

國立臺灣大學法律學院法律學研究所

碩士論文

Graduate Institute of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

論罪刑法定主義之社會機能

——一個法律權力的反抗性論述

The Social Functions of “Nulla Poena sine Lege”:

A Resistant Discourse to the Legal Power



林琬珊

Wan-shan Lin

指導教授：李茂生 博士

Advisor: Mau-sheng Lee, Ph.D.

中華民國 97 年 7 月

July, 2008

謝辭

終於，我克服了自己。

這本生澀的論文，是八年來在這裡學習的一點點心得，也是我的指導教授——李茂生老師，帶給我無數刺激的總和。進了台大法律系，是過去這二十五年來的一個重要轉折。很偶然地我來到了這裡，剛開始懵懵懂懂的上了一堂刑事社會學的課，這堂課我不僅沒有印象老師在說什麼，筆記我也看不懂，只覺得是不是選了一堂有關科學的課。到了大二的刑總，其實當時並沒有在我腦海中留下深刻的理論論述，但是因為老師的教學風格與態度，使得一種對於法律權力的批判思考，悄悄的深植在心裡。對於課堂上所拋出的一切提問，其實我都沒有能力回答，與法學院同儕之間的聊天，我卻總是像是在模仿老師般地，充滿著對於權力的詰問與挑戰。必須很坦白的說，在論文寫作的過程中，我才發現，原來過去曾經聲嘶力竭與別人對話的我、那個似乎略帶驕傲又彷彿真的很了解這世界的我、那個總是丟給對方一個個問句的我，其實當下對話對象並不全是眼前的你們，我也同時在急切地詢問著自己，詢問著當初以為法律可以實現公平正義的那個天真的我，詢問著那些到了論文完成的此時，我仍然無法回答的問題，而我當時以為丟出疑問就是最好的回答，交出這本論文似乎也只能不斷的透過反詰來映照出答案，卻仍然未能給出具體的回答。

八年來的學習，我對於法律的美好想像，破碎了，對於很多人而言，可能將這樣的碎裂畫面視之為理所當然，不過很顯然的，縱然我看見了，但卻接受的不太甘願，否則就不會在訂下論文題目之後，又扭扭捏捏地將論文方向轉到對於法律權力的反抗。而論文做為一種論述，當然有它自己未來的讀者，但是在寫作過程中，卻有如自言自語，論文最後出現了幾個「你」的第二人稱，其實指的並不是你們，而是仍然有著矛盾不解的自己。

如果沒有遇見李老師，或許我終將成為一個握筆殺人不眨眼又可以滴血不沾的「劊子手」，一個對於公平正義的論述沒有深刻反省的法律人，帶著自以為是的正義觀橫行社會。然而，或許在這些反覆與轉折之後，我還是一個（劊子手）吧，但有些東西已悄然轉變。李老師所帶給我的，是怎樣也難以說盡亦難以說清楚的刺激。對於老師，只有無法道盡的感謝之意。也祝福老師、師母一家人，還有可愛的狗狗們，一切都好。

再來，要感謝王皇玉老師與江玉林老師，以及陳妙芬老師。擔任王老師助理四年的期間，受到老師很多的照顧，在國考期間，老師所給予的鼓勵，還有每當我為論文所困擾時，和老師愉快的聊天所獲得的輕鬆感，都為我加足了勇氣。而有幸邀請師丈江玉林老師擔任論文的口試委員，老師豐富的學養與對於學問的熱情深深地感染著我，在口試時所提出的問題，都成為我反覆思考論文中所存在諸多問題的契機，也提供了其他觀察此一議題的重要面向。而陳妙芬老師對於有點

混亂的論文問題意識與論述脈絡的精準掌握，連身為作者的我都嚇了一跳，彷彿遇到知音，對於老師廣博的熟習西方政治哲學理論，亦深感敬佩。兩位口試委員對於這本生澀的論文的寬容，並且不吝於給予建議與鼓勵，我也要一併地表達最誠摯的感謝。

還要感謝的是台北大學的陳愛娥老師，老師嚴謹的治學態度，一直是我心生嚮往的，雖然這篇論文並不是以嚴謹而理性的調性所構成，但是如果能夠開展學術的人生道路，老師對於學術的嚴謹、認真與熱情，絕對是我必須學習的地方。

進了李門，不能不提及同門學長姐對我的照顧。感謝煜偉學長幾次關於論文問題的討論與日常的關心閒談，即便到了日本，也沒有逃離我的 email 攻擊，謝謝學長花費時間與心力在我的問題之上，也祝福學長與宛好學姐在日本一切順心，並且能愉快地走著屬於自己的學術之路。再來，要謝謝同樣被我的攻勢所襲擊的士軒學長，謝謝學長總是耗盡心力與我討論，知無不言、言無不盡的告訴我許多的注意事項與學習心得，從學長身上我看到了難能可貴的提攜同門的情誼，希望學長的研究之路也一帆風順。與煜偉學長、士軒學長，還有凡聖學長，以及其他同學所組的讀書會，我也從中獲得了很多。而宗旻學姐對論文進度與諸多事宜的關心，以及所給予的建議，也讓我感受到同門的溫暖。

而在台大漫長的八年歲月，群居終日的同學們，如果沒有你們在生活上的陪伴，是很難混下去的。安宇、佳凌、裕民、雯婷、豫宜、苦行、昌偉、小叮噹、撲馬、至楷，謝謝你們正經時的言談與逗趣的屁話，那些內容已經完全想不起來的瑣碎話語，早已成為我大學生活裡一個愉快的印記。安宇是一個很難得學伴，這是莫名的緣分帶來的八年陪伴，真的要謝謝你。也謝謝蕙芬學姐在司訓期間仍時常督促我的論文進度，並幫我查閱相關資料，也祝福學姐在暗黑的司法實務界，能快樂並自適的過自己想過的生活。

此外，謝謝陽升對我的諸多幫助，他對我的胡言亂語總有著寬厚的包容，在我們的相處中，我學會了肯認彼此的存在並傾聽彼此的聲音，希望我們可以做長久的朋友；也謝謝在法理學讀書會中所認識的政大的俐婷，謝謝你幫我借閱許多書籍，也祝福你的論文生產順利，反正一切「坦白從寬」。

能進入台大法研所，也要感謝睦涵學長、司熒學姐、裕民，以及衍輔學長，帶了我們這群小鬼的讀書會。尤其要感謝因讀書會而結識的裕民，謝謝你一直以來對我的鼓勵與信任，我深深的祝福你在你所在的世界裡，能夠找到一個舒服的姿勢，並且找到你自身的平衡點，追逐到你想要的生活與夢想。

再者，要謝謝參加論文研討會的大家，才讓研討會能夠順利的完成。謝謝怡凱學長對於概念精準掌握的提醒，也謝謝巧元在構思與撰寫論文的過程中與我的多次討論與辯難，我不得不說，其實很多問題我是沒有解答也沒有辦法解答的，帶過或者暫時放著只是一種過渡，但還是十分感謝你諸多的提醒，讓我時時的清

楚知道論文還存在的很多問題。也謝謝很多同門的學長姐與學弟妹，謝謝小白在我遇到瓶頸時與我的討論，給我的加油與打氣，也謝謝洪長成與我的討論，一來一往的過問答程形塑了論文後半部份的軸線，也讓我的思路較為清晰。也謝謝兩年來研究室的戰友們，溫柔體切又有氣質的若珊學姐、玉珊學姐、常常在研究室嘆氣的潮宗學長、明慧、常帶來歡樂氣氛的涵雯與佳儀、幫我檢視論文的中鶴、聰穎又有著沈穩氣息卻又逗趣的湘榆、幫我修改註腳的郁嵐，還有姊姊依琪，謝謝你們為我的苦澀論文歲月增添了不一樣的色彩，也希望你們往後都能在自己所想要的位置上做想做的事情、過想過的生活。也謝謝鈞翔的研究室，沒有這個位置，也就沒有這篇論文。

國考是法律人的一個關卡，謝謝偉瑜與依蓉，以及許多讀書會的成員們伴著我走過這個難熬的過程，我從你們那裡獲得的太多，希望你們都能帶著自己對於世界的想像與對於法律的觀感，努力走過並征服這個考試，也祝福你們往後的人生健康快樂。

此外，還要謝謝幾年來的生活夥伴彥樺與雅韻，我常有許多難解的糾結與困境，謝謝你們陪伴我面對與解決，謝謝你們對於我諸多不討喜的性情的寬容與諒解，陪著我面對自己的缺陷、矛盾與無解的難題，過生活有很多種方法，然而有你們在的那種，是最愉快的那種。再來，要感謝城鄉所的若瑩，如果不是你找我去參加樂生的活動，或許這本論文的面貌會大不相同，論文裡的很多論調還留待思考，和你的一些簡單的討論，其實我也沒有堅定的答案，不過仍然要祝福你來年的論文與生活一切順心。

再來，還要默默地感謝一位以作家姿態在我的閱讀生活裡出現但卻素為蒙面的柯裕棻老師。從小到大，我總是因為自己的信心缺乏而感到困擾，在這生產論文的路途上，我才發現，這樣的自我懷疑並不具體，那不真的是因為哪一次的挫敗與外在的批評而來，反倒是一種存在於個人性格裡有如陰影般的存在。然而，當它並不具體時，建立自信便成為無從著手的工作，更不會因為外來的鼓勵或自我肯定而肯認自己，換句話說，這將讓我彷彿永遠處在無法解消的自我懷疑之中。而對於自我這樣的認識，以及鼓起勇氣面對永無止盡的自我懷疑，這些都是在午夜萬籟俱寂時，翻閱老師的散文，在其字裡行間得以讓人靜靜地面對自我與認識自我，讓我能屬於自己的時空之中，在生活中每一個情緒動盪的時候，奮力去找尋屬於自己的平衡，然後慢慢地合著自己的節奏走上人生的行路，在每一個關口努力的克服自己。如果說李老師帶給我的是對於法律專業的個人倫理反省，那麼經由閱讀而來的獲得，則是自我的認識與肯認，對我而言，這些都是人生行路缺一不可的部分。

最後，要謝謝一直默默支持著我的爸爸與媽媽。謝謝爸爸總是為了家裡在外頭辛苦的奔波，謝謝媽媽為了養育我的付出、犧牲與所花費的苦心，人家說「世間有阿母惜的囡仔尙好命」，沒有你們無微不至的照顧，便沒有今天的我，對於

這樣難以回報的恩情，我真的有著說不出的感激，也希望爸爸、媽媽，還有弟弟，以及阿姨一家人能一直健康、快樂，因為，你們是我存在的理由。也要謝謝長眠在羅東梅花湖的爺爺，你讓我見識到文人的風骨，也讓我看到了人最純粹的生活形式，希望你在有天主在的地方，一切安好。不過，如果這個世界上其實根本沒有天主，也拜託你想想辦法讓我知道。

論文終於到了一個段落，此刻我還沒有確切地決定下一站的落腳處，這是人生中諸多無可決斷的決定，而我總是欠缺清楚的目標與具體的計畫。如果說法律的意義在於實踐，那麼其實未來在哪裡也就不是那麼重要。不過，如果要自適而且自在，當還有選擇的餘地時，縱然無可決斷還是必須決斷。這些都是所謂決斷，差別在於決斷自身或決斷他人。

我從來沒有想過自己學法律會學成這個樣子，痛苦卻又愉快，但如果不是在求學的路上遇到那麼多幫助過我的人，遇到李老師，如果不是成長自這樣的家庭與父母的呵護，那就沒有現在的我。有時候我並不喜歡這樣的自己，不過這就是我，時而開朗瘋癲，時而矛盾反覆的我。這就是我的人生。

也希望這本論文可以激盪出一些什麼，讓從事決斷工作的人，能夠看見人生無可解決的糾葛。雖然決斷是一種暴力，回應純粹暴力的也將是另外一個純粹暴力，而可能有著赤裸而血腥的暴力的循環論證。不過，做為一個權力者為了護衛法秩序所施展的暴力，卻無疑跟純粹暴力有著大大的不同。人生的糾葛可能無可決斷亦無法解決，但是，法律卻可能將因此改變其面貌，個人也能在其中找到自己的救贖。

本論文冊

於 2008 年 7 月 15 日 凌晨
於蘆洲家裡

大山

論罪刑法定主義之社會機能

——一個法律權力的反抗性論述

摘要

罪刑法定主義有其解釋學上法益保護目的與人權保障目的，惟無論在立法、司法等各個層面的國家權力行使，都可以看見兩大目的相衝突時，通常皆以前者為重，而忽略對於人權的保障。在這樣的現實之下，本文企圖從另外一個角度，來檢視罪刑法定主義所具有的深層意涵，並探求國家法律權力的本質。

本文以立法上對於性犯罪強制治療之不定期刑的規定為起點，再轉向對於罪刑法定主義意義的理解，並透過對於刑罰權力及其周邊制度的觀察，來嘗試分析罪刑法定主義發展的脈絡與變遷。接著，藉著 Giorgio Agamben 之例外狀態理論，來分析前述觀察所得，並檢視國家法律（刑罰）權力的本質及其目的，揭露罪刑法定主義所隱藏的社會機能。

本文認為，法律做為一種國家權力的正當化工具，仍有其難以抹消的暴力色彩，並且以護衛法秩序的存在為其主要機能；而罪刑法定主義的界限，則必須透過判決（決斷）的出現，始能顯現；再者，罪刑法定主義在人權保障的旗幟之下，所發揮的社會機能，則是不斷地創造例外狀態，並透過排除與內包的機制，來維持正常法秩序的存立。在國家刑罰權力運轉的過程中，做為實存的個人則無疑將不斷地被客體化，而成為法秩序的俘虜。

在肯認既存結構與差異排除機制無法完全消除的前提之下，本文將探尋一個反抗的進路，以權力者的倫理反省做為侵犯結構的原點，使其得以伴隨著結構而生，希冀藉此得以鬆動結構，並能截斷法律的循環論證，在實踐中嘗試拓展人類純粹行動的場域。

關鍵字

罪刑法定主義；社會機能；權力；暴力；阿岡本；例外狀態；生命政治；主權；神聖之人；赤裸生命；裸命；差異排除機制；失序；排除內包機制

nulla poena sine lege; social functions; power; violence; Giorgio Agamben; state of exception; biopolitics; sovereignty; homo sacer; bare life; exclusion; anomie

論文簡目

第一章 序論	1
第一節 問題意識.....	1
第二節 研究方法.....	4
第三節 論文架構.....	5
第二章 國家刑罰權力之問題—從性犯罪強制治療保安處分談起	7
第一節 有關特殊的性犯罪者之處遇.....	7
第一項 保安處分與罪刑法定主義.....	7
第二項 特殊性犯罪者保安處分規範生成與變遷.....	12
第三項 附論.....	22
第二節 罪刑法定主義之理論.....	25
第一項 概說.....	26
第二項 思想根源.....	29
第三項 形式意義.....	29
第四項 實質意義.....	34
第五項 類推適用與擴張解釋的界限——一個邊界事例的觀察.....	36
第三節 小結—問題點.....	40
第三章 罪刑法定主義之系譜及其周邊制度的考察	43
第一節 罪刑法定主義的系譜.....	43
第一項 過去通說的架構：大憲章—人權宣言—近代大陸國家刑法.....	43
第二項 對於通說的批判.....	44
第二節 罪刑法定主義的變遷—以周邊制度之生成為觀察素材.....	46
第一項 概說—罪刑法定主義的性格.....	47
第二項 古典學派的刑法理論—刑事司法制度的改革.....	50
第三項 近代學派興起—以保安處分為論述中心.....	54
第四項 一九七〇年代以降的變遷.....	64
第四章 GIORGIO AGAMBEN 之例外狀態理論	81
第一節 概說.....	81
第二節 例外狀態.....	83
第一項 從規範的均質性來看規範適用的問題.....	83
第二項 例外狀態於憲法學上的意義.....	84
第三項 例外狀態做為法的原初結構—從 Schmitt 到 Agamben.....	85
第四項 例外成為常規.....	109
第三節 生命政治學—主權與赤裸裸的生.....	111

第一項 神聖之人與赤裸裸的生.....	111
第二項 生命政治的基進化—裸命的析出與政治化.....	113
第四節 危機即為轉機：例外狀態的翻轉—彌賽亞的降臨.....	115
第五節 小結—AGAMBEN 與 SCHMITT 理論之差異與本文選擇	116
第一項 理論差異.....	116
第二項 本文選擇.....	117
第五章 罪刑法定主義之社會機能的批判與檢討	123
第一節 從例外狀態理論來看國家犯罪處理手段.....	123
第一項 例外狀態做為一種典範.....	123
第二項 例外狀態的排除.....	126
第三項 主權與決斷.....	135
第四項 赤裸裸的生.....	139
第五項 正面形象的內包.....	142
第二節 法律權力的批判與檢討.....	144
第一項 罪刑法定主義於刑事政策中的角色定位.....	144
第二項 再探刑法與刑罰機能.....	147
第三項 罪刑法定主義之形式意義到實質意義的轉變.....	155
第四項 法律語言的支配.....	155
第三節 罪刑法定主義之界限與機能的再考.....	165
第一項 罪刑法定主義的界限.....	165
第二項 罪刑法定主義的社會機能.....	166
第六章 代結論——一個反抗的可能性	171
第一節 尋找反抗的可能性：革命或是結構的侵犯？	171
第一項 例外狀態常態化的困境.....	171
第二項 反抗的原點.....	171
第三項 循環論證的截斷.....	178
第二節 研究展望.....	184
參考文獻.....	187

論文詳目

第一章 序論	1
第一節 問題意識.....	1
第二節 研究方法.....	4
第三節 論文架構.....	5
第二章 國家刑罰權力之問題—從性犯罪強制治療保安處分談起	7
第一節 有關特殊的性犯罪者之處遇.....	7
第一項 保安處分與罪刑法定主義.....	7
第一款 法規變遷.....	7
第二款 對於修法的回應.....	10
第三款 衝突點.....	12
第二項 特殊性犯罪者保安處分規範生成與變遷.....	12
第一款 舊法第七十七條與第九十一條之一.....	13
第二款 新法第九十一條之一絕對不定期刑的規定.....	16
第三項 附論.....	22
第一款 鑑定評估報告之問題及其區分與決斷.....	22
第二款 對於性犯罪人之相關刑事處遇.....	24
第二節 罪刑法定主義之理論.....	25
第一項 概說.....	26
第一款 於我國法的位階.....	27
第二款 罪刑法定主義之目的.....	27
第二項 思想根源.....	29
第三項 形式意義.....	29
第一款 法律主義.....	30
第一目 習慣法禁止.....	31
第二目 絕對不定期刑禁止.....	31
第三目 類推適用之禁止.....	32
第二款 事後法禁止主義.....	33
第一目 溯及既往禁止.....	33
第四項 實質意義.....	34
第一款 明確性.....	35
第二款 均衡性.....	35
第三款 正當性.....	36
第五項 類推適用與擴張解釋的界限——一個邊界事例的觀察.....	36
第一款 擴張解釋與類推適用的差異.....	37

第二款 類推適用的實務案例.....	38
第三款 擴張解釋的問題——語言認知落差與預測可能性.....	38
第三節 小結——問題點.....	40
第三章 罪刑法定主義之系譜及其周邊制度的考察	43
第一節 罪刑法定主義的系譜.....	43
第一項 過去通說的架構：大憲章——人權宣言——近代大陸國家刑法.....	43
第二項 對於通說的批判.....	44
第二節 罪刑法定主義的變遷——以周邊制度之生成為觀察素材.....	46
第一項 概說——罪刑法定主義的性格.....	47
第一款 階級支配工具與人民統治技術.....	47
第二款 以其對於構成要件理論的影響為例.....	49
第二項 古典學派的刑法理論——刑事司法制度的改革.....	50
第一款 前期古典學派.....	50
第二款 後期古典學派.....	53
第三款 古典學派的成就.....	54
第三項 近代學派興起——以保安處分為論述中心.....	54
第一款 社會背景.....	54
第二款 刑法與刑罰之間的系統分化.....	55
第三款 保安處分理論與制度的形成.....	56
第一目 近代學派思想概說.....	57
第二目 保安處分的性格.....	59
一、 新的對抗犯罪手段.....	59
二、 制度發展.....	60
第三目 刑罰與保安處分的關係及保安處分之機能.....	62
第四款 近代學派對於刑事法學的影響.....	63
第四項 一九七〇年代以降的變遷.....	64
第一款 由褫奪公權到資格限制的轉變.....	66
第一目 從名譽刑而來的褫奪公權.....	66
一、 理論基礎及其變革.....	67
第二目 客觀化的權利限制手段——資格限制.....	68
一、 處遇之定性與細緻化論述.....	69
二、 變遷的矛盾論述.....	70
第二款 擴張處罰規範的基進化——以敵人刑法為例.....	72
第一目 背景.....	72
第二目 敵人刑法理論發展與概說.....	73
一、 理論發展.....	73
二、 敵人刑法理論概說.....	75
第三目 敵人刑法理論的學說批判.....	76

第三款 小結—犯罪處理手段的擴散.....	78
第四章 GIORGIO AGAMBEN 之例外狀態理論	81
第一節 概說.....	81
第二節 例外狀態.....	83
第一項 從規範的均質性來看規範適用的問題.....	83
第二項 例外狀態於憲法學上的意義.....	84
第三項 例外狀態做為法的原初結構—從 Schmitt 到 Agamben.....	85
第一款 Carl Schmitt 例外狀態理論概述	85
第一目 獨裁與例外狀態.....	86
第二目 例外狀態=主權者的決斷：Schmitt 的決斷論	89
一、 法與國家.....	90
二、 法規範與法實現的規範之區分.....	91
三、 規範與決斷之區分.....	92
四、 小結.....	92
第二款 法的界限.....	92
第一目 內外之分.....	92
第二目 必要性.....	93
第三款 Giorgio Agamben 的例外狀態原型—iustitium(中止一般執法活動)	
.....	95
第一目 無法與法的力量—force of law	96
第二目 語言的潛力—規範做為一種語言.....	98
第三目 以 iustitium 為原型的例外狀態理論	100
一、 iustitium：中止一般執法活動	100
二、 iustitium 意義的轉變：國殤	102
第四目 法的暴力、制法暴力與護法暴力的循環.....	104
第四項 例外成為常規.....	109
第三節 生命政治學—主權與赤裸裸的生	111
第一項 神聖之人與赤裸裸的生.....	111
第二項 生命政治的基進化—裸命的析出與政治化.....	113
第四節 危機即為轉機：例外狀態的翻轉—彌賽亞的降臨	115
第五節 小結—AGAMBEN 與 SCHMITT 理論之差異與本文選擇	116
第一項 理論差異.....	116
第二項 本文選擇.....	117
第五章 罪刑法定主義之社會機能的批判與檢討	123
第一節 從例外狀態理論來看國家犯罪處理手段	123
第一項 例外狀態做為一種典範.....	123
第一款 以典範來思考結構.....	123

第二款 例外狀態的隱喻.....	124
第一目 以譬喻的修辭運用例外狀態理論.....	125
第二目 著重對於處在法律之例外的裸命之觀察.....	125
第二項 例外狀態的排除.....	126
第一款 監獄做為例外狀態之場域.....	126
第一目 價值不連鎖的憲法秩序.....	127
第二目 性犯罪強制治療保安處分處所做為一種例外狀態.....	129
第二款 控制社會做為例外狀態的常態化.....	129
第一目 綿密細緻的國家控制網絡—社會監控措施.....	129
第二目 監獄、社會內處遇與社會監控措施之異同.....	130
第三目 加害／被害、安全／危險的二元區分.....	132
第三款 兩種不同的控制模式—排除與包含結構.....	134
第三項 主權與決斷.....	135
第一款 權力者做為主權者.....	135
第二款 決斷的無可決斷性與法的力量.....	137
第四項 赤裸裸的生.....	139
第一款 析出裸命的人性製造機.....	139
第二款 國民做為潛在的赤裸生命.....	140
第五項 正面形象的內包.....	142
第二節 法律權力的批判與檢討.....	144
第一項 罪刑法定主義於刑事政策中的角色定位.....	144
第一款 國家犯罪處理權力的擴散、蔓延與深化.....	144
第二款 曖昧又柔軟的罪刑法定主義.....	145
第二項 再探刑法與刑罰機能.....	147
第一款 刑法與刑罰機能.....	147
第二款 對於矯治與威嚇的批判.....	148
第三款 積極性一般預防理論的提出.....	149
第四款 小結—國民規範意識的規訓.....	150
第一目 虛構的自律與自我決定.....	150
第二目 選擇可能性的減縮與抹消.....	151
第三目 法的支配力量的強化.....	154
第三項 罪刑法定主義之形式意義到實質意義的轉變.....	155
第四項 法律語言的支配.....	155
第一款 虛構的國民主權原則.....	155
第二款 立法、司法與行政之間的循環辯證.....	157
第一目 立法對於秩序的格式化與賦權.....	157
第二目 司法與行政對於國民的定格化與依法審判、依法行政.....	158
第三目 決斷做為一種宣成性語言.....	159

第三款 法律語言的精鍊化與刑法的斷片性.....	160
第一目 法律語言的精鍊化.....	160
第二目 刑法斷片性的消融與純粹人類行為空間的減縮.....	161
一、 斷片性的消融.....	161
二、 拓出純粹人類行為的空間的斷片性.....	163
第四款 法律做為一種暴力.....	163
第三節 罪刑法定主義之界限與機能的再考.....	165
第一項 罪刑法定主義的界限.....	165
第二項 罪刑法定主義的社會機能.....	166
第一款 例外狀態的創造—排除與內包機制.....	166
第二款 小結—對機能批判.....	169
第六章 代結論——一個反抗的可能性	171
第一節 尋找反抗的可能性：革命或是結構的侵犯？	171
第一項 例外狀態常態化的困境.....	171
第二項 反抗的原點.....	171
第一款 個人的倫理反省—微視的彌賽亞.....	171
第二款 以權力者的決斷做為反抗據點.....	173
第一目 反抗主體—權力者或者群眾？	173
一、 多元文化加速法化現象.....	174
二、 群眾破除法律語言支配的可能性.....	176
第三項 循環論證的截斷.....	178
第一款 判決做為一種純粹暴力.....	178
第二款 個人倫理抉擇決斷判決.....	180
第二節 研究展望.....	184
參考文獻.....	187

凡 例

1. 本論文引註格式，就中文與日文文獻部分，以臺灣大學法學論叢格式為藍本，英文文獻部分，則參考 THE BLUEBOOK (18th)。
2. 本文採取同頁註 (footnote) 之格式，惟為便利查找文獻，不採用「同前揭註 xx，頁 xx」的方式，而在每個註中皆列明篇名或書名。所參考文獻之完整出版資訊，則列於本文文末之參考文獻處。
3. 引用文獻時，不改變字體，亦不變更段落或格式。
4. 在內文中為避免翻譯不一致，就外國人名 (如 Agamben) 不轉譯為中文 (如阿岡本或阿甘班)。



第一章 序論

現代民主所想要展演人的自由與幸福之處—「赤裸的生命」—正標示出了它的屈從 (subjection)¹。

—Giorgio Agamben

第一節 問題意識

之一：不定期刑之性犯罪強制治療保安處分？

刑法自 1935 年公布實施以來，於 2005 年 2 月 2 日做了最大幅度的修正，對於犯罪的處理，台灣採取了「寬嚴並進的刑事政策」，期待著一個安全的社會。在寬容的刑事政策之中，立法者確認了對於拘束人身自由的保安處分，罪刑法定主義應予適用，從而罪刑法定主義之下的法益保護與人權保障之目的，於宣付保安處分時亦應有所考量。這樣的修正固然值得讚許，然而，繼續翻閱條文，我們卻可以在保安處分的諸多規定中，在第 91-1 條發現一個不定期刑之性犯罪強制治療保安處分的規定。

就此一不定期刑之性犯罪強制治療保安處分，行為人無法在行為時，甚至審判時知悉其行為可能帶來的法律效果，從而將使國民之行動喪失預測可能性，因此可以說是一個標準的違反罪刑法定主義之規定。然而，第 91-1 條是一個拘束人身自由之保安處分應無疑義，但何以與同時修正的第 1 條罪刑法定主義的規定，會出現如此顯而易見的矛盾？立法者難道忘記了刑法第 1 條的修正嗎？

回過頭來，在法律系統裡，經年累月的發展下來，客觀上我們可以看見存在許多規範對於法律權力實施的限制，比方說法律保留原則、比例原則、依法行政原則、依法審判原則等等，這些節制國家權力的原則，不僅只是針對司法權或行政權，同時也是針對立法權而來的要求。

然而，在刑法第 91-1 條的規定中，這樣的節制要求似乎沒有發生作用。因此，一個簡單的疑問即是：為什麼這樣的節制作用會失靈？何以立法者會忽視對於人權保障的要求，而在條文中定下了兩相扞格的規範？

¹ See *GIORGIO AGAMBEN, HOMO SACER: SOVEREIGN POWER AND BARE LIFE 9-10* (Daniel Heller-Roazen trans, Stanford University Press 1998) (1995). 翻譯參考：薛熙平(2006)，《例外狀態：阿岡本 (Giorgio Agamben) 思想中的法與生命》，政大法律研究所碩士論文，頁 7。

此外，如果環顧與性犯罪人有關的諸多實體或程序規定，裡頭有著諸多權利保障規範的例外規定，更可以發現有妖魔化性犯罪人的現象，從而，性犯罪與性犯罪人處遇特殊性，其實已是一個值得加以研究的課題。

之二：權利的實踐還是權力的展現？

如果說性犯罪強制治療處分是本文的起點，那麼對於法律權力的反省，則是幾年來的法律研習過程中，於瑣碎的法釋義學以外，所鋪下的深層反思。

在教室裡的學習是一種抽象知識的建構，不論是如何地自以為深層與理性的思考，可能都只是紙上談兵。法釋義學的課堂充斥著訴說保障人權或者自由、平等、博愛的論述畫面，法律人的說辭聽起來總富含正義的光輝與為人權奮鬥的慈悲，換一間教室、換一個老師，經過一場哲學與社會學批判反思的洗禮，前一堂課所畫下的美好光景，頓時變得破碎不堪。不過，說起來，在現實中權利實踐的挫敗，卻才真真正正地讓筆者聽見美麗新世界的圖像應聲碎裂的聲音。

近年來癲瘋病人權開始在日本受到了重視，而在台灣，卻是依附在捷運機廠的興建議題之下，才成爲一個焦點，因爲機廠的位址，計畫座落於樂生療養院。癲瘋病人權開始以各種方式被論述，不同的知識領域亦有所串連、同聲同氣。

筆者向來不是熱衷社會運動的青年，然而在學校裡聽慣了自由、平等、博愛與人權的論述，樂生運動似乎顯然是一種可以努力實踐人權的機會。雖然筆者個人一直以來對於一切事物始終難以做出價值判斷，也無法正面地確認參與樂生運動是一件「正確」的事情，但是一股莫名的衝動，筆者參與了三次活動。而印象最爲深刻的，是 2007 年 6 月 5 日在行政院前的活動以及同年 9 月 11 日凌晨在新莊樂生院區裡阻止拆卸大門的活動²。

兩次活動的主要成員其實都是學生與青年，學生沒有武器，有時爲了避免過於容易被驅離，甚至使用鐵鍊與鐵環將自己固定在水泥地上，雖然這也將因爲拉扯而導致自己受傷。而對立面則是有槍又有棍的警察與保警。對立的態勢總要解決與排除，僵局會以不同的方式結束，而且也必須結束，學生的訴求從來沒有真正被聽見以致能開啓溝通，而活動的目的早已從訴求的傳達，轉爲透過行動在媒體上的報導，激發更多的關心，以求訴求內容被大眾所關注。因此活動的結束總是起於衝突，終結於驅離與野放。

然而，對於一個法律系學生而言，教科書上寫了，權力的發動必須要一個實

² 事實上，與其說筆者參與了這些活動，不如說筆者都將自身行動爲一個活動的外部人，要不是透過攝影記錄而貌似參與其中，就是避免被確認為樂生運動的成員。這當然有部分是因爲膽量的問題，但隱而未提的更重要的原因，回想起來則有些諷刺。

質理由的存在，而權力的實施亦有其限制，不過，筆者卻不認為在現場所見到的驅離行動有其正當性或有其必要，也沒有看到合於比例原則而為的驅離動作，棍棒施加於民，學生徒手空拳的抵抗，惹怒了警察，再多踹兩腳。但這些「違法」的政府行為卻從未被檢討與追究，相反的，這些行政行為彷彿都「就地合法」。

活動結束，帶著相機離開，遠遠地看著象徵著國家權力的公署建築，對於方才的驅離行動，警察機關當然認為是合法的行政行為，然而，對於單一權力行為，筆者與國家分別竟然產生的兩種不同評價，不禁產生了疑惑與不解？是筆者法釋義學學得不好嗎？還是方才誤認了客觀事實而使得自己做出錯誤評價？到底是因為什麼，產生了評價上的落差？或者，何以法律與國家的法律實踐看起來總不像是同一個樣子？節制國家權力的機制總難以發揮功效？

之三：問題意識的確認

結合一個立法現象與個人生活經驗，本篇論文的問題意識，即從對於性犯罪的關注，轉向了對於國家權力的觀察³。相較於前述有關法律的節制原則無法對於立法權發揮作用的質疑，生活的實踐所帶來的疑問，則是對於國家權力執行與解釋適用法律所產生的各說各話與各自解讀之狀況的無法理解。因而本文雖然始於立法論的檢討，但是國家權力的實施（立法權力、司法權力或者行政權力）才是筆者關懷的核心。

而對於國家權力觀察的面向有很多，本文選擇的則是面對國家處理犯罪的權力此一角度，因此，對於法律權力的觀察與節制原則的運作，皆是本文的主軸，而罪刑法定主義即是節制國家犯罪處理權力的重要原則，從而是主要的討論基幹。

罪刑法定主義做為一個拘束國家權力行使的原則，何以在立法上卻未發揮其節制作用？性犯罪強制治療保安處分與其他刑事處遇有何不同，為什麼此處會存在著這樣的問題？而罪刑法定主義所設定的法益保護與人權保障兩大目的，若偏重其中一方，將使另一方受到侵蝕⁴，然而，縱然這樣的衝突在所難免，但何以在衝突點上往往著重於前者，而捨棄對於後者的保護？甚至，節制國家權力行使原則的目的，多半是來自於人權保障的要求，如果此一要求總是落空，那麼國家權力的行使，客觀上到底發生了什麼樣的影響？而掛著人權保障招牌的罪刑法定主義，又在現實上對誰發揮了什麼樣的機能？最後，這些機能的產生，是否係因法律權力的本質問題所導致？還是操縱法律權力之人的問題？做為活生生的個

³ 轉向理由較為細緻的交代，請參見第二章第三節。

⁴ 若要完善的保護法益，則將可能對於權利有過度的侵害，反過來，如果要保障個人利益，則恐怕無法就法益做妥善的保全。

人，面對著法律權力的實施，何以皆有著無力對抗的面貌，而被擄掠進入法的世界？這些皆是本文所欲探討的問題。

第二節 研究方法

以上簡單地說明了本文的問題意識。上述疑問的取向，一方面形塑了思考脈絡，另一方面影響了本文所欲採取的研究方法以及欲安排的論文架構，參見下述。

本文認為，要探求法律權力的本質，必須從法律權力的實施來觀察，再者，必須從法律對於權力實施的禁制規定，則更能究明其權力實施的現實樣貌。而對於罪刑法定主義及違反罪刑法定主義的國家行為之觀察，或許是一個可行的途徑，因為，要清楚的認識一個原則或概念，最好的方式是從其例外著手。因此，要理解罪刑法定主義，則應該從違反罪刑法定主義的規定或者邊界事例來談。從而，本文將從性犯罪強制治療保安處分與罪刑法定主義之間的矛盾關係開始展開，並透過罪刑法定主義來帶入本文所觀察的焦點：國家犯罪處理的權力運作，並且以罪刑法定主義為討論的基幹。

對於罪刑法定主義的觀察，如果僅從正面去關照其意義，然後片面地撻伐背離原則的國家行為，即有單面向地朝著既定目標不停追尋之感，並且可能因此而有無法見其全貌或發現深層問題所在之可能。也就是說，不論是在立法過程或審判程序之中，終究有一個決斷必須做出，但是，為什麼在利益權衡的時刻，總是公共利益經常性地獲勝，而使得個人總像是戰敗者般地臣服於法律體制？要回答此一問題，恐怕就不是利益衡量及其決斷所能回應，亦非一再地重申人權保障即能加以回應與解決。

這樣的議題設定也將使得本文的論述，跳脫傳統刑事法學對於目的設定與手段選擇的證成關係，本文不再如傳統論述一般，去觀察犯罪原因、結果、預防再犯（犯罪原因的消除）的鍊結，而是透過對於犯罪處理手段的觀察，來檢視國家權力行使所發揮的社會機能。從而，本文的重點並非在檢視或批評性犯罪的再犯預防手段的正當性，而是源自對於邊界事例中之法律權力的觀察，嘗試去探究在合理化論述背後，是什麼阻礙了節制權力行使之目的的達成？還是，這樣的現象根本即是法律權力的本質及其根源？被視為理所當然的法律權力與法秩序，在掀開其正當性與合理性的外衣之後，去探求其本質，即為本文的企圖。

對於法律權力的觀察，本文將透過例外狀態理論（theory of the state of exception）來加以分析。例外狀態理論最初係由德國法學家 Carl Schmitt 所建立，其後為 Giorgio Agamben 所重構，用以解決其所觀察到的政治上困境（aporia），

而本文即將透過 Agamben 所建立的典範（例外狀態、主權、裸命等等），嘗試透過典範（paradigm）思考的方式，來思索國家犯罪處理權力的問題。

不過，Agamben 早期研究以哲學、美學與語言哲學為主，皆以義大利文寫作，而至 90 年代之後，他開始轉向思索政治，關於政治性（political）的思索，更展開了《Homo Sacer》三部曲的論述，另外其就語言哲學的研究，也成為其政治哲學理論的基礎。惟限於筆者的能力與時間，僅能就英文文獻的二手資料加以閱讀，而其著作等身，筆者亦僅能就有關於例外狀態之部分來加以研究。

從而在研究方法上，本文首先分別介紹性犯罪強制治療保安處分與罪刑法定主義，並且說明二者之間的關係，再將論文方向轉至對於罪刑法定主義此一原則的考察，耙梳近代以來罪刑法定主義的轉化以及國家犯罪處理權力的變遷。其後，再透過例外狀態理論，來對於法律權力加以檢視。

第三節 論文架構

對於性犯罪者的處遇，固然是一個值得研究的課題，然而本文更為關注的是，何以一個法律上的原則規定，無法在現實上發揮作用，以及法律權力的本質究竟為何等等的問題。因而在論述的脈絡上，即從對於刑法第 91-1 條的介紹與性犯罪人處遇的特殊性，轉換到罪刑法定主義的討論，進一步地以罪刑法定主義的考察為核心，嘗試梳理罪刑法定主義出現的脈絡與在發展過程中所產生的變化，探求其解釋學上所要求的目的何以無法發揮作用，嘗試提出罪刑法定主義的社會學機能。

詳言之，在第二章的前半部份將考察刑法第 91-1 條的規定細節，與對於性犯罪人特殊的處遇規範、處遇流程與其之所以產生所依憑的社會脈絡，以及保安處分與罪刑法定之間的扞格之處；到了後半部份，則基於主要的問題意識，將焦點轉移到罪刑法定主義之上，並且，在此先就罪刑法定主義的基礎以及形式與實質意義加以簡單說明。

而表面上有著權力節制目的的罪刑法定主義，就權力是如何產生、為什麼產生對自身的節制規範一事，有其考察之必要，從而，第三章的重點，即置於罪刑法定主義誕生的脈絡與自近代以來的發展，此一發展其實也正是刑事政策生成與展開的歷史，藉著這樣的考察，一方面嘗試找出性犯罪者處遇特殊化的社會脈絡，另一方面則希冀藉此來尋求權力自我節制的歷史脈絡與現實。

而第四章則開始進入本文論述的核心，本章以下亦是本文的重點所在。本文

於第二章整理了細部規範與刑法原則，第三章則梳理了刑事法律系統發展的脈絡，而爲了透過理論來思索權力的發展，在第四章則是先就 Agamben 例外狀態理論加以介紹，以利在第五章藉著理論來分析第二、三章的工程進行。第四章將嘗試說明 Schmitt 的法律思想與例外狀態理論，並說明 Agamben 對此的反思與重構，以及本文選擇透過 Agamben 所重構之理論來進行思考的理由。

第五章則是進行綜合分析第二、三章的工程。本章將例外狀態理論加以運用至規範與制度的分析上，透過對於罪刑法定主義發展的考察，與法律權力的使用以及相關論述的發展之觀察，藉此來探究罪刑法定主義的社會機能，在於例外狀態的創出以及排除與內包的機制，在於法律力量展現收放自如的空間，而法律權力的本質，則在於合理化論述所亟欲掩蓋的「暴力」色彩，並以此做爲對於問題意識的回應。

於論文的最後一章，嘗試在理論與現實中尋出可能存在的反抗可能性以及反抗的據點，做爲代結論。解明了法律權力的本質在於暴力之後，則在肯認既存結構無法破除，差異機制難以消滅的無奈與永劫回歸，以及例外狀態的創出與排除內包的機制做爲法的原初結構的前提之下，本文試圖提出一個侵犯與鬆動結構的策略，希冀透過權力者的決斷截斷（法律）語言的循環辯證，而給予做爲實存的活生生的個人，一個純粹行爲的自由空間。最後以 Benjamin 在《歷史哲學題綱》中的第九題綱，結束本文。

第二章 國家刑罰權力之問題—從性犯罪強制治療保安處分談起

制治療保安處分談起

本文的重點是在對於國家犯罪處理權力的觀察，並以刑法第 91-1 條為一切入點，從而以下將先簡單介紹刑法第 91-1 條的問題，再轉進同時做為賦予國家權力並節制該權力之原則——罪刑法定主義，並將在第三節中，更清楚的交代問題意識轉向之理由。

第一節 有關特殊的性犯罪者之處遇

第一項 保安處分與罪刑法定主義

罪刑法定主義之規定，可說是近代大陸法系刑法之基礎，歐陸法系的德國、日本於其刑法典中有相同的規範，而在美國，亦透過事後法禁止原則與正當法律程序（due process of law）之規定來達到類似的保障效果¹，英國則亦在歐洲人權法院的影響之下，一路邁向實定法化，罪刑法定之重要性，可見一斑²。

不過，在刑罰歷史的發展之中，於十九世紀末出現的特別預防理論與做為犯罪的法律效果之一的保安處分，則因為其有別於（狹義）刑罰是以行為責任為基礎，從而有違反罪刑法定主義之疑慮。保安處分出現之後，在談論罪刑法定主義時，即不可不將目光投向有違反罪刑法定之虞的保安處分，方能對於罪刑法定主義有更透徹之理解。

而保安處分與罪刑法定主義的關係，向來隱含在刑法第 1 條的適用範圍之議論中，直至 2005 年的刑法修正，才在實定法的層次予以確定下來。以下詳述之。

第一款 法規範變遷

第一目 新舊法比較

¹ 陳子平（2005），《刑法總論（上冊）》，頁 44，台北：自版。

² 林鈺雄（2006），《新刑法總則》，頁 35，註 5，台北：自版。

2005 年的刑法修正，就罪刑法定主義的部分，涉及了第 1 條罪刑法定主義之意義，以及第 2 條法律變更時之法律適用問題。以下以前者為討論重心。

舊刑法第一條（罪刑法定主義）
行爲之處罰，以行爲時之法律有明文規定者，爲限。

本條於舊法時之規定，其旨在點出，行爲「是否」得予以處罰，必須視其行爲時是否有形諸明文的處罰法律而定，同時，只要行爲時無處罰之明文，則該當行爲即不會因爲行爲後新增之處罰規定而成爲犯罪。有疑義的是，本條所謂的「處罰」，究何所指？

我國刑法成立之時，即是近代學派盛行之時，從諸多規定都可窺見其受近代學派影響的痕跡³。在刑罰制度上採取二元主義（雙軌制），做爲法律效果者，並非只有刑罰，尚有保安處分；而近代學派開始對於犯罪人之危險性有所關注之後，刑罰在現代刑法對於行爲主義與責任主義的重視之下，以有限制的刑罰往往無法達到特別預防的效果，因而必須另尋對於犯罪者的矯治與犯罪防制之道，保安處分即成爲刑罰的補充或替代制度，一方面不犧牲責任主義，另一方面又能防制犯罪。

在這樣的想法之下，倘若仍固守罪刑法定主義，即無法達成社會防衛的目的，因而，過去有認爲，保安處分在去除犯罪人危險性的目的之下，是與刑罰在性質上有所不同的法律效果，因爲保安處分並非對於行爲之處罰，從而在規範形式上不必、也不能完全適用罪刑法定主義，只需在憲法保障人權的意旨之下，受到如保安處分相當性原則等實質拘束即可⁴。由此，展開了罪刑法定主義涵蓋範圍之爭議。修正前的刑法第 1 條之規定，因此即無法拘束保安處分的宣付與實施嗎？

新刑法第一條（罪刑法定主義）
行爲之處罰，以行爲時之法律有明文規定者爲限。拘束人身自由之保安處分，亦同。

而本條規定於 2005 年經過立法院三讀，是本法第一次對於罪刑法定主義之規定做出修正。新法就第一條原有規定之部分未有修正（成爲前段規定），而增訂後段規定，就拘束人身自由之保安處分，亦應在行爲時有明文規定之情況下，始得宣付之，有罪刑法定主義之適用。如此的修正，是否解決了前述關於「處罰」之爭議？從官方的修法理由及脈絡，或許可以略窺一二。

³ 保安處分制度的存在即爲一適例，修正前刑法第 2 條規定保安處分適用裁判時法律亦是。

⁴ 蘇俊雄（2000），《刑法總論 III》，頁 170-172，台北：自版。

睽諸本條之修正理由，主要是從保安處分產生人身自由被剝奪此一結果面向，重新做區分，從而認為具有拘束人身自由效果的保安處分，因為如同刑罰（自由刑）一般，亦拘束了受處分人之人身自由，限制了人民之基本權，而有濃厚自由刑之色彩，從而亦應該受到如同刑法對於自由刑之限制，而將「拘束人身自由之保安處分」一併納入罪刑法定主義之保護範圍之內，應有不溯及既往原則之適用⁵。是故，罪刑法定主義到現在這個階段，其得制約者，除了「非拘束人身自由之保安處分」不受罪刑法定主義之限制以外，刑罰與「拘束人身自由之保安處分」，皆應受到罪刑法定主義的限制。

這樣的修正理由，是肯認了保安處分是犯罪行為的處罰嗎？似乎不然。至少，無法從修正理由看得出來存在這樣的想法。以下，再嘗試從立法修正之脈絡來觀察。

第二目 修法脈絡

本條之修正，係在法務部及部分學界人士引進的「寬嚴並進的刑事政策」之方向脈絡之下所完成。所謂寬嚴並進的刑事政策，即針對不同的犯罪行為人，分別以「寬容的刑事政策」與「嚴格的刑事政策」予以處遇⁶。值得注意的是，在法務部的修正說明之中，對於刑法第一條的修正，係被歸類在寬容的刑事政策的一環之中，亦即，舊法規定之保安處分一律適用裁判時之法律，遭致學者批評有違反罪刑法定主義之中的不溯及既往的規定，從而，新法為使這類具有濃厚自由刑色彩的保安處分，也能比照刑罰規定，適用行為時的法律，將條文修正如新法，使其符合罪刑法定主義之精神⁷。

而由修法理由與脈絡，無法看出對於行為之「處罰」一語的定性，亦不見官方對於保安處分制度的討論。從表面上看來，罪刑法定主義得以涵蓋之範圍，

⁵ 刑法第1條修正理由之二指出：拘束人身自由之保安處分（如強制工作），係以剝奪受處分人之自由為其內容，在性質上，帶有濃厚自由刑之色彩，亦應有罪刑法定主義衍生之不溯及既往原則之適用，爰於後段增列拘束人身自由之保安處分，亦以行為時之法律有明文規定者為限，以求允當。

⁶ 而所謂寬容的刑事政策與嚴格的刑事政策，前者是對短期自由刑的受刑人，不再以傳統的刑罰處罰，而應適當對這類行為人予以「轉向」，例如以易科罰金、緩刑、緩起訴、職權不起訴處分或其他社區處遇等方式矯正其偏差行為，替代傳統自由刑之處罰，此部分之政策大部分在之前刑事訴訟法修正時，已逐項修法納入新制的刑事程序中。另外，對於褫奪公權剝奪行為人行使公權資格部分，刪除行使選舉、罷免、創制、複決四權資格之限制，更有利行為人之再社會化及保障人民之參政權。後者則因行為人對社會危害性大，人民直接感受生命、身體財產受到威脅，為確保社會安全，乃提高數罪併罰之期限為三十年，並對於屢次犯重罪者，限制其假釋，及自首由必減刑改為得減刑之修正等，為嚴格的刑事政策。請參見法務部二〇〇五年一月四日新聞稿：壹、本次刑法修正之重點。

⁷ 請參見法務部二〇〇五年一月四日新聞稿：壹、一、（一）拘束人身自由之保安處分適用罪刑法定主義。

從最初僅有的刑罰，擴張及於拘束人身自由之保安處分，因而只要有對於人身自由的箝制，即應有罪刑法定主義的適用餘地。然而，有不存在拘束人身自由性質的保安處分措施嗎？

第二款 對於修法的回應

對於此次修法，學界有肯否不同的回應，以下分述之。

第一目 否定見解

學者蕭宏宜關注的焦點在於罪刑法定主義之溯及禁止原則在保安處分之適用。氏認為，保安處分縱然做為社會對於犯罪所為之客觀上的一種回應，但其與罪責無涉，非「處罰」或「制裁」，而只是一種預防措施，然其發動仍以「『行為時』不法的存在」為前提，但即便於裁判時，因法律變更而得溯及既往，根本不生抵觸禁止溯及既往規範目的的問題；並且，其認為立法者做這樣的修正，係未明辨刑罰與保安處分的本質差異，僅將觀察重點側重在效果上，使得當保安處分之處遇內容有所變更時，受矯治人可能因此免受特定處遇，而認為此舉無異坐視其社會危險性之存在，與保安處分的目的有違⁸。

第二目 肯定見解

法務部宣稱第 1 條的修正，是寬容刑事政策的一個表現，然而，學者許玉秀認為，所謂寬容，是對做錯事的人，相對於其原應受的處罰，採取較輕的責罰或予以諒宥而不罰；而保安處分如果也需要剝奪人身自由，亦應遵守罪刑法定原則，不管針對特定行為是否已有刑罰規定，只要沒有規定拘束人身自由的保安處分，即不得宣告。依照憲法保障人身自由之旨，本條的修正只是歸還人民原本應享有的基本人權，回歸人民基本權的保障，不能稱為刑事政策上的寬容⁹。

不過，立法者在選擇性地就非拘束人身自由之保安處分，不受罪刑法定主義的限制此一部份，另有學者柯耀程肯認了第 1 條的修正，惟其質疑是否應區分拘束人身自由與非拘束人身自由之保安處分而予以差別待遇，氏即指出，如此區分方式，不但忽視了刑事制裁所具有的拘束性性質，並且容易造成適用上的困擾，例如保護管束，或者屬於毒品矯治的觀察勒戒、輔導矯治，是否就能視為非拘束人身自由之保安處分？不無疑義。從而，其認為將保安處分納入罪

⁸ 蕭宏宜（2006），〈保安處分與罪刑法定〉，《法令月刊》，57 卷 4 期，頁 4。

⁹ 許玉秀（2005），〈罪刑法定原則的構成要件保障功能（上）——第十六次修正刑法檢討系列（第一、二、二八至三一條）〉，《月旦法學雜誌》，123 期，頁 10。

刑法定主義之監控範圍之立意值得肯定，但如此區分則有過猶不及之憾¹⁰。

就此而言，學者許玉秀則先以「是否為機構性處遇」來界定「是否為拘束人身自由之保安處分」，而認為縱然「非機構性處遇」之保安處分（例如：保護管束、義務勞務、心理輔導等措施）卻有賦予被處分人行為義務，並非完全沒有限制行動自由，但就此與刑罰或屬於機構性處遇之保安處分剝奪人身自由之程度相較，非機構性處遇之保安處分僅僅只是賦予行為人特定行為義務而已，是對於人民行為決定所為之限制，並非具體拘束人身自由之處遇。並且，氏認為針對這些非機構性處遇仍然採從新原則，不僅僅是因為法官在裁量時有絕對的裁量權，同時亦只能就裁判時或受假釋審查時的狀況予以判斷，自然僅能適用裁判時法，此外，這些處分基本上是對行為人有利的處置，在行為後既然有更具體的矯治改善措施，即無堅守不溯及既往原則而不適用於行為人之理。是故，其認為，排除非拘束人身自由之保安處分得以適用罪刑法定主義的空間，是立法政策的選擇，而非立法疏失¹¹。

而學者林鈺雄則認為刑罰與保安處分的關係，應該分為單純的刑罰、純粹的保安處分以及兼具自由刑內容的保安處分，單純刑罰受傳統行為刑法發展的諸多原則所拘束，如責任主義與罪刑法定主義，純粹保安處分則未與責任主義合流，因此其主要受比例原則之限制，而最後一類則應受所有支配刑罰之原則之拘束¹²。基本上亦是肯定修法的內容。而其所謂比例原則的限制，簡單來說，保安處分著重在行為人未來的危險性，從而學說上自始至終皆認為保安處分與刑罰不同，刑罰是以行為人過去的行為責任為前提及上限，但保安處分則是以未來危險性為基礎，而與行為責任無關，既然如此，即可脫離罪刑法定主義的拘束，而以行為人的自由權利與防衛社會安全之間的利益衡量，以比例原則為界限，若符合比例原則，即不予以禁止¹³。

此外，對於第 1 條文字做這樣的增訂，亦有認為修正不當者，惟其結論在做法上則與修法結果相同。學者林山田即從對於第 1 條之解釋出發，認為舊法

¹⁰ 柯耀程（2005），〈鳥瞰二〇〇五年刑法修正〉，《月旦法學教室》，29 期，頁 116。

¹¹ 許玉秀（2005），〈罪刑法定原則的構成要件保障功能（上）——第十六次修正刑法檢討系列（第一、二、二八至三一條）〉，《月旦法學雜誌》，123 期，頁 10-11。不過，這樣的論述要能成立，首先必須釐清立法者的政策選擇。再者，對於人身自由做出狹隘的解釋，是否真能為其解套？最後是，對於行為人有利，究竟是什麼意思？

¹² 林鈺雄（2006），《新刑法總則》，頁 65，台北：元照。

¹³ 林鈺雄（2006），《新刑法總則》，頁 28-29 頁，台北：元照。亦即，學說上認為，刑罰與保安處分的權衡基準與比較對象，基本上是不同的，因為保安處分不再受責任主義的限制，而脫離了責任主義的限制之後，則僅以比例原則來節制國家權力行使。不過，本文初步認為責任主義基本上是對於罪刑法定主義的社會機能反省而來，並且為了節制該機能，而在責任論中更具體落實罪刑法定主義的人權保障目的。

第 1 條「行爲之處罰」的規定，在解釋上即已包括刑罰與保安處分，從而無須加以修正，但倘若認爲處罰只有指涉刑罰而應予修正，則亦應改爲「行爲之處罰或處遇」或「刑罰之科處或保安處分之宣付」，而並非如新法的修正方式。其並且認爲這樣的修正將會導出「非拘束人身自由之保安處分，即可不受罪刑法定主義之限制」此一錯誤結論，從而認爲修正不當¹⁴。

第三款 衝突點

從官方修正理由與學界對於修法的評論，似乎有些混亂。不僅是對於保安處分本身是否應受罪刑法定主義之拘束，仍難說存在了共識，對於保安處分的屬性，似乎亦仍有歧見。然而造成此一現象之原因，似乎應該回到保安處分本身的問題來觀察，亦即，欲達到保安處分的犯罪預防與社會防衛效果，即有可能喪失或削減對於人權的保障，而使得行爲人無法於行爲時知其可能獲得的處遇，因此，不但有過度拘禁的疑慮，行爲人之期待可能性問題亦不能忽略。正是在保安處分的有效性與人權保障之間所具有的拉扯與權衡，偏向不同的側面，則有可能導致立場與結論上的不同。

第二項 特殊性犯罪者保安處分規範生成與變遷

在修法肯認了罪刑法定主義在（拘束人身自由之）保安處分的適用之後，倘若就非拘束人身自由之保安處分此部分的規範方式，是立法政策的選擇，或許我們可以認爲，國家的刑罰權在一定程度範圍內，已受到充分的節制。然而在刑法總則篇最末之保安處分章的規定中，卻似乎出現了一個需要注意的條文——刑法第 91-1 條，一個特殊的、僅針對性犯罪人之強制治療保安處分規定。其之所以特殊的原因是，這是個一望即可得知其違反罪刑法定主義的規定。

以下，先針對做爲性犯罪保安處分之強制治療規定的誕生背景，及法規範變遷做介紹，再切入新法第 91-1 條探討相關問題，並對性犯罪者之相關處遇做介紹。

不過，如果不是社會上發生了特殊的犯罪案件，立法者鮮少會突然地就某一犯罪類型特別提高刑度或者就特定犯罪人集團做特別的處遇規定，從而，以

¹⁴ 林山田（2005），〈二〇〇五年新刑法總評〉，《臺灣本土法學雜誌》，67 期，頁 82-83；林山田（2005），《刑法通論（上冊）》，9 版，頁 69，台北：自版。

下將一邊提及與性侵害相關立法或修法的重大社會案件，一邊就法規範做說明¹⁵。而特殊的性犯罪人強制治療處分，其係始於 1994 年於假釋章第 77 條的規定。

第一款 舊法第七十七條與第九十一條之一

第一目 規定在刑法假釋章第七十七條的保安處分規定

一、修法社會背景

1993 年 1 月發生了女秘書強暴案，並有調查局人員涉案，現代婦女基金會於同年 3 月，即首度提出「性暴力犯罪防治法」草案，草案中增加了婚姻內強暴、強暴受害人中性化、強姦罪改為非告訴乃論之罪，並依不同程度區分強制性交罪、擴張「性交」定義。同年 6 月，美國發生了巴比特闖夫案，到了 10 月，台灣則發生了鄧如雯殺夫案。隔年 1 月，婦女新知基金會將 1994 年列為「婦女法案推展年」，同時立法院通過刑法第 77 條的修正案。

二、修法規範

1994 年 1 月 28 日修正假釋章之規定，於刑法第 77 條第 3 項增訂了「犯刑法第十六章妨害風化各條之罪者，非經強制診療，不得假釋。」之規定。

對於違反妨害性自主規定之犯罪人處遇問題，在本次修法時，於法秩序上已肯認了有（強制）矯治之必要。然而，仔細檢視本條之規定，就屬於保安處分制度之「強制診療」卻規定於假釋章，而有認為在立法架構上與體例不合，此外，強制診療是對於人民權利之限制，應有法律之依據始得為之，不應僅規定為假釋要件，卻遺漏得為強制診療之相關要件的規定。

假釋章基本上是做為假釋判斷機關對於受刑人是否得以假釋之「判斷程序及要件」的規定，因此，應專就受刑人得否假釋一事而為規定。而本項之增訂，對於特定類型的受刑人多加上了一個假釋的限制，看似是個沒有問題的條文。然而，應該思考的是，假釋限制增高對於受刑人縱然是一個不利益而應加以明文規範，但本條規定是否得據以當做性犯罪人強制治療之宣付依據一事，則不無疑義。

透過假釋條件的修正偷渡了保安處分之規定一事，除了在立法體例上條文

¹⁵ 本文於第二章第一節第二項中，關於與立法與修法有關的重大社會事件，係參考：張蕙蘭（2007），〈控制性侵害〉，頁 151-155，附錄二，臺大社會學研究所碩士論文。以下就此些事件的說明，不另行引註。

位置的配置需要加以檢討之外，更有問題的是，當時這樣的一個強制治療的規定，除了本條第 3 項之外，別無其他配套規定，因而所遭遇到的問題，除了法律保留原則因為雖然是立法體例不妥但仍已經明訂於刑法法律之中而無問題以外，保安處分之期間、應執行之處所、宣付保安處分之時機（裁判時？假釋時？）、強制診療後是否假釋的判斷要件是否除此以外尚有其他，以及原已規定保安處分章節之針對保安處分所為的類似總則性之規定是否適用於第 77 條第 3 項之強制診療，就此些問題均無明文，問題叢生。

第二目 舊刑法第九十一條之一之增訂

一、修法社會背景

而刑法「強制診療」之規定，於其立法及執法上，因為有其不週之處，因而在 1995 年 11 月開始有批評的聲浪。

到了 1996 年 1 月，有智障四姊妹先後遭到性侵害，並且懷孕生子，此案帶動了對於「準強姦罪」的檢討以及對於智障弱勢者保護的呼聲；同年 5 月，大直國中男孩企圖強暴女孩，立委則提出「性犯罪暨重大暴力犯罪去氧核醣核酸（DNA）強制採樣條例」之草案；亦是同年 12 月，彭婉如遇害，立法院在強大的壓力下，隨即三讀通過「性侵害犯罪防治法」，此法著重性侵害犯罪處理的行政程序，並有了性犯罪人身心治療與輔導教育的簡略規定，而主要的刑罰法規（犯罪與法律效果）仍然在刑法中規範，此外，尚有教育部「兩性平等教育委員會」的催生，與「財團法人彭婉如文教基金會」的設立，也進一步地使得立法院於 1997 年 1 月通過「道路交通處罰條例修正案」，擴大了計程車駕駛的資格限制範圍。

1997 年 4 月，則發生了轟動社會各界的白曉燕命案，內政部隨即於 5 月 9 日成立性侵害防治委員會。同年 12 月，立法院內政與司法聯席會議初審通過「去氧核醣核酸（DNA）強制採樣條例」草案，而自 86 學年度起，每學年將對全國中小學與幼稚園學生實施四小時以上的性侵害防治教育課程，大專亦同步實施。

1998 年 1 月，內政部部務會報通過「性侵害加害人檔案資料管理及使用辦法」草案；同年 5 月，立法院司法委員會初審完成刑法「妨害性自主罪章」之修訂，修訂內容包括受害者用語中性化、性交定義之擴張，除了夫妻間強姦最之外，改為非告訴乃論之罪；同年 7 月，內政部部務會報通過「性侵害犯罪加害人身心治療及輔導教育辦法」。到了 1999 年 1 月，立法院三讀通過「性犯罪去氧核醣核酸（DNA）強制採樣條例」，以及刑法部分條文修正案。

二、修法規範

基於舊法對於性犯罪者強制診療之規定有上述問題存在，遂在 1999 年的刑法修正過程之中，刪除刑法第 77 條第 3 項規定，而改置於新增訂之第 91-1 條的規定中，並改變原有條文內容，從而，在該時，第 77 條即不存在有關性犯罪者假釋之特別規定¹⁶，至於對於特定性犯罪者之強制治療處分，則明白的被放置在保安處分章裡。該項規定為：

第九十一條之一（1999 年 4 月 21 日修正）

犯第二百二十一條至第二百二十七條、第二百二十八條、第二百二十九條、第二百三十條、第二百三十四條之罪者，於裁判前應經鑑定有無施以治療之必要。有施以治療之必要者，得令入相當處所，施以治療。前項處分於刑之執行前為之，其期間至治癒為止。但最長不得逾三年。前項治療處分之日數，以一日抵有期徒刑或拘役一日或第四十二條第四項裁判所定之罰金數額。

從以上規定可以發現，該時的第 91-1 條規定，部分地解決了前述適用上的疑問。然而，似乎也產生了新的問題。此時條文的問題，主要由於「裁判前鑑定」此一制度設計產生一些實務的困擾。也就是說，本條的「裁判前鑑定」，將導致實際上在犯罪事實尚未確定存在之際，就將應否進行刑前治療的決定權，先賦予鑑定人（心理師、精神醫學專家）。但是，因為這些專家不敢擔負此種鑑定責任，在實務上常發生鑑定人在行為人有無犯罪尚屬不明的情形下，無法做出鑑定之質疑，因而經常出現「被告有罪，就有治療之必要；被告無罪，就無治療之必要」的鑑定意見，或者甚至有鑑定意見認為有治療之必要，但法院判決卻是無罪的情形¹⁷。因而，醞釀了這一次修法的契機。此外，舊法規定是刑前治療，惟學說上另有基於對於性犯罪人進行治療的最終目的，係希望其復歸社會後能避免再犯，因而認為獄中治療能有效的與釋放後的社區治療相連結，因而主張治療應該以在釋放前一至二年前為之較佳¹⁸。

最後，倘若將此舊條文與現行刑法第 91-1 條做對照，亦可知 1999 年修正的條文呈現，幾乎就是現行第 91-1 條之前身，此規定配合著新刑事政策的浪潮而修正成現行的樣貌，但問題卻似乎越顯巨大？詳見下述。

¹⁶ 現行法對性犯罪假釋之特別規定，係於 2005 年 2 月 2 日的修正才又拿進來。

¹⁷ 盧映潔（2005），〈我國刑法修正案有關增減刑罰及保安處分規定之探討與評析〉，《月旦法學教室》，121 期，頁 269。

¹⁸ 林明傑、張晏綾、陳英明、沈勝昂合著（2003），〈性侵害犯罪加害人之處遇——較佳方案及三個爭議方案〉，《月旦法學雜誌》，96 期，頁 160-161 頁。

第二款 新法第九十一條之一絕對不定期刑的規定

第一目 修法社會背景

1999年6月，高中女生於台北軍史館遭到姦殺；2000年7月，發生了小沙彌遭性侵事件；2001年4月，官方草擬了首份「性騷擾防治法」草案，6月發生唐台生性侵女教徒案，同時，教育部公布「兩性平等教育法」草案；同年8月，楊姓受刑人考上台大，而10月與11月皆發生牧師或教主性侵少女或教徒事件。

2002年4月，兒童福利聯盟版「兒童及少年福利法」草案，送立法院；同年8月，有立委提案修法對性侵害累犯予以化學去勢，然而醫師認為恐難治本，另一方面，法務部則擬引入美國「梅根法案」之精神，對於特定性侵害犯罪人出獄後的行動採取登記及報告制度，對於再犯危險無法治癒者，則公告大眾，減少性侵害犯罪對社會可能產生的危害。2003年，林志隆涉嫌性侵女助理；2004年2月，馮滬祥疑似性侵外傭；同年6月，立法院三讀通過性別平等教育法。

2005年1月，性騷擾防治法三讀通過，性侵害防治法部分條文修正案三讀通過，同時，自1935頒布至今，70年來最大幅度的刑法修正草案，也在同年修正通過。其中，即包含不定期刑之性犯罪人強制治療保安處分之規定。

第二目 修正重點

新刑法第九十一條之一（2005年2月2日修正）

犯第二百二十一條至第二百二十七條、第二百二十八條、第二百二十九條、第二百三十條、第二百三十四條、第三百三十二條第二項第二款、第三百三十四條第二款、第三百四十八條第二項第一款及其特別法之罪，而有下列情形之一者，得令入相當處所，施以強制治療：

一、徒刑執行期滿前，於接受輔導或治療後，經鑑定、評估，認有再犯之危險者。

二、依其他法律規定，於接受身心治療或輔導教育後，經鑑定、評估，認有再犯之危險者。

前項處分期間至其再犯危險顯著降低為止，執行期間應每年鑑定、評估有無停止治療之必要。

新刑法第七十七條（2005年2月2日修正）

受徒刑之執行而有悛悔實據者，無期徒刑逾二十五年，有期徒刑逾二分之一、累犯逾三分之二，由監獄報請法務部，得許假釋出獄。

前項關於有期徒刑假釋之規定，於下列情形，不適用之：

- 一、有期徒刑執行未滿六個月者。
- 二、犯最輕本刑五年以上有期徒刑之罪之累犯，於假釋期間，受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，五年以內故意再犯最輕本刑為五年以上有期徒刑之罪者。
- 三、犯第九十一條之一所列之罪，於徒刑執行期間接受輔導或治療後，經鑑定、評估其再犯危險未顯著降低者。

無期徒刑裁判確定前逾一年部分之羈押日數算入第一項已執行之期間內。

一、處遇對象範圍擴大、改為刑後治療

本次修正涉及諸多變革，首先，同樣做為性犯罪者之強制治療處分，因為增加了違犯的條文種類，從而可能受處遇之性犯罪者的範圍將會擴大，其次，舊條文被批評的「刑前」治療處分，改為刑罰執行將期滿前為之，亦即，強制治療應在受刑人將被釋放前為之，連帶的，原先出問題的裁判前鑑定制度，也因此必須修正為在徒刑執行期滿前，方得實施。

二、處分期間不確定，形同絕對不定期刑

再者，舊有之處遇期間最長不得逾三年之規定，於刑法第 91-1 條第 2 項則修正為「處分期間至其再犯危險顯著降低為止」，其期間即無法於判決宣告時確定，而有終身監禁之可能（即有如絕對不定期刑之規定）。

三、刑法第九十一條之一第一項第二款：無犯罪行為而有刑事處遇

最後另應注意的是，依刑法第 91-1 條第 1 項第 2 款之規定，曾犯性犯罪之行為人，在刑後仍有可能在並未從事另一犯罪的情況下，再接受保安處分，亦即，將會有無犯罪行為而有刑事處遇的情形。

詳言之，本款所謂之「依其他法律規定」應係指性侵害犯罪防治法第 22 條強制治療之規定，該條規定性犯罪人在假釋或出獄後，於社會中進行身心治療與輔導教育的過程中，若經鑑定、評估其自我控制再犯預防仍無成效，則應送請檢察官聲請強制治療，為一新型態之保安處分，於刑後未再犯罪，而可僅依據一紙評估報告，從事限制人身自由之強制治療保安處分。

第三目 修法過程及妥協

此一規定係內政部性侵害防治委員會及婦女團體多年來努力推動的法案，對於為數不少的無矯治可能性或矯治可能性甚低的性侵害犯罪者，如於在監服刑期間經治療輔導，仍無法顯著降低其再犯危險性時，若依舊刑法（1999年修正之）第91-1條之規定，於治療滿三年後即不能再行治療，受刑人需返回社區，無異係在社區放置不定時炸彈，社區安全備受威脅，從而修正該條規定，將強制治療期間修正為「至行為人再犯危險顯著降低為止」¹⁹。關於治療期間的規定，修法的討論過程中，「再犯危險未顯著降低」的用語，原係考慮參考刑法第91條對犯花柳病或癩瘋病患者之強制治療規定，治療「至治癒為止」，然而，與會之醫生皆認為，倘若規定為「至治癒為止」，事實上就是永遠不會治癒，但若修正成「至再犯危險顯著降低為止」，則這樣的評估報告才能做得出來，從而，雖有造成不定期刑的疑慮，法務部仍採納了醫界專家的折衷意見²⁰。

此外，在第91-1條修法的討論過程中，對於第1項第2款的規定，法務部似乎認為依本款所為之強制治療處分，係一個已經完全離開刑事司法程序之處分。因為已服完刑之受刑人回到社區，即為一自由人；而一個曾犯性犯罪之人回到社區，本來即可按照性侵害犯罪防治法而有另外的身心輔導教育程序，此一程序是行政程序，而非屬刑事程序的範疇。而性侵害防治委員會或婦女團體的訴求即是，一個性侵害犯罪者回到社區之後，倘若發現其仍有再犯之危險而需要強制治療，則只在社區內為之是不行的，該些團體認為應該設立一個單獨的強制治療程序，並且跟刑事程序分開，沒有刑罰而可單獨聲請強制治療。這樣的手段雖然存在一些問題，但在立法過程之中還是因為妥協而被制訂下來，被置於第91-1條，並且為了兼顧人權，另外多了第2項，規定必須透過每年的鑑定評估，方得使性犯罪者繼續接受強制治療²¹。

第四目 學界批評

行政院草案提出此項修正條文後，遭到刑法學界嚴厲批評，認為所謂「再犯危險顯著降低」之情形，醫師鑑定仍有困難，將不會有醫師敢認定受刑人再犯危險已顯著降低，此時，受刑人將一直接受強制治療，無法出獄，形同不定

¹⁹ 蔡碧玉（2005），〈二〇〇五年刑法之修正與刑事政策〉，《刑法總則修正之介紹與評析》，頁23-24，台北：台灣刑事法學會。

²⁰ 《二〇〇五年刑法總則修正之介紹與評析》，作者：蔡碧玉等（2005），第四場次會議記錄，蔡碧玉司長發言，512-513頁，台灣刑事法學會出版。

²¹ 《二〇〇五年刑法總則修正之介紹與評析》，作者：蔡碧玉等（2005），第四場次會議記錄，蔡碧玉司長發言，512-515頁，台灣刑事法學會出版，2005年4月。

期刑，違反刑法法理及嚴重侵害人權而反對此一修正條文²²。

學者李茂生即認為，這是為「保安目的（社會防衛）」而實現的終身監禁措施，判斷者則是以「醫療」為職志之醫師；並且，這樣的規定使得醫師們將擔負起社會防衛的工作，然而，於其診斷錯誤而釋放了危險尚未明顯降低之潛在性犯罪人，並且該名潛在性犯罪人又再度犯罪時，該名醫師就其診斷、釋放行為應該要負怎樣之法律責任，將成為問題；結果可能將造成醫師們不願意輕易做出「再犯危險顯著降低」之判斷來釋放被收容者，進而產生極度的人權侵害疑慮²³。

