

國立臺灣大學法律學院法律學研究所

碩士論文

Department of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis



刑事責任本質之反思——重新建構現代的責任觀

Reflections on the Essence of Criminal Responsibility:

Reconstruction of Modern Responsibility

潘佳苙

Chia-Yi PAN

指導教授：李茂生 博士

Advisor: Mau-Sheng LEE, Ph.D.

中華民國 107 年 2 月

Feb 2018



謝辭



終於終於來到了今天。在思索題目的過程中一直不斷探問自己為什麼要讀研究所，所幸找到了這個自己真的很想研究的題目，原本對於自己是否能完成這個高度抽象理論研究的題目有很大的疑慮，但是憑藉著對哲學問題的興趣（還有時間的壓迫之下）而在老師的指導之下堅持了過來，在研究過程中也重新省思了自己對於人的觀點——總算是能夠不留遺憾地離開待了七年半的此地。

首先最要感謝的當然是指導教授李茂生老師，當初會考法研所正是因為想要加入李門繼續追隨老師，最後也幸運地能在老師的指導之下完成論文，老師對我的生涯產生了莫大的影響，這或許是極少數對自己的人生幾乎毫無遲疑的部分，也使我從不懷疑當初放棄讀醫而選擇來到這裡是錯誤的抉擇。其次，謝煜偉老師不僅收留我為計畫助理，在徬徨地找尋題目時給予我論文題目的建議，也對論文整體的發想有很大的幫助，還擔任口委提出了許多寶貴的意見，原本在 11 月即將放棄本學期畢業時被老師督促了一番，因此能在這個時間點完成真的很感謝老師。另外，也很感謝黃宗旻老師欣然答應擔任口委，在口試上給予的鼓勵及肯定令我稍微對自己的論文產生了一點點信心，由衷感謝。在此也想要感謝大一時刑法啟蒙教師黃榮堅老師，沒有黃老師深刻的思想哲理的啟迪，我不會繼續踏上刑法的這條道路。

接著，感謝總是提供研究室歡樂、與我度過了幾個月論文寫作過程的廖逼逼，真心希望你可以回來完成論文，你當初自己說「不能來到這裡然後什麼都沒拿到」的喲；從以前就超罩，口試、論發都幫我記錄，在最後完成論文的一個學期一起在研究室努力的家瑋，能跟你說話才讓這段日子不那麼苦悶；平常互相抱怨、聊八卦還有討論李門同伴——擔任論發評論人的奕延、同一天口試的立群、昭德、穎嫻、育賢學弟、一起論發的婷勻學妹、劉家丞學長；研究室好夥伴——時常救我日文的陳立業、幫我很多很多的謝小務、幫我挑錯字的子恆；司法組到刑法組都一起的吳心嵐、牟牟、助理好夥伴威紅；口試前給我提點及鼓勵的蔡承翰。另外，國中到現在的台北小笨蔣群組 Candy 醬、阿蔣、小黑，還有從國小到現在一直給我很大的鼓勵的冠羽。當然，還有隨時都能召喚的我的護法——勁敵蔡函儒。

這一年半多來皮膚突然爆發嚴重的異位性皮膚炎，近乎體無完膚且充滿字面意義的血和淚的日子，特別感謝曾經治療過我的楊麗珍醫師及台大朱家瑜醫師，相信交完論文狀況也會改善許多。另外，也非常感謝在論文最後階段一邊求職之際，願意收留我接下來實習的鄧湘全律師。

最後，當然要感謝從小到大無論是精神上或經濟上都給我無條件支持的爸爸潘文成、媽媽吳育臻，讓我能毫無顧慮地讀書這麼多年，自由地做我自己；一起逛街買東西吃東西玩貓咪的姊姊潘欣苡，還有阿嬤及在天上的阿公。還有一直陪伴我與我度過各種快樂與痛苦，包容或接受我近乎全部的林慶（失業米蟲），你已馴養了我，今後也要一如往常一起好好地生活。

在此也回應到論文的核心意旨，我以及這本論文正是在以上的關係當中才能夠成為今天的樣子，對此我由衷地感謝，並在此留下小小的紀錄。

潘佳苡

2017.1.31 霖澤館 1810

中文摘要



使犯罪行為人負起刑事責任（也就是對其科以刑罰的惡害）從近代的刑法學理論建立以來就是理所當然的道理。本文想要重新思考的正是此一看似當然的道理背後所隱藏的問題，難道除了犯罪行為人個人之外，沒有其他人或整體社會應負責的部分嗎？除此之外，責任除了對應到刑罰之外，是否能夠有其他更積極的處理方式以對應犯罪？

為了思考以上的問題，本文先從責任論的歷史發展耙梳責任由共同體聚焦到個人身上，且由單純的心理事實演變為一種價值判斷（非難可能性）的過程。從中可以發現，責任不外是先要求設定理性、自律、自由的人類形象，再加諸責任在人的身上，尤其是近代成為通說的規範責任論影響之下，不斷加深此一形象。雖至 1960 年代，德國刑法學界興起對實質責任概念的探討，並企圖結合刑罰目的及刑事政策，惟最終仍難以脫離本質論式的責任論述。本質論式的責任論述是以「意思→行為→損害發生→責任追究」的時間順序為模式，其中預設了人是擁有自由意思的個體。因此本文藉由對於自由意思的重新檢視，以及提出與傳統主體性概念不同的主體觀念，對本質論式的責任論提出反思及解構，最終認為自由意思乃至於責任不外都是為了處罰的需求而由社會事後虛構的產物。

基此，本文認為不妨放棄責任本質的論述，改採建構論式的責任論，即以社會實際追索責任的流程「犯罪事態→無法收拾的國民感情→追究責任的集體意識→責任的特定化」，重新建構現代的責任觀。以日本學說「可罰的責任論」為理論的框架，除去刑罰有預防目的論述，改採「犯罪事後處理機能論」的刑罰目的，並且以西田幾多郎的「場所邏輯」證立個人責任得以藉由他者的分擔而減輕，重構出能夠對應到非刑罰處遇的新的責任概念。

關鍵字：刑事責任、責任本質、自由意思、主體性、可罰的責任論、場所邏輯、
犯罪事後處理機能論

Abstract

It is considered for granted in modern criminal responsibility theories that individual offenders are accountable for the offenses and shall accept the penalty. The main topic of this thesis is to reconsider the problem which hidden in this proposition, and to think about the question of if anyone else or the society itself should be in charge of the crime. In additional, do we have something more positive than penalty to deal with the crime problem?

The concept of “free will” plays a fundamental character in the theories of responsibility. However, when reviewing the history of criminal responsibility, it could be found that in the process of constructing offense, the subject of responsibility has transferred from communities to individual offenders. Under this situation, the image of a “standard man” had been set in advance: a rational, self- disciplined human with free will to be liable for his/her own decision. Until 1960s, discussion about the essential responsibility concept were once vigorously invoked in German, yet failed to re-examine the concept of free will. In this study, it argued that the concept of free will was just a fabricate claim produced for the purpose to penalize individual offenders, and, as a result, the modern criminal responsibility theories should be revised.

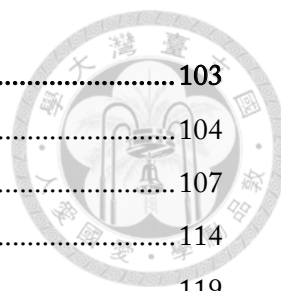
To replace the discussion around the essence of criminal responsibility, this study takes the approach of “constructive responsibility”. To reconstruct the new idea of responsibility, this study applies three existed concepts: the Japense original theory “*strafbarer Schuld*” as the frame, “the logic of basho” of Kitaro Nishida as the philosophical basis, and the “criminal post-processing function” as the purpose of penalty. In conclusion, society and others have contribute to the offense, therefore the individual offender’s own criminal responsibility should accordingly decrease, and we should reserve the non-penal approach to deal with the crime.

KEYWORDS: criminal responsibility, the essence of responsibility, free will, Subjectivity, *strafbarer Schuld*, the logic of basho, criminal post-processing function theory

簡目



第一章 緒論	1
第一節 研究動機與問題意識	1
第二節 研究範圍與用語說明	3
第一項 法學上的責任概念分類	3
第二項 刑法學上的責任與本文研究範圍	11
第三節 本文架構	15
第二章 責任論的歷史發展	16
第一節 中世紀及近世：刑事責任的誕生	16
第一項 十二世紀至十三世紀以前	16
第二項 十四至十六世紀	19
第三項 十七世紀至十八世紀	24
第四項 小結	26
第二節 近代責任原則的發展	28
第一項 十八世紀後半至十九世紀初	28
第二項 十九世紀中至二十世紀初	31
第三項 二十世紀初至二戰結束（1945 年）	42
第四項 小結	54
第三節 本章之結論	57
第三章 本質論的責任樣貌	60
第一節 責任理論之現況與分析	60
第一項 規範責任論的內容	60
第二項 期待可能性論之現況	62
第三項 非難構造的分析	65
第四項 小結	67
第二節 實質的責任概念	69
第一項 預防為目標的責任構想＝功能主義的責任概念	69
第二項 理性自由主義的責任構想	86
第三項 討論的責任構想	90
第四項 可罰的責任論——與預防相對立之立場	96
第五項 小結	97
第三節 本章之結論	99
第四章 本質論的責任觀之解構	103



第一節 重新檢視意思自由	103
第一項 概念說明與釐清	104
第二項 實證科學上的研究成果	107
第三項 自由與責任再考	114
第四項 小結	119
第二節 對責任「主體」之反思	121
第一項 主體性的概念	121
第二項 自己／自我的形成	125
第三項 小結	137
第三節 本章之結論	139
第五章 重新建構責任觀	143
第一節 西田哲學「場所」對責任論的啟發	143
第一項 「場所」之意義	144
第二項 場所對責任論的啟發	148
第三項 小結	159
第二節 可罰的責任論	160
第一項 可罰的責任論之內容	160
第二項 理論分析與評價	168
第三項 「可罰性」的概念	176
第四項 小結	180
第三節 刑罰的犯罪事後處理機能	182
第一項 刑罰目的的檢討	182
第二項 犯罪處理	185
第三項 小結	192
第四節 代結論——責任對應非刑罰處遇的可能性	194
第六章 結論	202
參考文獻	206

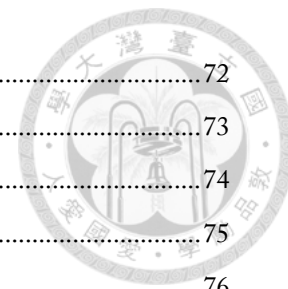
詳目



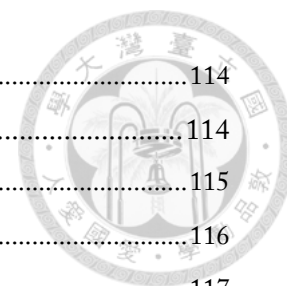
第一章 緒論	1
第一節 研究動機與問題意識	1
第二節 研究範圍與用語說明	3
第一項 法學上的責任概念分類	3
第一款 哈特的責任分析	3
第二款 Kelsen 的責任分析	5
第三款 參與責任、負擔責任、職責責任	6
第一目 參與責任	6
第二目 負擔責任	7
第三目 職責責任	8
第四目 轉嫁可能性問題	9
第二項 刑法學上的責任與本文研究範圍	11
第一款 名詞解釋	11
第二款 本文研究範圍與用語	13
第三節 本文架構	15
第二章 責任論的歷史發展	16
第一節 中世紀及近世：刑事責任的誕生	16
第一項 十二世紀至十三世紀以前	16
第二項 十四至十六世紀	19
第一款 個人作為責任主體的出現	19
第二款 《卡洛林那法典》中的責任	22
第三項 十七世紀至十八世紀	24
第四項 小結	26
第二節 近代責任原則的發展	28
第一項 十八世紀後半至十九世紀初	28
第一款 前期古典學派	28
第二款 費爾巴哈的主觀歸責論	30
第二項 十九世紀中至二十世紀初	31
第一款 後期古典學派	31
第一目 康德、黑格爾哲學的影響	31
第二目 社會背景	33
第三目 學說特色	34
第二款 近代學派（新派）	35



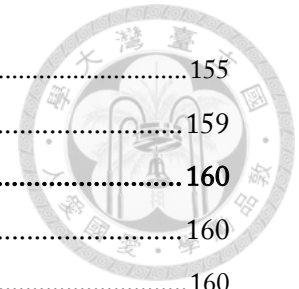
第一目 學說特色與社會背景.....	35
第二目 李斯特之學說理論.....	37
第三款 心理責任論.....	38
第一目 概說.....	38
第二目 後續之發展：Löffler、Radbruch.....	40
第三項 二十世紀初至二戰結束（1945 年）.....	42
第一款 學派之爭與妥協.....	42
第二款 規範責任論.....	44
第一目 轉變的契機.....	44
第二目 M. E. Mayer 的責任論.....	45
第三目 R. Frank 的責任論.....	46
第四目 規範性的責任要素.....	48
第三款 期待可能性論.....	49
第一目 概說與判斷基準.....	49
第二目 E. Schmidt 的責任論.....	51
第三目 遭受之批判.....	52
第四款 戰時體制下之發展.....	53
第四項 小結.....	54
第三節 本章之結論.....	57
第三章 本質論的責任樣貌.....	60
第一節 責任理論之現況與分析.....	60
第一項 規範責任論的內容.....	60
第二項 期待可能性論之現況.....	62
第一款 德國戰後之發展.....	62
第一目 Welzel 的影響.....	62
第二目 作為規制性原理.....	63
第二款 日本的實務現況.....	64
第三項 非難構造的分析.....	65
第四項 小結.....	67
第二節 實質的責任概念.....	69
第一項 預防為目標的責任構想＝功能主義的責任概念.....	69
第一款 刑法功能主義概況.....	70
第二款 Jakobs 之功能主義罪責理論.....	71
第一目 Jakobs 的規範論.....	71



第二目 Jakobs 的刑罰目的與刑法體系.....	72
第三目 Jakobs 的功能罪責概念	73
第四目 遭遇之批判.....	74
第三款 Roxin 之答責性論.....	75
第一目 Roxin 的刑罰目的論	76
第二目 答責性論.....	78
第三目 其他處罰條件.....	80
第四目 遭遇之批判.....	81
第四款 最近的德國學說：D. Karamagiolis.....	82
第五款 日本學說	83
第一目 伊東研祐.....	83
第二目 林幹人.....	84
第三目 松原芳博.....	85
第二項 理性自由主義的責任構想	86
第一款 M. Köhler 的理論	86
第二款 R. Zaczek 的理論	88
第三款 遭遇之批判	89
第三項 討論的責任構想.....	90
第一款 U. Kindhäuser 的理論	91
第二款 K. Günther 的理論.....	92
第三款 遭遇之批判	94
第四項 可罰的責任論——與預防相對立之立場.....	96
第五項 小結.....	97
第三節 本章之結論.....	99
第四章 本質論的責任觀之解構	103
第一節 重新檢視意思自由	103
第一項 概念說明與釐清.....	104
第一款 自由意思與決定論的相容性.....	104
第二款 他行為可能性／行為人性.....	105
第二項 實證科學上的研究成果	107
第一款 腦科學	107
第二款 遺傳學	110
第三款 實驗哲學	111
第四款 物理學	112

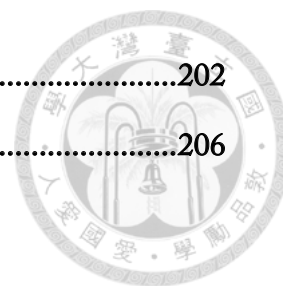


第五款 心理學	114
第三項 自由與責任再考	114
第一款 法學界可能的回應	115
第二款 責任的虛構性	116
第一目 原因的找尋	117
第二目 再探意志	118
第三目 責任的真面目	118
第四項 小結	119
第二節 對責任「主體」之反思	121
第一項 主體性的概念	121
第一款 主體性的意義	121
第二款 對主體性的懷疑	122
第二項 自己／自我的形成	125
第一款 日本哲學的自己觀念	125
第一目 西歐的「自我」與日本的「自己」概念	126
第二目 西田幾多郎的純粹經驗	127
第三目 與榮格、尼采的共通性	130
第二款 Judith Butler 的主體觀	131
第一目 詢喚及主體的成立	131
第二目 主體化＝從屬化理論之問題	133
第三目 法、主體與責任	134
第四目 承認與他者	135
第三項 小結	137
第三節 本章之結論	139
第五章 重新建構責任觀	143
第一節 西田哲學「場所」對責任論的啟發	143
第一項 「場所」之意義	144
第一款 場所邏輯概說	144
第二款 述詞邏輯	146
第二項 場所對責任論的啟發	148
第一款 「場所」與「環境」的關係構造	148
第二款 他者論	152
第三款 重新理解人、他者、環境、責任	154
第一目 絕對矛盾的自我同一	154



第二目 場所邏輯對責任論的檢討	155
第三項 小結	159
第二節 可罰的責任論	160
第一項 可罰的責任論之內容	160
第一款 理論淵源——宮本英脩	160
第二款 理論提出——佐伯千仞	161
第三款 淺田和茂	164
第四款 大山弘	164
第五款 山中敬一	166
第二項 理論分析與評價	168
第一款 一階段構造說與二階段構造說	168
第二款 贊成一階段構造說之理由（松原芳博）	169
第三款 贊成二階段構造說之理由（鈴木茂嗣、大山弘）	172
第一目 鈴木茂嗣	173
第二目 大山弘	174
第三項 「可罰性」的概念	176
第一款 可罰性的意義	176
第二款 應罰性與需罰性	177
第三款 「可罰性」在犯罪體系上之地位	178
第四項 小結	180
第三節 刑罰的犯罪事後處理機能	182
第一項 刑罰目的的檢討	182
第一款 刑罰的機能與目的	182
第二款 犯罪預防目的的問題性	183
第二項 犯罪處理	185
第一款 歷史概觀	186
第二款 意義	187
第一目 犯罪處理之內容與程序	187
第二目 犯罪處理之理念與寬恕	189
第三款 作為犯罪處理的刑法規範和刑事司法	190
第一目 刑法規範與責任主義	190
第二目 刑事司法的對應	191
第三項 小結	192
第四節 代結論——責任對應非刑罰處遇的可能性	194

第六章 結論.....	202
參考文獻.....	206





世上只有一種真正的奢侈，那就是人與人的關係。

——安東尼·聖修伯里《風沙星辰》(*Terre des hommes*)

第一章 緒論^{*}

第一節 研究動機與問題意識

2014 年 5 月台灣發生台北捷運隨機殺人事件，造成重大的傷亡，社會一時籠罩在恐懼之下。當媒體對兇嫌不斷貼附各種冷血、惡魔、非人的標籤之時，我們要思考的難道不是為什麼社會上會發生這樣的慘劇？難道事情的原因真的單單出在一個人的腦中的一個想法嗎？若要問除了逮捕並將犯罪人判處死刑以外，社會乃至於國家做了哪些事情來了解、處理這個事件，恐怕是令人失望的。在大約兩年之後，2016 年 3 月又發生內湖女童遭隨機殺害的事件，社會再度陷入恐慌，而出現要求修法加重殺童刑責的呼聲。在同年 5 月，北捷隨機殺人案犯罪人在死刑確定的 18 天之後隨即被執行死刑完畢。

在這類重大的犯罪事件當中，很清楚的是我們讓犯罪人負起了他的「責任」，這個責任是以自由刑或是死刑的生命剝奪來表現。在兇手「伏法」之後，難道就感覺正義得到伸張，一切都歸於平靜？社會或國家的責任難道只有制定了刑法規範然後提供一個監所的空間？我們情感上的應報心態可能因此獲得滿足，但是事情顯然不會因為這樣的滿足就圓滿解決。那麼，我們難道沒有其他更積極處理事件、撫平恐懼和傷痛的方法了嗎？本文希望透過對於刑事責任的反思，嘗試思考以上的問題是否有其他的可能性。刑法將巨大的刑事責任歸於單一的行為

^{*} 本文為科技部計畫「重新理解責任理論：以批判犯罪學理論及事後處理機能論為中心」(106-2410-H-002-107-MY3)之部分研究成果。筆者擔任此計畫助理，協助主持人謝煜偉教授執行此計畫，特此敘明。

者個人，是否隱藏了什麼問題？或者是有意地藉此掩蓋某些問題？

通常在討論有責性時，會以「非難可能性」來闡述，進一步詢問什麼是非難可能性時，通常會得到非難可能性是以「他行為可能性」作為判斷標準的答案。但是有「他行為可能性」本身為何就能導出非難呢？這樣的回答似乎流於同語之反覆，而沒有回答到真正的問題。目前通說的刑法理論將人視作一個擁有理性自律能力的主體，基於自由意志為行為，其行為（及所造成的事態）即成為犯罪評價，在責任的範疇中對行為人做出評價（有責→有罪；無責→無罪）。另一方面，這樣的評價通常只會對應到「刑罰」，亦即，目前我們對於犯罪行為人的對應措施，仍舊立於「罪」與「罰」相對應的思考前提，原則上刑罰是不可撼動的刑事制裁，我們只不過在例外情形下（如在特別預防的考量下），思考作為刑罰的替代品（如各種轉介措施、處遇或其他刑罰替代方案）。但是，刑罰作為賦予受刑人苦痛的懲罰，其縱使附加了各種積極性的意涵，增添再犯防止、教育、再社會化的功能，其本質仍舊沒有太多的改變，這點是我們不應忽視的。因此，「責任」作為犯罪論與刑罰論之間的連接橋樑，對於這樣僵化的現狀是否有改變的可能性？或是真正去面對問題點，並以較刑罰更積極的手段處理的可能性？因為社會的犯罪對應策略相當程度反映了犯罪如何被定義、如何被認識，以及如何對抗犯罪，各個環節彼此環環相扣，後端的處遇理念不可能脫離前端的犯罪定義來思考。因此如果想要因應當代處遇理念的變遷，改變「刑罰為主，其他替代措施為輔」的想法，就必須從刑事責任概念的重新建構著手。

基此，本文的問題意識就聚焦在探討以下幾個問題。首先，再度確認（1）責任之本質為何？此問題包含在歷史的發展上這樣的本質論是如何出現的，以及晚近論者有何不同的見解？並且基於這個理解，探討（2）本質論的責任是否有什麼問題？在此將聚焦於探討「單一行為人」作為責任主體所隱含的問題。最終探討（3）是否有破除「責任→刑罰」此種單一連結的可能性？因為責任雖然作為刑罰的前提（無責任即無刑罰），但並不表示有責任即非要使用刑罰不可，而能考慮其他對應可能性。

第二節 研究範圍與用語說明

責任一語在倫理學、社會學、政治學、心理學等等領域當中皆被使用，具有相當的多義性。在法學當中，各法領域也都有責任概念，如民事責任，或以功能區分的損害賠償責任、侵權責任等等。在刑法學當中，也由各種的觀點來討論，未必能夠有統一性的理解，某意義上來說處於非常混亂的狀態。

以下將先稍微探討法學上一般論的責任概念用法，並以哈特（H. L. A. Hart, 1907-1992）及 Kelsen 的分析為例，再度重新整理分為參與責任、負擔責任、職責責任三類。其次，第二部分將聚焦在刑法上的責任，最後確認本文的研究範圍。

第一項 法學上的責任概念分類

責任概念不僅在法學領域中佔有重要地位，如損害賠償責任、刑事責任等概念，在一般生活上也被廣泛使用，在概念上具有多義性，在實踐上的意義上也具有多義性，因此使得責任的一般論（總論）變得相當複雜難解。有不少論者曾嘗試提出責任概念的分析並加以分類，以下說明之。

第一款 哈特的責任分析

哈特（H. L. A. Hart, 1907-1992）在其著作《懲罰與責任》（*Punishment and Responsibility*）的附錄章〈責任與應報〉（Postscript: Responsibility and Retribution）當中，提出了責任概念的四個分類，分別闡述如下：

①**地位責任**¹（Role-Responsibility）：某個人在社會組織中有特定的地位、職務的情形，為提供他人福利或促進組織的目的，有結合地位、職務的特定義務，履行該義務的責任。在此情形，該義務即為該特定人的責任。

②**因果責任**（Causal-Responsibility）：因果責任指向對某結果的原因，

¹ 翻譯參考 H. L. A. Hart 著，王勇、張志銘、方蕾譯，懲罰與責任，北京市：華夏出版社，頁 201（1989 年）。



「對……負責」之用語在此意義下可以置換為「引起／惹起」此一因果性用語。此用法通常使用過去式的語法。應負因果責任者不限於人，可能是其他作為或不作為，以及物、條件與事件均可以說是具有因果責任。

③**負擔責任**² (Liability-Responsibility)：例如「負刑事的責任」、「民事訴訟中負法的責任」等用法為適例。具體而言，即被科以刑罰、負擔損害賠償等意義。法律責任與道德責任的不同在於規定的內容之差異，在責任的意義當中則並無差異。認定此一負擔責任必要的要件通常有三類：a. 精神的、心理的條件；b. 行為與損害的因果關連及其他關連性；c. 與行為人的關係性。

④**能力責任** (Capacity-Responsibility)：即「對自己的行為有責任」的用法。一般而言，「某人對自己的行為有責任」的說法被用來主張該人有平均的能力。此一能力責任在負擔責任的第一個要件（a.精神的、心理的條件）中，是與故意、過失並列的一個要素。具體而言，是理解法的規定或道德要求之行為，並依據該要求而考慮並做成決定，再依決定行為的能力³。

進一步分析哈特以上的分類，可能會發現一些問題點。**首先**，因果關係的定位相關的問題是，雖然確實有因果責任的用法，但是不以人而以事件作為主體（主語）的例子非常少，且在那樣的情形與人作為主體不同，意義相當限縮。而且，因果責任與負擔責任的第二要件——行為與損害的因果關連性——的異同亦不明確。**其次**，與能力責任有關的問題，哈特主張「某人對自己的行為有責任」即指「該人有平均的能力」這點仍有疑義。此概念確實有被使用，但是比起責任的概念本身，毋寧是被用來指涉責任其中之一的意義——能力的概念。因此，在責任概念的分析當中劃設出能力責任的一個範疇並不妥當。再者，與因果責任的區別未必明確，有一定具體內容的能力為何是作為責任認定之際必要要件的「責任」能力，也有待進一步正當化的說明⁴。

² 中文譯本譯為「義務責任」，在此保留日本學者瀧川裕英之日譯法。

³ 瀧川裕英，責任の意味と制度：負担から応答へ，東京都：勁草書房，頁 26-27（2003 年）；Hart 著，王勇、張志銘、方蕾譯，前揭註 1，頁 201-219。

⁴ 瀧川裕英，前揭註 3，頁 27-28。

第二款 Kelsen 的責任分析

為了克服哈特的分析之缺失，可以參考 Hans Kelsen（1881-1973）的分析。Kelsen 並未直接明確地對責任概念提出分析，以下是將其提到有關責任概念的言論進行整理⁵，分析出其責任概念的類型論。

A. **制裁**（Sanktion; sanction）：對於依秩序被規定的行為之反作用。此一制裁不僅在不服從秩序時為不利益，也包含在服從秩序情形的利益。大致上可以區分為，在宗教場合典型的超經驗的（transzendent）制裁和法律情形典型的社會內在的（gesellschaftlich）制裁。法律與道德的區分也能由此理解，法律的定位是強制的秩序，與此相對，道德上制裁並未依道德秩序而規定形成組織化的社會。基於此，可以由制裁的型態來區別法律、宗教、道德。

B. **義務**（Pflicht; duty, obligation）：個人依據規範被命令為一定的行為或禁止，在此關係當中的義務。依規範被賦予義務意味著與規範相反的行為屬規範違反行為，作為被規範規定的制裁條件。因此，依規範被賦予義務一事為規範違反行為的潛在的主體。

C. **責任**（Haftung, Verantwortlichkeit; responsibility, liability）：指為相反行動之際發動的制裁。人做與規範合致的行為而被課予義務，另一方面對違反規範的行為負責任。義務與責任的區別是，義務顯示出規範違反行為潛在的主體，與此相對，責任則顯示出制裁的潛在客體。若著眼於規範，規範在與規範違反行為的潛在主體之間的關係，含有義務的意義；與此相對，在與制裁的潛在客體間的關係，含有責任的意義。通常，義務的主體與責任的主體一致，但在制裁是針對規範違反行為者以外的人時，義務與責任有區別的必要。

為了避免混同以上三個概念，Kelsen 說道：

制裁本身並非義務（雖有可能是義務但並無必然性），是與依規範為一定的行動有關之強制作用，「不要為該行動」是規範所命令的義務內容。此事也可以表現為，制裁是構成義務的強制作用。責任也不是義務，強制作用是個

⁵ 主要是 *Reine Rechtslehre*, 2 Aufl. (Österreichische Staatsdruckerei, 1960; Nachdruck 1992)，及 *General Theory of Law and State* (Harvard University Press, 1949) 兩本著作。

人的對於該人本身或其他人所為規範違反行為的關係。義務則是，行為成為規範違反行為的該個人不要為規範違反行為一事⁶。

D. 有責性 (Schuld; culpability)：是規範違反者的內中心心理的行為與外在行為引起或妨礙的結果之間一定的積極關係，預見或是企圖為行為的意圖。責任通常分為有責責任 (Schuldhaftung; responsibility based on fault or culpability) 與結果責任 (Erfolgshaftung; absolute responsibility)，有責性則是作為兩者區分的標示即前者的要件。

以上 Kelsen 的分析非常明確，不過，在責任與制裁強制結合的解釋這點仍有疑問，除此之外義務、責任、有責性這三個類型的責任分析是妥當的。基於這樣的理解，以下嘗試將責任概念以參與責任、負擔責任、職務責任三個類型來分析⁷。

第三款 參與責任、負擔責任、職責責任

以下延續日本學者瀧川裕英在其專書《責任的意義與制度：從負擔到應答》（責任の意味と制度：負担から応答へ）中對哈特及 Kelsen 的分析，參考其提出的參與責任、負擔責任、職務責任的分類方法。

第一目 參與責任

作為參與的責任（簡稱參與責任⁸）是指，對過去的事件有某些作用、關連、參與的意義，因此是對過去發生的事件有參與的意義，僅處理過去的責任。認定參與責任時，有將事件的原因歸屬於某存在者的作用，此際，通常以「某人對某過去的事件有責任」為基本的表現形式。當我們分析「……有責任」這個敘述時，又可以分為兩個面向。其一是生成責任，其二是有責責任。

第一，在參與責任指的是某事件的生成原因的情形，此意義的責任即稱為「生成責任」。依據美國政治及法哲學者 Joel Feinberg (1926-2004) 的看法⁹，此

⁶ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2 Aufl., S. 128f. 轉引自瀧川裕英，前揭註 3，頁 29。

⁷ 瀧川裕英，前揭註 3，頁 28-30。

⁸ 日文原文為「関与責任」。

⁹ Joel Feinberg, *Doing and Deserving: essays in the theory of responsibility*, Princeton, N.J.: Princeton University Press, p.119-151 (1970).

意義下的責任又可以分為三類：a. 因果性（causality），用於明確指出原因；b. 因果的行為人性（causal agency），用於與基礎行為對比的複合行為情形下的行為人性；c. 單純的行為人性（simple agency），指基礎行為情形的行為人性。舉例而言，「X 開槍之下 Y 死亡」是因果性，「X 將 Y 槍殺」有因果的行為人性，「X 彎曲食指」則是單純的行為人性。基此，依據是否有行為參與其中又可以分為「事件生成責任」與「行為生成責任」。

第二，有別於生成責任的另一類，參與責任的第二個意義，指的是行為人大致上作為非難對象的情形，行為人違反了某些規範，該行為大致上有非難可能性。此與 Kelsen 的「有責性」概念相對應。此類型可以稱為「有責責任」。此一有責責任，具有以下性質。首先，有責責任與現實上的「非難」行動有所不同，因此可能現實上非難無有責責任者，或是不去非難有有責責任者。其次，有責責任一般具有「對行為人的固著性」之特徵，存在規範違反的情形歸屬於該違反規範者，有責責任藉由規範違反的行為固著於行為人，在此意義下，有責責任與行為生成責任有內在的結合關係，與行為生成責任相同，責任追及的歸結點在行為人。

綜上，當我們使用「……有責任」的用法時，僅具有生成責任的意義之情況是少的，大多情形都包含有責責任的意義。原因在於，談論責任時，通常都是有未預料或不好的事態發生，在那樣的情形不只是生成責任，有責責任也會成為問題。因此，「某人對某事態有責任」的用法，通常無法還原為該人對該事態的產生有所參與這樣的敘述，亦即，是在與非難相當的層面當中判斷該人的資質。因此，生成責任相較於有責責任是「淺層責任」，有責責任則是「深層責任」¹⁰。

第二目 負擔責任

負擔責任廣義而言即有負擔或不利益的意義，狹義而言，是在處理過去情況的責任時，作為規範違反結果而產生的負擔或不利益。此概念可以對應到前述哈特的「負擔責任」與 Kelsen 的「責任」概念。典型的用法為「負責任」。負擔責任的內容，在法律上有刑罰、損害賠償等，在道德、社會上則是非難或關切、辭職、解職等。

¹⁰ 以上整理自瀧川裕英，前揭註 3，頁 30-34。

負擔責任重要的特徵之一為「轉嫁可能性」，意即，負擔責任不會固著於規範違反之人。在處理過去情況的責任時，負擔責任因規範違反而產生，但並未直接違反規範的人也可能負有負擔責任。再者，在處理未來情況的責任時，尚未產生規範違反問題，因此自無固著於規範違反者的問題。此轉嫁可能性的特徵最常見於損害賠償責任。例如，國家機關因規範違反而產生損害賠償的負擔責任時，通常以稅金的形式轉嫁於歸屬該國家的個人。相對於此，刑罰、非難的情形被認為並無轉嫁可能性，但是，在近代以前的社會確實有對規範違反者以外之人課以刑罰、非難的負擔責任的情形，「承擔他人之罪」的事情不論當否確實是可能的。刑罰、非難被認為無轉嫁可能性這點，可能也暗示了對刑罰、非難已經採取了負擔責任以外的解釋¹¹。

第三目 職責責任

職責責任指的是人在某個立場、地位、角色而產生的某些職責，可以對應到哈特的「地位責任」或 Kelsen 的「義務」的概念。具體的用法有「父母有養育子女的責任」、「政治家對國政有責任」等，或是「責任感很強」、「負起責任而行動」也是屬於此意義的用法。

職責責任有以下幾點性質。首先，職責責任不僅包含「職責」(obligation)也包含「義務」(duty)。羅爾斯 (John Rawls, 1921-2002) 在《正義論》(A Theory of Justice) 當中指出職責與 (自然的) 義務在概念上的區別，並認為職責有以下三個特徵：(1) 職責是由自發的行為產生的結果，此行為可能由約定、同意等明示或默示的方式來承受，在接受利益的情形則無此必要；(2) 職責的內容通常是以制度或實踐的規則來要求當事人為特定的行為；(3) 被職責限制的個人通常是為了維持某制度而集合的特定人。羅爾斯認為義務則不包含這三個要素，但是瀧川教授將這兩者皆歸類於「職責責任」，以更一般性的「任務」的意義來理解。

其次，職責責任的第二個性質是，其不包含全部的義務，在日常的用法下也通常無法與義務的用法互換。一般而言，責任是與比較複雜且廣泛的事情有關的義務，以要求一定期間繼續的關切與注意之「責任領域」為前提，因此，短時間

¹¹ 以上整理自瀧川裕英，前揭註 3，頁 35。

且單純的事情有關的義務我們就不會稱為責任。亦即，職責責任與義務的差異在於，職責責任本質上有一定的「裁量」作為構成要素，對於沒有行使裁量能力／權力的人，我們不會使其負職責責任。**第三個性質**則是，職責責任與負擔責任同樣都具有轉嫁可能性。也因為有以上這樣的性質，職責責任與負擔責任兩概念常常並未被明確區分，例如，損害賠償同時是職責也是負擔，可以用損害賠償「義務」與損害賠償「責任」來對應前後二者。那麼，職責責任與負擔責任究竟應如何區別？舉例而言，車輛在行進中時某人引起事故，滿足一定條件的話，該人負擔該事故之結果的損害賠償責任，此時損害賠償責任正是負擔責任。然後，負擔損害賠償責任者如不履行，在一定條件下會成為強制執行的對象，此時損害賠償責任即成為職責責任。亦即，職責責任與負擔責任縱使指向同一對象，其觀點、層面仍有不同的、個別的意義¹²。

第四目 轉嫁可能性問題

參與責任、負擔責任與職責責任的區別如以上所述，其中最重要的區別在於（參與責任當中的）有責責任與負擔責任，為了明確區別這兩者，有必要針對作為負擔責任特徵的「轉嫁可能性」相關的問題做進一步的探討。

首先可以用「具備有責責任但無負擔責任的情形」以及「無有責責任但有負擔責任」這兩種相反的情形來檢討。前者的例子有，年少之人為不法行為的情形，雖有有責責任，但不會負損害賠償責任或刑罰的負擔責任；後者則可以舉出戰後世代負戰爭責任的例子，戰後世代在定義上不負戰爭犯罪有關的有責責任，但是仍被理解為要負擔戰爭責任。

關於這兩者的區別，Feinberg 提出以下的說明：

關於所有的「代理的刑罰（vicarious punishment）」有以下重要之點。即使負擔（liability）與過失（fault）的區別是合理的，某人可能轉嫁給別人的也只有負擔。特別是不可能「代理的罪（vicarious guilt）」¹³。

負擔有可能轉嫁，但是行為人性、因果性、過失不能轉嫁，罪恐怕也無轉嫁

¹² 以上整理自瀧川裕英，前揭註3，頁36-38。

¹³ Joel Feinberg, *Collective responsibility*, Journal of Philosophy, 65(21), p.676 (1968).

可能¹⁴。

有責責任與負擔責任的區別基準即在於「轉嫁可能性」，以刑事責任為例，「刑罰」作為負擔責任，在概念上有轉嫁的可能，相對於此，作為刑罰的一個條件的「罪」則為有責責任，在概念上轉嫁不可能。在概念上，兩概念確實可以以轉嫁可能性來明確區別，但是在實踐上，轉嫁可能性可能無法作為有效的區別基準，因為，負擔責任並非經常都有轉嫁可能。通常我們會認為損害賠償責任有轉嫁可能，但是從責任主義來看，刑罰則是不可能轉嫁，那麼應該進一步探討兩者區別的基準為何。瀧川教授認為，在「無有責責任但仍負負擔責任」的情形，屬於「非自己責任」的問題，此問題可以提升到更上位的「道德運氣（moral luck）」問題來討論。

內格爾（Thomas Nagel, 1937-）將道德運氣分為四類：構成運（Constitutive Luck）、狀況運（Circumstantial Luck）、行為運（Causal Luck）、結果運（Resultant Luck）¹⁵。其中，與此處「轉嫁可能性」問題有關的是「構成運」當中的一個重要的問題——集合的責任。所謂「**集合的責任（collective responsibility）**」指的是，儘管個人無有責責任，但因為屬於某個集合體，所以個人負有負擔責任。在集合的責任當中，於集團的層面成立自己責任，在個人的層面則不成立自己責任。此集合體可能是家庭、學校、社會、國家、民族、人種等等，被使用於相當廣泛的意義。那麼在此的問題會是，民事責任、刑事責任、道德的責任等等各式各樣的責任當中，怎樣的責任可能成為集合的責任對象？從歷史來看的話，不論是民事責任、刑事責任或道德的責任都有集合的責任之機能。民事責任與刑事責任在歷史沿革上最初並未分化，集團之間的復讐正是集合的責任，且連坐制度對犯罪抑止也有顯著的效果，因此，難以否定民事責任、刑事責任及道德的責任概念本身有作為集合責任的可能。但是，伴隨近代個人主義的成立，個人自己責任成為原則，集合的責任變成有正當化的必要（關於此，詳見本文第二章）。再者，負擔責任當中刑事責任與道德責任的集合責任被認為不可能正當化。在探討二戰後德國的戰爭責任時，即有論者主張罪與責任的嚴加區別，

¹⁴ Feinberg, *supra* note 13, p.677.

¹⁵ 在此本文限於篇幅及主題，不再進一步說明，詳細概念區分可參：Nagel, T., *Moral Luck*, in MORAL LUCK 57-71 (Daniel Statman ed., 1993)；相關的說明可參 Internet Encyclopedia of Philosophy 網頁“moral luck”詞條（網址：<http://www.iep.utm.edu/moralluc/>，最後瀏覽日：2017年11月30日）。

罪並非集合的責任，而只能是個人的責任，但是責任則是集合的責任，可能由沒有罪的人來負擔。此亦牽涉到刑法的責任、政治的責任、道德的責任、形而上的責任的分類方法問題。

瀧川教授最後認為，這些責任可以用「直接責任」與「間接責任」的相對應來理解。**直接責任**意味著具備有責責任之人透過負擔才會使負擔責任獲得意義，例如非難或道歉之情形，非難必須對有責責任者為之才有意義，對無有責責任者非難的話則是不當的，道歉反之亦然。亦即，直接責任在答責者（加害者）與問責者（被害者／第三人）之間直接的面對性之下才有意義。與此相對，**間接責任**是指，答責者與問責者縱使沒有面對性仍具有意義的負擔責任，例如，被害救濟的補償不由加害者而由國家負擔仍有意義。基於這樣的區別，可以認為政治的責任轉嫁仍是正當的，因為是間接責任；刑法責任、道德責任、形而上責任轉嫁則是不當的，因為是直接責任¹⁶。

第二項 刑法學上的責任與本文研究範圍

以下先確認幾個名詞的定義，接著再闡明責任於刑法當中的用法，其中涉及概念區分上的爭議。最後敘明本文的研究範圍與用語。

第一款 名詞解釋

1. 責任刑法：為有責行為之人，才具有可罰性。
2. 責任主義（＝責任原理）：要求責任作為刑罰之前提此一原理。一般而言，責任主義有積極性地賦予刑罰基礎之機能，以及消極性地保護免於刑罰的機能（即「無責任即無刑罰」），分別稱為「積極責任主義」及「消極責任主義」。責任原理也有刑罰限定的機能，超越責任的刑罰，就算有預防思想的功利主義而必要，仍不被允許。從一般預防的觀點，不允許科處超越責任的「保安刑」。
3. 責任概念：牽涉責任之實質內容，與責任是否作為必要的基本犯罪成立

¹⁶ 以上整理自瀧川裕英，前揭註3，頁39-45。

要件無關。旨在理解責任之概念核心為何，也是各個不同的「責任理論」（如道義責任論、社會責任論等）所要探討的對象。

責任又可以在「犯罪概念要素」與「量刑領域」二者之下來思考。有見解認為作為犯罪概念要素的責任與量刑事義下的責任概念有所不同，於犯罪概念要素，責任是形式性構造的確定，量刑責任則是以量定行為者個人的責任大小為目標；反之亦有見解認為無論在犯罪概念要素或量刑中，責任具有相同意義，作為犯罪概念要素的是否能對行為者個人所作某行為非難，量刑領域中則是責任的正確測定，意即責任的量的擴大，此責任的份量也包含在犯罪概念要素當中，沒有必要分離出純粹的量刑責任¹⁷。

另外可以參考德國學者 Hans Achenbach（1941-）對責任概念的分類。其將責任依其功能分為三類，意義分別如下：

（1）責任理念（Schuldidee）：「無責任即無刑罰」之標語所展示下的「責任原理」當中具有的實體，並非作為實定法的解釋要素的責任概念之問題，而是探討責任的性格，如自由意思是否存在、無認識過失等各個歸責的根據賦予情況等¹⁸。

（3）賦予刑罰根據的責任（Strafbegründungsschuld）：對個別行為人刑罰賦科的正當化或排除的諸要素之總體。在此的重要問題有，故意或過失得否作為責任要件或責任形式來構成、責任能力有怎樣的體系地位、禁止的認識得否成為責任概念的獨立要素等等。

（2）刑量責任（Strafmaßschuld）＝量刑責任（Strafzumessungsschuld）：指具體的案例當中對量刑重要的諸要素之總體。在此重要的問題有，故意犯罪是否有比過失犯罪更重的責任、行為反價值與結果反價值對責任而言是否有意義、責任的輕重得否依據與犯罪行為無直接關連的其他諸要素等等。

簡而言之，「賦予刑罰根據的責任」探討的是刑罰的「可否」（Ob），「量刑責

¹⁷ 吉田敏雄，刑法理論の基礎 V，責任概念と責任要素，東京都：成文堂，頁 2-3、6（2016 年）。

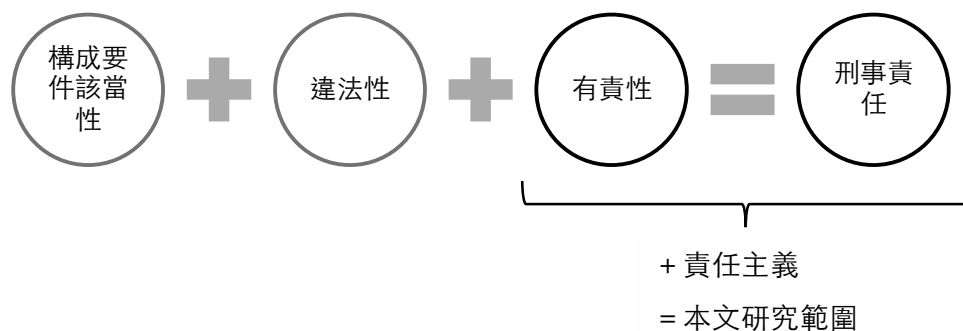
¹⁸ Hans Achenbach, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, Berlin: Schweitzer, 1974. S.3.，轉引自西岡正樹，實質的責任論に関する一考察(1)，法学，71（4），頁 519（2007 年）。

任」探討的則是刑罰的「程度」(Wie)¹⁹。

在前述是否區分「作為犯罪概念要素的責任」與「量刑責任」的爭論相同，德國學界中，H. Achenbach 強力主張必須區分「賦予刑罰根據的責任」與「量刑責任」，而近期否定此區分者為 Wolfgang Frisch (1943-)。惟是否要嚴加區分此二種責任並非本文探討的重點，因此不再進一步敘述²⁰。

第二款 本文研究範圍與用語

用較簡單的方式來區分的話，可以從「成立要件」及「法律效果」的角度來看責任。前者指的就是犯罪階層理論當中的「有責性」，作為犯罪成立要件來探討，行為人必須具備有責性，犯罪才會成立，即德文的 *Schuld*，英文可用 *culpability* 來理解；後者指的就是犯罪成立之後行為人所必須負擔的法律效果，德文為 *Verantwortlichkeit*，英文即 *responsibility*，這個刑事責任通常就是指刑罰的法律效果。因此如果採取犯罪三階層理論的話，可以用下圖來表示：



本文研究的範圍包含作為犯罪成立要件的「有責性」，及最後法律效果的「責任」，因此當然也會涵括所謂無責任即無刑罰的「責任主義」。在德文眾多與責任有關的名詞當中，常用者除上述兩者尚有「歸責」(*Zurechnung*)的用法，可以理解為將非難歸予某人，英文為 *imputation*，也涵括在本文研究的命題之下。在用語方面，基於參考文獻多為日文文獻，「有責性」在文中仍多以「責任」稱之，有時依我國用法稱為「罪責」。本文旨在對整體的刑事責任（效果）進行反思，並藉由反思的結果回饋到成立要件思考，是對責任論進行全盤性的檢討，因此將不會對個別的责任要素（如故意、過失、責任能力等）做細節上的著墨，也

¹⁹ 西岡正樹，前揭註 18，頁 480。

²⁰ W. Frisch 的主張及日本學說相關的議論可參考：西岡正樹，前揭註 18，頁 483 以下。

不會處理到與責任對置的保安處分，這同時也構成本文研究的限制之處。再者，一旦改造了現在的責任與處遇之間的對應關係，勢必也要改變刑事訴訟上的判斷流程，且會牽連至行刑、矯正等措施，惟此部分亦非本文所能夠處理到的範圍，而需留待後續進行全盤性的檢討，併此敘明。



