

## 第二章 刑罰目的觀

刑罰目的觀在量刑的過程中扮演著最核心的角色，其不僅僅決定刑罰的本質、賦予刑罰正當化的依據、限制刑罰恣意的裁判、提供刑罰裁量的基準、影響罪責的內涵、更進而影響犯罪論與刑罰論的分際，對整個刑法體系都有卓著的影響。學者團藤重光曾言：「量刑就像是刑法理論的縮影」<sup>2</sup>，而刑罰裁量的核心概念「刑罰目的觀」，更是刑法理論的基礎。

刑罰目的觀的發展，在數百年的爭辯中，已漸漸和原始的主張有所出入，雖是配合時代演進所當然，但探求其本質、初衷，有助於對刑罰目的觀在運用上的適切判斷，因此，本章將先由刑罰思想的歷史發展與演變展開討論，探討刑罰目的觀的思想與社會背景，以期對刑罰思想在本質上的釐清。而刑罰目的觀的內涵與相互間的爭議，對於刑罰目的本質缺陷的認識，亦有幫助，故將分別探討應報刑論與目的刑論的內涵與爭議，並評析其爭議。最終，則對於刑罰正當性之依據，亦即刑罰目的，為綜合的探討，檢討單一刑罰目的觀作為刑罰正當性依據的可行性。

### 第一節 刑罰思想之歷史發展

刑罰思想的發展史，就如同一部人民對抗君主或國家專制的歷史。人類思想在發展的過程中，從一開始單純的反抗王權專制，到不斷地透過各種利益的折衝與衡量，演進出新的思想觀念，也進一步影響刑法理論的發展。在探討刑法思潮時，一般是從啟蒙時期作為探討的分水嶺，究其原因，在於啟蒙時期以後，人類開始排斥非合理主義，逐漸去追求以人類理性為基礎的合理主義<sup>3</sup>。因此，以下在探討刑罰思想的歷史，亦以啟蒙時期之後，為主要探討的始點。

從啟蒙時期以降，以豐富的哲學思想背景所支撐的古典學派，其理論與社會的脈絡，是本章節首要探討的重點。次而，因科學上對於人類犯罪原因探究的突破性科際整合，提供近代學派醞釀的基礎，其發展的契機與初衷為何？亦為觀察重點。復次，透過各學派的演變，不僅探討過去刑罰思想的脈絡，也企

<sup>2</sup> 團藤重光，「刑法綱要總論」，創文社，第422-423頁，1957年。

<sup>3</sup> 大塚仁/河上和雄/佐藤文哉/古田佑紀編，「大コンメンタル刑法第二版第1卷」，青林書院，第10頁，2005年12月初版第2刷。

圖觀察出將來可能的發展。

### 第一項 古典學派

古典學派的先驅者 Cesare Beccaria (1738-1794)，其曠世鉅著「犯罪與刑罰」(1764)一書，開創近代刑法學的新局面，建立起自由主義刑法觀點。而其後以 Immanuel Kant (1724-1840)思想為根基，所發展出的國家主義刑法，影響其後百年的刑罰思潮，本文亦將介紹之。兩學派皆屬古典學派分支，前者發軔於啟蒙時期，採相對理論，後者則活躍於 19 世紀中葉以降，採絕對理論<sup>4</sup>，以下即以此分類分別探討。

#### 第一款 相對主義之古典學派

近代刑法是成就於啟蒙時期的思想產物，當時的出發點在於對抗絕對的王權思想，也是之後數百年至今，刑罰理論的基本思維，亦即「對抗絕對的權力」。然而提到古典學派的刑法思想，即不得不提其先驅者 Beccaria，其「犯罪與刑罰」一書，擘劃出自由主義刑法的構想，對於刑法的近代化，有相當大的影響，但是，其在「犯罪與刑罰」一書所提到的思想內涵，並非其個人憑空發想的產物，而是有其深厚的理論背景，在當時的啟蒙思想時空中，使 Beccaria 吸收許多啟蒙時期的自由主義與社會契約的構想，成就「犯罪與刑罰」一書<sup>5</sup>，因此，對於其哲學與歷史背景的探討，有助於概念的釐清。

在啟蒙時期前，封建時期的刑罰觀念中，一般認為刑罰的特色是屬於專擅的刑罰，國家刑罰權恣意行使，歸納其特色有以下四種，分別是干涉性、恣意性、不平等性、嚴苛性<sup>6</sup>，所謂干涉性，是指該時期的刑法，法

<sup>4</sup> 日本學界將前者稱為「前期舊派」，後者稱為「後期舊派」，這樣的分類最早由學者平野 龍一所主張，參照平野 龍一，「刑法總論 I」，有斐閣，第 5-12 頁，1979 年初版第 13 刷。但我國則有以「舊派之相對主義」與「舊派之絕對應報刑論」稱之。參照，韓忠謨，刑法原理，第 21-26 頁，自版，1997 年再版。本文則以「相對主義之古典學派」與「絕對主義之古典學派」稱之，以凸顯其在刑罰論的特色。

<sup>5</sup> 大塚 仁，「刑法概說(總論)」，有斐閣，第 19 頁，2005 年第 3 版增補版。

<sup>6</sup> 平野 龍一，前揭註 4，第 5 頁。內藤 謙，「刑法講義總論(上)」，有斐閣，第 62-63 頁，1991 年初版第 5 刷。前田 雅英，「刑法總論講義」，東京大學出版會，第 18-19 頁，2006 年第 4 版第 2 刷。中村 勉，「刑法の基本思考」，北樹出版，第 252-254 頁，2003 年改訂版。

律與宗教、道德未分離，不當干涉個人生活領域。所謂的恣意性，指的是罪刑專斷，由於罪刑法定思想尚未成熟，因此，罪與刑常常是單方面的由有權者決定，有論者更進一步指出，當時的恣意性主要是表現在國王的特權，而非法官的專斷<sup>7</sup>。所謂不平等性，是指依不同身份對於犯罪者採取不同標準的處理，貴族與平民所受的刑罰有顯著差異。所謂嚴苛性，是指刑罰手段的殘酷，肉刑的實施仍相當普遍。

到了啟蒙時期，近代公民社會產生，對於這樣的刑罰制度，開始有了較為理性的思考模式，企圖對封建專制的王權，思索限制其權力的方法，各種思維開始大鳴大放，而影響 Beccaria 最重要的啟蒙思想，當推社會契約論的概念。所謂社會契約的概念，自 Thomas Hobbes (1588-1679)開始有較具體的構想，而後經 John Locke (1632-1704)與 Jean-Jacques Rousseau (1712-1778)等人，將社會契約說精緻化，進而影響 Beccaria 關於刑罰的思想。Hobbes 主張，眾人挑選一個人為主權者，相互放棄管理自己的權力，而將該權力賦予此人，使該主權者為契約的受益人，社會狀態則從自然狀態轉變成公民社會<sup>8</sup>。這樣的主張中，雖充滿著對君主專制的擁護，但是其立論的方式，為之後的社會契約論者奠定根基。Locke 則有意限制政府，因此，其對於 Hobbes 所主張的主權者非契約當事人的概念，即有所批判，Locke 認為，當所有人都進入了公民社會，只有一人留在自然狀態，而該人卻能擁有憑己意恐嚇他人的權力，是以常識即可知其荒謬，故 Locke 所建立的是一種主權者也受限制的社會契約<sup>9</sup>。到了 Rousseau，社會契約的內涵雖被其誤認的含糊不清，但無損於其提出普遍意志的概念<sup>10</sup>。並且認為犯罪是破壞社會契約，因此國家對於這樣的反叛者，令其失去法律的保護<sup>11</sup>。

總結上述社會契約論者的基本思維，一方面是以契約的概念，突破君主專制的狀態，企圖以社會契約的論證方式，將主權者設定在可受限制的角色；另一方面，對於刑罰正當性的論證上，則是從利己主義的角度，認

<sup>7</sup> 平野 泰樹，「近代フランス刑事法における自由と安全の史的展開」，現代人文社，第 48-52 頁，2002 年。

<sup>8</sup> J.S.McClelland 著，彭淮棟譯，西洋政治思想史，第 231-232 頁，商業週刊股份有限公司，2000 年。George H. Sabine 著，李少軍、尚新建譯，西方政治思想史，第 484 頁，桂冠圖書股份有限公司，1992 年初版 2 刷。

