

國立臺灣大學法律學院法律學研究所

碩士論文

Department of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis



我國刑法—刑罰論述之解構與再構嘗試

—以與社會的連動關係為核心

A Deconstruction and Reconstruction of Discourse on the

Objective of Criminal Law and Punishment in Taiwan:

Focusing on the Interaction between Discourse and Society

鍾慶禹

Ching-Yu Chung

指導教授：李茂生 博士

Advisor: Mau-Sheng Lee, Ph.D

中華民國 103 年 2 月

Feb 2014

## 謝辭



這篇論文從 2010 年中研究所課堂上一篇跟死刑有關的報告為發想，時至今已 2014 年，歷時將近四年，陪著我度過研究所、服役乃至就業的過程。熬得久並不當然能成為一部好作品，但是這幾年來這個題目，讓一個單純的 word 檔好像無底洞一般吸走了我無數的時間和心神，屢屢想要逃避卻又總是在現實的壓力下回歸。逃避的原因在於我約莫寫到一半就知道照這篇論文註定要不完美，至少是無法達到我設想程度的完美，這對完美主義者如我來說是非常重大的打擊。這個問題絕對是歸因於我本身能力的不足，卻貪心去找了一個巨大無比的題目，就好像沒有天生神力的小孩子跑去舞重鎚一樣，甩沒兩下就得內傷，再繼續舞就要吐血。但是頭都已經洗下去了，於是我只好逃避和回歸的不斷掙扎中，從自己本來就十分有限的知識領域和資料整理一些東西，再硬生生從自己的心裡面挖出幾萬字，拼湊出這篇論文。儘管如此，終究能夠堅持到完成的這一刻，仍然是讓我感到欣慰的。

首先要感謝指導教授李茂生老師。自大學進法律系以後，老師的課是第一次讓我聽到聽不懂卻又產生興趣的，越經挖掘越發現老師的學問深不可測，從此著迷踏上了不歸路，研究所立志考刑法組也就是為了繼續跟隨老師學習，雖然有著和法律越走越偏、書櫃堆滿很難看懂現實上也欠缺看完可能性書籍的副作用。老師一開始就看出我寫這個題目會產生悲劇，但悲劇之所以為悲劇就是因為悲劇主角會嘴硬，儘管如此老師還是親切地給我各種在題材選擇上面的建議，以及在我語文檢定陷入困境要先去服役期間，多次隨機地以各種方式對我進行督促，使我終究能夠完成學業，而最後面對一邊實習一邊急就章出來的論文，在口試時仍不吝給我實用的建議，同時也要一併感謝於百忙中仍願擔任我論文口試委員的許恆達老師和謝煜偉老師，兩位老師肯切的批評和建議讓這篇論文最後呈現的姿態有

稍加修整的可能性。



接著要感謝的是黃榮堅老師。儘管我大學時代的刑法並非和黃老師學習，但是從大四選修黃老師開設的實務判決解析課開始，連續研究所五年都有機會在老師的課堂上聆聽老師分享對於刑法案件的看法，擔任老師的助理期間，更有幸讓老師指點我論文的寫作方式。而老師曾經對我說過「方向比速度重要」這句話更讓我銘記在心，在人生路上因為偶而落後、感到徬徨時自我砥礪，成為堅持走在自己想要的道路上的動力。無論為人或為學，我都自黃老師處獲益良多，老師對我生活上溫暖的關懷亦讓我時常感念在心。同時也要感謝王皇玉老師，本篇論文之發想亦是在王老師開設的選修課上，王老師對於時事常有獨到見解，敢言敢行，老師的行動力也是我學習的典範。

此外，我必須要感謝李老師門下的宗旻學姐、至鴻學長、周政學長、小自學姐、玉盈、育駿、鑾恆、家丞、和君，各位在我面對困境的時候陪我討論，給了我許多很棒的思考切入點，其中玉盈提示給我新自由主義的概念，後來成為這篇論文的重要核心，而家丞在論文步向尾聲階段，提供給我的資料和珍貴意見也使這篇論文能夠更趨完整，對於我一邊工作一邊還要準備口試的過程也熱誠地對我進行幫忙，這些我都銘感於心。時至今日，想到宗旻學姐在發表會時提到這個題目或將成為我一輩子也處理不完的思考標的，眼見也一語成讖。

還要感謝 1810 也約略等同於論督盟的各位好夥伴們：宜寧、怡辰、觀嘉、柏涵、冠璋、盈雪、家如、萃華、雅婷、黃杰、廷涓、關正闖，至今我仍然會懷念那段時光，在研究室裡面抓到人就可以開始隨機討論，是你的論文還是我的論

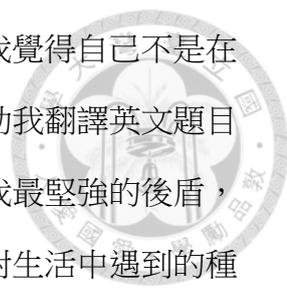
文都可以，每週固定時間再大家同聚一堂報告論文，吃飯時間大家一起吃吃喝喝，有空一起玩桌遊，笑著哭著的時間都分不開彼此，這是最鮮明美好的記憶，謝謝你們。



此外，謝謝蔡科長、陳大哥、盧阿伯、仲慶學長、明正、啟惟、明叡、嘉圻、萱如、明希、道樞在我論文寫作期間提供給我的建議和陪伴我進行討論或提供我思考的材料，這些東西都使得這篇論文更加完整，豐富我的視野；謝謝我在實習時候的指導律師謝佳伯律師，指點我作為一個律師的基本能力，有在實務經驗上模仿學習的對象，更給我許多時間舒緩我論文寫作上的壓力，而在事務所內張律師、思宏律師、澤榮律師、怡如律師、義文、林得斯、琦安、佩彤、雅純、羽蘋、昱璇、正浩等好夥伴之間相處融洽，讓我在寫論文的同時仍能心情輕鬆，順利撐過實習期間，謝謝你們。

還有我要感謝我的家人。感謝我的奶奶、爸爸、媽媽給我不虞匱乏的生活和無微不至的照顧，感謝弟弟慶為貼心的關懷，代替我盡許多家裡的責任，讓我能無後顧之憂的情況下廝混許久，做我自己想做的事情。我想因為我一直都能夠感受到被愛，於是才有能量去愛人，這是這場長期抗戰中不可或缺的力量，謝謝你們一直以來對我的好，還有包容。

感謝譯文、峙皞和思菱。謝謝譯文，在我有任何問題的時候只要開口你都會盡力達成，所以還拗你陪著我準備口試和進行討論，老同學的緣份這麼久，希望你一切順利；打一開始峙皞就陪我討論這個非常困難的題目，在我一個人趕工到神憎鬼厭又因為資料都在家裡出不了門的時候，遠在英國還替我校搞、看完大半



篇論文的峙皞傳來帶注解的修改是我唯一的溝通對象，帶來讓我覺得自己不是在自言自語的心靈慰藉實在是言語難以形容，此外在百忙中還幫助我翻譯英文題目和摘要，實在銘感五內；謝謝思菱，自大學時代相識至今一直是最堅強的後盾，在我最脆弱的時候給予我心靈上的支撐和陪伴，兩個人一起面對生活中遇到的種種難關和煩惱，讓我終能帶著一絲暖意堅持完這段長期抗戰，謝謝妳，相信我們今後仍然會是彼此最佳的夥伴。

鑑於這是論文謝辭而非人生回憶錄，所以我沒有將所有的朋友條列，但我仍然感謝每一個可愛的你們在我的生命裡出現。最後，在終於要離開我掌控的這一刻，還是要由衷感謝這本論文，和當初選擇了這個題目的自己，讓我有機會經歷了一段對人生影響最深遠的長途思考旅程。

鍾慶禹 謹誌

2014.2.13

## 摘要



在刑事司法議題成為媒體關注的焦點之浪潮興起後，實際影響刑事司法實務運作的力量除了以往的實務體系和學界之外，又多了所謂社會大眾的「民意」。民意已經多次證明了其在重大議題上擁有決定性的影響力，諸如死刑、性侵犯處遇等等。而就現行學說實務觀察，尚欠缺一套有效以和民意進行溝通為目的出發的論述，導致這股力量無法被有效納入刑法理論中進行思考。

因此，本文將針對現行部分重要刑法學說進行分析，觀察其在「自身體系」以及「社會溝通」兩個面向上各自處理的方式，以及可能發生的效果，本文所謂的解構就是揭露其在文本上未必透露出來的訊息，由這些重要學說的解構可以規整出我國目前對刑法—刑罰論述的樣貌，這是大眾可能接觸到的刑法地貌，找出現況下的溝通條件，以及論述產生障礙的主要原因。

接著，本文以溝通為主要目的，嘗試對傳統的刑罰理論進行重新定義和組合，找出溝通的對象，建立自身的系統，並開放溝通的可能性（空間）。主要是沿著這樣的順序：首先以心理學的「社會常模」和「社會連帶」建構一般預防理論，定位出刑罰的目的；再從社會中找出對法秩序的焦慮，將應報理論的背後價值怎麼從「同害報復」轉化為「等價報應」的進程做介紹，作為刑罰和焦慮進行對話的方法；最後以新自由主義下的社會變遷帶對於犯罪認知的典範轉移，以及由刑法內在限制下的應有的體系解釋方式，重建特別預防理論，讓整套刑法—刑罰論述有自身的價值取向，又預留空間讓社會大眾的力道介入，並透過此一過程達成溝通的效果。

接著則是從操作上的問題進行處理，針對現代社會刑事司法所面臨嚴峻的媒體問題，必須嘗試找出還原有意義討論事實的方法，方能建構足供討論的平台。

再以哈維的空間性矩陣和本文第三章建立之論述結合，找出溝通時的結構性思考方法，並將所建構之諸般理論和方法論結合，針對爭議最大的死刑議題嘗試提出較具有溝通可能的論述方式。



本文所有的理論仍僅是嘗試，旨在提出一種思考的方向而非最終的解答，然而這種思考方向的需要性確實已經顯現，而法律制度也將逐漸面臨到不斷訴諸「人」之底線的反動問題。

**關鍵字：**刑法、刑罰、一般預防理論、應報理論、特別預防理論、死刑、新自由主義

## ABSTRACT

As the issues of criminal justice increasingly raise attention from the mass media, "public opinion" has become a powerful force that is able to influence the practice of the judicial system in Taiwan. Public opinion has repeatedly demonstrated itself as a decisive power on eye-catching issues such as death penalty, treatment of sex offenders, and so on. Because the existing theories of the criminal law lack an effective discourse to dialogue with public opinion, Taiwan's criminal law practices can hardly deal with this invisible but invincible power.

Therefore, this thesis aims to analyze the most important criminal law theories in Taiwan, with a focus on their attitudes toward its inner discursive system and "social communication". By "deconstructing" these theories, the common understanding of criminal law and criminal punishment in Taiwan will be shown. Further, it will reveal the main obstacles to the communication between law practitioners and the public.

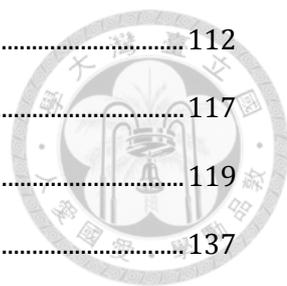
Based on the purpose of promoting communication, this thesis redefines and restructures the traditional criminal theories. By examining the disparity between theoretical objectives of punishment and the anxiety of the public for a threatened judicial order, this study proposes a methodology to secure a conversation between the judicial system and the public in the context of today's prevailing neo-liberalism. At last, it will take the issue of capital punishment as an example to illuminate the possibility to put this proposed theory into practice.

*Key Words:* criminal law, punishment, general prevention theory, retributive justice, special prevention theory, the death penalty, the neoliberal

# 目錄

第一章 緒論.....	1
第一節 問題意識.....	1
第二節 研究方法與論文架構.....	6
第二章 台灣現行刑法—刑罰論述的解構.....	10
第一節 刑事程序：刑法作為開啟刑罰手段的存在.....	10
第二節 現行刑法學說中刑法和刑罰存在的目的.....	13
第一項 林山田教授之學說.....	15
第二項 林東茂教授之學說.....	28
第三項 黃榮堅教授之學說.....	36
第四項 林鈺雄教授之學說.....	40
第三節 社會理解和現行刑法—刑罰論述的衝突.....	48
第一項 以應報思想為主的回應方式.....	51
第二項 以預防思想為主的回應方式.....	54
第三項 以綜合理論為主的回應方式.....	56
第四項 小結—沒有「不合理」，只有「不合時宜」.....	59
第三章 以社會溝通為主的論述建構嘗試.....	63
第一節 刑法的出現：刑罰作用的方式和場域.....	65
第一項 行為規範與裁判規範間之關係.....	65
第二項 刑法作為裁判規範定位之再確認.....	72
第三項 連結／斷裂社群下真實之「一般預防功能」.....	79
第二節 與焦慮對話：作為刑罰外在限制的刑法機能.....	89
第一項 對法秩序的焦慮與應報理論的轉變.....	90
第二項 法規範內在／外在觀點之提出與流動.....	96
第三項 系統性公平／割裂式正義之「應報理論」.....	104
第三節 自由的開展：作為刑罰內在限制的刑法機能.....	112

第一項	犯罪的成因和控制.....	112
第二項	從「控制犯罪發生」到「舒緩被害情緒」的轉移.....	117
第三項	做為自由最後底線的「特別預防理論」.....	119
第四節	小結：作為底線而存在的刑法.....	137
第四章	具體操作嘗試論.....	140
第一節	操作方法論.....	140
第一項	從「媒體事實」回到「通案事實」的再轉化.....	141
第二項	結合刑法—刑罰結構的議題聚焦方式.....	157
第二節	操作嘗試：死刑存廢議題.....	169
第五章	結論：在諸神的黃昏以前，夕陽餘暉.....	185





## 第一章 緒論

### 第一節 問題意識

本文題目係從下列事件，引起筆者做為一個刑事法研讀者的種種焦慮所產生的。關於我國刑事司法領域當前所顯現出來的種種異狀僅是一個暫時性質，很快就會循環地回歸所謂「正軌」，亦或是從此不回頭地奔向另外一個嶄新的方向，此刻猶未可斷言，無論如何，先讓本文分享一些這座島嶼過去的零碎片段。

台灣自 2006 年以來就未執行過死刑，2009 年 3 月 31 日簽下了「公民與政治權利國際公約」及「經濟社會文化權利國際公約」，除經立法院同意外，更制定了「公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法」。這些舉措在沒有任何「直接有力」的民意基礎下默默進行著。然而於 2010 年 3 月 10 日，因立法委員吳育昇先生對於檢察總長提名人黃世銘的質詢，這個議題燒進立法院，透過媒體的聚焦和強力放送後，「反廢死」集結醞釀成一股強大的社會力量，使政府單位開始有所回應：司法院方面，針對死刑犯鍾德樹案提起之釋憲聲請再遭大法官會議以不受理駁回；據報載廢死聯盟於 2006 年間第二度提交本案釋憲聲請，時大法官會議即以決議不受理，理由為死刑是否合憲之爭議業有數號解釋在案，「尚無再行解釋之必要」<sup>1</sup>。強大的媒體壓力迫使時任法務部長，且堅持不簽署死刑執行命令的王清峰女士在短短一個月內自行請辭，繼任的曾勇夫部長上任後，於同年 4 月 28 日簽下四位死刑犯的死刑執行令，30 日旋即執行，距風波被挑起只有不到兩個月的時間。

---

<sup>1</sup> 〈廢死聯盟擺烏龍 鍾德樹釋憲不受理〉，2010 年 8 月 3 日，中央社，記者賴又嘉、安芷嫻報導，參考網址：<http://www.cna.com.tw/News/FirstNews/201003260043-1.aspx>，最後瀏覽日期：2014 年 1 月 10 日。



在 2011 年 2 月間，一名男子在高雄縣甲仙鄉圖書館以手指侵入陰道之方式性侵六歲女童，公訴檢察官依刑度較重的刑法第二二二條加重強制性交罪起訴，而高雄地方法院在當年度 6 月做出的 99 年度訴字第 422 號中，則依刑度較輕的刑法第二二七條幼年男女性交罪下判決，判刑 3 年 2 月。判決在經媒體以聳動標題諸如「惡狼性侵女童輕判 法院：未違反女童意願」<sup>2</sup>、「荒謬判決 縱容色狼」<sup>3</sup>報導之下迅即引起社會大眾關注和密切的討論。部分網友在知名交友網站上發起罷免法官的連署，亦有民間團體發起一人一信投書總統府，並揚言要串連上街頭罷免「恐龍法官」。社會初始對於本判決最主要的抨擊點在於不以條文明定「違反其意願」的刑法第二二二條加重強制性交定罪，在大眾的理解下即意謂法院認為女童「同意」男子的性交行為，而此結果實難為人民所接受。這種批評聲浪奠基於大眾對於無罪推定原則及對刑法第二二七條規定的誤解，是以高雄地院做出回應，澄清合議庭的判決可受公評，且未做出「因女童同意而輕判」這樣的決定<sup>4</sup>，而司法院亦建議以修法來因應大眾認為刑度過輕的問題<sup>5</sup>。然而，社會加諸於司法的壓力仍未減輕，報載網友串連的正義聯盟發言人 Eva 表示，民眾要的是法院能有「自省式修法」，更要政府能傾聽人民的心聲<sup>6</sup>。當此嚴峻的社會情勢下，最高法院「從善如流」地做出 99 年刑庭第七次決議，認為「如行為人對七歲以

---

<sup>2</sup> 〈惡狼性侵女童輕判 法院：未違反女童意願〉，2010 年 8 月 15 日，自由時報電子報，本報訊，參考網址：<http://iservice.libertytimes.com.tw/liveNews/news.php?no=398359&type=%E7%A4%BE%E6%9C%83>，最後瀏覽日期：2014 年 1 月 10 日。

<sup>3</sup> 〈荒謬判決 縱容色狼〉，2010 年 8 月 15 日，蘋果日報，記者郭芷余、邱俊吉報導，參考網址：<http://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20100815/32739146/>，最後瀏覽日期：2014 年 1 月 10 日。

<sup>4</sup> 〈雄院：女童性侵案可受公評〉，2010 年 8 月 25 日，中央社，記者陳朝福報導，參考網址：[http://www.taiwannews.com.tw/etn/news\\_content.php?id=1356223](http://www.taiwannews.com.tw/etn/news_content.php?id=1356223)，最後瀏覽日期：2014 年 1 月 10 日。

<sup>5</sup> 〈司法院建議修法 性侵幼童罪加重〉，2010 年 9 月 4 日，自由時報電子報，記者項程鎮、鮑建信報導，參考網址：<http://www.libertytimes.com.tw/2010/new/sep/4/today-so13.htm>，最後瀏覽日期：2014 年 1 月 10 日。

<sup>6</sup> 〈輕判性侵案法官惹議 白玫瑰運動號召 10 萬人上街〉，2010 年 9 月 7 日，NOWnews，社會中心報導，參考網址：<http://www.nownews.com/n/2010/09/07/644889>，最後瀏覽日期：2014 年 1 月 10 日。

上未滿十四歲之被害人非合意而為性交，或被害人係未滿七歲者，行為人均應論以刑法第二二二條第一項第二款之加重違反意願性交罪。」以回應社會的呼聲。

2011年9月，該年度的司法官特考第一試甫結束，新改制為有「標準」答案的選擇題，爭議即起。報載有一名考生在考試時面對「房東出租雅房予女學生，卻以工具鑿洞偷窺女學生洗澡，是否涉犯刑法第三一五條之一的妨害秘密罪」問題時，據稱「本身也是律師」的考生選擇有罪的選項，而與正確答案不符，遂向媒體揭漏，語出驚人：「我們帶著正義感去考試，卻遇到這種恐龍考題！」同時引來白玫瑰社會關懷協會理事長 Eva（即前述正義聯盟發言人）和部分法官的批評，文中同時有報導實務工作者出來表示意見<sup>7</sup>。然則考選部是怎麼回應的？更改答案改成有罪無罪都對，再一次地順應民意，而無視學說實務均認妨害秘密罪需以工具延展一般感官能力始成立之見解。

近年來，台灣的刑事法實務越來越受到社會大眾的普遍關注。雖就部分重大刑事案件的聳動本質本就容易引起話題，但伴隨著諸多政經文化因素的改變，司法領域的權威性正逐漸崩解已是不爭的事實，人民不再會只因欠缺專業背景就認為欠缺在司法領域內發聲的資格，反而會要求領域內的「專家」進一步地提出理由來做說明。其中又以刑事法領域受到最多的關切，其所需要承受的壓力也是最重的。舉凡各種通案和個案的刑罰強度問題（例：死刑的存廢、重大刑案判決的刑度）、個別刑法條文的適用（例：刑法第二二一條強制性交罪與第二二七條未成年性交罪之間差異、刑法第三一五條之一中之工具是否包含鑿子）乃至各種刑事訴訟中強制處分以及刑滿後的處遇問題（例：性侵犯在偵查中交保以及假釋後的生活）。與大眾密切關注相對的，法律界（或者泛稱的法律人）的回應就顯得零

---

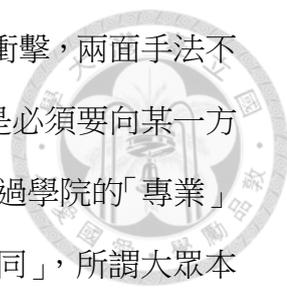
<sup>7</sup> 〈考題太瞎 鑿洞偷窺竟無刑責〉，2011年8月18日，蘋果日報，記者唐鎮宇、張欽報導，參考網址：<http://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20110818/33606224/>，最後瀏覽日期：2014年1月10日。

星而且力道不足，在這些事件中，筆者觀察到的是法律實務領域的節節後退，司法院和法務部一再採取迎合大眾（媒體）的解釋方式和做法。



對同樣一個問題，可以有很多不同的觀察角度，也會得出不同的解答，當然也無從保證何者是所謂的「最佳解」或「最適解」，但這並不代表我們能夠放棄對各種可能性的追求。當然，法律學界可以輕鬆地將問題推到司法當局沒有對法律原則的堅持和認識，才會在這些關鍵問題上輕易讓步，但另一方面，學界對於和社會溝通的無力感也在一次次事件中顯露無遺。長期以來我國刑法的法律研讀者專注的研究方向主要是繼受外國法，將我國現行實務體制與外國相比較取出不足之處，或在領域內和法律研讀者的彼此針對學說實務見解的差異進行溝通，而較罕見與社會溝通相關的研究。過去，於社會仍普遍存在對法律從業者尊敬的情況下，鑑於法律語言和社會的隔閡和不易親近性（以及對政府權威的畏懼），人民只被動地等待法律運作的結果。然而，時移勢易，在媒體發達的台灣社會逐漸將各式各樣的權威解構之際，法律這塊和人民生活息息相關的領域亦無法獨善其身。於是在部分案件中，法律從業人士和過往一模一樣的行為有了全新的解讀，充滿隔閡和不易親近的刑法語言成為「恐龍」的象徵，專業在媒體直觀的正義感之下只是個廉價、等待被擊倒的食古（食書）不化的權威遺跡。

在議題和權威都可以被輕易商品化、娛樂化的現代社會中，著重的是切身參加的參與感。如果某某藝人和誰結婚外遇，補教名師和誰喇舌可以當大眾閒聊的話題，沒有道理這個極具包青天式戲劇效果的刑事法議題不行。在這過程中，必須要讓觀者感覺到自己在該議題內有存在的感覺，並且能夠對其產生改變，而刑事法議題和正義等複雜的法感情糾纏在一起，正好提供了一個適切且具形式上正當性的切入點。



各種條件都吻合以後，刑法論述就開始蒙受一波波的正面衝擊，兩面手法不再管用，壓力開始逼迫我們選擇一個邏輯一致的方向，看起來是必須要向某一方面傾斜。社會大眾和法學院學生普遍不同之處在於，他們並未受過學院的「專業」教條訓練。大眾並不需要透過這些議題來顯示自己的「與眾不同」，所謂大眾本來就是「與眾相同」，並沒有專業霸權被剝奪的焦慮，反而有和權威對抗的愉悅感，而這些集體意識覺醒展現其強大的力量。結果是顯而易見的，刑法論述沒有力道對抗更上位、更強大的「民主遊戲規則」，於是在一波波的對抗中節節敗退。誠然，專業的高牆並未完全倒下，也不可能完全倒下，刑法做為法律社會機能運轉的一部分其實沒有為媒體下的大眾所支配，但從這個缺口所放進來的刺激確實將對刑法領域產生影響，這是一個選擇的問題，選項在於是要任其自然，繼續在領域內照舊的方式耕耘視其究竟會造成什麼變化，或是要接受這些刺激存在的事實，試圖與其溝通對話，塑造刑法體系與社會之間的關係。

本文在這個抉擇點上選的是後者。因此本文將是一種非典型的法律研究，以環繞著和社會溝通有關的方法論做為目標，試圖透過對社會和刑法領域中最重要的兩大塊**刑法**以及**刑罰**的解析，來重新闡釋當前社會結構中刑法的運轉秩序，並且提出人在結構中的位置，以利溝通之進行。然而，本文這種作法得出僅是另外一套論述結構，此結構並會不會理所當然的指向「真相」、「事實」這些窮人類極限也無法觸及的東西，只是做為一種對挑選過後之現象試圖進行詮釋這樣的存在而已。

## 第二節 研究方法與論文架構



當我們提到法律的時候，一般指稱的是法典，以及將其抽象應用後所形成的國家之運作秩序。然而在我國，這套操作秩序的系統其內部處理問題方式，和外部展現之面貌存在著巨大的落差。當面對領域外（非法律從業者、一般大眾）時，現在的作法拿出的是傳統刑罰機能的解釋方式：刑罰的機能在於威嚇、應報、再教育，間或再加入維持社會正義和秩序，避免犯罪的發生等的論述來闡釋為何國家可以獨佔刑罰權，並由法律從業者在其中掌握詮釋的霸權（這是一種專業！）；然則，在進行領域內部的教育時，法律從業者的專業卻不是建立在這種素樸的正義感操作（這種「大家」都會的事情）上面，而是一種更複雜的權力衡平作用，於是大學法律系裡面學生學的刑法是抑制國家權力的濫用，以求在國家發動刑罰的刑事程序「保障人權」，同時追求其他社會運行上面的利益。

「追求公平正義」為主的領域外部論述和「保障人權」為宗旨的內部論述其邏輯，乃致追求的目的是南轅北轍的。外部論述旨在保障市民的安全（或謂對安全的信賴更為貼切），但是內部論述卻完全欠缺這一塊，彷彿將其當作理所當然，刑罰和刑法一點關係都沒有，國家考試不考學校就只開選修課程帶過，彷彿追求人權的刑法判斷出來的刑罰丟到外面去就會自動產生威嚇應報再教育，還附帶公平正義的正面副作用。而在面對大眾持外部論述越過這段欠缺的空白，挾「民主」之威進入領域內部挑戰時，目前歸納出來的作法大致分成兩種：

當面臨迫在眉睫的危機時，採取的是「真相揭露」式的作法。內容大概是認為矛盾自始至終不存在，只是內部論述見識到眾所未知的「真相」，僅需擴張內部論述的影響力即可解決。這種作法表面上看似要和大眾溝通，實際上並未正面

面對挑戰，至多用以消除法律社群內部的焦慮，重塑正當性的面貌，但忽略了長期以來這些領域外部論述其結構也是在法律從業者默認，甚至是正面承認的情況下而成立，貿然得出「只有我們才看到真相」這樣的結論，又隱約出現外部論述的理盲和濫情的指控，部分法律從業者對於相關事件的行文中，字裡行間會有這樣的影子存在。然而，法律的正當性源自民主，而一般通認民粹是民主的副作用，但若專業的正當性卻來自於隔離輕視而非對大眾的說服，這種民主和民粹的界線模糊而霸道<sup>8</sup>。

另外一種方法是擱置眼前的問題，認為可以進行「法學教育」，寄情於未來的發展。然而法學教育的深化問題，從來就沒有放棄過，但成效卻終屬有限，遑論現在媒體發達下面臨到史無前例嚴峻的風險社會考驗，部分論者主張要從美國模仿教材進行教育<sup>9</sup>。但在刑事法領域，連美國本身都沒辦法免於這波浪潮的侵襲，在部分州死刑依舊屹立不搖（或是死而復生），對性侵害（尤其兒童）的犯罪處遇亦不斷加重；而在國內，以筆者個人經驗，即使是接受過完整大學法學教育的實際法律從業者，未附理由即逕認為死刑犯該死的所在多有<sup>10</sup>，僅持「只要現場看過被害人就會知道」論述，和外部論述中單純直觀的正義感如出一轍。或許有謂教育的效果並不會很快的展現，實際上也就是當下無法確認是否有效，但以現況而言，道德和法律之間的邊界仍屬模糊，學界和實務界始終沒有完全放棄草率為法律添上道德外衣的企圖，即使教育產生影響，仍然以舊方式操作的現實很快又將抵銷這些努力。

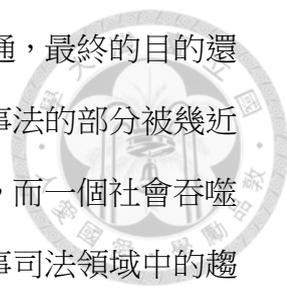
因此，本文試圖要填補那一塊外在論述和內部論述之間的空白，讓兩者產生

---

<sup>8</sup> 詳細的「民主」和「民粹」定義並非本文重點，在此不繼續深談。

<sup>9</sup> 此為筆者接受律師職前訓練時所聆聽講座演講，並傳閱教材之經驗，相關教材資訊可參閱法治教育網，網址：<http://www.lre.org.tw/newlre/A.asp>。

<sup>10</sup> 並非支持死刑一定代表未有深厚法學思維在其中，但就刑事政策層面言亦應有相對應之理論依據存在，單純訴諸直覺、情感實非具說服力之思考方式。



在維持各自獨立性的情況下，有影響彼此的可能性。所謂的溝通，最終的目的還是在限制兩者產生互動的方式，避免像發生法律應用體系中刑事法的部分被幾近全面入侵而無阻擋的餘地，發生這種情況就是吞噬而不是溝通，而一個社會吞噬掉自己的刑事法系統。但是，無論從哪一個方向解釋，現行刑事司法領域中的趨勢實際上是不斷壓縮人民選擇的空間。為了什麼目的呢？一個更安全的社會，更能夠有效管控風險的社會。但是卻沒有人對此提出論述，為什麼永遠有拼不完的治安，到什麼時候才算是真正的「安全」？至此答案其實也很簡單，當螺旋已經開始旋轉，這方面的論述在新的變數加入之前，將永遠不會停止。

在此過程中，刑法領域的專業瓦解僅僅是被螺旋破壞的一小部分而已，螺旋需要對暴力犯罪的重新定義來滿足不同的需求，而這個需求，早已跳脫出單純的國家－人民關係，遠非舊有的內部論述所能夠處理，同樣的，原先的外部論述對此的描述亦會失真，因為對犯罪的管控需求是被額外創造出來的，實際上為達成少部分效果付出的自由代價會越來越不成比例，刑法亦將逐漸失去其正當性。

為了解決這個根本的目的性的問題，本文不會限於針對特定領域或是學說進行介紹，深入的部分可能不足，但求盡力拼湊出一套能夠提供溝通素材，且能提升邏輯一致性的組合。

反映在架構和方法上，本文主要分成三個部分。

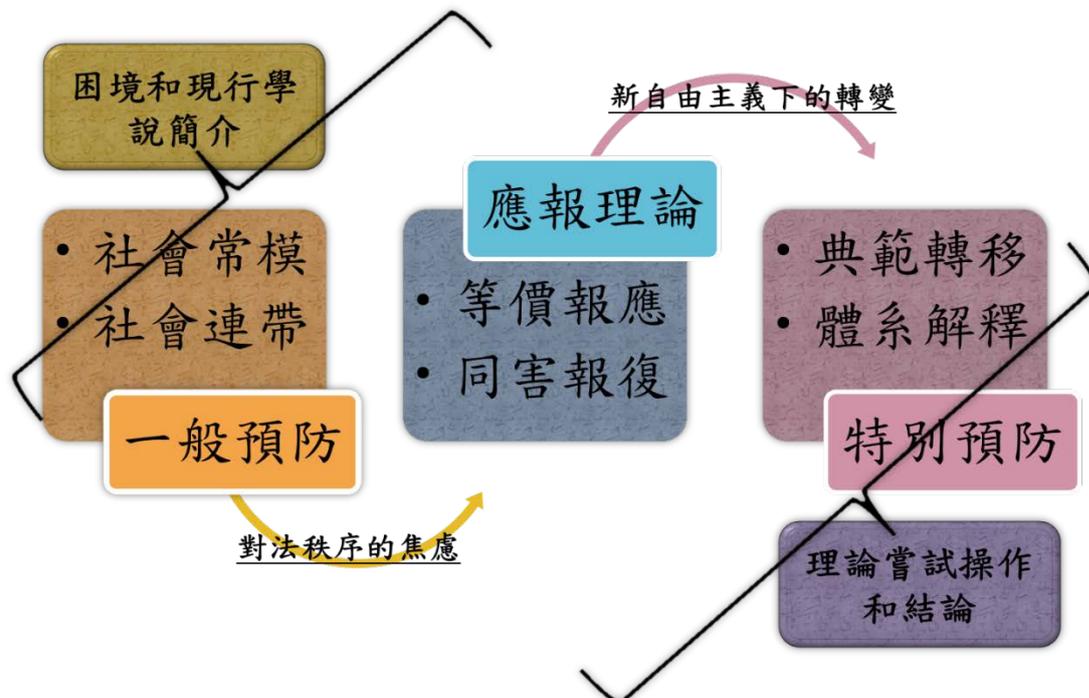
第二章係針對現行部分重要刑法學說進行分析，觀察其在「自身體系」以及「社會溝通」兩個面向上各自處理的方式，以及可能發生的效果，本文所謂的解構是揭露其在文本上未必透露出來的訊息，由這些重要學說的解構可以勾勒出我國目前對刑法－刑罰論述的輪廓，這是大眾可能接觸到的刑法地貌，並以溝通為

宗旨針對其中可能產生問題之處進行檢討。



第三章為本文的核心，以溝通為主要目的，嘗試對傳統的刑罰理論進行重新定義和組合，找出溝通的對象，建立自身的系統，並開放溝通的可能性（空間）。會沿著這樣的順序，以心理學的「社會常模」和「社會連帶」建構一般預防理論，鎖定刑罰的目的，再從中找出對法秩序的焦慮，針對應報理論的背後價值怎麼從以牙還牙的「同害報復」轉化為類黑格爾式之「等價應報」進行介紹，了解演變的進程，最後則以新自由主義下的社會變遷帶對於犯罪認知的典範轉移，以及由刑法內在限制下的應有的體系解釋方式，重建特別預防理論。

第四章則是針對操作上的問題做處理，先對現代社會刑事司法所面臨嚴峻的媒體問題，嘗試找出還原有意義討論事實的方法，再以哈維的空間性矩陣和本文第三章建立之論述結合，找出溝通時的結構性思考方式，並將二者綜合，針對爭議最大的死刑議題嘗試提出較具有溝通可能的論述方式。



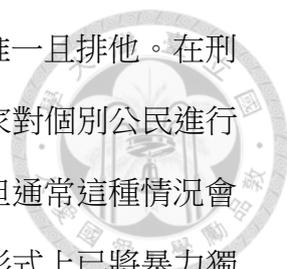


## 第二章 台灣現行刑法—刑罰論述的解構

如果我們從「無法進行有意義溝通」這樣的挫折經驗觀察，過程中發生的問題有二：溝通的內容以及溝通的方式。可能溝通的方式本身沒有問題，但是溝通的內容卻根本不可能達成溝通的效果，亦有可能係溝通的內容實有達成溝通的潛力，但是溝通的方式卻不足以將其發揮效果。而以本章之目的言，將試圖對現行台灣刑法界對於刑法—刑罰論述的概念作一完整的介紹，嘗試挖掘出現行論述在**溝通的內容**上是否具備足以完成溝通的潛力。而一個有意義的論述會建構（或者是描繪更精確）某種實際運作且產生影響力的「系統」，而這種經由刑法—刑罰論述建構的系統本文會以「刑法系統」簡稱之。這種檢討將有助於我們將問題做聚焦，觀察究竟問題出在溝通的內容亦或是方式。

### 第一節 刑事程序：刑法作為開啟刑罰手段的存在

當「犯罪行為」發生以後，現行實務運作概略的處理步驟如下：1) 司法警察受理報案進行初步調查或拘捕；2) 接著是檢察官將其偵查起訴；3) 法官予以定罪，確定刑期；4) 送交檢察官執行；5) 監獄內進行處遇。這個流程是對於法律略有概念的社會人所理解之「刑事程序」。而在前述的諸多社會事件中，可觀察出大眾的壓力在不同的階段呈現的樣貌各異，如警察抓人的方面焦點在於治安維持犯罪率下降，檢察官和法官定罪部分在於刑度，而執行方面則在著眼於是否過早假釋和避免再犯，但將這些要求做個初步的簡單歸整，不外乎對於國家執行其刑罰權力的「效率」之檢討。



「國家執行刑罰權力」使大眾著迷之處在於其「絕對」，唯一且排他。在刑事程序中最明確展現出國家權力的象徵就是刑罰，其代表了國家對個別公民進行支配的行動，簡言之是「群體」（儘管未能精確定義其集合，但通常這種情況會認為國家是社會群體的代言者）對於個體的暴力控制。在國家形式上已將暴力獨佔的前提下，刑罰變成是除少數特殊情況外，最廣泛使用的「合法」暴力。這種將暴力獨佔的法就是刑法本身，一方面施展暴力，另一方面又限制其他個體或群體原本得發動的暴力，將其納入自身的體系，於是刑法並非只為「國家法益」而發動刑罰，更包含「社會法益」乃至「個人法益」。這是一個跟代理非常近似的狀況，於是刑法必須要取得代理刑罰的正當性，才能夠使這種機制持續運作下去。對暴力的收編和並禁絕，塑造了國家執行刑罰的絕對性。

進步言之，對效率的渴求可以分成以下兩種內涵：第一種內涵是完全忽視對犯罪人權利的保障這樣的呼聲，以及維持程序正義和抑制國家刑罰過度的濫用等訴求，這種呼聲是一般常見的爭論，也是前述內部論述和外部論述的主要戰場所在；第二個由效率渴求觀察出的內涵，卻是國家權力走的方向是正確的，但需要更有效的執行，藉此能夠不斷再確認國家進行刑事程序懲罰犯人的正當性，這個方向的討論就極為罕見。

第二個內涵是對國家以發動刑法方式獨佔刑罰權的肯認。這個內涵較少進入討論範疇的原因應是大家已經將其視作理所當然。但是這個理所當然並不一定會繼續地那麼理所當然下去，合起來看這兩個內涵背後代表的東西卻非常危險，對犯罪人擁有幾近完全支配權力的國家（因為既可以獨佔又能夠不顧人權）。這個危險的態勢仍未出現的原因在於第一個內涵中另一面向的聲音雖被大眾忽視，惟從刑法體系觀察，其仍實際上支配著刑事程序的運作，不過隨著大眾媒體的發達，這個平衡顯然難以繼續維持，天秤已逐漸倒向失控邊緣，如此情況獨佔的正

當性基礎將被削弱<sup>11</sup>。若我們必須選擇維持住第二個內涵的獨佔性，則在第一個內涵的社會溝通就必須要求某種程度上的效果。法律必須維繫人民信賴始能存續，國家獨占暴力的統治方式亦仰賴法律正當性的存在。但這種信賴絕對不是直接將一切拋給民意去處理。系統必須要創造出獨立運作的精神方足以形成其內涵，如果僅是一面倒地放棄固有領域，則溝通可能性實際上也是消失了。因此，有必要建構出即使在表面上將忤逆多數意見和造成重大影響，仍必須要捍衛的系統自身機能性，在這樣的情況下才會產生具備／不具正當性的討論。

在進行社會溝通時，刑法作為法律規則的一種，必須要從根源去探究其和一般具強制性命令之間的差別究竟為何，來證立刑罰確實是一種有必要以刑法方式獨占的暴力型態。接下來本文試圖釐清在台灣現有的資源上，提供了那些論述來進行上述第一個內涵的溝通，從「刑法存在的目」和「施以刑罰的目的」兩方面進行探討。

---

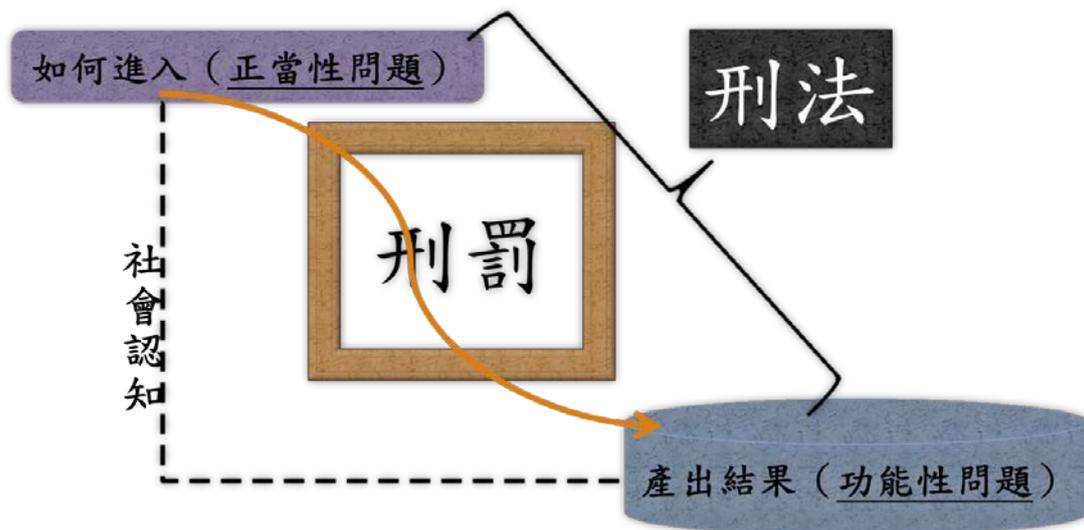
<sup>11</sup> 近年來許多普遍流行的創作品，像是電影、影集中常出現的超級英雄等的所作所為。就某種程度而言，實際上是基於對國家執法難以信任情況下的一種反饋，「非法」但是「正義」，這種價值在影劇作品或許有娛樂效果和新鮮，但在現實上出現就是近代史之前的私刑復辟。

## 第二節 現行刑法學說中刑法和刑罰存在的目的



首先對刑法和刑罰做出定義。

刑罰是國家施予特定國民的強制力，故死刑、監禁和罰金等刑罰手段雖然對於被特定的受刑人的剝奪各自有所不同，但其共同之處在於受刑人無從選擇，必須接受其強制的執行<sup>12</sup>；而刑法則在為國家決定如何特定出此國民，並施以何種方式刑罰的規範。基本上當我們以刑罰做為中心來觀察的時候，就可以發現是由刑法來決定國民要如何進入刑事程序並且施加以刑罰，同時刑法也決定了國家試圖透過刑罰產生什麼樣的效果，簡言之，刑法旨在處理刑罰發動的正當性問題，以及功能性問題，簡單表示如下圖：



<sup>12</sup> 誠然，現在法院所判刑度較低的情況下，受刑人可以選擇易科罰金、分期付款甚至易服社會勞動，在這方面國家的強制效果似乎就不怎麼顯著，但是出現較為寬鬆的選擇空間，究其本質仍然是一種強制，其產生的反應可能就會有所不同，這方面本文後再詳加討論。

是以儘管時常發生混淆的情況，但是「刑罰」和「刑法」兩組概念在意義上明顯是有所區分的，為此本文試圖對刑法以及刑罰存在的目的進行分析。惟在進行此一分析之前，有需要先針對目的一詞作出定義，方能理解本文針對目的分析的原因：

以本文的理解，「目的」是一種無論具體或抽象對象必須存在的基本意義，即人類創造此一特定事物（具體）或者是概念（抽象）的根本原因；從反面來看可能更清楚，意即若某一種效果無法達成，即使還能帶來許多其他好處，仍然不會認為該對象必須存在。例如，汽車必須存在的意義是為了代步，當然我們現在會給汽車加上很多漂亮的內裝外裝，也會添上衛星電視衛星導航等功能，不過一旦一台車不能發動不能開，無法讓人藉著車東奔西跑，即使它有再多附加價值，它作為汽車本身的意義也不存在了，稱其為汽車再也無法正確地指涉出其狀態，因為人們一定預設汽車是會跑的；又如手機必須存在的意義是為了讓人打電話和其他人聯絡，現在有很多手機也會加上很多功能例如說照相、上網、玩遊戲等，同樣當手機不能撥打電話時，人們無法透過手機以電話方式互相聯絡，即使它仍然有很多其他功能，但它被稱作手機的意義也就消失了，因為人們會預設手機就是用來打電話的。

在上述設例中，代步和打電話就分別是汽車和手機存在的目的，因為這些要素是它們不可或缺的。不過我們一定也是會遇到對象和其預設的表面不相符之情況，這個時候可能有兩個處理方式，一個是根據其所具備的要素重新定向至其他目的的事物，例如那台不能開但內外裝精美有網路電視的汽車依其所剩餘的要素，或許可以當作一比一的模型車、一台吃汽油的小型網路電視觀賞站，或是做為遮風避雨的場所等等。另一種處理方式則是在真的無法找到其他目的的時候，無目的的即成為其目的，而以無目的為目的的事物，人們稱其為垃圾，只剩下被廢棄一

途。



接下來本文將以此「除去就失去意義」作為目的的標準來檢驗現行刑法論述中所論及刑法和刑罰存在的目的。

具體方式，先檢驗刑法再進行至刑罰部分的原因係刑罰在現今制度內是由刑法發動其效果，雖然這並不一定代表刑罰係刑法的下位概念，因為刑法本身也會因為其所可能發動的刑罰之影響，但是在表面的層次上看起來仍是需先釐清刑法，方能對刑罰進行理解，因此本文即循此「刑法－刑罰」這樣的順序進行探討，而通常在討論到刑法時就會在刑罰納入其實際發生作用的系統中了，因為刑罰是刑法所能採取的主要手段。

本文首重於社會溝通，故針對現行常見之刑法學說進行分析，畢竟這部分是所有非研究刑法為主的法律系學生，以及社會大眾較為可能接觸刑法的場域，而本文所期待溝通的對象即是此二者。待得出各大家所描繪出的刑法－刑罰體系後，下一節會再進行更全面的整理。實際檢討的方式係找出學說中直接論及刑法以及刑罰目的的文字，接著再以其他相關部分建構出其邏輯，並嘗試在其體系下釐清架構，為了便於讀者挖掘國內刑法學說之本意，並避免本文改寫失當，除非為行文順暢並利於統整，本章整理部分將盡量摘引原文，或將原文置於註腳供讀者參考。

## 第一項 林山田教授之學說

首先參考向被稱為我國刑法通說的林山田教授之論述。林山田教授於其著作

《刑法通則》中開宗明義謂「刑法的目的乃在於使用法律手段，以抗制犯罪，確保社會共同生活的基本價值，以建立並維繫社會共同生活所不可或缺的和平與秩序。就整體法律規範來看，對於社會共同生活中的重要領域或是社會重要的生活利益，刑法則負有保護的特別任務。」<sup>13</sup>。這段論述架構出刑法的目的圖像後，即介紹刑法的「六大功能」，分別為保護法益、制壓與預防犯罪、保障人權、矯治行為人、賠償犯罪被害人、予行為人贖罪的機會，詳加說明刑法能夠威嚇犯罪以及符合人民正義感<sup>14</sup>，以及確保法律未規定的行為不受處罰，以及確保行為人不會受到法律規範以外的追訴處罰<sup>15</sup>。而在林教授另外一部大作《刑法各罪論》中，亦曾提出「刑法乃是規範操控行為模式的法律手段，以達成保護法益，建立並維繫法律秩序的目的」做刑法目的的介紹。

從前引林山田教授著作中文字結構分析，「建立並維繫社會共同生活所不可或缺的和平與秩序」即為刑法存在的目的，而抵制犯罪、確保社會共同生活的基本價值都是達成和平與秩序的手段而已，但是林山田教授文中沒有進一步說明所謂「社會共同生活所不可或缺的和平與秩序」究竟需要到達什麼樣的程度。和平和秩序兩個詞彙雖然好像並不衝突，但也不是必然共存。例如戰爭跟和平明顯是兩種對立的狀態，戰時仍會有戰時的秩序。在秩序的部分雖然用比對的方式可以知道林山田教授意指法律的秩序，但何謂法律的秩序也欠缺說明，是以關於和平和秩序的意義顯然需要進一步闡釋，才能使其有效解釋林山田教授體系中刑法存

<sup>13</sup> 林山田（2008），《刑法通論（上冊）》，增訂十版，頁 51，台北：元照。

<sup>14</sup> 「犯罪乃最嚴重的不法行為，國家以嚴厲的法律效果加以處罰，給予行為人相當的刑罰制裁，借刑罰的威嚇力，一方面，對於已然的犯罪產生制壓與遏阻的功能；另一方面，更由於刑法對行為人的公正制裁，不但滿足社會大眾對於正義感的需求，而且昭示社會大眾，法益與法律的不可破壞性，以發生社會教育的作用，而對於未然的犯罪產生預防的功能。因此，刑法除具有制壓犯罪的功能之外，尚且透過處罰行為人與制壓犯罪，而具有預防犯罪的功能。」摘自林山田（2008），《刑法通論（上冊）》，增訂十版，頁 52，台北：元照。

<sup>15</sup> 「刑法明定應予刑事制裁的犯罪行為及其法律效果，一方面，保證凡是未違反刑法規範者，均不受國家權力機關的干涉、侵犯或處罰；另一方面，則保證行為人不受超出法律規定範圍以外的追訴、審判與處罰，以及不受有違人道及藐視人性尊嚴的殘虐刑罰。刑法由於具有這種雙重的保證作用，乃產生保障人權的功能。」摘自林山田（2008），《刑法通論（上冊）》，增訂十版，頁 52，台北：元照。

在的目的，否則均略嫌籠統抽象。



書中六大功能緊隨著目的而出現，或許可以從側面推論出該六大功能實則為林山田教授心目中刑法所能維持的秩序，六大功能可概分成三類：除了賠償犯罪被害人顯係針對**犯罪被害人**外，保障人權、矯治行為人、給予犯罪人贖罪的機會這一系列則是對**犯罪行為人**的處理<sup>16</sup>，最後的保護法益和制壓與預防犯罪則歸於對**社會大眾**的處理<sup>17</sup>，於是林山田教授所指刑法目的欲維持的和平和秩序應指在犯罪被害人、犯罪行為人以及社會大眾這個三維座標內，取得一個平衡的位置。

析言之，林山田教授想要取得的這個平衡位置發想固然已較諸原本模糊的「和平與秩序」明確，但是書中卻未明言，究竟其應該如何找出洽當的平衡點，是本文將就這三個位置分別討論評析，進一步推演其解答。

## 第一款 被害人

首先探討賠償犯罪被害人的部分。林山田教授並明言所謂「賠償」是對被害人以何種形式，以及什麼方面的補償。從我國刑法來觀察，第三十三條明定的主刑分別為死刑、無期徒刑、有期徒刑、拘役及罰金，而第三十四條之從刑則有褫奪公權、沒收及追徵、追繳或抵償，然其中沒有任何一項和被害人的賠償直接相關。

---

<sup>16</sup> 在此依一般刑法教科書常見的概念解讀，保護人權係保護進入刑事司法體系中被告接受公平審判和妥適處遇的權利，矯治行為人係幫助其重返社會，予其贖罪的機會雖較少見但是贖罪若係對被害人而贖的話會和給被害人補償一項重疊，故在此應係指緩解行為人心中不安（如果有的話），並幫助其重生，故本文將其歸類於犯罪行為人一項中。

<sup>17</sup> 參前揭註 10、11 引文。



如果不從法律，而自一般可想得知的意義上來理解，賠償能有財產上的賠償、或者是以前其他方式滿足被害人個人及其親屬之要求作為賠償的方式。先從法律制度中最普遍的賠償方式—財產來討論。在我國刑事法體制中僅有緩起訴和緩刑制度的運作下，檢察官得透過刑事訴訟法第二五三條之一規定對被告進行緩起訴，並要求伊履行同法第二五三條之二的各項負擔，其中第三項即為向被害人支付相當數額之財產或非財產上損害賠償；法官在確認被告有罪時亦得依刑法第七四條之規定判處被告緩刑，並得命被告依同條第二項第三款向被害人支付相當數額之財產或非財產上之損害賠償。但這二者均分別設有發動的前提要件，分別為緩起訴時所涉法條須非死刑、無期徒刑或三年以上有期徒刑之罪，以及緩刑時刑度為二年以下有期徒刑、拘役、罰金之宣告，並且經檢察官或法官斟酌過後認為洽當方會被使用，這種方式對被害人賠償是非常片面的。舉例言之，殺人未遂顯然比普通傷害罪對被害人造成更嚴重的侵害，但是殺人未遂罪的被害人不可能透過刑事制度從行為人處獲得賠償，而普通傷害罪的被害人反而可以，從對被害人賠償角度觀察就會發現這種顯然矛盾的情況。

因此，緩起訴和緩刑制度設計的目的仍係為讓國家處遇犯罪行為人的方式更加多元<sup>18</sup>，增加司法人員在處理輕微刑事案件時衡酌司法資源運用的彈性，從對被害人賠償的角度一者欠缺全面性，蓋只有部分輕微案件得有適用的可能；二者欠缺主動性，因為在這些制度中，被害人僅能被動等待司法人員採取緩起訴或緩刑，始有獲償的機會。在全面性和主動性的匱乏下，緩起訴和緩刑制度僅能對被

---

<sup>18</sup> 刑法第二五三條之一緩起訴制度立法理由中雖有提到「...為使司法資源有效運用，填補被害人之損害、有利被告或犯罪嫌疑人之再社會化及犯罪之特別預防等目」云云，但是這麼多目的要同時達成，依本文所建立關於「目的」之定義，其實某些宣稱的目的實際上並非目的。以緩起訴制度為例，真正的重點在於給檢察官除起訴和不起訴之外另外一種可以給予被告負擔，又不需要耗費國家司法資源進行審判的處置方式，對犯罪被害人的填補從規定的體系觀察更像是賦予這麼做正當性的一個附帶功能而已。至於緩刑制度於94年2月2日時將上述對被害人賠償等負擔加入，立法理由僅稱「...而緩刑制度，既為促使惡性輕微之被告或偶發犯、初犯改過自新而設...」，連名義上宣稱的目的都未包含要補償刑事犯罪被害人，顯見只是為了和性質相類似的緩起訴制度做立法上統一措施，就沒有將不為重點的被害人補償放進立法理由，亦可反證對被害人的補償非此系列立法修法之目的所在。