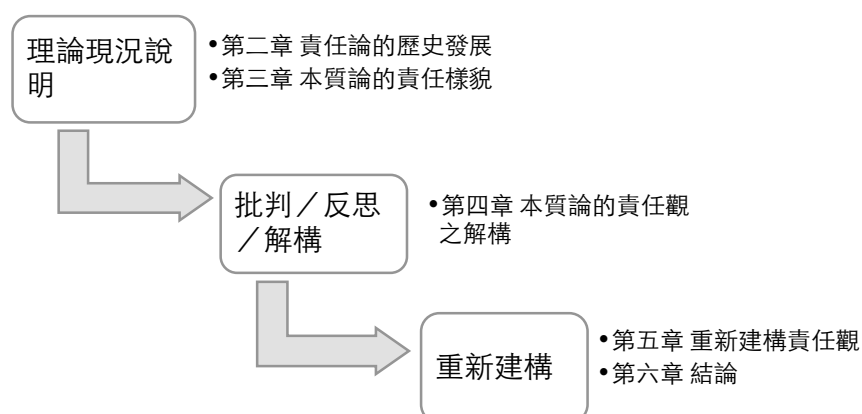
第三節 本文架構

本文從內容的方向上而言可以分為三部分，其中又有五個章節²¹，在架構上有先了解理論現況（見），再批判（破），而後重新建構（立）的次序。

第一部份先行理解責任理論的流變及現在的樣貌，因此分為兩章，第二章是責任理論的歷史發展，第三章則是責任理論的現在的樣貌，並以實質的責任概念為主軸。

第二部分則是第四章，反思第一部份所得的責任本質，分別從自由意思及責任主體的檢討來批判本質論的責任。此章引入哲學、實證科學對自由意思的質疑觀點，以及日本哲學（西田幾多郎）、後現代主義哲學（Judith Butler）對人主體的觀點重新理解。相較於第一部份是全法學的說明，第二部分運用較多法外的觀點，藉以刺激法系統內部進行後續的變革。

第三部分則是在批判反思了責任本質之後，試圖藉由建構論式的責任論來重新建構責任理論，闡明本文的見解。第五章先說明重新建構所需的素材，主要有（1）延續第四章的西田幾多郎的理論，以及（2）確認刑罰目的的事後處理機能論，還有（3）作為理論架構需要的可罰的責任論三部分，並嘗試進行初步的重構。第六章則是本文的總結。



²¹ 本文註腳採取每章重新編號方式。



第二章 責任論的歷史發展

在進入反思刑法上責任原理的討論之前，本文想先爬梳責任原理的歷史與發展，以作為後續討論之基礎理解。責任的概念和責任論的發展可以說是歷史性的產物，與一個社會或國家的基本經濟構造、意識形態、世界觀乃至於人類觀均有密切的關連，因此要理解及反思責任論，勢必要先建立對歷史的理解。

在人類漫長的歷史當中，具有現代意義的刑罰或許很晚才出現，但給予造成社會紛亂的某個人苦痛乃至於死亡一事，應該很早就出現。但「有責任才有刑罰」此一責任主義究竟是什麼時候、在怎樣的契機中發展出來的呢？以下將先爬梳從中世紀至今，人們是如何看待犯罪者對於自己的行為應該付出何種代價或「責任」；其次再探討責任原則建立後，由許多論者提出各種觀點，形成了近代到現代責任概念的豐碩成果。

第一節 中世紀及近世：刑事責任的誕生

關於較原始的責任概念來源或樣態的文獻資料相對於後來責任理論的發展少許多，因此這部分僅能藉由相對有限的文獻來進行推敲，初步觀察責任在中古世紀至近代之際是在如何的契機之下誕生。

第一項 十二世紀至十三世紀以前

西歐地區直到中世紀盛期（十一至十三世紀左右）以前並沒有刑罰，德語圈當中法概念的刑罰（*Strafe*）一詞大約在十四世紀才出現在法史料上。中世紀盛期以前，也沒有我們今日意義理解下的法存在¹。而「責任」（*Schuld*）一詞最初則是在十三世紀薩克森地方的現行法《薩克森寶鑑》（*Sachsenspiegel*）當中出現，用以指涉行為人與行為之間意識上、精神上的關係。更嚴謹來說，具有現今意義

¹ 阿部謹也，阿部謹也著作集第二卷：刑吏の社会史・中世賤民の宇宙，東京都：筑摩書房，頁 34（1999 年）。

的責任是在近代刑法被建立起來的十七世紀以後才被使用²。

在十二、十三世紀以前，當發生一起犯罪，重要的是治癒犯罪所生的傷害，並防衛對世界秩序之攻擊，而非賠償被害者個人的損害。法的目標是使秩序再生與導正被擾亂的秩序。在當時人人互相熟識，人際關係相當濃密的社會，發生犯罪不僅是破壞人之間的結合，更會使共同體全體陷入不安，犯罪意味著破壞共同體的秩序全體。因此，對犯人的「處罰」與行為人個人沒有任何相關，只是為了要回復被破壞的共同體秩序的措施而已。整體而言，問題只在於發生的結果而已，這樣的責任型態我們現在理解為「**結果責任**」。亦即，發生秩序被擾亂的情形，盡早使該秩序回復原本的狀態乃當務之急。法的中心是犯行，而非犯人。因此不會顧慮行為人個人有何動機等問題，對犯人的行為也不帶有任何倫理性評價的意味，亦即犯罪與倫理的、道德的「善惡」問題無關³。

基於上述理解，中世紀初期日耳曼民族的法當中經常出現犯罪經由仲裁裁判而科處貨幣金額的「賠償」，當然也並非現代意義下的經濟性賠償。支付特定金額的貨幣被認為是用以重建犯行的結果所生之秩序的毀損；此處的貨幣，對中世紀初期的人們而言具有展現巫術的機能。不論是此貨幣金額的支付，或是砍斷身體的一部分，以及無論執行「刑罰」的人是被害人、氏族，或是審判官，都是相同道理——為了使共同體的成員認可對秩序的回復，而進行祈福的「儀式」——因此「刑罰」具有巫術及儀式之性質。因為直到中世紀盛期，人類與世界的關係是以神靈的、巫術的方式理解貫通，人活在一個非理性的巫術式的思考世界當中，此意義下部族法中規定的違法行為之結果也具巫術之性質，與理智上的因果關係無涉，而是為了重建秩序、統一體，或是用以撫慰鬼神，重新恢復其與人類的關係⁴。

我們可以試想一個情形：村裡的某人家的女兒遭到強暴。在現代社會，我們認為這是侵害個人法益的行為，由國家逮捕犯人並審判、課予刑罰。但是在中世紀並非如此，而會是以下的情形：

² 佐藤直樹，大人の「責任」、子どもの「責任」：刑事責任の現象学（増補版），東京都：青弓社，頁13-14（1998年）。

³ 阿部謹也，前掲註1，頁34-35；佐藤直樹，前掲註2，頁14。

⁴ 阿部謹也，前掲註1，頁35-36；佐藤直樹，前掲註2，頁14-15。

古代、中世紀當中人的結合和羈絆與現代不同，是更直接且同時更脆弱敏感的。無法承受無辜的一個女子不再純潔的事實。人與人居住在經常見面的距離、共同擁有日常生活，這樣的世界是理所當然的。他們將犯人橫倒在洞穴中，在他的胸部打入木樁，以土覆蓋，使犯罪埋於土下。如此一來他們的人際關係羈絆的裂痕也埋入土下，恢復了女子的純潔，也回復了原本的人際關係⁵。

以上的刑罰從現代的角度來看確實是很殘虐且非人道的，但對當時的社會而言，這樣的作為與其說是刑罰，不如說是共同體的「祭儀」活動。這種刑罰通常是執行一次若不成功也不會再執行第二次的「偶然刑」，也就是說，刑罰其實是一種象徵性之物⁶。因此，我們可以認為當時並不是對某特定人追究責任，而是為共同體的利益而將某特定者當成祭祀的供品，由全體負責來向聖靈贖罪⁷，因此與現在所稱的「自己責任」、「個人責任」相對，毋寧較接近「共同責任」、「連坐責任」、「團體責任」之概念。基此，嚴格來說，古老時代並非沒有責任的概念，而是體現了集體責任的原則，由部落對每一個成員負責。

在現代意義的民族國家出現之前，西歐地區處於封建的社會，上述的現象即不難想像。原因在於，「個人」此一概念，在近代以前的社會尚未存在。因此，基於個人自由意思的內在動機來理解人類行為的模式也尚未在歷史的舞台上登場。當時行為的泉源來自超越人類之宗教，或地緣及血緣等的共同體。當時的人們的道德感情，不會受到行為人內心的思想所左右，因為根本上就沒有意識到其作為獨立個體的存在⁸，因此也沒有產生以個人為責任歸屬主體的責任概念。

⁵ 阿部謹也，前揭註 1，頁 96。

⁶ 佐藤直樹，前揭註 2，頁 16。

⁷ 李茂生，近代刑法中個人責任主義的反思，收於：國立台灣大學法學叢書編輯委員會編，權力、主體與刑事法——法邊緣的論述，頁 71（1998 年）。

⁸ 土井隆義，共同幻想としての犯罪責任：近代刑法における行為責任内在化のイデオロギー，社会学ジャーナル，18 号，頁 47（1993）。轉引自：青木孝之，刑事責任能力とは何か？——その歴史的展開と現代の課題を概観する，琉大法学，79 号，頁 98（2008 年）。



第二項 十四至十六世紀

第一款 個人作為責任主體的出現

使「個人」從共同體中脫離出來，成為「有責任的主體」是在十二、十三世紀，此時，民事法和刑事法分化，相近於現在的犯罪或刑罰的概念也逐漸成立⁹。十四世紀與十五世紀則是西方基本制度深刻變遷的時代，教皇的權力式微，而近代的世俗國家則開始出現¹⁰。在中古世紀末，隨著產業社會中勞動與貨幣的概念成立，共同體的各個構成員成為擁有自己的自由意思，或是權利、義務的「主體」——成為「個人」。此過程中，重要之因素有二。

第一個因素是貨幣經濟的成立。商品經濟的發展，與日耳曼部族法所代表的意義一樣，首先是在共同體與共同體「之間」產生了法的關係，之後漸漸浸透到共同體的內部，最後形成了國家的法。但是，犯罪與刑罰基本上是異質性的東西，要使之結合必須有合理的根據，也就是說要使人們能夠欣然接受被法所支配，我們必須有某種「共同幻想」。亦即，商品經濟的發展產生了「犯罪與刑罰的等價交換」這個共同幻想¹¹。關於此，前蘇聯法學家帕舒卡尼斯（Evgeny Pashukanis, 1891-1937）在其名著《法律與馬克思主義的一般理論》（*The General Theory of Law and Marxism*）中先闡釋了商品與法律主體之間的關係：

資本主義，首先就是一個商品擁有者的社會，這意味著生產過程中的社會關係採取了一種具體化的形式，這種形式中勞動力產品用價值的紐帶聯繫起來。……緊接著，生產關係——具體化為勞動力產品，並被偽裝為基本的範疇（合法性）——的實現必須以擁有可控制產品的人們，或者將意志蘊藏於物體之中的主體之間的特殊關係為條件。「貨物包含著勞動力，是一項固有的屬性；其次，它們可以被交換，全憑占有者的意志，並且以它們可以被擁有、被轉讓為前提。」與此同時，勞動力產品變成商品和價值的承擔者，人

⁹ 佐藤直樹，「責任」のゆくえ：システムに刑法は追いつくか，東京：青弓社，頁 118（1995 年）。

¹⁰ Roland N. Stromberg 著，蔡伸章譯，近代西方思想史，台北市：桂冠，頁 26（1993 年）。

¹¹ 佐藤直樹，前揭註 2，頁 16-17。



獲得了法律主體和權利享有者的資格¹²。

其次，帕舒卡尼斯在本書第七章〈法與違法〉中針對刑法與商品社會的關聯性有更進一步的分析：

結果，刑法總體上來說體現了現代社會服從的基本形式：等價交換及其後果的變體，成為法律上層結構的一個組成部分。交換關係在刑法中的實現是憲政國家的一個方面，後者體現了市場的獨立、平等的商品擁有者之間交易的理想形式。但是，既然社會關係不能囿於抽象商品擁有者之間的關係，刑事法院也不僅是抽象法律形式的具體化，也是直接的階級鬥爭的武器，鬥爭越尖銳、越痛苦，在法律的形式內實現階級統治的難度就越大¹³。

關於商品經濟和「犯罪與刑罰的等價交換」之間的關係，帕舒卡尼斯認為：

原則上，與過錯相對應的懲罰描繪了與傷害相對應的復仇的同一形式。它最顯著的特徵就是對判決嚴重程度的算術表達，如多少天、多少星期等。剝奪自由、多高的罰款、權利的喪失。法庭判決剝奪一定期限的自由是現代刑法，也就是資產階級刑法的平等報償原則的具體體現。這種形式在無意中與抽象意義上的人以及抽象可測量的人類勞動緊密地聯繫在一起了。……

為了使人們可以提前用抽象的自由確定對侵害的補償，為了產生這樣的思想，有必要將社會財富的所有具體形式化約為最抽象、最簡單的形式，即時間計量的勞動時間¹⁴。……

亦即，「近代的自由刑」之所以是「近代的」，正是因為剝奪自由的拘禁刑與勞動相結合。犯罪是抽象的自由的斷片，即能與「抽象的人類勞動」交換的共同幻想（＝共同主觀）的出現，正是「勞動力的商品化」之資本主義當中人類抽象化的前提¹⁵。

不過等量懲罰一面以最殘忍、最粗暴的肉體殘害方式（施加肉體傷害或者要

¹² Evgeny Pashukanis 著，張玲玉、楊昂譯，法的一般理论与马克思主义，北京：中國法制出版社，頁 64-65（2008 年）。以下引文均經筆者略加修改譯文。

¹³ Pashukanis 著，張玲玉、楊昂譯，前揭註 12，頁 128。

¹⁴ Pashukanis 著，張玲玉、楊昂譯，前揭註 12，頁 132。

¹⁵ 佐藤直樹，前揭註 9，頁 119。

求贖罪報酬)，保持最簡單的、每個人都可見的意義，一面以抽象的形式（剝奪一段期限的自由），失去了這個清晰的含義，儘管人們繼續把刑罰程度描繪成與行為嚴重程度成比例的¹⁶。

綜上，商品的交換價值由貨幣統一的數量價值來表示，而且產出勞動力之質、量也藉由貨幣來測量、定量化其價值，基此，共同體構成員的勞動早已不再是為了維持共同體的素樸、單純的作業型態，而變成能夠以貨幣價值來換算。每個人的勞動價格變得清晰，擁有對應於勞動所獲得的工資，「個人」的財產與經濟活動這樣的概念因而成立¹⁷。進一步，與這種商品經濟的展開呈現平行關係的就是「犯罪與刑罰的等價交換」的關係，以勞動為媒介，刑罰的量（刑期）能還原為勞動的時間。以上即為第一個要素：貨幣／商品經濟的成立。

對於「個人」概念的成立，**第二個因素是基督宗教的影響**。基督教與世俗權力之間反覆著緊張與妥協的關係，逐漸將土俗信仰驅逐，建立起統合社會全體的巨大權力裝置，使人們從傳統的地緣、血緣共同體脫離，直接宣誓效忠於教會權力。基督教是具有強烈個人主義色彩的宗教，教徒在與唯一絕對的神的關係當中，獲得了近代「個人」的地位。基督教始終強調個人這個單位對於其基本教義的根本重要性，人的靈魂、受洗、道德自由、拯救等基督教基本觀念，都只能對「個人」這個單位成立。個人確定信仰及決定自己的行動都是個人行為，因人能自己決定行善或作惡，並且自己承擔道德責任和最後審判結果¹⁸。尤其，十六世紀是宗教改革的世紀，基督教幾乎成為了人們的生活方式，滲透到生活的每一個層面，也影響到了民眾的思想結構。例如，新教徒直接面對上帝帶來了個人平等觀念、因信稱義所帶來良心自由觀念、喀克爾文教派的預定論啟發個人責任意識等等¹⁹。

具體而言，教會透過告解、書寫「贖罪規定書」的方式，使教徒直接地對神告解、懺悔，這是沒有他人存在而與絕對神一對一的面對方式，在這個方式之下，人逐漸探尋出自己的內心，並以語言表達之，識別出與其他地緣、血緣者處

¹⁶ Pashukanis 著，張玲玉、楊昂譯，前揭註 12，頁 132-133。

¹⁷ 青木孝之，前揭註 8，頁 96。

¹⁸ 笑思，西方思想中的“個人—社會”模式及其宗教背景，華南師範大學學報（社會科學版），2001（5），頁 38（2001 年）。

¹⁹ 儲智勇，近代個人主義的興起及其品性，浙江社會科學，2008（8），頁 79（2008 年）。

於並列關係的「個人」之自己²⁰。關於此，米歇爾·傅柯（Michel Foucault, 1926-1984）在《性史 I》（*Histoire de la sexualité I*）當中寫道：

作為個人的人，長久以來是透過尋求自己與他人間的基準，或顯示出自己與他人的羈絆（與家族、忠誠、庇護等的關係），來確認自己的存在。但是，他能夠談論自己嗎？還是他是透過不得已說出的真實的話語，使他人來認證自己。真實的告解，是透過權力形成個人的社會性程序之核心²¹。

也表達了宗教的告解方式是對於自我形成的重要影響因素。

綜上所述，從素樸的共同體分離而獨立的個人，在經濟方面，被帶入以抽象交換價值為媒介，一切都中立化的貨幣經濟體系；在社會方面，透過在基督教的文脈下被授與「神之子」的地位，確立了擁有意識（亦即主體性）的我、不是任何他人的我。伴隨此，法學的分野中「個人責任」或「個人財產」的概念也被確立。刑事責任不再是歸屬於共同體的連坐式的團體責任，而是歸屬於排他的個人責任，其根據是人擁有能與所有他人區別的固有的內心思想（**意思責任的原則**）²²。自此也可謂脫離了中世紀那種不關心行為人主觀層面、只關心行為結果的結果主義，轉向了責任主義。

這樣的變化是跟隨時代變遷當中產業結構、社會結構等的影響而逐漸形成，是較為緩慢漸變的過程。了解上述個人出現成為擔負責任的主體的時代抽象氛圍之後，接下來觀察當時具體的法規範如何提及責任。

第二款 《卡洛林那法典》中的責任

在中世紀末期（十四世紀至十五世紀，約 1300-1499 年）與近世²³之初期，由於人口增加，農民戰爭、宗教戰爭造成社會不安，許多人因為宗教因素或其他因素離開原來生活的地方，四處流竄形成營利性的犯罪團體。另外，當時的德國地區也面臨了帝國皇帝與地方領主權力關係發生變動，社會正面臨巨大的轉型

²⁰ 青木孝之，前揭註 8，頁 96。

²¹ Michel Foucault 著，渡辺守章譯，性の歴史 I，知への意志，東京都：新潮社，頁 76（1986 年）。

²² 青木孝之，前揭註 8，頁 95。

²³ 本文採取將 1500 年至大約 1800 年稱為「近世」（early modern period），法國大革命（1789-1799）與工業革命（1760 年代起）之後稱為「近代」（modern）之歷史分期看法。

期；同時，由於很多德國地區的人民到義大利北部學習羅馬法，於是，新的法律觀在地方上逐漸形成。以此為背景，有許多將犯罪行為立法加以處罰的嘗試，由普通法逐漸過渡到成文法，1532 年的《卡洛林那法典》（*Constitutio Criminalis Carolina, CCC*）即為其中一例²⁴。

《卡洛林那法典》在當時又被稱為《查理五世刑事法院條例》（*Die peinliche Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V*），其內容同時包含程序法和實體法。它被認為是德國現代刑法學發展的基礎，影響到後世許多法典的訂定，甚至延續到啟蒙運動時期（十七、十八世紀）。雖然在 1532 年雷根斯堡（*Regensburg*）的帝國議會通過時，《卡洛林那法典》僅具有次於習慣法或地區法的次級規範效果，但其擁有從中世紀習慣法過渡到近代刑法典的重要法規範的地位無庸置疑²⁵。

此法典最先是由 *Johann Freiherr von Schwarzenberg*（1463-1528）所草擬，他是當時班貝格（*Bamberg*）教區法院的首席法官，同時也是 1507 年 *Bambergische Halsgerichtsordnung*（班貝格的刑事法院規則）的訂定者，*Bambergische Halsgerichtsordnung* 中的規定後來大部分都移植到卡洛林那法典，影響由地方法廣佈至全帝國法。以下說明 *Schwarzenberg* 對刑罰與責任的主張，以及《卡洛林那法典》中相關的記載。

Schwarzenberg 致力於導正刑罰與責任的關係，首先，作為原則的故意以及依情況的過失，也就是有責的內心態度是所有刑罰的前提，對偶然造成的侵害不能課以任何刑罰。因此在 *Bambergische Halsgerichtsordnung* 及《卡洛林那法典》當中，責任處罰的原理作為國家刑罰的基礎，達成完全地排除了結果責任，特別是對無意行為的處罰。其次，他並不持責任是單純的故意、過失之形式性心理的看法，其認為，責任包含了全行為人格的評價，因此責任的輕重要依不同的情形對社會生活的要求、行為人內心的感覺等全體來判斷，此雖非 *Schwarzenberg* 的學術性的見解，但從他身為法官的作為上可以看出此思想。他認為行為人的責任以意思自由為基礎，賦予責任和刑罰道德的基礎，他草擬的法典中，關於刑的量

²⁴ 陳惠馨，從 1520 年《卡洛林那法典》看德國近代刑法史——比較法制史觀點，收於：政治大學法學院編，法文化研究：繼受與後繼受時代的基礎法學，頁 129（2011 年）。此文標題之 1520 年應為誤繕，內文中均記載正確的 1532 年。

²⁵ 陳惠馨，前揭註 24，頁 126、130。

定，有「因應個人的情事或因人」給予法官裁量的餘地。《卡洛林那法典》中關於因飢餓竊盜的規定，承認行為人有難以忍受的外部干涉之情形，以行為無非難可能性為理由免除刑罰，反之，行為有特別值得非難的法敵對態度時應認有更重的責任²⁶。

相較於曾經提及 *Schuld*（責任）一詞的《薩克森寶鑑》，《卡洛林那法典》顯然可以看到某些規定已經具有現代刑法理論的雛形，例如緊急避難的規定、幫助犯的規定，還有歸責事由的規定（第 140-142 條、第 177-179 條）。不過，對於《卡洛林那法典》中在責任方面相關規定的意義及清楚程度如何，論者有不同的見解。如前述對於 *Schwarzenberg* 見解的分析，可認為已經相當清楚地闡述了責任原則，而德國刑法史學者 *Hinrich Rueping* 在其著作中也認為《卡洛林那法典》在刑法的責任方面已經很清楚地建立在有責的故意或過失的態度之基礎上，例如第 146 條的殺人明確地表示是過失所遂行²⁷；不過我國學者陳惠馨則認為法典中雖有提到故意的觀念，但何謂故意還不是很明確，於法典全部的 219 個條文中也無法看到清楚的關於罪責、故意、過失的規範，但第 179 條明確規定因年紀輕或其他身體精神的衰弱，無法對自己所進行的不法行為有所認知者，應該依其情形，經過諮詢後，決定如何處罰；第 164 條規定對於十四歲以下的竊盜者不應處以死刑，已具有現代刑法之雛形²⁸。

對於年代相當久遠的古老法典，各學者之間容有不同的解讀並不令人意外，且無論如何，《卡洛林那法典》對於罪責概念及故意、過失概念，縱使缺乏一般性的定義或描述，仍舊可以認為已經明確認識到行為人主觀層面之問題，且從不同犯罪行為的條文中似乎也能嗅出對於故意與過失概念區分的端倪。在歷史的演進時序上已經進入近世的《卡洛林那法典》確實較中世紀時期更前進了一步。

第三項 十七世紀至十八世紀

十七世紀時，啟蒙時期自然法的歸責論應用在責任概念中，成為自由意思的

²⁶ 木村静子，責任理論の或る史的考察，法学論叢，72（2），頁 5-7（1962 年）。此係 E. Schmidt 於 *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege* 之看法。

²⁷ *Hinrich Rueping* 著，川端博、曾根威彥譯，ドイツ刑法史綱要，東京都：成文堂，頁 65（1984 年）。

²⁸ 陳惠馨，前揭註 24，頁 162，參考此文註 71 之說明。

「法的歸責」(imputation juris oder moralis)，對此具有重要貢獻者首推德國自然法學者蒲芬道夫(Samuel von Pufendorf, 1632-1694)。他將行為分為存在世界與價值世界，價值世界是透過理智與自由意志的基準來決定行為人的答責，責任是將社會對之為道德的非難歸屬於行為人²⁹。詳言之，蒲芬道夫在其1660年的著作《法學要論》(*Elementorum iurisprudentiae universalis*)中，首次將「歸責」(imputation; imputatio; Zurechnung)概念作為一個法理學上的概念來介紹，將對於犯罪與懲罰的主觀性條件歸入這個詞彙，使之成為一個系統。他以自由意志為出發點，建立罪責刑法理論。可歸責性意味著，自由行為被認為是屬於行為人的行為，而且用之作為責任性的基礎。有論者認為此一新的歸責概念代表整個自然法學派，且是後來甚至到今天的發展的基石³⁰。蒲芬道夫後來在其1673年出版的《以自然法的觀點論人民與國民之義務二卷》(*De officio hominis et civis juxta legem naturalem libri duo*)中，有以下進一步的闡釋：

根源於且由理智和意志引導的人的行為，最重要的特徵在於它可以被歸責(imputed)於人，或是人能夠正確地被認為是該行為的根源且被迫要對其答辯，且行為的結果會回饋於該人。因此，在人的法理學當中，站在能夠決定該行為應為或不應為的立場同時又去做的人，能夠對其行為負責，換言之，如同在人能夠決定的範圍內，人有去做或不去做的決定能力，能夠對一切的行為負責，此為道德性判斷的第一原理³¹。

蒲芬道夫雖是近代首位將人的自由意志與歸責概念互相連結起來的人，但其受到亞里斯多德的責任觀影響甚深。蒲芬道夫以「歸責」來作為統合故意和過失的歸責形式的上位概念，因此，在今日的責任概念之名下實質處理的東西，在十九世紀以前並非在責任概念的體系下，而是在「歸責」的概念之下被討論。普通法(*gemeines Recht*)時代的刑法學，沒有嚴謹的罪責學說，人們區分事實歸責(*imputio facti*)和法律歸責(*imputation iuris*)，前者為外在行為過程的客觀歸責，後者為對人格責任的主觀歸責，將行為的外在現象與法的評價分離³²。歸責

²⁹ 吉田敏雄，刑法理論の基礎 V，責任概念と責任要素，東京都：成文堂，頁39（2016年）。

³⁰ Olof Kinberg, *Basic problems of Criminology*, London: William Heinmann, Levin & Munksgaard, p.43 (1935)；劉幸義，意志自由與罪責（1987），收於：刑法論文集：正義、人權與枉法裁判，頁91（2016年）。

³¹ Kinberg, *supra* note 30, p.48-49；佐藤直樹，前揭註2，頁18。

³² 劉幸義，前揭註30，頁91；吉田敏雄，前揭註29，頁39。

概念中探討「法律歸責」，以羅馬法作為模範，將此概念與故意（*dolus*）和過失（*culpa*）連結。在十八世紀，使用「可罰性的主觀性根據」、「犯罪的意思決定」等名稱，特別是經常用「歸責能力」（*Imputabilität*）或是「歸責可能性」（*Zurechenbarkeit*）的名稱。

後來，在黑格爾（Georg Wilhelm Friedrich Hegel, 1770-1831）的刑法體系中，構成歸責判斷的實體是「行為」，行為就是自由意思的現實化。作為犯罪的行為被定義為具有違法性且被歸責的行為，行為概念乃將外部變動的犯罪行為及主體的意思自由兩者連結起來（歸責判斷），使之成為一體的概念³³，因此歸責或責任都尚未構成體系性的概念，而是在行為的脈絡下被討論。

第四項 小結

本節說明由中世紀至十八世紀的責任理論相關的發展。首先，中世紀的犯罪者負有「責任」不是因為那個人有自由意思，而是該行為毀損了共同體，即結果責任，因此重點在於回復被破壞的社會秩序，所進行的「刑罰」或「賠償金」均具有巫術、儀式之性質，用以撫慰鬼神、安定共同體。原因在於當時尚未有「個人」概念的出現，因此並不會將行為追溯至個人的主觀意思，而是由全體向共同體負責的「集團責任」。

接著，隨著封建瓦解、近代國家成立，責任以人類擁有一理性及自由意思而行動作為大前提，建立了法律語言中的人類形象，即意思責任。個人之所以開始得作為「責任主體」而負責，是「個人」此一概念的出現伴隨之發展。個人概念的出現則可以歸納為兩個因素：（1）貨幣經濟的成立、（2）基督教的影響。前者著重貨幣經濟交易中個人的角色，以及勞動與「犯罪與刑罰等價交換」的關係，逐漸產生「勞動力商品化」的抽象模糊人類形象；後者則以告解的方式為中心，使人一對一面對絕對的上帝，因而逐漸摸索、描述出「自己」。

再者，此時代德國地區著名的法律首推《卡洛林那法典》，其中關於罪責的

³³ 中村邦義，ドイツにおける近代前期の刑事責任論の歴史的な展開：体系的な責任概念の成り立ち，法學新報，112（3），頁 78-79（2005 年）。

規定是否明確，儘管論者有不同意見，但仍有認為其已具有現代刑法之雛形的共識，顯然已經脫離中世紀不注重行為人主觀內心意思的結果責任思想。

至十七、十八世紀，蒲芬道夫由人的自由意思出發建立「歸責」的概念，區分「法的歸責」與「事實歸責」，奠定今日責任理論之基石；黑格爾的刑法體系中歸責則是置於「行為」的下位，尚未構成單獨的體系。

最重要的是，從以上的發展可以得知，由中世紀變遷到近代和近世，「法律語言中的人」由歸屬於共同體的一部份，轉變為「自由意思—理性的人」，這樣形象確立起來了³⁴，往後的發展就延續著這個理性自律人形象，建立起責任之本質。

³⁴ 佐藤直樹，前揭註9，頁121。



第二節 近代責任原則的發展

十九世紀起，正是刑法理論如火如荼蓬勃發展之時，責任理論當然也備受關注，形成的學說結果相當豐碩。責任理論作為刑法犯罪論的基礎理論，與時代演進的社會、經濟、政治背景密切相關，自然也與刑法的學派之爭有所關連，甚至可以說正是學派之爭當中刑法聯繫至刑罰論的最大癥結點。如果割裂來觀察將無法看清楚整個大時代的全貌及對於責任論的影響，因此，以下將會一併說明社會背景、學派流變以及責任理論。

第一項 十八世紀後半至十九世紀初

第一款 前期古典學派

十八世紀後半到十九世紀初，古典學派（舊派）的刑法理論，在歐洲近代市民社會（資本主義社會）的成立期當中形成。其源流為啟蒙主義刑法思想。啟蒙主義刑法思想將刑法制度從宗教和王權的權威中解放，以人類的理性為基礎，以社會契約論賦予刑罰權的根據與界限基礎，主張法和宗教／道德區別、罪刑法定主義、罪刑均衡、廢止嚴酷的刑罰、合理性／目的論的刑罰觀等等。典型的代表人物為義大利的貝加利亞（Cesare Beccaria, 1738-1794），其於 1764 年的著作《犯罪與刑罰》（*Dei delitti e delle pene*）中主張，刑罰權的根據是市民依社會契約所託付的必要最小限度的自由之總和，超出此根據的刑罰權之行使都是權力的濫用，此即刑罰權限制之原理，企圖將刑法從宗教和王權的支配中解放。由此原理出發，為了保障市民的行動自由，必須事先以法律明確規定何為犯罪、對其科以何種刑罰，主張罪刑法定主義，同時也主張打破依不同身分處罰的不平等。此外，犯罪與刑罰之間必須要均衡，犯罪的真正尺度在於對社會造成的損害，而非犯罪者的意思，因此乃所謂**客觀主義**的犯罪理論，也強調盡量的非犯罪化。基於此，貝加利亞被認為是古典學派刑法理論的先驅者，影響到法國大革命的人權宣

言及其後的 1791 年刑法典³⁵。

將此啟蒙主義刑法思想進行邏輯性、體系性展開的是被稱為「近代刑法學之父」的費爾巴哈（Anselm von Feuerbach, 1775-1833）。他從社會契約論出發，站在國家的目的是保障個人相互的自由之立場。合法性和道德性必須予以區別這點跟隨康德哲學，認為犯罪並非違反道德而是違反法律，將犯罪理解為權利侵害，此權利侵害說具有限制刑罰科處的行為之範圍的意義。再者，費爾巴哈基於其著名的心理強制說（Theorie des psychologischen Zwangs），主張刑罰預告的一般預防論，並以此為基礎奠定罪刑法定主義。對其而言，犯罪是權利的侵害，因此處罰的基礎是過去的客觀行為，此意義下，他與貝加利亞同樣是客觀主義的犯罪理論者³⁶。他的學說直到十九世紀前半，風靡整個德國的刑法學界，而且，近代學派（新派）刑法學的脈絡或許可以追溯到費爾巴哈的功利主義思想，更重要的是，客觀主義的刑法學體系奠定古典派刑法學的基礎，因此被稱為近代刑法學的創始者絕不為過³⁷。他所主張的責任論將在下文第二款進一步予以闡述。

綜上所述，古典學派的刑法理論就由貝加利亞和費爾巴哈的學說形成而展開。此學派的特徵有：確立罪刑法定主義、刑法與宗教／道德區別、朝向非犯罪化的態度、犯罪與刑罰均衡的要求、客觀主義的犯罪理論、一般預防的目的刑論。此刑法理論在近代市民社會的成立期，市民階級為確保市民個人自由，維持市民社會必要且最小限度的秩序為國家的任務，為了人權保障而劃設國家權力明確的界限，此理論正是對應這樣的要求而來。其前提為人是平等且同質性的，個人擁有合理的預測能力，重點在調和此預測可能性與自由活動的實現，反映出資本主義成立時期社會的構造³⁸。

另外，為了與後述以形而上學的意思自由論與應報刑論為特徵的德意志古典學派區別，將以上介紹的學派稱為**前期古典學派**較為妥適（本文以下將如此稱之）。

³⁵ 內藤謙，刑法理論の史的展開，東京都：有斐閣，頁 527（2007 年）。

³⁶ 內藤謙，前掲註 35，頁 528。

³⁷ 団藤重光，刑法綱要總論，東京都：創文社，頁 16（1957 年）。

³⁸ 內藤謙，前掲註 35，頁 528。

第二款 費爾巴哈的主觀歸責論

費爾巴哈最著名的理論為「心理強制說」，此學說的意旨為，如果犯罪會產生相較於「想要犯罪的衝動未被滿足的不愉快」更大的惡害（即被科處刑罰的不利益）的話，若人知道此事就會放棄去為犯罪行為。人在感性的世界中，會依據趨向快樂、避開痛苦的原則而行動，因此藉由事先預告犯罪行為會產生的刑罰，將產生對人「不要去犯罪」的心理上強制，達成一般預防的效果。要使心理強制成為可能的話，必須以法律事先規定犯罪行為和刑罰，使一般人周知，因此罪刑法定主義是刑法理論的基礎³⁹。

那麼心理強制說與意思自由論的關聯為何？由此或許可以了解費爾巴哈對歸責乃至於責任的看法。日本法學家瀧川幸辰（1891-1962）對此有以下的論述：

心理強制主義以制定法明示犯罪與其伴隨的惡害，有一般性地防止犯罪的特徵。換言之，依此原則可以達到以下結論：促使犯罪的理由若強於抑制犯罪的理由，則必然會產生犯罪現象。此毫無疑問是決定論。但是，反之，如果人有選擇的自由才犯罪的話，以威嚇為目的的法律表示出惡害一事，對犯罪防止將全然無效，換言之心理強制主義將從根本被顛覆⁴⁰。

亦即，按照心理強制說的構造來推論，可以認為費爾巴哈採取意思決定論。但這跟我們一般所知道的——費爾巴哈的方法論來自康德哲學——是完全矛盾的結論。關於這點，進一步探究會發現，費爾巴哈僅在道德律的範圍內採取了康德的先驗性的自由論，在法律的範疇內並不肯認此種自由。在刑法的分野當中，他依循啟蒙哲學的理性主義的傳統，在因果律之下觀察人，提出了心理強制說。此矛盾顯示在法與倫理的區別上，此可以視為對於中世紀那種法與倫理責任混同，進而毀損個人自由的一種抵抗。費爾巴哈認為：

人作為經驗的對象、悟性及理論探究的客體之限度內（僅此範圍內人被法官或立法者當作問題），我們經常將人作為自然的存在者，換言之，作為依循

³⁹ 內藤謙，前掲註 35，頁 528。

⁴⁰ 瀧川幸辰，心理強制主義と意思の自由—フォイエルバッハの刑罰論の根本的見地に就て—，法学論叢，4（3），頁 24（1920 年）。轉引自：中山研一，刑事責任と意思自由に関する理論の歴史的概観，法学論叢，61（6），頁 33（1956 年）。

原因結果不變的自然律的存在者被觀察——因此接受自然的作用，並且行為與所有其他現象一樣，是確實優先發生的自然的原因之結果⁴¹。

因此或許可以認為，費爾巴哈是一腳踏足於啟蒙哲學，一腳踏足於康德哲學當中，並非單純的啟蒙主義者，也不能被認為是單純的舊派的論者。在費爾巴哈當中可以看見啟蒙主義在德國的變化及觀念化的過程中產生的矛盾⁴²。

了解費爾巴哈採取意思決定論的基本立場後，再度整理一下費爾巴哈與責任有關的看法。首先，費爾巴哈採取「沒有法規就沒有刑事責任」的原理，並且批判封建的專制刑法當中法官的恣意裁量；再者，為了科以刑事責任，必須要求明確的外部行為，此點為他對於刑事責任客觀化的努力；以及，強調行為的客觀因果關係，反對沒有罪責（Schuld）的結果責任性質的咎責；在故意理論方面則採取了鮮明的心理學式的故意概念，此與以倫理學為基礎的主觀歸責理論能夠明確地區別⁴³。雖部分有所不同，但是大部分仍是構成了近代刑法的責任原則的要素。不過，對費爾巴哈而言，賦予責任根據的究竟為何？他在刑法範疇中排除了人類的意志自由，則責任在理論上難以成立，我們也難以認為他是在所謂選擇的自由當中謀求刑事責任的根據。學者中山研一即推論，費爾巴哈的責任內容既不是倫理的非難，也並非危險性，毋寧或許是，責任及刑罰的根據是在「同意接受刑罰」的人的更廣泛基本的自由當中謀求的⁴⁴。

第二項 十九世紀中至二十世紀初

第一款 後期古典學派

第一目 康德、黑格爾哲學的影響

1840 年代以後，前期古典學派的刑法理論開始產生轉變，進而強調形而上學

⁴¹ A. Feuerbach, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, Erfurt, 1799, I Teil, S. 319-320. 轉引自：中山研一，前揭註 40，頁 34。

⁴² 中山研一，前揭註 40，頁 34-36。

⁴³ 因本文重點非在故意理論，因此不詳論之。詳細可參：徐育安，費爾巴哈之故意理論及其影響——以德
國刑法為核心，政大法學評論（109），頁 17 以下（2009 年）。

⁴⁴ 中山研一，前揭註 40，頁 37。

的應報思想，轉向了所謂「後期古典學派」（一般僅稱「舊派」或「古典學派」者，較常指的是後期古典而非前期）。此係受到強調超個人的民族精神之本源性、創造性的浪漫主義，及重視法作為民族精神產物的歷史性研究之歷史法學派，以及最重要的一——主張形而上學的意思自由論為基礎的絕對的應報刑論的康德、黑格爾的觀念論哲學影響⁴⁵。

康德（Immanuel Kant, 1724-1804）的法哲學是道德形而上學的一部份，自由是道德法則的存在根據（ratio essendi），道德法則是自由的認識根據（ratio cognoscendi）。意志的主觀性原理之準則，恆常作為普遍的法則之立法原理，使人能為妥當之行為，乃純粹實踐理性的根本法則。如此一來，道德法則直接決定意志。對法則的尊敬成為義務的動機，而做出與法則一致的行為時才是道德的；單純與法則一致的行為則只是合法的，康德如此明確區分道德性（Moralität）與合法性（Legalität）。在法當中，每個人的任意性與其他人的任意性，必須是能夠依普遍的法則而兩立的，但是，不法的行為是對於依普遍法則之自由的妨害，為了抑制此事，法當然必須伴隨強制力，刑罰權便是以此為基礎，但人格本身不能作為手段，而必須是目的，因為如果自己並非目的，對理性的最高實踐原理就變得不可能。康德由此立場出發排斥相對主義而採絕對主義，亦即刑罰並非是為了犯罪者自身、市民社會或是為了促進其他善的手段，而必須只是因為犯罪者犯了罪而科處之；刑罰的根據是作為正義要求的應報，科刑的原理除了均等（Gleichheit）原理以外並無其他，主張依同害報復法理（ius talionis）的絕對的應報刑論⁴⁶。

康德這樣的刑罰理論，正是建立在他理性觀之上，而這一個理性的內容是：一個具有自由意志之人必須對其所決定之行為負責，這一點在延伸的意義上來說，是與亞里斯多德以來的倫理學傳統⁴⁷相連結的：褒揚或處罰一個人的所做所為，必須在主觀歸責上予以檢視的前提是「這是否屬於一個自由意志下的行為」。當然，康德有別於亞里斯多德，其在倫理學上的重大成就正是證成了意志

⁴⁵ 內藤謙，前揭註 35，頁 530。

⁴⁶ 以上整理自內藤謙，前揭註 35，頁 531；團藤重光，前揭註 37，頁 16-17。

⁴⁷ 有於主題和篇幅之限制，本文未探討亞里斯多德之相關理論。詳細可參：徐育安，亞里斯多德於刑法主觀歸責之影響與啟發，東吳法律學報，21（2）（2009 年）；王志輝，亞里斯多德之責任理論：道德責任作為法律責任之基礎，政治大學哲學學報（19）（2008 年）。

的自律 (Autonomie)，亦即人有不受感官衝動所束縛的自由，此一自由即為道德判斷之所以可能的必然條件，亦即作為對於一個行為要予以褒揚或加以指責之判斷的前提⁴⁸。

黑格爾 (Georg Wilhelm Friedrich Hegel, 1770-1831) 繼康德之後，將德意志觀念論發展到顛峰。他所主張對理性的追求，是從人格的內部解放，由主觀的精神到客觀的精神，然後進一步朝向絕對的精神，以辯證法的發展來掌握。辯證法的思考方法正是黑格爾哲學的根本。客觀的精神本身顯示出由抽象的法朝向道德，再朝向人倫的辯證法的發展，人倫也顯示出家庭朝向市民社會，而後國家的辯證法的發展。亦即，黑格爾認為國家是人倫理念的現實態，是精神能夠在此獲得最普遍自由的人倫共同體，在精神的辯證法展開當中，將國家置於客觀精神的最高階段，家庭或市民社會所欠缺的人倫，在國家當中完全且具體的存在。如此一來，康德的思想當中分離的法與道德則再次總和起來，賦予法及國家積極的基礎。藉由其辯證法的理論，認為犯罪是對法的否定，刑罰則是否定的否定，作為法的否定的犯罪有一定的質和量的範圍，那麼作為否定的否定之刑罰也必須正好在該範圍，將犯罪人當作理性的人予以尊重，因此其主張為絕對的、等價的應報刑論⁴⁹。

此黑格爾哲學及絕對、等價的應報刑論對刑法理論產生強烈的影響，將犯罪理解為在客觀的型態中作為人倫或道義的法的侵害，以「刑罰是要回復這樣的法之道義的應報觀念」為主軸，形而上學的、超個人主義的色彩濃厚，所謂「黑格爾學派」直至 1870 年左右都是刑法理論當中的主流⁵⁰。

第二目 社會背景

此時值得注意的社會背景為，1840 年代前後，德意志的多個邦國相繼成立了刑法典，例如薩克森 (Sachsen) (1838 年)、符騰堡 (Württemberg) (1839 年)、漢諾威 (Hannover) (1840 年)、布倫瑞克 (Braunschweig) (1840 年)、巴登 (Baden) (1843 年) 等，皆誕生了刑法典。之後，1851 年，成為現行德國刑法基礎的普魯士刑法典成立。但是，德國刑法學並沒有以這些邦國的刑法典為素材

⁴⁸ 徐育安，前揭註 43，頁 10。

⁴⁹ 內藤謙，前揭註 35，頁 531；團藤重光，前揭註 37，頁 18-19。

⁵⁰ 內藤謙，前揭註 35，頁 530-531。

來展開分析，反而是謀求各邦的刑法典當中共通的規定作為普通法，此動向支配刑法學界。為了找出新的普通法之線索，再次向哲學界探尋，此即產生刑法學與黑格爾哲學的結合。

此傾向的社會背景為要求德意志統一與自由的民族主義之動向。德國人為長期政治的分裂及先進諸國的干涉壓迫所苦，在尋求個人自由的運動中，不得不結合了民族的獨立、國土統一的要求。德意志自由主義帶有被稱為「國民的自由主義」的特殊性格，因為個人的自由是與民族共同體結合起來考慮的。尤其是 1840 年代後，以進行中的產業革命為背景，德國的市民階級在政治變革的同時，特別期待被分割的國土統一之後國內市場的整合。但是，萊茵蘭（Rheinland）地區的市民階級為中心的政治解放運動，在 1848 年的三月革命中遭遇挫折之後，於 50 年代的反動期中，貴族、容克（Junker，指以普魯士為代表的德意志東部地區的貴族地主）的優越地位再度變得難以動搖。之後，德國統一與自由的課題在貴族和容克的妥協之後，以普魯士為中心繼續進行。這樣的社會背景之下，黑格爾哲學因為綜合追求作為理念的「國家」與自由，對刑法學造成強烈的影響⁵¹。

第三目 學說特色

1871 年制，德意志第二帝國成立並制訂帝國刑法典，以此為背景，及在法實證主義與德意志觀念論哲學的影響之下，與近代學派（新派）的理論對決過程中，所謂「古典學派」（後期古典學派）形成。以 Karl Binding（1841-1920）、Karl von Birkmeyer（1847-1920）、Ernst Beling（1866-1932）為代表。

後期古典學派相對於「近代學派」（新派，→詳下文第三款）而言屬於傳統理論的一個學派，但學派當中各論者所主張的理論內容並非相同。不過，肯定形而上學的自由意思之存在，承認依自由意思而為犯罪行為相關的**道義的責任**，以及對有道義責任的犯罪行為施加作為應報的刑罰，這幾點的主張幾乎是一致的。

後期古典學派可以說具有國家主義及自由主義的兩個面向。**首先**，在國家主義方面，承認道義的應報作為刑罰本身的意義，擁有科處刑罰權力的國家道義優越性，也就是顯示國家的權威這一面，正是後期古典學派在德意志第二帝政的國家主義、權威主義的一面。**另一方面**，要求刑罰對應道義的責任而限定犯罪與刑

⁵¹ 以上整理自內藤謙，前揭註 35，頁 94-95。

罰的均衡，重視作為自由意思的外部性、現實性實現的各個犯罪行為及其結果，構成犯罪理論的客觀主義顯示了後期古典學派的自由主義的一面。再者，後期古典學派的應報刑論，隨著時間經過，逐漸將重點轉移至藉由應報達成一般預防目的。後期古典學派的這兩個面向，依據學者不同及時代的更迭有濃淡的差異。

Binding 即認為，以國民對國家的服從義務為基礎，犯罪的本質乃對規範有責任之違反，刑罰的本質為應報，亦即藉由法使犯罪者強制屈服來確證法的威信等等，因此 Binding 的國家主義、權威主義色彩濃厚。相對於此，Beling 在限定的範圍內承認自由意思，刑罰雖為對有責任之行為的應報，但該應報是為了維持社會秩序，再者，其構築了客觀主義犯罪論體系之基礎，確立構成要件理論，具有濃厚的自由主義色彩。Birkmeyer 則是介於兩者的中間，從徹底的意思自由論出發，以作為對應道義責任的刑罰的應報刑為正義的要求，主張能夠藉由這樣的應報刑來維持國家的法秩序。概括而言，第二帝國的初期國家主義面向較強，1890 年以後隨著政治狀況的變化，逐漸顯示出自由主義的一面。

最後，關於後期古典學派與前期古典學派的比較，**差異**在於後期古典學派不區別刑法和道德／道義，以形而上學的自由意思為前提，主張道義的責任及對之應報；**共通點**在於犯罪與刑罰均衡之必要，以及客觀主義的犯罪理論構成。此差異與共通點，可以說分別對應到後期古典學派的國家主義的一面及自由主義的一面⁵²。

第二款 近代學派（新派）

第一目 學說特色與社會背景

十九世紀後半，資本主義發達帶來社會變動且伴隨著犯罪的激增，特別是累犯和少年犯罪的增加。後期古典學派將犯罪與刑罰當成法律現象而主張應報刑，逐漸被認為無法對應此變動趨勢而遭受批判。在與後期古典學派的刑法理論對抗之中形成的是所謂「近代學派」（又稱新派）的刑法理論。