<sup>9</sup> J.S.McClelland，前揭註 8，第 270-272 頁。

<sup>10</sup> George H. Sabine，前揭註 8，第 592-593 頁。

<sup>11</sup> 大塚 仁，前揭註 5，第 18 頁。

為犯罪為違反契約約定，因此破壞契約約定為其刑罰處罰之正當性來源。此基本構想，是本階段刑罰思想重要的哲學背景。

在社會契約論者的氛圍下，Beccaria 有感於當時刑罰的不合理，於 1764 年寫下「犯罪與刑罰」一書。在該書是以社會契約為出發點，闡述「刑罰權的根據」，是由每個人提供最少限度的自由，形成一個國家的君權，而由君主保存與管理，據此其進而認為殘酷的刑罰，是超出社會契約的範圍<sup>12</sup>。而其對「罪刑法定」也提出嚴謹的辯證，認為每個公民都有權做一切不違背法令的事，除了其行為本身可能造成的後果之外，不必擔心會遇到其他麻煩<sup>13</sup>；而受到權力分立的影響，其認為只有依社會契約所聯合起來的立法者，始能訂定法律，並對犯罪規定刑罰，排除罪刑專斷的不正義<sup>14</sup>。Beccaria 也主張「罪刑均衡」，認為刑罰應與犯罪所造成的社會危害程度相對應，否則就會破壞社會的法感情，而使較嚴重的犯罪無法獲得抑制<sup>15</sup>。其極力主張「一般預防」的刑罰思想，認為應當要讓人人畏懼法律，並且認為畏懼法律是健康的，人對人畏懼才是有害的<sup>16</sup>，對於刑罰，也提出刑罰的及時性、必然性與確定性等方針<sup>17</sup>。其對於「特別預防」的刑罰思想亦有提及，認為刑罰的目的僅僅在於阻止罪犯再重新侵害公民，並規誡他人不要重蹈覆轍，刑罰的目的不是要消除已經犯下的罪刑<sup>18</sup>。

綜觀上述 Beccaria 的各種觀點中，限制主權者的專制與恣意，為啟蒙階段刑罰思想的最重要任務。透過社會契約的概念來設定國家權力的界線，並確保個人的自由最大化；強調刑罰的預防思想，對抗神學的應報刑思想<sup>19</sup>。因此啟蒙時期的刑罰思想，被定位在一般預防的相對刑論，是有其手段上的意義，為達到反抗專制的目的，將源自於社會契約論的根基「利己主義」與刑罰相連結，使追求功利目的成為緩和刑罰嚴苛的手段<sup>20</sup>。而此階段的刑法思想跨時代的意義，在於自此之後，發現刑法具有以國家權力

<sup>12</sup> Cesare Beccaria 著，黃風 譯，論犯罪與刑罰，第 8-11 頁，中國大百科全書出版社，2003 年第 5 刷。

<sup>13</sup> Cesare Beccaria，前揭註 12，第 69 頁。

<sup>14</sup> Cesare Beccaria，前揭註 12，第 11 頁。

<sup>15</sup> Cesare Beccaria，前揭註 12，第 65-66 頁。

<sup>16</sup> Cesare Beccaria，前揭註 12，第 104-105 頁。

<sup>17</sup> Cesare Beccaria，前揭註 12，第 56-60 頁。

<sup>18</sup> Cesare Beccaria，前揭註 12，第 42 頁。

<sup>19</sup> 藤本 哲也，「刑事政策概論」，青林書院，第 116-117 頁，2006 年全訂第 5 版。

<sup>20</sup> 內藤 謙，前揭註 6，第 65 頁。中村 勉，前揭註 6，第 256-257 頁。

確保個人權利自由的人權保障機能<sup>21</sup>，賦予國家擔保個人自由的義務。Beccaria 的自由主義刑法思想影響了 1791 年法國刑法典，其中最重要的在於固定刑制的設立，其主要目的是對抗主權者的恣意專斷，另一方面也是極度強調罪刑法定、一般預防思維的結果。固定刑制的各種弊病也導致後來一般預防思想的調整。

相對主義之古典學派，其一般預防的思維，到了 Anselm v. Feuerbach (1775-1833) 有更體系化的發展。Feuerbach 處於特別預防思想充斥<sup>22</sup>，警察國家刑法理論盛行的年代，當時認為刑法的任務是對於犯罪者道德的改善與保全社會<sup>23</sup>，因此 Feuerbach 首先將預防思想區分為一般預防與特別預防。而其因為受到 Kant 的影響，強調對個人自由的尊重，有意區分法律與道德，並進一步認為當時的特別預防觀念，是將法律與道德的混同<sup>24</sup>，而道德的應報觀念亦屬於道德層次，兩者都應予以排除。

Feuerbach 有名的「心理強制論」，更是將一般預防理論發展至新的階段，其思想背景係以社會契約論為根據，延續啟蒙思想以來的利己主義，進而主張功利的刑法思想，排除人類意思自由的觀念，以決定論為根基，建立一般預防的刑法體系。心理強制論簡單來說，是欲將所有犯罪行為的內心衝動，由心理層面強制排除，排除的方法是透過刑法本身的刑罰威嚇，與刑事司法的執行刑罰，造成行為人在犯罪時會考量犯罪所帶來的痛苦遠比不犯罪的痛苦還大，因而排除其犯罪衝動<sup>25</sup>。心理強制論的理論發展，必然走向強調罪刑法定的概念，亦即唯有透過罪刑法定，昭告人民行為的規範界線，始得達其心理強制效果。

綜觀 Feuerbach 的刑法思想，源自於抵抗警察國家刑法理論的專擅，欲透過心理強制、罪刑法定等手段，將當時因傾向特別預防而趨於主觀化的刑法思想，重回客觀面討論，根本的思想還是屬於自由主義刑法觀點，亦即透過上述的手段，使人民的行止有依循的根據。然而，其心理強制的觀點，雖有其手段上的意義，出發點也是在於自由主義刑法，另一方面，

<sup>21</sup> 內藤 謙，前揭註 6，第 65 頁。

<sup>22</sup> 當時的特別預防思想重視的是對犯罪行為人個人的「威嚇」，代表者為 Karl Ludwig Wilhelm v. Grolman。參照，大塚 仁，前揭註 5，第 45 頁。

<sup>23</sup> 山中 敬一，「刑法總論 I」，成文堂，第 24 頁，2004 年初版第 4 刷。

<sup>24</sup> 福田 平，「刑法總論」，有斐閣，第 6-8 頁，第 4 版，2004 年。

<sup>25</sup> 林山田，刑罰學，第 65 頁，台灣商務印書館股份有限公司，2002 年修訂版第 4 刷。

卻也形成威嚇刑法的論理基礎，影響其後一世紀的刑事立法。

一般預防的刑罰思想是相對主義古典學派的特徵，其源自於利己主義的社會契約論，而以自由主義刑法為根本。其被提倡的出發點在於將刑罰與功利連結，作為排除專制的手段，例如：在 Beccaria 時期是用來對抗神學的應報觀念；在 Feuerbach 時期則是用來抑制過度發展的特別預防觀念與道德的應報觀念。以一般預防作為理論的手段，可歸結於當時的歷史背景，是在罪刑法定觀念不足、刑罰恣意與專擅的環境下，不得不使用一般預防來強調以法規教育人民的重要性，以達到刑罰可預測的目的。而當罪刑法定的觀念被確立之後，一般預防的重要性，則漸漸移轉至刑罰執行層面。到了晚近，才將一般預防分為積極的一般預防與消極的一般預防，使一般預防理論被賦予新的面貌。其理論也不至於因被曲解導致過度強調威嚇，而遭全面抗拒。

## 第二款 絕對主義之古典學派

以自由主義為核心的相對主義古典學派，在推翻專制後的任務完成後，對於後續自由主義的社會秩序，漸漸趕不上國家間的競爭發展，國家主義藉此萌芽，也影響了刑罰思想的潮流。而此階段的刑罰思想，主要是以 Kant 與 Friedrich Hegel (1770-1831) 的哲學思想為基礎，發展出絕對主義之古典學派，並且發展成各種不同面向的思維。以下將對該學派刑罰思想的歷史及哲學背景分析介紹。

Napoléon Bonaparte 橫掃歐洲之後，重建的歐洲，呈現對於法國大革命所提倡之自由主義的反動，典型的保守主義者如 Metternich 者是<sup>26</sup>。而在德國方面，由於經濟發展落後於其他國家，急於迎頭趕上的壓力，因此，欲透過民族主義的提倡，強調民族的傳統歷史，建立起中央集權的國家，樹立國家權威優越於個人自由的國家主義思潮，成為國家發展的手段，這樣的情形特別是在 19 世紀中葉更為顯著<sup>27</sup>。故國際政治對於自由主義的反動，以及國家欲透過中央集權達成經濟發展目的，是本階段刑罰思想的

<sup>26</sup> 福田 平，前揭註 24，第 9 頁。

<sup>27</sup> 山中 敬一，前揭註 23，第 26 頁。曾根 威彦，「刑法学の基礎」，成文堂，第 35 頁，2005 年初版第 3 刷。大越 義久，「刑法總論」，有斐閣，第 11 頁，2007 年第 4 版。內藤 謙，前揭註 6，第 66-67 頁。

歷史背景。

本階段刑法思想所依附的哲學背景，則是以 Kant、Hegel 為中心。Kant 強調人的主體性，主張人的意思是自由的非決定論，因而其反對刑罰的功利主義，人因具有人格，不能被當作達成目的的工具，故刑罰是不受目的構想所拘束的正義誠命，其意義僅在於犯罪的報應<sup>28</sup>，主張絕對的應報刑論。並且明白區分道德與法律，認為法律不是為了國民的福祉，而是為了保有自律的自由<sup>29</sup>，仍可看出其受社會契約之影響。而在刑罰的科處上，其主張同害相報復的原理，亦即以牙還牙，以眼還眼的絕對應報刑論色彩。

