生活界的論題化可能性，也使其能夠不斷維持一定的合理性基礎。

#### 四、以溝通理性為基礎的法理解

前面所提到的「論辯原則」，提供了一個從主體際視角出發的行為規範正當性判準，亦即，當所有可能被規範影響到的人，都有權進入設定系爭規範的程序，提出對於應該如何設置規範的看法時，參與者之間便有可能透過相互質疑，進而要求彼此提出規範為何應如此設置之理由。當可能的提問與質疑都透過理由而除去，最後的結論就是從溝通理性的角度而言每個人都能同意的結論。因此我們前面會說，論辯原則也承繼了 Kant 的自律傳統<sup>111</sup>。

<sup>108</sup> Lin, Das Unrecht der versuchten Tat, 2023, S. 123; Jaeggi, Kritik von Lebensformen, 2014, S. 106 f.

<sup>109</sup> Habermas, (Fn. 85), S. 38 ff., 55 f.; Habermas (1992), (Fn. 101), S. 84; Habermas (2012), (Fn. 106), S. 56 f.

<sup>110</sup> Habermas (1992), (Fn. 101), S. 92.

<sup>111</sup> 有關Kant實踐哲學與Habermas之論辯倫理學之關聯可參考林遠澤（2007），〈論康德定言令式的共識討論結構：試從理性存有者的道德觀點闡述康德的先驗規範邏輯學〉，《臺灣大學哲學論評》，33期，頁183以下。審查人之一建議，本文

不過，很顯然的，論辯原則其中所蘊含的理想，在現代社會中幾乎不可能實現。因為，當社會分工愈趨細膩與專精，參與各個社會次領域之互動所須的知識也愈趨複雜，造成的結果就是：個人光要認識在各種社會互動中，適用何種規範才是正確的，都已相當困難，更遑論要對適用於全社會各領域的各種行為規範提出質疑。而即使個人有能力在各種互動情境中認識到正確的行為規範與行為模式，要如何確保此認識可以穩定地轉換為行動，也就是不會因為個人缺乏動機、意志薄弱而在認識到正確的行動規範後，仍做出相違的行動選擇，是論辯原則在現代社會中所遇到的第二個難題。此外，在凡事要求效率、任何決斷都充滿時間壓力的社會情境中，各種可以簡化決斷複雜度，在各種有決斷需求時提供行為指引的媒介，於焉形成<sup>112</sup>。法體制便是其中之一。因此，從功能的角度來看，現代法所扮演的角色其實與上述生活界並無二致。兩者的主要功能都在於降低互動中所可能產生的否定風險（Dissensrisiko），從而提高互動順利進行的可能性<sup>113</sup>。

---

應說明如何透過所援用的溝通理性克服前述所述Zaczyk以德意志觀念論為基礎的論述所產生的問題。作者感謝審查人的寶貴意見，惟此部分涉及哲學學門研究方法、理念預設之問題，在本文的問題意識框架下，作者無法全盤處理，只能就本文在分析Zaczyk相關論述時所提出的兩點反思，提出為何轉向Habermas的溝通理性法理解會是作者認為較具說服力的選項。針對Kant將自律／自由的奠基全然仰賴人類理性所無法理解的「理性事實」而言，Habermas轉向以現實中每個人在日常生活都會使用的「語言溝通」作為論述起點，分析主體之間要了解彼此語言溝通所需具備的能力與共通條件，重構出「溝通理性」以強化前述實踐理性之論述。就此點而言，作者認為，以吾人生活中的日常實踐，取代無法理解的理性事實，較具有說服力（相關討論可參Habermas, (Fn. 85), S. 17 ff.）。其次，Zaczyk援引Fichte之法權學說，或許可以避免上述Kant有關自律基礎的問題，卻無法避免與Fichte的法權論述產生齟齬。因為，如本文所示，Fichte將法律視為純粹工具性的法則，與自律並無連結。如此一來，法體制或可能成為純粹以效益考量為基礎的法則。本文並不贊同這樣的觀點。Habermas的法理解中，除了掌握法體制在現代社會中，降低異議風險的現實（工具性）作用外，更要求其應然正當性必須來自於民主原則。因此，作者認為，在同樣堅持以自律為基礎的不同法證立論述中，就上述兩點而言，溝通理性的法理解會比較具有說服力。

<sup>112</sup> 這三個難題參Habermas, (Fn. 85), S. 145 f.

<sup>113</sup> Habermas, (Fn. 85), S. 55 ff.

Habermas 認為，現代法的三種特徵，正好可以補充上開論辯原則應用在現代社會中所可能遭遇的難題：首先，現代法的實證法化，大幅提高了行動規範在認識方面的確定性，讓互動者無須在每個情境下相互確認行為規範的內容。其次，現代法包含了一系列制度，確保本身的功能能夠發揮。例如，現代法體制中的立法制度，使得實證法的制定成為可能；而現代法中也不乏具有強制色彩的制度部門，讓個人即使意志薄弱而無法將所認識到的正確行為準則成功轉換為行動，也有可能因為現實上的強制，而採取正確的行動。當然，現代法也包含了一組作為法主體所必須擁有的主觀權利，除了讓法主體能夠向他者或國家主張自己有一定範圍不受侵犯的私人領域外，也提供了參與法制定與法適用程序的必要前提<sup>114</sup>。

不過，現代法的功能當然無法直接導出其正當性。實證法中的各個條文固然提供了受規範者在各種情境下相對明確的行為選項，受規範者如果不為系爭行為選項，現代法也有可能動用強制手段令其實行。然而，當受規範者針對前述的行為規範與國家的強制作為等提出質疑：為什麼我該在此情境下援引「這個」行為規範？為何這個法條的要求是對的？就算是對的，為什麼國家可以強迫我去做對的事？倘若僅以現代法制度所能發揮的功能來回應，就重新落入了目的理性的範疇。因此，現代法如果本身要能夠主張正當性，就同樣必須通過溝通理性與論辯原則的檢驗。

如前所述，Habermas 將行為規範正當性之判準，論辯原則，也運用在了法領域。論辯原則與上述現代法特徵結合的法正當性判準，即是「民主原則（Demokratieprinzip）」：「只有能夠在一個透過法所建制的、論辯的法設置程序中，獲得所有法主體之同意的法律，方得主張其正當效力。<sup>115</sup>」如同一般性的論辯原則所強調的，任何可能受影響者皆應有權進入規範制定程

<sup>114</sup>Habermas, (Fn. 85), S. 145 ff.; Habermas, *Zur Architektonik der Diskursdifferenzierung. Kleine Replik auf eine große Auseinandersetzung*, in: *Zwischen Naturalismus und Religion*, 2 Aufl., 2013, S. 84, 85, 96 ff. 而有關傳統刑法理論在現代社會可能面臨的問題，國內文獻參徐育安（2017），〈傳統刑法理論與現代風險社會：以我國食安法爭議為核心〉，《臺北大學法學論叢》，104期，頁99-125。

<sup>115</sup> Habermas, (Fn. 85), S. 141.