其特徵為與當時的自然科學發展相關連的實證主義方法結合，來研究對於犯罪及犯罪者之對策。此派的先驅者為切薩雷·龍布羅梭（Cesare Lombroso, 1835-

⁵² 以上整理自內藤謙，前揭註 35，頁 531-533。

1909)，其基於人類學的研究而主張存在「生來犯罪人」之類型。其次，他的弟子恩里可·費利（Enrico Ferri, 1856-1929）將犯罪的原因分為人類學的原因、社會學的原因及物理學的原因，否定以意思自由為前提的「道義的責任」而主張「社會的責任」（社會責任論），排斥原有的責任與刑罰的概念，而以「危險性」及「制裁」的概念起草 1921 年刑法草案，此乃所謂義大利學派。

將此理論整理並體系化的展開的是近代學派的代表性人物——德國的**法蘭茲·馮·李斯特**（Franz von Liszt, 1851-1919）。他與比利時的 Adolphe Prins（1845-1919）及荷蘭的 Gerard Anton van Hamel（1842-1917）共同創立了國際刑事學協會（Internationale Kriminalistische Vereinigung, IKV），貢獻於國際性地普及近代學派之理論⁵³。（→李斯特之理論內容詳見下文第二目；其所主張之心理責任論詳見下文第三款。）

近代學派的形成與展開屬於當時全法學領域當中對法實證主義的概念法學的批判傾向之一，此傾向的社會背景為資本主義高度化伴隨著社會問題的浮現。經濟中貧富對立、失業等社會的矛盾發生，作為成立期資本主義社會前提的個人同質性及其自由活動的預定調和也跟著崩壞，對應這樣的情形，為了回復個人實質的自由與平等，強調相對於法實證主義形式上合法性的「實質妥當性」。在刑法的範疇中，問題的重點由需罰性轉移到應罰性，在應罰性意識中也產生了如「由法治國家朝向社會國家」之標語所顯示出的變化。近代學派重視由刑事政策的思考來展開刑法理論，正是建立在這樣的國家觀變遷與社會政策擴張傾向的背景之下。但是，此傾向也會連結到國家機能的擴大和積極化，而且，近代學派主張的行為人主義、主觀主義、性格責任論、犯罪人類型論等，不管是何者都有依不確定且主觀性要素左右刑法適用之可能性，對個人自由、人權保障有所危害。另外，近代學派的社會防衛論當中所謂的「社會」，如果是現實上涵括性的社會亦即國家，或是解釋為現實的資本主義社會本身的話，就會變成防衛該現狀，如此一來近代學派也帶有國家主義、權威主義的一面。李斯特意識到此問題，因而強調刑法的自由保障機能、罪刑法定主義，以刑法劃定刑事政策的界限，並未偏離客觀主義犯罪理論，就此而言，近代學派仍有自由主義的面向存在。其次，近代

⁵³ 以上整理自內藤謙，前揭註 35，頁 535-536。

學派在否定形而上學意思自由為基礎的應報刑論、嘗試合理性思考刑罰的效果與界限、主張以犯罪預防為目的的刑論等思考方法的基礎，雖結論有差異但可以連結到前期古典學派的主張。

近代學派的刑事政策主張，從現在的犯罪人處遇理論或人權保障的角度來看，或許有所疑義（例如不定期刑），但其主張對後來的立法有很大的影響。無論如何，近代學派不再將犯罪與刑罰視為單純的法律現象，而嘗試將刑法理論連結到社會學、生物學等科學，實證性地檢討刑罰的效果與界限，正面地提出犯罪人處遇之問題，可以說樹立了具有實質內容的刑法理論。但是，近代學派這樣的方法論與人權保障的要求有矛盾的情形應如何解決，仍留下問題⁵⁴。

第二目 李斯特之學說理論

李斯特受到耶林（Rudolf von Jhering, 1818-1892）的目的思想影響，強調在刑法當中目的思想的重要性，藉由經驗來開啟對刑罰合目的性的理解之道，依據目的思想得到刑罰的比例及目標，同時進一步展開刑罰的前提（犯罪）與刑罰的內容和程度（刑罰制度），以此主張刑法就是目的思想支配之下的刑罰權力。將耶林的「利益」概念轉換為刑法領域中目的意識性的「法益」保護概念，自覺性地展開目的刑論。與目的思想的重視相連結的刑事政策領域中，李斯特將犯罪原因區別為個人的原因及社會的原因，認為刑事政策固有的課題為去除犯罪的個人原因，而犯罪的社會原因之去除則是社會政策之任務。再者，其主張「為了全盤性提升勞動者階級的情況，冷靜但有目的意識的社會政策，即是最好且最強力的刑事政策」，強調社會政策的重要性。

另一方面，關於去除犯罪個人原因的刑事政策之課題，李斯特批判刑法理論將作為刑罰對象的行為人和行為切離，只觀察行為，其認為應處罰的並非「行為」而是「行為人」（行為人主義），因此以行為人的「反社會性格」及其所顯示的「對法秩序的危險性」決定刑罰的種類及輕重，採取主觀主義、**性格責任論**的立場。由此立場出發，李斯特發展出「犯罪人類型論」，將犯罪人區分為「偶發犯人」（Augenblicksverbrecher）和「狀態犯人」（Zustandsverbrecher），後者又區分改善可能和改善不可能。進而主張對偶發犯人為威嚇、警告，對改善可能的狀

⁵⁴ 以上整理自內藤謙，前揭註 35，頁 538-539。

態犯人予以改善，對改善不能的狀態犯人則應使之無害化。具體而言，對偶發犯人，強調短期自由刑的弊害，擴充罰金刑、導入緩刑制度等；對改善可能的狀態犯人，以相對的不定期刑來改善；對改善不能的狀態犯人則提倡終身或不定期的拘禁。

李斯特這樣的基本構想與主張基於自由意思的行為責任和應報刑論的後期古典學派對立，其從意思決定論的立場，否定以意思自由、他行為可能性為前提的傳統的责任概念和應報概念，主張以「目的刑」取代應報刑，刑罰的唯一正當化根據在為了法秩序維持之必然性，刑罰不外是為了社會防衛之手段，實乃**社會防衛論**的主張者。李斯特的刑罰論方面則將重點置於特別預防，因其認為刑罰的任務在於依據犯罪人的特性預防犯罪人再度犯罪，以改善及社會復歸為內容。從這裡也產生對刑罰制度或行刑制度的改革，及新設立對少年的特別處分等要求⁵⁵。

第三款 心理責任論

第一目 概說

因以下要探討的心理責任論與近代學派（新派）並無相對應或所屬的關係，而僅是屬於近代學派的李斯特採此理論，因此將此部分獨立為一款來闡述而不置於近代學派的架構之下。在此要先說明的是，後期古典學派與近代學派關於責任論的看法對立乃關於**理念**之「道義責任論」與「社會責任論」的對立，而與以下關於責任的**判斷架構／概念體系**之「心理責任論」則**無**相對應之關係（依心理責任論至規範責任論的演變，可以將心理責任論理解為較早期學者的看法，不論該學者本身為哪一學派。→關於此演變詳見下文**第三項**），本文基於探究責任論相關歷史變遷之需要，試圖將這兩組不同分類方法之概念置於相應的歷史時間軸上，惟仍應注意區別概念內涵之差異。

如前述瞭解李斯特學說的基本構想之後，再進一步探討其責任理論的內容。李斯特將「與犯罪結果發生之存在相聯繫的主觀要件」名為「責任」，他以思考刑罰科處的前提要件之歸納方法，嘗試從實定法當中獲得責任概念的內容。他認為故意和過失是兩個「責任的種類」，有不同種類的本質，要統合為一個共通的

⁵⁵ 以上整理自內藤謙，前揭註 35，頁 536-537。

上位概念是不可能的。其認為「故意本身並非責任，與規範違反行為的情形相同，可以考慮規範合致的行為之情形；相對於此，過失本身即是責任，不可能考慮規範違反行為之外的領域。兩者的種類概念作為其效果，沒有任何共通性。因此僅是以此為基礎，決定概念的屬性」，也就是，唯一將責任的概念與責任的種類連結起來的是「賦予刑罰基礎之機能」這點。李斯特賦予責任概念主觀性心理學的特徵，是與故意、過失作為責任種類之見解相對應的⁵⁶。

李斯特所主張的即為一般所稱的**心理責任論**，指的是將責任當作故意與過失的總和或全體，且故意、過失乃單純的心理上的事實。責任即等同行為人的主觀事實，此際並不探求責任的實質內容。責任指的是與法的歸責結合，將發生的違法結果朝向行為人的主觀之關係⁵⁷。此種責任概念的心理學性格，隨著李斯特的教科書改版而更加顯著。李斯特在其教科書第二版及第三版中，描述責任為「對於作為的因果關係之表象世界的關係」，之後的第四版中，責任是「對於基於意思的身體活動所惹起的結果之答責性」，而僅以故意和過失之責任的種類來定義。然後，此名目上的定義變為「對於遂行之違法行為的答責性」，雖有一些變化但到最後由李斯特編撰的版次中都維持了此定義，第七版至第九版再次地確認主觀上關係的要素，與答責性的要素結合，亦即，作為行為人對結果的主觀之關係的責任，與法的答責性是互相結合的。關於所謂的答責性，自 1905 年，李斯特將作為形式性概念的答責性與作為實質概念的責任予以區別，到最後，於最終的版次中，「答責性」成為最廣義的責任，責任的狹義概念則作為實質性、上位的法學概念來定義，即行為人與其行為的「主觀性的關係」⁵⁸。

綜上所述，李斯特的學說內容雖有若干的變化，但並未改變其責任概念仍舊是考慮故意與過失為責任的種類，並未進一步純化其他凌駕於此的要素，因此可以說維持了責任的心理學型態，賦予一般所稱的「心理責任論」體系性的基礎，如此評價並不為過。歸責與犯罪的主體有關係確實是很早以前就有的知識了，但是李斯特的責任論所提出的新穎之處在於，將責任要素相當激進地限定在「特定的要素」，亦即，李斯特所認為的責任要素會與法官的主觀價值判斷脫離，而是

⁵⁶ 中村邦義，前揭註 33，頁 98。

⁵⁷ 吉田敏雄，前揭註 29，頁 41；団藤重光，前揭註 37，頁 188。

⁵⁸ 中村邦義，前揭註 33，頁 99-100。

限定在可以用客觀上一般的事實認定的心理學上記敘性之要素。李斯特的基本立場是，將「使刑罰能完全客觀化的基準」與「能以自然科學來認定的基準」結合。其基本立場之背景為嚴格限制刑事制裁介入的法治國家的自由主義及方法論上的自然主義，再者，作為刑罰前提的法的責任概念則是必然性的自律之產物，而與倫理或宗教上的責任完全無關係⁵⁹。

第二目 後續之發展：Löffler、Radbruch

承上所述，李斯特可以說開拓了心理責任論的體系基礎，直至後述轉變為以規範責任論為主流之前，心理責任論藉由自然主義方法的徹底深化，由 Alexander Löffler（1866-1929）至古斯塔夫·拉德布魯赫（Gustav Radbruch, 1878-1949），達到心理關係純化之頂點⁶⁰。以下將簡要地探討這兩位學者的嘗試。

Löffler 依循李斯特之理論，在其 1895 年的著作《刑法的責任形式》（*Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung*）中，展開嚴格的心理責任論。Löffler 對於責任之看法是由刑罰的本質導出，其認為刑罰是使犯罪者或有可能犯罪之人「朝向與社會利益合致的態度」的一個手段，再者，刑罰應對「擁有『基於自己的行為而對社會有害的人物』特徵的人」行使，且責任的機能正是此一特徵的賦予。責任是對行為人的社會評價，且與「行為是顯示出行為人的個性的純粹表現之心理性的構成要件」結合，因此 Löffler 將責任定義為人的內在性與行為的社會有害結果結合之刑法上重要關係之總體。在此所指的刑法上重要關係，並不限於意思。因為 Löffler 認為刑法上的責任並不限於意思責任，毋寧是有三種責任形式：（1）意圖（Absicht）、（2）有認識責任（Wissentlichkeit）、（3）無認識過失（Fahrlässigkeit）。意圖是指對結果有所意欲；有認識責任則是對結果有預見，但並無意欲；無認識的過失則是對結果沒有意欲，也沒有預見，但對結果有預見可能性，也有迴避結果的可能性。這三種形式與當時的學說不同，具體而言，特別是與過失的學說有異。其將過失的概念完全限定在「無認識過失」的事例，而將原本包含在過失概念中的「有認識過失」歸類為「有認識責任」。藉由這樣的限定，Löffler 嘗試以心理學

⁵⁹ 中村邦義，前揭註 33，頁 100。

⁶⁰ 川端博，規範的責任論の生成と犯罪論への影響，明治大学社会科学研究所年報，18，頁 135（1977 年）。

的方法構成過失概念的要素，將過失認為是欠缺注意而妨害刑罰所帶來惡害的聯想產生。此責任形式的分類及對無認識過失的解釋在現在來看當然包含問題，但在此值得注目的是 Löffler 將各個責任形式都一貫地以心理學來解釋之嘗試⁶¹。

拉德布魯赫在 1904 年就任海德堡大學教授的演講當中，以〈關於責任概念〉(Über den Schuldbegriff) 為題，主張激進的心理學式的責任概念。其目標是將責任概念包含的異物除去，進而純化責任概念，為了達成此目的，其主張要區分 (1) 責任和行為、(2) 責任和歸責能力及 (3) 責任和違法性的概念。首先，關於 (1) 責任和行為的區分，其批判將行為與責任混同的理論，而贊成行為的要素僅有基於某些意思的身體活動本身，相對的，意思的內容為何才是屬於責任的問題之見解。因此，不僅在身體活動方面，甚至到有關意思的層面，都必須貫徹去區分意思之惹起性和意欲性之區別、意思的實現和意思的內容之區別、因果關係和責任關連之區別。其次，關於 (2) 責任和歸責能力的區別，拉德布魯赫批判將歸責能力認為是故意能力和過失能力的見解，其認為縱使沒有歸責能力，仍舊可能存在故意和過失。最終他仍舊沒有贊成包含歸責能力的責任概念構造，因為，他將歸責能力理解為「對於接受刑罰為目的動機之能力」，相對於此，故意和過失則是「使遂行違法行為人具有作為社會危險之人的特徵」，兩概念的目的有所不同，因此無法將歸責能力和歸責可能性整合為一個概念。因此，歸責能力對拉德布魯赫而言，單純是作為可罰性的條件來考量。最後，關於 (3) 責任和違法性的區別，乃與心理責任論最難處理的過失概念有關。其認為過失概念相對於故意，並非單純的心理狀態，而將構成過失的要素分為行為人「不注意」的事實及行為人「比一般人更不注意」的評價，將這兩個要件認為是「違法性」的特別形式。亦即，較一般人不注意就是違法，所謂過失應該要預見結果之發生。因此，與結果的違法性並列的還有意思的違法性，那麼在過失行為當中「超越通常程度的不注意」的要件也是形成違法性的要素。因此，過失概念就剩下「可能預見但沒有預見其結果的不注意」這個要件。簡言之，其將過失的構成要素區分為違法性要素與責任要素，正是為了將過失的責任構成要素徹底還原為純粹的心

⁶¹ 中村邦義，ドイツにおける近代後期の刑事責任論の歴史的な展開：第一次大戦までの体系的な責任論の展開(一)，法學新報，112 (5)，頁 140-141 (2005 年)。



理學的要素⁶²。

綜上所述，拉德布魯赫以純粹的心理學概念來理解責任概念，雖然包含了意思內容，但其他部分就僅剩故意和過失。也就是說，他將責任概念定義為以下的心理狀態（Gemutzzustand）：行為作為行為人性格之表現的心理狀態，並且，該行為是違法行為，可以由該行為推認的心態是反社會性心態的話，就能稱為「責任」之心理狀態。此乃其為了「純化」責任概念且重視理論的一貫性，而具有概念法學的特色，同時又採取責任概念僅包含心理學要素的自然主義式看法所導出的結論，相當具有個人特色⁶³。

第三項 二十世紀初至二戰結束（1945 年）

第一款 學派之爭與妥協

1890 年代至 1910 年代，後期古典學派與近代學派之間展開了強烈的爭論，其中十分著名的正是李斯特與 Birkmeyer 之間的論爭。以下以表格重新整理前述兩學派的理論對立關係：

	前提	刑罰論		責任之理念	犯罪理論
後期古典學派	意思自由論	應報刑論	一般預防	道義責任論	客觀主義
近代學派	決定論	目的刑論 (改善、社會復歸)	特別預防	社會責任論	主觀主義

表 1 後期古典學派（舊派）與近代學派（新派）比較表

但是進入 1920 年代後，學派之爭有逐漸緩和的趨勢。理由之一為兩學派在論爭的過程中，意識到各自學派的主張過於誇張化和單純化；理由之二為，當時各國的刑事立法中，某程度地肯認了近代學派的刑事政策相關提案，因此立法上兩學派也達成妥協，例如，刑罰與保安處分的關係，分別採納了後期古典學派的「責任」對應「刑罰」、近代學派的「行為人的危險性」對應「保安處分」之旨

⁶² 中村邦義，前揭註 61，頁 147-148、150。

⁶³ 中村邦義，前揭註 61，頁 148-149。

趣，以刑罰與保安處分兩者都規定的立法方法為有力（二元主義）。近代學派所提案的限制短期自由刑、緩刑和假釋的運用及擴充、罰金刑的擴充等等某程度被採納，此傾向在學派之爭激烈的德國，1909年草案以來的諸多草案中仍舊逐漸採用這些制度⁶⁴。

除了立法上的妥協，各自主張的責任理念也有所讓步，做出若干理論的修正。申言之，後期古典學派的「絕對的自由意思論」與近代學派的「強硬的決定論」在理論發展過程中均逐漸站不住腳⁶⁵，而互相讓步妥協，因此現在的責任論的基礎可以說是「相對的意思自由論」與「柔軟的決定論」相對立。前者主張，人的意思雖會受到素質與環境的影響、制約，但最終仍然是自由的，因此可以找到非難的根據，非難是回顧性的、劃設出責任的上限；後者則修正了近代學派強硬的決定論會陷入宿命論之缺失，主張人格除了強硬決定的層面（生理層面）以外，還有賦予非難條件的規範心理層面，若周遭條件產生變動，行為人即可能有他行為的可能性，此可能性的一部分即為責任的根據。非難與處罰將會產生「以前有過這樣的非難，這次也應該會有，下次更可能會有」的條件附加作用⁶⁶，因此非難是用以展望性地抑止犯罪人或一般人為犯罪，亦即主張抑止刑論⁶⁷。

再者，後期古典學派的應報概念向一般預防概念靠近，近代學派也開始重視犯罪行為作為犯罪人反社會性格的表徵（犯罪表徵說），因而更接近客觀主義。兩學派妥協的產物當中較有力的即是所謂「統合說」（Vereinigungstheorie），其代表為 Robert von Hippel（1866-1951）所主張的刑法的國家／道義性正當化透過正當的應報及犯罪的有效預防，謀求法秩序維持的必要性。另外，Max Ernst Mayer（1875-1923）所主張的「分配說」（Verteilungstheorie），將刑罰的法定、量定、執行三階段分別對應到應報、法的確證、目的刑之指導理念，也顯示出了兩學派的妥協。

以上的學者見解都是未偏離後期古典學派基本立場的修正嘗試，另一方面，

⁶⁴ 內藤謙，前揭註 35，頁 540-541。

⁶⁵ 從唯物論及實證主義的觀點批判意思自由論及決定論，可參考：野村貴光，刑事責任論と犯罪原因論との相克：唯物論的視座から導出される刑法理論の方向性，法學新報，118（1）（2011年）。

⁶⁶ 吉田敏雄，前揭註 29，頁 29-30；李茂生，刑法總則講義第三冊，2012年版，頁 307-310。

⁶⁷ 淺田和茂，刑法学における責任と刑罰：法社会学との対話を求めて，法社会学，45，頁 147（1993年）。

1920 年代，在德國威瑪共和時期的社會國家論之背景下，近代學派的特別預防論以行刑中社會復歸思想為基點，逐漸滲透到刑法理論，具體表現在 1922 年拉德布魯赫草案及 1927 年行刑法草案的立法上⁶⁸。上述的發展可謂是以後期古典學派為基礎，並採近代學派的部分理論為輔，並在立法上得到落實。

第二款 規範責任論

第一目 轉變的契機

前述的心理責任論轉變為規範責任論是責任理論當中相當著名且重要的轉變，本文第三章以下想要反思責任的本質即是以此為基礎加以探討。因責任理論與科學的發展、社會經濟政治背景，乃至於（法）哲學的發展皆息息相關，因此以下先探討是在怎樣的契機或背景之下產生理論的轉向。

承前所述，十九世紀末，由黑格爾哲學朝向法實證主義的哲學上的轉變為背景，刑法學當中也展開了體系性的責任論。至十九世紀與二十世紀之交，刑法學中漸漸地脫離了實證主義哲學的立場，取而代之的是以「回歸康德（Zurück zu Kant）」為口號，回溯康德理論之**新康德哲學**（Neo-Kantism; Neukantianismus）的立場，開始對刑法學產生影響。基於康德哲學中的方法二元論，不單只是再現康德的哲學，還要超越康德哲學，以對應二十世紀的市民社會動搖時期，構築新的理想主義式的觀念論之體系⁶⁹。在刑法學中受到新康德哲學影響的主要有兩個學派之理論，第一個是重視邏輯性思考的馬爾堡（Marburg）學派，受到 Rudolf Stammler（1856-1938）哲學的影響；另一個則是海德堡學派，是由 M. E. Mayer 將 Wilhelm Windelband（1848-1915）、Emil Lask（1875-1915）、Heinrich John Rickert（1863-1936）所主張的「西南德價值哲學」（西南德學派）導入刑法學⁷⁰。

整體而言，此時依循著康德的倫理學，在方法論當中導入價值概念，喚起黑格爾哲學的歸責論落幕之後就喪失的價值意識，將刑事法學設定為事實的、邏輯性的關係，不僅要求體系化，更應確立規範的關係。因此，在十九、二十世紀交

⁶⁸ 以上整理自內藤謙，前揭註 35，頁 541。

⁶⁹ 中村邦義，ワイマール共和国時代における刑事責任論，法學新報，113（3），頁 416（2007 年）。

⁷⁰ 中村邦義，前揭註 61，頁 128-129。

替時，精神（人文）科學的想法對刑法解釋學造成巨大的影響。尤其 1900 年以後，基於講求倫理的規範性理論之方法的立場增加，顯然是受到新康德哲學的影響所造成，然而實際上，自然主義也並非突然就失去意義，也曾暫時處於支配性地位，但是不久後逐漸失去說服力。至第一次世界大戰爆發時，規範性的理論即已完全處於支配地位。

最終而言，實務上的影響可能遠比學說理論帶來的的衝擊更強烈——二十世紀初正開始進行刑法典的修正。為了擬定草案，由當時德國刑法學界優秀的學者們共同進行研究，將至今抽象且哲學的理論演繹出的解釋論立場，直接面對各該規定具體的問題，認真檢討其實務上的有用性。經過修法過程仔細的分析，認為不論是責任作為意思自由的內部概念，或是傳統的將責任作為故意和過失的上位概念之大雜燴式的方法，都不足以滿足立法上的要求。因前者將使得立法者無法解決確定構成要件之問題，後者則無法確定故意或過失之外有何其他包含在責任之內之要素⁷¹。再者，此時期於刑法解釋學上，心理責任論被批評無法說明以下諸多問題：為何無責任能力者的故意行為仍能阻卻責任？免責的緊急避難亦同，行為人是做出故意行為，從純粹的心理學觀點無法說明為何故意仍得以免責；再者，無認識過失的情形，行為人與結果應無心理上的關係，為何仍有責任……等等的問題⁷²。因此，實務上有用性的不足及若干解釋論上遲遲無法自圓其說之處也使得心理責任論面臨到必須徹底改造的局面。

第二目 M. E. Mayer 的責任論

於心理責任論轉變到規範責任論的轉變時期，相當重要的人物為屬於上述新康德學派的西南德學派的 Max Ernst Mayer，他是將新康德哲學的理解導入刑法解釋論的責任論中之第一人。對他而言，「刑法的價值性格」並非結論，而是不能爭執的出發點。

Mayer 認為責任的相關法律概念由來於道德概念。於 1901 年的論文〈刑法中有責的行為及其種類〉（Die schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht），可明確看到受康德及新康德哲學的影響，且他依據 Windelband 和 Rickert 的看法，

⁷¹ 中村邦義，前揭註 61，頁 130。

⁷² 吉田敏雄，前揭註 29，頁 41-42。

批判李斯特的「自然科學方法論」。依照 Mayer 的見解，刑事法學乃經驗性的，不能依靠自然科學的方法論，刑法的課題是與人有關的判斷，屬於歷史性的範疇。由此方法論出發，責任概念與價值判斷有關係，早已是必然的結果。亦即，要從歷史的事實現象的認識中排除價值判斷是不可能的，也無法排除歸責。刑法中價值的性格正好是承認適切的責任要件之根據，且是責任概念邏輯上的依據。

Mayer 提出「有責的行為」概念，將責任回溯到倫理概念的層面，理解為「倫理的」責任之派生，因為責任的倫理性概念本來就是道德秩序的概念之一，而刑事法學也歡迎這些概念，因其認為「法的責任是最小限度的道德」。因此，Mayer 定義的有責的行為，是倫理性被非難的有責行為，換言之，是「違反義務的意思活動」此意義之下的有責行為，以「義務違反性」作為責任之核心。違反義務的意思活動之要素顯示出意思的純粹、倫理性的特徵，此際，倫理的判斷，僅會聚焦在行為人的動機。他認為，價值判斷是透過外部世界的現象決定的行為人動機，從而，與人倫的行為人心理狀態有關係，由此發展出責任主義的構成原理。Mayer 所謂的人倫，並非主觀主義下的個人倫理，而是遵從國家承認的文化之行為人被期待的內在態度⁷³。在這樣的發展當中，責任不再只是心理學的要素，而是包含了評價的認識在內，此即心理責任論朝向規範責任論移行的背景之一。

第三目 R. Frank 的責任論

Reinhard Frank (1860-1934) 在 1907 年題目為〈責任概念的構成〉(Über den Aufbau des Schuldbegriffs) 之論文，在新的責任論的展開當中扮演中心的地位。一般而言，Frank 被認為終結了心理責任論的支配，而成為開啟「規範責任論」之創始人。

Frank 提出了與當時主流見解不同的立場。他以日常生活的用語來指摘法院在量定責任之際，其實考慮了故意和過失以外的諸多要因，他舉出以下的事例：「公司中出納人員和運鈔人員相互並無意思聯絡而盜領公款。出納人員出身富裕，無家庭要扶養但消遣費用增加；運鈔人員按月領薪水，有生病的妻子及年幼的小孩需照顧。兩人分別都知道自己違法取得他人的金錢，因此關於故意兩人並

⁷³ 以上整理自吉田敏雄，前揭註 29，頁 41-42；中村邦義，前揭註 61，頁 156-160。

無不同。但是，任何人都會認為出納人員的責任比運鈔人員更重。」此即 Frank 主張作為責任基準的「附隨情事」(begleitender Umstand)。對於附隨情事，不但有減輕責任之效果，他也承認有阻卻責任之效果，此與當時關於緊急避難的通說有關。Frank 認為，如果責任概念是故意和過失的總體，在那之外別無其他要素的話，為何責任能透過緊急避難來阻卻，是完全無法理解的。但如果附隨情事能夠影響責任概念，在如此理解之下，刑法上的緊急避難才有可能獲得責任阻卻的體系位置。

另外，對於歸責能力（責任能力），Frank 認為其意義為「行為人通常的精神上性質」，並將歸責能力定位在責任的構成要素而非前提要件，因為，精神病患者有可能也對行為有所意欲，並能認識到賦予行為犯罪特徵的要素，亦即能夠知道該行為是犯罪，因此作為前提要件有所不妥。那麼，附隨情事及歸責能力與故意和過失並列，都是責任的構成部份（＝責任的要素），責任概念是包含這些要素的複合性概念⁷⁴。

因此綜上所述，Frank 認為「能夠非難行為人的違法態度」的責任概念，包含了三個要素：（1）歸責能力、（2）故意或過失、（3）「行為人在如何的情事當中做出行為，這些諸情事是否為正常」，即附隨情事之正常性。將這三個要素總括起來，Frank 提出了「非難可能性」的概念。其主張責任就是非難可能性，對於行為人被禁止的態度能夠非難的情形下，能使該人負起責任。這個非難可能性的概念在後續的發展中，獲得了當時未預想到的巨大意義。其進一步闡釋，非難可能性的概念「並非概念本身有價值，毋寧是在指出有（責任之）特徵時有價值」，換言之，是作為指出某人對其違法行為能夠非難時必須存在的所有要件總括起來的「符號或省略記號」，此時才有益處⁷⁵。

Frank 提出的非難可能性此一專有名詞迅速普及，將責任與非難的關係連結起來，賦予責任各種特徵。例如將責任能力描述為態度的規範性狀態，以及賦予非難基礎的狀態，或將責任描述為價值判斷的可能性等等。Frank 對於責任由現

⁷⁴ 以上整理自中村邦義，ドイツにおける近代後期の刑事責任論の歴史的な展開：第一次大戦までの体系的な責任論の展開(二・完)，法學新報，112（9），頁 298-299（2006 年）；吉田敏雄，前掲註 29，頁 42-43。

⁷⁵ 中村邦義，前掲註 74，頁 300。

實的心理、自然現象（心理責任論）轉而成為客觀的、精神的現象之概念的轉換上確實居功厥偉。



第四目 規範性的責任要素

接著，James Goldschmidt（1874-1940）於 1913 年發表〈作為責任問題之緊急避難〉（*Der Notstand ein Schuldproblem*）為題之論文，可謂初次在具體的解釋論上提出「規範性的責任要素」，同時也賦予免責事由之制度在責任論體系當中確定的地位。其提出「義務規範說」之理論，認為「法規範要求個人有特定的外部態度，與此法規範並列者，在默示當中，存在著命令個人採取必要之適當『內部的』態度（的法規範），以和法秩序所要求的『外部』態度相對應」，此一要求內部態度的規範就是「義務規範」，義務規範會阻止法秩序禁止的意思活動，或是決意去做法秩序必要的意思活動，亦即，義務規範要求依據法規範來賦予行為人動機，是賦予義務動機之規範。基於這樣的理解，Goldschmidt 認為不論在故意或過失的情形，都有規範的責任要素存在，因為此規範責任要素的基礎就是義務規範的侵害。義務規範的違反性在故意和有認識過失的情形，存在於放棄反對動機之時點；於無認識過失的情形，在放棄賦予自己動機的動機當中⁷⁶。

因此，其主張被強制的違法行為仍舊是有認識及意欲的行為，因而並非欠缺故意，而是對行為人的動機設定過程之原因無法予以非難，也就是欠缺義務規範的違反性。從而，責任中除責任能力、故意或過失的心理責任要素之外，必須加上「動機的非難可能性」此一單獨的規範性要素。此要素通常存在，但在特殊的情形，如有正當理由無法課與遵從守法義務的動機（義務規範）時，此要素不存在⁷⁷。

Goldschmidt 是規範性責任要素理論的創始者，開啟了**期待可能性論**作為責任要素的可能性。以下將繼續探討期待可能性理論的相關脈絡，因內容較多所以另立為一款，惟理論上期待可能性論實乃規範責任論下之一環，特此敘明。

⁷⁶ 中村邦義，前揭註 74，頁 317-320。

⁷⁷ 中村邦義，前揭註 74，頁 317。



第三款 期待可能性論

第一目 概說與判斷基準

1920 年代至 30 年代初，由 Goldschmidt 創始的規範性責任要素受到相當大的支持，**期待可能性**作為責任要素來理解受到活躍的議論。原因在於，這樣的解釋是能夠調整現行法、超越實定法上規定的責任阻卻事由之主張。在立法上，由拉德布魯赫提案的 1925 年和 1927 年的草案，在緊急避難的規定當中也清楚運用了期待可能性的思想。另外，司法上也釋出善意，1927 年德意志帝國最高法院（Reichsgericht）透過承認超法規的正當化緊急避難，可以認為是為期待可能性此一超法規的免責事由開了大門。基於以上的因素，期待可能性的法理在 1920 年至 1930 年代初成為責任概念議論的中心⁷⁸。

期待可能性的法理先後有二個方向的發展，同時也是判斷基準的轉向。**第一個**是將期待可能性的思想以倫理的、個人主義式的來看待，在倫理的考察當中，於具體的各個事例考量行為當時該行為人是否能期待為適法的行為，亦即以行為人個人為判斷基準。**第二個**是在所有的案例中都以平均人作為責任評價的基準，將期待可能性的法理一般化。以下將分別闡述此二判斷基準之發展。

（1）行為人個人基準

主張以行為人為基準的論者首推 Berthold Freudenthal（1872-1929），其於 1922 年所著以〈現行刑法中的責任與非難〉（Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht）為題的研究中，極力呼籲此主張。其認為民眾的判斷與法官的判斷有所隔閡，在責任判斷之際往往互相乖離，此研究的目標正是想要彌補兩者的隔閡。刑法上的緊急避難規定的適用範圍太嚴格且狹隘，因此無法彌補這個隔閡，因此解決方法唯有從責任概念本身的理解出發。其援用了當時 Frank 所主張的「附隨情事」，認為責任包含了「行為人應為其他的行為，且雖然能夠為其他行為，但否認此一態度」，此責任中是以附隨情事來作為劃定可能性的界限之具體基準。如具體存在附隨情事，一般而言即無法期待任何人不去犯罪，欠缺迴避此犯罪的可能性則也欠缺非難，欠缺非難的話也欠缺責任。因此，責任非難不可缺少對法律忠誠態度的期待可能性。期待可能性便成為與心理的要素並列同等的

⁷⁸ 吉田敏雄，前揭註 29，頁 46；中村邦義，前揭註 69，頁 420。

「倫理的責任要素」。且其認為不論在故意或過失的責任種類，都應賦予期待可能性一般性的意義。

主張行為人基準的，還有前述規範性責任要素創始者 Goldschmidt，其與 Freudenthal 同於 1922 年，在 1919 年草案之對案中檢討期待可能性的思想。不同於 Freudenthal 是關注社會上責任感情的乖離，Goldschmidt 注重法律體系上的完整，在對案中提出緊急避難的規定（第 22 條 a），以及與之並列的「其他免責事由」之規定（第 22 條 b）。其認為這些規定是作為義務規範違反性此一規範性責任要素的消極要件。之後，將 Goldschmidt 的想法進一步發展的是其同學派的弟子 Hans Tarnowski，其認為規範性責任要素即免責事由，與 Goldschmidt 相同，認為具有決定性的是具體的事例當中優越且被承認的動機。免責事由包含了「優越的反對動機此一般性免責事由」之期待不可能性。其主張激進的倫理性前提，認為在具體的事例當中，基於重要且正當的價值心情而為的行為不得處罰，且甚至不許以刑罰來威嚇。

以上這些理論，以行為人為基準形成期待可能性的理論之際，與刑法解釋學的歷史觀點有所關連的是 1910 年代以來展開的責任的倫理化說之基本思想（→ 參照本章第二節第三項第二款第一目）。與倫理化說的情形相同，行為人基準的期待可能性論也會失去明確客觀的輪廓，而使得只有法官的判斷是絕對的，因此此說亦遭到類似的批判⁷⁹。

（2）一般平均人基準

個人主義式的期待可能性論並未對其他論者造成直接的影響，但在考量行為狀況的特殊性作為責任判斷時的補充，此一想法確實有影響力。特別是，當時任職聯邦司法部長的拉德布魯赫所起草的 1922 年德國刑法總則草案第二十二條，採用了期待可能性的思想，且後來被 1925 年正式的刑法草案所採用。但當時採取較激進的個人主義的立場者，除 Tarnowski 之外別無其他論者。當時支持期待可能性理論的論者，大多採取一般人和個人混合基準，亦即，採用將平均人置於行為人立場的基準。

⁷⁹ 以上整理自中村邦義，前揭註 69，頁 421-425。

最初採取此基準的論者是 A. Wegner，在 1925 年立法草案審議過程中，將第二十二條的法理解釋為「『依照各種情事』指的是無法期待世間一般人遵守法」，明確指出此條的客觀性基準為平均人的可能性。另外，原本採取行為人基準的 Goldschmidt 也在 1930 年變更見解，承認「一般性」的特定重要動機，亦即「作為法律上優越的動機，僅能夠承認超越『行為的情況下平均人的義務動機』之動機。」因此，由客觀的基準來決定能否期待，取決於「當為」(Sollen)，他人的可能性成為行為人的當為，期待可能性的存否之判斷基準變為平均人的基準⁸⁰。

綜上所述，責任包含規範性要素，此一要素作為期待可能性之一環，受到廣泛的支持。且自 1925 年以來，確立了以平均人為基準的一般化解釋論，行為人基準之主張成為少數說。在這樣理論的演進中，最後成為支配性學說的是 Eberhard Schmidt (1891-1977) 以期待可能性為核心的責任理論。以下探討之。

第二目 E. Schmidt 的責任論

Eberhard Schmidt 的犯罪論中，責任的核心要素為期待可能性此一規範的責任要素。E. Schmidt 在改訂最具權威的李斯特的刑法教科書時，於第廿三版及廿四版仍忠實維持了李斯特原有的心理責任論體系，但在第廿五版和廿六版中，展開了他自己的責任論，以 1920 年代的刑法解釋論之變遷為基礎，以自己的想法展開新的責任論構想。

其認為法律不僅有評價規範的機能，亦有決定規範的重要機能，法規範作為義務將介入使人產生動機的過程。依此，責任當中成為問題的是，法規範在行為人的表象領域與產生動機的過程中違反期待，並未發揮原有的決定規範機能。責任的本質，「存在於從外部逼迫行為人的法規範與行為人特有的自我保護規範之間的衝突中。從我們自己的社會生活經驗，允許法規範超越（勝過）自保的規範時責任總是存在；經驗法則上，不允許法規範超越（自保規範）的情形，則無責任（即免責）」。因此，E. Schmidt 認為違反期待之思想乃責任內在的根據。

在責任要素方面，故意和過失這兩個心理責任要素的現象形式，唯有附加上規範性責任要素，才會成為責任的種類。規範的要素對其而言，是藉由與規範合致的動機之期待可能性來補充。規範的責任要素也作為承認免責事由的統一的、

⁸⁰ 中村邦義，前揭註 69，頁 425-426。

內在的根據，因免責事由的根本思想本為無法期待採取合法的態度。責任非難的可能性，在以下的情形將排除：構成要件該當結果及其社會有害性的現象，無法期待有決定性意義的反對動機，因此無法期待行為人產生採取合法態度之動機。關此，是以一般人和個人混合基準，並以法官的經驗來判斷而決定的，亦即，法官必須檢討，在經驗法則上，是否有（一般）人會如同行為人實際做的一般，未採取合法態度。為此，判斷基準就是「平均的國民類型」，但仍舊要謹慎考量該行為人的物理和心理性質。因此，所謂一般化也非完全的平等化／平均化，仍是某種有區別的一個階層⁸¹。

綜上所述，E. Schmidt 因為改訂當時廣為閱讀的李斯特的教科書，使得期待可能性的思想及規範責任要素的理論成為權威性的學說，也使得支持期待可能性思想的學者增加。

第三目 遭受之批判

以行為人為基準的個人主義式的期待可能性理論，受到由法政策觀點或從國家權威作為出發點的批判。論者如 L. Liepmann 即對 Freudenthal 提出的理論表示憂慮，其強調緊急避難規定的例外性，不應擴張到故意全部的構成要件，否則將犧牲法秩序，且以個人主義的要求限制了義務的要求，這樣的結果會根本性地動搖國民的義務，且使之柔弱化。另外，H. Grossmann 則採取較接近文化批判的方式，認為期待可能性之新的傾向是軟弱的、過於通融的、主觀主義的、像是女性的（feminin），偏重人權的擁護，如此將會破壞傳統。不過，較具法學上批判力度的唯一論據則是導入一般規定之際將對法安定性造成威脅⁸²。

至 1930 年代初，則是 1920 年代後半成為通說的「平均人基準說」甚至是全盤的期待可能性論均遭受批判。1933 年，Friedrich Schaffstein（1905-2001）以一般預防的理由來否定期待可能性的法理，亦即，其認為縱使平均的市民無法遵守規範的情形是否仍須處罰有待研究，但是，期待可能性的理論，將使得禁止規範相對化、軟化，此乃不可挽回的情形。期待可能性的客觀基準的形成會影響到平均人的態度，因此，原因和結果互相作用，此傾向將導致刑法漸漸崩壞的循環。

⁸¹ 以上整理自中村邦義，前揭註 69，頁 427-433。

⁸² 中村邦義，前揭註 69，頁 434-435。

最後，Schaffstein 認為期待可能性的問題終究要回到國家與個人之間的關係，其以 Reinhart Maurach（1902-1976）提出的「絕對的國家觀」此一武器給予期待不可能性理論致命的一擊。亦即，期待可能性的理論為「個人主義的時代精神」之「極端的表現形式」，對此，他以「保守的、組織性的國家思想」予以對抗，認為「國家本身有直接的價值，且乃最高的價值。國家的目標並非促進人民的福祉，而毋寧是相反的，人民的福祉對國家本質的發展有所幫助時，國家才會間接的關心人民福祉。」國家單獨的價值應該享有「絕對的優先性」，概念解釋目的論的方法應以法安定性為最終依歸，依此拒絕期待可能性的理論⁸³。

第四款 戰時體制下之發展

從前述期待可能性論遭受的批評，打著國家價值至上的旗幟，就可以嗅到二戰即將開打的時代氛圍。德國在二戰時的特殊法律體制當然也對一路走來的傳統責任論產生了巨大衝擊。以下對戰時的犯罪論，特別是責任論的部分稍加探討之。

1930 年代就開始出現了全體主義的政治動向，在納粹德國即出現了與原本的「學派之爭」的公式化內容完全不同的樣貌。首先，作為個人自由最終堡壘的罪刑法定主義被否定；其次，刑罰被當作是為了違反民族共同體的誠實義務之贖罪這樣的應報，強調刑罰的威嚇性。在「結果刑法」、「侵害刑法」轉變到「意思刑法」、「危險刑法」的標語之下，有主張以極度主觀主義的「意思刑法」取代原有的「結果刑法」，例如，否定預備和未遂之「實行著手」的區別，提倡企圖犯之概念。應報刑論與主觀主義犯罪理論結合，納粹德國將後期古典學派主張的應報刑論的國家主義、權威主義的面向誇大，對於行為人主觀的惡「意」為道義的非難。另一方面，近代學派的特別預防的社會復歸思想會使刑法軟弱，因此不被接受，但是其他近代學派的理論，如社會防衛論、行為人主義、性格責任論、犯罪人類型論等，與納粹刑法的民族共同體保護論、行為人刑法論相互結合而運作⁸⁴。綜上所述，在納粹的刑法理論中，不論是後期古典學派或近代學派，它們之中的自由主義面向都被剝奪，而國家主義、權威主義都被誇大。

⁸³ 中村邦義，前揭註 69，頁 437-439；吉田敏雄，前揭註 29，頁 46-47。

⁸⁴ 內藤謙，前揭註 35，頁 541-542。

在責任論的部分，較明顯的傾向則是期待可能性理論的**衰退**。除了前述 Schaffstein 等學者對一般化的期待可能性論提出強烈批判外，有另外兩個外部因素造成重大的影響。**第一個**是 1932 年德意志帝國最高法院造成轟動的判決，明確地駁斥了學說將若干的判例解讀為承認一般性超法規免責事由的期待不可能性。德意志帝國最高法院表示，作為免責事由承認的期待不可能性是限定在緊急避難有明文規定上，禁止類推到故意犯及過失犯。此判決的警告效果不僅對其他最高法院內的刑事法庭有所作用，也對學說產生的重大影響，使得學說氛圍產生劇烈變化。新的基調變成主張必須消除「故意犯當中期待不可能性理論的妖怪」，不能期望使德意志秩序危殆的「蠟一般的軟弱法律」，而必須緊急地要求嚴格地回歸到法律明文的適用⁸⁵。

第二個因素即為國家社會主義的重大影響。在 1933 年後，為了在國家社會主義的刑法當中維持期待可能性的法理，有許多論者進行了理論修正的嘗試。但是，期待可能性的法理，終究是國家權力承認每個人有脆弱之處因而能夠容許的理論，無法調和於國家社會主義當中「國家對所有國民有全面的處分權」此點。再者，主張「自由主義式」刑法學的重要代表人物先後遭受納粹政權迫害，更是期待可能性理論急速沈寂的原因之一。且當時圍繞期待可能性理論的論爭，具有相當的意識形態色彩，前述的 Schaffstein 即為一例，批判期待可能性論者往往以社會理論及國家論為其根據，具有保守的、權威主義的特色⁸⁶。

第四項 小結

以上本節說明近代責任原則的歷史發展，時序上從十八世紀後半至二戰戰時體制為止。戰後的發展將置於本文下一章與現在的責任論樣貌一併探討，在此敘明。

首先，十八世紀後半至十九世紀初資本主義社會成立期，也是（前期）古典學派建立之時。前期古典學派的代表人物為貝加利亞和費爾巴哈，其理論的特徵主要有：確立罪刑法定主義、刑法與宗教／道德區別、朝向非犯罪化的態度、

⁸⁵ 吉田敏雄，前揭註 29，頁 46；中村邦義，前揭註 69，頁 441。

⁸⁶ 中村邦義，前揭註 74，頁 442。

犯罪與刑罰均衡的要求、客觀主義的犯罪理論、一般預防的目的刑論等。關於責任論的部分，大多數的論者認為由費爾巴哈的心理強制說可以推論其採取意思決定論的態度，於故意理論則是結合了心理學的成果，採取有別於以倫理學為基礎的主觀歸責理論的心理故意想法。

接著，十九世紀中至二十世紀初，正是後期古典學派和近代學派（新派）理論建立之時。因應德國要求國家統一的社會背景，後期古典學派將康德、黑格爾的觀念論哲學運用至刑法，提倡應報刑論，將責任理解為道義責任，同時帶有國家主義和自由主義的雙重面向；新派則是伴隨當時蓬勃發展的實證主義方法，以李斯特為代表，提倡注重特別預防的目的刑論，並將責任理解為社會危險（社會責任論），提出犯罪者處遇的改善問題。再者，此時期對於責任理論的判斷架構／概念體系採取所謂「心理責任論」，將責任的本質理解為某狀態的心理事實，即故意和過失之總體。心理責任論經由李斯特、Löffler 至 Radbruch 達成了心理責任純化之頂點。

二十世紀初至二戰結束之間，首先可以看見激烈的學派之爭與其後的互相妥協，理念讓最終達成「相對的意思自由論」與「柔軟的決定論」對立之結果，在立法上也採納了近代學派相關的刑事政策主張，整體而言仍是以後期古典學派理論為基調，參酌近代學派在處遇、目的刑論方面的主張。其次，此時期由心理責任論轉變為規範責任論乃責任論上重大之轉折，其轉變的契機為新康德哲學的興起，在刑法的方法論上導入價值概念；在修法的檢討之下，心理責任論也面對解釋論上無法自圓其說的處境。Mayer 為此轉變下將新康德哲學導入刑法解釋論中之第一人，提出「有責的行為」概念，將責任重新理解為倫理的概念。之後，Frank 作為規範責任論之創始者，提出了「附隨情事」之責任基準，有減輕或阻卻責任之效果；其提出「非難可能性」將責任的三個要素（歸責能力、故意或過失、附隨情事之正常性）總括起來，責任即為非難可能性，此概念也在後續發展中獲得了巨大的意義。

規範責任論概念之中，J. Goldschmidt 在具體的解釋論中提出「規範性的責任要素」，亦即除了責任能力、故意或過失的要素之外，必須另外考量動機的非難可能性，此主張亦開啟了「期待可能性論」作為責任要素的可能性。期待可能性論除了在立法上被 1925 年及 1927 年的草案納入之外，在司法上亦被承認作為超

法規免責事由。在判斷基準方面，由 B. Freudenthal 為首的「行為人基準」轉變為最終取得通說地位的「一般平均人基準」。再者，將期待可能性論作為責任理論的核心來探討的學者為 E. Schmidt，認為責任內在的根據即為違反期待之思想，其學說亦藉由改訂李斯特之教科書而成為權威性見解。

進入 1930 年代後，伴隨德國戰時體制的氛圍，期待可能性論的思想遭受強烈的批評，如 F. Schaffstein 即以國家價值至上的觀點批判平均人標準的期待可能性論。實務上最高法院亦否定了超法規免責事由的適用空間，要求嚴格地依據法律明文，因而期待可能性論的思想逐漸衰退式微。



