

第六章 結論

經過一連串的探討，回歸本文起初的問題意識，刑罰裁量制度應當呈現如何的面貌，始能既符合社會控制需求，又不恣意侵害人民的權利？「適度」必然是此問題的答案，但是「適度」的觀察點卻有不同的面向，從應報的角度，徹底的責任清算就是適度；從預防的角度，避免犯罪再度發生的程度才是適度。而任何制度都應當有制衡的機制，不論是責任刑法或是預防刑法，能有所制衡，才能稱為「適度」，但回顧過去，責任刑法有著實行上的制衡欠缺，而在預防刑法，則是在理論上的制衡欠缺。其原因在於，責任刑法對於刑罰裁量的制衡，僅存在於其理論，無法透過司法實行。反之，預防刑法本即以有效性觀點為主軸，本無制衡的機制，導致產生過度侵害的恐懼。因此，預防刑法的吸引力，始終因為過度侵害的疑慮，而遭受強大的抗拒，即使在社會控制需求孔急的年代，也因為歷史的糾葛，對於預防始終持觀望的態度。但隨著理論漸漸朝向限制機能的探討發展，各種不同面向條件的配合，預防刑法的制衡機制開始成熟，責任刑法其僅存在於紙上的制衡觀念漸漸衰退，取而代之者，為預防思維的精緻化與合理化，透過辯證的方式，補足預防刑法的理論缺陷，刑罰裁量進入另一個面向的思考觀點，亦即預防刑法下的刑罰裁量。

以下為總結本文之各項論據，針對本文刑罰裁量理論形成之各個觀點回顧，解析在預防刑法下的刑罰裁量理論如何產生，其各方面的條件如何配合，為總整理式的呈現。進而提出本文在刑罰裁量基準的各項建議。最終則以刑罰裁量基準的展望作為結語。

第一節 刑罰裁量與預防刑法

預防刑法觀點的刑罰裁量究竟有如何理論上的支撐？其實是各方面條件的成熟與發現，刑罰目的觀的歷史發展凸顯各目的觀之問題點，而犯罪體系的演進，提供解決問題的契機，進而漸漸將制衡條件組合，形成本文的刑罰裁量理論。而透過實務的觀察，除透視其對於基準的漠視外，亦發現其在預防刑法下的發展可能。本文所主張之預防思維之刑罰裁量制度，係依本文論述所逐步形成的刑罰裁量理論，因此，即分別就刑罰正當性的發展、犯罪體系的演變、刑罰裁量理論的探討以及法院實務的透視，回顧本文的各項論理依據。

第一項 刑罰正當性的觀察

刑罰思維的歷史發展，基本的立足點在於限制刑罰的發動，因此產生哲學上的限制思維，如以消極一般預防，用以限制刑罰專擅，強調法規威嚇教育來達成背後刑罰預測性的目的。或以應報思維保障人的主體性，避免人遭物化。但發展結果，哲學思維抵擋不住國家主義，反而提供抽象解釋的空間，造成另一種專擅刑罰。反之，在特別預防思維，反於前述哲學上的想法，而以實用性為出發，將刑罰思考，專注於行為人本身，藉以解決高漲的犯罪問題，但更是對於國家主義毫無抵抗力，任由主權者解釋特別預防之對象，走向專擅。

國家主義與自由主義的正反兩和，徹底凸顯刑罰目的觀本身對於專制的抵抗能力欠缺，然而學說的發展，卻不斷的從刑罰目的觀找尋限制刑罰的理由，也就是刑罰正當性的依據，猶如緣木求魚，必然迷失在目的的對抗當中，在過去百年間，刑罰目的的爭辯早已傾巢而出，理論的探究均達極限，猶無法從刑罰目的本身賦予刑罰正當性。是以刑罰正當性的思考應有不同的角度出發。

綜合的折衷理論終究是失敗的結合，兩個對於專制無抵抗力的思維，相結合仍舊是無抵抗力的綜合體而已，其理由自明。而另一種折衷的思維，即區分理論，其本身並非正當性的根源，僅在於將各目的觀之優點採納並分配運用，其前提在於憲法制度的保障，始有發展的空間。