再者，亦有學者認為，強制治療之發動，應有「顯著的再犯危險性」，始可為之，因而本條有不定期剝奪自由可能的強制治療處分，應是對於再犯危險性很高之人，才能為之；此外，如現行法規範，所有妨害性自主、近親相姦、公然猥褻之人，皆會成為強制治療之對象，惟其認為，諸如公然猥褻此種輕罪，縱然行為人有很高的再犯可能性，亦不應使其繼續在監獄裡施以強制治療，從而，其主張就強制治療之對象，在立法上應該仔細過濾，而非如現狀般的一網打盡。不過，其亦反對以社會防衛為由，對於再犯危險為顯著降低之人，永遠剝奪其自由²⁴。

而學者盧映潔認為，過去「裁判前鑑定」所引起的困擾，現在因監獄行刑法的同步修正，將對行刑中的性犯罪受刑人進行治療，並以其治療效果之評估，做為得否假釋的考量。因而第 91-1 條第 1 項第 1 款的修正，即直接利用該獄中治療的效果評估，做為是否科處強制治療保安處分的依據，如此一來，司法機關便可避免送交鑑定的麻煩。於是，主管機關設計出一套美其名「為連接刑中治療」的「刑後治療」之新型保安處分，在性犯罪受刑人即將服刑期滿出獄前，由檢察官向法院聲請，法院以裁定方式宣告強治療處分，使該受刑人自服刑的監獄直接進入強制治療的處所²⁵。

²² 請參見 93.6.7 立法院司法委員會第五屆第五會期「中華民國刑法及施行法部分條文修正草案」協調會會議記錄。轉引自蔡碧玉（2005），〈二〇〇五年刑法之修正與刑事政策〉，《刑法總則修正之介紹與評析》，頁 24，台北：台灣刑事法學會。

²³ 李茂生（2003），〈論刑法部分條文修正草案中保安處分相關規定〉，《月旦法學雜誌》，93 期，頁 110。於該文註 29 中，有就醫師解除精神病患之強制住院措施，結果該病患經釋放後發人或造成對他人之侵害，而有是否應負起法律責任之問題產生之外國經驗的引介。

²⁴ 林東茂（2005），《刑法綜覽》，4 版，上篇頁 38-39，台北：一品。

²⁵ 盧映潔（2005），〈我國刑法修正案有關增減刑罰及保安處分規定之探討與評析〉，《月旦法學雜誌》，121 期，頁 269-270。由於一般醫療院所無法成為保安處分執行處所，而據法務部的構想，仍然是在一般監獄中，由委聘的治療人員進入獄中進行治療，因而盧映潔認為未來刑法第 91-1 條的實施，極有可能是刑後被宣告強制治療的受刑人，繼續留在原來的監獄，而由刑中治療的同一批治療人員繼續執行保安處分的強制治療。惟需附帶一提的是，另有論者說明實務上

另外，依新修正的性侵害犯罪防治法第 20 條規定對於刑罰執行完畢、假釋、緩刑、免刑、赦免之性侵害犯罪加害人，主管機關應對其施以身心治療與輔導教育。但實務上，因為該身心治療輔導教育係行政權的行使，不具強制力，並且因為我國國民性格，幾乎無人願意主動配合接受治療，導致性侵害犯罪防治法第 20 條形同具文；因而，主管機關（內政部）希望藉由刑法第 91-1 條的修正，將上開身心治療或輔導教育措施予以「保安處分化」，將那些已脫離刑事司法權的性犯罪人再次套上刑事司法的強制力，以強制其接受治療。而這才是刑法第 91-1 第 1 項第 2 款的修正緣由，並且新修正的性侵害防治法第 22 條也有與刑法第 91-1 第 1 項第 2 款相同的規定²⁶。

最後，面對此一新型保安處分，其宣告程序並未經一般正當法律程序、僅執行刑罰中之治療人員或主管機關的評估報告，便可輕易地以裁定方式宣告一個期限為「至再犯危險顯著降低為止」的不定期刑保安處分，此一規定欠缺法治國的實質程序保障思考，空有司法機關的背書，但卻無諸如當事人參與機會、陳述意見、言詞審理、詰問鑑定人等等的程序，相較於科處刑罰必須進行的嚴格審判程序，何以宣付保安處分卻可以採取草率、主觀恣意又單方面的裁定程序，因而學者亦認為，縱然是基於法院的決定，卻採取單面的裁定程序，毫無聽審權之保障，乃明顯違背憲法、嚴重侵害基本人權²⁷。

第五目 另謀出路？

修法當時另有周清玉委員代表婦女團體所提之刑法第 91-1 條修正草案，則規定法院所發強制治療之命令得定期間，其「未定有效期間者，至法院依聲請或依職權撤銷該命令或顯無再犯之虞時失其效力。」亦係採類似不定期刑之設計，只是當時列席司法委員會之婦女團體代表高鳳仙法官認為此項「監禁」之性質係屬民事處分的監禁而非刑事的監禁，對於防範性犯罪者再犯，確有必要²⁸。

保安處分的執行方式，係視情形而在醫療院所接受門診治療或住院治療，並無任何個案在看守所或監獄中執行，並據此批評學者將監護處分論為剝奪自由之保安處分與將監護處所視為監獄的見解，詳請參見：余麗貞（2005），〈二〇〇五年刑法保安處分章修正之說明及對實務運作之影響〉，《刑法總則修正重點之理論與實務》，頁 436，台北：台灣刑事法學會。

²⁶ 盧映潔（2005），〈我國刑法修正案有關增減刑罰及保安處分規定之探討與評析〉，《月旦法學雜誌》，121 期，頁 270。

²⁷ 盧映潔（2005），〈我國刑法修正案有關增減刑罰及保安處分規定之探討與評析〉，《月旦法學雜誌》，121 期，頁 270。同此見解：林東茂（2005），《刑法綜覽》，4 版，上篇頁 39，台北：一品；林鈺雄（2006），《新刑法總則》，頁 662，台北：元照。

²⁸ 請參見 93.6.7 立法院司法委員會第五屆第五會期「中華民國刑法及施行法部分條文修正草案」協調會會議記錄。轉引自蔡碧玉（2005），〈二〇〇五年刑法之修正與刑事政策〉，《二〇〇五年刑法總則修正之介紹與評析》，頁 24，註 42，台北：台灣刑事法學會。

經立委多方衡酌後，原則上仍採取行政院草案之版本，但在第 3 項增列後段：「執行期間應每年鑑定、評估有無停止治療之必要。」，以避免流於長期監禁，影響人權²⁹。

第六目 小結

修正過後的現行條文存在著諸多問題，鑑定人是否能夠做出再犯危險顯著降低之鑑定評估報告，將左右性犯罪人受處分期間之長短，而有造成不定期刑的問題，而此一問題，是否能如上述所言，將此一處分解釋為「民事處分的監禁」即可迴避罪刑法定主義的制約，進而化解理論上的疑慮，不無疑問。

其次，新法第 91-1 條第 1 項第 2 款之規定：「依其他法律規定，於接受身心治療或輔導教育後，經鑑定、評估，認有再犯之危險者」，亦得令入相當之處所，施以強制治療。如前所述，立法者就性犯罪者之矯治，基本上採取的立場是刑後治療，並且配合性侵害犯罪防治法（第 20 條）之修正可知，社區身心治療輔導教育程序亦為性犯罪者之矯治的其中一環。參酌性侵害犯罪防治法第 20 條第 1 項之規定，性侵害加害人在有期徒刑或保安處分執行完畢之後，或受假釋、緩刑、免刑、赦免或緩起訴處分，經評估認有施以治療輔導之必要者，仍應命其接受社區身心治療或輔導教育。

現行法雖以獄中強制診療（輔導或治療）或社區身心治療輔導教育程序為主，惟若二者之治療或輔導教育仍不足矯正行為人偏差心理時，應再施以保安處分³⁰。從而，在刑期屆滿後回歸社區，於社區身心治療輔導教育之過程中，現有之社區治療體系進行矯治事宜，若復經鑑定、評估其自我控制再犯預防仍無成效者，主管機關得檢具相關評估報告，送請該管地方法院檢察署檢察官、軍事檢察署檢察官依法聲請強制治療（性侵害犯罪防治法第 22 條）。

由立法理由中亦明言，性侵害犯罪之加害人有無繼續接受強制治療之必要，係根據監獄或社區之治療結果而定，藉此避免舊法之裁判前鑑定，因欠缺確定之犯罪事實，或為無效之刑前強制治療，浪費寶貴資源，並使強制治療與監獄或社區之治療結合，為最有效之運用³¹。據此，刑法第 91-1 條第 1 項第 2 款最大的問題即是曾從事性侵害犯罪之加害人，在其服刑期滿後，於社區治療過程中若被判定自我控制再犯預防仍無成效，則有可能在並未從事另一犯罪、並未有新的犯罪事實之際，在根本沒有刑事責任的情況下，被宣付保安處分。

²⁹ 蔡碧玉（2005），〈二〇〇五年刑法之修正與刑事政策〉，《二〇〇五年刑法總則修正之介紹與評析》，頁 23-24，台北：台灣刑事法學會。

³⁰ 請參見刑法第 91-1 條修正理由三、四。

³¹ 參請見刑法第 91-1 條修正理由五。

理論上而言或現行法及實務運作，例如：刑法第 86 條第 1 項、第 87 條第 1 項規定，行為人若因未滿 14 歲或行為時因精神障礙或其他心智缺陷致不能辨識其行為違法或欠缺依其辨識而行為之能力，則其行為雖然構成要件該當、具備違法性，但因欠缺刑事責任能力，並非刑法上之犯罪，從而，就該行為即不得宣告刑罰，然保安處分的宣付，因不具備刑事責任為必要，仍可為之。不過，這卻不代表著連構成犯罪之事實都未發生，即可為保安處分，但這種情形卻在刑法第 91-1 條第 1 項第 2 款或性侵害犯罪防治法第 22 條發生了。當然，理論上可能會提出的辯駁，是如前所述地認為本條規定並非是刑事處分的一種，而是民事處分，然而這樣的看法是否正確？非無疑問。

此外，不斷的就保安處分的性質是否是處罰此一問題加以探究，似乎亦會忽略掉保安處分的機能，然後陷在社會安全的公共利益（社會防衛）與犯罪人個人利益之間的權衡之中，並且更進一步地改變罪刑法定主義的形貌，以此來回應民眾對於犯罪的不安感³²。然而，這樣的做法是否妥適，似乎需要更多的思考。

第三項 附論

第一款 鑑定評估報告之問題及其區分與決斷

對於性犯罪人的研究指出，性犯罪人不是一個同質的集團，其間存在有異質性，將其分類並分別了解其犯罪特質及精神病理，可依此加以研究並予以治療³³。

就性犯罪人的分類，Groth 的分類法在臨床評估及治療上較常使用³⁴。Groth 認為性侵害犯罪基本上並不是一種性行為，而是一種心理功能短暫或慢性失常的現象，經過其長年累月的診斷與處遇經驗，發現每一次的性侵害犯罪都包含攻擊與性的成分，因此其依據性侵害犯罪行為中的敵意、控制與支配狀況，將性侵害行為歸納為憤怒型（anger）、權力型（power）、與性虐待型（sadistic）三類³⁵。從這些對於性犯罪人的區分中，學者認為，不同類型的行為人犯罪的

³² 請參見第三章有關罪刑法定主義之面貌的考察，以及第五章第一節與第二節就該變貌的分析。

³³ 林明傑、張晏綾、陳英明、沈勝昂合著（2003），〈性侵害犯罪加害人之處遇——較佳方案及三個爭議方案〉，《月旦法學雜誌》，96 期，頁 161 頁。

³⁴ 從〈性侵害犯罪加害人之處遇——較佳方案及三個爭議方案〉與〈突圍：論性侵害犯罪人在社會化之可能性〉的文章看來，Groth 的研究事實上歷經許多的演變，惟因筆者重點在於「分類」的動作，而不在於分成「哪幾類」，因此僅簡單介紹後者文章中所提及的類別。

³⁵ 周懷嫻、張祥儀合著（2003），〈突圍：論性侵害犯罪人再社會化之可能性〉，《月旦法學雜誌》，

原因有所不同，目的亦有差異，對於某些性犯罪人而言，性並非主要目的，權力感的獲得或者是憤怒的抒解才是，亦有需要將性的需求與暴力融合在一起，並從其中獲得滿足與快感之犯罪人，針對這些精神或心理因素、低自我控制或外在環境引誘的犯罪原因來分別處遇，則被認為是對症下藥之道³⁶。

而於我國台北監獄的強制治療方案，其流程亦是必須先對新收犯罪人進行調查、測驗與晤談，就這些資料加以分析彙整，會同精神科醫師、臨床心理師、社工師等進行討論，將性犯罪人區分為未疑有及疑有精神或心理異常者，前者逕交由各管教小組加強輔導，後者則移請精神科醫師進行診斷與評估，經篩選認定為疑有精神或心理異常者，再評估此種心理狀態是否與侵害行為有直接或間接關係，並決定治療與輔導之內容、方式與步驟，安排不同的治療態樣³⁷。不過，在台灣因為不同醫療院所接受刑事案件鑑定，並沒有統一的流程與規範，各自做法不同，結果可能也有差異，亦有受到鑑定後，發現與原本鑑定目的不一致，而要求重為鑑定的情形，因而使得精神鑑定的獨立性與專業性備受質疑³⁸。

簡言之，就是是否需要強制治療之鑑定評估，現在基本上是由精神科醫師、心理師、與社工師等一起進行。不過，精神鑑定的專業性卻受到法律系統高度的不信任，由法官與檢察官的經驗來看，其甚至可以預測不同醫療院所的鑑定結果偏向，在這種不信任之下，第 91-1 條的規定不但沒有給予精神醫學就性犯罪人之鑑定部分再做改善的空間，卻交給精神鑑定更大的權力，使之成為判斷性犯罪人是否需要接受強制治療、是否能夠結束服刑的重要關鍵，在這樣的情形之下，有罪判決似乎也就等同於無期徒刑³⁹。

而對於性犯罪人受監禁期間來說，事關重大的再犯危險評估，卻因為在精神醫師的訓練過程中，就此一部份的訓練不足，導致並非所有精神科醫師都有能力實施司法精神鑑定，也不一定有能力鑑定性犯罪人是否有再犯之虞，因而連必須做出強制治療決斷的精神科醫師都沒有把握能夠加以認定⁴⁰。鑑定能力

96 期，頁 149-150。不過，對於性侵害犯罪人的處遇，尚有其他不同的分類方法，此文章中即舉出美國麻州矯治中心的分類，係分為替代攻擊型、補償目的型、性攻擊型與臨時起意型等四類，而美國聯邦調查局的分類，則是分為權力一再保證型、剝削型、憤怒一攻擊型、虐待性等四類，詳請參見〈突圍〉一文頁 150-151。

³⁶ 周懷嫻、張祥儀合著(2003)，〈突圍：論性侵害犯罪人再社會化之可能性〉，《月旦法學雜誌》，96 期，頁 149-150。

³⁷ 周懷嫻、張祥儀合著(2003)，〈突圍：論性侵害犯罪人再社會化之可能性〉，《月旦法學雜誌》，96 期，頁 152。

³⁸ 張蕙蘭(2007)，〈控制性侵害〉，頁 130，臺大社會學研究所碩士論文。

³⁹ 張蕙蘭(2007)，〈控制性侵害〉，頁 128-134，臺大社會學研究所碩士論文。

⁴⁰ 張蕙蘭(2007)，〈控制性侵害〉，頁 131，臺大社會學研究所碩士論文。

相對於其權限的大小、制衡機制的欠缺，鑑定評估報告如何做出與其正確性，深值懷疑，但性犯罪人的自由權利卻繫在這些人的判斷上⁴¹。

表面上看來，問題是訓練不足導致鑑定評估報告備受質疑的問題，也就是說，如果鑑定報告既專業又獨立，那麼就能夠證立剝奪其自由來從事矯治或防衛社會的目的（目的與手段之間的證成關係）。不過，本文認為真正困難的問題或許在於，這種對於心理狀態的判斷是不是對於所有的性犯罪都能被切實地確認，精神醫學的知識是不是有辦法做到去區分行為時的危險性與處遇時的危險性，甚至去預測未來的危險性，如果現實上不能，那鑑定評估報告似乎就只是一份裹著科學中立的外衣，而做出的恣意決斷罷了。

第二款 對於性犯罪人之相關刑事處遇

本文面對的是：「罪刑法定主義與特殊的性犯罪保安處分間的關係，及其關係所產生之問題」，從而，必須要去處理的是，何以我們在法制上就性犯罪者給予特殊的處理，並且，倘若更全面性的觀察刑事制度，則將會發現，除了此一保安處分之外，其他相關連的制度也有因為性犯罪人而來的特別安排。以下將簡述有關性犯罪者之相關刑事處遇，以突顯出性犯罪者與非性犯罪者之刑事處遇有何不同。

⁴¹ 張蕙蘭亦指出，自楊姓受刑人提出假釋開始，所出現的「論述上的轉折」。楊姓受刑人考上臺大社會系，在 2001 年初次提出假釋時，已經接受為期一年的強制治療，然而當其被揭露是「士林之狼」後，媒體、臺大學生與校方、社工界、婦女團體以及民眾的疑慮，使得法務部備受壓力，不得不特別謹慎處理楊姓受刑人的假釋案。這個案子的進展，更使得性犯罪人的強制治療、假釋條件、假釋或出獄後的追蹤治療與社會處遇等議題亦相繼浮現。

剛開始，有官員、與楊姓受刑人接觸過的更生保護會人員、曾輔導楊姓受刑人的教授，皆認同其悔過向上，其診療的醫師李光輝亦表示台北監獄的強制治療的效果良好，諸多精神科醫師亦皆指出，定期的追蹤治療即為已足。

不過，在其後的假釋諮詢會議中，李光輝卻轉而提出反對意見，認為楊姓受刑人是累犯，屬再犯的高危險群，整個醫療團隊沒有把握在自由的環境中，楊姓受刑人不會再犯。另一方面，隨著事件在媒體上不斷發酵，社工界也開始出現反對聲浪，婦女團體、立委等人也都對假釋案提出了意見，或者開始從事身心治療輔導教育、社區公告與登記制度等社會內處遇的修法。剛開始所提出的良好矯治成效數據，在後期幾乎消失，楊姓受刑人的假釋第一次被駁回。

到了 2002 年 7 月，楊姓受刑人再度提出假釋申請，而精神科醫師與臨床心理師根據「明尼蘇達量表」對其做假釋前再犯預測，發現其再犯率相當高，建議必須在完善的輔導配套措施的條件下，才能予以假釋，假釋當然又被駁回。

此一「明尼蘇達量表」在這次的假釋中，成為專業意見的代表，是決定假釋與否之牢不可破的依據，並在第三年的假釋諮詢中，成為重要的諮詢意見。在這樣的過程中建立起精神鑑定的專業判斷與科學依據，「明尼蘇達量表」突然成為一個重要的基礎，看似科學並牢不可破的量表，卻顯現出其任意性，為什麼只以此一量表做為唯一根據？治癒如何認定？量表是否有考量台灣的社會文化脈絡而被修正嗎？而更有指出，在實證文獻中最常被使用的評估工具，並非「明尼蘇達量表」，而是「暴力危險評估手冊」，從而，「明尼蘇達量表」在台灣的獨大，確值懷疑。詳此，請參見：張蕙蘭（2007），〈控制性侵害〉，頁 1-21，臺大社會學研究所碩士論文。

而性侵害犯罪防治法中，對於性侵害犯罪人有諸多保護規定，較為重要的有被害人陳述意見時，需有特定親屬或專業人員於偵查或審判中的陪同；再者，對於被害人的詰問，得依聲請或依職權在法庭外為之，將被害人與被告或法官隔離之，而詰問若有不當，得加以禁止，並以訊問代之，而就與被害人有關之性經驗證據，則不得詰問或提出；此外，允許傳聞例外、審判不公開等等⁴²，這些規定皆是與性犯罪人之訴訟程序權利有關的限制，基本上其目的著重於被害人二次傷害的避免，減少其重複陳述的機會，從而大幅減少對於性犯罪人權利的保護。

除了刑罰與不定期刑強制治療保安處分之外，性犯罪人在社會中還必須接受身心治療或輔導教育，另外就付保護管束的性犯罪人，尚可約談訪視與進行輔助行為、派警員訪視、採驗尿液、命其居住於指定之處所、施以宵禁、實施測謊、禁止接近特定處所或對象、科技設備監控（如電子腳鐐）等等，亦有類似美國梅根法案的登記報到制度，就該登記事項，並得供特定人員參閱⁴³。

以往我們在刑罰領域中所強調的矯治與復歸，似乎在性犯罪人的處遇上，可以說是完全的消失了，偏重對於被害人的保護以及社會防衛的強調，此皆令人感覺到規範顯得特別針對性地為了性犯罪人而設。如果連帶著觀察這一連串社會事件與規範秩序的調整過程，並注意社會大眾與專家的言論，似乎不難發現存在了一個性犯罪人的妖魔化現象。

第二節 罪刑法定主義之理論

所謂犯罪，係指構成要件該當、違法、有責的行為，不過，縱然具備這樣的實質要件，爲了要就此一事實當做犯罪加以處罰，仍然必須具備一定的形式。此即：欲將某特定事實做爲犯罪加以處罰，必須在行為之前就該行為已透過法律加以規定，該法律並且已經施行。而這就是所謂罪刑法定主義的意義。

而各國罪刑法定主義的發展，似乎可以約略分爲兩條軸線來觀察，在1926年的俄羅斯刑法或納粹政權下的刑法中，有一段時期是否定此一原則的。該時的俄羅斯刑法中規定，所謂社會危險行為，是對於蘇維埃體制所爲或者在轉變到共產主義體制期間所規定的諸多違反社會秩序的作爲與不作爲，並且，如果有某些社會危險行為並未直接規定在該法典中，對於其責任的根據與範圍，仍可依該法中所規定最爲類似的罪予以定之。而1935年修正的德國刑法第2條，亦規定從事

⁴² 以上請參見性侵害犯罪防治法第 8 至 18 條規定。

⁴³ 以上請參見性侵害犯罪防治法第 20 至 23 條規定。

依法可罰的行為者或者從事根據刑罰法規基本思想或健全的國民感情而值得以刑法加以處罰的行為者，應處罰之。該行為無直接可援引適用的刑罰法規時，透過具有適切基本思想的法規，亦可處罰。不過隨後，不論是俄羅斯或者德國，皆修正了這些規定⁴⁴。而罪刑法定主義在這些國家所遭到的毀棄，在其餘國家則較為少見，多半仍有一定程度的維持或僅加以修正。

第一項 概說

談到刑法，我們起碼會提到幾個重要的原則：罪刑法定主義、行為主義、法益保護原則以及責任主義。行為主義，意指刑法歸責的對象，並非行為人的性格、人格，而是行為，因此，刑事責任的討論，必然是針對行為人的行為，而非行為人個人的特質，從而，現行刑法是所謂的「行為刑法」，而非「行為人刑法」⁴⁵。再者，刑法要發動其運作，也必須要有法益受損害（法益保護原則），並且在責任主義之下，無責任即無刑罰，最起碼的要求是刑罰不得超過責任的程度，而且行為人對於犯罪事實與結果亦必須有所預見或預見可能性，始符合責任主義的要求。

而罪刑法定主義，基本上應該可以定位為一個刑法最上位的原則，或者至少是與這些原則交纏耦合在一起，簡單來說，「無法律則無犯罪，無法律則無刑罰」為其最核心的意義，從而可看出其涵蓋範圍不僅僅止於犯罪論的部分，刑罰論似乎亦有其適用⁴⁶。詳言之，罪刑法定主義係指：什麼樣的行為構成刑法上的犯罪，必須由立法院透過法律明定之，而對於什麼樣的行為得科予如何的刑罰，亦應有法律規定始得為之。從而，怎樣的行為會構成犯罪及其相關法律

⁴⁴ 林幹人（2001），《刑法總論》，頁 49-50，東京：東京大學出版會，。

⁴⁵ 不過，進入刑罰論的領域，可就不是這麼一回事了。雖然在刑法領域（犯罪論）中，針對的是行為，但當要開始發動刑罰時，比方說，從決定刑罰的量之量刑問題開始，雖然這部分因為還在責任論的討論範圍，從而還處於刑法領域之中，但我們卻開始會（也允許法官）審酌行為人個人的生活狀況、品行、智識程度或犯罪後之態度（請參見刑法第 57 條），而後到了刑罰執行的內容，顯而易見的，不僅是處遇的內容會因人而異，是否得以假釋也得看個人是否有悛悔實據。因此可知，從犯罪論移行到刑罰論的過程，無疑也是將焦點從行為轉移到行為人身上的改變，或許我們可以說，處罰的契機是行為，但是處罰的對象卻是行為人，甚至，在刑罰過程中，矯治功能必須附麗於其上而運作的載體，事實上也就是行為人的身體。犯罪論與刑罰論的切割，也就是在對象的問題上，對於行為與行為人的切割。最明確的將司法跟處遇切割開來、將犯罪行為跟犯罪人切割開來，並認為兩者之間沒有關連性的論述，詳請參見：Michel Foucault 著，劉北成、楊遠嬰譯（1998），《規訓與懲罰——監獄的誕生》，台北：桂冠。

⁴⁶ 就此，恐怕是個誤解。還需要進一步加以說明的是，所謂的「無法律則無刑罰」，其除了可以涵蓋到刑罰（包含保安處分）的量的多寡以外，似乎就無法處理到刑罰的內容問題（質的問題）。當然，刑法中規定的犯罪論與刑罰論，乍看之下，罪刑法定主義當然可以對於刑罰論產生規制的效果，然而，在刑罰系統與刑法系統分立之後，事情就不是這麼一回事了。而此即是此處為什麼使用懷疑的語氣行為的原因。請參見第三章第二節第三項。

效果，均應由法律事先確定下來。而此一原則在實定法中，則規定在我國刑法第 1 條：「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限。拘束人身自由之保安處分，亦同。」

學說上亦有認為，罪刑法定主義也是責任主義的應用結果；因為責任主義要求，有責任才能有刑罰，而肯定行為人責任的前提，乃在行為人事先知曉刑法所禁止的事項，否則，既然不知，如何承擔責任⁴⁷？

第一款 於我國法的位階

罪刑法定主義做為刑法的原則，雖然僅僅規定在刑法典中，而未於我國憲法中有明文，不過學者有認為，罪刑法定主義基本上也是一個憲政層次的憲法原則⁴⁸，並且亦有明確地在憲法上為罪刑法定主義找尋規範基礎者。

如學者許玉秀即認為，罪刑法定主義為一實體的正當法律程序，具有憲法位階，也就是實體法上的法定原則，其更進一步地認為，我國憲法第 8 條關於拘束人身自由應依法定程序為之的規定，應該解讀為法治國正當法律程序原則的例示規定，並且不應該將正當法律程序理解為如同英美法上所討論的程序上的憲法原則（程序上的法定原則），而認為我國憲法只承認程序法上的法定原則。因為從法治國做為民主國家機關權力運作模式的意義而言，法定原則必須具有程序和實質的意義，涉及人身自由的限制或剝奪既然為憲法保留事項，立法者亦應受到拘束，而不得變更憲法的保障界限，不問是程序法或實體法上的規定，都應該具有憲法上的位階⁴⁹。從而，其認為罪刑法定主義應該是一個可以同時拘束實體與程序的法定原則，而可上溯至憲法第 8 條做為其基礎⁵⁰。

第二款 罪刑法定主義之目的

犯罪與刑罰這類的事物，並不是近代的新發明，古羅馬時代、中世紀也都存在有與現代刑罰意義稍有不同的泛刑罰⁵¹。不過，在那個時代，犯罪的認定與刑罰的科予，可能沒有任何理由，而只是國王的娛樂或者是對待政治或宗教

⁴⁷ 林鈺雄（2006），《新刑法總則》，頁 38，台北：元照。

⁴⁸ 林山田（2005），《刑法通論（上冊）》，9 版，頁 65，台北：自版。

⁴⁹ 許玉秀（2005），〈罪刑法定原則的構成要件保障功能（上）——第十六次修正刑法檢討系列（第一、二、二八至三一條）〉，《月旦法學雜誌》，123 期，頁 11。

⁵⁰ 不過，本文認為，確認罪刑法定主義之憲法位階的這種做法，能夠解決的問題恐怕有限，因為不論是法律位階或者憲法位階，具體的問題都是利益衡量。但是仍不能磨滅這種做法可能得使得權利保護更加前進一步的努力。

⁵¹ 此用語取自：黃榮堅（2006），《基礎刑法學（上）》，3 版，頁 13，台北：元照。

異議者的手段⁵²。我們很少在文獻上看到當時的統治階級積極主動地對於自己的權力行使設下什麼限制，對於罪刑的認定，法律並不見得預先設下客觀的標準，一般而言皆是由國王或法官獨斷專擅為之，這被稱為是一種「罪刑專擅主義」。在這種統治方式之下，刑法無疑只是一種彰顯權威與從事威嚇的工具⁵³，透過明白的權力展現，使得人民因恐懼而服從，因而縱然有法律，其意義也不會與近代意義下之法律完全相同。相對於此，近代市民階級則欲於國家刑罰權的恣意行使之中，保全國民的權利與自由，並對抗罪刑專擅主義。經過不斷的鬥爭，而建立了近代刑法的基本原理：罪刑法定主義。

因為在罪刑專擅主義之下，惡害的科予沒有明確的標準，從而對於刑罰權明訂與明確化的要求，必然是來自於被統治者一方，因為刑罰早已存在，但何時會展現其作用，卻無以預測，因此，剛開始制訂刑法的要求，想必是為了限制刑罰而來。藉著罪刑的明文化，個人對於自己所為之行動有預測的可能，而可防止國家濫用刑罰並保障個人權利⁵⁴。

此外，罪刑法定主義在犯罪預防上，也有重要的作用。這裡所謂的犯罪預防是指對於一般人發生威嚇作用的一般預防，透過 Feuerbach 的心理強制說而來。Feuerbach 認為，人類會透過利害的考量來做為行為的指引，如果犯罪後將會產生較大的不利益，即會對一般人的心理產生強制效果，從而將犯罪與刑罰明確地預先規定在法律中，即有利於犯罪之預防⁵⁵。

另外，罪刑法定主義要求國家只能依照事先確立的法律才能干預個人的自由，責令個人為其行為負責，因而亦有學者認為，從這個意義上來看，罪刑法定主義是最為嚴格意義的法律保留原則⁵⁶。

⁵² Karen Farrington 著，陳麗紅、李臻譯（2005），《刑罰的歷史》，頁 11-12、36-37、38-39 頁，台北：圓神。

⁵³ 蘇俊雄（1998），《刑法總論 I》，2 版，頁 213，台北：自版。

⁵⁴ 黃榮堅（2006），《基礎刑法學（上）》，3 版，頁 13-14 頁，台北：元照；林鈺雄（2006），《新刑法總則》，頁 36，台北：元照。

⁵⁵ 內藤謙（1983），《刑法講義總論（上）》，頁 22，東京：有斐閣。不過 Feuerbach 的這種說法，將人當作過於理性的存在，而忽略了犯罪的社會學原因或犯罪者的生物學因素，再者，如果對於為數甚多的行政法規無法得知其內容，自然也會使得事前對於犯罪與刑罰難以進行合理計算，從而，學說對於心理強制說的批評甚多，不加採納而予以否定者亦有之。請參見同書第 22 頁。而另外一個問題則是，近代刑法多半認為人是有自由意志的存在，並將此做為刑法的預設或前提而展開理論的建構，不過如果在此前提下主張心理強制論，亦即：人會因為刑罰的威嚇而不從事特定行為，那麼人哪裡還有自由意志的空間？

⁵⁶ 林鈺雄（2006），《新刑法總則》，頁 37，台北：元照。

第二項 思想根源

罪刑法定主義有其政治學上之根據，從而，以下就罪刑法定主義之介紹，將先敘明其基礎，再詳述其派生原則。罪刑法定主義係以法律主義與事後法禁止原則為其主要內容，而法律主義之主要根據是民主主義，事後法禁止則以自由主義為其基礎⁵⁷。惟需補充的是，亦有學者認為，罪刑法定主義的骨幹，應該是自由主義與三權分立思想，而未必與民主主義有直接的關連⁵⁸。

以法律明訂犯罪與刑罰，透過議會制度，由人民所選出來的國民代表來制訂法律，某程度上，有國民自己對自身的自由加以限制的自律性意義，此即民主主義的要求；而為了保障國民權利及行為自由，該規定必須在行為之前，以成文法明示加以制訂下來，從保障個人的預測可能性這個角度來看，表現了自由主義的要求⁵⁹。

第三項 形式意義

學說上談罪刑法定主義之內涵的方式，大體上皆從罪刑法定主義所派生之下位原則出發，來做介紹，該些原則一般來說至少有：罪刑明確性原則、溯及既往之禁止、習慣法禁止、類推適用禁止等四項⁶⁰。此處將順著法律主義與事後法禁止主義的區分，來對於派生原則做細部的說明。

首先，就什麼樣的行為是犯罪，並且對該行為得施以如何的刑罰一事，必須透過由國民之代表所組成之立法機關以法律決定之，而非透過司法機關（法院）與行政機關，此即為法律主義。而此係基於民主主義與三權分立之思想，透過立法機關來牽制司法與行政機關之權限⁶¹。

⁵⁷ 淺田和茂（2005），刑法總論，頁 43 及頁 52-68，東京：成文堂。亦可一併參閱內藤謙（1983），《刑法講義總論（上）》，頁 19-41 頁，東京：有斐閣；前田雅英（1998），《刑法總論講義》，3 版，頁 68，東京：東京大学出版會。

⁵⁸ 〈《鼎談》罪刑法定主義の問題狀況〉，日高義博發言，載於《現代刑事法—その理論と実務》，2001 年 11 月号，No.31，第三卷第 11 号，頁 5，東京：現代法律出版。其主要認為，三權分立理論，亦即專由立法機關來立法，司法並不從事造法工作，而若在制度中立法機關只有國會，這當然也會受到民主主義所支配，但基礎應該還是在自由主義與三權分立之上。另有認為自由主義、權力分立、一般預防及責任主義是罪刑法定主義的大要，請參照：林鈺雄（2006），《新刑法總則》，頁 37，台北：元照。

⁵⁹ 淺田和茂（2005），《刑法總論》，頁 43，東京：成文堂；前田雅英（1998），《刑法總論講義》，3 版，頁 68，東京：東京大学出版會。

⁶⁰ 例如：林山田（2005），《刑法通論（上冊）》，9 版，頁 72-85，台北：自版。

⁶¹ 內藤謙（1983），《刑法講義總論（上）》，頁 19，東京：有斐閣；林幹人（2001），《刑法總論》，頁 51，東京：東京大学出版會。

其次，並非以法律決定即為已足，就何謂犯罪一事，亦必須於行為之前即預示於國民，即所謂事後法禁止主義。此係基於自由主義與國民預測可能性之保障的思想而來，與法律主義有所不同者，事後法禁止主義主要係欲以司法機關來對立法與行政機關之權限有所牽制⁶²。

第一款 法律主義

法律主義主要係指，犯罪與刑罰必須透過國會所制定的「形式意義的法律」予以決定，司法機關（法院）與行政機關並無自我決定的權能，在這樣的意義之下，法律主義可以說是根據權力分立原則（三權分立）而來。從而，是拘束法院與行政機關之原則，亦是罪刑法定主義最基本的意涵。但是，其就「法律」之內容在法制度上並不加以探問，從而亦僅是一個形式上的原則。這是基於以立法權優越為其核心之三權分立，大陸法系類型、法國刑法典型之罪刑法定主義的基本原理。而權力分立原則，基本上是将擔當國家作用之機關予以分離、獨立，使其相互牽制，來保障國民的自由，是自由主義之統治組織原則⁶³。

其次，罪刑法定原則，就其必須經由國民之代表所組成的議會來決定犯罪與刑罰此一側面來觀察，在國家刑罰權是由來於國民之合意此一意義之上，罪刑法定原則是「國民主權」為其根據，並且該決定係透過國民之代表所組成的議會所為，在此一意義上，則是以「代議制民主主義」為其根據⁶⁴。

然而，現今的問題是，即使採取「國民主權」原則並透過「代議制民主主義」確定犯罪與刑罰，但倘若承認透過多數者所支配的議會就其決定所擁有的絕對性的優越地位，則基於議會所制訂的法律而來的罪刑法定主義，在這樣的程度範圍內，將僅只是拘束法院與行政機關的原則，而無法在法制度上對於立法權有所拘束。這點，即便是基於三權分立原則而為基礎，亦不會有所不同。因而，就法律的內容而言，似乎是難以對立法權加以節制。關於法律的內容亦是，基於國民主權原則與代議制民主主義，法律的內容是基於國民的合意而來，比起僅只立基於三權分立主義的情況，可說是更具有妥當性。但是，透過國民代表的「民主主義」，即是說是國民的合意，其事實上伴隨著擬制的要素也是無法否認。總而言之，在該經由議會通過而被制訂下來的「法律」之中，若認為該法律之內容，在法制度上並不會成為問題，則此一意義上，罪刑法定主義與

⁶² 林幹人（2001），《刑法總論》，頁 51-52，東京：東京大学出版会。

⁶³ 内藤謙（1983），《刑法講義總論（上）》，頁 20，東京：有斐閣。

⁶⁴ 内藤謙（1983），《刑法講義總論（上）》，頁 20，東京：有斐閣。

三權分立主義相同，皆僅是形式原則⁶⁵。

第一目 習慣法禁止

在其他法領域中，如民商事法規範，於法律（成文法）欠缺時，可以援引習慣法作為法源，然而，在罪刑法定主義之下，刑法法源原則上僅限於成文法，從而在個案的處理上，倘若法律有欠缺，即不可援引社會上存在之習慣做為基礎來加以審判。

不過，應該注意的是，這裡所說的習慣法禁止原則，係指就所犯之罪名與刑罰效果而言，法官於審判時不得創設刑法分則既有規範中所沒有的罪名與刑罰，但於刑法構成要件的解釋上，學說上仍允許在某些場合就習慣應該加以考慮，來從事解釋學的工作⁶⁶。於我國法上，賄賂罪中關於「不正利益」的認定，即應考慮一般人民餽贈的習慣來加以解釋⁶⁷。

第二目 絕對不定期刑禁止

就犯罪行為與法律效果的安排，可能有以下幾種方式：絕對定期刑、絕對不定期刑、相對不定期刑三種，而其重點在法律效果的明確性⁶⁸。如前所述，罪刑法定主義有保障國民預測可能性的一個側面，因此，首要之處就是明確性的保證，否則無從加以預測。

所謂絕對定期刑，係指就特定的犯罪行為而言，其法律效果僅有單一規定，例如就竊盜行為，一律處五年有期徒刑。此種規範方式，其優點係在法律效果相當明確，從而不會違背國民的預期，在形式上也就不會違反罪刑法定主義。惟就罪刑法定主義的實質意義而言⁶⁹，此種規範方式將可能違背均衡性與妥當性。亦即，就個別的犯罪事實，其縱然所違反之罪名為同一，其個案卻可能由於存在著重要的差異，而可能應考慮給予不同之法律效果，舉例而言，同樣該當於竊盜之行為，其行為客體有所不同（貴重物品或一枝筆）或者行為態樣存在差異（是否攜帶凶器犯之），即被認為應留予司法者些許彈性的裁量空間，否則將有違罪刑相當之原則。從而，絕對定期刑並不合乎罪刑法定主義的要求。

⁶⁵ 內藤謙（1983），《刑法講義總論（上）》，頁 21，東京：有斐閣。

⁶⁶ 淺田和茂（2005），《刑法總論》，頁 52，東京：成文堂。淺田即在書中指出，日本刑法第 123 條的水利妨害罪中，關於「水利權」存否的解釋係以習慣為基準。

⁶⁷ 詳請參見：黃士軒（2005），〈公務員賄賂罪之構成—以對於其保護法益之探索為核心〉，頁 154-171，臺大法律學研究所碩士論文。

⁶⁸ 因此，絕對不定期刑禁止的討論，亦可在談論明確性原則時予以提及，而絕對不定期刑禁止之問題，亦與罪刑均衡原則相關。

⁶⁹ 請參見本章第二節第四項。

至於絕對不定期刑之禁止，其旨在：刑罰之種類或期間未以法律訂之，因悖於法律主義而被禁止。亦即，違反了刑罰法規的明確性及其內容的適當公正。絕對不定期刑禁止原則，處於罪刑法定主義形式側面與實質側面的交錯領域。刑罰種類與刑罰期間之長短皆未予規定之情形，固在禁止之列，僅有規定刑罰種類，卻未有刑期的規定（絕對不定期刑）亦為法所不許。就此，我國即有兩個規定違反了絕對不定期刑之原則。其一，是犯刑法第 285 條傳染花柳病癩瘋病罪者之強制治療，其期間至治癒時為止（刑法第 91 條），另一則是觸犯妨害性自主罪之強制治療，其處分期間則至其再犯危險顯著降低為止（刑法第 91 條之 1）。

附帶一提，與絕對不定期刑相對者，係就刑罰之種類及其期間長短有所規定之相對的不定期刑，一般而言，並不違反罪刑法定主義。然而，法定刑幅度過於寬廣的刑罰規定，給予適用法律者極度廣泛的裁量權，則會因為在個別不同的場合會被科予如何的刑度變得不明確，而與罪刑法定主義的要求有所扞格⁷⁰。

第三目 類推適用之禁止

一般而言，所謂類推適用是指「法律已經明文規範的事項」與「法律所未明文規範的事項」之間，具有相類似的性質，而在發生此種法規範欠缺的情形時，法院遂將此一類似性做為理由，將有關前者的法規，適用於後者的具體個案之上⁷¹，透過此種方法填補了規範的漏洞。至於「相類似」之意，則可能指兩者之間有相同的上位概念⁷²，或者如果是在刑法領域中，我們或許可以再精確一點地說，係指兩者皆涉及了同一處罰需求或目的。

舉例來說，刑法第 321 條第 1 項第 6 款規定，對於在車站或埠頭而犯竊盜罪之人，加重其刑罰，而此款加重的原因，基本上是慮及一般人在車站或埠頭時，對於自身財物的管理容易疏懈，因此，行為人趁人不備而行竊，即有其較高的危險性⁷³。如果從此一加重原因來看，那麼很顯然的，在機場也有可能產生相同的情境，從而應該也要一併對於在機場犯竊盜罪者予以加重處罰。然而，法條文字中的車站與埠頭，除非我們將之加以抽象化，否則單從字面上看來，似乎沒有機場之意。因此，在機場行竊，似乎不應予以加重。

⁷⁰ 同此見解：林鈺雄（2006），《新刑法總則》，頁 43 頁，台北：元照。

⁷¹ 內藤謙（1983），《刑法講義總論（上）》，頁 32，東京：有斐閣；林鈺雄（2006），《新刑法總則》，頁 39，註 12，台北：自版。

⁷² 黃榮堅（2006），《基礎刑法學（上）》，3 版，頁 160，台北：元照。

⁷³ 黃榮堅（2006），《基礎刑法學（上）》，3 版，頁 160，台北：元照。

類推適用的結果，可以說是就法規範未明文規定之事項，所為之法的創造，因而是一種「法官造法」。由於這是對於法律所未規範之事項，以刑罰加以處罰，從而，就罪刑法定主義而言，即違反了法律主義，再者，因為行為時並無明文的處罰規定，而是在裁判時才透過類推適用的方法，將未明文規範之行為包含進處罰範圍，因此也違反了事後法禁止原則。職此，類推適用禁止即成為罪刑法定主義的一個派生原則。基於類推適用禁止原則，在刑罰法規欠缺，但處罰必要性卻又無法透過其他方式被滿足時，應該透過新的立法來解決問題⁷⁴。

第二款 事後法禁止主義

與法律主義有所不同，事後法禁止主義則是關注在規範被制訂的時點。就何謂犯罪與刑罰，除了必須以法律訂之以外，還必須在犯罪行為實施之前，明確地加以規定。基於此一原則，國民即可透過事前即已存在之規定，就自己之行為是否會被處罰，有預測可能性，並且能夠確保法的安定性以及確保國民於行動時不會感到不安的行動自由。在這樣的意義之下，亦是由國家權力來保障自由之自由主義的思想⁷⁵。

第一目 溯及既往禁止

而所謂溯及禁止原則，這也是刑法的時的效力問題。亦即，刑法僅能對於該法施行後的行為予以規制，並無法回溯地適用到該法條施行前的行為。任意的回溯處罰，明顯地將違背國民的預測可能性，並且亦可能因此破壞了法的安定性，進而引起社會活動的萎縮。事例有三：第一是行為時適法行為的事後禁止處罰禁止，其二是行為時違法，但沒有處罰規定的行為，事後即不得加以處罰，第三則是行為時處罰較輕的行為，事後不得加重處罰⁷⁶。

此外，關於行為後判例見解的變更，是否有溯及禁止原則的適用，學說上有認為，無論結果對於行為人是更為有利或不利，行為後判例見解的變更皆不

⁷⁴ 內藤謙（1983），《刑法講義總論（上）》，頁 32，東京：有斐閣。不過此處要注意的是所謂「處罰必要性」的問題，從理論上看，我們似乎應該可以說，違反法律者才有處罰必要性，但從類推適用的討論中即可發現，與其說違反法律是一個是否科予處罰的判準，不如說事實上存在著另一個更上位的標準，而正是這個上位標準左右了類推適用的操作。這種情形當然有可能起因於時代中有新的行為態樣或行為客體的出現（比方說德國在 19 世紀中因為電力與電力設備的發明而產生的竊電是否為竊盜的問題），不過仔細想想，這種情形或許反倒是較不常發生，並且因為是明顯的法規範欠缺，而較易於透過迅速的立法，但除了此種情形之外，更有可能發生的恐怕都不是這種例子。如果我們不能透過對於條文的理解來明白何謂合法、何謂違法之行為，而必須探求另一個上位標準，那麼法律的作用到底在哪裡？罪刑法定主義又應該如何來理解？或者，罪刑法定主義在此發揮了什麼機能？

⁷⁵ 內藤謙（1983），《刑法講義總論（上）》，頁 21-22 頁，東京：有斐閣。

⁷⁶ 李茂生（2007），《刑總講義 2007 年版》，頁 39，台北：自版。

會違反溯及禁止原則⁷⁷。亦有強調，罪刑法定主義儘管並不禁止與時俱進、適應個案的判例變更，但仍有兩界限，一是不能逸脫「合理的預見可能性」之範圍，並且也不能以判例變更來暗渡陳倉，亦即不能根本改變犯罪的本質⁷⁸。

此一問題於變更對被告有利時，當然不會成為問題⁷⁹。然而，當變更判例見解卻劣化被告之地位時，即可能產生問題。學說上一般皆認為，判例並非刑法的法源，因而否定溯及禁止原則之適用，惟有學者即指出，判例於刑法的領域，仍是在成文法規定的範圍內，確定其規定之意義內容，因此，仍然有其事實上做為間接法源的性質；從而，國民的預測可能性與法的安定性，仍有可能是依據已被確立的判例而來，據此，學者即認為，欲將判例變更，就過去不可罰或處罰較輕之罪，轉變為可罰或處罰較重之罪時，應向將來宣告判例之變更，並就該當案件不適用變更的新見解，基此，應該承認判例的不利益變更禁止原則⁸⁰。

惟在個案上，這樣的做法並非認為法官可以造法，因而處罰不溯及既往，而是利用期待可能性或欠缺違法性意識等方式來解決問題，但是，通常的例子都是不顧國民利益，而肯認法官裁判時的見解⁸¹。

第四項 實質意義

由於罪刑法定主義的形式意義及其派生原則，有時會遭到破壞，而導致國民自由權利的萎縮，為了避免這些問題，並且為求罪刑法定主義之目的的實現，因而產生罪刑法定主義實質意義的要求。而這些原則基本上皆是立法的指針，但多半必須透過司法的違憲審查權來予以運用。

⁷⁷ 許玉秀（2005），〈罪刑法定原則的構成要件保障功能（上）——第十六次修正刑法檢討系列（第一、二、二八至三一條）〉，《月旦法學雜誌》，123期，頁17以下；同此見解：林鈺雄（2006），《新刑法總則》，頁41，台北：元照。

⁷⁸ 林鈺雄（2006），《新刑法總則》，頁41，註16，台北：元照。

⁷⁹ 這是因為罪刑法定主義所禁止的是被告地位的劣化，因此，如對行為人有利的類推，即不會被禁止，對行為人有利的變更，亦同此理。

⁸⁰ 內藤謙（1983），《刑法講義總論（上）》，頁31，東京：有斐閣。

⁸¹ 例如：議員當選人於當選後、宣誓就職日之前，以當選議長為代價，交付賄款於其餘當選議員，此些議員是否該當刑法第143、144條投票行賄罪或投票受賄罪所謂之「有投票權人」？就此一案例，實務上即先有88年台上字第4029號判決，然而在法院纏訟多時，就上開爭議最高法院見解搖擺不定，最後於2001年7月3日，最高法院召開刑事庭會議，認為上開情形構成投票行賄罪與受賄罪，並且統一所有判例改採此一決議見解。而採用此一新見解所為之判決，即有不顧預測可能性，專為樹立乾淨選風，而可能有違罪刑法定主義之意旨。

第一款 明確性

就罪刑法定主義的實質要求，首先是刑罰法規的明確性原則，在犯罪成立要件與法律效果（法定刑）方面，都必須要符合明確性原則的要求。如前面於絕對不定期刑禁止之處所提及的，在「法律效果」方面，過於寬鬆或根本不給定期限，可能會有違反明確性的問題，如刑法第 91-1 條第 2 項之性犯罪強制治療保安處分，即是無法確定期限的規定，明顯在「刑」方面，違反了明確性原則⁸²。但是實際上會發生問題的，仍舊還是在「犯罪成立要件」的規定⁸³。

爲了實現罪刑法定主義的人權保障機能，刑罰法規應該盡可能的具體化與明確化。誠然，於立法階段要去預先設想所有的社會現象，並且毫無遺漏地於事前精密的規定一事，有其困難，從而，某程度的類型化與抽象化的規定仍然是難以避免，因此，事實上會留有司法解釋的空間⁸⁴。

再者，明確性之判斷基準亦是難以定義，但縱然如此，一般而言，學說上仍是認爲，法律是針對有一般理解能力之人，表示「被禁止與不被禁止」之行爲的基準規範，從而，倘若一般理性之人從刑罰法規的法律文字，沒有理解法律所指示基準的可能性，那麼該刑罰法規即應該被認定爲不明確，而被宣告違憲或無效⁸⁵。因爲，如果連受法律適用的國民都無法理解法律所指示的基準，則事實上有罪與否的判斷，將會使得國民曝曬於國家機關的主觀恣意之下。例如，刑法第 185-3 條規定之「動力交通工具」的意義，雖然在不能安全駕駛狀態之下去駕駛汽車、大卡車等車輛，在判斷上並無太大問題，但是若所使用的是機車、電動腳踏車、電動滑板車，恐怕即會產生許多疑義與判斷的困難，因而該規定有其不明確之處。

第二款 均衡性

此主要是罪刑之間的均衡性問題。罪刑均衡是指，對於犯罪不得規定過重或顯著失衡的刑罰。然而對於何謂所謂的過重或不相當，如果僅是基於該當犯罪類型之行爲的社會衝擊性大小來加以判斷，則將會因爲社會衝擊性一語的曖昧性，與社會感情容易被操作的性質，而使得罪刑均衡性的要求變得毫無意義。基此，罪刑均衡的問題，如果僅限縮在一個犯罪類型中來觀察，恐怕難以判斷，

⁸² 黃榮堅（2006），《基礎刑法學（上）》，3 版，頁 147，台北：元照。

⁸³ 山口厚（2007），《刑法總論》，2 版，頁 17-18，東京：有斐閣。

⁸⁴ 內藤謙（1983），《刑法講義總論（上）》，頁 38，東京：有斐閣。

⁸⁵ 內藤謙（1983），《刑法講義總論（上）》，頁 38，東京：有斐閣。

而必須要與其他類似、並已穩定下來而不會因為特殊情勢而被操作的犯罪類型的刑度比較中，始能察覺問題⁸⁶。

第三款 正當性

正當性原則所處理的部分，除了不明確、不均衡的刑罰規定，當然是不正當的規定之外，無害行為處罰禁止與過度廣泛性禁止，則是明確性與正當性所未包含的部分，亦被學者認為，對於國民的自由是不當的侵害⁸⁷。而這正是刑法謙抑性以及妥適性的直接顯現，在運用刑法時，基於法律效果的嚴厲性，因而必須考量到最後手段性與必要性的問題。

過度廣泛性禁止的違反，係指參照法規範目的，其處罰規定過度廣泛，如我國兒童及少年性交易防制條例第 29 條的規定，就行為類型、行為對象等等皆為廣泛的規定，可能有打擊過廣的疑慮⁸⁸，即為一適例。而無害行為處罰禁止，則可能是貌似醫療行為，但實際上並沒有對身體或健康產生直接侵襲效果的行為，例如按摩或指壓等等的行為，此際，應注意醫療行為的範疇不應隨意擴張。

第五項 類推適用與擴張解釋的界限——一個邊界事例的觀察

類推適用禁止原則，在刑法上的討論，常與擴張解釋一同出現，可以看得出來兩者有其相關性。所謂擴張解釋，是一種法律解釋方法，而類推適用則否，一般而言，類推適用被認為是法規範欠缺時，以相類似的規範來填補的法條操作方式，不過，由此即可發現，所謂的擴張解釋與類推適用，皆必須去探求法律文字所涵蓋的客觀事實之範圍的廣狹，因而都與語言有關。

所謂語言，是一種抽象的符號集合，而做為法律語言的法條文字亦然，是以抽象的、類型化的面貌呈現。在刑事立法上，刑法規範是透過具體犯罪事實抽象化而形成條文，翻轉過來在司法審判過程中，無非就是要將抽象法律語言（規範）適用在具體個案（事實）之上的一個程序，將抽象條文具體化的一個

⁸⁶ 山口厚（2007），《刑法總論》，2 版，頁 21-22，東京：有斐閣。

⁸⁷ 山口厚（2007），《刑法總論》，2 版，頁 19，東京：有斐閣。

⁸⁸ 兒童及少年性交易防制條例第 29 條規定：「以廣告物、出版品、廣播、電視、電子訊號、電腦網路或其他媒體，散布、播送或刊登足以引誘、媒介、暗示或其他促使人為性交易之訊息者，處五年以下有期徒刑，得併科新台幣一百萬元以下罰金。」有關於此，可參考司法院釋字第 623 號。

程序。然則，相對於法律文字固定不變的性質，現實則是流動而不斷發展的，因而這種適用的程序中，現代法學必然需要透過各種解釋方法，來嘗試使法律規範與現實相合致。這種判斷特定事實是否涵蓋在某一個刑法條款的規範之中，而可以適用該構成要件來從事論罪科刑的動作與判斷過程，在學說上稱為涵攝⁸⁹。

然而，要能涵攝，則必須先對於所使用的法律概念有所了解，學者即認為在涵攝的過程中，首先必須先了解與闡釋刑法條文的「標準意義」⁹⁰，並且，不論有無法律漏洞，條文解釋皆不可或缺。例如刑法第 271 條殺人罪的客體是「人」，但行為人自己、已簽訂器官捐贈同意書之腦死者、法人等等，這些「人」是否該條文中的人，即有疑問，此皆需要透過解釋來究明法律的規範範圍。

第一款 擴張解釋與類推適用的差異

而所謂擴張解釋與限縮解釋，則是在論理解釋中所為的區分。在「語言的可能意義」的範圍內，如果所做的解釋，比起語言日常用語意義更為狹窄，稱為限縮解釋，而如果做較廣泛的解釋，即稱為擴張解釋；相對於此，在超過「語言的可能意義」範圍的情形，即為類推適用⁹¹。從而，如果要能區辨擴張解釋與類推適用，則必須要能明確地對條文文字所涵蓋的範圍有清楚的掌握。

學說上有認為，刑法解釋在原則上，不得超出法條文字所容許的範圍，而應以條文的可能文義，做為解釋條文的最大界限，並認為能藉此將刑法解釋停留在構成要件的概念空間之中，並認為所謂擴張或限縮解釋因案而異，只要不觸犯類推禁止，就擴張解釋應予允許⁹²。此種見解即是認為，法律條文有清楚的文義外延內涵，擴張解釋仍在可能文義的範圍內，因而尚不違反罪刑法定主義⁹³。惟亦有注意到在邊界事例中，擴張解釋與類推適用的模糊界限⁹⁴。

正是對邊界事例有所觀察，因而學說上即有認為，要討論擴張解釋的前提，必須法律文字本身所涵攝的範圍有其清楚而無疑義的界限，進而認為，因為文字本身本來就沒有固定的、清楚的涵攝範圍，因此，沒有所謂擴張解釋可言；基此，沒有理由禁止擴張解釋，禁止類推適用的效用也自然受限⁹⁵。此外，因

⁸⁹ 林山田（2005），《刑法通論（上冊）》，9 版，頁 141，台北：自版。

⁹⁰ 林山田（2005），《刑法通論（上冊）》，9 版，頁 141，台北：自版。

⁹¹ 淺田和茂（2005），《刑法總論》，頁 59，東京：成文堂。

⁹² 林山田（2005），《刑法通論（上冊）》，9 版，頁 152-154，台北：自版。

⁹³ 林鈺雄（2006），《新刑法總則》，頁 45，台北：元照。

⁹⁴ 林鈺雄（2006），《新刑法總則》，頁 45，台北：元照。

⁹⁵ 黃榮堅（2006），《基礎刑法學（上）》，3 版，頁 161 及同頁註 53，台北：元照。

為界限的模糊性，更使得常可藉著擴張解釋之形式，來達到類推適用之目的⁹⁶。基此，本文認為產生問題的原因，在於語言。

第二款 類推適用的實務案例

在類推適用的實務案例中，教科書上最常提及的莫過於「機器詐欺」的問題⁹⁷。所謂對於機器的詐欺，指的是：行為人以他人的提款卡向銀行的自動付款設備提取現金花用、以特製的金屬片打電話或從自動販賣機取得財物等行為。從目前的刑法來看，這些行為可能違反了刑法第 339-2 條或第 339-1 條之規定，不過這些規定則是在 1997 年所新增。然而在新法增訂之前，實務面對著個案，卻發生了無法可用的情況。

詳言之，在該些規定新增之前，實務就這些機器詐欺的案件，係適用刑法第 339 條詐欺罪來予以論處。臺灣高等法院暨所屬法院 1993 年法律座談會提案刑事類第 21 號，即是在對此種問題做研討，而其研討結論認為：「……自動販賣機或自動提款機等自動設備均為設置人的意思或手足之延伸，對其所為不正使用，已影響到該機所有人的意思活動，且由比較法的觀點而言，外國立法例對於此類犯罪，多規定於詐欺罪章，我國刑法修正草案亦參考之，而於詐欺罪章增設第三三九條之一，以處罰由自動付款機或收費設備不法取得他人財物或財產上不法利益之行為，以因應社會現況之實際需要。何況，如以之為竊盜行為，則因我國刑法並無竊盜得利罪之規定，對於以金屬片打電話等類似之行為，將無處罰依據。……」⁹⁸。而最高法院亦認為「……以他人之提款卡持向金融機構之自動付款機冒領款項之行為，因該自動付款機係該金融機構辦理付款業務人員之替代，對其所施用之詐術，應視同對自然人所為，使之陷於錯誤而交付款項，自應成立詐欺取財罪，而非竊盜罪。」⁹⁹

此一學說上認為是規範欠缺之案例，在實務上卻透過類推適用予以解決，而並未顧及行為人的預測可能性問題。不過這種擺明著類推適用而違反罪刑法定主義的例子，大多會因為審級制度的檢驗或者學說理論的批評而不多見。

第三款 擴張解釋的問題——語言認知落差與預測可

⁹⁶ 韓忠謨（1982），《刑法原理》，頁 67，台北：自版。

⁹⁷ 以下案例之介紹，係參考：黃榮堅（2006），《基礎刑法學（上）》，3 版，頁 128-129，台北：元照；林山田（2005），《刑法通論（上冊）》，9 版，頁 79-81，台北：自版。

⁹⁸ 請參見 83 廳刑一字第○七五六八號函覆臺灣高等法院。

⁹⁹ 請參見最高法院 84 年台上字 5648 號判決。

能性

相較於類推適用，本文認為，更應關注的反倒是擴張解釋的例子。因為只有從擴張解釋的邊界事例或者以擴張解釋偷渡類推適用的個案，才能更清楚的察覺被破壞的行為人預測可能性的問題，以及語言在法律適用中的現實情況。

當我們說到「動力交通工具」時，通常會直接聯想到汽車、機車、大型客貨車等等的行路工具，並且覺得文字有其指涉的範疇，在理解與界定上，都沒有太大的問題。不過，當出現電動腳踏車、電動滑板車，甚至是運用動物力的交通工具（牛車或馬車）時，認定此一實際個案上所出現的客體與語言可能意義之間是否有包含關係，問題就來了。

因為，這裡往往會存在行為人與法官的語言認知落差問題，在法官認知較窄的情形，亦即，法官認為不該當而行為人認為該當時，一般而言應該不會有入罪的問題，但是反過來，行為人認為不該當而法官認為該當的結果，通常都會予以入罪，並且不會考量其他如預測可能性與違法性意識等問題。

進而，如果我們將在法官的認事用法的過程中，所為的語言使用動作予以拆解，亦即，如果我們先放棄通常對於文字與事物之間直觀的連結¹⁰⁰（事實上也是因為在某些個案中直觀的連結並不存在），則或許可以分析出兩組關係，第一個是語言與客觀事物（世界）的關係，另一個則是具體發生的事件（實然）跟法規範（應然）之間的關係，在審判過程中，我們通常會留意到的是法規範的適用此一關係，此一「（認事）用法」的權力無疑由法官獨攬，不過，如果在對於文字與事物的連結也產生模糊地帶的情況下¹⁰¹，我們可以發現，此時將某一事物與特定語言加以連結的這個動作，或者「這個權力」，似乎也將由法官來把持。因而，法官似乎不但明確化了規範，同時也明確化了事實，而所謂「明確化」，另一種說明方式可能是：法官也重新整編了語言與世界的關係。

至此，我們可以得知，在特殊的邊界事例上，法官所握有的權力，除了獨佔規範的解釋權之外，在語言的界定一事上，法官似乎也有絕對的權力。當法官與行為人認知有所落差，而前者的認知又有入罪之可能時，往往會造成不顧行為人預期而做有罪判決的結果，然而，這不僅可以看出人權保障機能的弱化，翻轉過來，則是確立法秩序存立此一機能的極大化與一般預防機能的實現，但

¹⁰⁰ 這裡所謂的直觀連結指的是一種當某個詞彙出現，我們腦子裡直接會閃過的、得以被該詞彙的一般意義所涵蓋的事物。這種看似自然的反應，其實是透過不斷的命名與學習而來，請參見第四章註 76。

¹⁰¹ 例如：酒醉而駕駛牛車，到底算不算服用酒類、不能安全駕駛動力交通工具而駕駛？

什麼被忽略了？或許正是行為人行為時的預測可能性與自由權利。

此即是為什麼本文認為，更應關注的並非類推適用，而應該是擴張解釋的例子，因為擴張解釋有違於行為人行為時的主觀認識，對其為處罰，即是犧牲行為人的預見可能性，來成就法秩序的確證機能，藉著處罰一人，來達到殺雞儆猴的一般預防效果。在這種情況下，若欲加以處罰，實應考慮立法，或者以期待可能性或違法性意識加以解決，而不應貿然予以入罪。

這樣的邊界事例，往往忽略了罪刑法定主義的機能不僅僅有一般預防的法秩序保障機能，還有人權保障機能需要加以維護，此二機能當然有其衝突之處，像這樣的邊界事例，即是一個衝突的爆點。但也就是在這種發生價值衝突與矛盾的個案，必須要更審慎地去思考機能衝突的解決之道，然而，不論是實務或者學說，在衝突之處往往遺忘了罪刑法定主義等諸多節制的原則，一味地加以處罰，而罔顧人民期待可能性被破壞時，所可能導致的惡害。不過，由此也可看出，雖然人權保障機能與法益維護機能看起來是並立的，不過在邊界事例的操作上，似乎往往是後者產生了較大的影響力。

第三節 小結—問題點

結束了前兩節對於性犯罪強制治療保安處分與罪刑法定主義的介紹，可以開展的討論方向基本上有二，其一，是往性犯罪強制治療保安處分去鑽，此方向可以討論強制治療之保安處分，亦可討論對於性犯罪人處遇之特殊性的形成脈絡及深層理由；另一個方向，則是從第 91-1 條不定期刑強制治療保安處分與罪刑法定主義之間的矛盾關係開始談，更重要的是，嘗試思考為什麼罪刑法定主義的存在，始終無法對於國家權力產生節制作用，然後進入罪刑法定主義的歷史脈絡中，去考察其系譜及其機能，試圖藉此找尋國家權力實施的本質性格，並探討法律權力與節制原則之間的關係。

如果從罪刑法定主義與特殊的性犯罪保安處分之間的問題來看，那麼問題或許會一直圍繞在應報與預防上，抑或是在於保安處分的有效性發揮與不定期刑的問題之上。然而，這兩個問題對於本文而言，都是一種決斷與立場的選擇，換句話說，保安處分有效性的問題，其重點在於社會防衛之公共利益，將原則置於社會防衛的相當性一事上，其實並未解決不定期刑或者預測可能性的問題，因為在這種相當性的判斷之中，其判斷相當與否的標準，是行為人未來的危險性，只要具有危險性，基本上在相當性上就不會受到質疑，然而，未來的危險性要如何確認？或者，將不定期刑之強制治療處分重新定位為民事監禁處

分，使其脫離刑事處遇的範疇，欲藉此迴避批評，但這其實是再明顯不過的「新瓶舊酒」的做法，相同的問題亦未見解決。

對於這些問題的思考，其重心在於公共利益與個人利益的利益衡量，而公益難以具體化但卻又令人不敢讓步，從而問題日趨複雜難解，不過，這終究需要一個決斷，但偏向公益維護的決斷總是居多，卻少見有因為對於個人的預測可能性的破壞，所為之補償。決斷能暫時結束問題，但卻讓我們看到罪刑法定主義人權保障機能的失落，節制國家權力功能的喪失。惟倘若只停留在公共利益與個人利益之決斷的問題上，反倒可能忽略了更深層的問題。

而這也正是為什麼本文並沒有就體制內的解決機制多加討論的緣故。本來，就刑法第 91-1 條性犯罪不定期性保安處分的規定，可以先透過違憲審查來處理，倘若釋憲的結果不「盡如人意」，再來予以深究。從而，本文跳過這個關卡直接去探討其他筆者自認為較為重要且根本的問題，可能有其不妥當之處。不過，正如上所述，釋憲的結果也只是一個決斷而已，但是大法官解釋無法告訴我們為什麼法律會這樣被制定或執行，更何況，大法官會議其實也不過是國家社會利益與個人利益衝突時的一個磨合劑，也同樣在做利益衡量的工作，也是法律體制循環論證的一個環節，基此，本文看待體制內的解決機制的態度，毋寧是較為消極而不抱持期待的，也因此，將直接談論有關權力的問題¹⁰²。

節制國家權力的機制其實一直存在，不斷被強調，但是我們可以看到，不論是在立法上的第 91-1 條的強制治療規定，或者是在解釋上例如擴張解釋與類推適用的操作問題，都看不見罪刑法定主義形式或實質要求發揮其作用，國家權力的制約機制似乎名存實亡。因而，產生了對於罪刑法定主義的懷疑。

罪刑法定主義真的是一個節制國家權力的機制嗎？還是，罪刑法定主義被認為是一個保護人權的利器一事，一直都是我們不切實際的想像？或者甚至是國家機關的虛偽宣示，規訓人民有受罪刑法定主義保護的意識，使人民一方面相信自己的利益受到了保護（法益保護原則），另一方面也認為只有在罪刑法定的情況下，自己才可能被處罰（人權保護原則）。

¹⁰² 雖然行文使用「盡如人意」來形容法律解釋的結果似乎並不妥適，不過如果能在法律的論爭中發現法律與法律詮釋的不同，發現徒法不足行，法律它不會告訴我們它是什麼，發現爭議的出現在於個人處罰慾望的差異、而不總是在於法律客觀適用範圍的廣狹，則應該可以認為，與其說法律規定了「什麼」，或許不如說是「我」認為法律規定了什麼。而這個「我」到底是誰，則毋寧是一個重要的問題，因為在絕大多數的情形，只有有權解釋適用法律者（權力者），才有「資格」說「（我認為）法律規定了什麼」的話語。這樣的資格並不是張開嘴巴說話的資格，而是能將其自身對於法律的認知當真進而具體在判決或解釋中宣稱的資格。從而，不滿意法律解釋的結果一事，客觀上代表著該人沒有法律解釋適用的權力，但不真的代表權力者所為的法律詮釋將被等同於法律。

爲了解決此一問題，本文因此轉向了對於罪刑法定主義的考察，並將其做爲觀察法律權力的一個切入點，將國家權力的行使做一併的觀察。基此，前面所述的兩個論文方向，本文所選擇的路徑是後者，以國家權力的考察爲主軸。以下即開始對於罪刑法定主義與刑事制度的發展做一個簡單的考察，而後再藉由例外狀態理論來分析此一發展脈絡，嘗試找尋問題意識的答案。



第三章 罪刑法定主義之系譜及其周邊制度的考察

罪刑法定主義雖有前章所述之形式與實質意義，惟若探求該些意義內容，即不難發現，此一概念所涵蓋的範圍以及所預設要發揮一般預防目的與人權保障目的的領域，似乎包含了刑法與刑罰系統，若此，可謂是相當廣泛。再者，因為階層理論或體系思考的構造，即是為了補充或具體化罪刑法定主義而設，從而，當我們談到罪刑法定主義時，這一個內涵豐富的上位概念只要在觀點上確立下來，連帶地其中有關於刑法裡涉及構成要件之解釋方法、違法論中法益論述與責任論，以及刑罰論裡涉及刑罰之根據與目的的細部論述，都會隨之而有明確化的效果¹。

而罪刑法定主義隨著時代變遷而有所變異，不斷地經過系統分化，其結果是，切割出去的不論是刑罰論、保安處分或者社會內處遇等等的領域，除非理論上仍為罪刑法定主義包含，否則對這些領域而言，罪刑法定主義似乎即難以產生制約的效果²。觀察這些制度理論的細部言說，應可有助於更進一步覺察到變遷的意義為何。以下將簡述罪刑法定主義之系譜，以及在時代輪轉的過程中，刑法理論、刑事制度之轉變與在過程中所產生的諸多合理化論述³。

第一節 罪刑法定主義的系譜

第一項 過去通說的架構：大憲章一人權宣言一

¹ 內藤謙（1983），《刑法講義總論（上）》，頁 42，東京：有斐閣。不過，這樣的明確化亦有其極限，閱讀中山研一所著《刑法の基本思想》一書可以發現，罪刑法定主義論裡雖然可以指出理論的大方向，但是整體刑法論與刑罰論的架構，仍然可以看到縱然採取同一方向的諸多學者，在其刑法論與刑罰論中仍會有立場不同的現象，請參見：中山研一（2003），《刑法の基本思想》，增補版，東京：成文堂。本書以刑法的基本思想為題，耙梳日本自牧野英一以降，至平野龍一為止之刑事法學者的刑事法思想脈絡，閱讀全書即可察覺上述現象。

² 受刑人的處置（刑罰）在罪刑法定主義的規制與刑罰個別化理論之間，有著難以妥協的爭論，因而有質疑科學知識是否真能鑑別出危險性存否或得以從事矯治而治癒，並認為為了保障人權並防止濫權，仍應有罪刑法定主義之適用的見解，詳請參見：林本添（1964），〈罪刑法定主義之研究〉，臺大法律學研究所碩士論文，頁 195-203。

³ 必須說明的是，本文細部所談論到的制度，已有及於逸脫刑事法領域之制度，因而，使用「周邊制度」一語，似乎易產生論述上認為司法有其核心重要性之感，不過本文並無此意，而僅是由於出發點是罪刑法定主義，從而當想要沿著罪刑法定主義來說明其變遷時，採取了對於與刑法有耦合或從罪刑法定主義分化出去的領域加以觀察這種途徑，因而以「周邊制度」一語來概括所觀察到的制度現象，合先敘明。

近代大陸國家刑法

過去學說有認為罪刑法定主義的歷史，是以大憲章為開端，而後透過 John Locke 與 William Blackstone 穩固其理論上的基礎；其後英國的此種人權思想渡海，亦在美國新大陸自由的氣息中萌芽，而被納入在殖民地的權利典章之中；歐陸則有其為對於專制主義之排斥的不同國情發展，但仍然在受到美國獨立運動的影響之下，發動了法國大革命，通過人權宣言，在其中規定了罪刑法定主義；並且在其後亦附加了三權分立與制衡的思想⁴。

這樣的想法是認為所謂罪刑法定主義，是從人民這一側來對於國家刑罰權的專斷行使所為的限制。由此一觀點出發，就罪刑法定主義而言，即有主張「大憲章第 39 條——人權宣言——近代大陸國家刑法」這樣的發展系譜。

第二項 對於通說的批判

針對上開學說對於罪刑法定主義的理解，我國學者多已認為，罪刑法定主義的形成，無法上溯至英國於 1215 年所頒佈的大憲章，也不意味著大憲章已經合乎近代意義的罪刑法定主義。大憲章就限制英王權力此一部份，可以說只是一個罪刑法定思想上的濫觴而已，近代意義的罪刑法定主義內容之形塑，仍然要到啓蒙時代之後，才逐漸完成⁵。而日本亦有學者同樣地認為過去學說的系譜觀察，有其不合理之處，以下將詳述之。

先來看一下這些規定的譯文。西元 1215 年，英國貴族諸侯與英王約翰一世所簽署的大憲章第 39 條規定，任何自由人非依國家法律及適法裁判，不得逮捕、監禁、流放或處死、剝奪領土與法律的保護⁶。而法國在 1789 年的人權宣言第 8 條則揭示了任何人非依犯罪之前已經制定公布，且經合法執行之法律，不得處罰的理念⁷。