害人產生非常片面的財產上賠償效果。



若離開刑法和刑事訴訟法這些刑事法直接相關的區塊，換從其他法律實務的層面去觀察時，可以找到犯罪被害人保護法的犯罪被害補償金，以及被害人或其他相關人士對於犯罪行為造成之損害在民事上提出損害賠償訴訟，這兩方面和狹義的刑法之間的關聯都甚微，勉強牽扯上之處僅有犯罪被害人保護法中補償金的來源包含部分收容人在監所內工作所得、犯罪行為人之犯罪所得或被沒收的財產，以及在刑事訴訟程序中因緩刑、緩起訴或協商判決而應支付之一定金額，或可被認為係刑罰的一部分<sup>19</sup>；而在民事補償上，民法會採用刑事判決的故意過失認定當作重要標準。這些制度雖然都已經減少主動性的問題，讓被害人能夠自行主張權利，但是犯罪被害人保護法的適用對象僅有因犯罪行為被害而死亡者之遺屬、受重傷者及性侵害犯罪行為之被害人，能夠受到本法保護的對象仍屬有限。而民法方式雖然沒有受限，但這顯然已經是民事法體系的制度，和刑事法之間雖有部分法和平性的關聯，規定上仍然是分開獨立判斷，似難逕將民法的機能當作刑法能夠達成的效果，畢竟沒有刑事法系統輔助，民事法系統仍能獨立運作。綜上，刑法對被害人在財產上的補償應仍認係未臻完善，尚有許多不備之處待補充，以致無法發揮效果。而在法律中其他的補償方式如向被害人道歉悔過等仍都依附在緩刑和緩起訴的制度當中，難免發生和前述財產賠償一樣的問題。

在法律直接規定的途徑窮盡之後，接著要探討的是，國家還能提供其他法律外的效果來當作對被害人的賠償嗎？討論到這個地方已經是側面的側面，法務部

<sup>19</sup> 犯罪被害人保護法第三條：「

因犯罪行為被害而死亡者之遺屬、受重傷者及性侵害犯罪行為人，得申請犯罪被害補償金。前項犯罪被害補償金，由地方法院或其分院檢察署支付；所需經費來源如下：

- 一、法務部編列預算。
- 二、監所作業者之勞作金額提撥部分金額。
- 三、犯罪行為人因犯罪所得或其財產經依法沒收變賣者。
- 四、犯罪行為人因宣告緩刑、緩起訴處分或協商判決而應支付一定之金額總額提撥部分金額。
- 五、其他收入。」

已經有意識到前述犯罪被害人保護法所能補償到的被害人範圍有限這個問題，故在犯罪被害人保護法施行後又邀集各部會和專家學者制定「加強犯罪被害人保護方案」<sup>20</sup>，在此方案中犯罪被害人之保護制度即十分多元，包含對被害人的緊急安置、協助被害人申請並落實發放犯罪被害人保護法的補償金、協助被害人申請保險金等等的扶助<sup>21</sup>，惟此方案在法位階上屬於命令性質，不能夠逾越法律，故做到的只是多項現有制度的操作整合，無法給予被害人更多真正的補償<sup>22</sup>。

當這些思考途徑已窮的最後，施加犯罪加害人的懲罰本身或許也可以間接解釋成某種對被害人的賠償。對部分被害人或其親屬來說，這可能是一種補償式的「正義」<sup>23</sup>，雖然這種補償的定位非常不明確，但卻是刑法系統能夠提供最直接的功能。前述加強犯罪被害人保護方案實際上有融入部分這個觀念在其中，例如其「補償與民事求償」措施中有一項即為「監獄於審核假釋案件時，宜參酌被害人受損害賠償之情形，及社會之觀感，以為准駁之參據」，並稱這麼做的目的在於「撫平被害人之感情」。

從此規定觀察，「被害人的感情」這個詞彙連結到 1) 加害人是否願意、以什麼樣的程度去配合對被害人進行民事損害賠償；2) 社會觀感，並以讓犯罪行

<sup>20</sup> 參照法務部官方網站保護司重要措施之介紹：「犯罪被害人保護法（以下簡稱本法）所規定之保護對象為因犯罪行為被害而死亡者之遺屬或受重傷者，其受保護之人的範圍較小，法務部於本法施行後，邀集各相關部會及民間團體訂定「加強犯罪被害人保護方案」（以下簡稱本方案）陳報行政院，行政院於八十七年十月十五日核定。實施以來，歷經八十九年三月及九十一年七月二次修訂，內容隨之燦然大備，並經各部會及直轄市政府列為經常性辦理事項，持續辦理。行政院鑑於本方案應辦事項已大部分辦理完成，爰於法務部陳報九十年 度執行績效報告時函示，「其採行措施大都已完成階段性任務，須否再行充實其採行措施或是否繼續存在，請通盤檢討評估」。經九十一年加強犯罪被害人保護方案 工作檢討會議與會人員通盤討論，認為本方案雖已經完成階段性任務，惟基於九十二年九月一日開始施行之刑事訴訟法，已由職權進行主義，改採改良式當事人進行主義，對被告的保護將更為周延，故本方案仍有繼續存在之必要，且應大幅度修訂，賦予其新的生命，使之與時俱進，俾符合保護被害人之本旨。」，

<http://www.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=27076&ctNode=27652&mp=001>，

<sup>21</sup> 詳參法務部網站，網址：

<http://www.moj.gov.tw/lp.asp?ctNode=33543&CtUnit=12790&BaseDSD=7&mp=001>。

<sup>22</sup> 例如車禍保險、家暴防治中心等制度都是原有的社會福利措施，但法務部透過此方案扶助被害人進行申請。

<sup>23</sup> 在此使用正義一詞，但其定位並不精確，只是一般新聞或網路使用者討論之用語。

為人經定罪後，在獄中接受的處遇來做為撫平的代價。其中第一點以增加對犯罪人負擔的方式，用以增加被害人的民事損害賠償受償可能性仍然不脫財產補償，這其中會有部分重複評價的問題仍待深究<sup>24</sup>，但已非在本文討論範疇，而第二點至於社會觀感和被害人感情之撫平間有什麼關聯其實也欠缺進一步說明，這是在這一系列討論被害人補償中第一次出現加害人和被害人之外的角色。

不過外觀上與被害人無關、好像沒扮演什麼重要角色的「社會觀感」實際上才是「被害人保護專案」去對刑罰造成影響的真正原因。從行政機關欲撫平大眾情緒而評斷是否應予收容人假釋的觀點去解釋，顯然比是否對被害人為補償更為合理，所謂的「正義」究竟是從被害人還是大眾而來，益發模糊不清。

綜上，犯罪被害人補償機能在現行法律操作下其實難以達成：財產上的補償多有不足，而財產以外的補償更極有可能被推到社會大眾的那條線上被一併處理，完全欠缺其作為獨立機能的主體性，因為被害人在刑法系統中是沒有位置的，因此被害人補償無法替刑法劃出一個明確的方向，而至多是一個可能做改善的目標。

## 第二款 行為人

再來討論犯罪行為人的保護層次，林山田教授設定的分類共有保障人權、矯治行為人、給予犯罪人贖罪的機會三種。其中保障人權顯然是犯罪行為人這一塊的核心，也是刑法真正發揮功能的地方。

---

<sup>24</sup> 在法官判案量刑時應已將行為人的犯後態度考慮在內，復因此再度實質加重其刑度，似有問題。

照林山田教授的描述，「刑法明定應予刑事制裁的犯罪行為及其法律效果，一方面，保證凡是未違反刑法規範者，均不受國家權力機關的干涉、侵犯或處罰；另一方面，則保證行為人不受超出法律規定範圍以外的追訴、審判與處罰，以及不受有違人道及藐視人性尊嚴的殘虐刑罰。刑法由於具有這種雙重的保證作用，乃產生保障人權的功能。」<sup>25</sup>以上論述同時包含罪刑法定主義的內涵，依林山田教授的見解，該功能保障的是刑罰將受到刑法的管控，而不會因為其他因素任意發動<sup>26</sup>，發動的規格也會受到法律本身的限制，但是「有違人道」和「藐視人性尊嚴」二者就沒辦法直接從罪刑法定主義觀察出來，可能的解釋方式或許是從憲法層次來著手，要替刑法增加這樣偏向價值性的描述需要有更多的說明。

是以，林山田教授本書隨後有介紹「人道原則」，應即為這兩個概念的體現，氏認為「人道為人性的同義詞，係指出於人類的良知而在其行為所表現的良善與博愛的態度與做法，其相反詞，即是非人性、反人性或獸性。人道原則乃指行法的規定與施行均須符合人性的良善與博愛，一切非人性、反人性或獸性的刑法規定、刑事司法或刑事執行，均在禁止之列」<sup>27</sup>。質言之，這段敘述有偏向循環論證之嫌，人性的相反詞是反人性似乎是理所當然，良善和博愛是用另一尚須定義的抽象名詞來闡述，但是可勉強觀察出林山田教授在此所指的係一種正面的人類情緒。

進一步看林山田教授在本書中介紹人道原則的涵義有三：1) 人性尊嚴應予維護：無論行為人是處於刑事程序中任一階段，都必須維護其人性尊嚴，以免人性尊嚴輕易受損造成其反社會人格；2) 禁止以人充當刑罰的工具：康德認為「每

<sup>25</sup> 林山田（2008），《刑法通論（上冊）》，增訂十版，頁 52，台北：元照。

<sup>26</sup> 「換言之，刑罰權的依據及其界限，只能透過法律明文加以規定，而不能規定在行政命令或行政規章之中，只有法律才能夠規定哪些行為屬於犯罪，對於這些犯罪行為要施予如何的刑事制裁，科處什麼法律效果。因此，罪刑法定原則實指法律性原則，而具有防止政治權力濫用的功能。」摘自林山田（2008），《刑法通論（上冊）》，增訂十版，頁 75，台北：元照。

<sup>27</sup> 摘自林山田（2008），《刑法通論（上冊）》，增訂十版，頁 75，台北：元照。

個人均應被當作自我目的而被尊重，而不可當作為了達到特定目的的手段來加以利用」，因此行為人受到刑罰必須是因為其罪責，而不能被當作是殺雞儆猴的手段；3) 禁止使用殘酷而不人道的法律手段：人道原則同時也是刑事執行的指導原則，必須尊重受刑人的人格，以利進行再社會化的工作使受刑人重新回到社會，因此人道原則下也禁止使用殘酷而不人道的法律手段<sup>28</sup>。經過這樣的闡述之後人道原則即已經較為明確地被放在刑法體系中的位置，在此原則的影響下，林山田教授對於刑罰理論中的一般預防理論抱持謹慎的態度<sup>29</sup>。

矯治行為人通常是刑罰目的中特別預防理論會強調的重點，而林山田教授本書將其列為刑法的功能之一：「刑法以其法律效果科處行為人應得的刑罰，並妥善利用刑罰的機會，矯治或教化行為人，促使犯罪人的再社會化，使其在接受刑罰的執行之後，能夠改過遷善，安分守己，重新適應社會共同生活所必需的法律秩序，而不再犯罪。」<sup>30</sup>矯治行為人的功能理所當然地和再社會化進行連結，也的確是刑事程序試圖達成的重要目標，參諸我國監獄行刑法第一條：「徒刑、拘役之執行，以使受刑人改悔向上，適於社會生活為目的。」開宗明義即已說明再社會化的目標，此部分殆無疑義，也和前述人道原則互相補充。

最後則是給予犯罪人贖罪的機會，對林山田教授來說，這個屬於一個部分局限性的機能，氏在本書中認為：「對於良知未昧，尚知懺悔的行為人，刑法的制裁無異給予一個贖罪的管道。由於國家公權力的刑罰制裁，不但滿足行為人內心的贖罪需求，而且多少亦能衡平行為人的罪惡感。因此，刑法對於一般罪犯而言，亦具有贖罪的功能；惟有少數的罪犯，特別是習慣犯，因為犯罪已成習慣，故對其犯行以無悔悟之心，對其被害人，亦無愧疚感。因此，刑法對於這些少數的行

<sup>28</sup> 林山田（2008），《刑法通論（上冊）》，增訂十版，頁 99~100，台北：元照。

<sup>29</sup> 林山田（2008），《刑法通論（下冊）》，增訂十版，頁 432 以下，台北：元照。

<sup>30</sup> 摘自林山田（2008），《刑法通論（上冊）》，增訂十版，頁 53，台北：元照。

為人，即無贖罪功能可言。」<sup>31</sup>在林山田教授的見解中，贖罪的刑法目的是根屬於刑罰目的中應報理論，和報應是一體之兩面，相較於以外力強加的暴力制裁，贖罪是「犯罪行為人出自內心一種倫理上的自我譴責」，使得犯人出現這種倫理反省，也是刑罰要追求的目標之一，因此氏認為「刑事政策上理想的刑罰，應該能夠促使犯罪行為人增強其贖罪感，在刑事矯治工作上促成受刑人的贖罪能力與贖罪的心理條件，使其真正出自內心的悔悟而改過自新。在這種情況下，贖罪思想實際上也應涵蓋著教化思想，使受刑人具有贖罪思想的刑罰報應，才能具有刑事政策上的意義」<sup>32</sup>。這方面的效果如何可能有待實證研究來證實，但是顯而易見的是這在整個刑法體系中是處於一個補充發揮效果的面向，因為刑法無論會不會發生給犯罪人贖罪感的效果都會發動，是以此不是刑法根本的目的之一，而僅是間接可以被捨棄的功能，反而是在刑罰的意義上可以展現其目的，更具體來說偏近於刑事矯治面向的方針，而可以跟上一個功能結合。

### 第三款 社會大眾

最後處理的是保護社會大眾的部分，林山田教授本書中此部分計有「保護法益」和「制壓與預防犯罪」二部分，雖然分成兩個部分來討論但其實是一體之兩面。保護法益表面上看起來似乎是刑法最主要的目標，也是刑法解釋學中著墨甚深，引起許多討論的爭點<sup>33</sup>，但是無論法益被如何解釋、以何姿態現身，犯罪行為中被害人的法益（如果有的話）早已被破壞<sup>34</sup>，所以刑法與其說是在「保護」

<sup>31</sup> 摘自林山田（2008），《刑法通論（上冊）》，增訂十版，頁 53~54，台北：元照。

<sup>32</sup> 林山田（2008），《刑法通論（下冊）》，增訂十版，頁 415~416，台北：元照。

<sup>33</sup> 林山田教授針對法益的定義：「社會共同生活中，無論是個人或團體、社會、政府或國家，軍存有其生活利益，例如：個人的生命、身體的健康與行動的自由、個人或公司的財產、社會的安寧、政府或國家的存利安全等等。凡事以法律手段而加以保護的生活利益，即稱為法益。」摘自林山田（2008），《刑法通論（上冊）》，增訂十版，頁 52，台北：元照。

<sup>34</sup> 此觀念來源，請參照李茂生（2009），〈風險社會與規範論的世界〉，《月旦法學雜誌》，第 173 期，頁 151。

法益，不如說是建構一套事後處理的標準，以「預防」下一次類似的侵害行為發生。



因此，所謂保護效果是針對其他人的相似社會生活利益，而非是在本次受到侵害的被害人，即使被害人從而受到保護那也是避免接下來持續的法益侵害，而非針對先前已經發生的部分做出處理。然則刑法宣稱處理的對象卻均是已經發生（既遂）或部分是即將發生（未遂）的法益侵害，是其目的與林山田教授在「制壓與預防犯罪」一項中所敘：「犯罪乃是最嚴重的不法行為，國家以最嚴厲的法律效果加以處罰，給予行為人相當的刑罰制裁，藉刑罰的威嚇力，一方面，對於已然之犯罪產生制壓與遏阻的功能；另一方面，更由於刑法對於行為人的公正制裁，不但足以滿足社會大眾對於正義感的需求，而且昭示社會大眾，法益與法律秩序的不可破壞性，以發生社會教育的作用，而對於未然的犯罪產生預防的功能。因此，刑法除具制壓犯罪的功能之外，尚且透過處罰行為人與制壓犯罪，而具有預防犯罪的功能。」<sup>35</sup>在本質上並無二致，透過對已經發生的法益侵害處以刑罰之方式，對於正在發生的法益侵害行為進行制壓，並對未來可能發生的法益侵害行為進行預防。

刑法的社會大眾機能的這個部分，一般教科書較少直接敘述，而是將其放在刑罰的功能底下作討論。其實林山田教授的刑法六大機能，已經將刑罰的目的融合進去，而有關更詳盡的刑罰目的，本文將以林山田教授另一本鉅著《刑罰學》來當作參考對象。林教授在該書中，認為：「刑事刑罰的基本意義乃建立於報應和預防兩大基本思想之上」<sup>36</sup>。

其中報應思想將刑罰作為法社會對犯罪行為的反應方式，以刑罰的痛苦來均

<sup>35</sup> 摘自林山田（2008），《刑法通論（上冊）》，增訂十版，頁 52，台北：元照。

<sup>36</sup> 摘自林山田（1992），《刑罰學》，修訂版，頁 87，台北：臺灣商務印書館。

衡犯罪的惡害，可以實現正義。得「建立法社會的價值判斷標準，形成社會大眾的『法意識』，確立法規範不容破壞的權威」，然因其乃依據過去的犯罪行為處理，故欠缺前瞻性，而常是被動和消極的<sup>37</sup>；反之，預防思想則深具「治本性」，認為得以刑罰作為預防將來犯罪的手段，分別由對社會大眾產生效果的一般性預防以及對犯罪人進行影響的個別性預防兩種作用方式，兩者相輔相成，產生效果。

林山田教授續依報應思想和預防思想所占比例之不同將理論分為偏重報應思想的絕對理論，以及偏重預防思想的相對理論。前者強調刑罰單純作為惡害行為的公正報應，而後者乃認刑罰的目的在於預防往後之犯罪，基本上就和報應思想以及預防思想差不多，林教授認為刑罰的絕對理論受到「刑事政策的人道化與理性化運動的影響，以及預防思想的衝擊，乃漸行消退<sup>38</sup>」，而在相對理論中也會遇到問題，林山田教授對於其認為刑罰理論中最被重視的一般預防理論作出其批判。

首先，刑事政策上常會過分強調一般預防理論的現象，高估刑罰的威嚇功能，而導致公正報應原則被犧牲，將犯罪人純粹作為預防犯罪目的的一種工具，「事實上，刑罰在其倫理的要素中存有不可或缺的社會作用，以此倫理因素而形成的社會作用，才能產生預防犯罪的效果。因之，刑罰的預防效果主要地乃在對於社會公開責難的畏懼，而非如一般所想像的，認為完全建立於刑罰所致生理痛苦的懼怕。假如一味強調重罰，即無異徹底破壞個人的自尊，在這種情況下，當然也就談不上任何預防成效。」<sup>39</sup>

<sup>37</sup> 林山田（1992），《刑罰學》，修訂版，頁 87，台北：臺灣商務印書館。

<sup>38</sup> 但林山田教授《刑罰學》一書寫作於 1975 年，本文參考之修訂版寫作於 1992 年，惟至今應報思想、絕對主義已經在近期死刑等諸多刑罰議題爭議中，逐漸為民間及學界所重視。筆者曾參加中央研究院許家馨助研究員在 2012 年 4 月 10 日舉辦之學術研討會，議題即為「當代刑罰應報論之復興及其在廢死爭議上的意涵」，近期應報理論確實有逐漸復興之趨勢。

<sup>39</sup> 摘自林山田（1992），《刑罰學》，修訂版，頁 88，台北：臺灣商務印書館。

次之，林山田教授認為「符合罪責原則的公正刑罰」固可產生一般威嚇之功能，但是威嚇力之高低並不完全取決於刑罰的種類和程度的輕重，而是也受「刑事追訴的確責性」之影響。其意謂若國家有更好的刑事追訴能力而讓犯罪之人有更多被逮捕接受審判的危險性，則在犯罪人計算犯罪風險時，對於「被抓」的恐懼會大於「被刑罰」的畏懼，將增加刑罰的威嚇力而造成效果，不一定威嚇力僅繫於刑罰的種類和程度的輕重<sup>40</sup>。而特別預防理論既奠基於「再社會化」之理想，僅強調對於犯人之處遇，最受批判之處乃在無法達成社會大眾對於正義感的需求，對於嚴重犯罪和機會犯的累犯，都可能因為理論上再犯可能性不高而不予刑罰，將難為法社會所接受<sup>41</sup>。

在結論上，林山田教授應該是採取綜合理論，將應報理論、一般預防理論以及特別預防理論相結合，並提出明確分工的結合方式。林山田教授將刑罰內涵分成自身的「意義」和欲達成的「目的」：絕對理論追求公正刑罰以實現正義的概念雖然能夠說明刑罰的意義，但在刑罰的目的上卻欠缺彈性而常造成「刑罰的僵硬」；相對理論從現實出發，對於刑罰的目的有完整的概念，但卻忽視了刑罰意義的問題。既然分開來大家都做不好，那不如就彼此溝通折衷，將理論特性收納於綜合理論之中，以公正報應刑罰均衡犯罪人的犯罪行為（應報理論的應報）；並以此增強人民「法意識」，提高其對「法與不法的感受性」（一般預防理論的威嚇）；並且運用刑罰的機會，對被國家剝奪自由的罪犯在此期間進行「有系統且有效果期待可能性的矯治工作」（特別預防理論的再社會化）。如此一來，就會是在意義上公正，在目的上是有效的刑罰，既滿足大眾的正義感情，又顧及預防往後犯罪，同時不會將罪犯作為操作客體。

林山田教授這一番綜合理論操作，說明程度已經非常高，也藉由刑罰理論的

<sup>40</sup> 林山田（1992），《刑罰學》，修訂版，頁 88~89，台北：臺灣商務印書館。

<sup>41</sup> 林山田（1992），《刑罰學》，修訂版，頁 76~77，台北：臺灣商務印書館。

解釋，調和了前述除犯罪被害人之外的社會大眾以及犯罪行為人兩個面向的刑法目的。所以從這裏也就解釋了為什麼刑法對於社會大眾的目的會往預防犯罪去進行解釋，但是在刑罰的意義這個重要層次上出現了社會的正義觀這一點，其和應報理論的公正應報其實不一定會完全一致，林山田教授亦承認「正義也有其時代性，由於時空的不同，罪與刑的均衡需要與均衡方式均隨之而改變，所以刑罰的內容也就因之變動」<sup>42</sup>，在將社會正義觀這個變數納進來之後，刑罰均衡的不可預測性將提升，似乎和罪刑法定又可能會產生衝突，公正應報的公正一旦是完全對應於社會認知，而不是相對於其他犯罪行為，其是否尚能被稱作是公正猶有所疑慮。當然這只是此一論述的一個小缺口，整體而言，仍屬非常完整的論述，透過對刑罰的解釋撐起刑法目的三大面向，在犯罪行為人和社會大眾的拉鋸中，朝更尊重犯罪被害人的方向前進。

## 第二項 林東茂教授之學說

林東茂教授在其著作《刑法綜覽》中，並沒有直接敘及刑法的目的，在這種情況只能間接從其對於刑法「功能」的諸般論述中，去挑出其特別強調認為關鍵的部分當成其目的。

林東茂教授將刑法的功能分成消極和積極兩部分，在消極功能部分，刑法劃定了人與人之間的界線，同時控制界線內的行為不受他人干擾，以及在界線之外的行為只會受到國家一定程度的干涉，不致於使行為人因其行為受到過度處罰<sup>43</sup>；

<sup>42</sup> 林山田（2008），《刑法通論（下冊）》，增訂十版，頁 426，台北：元照。

<sup>43</sup> 「刑法劃定人的活動界線，意味著界線內的活動不受干擾。逾越界線的活動，國家也只有一定程度的干涉，不能處罰過度。舉例而言，人人享有說話的自由，包括亂說話的自由，以及吹牛、拍馬屁、故作姿態、笑謔的自由。只是，亂說話不能攻擊他人的社會聲望，刑法對於攻擊人格的亂說話，有干涉的規定，此即公然侮辱與誹謗。被誹謗者也許視名譽為第二生命，在詭譎的誹謗疑雲裡以死明節，刑法就此只能過問誹謗行為，對於更大的悲劇唯有冷眼觀之。幹壞事的人，只

而在積極功能部分，刑法則是在拘束自由之餘也會創造自由，更精確言之是拘束自由的目的是在於創造自由，因為拘束了部分可能會侵害部分自由，但藉由侵害自由方式避免災難的發生，將可以讓人藉此創造更多的自由<sup>44</sup>。此兩部分中，林東茂教授又花更多篇幅強調刑法積極創造自由的功能，認為其係人之直覺所難察覺的刑法社會功能<sup>45</sup>，或許可以此來當作林東茂教授心目中刑法的真正目的。

是以可從林東茂教授之見解推論出其認為刑法必須達成**創造自由**的效果，而此創造自由是要從「避免災難」這個主要功能推導出來的。刑法應該如何避免災難？照林東茂教授的見解，刑法可以督促人民各司其職，站在各自崗位上推動社會制度的正常運作<sup>46</sup>，並且透過這樣社會制度的建構來防止災難發生，「災難得以避免，自由因此可得」<sup>47</sup>。由此角度觀察，林東茂教授和林山田教授之所求實為殊途同歸，同樣在建構起社會的制度，然而其中又有部分不同，相較之下，林山田教授重視的是刑法本身所規畫出之犯罪被害人、犯為行為人及社會大眾三者間的秩序，而林東茂教授則偏重在社會大眾一方，著重刑法發揮效果（影響力）

---

有在其壞的基礎程度裡承擔後果。」摘自林東茂（2009），《刑法綜覽》，六版，頁 1-11，台北：一品。

<sup>44</sup> 「...處罰不戴安全帽所設之法，當然不是刑法，而是秩序違反法（罰鍰），但干涉目的，無非防止災難發生，創造更多自由。刑法要防止的災難更大於其他制裁法，理論上可能創造的自由當亦更多。」摘自林東茂（2009），《刑法綜覽》，六版，頁 1-12，台北：一品。

<sup>45</sup> 「至此方知，幽幽之中，刑法亦事生產，有其社會功能。此社會功能發自惡緣的貶抑、責難與否定。刑法創造自由的途徑，詭譎曲折，非直覺可以透物。音樂家與美術壓創造美的事物只在滿足人的聲色需求，聲色無關人的基本存活，似乎藝術工作者是人類社會的點綴，可有可無。然則，人皆各有憂傷，各色各樣人都要離開專職的場地，退入自己的孤立角落，誰來撫慰他？不是法律人、不是電腦工程師、不是醫生、更不是企業家，而是貝多芬、蕭邦、德佛乍克、羅丹、梵谷、羅貫中、曹雪芹、錢鍾書、老舍等等諸人。是這些靈魂，才有巨大而且無所不在的撫慰力量。如同刑法，藝術家的社會功能亦非直覺可以透悟。」摘自林東茂（2009），《刑法綜覽》，六版，頁 1-13，台北：一品。

<sup>46</sup> 「...我們追究這個警察的偽造文書責任，指其『明知為不實之事項，而登載於職務上所掌之公文書』（§213），這會毀掉他的前程，也可能摧毀一家的經濟中樞，以至於愁雲慘霧。表面看，此為破壞而非生產。但是，此小破壞實為了更大的建設，使人人在其位盡心盡力，忠實扮演他的社會角色，這是隱性的生產。」摘自林東茂（2009），《刑法綜覽》，六版，頁 1~12，台北：一品。

<sup>47</sup> 「...酗酒駕車的刑罰制裁規定出籠之後，飲酒文化的轉變大家有目共睹。以往如何推說有病，也難辭酒友的堅持，現在官司纏身的可能性已成絕佳護符，強人所難的場面大減。酗酒駕車的肇事機率十倍於不酗酒，社會危險性遠高於吸食毒品，這隱藏的災難理當設法防止。自由主義波普（Karl Popper, 1902~1994）所說『國家的任務在於防止災難』，誠為至理。處罰豪飲固然拘束自由，卻在消解『借酒消愁愁更愁』的悲劇，使得驚懼的交通場景可以化減，災難得以避免，自由因此可得。」摘自林東茂（2009），《刑法綜覽》，六版，頁 1-12，台北：一品。

後所能為社會整體帶來的好處（更多的自由）。



至於林東茂教授對於刑罰目的之看法，氏認為刑罰可以從報應、一般預防與特別預防理論三方向來做思索<sup>48</sup>。依林東茂教授之見解，報應理論肯認人之自由意志，並必須為其所作執意為惡的行為承擔倫理上的責難，以其為惡的嚴重程度來決定刑罰發動，達成社會的正義需求和犯罪人的贖罪<sup>49</sup>；一般預防理論則偏向預防一般人犯罪的目的，展現國家將實現刑罰的決心與社會大眾，並讓所有的理性人在犯罪前能夠作利害衡量，使其不至於從事犯罪<sup>50</sup>；特別預防理論則係實證論支持者的理論，認為可以透過自然科學的研究找出支配個人行為的關鍵並對犯罪行為人進行預測、解釋、控制並改變，故刑罰會隨著犯罪行為人再社會化程度的難易而有所改變<sup>51</sup>。

林東茂教授認為這三個理論間的調和應該要分別從不同的層面去找尋最合適的理論：「犯罪矯治應以特別預防為優先的考慮；刑事司法仍應以特別預防為

<sup>48</sup> 林東茂（2009），《刑法綜覽》，六版，頁 1~18，台北：一品。

<sup>49</sup> 「報應理論是古老但不落伍的觀念。依報應理論，人有自由意志，可以辨別是非善惡，有棄惡從善的能力，知道與社會為敵的後果；有機會不選擇惡行的人，卻執意為惡，就必須為此抉擇承擔倫理上的責難。刑罰的發動，就看為惡的嚴重程度，罪與罰必須均衡。刑罰是公正的報應，不是漫無節制的復仇。重罪重罰、輕罪輕罰、有罪有乏、無罪無罰；只有這樣，社會的正義需求與犯罪人的贖罪才有可能。刑罰自身即為目的，刑罰不是追求目的的手段。這是四平八穩的刑罰思想，不會衍生治亂世用重典的刑事政策。」摘自林東茂（2009），《刑法綜覽》，六版，頁 1-18，台北：一品。

<sup>50</sup> 「一般預防理論與報應理論相同，都假定人是理性的主體。不過，一般預防理論的刑罰態度積極，認為刑罰不應消極回顧過去，必須前瞻未來。刑罰有一個預防犯罪的目的，預防一般人犯罪。對於犯罪人嚴肅的追訴審判與刑罰的貫徹執行，讓社會大眾警覺國家實現刑罰的決心，因而不敢心存僥倖，模仿犯罪人。此外，藉由明確的刑法規定，讓所有理性人在犯罪前可以清楚的評估後果，打消犯罪動機。清楚明確的刑罰，可以讓社會大眾計算犯罪的成本，達到一般預防的目的。」摘自林東茂（2009），《刑法綜覽》，六版，頁 1-18~1-19，台北：一品。

<sup>51</sup> 「特別預防理論的支持者，必然是實證論的信眾。實證論者相信，犯罪人與非犯罪人有種條件的差異，這些差異，可能是遺傳的、生理的、精神的、心理的、社會的。受自然科學影響，許多社會科學的研究者深信，找出支配個人行為的關鍵條件，就可以預測、解釋、控制並改變這個人。這個樂觀的自信，在刑罰態度上就顯得十分亢奮。刑罰要前瞻未來，不是一般預防，而是預防犯罪人再犯罪。國家動用刑罰，是為了祛除犯罪人的惡性。更精確說，是為了消除或扭轉支配犯罪人的條件，改變犯罪人，使犯罪人再社會化。沒有再犯罪的可能性，或再犯可能很低，刑罰就沒有發動的必要。如果再犯可能性很高，即使輕罪，刑罰的反應也必須強烈。有無再犯可能性，可能性高低如何，要借重科學判斷（實證資料）」摘自林東茂（2009），《刑法綜覽》，六版，頁 1-19，台北：一品。

優先考慮，其次考慮一般預防；刑事立法則應以應報理論為優先考慮，並重一般預防。」綜言之，林東茂教授的見解刑罰目的似以特別預防為主，因為其在刑事司法和犯罪矯治的層次上都強調特別預防理論，僅有立法上強調應報理論，而一般預防理論則都在輔佐的層次<sup>52</sup>，並舉下例說明刑罰理論將如何影響刑法解釋學的討論：「十七歲少年，在忍無可忍的情況下，殺死正在家裡施暴的狂亂父親，這少年成立『當場激於義憤殺人罪<sup>53</sup>』，或成立『殺直系血親尊親屬罪<sup>54</sup>』？此法條競合現象的解決方策，也許只能訴諸刑罰意義的思索。如果以一般預防為重，此少年將被科以重刑，與社會漸行漸遠。如果以特別預防為重，我們寧可認為『當場激於義憤而殺人』的規定，是更應優先適用的條款，這樣，少年重返社會的可能性提高。刑事司法上優先重視特別預防，可以兼顧一般預防；相反，如果以一般預防為重，則特別預防難以兼顧。」以此應證上述結論。

將林東茂教授認定之刑法和刑罰目的理論合併起來觀察，刑法的目的在於刑法發揮影響力以後帶來避免社會災難，帶來更多自由的好處<sup>55</sup>，這裡明顯是在形容社會大眾可以藉此得到的利益，而犯罪的行為人和被害人得到的都是間接利益，行為人受到罪刑法定和司法矯治的保護利益，而被害人則做為社會的一分子同享日後不受再犯影響的利益。在此刑法目的下，雖說林東茂教授分成刑事立法、刑事司法和犯罪矯治三個層次討論，但在立法係不定期刑而犯罪矯治的最長期限亦須受刑之宣告限制下，介於其中的刑事司法扮演的角色最為關鍵，因此特別預防兼顧一般預防就是刑罰目的之核心，透過特別預防使犯罪行為人不會再犯，並以一般預防使理性人相信刑罰確實會被執行而不至於犯罪。

<sup>52</sup> 林東茂（2009），《刑法綜覽》，六版，頁 1-20，台北：一品。

<sup>53</sup> 刑法第二百七十三條第一項：「當場激於義憤而殺人者，處七年以下有期徒刑。」

<sup>54</sup> 刑法第二百七十二條第一項：「殺直系血親尊親屬者，處死刑或無期徒刑。」

<sup>55</sup> 當然還有消極功能層次的避免過度處罰，但這個過度與否其實並沒有一個明確的標準，充其量就是刑罰必須由刑法來規定這樣的要求而已。

然這只是理論上的做法而已，當此論述開展的刑法系統實際操作起來時，於前述引例中，林東茂教授卻以刑罰效果來當作適用刑法時的準據，以林東茂教授在教科書中刑罰論一章特別開一節來討論的「死刑」為例，氏先舉出數個國家的社會情況為例駁斥維持死刑和落伍野蠻、廢除死刑和和平進步之間的關聯，接著直接進入刑罰論的討論，主張在報應理論上殺人者死，乃理所當然，並舉出其認為係「最純粹自由主義思想家」的康德思想證述：「如果文明社會做好決定，將要解散社會，那麼，即使監獄裡尚有待決的死囚，也必須執行後再作解散。」；而一般預防理論方面，林東茂教授認為該理論一旦「發揮到了極致，必然強調，明確且嚴峻的刑罰，最能讓社會大眾計算犯罪的成本，為了徹底壓制犯罪念頭，重罪固然要重罰，輕罪也要重罰，所以，一般預防理論並不反對『殺人者死』」；最後是特別預防理論，雖然其有將犯罪人再社會化的最高理想，但是當科學檢測發現犯罪人無改善可能的時候，就必須採取最徹底與社會永久隔離的防衛措施，也就是死刑<sup>56</sup>。

上述這段刑罰論的操作，應報理論強調殺人者死「理所當然」卻除了直接引用康德一段話外未見理之何來，一般預防理論須達到「徹底壓制社會大眾犯罪念頭」，而特別預防理論則是要用一不知從何出現、如何可行的科學檢測當作標準，欠缺論證的結果是林東茂教授非常主觀地操作出三種刑罰論可能產生的效果，其中只能看到濃厚的懲罰慾望蠢動，在應報理論中是為了康德(?)或其支持者滿足理想，流於恣意而未見具體的應報標準；一般預防理論中是為了拿來徹底壓制「其他人」想要犯罪的想法，「若用到徹底」這樣的措辭顯然是寧可重而不輕判，並非僅以使理性人相信刑罰確實被執行為己足；特別預防理論的再社會化思維和死刑的永久隔離思想衝突，即創造出語焉不詳的科學標準來當成將人永久剷除的理由。是此，林東茂教授在此刑罰效果下操作的刑法，其帶來的好處就是直接以

---

<sup>56</sup> 林東茂(2009)，《刑法綜覽》，六版，頁1-24，台北：一品。

犯罪行為人當成犧牲品換來的，其財產、身體乃至生命的利益，順位遠遠劣後於其他大眾的不確定利益，犯罪行為人完全淪為刑事程序中的客體。



另例是林東茂教授對於緩刑、假釋及易科罰金等其稱為「刑罰節制措施」的概介係謂：「刑罰是最嚴厲的國家制裁措施，耗費社會成本，所以能省則省，只宜作為最後手段。」只提到社會成本問題而完全未見對於犯罪行為人的意義。惟該等規定之立法多本係幫助犯罪被告或受刑人回歸社會，例如刑法第七四條緩刑規定，民國 94 年修正立法理由有「...而緩刑制度，既為促使惡性輕微之被告或偶發犯、初犯改過自新而設...」刑法第七七條假釋規定，民國八十三年修正立法理由有「...假釋制度原為救濟長期自由刑之流弊而設，既然刑罰之目的在於使受刑人改悔向上順利回歸社會，因此受刑人之有無悔悟應為假釋要件之主要考量...」等語，民國 86 年修正立法理由有「...按假釋之目的在於鼓勵受刑人改過自新，給予受刑人提前出獄，重返自由社會，以利其更生。」凡此不及備載。惟林東茂教授的介紹竟只提到節省社會成本的部分，忽略立法的本意，縱或現實操作起來真的變成是為了節省社會成本使用制度，站在學界的立場仍應予以批判，而非忽視犯罪被害和受刑人等在這些制度中的主體性地位，使其處遇方式歸併於社會成本的節省上，益見林東茂教授體系中犯罪行為人被嚴重客體化的情況。

更加匪夷所思的是，林東茂教授該書隨後竟提出：「國家權力的發動不能只求功利或實效，不能只為了滿足多數人情感上的快樂，英美思想傳統上的功利主義之難以為繼，並非無因。人的自身就是目的，不可把人當成工具，一種追求目的之工具。處罰一個人，甚至處死一個人，不是為了滿足社會大眾的情感，不是殺雞儆猴，也不是防衛一個虛擬的集體被害情境。」<sup>57</sup>旨在強調人之不能被客體化！但是提出「殺人者死理所當然」，不就是為了滿足大眾的正義情感？要徹底

<sup>57</sup> 摘自林東茂（2009），《刑法綜覽》，六版，頁 1-25，台北：一品。

壓制「其他人犯罪念頭」，不正是為了殺雞儆猴？同一頁的前一段還出現「文明社會卻無視被害家屬的錐心泣血，無視於社會群體的無盡恐慌；對於很可能還會回來殺戮的前科累累沾滿血腥的兇手，我們竟說，這兇手的生命價值高於純潔的胎兒」<sup>58</sup>，特別舉出「社會群體的無盡恐慌」而未見進一步闡述其內容，難道不是在防衛所謂「虛擬的集體被害情境」？

而最終提出死刑的結論：「死刑，只為了一個理由：重大犯罪人必須在倫理上終極的自我承擔。死刑同時也證實了人的自主性：自己思索、自己作主、自主負責、走自己的死路。」<sup>59</sup>語句鏗鏘有力，同時也曾為刑法學術研究所引用<sup>60</sup>，但是前述特別預防理論中的「科學檢測無改善可能」，設若真有此科學證據，則該犯罪人無改善可能意味他的未來已經可以由科學來斷定，命運已經註定不可能改變，則其是否還有可能「自我承擔」？在此狀態之下以其曾有「自由意志」當作其論罪定刑的基礎是否還恰當？即會陷入前後衝突的困境<sup>61</sup>，莫非人在犯罪時有辦法自我選擇，犯罪後接受矯治反而被科學決定命運變成無法自我決定？從一再矛盾的推論過程到結論，已經把前面建構的刑罰理論基本邏輯破壞殆盡，變成以恣意的刑罰要求去引導刑法，從而以帶出利益作為刑法的「目的」，也跟著變得任意性極高而難以預測。林東茂教授提出只有 1) 動機卑劣的殺人；2) 或有重大前科，出獄後再惡意殺人才可以判處死刑<sup>62</sup>，以「對於重大罪犯，我們給過機會促其自新，但此人並無誠意與社會言歸於好，毫無倫理上的贖罪意願，這樣的人無法再給其機會」<sup>63</sup>解釋重大前科出獄故意殺人的應論以死刑的原因，卻未見動機卑劣的殺人有什麼類似舉動認為無誠意和社會言歸於好，而且這裡「無誠

<sup>58</sup> 摘自林東茂（2009），《刑法綜覽》，六版，頁 1-25，台北：一品。

<sup>59</sup> 摘自林東茂（2009），《刑法綜覽》，六版，頁 1-15 至 1-26，台北：一品。

<sup>60</sup> 鄭人傑（2008），《論刑罰的應報思想》，頁 58，私立東吳大學法律學系法律專業碩士班碩士論文。

<sup>61</sup> 另一個脈絡是，也有可能犯罪人雖有改變機會，惟因犯下嚴重犯行以致社會網絡無法容納其回歸，故認其無改善可能（實則為再社會化），此種情況更難逕自歸責予犯罪行為人。

<sup>62</sup> 林東茂（2009），《刑法綜覽》，六版，頁 1-26，台北：一品。

<sup>63</sup> 摘自林東茂（2009），《刑法綜覽》，六版，頁 1-26，台北：一品。

意」、「無倫理」又是新出現的兩個標準，和特別預防似乎沾得上那麼一點邊卻又  
不是完全有關係，縱使犯罪行為人展現出和社會和好的誠意不足，贖罪倫理不夠，  
也不能徑以此斷定「下一次」出獄的時候又會發生再犯情況。而且這個標準中，  
重大前科、和社會和好、贖罪意願等的定義模糊（其實是根本沒有進行定義），  
自相矛盾的邏輯和層出不窮的新標準結果當然就是沒有任何標準，同時會大幅削  
弱刑法罪刑法定主義的保護效果，對犯罪行為人更形不利。

最後，在這種已經非常有侵害人權之虞的體系操作下，林東茂教授於死刑的  
誤判議題上仍提出以下論述(因為此論述別出心裁，故全段摘引供讀者參考):「面  
對保留死刑，必須戒慎恐懼面對一個現實弱點：人不是神，人可能犯錯，可能形  
成司法謀殺。但我想說的是，十四、五世紀文藝復興以來，西方人逐漸驚喜自身  
理性能力的同時，人道思想也不斷發芽滋長。十九世紀中葉起，自然科學突飛猛  
進，更使西方人對自身的巨大理性充滿信心。距離十九世紀中葉，人類文明更向  
前走了幾百年，司法制度有了精緻的重大變革，怎麼到了此時對自己銳利無比的  
理性害怕起來？事實上，對於重大犯罪，只要精確的實踐追訴審判程序，謹守無  
罪推定與罪疑惟輕的原則，經過層層疊疊的繁複過濾，誤判的機率趨近於零。」

這段引文先提到必須「戒慎恐懼」面對人非神的現實，接下來就陷入無限樂  
觀認為人的理性像坐火箭一樣一路朝神接近當中，但是：十九世紀後恰恰是對「巨  
大理性」充滿信心的西方人引發了兩次世界大戰，以「突飛猛進」的科學，更具  
殺傷力的武器造成合計數千萬人類的死傷，時至今日戰爭依然沒有完全停止；所  
謂司法制度的精緻變革彷彿已經成真，我國至今卻仍出現自相矛盾前後不一的刑  
法理論，並試圖憑此懲罰甚至殺戮觸犯國家法律的人民；至於無罪推定和罪疑惟  
輕的原則適用情況如何應另行以專文論介，但在我國實務實踐上是否真的能如此  
樂觀仍有疑問。當此諸般情勢，本文不得不對林東茂教授所稱人類「銳利無比」

的理性感到害怕，縱或誤判機率當真趨近於零，亦不代表理所當然爾那些冤案受刑人就必須要為不知何謂的社會目的接受永無回歸可能的死刑。這段論述的推問過程顯然偏向躁進，而欠缺進一步的論證，逕自得出過於大膽的結論。



### 第三項 黃榮堅教授之學說

黃榮堅教授之著作《基礎刑法學》影響深遠，亦完整傳達其邏輯精緻的刑法思想。黃榮堅教授在書中直言，「刑法的目的所談的是，刑法存在於社會有什麼好處的問題」，就對目的的定義而言，本文提出之解釋與此處的見解相近。氏認為刑法目的和刑罰目的無法切割開來看，畢竟刑法制定出來是賦予國家刑罰權的依據，此外刑法的功能都是透過刑罰機制來實現的，「因為現實上，如果不是有刑罰的機制，所謂法益保護、規範維護、犯罪預防或是應報效果都不可能實現。」<sup>64</sup>黃榮堅教授奠基於此事實之上，將刑法的目的區分為直接目的和間接目的。

刑法的直接目的即為罪刑法定。在國家有刑法之前，泛刑罰（所有人類之間對於生命、身體、自由與財產等利益的剝奪）早以各種方式存在，故刑罰實先於刑法而出現，是等到現代法治國家理念興起，人們對於應然價值有所堅持之後，才會出現「先有刑法才有刑罰」的想法。對於刑罰權的限制是來自於弱勢的被統治者之願望，想要有刑法的目的在於限制刑罰，而非創設刑罰，因為統治者的刑罰本來就已經存在了。當刑罰被刑法確立標準而加以限制後，此一入罪標準雖然規定了什麼可以處罰，反過來說也畫出了一個空間，除此之外其他都不可以處罰，是「人民自由權利的保證書」，得以讓人民除了擁有不受刑罰的自由之外，更能夠自由開展其快樂生活<sup>65</sup>。

<sup>64</sup> 黃榮堅（2012），《基礎刑法學（上）》，四版，頁 10，台北：元照。

<sup>65</sup> 黃榮堅（2012），《基礎刑法學（上）》，四版，頁 11~12，台北：元照。



而刑法的間接目的及和刑罰功能有關，在於解釋「為什麼國家要對人民動用刑罰？」黃榮堅教授對於應報理論應持反對立場，氏認為應報理論無法回應「目的」這個概念，因為無法解釋透過這個過程究竟帶來什麼好處。若說唯一帶來的好處大概就是洩憤帶來心情上的愉快，將應報理解成報復，但是「長時間以觀，我們大致上可以知道，報復的作法於事無補，反而有害。不只具體層面有害，對於全部人的心理層面更有害<sup>66</sup>」，並舉出心理學研究做為證明<sup>67</sup>，在人類行為的模仿作用導致「應報頻率」而漸趨密集之後，每一個人將難以承擔其自身所受到的「應報」。故此，應報理論本身既建構不出刑罰的正當性（所謂到底行為人應不應該被刑罰的問題），則當然沒有責任原則的問題，「用一個比喻的說法，當強盜向商家收取『保護費』的時候，強調其收費是依據店面大小及營業額為標準，根本無助其行為的正當化。」<sup>68</sup>

因此，黃榮堅教授認為其所採取者係預防理論，但氏對於預防理論的概念與一般所論之強調一般預防或特別預防大異其趣，反而在其中認為在法治國家概念中的刑法本來就必須要受到比例原則的限制，因此輕罪不會重罰，而且預防理論的核心思想在於非刑罰的預防，在使用刑罰的時候必須考慮到，是否已經沒有其他更經濟有效的預防方法，將不會導致濫刑<sup>69</sup>。故無論是以一般預防或是特別預防理論來處理都不會失真，更精確說應該是兩者在刑事程序不同階段的不同比例結合：立法時較貼近一般預防，審判時是兩者並重，而在最後的執行階段，則是以特別預防為主要思考<sup>70</sup>。而「刑罰的目的在於預防犯罪」並不足以完全形容刑

<sup>66</sup> 黃榮堅（2012），《基礎刑法學（上）》，四版，頁 15，台北：元照。

<sup>67</sup> 「...人的攻擊行為都是遵循一定的腳本的，例如吵架中的兒童被制止時，都會指責對方先開始，意即人們在心理上認為，對於對方的『尋釁』，以攻擊回應是有正當性的（所謂負面的回報規範）。」摘自黃榮堅（2012），《基礎刑法學（上）》，四版，頁 15，台北：元照。

<sup>68</sup> 黃榮堅（2012），《基礎刑法學（上）》，四版，頁 17，台北：元照。

<sup>69</sup> 黃榮堅（2012），《基礎刑法學（上）》，四版，頁 17~18，台北：元照。

<sup>70</sup> 黃榮堅（2012），《基礎刑法學（上）》，四版，頁 18~19，台北：元照。

罰的目的，畢竟重點在於能為人們帶來可理解的愉悅狀態，預防犯罪之所以得作為刑罰的目的之一，最後必推導至生存在無侵害空間的生活利益完整性，故刑法的目的也在於將刑罰引導至確認此一法益保護的機能<sup>71</sup>。



黃榮堅教授更進而從「預防」這一點去探討刑法可能產生的效果，氏引用心理學研究認為，影響人類行為的因素太多，實在很難直接將刑罰出現的刺激單純連結到人類即將為或是不為此一行為<sup>72</sup>。「...事實上，刑罰存在的刺激並不必然產生人們的畏懼。再加上，相同的動機也並不必然會有相類似的行為反應，所以事實上，對於刑罰畏懼的結果也不必然是對於犯罪行為的迴避，因此，認為刑罰的存在必然可以有預防犯罪的功能，想法可能過於單純。」<sup>73</sup>再進一步，如果我們僅從看見暴力的外在成因而試圖去消弭之，刑罰對於暴力的預防可能不一定是正面的效果，蓋刑罰本身就是一種暴力，懲罰的同時往往也為受懲罰者提供一種受害者的模型供其模仿，而且刑罰帶來的挫折感也可能反而帶來受懲罰者的反侵害行為，故其對於達成最少侵害的世界而言，究竟是帶來正面或是負面效應實難判斷<sup>74</sup>。

因此國家應該一面設法節制刑罰，一面將刑罰定位為其他非刑罰手段的輔佐，黃榮堅教授在這邊採取可能比較偏近宿命論的觀點，認為想要改變人類「具體行為」（例如說要犯罪或是不要犯罪）的可能選擇只有兩個，**改變基因組**或是**改變人所生存的環境**。前者在目前科學上為不可能，而即便為可能是否就代表人類的幸福，還是反過來是變成幸福的完全不可能期待，實在也很難說。故要改變人類

<sup>71</sup> 黃榮堅（2012），《基礎刑法學（上）》，四版，頁 19~20，台北：元照。

<sup>72</sup> 「...以一般心理學對於人類行為動機的理解，大致上可以分為十幾種不同的動機，例如屬於生理性動機的飢餓動機、性動機、母性動機等以及屬於心理性動機的成就動機、親和動機和權力動機等等。不過十幾種動機和人類行為之間的關係，卻沒有不變的對應關係。簡單的講，從刺激到動機，再從動機到行為的過程中，刺激不等於動機，而動機對於行為也沒有單一的決定關係。...」摘自黃榮堅（2012），《基礎刑法學（上）》，四版，頁 30，台北：元照。

<sup>73</sup> 摘自黃榮堅（2012），《基礎刑法學（上）》，四版，頁 30~31，台北：元照。

<sup>74</sup> 黃榮堅（2012），《基礎刑法學（上）》，四版，頁 32~33，台北：元照。

的行為，也只剩下改變人所生存環境的可能性。黃榮堅教授提出人也可能出於求生存的本能而謀求互利，讓人類放棄侵害行為而透過其他互利方式到達自利的目標，必須透過「普遍合理的社會生活條件」安排方足以達成。跟刑罰一樣，社會政策上的改變對於犯罪預防的效益也沒有確定的數據，但是以建構人類形象為出發點，這些對於人格的尊重本來就是必須走的路，故「以社會政策作為刑事政策的主軸，具有最堅強的正當性」<sup>75</sup>。而現今社會陷入極深不公平現象，若這種文化沒有辦法轉變，則因而衍生的高犯罪率社會也是不得不承擔的後果<sup>76</sup>。

而主張刑法在於維護穩定規範以維持刑罰的可預測性之學說亦不足採，因為規範維護本身並非目的，穩固的規範或社會秩序並不直接等於生活上的利益，尚須視其內容而定。另一種說法則係認為維護規範之後，個人將得以憑此穩固人際關係而獲得自己的未來生活開展可能性，但是黃榮堅教授奠基於資訊開放社會中，媒體以及大量爆炸性的資訊對於人直接和間接的影響，否定刑罰規範的存在和刑罰的執行對於人有決定性影響這一點。因此，黃榮堅教授以比例原則作為重點，認為僅有比較嚴重的利益侵害，才值得用刑罰去加以處罰，而**什麼樣的利益應該以刑罰保護？又侵害到什麼程度才可以動用刑罰？**就這兩個問號言，前者並沒有辦法找出一個絕對的答案，僅是一個比較出來的結果，所以決定怎麼比較的是人對於現實的不滿情緒，而非任何現實條件；後者則在刑法謙抑性原則下，係指使利益總量嚴重失衡的情形，刑法的目的就在於維護最低限度之利益總量的利益平衡，舉例言之，擁有殺人自由帶來的利益，遠遠不及生命消逝的利益，故殺人行為會被認為是犯罪。而強調利益總量這樣的觀念，則在「為任何潛在之行為人保留個案中不同角度之利益考量的可能性」<sup>77</sup>。然以上僅是刑法在理論上的邏輯介紹，黃榮堅教授更顧及刑法目的概念之現實，試圖去詮釋在當今人類社會的侷限

<sup>75</sup> 黃榮堅（2012），《基礎刑法學（上）》，四版，頁 34~35，台北：元照。

<sup>76</sup> 黃榮堅（2012），《基礎刑法學（上）》，四版，頁 35~36，台北：元照。

<sup>77</sup> 黃榮堅（2012），《基礎刑法學（上）》，四版，頁 36~41，台北：自版。

(資源分配不均、權力掌握在少數「菁英」手中、民主政治的易被操縱三者交互作用)下，強勢者制定出來的刑法事實上不一定符合前述的最低限度利益衡平原則，決定法律內容的關鍵因素也不是公共利益<sup>78</sup>。