刑罰目的觀的紛擾，大部分的時空，是處在基本權利保障不彰顯的時代，即使在二戰之前，德國第一部有權利清單的威瑪憲法，也僅認為是方針條款而已⁴⁵²，基本權僅具有宣誓效果，因此二戰之前的刑罰目的觀紛擾，達到極致。到了二戰之後，自然法興起、對於人性尊嚴的立憲等因素，基本權的功能開始被廣泛討論，但刑罰正當性的思維卻未隨之轉換思考方向，錯失跳脫泥沼的良機。

本文認為，基本權的功能，就是刑罰的正當性依據，從國家受到基本權

⁴⁵² 吳庚，憲法的解釋與適用，第 86 頁，自版，2004 年 6 月第 3 版。

的雙重拘束⁴⁵³為出發點，一方面要保護人民法益，受「不足禁止」的拘束；一方面要防止過度侵害人民權利，受「過度禁止」的拘束。兩者交互形成刑罰正當性的依據，此等拘束來自於國家為唯一刑罰權主體，而刑罰具有基本權侵害之本質，因此基本權對於國家的限制，就是刑罰正當性的來源，只要符合基本權限制的限制，刑罰此等侵害人民權利的國家行為，就有正當性。符合形式阻卻違憲事由與實質阻卻違憲事由的條件，是刑罰正當化的標準程序，而至此，應報思維的刑罰限制機能，被憲法基本權功能所替代，而其僅存的社會感情的回復，則可與一般預防結合。從刑罰正當性的角度觀察，預防刑法開始有了發展的可能。

第二項 犯罪體系的觀察

犯罪體系的發展是另一個預防刑法的思考點，犯罪體系的不斷演進，從實證的古典體系，轉而加入價值思考的新古典體系，之後發展到全然實證的目的體系仍未能停止價值觀念的思考，產生後來的新古典暨目的綜合體系，在在顯示價值與實證的反覆發展，實證雖為一定基礎，但也凸顯價值需求的重要性，最後在對於文化價值未定的反思，產生目的理性體系，以刑事政策觀點，支配體系發展。

而體系的內在部分，由於規範性構成要件要素的發展，致使構成要件與違法性兩階層陷入混沌，形成整體的不法構成要件概念，提供積極一般預防思想發展的舞台。構成要件的概念本即來自一般預防的需求，但當評價觀念被融入其中時，構成要件不再只是客觀事實的描述，而是具有規範違法行為的整體概念，因此，消極的一般預防思維已無法滿足需求，積極一般預防思想的規範教育、強化法的信賴功能，正是符合不法行為之宣告，所能展現的功能，亦即確認法秩序的存在與界限。

再者，罪責概念的發展，由於受到目的觀爭議的影響，造成罪責的主要戰場關注於意思自由的概念，決定論與非決定論不斷折衝，最後不但兩者趨於相近，差別也僅剩目的本質之爭。負責性概念的提出，迴避了意思自由的爭議，應報本質的罪責概念也被刑罰有效性所淡化，甚至在刑罰正當性思維轉向憲法限制之時，應報本質的罪責功能，當可被取代。從刑罰有效性的觀

⁴⁵³ 許宗力，前揭註 108，第 196 頁。李建良，前揭註 108，第 97-98 頁。

點審視行為人是否應當負責，是罪責概念發展的趨勢，也是目的理性體系的內涵。而所謂預防思考的內涵，由於積極一般預防思考已規範不法構成要件的方向，若再次於負責性概念中考量，不免陷入雙重評價疑慮。再者，一般預防的作用對象在於社會大眾，要因行為人構成犯罪，不僅令其擔當起規範教育的社會責任，更要反映在其本身所受刑罰之中，顯然造成行為人過度的負擔，形同贖罪的山羊一般⁴⁵⁴，也難有如何正當性的說理。據此，本文認為在負責性的概念中，應以特別預防思想為主軸即可。