首先，大憲章第 39 條與人權宣言第 8 條之間，基本上都是從人民這一側出發，透過法來對於國家刑罰權加以限制，從限制主體皆為人民這一點來看，可以

⁴ 瀧川幸辰（1954），《刑法講話》，頁 32-46，東京：日本評論新社。

⁵ 林鈺雄（2006），《新刑法總則》，頁 35 及該頁註 5，台北：元照；林山田（2005），《刑法通論（上冊）》，9 版，頁 66-68，台北：自版。而林東茂所著之《刑法綜覽》，論及罪刑法定主義時，並未提及大憲章，而直接從 17 世紀自由主義的發展開始談起，並認為從罪刑法定主義是自由主義的產物，請參見：林東茂（2005），《刑法綜覽上篇》，4 版，頁 81-87，台北：一品。

⁶ 大憲章條文內容係參照：林山田（2005），《刑法通論（上冊）》，9 版，頁 66，台北：自版。

⁷ 人權宣言內容係參照：林山田（2005），《刑法通論（上冊）》，9 版，頁 67，台北：自版。

說是一致的，這也是為什麼學說於其系譜會將其相連結的主因⁸。然而，從另一面來看，大憲章是透過人民裁判與習慣法來達成其節制的目的⁹，但是人權宣言則是透過國家機關所制訂的成文法來為之，在限制手段這一點上，其方向可以說是全然相反¹⁰。如大憲章採取這種透過人民裁判與習慣法來限制國家權力的方式，隨之而來的，則是對於做為國家機關（官僚機構）之一的（由官僚所組成的）刑事法院與國家機關的刑罰法規制定權的排斥，取而代之的，是讓人民直接掌握刑法與刑事裁判的權力，來排除國家權力的介入，達成其目的；相反的，如果是透過成文法規的制訂，企圖以此限制國家權力，則會以國家的刑罰法規制定權與官僚法院的存在為前提，而排斥習慣法的存在，藉由議會制度，制訂反映人民意思的刑罰法規，並藉此對於官僚法院的判決加以拘束¹¹。

與上述情形正好相反，在人權宣言第 8 條與近代大陸刑法的罪刑法定主義之間，限制手段則是完全一致，但在限制主體這個面向，則有其不一致的地方。學者認為，人權宣言可以說是法國大革命的一種熱情理想的宣示，是市民對於國家權力的不信任，並且想藉此加以反抗或節制國家權力的表現，因而透過市民自身來對於刑罰權加以限制的理念，可謂極為明確。但是，法國於 1810 年所制訂的拿破崙刑法典，此時革命的熱情與信仰已經消退，在罪刑法定主義的內容裡，只殘留下「透過刑罰法規對於國家加以限制」的拘束手段面向，「由人民來節制國家」此一人權宣言核心意義與要點，則早已被拋在腦後，而未被呈現在條文之中¹²。

經由學者以上的考察，人權宣言與近代大陸法系刑法之間之罪刑法定主義的系譜，關於刑罰權所為的限制手段有其關連，但就限制主體而言，一則是人民，另一則是國家自身的節制策略，從而，此部分的系譜論述難以成立。另一方面，

⁸ 惟需注意者，大憲章中所謂的人民，並非現代意義的人民或國民，而僅指貴族，其目的乃在於恢復且保障貴族在封建制度下所享有的種種特權。請參見：林本添（1964），〈罪刑法定主義之研究〉，頁 7，臺大法律學研究所碩士論文。

⁹ 這點即是英國以習慣法與判例所形成的 common law 傳統，自然跟大陸法系以成文法為法源，有很大的不同。

¹⁰ 沢登佳人（1968），〈罪刑法定主義の歴史的意義への反省〉，《犯罪と刑罰（上） 佐伯千仞博士還曆祝賀》，頁 47，東京：有斐閣。另請參見：大野真義（1982），《罪刑法定主義》，頁 166-167，東京：世界思想社。

¹¹ 沢登佳人（1968），〈罪刑法定主義の歴史的意義への反省〉，《犯罪と刑罰（上） 佐伯千仞博士還曆祝賀》，頁 47，東京：有斐閣。

¹² 沢登佳人（1968），〈罪刑法定主義の歴史的意義への反省〉，《犯罪と刑罰（上） 佐伯千仞博士還曆祝賀》，頁 47-48，東京：有斐閣。法國於 1810 年制定之刑法典第 4 條，是罪刑法定主義具有刑法條文形式的開端，其規定：「任何微罪（或違警罪）、輕罪或重罪，不得處以在行為違犯之前的法律所謂明定之刑罰。」然而，對照一下中譯之人權宣言與罪刑法定主義的明文，似乎難謂人權宣言第 8 條中有「由人民來節制國家」此一面向，或許仍須參照法國大革命整體的政治主張來一併考量。前述之中譯條文係參照：林山田（2005），《刑法通論（上冊）》，9 版，頁 68，台北：自版。

如前所述，大憲章與人權宣言之間，雖然就刑罰權的限制主體（人民）有其一致性，但限制手段則是完全相反。因此，過去曾有認為在大憲章、人權宣言與近代大陸法系刑法中所具有的系譜關係，從以上的考察即可得知，大憲章與近代大陸法系刑法之罪刑法定主義之間，並沒有什麼繼承關係。

第二節 罪刑法定主義的變遷——以周邊制度之生成為觀察素材

所謂的刑法學，如果觀察刑典中的規定，其語意所涵蓋的討論範圍，似乎包含了犯罪論與刑罰論兩個部分。犯罪論中所處理的是「犯罪成立的要件」的問題，透過理論的建構將判斷犯罪成立與否的流程體系化，使得個別行為是否觸法得以事先判斷或者迴避、事後得以透過司法加以審查並確保國民之預測可能性¹³。至於刑罰論處理的則是刑罰的根據或其正當化基礎為何的問題，或者另一種提問方法則是刑罰的意義與目的的問題。不過，在此仍要注意的是，犯罪論與刑罰論的二分，係在歷史的發展中，刑罰從刑事司法系統中獨立出來，產生大量相關論述，刑罰論才有其獨立的地位與討論的議題¹⁴。而在這過程中，於刑罰之外，亦產生了保安處分制度。

然而，如果留意到當代對於犯罪問題的處理與討論，在刑法理論中出現一種敵人刑法的觀點，成為更加的前置化的制裁理論，並且掙脫了傳統刑法中諸多原則的拘束，因而具有許多的問題，尚待思考。而前所述及者，皆不脫刑事司法、刑事處遇的範疇，但 1970 年代以後，單純地對於已然發生之犯罪案件加以審判並行刑，已經不是唯一重要之事，甚至被認為有所不足。單一犯罪案件的發生，司法可以處理，但是縱然犯罪者已被處罰，在社會中我們仍然從事著諸多犯罪預防、犯罪管理的工作。我們可以發現受刑人假釋出獄之後，假釋中仍受有保護管束，固不待言，但基於該有罪判決，行政機關尚有依法剝奪其他權利之可能，如道路交通管理處罰條例第 37 條中對於營業小客車駕駛人之消極資格的規定，我們訂定了越來越多這種資格限制的法律規範，犯罪人在為其犯行負責之後，有著刑罰以外的處遇等著他。

以下將介紹罪刑法定主義周邊諸種制度的形成。罪刑法定主義作為節制刑法

¹³ 刑法理論中的三階理論、客觀理論、結果無價值觀點，其實皆是從罪刑法定主義人權保障機能而來，進一步在刑法中具體化人權保障機能，因而，三階理論可說是罪刑法定主義的產物與實踐。

¹⁴ 有關刑法與刑罰之間系統分化，請參見：李茂生（2003），〈論刑法部分條文修正草案中保安處分相關規定〉，《月旦法學雜誌》，93 期，頁 103。

與刑罰法規之原則，對於既有或新興的處遇方式，基於社會的要求或相關犯罪學與刑罰學理論的變遷，不斷的調整其原則適用之方向，以期得以適切地處理社會現實的問題以及理論所生的矛盾。本節重點即在凸顯理論在面對社會壓力時所產生之扭曲與變化及其可能具有的問題。惟於介紹相關制度之脈絡時，不可免俗地必須交代該些制度之理論基礎，但必須附帶一提的是，本文並非以制度之證成或合理化為目的，說明僅是為觀察所必須。

第一項 概說—罪刑法定主義的性格

第一款 階級支配工具與人民統治技術

大革命之後的 19 世紀初期，法國在帝國體制之下，在下位者的人民基本上是難以對於國家權力做什麼限制，能夠對於國家權力加以節制的，無疑只有國家權力自身；從而，帝國體制中，國家權力的構造，即立基於上命下從的階層體制與權限分配的官僚體制以及在最上位統轄全體的帝權而成立。帝權直接支配下位的官僚機構，同時支配人民，因此，為了使得支配意圖能夠正確而充分的傳達予人民，則必須將其意圖明確地表現在成文法規之中，並且要求官僚機構的活動都必須基於成文法規為之，換言之，介於帝權與人民之間的官僚機構，不得恣意地曲解法律，否則上位者的支配意圖，即無法正確地到達人民¹⁵。在這種觀點之下，所謂的法治主義，僅僅只是國家權力自我節制的策略，而罪刑法定主義亦成為其中的一環。要防止官僚機構之擅斷與官僚法院專斷處刑之人，並非國民，而是帝國政權，並且是為對於帝國國民支配意圖的貫徹與效率而為¹⁶。

而法國的國家體制，在其後歷經許多變化，官僚機構的主人從皇帝、國王、資本家、國家獨裁者，一直到結合後兩者的獨裁者，學者認為，這樣的轉變不僅沒有改變中央集權官僚國家權力機構的上述本質與構造，反倒更加地予以強化。法國的法治主義、罪刑法定主義所具有的本質與機能，皆未有變動。而人民節制國家權力之意念，儘管在進入共和體制之後，透過資產階級民主主義，亦只有在被支配權力與支配階級所肯認的範圍與程度之中，才能對於官僚機構或法院有所節制。如果從罪刑法定主義來說明，可以從官僚機關所制訂的刑罰法規與官僚法院就法規所為的解釋適用，與人民對於刑法適用的理解之價值觀有相當大的偏

¹⁵ 沢登佳人（1968），〈罪刑法定主義の歴史的意義への反省〉，《犯罪と刑罰（上） 佐伯千仞博士還曆祝賀》，頁 48，東京：有斐閣。

¹⁶ 沢登佳人（1968），〈罪刑法定主義の歴史的意義への反省〉，《犯罪と刑罰（上） 佐伯千仞博士還曆祝賀》，頁 48，東京：有斐閣。

差，即可發現¹⁷。

在 19 世紀末葉以後，資本主義的危機造訪，單單藉由刑罰法規的制訂而為的犯罪鎮壓與階級壓制，無法充分地抑制因為社會矛盾激化而來的犯罪激增現象與反體制的階級運動，隨後，做為資產階級權利自由保障手段的罪刑法定主義，反倒令人感到資產階級防衛至上的桎梏，並造成新派刑法學登場後對於罪刑法定主義的緩和，與納粹刑法中罪刑法定主義的廢棄的結果。在這一點上，罪刑法定主義做為階級支配技術的本質與界限，直截了當地被展現出來，罪刑法定主義的要求，是因為階級支配的必要而孕育出來的技術，隨後又因為階級支配的必要而被捨棄¹⁸。

總而言之，現代學者一般認為，大憲章最多只是近代意義的大陸法系罪刑法定主義的一個歷史上的濫觴，真正與今日罪刑法定主義發展有關係者，係由來於啓蒙時代的諸多理念。但亦有學者認為，人們會持續地認為罪刑法定主義發揮著如其字面意義上所具有的社會機能，無疑是沒有正視國家社會結構激烈的轉變與近代絕對主義（absolutism）國家的特殊情況，進而認為，做為社會的、歷史的現存在之近代罪刑法定主義，儘管在不同的國家社會體制之下有其不同的社會機能，但或多或少都有其做為資產階級支配技術的一個面向¹⁹；隨著中央集權式官僚國家權力機構的成長、發展與完成，一方面，罪刑法定主義是為了確保階級支配的貫徹與合理，而做為對於官僚機構必要而合理的統治技術，另一方面則透過防止官僚機構的恣意，來確保人民某種程度的權利與自由，藉此提高人民對於支配權力的信賴，進而強化支配的社會基礎，因此，亦是做為必要的人民統治技術的一環，基此，罪刑法定主義只不過是因而產生的一般歷史社會現象而已²⁰。

¹⁷ 沢登佳人（1968），〈罪刑法定主義の歴史的意義への反省〉，《犯罪と刑罰（上） 佐伯千仞博士還曆祝賀》，頁 48-49，東京：有斐閣。

¹⁸ 沢登佳人（1968），〈罪刑法定主義の歴史的意義への反省〉，《犯罪と刑罰（上） 佐伯千仞博士還曆祝賀》，頁 49，東京：有斐閣。沢登佳人更認為，在國家體制近代化之上，遙遙落後法國的德國與日本，其罪刑法定主義所具有的上述性格，更是露骨地在刑法理論中一一反應出來。

¹⁹ 沢登佳人（1968），〈罪刑法定主義の歴史的意義への反省〉，《犯罪と刑罰（上） 佐伯千仞博士還曆祝賀》，頁 56-57，東京：有斐閣。

²⁰ 沢登佳人（1968），〈罪刑法定主義の歴史的意義への反省〉，《犯罪と刑罰（上） 佐伯千仞博士還曆祝賀》，頁 62，東京：有斐閣。

²¹ 主權者一方面透過規範對於人民治理，一方面亦規訓官僚機構的論述，相似的見解亦可參見：江玉林（2007），〈憲政國家的權力建築學——從傅柯與厄斯特萊希對於規訓概念的討論談起〉，《現代性的政治反思》，頁 333-358，台北：中央研究院人文社會科學研究中心·政治思想研究專題中心。此文中提及，規訓權力的發展，其對象與場域已非以個人的身體為其範圍，而是只要需要觀察、監視以及控制的地方，就有規訓技術發揮的可能空間。因此，憲政國家原來專為節制國家權力所建立的法律秩序中，亦存在了一套帶有規訓國家權力作用的權力建築學，從而，憲政國家機制除了規訓了一般人民之外，亦可以對於任何國家權力的發動，不斷地施以監視與控制，有其「雙重規訓」的弔詭效應。

第二款 以其對於構成要件理論的影響為例

罪刑法定主義被導入德國絕對主義國家，基本上是透過 Feuerbach 的心理強制說²²。德國因為長期持續的封建分裂狀態，市民社會的發展較為落後，資產階級的力量較為微弱，因而絕對主義並未完成其中央集權官僚國家體制的建構，如同法國因工商業發展、資產階級進入社會，所帶來的經濟階級基礎之動搖的情形也不多，從而，經過 18、19 世紀，德國在聯邦絕對國家體制之下，才能較為安定的成長。因此而有容納啓蒙主義政治思想與完成、強化甚至美化國家體制的餘裕。正因如此，德國的罪刑法定主義，仍有其做為國家權力對於自身合理的抑制策略的一個面向，而他方面，民主主義與人權保障性質的稀薄化，亦反映在受到後期啓蒙思想影響下所形成的 Feuerbach 之理論²³。

於 19 世紀中葉，透過德國絕對主義王權的御用刑法思想代表 Binding 之規範理論，具有上述特色的罪刑法定主義，產生了實定法理論的明確形式。Binding 認為，國民有服從國家的義務，這是最為根本的規範，因此，違反了國家權力透過刑罰法規所示之構成要件固然是犯罪，但犯罪的實質意義則是在於違反了做為國家權利總體之規範，此規範在邏輯上與時序上皆先行於刑罰法規，而所謂的刑罰法規也不過是推斷不成文的規範的一種方法罷了，從而，既然有認為規範違反的情形，拘泥於刑罰法規則無必要，因而此時，既允許類推，也肯定溯及處罰，對於罪刑法定主義的態度，基本上是懷疑的²⁴。當規範被違反時，國家得對此一否定規範的犯罪再為否定，為了維持法的權威而科處刑罰，刑罰的本質無疑是應報，亦即是使犯罪人屈服於法的強制，藉此來確認法的權威，Binding 的思想，無疑有濃厚的國家主義、權威主義的色彩，透過應報刑來維持國家法秩序²⁵。依照他的想法，規範的制訂主體無疑是國家，並非人民。而這樣的公式決定了德國刑法學界重要主題之構成要件理論的本質。若此，被規定於刑罰法規之犯罪構成要件，即是針對國民行為，由國家所為之無價值判斷的形式，從而，本質上是違法類型，亦應是違法性存在的依據²⁶。

與此相反地，如果依照人權宣言的想法而認為刑法制定主體應該是國民，並

²² 至於做為罪刑法定主義的啓蒙根源之法國，何以罪刑法定主義卻是在德國才出現，請參照：沢登佳人（1968），〈罪刑法定主義の歴史的意義への反省〉，《犯罪と刑罰（上） 佐伯千仞博士還曆祝賀》，頁 63-66，東京：有斐閣。

²³ 沢登佳人（1968），〈罪刑法定主義の歴史的意義への反省〉，《犯罪と刑罰（上） 佐伯千仞博士還曆祝賀》，頁 66，東京：有斐閣。

²⁴ 浅田和茂（2005），《刑法總論》，頁 23，東京：成文堂。

²⁵ 内藤謙（1983），《刑法講義總論（上）》，頁 68，東京：有斐閣。

²⁶ 沢登佳人（1968），〈罪刑法定主義の歴史的意義への反省〉，《犯罪と刑罰（上） 佐伯千仞博士還曆祝賀》，頁 70，東京：有斐閣。

由此出發來說明罪刑法定主義的概念，則國家權力應該僅僅是單純的透過刑罰法規，提示出純粹事實記述性而有做為犯罪加以處罰之可能性的行為，但該當於該形式的行為是否違法，則應該透過（並未表明在刑罰法規中的）國民法的確信來加以決定²⁷。而這種說法，則讓我們想起了構成要件理論的創始者 **Beling**，其主張構成要件是犯罪成立要件中之客觀的、記述性的、價值中立的要件，構成要件與違法性、責任論無關，並且認為構成要件做為犯罪認定過程的入口，客觀與價值中立的構成要件，即可以防止法官的恣意，將罪刑法定主義與犯罪論予以結合，藉此發揮罪刑法定主義的保障機能²⁸，然而，**Beling** 基本上還是承繼著 **Binding** 的規範理論，也仍然是為了維持國家規範與社會秩序而來，只是，這樣客觀中立的構成要件概念，並不適合絕對主義的國家體制，從而，為了建構刑法理論而留存下來，很快地就轉變為做為違法類型的構成要件概念。而這就是從 **Beling** 經過 **M. E. Meyer** 一直到 **Mezger** 的構成要件變質過程²⁹。

第二項 古典學派的刑法理論—刑事司法制度的改革

罪刑法定主義此一原則，是以國家與個人相對立之觀念為前提的個人主義意識型態為其基礎。在此一意義之下，在個人主義式的自由主義被歌頌的 19 世紀，特別是 19 世紀前半權利本位主義時代，此一原則受到極高的評價與強調是明顯的事實。這也是罪刑法定主義為何是以自由主義刑法理論為基幹的理由³⁰。

第一款 前期古典學派

古典學派刑法理論是於歐洲，在 18 世紀後半到 19 世紀初期，近代資本主義社會（市民社會）的成立期所形成。其論述脈絡從對於專制時代刑法制度的批判所展開的啓蒙主義刑法思想開始，批判法與宗教、道德的不可分性、身份刑法的不平等、刑罰專擅主義與苛酷的刑罰。而啓蒙主義刑法思想則將刑法制度從宗教、王權的手中解放出來，建立其合理基礎；將刑罰權的根據與界限置於社會契

²⁷ 沢登佳人（1968），〈罪刑法定主義の歴史的意義への反省〉，《犯罪と刑罰（上） 佐伯千仞博士還曆祝賀》，頁 70-71，東京：有斐閣。

²⁸ 浅田和茂（2005），《刑法總論》，頁 23-24，東京：成文堂；林幹人（2001），《刑法總論》，頁 95，東京：東京大学出版会。

²⁹ 沢登佳人（1968），〈罪刑法定主義の歴史的意義への反省〉，《犯罪と刑罰（上） 佐伯千仞博士還曆祝賀》，頁 71，東京：有斐閣。

³⁰ 大野真義（1982），《罪刑法定主義》，2 版，頁 151，東京：世界思想社。

約論，並由此出發，主張嚴加區別法與宗教、道德、罪刑法定主義、處罰的平等原則、罪刑均衡性、廢止苛酷的刑罰，以及建立目的論的刑罰觀³¹。

體系性地在理論上將啓蒙主義刑法思想加以展開者，是被稱爲「近代刑法學之父」的 Feuerbach。有認爲其從社會契約論出發，將國家之目的置於個人相互的自由保障，而市民基於社會契約所託付的最小限度之自由的總和，刑罰權即以此爲其根據，超越此一根據者，即爲權力的濫用，因而不正當。他將道德與法律嚴加區別，而認爲所謂犯罪，並非道德的違反，而是法律的違反，以權利侵害來掌握犯罪概念，藉此有限制犯罪成立與科刑範圍的非犯罪化傾向³²。

不過，就 Feuerbach 理論係基於契約論的主張，亦有認爲 Feuerbach 成熟期理論，已轉向一種目的論的國家概念。目的論依然是源自於自然狀態的脫離，但是國家的形成與個人與國家之間的秩序安排，則是基於與個人意志無直接關係的「整體意志」組織市民社會而形成，並非契約關係，此外，國家形成後的目的，即在組織法律狀態，以供人類共同依存。因而，犯罪意義的詮釋，則轉而成爲對於國家目的實現的妨害與破壞，國家必須以刑罰擔保在其主權範圍內沒有侵害行爲存在，這樣的妨害是犯罪，就其實質內涵，則爲國家與個人的權利侵害，而成爲實質犯罪要素³³。而國家侵害防止的應對，即是刑罰。

從而，Feuerbach 認爲刑罰對於市民有物理上惡害的強制效果與心理產生威嚇效果的強制效果，而其將重點置於後者，物理強制只是爲了心理強制能夠實現，因而建立刑罰制度，使得能產生一般預防形式的普遍威嚇，此即其著名的心理強制論。並且，透過實證法就犯罪與刑罰的預告，使得心理強制得以在市民心中產生，Feuerbach 之所以主張罪刑法定主義，僅是使得心理強制機制得以貫徹³⁴。

基於 Feuerbach 的理論，犯罪是權利的侵害，其處罰基礎在於過去客觀的行爲，在此一意義下，其採的是客觀主義犯罪理論。而當時在啓蒙的絕對主義之基礎上，針對 Grolmann 與 Stübel 主張之特別預防理論的主觀主義，Feuerbach 亦認爲，該理論將處罰之基礎求諸於行爲人心情與性格之危險性此種不明確的對象，此舉將使法律與道德的混同，而以欠缺客觀基準等理由，反駁這種主觀主義的學說。不過亦可從其心理強制論的主張，認爲人基於（非理性之）感性而有快樂與

³¹ 內藤謙（2007），《刑法理論の史的展開》，頁 526-527，東京：有斐閣。

³² 內藤謙（2007），《刑法理論の史的展開》，頁 528，東京：有斐閣。

³³ 許恆達（2006），〈刑罰理論的政治意涵——論「刑事政策」的誕生〉，《月旦法學雜誌》，137 期，頁 198-199。

³⁴ 許恆達（2006），〈刑罰理論的政治意涵——論「刑事政策」的誕生〉，《月旦法學雜誌》，137 期，頁 199。

痛苦的選擇能力，可見其並不採取自由意志論³⁵。

透過 Beccaria、Feuerbach 等學者，形塑並展開了古典學派的刑法理論。這樣的刑法理論縱然否定了道德的應報觀念，但如果就其理論成立之社會背景以觀，此種刑法理論可謂反映了近代初期，亦即資本主義成立、蓄積期的構造。詳言之，為使資產階級人民行動能獲得最大限度的自由空間來累積財產，採取個人主義式的自由主義毋寧是重要的，因而為了確保市民階級的自由，只在最小限度有維持市民社會秩序的必要之下，國家才有合理限制的權力。這樣的理論在論述上，以有著合理預測能力的同質性個人，基於其所具有的預測可能性而自由的活動，與最終將達成預想中最大多數人的幸福相連結³⁶，似乎將資產階級市民財產的蓄積，與整體社會的幸福劃上等號，為資本主義成立期之理論特色。而理論成立的社會結構縱然消失，被歸類為前期古典學派之理論亦會受到修正，不過，其對於國家不信任而來的傳統，仍然超越了時代的制約，保存了刑法確保個人自由之人權保障目的。

總而言之，啓蒙主義刑法思想乃至於前期古典學派刑法理論，其重點皆繫於對於過去專制刑事法制度的徹底改革，透過改革而來的立法，藉由形式的三權分立，來貫徹罪刑法定主義、否定法官裁量餘地，以一般預防觀點追求刑罰的目的之傾向，亦相當強烈，亦以社會損害性的程度為中心，來決定刑事責任的量，法定刑不僅範圍狹小而且固定³⁷。

而蓄積財富後的社會，開始煩惱以往所利用過的普羅階級的反動，因而倘若對照 1791 年的法國刑法典與 1810 年的拿破崙刑法典即可知，後者反映出法國第一帝制的反動性格，將重點置於鎮壓（普羅階級）犯罪之目的，顯著地強化刑罰，而有嚴罰傾向³⁸。1810 年的拿破崙刑法典，與其說受到 Beccaria 的影響，毋寧說受到 Bentham 更大的影響。不久，拿破崙失敗，該時法國為了緩和因為過度追求功利目的而產生的苛酷化刑罰，於是基於日漸發達的自由主義思想，發展了結合刑罰目的性（社會效用）與應報性（正義）的折衷主義，而形成新古典學派，此一學派並支配了刑法學界的理論思想，一直到 19 世紀後半³⁹。基本上，新古典學派理論是對於前期古典學派理論加以修正，在其延長線上發展的自由主義理論

³⁵ 內藤謙（2007），《刑法理論の史的展開》，頁 528-529，東京：有斐閣。

³⁶ 內藤謙（2007），《刑法理論の史的展開》，頁 529，東京：有斐閣。

³⁷ 內藤謙（2007），《刑法理論の史的展開》，頁 529-530，東京：有斐閣。

³⁸ 李茂生（2007），《刑法總則講義 2007 年版》，頁 11，台北：自版；內藤謙（2007），《刑法理論の史的展開》，頁 529-530，東京：有斐閣。

³⁹ 內藤謙（2007），《刑法理論の史的展開》，頁 530，東京：有斐閣。

40。而這正是後期古典發展的背景及其思想基礎。

第二款 後期古典學派

相應於過去啓蒙思想中合理的個人主義，這時的思想基礎，是強調超個人民族精神的本源性與創造性的浪漫主義，與將法視為民族精神的產物而重視其歷史研究的歷史法學派，並且受到以形上學的意思自由論為基礎而主張絕對應報刑論的觀念論哲學的影響⁴¹，主張刑罰即是應報，僅憑此點即可正當化刑罰。

在德國，其中產市民階級在 1848 年的三月革命遭受挫折後，為了抵抗其他先進資本主義國家的侵略，要求德國統一與自由，於是與貴族妥協，承認其支配權，並藉由民族共同體的強調，在國家主義式普魯士的強勢國力下達成統一，由上而下的改革，此即被稱為俾斯麥帝國的德意志第二帝國，並在 1871 年制訂後期古典主義的刑法典。此時的社會結構，在東部是由貴族所經營，其頑強地維持了封建式的帝國統治，而西部則以市民為中心，建立起機械式工業發達的市民社會，整個德國的這種異質而對立的雙重社會結構，形成了德國當時的跛腳型經濟發展，亦可說其國家的構造有其階層的與權威的社會構成面。同時，為使這樣的經濟得以發展，並且，德國做為一個後進資本主義國家，在對抗先進資本主義國家的情形之下，於政治上必須要有強而有力的國家，以及在一定範圍內的市民活動自由，因而第二帝國基本上是沿著國民主義與自由主義來發展，而反映了官僚國家與法治國家的獨特混合形態⁴²。

而後期古典學派的學說，在法實證主義與德國觀念論哲學的影響之下，主要是在與近代學派的鬥爭中，逐漸形成。前述構成要件理論發展中所提及之 Binding、Beling 與 Birkmeyer⁴³，皆為其代表人物。惟其理論內容因人而異，但其共同點在於主張自由意思、道義責任論與應報刑。後期古典的兩個重要面向，其一是以國民對於國家之服從義務為基礎，將規範違反當做犯罪的本質，刑罰的本質是應報，亦即使犯罪人屈服法的強制之下，藉此來確立法法的權威，而有濃厚的國家主義與權威主義的色彩⁴⁴。另一則是主張刑罰是對有責犯罪行為的應報，且重視行為做為自由意思的外部性，該應報是基於社會秩序維持的目的而來，藉此確立了構成要件理論與客觀主義犯罪論，因而具有自由主義的側面⁴⁵；總括來

⁴⁰ 內藤謙（2007），《刑法理論の史的展開》，頁 530，東京：有斐閣。

⁴¹ 內藤謙（2007），《刑法理論の史的展開》，頁 530，東京：有斐閣。

⁴² 內藤謙（2007），《刑法理論の史的展開》，頁 531-533，東京：有斐閣。

⁴³ 請參見本章節第一項第二款。

⁴⁴ 此即 Binding 的理論。

⁴⁵ 此亦可從 Beling 理論看得出來。

說，此時期的德國，企圖透過刑事制裁來達成國家法秩序維持的目的，有強烈的國家主義色彩，隨著 1890 年以後的新航路政策等政治狀況的變化，自由主義的特色則僅只流於表面⁴⁶。

比較前後期古典之理論，其皆強調犯罪與刑罰的均衡，並以客觀主義建構其犯罪理論，不過，基本在刑法與道德、國家道義是否嚴加區別，以及是否以自由意思為前提而主張道義責任或應報這兩點上，有其差異。這樣的異同，亦對應著後期古典學派自由主義與國家主義的兩個側面⁴⁷。

第三款 古典學派的成就

古典學派的誕生，是在資本主義成立初期，對於專制時代罪刑專擅主義的批判而來，可視為是對於刑事司法制度的改革，並逐步建立刑事法理論論述，在這個面向，是對於「處罰」一事的理性化並將之重新整理，使人們可以知道刑罰、預測刑罰而行動。一方面做為刑罰的合理化論述，另一方面賦予人民自由。

在與近代學派的鬥爭之中，古典學派大致上仍然維持著其立場。但在當時自由主義盛行、資本主義成立初期，自由的開放社會方才建立，或許因著穩定社會氣氛之必要，就刑事法制度的建構，卻反倒強調其主要係以國家秩序的維持為目的，而有將刑法規範視為整體國家政治秩序維持之工具，欲透過刑法來從事收束（整肅）與安定社會之政治目的的一個側面，此由 Feuerbach 就刑事政策的思想，即可看得出來⁴⁸。

第三項 近代學派興起——以保安處分為論述中心

第一款 社會背景

19 世紀以降，資本主義的矛盾漸漸暴露出來，無產階級的貧困與失業問題嚴重化的結果，導致社會因此而產生劇烈變動，犯罪激增（特別是累犯與少年犯罪的增加）現象。以此種現象的處理做為理論對策，形成一股論述力量，對於僅將犯罪與刑罰視為法律現象而主張應報刑、但對於上述現象卻苦無對策之後期古

⁴⁶ 內藤謙（2007），《刑法理論の史的展開》，頁 531-532，東京：有斐閣。

⁴⁷ 內藤謙（2007），《刑法理論の史的展開》，頁 533，東京：有斐閣。

⁴⁸ 更細緻的論述，請參見：許恆達（2006），〈刑罰理論的政治意涵——論「刑事政策」的誕生〉，《月旦法學雜誌》，137 期，頁 198-202。

典學派加以批判，而產生了近代學派⁴⁹。

在當時，思想界正被自然科學驚人的進步與發展所刺激，犯罪學、刑事學、社會學等等的諸種實證科學從自然主義與實證主義找到了新的生路，並對進化論的假說表示關心。對於犯罪與刑罰根本性的重新思考，在以 Lombroso 為中心的義大利學派的影響之下，犯罪原因的實證研究開始盛行，有關犯罪與刑罰的所有問題，走向了新的研究方向，開始對於犯罪與犯罪人做研究並建立其理論對策⁵⁰。

因此，由 Feuerbach 加以體系化而成的刑法理論，也就是所謂古典學派（舊派），遭受到了來自各個面向的批判。特別是對於刑罰思想的批判，可說是十分顯著，對於古典學派的應報刑主義，近代學派則提出了目的刑主義的主張。尤其是就刑罰的價值，近代學派認為，刑罰做為一種重要的犯罪對策，但卻不是唯一，在刑罰之外做為刑罰的代替或補充之保安處分，其重要性開始被強調⁵¹。惟保安處分的歷史發展，事實上早在 18 世紀末期即響起主張的聲浪，但卻非隨即被接受，反倒是在其後的特殊社會氛圍之下，保安處分才正式的進入各國的刑事處遇規範之中。

第二款 刑法與刑罰之間的系統分化

當刑罰的內容僅限於死刑、肉體刑等的時代，刑罰的執行僅是刑事司法系統運作的結果而已，即使進入啓蒙時期，在人本思想之下，死刑與肉體刑雖然受到批判，但取而代之的自由刑或罰金刑等刑罰，卻仍然沒有從刑法中獨立出來，學者認為，這可以從有關刑罰的絕對應報刑思想中得到證據，因為在絕對應報刑的思想中，認為刑罰是犯罪的當然應報，僅此即可正當化刑罰，從而刑罰並不擁有任何藉以正當化自身的目的⁵²。是故，沒有自身的目的之刑罰，則仍處於刑事司法系統之中。

惟，受到目的思想影響之所及，即是刑法與刑罰的系統分化。在自然科學實

⁴⁹ 內藤謙（2007），《刑法理論の史的展開》，頁 535，東京：有斐閣。

⁵⁰ 藤本哲也（2006），《刑事政策概論》，5 版，頁 192，東京：青林書院；內藤謙（2007），《刑法理論の史的展開》，頁 535，東京：有斐閣。隨著自然科學的發達，實證主義亦被用以研究犯罪，其所發展之對策，即為（廣義）犯罪學理論。例如義大利學派三大家，即分別以不同個方法出發，Lombroso 係以人類學（頭蓋骨）的研究，主張生來犯罪人的存在；Ferri 則利用犯罪社會學的方法，將犯罪原因分為人類學、社會學與物理學原因，否定以意思自由為前提的道義責任論，而主張社會責任論，排斥傳統責任與刑罰的概念，取而代之的是危險性與制裁的概念；Garofalo 則嘗試透過犯罪心理學的研究，主張刑罰應適合於犯罪人的惡性。

⁵¹ 大野真義（1982），《罪刑法定主義》，2 版，頁 151，東京：世界思想社。

⁵² 李茂生（2003），〈論刑法部分條文修正草案中保安處分相關規定〉，《月旦法學雜誌》，93 期，頁 103。

證主義發展的潮流中，人類行為科學的進展，使得人們開始探問：做為惡害的刑罰怎麼會沒有任何目的？因此，近代學派展開了論述，認為刑罰應該有其目的存在，而該目的即為犯罪預防。相對於近代學派的目的刑論，則是古典學派所主張的應報刑論。

刑罰系統藉由目的的新設，展開了諸多論述⁵³，透過犯罪預防有效與否的討論，刑罰系統漸漸地從刑事司法與刑法中分化出來。而系統中耦合狀態的論述，即是相對應報刑論，刑罰系統的外部正當性依據在於刑事司法系統所提供的應報概念，但是刑罰自身的妥當性基礎，即在於犯罪預防的有效性評估⁵⁴，而不再與刑法有緊密關連。並且，同時也在同一目的之下，展開了另一種處遇的手段，即為保安處分。

第三款 保安處分理論與制度的形成

保安處分與刑罰相同，都是刑事處分之一種，但仍有幾點可與刑罰相區別。第一是刑罰是對於犯罪所施加的責任非難，相對於此，保安處分則不以責任非難為其要素。第二，刑罰係以犯罪行為責任之存在做為前提，但保安處分則未必如此⁵⁵，並且以行為人將來之危險性為處分之要件。從而可知，刑罰是對於過去的犯罪所加諸之應報，而保安處分之實施則是為了除去行為人將來之危險性⁵⁶。

而所謂保安處分，係為了防止其將來再犯之危險性，而以刑罰以外之手段來補充刑罰或替代刑罰，由法院所宣告之伴隨著自由的剝奪或限制之隔離、改善或矯治之處分。也就是說，所謂保安處分，主要是以特別預防的觀點來看的情況下，因為刑罰有其本質上的限制，因而以保安處分來補充刑罰，即為保安處分⁵⁷。一般而言，此即被稱為狹義的保安處分。我國現行刑法中所規定之數種保安處分措施，皆為狹義的保安處分。

而所謂廣義的保安處分，係指以防止犯罪行為或類似於犯罪之行為為目的，而實施或進行之刑罰以外國家所為之處分，並且實質上地發揮保安處分的機能

⁵³ 即為一般預防理論與特別預防理論兩大類。

⁵⁴ 李茂生（2003），〈論刑法部分條文修正草案中保安處分相關規定〉，《月旦法學雜誌》，93期，頁103。

⁵⁵ 此處係指對於行為科處刑罰，該行為必須具備構成要件該當性、違法性與有責性，而為一犯罪行為，但保安處分則有可能欠缺有責性，從而該行為仍非犯罪。

⁵⁶ 澤登俊雄、所一彥、星野周弘、前野育三編集（1993），《新・刑事政策》，村井敏邦執筆担当の部分，頁183，東京：日本評論社。

⁵⁷ 藤本哲也（2006），《刑事政策概論》，5版，頁192，東京：青林書院。

⁵⁸。我國檢肅流氓條例中，對於流氓所為之感訓處分，即似得認為是廣義的保安處分措施⁵⁹。

第一目 近代學派思想概說

近代學派的大將 Franz v. Liszt 受到目的思想的影響，開始強調於刑法中目的思想的重要性，開啓刑罰合目的性的理解方法，刑罰因而基於目的思想而獲得份量與獨立的目標，從而，犯罪（刑罰的前提）與刑罰的內容與份量（刑罰制度）皆開始進化，刑法與刑罰皆應有目的意識地從事法益保護⁶⁰。Liszt 見解中的國家與法律的關係，與 Feuerbach 晚期的觀點幾乎雷同，是經由脫離自然狀態的需求，來證立國家存在的意義；但相較於 Feuerbach 的權利侵害說，Liszt 則接受 Rudolf Jhering 的想法，將犯罪架構在形塑共同生活之必要條件的侵害，因此刑罰不能停留在單純應報的層次上，而必須反過來促進該共同生活的條件，刑罰必須具有合目的性⁶¹。

在此，Liszt 展開了刑事政策思想，並將重點置於促進國家的共同利益，並設法提高國家的權力，政治權力的安全確保，即為其刑事政策的指標。因此，其將刑罰適用的前提，取決於任何足以促進政治與國家權力的「法益」，並認為法益保護即為「利益保護」，這種目的思想下的法益概念，縱然是一種刑罰的限縮，

⁵⁸ 澤登俊雄、所一彦、星野周弘、前野育三編集（1993），《新・刑事政策》，村井敏邦執筆担当の部分，頁 183，東京：日本評論社。

⁵⁹ 施行即將屆滿 53 年的檢肅流氓條例，已被三度宣告違憲。而其立法目的係為防止流氓破壞社會秩序、危害人民權益。該條例中，對於流氓所為之感訓處分，似得認為是廣義的保安處分措施。詳言之，依檢肅流氓條例第 2 條，流氓係為年滿 18 歲以上、並具有該條所謂之流氓行為、且足以破壞社會秩序之人；被認定為流氓，雖未為犯罪行為，仍可依同法第 13 條由法院交付感訓，而裁定交付感訓處分，此種感訓處分因非規定於刑法之中，且其並不以特定人為犯罪行為作為前提，故不屬於狹義之保安處分。

然而，該處分並非起因於犯罪行為，且其處分機關為法院（或有稱治安法庭）以裁定加以宣告，再者，若受裁定感訓處分之流氓行為，同時觸犯了刑事法律並經有罪判決確定，其應執行之有期徒刑、拘役或保安處分，與感訓處分期間可相互折抵之（參照同法第 21 條），而法院受理流氓案件，若有該條例或其他法令所未規定者，亦可準用刑事訴訟法之規定（參照同法第 23 條），最重要的是，感訓處分將特定人予以拘禁，此一措施亦能發揮保安處分之機能，故將其理解為廣義之保安處分，似無不可。

另外，同法第 13 條第 2 項但書規定，感訓處分之裁定，無庸論知其期間，而感訓處分期間及其長短，依同法第 19 條規定為一年以上三年以下，並由執行機關決定是否有繼續執行之必要，於該機關認無繼續執行之必要時，再檢具事證由原裁定法院許可免予繼續執行。雖然刑罰或保安處分可與感訓處分相互折抵，但司法院大法官第 636 號解釋認為，此一規定於先執行刑罰、保安處分未滿三年時，因感訓處分之間未經論知，無從計算可折抵之期間，如將同法第 19 條規定解為應再繼續執行至少一年之感訓處分，可能使受感訓處分人之身體自由過度遭受限制，因此認為上開第 13 條第 2 項但書之規定，有導致受感訓處分人身體自由遭受過度限制之虞，而論知相關機關應予以檢討修正之。詳請參見：司法院大法官第 636 號解釋文及其理由書。

⁶⁰ 內藤謙（2007），《刑法理論の史的展開》，頁 536，東京：有斐閣。

⁶¹ 許恆達（2006），〈刑罰理論的政治意涵——論「刑事政策」的誕生〉，《月旦法學雜誌》，137 期，頁 206-207。

但成立犯罪的限制要素，係以強化國權力量的必要利益為準，可以說犯罪成立的實質前提，也成為政治利益的確保⁶²。

而其刑事政策的實質內容，區別了個人的與社會的犯罪原因，而將刑事政策的課題置於犯罪的個人原因的去除，至於犯罪的社會原因的去除，則是社會政策的任務，因而其主張爲了提升勞動者階級，冷靜而有目的意識的社會政策，即爲最佳且最強而有力的刑事政策，特別地強調社會政策的重要性⁶³。

既然確立的刑事政策是爲求犯罪個人原因的去除，過去對於犯罪的處罰皆將重點從行爲人切離而置於行爲一事，則遭到 Liszt 的批評，因而其主張應被處罰的是行爲人，並且應該透過行爲人反社會性格所表彰出來對於法秩序的危險性，來決定刑罰的種類與份量，因而走上行爲人刑法、主觀主義與性格責任論。而刑罰的唯一正當化依據，則是爲了法秩序維持所必然，刑罰不外是社會防衛的手段，主張社會防衛論的思想⁶⁴。

不過，如果認爲縱然特定個人並未從事客觀上的犯罪行爲，但其仍然可能存在犯罪的個人與社會原因，因此應該仍有特別預防的必要，從而若僅就客觀現實所發生犯罪行爲加以科處刑罰，就近代學派這樣的主張而言，無疑是不充足、不徹底，甚至是矛盾的。但 Liszt 並沒有放棄啓蒙以後的所有成就，亦未放棄刑法的法治國家機能，因而認爲刑法典是犯罪者的大憲章、亦是刑事政策無法越過的柵欄；惟仍可將當時所生之問題，在自由主義與社會主義的潮流中的相關政治發展加以掌握。簡言之，縱然其刑罰論與過去大相逕庭，但其犯罪理論的構成仍從客觀行爲出發，而維持了客觀主義⁶⁵。

然而，倘若要貫徹近代學派的主張，則罪刑法定主義一再高舉個人人權保障旗幟，即沒有大幅修正的可能，或許即是因此，近代學派歸根究底地在刑法二律背反的機能中，特別強調社會防衛機能此一面向⁶⁶。

近代學派的形成，有其對於法實證主義的概念法學加以批判的一個面向。這樣的傾向的社會背景，基本上是伴隨著高度資本主義化而產生的諸多社會問題。在巨大寡占體的經濟體制中，貧富的對立、失業等等諸多社會矛盾現象的發生，以及過去資本主義成立期所宣稱的前提的破滅：個人同質性的喪失與基於個人自由而來的最大多數人的幸福之預設的崩壞，爲了應付這些情形，近代學派則爲求

⁶² 許恆達（2006），〈刑罰理論的政治意涵——論「刑事政策」的誕生〉，《月旦法學雜誌》，137期，頁207。

⁶³ 內藤謙（2007），《刑法理論の史的展開》，頁536，東京：有斐閣。

⁶⁴ 內藤謙（2007），《刑法理論の史的展開》，頁536-537，東京：有斐閣。

⁶⁵ 內藤謙（2007），《刑法理論の史的展開》，頁537-538，東京：有斐閣。

⁶⁶ 大野真義（1982），《罪刑法定主義》，2版，頁151，東京：世界思想社。

個人實質的自由與平等的回覆，相對於法實證主義的形式合法性，開始強調實質的妥當性⁶⁷，企圖回復被資本主義所破壞的同質性個人與自由活動的基礎，但卻未反省現狀最初（前期資本主義的設定）的錯誤⁶⁸。

結果僅是使得在由法治國家發展到社會福利國家的這種標語之下，社會國家的諸種作為得到正當化（補破網）的基礎而已⁶⁹。並且亦有其國家觀的變遷與社會政策擴張的傾向存在，連帶影響國家機能的擴大與積極化，但近代學派主張的諸多內容，例如行為人主義、主觀主義、性格責任論，犯罪者類型論、刑罰個別化理論等等，都有其不明確性，而容易受到操作，而影響個人自由與人權保障。甚且，近代學派的社會防衛論，其「社會」係指現實包括的社會，亦即係以國家視之，或者也可以說，僅將其視為現實的資本主義社會，而用以防衛該時的現狀，亦有其國家主義與權威主義的面向⁷⁰。因此，所謂的社會防衛，其實僅是資本主義國家（資產階級）的防衛而已。

第二目 保安處分的性格

一、新的對抗犯罪手段

如前所述，於 19 世紀的後半，資本主義急速發達，人口集中於都市，占都市人口大部分的普羅大眾，其生活習慣與思考模式，不僅是無法符合新的產業化社會需求，亦造成了新興中產階級在道德以及治安上的危機感。在這種情況下，做為社會支配階級的布爾喬維亞開始展開了社會改造運動。在正面，他們確立了小家庭制度與義務教育制度，藉此將成人按其社會機能分成男女予以定位，同時也確認了未成年人的概念；在負面則是進行了大規模的拘禁活動，企圖在剝奪自由的情境下，除確保暫時性的治安外，亦進行「不良份子」的改造⁷¹。

然而，客觀得以遂行改造行動的條件，卻因為當時的刑法與刑罰思想仍是以古典主義為主流，這種以惡害為中心而著重應報刑的刑罰制度，將使得對於犯罪人採取事後預防的措施、防止其將來再度侵犯中產階級法秩序的特別手段，無法展開，因而一群新興中產階級的論客們開始設計新的對抗犯罪手段，此即保安處分制度⁷²。

⁶⁷ 內藤謙（2007），《刑法理論の史的展開》，頁 538，東京：有斐閣。

⁶⁸ 李茂生（2007），《刑法總則講義綱要 2007 年版》，頁 15，台北：自版。

⁶⁹ 李茂生（2007），《刑法總則講義綱要 2007 年版》，頁 15，台北：自版。

⁷⁰ 內藤謙（2007），《刑法理論の史的展開》，頁 538，東京：有斐閣。

⁷¹ 李茂生（2003），〈論刑法部分條文修正草案中保安處分相關規定〉，《月旦法學雜誌》，93 期，頁 107。

⁷² 李茂生（2003），〈論刑法部分條文修正草案中保安處分相關規定〉，《月旦法學雜誌》，93 期，頁 107。

二、制度發展

不過此種社會手段，一直以來都以不同形式存在。基於保安之目的，將犯罪者從社會中予以驅逐或隔離之制度，從過去就以中世紀的驅逐出境（流放）或於 Carolina 刑法典中的不定期之保安拘禁或嫌疑刑之形式而存在。但是，保安處分被與刑罰加以區別開來之觀念的形成，是近代以降，刑罰被建構以自由刑為中心，並意識到犯罪與刑罰之均衡原則之後，才形成的想法。刑罰必須在與所犯之罪之嚴重程度相均衡的限度範圍內，確定刑期而予以宣判。從而，作為刑罰的不定期之保安拘禁或嫌疑刑即必須予以排斥。但是，對於社會而言有危險的犯罪者，保安思考也被認為有其必要。從這樣的構想出發，早在 18 世紀的德國，即有 E. F. Klein 主張作為與刑罰有所區別之保安處分的重要性。根據 Klein 之主張，刑罰與保安處分，於其本質上可相區別，相對於以責任為基礎所確定下來的定期性刑罰，其主張之保安處分則是以行為人的危險性為基礎的不定期處分。然而，Klein 的保安處分思想，與作為其基礎的警察國家思想，遭受 Feuerbach 的強力批判，隨著自由主義思想的勃興，沒有受到重視⁷³。到了 19 世紀後半社會基盤的改變，保安處分制度才獲得支撐。

為了解決新興社會問題，目的刑論者 Liszt 使得 Klein 的保安處分論重新回到歷史的舞台。Liszt 將基礎置於 Klein 的刑罰論與保安處分論並改變其理論樣貌，以「國家自我防衛」做為其社會防衛論的主張，主張刑罰與保安處分同樣作為社會防衛目的之手段而具有同一之機能。對於犯罪人除科處（有犯罪預防矯治機能的）刑罰之外，而其對於無法改善的習慣性犯罪人則應施以不定期刑（保安拘禁），而對於改善可能的習慣犯則採取矯正收容所之矯正處分（改善處分）。Liszt 的保安處分論，雖然在刑罰無效果時，保安處分有所謂補完（補充）之機能而採取了二元構造，但是其基本上並不認為刑罰與保安處分之間有本質的差異，而係採取一元主義。因而，這是一種貌似二元論，但是實際上卻是以社會防衛觀點而將刑罰與保安處分一元化的論調。惟，這種觀點並未受到太大的重視，相對於此，瑞士的 C. Stooss 則提倡刑罰與保安處分明確的二元主義，並且因為這種二元論提供了新舊兩派絕佳的折衷方案，從而獲得了支配階層極大的青睞⁷⁴。

而 Stooss 與 Liszt 不同，其將刑罰的本質求諸應報，主張無責任即無刑罰，刑罰的量亦以責任為基礎。但是，就刑罰之機能，其認為是犯罪之抑止與國家之

⁷³ 澤登俊雄、所一彦、星野周弘、前野育三編集（1993），《新・刑事政策》，村井敏邦執筆担当の部分，頁 184-185，東京：日本評論社。

⁷⁴ 李茂生（2003），〈論刑法部分條文修正草案中保安處分相關規定〉，《月旦法學雜誌》，93 期，頁 107-108；澤登俊雄、所一彦、星野周弘、前野育三編集（1993），《新・刑事政策》，村井敏邦執筆担当の部分，頁 185，東京：日本評論社。出自 Stooss 之手的 1893 年瑞士刑法預備草案，係於刑法中首次規定了刑罰以外的保安處分制裁形式。

法益保護。而所謂「有助於國家的法益保護」這點而言，保安處分也擁有同樣的機能，即使對於無責任之人亦可相應於其狀態而科予保安處分⁷⁵。其後，雖然 Stooss 的提案被評價為目的刑與應報刑妥協的產物，並且受到來自於新舊派兩個陣營的攻擊，但是事實上，在這之後雖然亦有轉向一元刑事制裁體系之立法例，但諸多國家的刑事處分體系，所採取的都是此種二元主義的立法例，因而成為主流⁷⁶。

從 1920 年代開始一直到 30 年代，各國刑法典中皆規定了保安處分，就此，被認為有幾個理由：突然進入資本主義獨佔階段，想要藉由強力的國家權力之介入來解決第一次大戰後的社會、經濟混亂的這種傾向，世界性地強大起來，犯罪狀況由於社會、經濟上的矛盾而產生的財產犯罪激增，特別是為了常習累犯問題的解決，向來的定期性制度被認為並非有效的手段，一般認為不定期刑與保安處分作為新興的犯罪克服手段能發揮其有效性，比起以行為為基準而畫一的刑罰科賦，相應於行為人的狀況而給予個別的處分的處遇方式，是否與當時正在滲透之社會主義思想相合致，亦有這樣的思考⁷⁷。

可是，保安處分當時的重點在於對常習性犯罪人之保安留置等等的預防拘禁處分，歐洲各國面對著犯罪問題而輕易的肯認。從而，對於保安處分的批判，當然也就朝著保安留置等等的預防拘禁處分。有學者認為，對於精神障礙者的治療、養護設施收容處分等等，本來是行政機關應發揮的機能，偶然地移轉給刑事法官，因而被認為「並非刑事政策的保安處分」⁷⁸。

直至二次大戰後，對於戰前保安留置或預防拘禁制度的濫用，產生了批判，

⁷⁵ 澤登俊雄、所一彦、星野周弘、前野育三編集（1993），《新・刑事政策》，村井敏邦執筆担当の部分，頁 185-186，東京：日本評論社。其所謂之保安處分不受法律上構成要件及與刑罰效果所拘束，而毋寧是依照各個人的狀態加以處遇。不良或偏差少年即予以強制教育，對社會而言危險的精神病患即將之收容於病院加以治療、養護，放蕩者即收容於勞動設施，嗜酒者則加以矯正，習慣犯則予以無害化。犯罪行為只不過是使行為者之狀態得被認識的諸種徵候的其中一種。處分的種類與期間，必須參照處遇的目的與效果來決定。請參見：Carl Stooss, Strafe und sichernde Massnahme, Schweizerischen Zeitschrift für Strafrecht 18,3 (1905). 轉引自：澤登俊雄、所一彦、星野周弘、前野育三編集（1993），《新・刑事政策》，村井敏邦執筆担当の部分，頁 186，東京：日本評論社。

⁷⁶ 澤登俊雄、所一彦、星野周弘、前野育三編集（1993），《新・刑事政策》，村井敏邦執筆担当の部分，頁 186，東京：日本評論社。瑞士於 1937 年終於將此規定於刑法典上。而德國則自 1909 年草案以降，雖然進行了仿效 Stooss 草案的保安處分規定之提案，惟其實現則在成立於納粹時期 1933 年之「危險習慣犯與有關保安、改善處分之法律」。對於其他歐洲諸國的立法，Stooss 草案也給予不少的影響，從 1920 年代後半一直到 1930 年代各個國家中，可以看見有許多採取二元主義的刑事處分體系的立法例。

⁷⁷ 澤登俊雄、所一彦、星野周弘、前野育三編集（1993），《新・刑事政策》，村井敏邦執筆担当の部分，頁 187，東京：日本評論社。

⁷⁸ 澤登俊雄、所一彦、星野周弘、前野育三編集（1993），《新・刑事政策》，村井敏邦執筆担当の部分，頁 187，東京：日本評論社。

而此些制度作為常習犯罪預防手段之有效性，亦有質疑，因為這些批判與質疑，這些制度遂離開了保安處分制度的核心，取而代之的是對於精神障礙者的保安處分，佔據了保安處分的核心地位⁷⁹。

第三目 刑罰與保安處分的關係及保安處分之機能

刑罰與保安處分的關係，主要有一元主義與二元主義之分⁸⁰。一元主義並不認為刑罰與保安處分之間有其本質的差異，而認為兩者共同為了社會防衛，作為手段，並且具有共通的目的及機能，從這樣的論點出發，主張刑罰與保安處分的一元化。就一元化的方向來說，有刑罰一元主義與保安處分一元主義⁸¹。在美國並沒有所謂保安處分這樣的概念，就聯邦法律或許多州法皆有採用不定期刑這點來說，可以說是實質的採取刑罰一元主義的方向，但近來也可見其有採用定期刑的傾向。而過去曾採用保安處分一元主義者⁸²，幾乎亦已放棄，如此一來，現在可說是沒有採用純粹的保安處分一元主義的立法例⁸³。

而做為主流的二元主義，於諸多國家中皆予以採用的背景之下，於刑法學上（新舊）學派的對立，並未在現實的措施面以那麼尖銳或激進的面貌予以呈現，對立之處本身也變得不鮮明。也就是說，雖然就刑罰本質的理解依然包藏著深刻的對立，但是由於二元主義肯認了刑罰在機能上亦有預防犯罪的效果，二元主義式的解決則被認為是新舊兩派的適當的妥協折衷點。近來，刑罰與保安處分在機能面的同一性，有更加被強調的傾向，這種傾向加速了二元主義的採用。但是，另一方面，這樣的傾向亦將二元主義暴露於危機之中⁸⁴。

⁷⁹ 澤登俊雄、所一彦、星野周弘、前野育三編集（1993），《新・刑事政策》，村井敏邦執筆担当の部分，頁 187，東京：日本評論社。例如，就西德於 1969 年的刑法修正，將保安留置的要件予以嚴格化，取而代之的是對於精神障礙者，作為改善、保安處分的一種，對於從事違法行為之精神病質者於社會治療設施的收容處分的新設。但是，此一處分卻以財源及人員的確保之困難為主要理由，再三地延遲其實施，其後，放棄導入刑法修正草案。

⁸⁰ 又有稱一元論、二元論，或稱單軌制、雙軌制。

⁸¹ 刑罰一元主義以保安刑、不定期刑的形式，使刑罰發揮、實現保安處分之機能，而保安處分一元化則廢止刑罰，只留下保安處分，將刑事處分單一化。

⁸² 如 1921 年的 Ferri 草案、1926 年蘇聯（Soviet）刑法。再者，1965 年瑞典刑法，將刑罰與保安處分一元化，而為制裁（Paföljd），在這點上，該國刑法也是立於保安處分一元主義來思考。惟，Ferri 草案最後雖未被實定法化，而且蘇聯刑法亦認為，被用來取代刑罰的「社會防衛處分」在無法反應對於行為者與行為的非難一事上有其基本的謬誤，而於 1934 年以刑罰一語予以復活。瑞典刑法於其以社會防衛思想為基調這一點上，雖然可以說其立基於保安處分一元主義，但仍殘留了「刑罰」這樣的用語。

⁸³ 澤登俊雄、所一彦、星野周弘、前野育三編集（1993），《新・刑事政策》，村井敏邦執筆担当の部分，頁 188，東京：日本評論社。

⁸⁴ 澤登俊雄、所一彦、星野周弘、前野育三編集（1993），《新・刑事政策》，村井敏邦執筆担当の部分，頁 188-189，東京：日本評論社。

刑罰與保安處分二元主義主要有幾種適用關係⁸⁵，如今基於兩者皆剝奪自由，而且保安處分的矯治功能優於刑罰，所以是以先行型的必要替代主義為主要執行模式。而雖有論者認為這種模式，因為兩種制度在社會機能上有其同一性（皆是重矯治以防衛社會），從而是執行面上的實質一元主義⁸⁶，不過亦有認為「先行」的意義正在於藐視刑罰的矯治效果，而欲藉由得以「充分」發揮矯治機能的保安處分之執行，來達成犯罪預防效果，而後再基於同為自由拘束處分的現實，肯認替代關係，因而根本不是執行面上的實質一元主義⁸⁷。

甚且，這樣的情勢維持至今，開始有認為刑罰的機能僅在於犯罪的事後處理，藉以確保民眾的遵法意識，才突然警覺到這種先於刑罰而執行的保安處分存在，只是更加彰顯出以往我們所強調的刑罰矯治機能（教育刑理念）僅僅是一種標籤詐欺而已。更重要的是，保安處分除了透過拘束自由情境下所為之矯治機能之外，亦能夠提供暫時性的保安作用，因而使得支配階層更加地愛用保安處分，藉著矯治的外衣來滿足透過長期拘禁所能達成的保安需求。惟，當保安處分制度以替代或補充刑罰預防目的的面貌而運作時，一方面論述上強調保安處分得以實現強烈的矯治機能，這將架空刑罰在監獄中的行刑活動，另一方面，其在執行上卻不當地逾越了刑罰責任應報範疇，而成為平復高亢、不穩定而激盪的民眾遵法意識以及法秩序的激烈手段⁸⁸。

第四款 近代學派對於刑事法學的影響

近代學派的影響，本文主要從以下幾個方向來說明。首先，在 Feuerbach 理論中，刑罰藉著心理強制論而成為了一套保護政治秩序的維安體制；其後，目的思想的萌芽，雖然並未改變的是，刑事政策總是維護著國家既有的政治勢力，然而，Liszt 的刑事政策，已不將重點置於非犯罪人的威嚇（一般預防理論），而轉而將焦點置於犯罪人的個別化處遇，其透過個人犯罪原因的尋出，依據不同原因予以矯治，矯治是產出順民的過程，而無矯治可能性之人則加以排除即可⁸⁹。凡此，所謂對抗犯罪，其皆隱含著對於國家權力的確保。與過往雖然方式不同，不

⁸⁵ 有所謂併科主義（又分成保安處分先行型與刑罰先行型）、替代主義（又分成必要替代與任意替代），以及擇一主義。

⁸⁶ 澤登俊雄、所一彦、星野周弘、前野育三編集（1993），《新・刑事政策》，村井敏邦執筆担当の部分，頁 189-190，東京：日本評論社。

⁸⁷ 李茂生（2003），〈論刑法部分條文修正草案中保安處分相關規定〉，《月旦法學雜誌》，93 期，頁 108。

⁸⁸ 李茂生（2003），〈論刑法部分條文修正草案中保安處分相關規定〉，《月旦法學雜誌》，93 期，頁 108。

⁸⁹ 許恆達（2006），〈刑罰理論的政治意涵——論「刑事政策」的誕生〉，《月旦法學雜誌》，137 期，頁 207-208。

過目的相似。

再者，理論上來說，罪刑法定主義做為刑法的基本原則，細看刑法在總則部分即規範了刑罰與保安處分的量與宣付的法定程序，那麼，犯罪論與刑罰論似乎皆應為其對象而受其拘束。然而，這樣的想法或許略有偏差，因為在目的思想之下，刑罰獲得了自身獨立的綱要（矯治有效／無效），並因此脫離了刑法系統，而在刑罰從刑事司法系統中分化出來之後，其與刑法的關係，僅存在系統耦合的應報刑理論，藉此做為一個刑罰的外部正當化依據而已，因此，罪刑法定主義對於刑罰論的節制作用，恐怕只有在刑罰或保安處分的「量」上可以發揮，而無法針對「質」來做檢驗。在監獄或保安處分執行處所中的處遇內容，即非罪刑法定主義所得置喙之處，因為，刑罰系統中早已有自我檢驗的機制存在。那麼，我們拿什麼來對於「質」的內容做控制？監獄行刑法或保安處分執行法？如果對於受刑人人權的歷史稍有注意，或許即可明瞭，對於刑事處遇的「質」加以節制的想法與實踐，實有其困難之處。

最後，近代學派及其後兩次大戰對於罪刑法定主義的影響，則是罪刑法定主義之實質意義的產生。如前所述，對於罪刑法定主義內容的理解，有形式意義與實質意義之別。如果只從罪刑法定主義「無法律即無犯罪，無法律即無刑罰」此一形式意義來看，那麼只要存在法律或刑罰法規的規定，則無論其規定了如何的內容，往往不會被認為違反了罪刑法定主義。

然而，歐洲歷史經驗告訴我們，縱然犯罪與刑罰在行為前已被決定下來，但倘若其規定內容不明確，即喪失了國民基於預測可能性而來的行動自由與法的安定性，亦無法改變法官或偵查機關對於法律所為之恣意解釋與運用的危險。更進一步，只尋求由國會以法律事先規定犯罪與刑罰，仍然有可能發生法律內容違反了憲法上的人權保障規定、處罰的基礎欠缺必要性、犯罪與刑罰的失衡或者是其規範內容有失正當等等的情形，從而可以發現，只要求形式意義的罪刑法定主義，同樣有可能對於個人人權產生不當的侵害⁹⁰。這樣一來，特別是在戰後，刑罰法規的明確性、均衡性與正當性，即做為罪刑法定主義的實質面向，自覺地展開以此為內容的思考⁹¹。

第四項 一九七〇年代以降的變遷

在刑事政策思想的轉變中，犯罪者處遇的理念有著很大的變遷。如眾所皆

⁹⁰ 當然在此我們可以發現，實定法律並不是人權論述的終點，法律雖然宣稱正義，但似乎永遠有外於法律體制的另一個判斷標準，來評價實定法律是否合理正當、是否符合人權保障的要求。

⁹¹ 內藤謙（1983），《刑法講義總論（上）》，頁 36-37，東京：有斐閣。

知，於 20 世紀以歐美諸國為首，犯罪者處遇的中心思想，是社會復歸理念，這樣的思想至少引領著刑事處遇制度一直到 1970 年代，這樣的思想除了帶來監所的設施內處遇，為了犯罪人的改善更生，社會內處遇的實踐亦有其重要性⁹²。然而進入 1970 年代以後，於歐美國家，特別是在美國，犯罪激增與監獄收容過剩，產生了刑事政策的危機，因此，向來標榜矯治的社會復歸思想，開始受到了批判，相對於過去社會內處遇內容皆以犯罪人更生為目標，新的社會內處遇卻加入了刑罰的要素⁹³，有轉而成為社會內制裁意味在，此即是從醫療模式到正義模式的轉變，刑罰目的亦轉而成為應報與抑止⁹⁴。

而台灣在「寬嚴並進的刑事政策」的旗幟之下，展開了一連串制度修正與環境調整。近年來因為犯罪率的節節高升，終至響起「拚治安」的口號，並展開了新的犯罪防制策略。簡單來說，新的刑事政策重點已非對於犯罪人的處遇，而是轉向在社會中從事一般性的犯罪預防。對於矯治的懷疑所導致之結果，固然造成對於重大犯罪與無改善可能性之犯罪人的隔離無害化，但回過頭來，社會中日常生活情境亦有了改變。以情境犯罪控制理論與理性選擇理論為核心，在社會中設計營造低犯罪風險的安全情境，成為犯罪預防的重要方向之一；公私合作從事犯罪預防，社區中有守望相助隊、監視設備、警民聯防通報系統等等，隨處皆可見到的社會監控，企圖藉此消除被害風險。兩極化刑事政策一方面就特定犯罪走上重刑化趨勢，另一方面為了犯罪預防，在社會內展開了細緻的操作與控制⁹⁵。

而在平時即存在的許多犯罪預防之措施，這些措施雖然看似係針對潛在犯罪人為之，但實際上卻將所有人皆視為潛在犯罪人加以監視、管制。而這些社會內處遇，因為尚未進入或早已脫離刑事審判程序，從而，顯然不在刑事司法的管轄範圍之內，亦不受罪刑法定主義之規制，但問題是，當原有制度下的刑事處遇換

⁹² 1975 年以前的社會內處遇，係指保護管束、假釋等等。請參見：藤本哲也（2006），《刑事政策概論》，5 版，頁 279-284，東京：青林書院。

⁹³ 而 1975 年以後的社會內處遇，則是對於特定對象的電子監視設備、在宅拘禁（集中監督保護管束 IPS）、被害人與加害者和解程序、被害賠償、社會服務命令等等。請參見：藤本哲也（2006），《刑事政策概論》，5 版，頁 284-295，東京：青林書院。

⁹⁴ 以上整理自：藤本哲也（2006），《刑事政策概論》，5 版，頁 217-224，東京：青林書院。

⁹⁵ 謝煜偉（2004），〈二分論刑事政策之考察與批判——從我國「寬嚴並進的刑事政策」談起〉，頁 15-18，臺大法律學研究所碩士論文。這樣犯罪理念的翻轉，很大一部分的原因，在於以往對於犯罪者的凝視，轉而變成對於被害者的凝視，因而在被害者學的發展之下，產生諸多論述，每個人都有可能是被害人，因此對於日常環境的風險控制，即為重要。更詳細的考察與批判論述，請參見謝氏論文第三、四章。

⁹⁶ 而學者對於犯罪預防的想像，出於有效的犯罪風險控制，開始揣想許多對於犯罪人、前科者的新型控制技術，例如：追蹤器、以往用來辨識寵物的晶片，已有開始倡議拿來用在掌握犯罪人行蹤、預防犯罪人行為風險之上，使其一方面可以復歸社會，又不造成社會的負擔。在這樣的思考之下，刑事政策即成爲一種犯罪風險管理學，而可將整個犯罪問題的產生和解決，都當成是生活資源的管理與社會財富分配的一環。請參見：許玉秀（2004），〈犯罪管理學序言〉，《台灣本土法學雜誌》，56 期，頁 1-8。

上了新的名字成爲非刑事處遇時，舊酒裝進了新瓶，卻可以不受罪刑法定主義的節制，此即成爲問題。甚至，對於犯罪的處理，已經不再是一種已發犯罪的事後處理，而是轉變成爲一種事前預防與事後監控。

時代的巨大變動，也具體的呈現在論述與實踐之中。以下將舉出褫奪公權到資格限制的轉變與敵人刑法理論的展開兩個例子，前者是刑罰論中的刑事處遇，而有跨越至行政法領域成爲行政處分的趨勢，後者則是在犯罪論中的理論日趨基進化的問題，本文欲藉此嘗試具體化近來刑事政策的變遷，與明確化罪刑法定主義在其中的變化，以及國家犯罪處理權力的擴散與蔓延。

第一款 由褫奪公權到資格限制的轉變

褫奪公權做爲我國從刑的一種，依現行刑法第 36 條之規定，褫奪公權之內容，係剝奪擔任公務員、公職候選人之資格等等行使治權或政權之資格。而本文所稱之資格限制 (disqualification)，係指剝奪或限制犯罪前科者從事特定職業或活動之處分，亦即對於前科者所爲之職業選擇自由限制⁹⁷，並且因其係規定於刑法以外之法律，處分做成機關亦非司法機關，故應非屬刑事處分。

第一目 從名譽刑而來的褫奪公權

褫奪公權因係以剝奪或限制特定資格或限制能力爲手段，故又有稱爲資格刑、權利刑或能力刑⁹⁸。現代刑罰制度中之資格刑，在能力限制或權利的剝奪上，僅限於公法上的能力與權利，而無私法上的能力與權利的限制與剝奪⁹⁹。

褫奪公權 (資格刑) 源自於古代的名譽刑，乃用以剝奪犯人名譽之刑罰，而以畫衣冠異章服而示恥辱，學者有認爲此等名譽刑係基於應報思想，而故意加諸犯人以恥辱，一方面用以示儆大眾，另一方面用以減損犯人之榮譽，降低其法律地位，以示懲罰，而認爲其本質應爲刑事刑罰，且爲從刑¹⁰⁰。此外，過去的資格刑的範圍可謂相當的廣泛，包含了政治上與司法上權利¹⁰¹。而廣義的名譽刑，分

⁹⁷ 我國對於前科者之資格限制 (職業選擇自由限制) 之相關規範，可參閱：李思儀 (2007)，〈從憲法平等權觀點檢視有前科者之職業選擇自由限制〉，頁 129-149，附表一、二，臺大法律學研究所碩士論文，此篇論文於附表整理了部分資格限制之規範。

⁹⁸ 林山田 (2005)，《刑罰學》，修訂版，頁 307，台北：臺灣商務印書館。

⁹⁹ 林山田 (2005)，《刑罰學》，修訂版，頁 329，註 1，台北：臺灣商務印書館。

¹⁰⁰ 林山田 (2005)，《刑罰學》，修訂版，頁 308，台北：臺灣商務印書館。

¹⁰¹ 如德國舊刑法所規定之資格刑，其剝奪之權利及於公法及私法，例如剝奪獲頒聯邦徽章之權、服兵役權、賦予官公職、稱號、勳章之權、行使政治權利之權、證明證書之作成、爲監護人、親屬會議成員、財產管理員等私法上權利。而日本舊刑罰第 31 條其所剝奪之權利亦廣及終身之國民權利、服官權、保有勳章、年金、貴號、恩給之權利、服兵役權、爲證人、監護人、教師學監之權，請參見：林紀東 (1963)，《刑事政策學》，頁 279，台北：正中。

為指的是對犯罪人加以譴責告誡的譴責刑，和在一定期間內剝奪其行使公權之資格刑兩種，褫奪公權則屬於後者，從而有稱之為資格刑¹⁰²。

就名譽而言，學說上有分為主觀面與客觀面，前述對於犯罪人的譴責告誡，屬於主觀面向，藉此在犯罪人心中銘刻名譽感，因而從此一面向上來看，或許較無使犯罪人與他人疏離之意圖。隨著名譽逐漸地客觀化，亦開始有將特定事項資格之剝奪與限制當做是一種非難。這種非難可能是對一般人皆具有的就業能力、特定職業就業資格或者居住權利加以限制或剝奪，並將其當做刑罰內容，就其結果，是對於市民權利的剝奪與限制¹⁰³。

一、理論基礎及其變革

歐陸法系中的資格刑係源自於羅馬法，起初係出於應報理論的觀點，對於犯罪人的應報，透過對其人格減等來降低其法律地位¹⁰⁴，藉此懲罰犯罪人，並滿足一般人的應報感情。從而作為褫奪公權的刑罰，也和舊時其他流刑、自由刑一樣，亦由懲罰與應報出發，注重社會隔離，從而制訂年代較舊的刑法，其褫奪公權的範圍會較為廣泛¹⁰⁵。

近代的刑罰理論，自從近代學派興起，預防思想的影響力日益增加。其中，特別預防理論欲藉由對於犯罪人個人的矯治、再教育，使其再犯危險降低，適於社會共同生活，來達成預防犯罪以及社會防衛之目的，從而可知，其重視的是犯罪人的社會復歸與再社會化。其論罪科刑的目的既非並非將犯罪者驅逐出社會或隔離於社會，因此，流刑之廢止、假釋之盛行和更生保護制度的發展，皆是預防理論興盛的表徵¹⁰⁶。

然而，當褫奪公權制度碰上特別預防這樣的刑罰理論，即有扞格之處。褫奪公權對於犯罪人社會復歸，似無益處，職此，以褫奪公權為刑罰之一種，即有違特別預防理論之本旨¹⁰⁷。因此，乃自名譽刑的階段進展至資格刑，用此剝奪或停止犯罪者之公權，而此舉之目的已不再是為了對於犯罪者犯罪行為之應報，而是基於社會保安上的需要。在一定期間之內，一方面限制犯罪人從事公職的資格與能力，另一方面剝奪其在公法上之權利，以發揮社會保安之功能。是故，學者有

至於我國（民國 17 年）舊刑法第 56 條之規定，所剝奪之資格除了現行法所規定者外，另剝奪入軍籍之資格、為官兵公立學校職員教員之資格及為律師之資格，請參見：新學林分科六法，第 A-115 頁，2006 年版，

¹⁰² 林紀東（1963），《刑事政策學》，頁 279，台北：正中。

¹⁰³ 小川太郎（1981），《刑事政策論講義》，頁 105，東京：法政大學出版社。

¹⁰⁴ 林山田（2005），《刑罰學》，修訂版，頁 308，台北：臺灣商務印書館。

¹⁰⁵ 林紀東（1963），《刑事政策學》，頁 280，台北：正中。

¹⁰⁶ 林紀東（1963），《刑事政策學》，頁 282，台北：正中。

¹⁰⁷ 林紀東（1963），《刑事政策學》，頁 282，台北：正中。

認為，今日刑罰制度中的資格刑，已非昔日用以抹煞犯罪者人格，剝奪犯罪者在法律上人格的刑罰，而是藉由資格的限制，來減少犯罪者再度危害社會之機會的一種保安處分¹⁰⁸。基此，學者有認為把現代刑罰制度中的資格刑繼續稱之為「名譽刑」，並不適當¹⁰⁹。

而學說上另有認為褫奪公權亦與受刑人再社會化的行刑原則不符，受刑人是否具有服公職的能力與資格，應透過其他諸如公務員任用法或是其他公務員人事條例應行規定的事項加以規範，至於是否具備成為公職候選人的資格問題，也應該是選罷法所應行規定之事項，而沒有刑法以犯罪行為之法律效果的觀點來規定此些事項的必要。因此，學說上有認為褫奪公權的規定，實可予以刪除¹¹⁰。惟本文認為，廢除褫奪公權的結果，可能僅導致同樣的問題轉移到資格限制之上，而沒有真正面對受刑人回歸社會所可能產生的諸多問題。

第二目 客觀化的權利限制手段—資格限制

一個人可能因為違反刑事法律之規定而遭到刑事處罰，然而，除此之外，在其出獄後，過去所犯下之罪刑還可能引起種種的資格限制。我國對於有前科者之資格限制（職業選擇自由限制）規定為數眾多，分別有以法律或法規命令為之，有些是終身限制，亦有定期限制，受到限制之職業種類數量之多，有公職、專門職業技術人員（律師、會計師、醫師、心理師等等），亦有特定營業之負責人、業務員、農漁會會員、銀行或保險公司負責人等等。受刑人一離開監獄進入社會，即可說是身處於一個處處是限制的環境，無法當（開業成本相對低廉的）計程車司機，無法應特定公務員或專業職業技術人員之考試，也無法至某些民間機關任職，而將因為過去曾經犯罪而失去就業於特定職業的機會，受到了謀生的阻礙與特定場域的排除。這些現象相當程度的限制了一個人謀生與社會流動的可能性¹¹¹。

概括來說，我國刑法褫奪公權的規定雖然日趨簡化，然而，委諸其他法律規範人民職業選擇自由之限制的立法現象，其結果卻是使得犯罪人因犯罪而遭受之限制範圍漸漸擴大。

而資格限制的理論基礎與褫奪公權同樣受到質疑，對於被認為高尚的職業與公職，為了保持國民的信賴感，而排斥前科者的資格，有其必要，另外，某些職

¹⁰⁸ 林山田（2005），《刑罰學》，修訂版，頁 308，台北：臺灣商務印書館。

¹⁰⁹ 林山田（2005），《刑罰學》，修訂版，頁 308，台北：臺灣商務印書館。

¹¹⁰ 盧映潔（2005），〈刑事制裁體系：第一講—刑事制裁體系概說〉，《月旦法學教室》，37 期，頁 74；林山田（2005），《刑法通論（下冊）》，9 版，頁 441，台北：自版。

¹¹¹ See Andrew von Hirsch & Martin Wasik, *Civil Disqualifications Attending Conviction: A Suggested Conceptual Framework*, 56 CAMBRIDGE L.J. 599, 606 (1997).