綜言之，若先不看最後的刑法目的現實問題，黃榮堅教授非常完整地將刑法和刑罰目的作一結合，刑法主要目的在於作為節制刑罰的手段而存在，次要目的則完全需要透過刑罰目的來達成故在這面向和刑罰目的相結合，因此將刑罰理論就和刑法理論交錯討論也不會產生違和。進而黃榮堅教授將這些目的歸結成應對於人民生活帶來利益，又將法益概念整合至預防理論中，並和刑法限制住刑罰權的濫用後帶來的自由利益相互呼應，同時也用比例原則框住預防的範圍，認為其能達成避免濫用的效果。而面對社會治安的疑慮和重刑化的呼聲，黃榮堅教授巧妙地以心理學角度來處理，一面點出刑罰的侷限性和可能的副作用，並且提出應透過社會政策之改善來解決，這點也和改變人的行為只剩下改變人所處環境一途環環相扣，整體論述邏輯前後呼應而完整，得出刑法之罪刑法定和謙抑性的結論，雖然最後提出的「現實」問題仍難以解決(本來就不是刑法系統能處理的客體)，而對於應報理論脈絡因不符邏輯和預防的目的性思維即完全捨棄，仍不減其出色。

#### 第四項 林鈺雄教授之學說

然則，林鈺雄教授在其著作《新刑法總則》中，並未明言刑法本身的目的何在，僅在介紹完刑法的歷史之後，以「簡單地說，刑法乃規定犯罪行為的法律要件及其法律效果的法律。就刑法而言，法律的任務便是在於確定某人所為是否符合

<sup>78</sup> 黃榮堅(2012)，《基礎刑法學(上)》，四版，頁42~44，台北：自版。

合犯罪的法律要件；如果答案肯定，則法律人須進一步探究依法應施以何等的制裁。依照以上看法，我們可以把刑法略分為『犯罪論』與『刑罰論』兩大領域』進行概述<sup>79</sup>。林鈺雄教授和前述兩位教授看似不同之處在於，其並未直接對刑法本身進行論述，似乎是想將其先進行區分之後再進行這個工作，林鈺雄教授單刀直入地從刑法控管刑罰這點來指出刑法的問題<sup>80</sup>。在強調刑罰的嚴重性後<sup>81</sup>，即指出刑法最重要的問題就是國家施加刑罰的正當性<sup>82</sup>，並根據犯罪論與刑罰論將其分成「犯罪成立要件問題」和「犯罪法律效果問題」兩部分討論<sup>83</sup>，就第一個問題其探究的是「國家到底可以以刑罰禁止個人何種行為？」，並認為「必須先有一套理論上的標準，審究何種行為屬於國家得以刑罰制裁個人的可罰行為」，從事實角度分析，刑法應該就是林鈺雄教授所指那套理論上的標準，並就此引發第二個問題，「即國家刑罰的建構問題」<sup>84</sup>，後者已經偏近刑罰目的的探討故暫不在此作處理，而前者雖然有點出需要標準，但是「需要標準」比較偏向於對於

<sup>79</sup> 林鈺雄（2006），《新刑法總則》，初版，頁5，台北：自版。

<sup>80</sup> 「對於非法律人而言，刑法可謂在所有的法律領域之中，最為知名且有趣的法律學門。聳動的犯罪行為的報導（鮮血淋漓的電視鏡頭，鉅細靡遺的犯行描述），誘發公眾對犯罪的興趣與恐懼。公眾雖然樂於在各個刑事案件之中品頭論足，但卻很少有人希望和犯罪案件扯上關係。何以如此？因為大家知道，刑罰對於個人的社會地位和個人生活而言，有哪些不可承擔的負面後果。」摘自林鈺雄（2006），《新刑法總則》，初版，頁7，台北：自版。

<sup>81</sup> 「刑罰有何嚴重性？假設某人因為犯罪行為而被判處有期徒刑，必須在獄中長期度日，想像一下他可能的生活變化是什麼：首先，在公眾的眼光中，他是一個『犯人』；他失去原先的職位和收入；他必須和家人分開；他一切的所作所為都在獄政人員的監控之下，即使是最起碼的休閒（看電視、打手機），都受限制。課處徒刑，可謂對個人自由的最大侵害，即使出獄之後，他也難以逃脫獄中的經歷和犯人的標籤。即使是罰金刑，除了財產上的損失之外，他也要背負前科犯的罪名！」摘自林鈺雄（2006），《新刑法總則》，初版，頁7~8，台北：自版。

<sup>82</sup> 林鈺雄（2006），《新刑法總則》，初版，頁8，台北：自版。

<sup>83</sup> 「由此導出刑法最重要的問題：國家施加刑罰的正當性何在？或者說，到底是什麼原因使國家能夠對人民施加這樣的懲罰？這個問題，套用前面所說的犯罪論和刑罰論，還可以略分成兩大部分討論：1、國家到底可以對什麼行為施以懲罰，到底可以禁止哪些行為（犯罪成立要件問題）？2、如果確定要懲罰，那要懲罰些什麼？處罰的程度到那裡？這就是刑罰的目的、強度、方式的問題（犯罪法律效果問題）？」摘自林鈺雄（2006），《新刑法總則》，初版，頁8，台北：元照。

<sup>84</sup> 「首先，國家到底可以以刑罰禁止個人何種行為？當然，我們可以說，殺人行為應該處罰，但言論自由應受保障。然而，究生活上其他特定的行為，例如同性戀的性行為、通姦的行為、違反契約的行為、胡亂停車的行為，究竟應否以刑罰加以制裁？想要就這些問題提出解答，則必須先有一套理論上的標準，審究何種行為屬於國家得以刑罰制裁個人的可罰行為。」、「再者，由前一問題不可避免衍生第二個問題，即國家刑罰的建構問題。如果我們結論認為，國家有權就特定行為（如竊盜）施以刑罰，那我們必須進一步探究，國家得以施以何種刑罰？其目的何在？舉例言之，即便我們肯認家有處罰竊盜犯的正當性，也還未解決國家究竟可否為了威嚇的目的而將竊盜犯剝手、剝腳、終生監禁或五馬分屍，這涉及刑罰目的、刑罰方式和刑罰程度的正當性問題。」摘自林鈺雄（2006），《新刑法總則》，初版，頁8，台北：自版。

刑法的「描述」而非目的，因為這種論述方式已經越過了「為什麼是刑法」的命題而直接跳到「刑法是什麼」，並未正面去處理國家施加刑罰的正當性。



既無法從對正當性的建構這邊直接了解林鈺雄教授對於刑法目的的全貌，即嘗試從其他部分來推敲。林鈺雄教授續將刑法的重要性分成社會損害性（法益）以及最後手段性原則（附屬性原則）進行分析，林鈺雄教授認為「現代刑法不再以行為的反道德性，而是以行為的社會損害性為聯結點，亦即，現代刑法之所以處罰特定行為，乃因該行為和社會和平共同生活的規則互不相容。」<sup>85</sup>，道德與法律切割的部分容後再議，但將行為的社會損害性連結到「社會和平共同生活的規則」和林山田教授之「社會共同生活所不可或缺的和平與秩序」又十分相似，惟兩者關鍵的不同之處在於林山田教授的社會共同生活是一種和法律不同性質的「和平與秩序」，而林鈺雄教授提出的卻是一個和法律同質的「規則」。以舉例的方式來形容規則維持某種程度上抽象的和平與秩序尚可以勉強理解，但是以規則來證立另外一種「規則」，則兩規則之間的差異則是必須要釐清的問題，遺憾的是林鈺雄教授書中並未見更進一步對「社會共同生活規則」的介紹，以及其和刑法之間關係的闡述。

取而代之的是林鈺雄教授論及刑法另一個重要特徵：最後手段性<sup>86</sup>，作為前述社會損害性的補充，在諸多會造成社會損害的行為中，僅有「以其他較為輕微的制裁手段還不足以抑制某社會損害行為」，才能發動刑罰<sup>87</sup>，而這麼做的原因

---

<sup>85</sup> 「啟蒙時代之後的刑法則多半認為，惟有與公民之間和平的、自由的共同生活不一致的行為，才能施以刑罰。此等不一致的行為，在古典的犯罪型態中相當明顯，例如殺人、傷害或竊盜等等；如果人可以不處罰，任意殺害別人、傷害別人或竊取他人的財產據為己有，則公民之間和平的共同生活殆無可能，因為這將引發人人之間的爭鬥、自力救濟的司法、無政府狀態和騷動。是以，現代刑法不再以行為的反道德性，而是以行為的社會損害性為聯結點，亦即，現代刑法之所以處罰特定行為，乃因該行為和社會和平共同生活的規則互不相容。」摘自林鈺雄（2006），《新刑法總則》，初版，頁9，台北：自版。

<sup>86</sup> 或稱「謙抑性」。

<sup>87</sup> 林鈺雄（2006），《新刑法總則》，初版，頁11，台北：自版。

是「盡量避免刑罰的惡害」，並可分成刑罰本身的痛苦性以及刑罰的副作用<sup>88</sup>。在這邊林鈺雄教授提出社會契約論作為刑法的理論基礎，認為「人民只將有限的權利交給國家，國家也只在維持和平共同生活的必要性之前提下運用權力，據此推知，國家不可超過上開目的限制人民的自由」。總結林鈺雄教授的刑法目的，一方面要維護未清楚定義的「社會和平共同規則」<sup>89</sup>，另一方面則要試圖限縮刑罰的適用範圍在達成目的的「最後手段」，兩者的拉鋸即為伊認為刑法的目的所在。

進而到刑罰論的討論上面，林鈺雄教授的書中直接點出「刑罰目的何在？」的標題，並且直接將其歸結為「刑法理論」的問題，並依發展歷史依序介紹應報理論、一般預防理論及特別預防理論<sup>90</sup>。

在應報理論的介紹中，林鈺雄教授先將「應報思想」和「應報理論」作出區分。前者係「以牙還牙，以眼還眼」的概念，相應於傳統我國「殺人償命」的觀念，應報思想多伴隨殘酷的刑罰方式<sup>91</sup>；而應報理論「為自由啟蒙思想後的產物，已與前述的應報思想有別，其基礎思想，乃絕對的正義觀念，認為刑罰的目的既不在威嚇大眾，也不在於預防犯罪，而在於衡平犯人因其犯行所有的罪責，以實現正義」<sup>92</sup>，故刑罰輕重也僅以犯罪人的罪責作為測量的標準，以求回復社會原來的正義狀態，而不論回復平衡的代價以及該刑罰未來防止犯罪的效果如何<sup>93</sup>。

<sup>88</sup> 「刑罰最後手段性的理由何在？簡言之，為了盡量避免刑罰的惡害。刑罰的惡害主要來自兩方面：一是刑罰的痛苦性；二是刑罰的副作用。關於刑罰的痛苦性，前面已經說過。至於刑罰的副作用，根據社會學與犯罪學的標籤理論，施加刑罰容易對受刑人形成『烙印效應』，增加其回歸社會正常生活的困難。」摘自林鈺雄（2006），《新刑法總則》，初版，頁 11，台北：自版。

<sup>89</sup> 惟在同書隨後的敘述中，又稱「總而言之，刑法並非萬能，只能作為附屬性的法益保護規範，且只當特定行為危及社會和平的共同生活且非用刑罰不足以制裁，才具正當性」，社會和平共同生活的「規則」二字又不見，變回要保護生活本身，其意涵難以確認。詳參林鈺雄（2006），《新刑法總則》，初版，頁 12，台北：自版。

<sup>90</sup> 林鈺雄（2006），《新刑法總則》，初版，頁 13，台北：自版。

<sup>91</sup> 林鈺雄（2006），《新刑法總則》，初版，頁 13，台北：自版。

<sup>92</sup> 摘自林鈺雄（2006），《新刑法總則》，初版，頁 13，台北：自版。

<sup>93</sup> 「刑罰的目的，既然在於回復原本的平衡，那麼刑罰的輕重，也應完全以犯人的罪責為測翔

此理論的代表人是康德和黑格爾：在康德方面和林東茂教授介紹得差不多，同樣引出社會解散前必須處死監獄中最後一個死刑犯的例子來強調應報的要求；在黑格爾方面則提出：「犯罪基本上就是對刑法規範的否定，刑罰就是對否定者的否定。如果犯人今天否定刑法規範而殺人，國家就以刑罰回應，就是對犯人否定刑法行為的否定。」<sup>94</sup>認為個人有決定自己行為的意思自由，因而必須為自己行為負責<sup>95</sup>。林鈺雄教授認為應報理論的優點在於能夠「設定國家發動刑罰權力的界限，刑罰絕對不能超過行為人的罪責」，缺點則係：1) 僵化的絕對正義導致在個案中即使「刑罰無助於社會和平秩序的維護，甚至於會造成社會損害的副作用」時仍然必須發動，和現代刑法學限縮國家刑罰的命題相違；2) 應報理論在刑罰的整體執行上欠缺建設性的整套概念，無法處理犯人在獄中及出獄後的更生問題，可能增加再犯機率，有害犯罪之預防<sup>96</sup>。

一般預防理論，在林鈺雄教授的見解中，係主張「刑罰的目的在於對社會大眾形成心理強制的威嚇效果」，認為人會衡量犯罪帶來的利益和刑罰的惡害而決定要不要犯罪，因此當犯罪帶來的惡害大於利益時，潛在犯罪人即不會犯罪，以此預防未來的犯罪。首位有體系地提出一般預防理論的封·費爾巴哈認為刑罰在消極面可以產生威嚇效果，降低犯罪動機；積極面則可使人在規範範圍內養成守法行為<sup>97</sup>。林鈺雄教授並未提出一般預防理論的優點，而強調其特色之一係刑罰「在於維護社會大眾的和平秩序，故即使犯人無再犯之虞，亦應處罰，以免社會大眾仿效」<sup>98</sup>，因此即使是情況特殊，如長期受虐被家暴而殺夫的鄧如雯案，「一

---

基準，這就是所謂的罪責必須與刑罰相等的罪責原則，乃應報理論的核心主張，因此應報理論又稱為等量論。至於為了回復此等平衡必須付出多少代價，及其對未來防止類似犯罪的效用如何，則非其所問。」摘自林鈺雄（2006），《新刑法總則》，初版，頁 14，台北：自版。

<sup>94</sup> 摘自林鈺雄（2006），《新刑法總則》，初版，頁 14，台北：自版。

<sup>95</sup> 林鈺雄（2006），《新刑法總則》，初版，頁 14，台北：自版。

<sup>96</sup> 林鈺雄（2006），《新刑法總則》，初版，頁 13~14，台北：自版。

<sup>97</sup> 林鈺雄（2006），《新刑法總則》，初版，頁 16，台北：自版。

<sup>98</sup> 摘自林鈺雄（2006），《新刑法總則》，初版，頁 16，台北：自版。

般預防理論也不能接受『殺人者完全不受懲罰』的看法。」<sup>99</sup>，這樣的一般預防理論有許多缺點：1) 刑罰可能沒有上限而超過犯罪人的罪責，在可能推導出「治亂世用重典」、「殺雞儆猴」等強調威嚇的思想下，容易造成刑罰的濫用；2) 威嚇命題下容易出現「越殘酷越好」的結論，故刑罰將無助於犯人矯治，更沒有防止殘酷刑罰功用；3) 一般預防理論的假設和許多犯罪學研究結論不符，「犯人通常都是認為自己不會被抓才去犯罪，因此不會計算因就逮所來的惡害，所以嚴刑、酷刑、死刑並無預防犯罪的功效，相較之下，高破案率反而更有預防犯罪的作用，所謂『抓得到比判得重更 useful』，正是此意。」<sup>100</sup>

而也被稱為個別預防理論的特別預防理論，則認為刑罰的目的在於預防個別犯人再犯，具體預防方法是因應個別犯人不同的情形，分別施以隔絕、威嚇或矯治。林鈺雄教授稱：「隔絕，是指將犯人隔絕在監獄之內，使得犯人無法再犯，以保護社會大眾；威嚇，是以刑罰之惡害，讓犯人知所警惕，以嚇阻犯人繼續犯罪；矯治，是指改善犯人，使其再社會化，使其能夠回歸社會正常生活，防止其再犯，這點，是特別預防的核心理念。」<sup>101</sup>特別預防理論的代表人係封·李斯特將犯人分類，認為有效的預防犯罪方法是：矯治可矯治者、威嚇偶然犯、隔絕無可矯治且威嚇無效者<sup>102</sup>。特別預防理論的優點在於「能將刑罰目的指向刑法的社會性任務，減少不必要的刑罰。縱使是為了維護法益而必要動用刑罰之處，也以有助於再社會化和防範再犯的刑罰理念而塑造刑法」；而其缺點則係刑罰可能會沒有上限，並且從矯治觀點變成小罪大罰，大罪小罰的現象<sup>103</sup>。

經過前面的鋪陳，林鈺雄教授採取的結論係結合理論，認為應以應報理論處

<sup>99</sup> 摘自林鈺雄（2006），《新刑法總則》，初版，頁 16，台北：自版。

<sup>100</sup> 摘自林鈺雄（2006），《新刑法總則》，初版，頁 17，台北：自版。

<sup>101</sup> 摘自林鈺雄（2006），《新刑法總則》，初版，頁 18，台北：自版。

<sup>102</sup> 摘自林鈺雄（2006），《新刑法總則》，初版，頁 18，台北：自版。

<sup>103</sup> 林鈺雄（2006），《新刑法總則》，初版，頁 18，台北：自版。

理刑罰的上限，確保「任何人不應因一般或特別預防之理由受超過其犯罪行為及個人罪責之刑罰」，復在此界限內綜合調節不同的刑罰目的，尤其是罪責衡平、再社會化及一般預防的功能，並舉德國刑法廢除死刑、無期徒刑需有假釋可能、刑罰需有個案彈性、廢除短期自由刑<sup>104</sup>來解釋結合理論的影響。

照書中鋪陳林鈺雄教授似乎認為單以應報理論、一般預防理論及特別預防理論來當作刑罰的目的都有其嚴重缺陷，故應該採取結合理論。然而，林鈺雄教授在書中雖批判我國實務不特別重視結合理論的價值<sup>105</sup>，但相較於其對於結合理論的介紹簡略，難稱完整，篇幅舉德國的制度只是部分案例而未見完整的精神介紹，只能知道應報理論被適用於規範刑罰之上限，餘下「綜合調節」的用語很難看出一般預防理論和強調再社會化的特別預防理論會如何被適用，試從書中列舉案例去看：德國廢除死刑是因為犯罪行為會受到環境的影響，所以判處罪犯死刑「勢必超過罪責」，並且消滅生命即完全否定再社會化的目的；並以相同理由認為必須給予無期徒刑有假釋可能；而且也是為了避免超過罪責程度，所以刑罰必須有彈性；廢除短期自由刑則是因為「短得不足以使人變好，長得使人變壞」，故無再社會化的功能，所以只有例外才會承認短期自由刑<sup>106</sup>。其中死刑和無期徒刑「勢必超過刑責」的指控應該有某個內在的價值觀在影響，來解釋無論環境再怎麼優渥，犯下的罪行再怎麼嚴重都「不可能」超越罪責，但這方面卻未見進一步說明，如果短期自由刑會發生問題，無法使收容人更好反而會更壞，變壞的原因究竟是什麼？長期自由刑與社會隔絕更久的效果為什麼就會變成書中所推崇的「再社會化」也需要詳細闡述。

再則，僅僅是將三種理論放在一起並不會理所當然地只結合優點而不結合缺

<sup>104</sup> 林鈺雄（2006），《新刑法總則》，初版，頁 19，台北：自版。

<sup>105</sup> 林鈺雄（2006），《新刑法總則》，初版，頁 19，台北：自版。

<sup>106</sup> 林鈺雄（2006），《新刑法總則》，初版，頁 19，台北：自版。

點。應報理論儘管限制住了上限，但刑期顯然會隨著特別預防下再社會化的制度如假釋處遇來走，那這時候該如何處理同罪不同刑的衝突？一般預防下既要求犯罪之「惡害大於利益」，若某犯罪利益甚豐但行為人之罪行並不嚴重，或是惡性並不重大甚易矯治，則處理方法又是什麼？特別預防理論以對犯罪人進行再社會化為目標，但在其和一般預防理論以及應報理論衝突時應以何者為重，如前述的受暴婦女殺夫案可能會因特別預防理論為由輕判，為什麼在這些情況下要做出特定選擇？背後一定還有其他因素在影響判斷，而非一個逕以「綜合協調」這樣一個抽象模糊的動詞，再舉幾個同樣未說明清楚的德國刑事政策為例可以解釋。

綜合觀之，林鈺雄教授本書的刑罰目的對諸理論的批判性高卻缺乏建設性，在最關鍵的地方語焉不詳，以致刑罰的目的仍然不明確，變成什麼都要追求，但卻不知以何者為重<sup>107</sup>。再和原本的所提到刑法目的結合來看，刑法要維護的「社會和平共同規則」經過刑罰論的補充仍未清晰，而刑法限縮刑罰機能是將刑罰作為「達到目的」的最後手段，在刑法跟刑罰的目的都一樣模糊的情況下，也無從將要如何來限縮這個最後手段，至多只有應報理論作為刑罰的上限而已。

---

<sup>107</sup> 林鈺雄教授在《新刑法總則》一書序言中固曾直言該書主要是「述而不作」，並沒有對理論進行深入探討，但是其序言中也有提到「為讀者繪製一幅比較清晰的刑法總則體系」這樣的希望目標存在，本文認為刑法和刑罰的基本目的並非在建構刑法總則體系的過程中可以輕言省略的部分，反而是理論發展延伸的核心之所在，若確因此省略以致一般讀者無法了解到林鈺雄教授更完整之刑法理論體系，實屬可惜。

### 第三節 社會理解和現行刑法—刑罰論述的衝突



在開始本節討論之前，本文想先分享以下是中華民國行政院下法務部官方網站對於檢調機關的職務介紹<sup>108</sup>。（高檢署：打擊不法犯罪，維護公平正義）

「

#### 【打擊不法犯罪，伸張公平正義】

檢察官是偵查犯罪的主體，指揮司法警察追訴犯罪，讓被告受到應有的制裁，保障人民的生命、身體、自由、財產及名譽。

為了維護民主法治，檢察機關致力於檢肅貪瀆、掃除黑金、查察賄選，並向學校及各階層宣導反賄選、斷黑金的理念。在維護國家與人民利益上，檢察機關持續嚴辦經濟犯罪、人口販運、盜版仿冒、濫墾濫伐、盜採砂石及其他不法案件，並且保護婦幼安全、防治家庭暴力。

法務部為建構無毒家園，由檢察機關結合警、調、海巡等單位嚴厲查緝毒品，對施用毒品者實施觀察勒戒、強制戒治，設置「戒毒成功專線」、「求助網頁」及「毒品成癮者單一窗口服務系統」、強化各縣市政府「毒品危害防制中心」之資源、推動社區戒癮治療，擴大反毒宣導，讓民眾享有青春飛揚的無毒人生。

此外，與民眾日常生活息息相關的民生犯罪，也是檢察機關的工作重點，例如：查緝偽劣藥物食品、斃死豬肉、電話詐欺、竊盜、暴力討債等，讓民眾得以安居樂業。

<sup>108</sup> 〈法務部全球資訊網〉，參考網址：

<http://www.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=192603&CtNode=27891&mp=001>，最後瀏覽：2012年4月18日。

法務部的政風系統在各個政府機關就像人體的白血球，推動「反浪費、反腐敗、反貪污」的工作，執行公務員廉政倫理規範、公職人員財產申報法及利益衝突迴避法等陽光法案。



建立檢舉貪瀆的管道，設置「我爆料廉政專線」，主動發掘重大貪瀆案件，發動「政風特蒐組」及「政風查處機動小組」，打擊不肖公務員，建構陽光、健康、廉能的政府。

為加強偵查及矯正犯罪效能，我們設置訓練所加強人員培訓，透過在職訓練及選送出國進修，不斷充實各類專業人員知能。為有效發現真實，保障當事人的人權，法務部調查局及法醫研究所以專業的人才及精密的現代化設備，辦理有關死因鑑定、毒品、筆跡、槍彈、DNA及毒物化學等鑑定。運用資訊科技建立刑案智慧查詢等系統，以充分配合法官與檢察官辦案的需求。

面對犯罪國際化，法務部積極建立國際及兩岸司法互助的機制，共同打擊重大犯罪、貪瀆、洗錢、經濟犯罪、恐怖活動等，以善盡維持國際秩序的責任。

為貫徹寬嚴並濟的刑事政策，對於輕微犯罪，檢察官以緩起訴、職權不起訴、請求法院宣告緩刑、易服社會勞動、易科罰金等方式，讓被告不必入監服刑，給予改過自新的機會。」

從標題的強調「打擊不法犯罪，伸張公平正義」，到內容的自我宣傳，幾乎全是在強調國家透過刑罰和法律，能夠擁有對於犯罪的控制能力，而主要犯罪追訴機關檢察官的角色則在於「讓被告受到應有的制裁，保障人民的生命、身體、自由、財產及名譽」，而唯一有提到被告法律上權利的部分，僅有最後強調對於

「輕微犯罪」的被告可以有不必入監服刑而改過自新的機會。如果從前述林山田教授的犯罪被害人、犯罪行為人、社會大眾三面向來看的話，在法務部自己的論述中，國家賦予其任務的主角顯然只有社會大眾。



造成這種結果的可能性有很多，包含網頁的本身就是要給社會大眾看的，政府又要宣傳政績，當然旨在強調社會大眾會關心的部分等等，這些非常簡單、答案又呼之欲出的問題背後卻隱藏著重要的訊息，政府公開的資訊是要給社會大眾看的，那刑法是要做給誰「看」的？政府的目的是要宣傳政績，但是刑法又仰賴著政府會去自己宣導「刑法是被告對抗可能產生不公平的國家、避免刑罰濫用的保障」這樣的內容？一下子就從泛泛的人之常情，跳到制度本身內含的不合理性之存在，故從根本上就不可能期待靠著政府去做這樣的社會溝通，本文在此分享這些宣傳只是要讓讀者有機會從這一側面去嘗試了解社會對於刑法－刑罰論述的部分主要內容：「打擊犯罪」是目的，「公平正義」是理由。

在打擊犯罪的部分，其實很難區分究竟是要回應過去發生的犯罪，嚴懲現在在眼前的惡人，或者是預防將來犯罪行為的發生；而公平正義更是法未明言，只訴諸民眾心中的某一種模糊的共同情感。這種共同情感是否存在、而且真的如此「共同」其實難說，在這個模糊的追求過程中還試圖達成不知道是什麼比較標準下的公平，但這種抽象的內容也因為包容性強，以致容易取得共識為大眾所接受。

法務部的宣傳跟前面部分教科書中刑法－刑罰論述看起來幾乎是兩個世界，強調的重心完全不同。但這兩個世界其實也會有很多重疊之處，因為所有刑法論述都一定如黃榮堅教授所言是透過對刑罰的操作來完成其自身的目的，則「施以刑罰」和「打擊犯罪」之間曖昧不清的關係需要一定程度的釐清，另者，除了黃

榮堅教授的學說之外，其他三位教授的學說都有應報理論的成分在其中，甚至自己強調刑罰須達成正義的目的，那麼「公平正義」的具體內容和標準為何也是必須要處理的問題，當這些問題處理完後，兩個世界距離是更加遙遠還是親近就可明朗，也才能進到下一步的問題。

## 第一項 以應報思想為主的回應方式

林東茂教授的見解實際上和法務部的抽象標準、素樸正義觀差距不大，雖然提出部分對於犯罪行為人的保障，但操作起來如前述顯然完全以達成過程中社會大眾被解釋出來的「利益」為目標。但是這個利益的出現方式非常直觀，透過對犯罪行為人的刑罰，就能夠直接改變社會習慣，因此得以刑罰的方式為「社會多數人」帶來利益。

在林東茂教授的體系中，被拘束自由（利益）和獲得自由（利益）的對象顯然是不一樣的，從而少數的犯罪行為人就被客體化成為促進這種多數利益的犧牲品，無論是在刑法－刑罰論述中的任何位置，都得以犧牲他們的利益為優先選項（連節制刑罰的措施都可以只被解釋成是節省社會資源），至於是否會帶來什麼確定的好處則可再議。既然如此，則無論打擊犯罪是要打什麼對象都沒差，正當性再低也沒關係，只要社會認為有必要即可發動刑罰，公平正義的標準當然也就隨著社會的變化而調整，反正犧牲少數換取多數這件事的本身就可以自動代換為公平正義。這種論述沒有什麼和社會對話的必要，其實是連可能性都消失了，因為其本身就已經變成是社會的代言，完全被社會系統吞噬。

這種論述的特徵也出現在部分其他研究，例如同樣是試圖立於刑法的基礎上

與社會對話，以討論刑罰中應報思想為題的論文中，即有以「社會新聞標題」以及「網路民調」來當作「人民對司法失去信心，甚至絕望」的憑據，並推論出是因為「長期下來對應報刑的忽視」<sup>109</sup>，並且提出「...人人都有天生的法感，以及深植於人性的價值觀。刑罰的應報思想涉及到刑罰的本質、刑罰的根據與社會公益的價值觀，這些難題的答案其實都在每個人的心中，不待外求。當我們看到這則新聞（摘引一則網路媒體報導法官判少年殺人犯緩刑，但須每月付一萬元代死者奉養父親，強調家屬難以接受的新聞）...如果這個判決發生在自己身上的話，人人都會感受到不公平、不正義，因為這種判決架空了應報刑，也架空了刑罰自身，幾乎變質成為一個實質上的民事判決。刑罰與應報思想最核心難解的問題，其實都可以像這樣自然從每個人的心中獲得證明。<sup>110</sup>」當說理遇到較複雜之處就直接丟給抽象的公平正義，把正義操作成一個以多數決為主，而不知核心內涵為何的產物，刑罰理論留下一大片空白，呼叫社會大眾進行救援把它填滿，這種論述方式讓筆者直接想到曾經看過一本日文翻譯書<sup>111</sup>中，某知名網路作家寫的推薦詞：「當我們試圖說服另一個人支持死刑時，往往不是站在非常抽象的『社會整體的立場』，而是站在『受害者家屬的立場』，告訴對方，被害人當初是如何如何受到歹徒的欺凌虐待直到無法掙扎，請對方感同身受-----如果你是受害者的母親，你每到半夜，想起懷胎十月的孩子，有著大好前程，結果就這麼死在歹徒的欺凌下！你會不會崩潰！你會不會想手刃歹徒！——會！當你說：『會！』的時候，心中必定燃起一股強烈的正義感。這股正義感，就是死刑之所以存在的真正防守

<sup>109</sup> 「反觀國內的情形，長期下來對應報刑的忽視已經導致人民對司法失去信心，甚至絕望。我們可以看看過去幾個社會新聞標題就可略知影響的嚴重性：『分屍案嫌犯不認罪，家屬怒極揚言以牙還牙』、『少年殺人免囚月賠一萬，死者家屬無法接受』、『楊儒門家屬老淚縱橫：判太重了』、『掀裙無罪？色狼犯案六次判緩刑』、『槍擊犯輕判6年，偷渡竟無罪』、『法界：法官心證不同，裁定有異』。而網路民調曾對民眾對過失致死罪高兩年的刑度的適當性做過調查，結果竟然有63%的民眾認為過輕，19%的民眾認為稍輕，總計竟有82%的民眾認為這條法律規定不符合他們心目中的公平正義，而只有9%的民眾認為這條規定高好，這凸顯了刑法過去以來獨重矯正刑、偏廢應報刑的原則無法結合社會法意識的脫軌與弊端。」摘自鄭人傑（2008），《論刑罰的應報思想》，頁3。

<sup>110</sup> 鄭人傑（2008），《論刑罰的應報思想》，頁5，私立東吳大學法律學系法律專業碩士班碩士論文。

<sup>111</sup> 門田隆將著，許金玉譯（2010），《與絕望奮鬥——本村洋的3300個日子》，書背推薦序，初版，臺北縣三重：新雨。

線。」提出特定個案，企圖引起民眾對於個案的情緒，並在此強烈情緒之下描繪出一個「應然」適用於全體社會的理論基礎，丟給它一個名字叫做「公平正義」。

當此情形下，「公平正義」的內容理所當然地會隨著社會氛圍（甚至是媒體炒作報導）而隨時改變，其說理永遠都會符合大眾的價值觀而不會有衝突，所以導出一面倒地往重刑化思想偏過去並不意外，是前引論文即以民調數據來當成支持死刑，甚至是鞭刑符合公平正義的論據<sup>112</sup>，更有「...處罰犯罪是犯罪人、受害人與社會三方面的應報與正義，三方面的應報與正義都不應該受到侵害，這也是應報論的長處所在。反觀在今日，在民眾多數支持死刑之下，政治人物、人權團體卻往往給死刑貼上野蠻殘忍的標籤，強暴了多數民眾及其家屬的正義感，這樣的論述，令人不禁想問：人權在哪？正義何在？」<sup>113</sup>的論述模式，強調自身係代言多數意見以進行強烈反擊質疑，作為對應報理論內在對於犯罪黑數無法掌握，導致完全應報係不可能之內在缺陷的回應，實際上規避了問題本身，但語意中似乎只要和多數民調一致就是正義的刑罰，這種刑罰還不可能會野蠻殘忍，身為少數即沒有資格去操作正義這個神聖名詞。有關死刑的討論在第四章試圖以本文立場進行操作時會做出處理，先按下不論。本文在此僅係要敘明，這種刑法理論實際上似乎不會有什麼在社會之外獨立存在的價值，因為它沒有辦法協助引導人們去思考「該如何」操作刑罰的問題，而僅是在既成結果出來之後，替人們無論受什麼因素所影響已經做出來的選擇找出一個詮釋，欠缺自身的核心思想以致對話可能性消失，但或許在某種程度上可以作為社會意見的整合，反過頭來成為刑法論述溝通的對象。因此前面所引法務部的宣傳，最後的結語也很適合放來這裡當這種操作方式應報理論的結論：「厲行法治，保障人權，維護公平正義，法務部責無旁貸。打擊犯罪，恪遵正當法律程序，建構廉能政治與誠信和諧的社會，是

<sup>112</sup> 鄭人傑（2008），《論刑罰的應報思想》，頁 61 以下，私立東吳大學法律學系法律專業碩士班碩士論文。

<sup>113</sup> 鄭人傑（2008），《論刑罰的應報思想》，頁 54~55，私立東吳大學法律學系法律專業碩士班碩士論文。

我們努力的目標。司法為民，法務部永遠和民眾在一起，實現人民的夢想。我們相信，明天會更好。」



但很少有人會真的相信，關於「明天會更好」的這個部分。因為這是一種沒有限制、和自身思考的應報操作。正如前述，放棄領域而僅以多數論證正當性的結果將是刑法失去其內容的系統性，也將斷絕溝通可能性，因為已經喪失其必要了。

## 第二項 以預防思想為主的回應方式

若非常粗糙地將林東茂教授歸類於比較偏重應報理論的刑法—刑罰論述，則黃榮堅教授的理論通常被認為偏向於預防理論。雖然如此，在黃榮堅教授的體系中，如前分析一般實際上並未強調刑罰本身的預防犯罪機能，反而奠基於罪刑法定主義之上，提出心理學相關研究證明刑罰功能對人類行為改變充滿侷限性作為其延展，主張改變人生存環境的方式使是改變人類行為最佳可能方式（在基因改變尚未發生以及不確定是為人類帶來幸福的前提之下），因此需以社會政策為主來達成預防犯罪的目標，刑法乃至刑罰只是在整個體系中扮演一個最低的利益衡平功能而已。

而在偏重預防主義之後可能產生的罪刑不均問題，黃榮堅教授沒有去爭奪有關「公平正義」的詮釋權，而是採取一個非常巧妙的策略，將其放至「法治國家概念下的比例原則」的脈絡下，認為在比例原則下不會發生輕罪被重判的疑慮，似乎是引用了憲法的概念，具體要怎麼操作就未見進一步的延伸。但在這個比例原則的使用中，其實並沒有處理到另外一個層面的問題，也就是「重罪是否可以

輕判」、「重罪是否可以重判」？在心理學的研究中僅提到刑罰「不一定會」產生畏懼以致影響人類的行動，而非「一定不會」。對於人權意識敏感的法律研究者而言，「不一定會」這種程度的論證當然就足以影響到是否可以過於依賴刑罰這樣的結果，但是在如前述某些應報理論主張者已經將社會截然二分成**犯罪人／非犯罪人**，或是**好人／壞人**，當此情形，勢難以期待彼等會因為「不一定會」這樣的嫌疑程度，即對於刑罰可能過度侵害人權以致違反比例原則產生危機意識而阻止沒有意義的重刑，或是集體共識帶來重刑化的現象。

國內另有其他研究為這方面提供了補充，認為在比例原則中的適當性、必要性以及過度禁止，在刑法中可以替換為「恣意立法禁止」、「刑罰最後手段性」及「殘虐刑罰禁止原則」<sup>114</sup>。分別針對過度使用刑罰手段，來解決無法認為有一定程度以上關聯性的社會問題，造成法益認定浮濫；在尚有其他社會控制手段可以使用的情況下，逕行使用刑法，導致侵害人民基本權以及造成刑法的肥大化；最後是比較侵害的法益以及保護法益之間的利益衡量，避免發生刑罰過於殘虐的情況<sup>115</sup>。這種操作顯然更深入比例原則內部去進行論述，並引用憲法第二三條作為依據，更形完整。循其本源，這種修正後的預防理論仍是在試圖以刑法控住國家濫刑的可能性，將刑法作為憲法的具體實現，故在解釋上又回歸到憲法，其關鍵的戰場仍然是法律的解釋，只是從刑法領域跳到憲法領域，實際上發生的溝通效果可能不是甚佳，只是丟給另外一個領域的學者去煩惱而已，況且在我國大法官解釋面對重大爭議時往往不敢做出有違社會普遍意見的現實情況限制下，甚至是對開啟有效溝通的建設性都不高。

另者，本文所期待之溝通，是建立於欲溝通之雙方在共同承認某一共識底下發生的，並接著從該共識依循自身的種種特殊因素發展屬於自己一方的論述，發

<sup>114</sup> 吳佶諭(2008)，〈從刑罰目的觀刑罰裁量〉，頁 34~35，中國文化大學法律學研究所碩士論文。

<sup>115</sup> 吳佶諭(2008)，〈從刑罰目的觀刑罰裁量〉，頁 35~36，中國文化大學法律學研究所碩士論文。

生歧見則歸結回共識的平台進行討論，如此共識的存在建立溝通可能性，而分離的系統又維持著各自的發展可能性，同時也避免在共識層面討論時呈現固定由某一方主宰，變成單方向的控制而非互相的溝通機制。因此歸結回到保障人權的憲法之修正預防理論固然可以完整其法律上論述，但是對於前述溝通的共識平台建立上卻依舊會陷入和原本停留在刑法－刑罰理論一樣的問題，近來發生的諸多事實已經證明法律單方向的控制已經面臨嚴重反撲，甚至在某些部分反過來被控制。

然而，修正預防理論的欠缺不代表黃榮堅教授沒有意識到這個問題，從其《基礎刑法學》著作中「刑法目的概念之現實」一節，即有提到法律多為強勢者所建立，決定法律內容的關鍵並非公共利益等情形，並且現今社會陷入新自由主義下資源分配不均以及媒體操弄民主的困境，整個法律體系被操作成一種結構性利益侵害的工具，刑法作為整體法律的一環，也時常在某一些社會衝突的議題中共同造成弱勢者的人罪<sup>116</sup>。這些論述即跳脫單純法律解釋的領域，而嘗試從其他本土化的社會現實中去找出「刑法所引導的刑罰為什麼／應該如何在這個特定場域被適用」的解答，這種論述內容和方式或許不是對一般教科書而言的必要內容，所以黃榮堅教授也是點到即止，但對本文是個重要的啟發，後面的章節本文即將嘗試從此面向多做延伸。

### 第三項 以綜合理論為主的回應方式

林山田教授和林鈺雄教授的刑法－刑罰論述雖然說理內容和詳細程度不同，但在結構上幾乎完全一致，都是奠基於單一理論的侷限性，以各種目的兼備的綜

---

<sup>116</sup> 黃榮堅（2012），《基礎刑法學（上）》，四版，頁42以下，台北：元照。

合理論來當作最後的處理方式，也變成是一面倒向社會大眾的論述之外，最有可能和社會達成某種共識的理論，但仍要看具體的實踐可能如何。林鈺雄教授的理論基調在於強調國家的刑罰應該要受到限制，僅有違「社會和平共同生活的規則」之社會損害性行為方得以刑罰懲罰，但是這個規則本身就欠缺具體內容，又特別強調「共同」。在這種前提下不斷強調刑罰帶來的惡害嚴重而要限縮刑罰，正當性竟然又拉回去社會契約論，但社會契約論並不是一個可以用「想當然爾」方式一語帶過的對象，如盧梭（Jean-Jacques Rousseau）在《社會契約論》中論社會公約一章，其最初對於社會契約的設定是「每個結合者及其自身的一切權利全部都轉讓給整個的集體」，並且若某些人保留了部分權利，則自然狀態就會繼續下去<sup>117</sup>，和林鈺雄教授提到的社會契約論每個人讓渡有限的權利顯屬不一，是在此處似仍應解釋為什麼社會契約論會做這樣的選擇，方能產生效果。因此，林鈺雄教授的刑法—刑罰論述尚有部分體系不清、語焉不詳的問題需要先行克服解決，導致其與社會的對話空間甚低，以下就以林山田教授的論述來當作主要的對話對象。

林山田教授的論述中固以「建立並維繫社會共同生活所不可或缺的和平與秩序」為刑法存在的目的，但是如前經過本文爬梳整理後，這個抽象目的其實有對於犯罪被害人、犯罪行為人以及社會大眾三大方向的影響來做支撐。因為這個分析體系十分清晰，所以得以觀察出刑罰理論主要就是應用在對社會大眾的功能解釋上面，無論是犯罪被害人或者是犯罪行為人在刑罰理論中都處在一個「彷彿是戲台上演戲的主角，實則為被觀看而失去主動權的配角」，雖然成為討論的標的，但是真正的目的都在於對他們處遇的過程中能否讓社會大眾感到滿意（利益），因此應報理論實出於滿足社會大眾的正義感，無論是一般或特別預防理論都承諾將降低未來再度出現犯罪的機率會因此降低，犯罪被害人和行為人是被詮釋的對

---

<sup>117</sup> Jean-Jacques Rousseau 著，何兆武譯（1987），《社會契約論》，初版，頁 25，台北：唐山。

象，而詮釋者隱身在其後。因此，正確的溝通方式應該先確認好溝通的對象，就這點而言林山田教授的理論隱隱然以社會大眾的接受程度為主，當刑罰目的被肯認之後，再回過頭來於這樣刑罰操作的刑法目的下討論犯罪被害人和行為人將可避免問題討論的失焦。

林山田教授的綜合理論最後是以應報理論作為刑罰的意義，預防理論作為刑罰的目的來處理。在預防理論上這方法看起來非常圓熟，除了本文前引較法理上的破壞應報原則，而且分析犯罪人犯罪成因之外，尚有提出古代刑罰殘暴，而且多為公開展示，「在這種較易控制的單純農業社會裡，假如嚴刑重罰能發揮其在玄想推論上的高度威嚇功能，則犯罪早已絕跡於古代的農業社會，可是事實卻不然」這樣精采的邏輯<sup>118</sup>，但這裡同樣是一個「不一定會」有效果的問題，然林山田教授進一步提到的法治國原則、罪責原則、倫理、基本人權等觀點<sup>119</sup>，又會回到前述的應報原則，強調「公正合理的刑罰」方會增強法意識產生效果，所以又等於是繞了一個彎，以預防理論來解釋並增強其目的正當性的應報理論。但是在應報的地方又該怎麼處理呢？林山田教授在應報理論的使用上，本是希望「透過加諸犯罪行為人的刑罰，來均衡其所為的法律破壞」<sup>120</sup>，但在為了避免其過度擴張的目的下，又提出「國家行使刑罰權，並不只是為了正義的理念而發生的行為，也不只是為了滿足社會大眾在正義感的需求，更不只是為了滿足犯人的贖罪需求。事實上，國家行使刑罰權是具有多元性的意義和目的」<sup>121</sup>。這裡的多元又隱隱然凸顯出應報本身的僵化和欠缺目的性，仍會指回到預防理論，雖然可以說是綜合所以要互相補足，而在了解國家行為內在限制（憲法要求）的前提下

<sup>118</sup> 林山田（2008），《刑法通論（下冊）》，增訂十版，頁 435~436，台北：圓照。

<sup>119</sup> 「嚴刑重罰的刑事政策，不但違背法治國原則及罪責原則，而且就倫理與基本人權的觀點，也沒有其立足點，因為以處罰某一個人，而來促成其他人不犯罪的這種做法，無異地只是把一個人當作工具來利用，確立一個重懲前例，以儆戒其他人，而來達成刑罰本所預期地目的。」摘自林山田（2008），《刑法通論（下冊）》，增訂十版，頁 436~437，台北：圓照。

<sup>120</sup> 林山田（2008），《刑法通論（下冊）》，增訂十版，頁 455，台北：圓照。

<sup>121</sup> 林山田（2008），《刑法通論（下冊）》，增訂十版，頁 429，台北：圓照。

也能夠了解其運作，但仍難免會被認有互文矛盾的現象。



最終還是要面對「正義」這個抽象名詞究竟該怎麼面對多數而定義的問題，拉回預防理論的操作或是法律管制國家的高深複雜，所以必須要交給專業，這種論述顯已不足面對今時的困境，理論中承認正義的存在固然在內部容易建立正當性，但是當外部透過正義缺口的詮釋爭奪戰要進入內部其他領域時，好用順口的正義反而會變成導致整個刑法—刑罰理論潰堤的缺口，苦心建起、避免刑罰濫用的理論在「正義」解釋權被挑戰的情況下，只能依靠著法律自身的系統性正義解釋，還有專業背景苦苦掙扎，或許這種副作用也是黃榮堅教授在其理論中不肯輕言正義的原因，拋出來容易，要解決卻難。

整體而言，以綜合理論為主的回應方式，其聚焦於對社會大眾的利益固見其長，而整體論述在內部邏輯上能夠解釋得通，但欠缺對「正義」更精緻的定義以及討論，使得這個發語權能夠輕易被奪走正是其致命傷，導致論述容易被直接牽著走，當此情況發生，體系的一致性將受到根本性的損傷。

#### **第四項 小結—沒有「不合理」，只有「不合時宜」**

在整理過國內部分代表性的刑法—刑罰論述，並且嘗試將他們放到社會的脈絡中去對話之後，我們可以發現原本的論述並非沒有投注心力在這一塊領域，畢竟其連結著後面解釋刑法的初始正當性，自不得不慎。是以，在法律體系的內部，無論是各刑罰理論的解釋，或是置於整個法律系統的什麼位置大致都會有所解釋，脈絡清晰可尋。惟就刑罰機能部分在教科書刑罰章節之外，實少見法律學界之學說文章對其進行討論，就算有討論到也多是以「罪刑法定原則」的強調作為結論。



然則刑罰卻是刑法系統中向大眾傳達出統治訊息的主要場域，這一點都毫無疑問是刑罰存在的主要目的。於是當一個受壓迫的原住民殺了老闆全家，法律界內不可能在討論法益是否被侵害、是否有阻卻違法事由、責任是否有可能因為欠缺部分期待可能性而降低，但這些過程就像法院判決時的評議過程一樣難為外人所知，社會大眾看到的只有原住民殺害三人以後，被法律判處死刑以回應，至於該不該死、有沒有死刑之外更好的方式來處理，社會大眾自會在媒體採訪報導的詮釋下，另外展開一套自身的思維邏輯。於是這套思維本來就不是刑法－刑罰，而是刑罰－報導，在刑罰－報導論述裡面，政府和媒體操作出來的刑法功能就是「打擊不法犯罪，伸張公平正義」。當媒體益加發達，專業解構的日子到來，在與社會溝通的層次上面，自圓其說的法律系統受到挑戰之際，長期以來被忽略、而放任政府和媒體去進行向民眾的宣導溝通就必須要付出代價。

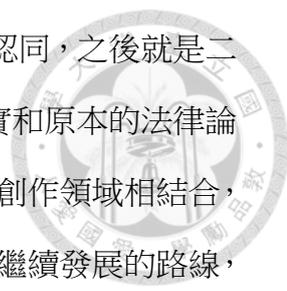
在台灣，已經沒有幾世紀的功夫讓等待更複雜精緻的人權概念在人們心中落實，並期待其會自然地回饋在社會的每一個層面而帶動思想的進步。因為在媒體的強力渲染的放大鏡下，簡單、即時、直觀的解答早已形成這個社會的主流。更何況全球化後，當今世界情勢即使是更有人權背景的國度如英美，仍然是陷入專家失靈、重刑化的漩渦。於是，本文認為刑法必須在內有強敵、外無援軍的情況下，以進一步溝通的方式在民主的遊戲中重新奪回刑罰的詮釋權，也就是多數人的認同。

進行溝通時當然要有所本，需有完備經得起嚴峻考驗的內在邏輯和外在表達方式，而本文前引之各家學說，多數在法理上並無不通順，但是在溝通的層次上都難免會出現不足之處。因為當前這些論述真正的問題不在「不合理」，而在「不合時宜」，足以做為形成論述的基礎，但卻不夠完整至能夠因應現在的變局。從以上分析，本文認為造成這問題的關鍵這些論述的開展性受困於法律論述自身的



侷限性，以致無法變化。首先，法律領域的研究者大多對於大前提、小前提、涵攝的三段論法非常熟悉，因為法律適用的過程本來就是「透過對於權威（法律）的詮釋取得／影響權威在特定生活事實（案件）中溢出的權力（法律適用）」，所以我們思考問題的內容通常也就不脫這些環節，最終必然會指向某一權威（通常是法律），再高一點就是指向賦予權威的權威（授權法律或是憲法），通常直接去針對權威作詮釋在解決爭執上效率最高，所以當我們遇到問題的時候總會往更偏向權威源頭的方式去嘗試處理。在繼受法現象常明顯的我國學界還有另外一種方法，就是去引用外國的學者和司法實務，當作在我國權威詮釋時候的重要基礎；然而，當場域變成立場不同、需要與人民溝通的情況下，這種處理方式就會遇到瓶頸，因為在民主法治社會的預設中，人民多數決下的「民主」就是法律權威正當性的泉源，無論是法律或是憲法，在此結構下都會被當成是一個可以民主處理的對象，這時候想要再訴諸法律權威，難免就會變成扛著法律反民主這樣的困境，在法律本身都已經受到質疑的情況下，長期以來權威來源的邏輯和權威操作解釋的錯落導致此困境無法再以法律研習者熟悉的方法處理，這也是前述諸理論最後訴諸憲法或是法律解釋的「不合時宜」。

當我們意識到這個問題而試圖去突破時，方法自然就會跳脫訴諸權威的法律，而換成是以社會大眾的共識探求為主。一般而言，這方面的嘗試目前也不是沒有，但多半是以強調大眾正義感或是同情心的方式來做。前者會比較偏向傳統法律領域反撲的變體，將法律操作背後的意涵講得更深入一些，提出統計資料和實務真相，強調國家的強大以及讓國家享有恣意權力的危險，因而主張必須要回到傳統的法律限制國家之道路上，但正義感是個人非常自我的概念，要將其完全收編，並且訴諸一個普世的正義實際上也非易事；後者則是容易走向和媒體－刑罰理論相似的道路，以個案闡述的方式強調刑事處遇中犯罪行為人被客體化的諸般慘況，試圖喚起人的同情心來加強法律解釋和人民情感之間的鍵結。而更常出現的是將



正義感和同情心混雜起來的論述方法，無論從哪一個管道產生認同，之後就是二者兼得。這些努力固已經發揮了一定的成果，但正義感路線其實和原本的法律論述差異不大，同情心路線饒富創意，也將法律和文學影響等藝術創作領域相結合，碰撞出許多新的火花，但其效果仍有待時間發酵，兩者都是值得繼續發展的路線，也提示了法律其實有深入和廣泛兩條可能選擇的路線。

但是站在當代的角度，本文以為可能也有必要提出另外一種對話的可能路線，站在正義感和同情心兩條路線發揮其對人類未來深刻影響的效果之前，提前拓展法律領域討論的深入社會問題核心，以及廣泛統整跨社會學科領域的論述。而這條路線之所以能夠被預測發揮這些效果，而與前述諸理論和做法不同之處在於本文不會以要求人類的任何高貴情操或是複雜理性當作論述的起點，而是試圖要從人最簡單的自利出發，再慢慢推展至社會連帶關係的問題，從當代人際關係面臨的嚴峻政經情勢去分析刑法－刑罰論述在當今世局中「能夠」並且「應該」扮演的角色，實際操作的方式會將林山田教授的有關刑罰功能的介紹作為重要基礎，並進一步解決黃榮堅教授點出的現實問題，再將最後的部分訴諸自我決斷，將其融而為一完整的論述。筆者此刻無從得知本文的嘗試有沒有可能會成功，或許還是失敗的可能性居高，但是筆者相信這條路線本身仍是值得一試。



### 第三章 以社會溝通為主的論述建構嘗試

經過前章的鋪陳，本文必須要為刑法和刑罰目的的解釋找尋一個新的出路，方能讓刑法和社會的對話找到解決困境的起點。刑法本身獨佔刑罰的正當性必須要被建立，透過刑罰能夠達成的效果是什麼也必須要釐清。若能夠妥善處理這兩個問題，則溝通始會成為可能。畢竟能夠發動刑罰是刑法與其他法律之間最大的差異，刑罰本身就是國家對於人民一種強制性暴力的施加，只有刑法能夠動用國家此一巨大的能量，剝奪人民的權利，是其固有斷片性、謙抑性、補充性等特質，雖然是劣後在所有其他法律之後才出面來處理問題，但是仍不會完全免除其適用，代表其仍有必須要發揮功能的處所。所以如何找出這個非以刑罰不能發揮功能的場域，就是首先要處理的標的。

接下來處理的是刑罰發揮功能時該有什麼樣的外在限制。刑法的功能除了發動刑罰之外，亦有限制刑罰的效果，我們必須要了解刑罰為什麼要予以限制，在盡量不涉及可能產生爭議的價值觀下，刑法必須要找出大眾都能接受的標準，認定至少要符合什麼樣的形貌才足以被稱作是「代表整個社群施予的刑罰」，以確保刑罰會在一個能夠被認為具有共同性的情境下正常發揮其功能，刑法此項目的限制國家權力濫用的同時，更是賦予國家權力正當性的來源，更精確地說，之所以能夠發揮限制的效果，是因為其代表了整個社群賦予國家的刑罰標準。