故犯罪體系的發展，亦提供預防刑法的發展契機，使預防刑法有依附的架構，進而構築預防刑法下刑罰裁量的基準。

第三項 刑罰裁量基準的觀察

刑罰裁量的制度，有美、日兩國從不同體系發展出的相類似制度可供參考，在美國，透過設於行政權下的量刑委員會，定期提供量刑準則法案，交由國會立法。而日本則是透過司法權本身，在法院中不斷累積的案例，形成量刑慣例，並透過建檔，建立量刑檢索系統，形成實質的拘束力。兩國的發展，最終在建立一個高度可預測性的刑罰裁量準則，方向趨於一致。反觀我國在刑罰裁量制度的建立，有意交由法官有限度的自由形成，立法上不若美國積極，司法體制內也不若日本強勢，審判獨立的空間極大，是我國制度特色。

而刑罰裁量理論的內涵，大致分為應報思想、預防思想以及其他種類之刑罰裁量理論。以應報刑為主的刑罰裁量理論，有點理論、幅理論與單面責任論。共通的問題在於，應報是否真能透過司法形成？從形式上而言，所謂罪刑相當的概念，其份量來自於人民的法感情，而司法的反多數本質，本不適當為法感情的評量，透過民主正當性機關的決定，始能在形式上展現人民的法感情需求的正當性，要求司法形成應報，有其本質上的困難。再者，罪責定量概念的抽象性與實行上的困難，則是應報刑始終被詬病的問題，不論其應用在刑度形成或刑罰限制，都呈現相同的問題點。

而預防思想的刑罰裁量理論，因少有探討憲法上的限制，導致其在刑罰

⁴⁵⁴ 神田 宏，前揭註 290，第 19 頁。

恣意限制的部分總是較為薄弱，並且遭受許多將行為人客體化的質疑。而具體形成刑度的部分，雖有相同於應報之不具體的質疑，但從認識上的觀點，相較於法感情的認識，對於行為人犯罪預防的實證上認識，顯然較容易具體化。

至於其他刑罰裁量理論中，區分理論的問題在於切割的客體，造成刑罰裁量時，仍陷入無限制之單一刑罰的疑慮中。而自由裁量理論，雖注意到憲法限制的問題，但卻忽略具體刑罰形成的工作，形同毫無標準。損害回復理論雖有其發展的吸引力，但就目前的配套制度尚未完善，貿然採用尚且不宜。

因此，在各種刑罰裁量理論的觀察上，可發現應報思維的形成具體刑度上的無力；預防思維在刑罰限制的薄弱；區分理論雖提供刑罰目的合理分配的構想，其區分客體卻不恰當；自由裁量論雖意識到的憲法限制，卻無內在形成機制；損害回復理論則是法制尚未成熟配套的裁量思想。足見刑罰裁量的理論的建構，基本上必須建立在有限制機制，也有內部形成機制的架構，始為正當。

本文所採之刑罰裁量基準，其限制機制，係建立在憲法限制之下，將刑罰權實施的國家行為，透過基本權限制的限制，使其有實質拘束並藉以正當化。進而建構預防刑法的刑罰裁量基準，透過目的理性體系，將積極一般預防思想體現於不法構成要件，特別預防思想實現在負責性概念之中，而在前述憲法限制之下，則可避免預防思想的強制教育與刑罰恣意的疑慮。是成本文之刑罰裁量基準。

第四項 法院實務的觀察

透過法院實務的觀察，可以發現司法實務在事實審中，對於刑罰裁量基準的忽視，反倒是對於個別因素的檢討較為熱衷，其個別因素卻難以歸納成系統的刑罰裁量基準，目的方向也非常紛亂，從司法成本、修復式司法、社會安定性等種種可能的方向，皆存在於事實審的刑罰裁量成因當中，是其普遍現象。

而對於評價方向的隱晦，則是更為嚴重的形式缺陷，當刑罰裁量成因無法辨識其究竟為從重或從輕的考量時，檢討其正當與否尚且困難，更遑論其程度的裁量，根本完全空白，無從檢證。