業提高了較高的犯罪機會，若使前科者就任或復職，犯罪的機會將誘發其再犯。前述的說法雖有其道理，但倘若監獄的功能確實發揮了特別預防的效果，那麼對於個人而言，刑罰執行結束、其刑事責任已完了，而繼續實施資格限制之政策，與其說是基於關於犯罪前科者之累犯性的確實證據，不如說無非是在廣大市民的支持之下，對於犯罪者的排除¹¹²。

伴隨著社會的近代化、生產技術的專門化、流通過程的複雜化、大眾社會化等等，關於資格限制的法令，漸漸地複雜多樣起來。隨著各種給予資格或免許的法令激增，對於犯罪前科者的資格限制，漸漸地及於廣泛的領域，越來越被強化。過度追問資格的社會，不斷從事選別淘汰，將逆行於犯罪者社會復歸政策¹¹³。

惟若翻轉論述，要讓褫奪公權或資格限制此類處遇發揮其真正功效，讓褫奪公權轉而成爲資格限制，似乎才是適當的做法。這是因爲相較前者於司法程序中，因爲司法的事後性與程序上較爲嚴謹的要求，難以因人或因時而迅速做調整，而有諸多不便，但若是資格限制，基於行政的專業與便宜性，交由行政主管機關來做處遇的決定，對於褫奪公權或資格限制目的之達成，將可能更有成效。而這或許此亦是處遇形態轉變的原因之一。

一、處遇之定性與細緻化論述

資格限制，係以法律或法規命令限制犯罪前科者於觸犯特定犯罪時，經刑事法院判決確定，服刑或緩刑出獄後，不得從事特定之職業或活動。並且，雖然構成資格限制的要件中，一般皆以受資格限制之人曾違犯特定犯罪並受有罪判決確定爲必要，然而，因該資格限制處分之作成，並非在刑事訴訟程序中所爲，亦非有罪判決之一部分，有權做出處分之主體，多半不是屬於司法權的法官，而是作爲行政權的特定主管機關，從而，在我國，資格限制處分可以說並沒有刑事處分的面向，主管機關依相關法律或法規命令所做出者，應爲一行政處分。

不過，國外亦有認爲，不應將資格限制視爲補充性的刑罰，而應將其定性爲一種民事的風險預防措施(civil risk-prevention measures)，避免與資格刑相混淆。舉例而言，詐欺犯罪之前科者可能在銀行業或商業界中，運用其特定的業務地位，再次違犯財產犯罪，因而有預防其濫用其職位再犯之必要，從而，其認爲資格限制應被當作預防再犯風險之工具，來降低或排除在特定的職業或行爲中產生侵害法益風險之可能，並且爲了促進犯罪人復歸於社會，建議謹慎監督運用資格

¹¹² 澤登俊雄、所一彦、星野周弘、前野育三編集(1993)，《新・刑事政策》，安形静男執筆担当の部分，頁102，東京：日本評論社。

¹¹³ 澤登俊雄、所一彦、星野周弘、前野育三編集(1993)，《新・刑事政策》，安形静男執筆担当の部分，頁102，東京：日本評論社。

限制的處遇¹¹⁴。很顯然地，此時引領著學者思考的觀點，已非著重在犯罪人的更生，而是在社會中控制、預防風險。

從這樣的觀點出發，全面性的對犯罪人從事資格限制即無必要，因而其認為，首先，資格限制與犯罪人本身是否具備特定職業能力無關，而是和其選擇之職業與再犯可能相關，為了防止其利用職務再犯，所為之最小侵害手段；再者，資格限制應該聚焦於具敏感性、脆弱性之職業，此些職業具有專業性、需具備特殊技巧、專業證照與廣泛的規則、該職業與客戶之間具有託付關係、客戶具有實質的脆弱性等等；第三，犯罪人的前科與資格限制之間，預測風險必須小心謹慎，並非有前科即應從事資格限制，亦非只要有關上開職業，即必然限制其資格；最後，刑罰所使用的比例原則，係基於刑罰的嚴厲性而來，並且是與犯罪責任相比較，然而，資格限制並不適用同樣的節制標準，惟仍然有其外在之比例限制，此係指相對於未來犯罪風險的預防需求與資格限制之手段，應有其相關性，而不應為求相對不重要的風險而強加資格限制¹¹⁵。

而這正是刑事處遇從褫奪公權蛻變為資格限制的過程，處遇的意義轉為對於未來法益侵害的預防時，基於全面性犯罪預防的弊害，因而重新考量不同利益侵害風險而予以個別化、類型化處遇的主張。

二、變遷的矛盾論述

犯罪人刑期屆滿後，既已為其犯行負責，則除了刑罰之外之處遇，本即有疑慮。從褫奪公權到資格限制的轉變，褫奪公權在刑法中的規定範圍已日漸縮小，取而代之的是進入各個特別法的規定，資格限制廣泛的存在於社會各個角落。在刑罰理論裡，原所強調的社會復歸思想，姑且不論矯治之有效性如何，其理論上就罪刑均衡與相當的主張，對於褫奪公權仍有一定的節制效果存在¹¹⁶。但若在處遇的形態上轉換成資格限制，原來在量刑上或許可以產生的節制效果，卻將因為制度已自刑事司法程序中切離出來，所謂罪刑均衡原則便無法發揮作用。

相反的，縱然我們允許行政主管機關對於資格限制的對象、處遇期間做區分對待與個別化的處遇，來節制這種不僅有害復歸亦是對於犯罪人加以排斥的法律效果，卻很顯然的可以發現，對於主管機關權衡時所給予的標準，早已非往常所說的：犯罪法律效果與犯罪行為之間的均衡性，而轉變成為：依據刑後行為人自身的危險性來做判斷，依此來區分是否做資格限制、處遇期間的長短，美其名是

¹¹⁴ See Andrew von Hirsch & Martin Wasik, *Civil Disqualifications Attending Conviction: A Suggested Conceptual Framework*, 56 CAMBRIDGE L.J. 599, 606 (1997).

¹¹⁵ See Andrew von Hirsch & Martin Wasik, *Civil Disqualifications Attending Conviction: A Suggested Conceptual Framework*, 56 CAMBRIDGE L.J. 599, 606-15 (1997).

¹¹⁶ 張麗卿（2006），《新刑法探索》，2版，頁167-168，台北：元照。

要節制國家權力並確保行為人權利保護，但可想而知的是，行為人權利保護的目的，終將落空。

詳言之，如司法院大法官會議第 584 號解釋，即是主張類似於上開見解的論述¹¹⁷，這種論述與其所指導的操作方式，某種程度上先藉由資格限制造成了妨礙更生的效果，在社會中生活的困難倘若造成了再犯，犯罪人便永無翻身之日，論述與操作的最終保障到了犯罪人嗎？想要實現保護犯罪人權利的口號，若非一開始就否定資格限制制度，否則所造成的後果，終將是致使犯罪人往復於監所與社會之中¹¹⁸。

而這樣的資格限制，其實正是一種有別於以往的刑中矯治，而是在社會中預防的措施，犯罪預防的焦點區域已然大大從矯治處所轉變至社會，此外，社會中犯罪特別預防的另外一面，即是社會排拒所造成的更生困難，這將使得犯罪人一再地進出監獄，似乎正好也塑造了犯罪人是無法矯治之惡的負面極端形象。附帶一提，本文並非反對資格限制制度的存在，而僅嘗試揭開其論述的矛盾之處：強調社會復歸，但卻造成永無更生之日。矛盾正顯現出來，這個時代已非復歸的時代，而僅是尚在能透過論述掩蓋制裁與排除動作的時候，仍然虛偽的強調著復歸。

¹¹⁷ 請參見司法院釋字第 584 號之解釋理由書。

¹¹⁸ 值得注意的是釋字 584 號解釋許玉秀大法官的不同意見書。該不同意見書的前言寫道：聖經裡頭向婦人丟石頭的故事，總是能牽動人類內心底層的矛盾，有悲憫，也有恐懼。直到 20 世紀初葉以前癲瘋病患的故事、20 世紀以來愛滋病患的故事，以及去年春天記憶猶新的 SARS 傳染病來襲時，台北市立和平醫院前的歇斯底里，都是一樣。人類面對無能力解讀的危險時，第一個念頭就是和可能帶來危險的人劃清界限。

有犯罪前科的人比帶病菌的人下場往往更悲慘，帶病菌的人可以透過生理的復原再度獲得清白，要不然，醫師也還能證明他們的清白，曾經犯罪的人，沒有一所監獄有能力讓他們重新清白，反而只可能加深他們的不清白。有犯罪前科的人重返社會的路可以說都很艱辛，因為社會上少不了向他們丟石頭的人。

不管是為了實現現代民主社會的基本價值—重視人性尊嚴、肯定生命的絕對價值，或者是為了確保人民對國家公權力的信賴及確信監獄的教化成效，國家的刑事政策中，會包括更生保護這個重要的環節，以協助出獄的受刑人重新回到社會。當社會上有人向這些人丟石頭時，國家必須張開臂膀替這些人擋掉石頭。為了替出獄的受刑人擋掉石頭，國家往往要特別提出具體的更生保護措施，協助曾經犯錯而用自由贖罪的人找到生路。但是，本解釋所面對的營業小客車(以下簡稱計程車)駕駛終身執業禁止的案例，即民國 88 年 4 月 21 日修正公布的道路交通管理處罰條例第 37 條第 1 項的規定，正好是國家站出來率先丟石頭。當國家都能依法向有犯罪前科的人丟石頭時，社會大眾為什麼不能理直氣壯地接著向他們丟石頭？後果是逼迫有犯罪前科的人回到監獄，因為監獄以外的社會沒有生路。

本號解釋的任務，在於審查有特定犯罪前科之人，是否有擔任計程車駕駛的職業自由(即職業選擇自由)，對這種人的終身執業禁止是否違憲。多數意見雖然承認職業自由為憲法第 15 條工作權的基本內涵，但職業自由作為一種基本人權的內涵如何？完全沒有論述，僅逕自保障公共利益的目的，認定道路交通管理處罰條例第 37 條第 1 項終身禁止有某些重大犯罪前科的人擔任計程車駕駛的規定並不違憲。論述之間，完全看不到理應主宰論述脈絡的人權意識，而且甚至反映對有犯罪前科之人的根本歧視—有犯罪前科之人的職業自由不可以有內涵！尤其將實際上遭社會烙印的人，從憲法上認定為終身具有某種社會危險性的人，即使犯罪的人業已經過監獄教化，多數意見仍然不願放下手中的石頭。這種與現代法治國刑事政策基本信念背道而馳的見解，本席實難贊同，……。

簡而言之，現今褫奪公權或者資格限制的論述，很明顯的其著重的皆非在行刑時的處遇，甚至我們可以說，這些褫奪公權或者刑後於社會內的處遇，一直以來或許都帶有對於矯治的不信任，從而某種程度已經放棄了社會復歸的理想，在社會中也開始從事犯罪之（特別）預防，使得犯罪人遠離高犯罪風險的社會地位與位置，在社會中防制犯罪。

第二款 擴張處罰規範的基進化——以敵人刑法為例

在結束上述對於社會內處遇控制手段的擴張之討論，在此處將重回刑法領域，一個應該適用罪刑法定主義的領域。但如果理所當然地適用了，那便無討論的必要。簡言之，與傳統刑法理論有所不同，所謂敵人刑法（Feindstrafrecht）¹¹⁹，係將人民區分為市民／敵人，敵人基本上即為犯罪者，但只就根本性偏離的犯罪者否定其市民之地位，不將其做為市民予以對待，應做為敵人而被社會所排除，基此，法治國原則之下所建立的法律體系，某種程度將不適用於做為敵人之犯罪人¹²⁰，就實體法規範而言，在處罰時點上予以前置化，而就程序權利之保障亦大幅限縮，在此一意義下，雖然不能說存在了兩種刑法典或兩種法秩序，但相對於市民而言，原有法秩序對於敵人而言，可謂懸置了諸多保障規範¹²¹。

第一目 背景

在後九一一的現在，談到敵人刑法，可能會直觀地認為此一理論的提出，主要目的即在賦予反恐行動與法制一個正當化基礎。不過，倘若我們嘗試就恐怖主義概念做釐清，或者將焦點從九一一、美國與阿富汗移開之後，便會察覺：事實上恐怖行動在過去即以不同的形式存在著，而敵人刑法理論亦早在九一一之前，悄然建立。

實則，在英國與德國，即一直存在對於既存體制的攻擊活動。英國自北愛爾蘭共和軍於 1916 年成立以來，就飽受該組織所發動之攻擊行為所困擾，而這種內國的攻擊行為，因為反抗組織的分裂，從而並未因 2005 年英國政府與愛爾蘭共和軍主體所達成的停戰協議而停止；至於對外關係，在 1986 年即曾因約旦人企圖炸毀民航客機未遂，而與敘利亞斷交；總而言之，20 世紀以來，英國政府

¹¹⁹ 就本項所討論的敵人刑法，就其脈絡定位，亦即：這種擴張處罰的理論建構與合理化言說型態，到底是 1970 年代以降處遇的多樣與擴散之一環？還是某種「新時代」的到臨？筆者仍無法下定論。惟其理論仍有其特殊之處，從而在此姑且先將之獨立成一項，將其做為獨立的討論素材加以介紹。另外，本文就敵人刑法理論之介紹，以德國學說為討論中心。

¹²⁰ Günther Jakobs 著，徐育安譯（2003），〈市民刑法與敵人刑法〉，《刑事法之基礎與界限——洪福增教授紀念專輯》，頁 15 及頁 38-39，台北：學林文化。

¹²¹ 此處所謂法規範的懸置（suspension），係指規範的不適用。

一直都受有反抗勢力的威脅，因而若非早有對策，在 1986 年一直到九一一之前，亦早有恐怖主義法制的存在¹²²。

再者，對於德國而言，其境內自 1960 年代起，歷經左派團體之赤軍連（Rote Armee Fraktion, RAF）的多次攻擊，以及二戰後爲了彌補勞力問題而大量湧入的外籍人士，因歧視等等的社會問題而組成的境內外籍恐怖團體也日漸增多，然而，德國因有其在二次世界大戰的經驗，爲了防止極權主義再興，在德國基本法中早已將人性尊嚴、人格自由發展當做其憲政基本價值，而走上防衛性民主的體制設計，防止秘密警察系統的再現、立法禁止任何對於人民參與政治活動所爲之控制或監視，然而，對於體制的威脅仍存，是故，一直以來，防範恐怖主義的法制都只落在一個特殊的憲法保護局的機關設置，對於攻擊行動的處理，依然使用刑法上原有之規範，但值得注意的是，對於恐怖組織份子的追訴程序，則產生了許多權利的限制，但這些卻並未被認爲有違其憲法之意旨¹²³。

反觀美國，則是在九一一之後，方才制訂了包裹性的、綜合性的反恐法制，惟該法制的內容，比起英德兩國，相當全面而且繁瑣，引起了極大的人權疑慮¹²⁴。

第二目 敵人刑法理論發展與概說

一、理論發展

敵人刑法理論，係由 Günther Jakobs 於 1985 年所提出，但其立場卻在 1999 年翻轉而走上極端化，九一一之後，他開始主張建構敵人刑法有其事實上之必要，更進一步確認了面對恐怖主義，唯有敵人刑法始足以與其相對抗。而這樣的想法，在理論上即建立了美國對伊拉克攻擊行動與追捕賓拉登之正當化基礎，合先敘明。

¹²² 林芝郁（2007），〈「恐怖行動」刑事責任之研究〉，頁 62-63，臺大法律學研究所碩士論文。另外，就英國恐怖主義法制的介紹與評議，請參見〈「恐怖行動」刑事責任之研究〉，頁 63-68。

¹²³ 林芝郁（2007），〈「恐怖行動」刑事責任之研究〉，頁 68-72，臺大法律學研究所碩士論文。而這些訴訟上的限制，舉例而言，①在被告之辯護律師可能涉及恐怖活動時，可將該律師排除於程序之外、②可就被告與律師之間的聯絡加以檢查、③被告被懷疑涉嫌正在進行之恐怖活動時，得完全禁止其與辯護律師之聯繫、④對於涉及恐怖活動之被告與嫌疑犯，搜索範圍可以擴大等等，請參見〈「恐怖行動」刑事責任之研究〉，第 70 頁及該頁註釋。此處相當有趣的是，這些程序權利是否是正當法律程序的一環？此其一，另外，若否，程序權利與實體權利究竟有何不同，使得對於實體權利的限制或剝奪受到憲法較嚴厲的檢驗，而就程序權利的限制或剝奪卻放給國家機關了更大的空間？甚至想嘗試提問的是，程序權利與實體權利的區分何在？何以被告在被追訴的過程中，所享有的只有自身陳述上的不自證己罪，而就除此之外的自我行動領域、身體自主權，因爲諸如搜索、身體檢查處分此類的基本權干預處分（強制處分）卻不受不自證己罪的拘束？或許，部分答案早已昭然若揭。

¹²⁴ 就此，可參見：林芝郁（2007），〈「恐怖行動」刑事責任之研究〉，頁 72-76，臺大法律學研究所碩士論文。

簡言之，在 1985 年提出敵人刑法概念時，Jakobs 主要是以此來對德國當時法制做批評，其是以共犯行為未遂的可罰性出發，認為立法者並未將共犯當做市民看待，而將其視為敵人，有處罰其思想之意味，延伸出來，其亦認為諸如建立犯罪或恐怖組織等保護社會法益的犯罪，亦是此一類型，而落入敵人刑法的範疇，藉著這種前置化的處罰，使法益保護更為完善¹²⁵。此時相應於德國為數眾多犯罪化現象，其認為在自由主義國家，此舉並非正當，以法益保護做為命題，亦不中立。相應於在自由主義國家之中，自由的私領域受保障的市民而言，敵人刑法毋寧具有國家介入私領域行為之正當化的意味。因而，敵人刑法得以更最適切地達成法益保護之目的，而市民刑法則確保了自由私領域的存在¹²⁶。

此時期敵人刑法理論，是用來對於該時德國法制混淆市民刑法與敵人刑法之使用，提出警告，對於 Jakobs 而言，更重要的毋寧是，敵人刑法只有在例外做為緊急狀態時的刑法，才有正當性的基礎¹²⁷。

不過，到了 1999 年，Jakobs 更加精確化此一概念，並且走上極端化的路線，其就所謂「人」加以區分：具有人格之人（市民）／非人（根本性偏離之犯罪者敵人），並分別給予不同的法律保障。就其生活應依循規範而行為一事，無法提供最低度保證，並且經常性地背離規範而行動之人，即為敵人¹²⁸。而對待敵人的處遇模式，則使用有異於法治國原則的另一套規則，這套規則雖然與過去傳統理論思想有所不同，但仍在法律領域之中，面對敵人運用敵人刑法，面對市民則運用合於法治國家思想的市民刑法¹²⁹。

相較於之前只有在緊急狀態之下才具有正當性的想法，此時的敵人刑法理論無疑變得全面、完整而極端，成為現代刑法中一個獨立的要素，此理論雖然起初遭受了批評，但在九一一之後，敵人刑法卻扭轉了在學界中原有的理論劣勢。

不過，諸多國家即便不存在敵人刑法的規範，仍然保存了既存秩序，因而，產生對敵人刑法在德國之實效性的疑問。根據 Jakobs 所言，在德國有所謂危及

¹²⁵ 林芝郁（2007），〈「恐怖行動」刑事責任之研究〉，頁 135，臺大法律學研究所碩士論文。

¹²⁶ 川口浩一（2006），〈敵に対する刑法と刑罰論〉，《法律時報》，78 卷 3 号，頁 12。附帶一提，對於筆者而言，如果不是對於敵人刑法的合理化論述已粗淺的知悉，否則，Jakobs 最後這句名言，恐怕將因無法理解而覺得疑惑，因為其所謂市民刑法如果不是同樣地為了法益的保全，那所謂自由領域的完善保護，到底指的是什麼？

¹²⁷ 林芝郁（2007），〈「恐怖行動」刑事責任之研究〉，頁 136，臺大法律學研究所碩士論文。

¹²⁸ Jakobs 認為敵人對於法律的經常性背離，主要透過三種不同方式：其一，透過其態度，例如性犯罪者或者危險的習慣犯；其二，透過個人職業生活，例如經濟犯罪、毒品犯罪或組織犯罪的領域；最後，透過其與組織間的關係，例如恐怖主義、反覆性的組織性犯罪以及毒品犯罪。請參見：林芝郁（2007），〈「恐怖行動」刑事責任之研究〉，頁 136，臺大法律學研究所碩士論文。因而可知，敵人刑法的涵蓋範圍早已越過如蓋達組織此類恐怖主義行動的範疇。

¹²⁹ 林芝郁（2007），〈「恐怖行動」刑事責任之研究〉，頁 136，臺大法律學研究所碩士論文。

德國民主法治國家存立的一種犯罪類型，每年約有一萬件左右的案件，但幾乎都是少年、新納粹主義（Neo-Naziism），惟 Jakobs 認為這些年輕人多半愚蠢，因而對於國家存立而言也沒有造成危險，但德國卻認為這樣的案件從歷史的角度來看，有其必須處理的理由，是故，這樣的處罰僅有其象徵意義¹³⁰。

二、敵人刑法理論概說

Jakobs 爲此一理論建立了法理學與刑法理論之基礎。在法理學理論中，Jakobs 回過頭去追溯社會契約論等思想，而 Rousseau 與 Fichte 皆認為，所謂犯罪人，即是違背契約之人，因而無法享有契約所蘊含的諸多好處，而被排除在社會之外，是故，Jakobs 即由此導出市民地位並非必然不可剝奪，但爲了保留其復歸於社會的權利，其留下了一個條件，使得犯罪人並不會因爲犯罪就完全被逐出社會，而此一條件即是身爲市民的條件：具有人格＝有依規範行事的意願。從而其採取 Hobbes 與 Kant 的想法，保留了具有人格者之犯罪人的市民地位，而只有根本性的背離者，方爲敵人。而敵人大致上可謂是處於自然狀態、沒有將法律上權利義務觀念當做一回事的人，這些人存在即會造成他人的危險，而成爲一種危險源，並且既然其處於自然狀態，那麼他也必然不擁有權利，對於敵人的處遇，因而不是權利的侵犯，而是危險的排除、純然的強制或戰爭¹³¹。

而在刑法理論中，其認爲市民刑法與敵人刑法是兩種理念類型，而且甚少純粹地出現在現實之中，但這並非是兩個各自獨立的刑法領域，而是在刑法發展的脈絡中的光譜兩端，兩個背道而馳的發展趨勢，然而皆有其合法性，也可以同時出現在一部法典之中、同一法秩序之下。面對著市民／敵人的區分，前者的處遇仍依照法治國原則，但後者在實體法規範上，處罰時點前置化、廣泛入罪化，在程序規範上，諸多程序保障則受到限縮或剝奪¹³²。

此外，敵人刑法理論中所謂的危險排除，有異於傳統刑法將重點置於犯罪結

¹³⁰ ギュンター・ヤコブス著，平山幹子訳（2004），〈市民刑法と敵味方刑法〉，《立命館法学》，2003年5号，頁483，演講後座談，Jakobs 對於生田勝義提問之回應。此一日文文獻，除了在日本所舉行的會後座談記錄之外，其內容同於徐育安所譯之〈市民刑法與敵人刑法〉，《刑事法之基礎與界限——洪福增教授紀念專輯》，欲參見其內容之中譯，可見徐育安之譯文。

¹³¹ Günther Jakobs 著，徐育安譯（2003），〈市民刑法與敵人刑法〉，《刑事法之基礎與界限——洪福增教授紀念專輯》，頁16-17及頁19-30，台北：學林文化。同論文第32頁：「西元2001年的九一一事件則告訴了世人，一個井然有序的刑事訴訟，在它的另一端可以發生什麼事：一個國家，在其領土上發生犯罪之後，以一個與行政權不予區分的程序，而且必定不能稱之爲司法型式而是戰爭型式的程序，試圖藉由其他國家的協助，將恐怖份子的根源予以殲滅，並將他們逮捕，要是可以立即處決的話，就更好了。」此處論述所涉及的問題至少是：九一一事件的定性？內國的犯罪行爲？其次，是處遇程序不區分的問題，將瓦解三權分立原則，使對於權力的監督與制衡形同不存在。

¹³² Günther Jakobs 著，徐育安譯（2003），〈市民刑法與敵人刑法〉，《刑事法之基礎與界限——洪福增教授紀念專輯》，頁16-17及頁29-32，台北：學林文化。

果（或其危險）的預防，而是提前至危險排除的強制，此處的危險已非從犯罪結果中觀察而得之行為危險，而是更加前置、單純只關注行為之危險，因而，對於從事犯罪行為之人，將其當做社會的敵對者加以排除一事，在敵人刑法理論之下，將成爲一種極端的預防主義，著重在人格的危險性，甚至在某個意義上，是從行為人刑法的思想來加以處理，因而，與其說是探討刑罰與保安處分之間的關係，毋寧認爲是透過警察法來從事社會防衛工作，更爲貼切。職此，Jakobs 亦不諱言，所謂敵人刑法，事實上更接近警察法與行政法，係將重點置於危險的排除¹³³。

第三目 敵人刑法理論的學說批判

此一概念迄今的發展，雖然受到部分的接受，但仍然受到許多的批評。此一理論運作，將使得在發動國家行為時，諸多法律原則皆可放棄而不考慮，因而一般而言，學者皆認爲這樣的見解違反了人性尊嚴，因而具有納粹再興的傾向，而刑法理論中的責任原則、法治國原則、行為主義、無罪推定原則等等，這些對於國家追訴行為的制約原理，也幾乎被破壞殆盡，而大有受到濫用的危險存在；並且，透過對於「誰是敵人」的權力者之決定，即可處分市民的自由權利，更使刑法的罪刑法定主義機能完全喪失¹³⁴，因此，在敵人刑法理論與實務的運作之下，幾乎只著重在法秩序的維持與確立，就人權保障此一機能，可謂完全被放棄。

而對照其理論與近代學派中 Ferri 的主張，也可以發現極大的相似性，因而其理論不斷被認爲有濃厚行為人刑法的思想，而這種思想即使在近代學派盛行的時代，也都只有刑罰論受到較大的影響，在大多數的國家中，刑法理論始終堅守著行為刑法的立場，雖然透過刑罰的再教育，很明顯的可以看出刑事處遇基本上是著重於對於行為人的改造，但這樣的改造慾望一直都無法成功與完整地入侵刑法理論，因而，刑法論與刑罰論之間某個面向上看來雖然有些矛盾，或者說刑法限制在行為刑法的範圍內有其虛偽的性格，但仍然不能忽略刑法擋住了近代學派思潮的巨大努力，而使得國家對人的操弄，在對象的狩獵方式，亦即在刑法選別犯罪行為人的理論上，大致上仍然努力固守在客觀行為之上，而無法依照人的性格與危險性，直接地透過其他方式，例如在社會內從事監視或透過學校等機構發現危險人的存在，而取得改造對象，此種理論現象仍不得忽視。

倘如 Jakobs 所言，敵人刑法以前置性的防治性刑法、警察法或行政法來從事危險的排除，輔以現已存在的諸多監視設備與公民營機構，敵人對象的模糊化

¹³³ ギュンター・ヤコブス著，平山幹子訳（2004），〈市民刑法と敵味方刑法〉，《立命館法学》，2003年5号，頁477-478，演講後座談，生田勝義與Jakobs之間與答。

¹³⁴ 川口浩一（2006），〈敵に対する刑法と刑罰論〉，《法律時報》，78卷3号，頁14。

與客觀法制與設備的安排，皆有可能導致鋪天蓋地而來的全面性的犯罪人捕捉，而可能造成個人自由的縮減與國家權力的極大化。

在已有法益侵害或侵害危殆化情形下，因為規範效力之受損已然實現，固然應該處罰¹³⁵，但若處罰仍僅只在計畫階段中的行為，因為規範效力損害亦尚未發生，從而是防範未來可能發生的犯罪與危險，是用將來發生損害的危險性來取代現實規範效力的損害，而這部分即是敵人刑法的處理範圍¹³⁶。然而此處想嘗試提出的問題是，敵人刑法中這種防範未來的危險的論述，其實也正如 **Jakobs** 所言，此時尚未有法規範受侵害，甚至也沒有法益侵害的危殆化情形產生，那麼，當法益受損或處於危殆化的狀態時，我們以市民刑法加以處罰，但即便沒有到達這樣的狀態，我們也可以以敵人刑法加以處罰，然而，除非可以認為後者的情形仍處於某種危險之中¹³⁷，否則就是否處罰一事，無論規範受損與否皆有可能受到處罰，這難道不是失去標準可言了嗎？

再者，多元的文化社會背景對於同一性的喪失，也正是促使 **Jakobs** 發展敵人刑法的主因，而恐怖行動與一般犯罪行為之差異，在於行為者欲藉此表達其特定意識型態，而敵人刑法透過對犯罪人存在危險的排除，將具有相異意識型態者驅逐於社會之中，此即在於相異意識型態之間的對抗與抹消¹³⁸；近來所謂多元化的論述雖然流行，但從敵人刑法的主張即可看出，在多元化論述之外，突然迸出來對於絕對單一秩序感的追求，實不容小覷。

另外，雖然敵人刑法的定位仍被確立在法秩序之中，但其所提及的「戰爭」意涵、市民／敵人之分皆有其模糊之處，這不僅僅在刑法做為「裁判規範」的面向上，司法審判或行政機關解釋適用時，會產生法規範的不明確性，使得人民對於法規範之預測可能性的喪失，連帶的在做為「行為規範」的面向上，抽象而模糊的法律規範與人格要求，除了刻畫出理性的單一人類形象之外，更可能使得一般人對於法律規範要求，顯得無所適從。

¹³⁵ 這部分當然即適用一般市民刑法處理，即為已足。

¹³⁶ **Günther Jakobs** 著，徐育安譯（2003），〈市民刑法與敵人刑法〉，《刑事法之基礎與界限——洪福增教授紀念專輯》，頁 35，台北：學林文化。

¹³⁷ 亦即，市民刑法與敵人刑法的發動，只有危險性的層升高低之不同。但似乎沒有做這種論述的餘地，因為此處所言，犯罪是未來的，倘若可以市民刑法中的預備犯規定加以處理，即沒有敵人刑法規範的必要，因此，敵人刑法的發動，似乎表彰了不論有無違反規範，都有加以處罰的可能，只要對象身為敵人。

¹³⁸ 林芝郁（2007），〈「恐怖行動」刑事責任之研究〉，頁 141-143，臺大法律學研究所碩士論文。

第三款 小結—犯罪處理手段的擴散

在這一波「寬嚴並進刑事政策」的潮流中，台灣跟了流行，對於重罪犯罪人不再予以理解，而採取了徹底加以排除的做法，呈現了嚴罰化的傾向，而另一方面則是在社會中對於一般人開始進行控制。敵人刑法理論做為前者的範例，而資格限制的擴大，雖然不及於一般人，但卻顯然的必須對於社會情境做出區分，來從事控制，此外，對於犯罪控制與風險管理的極致，即是社會監控措施的採納，這使得國家勢力的觸角可以說是悄然而又細微地伸進了人民的生活。

而雖然對於敵人刑法的貶抑多於褒揚，但必須注意的是，事實上敵人早已不再只有恐怖主義，被妖魔化的性犯罪人、重罪與累犯犯罪人、組織犯罪等等，在某種意義上皆被當成是一種敵人。廣泛化的敵人認定，甚至在論述上有扭轉罪刑法定主義細緻論述的空間，而有表面上符合、內容上卻違反罪刑法定主義的可能，諸如對於責任論判斷對象的轉換¹³⁹，即有此一操作可能。而在面對敵人時，國家被允許不受諸多法律的節制，敵人不受法律的保障，如前所述，不論是行為主義、責任原則等等，處罰的太過前置、廣泛與徹底的排除，都有違明確性、均衡性與正當性，對於罪刑法定主義實質意義而言，皆是一種顛覆。罪刑法定主義的實質意義是二戰之後給人們帶來的省思，然而在此，罪刑法定主義毋寧受了新的侵蝕。

除此之外，新型態的社會內處遇或者在社會中所從事的犯罪預防，則使得行政權更進一步地取得了國家犯罪處理權力，除了相關行政主管機關可以審酌資格限制處分的准否之外，連警察都有權可以判斷是否在街道巷弄之間設置監視攝影機¹⁴⁰。有關犯罪的處理，早已不再著重於事後的處理，而演變成爲對於犯罪的事前預防與事後監控。

敵人刑法或情境控制犯罪預防，皆有其排害性格存在，其與新自由主義有其關連，但亦有援用共同體主義來支撐其論理的可能。近來提高法定刑的的倡議中，一方面，以對於治安惡化現狀的認識做爲基礎，而有以「對犯罪強硬」做爲目標的見解，另一方面，則有就國民規範意識來重新檢討犯罪對策方針的見解，

¹³⁹ 例如將重點置於人格責任論或者性格責任論，以及社會責任論等等，皆爲扭轉原有論述、使其符合罪刑法定主義的方法。

¹⁴⁰ 社會監視設備的法源爲警察職權行使法第 10 條，此外，亦請參照電腦處理個人資料保護法與臺北市錄影監視系統設置管理暫行辦法。

警察職權行使法第 10 條：①警察對於經常發生或經合理判斷可能發生犯罪案件之公共場所或公眾得出入之場所，爲維護治安之必要時，得協調相關機關（構）裝設監視器，或以現有之攝影或其他科技工具蒐集資料。②依前項規定蒐集之資料，除因調查犯罪嫌疑或其他違法行爲，有保存之必要者外，至遲應於資料製作完成時起一年內銷毀之。

並且，這兩種見解互相結合而展開議論，但是，前者向來都是在與新自由主義之想法有親和性的脈絡中被提及，而後者在論述上亦有不少融合了共同體主義思考的部分，假使這樣的想法沒有錯誤，則在此處似乎產生了奇妙的現象，亦即，我們似乎可以說：在這些議題上，新自由主義與共同體主義展開了其共同的戰線¹⁴¹。

而敵人刑法與全面性的社會控制，「若」象徵著一個新時代的來臨，那麼在這巨大的變革之中，罪刑法定主義會形成怎樣有異於以往的構造，以及在這變革過去之後，在罪刑法定主義的理論中，會刻畫出什麼樣的痕跡，或許仍須留待這個時代的過去，才能發現。

此外，以社會內處遇與社會監控措施做為掩飾，國家犯罪處理法律權力已經擴散及於行政權力，蔓延至人們人際關係與生活的行止之間，有其柔軟的一面；而從某個面向上來看，敵人刑法理論可說是在法領域中，對於被歸類為敵人者，所為之最純粹與極端的支配，在一個簡單的條件設定之下，面對敵人，國家將懸置其對自身所為的諸多限制規範與對「人」之保障規範，幾乎毫無節制的對其加以宰制，表現出國家權力強硬的面向，可謂是軟硬兼施的兩種不同犯罪處理權力之面貌。



¹⁴¹ 高橋直哉（2006），〈共同體主義と刑罰論〉，《法律時報》，78卷3号，頁37，註20。

第四章 Giorgio Agamben 之例外狀態理論

Why are you jurists silent about that which concerns you¹?

—Giorgio Agamben

第一節 概說

Giorgio Agamben 係為義大利哲學家，其學問淵博，Walter Benjamin、Martin Heidegger、Friedrich Nietzsche、Michel Foucault、Hannah Arendt、Jacques Derrida、Carl Schmitt 等哲學家，皆是其對話對象及取材與靈感之來源，其知識之廣博，從其所援引之書籍範疇與份量即可窺知；其早期專攻美學，學術研究的議題涵蓋語言學、哲學、中世紀的研究，並且由此建立了其理論的基礎，其後更基於其語言哲學的論述出發思索政治，而對於例外狀態的考察，在極為根本之處，就是奠基於其對於語言與世界（事物）之間關係的想法，並將應然（規範）與實然（事實）之間的關係與其相對應，進一步重構例外狀態的理論架構。惟，本文以例外狀態理論做為分析的工具，但無法就其理論的全貌或各個部分皆做介紹，尤其不甚了解語言哲學的領域，僅能簡單帶過，合先敘明。

Agamben 的例外狀態理論（theory of the state of exception），某一個面向即為其生命政治（biopolitics）思想，而其對於生命政治學的掌握方式，基本上是受 Michel Foucault 與 Hannah Arendt 影響並承接他們而來。在 Foucault 的分析中²，以 18、19 世紀為界線，可以切割成兩種不同的統治模式，就傳統主權而言，古老君主展現其統治權的方式，是透過掌握「使人死或讓人活」的生殺大權方式為之，但 18 世紀開始，出現了新的對生命的權力，對於死亡的絕對權力轉換為對於活生生的生命的控制，是一種「使人活或讓人死」的生命權力，此種權力的展現方式，主要循著兩個軸線來行進，其一是對於個人身體的規訓與懲戒，另一則是對於集體人口的調節，在這樣的理解之下，生命與權力在某種制度上交錯結合。而對於集體人口的調節，則是 Foucault 所定義的狹義生命政治學，在這之中，透過出生率、死亡率、生育率等等的人口統計學、公共衛生學、對於老人或殘疾異常者的救濟或福利體制，以及生存環境（都市）的研究，以及種族主義的加持，

¹ GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003) 請參見扉頁。

² Foucault 就生命政治（biopolitics）的概念，係於 1976 年法蘭西學院講授《必須保衛社會》的最後一講首次提及，其後在《性意識史——第一卷：導論》中的最後一章，又再度提及。另請參見：薛熙平，p94

人類逐漸成爲一種物種，進入了政治權力的場域之中³。

整體看來，Foucault 對於權力的分析，並非著重在主權權力或法律權力，而是在更細微的人際之間的管理與個人身體的治理⁴。然而，對於 Agamben 而言，生命與政治之間的糾結，則是來自於一種極端的法律權力形式——例外狀態，主權權力的施展，透過「排除與包含」（納入性排除）的結構，毋寧與生命政治有著深厚的關連⁵。以下即就 Agamben 的例外狀態理論與生命政治思想詳加介紹⁶。

關於例外狀態理論的構造，最初係於 1920 年代由 Carl Schmitt 所建立，而直至近幾年，Agamben 爲了解決其所觀察到的政治上困境（*aporia*），遂從 Schmitt 那邊擷取有關例外狀態的概念，並予以重構，將例外狀態的概念加以轉化，從而，兩人就例外狀態的概念雖有其相似之處，但亦有重要的差異以及理論的不同出路與歸結⁷。

以下將從例外狀態一般性的理解談起，再進入 Schmitt 對於例外狀態的建構以及例外狀態所牽涉到的一些問題⁸，其後說明 Agamben 對於例外狀態的重構，並且如何使得例外狀態翻轉過來，進而具有不同於以往的另一個面向。並於小結中簡單說明本文對於例外狀態理論所採擇的路線（這或許同時也是一個決斷吧）

³ 米歇尔·福科著，钱翰译（2004），《必须保卫社會》（*Society Must Be Defended*），頁 226-245，上海：人民出版社。

⁴ 林淑芬（2004），〈傅柯論權力與主體〉，《人文及社會科學集刊》，16 卷 1 期，頁 133-134。

⁵ 朱元鴻（2005），〈阿岡本「例外統治」裡的薄暮與晨暉〉，《文化研究》，創刊號，頁 199。

⁶ 於此附帶一提的是，Agamben 受 Walter Benjamin、Nietzsche、Foucault 等哲學家的影響甚深，於其理論脈絡與細節中皆可見一斑，不過，其中在許多理論轉折之處、十字路口，也有著 Agamben 個人的選擇。而在生命政治思想的開展，Agamben 無疑受到 Foucault 理論很大的啓發，就兩人理論之差異，詳見後述。

另外，筆者因在學習過程中亦受到諸多 Foucault 論述的影響，因而以下所介紹的 Agamben 理論，尤其是生命政治學此一部份，或許無意間流露出 Foucault 理論的影子；於本文寫作時，筆者已竭力避免，惟仍怕稍有所疏漏，從而此處提醒服用本論文者亦需略爲留意。亦即，筆者所說明的例外狀態與生命政治，或許只是一種筆者對 Agamben 理論的個人詮釋罷了。

⁷ 關於例外狀態理論的詳細介紹，我國已有兩本論文可供閱讀：薛熙平（2006），〈例外狀態：阿岡本（Giorgio Agamben）思想中的法與生命〉，政大法律研究所碩士論文；柯朝欽（2006），〈例外狀態的統治與救贖：論阿岡本（Giorgio Agamben）的兩種例外狀態模式〉，東海大學社會學研究所博士論文。

這兩本論文不僅僅是對於例外狀態有深入的介紹，亦就 Giorgio Agamben 思想中多面向的內容予以說明與分析，對於理解 Agamben 的理論脈絡，提供筆者很多的幫助。而本文關於 Agamben 理論之介紹與翻譯，以及專有名詞的用字淺詞，多有參考這兩本論文。從而，本文倘若直接援引其所爲之翻譯，將會在註腳中有所說明，亦請一併參照。

參閱諸多有關政治哲學的文獻，發現多有在翻譯直引外國文獻時，特別予以標明的論文寫作方式，然而爲了閱讀的順暢，本文不擬透過改字體、另起段落並縮排或加引號的方式引用原典之翻譯或中文譯著，而僅在註腳中就出處加以說明。此外，本文關於 Agamben、Walter Benjamin 等人之著作，主要閱讀的版本除了英文版之外，亦有就其中幾本參閱日文版，惟於註腳中僅列明英文文獻，日文文獻資訊，則列於參考文獻處。

⁸ 如後述有關法的界限與失序的問題，以及如何判斷例外狀態的出現涉及的必然性的問題等等。

及其理由。最後，再由此出發進入下一章，希冀藉由例外狀態理論所給予的啟發，來探求罪刑法定主義的機能與界限。

第二節 例外狀態

第一項 從規範的均質性來看規範適用的問題

所有一般的規範通常都會要求一種均質性 (regular)，用以要求各種生活構造應予正常化，從而，該規範在事實上應該可以適用於任何與生活有關的諸多事項，同時可使得人們的生活應該服從於規範的規制。規範做為均質的媒介，這樣「一般化」而得一體適用的表現方式有其必要。這種事實上的規律性 (regularity)，並不僅僅只是法學家所能忽略的「外部的前提」而已，這毋寧與規範的內在有效性直接相關⁹。

法規範做為必須普遍適用於現實世界的工具，在諸如法學緒論之類的書籍中，可以看見使用「一般性」、「抽象性」等等的形容詞來對法律加以介紹，相對於現實多變複雜的具體個案，為了使個案皆能被涵攝在法規範之中，從而規範的內容相當程度必須類型化地被抽象加以規定。而這正是法規範對於事實的包含作用。每當一個特定事實發生，我們面對的即是該特定事實是否落於特定規範範圍之內（是否可以被涵攝在特定要件之中，進而產生某種法律效果），此時面對的即是分類、區分以及可否區分、進而為差別對待的問題。這裡所涉及的是特定要件的明確化或究明其本質為何的步驟，亦即，只有在特定要件可以被加以確認時，才有辦法辨識具體存在的人事物可否被涵攝在該要件之下而得出法律效果¹⁰。

然而，對於事物本質的探求卻不是件容易的事，因此在窮盡所有譬喻的方式（以具體說明抽象）或者用盡（以抽象形容抽象的方式來加以）形容的修辭時，唯一還能夠引導我們更接近其本質的動作，似乎便是遠離該特定事物，並走向該事物的對極，亦即，只有指出何為「非」該特定之物，以消去法的方式來凸顯所探求之物的本質。而這也正是 Schmitt 所引述之新教神學家所謂的：「例外，可以解釋說明原則 (the general，一般或通則) 與例外自身；如果想要正確地對於原則加以研究，則必須對於某個現實的例外加以環顧；例外比起一般的原則，更清

⁹ See GIORGIO AGAMBEN, HOMO SACER: SOVEREIGN POWER AND BARE LIFE 16 (Daniel Heller-Roazen trans, Stanford University Press 1998) (1995).

¹⁰ 有關規範適用所產生的問題，可參考：顏厥安 (2006)，〈規範縫隙初探〉一文中，有關論證縫隙與實踐縫隙的論述，《法律的分析與解釋：楊日然教授紀念論文集》，頁 61-89，台北：元照。

楚的透露了整體；倘若無法對於例外加以說明，則對於原則的說明亦不可能¹¹。」此即代表了我們對於例外的標示動作與對於（屬於原則之）範例的法律適用之間，或者簡單地說，在例外與原則之間，正好產生了一個特別的關係。

第二項 例外狀態於憲法學上的意義

所謂例外狀態，一般係指一個法秩序在其處於危急存亡之時，因為在常態法秩序之中，對於此種意料之外的情勢沒有足以應對、壓制或排除危機的措施，職是之故，為了使該體制能夠繼續存立或運作下去，必須懸置原有的正常法律體制或暫時停止其運作，透過一般所未見的手段來排除危難，因此，例外狀態即是一種相對於正常秩序之「非常狀態」。

然而，在各個法體系或國家之用語上的不同，即可看出此一概念有其不明確性，本文所稱之例外狀態，在諸多國家之法律學說或法律制度之中，有多種不同的用語表達。如德國法學理論中，常用的是 *Ausnahmezustand* 以及 *Notstand* (*state of necessity*，必要狀態、緊急事態)，義大利與法國的法學理論中則偏好使用 *emergency decrees* 或 *state of siege* (*état de siège fictif*，緊急事態或者戒嚴狀態之命令) 之用語，意指政治性的或是擬制的（虛構的）戒嚴狀態發生，而英語系國家則普遍使用 *martial law* 或者是 *emergency powers*（暫時特別法、緊急權限）此一用語¹²。

如前所述，例外狀態的發生，必然是出現了使得現行秩序產生動盪的事態，該事態可能是來自於天災（如九二一大地震的發生），亦有可能是人禍，例如戰爭、內亂、暴動（紅衫軍？）等等的原因，這些來自於法秩序內部或外部的天災或人禍，基於該些事態對於原有秩序的運作可能產生的衝擊或甚至將產生替換原有秩序之威脅，從而必須採取異於常態之下的處理方式，來排除既存的危機。

而在我國憲法之中即有此種規定存在，此即戒嚴或者緊急命令之規範。而緊急命令係依照中華民國憲法增修條文第 2 條第 3 項之規定，為了避免國家或人民遭遇緊急危難或應付財政經濟上重大變故，總統得經行政院會議之決議發布緊急命令，為必要之處置，不受憲法本文第 43 條之限制。這樣的憲法規定起碼涉及了幾個重要的法學問題：例外狀態何時開始與結束、何時得發布緊急命令、由誰

¹¹ CARL SCHMITT, *POLITICAL THEOLOGY* 15 (George Schwab trans., MIT Press 1985) (1922)

¹² GIORGIO AGAMBEN, *STATE OF EXCEPTION* 4 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003) 此處在用語的說明上遇到了一個問題，亦即：Agamben 在這裡使用了法律領域裡三種不同性質的用語「狀態」、「法律」與「權限」，企圖來指稱同一件事，但一般而言並不會這樣來說明，必須稍加留意。

來發布、緊急命令的法律性質……等等，倘若考慮到這些問題某種程度涉及了在緊急狀態之下國家與人民之間的關係與人民的權利義務問題，則法律學者即應提出說明¹³。

關於國家在瀕臨危急狀態時刻所擁有的這種「自我防衛權」¹⁴，最著名的規定還是首推威瑪憲法第 48 條之規定。威瑪憲法第 48 條第 2 項規定：「於德意志帝國之公共安全與秩序受到阻礙或危害時，帝國總統得採取必要措施以重新恢復公共安全及秩序，必要時得以武力介入。為達此目的，帝國總統得暫時使規定於第 114 條、第 115 條、第 117 條、第 118 條、第 123 條、第 124 條及 153 條中之基本權一部或全部喪失效力¹⁵」。在希特勒掌權之後，或者應該更正確的說，在國家權力被託付予希特勒之後，其於 1933 年 2 月 28 日公布了「國家及人民保護令」此一緊急命令，並在其中暫時地懸置了在威瑪憲法中諸多有關個人自由的條文。因為此一命令從未被廢止，從而，由法學的觀點來看，整個第三帝國可以被視為延續了十二年的例外狀態¹⁶。

第三項 例外狀態做為法的原初結構—從

Schmitt 到 Agamben

第一款 Carl Schmitt 例外狀態理論概述

Schmitt 關於例外狀態的思想，必須從其對於主權與獨裁之間的論述開始考察，而此即其在《論獨裁》一書中有所處理之議題，除了《論獨裁》一書以外，《政治神學》與《憲法的守護者》亦都有相關論述。不過，特別的是他在《論獨裁》與《政治神學》之中所具有的理論變化，無論是對於 Schmitt 或 Agamben 的例外狀態理論的理解皆有其重要性，但本章所著重之處係在 Agamben 所重構之理論，從而，此處僅在為了說明 Agamben 思想所必要之範圍內，對於 Schmitt

¹³ 有關緊急命令法制的討論，可參見台灣本土法學雜誌第 6 期（2000 年）中有關緊急命令的部分，該期因應九二一大地震所發布之緊急命令，討論了諸多相關的憲法議題。

¹⁴ 此處稱之為「自我防衛權」是否適宜，本文認為仍有待商榷。這是因為，如果這種時刻所涉及的是一種無法的例外狀態（詳見後述），則在例外狀態之中已沒有權利義務的問題，從而似應不會產生這種防衛權等等的概念，而僅成爲一種單純力量的對抗。不過，多數法律學者仍認爲這是一種「緊急權」，是故，此處仍先援用一般用語。

¹⁵ 此條文之中譯文取自 Carl Schmitt 著，李君韜、蘇慧婕譯（2005），《憲法的守護者》中譯本附錄，頁 308，台北：左岸文化。

¹⁶ GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 2 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003) 不過，1933 年的德國，發生了國家存亡的危機嗎？

之理論加以概述¹⁷。此外，Schmitt 的決斷論在例外狀態理論中有其重要的地位，並且與本文有所相關，因此亦嘗試加以簡略介紹。

第一目 獨裁與例外狀態

在《論獨裁》中，Schmitt 透過古羅馬的獨裁制度以及對於法國大革命的觀察，建立了兩種不同的特殊時期的統治型態：任務獨裁（*commissarial dictatorship*，或稱委任獨裁）與主權獨裁（*sovereign dictatorship*），相對應於這兩種獨裁型態的是兩種不同的例外狀態，任務獨裁所對應的是為了保護既存法秩序所宣告之例外狀態，而主權獨裁對應的則是為了創建新的法秩序而宣告的例外狀態¹⁸。

而 Schmitt 所確立的任務獨裁概念，係由來於 Jean Bodin 對於古羅馬任務獨裁的傳統的介紹與其對於主權與獨裁的區分¹⁹。任務獨裁的重點在於：在國家的存立處於危機狀態，主權者得以任命獨裁者完成特定任務，該任命在任務完成時結束，然而，為了完成該任務，該獨裁者可以暫時地懸置（*suspend*）或違反憲法或法律的運作，但不可將其廢除，因為在任務獨裁的狀態之下，該獨裁者之所以獲得可以懸置法秩序之理由，正在於帶領國家遠離存立的威脅之後，法秩序可恢復原狀而繼續被適用，倘若一旦廢除，則於任務事成之後，即無規範得以適用。附帶一提者，在這種情形之下，主權者之所以得賦予獨裁者這樣的權力，此種任命權係來自於既存的憲法中所制訂或建構的權力，姑且將之稱為憲制權力（*constituted power*）²⁰。

¹⁷ 就 Schmitt 例外狀態理論的脈絡展開，詳請參見：薛熙平（2006），〈例外狀態：阿岡本（Giorgio Agamben）思想中的法與生命〉，頁 16-22，政大法律研究所碩士論文。

¹⁸ GIORGIO AGAMBEN, *STATE OF EXCEPTION* 32-33 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003) 此外，要稍微注意的是，John P. McCormick 指出 Schmitt 《論獨裁》一書有其特殊的政治目的，亦即在威瑪共和初期所面對的俄國及國內共產主義者的威脅，Schmitt 有意理論化德國總統之任務獨裁來對抗蘇維埃之主權獨裁；在該書之前言，Schmitt 亦提及其論著之目的，在於確認共產主義者對於主權與獨裁的不正使用，並提供另一種更正當、合憲與任務式的獨裁形式。轉引自：薛熙平（2006），〈例外狀態：阿岡本（Giorgio Agamben）思想中的法與生命〉，頁 20，政大法律研究所碩士論文。

¹⁹ ジョージ・シュワープ著，服部平治、宮本盛太郎、初宿正典、片山裕共訳（1980），《例外の挑戦：カール・シュミットの政治思想 1921-1936》，頁 53-54，東京：みすず書房。詳言之，Jean Bodin 將主權與獨裁區分開來，主權是共和國絕對而永恆的權力，係由人民或者是君王來行使，而獨裁者其非君主、亦非擁有主權之官員，僅是受到主權者的委託來執行某項任務的人，因此，獨裁者的權力相對於主權，可謂非絕對，也非永久，詳請參見：《例外の挑戦》頁 53-54。

²⁰ ジョージ・シュワープ著，服部平治、宮本盛太郎、初宿正典、片山裕共訳，《例外の挑戦：カール・シュミットの政治思想 1921-1936》，第 56-57 頁，東京：みすず書房，1980 年，初版。

²¹ 關於 *constituted power* (*pouvoir constitué*) 的翻譯，本文採取憲制權力此種翻譯，惟另有譯為憲政權，請參見：蔡英文（2002），《政治實踐與公共空間：漢娜·鄂蘭的政治思想》，頁 195，台北：聯經。此書將 *constituted power* (*pouvoir constitué*) 譯為憲政權，並將另一個相關字彙 *constituting power* (*pourvoir constituant*) 譯為制憲權，制憲權與憲政權之間（在本論文中即

而關於主權獨裁的概念，則是從法國大革命而來。Schmitt 認為，法國大革命開展了有別於任務獨裁的一種新的獨裁型態，即為：主權獨裁，其目的在建立新的法秩序或國家體制，並將舊制加以廢除，而完成這項工作的則是受主權者任命的獨裁者。此時的主權者也就是創制新國家與新憲法的人民，而主權者之所以得為這樣的委託，乃是來自於（有別於前述之憲制權力的）制憲權力（*constituent power*），此種權力並非內在於原有的憲政體制，相反地，其存在是為推翻舊勢並開創新局。獨裁者所要完成的工作即是制訂新憲法，於新憲法成立之時，也就是其任務終了之時。而在主權獨裁的情況之下，因為其受任命之目的即在於建立新秩序，從而，此種獨裁者不僅僅可以將既有的法律加以懸置，甚至必須將之廢除，因為新舊憲法無法並存²²。

此外，《論獨裁》中的兩種獨裁型態，無論是任務獨裁或是主權獨裁，獨裁者皆與主權者有所區別。任務獨裁之獨裁者，其權力來自於主權者所任命，是一種憲制權力，主權獨裁之獨裁者，則是由主權者（人民）透過制憲權力加以委託，基本上不論是獨裁之目的與期間，理應受到來自於主權者之一定的限制²³。

可是，隔了一年出版的《政治神學》則有了轉變，Schmitt 不再去區分主權與獨裁。於《政治神學》中，在《論獨裁》中原有的「獨裁」與「戒嚴狀態」（*state of siege*）的用語消失不見，取而代之的則是「例外狀態」一詞，其重點似乎從例外的定義，轉移到主權的定義²⁴。

如前所述，主權與獨裁的區分以及兩者之間的委任關係，都表明了一種區隔與分離，但在《政治神學》之中，原來產生獨裁需求的特殊事態（亦即例外狀態）的出現，不再需要透過主權者加以確認、進而委託獨裁者加以處理，取而代之的

是：制憲權力與憲制權力之間）的關係，有認為制憲權是憲政權構成的基本前提，而廣義來說，制憲權係指外於或先於既定體制的權力，取其狹義，則指個別法律以及創立體制之基礎的權力，然而，這裡會遇到的一個問題是：這種權力既然先於或外於既定體制那麼其正當性基礎如何取得有效的論據？詳請參見：《政治實踐與公共空間》，第 V-VI 頁與第 191 頁以下。本文採取憲制權力此種翻譯，不過，不論翻譯為憲制權力或憲政權，其皆意指既存的憲政體制中所建構的諸種權力，並且，因為在一特定體制中難以想像會設置有自毀存在的權力（砍掉重練？），從而可知，所謂的 *constituted power* 必然有其保存防衛現存憲政體制或秩序的機能。

附帶一提，義大利基進左派學者 Antonio Negri 重新闡釋了 *constituting power* (*pourvoir constituant*) 在現代主權國家發展脈絡中的意義，並給予它一種存有論的意涵，進而闡釋民主的基本權力觀乃在於不斷抗拒，甚至顛覆既定體制的權力，請參見：蔡英文（2002），《政治實踐與公共空間：漢娜·鄂蘭的政治思想》，頁 VI-VII，台北：聯經；Michael Hardt 與 Antonio Negri 著，韋本、李尚遠譯（2004），《帝國》，台北：商周。

²² ジョージ・シュワープ著，服部平治、宮本盛太郎、初宿正典、片山裕共訳（1980），《例外の挑戦：カール・シュミットの政治思想 1921-1936》，頁 56-61，東京：みすず書房。

²³ ジョージ・シュワープ著，服部平治、宮本盛太郎、初宿正典、片山裕共訳（1980），《例外の挑戦：カール・シュミットの政治思想 1921-1936》，頁 60，東京：みすず書房。

²⁴ GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 32 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003)

是直接由一個特定之人加以決斷並處理即可，此時，只需要存在一個「主權者²⁵」，由他決定例外狀態是否產生以及如何被消除²⁶。這個新的概念，將原來主權與獨裁的區分加以混淆並合而為一，而得由主權者來宣告例外狀態是否出現，並可決定在其中應該採取如何的具體措施。不過，此種概念即使套用在威瑪憲法第 48 條上，亦不會使得該條中的帝國總統成為君主，因為該條第 4 項明文規定，如經帝國眾議院之要求，帝國總統依同條第 1 項、第 2 項所採取之措施應即喪失效力²⁷。總而言之，例外狀態的宣告雖由帝國總統為之，但仍然在議會的控制之下，而這樣的規定符合了自由憲政國家嘗試透過權力的相互制衡與分權來約束主權問題的發展與實踐。但亦只有就行使例外權力之先決條件的安排，符合了自由憲政的趨勢，而不是第 48 條的內容。該條賦予了無限制的權力²⁸。

這樣看來，主權者宣告例外狀態的權力，似乎僅限於憲制權力，因為在威瑪憲法之下，主權者是基於第 48 條規定，在合於該條特定目的的情形時，得以懸置憲法，從而，帝國總統之權力似乎僅限於來自法秩序原已建構的規範授權，因此是一個任務獨裁的例子。然而，Schmitt 一方面在《政治神學》中混淆了任務獨裁與主權獨裁，另一方面，在其後的《憲法學說》與《憲法的守護者》中，Schmitt 明確的認為，威瑪憲法的基礎是來自於人民的制憲權，此一權力並不會因為憲法的誕生而消失，而是做為民意繼續存在²⁹，並且，威瑪憲法之下的總統係由全體德國人民選出，人民做為制憲權力的來源，透過總統選舉的動作，將民意訴諸於帝國總統，因而某種程度上可以說，除了上述的任務獨裁的情形，帝國總統基於人民選舉所獲得的民主基礎及正當性，亦可能使憲制權力所賦予任務獨裁，基於民意而轉變為具有制憲權力意涵的主權獨裁，因此不必然受到既存實證法規範的限制，因為此時的限制來源直接由來於人民³⁰。但這在理論上要能夠發生，似乎只有在帝國總統與德國人民的意志相等同的時候，才可能如此為之。

值得注意的是，McCormick 曾指出在主權獨裁中，較為特別的是，做為主權者的人民，其意志是模糊的，因而需要代表來創立新國家，但亦因此往往是反過來透過獨裁者的承認來確認了人民的存在，也因此期限的限制反倒落空³¹。如果

²⁵ 此處所稱之主權者，恐怕已與前述兩種獨裁型態中的主權者有些許意義上的不同。

²⁶ CARL SCHMITT, POLITICAL THEOLOGY 7 (George Schwab trans., MIT Press 1985) (1922)

²⁷ 條文內容係參見：Carl Schmitt 著，李君韜、蘇慧婕譯（2005），《憲法的守護者》，頁 308，台北：左岸文化。

²⁸ CARL SCHMITT, POLITICAL THEOLOGY 11 (George Schwab trans., MIT Press 1985) (1922)

²⁹ Carl Schmitt 著，劉峰譯（2004），《憲法學說》，頁 324-325，台北：聯經。

³⁰ Carl Schmitt 著，李君韜、蘇慧婕譯（2005），《憲法的守護者》，頁 280-284，台北：左岸文化；薛熙平（2006），〈例外狀態：阿岡本（Giorgio Agamben）思想中的法與生命〉，政大法律研究所碩士論文，頁 21-22。

³¹ 轉引自：薛熙平（2006），〈例外狀態：阿岡本（Giorgio Agamben）思想中的法與生命〉，頁 20，政大法律研究所碩士論文。

是這樣的話，那麼，帝國總統到底是守護了憲法，還是其自身成爲了一部（內涵上逸脫了人民意志的「活憲法」？帝國總統的客觀性與中立性如何確認與確保？這些問題似乎就變得難以回答。

回過頭來，不論是在《論獨裁》或者是《政治神學》之中，也不論兩種獨裁型態是區分開來或者是將其合而爲一，把帝國總統視爲主權與獨裁匯流之處，必須注意到的是，Schmitt 在此皆有意識到例外狀態與法秩序的關係必須被確保下來，或者說，Schmitt 認爲仍應將例外狀態置於法秩序之中、包含在法領域的思考之內，從而，對他而言，例外狀態係有別於無政府狀態與混沌³²。

不過，以任務獨裁爲例，其透過懸置而不廢棄既存法規範，來達成主權者的委託，這種「對於法規範不加以適用」的運作方式，又要如何的認爲它是被包含在法秩序之中？這個問題即必須從 Schmitt 對於法規範（norms of law/ Normen des Rechts）與法實現的規範（norms of the realization of law/ Normen der Rechtsverwirklichung）之區分，與後來對於規範與決斷的區分來談。

第二目 例外狀態＝主權者的決斷：Schmitt 的決斷論

要談例外狀態，就不得不從 Schmitt 在《政治神學》中的第一句話開始談起：「主權者就是決斷例外狀態之人」³³。這樣的一句話基本上是 Schmitt 思想中頗爲基礎性的一個見解，因而隱含或得以開展許多 Schmitt 在法律學、國家學的思想，比方說：政治統一體、國家、主權的問題、例外狀態、決斷論等等。

簡單地說，「主權者就是決斷例外狀態之人」一語，即是指出：例外狀態的出現，必須仰賴主權者所做出的決斷來加以確認，也同時只有透過不受法律限制的主權者辨識出例外狀態的存在³⁴，才能宣告緊急事態的存在。因此，對於 Schmitt 而言，關於例外狀態的思想，與其說應該要去探討「客觀上」對於國家是否已然出現威脅，毋寧應該將重點放置於主權者的決斷。而這正來自於 Schmitt 「決斷論」的法學思想。

Schmitt 在《論法學思維的三種模式》中，將法學思想的種類區分爲三種不同的理解方式，一是將「法」（Recht）理解爲某種規則（Regel）、或者將其認爲是某種決定（Entscheidung），或者是某種具體的秩序與型態（konkrete Ordnung und Gestaltung）³⁵。對於法學的思考不可避免的會運用到這三種，不過論述上一貫的

³² GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 32-33 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003); CARL SCHMITT, POLITICAL THEOLOGY 12 (George Schwab trans., MIT Press 1985) (1922)

³³ CARL SCHMITT, POLITICAL THEOLOGY 5 (George Schwab trans., MIT Press 1985) (1922)

³⁴ 此處所謂之法律，係指實定法。

³⁵ 詳請參見 Carl Schmitt 著，蘇慧婕譯（2007），《論法學思維的三種模式》，台北：左岸文化。

話，說理上最終應該會有一個特定的對於法的理解，另外兩者則只能被導出。學說上有認為 Schmitt 的法學思想是採取決斷論的想法，亦即，其認為 Schmitt 之理論中認為法最根本之處是某種決斷，而規則或法律的規範以及具體秩序皆是由決斷導出，或者是可以回溯到決斷之上³⁶。Schmitt 的決斷論的出發點，基本上就是由法規範與法實現的規範之區分來展開³⁷。

一、法與國家

在「規範與實在的二元論」的思想下，做為獨立於實然界的抽象法規範，無法自行去適用、操作或執行，其意涵的範圍無法自行定義、解釋，因為思想世界的法無法自行運作，從而必須透過具體化的適用程序，才有辦法使用法規範，並將應然與實然連結起來。對 Schmitt 來說，這項任務無疑落於國家之上，因此，國家即作為應然與實然之間的接著劑、中介者，將法在現實世界中實現出來，從而，國家的存在本身就有其價值，即是：法實現³⁸。

不過，關於法與國家之間的關係，Schmitt 在早期的著作中認為「法不在國家中，而是國家在法中」，從而在常態法秩序之中，「法—國家一個人」的系列裡，「法」無疑是優位的。但是，如果關注在例外狀態中的法實現，則會發現法的優位性，不過僅存在於邏輯上，因為「法不在國家中」正好意謂著國家的「存在優先於本質」、優先於法規範的效力，也就是說，在例外狀態之中，必須要先存在國家，法才能在其中，國家必須在例外狀態中揚棄規範，透過權威來創造法，而國家的決斷即在此從法規範中獨立出來，權威證明了其創造法，是不需要法預先的存在³⁹。所謂的國家與主權者的決斷，相對於法與個人，有其優位性。這是必須先注意的地方。

而在 Schmitt 理論中，應然與實然的連結不只是國家的任務，更進一步來具體實現此一任務者，則是主權者的決斷（decision）；從而，Schmitt 認為，與其他秩序相同，法秩序是奠基於決斷，而非規範⁴⁰。因此，是決斷在例外狀態中奠定了法秩序的存在基礎，決斷做為法實現而創造並支撐了規範與秩序，個人在法與國家之前，其地位則相形見绌。

³⁶ 張旺山（2003），〈史密特的決斷論〉，《人文及社會科學集刊》，15 卷 2 期，頁 188-194。同此見解：吳庚（1981），《政治的新浪漫主義——卡爾·史密特政治哲學之研究》，頁 102-108，台北：五南。

³⁷ 張旺山（2003），〈史密特的決斷論〉，《人文及社會科學集刊》，15 卷 2 期，頁 190。

³⁸ 張旺山（2003），〈史密特的決斷論〉，《人文及社會科學集刊》，15 卷 2 期，第 190-191。

³⁹ 張旺山（2003），〈史密特的決斷論〉，《人文及社會科學集刊》，15 卷 2 期，頁 190-192。

⁴⁰ CARL SCHMITT, POLITICAL THEOLOGY 10 (George Schwab trans., MIT Press 1985) (1922)

二、法規範與法實現的規範之區分

如前所述，於《論獨裁》一書中，在任務獨裁的例外狀態之下，爲了將威脅排除於國家之外，法規範是可以被懸置的，既然如此，Schmitt 又何以能夠認爲此時的例外狀態仍然是屬於法秩序的一環？再者，在主權獨裁的例外狀態的情形也是一樣，廢除既有法規範一事，如果不是代表了無秩序的情境出現，又如何被置於法秩序之中？這種將法秩序外部之物（an outside of the law）寫入法領域之中的操作，在《論獨裁》一書中，表現在 Schmitt 就法規範（norms of law/ Normen des Rechts）與法實現的規範（norms of the realization of law/ Normen der Rechtsverwirklichung）⁴¹之區分，以及制憲權力與憲制權力之區分⁴²。

詳言之，在任務獨裁之中，透過具體地懸置憲法來防衛憲法的存立，創造或拓出一個使法的適用成爲可能的場域，根本性的有這樣的機能存在；雖然就憲法的適用得加以懸置，但是憲法卻不因此失去效力，原因是，規範的懸置僅僅只是意謂著一個具體例外罷了；這樣一來，從理論的層次上來看，任務獨裁因而可以被包攝在規範與（管理規範實現的）實踐技術規則的區別之中，而做爲一個法實現的規範⁴³。但與此相異者，在主權獨裁的狀況下，其目標是創出一個新憲法得以存立的空間，但未必要透過既存憲法所賦予的權力（憲制權力）來懸置既存憲法，反之，其本身即有制憲權力；在這種情形之下，將例外狀態繫留在法秩序之中的這種操作，即是制憲權力與憲制權力的區別；不過，這樣的制憲權力並非一個純粹並且單純的力量問題，儘管那並非基於某部憲法所構成，而毋寧是與每部現存的憲法有著作爲其根據之權力的關連，因此，即使現存的憲法可能否定此一權力，該權力也不能被取消；這樣的制憲權力雖然在法律學上並沒有固定的形式（formless），但其代表了所有政治性的決斷行動中的「最小限度的憲法」，因而即使在主權獨裁中，仍然能夠確保例外狀態與法秩序之間的關係⁴⁴。

透過這樣的論述，Agamben 則認爲，Schmitt 理論中的特殊之處，正就在於此種使例外狀態與法秩序的連結成爲可能的能力，而這是一種矛盾的連結。因爲，應該被寫入法領域之物，本質上卻是位於法的外部，換言之，此即代表了法秩序懸置其自身。因此，這裡即出現了一個兩難（aporetical）的公式：在法學的