而 Hegel 則是承襲 Kant 對人的主體性之尊重，反對目的刑論。而其欲擺脫社會契約論的拘束，以自己獨自的邏輯辯證法，詮釋刑罰的正當性。其認為犯罪是對法社會價值的否定，而法律所代表者，是社會的正面價值，刑罰對於犯罪的處罰，是對於否定正面社會價值的犯罪之再否定<sup>30</sup>。刑罰的意義不是施以惡害，而是以理性尊重犯人<sup>31</sup>。進而 Hegel 更主張等價的再報應，其以犯罪與刑罰的等價性，代替 Kant 所主張，但實行上卻不可能之同害相報應概念<sup>32</sup>，因而用刑罰當作象徵性的制裁，並在侵害的價值上追求相當。其與 Kant 的另外一項不同的主張在於，Hegel 強調國家的利益以代替個人利益，其認為國家是倫理道德的具體展現，以國家規定了理性與倫理時，國家就有以刑罰回復法與正義的權利<sup>33</sup>。國家在這樣的理論主張中成為最高的道德主體，而此時轉而探索國家、民族精神的需求，並求諸於歷史的發展，亦有歷史法學派的影響在<sup>34</sup>。在國家主義盛行之時，以上的哲學背景成了國家主義刑法的最佳著力點。

受到 Kant、Hegel 的哲學背景影響，以及國際社會當時的客觀條件，各種絕對主義古典學派的刑罰思想漸漸成形。其共同點在於，肯定形而上

<sup>28</sup> 林山田，刑法通論(下冊)，第 424 頁，自版，2008 年增訂第 10 版。柯耀程，刑法總論釋義-修正法篇(下)，第 297 頁，自版，2005 年。

<sup>29</sup> 山中 敬一，前揭註 23，第 26 頁。

<sup>30</sup> 柯耀程，前揭註 28，第 298-299 頁。

<sup>31</sup> 大塚 仁/河上 和雄/佐藤 文哉/古田 佑紀，前揭註 3，第 11 頁。

<sup>32</sup> ロクシン，平野 龍一監修；町野 朔，吉田 宣之監訳，「ロクシン刑法總論第一卷基礎・犯罪論の構造」，信山社，第 56 頁，2003 年。

<sup>33</sup> 前田 雅英，前揭註 6，第 21 頁。

<sup>34</sup> 內藤 謙，前揭註 6，第 66 頁。山中 敬一，前揭註 23，第 26 頁。

學的意思自由，並藉此主張道義責任論，而對於有道義責任之犯罪行為加以刑罰的應報<sup>35</sup>。需特別注意的是，此時的哲學與社會背景，雖有國家主義刑法的發展空間，但在理論主張上，並非全然傾向國家主義刑法，特別是在犯罪論的理論構成部分，仍有自由主義色彩，此可觀察 19 世紀中葉 Karl Binding (1841-1920)、Karl v. Birkmeyer (1847-1920)與 Ernst Beling (1866-1932)等人在學說上的主張，更可看出本學派論者在國家主義與自由主義間不同的主張。Binding 認為刑罰是依據對於國家犯人的服從要求權，去否定對於規範否定的犯罪，維持法律的權威，而各個刑罰權的內容，必須與犯罪的份量立於一定的關係，犯罪對法制序的破壞有多大，犯人受到刑罰的痛苦就應該有多大<sup>36</sup>。強調刑罰的本質是確認法律的權威之應報，極端的威權主義<sup>37</sup>，具有濃厚的國家主義色彩。反之 Beling 則是認為在意思自由的範圍之內，刑罰是對於有責行為所科與的應報，這樣的應報是為了維持社會之秩序，並且大力提倡其著名之構成要件理論，將犯罪檢證推向客觀化，則是具有自由主義色彩<sup>38</sup>。而 Birkmeyer 則是折衷於二者之間，一方面貫徹意思自由與道義責任論，一方面則認為應報刑是為了維持國家法秩序<sup>39</sup>。

絕對主義之古典學派以尊重人的主體性為出發點，認為人不得被工具化，也因此肯認人的自由意思，並認為人類因為具有自由意思，依自由意思違犯法律之行為是有道義上之責任，而對於這樣道義上的責任，應當加諸刑罰作為應報，是故應報刑論是本階段刑罰思潮的主軸。在國家主義興盛的時代背景下，該學派進而將應報刑與國家相連結，認為應報刑是維持抽象的國家概念之秩序，國家是最高的道義體，並將刑罰的本質抽象化，認為刑罰不是保護個人的手段，而是為國家、民族服務，進而轉而探索國家、民族精神的需求，並求諸於歷史的發展。對於在 19 世紀中葉(1840-1870)當時正由分裂尋求統一的德國而言，應報刑論的確是提倡抽象概念，求諸民族主義的最佳手段，因此，以應報刑論為主軸的絕對主義古典學派發軔於當時的德意志邦聯，盛行於統一後的德意志帝國。

<sup>35</sup> 內藤 謙，前揭註 6，第 66-67 頁。

<sup>36</sup> 大塚 仁，前揭註 5，第 22-23 頁。

<sup>37</sup> 淺田 和茂，「刑法總論」，成文堂，第 24 頁，2005 年初版 2 刷。山中 敬一，前揭註 23，第 27 頁。

<sup>38</sup> 內藤 謙，前揭註 6，第 68 頁。

<sup>39</sup> 內藤 謙，前揭註 6，第 68 頁。

而學者認為，並非此學派論者皆以國家秩序為依歸，而是有自由主義與國家主義兩個面向<sup>40</sup>。其意指，在道義責任論中，將國家視為最高道義主體，雖充滿國家的優越性。但透過肯定實定法之法實證主義，排除舊時自然法的概念，將犯罪理論客觀化，防止刑罰範圍恣意的擴大；在刑罰論將刑罰限於與責任相對應，則是自由主義的表現<sup>41</sup>。對於上述主張，在此應該將犯罪論與刑罰論區別觀察，在犯罪論的論述上，強調構成要件的概念，將犯罪論帶入客觀化的新境界，固然具有抑制刑罰範圍的主張，但與刑罰思想並無直接關連；而在刑罰論的論述上，即使有罪刑均衡的主張，強調對應行為責任，但對於罪責卻強調國家為主的道義責任論，事實上仍充斥著國家主義的崇尚。因此，本階段的刑罰思想，主要仍以國家主義刑法的應報刑論為主軸，而主權者對刑法的應用，若過於強調威權與國家權力，則應報刑論的在罪刑均衡的刑罰抑制機能就會減低，並且流於抽象，更進而可能成為如納粹政權的獨裁工具。

## 第二項 近代學派

在絕對主義之古典學派發展的同時，於 19 世紀中葉，社會與科學的因素，為近代學派的發展提供契機，並於 19 世紀末葉崛起，影響往後的刑罰思想甚鉅。在絕對主義古典學派盛行的 19 世紀中葉，社會發展相當快速，當時的刑法理論已不足於對應當時的社會變動，因此，讓近代學派有了發展的歷史因素。而犯罪學對人類研究的進步，則是提供近代學派在科學上的論據，主要是以 Cesare Lombroso (1836-1909) 所代表的犯罪人類學派與 Franz v. Liszt (1851-1919) 所代表的犯罪社會學派為兩大分支。

近代學派的歷史背景可分為社會與科學發展兩個面向，在社會背景部分，19 世紀中葉以後，蓬勃發展的工業革命是近代學派發展的直接原因。工業革命所造成的經濟發展，與獨佔主義、帝國主義式的資本主義的發達，產生新的社會問題，諸如都市人口集中、失業人口增加、貧富差距擴大、資本家與勞動者的階級對立加深等問題，造成輕微的財產犯罪不斷、藥物濫用與酗酒問題激增。而當時所施行的絕對主義古典學派刑法典，對於輕微的犯罪，

<sup>40</sup> 內藤 謙，前揭註 6，第 67-69 頁。平野 龍一，前揭註 4，第 12 頁。

<sup>41</sup> 淺田 和茂，前揭註 37，第 23 頁。前田 雅英，前揭註 6，第 24 頁。平野 龍一，前揭註 4，第 12 頁。

卻仍堅持絕對應報的罪刑均衡原則，造成短期自由刑之累犯激增，犯罪現象卻無減緩趨勢<sup>42</sup>。而因為資本主義的弊病，與資本主義相對抗的社會主義意識也逐漸抬頭，當時的共產主義主張，某些犯罪是資本主義社會構造上本身的弊病，同樣是犯罪，在共產主義社會的環境下，犯罪的社會條件並不存在，因此犯罪原因中，只剩下行為人本身的問題<sup>43</sup>。

而不同於古典學派求諸於哲學的思維，近代學派則是與當時的科學相結合，特別是犯罪學的發展最為顯著，在 Cesare Lombroso (1835-1909)、Lambert Adolphe Jacques Quételet (1796-1874)、Enrico Ferri (1856-1929)、Raffaele Garofalo (1851-1934)等人相繼的對近代學派所提出的論點，使刑罰理論與近代科學發展有了緊密結合。