最後也是最關鍵的問題，是刑罰的內在限制。有一個我們平常絕少去思考的問題：社群在發動刑罰的過程中所要付出的代價是什麼？在擁有外在限制確保正當性之後，刑罰並不會從此就變得完全無害或是弊害完全隱藏起來，透過對刑罰所付出代價在現今新自由主義下的再認識，引導整個社群去思考究竟為什麼我們

必須要使用刑罰的問題，再進一步定義出屬於社群的刑罰操作的內在精神，完整地在規範解釋中呈現出社群對刑罰的定位，將是刑法的第三個功能。



## 第一節 刑法的出現：刑罰作用的方式和場域



在社會大眾討論到刑事司法議題時，最常出現的困擾就是連問題本身難以釐清。無論是發問者或是回答者都很容易混淆，這些質疑究竟是針對刑事程序中的哪一個環節而發，或者是從根本刑罰被期待發揮的功能就產生歧見，但問題就僅止於此，畢竟很難在一場討論中發生「我們應該廢止刑罰」、「刑罰的存在將完全無益於社會」這樣的對話，歸根究柢是在「刑罰為必要」的前提下，去討論該怎麼使用刑罰的問題。

如本章概介時所敘，這個該怎麼使用本文將分成三個部分去做討論，而本節將會做一個釐清戰場的工作，檢討刑罰實際上究竟以什麼「方式」在何等「場域」發揮其作用，這部分將從傳統的刑罰理論檢討起。

### 第一項 行為規範與裁判規範間之關係

既然以人的自利作為出發點，那麼在與大眾討論時，應將問題聚焦到刑罰對社會大眾可能產生的功能上面將是本文所採路線所當然之舉。然從諸般刑罰理論操作的方式觀察，應報理論雖提供一個刑罰在道德上的正當性基礎，卻沒有辦法證明為何有應報他人即不再犯罪；特別預防理論在不可能將所有實際及潛在犯罪人都抓起來的情況下緩不濟急，更遑論該理論雖在某程度上曾主導刑罰實務的運作，但在上個世紀七零年代中期以來即不斷受到各式各樣的質疑和挑戰<sup>122</sup>；一般預防理論看似最能夠發揮效果，但其實忽略了國家不可能在每一個位置上都監

<sup>122</sup> David Garland 著，周盈成譯（2006），《控制的文化》，初版，頁 71 以下，台北：巨流。

視人民，案件不可能被全部偵破，依靠對國家的「恐怖印象」來試圖免除犯罪也是非常困難的，這地方以前章提到林山田教授舉例的古代刑罰殘暴且公開，仍然沒有杜絕可見一般<sup>123</sup>。但從以上這些論述的出現我們也可以知道一點，無論如何刑罰想要達成的目標就是避免多數人去進行某些被刑法特定出來的行為，也就是社會所不能接受的法益侵害行為，雖然實務操作並非是照著上述三個理論任一去被操作的，所以學界才會多以綜合理論稱之，儘管如此，刑罰確實產生避免多數人進行違反刑罰行為的效果，這是如何發生的呢？

真正的綜合理論，將三種論述結合起來刑罰實際上能產生的效果是針對刑法所規定的犯罪行為「事後處理機能」。真正被規範的對象並非是犯罪的行為人，一般預防理論貼切地點出被規範對象是社會大眾，只有大眾真正建立起規範意識，犯罪行為才能被「大部分地」杜絕於一般社會生活空間，儘管這些行為通常意味著更多的自由，但在規範意識的影響下一般人仍會拒絕去為這些行為，並非單純是因為懼怕刑罰，這一部分和林山田教授在應報理論的作用方式很像，氏強調「公正應報」將有助於促成社會大眾在法感上的共鳴，增強一般民眾法意識，而在此基礎上即可和一般預防理論相調和<sup>124</sup>，就法意識的部分本文可以認同其見解，但是刑罰是否一定要公正方能產生此效果呢？公正可以分成公平正義兩個更細緻的層次去討論，公平的訴求在於犯罪人所受刑罰和其犯行的比較，以及和其他同犯此罪的人的比較之間，而正義在這裡則粗淺地對應至刑罰是否反映社會的期待，惟如林山田教授前所舉例的古代社會中，刑罰當然不一定能夠達成這些嚴格的公正要求（甚至可以說無法達成的機率非常高），犯罪固然沒有完全絕跡，換個方向看，畢竟也沒有陷入長期國家無法管制人民的無秩序狀態。因此法律確實是透過法秩序的維護來達成建立大眾法意識的效果，但這個法秩序本身是否公正，和產生效果之間似乎沒有必然的關係。

<sup>123</sup> 林山田（2008），《刑法通論（下冊）》，增訂十版，頁 435~436，台北：元照。

<sup>124</sup> 林山田（2008），《刑法通論（下冊）》，增訂十版，頁 455，台北：元照。



再往更深入一點探討，暫不論難以定義的正義，公平的第一個方向，同時也是應報理論不斷強調的罪刑均衡跟法意識的建立這一點會產生衝突。根據心理學的相關研究，「群體所共同持有的態度、行為或標準，對於該群體所屬成員，具有很強大的影響作用」，這種現象即被稱作**社會常模**（Social Norms），或被譯作**社會規範**<sup>125</sup>。

本文認為，事實上刑法即是以建立社會常模的方式來達成避免犯罪的效果，然國家不可能抓到每一個觸犯刑法進行犯罪行為的行為人，因此要對有抓到的部分行為人進行更為嚴厲的刑罰，以產生某部分溢出的刑罰效果，宣示此一規範仍能有效運行，所以這個刑罰在理論上是要以剝奪超過其本來應該承受的強度而去施行的，從而應報主義將難以照其罪刑均衡的理論去實踐。因為對該部分被抓到的人必須要產生似乎抓到全部犯罪人的效果，否則的話，即使以牙還牙，以眼還眼，犯罪人本身獲得的和失去的仍然是一樣多，而犯罪人並不一定每一次犯罪都會被抓到，這樣一來犯罪行為在預想的理性抉擇下仍然會變成一個可能的選項，社會無法去想像僅是對於一部分人的均衡刑罰就足以產生「威嚇」整體犯罪人的效果。必須要讓犯罪這件事情本身變成一種非常不划算的交易—不僅僅是對犯罪人個人來說不划算，更需要是讓所有人都對犯罪行為產生同樣的想法，精確些說是從自身為出發點，產生一個「社群中多數人都不會去做這種跟自利相違背的事情」之想法，刑法中犯罪行為的規範意識才會被建立，法秩序是因此而被維持的。

從另一角度言，當行為人進行犯罪行為而觸犯刑法，上述的法秩序就因此受到挑戰，「犯罪究竟是否屬可以嘗試的行為」這樣的質疑也會出現，儘管社會常模還是存在，但是個人的私下態度可能會和社會常模有所區別，若是社會常模顯

---

<sup>125</sup> Richard J. Crisp、Rhiannon N. Turner 著，李政賢譯（2009），《社會心理學》，一版，頁 191~192，台北：五南。

示出不一致的狀態而讓成員感受到不確定<sup>126</sup>，就有可能動搖到法規範意識的秩序，因此刑法必須發動刑罰對該行為進行嚴厲的壓制，以使社會對於規範是否確實被執行的疑慮消失，在此處傳統一般預防理論的思考方向某種程度上碰觸到了狀態的邊緣，但並不能夠精確的描述，秩序並不是透過因為害怕殺人的處罰而不去殺人所以大家都不殺人而確立的。這也就是學說上所謂以威嚇為主軸的消極一般遇放理論所碰觸到瓶頸之處<sup>127</sup>。

法秩序真正確立的方式應該是：人們相信一般路上走的人因為刑法的存在而不會輕易殺人，所以不用帶著防身武器或是一大堆保鏢也可以自在地在路上走路，因而享有更多的生活空間和利益，作為前提的**相信**當然會有部分和殺人是犯罪行為會受到嚴厲處罰相關，但是只靠對於刑罰的恐怖感受不可能維持這種更強烈到影響對他人想法的**信賴**。在這裡相信和信賴的意義在本文是有所差距的，相信偏向一種個人主觀式的期待，信賴則是對普遍多數人的共同想法，多數的主觀因而趨近客觀，在建立社會常模後成為規範秩序發揮效力的基礎。

信賴的建立會受到許多不同因素的影響，這個社群中約定俗成的想法通常就是信賴的來源，但是要如何確立這種信賴成為一種人們能夠據以行動的規則，並且確保其擁有影響更多人以擴張社群範圍的潛力，則是下一個重大的問題。根據法實證主義著名學者哈特（H.L.A Hart）的研究，社群之中的規範可以區分成直接規範人們行為的初級規則和補充初級規則缺陷的次級規則。初級規則作為人的行為規範，幫助在社群中的人行動以及預測他人的行動，但是，只依憑初級規則的社會只能擁有簡單程度的社會控制，因為其有以下三項缺點：1）不確定性

---

<sup>126</sup> Richard J. Crisp、Rhiannon N. Turner 著，李政賢譯（2009），《社會心理學》，一版，頁 194~195，台北：五南。

<sup>127</sup> Micdaael Pawlik 著，鍾豪峰譯（2010），〈對預防理論刑罰正當化論據之批判〉，《政大法學評論》，第 117 期，頁 354~355。

(uncertainty)：因為群體間生活的標準並無法建立一個體系，從而將導致規則的操作可能因個案所處時空的不同而產生不同的適用，並在如何適用產生疑慮時無法擁有解釋的程序和權威；2) 靜止性 (static)：在約定俗成式的社會型態中，並不會有一種意識性的規則變遷過程，無論是舊規則的取消或是新規則的建立都會變得非常緩慢，因為並沒有辦法根據某個人或是社群的意志來進行規則的更替，在這個變化的過程中因這種不穩定性也可能會導致紛爭的產生；3) 無效率性 (inefficiency)：社會規則若需要維持，則社群間必定會給彼此間某種程度以及形式的壓力，在只有初級規則的社會中，這種社會壓力是分散而且欠缺效率的，壓力的施加會在過度輕微不產生效果 (力量不足) 和付出過度嚴重成本 (因為要動員整個社會力量來施壓) 的兩極間擺盪，沒有一個終極性的權威機構去實行這些壓力，將無以確保社會規則的維持，最終仍可能偏向屏除社群性的介入而私下解決，如此即失去社會規則的意義<sup>128</sup>。

因此，初級規則雖然重要 (作為社會中個人的行為準則)，也是規則最初的形式，但是在大型社會 (建立更多人際連結的社群) 仍需要進一步的規則來填補上述這些缺陷，此即哈特所稱之次級規則。首先，針對初級規則的不確定性，就是引進**承認規則 (a rule of recognition)**，透過承認規則指出部分關鍵的特徵，確認哪一些初級規則整個社群共同的規則，而應該以社會的壓力來支持；次之，針對初級規則的靜止性，則會引進**變更規則 (rules of change)** 來進行填補，藉由授權給某個人會某一些人的方式，使他們得以為整個社群或其中某一部分人的生活引進新的初級行為規則，也就是行為規範；最後，針對初級規則的無效率性，則是由**裁判規則 (a rule of adjudication)** 作為補充。裁判規則授權某些人對於在特定時空下，初級規則是否被違反做出權威性的決定，並且按照裁判規則衡量，裁判規則本身並不課予義務，而是授權給那些有權力的對象 (操作裁判規則的裁

---

<sup>128</sup> H. L. A Hart 著，許家馨、李冠宜譯 (2000)，《法律的概念》，初版，頁 120~122，台北：商周。

判者)去對義務是否被違反提出宣告。但其功能卻顯然不僅限於此,「很少法體系會將司法的權力限縮在確認初級規則被違犯的『事實』。在一段遲延之後,大多數的體系都看到了進一步集中社會壓力的好處,並且部分地禁止了私人使用身體上的懲罰或暴力的自力救濟。相反地,他們以進一步的次級規則來補充課予義務之初級規則,具體規定了或至少限制了對違犯行為的刑罰,並且在法官確定違法的事實時,授予他們指示其他官員施用刑罰的獨佔權力。這些次級規則提供了體系中集中化的官方『制裁』。」<sup>129</sup>

李茂生教授即從哈特有關初級規則和次級規則的理解中,發展出有關以行為規範和裁判規範分析為主的刑法目的觀察模式。氏認為行為規範賦予一般市民義務,並且可以給其一種雙重期待,首先期待他人也會遵守規則,進一步期待自己可以因此確保自己在生活上的利益,所以行為規範的目標就是展望未來,對於過去已經發生的侵害來說沒有什麼意義<sup>130</sup>;而裁判規範(制裁規範)則是非必要品,但若對於規範的破壞不予處理則整個「溝通秩序」將有可能會破產,所以裁判規範作用的對象並不是一般市民,而是一群特定的人或機關,和前述哈特所言裁判規範授權給有權力對象並無二致,使其針對特定違反行為規範的事項,決定是否應予社會的強制力(反作用)。授予權限的背後應也帶著限制權限的意涵在,故李茂生教授認為裁判規範「是一種權限賦予的、回顧性的規範」,反作用並非僅是對於行為規範的否定之再否定,「其更承載某種社會目的,即行為規範的回復」,得以恢復因為犯罪而被破壞的「法和平」<sup>131</sup>,從而「強化一般市民對於法秩序的忠誠與信賴」<sup>132</sup>。

既然裁判規範最終仍是會指向行為規範,那我們似乎也有必要進一步檢討行

<sup>129</sup> H. L. A Hart 著,許家馨、李冠宜譯(2000),《法律的概念》,初版,頁126,台北:商周。

<sup>130</sup> 李茂生(2009),〈風險社會與規範論的世界〉,《月旦法學雜誌》,第173期,頁151。

<sup>131</sup> 此處應指法律所創建被信賴的秩序之穩固。

<sup>132</sup> 李茂生(2009),〈風險社會與規範論的世界〉,《月旦法學雜誌》,第173期,頁151。

為規範的運轉和裁判規範之間的關係。在李茂生教授的見解中，行為規範即使沒有裁判規範帶著的社會壓力在其後仍然會自行運轉，因為其本來就不是靠著對於違反者的處罰才能發生效果，若如此的話在沒人監視或不可能被揭發的場合，人們就不會自動依循著行為規範而行動，則其效果當會減損（依本文見解，或許就不足以被稱作是行為規範）。但是裁判規範就不存在著這樣的獨立性，一旦脫離行為規範其就失去存在的必要和可能，這點從哈特初級規則和次級規則的區分也可以知道是理所當然，裁判規範之發動是以行為規範之違反為前提，從這個角度言，行為規範同時也是限制裁判規範的規範<sup>133</sup>。

因此李茂生教授從刑法的文字結構方式之介紹<sup>134</sup>，以及更深層的限制國家刑罰權之必要性的觀點，論述刑法不能夠被當作行為規範來處理。須注意這裡討論的是蓋行為規範著重的是建立人們依一定標準去行為的準則，而行為之後產生的結果並非重點，所以若是國家能夠直接發動獨佔的刑罰權來影響行為規範，則沒有任何在客觀上可以限制住國家的方法，因為沒有在發生實害的情況下也可以發動，則在國家面臨重大危機（或者是某種動盪，總而言之是巨大改變）時，將可能跨越界線透過刑罰的行使建立新的行為規範，藉此掩飾自身的無能，這個改變將以被恣意置放於規範邊緣地位的人民<sup>135</sup>。由此可知，李茂生教授試圖將刑法從行為規範的領域中逐出的方式仍是警戒國家藉此濫權的可能性，但是這和前

<sup>133</sup> 李茂生（2012），《刑法總則講義第一冊》，頁16，台北：自刊，參考網址：[http://www.law.ntu.edu.tw/main.php?mod=document&func=show\\_document&show\\_edu=main&site\\_id=0&show\\_folder=24](http://www.law.ntu.edu.tw/main.php?mod=document&func=show_document&show_edu=main&site_id=0&show_folder=24)，最後瀏覽日期：2014年1月10日。

<sup>134</sup> 「只要稍加留意就會發覺刑法規範的文字以及其所蘊含的意義，不僅是艱深難懂，縱或加以詮釋，仍不是一般國民所能輕易理解，更何況比起一般的行為規範經常是採用負面的禁止格式，亦即以「不得為～」這類的語法來表達其內容，刑法的條文反倒是明確規定「做出○○行為者應被處罰」，所以刑法規範中到底有沒有行為規範的性質一事，似乎並不是非常明確。此外，行為規範的內涵也是遠遠超過刑法規範的範疇，比起刑法規範，其毋寧更包攝了習慣、道德等社會規範。」摘自李茂生（2012），《刑法總則講義第一冊》，頁16，台北：自刊，參考網址：[http://www.law.ntu.edu.tw/main.php?mod=document&func=show\\_document&show\\_edu=main&site\\_id=0&show\\_folder=24](http://www.law.ntu.edu.tw/main.php?mod=document&func=show_document&show_edu=main&site_id=0&show_folder=24)，最後瀏覽日期：2014年1月10日。

<sup>135</sup> 李茂生（2012），《刑法總則講義第一冊》，頁16，台北：自刊，參考網址：[http://www.law.ntu.edu.tw/main.php?mod=document&func=show\\_document&show\\_edu=main&site\\_id=0&show\\_folder=24](http://www.law.ntu.edu.tw/main.php?mod=document&func=show_document&show_edu=main&site_id=0&show_folder=24)，最後瀏覽日期：2014年1月10日。

述諸學說一樣都是以傳統法學論述中國家的危險性為核心，而本文所訴求的社會溝通所試圖面對的對象是民主社會中佔多數資源的自滿階級，而此一階級的特色之一正是短視近利<sup>136</sup>，對於國家的危險性他們可能或多或少會意識到，但這個危機並非近在眼前就不太會在乎，逕自跳到這種結論的論述吸引力似乎不高，因此本文必須要從這裡轉至另外一個方向，去闡述作為裁判規範的刑法不能夠混雜行為規範的原因。

## 第二項 刑法作為裁判規範定位之再確認

這個方向本文的選擇是回到哈特的概念裡面來找。初級規則作為行為規範使人民得以預測他人行動在社群中生存，而次級規則扮演穩定輔助初級規則功能的角色，透過以上初級規則和次級規則的結合，才足以形成穩固並且有隨社會成長改變空間的法律秩序。然而，在連結人數越多，產生的人際關係越複雜的社群中，次級規則的角色也會變得越形重要，因為可能很多現實上不會產生實際關聯的人們僅僅透過次級規則將彼此間的行為規範建立連結，因此儘管沒有實際上的連結，相遇時仍然可以產生初級規則溝通法秩序的效果，得以預測他人的行動。在這個架構下，作為裁判規範的刑法，實際上真正的地位以及實際上發揮的效果只不過是**事後處理機能**，因為法律的「實效」同時也是其特徵實在於「一項規範某種行為的法律規則在大部分時候都被遵守」<sup>137</sup>。針對社群中已經發生的事態，以裁判規範的角度為其在現在的規範中找到一個清晰的定位，並根據獨佔刑罰的權力加以制裁（藉以取代社會原本會施加的無效率壓力），重新確立在該系列行為中被動搖的現行行為規範。簡言之，刑法的效果是透過對「過去」的處理來繼續確保

<sup>136</sup> John Kenneth Galbraith 著，楊麗君、王嘉源譯（1992），《自滿年代》，初版，頁 21 以下，台北：時報文化。

<sup>137</sup> 摘自 H. L. A Hart 著，許家馨、李冠宜譯（2000），《法律的概念》，初版，頁 134，台北：商周。此處應指在法律有進行規範的抉擇機會裡，多數會遵照法律之指示進行選擇。

「現在」的法律秩序之被肯認，進而保留「未來」持續以此法體系溝通的功能。

我們也可以在涂爾幹 (Emile Durkheim) 對於刑罰的理解中看到結構非常相似的內容，氏認為懲罰的重點「並非為了使犯罪者藉由受苦來彌補犯行，或透過威脅以嚇阻可能的犯罪者，而是為了支撐集體良知，因為對規則的侵犯行為可以且必然會擾亂對集體良知的信仰」<sup>138</sup>。雖然涂爾幹的法律社會學實際上是其建構以研究道德生活的社會事實為主的社會學時延伸出來的產物<sup>139</sup>，但只要把這個集體良知代換成對於法秩序的信賴就會和林山田教授以及李茂生教授所共同強調的事後處理機能絲絲入扣。作為其社會學基礎的社會連帶實際上也和哈特所述透過次級規則讓原始社會得以擴大的論述相互呼應：「這種看得見的符號就是法律。事實上，儘管社會團結是非物質性的，但它也並非只具有一種純粹的潛在狀態，而是通過一種可感的形式表現出來。社會團結一旦得到加強，它就會使人們之間的吸引力增強，使人們接觸的頻率增加，使適合於人們結成互相關係的方式和機會增多。<sup>140</sup>」藉此，我們可以替哈特的次級規則找出更精確的理論基礎和定位，並再次應證裁判規則之所以被需要，是因為僅有「因血緣、共同情感和信念緊密結合，並處於穩定環境的小型社群」，才能夠在僅有初級規則的社會體制下生活<sup>141</sup>，若欲跨出這些限制以擴張社群的範圍，則必須要建立次級規則來彌補初級規則的缺陷。

初級規則的缺陷象徵著社群連結出去時，因為社會控制力量的不足將導致先天的限制，但這裡似乎還有一個面向隱約是空缺的有待補充，先天上的缺陷究竟

<sup>138</sup> 摘自 David Garland 著，劉宗為、黃煜文譯 (2005)，《懲罰與現代社會》，初版，頁 71，台北：商周。

<sup>139</sup> 洪鎌德 (2004)，《法律社會學》，二版，頁 151，台北：揚智文化。

<sup>140</sup> 摘自 Emile Durkheim 著，渠東譯 (2002)，《社會分工論》，初版，頁 22，台北：左岸文化。在此本文擷取涂爾幹部分的論述作為基礎，但並不認為法律必然就走向使社會建立有機連帶的結論，本文所欲建立的社會關係將留待後面章節補充。

<sup>141</sup> H. L. A Hart 著，許家馨、李冠宜譯 (2000)，《法律的概念》，初版，頁 120，台北：商周。

在實行上面會產生什麼影響，畢竟哈特提到的三個缺陷（不確定性、靜止性、無效率性）描述的都是一種擴張時掙扎的過程，能夠解釋社群擴張後無法長期維持的原因，但卻無法清晰地描繪出在社群建立連結當下產生的衝擊。本文以為，這個空缺的場域即是社會契約論發揮效果之處。

社會契約論旨就在解釋為什麼原本處於自由狀態的個人會願意放棄自由接受他人的權力支配。盧梭（Jean-Jacques Rousseau）認為此原因在於人類單憑個人無法克服自然狀態中不利於人生存的障礙，因此有必要連結起來讓力量增強以克服阻力<sup>142</sup>；而洛克（John Locke）認為人在自然狀態中雖然是自身和財產的絕對主人，而且不受任何人支配，但是這種對於自己所擁有財產的享有是非常不穩定的，有不斷受到他人侵奪的可能性，所以他寧可放棄這種「自由卻充滿恐懼和經常危險」的情況，而和其他願意聯合起來的人們加入社會，互相保護彼此的財產<sup>143</sup>；霍布斯（Thomas Hobbes）見到洛克所見之問題時，卻認為是自然法本身並沒有有形力量去約束人們遵守，因此人與人之間會互相爭奪，無盡的戰爭狀態成為人類自然激情下的結果，而將群體聯合起來並建立權威之後，將可使大眾同意畏服於此權威，從而彼此都取得和平與安全的保障<sup>144</sup>。

社會契約論時常被拿來當成國家、政府乃至法律正當性的基礎<sup>145</sup>，以上三位學者對於建構社會契約論之前提和方式各異，但嘗試觀察三者的共通之處，無論是採取上述哪一種社會契約論，其根本的架構都是個人雖然自由但是薄弱，而連結起來將擁有更強大的力量以讓參與的個體有機會得到另外一種在自然狀態下所無法擁有的權利，雖然計算單位是個人，但是社群之間的連結不外是個人情

<sup>142</sup> Jean-Jacques Rousseau 著，何兆武譯（1987），《社會契約論》，初版，頁 24，台北：唐山。

<sup>143</sup> John Locke 著，葉啟芳、瞿菊農譯（1986），《政府論次講》，初版，頁 76，台北：唐山。

<sup>144</sup> Thomas Hobbes 著，黎思復、黎廷弼譯（1985），《利維坦》，初版，頁 128~130，北京：商務印書館。

<sup>145</sup> 前曾述及的林鈺雄教授之教科書即是一例。

況下的擴大，本文以下所述「社會契約論」均為此種形式較為簡化理解之數群連結方式。於霍布斯的討論中認為「小氏族」、「少數人」的結合並不足以改變自然狀態的結果，甚至還有以另一種形式更為惡化的可能<sup>146</sup>，所以在此處將哈特的原始社群到複雜的擴張社群，應仍屬社會契約論的適用對象，正是因為連結帶來的利益將大於分散的自由，社群才會不斷以各種方式互相整合吸納；但反面言之，如果這個擴張對於某一特定社群來說並不是帶來利益，反而純粹是剝奪自由，則連結將非出於自願，則「合意」面向既已消失，即不足以稱之為契約。故進步言之，社會契約帶來的利益將是所有參與其中的人類於締約時所共同肯認的利益，即使在事後個體（小社群）的利益已經和締約時決定的利益衝突，已經成為契約一份子的情況下仍需放棄自己利益而依從社會的權威決定，因為這個權威決定本身就已經蘊含著社會參與者當初的同意在內，這也就是放棄自由的部分。若我們從強制力發生作用的角度觀察，雖然訂立約定的目的是為了往後的利益，但是強迫放棄自由的**正當性**卻來自當初的約定，是以兩者之間一定會出現一段落差，個體在加入社會的「締約時」和其他參與者被預設的利益是相同的，因此可被視作其對於當時的約定有所同意，但是當其在日後為了自身利益違反社會契約時，就被特定出來且利益已經和社會發生衝突，當社會在這個衝突時間點之後，其他的多數人（社會）突然「發現」更多群體能夠追求的利益，能夠透過對該個體的處置達成時，就會想要訂立新的約定，然此際這些新的約定明顯會和此一被特定出來的個體利益衝突，不可能再去推定他會對此約定為同意。

解決因此落差而產生之問題的方式有兩種：其一係社會不理會這個利益衝突，逕認當初的同意其實包含「從此任由共同體處置」，故在這個拘束力有效的情況

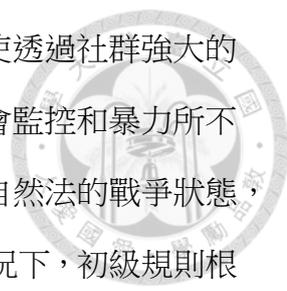
---

<sup>146</sup> 「...在人們以小氏族上生活的一切地方，互相搶劫都是一種正當職業，絕沒有當成是違反自然法的事情，以致搶得贓物愈多了人就愈光榮...少數人聯合也不能使人們得到這種安全保障。因為在少數人中，某一邊人數稍微有所增加就可以使力量的優勢大到足以決定勝負的程度，因而就會鼓勵人們進行侵略。」摘自 Thomas Hobbes 著，黎思復、黎廷弼譯（1985），《利維坦》，初版，頁 129，北京：商務印書館。

下，即使事後改變仍然能夠剝奪其自由；其二則是嚴守社會契約論「正當性在於自我同意」這樣的原則，讓剝奪自由的項目和強度都停留在締約時（嚴格說來是尚未產生利益衝突情況）的階段，不得為了新發現將來可能獲得之利益去限制其自由，而是以原本具正當性的規則處置，重新將其視作社會的一員後，在利益不再衝突的情況下，使其重新接受新的社會契約，始得要求其再度遵守。前者的解釋非常牽強，將原本係為己身利益的社會契約質變成任人宰割的賣身契約，所以修正方式就是採取後者的解釋方式，追回社會契約論的原始設定去思考，也只有這樣才能解釋出人究竟為什麼要放棄自由去脫離自然狀態，如果加入社會以後只是從自然狀態下受到攻擊的可能，變成任多數宰割，且在自然狀態下還有某種程度的反抗能力，進入社會後甚至連戰爭的可能性都已經被降至最低了，則沒有能繼續解釋個體係與社會進行連結的空間，因此雖然減損了部分的追求未來利益的可能性，但卻讓權威的泉源繼續維持正當性。

儘管多數人不會有意識地認為自己接受法律管控是因為和社會訂立了契約，即使是移民的情況亦非放棄自然狀態，而僅係放棄某一種管控去接受另外一個社會而已。但是在應然面上，若非基於每個人都有部份同意之前題，實難以建構現代民主國家的正當性，每一個投票選擇的行為都代表著基於同意接受規範的正當性賦予；就實然面言，社會運動和市民不服從等等縫隙的存在，都隱約透露出人民保有是否回復到自然狀態的選擇權之一絲氣味，故可以提出對當權者的要求。因此，若將社會契約論視為「將整體參與者利益進行整合」的過程進行觀察，則無論於應然面或實然面其都確實在現代社會發揮其影響力。。

將這個結論套回到初始社群擴張至複雜社群時候的問題，擴張時若是僅有初級規則，則很容易陷入賣身契約式的連結，可以隨社群任意處置，這種社群的連結將很難讓參與其中的所有人，尤其是不斷發生的利益衝突者產生認同歸屬，結



果將是造成連結的十分不穩定，因為無法從連結獲得利益，即使透過社群強大的暴力勉強將其暫時壓制，仍然無法形成穩固的規範意識，在社會監控和暴力所不及之處，欠缺規範意識的人群一有機會就會試圖再度分裂回到自然法的戰爭狀態，以小氏族或少數人的方式繼續爭奪或捍衛自己的利益，在此情況下，初級規則根本無法在暴力有效範圍之外對於連結不穩定的個體產生命令或禁止的行動規範效果，自難發揮有效溝通、預測行動的效果，從而連結失去意義，在社群擴張上就相形困難。若要避免這個問題發生確實有效連結則所謂的「社會契約」必然會有其限制存在，而這也是次級規則特徵的一部分，僅針對「締約時」的秩序而發動。

其實轉了一大圈，這種解釋方式操作之後的結果實際上僅是最基本的法律原則之一，「法不溯及既往」。但本文在此並非從討論一個國家應該怎麼對待其人民的憲法學角度去解釋，而是從社會最根本的連結功能去探討。是以，從此社會契約論的角度，此處將再次強調初級規則跟次級規則的重要區分，其特色在於次級規則永遠依附於初級規則之上，以初級規則的輔助角色，不能逕自拿來當行為規範使用。

因此，刑法所帶來的刑罰和預防將來犯罪行為之間的關係是間接的：刑法並沒有辦法直接去遏止將來可能發生的犯罪，一般預防效果的前提認為可透過威嚇的方式來達成完全預防效果，可能是針對處在完全控制下的被豢養動物，而非是人類社會；刑法係以繼續宣示某行為是一個犯罪行為，並且會被此一法秩序處理的方式，來讓多數人繼續自主地遵守行為規範。如果只保持著單方向的思考，認為除非加以重刑，否則將無以抑止犯罪，那麼除了一味的重刑化之外將別無其他路線可以選擇，進而在面對重刑化失敗的結果，也只會認為這是刑度還不夠重的原因，在這種互文矛盾邏輯之下，也將忽視有效的行為規範為何會被行為人違反

的真正原因，以錯誤的方式卻試圖達到正確的效果。



綜上，確立刑法的事後處理機能（以及定位），在本文的體系中是刑法的第一個目的。惟須敘明的是，本文此處所稱之刑法係指「刑事司法系統中被適用的刑法」，透過立法程序規定的刑法條文當然足以成為指引人們行動的行為規範，這點無庸置疑，但是在現代社會中足以作為人行為規範的因素實在太多，例如個人的道德觀念、教育背景等都足以影響人認為自己究竟該如何行止，而刑法僅是其中的影響因素之一，但是刑法所指涉之行為規範之重要性較高，所以透過了次級規則的承認規則將其放入社會須共同遵守的法律規範之中，而本文所討論的「刑法」，正是用以確認這些行為規範是否被確實遵行的次級規則－裁判規範，經過以上的討論，本文可以進一步替初級規則和次級規則進行更精準的描述：基本上初級規則會不斷地吸納社會和個人新的情勢而改變，是一個**綿互流動性**的概念，流動性的好處固然是適應性很高，可以因應各種不同時空變化的情況產生效果，因為隨時處在變化之中而且變化沒有門檻，改變雖不斷發生但不會劇烈，在參與因素複雜的情況下仍會產生極高的不確定性，無論是對個人（小社群）或是更形巨大社會的初級規則皆然，個體認定的行為規範不斷匯流影響社群的行為規範，同樣的群體之行為規範也會反饋衝擊個體的行為規範，形成綿延不絕形形色色的行為規範系統；但是次級規則卻是以獨特的姿態追隨在這些不斷改變衝撞的行為規範之後，將社群公認部分重要的初級規則以**承認規則**<sup>147</sup>特定出來，並以**裁判規則**<sup>148</sup>對於是否違反這類行為規則做確認，當社群認為有需要的時候再佐以**變更規則**<sup>149</sup>，在不影響前兩者運作的情況下進行改變，相較於初級規則的不斷變化，次級規則在大多數的時間都是處於靜止的狀態，穩定發揮其效果，雖其

<sup>147</sup> 透過承認規則指出部分關鍵的特徵，確認哪一些初級規則整個社群共同的規則，而應該以社會的壓力來支持，詳如前述。

<sup>148</sup> 授權某些人對於在特定時空下，初級規則是否被違反做出權威性的決定，並且按照裁判規則衡量，詳如前述。

<sup>149</sup> 藉由授權給某個人會某一些人的方式，使他們得以為整個社群或其中某一部分人的生活引進新的初級行為規則，也就是行為規範，詳如前述。

產生變化的時間極為短暫，但變化的幅度卻可能較高，有如跳躍一般以期跟上初級規則的變化，因此可謂是靜滯前躍性的概念。



### 第三項 連結／斷裂社群下真實之「一般預防功能」

當社群肯認刑罰僅能透過刑事司法操作下的刑法來施加之際，即是使其融入以靜滯前躍性為特徵的次級規則之一部分，則必須放棄直接用刑罰來影響以綿互流動性作為特徵的行為規範這樣的想法。質言之，只要還處於刑法—刑罰這樣的論述系統中，傳統一般預防理論的初始設定，透過刑罰施加以產生影響社會上其他人的「殺雞儆猴」效果就會和刑法的性質產生衝突，這也是一般預防理論會不斷被刑法學說抨擊的根本原因，所以本文以為也不必然要將這種論述方式綜合進去刑罰理論解釋，那只會打開一個不必要的缺口，讓刑法帶領刑罰去追求一個事實上根本難以達成，而且和本身性質互斥的目標。

但毫無疑問地，社會對於「一般預防」這種普遍廣泛的渴望絕對是其對於刑罰想像中最重要的一部分，而大多數人之所以會以最認真的態度去看待刑法所代表之行為規範的原因，也是因為有刑罰作為後盾產生的影響，故「人係出於對刑罰的恐懼因而不會犯罪」的觀念深入人心。所以要達成與社會溝通的效果，在破除預防迷思之虞，仍然必須要提出預防效果的替代解釋方案，否則即使提出刑法是次級規範的事實，因應的方式可能也會變成更改刑罰的操作模式。畢竟出現社群同意放棄使用刑法來控制刑罰的狀況也是有可能的，但這種方式走到極端就會是恐怖統治的誕生。因為當危機越來越多，而刑罰看似永遠都不夠嚴重時，循此思維只好進入全監控的社會，而這絕對是本文所不樂見的結果。



因此本文認為有必要對於現行刑法－刑罰結構下的刑法機能和操作模式再進行一次完整論述。對於規範意識的再確認是靜滯前躍性的次級規則發揮作用的方式，在前述心理學社會常模架構的闡釋下，規範意識經確認後成為社群共識，此一共識會對參與其中的個體產生顯著的影響，而刑法因為是有刑罰在背後支撐的裁判規則，因此被其所確認的部分行為規範對於個體行止的影響力會更形顯著，但是這些被影響的個體須有一個理所當然的前提，那就是對社群產生認同歸屬，因而未受到社群所強調的規範所影響。在此前提下，社群的範圍越廣闊，將能使更多個體產生規範意識影響其行為規範，那麼初級規則約束的效果就會越顯著，在本文所敘述也就是現況下的刑法－刑罰結構本身就是在透過靜滯前躍性的次級規則和綿互流動性的初級規則以其各自不同的定位互相配合，以期在蘊含不斷擴大可能性的社群中，追求一種對於群體的影響和掌控效果，此即是現行體制下的「一般預防」。

至於原本消極一般預防理論之預設，卻係試圖透過個體對於刑罰的恐懼來達成影響其行為的目標，這種操作的影響方式反而會更像是針對特定個人會不會違反特定行為規範做出「保證」，所以必須不斷 1) 找出「想要威懾的對象」，並且 2) 確認他們真正的「恐懼」所在，才能依其所預設的途徑達成威懾效果，但要達成兩項前提要求的難度非常高。找出威懾的對象涉及誰是潛在的可能犯罪人，而找出恐懼的項目更是要進入他們的內心探找，這種作用方式實際上已經變成一種另類的「特別預防」，而且還是一種無法特定對象、更無法特定項目的特別預防，難度遠比針對特定犯人的犯行進行矯正的傳統特別預防高上不知多少，但是就連把人抓起來做特別預防的成效都已經在上世紀 1970 年代中期開始逐漸被質疑其成效，產生矯治無效化的論點<sup>150</sup>，連人都還沒抓到就試圖對潛在的犯罪人進行影響，其效果更是可想而知。若在這條思路上堅持下去，則惟一可能勉強提

---

<sup>150</sup> David Garland 著，周盈成譯（2006），《控制的文化》，初版，頁 71 以下，台北：巨流。

升效果的方法就是加強社群對於廣泛被認為有潛在犯罪可能性的參與個體非自願性監視和控制（否則的話仍然不能找出潛在犯罪人和探知其所畏懼），在對所有人掌握程度更高的情況下威嚇才有可能達成，雖然加強對個體的監控卻會和本刑法—刑罰論述中刑法係以確保人民對抗國家的命題產生衝突，在傳統刑法理論的預設立場中根本就不可能被實現<sup>151</sup>，至今這個命題現在已經被另外一種呼聲取代，即如前引法務部文宣一般，強調刑法必須要對抗犯罪、保護人民，但是找出（或是定義）越來越多的「潛在犯罪人」，並且加以更嚴格的監控，這種在社群之中產生分化的差別待遇，例如以前科將受更嚴格處遇等方式，將切斷這些本來就已經在邊緣的個體和社群之間的認同聯繫，則其行止受到社群共同的行為規範效果就會越來越微小。若然如此，則試圖將社群擴張產生更多連結以增加更多控制力裨獲得利益的次級規則，會反過來變成減低社群可控制範圍的反作用產物，故此，在想像著不知道效果究竟會如何的更高控制力同時，卻肯定必須承擔降低影響力的代價。

這種思考脈絡的切斷連結效果也有刑法學界的討論作為佐證，其中最著名的當屬德國雅各布斯（Jakobs）教授提出之「敵人刑法」概念。氏主張「那些持續性地、原則性地威脅或破壞社會秩序者，根本性的偏離者，應把他當作一個敵人來看待<sup>152</sup>」，嘗試從法規運作的外部去區分出「市民刑法」和「敵人刑法」這兩個區塊，同樣提出社會契約論作為基礎，某部分破壞契約者已經自行終結契約，回歸自然狀態，因此不再被當作是市民的一部分，當可以敵人視之，因此提出規範的存在使得溝通系統變得可能，因此人們得以在此秩序底下去預測他人的行動（信賴他人會為／不為特定行為，進行有效的溝通），但這種信賴仍然可能因為不斷被突破而產生動搖，導致效果下降<sup>153</sup>。在此同時，對於一個人的「人格性」

<sup>151</sup> 話雖如此，但現今刑事政策已經隱隱然有這樣加強社會控制的走向，這也是本文所強調刑法—刑罰理論不斷與社會偏離的特徵之一。

<sup>152</sup> 曾淑瑜（2007），〈評雅各布斯的敵人刑法〉，《華岡法粹》，第37期，頁25。

<sup>153</sup> Luís Greco 著，李立暉、陳志輝譯（2010），〈Jakobs 的敵人刑法〉，《法學新論》，第22期，頁

之信賴也是減損的可能性。一般市民具備人格因此被信任能夠依循規範而行動，反之人格性逐漸下降的敵人已經不再被信任有與社會繼續共存的可能性，「一個無法被強迫拉進市民狀態的個體（Individuum），是無法享有人格者概念的庇蔭的」，人格這個概念並非天生的，實係「法秩序對於履行法律的行為義務之對待給付」<sup>154</sup>，故而可反推出一但個體無法履行期義務，當無必要對其進行對待給付。在此前提下，雅各布斯教授更進一步認為並非國家將「敵人」排除在外，而係的人自己做出決定不去做符合對市民身分期待的行為，而自外於社會的，敵人刑法的特徵是將刑法的禁止效果大幅前置（所謂的處罰前置化，在造成法益侵害的前階段就認定已經構成犯罪行為），且沒有搭配相關的減輕制裁，同時縮減法治國下的程序保障<sup>155</sup>，這種情況在性犯罪、經濟犯罪、恐怖主義和一般性的對抗犯罪立法等情況都有可能會出現<sup>156</sup>。

本文無意要對雅各布斯教授的見解進行批判，除了對敵人刑法這一領域掌握尚不夠深入之外，對於雅各布斯教授究竟是在宣揚敵人刑法的概念，亦或僅是宣告有敵人刑法此一事實都還陷於爭論<sup>157</sup>，本文欠缺這種進行批判的基礎。但是，對於敵人刑法的概念已經在我國法內出現的「事實」仍然必須要做處理，畢竟這種概念實際上就是在衝擊前述的社群連結，將身處於同一社群的眾人，區分成「市民」和「敵人」這兩塊，並割裂原本為一體的法秩序去進行適用。

就實際功能性而言，可以發現敵人刑法和其在理論上的駭人聽聞相反，確實

---

47~48。

<sup>154</sup> Luís Greco 著，李立暉、陳志輝譯（2010），〈Jakobs 的敵人刑法〉，《法學新論》，第 22 期，頁 48。

<sup>155</sup> 依本文理解，因為將處罰前置，法益確認較為困難模糊，一般會降低刑罰的嚴厲程度，例如預備犯、未遂犯之刑度即較既遂犯為輕；並且附加更周延的程序保障，如加重國家的舉證責任等等。

<sup>156</sup> Luís Greco 著，李立暉、陳志輝譯（2010），〈Jakobs 的敵人刑法〉，《法學新論》，第 22 期，頁 48。

<sup>157</sup> Luís Greco 著，李立暉、陳志輝譯（2010），〈Jakobs 的敵人刑法〉，《法學新論》，第 22 期，頁 50~52。

是一個十分有魅力的出發點。針對本文所強調之大眾溝通面向而言，將特定領域之少數犯罪自刑法中切割出去，定位為所謂「戰爭」行為，於是以異於原本法秩序的處理方式去處置，將這方面滿足大眾自偵查程序乃至處遇等各階段種種重刑化之要求，而除此之外的市民刑法部分則可免受大眾力量的影響，繼續以傳統刑法的方式保障人權。雅各布斯教授也點出目前的狀態是敵人刑法和市民刑法混雜，因此「一個被清楚繪定的仇敵刑法，就法治國的角度言，比起在整個刑法中充斥混雜著仇敵刑法的諸般規定而言是較不危險的。」<sup>158</sup>

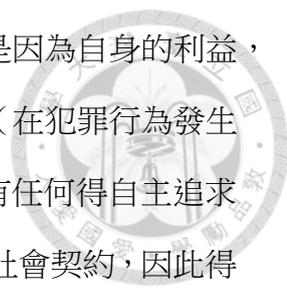
國內部分判決很顯然已經在不確定是有意或無意間參雜了這種敵人刑法的概念進去，例如此一最高法院刑事判決<sup>159</sup>：「...其行兇方式泯滅人性，而對曾予照顧關愛之女友父母，無絲毫情義之念，刀刀冷血無情，惡性實為深重難改，倘不與社會永久隔離，則日後如對他人心生不滿，再以相同之偏激、暴力手段侵害他人生命權之可能性極高，此由上訴人犯後未痛悔犯行，仍思另尋機會殺害報復乙○○洩憤一節，亦可明瞭，其殘酷性格，就社會防衛角度觀之，亦有使之與社會永久隔離必要。」敵人刑法的幾項特徵在此短短的判決裡面都可略見端倪，首先從其殘酷的犯罪行為找出危險性（惡性、殘酷性格），認定其已經無法被期待會符合社會信賴（再度心生不滿的侵害可能性極高），自己銷毀自己的人格性而與國家無涉（人性泯滅），係出於社會防衛而使之永久隔離（避免無法預測的「敵人」重新進入社會）。

這般參雜著敵人刑法概念進入現行刑法實務的判決模式，先不論其結果，內部邏輯卻已經面臨重大的挑戰。首先，若仍要從社會契約論作為出發點，則人格這個概念究竟是天生的還是國家（作為共同體的代表）賦予就會非常有問題。人

---

<sup>158</sup> 林立（1994），〈由 Jakobs 「仇敵刑法」之概念反省刑法「規範論」傳統對於抵抗國家暴力問題的侷限性〉，《政大法學評論》，第 81 期，頁 12~13。

<sup>159</sup> 最高法院 97 年台上字第 4482 號刑事判決。



為什麼要從自然狀態進入社會契約論本文前已提及，簡單說就是因為自身的利益，如果一個人的「自我決定可能性」都已經要由他者來任意定義（在犯罪行為發生後逕認接下來不可能遵行義務），那麼其本來在社群中是否還有任何得自主追求的利益實在非常值得懷疑，如此是否還能推導出其係同意加入社會契約，因此得到對其進行處罰的正當性就變成一大問題；次之，作為共同體社群之意志代表，國家的角色在敵人刑法概念中處在一個非常模糊的角色，既認為人格是國家對於遵守義務的對待給付，強調國家對於個體的強大影響力，僅有國家有資格進行這個給付，而且給付的內容和義務的範圍盡由國家所訂定，但是在討論到個體「與社會為敵」時，國家的影響力又消失不見，變成完全是個人的選擇，以建立對其採敵對態度的正當性，前後落差之大實難以自圓其說；最後，雖然討論時均以慣犯為例，強調其不斷犯罪的行為會減損到社會對其人格的信賴，以致溝通變成不可能故得以敵人視之，但是可能會減損社群對於某一特定個體信賴的項目，絕對不只有不斷為重大犯罪這一項而已，前引判決內容就清楚顯明，殘酷的犯行只要一次就足以被當成需要進行「社會防衛」的理由。所謂的連結或是溝通，其初始狀態應該是雙向的，即使個體放棄了連結，只要社群仍然聯繫著其中一條管道，則個體隨時都有選擇重新建立連結的可能性，此時連結尚不算是完全斷開，社群仍然試圖對於個體施加影響，惟在「敵人」這樣的概念區分出來之後，社群也是以切斷個體和其連結的方式對其行為進行回應，即使個人試圖重新建立連結，在力道相差過劇的情況下也會變成異常困難導致回歸不能。於是個體和社群之間的連結被徹底斷開，原本相互影響的管道被一種控制的暴力取代，利益在陷入自然狀態的衝突情況下，個體的身世背景、成長環境、前科紀錄、犯罪類型無一不會被當成導致信賴下降的原因，這些情況下我們根本就無法解釋究竟是因為信賴下降所以切斷連結，還是切斷連結後導致信賴下降，導致有循環論證的可能性。

事實上，這種解釋方法的目的應和本文所欲作的任務差不多，也就是和社會

對於刑法的「要求」進行溝通，將「敵人」和「市民」切割開來的做法本來是想要做出一道防火牆，透過放棄一部分領域的方式，將社會的對於刑法的質疑阻擋在部分特定容易引起爭議的犯罪，以確保其他大多數範圍內刑法的繼續發生效果。但敵人刑法的概念有如前述的種種內在問題，尤其是第三個信賴下降的成因問題，既然肯認了有切割的正當性，又無法找出完善具說服力理論控制住對於信賴下降的詮釋權，結果就是預想中的防火牆反而變成現實的理論缺口，讓敵人的概念大幅侵入致所謂的「市民刑法」。

當敵人刑法開始擴張，問題會越來越嚴重：當一個犯罪行為人因其犯行導致被視為敵人，譬如說性侵犯，導致其所受的刑事處遇和社群中的非敵人——一般市民產生不同，產生了必須從危險源頭開始控管，將其與社會隔離的必要。刑事司法可以暫時控制這些「敵人」，將其關到監獄之中和其他市民隔離，以其繼續維持溝通秩序，但是接下來呢？被敵人刑法理論建構時拿來類比的對法秩序信賴之減損在刑法被實施重新確認之後能夠回復，但是被貼上敵人標籤的信賴減損連理論上卻不可能因為入獄而被治癒，這是內建在邏輯本身的問題：如果藉由入獄進行矯治即可修復信賴的話，那就沒有必要認為無法溝通而將其劃分至敵人領域了。但是，除非對所有的「敵人」都採取前引判決的死刑或是終生監禁方式來永久隔離，不過死刑太多過於殘酷會導致敵人範圍縮減，而終生監禁成本太高，兩者都會有事實上的困難，於是許多「敵人」終究是要有回歸社會的一天，這時候原本的社群連結已經被切斷，社群規範對其的影響力已經降至最低，但又不得不置其於社群之中。依本文見解，真正的危險源此時才會真正產生，然後陷入越是犯罪越無法被信賴，不被信賴導致更多犯罪的惡性循環之中，當然犧牲品也絕對不僅是在刑事司法中來回打轉毀滅一生的人而已，惡性循環進行的過程當中，市民對於所謂「敵人」犯罪的不安和疑慮會持續上升，為了維護溝通秩序就會把更多杯弓蛇影的邊緣地帶劃分進敵人的範疇，社群為了這種裝成一般預防外貌的特別預

防方式，所需付出的代價絕對是一開始所無法預估的。



追根究柢，是連結社群，亦或是斷裂社群的刑法—刑罰論述能夠發揮較佳的效果呢？連結和斷裂的這兩種見解最終都指向同一個目標，也就是維持溝通秩序<sup>160</sup>，讓人的行動變成可以預測以開展出更多的自由。這個地方讓我們再回到哈特的見解，其實他早已清楚點出類似敵人刑法見解的問題，確實一個社會需要相互自制的體系方能生存，但這個體系卻沒有必然要擴及到所有人。這種情況導致權威的被執行方式有兩種，其一是只針對一面享有規則保護，卻在另一面破壞他的「犯罪者」，另一種方式則是被拿來當成鎮壓工具以維持對處於劣勢的被統治族群永久控制，這些族群的大小取決於統治階級對其進行組織的能力，無法組織進去的受壓迫者「對體系沒有任何忠誠可言，只有恐懼。他們是體系的受害者，而不是獲利者」<sup>161</sup>。

第一種方式即本文所稱之連結作法，即本文解釋下之現行刑法—刑罰論述操作模式，嚴守社會契約原則必須要在解釋出利益的情況下方得推定其有同意，作為對其為懲罰的正當性，也試圖以自願的方式進行社會控制，其實也可以算是在第二種方式之下對於被統治階層的組織連結方法之一；第二種方式即是敵人刑法式的斷裂，製造出一群以恐懼進行強勢統治的被壓迫階級。當然，在這邊還是沒有提出具體的「好處」究竟在什麼地方，我們可以再看哈特更直接的論述，氏認為法律體系的存在是個社會現象，它也會以兩種方式來表現，即自願接受規則時所採取的態度和行為，以及僅僅是服從和勉強同意時比較單純的態度和行為，「因此，法律社會裡有某些人，把社會的規則是為既定的行為標準，不只是預期執法者對於犯罪行為的可能制裁而以。但是也有些人，因為他們是罪犯或是體系下無

<sup>160</sup> 此處之溝通所指並非本文所一再強調之刑罰—刑罰系統和社會之間的溝通，而係社會在運作時所需要的秩序。

<sup>161</sup> H. L. A Hart 著，許家馨、李冠宜譯（2000），《法律的概念》，初版，頁 254~255，台北：商周。

助的受害者，體系必須以強制力或威脅將這些標準強加在他們身上；他們之所以在乎這些規則，只是因為它是可能的懲罰來源。這兩個元素的平衡取決於許多不同的因素。如果那要求人們服從的體系，能夠真正公平地滿足所有人的重要利益，它就能夠獲得且長久維繫人們的忠誠，這體系也就是穩定的，另一方面，它也可能是狹隘且排他的體系，只考慮到統治階級的利益，它越是提高潛在的威脅，就越會行高壓統治，而且越不安定。」<sup>162</sup>

將上述哈特見解套回到無論是初級規則和是次級規則的初衷，都是要建立並維持溝通秩序以確保人的自由開展空間，就「秩序」這個詞的本質來看追求穩定當屬優先目標，越來越不安定的秩序很難帶來秩序的利益。因此，刑法唯有透過對刑罰功能的明確認知，方能正確而有效率地建立起刑罰使用系統。刑法既然是次級規範的裁判規範，它的操作在本質上就和行為規範不同。所以刑法有罪刑法定主義，刑法旨在提供一個公平而能夠衡量行為人過去某一行為的標準，以決定如何透過施加社群強制力量之方式，維持這個社群對於所有參與者的秩序；換言之，裁判規範的適用並不是一個多數決的場域，它代表著社群對於所有參與者承諾的秩序。因此，若為了將來虛無飄渺，捕捉不著的「預防」功能而去破壞原本的秩序，將破壞掉次級規則和初級規則的界線，將裁判規範再次吸納變成行為規範的一部分，整個社群連結擴張的功能將逐漸消褪，這絕非原本制度設計的本意。

但是這一層次的探討，僅是要將刑法使用刑罰的目的定位在事後處理機能，避免在利益衝突的情況下以預防為理由去改變原本的處遇方式，因為事後處理機能的基礎在於對社群的法秩序維護，利益衝突的情況下改變將會減縮社群範圍，對於其真正的「一般預防」機能發揮有害而無益。這種機能性的限制並不會對於

---

<sup>162</sup> H. L. A Hart 著，許家馨、李冠宜譯（2000），《法律的概念》，初版，頁 255~256，台北：商周。

重刑化或是預防以外的處遇方式產生根本性的影響，無論是要採死刑或者是其他嚴重懲罰，只要是在事前（犯罪行為發生前）就已經規定好，則不會和這個事後處理機能產生牴觸的情況，所以本文提出刑法的真正效果在於事後處理機能，只是如一開此所述一個戰場的鎖定，屏除在此之外的紛雜不休的預防犯罪等等討論，雖然可能隱約出現一個方向，但仍無法真正確定究竟要在這個領域內採取什麼立場，例如說針對殺人犯規定法定刑十年有期徒刑即可以確認法秩序的信賴，但處以死刑也同樣可以，兩者同時都能達成此效果，究竟該採取何者為是，判斷標準如何，這些面向的探討就留待下兩節去討論對於刑罰的外在以及內在限制。