⁴¹ 亦有將 Normen der Rechtsverwirklichung 直接稱爲「法實現」，請參見：張旺山（2003），〈史密特的決斷論〉，《人文及社會科學集刊》，15 卷 2 期，頁 185-219。

⁴² GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 33 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003)

⁴³ GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 33 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003) 另請參照：薛熙平（2006），〈例外狀態：阿岡本（Giorgio Agamben）思想中的法與生命〉，頁 22，政大法律研究所碩士論文。

⁴⁴ GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 33-4 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003)

意義上，縱使那並非法秩序，但在該處卻仍存在了某種秩序⁴⁵。

三、規範與決斷之區分

而在《政治神學》中，將例外狀態包含進法秩序中的操作，則是透過兩個法的基本要素之區別，也就是規範與決斷之間的區分。當規範被懸置，例外狀態即在這樣的絕對的純粹之中，展現了一個特別的法學形式要素：決斷。規範與決斷皆有其自律性，在常態法秩序中，因為規範得就具體事例加以處理，從而決斷的自律性則降到最低，與此完全相同的，在例外狀態中，規範則被破壞。但例外仍然在法學可及之處，因為規範與決斷這兩者都仍在法學的框架之中⁴⁶。

從而可知，Schmitt 係透過對於例外狀態的決斷，來確保法秩序的存立與運作，擔保法規範在排除對於秩序的威脅之後仍能被適用，並且在此認為做出例外狀態之人即為主權者，因此，例外狀態被 Schmitt 緊拉著與法秩序有其聯繫，但又非在法秩序之內，則形成一種不在法內，亦不在法外，而是一種界限狀態。

四、小結

至此，我們可以對於 Schmitt 的例外狀態理論做一個簡單的歸結。對於 Schmitt 而言，為了確保法秩序的存續，例外狀態透過不受實定法律節制的主權者所做的決斷被創造出來，然而，在例外狀態中並非失序或無政府狀態，因為縱然主權者不受法律限制，但此時「朕即是法」，從而仍然是有某種秩序存在。在 Schmitt 這邊，為了解決例外狀態與法秩序之間關係的問題，其自法規範與法實現規範的區分，轉向規範與決斷的區分，而主權概念卻因此產生了弔詭的性質。

第二款 法的界限

第一目 內外之分

任何在邏輯上想要給予例外狀態一個定位的學說，都必然會遇到這樣的困難：例外狀態在法領域之內，但同時又在法領域之外，那麼它到底在哪裡？諸多國家的法傳統中的差異，正好相應於學者之間對於此一內外之見解之區分。對於例外狀態在法秩序中的定位，可以區別為兩種，其一是努力尋求將例外狀態包攝進法秩序的領域之中，認為例外狀態在法律之內，另一則認為，相對於法秩序而言，其視例外狀態為法秩序外部之物，換言之，其本質上是政治的現象或者在法

⁴⁵ GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 33 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003)

⁴⁶ CARL SCHMITT, POLITICAL THEOLOGY 12-3 (George Schwab trans., MIT Press 1985) (1922)

領域之外、越出法領域的現象⁴⁷。

但是，Agamben 認為上述理論內含著一種單純的地形圖式的對立（內／外之分），但卻似乎無法充分的說明其應該說明的現象。Agamben 問到，如果例外狀態的固有特性是全部或一部的懸置法秩序，那麼這樣的懸置又如何仍然能被包含在合法的秩序之中？*anomie*（失序、無法、欠缺規範的狀態）又要如何在法秩序中被定位？相對的，如果例外狀態僅只是一個事實狀態，並且與法律無關或與法律相衝突，那麼，對於法秩序而言，其如何可能包含一個空白（*lacuna*，缺漏），而此空白之處又正關乎一個決定性的情境？該空白又到底是什麼意義⁴⁸？

Agamben 認為，實際上，例外狀態不在法秩序的外部，亦不在其內部，例外狀態的定義問題，正恰好關係到一個門檻（*threshold*）⁴⁹的問題，換言之，其所涉及的是一個未分化的領域，一個內部與外部並不互相排除，但卻與對方模糊在一起的地帶。而規範的懸置並不意味著規範的廢止，透過懸置規範所建立的這塊 *anomie*（失序）的領域，也沒有和法秩序失去關連（或者說，至少其宣稱並未失去關連）⁵⁰。因此，正如 Schmitt 的理論一般，這些理論有趣之處，在於其使那種內外對立的地形圖式關係複雜化為一種更為複雜的拓樸學關係，而在其中則涉及了法秩序的界限問題。Agamben 更提醒，在理解例外狀態的問題時，我們必須在前提上先正確的決定例外狀態的定位（或者無法定位），因為，如後所述，諸多圍繞著例外狀態的爭議，就其本質而言，其所呈現的即是有關於例外狀態的定位的論爭⁵¹。

第二目 必要性

常見的一種見解認為：必要性（或稱必然性）的概念是例外狀態的基礎。而

⁴⁷ GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 22-3 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003). 詳言之，認為例外狀態位於法律之內的學者中，有將例外狀態理解為是實定法之不可或缺的一部份（補完部分），因為賦予例外狀態基礎的緊急事態（*the necessity*）有其做為自律的法源的一個面向；但亦有將其理解為國家主觀性的（自然的、合憲的）自我保存的權利。而認為例外狀態乃在法律之外者，則反倒認為，縱或例外狀態與該緊急事態偶爾會在法領域中產生某些結果或有其重要性，但其實質上仍然是位於法領域之外的一個事實要素而已。以上，請參見 GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 22-3 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003). 另請參見：薛熙平（2006），〈例外狀態：阿岡本（Giorgio Agamben）思想中的法與生命〉，頁 25-26，政大法律研究所碩士論文。

⁴⁸ GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 23 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

⁴⁹ *Threshold* 之翻譯，亦有譯為「門閥」、「閥」。另請參見：薛熙平（2006），〈例外狀態：阿岡本（Giorgio Agamben）思想中的法與生命〉，政大法律研究所碩士論文，與柯朝欽（2006），〈例外狀態的統治與救贖：論阿岡本（Giorgio Agamben）的兩種例外狀態模式〉，東海大學社會學研究所博士論文。

⁵⁰ 例外狀態正是因為有此一特性，才可能能夠透過法的力量或革命的力量，隨時加以掠取。

⁵¹ GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 23 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

拉丁法諺亦言：*necessitas legem non habet*（*necessity has no law*，必要性中沒有法律），這個法諺有兩種相對的詮釋，其一是：必要性不承認任何的律，另一則是：必要性創造其自身固有的律。然而，不論採取哪一種見解，例外狀態理論都將會全面地被解消而成爲必要狀態（*status necessitatis*，*state of necessity*，或稱必然狀態）的理論，以致於關於例外狀態的合法性問題，即牽涉到必要狀態是否存續的判斷。從而，關於例外狀態的構造與意義的討論，便以所謂「必要性」此一法學概念的分析爲其前提⁵²。如此一來，例外狀態是否合法的應然問題，將會取決於必要狀態是否出現的實然問題。

然而，對於「必要性中沒有律」的解釋方式，從中世紀至今，有一些轉變。中世紀對於必要性與例外狀態的討論，基本上是認爲，做爲例外狀態的根本基礎並不是必要性或緊急性，而應該是人類的共通福祉；他們認爲，律是爲了人的共通福祉而被規定下來，從而，也只有基於這個目的，才有律的力量及其根據，倘若欠缺了這個目的，那麼律即失其效力⁵³。此即是上述第一種「必要性不承認任何的律」的意涵。

在進入近代之後的例外狀態，則是透過創出一個事實與法（＝權力）相疊合的未分化領域，藉此嘗試將例外包攝進法秩序之中。伴隨著近代法學家的出現，必要狀態才開始被包攝進法秩序中，並且做爲一種真正的、適當的律上的「狀態」加以呈現。中世紀時，將必然性定義爲「在特殊的個案中，律失去其自身的拘束力」的此一原則，到了近代被翻轉成爲：「必要性構成了律最終的、最根本的基礎與泉源」⁵⁴。而這正好符合第二種「必要性創造其自身固有的律」想法。

近代的法學家如 **Santi Romano** 認爲，所謂的必要性不僅僅與法秩序相關，亦是法秩序第一且是最原初的根源。必要性必須被視爲某種事物的條件，並且，該條件不能以既定的規範加以統制或管理；如果必要性沒有律，那麼它就創造律，而這正意謂著它自身可以構成法的根源，從而我們可以說，必要性是第一，同時也是最原初的法的泉源，以致於必要性以外的其他之物，在某種意義上皆有

⁵² GIORGIO AGAMBEN, *STATE OF EXCEPTION* 24 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

⁵³ GIORGIO AGAMBEN, *STATE OF EXCEPTION* 25 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003). 於此，成爲問題的，很顯然地並不是某種狀態或者是法秩序自身的情境（例外狀態或必然狀態），反倒是在每一個具體個案中，無法適用律的力量及其根據，因爲無法達成律爲了追求人類共通福祉的目的，律也就失去了拘束力。**Agamben** 因而認爲，在上述的意義之下，中世紀的例外狀態意謂著一個開展（*an opening*），律系統在必要的時刻向外於律之事實展開。請參見：GIORGIO AGAMBEN, *STATE OF EXCEPTION* 25-6 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

⁵⁴ GIORGIO AGAMBEN, *STATE OF EXCEPTION* 26 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

其派生的意義。再者，例如國家透過革命這種事實上的程序而被建立的情形，在其意義上，國家或者憲政秩序之法律制度的起源與合法性，也必須追溯至必要性。而在特定體制成立的初期階段，可能不斷的會以例外或某種較為弱化的方式來重複作用，甚至在體制已經齊備以及規律化之後，仍有可能如此。進而，例外狀態在此，即以必要性的姿態出現，沿著革命與憲法體制事實上的建立，雖然是一種是非合法的（illegal）方式，但卻是完全地合於法的、立憲的（juridical and constitutional）方式，而這種方式可以被理解為新規範或新憲政秩序的產生⁵⁵。在這樣的見解之下，實定法化的規範雖然是法秩序的一種表現方式，但比方說在戒嚴、內亂、革命等等的情形之下，可以透過例外狀態而不受限於法律，這正代表了「必要性」實證法規範，而成爲法秩序最根本的規則。

不過，這種必要狀態的理論所會遇上之難以突破的困境，則是關於必要性的本質。而這正關於所謂的必要性究竟是客觀的事實情狀，還是含有主觀的判斷。而以革命爲例，各種勢力相互較量爭奪主權而建立新秩序，這正隱含著與其說客觀的特定事實存在，毋寧說成者爲王的一方終將援引必要性的概念來做爲創建新國家的正當化基礎，因此，其本質即是一種主觀的決斷⁵⁶。而這正好與 Schmitt 就例外狀態即爲主權者所爲之決斷的想法，不謀而合⁵⁷。

而 Agamben 進一步地認爲，這種想要將例外狀態解消至必要狀態的嘗試，卻遭遇到同樣多、甚至更爲嚴肅的需要被解釋的現象之困境，這不僅僅是關於何以必要性可以被還原至某個決斷，尙且涉及到該當決斷事實上處於事實與法律之間的一種決斷不能（undecidable）的狀態⁵⁸。

第三款 Giorgio Agamben 的例外狀態原型一

iustitium（中止一般執法活動）⁵⁹

由此處開始，我們即將進入 Agamben 關於例外狀態的論述。不過，在明確

⁵⁵ GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 27-8 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

⁵⁶ GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 29-30 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

⁵⁷ Agamben 在例外狀態一書中亦有提及，Schmitt 在其著作中，曾數次提及 Santi Romano，其應該也概略知道 Romano 想要賦予（處於必然狀態之中的）例外狀態一個法秩序的基礎泉源的嘗試，請參見：GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 30 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

⁵⁸ GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 30 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003). 另外，關於決斷不能（undecidability）的問題，請參見本章節第三項第三款第四目。

⁵⁹ 此翻譯參考：薛熙平（2006），〈例外狀態：阿岡本（Giorgio Agamben）思想中的法與生命〉，頁 22-23 與註 35，政大法律研究所碩士論文。

的提出與區辨 Agamben 與 Schmitt 對於例外狀態的不同構造之前，必須先從法的效力（force of law）以及規範與事實之關係的說明開始著手，希冀藉此能更透徹地了解 Agamben 與 Schmitt 之間的差異。

第一目 無法與法的力量—force of law

Agamben 認為，Schmitt 在《論獨裁》與《政治神學》中所描繪出的統治型態典範（paradigm），至今不但仍然是一個現實，而且還達其充分完滿的發展，從而有必要對於 Schmitt 的例外狀態理論的一些根本性命題加以論述⁶⁰。

在《政治神學》裡，Schmitt 的理論顯示出來的是，主權者為了既存秩序或者新建秩序，而得以將全體法秩序予以懸置，但是例外狀態終究仍是包含在法的內容之中（這對 Schmitt 而言毋寧是重要的）⁶¹，然而，懸置法秩序的結果是，例外狀態似乎已擺脫法律的諸多顧慮，並且就其實質，亦無法採取法的形式，從而，對於 Schmitt 而言，首要之事即是：不論是在任務獨裁或是主權獨裁，無論如何皆必須確保例外狀態與法秩序之間的關係⁶²。不過也正就在這個例外狀態與法秩序的連結之處產生了主權者的矛盾位置，在其被寫入法之中，實質上卻是在法的外部，而有其矛盾。這從上述 Schmitt 所言即可看出這樣的困境。

Schmitt 之兩種獨裁形式所具有的問題⁶³，在轉換為規範與決斷的用語後，問題的說明即成為：在有關例外狀態的決斷中，規範被懸置，或甚至是被棄置的（annulled），但在例外狀態中成為問題的是，創造一個使規範適用成為可能的情境，創造一個規範在其中得為有效（valid）的情境；換言之，例外狀態將規範從其適用中分離出來，這是為了使規範的適用成為可能；其將一個失序的地帶（a zone of anomie）導入法之中，正是為了使現實的有效規制化（effective regulation of the real）成為可能。因而，Agamben 認為，我們可以將 Schmitt 理論中的例外狀態定義為一個場域，在該場域中，規範與其適用之間達到極度的對立，在這樣的法的緊張關係地帶中，最小限度的形式有效性與最大限度的現實的適用相合

⁶⁰ GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 32 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

⁶¹ 因而 Schmitt 才會強調：「因為例外狀態與無政府狀態與混沌有其不同之處，從而在法學的意義上，在例外狀態之中仍然存在著某種秩序，縱或那並非法秩序。」請參見：CARL SCHMITT, POLITICAL THEOLOGY 15 (George Schwab trans., MIT Press 1985) (1922)

⁶² GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 32-3 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

⁶³ 任務獨裁中所展現的是，相對於規範自身，規範被適用的契機是自律的，並且，規範可以被懸置，但卻仍然保有其效力（in force），從而，任務獨裁所表現出來的，是法律不被適用，但仍然有效的狀態；在主權獨裁中，舊憲法不再存在，新憲法則呈現為制憲權力的最小限型態，在這種情形之下，所呈現的是法律雖被適用，但其形式上卻不具有效力（not formally in force）的狀態。請參見：GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 36 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

致、相疊合，規範與決斷這兩個法的要素，也在這個極端的地帶，或者更精確地說，也因為這個極端的地帶，而顯露出他們內在的結合關係⁶⁴。以上我們看到的是法律是否具有形式上的效力與是否被適用的分離與結合，換言之，也就是效力與實效的關係。

根據 Agamben 的考察，force of law 這個語句的背後，伴隨著羅馬法與中世紀法律漫長的傳統，在那個時候，其所承載的是實效（efficacy）的一般性意義，也就是約束的能力（the capacity of bind）。一直到了近代，以法國大革命的為背景，force of law 才開始指向由人民代表所制訂的國家法律之至高價值，而意謂著效力（validity）。在這個意義之下，近代的學說即開始區分法律的實效（the efficacy of the law）與其效力（the force of law）⁶⁵，前者絕對性地取決於有效的立法行為，並且會產生諸多法律效果，相對於此，後者則是一種相對性的概念，表達了法秩序中其他決斷（規範或作為）與法律相較之下，係較為優位或劣位的位置（憲法或執行機關所發布的命令或規則）⁶⁶，是一種法律效力位階的問題。

然而，決定性的一點在於，Agamben 指出，不論是在近代的學說也好，在古代的學說也罷，force of law 所指涉的都是一種法律技術性的意涵，但卻非指向法律，而是指向行政權在某些場合所被授權發布的命令，特別是在例外狀態的情形。我們會說，這些命令有法律上的效力（have the force of law）⁶⁷。這也就是說，作為一個法律專門用語，force of law 這樣的概念，意謂著規範的拘束力或者適用可能性從其形式上的本質加以分離，而且，儘管形式上並非法律，這些命令、措施、政策仍然可以獲得其力量（force，亦即法的力量）⁶⁸。藉著效力與實效的概念區分，形式意義的法律可能有效但被懸置，非法律的命令則有可能被適用但卻沒有形式上的效力。

在例外狀態的討論之中，我們常看見為數眾多的混淆例子，這些例子混同了出於行政權與立法權所做的諸多（法的）決定。非但如此，正如我們所見，這些混淆定義了一個例外狀態的本質上的特徵⁶⁹。但是，若從法的技術性觀點來看，

⁶⁴ GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 36 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

⁶⁵ the force of law 在翻譯上應該翻成「法的力量」，不過，本文認為，文本中此處的 the force of law，其意義在於指稱形式意義法律所特有的效力（validity），因此，並未採取「法的力量」的翻譯。

⁶⁶ GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 37-8 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

⁶⁷ 翻譯的問題，同本章前揭註 65。

⁶⁸ GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 38 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

⁶⁹ 在例外狀態一書中，Agamben 認為納粹體制即可做為一個極端事例，並指出 Adolf Eichmann 在當時曾不厭其煩地反覆地說明：「總統的話有其法的力量（the words of the Führer have the force of law）。」請參見：GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 38 (Kevin Attell trans., University of

例外狀態所特有的機能，與其說是（過於被強調的）諸權力的混同，毋寧說，例外狀態有將法的力量從法律加以分離並獨立開來的能力⁷⁰。所謂的例外狀態，在其中，一方面，規範有其效力但卻不被適用（in force but has no “force”）⁷¹，另一方面，決斷不具有法律的價值但卻獲得其法律的力量（acquire its “force”）。而這意味著，在極端的情形之下，force of law 會像一個不確定的要素一般地漂浮、搖擺，並且可以被國家主權（如同任務獨裁者）或者革命組織（如同主權獨裁者）加以援引宣稱。Agamben 認為，這種「無法的法的力量」（a force of law without law）應該被稱為 force of ~~law~~，並且是一個 anomie 的空間，在這之中，規範的潛力與現狀被根本性的加以分離，亦像是某種神秘的要素，或是一種擬制（fictio），藉此，法律企圖將 anomie 包攝進來⁷²。

第二目 語言的潛力—規範做為一種語言

然而，這樣的神秘要素如何可能被想像，並且，要如何在例外狀態中作用，這些都必須加以解明。關此，Agamben 即從其於語言哲學的研究中獲得啟發，並加以援用來做說明。簡言之，此處所涉及的是規範如何與具體事例產生適用的關係，或者稍微抽象一點地來說，語言與世界如何發生關係。

此處，Agamben 又從規範與語言的類似性中獲得啟發。Agamben 認為，一般（the general）與個別（the particular）之間的關係，不僅僅只是單純邏輯的涵攝（包攝）而已，更是一個從一般性的命題到具體指涉現實中之斷片的一個通道，而該一般性命題本身即擁有虛擬指涉（對象）的能力，也就是說，這是從一個一般性的命題過渡到、轉移到對於現實的一個斷片的具體指涉⁷³。

而這也正就是在語言與世界之間的關係所具有的問題。這種從語言（langue）到言說（parole）的過渡，或者是從符號學到語意學的過渡，這其中的轉變的通道路徑，並不是單純的邏輯操作而已。確切地說，此處永遠需要一個實踐的活動，其中包含了一個或多個發話主體對於語言（langue）的預設，並且發言的動作，而這些是邏輯學家傾向於低估的部分⁷⁴。

而在法規範的情形，對於具體事例的指涉是以「審判」過程為其前提，在多

Chicago 2005) (2003).

⁷⁰ 原文是：it is the separation of “force of law” from the law.

⁷¹ 翻譯的問題，亦同本章前揭註 65。

⁷² GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 38-9 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

⁷³ GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 39 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

⁷⁴ GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 39 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

數法律主體之間，存在一套彼此預設有效的法規範，程序經過後，最終必須有一個宣告的「判決」，該判決正是一個透過制度性權力來保證對於現實的操作性指涉⁷⁵。

使用法律語言來從事發言的動作，將規範與現實相連結，也就是我們一般所說的「適用法律」，這與我們對於客觀事物所為的命名，有其相似性，差別只在於，一般人使用語言有其任意性，任意命名與指涉，但規範與事實之間的連結，其效果多半是人民權利的侵害，因而需要有制度性的保障，讓一切看起來正當，但在非規範語言的使用上，從日常生活中許多新興語言或用語的創造即可看得出來，語言對於客觀事物的任意指涉，在對話主體之中若無相同的語言意義理解，那所造成的問題只有溝通上的困難或障礙，只要使用有共同理解的語言即可改變這樣的困境，但這種任意將語言與事物命名的舉動，卻不會有其他疑慮⁷⁶。

爲了要正確的設定這裡所遇到的「適用」的問題，Agamben 認爲，我們應該將「適用」的問題，從邏輯的領域轉移到實踐的領域。正如同語言的詮釋過程，規範的適用無法以任何形式被包含（包攝）在規範自身之中，亦無法從規範中被

⁷⁵ GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 39-40 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

⁷⁶ 對於 Agamben 而言，規範與現實的適用關係，和語言與事物（非語言）的關係，有其相似性。首先，Agamben 指出法律與語言有「本質親近性」：如同語言預設了非語言（事物）而必須與其保持著虛構的關係，使得之後能夠在現實的言說中對事物加以指稱。此種想法的重要之處在於，他認爲事物（非語言）乃是語言的預設，語言建立、語言要能夠用來指稱事物，必須先將其自身與事物區分開來，並且預設事物已經存在，存在了指稱的對象，語言才能夠進而加以指稱，但同時語言也要預設自己已經存在，也就是說，先有了語言（名字）與事物，兩者之間才有可能相連結，因此，現實言說的發生、在陳述中以名字指稱事物，都必須預設語言與事物的事先存在，並且，分別存在。

但在日常經驗之中，所有的事物不是早已有其名字了嗎？如果我們回到小時候牙牙學語的過程中，或許即可發現一個事實：媽媽爲什麼叫做「媽媽」？爲什麼紅綠燈裡最左邊的燈的顏色叫做「紅色」而不是「橙色」？爲什麼這本是論文而不是生活隨筆？因爲曾有某人告訴我們：他是媽媽、那是紅色、這本雖然很爛但它還是論文，再久遠一點，因爲過去曾有人對這些事物從事了「命名」，這毋寧是重要的，如同新興語言的創造（什麼是「很瞎」？「砍掉重練」是什麼意思？）或者新發明事物的命名（什麼東西是 PS3？什麼東西是 Wii？），都是同一回事。

命名，意謂著我們用一個語言符號（名字）去代表另一個事物，最原初在命名的時候，事物必須在場，名字才能與其進行連結，命名意謂著事物與語言（名字）之關係性的建立，建立了之後，便可以在事物不在場的時候，以語言代表它。因而，關鍵是語言與事物「關係之建立」。而在命名之後，語言縱然沒有因爲陳述而發生指涉，其存在本身，也就預設了語言與事物的連結關係與可能性。

然而，這樣的預設從何而來？Agamben 則指出，這涉及了語言最核心的能力：不指稱的潛力，亦即，語言是透過不做現實指涉，來做爲指涉的前提，而這正是其「潛力」(potentiality)的意義，因而 Agamben 說道：在一個現實言說的發生中，一個字之所以能夠具有指稱現實片段的能力，僅在於它也能在不指稱時具有意義。而所謂的不指稱，即是指稱的懸置，名字單純的自我指涉。另外，法律做爲語言，亦有其潛力。

詳請參見：薛熙平（2006），〈例外狀態：阿岡本（Giorgio Agamben）思想中的法與生命〉，頁 30-32，政大法律研究所碩士論文。附帶一提的是，筆者以爲，法律與語言之間的關係並非類似，而是：法律是做爲特定系統裡的語言，法律就是語言，因而並不太能了解何以 Agamben 僅以類似性相比擬。

導出。若非如此，應該就沒有建立如此龐大的訴訟法體系之必要。語言與世界之間的關係是如此，規範與其適用之間的關係同樣也是，使得其中一方可能直接地從他方派生出來的這種內在關連，可以說並不存在⁷⁷。

在這個意義下，例外狀態可說是一個敞開的空間，在這之中，規範與其適用展現了它們的分離（separation），同時，純粹的 force of law 實現了某個被懸置的規範，並且是透過停止其適用的方式而適用之。這樣一來，將規範與現實結合在一起的這種不可能的任務，以及規範領域的創造，即以例外狀態的形式被實現，也就是說，在例外狀態之中預設了規範與現實的連結。這意味著：為了適用某個規範的緣故，從根本上必須先懸置其適用，並且創造一個例外。不論在怎樣的情形之下，例外狀態皆標示了一個門檻（threshold）的存在，在這之中，邏輯論理與實踐無法相互決定（而模糊化），同時，一個沒有語言的純粹暴力（a pure violence without logos），則宣稱其能夠完成沒有任何現實指涉的發言⁷⁸。

第三目 以 iustitium 為原型的例外狀態理論

一、iustitium：中止一般執法活動

相對於 Schmitt 的例外狀態思想，對於例外狀態的重構，Agamben 不只是就有關於結構的部分予以重新梳理與說明，關於例外狀態，亦上溯古羅馬時代尋求歷史的現象，以現象來理解結構，並提出了現代例外狀態之原型的羅馬法制度：iustitium（中止一般執法活動）⁷⁹。不過，在歷史發展的過程中，iustitium 一語也有其意義上的變化。

在得知國家陷於危機時，共和國的元老院即會發布所謂「元老院終極議決」，此一決定於其根本，其實是發布一個 tumultus（動亂），不過通常會伴隨著 iustitium 的宣告。根據「元老院終極議決」，執政官、或者某些情形下的裁判官與護民官、甚至在極端的狀況下全部的市民皆應該採取任何得以拯救國家的必要手段。而在語源學考察中，文法學者認為 iustitium 如照其字面理解，有法律的停滯之意（standstill or suspension of the law），因此，iustitium 不只是裁判行為的停止，而是意味著整個法律本身的懸置，從而，何以一個法律制度會如此矛盾地以產出一個法律空白（juridical void，法律空隙）為其目的，即有檢討的必要⁸⁰。

⁷⁷ GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 40 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

⁷⁸ GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 40 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

⁷⁹ GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 41 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

⁸⁰ GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 41-2 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005)

對於 Agamben 而言，Adolph Nissen 是最清楚明確的理解 *iustitium* 的研究者。Nissen 證明了所謂的 *iustitium*，是在面臨了例外狀態的條件之下，除去了法律對於官員行為上的制約，而 *standstill and suspension of law* 不僅僅是 *iustitium* 的翻譯，同時也定義了它⁸²。從而 Nissen 認為，*iustitium* 懸置了法律，因此所有法律規定的效力皆被剝奪而不再運作，不論是官員或者是一般私人，全體的羅馬公民都不再具有法律上的權力與義務⁸³。再者，其認為，從公法上的觀點來看，這些標示出了一個休止符（*caesura*），在此，諸多例外措施的採取將成為可能⁸⁴。而 Agamben 即欲從 Nissen 的分析出發，嘗試將其展開成為例外狀態的一般理論。

首先，Agamben 認為，因為 *iustitium* 將會引起全體法秩序的停擺與懸置，從而，並不適合用獨裁當作典範來加以詮釋。因為，此處並未創造一個新的官員出來，亦不是賦予給特定人最高的權力，而是因為得以節制官員行為的法律被懸置，從而使得其權限不受限制，而在 *iustitium* 之中，每一個市民彷彿都被賦予一種流動的、異常的統治大權（*imperium*）⁸⁵，職此，*iustitium* 與獨裁可謂是大不相同⁸⁶。而近代的例外狀態同樣也是如此。將例外狀態與獨裁予以混同，便成為如 Schmitt 之諸多學者無法解決例外狀態此一困境的侷限。從這樣的觀點出發，例外狀態因而不再是以獨裁模型、一種全權、法的滿溢狀態，而是法的虛無狀態、

(2003).

⁸¹ 為求閱讀的順暢，因而將有關語彙的譯文對照，獨立置於此處，輔助參照：中止一般執法活動 = *iustitium*；動亂 = *tumultus*；元老院終極議決 = *senatus consultum ultimum*，更恰當的或許是 *senatus consultum de re publica defendenda* = 元老院議決為捍衛共和；執政官 = *consul*；裁判官 = *praetor*；護民官 = *the tribunes of the people*。翻譯參考：薛熙平（2006），〈例外狀態：阿岡本（Giorgio Agamben）思想中的法與生命〉，政大法律研究所碩士論文，與柯朝欽（2006），〈例外狀態的統治與救贖：論阿岡本（Giorgio Agamben）的兩種例外狀態模式〉，東海大學社會學研究所博士論文，以及網路資源 http://en.wikipedia.org/wiki/Main_Page（最後瀏覽日期：2008/7/26）。

⁸² 根據 Nissen 的見解，就 *iustitium* 此一用語，如果將其做「法院假期」（*court holiday*）這種通常理解，非常不充分，並且在法律技術的意義上，也應該與後來其所意味的國喪（*public mourning*）相區別。而國喪是 *iustitium* 後來所產生的另一個意義。請參照：GIORGIO AGAMBEN, *STATE OF EXCEPTION 45-6* (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

⁸³ 不過在這邊，如同前面在中世紀時對於必然性的討論，Nissen 無疑地是認為，因為此時法律保障人類共通福祉的這種中立的目的已無法遂行，權宜之計則是將法律予以棄置。而其從必然性（*the state of necessity*）的觀點，他也將元老院終極議決、*tumultus* 的宣布與 *iustitium* 三者體系性地加以連結；元老院終極議決係以 *tumultus* 做為前提，而 *tumultus* 又是 *iustitium* 的唯一原因。請參照：GIORGIO AGAMBEN, *STATE OF EXCEPTION 45-6* (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

⁸⁴ GIORGIO AGAMBEN, *STATE OF EXCEPTION 45-6* (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

⁸⁵ 翻譯參考：薛熙平（2006），〈例外狀態：阿岡本（Giorgio Agamben）思想中的法與生命〉，頁 24，政大法律研究所碩士論文，與網路資源：<http://zh.wikipedia.org/wiki/%E7%B5%B1%E6%B2%BB%E5%A4%A7%E6%AC%8A>（最後瀏覽日期：2008/7/26）。

⁸⁶ 對於元老院終極議決（以及 *iustitium*），亦有學者將其定義為一種準獨裁。但同樣被 Agamben 認為是一種誤解，請參見：GIORGIO AGAMBEN, *STATE OF EXCEPTION 43* (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

法的空白與法的懸置⁸⁷。

再者，透過 Agamben 對於 *iustitium* 的系譜學考察，在這一個法的空白空間中，所有法律決斷都消退而無法運作，因而所有企圖將例外狀態與法連結的理論，皆是錯誤的⁸⁸。Schmitt 欲透過規範與決斷的論述將例外狀態間接地寫入法中的論述，亦是謬誤的。所謂的例外狀態，並不是一種「法的狀態」(a state of law)，而是一個無法的空間 (a space without law)。然而，基於某些理由，對於法秩序而言，這樣的空間，卻是一種本質性的存在，以致於法秩序必須用盡一切方法來確保其自身與例外狀態之間的關係，彷彿是爲了要確立自己的存在，而必然地必須與 *anomie* 維持著關係。一方面，在例外狀態中成爲問題的法的空白，對於法而言似乎是絕對地無法思考 (unthinkable)，另一方面，這思考不可能之物，對於法秩序而言，卻帶有一種決定性的戰略重要性，並且無論如何都不能使之溜走⁸⁹。

另外，與所謂法的懸置有關的一個艱難問題是，在 *iustitium* 之中所犯下的行爲，就其本質似乎躲過了所有法的定義。因爲那既非法的違反、亦非法的執行或法的制定，從而，對於法而言，似乎應該將其定位在一個絕對的 non-place 的位置，而僅僅是純粹的事實。最後，force of law 的這個想法，就是對於無法定義與 non-place 回應。法律的懸置一事，彷彿釋出一個力量或神秘要素，一種法的力量 (legel mana)⁹⁰，而這是支配力量與其敵手、憲制權力與制憲權力都企圖要占有的。從法律中被分離開來的 force of law、浮動的最高命令權、有效但不被適用，或者更一般來說的法律零度 (degree-zero) 的這些思考，這些都是一種擬制 (fictions)，以此爲手段，法律企圖將自身的不在或缺席包含在自身之中、企圖佔用例外狀態，或確保自身與例外狀態之間的關係⁹¹。

二、*iustitium* 意義的轉變：國殤

過去元老院基於 *auctoritas* (權威) 宣告 *tumultus* (動亂)，而不同於元老院之議決的建議性質，行政官員仍具有 *potestas* (權限) 可以加以否決，兩者有其

⁸⁷ GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 47-8 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

⁸⁸ 而將必然性視爲法的泉源的理論、將例外狀態看做是國家自我防衛權之行使或將其視爲法最原初滿溢狀態之修復的理論，Agamben 亦認爲是錯誤的。

⁸⁹ GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 50-1 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

⁹⁰ Mana 是一個人類學語彙，此一概念被認爲是一種無人格的力量，在人類學與宗教研究中使用，請參見 <http://en.wikipedia.org/wiki/Mana> (最後瀏覽日期：2008/7/26)。

⁹¹ GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 51 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

協力與制衡的關係，並且相互分離開來⁹²。

隨著羅馬共和轉變成帝國，*auctoritas*（權威）與 *potestas*（權限）卻在皇帝主權者身上整合起來。至此，*iustitium* 不再意味著爲了應付動亂而懸置法律，新的意義則是指因主權者或其身邊親族死亡而來的喪禮（*public mourning*，國喪），原有的語意則完全被取代而消失不見，而有了語意上的轉變⁹³。有別於許多學者的見解，Agamben 認同 Augusto Frascetti 的見解，認爲國喪的政治上重要性是在於主權者的葬禮本身即能引起動亂（*tumult*）。主權者家族成員的死亡，被當做城市全體的災難，結果是，某個家族的幸福與不幸轉化成爲國家共同體之命運的重要之事⁹⁴。

Agamben 認爲，只有從主權者的死亡與例外狀態之間的一致性此一觀點來看，*anomie* 與 *mourning* 之間一致性才會變得容易理解。*tumultus* 與 *iustitium* 之間的原初連結仍然存在，但是現在的 *tumult*（動亂）主權者的死亡相疊合而爲一致，法律的懸置則被整合進喪禮的儀式之中。這彷彿是主權者將所有的例外權力都吸收進自己威嚴的人格（*august person*）之中，而主權者自身成爲了活的 *iustitium*（*a living iustitium*），在其死亡之時，正好顯現出其內在的失序性格（*anomic character*），並且在城市中可以看見因而從其身上被釋放出來的 *tumult* 與 *anomie*。因此 Nissen 認爲，例外的措施已然消失，因爲其已成爲常規⁹⁵。從而，這種君主政體的新現象可以被視爲一種整合，例外狀態與 *anomie* 可以被整編進主權者的威嚴人格之中，而主權者則從自己與法律之間的從屬關係中，解放了自身，常態性地將自身脫離所有法的束縛，並宣稱自己不受法律之拘束⁹⁶。帝國皇帝自身彷彿變成了一個活生生的 *iustitium*。

在上述這種君主政體興起時，「主權者是活生生的法律」（*the sovereign is a living law*）這樣的公式也出現在該時的主權理論之中。Agamben 並且認爲，此一公式與現代主權理論的起源相關，不能低估之。而「主權者是活生生的法律」這一句話，意味著主權者並不受法律所拘束，並且，在主權者的身上，法律的生

⁹² GIORGIO AGAMBEN, *STATE OF EXCEPTION* 78-9 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003). Agamben 認爲，*auctoritas* 似乎具有使現存的 *potestas* 失效或者使已經失效的 *potestas* 重新生效的能力，但其本身卻不是一個形式的法定權力，因而亦有學者將之稱爲「奠定合法性的權力」，同此註。另請參考：薛熙平（2006），〈例外狀態：阿岡本（Giorgio Agamben）思想中的法與生命〉，頁 65-66，政大法律研究所碩士論文。

⁹³ GIORGIO AGAMBEN, *STATE OF EXCEPTION* 65 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

⁹⁴ GIORGIO AGAMBEN, *STATE OF EXCEPTION* 67-8 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

⁹⁵ Agamben 臆測這或許是其後 Benjamin 提及「例外狀態已經成爲常態」的來源，請參見：GIORGIO AGAMBEN, *STATE OF EXCEPTION* 68-9 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

⁹⁶ GIORGIO AGAMBEN, *STATE OF EXCEPTION* 68-9 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

命與全然的失序相疊合。更準確的說，主權者與法律被同一化，而維持著與法律之間的關係，但亦將自己呈現為法秩序的失序基礎（*anomic foundation*）。也就是說，主權者與法律的同一性，即呈現出一種企圖，其欲主張主權者的失序特性，同時亦欲主張主權者與法秩序之間仍有其本質的連結。所謂「活生生的法律」，是例外狀態在法律的外部與內部之間所建立之連結最原初的型態，在此一意義下，這也構成了近代主權理論的原型⁹⁷。

Iustitium 與 *mourning* 之間的對應關係，在此展現了其真正的意義。如果主權者是活生生的法律（*a living nomos*）⁹⁸，或者倘若基於某些原因 *anomie* 與 *nomos* 完美地在主權者的人格中相合致，那麼，當主權者死亡的同時，失序與活生生的法律之間的連結亦將被切斷，此時，失序即從城市中被解放出來，因此無秩序的狀態即必須被儀式化、被控制下來，必須將例外狀態轉化為國喪、將國喪轉化為 *iustitium*。相應於在主權者活生生的身體中 *nomos* 與 *anomie* 的無法決斷狀態（*undecidability*）的是，都市中處於例外狀態與國喪之間的無法決斷狀態。在我們宣稱那就是有關緊急狀態之決斷的近代型態之前，主權與例外狀態之間的關係，即以主權者與 *anomie* 之間同一性的型態加以展現。而因為主權者是活生生的法律，是故，於其基礎是全然非法律（*anomos*）的存在。在例外狀態的情形也是一樣，例外狀態是法律神秘而且更真實的生命⁹⁹。

第四目 法的暴力、制法暴力與護法暴力的循環

透過對於 Schmitt 著作的整理，Agamben 認為，Schmitt 曾經閱讀過 Benjamin 的《暴力批判論》，而 Schmitt 與 Benjamin 之間，也透過各種不同形式，針對法、例外狀態與主權，展開了一場隱密對話¹⁰⁰。

⁹⁷ GIORGIO AGAMBEN, *STATE OF EXCEPTION* 69-70 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

⁹⁸ 關於 *nomos* 此一詞彙，常被譯為法律，在《*State of Exception*》一書中，亦常出現 *law* 與 *nomos* 可直接替換的情形，不過其意涵卻可能比法律概念更為複雜，亦可以指涉傳統的道德與習俗；關於 *nomos* 在《*State of Exception*》中的運用與其詞義，詳請參見：朱元鴻（2005），〈阿岡本「例外統治」裡的薄暮與晨暉〉，《文化研究》，創刊號，頁 212-214。本文在 *nomos* 的翻譯上，主要因為在整個文本的討論上，似乎可以認為在 Agamben 的想法中，法律構成了秩序，沒有了法律即會演變成爲失序，從而有將法律與秩序等同起來的傾向，從而，在不同的地方有譯爲「法律」，亦有譯爲「秩序」。

⁹⁹ GIORGIO AGAMBEN, *STATE OF EXCEPTION* 70 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

¹⁰⁰ Agamben 指出，Benjamin 於 1921 年所著之《暴力批判論》中的核心概念（制法暴力與護法暴力），正好相當於 Schmitt 同年論著《論獨裁》中的制憲權力與憲制權力，而在《暴力批判論》中所要確立的純粹暴力或神聖暴力，在該文末，Benjamin 將純粹暴力等同於主權暴力，更與 Schmitt 於《政治神學》中所提出的主權（決斷），非常類似，因而透過對於 Schmitt 這段期間的引註研判，Agamben 認為可以將 Schmitt 的《政治神學》視爲對於 Benjamin《暴力批判論》的回應。請參見：GIORGIO AGAMBEN, *STATE OF EXCEPTION* 52-3 (Kevin Attell trans., University of Chicago

Benjamin 於《暴力批判論》一開始，即說明了「對於暴力之批判的任務，可以摘要為闡明其與法與正義之間的關係¹⁰¹。」其認為，近代歐洲的發展，個人對於自我目的之追求，必然會受到法律目的之制約，而受到法律的整編。然而，這是為了法律目的的達成嗎？Benjamin 認為，法秩序將暴力排除在個人所能支配的範圍之外，進而加以獨占的好處，並不是法律為了要成就其法的目的，而毋寧應該從確保法律自身的存在之自我保存功能來予以說明。這乃是由於倘若個人可以就暴力加以掌握，而不在法律的支配之下，這對法律體系而言，不啻為一種威脅，甚至 Benjamin 更明確地告訴我們，之所以成為威脅，並不是個人施用暴力時所欲企及之該特定個人目的所造成，而是這正好彰顯出該暴力是法律之外的一個不受節制的存在。有違法律目的之暴力之所以應該被譴責，並不是因為違法的緣故，而是因為如果我們允許使用暴力來追求自然目的¹⁰²，那麼要維護一個以法律目的為基礎的制度，便不再成為可能¹⁰³。

法律體制中對於權利存在與否的判斷，做為一種掠奪性暴力（predatory violence），雖然無法在法律論述邏輯中得以窺見，但如果去觀察法律情境中所產生之具體客觀的矛盾，即可發現¹⁰⁴。而更顯而易見的是戰爭暴力（軍事暴力）。戰爭暴力同樣是一種掠奪性暴力，並且，面對著戰爭，不可或缺的和平儀式，對於已然建立的權威，更是一種必須存在的承認或認可，這樣的承認將人民與權威

2005) (2003).

¹⁰¹ WALTER BENJAMIN, CRITIQUE OF VIOLENCE, in ONE-WAY STREET, AND OTHER WRITINGS 132, 132 (EDMUND JEPHCOTT AND KINGSLEY SHORTER TRANS., 1979).

¹⁰² Benjamin 所謂的自然目的是指個體所欲達成的個人目的，而可能與法律相抵觸或相契合。

¹⁰³ WALTER BENJAMIN, CRITIQUE OF VIOLENCE, in ONE-WAY STREET, AND OTHER WRITINGS 132, 135-6 (EDMUND JEPHCOTT AND KINGSLEY SHORTER TRANS., 1979).

¹⁰⁴ Benjamin 在文中舉出階級鬥爭中，對於勞動者罷工權存否的判斷，來做為例子。罷工權是國家給予勞動者的權利，但是卻非實施暴力的權利。然而，對於與國家相對立的勞動者而言，其自然認為罷工權是為了貫徹某目的而得實施暴力的權利，這樣的觀點當然會與國家相衝突，在革命性的大罷工（general strike）發生時，則對立更為激烈。當勞動者主張罷工權時，國家極有可能反過來認為這是罷工權的濫用。這是因為罷工權畢竟不是自明之理，國家保留了可以去宣稱所有企業同時實施的罷工是違法的此一權利，因為在立法時所訂下來的做為罷工前提之特殊理由，在各大企業中並普遍不存在。

也正是在勞動者與國家兩方，詮釋權利存否的偏差（差異）之間所具有的矛盾中，具體的表現出了在國家對暴力（罷工權）承認與否的不同狀況之中，國家可能承認特定情狀中為了自然目的的暴力行使，因為儘管其目的與法律目的有違，但卻被認為那無關緊要，然而若是在重大的危機時刻（如革命性的大罷工），即會產生對立，因而否認罷工權的存在。從而，乍看之下似乎可以矛盾的說，在特定條件之下的權利行使行為，仍可能被認為是暴力。但是更為具體說，積極地行使一項權利而來想要推翻授予其權利之法律體制的行為，自然會被認為是暴力，但縱然消極地不行動，有時需要強迫地做一些介入，倘若被認為造成了恐嚇與威脅，那麼消極的不作為（怠工）也可能被認為是暴力。因此，雖然我們在法律的討論中看不到邏輯上的矛盾，但是仍然可以看到這種內在於法律情境的具體客觀的矛盾。詳請參見：WALTER BENJAMIN, CRITIQUE OF VIOLENCE, in ONE-WAY STREET, AND OTHER WRITINGS 132, 136-7 (EDMUND JEPHCOTT AND KINGSLEY SHORTER TRANS., 1979).

另外，Benjamin 的這種論述，正好指出了觀察法律權力矛盾的一種方式，是破解法律邏輯體系的良方。

之間，建立起新的關係，認定為新的法律，無論是否有其正當性支撐。因此，Benjamin 認為，由此可以獲致的結論，即是：所有類此追求自然目的之暴力，戰爭的軍事暴力做為最根源的或典範式的暴力，有其制法性格，而做為一種制法暴力（lawmaking violence）。而這正好可以說明前面所提及，近代法剝奪了（做為權利主體的）個人將暴力做為手段來達成其目的之可能¹⁰⁵。法律是一種對於暴力的收編與獨占，進一步的覆蓋在人民生活之上。

而 Benjamin 從對於徵兵制度（兵役義務）的觀察，考察了暴力的另一個機能，即為：護法機能。相較於制法暴力的自然目的，軍國主義（militarism）則是為了法律目的而被適用，使市民服從、從屬於法律，因而成為護法暴力（lawpreserving violence）。至此，暴力顯現其機能面的二元性（duality）¹⁰⁶。

然而，這樣的二元性卻在近代國家警察制度中，不自然的結合起來¹⁰⁷。近代警察概念的興起，至少可以追溯到 15 世紀中葉，而到了 16 至 18 世紀現代國家機制的出現，旋即被整編成為一種特殊的國家權力技術，藉此來實現多樣的國家目的，並且幾乎囊括了一切有關人民的事務，試圖促進整體共同體的幸福。但在自由主義的席捲之下，過去這種想法，因為對於幸福根本不存在普遍的原理，因而遭到批判，此後，警察權力的任務，在理論上僅限於公共安全的維持¹⁰⁸。

然而，警察具有處分的權限，是一種為了達成法律目的所存在的一種暴力，做為護法暴力，但同時其也有權在廣泛的範圍內，自行去設定這些法律目的，主張其所發動的命令具有法的效力，認定所有的法令皆有法律目的，而成為一種制法暴力。制法與護法暴力在警察身上合而為一，Benjamin 更覺得這樣的權力是一種恥辱，因為警察所頒佈的法規，根本不足以成為起碼的法律。其更指出，如果制法暴力需要透過勝利來證明自己的價值，那麼護法暴力則應該受到拘束，不

¹⁰⁵ WALTER BENJAMIN, CRITIQUE OF VIOLENCE, *in ONE-WAY STREET, AND OTHER WRITINGS* 132, 137-8 (EDMUND JEPHCOTT AND KINGSLEY SHORTER TRANS., 1979). 在犯罪人身上，我們可以看見犯罪人支配了他人的利益，犯罪者所欲達成的目的，就好像是他所宣示的新的法律，也有其制法的機能存在，而正是這樣的態勢威脅了現存法秩序，即便這樣的威脅並不強烈。但這樣的制法意味應該被去除或至少應該使國家能加以掌握，從而必須加以規範，甚至在某些特定情形下，必須給予行使暴力的權利但卻透過法律加以節制（例如罷工權即是），詳見同書，第 138 頁。

¹⁰⁶ WALTER BENJAMIN, CRITIQUE OF VIOLENCE, *in ONE-WAY STREET, AND OTHER WRITINGS* 132, 138-9 (EDMUND JEPHCOTT AND KINGSLEY SHORTER TRANS., 1979).

¹⁰⁷ Benjamin 認為暴力結合兩種機能的另一種表現，即為死刑。其在文中指出，對於死刑的批評很多，但是反對這些批評者總認為對於死刑的攻擊是針對法律本身的起源而來；若此，如果暴力是法律的起源，那麼，決定生死的最高暴力發生於法律制度之中，就可以明確地讓人看到生死的掌握即為法律的起源，而死刑的目的便不是為了懲罰對於法律的侵犯，而是為了確立新的法律，死刑比起其他法律行動，更完美的重申了法律。請參見：WALTER BENJAMIN, CRITIQUE OF VIOLENCE, *in ONE-WAY STREET, AND OTHER WRITINGS* 132, 140-1 (EDMUND JEPHCOTT AND KINGSLEY SHORTER TRANS., 1979).

¹⁰⁸ 江玉林（2005），〈近代初期的警察〉，《月旦法學教室》，28 期，頁 36-37。

能為自身樹立新的目的。並且，Benjamin 認為，警察制度所表彰出來的，正是表現出國家與法體制本身已無法確保其原來所欲貫徹的目的，因而透過警察以保安為理由而介入人民的生活，越過法律，透過法令來對於人民生活做規制與監視，警察這種現象是一種最高程度的暴力的墮落¹⁰⁹。

而面對著這樣的法律暴力，並將法律暴力視為是一種神話暴力（mythical violence），Benjamin 最終走上的是對於法律的摧毀。Agamben 即認為 Benjamin 《暴力批判論》的目的，正是為了要去確保一個絕對「外於」法律或者「超越」法律之暴力的可能性，這樣的暴力同時可以瓦解制法暴力與護法暴力之間的循環辯證。Benjamin 將這暴力的另一種面貌稱做「純粹暴力」（pure power）或者「神聖暴力」（divine power），倘若在人類的場域中發現這樣的暴力，那麼他稱之為「革命暴力」（revolutionary power）。對於法律而言，這種處於法律外部的暴力，將會因為單純存在於法律外部的此一事實，而難以被法秩序所容許。Benjamin 的批判任務，即是去檢證這樣的暴力存在於現實：倘若暴力以一個純粹而直接的暴力形式，被證明了是在法律外部的一個現實的存在，那麼，革命暴力亦有其可能一事，也將因此被確證下來，而革命暴力正是人類所為之純粹暴力的最高度顯現。此種暴力的固有特徵在於，其並非制法，亦非護法，而是達成法律的廢除（depose），並且揭開一個新的歷史時代的帷幕¹¹⁰。

在 Benjamin 的論文當中，雖然沒有使用例外狀態一詞，而使用「危急場合」一語，但另一個 Schmitt 用語中的「決斷」，卻出現在論文之中。但是，Benjamin 卻認為，決斷其實是只不過是對於一切法律問題的最終的無可決斷（undecidability）¹¹¹。

而 Agamben 認為，Schmitt 於《政治神學》中所發展的主權理論，可以視為是對於 Benjamin 論文的細緻回應。《暴力批判論》的戰略，是為了確保純粹的、失序的暴力（anomic violence）的存在，但相對於此，Schmitt 則是相反地企圖將這樣的暴力拉回到法的內容之中。而例外狀態這樣的空間，正是他嘗試將 Benjamin 純粹暴力的想法與失序包含進 nomos（秩序）的一個場域。依 Schmitt

¹⁰⁹ WALTER BENJAMIN, CRITIQUE OF VIOLENCE, in ONE-WAY STREET, AND OTHER WRITINGS 132, 141-2 (EDMUND JEPHCOTT AND KINGSLEY SHORTER TRANS., 1979). Benjamin 在文中強調，警察暴力所具有的目的，與法並不一致，並且，警察所表彰出來的法的內容，正好標示出國家因為自身的無能，或者因為內在於法律系統的連結中，已不再能透過法律系統來貫徹國家原來所欲達到的具體目的，從而透過警察這樣的角色，得以將觸角深入許多法律所未加以規定之處，警察變成為難以捉摸的權力形式，並如鬼魅一般遍在四周。

¹¹⁰ GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 53 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

¹¹¹ GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 53 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

所言，像純粹暴力這種絕對地存在於法的外部的暴力，是不存在的，而這是因為在例外狀態之中，純粹暴力會透過對於自身的排除，而被包攝進法律裡。也就是說，對於全然失序的人類行動此一 Benjamin 的主張，所謂例外狀態，正是 Schmitt 爲了回應 Benjamin 所使用的裝置（device，理論工具）¹¹²。

面對著 Benjamin 在法律暴力的循環論證中，所釋放出來之懸置法律的純粹暴力，Schmitt 爲了對此有所回應，從而將此純粹暴力之形象加以中立化，發展了主權理論¹¹³。同樣的，爲了回應 Benjamin 思考中，對於一切法律問題最終的無可決斷性，Schmitt 則是主張主權是做爲極端決斷的場域。而此一場域既非在法的外部，亦非在法的內部，在這樣的意義上，所謂主權做爲一種界限概念（limit concept），則是 Schmitt 對於中立化純粹暴力並確保失序與法秩序之間關係的嘗試，所得到的必然結果。正如 Benjamin 的想法中，純粹暴力無法藉由決斷而被自身所辨識出來，對於 Schmitt 而言，亦是如此，對於何時存在了緊急事態、在緊急事態發生時該做什麼才對，是不可能清楚地被確定下來。然而，戰略翻轉了，這樣的不可能性（impossibility）卻正好賦予了主權決斷必要性一個基礎¹¹⁴。

而 Benjamin 對於 Schmitt 主權理論的回應，則是在《德國悲劇的起源》中對於巴洛克主權的描寫。對於 Schmitt 而言，其將決斷當做是整合主權與例外狀態的連結，並且，在其政治神學思想中，主權有其超越性，主權者與神具有一致性。然而，Benjamin 則透過例外狀態的討論，展開巴洛克主權的概念。對於 Benjamin 而言，其將主權權力與實踐加以分離，進而呈現出巴洛克主權者無能決斷（inability to decide）的一面，主權權力與統治能力之間的對立，將使得主權者無法做出對於關於例外狀態的決斷，例外狀態對主權者而言，始終都呈現了幾乎是無可決斷的狀態¹¹⁵。

¹¹² GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 54 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

¹¹³ Agamben 認爲，原來在《論獨裁》中的制憲與憲制權力，之所以被用決斷的概念予以置換，正是爲了回應 Benjamin 的批評所使用的手段，並且，在制憲與憲制權力之間的區分，正好與制法與護法暴力的區分極爲相似，隨後，Benjamin 的純粹暴力與 Schmitt 的主權理論，亦有其對應。從而 Agamben 指出，這樣的置換只有在這樣的理解之下，才有其戰略上的意義，詳請參見：GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 54 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

¹¹⁴ GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 54-5 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

¹¹⁵ GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 55-7 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).；另請參照：瓦尔特·本雅明著，陈永国译（2001），《德国悲劇的起源》，頁 30-65，北京：文化藝術出版社。Benjamin 提及，主權者的權力與統治能力之間的對立，是巴洛克悲劇的一個特有的特徵，然而，這似乎只是一個很普通的特徵，倘若欲加以解釋，則只有在主權理論的基礎上，才有可能。而這正是專制君王的無能決斷（inability to decide）。負責做出關於例外狀態之決斷的主權者，始終都呈現了對他而言一種幾乎是決斷不可能的狀態。因而使得主權者要不是成爲暴君，即是成爲烈士。詳請參見：瓦尔特·本雅明著，陈永国译（2001），《德国悲劇的起源》，頁 41 以下，北京：文化藝術出版社。另可參考：薛熙平（2006），〈例外狀態：阿岡本（Giorgio

因此，Benjamin 認為，關於例外狀態的決斷，主權者不應將其包攝進法秩序中，反之，應該將例外狀態排除，以排除取代決斷，將之拋在法秩序的外部。由此可以看得出來，例外狀態的典範經過了這樣的翻轉，已不再是於 Schmitt 理論中透過主權者決斷所展現出來的神蹟，而成爲一場災難。相對於具有超越性的主權，在 Benjamin 這邊的主權者，則顯然仍被侷限於被造物的世界之中，有其內在性。如此對於主權者機能的極端地再定義，隱含著另一種情境的例外狀態。例外狀態不再憑藉著在懸置之中有其效力，來確保失序與法秩序連結門閥，而是一個在失序與法之間，絕對性地難以決定的地帶¹¹⁶。在無可決斷的地帶，Benjamin 所帶來的不是區分，而是懸置區分，不再決斷¹¹⁷。

在這制法與護法的循環辯證之中，Benjamin 指出了主權者在例外狀態中，最重要的功能不在於決斷，反倒在於將有關例外的決斷排除於法理層次之外。相對於 Schmitt 將主權者視爲決斷而絕無謬誤（infallible）的神，將例外狀態當做恢復法律秩序的神蹟，Benjamin 所設想的例外狀態，是主權者無法決斷也無能恢復的劇變（catastrophe）¹¹⁸。Schmitt 將循環止於主權，某種程度是一種循環的再起，而 Benjamin 的例外狀態則是循環的截斷與終止。

第四項 例外成爲常規

圍繞著例外狀態的議論，還有 Benjamin 於其過世前所寫的《歷史哲學題綱》中的第八命題：「被壓迫者的傳統教導我們，我們所生處其中的『例外狀態』（state of exception）不是例外，而是常規。我們必須到達此一與事實相符的歷史的概念。從而我們將會清楚地看到，我們的任務是帶來一個真實的例外狀態，而這會強化我們與法西斯鬥爭中的位置¹¹⁹。」

在過去的歷史中，例外狀態通常與戰爭相結合，而稱戒嚴狀態（state of siege），其後則逐漸在面對著國內的失序與暴動時，被當做例外的治安措施加以使用，因而，例外狀態的歷史，即是從真實的（real）或軍事上（military）的戒嚴狀態，漸漸轉化爲擬制的（fictitious）或政治的（political）戒嚴狀態的過程。

Agamben) 思想中的法與生命》，頁 48-52，政大法律研究所碩士論文。

¹¹⁶ GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 55-7 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003); 另請參照：瓦尔特·本雅明著，陈永国译（2001），《德国悲剧的起源》，頁 30-65，北京：文化藝術出版社。

¹¹⁷ 薛熙平（2006），〈例外狀態：阿岡本（Giorgio Agamben）思想中的法與生命〉，頁 112，政大法律研究所碩士論文。

¹¹⁸ 朱元鴻（2005），〈阿岡本「例外統治」裡的薄暮與晨暉〉，《文化研究》，創刊號，頁 201。

¹¹⁹ WALTER BENJAMIN, *On the Concept of History*, in SELECTED WRITINGS VOLUME 4:389, 392 (Edmund Jephcott trans., Howard Eiland and Michael W. Jennings ed., 2003).

然而，Agamben 提醒我們，無論如何不能忘記的是，近代的例外狀態，並非絕對主義（absolutist）的傳統所創造，而是革命的民主主義傳統所創造¹²⁰。

威瑪共和期間，對於威瑪憲法第 48 的活用，呈現了將（政治）軍事上緊急事態與經濟危機劃上等號的現代傾向；其後，希特勒公布的「國家及人民保護令」，更全面性地在納粹德國展開了例外狀態的統治體制。而集中營更是例外狀態成爲常規的最佳範例。在這個意義之下，透過例外狀態，當代極權主義（totalitarianism）可被定義爲一種合法的內戰，其不僅允許消滅政敵，亦允許消滅因爲某些原因而無法整合進政治系統的市民。此後，恆常性例外狀態自發的創出，即成爲包含著民主國家在內之現代國家的本質性的實踐¹²¹。例外狀態已非做爲一時性的例外措施。

這從美國自九一一以來，所發布的軍事命令與法律亦可察覺。在阿富汗被俘虜的士兵，不但無法享有國際條約相關規定的保障，亦不依美國法律被當做犯罪嫌疑人加以處理。戰俘並非囚犯、亦非被告，而僅成爲單純的被拘留者，純粹的事實上被支配的對象，因其被全然地自法律與司法的監督中被去除，因而不論就其居留的期間，或就被拘留者自身的性質，都僅成爲一個無限期居留的對象。Agamben 將其等同於在納粹集中營中的猶太人，其皆喪失了伴隨著市民權利而來的法的身份¹²²。其存在，宛如人被剝除附著在人身上的諸種生存形式（如身份、法律地位）一般，而成爲赤裸裸的生（bare life，裸命）。

而例外狀態這個法律空白的空間，正好提供了主權權力的運作空間，使得法律與生命得以連結，主權的活動也就成爲不斷產出赤裸生命的機器，集中營即爲一個例外狀態的範例，是一個例外狀態成爲常態的空間。Agamben 即認爲，假若主權的邏輯是不斷地透過例外狀態來進行法律與生命的連結，那麼一旦當例外狀態成爲常態，主權者就會變成一部「殺人機器」（killing machine），此即其對於納粹大屠殺的反省¹²³。

¹²⁰ GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 4-5 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).關於例外狀態的各國歷史，請參見：GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 11-22 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

¹²¹ GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 2 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

¹²² GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 3-4 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

¹²³ GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 86 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).；柯朝欽（2006），〈例外狀態的統治與救贖：論阿岡本（Giorgio Agamben）的兩種例外狀態模式〉，頁 61，東海大學社會學研究所博士論文。

第三節 生命政治學—主權與赤裸裸的生

If animals did not exist, the nature of man would be even more incomprehensible.¹²⁴

—Georges-Louis Buffon

Agamben 在《The Open: Man and Animal》中提及，生命（life）這個概念，從未獲得清楚的定義，然而，各個學科透過一連串對於生命的研究¹²⁵，不斷地連結與切割此一仍然有其不明確性的生命，而這些皆賦予了生命、為生命注入了一種明確的戰略性功能。透過翻轉這些學科研究所產生的論述，來揭露該戰略性的功能，這些皆說明了，在我們的文化裡，無論發生了什麼，皆彷彿意味著生命正是那種無法界定（defined）之物，也正因如此，才必須不停地對於生命概念予以闡釋與切割¹²⁶。

對於「生命是什麼」此一問題，從過去到現在，總是透過一種區分／歸類（類屬）解決方式來做為回應，先界定「其屬於什麼」，再透過不斷的切割與納入、反面排除的方式，來說明生命；被切割與分離之物，即透過分而治之（*divide et impera*）的方式，將生命這種統一性的結構，建構成一系列機能上的等級連接與對立體系¹²⁷。如果說所建立起的架構是一個網絡體系，其中佈滿諸多格子與位置，那麼我們對於生命的稱呼與分類，透過命名與陳述，這些都形成了一連串切割格子與定格（定位）、重新定位的動作，於切割與命名之間，必然存在的是模糊與猶疑不定，從而所謂命名與定格此一定格化的過程，其眼光終將不斷交互流轉於事實（存在）與抽象體系（規範）之間，有其難以區分與斷言的困境。

第一項 神聖之人與赤裸裸的生

所謂的 bare life（赤裸裸的生），正是 homo sacer（神聖之人）¹²⁸的生命（life）。

¹²⁴ GIORGIO AGAMBEN, THE OPEN: MAN AND ANIMAL 13 (Kevin Attell trans., Stanford University Press 2004). (2002) 請參見扉頁。

¹²⁵ Agamben 舉出數例，如看起來似乎與生命沒什麼關連性的哲學、神學與政治學，以及到後來才對於生命展開研究之醫學與生物學，請參見：GIORGIO AGAMBEN, THE OPEN: MAN AND ANIMAL 13 (Kevin Attell trans., Stanford University Press 2004). (2002)

¹²⁶ GIORGIO AGAMBEN, THE OPEN: MAN AND ANIMAL 13 (Kevin Attell trans., Stanford University Press 2004). (2002)

¹²⁷ GIORGIO AGAMBEN, THE OPEN: MAN AND ANIMAL 14 (Kevin Attell trans., Stanford University Press 2004). (2002)

¹²⁸ 就 homo sacer（神聖之人）一語的內涵之討論，學說上有翻譯為「受譴咒的人」，主要係為保存 homo sacer 原有的宗教意涵、被排除的地位以及宗教對於政治的影響，但若譯為「神聖之人」，

而所謂生命，一種活生生、赤裸裸的人，即是在例外狀態中，主權者施展權力的對象。

Homo sacer，是可以被殺（而不犯法）、但不得獻祭或犧牲之人，在古代羅馬法中，神聖之人是一種特殊而晦澀難解的形象，其僅僅透過被排除的形式，而被包含在法秩序中¹²⁹；其同時被人法與神法所排除，同時做為兩種法秩序的例外¹³⁰，Agamben 即依 homo sacer 的這種吊詭特徵，建構起其與法秩序的原初例外關係，主權對應生命的結構¹³¹。

在世俗法秩序之下成為例外，被宣告為 homo sacer 的人被排除於刑罰之外，不適用任何有關刑罰的規定。「不再適用刑罰」本身正是一種刑罰，因為這同時意味著別人對他的行為也不再適用法律，因此另一個他者可將其殺害卻不觸犯殺人罪。不再適用法律因而意謂的是不再受法律的制裁，卻也不再受法律保護。他在法律上已被視為死亡，因此，其生理上的死活已與法律無關，一個法律上已經死亡的人無法在法律上再被殺死而成為殺人罪的被害人¹³²。

透過人法與神法的雙重例外，同時被排除地包含於人與神的領域，此一機制於是開啓了一個既不適用人法、亦不適用神法的活動地帶，其中無論是 homo sacer 的行為或是他人對 homo sacer 的行為都不再受律法所規範，一切皆被允許¹³³，而此一活動領域，即為例外狀態。而 homo sacer 所附著的身體，也正是 bare life（赤裸裸的生）。

赤裸裸的生之所以赤裸，並非物理上、身體上的暴露而無覆蓋，而似乎是對比於人之外的其他物種（例如動物），這些物種亦不存在權利與法律上地位。某

則無法涵蓋到宗教意涵的部分，請參見：朱元鴻（2005），〈阿岡本「例外統治」裡的薄暮與晨晦〉，《文化研究》，創刊號，頁 209-212。不過，Agamben 本身反對宗教性解釋的立場，除此之外，亦有認為使用「神聖之人」的譯法，可以直接對應當代關於人或生命神聖性的宣稱，反諷「神聖性」背後所隱含的詛咒、排除、犧牲（或不可犧牲）的歷史與政治，請參見：薛熙平（2006），〈例外狀態：阿岡本（Giorgio Agamben）思想中的法與生命〉，頁 59-60，註 77，政大法律研究所碩士論文。而本文以為，法律挾其正當性基礎來進行差異排除的工作，藉此解除混亂狀態，建立起正常的規範秩序，皆是以其暴力為後盾，而做為暴力施展的對象，則為神聖之人；從而，將 homo sacer 譯為「神聖之人」，更能顯現出法律與暴力之間隱晦的關係，因此選擇此一譯法。

¹²⁹ 朱元鴻稱之為「納入性排除」的結構，請參見：朱元鴻（2005），〈阿岡本「例外統治」裡的薄暮與晨晦〉，《文化研究》，創刊號，頁 199。

¹³⁰ See GIORGIO AGAMBEN, HOMO SACER: SOVEREIGN POWER AND BARE LIFE 8, 73 & 82 (Daniel Heller-Roazen trans, Stanford University Press 1998) (1995).

¹³¹ 薛熙平（2006），〈例外狀態：阿岡本（Giorgio Agamben）思想中的法與生命〉，頁 13，政大法律研究所碩士論文。

¹³² 薛熙平（2006），〈例外狀態：阿岡本（Giorgio Agamben）思想中的法與生命〉，頁 60，政大法律研究所碩士論文。

¹³³ 薛熙平（2006），〈例外狀態：阿岡本（Giorgio Agamben）思想中的法與生命〉，頁 60-61，政大法律研究所碩士論文。

種程度上，當我們剝除人的（除了生物學的生以外的）所有生存形式之後，人彷彿轉變成爲赤裸裸的生，一個非人但又非動物的身體，從而我們稱呼他們爲「裸命」：一種有生物學的生形式，但卻活得不像人的「生命」，將其歸類爲動物彷彿會傷害到某種情感，但對其一連串的處置卻使其亦不像人¹³⁴。更加諷刺的是，當人們已經開始看到了動物，積極地在人類世界裡主張動物權利時，竟然有一群人成爲了裸命而無法言語，並且存在於一個無法失序的例外狀態之中。動物有權利？那赤裸裸的生呢？

Agamben 認爲，在政治領域中將裸命予以包含，構成了主權權力最原初的起點（核心），甚至可以說，生命政治式的身體之產出，即是主權權力最原初的活動，是主權權力產生時即有的操作，也是自古羅馬時代以來即存在的歷史現象。在此一意義下，生命政治（biopolitics）並不如 Foucault 的解讀一般，是做爲死的權力（之主權權力）所無法理解的新興機制，生命政治之歷史毋寧是與主權例外同樣久遠。現代國家將生物學的生（biological life）置於主權計算的中心，因而揭露了將主權權力與裸命結合起來的隱密連結，在此再度肯認了現代權力與古老統治技術的聯繫¹³⁵。而主權權力與生命政治操作的匯流之處，即是赤裸裸的生。相對於被雙重排除的赤裸生命，每一個人都彷彿是擁有生殺大權的主權者。

第二項 生命政治的基進化—裸命的析出與政治化

對於 Agamben 而言，現代生命政治的門檻在於，例外狀態逐漸常態化，裸命（bare life）縱然在最初係被定位於政治秩序的邊緣，但卻逐漸地滲入政治領域的中心，排除與包含、外與內、bios 與 zoē 皆進入了一個無區分地帶（zone of indistinction）。一旦將裸命從政治秩序中排除、將其擄獲進入政治秩序中，事實上例外狀態即已構成，而整個政治系統即建立在此一極端的分離與隱密的基礎之上¹³⁶。當邊界開始變得模糊，身處其中的赤裸生命解放了其自身，並且成爲了政治秩序的矛盾的主體與客體，其被置於國家權力的安排之下，又從其中解放出來，一方面沿著規訓技術，國家權力讓人從一個活生生的存在（living being）變

¹³⁴ 人活得不像人的例子，或許可以閱讀諸多描述集中營的回憶文學書籍，當然《發條橘子》也可以做爲參考，如何將人玩弄於股掌之間，使其聽到了音樂，情緒沒有起伏，看到了美好的人事，眼睛不會發亮。

¹³⁵ See GIORGIO AGAMBEN, HOMO SACER: SOVEREIGN POWER AND BARE LIFE 6 (Daniel Heller-Roazen trans, Stanford University Press 1998) (1995).

¹³⁶ See GIORGIO AGAMBEN, HOMO SACER: SOVEREIGN POWER AND BARE LIFE 9 (Daniel Heller-Roazen trans, Stanford University Press 1998) (1995).

成一個客體，另一方面，隨著現代民主制度的誕生以及主權在民的論述，在其中人們不再只是一個客體，而構成了具有政治權力的主體。這兩種不同的進路，縱然在許多面向上相互對立或極端矛盾，然而卻在人民赤裸裸的生存身體上，交會在一起，同樣地關注於人類的生物學身體¹³⁷。

而 Agamben 認為，現代民主體制所不同於古典民主體制之處，即在於現代民主體制已不再如其最初一般地對於 *zoē* 加以解放，在於它開始不斷地嘗試將赤裸生命轉換一種生命的形式，試圖在 *zoē* 中去找尋 *bios*。因此，現代民主的特殊困境即在於：其想要在赤裸生命之上，展現出人的自由與幸福，卻也在同一個身體上標示出了他的屈從¹³⁸。在民主體制之國民主權思想下，人民做為主體，卻也在主權與生命政治的操作中，成為了受宰制的客體。

直至今日，有關臨床死亡（腦死）之標準的相關法律上定義的討論，正是更進一步對於赤裸裸的生命（bare life）之辨識、確認，這樣的赤裸生命，與任何大腦活動或「主體」相脫離，對於腦死與否的評價決斷，決定了某一個身體是否能被視為是活著的，或者必須被棄置以進行移植工作¹³⁹。

處於現代性的人們開始去關注其動物性的生命（animal life），藉此，自然生命（natural life）成為了 Foucault 所謂的生命權力（biopower）的對象，動物性的身體成為了哲學上未能解決的殘餘，我們這個時代的哲學兩難困境（aporias），正如動物性的身體亦無法在動物性與人性之間、簡單化約地被描繪或切割之此一困境¹⁴⁰。

總而言之，Agamben 的生命政治與例外狀態的理論建構，是對於主權與裸命之間關係的觀察，而裸命被「排除地包含」於法秩序之中，則係因為主權權力的宰制，正在於撤回其對裸命的政治與法律保護，而將赤裸裸的生置於「無法」的暴力與例外狀態之中，可以被殺而無須犧牲獻祭的儀式，可以被害但卻不涉及法律責任。相對於主權決斷例外的潛在權力，所謂公民，其身份與權利隨時可遭

¹³⁷ See GIORGIO AGAMBEN, HOMO SACER: SOVEREIGN POWER AND BARE LIFE 9 (Daniel Heller-Roazen trans, Stanford University Press 1998) (1995).

¹³⁸ See GIORGIO AGAMBEN, HOMO SACER: SOVEREIGN POWER AND BARE LIFE 9-10 (Daniel Heller-Roazen trans, Stanford University Press 1998) (1995).