序，並因而有可能同意系爭規範一樣，民主原則也揭示了，可能受到法規範影響者，都應有權進入制定系爭法規範的民主程序中。這個讓所有受規範者皆可參與，並有權在其中提出質疑、要求理由以及主張自己的利益狀態的民主法制定程序形同開啟一個公共論域，將原先存在於語言使用的溝通理性進一步透過法律體制化。相關的程序規定無非都指向一個方向，也就是讓參與者能夠在此程序中以理由相互說服，進而取得對於規範應如何制定的一致理解。此原則與論辯原則相同，都展示了自律、自我決定作為行為規範正當性的來源。只是，相對於抽象的論辯原則涉及的是所有類型的行為規範，民主原則涉及的只有法規範。因此，在考量現代法之特徵的情形下，原先抽象的論辯程序，即轉化成須以法律明定運作方式的民主程序。在此理解下，當特定的法規範經由民主程序而通過，即可（在修法或廢除前）要求本身具有客觀的正當效力，受規範者有遵守的義務。民主原則開啟的公共論域中所可能容納的參與者，形成了一個法共同體。此共同體透過民主程序所制定的實證法律，代表此法共同體的成員相互之間，對於特定事項是否以及應如何透過實證法來規制的共識<sup>116</sup>，在啟動同樣具備民主正當性的修法或廢除程序改變以前，即應如法規範所是地處理。換句話說，個人原則上沒有權利在法規範尚未變更或廢除前，合理地拒絕遵法。因為，倘若個人能恣意地選擇遵法與否，就如同賦予他特權，能夠獨排眾議，在涉及共同體其他成員的事項上不理會其他成員的意見，從而否定其他成員作為平等溝通主體的地位。如此一來，很明顯的，作為法正當性判準的民主原則，除了要求一個引入共同體公共觀點的社會論域外，對於參與其中的成員，同樣有相應的圖像設定。這個圖像設定，就是足以支撐我們後續要發展的「程序依賴的個人不法理論」的溝通理性法理解中的個人概念。

---

<sup>116</sup> Habermas, (Fn. 85), S. 141-143.

## 五、溝通理性法理解中的個人概念：主體之間相互承認的溝通 自由<sup>117</sup>

前面提到，論辯原則與民主原則揭示了一個公共論域，使參與者能夠在其中對行為規範的正確性達成一致的理解，從而可以自我決定，而非受強制協調彼此的行動。不過，這裡所謂的「參與者」，指的並非任何一個僅具生物性生存本能的人類，而是具有「溝通自由（*komunikative Freiheit*）」的個人<sup>118</sup>。溝通自由並不是某種作為人類的本質特徵，而是產生自一組條件，亦即，當人與人相互之間希望透過內在於語言使用的結構，以「相互達成一致」的方式認識世界與協調行動時，即必須互相預設的能力<sup>119</sup>。這個能力，

---

<sup>117</sup> 審查人之一提到，本文所主張的「溝通自由」必須繫於其他溝通主體的承認，可能因此反而顯得「不自由」。作者認為，此處兩個自由的內涵並不等同，以下說明之：第二個自由概念指涉的應屬日常語意下的理解，亦即，個人可以無限制地將其主觀意志實踐在外，只要有限制，無論理由，皆會造成不自由。不過，特定個人或群體的自由無限制擴張，代價就是其他個人或全體的自由無限制縮減。因此，當代以自由為基礎的法體制，強調的並非不受限制的自由，而是如何妥適且合理的劃出同為法主體之個人與他者的行動界線。從而，本文選擇以此「主體際」的角度出發，援引的「溝通自由」概念也因此不是僅著眼於個別主體的無限制自由，而是主體之間的自由如何形成與如何共存，也就是在自由概念的論證中，將「所有共同體成員都有相同之自由」納入考量。此際，自由與其界線（共同體中他人的自由）即屬同源而生。也就是說，我的溝通自由要能夠實現，一方面必須承認他者也為具有溝通自由的主體，另一方面也必須被他人承認為具有溝通自由的主體（詳見本段落之論述）。相反的，當我在行動上侵害他人權利，亦即否認其他人的溝通自由時，正在貫徹的就不是我的溝通自由，而是實行強制；而當他人在行動上侵害我的權利，否認我的溝通自由時，也就確實如同審查意見所說，讓我變得「不自由」。因此，個人的自由可否貫徹，確實繫諸他人。此時，如果要使得共同體成員之間的溝通自由／行動界線得以明確，並且在有人逾越界線時重新確立該界線，就必須建立諸如刑法／罰的公共體制，使爭議當事人得以在如本文所提出的公正程序中解決紛爭。也就是說，法體制的功能之一即在於確保上開繫於他人才可實現的溝通自由，能夠充分實現，使得因為他人否認而使得不自由的情形盡量除去。

<sup>118</sup> Ausführlich Günther, Die Freiheit der Stellungnahme als politisches Grundrecht, in: Theoretische Grundlagen der Rechtspolitik, ARSP – Beiheft 51, 1992, S. 58, 58 ff.

<sup>119</sup> Günther, (Fn. 118), S. 61; Klaus Günther, *Communicative freedom, communicative*

可以被稱為是一種「表態（*Stellungnahme*）」的能力，也就是表達贊同／反對的能力<sup>120</sup>。

作為溝通自由的表態能力雖然不是與生俱來的，只要是人類都被預設擁有的能力。但是，只要我們開始學習使用語言，試圖用語言溝通，尤其是開始學會說「不」表達否定的立場時，即已習得溝通自由。因為，相較於我正面的贊同表達了接受特定立場，並將以此立場為準繼續順暢地進行溝通而言，表達反對時，才開啟了選擇被給定之外的、其他立場的可能性。我之所以能夠自主地計畫、經營自己的生活，開啟自己所設定的行動，都源自於這個說「不」的可能性<sup>121</sup>。

以「說不」來表達否定的立場，固然彰顯了否定者因此得以選擇其他選項的可能性。但是，在一個以達成參與者間相互一致的論辯程序中，單純的說不，恐怕對於達成相互理解、產生共識沒有任何幫助。因此，在論辯程序中，擁有說不的權利對於溝通自由的內涵而言並不充分。如果將論辯程序是以達成共識為目標之特徵納入考量，那麼，溝通自由除了包含說不的權利以外，也必然包含了為自己的贊成或反對之表態提供理由的以言行事義務（*illokutionäre Verpflichtung*）<sup>122</sup>。倘若說不的權利沒有對應一個提供理由說明自己為何反對之義務，則其他參與者就不可能再對反對者反對之理由提出相應的理由，解消反對者理由的說服力。如此一來，參與者相互間基於同樣的理由以取得相互一致的共識即屬不可能之事。因此，溝通自由除了有表達反對或贊同的權利面向以外，更有必須為反對或贊同之表態提供理由的義務面向。

---

*power, and jurisgenesis*, 17 CARDOZO L. REV. 1035, 1037-41; Habermas, (Fn. 85), S. 152.

<sup>120</sup> Günther, (Fn. 118), S. 59 ff.

<sup>121</sup> Günther, (Fn. 118), S. 59 (mit weiteren Nachweisen).

