

第四章 刑罰裁量之理論

刑罰裁量的核心問題在於—如何為刑罰裁量始為正當？法官為刑罰裁量時，受到哪些外在或內在之限制？應考量哪些因素？如何形成正當的刑量？都是在刑罰裁量時所應注意之問題。然上述各種面向的考量，如何形成一個有效的思考，此乃刑罰裁量理論的建構問題，各種刑罰裁量的理論，莫不出於此初衷。

刑罰裁量理論的建構上，大抵以刑罰目的為討論核心，圍繞著各種不同的刑罰目的，建構各種為正當化刑罰而努力之理論。因此，本文在刑罰裁量理論的討論中，首先將對於刑罰裁量的制度概況描述，說明各種不同法律體制下的刑罰裁量理論之發展。次而，分別就各種不同的刑罰裁量理論介紹，並進而檢討。復次，提出本文所採之刑罰裁量基準，最後，論述刑罰裁量時所應依循之程序，建構刑罰裁量的思考流程與步驟，作為本章之結語。

第一節 刑罰裁量制度概述

刑罰的裁量，在不同的司法體制下，有截然不同的發展態樣。在我國是由立法機關統一訂立一般性指針條款的方式，對法院為政策性的拘束，其運作上屬於較開放性的制度。反觀，在美、日等國，則是分別透過立法與司法實務的發展，對於法院有程度上較強的拘束，法院的裁量空間相對縮小，在刑罰裁量制度的概述中，有必要就兩種不同態樣的司法制度，為制度上的觀察，作為理論探討的基礎，瞭解其制度梗概，有助於刑罰裁量理論的抉擇與判斷。以下，則分別對美國量刑準則的制度，與日本量刑行情的制度，分別論述之。

第一項 量刑準則制度

訂立統一的量刑準則由法官於個案中操作的制度，在比較法上最為出色的，當可推美國聯邦量刑準則的制度，儘管在各國或多或少都有量刑準則的訂定，但大規模的刑罰裁量改革，並進而立法訂定量刑準則的國家，當屬美國該制度的推行。此制度的產生，有其深厚的歷史背景與社會需求，對於量刑準則的觀察上尤其重要；再者，由此背景所反映出的刑事政策，也是該量刑準則所強調的重點；而其操作上的方法，則可進一步瞭解其制度梗概。以

下將分別對此三部分，介紹美國聯邦量刑準則的制度。

美國量刑準則的訂立沿革，可從對於特別預防思想的反動談起。在 20 世紀的 60 年代特別預防思想於美國相當興盛，因此產生一種特殊的刑罰裁量型態，當時的法院，為了保護觀察之便，將被告判處以最高刑期，而嗣後再將具體刑期的判斷工作，大量交由假釋委員會判斷受刑人是否已達改善的刑罰目的²⁶⁴。假釋委員會的運作方式，是於個別受刑人於服刑期滿三分之一時，審查受刑人是否有具體改善，決定是否得以假釋²⁶⁵，實際上造成由假釋委員會決定被告的真正被拘禁的刑期，在無預測可能的刑期中，該委員會又無說明的義務，造成罪刑不均衡的觀感，與受刑人對刑期不滿之監獄管理問題²⁶⁶。另一方面，關於特別預防思想的檢討，認為以監禁的方式要達成改善目的，殊難想像²⁶⁷，對於設施內處遇的犯罪預防效果之種種研究顯示，監禁與改善並無直接關連²⁶⁸，從 20 世紀 60 年代中期的再犯率增加即可證明²⁶⁹。再者，受到「水門事件」的影響，國家的威信下降，國家能改善受刑人人格的正當性受到質疑²⁷⁰。綜合上述各因素的影響，特別預防思想在刑罰裁量的主導地位受到動搖，取而代之者，是對刑罰裁量明確、公平制度的期待，量刑準則的發展契機由此產生，是有其社會的強大需求。

鑑於上述各方面的社會質疑與問題，美國國會於 1984 年通過量刑改革法，由於前述假釋之流弊，廢除假釋制度，改以釋放後監督制度，於服刑期滿後執行²⁷¹，並依該法，任命量刑委員會²⁷²於司法行政部之下，擬定一連串的量刑準則。量刑準則的訂立上，設定有三項目標，分別為 1. 兼納所有的量刑目的(諸如應報、抑制、隔離、改善)。2. 在類似的犯罪行為中提供確定性與公平性的刑罰裁量。3. 在可能的範圍內提高對人類行為的知識²⁷³。在量刑改革法通過後，於 1987 年 11 月 1 日，第一部量刑準則表正式生效，而該量

²⁶⁴ 遠藤 邦彦，前揭註 164，第 36 頁。

²⁶⁵ 松原 英世，「連邦量刑ガイドラインと量刑思想の変化」，收於，量刑法の総合的検討：松岡正章先生古稀祝賀，第 75-76 頁，2005 年。

²⁶⁶ 遠藤 邦彦，前揭註 164，第 36-37 頁。

²⁶⁷ 陳志龍，前揭註 101，第 13 頁，1993 年。

²⁶⁸ 遠藤 邦彦，前揭註 164，第 37 頁。

²⁶⁹ 松原 英世，前揭註 265，第 77 頁。

²⁷⁰ 松原 英世，前揭註 265，第 77 頁。

²⁷¹ 林增福，「由英美法系國家量刑基準之制訂談我國量刑法治之改革」，司法週刊，第 1324 期，司法文選別冊，第 13 頁，2007 年 2 月 1 日。

²⁷² 該委員會之官方網站，<http://www.ussc.gov/>。

²⁷³ http://www.ussc.gov/general/USSC_Overview_Dec07.pdf，第 1 頁，2008 年 5 月 10 日。

刑準則的位階，則相當於法律，其由該委員會每年提供修正案送交參議院，除參議院有修正或否決外，每年所送交之修正案於同年 11 月 1 日自動生效²⁷⁴。

美國量刑準則的政策思考上，由於前述特別預防思想的反動，強調不應以特別預防為唯一的政策思考，認為監禁是無助於矯正和社會復歸²⁷⁵。對於明確性原則的要求，是對特別預防思想反動的表現，在立法的過程中，自由派的立場認為罪刑均衡為首要考量的刑罰目的；保守派的立場認為，犯罪抑制之一般預防始為量刑重點，但無論何者，兩派的共識是排除不明確刑期之社會復歸思想²⁷⁶，因此，在量刑準則表的建構上，特別預防思想並未單獨被考慮，從該準則表的結構即可得知，建構該準則表的兩大因素，是以「犯罪行為」為縱軸，「前科」為橫軸，共同交錯出刑罰裁量的範疇，因此，在量刑準則的政策思考上，有對於過去行為否定的應報觀念，亦有由前科紀錄來評估再犯可能的犯罪抑制觀念²⁷⁷，而整個量刑準則的所運作出明確的刑期，則是展現其一般預防思想的部分。整體而言，美國量刑準則的政策思考上，「明確」與「公平」才是真正的考量因素，這是為扭轉其過去長期以來不定期刑的流弊與不良社會觀感所致。因此，「應報」正符合其制度運作的需求，而被大量運用，為其核心觀念。

量刑準則的結構上分成兩部分，亦即犯罪行為與前科紀錄。犯罪行為的級數分成 43 級，犯罪類別決定基本的級數，之後就其犯罪特性，決定犯罪情形，例如竊盜罪的犯罪特性是與財產相關，於是就其所造成損失，決定犯罪情形。接著就四方面為調整，分別是 1. 被害人因素 2. 被告在犯罪中之角色 3. 妨礙司法與否 4. 對於多數罪名為避免雙重評價之調整等四種情形，為加重或減輕之調整。最後則是考量犯罪行為人有無承擔犯罪責任的意願，為最終犯行級數的考慮。而前科記錄的部分則是分成六種等級，並與犯罪行為級數交互形成刑罰裁量範圍。除此之外，就上述之刑罰裁量範圍，法官仍可附理由，「跳脫」其範圍，而特別加重或減輕²⁷⁸，保留其彈性。

²⁷⁴ 林增福，前揭註 152，第 204-205 頁，最高法院，2007 年。

²⁷⁵ 18 U.S.C. §3582(a)，參照 <http://www.ussc.gov/SIMPLE/sra.htm>，2008 年 5 月 10 日。

²⁷⁶ 松原 英世，前揭註 265，第 81 頁。

²⁷⁷ 許金釵，「量刑準據於美國聯邦法院之運作實務」，司法週刊，第 1324 期，司法文選別冊，第 46 頁，2007 年 2 月 1 日。

²⁷⁸ Joanna Seybert，溫耀源、孫蕙琳譯，「美國聯邦法院之量刑與量刑表」，司法週刊，第 1324 期，司法文選別冊，第 28-29 頁，2007 年 2 月 1 日。