第三節 本章之結論

本章探討中世紀至近代以前，個人刑事責任伴隨「個人」概念出現的誕生過程，以及近代之後刑法責任理論的蓬勃發展，其中以心理責任論轉變至規範責任論具有重要意義。

由本章的探討可知，近代以前的責任為結果責任，其實質內容為一種「負擔」(Haftung)，是一種「物的」歸屬，亦即，責任與「人的」要素並無關連，僅有分配負擔意義下的「歸屬」(Zurechnung)論。近代刑法學中責任被稱為主觀的歸屬(subjective Zurechnung)，與物的意義對比之下，產生更鮮明的意義⁸⁷。相對於前近代刑法的集團責任、連坐責任和結果責任的原理，近代、現代的刑事責任理論共通的基本原理為個人責任、自己責任及意思責任的原理。亦即，犯罪的責任是依自己意思行為的犯人自己一個人單獨負擔，如無意思仍產生結果的話則無須負責，對他人所犯的犯罪亦無須負責，犯罪人所屬的集團也不會因為單純是該集團而需負責⁸⁸。這樣的責任追究模式在今天被我們認為是理所當然，甚至將前近代刑法的集團責任模式斥之為野蠻或幼稚，但是本文後續想揭櫫的正是這種優越性錯覺背後的真實。德國學者Ulfrid Neumann亦指出罪責原則具有「文化相對性」，是在特定時代的特定法律文化中形塑而成，並非具有普世效力的原則，特別是，罪責原則具有**與特定人類圖像之連結**，以及與對刑罰之特定解讀有關連的特性⁸⁹。也就是說，從中古世紀至今，我們的目光焦點由整個共同體轉向了單一個人本身，尤其是人的內心意思的世界。這時候就不得不去探討人的內心意思與外部行為之間的關連性——意志自由的問題在此就浮現了出來。

這個特定人類圖像的形塑有其淵源，詳言之，在以社會共同體的規範為道德根據的亞里斯多德哲學中，或是以超越人的上帝（絕對者）投影出根據的基督教哲學當中，個人的自由意志是否由外部的要素來決定不成問題。對前者而言，人類的意志或行動受外部影響是當然的；對後者而言，每個人的屬性或人格是以是否合於上帝的攝理為判斷基準，個人的內在要素如何形成亦不是問題。近代思想

⁸⁷ 川端博，責任の理論，東京都：成文堂，頁 3（2012 年）。

⁸⁸ 沢登佳人，刑事法における人間の虚像と実像，東京都：大成，頁 37（1976 年）。

⁸⁹ Ulfrid Neumann 著，王效文譯，犯罪行為人的罪責——心理的事實還是規範的歸責？，成大法學，32，頁 76（2016 年）。

與亞里斯多德和基督教哲學分道揚鑣，企圖找尋不受文化、時代的偶然條件左右的普遍根據來賦予道德基礎。但是近代人無法再依憑上帝所擁有的超越性權威，因此迷失在死巷當中。無法由所謂上帝的「外部」投影世界秩序的根據的話，根據就必須在個人的「內在」尋得，因此在近代以前不成問題，但是在近代個人的屬性如何形成這點，對於責任的考察就變得切實。有犯下殺人者，為何要處罰他？亞里斯多德回答因為社會要求處罰，基督教則回答因為上帝欲處罰。但是近代個人主義誕生之下，我們無法滿足於這樣的答案。在責任的根據內在化於個人當中的世界，我的行為要負責任的話，該行為的原因必須是「我」本身。因此「個人」就在歷史的舞台上誕生，且成為主角，自此決定論與自由意志的問題不斷被討論⁹⁰。

日本學者澤登佳人教授從另外一個角度分析了責任在近代為何是「意思責任」同時是「個人責任」，其關注的是資本主義發展之下，為了使產業更加興盛，必須將責任限縮到個人的意思之上，使得容易發生危險的產業活動的企業主無須負責，法人也因為沒有意思而無須負責，責任轉嫁到現場的個別勞動者身上；為了交易的安全與擴張，也必須打破基爾特（guild）制度，使進行交易的個別商人負責，諸如此類的現象在新的產業型態中不斷出現。對於這類中產階級國家的迫切期望，我們無視於人類本質論構造上的實質內涵，使之極端地縮小化與稀薄化，限縮至意思內容，人類成為只有意思為內容，近乎愚蠢地接受禁止命令者的形象，這正是澤登教授所指出的人類在刑法學的責任脈絡下的「虛像」⁹¹。

基於究責的現實上需求，刑法理論（特別是責任論的領域）將人視作擁有理性自律能力的主體，並藉由自由意志將人的內心意思與外部行為聯繫起來，將其行為作為犯罪評價之對象。且責任是排他性地歸屬到自己自身，他者對該行為的評價也是排他性歸屬到我自身。這樣的刑法犯罪體系從啟蒙時期至今，雖然歷經了自然主義、實證主義的興盛，而引發新舊派的爭論，但這樣的人類形象的預設在論罪或科刑體系基本上並無變動。尤其在規範責任論確立之後，責任添加了評價的色彩，責任就意味著對做違法行為的行為人得以非難。此時的非難表達否定的價值判斷，亦即我們應該運用規範意識來阻止想做違法行為的意思，但是卻未

⁹⁰ 小坂井敏晶，責任という虚構，東京都：東京大学出版会，頁 159（2008 年）。

⁹¹ 沢登佳人，前掲註 88，頁 36-57。

阻止之。行為人被期待有遵守法律的動機（規範意識），且能夠依規範意識控制自己的動機，一再地鞏固這樣的人類形象。本章欲傳達的正是責任理論與此一理性自律人類形象之間密不可分的關係。

進一步的疑問或許是，為何刑法會接受並豎立這樣的人類「虛像」？澤登教授指出的其中一個原因在於刑法學者普遍對心理學、精神生理學或認識論完全不關心且無知⁹²，因此本文將企圖了解建立虛像背後的需求，以及這個虛像所帶來的責任理論的虛妄性，並結合法律以外的觀點做檢討，正視刑法學當中的無知與人類的「實像」。下一章將延續本章的歷史脈絡，探討現在的刑法學當中責任理論的本質究竟是怎樣的樣貌。

⁹² 澤登佳人，前揭註 88，頁 63。

第三章 本質論的責任樣貌



由上一章可知，近代責任原理是以「人有自由意思得以依自己的意思作出行為的選擇，因此能為所做的行為結果負責」為根本。近代至現代的責任理論無不是圍繞在上述模式，企圖說明各該責任要素為何、如何判斷等，也就是說，論者總是在探尋責任之「本質」為何，想要去解明、描述這麼一個具有本質之「責任」。本文將這樣的模式以下圖來表示，並且將之稱為「本質論的責任觀」。



以下本章延續上一章歷史的理論發展，探討現在的責任理論樣貌。這樣的理論樣貌可以認為是本質論責任觀的相關議論，除了以自由意思為前提之外，主要圍繞在前述 Frank 提出責任是「非難可能性」之論述。以下（第一節）將先再度確認規範責任論的內容以及期待可能性論的現況，接著分析非難的構造；其次（第二節）以德國法為中心，探討各個學者對「非難可能性」概念的不同理解，即實質的責任內涵之不同見解，最後提出本章之結論。

第一節 責任理論之現況與分析

第一項 規範責任論的內容

規範責任論有別於心理責任論，並不認為責任是對結果之認識（故意）或認識可能性（過失）的心理事實之本體，而乃事實（心理事實）與規範（價值判斷）的具體結合關係，自規範立場對事實所加之非難可能性，乃責任之本質。因此並非全面否定心理責任論，而是以心理責任論為前提來展開主張。Frank 主張：「非難可能性這概念的價值並不在於它本身，而僅僅在於指明它想描述的東西。非難可能性是用綜合的方式獲得的。如果人們認為非難可能性是被賦予的東西。」

西，是作為直接在法律中使用的東西，那麼，就會用一種分析的方式來認識它的要素。¹」

法包含了意思決定的規範要件，即命「不得為違法行為決意」，行為人違反了此要件，即**違反義務**（法之意思決定規範所要求不得決意為違法行為）而為違法行為之決意，此種心理狀態，即為責任非難之根據。然並非有違反義務之意思即應負責，如人人處於行為人行為時所處之地位，在客觀上均不得已而產生違反義務之決意時，即不能單獨給予行為人責任之非難，蓋為「法律不要求不可能」原則之當然結論。從而，唯有得服從規範義務而為意思決定之情形，而不依規範義務所要求之決定時，換言之「依據法規範而應加以非難」時，始得予以責任之非難。此種非難可能性（*Vorwerfbarkeit*）即為有責性。上述違反義務的意思，即所謂意思之義務違反性，其根據在於義務規範（*Pflichtnorm*）中，規範責任論主張：法一方面將例如殺人行為，認為違法而設定「不得為殺人行為」之法規範（禁止規範），另一方面設定「必須適合於上述法規範所要求，而不得做出殺人行為之意思決定」的義務規範，行為人如違反此義務規範而為違法行為之決意時，法即認為其決意違反義務而得加以非難。

在何種情形得成立非難可能性，則依「期待可能性」（*Zumutbarkeit*）之原理決定，故規範責任論以期待可能性為責任本質的規範要素。申言之，期待可能性乃對於特定行為判斷其是否值得非難，必須於該行為人**可能期待不為該違法行為之決意，而為其他適法行為時**，始生責任問題。如欠缺期待可能性——即有期待不可能性時，則為阻卻責任之事由，縱行為人具有故意之心理狀態，亦無責任。因此規範責任論所謂的責任，乃責任能力、責任要件及行為時附隨情事綜合而成的複合概念，亦即非難可能性之意。非難可能性即違反義務性，乃意思決定規範之法的規範，此項法的規範一面為判斷違法性之準據，一面命令不得為違法行為之意思決定（有責），故違反義務以「當為」（*Sollen*）為根據，而以「可能」（*Können*）為界限²。

¹ R. Frank 著，馮軍譯，論責任概念的構造，收於：馮軍著，比較刑法研究，頁 129（2007 年）。轉引自：陳興良，從刑事責任理論到責任主義——一個學術史的考察，清華法學，3（2），頁 9（2009 年）。

² 周治平，規範責任論概說，法令月刊，15（1），頁 5-6（1964 年）；淺田和茂，刑法總論（補正版），東京都：成文堂，頁 272（2007 年）；洪福增，刑事責任之理論，台北市：刑事法雜誌社，頁 24-29

以上即為通說下的規範責任論之內容。不過以上的論述似乎只說明了責任判斷之對象，屬於責任判斷的形式構造之解析，並未說明責任的實質為何。責任概念的內容牽涉的就是實質的責任概念有關的討論，將在本章第二節以下說明。

第二項 期待可能性論之現況

承上一章所述，期待可能性論作為規範責任論中的核心，由其涵括的討論可以一窺責任論理念和理論的變化，相當重要的還有實際上被司法實務接受和運用的程度。因此以下即以期待可能性論為中心，探討德國和日本方面從戰後至今大致的樣貌。

第一款 德國戰後之發展

第一目 Welzel 的影響

戰後牽引規範責任概念發展的是「目的行為論」。在規範責任概念當中，通說認為違法性的意識包含於故意中，行為意思有不可避免的禁止錯誤之情形，應該認為不值得非難。但是，目的行為理論的提倡者 Hans Welzel（1904-1977）賦予犯罪概念「物本邏輯結構」（sachlogische Struktur）的基礎，認為不僅行為概念有此結構，責任概念亦有物本邏輯結構，刑法為了達成目的必須依據有拘束力根據的物本邏輯結構。在責任理論方面，其在與違法性的關連當中定義責任。亦即，「責任不僅止於行為與法秩序之間客觀的不協調，還加上對行為人的人格為非難，即行為人能夠控制不做違法行為但卻未控制。」並且，在此範圍內，責任有「行為人得以依規範為意思行為，但卻未為法要求之意思行為」這樣的雙重關係，這種「可以為適法就不應違法」的雙重關係，正是責任的特殊非難性格所在之處。其犯罪論體系的責任概念，有廣義的責任概念，指的是有責且違法的行為意思，或是更廣義意義下，有責的（構成要件該當、違法的）行為。此廣義的責任是有責性即狹義的責任之前提。狹義的責任（＝非難可能性）是違法的行為意思或構成要件該當、違法行為，才是刑法上有意義的有責性。因此，「構成要件該當、違法的行為意思，在責任的檢討之際，詢問其非難可能性。亦即，怎樣的

（1982 年）。

條件之下，以及怎樣的程度中，該行為意思得已被認為對法秩序進行個人的否認而應非難該行為人」³。

Welzel 依據 Graf zu Dohna (1876-1944) 之見解，認為應嚴格區別「客體之評價」(非難可能性)與「評價之客體」(行為意思=故意)，責任概念應該限制於客體之評價。因此在結論上，故意、過失作為客觀注意義務違反應該置於(主觀的)構成要件之下，而從責任中排除。此相對於 Frank、Goldschmidt 等人提倡的「複雜的責任概念」，被稱**純粹規範的責任概念**，被認為**純化**了規範責任論。亦即，責任概念僅剩下違法性意識和(依規範而為誠實行為的)期待可能性的純粹規範性的要素。責任意味著行為人可以**不為違反行為**，但是卻仍為之，因而對行為人的人格予以非難的基礎⁴。

第二目 作為規制性原理

1945 年國家社會主義體制崩解後，可以看到自然法的復興、對威瑪時代的懷念，因此也吹起了期待可能性思想的順風。1952 年，聯邦最高法院刑事判決表明信奉「人的自由之下，基於自己自己答責的、道德的自我決定之『責任之無價值判斷』」(BGHSt. 2, 194.)，採取了古典學派的自由意思肯定論，至今德國實務基本上仍依循此判決⁵；在學說上，作為一般超法規免責事由的期待不可能性並未被廣泛議論。戰後是窮困與復興的時代，考慮到個人的脆弱性，再度產生要求法安定性與威嚇的氛圍。期待可能性雖以誠實的平均人標準客觀化，仍被認為此非有用的標準。最後的結論又繞回到了 1932 年德意志帝國最高法院判決後的議論⁶，期待可能性論雖具有理論的外觀，在實務判決上卻是不被使用的空殼般的概念。

在學說討論方面，在戰後的西德，期待可能性思想的發展可以說是理論本身「限制」的歷史。奠定今日期待可能性論體系地位的是 Heinrich Henkel 於 1954 年 Mezger 祝賀論文集 (*Festschrift für Edmund Mezger*) 當中發表的論文〈作為規制法原理的期待可能性／不可能性〉(Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als

³ 德永元，責任主義における期待可能性論の意義について(3・完)，九大法学(109)，頁 2-7 (2014 年)。

⁴ 德永元，前揭註 3，頁 6-7；吉田敏雄，刑法理論の基礎 V，責任概念と責任要素，東京都：成文堂，頁 48 (2016 年)。

⁵ 野村貴光，刑事責任論と犯罪原因論との相克——唯物論的視座から導出される刑法理論の方向性，法学新報，118 (1)，頁 370 (2011 年)。

⁶ 吉田敏雄，前揭註 4，頁 46-47。

regulatives Rechtsprinzip)。

如同論文的標題所顯示的，Henkel 將期待可能性僅定位為「規制的原理」。其認為：「規範責任論的先驅者們反覆將期待可能性當作責任的『基礎』或『前提』，將期待不可能性作為『責任宥恕事由』。但是，如此是過大評價了期待可能性在責任領域當中的地位和功能。」其引用 E. Schmidt，主張期待可能性的概念，在規範的責任要素適用的框架內，僅扮演次要性的補充角色，是為了具體規定規範責任要素包含的義務要件不明確的界限——僅具有此一規制性原理的角色。

在 Henkel 的論文之後，期待可能性在德國不再被理解為「一般的超法規免責事由」，而成為不包含特定內容的一般性「規制的法原理」。因此實際上，關於期待可能性的討論沈靜下來。在 1997 年 Schönke/Schröder/Lenckner 註釋書當中也寫道：「當然地，在現在，將依據規範的行為的期待可能性作為責任歸責的實質根據的學說已經衰退⁷」。亦即，以行為人本人是否得以期待為標準的見解，連結到極端的個人主義，被認為將導致刑法的解體；再者，以平均人為標準的見解也不明確，以這樣的標準作為一般性的責任宥恕事由的話，從法安定性為根據的角度也值得斟酌⁸。

第二款 日本的實務現況

戰前，日本大審院判例當中實質上承認期待可能性論（第五柏島丸事件，大判昭和八年一一月二一日刑集一〇卷二〇七二頁），戰後在刑事審判中發揮最大的非犯罪化功能的正是期待可能性論。原因正是來自於戰敗後日本社會的困難狀況，同情不得不做違法行為等情事之起訴案件，懷疑這些案件的可罰價值，這些正是適合適用期待可能性論的事件類型。針對此時期發生的經濟統制法違反事件或勞動爭議事件，下級審時常援用期待可能性的理論；最高裁在昭和三〇年代前半（1955-1960）雖未積極援用，但對無罪判決駁回上訴，以及否定以期待不可能

⁷ Schönke/Schröder/Lenckner, *StGB* 25. Aufl., 1997, Vorbem §§ 13 ff. Rdnr. 116.，轉引自：山中敬一，可罰的責任論について——期待可能性の理論の体系的地位，收於：西原春夫先生古稀祝賀論文集編集委員會編，西原春夫先生古稀祝賀論文集（第二卷），頁 145（1998 年）。

⁸ 以上整理自山中敬一，前揭註 7，頁 144-145。

為理由無罪的法令違反性，也確立了超法規的責任阻卻可能性。日本的期待可能性論繼受德國的理論之後，產生有別於德國的獨特性的發展。日本的期待可能性論作為規範責任的核心，確保責任的統一原理，另一方面也留有因為擔心對人運用過於苛酷的刑罰權，作為此一關懷的緊急出口的超法規責任阻卻功能，判例縱使採取嚴格判斷，也盡量避免完全封鎖此功能，展開這樣獨特的理論⁹。

之後隨著社會經濟狀況的安定化和高度成長，判例的動向雖仍承認期待可能性的理論，但是轉換為必須依據實定法規定極為限定性承認的「限制說」。時至今日則幾乎不再看到以欠缺期待可能性為理由的無罪判決¹⁰。

第三項 非難構造的分析

將責任理解為「非難可能性」是現在理論的通說，這可以說是沿襲著 R. Frank 所創的規範責任概念而來。以下將從法哲學的角度對非難的構造進行若干分析，以再度確認規範責任論之本質為何。

如果探問何謂非難可能性，總是會得到「他行為可能性」這個回答，亦即，追究一個人的責任在於「該人應該且能夠為其他行動，卻仍選擇為違法行為」之情形，不過此問題並非如字面上意思如此簡單明瞭。

德國哲學家 Wilhelm Windelband (1848-1915) 的倫理學的責任論 (die Verantwortungslehre) 大幅影響了 R. Frank 的規範的責任論的展開，因此可以由他的倫理學上的責任構造來探討刑法上的責任論。Windelband 認為，要尋求具體行為人的他行為可能性的話，不外只能從該人以外的人會有怎樣不同的行動來判斷。也就是在此並非「具體狀態下個別具體的人」，而是必須訴諸於「一般人」這個上位概念作為判斷標準。以康德的經驗界與理智界的區別為基礎，並非具體行為者這般「經驗的 (empirisch)」人，而假設的是「理智的 (inteligibel)」人。Windelband 主張，成為責任基礎的自由是「理智的自由」，作為責任主體的是「該人的心中或行動中，為了實現普遍且妥當的規範而呼喚出的人格」。

⁹ 米田泰邦，刑事法の可罰的評価の現状と課題，收於：刑事法学の歴史と課題：吉川経夫先生古稀祝賀論文集，頁 115-116 (1994 年)

¹⁰ 大山弘，可罰的責任論の構造，神戸学院法学，34 (3)，頁 25 (2005 年)。

Windelband 在自己的新康德主義架構下，幾乎原原本本地承認康德的理智界概念。但責任追究的是存在經驗界的「那個人」，在經驗界是以實證主義的世界為前提的限制下，那個人就是「在被給予的條件之下，必然性地不得不做了那個行動」的人。因此若要使他行為可能性成為責任判斷的有效基準，首先，必須從受到必然法則制約的經驗界跳脫到理智界，搬出理智界的人類。如此一來，現實上的人就能偷換為理智的人。規範評價之對象為理智的人類，那麼，那個人（理智的人）的他行為可能性被肯認的話，接著一轉將此法的結論下降到經驗界，就能夠肯認那個人（經驗的人）的責任。因此，關於其責任對應的「應報」之歸屬，當然地「反饋（zurückfallen）」回各自存在的那個人（經驗的人），這就是 Windelband 立基於新康德主義的責任論基本構造¹¹。

觀察 Windelband 的責任論，可以清楚的發現觀念論二元論的特徵，即「經驗界跳脫至理智界」和「理智界下降至經驗界」，可以對應到「存在與當為」或是「事實與規範」的二元論。不過，在責任的客體是現實的行為，其聯繫到的效果也是現實上的應報（刑罰），將此聯繫的扭帶置於觀念而非經驗現實中，對此有必要進行批判性地考察。

依這樣的二元論為基礎的話，規範與事實將脫離，規範論將失去事實的基礎，規範的內容就變得觀念化且主觀化，如此一來，規範將只存在於規範的判斷者之腦中。規範的判斷是以「當為法則」（＝規範）為前提才成立的，但是因為規範與事實脫離，結果可能背離當為而變成判斷者「不希望為之」的願望。實際上，法律判斷中當為的內容，與國家對國民的「願望」是相同的，法規範的本質成為「國家意思」或「國家恣意」，可能變成重視行為人內心的主觀主義責任論，由這點也可以看出規範責任論的構造與心理責任論構造有部分重疊¹²。基於上述的分析，我們必須思考如何不訴諸觀念，而在經驗的生活世界中找尋自我完結的責任根據。

回到經驗的實踐層面，我們在日常生活中，某些狀況下會說「除了那個行動以外無法做其他行動」，這像是說給自己聽或為了說服他人的「藉口」，但是，在

¹¹ 宗岡嗣郎，犯罪論と法哲学，東京都：成文堂，頁 184-188（2007 年）。

¹² 以上整理自宗岡嗣郎，前揭註 11，頁 188-190、192

某些情形，我們其實知道自己實際上仍有為其他行動的可能。這樣的內在經驗是否可以信賴或是應該信賴？由此可以確認是否有以行為人本人為基準判斷他行為可能性之可能。

人類的行動是諸種可能性選擇的結果，我們在日常生活中做出各種行為的選擇，做出這個行為選擇就代表著放棄了諸多其他的行為。我們日常性地經驗這樣的選擇，因此確信這樣的選擇是存在的，並無被放棄的其他可能性。人是這樣的此在（Dasein）。人類的存在就是在於自發性地選擇，並且做出其中一個行動，如果產生了善的結果就會受到讚美，如果產生了惡的結果就會遭到非難。如此，則可以將「非難」定義為，對於在諸種可能性的選擇與被選擇的可能性投射出人類本性的「樣子」所為的行為，我們表明實踐性的非價值判斷。而非難既然是「被表明的」，則通常是在一定的脈絡中。觀察「非難」和「讚美」的脈絡，可以發現兩者的脈絡有所差異，非難的對象比讚美的對象更限縮，亦即我們只會對「人類」使用非難這個詞彙，這顯示出的意涵有兩個面向，第一個是非難的對象，亦即是對惹起反價值結果的行動之「主體」；其次，還隱含了此行動主體是「自發地」選擇該行動。

綜上，我們非難他人或受到非難的脈絡當中，是由惹起（原因／因果性）和自由（自發性／選擇）兩個要素交織而成¹³。這兩個要素亦構成了責任論的本質，回到本章最前面所提出的本質論模式，前者即為（行為和損害發生之間）因果關係之問題，後者則是（意思與行為之間）自由意思之問題。

第四項 小結

本節延續上一章責任論的歷史發展，繼續探討戰後至今的責任論樣貌。首先再度確認規範責任論的內容，在違反義務而為違法意思決定時有非難可能性，並以期待可能性為判斷原理。這部分為責任判斷的形式構造，並未說明責任的實質為何，因此將留待本文後續探討。

其次，戰後影響德國刑法學責任理論最重要的是 Welzel 的目的行為論，其結

¹³ 宗岡嗣郎，前揭註 11，頁 210-211。

果產生將故意、過失之要素歸類至主觀構成要件，達成在有責性階層僅有「評價」要素的純粹規範責任論，影響後世甚深。另外，期待可能性論在德國二戰時遭受嚴厲的批判，至戰後並未再激起一般性的討論，於實務方面亦不被聯邦最高法院所採，於學說方面，由 Heinrich Henkel 於 1954 年的論文定調為「規制的原理」，法律效果相當限縮，不再被理解為超法規的免責事由，因此期待可能性論於德國衰退且沈靜下來。相對於此，日本繼受德國的這套理論後，有獨特性的發展。在日本戰後社會不安脆弱的情境下，期待可能性論充分發揮非犯罪化的功能，最高裁判所亦肯認超法規的阻卻責任可能性，後續隨時代發展雖未被完全否定但逐漸限縮理論的功能。

本節最後則由法哲學的角度分析責任非難之構造。以影響規範責任論創始人 R. Frank 甚深的德國哲學家 Wilhelm Windelband 的倫理責任論為進路，確認他行為可能性的判斷必然無法由（康德的）經驗界現實的人的行動可能性來判斷，而必須訴諸所謂理智界之人。如此一來將導致規範與事實的斷裂，因此必須謹慎為之。由我們一般經驗上的實踐出發，可以歸納出人存在的特性，非難即是在這樣的特殊脈絡下，僅會以人類為對象——最終可以發現責任非難的本質無非圍繞在兩個因素上：因果惹起性與選擇的自發性（意思自由）。



第二節 實質的責任概念

現在的責任論以上述的規範責任論為主流，但各學者在責任概念的內涵乃至於判斷標準的主張上仍有所不同，由前一節的觀察可知，學說的共識在於將責任認為是價值判斷，也就是有否定評價意義的「非難可能性」。惟除了將非難可能性解釋為「他行為可能性」之外，似乎對於何為價值判斷的標準或非難對象究竟為何並沒有再提供進一步的交代，以下本節正是想探討此問題。

在德國刑法學界，1960 年代後半開始刑法修正論爭的過程，企圖將形而上學的責任應報刑法思想轉換為刑事政策的犯罪預防思想，以此為契機，在責任論當中，至 1970 年代，提倡相對於向來以非難可能性為核心的規範責任理解，取而代之，以刑事政策的預防為目標的責任理解為成為有力說。亦即，將責任概念透過刑罰的犯罪預防目的而實質地重新理解，此一潮流形成且逐漸抬頭¹⁴。本節以下介紹此一潮流當中不同實質責任概念的理解，以探討非難的實質基礎問題¹⁵，可謂延續本文第二章責任概念的歷史發展，繼續探討「現在的責任理論」。

第一項 預防為目標的責任構想 = 功能主義的責任概念

首先，實質的責任概念當中最有力的學說即以預防為目標的責任構想，文獻亦相當豐富。因為形而上學的責任應報思想時常被批評過於抽象及空泛，因此開始提倡以刑罰的預防目的為基礎的學說，由預防目的出發，在責任的判斷上基準相對明確。此一潮流在德國刑法學界又被稱為「刑法功能主義」，因此標題予以並列。以下將先簡介刑法功能主義之意義，其次探討採此學說且在台灣相當著名的大師 Jakobs 及 Roxin 主張之理論，最後亦探討日本學說上將責任與預防互相連結之學說。

¹⁴ 西岡正樹，實質的責任論に関する一考察(1)，法学，71（4），頁 66（2007 年）。

¹⁵ 關於此問題，可參：李文健，罪責概念之研究——非難的實質基礎，台北市：春風煦日論壇（1998 年）。



第一款 刑法功能主義概說

刑法功能主義（*strafrechtlicher Funktionalismus*）自 1970 年代開始盛行於德國刑法學界。與其同義的稱呼尚有「規範化的刑法釋義學」（*normativierende Strafrechtsdogmatik*）、「目的理性或功能的刑法體系」（*das zweckrationale oder funktionale Strafrechtssystem*）等等。德國眾多著名刑法學者皆主張自己的刑法理論係立基於功能主義，例如以下將提到的 Günther Jakobs（1937-）、Claus Roxin（1931-）。

被歸類為功能主義的刑法理論眾多，它們的共通點首先在於有著共同的對手，亦即由 Hans Welzel（1904-1977）所發展出來的目的主義的犯罪理論（*finalistische Verbrechenslehre*）。功能主義刑法學者強烈批判 Welzel 的方法論主張——刑法的基本概念形成必須遵照經驗現實中「**前法律的物本邏輯結構**」（*vorrechtliche sachlogische Strukturen*）之命題。功能主義刑法學者認為目的主義犯罪理論以前法律的物本邏輯結構作為刑法體系建構的預設是錯誤的，刑法基本概念的形成本須以刑法的目的設定、刑事政策的價值決定，特別是刑罰目的或刑法之任務為依歸。

各種的功能主義刑法理論又可以再區分為系統功能取向（*systemfunktional*）與人的功能取向（*personfunktional*）兩種類型。首先，**人的功能取向**的刑法釋義學對法律概念以及體系範疇所做之解釋與目的設定，係以行為人的人格以及其犯行之責任大小為依歸。其主張人類本質乃德國基本法中所描述的一一能夠自由行為且自由發展的個體此種人類圖像。相應於此種人類潛在的發展自由，個體對於其行為應該也要負起個人的責任。刑法中的基本概念，諸如行為、故意、罪責等皆涉及存有學的基本實體，透過此種以人為取向的刑法概念建構，何種行為構成犯罪對於每個人來說都可以預見與估計，藉由法治國中的基本權保護原則，人的功能取向的刑法釋義學對於刑法功能之設想，係對於人的自主加以保障，避免國家恣意地以刑罰加以侵害¹⁶。由此可知，人的功能取向的刑法釋義學與傳統釋義學，不論在論證過程或結論上均差異不大，較無法發揮反思、重構傳統刑法釋義

¹⁶ 以上整理自王效文，刑罰目的與刑法體系——論 Günther Jakobs 功能主義刑法體系中的罪責，成大法學，30，頁 156-157（2015 年）。

學之機能，因此本文重點在於以下的系統功能取向的刑法功能主義。

按照**系統功能主義**（Systemfunktionalismus），法律之功能係為了服務於整體社會系統之穩定。其中，**刑法的系統功能主義**認為，刑法的法律概念內容與刑法體系範疇之確定與解釋，並非取決於抽象的概念推導，也並非基於實存的物本邏輯結構，而是訴諸系統所欲達成之功能，亦即社會之需要。由於基於系統之需要必須對個人施以刑罰，即便在某些情況下此人根本不知道其所為乃不法，或者根本無法避免刑法所規定之結果的發生，因此系統功能的刑法釋義學通常具有擴張刑罰的傾向¹⁷。

Günther Jakobs 的刑法理論借鑑了德國社會學家盧曼（Niklas Luhmann, 1927-1998）的系統論，又結合了黑格爾的觀念論，充分展現出功能主義之特色，可視為系統功能主義刑法釋義學的理念型，因此以下將先介紹其特殊的罪責理論。

第二款 Jakobs 之功能主義罪責理論

在進入 Jakobs 的功能主義罪責理論之前，有必要先稍微瞭解其規範論及犯罪理論的主張，以對其理論有融貫性的理解。關於 Jakobs 之理論，我國學者王效文所著〈刑罰目的與刑法體系——論 Günther Jakobs 功能主義刑法體系中的罪責〉一文有精彩詳盡的說明，以下即以此文為主要參考文獻，輔以其他補充資料。

第一目 Jakobs 的規範論

Jakobs 的規範論認為規範、人與社會三者是互相建構而成的，缺少其一即無法建構另外二者。在規範面上，是藉由應然和義務建構出人，同時，在經驗面的個體是自然性的，但此個體與規範建構出的人結合之後，產生自我意識，也就是主體。

Jakobs 對於規範之理解主要參照盧曼有關規範系統功能之理論。與盧曼相同，其認為社會生活中需有預測他人行為之指引，法規範的功能即在於提供一個社會接觸的指引模式，避免社會接觸成為無法預估之風險。規範係一種精神產物，並不會被單純的事實加以逾越或違反，只能透過有意義的、相反的世界形塑

¹⁷ 以上整理自王效文，前揭註 16，頁 158。

加以反對，犯罪行為即此種世界形塑，作為一種精神產物方能被理解為規範違反。在此意義下，對刑法規範的違反即成為一種公共衝突，在社會參照系統中為一個事件，而非單純的個人經歷。

Jakobs 的刑法功能主義之基本論點在於刑法是為了保障規範性的認同、憲法以及社會。關於人與社會、國家之間的關係，其認為社會與國家相較於人（即主體），並非僅具有次要的地位，三者的關係並無優先劣後之問題，因為人是在社會中透過社會化的過程而獲得主體的地位，人與國家之間處於保障相互承認關係，對於個體藉由承認而形成主體地位而言，保障法律中自由的國家為不可或缺的條件¹⁸。

第二目 Jakobs 的刑罰目的與刑法體系

Jakobs 所主張的犯罪體系以刑罰目的作為基礎，對於犯罪與刑罰的意義從早期至晚近有不同重點的強調。首先，其早期將犯罪行為理解為對規範的破壞，也是一種對規範的否認；刑罰則是對於規範破壞的反應，藉由此種反應展示出應該要嚴守遭破壞的規範。刑罰涉及將一個侵擾的事件歸屬給一個人，但加諸惡害並非刑罰之任務，刑罰的目的在於對遭違反之規範加以穩定。Jakobs 藉由功能之概念闡釋刑罰的意義，刑罰的反應是一種象徵的行動，功能在於強調規範的效力主張，換言之，刑罰之任務在於對作為社會接觸引導模式的規範加以維持。由此可知，其認為刑法與刑罰的功能所重視者不再於刑法規範具體保護何種實際對象（法益），需要保護者僅為規範之效力，或者依照所有規範集合所形成的社會規範性認同而已，與法益理論有很大的差異。

其次，近年來 Jakobs 不再片面地強調規範面的意義，而是也有現實面中認知性支持的意義。其認為刑罰與歸責是互相關連的，行為人的犯罪行為可理解為「訴說」（Rede），而刑罰則是對此訴說的「回應」（Antwort）。犯罪行為並非只是一個外觀，而是具有行為意義，例如行為人藉由殺人行為主張其不重視被害人的生命權，而這個藉由犯罪行為所表達出來的意義被有責的宣告以及刑罰加以否定。以施加痛苦的刑罰予以反對的回應之所以具有必要性，係因規範的效力並非純粹的精神性事物，其無法單純地由規範的內容正當性或者由上位規範的正確性

¹⁸ 以上整理自王效文，前揭註 16，頁 159-166。

推導出來，而是需要認知性的支持方具備引導日常生活的效力，亦即，社會大眾必須信賴規範被違反因而造成自己被侵害的可能性不高。因為犯罪行為會讓規範的認知性支持遭受質疑，因此必須以刑罰的痛苦來修復這種欠缺的偏差。

關於刑罰的目的，Jakobs 採取「維持效力的一般預防理論」

（Geltungserhaltende Generalprävention）（惟早期亦曾自稱為「積極的一般預防」）。其認為刑罰應該對於社會互動之條件加以保護，因此任務在於預防，且為一種藉由對於規範承認之熟練的一般預防。在 Jakobs 的理論發展中，逐漸偏向黑格爾的絕對理論，刑罰的目的重點不在於對未來可能的犯罪行為加以預防，而是對規範效力之維持（且無須增強／改善其效力）。

Jakobs 認為，刑法歸責（*strafrechtliche Zurechnung*）的功能在於判斷一個案件中，因為一個人的缺失行為導致規範必須被確認且認知上被支持，亦即，刑法歸責的規則係用以確定一個事態如何可以被理解為一個在公共領域有能力表達之人對於規範的反對。其借鑑於盧曼系統論認為法律系統使用合法／不法此組二元符碼，主張刑法規則係依據「犯罪的意義」對「自然」這組二元符碼來做判斷。非犯罪之意義（＝自然）在刑法上不具有重要性，而犯罪行為則是依據社會意涵的行為意義之規則被理解。因此要針對行為意義形成體系的理由在於——可被歸責行為之地位，以及對於此違反再加以反對之刑罰的意義間的地位。換言之，犯罪行為係連結刑法規範與刑罰之間的樞紐，其並非依照物本邏輯結構而被定義，而是依照社會意義被建構出來¹⁹。

第三目 Jakobs 的功能罪責概念

基於上述的理解，Jakobs 的責任論專以規範確認的一般預防觀點為導向，認為責任僅僅是「一般預防的衍生物」（*Derivat der Generalprävention*），在「訓練法忠誠」以及「獲得整體的規範信任」的必要程度下將責任歸屬於行為人。透過執行與規範相關的刑事處罰來維持規範，目的是從一般預防的角度鞏固規範的有效性，因此「責任是依一般預防來賦予根據，並依此預防來量定」。那麼責任的問題就不再是研究行為人心理的或意願的問題，而是變成社會概念，從保護社會的角度來說明刑罰的合理性，也因為如此，責任與意思自由無關。

¹⁹ 以上整理自王效文，前揭註 16，頁 166-182。

詳言之，因為責任依存於一般預防，因此決定責任的內容的會是「當時的社會體制狀態」，例如要使責任歸屬的行為人負擔多少程度的社會強制？國家或社會可以接受多少程度行為人的擾亂秩序？……等等的問題必須由與此相關的人協議決定，亦即，責任非難與行為人故意或過失侵害法益無關，而與行為人在有義務的自己的「組織圈」當中的欠缺。責任即欠缺「依關係規範而使自己有動機」的意願而對行為人之管轄（Zuständigkeit），並且在此欠缺影響對一般規範信賴時成為問題。Jakobs 認為，以意思自由當作前提條件的罪責概念忽略了此概念的社會面向，因刑法的任務僅在於確保社會秩序的話，罪責概念就不須以行為人現實上具有個人可實現的其他舉止選項為前提，而是相對於歸責給行為人，是否具有更適當的其他安排選項方為關鍵。倘若沒有其他任何的安排選項，則行為人便會被認定具有其他舉止選項，且對於未選擇其他舉止選項也必須負責，簡言之，個人的能力實為規範性的建構，此種自我決定的自由空間並非意志自由，而是對於自己的組織行為不存在法律上重要障礙。

正是因為 Jakobs 的罪責概念係依照刑罰目的與社會狀態加以界定，所以被劃歸為「功能的罪責概念」。以下以 Jakobs 的闡述來總結：

實施違法行為的行為人只有在下列情況下才有責任：當這個違法行為不僅反映出缺乏主導性的合法動機（因此是違法的），並且當行為人對此缺失是要負責的（Zuständigkeit）。這種負責性在下列情況下存在：當缺乏受相關規範形成動機的意願，並且這種缺乏不能被合理的解釋為它將不影響到一般的規範忠誠²⁰。

責任即「缺乏法忠誠」（mangelnde Rechtstreue），而責任要由行為人來負擔。不是行為人對行為的個人關係和心理概括決定了責任，而是被行為引發的、鞏固規範的必要性給予責任內容²¹。

第四目 遭遇之批判

Jakobs 的學說並未被一般性地接受，原因有以下幾點：

²⁰ Jakobs, *Strafrecht* AT 2. Aufl., 1993, 17 Abschnitt, Rdn. 1. 轉引自：王鈺，功能責任論中責任和預防的概念 兼與馮軍教授商榷，中外法學，27（4），頁 1058（2015 年）。

²¹ 王鈺，前揭註 20，頁 1057；吉田敏雄，前揭註 4，頁 59-60；王效文，前揭註 16，頁 187-201。

首先，(1) Jakobs 的責任模型使得原來責任的刑罰限定機能喪失。對此，雖然可以提出反論——並非過剩、嚴苛的刑罰，而是正確的刑罰才能賦予規範信賴的安定，但此論據是否適切仍有疑問，因對於一般人的處罰的規範安定化效果在實證上並未充分被解明。其次，(2) Jakobs 的責任概念很可能使得犯罪者個人成為道具。原因在於，為了強化他人對規範的信賴，因犯罪者個人使規範的拘束力被懷疑而必須以儆效尤。如此將反於依責任主義而應尊重個人的尊嚴，使人道具化。再者，(3) 為了維持刑罰規範的妥當，多少程度的刑罰是必要的？並不存在可精密測量的尺度，且今後要開發此尺度也是困難的。(4) Jakobs 的責任模型具有潛在的功能問題。此責任模型是否產生功能，取決於規範的接受者並未看穿責任歸屬的功能。亦即，專以因應規範信賴的維持而被處罰，歸屬是以與個人行為人無關的標準——此事如果被太多人察覺，不僅無法依此促進規範信賴，反而可能朝減少或破壞規範信賴的方向發展²²。

最後，且可能是此說最嚴重的問題為：(5) 根本上，刑罰的意義由責任導出，責任為刑罰的基礎，但是並不能反向推論。犯罪概念中的責任作為與不法有關的概念，從不法來正當化其存在，責任輕重是由行為不法的輕重來限定。責任與刑罰之間，是先回顧性地調整責任，其次再展望性地依特別預防、一般預防的機能來產生刑罰。責任並非刑罰的函數，刑罰是責任的結論。責任不過是刑罰的基礎，若責任以預防基準為方向的話，責任早已完成（取代）刑罰的機能。詳言之，此說是建立在循環論證的基礎上，因預防的概念作為刑罰目的依賴於責任，預防是指防止犯罪行為，而犯罪行為是以責任為基礎的；責任將犯罪跟自然事件區分開，對後者無須由人來負責。所以功能罪責概念的邏輯就變成：什麼是責任？責任是預防所需要的。那麼什麼是預防？預防是防止責任。這樣的循環論證中，預防和責任的內容都沒有得到說明。維持效力的一般預防是以責任概念為前提的，而絕不能反過來成為責任概念的前提²³。

第三款 Roxin 之答責性論

採取以預防為核心目標的責任構想者，還有 Claus Roxin (1931-)。其主張，

²² 吉田敏雄，前揭註 4，頁 60-61。

²³ 吉田敏雄，前揭註 4，頁 62；王鈺，前揭註 20，頁 1058。

刑罰目的論的刑事政策原則，作為犯罪第三階層的「答責性²⁴」

（*Verantwortlichkeit*）論，是在追求世俗化、非神話化、社會化的責任概念之理解可能時的解決之道。根本上，責任論在犯罪論體系中本即作為與刑罰論的接點，因此位於刑法解釋學與刑事政策學互相銜接的位置。Roxin 的體系正是以兩者的統合為志向²⁵，以下說明之。

第一目 Roxin 的刑罰目的論

理解 Roxin 的刑罰論對於理解其刑法學的基礎相當重要，且進一步，他的刑罰論將直接成為實質責任概念之內容，因此在進入其責任相關的論述前，考察其刑罰目的論為必須的前提。

Roxin 將自己的刑罰目的論稱為「辯證法的結合說」（*dialektische Vernehmungstheorie*），其前提是建立在認為應報刑論、特別預防論、一般預防論三者不論單獨主張，或是累積或並列主張的結合說，都無法釐清國家刑罰的意義（正當化）與界限。因此嘗試將這些相互的對立強調出來，而以上位層次來結合，就此方向而言雖仍屬於結合說的一種，但其具有獨特性。Roxin 對於應報刑論、特別預防論與一般預防論均有所批判。首先對於**應報刑論**，無法釐清國家刑罰的前提和界限，作為基礎的意思自由也停留在假設階段，再者，以刑罰的惡害來償還犯罪的惡害之主張本身，單純只是信仰性質的告解（即使改稱為「贖罪」，在理解為責任清償的限度下，同樣的批判也是妥當的，且贖罪會被惡害的賦科妨礙，也是無法強制的），因此應拒絕應報刑論。其次，關於**特別預防論**，甚至比應報刑論更難劃定處罰的界限，無法說明無再犯可能性的重大犯罪人的處罰，且縱使給予了刑罰的目的也無法使其正當化，因為多數人難道就有強制少數人改善的權利？因此也不能單純採取特別預防論。再者，**一般預防論**被認為追求更大的威嚇效果將無限擴大可罰性的領域與程度，且刑罰的一般預防效果也未被證明，無法說明為何可以或不能對他人施以惡害，因此無法賦予國家刑罰權基礎也無法劃定其界限。最後，結合說的立場則只是將三者並列，因應情況的不同而

²⁴ 中文有學者譯為「負責」、「負責性」、「負責性階層」，分別參照：許玉秀，客觀的故意概念？——評德國的間接故意理論，政大法學評論，48，頁 57（1993 年）；蔡聖偉，不能未遂之研究，輔仁大學法律學研究所碩士論文，頁 123（1995 年）；王鈺，前揭註 20，頁 1059。本文參考日文譯法，直譯為答責性論，相同譯法有：洪福增，前揭註 2，頁 2。

²⁵ 淺田和茂，責任と答責性—ロクシン説の検討，收於：刑事責任能力の研究（上）—限定責任能力論を中心として—，頁 14（1983 年）。



強調其中之一，而有無限制地擴張處罰之虞。

基於以上的批判，Roxin 嘗試在刑罰與個人對立的三階段——（1）刑罰的預告、（2）賦科（宣告）、（3）執行，各階段分別賦予刑罰根據和界限。

首先在（1）**刑罰預告**的階段，國家權力應以確保國民的生存條件為目的，刑法只有在以法益保護和確保重要的公共給付為目的時正當化。刑罰對受刑人而言亦屬法益侵害，法益對刑法而言也是應被保護的，因此推導出「刑法的補充性」原理，其次可以由刑法被限定的目的推導出不處罰單純的道德之結論。此階段刑罰規定的目的雖在一般預防，但其處罰擴大的危險在以上的限定之下弱化。另外，一般預防效果的問題，在刑罰預告僅是其中一部份，國家明示保護什麼和禁止什麼也是一般預防的一部份，且此對法治國家為不可或缺的要求。

其次在（2）**刑罰的賦科、量定**的階段，必須貫徹維持全體法秩序的一般預防目的設定，另一方面在此階段雖然也不能忽視特別預防目的的內在（威嚇、淘汰），但再社會化的場域向來在行刑階段，在判決是以一般預防目的為優先。個人並非國家權力的對象，而是擔當者，因此刑罰的賦科在「對法共同體的刑罰必要性」，與「對法而言同樣應保障的犯人人格自律性」達成調和的情形，才被正當化。由此可以導出訴訟程序中人格自律性保障與依責任原理劃定刑罰界限的要求，後者為與應報刑論無關的人類尊嚴和人格自律性，以有責任和答責能力的人為前提（無論自然科學上不可能證明）的結論。

最後，在（3）**刑罰執行**的階段，國家刑罰只服務於合理的目的，使安全的共同生活成為可能，專以再社會化為方向且應加以限定，才會成為正當化的成果。不允許對單純性質不同而無適應性的人以再社會化為理由施加刑事制裁，亦不允許侵害人格構造的強制治療處遇。為確保刑罰預告的實效性，對無再犯危險的重大犯罪者的處罰雖僅以一般預防為目的，惟絕不能為了應報而科處刑罰。總結以上三階段，刑法的任務為：個人責任程度為界限的框架內，透過人格保護的一般預防和特別預防，對法益或國家給付作業的補充性保護²⁶。

Roxin 將應報思想從刑罰論中徹底除去的主張，得到以責任世俗化為志向的

²⁶ 以上整理自淺田和茂，前揭註 25，頁 15-17。

論者認同。但是，其拒絕責任概念的賦予刑罰根據之機能，而**僅給予刑罰限定的機能**，遭到 Arthur Kaufmann（1923-2001）的強烈批判，Kaufmann 認為責任必須要作為犯罪的指標，不能將人類責任及自由之問題懸而未決。亦即，要作為限定可罰性之概念，必須先構成可罰性。對此，Roxin 的反駁為「**責任是刑罰的必要條件，非充分條件**」，單純僅有制約侵害的機能，在保安處分和刑罰二元主義之下採用，在保護行為人的要求之下才被允許。關於刑罰和責任的具體對應關係不明確這點，有制約預防目的過剩的機能、量刑理論的發達、罪刑均衡原則等都有助於劃定刑罰上限。再者，保安處分和刑罰乃共同服務法益保護和再社會化，兩者的區別在於刑事政策上，刑罰是依責任原理，處分是依優越的公共利益原理為導向，實為「目的一元、制裁二元」。

綜上所述，Roxin 的刑罰目的論及責任原則的理解，基本的發想為「規範的規制原理不在於真偽的標準，而應以對社會的有益性、有害性來判定」。此亦為將刑事政策的價值決定導入刑法體系的 Roxin 獨特的刑法觀和方法的結論²⁷。也因為 Roxin 認為犯罪階層體系必須從刑法的目的設定當中建立起來，以預防目的作為架構體系的指導原則，他又稱自己的犯罪階層為**目的理性**（zweckrational）或目的論與刑事政策的階層體系（teleologisch-kriminalpolitisch），因為目的論的取向同時也是功能性的取向，因此又稱為功能的階層體系²⁸。