Lombroso 為犯罪人類學派的先驅者，在其有名的著作「犯罪人」中，將犯罪人分為三種，分別是性犯罪人、精神病犯罪人與生來犯罪人<sup>44</sup>，為犯罪人類學派開創新局，並且認為應注重犯罪在人類學上、遺傳生物學上的原因。縱使現在回顧 Lombroso 的主張已不符實際，但其卓越的貢獻在於將研究犯罪原因的重點轉移在人類的本身，使研究犯罪人身體、精神的研究人才增加<sup>45</sup>。其所生效應的貢獻遠大於其原本之研究。另外，Quételet 則為早期將犯罪數據予以統計分析之人，並將其數據與社會現象結合分析，研究重心放置於社會對於犯罪行為人之影響，利用統計方法對於犯罪原因分析和犯罪案件地理分布情形，為犯罪社會學派的先驅<sup>46</sup>。又 Ferri 則是以 Lombroso 的立場出發，並融合社會學派的影響，將犯罪原因分為人類學、社會學及物理學三種原因，而對於這些原因所發生之犯罪，刑法是一種社會防衛手段，其並且主張刑罰與保安處分一體的一元主義<sup>47</sup>。Garofalo 仍延續 Lombroso 的立場，並加入社會心理學的研究，提出自然犯與法定犯的區別，認為自然犯是欠缺對於他人憐憫與誠實的情感，而其原因歸咎於成長過程中，該部分情感發展的落後；而其排斥道義責任論，認為責任的分量應以犯罪行為人的危險

<sup>42</sup> 前田 雅英，前揭註 6，第 22 頁。平野 龍一，前揭註 4，第 8 頁。內藤 謙，前揭註 6，第 69 頁。中村 勉，前揭註 6，第 260-261 頁。

<sup>43</sup> 中村 勉，前揭註 6，第 269 頁。

<sup>44</sup> 柳本 正春，「刑事政策讀本」，成文堂，第 34 頁，2000 年第 2 版。其後 Lombroso 更增加機會性犯罪人群，並且漸次減少生來犯罪人在犯罪總數中的比率。參照，柳本 正春，前揭書，第 34-35 頁。

<sup>45</sup> 周震歐，犯罪心理學，第 17 頁，自版，1999 年。柳本 正春，前揭註 44，第 35 頁。

<sup>46</sup> 周震歐，犯罪社會學，第 21 頁，黎明文化事業股份有限公司，1993 年。柳本 正春，前揭註 44，第 33-34 頁。

<sup>47</sup> 前田 雅英，前揭註 6，第 22-23 頁。

性而定<sup>48</sup>。經過以上等人的研究，犯罪學的研究加入了心理學與社會學等概念，對於犯罪的原因不再是傳統的求諸於哲學上的思想背景，而是轉而研究犯罪行為人本身的犯罪原因，是本階段刑罰觀念丕變的一個重要因素。

然而在此同時 Franz v. Liszt (1851-1919)則是有系統的提出刑法目的觀念，欲解決當時嚴重的犯罪問題。其認為過去的刑罰是盲目的一種社會反應，而刑罰應該是具有必要性與合目的性的，始有存在正當性，而刑罰的主要目的則是對於犯罪行為人有適當的影響<sup>49</sup>。Liszt 將犯罪的原因分為社會原因與個人原因，犯罪的社會原因，須交由有力的社會政策去解決，犯罪的個人原因始為刑事政策的固有課題，而關於這固有課題，則是依照行為者反社會性格所展現對法秩序產生的危險性，決定施以刑罰的種類與分量<sup>50</sup>。其將犯罪行為人分為由「社會情況」與「內在本性」所引起的兩種類型，由「社會情況」所引起的稱為「偶發犯」，透過威嚇予以嚇阻；由「內在本性」所引起的稱為「情況犯」，「情況犯」又可細分為「有改善可能者」與「無改善可能者」，對於前者施以教育感化，對於後者則將其與社會隔離<sup>51</sup>。並主張以實證方法研究犯罪與犯罪行為人，於 1889 年與 Adolphe Prins、G.A. van Hamel 等人成立國際刑事學會，研究有關特別預防的刑事政策。

Liszt 在犯罪論的部分，仍堅持罪刑法定與客觀主義，提出刑法是犯罪者的大憲章概念，強調個人自由保障機能，具有自由主義色彩<sup>52</sup>；但其刑罰目的則重視社會法秩序維持，客體過於抽象，任由國家操控其所謂的社會秩序概念的範圍，容易陷入過度限制個人自由的危險，高估行為人對社會法秩序危險性的分量<sup>53</sup>。並且其將社會政策範疇擴大解決犯罪問題，將刑事政策限縮在個人犯罪原因探求，則是典型社會主義的展現。

近代學派的刑罰理論，如前所述，對刑罰論最大衝擊在於將研究重心轉往個人，然而這樣的動機，是有其累犯與短期自由刑犯罪人過多的淵源背景，透過對犯罪行為人的犯罪原因分析，並利用多元的制裁手段，期望藉此解決無法改善的累犯與無須改善的偶發犯罪行為人，其刑罰的有效性概念，正可

<sup>48</sup> 福田 平，前揭註 24，第 16 頁。

<sup>49</sup> 林山田，前揭註 25，第 73-74 頁。

<sup>50</sup> 平野 龍一，前揭註 4，第 9-10 頁。內藤 謙，前揭註 6，第 70-71 頁。

<sup>51</sup> 林山田，前揭註 25，第 74 頁。

<sup>52</sup> 山中 敬一，前揭註 23，第 30 頁。

<sup>53</sup> 平野 龍一，前揭註 4，第 10-11 頁。

提供此類無法由古典刑罰理論解決的新型態犯罪問題一些新的制裁方法。而當時為對抗的興盛的資本主義，所產生的社會主義的背景，亦在此點對於近代學派產生影響，隨著社會政策範圍的擴充，甚至可運用到解決犯罪問題上，傳統刑罰論的範疇被聚焦在行為人本身。然而，如同古典主義一般，其引導刑罰之目的若過度與抽象概念連結，就會造成國家可藉由抽象概念的詮釋，而介入人民原本自由的範疇。例如把被認為對國家體制有危險性的犯罪行為人，特別是政治犯，當成精神病患者，並予以思想上的洗腦改善，即是近代學派過度發展的畸形<sup>54</sup>。也因此 Liszt 所採行的二元論，亦即在犯罪論方面以罪刑法定與客觀主義為依歸；在刑罰論方面則主張主觀主義，已初步意識到該問題的存在。而其後近代學派的發展，由於過度強調對於行為人個人的研究，諸如行為人主義、主觀主義、性格責任論等，進而至社會防衛理論的概念提出，都已陷入前述被抽象概念引導的問題，淪為思想統一的手段。

### 第三項 刑罰思想演變的軌跡與走向

由上述刑罰思想變遷的歷史發展觀察，不難發現刑罰思想的變遷上，有國家主義與自由主義正反合的趨勢，一旦陷入國家主義的極權統治，理論的脈動就凸顯自由主義的需求；一旦陷入自由主義過度發展所造成的鬆散，理論的脈動就凸顯國家主義的需求，其歷史背景也恰好支撐理論的正反合在經驗上的驗證，例如：相對主義之古典學派，其發展的歷史背景中，展現當時對罪刑法定的需求，而主張一般預防；絕對主義之古典學派，在自由主義氛圍下無法趕上國家發展需求，因此求諸國家意志的應報刑罰；近代學派，在絕對刑論古典學派重視自由主義所堅持的罪刑均衡情況下，造成累犯與短期自由刑的問題，轉而主張不定期刑的特別預防。在兩個極端的走向所造成的社會問題，終究使刑罰思想演變的軌跡趨於折衷。

前述的主張，不論其哲學背景或科學背景有多堅強，終有不盡完善之處，特別是趨於極端之後，將刑罰目的與抽象概念相互連結，所造成的國家意志專擅，是各種理論共同的弊病。例如：早期蘇聯刑法典(1926)，採行極端的近代學派理論，其認為犯罪的環境因素在共產體制下並不存在，因此犯罪是行為人本身的病，這樣的病不能用刑罰改善，因此制定了無刑罰刑法典，否定罪刑法定，並且將對於社會主義社會有害的行為定義為犯罪，科以社會防

<sup>54</sup> 中村 勉，前揭註 6，第 269-270 頁。

衛處分<sup>55</sup>。同樣的，在納粹時期的刑法，強調道義責任論，並且延伸至著手實行前的意思與人格的反道義性，對其科以刑罰，否定罪刑法定，將犯罪定義為依照建全國民感情所認為值得處罰的行為<sup>56</sup>，並且導入近代學派的思考將社會防衛思想置換為防衛民族共同體的思想<sup>57</sup>。由此觀察，當理論在全體主義國家時，結論上甚至趨於一致<sup>58</sup>。也使古典學派與近代學派從 19 世紀末到 20 世紀初的爭議，除了因為互相激盪融合所產生的折衷說之外，更主要是因為終止在極權的國家體制下。歷史的經驗明顯將各理論的缺點暴露，也使得刑罰思想趨於折衷，不論是以古典學派為主，兼納近代學派的新古典學派，亦或以近代學派為主，兼納古典學派的新社會防衛理論，皆是刑罰思維折衷的概念，刑罰思想的演變至此可見其端倪。