## 第二節 與焦慮對話：作為刑罰外在限制的刑法機能



前一節中，本文所採刑法－刑罰系統的目的論之一般預防理論，其在操作上類似學說上所謂之積極一般預防理論，德國學者帕夫立克（Michael Pawlik）教授認為積極一般預防理論因為仍須訴諸人民對於法秩序的認同，因此無力於自行建構「究竟為何可以施加刑罰？」以及「為何刑罰是正當的？」這兩個問題的解答方式，畢竟人民基於某些理由相信刑罰正當性，和刑罰本身即具備正當性之間仍有差距。因此積極一般預防理論仍必須向「偏好以應報作為刑罰正當化」的人民妥協，透過應報理論來達成最佳的社會整合效果<sup>163</sup>。本文原則上認同無法完全將應報理論自刑罰理論中排除的觀點，但亦不因此認為這種形式的積極一般預防理論即無法成為刑罰的目的，施加刑罰的正當性透過正確的社會契約論運作可以建立，使社群得以擴張並建構契約人民所欲維持之秩序，這才會是刑罰真正的目的，即使認為在某些特定領域不完全是以預防相類似犯罪發生為唯一考量，亦不損「預防」作為刑罰之目的，然而這種正當性的建構方式也保持著可以在一定程度內產生變動的彈性。

這種彈性就是當我們已經能夠確認刑罰真正發揮的作用之後，接下來要討論的是部分其他的機能，如本文先前所定義，這些機能不會是刑法存在的目的，因為去除了他們刑法並不會因此就不存在，但無可諱言若能在不與目的衝突的情況下，能夠擁有越多機能的法律會對社群生活帶來越多利益，因此社群通常不會滿足於控制刑罰的刑法規範只以完成其目的的姿態呈現，然而在增加機能的同時，要怎麼樣避免和原本的刑法目的衝突，將是本節的重心所在。

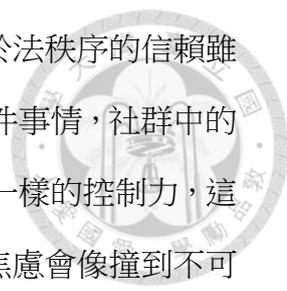
<sup>163</sup> Micdaael Pawlik 著，鍾豪峰譯（2010），〈對預防理論刑罰正當化論據之批判〉，《政大法學評論》，第 117 期，頁 373。



## 第一項 對法秩序的焦慮與應報理論的轉變

在開始討論新添機能的可能性之前，本文必須要將上一節中已經隱約碰觸到的一些問題，進行一個更全面性的闡釋處理。如前所述，對於犯罪行為造成的法秩序信賴之減損，可以透過事後處理機制讓法秩序運行而得到恢復，這是連結式操作的根本，其所指涉的法秩序信賴是讓社群認為仍有此規範在運作中而帶來效果，這個效果當然不可能會是所有人都不會為此特定行為，但至少大多數人仍會遵守，不至於會影響到其生活的自由開展，但這並不代表對於該行為人的信賴也有可能回復，當刑法－刑罰論述的焦點被鎖定到此時，另外一種很類似對法秩序的信賴的產物就會出現，就是從特定個案中發現危險源，導致其對所處環境原本存在的那一絲不安感產生波動，這一絲不安感並不足以動搖對法秩序的信賴因此導致不再遵守規範，它會從另一個方向展現，也就是對法秩序的「運作方式」產生不信任，懷疑其是否能夠確實有效地維護此一已經為其所信任的法秩序，並會試圖透過對危險源的排除以壓抑不安，為明確區分二者並有效指稱，本文將其定義為「**對法秩序的焦慮**」。若說對法秩序的信賴危機是往某一方向而去的話，則對法秩序的焦慮危機必定是往其的反方向發展，因為越是出現對法秩序焦慮的社群，代表其在原本穩固的法秩序中獲得越多利益，也就更有意願去遵守規範，不僅如此，甚至會希望擴張規範的影響力，使其能夠得到更多利益，所以通常情況下這種焦慮會成為在特定社群中法秩序信賴的助力而非阻力。

對法秩序的信賴問題是刑法－刑罰論述發揮效果的真正功能，所以有必要以刑罰去發動，那麼對於不會引發信賴危機的對法秩序之焦慮，似乎就沒有處理的必要了？但是，對法秩序的焦慮雖然與信賴往不同方向前進，但是物極必反，當焦慮沒有被妥善處理，在不斷醞釀增強的過程中將會發展至極限，從此對法秩序



的焦慮將會變成**對法秩序的恐慌**，當恐慌的情況發生，社群對於法秩序的信賴雖然仍不會消失，但此時的效果應該是沒有餘裕去思考法秩序這件事情，社群中的參與者雖然仍會遵守規範，但是已經不相信規範仍然有像之前一樣的控制力，這種控制力當是指想像中的敵人而非只其自身，此時之前所有的焦慮會像撞到不可突破的障壁一樣產生反彈，往法不被信賴的那個方向前進，此時同樣會產生類似法秩序不被信賴的結果，此時法秩序仍然持續發生其效果，社群中人仍受其控制卻已不再相信其效力，會認為自己又將陷入類似自然狀態下的競爭，但是彼等受規範影響者卻沒有辦法放膽進行競爭，於是原本法秩序承諾開展的自由選擇空間又開始萎縮，對於戰爭的恐懼隨著恐慌顯現，仍在規範限制內的社群成員會如同在自然狀態之下開始採取諸般防禦措施。同時，這些無法攻擊的受規範影響成員會將內部的壓力轉嫁至仍在原本的信賴體系內運作的普通刑法－刑罰系統，畢竟暴力被收編以後，刑罰變成唯一的「攻擊」武器，而現成的敵人自然就是原本刑罰作用的目標，即違反行為規範的社群個體。

對法秩序的焦慮、乃至恐慌既係從那一絲不安感而來，若要進行處置自仍需從這種不安感下手。首先我們必須確認的是，究竟刑法有沒有必要去回應對法秩序的焦慮情況？如果單依刑法－刑罰理論的功能來看其實是沒有必要，但從社會溝通的層次來看就會變得極具重要性，因為刑法的正當性既從社群而來，則社群中的情緒變化自然也會被轉化成某種類似利益的東西，只要是社群所共同承認的利益，法律則有對其呼應和吸納進去體系的必要性，否則對社群利益的保護出現缺口，社會契約的正當性將會逐漸減弱；次之，本文要關心的是以什麼方式進行回應的問題。對於社會上的不安感凝聚之後造成的結果，刑法的回應方式唯有透過其所能夠開啟的刑罰，蓋刑罰如前述是一個被收編武力的社群中唯一之「攻擊」途徑，所以只能以是否刑罰，以及刑罰的強度等方式來進行調整，但是法律體系中並非僅有刑法一途，擴張解決途徑是某些時候遇到困局的最佳解，但是這一節

仍只是關於其他的回應可能方式本文將留待下一節討論；最後值得討論的或許就是該回應這種社群焦慮的情緒到什麼程度的問題，雖然其並非對法秩序信賴的破壞，卻足以引發相似的效果，而實際上也不可能將人心中的不安感完全消除，所以討論的就只會是程度問題，要讓焦慮對刑罰產生多大的影響效果，將是本節討論的重心。

對法秩序的焦慮實際上早已被納入刑法之中，而刑法—刑罰理論與其對話的經驗並非是完全沒有，其中最為普遍的應即為應報理論。當我們已經將對法秩序的焦慮和對法秩序的信賴剝離開來之後，就會清晰地浮現出應報理論想要回應的對象很明確就是前者。在應報理論之中，討論的重心完全和第一節所述要怎麼樣維持現有的法秩序繼續運作，使法秩序運作需給予犯罪行為人多少刑罰脫鉤，而係在規範確定會發生效果的前提下，仍去討論究竟要給予多少刑罰社群才會認為足夠，並且嘗試提出一個社群施壓的標準，在這邊本文並不認為存有某種先驗的標準存在，而是隨著社群的思維演變方式而調整。

因此，當我們試圖了解和焦慮對話的諸般情況，當從應報理論的分析開始討論起。應報理論，又稱報應理論或是絕對理論，認為刑罰的本質在於「報應」行為人對於他人所造成的侵害，以刑罰造成之痛苦，去平衡犯罪行為帶給他人的痛苦<sup>164</sup>，對法秩序的焦慮這種本質為不安的情緒在應報理論之中會以非常多不同的姿態呈現，並試圖逐漸擴張其影響力。應報理論本是以「同害報復原則」這種最簡單的反射性概念為原型，如漢摩拉比法典和聖經中都有出現類似「以牙還牙」、「以眼還眼」的類似內容，而社會上經常出現的「殺人償命」想法也有這樣的痕跡存在<sup>165</sup>。但是在同害報復原則的限制下，刑罰必須要緊緊和犯罪被害人所受

<sup>164</sup> 王皇玉（2009），《刑罰與社會規訓—台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變》，初版，頁4，台北：元照。

<sup>165</sup> 王皇玉（2009），《刑罰與社會規訓—台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變》，初版，頁4~5，台北：元照。

的損害連接在一起，社群的特殊需求沒有任何介入的空間，這種緊縮的操作模式讓刑罰的應報理論跟古老的**報復模式**沒辦法做出區別。報復模式在本文定義即為原始社會中針對利益被侵害時，從被害人角度出發的反擊，因為是回應先前的侵害故具有初步的正當性。從社群利益的觀點，報復模式的缺陷並不完全在於過於殘暴，或是例如「出自仇恨的心理即人類侵略攻擊性的本能<sup>166</sup>」之類的形容詞下的結果，而在於報復模式中，社群介入的正當性必須要透過被害人間接產生，而被害人的處置不一定能夠完全反映出社群的需求，當兩者出現衝突的時候，社群依其決定對犯罪行為人施加刑罰的程度乃至更為根本的正當性都會產生問題，關鍵就在於「**施加暴力的刑罰雖然被社群收編，但被害人承受犯罪結果的痛苦卻不可能被吸納至社群之中**」。如果繼續使用同害報復作為調整刑罰的正當性基礎，非但社群對法秩序的焦慮無法藉由刑罰來宣洩，甚至連原本對法秩序的信賴基礎下的刑罰都會受到影響，因為當刑罰的正當性被解釋成個人化的事情時，和聯繫社群確認法規範存在的刑罰概念剛好是背道而馳，發展出次級規則的社群就是要避免回到個別處理問題的原始社會狀態，在這麼多不利因素影響下，報復模式在諸多刑罰理論中成為被攻擊的箭靶，每個要證明自己更為先進的理論在提到報復模式時，多少會替報復模式加上野蠻落後等形容詞，但真正無法繼續操作下去的原因可能會和野蠻無關，即使是很接近近代的刑罰也不乏「野蠻」的肉體刑，但是其理論基礎卻不一定是因為報復模式，由此可以觀察到報復模式真正被淘汰的原因還是在於其無法呼應社群的需求。

如果最簡單有力的同害報復原則有著致命的缺陷，那麼該怎麼和對法秩序的焦慮對話呢？於是應報理論經過一段時間發展後，往往會進一步和正義等詞彙連結在一起，其中被認為是其代表人物的康德（Immanuel Kant）即有以下說法：「法官所科處之刑罰……絕不能僅作為工具，為犯罪人本身或為社會而促使他人向善

---

<sup>166</sup> 林山田（1992），《刑罰學》，修訂版，頁 47，台北：臺灣商務印書館。

的工具，而必須是因他犯罪，因而對之科以刑罰；因為不能把人僅僅當成工具，為他人之故而加以處罰，而且人不可與物權法上之標的物相混淆，違反保護他與生俱來之人格，抗拒受幸福說奴役的人，『一人死亡總比全體人民死亡好』；因為當正義消失，人活在世界上就不再有意義了<sup>167</sup>。」康德的思考當然不僅止於此，但單就此處所出現康德的概念，其所衍伸出的思考方式即將「同害報復原則」的報復模式外表給褪去，換上來的是一層公正應報的新衣，關鍵即在於這種解釋方法將原本社群想要強制加諸的刑罰解釋成一種天經地義即該發生在犯罪行為人身上事情，因為犯罪本是其自由意志決定下的產物，故其當需為自己的行為負責，社群的施壓反而變成一種被動出手的姿態，是為了「平衡罪責」而來，也係今日刑法學說討論中罪責概念的根本<sup>168</sup>，在其概念中，刑罰乃是一種不受目的思想所拘束的正義命令，所以也稱為「正義理論」<sup>169</sup>。而平衡罪責的標準，在這種觀點裡其實也和同害報復差不多，只是其基礎變成是該種絕對正義的達成，要求「等量報復」，且不得混雜以其他目的轉移，否則即影響正義的絕對性，任何犯罪人犯下的任何犯行都等同是犯在自己身上，僅從客觀層次上去履行同害報復原則，這種情況下可以避免掉因為被害人或行為人主觀差異造成「損害不同」這樣的疑慮，不至於輕也不至重於行為人犯行所造成之結果，這點也可以展現在其對於死刑的堅定立場上面<sup>170</sup>。

儘管康德本身沒有促使社群掌控刑法的意圖，故本文將上述的類康德式論述方法暫定義為「正義模式」，以與前述之報復模式相對應並進行討論。當刑罰程度的控制納入正義模式的因素之後，就出現了某種在同害報復原則下所不可能擁

<sup>167</sup> 轉引自劉幸義（2011），〈論刑罰之目的—由刑法理論、語意學與哲學角度觀察〉，《月旦法學雜誌》，192期，頁157。

<sup>168</sup> 王皇玉（2009），《刑罰與社會規訓—台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變》，初版，頁5，台北：元照。

<sup>169</sup> 劉幸義（2011），〈論刑罰之目的—由刑法理論、語意學與哲學角度觀察〉，《月旦法學雜誌》，192期，頁158。

<sup>170</sup> 馬克昌、莫洪憲主編（2008），《近代西方刑法學說史》，初版，頁120~122，北京：中國人民公安大學。

有的彈性，或者謂改變的可能性。刑罰自脫離報復模式的控制以後，逐漸和被害人的個人性切割，被害人的決定將難以再度在刑罰的實施中扮演重要地位，雖然損害係發生在他們身上，但是刑罰的正當性並非從此而來，而是呼應另一絕對存在的正義。正義模式雖然可能以精緻程度不一的各種姿態出現，但是無論怎麼變化共同的特色就在於正義模式絕對會強調社群的意志對於刑罰的最終決定性地位，以此讓社群的焦慮能夠產生突破的缺口。

就把刑罰的主控權從犯罪被害人手上轉移至社群的角度上來講正義模式是成功的，但是這種建構刑罰的目的方式也不是毫無缺陷，最大的問題就在於其仍會讓整個刑法－刑罰論述陷入一種狹隘的侷限困境：雖然建立前所未及的正當性高度，卻也將刑罰變成是呼應某種詮釋下特定正義模式的產物，無論這個正義模式的名稱是什麼，它都會是一個外在於法這種東西的某種標準，從這個層次的意義來說，將會非常類似本文第二章中所提及林鈺雄教授該種將刑法所要確認的「社會損害性」和「社會和平共同規則」連結的論述方式，這個標準又會是另外一種類似於法規範，卻又不是法規範的行為規範。從而正義模式會困住原本擁有次級規則的健全法規範，使法規範逐漸陷於論述不完全，而且顯然是沒有次級規範相佐的簡陋行為規範之中逐漸僵化。

又這種正義模式往往是在特定個案中被召喚出來，卻又要操作成行為規範的模式，這些因應某種類型個案而生長出來的行為規範有其格局上的限制，當遇到不同個案時又產生不同需要，試圖作調整的時候就會發現先前運作中的正義模式並不足以因應新的局面，當初提出該正義模式的時候是將其當作有成為完整的行為規範可能性來操作，若臨時更改顯然又會跟原本的設定不符，進而導致正當性的減損可能。

綜上，正義模式下的應報理論操作結果往往不是出現一個「絕對」的正義觀，反而會偏向演變成不斷浮動的不穩定價值觀，在基準脫離對被害人侵害的束縛後，操作的東西也很容易溢出康德一開始所設定的絕對標準「等量報復」，畢竟要在正義裡面添加什麼內容才能達成平衡也不是在其規範之外的刑法理論能控制的範疇，而且擁有添加物的空間才是採用正義模式的真正原因，這些添加物自然就是社群在這過程中觀察到的其他目的，如果正義模式底下還是只能鎖死在類似報復模式的等量報復，那就沒有採取正義模式的誘因了。康德一開始可能只是試圖**描述**同害報復原則底下的刑罰操作之正當性，但是把正義拿來因應對法秩序的焦慮之後，這個詞語所包含的廣泛性卻是帶進來一整套正義模式的論述，從而將其本意破壞殆盡，應報從初始的原則本末倒置成僅是其中的某一種正義，部分操作失靈的應報理論或是語焉不詳的綜合理論都因而夾雜有這種混亂的氣息。

## 第二項 法規範內在／外在觀點之提出與流動

正義模式的操作是現今許多散逸於社會中不完整之刑法－刑罰論述的操作模式，大眾會從各自的正義觀點去討論刑法「應該」如何展開刑罰，但是其缺點正如前述會失諸模糊不完整，所以正義模式也發展出其克服辦法，那就是依附著法規範而生，以一種其實大部分內容同意法規範，只是在某些位置展現批判的力道來將法規範內容作調整而已。但是這種作法是否就真的能避免問題產生，其實很有疑問。

法規範最大的特色即是如本文第一節所敘以綿互流動性的初級規則和靜滯前躍性的次級規則相互結合的運作模式，藉以克服只有初級規則的缺陷，聯結複雜社群以發揮效果。正義模式下的其他各種行為規範卻顯然很難發揮和法規範一

樣的周全效果，僅能靠著黏附在法規範邊緣的方式存在，從而得將部分缺陷遮掩住，例如說肯認大多數承認規則下的內容，並且認為裁判規則所帶出的刑罰即是其社會壓力，黏附的方法是透過**對法規範的詮釋**，將法規範的運作結果以該正義模式的標準去詮釋，使社群中人認為確實法是應該且確實依其脈絡產生效果；但是正義模式又必須要展現某種程度的與法規範的不同，否則這種行為規範即會完全被法規範所吸收，而這些不同之處通常會刻意被凸顯成以其自身標準**對法規範的批判**這種形式出現。對於法規範的詮釋或是批判不是只有在正義模式中出現，也會在法律研究最重要的核心，但兩者最關鍵的差異處就在於是從法規範的內在觀點亦或外在觀點去進行思考。在法規範的內在觀點中，詮釋和批判是築基於已經接受規範的前提，並設法讓修正調整規範往其既定的方向運轉，這個方向基本上是環繞著規範的核心而發；然而在外在觀點中，沒有先驗性的對於法規範的承認，但是詮釋和批判時卻仍然需要有一個基準，因此會嘗試從另建基準的方式去檢驗法規範是否照該基準的預設運行，可能會隱約發展成抗衡法規範的趨勢。

「當一個社會群體有著某些行為規則時，這個事實讓人們得以表達許多緊密相關但卻屬於不同種類的說法；因為針對規則，人們可以站在觀察者的角度，而本身並不接受規則，或者人們可以站在群體成員的角度，而接受並使用這些規則作為行為的指引。我們可以將此二者分別稱為『外在』觀點和『內在』觀點。從外在觀點所做出的陳述本身也可能有不同類型。因為本身未接受規則的觀察者可以斷言，某群體接受了規則，因而他可以從外在指涉他們從內在觀點看待規則的情形。...這種觀察者滿足於紀錄可觀察之行為（對規則的遵從部分地展現在這些行為之中）的規律性，以及進一步地，伴隨違規行為而來之敵對反應、譴責或懲罰的規範性<sup>171</sup>。」以上是哈特對於內在觀點和外在觀點的初步介紹，雖然兩種觀點可能同時觀察出很類似的結論，但真正的差異在於對觀察者自己的影響。哈

<sup>171</sup> H. L. A Hart 著，許家馨、李冠宜譯（2000），《法律的概念》，初版，頁 116，台北：商周。

特舉出在交通繁忙的街道上觀察紅綠燈的作用為例，處在一個外部觀點的人觀察一段時間之後會得出「當紅燈亮時，交通極可能會停止」這樣的結論，但這種結論和看到烏雲就知道會下雨一樣是種自然徵兆，而本文將其理解為經驗法則下的自然推演，但這種觀察實際上忽略了對其所觀察對象而言，紅燈並非僅是一個停下來的「徵兆」，而是要求他們停下來的「信號」(signal)，「他們事實上是在遵守『當紅燈亮時要停下來』這個規則，這個規則使得『紅燈亮時要停下來』成為行為的標準和義務。」從而嚴守外部觀點的觀察者沒有辦法從建立在規則上的義務及責任的角度描述接受規則的社群成員之生活<sup>172</sup>，而沒有辦法從外部突破進入依照規則行止的內部觀點也顯現了觀察者儘管可以觀察，但無法真正融入該規則所建構的規律生活。

當正義模式具有其獨立性而和刑法切割開來以後，站在不純粹的正義模式觀看法規範時也會變成一種哈特概念下的外在觀點，外在觀點是不接受規則而僅是進行觀察的觀察者來使用的，但法規範合理的運作範圍卻是整個社群，於是理所當然地產生衝突：社群中會存在一部分的成員，雖然處於社群共同之法規範的影響範圍內，但卻認同另外一套行為規範。這種衝突問題可能出現在兩種對象，其一係法規範的慣性違反者，例如某些社群成員可能自成和法規範偏差的次文化群體，在該次文化的影響下導致其對法規範沒有認同感，選擇違法行為變成很自然的事情，周圍的人也不會將其視為違法者<sup>173</sup>，這類慣性違反者因為欠缺認同，所以對法秩序的觀察會處於幾乎是全然的外在觀點，因此法秩序甚難對其產生影響力，相對地這種次文化中的行為規範也不會對法規範產生什麼影響。

而另外一種對象就是正義模式思考下的社群成員，雖然會認為自己是非常遵守規範，竭力維護法秩序的一群，但實際上他們卻係採取外於法規範的正義模式

<sup>172</sup> H. L. A Hart 著，許家馨、李冠宜譯（2000），《法律的概念》，初版，頁 117，台北：商周。

<sup>173</sup> 周憐嫻、曹立群（2007），《犯罪學理論及其實證》，初版，頁 163~164，台北：五南。



內在邏輯，在大多數正義模式和法秩序重疊的情況，其會和處於內部觀點下成員行動一般無二，但是在正義模式產生衝突時其就會以正義模式作為依歸，這時候也會形成某種不穩固的次文化群體<sup>174</sup>，並操作不成熟的初級規則來要求法規範按其標準而運轉，這些不成熟的初級規則是回應對法秩序的焦慮而產生，但是原本的法規範卻是以維持對法秩序的信賴作為目的而存在，所以在這些初級規則試圖對法規範進行影響時，就包含著減損法規範目的的可能性，在沒有妥善處理下直接吸納的可能性和隱憂甚多，但不吸納的話就會產生一群自認處於內在觀點實則為外在觀點的社群成員，對於法規範的衝擊非常劇烈。造成衝擊的原因係正義模式下的社群成員實際上已經脫離法規範的運作範疇，正義模式幾乎是對法秩序的焦慮而不遲疑的完全接收版本，所以在處理違反規則的社群成員上面，不僅非常容易、甚至是需要將對方視作敵人才能夠凝聚出正義模式的能量，於是社群又會開始分裂，主動切斷和違反者的聯繫最後會造成適得其反的結果，這時候又會走上類似於敵人刑法的路線，但是前一節已經很明白地確認敵人刑法這條路是不可行的，正義模式會比敵人刑法的選擇更糟的是後者再怎麼樣也會有一個次級規則的外型在，但是正義模式卻經常是針對個案而功能性地出現，加上沒有什麼理論基礎在背後，基本上都只停留在最原始的初級規則，而且更容易受到少數人（例如說媒體）的影響，要達成邏輯一致的可能性非常低。

持外部觀點的社群成員之特徵照哈特說法係：「這些人不接受群體的規則，並且只有在他們判斷不愉快的後果極可能跟隨違規行為而來時，才會遵守規則。他們的觀點需要用以下的陳述來表達，即『我被強迫去做這件事』，『如果……我極可能因此而受害』，『如果……，你可能因此而受害』，『如果……，他們將會對你……』。但是他們不需要像『我有義務……』或『你有義務……』之類的表達方式，因為這些表達方式只有對那些從內在觀點來看待他們自己和其他人之行為的人，才是必

---

<sup>174</sup> 因為平常沒有在和法秩序抗衡，所以組織和連結沒有第一種次文化團體的緊密，但是這並不代表就不是次文化團體，其仍然會發展出某種串聯的方式。

要的<sup>175</sup>。」這樣看起來這些敘述非常像在描寫第一種外部觀點（偏差次文化）的問題，但是此種外部觀點在規範以及社會本身不可能是完美的情況下，本來就是一定會和內部觀點共存於社會的，我們也可以很容易觀察出其是屬於外部觀點，而處理這種外部觀點帶來的問題正是法規範存在的目的，藉由對其施加強制力的刑罰來維繫內部觀點的一致。真正會產生問題的是第二種外部觀點（正義模式），它具有和內部觀點相似的外觀，並且以內部觀點地位敵視第一種外部觀點。但是這種敵視會預設不遵守規則者全部都是因為持外部觀點沒辦法用義務的方式溝通，而偏向僅用強制力來發生效果。

單純的強制力和刑罰兩者雖然同樣會發生強大的影響力，但核心概念實則大相逕庭。刑罰如前述是社會契約下經過力意外衝突情況下經同意的規則被違反之後，以此為正當性施行的強制力，而單純的強制力則是回到自然狀態時期僅為施加強制力一方取得利益而來，正當性也就僅止於此，是否能從被施加強制力的對象解釋出利益在所不問。舉例言之，今天警察對違反交通規則的一個人開罰單，和搶匪拿著槍指在一個人背後要求其交出錢，縱使要求繳付的金額相同，我們仍會將前者定義為因違反某種共同的義務被處罰，而後者則是一種剝奪的暴力。基於義務而生的刑罰絕對比剝奪的暴力來得容易讓人接受，也會讓反抗的阻力降低，當社群試圖要對其成員施行強制力的時候，刑罰是以一種「違反義務的處置方式」呈現，而非以強制力剝奪，但是在正義模式的運作中，是以外部觀點認為「如果不施以強制力，則犯罪行為人必定會違反規範」故必須要施加刑罰，將犯罪視為一種失去以義務方式溝通可能性的外在於社群之人的行為。這種定義本身對於刑罰的概念就是非常危險的，刑罰從而變成是針對沒有義務遵守者的單純強制力，也就是剝奪式暴力。再者，法規範的內在觀點也包含該怎麼看待犯罪行為人這件事情，在這個關鍵點以不完整的正義模式進行抉擇，也就等同在「遵照社會契約

---

<sup>175</sup> 摘自 H. L. A Hart 著，許家馨、李冠宜譯（2000），《法律的概念》，初版，頁 117~118，台北：商周。

方式去看待社群中他人」的這個行為規範層次上採取外在觀點，因此必須在「被強迫」的情況下才會去以法規範的方式看待他人，而不認為這是處於同一社群社會契約下的義務。這種外在觀點導向的思考，雖然能夠呼應社群對法秩序的焦慮，使其有一管道能夠進入法規範系統，但其強烈的初級規則屬性和不完整除了導致社群斷裂不能連結之外，同時降低了法規範對於持同樣主張的社群成員之影響程度，對法秩序的焦慮在沒有控制下，變成對法秩序的恐慌，原本還可以加強對法秩序信賴的功能因反彈變成開始減損，這是正義模式帶來的嚴重問題。

儘管正義模式的嘗試宣告失敗，甚至是帶來反效果，但是法規範仍然需要一個與對法秩序的焦慮這種需求對話的途徑。針對這種困境，應報理論的回應方式是將正義模式的外在性剝奪掉，直接吸納進法秩序當中，藉此處理對話時可能會發生的衝突：黑格爾（Georg Wilhelm Friedrich Hegel）對於刑罰的詮釋即是此種回應方式的典型，同樣奠基於重視人的自由意志下做出之選擇，王皇玉教授認為在黑格爾的理論中「犯罪是對法律的否定，而刑罰就是對於這種否定的否定，亦即可以視為一種對於犯罪的取消」，所以犯罪不再是針對被害人，而變成是對於法的侵害，刑罰的目的就在於抵銷這種侵害所帶來的影響，所以「刑罰」和「犯罪」必須是價值平等的「應報」，在犯罪帶來的影響被抵銷之後，方可達成法秩序的回復<sup>176</sup>。深入黑格爾理論研究之，氏認為犯罪在客觀上即侵害了「他人的自由意志」，所以本身就是一種暴力的強制，且以犯罪人的自由意志去破壞掉他人的自由意志，等於是自由意志否定了自由意志的概念，故在這種自我否定下，犯罪是一個具有「虛無性」的自由意志，並且在這個過程中揚棄了一個抽象的絕對法概念。如果犯罪卻沒有得到否定，那就代表犯罪變成一個有效的行為，被否定的就變成是抽象的法本身了，所以刑罰的暴力是被動的暴力，只會因應犯罪人的第一次暴力後發動消解其犯罪效果的第二次暴力。次之，犯罪人基於自由意志

---

<sup>176</sup> 王皇玉（2009），《刑罰與社會規訓-台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變》，初版，頁 6~7，台北：元照。

去為行為，在他這麼做之前就已經知道自己的犯罪行為具有不法特質，必然會招致法律的否定猶然為之，所以對其進行刑罰也是對犯罪人自由意志的尊重，刑罰作為一種「正義」的懲罰，其正當性即建立於對犯罪的否定以及自由意志的尊重這兩點<sup>177</sup>。

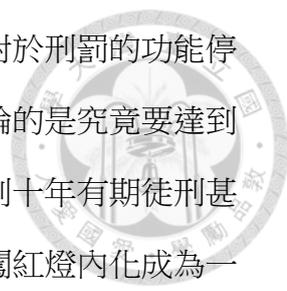
黑格爾進而將「刑罰的報應」和「被害人的報復」這兩組概念作出嚴格的區分。前者係基於普遍意志下的報復，可以排除在後者情況下過度受復仇者主觀影響的隨意性和任意性所帶來的缺陷，這些缺陷導致報復容易陷入報復超過的情況成為另外一種不正的暴力，以及在此同時，復仇對於復仇者而言，又代表了一種侵奪他人的暴力之自由意志的肯定，如此又會產生新的侵害行為，導致冤冤相報的惡性循環。刑罰的報應之所以可以擺脫這兩種缺陷的根本原因在於對侵害的認定不同，犯罪的本質不是因為其侵害哪個人的利益，而是對社會造成了危害，所以對犯罪的報復就不能由個人來實施，而應該由國家來進行。所以作為國家報復的刑罰判斷標準將在於行為對於社會究竟造成了多大的危害，而法官體現的是法律的普遍意志，因此可以克服個人觀點上的缺陷，「他們不願意把事物本性中不存在的東西加入刑罰之內」，是以能夠客觀、公正、公平地適用刑罰，避免主觀性下的報復循環造成新的不法<sup>178</sup>。黑格爾這段論述正面詮釋刑罰主動權必須從被害人手上拉到社會的原因，搭配刑罰是針對「社會被侵害」而非「個人被侵害」的理論顯得更加完整，因為侵害的對象已經轉移，如何能夠被算做「公正的應報」而非「過度的報復」當然是由社群整體來做決定。

由此開展對絕對精神的辯證等問題，涉及黑格爾哲學更深入的探討，而與本文所要探討主題較不相涉，將上述這種類黑格爾式的思維在納進法規範的系統後，

---

<sup>177</sup> 馬克昌、莫洪憲主編（2008），《近代西方刑法學說史》，初版，頁 144~147，北京：中國人民公安大學。

<sup>178</sup> 馬克昌、莫洪憲主編（2008），《近代西方刑法學說史》，初版，頁 149~150，北京：中國人民公安大學。



應報懲罰的標準就面臨該如何循此進行調整的問題。如果我們對於刑罰的功能停留在維持對法秩序的信賴這樣的基本目的上，那我們應該去討論的是究竟要達到什麼程度的懲罰才能夠維持社群對法秩序的信賴，例如說不用到十年有期徒刑甚至不用刑罰，主要的社群成員就會自動建立起遵守交通規則不闖紅燈內化成為一種「義務」的行為規範，但是可能要三年以上的有期徒刑加上八成以上的破案率主要的社群成員才足以讓多數將不去殺害他人內化為義務的行為規範<sup>179</sup>，屬於一個刑法系統和整體社群之間的關係。不過我們在討論刑度的時候看到的顯然不是往此方向的細緻討論，而是偏向究竟要讓犯罪行為人付出多少代價，我們才會相信此代價足以緩解社會因此受到的損害，這種針對法秩序的焦慮之處理方式，偏向處理社群成員之間的關係，顯然更深刻地影響刑罰的標準，也呼應了帕夫立克教授對於積極一般預防理論之批判。

對此，上述類黑格爾式的思維將同害報復原則以兩階段納進其系統。首先，肯認刑罰是犯罪所引發的再否定，那麼前者的強度也應該和後者相當，而犯罪既然具有質與量上的一定範圍，則刑罰當然也就會被限縮在這一定範圍內；再者，刑罰和犯罪是處於「等價」而非「等同」的關係，犯罪行為有無限多種，加上犯罪者的心理因素、自由意志等種種變因影響下，如果要強調完全相同是不可能的，但非不可能進行一定程度的「比較」，因為我們已經找到了一個足以轉換的中介，那就是對於社會的損害性，所以我們可以針對犯罪行為所造成的社會損害性，對犯罪進行不同種類的劃分，並且針對這些不同的種類去規定眾多的刑罰方法，劃分的越為細緻，犯罪和刑罰就會越貼近這種概念核心的等價關係。但是類黑格爾式思維並沒有像類康德式思維一樣將「等價關係」的概念給鎖死，其仍然是一種從人的「主觀」去認識「客觀」的罪刑相對關係，而人認識的有限性導致我們對

---

<sup>179</sup> 這種詮釋方式還是省略了很多對內化可能產生影響力的過程，廣泛至社群的文化傳統、傳播媒體，細微至個人原生家庭、教育環境都有可能在這個內化成為義務的過程產生非常比例不一的影響力，但是本文在這一節主要在討論刑罰對於義務形成的影響，所以這些雖然確實存在但是暫且按下不論。

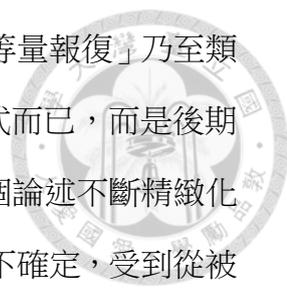
於這種罪刑關係的對應，永遠都只會是趨近於滿足，而不可能真正的滿足<sup>180</sup>。

進一步言，實際上類黑格爾式思維所謂客觀的等價關係根本就和類康德式思維的客觀完全脫鉤，而是被以中介角色隱藏起來的共同主觀藉由「社會損害性」這點來做決定，所謂主觀貼近所謂「客觀」，也不過是規則適用者的個人主觀有多麼貼近社群的共同主觀而已。本文此一觀點可以從黑格爾對於社會損害性的認識得到應證，氏認為會因為市民社會的情況不同，也會讓犯罪對於社會危害性的嚴重性產生改變。若在穩定的社會中，「社會既然對自己具有信心，犯罪就始終是對抗社會的個別情況，它是不穩定的和孤立的」，所以犯罪就變成是一種純粹主觀產物，只是犯罪者個人自然情況下衝動的結果，所以社會損害性就比較輕微；反之，在動盪不安的社會中，就會更偏向使用刑罰來確認否定犯罪的標準，這時候犯罪的社會損害性就會比較嚴重，所以刑罰也就相對應的較為嚴厲，因此同樣的犯罪在不同的社會情況下可能會有不同的刑罰<sup>181</sup>。這種觀點使本文發展出類黑格爾式的應報理論擁有了滲進次級規則的可能性，裁判規則的經上一節闡述主要是法規範的事後處理機能，並且旨在確認對法秩序的信賴，而社會損害性讓社群共同的法規範擁有犯罪行為發生後進行確認的可能性，也將社會對於秩序的信賴程度納進調整系統作為調整的標準，從而讓應報理論的與對法秩序的焦慮之對話能夠進入法規範的系統當中，將原本限於外部觀點的正義模式的部分詮釋利益拉進內部觀點，同時也增加了內部觀點對於外部觀點的強大控制力。

### 第三項 系統性公平／割裂式正義之「應報理論」

<sup>180</sup> 馬克昌、莫洪憲主編（2008），《近代西方刑法學說史》，初版，頁 151~152，北京：中國人民公安大學。

<sup>181</sup> 馬克昌、莫洪憲主編（2008），《近代西方刑法學說史》，初版，頁 155~156，北京：中國人民公安大學。



從上述分析觀察應報理論自同害報復原則，類康德式的「等量報復」乃至類黑格爾式的「等價應報」，這段發展過程不僅僅是改變論述方式而已，而是後期的論述吸收進去前期的溝通目標並且拋棄其缺失，實際上是一個論述不斷精緻化的過程：一開始的同害報復原則下，刑罰將行使非常僵化並且不確定，受到從被害人的身上才能解釋出正當性的這個變因影響太深；但是到了等量報復的時候就已經將刑罰的正當性收歸社群所有，並且將被害人的不確定因素完全砍除，被害人主觀所想不再重要，而在於客觀上認為犯罪人對被害人造成了什麼樣的侵害，就必須強制施予什麼刑罰；這樣的刑罰方式還是有缺陷，當不確定因素被排除後僵化的缺點仍然存在，於是等價應報理論就完全將犯罪的侵害和被害人脫鉤，只留在單純的理論基礎上，從自由意志被侵害的論述中還看得到被害人的痕跡，但這顯然只是一個小小的損害開始之記號而已，犯罪行為真正影響的對象和標準變成是社會的損害性，因此會隨著社會的變遷而波動。質言之，這整個精緻化的過程，就是建立「社群完全掌控刑罰」的過程，也是將可能對於這種掌控產生阻力之被害人影響力徹底剷除的過程，以致發展到黑格爾的理論時，操作的結果外觀好像還有一些同害報復的影子，但是內在早已發生質變。

本文原則上認同這種類黑格爾式的理論實係當前出現在我國刑事司法中應報理論的基礎，蓋事實上刑罰本來就已經被完全收編到社群共同的次級規則之下，方足以達成第一節所敘述的刑法存在之真正目的。正如本文在第二章所述，一項事物可以有很多種功能，但是不能夠和原來的目的相背反，因為一但失卻目的則該事物存在的意義就會消失。應報理論的主要功能本來就在於和社群成員對法秩序的焦慮進行對話，這是刑法存在的一項額外「功能」而非「目的」，所以對話時得出的結論不能夠和社群收編刑罰的目的相衝突，循此脈絡，也只有黑格爾將刑罰完全控制在社群之下的理論才有可能和目的相連結，成為法規範系統的一部分。



於是類黑格爾等價報復式的刑罰理論在現行刑事司法的實務運作中占據了實質上的核心地位，例如對犯罪行為所造成的侵害不是去問被害人，而是從社群所共同承認的法律中，以公認的權威者去解釋出「法所要保護的利益」，對於犯罪行為人的可歸責性建立在其係基於「自由意志」去違反法律侵害他人利益之上，並根據兩者的結合從社群的法律施加相對應的刑罰，而這些論述主要是在回應社群中對於法秩序的焦慮而產生，但也實質上和法規範系統相融合，成為次級規則中裁判規則的一部分。

這種設定刑罰程度的方式並沒有從對法秩序的信賴這個目的去下手，但確實是反應對法秩序的焦慮之方式。對法秩序的焦慮依本文定義是發生在已經對法秩序產生信賴的部分社群成員身上，他們僅是想要調整法秩序的運作模式，在這種前提下這種對話不可能去調整出讓他們自身對法秩序的信賴崩盤的對應模式，因此這種刑罰程度的調整更精確言是奠基在確保法秩序已經受到廣泛信賴的前提下，再去增加一些東西化解這些已經產生信賴的成員對法秩序的焦慮，在維持信賴目的的達成上，只會多不會少。

但是這種吸收方式當然也不是毫無隱憂。當法規範試圖處理對法秩序的焦慮時，遇到的前提問題在於這種焦慮雖然是種集體行為，但是從本質上看就只會出於社群的部分成員（儘管這裡的部分可能會是大多數），因為針對法規範一定會出現處於前述內部觀點和外部觀點的成員<sup>182</sup>。會產生這種焦慮原因的大抵是社群中持內部觀點的成員對持外部觀點成員的不安和敵視，但在處理焦慮的過程卻可能因為焦慮本質的分裂性，導致在系統內也產生類似正義模式的後果，只是這時候在前述採取正義模式的第二種外部觀點已經變成內部觀點，更嚴重地影響法

---

<sup>182</sup> 因為內外部本來就是一個相對比較的概念，兩者缺一就沒有區分的意義可言。詳參 H. L. A Hart 著，許家馨、李冠宜譯（2000），《法律的概念》，初版，頁 118 以下，台北：商周。

秩序的運行，甚至可能反噬對法秩序的信賴。這種論述看似與前段有所衝突，但實際上無論決定出來的刑罰程度如何，都一定會滿足對法秩序信賴的最低要求，同時在決定這個刑罰程度的溝通過程中，卻有可能產生對法秩序信賴不當的影響力，兩者可以並行不悖。

針對產生方式的問題，本文認為社群在採取現行制度的時候就做出了選擇：採行刑法即是寄望於社群連結能維持溝通秩序，故要確保外部觀點有向內流動的可能性；而在與對法秩序的焦慮上採取自由意志下的等價報應原則，則代表社群已經捨棄同害報復原則和等量報復原則的溝通方式。刑法必須，也唯有將此二者結合在一起，才能夠確保在有效處理部分社群成員對法秩序的焦慮時仍合乎刑法的目的性。這個結合式的觀點，將給對刑罰程度的自我選擇帶來一種外在的限制性。所謂外在限制意味著社群雖然得依其意願刑罰程度做出選擇，但必須循一定的解釋途徑為之。

依本文見解，這種外在限制有下列三項次原則：

首先，第一節所述的刑罰目的不能夠被破壞，施行刑罰的目的在於事後處理，以維繫其正當性，而以「應報」這個詞彙本身觀察也是針對過去所發生的事情的一種反應，所以儘管犯罪行為人所侵害的已經被定義為一種社會損害性，但是這個社會損害性必須要被限縮解釋在對其過去行為的評價，不能處理到未來的可能性，所以現在進行懲罰未來將會帶來什麼利益不能以未來的利益方式呈現，所以懲罰之後將對持類似外部觀點者產生威嚇效果以維持社會和諧、懲罰之後能隔離加害人避免社會受侵害等論述都不能夠出現在對於犯罪行為人的評價之中，蓋若為了將來利益而去對犯罪行為人進行懲罰，則被害人在解釋上就會成為客體，與社會契約和禁止客體化的概念顯屬有違，這是應報理論的第一項限制，**將來利益**

承認禁止原則。



次之，應報的基礎既然在於對每個人自由意志的絕對肯認，所以犯罪行為人擁有自由意志卻以暴力去破壞否定他人的自由意志這點創造了自身注定的虛無，若不以刑罰的二次否定去取消犯罪效果讓這件事情變成沒有意義，就會破壞自由意志的存在價值。但是在刑罰時，若是認為犯罪行為人將來再犯可能性甚高的標準施加刑罰，無論這個預測到底準確度有多高（實際上也甚難驗證），同樣都是以這個原本要取消對自由意志負面影響的暴力，變成去再次否定犯罪行為人本身的自由意志，因為其未來已經可以被預測，並且當成施加懲罰的基礎，則其依自由意志進行選擇的空間根本就不再存在。另，假若這種預測可以很精確，那麼某一被認為非常有犯罪可能性的人犯罪了，那麼社群是否還有對一個失去自由意志做出抉擇可能性的人進二次否定的正當性也非常值得懷疑，因此在刑法仍採取罪責原則的前提下，不能以對未來預測的方式當成犯罪行為人之罪行的加重，這是應報理論的第二項限制，**自由意志否定禁止原則**。

最後，既然承認對法秩序的焦慮可以進入刑法系統，並以社會蒙受的損害性作為造成損害解釋的核心，在解釋的過程中就不會再出現以被害人主導方式的同害報復或是等量報復原則的現身，犯罪行為所造成的損害必須解釋進去整體社群肯認的利益才行，否則就會變成只在解釋侵害時出現被害人個人角度而讓社群角色隱身其後，但在進行懲罰時卻完全排除被害人主導權的名實不符現象，這種情況的發生亦將使社群主控刑罰的正當性遭受動搖，故刑法的犯罪侵害解釋只能針對根據社群共同意志所設定的社會損害性，雖然最後的利益仍然能從社會整體帶回到被害人，但不得將被害人或其他因素的角色超過一個發現問題使社群重視的角色，在現行刑事訴訟程序中被害人的地位也確實反映出這一點，由此帶出應報理論第三項限制，**社會損害性排除禁止原則**。



以上三項次原則看似禁止了諸多社群情緒的表達，或有疑惑如此一來刑法該如何發揮消解對法秩序焦慮的機能？但正如前述這些限制只控制住解釋的途徑，並不會直接影響到刑罰的程度調整，因為這三個次原則結合在一起傳達出一個強烈的訊息，那就是必須以過去（相較於「將來」）行為（相較於「行為人」）的社會損害性評價（相較於「被害人個人評價」）來當作刑罰程度的調整標準，雖然前兩項原則是明顯的限制，但是社會損害性的評價這點卻是可以突破的缺口，這個社會損害性是和社群整體相連結的，社群要認為該特定行為創造了多嚴重的侵害就可以有多嚴重，並依此施加相對應程度的刑罰。因此當社群面對認為嚴重的侵害想要殺雞儆猴，以儆效尤時，無論到底將來預防效果證明不證明得出來，都可以認為這是其過去的「行為」提示出社會中蘊含許多重大的危險造成社群恐慌調做侵害，而加深其可責罰性，這種「很想懲罰」的情緒可以透過應報理論進入刑罰程度的調整。同理，當社群不再願意信任犯罪行為人時，也可以認為是犯罪行為人過去的「行為」提示出自身的危險性造成社群恐慌認為「必須懲罰」導致侵害，而當社群覺得試圖為被害人受到的嚴重侵害做處置，亦得認為是犯罪人過去的「行為」提示出對被害人的過度侵奪以致造成社群恐慌認為「不得不懲罰」導致侵害，所以同樣可以因此去調整對過去該特定行為之評價，再根據此一評價去對犯罪行為人進行懲罰，而在這個評價的過程中，就可以將社群的焦慮納進刑法之中，並以刑罰的方式呈現。

但是，這個評價的過程當中對象必須限於「行為」而非「行為人」，否則又會和法秩序連結社會的前提相衝突。在這個衝突點上本文認為需要再加一道限制，避免針對行為人的現象發生，以鎖定刑罰在理論上對所有社群成員都是公平的，因此本文在此將採取《正義論》作者羅爾斯（John Rawls）的重要理論前提，「無知之幕」的概念。羅爾斯認為在社會訂立契約時有必要尋找參與者各方的世界觀

都能夠認同的道德價值，以建立政治正義觀上的道德共識，此謂之曰**重疊共識**<sup>183</sup>，將這種重疊共識確認下來的方法就是無知之幕下的締約。羅爾斯試圖透過剝奪訂約各方的知識來平衡彼此間的談判能力和威脅優勢，其學生伯格(Thomas Pogge)闡述羅爾斯對於這種剝奪的操作方式：「這裡，人們把每一方設想為代表一個可能的參與者利益，同時又不知道有關此委託人的個人特性的任何知識——不知道其性別、膚色、才能、性情、趣味、特殊的利益、價值觀和世界觀。這樣假想的訂約人處在無知之幕的背後，只有關於自然稟賦在個人間分布的一般知識(不是關於其他個人特性分布的知識，因為這種分布取決於有待選擇的社會秩序)。由於每一個訂約人必須估計自然稟賦的任何組合，利益的平衡不是通過各方的談判，而是通過每個人獨自的慎思來實現的：對於任何一位原訂的人是合理的協議，對所有人也是合理的。」<sup>184</sup>

在「超過對過去行為進行社會性評價之外的刑罰都不是正當應報」的前提下，擷取這種無知之幕的處理方式讓刑法在訂立時預先排除所有個人地位介入的可能性，藉以確保行為人本身不會成為評價的對象。舉例言之：在每個人都有可能處於一個前科犯的地位而進入刑事司法之際，則當然不可能針對這個身分而給予不同的評價。但是這個理論上的無知之幕，仍然保留可以將這個評價丟入對行為的評價之中，認為一個前科犯所犯下的罪行會比無前科者犯下的罪行嚴重，更容易引起社會恐慌，在無知之幕下仍然不排除人皆有自由意志可以選擇的前提，所以縱使是前科犯只要選擇不為犯罪行為就不會蒙受此惡害結果。雖然結果一樣，但這種解釋方式卻將不利益都歸結於行為，至少可以避免因為行為人身分在刑事程序中可能產生的不利地位，並且需要做一個轉化至行為評價的動作。

---

<sup>183</sup> Thomas Pogge 著，顧肅、劉雪梅譯(2010)，《羅爾斯與《正義論》》，初版，頁 48~49，台北：五南。

<sup>184</sup> Thomas Pogge 著，顧肅、劉雪梅譯(2010)，《羅爾斯與《正義論》》，初版，頁 86~87，台北：五南。

應報理論最終的效果是將評價的主體、客體以及方式三者確定下來。而在層層限制當中，焦慮的能量在理論上不至於造成社群割裂的效果，但是終究還是保留了一個讓社群釋放焦慮能量的途徑。作為刑法的外在限制，應報理論確保的是和焦慮對話時，仍能保持刑法系統在形式上的公平，不至因受焦慮影響而破壞其自身目的。

### 第三節 自由的開展：作為刑罰內在限制的刑法機能



透過上一節和焦慮對話的過程，得出最終對於刑罰的決定權仍在社群共識的結論，而要怎麼決定在現代刑事司法的概念中也因此跟著社群的共同認定而流動這樣的結論。本節旨在探討，在確定了對刑罰控制的霸權之後，社群要怎麼決定該以何種方式施行何種程度的刑罰。關於這個問題，實際上在前面引的諸多學說中也可以看到一些端倪，這方面的討論大致上可以統整為對國家侵害的反抗（或是對侵害可能性的預防）和創造更多自由的空間。而此二者實為一體之兩面，對抗國家的原因也是為了讓人民的自由受到確保，但在這裡「對抗國家」的用語實際上並不夠精確，因為國家雖然有侵害人民自由的可能性，但作為社群共同意志的代表，國家也負擔有確保人民能夠得到在社會契約下被承諾的自由。所以在近現代社會，法律的功能不僅只是讓人民擁有對抗統治者控制的可能性，更重要的是確定經由被統治的代價能夠不間斷輸出社群所共同想要的自由，而在刑法的領域，我們能夠操控的變因就是對社會中所發生犯罪行為的評價，以及隨之而來的刑罰程度。

本文認為，所謂焦慮是一種逼使在困境中的人們去思考的動力，思考要怎麼樣站在一個控制者的角度，利用對人施加強制力以產生義務的刑罰，在各種社會情勢的變化之中，讓人們獲得秩序下最多的自由。

#### 第一項 犯罪的成因和控制

黑格爾曾經樂觀地以為，隨著文化進步，社會文明程度越高也會變得相對穩

定，社會對於犯罪危害的感受也就越輕微，所以對犯罪所適用的刑罰也就逐漸變得緩和<sup>185</sup>。本文認同黑格爾的樂觀看法，儘管它放在現今社在的社會似乎不怎麼適用。本文不會直接去說從黑格爾所在的十八、十九世紀至今文化是在倒退而沒有「進步」，或是現在的文明程度低於當時。現在確實已經接近某種文化的成熟期沒有錯，但是現在的所謂文化或文明，和黑格爾那個時代所認為的內容已經大相逕庭，才會導致黑格爾預測的落空。

在本章第一節和第二節，僅有提到各自內容相關的理論辯證，而未論及實際的社會現象。這些理論其實有個共同的前提，那就是人皆有自由意志而且可以依其做出選擇，而且在次級規則連結下的社會已經存在穩固公平的社會契約，而不會再陷入自然狀態的互相侵奪。採取這種純粹理論方式的原因在於我們使用刑法時本就基於單純的抽象前提假設，否則納入過多的社會情勢會導致刑法的解釋不能，因為沒有一種預先規定出來的規範能夠完全對應到尚未發生的具體社會情況，而在這種必須要給各刑分條文一同適用的總則性討論中，抽象的需求程度又更高，所以我們站在一個抽象理論的層次上，為刑罰打造了外在的限制，而這些外在限制就像河道一樣把社群所欲輸出的刑罰給控制在一定的呈現方式上，真正的抉擇仍是出在社群想要做什麼樣的選擇，在這個地方就是具體社會情勢進入並產生影響力的空間，也是真正的關鍵所在。

在進行這個討論之際，有關刑罰可能產生互動的社會問題，想當然爾的就是犯罪問題，應該絕多數人都認為刑罰實際上可能發生的效果就在於要管控犯罪的發生情況，所以本文認為有必要先針對犯罪的原因進行詳細的分析。在這個問題上本文採取十九世紀末、二十世紀初義大利犯罪學家菲利(Enrico Ferri)的分類，菲利將人為什麼要違反社會規範去犯罪的原因分成三個因素，分別為人類學因素

---

<sup>185</sup> 馬克昌、莫洪憲主編(2008)，《近代西方刑法學說史》，初版，頁156，北京：中國人民公安大學。

(或稱個人因素)、自然因素和社會因素,其中**人類學因素**再細分成三個子項目,分別為 1) 犯罪行為人的生理狀況,旨在強調包含顱骨、腦和重要器官等生理特徵的異常, 2) 犯罪行為人的心理狀況,包括智力和情感異常,尤其是道德情感的異常,也會顯現在其使用的文字在和話語之中, 3) 犯罪行為人的個人狀況,包含其種族、年齡、性別等生物學狀況和公民地位、職業、處所、社會階層、訓練、教育等生物社會學狀況;**自然因素**則是指氣候、土壤狀況、晝夜的相對長度、四季、平均溫度和氣象情況及農業狀況;**社會因素**包含人口密集、公共輿論、公共態度、宗教、家庭情況、教育制度、工業狀況、酗酒情況、經濟和政治情況、公共管理、司法、警察、一般立法情況和刑事法律制度等等<sup>186</sup>。