量刑準則的正當性隨著幾次關鍵性聯邦憲法法院判決漸漸成形。舉其要者，首先是1989年1月18日的 *Mistretta v. United States*²⁷⁹ 案中，原告認為其委員會設置不合法，違反三權分立原則，聯邦最高法院則認為該專家機構並無違憲的疑慮。而晚近於2005年的 *United States v. Booker*²⁸⁰ 案中，則是對於量刑準則的效力產生爭議，主要是該準則是否違反美國憲法第六修正案，亦即原本刑事被告有接受陪審團審判的權利，在此準則的制度下，則有抵觸的疑慮。於是在該案中，美國最高法院主張量刑準則不具強制性，但仍具重要參考性，並且重申其委員會的合憲性與該委員會的法定義務²⁸¹。因此，量刑準則的效力，在 *Booker* 案後，已成為任意性規定，但仍為法院刑罰裁量時的重要參考標準，而該委員會之設置，仍無疑義的繼續運行。

第二項 量刑行情制度

在日本則是因為刑法修正相當緩慢，除了對於刑法修正草案精神的尊重外，相當程度將刑罰裁量交由理論與實務形成規範，也就形成獨特的刑罰裁量制度。日本在刑罰裁量的發展上，最為特殊者，是其實務上量刑行情的發展，所謂量刑行情，其產生的原因在於，日本刑法中犯罪類型較為簡單，法定刑的範圍比較廣泛²⁸²，在這廣泛的法定刑幅度中，實際刑量需委由法院裁量，但實體法上卻無明文的刑罰裁量基準，實務上漸漸的將類似的案件判決類似的刑量，在每天的刑事判決中歸納，因此，量刑行情可說是由經驗所形成的實證基準²⁸³，其在各罪之中將犯罪更細分與類型化，而各具體的類型，有相對應的刑罰裁量幅度²⁸⁴。效力上因其非立法通過之規定，不具有規範的效力，但卻仍有事實上的拘束力²⁸⁵，甚至有如法定刑一般拘束著日本實務界的裁量。晚進(2000年7月起)的發展，日本最高法院更積極建構所謂「量刑檢索系統」，將全國的高等及地方法院之刑罰裁量判斷資料數位化，使法官在裁量時能簡易的檢索²⁸⁶，發展至此已如同另類的量刑準則。

²⁷⁹ *MISTRETTA v. UNITED STATES*, 488 U.S. 361 (1989)

²⁸⁰ *United States v. Booker*, 543 U.S. 220 (2005)

²⁸¹ 前揭註 268，第 2 頁。

²⁸² 杉田 宗久，前揭註 147，第 7 頁，2005 年 5 月。松本 時夫，「講演 刑事裁判官らの量刑感覚と量刑基準の形成」，刑法雜誌，第 46 卷，第 1 号，第 9 頁，2006 年 6 月。

²⁸³ 松本 時夫，「量刑の実務と今後の課題」，現代刑事法，第 3 卷，第 1 号，第 11 頁，2001 年。

²⁸⁴ 杉田 宗久，前揭註 147，第 7 頁。

²⁸⁵ 原田 國男，「量刑判断の實際」，現代法律出版，第 3-4 頁，2004 年增補版。

²⁸⁶ 松本 時夫，前揭註 282，第 11、16 頁。

量刑行情的形成方式，運作上是在較為廣泛的構成要件與法定刑範疇內，透過司法實務的經驗累積，另行建立更精緻的構成要件與法定刑。然而，這樣的制度要如何形成？特別是在甫犯罪化的規範中，實際的案例稀少甚至尚未產生，要如何形成量刑行情？論者認為，其最終還是需求諸國民一般的價值基準，也就是國民全體對於善惡的判斷，亦即所謂「正義的感覺」²⁸⁷，並且認為其優點在於可隨時隨著社會情勢的變化，調整量刑行情的範圍²⁸⁸，對法院造成拘束。

量刑行情的制度，在日本受到相當程度在學說上的質疑，最主要的問題在於，量刑行情的不明確。因為量刑行情的形成是由實務自行發展的體制，其實際具有的內涵為何？外人難以一窺其堂奧。再者，其形成究竟以何種刑罰目的為考量，所欲達成之目的為何，單單從過去量刑實務的累積，很難看出一貫的政策²⁸⁹，也無檢驗其正當與否的可能性²⁹⁰，因此其建立在平等原則上的考量，並無法與刑罰目的有若何連結，其刑罰裁量等同是無目標的探索，只求其公平而已。並且，其求諸於國民意識的形成方式，顯然是以錯誤的方法而不當連結國民意識，蓋其正是因為無相關案例，在實務上無法形成量刑行情，始求諸國民意識，並非該國民意識即為量刑行情的根據，量刑行情的形成就是案例而非國民意識，逕自將二者連結，顯示其制度中刑罰目的的欠缺，導致說理的困難，對於存在與當為的混淆。但不可否認該制度的漸漸成熟，已影響到學說的發展²⁹¹，特別是在其建立量刑檢索系統後，其明確性增加，更有助於其後續的發展。

在量刑檢索系統建立後，可預期將有如美國量刑準則的發展，進一步的將以往隱晦不明的量刑行情與判斷因素揭露在可受公評的制度下，是有助於其發展的正當性。不但增加其受檢證的可能性，透過公開的檢討，也有助於其歸納出較符合政策方向性的刑罰裁量判斷。

綜觀上述，相較於美、日兩國的制度，我國在刑罰裁量制度的發展上，顯的較不活躍，在立法的運作上，不若美國積極介入法院裁量形成空間，在實務

²⁸⁷ 松本 時夫，前揭註 282，第 9-10 頁。

²⁸⁸ 松本 時夫，前揭註 283，第 12 頁。

²⁸⁹ 林 幹人，「刑法總論」，東京大學出版會，第 21 頁，2005 年初版第 5 刷。

²⁹⁰ 神田 宏，「量刑と予防」，現代刑事法，第 3 卷，第 1 号，第 24 頁，2001 年。

²⁹¹ 例如學者本庄 武，其認為需以抑制刑為考量，不斷調整量刑行情。參照，本庄 武，「刑罰論からみた量刑基準(3)」，一橋法学，第 1 卷，第 3 号，第 750-751 頁，2002 年。

的運作上，則不若日本由司法實務自行發展拘束力較強的刑罰裁量規範。在我國，立法上是採取訂定一般性的指針條款的方式，規範政策方向，在此限度內交由法院自由形成。而實務上則是基於法官獨立審判的尊重，僅於少數判決先例中，提示刑罰裁量並非漫無拘束，而需注重比例原則的限制。也因此，刑罰裁量理論的發展，在我國制度中，反倒是比較開放而未被深度開發的領域。以下，將分別介紹各種刑罰裁量理論的內涵，並分別檢討之。

第二節 個別刑罰裁量理論介紹

刑罰裁量的理論發展，主要是圍繞在對於刑罰正當性與刑罰目的觀點的變化，而產生對於刑罰裁量的觀念抉擇，因此刑罰裁量理論變化上，還是以刑罰目的觀為骨幹，而關於刑罰正當性的爭議與思維，本文在第二章大抵已詳實介紹，但各種刑罰目的觀會產生如何的刑罰裁量理論，則尚待闡明，以下，將針對各種刑罰目的觀所發展之刑罰裁量理論個別介紹，並分別予以評述，

第一項 以應報刑為中心之刑罰裁量理論

建構在應報刑論上之刑罰裁量理論，可分為兩種，一為絕對應報的思維，一為受目的刑所影響的相對應報思想，兩者在主軸上以應報思想為核心，個別展開其對刑罰裁量之理論。以下，即以此分類，探討之。

第一款 絕對應報刑思想

絕對應報刑論的刑罰裁量理論，是以罪刑相當為核心思想，將犯罪所造成的惡害與刑罰立於作用力與反作用力的架構。因此，對於該惡害的評估，並予以適當刑罰，是其理論的運作方式。而對於惡害評估的方式，就是罪責的角色，在此刑罰裁量理論中，罪責不但是刑罰正當性的條件，更是形成刑罰的因素，故被稱為雙面責任論。在此主張中，著眼於刑罰的倫理性，因為行為人有罪責，所以其人格應當被尊重的請求權部分喪失，刑罰的權限與必要性因此產生，而透過刑罰，讓有罪責者從自己的責任解放，