¹³⁹ See GIORGIO AGAMBEN, THE OPEN: MAN AND ANIMAL 15 (Kevin Attell trans., Stanford University Press 2004). (2002) 這種將生命切割出赤裸裸的生存的過程，可歸因於外科手術與麻醉的成功，其將人類生命區分成植物性的、主管營養的生命，另一種是關係性的、聯絡外界的生命，懸置了後者，剩下來的即是赤裸裸的生命，請參見：GIORGIO AGAMBEN, THE OPEN: MAN AND ANIMAL 13-6 (Kevin Attell trans., Stanford University Press 2004). (2002)

¹⁴⁰ See GIORGIO AGAMBEN, THE OPEN: MAN AND ANIMAL 12 (Kevin Attell trans., Stanford University Press 2004). (2002)

棄置於無法之境，我們都是潛在的裸命¹⁴¹。

第四節 危機即為轉機：例外狀態的翻轉—彌賽亞的降臨

Benjamin 透過真實的例外狀態與擬制的例外狀態的區分¹⁴²，認為只有帶來真實的例外狀態，以純粹暴力、神聖暴力來破除制法與護法暴力的循環論證，才能救贖生命。Benjamin 所謂的純粹暴力，是與法律無關的力量。如果做為神話暴力之法的力量是制法的，那麼神聖暴力就是毀法的，前者樹立疆界，後者摧毀一切疆界，神話暴力帶來罪與罰，而神聖暴力則只是救贖，前者是恐嚇，後者是打擊，前者帶著血腥，而後者雖致命卻不帶血跡。救贖與不帶血跡有其深刻的關連，因為血液是純粹生命（mere life；裸命）的象徵。法律暴力的解消，是用以救贖純粹生命的罪過，使他們擺脫法律，使法律對於生命的統治不再起作用。神話暴力是為了暴力而暴力的一種針對純粹生命的血腥力量，而神聖暴力則是為了救贖生命而來的純粹力量¹⁴³。

以 Benjamin 思想為根基，Agamben 對例外成為常規的解決之道，亦直接從例外狀態著手重構，將例外狀態翻轉（inverse）成為彌賽亞。彌賽亞的到來，並非廢除法律，而是法律之完成，完成意謂著同時使其失效（deactivation）與保存（preservation）¹⁴⁴。

純粹暴力的目的就是回歸神聖生命本身。在純粹暴力與彌賽亞帶來的毀壞後，法律將不再是做為對生命起統治作用的法律，而將人的生活回復到純粹生命（mere life，裸命）本身。在彌賽亞引發的例外狀態之後，法律將不再運行，變成遺骸，正如在 Franz Kafka 小說中所呈現的樣貌，法律對於學生而言，將變成

¹⁴¹ 朱元鴻（2005），〈阿岡本「例外統治」裡的薄暮與晨暉〉，《文化研究》，創刊號，頁 199。

¹⁴² 這組區分可以回溯至法國公法學界對於 1811 年 12 月 24 日拿破崙命令的詮釋，而 Schmitt 在《論獨裁》中，亦援用過此一區分，並且以擬制的例外狀態來說明得用法律加以規範的例外狀態，使之有別於威瑪憲法第 48 條所賦予總統在真實的例外狀態中，不受法律規制的事實行動權利。請參見：GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 4-5 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

¹⁴³ WALTER BENJAMIN, CRITIQUE OF VIOLENCE, in ONE-WAY STREET, AND OTHER WRITINGS 132, 150-1 (Edmund Jephcott and Kingsley Shorter trans., 1979).

¹⁴⁴ GIORGIO AGAMBEN, THE TIME THAT REMAINS: A COMMENTARY ON THE LETTER TO THE ROMANS 107 (Patricia Dailey trans., Stanford University Press 2005). (2000) Agamben 認為，彌賽亞並不一定只屬於宗教範疇，因為彌賽亞的傳統意義在猶太教、基督教以及伊斯蘭教中都具有一個共同點，那就是認為彌賽亞的到來與某種司法形式（法律）的轉變有關，亦即與法律的完滿有關。請參見：GIORGIO AGAMBEN, HOMO SACER: SOVEREIGN POWER AND BARE LIFE 56 (Daniel Heller-Roazen trans, Stanford University Press 1998) (1995).

是僅供研習而不再被實踐的狀態（no longer practiced, but studied）¹⁴⁵。

Agamben 認為，對 Benjamin 而言，正義是發生在使法律與生命的無關連，使法律懸置停止、不再產生作用，進而達到救贖生命之上。Agamben 強調 Benjamin 的主張：正義就是發生在使法律與生命無關的地方¹⁴⁶。他並且認為，從 Benjamin 的角度來看，彌賽亞的到臨最終要解決的就是法律與生命的困境，最終使法律與生命無從分別。最終通往「正義」的途徑，在於使法律與生命的「無關係」，使法律成爲一種不再起作用、僅供研習的遺骸。這與 Schmitt 的例外狀態不同，Schmitt 認為沒有法律秩序的生命是一種危險的、撒旦式的無政府主義的自然狀態¹⁴⁷。

第五節 小結—Agamben 與 Schmitt 理論之差 異與本文選擇

於此小結中，將交代本文在論述上的取徑及其理由，另外，對於其理論上的運用及可能產生的問題，則將在下一章再做簡單的說明。路線的選擇固然可以透過文字與論述包裝成理性而客觀的言說，然而，只要涉及選擇，即無可避免的會帶有個人主觀價值選擇的色彩，這雖然可以加以掩飾，但惟有將個人的觀察立場與考量角度皆加以揭露，清楚交代而不掩飾隱瞞，始有助於就言說加以透徹地檢證，而此方爲一種負責任的態度。以下分別說明之。

第一項 理論差異

Agamben 與 Schmitt 理論的差異，本文認為主要有三，其一爲主權者與例外狀態之間優位性的不同，另一則是例外狀態中到底有無秩序的相異見解，最後則是在 Agamben 的論述中，例外狀態所具有的哲學性格。

首先，對於 Schmitt 而言，透過獨裁論述發展而來的主權與決斷的例外狀態架構，是透過「做爲法的主權（或主權者）決斷¹⁴⁸」，來將例外狀態的缺口予以

¹⁴⁵ See GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 64 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

¹⁴⁶ 柯朝欽（2006），〈例外狀態的統治與救贖：論阿岡本（Giorgio Agamben）的兩種例外狀態模式〉，頁 14，東海大學社會學研究所博士論文。不過，柯氏亦對於 Benjamin 純粹暴力思想提出了質疑，其認為當法律與生命無關時，難道不會有其他取代法律來網綁生命之規範嗎？

¹⁴⁷ 柯朝欽（2006），〈例外狀態的統治與救贖：論阿岡本（Giorgio Agamben）的兩種例外狀態模式〉，頁 74，東海大學社會學研究所博士論文。

¹⁴⁸ 此處的法已不是法秩序中的實定法。

填滿，並拉回法秩序之中；然而，在 Agamben 這邊，他運用了語言與世界之間的斷裂關係，將主權者與例外狀態之間予以脫鉤處理，亦將例外狀態拉離法秩序之外。就此而言，Schmitt 認為主權者具有例外狀態的全然決斷權，在主權之處產生了主權與例外狀態之間的循環論證，但循環卻同時止於此；而在 Agamben 的理論中，相較於主權（者），他卻給了例外狀態的優位性¹⁴⁹。此其一。

再者，Schmitt 認為例外狀態並非一種失序（*anomie*），在例外狀態之中，法律雖然消退，但仍存在主權，主權者所言即為法，因而例外狀態中仍存在某種秩序；但對於 Agamben 而言，卻不是這麼一回事，例外狀態做為一種失序狀態，在其中，所有律法皆被懸置，而非具有一個全權（*full power*）的主權者，亦即，是沒有了法律，而非法律賦予了全部權力。

然而，這樣的理論差異，實源自 Agamben 對於法律（*law*）與秩序（*nomos*）的無區分，因為 Agamben 取消了 Schmitt 那裡對於法律（*Gesetz*）、法（*Recht*）、秩序（*Ordnung*）以及法秩序（*Rechtsordnung*）之間所具有的層次性，而以 *nomos* 一詞來完全取代其全部，從而「卸除了例外狀態與法秩序之間的關係」一語，也代表了例外狀態即為失序。但對於 Schmitt 所區分的層次而言，例外狀態所懸置的只是實定法律，而不是更大意義上的規範秩序（*nomos*）¹⁵⁰，因而縱然實定法受到了懸置，但卻不代表秩序的消退。在這一點以及伴隨而來的理論差異，或許我們可以說，Agamben 與 Schmitt 的例外狀態理論，其實是兩套使用相同語彙的相異理論。

而例外狀態除了具有上述支配治理的典範意涵之外，Agamben 更認為，例外狀態亦有其哲學性格，並且係在處理法與無法、秩序與失序之間的特殊關係；例外狀態在法與法的缺席之間，建立了一個隱蔽卻又極為根本性的關係，這樣的關係是一個裂縫（*void*）、空白（*blank*），但此一空白的空間則是法體系中一個本質性、並且不可或缺的構成要素¹⁵¹。而這樣的觀點則是在 Schmitt 那邊所不存在的。

第二項 本文選擇

Schmitt 的學說從歷史發展背景來看，的確帶著濃厚的時代制約感，或許歷

¹⁴⁹ 優位性的用語，請參見：柯朝欽（2006），〈例外狀態的統治與救贖：論阿岡本（Giorgio Agamben）的兩種例外狀態模式〉，頁 10-11，東海大學社會學研究所博士論文。

¹⁵⁰ 柯朝欽著，〈例外狀態的統治與救贖：論阿岡本（Giorgio Agamben）的兩種例外狀態模式〉，第 45-46 頁，東海大學社會學研究所博士論文，2006 年。

¹⁵¹ See Ulrich Rauff, *An Interview with Giorgio Agamben*, reprinted in 5 GERMAN LAW JOURNAL 609 (2004).

史上所發生的災難固然不能歸咎於其理論替當時的局勢所賦予的正當化基礎，然而，於此仍舊必須要就其學說內容的優劣做出立場上的選擇。

Schmitt 是第一個試圖將例外狀態賦予重要意義的法學家，其透過主權理論的論述，從程序上將例外狀態包裹進秩序之中，然而，其理論中卻瀰漫著一種濃厚的秩序感。如前面所述，Schmitt 所強調的是客觀的法（objektives Recht），然而客觀的法的實現又完全仰賴國家，國家的價值即在於法「秩序」的維持，其思想中有其法與秩序的位階與諸多層次，秩序應該優先於法而有其優位性，秩序亦非法律或法規的總稱，法律與法規只是秩序的一種手段罷了¹⁵²。他以超越人格因素之上的具體秩序論的思想，認為可藉此克服規範主義、專斷主義與實證主義的缺點，並且與當時的社會環境相配合，而為國家、（納粹）運動與人民服務；在此之上的則是制度化人格的領袖，透過領袖來安排其領域內的一切問題。然而，這樣的想法卻被認為是典型的以人身因素為取向的專斷主義，其所謂秩序無非是專斷主義的獨裁體制¹⁵³。

在 Schmitt 這邊，例外狀態不過是規範與規範實現之間的裂隙，而透過主權決斷可將其納進秩序之中，因而例外狀態在 Schmitt 理論中，層次上僅落於法律的具體實施問題，而無法適用於更高層次的權威與秩序。但也就是在這一點上，對於秩序的詮釋與例外狀態概念的操作，Agamben 走上了歧徑，並且以不同的方式來重構例外狀態理論。從而，Agamben 與 Schmitt 兩人之例外狀態理論差異，除了例外狀態一語之外，Agamben 運用典範思考，Schmitt 則否，再者，兩人所援引做為範例之歷史現象亦有所不同，解釋的結果也不一樣，因而可以說，兩人理論根本性有其差異。

Agamben 之所以採取了不同於 Schmitt 的例外狀態理論，並且在多處與 Schmitt 產生歧異，就其原因，本文將從其理論的走向與結論以及其深受 Benjamin 思想的影響來看，嘗試提出對於文本的詮釋與理解。

如前所述，Agamben 觀察到在法權結構中，生命與主權之間的關係，他認為，將生命擄獲至法律的密碼，並非制裁，而是「罪」（guilt），這裡所謂罪並非刑法上論罪科刑技術上的意義，而是在某種原初意義之中所指的有所虧欠

¹⁵² 吳庚（1981），《政治的新浪漫主義——卡爾·史密特政治哲學之研究》，頁 103-104，台北：五南。

¹⁵³ 吳庚（1981），《政治的新浪漫主義——卡爾·史密特政治哲學之研究》，頁 104-108，台北：五南。而 Schmitt 這種思想，係淵源於 Hobbes 的專斷主義，而此可化約為一項簡單的公式：要實現秩序就必須順從絕對的權威；簡言之，Hobbes 以人的決斷代替了抽象規範，先假定先於國家而存在的自然狀態，其中充滿混亂與不安，而「秩序與法律是權威所締造，而非真理」，請參見同書第 105-108 頁。

(being-in-debt),「罪」所意味著的是使得透過排除而被包含的這種法權結構得以運作的條件,亦是生命與主權發生關係的關鍵。「罪」所指涉的並非違法(transgression),不是判決最後對於合法或非法的決定,而是使其做出此一決定的力量,一種純粹的法的力量,法律對於某物的單純地指涉¹⁵⁴。從而,罪所指的就是背負於每一個人類行為之上的純粹應然指令,面對人類行為的多樣與變異,規範卻永遠指向某個單一方向,架構人類實然行為的應然面向¹⁵⁵。

或許正是因為觀察到這樣的現象,秩序與規範聲稱其為了人的自由與幸福而存在,但人在世界中卻成為了秩序與規範的客體,才使得 Agamben 扭轉重構了例外狀態理論,進一步地在濃厚的秩序感中,尋找一個可能可以跳脫法的規制的出口。而在 Schmitt 理論中被「法化」的例外狀態,即成為了一個可能得以「去規制」的選項,甚至有與 Benjamin 之「真實的例外狀態」相連結的空間存在。而這也是本文之所以在例外狀態理論上,採取 Agamben 思想的重要原因。

其次,對於 Schmitt 而言,法律代表理性及正義的普遍性規範之理想,在三權分立的法治國原則之下,已被現代立法機關破壞無遺,其認為國會以法律之名,濫用其權力干涉人民自由及財產的處置,而使得法律與法失去了關連,法律只殘存其形式意義,而不再代表著理性與正義的實質內容,此其稱為立法機關的專制主義。既然如此,Schmitt 的選擇即是將實現實質的法的任務(亦即:決定法之內容的權限),交由行政機關所發布的具體命令或處置,或者移轉於制度化的人格(領袖)之上,而有行政獨裁的傾向,行政機關甚至亦能發布與法律有同等效力的一般性的命令,並有其對外羈束力,此時法律內容的任意性,則受到絕對的尊重¹⁵⁶。最後,就根本性的涉及政治上決斷的問題,其認為倘若將此交由司法機關加以掌理,則將使得司法權擁有制憲權,而抵觸民主原則,此外,立法機關又早已背離最初代表制的理想,多元主義的分裂使議會成為調和社會衝突利益的場所,從而,Schmitt 因為帝國總統得以透過民選制度獲得正當性、得超越政黨政治多元利益考量而具有政治中立性,因此,將憲法守護者的大任,置於做為

¹⁵⁴ See GIORGIO AGAMBEN, HOMO SACER: SOVEREIGN POWER AND BARE LIFE 26-7 (Daniel Heller-Roazen trans, Stanford University Press 1998) (1995). 另請參見:薛熙平(2006),〈例外狀態:阿岡本(Giorgio Agamben)思想中的法與生命〉,頁35,政大法律研究所碩士論文。

¹⁵⁵ 薛熙平(2006),〈例外狀態:阿岡本(Giorgio Agamben)思想中的法與生命〉,頁35,政大法律研究所碩士論文。而在現行刑法第16條中,所謂「不得因不知法律而免除刑事責任」的規定,即使附有「因正當理由而無法避免」的例外規定,但本條始終都預設了一個正常理性的人即應知法的前提,從而,乍看之下其雖留有例外規定而得以排除處罰的空間,但卻製造了更廣泛的空間,讓法官得以透過判斷是否有正當理由、違法性意識錯誤可否避免的論述,來說明人應該如何建立自己對於法律的認知,再次將人網羅進法的世界;簡言之,本文以為,對一個不知法律之人科處刑罰,無異於將「不知法律」也納為一個獨立的犯罪類型。此時,刑罰的真正意義不在對於犯罪的處罰,而在對於應然規範的無知的譴責。

¹⁵⁶ 吳庚(1981),《政治的新浪漫主義—卡爾·史密特政治哲學之研究》,頁108-117,台北:五南。

制憲權主體的帝國總統身上¹⁵⁷。

而此帝國總統的任務與敵友之分的政治統一體概念之間，我們又看到了 Schmitt 對於多元主義的排斥，要求國家內部異質性的去除，並認為具有同質性的人民始能凝聚國家自身的共同意志，維持國家內部的和平與秩序，相反的，如果同質性不存在，那麼，多元主義將使國家成為各方掠取利益的道具，使國家無法再做為政治性的承載者，異質性將使得國家處於內戰的危險之中，個人也終將失去保障。因此，帝國總統亦必須消除國家內部人民的異質性。但凝聚人民同質性需要哪些方面的特質？要同質到什麼程度？這些問題在 Schmitt 理論中卻是一片空白¹⁵⁸。

除了同質性要素的有待說明之外，危險的敵人與安全的朋友此一區分，對於後者的肯認，也顯示了「人類是危險的」此一信念的矛盾¹⁵⁹。不過，本文著眼的是，對於多元主義的排斥與異質性的去除，倘若無法對同質性的要求加以確認（最低程度的同質性要求？），那麼追求同質性的過程，無疑可能成為抹消特定文化、階級、種族、宗教或相異意識型態團體的極佳工具。就更別說將此一極大權力與任務，交予制度化人格的帝國總統或其傭兵，是否可能成為個人依其好惡而從事支配的道具。因而，本文認為這樣的想法有其理論上的缺陷¹⁶⁰。

然而，在 Agamben 的理論中，具有使用（法律）語言的權力之人，其似乎亦有極大的權力將規範適用於現實之上。一般而言，在我們想像中，法律對於法官的限制，在於依法審判的要求，從而可以透過既存的法律原則與規範以及審級制度，來對法官做監督。但這樣的想法受到 Agamben 理論的拆解，進而本文認為，規範有其賦權（empower）的面向，賦予佔據特定位置之人使用（法律）語言力量之權力¹⁶¹，不過，能給予權力，卻不必然代表能夠就權力的施展有所控制

¹⁵⁷ 劉峰（2005），〈施密特《憲法的守護者》導讀〉，Carl Schmitt 著，李君韜、蘇慧婕譯《憲法的守護者》，頁 5-31 頁，台北：左岸文化。

¹⁵⁸ 陳怡凱（2006），〈同質性與異質性：Carl Schmitt 的正當性概念析論〉，頁 76-81，臺大法律學研究所碩士論文。

¹⁵⁹ 陳怡凱（2006），〈同質性與異質性：Carl Schmitt 的正當性概念析論〉，頁 83，臺大法律學研究所碩士論文。

¹⁶⁰ 不過這樣的說法，並不代表本文認為，若能確認同質性的內容，即可肯認此依理論。因為同質性的內容一旦確立，則將馬上成為另一個差異排除的工具。差異排除雖無可避免，但是要做到什麼程度，則並非不可選擇。

¹⁶¹ 這個規範的賦權（empower）面向的論述，是筆者閱讀 Agamben 理論之後的初步想法，而此將會連結到後面有關三權循環論證的論述。惟筆者認為此依論述仍存在一些問題，但基本上是認為，規範雖然有賦權的面向，但其所提供的是能夠施展法的力量（法律權力）的「位置」，而誰能夠施展這樣的力量，則要視誰佔據了那個位置（而成為權力者）來決定。當然，另外也會有一種情形是：先施展了力量而再僭稱其有法律的性質，讓赤裸的暴力披上正當性的外衣，例如革命成功即為這樣的一個例子。從而，規範可以賦權，但是權力者所擁有的權力卻不必然來自於規範，而可能來自於弱肉強食的革命勝利。

這從審級制度仍然有其侷限性，即可窺知；再者，規範若非透過（法律）語言力量的展現，亦無法直接對應（指涉）現實，從而，亦無法因為規範的存在而直接產生拘束法官的效果¹⁶²，因而，本文認為唯一的方法只有：法官自我節制，在從事審判的過程中，將規範對自己適用，而這或許是另一種法的（自我謙抑）力量¹⁶³。換言之，藉此來發揮法的潛力（potentiality），發揮法的「不適用」，從而，謙抑其實並不代表什麼都沒做。

Agamben 理論走到這裡看起來似乎完滿且令人滿意，惟若稍加思考即可發現，就權力面的觀察，在 Agamben 這裡的權力者透過賦權而擁有的極大權力，似乎與 Schmitt 的主權者沒有多大的區別，甚至亦是不受任何節制的純粹力量，因而對於 Schmitt 的批判，某種程度而言，似乎亦可轉為對 Agamben 理論的批判。然而必須要注意的是，Agamben 所尋求的是律法的棄絕，Schmitt 所欲建立的則是統一體的秩序，兩者之間仍然有所不同，基於 Schmitt 理論所具有的行政獨裁問題與在政治統一體中對於多元排斥所可能造成的弊害，以及當代極權主義以正當而合法之規範所帶來的濃厚的秩序感，本文所選擇的，是 Agamben 對於例外狀態理論的詮釋與思考。

在 Schmitt 理論中的主權者，係一個不受法律限制的決斷者，但這樣的決斷卻被包進法秩序之中而被法秩序所承認，在某種意義上來說，是一種赤裸裸的權力的行使，但是 Schmitt 為其披上了法律的外衣，而得以在法治國裡生存。然而，在二戰之後，我們卻看到法律體系中的激進發展，法律不斷帶來對人的宰制與支配，以致 Agamben 說道：現代民主所想要展演人的自由與幸福之處—「赤裸的生命」—正標示出了它的屈從（subjection）¹⁶⁴。

本文則認為，人與人的差異是前提，這個前提固然可能是一種預設，但隨著差異而來的差別對待或排除，到底有沒有避免的可能，乃至於有可能有一個彌賽亞時代，對此，本文事實上仍抱持著懷疑。從而本文也不是企求彌賽亞的到臨，而是排斥對於既存體制的不加反省的加以維持，披著法律的外衣，不斷地運用暴力束縛著生命。

而例外狀態的存在有其弊病，但事實上，例外狀態做為法律權力的根源，從

¹⁶² 這樣的論述似乎會與審級制度或者違憲審查制度的存在相扞格，不過如果留意到有關自由心證或者立法形成自由等等的論述，應該可以發現制衡與審查亦有其界限。

¹⁶³ 本文將此種力量稱呼「微視的」或「個人的」彌賽亞，用來相應於 Agamben 所說的，所有律法的棄置，所指的「巨視的」彌賽亞。這樣的分類其實沒有多大的意義，而僅是對於彌賽亞所代表的現世「律法廢除」的一種轉換，將之置於權力者的內心，希冀權力者在使用「做為暴力的法律權力」時，能夠產生某種程度的自我節制，詳請參見第六章第一節。

¹⁶⁴ See GIORGIO AGAMBEN, HOMO SACER: SOVEREIGN POWER AND BARE LIFE 9-10 (Daniel Heller-Roazen trans, Stanford University Press 1998) (1995).

而亦不可能完全消滅所有的例外狀態。然而，我們仍然有選擇的空間。因此，縱然做為彌賽亞的例外狀態的產生，可能會成為純粹暴力的展場，但倘若其有不若制法暴力與護法暴力一般地服務既存體制之可能，則筆者的選擇是：正面地面對例外狀態所具有的問題，而其存在既然無法解消，那麼，也只能容忍此種例外狀態的存在，並且在其中找尋無限的可能¹⁶⁵。



¹⁶⁵ 而這正是為什麼在此處所採取的是容忍例外狀態的存在的態度，但卻在論文的末尾又翻轉過來想要予以抵抗的原因。此處確實是有著矛盾，不過，一方面覺得規範秩序有其弊病而亟思反抗，另一方面倘若又認為縱然如此但仍然必須維持其存立，則難免論述會陷入僵局。

第五章 罪刑法定主義之社會機能的批判與 檢討

第一節 從例外狀態理論來看國家犯罪處理手 段

經過上述對於例外狀態理論的梳理，以下將開始嘗試以此一典範概念，來理解犯罪、判決、監禁、社會內處遇、社會監視措施等諸多現象。

第一項 例外狀態做為一種典範

第一款 以典範來思考結構

就 Agamben 個人而言，他認為自己所為並非歷史學或社會學的研究，而是透過典範（paradigm）來做哲學思考；然而，典範指的是什麼？他認為，典範正像是例子（example），一個範例（exemplar）。Agamben 研究的方式，是透過典範（paradigm）式的詮釋，運用典範，以歷史上獨特現象做為範例，建構一大群現象來理解歷史結構，而神聖之人、穆斯林（the Muselmann）與例外狀態的概念，對 Agamben 而言，都是為了說明典範、掌握現象與歷史結構之所必須，正如 Foucault 以「圓形監獄」（panopticon）來說明監獄、軍營、工廠、醫院、學校、家庭乃至於整個社會無所不在的常態化規訓機制，有其類似性¹。

本文嘗試將例外狀態與神聖之人的概念，運用來思考刑事制度，於此處，可能尚須解決一個小小的問題，亦即，做為 Agamben 考察對象之諸多歷史現象，皆係源自歐陸歷史，從而，於此處援用該典範的思考來檢討我國法制，可能會產生妥當性的質疑。

這裡可能牽涉到一種西方偏見的仿效或者是愛用帝國語言的舶來品²？不

¹ See Ulrich Rauff, *An Interview with Giorgio Agamben*, reprinted in 5 GERMAN LAW JOURNAL 609, 610 (2004). 另可參照：朱元鴻（2005），〈阿岡本「例外統治」裡的薄暮與晨暉〉，《文化研究》，創刊號，頁 200。

² 蘇哲安（Jon Solomon）（2006），〈「復興」還是「復辟」？：論當前歐陸理論的限度與突破——〈保羅復興〉一文引起的省思〉，《文化研究》，3 期，頁 236-240。蘇氏的批判深度在語言，與本文其實稍有不同。

過，學者有認為，這是一種「識字」的過程，並且能夠透過各種可能的偏見來具體覺察偏見，藉著所有分歧的權威來具體辨識權威，此外，當做出「西方偏見」與「帝國語言」這種主張時，不也是位於某種裁判位置，而繼續代理著「西方偏見」與「帝國語言」³？

進而，對於筆者而言，首先，本文所檢討的法制，其實是立法之初，未經消化吸收而直接繼受外國法而來的西方法律制度，雖然有制度與本土社會文化上的斷裂，但此處就此無法多加處理，而僅當成既存的現實，此其一；再者，Agamben 的思想典範，縱然於歷史現象之素材（範例）上源自歐陸，不過在某種面向上，本文認為其所探討的可概括地說明為對於法秩序與人、主權者與裸命之間關係的研究，從而姑且不論其所謂之規範是否過度化約⁴，但似乎並非沒有抽象地將該關係視為規範與存在之間關係的餘地⁵。從而，只要存在著規範，無論是法律規範、社會規範、宗教規範等等，只要規矩存在，那麼相應於規矩而存在的個人，即會與規範產生兩種關係：規範如何規制與個人服從與否，是故，若從此一角度出發，並且參照 Agamben 所言（其所考察之歷史現象，不過是典範的一種例子），則上述批評即未必合理，透過 Agamben 所建立的典範來觀察我國法制，應仍有論述的空間。

第二款 例外狀態的隱喻

爲了對於歷史結構有所理解，Agamben 建立了「例外狀態」、「神聖之人」、「赤裸裸的生」等諸多典範，並且找尋歷史現象來詮釋典範，以便理解歷史結構。然而，例外狀態做爲一個法律消退的無區分地帶，一個無法的空間，在這裡頭，法律被懸置，而只剩下純粹的、與法律無關的人類行爲，那麼，筆者想問的是：例外狀態在哪裡？例外狀態在我們身邊嗎？例外成爲常態之後，我們現在無時無刻身處於例外狀態嗎？爲什麼我們沒有感覺？還是，我們視而不見？或者，視爲理所當然？

前面對於例外狀態的介紹中，斷續地可以看到 Agamben 給了我們一些歷史現象或當代所發生的事實做爲說明的範例，比方說：納粹集中營與猶太人、關塔那摩（Guantánamo）監獄與被拘留者、難民營與難民，或者腦死者。此外，殖民主義、社會監控、知識生產、邊界控管、認同等等，亦皆成爲闡述赤裸生命意涵

³ 朱元鴻（2006），〈保羅政治的些許側景：回應蘇哲安〉，《文化研究》，3期，頁243。

⁴ Agamben 關於 nomos 與 anomie 的詮釋與對於 Agamben 的批評，相關論述詳請參見：朱元鴻（2005），〈阿岡本「例外統治」裡的薄暮與晨暉〉，《文化研究》，創刊號，頁212-214。

⁵ 不過這樣的論述或許太過抽象與簡略，而有遭致批評的可能。

的路徑；而我們亦可看到將台灣的靖廬、SARS 期間的和平醫院或者資本主義發達國家都市邊緣的新移民社區等等的場域，與關塔那摩監獄相提並論的說法⁶。然而，監獄與犯罪人，卻鮮少被當做一個範例。而這正是本文想要做的嘗試⁷。

第一目 以譬喻的修辭運用例外狀態理論

對於例外狀態理論的運用，如果想原原本本的套用於現狀，則在許多地方即會顯得格格不入。當然，無庸置疑的是，比方說近來對於恐怖份子的處遇、美國在古巴所建立的域外監獄——關塔那摩監獄，或者納粹集中營與難民營，這些事件的結構，因為在法制度之中幾乎皆已卸除了其對象的所有法律地位，從而可以說是拓展了一個無法地帶，並與例外狀態的構造呈現了一致性，而被認為是一個可以用來說明例外狀態的歷史現象。

然而，除此之外的其他現存現象，倘若想要直接論為例外狀態的呈現，恐怕有其困難。理由在於，法律系統裡的一大特色就是已無法抑止的法化現象，所謂的法化在本文的脈絡下，除了法律規範的不斷增生之外，已經不再侷限在形式意義法律而已，Agamben 所說的沒有法律的形式卻擁有法的力量行政命令或者是行政處分等等之行政規制，同樣也是處於不斷擴張的狀態，行政的規制亦構成法化現象的一環。對於人民整體社會生活的規範，可以說更加地綿密細緻，從而，在現存體制之下，要說是存在著法規範的懸置空間或者一塊無法地帶，如果不透過一種比擬或譬喻的修辭，或者像是鏡子或水窪裡對於現實的映照與反射，實在很難找到一塊無法的區域，因此，恐怕也難以直接將某種狀態用以說明例外狀態的典範存在現實社會結構之中。

第二目 著重對於處在法律之例外的裸命之觀察

不過，例外狀態做為一種生命政治操作的場域，透過剝除各種生活形式（form-of-life，生的形式）來析出裸命，反過來看，生活形式的卸除對於做為神聖之人的裸命而言，正是被排除在世俗法與神法（或其他規範語言領域）之外，被排除於刑罰之外，不再適用任何刑罰，而成為純粹事實上的存在，僅是一種生物學上的生存而已。而這正反面說明的一個重點，即在於其意謂著：對於裸命所

⁶ 林淑芬（2007），〈主權承認與見證：評介「赤裸人」〉，《文化研究》，4期，頁236。惟需注意的是，本文為一展評，係就2006年12月3日至2007年2月4日於台北當代藝術館（MOCA Taipei），由徐文瑞與Maren Richter所策劃的「赤裸人」（Naked Life）展覽，所為的評介。此展覽與Agamben思想論述有關，策展緣由與展覽作品，請參見：<http://www.mocataipei.org.tw/chinese/showweb/index.asp?ID=43>（最後瀏覽日期：2008/6/2）。附帶一提，從展覽與論述的參與者來看，哲學、社會學、政治學、藝術等等的學者或藝術家都有，但似乎鮮少有法律學研究者的關心。

⁷ 不過，在赤裸人展覽中，德國藝術家克萊門斯·馮·維登麥爾即有以監獄為題材的作品，請參見前揭展覽網址。

為的（侵害）行為，亦不再被視為是違法而得以處罰，該行為成爲一種在失序地帶的純粹事實上行為，裸命因此不再受到法律的保護，亦無法律上值得受保護的權利，因此相應的各種行為，亦不再有能被侵害的權利存在，從而，他人對於裸命的任何行為，便不再適用法律的制裁規範。

正面的法規對於權利加以規定、予以保護一事，似乎代表了有規範就沒有法秩序的懸置問題，代表著並不存在例外狀態的失序狀態，然而，例外狀態的形成與神聖之人的形塑，無疑還有一個更重要的面向在於：對神聖之人所爲之侵犯，將不再有以法律追究的餘地，而這相應於在例外狀態裡 Agamben 所談到的法規的停滯，有其類似性。

因此，倘若想要具體的去對應例外狀態理論所描述的失序情境，恐怕有其困難。這是因爲在具體的法規範領域中，縱然在某些部分有其相似性，但以當代法律以及行政命令的發展，規範不僅僅是就其涉及領域而言廣泛的增加，就其產生的頻率而言，亦極爲快速，事實上要找到一個場域完全沒有規範加以規制，或者具備無法的情境，縱然並非不可想像，但可謂少之又少。因而，應將例外狀態理論當作一種譬喻，或者至少要將焦點關注在特定權利的剝奪，導致在該權利的保護上，呈現無法、失序的狀態，若以此來對例外狀態加以運用，或許即不會有無法運用理論的感覺。

在進入例外狀態理論的應用之前，最後附帶一提的是，此處我們將透過這些典範來觀察刑事制度的發展，並將其視爲例外狀態之歷史現象的一種。不過，基於近代意義的刑事法律制度是從 17、18 世紀啓蒙以後才產生，從而，本文無法就古典學派及其所建立之刑事司法體制之前的規範制度加以分析，而僅從罪刑法定主義誕生之時開始說明。至於 17、18 世紀以前的部分，則有待另爲研究。

第二項 例外狀態的排除

第一款 監獄做爲例外狀態之場域

基於前述將焦點置於特定權利的剝奪，導致一種類似於例外狀態的場域出現，從而，首先，本文認爲，監獄、保安處分處所應爲例外狀態的一個範例。而這必須將監所內規範情形、實際處遇型態、受刑人權利保護運動、與憲法秩序一併予以觀察。

第一目 價值不連鎖的憲法秩序

當近代國家開始採行國家追訴原則，認為犯罪應由國家本於其職權追訴並處罰時，其內涵不僅在於偵查、審判的活動權限，就刑罰權的實現，亦由國家獨占⁸。刑事司法的獨占過程，是附隨於啓蒙時期由 Beccaria 所展開對於罪刑專擅制度的批判而來的結果，而刑罰執行處所，亦從做為其前身的勞役場，日漸轉變為監獄。並且，在這個過程中，因為時代變動，勞役場原所具有的健康衛生水準、工資等等，也因為勞役場轉為威嚇工具，而為求抑止力的發揮，於是勞役場內的生活水準必須維持在勞動階層之下，因而產生了劣等原則。其後，劣等原則在積極面則會呈現出監獄改革的面貌⁹。而於 1955 年，聯合國訂下了被拘禁者最低處遇基準，其中規定了衛生、衣著、飲食運動、醫療健康、紀律與處罰、申訴制度等等的通則，幾乎可說是重新確立了劣等原則的內容，並帶動了受刑人人權運動¹⁰。而劣等原則做為一種集團性的差別待遇，反饋回社會的是一波又一波的人權要求，而此在在可以見得監獄與社會中環境的差異性。

經由審理與判決過程，我們藉由法律程序將某些人標示出來（神聖之人），並將之置於社會之外的監獄（例外狀態），審判過程中固然適用法律而為判決，但是，從對於監獄的研究可以看得出來，監獄裡的環境與外界不同。而監獄中的處遇，因為系統分化的緣故，基本上不受罪刑法定主義的檢驗，但卻並非真的沒有規範，而僅有如監獄行刑法、保安處分執行法等等的法規予以處理。然而，我們創造出這些實定法，是否還是憲法秩序下的實定法呢？

監獄行刑法、保安處分執行法等實定法，其所規範的事項，多半是程序事項以及維持內部狀態的工作，例如戒護、申訴制度、累進處遇、基本維生、基本醫療、作業原則、接見與通信等等的規定¹¹。稍微對照一下，其實這些也都是上述 1955 年聯合國被拘禁者最低處遇基準中所涉及到的項目。

透過監獄行刑法等規範，在某種程度之內，我們將司法深入到監獄等監禁處所之中，藉此讓其合法化，但是，在那裡頭的實質處遇基準或者應該要給予受刑人怎樣的實質水準的生活，這個實質標準我們卻從來不會去討論（差別對待）。我們會去談論國家利用法律程序將特定人切割出去（由法律語言與力量做出區

⁸ 林鈺雄（2005），《刑事訴訟法（上冊）—總論編》，4 版，頁 43-45，台北：元照。附帶一提的是，本文認為，國家就刑罰權的獨占，某個面向上即是 Benjamin 所謂的法秩序就暴力的獨占，將暴力排除於個人所能支配的範圍之外。

⁹ 李茂生（2007），《監獄學講義 2007 年版》，頁 32-33，台北：自版。而這樣的時代變動，與資本主義的蓄積有很大的關係。

¹⁰ 李茂生（2007），《監獄學講義 2007 年版》，頁 87-93，台北：自版。

¹¹ 此處所列為監獄行刑法大致上所涉及的事項，而保安處分執行法基本上也僅就這些事項做了規範，至多再針對各個不同保安處分增加一些細節的規定而已。

分、差異)並放進監獄裡(差別對待)的這個過程,而這也就是刑法解釋學與刑事訴訟法不斷地在論述的部分(差別對待的正當化論述?),不過切割出去之後,就鮮少再論。只留下幾個簡單的實定法規範,表面上確保了處遇及其場所的合法性。

將某些人切割出去的原因,比方說犯罪、行為人之危險性等等對於社會可能造成的危害,因此,切割的理由即是基於當前社會秩序的安全,因而將其置於另一個場域。不過,與憲法中的一般人基準或健全人基準有所不同的是,該場域中所具有的規範基準受到了一定的限制。使用監獄行刑法或保安處分執行法等這些實定法來從事規範,與該場域所創造來的生活情境,皆與社會中有所不同,雖然具有規範的價值連鎖關係¹²,但是,該實定法規範與生活情境,從系統論的觀點來看,其存在的價值連鎖根本只是表面上的關係,實際上,早已跳出憲法秩序之中,人民在憲法之下的法規範秩序中所擁有的諸多權利,在裡頭根本是被剝奪的,於是,我們說要保護受刑人人權,但卻又硬生生的剝奪掉他們的權利。此即得以說明,憲法之下的法規範秩序,於監獄內基本上是難以存在或甚至是無法存在的。

在憲法中我們談平等,憲法第 7 條所規定的平等,是只要身為國民,即無分性別、宗教、種族、階級、黨派等等,在法律上一律平等。但是當我們具體論述的時候,卻不是這麼談法,而是透過「區分」來談平等,因此所謂「等者等之,不等者不等之」的說法其實早已透過論述翻轉了「平等」之意涵。除了區分之外,憲法中也允許例外¹³,亦即,在憲法第 23 條中,允許了一個特例,在為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要時,得對於人民的自由權利加以限制。但是,限制了以後,還合不合乎憲法?談「平等」的憲法,在產生了限制之後,有了例外不正是平等原則的違反嗎?那麼,縱然基於限制人民自由權利必須要由法律加以為之,但很顯然的,憲法與其下位規範所形塑出來的規範秩序,其價值連鎖關係,必然在此一法律之中有所讓步,甚至名存實亡。

職此,憲法第 23 條的規定存在,即是彰顯在憲法秩序之下,某些秩序雖然

¹² 所謂價值連鎖關係,指的是規範與規範之間的正當化扣環工具。詳言之,從某個角度來說,下位階的實定法規範是經過利益衡量所歸納出來的結果或者是在權衡時諸多衡量準則的集合體,而在實定法系統內的利益衡量結果,除非其判斷顯然違反了實定法規範,否則,針對特定的決斷,頂多只存在其妥當與否的問題,而無法透過自身的判斷獲致正當性,所以,就該當判斷的正當價值即只能回溯到更高層次的法律(即憲法),透過價值的連鎖,維持法律效力的一貫連結,藉此得以形成整個(廣義)法律體系的自律性與安定性,詳請參見:李茂生(2003),〈動物權的概念與我國動物保護法的文化意義〉,《月旦法學雜誌》,94期,頁161。

¹³ 透過區分來給予不同的處遇,某種程度也是一種原則與例外之間的關係。惟需注意的是,並不是只要談到例外,就必然會是例外狀態或者與例外狀態有其關連。

不合於憲法秩序的要求，但是卻是憲法所允許而成立的，因而，憲法秩序裡事實上亦存在了矛盾，而矛盾的解決方法，即是將其切割至現行法秩序之外，切割出去，成為例外狀態。而憲法中，早已保留了例外狀態存在的可能性。

從而可以見得，縱然在形式意義上，因為監獄行刑法的存在而無法認為監獄是一個無法地帶，但倘若就實質規範情境加以觀察，即可發現，在監獄裡，事實上是一個憲法秩序與諸多法規皆被懸置的場合，因此，將監獄內部與憲法常態法秩序的關係，視為是一種例外狀態與常態法秩序的關係，某種程度上應該可以化解例外狀態本身意義所帶來的說明上的困境。因為，倘若不斷的強調所謂例外狀態必然是一種無法地帶，在法化現象嚴重的當代國家體制之下，便很難去論述。

第二目 性犯罪強制治療保安處分處所做為一種例外狀態

保安處分的處遇場域，亦同此道理，同樣是一種例外狀態的範例。在第二章中曾經提及，就強制治療保安處分的決定，現行法係完全交由精神科醫師或心理師來做鑑定評估，從而處分期間與內容，似乎即無法官可以置喙之餘地。精神科醫師直接認定是否需持續治療，而無其他制衡或審查機制。基於該鑑定評估報告，即可年復一年的對性犯罪人從事無限期的拘禁，本文認為，性犯罪人之自由權利，可說是全然被剝奪。

不過，精神鑑定的訓練於台灣普遍的不足與欠缺，在這樣的情況下，面對社會對於性犯罪人回歸社會之不安，必然造成鑑定評估結論的壓力，在專業性已有不足的情況下，而獨立性亦值懷疑。並且，刑法第 91-1 條的規定在修法的脈絡中，涉及的條文越來越廣泛，幾乎是相當程度地概括了所有關於性的犯罪，亦可能導致例外狀態的擴散。也就是說，做為強制治療之前提要件的性犯罪類型，因為修法導致類型變多，凡是牽涉到有關性的犯罪，都有可能因此而受到強制治療，將導致更多的人接受不定期刑的保安處分，而有例外狀態擴散的可能。

第二款 控制社會做為例外狀態的常態化

第一目 綿密細緻的國家控制網絡—社會監控措施

例外狀態的常態化，意謂著原來例外治理的場域，在過去僅是某種獨特的、特異的例外，亦只有在有限的一段時間裡，才有其正當性，但歷史的轉變卻使其成為治理（*governance*）的常態化形式。而例外狀態已經逐漸和正常法秩序相重疊，以致於法化現象與對於生命的治理彼此之間同步發展，相互配合運作走上極

端¹⁴。而所謂例外狀態的常態化，其所指的除了納粹集中營之外，Agamben 於 2004 年 1 月 10 日於法國《世界報》(Le Monde) 投書表達其拒絕捺按指紋入境美國的理由，並不在於被用過去對待犯人的方式對待所生的道德羞辱感，而在於過去將人轉化為赤裸的生命加以控管的例外手段，例如在奧許維茲 (Auschwitz) 集中營監禁者身上的編號刺青，現在卻成爲了常態統治手段，Agamben 認爲，這意謂著現代生命政治的發展正試圖跨越一個新的門檻，以保障生命安全之名，進一步將生命納入其治理之中，他認爲這是民主政體轉向極權政體的重要門檻，因此呼籲「對生命政治刺青說不」¹⁵。

如果以同樣的道理，我們似乎也可以將社會內處遇當做是例外狀態的常態化，而這樣的論述也並非不存在¹⁶。在第三章中，曾經提過所謂社會內處遇，其方式從過去的保護管束、假釋等方式，已轉變爲電子監視設備、在宅拘禁 (集中監督保護管束 IPS)、社會服務命令等等¹⁷。之所以稱做社會內處遇，其做爲犯罪人處遇的一個環節，理所當然的對象是犯罪人。

不過，社會內處遇已轉變其面貌，以另外一種形式在社會中蔓延開來，部分成爲了社會監控措施，一般人亦成爲監控的對象。政府正在犯罪預防的大旗之下，由公而私的在社會中形塑低犯罪風險的環境，方式有很多，社區巡狩隊、社區電子監視系統、DNA 或指紋建檔、強制驗尿、IC 卡活用，或將用在性侵害假釋犯罪人身上的無線射頻辨識系統 (Radio Frequency Identification, 簡稱 RFID) 用在學生、小孩等一般人身上。這些措施都是過去被用在監獄內與犯罪人身上的，如今卻開始擴展到對於一般人亦加以使用。

第二目 監獄、社會內處遇與社會監控措施之異同

從 Agamben 認爲例外狀態已經成爲常態的論述看來，其將捺按指紋當成是一種常態化的發言，似乎表示對他而言，做爲設施內處遇的監獄與社會內處遇或社會監控措施兩者，皆是例外狀態，而有將其混爲一談之感。或許將對象不同的社會內處遇與社會監控措施混同起來，而認爲這是例外狀態常態化的現象，並非不可以，但是此處所著重的應該是將對於犯罪人所爲的例外控管手段，開始實施

¹⁴ Ulrich Rauff, *An Interview with Giorgio Agamben*, reprinted in 5 GERMAN LAW JOURNAL 609, 611-2 (2004).

¹⁵ Giorgio Agamben, "Non au Tatouage Biopolitique," in *Le Monde*, 10 January. 因無法搜尋到 Agamben 投書的英譯文，故轉引自：薛熙平 (2006)，〈例外狀態：阿岡本 (Giorgio Agamben) 思想中的法與生命〉，頁 6，政大法律研究所碩士論文。

¹⁶ 如前已述及的：林淑芬 (2007)，〈主權承認與見證：評介「赤裸人」〉，《文化研究》，4 期，頁 236。不過此處將林淑芬一文的論述歸類於此，或許稍有不當，惟若就「社會監控是例外狀態的常態化」的此一論述，立場上應該是相同的，因此暫先將之相提並論。

¹⁷ 藤本哲也 (2006)，《刑事政策概論》，5 版，頁 279-295，東京：青林書院。

在一般人身上，開始對於一般人從事管理，或許這部分才是 Agamben 所認為的例外狀態常態化問題。

的確，監獄做為例外狀態、以犯罪人為對象的社會內處遇與以一般人為對象的社會監控措施，此三者應該將之分別來論。原因有幾個，首先，前二者的對象是犯罪人，而社會監控措施則是針對一般人而設，對象不同，將使整個制度設計的邏輯有所不同，例如就其中所適用的比例原則的考量，必然就不相同，因為涉及刑罰的部分，將會額外的考量到最後手段性的問題。

再者，監獄相當程度的限制或剝奪了犯罪人的自由、財產等權利，剝奪的動作名義上雖是為了預防與矯治，但卻仍是一種懲罰或制裁，而懲罰的另外一個側面，則是就此一客觀上的利益侵害，做為加害者的國家卻不會受到處罰；然而，以犯罪人為對象的社會內處遇與以一般人為對象的社會監控措施，後者強調的是藉著減少犯罪因子來預防犯罪，犯罪成爲一種可以加以管理之事，而前者卻亦日漸轉變成爲對於前科者在社會內的排拒，某種程度也是一種社會內的被害風險管理，因而，此二者雖然仍可能找出某些權利的限制，但其較著重的毋寧是犯罪風險管理，是不安感的去除，是安全的追尋，從而，將其論爲例外狀態常態化，而與完全隔離之集中營或監獄等同起來，倘若從刑事政策的角度來思考，的確有其不妥當之處。

此外，前二者的處遇，皆需要一個判決做為決斷，來確認行爲人罪刑的存否，並且透過判決的宣示，事後地確認法秩序的存在與正當，並辨別行爲人是否需要入監或受其他處遇，此外，無論是有罪或無罪的判決，基本上將會因爲判決本身就是依法審判的產物，因而都會有確認法秩序的功效；但判決這個部分，卻是社會監控措施所不具備的要素，更精確地來說，前二者透過判決，一方面確認了法秩序，另一方面藉由監獄或社會內處遇來從事隔離無害化與監控的工作，然而，社會監控措施並沒有經過判決的程序來區分應否實施監控的對象或者從事法秩序的再確認，沒有一個機制做為國家權力發動與否的篩漏與制衡程序，僅透過警察片面地做出是否設置的判斷¹⁸，但卻直接地藉著社會監控所有的市民，毫無懷疑地從事護衛既存法秩序的動作。

附帶一提的是，雖然在刑事法學的思考下，會將這些處遇加以區分，但這樣的動作只是希望更清楚辨明不同處遇之機能，並強調在常態法秩序之下，因爲對於犯罪風險管理的強調而產生的社會監控措施與變貌過後的社會內處遇，與監獄做為例外狀態的範例，主要做的是犯罪人的排除與隔離，基本上是有所不同的。

¹⁸ 有關於社會監控設施的法源，請參照第三章註 140。

不過 Agamben 由主權權力出發，單線式地就這些處遇加以談論，不免有不加區別即皆直接肯認為例外狀態的範例的可能。亦即，判決做為一種社會控制手段，與社會監視設施基本上是有點不太一樣的，但在 Agamben 的思考中，卻似乎可以同樣地在主權者的決斷之處，被整合起來。

惟，本文認為集中營與關塔那摩監獄當然是例外狀態常態化的最佳範例。不過，如果要將捺按指紋或社會監控措施一併地認為亦是例外狀態之常態化的一種現象，則似乎必須留意到，此時在論述中所謂的例外狀態，其意義似已有異於例外狀態的典範，也就是說，此種情形不再具備例外狀態中特有的「無法」狀態，而僅著重於對於生命的監控與治理，因此與原來例外狀態的意義已經有所不同。

第三目 加害／被害、安全／危險的二元區分

1970 年代以後論述的轉變，導致對於安全感的需求高漲。上述無論是監獄、社會內處遇或社會監控措施，這些措施的其變化皆與 1970 年代的轉變有關。如第三章末尾所述，當代的犯罪控制言說，已非特定犯罪原因的矯治，亦非特定被害原因的消除，過去的具體被害轉換成抽象的潛在被害，變成以潛在被害群體（社會整體）為論述對象；規訓的軸線翻轉，從過去對於犯罪者的凝視以及隨之而來對於犯罪者的矯治與規訓，逐漸成為對於被害者的凝視與被害原因的找尋¹⁹。

此時，不論是實際的被害者、被害者的家屬，甚至沒有具體被害的潛在被害者，全部包裹起來而形成了一個整體的、集團性的「被害者」形象，從而，一方面，被害者形象經常性地被援引來支持嚴罰措施，另一方面，在社會中，亦開始以維護社會安全與追求生活品質為手段，從事犯罪控制與風險管理。恐懼被害，使得個別被害者、潛在被害者、犯罪控制與刑事司法體系之間的關係，重新被予以修正，過去人們往往要求提供「防止國家侵害的保護」，但現在卻被「國家提供保護」的呼聲所取代。因此，保護管束與假釋等等的功能弱化，取而代之的是對於危險人物的不定期監禁措施、社會內的監控設備等措施²⁰。

就嚴罰措施來說，重刑化的具體落實，如累犯加重、有期徒刑最高上限與數罪併罰上限提高，而第二章所介紹的性犯罪人不定期刑強制治療，與第三章的敵人刑法理論，本文認為皆應將之當做其中的一環來予以思考，方能使得其中論述變化的原因更為清晰。再者，就犯罪人之社會內處遇亦然，強調的重點在於犯罪人回到社會中的犯罪危險預防，因而，很明顯的可以從資格限制的規範方式與論

¹⁹ 謝煜偉（2004），〈二分論刑事政策之考察與批判——從我國「寬嚴並進的刑事政策」談起〉，頁 69，臺大法律學研究所碩士論文。

²⁰ David Garland 著，周盈成譯（2006），《控制的文化——當代社會的犯罪與社會秩序》，頁 14-16，台北：巨流。

述看出，重點早已不在復歸，而是在社會中處處對於犯罪前科者設下重重的圍籬與限制，彷彿是一種社會內隔離措施，雖然人在社會中，但卻無比疏離而無法融入，遑論真正的復歸。

而就社會監控措施而言，對於安全的要求，固然始於對於被害的關注，但是，緻密而細微的監控，其用意雖然在提供對於潛在被害人集團的保護，卻亦有將所有人皆視為潛在犯罪人來加以監視的意味存在。雖然一般人皆因為同樣全面性的被監控而多多少少會產生不舒服的感覺，但是基於對於被害的恐懼與揮之不去的不安感，將使得不論是整個社會或者小社區對於這些制度與監視設備的反應，幾乎一概是毫無抵抗力的加以接受與贊成。雖然因為被監視而感到些許不自在，但是一想到這些措施的存在將帶來安全，不僅是因為攝影機將使得可能存在的犯罪動機將降低，甚至攝影機所存錄的影片都將能夠成為追訴證據，更可以透過證據在訴訟上的強大證明力，而將犯罪人隔離在監獄，藉此驅逐社會有害份子，這些預想中的細碎原因卻彷彿可以凝聚成一顆鎮定劑，使得因為受到監視而來的一點點小小的不自在，頓時也變得可以忍受，只要能讓人感到不那麼不安。

於是我們開始不斷地做長期監禁，也設置了越來越多的社會監控設施，耳邊還不時聽見政府機關在廣播中播放重大犯罪之犯罪率降低，因而治安有所好轉的消息，照理來說，應該已將大多數的危險源都掃到監獄裡，或者是在社會中成功地壓抑了犯罪的風險了吧，然而，人們是否因此而感覺到安全了呢？恐怕未必。

抽象被害與具體被害的差異，尚存在於前者之「虛擬」的特色。除了透過言說來建構抽象被害集團，無法忽略的還有大眾媒體所發揮的作用。大眾媒體處理犯罪的方式，煽動而情緒澎湃地描述犯罪，與其說大眾媒體客觀地呈現了犯罪現象，倒不如說媒體對於犯罪所具有的價值觀、媒體本身的結構、傾向「受害者說法」的報導等等，改變了人們對於犯罪的觀感、形塑了人們的犯罪問題經驗，使得人們以更戲劇化的方式面對犯罪問題，而將犯罪人想得比現實常態世界中更多、更具威脅、更加危險²¹。

因而，學者認為，大眾媒體透過其結構，汲取出一股新的大眾犯罪問題經驗，製造了當今貌似主流的通俗嚴罰心態，媒體提供犯罪、追捕、懲罰等等的影像給人們，提供犯罪問題的經驗，並制度化此種經驗。展現在日常生活上，即是使得人們對於犯罪的反應，既不符合犯罪本身，亦不符合官方犯罪率，而僅符合了媒體與其長期以來所建立的犯罪集體表象。人們對於刑事司法的知識與意見，是基

²¹ David Garland 著，周盈成譯（2006），《控制的文化—當代社會的犯罪與社會秩序》，頁 212-213，台北：巨流；李佳玟（2005），〈風險社會下的媒體與刑事政策——以 1997 年白曉燕案為例〉，《自由·責任·法—蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集》，頁 261-269，台北：元照。

於集體表象而來，而非具體切身的經驗或者精確的資訊，是一種被給定的犯罪問題經驗，而非犯罪本身²²。

而這將導致所謂的破案率提高或犯罪率降低的標語，對於不安感的去除變得困難，因為當安全變成一種非基於個人經驗而來的虛擬產物，連帶著代表了安全感也就不是幾句標語或者日常生活相安無事的個人經驗所能回復。永恆的犯罪危機感，形成了新的「加強社會控制」的犯罪控制策略，此一策略所提出的安全感又進一步的確立並彰顯了法秩序，法秩序則不斷的透過犯罪與控制之間的辯證，自我再製著²³。加害與被害的法律語言，便在這一波的變動中，揉合了安全與危險的虛擬大眾情緒，架構起整個社會控制的運作，從監獄往整個社會蔓延開來。然而這樣的社會控制，仍然不可忽略的是背後所存在的主權與決斷的運作。

第三款 兩種不同的控制模式—排除與包含結構

在本項的討論中，本文企圖將社會控制手段，區分為司法審判與行政處遇兩種，前者透過判決的力量，重新確認法秩序的存在與正當，而後者則是透過行政行為做成社會內處遇或社會監控措施的處遇，展開全面性的社會控制。前者在判決宣示時即會於社會中產生極大的力道，對社會大眾展示法規範的正當與神聖不可侵犯性，而後者則是透過綿密細緻的毛細管作用，來發揮其機能，同時也造成了國家權力的擴散。

在 Agamben 那裡，似將這兩種不同的控制模式混同起來，而認為後者代表著例外狀態常態化，雖然透過對於主權權力的觀察而獲致此一觀點，有其道理，不過本文認為，這兩種手段雖皆有其社會控制的面貌，不過從刑事政策的觀點來看，其方式其實是不太一樣的，不可混為一談。

透過主權決斷與例外狀態的操作，排除地包含了裸命與所有的國民，面對著主權權力的展現，每個人都宛如赤裸裸的生，隨時有可能被棄置於無法的例外狀態之中。而監獄或保安處分執行處所與正常法秩序的關係，正是透過犯罪人的差異與差別對待所形塑出來的兩個場域，社會內處遇與社會監控措施在對於受處分人或受監控區域的區分，也有著此一面向，不過，差異與差別對待的來源，更重要的是在其中必備的決斷、決斷的力量、與決斷的人。

²² David Garland 著，周盈成譯（2006），《控制的文化—當代社會的犯罪與社會秩序》，頁 212-213，台北：巨流。

²³ 謝煜偉（2004），〈二分論刑事政策之考察與批判——從我國「寬嚴並進的刑事政策」談起〉，頁 116-117，臺大法律學研究所碩士論文。

第三項 主權與決斷

Agamben 雖然受到 Foucault 思想的啓發，但 Foucault 並未建立法的哲學，對於法的權力體制亦較不重視，而係將重點置於知識與規訓技術，Agamben 即就此批判性地重新加以掌握。對於 Agamben 而言，法的問題與生命此一主題有著密切的關連，因而談論生命政治，亦需從生命與法的關係加以著手²⁴。Agamben 著重之處，在於主權與神聖之人的對峙與重合，對於神聖之人而言，每個人都像極了主權者，面對神聖之人可以殺之而不用受罰，相對於此，則因為主權者即是活生生的法，從而每個面對主權者之人，亦皆如同神聖之人一樣，受到主權者不受節制的權力所支配。主權者透過決斷，創造例外狀態，透過排除又內包的關係，建立起法權結構。從 Agamben 觀點出發，即不得不就主權者與其決斷有所關注。

第一款 權力者做為主權者

例外狀態一書中，Agamben 似乎從未明白指出，在其理論中所謂的主權者到底是誰，在其說明其所重構的例外狀態理論時，本文認為，Agamben 並未將重點放置於主權者此一位置上，相對的，對於 Agamben 而言，重要的似乎是「決斷」與「做為決斷權限之法的力量」，重點是：透過決斷，展開了一個無法地帶（例外狀態）。因此，在其重構其理論的幾個章節中，我們看不到如 Schmitt 理論之中主權者與決斷之間的緊密連結。

本文認為，做出例外狀態決斷的主權者固然重要，然而，主權者並非「固有」法的力量之人，因此，能夠掠取法的力量者，往往即為主權者，這也是為什麼 Agamben 說到法的力量在極端的情形之下，會如同不確定的要素一般地漂浮著，而可以被國家主權或革命組織加以援引宣稱的原因。

但是，亦可從其說明看出，在常態法秩序之下，主權者往往是國家主權²⁵。

²⁴ 檜垣立哉（2006），《生と権力の哲学》，頁 160-161，東京：筑摩書房。此書提及三個 Agamben 與 Foucault 生命政治思想之相異處，此處所提及的是其中之一，除此之外，Agamben 將 Foucault 生命政治的思想，回溯至古希臘政治體制來加以談論，與 Foucault 本身所設想的相比，Agamben 理論的射程顯然較為廣泛，而神聖之人（homo sacer）做為赤裸裸的生的身體，被排除而被認為神聖，這樣的生的主題化，亦存立於政治秩序的根基之上；最後，Foucault 認為，近代以降的社會，開始從死的權力走向生的權力，方才開始發展生命政治，形成規訓社會、管理社會，然而，對於 Agamben 而言，生命政治無疑是從古希臘時期即開始展開，並且認為 Foucault 所說的，不外是集中營全面性地擴張，並且出現了公私之間區分的模糊地帶，此外，赤裸裸的生，亦政治性地成為焦點的近代社會，其特徵並非生命政治的出現，而是上述灰色地帶、無區分地帶的擴張，為其特徵。請參見《生と権力の哲学》，第 160-161 頁。另請一併參照：上村忠男與田崎英明之對談（2006），〈討議：言語と時の関〉，《現代思考》，34 卷 7 号，頁 52-69。

²⁵ 至於這個國家主權是否是國民主權，進而獲得正當性？不過本文不認為國家主權必然等同於

而本文以為，主權者仍有其一定程度的重要性，而其之所以重要，是因為在現代國家的常態法秩序之下，主權者可能即是議會，或者限縮一點，在國家的刑事法體系之中，做為國家主權的傭兵之法官、檢察官亦是主權者，因為法律體制明白地賦予其權力，這樣的權力者是一個活生生具有權力在手之人，他貼近「受決斷者」，身為主權者，他貼近裸命，並且做出與受決斷者切身相關的處遇，可以將其置於例外狀態之中，因而需要有節制的機制存在。

從而，本文以為，在民主制度之下，主權者的面貌往往以立法者的姿態呈現，然而具體做出例外狀態決斷之人，基於其佔據了具體認事用法之地位，或許亦可將之視為是有權節制立法者權力之人，這些人在現行法制度之下，在刑事審判中，大部分的情形是法官，在保安處分的處遇中，則有可能是精神科醫師與心理師。在一種極端的說法之下，將社會整體（潛在被害集團）視為是主權者，本文認為亦無不可²⁶，因為，面對著社會整體的裸命，無疑是處於眾人皆曰可殺而不受保護的狀態，正如同人人皆是主權者的情形²⁷。

在刑事司法系統中，監獄做為一個例外狀態的場域，做出有期徒刑判決者，多半是法官，而宣付保安處分者，多半亦為法官，不過，如刑法第 91-1 條之性犯罪強制治療保安處分，其可能因犯罪而被判刑，於鑑定有矯治之必要時，施以強制治療。惟修法後，因改為刑後治療，從而保安處分的期間即可能交由刑中治療之精神科醫師與心理師予以決定。

附帶一提的是，新法剛適用時，就有關法律變更的適用問題，判決似乎多半認為新法規定不用在刑前送鑑定，是對於被告有利，因而適用新法，並且不在判決前送鑑定²⁸，然而，在新法施行之後一段時間，實務做成了最高法院 96 年度第 3 次刑事庭會議決議，其統一認定舊法對被告有利²⁹，從而其後的判決只要有

國民主權，甚至認為主權與國民之間，存在著論理上的斷裂。

²⁶ 必須說明的是，如此解釋主權者的身份或地位，只是本文粗淺的想法。

²⁷ 現實的情形或許可以用刑事訴訟法第 88 條有關「現行犯與準現行犯，不問何人皆得逕行逮捕之」之規定為例。

²⁸ 如台北地方法院 95 年訴字 871 號判決（裁判日期：960213）：「……是依新修正之刑法第九十一條之一之規定，法院已無須於相關案件裁判前，將被告送交醫療機關鑑定是否有施以治療之必要甚明，對於被告自較為有利。是本件被告既屬於新法施行前所犯案件，於新法施行後方審理終結者，依刑法第二條第一項後段之規定，自應適用較有利於行為人之新法，即俟本案判決確定後，徒刑執行期滿前，再行鑑定被告有無強制治療之必要。」此一判決與下述決議的時間距離很近，但卻晚於決議，照道理講應該依照刑庭決議適用舊法，不過從判決內容看來，似乎並未認知到決議的存在，而於自行比較過新舊法之後，認為應適用新法。

²⁹ 最高法院 96 年度第 3 次刑事庭會議決議（96 年 2 月 6 日）：95 年 7 月 1 日起施行之刑法第 91 條之一有關強制治療規定，雖將刑前治療改為刑後治療，但治療期間未予限制，且治療處分之日數，復不能折抵有期徒刑、拘役或同法第 42 條第 6 項裁判所定之罰金額數，較修正前規定不利於被告。」因此，法官應適用刑法第 2 條第 1 項本文之規定，以行為時之刑法（亦即修正前之刑法）第 91 條之一規定對被告科處強制治療，始為適法。

涉及法律變更，即皆適用舊法³⁰。因此，現階段的判決如有法律變更的問題，尚皆適用舊法，並會在判決中諭知保安處分的期間以三年為限。

不過，若未有法律變更的問題，則勢必適用新法，而新法第 91-1 條的適用結果，保安處分的期間長短，亦即，保安處分的「量」的問題，因為係透過刑中或刑後社會內精神科醫師之鑑定評估所決定，因而可以說，法官完全被排除在決斷的過程之外，沒有判斷的餘地，以致於罪刑法定主義的要求，自然也無法在量的部分予以節制。如新法這樣的制度設計，不僅僅是造成了決斷者的更易，亦導致了罪刑法定主義最起碼在量上的節制作用，也因此喪失。在此部分，有權決斷之主權者，無疑成爲了精神科醫師等鑑定評估之人。

除此之外，社會內處遇與社會監控措施的決定者，可能是行政權之下的特定主管機關承辦人員或警察等等，本文認爲亦應肯認其具有相當的權力，某程度而言，亦爲主權者。

第二款 決斷的無可決斷性與法的力量

刑事司法制度中，在審判過程的末尾，皆會產生判決、裁定；而保安處分的宣付，一般而言亦是於審判庭所做成，但刑法第 91-1 條的強制治療處分，是否治療與期間長短，則是由精神科醫師來做鑑定評估，脫離了審判庭與法官的權限範圍；此外，社會內處遇或社會監控設施，則大多是行政權來做出處遇或設置與否的決斷³¹，已如上述。

這些決斷的做成，首先在訴訟上，一般學說上還是認爲，判決的做成是在發現實體真實；其次，在強制治療的部分，在第二章亦介紹過，學者認爲，他們能夠用心理學、精神醫學的方法，探知性犯罪人的再犯危險性，並且亦認爲其研究能夠分辨哪些犯罪人能夠因爲治療而減低犯罪危險性或者治癒，哪些則不行；而至於社會內處遇或社會監控設施，同樣地肯定著犯罪風險的調查有其可信性，並且認爲當監視攝影機一支支被架起，透過無線射頻辨識系統（RFID）控制了犯罪人與一般人之後，被害風險即會降低。表面上看起來，這些決斷如果皆能完善

³⁰ 如台北地方法院 96 年訴緝字 129 號判決（裁判日期 961227）：「……但經比較結果，修正後之規定被告治療期間未予限制，抑且治療處分之日數，復不能折抵有期徒刑或拘役刑期，殊較舊法不利於行爲人，自應適用修正前之規定有利於被告（最高法院九十五年度臺上字第六四四七號判決參照），故於刑法修正前犯妨害性自主罪章之被告，如有施以強制治療之必要者，應適用修正前之規定。……矧該鑑定報告書既已認被告有接受治療之必要，雖對治療時間點有不同之建議，然被告究應於何時接受治療，仍應適用法律之規定，爰參酌上開規定，爲被告應依修正前刑法第九十一條第一項、第二項之規定，應於刑之執行前，令入相當處所，施以治療，其期間至治癒爲止，但最長不得逾三年之諭知。」

³¹ 有關於社會監控設施的法源，請參照第三章註 140。

的發揮其功能，有一個既定的目標與美好的圖像（安全與幸福），努力去做即可企及，安全的日子很快就會到來。

不過本文認為，這些都還存在著問題。一方面，近來已開始有認為訴訟上所謂的實體真實，只是事實認定者的主觀意識中所建構的事實，並將此一事實等同於客觀真實，或者，只是在法律系統的綱要中所建構出來的真實，而此一真實也並非絕對的真實，甚至可能並不存在有一個絕對的真實³²；那麼，判決如何做成？另一方面，性犯罪人的再犯危險性之鑑定的問題，其專業性與獨立性早已備受質疑，我國所使用的再犯評估量表與他國不同，卻未見理由的交代，那麼我們如何確認基於危險性而來的監禁是正確且合於比例的？最後，已不以矯治與復歸為運作主軸的社會內處遇，對回到社會的犯罪人而言，不啻是造成更困難的生活處境，而這某種程度卻將會逼使犯罪人淪於再犯，這些措施真的能夠達到其所欲達成的目的？阻止得了犯罪風險嗎？如果無法發現實體真實，判決如何做成？如果再犯危險性的預測，如此困難而疑義百出，強制治療處遇的正當性又在哪裡？如果社會內處遇與社會監控設備都是建基在警察單方面不穩固的想像之上，那我們如何判斷是否處遇或者是否設置社會監控設施？

再者，判決與處遇的基礎當真能夠有確實的可能嗎？對 Agamben 而言，恐怕不然。本文認為，Agamben 語言哲學的論述（某種程度上，其實也是法律哲學的論述），其重點在於語言與事物的分離以及規範與事實的斷裂，這不僅僅可能蘊含著對於客觀事物（事實）認識的難以親近性的想法，更代表著語言與事物的連結或者規範對事實的適用，必然是力量的展現，而在法的領域之中，則是法的力量展現。同樣的道理，判決、強制治療的裁定、社會監控措施的設置等等，其實也都是處於相同狀況的法的力量展現。

因而，本文認為結束審判的判決、強制治療處遇的裁定、社會內處遇與社會監控措施的諸多決斷，也都像是 Benjamin 在談論例外狀態的決斷一般，有其無可決斷性。無可決斷卻仍必須決斷，無可決斷卻仍有決斷，無疑是彰顯出了做決斷的「法的力量」之存在。而規範與事實的斷裂，靠的是法的力量加以連結，然而法的力量施展，卻不見得受到規範的節制，因此法的力量可謂是一個不受規範所拘束的支配力量。

而這樣的想法更加顯在化了一件事實，例外狀態做為法權的原初結構，規範

³² 許恆達（2002），〈科學證據的後設反省——以刑事程序上的 DNA 證據為例〉，頁 157-196，臺大法律學研究所碩士論文。此一論文透過胡賽爾之現象學以及盧曼之系統理論來對於實體真實做反思，進而放棄實體真實發現的目標，希冀藉此削弱 DNA 證據在訴訟上所展現的極為強大的證明力量。另請參見：林聰賢（1995），〈實體真實主義之實相與虛相〉，臺大法律學研究所碩士論文。

存在即代表例外狀態的產生無可避免，然而這並不表示例外狀態必然會成為常態，反倒顯示出，例外狀態之所以成為常態，或許起因於法的力量之擴散與蔓延。從而問題出在創造例外狀態的法之支配力量之上。將此一支配力量實現於現實者，正是主權者。

第四項 赤裸裸的生

第一款 析出裸命的人性製造機

Agamben 在 2003 年所寫的《The Open: Man and Animal》中，其除了再度強調動物性與人性之間的分隔線並不是那麼地明確，其間存在著被人性排除出去，失去法律保障的赤裸裸的生存（神聖之人或動物人），一種「被開展的人性排除於外，但又於外部包攝了內部的人性，且不屬於閉鎖的動物性」的純粹的存在。動物人或神聖之人無法走向任何一個極端（動物或人），而僅能漂流在人性與動物性之間的場域中³³。這是 Agamben 有異於以往的觀察視角。

早期，人類透過神話等方式在外部標示出動物人，一種不是人也不是動物，而是生存於人類的旁邊，被人類愉悅地食用的想像中生物，並藉此而彰顯出人性的特殊性，透過動物的人類化，來產生所謂的「非人類」；但是在近代，人們利用了強而有力的人性製造機，亦即生物學、哲學、政治學等道具，嘗試直接從內部建構起人性的內涵，在人類中區隔出「非人類」，並將之加以排除，例如腦死判定即為一例。從中所排除的，並非動物的生命，亦非人類的生命，而是從人性中被排除、隔離出來的生命，亦即裸命。過去到現代的人性製造機，透過人類形象的空洞預設，來從事排除的工作³⁴。至此，大量被人性所排除出去的神聖之人或動物人即不斷出現，人性製造機愈是精緻，則神聖之人或動物人就會愈多，當然人類的悲劇也會不斷地大量發生。

裸命是一種純粹動物上的生，而不具有法律上地位。這種法律上「無地位」的操作，從納粹政治與美國 911 以後之政治即可得知。納粹德國對於猶太人的屠殺並不是在原封不動的既存法秩序下即開始展開³⁵，美國對於疑似恐怖份子的逮捕與透過關塔那摩監獄所從事的無限期拘留，亦是經過法秩序的重新整理，才能

³³ 李茂生，〈情感與法律之間關係的論述〉，本文為 Martha C. Nussbaum 著，方佳俊譯（2007），《逃避人性》的推薦序，頁 13-14，台北：商周。

³⁴ See GIORGIO AGAMBEN, THE OPEN: MAN AND ANIMAL 33-8 (Kevin Attell trans., Stanford University Press 2004). (2002)

³⁵ 詳請參見：Enzo Collotti 著，文心譯（2004），《希特勒與納粹主義》，頁 68-83，香港：三聯書店。

開始運作。

將人性等一切人類建構物皆自人類身體上摘除，剩下來的便是赤裸裸的身體（生物性的人類身體存在），卸除所有的人性與世俗法律保護，生存上一切的問題都不再與其「身為法律上的人」一事發生關係。就法律地位而言，成為神聖之人意味著在法律上的死亡、政治性的死亡，相反的，單純身體機能的停止與衰亡即不再是法律上死亡，而是單純生物性的死亡，其利益減損也不再是法律上權利的受損，因為一個赤裸裸的生命，其利益已不再受法律所保護。因而我們可以說，神聖之人是像動物一般的活著，處於一種任人宰制的狀態（例外狀態），但是他仍然不是動物，而是一種漂流在人與動物之間的「非人」。

對於 Agamben 來說，其理論中生命政治的運作標的與載體，正是在這樣的一個赤裸裸的身體之上，生命政治機制的轉動，就意味著將一個原來身上附著、滿佈人性與人類建構物（權利、地位）的人，還原至赤裸裸活存的生命，一種殘餘、餘命。而這正是處於例外狀態之中，任憑不受節制之法的力量所支配的純粹生命。

第二款 國民做為潛在的赤裸生命

然而，這有什麼特別之處嗎？裸命不是頂多就是集中營裡的猶太人或者是受無限期拘留的恐怖份子而已嗎？本文認為不然。

簡單回想一下我們在民法上對於人的權利能力的規定，民法第 6 條規定，人之權利能力，始於出生，終於死亡，甚至未出生之胎兒亦基於完整保護其利益，而就權利能力的始期，例外地認為視為既已出生，刑法也是一樣，人一出生，附著在其身體上的所有利益，只要成為了被害人，即皆可要求保護。而透過上面的規定可以發現，一般而言，人的生命與對於權利的保護，看起來是緊緊地與人類單純生存的事實或存在發生關係。

不過藉由對於裸命的討論則可以讓我們看見一個不受法律保護的「無法」地帶，在例外狀態之中，在卸除了所有法律對人的保護規範之後，人將處於一種不受法律保護的狀態，而這種「不受法律保護」的狀態，即彰顯在對於裸命所做的侵犯，將不會被科刑處罰一事之上。

因此，法學上經常可見認為現代人從出生至死亡無時無刻地與法律產生關連的這種想法，於此之外，更開展了一個赤裸生命的存在空間，而法律對裸命的不予保護的事實，則是反過來透過「不關連」而更緊密的發生關連，透過將之排除

於法的領域的方式，將法的觸手更深地伸入人的生命與身體從事支配與治理。透過法秩序的懸置所產生的排除力道，反面地將神聖之人予以包含在法秩序之中。而這正是法律對生命的最大的宰制。

而面對著裸命，主權者對其所施的最後一擊，無疑就是終結此一單純的生物性的生命，展現其生殺大權。相對於前面討論到例外狀態時，我們說主權者是處於一個外於法秩序的存在，但卻仍屬於它，此處，則因為正是主權者必須要決斷法秩序是否要整個被懸置，從而，裸命成爲一種雖被排除但卻也因此全然因爲受支配而被納入的存在。

人性製造機不斷的爲人類的存在附加條件，我們認爲人非動物，人具有動物所沒有的形象，而這些形象不斷的被預設、被提出，被附加在人的生物學的存在之上，這些是人性。就人性而言，可能被論爲是人生來固有的權利，可能是後天建構的權利，也可能是不可剝奪的人性尊嚴。然而不論是什麼樣的權利，在法學的討論上，都可以看見權利不斷地被稀薄化，如同隱私權的討論與操作，連日記皆不被認爲是需要保護的隱私權，終至喪失隱私權的核心，權利的存在宛如虛構³⁶。

集中營裡的猶太人、無限期被拘留的嫌疑恐怖份子，乃至於腦死者、難民、無國籍者的產生，事實上都是主權者卸除其身上的人類附加條件，否定了長久以來建構於人類存在之上的諸多權利。權利的誕生與析出，似乎從來都不意味著權利能夠受到保障的保證，而是拓展了另一個主權權力運作的目標物。即使是一般人，主權者亦經常透過一些方式（例如社會監控設備等等），漸漸稀釋國民權利的保護。誰會成爲裸命？誰也不知道，但卻似乎使得國民成爲了潛在的裸命。

而 Agamben 認爲，現代民主所想要展演人的自由與幸福之處—「赤裸的生命」—正標示出了它的屈從（*subjection*），在此處即可察覺³⁷。要帶給人民至福的社會，一面將人民形塑成主體，但另一面的法律權力操作，卻無疑使人民成爲

³⁶ 在證據禁止法則的討論中，有一個案例是被告涉嫌殺害一女而被起訴，於偵查程序中，國家合法的取得被告的日記；日記中詳細記載了被告對於自我人格的剖析，以及其始終無法與女性建立良好的互動關係，這導致其看到獨行的女性，往往有難以扼制的攻擊傾向。審判程序中，法院爲發現真實之目的，不顧辯護人之反對，調查並朗讀該日記之內容，隨後並採之爲判決之基礎。

而德國聯邦憲法法院將隱私權分爲核心隱私領域、純私人領域與社交範圍等三個層次，並認爲就核心隱私領域絕對受保護，即使重大犯罪亦然。

然而，該院結論卻認爲日記屬於純粹私人領域，仍得依比例原則權衡是否可以調查與使用，而此結論一出，不禁令人疑惑的是，倘若日記都還不屬於絕對受保護的隱私權核心範圍，那麼隱私權的核心領域到底指的是什麼？承認隱私權之後，理論與實務的操作，卻似乎使得隱私權日漸空洞化。

請參見：林鈺雄（2005），《刑事訴訟法（上冊）—總論編》，4版，頁523-534，台北：元照。

³⁷ See GIORGIO AGAMBEN, *HOMO SACER: SOVEREIGN POWER AND BARE LIFE* 9-10 (Daniel Heller-Roazen trans, Stanford University Press 1998) (1995).