採取菲利三因素分類方式的原因在於其完整性,這三個要素詳細將犯罪行為產生之前的所有的可能解釋因素都參考進去並且妥善歸類,當然這裡面提到的眾多細項產生影響的可能性不一,但將這個分類先丟出來時時提醒,可以避免我們在思考時遇到視野不夠寬闊導致的盲點。而將這些因素提出來的同時,菲利也挑戰了我們在理論中的第一個假設,人皆基於自由意志而做選擇。菲利認為:「犯罪人犯罪並非出於自願;一個人要成為罪犯,就必須使自己永久地或暫時地置身於一種個人的、自然的和道德的狀態之下,並生活在從內部和外部促使他走向犯罪的那種因果關係鍊條的環境之中<sup>187</sup>。」並且將從最輕微到最嚴重的所有犯罪都置於三因素的交互影響之下,而可以從其中推導出因果關係<sup>188</sup>,也因此菲利會偏向認為犯罪是一個在社會中可以被估算的現象。就自由意志這點而言,其實本文認為自由意志有機會在分類中人類學因素的心理狀況之處做一個突破,認為

<sup>186</sup> Enrico Ferri 著,郭建安譯(2004),《犯罪社會學》,二版,頁 143~144,北京:中國人民公安大學。其實另外一位著名犯罪學學者李斯特(Franz von Liszt)也有提出過類似分析,氏認為菲利所稱的自然因素只是社會因素的其中一種而已,因為自然因素的影響都是透過社會原因來決定,但是本文以為減少這區分的貢獻程度不會特別高,自然因素在某些地理因素上可能仍有其影響的可能性,故仍採首次提出這種分類方式的菲利系統。

<sup>187</sup> 摘自 Enrico Ferri 著,郭建安譯(2004),《實證派犯罪學》,初版,頁 132,北京:中國人民公安大學。

<sup>188</sup> Enrico Ferri 著,郭建安譯(2004),《實證派犯罪學》,初版,頁 159,北京:中國人民公安大學。

自由意志的選擇也可以是心理狀態的一部分，讓長久以來刑法的歸責原則有繼續發揮效力的可能性，但是這個自由意志放在整體的三因素中，就可以觀察到人所調的「自由選擇」其實有諸多限制存在，做出決定時影響的因素太多，其控制力其實沒有在刑法中被預設地這麼關鍵性的強烈，只是在刑法操作時如前所述把許多因素忽略掉不看而已<sup>189</sup>。因此，即使加了自由意志這個微小變因進去，本文仍然認為可以採用菲利的「**犯罪飽和法則**」(law of criminal saturation)來解釋整體犯罪現象。

在菲利的觀察下其認為：「犯罪是由人類學因素、自然因素和社會因素相互作用而成的一種社會現象。這一規律導致了我所講過的犯罪飽和論，即每一個社會都有其應有的犯罪，這些犯罪的產生是由於自然及社會條件引起的，其質和量是與每一個社會集體的發展相適應的<sup>190</sup>。」當影響犯罪的主要因素達到一定程度以後，社會就會呈現出飽和的狀態，從而會導致犯罪的發生，只有在社會環境產生重大改變的時候，犯罪率才會上升超出飽和點。當犯罪現象被放到某一特定社會大數的群體中，人類學因素和自然因素都會保持差不多的穩定態勢，只要這時候社會因素不產生劇烈變化，由這三個因素控制所發生的犯罪現象應該也會是在一定範圍之內，「就像我們發現一定數量的水在一定溫度之下就能溶解一定數量的化學物質但並非原子的增減一樣，在一定的自然環境和社會環境下，我們會發現一定數量的犯罪<sup>191</sup>。」

從犯罪飽和原則菲利又觀察出兩個重要的結論：其一係社會中犯罪現象的規律是一個動態的平衡而非穩固不動的靜態，「其實，如果犯罪的水準完全為自然

---

<sup>189</sup> 相關批判請參李茂生(1998)，〈近代刑法中個人責任主義的反思〉，《權力、主體與刑事法—法邊緣的論述》，本文隨後也會針對自由意志進行進一步的討論。

<sup>190</sup> Enrico Ferri 著，郭建安譯(2004)，《實證派犯罪學》，初版，頁183，北京：中國人民公安大學。

<sup>191</sup> Enrico Ferri 著，郭建安譯(2004)，《犯罪社會學》，二版，頁163，北京：中國人民公安大學。

和社會環境所決定，那麼這些環境有時變化很大，怎麼可能一成不變，永遠一樣呢？一直保持不變的是一定的環境與犯罪數量之間的比例，確切地說，這才是犯罪的飽和法則。但是，犯罪統計絕不會一年又一年地總是保持一個標準。這裡存在地是一種動態而不是靜態的規律性。」在動態規律的這一點上面，菲利就推導出三因素的出現和其與犯罪間因果關係的確立並不會因此讓犯罪變成一種宿命的人類行為，透過改變原因自然也就可以改變結果本身<sup>192</sup>，所以與其說菲利是在將犯罪行為變成決定論，不如說他是在提示某一種改變的可能；其二則是菲利直截了當地提出，「迄今為止一直被認為是救治犯罪疾患最好措施的刑罰的實際效果比人們期望於他的要小」，各種犯罪發生實際上是由與「立法者輕而易舉寫出的、法官一直適用的刑罰」根本無關的原因之共同作用而增加或減少<sup>193</sup>。

因此，菲利認為應該透過掌控最容易控制的變因來產生控制犯罪的產生，「立法者可以改變自然環境及人的生理和心理狀況的影響，控制很大一部分犯罪，並減少相當一部分犯罪。我們深信，一個真正文明的立法者，可以不過多地依賴刑法典，而通過對社會生活和立法中潛在的救治措施來減少犯罪的禍患<sup>194</sup>。」著名犯罪學學者李斯特（Franz von Liszt）也提出類似的看法，甚至在菲利僅是認為社會因素可以用來控制犯罪產生的情況下，更進一步認為在犯罪行為形成的過程中，如失業、惡劣的居住條件、低工資、生活必需品價格高昂、酗酒等社會因素具有決定性的作用，氏認為大眾的貧困是培養犯罪的溫床，也是遺傳素質質變的培養液，李斯特得出「最好的社會政策，也就是最好的刑事政策」這樣的觀察結果，認為改善勞動階級的處境是最好，同時也是最有效的刑事政策<sup>195</sup>。

<sup>192</sup> Enrico Ferri 著，郭建安譯（2004），《犯罪社會學》，二版，頁 167，北京：中國人民公安大學。

<sup>193</sup> Enrico Ferri 著，郭建安譯（2004），《犯罪社會學》，二版，頁 167~168，北京：中國人民公安大學。

<sup>194</sup> Enrico Ferri 著，郭建安譯（2004），《實證派犯罪學》，初版，頁 184，北京：中國人民公安大學。

<sup>195</sup> 馬克昌、莫洪憲主編（2008），《近代西方刑法學說史》，初版，頁 228~229，北京：中國人民公安大學。



我們不一定要全盤接受菲利或是李斯特的犯罪學理論，在當代的侷限性下要適用到現代多少會出現一些問題，但是在本文目前所提到的部分，包含從更廣泛的角度去判斷分析犯罪的成因始會對真正的犯罪控制有貢獻，以及菲利從犯罪飽和原則觀察到的第一個結論（犯罪在社會上的數量呈現動態性規律）和第二個結論（社會因素而非刑罰是犯罪的主要控制變因）仍足以詮釋現代的犯罪狀況。

## 第二項 從「控制犯罪發生」到「舒緩被害情緒」的轉移

其實我們也不需要透過精密的計算分析，就可以知道個別刑罰刑度的變動和社會整體犯罪率不太可能會發生關係。本文整理的這些數據恐怕連多數學法律的學生都是第一次看到，遑論社會上的犯罪人在犯案之前會將這些東西納進去作為評估考量？縱觀社會上出現對刑事司法批評的聲浪，也鮮少出現納進相關資料的論據。茲參考部分運動團體主張台灣應有台版梅根法案<sup>196</sup>，而讓性侵犯假釋出獄進入社區之後必須要公告週知的議題中，如筆者即曾於一段訪問中聽到有相關學者於受採訪時直承：「美國的梅根法案，到現在目前看起來，都發現其實是花很多錢，但是真正有沒有降低再犯，他們發現是沒有，他們發現唯一比較有成效的是性侵害的案件發生之後，如果是舊案，是再犯的會比較快被逮捕，大概快一兩個小時。」但是話鋒一轉他又認為：「『公告』不一定有效，但為什麼要『公告』其實是顧及老百姓的情感需求，這很簡單的確是這樣子，那我們法律是不是完全不能照顧這塊，我個人覺得說，在適度裡面，要讓他們能夠保護他們自己，就像美國最高法院後來也裁定，判定美國梅根法案它是合憲的，也就是說他也認為老百姓有權利可以保護他自己，我相信這是一個政府應該要給老百姓的。老百姓覺

<sup>196</sup> 係美國規定各州須將假釋性侵犯資訊公開的法案。

得政府保護得不夠，那他為什麼不能夠保護他們自己？」<sup>197</sup>



在這種討論之中，「現實的犯罪控制成果」顯然已經不再重要，所以數據是不必要的，重點只剩下一個——**人民的受害感受**。這並不是一個犯罪控制方式演變的過程，這是一個核心意義被替換的問題。犯罪控制已經逸脫其原本的字面意義，卻仍保留著犯罪控制的外衣，這種討論方式非常容易讓焦點模糊，於是雞同鴨講的問題就會出現。學界所做的研究和理論走向仍然維持在傳統的犯罪控制上面，並試圖以此事實的闡述來平息人民的感受，但是實際上這兩者的先後位階早就已經改變。

時至今日，站出來對司法結果進行抗爭活動，例如白玫瑰運動等，其原因並非發見某種制度運作發生結構問題導致眾多被害人的產生（儘管其宣稱如此），而係肇因於少數被害人和加害人的出現，而抗爭的團體之發起和組成結構也已經從被害人自身變成和被害人社會身分地位相近似的一群人。人民並非因為覺得犯罪控制做得不夠好而產生受害感受，而是先產生受害感受之後才覺得犯罪控制做得不夠好，所以無論採取如何有理論依據的犯罪控制政策，提出多麼精確的數據，在受害感受前提未妥善處理之前，都不可能產生所想要發生的降低抗爭效果——除了重刑化：無論是堅持不可廢除或是更廣泛的死刑應用、鞭刑、更重的徒刑乃至公開犯罪人個資、強制治療這些走在懲罰邊緣的舉措，都是重刑化的某些具體化的形式。

重刑化跟其他刑事政策相較，其鮮明的特色在於「直接作用於加害人身上的惡害之提升」，而訂立重刑化政策的邏輯方式十分簡明易懂，多半以治亂世用重典之類的論述處理，實際上非常接近前敘的正義模式，其是用以處理焦慮的方式

---

<sup>197</sup> 相關訪問來源因時隔久遠，網路資源已不復尋找。

之一，只是將其帶入「犯罪控制」的議題之中做討論。在典範轉移的世界中，舊有的前提實際上是可以被打破的，所以在這個議題中，討論的重點已經不在如何進行犯罪控制，而在用什麼樣的方式才能夠舒緩被害的情緒，無論我們要採取否定立場或是替代方案皆然。重刑化雖然表面上的樣貌和本章第二節所敘述之應報理論相關，但實際上所欲達成的效果應該能追回到本章第一節所敘述之預防目的，這種落差也充分展現了焦慮的本質仍然會回饋到作為目的的預防效果，以及對法秩序的危機意識。

然而，單純檢討重刑化所宣稱的效果與欲達成的「犯罪控制」相背反，並不足以否定其效果，在與犯罪對話的應報理論已經預留下社會性損害的空隙讓集體意見去做突破，所以「舒緩被害情緒」同為刑罰所真實欲達成目的之一，不能單以名實不符來處理此一主張，反需更深入地去探討，究竟與犯罪控制相關連、對於犯罪行為人根深蒂固的焦慮從何而來，重刑化是個非常有代表性的切入點。

### **第三項 做為自由最後底線的「特別預防理論」**

當重刑化變成一個看似不可逆的趨勢，內建於「支持司法改革」的抗爭團體之中，成為解決人民受害感受的唯一解，本文以為真正關鍵的實際上並非究竟應該如何去除這個前提，而是這個前提究竟是在什麼背景底下，以及更重要的，為何產生。從犯罪形成的議題切入，暫且設定焦慮的原因如前所引用菲利的三因素，其中人類學因素和自然因素在現實上都難以在短期內產生改變，相較之下容易產生變動的應屬社會因素。所以我們必須暫時跳脫刑法的領域去思考可能造成焦慮的社會脈絡。

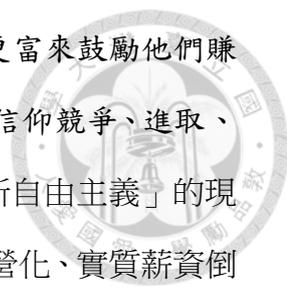
## 第一款 新自由主義下的「失利階級」



往前溯至本章第一節的概念，刑罰之所以真正發揮功能的原因在於能夠得到所作用對象的認同，然而對於法秩序社會中的邊緣者來說，將其逼至牆角的法律本身即已經不具備保障的特質，實際上反而可能形成壓迫的根源，而其實肇因於涂爾幹概念下集體社群的完整性就從邊緣者的角落開始解構；如本章討論之前提所敘及，個人之所以會放棄自由而接受他人的權利支配，其實際原因在於連結社群會對其個人帶來比分散的自由更大的利益，但對邊緣者而言，社群實際上在做的卻是切割而非連結的動作，這迫使著他們又回到自然狀態下的競爭態勢。於是，無論刑法上再怎麼如本文第一章所敘遵守「罪刑法定主義」、「法不溯及既往」等諸般原則去操作刑罰，強調矯治和社會復歸，成效都註定不彰，因為在這些群體上，其連結作用的前提已經被破壞。

無論再怎麼成功的一個法秩序，都不可能成功整合全體的國民；有目標存在也不代表一定能完全達成，因此本文無意將邊緣者的存在視作一個異態，其數量多寡確實將影響法秩序功能的發揮，這些邊緣者在現代社會中的出現型態也相形重要—如果從預防法秩序被破壞行為的本質出發來思考的話。

如前所述，菲利歸納的社會因素包含「人口密集、公共輿論、公共態度、宗教、家庭情況、教育制度、工業狀況、酗酒情況、經濟和政治情況、公共管理、司法、警察、一般立法情況和刑事法律制度」。法社會學大家葛蘭(David Garland)曾經對 1980 至 1990 年代英國和美國政府這樣形容：「兩國的政府立法以削弱工會力量、降低工資、解除金融管制、將公部門私營化、助長市場競爭及削減福利津貼。富人的稅賦大幅調降，隨之而來的國家赤字又帶動更進一步的削減社會支



出。其結果是加深的不平等以及扭曲的誘因結構：藉由使富人更富來鼓勵他們賺錢；透過令窮人更窮來強迫他們工作。」<sup>198</sup>而其根本理念在於「信仰競爭、進取、誘因以及不平等與風險的正面效應」；事實上，這種被稱作「新自由主義」的現象也正切合十數年來臺灣社會的發展趨勢。無論是國營事業民營化、實質薪資倒退、金融改革開放、各種貿易協定的簽訂乃至為了「獎勵投資」的種種舉措，實際上可以歸類於新自由主義的趨勢。而在新自由主義崇尚更「自由、無限制」的競爭下，社會上出現了更多「成功者」，如同主流平面或電子媒體所推崇的「首富」、「小開」，但在表面光明之下的陰影處，不可避免地也會出現更多失利者；對於這些失利者更為雪上加霜的消息是，為使更多人口和資金投入競爭市場，新自由主義運作的前提正是撤下社會福利的支持系統，平等仍然為眾人琅琅上口，但其核心內涵也同樣遭受被置換的命運：平等的是理論上的美好機會，但不平等卻是揮之不去夢魘般的現實。於是在競爭「更好的生活」失利之後，他們將面對的是更嚴苛的環境，在貧窮線上掙扎卻仍然有競爭存在，只是其標的已經變成生存。

這些新自由主義下的競逐失敗者，本文定義為「失利階級」，其典型的生活型態為：長期處於不穩定的工作環境，因可替代率高於失業和短期就業中徘徊，工作時領取基本工資，失業時補助不足則消耗積蓄，或是向私人 and 銀行借貸，生活機能隨著民生物資價格波動而日益艱困；在生活基礎條件不佳下，家庭生活亦同時受到影響，無法維持龐大的家庭人數，亦難以經營穩定的配偶關係，若有下一代需要負擔則更會使情況雪上加霜；房地產已經成為投資客競逐的標的使得擁有認同的住屋成為遙不可及的幻想，日常的休閒亦逐漸因為須投入更多工時工作，以及公有財如海灘、綠地、山林的開發私有化而被壓縮；當貧窮已經成為宿命般的存在，逃離階級的方式並非尋求教育或是更勤奮的工作，而是賭博，或者是與

---

<sup>198</sup> David Garland 著，周盈成譯（2006），《控制的文化》，初版，台北：巨流。

賭博相差無幾的高風險投資；對於迫在眉睫以外的事情難以進行規劃遑論達成，因為當下日子難過，而未來早已離身不由己的他們太遠。



對於失利階級而言，非僅刑事制度，實際上各種社會支持的體系也相繼失靈，於是他們的存在本身就成為「風險」，而一個鼓勵不斷創造出失利階級的社會系統在現實上也就必須承受風險不斷提高的「代價」，從巨觀角度言，應該是加強社會支持的體系，設法讓失利階級獲得更多的支持始能從根本處降低風險的產生，但這種作法又會與新自由主義的概念背道而馳，在「正常的情況」下，「理性抉擇」是不會往不利的方向做出選擇，更遑論是相反會造成問題更加惡化的解答，但問題往往在於人們做出抉擇時的現實條件。新自由主義之所以被選擇固有其歷史文化等等繁複因素的歷史背景，並非本文所能夠完全詮釋，但是在做為應該如何以刑法來管控刑罰的最後階段討論中，本文卻必須針對影響刑罰浪潮的新保守主義其成因和造成的結果進行評價。

## 第二款 當新保守主義作為社會問題的解答

被譽為新自由主義的重要提倡者傅利曼（Milton Friedman）嘗謂：「只有危機會造成實質改變，無論是具體的危機或感覺上是危機。當危機發生時，採取的行動決定於周圍可得的想法。我相信這就是我們這些人的基本功用：發展出既有政策的替代方案，讓它們保持活躍而且可得，直到政治上的不可能變成政治上的不可避免。」<sup>199</sup>這段引述可以部分解釋為什麼在邏輯上和解決方式背反的情況會在至少表面上是「民主」的社會中被選擇。但是所謂「正常的情況」建立在人們對於要下判斷的資訊能夠有一定程度掌握的情況下，在現實社會中因為種族、地

<sup>199</sup> Naomi Klein 著，吳國卿、王柏鴻譯（2009），《震撼主義：災難經濟的興起》，初版，頁 188，台北：時報。

區、語言、教育等等的差異，導致人們對於資訊的掌握會有所落差，在理論上扮演平衡這些落差角色的就是媒體，媒體在本文裡指的是進行「大眾傳播」組織的統稱，其以科技（印刷技術、影音技術等）為媒介，佐以其會有組織的專業人員，因此得以和廣大的一群人進行溝通<sup>200</sup>。

但實際上媒體卻是把危機置於我們身邊的魔術師，透過鏡頭帶出的畫面和標語縮短了閱聽群眾和犯罪現場之間的距離，追求更高的關注則讓犯罪變成電影情節般的露骨刺激，閱聽者在這兩種因素的加成下感受到迫切的危機，並且希望能夠迅速找到問題的解決方式。新保守主義就在這樣的氛圍下趁勢而起，強調犯罪的成因為行為人的自由意志選擇這個面向，屬於菲利三因素中人類學因素的道德情感異常，因此提出的解決之道是提倡更高的道德水準（並連結到更嚴重的刑罰），透過集體恐懼的產生，再一同基於某種道德情操（其實是社會連帶）下放棄己身更多的自由，像是全面監控的來臨、增加監獄的收容、個人資料的蒐集等限制人權的舉措逐漸被認同。於是一個弔詭的現象發生：已經擁有相對自由的富人在新自由主義強調完全競爭下享有更多自由，而其他階級卻因為新保守主義作為社會問題的解答而放棄越來越多的自由。

問題明確之後，本文試著提出一些切入的角度，部分看似脫離原刑法領域卻仍黏附在其邊緣的論述可以提供操作上的參考。於前述的刑法內部論述中，典型之刑法正當性範例為國家掌握統治人民的權力，為了避免其濫用必須以刑法來限制之，因此刑法發展出了罪刑法定、刑法謙抑性、最後手段性等等根本的原則來抑制國家使用刑罰。但問題在於，經過了數十年的發展到了二十一世紀，「國家統治人民」這個命題固仍成立，但是「只有國家在統治人民」的命題卻已非理所當然。在討論刑法刑罰之際插入了「統治」這個文義曖昧的詞彙來製造模糊空間

---

<sup>200</sup> Stanley J. Baran 著，施琮仁譯（2012），《大眾傳播理論：基礎、發展與未來》，初版，頁 7，台北：新加坡商聖智學習。

會產生問題，那可以換個更精確的方式來提問：「只有國家在刑罰人民」的命題又偏向肯定，於是這個落差之間就會充滿了討論的可能性，不需要透過刑罰的統治究竟是什麼概念，不需要國家高權的重要影響力該如何界定，其和刑法之間存在什麼樣的曖昧關係。正如傅柯（Michel Foucault）所描述一般，權力並不會很單純地僅是分出統治者與被統治者，而是處於不斷流動的狀態，權力通過個人運行，但卻不會歸屬於個人所有<sup>201</sup>。

從統治地位的方式觀察，新自由主義和新保守主義同時興起的矛盾就可能得到解答。現行社會中，資本主義於媒體加持下隨著新自由主義而興盛到前所未有的程度，而其宿敵共產主義早已成為歷史的遺跡，不斷擴張的大型跨國企業往往被以「帝國」之名形容其舉足輕重的龐大影響力，而法律領域面臨到的挑戰，也無法排除媒體將法律議題商業化所造成的可能性：於是資本主義下的階級劃分直接影響了資源的分配，形塑了另一個統治者的可能輪廓。在傅柯的想法中，法律用以限制權力，但權力卻能產生真理，而真理再回頭去影響法律和權力的三角關係標誌著權力的運轉機制<sup>202</sup>，完美解釋了資本主義在現代社會中操弄資訊落差興起的過程。中國已故領導人鄧小平嘗謂要實行「一個有中國特色的社會主義」，實際操作的結果被評論走向實質上的權貴資本主義<sup>203</sup>，是以其中的社會主義其實是幌子，骨子裡有的只是「中國特色」；而即使是所謂的「民主國家」，於資本主義係「以建立在各種財產權（property right）之上的經濟特權優先性為特徵」，而民主則「堅持自由的先天性和建立在種種個人權利基礎上的民主責任（democratic accountability）」<sup>204</sup>，二者實際上並非互補的情況下，民主也將陷入

---

<sup>201</sup> Michel Foucault, *"Society Must Be Defended" Lecture At the College De France, 1975-76*, New York: Picador, 29 (Trans. David Macey)

<sup>202</sup> Michel Foucault, *"Society Must Be Defended" Lecture At the College De France, 1975-76*, New York: Picador, 23-24 (Trans. David Macey)

<sup>203</sup> Naomi Klein 著，吳國卿、王柏鴻譯（2009），《震撼主義：災難經濟的興起》，初版，頁 238~239，台北：時報。

<sup>204</sup> Samuel Bowles、Herbert Gintis 合著，韓水法譯（1995），《民主與資本主義：財產、共同體和現代社會思想的矛盾》，初版，頁 1，台北：桂冠。

運作上的困境。



若謂從「民主」的角度仍然有逆轉這個結構的可能性，因為財富並不會使富人從一個人變成兩個人，民主制度以「票票等值」的平等概念建構其核心。但其和刑法的答責原則一樣，民主的前提是人民有自由選擇的機會，但仔細觀察就會發現，這兩種自由選擇實際上是相互衝突的。刑法要求人民在能夠自由選擇的情況下，**必須要**選擇符合多數要求的決定，否則就以國家的力量予以刑罰；反之，民主卻是要以國家的力量來保障人民自由選擇的機會，不讓其受到外力干擾，故自由主義也是民主制度的重要因素。這兩種關於自由規範的矛盾因為先後順序而協調了，多數決下多數人民的自由選擇同意抑制自己的自由，於是該對自由的限制就產生了正當性，是自由的不自由，前面社會契約論的根基。但在現今的世界，這種論述看似沒問題，其實隱含了致命的邏輯陷阱，刑罰是可以剝奪人自由選擇的方式無誤，但刑罰並不是「惟一」能夠使人在不自由情況下進行選擇的方式。同樣的，一旦多數人有可能在不自由情況下選擇，那麼其後所連結出來的放棄選擇的自由正當性亦會受到挑戰，必須從更全面的角度進一步觀察，這樣的放棄自由帶來了什麼來建立其正當性。

權力運作下，資訊的落差造成了人無可選擇的情況，也就創造出了「真理」。現代社會的資訊太多，不再有人能夠獨自通曉古今之學，來決定自己應該做出什麼選擇，換言之就是完全自我選擇的可能性已經喪失了，每個人都必須依賴不同資訊的流通來協助自己做出選擇，這時候掌握資訊源和資訊詮釋權者就產生無與倫比的影響力，而這些龐大的資源又是資本家或被資本家收編，最佳範例即為媒體，於是我們的選擇受到資本的系統性影響甚廣且深，「多數決」逐漸在這些影響下，於民主的框架中打造出一個資本主義不斷延伸擴張的溫床。

資本不斷擴張的目的不在虐待犯人、統治人民，而在創造更佳的資本環境(讓更多人相信社會能夠容許更多失利階級)，這些東西恰好和外部論述中的直觀威嚇理論是可以相連結的。國家不再是可能利用刑罰侵犯人權的唯一對象，真正的問題在國家背後的資本之手，資本主義的市場交易本來就需要一個相對安定的秩序來進行，刑法跟資本主義之間的曖昧關係，案例所在多有，如我國刑法中財產犯罪的刑度即展現了這樣的特質，而資本主義盛行擴張之後的結果是使資本更高度的集中，後遺症是益發嚴重的貧富差距<sup>205</sup>和失利階級的產生，而這些問題並非刑法發動刑罰所能處理的。

貧富差距的結果是更多不安定的社會問題，而這些問題肇因於失利階級被逼到生活困頓乃至沒有退路，將使治安惡化，動搖資本主義的根基。那對於社會問題有什麼處理辦法？建構完備的社會福利政策是以往的解答，但這不可避免地要增加公共支出，大幅增加公共支出後，難以避免成本轉嫁於整個社會；另一種選擇是以更嚴密的社會控制，這裡遇到的困難是將對失利階級造成更多的剝奪，以及自二十世紀以降社會福利思想的倒退，但是在資本主義下將「自由選擇」當成理所當然的前提，無論在何等社會條件下自由選擇都會存在，並以資產重新創造階級，因此嚴密控制成為解答。嚴刑峻罰的威嚇，加強對犯罪人（嫌疑人、前科犯）的監控，恰是達成社會控制最簡捷有力的方式。於此同時，在資訊源被控制的情況下，對犯罪情節描述的嚴重和煽情本身又可以成為商業行為的一部分（正如前述），並且再度正當化國家應對「部分國民」進行犯罪管控。於是傳統刑法論述抑制國家刑罰的理論受到最嚴苛的挑戰，治安的問題一再被挑起成為重要的社會議題。

---

<sup>205</sup> Naomi Klein 著，吳國卿、王柏鴻譯（2009），《震撼主義：災難經濟的興起》，初版，頁 248 以下，台北：時報。

### 第三款 合體系化解釋下的「特殊預防理論」



但是無可避免的，刑法仍然必須在這個漸趨悲觀的體系中找到位置。法律所追求的根本目的仍然是社會契約論底下透過連結所能達成的自由。社會契約論的起點是個體自我保障和生存，可以解釋成個體自由，人們為了個體的自由連結成社會，但是這個自由發展下去以後卻不應等同於單一或少數個體絕對的自由，而是集體能夠共存的受限制個體自由，因為數量有限的絕對自由仍然會造成爭奪，於是又將回歸至自然狀態的不利益，所以個體必須在集體的陰蔭下在集體始得開展其自由的羽翼，從本章試圖達成自由的角度，並整合多數的利益而言，本文認為法秩序所須要共同達到的這個目標應該是「**作為集體的個體自由最大化**」。所以，刑法實際上並不存在反資本主義，甚至是暴力、貪婪等這些被抽離出來的負面因素的前提，只是當這些因素被組合起來，足以影響法秩序的時候，才會被定義為「犯罪」，並以刑法發動刑罰加以規制。換言之，整個制定刑法，並發動刑罰以對犯罪行為人論罪的流程，實際上就是行為人以其行為在和刑法背後所表徵「**作為集體的個體自由最大化**」概念對話的過程，將行為人所為的「社會事實」轉化帶有評價性質的法律事實。

刑法並不是一門自然科學，儘管在討論行為人行為以及所造成結果的時候，我們常常會用到「客觀」這樣的用語，但刑法作為一套評價的邏輯，即使在討論所謂客觀的面向時，也已經增添了社會意義在其中。舉例而言，「某甲舉刀刺進某乙的心臟，造成某乙死亡」這樣的一個討論殺人行為的先行敘述句看似非常「客觀」不帶任何評價性質，但是其中的各項名詞如「刀」、「心臟」、「死亡」等，已經以某種語言標準限制物體或行為的定義，而且還因為「客觀」所以不容質疑。即使在某甲包括其所處的團體內認為那不是「刀」而是某種聖物可以淨化，「心

臟」不是一種臟器而是罪惡來源，「死亡」不是侵害而是靈魂昇華，於是定義整個過程是「以聖物洗滌罪惡飛昇成仙」，仍然不會影響到我們對於「客觀」的敘述<sup>206</sup>。



所謂的「客觀」雖然排除了行為人的主觀，但是仍然有部分主觀沒有排除，因為完全純粹的客觀會是一種狀態，沒辦法進入溝通體系內讓沒有親身經歷、甚至是有親身經歷的人彼此分享那個獨一無二的狀態經驗；而一旦訴諸言語、形諸文字，「發話者」和其「欲溝通的團體」二者的主觀就開始將這個狀態整理成能夠彼此溝通的素材，所謂的「客觀事實」實際上也就是最初步的素材而已，並沒有辦法完全排除主觀。而在刑法的領域中，這個發話者就是法秩序，而欲溝通的團體當然就是社會的主流價值，其實兩者在某程度言是互為表裡，於是「客觀事實」在這個脈絡下實際上就是廣義社會多數以其「共同主觀」所認定的事實，以眾多、難以抗逆的主觀化成客觀。

但是刑法中所使用的「共同主觀」概念並非直接連結到一般想像多數決情況下的決定，而是前所提及的「**作為集體的個體自由最大化**」，因為當我們把共同主觀擬制為客觀，這個被綁束起來的客觀就必須有一致的認事標準或其目標才會產生其本身的主體性，也許也可以說是巨靈化<sup>207</sup>，必須如此所謂的共同主觀才有被作為溝通對象的可能性，不可能隨著所謂的民意或是參與人民的多寡而沒有邏輯地更迭其舉措和思考，民主主義或許試圖割裂單一巨大國家威權出現的可能性，但是在每一特定法領域內個別的巨靈（權威）出現仍有其必要。法律要達成的目標是讓參與的個體更為自由地活存，所以共同主觀的終極目的也就會是「**作為集體的個體自由最大化**」。

<sup>206</sup> 這點可以從社會大眾對於所謂「邪教」、「超自然奇蹟」的反應觀察出來。

<sup>207</sup> 就是霍布斯的概念，本文用以指某種強勢權威集合產生的自我意識，似乎巨靈會是比較具體的理解方式。



在這裡我們會觀察到兩個重點，一個是該如何作為集體，一個是何謂個體自由最大化。事實上，作為集體的問題已經在本章第一節討論過，就是前述建立在社會連結機能下的一般預防，以此方式讓刑法是一個讓群體不斷連結而非斷裂的集體。但第二個問題卻是本章的關鍵，在我們討論自由的時候，其實用正面表述的方式很難，因為難以定義如果能做些什麼事情，那這個人就是自由的，實際上自由本身就是一個不受干涉的狀態，所以在討論這個自由與否的時候，或許用受到越少的干涉，那此個體就享有越多的自由這樣的方式去思考。這個「越少干涉即為自由」的概念往前溯可以找到社會契約的源頭是基於自利讓自己享有更多自由(福祉)，而往後進行連結可以發現刑事法領域的重要前提都會符合這個命題，例如罪刑法定主義、刑法的斷片性、最後手段性，以及在刑事訴訟法上的罪疑惟輕、不自證己罪等原則，但是這些原則都比較偏向操作性的，即在領域內要怎麼適用刑法，對於形塑刑法面貌的部分，仍然較少著墨，因為這個是比較偏向刑事政策、立法論的問題，但是同樣都內建著「必須盡可能減少對個體進行干涉」的前提。

這個較少被提出的部分，也就是立法論的時候以「作為集體的個體自由最大化」這個命題會產生什麼影響，本文以為關鍵的因素在於「**合體系化解釋**」：儘管刑法自身容許斷片性，但在其作為一種有完整系統的「被對話對象」仍必須有其自身邏輯存在，否則有意義的對話難以發生。相對於常見的文義解釋，釋義學中所謂的「體系解釋」要求個別法律條文在整個法體系內部的一致性和聯貫性，在文義之外限縮條文解釋的空間。但是合體系化解釋卻是一種在決定什麼樣的內容能夠進入刑法體系，成為刑法系統一部分時，為了「目前尚未發生、但可預見將來可能發生」之體系解釋預先進行過濾的方法，所以它通常會在立法論上發揮其效果；一旦已經進入刑法體系內部，則該部分的問題就直接由體系解釋來接手，

而合體系化解釋進入沉睡。在體系解釋以及由其所反射出來的合體系化解釋發揮作用下，刑法系統方能以保有其內在邏輯的方式和系統外進行交換。



合體系化解釋只是一種方法，仍然圍繞著刑法的目的也就是「作為集體的個體自由最大化」為核心在發生作用。「個體自由最大化」會是一個非常功利的思考角度，但和一般所謂效益主義不同之處在於，用以需要計算效益的全部單位就只有「個體」，並且由個體決定何者的價值為高（快樂），至於個體決定放到這樣的操作才會叫做自由。在本章第二節處理焦慮問題時，本文得出只要符合禁止將來利益承認禁止、自由意志否定禁止以及社會損害性排除等三項原則，社群對於犯罪的恐慌可以直接進入體系裡面對刑罰的程度進行調整的結論，而在合體系化解釋的作用下，刑法本身會展現一種**韌性**，將社群恐慌產生的新元素吸納進解釋系統之中，這種韌性就是「**合體系化解釋**」。本文以體系解釋作為基礎，提出此概念是要求所有進入刑法體系的力量不能以片段的方式改變刑法的樣貌，而必須合乎刑法原本的體系解釋，或是另外一種相形之下更為破釜沈舟的選擇，徹底改變所有相關的體系解釋，而排除讓體系解釋不一致的情況。

在合體系化解釋的情況下，刑法中所謂作為集體的個體自由最大化仍然會不斷地進行調整，主要的變因在於社會恐慌認為個體必須對集體奉獻自由到什麼程度才不會造成法秩序的崩毀，將破壞作為「集體」的前提，導致集體的利益無法帶出。但是合體系化解釋卻會去檢驗社會恐慌的**力道**。既然是作為集體，那麼獲得利益應該是一起獲得，犧牲也應該是一同犧牲，所以個體自由最大化背後仍然隱藏著另外一個命題，也就是每個人在體系中所能預期得到的利益應該是**平等的**，如此才能建構出作為「集體」的正當性，這也就是刑法之所以會展現出其韌性要求合體系化解釋的真正原因；換言之，我們可以確認如果某一種因應恐慌的變動，即使符合了前述所有的要求，但是在實際操作上，我們會預設現在的狀況即屬平

等<sup>208</sup>，而調整後若是因為限制程度不一，導致對社群中特定個體或是階級造成被剝奪比社群中其他成員更多自由（反過來就是給予其他成員更多自由）的情況發生，則平等的狀態就被實質打破，由刑法控制的刑罰將不再是為了維繫對社群**整體有益的法秩序**而存在，而是**對排除部分特定階級**以後剩餘成員有益的新秩序<sup>209</sup>。

如同我們在本章第一節所討論到的，多數時間處於**靜滯**狀態的刑法是不可能用來做社會改革的，即使一段時間有所**前躍**也僅是調整以反應社會的變化，無法發生帶領社會前進的效果。追根究底，刑法就是一種節制國家刑罰的法律（即使無法律，國家或統治者依舊會試圖收編並使用刑罰，成不成功就是另外一回事），更進步言之，就是試圖將刑罰鎖定在固定的面向，以免變成統治者的工具。因此，一套開始創造對特定階級不利（或有利）情境，並據以剝奪自由的刑法，就已經走向背離其本質的道路。當此情形，仍然名為「刑法」的規範所定義出來「犯罪」，內容就不再是對社群整體利益或存續造成影響，而是符合使特定人得到更多利益的社會行為，實際上已經被整合到其他社會規範內，以致刑法失去其主體性，也同時喪失其正當性<sup>210</sup>：人民從自然狀態中脫離被剝奪暴力進入社群，卻仍被迫陷入另外一種形式的不公平競爭，而被強行施加暴力（儘管其自我號稱要節制暴力的使用），又將實質導致社群的斷裂。

這個惡果將逐漸和前面提到的失利階級出現連結在一起：擁有統治的地位不

---

<sup>208</sup> 直接從「現行法律」仍被承認推導出的前提，當然這個前提也可能是有問題的。

<sup>209</sup> 這裡不再使用法秩序，因為已經違反了法的前提。

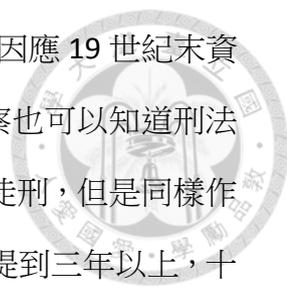
<sup>210</sup> 舉例言之，刑罰確實是展現國家權威最佳的手段，但是在「使抗議學生有禮貌」這件事情（如果是一個群體認為重要的利益）的話，本來應該是用教育處理就可以的事情（當然這種教育正當與否還值得討論），國家也不會禁止某些特定族群去教其他族群「禮貌」。但是一旦用刑法規定以刑罰去禁止這種行為，則在這裡的操作就變成抗議學生的自由受到國家權威強制性的侵害（相較於其他不需被教育「禮貌」的人民），使被抗議的特定階級獲得利益，變成由特定階級操縱的暴力。

只國家，而新自由主義採用「奪取式積累」<sup>211</sup>的成長方式也使社群出現恐慌。但是如果把焦點鎖回所謂的「犯罪」，正如本節一開始所提及的犯罪飽和原則，實際上和刑罰以外的其他因素關聯更深，而恐慌的來源就在於我們隱約探知對於「犯罪」的成長（可能性）實際上源自於其他原因，諸如人際疏離、貧富差距過大、消費文化日新月異下創造的誘惑過多等，這些都和刑罰與否及其程度關係甚微，但是這些卻是（中產階級）難以控制或者戒除的。於是當採取的手段（刑罰）和所欲解決的問題（焦慮）根源實際上南轅北轍，沒有成效已經是註定的事情，但這在某種宿命式既定脈絡下沒有成效會被解釋成手段仍然不夠嚴峻，因為刑罰是少數被統治者仍然「可能」操縱的變因，於是導致斷裂的缺口就出現了。本文不會否定這種焦慮處理方式，誠如前述刑法不是拿來提昇社會用的，即使這種處理方式可能會帶來惡果亦然，這是人們的選擇，但仍須堅守合體系化解釋，拒絕斷裂社群的立場。

因此，當社會感到焦慮認為有必要調整刑法時，這個共同主觀傳遞出來的信息應該是社群認為「和此部分焦慮有關的自由都是集體所不能容許的」，而非「對於特定行為人／階級產生焦慮」，所以對於刑法調整越多，就需要更強大的力道。舉例言之，現行刑法第一八五之三條有關醉態駕駛的刑度於民國 100 年修法從一年調整到二年，這和現行過失致死罪的刑度一樣，並增列第二項的加重結果犯，刑度一年以上，七年以下有期徒刑，102 年更提高至三年以上，十年以下有期徒刑的重刑，而這其中作為基本態樣的過失致死罪刑度沒有任何調整，仍然是二年有期徒刑。讓我們從合體系性解釋的方式來觀察一下這兩次的修法：醉態駕駛的行為本身沒有任何侵害性，之所以違法原因在於造成使用道路人民的風險，然而這個風險最多也就是死亡，即使是在民國 100 年修法以前刑度最高是一年有期徒刑，沒有加重結果犯的情況下也不見有民眾因為擔心有人酒駕因此不敢使用交通

---

<sup>211</sup> 「...指馬克思視為資本主義萌芽期間的『初始』或『原初』積累作法的延續和滋長。」參照 David Harvey 著，王志弘譯（2008），《新自由主義化的空間》，一版，頁 37~38，台北：群學。



工具（可見不會造成信賴破壞）。過失致死的刑度很低實際上是因應 19 世紀末資本主義發展而來的結果，就算不管這個歷史脈絡，單從條文觀察也可以知道刑法告訴我們不小心弄死一個人命的社會損害性「最高」就是兩年徒刑，但是同樣作為不小心弄死一個人的行為，在有醉態駕駛的情況下卻硬生生提到三年以上，十年以下，而單純的醉態駕駛在第二次修法沒有修正，仍然只有二年。這時候同樣一條人命，在非醉態駕駛社會評價的價值是最多二年，而醉態駕駛社會評價就變成一年起跳，最多八年，這其中的落差無法解釋，變成僅針對產生醉態駕駛狀態的族群額外限制自由，斷裂於是焉產生。所以若要避免這個斷裂，則在合體系化解釋的情況下，要加重醉態駕駛致死的刑度，則應該是社群認為不小心弄死人這個「過失致死」的社會損害性已經提高，要提升就必須整個一起提升。這種操作方式仍然讓社群保有定義什麼才是應有自由最大化的途徑，但是作為集體卻必須要**一起付出代價**：於是醉態駕駛致死的刑度加重了，因為工安意外致死的刑度、交通事故致死的刑度、食品安全致死的刑度也都會一起加重，涉及的利益更為廣泛，當然也就需要更強大的力道（因為在立法上必須衡量更多利益團體的立場），這個過程傳遞「要剝奪之前，先看我們願意犧牲多少」這樣一個訊息。

在以「集體自由最大化」為目的的「合體系化解釋」之下，系統本身雖然開放缺口，但仍保留自身的力道。於是小規模的改變也許還好，但若是因為恐慌之故要對系統進行大規模的變革，那麼刑法的韌性將讓社會的力量如陷泥淖，每一步都必須付出沈重的代價。因為刑法本來的功能就是一個涉及對犯罪行為人進行公平評價並處置的系統，以平復法秩序的波動，何謂「公平」的定義可能改變，但公平的操作方式卻不會因而不同，所以正確的操作下會自行排斥只針對特定人／階級的修改方式。此處還有一個更細緻的問題還待補充。如前所述，合體系化解釋建構在「體系已然存在」的前提下，我們才有去相互比較對照的可能性，如果是一個全新的社會行為而欠缺比較基礎的情況下該怎麼操作？本文以為在此



情況下，合體系化解釋自然無存在空間，這時候全新的立法可以直接以「集體自由最大化」對行為做初步的評價，比較的基準就開始衍生。舉例而言，當某日社會認為有以刑法方式對於「殺害外星生物」進行處置，而彼時刑法中從來就沒有有一條和外星生物生命法益相關的評價基準，這時候立法上就可以不受合體系化解釋的限制，反面言之只要開始有任何比較的可能，刑法系統的韌性就會開始發揮效果，而且比較的基準越多，牽涉的層面越廣，韌性也就越強。

分析至此，我們可以發現刑法內部論述和社會論述的衝突點通常會在這裡發生。刑事司法在操作上必須符合體系解釋，而無論司法機關在操作上係有意識到這點或僅是依循系統參與者的慣性運作都會轉出某一種體系化的結果（當然我們知道後者十分危險，而且最終也不一定符合「刑法」的體系解釋而自成一格），這些會被稱作「體系解釋」的操作結果一般而言不會直接對應到社會所關注的個案上面，而是呈現系統的整體面貌的一部分，兩者不必然相同，衝突就帶來對話的空間。對話之後可能發現系統內部操作自己出現謬誤，則刑法系統應該自行進行調整（例如排除系統參與者慣性的結果），此時對話是讓系統整合的力量；又或者是發現無法調和必須做出終極判斷的局面，則由社會付出相應代價之後將系統內相對關係再度定義，發展出新的體系解釋。所以當社會無法整合出共識，以致不願意付出相應代價的時候，預期對系統的改變也就無法如願以償，此際刑法系統發揮的韌性會像堵高牆般吸收並擋住這種社會非常片面的「改革」力道。

以上就是刑法所引導出系統的內在限制。刑法系統不會去處理從這個缺口進來的「最大化自由」究竟是什麼，又會對社會整體帶來多大的利益（或是損害）。但是刑法必須是那堵高牆，撐住系統的獨立性，維持內在邏輯的一致。如果社群共同決定要回歸一個保守、高道德的社會當然不能用刑法系統去阻擋，但是高道德就要整個社會一起高道德，而不是僅針對某些特定族群為高道德的要求（例如

前所舉出的醉態駕駛之修法過程)，減少新自由主義和新保守主義的矛盾在系統內部出現的機會－儘管從建立系統時內部本來就已經存在這樣的矛盾，而且在系統外部不斷上演。



高牆本身沒有顏色，但是其存在並發揮作用本身就足以產生影響。當社會沒有集體的犧牲覺悟，凝聚不出足夠的力道越過高牆，這股力道並不會就此完全消失，而部分有可能會反射回去，間接成為反思的可能性：此際對犯罪人恐慌因為無法直接從刑罰「犯罪人」這種表面上直接處理的方式得到解決，必須尋求其他解決途徑，造成犯罪人的社會脈絡可見度（或多或少）可以上升，例如失利階級的出現、社會弱勢照護政策不足等等：再者是對於「力道為何不足」的反思，可能連結到社會上已經現存不公平結構（如果是循著正確路徑去思考），以致結構利益即使在民意、民調強大下亦無法動搖，只要有部分成員過度自由、或是過度不自由，兩者都會對社群的存在造成負面影響，也會對存活其中的個體產生衝擊。將以上兩種方向整合，連結回本節一開始的犯罪飽和原則，或許可以透過溝通社會脈絡的方式達成真正的「犯罪控制」效果，畢竟「最好的刑事政策就是社會政策」，刑法一連串的思考都是為了尋找犯罪人在系統中的定位，而在內在限制透過不能為所欲為的反思則是看見「身處（複雜）系統中的犯罪人」，這是國家施以刑罰對於社會而言唯一的積極功能。

而從這個方向去思考，刑罰中的「特殊預防理論」也可以有增添其內涵。若從犯罪控制而言，針對犯罪人自身尋找其矯治方法以避免再犯的立論固仍存在，但是跳脫這個侷限思考，而從犯罪人**觀察**出其所依存之社會脈絡，並將犯罪行為的因果關係脫離狹義的刑法上因果關係，倒至社會脈絡上，並針對社會政策（取代固有的刑事政策）去進行改善，將預防的標的從一個「犯罪人」擴展到整個可能製造出犯罪人的環境，將預防的手段從「刑罰」擴展到整體國家各種可能的施

政行為。這種作法雖然已經逸脫傳統的刑罰領域，但才是特殊預防理論真正能夠施展手腳的完整範圍，而在刑法—刑罰領域內部就是阻擋的高牆，還有更廣泛的思考觀察。



#### 第四節 小結：作為底線而存在的刑法



透過刑法操控刑罰系統目的的確證，將對法的焦慮對話添上形式的外在限制，再將刑法的韌性找出添上內在限制，本文對於刑法—刑罰結構的再構到此為止。儘管如此，本文著力於限定對話的對象還有方式，而且在最後只能提出相形悲觀的脈絡，對於新自由主義困境底下要如何溝通仍然沒有解答，而媒體大眾對於重刑化的呼聲除了連結到刑法之外，背後連結到的是更嚴密的社會控制。

誠然，更重的刑罰、更完備的犯罪監控設施、更不友善的犯罪人處遇都會讓遭受到犯罪「風險」在感受上減少。實際上的結果卻是：越精細嚴密的社會控制，代表著社會有容納更多潛在危險因子的空間，人們意識到風險的產生，但卻以為能夠透過暴力壓制的方式使風險不會具體化成為危險；然而，人類的社會本來就是處於不斷戰爭的狀態，只有當強者強悍到某個程度，能夠讓弱者完全放棄掉反抗可能時，和平才可能會出現，這種心理狀態或許是社會大眾認為可以在刑事領域捨棄連結，而採類似敵人刑法方式。因為他們試圖用這種巨大的強悍讓弱者放棄反抗可能。

但是這種強者強悍和弱者放棄之間是一條不斷滑動的量表。當強者力量越強大，就能夠壓制更多弱者，這裡的壓制是讓弱者放棄戰爭，也就是反抗可能的完全壓制，代表的意義絕非是犯罪的**可能**消失而已，而是使弱者失去選擇的機會，使強者免去剝奪的代價。更深入一層，我們可以發現對這些「犯罪」問題的強調都集中在暴力犯罪行為，而這些行為恰好是在資本主義體系內對既得利益者最強大的威脅所在，也是既得利益者的白領階級**非常**難得去犯罪的部分。而且真正會因為刑罰放棄犯罪的「弱者」，通常不會是現實的犯罪人，而是本來就已經在規

範內部不會去犯罪的人。



於是，在被統治者內部製造敵人，並且透過對這種「敵人」的強烈大動作**排除**方式來隱蔽資本主義不斷所造成的社會問題，藉重刑化、加強監控的儀式來使得大眾能夠慢慢接受生存壓力日益提升的社會，將這些令大眾難受的不安**歸咎**於部分被挑選出的犯罪行為人。這亦是另外一個不斷上升的螺旋關係，資本的影響力越大，對社會的控制需求就越高，而對社會控制越強時，資本又能夠從中得到滋長。如同海德格(Martin Heidegger)對於人在日常生活中沉淪(Verfallen, falling)的情況<sup>212</sup>，這套對刑事司法的參與方式也讓大眾一起走進「人人」的魔幻空間，在此可以自個人在現代社會獨自生命中一再徘徊於自我以及社會要求中感受到的焦慮和失落遁逃，而和「多數人」一起分享評斷他人生命的感受，站在某一高度的道德立場上予以批判，在這種需求下，**真實**僅僅是賣點的一部分，就如同電影的真人實事改編一樣做為號召，「人人」真正追求的其實不是真實，亦非某種善的、好的結果，反而是參與的過程那種脫離現實困境的感受。

當社會福利的要求逐漸從刑事法領域撤退，正當化政府控制的理由不再有阻力，能夠成為反抗力量的群眾陷入「人人」的迷思中而脫離現實，於強大的資本意識影響下，越來越多的危險因子（如前列的失利階級）因為不敢（無能為力）抗拒而被壓縮，個人的選擇不斷變少，更加深資本能夠肆無忌憚的影響力。然而危險因子並未消失，而只是被暫時壓抑著而已。法律的社會控制機能，至這個階段已經逐漸被導向成為階級壓迫的工具，而到最終壓不住的時候，全部危險因子將一起爆發。而原本用途在於管控個別危險因子的機制，將無法控制大規模的爆發，政府統治的正當性將受到影響，而隱在政府背後的資本螺旋亦會受到新一波的挑戰。也許，搭配上媒體加成後的螺旋能量夠強，得以壓制過這一波的反彈，

---

<sup>212</sup> 陳榮華（2006），《海德格存有與時間闡釋》，再版，頁 120~123，台北：台大出版中心。

亦或許被逼迫對話而暫時後退，但並非重點的刑事司法領域仍然不會因此受到影響，螺旋本身仍會持續，奉上更多祭品。



當本文已經確認刑法－刑罰系統無法並非用以改革的前提下，這個系統能做的事情只是在使用國家終極暴力的場域之前，盡一切努力形塑出一條形式公平的底線，把守在最後一關。雖然這條底線綻放出被嚴格限制過後的缺口讓社會力量進入，但同樣地，這個缺口的存在，其運作邏輯和背後論述也會將底線後面刑法系統為什麼必須如此堅持的價值吐露出來，本文認為這就是「對話」的過程，其能發揮多少影響力在所不論，但是對話的存在就象徵著連結仍然存在。因為刑法能夠帶出刑罰的特殊性，當刑法都開始被挑戰也就警醒著國家權力已經逐漸越位至危險的位置，在整部國家機器完全失靈之前，仍須堅守其作為底線的功能，所以刑法無論如何要有其自身展露的判斷性，非能逕以民意為名即隨便更動其立場。



## 第四章 具體操作嘗試論

本文所欲達成之目標建構以和社會連動關係為核心出發的刑法—刑法理論，這個任務在第三章已經嘗試完成。但是，自實行層面言，第三章的理論因為最終結論是屬於底線性質，所以在對話的過程中會趨向被動。

在僅有理論存在，而無其他配套的情況下，系統理論的價值就會限縮在「當對事件的反思討論已經發生，提供足以不斷深入挖掘的基礎，並在最後更為瞭解刑法系統的樣貌」的階段，而沒有辦法主動地去進行溝通這個動作。但是所有的發語行動都是為了產生影響力去做的，所以前面的介紹以讓系統完善作為前提，但如果以溝通的行動作為目的，則要從哈特的次級原則、黑格爾的應報理論等，介紹到新自由主義，在實行上仍會有困難。實際上，因為大量媒體關切的緣故，大眾對於刑事司法議題不乏討論的興趣，因此本文認為在已有妥善理論基礎的情況下，另外發展一套堪將被動形式轉為一定程度主動的架構之必要。

以主動溝通為目的和理論之建構不同，各有其複雜的面向。就此方面言，會更試圖貼近議題的聚焦，以及溝通對象的生活經驗分析和影響，此即為本文以下要做的嘗試。

### 第一節 操作方法論

在討論的對象並非法律專業的情況下，本文認為可以用這種概論式來檢討的問題分別是做為討論主題的基礎事實確立、討論議題的聚焦以及足供討論的素材，並在最後經過溝通依個別經驗做出決斷。本文第三章即旨在提供素材，並從此可