再一次擁有自己的人格尊嚴²⁹²。其優點在於，透過作用力與反作用力的結構，來限制刑罰的恣意，避免刑罰的處置超越行為責任，刑罰的對象僅為過去行為的否定，並無其他積極的目的。此在過去專制刑法的歷史上，有著刑法體制的內在限制目的。

相對於下述的幅理論，絕對應報刑的刑罰裁量理論又可稱為點理論，點理論論者認為，行為人責任為刑罰裁量基礎，不能有預防考量的餘地，原因在於，假設於刑罰裁量時考慮預防因素，另外又在廣義的刑罰裁量時，例如累犯、緩刑等制度再次考慮預防因素，等同是對預防的雙重評價²⁹³。再者，行為人的責任應當是一個正確的點，而非一定的幅度，幅理論所提倡的責任幅度，不過只是責任刑在具體化過程的中間產物²⁹⁴，責任是可確定的一定量。然而，完全求諸於責任的刑罰裁量，其結果必然需以正義的感覺²⁹⁵、國民法意識等為依據，形成責任的定量，因此又可稱為「正義理論」²⁹⁶。美國在制訂量刑準則時，基於其對預防思想之不確定性的反動，所考慮的主要思維，就是以正義理論為根基，目的在提供確定而正當的刑罰。

點理論的問題在於，所謂求諸正義感覺的刑罰裁量，實際上卻難以有精確的量，反而危及刑罰裁量的統一標準，影響正義的觀感²⁹⁷，形而上的觀念突顯出絕對應報在決定刑罰裁量時的缺點。然而，或有認為，形而上認識的不明確性，並非意味著形而上對象的不明確性²⁹⁸，這樣的辯稱，將問題推諸存在論，並無解於刑罰裁量時的抽象，還是無法解決刑罰裁量的解釋難題。如此抽象的標準，在面臨刑罰裁量時，形同毫無標準可言。再

²⁹² Arthur Kaufmann, 前揭註 230, 第 278-279 頁。

²⁹³ 川崎 一夫, 前揭註 155, 第 85 頁。

²⁹⁴ 岡上 雅美, 「責任刑の意義と量刑事実をめぐる問題点(一)」, 早稻田法学, 第 68 卷, 第 3-4 号, 第 96-97 頁, 1993 年。

²⁹⁵ C.ロクシン著; 宮沢浩一監訳, 「刑罰目的から見た刑の量定」, 收於, 刑法における責任と予防, 成文堂, 第 120-121 頁, 1984 年。

²⁹⁶ 這是應報刑論最古典的看法, 可溯源自 Aristoteles 認為刑罰制度的正當性是清算的正義思想。應報刑論較新的發展, 是跳脫出古典的正義觀點, 而採所謂自由主義的理論, 看待應報思想, 排除國家自詡為正義擁護者的角色, 轉而認為刑罰是為了確保人民的自由, 刑法是基於社會中相互尊重之規範上要求, 所給予的外部安定性, 刑罰裁量上以維持社會中相互間的自由為考量, 該論點其實已用規範的一般預防取代應報, 而非傳統應報思維。參照, Pawlik Michael 著, 岡上 雅美譯, 「予防理論による刑罰正当化への批判」, 比較法雜誌, 第 40 卷, 第 4 号, 第 86-87 頁, 2007 年。

²⁹⁷ C.ロクシン, 前揭註 295, 第 120-121 頁。

²⁹⁸ 此乃 Arthur Kaufmann 在此爭點上的經典解釋, 參閱, Arthur Kaufmann, 前揭註 230, 第 76 頁。

者，國民正義感情的本即難以證明，在現今媒體發達的時代，國民感情的引發，其直接的原因幾乎來自於媒體報導，甚至隨時受到媒體報導的左右²⁹⁹，使得原本就極度抽象的概念，更加標準不一。如此一來，應報刑論限制刑罰恣意的初衷，已相去甚遠，更遑論其受到預防思想論者對於其忽視刑事政策的嚴重批評。無怪乎晚進有學者將點理論重新運用，將其罪責的應報內涵以預防思想替換，形成預防思維的點理論³⁰⁰，惟此已與應報刑論毫無相關。

第二款 相對應報刑思想

受到目的刑論的影響，一方面應報刑思想漸漸接受目的思維的主張，一方面仍舊堅持罪責的刑罰限制機能，因此形成特殊的折衷觀念。此理論認為，儘管犯罪預防目的有其正當性，但在追求預防目的的同時，不能違反刑罰的應報性格，因此刑罰的預防需求，必須同時在與正義相對應之應報前提下達成其目的³⁰¹，罪責的限制機能規範著預防思考的界限，是其基本理念。在此主張中，著眼於應報與預防的調和，將應報作為預防思考的極限，企圖將所有的刑罰目的並列判斷，故又稱為統一說³⁰²。

以相對應報刑的思考，刑罰裁量理論有兩種不同的演繹方向，將罪責上下限訂出後，再為預防的考量，可稱為幅理論，幅理論的主張，認為罪責在法定刑範圍內，由罪責的評價，對應具體的行為責任，決定限制的責任範圍，在此範圍內考量預防目的決定最終刑量³⁰³，此其一者。另一則由罪責訂出刑罰上限，在此限度下，為預防的考量，稱為單面責任論，其放棄罪責下限的理由在於，從憲法人權保障的觀點，將行為人處以超過責任下限的刑罰，並未侵害行為人的人權³⁰⁴，此觀點下，係將點理論的思考模式，作為制訂刑罰上限的方法。兩種不同的相對應報刑思考，基本的原則是，對於罪責限制刑罰機能的信任，以及在以哲學背景之應報刑觀念下，對於犯罪預防之實證需求的妥協。而在罪責限制下的預防思考又應以何者

²⁹⁹ 松原 芳博，前揭註 70，第 7 頁。

³⁰⁰ 岡上 雅美，前揭註 294，第 93-94 頁。神田 宏，前揭註 290，第 20 頁。

³⁰¹ イエシエック=ヴァイгент，前揭註 154，第 57 頁。

³⁰² ロクシン，前揭註 32，第 67 頁。

³⁰³ 川崎 一夫，前揭註 155，第 87-88 頁。

³⁰⁴ 川崎 一夫，前揭註 155，第 87 頁。

為度，將一般預防與特別預防思想並列思考者，雖非少數³⁰⁵，但亦有論者認為，要以對行為人為威嚇一般預防的思考，決定具體的刑量，在現階段而言是幾近幻想的作法，而以特別預防為思考的裁量，目前的知識範圍內，亦屬困難，因此認為至少在再社會化的觀點下，對於避免被告監獄化的消極排除，應當是可行的³⁰⁶。

事實上，自以應報刑為中心之思考開始，此類型的刑罰裁量理論，就注定其刑罰無從限制與確定的宿命，應報刑在刑罰裁量上的不明確，不論是適用在點理論、幅理論或單面責任論，都擺脫不了其界定困難的問題，應報刑論的基本問題，如同前述，在於不可能精準的對應出行為罪責，進而決定其合乎罪責的刑罰，此乃責任刑法特有的弱點³⁰⁷，假如要從應報思維量出精確的「點」尚且困難，又如何訂出應報的「幅度」界限³⁰⁸？幅度的產生不正是點與點所區隔出之範疇？因此，以哲學思考為導向的應報刑論，終究難以符合實際上的刑罰裁量需求。退步言之，將所有刑罰目的並列思考的相對應報刑，其源自於對個別單一的刑罰思想無刑罰限定機能的思考，而將所有刑罰目的單純的並列，僅僅造成各刑罰思想缺點的合併，反而成為刑罰目的缺點的統一說³⁰⁹，而無對於個別刑罰目的功能性的思考價值，也無法實際成為刑罰裁量的限制與形成基準。故放棄對於應報思想的刑罰限制或形成迷思，走出責任刑法的哲學窠臼，在刑罰裁量具體化的目的下，應有其必要性。

第二項 以目的刑為中心之刑罰裁量理論

對於行為人過去行為否定的哲學思維，漸漸的受到社會型態日趨複雜的影響，對於社會控制的需求漸漸成為刑法思想的一環，甚至形成主軸，以目

³⁰⁵ イエシエック=ヴァイゲント，前掲註 154，第 57 頁。

³⁰⁶ 岡上 雅美，前掲註 294，第 95-96 頁。

³⁰⁷ Bernd Schünemann，「罪責原則在預防刑法中的功能」，許玉秀、陳志輝合編，不疑不惑獻身法與正義-許迺曼教授刑事法論文選輯，第 622-623 頁，公益信託春風煦日學術基金，2006 年。川崎 一夫，前掲註 155，第 88-89 頁。學者吳景芳亦認為罪責幅度難以確定，但卻支持單面責任論，認為罪責的上限可以確定，其理由的構成，在此問題上或有些許矛盾，參照吳景芳，「當代刑罰理論之發展」，收於，當代刑事法學之理論與發展，第 103 頁，學林文化事業有限公司，2002 年。