## 第二節 應報刑論

應報刑為傳統以哲學思考出發的一種「觀念」，亦即同害報復原則，也是應報刑論最原始的出發點。然而，如前所述，應報刑論在觀念論者 Kant 與 Hegel 的詮釋之後，提供應報刑論的哲學背景，再經由往後學者的應用，形成目前對應報刑論的理解，其理論的展開雖有其歷史上的因素，但經過後來理論的演變，應報刑論也有了不同的內涵，並產生許多爭議。以下，將分別對於應報刑論的內涵與其對於刑罰論之影響一一闡述，並對其爭議的問題點，展開討論。

### 第一項 應報刑論刑罰思想

應報刑論的刑罰思想基本上是發軔於 Kant 與 Hegel 的思想，其基本的主張是源自於齊頭式的正義<sup>59</sup>，為實現沒有例外的正義，創出罪責與刑罰均衡的概念，為該理論的核心思維<sup>60</sup>，而將刑罰與犯罪立於作用力與反作用力

<sup>55</sup> 平野 龍一，前揭註 4，第 13 頁。

<sup>56</sup> 平野 龍一，前揭註 4，第 13 頁。

<sup>57</sup> 岩井 宜子，「刑事政策」，尚學社，第 107 頁，2005 年第 3 版。

<sup>58</sup> 平野 龍一，前揭註 4，第 13 頁。中村 勉，前揭註 6，第 268-271 頁。

<sup>59</sup> アルトゥール・カウフマン，上田 健二監訳，「正義に適った刑罰について—法哲学的エッセイ」，收於，轉換期の刑法哲学，成文堂，第 264 頁，2002 年第 2 版第 2 刷。

<sup>60</sup> 雖有論者指出，應報刑論中，應報是以其本身來正當化刑罰，以邏輯上來說罪刑均衡並非必然的要求。但仍認同罪刑均衡之合理的應報，才能正當化刑罰。參照平野 龍一，前揭註 4，第 20-21 頁。

的關係<sup>61</sup>。

眾所周知的，Kant 在對於「有罪，必有罰」所舉的孤島案例中認為：即使一個社會依據全體的意思行將解散，對於最後關在監獄裡的兇犯，仍應予以應報制裁，如此才能使每個人感受到自己行為的價值為何，不要因為未執行刑罰，而使得該筆血債的責任，變成由全民來負擔，因為如此全民都將被視為公開違背正義的共犯<sup>62</sup>。而 Hegel 所著名的辯證法則認為，國家對於犯罪者科以刑罰，無非對於侵害者的意志，再予侵害，形成法律秩序之回復，亦即犯罪是對於法律的否定，而刑罰則是對於這樣的否定之否定<sup>63</sup>，提出了刑罰抵銷犯罪的概念。

兩者雖皆為支撐罪刑均衡的理念背景，但兩者的哲學思想仍有所不同，同樣以 Kant 的孤島案為例，從 Kant 的論點來看，刑罰是貫徹純粹的應報，與國家或國民的利益無關，單純是透過物理的客觀事實，達到衡平的結果<sup>64</sup>，因此其主張該兇犯必須處以制裁；反之 Hegel 的刑罰論點則是為了維持國家的法秩序，將實現上不可能的同害相報復，透過辯證將刑罰與法秩序結合，維持其作用力與反作用力關係，使刑罰具有回復法秩序的性格，並且是有目的性的。故同一案例中，因為社會行將解散，形同無「法」可言，也無「法」須回復，則最後關在監獄裡的凶犯，以 Hegel 的觀點來看，不須執行制裁，結論上不同於 Kant<sup>65</sup>。因此，真正的絕對刑論者，應屬 Kant 所指稱的內容；而 Hegel 則應屬於有目的性的應報刑論，雖然其目的以應報為目的，兩者仍有區別<sup>66</sup>。

論者認為，應報刑論的觀點，是以齊頭式的正義觀念出發，無任何的目的性，刑罰就是為了刑罰而存在，如此一來刑罰無法成為有效的社會控制手段，更無法改善社會的犯罪現象<sup>67</sup>。當應報刑論不認為有目的觀念存在於討

<sup>61</sup> 西原 春夫，「刑法總論」，成文堂，第 54 頁，1986 年第 8 刷。山中 敬一，「刑法總論：ロースクールの講義」，成文堂，第 26 頁，2007 年初版 3 刷。

<sup>62</sup> 王皇玉，「論刑罰的報應與預防作用」，收於，自由、責任、法-蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集，第 164 頁，月旦出版有限公司，2005 年。

<sup>63</sup> 韓忠謨，前揭註 4，第 23 頁。

<sup>64</sup> 中村 勉，前揭註 6，第 242-243 頁。

<sup>65</sup> 本庄 武，「刑罰論からみた量刑基準(1)」，一橋法学，第 1 卷第 1 号，第 175 頁，2002 年。

<sup>66</sup> Karl Heinz Gössel，宮沢 浩一、井田 良監訳，阿部 純二ほか訳，「正義・法治国家・刑法：刑法・刑事訴訟法の根本問題」，成文堂，第 22-24 頁，1990 年。松宮 孝明，「法定刑引き上げと刑罰論」，法律時報，第 78 卷，第 3 号，第 7 頁，2006 年 3 月。

<sup>67</sup> ロクシン，前揭註 32，第 58 頁。

論時，這樣的批評其實與應報刑論並無交集，僅為理論優缺而已。然而，面對這樣的缺點，應報刑論在飽受批評下做出了讓步，以應報刑論為核心，形成兩種趨勢，一種是所謂的「綜合理論」；一種則是轉與一般預防思想結合的「積極一般預防」。所謂的綜合理論，意指在應報刑論的架構下，以罪刑均衡為原則，但考慮一般預防與特別預防的思想，運用在刑罰裁量之中。而所謂的積極一般預防，則是隨著 Hegel 的法秩序回復思想，更進一步結合一般預防的刑罰思想。後者詳細內容於論及一般預防思想時詳述，本文先就綜合理論的觀點概說如下。綜合理論的基本架構是以應報刑論為中心，原則上刑罰裁量必須在罪刑相當的範疇內，兼而採取一般預防與特別預防思想，透過辯證方法使其融合。在一般預防與應報的融合辯證上，透過罪刑均衡的應報刑罰，即可安撫社會的法感情，並增強一般民眾的法意識，使刑罰對於社會產生威嚇作用，杜絕新犯罪的可能。在特別預防與應報的融合，仍以應報刑為範疇，亦即不得以特別預防之理由而超出罪刑均衡的最大範疇，特別預防的考量必須於罪刑相當範圍內始有正當的依據。

## 第二項 應報刑論爭議評析

應報刑論對於社會心理所產生的印象力，是其在刑罰論中難以被割捨的重要原因<sup>68</sup>，立基於罪刑均衡的應報刑論，透過足以與行為人罪責相對稱的刑罰，鎮靜社會的公憤、撫慰被害人心理上的痛苦<sup>69</sup>，並滿足被害人或其家屬及國民的報復感情<sup>70</sup>。而為了展現足夠分量的應報，充分評估犯罪的質量，藉以訂出適當刑罰，彌平社會的情緒，罪責的概念在應報刑論中被蓬勃發展。在應報刑論中，罪責的作用是計算過去的犯罪行為有多少質量的作用力，而刑罰就應給予多少的反作用力，以抵銷其犯罪之惡害。責任要如何清算，成為應報刑論的焦點。惟質量的統計由於不可能以被害人主觀或被害人家屬主觀為基準，必然求諸客觀<sup>71</sup>的國民感情，進而形成形而上的道德觀念，也就是道義責任論的本質。亦即，行為人基於自由意思所做的決定，發生一定犯罪結果，而由道義觀念對此行為與結果評判，若應歸屬行為人，則有責任<sup>72</sup>。

<sup>68</sup> ロクシン，前掲註 32，第 57 頁。齊藤 誠二，「刑罰の正当性の根拠をめぐって」，收於，宮澤浩一先生古稀祝賀論文集第 2 卷，第 6 頁，2000 年。大谷 実，「刑法講義總論」，成文堂，第 43 頁，2004 年新版第 7 刷。

<sup>69</sup> 大谷 実，前掲註 68，第 45 頁。

<sup>70</sup> 松原 芳博，「刑事責任の意義と限界」，法律時報，第 76 卷，第 8 号，第 7 頁，2004 年 7 月。

<sup>71</sup> 稱「多數」或許更為妥適，但本文仍從多數討論用語，以「客觀」作為相對應概念。

<sup>72</sup> 韓忠謨，前掲註 4，第 189-190 頁。

這也使得刑罰的正當性，與抽象的國民道德連結，如前所述，歷史的經驗，讓這樣的觀念任由有權解釋者操作，形成專制刑法。並且，特定的道德觀念是否能夠全面用刑罰予以強制？仍屬於重大爭議<sup>73</sup>。縱然，應報刑論的出發點容有限制刑罰恣意行使理念的發展空間，其結果仍造成過度形而上的抽象解釋，而這樣的責任內涵，等於毫無篩檢功能，對於刑罰權無力限制。無怪乎論者認為，應報刑論等於是給立法者一張空白支票<sup>74</sup>，是應報刑論之爭議點一。