第二目 答責性論

Roxin 將接續構成要件、違法性的第三個階層求諸「刑事制裁的必要性」，其主張「決定性的不是他行為可能性，而是立法者對於每個人，就其行為，在刑法的觀點之下是否要使其答責²⁹」，因此以「答責性」的用語取代「責任」，亦即以刑罰的預防必要性來補充向來的「罪責」（Schuld），將兩者以「答責性」此一新的體系概念來總括，因此 Roxin 稱其階層體系為功能的（funktional）階層體系，屬「功能責任概念」（funktionaler Schuldbegriff）。該答責性的出發點在於「無他行為可能性的情形，確實阻卻責任和可罰性。但是——在意思自由的前提下——被認定行為人仍有他行為可能性的情形，不會因此決定其可罰性。毋寧更進一步

²⁷ 淺田和茂，前揭註 25，頁 18-20。

²⁸ 許玉秀，犯罪階層理論（下），台灣本土法學雜誌，3，頁 52（1999 年）。

²⁹ Claus Roxin 著，宮沢浩一監譯，刑法における責任と予防，東京市：成文堂，頁 88（1984 年）。

的問題是，立法者是否依刑事政策（即特別預防或一般預防）而命予處罰，必須由此出發」。一般情形下行為人具有責任（罪責）就具備了刑事答責性，但是存在一些例外，這些例外情況中，都是在行為人有責任的前提下否定其刑事答責性，這裡的根據就是**預防的必要性**（一般預防必要性＋特別預防必要性）。換言之，答責性的前提是，首先存在責任（罪責），其次處罰這個行為符合刑罰目的，亦即在責任的基礎上進一步限制答責性的範圍。Roxin 這樣的學說是由刑法解釋學緊密結合立法所提出的，因他認為規範責任論所謂的非難可能性僅僅是一個必要卻非充分的有責性前提，因為規範責任論無法解釋某些行為被評價為有責任，但是卻不受處罰，他認為這些一般被歸類在責任項下討論的條款只能由刑罰目的來補充，方能得到更好的法解釋。

例如，Roxin 認為現行法採取此立場的是西德刑法第三十五條免責的緊急避難規定。亦即，為了「與自己有緊密關係者」緊急避難行為的情形，儘管不能否定有他行為可能性，立法者仍考量刑事政策上的刑罰目的而不處罰。該行為人一方面僅是在對社會無害的異常情況下作出該行為，另一方面基於該情事的稀有性，為公共加以制裁應屬過剩，無法認為有特別預防或一般預防的處罰必要性，因此不處罰。但是如果行為人是消防員或警察則不能免責，因為立法者基於刑事政策的理由認為一般民眾的行動自由減少是可接受的，但是消防員如採取避難行為即屬違反職務義務，雖然他們的行動自由也有所降低，仍應處罰。由此可知，作為規制原理的期待可能性劃定答責性界限之情形，在個別事件必須由法官決定，該判斷基準無非就是**刑罰目的論**（一般預防的公益要求）。基此，Roxin 認為答責性論與現行法的規定並無矛盾，且答責性論將意思自由的問題置之度外這點也是其優勢。責任能力的問題或無迴避可能性禁止錯誤的問題，藉由人的責任體驗此一社會心理學的事實直接導入答責性的一般預防構成部份，能充分以答責性論來說明，此外如上述有他行為可能性的情形，也可能有阻卻答責性的緊急避難狀態存在，不問是決定論或非決定論都必須同意此點³⁰。

此外，應重申的是，Roxin 認為刑罰不僅只有在有預防必要性時才得以施加，而是必須要在責任之範圍內。由預防觀點來決定處罰的界限此一歸責並非取

³⁰ 以上整理自淺田和茂，前揭註 25，頁 26-27；吉田敏雄，前揭註 4，頁 58；王鈺，前揭註 20，頁 1059-1060。

代了責任原則，因為由責任來劃定可罰性範圍更準確、嚴格，也更符合法治國精神。相反地，由預防性決定犯罪將導致不明確的結果，且人們對預防效果沒有一個確定的認識；再者，預防都傾向於擴大處罰範圍，所以單獨以預防為處罰依據在法秩序中是不能接受的³¹。換言之，刑罰仍舊由責任劃定上限，而預防目的的考量乃作為減輕或免除的依據。

第三目 其他處罰條件

在答責性階層之後，也就是 Roxin 階層體系的第五個階層³²是「其他處罰條件」，包含客觀處罰條件和阻卻處罰條件。依 Roxin 的看法，這兩種條件都是基於刑法以外的目的考量，而影響犯罪成立和處罰的條件。

傳統上學說區分客觀處罰條件和阻卻處罰條件，前者是與不法和罪責無關的犯罪成立條件，後者則是排除刑罰的條件，又分為人的阻卻刑罰條件和事的阻卻刑罰條件。例如親屬間竊盜的親屬身分（我國刑法 324 條）、親屬間藏匿人犯的親屬身分（我國刑法 167 條）屬於前者，後者例如能證明所誹謗之事為真實者（我國刑法 310 條第 3 項），此外還有一種人的解除刑罰條件，例如中止犯的中止行為（我國刑法 27 條）。不過，Roxin 認為無論是阻卻刑罰條件、解除刑罰條件或客觀處罰條件，並無區分之必要，因為這樣的區別僅是形式上的區別，這些特別處罰條件的共通點都是基於刑法以外的目的而欠缺處罰必要性。例如對外國犯罪的外交關係成為客觀處罰條件，是為了政治上的理由而存在；有些阻卻刑罰事由其實是阻卻違法或阻卻罪責事由，前者例如國會議員的言論免責權，是因應國家目的而生，後者例如中止犯，是因行為人既已悔悟，對社會沒有危險，沒有特別預防或一般預防的意義，也沒有再社會化的必要。

總之，依 Roxin 之見，這些特別的處罰條件和應罰性與需罰性無關，即使是有應罰性和需罰性的行為，當非刑法的目的優先的時候，即使沒有（刑法目的的）處罰的必要性也要處罰，或者即使有（刑法目的的）處罰必要性時，也不處罰³³。

³¹ 王鈺，前揭註 20，頁 1060。

³² Roxin 承認獨立的行為階層，因此五個階層分別是：行為—構成要件—違法性—答責性—其他處罰條件。

³³ 許玉秀，前揭註 28，頁 55-56。

第四目 遭遇之批判

對 Roxin 學說的批評首先是，他將刑罰目的僅限於一般預防和特別預防。但有論者會認為刑罰目的除了一般預防和特別預防之外，至少還有應報的需求，也就是刑罰服務於透過滿足被害者的應報要求來達到保護法和平的目的。若限縮在一般及特別預防，Roxin 必須先證明刑罰有一般和特殊預防性，且說明這樣的功能是怎樣發揮的、預防作用相應的社會心理機制為何，否則將無法說明為何在防衛過當或免責的緊急避難時沒有預防效果。且預防作為刑罰賦科的基準過於曖昧抽象，亦受法官價值觀左右而流於恣意。

其次，責任劃定刑罰上限時，責任在此界限內也必須共同決定某個刑量，但是，具體的量刑如果限定在預防目的的話，宣告刑將失去與受判決之人的行為倫理性質的關連性，結果將失去預防的支持性要素。特別是，只有訴諸人的倫理核心才能期望受有罪判決之人再社會化以及對一般人產生刑罰的社會心理學效果，如果失去此倫理核心亦將無法期待刑罰的效果。為了具體刑罰的計算而放棄責任的基準，迴避責任當中自由意思的問題未免代價過大。「賦予刑罰根據的責任」的判斷中，應進行對違法行為純粹回顧性的非難，與「量刑責任」應有所區別（→詳見第一章），那麼在前者應無考慮依刑罰目的之展望性預防觀點的餘地。

再者，使用包含責任與預防必要性的答責之概念，將使得向來的三階層理論變成實質上的四階層理論，如此將帶來犯罪理論體系的肥大化。且 Roxin 的作法似乎是將原本置於責任之後的刑罰論直接拉到前面作為答責性論來展開，有本末倒置的疑慮³⁴。以 Roxin 提出的免責緊急避難為例，依據 Roxin 的說法，本條並非責任的減少，而是與預防必要性有關的規定，在適用時，法官仍必須認定責任的存否或減少，但是沒有必要認定預防的必要性，因為立法者已經認為免責緊急避難的情形無預防必要性，如此可能使免責緊急避難規定變成專門處理犯罪理論上責任問題的規定³⁵。

³⁴ 淺田和茂，前揭註 25，頁 31。

³⁵ 吉田敏雄，前揭註 4，頁 58-59；王鈺，前揭註 20，頁 1060-1061；西岡正樹，前揭註 14，頁 70。

第四款 最近的德國學說：D. Karamagiolis

最近在德國刑法學界以追求理性為刑法的主要任務，展開預防為目標的責任論的論者為 Dimitrios Karamagiolis，其事師法蘭克福大學刑法及法哲學教授 Ulfrid Neumann（1947-），為刑法、法哲學者。在其 2002 年的著作《效果目標的責任原理的構造》（*Die Struktur eines folgenorientierten Schuldprinzips: Zugleich eine Analyse des Verhältnisses von Schuld und Prävention*）中，由「刑法的理性化」此一觀點展開獨特的責任構想。

Karamagiolis 認為刑罰目的是「社會統合」（sozialen Integration）意義下的積極一般預防，由此立場出發，認為責任是檢討對於規範違反者科處刑罰對共同體是否產生理性意義的犯罪構成階段，因此主張責任是基於對社會中具有應答可能的同伴的不法之意識性的決定，對於法律上成立的刑罰賦科的預防必要性。他將刑法當中「理性」（Rationalität）和「道德性」（Moralität）之間的緊張關係，認為應以對於理性有利的方式予以解消，因為若放棄理性，刑法將失其效力。其所重視的理性觀點，在刑法當中的理性專以「溝通的理性」來理解，刑罰的任務為強化此一理性，藉此保障社會統合。關於責任與預防的關係，首先，其將刑法的目的設定為「統合預防」，刑罰的內容將以有效率地追求此目的來構成，由此立場出發，批判「責任要實現正義，預防上必要的刑罰應依公正正義的基準予以限定」的見解，亦即，關於此 Karamagiolis 與 Jakobs 的見解相同——「有責」的同時就是預防上必要——和責任相應的刑罰與預防上必要的刑罰是一致的。

Karamagioli 區分「賦予刑罰根據的責任」和「量刑責任」（→詳見第一章），並認為賦予刑罰根據的責任之任務為決定對違法行為是否要採取刑罰此一反作用，亦即「賦予刑罰根據的責任」之實質內容即為一般預防上的處罰必要性。再者，此應罰性的判斷基準為社會統合的概念，亦即由「對為違法行為的行為人科處刑罰對於社會統合是否必要」此一觀點來決定是否有賦予刑罰根據責任。

Karamagioli 的責任構想與 Jakobs 的功能責任概念有廣泛的一致性，但是他對於將責任及刑罰的條件由刑罰目的導出的 Jakobs 之理論提出批評，認為縱使責任非難可以由刑罰目的的內容導出，但是無法賦予責任非難的前提條件基礎。其認為，「非難可能性」作為規範責任概念核心要素，不過僅是單純的責任的結

論，無法描述責任的前提，因此僅依據規範責任概念的刑法上責任概念無法賦予充分的基礎。那麼，Karamagioli 所認為能夠賦予責任概念基礎的是什麼？對此，其表示「給予責任概念內容的並非最終該社會的有效性，而是自身實踐上理性的產物——其效力基礎（Geltungsgrund）」。³⁶對於刑罰的根據賦予或阻卻重要的是，歸責的主體可以歸屬到如何的答責領域，而非主體對於自己的舉止結果即過去是否得以支配，基此，其明確主張「責任」是「刑罰作為對作出不法的歸結，由共同體使用此刑罰的反作用之必要性」，此刑罰的賦科為國家所進行的意圖性的活動，此活動並不依據主觀的要素決定，而是在對國家貢獻於社會統合的意義下，在積極的刑罰效果中尋求此活動的前提。

以上即為 Karamagioli 責任構想的大致面貌。應注意的是，其主張在追求社會統合的理性時，國家刑罰權行使之際排除一切行為人主觀層面的考慮，這樣的構想之下國家刑罰權的發動基礎值得懷疑。依據 Karamagioli 的主張，最後將會與 Jakobs 所主張依據社會體制而歸責有相同的結果，使得個別的、主觀的歸責思想歸零。可以提出的疑問是，若無視主觀歸責的思想，犯罪人內在包含的「社會」之統合，是否有可能達成？社會統合的觀點確實是重要的目標，但由理性的觀點來進行不安定的處罰的話，社會統合是否能達成也變得令人懷疑³⁶。

第五款 日本學說

日本學說方面，近來亦有探求實質的責任論之潮流。這波潮流以平野龍一（1920-2004）博士的實質行為責任論為濫觴，企圖將刑法上責任內容以刑罰的預防觀點來重新理解。關於「責任」與「預防」的關連性，日本學說上的討論大致可以分為兩類，其一即以下要探討的「以預防再建構責任之立場」；其二為與此相對立的「責任與預防相對立之立場」，詳細將於本文第五章再說明。以下說明採取前者立場之不同學者的理論。

第一目 伊東研祐

伊東研祐教授認為刑罰有預防目的，特別是從積極的一般預防和積極的特別預防觀點，實質地理解作為犯罪成立要件的責任。其認為通說主張的「個別的他

³⁶ 以上整理自西岡正樹，前揭註 14，頁 73-76。

行為可能性」不可能證明，因此實踐上應採用一般人／平均人於行為人當該具體狀況下是否可能為適法行為的「一般的抽象他行為可能性」。以此為非難的前提，將向來的責任改稱為「行為歸責可能性」(Tatzurechenbarkeit)。再者，此行為歸責可能性為處罰的必要條件但非充分條件，亦即，要肯定賦科刑罰的話，必須確認由刑罰目的論導出的處罰必要性及正當性。

此處會成為問題的就是刑罰目的——包含賦予刑罰根據及刑罰界限的功能之妥當的處罰限度規制原理——究竟為何？對此，伊東教授認為，要滿足以上要求的刑罰目的為積極一般預防及積極的特別預防。前者即透過處罰犯罪而生的規範侵害狀態，以回復、(再)確認市民對規範秩序的信賴，並維持、強化規範遵守意識；後者為透過教育的、治療的處遇使犯罪者再社會化、改善及社會復歸。再者，其認為「行為歸責可能性」與「積極的一般預防上的處罰必要性」為對同一事態不同角度的觀點，兩者實質上是互相重合、一體兩面的。與此相對，積極的特別預防的處罰必要性則有超越前面兩者的結合之不同的功能，有是否得處罰、是否應處罰的考量，即量刑責任的功能。並且，在刑罰賦科判斷最終對個別具體行為人的非平均的、個別性的判斷，也有「行為歸責可能性」所無法及於的個別性判斷，因此，「積極的特別預防處罰必要性」不僅為量刑的考量因素，還作為犯罪構成要素。基此，伊東教授將向來的「有責性」以「行為歸責可能性」來取代，並且將「積極的特別預防處罰必要性」納入為第四個犯罪構成要素來建構其獨特的犯罪體系³⁷。

第二目 林幹人

林幹人教授則是採取刑罰目的為「以法益保護為目的的規範妥當之確認」，此一積極的一般預防觀點，來展開其見解。其認為「責任並非評價或非難，而是作為非難和評價的前提的心理事實」，對通說的見解提出質疑。以此為基礎，拒絕在經驗上難以理解的絕對應報刑論，贊同刑法的目的為犯罪抑止，主張：「要正當化國家對市民科以苦痛，只能在將來對其他市民有利益的情形。此意義下的刑罰必須是相對性的、展望性的。責任的內容也必須依據此刑法的目的來建

³⁷ 伊東研祐，責任非難と積極的一般予防・特別予防，收於：刑事法学の総合的検討（上）：福田平・大塚仁博士古稀祝賀論集，頁 299 以下（1993 年），轉引自：西岡正樹，實質的責任論に関する一考察（2・完），法学，71（5），頁 116-118（2007 年）。

構」。

基於以上的前提，林教授認為刑法上責任的基本內容為「應有規範意識而可能為適法行為的決意，卻依照不應有的規範意識而為違法行為的決意」，再者，他行為可能性的內容為「將行為人行為時的現實規範意識取代為應有的規範意識，此時的他行為可能性」。並且其設定，「應有的規範意識」之內容為由國家的立場出發，得以對一般人要求或應該要求程度的規範意識。規範意識的內容則是「有依據規範賦予動機可能性的狀態」，亦即，如有依規範賦予動機的可能性，卻又違反規範，以此為動機賦科刑罰，藉此強化本人或一般人對規範遵守的動機，達到犯罪抑止的目的。林教授的見解即採取積極一般預防論作為刑罰目的，由此觀點將責任定義為「欠缺國家規範遵守動機」，可以看出其見解將刑事責任的內容由刑法目的乃至於刑事政策觀點出發³⁸，與前述 Roxin 和 Jakobs 的功能主義罪責概念相同。

第三目 松原芳博

松原芳博教授批判將刑法上的責任做二階段理解的見解（→詳見下文第四項），認為責任概念本身要以「內含」預防目的的可罰性觀點來決定，明確主張刑法上責任應一階段來理解。其認為「責任」和「預防」是表裡一體的關係，並具體化為刑法上的責任。再者，刑法的責任必須有評價目標和評價基準，作為評價對象的則是「行為人現實的意思決定」，重申責任判斷應以行為人的主觀為基礎之必要性。因此，在刑法上的責任判斷當中，尋求內含刑罰觀點的「（假說的）他行為可能性」，規範意識、法尊重意識為法秩序要求的標準。如此一來，松原教授由責任評價的基礎為行為人的主觀來展開其責任構想。然後為了擔保此一觀點，在規範責任概念本身納入可罰性的考量，成為一階段的構造（→詳見下文第五章第二節第二項第一款），因此，在此構造內部作用的「預防考量」也必須以行為人的主觀為基礎，問題在於此一預防的實質內容。

松原教授認為刑法乃事前要求尊重法益、事後對輕視法益表達非難，以此為形式，推動人的規範意識（法益尊重意識）來保護法益，因此刑法的目的在於

³⁸ 林幹人，意思の自由と規範の防衛，收於：刑法の基礎理論，頁 1 以下（1995 年），轉引自西岡正樹，前揭註 37，頁 119-121。

「藉由法益尊重意識的維持達成之法益保護」。因而主張以「更強的法尊重意識」來替換行為人在行為時現實上有的「不充分的法尊重意識」，藉此來判斷他行為可能性。關於假說的他行為可能性的判斷，面對條件恣意的質疑，其主張條件設定有幾個一定的基準——必須由「合目的性的觀點」與「對於（包含關於刑罰正當性對象本人的）國民之說服性」導出。其認為，法益尊重意識為對社會相互關係成立而言不可或缺的前提，人本質上就是作為社會的存在而構成，因此欠缺法益尊重意識便得以加之非難，對於包含行為人自己在內的國民應該是對（刑罰）正當性有充分的說服力³⁹。

第二項 理性自由主義的責任構想

相對於以預防為目的補充或替換責任概念的理解，有從康德為出發點，將基礎置於依據自由哲學的法理解「理性、自由的人存在」此一觀點的理性自由主義的責任概念。明確由此立場出發的論者，有 Ernst Amadeus Wolff（1928-2008）的兩位學生 Michael Köhler 及 Rainer Zaczyk（1951-），以下分別說明兩者的理論。

第一款 M. Köhler 的理論

正如 Köhler 被評價為「現代最受注目的新古典派主張者」，其依據德國觀念論哲學展開其法理論。其主張「所謂責任，是對不法的準則即特定的構成要件該當方法下『作為法的』法之侵害的自由（自我決定的）決意（決定過程）」，因此將責任定義為**對不法準則之自我決定的決意**。其將刑法理解為具有普遍法理性的性格，客觀的犯罪行為奠基於行為人自我決定的舉止決定，而將之歸責給主觀的責任原理則是刑法的基礎。在此刑法理解之下，刑法的責任概念，與刑事不法有關，因此包含了行為人的主觀的、意思的根本存在，並且自我決定的行為作為理性主體的中心，是一種重視行為人的意思活動之主觀歸責構想。

其主張，責任在一切的形式中，並非單純是「規範性的」他行為可能性或社會性「要求」的「歸屬」，而是作為現實上存在的意思責任被規定的，因此對於通說的規範責任理解或 Jakobs 等人主張的功能責任概念有所疑義。他所主張的責

³⁹ 以上整理自西岡正樹，前揭註 37，頁 121-123。

任之前提為有歸責能力的主體（成年人）潛在的規範認知（規範態度）中所具有的具體的法意識／不法意識，因此是以「作為有行為規則理解能力的實踐主體的理解」為前提。在此就能發現自我決定（意思自由）的契機，此自我決定雖是依自然因果性予以限定，但對於理解後作出行為的主體而言是不能放棄的本質性要素。再者，此自我決定是內在於實踐的省察（理智）乃至於瞭解能力及理性能力整體的構成而存在，基於這樣的前提，整個歸責概念及責任概念才能獲得其基礎。

承上所述，Köhler 的責任構想中的核心概念是「意思責任」。這樣的刑法理解，與康德透過共同體當中理性的自我決定來正當化法秩序的構想如出一轍，但是，Köhler 設定的意思責任的實質內容，是否是仿效康德所謂「道德性」來理解？對此，Köhler 表示意思責任不能與「道德的責任」（sittlicher Schuld）同等看待，刑法上的責任概念應該是「法律的」。其於 1999 年的論文〈歸責的概念〉（Der Begriff der Zurechnung）⁴⁰中對此提出進一步的說明。認知行為的具體規範意義，並依自由意思為行為，僅有如此才能成為讚美或非難以及刑罰的對象，這樣的主觀歸責思想，從亞里斯多德以來就被承認，但是此思想是在當然的「法與倫理的目的論統一」構想之下的產物，因此，重大的規範違反通常都可以歸責於行為人的惡意，但是刑法上的歸責論與此有很大的差異，不知法律（ignorantia iuris）的理性歸責作為問題，在主觀歸責思想的傳統中「歸責」與「與規範有關係的自由的意志行為」是相互連繫來確認的。如此，Köhler 的責任構想的基礎並非道德性而是以法律來理解的「意思」概念，並且以非他律的自律「意思」主體為中心。

對於 Köhler 而言，刑法的任務不在於透過刑罰對犯罪人或一般公眾宣示規範效力，而是在對作為法律關係的共同設定者「省察規範的主體」

（normreflektierenden Subjekt）的反對決定時，表達對此反對決定的根本性、普遍的效力否認。由此可知，刑罰作為回復現實上普遍效力（在此意義下一般預防的妥當）而正當化，因此，主觀的歸責與刑法的根據賦予實質地互相連結。這樣的連結性，在體系上，特別是在批判無認識過失的可罰性的「故意意思」及「不

⁴⁰ Köhler, *Der Begriff der Zurechnung*, in: Festschrift für Hans-Joachim Hirsch, 1999, S. 65ff. 轉引自：西岡正樹，前揭註 14，頁 79。



法意思」的概念中也必須毫不妥協地貫徹⁴¹。

第二款 R. Zaczyk 的理論

Zaczyk 在其 2000 年的論文〈作為法概念的責任〉(Schuld als Rechtsbegriff)開頭即寫道：「談論責任，就是談論人及其自由。談論法律，即是談論人與在人之下的秩序之間的關聯」，顯示出與 Köhler 相同的，以自律的人類作為法律基礎，以此作為構成要素的責任概念。由此出發，批判 Jakobs 等人主張的功能責任論，認為若依那樣的概念，現實上個人的主體性不會被當成問題，那麼責任非難之「非難可能性」只不過是單純的不法的重複而已。

Zaczyk 理論的前提也是依據康德哲學有關人的理性及主體性和自由的思想，認為必須把握人主體性的「法」。以此為前提，對於定義責任概念本質上的要因，為了解明每個人的意識與外在法則之間的關係，將焦點放在康德的「道德性」(Moralität) 和「合法性」(Legalität) 的區別上。康德的「合法性」指的是不考慮動機，某行為與法則單純的合致或不合致；「道德性」則是從法則產生的義務觀念同時作為行為的動機之合致或不合致。Zaczyk 認為由康德對「合法性」的定義推導出「法必須專門處理外在行為的外在判斷，而內在性則只跟道德性有關，因此達到合法則的行為中間的意識經過並不重要」之結論尚嫌速斷。再者，康德的合法性概念想要表達的是，外在行為與法則不一致的情形，內在過程 (innerer Prozeß) 中某些值得肯定的性質無法斷然去除外在行為，因此，對有責任有意義的內在過程，也應專以法律的基準來規定，Zaczyk 認為可以導出這樣的結論。

那麼，對有責任有意義的「內在過程」精確來說究竟所指為何？Zaczyk 認為必須確定作為內在過程的不法的自己決定有何內容的、性質的特徵，此一特徵透過「以成人的行為人通常得假定之獨立的積極能力為基準，行為決定的過程中究竟如何遂行錯誤的行為？」此一問題來探討。再者，這樣的自我決定錯誤行為，以下的特點：自我決定行為之人，一方面知道在法的領域中與他人共同活動時，自身的行為在該領域中作為事實來作用；另一方面，依循的並非保障互相的

⁴¹ 以上整理自西岡正樹，前揭註 14，頁 77-79。

自由，而是依循專門為了主體關係的（利己的）行為原則。如此，由社會性的人格朝向利己主義者的自我貶低被意識到的情形，自由法則的（道德的）有責過程才得以存在。

基於以上的理解，Zaczyk 所主張的「有責性」可以理解為法律上（而非道德上）內心遵循行為遂行構造錯誤的過程（innerer Verfehlungsprozeß），因此道德上的錯誤不會成為刑罰的前提，僅有在法律上進行省察過程才得以成為刑罰的前提。最後，其認為所謂的責任可以說是：被要求要注意主體間的關係並為相對應的行為之行為人，知悉此事仍有意識地採利己主義；此外，責任作為法概念，指的就是現實上內心洞察的錯誤，為不法的根據⁴²。

第三款 遭遇之批判

以下稍微總結一下兩位論者關於理性自由主義的責任論。Köhler 和 Zaczyk 的責任論構想，都是奠基於人類是理性的，會在理解之後作出自我決定的（自律的）行為，並以此為基礎來理解法律。因此，在他們主張的責任構想中，皆重視行為人主觀的、內在的層面，並以意思責任為中心，並且作為責任本質的意思責任，並非道德的而應以「法的責任」來理解。

與前述預防為導向的責任概念不重視行為人個人的主觀層面相較，理性自由主義重視行為人主觀意思形成過程的立論應屬妥當。但是，Köhler 和 Zaczyk 的理論也遭致了一些批評，以下說明之。

將在以下介紹到的論者 Urs Kindhäuser（1949-）即認為，理性自由主義的立場在認識論上並不確實，因為此一立場根本上設定的「優先於社會的理性主體」此一人類形象早已令人懷疑，因為，所謂的思考是透過作為政治的／法律的基本概念的「語言」來決定的，此一語言在人「成為理性的」（Vernunftwerdung）之前早已存在，因此共同體存在的構成無法由個人的理性推導出⁴³。亦即，在現實的社會當中，各個市民無法與社會情勢或社會系統完全地分離，因此也無法從中

⁴² 以上整理自西岡正樹，前揭註 14，頁 79-81。

⁴³ U. Kindhäuser, *Rechtstreue als Schuld-kategorie*, ZStW 105, 1997, S. 705. 轉引自：西岡正樹，前揭註 14，頁 82。

導出萬人都可遵循的普遍性法則⁴⁴。另外，以理性的人類形象作為前提應該認為是對規範的接受者的過於苛刻的要求，也違反了國家對個人遵守規範的動機應維持中立性的要求，因此，應該拒絕在這樣的前提之下所產出的刑法上之責任。再者，以理性的人類形象作為責任判斷的基礎，以「責任＝意識上的利己主義」來理解的話，這裡的責任將相當接近道義的概念，對於刑法企圖脫離道義色彩的方向並非樂見之事。另外，還可以提出的問題是，當某行為人是出於非理性的動機但卻遵守了規範的情形（例如，欲侵入住居竊盜但是找不到適當的房子因此罷手），在此情形應該難以將該人作為理性之人予以尊重吧，但理性自由主義的責任理論並未說明這點。

以理性的人類形象作為前提，形成刑法上的責任內容，很可能與 Köhler 和 Zaczyk 原先的構想相反，無法避免相當接近道德性的概念。總而言之，理性自由主義的立場，在重視行為人個別的、主觀的意思活動來把握責任這點確實是妥當的，但是理性主義的強調恐怕是對國家市民過度的要求，蘊含了對刑法學不利結果之危險性⁴⁵。

第三項 討論的責任構想

最近關於實質的責任概念的構想，除了上述的兩個理論之外，屬於有力說的還有以下要探討的「討論的責任構想」（Diskursiver Schuld，亦有譯為「溝通的責任概念」⁴⁶）。代表性的主張者有 Urs Kindhäuser（1949-）及 Klaus Günther（1957-）。

討論的責任構想重視「責任」與「規範的正當性」的連結，行為人不僅是接受規範的人，還作為規範的**設定者**來理解。此見解將規範理解為「盡可能正當調整利益的自律性個人，採取法之形式來表明理解」，探求規範的正當性與規範違反者的責任之間的關連。然後藉由解明此事，企圖回答以下的問題：為何遵守規範對行為人而言是拘束性的？亦即為何必須形成應該做適法行為的所謂「反對動

⁴⁴ 根津洸希，規範違反とその責任について—Diskursiver Schuld begriff の批判的検討—，大学院研究年報，46，頁 396（2017 年）。

⁴⁵ 以上整理自西岡正樹，前揭註 14，頁 81-82。

⁴⁶ 根津洸希，前揭註 44，頁 399。



機」？以及為何欠缺遵守規範的動機時得以科處刑罰？

第一款 U. Kindhäuser 的理論

Kindhäuser 首先，以「行為人優先形成規範遵守的動機的話，就能回避自身的違法行為」為前提，認為形式的責任即是對於不回避而採取違法行為的非難可能性。然後，此一形式性的責任概念，僅是以成為刑法上處罰對象的規範違反為非難的對象，僅有此意義，而無法回答為何欠缺遵守規範的動機將受到刑罰處罰，或者是為何行為人必須形成遵守規範的動機，為了回答這些問題必須探求實質的責任概念。因為責任非難伴隨著刑罰此一嚴峻的國家反作用，不應欠缺正當化根據，那麼就不能允許這些問題懸而未決。確認以上的問題之後，Kindhäuser 認為並非要去限制規範遵守動機的自由，而是提出個人與規範結合的根據方為重要，由此展開自己的理論。

Kindhäuser 將規範理解為社會統合目的的一個手段，透過此社會統合，構成要求正當性的社會性世界，在多元主義的社會中，正當化行為規制的規範於內容上的根據並非先驗存在的，因此，正當性不過是由參加社會統合過程的人之自律所導出，同時，每個人也不應是為了貫徹他律的目的之手段。亦即，Kindhäuser 將社會統合建立在以理解為目標的行為之上，以此為前提，主張規範的正當性僅有透過基於社會統合過程的參加者之自律的「**理解**」(Verständigung)才能夠獲得，以此理解為目標的行為調整當作基本概念，設定「個人的**溝通性自律**」。之後，在理解規範的情形，給予此一理解過程的參加者**規範的設定者**和**接受規範者****雙重**的角色。換言之，參加者一方面作為規範的設定者被給予公共的自律，另一方面作為規範接受者被給予私的自律，然後，此一公的自律和私的自律，即為理解關於行為調整時的溝通性自律的兩個面向；再者，「以理解為目標的行為調整過程」以此溝通性自律為基礎，在這當中，關於當事人主張的妥當要求，賦予每個人態度決定的可能性，有必要包含一定程度的誠實性，因此要求對於「理解為目標的行為調整」的必要條件——**溝通的誠實性**。基此，Kindhäuser 認為法的構成要素包含「溝通性的自律」和「溝通的誠實性」，透過這樣的連繫來決定實質的責任。對 Kindhäuser 而言，法乃至於規範是透過「理解」才形成的，因此，理解存在於法和規範的基礎，規範違反就意味著否認「理解」和「溝通性的自

律」。

由此觀點出發，行為人與規範的連結並非行為人的理性，而是對於他人自律的溝通的誠實性，在民主主義中被正當化的規範的拘束力基礎即為此溝通的誠實性，又可以稱為「法忠實」；責任一般可以理解為「法忠實的欠缺」，亦即「欠缺使法形式的理解成為可能的溝通的誠實性」，因此「實質的責任」內容可以定義為：欠缺對互相作用的同伴的溝通性自律的誠實性。Kindhäuser 曾言：「實質的責任非難，包含了對於欠缺『對互相作用的同伴的溝通性自律的誠實性』之非難。此一非難將行為人在第三人當中客觀化，亦即不是看做社會統合的阻礙原因，而看做正是規範的理解的參加者。」由此，對於行為人賦科刑罰即意味著否定行為人欠缺誠實性的行為，為一種象徵性的反作用。然後，此刑罰和責任非難，必須因為行為人認為它們是正當的而承認之，在此情形下重要的觀點是，行為人擁有互相平等的討論權而參加對話⁴⁷。

第二款 K. Günther 的理論

Günther 與 Kindhäuser 同樣重視規範的正當性與責任的連結，站在溝通的行為論之立場展開其責任構想。Günther 如此闡述其理論開展的契機：「探討現在的刑事責任概念有關的議論情況，對於『對可罰的不法個人的個別歸責，與被侵害則產生歸責的法規範的正當化之間，存在非單純偶然的關連性』之假設，有必要賦予根據」，因此完全放棄給予責任概念積極的定義，然後僅摸索限定其可罰性這樣的消極功能並且賦予基礎是重要的，Günther 便是如此展開其責任構想。

其責任構想的基礎是「**熟議的人格**」(deliberative Person) 的概念。對此，他說明：「民主主義國家中的市民，不僅是接受法規範者，同時也是法規範的設定者。此一設定者與接受者雙重的角色，是各類民主主義的正當化和遵守法方式之前提，並且在必要的人格全體構想中被決定的。適合此一構想的特別是，對行為或表達有能力採取批判性態度的人格能力。擁有這樣批判性態度決定之能力的人格，稱為熟議的人格。」那麼，此一「**批判性態度決定能力**」即為行為的歸責根據。再者，批判性態度決定能力的歸屬，在能夠將表達和行為還原為該設定者的

⁴⁷ 以上整理自西岡正樹，前揭註 14，頁 83-85。

人格時，此一能力又稱為「溝通的自由」。也就是，Günther 將擁有規範設定者和規範接受者雙重地位、且有批判性態度決定的「熟議的人格」作為前提，考量民主主義程序的成立。且依其主張，此一熟議的人格者不能與「道德的人格」混同。因為「規範的接受者並非被規範遵守義務束縛其意思，規範並非作為道德的人格來遵守」，進一步說明，「法遵守義務在接受者的情形，僅是以該人有能力對自己的行為或表達採取批判態度，僅以此為前提。接受者對於他是否遵守規範，或是以怎樣的根據遵守規範，均無法選擇。因此，法對於法的人格，並不要求去肯定規範然後因此去遵守規範。」亦即，在規範設定不論在民主主義的程序或規範遵守當中，以對行為或表達得以採取批判性態度的人格（＝熟議的人格）為前提，因此，「規範的正當性效力」和「規範遵守義務」也是以此熟議的人格為依據，在這點之下兩者存在內在的關連。

那麼，依據 Günther 的見解，以熟議的人格作為國家市民及法的人格，以此為前提，在刑法上的歸責將有如何的結論呢？關於此，Günther 提出以下的闡述。第一，僅有在法的人格擁有對自己或他人的表達和行為持批判性態度決定能力的情形，才能歸責該規範侵害行為；第二，也僅有在此情形下，才能非難對不法回避的義務侵害。亦即，將此批判的態度決定能力作為法人格歸責能力的一般基準，以此作為故意或過失責任成立的前提要件。不過，此批判的態度決定並非是對熟議的人格課與遵守規範義務的單獨條件，另外的條件是，使批判性態度決定為有效且妥當的民主主義程序。如果欠缺此民主主義的程序，即不存在任何規範遵守義務，也不存在侵害規範所產生的責任。基此，Günther 主張「刑法上的責任概念是由實踐的循環產生——國家市民互相承認彼此為自由且平等的熟議的人格，並且同時必須決定設法總是互相承認是自由且平等之人」，最終達成結論：「對責任概念而言重要的是，國家市民對自己或他人的表達或行為之批判的態度決定，如何理解對於此態度決定的自己的自由，在如何的範圍內以及如何的方法互相承認國家市民的此一自由。亦即，作為自由且平等法人格的國家市民之自我理解」⁴⁸。

⁴⁸ K. Günther, *Schuld und Kommunikative Freiheit*, 2005, S. 1ff., 轉引自西岡正樹，前揭註 14，頁 87-89。



第三款 遭遇之批判

以下將稍微整理並檢討主張討論的責任構想的兩位論者遭遇的批判。

(1) U. Kindhäuser 部分

首先探討關於 Kindhäuser 學說的部分，再度闡明其重點並提出其他論者之批判。其見解的出發點為，將行為人看做是參與理解為目標行為調整過程之人，因此行為人不只是法律支配下的規範接受者，而是作為規範的設定者。在民主主義所組織起來的社會當中，規範意味著表明自律個人的法形式的理解。對此「理解」重要的要素有「溝通性的自律」，以及「溝通的誠實性」，將實質的責任表明為「對他者的溝通性自律欠缺誠實性」。因此，認定有責性的條件要求「圍繞規範的溝通參加能力」。但是，對於此點，許迺曼（Bernd Schünemann, 1944-）教授提出尖銳的批判：德國刑法承認十四歲以上之人的刑罰能力，但是未滿十八歲者並無選舉權，因此無法參加政治的意見形成過程。如果依照 Kindhäuser 的見解，原本根本不可能行使溝通的誠實性的青少年應無法為有責的行為，那麼也應該不受到處罰。許迺曼教授進一步言之：

假如依據 Kindhäuser 所言，責任的量與相對應的刑罰的量是依據輕視「溝通的誠實性」之程度的話，結論上會變成：在良好機能的民主主義當中相較於機能不彰的民主主義甚至極權社會當中，會受到更強的刑罰。因為，個人在機能良好的民主主義當中，能夠更有效地運用及處置自己的溝通的誠實性。但是，這顯然是個不合理的結論⁴⁹。

亦即，既然「理解」是規範拘束性的來源，那麼無法參加法律的溝通之人，照理而言應該沒有遵守該規範的義務，除了無選舉權年齡的例子，還可以舉出的是，外國人的參政權通常不被承認，在此意義下外國人無法參加規範創造的溝通，可是我們顯然也無法接受「外國人因為沒有參加溝通的權限因此行為對社會統合無害」的結論⁵⁰。

第二個遭致的批判是，Kindhäuser 將實質的責任內容理解為「對他者的溝通

⁴⁹ F. Zieschang, Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 1995 in Rostock, ZStW 105, 1997, S. 911. 當中許迺曼教授的發言。

⁵⁰ 根津光希，前揭註 44，頁 408。

性自律欠缺誠實性」，但是此一通溝的誠實性不僅對於刑法，也可以適用在所有的規範上，因此以此來定義刑事責任有不充分之虞。不過，Kindhäuser 也承認，其責任理解的基礎是基於調整溝通性自律的理解模型，正如他自己曾明確表示的，該模型討論的面向確實有共同體主義的性質，這點可能受到批判。例如，他曾說「規範在多元、民主主義的社會中，不是基於個人的理性完結，而是以討論的形式被公式化。此際，確實應該顧慮所有的利益。但是意見形成過程透過多數決被中斷，因此原則上不是每個人都能承認規範適合於自己的理性，此事是可能的。因此，民主主義的法無法以純粹的主觀確立其效力基礎。個人的人倫的自我決定與以民主主義賦予根據的法的當為之間，無法達成調和」，而且「在社會性的世界中，個人不可能在作為自己本身的同時也是一般性的」。這樣的看法可以認為是將「作為全體的社會」優先於「作為部分的個人」的共同體主義的思想。共同體主義是將共同體成員擁有的共通價值即「共通善」奉為主旨，實現共通善即為政治的任務，但是這樣的想法將「共通善」的實現當作社會的至上命題，蘊含著朝向將個人當作為了實現共通善而總動員的極權主義傾斜的危險性。再者，不認同共通善的人會被當作社會的敵人，遭到社會強制性的同化，或是被社會排除，有助長這類傾向的可能性。如此一來，以這樣的思想為背景，將超越向來刑法要求程度的「法忠誠」當作判斷「有責性」的關鍵影響因素，且作為責任的本質，或許是不妥當的⁵¹。

（2）K. Günther 部分

以下稍微回顧 Günther 論述的要點。其與 Kindhäuser 相同，都認為民主主義社會中的國家市民同時有「法規範的設定者」與「接受法規範者」的雙重地位。為了使這樣的出發點成為可能，要求有「熟議的人格」，即對於自己和他人的行為和表達得以採取批判性態度的能力，並且以此熟議的人格為前提，民主主義程序的規範設定才有可能成立，此能力亦成為歸責能力的一般性基準。因此，對於欠缺批判性態度決定能力的行為人，侵害規範的情形無法歸責。對 Günther 而言，刑法上的責任概念，必須建立在國家市民互相承認自由且平等的熟議人格，在這樣的過程中被規定。

⁵¹ 以上整理自西岡正樹，前揭註 14，頁 85-87。

如前所述，Günther 不採取積極定義刑法上責任概念一途，僅探討可能歸責的條件，提出使行為人責任歸屬成為可能之條件。確實，從刑法上的責任概念議論的現況來看的話，要對「責任」概念給定一個定義是困難的，因此僅提出使歸責為可能的條件不失為一個可行的方法。實際上，在現行法上也沒有以「行為人在……情形屬有責之行為」這樣積極給予定義的規定，只有例如「刑事責任年齡」這類不具備一定條件即阻卻責任的消極規定存在。Günther 認為自己的構想應該與 Köhler 和 Zaczyk 的主張相區別，因而展開相互的批判。其謂：「重要的不在於復活以下的理論：將某個人格當作理性的人格，以侵害具有理性根據的法規範為由接受責任非難。」對此，Zaczyk 對於 Günther 關於規範遵守義務，承認法的人格是與他人人格同等且自由的人格一事，認為這樣的言論是預先回避與（從康德哲學出發的）自由哲學的對決，因此並不可採，再者，「究竟為何歸責可能的規範之侵害必須是行為？以及，在怎樣的關係下刑法當中的反作用也是行為，且是刑罰強制……為何存在這樣的事實？」批判這些理論不清之點。關於 Zaczyk 的第二點批判，表達了賦予刑罰制度（國家刑罰權）正當性仍是理解「責任」的必要條件，此點甚為重要。

另外，前述許迺曼對於 Kindhäuser 之批判似乎可以原封不動地適用在 Günther 所設定的「熟議的人格」要求。亦即，在德國尚未有選舉權的未滿十八歲之人無法成為「熟議的人格」，因此只能說是欠缺歸責能力⁵²。

第四項 可罰的責任論——與預防相對立之立場

與前述第一項「預防為目標的責任構想＝功能主義的責任概念」相對立的立場，在日本學說上有所謂「可罰的責任理論」。本文基於後述建立新的責任觀之需要，於行文架構上挪至第五章第一節再行詳細探討，惟可罰的責任論亦屬於「實質的責任概念」之下的探討，因此在此仍留下標題以作為體系架構位置之確認。

⁵² 以上整理自西岡正樹，前揭註 14，頁 89-91。



第五項 小結

本節探討的是 1960-70 年代，為了檢討以非難可能性為中心的形而上的應報責任思想，提出與刑罰目的和刑事責任有關連性的責任概念，因而有所謂「實質的責任概念」的討論。本文說明實質責任概念中四種不同的構想，其中三種（功能罪責理論、理性自由主義責任、討論的責任）於以上本節說明，最後一種（可罰的責任論）則另於本文第五章再進行探討。

首先，以預防為目標的責任構想，也就是功能主義的罪責理論，以 **Jakobs** 之理論為理念型，其次 **Roxin** 的答責性概念亦可歸於此類。刑法功能主義批判 **Welzel** 主張刑法的基本概念必須遵照「物本邏輯結構」，認為刑法基本概念的形成本須以刑法的目的設定、刑事政策的價值決定為依歸。**Jakobs** 的刑法功能主義的基本論點在於刑法是為了保障規範性的認同，人與社會、國家三者處於互相建構的地位；刑罰的目的則採「維持規範效力的一般預防理論」，其責任論亦以此觀點為導向，認為責任是社會概念，與社會體制狀態有關，責任即欠缺對法之忠誠。惟 **Jakobs** 的見解遭致批判而並未被一般性地接受。**Roxin** 則由其獨特的刑罰目的論提出「答責性」的構想，認為責任僅有刑罰限定機能，而無賦予根據機能，因此答責性作為第三個犯罪階層，考量刑事制裁的必要性。於劃定答責性界限時，即是以刑罰目的論（一般預防的公益要求）為判斷基準。晚近德國學界採取預防為目標的責任理論者有 **Dimitrios Karamagiolis**，其重視理性觀點，認為刑罰的任務為強化理性，刑法的目的則為統合預防，賦予刑罰根據的責任就是一般預防上的處罰必要性，但其理論被批判無視行為人主觀層面。日本學說方面亦有以預防觀點理解責任概念者，如伊東研祐教授提出「行為歸責可能性」的概念結合積極的特別預防作為責任和量刑考量因素；林幹人教授則採積極的一般預防觀點，將責任定義為「欠缺對規範的遵守動機」，認為應以國家期待人民應有的規範意識來判斷行為人的他行為可能性；松原芳博教授則認為責任概念本身內含有預防目的的可罰性觀點（一階段構造），採取類似於林幹人教授的規範意識，主張應以法益尊重意識來判斷行為人是否得非難。

其次，第二種實質責任概念為「理性自由主義的責任」。採此立場的 **Köhler** 和 **Zaczyk** 的責任論構想，都是奠基於人類是理性的，會在理解之後作出自我決

定的（自律的）行為，並以此為基礎來理解法律。Köhler 將責任定義為對不法準則自我決定之決意，因此是一種「意思責任」；Zaczyk 以康德的合法性和道德性區別的洞察為出發點，主張有責性為法律上（非道德上）內心遵循行為遂行構造錯誤的過程，因行為人知悉應注意主體之間的關係並為合法之行為，但行為人仍有意採利己主義的行為（而損害他人）。以理性為出發點的理論遭致此係國家對於國民（行為人）過度苛求的批判。

第三種責任構想「討論的責任概念」則重視責任與「規範的正當性」之連結，將行為人看做不僅是接受規範之人，也是規範的設定者。Kindhäuser 主張規範的正當性透過社會統合參與者之自律性的「理解」而獲得，認為法律的構成要素有「溝通性的自律」及「溝通的誠實性」，違反規範就意味著否認理解和溝通性的自律，因此責任可以理解為欠缺對互相作用的其他參與者的溝通性自律之誠實性。Günther 則致力於探討由限定可罰性的責任消極功能，以「熟議的人格」為行為的歸責基礎，責任由國家市民互相承認彼此為自由且平等人格所產生，由溝通的行為論發展其責任構想。此說遭致的批判有刑事責任能力與（國家預設有政治溝通能力的）選舉權年齡有所齟齬，無法解釋為何無選舉權之青少年仍有責任能力；另外，被 Zaczyk 批判賦予刑罰正當性功能依舊是理解責任的必要條件。

第三節 本章之結論

雖然新派與舊派的道義責任論和社會責任論的對立已經逐漸緩解，並且規範責任論佔據通說地位，學說上在責任論的討論逐漸轉移到各個責任要素精緻化的方向之上，但是，仍舊難以否認「責任的本質為何」至今一直作為刑法學上根本的問題被討論。責任本質論相關的議論姑且可以說進入了理論的安定時期⁵³，以上本章就是在刑法學理論當中依循著各個刑法學者的思索，探尋這個問題的答案。