³⁰⁸ 淺田 和茂，「量刑基準」，收於，量刑法の総合的検討：松岡正章先生古稀祝賀，成文堂，第 32-33 頁，2005 年。

³⁰⁹ ロクシン，前掲註 32，第 67 頁。

的刑為中心的刑罰裁量理論也受到熱烈的討論。在預防思想的討論上，分成特別預防、消極一般預防與積極一般預防三種基本思維為中心，分別展開其個別刑罰裁量理論，以下，即分別介紹之。

第一款 特別預防思想

在哲學思維的反動與自然科學的發展下，社會對於犯罪預防的需求日益強烈，而條件也日益成熟，遂發展出以目的刑為核心的刑罰裁量理論。而在以特別預防思想為中心的刑罰裁量理論，是以對於犯罪行為人的犯罪抑制為其核心思想，並可分成三種面向的解讀，分別是對於行為人個人威嚇、再社會化以及對社會的安全保護³¹⁰。此分類是早在 Liszt 有系統的提出特別預防思想時，所採行的架構。對於不同情況的犯罪行為人，施予針對其情形的犯罪抑制手段，是特別預防思想不斷努力的方向，因此，在特別預防思想中，尤其重視行為人本身的研究，以期搭配適當的刑罰，產生正確的作用，達成其目的。

而特別預防思想的刑罰裁量理論在上述三種面向的思考偏重下，有不同的理論發展。從威嚇的角度出發，有所謂抑制刑論，亦即，透過刑罰的痛苦，使有再犯可能性之行為人受到威嚇，不再犯罪，因此在刑罰裁量的理論建構上，由於必須施以減低再犯可能性的威嚇力道，故該威嚇程度的裁量，即為刑罰裁量的重心。再者，以再社會化為重心發展的刑罰裁量理論，稱為社會復歸刑理論，認為透過刑罰的矯治，幫助犯罪行為人順應社會，並回歸社會生活，因此，如何矯治犯罪行為人，並改善其對於社會秩序的反應能力，使其能回歸社會並容於社會生活，為其刑罰裁量的重點。而從社會安全保護的觀點，則認為行為人的危險性之預測。為預防的主要考量，稱為行為危險性理論，其刑罰裁量的方式，是預測行為人的危險性，進而判斷對應其危險性所應施予的刑罰程度。

特別預防思想的運用上，由於重視改善行為人的效果，因此在理論的建構上，很容易導致不定期刑的制度產生³¹¹，從歷史上觀察，美國在 1970 年以前，一方面由於貴格教派推行處遇人道化，一方面對於當時急速進步

³¹⁰ 川崎 一夫，前揭註 155，第 179-180 頁。

³¹¹ ロクシン，前揭註 32，第 60-61 頁。

的科學信賴，社會復歸思想因此盛行³¹²，於是透過假釋委員會的機制，使實際上的刑期如同不定期刑制度，而產生不明確與不公平的現象，形成改革勢力。從上述美國的經驗觀察可得知，特別預防思想在刑罰限制上的瑕疵。

再者，對於國家基於何種權利得對於人民強制教育，是其正當性的問題，蓋人民在生病時得依其自由意思決定是否就醫，但國家在施加刑罰時，並無考慮人民的接受與否之意志，而是一種強制的治療³¹³，而強制治療的根據為何？問題在於強制教育根本上即受到近代法律思維的禁止，如同古典理論對於預防思想的攻擊，認為其乃違反對於人性尊嚴的尊重，而要找出對於違反尊重人性尊嚴行為的正當化依據，此係對於特別預防思想難解的質疑。或有認為其將以公益作為正當性的依據，而所謂公益的理由，最終將導致以社會治安水準為考量，造成理論的矛盾，因特別預防思想並不以對他人影響為考量，純粹是以行為人本身矯治需求與否為主³¹⁴。惟行為人構成犯罪本即危害社會治安需求，此乃特別預防思想的前提，在未構成犯罪的情況下，特別預防思想也無從發生作用，上述所謂矛盾的主張，顯然忽略施加刑罰的前提，產生概念上的混淆。在此於公益考量的刑罰前提上嚴加限制，或許可降低對於人性尊嚴侵害的程度，促進社會相互尊重的自由空間，但終究難逃將人類客體化的質疑。

而特別預防思想源自於實證，卻也難逃實證上的檢驗，從經驗上觀察，特別預防思想受到實踐上的種種困難，其真正對於再社會化的成果，並不彰顯³¹⁵，美國在1984年對社會復歸思想的宣示放棄，即為明證。要以監獄產生社會復歸之效果，不如對於人民在必要且生活困難時提供援助³¹⁶，顯見特別預防思想在刑罰裁量理論建構上，手段多元的需求非常強烈，傳統刑罰手段與觀念，難以達成目的。

³¹² 林 幹人，前揭註 289，第 10 頁。

³¹³ Pawlik Michael，前揭註 296，第 73 頁。

³¹⁴ Pawlik Michael，前揭註 296，第 73 頁。

³¹⁵ 遠藤 邦彦，前揭註 164，第 37 頁。ロクシン，前揭註 32，第 62 頁。松宮 孝明，「法定刑引き上げと刑罰論」，立命館法學，第 306 号，第 293 頁，2006 年。

³¹⁶ 真鍋 毅，「機能的刑法觀の後退と挫折」，收於，中山研一先生古稀祝賀論文集第 3 卷，第 49 頁，成文堂，1997 年。

第二款 消極一般預防思想

從消極一般預防思想建構刑罰裁量理論的構想，在學說上是相當冷淡的³¹⁷，其原因在於其思想本質運用在刑罰裁量上的不足。所謂消極一般預防思想，學者 Bruns 將其區分為兩個部分，分別為「一般的」一般預防與「特別的」一般預防，在前者，是對於一般人給予法的確認，只的就是整部刑法的本身；在後者是在個別刑罰裁量時從一般預防觀點加重刑罰的情形³¹⁸，而在此所討論的，即為後者，合先說明。

起源於心理強制論的一般預防思想，所重視的是刑罰所產生的威嚇力，使潛在的行為人，懼於刑罰的恫嚇，而達到抑制犯罪的效果。將每個人都認為是理性的經濟人，於行為時會審慎衡量惡害與利益，進而尋找對自己最有利的作法。但是將潛在的行為人設定為理性的經濟人，與經濟活動相比，在犯罪的情況下要有理性的計算，已是過於理想的假設³¹⁹。再者，上述說法運用在特別的一般預防思想下，更難以形成正當的說理，蓋若以刑罰的施予，威嚇潛在的行為人，則受處罰的行為人，勢必成為威嚇的樣品，使原本應透過法律的制訂，形成的一般性威嚇功能，訴諸該行為人，將該行為人所受刑罰，裁量成具有一般性，考量的因素將超出行為人個人，絲毫無限制可能。既無裁量的內在制約，其終將導致重罰化的傾向³²⁰。退步言之，即使忽略其刑罰限制的缺陷，在刑罰形成的功能上，亦顯困難，原因在於威嚇的程度難以度量，特別是在考量因素無邊無際時，更是問題癥結。並且一般預防思想也難逃對於行為人客體化的質疑，更有戲稱在此理論下，行為人將成為替社會大眾贖罪的山羊³²¹，尤見該理論建構下，會導致負擔過多無正當性的考量。因此以消極一般預防思想所建構的刑罰裁量理論，幾稀矣。

³¹⁷ 小林 充、原田 國男、岡上 雅美、井田 良，「座談会『量刑判断の実際』と量刑理論」，法律時報，第 76 卷，第 4 号，第 69 頁，2004 年 4 月。

³¹⁸ 川崎 一夫，前揭註 155，第 161 頁。

³¹⁹ 本庄 武，「刑罰論からみた量刑基準(2)」，一橋法学，第 1 卷，第 2 号，第 427-428 頁，2002 年。Pawlik Michael，前揭註 296，第 68-69 頁。