了權力的客體。

不論是對於性犯罪者個人的處遇，或者是社會治安的防衛，似乎都可以看到這樣的困境存在。就前者而言，從第二章對於性犯罪者的整個刑事處遇流程的鋪排，即可發現，對於性犯罪者除了防衛之外，更將其置入一個全然受支配與掌握的空間，在監所服刑自不待言，在刑期結束後的強制治療階段，如果性犯罪原因是來自於個人無法控制之性格，再加上毫無制衡與審查機制的精神鑑定評估，性犯罪人可說是完全受到支配，此外，性犯罪人在社會內定期必須接受的身心治療與輔導教育，以及社區登記與公告制度，更有利於對其直接的進行監視。就後者而言，為了一個廣泛而抽象的社會安定秩序、犯罪預防管理的目的，對一般人同樣也有社區監視設備的裝置，類似的這些措施，實際上正顯示出為了保護個人利益與公共安全，個人將其自身交付治理，但在其中卻可能產生更大的威脅，而隨時有被擄獲而成裸命的可能。

第五項 正面形象的內包

如果可以接受例外狀態某種程度是散在於社會的觀點，與國民做為潛在裸命的想法，那麼我們再回頭來看例外狀態與常態法秩序的差異。

自近代國家形成以來，犯罪人被形塑為破壞社會共同生活秩序者，從而被認為是「法律上被放逐之人」，於社會中應加以特別注意或甚至將之暫時或永久地排除於共同社會之外，而此意味著被定罪之犯罪人將會失去法的保護；而明確地就監獄人權運動予以探討並提倡受刑人救濟制度，則是至 20 世紀始有學者加以研究³⁸。此外，在二次戰後，納粹德國曾經將人們當成動物般處理的悲慘經驗被一一揭發，為了防止這樣的專制統治再現，「人權」與「人性尊嚴」的概念，開始在歐陸興起³⁹。

例外狀態的產生是為了穩固舊有的混亂秩序或者創造新的法秩序，然而在例外狀態（監獄或集中營）中的人與生活，卻與常態法秩序中有極大的不同。在其中的犯罪人或猶太人，可能受有諸多強制、生活水準亦與外界有極大的不同或者被當成非人來處理，而有例外狀態與常態社會的落差；犯罪人或猶太人做為例外狀態裡的赤裸裸的生，其亦以其自身或其行為與性格的負面形象，經過翻轉而在常態法秩序中表彰了一種正常、健全的正面形象，甚至在看見裸命的遭遇之後，

³⁸ 李茂生（1992），〈受刑人之人權及其救濟制度——以美日兩國之制度發展為中心〉，《刑事法雜誌》，36 卷 1 期，頁 14。

³⁹ 李茂生（1999），〈新少年事件處理法的立法基本策略——後現代法秩序序說〉，《臺大法學論叢》，28 卷 2 期，頁 174。

在社會中則會開始積極的強調人權與權利等概念。

然而，因為例外狀態裡本身是一個無法的失序狀態，從而，這些要求肯認權利的正面概念只有在監獄之外才能夠存在，而無法將正面形象再翻轉回去，使其存在監獄或例外狀態之中。也就是說，所謂人權或人性尊嚴這類的概念事實上是透過對於例外狀態的觀察與「代言」，翻轉回去正常社會中認為應該必須存在的事物，於是在正常的社會中加以主張，但一旦要回過頭來亦在監獄裡主張，就會變成一種矛盾，監獄即會變成正負面形象並存的場域，而正面形象中所要求的人權、權利、正當法律程序等等概念，卻正好會使得例外狀態解消，從而，基本上在監獄等例外狀態中主張權力一事是不太可能或至少是有其困難的⁴⁰。

而正負形象的相互對照，無疑是透過例外狀態的創出，裸命的製造，在例外狀態中對裸命加以分類與研究而產生。監獄等例外狀態場域正如同實驗場一般，對人加以分析、解剖，創造出人性的負面特質，再將對人的剖析反饋回社會從事規訓，透過反面排除來嘗試填充人類預設的理性的正面形象；同時更透過此一正反價值對照，不斷的增加法律的差異目錄、複雜化規訓機制，來活化法的執行。例外狀態、人性製造機、裸命等等，正是這些典範彼此結合，形成了一個排除又內包的機制。這是監獄，是社會內處遇，也是社會監控措施。

附帶一提的是，其實不只是受刑人，近年來，在許多地方我們都可以看到要求人權的呼籲。比方說麻瘋病患的人權主張，在台灣與日本都可以見到，在日本有向法院提起訴訟請求賠償的案例，在台灣則是因為樂生療養院與新莊捷運機場之間的拆建，而帶起了樂生人權運動。在麻瘋病患者處遇的範例中，我們同樣也看到了例外狀態對應於正常法秩序的例子。如果麻瘋病患算是被排除於社會之外，那麼我們再進入社會一些，則還存在有同志人權運動、外籍移民（配偶、勞工）人權、精神病患、無國籍者、難民等等，這都是社會透過不同的方式所為的「排除」，儘管他們可能物理上仍舊存在於社會之中。

然而，從這些例子同樣表現出來的是，看見了這些生命的人們，察覺了社會中的不平等，進而於正常法秩序之中，要求「去差異」、要求平等對待、要求人權與正義的實現（概念的內包）。而一波波人權運動在社會中產生的力量，對於既有法秩序的安排當然會發生影響，更加（也更佳）的精鍊化原有的規範，原有規範在被精鍊化之後，看起來更為合理的被適用在一般人身上，表面上看起來人權似乎被實現了。

⁴⁰ 此處所謂的「代言」與下述的「內包」機制，本文礙於時間因素，只能簡略予以介紹，詳請參見：GIORGIO AGAMBEN, *REMNANTS OF AUSCHWITZ: THE WITNESS AND THE ARCHIVE* 19 (Daniel-Heller-Roazen trans., Zone Books 1999).

然而，從對於過去歷史發展的觀察即可得知，這些因為對於裸命的凝視而產生的權利要求，最終卻永遠不會在例外狀態裡被實現，也不會落實於裸命，裸命終究只是裸命。而僅是不斷的透過人權運動的高聲疾呼與催促，所謂的人權，只可能實現在社會之中，而這正就是所謂的排除與內包的主權權力對於裸命所為的操作。例外狀態做為法權結構的典型，其存在的必然性，將使人權保障永遠無法完滿地走到終點。那麼，主張人權這樣的動作，又應該如何來實踐，或者究竟有什麼實益，就變成很大的一個問題。

第二節 法律權力的批判與檢討

第一項 罪刑法定主義於刑事政策中的角色定位

第一款 國家犯罪處理權力的擴散、蔓延與深化

罪刑法定主義一路發展過來，建立了近代國家刑事司法的正當性基礎，處罰犯罪與科處刑罰有其正當性，但是在古典學派發展期間，國家對於犯罪處理的權力行使，尚僅鎖在刑事司法與單純應報的執行之中。然而，當實證科學帶著人類的好奇心與進取心，開始邁開步伐進入了犯罪處遇的場域時，國家權力行為開始伸進了人類的身體、精神與社會，積極地試圖透過人的矯治與社會政策，來從事統治（治理）⁴¹，在這個階段，刑罰執行的場域開始有了行政權對人的身體的操作，亦即，刑罰執行基本上已與司法無關，而進入行政權對於身體的規訓領域，但僅止於此，似乎仍未及當今行政權力的極度肥大化。

當代的刑事政策發展，犯罪人的矯治的重要性日漸降低，被告、犯罪嫌疑人、犯罪人之人權亦不受重視，對於特定犯罪人的重刑化措施，是國家司法權力對於犯罪人人權的猛烈打擊。除此之外，我們可以看到像資格限制此類的社會內處遇，雖然附麗於司法判決之上，然其處遇決斷機關卻是行政權的範疇，並且在立法上允許行政權決定的權限範圍越來越寬泛⁴²，而在開始於社會內進行犯罪預防之環境控制之後，公的權力不僅深入街弄巷道、人與人相處之間，更整合了私的領域，使得公私搭起了一個社會安全防衛的夥伴關係，企圖塑造更為緻密穩固社會秩序。至此，行政權不僅極度的肥大化，在許多情況之下，其所為之處分與命

⁴¹ 如果有什麼可以說是對於人類的影響或者是加在人類身上的惡害，那這或許正是近代科學與法學的發展所帶來的「貢獻」。科學與法學為人類帶來了許多幸福，但也產生許多的磨難。

⁴² 此意指資格限制的前提，即得對其科予資格限制的犯罪前科者，就所犯前科之罪名，已越來越廣泛。

令，亦轉化為法律而有其正當性，或者直接成為社會中最適的安排⁴³。行政權加入了犯罪處理的行列，負起了犯罪預防與風險管理的責任，行政權的無所不在，亦造成了國家犯罪處理權力的擴散與深化。

國家的權力在刑事政策的發展過程中，悄然蔓延。從監獄擴散到社會中，焦點從犯罪人轉而深入到一般人。監獄做為例外狀態，原來是透過判決確立法秩序存在的一種機制，以單純應報為理由，將人置於監獄。然而近代學派帶起的矯治風潮，單純應報轉換成了矯治，國家開始對於犯罪人從事教育，而此即是新的規訓技術在監獄裡的實驗，權力深入了人的生物學、社會學、心理學等等的存在，嘗試去改變個人的性格、心理或人際關係等等的環節。而進入了 1970 年代至今，在監獄等例外狀態場域裡，所累積的足夠能量，開始蔓延散布至社會裡，如同二分論刑事政策的展開，即被學者認為，是利用新的分類方法將犯罪者重新定位，而各種刑罰中的處遇技術，其意義並不是以往的處遇與矯治，而是轉變成一種防止移動的監視、管理，而這些正是回流至社會的社會監視設施、DNA 或指紋建檔等等的措施，並形成了管理社會的樣貌⁴⁴。過去在監獄中所實施的處遇，散布至社會中，造成了國家權力的蔓延，也使得國家的控制網絡漸漸鋪蓋在整個社會之中。

第二款 曖昧又柔軟的罪刑法定主義

在這個過程中，罪刑法定主義的角色，曖昧、含糊又柔軟。如果罪刑法定主義的存在，將會使得某種權力機制的機能無法適切地發揮，例如：無法有效的矯治或者無法從事犯罪預防、被害風險管理與社會控制，那麼，原來屬於刑法體系的内容物，只要該内容物變成一種權力行使的障礙，即會被移置於刑法體系之外。

當古典學派開始展開對於專制體制刑事司法制度的批判時，必然必須要放棄苛酷、不公平的刑罰，並且建立人人平等自由的社會氛圍，始能對於資本主義的建立產生助力，但在必要的範圍內，仍需要穩固國家秩序的存在，因此我們看到了 Feuerbach 所建立的罪刑法定主義的樣貌。

到了近代學派興起時，社會因為資本主義的發展而產生諸多社會結構的變化，並且有失業、偏差與犯罪等等的問題層出不窮，罪刑法定主義與責任主義妨

⁴³ 例如委任立法的現象，諸多需要專業知識與技術的領域，國會通常無法就此加以審議，因此只能委由行政權以法規命令或行政規則加以定之，詳請參見：高山加奈子（2007），〈現代型刑罰法規と罪刑法定主義〉，《法の再構築Ⅲ 科学技術の発展と法》，頁 71-72，東京：東京大学出版会。

⁴⁴ 李茂生（2007），《監獄學講義 2007 年版》，頁 80-81，台北：自版。

礙了矯治工作的進行，並且使得尚未矯治完全的犯罪人得以重回社會，這將造成資本主義社會更大的不安。因此，刑罰開始從刑法系統中分化出來，刑罰的「質」開始不受罪刑法定主義的節制，使得我們可以在監獄中從事人的矯治、改造與實驗，而基於危險性而來的監禁，只有在比例原則中受到限制，比諸罪刑法定主義，毋寧受到的是較為寬鬆的限制。與其說是矯治，資本主義社會治安的防衛，才是目的刑的重點所在。

當然我們也可以說，保安處分的節制機能（人權保障目的的達成）是建立在相當性或比例原則之上，然而，倘若保安處分與刑罰同為犯罪的刑事處遇的一種，那麼其似乎即應受到罪刑法定主義的人權保障機能的拘束。

不過，從學說上的一種說法，即可發現這樣的想法終究不會被接受。學說上有認為，如果特定人對於社會所存在的危險性是明顯、立即而無法防範，以致於必須打破罪刑法定主義的原則，那麼整個法律體系上所應該考慮的是行政法上的處理手段，而不是對於受刑人給予絕對不定期刑的保安處分⁴⁵。

而此一論述值得關注之處有二，首先，是將處分脫離刑事法領域而進入行政法領域的建議，其次，是此一論述的重點無疑是置於（隔離無害化）處分的有效性。脫離刑事法領域，而透過行政法來加以處理，較為便宜，一方面，刑法因為其手段的嚴厲性，而導致其利益衡量基準較為嚴格，縱然同是「比例原則」，刑法則尚有最後手段性的要求，而行政法的節制原則即未如刑法嚴格，另一方面，罪刑法定主義給予刑法的限制，例如絕對不定期刑的禁止，即因法領域的轉換而不存在了，原來在犯罪責任與刑罰之間的均衡性要求，也將轉換成為危險性與拘禁期間的比例性的判斷，而這當然也將使得對於危險的隔離無害化鮮明的被展現出來。不過，無論法領域如何的轉換，卻不會使得拘禁手段的嚴厲性因而減輕，鬆綁的只有法律對於自身的節制強度而已。

正如在保安處分制度的正當化論述中，我們一再看到「因為責任主義等原則對於法律效果期間長短的限制，將導致保安處分無法充分發揮效果，使得危險犯罪人重回社會造成危害」等等的論述，由此即可看出，比起保安處分的矯治機能，隔離無害化的機能其實才是其處遇重點。然而，如同學說亦有認為保安處分亦必須遵守絕對不定期刑禁止的原則一般⁴⁶，罪刑法定主義在學說上仍緊緊地招著保安處分的期間規定，因此，倘若對於保安處分加以嚴格的限制，將會使得隔離無

⁴⁵ 黃榮堅（2006），《基礎刑法學（上）》，3版，頁147，台北：元照。附帶一提的是，其論述脈絡係先提及刑法第91條亦有絕對不定期刑禁止的違反問題，隨後方才點出此一問題在刑法第91-1條性犯罪強制治療處分中更顯嚴重，因而筆者認為，其認為應該轉換至行政法領域予以處理，應是就上述兩者處分皆有同樣的建議。

⁴⁶ 黃榮堅（2006），《基礎刑法學（上）》，3版，頁147，台北：元照。

害化的機能無法有效的彰顯，從而爲了有效的排害，脫離刑事法領域當然是一個極佳的選擇。這是一種很巧妙的論述模式，正面去談罪刑法定主義，要求其法律效果（刑）的明確性，因而就保安處分也應受規制；但倘若受到規制的保安處分無法適切的達到隔離無害化的要求，而有改變爲不定期刑的要求，但又仍然必須維持刑法的尊嚴，那麼即不應採取刑事處遇的方式，而應該進入節制原則較爲寬鬆的行政法領域，來從事不定期刑的強制治療。一方面能夠實現排害的機能，另一方面因爲該處遇已不在刑事領域之中，從而亦不會違反罪刑法定主義的規定。

當代對於犯罪控制也有類似的邏輯。不論是學說、實務或是政治領域皆清楚地告訴我們，由刑事司法來從事犯罪控制的做法，已屢遭挫折，因而矯治可能根本是個失敗的論調，犯罪控制根本不應該將重心置於犯罪者的更生，從而刑事司法、執行系統的專家，開始不再受到信任，整個對於犯罪控制的策略，除了對特定人的嚴罰策略之外，亦開始轉向對廣大的社群予以控制⁴⁷。然則，社會控制範圍之廣、之深，這些皆不能被見容於罪刑法定主義的框架之外，因此，最好的辦法當然是不要在刑事法系統中來做，從而，罪刑法定主義的功能與能量又進一步地被削弱。至此，罪刑法定主義可說是已被摒除在當代犯罪控制的主要框架之中，而僅有尚在刑事司法與執行領域中，始能發揮些微的節制機能，但整體而言，其原有的力量可說是不如以往。

由此即可看出罪刑法定主義做爲一種概念，有其柔軟又任憑宰割的姿態。該是發揮作用的時候，可以展現其作用，但若將對於政治運作有所阻礙，那麼罪刑法定主義亦非不可退讓。

每個變動的時代，主權者總是爲其人民勾勒出一個安全而無犯罪的美麗圖像，這無論是目的刑或者犯罪風險管理皆然。但是，時代會一直轉變，言說與知識、技術也不斷翻新，美好時代卻始終未曾到來。

第二項 再探刑法與刑罰機能

第一款 刑法與刑罰機能

從第三章看下來，其實不外是一邊點出刑事政策的發展，一邊描繪刑法與刑罰在社會中所存在的機能。刑法的目的，主要在透過規範的宣示與確認，來制裁

⁴⁷ 謝煜偉（2004），〈二分論刑事政策之考察與批判——從我國「寬嚴並進的刑事政策」談起〉，頁 68，臺大法律學研究所碩士論文。

犯罪、維護社會秩序、彰顯行為的「應然價值」，並保護法益與社會價值觀念⁴⁸。但是，刑法的作用除了樹立行為態樣、保護法益與維護社會秩序之外，面對著刑罰可能帶來嚴厲的惡害，一般皆認為刑法亦負有人權保障的任務。從而，一般認為刑法的機能，包括行為規制機能、法益保護機能與人權保障機能⁴⁹。一方面宣示法秩序的存在，另一方面亦藉此嚇阻犯罪，產生消極的一般預防的效果。

而刑罰是犯罪的法律效果之一。自有人類文明以來，即存在著諸多泛刑罰，一方面做為制裁，代表正義理念的實現，另一方面刑罰也發展成為國家的重要權力行使手段；惟就刑罰之本質與正當性根據，何以國家可以對犯罪人施以刑罰一事，學說上卻無法完美的回答此一問題⁵⁰。

刑罰理論主要的論爭，係在應報理論與目的理論之間如何地對立與調和的問題上。不過，現今學者已無採取絕對應報理論，大多為折衷的觀點，一方面在應報的框架之下，從事責任非難並維持罪刑均衡，為刑罰的「量」予以正當化，另一方面再透過預防觀點，合理化刑罰的「質（內容）」⁵¹。

第二款 對於矯治與威嚇的批判

然而，一直以來所從事的矯治，其功效已於 1970 年代被猛烈地質疑，就以威嚇為目的之一般預防理論，亦因國家「治亂世用重典」的取向，而不斷地受到檢驗。

學者研究認為，重刑化的功能，對於原所欲打擊的暴力犯罪是無作用的，就犯罪率的影響上，也看不出任何嚇阻的效果存在，反而是將許多低度財產犯罪的累犯與煙毒犯通通排除在社會之外，當然，這些低度財產犯累犯與煙毒犯，其犯罪原因也絕非單純透過刑度的增加所能抑止或嚇阻的⁵²。

而以嚇阻為目的，學說上有舉出現今行為科學對於人類行為動機的研究，從人類行為動機的複雜性及刑罰手段的控制效益來考量，可以發現以刑罰做為預防

⁴⁸ 蘇俊雄（1998），《刑法總論 I》，再版，頁 9-19，台北：自版。

⁴⁹ 前田雅英（1998），《刑法總論講義》，3 版，頁 4，東京：東京大学出版社。

⁵⁰ 蘇俊雄（1998），《刑法總論 I》，再版，頁 137，台北：自版。

⁵¹ 王皇玉（2005），〈論刑罰的報應與預防作用〉，《自由·責任·法—蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集》，頁 186，台北：元照；前田雅英（1998），《刑法總論講義》，3 版，頁 34，東京：東京大学出版社。

⁵² ELLIOTT CURRIE, CRIME AND PUNISHMENT IN AMERICA 48-49 (1998). 轉引自：謝煜偉（2004），〈二分論刑事政策之考察與批判——從我國「寬嚴並進的刑事政策」談起〉，頁 129-130，臺大法律學研究所碩士論文。

犯罪的工具，其功能其實是很不穩定的⁵³；學說上亦有認為，若沒有一套判斷責任與刑度的準則，一般爲了強調威嚇作用的有效性，難免會從重量刑，其結果將使得受刑人淪爲社會安全秩序的試驗品⁵⁴。以威嚇做爲目的之一般預防理論，在這樣的批評之下，亦備受質疑。

第三款 積極性一般預防理論的提出

基於對以威嚇爲中心之一般預防理論（消極性一般預防理論）的批判，以及伴隨著刑法世俗化、去形上學化之主張而來的對於應報刑論的排斥，與對於矯治功能的懷疑導致特別預防理論的式微，對於刑法與刑罰的機能，開始有另一種思考⁵⁵。

1970 年代起，關於刑罰理論中的一般預防理論，開始有將其區分爲消極性一般預防理論與積極性一般預防理論。比諸純粹威嚇的警告效果，積極性一般預防理論認爲，應該重視另一種犯罪預防的意義，亦即透過規範的刑罰化，藉由保護對象與規範遵守之重要性的再確認，來強化國民的規範意識（遵法意識），此外，因犯罪而產生的規範受損狀態，亦可透過刑罰處罰來加以回復並（再）確認規範的存在；希冀藉由司法威信的建立，來使得國民對於既存規範秩序產生信賴感，並且得以維持或強化該信賴，使得潛在性的犯罪能夠減到最低，規範更形穩固，社會更爲安定⁵⁶。

而積極性一般預防理論之論證基礎，則可以追溯至黑格爾的應報刑理論，將刑罰當做是對於侵害法規範意志的否定，並藉此來宣告法秩序不容破壞，並對於做爲社會認同的規範之效力與不可侵犯性加以重申，以刑罰確認社會共識的存在，確保法秩序的存續⁵⁷。

此一理論通常併合著特別預防理論被加以主張，並認爲國家要以刑罰來達成的司法威信，仍然必須要相應於行爲責任的量，施以公平與適度的刑罰，而要使人民不犯罪的方式，亦並非將人民當成芻狗來威嚇，而是要從喚起他們的規範意識做起；進而，在立法、司法與執行每一個階段，發揮其不同的機能，除了在刑

⁵³ 黃榮堅（2006），《基礎刑法學（上）》，3 版，頁 34-35，台北：元照。

⁵⁴ 蘇俊雄（1998），《刑法總論 I》，再版，頁 148，台北：自版。

⁵⁵ 淺田和茂（2005），《刑法總論》，頁 497，東京：成文堂。

⁵⁶ 伊東研祐（1993），〈責任非難と積極的一般予防・特別予防〉，《刑事法學の総合的検討（上）》，頁 308-309，東京：有斐閣；齊藤誠二（2000），〈刑罰の正当性の根拠をめぐって〉，《宮澤浩一先生古稀祝賀論文集 第二卷：刑法理論の現代的展開》，頁 11，東京：成文堂。

⁵⁷ 王皇玉（2005），〈論刑罰的報應與預防作用〉，《自由・責任・法—蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集》，頁 182-183，台北：元照。

罰執行階段，從事特別預防，亦必須間接地兼顧積極性一般預防的作用之外，在立法階段，透過刑罰法規的宣示來確立規範秩序，而在司法階段，則是透過判決來做規範秩序再確認的工作，整體而言，一方面使國民學習、知悉規範秩序的安排，另一方面展現規範秩序的確在實際上發揮了作用，藉此來使得國民信賴既存法秩序，並維持或強化其規範意識（遵法意識）⁵⁸。

第四款 小結—國民規範意識的規訓

姑且不論是否有落實的可能，僅先就積極性一般預防理論之觀點加以討論。學說上有批評認為，積極性一般預防理論只強調刑罰的作用，忽略了刑罰的本質與可能帶給個人的活生生的痛苦，而直接將其作用視為本質，導致受到處罰的人並非因為犯罪而受處罰，反倒是為了維護社會集體認同或法規效力而受處罰；再者，刑罰是否真能維持規範效力或凝聚國民的遵法意識，仍然只是理論上的假設，在經驗上卻無從驗證⁵⁹。

第一目 虛構的自律與自我決定

而過去的刑法與刑罰理論，不論是消極性一般預防、應報、特別預防理論，所談的是將人民當芻狗一樣來威嚇，或者是將人民當做 Pavlov 的狗與 Skinner 的鴿子來從事行為制約，不過一直以來，也都還沒有正面地碰觸所謂規範意識的問題。

到了積極性一般預防理論的提出，則是透過犯罪抑止的意識之形成與覺醒，對於一般人從事法律的規訓，藉此來從事犯罪預防。過去對於犯罪人的行為矯治策略，對於犯罪預防來說，已顯得不夠充分，從而，現在不僅要透過實際行為的規訓，還要更進一步地對一般人從事意識的規訓。在立法階段，肯認既存法秩序的存在與正當，確立規範秩序，至司法審判階段，重新地確認被破壞的規範；一方面確認法秩序的存在，另一方面透過判決來提升國民對於規範的信賴感；信賴感的提升，同時有強化規範意識的作用，遵法意識被鞏固，似乎即能減少犯罪現象。國家漸漸地開始將手伸進人民的腦袋瓜裡，設定、形塑、喚起國民的規範意識，更可能透過共同體的意識，來強制或壓迫個人。

雖然我們在法律領域中，不斷的強調人的理性與自由意志，各式各樣的法制

⁵⁸ 齊藤誠二（2000），〈刑罰の正当性の根拠をめぐって〉，《宮澤浩一先生古稀祝賀論文集 第二卷：刑法理論の現代的展開》，頁 12 與頁 27-29，東京：成文堂。

⁵⁹ 王皇玉（2005），〈論刑罰的報應與預防作用〉，《自由·責任·法—蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集》，頁 185，台北：元照。

度建立，也都以此為基礎，在刑法中，不論是對於法律文字的理解，會有一個既定的人類形象，來刻畫所謂「語言的可能意義」，也就是一般理性正常之人所能理解的文字範圍，此外，倘若行為出於一個精神病患或者非出於自由意志，則亦無科予罪責的可能。我們都相信，一個理性的人能夠訓育自己免於犯罪，而基於自律與自我決定所從事的犯罪行為，即能加以處罰。不過，這樣的理論預設，在遇上了積極性一般預防理論時，即彷彿挨了一記悶棍。因為，隱藏在自律、自我決定後面的，是國家早已事先預設在國民的腦海中的規範意識，而這將使得個人自我反省已經內化的社會價值或規範之可能性將因此大為減少，所謂的理性與自由意志，不過是規訓後的唯一選擇，自由意志早已被否定。

第二目 選擇可能性的減縮與抹消

而刑法做為實證法規範，其明定違法行為類型，在審判上做為裁判規範，學說上亦有肯認其行為規範的面向。所謂裁判規範，係指法官必須嚴格的依照刑法來認定犯罪、宣告刑罰，而行為規範，則是國民預先知悉刑法，來獲得自身行為的預測可能性，也只有在這個限度內，可以說刑法有行為規制機能⁶⁰。

雖然刑法有這兩個側面，但學說上側重於哪一種性質，仍與個別理論取向有關。詳言之，行為無價值與結果無價值之思考對立⁶¹，往往會反映在對於行為規範或裁判規範的重視程度之上。如果認為刑法是已發犯罪的裁判基準，那麼就不得不回溯至結果來考察，在解釋上自然會偏向採取結果無價值論，相對於此，若認為刑法是對於國民指示應然的行為規準，說明什麼是不該為之行為，那麼為了對於行為有所控制，便不得不從個人的主觀來發揮作用，即不得不採取行為無價值論⁶²。

本文認為積極性一般預防理論對於國民規範意識的強調，可能造成的影響，是使得刑法理論與行為無價值更加的親近，透過法秩序的設定與遵法意識的形塑，一方面透過刑法規定反面的指明違法行為態樣，但另一方面更是排他性的去除可能存在的「他行為選擇可能性」，正面的規制國民的行為與社會生活。對於積極性一般預防理論的強調，將相對地弱化裁判規範的地位，強烈地彰顯出刑法

⁶⁰ 淺田和茂（2005），《刑法總論》，頁 10，東京：成文堂。淺田亦說明了所謂行為規範，並不以倫理或道德規範為必要，而以法的規範即為已足；裁判規範亦非倫理道德的判斷，而應謹守於法的判斷。

⁶¹ 行為無價值論在違法性的判斷上，強調社會倫理道德規範，將重點放置於「行為態樣」之上，同時抬高行為人主觀面（故意或過失）要素的重要性，亦成為違法性判斷的對象，倘若貫徹此說，將使得「結果」要素不受重視，未遂犯成為犯罪的基本類型（行為無價值一元論）；而結果無價值論則從具體的「結果」出發，進而會在違法論中強調法益侵害或危殆化此一面向，客觀掌握具體的情事，不慮及行為人的主觀，僅將主觀要素置於責任論中予以考量。

⁶² 前田雅英（1998），《刑法總論講義》，3 版，頁 56，東京：東京大学出版社。

的行為規範性。

影響所及，罪刑法定主義的面貌亦會有所不同，正面確立「當為」行為，將使得罪刑法定主義帶有濃厚的行為規範色彩，而在未有法益侵害結果發生時，亦有可能單純因為具備構成要件該當性，而逕行推定違法，使得刑法的處罰範圍過度的擴張，「他行為可能性」的存在空間則更為減縮⁶³。再者，法規範設定的正當性，亦將成為無可挑戰，將使得國家更易於恣意地形塑法秩序，進而操作社會規範、道德規範，將之與法律規範混為一談。

而在努力想鞏固法秩序的同時，擴張處罰、前置處罰的對立面，即是罪刑法定主義人權保障機能的防守範圍的減縮，但當國家努力強調法秩序的正當與規範秩序的需保護性時，人權保障的要求自然也會隨之失落。

以敵人刑法理論為例，即可做為說明。Jakobs 在建構敵人刑法論述中，亦不斷地環繞著「秩序」、「規範」與「（對於個人應為）合乎規範之行為的期待」來論述。在其理論核心無疑是將「依規範而行為」一事，置於人格的核心地位、做為人格之內容，倘若無法以合法／非法的二元符碼來訓育自己主觀行為慾望與客觀行動方向，那麼這樣的人做為敵人，其存在將使得旁人對於秩序保存失去期待可能性，進而將使規範效力遭到侵蝕，社會型態將形同瓦解。因此，撇開原有的（市民）刑法本即發揮的特別預防及保安功能，其理論之重點已非在於因犯罪而規範效力損壞之彌補，而是在於敵人刑法中，針對危險敵人的消除，防範將來的犯罪，而非制裁已發的犯罪⁶⁴。

在其中，市民／敵人此一本質上含混不清的區分，與其說此一區分任務是落在國家機關之上，或許應該更正確地說，這是每一個生而為的人，活著即存在的義務：提供他人足夠認識上的確定性，使他人得以辨識自身能夠也願意依規範行事，因而是一個具有人格的人。本文認為，這個區分市民／敵人的重責大任，無疑是落在每一個個體身上，從而如果自身無法提供充分的認識可能，則該人即

⁶³ 積極性一般預防理論將使罪刑法定主義特別著重在塑造應然行為的面向，細緻一點來說，可能可以看見在構成要件裡，去強調規範違反的面向，比方說客觀歸責理論中的細項，或者在違法論的利益權衡之中，將規範存在賦予極高的價值，而走上社會相當性說或者在容許風險中認為只要違反規範就是非容許風險。不過要附帶一提的是，上述可能的影響，亦非必然，只能說是一種趨勢方向，個別理論中仍然可能有不同的鋪排與價值選擇。

惟筆者認為就客觀主義與結果無價值而言，是較為著重於裁判規範面向，而主觀主義與行為無價值則偏重行為規範面向，從而在學說的採擇上，毋寧是以前者較為妥當。然而，如果觀察到學說細緻的發展，客觀主義也有其恐怖之處，則應該可以察覺，學說選擇不過是節制國家權力的其中一環罷了，而更重要的環節可能並不在於學說，（這麼說對於法律人而言或許是很諷刺地）在於法官的司法良心。

⁶⁴ Günther Jakobs 著，徐育安譯（2003），〈市民刑法與敵人刑法〉，《刑事法之基礎與界限——洪福增教授紀念專輯》，頁 24-30，台北：學林文化。

無法期待自身被當做市民來對待，同時國家也被允許⁶⁵不再將其當做一個具有人格的人來對待，否則該人將對其他市民在安全上有所侵害⁶⁶。

在這樣的理論中，個人生來即背負著一種自己責任：自我規訓的責任，若未盡力於此，則隨之而來的非人對待，對於國家而言，似乎非戰之罪。因此，我們在此看到了人在生存面向上的單向度規範要求，一種只能照著國家指示來生活的生存形式。

除了這樣的規範意識要求與規範秩序的設定，還有越來越多前置化的規範。這些模糊而不明確的行為態樣，彷彿皆容認國家恣意操作處罰範圍，入國民於罪⁶⁷，然而這不是罪刑法定主義之人權保障目的所應關照之處嗎？

不過，對於 Jakobs 而言，這裡所謂的積極的一般預防，只是其刑罰論中，市民刑法的（刑罰）目的，而敵人刑法則是在規範建立與設定的觀點下，因此沒有這樣的意義，更有可能是規範設定過程中的純然強制⁶⁸。其將市民與敵人區分開來，認為與市民之間，可以藉由刑罰所產生的痛苦，來填補規範認知基礎，否定選擇犯罪行為的價值選擇，在透過刑罰科予的溝通之下，確認規範的存在，達成積極的一般預防目的。然而，以規範確認或規範設定的不同，來區分市民刑法與敵人刑法的想法，看來似乎有些一廂情願，或者也只是程度之別⁶⁹，因為 Jakobs 自己也表示了，提供遵守規範而行為的認識上最低限度的保證，是「所有」市民的義務⁷⁰；因為其所謂規範的建立與設定，無疑同樣是對於人的規範意識的再確認，如同從自然狀態進入法律狀態的過程一般，強硬地要求個人對於既存秩序的肯認並應打從心底服從，此與積極的一般預防或許難謂有實質意義的差異。而敵人刑法理論則彷彿將既存秩序的正當性祭得更高，然而，本文始終想要探問的是：憑什麼？

⁶⁵ 被允許？國家允許國家自身？

⁶⁶ Günther Jakobs 著，徐育安譯（2003），〈市民刑法與敵人刑法〉，《刑事法之基礎與界限——洪福增教授紀念專輯》，頁 33，台北：學林文化。如果這樣的理解無誤，那麼這樣的說明並無法將「個體『未外顯』其依規範行事意願」必然（或有相當程度的可能性）即「有危險」二事加以緊密連結，論證上可說是有些跳躍與粗糙。

⁶⁷ 有關於此，可參考反恐怖行動法草案，請參見：林芝郁（2007），〈「恐怖行動」刑事責任之研究〉，頁 185-220，附錄一、二，臺大法律學研究所碩士論文。

⁶⁸ Jakobs 的刑罰論見解，受到德國觀念論、特別是黑格爾刑罰論的影響至為直接而明顯。請參見：川口浩一（2006），〈敵に対する刑法と刑罰論〉，《法律時報》，78 卷 3 号，頁 14。

⁶⁹ 差別或許只在於：規範意識到底是基於國民教育所獲得的規範意識一時的弱化，還是全然無規範意識時透過敵人刑法來予以設定？其中的差異只是在是教育還是敵人刑法，然而，所謂的刑罰處遇不是一向有所謂「再教育」的理解嗎？從而本文認為並沒有真的不同。

⁷⁰ Günther Jakobs, Terroristen als Personen im Recht? ZStW 117(2005) S.839ff., 850. 轉引自：林芝郁（2007），〈「恐怖行動」刑事責任之研究〉，頁 139，臺大法律學研究所碩士論文。

第三目 法的支配力量的強化

或許是因為法律論述早已理所當然地肯認了法秩序與規範的正當性，從而，在法律領域裡，強調法益保護、法秩序維持的論述，總是振振有詞、擲地有聲。無論在實定法規範層次，或者是具體的判決、裁定、行政機關的裁量等等，經常可以看到，相較於人權保障的要求，法秩序的穩固總是在利益衡量上有理由可以對於人的自由與權利做限制或剝奪。

Benjamin 在《暴力批判論》中亦提及了，實證法如果意識到其存在的根據，則該法律即會宣稱其承認並且會促進每個個人的利益，而宣稱要維護法秩序存在的觀點，儘管免不了遭受批評，但所有的批評無論如何與自由相連結，卻皆顯得軟弱無力。如果並未針對法律制度的根基與枝幹做本質性的攻擊，而僅是抨擊個別法律或法律的實踐所謂的攻擊也就更顯得孱弱無力。因為，法律是在其權力的庇護之下發揮其作用⁷¹。當規範秩序存立的利益，被與個人利益混為一談，而認為規範秩序的強化即是全民之福時，這往往將使得人民受到了更大自由權利的箝制，而非獲得自由的幸福。

此外，法規範「有效」，意指在法的觀點下，此一規範要求我們一定之作為或不作為，意即「法律上之應然」，縱然有認為「法律上之應然」並不代表著國民行為選擇上的應然，法律上規定我們應該做什麼，不等於我們就應該做什麼的「行為之應然」，法律規範之應然義務亦不直接等於行為之服從義務，不代表我們就應該無條件服從它，而尚能在規範有效的認識之下，基於其他宗教、道德、正義理念或個人良知的因素，來決定是否要服從它⁷²。

然而在刑事審判的案例中，我們卻常常看到「法律之應然」強烈地制約著「行為之應然」，如就放火罪作為抽象危險犯的討論，往往在行為無具體危險亦無結果時，仍舊被認為應該處罰，或者像白米炸彈客楊儒門的抵抗權之行使⁷³，被否決為阻卻違法事由之適用，亦為一適例。

當然，區分法律之應然與行為之應然，是為了解決某些問題，然後認為當現行有效之法律不符合正義理念時，倘若程度嚴重到不可忍受，則應起而反抗，但若其間不相合的程度並不嚴重，則因基於法安定性造成社會總效益較大，而仍有服從法律之義務⁷⁴，在前一種情況下，起而反抗的成功可能性本來就不高，後一

⁷¹ WALTER BENJAMIN, CRITIQUE OF VIOLENCE, in ONE-WAY STREET, AND OTHER WRITINGS 132, 139-140 (EDMUND JEPHCOTT AND KINGSLEY SHORTER TRANS., 1979).

⁷² 顏厥安 (1993), 〈再訪法實證主義〉, 《法與實踐理性》, 頁 294-295, 台北: 允晨。

⁷³ 關於抵抗權, 可參考: 小林直樹 (1998), 《法・道德・抵抗權》, 第 5 章, 東京: 日本評論社。

⁷⁴ 顏厥安 (1993), 〈再訪法實證主義〉, 《法與實踐理性》, 頁 295, 台北: 允晨。

種則是個人必須退讓，這時候再回頭看一下，法律之應然與行為之應然的區分論述似乎只是不切實際的打高空，不免覺得，反抗失敗是一種必須接受下來的必然⁷⁵。而法的支配力量，在歷史的發展中不斷的被鞏固與強化，惟其存在卻是源自於制法暴力。

第三項 罪刑法定主義之形式意義到實質意義的轉變

罪刑法定主義的意義，在歷經近代學派的興起與兩次大戰的刺激後，漸感於強調形式邏輯上的合法性已有所不足，因而轉向對於實質正當性檢驗的要求，是故，從形式意義轉向至實質意義，可以說是罪刑法定主義的精鍊化。

1970 年代以後的變化，在刑罰自刑法系統分化出來之後，再一次地在刑事法系統裡分出了其他制度（例如：資格限制），同時亦產生了平行於傳統刑法的另一種敵人刑法觀，此外，原本只鎖在刑事制度體系中的犯罪人處遇，也改變其凝視的對象，基於對於被害（者）的凝視，在社會中開始進行廣泛的犯罪控制與預防。而這樣的刑事政策變遷，亦將衝擊到罪刑法定主義、刑法與刑罰的系統及其機能，不過，在制度運轉了一段時間之後，會有什麼樣的影響與後果，甚至罪刑法定主義可能會有什麼樣的變化，實質意義如果再進化，還能夠主張些什麼？或甚至是罪刑法定主義最後的破滅與重生，這些都不是筆者現在所能想像的。

而罪刑法定主義所能節制範圍的日漸減縮，此一概念，亦在人們的詮釋與實踐之中，隨時在更易變動其態樣，與其說概念本身清楚而易於掌握，毋寧說在經過語言與具體行動的詮釋之後，我們所看見的罪刑法定主義，其柔軟的姿態，將使其成為主權者手中的統治工具。

第四項 法律語言的支配

第一款 虛構的國民主權原則

在前面我們曾經談到了在現行憲法體制之下的價值連鎖關係，而監獄等場所因為其與正常法秩序價值不連鎖，從而本文認為，監獄可以是一種例外狀態的範例。

⁷⁵ 中國時報（2005/10/25），吳豪人，〈楊儒門就是要抵抗權〉，A15 版。

而憲法體制之下的規範體系，是一個有著效力位階的架構，上位階規範授權下位階規範，用法律正當化命令，用憲法正當化法律。不過，這樣的價值連鎖關係，形成法律自律的安定性，卻也是一種利用法律（憲法）來正當化法律的套套邏輯，但這樣的情形在憲法層次獲得暫時的解決，憲法是介於法律與政治系統交錯的領域，本身具有雙重性格，一方面其獲得了實定法價值，另一方面，面對著「透過法律正當化法律」的弊端時，因為進行正當化法律之法律（憲法）本身是政治性的產物，法律系統即可藉此而切斷套套邏輯，進而將價值選擇的問題推到政治的領域。透過這樣的操作，法律可以藉著「法律正當化法律」，在系統自身產生自律的正當性，透過價值連鎖關係，維持住自身的自律性與安定性，又可以從系統的外部獲得權威性，因為法律最終的正當性係來自於民主政體所為的價值選擇⁷⁶。

而這樣的外部正當化依據（民主政體的選擇）或國民主權的論述，多半認為國民才是真正的頭家，然而，本文認為，事實上手中握有權力而得以操作之人，才是真正的主權者。

主權者統治的正當性，主要建立在社會契約論上，Thomas Hobbes 即藉此來建立起刑罰、統治與國家之間的關係；Hobbes 認為，人性本質在於競爭、差異與傾慕榮耀，在沒有任何共同服從之高權的情況下，社會將演變為萬人對抗萬人的自然狀態，因此必須透過自然權利的讓渡形成國家與個人間的契約關係，以保護個人不致受到他人的侵害，國家與個人之間的支配統治關係，是透過被支配者自我權利的放棄，而建立起正當性⁷⁷。Hobbes 的策略是虛構一種恐怖政治，人民的恐懼不是來自主權者現實的暴力脅迫，而是如果沒有主權者所可能退回的真實恐怖政治⁷⁸。

社會契約論基於其理性的理論建構，風行一時，然而，社會契約論僅僅只是一個假說，從來沒有任何證據可以證明，國家與社會最初起源於契約。從而所謂的主權在民，似乎也僅是一種虛構，於是，法律最終正當性來源不是民主政體的價值選擇，而是來自於制法暴力的勝利與權力者的支配。

⁷⁶ 李茂生（2003），〈動物權的概念與我國動物保護法的文化意義〉，《月旦法學雜誌》，94期，頁161。

⁷⁷ 許恆達（2006），〈刑罰理論的政治意涵——論「刑事政策」的誕生〉，《月旦法學雜誌》，137期，頁194-195。

⁷⁸ 薛熙平（2006），〈例外狀態：阿岡本（Giorgio Agamben）思想中的法與生命〉，頁38，政大法律研究所碩士論文。

第二款 立法、司法與行政之間的循環辯證

再者，單一法律系統裡，比如在刑法領域中，亦有循環論證的問題。此由刑法內部的違法性判斷即可看得出來。在談論某一行爲之違法性時，其論述總是曖昧不清的，抽象來說，一個行爲之所以違法，因為該行爲造成了法益侵害，但針對爲什麼法益侵害即是違法的回答，則是因爲法律是用來保障值得加以保障之生活利益，又繞回到規範的違反，沒有適切地回答問題；而即便以實質的利益衡量來論述違法與否的判斷，亦不免有無法回答優劣標準的情形。

而這些，都是理性所無法解決的問題，但卻似乎透露出一些問題。這些問題在第二章就擴張解釋的討論中，其實已然提出，法律除了有上述套套邏輯的問題之外，法律的立法、解釋適用與執行，事實上都富含了法律權力的運用。也就是法律權力的使用，而使得規範秩序得以持續維持。

這樣的權力自然是透過賦權（empower）而來，因而不論是審判或執行，都包裝著「依法審判」與「依法行政」的外衣。所謂「依法」，在審判上是「認事用法」必須要依法，然而，規範與事實之間或者語言與世界之間的距離，卻是無可彌縫的斷裂，Agamben 認爲，能加以連結的，則是法的力量，透過法律所賦予判決的既判力與執行力，司法權獲得了一個認定事實狀態與改變現實狀態的力量，並可予以實踐，同樣的道理，在行政權的行政處分、行政執行等等的行政活動中，亦是如此。法律權力所代表的是法律的力量，是語言的力量⁷⁹。

第一目 立法對於秩序的格式化與賦權

前面所提及的積極性一般預防理論，無意地提醒了我們一件事，那就是立法者對於社會秩序的安排與設立，有其無可質疑或難以質疑的面向。因爲有著法的力量之秩序設定與規範制訂的動作有其強制性，從而在法秩序羅網裡的國民，大概只有遵法而成爲柔順的羊或者忤逆法律而成爲暴民或敵人兩種選擇，也就是說，對於已經被設定下來的遊戲規則，生處在其中的人們，要不就乖乖遵守，否則即是自願或被迫離開這個社群。

立法即是這樣一種格式化的動作，它替每一個人的一舉一動都設計了特定情境下的應然樣貌，並寫好了劇本，而生活在這裡、是這個國家的國民，既然無從

⁷⁹ 以下討論將較爲著重於司法審判的部分，然而這並不代表行政權的部分不重要，毋寧應該留意 Benjamin 在討論暴力的二元機能重合時所提及的「警察」，其做爲行政權，在法秩序之中站的角色可說是越來越重要。本文將在特定的地方詳加說明，但大致仍將重點放置在司法審判的部分。這樣的安排理由後面會加以說明，不過，基本上仍然是認爲警察可以做一個反抗的基點。

選擇成爲他國國民，那麼只有服從或者被排除的兩種可能，立法格式化秩序，劃下了格子，做了區分的類別與準則，人生在其中，被定位、被置於格子中。而他行爲選擇可能性與空間，則經常性地消融於與所謂的公共利益的利益衡量判斷之中。不過，我們卻從來不知道所謂的公共利益究竟所指爲何。

因此可以看見，立法的動作無疑是社會零圍的選擇與決定，而這卻並不必然代表著那是國民整體的抉擇，充其量僅只是主權者的安排而已。制定法律即是對於社會秩序的塑造，它詳述了誰什麼時候應該在哪裡，應該做什麼，誰的角色應該是什麼或者不是什麼。人們生在其中，宛如懸絲傀儡，一舉一動都被後面的操偶人所掌控。而在決定了秩序之後，立法則賦權予司法與行政，使其得以確認或形塑法秩序，或是改變現實的狀態。

附帶一提，不論是 Benjamin 或 Agamben，他們都注意到了行政權極度擴張的問題，例如 Benjamin 提及了警察集制法暴力與護法暴力於一身，而 Agamben 亦批評原來分立的三權，至今亦在許多非緊急事態之中，被混淆而集中於行政權之上。從而除了立法之外，事實上在行政權的面向，亦早已越過其依法行政的法治國原則，而有其積極的制法與設定法秩序環境的作用存在，在理論上虛假的法律授權與行政裁量的言說之下，實際上的行政行爲有著法的力量，這毋寧是值得關注與持續批評之處。

第二目 司法與行政對於國民的定格化與依法審判、依法行政

而司法在立法所安排的秩序規則之下，面對著整齊畫一的格子架構與選別分類清單，在審判過程中，一一將每個人安排、置於格子中，即是其任務之所在。行政的功能亦在此處，社會監視措施一方面箝制著潛在犯罪人，但另一方面，因爲監視攝影機無疑記錄著誰不該在什麼時間、和什麼人、出現在什麼地點、做什麼事，人們將會因爲攝影機的存在，擔心自己的行動成爲未來犯罪、醜聞的證據或者只是單純覺得動作令人感到丟臉與羞恥，而在行動的選擇上有所顧慮，從而，社會監控措施雖帶給人們微薄的安全感，但卻使得人們的行動受到莫名的侷限與束縛。

人們因爲法秩序的既存設定，自由權利可能性已經萎縮，司法與行政的作用無疑在生活中更進一步的對人們的身體做更細緻安排，而這似乎也正好貼近了立法時所設定的框架，國民主動或被動的被已劃定的格子予以定位。相應於立法的初步之格式化的作用，司法與行政卻似乎是積極加以定位的動作（定位作用）。

而主權者即是透過行政、立法與司法三權的不同面貌，以相異的方式在鋪排

或形塑社會形貌，方式不同，效果不同，不過身處於秩序中的人們，其樣貌、舉止與臉孔，恐怕也只會越來越單一。

第三目 決斷做為一種宣成性語言

判決做為一種語言，相對於法律或日常生活語言，有其特色。John Austin 關於宣成性言說 (the performative) 的語言理論，對於語言哲學、哲學甚至是法學，具有很大的啟發。所謂的宣成性言說係指一種語言的陳述 (linguistic enunciation)，這樣的陳述並不描述某個事物或事實的狀態，但在其陳述的同時，發話本身立即產生了一個事實。陳述在此矛盾地透過發聲的動作，與事實同時發生⁸⁰。

而宣成性言說與法律有其密切的關連，Agamben 即認為，法律可被理解為一個領域，在其中，所有話語皆有其宣成性的價值，有其法的效力 (force of law)⁸¹。例如，判決中的必要要素是宣示最終所認定之事實與 (經過法律適用而得之) 法律效果，然而，法律事實的認定，基本上是審判過程中，透過法律語言所建構出來之法律擬制的事實，但是，經由審判過程，於訴訟程序尾聲所為判決，則會終局性地在法律領域中，將前述兩造所建構之事實，當做確實發生過的犯罪事實，基此，後續的刑罰執行亦將因而獲得其法律的基礎⁸²。

從而，Agamben 認為，法律程序的最終目的，僅僅只是為了產生判決 (judgment)，而此一判決並不以讚揚合法或懲罰非法為目的，亦不致力於達成正義或證明真實；判決自身即為其目的，而有其自我指涉的特性⁸³。判決裡的宣成性語言代表著言說的內容即為事實⁸⁴，指涉了陳述中的事實，並且陳述即為事實。Agamben 認為，這種自我指涉的特性來自於語言的指稱功能 (denotative function) 的懸置⁸⁵，法官在判決裡所言，即被當做事實，宣成性效力同時使得其本身不再被當做對於外在事實的描述，進而無庸再適用真假判斷，判決的宣告自

⁸⁰ GIORGIO AGAMBEN, *THE TIME THAT REMAINS: A COMMENTARY ON THE LETTER TO THE ROMANS* 130-1 (Patricia Dailey trans., Stanford University Press 2005). (2000) 舉例而言，在婚禮上陳述「我願意」或在法庭中陳述「我發誓」，即會產生結婚與作證的事實。

⁸¹ GIORGIO AGAMBEN, *THE TIME THAT REMAINS: A COMMENTARY ON THE LETTER TO THE ROMANS* 132 (Patricia Dailey trans., Stanford University Press 2005). (2000)

⁸² 薛熙平 (2006)，〈例外狀態：阿岡本 (Giorgio Agamben) 思想中的法與生命〉，頁 135，政大法律研究所碩士論文。

⁸³ See GIORGIO AGAMBEN, *REMNANTS OF AUSCHWITZ: THE WITNESS AND THE ARCHIVE* 19 (Daniel-Heller-Roazen trans., Zone Books 1999).

⁸⁴ 或者：被當做事實而有其效力。

⁸⁵ GIORGIO AGAMBEN, *THE TIME THAT REMAINS: A COMMENTARY ON THE LETTER TO THE ROMANS* 132 (Patricia Dailey trans., Stanford University Press 2005). (2000)

我肯認了其所宣告之事為真實，而不再向客觀世界為指涉⁸⁶。

更進一步，宣成性言說不僅僅自我指涉，其同時亦構成性地指涉一個同時在場的暴力之物，才獲得其拘束的效力⁸⁷，亦即上述所謂的法的效力，因此，宣成性言說或許可謂為一種法的力量語言化，同時也是法的暴力的語言化。這是立法對於司法的賦權，亦是統治力量的展現。

而這樣的力量在依法行政的層面，也可以看得到，社會監控措施的寬鬆要件，與其對人民所造成的事實上拘束，或者資格限制的處遇宣示，代表了再犯可能的確認（即使那可能並非現實），但卻非常赤裸的宣告了前科者社會性的死亡。

此即是法律世界裡的循環論證，是立法賦權，司法與行政依法審判或依法行政的另一種反覆辯證。原來藉由實際的接觸所建立起的人際關係，在法律系統中卻是透過無節制的決斷，由法的力量所建構，不是誰來抗辯即能有所改變。

第三款 法律語言的精鍊化與刑法的斷片性

第一目 法律語言的精鍊化

當我們從罪刑法定主義的形式意義的強調，開始轉向去談實質意義也應該加以重視時，除了要求犯罪與刑罰必須事先明定於法律之中，這種較為形式或表面的要求之外，進一步地，所謂的罪刑法定指的並非僅是將罪刑定下來即可，還必須要符合明確性、均衡性與正當性的要求，而形成罪刑法定主義的實質面向。

姑且不論在本文中一直被強調的語言與世界的斷裂關係，我們可以注意到，至少在對於立法此一層面上，罪刑法定主義實質面向的要求，將使得法律文字必須更加的精確與細緻，而在我們開始精鍊化法律語言的同時，罪刑法定主義也受到了精鍊化。

而因為擴張解釋與類推適用之間的區別困難，對於語言的細緻化動作，同樣也存在於學說上。不論是透過類型學、次序概念、語言分析、語言哲學等等，學

⁸⁶ 薛熙平（2006），〈例外狀態：阿岡本（Giorgio Agamben）思想中的法與生命〉，頁 136，政大法律研究所碩士論文。這裡當然會出現一個疑問是，一般法體系中，對於審判機制皆存在著某種程度的審級制度，或許有認為，這樣的體制因為有否定判決認事用法的可能性存在，從而似乎可以據此批評 Agamben 此處的論述。不過本文認為，這樣的批評稍嫌速斷，因為如果慮及終審判決的法律地位，與審級制度存在的主要目的，很快地，一方面我們會找到一個確定判決，該確定判決所認定的事實不需要再被另一個審級來加以判斷，而逕被視為真實，另一方面，我們這樣做，我們之所以設定一個審級制度，卻並不是真的為了實體真實發現，而是為了節省訴訟資源，因為訴訟資源代表著某種公共利益的存在，儘管那可能犧牲的是一條人命。

⁸⁷ 薛熙平（2006），〈例外狀態：阿岡本（Giorgio Agamben）思想中的法與生命〉，頁 136，政大法律研究所碩士論文。

說都看見了涵攝可能具有的問題，而努力的透過不同方式來明確化法律語言所指涉的範圍⁸⁸。

然而，語言縱然經過精鍊化，但無法彌縫的斷裂卻仍然存在。立法與司法的原則卻更趨於抽象，理論上爲了更加地保護國民的預測可能性與自由權利，而有了明確性、均衡性與正當性的要求，但是很明顯的是，要如何判斷法律文字是否明確、罪刑是否均衡，或者刑罰法規是否正當，其標準亦非明晰，而學說也只是不斷地拿出一個更籠統而概括的用語來補充或置換。

不論罪刑法定的實質要求是對於立法或司法與行政的要求，罪刑法定的實質要求，其嘗試的方向基本上是透過不斷的對於語言（語意）的切割，企圖消弭語言與世界的鴻溝，同時也企圖抹消規範與事實之間的落差，如果這樣的想法無誤的話，本文則認爲此種方式基本上是不斷地在逼近語言的邊界與極限，而其結果將可能使得語言（法律規範）更加的綿密細緻，原來所未被法律包覆的空間，也將被納入法的治理範圍，而這亦將會使得刑法的斷片性受到破壞。

第二目 刑法斷片性的消融與純粹人類行爲空間的減縮

刑罰做爲最嚴厲的法的制裁手段，基此，學說上認爲就刑罰的發動，不應處罰所有侵害行爲，而應取其中特別重大的一部份，做爲犯罪類型，加以處罰；也就是說，比方於民法上違法有責的法益侵害，即無須一概地包含在刑法的處罰之中，而僅需取其中較爲重要的一部份予以處罰即可，此即是所爲刑法的斷片性⁸⁹。而想像中刑法斷片性的樣貌，是像 cheese 一樣的結構，存在有一些空洞。

一、斷片性的消融

承接著上開對於語言的討論，本文認爲，我們從形式意義的要求轉到實質意義的強調，主要是希冀在（法律）語言層面下功夫，來達成表面上人權保障的目的實現。不過，這樣的取徑似乎意謂著只要能夠在語言層面獲得明確性的解決，那麼法律的規制便更爲正當，也就是說，學說似乎認爲，透過不斷的明確化規範，使規範效果與犯罪之間讓人民感覺均衡、正當，那麼就解決了問題。

而對於語言的精緻化，主要的方式是更加細緻的去界定與區分語言，希望拉近語言與具體事物之間的關係。就特定規範來說，如果一般認爲已能清楚指涉應予保護或處罰的範圍時，那麼便無須修正，然而若是仍有疑義，學說上便會開始加以切割，去區分哪一部份已可處理，哪一部份則無法處理，而無法納入處罰的

⁸⁸ 詳請參見：徐育安（1998），《刑法上類推禁止之生與死》，第二章至第五章，台北：自版。

⁸⁹ 淺田和茂（2005），《刑法總論》，頁 47，東京：成文堂。

部分，一般而言應該尋求立法解決。

一個例子是對於「物」的解釋。在 19 世紀末至 20 世紀初期，電能還是一種新發明，然而，竊取電能是否可以該當於竊盜罪的規定，電能是否是構成要件中所規定的行為客體「物」，則引起了相當的爭議。最後，德國帝國法院嚴守物的「有體性說」，不承認電能竊盜，採取了否定的見解，將之委諸立法解決，而導致 1900 年與 1935 年的修法⁹⁰。在日本也產生了同樣的法律適用問題，不過結果卻是相反的，日本的最高法院最後透過「管理可能性理論」的創造，擴充財物的認定範圍來處罰竊電行為。在管理可能性理論之下，雖尚有不同的界定方法，但大致上得予以管理的東西，即有視為客體之可能，而與過去「有體性說」的見解有很大的不同。學者甚至有稱「管理可能性理論」是一種捏造⁹¹。

對於電能或氣體，甚至數位化時代的電磁記錄的保障，可以看出一個現象，一方面是現存的規範有無法處理新問題的疑義，另一方面亦可看出，所謂的違法判斷其實並非真的被鑲在實定法規範之中，因而才會有法律的修正、增訂、擴張解釋或者類推適用。在這個過程之中，新概念的產生與舊概念的新解，都會導致文字之間更為細緻化的切割，比方說，當必須要去界定物的範圍到底在哪裡之時，我們就必須去仔細說明財物、有體物等等的概念，而說明的動作，即是去切割其在法律文字上應該指涉的意涵，劃定其意義的疆界，使得語言更加的精鍊化。

就權利或利益固然的有著保護需求的消長，因而有規範調整的情形產生，然而本文認為，就客觀面來觀察，法規範所規制的範圍亦將因此不斷的擴散，而國家控制網絡亦將隨之漸漸蔓延，產生控制網擴張的效果（net-widening），此亦是一種法化現象。其他例如在對於性的保護所建立的規範網絡，亦可發現存在著同樣的情形⁹²。而所謂的法化，也不僅指涉刑罰法規，行政的規制亦被包含在內。

基此，本文認為，這樣的規範成長過程，一方面造成規範的蔓生與控制網的擴張，另一方面也朝著法律文字細緻化的方向來發展，規範將越多越細緻，但法律文字的指涉始終有模糊地帶，在解釋上又無法找出明確的界限，則在規範適用時，即會造成受規範領域的擴大，cheese 的空洞逐漸縮小，而刑法的斷片性亦漸漸在消融，終至無法維持。

然而，學說上去強調實質意義的重要性，從語言的明確性著手，這是否起因

⁹⁰ 徐育安（1998），《刑法上類推禁止之生與死》，頁 122，台北：自版。

⁹¹ 沢登佳人（1968），〈罪刑法定主義の歴史的意義への反省〉，《犯罪と刑罰（上） 佐伯千仞博士還曆祝賀》，頁 73，東京：有斐閣。

⁹² 林志鍵（2006），〈性自主？性桎梏？——我國刑法性自主犯罪之分析與批判〉，頁 99，臺大法律學研究所碩士論文。

於認為語言本身就有其至高的正當性而可以成爲一個擔保，所以一旦可以從這裡努力，嚴厲的法律效果也當然地可以被正當化，而爲了希望在法律系統之外，外尋一個準據，來掩飾法律暴力的迷彩，或者是一種語言學的誤解，就不得而知了。但語言系統中使用文字是否適切，其實與法律系統的判斷與處罰是否正當，是兩回事，因而縱然語言能夠明確下來，應該無法因此正當化法律的權力操作。再者，回到本文的預設：語言與事物之間存在絕對性的鴻溝。若此無誤，則本文認為，從語言下手的努力，終究是徒勞無功。

二、拓出純粹人類行爲的空間的斷片性

斷片性必須存在的理由，已如上述，而越是強調實質意義，越要努力在語言層面下功夫，結果卻會使得法律結構越來越像沒有空洞的 cheese，人就越是从屬於法秩序之中。到處都有可能產生例外狀態，而誰都可能成爲裸命⁹³。

而我們在例外狀態理論中所看到的，是規範與事實的斷裂，也是人類純粹行爲與法律的分離。Agamben 即認爲，例外狀態基本上是一個政治性（political）的問題，而去顯示出一個與法律無關連的生命以及與生命無關連的法律的意義，在於在法律與生命之間拓展出一個人類行動的空間。此一政治性的空間，過去在法律的玷污之下衰弱不振，但真正的政治性的行動，則應該是切斷暴力與法律連結的動作，去除法律的活性（deactivation），在例外狀態中展現真正的人類行動⁹⁴。

從而，本文認爲，某種程度上來說，斷片性就是所有反抗可能性存在的空間，是綠洲，也是未被法律包覆的空間，是人類行動的純粹空間與自由的領域，因此，當斷片性漸漸消逝的時候，也是人類窒息於法律權力支配的時刻。在刑法上謙抑的實施刑罰權力，即是斷片性的保留與積極地保存與拓展純粹人類行動的空間。

第四款 法律做爲一種暴力

對於法律的觀察，在法律存在的領域中，我們可以從法律解釋的邊界事例中，或者從法律權力之間的循環論證中，看出法律內在的矛盾，以及主權爲了維護自身的存在與利益，透過法律所爲的支配。而當法律完全消失時，似乎更可以顯現出法律的根源。

⁹³ 也就是因爲如此，本文在相關論述上，雖然不會否定解釋學做爲一個反抗的據點，但是從解釋學下手，毋寧是條險峻的道路，因爲，伴隨著細緻化的解釋學而來的，除了是對於人們更爲精緻的規訓之外，也可能導致斷片性的減縮。

⁹⁴ See GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 88 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

學說上即有認為，當人降生於世界時，僅僅是一種生物性的生命，但是因為無從迴避的在世存有，將使得此一赤裸的、原初的生命，被附加了外在的包裝與評價，例如身份、權利與義務。此種評價並非生命原初所固有，而只是在世存有對於純粹生命的附加裝飾，而法律即為此種裝飾的其中一環，從而在法律領域中，赤裸裸的生被評價為特定的主體，具有特定的法律上評價⁹⁵。

然而，當法律消逝，裸命重新再現，失去了外在評價所可能賦予的保護，與生命之間相互節制的對待，赤裸生命之間將只存在一種無所節制的力量，因為所有的在世存有皆已被剝除。無所節制的力量將使生命之間相互入侵，甚至終結彼此，從而節制此一無限制的力量的律法便應運而生。此一律法與無節制的力量之間，後者無疑是前者的根源。而此即做為法的最原初結構之例外狀態⁹⁶。

在例外狀態之中，法律懸置其自身，隱藏在法律之後毫無節制的力量完全展現，而人亦因法律懸置而成為赤裸生命，則淪為無節制力量所操弄的客體，在沒有權利義務關係的狀態，殘留的只剩無節制的力量與任憑操縱的赤裸生命，如果此種力量可視為所謂的暴力，則此種暴力即是法律的根源⁹⁷。

適度的正當化法律與節制其效果，以及預測可能性的創造，使得法律暴力隱而不顯，不過，若非某種力量的支持，則法律的權威與實效則無以建立，而暴力正是支撐法律之根源⁹⁸，而法律亦將暴力的施展予以獨占，並且透過護法暴力來持續鞏固自身的存在。

從這樣的觀察，做下「法律是一種暴力」的斷言，本身其實也正是一種暴力，也是一種以偏概全，然而若真能以全概全，那麼似乎代表著人對於「完全」的掌握可能性，但這真有可能嗎？或許，以偏不能概全，但以偏卻有可能顯示全。而這正是另一種觀察論述所得賴以維生的空間⁹⁹，或許也是人們所謂「進步」的空間。

這樣的法律暴力並也不會因為去威權、政黨輪替，或甚至是因為基於倫理反省而來的決斷¹⁰⁰，使得法律去除了暴力的色彩，因而倘若單獨以專制統治時期的

⁹⁵ 林聰賢（2005），〈無期徒刑——越渡法律之自由〉，《自由·責任·法——蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集》，頁 212，台北：元照。

⁹⁶ 林聰賢（2005），〈無期徒刑——越渡法律之自由〉，《自由·責任·法——蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集》，頁 212，台北：元照。

⁹⁷ 林聰賢（2005），〈無期徒刑——越渡法律之自由〉，《自由·責任·法——蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集》，頁 212-213，台北：元照。

⁹⁸ 林聰賢（2005），〈無期徒刑——越渡法律之自由〉，《自由·責任·法——蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集》，頁 213，台北：元照。

⁹⁹ 林聰賢（2005），〈消逝的人——法律觀察之極限〉，《中原財經法學》，14 期，頁 113，註 1。

¹⁰⁰ 例如本文第六章第一節第二項的論述。

白色恐怖做為法律暴力的論述，而將民主時代當做一種對比的描述，這不啻是一種錯誤，甚至，去威權的意義與其說是對於威權的批判，或許應該說，這樣的動作將使法律（與其本即隱含的威權）暴力更加的隱晦不明，使得對於體制的反抗的具體對象被去除，而讓人誤以為法律的暴力已經不在。從而，若始終無法辨明更深層鋪設在權力底層的暴力，那麼這樣的論述與動作也只是流於形式。而本文這樣的批判證據即在於，法律做為統治工具的一種暴力，縱然經過了民主化的洗禮，但法律對於人的束縛並沒有減輕，反倒一步步強化，在某方面甚至存在著難以跨越的障礙（性工作者、精神病患處遇、同志人權、移工移民等等），去威權是一種進步嗎？或許是吧，但那卻不是終點，而我們永遠無法到達終點。

第三節 罪刑法定主義之界限與機能的再考

第一項 罪刑法定主義的界限

法律概念的界限，似乎一向被認為努力就可以確認其內涵與外延。不過，基於 Agamben 對於語言哲學的研究，本文認為，概念之所以在每一個瞬間可以被確定下來，是因為陳述、既有的理解與持續的溝通，而規範之所以變得明晰，則是透過不斷的生產判決、適用法律，惟其之所以得以認事用法，則是因為具有法的權力（法的力量）。

從而，經過以上的考察，本文認為，罪刑法定主義本即無法透過概念的操作，形塑其保護法益或人權的範圍，亦無法給予什麼保障，更遑論人權概念本即為一個創造物。罪刑法定主義的保障界限，無疑地必須透過一個個的決斷（判決或處分）才能夠被觀察出來。與其說是透過理論建構而呈現出漂亮圓滑的理論邊界，更有可能的或許是以碎形所拼湊出來，可能隨時處於一種變動、忽而前進忽而後退的狀態。而這同時也是例外狀態可能發生的場合。