而如前所述，應報刑論是以個人意思自由作為歸責的根基，「人的意思是自由的」，人類的意思不受到任何事物(特別是因果)的制約，而享有完全的自由，稱之為自由意思論或非決定論。在此命題之下，人類是具備理性的主體，具有完全的行為選擇自由，而不受到因果法則的支配，簡言之，人類在做任何行為決定時都是沒有受原因影響的，作為基本的立場。既然人類的意思是自由的，在行為決定時，卻去選擇違反規範的行為，就應該接受刑罰的制裁。然而，這樣的主張受到的質疑是在於證明的問題，如何證明人類是自由的？人類是不會受到任何事物的強制？面對著現實生活中，處處存在著人類是被強制的反證，如何從正面的去證明人類是自由的，這種純屬「感覺」的問題，似乎無法有全然肯定或全然否定的證明。而刑罰是干涉人民權利最深的社會控制手段，其正當性居然存乎無法證明的意思自由<sup>75</sup>，是否妥當？是應報刑論之爭議點二。

以第一項爭點而言，在罪刑均衡的架構下，的確使人權保障有基本的界線，使受刑罰之人其權利受侵害的範圍限於其行為責任，但其對於行為責任的理解卻受社會道德評價，使得原本具體的行為責任<sup>76</sup>，因評價方法而流於抽象，是其爭議所在。因此，假設有一制度能代替其限制刑罰恣意行使的功能，或許在此點，即可將應報刑思想捨棄。而事實上這樣的制度早已存在，亦即在法治國底下「比例原則」的規範，原本就不容許恣意刑罰的行使<sup>77</sup>，

<sup>73</sup> 論者引用法哲學學者 Hart 的見解認為，特定的道德觀念是不能被強制的。並進一步延伸認為，被害者的感情比社會感情更加需要被考慮，但國家能否透過行使強制力來滿足受害者對於行為人的處罰感情，是有疑問的。參照森村 進，「リバタリアニズムと刑罰論」，法律時報，第 78 卷，第 3 号，第 26 頁，2006 年 3 月。

<sup>74</sup> C.ロクシン著；宮沢浩一監訳，「国家の刑罰の意義と限界」，收於，刑法における責任と予防，成文堂，第 4-5 頁，1984 年。

<sup>75</sup> ロクシン，前掲註 32，第 57-58 頁。C.ロクシン，前掲註 74，第 5-7 頁。松原 芳博，前掲註 70，第 7 頁。齊藤 誠二，前掲註 68，第 6 頁。

<sup>76</sup> 或許僅殺人償命是唯一具體範疇與案例

<sup>77</sup> 類似說法，黃榮堅，基礎刑法學(上)，第 19 頁，楊雅惠，2006 年 3 版。

又何需在刑法的範疇裡，再設一罪刑均衡原則來具體化比例原則。再者，應報刑論的目的竟是為了平復抽象的國民道德感情，導致任由有權解釋者曲解刑罰範疇，反而侵害了憲法所容許人民權利受侵害的界線，根本無法通過比例原則的審查，致使刑罰權的行使不具備阻卻違憲事由，而無法正當化。「父權思想」的概念，在應報刑論理展露無遺。所謂「父權思想」指：國家立於知識與倫理的優越性，以具有先見之明的保護者之姿，來保護個人的利益<sup>78</sup>。這樣的觀念運用在法律上是一個負面的概念，國家既然以有先見之明的保護者之姿，來介入人格的自由形成，其價值觀就容易受到國家領導者所左右，由國家來決定何謂「幸福」，進而，個人的人格權也無法透過自我的決定來形成，也難保國家假善意之名，行極權統治之實<sup>79</sup>。然而，法益保護和道德的界線，在前述的思想中呈現緊張的現象，人民面對法益保護的周延性欠缺(假設的)和國家假借善意之名行統治之實的兩權相害，毋寧選擇法律盡量的非道德化，蓋放棄刑法的保護，尚有其他制度可供救濟。若失去了人格自我決定的權力，勢必比死亡還痛苦。共通的社會道德不容易由客觀上來確定，要求人民遵守國家所承認的特定價值觀(假借共通的社會道德之名)，刑罰就只淪落成國家的社會防衛目的而已<sup>80</sup>。故刑法與道德的界線必需要認知到上述的緊張關係，而非一味的認為刑法就是維護道德的手段，仍須注意個人的自我決定權，而非任由多數人或有權者強暴個人自我決定的神聖空間。

第二項爭點而言，實為刑法中最難以迴避卻又無法解決的難題，決定論者認為意思自由根本不可證明，但卻也無法證明其的確不存在；反之，非決定論者認為意思自由不可否認，但卻也無法證明其的確存在。因此使得意思自由之爭論陷入毫無交集的難解習題中。不論前者或後者都使得刑罰權的行使繫於無法證明的概念，雖然在理論相互趨於緩和之後，兩種主張已無太大區別，但仍舊留下前述刑罰權正當性的問題未解。也無怪乎學者提出所謂「負責性」概念，透過刑事政策的導入，將應罰與需罰分別處理，將意思自由當成是必要條件而非充要條件處理，其將非難可能性與負責性皆同屬於歸責之要件，前者屬於一般性的歸責，而後者則是個別性的歸責考量。故應用上，假如無他行為可能性，阻卻責任及可罰性殆無疑問，而以意志自由作為前提之下，即使行為人有他行為可能性，並非因此而決定其可罰性，而是刑事政

<sup>78</sup> 王皇玉，「論施用毒品行為之犯罪化」，台大法學論叢，第33卷，第6期，第51頁，2004年11月。

<sup>79</sup> 王皇玉，前揭註78，第51-53頁。

<sup>80</sup> 大野 真義，「刑法の機能と刑事規制の限界」，收於，井上正治還曆祝賀刑事法學の諸相(下)，有斐閣，第69-70頁，1983年。

策上是否有處罰必要性做個別探討<sup>81</sup>。從刑事政策作考量的負責性概念中，所考慮的是行為人是否具有預防的必要性，而不直接考慮意思是否自由，甚至可以認為與人類是否具有自由意思毫無關係<sup>82</sup>。但是，在判斷「非難可能性」時，仍會遇到意思自由於否的疑問，學者雖假設以意思自由為前提，已如前述，但理由構成上仍不明白。另有學者鑑於上述在非難可能性的判斷時，仍無法脫離難以證明的意思自由問題，進而認為，負責性的發現是從刑法解釋學潘朵拉的盒子中，所解放出來的難得觀念，因此不應該眼睜睜看其效用被侷限的如此狹隘，而將認定責任的他行為可能性(非難可能性)納入負責性的內部範疇，在個人歸責的範圍內，負責與責任是不分離的<sup>83</sup>。如此歸類之後，責任歸屬的概念，全由刑事政策考量所替代，當然就不直接考慮意思自由與否的問題。而對於他行為可能性的認定上，不考慮個人因素，而是基於社會上所預期的正當行動，要求行為人需達到<sup>84</sup>，這樣的預期經由刑事政策考量，被訂為法律，人類必需為他行為，否則就可非難。上述的主張已完全的脫離責任的傳統觀念，即行為人主觀歸責，而是將行為人當作是國家機器下被管制的一個小零件。被質疑僅僅只是為了預防的需求而揚棄責任的原則而已<sup>85</sup>。

綜上所述，雖然應報思想在刑罰的思想中，罪刑均衡的核心主張，是以限制刑罰恣意行使為出發點，但其結果卻無可能，反使刑罰無法通過憲法上比例原則的檢證，不如回歸憲法上的制衡。而意思自由的難題上，則如前所述，僅能淡化其在決定刑罰質量的重要性，圖解決之路。故貫徹應報思想是不可行的，但維持一個低度的應報思維，或許仍有發展空間，端視其如何運用在刑法體系當中。

### 第三節 目的刑論

目的刑論認為刑罰具有目的性，並非僅因存在而存在，而其目的性又分別依其作用於社會或個人，分成一般預防與特別預防，兩者雖同為目的刑論，但

<sup>81</sup> C.ロクシン著；宮沢浩一監訳，「刑法上の体系カテゴリーとしての『責任』と『答責性』」，收於，刑法における責任と予防，成文堂，第73頁，1984年。

<sup>82</sup> C.ロクシン，前掲註81，第96頁。Bernd Schünemann 著，中山 研一、淺田 和茂監訳，「個人的帰責、答責性、責任」，收於，現代刑法体系の基本問題，成文堂，第175頁，1990年。