以延伸出議題的聚焦方式，然而基礎事實確立的部分，在現在社會不得不討論的就是媒體效果的影響，本節將就媒體效果以及議題聚焦方式分別提出方法。惟本章旨在對具體操作方法進行嘗試，因此將溝通對象預設為試圖對未具備／粗淺法律知識對象進行刑法相關論述的溝通。



## 第一項 從「媒體事實」回到「通案事實」的再轉化

### 第一款 媒體：不負責任的真相製造機器

在一般人（或者如新聞媒體所自行宣稱）的認識下，媒體本身應該可以傳遞自由多元價值的載體，認為市場導向的大眾媒體系統最能確保市民的言論自由，代表著第四階級（常被錯譯為「第四權」，在西方傳統指教會、司法機構、民眾以外的階級）。新聞報導必須使大眾能以各種觀點去肯定或是質疑他們對於周遭世界的認知，「因此，就形塑輿論的層面來說，新聞媒體是讓人們得以對統治關係行使民主監控的重要中介」<sup>213</sup>。這個自由多元觀點對於媒體的「力量」部分的表述實際上沒有錯誤，民主監控確實需要傳播媒體的力量，因此是否有自由的媒體會被視為國家自由程度的重要指標。

但證諸實際，以資本主義形式而越來越「自由」的媒體並非總是帶來正面的影響。正如本文在第三章以片段式的方式零星提到媒體對於新自由主義推波助瀾的效果，在統治者已經非僅有國家的情況下，媒體仍然會成為可憂的統治工具，而我們必須了解其危險性，英國學者艾倫（Stuart Allan）之研究即整理出以下現象：「

<sup>213</sup> Stuart Allan 著，陳亞玫譯（2006），《新聞文化：報紙、廣播、電視如何製造真相？》，一版，頁 52~53，台北：書林。



- 一、新聞媒體的掌控權日趨侷限在少數人身上（通常是白人男性）。
- 二、企業以爭取最大利益為優先考量，使新聞形式日趨虛浮，也使新聞內容日益制式化，大幅壓縮了爭議事件的報導空間。
- 三、企業機構因考量盈虧底線（the bottom line）而改變了新聞價值的判斷，其中最常見的作法，就是壓制異議或反對觀點，例如工運分子、工會組織、女性主義者、反種族歧視者、環保人士、反貧窮運動人士以及其他致力社會改革的團體。不同的論調被視為威脅，影響對市場極度敏感的新聞機構的利益。這些批判觀點試圖開拓被效率和廣告利潤制約的論述範圍，促使我們深思新聞商品化的現象。」<sup>214</sup>

台灣本土的學者也有類似的觀察：「資深媒體工作者胡元輝（2008）在說明解嚴對媒體生態產生何種巨變時強調，就是政治力隱沒，以及市場力崛起。所謂政治力的隱沒是指政治力並未完全從媒體市場退出，轉而以各種形式試圖繼續影響媒體經營，而市場力的崛起則強調市場經濟與企業管理思維成為媒體營運的主流邏輯。觀察電視產也在解嚴後的變化，似乎也吻合前述的趨勢。當強調產業解除管制，與市場自由化的自由經濟主義成為推動媒體產業發展的主流思維後，如何獲取最大利潤即成為電視經營者的圭臬，再辦隨著傳播科技的日新月異，各種電視服務遂成為各大企業集團所競逐的新興事業，電視產業結構也隨之發生改變。」<sup>215</sup>

誠如前述，新自由主義和媒體之間的關聯並非刑法能夠處理的標的，但重點在於大眾對刑事有關的社會（犯罪）事實的認識主要是透過媒體，而媒體在商業

---

<sup>214</sup> Stuart Allan 著，陳亞玫譯（2006），《新聞文化：報紙、廣播、電視如何製造真相？》，一版，頁 59，台北：書林。

<sup>215</sup> 卓越新聞獎基金會主編（2009），《台灣傳媒再解構》，初版，頁 59，台北：巨流。

化底下產生了的轉變，這個晚近的重要趨勢即為新聞領域中「感官主義」的興起，主要是隨著電視新聞逐漸普及而產生的概念，學者王泰俐將感官新聞定義為「用以促進閱聽人娛樂、感動、驚奇或好奇感覺的軟性新聞，訴諸感官刺激或情緒反應甚於理性」，並把犯罪或衝突、人為意外或天災、性與醜聞、名人或娛樂、宗教或神怪、消費弱勢族群等六類新聞歸類為感官新聞；與之相對的，非感官新聞的定義則為「可增加閱聽人政經知識的硬性新聞或者傳遞有益的生活、文化或社會資訊，訴諸理性甚於訴諸感官刺激或情緒反應」，並有政治、軍事或科技、經濟或財經、教育或文化、醫藥或健康、民生或生活等六類新聞歸類為非感官新聞<sup>216</sup>。

而在我國，近年來犯罪新聞出現的方式多半偏向**感官新聞**的形式，並和我國對於偵查不公開的實務運作欠缺嚴謹的一致性結合在一起，更有日漸嚴重的趨勢。從實例來了解會比較容易進入狀況。例如於 2013 年轟動一時的八里雙屍命案，在一開始還未確定是否為刑事案件，僅有找到男性死者屍體，而未確定女性死者行蹤時，媒體的報導方式即開始探尋被害人的生活習慣（就當下出現的客體進行分析）：

「女教授張翠萍(57 歲)與先生陳進福(78 歲)是二度婚姻，未生育子女，兩人住在新北市八里區龍米路山腰的住宅社區，環境清幽寧靜，出入有警衛看守，2 月 16 日晚上 7 點多，兩人從住家走到 200 多公尺外淡水河岸邊的咖啡館，手牽手看起來很悠閒，但是自此之後卻發生夫死、妻失蹤的懸疑事件。

咖啡館店員說，夫妻倆喜歡各自點杯義式濃縮咖啡，輕聲聊生活瑣事，每次都待一個多小時，之後走出咖啡廳，再左轉沿著河岸步道離開。不過，關

---

<sup>216</sup> 王泰俐（2011），《電視新聞感官主義》，初版，頁 25~27，台北：五南。

鍵點就在 2 人沿著河岸散步時似乎發生了什麼事，由於步道沿路沒有監視器，沒人知道夫妻倆是否回到家，或是到了哪裡，而兩人走向咖啡廳的畫面，也成夫妻倆最後身影。」<sup>217</sup>（編號 1）



感官新聞的特徵在於其總是試圖召喚閱聽者的某種情緒。新聞編號 1 這種對於被害人生活背景、甚至是隱私之探詢的方式，實際上對於案件處理沒有任何助益，但是卻可以增添如新聞文本中所敘述的「懸疑性」。案件進展不重要，真相亦非重點，足以引起好奇的「緊張懸疑」才是這篇新聞真正的價值。基本上每一則感官新聞實際上都可以找到被隱藏在層層疊疊敘述之中的類似關鍵字，本文將這部分事實定義為用以「干擾情緒」之事實，目的在影響閱聽者的自我判斷，進入媒體預設的立場<sup>218</sup>。基本上，當我們閱覽完一篇新聞（無論是平面或是電子媒體上的新聞），發現從其中的敘述不只傳達出某一個事實，鋪陳更是一面倒地激起某種單一的情緒，這就是感官新聞試圖訴諸直覺呼喊的情緒。感官新聞會避免在一則新聞中激起複數性質不同的情緒，因為只要各種情緒交叉衝突就會引起思考，這時候會和感官新聞盡量使人湧上直觀感受而免於思考的本質不符。

於是當前揭案件的「犯罪嫌疑人」這個在刑事訴訟法上還非常初階的角色出現以後（甚至還沒有被起訴），足供討論的客體一下子豐富了起來，媒體就陷入狂熱，一面寫劇本，一面將角色套進劇本裡面，大量使用干擾情緒的感官新聞紛紛出籠：

「這簡直是電影《龍門客棧》翻版！八里知名「媽媽嘴咖啡」老闆等 4 人，涉

<sup>217</sup> 〈八里河邊發現女浮屍 疑似實踐大學副教授張翠萍〉，2013 年 3 月 2 日，ETtoday 東森新聞雲，地方中心報導，參考網址：<http://www.ettoday.net/news/20130302/169643.htm>，最後瀏覽日期：2014 年 1 月 10 日。

<sup>218</sup> 近年來多家網路新聞均會在新聞最末增加讓閱覽者回饋對此則新聞的「心情」，觀察結果閱覽者情緒反應也多半集中在其中一至二項，足見是否產生「干擾情緒」效果實際上已經成為評斷該則新聞是否有價值的重要關鍵。

嫌殺害實踐大學副教授張翠萍和丈夫陳進福，再棄屍淡水河。直到檢方解剖死者，驚覺兩人「死後落水」，才發現4嫌逼問提款卡密碼不成，痛下殺機。檢方6日將4人依強盜、殺人罪嫌聲請羈押。



據了解，「媽媽嘴」咖啡店負責人呂炳宏(35歲)、女店長謝依涵(28歲)、股東歐石城(56歲)和友人鍾典峰(36歲)，目前僅謝承認涉案，但避重就輕，另三嫌否認。謝依涵在看到陳進福遺體的解剖照片，才情緒崩潰、淚流滿面哭著說，「對不起！我不是故意的！」

檢警表示，張翠萍(57歲)(左上／東森新聞)和丈夫陳進福(78歲)(右上／東森新聞)是「媽媽嘴」的常客，熟識謝依涵，陳還想收謝當作乾女兒，因此謝得知陳日前賣掉日本沖繩那霸市的房子，所得500多萬元放進張的戶頭，而張習慣隨身帶提款卡、印章和存摺。剛好呂最近展店需要資金，動了殺機。

2月16日，謝以「員工辦滿月酒」為由，約陳進福夫妻到咖啡店，在咖啡中下安眠藥迷昏後，將他們押上店後的轎車，由呂、歐和鍾等人持水果刀逼問提款卡密碼，要求交出存摺，兩人不從，呂當著張面前狂刺陳5刀，他當場斷氣，隨後再殺害張。

事後呂、鍾開車到三重大勇街一處租屋處藏屍，並先後在2月25日、3月1日把夫妻棄屍離店100公尺遠的淡水河畔，屍體分別在2月26日和3月2日被人發現。檢警原以為兩人失足落水，解剖後才發現是「死後落水」，驚覺疑點重重。

據悉，2月27日，謝還到百貨公司變裝，她戴上假髮及墨鏡，拿張的提款

卡、印章到銀行企圖提款，因帳號密碼不對失敗，加上容貌太年輕不像存戶本人，行員通報金管會，引起警方追查。檢警花了 19 天，偵破這起震驚社會的謀財害命案件。」<sup>219</sup>（編號 2）



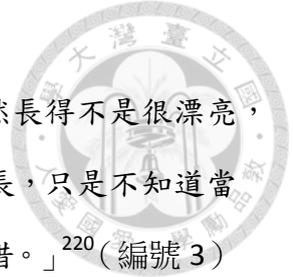
新聞編號 2 發佈於檢方對該案嫌疑犯聲請羈押的「隔日」，但是我們可以發現這則新聞的描述對於犯罪動機和手法都描述得鉅細靡遺，開頭用「龍門客棧」的電影名稱就是要閱聽大眾直接去聯想電影情節，於是「對黑店謀財害命的恐懼」也就是這則新聞的干擾情緒。但事後即使是檢方起訴的事實也和這個版本的動機、手法完全不一致，沒有共犯，殺人到棄屍都是謝姓嫌疑犯一人完成也都沒有關係，讓人聯想到電影情節在現實中真實上演就已足夠。

「到底主導殺害八里富商陳進福、張翠萍夫妻的，是不是媽媽嘴咖啡店長謝依涵？昔日大學學校老師、同學也想知道。民國 98 年從長庚大學資訊管理學系畢業的謝依涵，在老師眼中乖巧懂事，留下的畢業照也相當清純，還有同學在網路上寫下對謝依涵的印象，說她以前是紫微斗數社的社長，感慨不知道當時她有沒有算到，自己未來會面臨殺人嫌疑犯的局面？」

一頭長髮、總是綁起馬尾，戴上細框眼鏡，媽媽嘴店長謝依涵給人的印象，總不脫親和溫柔兩個字。25 歲的謝依涵進入長庚大學就讀資訊管理學系，畢業時已經年近 30 歲，但當時拍下的畢業照，沒戴眼鏡更顯清秀，學校老師對她的印象，也只有乖巧懂事而且熱心，還參加過學校舉行的社會關懷活動。對於涉入殺人案，校方很低調，只有曾經指導過她的老師說，大家都很擔心，抱著希望犯下殺人案的，不是那乖巧懂事的謝依涵。

---

<sup>219</sup> 〈龍門客棧翻版！恐怖「媽媽嘴咖啡」謀財誘殺副教授夫妻〉，2013 年 3 月 7 日，ETtoday 東森新聞雲，社會中心報導，參考網址：<http://www.ettoday.net/news/20130307/171490.htm>，最後瀏覽日期：2014 年 1 月 10 日。



有昔日同校同學在網路上談到對於謝依涵的印象，說她雖然長得不是很漂亮，但皮膚白皙很有自信，參加學校紫微斗數社團，還當上社長，只是不知道當時的她，有沒有算到會有如今的局面？令不少同學相當惋惜。」<sup>220</sup>（編號 3）

新聞編號 3 資訊來源為「網路同學留言」，以及「不具名的曾經指導過老師」，提供對於犯罪嫌疑人認識的學校熟人對於知悉涉案的反應，並張貼三張犯罪嫌疑人的照片，讓她對於閱聽大眾而言更有辨識度，雖然用「希望不是那乖巧懂事的謝依涵」這樣看似中立祝願的用語，但通篇的結構就是預設嫌疑人已經犯罪，在這個前提之下探尋一樣是跟案情毫無相關的隱私，還埋下「嫌疑人就是表（乖巧懂事）裡（血腥殘酷）不一」這樣的伏筆，這則新聞的干擾情緒是「早知如此，何必當初」，站在一個已經定罪的角度來感慨。

「八里媽媽嘴咖啡店命案，在押的女店長謝依涵成為命案主嫌，而消息傳回高雄老家，除了鄰居相當震驚外，據報導，原本在市場擺攤賣蔥油餅的謝媽媽，已經好幾天都沒有做生意。

周刊報導引用當地里長說法，指謝依涵十分孝順貼心，從小成績優異、相當獨立，也不讓母親擔心。當地里長接受訪問時說，「乖巧貼心懂事的一個小女孩，發生這種事情我想說，也難以置信啊！」

里長說，謝媽媽聲音宏亮，還積極參與社區活動，現在卻是足不出戶，和外界斷絕聯繫，心情明顯受到影響。

---

<sup>220</sup> 〈謝依涵 25 歲進長庚大學資管系 師長眼中乖巧懂事〉，2013 年 3 月 11 日，ETtoday 東森新聞雲，記者楊佩琪、張仲華報導，參考網址：<http://www.ettoday.net/news/20130311/173424.htm>，最後瀏覽日期：2014 年 1 月 10 日。



據媒體報導，當年謝依涵在鏡頭前大談咖啡經，給人的印象十分開朗大方，個性就和媽媽一樣爽朗，只是，對照現在的新聞畫面，命案發生之後，謝女面對鏡頭冷靜沉著，當時熱情的女店長，竟是涉入命案的冷血殺手，令許多人都不敢置信。

因為，從小從不讓母親擔憂的謝依涵，無論是生活或是課業，都相當獨立自主，住高雄還會幫忙擺攤，現在卻成為命案的主嫌，在雙屍命案中涉嫌最重，外界以「心狠手辣、蛇蠍女魔頭」來形容謝姓女店長，雖然目前案件還在調查，但她的背景已被層層挖出，無論最終是為情索命或是謀財害命，恐怕都讓一手扶養長大的母親難過不已。」<sup>221</sup>（編號 4）

從新聞編號 4 的敘述方式可以更清楚觀察出媒體對於資訊來源的不負責任，實際上記者沒有訪問過任何人，只有看週刊報導，而週刊訪問的對象是犯罪嫌疑人住所的「里長」，但還是可以引述不具來源的「外界」所用的「蛇蠍女」之類來為嫌犯的人生下定論，如果只有這樣那這則新聞就不具特色的，於是重點放在「嫌犯媽媽」的角色，干擾情緒是「嫌犯會對家人造成困擾」。從編號 2、3、4 號的新聞我們可以發現，干擾情緒的結論不一定會直接在新聞的文本裡面出現，但他會激發閱聽者自然而然去聯想到，並以為這是自己的結論，干擾情緒係源自自己本身，而無記者刻意之影響。

在引起大眾關注的重大矚目案件中，這種干擾情緒式的新聞不計其數。因為現實的刑事案件，實際上不存在一個全知角度去了解所謂的「真相」，只能透過

---

<sup>221</sup> 〈八里雙屍案／乖巧女成冷血殺手？謝媽媽情何以堪〉，2013 年 3 月 14 日，華視新聞網，社會中心報導，參考網址：<http://news.cts.com.tw/nownews/society/201303/201303141208699.html>，最後瀏覽日期：2014 年 1 月 10 日。

事後對於行為的剩餘痕跡和人們宥於己身視野、記憶、情感所限制的話語來進行拼湊<sup>222</sup>，在這個顯然比「真相」更為真實的現實情況下，刑事訴訟法設計了許多避險機制（這裡的風險指「誤無罪為有罪」方式的誤判），但這個「現實」完全不符合感官新聞的運作模式，刑事法式的事實無法串連成故事，種種侷限的作法只會讓人聯想到「真相其實並不可得（或尚未取得）」這樣不怎麼有趣的事情。於是媒體搶著未審先判，將尚未明確的事實「當作」其彷彿真實發生一樣去處理，讓跟著鏡頭一起進入事件的閱聽者提早確定一個自己觀看的地位，並從這個確定的地位取得介入的角度（最常見的當然就是批判者），開始和自己的生命經驗產生連結。干擾情緒藉由其容易取得共鳴的重要特徵，會得到較諸非感官新聞更廣泛的擴散力。這是顯而易見的道理，既然新聞記者容易將閱聽者的情緒經驗喚出，閱聽者自然也就容易再用干擾情緒的方式和其他自己所能接觸到的再閱聽者分享，於是無論是透過街頭巷尾的聊天、口耳相傳或者是網路空間的散播，擔任散播者的閱聽眾會因為媒體預設的切入角度之故認為自己在事件中扮演的角色是有意義的，至少沒有負面價值—因為既然自己產生如此強烈的情緒，而且這個情緒還能夠如此輕而易舉地取得共鳴。

媒體操縱專家霍利得（Ryan Holiday）這段敘述精確地描繪出在感官新聞中要被呼喊的情緒：「這件事必須做得有點負面，卻又不可以太過。絕望只會使人意興闌珊；同情則會促使我們放下電腦，試圖做一些什麼事來幫忙；而憤怒、恐懼、興奮、有趣的心情，則讓我們想要分享它，並且感覺到自己彷彿真的做了什麼事一樣，哪怕只是一段膚淺、沒有內容的話。線上遊戲、app 程式也遵循同樣的原理，利用人們的衝動，激起強烈的情緒，但必須要注意，不可以令人覺得沮喪，並且要巧妙地藏住背後的目的。」<sup>223</sup>於是刑事案件必須要有可憐的被害人、

---

<sup>222</sup> 這些組合起來就是刑事訴訟法上的「證據」。

<sup>223</sup> Ryan Holiday 著，張巖心譯（2013），《被新聞出賣的世界：「相信我，我在說謊」，一個媒體操縱者的自白》，一版，頁 87，台北：臉譜。

可惡的犯罪人和令人髮指的犯罪手法，這一切都必須非常明朗，否則分享的時候難免遲疑，擔心這會殃及無辜；殘破的片段現實並不有趣，但是加上犯罪人、被害人背景、想像之後的創作之後可以很有趣，像是「龍門客棧」電影一樣的刺激情節，對於犯罪人的批判或不勝唏噓之類的評價，會讓閱聽者覺得這是一件值得分享的事情，在分享的過程當中彷彿也會為自己無形的評價增加價值，又會因為自己分享過這樣的事實（其實僅僅是媒體預設的「觀點」）而去捍衛其中所傳遞的價值。於是破碎無聊的犯罪事實，在媒體的故事魔法下搖身一變，成為細節完整、想像力得以任意擴張（但又不會複雜到讓人去思考）的感官新聞。

感官新聞也許有趣，但是感官新聞為求其時效性，通常又會以「迭代新聞」這樣的方式呈現，參考霍利得對這種現代「製造新聞」方式的介紹：「這種方法以其具有彈性與提供即時情報為賣點，然而事實上，它只不過是由流言、模稜兩可、造假的新聞所組成，充斥著大量無益的資訊和無止盡的預測與推估。他們不用耗費時日等待回應的官方資訊與文件，取而代之的是傳言與疑點。他們從不篩選題材，他們做的是給予一個題材「生命」，使其充滿活力。...迭代新聞的特色在於『充滿刺激性與活力』，只要造假不過於明顯，記者都盡可能地朝這個方向邁進。只需加入少許的刺激元素，就能讓一則故事生動起來...部落客並非真要杜撰出一篇新聞，但是他們會把所有的懷疑、常識、責任都暫擱一旁，只有這樣才能搶得先機，成為首先發布重大新聞的人。一旦有壓力必須讓文章『扮相夠好』，在本質上就與『準確性』相互衝突。」<sup>224</sup>這樣的描述幾乎可以完全帶進感官新聞的特色，於是迭代新聞自然就成為在感官新聞中媒體慣常替自己近乎完全不負責任的報導圓場。因為記者在迭代新聞裡面並沒有要傳遞「能夠經得起一定程度驗證」的訊息，取而代之的是「當下可以掌握」訊息，並將「真相」用一層一層疊上的方式製造出來。因此，即使現在出現的新聞是錯誤的也沒關係，之後再用新

---

<sup>224</sup> Ryan Holiday 著，張巖心譯（2013），《被新聞出賣的世界：「相信我，我在說謊」，一個媒體操縱者的自白》，一版，頁 214，台北：臉譜。

的新聞加以改正就可以，甚至不用承認之前的錯誤，只要新的訊息出現閱聽眾就會自行將之前所「誤認」的部分加以改正。



然而「迭代新聞」最危險之處在於「失真」。新聞所嘗試傳遞的訊息本身在迭代新聞裡已經產生質變，但不了解此一變化的閱聽者仍會以舊有的概念進行認知，事實上媒體也刻意地進行這樣的光明正大的誤導，敘事手法故意立於其屬事實的前提下進行討論，並且用干擾式的語調（即影響閱聽者對於事實之「評價」）讓閱聽者覺得報導內容為事實的機率很高（否則記者怎麼會用這麼肯定的語氣說話呢？），但實際上可能只是一個「假設」，來自不明確或不相干的消息提供者，例如以下的新聞編號 5：

「新北市八里雙屍命案中，媽媽嘴咖啡女店長謝依涵被檢警列為關鍵主嫌，從她在大學時代與朋友交換的日記內容看出，她的觀念頗為偏差。謝依涵告訴朋友，大學時期同時和 8 個男生搞曖昧，就算姊姊說她爛透了，她也不在意！甚至還驕傲地說，因此累積了小經驗。交換日記的內容甚至提及，自己曾在酒店工作，也出現了一個關係人，就是謝依涵的前男友，疑似他不滿分手，到處寄黑函，媽媽嘴的員工都收過這篇日記，才讓謝依涵不為人知的一片曝光。

若不是隨著雙屍案曝光，很難想像一張清秀臉龐下，竟然包著一棵毒蠍心腸。知人知面不知心，從謝依涵的日記，更能清楚洞悉這個女孩的內心世界。一封封 email，是謝依涵大學時代與朋友的交換日記。

謝依涵自己透露，曾經拜師學過紫微斗數和易經，聊到當時到底應該順從興趣還是先賺點錢？謝依涵說自己選了後者，可看出她對金錢也極為重視。日記中，她也大方地透露自己的感情世界，表示大學參加了很多社團，也認識很多人，

認同男人只要有錢有勢，長得醜也會有人要，改變了她對男女交往就要彼此死守的想法。



更勁爆的來了，想找到自己適合的，又沒有時間一個一個試，「我竟然把一件無恥的事講得理所當然，連姐姐都覺得不可思議。」因為謝依涵同時交 8 個男友，但沒有一個「直接承認」，姊姊罵她爛爆了、會遭天譴，她反倒很自豪地說，因此累積了點小經驗，也透露自己後來在大學交了一個真正的男友，她為了幫家裡減輕負擔，去酒店當小姐、大賣場偷東西的事，都獲得這名男友的原諒。

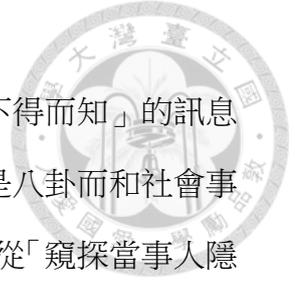
謝依涵的前男友因為要求復合遭拒，把日記內容當成黑函，寄給咖啡店的員工。但與謝依涵交換日記的朋友也提出澄清，這封信曾收過兩次，第二封出現了當酒女和偷東西的內容，懷疑是男友報復她而加油添醋。

謝依涵是不是真的當過酒女、偷過東西？以日記的手筆，有幾分真實，當然也可能是前男友造假。真實的狀況目前不得而知。」<sup>225</sup>（編號 5）

儘管最後出現了「真實的狀況目前不得而知」的用語代表這是可疑的、未經查證的來源，但是這段話出現在新聞編號 5 的最末一句，而可能澄清出現在倒數第二段，前文中完全未見端倪，反而醒目的標題用「大學一次交 8 男友」，內文充斥著記者「本身」對於嫌疑犯「形容詞」式評價，如「清秀臉龐毒蠍心腸」、「驕傲」、「觀念偏差」、「自豪」等等，而各種負面事實被報導得猶如親見親聞，務求臨場感強烈。

---

<sup>225</sup> 〈媽媽嘴店長謝依涵日記：大學一次交 8 男友〉，2013 年 3 月 11 日，ETtoday 東森新聞雲，記者蘇怡璇、陳佳鈴、吳竣翔報導，參考網址：<http://www.ettoday.net/news/20130311/173381.htm>，最後瀏覽日期：2014 年 1 月 10 日。



新聞編號 5 可以讓我們反思以下問題：「真實的狀況目前不得而知」的訊息價值究竟為何？對於一個刑事案件犯罪嫌疑人，了解一則更像是八卦而和社會事實無關的資訊意義又何在？在這裡反應的新聞角度內容漸趨向從「窺探當事人隱私」，講求新聞內容利益的極大化，而不是「社會公益」的角度<sup>226</sup>。所以媒體不再是一個中立的媒介，而是另外一個有其立場和追求的利益團體，必須要以這個角度去認識媒體才能警覺到其危險性。無論是感官新聞還是迭代新聞的大量出現，都代表著媒體已經不僅止於呈現客觀事實，更多時候是透過感官新聞的方式「製造」迎合閱聽者口味的「事實」，並透過迭代新聞的方式免除掉應負的查證義務而毋庸負責。

## 第二款 通案還原法：摘掉裝飾品以後的殘餘

訊息的失真對於本質上就是用以娛樂的新聞事件來說或許(相對)無傷大雅，但是在刑事司法事件中，每一個「事實」都可能涉及國家暴力對於個體的行使，這是刑罰的本質使然，但是媒體卻欠缺逐漸喪失應有分野的體認，「...2000 年前，電視新聞與娛樂的界線就開始崩解，然而電視新聞工作者仍然嘗試畫出新聞工作與娛樂工作之間的界線，主張對電視新聞文化空間的畫界權力，並強調電視新聞工作者與平面新聞工作者在認識論與方法論上的異同。然而 2000 年之後，電視新聞工作者對新聞與娛樂之間的界線快速棄守，並且出現刻意模糊這條界線的傾向，開始強調電視新聞原生於以娛樂起家的電視媒體，兩者之間的界線原本就不明，甚至也無需畫明。這種刻意模糊資訊與娛樂的意識型態，也突顯出電視新聞工作者的文化空間認同，可能從『新聞人』往『娛樂人』大量傾斜。」<sup>227</sup>

<sup>226</sup> 王泰俐 (2011)，《電視新聞感官主義》，初版，頁 64，台北：五南。

<sup>227</sup> 王泰俐 (2011)，《電視新聞感官主義》，初版，頁 64~65，台北：五南。



刑事案件被當成新聞「娛樂」的一部分已經是明顯的事實，而無論其「呼喊」出來的情緒是什麼。這就像看電影一樣，儘管可能會隨著劇情產生同情、憤慨、悲傷之類的情緒，但理解的對象終究是導演要傳遞的訊息，而非現實所發生的事情。感官新聞的特色就是「導演」的角色被加進去，記者透過標題（聳動、異態 v. 重點歸整）、語彙（煽情 v. 無感情、冷靜）、稱謂形式（「蛇蠍女」v. 被告）、及物性和情態（歸責對象的挑選 v. 客觀陳述事實）、預設讀者（「善良老百姓」、「主婦」v. 社會全體）和結局（完整 v. 殘缺）<sup>228</sup>的差異比較來形塑似是而非的事實。儘管如此，作為現代社會公民，必須認識到的社會事實太多，遠遠超過個人經驗所能探求，媒體在民主社會監控中扮演的角色依然存在，於是我們必須有一種從紊亂的媒體事實，還原到足供進行有意義之討論事實的方法，根據以上介紹的媒體特性，本文整理初步可能的方法如下：

### 第一步：確立討論方向為「公共議題」

必須要還原的原因在於討論目的不在於「娛樂」，而是國家刑事政策／刑罰使用這個公共議題。如果是要娛樂的話當然是感官新聞會比較刺激有趣，然而坐下來討論的目的就不是為了追求個人的情緒刺激，而是作為公民立場關心議題，所以這個討論方向的確立十分重要。

### 第二步：排除／標誌不明來源的資訊

現代新聞中常具有迭代新聞的特色，會將不甚確定的流言或傳聞加入成為新聞的內容。但當我們進行公共議題討論時，奠基於不明確事實下的討論無異天馬

---

<sup>228</sup> 詳細分類方式請參照 Stuart Allan 著，陳亞玫譯（2006），《新聞文化：報紙、廣播、電視如何製造真相？》，一版，頁 96~100，台北：書林。

行空，是以在無法自行進一步探求詳盡資訊時，應將不明來源的資訊完全排除，待日後有「進一步」肯定報導時再將內容加入討論，例如前引新聞編號 5 不知道是真是假的日記內容就應該直接自事實認定的範疇內排除；如果認為該部分假設事實非常重要，則應該標誌清楚，強調「若在此事實為真」的情況下進行討論，方不致將迭代新聞的假設事實當成真實混淆視聽。

### **第三步：逆直覺思考，排除干擾情緒**

感官新聞中，記者會使用各種方式刻意進行干擾情緒的動作，我們不必去詳細探究到底這些手段有哪些，因為根本研究不完，但是有個很簡單的方式處理這個問題：既然干擾的方式來自於各種「添加物」，那麼直接把添加物去除就是最簡明有力的方式。所以如果直覺湧上某種情緒如「憤慨」，則將新聞事實中所有足以引起或者表達情緒的標題、語彙、評價等皆為遮蓋，留下未經修飾的殘餘部分。這個步驟不代表著我們必須要完全禁止討論者在討論中加入情緒，而是要排除記者在新聞事實中刻意加入的干擾情緒，以使討論者得以發展出己身的真實感受。

### **第四步：去個案化以建立假設事實**

當新聞的干擾都被排除以後，殘餘的事實可能並不一定足以進行有意義的討論。所以最後的步驟是要將殘餘事實中出現得連結到個案的部分抹除，直接將其當成某種「狀態」進行處理，這時候自然可以再替這個已經切斷和現實之間關聯的狀態加上想要的假設將其補成較為完整的假設事實，而這個假設事實就是和新聞報導個案去除媒體種種裝飾之後的相關聯事實，足供嚴肅的公共議題討論之用，討論的結果自亦會反映回去原本的個案，就和殘餘事實能對應的部分發揮效果。



本文將上述四個還原的步驟統稱為**通案還原法**，因為是將新聞事實轉變成公共議題領域某一具討論價值的假設事實之方式，因為必須討論到能夠放諸四海皆準而非單一適用的標準，因此討論之對象自然會是通案事實而非單僅個案。

透過通案還原法的操作，我們會發現有許多新聞傳遞出來的訊息根本不具足以進入公共議題討論的價值，例如新聞編號 3 還原後，諸如師長印象乖巧懂事、同學在網路留言皮膚白皙有自信等屬來源不明資訊，而記者藉同學、老師發出的感慨明顯為干擾情緒，剩下的殘餘事實最後再通案化只會出現「犯罪嫌疑人參加紫微斗數社團」這樣的假設事實，但斷絕和驚悚的故事連結以後，這種資訊意義甚微，即使是最廣義的量刑上面也沒有什麼參考空間；但如果把新聞編號 2 拿來還原，會留下比較多有意義的犯罪事實部分：「據了解」之後接著崩潰痛哭等等劇情來源不明應予排除，「龍門客棧」、「狂刺五刀」、「驚覺疑點重重」屬干擾情緒也應排除，將殘餘事實通案化即為「女性嫌疑人夥同三名男性共犯為獲得財產而殺害被害人夫妻，並由男性共犯棄屍，女性嫌疑人假冒女性被害人試圖提款未果」。這部分假設事實和真實固然不甚相同（因為媒體說得斬釘截鐵仍會有誤），但因屬假設事實故討論結果最終只要無法對應回個案也不致影響個案之判斷。

所以這個過程雖稱還原，但實際上已經是一種再轉化的過程，媒體將其所掌握的社會事實轉化為具商業利益的新聞事實，而通案還原法再將新聞事實轉化為得以公共議題方式討論的假設事實，因為容易了解且係恢復原本新聞事實應達成之重要功能故以「還原」稱之，進行還原的目的在於將討論者可能感興趣的個案，從新聞報導中篩選出並重建足供討論之通案事實。在討論的事實具有討論價值的前提下，方有進行討論的空間。

## 第二項 結合刑法—刑罰結構的議題聚焦方式



對於議題聚焦這個動作，本文採取的作法是先試圖理解現代人焦慮的根本來源，再與第三章建立的刑法—刑罰結構進行對應，並歸納出一個較為簡潔有效的思考方式。

### 第一款 福祉價值：無與倫比的自由和其陰影

對於社會犯罪的焦慮問題會是第三章已經部分提及的新自由主義相關脈絡的延續。當我們脫離刑法領域的限制而進入到整體社會，會發現由失利階級出現所導出「焦慮」的核心，實質上來自於附隨著資本主義而來商品拜物教的本質。在馬克思（Karl Heinrich Marx）的觀點裡，「物」在作為其本身所能發揮的「使用價值」之餘，又在其有形的基礎上提供了另外一個無形的「交易價值」<sup>229</sup>。雖然最初是以使用價值出發的，但在「市場的活絡」之下交易價值逐漸脫離使用價值本身而存在，並在多數情況下完全遮蔽了物的使用價值。這是個從近代移轉到現代的關鍵點，物的交易價值本來必定受到使用價值的侷限，因為無論怎麼交易仍然是以使用為最終目的，而窮人類一生所能使用的物品終究有限，過量即會陷於邊際效應遞減而漸失其價值<sup>230</sup>。但是，被引號起來「市場的活絡」背後帶出一個自古存在，但在現代發揚光大的資本主義魔法，就是透過擁有無限變形可能性

<sup>229</sup> 參照 David Harvey 著，王志弘譯（2008），《新自由主義化的空間》，一版，頁 141，台北：群學。

<sup>230</sup> 舉例而言，有一雙鞋可以穿，興或同時擁有十數雙鞋仍然在可以使用的範圍，但若是如菲律賓前總統夫人 Imelda R. Marcos 擁有三千雙鞋子，恐怕也屬此生難以消受得盡的東西。就算三千雙鞋子能夠十年每天換穿過達到其「使用價值」好了，那麼五千雙呢？同時再加上三千件衣服又如何？因為人生命的侷限性，所以帶出來跟人自身使用經驗相關的物品終究有其上限。參照 David Harvey 著，王志弘譯（2008），《新自由主義化的空間》，一版，頁 141，台北：群學。

的貨幣所帶出之「福祉價值」。



本文所用「福祉」語出自經濟學的概念：「當經濟學家說『人是自利的』時，他是指『人會追求自己的福祉』，重點是在於『自己的』和福祉這兩點。追求自己的福祉，並不表示一定會侵犯或傷害到別人的福祉；而且，福祉是包括物質、心理、精神上的福祉。我們很難想像，一般人的絕大部分行為（也就是社會科學家所分析的對象）是完全不顧自己、是完全要讓自己變得難過和不適。」<sup>231</sup>物在本來只能直接連結到物質上的利益，對於心理、精神上的利益只能有間接的效果，這是使用價值的極限，但是當物透過交易轉換成貨幣之後，人所（在想像中）擁有的就不僅只有交易剎那才能體現的「交易價值」，貨幣本身無限的變形可能性可以通至直接和自利的慾望（本來也就在想像中），因此和所有的自由想像連結，所以本文以整體方式的「福祉價值」以形容其廣闊性。

福祉價值讓交易價值不僅僅會停留在物本身上面，而得以和使用價值完全斷開的方式讓人擁有，並在市場上保留著「變形」成其他物品換取不同使用價值（或者交易價值）的空間；於是新的神殿誕生了，福祉價值突破擁有的極限，佔有的主體不再是物質，而是想像被化諸成貨幣的未來可能性，抽象的可能性是沒有極限的，一種隨著慾望跨越領域、無限上綱、**無與倫比的自由**隨之現身。

再從人行為自利的角度觀察，在社會實踐上，自由往往是個被比較出來的概念：「事實上，在大部分時候，人的行為是比較接近光譜上『搖下車窗丟垃圾』的那個端點。試想，我們去買水果時，選了（我們『自己』認為）漂亮、甜美、可口的之後，不是讓別人不能再買到這些較好的水果嗎？因此，就某種意義上來看，我們的行為在利己的同時，不也間接的傷害到其他人嗎？我們希望自己的成

---

<sup>231</sup> 熊秉元（2013），《熊秉元漫步法律》，二版，頁 65，台北：商周。

績好、工作表現出色，不就隱含了其他的人會相形遜色嗎？因此，當我們掠去行為的表象之後，我們會發現：雖然表現的方式不一，人其實都是在設法增進自己的福祉，讓自己覺得比較快樂、比較高興、比較有成就感、比較有道德！」<sup>232</sup>儘管不一定有意識到，但是存有「無與倫比自由」的可能性實際上已經深植在慣用表彰福祉價值貨幣的人們心中，但創造神殿的同時，也就創造了地獄。尤其新自由主義成長的趨勢，著重於價值的重新（不均）分配而不是創造，於是需要找到轉移資產和重新分配財富的方法，「不管是從大眾手中轉移到上層階層，還是從貧弱國度轉移到富裕國家。」<sup>233</sup>於是，在神殿無與倫比自由的明亮下，為此將造成的競爭、淘汰以致限制生存權利的壓迫也將隨之而來，擔憂墮入失利階級的陰影隨著慾望一同隱約不安、騷動：於是介於其中的凡人們一面嚮往著無與倫比的自由，一面擔憂墮入失利階級的恐慌，掙扎的過程中，人性自然而然會將前者視為我群以增進認同，而將後者視作人身體的排除物而竭力予以排除<sup>234</sup>，但是神殿日益明亮卻遙不可及，而地獄深不見底卻現實存在。

現實且隨著競爭不斷擴張的黑暗令人們恐懼，然而羞恥和排斥卻阻止人們去深入瞭解其成因，只能透過將所有眼前所見的黑暗抹消視若無睹的方式，試圖將現實改造成虛擬的神殿，因為真正的神殿永遠難以企及；沈澱進深層的絕望轉化成焦慮，空氣中溢散的恐懼因為被媒體放大也益發鮮明：初犯的、再犯的、想犯卻沒犯成的性侵犯彷彿無所不在，重大刑案像是犯罪電影小說一樣真實赤裸地將屍體陳列在頭版或是新聞節目，焦慮於是自然而然轉向這些現象突顯出那巨大而強烈的「惡」。於是道德符令成為最佳的飾詞，新保守主義隨之找到介入的空間而興起，福祉價值像是哥倫布發現新大陸一樣，掀開了人類世界全新的可能性，但也為原住民帶來損傷慘重的瘟疫。新自由主義築起了神殿，而新保守主義形塑

---

<sup>232</sup> 熊秉元（2013），《熊秉元漫步法律》，二版，頁 65，台北：商周。

<sup>233</sup> David Harvey 著，王志弘譯（2008），《新自由主義化的空間》，一版，頁 37，台北：群學。

<sup>234</sup> Martha C. Nussbaum 著，方佳俊譯（2007），《逃避人性》，初版，頁 195~196，台北：商周。

了地獄，介於其中的芸芸眾生嚮往著神殿，卻緩緩步向地獄，這種永遠南轅北轍的問題解法反差和絕望，才是揮之不去焦慮真正的來源。



當這樣的焦慮潛藏在內心不斷衝突，加上現實和想像效果反差過劇的刑事政策，自然會導出永遠拼不完的治安，任何感覺起來危險的「犯罪率」都很高這樣的想法，因為焦慮真正的來源從來沒有被意識到。

## 第二款 探尋溝通對象的「空間」概念：刑事領域的空間性矩陣

儘管如此，如果在進行溝通之際，從頭就直接論述福祉價值和犯罪事實的關聯，仍然難以激起討論的可能。溝通這件事情本質上必須要雙方都能夠接收所承載的訊息才會發生意義<sup>235</sup>，因此本文認為，仍然應該將欲討論的主題先做初步的定位，將其和第三章刑法－刑法結構結合，看應該是要從哪一個脈絡開始檢討，才有可能導引到最終有意義的系統缺口進行各自決斷。這時候我們需要一種能夠對其進行定位的方式，將具體的「生活經驗」連結到個人／團體在新自由主義系統中的位置。此時做的不是發話，而是更精確地接收欲溝通對象傳遞出來的訊息。

對於「人」和其所身處「空間」的問題，新自由主義的研究學者哈維（David Harvey）提出非常有趣的「空間性矩陣」概念。哈維將「人所身處的空間」做以下三重區分：絕對空間、相對空間、關係空間，而「空間對人產生的意義」則採列斐伏爾（Lefebvre）的觀點做以下三元區分：物質空間、空間的再現、再現的

---

<sup>235</sup> 「溝通」當然無法保證接收者的理解結果是否確實如發話者所想像，理論上在發出的語言必然失真下難以發生，這方面問題本文不待做深入探討，故此處將「溝通」的定義暫止於「將對接受者產生意義的話語」

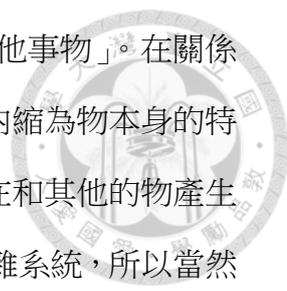
空間，並將兩者交錯起來成為三乘三的空間矩陣<sup>236</sup>，本文認為從這兩種座標相乘的矩陣，將可以達成將發話位置做初步定位的效果。



先從空間矩陣中，本文理解為「人所身處的空間」這套三重區分開始介紹：**絕對空間**意指我們認定物跟物之間的關係是固定的，是一個預先存在而且不會改動的東西，所以能夠獨立於「物」存在而成為一個「物自身」，當然也可以調整和定義。在絕對空間中「...一切不確定和曖昧，原則上都能夠消除，而人類的計算可以不受約束地施展」，因此絕對空間是個非常單純理性，能夠被完美客體化的世界，因為空間也是一種物的型態，所以任何東西可以個別觀察並賦予意義；**相對空間**則認為空間本身並非物，而是理解為「物體彼此之間」的關係，空間概念存在的原因在於一系列的物彼此相關，而這種關係自然也會加入時間的概念，因此這種「空間」實際上已經變成一種時空的概念（物與物之間相對的不僅位置也包含時間），而「觀察者的立足點」成為關鍵，因其決定所觀察物的相對位置，形成該一脈絡下的相對空間。因此，相對空間並非無法測量，「相對化不必然會減少或消除計算或控制的能力，但是，它確實顯示了針對考察中的特定現象與過程，需要有特殊的規律和法則。」從而相對空間的分裂會發生在不同相對空間之間的關係中，宥於觀察者立足點的限制和物體之間的選擇，即使是在該相對空間內計算起來毫無困難，但是跟其他相對空間之比較就會形成測量上的困難；而**關係空間**（relational space）則是將相對空間更進一步精緻化到關係之間的交錯構成空間，以致「空間被認為被包含在物體之中，亦即一個物體只有在它自身之中包含且呈現了與其他物體的關係時，這個物體才存在。」因此，時間和空間一同被鑲嵌在一個物體現身的過程，空間本身存在於物體中，反過來說如果在沒有空間和時間的脈絡下，物己身亦就不存在，因為空間已經成為物的組成因素。因此指涉某個空間點上的事件或事物時，不能單從觀察者角度時其上存在的東西來理

---

<sup>236</sup> David Harvey 著，王志弘譯（2008），《新自由主義化的空間》，一版，頁 128，台北：群學。



解，而必須取決於環繞著那個點而運行並產生關聯的「一切其他事物」。在關係空間裡面，觀察者角度消失了，相對空間失去了比較的基礎而內縮為物本身的特質一部分，但又已經回不到絕對空間的單純，於是物本身的存在和其他的物產生千絲萬縷無法不受控制的關聯，形成一個無法以語言敘述的複雜系統，所以當然是難以測量的，「非常多的個別影響，在過去、現在和未來的空間裡旋轉，集中且凝結於某個點上，從而界定了這個點的性質」<sup>237</sup>。本文認為，從複雜系統中特定某物以後，關係空間透過對時間和空間的被標誌可以暫時定義這個點的性質，並從其去觀察出一部分的可能的邏輯，舉例言之，今天某甲想要呈現某一彎不斷流洩之清泉，但是不可能將整彎清泉搬走，用一般容器裝之則水質雖同但水卻靜止不動，所以只好以一破底透明杯置於水流中，透過杯身可以看到一部分的水流，則雖然仍是被特定出來受限的客體，但是卻傳遞出泉水處於流動狀態(時空關係)以及該部分泉水屬於更巨大的一彎清泉群體(雖然仍處於不明清泉全貌的情況下)的訊息，以此種方式觀察，則這部分被特定出的水流和整體的一彎清泉(包含水流、岩壁、池子等等環繞清泉的設施)均存有關係性空間(存在於其自身)。

絕對空間、相對空間、關係性空間並非獨立存在，我們是同時置身於這三個時空架構中的。所以當我們以不同的觀點去認識所身處的時空框架時，產生的理解可能會差異甚大，但在各該的時空架構下卻都可以是正確的。例如說某國總統在元旦文告說要拼經濟，從絕對空間的方式去看，好像一切都很清晰，只要開放自由貿易區則投資自然增加，「經濟」就會成長，時間、空間和物都視為獨立個體的情況下，可以推導出十分肯定的因果關係；但是在相對空間裡面就開始變得複雜，加入了觀察角度以及物和物之間相對關係，例如自由貿易區外資的引入，可能造成邊緣地區的排擠效應等等，空間在相對關係中存在，則整體而言「經濟」的變化是否屬於成長就需要更精細的定義；而進入關係空間以後，想要得出結論

---

<sup>237</sup> 以上介紹摘引部分參照 David Harvey 著，王志弘譯(2008)，《新自由主義化的空間》，一版，頁 115~123，台北：群學。

就變得非常困難，因為必須有呈現全貌的企圖，從而將很多不確定的問號結合在一起，自由貿易區的參與者有藍領勞工、管理階層、經營者、投資者、政府官員等等，對參與者個別經驗而言「經濟」是什麼意思？自由貿易區和全球化的移民、貨運、媒體等等之間又有什麼關聯？這些不同的時空架構都真實存在，但是如果沒有嘗試從最困難的關係空間角度去思考以上「究竟發生了什麼」類的問題，我們對於不斷變化的主體性、行動和結果就更不可能理解。

但是只透過「人所身處的空間」仍不足以畫出矩陣。空間的參與方式非僅只有一種，而「人所身處的空間」脈絡中，人類自身空間經驗的角色缺席了。於是哈維採列斐伏爾（Lefebvre）的概念提出物質空間、空間的再現、再現的空間三元區分，本文將之理解為「空間對人產生的意義」：**物質空間**非常的單純，「就是與物質產生觸覺和感官互動的世界，這是經驗的空間，這個世界裡的元素、時刻和事件，是由具某些特質的物質性所構成的。」；**空間的再現**則是「嘗試透過抽象再現（字詞、圖案、地圖、圖表、圖畫等），來恰當（如果無法精確的話）反應我們週遭的物質現實」，抽象化以後物質現實會從個人的經驗變成可以傳遞的訊息（進入溝通的概念）；而**再現的空間**則是人類生存在這個世界上的主要方式（儘管不一定有自覺），因為人們內心的「想像、恐懼、情感、心理、幻想和夢想」等等主觀因素的存在，所以在人們塑造己身生存空間的時候，會試圖將物質空間再現為在物質和情感（等...）上均為人所生活的方式（彷彿個別的造世主，再現所依賴的空間），「辦法是透過詩意意象、攝影構成、藝術重建等。」<sup>238</sup>所以實際上人的活存空間不僅是物質，也不是抽象化之後在人人之間可以流動的空間概念，而是在加入由自我主觀因素主宰後的再現物質空間，再加上一抹抽象化以後足以傳遞的符碼色彩。

---

<sup>238</sup> 以上介紹摘引部分參照 David Harvey 著，王志弘譯（2008），《新自由主義化的空間》，一版，頁 125~126，台北：群學。

物質空間、空間的再現與再現的空間同樣也是可以並行不綴。「物」或「事件」用不同的方式出現可以對人產生不同的意義。舉例而言，在基隆港附近的攤商所販賣黃色小鴨玩具，在物質空間上面就是黃色、塑膠、光滑等等感官得以直接經驗的特質；而於空間的再現上，可以說這些物質組合起來成為一隻比放在港口裡面卻在 2013 年最後一天爆炸的小鴨為小、但形狀一樣的復刻品，而且它理論上也具備能夠浮在水上的能力；至於再現的空間則會由主觀經驗重新賦予其意義，這是一個和「因為以突兀卻又不違和的浴缸玩具形象卻出現在港口中突破我對生活既有想像，帶來溫暖療癒效果卻在 2013 年最後一天爆炸又帶來複雜的哀傷荒謬情緒之基隆港巨大黃色小鴨」相似的物體，雖然實質不同，但在認知裡所以它能夠再現那個獨一無二的經驗（包含感官感受和心理效果）。通常能夠激起對第三個層次也就是再現的空間的想像就是「藝術品」（遑論大眾或小眾），將主觀內化成為物的特質，擁有的本身成為（對個人別具意義）創作的一部分，哈維這樣形容藝術品：「一場夢、一個幻想、一個潛隱的渴望、一段喪失的記憶，或甚至是我們沿街行走時的特殊激動或一陣恐懼，都可以透過藝術作品來給予再現，而這些作品最終在絕對空間與時間中都有其世俗存在。」<sup>239</sup>這通常也是資本主義廣泛運作的邏輯，商業廣告即試圖引導消費者產生再現的空間的意義，達成為商品增加價值的効果。再以前例解釋，能夠引導出特殊主觀經驗才是消費者能夠由小鴨玩具再現空間的原因，因此如果有商人將小鴨玩具戴上聖誕帽綁圍巾模仿聖誕節，或是和「憤怒鳥」、「蜘蛛人」、「廟宇」等一起展出，這些事物都已經各有其再現空間意義，在沒有另外塑造出連結（例如寫個故事將台灣廟宇和浴室小鴨串連）的情況下，除非消費者自行創造再現的能力很強（但實際上所加入「熱門」因素的普及化也限制了想像空間），否則實際上是破壞消費者自行透過商品再現空間的可能，將其退回到鴨子形狀玩具的空間再現，甚至是黃色光滑塑膠的物質空間。

---

<sup>239</sup> David Harvey 著，王志弘譯（2008），《新自由主義化的空間》，一版，頁 126，台北：群學。



將以上「人所身處的空間」和「空間對人的意義」交疊起來就是哈維的空間矩陣概念，本文簡要圖示如下：其中的交叉點提出了人們對於客觀和主觀空間的意義理解。

<b>物質空間</b> 朝向物理接觸和 感官開放的經驗 空間和感知空間	<b>空間的再現</b> 構想和再現出來 的空間	<b>再現的空間</b> 納入了我們每天生活方式 的感官、想像、情感和意 義的生活空間
--	--------------------------------	--

### 絕對空間

如果我們認為空間是絕對的，它就成為一個「物自身」，有獨立於物質之外的存在。於是，空間擁有一種結構，我們可以用來替現象分類歸位或是賦予個性。

### 相對空間

相對的空間觀則認為，空間應理解為物體之間的關係，其存在只是因為物體存在且彼此相關。

### 關係空間

空間被認為包含在物體之中，亦即一個物體只有在它自身之中包含且呈現了與其他物體的關係時，這個物體才存在，稱之為關係空間。

空間性矩陣中的交叉點展示了人們對於客觀和主觀空間的意義理解。雖然說現實狀況絕對不止於此，而空間矩陣從絕對空間和物質空間開展本身一定會限制其可能性，但作為一個初步的穩固架構已堪使用，所以這個矩陣是開放而不用精確定義的，透過單一個交叉點、沿著橫軸、縱軸下去思考和價值的選擇、認識不同都可能有不同的詮釋，但這本來就是混沌系統的特徵，以下是本文針對我國刑事領域常見的公共議題做出的空間性矩陣：

	物質空間 (經驗的空間)	空間的再現 (概念化的空間)	再現的空間 (生活的空間)
絕對空間	被害人／屍體、被害人家屬、被害人生活背景；犯罪證據／凶器、現場模擬、證人供詞、警察、現場封鎖線、刑事鑑定；犯罪人生活背景、犯罪動機	<b>應報思考</b> 殺人償命、同害報復；等價交換、平等權限；犯罪人責任 vs. 被害人責任；應報 vs. 寬恕—犯罪人 vs. 被害人	公平正義的缺席；被害人人權 vs. 犯罪人人權；國家刑事程序的寬鬆 vs. 嚴厲；弱勢的平凡 vs. 強大的邪惡
相對空間 (時間)	刑罰；犯罪動機的產生情境、犯罪所能帶來的利益；犯罪人情緒變化、反社會人格；犯罪率／再犯率上升與下降、公權力行使效率；日常生活中犯罪危險因素	<b>一般預防思考</b> 犯罪學研究、生來犯罪人、犯罪基因；對潛在犯罪人的威嚇、道德倫理；監獄文化、行為矯治；安全系統、無犯罪環境—犯罪人在系統中的定位	安全感 vs. 被害焦慮、永遠無法填補之對自然狀態不安；保全系統、警民合作、社區協防體系運作；不穩定、不安全、行動與運動的強度 vs. 靜止（一切堅實的都煙消雲散）
關係空間 (時間)	犯罪主題創作影音文藝作品；政治運動的突發性展現與表現性爆發佔領（白玫瑰運動、佔領華爾街、勞工街頭抗爭）；犯罪次文化現象；安全事業、保險事業蓬勃發展	<b>「特別預防」思考</b> 犯罪現象存在成為習慣；眼不見為淨、社會隔離；勞動時間是資本的真正不平等計量單位；價值的剝奪；提前規避風險；革命性的希望與恐懼；變革策略—系統中的犯罪人	資源有限困境前提；資本主義霸權（「沒有其他出路」）；無產階級意識；社會團結；「無法逃脫階級」；普遍人權；社會的風險控制；「另一個社會是可能的」