也就是說，每一個做決斷的時點，都是在事實與規範的斷裂之處，在確認事實與決定法律效果的瞬間，透過法的力量彌縫該斷裂，決斷不僅重塑過去所發生過的事實，並且也設定未來應有的實踐（入監或無罪釋放等等）。判決的瞬間，即處在一個決斷例外狀態、決斷是否產出裸命的狀態，彷彿正站在規範的邊界之上，可以決定個案的處理，到底是要丟回正常法秩序之中，還是將之置放於例外狀態裡。尚未做出判決時，人們便無法得知罪刑法定主義的界限在哪裡，而必然要等待決斷的出現，罪刑法定主義的境界才會出來。而法律亦是透過實踐來加以

展現，而非透過論述所建構¹⁰¹。

第二項 罪刑法定主義的社會機能

第一款 例外狀態的創造—排除與內包機制

在 1970 年代之後，新刑事政策的展開，配合著情境控制理論的社會控制策略，在社會中塑造出新種規訓與社會控制的場域。當代監獄不再發揮塑造勞動習慣的功能，而只是單純集中收容透過嚴罰政策而排除的人口。而若以監獄歷史觀之，即是從矯治期步入擴散期，多樣化的社會內處遇雖非有形的監禁與隔離措施，但所發揮的監視與規訓力量卻更為強大。而由於社會的監視或規訓機制主要已不再單純的是一種他律的操控，更能讓人們透過對於自身行為的反省，而達到自律（自我控制）的境界¹⁰²。然而，這樣的自律與自我控制，某種程度而言，或許只不過是一種虛假的意識。

在這樣的過程中，罪刑法定主義固守於刑法系統之中與刑罰的量上¹⁰³，謹守著不讓行為主義的思考入侵刑法¹⁰⁴，仍然在刑法中維持著行為主義，因而，從刑法與刑罰就其對象之差異，可以發現的是，從刑罰實施的策略是針對行為人個人的性格、習癖等等來從事再教育，矯治的對象事實上是行為人而非行為，然則替刑罰篩選出處遇、矯治、實驗目標對象的刑法系統，卻始終是盡量維持在對於行為合法與否的審判。

試想：如果國家的目標是在個人負面形象的去處，那麼倘若要一貫地對國民建立與塑造正面形象，在刑法領域中即應採取行為主義，用需否矯治的標準來完整的篩選。然而，這樣的做法將使得刑事司法與矯治整個混在一起，並且因為我們根本無法正面的確認正面形象到底是什麼樣貌，就人性應該如何處遇也根本沒有標準可言，此舉則將會導致國家權力恣意而無標準的施展，主權者的好惡亦有可能成為執法的準則，而造成全面性的例外狀態，這種全面性的例外狀態是實

¹⁰¹ 同樣強調透過實踐與行動，來獲得人際之間的彼此承認與尊重以及自由自主的空間，請參見：陳妙芬（2006），〈人權與價值衝突——「法律文化研究」的基本問題和方法〉，《法律的分析與解釋：楊日然教授紀念論文集》，頁 187，台北：元照。相較於〈人權與價值衝突〉一文較為樂觀積極的面對人權概念，筆者則認為人權是一種建構，人權的追求是一種難以企及的彼岸，而有消極的面向。

¹⁰² 謝煜偉（2004），〈二分論刑事政策之考察與批判——從我國「寬嚴並進的刑事政策」談起〉，頁 138-139，臺大法律學研究所碩士論文。

¹⁰³ 嚴格來說，罪刑法定主義在刑罰系統中所能產生的節制作用，只有發揮在刑罰或處分的量的部分，因而力量也是非常的小。

¹⁰⁴ 不過，敵人刑法的走向卻值得持續關注。

實在的從事隔離與矯治，而不僅止於透過社會監控措施將對國民的控制化於無形。

因為全面的例外狀態可能導致無可想像的惡害，終究刑法還是擋下了這樣的趨勢¹⁰⁵，在刑罰執行的領域若要進行矯治，那麼也只能將刑法與刑罰系統予以切割開來，罪刑法定主義也只能從刑罰系統退守，而僅在刑法與刑罰耦合的責任論中，對於刑罰或保安處分的量發揮其僅存的節制功能。刑法與刑罰的對象不同，雖然因為整個制度的對象根本是為了在刑罰中對於個人從事矯治，並在刑法階段從事篩漏的機制，而使得刑法制度有其虛偽的一面，但因為時代變遷卻仍堅守於刑法的罪刑法定主義，對於國家犯罪處理權力的控制，還是有其作用。

另一方面，因為系統的分化，許多領域都不再被涵蓋在刑事程序之中，從而使得對於刑罰論的質的方面、對於社會內處遇的內容、對於社會中從事犯罪控制的細節，都無法再產生節制的作用。即使這些皆與犯罪有關，甚至其內容有訴求相應於過去犯罪行為而做為處遇內容考量的參考主因，但一方面是客觀制度已然區分開來，另一方面過去同樣在監所內的處遇，當其轉換面貌進入社會時，罪刑法定主義便以其固守刑法理論的姿態，退守了。

這是罪刑法定主義的必然，卻也可以看出主權者為了控制犯罪而從事制度運用時，所展現的彈性。因為刑罰效果的嚴厲性，罪刑法定主義表面上的節制作用，無疑是法秩序裡最強烈的，惟倘若刑法與刑罰以外的規範與處遇，皆要求比照高度的節制效果，則必然產生的結果是：新興處遇效果的不彰。簡言之，如果嚴格的要求資格限制受罪刑法定主義的限制，那麼無疑將導致廢除資格限制規定的後果，結果，制度上所追求的犯罪預防目的反倒落空了。因此，為了要追求犯罪預防的目的，只好將同樣或類似內容的處遇經由系統分化出來，進而可以適用於前科者（甚至一般人），進而可知，倘若要提升其制度效果的有效性，必然的帶來是處遇程序的寬鬆、對於權力作用放寬節制。從而，與其說是因為系統分化脫離了刑事程序而無法受到罪刑法定主義的規制，不如反過來說，因為受到罪刑法定主義的節制機能的侷限，將使得另一目的（犯罪控制、犯罪預防）無法達成，所以必須將這些制度置外於刑法體系。而外於刑法體系同時也意味著，外於罪刑法定主義的節制作用。

當代是如此，在近代國家刑罰權力建立之後，國家犯罪處理權力的諸種變貌，亦皆有相類似的發展。罪刑法定主義像是海綿又像橡皮糖，隨著主權者的需要而變換其樣貌，柔軟又收放自如，與其說是為了人權保障而存在，在其作用上，

¹⁰⁵ 不過在許多地方仍然可以窺見行為人主義滲透的色彩，比方說責任論裡的人格責任論、人格責任論等等。

卻總是透過例外狀態的創造與常態化，在監獄與社會中，透過安全與危險的二元符碼，來從事人類的區分與個別化的處遇，因而顯現出其著重於鞏固既存法秩序的面向。

而例外狀態做為生命政治的一個場域，面對著不同的生命，有著多樣化生命政治的運作，將生命置於各種形狀的格子裡予以歸類、定格化，極端危險者即置於監獄而從事隔離無害化的措施，其餘的即透過社會內處遇或社會監控措施來達成綿密細緻的規訓與控制。從而可以發現，生命政治運作起來必定需要鬆緊程度不一的規範與多樣的處遇，因此，罪刑法定主義在刑法的發展過程中，以及刑法與周邊制度的揉合與分化之間，雖然因為刑罰後果的嚴厲性而有謙抑的需求，但與其說是因為嚴厲而謙抑，或者因為刑罰處遇之不必要而將特定對象放置於刑罰處遇範圍內，倒不如說，這正是為了生命政治多元的操作方式之所需而來的轉變¹⁰⁶，這也正是本文在第三章時之所以必須簡單鋪陳出制度變遷的目的。罪刑法定主義的收放，並不是以人權保障機能為其基準，而是以維持法秩序的穩固，為其主要的社會機能。

從而，姑且不論罪刑法定主義中所設定之法益保護與人權保障的矛盾關係，本文認為，罪刑法定主義所具有之主要的社會機能，即存在於：透過例外狀態的創造與裸命的產出，來達成既存秩序的維持。法秩序的穩定存續因而在論理上與實務上的地位，經常有優先性，導致縱然何謂公共利益一直以來皆難以確認，但公共利益與個人利益之間的優先順序卻似乎不容質疑。

此種社會機能的存​​在，我們不僅可以在性犯罪人的處遇中看見，亦可在前科者之資格限制處分、受刑人假釋要件的考量中發現。即使跳脫刑法領域，在 SARS 期間或者有流行性疾病爆發時，眾人的身體健康利益相當於公共衛生的利益，往往躍升為較為優越的利益，因而個人的自由權利，總被犧牲，但是要求他們犧牲的同時，面對著所要維護的利益到底是什麼，卻也總是模糊不清。然而，成為赤裸裸的生的那刻起，人做為人卻早已成為「非人」，並將受到毫無節制的力量的支配，而成為純粹的客體¹⁰⁷。

¹⁰⁶ 然而這種多元處遇是否代表著多元價值觀，請參見：謝煜偉（2004），〈二分論刑事政策之考察與批判——從我國「寬嚴並進的刑事政策」談起〉，臺大法律學研究所碩士論文。

¹⁰⁷ 在第三章第二節第一項中，曾經提及學者沃登佳人認為罪刑法定主義是為了階級支配與統制之必要，而有其工具性，不過本文認為，其論述似應證明階級支配意圖，方才完整，然而，主觀支配意圖之證明有其困難之處。從而，本文僅透過機能論述來探究法律於客觀上所產生的影響，兩種方式並不相同。

第二款 小結—對機能批判

而罪刑法定主義的理論與其運作，雖然理論看似沒有矛盾或扭曲的地方，不過如果立於另外一個層次來做觀察則可以發現，罪刑法定主義的存在除了護衛現存法秩序的存立與運作之外，更重要的一個環節毋寧是例外狀態的創造，而在例外狀態的產生此一面向上，則暴露了罪刑法定主義與其自身的矛盾與扞格。不過這樣的操作卻是現代刑法思想中，很重要的一個環節，因為如果不是透過這樣的扭曲、排除、運作，那麼罪刑法定主義就無法活絡而再生。

現代的刑法學與犯罪學所確信的是一個做為美麗新世界的幸福社會秩序與完美的人。刑法先肯認了當下法秩序的正當性，透過反面標示錯誤的行為，在社會中狩獵破壞平穩法秩序的犯罪行為人，藉由一連串的刑事司法審判，析出一部份不正常的人，並且認為他們是基於某種欠缺，所以陷於犯罪；這些人落入了處遇的範疇，透過矯治的實驗，再度地對於人類做研究並創造更精細的知識與技術，這些知識與技術最終會散布進入社會，而成為他律或一般人自律的準則，並且在這個過程中促進了諸多人類科學（例如：犯罪學）的發展。新的知識與技術將會重新影響原有對於人類行為合法／非法的判斷架構，重新形塑新的區分人類的判準，並且更可以肯認身處正常秩序中的正常人的合理性，加強了差異排除的力道¹⁰⁸。

不斷的排除讓我們去除不安全感了嗎？美麗新世界、安全的世界來臨了嗎？到臨的似乎是一個控制的社會，更啟動了一個無法停止差異排除運作的社會機制。而法律的論述則讓我們看不見對於刑法論述與犯罪處理機制下，被隱藏起來的社會機能。

本來，法律權力的運作以維持自身的存續為其主要機能，無可厚非，而例外狀態的存在做為法的原初結構，神聖之人的出現亦不可避免。然而，在這過程中，遺忘了法律存立最根本的理由，而不停地將其觸角伸及每個個人，將人類吸納進入其體系之中，不斷的進行差異與排除、切割與定格，終至每個人都可能成為神聖之人的結果，而這才是本文竭盡所能地想要揭露的。

而法秩序的成立的當下，當二元符碼產生的瞬間，即會出現合法／非法與犯罪人／非犯罪人的區分，在這個意義下，即使脫去 Lombroso 的那種實證主義人類學的思考，所謂生來犯罪人的新解，其「生來」之意，其實正顯示出當結構產

¹⁰⁸ 李茂生(2002),〈後現代犯罪學的啓示與少年事件處理法〉,《當代刑事法學之理論與發展——蔡墩銘教授榮退感念專輯》,頁 502-505,台北:學林。

生的瞬間，某些人自然地會因為系統綱要的運作而被標示為犯罪人，這不是因為其個人生物學上的原因，而是制度語言的力量。從而，要使得例外狀態從社會中去除，實為一虛幻的想像。或許能夠做的，只有盡量減少例外狀態的出現¹⁰⁹。



¹⁰⁹ 不過例外狀態的減少，似乎有可能使得在例外狀態中所產生的能量，在反饋回社會時，有更大的累積與更強的反省力道，或許也不見得比較適當。

第六章 代結論——一個反抗的可能性

當社會成長得更為強壯，他不再這麼嚴厲的對待違犯者。……每當一個社會獲得力量和尊嚴，他的刑法變得更慈悲為懷，當他軟弱或危急存亡之時，過去較嚴厲的方法就復活。……正義，以替每件事件安置一價格，並使每個人成為可計算的為開始，而以忽視不履行契約者並使他無須償付為終。好像地面上每件美好的事物一樣，正義因懸置其自身而結束。此種自我取消的正義給予他自己的命名是慈悲。但慈悲，無庸置言，仍然是最堅強者的特權，他超越法律的範圍之上¹。

—Friedrich Nietzsche

第一節 尋找反抗的可能性：革命或是結構的侵犯？

第一項 例外狀態常態化的困境

從事犯罪處理的權力機制，從近代刑事法律制度成立以來，即慢慢的在擴張，從應報刑走向目的刑，開始對犯罪人為矯治，而到了當代，則開始將對於犯罪的思考轉向犯罪預防與風險控制，這使得國家處理犯罪的權力日益擴散並且蔓延至個人生活的諸多細節。面對著散在的主權監控，每個人都彷彿隨時有可能成為裸命。要帶給人民自由幸福的民主體制，卻反倒將人民化為被支配與治理的客體，而此即是例外狀態常態化所存在的困境。

第二項 反抗的原點

第一款 個人的倫理反省——微視的彌賽亞

面對例外狀態常態化的問題，以及更深層的社會結構病理，以下，本文嘗試找尋解決之道。

¹ Friedrich Nietzsche 著，陳芳郁譯（2003），《道德系譜學》，3版，頁64-65，台北：水牛。

在透過制法暴力建立起法秩序之後，規範秩序便存在著護法暴力與制法暴力之間的循環論證，爲了破除這樣的循環，Benjamin 所設想的是透過純粹暴力（神聖暴力）來救贖生命。而 Agamben 對於例外狀態成爲常規的解決，即是將例外狀態翻轉成爲彌賽亞，彌賽亞的到臨，意味著法律的完成，法律之活性的去除，使得法律成爲一種不再起作用而僅供研讀的遺骸²。

從而，彌賽亞可說是現實律法的棄置與失效，而使現世不再有律法的拘束。不過，本文認爲這樣的彌賽亞存在著些許的問題，而最大的問題在於：人類社會不可能不存在任何規範，而只要存在規範，就存在著束縛。這倒不是說規範一去除，人類社會即會回歸自然狀態的問題，而是群居社會無論如何都會發展出共存的規則，縱然不一定名爲「法律」。因此，此種律法棄置的彌賽亞，本文將之稱爲「巨視」的彌賽亞，而相較於此，本文所欲採取的是一種「微視」（微觀）的彌賽亞，某種程度是對於彌賽亞的重新理解。而微視的彌賽亞所意謂的，是個人在觀察到法律對人的支配與人對於法律的從屬時，所產生個人自身的倫理反省。

一般而言，所謂的倫理學，是對於道德問題之研究，以探究什麼行爲才是好的、善的、道德上正當的爲討論重心，不斷嘗試著去承載道德判斷，爲道德判斷奠定理據³。有別於前述與道德緊密相關的倫理學，此處的倫理反省，並不帶著道德主張而出現，而與道德評價保持著一定的距離，是在認知現狀並加以反思之後，所得之個人實踐的原點。這樣的倫理反省所得，並非道德的理據，無須在人群之間形成一種統一性或共識性，也不需要社會中加以制度化或形成一種普遍化的基本原則，而是一種很個人性的產物。

所謂微視的彌賽亞，是明白的承認主權者的暴力與法律暴力的色彩，並且認爲法律暴力的操作即是語言支配，從而企圖將法律所帶來的對於人的箝制翻轉過來，嘗試藉由法律來懸置這樣的箝制。一個全然支配人的例外狀態，也可能透過決斷的做成，而成爲人們擺脫法律箝制的一個出口。當面對裸命時，身爲主權者之人，即有權做出這樣的一個決斷。

然而，這樣的理論翻轉仍不足夠，因爲，面對一個現實的加害與被害，與其說做爲出口之彌賽亞出現的契機隨時可能產生，或許倒不如說，面對犯罪人，人人心中都有難以隱藏之施展刑罰權力的慾望。

² See GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 64 & 88 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

³ Georg Kneer & Armin Nassehi 著，魯貴顯譯（2003），《盧曼社會系統理論導引》，頁 237-241，台北：巨流；林火旺（2003），《倫理學》，頁 9-12，台北：五南。

第二款 以權力者的決斷做爲反抗據點

在這樣的想法之下，每個人都有可能是裸命，卻也都可能成爲主權者。如此看來，對於權力的反抗，似乎只要每個人都能夠有所反省，那麼主權之權力結構自然就會鬆動，法律對人的箝制也自然會減輕。若此，則是一種肯認一般人與握有權力的權力者皆有反抗的能動性的看法。而 Foucault 亦曾經提及，有權力的地方，就有反抗⁴。

第一目 反抗主體—權力者或者群眾？

Negri⁵與 Hardt 在《帝國》與《Multitude: War and Democracy in the Age of Empire》中，面對著冷戰結構的鬆動，以及因此所帶來全球自由市場與資本主義的極度發展，其認爲新的全球秩序已然形成，而將此種全球化的新政治秩序稱爲「帝國」，並認爲帝國已突破過去與現今的國際制度，成爲去中心化、去地域化的新的主權形式⁶。

面對著帝國主權透過危機與例外的宣告，以人道之干預爲名，合理化軍事武力或主權權力的使用，並且隨著資本主義的擴張，主權權力的宰制、社會之控制以及歐美國家的支配，亦未因爲自由民主體制、富裕經濟與多元社會之發展而有緩解的跡象，反倒因爲全球化的進程，而使得帝國主權因爲去中心化以及某程度的混雜性，導致帝國主權無所不在，延續著自由主義與社會主義政權持續對於人類的壓制與迫害。因此，他們認爲必須找尋新的出路，一個「反帝國」的方案。其描繪出一群位於帝國之金字塔體制底層的群眾（multitude），並且認爲這些散布於全球各地、有其多樣化性質的群眾，是具有能動性的主體，可以點狀的在四處，如同地下莖一般冒出來，對於已經廣泛地蔓延在全球的帝國體制做侵犯，直接與帝國對立並抗爭，成爲新革命主體，而無須經過任何中介過程⁷。

⁴ Michel Foucault 著，尚衡譯（2006），《性意識史——第一卷：導論》，頁 82，台北：桂冠。

⁵ Negri 是義大利左翼激進論的政治思想家，1970 年代義大利「自主化」（autonomia）社會運動以他的政治理念作爲指導原則。1979 年義大利政府以他牽涉「紅軍旅」（Red Brigades）之恐怖主義活動爲由，將他與其他激進份子拘捕入獄，後因被選爲激進政黨之國會議員，得以緩刑。隨後流亡至法國，受到法國哲學家 Deleuze 與 Guattari 的支持，任教於巴黎大學。1997 年，Negri 自願返回義大利，繼續服刑。請參見：蔡英文（2002），〈全球話語帝國的意象——評 Michael Hardt 與 Antonio Negri 合著 *Empire*〉，《政治與社會哲學評論》，1 期，頁 194。另外，將《帝國》等論述置於義大利「自主馬克斯主義」的脈絡下來思考的取徑，詳請參照：萬毓澤（2006），〈義大利自主主義運動與政治馬克斯主義：對《帝國》的脈絡化解讀與批判〉，《政治與社會哲學評論》，18 期，頁 93-149。

⁶ 陳光興（2004），〈《帝國》與去帝國化問題〉，《帝國》，頁 23-26，台北：商周。

⁷ 蔡英文（2002），〈全球化與帝國的意象——評 Michael Hardt 與 Antonio Negri 合著 *Empire*〉，《政治與社會哲學評論》，1 期，頁 198-199。

此處姑且不論 Negri 與 Hardt 所欲抵抗的對象究竟與 Agamben 所描繪的有何不同，而直接來對於這樣的思想取徑與實踐策略做進一步的反思。他們帶來的反抗路徑是一種「群眾式的革命」，而在 Agamben 那裡，文本從未清晰的說明誰是主權者，同樣地也未見其提起彌賽亞該怎麼引發或者如何使得真實的例外狀態到來。不過，至少《帝國》帶給我們一種群眾式的革命的抵抗方式，那麼相對於此，本文認為，另外一種抵抗的方式，則是透過權力者來從事結構的侵犯，以做為抵抗。因而有兩種進路。

附帶在此處先解決一個小問題，亦即，本文認為，激烈的流血革命推翻主權結構這種砍掉重練的方法，並不可行。革命是一種以新主權替換舊主權的過程，強者獲勝的實戰邏輯，所呈現出來的外是另一個制法暴力，而後開啓新的制法暴力與護法暴力的循環，而社會上真正的弱者，在革命的過程或勝利到來之時，沒有財富、地位與資源，將使其無從逃離軍事暴力的宰制，亦難以翻身。因此，本文認為革命有時只是一種徒勞或者是循環反覆的革命，更何況在歷史的發展過程中，確認制憲權力一向是件難事，而導致國家或革命勢力皆可宣稱其代表制憲權力的存在⁸。

回到本文所提及的兩種反抗進路。就群眾或權力者的反抗，本文主要從兩個方向來思考與選擇。首先，因為前已述及法化現象的缺點，從而本文將先以法化現象的強化與否，來考量群眾式的革命或侵犯所造成的影響，在法秩序的層面上，是否有使得法化現象更為加劇的可能性？如果沒有，那麼即不失為一個適切的途徑，然而如果有，那麼這樣的戰略即有改變的必要⁹。而第二個思考的方向，則是在法律語言的支配下，去討論群眾是否有破除支配的可能，如果有，那麼每個人即都有可能侵犯結構的可能，主權權力的宰制自然會受到削弱。

一、多元文化加速法化現象

Negri 與 Hardt 筆下所謂的群眾做為新革命主體或政治主體，跳脫出民族國家的思考，在民族國家將多元異質的群眾轉化成單一意志之人民的這種做法之外，找尋群眾所無法被統攝的力量。他們發覺了另一種相對於主權的權力，外於憲政法治之結構的、潛在的權力而稟具抗爭性與顛覆傾向，這種動態的權力係出於社會之群眾（multitude）的自由之創造力，得以在特定的時刻，自發地結合成多元性的團體，形塑一種對抗暴政的動力，表達自身的利益，揭露從政者的矯飾

⁸ 不過這也只是本文的選擇而已，而非國民整體的選擇。筆者只能預想革命可能的惡害，但並非積極地反對革命做為一種抵抗的方式。

⁹ 戰略與戰術之區分，來自 de Certeau，請參見：萬毓澤（2007），〈從日常戰術到「新革命主體」：論 de Certeau、Holloway 與 Negri 筆下的權力與抵抗〉，《政治與社會哲學評論》，20 期，頁 60-62。

以及政策的不義，這種多元的結社型態之反抗網絡，甚至無須任何體制的中介，而得以直接對抗既定的結構性權力¹⁰。

而群眾抵抗帝國，一方面做為群眾的統一性計畫，嘗試構成某種共同生活或全球民主¹¹，另一方面這些群眾又無法被歸納為統一，而在對抗帝國一事上有其共同性，但是群眾組織方式的自發性、暫時性與其相互之間的利益衝突，卻可能導致因分裂而有策略上的讓步，群眾的構思無疑存在許多問題¹²。而就本文的討論脈絡而言，則是群眾之間的多樣性的問題。

群眾在反對帝國之後，必然還要建立，多樣化的群眾在四處對於帝國的侵犯，也會導致帝國主權的變化與規範的調整。本文認為，這樣的侵犯與伴隨而來的調整，將導致對於多樣化或多元的強調，而這會造成法秩序中產生更劇烈的法化現象，並且造成國家控制網的擴張。

抽象來說，少一點干涉，給予個人多一點自主發展的空間，可以促進多元文化的發展，有其優點。然而，這樣的多元文化論只看到多種文化自由奔放的一面，卻沒有看到後面可能基於資源的有限性等原因而來的鬥爭、爭奪資源的問題，而這正是多元文化論的迷思，忽視了多元之間的衝突問題，看到多元就假設了「和諧」。多元的結果，在各個多元之間會產生協調的問題，協調即是訂出規矩、產生新的規範，而規矩在單元之中當然會存在，但在各元與各元之間可能的衝突也必須要解決，因此各元之間也必須要有規範，從而，法規範自然會越來越多，規範秩序愈顯堅實。

越多元，法規範越多，隨之而來的，亦將製造出更多的違法者，而例外狀態則亦將因為犯罪事實的發生而透過法律程序被製造出來，進而產生更多的例外狀態與裸命的出現，似乎使我們徒勞無功的回到了原點：要使得人們脫去對於法律的從屬，卻使得法律與人更顯得關係緊密，形成了一個無解的永劫回歸。

群眾群起抵抗帝國是一個選項，但卻有造成法化現象日趨嚴重的可能，使得法秩序更加的穩固並且緻密，從而本文認為，或許將反抗的原點置於權力者，是

¹⁰ 蔡英文(2002)，〈全球化與帝國的意象——評 Michael Hardt 與 Antonio Negri 合著 *Empire*〉，《政治與社會哲學評論》，1 期，頁 194-195；陳光興(2004)，〈《帝國》與去帝國化問題〉，《帝國》，頁 36，台北：商周。

¹¹ 惟此處的民主已經經過重新概念化，而為一種全球範圍之民主。詳請參見：Nicholas Brown & Imre Zseman 著，王逢振譯(2005)，〈什麼是群眾？——迈克尔·哈特和安东尼·内格里访谈录〉(What is Multitude?-An Interview with Michael Hardt and Antoni Negri)，《文藝研究》，2005 卷 7 期，頁 110。

¹² Nicholas Brown & Imre Zseman 著，王逢振譯(2005)，〈什麼是群眾？——迈克尔·哈特和安东尼·内格里访谈录〉(What is Multitude?-An Interview with Michael Hardt and Antoni Negri)，《文藝研究》，2005 卷 7 期，頁 111 有關 Brown 與 Zsman 的提問。

較為可行的選擇。除非，對於多元的衝突或人際之間的糾葛，我們可以不走上「規範化」¹³的路徑。

面對多元性的問題，本文的主張似乎有反對多樣化或多元性格的傾向，甚至與前述因為 Schmitt 理論對於多元文化本身的否定而採擇 Agamben 的理論似乎有了矛盾。不過，於此想要強調的是，本文的立場並非對於多樣的否定，反倒是想要探問所謂的多樣與多元，到底是一種對於多元的虛偽尊敬但卻隱藏著一元化的控制¹⁴，還是對於被馴化的柔順一元卻透過論述而操作成表面上的多元？基於原來既存的現實差異而來的當然是一種多元，但是否定這樣的多元文化（例如 Schmitt 的想法），或者是認知到因為個別差異而來的不同卻因為考量到法化現象而不選擇透過規範化予以保障（本文的初步想法），本文認為這兩者是不能相提並論的，前者是積極的抹消多元，而後者則是單純的肯認多元，雖然這樣細緻理念區分的方式已有些過份，但基本上應該還是可以認為兩者是不大相同的。

而筆者所採取的是後者，如果現實上的多元是真正的多元，即予以肯認，但不代表必然要透過規範來解決衝突。因為，規範的繁複化與權利清單的增加，將會造成人類純粹行為空間的減縮，產生更多的例外狀態。例外狀態無可避免一事，縱然是一種現實，但不代表製造更多例外狀態是人類之福。面對著衝突，規範化當然是一個選項，但卻非必然的路徑；規範化的結果往往造成操作上的死板與方向上的單一，規範化若僅選擇了諸種衝突解決方式之一種或數種，雖然對於衝突的解決將可產生相當程度的預測可能性，但是卻導致多樣化的行為選擇可能性（他行為可能性）因此而喪失¹⁵。

二、群眾破除法律語言支配的可能性

其次，我們把視野從整體法秩序拉回刑法秩序之中。由群眾發起對於刑法秩序或者對於蘊含著法律暴力之犯罪處理國家權力機制所為的侵犯，如何能想像其態樣？本文認為，在這個脈絡下做討論時，因為不論是一般人或權力者，都有可能被犯罪處理的言說所影響，從而必須留意到當代犯罪學言說對於犯罪預防所建立的二元符碼（例如：安全／危險、加害／被害的論述）所可能產生的效果。

照著前面的思考脈絡，既然每個人都可能是裸命，也可能是主權者，則倘若

¹³ 本文所稱之「規範化」，係指對於尚未存在法律規制之特定事件領域，透過立法而以法律加以規制之動作。

¹⁴ 請參見：謝煜偉（2004），〈二分論刑事政策之考察與批判——從我國「寬嚴並進的刑事政策」談起〉，頁 153-156，臺大法律學研究所碩士論文。

¹⁵ 不過，在撰寫本文的此時，筆者亦無法確認社會內自發的衝突解決的能力是如何，甚至，此種自我解決紛爭的想法，是否會造成社會中強者永遠的獲勝而弱者則永無翻身之地，或者是產生更深層的規訓技術，這些問題有待更深入的思考。

每個人都有倫理反省的契機存在，那麼彌賽亞在每個主權者心中的到臨，使得運轉過熱的法律體制冷卻下來，似乎並非沒有可能。不過，社會上的弱者（窮人、無產階級等等）卻多半是非權力者。在刑法中，當我們提到倫理反省，馬上會想到的是刑法的神主牌：「謙抑性」，弱者或者是社會上的一般人，這些人有沒有反省權力制度的可能？有沒有謙抑的「資格」或「地位」？這是很值得思考的。再者，被細緻化的法律語言所包裹起來的諸多論述，強化了法律正當化自身的力道，甚至填滿了一般人與權力者的思緒，那麼，既然法律的展現如此顯然地正當與適切，對於一般人而言，又憑什麼要謙抑？

最後，當目光移回刑事司法審判的兩造與法官，以及被害人、媒體、社會中的意見領袖（*opinion leader*），還有在這些人後面片面性的去支持被害人的老百姓，我們如何能想像由群眾所興起的對於刑事司法體制的反抗？

理論上，如果除了法官、檢察官之外，被害人、媒體、社會中的意見領袖（*opinion leader*），還有在這些人後面片面性的去支持被害人的老百姓如果都能夠了解到法的暴力，甚至擁有一種新的倫理觀，那麼刑事法律體制或甚至整個法秩序，都可能因此而有結構鬆動的可能，結構一鬆動，整個刑事處遇流程與社會秩序的維持、人際關係的互動，都有可能因而趨於和緩，而不再像現在一般耗費過大的精力在犯罪問題的處理上，隨之而來的可能是輕刑化，或者在立法、司法與執行上，都能展現出什麼叫做謙抑或者如斷片一般的法律規制體系。這如果可行，那麼即為一個絕佳戰術。

然而，法律論述如同迷彩，被害者形象的塑造，形塑了加害與被害的極端對立；對於安全感的追求，更如同驢子眼前的胡蘿蔔一般，永遠無法企及，本文認為安全與危險的區分以及加害與被害的對立，都將使社會上之一般人在對於犯罪處理機制的反省一事上，有其困難。

而這樣的想法，亦不是本文做為權力者緊握著權力時，所做的一種菁英式的判斷。事實上，僅從微觀的具體被害情境中即可得知，被害方做為犯罪事件中的弱者，法律與社會所貼附與想像的弱勢形象，甚至是其具體而微的就是社會裡較為貧窮而無社會地位、財富與勢力的一方，本文想問的是：面對著加害的弱者或者被害者，如何能有謙抑的資格與地位？如果沒有，那麼也就根本無從期待自群眾之中能產生激盪而群起反抗的反主權力量，從而，只能將希望寄託在權力者的身上，默默地回頭走上專家於體制之內從事結構侵犯的路線¹⁶。

¹⁶ 這樣的推論與想法必然將遭致許多的批評，而筆者也希望這是錯的。

第三項 循環論證的截斷

第一款 判決做爲一種純粹暴力

法律本即是一個不斷擄獲個人生命的機制，即便在法治國的發展之下，主權權力與法律體系中的基進發展，卻帶來對人的宰制、支配與管理，對於主權權力大張其廣延又無所不包的羅網，企圖將所有的權力關係皆網羅至其秩序之下，並且動用強大而細密的監視力量來對抗與處理犯罪，制裁任何威脅到秩序的背離力量，本文有所質疑。而 Agamben 亦因此說道：「現代民主所想要展演人的自由與幸福之處——「赤裸的生命」——正標示出了它的屈從（*subjection*）」¹⁷，在發條橘子的小說與電影中，我們也可以看得到。

本文並不企求巨視的彌賽亞的到臨，所排斥的是對於既存體制的不加反省並加以維持，披著法律的外衣，不斷地運用暴力束縛著生命。主權權力的控制穿透了普遍大眾的意識與身體，也橫越所有的社會關係，制法暴力與護法暴力之間循環論證的截斷，或許可以是體制內的一種結構侵犯的方式。從而，縱然做爲微視彌賽亞的例外狀態的產生，可能會成爲純粹暴力的展場，但倘若其有不服務既存體制之可能，則本文的選擇是：容忍例外狀態的存在，並且在其中有如游擊戰似地找尋反抗的契機。

卸除例外狀態與法秩序之間的關連之處，可以讓我們看見法律權力與決斷的力量（法的力量），而權力不外是暴力的別名¹⁸。而當卸除例外狀態與法秩序之間的關係之後，這同時也就是判決做爲決斷的方向性得以展開的地方，這裡所涉及的問題或許並不在於例外狀態的本質究竟屬於法內／法外／法的界線上的問題，而是如何在做決斷的瞬間，決斷的方向可以不再（只）朝向法秩序的維持。然而，言下之意似乎意謂著決斷可能拋開護法的一元目的，而展開多元的方向性，在刑事審判系統中考量多樣化的目的，而不再以法秩序的維護爲單一方向。惟此即未考慮到事實上在從事判決時，應該是不論是否做出有罪判決，只要走完程序並做出判決，其實都是對於現存法秩序的肯認，都是切出了法秩序的邊界，而不會因爲判決時考量到多樣的目的，而使得穩固紮實的法秩序所鬆動或者使得系統裡的綱要更加精確或模糊。

不過，如前所述，罪刑法定主義的界限，必須透過決斷的做成，方才明確，

¹⁷ See GIORGIO AGAMBEN, *HOMO SACER: SOVEREIGN POWER AND BARE LIFE* 9-10 (Daniel Heller-Roazen trans, Stanford University Press 1998) (1995).

¹⁸ 上野成利（2006），《暴力》，頁 69，東京：岩波書店。

操作法律之人明白法律的根源、極限與社會機能，則更應謹守於節制機能的要求，並進一步使法的力量對自己產生作用，甚至發揮法律「不適用」的潛力，努力去抑制社會機能過度的膨脹，而將法律的適用適度的萎縮在一定的範圍內運作。至於每一個決斷所拓展出來的到底是綠洲還是地獄，也只得留待決斷的主權者的個人選擇。

而在結構中無可避免的必須使用語言，權力者甚至必須運用法律語言做出判決，因此無論如何都會受到語言的控制與制約，在了解自身有使用神聖暴力的能力與力量時，則可能可以給予其利用無言狀態在法律的程序中，做一個不需要陳述理由的道德論述的可能性，藉此來做結構的侵犯。更重要的是，針對此一道德論述的判決，無須再加以判斷是否正當或是否合乎正義，因為倘若必須符合其他的要求（例如：正義、公平），即重新陷入語言的循環。從而做出道德論述之後，即必須截斷溝通，而這同時也就是透過判決做為純粹暴力與神聖暴力，藉此截斷制法與護法的循環論證、切斷語言的循環的方法，溝通即在此斷絕，進而毋須再加以談論。

看起來，本文的專家權力者，似僅指做為法官、檢察官等司法人員，不過如果思及國家權力的蔓延，早已不侷限於司法，而連帶著在行政領域皆從事著犯罪預防的工作，那麼集制法暴力與護法暴力於一身之警察、行政機關之公務員，亦皆有其身為權力者的時刻¹⁹，應該亦有截斷循環論證之可能。

權力者的判決之所以重要，是因為其決斷了例外狀態，甚至可以阻止例外狀態常態化的發展，節制法律暴力的實施。不論在刑事審判階段、在行政處遇或監視設備的設置，面對的除了是具體的被害人之外，還有龐大被害集團對於犯罪的不安恐懼，倘若知悉不安感的虛擬性格以及無法放棄的結構與二元符碼，那麼在做決斷的同時，或許將社會秩序與刑法秩序切離的想像，使得國家犯罪處理與預防的機制，不再成為社會政策的一環，而不再以刑罰法規來強制道德一事，即有可能。

而本文認為這樣的想像並非不可能，一則可以透過系統論的思考，違法多元論的運作事實上並非不可能，就像針對民法上的侵權與違約，我們也並未在社會中裝置諸多機制來加以預防，是一樣的道理，針對犯罪行為，亦無須花費過多的權力機制與力量去處理；另一則是審判程序之目的，既然僅在於做出判決（決斷）並藉此終結程序，該目的或決斷的理由，只要能和秩序切離，同樣也可能扯開社

¹⁹ 比方說於臨檢、審查是否施以資格限制處分、決定是否架設監視攝影設備等等之時。

會秩序與刑法秩序的緊密關係²⁰。

不過，法律的發展，不論是一種妥協式的制度創設（例如修復性司法）或者程序修正的看似更為正當公平，或者是法律內容細緻化的修訂，程序上的部分，比方說行政法上的程序外接觸禁止原則、合議制的審判構造，而實體上的部分，例如為了對性自主有更周全的保障，修正了刑法上有關性的規定、性騷擾防治法的立法、性交定義的修正等等，這些某種程度上來看，都是一種進步沒錯，然而，法律實體與程序自身的進化，表面上謙抑地抑止、退讓或維持一種公平的假象，事實上卻妨礙了大量地提供自他之間，在純粹主觀層面進行刺激與思維再製的機會，也阻礙了個人透過倫理反省做出決斷的可能性²¹。結構侵犯的路，也沒有想像中的簡單。

第二款 個人倫理抉擇決斷判決

本文肯定了權力者的例外狀態決斷，給予其道德論述的空間，並欲藉此來截斷制法與護法暴力的反覆辯證以及語言的循環，不過，做出什麼樣的判決與決定，則無須再討論是否符合公平正義的要求。至於要依憑什麼來做決斷，本文則認為，這是個人倫理反省過後的選擇，而並非所謂的道德哲學或倫理學能加以指示。以下即是筆者面對死亡而來的對於生存的反省。

²⁰ 另外一種對於刑事訴訟系統的反思，在將實體真實發現加以除魅化後（否定實體真實之後），論者利用盧曼（Luhmann）所強調的制度化紛爭解決機制，將之套用在刑事司法制度上，並且認為審判程序做為人際關係之修復或者兩造當事人解決紛爭、試行和解的場所，刑事訴訟的目標即轉而成為程序本身的紛爭解決機能，並且不能以事實認定者的終局性權力語言進行獨斷，詳請參見：許恆達（2002），〈科學證據的後設反省——以刑事程序上的 DNA 證據為例〉，頁 192-193 與頁 199-200，臺大法律學研究所碩士論文。

而這樣的想法與本文的差異在於，其認為刑事訴訟程序的目的既在於兩造當事人之溝通並形成共同主觀，進而選擇某種共同的「犯罪人意義」，尚應注意的是，其文中的兩造應該是被告與「檢察官」，而非被告與（做為證人的）被害人，因此法官最後的判決，似乎即應為兩造合意所選擇之結論。

然而立於本文的觀點而言，這樣的想法可能會有一些疑慮。首先是其認為形勢上尖銳對立的兩造有和解的可能，比起被告與被害之間，這樣的想法似乎只有在被告與檢察官做為兩造的此一觀點下，或許較有其可能，但是檢察官倘若能有「專為入被告於罪」以外的想像，那麼其於制度上的角色，會不會有定位不清的疑慮（如同我國法對於檢察官客觀性義務的要求所造成的問題一般），也是一個問題；如果不會，那麼檢察官做為抵擋社會壓力進入審判庭的一個機制與轉接頭，這樣制度設計即有其值得期待之處。再者，當我們將重點置於兩造之間共同主觀的形成時，必定隱含著幾個意義：對於社會共同主觀某種程度的忽略並將之排除在審判庭之外（這是本文認為值得加以肯認的），但當法官的判決內容即為兩造所形成之溝通結果時，法官做為權力擁有者的面貌，某種程度也將因此被掩蓋，同時更使得另一種表彰出（社會虛擬）共同主觀的法律規範的暴力，也將消失在程序的溝通之中，這樣是好還是壞，或許並不是那麼容易可以做下判斷。而法官做為權力者所得使用法律語言的暴力以及規範本身的暴力性格，此一本文所欲揭露的重點，亦可能因此而被掩蓋。

²¹ 李茂生（2007），〈情感與法律之間關係的論述〉，Martha C. Nussbaum 著，方佳俊譯，《逃避人性》，頁 11，台北：商周。

縱然我們能在論述上翻轉例外狀態的意義，將例外狀態重構成爲一種擱置法律的場域，也不論這個場域到底在空間與時間上呈現的是一個瞬間，還是不斷綿延向前的時空概念，在本論文的最末，壓在前述的理性論述之下，此處想擺脫一切的言說，來呈現赤裸生命最初與最終的生的意志。

2004年一個夏末颱風即將要來臨的夜晚，爺爺倒臥在住家門口，陷入了昏迷，因而需要進行腦部的手術。即使大腦的手術成功，但他卻始終無法甦醒過來。然而，昏迷不代表著人之意識的休止，在那兩三箇月中，躺在加護病房裡的爺爺，其與世界的關係，除了床尾吊牌說明了人在這個世界中的身份之外，除了冰冷的氣切、點滴以及維生器具之外，人與世界還有另一種聯絡的方式。你只要靠近他，用手握住他的手，和他說話、問他問題，他就會用他左手緊握的力量來回應你，讓你感知到他的存在，那一刻，我感覺到生命最原初的模樣，像初生嬰兒小手握住父母親的指頭一般。

不過，遲遲無法睜開雙眼的爺爺，終究還是離開了。生命消逝的方式有許多，但爺爺的那一種，卻不怎麼平靜。12月13日下午的病危通知，召喚了所有在宜蘭的親人們到醫院見最後一面，在那最後的一個小時裡，除了等待，還有一劑一劑的強心針。當最後一個人走進病房裡的同時，氣切的管子「啵」一聲的脫開，鮮紅血液噴濺而出。強心針帶給爺爺的是對於心臟與血管一次又一次的爆衝與折磨，但也還有與親人最後的相逢。

或許以下的論述對於爺爺而言是一種論述上的語言暴力，然而，在面對了死亡之後，筆者才了解了什麼叫做「生」，才明白那鮮紅血液的意義。在生命即將完結的最終，這一生都環繞著妻兒的生存而活的爺爺，或許也有著不捨與眷戀。於是，靠著最後一點點支撐生命的力量以及強心針，等到了大家的來臨，然後以熾熱的血，來表達最後無法用語言表達的溝通。

最終他離開了，但是卻令人彷彿看見最後那一點點的力量，那等待的念頭轉換而成的生存力量，是爺爺與世界最終細微的連結，是人存在最初也是最終的意志，是所有病患家屬捨不得切斷的細線，也只有到了這個時候，才能明白什麼是安樂死。安樂死不是打了針然後人死掉就這麼簡單，安樂死是活生生的切斷那條縹緲的細線，赤裸裸的以死亡來摘除人與世界的連結，並將死亡置於仍活著的人的心中。生的力量像是永遠都是號稱正義的法的力量一般，也佔據著法律與生命之間的斷裂空間，而跨越生與死之間的門檻的是生存意志的消逝，是赤裸生命的生存意志與生的力量填滿了生命與生死的縫隙。

而所有主權力量的展現，就其極致，亦是對於生的意志抹消。因而在許多場

合，我們都可以看見生存意志的展現及其隕落，像是在因地震而傾圮的瓦礫堆中、在 SARS 期間的和平醫院裡、在末期病患的床邊等等，當政府宣布棄村、封院與窮盡醫療資源而仍無法救治，我們都可以看見在生死邊緣上哀嚎的人們，用盡一切力量想要逃離死亡的陰影。裸命的生的力量的顯現（manifestation），同時是赤裸裸的生的意志的展現。而法對於生命的束縛，也就是對生存力量的打擊，對於裸命生的意志的抹消。

活著的人戒慎恐懼，只因為想逃避成為裸命或畏懼死亡，所以我們逃避「人性」²²，人類生來就是活在矛盾之中。生者因為看見「非人」所受到的對待或死亡而將有所體悟、相互慰藉，不過，言說的生者卻永遠只是代言，因為非人與亡者有的終究只是永恆而無言的沈默。

那麼，社會邊緣的存在呢？還有，犯罪人、受到終身監禁的受刑人或死刑犯呢？這些生命在主權權力運作之下，或者在知識、權力與技術的螺旋關係之中，無疑只有不斷被切割、拆解或壓碎。

與其說我們可以在所有的人心中埋下做為彌賽亞的例外狀態的種子，或許在綿密細緻的法律與諸多正當化論述的覆蓋之下，種子仍然會成長為做為主權統治的例外狀態。或許，在司法人員訓練的過程中，在現代強調虛幻的、口號式的自由平等博愛的法律倫理學課程中，我們無法徹底的揭露法律做為暴力的迷彩，但不論是否能夠理解這樣的反思，或許丟下這本論文、忘記所有的論述，在遍佈合理化論述的秩序泥沼之中，個人也可以在身邊發現反思的契機，也可能擺脫語言的規訓。

然而，最後的故事做為一個結尾，所要帶出來的並非一個新的法律倫理學。所謂倫理學來自於個人的反省，而非一種可以傳授或教育的知識。對於筆者而言，它必定來自於自身，但同時終結於自身。倫理反省的結果可以做為人生諸多決斷的基石，但卻永遠無法終結例外狀態做為一種結構的存在。

至於做為權力者的他者，如何做出決斷，是否只是基於一種廉價的慈悲，這是他人的選擇，從而並非本文所在意的部分；而每個個人也不會因為其決斷究竟是出於如何的反省或僅是一種施捨，而變得高尚或庸俗，因為，這些都只是一個決斷罷了。但是如果可以理解生命政治學的例外狀態主權操作，面對著生與死而了解什麼叫做生，或許就有可能來破除人性製造機器的政治學運作，更可以明白在人身上的附加之意義何在，明白人與非人的無區分，人與動物的無差別。如果可以理解這些，那麼也就能夠了解何謂政治上的生，與基於對死亡的誤解而來的

²² 詳請參見 Martha C. Nussbaum 著，方佳俊譯（2007），《逃避人性》，台北：商周。

赤裸裸的生的延續。此時，面對著二元符碼下的加害與被害、安全與危險，權力者或許才有可能破除這樣的語言支配，進而做一個毋須向任何人說明理由的決斷。我們甚至可以讓這樣的決斷不需要附加理由。

然而，客觀情勢的困難早已不僅僅在於個人式的倫理反省是否可能，而更在於制度設計上對於權力者所為的諸多限制規定²³，這些規定在論述上雖然是基於（為了更能發現真實、更公平等因素而能帶來）更完美的保障人權，但卻也阻隔了權力者做出透過個人倫理反省而來之判決的可能，阻礙了自他之間直接進行碰撞與刺激的機會。

最後必須附帶一提的是，對於現在的筆者而言，能夠激起自身倫理反省的，是面對了最終的死亡而導致對於政治性的生的不在意，不過，對於 Agamben 而言，這早已不是重點，而毋寧應該去思索（在本文談論生命政治時，所介紹的）人與非人的區分，這才是 Agamben 認為值得重視的問題。

而人與非人的區分、「非人對待」（此二者為前者）與所謂的人權（後者），對於筆者而言，前者透過 SARS 期間從電視螢幕與喇叭中傳來的聲聲呼喊與哀嚎，透過人際之間因為口罩與好寶寶體溫合格貼紙²⁴而來的一種隱約的排斥與不信任感，漸漸地具體化、現實化地滲入了筆者的思緒之中，而後者（人權），卻在歷史的考察過程中，雖被提出，但卻又漸漸地被淡化了它的色彩，我們與其說人權是人類真正的原權，反過來或許更貼近真實面來說，那不過是權力發展過程之中的一種建構物，人權不是人做為一種存在而真正與生俱來的權利，也不是可以拿來與國家相對抗的權力，而是在正當化國家權力實施的過程中，一個假借其高尚立意而來的工具罷了，一種知識的建構。一種主權權力施展過程中在論述上的些微讓步，然而，主權在展現其力量之時，卻不改其本色，彷彿先前的讓步對於之後的棋盤，是更為有利的戰略運用。

²³ 例如：審判合議制、國民參審制度、司法機關內依照判決或起訴結果做積分升遷、程序外接觸禁止原則等等。

²⁴ SARS 期間，臺大法律學院在每個入口設置了體溫檢測站，對每一個進入校區的人做體溫的測量，體溫在正常範圍之內者，則給予一個微笑的貼紙，本文稱之為：好寶寶體溫合格貼紙。如何稱呼那張從星期一到星期天都不同顏色的貼紙並不重要，真正值得我們注意的，或許是那薄薄的貼紙於人際關係之間的作用，那種對於平日最親近的同學與朋友的那種淡淡的、有一點非出於己意又情非得已的排斥與不信任的掙扎情感。

在那段期間，家裡有許多口罩，不過我倒從沒戴過，這樣的訴說並不代表著我有多麼高尚或者不畏病毒，而是：如果口罩代表著對於他者的不信任，那麼不戴口罩便是一種信任的表現，雖然……這在某種程度上看起來有些愚蠢，雖然因此而來的善意在那種情況下早已悄悄的因為某種原因而使得自己的動作將被理解為成為無形的病毒散佈者，現實上也不會有人感覺到自己的善意，但是，我還是這麼做了。不知道是否有誰感受到一丁點的信任與人際之間的溫暖。

第二節 研究展望

經過了前揭章節並結束了前一節對於結構反抗可能性的探尋，這趟對於法律權力之反抗旅程，也將告一個段落。做為一本刑事法學組的碩士論文，本文跨過了其犯罪與刑罰的領域，指向法律權力的本質來加以思考，而走向基礎法學的領域，然而因為筆者並不具備深厚的基礎法學知識，因此，雖然洋洋灑灑的提出一些想法，但就其實質，仍然有思慮淺薄或不周全之處，以下謹以本文尚未提及但卻有其重要性的幾個問題，有待未來進一步地加以研究。

首先，本文提出了法律是一種實踐，並希冀透過實踐來截斷法的循環論證，然而，該如何實踐，則無疑是必須回答的問題。此一問題不僅僅涉及應然與實然之間的法的力量的實作，更必須去思索應然面的立法問題，也就是說，當我們認為法律必須透過實踐來展現時，那麼立法的行為又應該如何定位？又應該如何立法？這些都是值得思考的問題。

其次，在反抗可能性的探尋過程中，曾提及縱然有倫理反省的契機，但卻有諸多制度上的建構，使得倫理反省的結果無法被灌注到決斷之中，如何在既存制度之下，留存有反抗的空間，則仍待對於結構不停地侵犯。而判決做為一個肯認既存秩序的決斷，如何可能從事結構的侵犯？在透過判決確立了法秩序的邊界時，如何可能稀釋濃厚的秩序感？或許必須要透過對於概念的內包與證人的代言的研究，方能有所獲得。

再者，則是筆者自身的課題：如何在無可決斷之處做決斷或不決斷？人性製造機的運作，其實並不是一味的異化與排除，它當然有可能給予社會上的弱者、受歧視者利益的保障²⁵，惟本文之所以批評這樣的運作，只因其運作益發基進，使人在其中成為受宰制的客體，因此希冀懸置其運作，不要再複雜化權利清單與差異目錄，來拓展人類自由的空間。

這樣的思考很大一部分的原因，是基於法化現象的觀察而來，並且必然將因為這樣的主張受到諸多的批評，因為當面對著一個活生生的裸命時，懸置人性製造機的動作，帶來的可能是純粹空間中的純粹暴力，也就是說，當你面對著一個受血腥暴力所侵襲的赤裸裸的生之時，促進人性製造機運作的知識體系與實踐運

²⁵ 本文雖然就主體、人性尊嚴、人權、理性等多有批判，甚至不再予以強調，但仍然肯認透過這些概念來為弱勢者發聲的言說與行動。一個細緻的對於判決的解構與對於人性尊嚴與主體性的論述，請參見：江玉林（2008），〈看得見的愛滋病與看不見的爱滋病「人」——台北地方法院關愛之家判決的心證論述解構〉，《科技、醫療與社會》，6期，頁111-144。此文中即有提及，台北地方法院的判決依恃其司法權力，對於社會弱勢者卻造成了去主體性與他者化的結果，相應於現今一再宣稱具有普遍性規範價值的人性尊嚴等理想的法律秩序，無疑有著極大的諷刺與矛盾。

動，必然更猛烈而積極的展開，其沛然難擋之勢，根本不是國家控制網絡擴張將帶來諸多不利益等等的論述所能面對、抑制與抵擋。那麼，當 Agamben 口中所說的潛力，在人類世界中總是化爲動力時，我們還能做些什麼？或者該如何不做些什麼？爲失敗而失敗嗎？筆者仍沒有答案。

最後，在這些反抗性論述中，似乎總是無「主體」的存在，而可能將遭致批評，不過，本文認爲，當一個人將另一個人當做人來對待的時候，對方自然就是一個主體了，亦即，主體的形成與建立，無須論述，也可以在實踐中顯現。

本文展現了主體、人權、理性與自由等等價值的空洞，並與許多後現代理論相仿地不去談目的與手段的證成關係，企圖藉此來揭露法律權力的本質，但是這些理論的基底，一如所有主張權利、主體與自由等傳統論述一般地，其實仍然是回歸最原初對於純粹生命的關注，只是更明白那或許不過是一個彼岸，因而反轉過來面對此岸，在肯認現代結構不可破除的前提之下，嘗試在結構的邊緣不斷地侵犯，爲赤裸的生命在結構中撐起（雖然可能窄小）的綠洲，爲個體在共同主觀之下，找尋一絲反抗與活存的可能性，即使那僅存在於瞬間。

最後的最後，謹以 Benjamin 於《歷史哲學題綱》中的第九題綱，來爲這本論文做結。

我的羽翼已準備好要飛翔，
而我卻想要回頭，
縱然終其一生地待在這裡，
我亦不會獲得幸福。

Gerhard Scholem, 《天使的問候》²⁶

有一幅名為《新天使》的畫作，出自 Klee 之手。畫中描寫了一個天使，似乎正要自其所凝視之處遠離而去。天使睜大了眼睛，張大著嘴，舒展著翅膀。這就是歷史的天使的模樣吧。他將他的臉朝向過去，過去是我們舉目所及的這一連串事件，在他看來卻是一場災難。這場災難持續不斷地在廢墟上堆積著新的殘骸，然後猛力將這些丟擲到他的腳下。天使想要留下，喚醒這些死者，將這些破碎之物重新彌合起來。然而，從天堂來的一陣暴風吹到了他的翅膀上；風吹得太猛烈，使其

²⁶ 英譯爲：

My wing is ready for flight,
I would like to turn back.
If I stayed everliving time,
I'd still have little luck.
—Gerhard Scholem, “Greeting form the Angelus”

無法將翅膀合攏。難以抵抗的暴風將天使帶往了他背向著的未來。而他眼前成堆如山的碎片，即將要與天齊高。而那陣暴風，正是我們所說的「進步」的力量²⁷。



²⁷ WALTER BENJAMIN, ON THE CONCEPT OF HISTORY, in SELECTED WRITINGS VOLUME 4:389, 392 (EDMUND JEPHCOTT ET AL TRANS., HOWARD EILAND AND MICHAEL W. JENNINGS ED. 2003). 文中所提及的畫作，出自 Paul Klee 之手，原名為 Angelus Novus (新天使)。

參考文獻

爲便利查找文獻，以下以作者姓名排序，中文以筆畫順序爲原則，日文則按照五十音順序，而英文以字母順序爲原則。

中文文獻

- 王皇玉（2005），〈論刑罰的報應與預防作用〉，《自由·責任·法—蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集》，頁 161-186，台北：元照，初版。
- 瓦尔特·本雅明著，陈永国译（2001），《德国悲剧的起源》，北京：文化藝術出版社，初版。
- 朱元鴻（2005），〈阿岡本「例外統治」裡的薄暮與晨晦〉，《文化研究》，創刊號，頁 197-219，台北：遠流，初版。
- 朱元鴻（2006），〈保羅政治的些許側景：回應蘇哲安〉，《文化研究》，第三期，台北：遠流，初版。
- 江玉林（2005），〈近代初期的警察〉，《月旦法學教室》，28 期，頁 36-37。
- 江玉林（2007），〈憲政國家的權力建築學—從傅柯與厄斯特萊希對於規訓概念的討論談起〉，《現代性的政治反思》，蔡英文、張福建主編，台北：中研院人文社會科學研究中心·政治思想研究專題中心，頁 333-358。
- 江玉林（2008），〈看得見的愛滋病與看不見的愛滋病「人」——台北地方法院關愛之家判決的心證論述解構〉，《科技、醫療與社會》，6 期，頁 111-144。
- 米歇尔·福科著，钱翰译（2004），《必須保卫社會》，上海：人民出版社。
- 吳庚（1981），《政治的新浪漫主義—卡爾·史密特政治哲學之研究》，台北：五南。
- 李茂生（1992），〈受刑人之人權及其救濟制度—以美日兩國之制度發展爲中心〉，《刑事法雜誌》，36 卷 1 期。
- 李茂生（1999），〈新少年事件處理法的立法基本策略—後現代法秩序序說〉，《臺大法學論叢》，28 卷 2 期，頁 141-228。
- 李茂生（2002），〈後現代犯罪學的啓示與少年事件處理法〉，《當代刑事法學之理論與發展——蔡墩銘教授榮退感念專輯》，頁 493-574，台北：學林初版。
- 李茂生（2003），〈論刑法部分條文修正草案中保安處分相關規定〉，《月旦法學雜誌》，93 期，頁 101-113。
- 李茂生（2003），〈動物權的概念與我國動物保護法的文化意義〉，《月旦法學雜誌》，第 94 期，頁 155-180。
- 李茂生（2007），《刑法總則講義》，2007 年版。電子資源，下載網址：

- http://www.law.ntu.edu.tw/chinese/03/professor/Mau_sheng_Lee.html。
- 李茂生 (2007),《監獄學講義》,2007 年版。電子資源,下載網址:
http://www.law.ntu.edu.tw/chinese/03/professor/Mau_sheng_Lee.html。
- 李茂生 (2007),〈情感與法律之間關係的論述〉,本文為 Martha C. Nussbaum 所著之《逃避人性》的推薦序,頁 6-14,台北:商周,初版。
- 李佳玟 (2005),〈風險社會下的媒體與刑事政策——以 1997 年白曉燕案為例〉,載於《自由·責任·法——蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集》,頁 249-272,台北:元照,初版。
- 李思儀 (2007),《從憲法平等權觀點檢視有前科者之職業選擇自由限制》,台大法律學研究所碩士論文。
- 余麗貞 (2005),〈二〇〇五年刑法保安處分章修正之說明及對實務運作之影響〉,《刑法總則修正重點之理論與實務》,台灣刑事法學會主編,初版。
- 林山田 (2005),《刑罰學》,台北:臺灣商務印書館,修訂版。
- 林山田 (2005),《刑法通論(上冊)》,9 版,2005 年,自版。
- 林山田 (2005),《刑法通論(下冊)》,9 版,2005 年,自版。
- 林山田 (2005),〈二〇〇五年新刑法總評〉,《臺灣本土法學雜誌》,67 期,頁 73-102。
- 林火旺 (2003),《倫理學》,台北:五南,初版。
- 林本添 (1964),《罪刑法定主義之研究》,台大法律學研究所碩士論文。
- 林芝郁 (2007),〈「恐怖行動」刑事責任之研究〉,台大法律學研究所碩士論文。
- 林志鍵 (2006),〈性自主?性桎梏?——我國刑法性自主犯罪之分析與批判〉,台大法律學研究所碩士論文。
- 林紀東 (1963),《刑事政策學》,台北:正中。
- 林東茂 (2005),《刑法綜覽》,台北:一品,4 版。
- 林明傑、張晏綾、陳英明、沈勝昂合著 (2003),〈性侵害犯罪加害人之處遇——較佳方案及三個爭議方案〉,《月旦法學雜誌》,96 期,頁 160-185。
- 林淑芬 (2004),〈傅柯論權力與主體〉,《人文及社會科學集刊》,16 卷 1 期,頁 117-150,台北:中央研究院中山人文社會科學研究所。
- 林淑芬 (2007),〈主權承認與見證:評介「赤裸人」〉,《文化研究》,4 期,台北:遠流,初版。
- 林鈺雄 (2005),《刑事訴訟法(上冊)——總論編》,台北:元照,4 版。
- 林鈺雄 (2006),《新刑法總則》,自版,初版。
- 林聰賢 (1995),〈實體真實主義之實相與虛相〉,台大法律學研究所碩士論文。
- 林聰賢 (2005),〈無期徒刑——越渡法律之自由〉,《自由·責任·法——蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集》,頁 201-218,台北:元照,初版。
- 林聰賢 (2005),〈消逝的人——法律觀察之極限〉,《中原財經法學》,第 14 期,第 113-155 頁。
- 周儵嫻、張祥儀合著 (2003),〈突圍:論性侵害犯罪人再社會化之可能性〉,《月

- 旦法學雜誌》，第 96 期。
- 柯朝欽（2006），《例外狀態的統治與救贖：論阿岡本（Giorgio Agamben）的兩種例外狀態模式》，東海大學社會學研究所博士論文。
- 柯耀程（2005），〈鳥瞰二〇〇五年刑法修正〉，《月旦法學教室》，29 期。
- 徐育安（1998），《刑法上類推禁止之生與死》，自版，初版。
- 陳子平（2005），《刑法總論（上冊）》，自版，初版。
- 陳光興（2004），〈《帝國》與去帝國化問題〉，《帝國》導讀，台北：商周，初版。
- 陳妙芬（2006），〈人權與價值衝突——「法律文化研究」的基本問題和方法〉，載於《法律的分析與解釋：楊日然教授紀念論文集》，頁 185-210，台北：元照，初版。
- 陳怡凱（2006），〈同質性與異質性：Carl Schmitt 的正當性概念析論〉，台大法律學研究所碩士論文。
- 許玉秀（2005），〈罪刑法定原則的構成要件保障功能（上）——第十六次修正刑法檢討系列（第一、二、二八至三一條）〉，《月旦法學雜誌》，123 期，頁 9-27。
- 許玉秀（2004），〈犯罪管理學序言〉，《台灣本土法學雜誌》，56 期，頁 1-8。
- 許恆達（2002），〈科學證據的後設反省——以刑事程序上的 DNA 證據為例〉，台大法律學研究所碩士論文。
- 許恆達（2006），〈刑罰理論的政治意涵——論「刑事政策」的誕生〉，《月旦法學雜誌》，137 期，頁 188-211。
- 黃士軒（2005），〈公務員賄賂罪之構成——以對於其保護法益之探索為核心〉，臺大法律學研究所碩士論文。
- 黃榮堅（2006），《基礎刑法學》（上），台北：元照，三版。
- 張旺山（2003），〈史密特的決斷論〉，《人文及社會科學集刊》，15 卷 2 期，頁 185-219，台北：中央研究院中山人文社會科學研究所。
- 張蕙蘭（2007），〈控制性侵害〉，台大社會學研究所碩士論文。
- 張麗卿（2006），《新刑法探索》，台北：元照，二版。
- 萬毓澤（2006），〈義大利自主主義運動與政治馬克斯主義：對《帝國》的脈絡化解讀與批判〉，載於《政治與社會哲學評論》，18 期，頁 93-149，台北：巨流。
- 萬毓澤（2007），〈從日常戰術到「新革命主體」：論 de Certeau、Holloway 與 Negri 筆下的權力與抵抗〉，載於《政治與社會哲學評論》，20 期，頁 57-131，台北：巨流。
- 蔡英文（2002），《政治實踐與公共空間：漢娜·鄂蘭的政治思想》，台北：聯經，初版。
- 蔡英文（2002），〈全球化與帝國的意象——評 Michael Hardt 與 Antonio Negri 合著 Empire〉，《政治與社會哲學評論》，1 期，頁 193-200，台北：巨流。
- 蔡碧玉（2005），〈二〇〇五年刑法之修正與刑事政策〉，《刑法總則修正之介紹與

評析》。

劉峰（2005），〈施密特《憲法的守護者》導讀〉，載於 Carl Schmitt 著《憲法的守護者》，李君韜、蘇慧婕譯，台北：左岸文化。

盧映潔（2005），〈我國刑法修正案有關增減刑罰及保安處分規定之探討與評析〉，《月旦法學教室》，121 期，頁 256-272。

盧映潔（2005），〈刑事制裁體系概說〉，《月旦法學教室》刑事制裁體系：第一講，37 期。

蕭宏宜（2006），〈保安處分與罪刑法定〉，《法令月刊》，57 卷 4 期，4-13。

韓忠謨（1982），《刑法原理》，自版。

薛熙平（2006），〈例外狀態：阿岡本（Giorgio Agamben）思想中的法與生命〉，政大法律研究所碩士論文。

謝煜偉（2004），〈二分論刑事政策之考察與批判——從我國「寬嚴並進的刑事政策」談起〉，台大法律學研究所碩士論文。

顏厥安（2006），〈規範縫隙初探〉，《法律的分析與解釋：楊日然教授紀念論文集》，61-89 頁，台北：元照，初版。

顏厥安（1993），〈再訪法實證主義〉，載於《法與實踐理性》，台北：允晨，初版。

蘇哲安（Jon Solomon）（2006），〈「復興」還是「復辟」？：論當前歐陸理論的限度與突破——〈保羅復興〉一文引起的省思〉，《文化研究》，3 期。

蘇俊雄（1998），《刑法總論 I》，自版，2 版。

蘇俊雄（2000），《刑法總論 III》，自版，初版。

Carl Schmitt 著，李君韜、蘇慧婕譯（2005），《憲法的守護者》，台北：左岸文化。

Carl Schmitt 著，劉峰譯（2004），《憲法學說》，台北：聯經，初版。

Carl Schmitt 著，蘇慧婕譯（2007），《論法學思維的三種模式》，台北：左岸文化，初版。

David Garland 著，周盈成譯（2006），《控制的文化——當代社會的犯罪與社會秩序》，台北：巨流，初版。

Enzo Collotti 著，文心譯（2004），《希特勒與納粹主義》，香港：三聯書店。

Friedrich Nietzsche，陳芳郁譯（2003），《道德系譜學》，台北：水牛，三版。

Georg Kneer & Armin Nassehi 著，魯貴顯譯（2000），《盧曼社會系統理論導引》，台北：巨流，初版。

Günther Jakobs 著，徐育安譯（2003），〈市民刑法與敵人刑法〉，載於《刑事法之基礎與界限——洪福增教授紀念專輯》，主編：許玉秀，台北：學林文化，1 版，頁 15-39。

Karen Farrington 著，陳麗紅、李臻譯（2005），《刑罰的歷史》，初版，圓神。

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

Michel Foucault 著，劉北成、楊遠嬰譯（1998），《規訓與懲罰——監獄的誕生》，台北：桂冠，初版。

Michel Foucault 著，尙衡譯（1990），《性意識史——第一卷：導論》，台北：桂

冠。

Michael Hardt 與 Antonio Negri 著，韋本、李尚遠譯（2004），《帝國》，台北：商周，初版。

Nicholas Brown & Imre Zseman 著，王逢振譯（2005），〈什么是群众？—迈克尔·哈特和安东尼·内格里访谈录〉（What is Multitude?-An Interview with Michael Hardt and Antoni Negri），《文藝研究》，2005 卷 7 期，北京：文化藝術出版社。

台灣本土法學雜誌，第六期，有關緊急命令之文章與研討，2000 年。

《二〇〇五年刑法總則修正之介紹與評析》，作者：蔡碧玉等（2005），第四場次會議記錄，台灣刑事法學會出版。

日文文獻

浅田和茂（2005），《刑法總論》，東京：成文堂，初版。

安形静男（1993），澤登俊雄、所一彦、星野周弘、前野育三編集，《新・刑事政策》，東京：日本評論社。

伊東研祐（1993），〈責任非難と積極的一般予防・特別予防〉，載於《刑事法学の総合的検討（上）》，東京：有斐閣，初版。

上野成利（2006），《暴力》，東京：岩波書店，初版。

上村忠男（2006），與田崎英明之對談，〈討議：言語と時の闘〉，《現代思考》，第 34 卷 7 号，東京：青土社。

大野真義（1982），《罪刑法定主義》，2 版，東京：世界思想社。

小川太郎（1981），《刑事政策論講義》，東京：法政大学出版社，初版。

ジョージ・シュワブ著・服部平治・宮本盛太郎・初宿正典・片山裕共訳（1980），《例外の挑戦：カール・シュミットの政治思想 1921-1936》，東京：みすず書房，初版。英文版請參見：George Schwab, The Challenge of the Exception: An Introduction to the Political Ideas of Carl Schmitt between 1921 and 1936.

川口浩一（2006），〈敵に対する刑法と刑罰論〉，《法律時報》，78 卷 3 号。

ギュンター・ヤコブス，《市民刑法と敵味方刑法》，平山幹子訳（2004），松宮孝明序，載於：立命館法学，京都：立命館大学法学部。

小林直樹（1988），《法・道德・抵抗権》，東京：日本評論社，初版。

齊藤誠二（2000），〈刑罰の正当性の根拠をめぐって〉，載於：《宮澤浩一先生古稀祝賀論文集》，第二卷：刑法理論の現代的展開，東京：成文堂，初版。

沢登佳人（1968），〈罪刑法定主義の歴史的意義への反省〉，載於：《犯罪と刑罰（上） 佐伯千仞博士還暦祝賀》，東京：有斐閣，初版。

高橋直哉（2006），〈共同体主義と刑罰論〉，《法律時報》，78 卷 3 号。

- 高山加奈子 (2007), 〈現代型刑罰法規と罪刑法定主義〉, 載於《法の再構築Ⅲ 科学技術の発展と法》, 編者: 城山英明、西川洋一, 東京大学出版会, 初版。
- 瀧川幸辰 (1954), 《刑法講話》, 東京: 日本評論新社, 初版。
- 内藤 謙 (1983), 《刑法講義総論(上)》, 初版, 有斐閣。
- 内藤 謙 (2007), 《刑法理論の史的展開》, 初版, 東京: 有斐閣, 初版。
- 中山研一 (2003), 《刑法の基本思想》, 成文堂, 増補版。
- 林幹 人 (2001), 《刑法総論》, 東京: 東京大学出版会, 初版。
- 檜垣立哉 (2006), 《生と権力の哲学》, 東京: 筑摩書房, 初版。
- 日高義博 (2001), 〈《鼎談》罪刑法定主義の問題状況〉, 載於《現代刑事法—その理論と実務》, 2001年11月号, No.31, 三巻11号, 東京: 現代法律出版。
- 藤本哲也 (2006), 《刑事政策概論》, 青林書院, 第5版。
- 前田雅英 (1998), 《刑法総論講義》, 東京: 東京大学出版会, 4版。
- 村井敏邦 (1993), 澤登俊雄、所一彦、星野周弘、前野育三編集, 載於《新・刑事政策》, 日本評論社。
- 山口 厚 (2007), 《刑法総論》, 東京: 有斐閣, 2版。

英文文獻

- Agamben, Giorgio (1998). *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life*, translated by Daniel Heller-Roazen, Stanford University Press. 日文版請參見: ジョルジョ・アガンベン著, 高桑和巳、上村忠男訳 (2003), 《ホモ・サケル 主権権力と剥き出しの生》, 東京: 以文社, 初版。
- Agamben, Giorgio (1999). *Remnants of Auschwitz: The Witness and the Archive*, translated by Daniel-Heller-Roazen, Zone Books.
- Agamben, Giorgio (2004). *The Open: Man and Animal*, translated by Kevin Attell, Stanford: Stanford University Press.
- Agamben, Giorgio (2005). *State of Exception*, translated by Kevin Attell, University of Chicago. 日文版請參見: ジョルジョ・アガンベン著, 上村忠男、中村勝己訳 (2007), 《例外状態》, 東京: 未來社, 初版。
- Agamben, Giorgio (2005). *The Time That Remains: A Commentary on the Letter to the Romans*, translated by Patricia Dailey, Stanford: Stanford University Press.
- Benjamin, Walter (1979). *Critique of Violence, in One-Way Street, and Other Writings 132-154*, translated by Edmund Jephcott and Kingsley Shorter, London: Verso,
- Benjamin, Walter (2003). *On the Concept of History, Selected Writings volume 4*,

1938-1940 389-400, translated by Edmund Jephcott and others, edited by Howard Eiland and Michael W. Jennings.

Hirsch, A. & Wasik, M (1997). Civil Disqualifications Attending Conviction: A Suggested Conceptual Framework, *The Cambridge Law Journal*, 56(3), pp.599-626.

Schmitt, Carl (1985). *Political Theology*, translated by George Schwab, MIT Press.

Raulff, Ulrich (2004). “An Interview with Giorgio Agamben,” Morag Goodwin trans., in *German Law Journal*, vol.05 no.05, 609-614

報紙

中國時報（2005/10/25），吳豪人，〈楊儒門就是要抵抗權〉，A15 版。

網路資源

維基百科 http://en.wikipedia.org/wiki/Main_Page