<sup>83</sup> Bernd Schünemann，前掲註82，第175-176頁。

<sup>84</sup> Bernd Schünemann，前掲註82，第174-175頁。

<sup>85</sup> 黃榮堅，基礎刑法學(下)，第647-648頁，楊雅惠，2006年3版。

其目的與內涵南轅北轍，僅結構上因具有目的性，而歸為同一，在討論上仍是兩種不同的骨幹，以下將分別針對一般預防與特別預防，次第展開討論。

## 第一項 目的刑論刑罰思想

### 第一款 一般預防思想

一般預防思想如前所述，發跡於 Beccaria 所帶領的刑法啟蒙思潮，用來對抗神學的應報觀念；到了 Feuerbach 時期則是用來抑制過度發展的特別預防觀念與道德的應報觀念。之所以以一般預防作為理論的手段，可歸結於當時的歷史背景，罪刑法定觀念不足，刑罰的恣意與專擅，不得不使用一般預防來強調以法規教育人民的重要性，並藉以確立罪刑法定原則。Feuerbach 是一般預防思想集大成者，其理論大致如下：Feuerbach 認為基於社會契約，國家有防止權利受侵害可能性的權利與義務，因此，為了防止權利受侵害的強制手段，有物理強制與心理強制，但是要從物理強制防止權利受侵害不太可能，因此特別重視心理強制，並開展其著名的心理強制論<sup>86</sup>。心理強制論的內涵認為，以法律預告刑罰是預防權利受侵害必要的措施，犯罪行為都是形成於慾望的心理因素，而透過刑罰的威嚇，使潛在的犯罪行為人知悉其所將面對的痛苦，將大於其衝動未能滿足的痛苦<sup>87</sup>。因此，在痛苦天平上的不平等，是心理強制論的核心要素，刑罰可製造的痛苦必須大過所有潛在的犯罪行為人忍住欲望的痛苦，造成犯罪所能獲得快樂的不划算。故要以足量的刑罰，始得威嚇潛在的犯罪行為人，是心理強制論的基本立場。也是一般預防思想的原始雛形。

如前所述，一般預防的思想其歷史背景上，是處於罪刑法定原則不彰顯的時代，因此其理論的重要性，在於確立罪刑法定的原則，除此之外其所能提供的刑罰更具體的思想極其有限。因此在罪刑法定原則確立後，學說上轉而與應報刑相結合，形成所謂的「積極一般預防」思想。其發展的契機，在於觀察到刑罰對於潛在想要犯罪之人，其作用或許在於威嚇其不情願地放棄犯罪動機，但是對於大多數人而言，刑罰卻是使其自願遵守法律規範的動機來源<sup>88</sup>。亦即將原本對於犯罪行為人的焦點，轉向對於法規

<sup>86</sup> 福田 平，前揭註 24，第 7-8 頁。

<sup>87</sup> 林山田，前揭註 25，第 65 頁。

<sup>88</sup> 王皇玉，前揭註 62，第 182 頁。

範的論理性思考<sup>89</sup>。認為刑罰主要的效果在於強化對於法秩序的存在與貫徹力的信賴感，從而刑罰是宣示法律共同體中，法秩序的堅固，強化市民對於法的信賴<sup>90</sup>。

學者 Claus Roxin 認為，刑罰具有以社會教育為動機的學習效應，因為透過刑罰的實踐過程，社會大眾學習並塑造遵守法規範的忠誠性(學習效果)；刑罰的實踐可以維持人民對於遵守法規範的信賴感，因為刑罰的行使得以使人民看見法律規範被實踐，並進而期待與信賴法規範會一直被實現(信賴效果)；刑罰也具有平復的效應，藉由刑罰的實踐，得以使原來法規範被破壞所引起的不安，以及因犯罪人所造成的內在壓力與衝突加以排解，重新達到社會整合的效果(滿足效果)<sup>91</sup>。

學者 Gunther Jakobs 承襲 Hegel 「刑罰是對於法律否定的再否定」辯證法，主張刑罰是處罰以行動否定規範妥當性的犯罪人，透過否定其所認為規範本身是不妥當的態度，來維持規範的妥當<sup>92</sup>，為的是賦予保障社會生活的方向，刑罰應保護社會相互生活的條件，並確認信賴規範者的信賴<sup>93</sup>。

因此「法秩序防衛」是積極的一般預防思想核心的概念，恰與應報刑論中，法秩序回復的概念相接近。在應報刑論中法秩序回復是為了正義；在積極的一般預防中法秩序防衛的方式，也是透過不斷的法秩序回復，以增強法的確信，事實上兩者內涵實為表裡。

## 第二款 特別預防思想

特別預防思想從分配正義的觀點出發，針對每個行為人的人格尺度，而施予不同的刑罰<sup>94</sup>。而如前所述，其發展背景在於社會需求提高與科學發展進步等，因此使得刑罰思想得以與近代科學相連結。而真正集大成有

<sup>89</sup> 柯耀程，前揭註 28，第 309-310 頁。

<sup>90</sup> ロクシン，前揭註 32，第 63-64 頁。

<sup>91</sup> 王皇玉，前揭註 62，第 182 頁。柯耀程，前揭註 28，第 311 頁。齊藤 誠二，前揭註 68，第 12 頁。

<sup>92</sup> 松宮 孝明，前揭註 66，第 10 頁。

<sup>93</sup> 城下 裕二，「量刑基準の研究」，成文堂，第 140-141 頁，1995 年。

<sup>94</sup> アルトゥール・カウフマン，前揭註 59，第 264-265 頁。

體系的提出特別預防觀念者為 Liszt，其理論內容認為，犯罪行為人分為由「社會情況」與「內在本性」所引起的兩種類型，由「社會情況」所引起的稱為「偶發犯」，透過威嚇予以嚇阻；由「內在本性」所引起的稱為「情況犯」，「情況犯」又可細分為「有改善可能者」與「無改善可能者」，對於前者施以教育感化，對於後者則將其與社會隔離<sup>95</sup>。並且其鎖定犯罪原因的探討於行為人本身，而將犯罪的社會原因予以區隔。將刑罰的作用期之於未來，而非僅如應報思想所重視的過去行為清算，也就是所謂的「再社會化」觀念，而在社會化觀念也成為特別預防思想的發展重點，事實上也就是再犯防止的積極表現，透過刑罰使犯罪行為人回歸社會，並與社會言歸於好，是特別預防思想的基本立場。

特別預防思想發展的極致，會導致走向廢除刑罰的趨勢，蓋用以單純的刑罰，事實上很難達成矯治、教育的目標，用多元的手段始能達成其改善犯罪行為人的目標，學者柯耀程引用 Gustav Radbruch(1878-1949)所言，「刑法發展的無窮目的，乃將形成無刑罰之刑法，而無刑罰的刑法並非意味著刑法的改善，而是以更良善者取代刑法。」同時，Radbruch 亦認為「改善刑法並非導向一個優質刑法，而是導向一個更優於刑法的改善防衛措施，其比刑法更聰明，且更具人性化。」進而認為特別預防思想所產生的最終效應，並非在確立刑罰的目的性，而是可能走上刑罰廢除的不歸路<sup>96</sup>。社會防衛理論就是特別預防思想發展的一個方向，傳統的社會防衛思想如同 Filippo Gramatica (1901-1979)所主張，全面的廢除刑法與犯罪的概念，其認為儘管行為者的主觀判斷是重要的，但是犯罪的概念還是基於客觀的評價，因此，犯罪者應區分為社會的人類與反社會的人類，對於後者，應採行非常個別化的不定期間之社會防衛處分，罪責的概念完全由反社會性來代替，用預防、治療、教育的主觀機能作為基礎的社會防衛處分，對應主觀的反社會性，適用必要的社會防衛處分，改善個人以防衛社會<sup>97</sup>。是其學說梗概。

然而如前所述，如此無限制的社會控制手段，容易受抽象意志的操縱，如同蘇聯 1926 年的刑法典一般，徒將刑法推向專制手段的工具而已。在二次世界大戰之後，對於這樣的社會防衛思想開始有了反思，主要就是對

<sup>95</sup> 林山田，前揭註 25，第 74 頁。

<sup>96</sup> 柯耀程，前揭註 28，第 307 頁。

<sup>97</sup> 平野 泰樹，前揭註 7，第 232 頁。

於人性尊嚴以及罪刑法定思想的尊重，而產生「新社會防衛理論」主要以 Marc Ancel(1902-1990)最具代表，其主張罪刑法定是必要的，並且重視犯罪者的再社會化，反對非難與道德的應報刑罰<sup>98</sup>。社會有以再社會化處遇措施，使陷於犯罪的個人再一次回復自由的義務；反之，陷於犯罪的行為人，也有相對的義務與權利；而人類的主體性與尊嚴，不能因為再社會化的處遇，而受到損害<sup>99</sup>。因此，Ancel 的新社會防衛理論概念，顯然已受到古典學派所影響。

### 第二項 目的刑論爭議評析

#### 第一款 一般預防思想爭議評析

一般預防思想中最受非議的問題點，在於刑罰界線問題，由於所威嚇的對象是所謂潛在的犯罪人，因此其對象根本是抽象、虛擬而不特定的，既然威嚇的對象無法具體，就很難在立法與量刑時有客觀的判斷。在立法上容易陷入刑罰越重，越有抑制犯罪效果的迷思，再者，由於一般預防的原理，是造成潛在行為人在行為時，計算苦樂的不划算，但是每個潛在行為人所能承受的量卻都不一致，難以有客觀標準，僅能不斷加大刑罰的量，以免掛一漏萬。故一般預防思想最受非議的，就是刑罰在量的部分無任何客觀標準。即使其採行固定刑制，亦僅不斷在立法加重以達成目的。因此，有認為一般預防的角色不應在量刑中扮演，而是營造一個被逮捕危險的威嚇作用，對於社會大眾再三強調嚴刑峻罰，都比不上強化刑事訴追、降低犯罪黑數，來的更具一般預防效果<sup>100</sup>。否則，一般預防在量刑中僅可能造成國家專制結果。是一般預防思想的爭議點一。