<sup>122</sup> Günther, (Fn. 118), S. 60. 關於言語行為理論之「以言行事」作用，國內文獻可參顏厥安（2010），〈語行行為與法規範的效力化〉，《政治與社會哲學評論》，32期，頁69以下；程源中（2017），〈論主張：真值、規範與對話理論的難題〉，《臺大法學論叢》，46卷4期，頁1600以下。

此外，既然溝通的自由指的是人與人之間以論辯達成共識的方式協調行動時必須具備的能力，則它是產生自主體際，從而是去中心化的特徵，也就變得相當明確。它不是 Kant 式的實踐理性，僅須個別主體適當運用定言令式或法定言令式<sup>123</sup>的判斷程序，就可以憑一己之力推論而後採取正確的行為模式。它也不是 Hobbes/Weber 式的目的理性，個別主體將自己之外、包含其他主體在內的所有世界上的存有物，都只從「它會促進我的計畫達成」或是「妨礙我的計畫達成」的角度來解讀，主體只要採取對自己而言利大於弊的行為，都可以被當作是正確的行為<sup>124</sup>。溝通自由的形成背景已經從純粹的主體面向過轉至主體與主體之間的主體際（intersubjektiv）面向，它是參與論辯形成共識者之間，必須「相互」預設與承認的條件，否則就不可能進行論辯程序。如果從最單純的人際構造，亦即，說者與聽者雙方都希望透過論辯達成共識而協調行動作為例子來說明，那麼，從說者的角度而言，他不能只單純把聽者視為影響他計畫的變因而已。說者必須承認聽者的溝通自由，亦即，必須將他視為能對說者所提出的要求表達反對或贊同態度，並且能為其表態說明理由的溝通主體。當聽者表達反對且說明反對理由時，說者即負有以言行事義務，亦即有義務在聽者表態反對時，提供說服聽者的理由，從而使雙方的立場漸趨一致。值得注意的是，說者不僅在論辯程序中承認了聽者擁有溝通自由，他也藉著承認聽者有系爭自由，回過頭認知到了自己也是一個有溝通、表態自由的主體。因為，如果自己沒有溝通自由的話，當聽者反對自己的意見時，就無須提供理由，而僅須將說者當作影響自己計畫的某個客觀且負面的變因，想辦法把他排除即可，而非說明反對理由。另一方面，聽者也必須承認說者有溝通自由，而不是將他所說的話視為某個自然界的事件而已。如此一來，聽者在對說者所提出之要求表態時，自己也必須遵守以言行事義務，也就是有義務提出理由，尤其說明自己為何反對的理由。唯有

<sup>123</sup> 定言令式（Kategorischer Imperativ）與法定言令式（Kategorischer Rechtsimperativ）  
參 Höffe, Der kategorische Rechtsimperativ, in: Immanuel Kant: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, 1999, S. 41, 41 ff., insb. 52 ff.

<sup>124</sup> Habermas, (Fn. 99), S. 379 ff.

如此，雙方的意見也會漸趨一致。而如同說者藉由承認聽者的溝通自由而確認自己也是溝通主體一樣，聽者也藉著承認說者的溝通自由，從而自己在反對說者的意見時，有義務提出理由，進一步確認了自己的溝通主體性。從以上的論述可以看出，溝通自由是「主體際相互承認」所產生的。這也呼應了前面 Humboldt 所說的，我們藉由學會使用第二人稱代名詞，理解了自己與他者的自由。不過，這個產生自主體際，也就是來自於社會的溝通自由，並不會造成對於主體本身的壓迫。因為本文所主張的溝通自由，正好就是一個人對於被給定的要求可以「說不」的基本態度。至此，我們可以看到，一個個別主體面向與主體際／社會面向相互依賴的個人概念，於焉形成。

這個以溝通自由為基礎的個人概念，也隨著論辯原則與現代法形式結合成民主原則的同時，被導入正當法判準的一個環節，即法主體( Rechtsperson )的概念。如前所述，民主原則揭示了，一個現代法秩序及其中個別的行為規範之正當性判準來自於一個法所建構的論辯程序，使得所有可能受規範所影響之人都有可能表達其同意。而所謂同意，當然必須以可能表達不同意為前提，也就是溝通自由中所蘊含的，「說不」的權利。而既有可能獲得所有法主體之同意，則必須讓系爭法律所適用的法共同體中的所有人，都具有一系列的主觀權利以參與民主程序，並得以在其中主張自己對於系爭法律的看法，才可能讓民主程序的參與者之間相互透過理由說服彼此，達成共識。當然，每個參與者也必須以其有生命、身體、行動自由、財產等傳統主觀權利為前提。民主法治國的法秩序，如果要能宣稱其正當性，就必須同時提供法制度化的民主程序、確保法共同體的成員有權參與系爭程序，以及確保每個法主體參與程序的基本前提，也就是其主觀權利。於是，一個包含傳統主觀權利以及程序參與權之權利清單，以及法建制的民主程序，彼此之間的相互依賴關係於焉形成。

## 六、程序依賴的個人不法理論

從上面的論述中可知，溝通理性導向的法理解，其正當性來自於民主程序。在其中，希望以法秩序規制彼此行動界線的共同體成員們，得以透過相

互說理與說服的過程，對什麼行動為法所容許的，以及什麼行動並非法所容許的界線達成共識。而要達成這個目標，法共同體成員作為法主體，除了必須有權參與系爭程序外，參與系爭程序所必要的相關權利，也是不可或缺的。不法概念作為法的否定，前述法概念所具備的基本特徵，亦即其程序面向與主體所擁有的主觀權利面向，也都應該蘊含在其中<sup>125</sup>，以下申述之。

程序依賴的不法理論的第一個特徵是「否定他人的主觀權利」。這裡的主觀權利首先包含了生命權、身體權、財產權與行動自由權等傳統核心刑法即保障的對象。不過，這裡的「不法=否定權利」的說法很可能會招致一種誤會，以為本文主張的是一種 Feuerbach 式的「權利侵害論」。事實上，本文與 Feuerbach 的見解，至少在兩個方面有所不同：首先，Feuerbach 部分承襲了 Kant 的實踐哲學，將個人主觀權利的效力基礎奠基于主體的自律之上<sup>126</sup>。相較於 Feuerbach 的個人主義式的主體觀點，本文所採取的則是從主體際的角度，說明個人如何在與他者的互動中習得溝通自由，並以此開展主觀權利之論述<sup>127</sup>。其次，從主體過渡至主體際的視角轉移，也使得本文所謂的「主觀權利」概念，得以跳脫傳統的「防衛權」內涵，更包含了「參與權」的面向<sup>128</sup>。也就是說，一部以溝通自由為基礎的刑法，應保護的範圍不該（如

<sup>125</sup> 當然，這裡顯然有一個論證上的跳躍。因為，從邏輯上的反面推論，固然可以導出不法是法的反面，因此將法的個別構成要素一一否定以後，即可得出相對應的不法概念。但是，這仍然無法具體說明，同樣一個不法概念為何會產生不同法領域在法律效果上的相異措施。亦即，為什麼要區分民事（侵權行為）的不法、刑事不法與行政不法而後個別賦予損害賠償、刑罰與行政罰的法律效果？不過，對於這個問題，在本文的問題意識主要在於處理與提出刑事不法理論的前提下，只能當作盲點一般的存在而暫時予以擋置，並留待未來專文處理。

<sup>126</sup> Feuerbach, *Anti-Hobbes: oder über die Grenzen der höchsten Gewalt und die Zwangsrechte der Bürger gegen den Oberherrn*, 1798, S. 14.

<sup>127</sup> Vgl. auch Günther, *Möglichkeiten einer diskursethischen Begründung des Strafrechts*, in: *Rechts und Moral*, 1991, S. 205, 210 f.