³²⁰ 城下 裕二，「量刑基準の研究」，成文堂，第 130 頁，1995 年。

³²¹ 神田 宏，前揭註 290，第 19 頁。

第三款 積極一般預防思想

相較於上述消極一般預防思想在刑罰裁量理論上的弱勢，藉由積極一般預防思想形成刑罰裁量理論者，則是晚近較強勢的主張。積極一般預防思想鑑於消極一般預防思想在犯罪黑數上的無力反駁，因此從原本由行為人角度的思考，轉而對於法規範的倫理性思考³²²，從正面的角度，認為刑罰的制裁對於未違反規範的社會大眾有鼓勵作用³²³。如同前述，Roxin 認為刑罰具有學習效果、信賴效果與滿足效果，透過刑罰的實踐，來滿足上述三種效果。而 Jakobs 則是認為刑罰是確認規範者的信賴，刑罰就是為了證明社會的同一性，是一種單純理念上的主張，同時也避開了經驗上證明的質疑³²⁴。積極一般預防思想著眼於對人民法規範的教育，因此在刑罰裁量理論的建構上，則以該目標為刑罰裁量的標準。

由積極一般預防所發展出的刑罰裁量理論，稱為預防的統一理論，該理論的建構，原則上是以積極一般預防與特別預防為核心，並且放棄應報的思維，建構預防刑法的刑罰裁量基準。依照 Roxin 的說法，刑罰的形成必須透過特別預防與一般預防，而其上限以罪責的程度為限，下限原則上以特別預防之必要，且不違反一般預防的最小限度為限³²⁵。以一般預防的考量，限制刑罰裁量的下限，其目的在解決無再犯可能性之行為人，因無特別預防之需要，在以特別預防思想為度時，會造成有犯罪卻無刑罰的情形，因此，若以一般預防思想為考量，在規範教育的觀點上，應處以刑罰。但並非絕無例外，假設在科與一般預防最低限度之刑，仍有對於再社會化負面的作用時，得例外的為低於該下限的裁量³²⁶。

Roxin 進一步認為，以一般預防與特別預防同時思考的情況下，可以避免強制教育的疑慮。在受刑人拒絕再社會化時，其社會化的意識已經覺醒，若仍須加以處罰，一般預防則為正當的理由；反之，在受刑人接受在社會化矯治的情況下，則認為人民有再社會化的請求權，受刑人可以請求

³²² 柯耀程，「重刑化犯罪抗治構想的隱憂與省思」，收於氏著，變動中的刑法思想，第 499 頁，自版，2001 年修正 2 版。

³²³ 許玉秀，「當代刑法理論之發展」，收於，當代刑事法學之理論與發展，第 52 頁，學林文化事業有限公司，2002 年。

³²⁴ ロクシン，前掲註 32，第 65 頁。

³²⁵ ロクシン，前掲註 32，第 75 頁。

³²⁶ C.ロクシン，前掲註 295，第 135 頁。

國家援助使其能適應於社會³²⁷。而當兩者同時具有預防需求時，則認為應以特別預防思想為優先，一般預防的角色，仍著重在底限的限制上³²⁸。

對於應報思維的放棄，並不影響該理論以罪責為上限的想法，其認為將應報的重要因素，亦即對刑罰限制的責任原則，應從應報中獨立出來，納入預防統一理論中，可一舉解決預防思想的通病，亦即刑罰的限制問題³²⁹，至於在責任原則的上限訂立，則認為應以威嚇的預防為上限的基準，藉此依充足的法律感情，強化公眾的法律意識³³⁰，至此，其所謂責任原則，亦形同預防思考。以上乃 Roxin 之預防的統一理論概觀。

在 Roxin 上述的主張中，係將預防思想合理分配的理論，首先，其意識到特別預防受到詬病爭點，亦即對於無再犯可能性行為人放棄刑罰的觀點，用一般預防思想補足處罰的正當性。再者，對於應報思想的放棄，是其對於所謂對應行為責任的刑罰之架構，徹底的拒絕³³¹。其將責任清算的概念轉換成預防清算，其所認定的責任原則，是由一般預防所構成，在責任的上限，以消極一般預防為基準，在責任下限，以積極一般預防為基準，其目的在於避免預防思想無限制的缺點。然而，上述的主張仍有若干疑義，假如預防思想的共通缺點是其刑罰裁量限制不明確，在預防思想的限制上，以預防思想作為限制，如何可得？分別觀察，在刑罰裁量上限，以消極的一般預防思想為基準，勢必面對其如何形成具體的限制問題，如前所述，威嚇的程度本即難以度量，更遑論要以其作為刑罰裁量上限的定量，訴諸法律感情或公眾法意識，並未使標準更具體。再者，以積極一般預防思想為理由，作為補足不具特別預防需求之行為人處罰的理由，固然有其依據但對於法規範教育的思想，要如何得出具體的量，作為裁罰的下限？在無具體標準下，終究只能以法定刑最低限度為限，用處罰來確認規範存在。因此，所謂預防的統一理論，在一般預防思想的運用上，仍舊繼受其標準不明確之問題，要以此為特別預防或一般預防的界限，仍有疑義。

³²⁷ ロクシン，前掲註 32，第 60、68 頁。

³²⁸ ロクシン，前掲註 32，第 69 頁。

³²⁹ ロクシン，前掲註 32，第 72 頁。

³³⁰ C.ロクシン著；宮沢浩一監訳，「刑法における責任、予防、答責性をめぐる最近の論争について」，收於，刑法における責任と予防，成文堂，第 225 頁，1984 年。

³³¹ Bernd Schünemann，前掲註 307，第 622-623 頁。

第三項 其他刑罰裁量理論

在刑罰裁量理論中，除以傳統刑罰目的之基本思考外，尚有其他方式的刑罰裁量理論，其中，或有對於刑罰目的的合理分配，或有對於司法行為本質的探討，抑或有從被害人方面為不同角度的觀察。以下，即分別就其他刑罰裁量理論介紹之。

第一款 區分理論

區分理論的主張，係鑑於紛亂難解的刑罰目的爭議，試圖從目的觀的分配，將個別刑罰目的觀依其特性為適當的位置安排。其最早可溯源到 Max Ernst Mayer，其認為需區別由立法者所制訂之刑的警告、刑罰裁量與刑的執行等，具有有機關連性之處罰的各階段，賦予不同刑罰目的實現的任務³³²。而較有系統的建立，則是到了 Heinrich Henkel 以及 Eckhard Horn 等透過所謂「位置價說」將理論精緻化，依此理論，責任與預防兩者，具有刑罰目的各自成立卻又相互矛盾的關係(二律背反)，假設同時要考慮責任清算與預防，必須在刑罰權實現的過程中，衡量各階段各刑罰目的所值的分量，分別加以定位來解決對立³³³，因此，法官於刑罰裁量時，首先需將有責的不法程度轉換成刑罰的量，此時特別預防或一般預防的相關資料都不應考慮；次而在考慮對應責任的刑罰應以如何的形式為之、宣告刑是否執行等決定時，才考量預防的資料³³⁴。在狹義的刑罰裁量中，必須排除預防觀點，而完全以責任清算為之，在廣義的刑罰裁量，例如罰金或自由刑刑種的判斷、假釋、刑的酌免等，則完全以預防判斷。區分理論的著眼點在於將相互衝突的刑罰目的觀，透過功能性分配，迴避其衝突的刑罰裁量戰場，將刑罰裁量區分為廣義與狹義，進而隔離應報與特別預防的衝突。

依照區分理論的分配，在刑事立法階段，為一般預防的展現，在刑罰裁量時，需顧慮責任應報的充足，在刑罰執行預測時，則需顧慮特別預防

³³² Karl Heinz Gössel，前揭註 66，第 35 頁，成文堂，1990 年。

³³³ 蘇俊雄，「量刑法理與法制之比較研究」，法官協會雜誌，第 1 卷，第 2 期，第 48 頁，1999 年 12 月。

³³⁴ 岡上 雅美，前揭註 294，第 100 頁。

的思維³³⁵。此理論的出發點在於區隔相互衝突的刑罰目的觀，卻也招致忽略特定刑罰目的觀的質疑，Roxin 就曾為文批評，認為該理論在狹義的刑罰裁量中，刻意排除預防思維，是不合法也不合理的³³⁶。但其迷人的迴避衝突方法，實際上是受到 Roxin 的肯定，其認為只要將區分理論修正，如前所述以一般預防限定責任幅度³³⁷，再依特別預防思想作為刑罰裁量的準則，則該理論其他部分仍可接受，即所謂「依特別預防思維修正的階段說」³³⁸，其主張幾乎也接近區分理論³³⁹。足見區分理論構想基本上是正面的。