本章的說明分為傳統通說的規範責任論與較新的實質責任概念兩部分。前者即是將責任理解為非難可能性，並且以他行為可能性為判斷的依據。透過對這個非難構造的分析，我們可以發現，他行為可能性必須訴諸「一般人」這個概念，W. Windelband 在闡述倫理的責任時，正是借用康德的「理智的人」的概念來說明，亦即，我們在判斷他行為可能性時，不可能從具體行為人身上找尋到他行為可能性，而只能從理智的人來判斷，並且將判斷的結果直接套用到具體行為人身上。這個理智的人正就是本文上一章結論所觀察到的人類形象。但是，我們終究是活在經驗的生活世界中的人，以理智人的他行為可能性作為判斷責任的依據有過於觀念化或形式化的疑慮，因此各個論者提出對非難可能性的不同構想，即本章的第二部分所說明者。由傳統規範責任論對責任本質的主張，可以區分為兩部分，其一是對責任主體之自由的預設，即認為行為人是理性自律並自主為行為決定的主體；其二是以因果論的流程來追究責任，因此如本章開頭所示，本質論的責任可以用 **意思→行為→損害發生→責任追究** 的圖示來表示。

實質的責任概念是為了填補傳統規範責任論過於空洞或扁平化的責任論述（特別是在期待可能性論在學術或實務界均遭摒棄之後），自 1960 年代起在德國刑法學界備受討論。本文介紹的實質的責任概念有四類，分別是功能罪責理論、理性自由主義的責任理論、討論（溝通）的責任理論，以及日本學說的可罰的責任論，不過應注意的是德國學說上尚有很多關於實質責任概念的見解，並不以本

⁵³ 宮崎英生，刑事責任の本質としての非難，收於：高橋則夫[等]編，曾根威彥先生田口守一先生古稀祝賀論文集（上卷），頁 455（2014 年）。

文介紹者為限⁵⁴。

首先，功能罪責理論當中，Jakobs 與 Roxin 的理論共通點在於將自由意思的問題擱置，重新將責任基礎評價為賦予規範動機的可能性或是規範的應答可能性，雖 Jakobs 採取積極的一般預防論，Roxin 則採取特別預防論這點有所不同，但是將責任與作為刑罰目的的預防論結合的論述則是此說的重點。姑且不論其採取的刑罰目的內容，此說以刑罰目的填補了規範責任說的空洞性，此點值得贊同。尤其是 Roxin 採取的目的理性理論，將傳統上區分開來的「應罰性」與「需罰性」合一⁵⁵，認為從刑罰目的而言，無預防必要性者其有責性就不成立，亦即以「答責性」來涵括應罰性與需罰性的判斷，就此點而言已經突破傳統學說的桎梏，值得贊同。

但是，本文並不贊同預防的刑罰目的，將犯罪概念的預防效果設定為「犯罪—刑罰」體制的制度目的是有疑問的。在犯罪對應的機制當中，預防應是「事前」用以對應「未來」的犯罪事件者，為了預防有害的行為出現，探尋各個有害行為出現的機制或關連的諸多因素，利用所得的知識來減輕、去除犯罪負因，講求阻止犯罪出現的對策。向來的犯罪學當中原因論的研究，正是為了這樣的犯罪預防而進行的，是屬於前瞻性的作用。因此，從效果層面而言，如果將行為設定為犯罪，並且規定刑罰且處罰之，就能夠預防犯罪的話，可以說就不需要犯罪學的研究了⁵⁶。因此，對將來犯罪前瞻性的「預防」與對過去已發生犯罪的「責任」本質難以調和，刑罰僅能處理已經發生的犯罪事件，不應再寄望刑罰有前瞻性的作用，這樣的寄望也是危險的。因為，預防目的難以達成責任應有的刑罰限制機能，特別是 Jakobs 所主張的積極一般預防論，甚至有擴張刑罰的疑慮。綜上，Jakobs 及 Roxin 仍舊是以預防觀點來證立刑事責任與刑罰效果，仍不脫應報與預防二元對立的理論泥淖。

從責任的本質論來分析，可以發現本章所介紹的三類責任構想，**都是屬於本質論的責任構想**，此亦為本文將這三類概念置於本章，另將可罰的責任論置於第五章的原因。詳言之，本質論的責任即是認為責任有其本質，理論的發展正是在

⁵⁴ 其他學說理論的介紹可參考宮崎英生，前揭註 53，頁 464 以下。

⁵⁵ 許玉秀，犯罪階層體系方法論探源，政大法學評論，60，頁 21-22（1998 年）。

⁵⁶ 吉岡一男，刑事學（新版），東京都：青林書院，頁 28（1996 年）。

探尋、企圖說明這個本質，本章的三類責任構想正是在責任的本質之上，添加新的、不同的要素作為外衣，但本體依舊是同樣的。詳言之，功能罪責理論雖然表明反對 Welzel 物本邏輯結構的命題，但於其理論中，Jakobs 認為行為人應該嚴加遵守法規範，以維持法規範的效力；Roxin 的答責性論當中仍以罪責為基礎，另外加上答責範圍的限制。Roxin 於 1992 年出版教科書，明確將責任的內容認為是「儘管對於規範能夠應答，仍做出不法行為」，將基於意思自由的具體他行為可能性的問題擱置，將行為人在經驗上被證明擁有規範的應答（反應）可能性，將行為人看待為自由的。在此意義下，意思自由成為一種「規範的假定」⁵⁷。因此其責任能力指的是行為人對規範的應答（反應）能力（Normative Ansprechbarkeit），認為規範的反應能力是罪責的實質基礎，並用這個概念取代規範責任論的「非難可能性」⁵⁸。基此，功能罪責理論雖然似乎解決了難解的意思自由問題，但終究仍是設定（假設）了規範性的主體的性質，與意思自由的人性預設殊途同歸。其次，理性自由主義的責任構想更是直接以理性自律的人類形象為責任的核心，將行為人預設是端正步於正軌之人，違反規範就是一種行為人內在過程的錯誤、偏離正軌跨入禁區的行為。這樣的普遍性理性預設不但過於苛求，也沒有合理的依據，本文將在下一章進一步檢討。

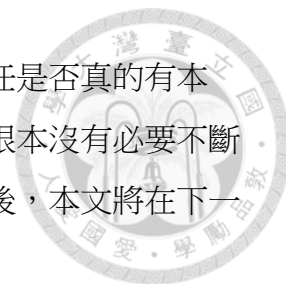
第三種的討論的責任構想，強調在民主主義之下，行為人因為具有「溝通的自律性」而得以「理解」規範，使規範獲得正當化。然而，正如許迺曼教授精闢的批判，溝通自律性的預設並非普遍性的，此理論難以說明例外的情形如何看待行為人的責任。溝通自律性其實也建立在人具有溝通可能性的假設之上，也就是人必須是理性的，我們才能互相溝通，因此仍與本質論的責任相同。再者，以民主主義來正當化一切的規範也令人難以苟同，尤其在當代刑罰民粹主義盛行，難道只要人人喊殺就能夠正當化重大犯罪者的死刑？民意或是民粹似乎只是作為司法或行政系統推諉卸責的說法，並非真正解決問題之道。

基此，本章的三種責任構想正突顯出本質論式的責任樣貌：刑法預設了一個普遍的人類形象，人擁合理性、自由意思而行動，要求每個人按照這樣的形象活著，同時將跨出界限者以刑罰的惡害相待。然而，人果真是擁有某個特定形象的

⁵⁷ 宮崎英生，前揭註 53，頁 460。

⁵⁸ 許玉秀，前揭註 28，頁 55。

嗎？以及，國家以法律來設定某個形象是否妥當？或者是，責任是否真的有本質？責任是否可能只是因應處罰需求而假設出來的概念，因此根本沒有必要不斷地追求本質的論述？以上，在釐清現在本質論式的責任論樣貌後，本文將在下一章對責任本質論進行反思並提出批判。



第四章 本質論的責任觀之解構



基於本文前一章對責任論「本質」的理解之後，以下企圖對此一責任的本質論提出反思。近代的刑事責任概念不外是依據「**意思→行為→損害發生→責任追究**」的模式形構，那麼最重要的「意思」以及意思和行為之間的連結性，以及以意思為代表的人主體本身，即有必要再度思考。因此，本章要處理的問題正是圍繞在使人類的**意思**能夠與行為連結起來的「**意思／意志自由**¹」（第一節），以及人的「**主體性**」之問題（第二節），藉由反思這兩個概念，試圖拆解、解構本質論的責任論。接著在本章結論進一步導入「**建構論的責任觀**」（第三節），欲跳脫責任本質的思考，作為本文下一章進一步重新建構責任概念的進路。

第一節 重新檢視意思自由

不管是將法的責任理解為倫理的責任，或是認為法的責任必須與倫理的責任分離的見解，勢必都無法主張法的責任論與意思自由論無關，原因在於，「責任」作為法的責任的是「**意思**」責任，這點在不同見解的論者上也無異議。Welzel 曾謂：責任是意思形成（Willensbildung）的「非難可能性」。因此，所有的責任都是「**意思責任**」（Willensschuld）。要賦予意思責任基礎，不可能認為與「**意思**」自由論無關²。基此，意思自由論與決定論的論爭一直是關於責任論基礎爭論不休的問題，因此以本文目的要探尋責任論的新方向時，勢必不可能對此論爭視而不見。但是此問題不論是由哲學的角度，或是在刑事學本身的論爭，內容的廣度與深度均十分龐雜，非筆者能力所及，且本文目的也不在尋求「人是否有自由意志」此終極問題的回答，而是在於探討這些累積的知識是否足以動搖刑法所預設的人類存在之本質——理性自由的人類形象。因此，以下將提出實證科學方面的研究，參考法系統以外的科學研究成果，以期能對固執（僵化？）的刑事法學帶來刺激；最後提出本文在此議題下所採取的結論。

¹ 因哲學領域慣用自由「意志」，但在責任領域又以「意思」自由較貼近概念，因此本文將混用自由意思與自由意志兩種用法。

² 川端博，責任の理論，東京都：成文堂，頁 28（2012 年）。



第一項 概念說明與釐清

要討論意思自由與決定論的問題，勢必要先釐清各個概念的意義。縱使各個論者有不同的見解而並無定於一尊的定義，仍舊有某程度的共識以作為討論的基盤。以下概述各個不同立場之意義，並簡略地補充哲學者的相關意見。

第一款 自由意思與決定論的相容性

在哲學理論中，自由意志是在與決定論的相容性問題之下被討論。所謂的**決定論**（determinism）通常有以下的意義：某時點的世界狀態作為原因，產生下一個時點的世界的狀態，依循自然法則反覆這樣的因果。因此，任意時點下的狀態是被過去的狀態所決定的，這種決定論也可以稱為因果的決定論。在此，支配因果的自然法則，被普遍理解為某種物理學上的自然法則，亦即，事情發生的原因及結果被認為是基於特定的模式。假如世界的狀態是在這樣的物理學的自然法則之下因果性地被決定的話，在世界中的我們日常發生的種種行為，應該也是同樣地被決定。若如此，我們每個人是否還有可能依據自由意志選擇行為並實行該行為？此即自由意志與決定論的相容性論題。

自由意志與決定論的相容性相關的立場當中，認為決定論的世界不存在自由意志的是「**不相容論**（Incompatibilism；非兩立論）」；認為決定論的世界當中仍可能存有自由意志的則是「**相容論**（compatibilism；兩立論）」。以這兩者的框架來區分，可以分為以下三種主要的立場。

不相容論當中有二種立場：①**自由意志主義**（libertarianism），主張世界有自由意志存在，因此這個世界並非決定論的世界，明確採此立場的哲學家例如康德；與此相對，②**硬性決定論**（hard determinism）責任為這個世界是決定論的世界，並不存在自由意志，採此立場者可舉出史賓諾莎（Baruch de Spinoza, 1632-1677）。史賓諾莎認為一切事物都受一種絕對的邏輯必然性所支配，在精神領域中沒有所謂的自由意志，「在精神中沒有絕對的或自由的意志。精神有此或彼意願，是被一個原因所決定，而此原因又被另一個原因所決定，而這個原因又同樣

地由其他原因所決定，如此遞進，以至無窮。」³

相容論中則有第三種立場，③**軟性決定論**（soft determinism），即認為這個世界是決定論的，但是自由意志仍然存在。霍布斯（Thomas Hobbes, 1588-1679）承認人類只有經驗的「行為自由」，指人類不受外力強制，而能做他所想要的，嘗試在機械論的自然觀當中賦予人類地位，因此可以歸類為軟性決定論⁴。

基此，現代哲學仍維持以上這樣三立場鼎立的構圖。以下將進一步探討在三者立場當中如何理解自由意志的概念。

第二款 他行為可能性／行為人性

自由意志主義認為，人類並非單純物體或機械，而是能夠基於自由意識選擇行為的特殊存在。行為人在可能的複數選擇當中決定其中之一並實行之，此複數的行為可能一般稱為「他行為可能性」（alternative possibility），對自由意志而言是重要的條件。並且，他行為可能性也是道德責任（moral responsibility）重要的條件，當我們要非難道德上惡的行為，認為「不應該做這個行為」時，是以該行為為人無法為其他的行為為前提，該行為若是受脅迫或強制而被剝奪自由，無法為其他行為的話，我們會認為該行為是不得已的而不予以非難。自由意志主義的優點即在於肯定他行為可能性，自由意志與道德責任的關連容易聯繫起來。

相對於自由意志主義，硬性決定論否定他行為可能性即自由意志的存在，並且大多以某種形式否定道德的責任，實際上，多數的哲學家不採取硬性決定論的原因正在於此理論可能根本破壞人們的道德實踐，而這正好就是軟性決定論的優勢所在。軟性決定論者縱使否認他行為可能性，仍舊企圖賦予自由意志及相關連的道德責任地位⁵。

研究此領域相當著名的哲學者 Harry Frankfurt（1929-）提出了**他行為可能性**

³ 劉幸義，意志自由與罪責（1987），收於：刑法論文集：正義、人權與枉法裁判，頁 78（2016 年）。

⁴ 渡辺匠、太田紘史、唐沢かおり，自由意志信念に関する実証研究のこれまでとこれから：哲学理論と実験哲学、社会心理学からの知見，社会心理学研究，31（1），頁 57（2015 年）；劉幸義，前揭註 3，頁 80。

⁵ 渡辺匠、太田紘史、唐沢かおり，前揭註 4，頁 57-58。

原則 (the principle of alternative possibilities, PAP) 的反例⁶。其用思想實驗來證明 PAP 不成立，此思想實驗稱為富蘭克福特式的反例 (Frankfurt-type counterexamples)。結論而言，這些反例都是在某種特別的情形下發生的。在這種情形下，一個人不能做其他不同的事情，但他仍要為他所做的事負道德責任。這些情形具有以下這種特性：在有些情形中，一個人不可能不做 (或不能避免做) 某個行動，但是這個不能避免性不是這個人做這個行動的原因⁷。

Frankfurt 的論文未直接提及決定論，是從雖然沒有他行為可能性，但有「行為人性」(Agency) 的觀點引證道德責任的歸屬狀況。在其操作的事例當中，人物 A 透過脅迫 B 操縱其腦部 (催眠術)，使其能夠殺害特定的被害人。但是 B 自己也有殺害該被害人的動機，A 如果預料到此事的話就不需要特別脅迫或操縱 B 的腦部了。在被 A 脅迫和操縱的情況下，B 無論如何都會做出殺害該被害人的行為，亦即他行為可能性被剝奪 (無他行為可能性)。但是，B 有自己想殺該人的理由的話，B 果然還是要對自己的行為負道德的責任吧？如果承認這樣的看法，他行為可能性對道德責任而言可能就不是重要的因素了。依照此看法，道德原則和與其關連的自由意志的核心概念可以認為並非他行為可能性，而是行為人性，亦即探究行為的「意義」方為重要。亦即，向來的他行為不可能性是以在同一狀況下，去探討作為事實的別的行為的可能性，此意義下的「事實的他行為可能性」為前提，與此相對，責任實踐當中作為前提的他行為不可能性並非事實的他行為不可能性，而是必須確定行為意義的「意義的他行為可能性」，那麼決定論並未否定意義的他行為可能性。結果導出以下的洞察：責任實踐當中重要的並非他行為可能性本身，而是行為的意義。

行為人性大致上的意義為「依據自己的理由賦予行為動機」，但是行為人性的定義在研究者間並未達成共識要定義為廣義或狹義，例如「自己的心理狀態引起行為」或是「行為並未受到其他人的強制」都有可能是行為人性的定義，也可能定義為「主觀上有理由去行為」。此問題依舊備受爭論，不過大致上可以認為

⁶ Harry Frankfurt, *Alternate possibilities and moral responsibility*, The Journal of Philosophy, 66(23), p.829-839 (1969).

⁷ 黃懿梅，論富蘭克福特式的例子與其他可能性的原則，國立臺灣大學哲學論評，28，頁 44 (2004 年)。

行為人性概念的基礎包含了「自己的心理狀態引起行為」這個要素⁸。

關於哲學上討論的決定論、他行為可能性及道德責任的相容性問題，自古以來就有許多論者相互論戰⁹，因本文重點不在於探究哲學問題，因此僅能簡單地做以上的說明。本文認為，縱使哲學上認為決定論能夠與（道德）責任歸屬相容，法學上的問題也並非就迎刃而解，不需要再進一步思考。理由在於，所謂「行為人性」的概念仍舊與本質論的責任相契合，無論是廣義或狹義的行為人性概念，在探究意思與行為的連結關係時，與意思自由的功能並無差異，並不會因為將意志自由換為行為人性的概念就解決對本質論責任的懷疑。因此，仍然必須思考法學中的本質論的責任是否是絕對顛撲不破的概念，以下即導入實證科學的研究成果作為反思的進路。

第二項 實證科學上的研究成果

承前所述，刑法理論的責任論當中，責任非難基本的評價基準「他行為可能性」是以自由意思的存在為前提。對此，近年來由於自然科學的加速發達與尖端科技的進展，有許多論者從唯物論的、自然科學的觀點，以實證主義方法對自由意思進行考察，已浮現出重視「學際間」考察的問題意識。

因以下所涉及的為非法律的其他專業學科之主張，因此僅能盡量還原所引用之資料（但礙於篇幅會若干簡化），對於資料之解讀亦保留原論者的看法，本文僅於最後提出若干想法，核先敘明。

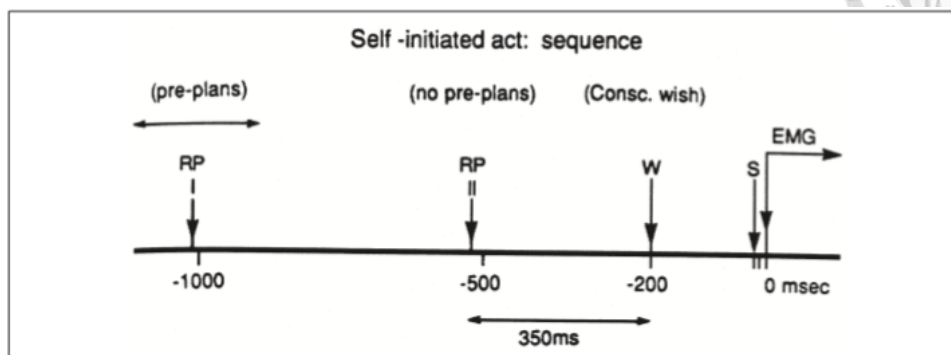
第一款 腦科學

腦科學當中最著名的研究為神經生理學者 Benjamin Libet（1916-2007）所進行的實驗，其發表了令人震撼的主張：我們的行為似乎是由無意識的腦過程（brain process）所發動，而並不是由我們的意志所發動。如下圖表 2 所示，在研究數據當中，他明確地表達實驗性的觀點：大腦的準備電位 RP（readiness

⁸ 以上整理自渡辺匠、太田紘史、唐沢かおり，前掲註 4，頁 58；瀧川裕英，責任の意味と制度：負担から応答へ，頁 114（2003 年）。

⁹ 進一步的探討可參：黃懿梅，前掲註 7；瀧川裕英，前掲註 8，頁 47 以下。

potential) 的出現比人們覺知到「意志」(conscious will) 的時間 W 還要提前 350 毫秒左右¹⁰。



圖表 1 Libet 實驗中各項事件發生的時間順序¹¹

在本文雖然只對此實驗進行粗淺的理解，不過這個研究成果普遍可以理解為，人類在行為時，做成「去做行為」的決意時點之前，腦中已經開始準備作出該行為，因此，行為並不是依據自由意志而產生，行為只是大腦的產物，被大腦所決定，所謂的自由意志不過是在大腦的決定之後產生的追認作用而已¹²。「意志」是無意識過程引起的，行為遂行的腦中信號優先於意志產生，這樣的模式是所有人類行為共通的。行為與意志產生的過程是分別且並列的，因此行為先產生，意志才出現也非毫無道理。例如毆打了別人之後才產生「討厭的傢伙，我要揍你」的意志，但是這麼想的同時對方已經倒下了。如果人的神經系統是這樣配置的話，不只是不會產生自由或責任的概念及笛卡兒或康德哲學，人類社會也不會是現在的這個樣子¹³。

德國的腦科學者 Wolf Singer 和 Gerhard Roth 也超越腦科學的領域，對刑法學展開批判，認為「不是我，而是腦在進行決斷」、「意思的自由是幻想」，主張廢除責任刑法（以及應報刑論）¹⁴。

相對於此，也有從實證主義的視角肯定自由意思對因果關係貢獻的研究。其

¹⁰ 張凱傑，利貝特腦神經科學實驗是否足以否定自由意志的存在？，臺北醫學大學醫學人文研究所碩士，頁 5-6（2013 年）。

¹¹ Benjamin W. Libet, *Do we have free will?*, Journal of Consciousness Studies, 6 (8-9), p.51 (1999).

¹² 野村貴光，刑事責任論に対する実証主義的見地からの考察，比較法雜誌，44 (1)，頁 134（2010 年）。

¹³ 小坂井敏晶，責任という虚構，東京都：東京大学出版会，頁 23（2008 年）。

¹⁴ 岡上雅美，脳科学の進展と応報主義の行方，法哲学年報，2015，頁 81（2015 年）。

中值得檢討的是 Wilder Penifield 的研究。其對癲癇患者進行實驗，將損傷的腦皮質去除以抑制癲癇的發作，成功治療患者。在其研究當中，發現有幾個因癲癇發作而完全無意識的患者，可以完成如彈鋼琴、開車等複雜的行為。但是這些行為只是患者發作以前曾經學習到，或是自動化的行為的重複操作，他們無法應對未預測到的新狀況，而可能作出如忽視紅燈而闖入車道等行為。由此可以判明意識的欠缺是妨礙患者行為調整的原因。因此可以導出以下的結論——人類的**意識**對於預測不可能的狀況，在調節行為、形成行為當中，有因果性的貢獻。再者，有一位患者以左手制止了因電擊刺激而擅自動作的右手，如果大腦就是意識本身的話，應該會因為電擊刺激而使意識混亂，但是在實驗中，縱使該患者的手擅自動作，他也能認識到是實驗者操作的結果，並未發現意識混亂的情形，而且，也無法以電擊刺激使受測者產生某種決心或相信某些事物，由此可以導出刺激腦部仍無法改變心的結論，因此 Penifield 得出人類的腦和心屬兩個不同的基本要素的假說。因此，他被評價為由實證主義的觀點對自由意思理論提出肯定的見解¹⁵。

不過，上述的研究中，患者的行為依舊是在無意識當中產生，因此似乎並未否定**人類的意志或意識並非行為的出發點**。意志或意識並非行為的出發點這點，在認知科學是週知的事實。此可以舉出「裂腦」(split-brain)的研究¹⁶為例。高等動物和人類的腦由左右兩個大腦半球構成，以胼胝體(Corpus callosum)互相連接，傳達雙方得到的資訊。但是如果切斷此胼胝體的話，其中一個大腦半球的資訊就無法傳達到另一個大腦半球，則另一方會處於「不知道」該資訊的狀態。治療癲癇的方法中有一種是切除胼胝體，如此一來左右的大腦半球呈現分隔狀態，癲癇發作時的異常訊號就不會傳到另一邊的大腦半球，達到能夠維持活動且避免陷入意識不明的效果，也可以利用並未麻痺的部分肢體移動到安全的場所以待救援，簡而言之，切除胼胝體的手術能夠減緩癲癇發作時對身體造成的意外傷害。

左右腦獨立作用將產生不可思議的情形。分別給予切除胼胝體患者的左右視野看兩張不同的畫，右視野看見的畫會到達左大腦半球，左視野看見的畫會到達右大腦半球。案例中，給右視野看雞的腳的圖片，給左視野看雪景圖片，接著在

¹⁵ 野村貴光，刑事責任論と犯罪原因論との相克——唯物論的視座から導出される刑法理論の方向性，法學新報，118(1)，頁380-381(2011年)。

¹⁶ Michael S. Gazzaniga, *The social brain : discovering the networks of the mind*, New York: Basic Books, (1985).

桌上放置有雞、鐵鎚、鏟子、蘋果等數張圖片，請患者選出與剛才看到有關連性者，患者以右手指雞的圖，以左手指出鏟子，這個結果完全正確也沒有奇怪之處。但是詢問為何選出這兩張圖片時，卻會得到很奇特的答案，患者毫不猶豫的回答：「很簡單，雞的腳當然與雞有關，要打掃雞舍當然需要鏟子。」為何患者會作出錯誤的說明呢？因為語言能力是由左大腦半球控制，右大腦半球欠缺此能力，因此雪景圖片到達了右大腦半球，也無法將此視覺資訊轉換為語言。被迫回答問題的患者使用左大腦半球來回答，但是只有右邊視野看到的雞腳圖這個資訊，因此左大腦半球捏造出看似合理的虛構故事¹⁷。

因此，並不存在如笛卡兒所想的統一的精神或自己。腦中有許多認知過程是並列且同時進行的，處理外界所獲得的資訊。被稱為意識或是意志的東西，是基礎的過程中被處理的資料所綜合之下的生產物，因此與其說是行動的出發點，倒不如說是到達點。進行此實驗的心理學及認知神經科學者 Michael Gazzaniga (1933-) 說道：

我們想到「知道了某件事」的意識經驗前，腦已經完成了它的工作。對「我」來說是新的資訊，但對腦來說已經是舊的資訊了。腦中的系統是在我們的意識之外自動地進行工作。腦處理的資訊在到達我們的意識之前的 0.5 秒前，處理的工作就已經結束¹⁸。

第二款 遺傳學

遺傳學則是圍繞 DNA 相關的研究，著眼於 DNA 的作用，企圖動搖自由意思的理論。Richard Dawkins (1941-) 在其名著《自私的基因》(*The Selfish Gene*) 當中提出「**利己的基因理論**」。此理論主張，由生命的起始開始，核酸就是以複製和增殖自己為唯一目的，亦即，從基因出現的發端開始，以及從作為生命單位的細胞出現開始，細胞的活動以及該細胞構成的個體的行動，都是以基因為自己中心的增殖為目的，在此意義下，生物的存在本身可以視為隸屬於基因，包含犯罪行為在內人類的所有行為的原因，都可以歸結到 DNA。那麼依此立場，在邏輯上愛、自我犧牲、協助等等的概念都只不過是 DNA 以自己的增殖為目的，以

¹⁷ 小坂井敏晶，前揭註 13，頁 24-25。

¹⁸ Gazzaniga, Michael S. *The Mind's Past*. Berkeley, Calif: University of California Press. (2000).

人類為載體所進行的行動，因此，自由意志終究只是 DNA 的衍生物而已¹⁹。

但是，遺傳學的決定論遭致批判。若採取上述的理論，可以導出三個假說：（1）DNA 為原因的素質相較於因環境影響下所得的素質，對於人類的行為有直接且完全的控制；（2）DNA 等的素質賦予該人本質性的反社會性格；（3）DNA 等的素質比起環境的原因，並無可變性，因此國家或社會等標準的型態的社會統制或治療有無法產生功效的傾向。但是這三個假說，在遺傳學的研究或人類行動相關的研究領域中無法獲得完全的支持。關於（1），DNA 造成的影響並非強烈的或普遍的，而應該是潛在性且具有可變性的，僅是在特定文脈之下影響個人進行犯罪行為的蓋然性、衝動性等行動的傾向。對於（2）的批判則是，DNA 是作為次要或間接的原因，非直接且完全的原因。亦即，DNA 並非直接決定犯罪行為，而是基於 DNA 的神經科學上的缺損，使特定個人無法抑制其衝動，並且以犯罪行為為表徵。再者，對於（3），批判者認為 DNA 對犯罪行為的貢獻仍有偶然性介入，例如環境的變數，因此不為犯罪行為的可能性仍充分存在。

再者，關於 DNA 是否與他行為可能性相剋之問題，有論者認為，縱使因為 DNA 而使人陷入精神疾患的錯誤、引起癲癇發作等，DNA 的原因仍無法完全排除他行為可能性，而頂多只是否定責任能力的原因而已。那麼，他行為可能性的「減少」是否有可能？近年神經遺傳學的研究認為，DNA 作用的重點不在刺激神經系統，而在抑制系統中的異常性，因此，這樣的犯罪者與一般人的差異不在其衝動性，而在於抑制衝動的能力顯著的欠缺。有論者即認為無法否認他行為可能性的減少，但是總歸而言難以認為完全否定他行為可能性²⁰。

第三款 實驗哲學

實驗哲學（Experimental Philosophy）是一種新的哲學流派，旨在結合實證研究與傳統的哲學研究方法。實驗哲學家利用認知科學、社會心理學等方法來了解普通人對於一些基礎哲學問題的想法，最基本的手法為對於哲學非專業的一般人，提供與哲學命題有關的假想腳本或問卷，詢問其直觀的判斷。此手法也被用

¹⁹ 野村貴光，前揭註 12，頁 134-135。

²⁰ 以上整理自野村貴光，前揭註 12，頁 136-142。



於研究人們對於自由意志與道德責任的判斷。

根據 Nichols & Knobe (2007) 的研究，有 90% 以上的回答者認為這個世界比較接近非決定論的世界，且此傾向與特定的文化圈並無相關²¹。另外，根據 Nahmias 等研究者的調查，給予回答者決定論的世界相關的腳本，詢問該世界中行為是否是基於自由意志，以及行為是否有道德的責任，回答者多數可以被認為是採取相容論的立場²²。此與哲學者一般認為自由意志與決定論不相容的基本設定不同。依據 Nahmias 後續的研究，詢問意思決定是由大腦的狀態決定（機械論的決定論），或是由心理狀態（思考或欲求、計畫等等）決定的問題，結果發現認為由心理狀態決定自由意志與責任的歸屬有意義地高於大腦²³，此結果也顯示了自由意志一部份由行為人性構成的可能性。

以實驗哲學嘗試解決關於相容性理論問題的研究者相當多，但是，檢討有關的研究結果，逐漸會發現事態並非如此單純。亦即，依據腳本或詢問的方式不同，人們有可能判斷相容論，也有可能判斷為不相容論，因此，除了相容性信念的研究之外，與此有關連的心理過程也必須一併檢討，對此心理學的知識或方法論就是能夠協助實驗哲學之處，特別是社會心理學，也累積了與自由意志有關的概念實證資料或手法的經驗，實驗哲學與社會心理學互相協助進行研究²⁴。

第四款 物理學

在物理學的領域當中相關的理論是**物理因果封閉原則**（causal closure of physics, CCP），意指無論怎樣的物理現象，都沒有物理現象以外的原因。因此行為為人的意思作用，對行為也沒有因果關係的影響力。換言之，物理現象的原因只需要探討物理現象為已足，無須探討其他的任何要素。此理論的提倡者之一 Jaegwon Kim (1934-) 認為，物理領域的因果封閉原則的重要意義為，行為人的

²¹ Nichols, S. & Knobe, J. *Moral Responsibility and Determinism: The Cognitive Science of Folk Intuitions*. *Nous*, 41, 663-685. (2007), 轉引自渡辺匠、太田紘史、唐沢かおり，前掲註 4，頁 59。

²² Nahmias, E., Morris, S., Nadelhoffer, T., & Turner, J. *Surveying freedom: Folk intuitive?* *Philosophical Psychology*, 18, 561-584 (2005); Nahmias, E., Morris, S., Nadelhoffer, T., & Turner, J. *Is incompatibilism intuitive?* *Philosophy and Phenomenological Research*, 73, 28-53 (2006). 轉引自：渡辺匠、太田紘史、唐沢かおり，前掲註 4，頁 59。

²³ Nahmias, E. *Folk fears about freedom and responsibility: Determinism vs. reductionism*. *Journal of Cognition and Culture*, 6, 215-237. 轉引自渡辺匠、太田紘史、唐沢かおり，前掲註 4，頁 59。

²⁴ 渡辺匠、太田紘史、唐沢かおり，前掲註 4，頁 60。

意思作用或其他精神上的行為或狀態，對自然科學的世界並無任何特別的影響力。亦即，物理性的領域的因果是封閉的，非物理性的東西，無法進入此領域成為原因，自由意志也無法創造出對自然科學的、物理性因果關係新的影響²⁵。

這樣的說法引起了眾多的議論及批判。**Kim** 的理論形同否定了心物二分，而認為「心」也能夠還原為物理性的一部份（還原的物理主義）。這樣的看法也可以置於十七至十八世紀自然神論（**deism**）的脈絡來看，自然神論的支持者認為上帝僅止於創造的宇宙，但在此之後便不再影響宇宙的自己發展，因此並無所謂的奇蹟，上帝也無法介入物理領域。與此相對，對於自然神論，也有基督教徒護教論者持相反意見。如 **Samuel Clarke**（1675-1729）和 **Thomas Sherlock**（1678-1761）即主張對自然法則的信仰是基於經驗的，因果關係的經驗是，原因與結果的法則未必是必然且不允許例外的。

與物理因果封閉原則立場相反者，還有前述提過的神經科學者 **Wilder Penifield**（1891-1976）的實驗。其認為由大腦支配的自然科學法則，也非絕對必然會產生特定的行為（**B**）。亦即，自然科學的法則不過是，神經科學的結果 **N**，在狀況 **C** 之下發生，且不存在阻礙的要件，此情形會發生 **B**。再者，他以電擊刺激受測者的大腦運動皮質，使四肢產生運動的實驗中，受測者「認識到自己在行為」和「因自然科學的原因產生行為的認識」是不同層次的問題，受測者可以明確認識到此區別的實驗結果，可以支持允許精神獨立作為因果關係變數的精神（心）與身體二元論²⁶。

再者，科學哲學家卡爾·波普爾（**Karl R. Popper**, 1902-1994）認為人類住在開放的宇宙中，此一部份是因果性的，一部份是機率的，還有一部份是開放性的，因此拒絕物理領域的因果封閉性是合理的。他區分三個完全不同的世界：一般稱為物理的世界 **I**、包含自由意思等心理相關的世界 **II**，以及包含倫理價值、社會制度、文物、藝術、理論等人類精神產物的世界 **III**。這三個世界互相分離且區別，但是世界 **I** 對世界 **II** 是因果開放性的，世界 **II** 對世界 **III** 也是因果開放性的，且反之亦然，相互作用著。

²⁵ 野村貴光，前揭註 15，頁 371-373。

²⁶ 以上整理自野村貴光，前揭註 15，頁 374-375。

綜上，物理領域的因果封閉原則，現在仍然沒有得到完全的支持²⁷。

第五款 心理學²⁸

在心理學領域中，支持行為是由意志所領導的自律性人類形象的理論幾乎不曾出現。精神分析（Psychoanalysis）與行為主義（Behaviorism）從二十世紀前半起在心理學界蓬勃發展，兩者都否定人類的主體性。行為主義主張心理學應該研究可以被觀察和直接測量的行為，反對研究沒有科學根據的意識。其主要特色為以系統方法理解人類和動物行為，並假設所有行為的產生皆是由環境中的刺激所產生的反應，或是個體的生命史中所形塑而成的結果；特別個體在環境及生命史中所受到的懲罰、激勵、刺激與行為結果所造成的強化。因此，雖然行為主義者通常接受遺傳因子是決定行為的重要因素，但他們主要仍較重視環境因素所帶來的影響。許多行為主義者認為自由意志只是一種幻覺，並認為人類所有的行為都是由先天與後天環境所決定，也就是先天基因加上後天環境所產生的結果，由人類所經歷過的聯想或者增強所造成²⁹。另一方面，由佛洛伊德（Sigmund Freud, 1856-1939）創立的精神分析學則與行為主義的方法論大相逕庭，精神分析學認為人類存在無意識的過程，人類的行動是由無意識所左右的，因而發明了獨特的治療方法。

關於人的行動的決定性根本為何，精神分析學認為是無意識，行為主義責任為是條件反射。行為主義認為所謂的「意識」無法觀察，因此對理解人類行動是無用的；以性衝動為學說核心的精神分析認為隱藏的無意識是行為產生的動機，因此兩者都並未浮現出能夠自由選擇、為自己行為負責的人類形象³⁰。

第三項 自由與責任再考

縱使上述各門實證科學的研究結果在結論上有所分歧，我們依舊無法無視實

²⁷ 以上整理自野村貴光，前揭註 15，頁 375-377。

²⁸ 在此或許會產生將心理學列入實證科學是否正確的疑慮，本文亦承認心理學與前述的幾門學科有重大的差異，惟便於為文的架構且避免忽略心理學的研究成果，在本文架構上勉強置於此位置。

²⁹ G. E. Zuriff, *Behaviorism [electronic resource] : a conceptual reconstruction*, New York: Columbia University Press, p 1-3 (1985).

³⁰ 小坂井敏晶，前揭註 13，頁 15。



證科學研究對人類認知行為或腦部的解明，確實已經動搖啟蒙時代笛卡兒「我思故我在」以來的穩固的人類形象，那麼刑法同樣是以理性、擁有自由意思的人為基礎，應該如何面對這樣的潮流並做出應對？

第一款 法學界可能的回應

對於腦科學者們的研究成果，法學乃至於刑法學該如何應對？首先，第一個立場是認為腦科學家們的實驗本身有誤，進行科學上的反論。實際上，腦科學家之間也有意見的對立³¹，刑法學者也有對實驗的科學妥當性提出疑問的聲音。例如 Roxin 曾質疑 Libet 的實驗本身是否排除排除一切自由意思作用的餘地³²。但是縱使有些疑問，科學上的爭論仍是法律人難以插手的。因此，這個立場的方法也只有次要的意義。剩下的選項就只有第二個立場——依循腦科學家的主張，放棄責任刑法與應報刑，採取刑法的治療處分化立場；折衷作法則是接受人類會受外界影響，但是並非完全沒有自由選擇可能性，因此仍然可以繼續堅持向來的責任刑法與應報刑，為第三種立場。

第二種立場鮮少被刑法學者主張，因為此提案會使以責任刑法為核心的現行法或現在的刑法學、判例實務、監獄等行刑制度被廢止，放棄對過去犯罪的處罰，改採對未來犯罪預防的治療，大部分的論者皆認為此方法過於不實際，根本上也不會得到一般國民的贊同³³。不過，從歷史的流變上來看，以李斯特思想為基礎的新派學者可以說是採此立場者，即破除保安處分與刑罰二分，採取全面的處分化（一元主義），在傳統的理論流派上並非罕見。晚近隨著科學的進展對傳統責任理論的衝擊，亦有論者採取此立場³⁴。

³¹ 詳細可參：松村格，意思の自由と刑事責任(1)：ニューロン決定論との批判的対話，駒澤法学，11（1）（2011年）；松村格，意思の自由と刑事責任(2)：ニューロン決定論との批判的対話，駒澤法学，11（4）（2012年）；松村格，意思の自由と刑事責任(3)：ニューロン決定論との批判的対話，駒澤法学，13（3）（2014年）。

³² Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I*, 4. Aufl. 2006, S. 872.，轉引自野村貴光，前揭註 15，頁 378。

³³ 岡上雅美，前揭註 14，頁 81-82。

³⁴ 如 U. Scheffler（1952-），其由犯罪學的觀點否定各種型態的責任原理，而提出與向來的「社會防衛論」接近且以「不介入」和修復為方向的構想，此新構想的建構是基於無例外的適用「客觀的答責原理」，依「比例原則」決定量刑。再者，Tatjana Hörnle（1963-）也放棄責任非難，聚焦於不法非難，提倡「無責任非難的刑事罰」。其認為行為人為自己行為負責的決定性基準，得以客觀性或主觀性地歸屬到行為人所為不法。詳細可參：吉田敏雄，刑法理論の基礎 V，責任概念と責任要素，東京都：成文

若認為第二個立場過於極端不可採，那麼最後果然只剩維持現在的責任刑法的第三個立場。有論者認為，問題在於（Libet 實驗當中的）運動準備電位的開始作用原因與經驗的自由意識之間是否完全沒有法則性？儘管人的行動被準備電位所支配，仍舊不是雜亂無章、毫無法則的，人的意思決定有法則性，這樣的經驗法則並沒有被 Libet 等人的實驗給否定。面對科學的知識，法僅在一般人有確信、社會承認時，才應反映到法。在尚未達到普遍的確信之前，法律可以維持「不可知論」的態度。再者，除了精神障礙等例外，一般人將經驗上的自由意思適用至犯罪人，犯罪人也是擁有自由和責任的人格，這樣的理解比腦科學者所主張的處分制度更具說服力³⁵。實際上，法學中大部分的回應都屬於第三種立場，亦即，責任作為社會規範當中的社會性概念，得以與自然科學概念下的自由意志問題切割以及並存，或是如 Roxin 創出新的「答責性」概念以區別傳統的責任理論來解決此問題。亦有論者接受了神經科學的研究結果，認為他行為可能性確實有無法證明之問題因此應該放棄此概念，改以主觀的思慮能力及控制能力作為責任的根據，因能力問題確實能夠藉由科學來判斷。在對犯罪者的處遇方面也可借助神經科學的研究成果，以對於「心」的改善來影響「腦」的運作，使腦產生具有規範妥當性的新的意識³⁶。

第二款 責任的虛構性

縱使科學告訴我們許多人類是他律性存在的客觀事實，人們依舊有自己是自律的日常感覺，這是對人類的存在型態根源性的偏見，而產生「基本歸因謬誤」（Fundamental Attribution Error）³⁷。當兩個事實或理論之間發生矛盾時，我們很容易傾向採用其中一方然後否定另一方的解決方式，但是，同時維持兩方的事實或理論，透過再度思考想法的出發點本身，如此達成兩者的止揚的方法才是根本的解決之道。於此，自由或責任與實證科學的結果發生矛盾的想法可能根本上是個誤會，必須重新考察以因果關係的框架來理解自由或責任隱含之問題。日本心理學者小坂井敏晶的著作《所謂責任之虛構》（責任という虚構）中，結合神經

堂，頁 67-69（2016 年）。

³⁵ 岡上雅美，前揭註 14，頁 84-85。

³⁶ 松村格，脳科学と意思の自由：責任と刑罰の行方(下)，駒澤法学，15（3），頁 63-68（2016 年）。

³⁷ 小坂井敏晶，前揭註 13，頁 12。

科學、心理學和哲學等研究，對法學上的責任問題提出了豐富的論述，實值參考，以下略述其看法。



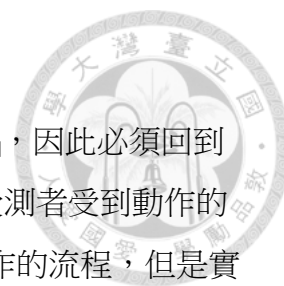
第一目 原因的找尋

首先，我們是怎麼找到應該為某一個事件負責的對象？並不是溯及性的分析因果關係，儘管只注目於事件發生的時點，責任依循了因果律之外的原理是明確的事實。不管是怎樣的事件，不會只有一個要素就引起，而是眾多要素錯綜複雜在一起才發生事件。例如因未熄滅煙蒂而發生的火災，當中不只是未熄滅的火苗，還有氧氣等其他助燃或可燃性氣體的存在，都構成火災的原因。但是我們通常不會認為氧氣是火災的原因（當然也不會審判氧氣），那麼我們是以怎樣的標準來選擇要納入考慮的要素，以及排除其他的要素？無論是注目於行為生成過程的哪一個時點，我們都無法在因果關係當中捕捉到責任現象，而且在特定責任時，也沒有客觀的觀點能夠區別事件的原因及非原因。以X殺（行為T）了Y為例，當我們在追究X的責任時，與理解X做出T行為的經過是兩回事，當要課以X責任時，是適用與自然因果性完全不同的判準——康德所謂的「自由的因果性」。康德在《純粹理性批判》提出區別「依自然的因果律」和「依自由的因果律」兩種不同的因果關係³⁸。前者說明科學為基礎的因果論，一件事情必然有作為引起該事情原因的其他事情，作為原因的其他事情又因為其他事情引起。因此在這樣的說明形式之下因果關係的連鎖會無限延續，因為人類作為生物也是自然的生產物，因此也難以逃離無限延續的因果關係。那麼，有別於自然的因果律，自由的因果律應該如何理解？在此我們關心的並非康德給的答案，而是如果如前述所確認的——行為並非由獨立於外在或內在的條件的自由意志所引發的，那麼行為的根源／泉源究竟為何？在此可以提出維根斯坦於《哲學研究》中著名的提問：

我舉起手臂，我的手臂舉起。於此產生問題。將我舉起手臂的事實，扣除我的手臂舉起的事實，會剩下什麼呢？³⁹

³⁸ Immanuel Kant 著，篠田英雄譯，純粹理性批判（中卷），東京：岩波文庫，頁 125-133、206-229（1961 年）。

³⁹ L. Wittgenstein, *Tractatus Logico-Philosophicus, suivi de Investigations philosophiques*. Paris, Gallimard, p.294 (1961). 轉引自：小坂井敏晶，前揭註 13，頁 148。



第二目 再探意志

以上問題的答案，我們可能會想回答「意志」或是「主體」，因此必須回到對於「意志」的檢討。以 Libet 的實驗為例，有反論認為因為受測者受到動作的指示，心中產生了準備的意識，因此並未改變意志－信號－動作的流程，但是實證上駁斥了這點，因為縱使行為之前心中有所準備，該準備也是由另外一個信號在腦中發生，且此信號與最終的舉手行為無關。實驗發現，無論是否有準備，產生行為與「意志」的信號發生的時點並無改變，「意志」都是在實際行為發生的大約 200 毫秒前被意識到⁴⁰，因此縱使內心有所準備，實際發出舉手動作的指令時點也沒有改變。

意志之所以在以因果論為基礎確立責任的近代想法中成為問題，無非是限於承認「**意志是行為的原因**」，如果意志只是與行為無直接關係的單純心理狀態，那麼根本就沒有討論意志的必要。意志如果作為原因，就必須要有相對應的行為產生，例如，有扣下扳機的意志，但是實際上有時候有開槍有時候沒有，那樣的意志就不是行為的原因，而可能單純是一種願望。那麼意志和單純的願望如何區分？只可能由實際是否發生事實來區分了，不可能有其他可能。亦即，**當我們承認某個身體動作是行為本身，就是事後塑造了意志的存在**，換言之責任被追究時，時間軸上的意志與作為結果的事件之間的關係不會成為問題，因為那本身就是被我們所設定好的。意志就是我們認為身體動作是行為的判斷本身，可以說是我們將理解人類存在樣態的「形式」稱呼為意志，意志並非任何得以捉摸或存在於人內心的實體⁴¹。

第三目 責任的真面目

然而，於此並不是要主張世界應以決定論來理解。自由意志作為原因產生行為，因而要負責任，從這樣的架構來思考的話，就會產生「行為難道是決定論產生的嗎」的疑問。但是，責任與這樣的想法並非同一個層次的問題。如果限於在自然因果律下追尋意志的根源，不管回答怎樣的答案也不會導出意志或行為的自由，因為問題的本身就是錯誤的。不妨重新思考所謂的「自由」的意義。自然科

⁴⁰ B. Libet, *Mind Time: The Temporal Factor in Consciousness*. Cambridge, Harvard University Press, p.137-156 (2004).