<sup>128</sup> 這是Habermas基本權利理論的特徵。他認為，將主觀權利概念閉鎖在防衛權，只呈現出了人民作為國家透過法律規制對象（Adressat）的上下關係。主觀權利固然畫出了一道避免國家干預的防線，卻仍不足以說明，法之所以可以如此規制的正當性來源。而如前所述，Habermas認為系爭正當性在於，個人除了作為受法律規制的對象外，也應同時成為系爭法律的作者（Autor），從而形成在涉及共同體

同 Feuerbach 所主張的）僅限於個人的生命、身體、財產等權利；個人與他者，乃至於整個法共同體要能夠形成共識、協調行動的整體法制結構，亦即立法、司法與行政等國家的權力機關及其功能，尤其是個人有權主張參與這些程序的基本權利，都應成為刑法保護的對象。因此，當某甲殺害某乙，剝奪了乙的生命權，固然屬於本文意義下的「否定他人權利」，是為不法行為。但若是某甲以強暴脅迫等方式妨害某乙行使投票權（參照刑法第 142 條第 1 項），也是否定乙的主觀權利，亦即參與形成法共同體公共意志的權利，屬於不法行為。某甲的這兩個行為，從個人行使溝通自由的角度而言，都是直接否定他人得以進入行動協調之共識形成程序的主觀權利，具備不法內涵<sup>129</sup>。

其次，本文所提出的不法理論，與既有的各種不法理論最大的不同，是其「程序依賴」的特性。也就是說，要判斷特定行為是否具備否定他人權利的意涵時，必須進入一個公正程序當中，讓可能因為系爭判斷而受影響的當事人，皆有權進入該程序，主張特定行為是否屬於否定他人權利的範疇，並在有不同意見時，相互透過理由說服，盡量取得共識，最後藉此做出具有正當性的判斷。這個程序依賴的特徵，來自於前述溝通理性的要求，尤其是「論辯原則」以及其中所蘊含的，說者能透過理由說服聽者，說服成功則聽者接受說者所提出的效力要求，並在肯認系爭效力要求的條件下，進行後續行動的行動協調方式。反之，倘若說者在聽者提出理由質疑的情況下，無法再提出更具說服力的理由時，就必須接受聽者的質疑，調整自己原先所提出的效力要求。如同在法制定的程序中，法秩序必須創造以論辯原則為標準的民主立法程序，使得所有可能受到該程序結果所制定出的法規範影響之人，都有權參與該程序並有機會提出理由相互說服，乃至於改變結果一般；在具體判

---

公共事項方面的自我統治。Dazu vgl. Habermas, (Fn. 85), S. 155 ff.

<sup>129</sup> 至於本文所支持的，以溝通自由為基礎之個人所擁有的基本權利，具體的種類與個別權利的內涵與外延為何，以及此種基本權利與刑法學傳統上的法益理論之間的關聯性何在，事關如何將本文見解適用在判斷個別犯罪構成要件之正當性，以及如何導引構成要件解釋等重大議題，囿於本文屬於前導理論之性質與篇幅，只能暫時擱置，作者未來必將為文處理。

斷何謂不法、否定他人權利時，因為這個判斷結果也同樣在主張一個具有規範性的效力要求（亦即，如果最後認定特定行為是不法的，則要求行為人以及法共同體中的所有人都「不應」採取相同的行動），那麼，法秩序同樣需要創造一個「法適用」的程序<sup>130</sup>，讓所有可能受到不法判斷所影響的當事人，都有參與表達意見，改變結果的權利。唯有如此，最後的不法判斷才具有正當性。

要求不法判斷必須「程序依賴」，事實上也說明了，法領域中各種事項的判斷，由於所涉及的是關乎法共同體的公共事務，尤其是共同體成員間的具體行動界線，因此，既不是單一個人，也不是居於特定階級、屬於特定族群、擁有特定意識形態者所能恣意決定，而毋寧應由整個法共同體的參與者共同決定。基此，刑事訴訟中由被告、檢察官、法官所形成的三面構造關係、各種程序性規範乃至於證據法則等，都可以被理解為為了要創設一個上述的公正程序<sup>131</sup>而設置的規定。以三面構造關係為例：被告雖然因為有犯罪嫌疑，是國家開啟刑事程序所要針對的對象。然而，被告同時也是法共同體之成員，因此，對於自己與其他成員間在刑法規範的框架下所形成的行為界線，同樣也有表達意見、重塑界線的權利。刑事訴訟法中有關被告在程序各階段中統稱為聽審請求權<sup>132</sup>之各項權利，在本文的理論框架下，都可以被理解為此目的而設。首先，被告有權充分知悉涉已訴訟程序中的資訊。刑事訴訟法第 95 條第 1 項規定國家機關在訊問被告時必須告知其罪名，以及同法第 33 條第 2 項、第 3 項所規定的，被告有權親自接觸卷證等，皆屬之<sup>133</sup>。使被告充分獲知訴訟資訊，尤其是國家機關為何主張被告有為特定犯罪的具體理由，是被告能夠提出相應的反對理由，削弱構成犯罪之主張的前提。其次，直接

<sup>130</sup> 溝通理性法理解中，法設置程序與法適用程序的區別參考Günther, *Der Sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, 1988, S. 309 ff.; Habermas, (Fn. 85), S. 272 ff.

<sup>131</sup> 本文所主張的「公正程序」概念，實質上也同時是在主張一套結合刑事實體法與程序法的理論，各該具體問題的處理，也必須留待後續之專文。國內具有啟發性的嘗試可參林鈺雄（2008），《刑法與刑訴之交錯適用》，頁1以下，元照。

<sup>132</sup> 僅參林鈺雄（2023），《刑事訴訟法（上）》，12版，頁169以下，新學林。

<sup>133</sup> 林鈺雄，前揭註132，頁169-170。

對應於被告之法共同體成員身分，因此具有參與形成、重構與其他成員行動界線之權利，一個公正的刑事程序，即必須確保被告充分表達意見的機會，尤其是表達自己的行為何以是或不是刑法上否定他人權利之行為的相關意見。刑事訴訟法中，裁判需經言詞辯論（第 221 條、第 222 條）、被告具有辯明犯罪嫌疑之機會（第 96 條），以及直接涉及訴訟中理由交換的對質詰問權之保障（第 166 條以下等）等規定，皆是不法判斷結果是否具備正當性的重要標準。

另外，檢察官作為追訴被告任務的主要承擔者，代表了共同體中的多數成員，因為，檢察官之所以會認為被告有犯罪嫌疑而開始偵查（刑事訴訟法第 228 條第 1 項），反映了在這個法共同體中的既有行為詮釋框架（即前述的「生活界」）認定被告的行為屬於不法範疇。不過，必須注意的是，由於生活界中的行為詮釋框架僅具有初步認定的作用，對被告的犯罪嫌疑，到刑事程序的最後是否真正做出被告的行為係屬不法之判斷，都必須仰賴檢察官以證據資料提出充足的理由以及論證，才能合理地支撐不法判斷的結論，這也是在本文的理論框架中，刑事訴訟法第 161 條第 1 項，要求檢察官擔負舉證責任之道理所在。倘若在程序當中，檢察官因調查的證據資料愈趨周延，反倒具備更多理由降低、甚或解消對被告的犯罪嫌疑時，更應該做出對被告有利的決定，亦即做出不起訴處分，或是在起訴後撤回起訴。也就是說，檢察官並非一味站在被告的對立面，而是先確認被告的行為在社會觀點下如何被理解，再一步步藉由更多已知的證據，透過（包含被告之主張在內的）理由、論據的帶領，最後做成最具合理性的行動選項，這也是刑事訴訟法第 2 條之規定，要求檢察官對被告有利與不利事項都應予以注意，亦即擔負「客觀性義務」的原因。因此，重點已經不再是有利或不利被告，而是合理性與客觀性。