再者，一般預防思想遭受非議的另一爭點，在於人格主體性問題，人格尊嚴的絕對尊重，是近代憲政思想的基本概念，然而，在目的刑論的觀點中，都會產生人被物化的缺點。在一般預防思想中，更為嚴重的問題在於，刑罰的執行具有威嚇目的，因此，犯罪行為人往往還必須額外承受無關犯罪行為的非難，而是為了成為社會的威嚇範本<sup>101</sup>，造成行為人無法預

<sup>98</sup> 柯耀程，前揭註 28，第 307 頁。

<sup>99</sup> 平野 泰樹，前揭註 7，第 234-235 頁。

<sup>100</sup> ロクシン，前揭註 32，第 63 頁。

<sup>101</sup> 學者陳志龍，稱此時行為人成了「重刑樣版」。參照，陳志龍，「刑法目的與預防理論」，台大

期的侵害。行為人本身造成犯罪，卻因為他人而被處罰，是一般預防難以具備刑罰正當化理由的決定要素<sup>102</sup>，是一般預防思想的爭議點二。

以上兩項爭議點其實是一般預防思想在運用上的缺陷，因為理論本質使然，要硬是將一般預防貫徹在刑罰裁量之中，必然會發生上述難題，即使是 Feuerbach 的心理強制論，也非著重在刑罰裁量之中，反而是強調刑罰的可預測性，提倡罪刑法定，因此，若犯罪行為人必須負擔刑罰對他人威嚇功能之後果，恐非一般預防思想的原意。然而，除了罪刑法定的巨大貢獻外，一般預防思想能否突圍重生，結合應報思想的積極一般預防思想，或許為應報與一般預防在運用上的新契機。一方面可保持低度的應報思想，一方面透過法秩序維護的觀念，正面的形成一般預防思想，運用在適當的環節上，將是兩者共同的發展方向。

## 第二款 特別預防思想爭議評析

特別預防的重要爭點，首先是刑罰範圍的問題，由於在特別預防思想中，使犯罪行為人再社會化，是其核心思想，因此行為人在可回歸社會之前，都應該受到刑罰的拘束，也產生不定期刑的概念。如此無限制的刑罰思想，是否在現今的法治國概念底下能具正當性？行為人僅因人格特質不容於社會，卻得承受除行為所造成的社會損害之外，額外的刑罰份量，刑罰的界限由人格的危險性限制，是特別預防思想之爭議點一。

再者，刑罰的改善對象，是行為人的人格，以促使行為人人格能容於社會，並且不再對社會造成損害。然而這樣的主張抵觸對人性尊嚴的尊重，觸及到刑法最深的議題，亦即，人格是否可以強制教育的問題<sup>103</sup>，在多元價值社會中，如何的人格，才是真正符合社會的期待，而社會的具體期待為何，也無法說明。因此對人格強制教育的問題，是特別預防思想的爭議二。

而最後，在無預防需求的犯罪，依特別預防思想，理應不處以刑罰，但是這樣的觀點，是否能符合社會的感情？對於客觀上的犯罪，因為行為

法學論叢，第 23 卷，第 1 期，第 30 頁，1993 年。

<sup>102</sup> C.ロクシン，前掲註 74，第 16 頁。

<sup>103</sup> ロクシン，前掲註 32，第 61 頁。C.ロクシン，前掲註 74，第 11-13 頁。

人人格不具備預防需求，而放棄刑罰，客觀上的損害的確存在，要因為主觀上的需求欠缺而免於刑罰，對於社會法感情應如何交代。是特別預防思想的爭議點三

在現今法治國概念底下，毫無限制的刑罰思想，顯然是不合於比例原則的阻卻違憲事由，因此，在現代刑法中，要說預防思想會過度侵害人權，顯然是遺忘刑法的憲法界限，毫無界限的刑罰思想，是不容於法治國概念的<sup>104</sup>。Liszt 以二元論，來限制特別預防思想過度擴張，已如前述。而在現代法治國概念下，法律保留原則、比例原則更是對於人權保障的具體表現。再者，人格不容侵犯的大架構下，如因此放棄對於社會人與人相處的基本讓步，是否為社會所能承擔？人格的確不能予以強制教育，人格在具備行為能力的養成後，也鮮少有再教育的可能，但為社會共同生活所為的抑制，或許是比教育更為實際的方向。最後，基於刑法的謙抑思想，刑罰本來就具有最後手段性，假如刑罰不是對於社會控制的最後手段，放棄刑罰對於人權的侵害，勢必比擁護抽象社會感情更為實際。在行為人不具預防需求的情況下，抽象的社會感情，應交由其他社會控制手段去滿足與撫平更為恰當。

#### 第四節 刑罰正當性的思考方向

綜上所述，刑罰思想的取捨，不論從刑罰思想的歷史變遷，或從理論內涵本身探究，都充滿著難以抉擇的難題，使刑罰正當性的思考陷入困境。從歷史變遷觀察，由於刑罰目的的本質上，皆具有一定程度的開放性，容易受到統治者的影響，導致刑罰思想只要趨於極端，並且流於抽象時，就難以抵擋有權者的操弄，歷史上的經驗每每證實從刑罰目的思考刑罰正當性的流弊。而從理論內涵的發展觀察，不僅任一單獨的刑罰目的觀之內涵，難有正當化刑罰的機能，特別是從刑罰限制的角度，更顯刑罰目的思考的無力。因此，在多元價值的社會中，如何協調各項刑罰思想的概念，甚至從刑罰目的外思考刑罰正當性的理由，遂成為刑罰正當性思考的方向。

正因為刑罰思想處處具有抉擇的難題，因此在理論相互激盪下，開始產生以協調為目的各種綜合理論，例如：在以應報刑論為主的綜合理論當中，論

<sup>104</sup> 黃榮堅，前揭註 77，第 19 頁。

者主張應考量特別預防思想，並因此達成一般預防目的，不論各思想的優先順序如何安排，綜合理論的主張，反而是結合各種說法之缺點，並且破壞理論的一貫性<sup>105</sup>，甚至造成「特別預防的矯治不足」或「超越原本犯罪人應當受的公正報應」的現象。而較為折衷的「新社會防衛理論」，也是顧及人格尊嚴，而使其原本架構調整，不見得能在刑法的架構下達成原本目的。

故檢討各刑罰思想的目的，在於探究出各刑罰思想的優缺點，更重要者，是探討各刑罰思想在刑法體系中，其優點所能發揮的功用，並避免其缺點。以往刑罰目的觀的探討，常以無交集的爭執，支撐其理論正當性，例如以缺乏目的性來攻擊應報思想的盲目，藉以加強目的刑論的正當性，但應報思想原本就不思考目的的需求，應報刑論的缺點，並非用來肯定目的刑論的正當性，反之亦然。因此，求諸刑罰思想在運用上的合宜，或許是強化刑罰正當性的初步手段。更進一步而言，面對從刑罰目的思想尋求刑罰正當性的缺點，對於刑罰正當性的根源，顯然已無法從刑罰目的本身肯認，必須另循途徑。

前所探討的刑罰思想當中，或多或少已分析出三個主要刑罰思想在何種情況下運用是合宜且較具優點的，整理如下：以應報思想而言，其罪刑均衡的人權保障機能，在法治國概念底下，初步觀察，比例原則已可取代其防患刑罰恣意的功能，而應報思想所強調的社會法感情回復功能，可與一般預防相結合，將一般預防轉向正面，形成積極的一般預防思想，其內涵在於法秩序的維護或法意識的增強皆可，兩者為表裡，將其運用在刑法體系當中，但絕非直接運用在刑罰裁量，因其本質使然，若斷然以一般預防思想直接運用在刑罰裁量之中，很有可能導向重刑化的宿命。再者，特別預防思想的考量，若無任何限制下，直接採行特別預防思想，其弊端已如前所述，然而在釐清憲法上對於人民基本權所保障的事項後，或許可避免特別預防思想在結構上的流弊，進而可取其科學化的優點，更可進一步使刑罰具有正當性基礎。

因此，刑罰正當性的思考方向，除了將刑罰目的觀釐清優缺點之外，更要尋求刑法以外，更上位的正當性基礎。對於刑罰正當性的依據，本文認為應以憲法為考量的方向，憲法如何使刑罰具有正當性，為本文以下第3章所欲說明的主軸之一。而在刑罰目的的思考上，本文擬採行區分理論，但絕非如 Max Ernst Mayer (1875-1932)將刑事制裁程序切割的區分理論，而是將上述刑罰思

<sup>105</sup> C.ロクシン，前掲註74，第18-19頁。

## 第二章 刑罰目的觀

想分配的概念，內化於刑法犯罪體系中，其論理基礎與內涵，亦為本文第3章欲說明的方向。