再者，對於許多項目的雙重評價，則是因其刑罰裁量成因考量方向錯誤所致，造成手段與行為混淆、素行與累犯混淆等等情形，實務上未注重從現有客觀事實為犯罪成因的分析，反而不斷彰顯客觀事實的評價，導致經常對於立法者已考量之因素再次評價，侵犯權力分立。

然而實務上對精神鑑定的依賴，往往卻只用在行為時精神障礙與否的認定，少有能採用為犯罪成因分析的依據，實屬可惜。若能廣泛運用於行為人精神上犯罪成因的分析，並據而為刑罰裁量的判斷，則是實務上發展預防刑法的條件與基礎。

第二節 刑罰裁量基準的建議

綜上所述，本文對於刑罰裁量基準的架構，是在憲法對於基本權保障之限制之下，從目的理性體系中，將積極一般預防思想置於不法構成要件中，透過不法行為的宣示，促進人民的規範教育與確認；將特別預防思想，置於負責性中，透過刑罰必要性、有效性的觀點，對於行為人犯罪成因的矯治，著手裁量其刑度，而由於行為人係在該次犯罪之檢證下，考量預防之需求，對於其餘犯罪的成因，理應不得考慮，是必須強調者。故本文之刑罰裁量基準，為預防刑法下的刑罰裁量區分理論。

而我國刑法第 57 條所規定之刑罰裁量基準，是採取較為開放的標準，在現行法制下，是否已足夠容納上開刑罰裁量理論？刑法第 57 條係規定：「科刑時應以行為人之責任為基礎，並審酌一切情狀，尤應注意下列事項，為科刑輕重之標準...」對於行為人之責任為基礎的概念，從立法理由觀察，是指責任原則而言，然而責任原則是否就等同於責任清算，其實尚有疑義，將責任概念的應報內涵置換為預防思維⁴⁵⁵，其並非少見的操作，因此，對於刑罰裁量的本身，以特別預防，將應報概念從責任原則中置換，不僅符合本文在犯罪體系上的架構與分配，也無需改變刑罰裁量的規範，尚屬合宜。而此時對於刑罰裁量的例

⁴⁵⁵ 岡上 雅美，前揭註 294，第 93-94 頁。神田 宏，前揭註 290，第 20 頁。

示因素，其考量的觀點隨著基準的不同，也需轉移至犯罪成因的分析角度，始為合理，在此一併敘明。

第三節 刑罰裁量制度的展望

我國刑罰裁量在上述的前提下，應注重犯罪成因之研究，使得法官在裁量時所需耗費的時間與成本遽增，成立專門的犯罪成因研究機構例如國家犯罪防制研究院⁴⁵⁶，是必然的需求，其不僅有助於法官作為犯罪矯治裁量的參考依據，也可減輕法官認定上的負擔，更可期待因資源集中，而早日發展出以特別預防為核心的刑罰裁量準則。

然而專門機構的設立，仍有權力分立上的疑義，如美國將量刑委員會設置於行政權下，所遭受到人民應僅受司法審判的質疑，其最終仍被美國聯邦最高法院認定為，因具有相關制衡機制，而不違憲。思考我國對於此類研究機構的設置，應可採取相關制衡的觀點，不論是在行政權下或司法權下，最終該專門機構所研究出之準則，應送交立法院立法通過，始可避免權力制衡的疑慮。

若發展出特別預防的裁量準則，本文最後仍須重申憲法對於基本權保障的限制，本文無欲發展出如電影「機械公敵」一般⁴⁵⁷，一個完全以危險性為考量的社會控制，而是在憲法的規制下，對於已然發生的犯罪行為，檢討該犯罪行為的成因，進而矯治，絕非毫無限制的危險防禦，是在刑罰裁量的發展中，必須遵守的核心價值。

⁴⁵⁶ 廖正豪，前揭註 451，第 33 頁。

⁴⁵⁷ 該部影片中，機械人之程式被設計為不能傷害人類或坐視人類受到傷害而袖手旁觀，但程式演算結果卻因為人類自相殘殺的本質，進一步使機械人開始攻擊人類，以殲滅人類來達成保護人類的工作，實屬諷刺。