法官在審判中則必須確保程序得以公正進行，尤其是讓被告與檢察官之間，有關被告行為意義詮釋的理由交換與說服過程，得以順利進行。其後，這個公正程序進行完畢後做出的，宣告被告行為具備不法性與否的結論，亦即判決，即因依賴公正程序，而能主張其正當性。更重要的是，判決在給予

結論以外，更必須交代理由（刑事訴訟法第 310 條），為的即是使法共同體中的所有成員，都能夠理解，在現時的共存狀態中，被告的特定行為是基於何種原因被理解為合乎／不合乎人際行動協調之界線。當然，也因為判決需附理由，相對不利的一造，才有可能在救濟程序中，重新提出反對理由，進而改變原先不利的結果。

此外，前述提到的生活界，以及在其中所貯藏的理由，在法適用程序中亦發揮其「行為意義詮釋框架」之功能。也就是說，在法適用程序中，某行為被理解為合乎抑或違反規範之意義，生活界將提供初步的判斷。之所以稱為「初步」，即在於強調，訴訟參與者仍能透過行使表達意見之權利，說明他認為自己的行為並非如生活界既有框架下之意義認定的理由，從而說服法院，對其行為採取相異於原先生活界框架下的意義認定。在法的領域當中，作為行為意義詮釋框架的生活界之來源相當廣泛。首先，如前所述，生活界的內涵來自於人際之間藉由溝通互動協調彼此行動之後的產物，屬於特定溝通共同體中未被質疑的行動意義詮釋。因此，當我們試圖理解行為人的特定行為是否具有否定權利的意義，法共同體成員的一般視角，或者以刑法所熟悉的用語來說，客觀理性第三人觀點，即是一個初步的切入點。其次，法律專業社群中，對於特定議題所累積的各種論述，也會發揮相同的作用。例如：各級法院對於特定爭點所累積的類似見解，學說中有關刑法歸責體系中各該要件的討論與說理，尤其是從而在實務與學說上所形成的「通說」，都具有賦予行為意涵初步判斷的作用。

綜合以上的論述，本文所主張的「程序依賴」的不法理論，其基本命題為：「一個在公正刑事程序裡，透過生活界中的行為詮釋框架，被認定具有否定權利之意義的行為，即屬不法行為。<sup>134</sup>」

這個程序依賴的不法理論，事實上也證明了 Welzel 的洞見。也就是，他所主張的個人不法理論中，有關不法判斷的個人與社會標準的整合是可能的。不過，這個整合並不僅是簡單地在目的行為論的框架中，直接外加一個社會性的範疇即可。從本文的觀點來說，個人與社會的整合，必須過轉到主

---

<sup>134</sup> 初步版本參 Lin, (Fn. 108), S. 164 ff.

體際的視角，在形成溝通理性與溝通自由的過程中，才能解釋其相互依賴的原因。而在不法的判斷中，個人與社會的標準也在公正審判程序中獲得整合的合理性。因為，不法的判斷涉及的是共同體的事項，從而，一方面，生活界中的行為詮釋框架，代表了整體社會對於特定行為究屬不法與否的既有看法。但同時，行為人作為法共同體中的一份子，同樣有權在程序當中提出理由，推翻生活界的既有見解，主張自己對於行為屬於不法與否的判斷。當行為人提出的理由足以說服法院，改變生活界初步對系爭行為所賦予的意義時，生活界中就該種行為的不法評價便因此產生變化，法共同體中的其他成員，也會以這個新標準協調彼此的行動。反之，則行為人必須接受社會既有的行動尺度，調整自己的行為模式。因此可以說，本文所提出的程序依賴的不法理論，並不只是個人的，也不只是社會的，而是既是個人的，也是社會的。

以下以不法判斷中的主觀歸責為例，指出本文所提出的不法判斷標準，在具體問題中的適用可能性<sup>135</sup>。相較於客觀歸責著眼於行為對社會的外部效應，主觀歸責關注的則是行為及其造成的外部效應是否得歸屬於特定個人，亦即，系爭行為與外部效應可否算是行為人的作品，或反過來說，行為人是否為該行為的作者<sup>136</sup>。以主觀歸責中的故意概念為例，主流見解認為，故意概念中所蘊含的「認知」與「意欲」要素，都必須以行為人個人主觀實際的想像與傾向為準。因此，倘若行為人在行為時點主觀上確實想像到，其行為將對於法益造成侵害，並且也的確想要法益侵害結果發生，則其主觀想像具備故意品質<sup>137</sup>。不過，另有見解認為，故意概念屬於規範性事項，不應任由行為人現實上的主觀恣意決定，而應採取所謂「規範化故意」概念，以「理性公民」為標準，倘若以行為時的事實情況為基礎，理性公民會認識到其行動可能造成法益侵害，則行為人「應」認識到法益侵害的可能性，即使事實

<sup>135</sup> 相關說法亦參見Lin, (Fn. 108), S. 175 ff.

<sup>136</sup> Welzel, (Fn. 2), S. 62. 相關論述亦請參考周漾沂，前揭註81，頁1479。

<sup>137</sup> 僅參王皇玉，前揭註15，頁225。

上行為人沒有認識，其「無所謂」地漠視態度（Gleichgültigkeit）仍可被認定為具備故意<sup>138</sup>。

在本文的不法判斷標準下，首先，確實如規範性故意論者所言，傳統主流的故意概念欠缺規範性。尤其法與不法的判斷涉及整體法共同體成員間的人際互動界線問題，按照本文前述的理解，不應任由行為人一個人做決定。也就是說，成立故意與否，不能僅從行為人現實上的主觀想像與傾向判斷。然而，規範性故意僅以虛擬的理性公民當作基準，排除了同樣也作為法共同體成員之行為人對其行動界線的定義權，形同否定其主體性，也並非合理的做法。如果貫徹本文的不法理論，成立故意與否的合理判斷標準，必須仰賴公正刑事程序，透過生活界中的行為詮釋框架，判斷行為的主觀面向是否具備侵害權利之意涵。在此標準中，首先仍要以行為人的主觀認知為基礎，而不能如規範化故意理論一般，以理性公民應認知的內容充作基礎。因為，唯有以其主觀認知為基礎，才使得行為人在程序中有可能提出理由，定義自己的行為意涵。例如，在開車撞傷人的案例中，行為人實際上並未認識到有另一個人站在其前方，因此定義其開車撞傷人的行為並不是故意行為，即不可以理性公民在此案例中可能認識的事項為基準取代之，否則等同於將社會中其他成員的行動詮釋與行動界線劃定強加於行為人。不過，行為人的現實認知，只是成立故意的必要條件而已。以行為人之認識為基礎的行為詮釋，會在刑事程序中，與來自於社會／生活界中的行為詮釋框架產生互動。也就是說，行為人的個別詮釋，亦即，「我是否認識到自己的行為可能侵害他人權利，因此是否屬於不法行為」的判斷，可能與社會相同，也可能不同。倘若相同，在認定是否成立故意的結論上則無問題。當兩者產生歧異時，便可展現出上開公正程序作為整合個人與社會之平台的特性，也就是讓具有規範性色彩的主觀歸責判斷，由法共同體所有成員（即社會性行動詮釋框架 + 行為

<sup>138</sup> Jakobs, Gleichgültigkeit als dolus indirectus, *ZStW* 114 (2002), 584, 586 ff., 594 ff.; 國內文獻之相關討論參見徐育安（2009），〈費爾巴哈之故意理論及其影響：以德國刑法為核心〉，《政大法學評論》，109期，頁40以下；周漾沂（2014），〈故意犯之主觀歸責範圍：簡評「馬面案」相關判決〉，《月旦法學雜誌》，頁62以下。