區分理論所區分的對象及方式，是其最受批評的爭議，蓋刑事制裁程序事實上難以絕對的區分，個別階段中，未必只展現同一目的，也未必不能持同一目的³⁴⁰，況且，其將刑事制裁程序區分的結果，個別觀察，各階段都將陷入單一刑罰目的的問題窠臼中，解釋上更行複雜。再者，依位置價說論者認為，在狹義刑罰裁量時應專以應報為考量，其仍難逃所謂對應於行為責任的刑量，其認識上困難的問題。甚有認為，即使在預防思考的主張下，未必比應報更加具體，蓋以現在關於再犯預測或一般預防必要性的研究，其發展不會比所謂行為責任清算的研究更佳，所謂以預防觀點決定一定刑量，恐怕更為恣意³⁴¹，都是無可避免的質疑。但不可否認，其利用區隔目的特性的方法，的確有抒解目的衝突的優點，或許運用在適當的位置上，仍有發展的可能。

第二款 自由裁量理論

依自由裁量理論，既然在刑罰目的難以調和的情況下，乾脆將刑罰目的的選擇，委由法官自由裁量³⁴²。因此自由裁量理論在刑罰裁量的運用上，

³³⁵ 蘇俊雄，前揭註 328，第 48 頁。林山田，「論刑罰裁量」，收於氏著，刑事法論叢(一)，第 81 頁，自版，1997 年 3 月再版。

³³⁶ C.ロクシン著；宮沢浩一監訳，「予防と量刑」，收於，刑法における責任と予防，成文堂，第 147-155 頁，1984 年。

³³⁷ C.ロクシン，前揭註 336，第 162-163 頁。

³³⁸ C.ロクシン，前揭註 336，第 176 頁。

³³⁹ 可參閱 C.ロクシン，前揭註 74，第 19-47 頁。該文章即明顯以區分理論的方法，辯證各階段所需的刑罰目的觀。而 Schünemann 則是認為，當 Roxin 認為在極其例外的情況下，依特別預防的理由，容許低於罪責的刑罰裁量時(前揭註 63 所指的見解)，已接近區分理論的主張。參照，Bernd Schünemann，前揭註 307，第 621 頁，註 70 之說明。

³⁴⁰ 蘇俊雄，前揭註 333，第 48 頁。林山田，前揭註 335，第 82 頁。

³⁴¹ 岡上 雅美，前揭註 294，第 102 頁。

³⁴² 林山田，前揭註 335，第 82 頁。

除受到法定刑的拘束外，刑罰形成的部分，委由法官自行抉擇，但絕非恣意，其仍肯定有內在限制³⁴³，其所謂內在限制，諸如比例原則、平等原則、合目的性等，實則，刑罰裁量本為國家公權力行為，本即應受公法上一般原理原則之限制。但更細緻的進一步裁量判斷，其標準為何，該理論則放諸法官自由決定，無進一步限制或準則。

誠然，在國家公權力行為的行使上，不得忽略其所受公法上一般原理原則之限制，此乃本理論所具有見地之處，甚至點出其他刑罰裁量理論忽略的區塊，即刑罰裁量亦為公法行為，自應在法治國架構下，受憲法所規範，假設逾越該界限，即為不合法的國家行為。在行政法上有所謂裁量濫用的行政裁量瑕疵³⁴⁴，同為國家行為的刑罰裁量，不因其為司法機關之行為而有所例外，實屬當然。但更進一步觀察，在此限制下，應有更細緻的形成裁量標準，憑空交由法官自由形成，顯難合於法規目的性，對於刑事政策的推動上亦形成漏洞，是本理論極為不足之處。

第三款 損害回復理論

損害回復理論是從所謂「修復式司法」的觀點出發，在刑事司法的負擔日益加重，與對於透過行刑使行為人再社會化的悲觀³⁴⁵，對於刑罰的觀察，逐漸轉向關注被害者的角度，並著眼於刑事案件中，加害人、被害人與共同社會之紛爭關係，企圖從其和解中，重新認知刑罰的角色。由於刑罰的特殊性，刑罰在實際上所能為的損害回復，僅僅在於被害者的抽象損害，亦即法益客觀化之後，是被普遍化的利益，對於潛在的被害人而言，是有利益的，但對於被害人實際上的回復，仍無機能³⁴⁶。故要單單從刑罰達成修復式司法的理念，是不足夠的，修復式司法是一個整體刑事政策的概念，並非僅由刑罰即可達成，甚至可謂刑事制裁的第三手段，以補充刑

³⁴³ 最高法院 80 年台非字第 473 號判例：「法律上屬於自由裁量之事項，並非概無法律性之拘束。自由裁量係於法律一定之外部性界限內……使法官具體選擇以為適當之處理；因此在裁量時，必須符合所適用之法規之目的。更進一步言，須受法律秩序之理念所指導，此亦即所謂之自由裁量之內部性界限。關於定應執行之刑，既屬自由裁量之範圍，其應受此項內部性界限之拘束，要屬當然…」

³⁴⁴ 吳庚，行政法之理論與實務，第 119 頁，自版，2005 年 10 月增訂第 9 版 2 刷。

³⁴⁵ 高橋 則夫，「被害者關係的刑事司法と修復的司法」，收於，修復的司法の探求，成文堂，第 5 頁，2003 年。

³⁴⁶ 高橋 則夫，前揭註 345，第 9-10 頁。

罰與保安處分之不足³⁴⁷。因此，損害回復的給付手段，必須是多元的，諸如實際的損害回復或賠償，以及象徵性的損害回復等。

然而，刑罰裁量究竟與修復式司法有何關係？事實上多針對於加害人犯罪後的態度討論，亦即，在加害人犯罪後所為的損害回復，可視為犯罪後態度良好的重要依據，並據而為刑罰裁量的判斷重點，因此，損害回復的行為，是從刑罰消滅事由或量刑事由的型態思考，形式上似乎是給加害人的利益，但反面觀察，也可說意圖為被害人利益著想³⁴⁸。此主要的理論背景在於積極一般預防與特別預防的思考，特別重視對於被害人、加害人與社會間法律和平的回復，依其觀點，由加害人自發、積極的給付，使得加害人由行為結果的檢討，認知到被害人的正當利益，加害人自行確認其所侵害的規範；對於被害人的補償，使加害人與被害人間和解；並且依照損害的除去之和解，被害人與社會間再次安定，促進加害人的再社會化³⁴⁹。既然加害人已為損害的回復，其行為責任勢必受到調整，此即為依犯罪後態度調整刑罰裁量的根據。

損害回復理論在刑事制裁手段上的創意³⁵⁰，開創刑事裁量嶄新觀點與局面，並且對於被害人雖同為社會中的一員，卻刻意凸顯其刑事政策上的重要性，不若過去傳統刑法僅將被害人的角色，模糊在社會之中，是其進步之思考。損害回復理論的出發點固然在於和解的角度，但始終擺脫不了國家刑罰權倒退的陰影，因此在避免刑事案件私了的防制上，該理論勢必付出更多努力。或有認為，過去刑法的任務，在於法益保護，是犯罪事前的控制，亦即對於潛在被害人與潛在加害人的預防，當法益侵害事實出現，加害人與被害人之間的關係，則由修復式司法撫平，以較緩和的修復式司法模式來解決紛爭，此時國家刑罰權倒退的條件在於，以加害人、被害人與社會三者之間關係的治癒為限，始得為之³⁵¹。其理論的建構上，不得不將社會的因素強化，否則國家刑罰權的制度，終將崩塌在貧富差距大的社會當中，貧者的損害回復能力終究無法與富者相比擬，造成社會的動亂根源，因此在社會觀感無法弭平的情況下，刑罰權仍將繼續行使。再者，若

³⁴⁷ ロクシン，前掲註 32，第 88 頁。

³⁴⁸ 高橋 則夫，前掲註 345，第 13 頁。

³⁴⁹ ロクシン，前掲註 32，第 88 頁。高橋 則夫，前掲註 345，第 108 頁。

³⁵⁰ 與其說是「創意」，實則也可謂為「復古」，蓋在國家刑罰權尚未發達之前，私人間的刑事案件和解，又何嘗不是如此進行。

³⁵¹ 高橋 則夫，前掲註 345，第 70 頁。

將修復式司法視為刑事制裁的第三手段，則所謂損害回復理論根本就與刑罰裁量無關，退步言之，假設將修復式司法視為代替的刑罰，而非刑罰的代替，則仍必須面對修復式司法廣大打擊面的難題，僅僅從刑罰裁量的角度，若未經其他法治完善的配合，實難有進一步的發展。因此，在整體配套法治尚未完成的狀態下，對於損害回復理論的主張，應採較保守的態度。