⁴¹ 以上整理自小坂井敏晶，前揭註 13，頁 139-152。

學中的定理與法領域中的規則的性質截然不同，同理，我們一般日常生活中理解的自由是「並未被社會強制」或是「有反抗可能性」的意思，與行動是否被因果律束縛是兩個不同層次的問題⁴²。責任或刑罰理論所設想的意志概念也非獨立於外界社會或遺傳因素影響的屬性或人格，且不被決定論的條件拘束的意志概念，因為毫無拘束的意志概念與責任或刑罰無法調和。由定義而言，自由意志是游離於身體之外的存在，若是如此，藉由處罰的痛苦改變犯人的屬性及之後的犯罪抑止應該都是無望的。而且，如果是獨立於身體之外的存在是罪惡的，為何必須對犯罪人的身體施加痛苦？如果行動是來自不受身體屬性束縛的自由意志，處罰犯罪人的意義將消失殆盡。最終，所謂的自由並不是不受因果律的束縛，而是能依照自己希望來行動的「感覺」，並未感受到強制力的意思。主觀上是否感覺到強制是分別自由與不自由的基準，其他影響行為決定因素的客觀的事實則與自由與否的判斷是兩回事。這樣的主觀上感覺才是所謂自由這個語彙的內容。

改變我們對於自由的常識，為的是更迫近責任的真面目。近代的道德觀或刑法理念，認為因為是自由意志下的行為，所以必須對其負責，這樣的出發點有重大的謬誤。事實上自由與責任的關係在邏輯上應該是相反的，並不是因為自由所以產生責任。反而是，我們必須發現責任者，必須劃清事件的界限，因此向社會宣言行為人自由的。換言之，自由對責任而言並非必要條件，自由反而不外是在因果論發想之下被確立的責任概念，在邏輯上必須要求的社會性虛構的產物。

第四項 小結

意思（意志）自由作為本質論責任觀當中的基本前提，有必要予以徹底地檢討，以上本節先釐清自由意思與決定論的概念內涵，依兩者的相容或對立關係分別有三個立場：自由意志主義、硬性決定論、軟性決定論。在哲學的討論方面則為繞在「他行為可能性原則」（PAP）與「道德責任」的關係，有 H. Frankfurt 提出反例並主張應以「行為人性」的概念取代他行為可能性。除了哲學上的討論

⁴² 對此，有論者持相同見解認為「被決定論否定的自由」與「決定論之下倖存的自由」在概念上有區別的可能，前者可以以休謨（David Hume, 1711-1776）的中立的自由（liberty of indifference）來理解，後者則是自發性的自由（liberty of spontaneity）。休謨主張不受任何事物影響的完全的自由、獨立的主體的概念本身就是形而上學的，基於意志之行為及非基於意志的行為仍是可以區分的。參考：中村隆文，道德的責任與合理性，收於：仲正昌樹編，「法」における「主体」の問題，頁 213-214（2013 年）。

外，接著提出實證科學上對意思自由所做的相關研究成果。腦科學方面由著名的 Libet 實驗對自由意志的存在提出了重大的懷疑，意志或意識並非行為的出發點在腦科學界也獲得普遍的認同；遺傳學則有利己的基因理論被提出，主張生物由細胞至個體的一切目的都在核酸的增殖，因此人的行為和所謂的意志都可以歸結到 DNA；實驗哲學則是藉由問卷調查等方式得到一般人對哲學問題的意見，在自由意志的問題方面，調查結果顯示人們認為世界較接近非決定論的，且認為自由意志與決定論得以相容；物理學上則有「物理因果封閉原則」，主張所有物理現象都能找到物理現象為其原因，那麼自由意志既然非物理現象，則不可能影響物理世界，不過亦有論者提出對此原則的反對；心理學上普遍認為並無如笛卡兒所想的統一的、由意志領導的人類，精神分析學認為行為的根源在無意識，行為主義亦認為行為是受環境刺激所產生的結果。

對於以上的研究所得，我們能如何再進一步思考自由與責任的問題？面對實證科學對自由意志不存在的衝擊，法學者們可能的對應大致有三，其一，直接否定科學研究的成果，堅守以自由意思論為基礎的法理論；其二，接受決定論，放棄責任原則改採行為人危險性地位的社會責任論，全面保安處分化；其三，接受部分意見修正現在的相關理論，也是最多論者採取的方法。

最後，本節第三部分採用小坂井敏晶的著作《所謂責任之虛構》當中的精闢分析，再度闡明本文的意見。近代責任原則是建立在因果論的基礎之上，當我們在探尋行為的根源時，很容易就認為所謂「意志」就是我們找到的答案。然而事實上可能正好相反：我們早已先預設了意志就是行為的根據，然後在行為發生時事後塑造了先前的一個意志存在。在責任論當中也是同樣，其實我們是基於追究責任的社會性需要（欲求），因而向世人宣告我們是自由的，因此自由對責任而言是基於需要而捏造出的社會性虛構產物。

第二節 對責任「主體」之反思



如本文第二章的歷史考察所述，近代市民社會是由「人類是主體性的存在，要為自己的行為負起責任」這樣的人類自律形象來支撐的。將刑事責任歸給行為人的大前提即是承認我們每個人的「主體性」，甚至可以說，近代的法學乃至於政治哲學都是建立在人的主體性之上。然而，「主體性」究竟有何內容？本身又是否那麼地顛撲不破？社會科學或認知科學皆曾對這樣自律的人類形象提出疑問。本文旨在整體性檢討責任概念本質上之問題，因此對於人類主體性的批判性檢討是不可或缺的⁴³。

第一項 主體性的概念

第一款 主體性的意義

在近代倫理學及法學、政治哲學的脈絡中，主體性一般包含了三個內涵：自主性（自發性）、合理性、社會性。在責任的脈絡中，近代法或近代市民社會的道德規範中，要使每個人對自己的行為負面結果負起責任的原則，便是以「每個人認知到當他的行為對他人造成傷害，會受到社會的負面評價（＝合理性），並且，內心有「必須迴避那樣的反社會行為」的良心作用（＝社會性），此外，是依據自己的意志而實行之（＝自主性）」為前提⁴⁴。

詳言之，「**自主性**」指不受到外部的強制，在自己的自由意志下設定行為的目的；「**合理性**」指能夠期待該目的對該個人的幸福之增加有幫助；「**社會性**」指具備使自己的目的與其他人的目的不相衝突而互相調整的能力與姿態。那麼，我們首先想像一下沒有主體性的世界會變得怎樣。若沒有自主性，我們的舉手投足都是受外界影響而全面地被設定，「規範」一語將變得沒有意義。「我」沒有真正意義的選擇餘地，而是依據因果法則而行動的話，那個行動會受到自己或是他人

⁴³ 主體及主體性的概念在哲學上是個博大精深的問題，所涉及的層面龐雜深邃，歷史上諸多哲學大家對此都有不同的理論建構，用語本身亦具有歧異性，本文不揣淺陋探討與本文目的較有關連之處。

⁴⁴ 仲正昌樹，「主体」の生成と変容，收於：仲正昌樹編，「倫理」における「主体」の問題，頁3、6（2013年）。

正面的評價？還是負面的評價？與結果完全沒有影響。如此一來，這個世界可以說是沒有「我」的世界，所謂的「我」不過是腦中各種反應複合效果所產生的幻想。無法依照「我的意志」選擇「我的行為」的話，倫理學等等的規範理論性的言說會失去意義，而變成全部都是由因果法則決定的事實關係的問題。其次，如果缺少了合理性，我們沒有「去預測、評價自己的行為產生的結果，對於自己或他人或共同體而言是否『良善』」的能力的話，就無法使得每個人接受對自己的行為結果的責任。如同小貓小狗等動物或各種自然現象，無法用客觀的基準來評價自己在做什麼，因此我們是無法追究貓和狗的「責任」的。每個人都缺乏合理性的判斷能力的話，也無法得到使多數人認同的「比較合理」的事情，根據多數決來決定也變得沒有根據，因為每個人都沒有判斷能力，那即使是多數的人同意，也無法認為該同意就是合理的。在這樣的情況下，想去構築一個帶來「最大多數的最大幸福」的體系之理想也變得沒有意義。缺少社會性的話，每個人只關心自身的利害或幸福，「責任」或「正義」的論理便無法成立。以社會的善惡為判斷基準，在心中沒有一個對於惡（不正）的煞車的話，某種意義下我們與受外在刺激而反應的動物相同，無法追究道德性的責任。縱使能夠採取如訓練動物一般的「管理」方式，那麼仍舊會產生沒有任何（具有社會性的）人能夠判斷對社會有益或有害的判準這個問題。綜上，要使每個人對自己的行為結果負責，而做一個以「反映每個人內在道德感情或正義感覺」為形式的道德或法的社會規範，我們就不得不假設有「主體」存在⁴⁵。

從近代以前沒有主體的假設，而是以神的意志有作為規範的根源的機能的時代，到社會契約論的脈絡建立起主體自發同意形成「規範」，以及笛卡兒透過「我思故我在」的主觀、客觀二元化的思想，成為了構築「作為認識主體的我」的理論起點，到康德、黑格爾則奠基了主體性論述，其後的發展幾乎可說是在康德、黑格爾兩人的理論基礎上做肯認或批判的論述。其中康德建立道德主體的超驗的理性，影響刑法甚深，也作為（通說下的）責任原則牢不可破的前提。

第二款 對主體性的懷疑

前述近代倫理學、法學、政治哲學中定於一尊的「主體」概念，在現代受到

⁴⁵ 仲正昌樹，前揭註 44，頁 3-6。

了對其有效性的質疑，進而探究去中心化倫理的可能性。仔細地去思考「主體」的界限的話，純粹的「自主性」在現實是不可能的。當我們「自主地」抱著追求某個目的的意思，被詢問「為什麼會選擇這個目的呢？」之時，必定會從「我」自身之「外」找到使我抱著那個目的的「原因」。例如「要吃什麼」是起因於身體的慾求，「我」無法以意思去控制。有些起因則是受到價值觀的影響，那些價值的既定觀念透過教育或社會的習慣印入並內建在「我」當中。然而在社會中會遇到怎樣的觀念，那些觀念當中哪些會吸納成為「我的價值觀」，並非我自身能夠全面地控制的。我們的價值觀時常在自己沒注意到的情況下就決定了。同樣地，「我認為合理的」可能也是外在作用累積，在不知不覺間在我的內部形成的基準來決定的。進步言之，我們無法找到判定合理性的後設層級（meta-level）的根據，亦即，我們是依據某個判斷基準認為追求目的為 A 合理、追求目的 B 為不合理，但是我們無法「合理地」說明為何應該採用那個判斷基準。關於道德的判斷的「社會性」，也能提出同樣的疑問。判斷基準是由「外」印入自己的可能性很高，依據該根據的行為就非純粹的「社會性」，而有可能只是為了自我滿足而已。例如我們從小就印入了「要幫助有困難的人」的觀念，而依據此印入而內建的觀念產生慾求而自動地幫助有困難的人，這能說是「真的倫理的自主性」嗎？

46

在此可以舉出一個有趣的實驗⁴⁷：在大賣場設置販賣襪子的攤位，招攬路過的顧客前來，以市場調查的名義詢問對商品品質的評價。攤位上擺放四雙襪子的樣品，實際上四雙都是顏色、形狀、織法、觸感一模一樣的襪子。一般會認為不管是哪個商品評價應該都相同，但是實驗結果是最右側的襪子得到了最高的評價。詢問顧客理由，得到了「這雙的觸感較好」、「看起來比較耐用」等看似有道理的理由，但沒有任何人提及商品的位置。詢問顧客是否單純是因為該雙襪子在最右側，當然只會得到「不是因為這種不合理的理由而選的」的回答。最右側的襪子最受喜愛的原因不明，但是原因不明並非這裡的問題。問題在於這個實驗確認了某些資訊會無意識地影響判斷的事實。像是莫名其妙的預感或是直覺作用等，跟這裡也是相同的現象，受到外部資訊的影響，在過程卻沒有意識到而誤認

⁴⁶ 仲正昌樹，前揭註 44，頁 11-13。

⁴⁷ Nisbett, R. E., & Wilson, T. D. *Telling more than we can know: Verbal reports on mental processes*. *Psychological Review*, 84(3), 231-259 (1977).

為超自然現象⁴⁸。由此可知，人類日常的行為或判斷可能是無意識產生的，但是我們善於捏造過去，**實際決定行動或判斷的「原因」與對於此行動或判斷本人所認為的「理由」之間有巨大的隔閡**，甚至是根本無關，因為不知道自己行為的原因，因此無意識地捏造一個妥當的理由，這個理由與我們擁有的常識，以及社會、文化所傳佈的世界觀有關，也包含了一般行為有怎樣的原因這樣的因果律知識，因此這個被選出的「理由」可以說是廣義的文化的產物，亦即，行為或判斷的說明，不外只是本人所屬社會傳佈的世界觀的投影而已⁴⁹。

如此一來，浮現出了反論的構造：使主體成為主體的是什麼呢？若追根究底，主體不過是透過各式各樣外部的作用而成為主體。因此我們很難再繼續保持以主體為中心的倫理原本的樣子，那麼該如何是好？左派後現代的學者如德勒茲（Gilles Deleuze, 1925-1995）、傅柯（Michel Foucault, 1926-1984）、內格里（Antonio Negri, 1933-）等人提示了一個方向：拒絕將每個人作為主體應帶有的規範固定化，使關於規範＝通常性的鬥爭永續下去，使人們的倫理同一性（identity）流動化。他們共通的泉源是啟發出鬥爭自身的倫理性的馬克斯（Karl Marx, 1818-1883），以及描繪出超越一切既定的價值制約、以自己為價值泉源的「超人」形象的尼采（Friedrich Nietzsche, 1844-1900）⁵⁰。

本文認為，使某個人（主體）負起責任作為一種社會需求，責任論勢必有**因應處罰慾望**建構出來的性質。為了說服自己此一懲罰的需求是正當合理的，我們找到了理性，藉此能夠掩飾背後情緒性的究責活動之真相⁵¹。那麼除了暴露出這個掩飾的機制以外，理性本身也是值得懷疑的。如果說人原本是一張白紙（主體），我們必須看清楚是運用什麼樣的印刷方式（主體塑造過程的權力運作方式，例如傅柯所述的規訓），最後印刷上了哪些特定色彩（哪些價值成為普遍性的），人們不斷探尋哪些色彩是美麗的，而將整個印刷場中所有的白紙都印上這個顏色。然而除了決定要印上什麼顏色之外，我們必須將印刷的過程予以可視化，懷疑這個顏色是否美麗，甚至從根本上懷疑白紙不應該印相同的顏色。理性

⁴⁸ 小坂井敏晶，前揭註 13，頁 16-17。

⁴⁹ 小坂井敏晶，前揭註 13，頁 18-19。

⁵⁰ 仲正昌樹，前揭註 44，頁 13-14。

⁵¹ 李茂生，近代刑法中個人責任主義的反思，收於：國立台灣大學法學叢書編輯委員會編，權力、主體與刑事法——法邊緣的論述，頁 82（1998 年）。

就像是這個顏色，成為了法期待人人都必須要有的形象，但這樣一來其實毫不留情地抹殺了人類現象中多樣複雜且微妙地曖昧模糊之處。本文認為人都有無法以理性予以參透的最終不可解明之處，在理性形象的運作下，於極端的犯罪情事發生時，我們很可能將此不可解明之處貼上了「非人」的標籤，接著予以排除，然而這並非我們能認可的責任原則之間接作用吧。不僅是在極端情形，理性形象的同一性本身可能就是一種擠壓人類生存空間的暴力，在社會製造秩序過程中，使社會成員擁有一定的價值或態度，進而規格化。社會的規格在個人的身體內化而成為自己的規律，正是傅柯指摘出「subject」一詞的兩義性——主體化及臣民化——所想要表達使這個社會潛在的暴力性不被作為暴力而意識到的機制⁵²。那麼，人應該要是怎樣的呢？這個問題仍舊存在。以下想要藉由探尋「我們如何成為自己／自我」來稍加思考這個問題。

第二項 自己／自我的形成

當我們思考到所謂的「我」時，認為這個「我」究竟是什麼？這個問題作為人類主體性的一環，不斷地被各個領域的學者研究，同時也是每個人可能都會思考到的問題，藉此我們也能更迫近人類主體性的真相。理解有別於獨立自律的主體概念，有助於翻轉傳統責任觀的責任主體，因此以下將提出幾個不同領域的觀點作為切入點。

第一款 日本哲學的自己觀念

作為責任主體的既然是個人，那麼住在這個個人當中，我們是如何形塑出自我／自己的概念？使這個自我／自己背負責任又有怎樣的意義？日本昭和時期的學者青柳文雄（1911-1986）曾說：「日本人的自我薄弱，因此責任意識也薄弱。」因此我們可以從比較西方哲學與日本哲學的自我概念之間的差異嗅出責任問題的一些端倪。詳言之，在法的世界中，我們早已被西歐的自我／自己的概念所說服，我們鼓勵自己成為得以從集團、社會分離的獨立個體，能控制自己的情

⁵² 棚瀬孝雄，責任觀念のゆらぎ——現代における暴力の発見と責任追及，收於：棚瀬孝雄編，市民社会と責任，頁 21（2007 年）。

感與社會關係，如此才是理想之人。我們所繼受的西方法律的基本設定就是如此，若不去質疑這個最根本的預設，而只是在各個下位的法概念之間爭論，勢必會被框限住而根本無法意識到有其他的可能性。因此日本哲學或許能稍稍為我們照亮這個可能性。

第一目 西歐的「自我」與日本的「自己」概念

青柳所謂的「自我」可以理解為能區別自己與他者的自律性主體，不依存他人而決定應作何事與不應作何事的理性的主體。那麼薄弱的自我就意味著自己與他者未分離，容易受環境影響的、依存他人、優柔寡斷的自我，也是集團主義或是不成熟的個人主義的自我；強的自我就是能嚴加區別自己與他者，不易受環境影響、獨立、決斷性的自我。其認為，自我強烈的話就能對人的意思決定為非難，自我薄弱的話，受到遺傳或環境的影響，相較於特定的意思決定，能附加非難的應該是沒有做適合該地位的行動，或是做出了不適合的行動。相較於近代西歐確立了強的自我，日本人的自我形成薄弱，尚未確立「個體」，因此與能歸責某行為者的強烈意思決定的西歐不同，必須根據不同場合，將沒有做出適當行動的行為者予以歸責。換言之，西歐社會對於每個人應為與不應為何行為有著無關乎他人評價的絕對的基準；相對於此，日本則是依據他人與社會的評價決定應為與不應為基準的，乃具有場合依存性、他者志向性的社會⁵³。

基於以上的認識，在西歐社會，當某個人作了某個犯罪行為，該個人犯罪時的意思決定成為非難的對象，僅能以該時點的意思決定來歸咎該個人的責任。因此，該個人的責任歸屬之處在時間上（歷史上）不會回溯到該個人犯罪時的意思決定之前，因為那個意思決定是不會受到該個人的決斷以外任何控制的強烈意思做成的行為決意。另一方面，在日本社會中，考察某個行為的情形，不會只關注該特定行為，而會在時間上拉長、空間上擴大來考察，例如，時間上回溯地考察遺傳、過去的生活史、環境。換言之，該個人自己的行為責任可以歸屬到各式各樣的歷史的、社會的、環境的、狀況的因素，如此一來，該個人的意思決定只不過是責任歸屬的一部分。因為影響各個行為的意思決定做成的過去生活體驗全體

⁵³ 青柳文雄，刑事裁判と国民性（機能篇），東京都：成文堂，頁 44-60、201、207（1976 年）。轉引自：長谷川みゆき，自我と責任・自己と責任，收於：仲正昌樹編，「法」における「主体」の問題，頁 43-44（2013 年）。

都是非難的對象，因此個人會感到這個全體都是責任所在，但因為責任的範圍廣大且散漫，應由誰負責、應將責任歸屬到什麼也變得曖昧不明，因此青柳才會說日本人的責任意識是薄弱的⁵⁴。

西歐的思想是個人與社會二元論的，個人的主體性歷史悠久且意識強烈已如前述，但是，果真個人與社會是那樣能夠明確區別的嗎？毋寧，人確實是無法完全孤立生存的，而通常屬於集團或社會是事實。個人也是在與他人及社會的各式各樣的關係中出現的，因此或許能說，若沒有那些關係個人就不存在。日本人即是很重視「關係性」的民族。日本精神醫學者木村敏認為，日本人並非在自己自身的內部找到自己自身存立的根據。人與人之間，首先有自他之間的關係（空間），然後從自己與他者之間的事情中沈澱、分析出自己與對方的人格性。亦即，自己是在與他人之間的關係中映照而決定的⁵⁵，而非如西方人一般，是在建立自己的主體性後再與對方來往。

第二目 西田幾多郎的純粹經驗

哲學的自我概念或許也能提供我們一些關於個人與責任的線索。哲學的自我探討的是「自己是誰？我是怎樣的存在？」這樣的問題，詢問的是「我」的應然狀態。例如，我是身體這個物質？還是住在身體這個物質裡面的心？還是兩者兼具？這正是哲學的自我概念中重要的「心物問題」。自己意識是在定義自己或藉由他人承認自己以前就顯現出來的，換句話說，當被問及「我是什麼」這個問題，而回答了「我是 A」的答案，縱使 A 是很複雜、多數的命題所組成，仍舊能不斷追問「但是為何可以說『我是 A』呢？」如此不斷地追問，也就能更接近哲學上的自我一點⁵⁶。

日本哲學家西田幾多郎（1870-1945）在真實的自己當中探求同一性（identity）的根據，那是一個帶著悲哀感、煩惱的自己。這個帶著悲哀感、煩惱的自己當然並不是理性的、意識性的自己，而是具備帶有感情的身體性的自己。如此的自己並非單純主觀的（主體的），也非單純客觀的（客體的），而只能從主觀與客觀被區別之前的經驗，及未分化的直接經驗當中直觀地去捕捉。西田提出

⁵⁴ 長谷川みゆき，前掲註 53，頁 45-46。

⁵⁵ 木村敏，人と人との間：精神病理学的の日本論，東京都：弘文堂，頁 75（1972 年）。

⁵⁶ 長谷川みゆき，前掲註 53，頁 51、53。

了「純粹經驗」的概念，指的是隱沒主客的知情意合一的意識狀態，也就是自己。西田如此闡述：

經驗是對事實原樣的認知。它是根據事實，摒棄所有的自我修飾。純粹是指我們一般所謂的經驗，離開某些思想的交錯，絲毫不含分別的思維，一種真正的經驗原樣狀態。例如見色、聞聲的一瞬間，它不但沒有一種外物作用或我感思維，亦沒有加上顏色和聲音的判斷。純粹經驗因此與直接經驗是同樣的。當自己直接經驗到自我的意識狀態時，主客皆無，知識及其對象亦全然合一⁵⁷。

亦即，純粹經驗是沒有任何概念添加、未經任何判斷之前的經驗（如單純的顏色和聲音），西田曾舉過的例子是「如果是紅色就只是紅色」，判斷則是釐定真偽的命題，例如「這朵花是紅色的」。純粹經驗欲指出的就是一種判斷或反省以前的狀態，因判斷會在「主觀—客觀」的框架下，使得我們無法對某些人工假設進行充分的考察⁵⁸。西田認為只要我們忠實於我們的經驗，忠實地描述我們的經驗的話，這就是經驗的意義，是經驗的「如其自身」或「原樣」（そのまま）。這樣來看的話，純粹經驗必須沿著客體的方向，除去「物自身」（客體）的假定，沿著主體的方向除去「意識我」（主體）的假定，這才是經驗的真正樣子。既然是一種主客未分的狀態，正是忠實於我們的經驗，貫徹回到我們的經驗的主張的必然結果，所以認識到除了所經驗的性質之外，我們不能設想性質或經驗背後的「實體」，除了知情意的活動之外，我們也不能設想意識活動背後的「自我」。這樣的世界也稱為「純粹性質」的世界，純粹性質的世界是背後無任何實體的世界，如西田所說，從判斷的立場來看，它只能是「無實體的影像」世界。這是真正的「無的場所⁵⁹」的世界，也是純粹經驗的世界。藉用胡塞爾的話，我們也可

⁵⁷ 西田幾多郎，善の研究，東京都：岩波文庫，頁 13（1950 年）。引文中譯參考：藤田正勝著，林永強譯，西田幾多郎：生與哲學，臺北市：聯經，頁 43-44（2016 年）。

⁵⁸ 藤田正勝著，林永強譯，前揭註 57，頁 47-48、54。

⁵⁹ 此「場所」所指為西田哲學特殊的「場所邏輯」。場所邏輯為西田哲學體系化的一步，大致上可以理解為，將純粹經驗重新把握為「不能被對象化的自我」或「不能透過權利反省而獲得的直接所與」。此一不能透過反省而獲得的「真我」，不是知識的具體內容，而是一個知識成立的場所。「真我」不能被規定為有，而只能被視為一個「場所」。詳參：藤田正勝著，林永強譯，前揭註 57，頁 84-94；本文第五章第二節以下。

以說它是存而不論之後的現象世界⁶⁰。

這樣的狀態即是西田幾多郎所謂的「直觀」或「直覺」，所表示的主要是一種「無觀看者的觀看」，先於主客對立的經驗。這種「經驗」或「純粹經驗」並不是一種特殊的體驗，而是內存於我們的日常經驗當中，為日常經驗的一個主要環節。**直覺**或**直觀**發生在主客根源的統一或無分別之處，可以說是西田對自我與世界之根源性經驗的說明，也可以視為是西田沿著「心」(psyche)或「根源的主體性」這個角度對主客合一的經驗的描述。這種無觀看者的觀看，是創造性的，也就是說，由於發生在主客合一之中，意識我與被意識的對象同時出現，兩者都是直覺的創造。在這個意義下，直覺到某物即是創造某物，同時也創造了能意識的自我。然而意識性的自我並不是本源自我，對於本源的自我或者創造的自我，西田在其名著《善之研究》(1911)當中用「真我」來稱呼它，真我無分別地與世界為一。既然稱其為「真我」，這也等於反過來批評迄今的哲學對「自我」的理解的不夠徹底。這樣的真我是主客合一，是已然脫自地與世界為一，或者也可以說就是世界本身⁶¹。

那麼，在「聞聲、見色」這樣直觀／直覺的瞬間，並不存在西歐所謂的意識性的自我，而是主客合一，與世界為一的西田的真我（本源的自我、創造的自我）。最終，西田哲學認為，要真正了解我們的行為，不能將其視為是獨立自主的個人的行為，因為並不存在著單一獨立的個人，任何個人的行為都有全般者的參與，都與所在的場所有關。這樣來看的話，真正行為的主體並不是單純的個人，而是個人與環境在根源上未分的全體，用西田的話來說，行為的世界是將主客對立包攝於其中的世界⁶²。如果這種統合自我與環境的真我理解為「自己」的話，「日本的自己」與「西歐的意識化的自我」就是異質性的東西，基此，本文認為西田幾多郎哲學內含了跳脫西歐理性主體性的能量，能夠作為突破舊有的責任觀和建立新的責任觀之哲學基礎，因此本文將在下一章再度闡述西田哲學進一步的「場所論」之內容。

⁶⁰ 黃文宏，西田幾多郎的「直觀」論，臺大文史哲學報（73），頁 178（2010 年）。

⁶¹ 黃文宏，前揭註 60，頁 174、182。

⁶² 黃文宏，前揭註 60，頁 188。



第三目 與榮格、尼采的共通性

哲學家西田幾多郎認為，西田雖不承認無意識的概念，但西田的「自己」（純粹經驗）與榮格（Carl Gustav Jung, 1875-1961）的含有無意識的「自己」有重疊之處⁶³。

對於笛卡兒的二元論與啟蒙思想代表的理性優越主義所主張的心理狀態——將無意識或感情、身體的要素作為妨礙個人自律的劣等之物予以排除，在西歐並非沒有不同意見，以佛洛伊德為首的心理學流派即為適例。佛洛伊德主張人格構造，是由 ego（潛意識）出發的情動來審查超自我，判斷認為對社會不合適便加以修正，是這樣的意識構造。此時，在超自我的檢視之下，潛意識的領域中被壓抑的慾望或情感也會產生出來，結果形成了這樣聚集起來的潛意識領域。榮格則認為佛洛伊德所主張的無意識的更深的部分還存在「集體潛意識」⁶⁴。其認為，依照自我（ego）統合的人的意識的最深處，作為包含意識與無意識的心的中心的自己（self），此自我與自己本來就是相互補充地作用著。

在日本，意識化的自我不過是自己的一部分，或毋寧說，並未意識化的心靈的樣貌，正潛藏著該人的人性。中村認為，包含日本人在內的東方人較重視包含無意識的「心」的統合中心這個自己⁶⁵。相對於作為統合的意識之西歐的自我，這個對比的想法被許多心理學家認同⁶⁶。如此一來，比起西歐的自我，日本的自己概念的範圍更廣。這樣的無意識的理解，與尼采的思想也有幾分相似。尼采認為意識化的理性這樣的人類自己，只不過是冰山的一角，在那之下有廣大的無意識的領域。尼采並將這樣的「自己」整體的現象以「肉體」的形式來思考，肉體這個全體現象是優於智識程度、我們的意識、我們的精神及我們的意識性的思考、感情或意思作用的⁶⁷。其於《查拉圖斯特如是說》當中說道：

你說「我」，並以此語自豪。但比這更偉大的，你所不願相信的——乃是你

⁶³ 中村雄二郎，西田幾多郎（I），東京都：岩波現代文庫，頁 58（2001 年）。

⁶⁴ 高橋勝幸，西田の場所論を基軸とした東西宗教邂逅の道：二十一世紀に相応しい人類共通のたましいの元型，人間学紀要（44），頁 108（2014 年）。

⁶⁵ 中村雄二郎，前掲註 63，頁 58。

⁶⁶ 長谷川みゆき，前掲註 53，頁 57。

⁶⁷ 笹澤豊，自分の頭で考える倫理：カント・ヘーゲル・ニーチェ，東京都：筑摩書房，頁 201-203（2000）。轉引自：長谷川みゆき，前掲註 53，頁 59-60。

的肉體，你的大的理性：它不說「我」，而只是實現「我」。……

我的弟兄，在你的思想和感覺的背後，有一個強而有力的發號施令者，一個未識的智者——他名叫自己。他住在你的肉體裡，他是你的肉體。……

創造的肉體為自己創造了精神，作為其意志的幫手⁶⁸。

這也顯示了含有無意識的自己概念並非僅限於日本（東洋），尼采、榮格與西田皆有所重疊。

第二款 Judith Butler 的主體觀

眾所周知，主體性作為哲學上重大的問題備受討論，提出對傳統理性自律主體批判的哲學家亦不在少數，如尼采、傅柯即為著名的例子。以下即簡略說明依循尼采及傅柯理論脈絡的 Judith Butler 的論述，以作為嶄新主體觀的參考。

第一目 詢喚及主體的成立

Judith Butler (1956-) 在《說明自身》(*Giving an Account of Oneself*) 中說道：

如果我們的存在自始遭受分裂、失去基礎，或是欠缺一貫性，那麼個人或社會的責任概念或許就不可能被賦予基礎。若非如此，我想要展開的議論是，承認自我認識界限的主體形成理論，不只是倫理的概念，探討如何提示出責任＝應答可能性的概念⁶⁹。

Butler 的主體理論是以傅柯的系譜學思想為基礎，同樣認為主體並非本性的、普遍之物，而是歷史上被建構的，並非絕對自明之物。並且以「主體在怎樣的條件下可能成立」的問題取代「主體本質上是怎樣的東西」之問題。傅柯在諸多權利間的關係中理解主體的成立，Butler 則是進一步注目於諸多權利中「語言」擁有的力量。接著運用阿圖塞 (Louis Pierre Althusser, 1918-1990) 的國家意

⁶⁸ 尼采著，錢春綺譯，查拉圖斯特如是說，新北市：大家，頁 59-60 (2014 年)。

⁶⁹ Judith Butler, *Giving an Account of Oneself*, New York: Fordham University Press, p.19 (2005)，轉引自：望月由紀，發話行為と主体の成立、あるいは主体の受動性について，收於：仲正昌樹編，「倫理」における「主体」の問題，頁 17 (2013 年)。



識形態機器的概念，由發話行為來說明主體的成立過程。

阿圖塞在《意識形態與意識形態國家機器》(*Ideology and Ideological State Apparatuses*) (1972) 中主張主體是在教會、警察、法院或學校等國家的意識形態機器的規定之上，受到這些意識形態呼喚，在應答（回應）當中出現的。其假設以下的情形：警官對路上行人叫道：「喂，你！站住！」行人不管自己的名字沒有被呼喚，或是自己未必沒有做違規的事，仍舊會承認自己被呼喚進而回應該呼喚。如此由**權力**所呼喚以及對其**應答**的這個個人，自覺到自己受到國家的呼喚，而成為服從國家的主體＝國民。在這個過程中，意識形態並非先於主體而存在，個體也非全然被動，個體透過承認的轉身而參與到意識形態的「詢喚」（*interpellation*）過程中，轉變為主體。這個主體同時具備了自由與臣服的雙重面向，阿圖塞可以說為傅柯的相同觀點提出了場景的說明，傅柯雖不採意識形態的觀點，但兩者皆指出了主體**自我臣服**的面向，臣服根本地構成了主體形成的前提條件，對主體的存在而言，臣服是一個不得不為的選擇⁷⁰。

Butler 將此一阿圖塞的詢喚理論進一步藉由奧斯丁（John Austin, 1790-1859）的言說行動理論來補充。依據奧斯丁的看法，重要的命題並非某種發話的內容的真偽問題，而是發話本身也是具有效果的行為。再者為了使該發話行為產生效力，必須滿足某些條件，如發話者與接受者必須共有該發言所在的文脈或習慣等。不過 Butler 認為要確定發話行為所在的文脈或習慣的範圍事實上是不可能的，發話行為恆常具有行為的效力。如此一來，阿圖塞的「呼喚」的內容並無真實或虛偽，而是發話行為，其本來的功能並非在「記敘」而是在「呼喚」，行為本身才是重要的。Butler 認為這個呼喚的發話行為的目的在確定主體的從屬位置，在地點和時間當中創出主體的社會輪廓。人們並未被具體指名，而只是透過被呼喚，取代從屬於賦予發話行為正當性的權威（如警察或教會）之權力，被允許作為社會中的主體而存在。呼喚並非單純的語言問題，呼喚內容的正確性也非問題，而是呼喚這個發話行為本身是重要的。

Butler 依循著這樣的阿圖塞的主體化理論，認為主體的前提並非擁有自我意

⁷⁰ 董佳豪，茱蒂斯·巴特勒的主體理論：權力、心理與承認，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 26、28（2017 年）；望月由紀，前揭註 69，頁 18-19。

識而可能自律性自己決定的存在，而是透過內部化來自權力的呼喚，是被動的、事後性的存在。當然作為生物的人類是不用受到呼喚也存在的，但是所謂的「我」這個主體，是受到權力的語言性呼喚才得以成立的，並非自然或天生的存在。主體是透過從屬於權力才成立的⁷¹。因此「所謂 subjection（主體化＝從屬化）意味著透過被權力從屬化的過程，同時意味著成為主體的過程」⁷²。

第二目 主體化＝從屬化理論之問題

但是必須思考的是，回應呼喚的是「誰」？既然能夠回應呼喚，那麼勢必有一個先於呼喚存在的存在，在此必須探求的是主體化的起源問題。對阿圖塞而言，個人早已是主體，甚至在出生之前就已經是主體了，因為早已以各種方式持續地被意識形態所呼喚。Butler 所欲探討的是構築這個主體的語言，與主體形成時「我這個主體」的語言角色的區別，並以精神分析的概念來說明「我」成立之時慾望的轉移。「我」這個主體是藉由語言的行使而出現，也是只有在「我」這個代名詞與他人的關係中才能夠指示出我這個主體。那麼「我」這個人稱代名詞是在我存在之前就已經存在的，負責藉由指出「我」是自己而確立主體的角色。如此一來，我是藉由從屬於他者而得以指示出「我」自己，最初我指出「我」是自己而成立主體的原初時點，主體早已是語言性地從屬的（＝主體的）了，亦即，是語言構成了主體。

Butler 這樣的主體化＝從屬化理論當然引起了議論，為何近代西方社會作為基礎的「自律的主體」，會變成陷入從屬於權力這般奴隸狀態才得以成立？主體若是從屬於權力之前尚不存在的話，社會契約論的契約主體會變得不存在，近代國家的基礎也會跟著崩壞。再者，若主體是從屬於權力而成立的話，對權力的抵抗在理論上也不可能。對此，Butler 自己也說道：

如依傅柯的指摘，權力的司法系統在生產主體之後，使之成為表象一般。……如果此分析正確，將女性作為女性主義的「主體」而表象的語言或政治的司法組織自身，不過是既存的代表制政治的一個型態以語言的方式建構的效果。再者應該促使解放的女性主義主體，正是藉由其政治系統語言性

⁷¹ 以上整理自望月由紀，前揭註 69，頁 18-20。

⁷² Judith Butler, *The Psychic life of Power*, Stanford University Press, p.2 (1997).，轉引自望月由紀，前揭註 69，頁 20。

地被建構的⁷³。

亦即，Butler 依循傅柯的主體概念，認為女性主義為了抵抗權力而準備的「女性主體」本身，也是從屬於語言或權力才得以成立的。此說固然招致其他女性主義理論家的批判。但是應注意的是，主體是藉由權力的呼喚（＝語言的效果）而來的，並不是要主張主體不存在或是否定主體。Butler 的主張在於，**並不普遍存在擁有意識或行為的核心的一個確定的主體**，並且提出有別於權力－反權力單純模式下的其他抵抗的可能性。

不過縱使接受了上述的理論也會產生下一個倫理的問題。主體是權力呼喚的效果，並非單一個主體的話，要使某個人的發言或行為負責就變得不可能。因為通常要使某個言論或行為負責，行為人是單一自律的主體，如果行為人無法確保主體單一的同一性的話，即會產生問題⁷⁴。

第三目 法、主體與責任

Butler 運用尼采的法批判，指出法體系在責任與主體之間並非處於優先的存在的關係。亦即，通常我們理解人的行為，是以該人產生做某事的意圖或欲求，並依據該意圖或欲求而行為。因此當行為是犯罪時，我們可以對依據意圖或欲求行為之人追究責任。那麼當人無法以這個「欲求－行動」模式說明時該如何？在現實中探討責任時，時常是在行為之後、事後地進行。該行為如果被認為是 A 所為，A 會被要求對於為該行為作出說明（例如意圖為何？為何要做那個行為等等），會引發這樣的提問是以行為人作為一個自律的主體為前提。亦即，行為人對該行為意思有自律性，且行為前與行為後的自己是同一的，但是比起「我」是與外在環境完全獨立、優先存在的精神實體，行為的責任更能**事後**溯及地確定。意圖或欲求在該主體的行為之後更為明確。確定行為主體前後是同一的是「法」，亦即我們存在與預設的主體早已是社會的法或倫理透過適合於自己的規定而成立的。

Butler 指摘的正是這樣的扭曲關係——**法是使行為的責任事後地溯及於主體，或是捏造出主體**。此並非主張任何人都無法被追究責任，所欲指出的是使一

⁷³ Judith Butler, *Gender Trouble*, Routledge, p.4 (1990). 轉引自：望月由紀，前揭註 69，頁 23。

⁷⁴ 以上整理自望月由紀，前揭註 69，頁 20-24。。

個強的主體負責任，有產生某種**倫理性暴力**（ethical violence）的危險性。將使此一主體存在的外在規定稱呼為「暴力」，嘗試對抗它：

將對自己同一性——更正確而言，是完全地一貫性——的要求懸置，阻止某種倫理的暴力。倫理的暴力是要求我們自己不斷地顯示出並且維持自己同一性，同時同樣地要求他人⁷⁵。

自己同一性即是要求我作為某個單一的實體，但是如果作為該實體的自己是被權力呼喚的語言效果的話，我便不可能是預先存在的自律性主體。因為權力、語言在我的主體確立之前早已存在，主體是從屬於既存的規範而事後才出現的。但是如此是否就無法追究人的行為責任？在此逆轉法的暴力。此一暴力性並非威脅我們的自由這類單純的壓抑，而是以法擬制主體存在，以及主體的同一性、一貫性，在此之上追究行為的責任。如此一來，可以說法的存在使我們縮減為一個主體。法與權力相同，使我們從屬於規範的同時促使我們成立單一個主體。

再者，支持主體一貫性的，正是法作為語言的累積物這個事實。語言的不變性與確定性使的我們成為對行為負責的主體，以及擁有一貫性的「同一」。但是主體的同一性並非那麼不證自明且確實的，我們由某些精神異常的例子可以看到行為與主體不一致的「異常」狀態。但是不一致的狀態並非異常，而毋寧是「一致」的狀態才是**擬制**的結果。若是如此，使的時間軸當中我們分散發生的行動成為統一的一個行為，正是法作為語言的效果。如此即可以回答 Butler 對「為何主體會對法的聲音回頭」的提問，正是因為我們有確立為「一個」主體的欲求⁷⁶。

第四目 承認與他者

主體要如何可能不被硬塞入單一個主體，關鍵性的問題正是**承認**的問題。尼采在《道德系譜學》當中闡述，道德或法秩序在事後審判人類的行為，藉由壓抑而產生的罪惡感朝向自己，因而成立愧疚良心（壞良心）的自己。愧疚的良心在壓抑之下將產生怨憤，尼采將此理解為負面的，但是 Butler 仿效傅柯，關注此愧疚良心創造出主體的過程。此愧疚良心正是反省的主體之契機，在權力的呼喚之後，對自己自身是怎樣的存在予以反論、辨明，或是透過直接回應（應答）呼喚

⁷⁵ Butler, *supra* note 69, p.42.，轉引自：望月由紀，前揭註 69，頁 26。

⁷⁶ 以上整理自望月由紀，前揭註 69，頁 24-27。

的人，建構再度反省的主體可能性。此即承認之問題。

Butler 主要奠基於對黑格爾的探討，她稱之為「後黑格爾的承認觀點（post-Hegelian account of recognition）」，援用的是黑格爾「主人與奴隸」的辯證。黑格爾主張在主人與奴隸的生死鬥爭的關係之下，經由互相承認而使得自由、自立的自我意識顯現，不過 Butler 注重的不只是不斷重複的互相承認過程，而是藉由承認的過程對「我」產生的變貌、走出自身。與他者相遇並且被承認，引見自己所不知的外在的自己（因初次與他者相遇，面對他者與自身的相似性，發現自己竟然在他處，而陷入「外於自身」的狀態），藉由那個不認識的自己也承認自己而產生歷經自身的變貌。在承認的場景中納入黑格爾所欠缺的「未知」的向度（黑格爾所預設的是相似的自己與他者），看見自己在認知自身與他人中無法穿透的限制，反而使我們更有耐心且更寬容地對待他人。Butler 認為能夠建構主體的並非自己所預想形象被承認，而是他者承認自己所不期望的自己，藉由從屬這樣的「暴力」而創造新的主體，在此便產生了承認與主體化＝從屬化之間的暴力之反論可能性。

如同在主人與奴隸的關係中，雙方為了存在而必須以互相的存在為前提條件，在性虐戀（Sadomasochism）的關係中亦是如此，為了自己的主體化而需要他者的存在，不過在性虐戀當中包含了自己與他者無法區分、主體相互融合的瞬間，互相放棄（自己的）主體性，而將自己「交付」給他人才成立互相的主體性，我們與他者的關係即是一種互相交付給彼此的關係。Butler 認為正是在此有主體化的可能性。在相互依存的主體化過程中，主體藉由從他者交付自己，體認到無法延續自身的脆弱，或體認到我們無可避免地受制於他者。

但是 Butler 並不主張要防止自己被傷害而築起自我保護之牆，因為那不過是故步自封於原本的自我，使我回到原處。反而應該是，儘管無法理解自己，仍舊要向不知自己為何的他者「暴露」出自己，亦不恐懼於被以自己未預想到的名稱呼喚而產生主體的變貌，依舊向他者暴露出自己，此正是藉由承認而達成的主體化。亦即，縱使受到他者的語言所傷害，依舊接受有向新的主體變貌的可能性，藉由徹底地從屬於權力或他者而反身成立的主體，使自我被送到他處。正是因為傷害性的語言非常殘酷，因此並不是要簡單地排除這樣的語言，毋寧是要對抗發話的傷害性而應該成為發話的主體。這樣的暴露性並不會使自己與他者成為同

一、終局的整體，藉由拒絕對身分全稱的主張，因而避免了上述所謂的「倫理的暴力」⁷⁷。

如同承認自身有無法被說明、未知的部分，在承認他者的情形，同樣包含了未知的要素。我們嘗試去詢問或認識他人是誰，卻不要求或期待必須給出一個終局的答案或判斷，實際上反而也是承認了他人能夠存活的空間。Butler 指出在承認的過程中，我們應該避免對他人作出決定性或定義式的判斷，承認有時候反而要求我們懸置這些判斷，才能夠去理解他者⁷⁸。

第三項 小結

承接上一節探討意思自由之問題，本節將重點置於人作為「主體」上，因為主體性在近代倫理學、政治哲學乃至於法學上都是所有理論基礎的前提，因此有必要從根本檢討。首先，主體性的意義包含了合理性、社會性、自主性三面向的內涵，但是仔細思考這三個面向的極限的話，便浮現出主體令人質疑的一面。人終究是眾多外在因素累積而成的，無法在自身找到對合理性、社會性與自主性後設層級的說明，且對於無法探知的行為「原因」，人類傾向捏造出看似合理的「理由」來說明。無論是主體性或是理性的預設，都隱含了傅柯主張 subject 的兩面性——主體化及臣民化，實為暴力壓縮人類幽微難解的複雜之處，使人達到同一化。

我們必須懷疑主體性的預設，使其中的權力作用可視化，如果主體並不是如此自律理性，我們應該如何思考主體？本文接著探討與傳統二元論不同的主體觀，首先舉出與西歐哲學差異甚大的日本哲學代表——西田幾多郎的主體觀。西田幾多郎提出「純粹經驗」的概念，重視任何判斷之前的直接經驗（直觀），是一種主客未分的狀態，其認為人的根本應該在這樣的狀態中尋得。與西田的看法類似的還有榮格及尼采，他們均認為人的大部分應該是在無意識中，意識化的自我則只是其中的一小部分。除西田之外，Judith Butler 的主體觀也值得參考。Butler 借用阿圖塞的理論，同樣認為主體是在被權力「詢喚」（召喚、呼喚）的過

⁷⁷ 望月由紀，前揭註 69，頁 28-32、34；董佳豪，前揭註 70，頁 150-154、157。

⁷⁸ 董佳豪，前揭註 70，頁 150-151。

程中建立，亦即原先並不存在單一個普遍性的主體，而是藉由語言建構而成，在此過程中也意味著主體化＝從屬化。法（律）是事後塑造出主體，使單一的主體產生，這即是一種倫理性暴力。為對抗這種暴力，Butler 在主體與他者的互相承認當中找尋成為新的主體的反抗可能性。

以上本節反思責任「主體」的真面目，本文認為正如 Butler 和傅柯都指出的，無論將單一的主體性或理性硬塞入人當中都是一種國家的暴力，而刑法的責任論建立在這樣的暴力之上，進而對個人施以刑罰的惡害，隱藏重大的問題。因此我們應該藉由不同的主體觀再度思考如何重新理解應負責任的「人」，以及應負的「責任」為何，甚至是回想起歷史上曾經有的集團責任，反思整個社會共同體或非行為人的其他一般人的「責任」。



第三節 本章之結論

本章針對上一章歸納出的本質論式的責任論進行反思，選擇從「自由意思」以及「主體觀」兩方面著手。在自由意思方面，由近來逐漸發展的實證科學研究的成果來看，自由意志／意思受到動搖，連帶地，我們必須重新思考責任所設定的人的自由，果真有那麼自由嗎？實證科學的結果已經使我們了解人類行為的泉源並非意志，而可能是無意識或其他無法捉摸的原因，但人傾向為難以理解的原因找尋一個看似合理的「理由」，意志也是在我們確認了行為之後，事後回溯地創造出意志作為根源。因此，在近代道德觀或刑法的脈絡中，認為基於人是自由的，因此應為自己的行為負責的命題，這個出發點其實有重大的謬誤，實際上並不是自由產生了責任，而是責任要求自由的存在。亦即，基於追究責任的必要，必須向社會宣告行為人是自由的，自由對責任而言並非必要條件，自由反而不外是在因果論發想之下被確立的責任概念，在邏輯上必須要求的**社會性虛構的產物**。

接著，在「主體觀」的方面，試著提出對笛卡兒以來傳統的「主體性」觀點的懷疑，最終認為不受身體與外界的影響而獨立的精神或主體性是不存在的，因為我們難以選擇被遺傳到怎樣的身體性質，也難以選擇自己長大的環境。因此所謂的「我」並沒有同一性，而是不斷地自己同一化而在此時此地產生的現象，這正是主體的真相。主體是社會心理現象，是在社會環境當中大腦不斷反覆虛構生成的過程⁷⁹。

因為這樣的主體性概念的虛構性，本文提出兩個不同於此的主體觀，其一是日本哲學代表人物京都學派的西田幾多郎的觀點，其二則是後現代主義的 Judith Butler。前者以「純粹經驗」的概念為核心，強調主客未分、未加判斷的狀態，與西歐意識性的「自我」對照的話，西田主張的可以說是無意識的「自己」。後者，Judith Butler 認為主體是在受到權力詢喚的過程中出現，因此有如傅柯所言的主體化＝從屬化的特徵，再者，主體之所以成為單一個主體，也是受到「法」事後擬制的結果，此乃一種倫理性的暴力。以上兩種主體觀除了都與近代理性主