人本人）共同決定。因為，在此程序中，行為人有權以理由說服法院，改變原先來自於社會的行為主觀面向之詮釋，將原先社會中所認定為故意的結論推翻，抑或將原先社會中所認定為不具備故意的結論推翻。就前者而言，前述的駕車撞人案即為適例。就後者而言，或可以說明迷信犯時常舉的「針扎小人案」進一步申論。一般來說，迷信犯指的是，行為人主觀所想像的犯罪流程，由於是透過某些超自然的因果關係而達成，因此直接以不成立故意的方式排除系爭行為構成犯罪的可能性，並以此與重大無知之不能未遂相區別<sup>139</sup>。也就是說，如果行為人設想：「我可以用扎小人的方式致仇人於死地」，通說會以上述想像屬於「單純的願望」而不具備故意之品質為由，排除主觀不法。然而，從本文的觀點而言，要判斷行為人是否具備故意，行為侵害路徑是否超自然，是否逾越人類所能支配的能力範圍只是論證的一環，也就是屬於社會性的一環，行為人未必不能在刑事程序中說服法院，其主觀的超自然侵害路徑想像可以造成權利侵害，因此具備故意。也就是說，如果今天行為人是一個科學家，在多方實驗之後發現並能證明，自己的扎小人方式確實能夠造成他人死亡，並將此理由引入程序中，則亦有可能被認定為具有殺人故意。當然，具體的歸責問題複雜萬端，上述的說法只是為了說明本文所提出的不法理論之應用可能性的初步看法以及可能的發展方向而已。如何在此理論的基礎上繼續開展後續論述，則須另以專文為之。

## 肆、結 論

本文的目的在於建構一套程序依賴的個人不法理論。作為一篇前導理論式的研究論文，本文的任務在於透過反思既有論述，並在提出「程序依賴的個人不法理論」之基本輪廓與原則後，開啟後續研究的可能性。

Hans Welzel 在提出個人不法理論的相關說法後，由於無法適切整合構成不法概念兩大支柱的主觀向度（目的）與社會向度（社會相當性），開啟

---

<sup>139</sup> 參王皇玉，前揭註15，頁393；林鈺雄，前揭註59，頁383。

了後世的爭論。基此，本文前半部針對 Welzel 的原始論述，以及較具代表性的幾種個人不法理論進行分析與批判。

Kaufmann 與 Zielinski 等學者擷取個人不法理論中的主觀面向，將不法判斷的標準閉鎖在個人主觀意向做了一個反於法所要求的決意。此種不法理論逸脫了 Welzel 個人不法理論基本設想，而將人類化約成一個個原子式的個體；個人與他者所形成的關係，以及個人所身處的社會，都錯誤的被排除在理論的範疇外。

而 Roxin 之所以批判 Welzel 以目的行為為基礎的不法理論，除了認為目的行為概念不具規範性以外，對本文而言更重要的是，Roxin 正確點出了不法概念的社會向度，強調對於不法判斷真正具有重要性的並非只是行為人的主觀目的，而是該目的形諸於外後的社會效應，也就是必須以客觀歸責理論，從「客觀目的」的角度審視行為的不法意涵。Roxin 以效益主義式的損益計算，取代了 Welzel 以法共同體裡當然蘊含的善惡秩序來判斷的「社會相當性」。但如此一來，Roxin 不法理論中的人類圖像，似乎就成了一個個面貌模糊，消融在社會整體中，甚至隨時準備要為社會綜效而犧牲的「某社會成員」而已。

E. A. Wolff 學派等學者，尤其是本文前述所分析過之 Zaczek 的個人不法理論，正確掌握了個人與他者、與社會之間的互動關係，方能形塑每個人的自我意識與構作社會的基本能力，並因此一貫地將判斷不法的標準同時取決於行為人的主觀面向以及社會（客觀）面向。只不過，Wolff 學派仰賴德意志觀念論之意識哲學作為理論基礎，本文認為尚有商榷之餘地。

本文的後半部建構作者版本的個人不法理論。首先，關於作為整體理論基點的「個人」概念，本文認為：個人只有在與他者的關係中才能形塑自我，成為一個既能開啟行動，又能被歸責的個人。相較於前述見解中的個人概念，本文將嘗試做個「語言轉向」，援引語言哲學的相關研究，說明個人與他者的上述關係，與語言的使用有必然關聯。

當個人與他者相互作為說者與聽者，並試圖使用語言理解世界，協調行動時，將進入一個共同的言說結構，透過接受理由達成共識。此一結構與全

然依賴理由以理解世界、協調行動的能力，構成了「程序理性」的基礎。如此一來，個人便不再是僅憑一己之力、無須他人存在即可發現自我的個化主體，也不是只能全面接受社會中所設定之行動選項的標準化角色，而是能夠穿梭其間，一般情形下接受角色，但必要時也能夠提供理由，創造改變可能性的「溝通理性主體」。

以程序／溝通理性為基礎的法秩序，尤其是本文所關注的不法概念，其效力基礎當然也必須要能夠追溯到前面所說的語用結構與個人依賴理由的能力。不過，考量到行動協調的脈絡不同（道德／倫理／法律），系爭具有規範性的語用結構與理由類型都會產生一定的變貌。而在層層的討論之後，本文提出的「程序依賴的個人不法理論」之基本命題為：「一個在公正刑事程序裡，透過生活界中的行為詮釋框架，被認定具有否定權利之意義的行為，即屬不法行為。」

## 參考文獻

### 一、中文部分

王皇玉（2022），《刑法總則》，8 版，新學林。

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〉，《臺大法學論叢》，41 卷 3 期，頁 981-1053。  
<https://doi.org/10.6199/NTULJ.2012.41.03.04>

-----（2012），〈論攻擊性緊急避難之定位〉，《臺大法學論叢》，41 卷 1 期，頁 403-444。<https://doi.org/10.6199/NTULJ.2012.41.01.06>

-----（2014），〈故意犯之主觀歸責範圍：簡評「馬面案」相關判決〉，《月旦法學雜誌》，頁 58-71。

-----（2014），〈風險承擔作為阻卻不法事由：重構容許風險的實質理由〉，《中研院法學期刊》，14 期，頁 169-243。

-----（2014），〈從客觀轉向主觀：對於刑法上結果歸責理論的反省與重構〉，《臺大法學論叢》，43 卷 4 期，頁 1469-1532。  
<https://doi.org/10.6199/NTULJ.2014.43.04.02>

林鈺雄（2008），《刑法與刑訴之交錯適用》，元照

-----（2022），《新刑法總則》，10 版，元照。

-----（2023），《刑事訴訟法（上）》，12 版，新學林。

林遠澤（2005），〈真理何為？從哈伯瑪斯真理共識理論的實用轉向論真理的規範性意義〉，《歐美研究》，35 卷 2 期，頁 363-404。

-----（2007），〈論康德定言令式的共識討論結構：試從理性存有者的道德觀點闡述康德的先驗規範邏輯學〉，《臺灣大學哲學論評》，33 期，頁 183-232。

-----（2019），《從赫德到米德：邁向溝通共同體的德國古典語言哲學思路》，聯經。

徐育安（2009），〈費爾巴哈之故意理論及其影響：以德國刑法為核心〉，《政大法學評論》，109 期，頁 1-57。

-----（2017），〈傳統刑法理論與現代風險社會：以我國食安法爭議為核心〉，《臺北大學法學論叢》，104 期，頁 73-135。

許玉秀（1998），〈犯罪階層體系方法論探源〉，《政大法學評論》，60 期，頁 1-27。

-----（1999），〈犯罪階層理論（上）〉，《台灣本土法學雜誌》，2 期，頁 12-32。

-----（2005），〈刑罰規範的違憲審查標準〉，收於：國際刑法學會台灣分會（編），《民主、人權、正義：蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集》，頁 365-414，元照。