第三節 小結—刑罰裁量基準

綜觀各種刑罰裁量理論，可以發現兩種現象：刑罰裁量理論的建構，不僅在於刑罰的形成，其理論恣意的限制，更是在理論背後支撐形成基準正當性之重要依據。諸如應報刑論者，對於應報思想的刑罰限制機能，即深信不已，並因此從哲學上形成重要的理論依據，認為唯有責任的清算，始能尊重人的主體性，避免國家物化人民，使刑罰權的作用，在於對過去行為所產生的惡害，由行為人受懲罰的過程抵償。即使在受到目的刑影響的幅理論中，仍舊認為在罪責幅度內的目的思考，依然不違背責任抵償的原形。對於預防思想為核心的刑罰裁量理論，其刑罰限制機能的欠缺，仍是備受爭議的重點，也因此產生適用上的疑慮。而區分理論的構想，亦不出於應報刑論的構造，其僅將刑事制裁程序放大觀察，藉以將對於刑罰恣意限制有疑慮之預防思想，排除在狹義的刑罰裁量之外。在 Roxin 將預防思想代替責任清算的區分理論中，卻反倒陷入對於預防思想的疑慮。因此，何種目的觀最能限制刑罰不受恣意裁量，是刑罰裁量理論正當性的觀察點一。

再者，對於透過個別刑罰目的觀形成具體刑罰的疑慮，亦為刑罰裁量理論中爭議的問題點，應報刑形而上的抽象哲學背景，即使在罪刑相當的理念上並無可議，卻難以面對其抽象概念轉化成具體刑量的困難，正義感覺、社會感情度量上的困難，終究造成其不得不認知到科學發展上的可能，而相當程度與科學背景的預防思想結合，事實上對於其責任清算的原理，是很大的撼動，蓋其評價的事實方向根本不同，要以回顧過去為基礎，得出展望未來的刑罰，無怪乎被認為是二律背反的論證，蓋其根本上是各自成立又相互矛盾的本質，難以相容。因此，對於責任刑法的內涵，勢必在應報無法真正形成責任抵償的事實下，受到調整。反之，在預防思想的科學研究上，是否就具有更具體的度量法？

在學說上是質疑的³⁵²。因此，在刑罰裁量理論的建構上，何種目的觀最能具體形成刑罰的定量，是刑罰裁量的理論正當性的觀察點二。

因此，本文擬將從上述兩觀察點，建構本文所採之刑罰裁量基準，並以此基準為核心，決定刑罰裁量之程序，分述如下：

第一項 刑罰裁量限制

刑法的產生，源自於對國家刑罰權限制的原因，最早的體現，是罪刑法定的確立，在固定刑制度下的應報思想，有其存在的正當性，但隨著法定刑的漸漸相對化後，應報刑的觀點，也漸漸失去優勢。原本，在固定刑制度下，罪與刑的訂立，因源自具有民主正當性的國會，其刑的展現，具有國民正義感情的依據；刑的定量，可因為具有民主正當性，而據稱其就是社會對於行為責任的認知量。

在法定刑逐漸相對化之後，司法有了裁量的權限，但其本質卻不具有民主正當性，必須思索在何種限制下，才能使司法體現立法的決定，但此時應報刑的限制機能突然喪失，因為形而上的哲學觀點，本來就只能透過制度賦予正當性，如同前述之國會，透過民主程序，賦予應報的正當性，一旦其定量的形成，交由無民主正當性之司法機關，制度本身就不適合應報思想，因司法機關本具有對抗多數之本質，其所依據的標準是憲法、法律，而應報卻必須是社會的共同意識始能認為是正當，這中間有著時空與認知的落差。

然而，為了能使法院受到一定的限制，逐漸發展出罪刑均衡的主張，使原本應由立法者衡量之應報，透過罪刑均衡的概念，期望司法能完成自我的設限。但應報思想的本質使然，不僅其制度的不適當，定量的概念，始終無法透過罪刑均衡，由法院來達成。即使由立法者衡量，罪責的清算定量，也只是空泛的假設，差別僅在於立法者較司法有民主正當性，這也無怪乎在美國，係透過國會立法，訂出精確的刑量，反應應報觀點，理由即在此。因此必須認知到，刑法理論本身是無法造成若何限制，蓋法律的解釋終有其極限，設若今立法者決定以社會復歸為唯一的刑罰裁量思考，則應報思想又能如何從內在保護人的主體性？足見要從刑法本身形成限制機能的無力感。

³⁵² 岡上 雅美，前揭註 294，第 102 頁。

應報的刑罰限制機能，既然在落入司法裁量後，已無法完成其限制的目的，則必須思考刑罰裁量的限制應當為何？從國家行為的角度觀察，同樣是國家行為之行政裁量，特別是行政罰方面，其所受到的限制，多來自於憲法上的原理原則，根本的理解，是將行政罰認為是國家對於基本權的侵犯，因此必須符合憲法上對於國家侵犯基本權的正當化條件。同為國家行為之司法裁量，尤其是刑罰裁量，是否能獨自獨立於憲法之外？或許行政裁量與司法裁量有若干差異，蓋行政裁量具有對於將來案件的自我拘束，因此，行政裁量必居顧及一般性的考量，反之，在司法裁量上，基於審判獨立的要求，一般案件在形成具體決定時，並無將來的拘束性，因此僅需顧及具體個案的考量，故據此可認為在司法裁量上，其裁量的空間較為自由。然而行政罰與刑罰的區別，僅在於社會控制的手段不同，其本質上既然同為國家行為，縱使認為刑罰裁量的空間較為自由，仍然必須體認其本質同為國家侵害人民基本權利之行為，況且，以侵害程度而言，刑罰權的介入，普遍可認為是對基本權較為嚴重的侵犯，何以其得自外於憲法的限制，其理至明。

據此，刑罰裁量的限制，首要觀察的，即為憲法上對於國家行為侵犯人民基本權利時，所應具備的正當化條件。誠如前述，憲法對於此部分的限制，可分為形式阻卻違憲事由與實質阻卻違憲事由，是將此類行為推定為不正當，透過阻卻違憲事由的反證，使國家行為正當化。在前者，法律保留的要求，是基本的限制，在刑法上，即以罪刑法定為主要的體現。而內在的第一層限制，是比例原則與平等原則的要求。內在的第二層限制，則是刑罰裁量的基準問題。此等限制下，國家刑罰裁量行為，始能符合憲法上的要求。因此，以往在刑罰裁量理論中，不斷透過刑罰目的自行發展的限制，其作用大可由憲法上的限制來完成，對於刑罰權的恣意發動，透過法律保留的概念，刑罰權的發生，非由法律所明訂，其發動根本不能；而以往最為恐懼的刑罰恣意裁量，在比例原則與平等原則的限制下，已無需透過責任清算的概念限制之。所需做最後建構的，就是刑罰裁量內在的第二層限制，亦即刑罰裁量基準的規範。

第二項 刑罰裁量基準

刑罰裁量的限制，既已走出責任清算的概念，並且由憲法上原則代替其

功能，刑法的功能藉此轉向危險防禦法，而非社會道德的非價判斷³⁵³，也就是自責任刑法轉向預防刑法的概念。接著所需面對的問題是，預防刑法的刑罰形成基準為何？在 Roxin 的主張中，將一般預防作為限制特別預防的界限，罪責的概念，不僅承載特別預防思想，更需融入一般預防思想，問題是這樣的構想會比應報限制機能更具體嗎？積極一般預防的內涵，主要是規範的確認與教育，面對著社會大眾對於規範理解的不一，要如何得出規範確認與教育的刑罰限制程度，顯然積極一般預防的概念並不是在「量」的具體思考，而是「質」的抽象滿足。再者，從作用面觀察，一般預防的限制，在結合特別預防思維下，最大作用在於補足在不具特別預防必要性時的處罰缺口，惟本文一貫的認為，要以抽象概念衡量刑罰定量，是將刑罰裁量導向不明確與恣意的方向，僅為補足特別預防在社會觀感上的缺點，而將不明確的限制機制導入刑罰裁量，反倒使刑罰的限制流於抽象，其顧此失彼的損失已與獲益失衡。故本文認為，在刑罰裁量最核心的部分，應交由特別預防思想主導，並由憲法原則限制，而確認規範的功能，雖不能捨去，必須另謀罪責以外的途徑。

本文認為，在罪責以外的途徑，要解決規範確認與教育的需求，或許在目的理性體系下，於不法構成要件中，透過其成立與宣告，可使積極一般預防思維的效果滿足。原因在於積極一般預防思想中，重視學習效果、信賴效果與滿足效果³⁵⁴，實則係規範的教育與確認，此等機能需求，並非透過一定刑罰執行始得完成，反而係透過行為不法的宣示，更能完成其抽象的需求。相較於透過量的展現，所導致的具體化困擾，反倒不如透過質的確認，來滿足抽象概念的需求。