這個空間性矩陣係本文參考哈維對馬克思理論所為的空間性矩陣，加上對我國刑事實務的一些觀察理解所製成。若將「人所身處的空間」粗略理解為客觀（分為一二三行），而「空間對人所產生的意義」理解為主觀（分為左中右列），則最單純直接的主客交錯的左一點（絕對空間 x 物質空間）中就是一般會放進刑事實



務思考裡面討論的「素材」，從左一點分別延伸出去的中一點（絕對空間 x 空間的再現）和左二點（相對空間 x 物質空間）則是針對這些素材產生最直接相關的反應，我們會發現通常的媒體報導所導致人民認知都會停留在這三格的範圍，「得以計量」的絕對空間和「能夠接觸」的物質空間一定保留其一，複雜化的層次不會超過二（從素材區開始向下向右移動的步數），但要達到完整溝通代表複雜化至少需要到達四層（從素材區移動到最複雜的右三點）。而每複雜化一層就代表不能仰賴直覺反應的比例越高（但又一定不能脫離原始素材的成份），需要更多的想像力去提供跨越的能量，基本上思考矩陣的兩種空間意義，和複雜化之後的客體與之前相比的「變態」會一定程度填補這種想像的困難。本文認為可能溝通的方式就是觀察對象的論述核心停留在哪一個交叉點，就從那個交叉點開始複雜化其思考角度，並透過比較分析其原因。我們試著操作一下左列的三個點寫出一個「故事」：某市發生了一件兇殺案，其中血跡、指紋、犯人等等犯罪跡證的存在是可以計量的絕對空間；但從這些犯罪相關物體某市市民開始從其角度觀察犯罪人／被害人，從他們的相對關係中分析犯罪與不犯罪帶來的利益，以及日常生活中的犯罪危險因素，構築出相對空間；而最後形成因為多數個體心中某種焦慮不安覺得問題沒有被解決的影響，家家戶戶都請了保全，用以保護自己的關係空間。

本文所提出的刑法－刑罰結構在這個空間性矩陣中完全落在中列「空間的再現」，因為本來就是一個希冀能夠傳遞出去達成溝通效果的抽象概念。雖然本文是從一般預防概念開始介紹，但是因為一般預防係刑法的目的，實際上如果從直覺觀點直接從絕對空間湧上的仍然是應報理論要處理的問題，也就是和焦慮對話的一系列討論。應報概念加入了觀察者角度的相對空間就成為一般預防理論處理的問題，位於整個矩陣中心點的一般預防理論實際上是溝通真正重要的核心，走到這點以後如何不將其視為終點，並繼續複雜思考下去到關係空間和再現的空間，

就是本文在刑法目的中為何要不斷強調社會契約論，必須將整體連結而非斷裂的原因，而再複雜到整個系統全貌思考之後則是找出犯罪人在系統中定位的「特別預防」理論，刑法內在限制的考量逐漸逸脫出刑法範圍，而討論刑法系統和社會系統間交互影響下運作的方式。

透過空間性矩陣的思考複雜化方式，將可以逐步將問題拉回至新自由主義福祉價值造成影響的探討，到了這個階段每個人進入（關係空間 x 再現的空間），複雜到幾近「純粹」的客觀和由自我再現世界的「極致」主觀交錯，又拉回到個人的自我決斷空間，對話變成彼此在獨立彼岸的隱約呼喊，可以存在，但不必要。

## 第二節 操作嘗試：死刑存廢議題



以下本文將以前所提到的刑事領域空間性矩陣為基礎，做為提出操作論以後的嘗試：

死刑議題是刑法系統和社會系統之間衝突最具代表性的領域。然則，死刑屬於刑罰的一種，實際上在存廢這個領域討論的問題是「**仍然存在著必須以將人殺死作為刑罰方式一種的必要**」。因此，以下的問題將扣著這個命題是否存在為重點下去討論。

### 應報理論：答責的對象是社會，不是被害人

撇開一切迂迴的道路，反對廢除死刑的論述通常會從行為人的殘暴行為開始。然而行為人的行為只是一連串的起點，我們會強調在重大刑案的過程當中，真正被發現的是**被害人**的角色。對於被害人的「同情」往往成為支持死刑最動人且強而有力的理由，透過媒體的聚焦效應，被害人的力量也因此貌似強大了起來<sup>240</sup>。

因為被害人很可憐（無論是本人或者是家屬），所以必須要將行為人處死。這裡預設「必須將人殺死」的前提釋出自被害人的要求。也許再連結到「以牙還牙，以眼還眼」這樣漢摩拉比法典式的古老應報概念，在理論上似乎是可以說得通的。

---

<sup>240</sup> 從空間矩陣的左一素材區走向中一的應報區域，確實是複雜化的一種方式，但是當命題試圖將思考止步於此成為最後的結論，就必須豐富這個交叉點的內容，使其有能量再往更複雜化的思考前進。

但是當我們回到現實上，被害人是少數，即使加上家屬和其他有關連的人仍是決定性的少數，但是藍綠分裂，爭吵多端的台灣社會卻在這個議題上展現了罕見的團結，隨著議題燃燒越烈，民調的傾向也就越一面倒的支持繼續執行死刑，政府的態度亦隨之動搖，然而這一切真的是出於對被害人的重視嗎？

要處理這個問題，我們必須解構「被害人」的這個集合。若是只從被媒體強力放送的重大刑案當作討論素材，我們不會聯想到被害人其實還有很多其他的想像。現在社會上媒體或是多數人在討論的被害人都是「**被死刑犯故意殺死的當事人及其家屬**」，這個判準的被選擇，以及強烈聚焦的現象本身就已經流漏出了隱約和「因為被害人所以必須有殺人刑罰」前提相背反的訊息。

首先，被「故意殺害」的被害人及其家屬，範圍其實不只國內刑法定下的「重大犯罪」。中國政府對法輪功群眾施以酷刑致死<sup>241</sup>、武力鎮壓圖博人民，美國政府以絕對優勢的武器去攻擊伊拉克，名為戰爭，實亦為屠殺。這些更大規模的迫害殺戮，「被害人」不可謂不可憐，傷亡也不可謂不慘重，但都未激起如和死刑相關重大刑案一般激烈的社會討論和廣泛回響，只見人權團體大聲疾呼，社會呈現的現象仍是一貫的冷漠。在死刑議題中以可憐被害人加上正義擁護者之姿出現的白冰冰女士可以主持 228 音樂會，而 228 事件為發生在台灣統治階級鎮壓屠殺，白女士卻希望大家「放下仇恨，以寬容來撫平傷痛」<sup>242</sup>，這種在死刑存廢議題中最被唾棄的寬恕論卻彷彿逐漸被社會主流所接受（至少為媒體接受），甚至將反對者貼上藍綠惡鬥的標籤，而拒絕理性對話和了解其論述。於是這裡我們漸漸掌握到一個事實，那就是在「同情—殺人」脈絡裡面的「被害人」是選擇性的，

<sup>241</sup> 法輪功受迫害致死的名單及案情（2014 年 1 月 10 日累計死亡 3,731 人），參照〈法輪功明慧資料館〉，參考網址：<http://library.minghui.org/category/32,95,,1.htm> 99，最後瀏覽日期：2014 年 1 月 10 日。

<sup>242</sup> 〈228 音樂會 白冰冰體會家屬的痛 淚眼盼寬恕〉，2008 年 2 月 29 日，NOWnews，記者蘇日宏、莊勝利報導，參考網址：<http://legacy.nownews.com/2008/02/29/91-2238162.htm>，最後瀏覽日期：2014 年 1 月 10 日。

被挑選出來的結果，而不是一種廣泛的「人權」概念。



再來我們縮小範圍，即使是重大刑案，也是有被害人家屬願意原諒行為人的可能<sup>243</sup>，而在爭議甚多的馬曉濱擄人勒贖案中，即使「被害人自己」張國明，「被害人家屬」張榮發都願意原諒擄人勒贖的加害人，「站在被害人立場的被害人人權保護協會則發表強硬聲明，反對馬曉濱等人獲得任何減免死刑的作法。」<sup>244</sup>。可見，縱使取得被害人原諒，看似依附在被害人之後，看似替其發出不平之鳴的社會大眾（站在被害人立場的被害人保護協會！），也不見得會原諒行為人，進行審判的法院實質上也不受被害人意見的拘束，這是我們在現實運作中的體制。最近在刑法學界新興並廣為討論的修復性司法實際上很難有介入重大刑案領域的可能，無論再怎麼「同情」刑案被害人，社會仍不可能任由被害人自行處分行為人，決定其處遇。

由此可以掌握到一個事實，漢摩拉比法典已經和現代的社會脫節，我們是透過法院適用法律來決定刑罰，而法院和法律體系在廣義下絕對是一種社會機制<sup>245</sup>，是由這個廣義的「我們」透過法院來評價所造成的損害，以及決定因此要施加的刑罰。

因此，在這個挑選判準中，所謂的死刑犯其實是司法體系運作之後的產品，而我們給這個體系設定的規則其實是：「**殺人並不一定被判死刑**」，刑法第 271 條的殺人罪刑度為十年以上有期徒刑、無期徒刑的選項，過失致死刑度甚至只有兩年以下，所以如果存在「因為被害人可憐值得同情所以要將行為人死刑」的命

---

<sup>243</sup> 〈游媽媽想告訴許嘉真家人：原諒他人 饒了自己〉，2008 年 12 月 5 日，聯合新聞網，記者吳淑君報導，參考網址：[http://mag.udn.com/mag/people/storypage.jsp?f\\_ART\\_ID=164462](http://mag.udn.com/mag/people/storypage.jsp?f_ART_ID=164462)，最後瀏覽日期：2014 年 1 月 10 日。

<sup>244</sup> 〈馬曉濱檔案(上)〉，阿達新聞檔案網站，參考網址

<http://mypaper.pchome.com.tw/fld/post/4131595>，最後瀏覽日期：2014 年 1 月 10 日。

<sup>245</sup> 從同害報復理論的報復模式將刑罰收編到社群之中，成為正義模式或是應報理論的基礎。

題，而實際上故意殺人案件被判至死刑者的統計僅約占總數的 1%，則會出現「未判死刑」即代表被害人及家屬不可憐、不值得同情的荒謬情況，這顯然會和我們的一般感情相違背；第二個規則是反過來的看的「被判死刑的不一定有殺人」，諸如現仍存在的煙毒條例，在煙毒條例中，出現的「被害人」多半是行為人自身，無涉人命。這是現行體制的現實，但顯然這兩個命題都還沒有被挑戰、質疑，因此可以推定人民是可以接受的。

至此我們應該可以逐漸將社會大眾和被害人（及其家屬）的立場剝離，視之為兩個不同的群體。事實上，無論任何殃及人命的事件，被害人家屬都會有所怨憤，亦蒙受一般人難以承受的惡果，但我們卻聚焦在非常狹義下的被害人家屬<sup>246</sup>，不斷強調其處境之艱難，卻又對遭受更慘待遇（大規模屠殺）、未遭受死刑判決行為人的被害人未賦予相同的關注，亦未見主張應允被害人家屬自行對加害人進行處遇<sup>247</sup>；而我國在制度上對於被害人及被害人家屬補償和照護不足的問題，也非一日之寒。當被害人及其家屬作為一個群體的處境，是在社會討論廢除死刑與否的議題時（符合特定需要），才被選擇性的提起（只有特定符合立場被害人家屬的意見受到重視），那麼在討論中對這個群體的角色認定實際上更偏近工具，而不是主體。

進而，工具化的思考造成嚴重的惡果。由大眾媒體所呈現的個案觀察，社會需要的是對死刑犯深痛惡絕、痛不欲生的被害人家屬。當大眾的眼光如此期待，被害人家屬將更難從這種喪失至親的傷痛中走出，在這一波又一波的廢死爭議中，每一次都要在大眾之前重提往事，強調他們的傷痛和仇恨，用以激起群憤，群憤似乎無益於被害人家屬日後生活的開展。或謂，如果被害人家屬能夠透過這種被

---

<sup>246</sup> 在這個領域中，媒體的關注就代表著大眾的關注。

<sup>247</sup> 所謂的被害人家屬參與司法程序，其既未能達到「主宰」司法程序的程度，實際上加害人所受的處遇仍決諸於法官，那這種參與也只能達到情緒表達，強調被害人家屬的參與多半也是用再強調其慘境和所受不公平待遇而已。

利用的方式能夠殺死行為人，也算「還彼等公道」。



但如前述，漢摩拉比法典式的同害報復已經被捨棄良久，所謂「公道」的概念實際上仍決諸社會（法律）：然而做為少數的被害人家屬是十分弱勢的，在沒有主導刑事程序的地位下，通常是被動地接受社會力量加諸其身的處遇。換個角度思考，其實更可能是社會認定行為人該處以極刑，才會賦予被害人家屬認為必須要殺人才是還其公道的想像。但這個極刑是處於變動狀態的，如果現在社會還存在著斬首、凌遲處死一類的酷刑，或許被害人家屬也會認為其傷痛必須透過這樣的「極刑」才能還其公道，這種思考如同死刑犯「因為被判死刑所以該處死」般可能陷入套套邏輯的迷思。

實際上是不管被害人家屬被賦予何種想像，最終都不是透過他們的意志，甚至也不是主要參考的重點，而是由法院、大眾輿論去決定加害人的刑罰，那麼追根究底會造成「公道無法被實現」的痛苦者，更可能是社會本身。也許會被害人群體中有部分成員會因為這個被利用的關係獲得希冀的利益（讓行為人被國家殺死完成復仇願望），但對整個被害人群體來說還是不脫是處於被利用狀態的本質，而可能導致討論時行為人以其行為真正對話答責的主體錯亂狀態（實際上行為人是對其破壞社會透過法所規範的秩序一事，向社會負責），也使其不適宜在死刑存廢的討論脈絡中成為決定性的因素，真正的應報關係取決也存在於行為人和社會大眾之間<sup>248</sup>。

### 一般預防理論：秩序源自認同，而非威脅

關於「危險行為人將大眾造成更廣泛危險」這樣的論述通常也會出現在死刑

---

<sup>248</sup> 應報理論部份不直接點出同害報復原則和正義模式的迷思，但終究需要一一解開，才能理清焦慮係源自類黑格爾式的等價報應之結論。

存廢與否的論辯中，但是其蒙受攻擊的時候，卻往往遁逃到被害人處遇的論述，而使焦點模糊，夾纏不清，彷彿社會大眾支持死刑的主要理由實際上是為無法自己說話的被害人發聲，將被害人的仇恨當成自己的仇恨，和被害人同聲譴責加害人的行為，而有關對大眾造成危險的部分就只是順帶一提，彷彿是做為懲罰加害人嚴重侵害被害人行為下的註腳。

當我們把被害人這一個層次剝離以後，犯下殺人罪的行為人（通常被拿出來討論的對象）仍然必須為其行為造成的社會損害負責毋庸置疑，但是為什麼堅持要用將其殺死的方式進行刑罰的原因大致上就剩下，如果沒有死刑、不執行死刑將危險源頭徹底毀滅，則社會大眾對於自身安全的想像也會受到威脅。我國的死刑判決除了拿被害人出來解釋其可憐（襯托行為人之殘忍）外，為了其外部的公共性多數也是循著這種邏輯，強調將行為人與社會永久隔離之必要性<sup>249</sup>，否則「廣大善良民眾」之生命、財產將蒙受風險<sup>250</sup>。

但是在實際討論中，最容易引起支持執行死刑者共鳴的論述通常有這樣的外觀如「如果被殺的是你的親人又如何？」、「叫死刑犯出來去住在人權擁護者家裡」等，從這種看似強悍堅決論述去反面思考，其實群眾真正的情緒為「害怕被殺的是我自己的親人」、「害怕家附近有重大刑案犯罪人出沒」，社會防衛、風險降低這些和社會參與者利害產生關連的動機，才是可以支持廢除凌遲處死、斬首等酷刑，但卻必須保留終極抹消手段，也就是死刑的原因。

循此邏輯，將可以解釋社會接受某些情況不必然需要刑罰，某些情況又非刑

---

<sup>249</sup> 如臺灣高等法院高雄分院 94 年度上重訴字第 18 號刑事判決：「...是就社會防衛之角度觀之，亦有使被告與社會永久隔離之必要。...」

<sup>250</sup> 如臺灣高等法院高雄分院 95 年度上重更(一)字第 9 號刑事判決：「...如未令其與社會永久隔離，於其復歸社會後，廣大善良民眾之生命、財產勢將有不可測之危險。...」，當中一交叉點的能量已經蓄滿，則將複雜化層次走到中二交叉點，也就是中心點，一般預防的論證是能否從直覺走到整體複雜思考的關鍵。

罰不可的原因。為什麼大眾不會對美國出兵伊拉克、中國鎮壓圖博、法輪功有一樣的關注和憤怒？一方面這些行為人太巨大、太恐怖遠非台灣社會力量所能制裁，另一方面更關鍵的是我們有理由相信這些以國際戰爭，武力鎮壓一般民眾的事件不會發生在我們身處的社會，從而沒有產生風險的恐懼，而 228 事件雖然發生在台灣，但是其背景為歷史因素下的政治迫害，隨著改革開放，人民已經「相信」政治迫害不會再發生在一般民眾身上，不再需要這些被害人家屬來代言可能的恐懼，於是大眾要求這些被害人家屬放下（因為已經開始浮現的其他利益）；大眾不一定會將殺人者判死刑，因為某些殺人如過失致死，「良民」也會不小心做出來，所以殺人者死就不能是不容例外的鐵律。大眾不會在重大案件中允許被害人家屬自行決定是否原諒加害人，因為縱使你能夠原諒，他仍然可能對其他人造成威脅，被害人家屬沒有權利「處分」其他人可能面臨的風險。

所以在這裡我們也可以得出這樣的中間結論：真正有能量讓死刑存續的社會大眾<sup>251</sup>，支持死刑必須存續並執行的真正原因，實為解決大眾可能共同面臨風險的想像。這種風險想像大抵可分為兩種類型，其一是害怕行為人再度行兇<sup>252</sup>，另則為害怕行為人未受到報應，可能鼓舞更多人去殺人<sup>253</sup>

---

<sup>251</sup> 在廢除死刑與否的事件中，無論前民進黨政府或現在的國民黨政府執政，官方立場原本都傾向逐步停止並最後廢除死刑，而是強大的社會輿論壓力，迫使政府轉變其立場，使堅持不執行死刑的法務部長去職，是就此議題而言，實為社會大眾的力量使死刑存續，而政府所扮演的角色實際上較為被動，而影響力較低。

<sup>252</sup> 如最高法院 97 年度台上字第 4482 號刑事判決：「...倘不與社會永久隔離，則日後倘對他人心中生不滿，再以相同之偏激、暴力手段侵害他人生命權之可能性極高。...」，或是做為被害人家屬的陸晉德先生主張應處死刑避免加害人的基因流傳在世界上。

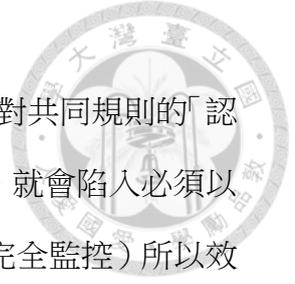
<sup>253</sup> 如中央研究院人社中心助研究員陳嘉銘在於中國時報刊登之「積極殺一人或消極殺五人」一文：「...假設今年要執行死刑二十個殺人犯，其中司法會錯判四個。沒有廢死刑情況下，假設每年殺人案約五〇件，而國家錯殺四人，我們可得出死亡總人數七〇人。廢除死刑的話，殺人案件會變成  $20 \times 5 + 50 = 150$  件，死亡總人數一五〇人。政府選擇作為與不作為，可預見的社會後果，不廢死刑死七〇人相對於廢死刑死一五〇人。即使我們改善了社會，死亡案件從每年五〇件壓低到二〇件，死刑犯變八人。此改良社會，可預見的執不執行死刑的後果，不廢死刑死二八人相對於廢死刑死六〇人。...」即可一窺這種思考邏輯，參照〈積極殺一人或消極殺五人〉，2010 年 3 月 16 日，中時電子報論壇，陳嘉銘稿，參考網址：<http://ppt.cc/oIGP>，最後瀏覽日期：2014 年 1 月 10 日。



這種進行社會防衛，試圖預防犯罪發生的思維本身就是刑法存在的目的，從這個角度觀察剛好可以切中必須要有刑罰的核心，「如果能以其他手段來解決，那就會盡量避免刑罰的介入」，刑法中其實存在著這樣的內在思維。反言之就對也會存在「非施展刑罰不可」的情況，所以不分古今中外各個社會都設計有刑罰的存在。

儘管社會防衛的方向是正確的，但是我們對於這個「非施展刑罰不可」的情況（也就是「犯罪」這種社會秩序破壞行為）是如何透過刑罰被控制的，也需要有相對正確的認識。也許我們直覺上會認為自己（以及他人）都是因為刑罰所對我們造成的威脅而不去為犯罪的行為，但若從實踐上觀察，即使在沒有警察的情況下（確認沒有被懲罰的風險），多數人仍然不會選擇去犯罪（即使能獲得更多利益），此時選擇的原因顯然不是恐懼懲罰。

舉例說明會更清楚，當搶匪拿著槍指著銀行職員的頭逼迫她把錢拿出來時，我們可以很肯定地說銀行小姐是為了恐懼結果的發生而行動，一旦去掉了這個威脅銀行小姐就不會將錢交給搶匪。如果我們的社會秩序是透過這種威脅來維持的話，那麼秩序將非常的不穩固，在沒有警察的地方就沒有法律，無法構成有意義的「秩序」。我們的秩序是跟著一個比「恐懼」影響力更大的因素而來的，就是「認同」：因為認同每個人自己身處的社會以及所扮演的角色，所以會依循這個社會所建構的規則去行動，不然就是否定了自己所處的社會群體，於是犯罪人終究僅有逸脫於群體外的少數。所以我們即使在沒有警察的情況下依然不會闖紅燈，而銀行職員不會認同搶匪所代表的群體而只會在威脅存在的情況下行事。在認同才是維持秩序最重要的關鍵下，刑罰的輕重實際上代表著社群認為違反該規則的嚴重程度，而刑罰的執行只是讓社群成員確認「我們之間所共同認同的秩序仍持續運行著」這件事情。



所以，發揮預防犯罪，維持我們所生存秩序的是所有守法者對共同規則的「認同」，而非對威脅的「恐懼」。至於無法對社群產生認同的族群，就會陷入必須以恐懼來進行控制的情況，但因為現實資源的問題（不可能置於完全監控）所以效率很低。從這個角度來看，死刑雖然能夠發揮「徹底抹消一個人存在」這樣看似對行為人巨大的剝奪效果，但是已經在刑罰系統中極刑的位置，即使死刑，原本已經認同社群的人仍然會排斥這種犯罪，而完全逸脫體系之外的人則受犯罪黑數等其他因素影響更鉅，因此對於社會防衛的影響其實沒有想像中的劇烈。

根據盧映潔教授翻譯的德國杜賓根大學犯罪研究所 Prof. Dr. Hans-Jürgen Kerner 所著的〈為了維持社會安全死刑是必要的嗎？-從歐洲觀點之犯罪學觀察〉<sup>254</sup>一文中，對於死刑的威嚇效果有一段精彩的實證分析，摘錄如下：

「我們可以從哪裡出發呢？一般公民會犯下『罪應致死』犯罪往往是出於人際衝突，或者由於強烈的情緒激動，或受到強烈的刺激；這尤其容易發生在親密的個人關係中。根據警方的犯罪統計，在德國發生的謀殺既遂案件裡，約有三分之二是發生在伴侶關係中，或在家庭以及親屬成員之間；而婦女為受害者的比例高於男性。在這種案例中，一方面我們必須說，那是犯行的人一時無法想到，在具體情況下他可能會受到的懲罰，或由於他的情緒激動導致無法避免那樣的情況。另一方面，我們也要指出，親近者之間的兇殺案，並沒有真正損害到一般公眾的社會內部安全。而具有病理人格的人，可能是由於精神疾病，或受到慾望習性干擾的驅使，或是其他種類的嚴重行為偏差。對於這樣的人，刑罰並不具威懾效力。至於職業性的犯罪人（職業罪犯），多數會採取冷靜的規劃。刑罰，包括死刑，是為這種人而存在的。但是，犯罪人會算計風險，如果已經考慮了所有的風險，

<sup>254</sup> Prof. Dr. Hans-Jürgen Kerner 著，盧映潔譯（2009）〈為了維持社會安全死刑是必要的嗎？-從歐洲觀點之犯罪學觀察〉，《月旦法學雜誌》，第 169 期，頁 218 以下。

犯下謀殺案就不會被發現，或至少脫逃成功就可以逃避懲罰。如此看來，判處死刑、執行死刑的極特殊或極具戲劇化效果的威嚇作用，只有在極少數的情況下才有可能發揮功效。」



從這段引述可以發現，死刑存在與否實際上對（會去違反社群規範的）行為人要不要犯罪其實影響甚微，因此同文中顯示「德國雖從 20 世紀中葉起即廢除死刑，且未採用終身監禁無假釋的配套，其重大刑案犯罪率卻未較其他處遇較為嚴格的國家為高，而且有 72.8% 以上的犯罪是被害人的熟人或親屬所為」這樣的結果也就在意料之內。事實上，也沒有任何數據能夠證明世界上哪一個國家因廢除死刑或暫停執行死刑而造成重大刑案犯罪率顯著上升。

我們可以繼續使用「社群認為非用徹底抹除方式刑罰不足以表彰其行為嚴重性，如此才足以避免風險」的論述方式來維持死刑，但是一項無法被證實的風險就存活在想像空間而已。

### 特別預防理論：焦慮源自不斷創造危險的系統

接下來我們進入那一抹存在在想像空間裡面的風險去做思考，其實風險想像的本質就是一種不安全感。儘管相信我們自己不會去做出犯罪，但對於自身所處的「環境」卻逐漸感到危險<sup>255</sup>。

曾經有一個年代，社會相信國家會公平照顧所有的人，那個時候社會也相信矯治有效論，將矯治重新回到社會當成刑罰的重要目標，但現在的情況已經截然不同。人們從趨勢去體認實在無法抱持社群將繼續樂觀進步的心態，國家逐漸失

---

<sup>255</sup> 從中心點往下移動到中三交叉點，帶入呈現整個系統的特別預防理論，並再沿著中三逐漸碰觸到右三交叉點的邊緣，也就是最後的終點。

去信任，資本家的力量崛起，而勞工的薪資卻實質倒退，貧富差距迅速擴大，更多「新貧階級」的出現，社群正在分裂已經是在心中隱約成型的事實<sup>256</sup>。

在分裂的趨勢當中，我們知道會有越來越多（雖然沒有去掌握確切數字）一無所有、失去社會連結紐帶的人，意味著人們因犯罪所會失去的「正常生活」逐漸沒有價值，認同的拘束力已經越來越低，相較於恐懼。於是無論怎麼思考，這都代表著犯罪的風險的提昇，沒有人認為能夠更好，只想著在更差的情況（遊民闖進生活空間犯罪、生活空間內的熟人因挫敗而犯罪）發生前，不計代價維持現有的生活於不墜，但又無從改變這令人悲觀的結構，焦慮就從這不自覺的衝突中產生，這才是不安感真正的來源。

焦慮的感覺需要出口，但真正解決的方式卻是改變會不斷創造風險的社會運作方式。於是本該負責卻無法甚至不願解決這些問題的權勢者和媒體開始強調「道德」，將一切風險的產生歸咎於個別行為人的道德決斷而隱蔽和結構之間的關係，並鼓吹放任以重刑產生更大的威脅作為解決這個被虛擬出來「道德問題」的方式。這些舉措好似是針對行為人，實際上是針對廣大的被統治者而設計的。他們必須讓這些不安不至於凝聚團結，成為美國華爾街運動式 99%的人對上 1%掌握權利財富的反動勢力，儘管他們也知道這同樣是個悲觀的體系，而這一天遲早發生。

於是變因在系統造成認同危機，但提出解決的方式卻放在增加威脅，將「治亂世用重典」這樣的古老口號當成理由實在無法解決問題。如果「亂世」本來就不是因為「典不夠重」而開始亂的，不斷去加「重典」根本就沒有用處，即使可以達到一時舒緩表面焦慮的效果，但內心深處的個人經驗仍然會知道問題根本沒

---

<sup>256</sup> 這地方當然有一系列新自由主義的理論可以論述，但是全部放進來會太複雜，基本上局勢惡化的情況只要有這些事實就足以聯想到相關的脈絡。

有解決，分裂仍在持續，而將「犯罪人」均視為敵人，可以被亂世拿來當成祭品的舉措更擴大了分裂。



這是新的特別預防理論，找出犯罪人為什麼犯罪而去矯治，不如找出是什麼機制在量產犯罪人（以及被害焦慮），並動用社會力量將其改變。當然這也不必然會帶著死刑必須要廢除，不能存在的結論，只是依附在「必須存在將人殺死作為刑罰」上種種不相關的理由逐漸剝落而已，即使不安實際上和死刑存在與否無關，社群的共同意志仍然得以決定什麼才是國家的「極刑」，儘管這個意志從何而來已經逐漸晦暗不明。

## 虛假的愛與真實的恐懼

最終的階段是從個人經驗下的價值選擇，然後集體展現為社群的共同意志，也就是我們實踐的「民主」。民主實奠基於每一個體的獨立，從而的集合才會有意義。

我們可以嘗試觀察一下所謂支持廢死的論述。以法務部前部長王清峰女士為例，她在任時面臨外界要求執行死刑產生爭議時撰文〈理性與寬容〉<sup>257</sup>訴求社會理性看待廢死議題，而對加害人予以「寬容」，同此觀點尚有李家同教授，在報紙上撰文〈如果我被殺〉<sup>258</sup>訴求群眾的寬恕。理性看待是對的，但寬容只稍微比因應世界潮流這種無任何論證的觀點要廢除死刑好一些<sup>259</sup>，字面漂亮而實際上將寸步難行。

---

<sup>257</sup> 〈理性與寬容〉，2010年3月11日，蘋果日報論壇，王清峰稿，參考網址：<http://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20100311/32352779/>，最後瀏覽日期：2014年1月10日。

<sup>258</sup> 〈如果我被殺！〉，2010年3月13日，聯合報論壇，李家同稿，參考網址：<http://erdos.csie.ncnu.edu.tw/~rctlee/article/990313.htm>，最後瀏覽日期：2014年1月10日。

<sup>259</sup> 實際上，兩文中都同樣有提到廢除死刑為世界潮流，但應為引介而非論述的重心。



違反人性而包裝出來的愛是虛假的，除了真正的聖人和少數個案，社會沒有可能輕易地就接受這些已經剝奪掉他人生命的危險人物，遑論是愛。然而，在社會大眾的討論中，加害人總是最以恐怖兇猛的形象出現，論者總是不斷強調被害人的慘境和家屬的淒悲，但當我們跳脫這一切論述的陷阱，真正意識到支持死刑的原因，實為很自私又微薄不足道的安全感，而甚至是這個安全感都是錯誤的連結，多數犯罪人的產生歸因於社會的犧牲時，而且是以我的意志去將其徹底從活存狀態抹除時，隱藏在內心深處的真实感受才會開始浮現。

那就是對死亡的恐懼。

成功大學李佳玟副教授曾經描寫過這種恐懼<sup>260</sup>：

「此外，殺人其實沒有想像地那麼簡單。根據研究，執行死刑的過程其實充滿變數與風險。台灣的實務偏好以槍斃的方式執行死刑，感覺乾淨俐落又節省成本。事實上，法警經常得面對一槍殺不死人的問題。一旦遇到這種狀況，法警只能一槍兩槍三槍四槍，直到把人「弄」死為止，實務上曾出現死囚被連開四槍之後還坐起來與執行者對望。就連號稱比較「人道」的毒液注射，也不能保證把人毫無痛苦地迅速殺死。在美國，有受害者家屬在旁觀死刑執行過程之後，轉而放棄對於死刑的支持。他們當然不是不再痛恨加害人，而是不能承受殺人的殘酷，放棄死刑成為痛苦卻又不得不然的選擇。

旁觀死刑執行已如此痛苦，執行死刑更是難以承受的壓力。雖然法警可對外宣稱是代替國家與社會執行死刑，但不能逃避是自己下手殺死一個人的事實。

---

<sup>260</sup> 李佳玟（2010），〈死刑 真有那麼容易嗎？〉，《成大研發快訊》，第十四卷第四期，頁3。



為了心安，也為了去除死刑執行所帶的風險，法警不僅在事前必須先到廟裡求神問卜，執行當日，也必須透過各種儀式，例如：攜帶艾草、灑米，禁止當場叫喚執行法警的名字，以及事後全身徹底洗淨等，去除因執行所帶來的風險。在日本，有法警因為壓力過大而精神失常。有些地方因而發明多人同時開槍或按鈕，部分是空包彈的方式，幫助法警假裝自己不是把人殺死的那一個。」

我們終究不是被害人家屬，其恨意無法濃厚至支持我們毫無保留地將一個毫無反擊之力的「人」給從世界上徹底抹除，殺不下手的感覺就會油然而生。於是每個支持死刑的論述都在不斷地尋找殺戮的理由和藉口，強調加害人兇殘的那一刻、未來的危險可能而忽視現在加害人毫無抵抗之力的接受殺戮，不斷強調被害人的處遇艱難，目的卻只在以其做為支持重大刑案判處死刑的依據。

現代的死刑採取法院重重審判和秘密執行，讓我們能夠像吃處理好的雞肉、豬肉一樣，只有享受到後果而完全不用聯想到那艱難的過程。於是當這一切虛假掩飾都被抹除，再次直接面對因已造成他人生命消逝的結果時，湧上那個東西不叫愛，而是最深沉的恐懼。恐懼人的生命竟然就可以如此輕易地消逝。恐懼自己竟然殘忍地截斷別人的一生。恐懼。這個身處的社會，包含自己，可以為了草率荒謬地就去對人做殺戮。

我們對殺人犯深痛惡絕，正是因為他們以強凌弱，以暴力的方式剝奪了他人的生命。在對方無法反抗下的殺人，尤然邪惡，就是屠殺。屠殺是絕對的暴力展現，只會伴隨著鮮血和屍體，在其中找不到任何正義的痕跡。殺人犯的暴力為社會劃下一道嚴重的裂痕，造成被害人家家庭的破碎和社會的不安。這種暴力是無論如何都應該被以最嚴格的方式譴責的，但我們想要用以譴責暴力的方法是什麼？



把他抓起來，在他沒有反抗能力的情况下，拖到屠宰場一般的刑場殺了。我們譴責暴力殺人的方法，竟然只是發動更強大的暴力殺回去。

暴力、屠殺，是殺不出正義的，只會殺出一堆屍體和槍聲。這是縱使懲罰的欲望如此強烈，不安的氛圍如此高漲，我們仍無法貫徹殺人償命的原因。台灣一年四五百件殺人案，兩千多件過失致死，如果通通處死我們會覺得殘忍恐怖，而不是「非常正義」，正是因為這個驚人的「量」把我們試圖掩藏在心中的深層恐懼給明朗化了。

沒有道理，殺兩千個人不行，殺兩個人、四個人就可以。如果屠殺是不對的，那我們根本不該下手去殺那第一個人。

在這裡的理由也是正義，而非那虛偽的寬恕。不殺死犯人絕非代表社會原諒了他的罪行，相反的，這代表我們極度的厭惡他這麼做的殘忍。

正義的真正面貌，或許應是暴力的自我抑制。我們都痛恨殺人犯，但我們與他們不同之處應在於能夠抑制住自己剷除他們的欲望，而不會以把人殺掉的方式當成解決任何問題的方法，唯有不斷強調這個不同，才能從根本不斷去譴責、應證犯人的錯誤。

監禁當然也是一種懲罰，但它或多或少都帶著為犯人矯治和再社會化的意義在。但死刑截然不同，屠殺只是純粹把犯人當作達成某種目標的工具而已。犯人本身在這個過程中只是個被國家操控的客體，而不是目的。正義是無法享受到宰掉犯人的大快人心，也不會有殺完人後的隱隱不安和空虛。而被迫擺盪在恐懼與

歉疚之中，去找出社會裂痕其他的解決之道。壓抑迂迴、理性沉著地使用強大暴力，試圖將力道作用在一個正確的方向上。正義代表著你必須承擔更多更多的責任，而且意識到自己的卑劣，無論是想要、不想要的，否則你的暴力就沒有資格以正義之名呈現。



因為要違反本性的虛偽正義，即使厭惡，即使恐懼，只因為殺不下手，我們仍然要保護其活存的權利。那我們要怎麼化解我們的情緒呢？社會永遠不可能真正地去擁抱他們，愛他們，將加害人隔離之餘，以這些人的活存做為歷史的見證，留存一絲絲對話的可能，透過處理這個會產生出殺人犯的社會結構裡的種種問題來化解恐懼，取代殺戮之後眼不見為淨的死刑。

另一方面，我們可以理解被害人的仇恨和傷痛，但是殺不下手就是殺不下手，對於被害人的虧欠社會只能用其他方面的制度設計去做彌補。被害人家屬的保護和死刑廢除之間絕對不是互斥的選項，而應該是相輔相成。只有當社會真正發現其實不斷地在利用被害人，才會認真思考該怎麼協助其未來生活的開展。

這是從泥濘之中打滾出來的死刑論述，其中論述者、大眾、加害人全身一片漆黑，一樣偽善。當我們進入人性黑暗的深淵以後，沒有愛，沒有光明，只有一群不那麼完美的人群相互依偎著活存。



## 第五章 結論：在諸神的黃昏以前，夕陽餘暉

芬普爾的冬天，再過不久，就將來臨，  
到那時候，不但沒有陽光，甚至會從四面八方吹來強勁的風雨；  
接連過了三個寒冷的冬季，世界從此沒有了夏天，  
在那之後，又是三個漫長的嚴冬，  
同時，全世界爆發了令人恐怖的戰爭；  
不但兄弟們互相殘殺，  
他們的兒子也破壞了家族的和平，  
因此，這個世界變得非常不安，  
罪惡在四處滋生著，  
全世界的人用矛或劍互相砍殺；  
戰爭發生時，大家的盾裂開了；  
像這樣的舉動，依然在世上進行著，  
每個人都變得自私了，  
只管自己安全，不管他人死活。

～〈巫婆的預言〉，諸神的黃昏<sup>261</sup>

整體而言，本文所採取的實際做法仍然是一種綜合理論，但是將一般預防理論、應報理論及特別預防理論都各自定義其內涵以後才提出，因為要進行整合的話不是拿個有缺陷的系統去整合，必須要是一個有理解可能性，並且有探索價值的系統才有可能傳遞出有意義的訊息。儘管整合了優點的同時也就整合了缺點，對於刑法而做這些努力的最終目的從前言開始就明言是為了溝通，但實際上最後也只是限制將溝通在一個缺口而已，仍然把最終的決斷保留在個人，儘管在限制

<sup>261</sup> 白連欣、凱特琳（2009），《北歐神話故事（附居爾特神話）》，二版，頁 161~162，台中市：好讀。

的過程中就已經有許多逆反直覺的壓抑，已經是釋放出諸多試圖影響這個決斷的訊息，但終究將最後的決斷空間保留住。

因此，也許第四章所提出死刑論述仍然是太過冗長、瑣碎，但是這個系統化的過程已和筆者以往所慣習之法學思維方式大相逕庭。因為試圖貼近現實，因為目的是要追求認同而非訴諸某種權威：貼近現實意味著必須要隨時做出調整，而無法訴諸權威代表著必須得自己重建一個雙方都能夠認同的判斷標準，兩者交互作用的影響下就是得出一套非常容易因討論對象而異的操作方式，故雖然試圖系統化，但也不會是一種僵固不動的標準。

透過法律而來的溝通，最終不脫為一種群體性的規訓，本文不斷強調之「建立連結」之重要性，因為其實係現代法律正當性和效能發揮的基礎，但是從個人角度言，和他人建立越來越多的連結這件事本身，就意味著必須要承載著更多「他人的生命」而活存，而且是帶道德義務性的方式承擔，並非想要就要，想要擺脫就擺脫。於是，真正試圖溝通並接受的這個過程，將不斷消耗人作為「人」的可能性，並往其極限壓迫出去。消磨可能性後的人將越來越和自我抽離，心底的空洞和懷疑越來越多，當更多他人以道德令言的方式進入己身有限的活存，究竟活著的「自我」是否終究只能無止盡地朝一個純粹的義務主體前進，這種想法將不斷地進行反撲，最終會消磨盡所有的可能，跌入無盡的黑暗深淵。當「我」做為「甚麼」為「誰」而活的語言結構面臨盡頭之際，存在於價值根部的矛盾終將體現。本文認為這將是屬於法律，屬於語言結構的結局。屆時所有關於「人」的價值信念將和黑暗衝突而崩毀，同時黑暗將無以既存，一併消亡。

「諸神的黃昏」，在北歐神話中是指眾神和巨人族最終的決戰，終至世界毀滅，諸神沒落的命運，其最初就是以預言的方式呈現。最終決戰之起因並非北歐眾神或宿敵巨人之間誰有吞併對方的陰謀，而是以各種無心事件之後所衍生的嫉恨和憎惡為起始，而傳說中眾神之首的奧丁因為預見到諸神的黃昏到來，而預先

準備的種種行動也加劇了各界的異變，使決戰之前人間就已經因為不安和猜疑而互相殘殺，「鷲鷹發出吶喊，以白色的鳥喙啄食屍肉」<sup>262</sup>。

當名為理性的齒輪開始運轉時我們早已註定了黃昏，這是既定的命運，有所差別的只是更早或更晚面臨黃昏的到來而已。從本文目前所能掌握的視野觀察，對於理性的極致終將歸於毀滅這個結局是無能為力的，但是或許我們將可以更快迎來屬於法律的「諸神黃昏」。因為在這套語言結構中，握有實質力量的正是掌握法律語言詮釋權力的「法律者」，當他們致力於「溝通」，將更多的可能性納進來換取繼續規訓的空間，並憑此強化規訓機制，消耗掉提早產生反彈的阻力。這麼做當然無法防止黃昏，反而加速其前進，但可以防止在黃昏來臨前的紊亂和失序，減少在反彈力道和規訓力量強烈衝突中犧牲的祭品。本文稱其為「夕陽餘暉」，這是諸神在黃昏前的最終燦爛，也是法律操作之所以能帶領語言結構到達其極限的位置。

然而循環復始，無論如何新世界將從舊世界毀滅後的殘骸和廢墟中重現，人經過回到自然狀態的戰爭後又擁有所有的可能性，於是重新開始規訓的機制。

---

<sup>262</sup> 杉原梨江子著，李友君譯，《進入北歐神話的世界：神族、巨人與人類的故事》，初版，頁 202~203，台北：台灣東販。

## 參考文獻

### 中文文獻

### 期刊論文



Luís Greco 著，李立暉、陳志輝譯（2010），〈Jakobs 的敵人刑法〉，《法學新論》，第 22 期。

Prof. Dr. Hans-Jürgen Kerner 著，盧映潔譯（2009）〈為了維持社會安全死刑是必要的嗎？-從歐洲觀點之犯罪學觀察〉，《月旦法學雜誌》，第 169 期。

Micdaael Pawlik 著，鍾豪峰譯（2010），〈對預防理論刑罰正當化論據之批判〉，《政大法學評論》，第 117 期。

李茂生（2009），〈風險社會與規範論的世界〉，《月旦法學雜誌》，第 173 期。

曾淑瑜（2007），〈評雅布各斯的敵人刑法〉，《華岡法粹》，第 37 期。

劉幸義（2011），〈論刑罰之目的—由刑法理論、語意學與哲學角度觀察〉，《月旦法學雜誌》，192 期。

李佳玟（2010），〈死刑 真有那麼容易嗎？〉，《成大研發快訊》，第十四卷第四期。

鄭人傑（2008），《論刑罰的應報思想》，私立東吳大學法律學系法律專業碩士班碩士論文。

吳佶諭（2008），《從刑罰目的觀刑罰裁量》，中國文化大學法律學研究所碩士論文。

### 專著

Jean-Jacques Rousseau 著，何兆武譯（1987），《社會契約論》，初版，台北：唐山。

David Garland 著，周盈成譯（2006），《控制的文化》，初版，台北：巨流。



David Garland 著，劉宗為、黃煜文譯（2005），《懲罰與現代社會》，初版，台北：商周。

Richard J. Crisp、Rhiannon N. Turner 著，李政賢譯（2009），《社會心理學》，一版，台北：五南。

H. L. A Hart 著，許家馨、李冠宜譯（2000），《法律的概念》，初版，台北：商周。

John Kenneth Galbraith 著，楊麗君、王嘉源譯（1992），《自滿年代》，初版，台北：時報文化。

Emile Durkheim 著，渠東譯（2002），《社會分工論》，初版，台北：左岸文化。

John Locke 著，葉啟芳、瞿菊農譯（1986），《政府論次講》，初版，台北：唐山。

Thomas Hobbes 著，黎思復、黎廷弼譯（1985），《利維坦》，初版，北京：商務印書館。

Thomas Pogge 著，顧肅、劉雪梅譯（2010），《羅爾斯與《正義論》》，初版，台北：五南。

Enrico Ferri 著，郭建安譯（2004），《犯罪社會學》，二版，北京：中國人民公安大學。

Enrico Ferri 著，郭建安譯（2004），《實證派犯罪學》，初版，北京：中國人民公安大學。

Naomi Klein 著，吳國卿、王柏鴻譯（2009），《震撼主義：災難經濟的興起》，初版，台北：時報。

Samuel Bowles、Herbert Gintis 合著，韓水法譯（1995），《民主與資本主義：財產、共同體和現代社會思想的矛盾》，初版，台北：桂冠。

Stanley J. Baran 著，施琮仁譯（2012），《大眾傳播理論：基礎、發展與未來》，初版，台北：新加坡商聖智學習。

David Harvey 著，王志弘譯（2008），《新自由主義化的空間》，一版，台北：群

學。



Stuart Allan 著，陳亞玫譯(2006)，《新聞文化：報紙、廣播、電視如何製造真相？》，一版，台北：書林。

Martha C. Nussbaum 著，方佳俊譯(2007)，《逃避人性》，初版，台北：商周。

Ryan Holiday 著，張巖心譯(2013)，《被新聞出賣的世界：「相信我，我在說謊」，一個媒體操縱者的自白》，一版，台北：臉譜。

門田隆將著，許金玉譯(2010)，《與絕望奮鬥—本村洋的 3300 個日子》，初版，臺北縣三重：新雨。

杉原梨江子著，李友君譯，《進入北歐神話的世界：神族、巨人與人類的故事》，初版，台北：台灣東販。

林山田(2008)，《刑法通論(上冊)》，增訂十版，台北：元照。

林山田(2008)，《刑法通論(下冊)》，增訂十版，台北：元照。

林山田(1992)，《刑罰學》，修訂版，台北：臺灣商務印書館。

林東茂(2009)，《刑法綜覽》，六版，台北：一品。

黃榮堅(2012)，《基礎刑法學(上)》，四版，台北：元照。

林鈺雄(2006)，《新刑法總則》，初版，台北：自版。

洪鎌德(2004)，《法律社會學》，二版，台北：揚智文化。

王皇玉(2009)，《刑罰與社會規訓—台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變》，初版，台北：元照。

馬克昌、莫洪憲主編(2008)，《近代西方刑法學說史》，初版，北京：中國人民公安大學。

周愷嫻、曹立群(2007)，《犯罪學理論及其實證》，初版，台北：五南。

陳榮華（2006），《海德格存有與時間闡釋》，再版，頁 120~123，台北：台大出版中心

卓越新聞獎基金會主編（2009），《台灣傳媒再解構》，初版，台北：巨流。

王泰俐（2011），《電視新聞感官主義》，初版，台北：五南。

熊秉元（2013），《熊秉元漫步法律》，二版，台北：商周。

白連欣、凱特琳（2009），《北歐神話故事（附居爾特神話）》，二版，台中市：好讀。

## 網路資源

〈廢死聯盟擺烏龍 鍾德樹釋憲不受理〉，2010 年 8 月 3 日，中央社，記者賴又嘉、安芷嫻報導，參考網址：

<http://www.cna.com.tw/News/FirstNews/201003260043-1.aspx>，最後瀏覽日期：2014 年 1 月 10 日。

〈惡狼性侵女童輕判 法院：未違反女童意願〉，2010 年 8 月 15 日，自由時報電子報，本報訊，參考網址：

<http://iservice.libertytimes.com.tw/liveNews/news.php?no=398359&type=%E7%A4%BE%E6%9C%83>，最後瀏覽日期：2014 年 1 月 10 日。

〈荒謬判決 縱容色狼〉，2010 年 8 月 15 日，蘋果日報，記者郭芷余、邱俊吉報導，參考網址：

<http://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20100815/32739146/>，最後瀏覽日期：2014 年 1 月 10 日。

〈雄院：女童性侵案可受公評〉，2010 年 8 月 25 日，中央社，記者陳朝福報導，參考網址：[http://www.taiwannews.com.tw/etn/news\\_content.php?id=1356223](http://www.taiwannews.com.tw/etn/news_content.php?id=1356223)，最後瀏覽日期：2014 年 1 月 10 日。

〈司法院建議修法 性侵幼童罪加重〉，2010 年 9 月 4 日，自由時報電子報，記者項程鎮、鮑建信報導，參考網址：

<http://www.libertytimes.com.tw/2010/new/sep/4/today-so13.htm>，最後瀏覽日期：2014 年 1 月 10 日。



〈輕判性侵案法官惹議 白玫瑰運動號召 10 萬人上街〉，2010 年 9 月 7 日，NOWnews，社會中心報導，參考網址：  
<http://www.nownews.com/n/2010/09/07/644889>，最後瀏覽日期：2014 年 1 月 10 日。

〈考題太瞎 鑿洞偷窺竟無刑責〉，2011 年 8 月 18 日，蘋果日報，記者唐鎮宇、張欽報導，參考網址：  
<http://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20110818/33606224/>，最後瀏覽日期：2014 年 1 月 10 日。

〈八里河邊發現女浮屍 疑似實踐大學副教授張翠萍〉，2013 年 3 月 2 日，ETtoday 東森新聞雲，地方中心報導，參考網址：  
<http://www.ettoday.net/news/20130302/169643.htm>，最後瀏覽日期：2014 年 1 月 10 日。

〈龍門客棧翻版！恐怖「媽媽嘴咖啡」謀財誘殺副教授夫妻〉，2013 年 3 月 7 日，ETtoday 東森新聞雲，社會中心報導，參考網址：  
<http://www.ettoday.net/news/20130307/171490.htm>，最後瀏覽日期：2014 年 1 月 10 日。

〈謝依涵 25 歲進長庚大學資管系 師長眼中乖巧懂事〉，2013 年 3 月 11 日，ETtoday 東森新聞雲，記者楊佩琪、張仲華報導，參考網址：  
<http://www.ettoday.net/news/20130311/173424.htm>，最後瀏覽日期：2014 年 1 月 10 日。

〈八里雙屍案／乖巧女成冷血殺手？謝媽媽情何以堪〉，2013 年 3 月 14 日，華視新聞網，社會中心報導，參考網址：  
<http://news.cts.com.tw/nownews/society/201303/201303141208699.html>，最後瀏覽日期：2014 年 1 月 10 日。

〈媽媽嘴店長謝依涵日記：大學一次交 8 男友〉，2013 年 3 月 11 日，ETtoday 東森新聞雲，記者蘇怡璇、陳佳鈴、吳竣翔報導，參考網址：  
<http://www.ettoday.net/news/20130311/173381.htm>，最後瀏覽日期：2014 年 1 月 10 日。

〈228 音樂會 白冰冰體會家屬的痛 淚眼盼寬恕〉，2008 年 2 月 29 日，NOWnews，記者蘇日宏、莊勝利報導，參考網址：

<http://legacy.nownews.com/2008/02/29/91-2238162.htm>，最後瀏覽日期：2014年1月10日。

〈游媽媽想告訴許嘉真家人：原諒他人 饒了自己〉，2008年12月5日，聯合新聞網，記者吳淑君報導，參考網址：

[http://mag.udn.com/mag/people/storypage.jsp?f\\_ART\\_ID=164462](http://mag.udn.com/mag/people/storypage.jsp?f_ART_ID=164462)，最後瀏覽日期：2014年1月10日。

〈積極殺一人或消極殺五人〉，2010年3月16日，中時電子報論壇，陳嘉銘稿，參考網址：<http://ppt.cc/oIGP>，最後瀏覽日期：2014年1月10日。

〈理性與寬容〉，2010年3月11日，蘋果日報論壇，王清峰稿，參考網址：<http://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20100311/32352779/>，最後瀏覽日期：2014年1月10日。

〈如果我被殺！〉，2010年3月13日，聯合報論壇，李家同稿，參考網址：<http://erdos.csie.ncnu.edu.tw/~rctlee/article/990313.htm>，最後瀏覽日期：2014年1月10日。

〈法務部全球資訊網〉，參考網址：<http://www.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=192603&CtNode=27891&mp=001>，最後瀏覽日期：2012年4月18日。

李茂生（2012），《刑法總則講義第一冊》，台北：自刊，參考網址：[http://www.law.ntu.edu.tw/main.php?mod=document&func=show\\_document&show\\_edu=main&site\\_id=0&show\\_folder=24](http://www.law.ntu.edu.tw/main.php?mod=document&func=show_document&show_edu=main&site_id=0&show_folder=24)，最後瀏覽日期：2014年1月10日。

法輪功明慧資料館，參考網址：<http://library.minghui.org/category/32,95,,1.htm> 99，最後瀏覽日期：2014年1月10日。

〈馬曉濱檔案(上)〉，阿達新聞檔案網站，參考網址：<http://mypaper.pchome.com.tw/flid/post/4131595>，最後瀏覽日期：2014年1月10日。

## 外文文獻

Michel Foucault, *"Society Must Be Defended" Lecture At the College De France, 1975-76*, New York: Picador (Trans. David Macey)