許恒達（2010），〈「行為非價」與「結果非價」：論刑事不法概念的實質內涵〉，《政大法學評論》，114 期，頁 215-300。

許澤天（2010），〈刑法規範的基本權審查：作為刑事立法界限的比例原則〉，收於：黃舒芃（編），《憲法解釋之理論與實務（第七輯，上冊）》，頁 259-323，新學林。

彭文本（2005），〈關於《第二批判》的「理性事實學說」之兩種解讀方式〉，《國立政治大學哲學學報》，14 期，頁 37-70。

程源中（2017），〈論主張：真值、規範與對話理論的難題〉，《臺大法學論叢》，46 卷 4 期，頁 1595-1670。  
<https://doi.org/10.6199/NTULJ.2017.46.04.01>

蔡聖偉（2006），〈評 2005 年關於不能未遂的修法：兼論刑法上行為規範與制裁規範的區分〉，《政大法學評論》，91 期，頁 339-410。

-----（2013），《刑法問題研究（二）》，元照。

薛智仁（2019），〈阻卻不法之緊急避難：法理基礎、適用範圍與利益權衡標準〉，《臺大法學論叢》，48 卷 3 期，頁 1147-1221。  
[https://doi.org/10.6199/NTULJ.201909\\_48\(3\).0006](https://doi.org/10.6199/NTULJ.201909_48(3).0006)

謝煜偉（2020），〈論實行行為概念〉，《臺大法學論叢》，49 卷 3 期，頁 1203-1265。[https://doi.org/10.6199/NTULJ.202009\\_49\(3\).0007](https://doi.org/10.6199/NTULJ.202009_49(3).0007)

顏厥安（2010），〈語行行為與法規範的效力化〉，《政治與社會哲學評論》，32 期，頁 65-91。<https://doi.org/10.6523/168451532010030032002>

## 二、英文部分

Günther, K. (1996). Communicative freedom, communicative power, and jurisgenesis. *Cardozo Law Review*, 17, 1035-1058.

## 三、德文部分

Alexy, R. (2015). *Theorie der juristischen Argumentation*. (8. Aufl.). Suhrkamp.  
----- (2016). *Recht, Vernunft, Diskurs* (2. Aufl.). Suhrkamp.

Bierling, E. R. (1975). *Juristische Prinzipienlehre* (Bd. 1). Scientia.

Binding, K. (1965). *Die Normen und ihre Übertretung* (Bd. 4). Scientia.

Cancio Meliá, M. (2015). Sozialadäquanz. In W. Frisch/G. Jakobs/M. Kubiciel u. a. (Hrsg.), *Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels* (S. 69-86). Mohr Siebeck.

Feuerbach, P. J. A. (1798). *Anti-Hobbes: oder über die Grenzen der höchsten Gewalt und die Zwangsrechte der Bürger gegen den Oberherrn*. Hennings.

Fichte, J. G. (1845). Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre. In I. H. Fichte (Hrsg.), *Johann Gottlieb Fichte's Sämtliche Werke* (Bd. 3, S.1-385). De Gruyter.

Frisch, W./Jakobs, G./Kubiciel, M./Pawlik, M./Stuckenberg, C.-F. (Hrsg.) (2015). *Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels*. Mohr Siebeck.

Gärditz, K. F. (2010). Strafbegründung und Demokratieprinzip. *Der Staat*, S. 331-367. <http://doi.org/10.3790/staa.49.3.331>

Günther, K. (1988). *Der Sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*. Suhrkamp.

----- (1991). Möglichkeiten einer diskursethischen Begründung des Strafrechts. In H. Jung/H. Müller-Dietz/U. Neumann (Hrsg.), *Rechts und Moral: Beiträge zu einer Standortbestimmung* (S. 205-217). Nomos.

----- (1992). Die Freiheit der Stellungnahme als politisches Grundrecht. In P. Koller/C. Varga/O. Weinberger (Hrsg.), *Theoretische Grundlagen der Rechtspolitik* (ARSP – Beiheft 51, S. 58-73). Steiner.

----- (1998). Die Zuschreibung strafrechtlicher Verantwortlichkeit auf der Grundlage des Verstehens. In K. Lüderssen, (Hrsg.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?* (Bd. 1, S. 319-349). Nomos.

----- (2009). Artikel: Diskurs. In H. Brunkhorst/R. Kreide/C. Lafont (Hrsg.), *Habermas-Handbuch* (S. 303-306). Springer.

Habermas, J. (1992). *Nachmetaphysisches Denken*. Suhrkamp.

----- (1995). *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*. Suhrkamp.

----- (2004). *Wahrheit und Rechtfertigung*. Suhrkamp.

----- (2012). *Nachmetaphysisches Denken II*. Suhrkamp.

----- (2013). *Zwischen Naturalismus und Religion* (2. Aufl.). Suhrkamp.

----- (2014). *Faktizität und Geltung* (5. Aufl.). Suhrkamp.

----- (2014). *Theorie des kommunikativen Handelns* (9. Aufl., Bd. 1). Suhrkamp.

----- (2014). *Theorie des kommunikativen Handelns* (9. Aufl., Bd. 2). Suhrkamp.

----- (2015). *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln* (12. Aufl.). Suhrkamp.

Höffe, O. (1999). *Immanuel Kant: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*. De Gruyter. <https://doi.org/10.1524/9783050050379>

Humboldt, W. (1905). Über den Nationalcharakter der Sprachen. In A. Leitzmann (Hrsg.), *Gesammelte Schriften* (Bd. 4, S. 420-435). De Gruyter. <https://doi.org/10.1515/9783110833751>

----- (1907). Über die Verschiedenheit des menschlichen Sprachbaues und ihren Einfluß auf die geistige Entwicklung des Menschengeschlechts. In A. Leitzmann (Hrsg.), *Gesammelte Schriften* (Bd. 7, S. 1-344). De Gruyter. <https://doi.org/10.1515/9783111404110>

----- (1969). Über die Verschiedenheit des menschlichen Sprachbaues. In A. Flitner/K. Giel (Hrsg.), *Werke in fünf Bänden* (Bd. 3, S. 144-367). Wissenschaftliche Buchgesellschaft.

Jaeggi, R. (2014). *Kritik von Lebensformen*. Suhrkamp.+

Jakobs, G. (2002). Gleichgültigkeit als dolus indirectus, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 584-599. <https://doi.org/10.1515/zstw.2002.114.3.584>

----- (2005). Individuum und Person: Strafrechtliche Zurechnung und die Ergebnisse moderner Hirnforschung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 247-266. <https://doi.org/10.1515/zstw.2005.117.2.247>

----- (2008). *Norm, Person, Gesellschaft: Vorüberlegungen Zu Einer Rechtsphilosophie* (3. Aufl.). Duncker & Humblot. <http://doi.org/10.3790/978-3-428-52675-8>

----- (2012). *System der strafrechtlichen Zurechnung*. Vittorio Klostermann. <http://doi.org/10.5771/9783465141464>

Kant, I. (2000). Kritik der praktischen Vernunft. In: W. Weischedel, (Hrsg.), *Werkausgabe in 12 Bänden* (17. Aufl., Bd. 3). Suhrkamp.