其中會有疑義者，在於積極一般預防思想的滿足效果問題，滿足效果的產生，在於行為人受懲罰時，一般法意識的滿足³⁵⁵，因此單單透過行為不法的宣示，在此恐難滿足抽象的一般法意識。在此應綜合觀察，會產生上述情形，係指行為人雖構成不法構成要件，但卻因無特別預防之需求，行為人無需受到刑罰處置。此乃特別預防思想最受爭議的問題，然而在預防刑法下，應有較不同的解讀，設想在共同社會中，是否對於不具行為能力者，有必然處罰的必要？假設為必要，則刑法中又為何會有對於行為能力的規範，顯然，

³⁵³ Winfried Hassemer，前揭註 263。

³⁵⁴ ロクシン，前揭註 32，第 64 頁。

³⁵⁵ ロクシン，前揭註 32，第 64 頁。

刑法在處理不具行為能力者的問題上，是不期望其接受刑罰，因此，既然在社會共識下所訂立的法律，已接受特定情況下，行為人不受刑罰的條件，又為何無法滿足一般的法意識？該問題顯然是未觀察到此立法現象的質疑。故本文認為，以積極一般預防思想作為不法構成要件的主要機能，不但可達成其規範教育的效果，更可滿足規範確認的需求，甚為正當。

而既然在不法構成要件中，已滿足積極一般預防思維的需求，在負責性概念中，基於雙重評價禁止的理由，更不得再次考量積極一般預防的需求，因此，在負責性的概念下，純粹是以刑罰需要與否，判斷行為人是否該負刑罰，特別預防思想為主軸，其不僅符合現代法治國的精神，亦對於刑法的發展有進一步的區別效果。在現代法治國概念下，社會控制的手段，係為保障基本人權的需求，此乃國家對人民的保護義務³⁵⁶，在此義務下，要使用一個單純確認過去行為不正的刑罰觀點，顯然已不足夠，其手段必然要有期之於將來的積極效果，使人民免於再次受到侵害。

然而，對於人民強制教育的質疑，是在此會產生的問題，本文認為強制教育的疑慮應交由基本權防禦機能調節，亦即，我們可以容許對犯罪的抑制，其乃基於保護義務的需求，可能有許多的型態來完成其需求，諸如矯治、再社會化教育，但無法接受對於人格的徹底改變，蓋人格的存在與多樣性，是現代憲政思想下，所絕對尊重的領域，因此，人格的保有與其特性，則必須由基本權的防禦功能³⁵⁷來保障，除了前所述及罪刑法定，更有比例原則等憲法上重要的保障。簡言之，憲法是刑法不可超越的界限，不可能以刑罰的需求性高，而形成超出法定刑(處斷刑)界限的刑罰，亦不可能因刑罰的需求性高，而形成在兩基本權衝突中，顯然失衡的刑罰。基本權的保護義務固然要求國家為有效的刑罰，亦即所謂「不足禁止」，但另一方面，基本權的防禦機能，則是對抗著國家不得為過當、恣意的刑罰，亦即「過度禁止」，國家在採取保護措施時，必須受到此二者的雙重拘束³⁵⁸，因此，尚可透過基本權防禦機能的調節，解決強制教育的疑慮。

另一疑慮則是在於特別預防思想在形成具體刑量的可能，學者曾指出，以現在關於再犯預測或一般預防必要性的研究，其發展不會比所謂行為責任

³⁵⁶ 關於基本權的保護義務，參閱，許宗力，前揭註 108，第 193-194 頁。

³⁵⁷ 關於基本權的防禦功能，參閱，許宗力，前揭註 108，第 196 頁。

³⁵⁸ 許宗力，前揭註 108，第 196 頁。

清算的研究更佳，所謂以預防觀點決定一定刑量，恐怕更為恣意³⁵⁹，此問題應從認識論上解決，應報思想之所以被排除，係在於其認識上困難，縱使其存在並無疑慮。反之預防思想則是因為認識上較為容易，因而被接受，面對科學發展的突飛猛進，認識上的研究，僅為將來可預期的成果，其質疑當可弭平。

故本文所採之刑罰裁量基準，係以目的理性體系架構下，在不法構成要件階層，以積極一般預防思考為依據；在負責性階層，以特別預防思考為依據；以上皆在憲法對基本權保障的大架構下，形成目的機能區分的理論。

第三項 刑罰裁量程序

刑罰裁量的程序，其目的在建立體系化的刑罰裁量思考，藉以減少思考漏洞，增加思考上的經濟。在刑法論罪的部分，有犯罪的體系思考建構，反之，在科刑的部分，亦應透過體系思考建構，使刑罰裁量的結果更為完善。

在刑罰裁量的程序，從廣義觀察，可分為1.刑罰目的確認；2.裁量事由的確認；3.刑罰裁量的權衡三部分，而刑罰裁量的權衡則又可細分為(1)依據刑罰目的與刑罰裁量事由，評價其影響的意義；(2)綜合考量各事由在裁量決定上的重要性；(3)依據該考量，得出具體刑量³⁶⁰，因此形成五段流程，稱為五段理論。再者，有所謂三面模式之刑罰裁量程序，主張該理論之學者 Zipf 認為，刑罰裁量可分為三階段，分別為1.審查可適用的刑度；2.從具體行為責任確認罪責範圍；3.預防構想的判斷³⁶¹。在此架構下，正好符合其所主張之幅理論的思考流程。

學者柯耀程則認為，刑罰裁量前，必已經過論罪之程序，而得出一定程度的法律效果，亦即法定刑，刑罰裁量的任務，必須鎖定在此範圍內，在其中形成思考流程始具意義，因此，其認為刑罰裁量應分成1.刑度範圍確認；2.量刑事由之審酌；3.刑罰必要性與適當性；4.評價具體化等四階段³⁶²，本文亦從之，蓋依本文之刑罰裁量理論認為，應以刑罰目的的的目的性分配較為

³⁵⁹ 岡上 雅美，前揭註 294，第 102 頁。

³⁶⁰ 此乃學者 Bruns 之構想，參照蘇俊雄，前揭註 333，第 37-38 頁。

³⁶¹ 柯耀程，前揭註 28，第 508 頁。

³⁶² 柯耀程，前揭註 28，第 509-516 頁。

適當，因此，在刑罰裁量時，實無需再為目的確認之程序。再者，於刑罰裁量程序中，凸顯預防判斷的位階，本文構想亦與其近似，因此，該架構在本文所採行之理論中，甚為恰當，故擬借用其為刑罰裁量程序之骨架，對刑罰裁量之程序展開討論。

「刑度範圍確認」，在此階段，首要確認的係處斷刑的範疇為何，刑法中充滿對於法定刑調整的各種規範，在刑罰裁量時，對於所有法定或職權主義的處斷刑，在符合要件之前提下，據以調整出適當刑度，作為裁量判斷之根基。

「量刑事由之審酌」，刑罰裁量事由的審酌，牽涉裁量事實判斷的範圍，此端視對於刑罰裁量基準的思想為何，由於本文認為，應以特別預防思想考量行為人具體刑罰程度，因此在事實判斷的範圍，就需以行為人相關之事實為限度，審酌行為人特別預防之需求。並且，如前所述，法定刑與處斷刑同具有雙重評價禁止之機能，對於立法者已明示考量之要件，不得為刑罰審酌之事由，乃此部分應注意之重點。

「刑罰必要性與適當性」，由於本文所採之區分理論，係以特別預防思想為刑罰具體裁量的核心，因此在評價時，應先以行為人對於刑罰的必要性為判斷，其結果為科刑或不與科刑兩者，若為前者，再進一步為刑罰適當性的探究³⁶³，完全係以特別預防為考量重點，但若以法定刑或處斷刑之最高刑度仍無法充分評價預防需求時，基於罪刑法定的限制，仍不得為超出範疇的評價，此乃憲法限制的機能。

「評價具體化」綜合上述個步驟，由刑度的範圍確認，再確定刑罰裁量判斷事實範疇後，對於該事實在刑度範圍內，為特別預防之評價，得出具體評價，是為刑罰裁量的最終階段，宣告刑因此產生。

以上乃理論上刑罰裁量的樣貌與應然，至於刑罰裁量的實然，亦即我國刑罰裁量之規範與實務，將在第 5 章檢討之。

³⁶³ 柯耀程，前揭註 28，第 514-515 頁。