----- (2000). Die Metaphysik der Sitten. In: W. Weischedel, (Hrsg.), *Werkausgabe in 12 Bänden* (17. Aufl., Bd. 8). Suhrkamp.

Kaufmann, A. (1954). *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*. Schwartz & Co.

Kersting, W. (2001). Die Unabhängigkeit des Rechts von der Moral (Einleitung). In J.-C., Merle (Hrsg.), *Johann Gottlieb Fichte: Grundlage des Naturrechts* (S. 21-38). Akademie. <https://doi.org/10.1524/9783050050324.21>

----- (2016). *Wohlgeordnete Freiheit* (2. Aufl.). Suhrkamp.

Hofmann, H. (2022). Artikel: *Person*. In: <https://www.staatslexikon-online.de/Lexikon/Person>.

Köhler, M. (1982). *Die bewusste Fahrlässigkeit: Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*. Winter.

Lampe, E.-J. (1967). Das personale Unrecht. Duncker & Humblot.

Lin, B.-S. (2023). *Das Unrecht der versuchten Tat: Rekonstruktion der Eindruckstheorie auf der Grundlage der diskursiven Rechtstheorie*. Peter Lang. <https://doi.org/10.3726/b20768>

Maihofer, W. (1957). Der Unrechtsvorwurf. In S. Hohenleitner/L. Lindner/F. Nowakowski (Hrsg.), *Festschrift für Theodor Rittler: zu seinem 80. Geburtstag* (S. 141-164). Scientia.

Mezger, E. (1924). Die subjektiven Unrechtselemente. *Der Gerichtssaal*, 207-312.

Münzberg, W. (1966). *Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung*. Vittorio Klostermann.

Otto, H. (1975). Personales Unrecht, Schuld und Strafe. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 539-597. <https://doi.org/10.1515/zstw.1975.87.3.539>

Radbruch, G. (1930). Zur Systematik der Verbrechenslehre. In A. Hegler (Hrsg.), *Festgabe für Reinhard von Frank* (Bd. 1, S. 158-173), Scientia.

Reyes, Y. (1993). Theoretische Grundlagen der objektiven Zurechnung, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 108-136. <https://doi.org/10.1515/zstw.1993.105.1.108>

Roxin, C. (1973). *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*. De Gruyter. <https://doi.org/10.1515/9783110890525>

----- (2004). Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 929-944.  
<https://doi.org/10.1515/zstw.2004.116.4.929>

----- (2017). Die objektive Zurechnung in ihrer Bedeutung für die strafrechtliche Tatbestandslehre. In C. D. Spinellis/N. Theodorakis/E. Billis u. a. (Hrsg.), *Crime, Criminal Justice, and the Way Forward, Festschrift für Nestor Courakis* (Band 2, S. 79-90). Ant. N. Sakkoulas.

Roxin, C./Greco L. (2020). *Strafrecht Allgemeiner Teil* (5. Aufl., Bd. 1). C. H. Beck. <https://doi.org/10.17104/9783406758010>

Stuckenbergs, C-F. (2015). Vorsatz, Unrechtsbewusstsein, Irrtumslehre. In W. Frisch/G. Jakobs/M. Kubiciel u. a. (Hrsg.), *Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels* (S. 87-110). Mohr Siebeck.

Thon, A. (1878). *Rechtsnorm und subjectives Recht*. Hermann Böhlau.

Wachter, M. (2015). *Das Unrecht der versuchten Tat*. Mohr Siebeck.

Welzel, H. (1975). *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. De Gruyter.

----- (1939). Studien zum System des Strafrechts. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 491-566.  
<https://doi.org/10.1515/zstw.1939.58.1.491>

----- (1949). *Um die finale Handlungslehre: eine Auseinandersetzung mit ihren Kritikern*. Mohr Siebeck.

----- (1955). *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit* (2. Aufl.). Vandenhoeck & Ruprecht.

----- (1969). *Das Deutsche Strafrecht* (11. Aufl.). De Gruyter.  
<https://doi.org/10.1515/9783110897302>

Wilfert, M. V. (2017). *Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat*. Mohr Siebeck.

Wolff, E. A. (1985). Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 786-830.  
<https://doi.org/10.1515/zstw.1985.97.4.786>

----- (1987). Die Abgrenzung von Kriminalunrecht zu anderen Unrechtsformen. In W. Hassemer (Hrsg.), *Strafrechtspolitik: Bedingungen der Strafrechtsreform* (S. 137-224). Peter Lang.

Zaczyk, R. (1989). *Das Unrecht der versuchten Tat*. Duncker & Humblot.

----- (1998). Über Begründung im Recht. In R. Zaczyk/M. Kahlo/M. Köhler (Hrsg.), *Festschrift für E.A. Wolff* (S. 509-524). Springer.  
[https://doi.org/10.1007/978-3-642-60326-6\\_27](https://doi.org/10.1007/978-3-642-60326-6_27)

----- (1999). Die Freiheit der Person als Zentrum der Rechtsbegründung. In P. Siller/B. Keller (Hrsg.), *Rechtsphilosophische Kontroversen der Gegenwart* (S. 51-54). Nomos.

----- (2014). Kritische Bemerkungen zum Begriff der Verhaltensnorm. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 73-90.

Zielinski, D. (1973). *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff: Untersuchung zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß*. Dunker & Humblot.

Zipf, H. (1970). Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten im Strafrecht. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 633-654.  
<https://doi.org/10.1515/zstw.1970.82.3.633>

## To Construct a „Procedure-Dependent” Theory of Criminal Illegality of Person

*Bei-Shen Lin*<sup>\*</sup>

### Abstract

The purpose of this article is to construct a „procedure-dependent” theory of criminal illegality of person, which emphasizes the link between personal capacity and the concept of legality/illegality. Such theories can be traced back to Hans Welzel. However, after he put forward the relevant statement, due to the inability to properly integrate the subjective dimension (purpose) and the social dimension (social equivalence) that constitute the two pillars of the concept of illegality, it sparked debates in later generations. Therefore, the first half of this article will analyze and criticize Welzel's original discussion and several representative theories of illegality of person. Then, this paper will propose and construct a "procedure-dependent" theory of criminal illegality of person, in which the subjective and social dimensions of illegality are properly integrated. Inheriting the related statements of contemporary philosophy of language, this paper holds that: persons are neither individuals who can discover themselves without the presence of others, nor standardized roles that can only fully accept the action options set by society, but a "communicative rational subject" who can travel through it, accept roles under normal circumstances, but also provide reasons when necessary to create the possibility of change. Based on this, in order to claim the legitimacy of a judgment of illegality, the legal community must construct a fair procedure that allows actors to change the interpretation of the meaning of

---

\* Assistant Professor at School of Law, Fu-Jen University; Dr. iur., Frankfurt University, Germany.  
E-mail: 153166@mail.fju.edu.tw

their actions by the existing interpretation framework in society. That is, the fair procedure provides an interface for the integration of the person and society. Finally, this paper puts forward the basic proposition of this theory of illegality: "An action that is deemed to have the meaning of denying rights through the framework of behavior interpretation in the world of life in a fair criminal procedure is an illegal action."

**Keywords:** **criminal illegality, theory of criminal illegality of person, communicative rationality, communicative freedom, procedure-dependent**