⁷⁹ 小坂井敏晶，前揭註 13，頁 21-22。

義不同之外，我們可以稍微探討兩者之間的關係。日本哲學家上田閑照的分析指出，後現代主義與西田都認為存在的性質是「無」，後現代主義以尼采為首，否定一直以來作為人類存在理由的「神」的存在，從尼采的虛無主義到德希達的解構，後現代主義思想的特質可以說是「到達無（無へ）」；西田哲學的結論雖相近於此，但其出發點不同，禪一般的「絕對無」是西田哲學的特徵（本文第五章第一節將進一步詳述），從無的境界來思考整個世界的形構過程，一言以蔽之是「從無（無から）」。⁸⁰西洋後現代哲學是沒有神的現代，消極地朝向無，方向上有自己的思想本身也將解消的可能性。但是我們無法再回到有神的世界，因此，重新關照西田哲學或禪的「無」的觀點是有意義的⁸⁰。基於以上對主體觀的重新理解，本文認為不應固守近代主義下的理性自律主體性概念，藉由解構責任本質中最重要的「責任主體」的部分，企圖重構責任論。

基於以上對責任主體的重新理解，我們可以發現，不斷追求責任本質可能是盲目的，因為所謂的本質可能都只是為了實際究責的需要而虛構出的產物。那麼，既然責任是虛構的，該直接揚棄這個概念嗎？或是我們該如何面對這個問題？

當解消了因果律或是個人責任主體之後，責任的追索將無限發散出去，找不到特定的人作為對象，如此的現象終究是無法承擔起解決一個社會事態的功能，因此本文並不是主張要直接解消責任的概念，反而是，在理解了責任的虛構性，將其真實面貌予以可視化之後，不如繼續在責任這個共同幻想（共同主觀下的客觀，甚至可以說是神話）之下操作這套概念，在重新將責任拼湊回去的過程中，添加新的要素，使其能夠承載更多可能性，而並不是只連結到刑罰的惡害。

基於這個目標，我們可以由觀察到「社會上實際追索責任的流程，其實與本質論責任的時間序列構成是相反的⁸¹」一事，來找尋新的可能性。詳言之，當一件犯罪發生，人們會感到憤怒與恐懼，而必須尋求舒緩此一憤怒與恐懼的方法，於中世紀就是巫術的儀式，於當代則是刑事的制裁，尤其是對行為者「個人」責任的追究。因此由歸責的心理機制而言，責任的追求於心理上不外是對於某種危

⁸⁰ 上田閑照，西田幾多郎とは誰か，東京都：岩波書店，頁 275-276（2002 年）。

⁸¹ 謝煜偉，重新檢視死刑的應報意義，中研院法學期刊，15，頁 185-186（2014 年）。

險的社會事態的憤怒的表露，就此而言，其為一種情緒性的活動（慾求）⁸²。這樣的追索流程呈現為：**犯罪事態→無法收拾的國民感情→追究責任的集體意識→責任的特定化：因果的責任觀之作成**，然而我們不能毫無根據地就散發出這種情緒，因此以「理性」作為根據，就產生了前一章所述的「意思→行為→損害發生→責任追究」的本質論式責任。犯罪的真相是引起逸脫社會規範的憤怒或悲傷的情緒反應，因此被稱呼為犯罪的現象。因此不可能有「沒有犯罪」的社會，不存在惡的社會意味著每個構成員具有完全相同的價值觀、完全相同的行動，就成為了喬治·歐威爾《1984》描寫的極權主義社會。那麼重點在於各個社會構造允許構成員逸脫規範的程度之差異⁸³，塑造出理性的人格也意味著允許逸脫程度的壓縮。換言之，社會上透過刑罰的使用以平穩國民法感情及道德秩序，而根據處罰之需要貼付相對應的責任。因此，這種建構出來的責任與因果律為基礎下的本質論式的責任不同，與處罰為表裡一體的概念，可以說，是因應處罰慾望所生的責任⁸⁴。因此，我們不妨正視現實上責任追索的需求，放棄本質的論述，重新建構一個新的責任，因此對比於本質論式的責任概念，我們可以將此稱為「**建構論式的責任概念**」。下一章即嘗試由此觀點出發重新建構新的責任觀。

※

本章除了上述建構論式的責任概念的引入之外，另外一個重點在於探討「個人」作為責任主體隱含之問題。也就是，本章為何要探討看似飄渺的主體性與個人的概念？本文在此想要導入的是「**責任分擔**」的問題，亦即，本章前述對自我／自己概念的比較與分析（特別是日本哲學的自己）想要表明的是，**該個人作為責任主體的同時，重要的是認識到與該個人有關係的他人也可能有責任一事**。周邊的各個因素是透過那個個人而做成對社會有害的某個行為。可以認為包含了「使得這個人到達了做出犯罪行為的一天」的各種關係的他人（也包含該個人自己的意思決定），都應該負起一個大的責任。當然，在此所指的責任不限於法律責任，而是更一般性的責任，如果能如此重新理解責任的話，將這麼大的責任都歸給理性主體的個人承擔的話，我們看不到（不去看）背後的其他因素，這個人

⁸² 李茂生，前揭註 51，頁 82。

⁸³ 小坂井敏晶，前揭註 13，頁 166-167。

⁸⁴ 謝煜偉，前揭註 81，頁 186。

將越來越成為絕緣狀態而變得看不清原本的自己。想要找出某人做出某行為的原因，究竟單單是因為那個人活到了今天？還是他的家庭環境或性格？或是行為時的情感？或是其他.....？無法弄清楚這些當中哪一個才是決定性的行為原因時將使眾人感到焦慮與恐懼，但是，只以該人「獨立的意思」作為原因，將使我們產生「從意思到行為的因果關係是很明確的」這樣的錯覺，原因的探尋在此就終止了。責任（原因）的追及如果停止在個人的意思，而不往前繼續回溯的話，責任的所在之處就很簡單明瞭，因為無須考慮該個人的生活史、性向、來自他人的影響、甚至包含了純粹經驗（≠無意識）狀態的自己等等，只將責任歸到該個人的「意思決定」即可。但是，這樣的想法，不過是假裝弄清了責任的所在而使其他人、社會、情況變得無需負責的便宜之計。將巨大的責任歸到個人身上此種現代的構圖，或許結果將產生「無責任」的社會⁸⁵。

但社會乃至於國家果真無須負起責任？犯罪學研究對犯罪原因的解明已經有大量的成果，若粗略地分為生物性的因素與社會性的因素，本應由社會來承擔的社會性病理卻是犯罪者個人來承擔責任，這樣的犯罪論不免令人產生違和感。在加害人成為加害人以前的人生中，可能是作為一個（社會上的）受害者一路活過來的，我們卻不去注視那個幽暗的過程，不去注視原本的問題所在，而只在個人責任的框架下將聚光燈打在最後鑄下大錯的一瞬間，這樣或許是把自己的滿足（處罰慾望）建立在他人的苦痛上，也是在逃避我們自己作為社會的一員也應該有的一份責任。

本章第二個欲導出的重點就是是否有將個人的責任分擔出去的可能性，並且在建構論式的責任論當中考慮這個重要的因素。因此下一章將進一步深入論述責任分擔的基礎，並且以西田幾多郎「場所邏輯」作為論據。

⁸⁵ 長谷川みゆき，前掲註 32，頁 61-62。

第五章 重新建構責任觀



延續本文第四章對本質論責任觀的反思，藉著打破本質論的討論，提出建構論責任的可能性。以下本章即奠基在前一章對責任真實樣貌的理解和對人類主體的想像，試圖重新建構責任觀。

本章主要有三個部分，同時也是本文重構所需的三個素材。首先（第一節）是延續第四章西田幾多郎的哲學觀點，提出以其「場所邏輯」作為責任建構的**哲學基礎**；其次（第二節）則是前述第三章實質的責任概念最後一部分尚未說明的「可罰的責任論」，說明其內容以作為重新建構責任觀的**理論架構**；第三部分（第三節）則提出日本學者吉岡一男教授的「犯罪事後處理機能論」，如此來理解刑罰的目的，以充實、發展建構責任觀的**理論內涵**。最後於本章結論（第四節）試圖統整以上三部分，提出有別於傳統的本質論責任觀，重新建構的現代的責任觀點。

第一節 西田哲學「場所」對責任論的啟發

本文在上一章反思主體性時提出西田幾多郎特殊的主體觀，其以純粹經驗的概念表達主客未分的直接經驗，背後的目的包含了對笛卡兒心物二元論的檢討。純粹經驗顯示出的是關於人的自我形成於日本哲學上與西歐有所不同。以下將再進一步深入探討西田於純粹經驗之後進一步將其思想體系化的成果——**場所邏輯**，並探討場所邏輯對本文責任論的思考有何助益。

必須先說明的是，西田的著作集結起來的全集超過二十卷，全部可以說具有連貫性，而沒有所謂的代表作，因此要以一兩部作品就了解西田哲學是相當困難的。能夠表現西田中心思想的概念有很多，如純粹經驗、自覺、場所、絕對無、辯證法的全般者（一般者）、行為的直觀、歷史的身體、絕對矛盾的自我同一、逆對應等等，隨著西田思想的發展也有所變遷。不過西田一直把握著同一個問題，其思考都是圍繞在詢問這個問題之上，其說道：「從《善之研究》以來，我的目的就是由最徹底、最根本的立場來見物、思考物。把握一切都是由那裡來也

往那裡去的立場。¹」因此，西田這樣的意圖可以用「場所」來表達，在場所之前的「純粹經驗」、「自覺」以場所來體系化，納入場所的意義中，而場所之後的思索也是奠基於場所而再加以闡釋或轉化，也是圍繞著場所來做進一步思考的²。基於此，本文基於主題及篇幅（以及筆者能力）的限制，僅能就（部分的）場所邏輯做若干探討，無法全盤掌握西田哲學的全貌，核先敘明。

第一項 「場所」之意義

第一款 場所邏輯概說

場所是西田哲學中重要的里程碑，也是西田哲學中最具原創性的概念。場所論的目是把焦點放在邏輯的根據上，以彌補純粹經驗遭致的心理主義和唯我論的批判³。對於西田場所的基本思想，可以從〈場所〉（1926）論文中的一句話來了解。西田說：「有必須內存於某處，否則有與無將無從區別。」（有るものは何かに於いてなければならぬ、然らざれば有るといふことと無いといふことの区別ができないのである。⁴）這樣來看的話，任何的「有」或「存有者」都是一種內存有物。只要是存有者，它都內存於一個場所之中，具有內存於某場所的性質，這是「有」之為「有」的意義。同樣地，先前的場所作為一個特定的存有物也是內存有物，內存於一個更具包攝性的場所當中。沿著能包攝與所包攝的關係，西田區分開「場所」與「內存有者」，而最終的能包攝而不被包攝的場所，必須是一種「無」。如果沿著這個基本的思考來看的話，最終極的實在應該就是最終極的能包攝。西田透過這樣的包攝關係來理解我們的「認識」⁵，因此場所邏輯可以說是認識論的探討。

¹ 西田幾多郎，西田幾多郎全集〈第8卷〉哲學論文集第二・哲學論文集第三，新版，東京都：岩波書局，頁255（2003年）；嶺秀樹，西田の「場所の論理」の基本構造，人文論究，60（2），頁4（2010年）。

² 嶺秀樹，前揭註1，頁4。

³ 張政遠，西田幾多郎：跨文化視野下的日本哲學，臺北市：國立臺灣大學出版中心，頁82、84（2017年）。

⁴ 西田幾多郎，前揭註1，頁415（2003年）。

⁵ 黃文宏，西田幾多郎場所邏輯的內在轉向，政治大學哲學學報，23，頁9（2010年）。

西田的基本想法在於任何的存在（個物）都不是定性的存在，而是先在於任何存有者（例如：對象、內容與活動），必須先行地存在一個讓存有者得以存有、讓關係得以成立的東西，在這裡，西田借用柏拉圖〈蒂邁歐斯篇〉（*Timaios*）中的語詞，稱之為「場所」（*chora*, *Khôra*, *χώρα*）。場所可解為「空間」或「理型的受容者」，柏拉圖本人則曾把場所比喻為「金」，指出金雖然沒有型態，但是卻可以被塑造為任何的形狀。此意義的場所後來被解釋為亞里斯多德所謂的「質料」（*material*），有別於「形式」（*form*）。然而，西田認為柏拉圖的場所仍然是一種「有」，而真正的場所卻是「無」。亦即，柏拉圖的場所是「存在者」（有）在「場所」（有）之中，因此是「有在有之內」；西田的「場所」（無）則包含了一切的存在者（有），因此是「有在無之內」。再者，**絕對無**是西田哲學中很重要的一個概念，西田所謂的「無」並非任何實體，而且是絕對不能被限定的「無」；但它卻不是指相對於「有」的「相對無」，而是**無限、開放、包攝一切的「絕對無」**。必須注意的是，西田並非試圖以「無的邏輯」去取代或瓦解「有的邏輯」。因為形式邏輯在涉及「有」的邏輯範圍內仍保持其有效性，但要把握「無」，便必須從「場所的邏輯」著手。「無」不是與「有」相反的「非有」，而是作為「有」與「非有」的根據。西田的「無」的立場已超出傳統意義的「存在論／存有論」（*ontology*），而是一個有關無的「存無論／無論」（*Meontology*）⁶。

場所包攝了主觀與客觀，並讓主觀與客觀得以產生、關係得以建立。換言之，作為終極實在的場所必須包含自我差異化的原理，在自身之中產生主詞與述詞，並將主詞與述詞連結。西田在論文中明確指出，場所論的主旨是針對所謂「主詞邏輯」並發展出一套「述詞邏輯」。場所在這個意義下是對作為終極實在的具體的全般者⁷的一個說明，場所邏輯則是試圖透過合理的邏輯的方式對終極實在建立一門認識論，在此也反省了亞里斯多德的邏輯與康德的邏輯。

從判斷的邏輯關係來看，場所的基本意義是一種述詞，以「能為述詞而不為主詞」的意識來包攝個物，這是西田述詞邏輯的主要思路。西田的想法，從**邏輯的形式**上看，是由述詞到**超越性的述詞面**（*transcendental predicate*）；從**存有論**來

⁶ 張政遠，前揭註3，頁88-90。

⁷ 西田的哲學由純粹經驗出發，可以區分為四個發展階段：全般者（日文原文為「一般者」）的自我限定→自覺→場所→辯證法的全般者。詳參：張政遠，前揭註3，頁52。

看，是由「被意識的意識」到「能意識的意識」。換言之，真正的認識論的論題必須是「能意識的意識」，「能意識的意識可以說就是絕對無的場所」。這樣的思考方式，用西田自己的話來說，是「從自我來看世界」（自己から世界を見る）的立場。但是，這裡所謂的「自我」並不是通常的自我，而是捨去自我之後所獲得的「真正自我」。前期西田所謂往「場所」的推移，所指的仍然是深入自我或意識的底層。在〈場所〉論文中，西田由判斷的主觀到意志的自覺，最終到純粹自我直觀自身的無的場所，這是沿著自覺方向的深入，是典型的內向之路⁸。

第二款 述詞邏輯

如上所述，西田的場所參考了柏拉圖及亞里斯多德對主詞（主語，subject = S）及述詞（謂詞，predicate = P）的看法，發展出場所的邏輯。且場所邏輯並非「不可能成為述詞的主詞」，也就是存有論上的基體（hypokeimenon），而是「不可能成為主詞的述詞」。基體（hypokeimenon）是被動動詞 hypokeisthai 「被置於……之下」的現在分詞中性形，意指「被置於……之下的（東西或事情）」。⁹對亞里斯多德來說，任意的某一個別的人或者某一匹個別的馬，都是可以置於其他的存在之下的，如我們說「小明是人」、「眼前的這匹馬是白馬」，小明和眼前的這匹馬被置於人和白馬的存在之下。我們透過語言來說明某個事物時，在語言發出之前，那個事物就以某種形式被設定了，這樣的東西即是所謂的基體。相對於柏拉圖認為在個物之外存在的「理型」（idea）才是實在，亞里斯多德認為基體才是實在的。亞里斯多德的這種有關基體的哲學思惟，和他的形式邏輯，都植根於印歐語系「S is P」的主述句當中。用西田的話來說，基體是「永遠只能當判斷的主詞，不能當作述詞的東西」⁹。

⁸ 黃文宏，前揭註 5，頁 10、18。

⁹ 陳一標、吳翠華，從絕對無到空的哲學——從京都學派內部思想談西谷啟治《宗教是什麼》的成立脈絡與立場，臺大佛學研究，19，頁 146（2010 年）。

亦即，一般而言，描述「S 是 P」（小明是人）通常可以被解釋為 P 範疇或性質內包含了 S 這個個物，即「S 包含在 P 之內」（小明包含在人類之中），是一種包攝關係，如下圖 I 所示。

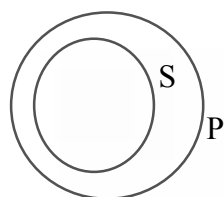


圖 I

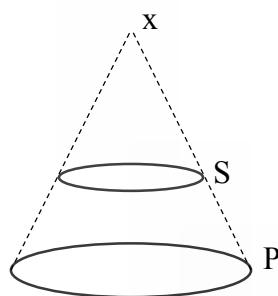


圖 II

西田強調「認知首先必須包含在內」的包攝判斷之構造。而傳統邏輯學涉及的是範疇論問題——即什麼是「基體」，既然基體就是「不可成為述詞的主詞」，因此由上圖 II 來看就是圓錐體的頂點（x）。亞里斯多德在《範疇論》

（*Categories*）論基體的時候，只把注意力集中在不可成為述詞的主詞方面，而忽略了述詞的真正價值。我們可以說，西田所追求的並不是「基體」（＝不能作為述詞的主詞＝超越性的主詞），而是「場所」（＝不能作為主詞的述詞＝超越性的述詞面），即下圖 III 及圖 IV¹⁰的 y，那麼前述的「S 包含在 P 之內」經由場所的思考之後修正為「『述詞面 y』『包含』了『成為主詞的 S』」。

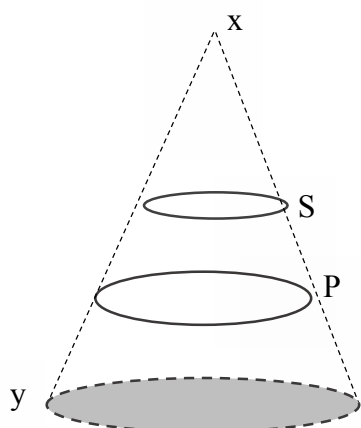


圖 III

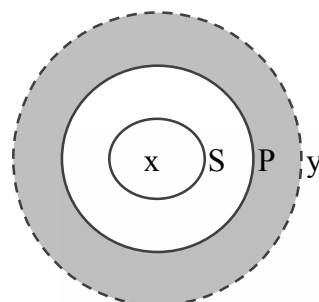


圖 IV

¹⁰ 圖 I、圖 II、圖 III、圖 IV 參考張政遠，前揭註 3，頁 86-87。



也就是，有別於亞里斯多德，西田認為邏輯不是關於不可成為述詞的主詞（點， x ），而是指向一個不可成為主詞的超越性述詞（面，即 y ），這個述詞面也就是絕對無的場所¹¹。

第二項 場所對責任論的啟發

由以上可知，西田的場所邏輯不僅是認識論，也可以轉化為存在論的思考，那麼以這樣的嶄新視野或許可以作為本文欲重新建構的責任論之哲學根基。以下先聚焦在西田哲學中與責任論較有實質關連的幾個論述，再嘗試依此衍伸場所邏輯以作為重構責任論之基礎。

本文前一章反思的人類理性主體形象，此形象其中一個特徵即人類是獨立於他人、不受他人影響的自律存在，因此我們可以從個人與環境、個人與其他個人（他者）的關係出發，探討這些關係的面貌為何以及如何依據這樣的理解重新建構責任論。那麼西田哲學中與責任論有關的部分也可以從這兩個方向著手。以下首先探討場所邏輯與「環境」之間的關係，藉以了解場所邏輯對我們現在一般認知的環境有怎樣的影響，其次探討西田對「我」與「他者」關係的論述，延續上一章的主體觀，再度描述其關於人的自我之建構。

第一款 「場所」與「環境」的關係構造

作為一種述詞邏輯，場所被理解為「述詞的全般者」，終極的述詞就是「成為述詞不成為主詞的述詞面」（超越的述詞面），這些所有述詞的述詞被規定為「無的場所」。因此「無的場所」無法被置換為其他場所，換言之不會有其他述詞作為述詞，因此可以說是終極的場所。這個「無的場所」是由古典邏輯的包攝關係所導出，是純粹邏輯上的概念，並無任何實體性的意義。相對於場所作為人類的認識成立的終極場域（ $\Rightarrow$ 抽象樣態），「**環境**」被理解為人類存立場域（ $\Rightarrow$ 具體樣態）。當作為述詞的全般者的邏輯、形式的「場所」概念有成立「自己形成」場域的功能時，可以認為「場所」實體化而變成為「環境」。場所是人類的認識成立的「無的場所」的話，環境可以說是人類存立的「有的場所」。不過必

¹¹ 以上整理自：張政遠，前揭註 3，頁 84-88。

須注意的是，在此的「環境」的意義，與 1970 年代成立的环境倫理學或環境哲學，以及現在成為廣泛的社會問題的环境問題的「環境」並非完全一致的概念，但也並非完全不相干的概念。亦即所謂「環境」，如果在現代的环境問題的脈絡中是捕捉到其「特殊樣態」的話，就可以將西田的「環境」概念理解為其「普遍樣態」¹²。

西田曾說「如同『有』內存於某處的想法，也會認為物在環境中。」亦即一般存有者內存於場所中，因此存有者如果有「物」的具體樣態的話，就會有作為場所具體樣態的「環境」。再者個物與「環境」的關係是非理性的互相依存關係。於是，「思考環境限定個物，個物限定環境這樣的辯證法過程，在場所的限定意義中思考偶然、無數的個物」，在此場所論中的「場所的限定」以環境當中「環境限定個物，個物限定環境」的具體形式出現。因為場所會限定場所自身，因此環境作為其特殊樣態，環境也會限定環境自身¹³。

以上是環境與場所論銜接有關的檢討，西田接著在 1937 年〈種的生成發展之問題〉（種の生成発展の問題）和 1939 年〈絕對矛盾的自我同一〉（絶対矛盾的自己同一）當中，探討環境本身以及與「主體」的關係之中，更積極進行本質性的論述。首先，主體是「內存之物」（於てあるもの），環境則是「內存場所」（於てある場所），**主體與環境互相限定而構成世界**。進一步言之，環境是「作成物」（作るもの），主體是在這之下的「被作成物」（作られたもの），在這兩者之間，前者作成後者的同時，後者作成前者，亦即是逐漸改變的相互依存關係。兩者的關係可以替換為世界與物種的關係，或是更具體的生物生命當中有關食物攝取的消費與生產的關係。作成物與被作成物的關係也表現在「主體限定環境，環境限定主體」的互相限定關係上，如果去看具體地「限定個性的自己自身」的場所的話，可以解釋為「**歷史的世界**」。在社會上，「歷史的世界」是在「人類的世界」當中，在生物世界的「進化」過程中形成的。歷史的世界當中「主體與環境互相限定」是「**一與多的否定性相互限定**」，或是「**一與多的矛盾的自我同一**」，在此情形的「環境」的意義，可以認為指的是「物種或是個體被否定，生

¹² 竹内昭，西田哲学における「場所」と「環境」の關係構造，法政大学教養部紀要（123），頁 2（2003 年）。

¹³ 竹内昭，前掲註 12，頁 10-13。

命被否定」的場所，在此意義下並非「物質的世界」或「生物的世界」，而是歷史的世界的第三種最終樣態——「人類的世界」¹⁴。

其次，在〈絕對矛盾的自我同一〉論文當中則導入了新概念「絕對矛盾的自我同一的世界」，來討論相互否定的關係。「絕對矛盾的自我同一」是後期西田哲學的根本概念之一，大致上可以粗略地理解為「人類的世界」，亦即作為「歷史的世界」的其他表現用法。絕對矛盾的自我同一是西田場所邏輯的最終形式，因此這個邏輯就是我們所在的世界的邏輯，也就是說，我們的所有的經驗領域都參與了絕對矛盾的自我同一，我們所有的世界，包括物理、生物、表現、歷史、宗教的世界等，都內存於辯證法性全般者的世界當中，並在不同層次上分受了絕對矛盾的自我同一的邏輯。換句話說，西田認為我們所在的世界具有許多不同的層次，世界並不是平行的，而是有深淺之別，在這些不同的世界當中所遭遇到的矛盾衝突也有程度上的不同，原則上來說，世界越深個體遭遇到的矛盾衝突越大¹⁵。既然世界都有絕對矛盾的自我同一性，那麼世界中主體與環境的關係也是互相對立，互相自我肯定而形成對方的關係。現在當中這樣的主體與環境的關係，使得過去到未來有進行的可能，依此形成歷史的世界¹⁶。以下即再度使用圓錐體構造圖來說明「場所—環境」的構造（圖 V¹⁷）。

¹⁴ 以上整理自竹內昭，前揭註 12，頁 15-18。

¹⁵ 黃文宏，論西田幾多郎「絕對矛盾的自我同一」的邏輯構造，政治大學哲學學報，33，頁 43（2015 年）。對西田而言，最深層的世界是「宗教的世界」，深層的世界滲透入淺層的世界並為其根源，在此意義上，「宗教」最能夠顯示出人類經驗的全般特性，也最能夠顯示出相對者與絕對者之間的絕對矛盾性。不過本文主題與宗教的關連較遠，因此將不會討論到西田哲學當中最深層的宗教問題。

¹⁶ 竹內昭，前揭註 12，頁 18-19。

¹⁷ 來自竹內昭，前揭註 12，頁 25。

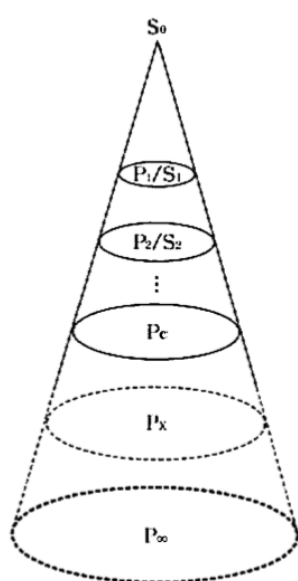


圖 V

圖 V 是將「場所」與「環境」兩個分別的圓錐體圖結合、套疊而成的場所—環境構造。 S_0 在場所的構造中為基體（前述圖 II~IV 的 x ），在環境的構造中則是「生物的個體」； S_1 、 S_2 ...在場所中是一般主詞， P_1 、 P_2 ...則是一般述詞，在環境當中 S_1 、 S_2 ...則是特殊（種）存有物， P_1 、 P_2 ...則是普遍（類）的存有物； P_c 在場所當中指基本述語，在環境當中則是最普遍者（最高種類概念）；在原本場所與環境分別的兩個構造中，環境的最底層為 P_x 即環境，場所的最底層為 P_∞ 即場所（本文前述圖 III、IV 的 y ）。那麼將環境與場所的構造整合之後產生的上圖 V，可以清楚地看出「環境」和「場所」的構造，亦即，「場所」的終極或本質是人類認識成立的「無的場所」，「環境」則是人類作為身體存立的「有的場所」。由這個透視圖可以看出，人類作為行為主體是精神的（Noesis＝能思），所在之處為「場所」；人類作為客體存在或是生物個體則是身體的（Noema＝所思），所在之處為「環境」，結合人類精神和身體的媒介則是產生終極功能的最高次元「場所」，即「絕對無的場所」。西田借用現象學的名詞 Noesis/Noema 來嘗試克服人的身心二元論，在終極的場所中，主客合一，有「自己內存於自己看見自己」的功能¹⁸。

¹⁸ 竹內昭，前揭註 12，頁 23-26。



第二款 他者論

西田一篇名為〈我與你〉(私と汝)(1932)的論文，主旨在解釋「我」(自己)與「你」(他者)的種種關係，尤其是「我」與「你」的根源關係。

西田的哲學一直有想要克服唯我論(獨我論)的目標。眾所周知，傳統哲學設定了各種二分法的立場，如主體與客體、形式與質料、個體與普遍、意識作用與意識對象、自己與他者等等，笛卡兒以來的現代哲學無可避免地陷入唯我論的難題之中，西田哲學的根本立場正是批判二元論，並嘗試以自己的方法克服唯我論。

克服唯我論也是現象學的其中一個課題，因此可以稍微地比較西田與胡塞爾(Edmund Husserl, 1859-1938)的現象學之間的異同。西田與胡塞爾的共同關懷正是證明**他者**的存在。他們都反對傳統的類推說(Analogie)，因為經過類推的他者往往是自己的幻想，然而他們的方法不盡相同。胡塞爾在《笛卡兒的沈思》(*Cartesian Meditations*)(1931)中論及「他者經驗」及「相互主體性」等概念，矛頭便是指向唯我論的主體。但胡塞爾仍設定了超越論主體(transzendente Ego)，只是沒有以超越論主體去「類推」他者，而是透過超越論主體之間的「對偶」(Paarung)及「附現」(Appräsentation)去釋明自己與他者的相互主體性，從而解決唯我論的問題。胡塞爾強調，自我與他者絕非沒有窗的單子(Monad)，而是通過各自的「相互主體性」(Intersubjektivität)去互相溝通及接觸。

相對於此，西田指出超越論主體最終仍會陷入唯我論的危機。西田反對胡塞爾及謝勒(Max Scheler, 1874-1928)等現象學家的「移情說」(Einfühlungstheorie)，因為他們仍然要預設超越論主體性去解決唯我論之問題。西田的方法並不是先設定一個本源的超越論主體，然後再論證主體與主體間的關係。西田強調，自我不應向外尋找他者，而是必須回到自我的根底之中去結合他者。他指出：

我與你是絕對異他的存在者，沒有一般的存在者能夠包攝我和你。但我要透過認出你才能成為我，你亦要透過認出我才能成為你。在我的根底有你，在你的根底有我。我通過我的根底來結合你，你亦通過你的根底來結合我。

我和你是絕對異他的存在者，因此要從內結合¹⁹。

但是，我如何能夠在我之中尋找到你？西田的方法是借用其場所論——最根源的我與你關係，正是建立在我與你的共同場所，亦即絕對無的場所。根底（Grund）的本源意思，正是「在下面的（hypo-）基礎」，亦即所謂「基體」。基體正是人格（persona）的其中一個重要概念。西田的「我與你」哲學是一種他者論，是有別於「類推說」與「移情說」的第三種立場²⁰。「我」與「你」的關係並非閉鎖的兩者關係，依據西田的看法，環境的場所限定也會限定無數的個物，「我」與「你」在同樣的環境生存，擁有「內存於」同一個全般者的意義。但是，個物並非只被環境限定，另一方面，「個物也限定環境，使我們變為歷史性的我們的社會」。亦即，「作為社會、歷史的限定極限的我們個人自我，反而有限定歷史、改造社會的創造性意義」。因此，在個物與環境互相現定的思考之下「我」與「你」的關係有以下的特點。首先，與他者的互相應答關係，應該理解為認識他者的同時認識自己。亦即，「我透過你應答我而認識你，你透過我應答你而認識我」，也可以說是「沒有你的應答我無法認識我自身，沒有我的應答你也無法認識你自身」。其次，與此密切相關的是，對於獲得自己同一性而言他者的人格認知是不可或缺的，並展開與他者的互相限定觀點。例如西田曾說：「我透過認識你的人格而是我，你透過認識我的人格而是你。我與你是絕對非連續的，我限定你，你限定我。」最終，西田的「你」（汝），應理解為在歷史的世界中，與「我」面對並互相限定的他者這樣的多義性概念，包含異文化的他者或人類以外的他者，是有關人類形成多樣的他者以作為「你」而存立²¹。

另外，本文上一章說明的純粹經驗的提出也是西田解決唯我論的方法之一，純粹經驗作為超個人的物，沒有主客之分，因此超個人的經驗先於個人的我，那麼唯我論就不會成立²²。

¹⁹ 西田幾多郎，西田幾多郎全集〈第6卷〉哲学の根本問題(正・続)，新版，東京都：岩波書局，頁381（2003年）。

²⁰ 張政遠，前揭註3，頁91-94。

²¹ 櫻井敏，歴史の世界における「汝」：西田哲学にみる他者との応答関係と人間形成，日本教育学会大會研究発表要項，63，頁94-95（2004年）。

²² 張政遠，前揭註3，頁99。



第三款 重新理解人、他者、環境、責任

第一目 絕對矛盾的自我同一

整合以上環境與人的自我和他者的關係，再加上前述的場所邏輯為最根本的基礎，可以對責任論提供怎樣的思索面向？對此，本文認為前述「絕對矛盾的自我同一」的邏輯構造具有高度的參考價值。「絕對矛盾的自我同一」是西田的場所哲學經過內在轉向後的後期發展，西田的場所由「述詞」轉向強調「**媒詞**」（連詞）的必要性，這個轉向的關鍵在具體全般者所內含的矛盾自我同一²³。後期的西田企圖說明動態現實世界的邏輯結構，西田的關心由前期的「意識」、「認識」與「直觀」轉向到「歷史現實世界」、「行為」與「製作」²⁴。因此西田後期的思想可以說更有與責任論契合的可能性。

所謂「絕對矛盾的自我同一」是**媒介**兩個個物之間的關係，它也媒介著多數的「一」與「多」的關係。西田在思考一與多的關係時，原則上與討論兩個個物之間關係是一樣的。只是在這個意義下的「一」是統合著多的一，而「多」則是構成一的多。任何內存於辯證法性全般者當中的個物，都在「多即一」、「一即多」的關係當中，這是辯證法性全般者的普遍邏輯形式。在此我們可以看到，對於「絕對矛盾的自我同一」的邏輯，西田在表達上時常用「即」這個詞語來連結對立的兩端。在此，一方的自我限定包含著另一方的自我限定。此的成立必須包含彼的成立，而彼的成立必須包含此的成立，此與彼一方面是自我限定自身的獨立存在，但是另一方面又互為構成項，擁有互相依存的關係。兩者相互肯定也相互依存，但由於此與彼是相互對立與相互否定的，因而此之為此包含著自我否定，同樣地，彼之於彼亦包含自我否定。而就個物本身而言，真正的自我肯定來自於自我否定，自我否定即自我肯定；同樣地，真正的自我否定也不是單純地消滅自我，而是一種真正的自我肯定，自我肯定即自我否定。總之，存在著兩個對立的個物的同時的「相互肯定」即「相互否定」的關係。

用邏輯的方法來表示這種關係的話，以兩個個物 A 和 B 為例，首先，西田的基本想法在於任何的存在（個物）都不是定性的存在，**個物與個物間各自獨立而**

²³ 本文無法詳述場所邏輯的內在轉向之內容，關於此可參考：黃文宏，前揭註 5。

²⁴ 黃文宏，前揭註 5，頁 21。

互相否定，相互依存而互相肯定。由於個物與個物之間沒有固定的界限以絕對地區隔開兩者，西田因而認為任何個物 A 的成立，都必須包含著所有非 A，所有的非 A 必須進入 A 之中，讓 A 得以成其為 A。而當所有的非 A 進入 A 之中，促成 A 的成立時，A 成為自我限定自身的獨一無二的存在。這在西田的用詞中以「個物的自我限定」或「個物的限定」來表示。個物 A 的成立有賴於一切的非 A 為其成立的條件。對此，西田曾舉過一個例子：

要主張一物作動於他物，並且現實的層面上產生某種事件的話，在任何時候都必須包含著與全體的關係。要說藉由火接近於火藥而火藥爆發的話，所有周遭的事情都必須容許這件事〔的發生〕。在這個意義之下，**一個事件要能夠生起，它可以說是處於與全世界的關係當中**²⁵。

亦即，「火藥爆發」這個個別事件或個物的產生，必須以全世界其他所有的個物為其助緣或條件。當 A 成立的時候，A 為主（因）而所有的非 A 為從（緣），這個時候 A 成為獨一無二的存在，是徹底地自我限定自身者。然而個物不是只有一，個物是多。同樣地，另一個物 B 為主因成立的時候，需要所有非 B 的支持，獨一無二的 A 在這裡是 B 的支持者；同樣地在 A 成立的時候，獨一無二的 B 也是 A 的支持者。獨一無二的 A 與獨一無二的 B 相互對立又互為成立條件。除了相互支持之外，西田在此肯定個物具有獨特的個性，任何的個物（A, B, C.....）都是獨一無二的個物，皆是在相互限定中自我限定自身。如此一來，A 與一切非 A 相互對立，又與一切非 A 互為成立的條件²⁶。

第二目 場所邏輯對責任論的檢討

以上即為「西田絕對矛盾的自我同一」的邏輯，再連結到前述的環境與自他關係，本文嘗試重新理解責任論當中行為人個人、他人（犯罪被害人及其他一般人）、環境之間的關係。其中的「環境」放到責任論的脈絡中來看的話，或許可以理解為我們人所處的「社會」，因為，如果環境是支撐人作為生物性存在的基礎的話，社會則是支撐個人作為社會性存在的基盤。如同環境與場所的關係，社會也是內存於無限廣闊、開放的「（絕對無的）場所」之中，人作為「個物」，與

²⁵ 西田幾多郎，前揭註 4，頁 368。

²⁶ 黃文宏，前揭註 15，頁 57-59。

其他人（他者）同樣內存於同一個場所之中，如下圖 VI 所示（當然，西田的整個哲學的理論層次構造並非如此簡略，仍有「意識之野」和「睿智的世界」等層次本文未處理到）。人與人之間的關係是相互肯定與相互否定，在互相肯定同時互相肯定的過程之中，依存於對方而生存同時又獨立存在，也就是說處於「絕對矛盾的自我同一」的關係中。那麼，當一個犯罪事態發生，我們現在本質論的責任觀會認為是因為某個人做了某個行為所引起，但從西田的看法而言，世界的所有個物皆是其條件，因為除了該個人之外的所有其他個物都作為構成該個人的成立條件，所有無數的個物又都內存於「場所」之中。因此，**按照西田的邏輯架構，因果論的責任就難以成立，反而會因為所有個物都作為其條件（原因）而所有個物都必須負責，找不出單一個別應負全部責任的個物（人）。**

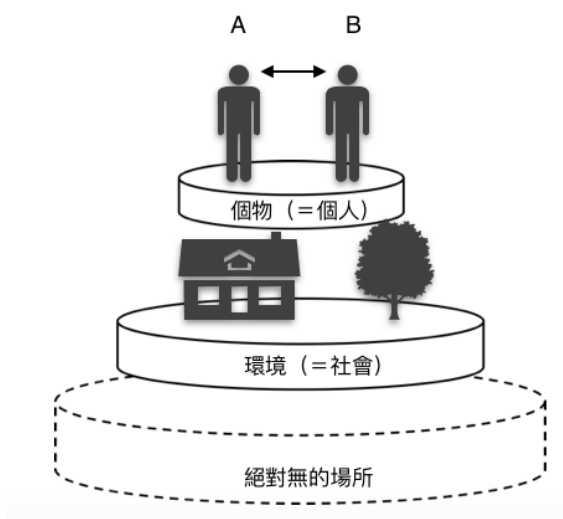


圖 VI

回到本文上一章探討的主體觀，西田所認為的人的根源在主客未分的純粹經驗的意識狀態，那麼人的行為根據也在這樣的意識狀態之中，與刑法所預設的具有獨立性、能自律為行為決定的主體不同。既然人的根源在於這樣的「直覺」或「直觀」（或又稱為「真我」）當中，那麼這樣的人的自我早已脫離自身，而與世界同一，既然是與世界同一，甚至說就是世界本身的話，我們也無法特定出具體的「一個人」的行為而使其責任。再者，在非任何實體的歷史的世界＝絕對無的世界，沒有任何「有」的性質，而只有「無」，那麼也找尋不到人的理性根源，因為理性應該是「有」而非「無」，因此僅能作為個物而無法成為根源的場所，因此也與本文主張不應預設人具有理性的看法得以互相契合。

基此以上的檢討，本文認為西田的場所邏輯能夠提供給責任論的重要啟示有

兩個，且正好是一正面一負面的一體兩面問題。**第一，找尋出單一行為人個人負起全部責任一事是缺乏說服力的**，原因在於，既然無數的個人（A, B.....）及社會都內存於場所當中，是在彼此的自我肯定即自我否定的關係之下（圖 VI 中的↔以及下圖 VII 中的眾多→），作為彼此的條件才得以存立，而不是行為人單一的自由意思、一個理性的行為決定就造成了整個事態，那麼在違法性的判斷上，就一個社會事態（犯罪）僅圈選出其中一部分（即犯罪行為）給予否定的評價，以及在責任上僅要求單一個人負責，且所謂負責的內容是遭受刑罰的惡害，就隱含了選擇一個象徵性對象（替罪羊）施以處罰，其他人則無任何（法律或其他）責任的表述，如此一來就隱藏了「他人（行為人=A）負責，我們（其他人=B、C、D...及社會）得利」的構造²⁷。

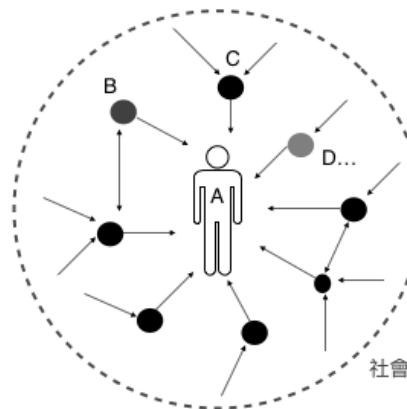


圖 VII

上圖 VII 表達的是個人 A 是由其他眾多的 B、C、D 等因素（可能是個人或團體或事件等）影響下產生，且 B、C、D 等因素之間也可能有互相的關係，且整體存在於社會（及更外層的場所）當中，亦會受到社會的影響，圖中的箭號→僅是舉出其中一些方向，實際上可能存在無限多的箭號→（因此圖 VI 和圖 VII 中的 A 和 B 可以理解為相同，僅是以不同的圖示來表達）。然而本文於此**並不是要主張 A 這個單一個人就無須負責**，因為，法律的責任尤其是刑事責任的認定不可能無限擴散至影響 A 的所有因素 B、C、D.....之上，我們依舊必須找尋單一的個人作為責任追究的停損點，也就是 A。但是，縱使維持這個個人責任主義的架構，仍舊必須意識到背後仍舊隱藏了許多因素存在，或許我們無法使 B、C、D

²⁷ 李茂生，近代刑法中個人責任主義的反思，收於：國立台灣大學法學叢書編輯委員會編，權力、主體與刑事法——法邊緣的論述，頁 69（1998 年）。

等人負起同樣的法律責任，仍舊可能有負起其他責任（如倫理責任），或是使這樣的關係反饋回 A 的責任，影響 A 的法律責任的可能性。

第二，西田場所邏輯所提示出的人與人的關係，乃至於與社會的關係，從反向思考的話，或許包含對「對行為人個人施加刑罰的同時是對其他人產生規訓作用」的警示。因為在西田的想法中，個物（個人）與個物（個人）先存立於「有的場所」——即環境，在責任論則衍伸為社會——當中，接著包含人與社會都內存於「絕對無的場所」中，則在彼此的作動（働く）當中，規訓的作用也會在作為超越性的述詞的場所當中作動，內化到 B 及整體社會當中。如此一來，對行為人個人施以刑罰，不僅是要求該個人產生或恢復其規範意識，藉著行為人 A 與他者 B 的相互肯定與否定的關係，會對他者也產生遵法意識的要求。更甚者，藉由刑法上因果關係的操作，甚至可能直接擴張處罰而將 B 及社會其他人（C, D.....）直接納入處罰（成為 A），亦即，為了擴大第三階的責任而自第一階的構成要件的因果關係就做擴張的解釋，使責任範圍跟著擴大，如下圖 VIII 所示，將 B、C 與 A 一起圈選來作為負刑事責任的範圍。

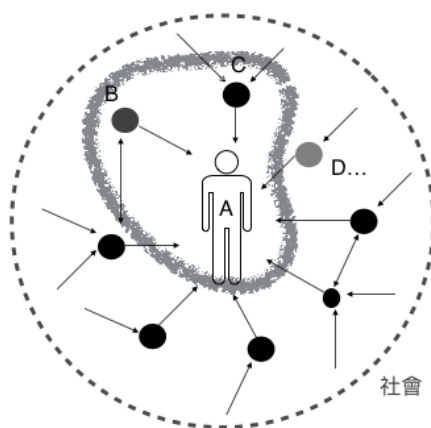


圖 VIII

雖然此一負面的警示並非嚴格意義下由西田哲學所得的「啟發」，毋寧是在近代刑法學對因果關係就有許多討論。不過在此正是本文新的理論可能與傳統理論銜接的地方，亦即，本文仍舊認為應維持個人「行為責任」為責任的最大限度，而不應因為風險社會的來臨即擴張危險或風險的解釋，使得個人的自由進一步遭到壓縮。因此，在具體行為人的行為責任依舊以原有的規範責任為界限，從罪刑均衡來衡量出責任上限。對此，本文企圖採取刑罰的事後處理機能論來界定責任判斷的外沿，詳細將於第三節以下說明。



第三項 小結

以上本節先說明西田幾多郎場所邏輯之意義，接著將其衍伸至責任論的探討中，將場所邏輯作為本文重新建構責任觀的哲學基礎。場所邏輯的意義在於任何個物都有「內存於」的性質，則最終我們能找到能包攝其他存有但不被包攝的「場所」作為終極的實在。也因此場所是「絕對無」的場所，非「有」或「相對無」。場所邏輯是西田對認識論的探究所形成的體系化的邏輯，對前期的西田而言，是「述詞邏輯」。亦即，西田追求的並非亞里斯多德所謂的基體（不可能成為述詞的主詞），而是場所（不可能成為主詞的述詞），絕對無的場所就是超越性的述詞面。場所邏輯中與責任論較有實質關連的可以舉出場所與環境的關係，以及他者論。前者，可以將環境理解為人類實際存在的具體樣態，也就是實體化的場所，那麼「場所－環境」的結構即場所位於最底層，環境位於其上，在環境之上另有個人（個物）的結構，場所與環境互相限定而構成彼此自身，環境與主體的關係則是兩者互相限定而構成世界。這個互相限定的關係可以用西田後期的「絕對矛盾的自我同一」概念來理解。絕對矛盾的自我同一是場所邏輯發展至後期，由述詞邏輯轉向媒詞邏輯所提出的概念，其指的是以絕對矛盾的自我同一之方式媒介兩個個物之間的關係，任何兩個個物或一與多的關係都是絕對矛盾的自我同一關係，也是一種互相肯定即互相否定而成立彼此的關係。那麼在他者論中，自己（我）與他者（你）也是存在這樣的關係當中，自己是透過認識他者的方式成為自己，他者也是透過認識自己的方式成為他者，我限定你，你限定我。

在場所作為媒詞的存在之下，可以明確知道西田認為任何個別事件或個物的產生，必須以全世界其他所有的個物為其助緣或條件。那麼本文在對場所邏輯的理解之下，認為場所邏輯對責任論提供的啟示有二：**第一個**是找尋出單一行為人個人負起全部責任是欠缺說服力的；**第二個**是我們必須謹慎面對對行為人的刑罰對他者產生的規訓作用。這兩者同時也是一體兩面的，於可能的責任擴散出去之時，勢必會產生對他者的自由壓縮，因此，本文仍以行為人個人的行為責任為責任追究的界限，並以刑罰的事後處理機能來劃定影響他者的外沿，對於其他可能的潛在原因，則以非法律責任方式，或是以反饋來修正行為人責任的方式予以捕捉。



第二節 可罰的責任論

日本戰後展開刑法修正的作業，由平場安治、平野龍一等中堅刑法研究者發起超越學派隔閡的全國性規模的刑法研究會，首先開花結果的可以說是與謙抑主義有關連的「可罰的違法性論」的主張²⁸。可罰的違法性論可以說是有別於繼受德國法的日本固有之學說理論。由可罰的違法性論的發展而來，在責任領域亦有類似的主張出現。亦即，日本學說理論的發展，除了前述以預防為目標的功能責任構想之外，另一個學說潮流即為與其相對的「可罰的責任論」。可罰的責任論在台灣刑法學界則介紹甚少，因此以下將較為詳盡地說明概念本身以及相關的議論。

第一項 可罰的責任論之內容

以下分別以提倡可罰的責任論之各個論者的理論來說明可罰的責任論內容。

第一款 理論淵源——宮本英脩

可罰的責任論將「責任」與「預防」置於對立面，淵源可以追溯至宮本英脩（1882-1944）博士提倡「規範的評價」與「可罰的評價」的區別。

宮本博士的犯罪論年代甚早，有其獨特的體系，以下先簡介之。其犯罪論始於「違法性（違法行為性）」，接著是「可罰性」。可罰性又分為「可罰能力性」及「可罰類型性」。所謂犯罪能力性，指的是危險性達到有必要以刑罰此一特殊手段處罰的程度，藉由行為被證明，違法行為和犯罪作為意思的「表現」，由此價值性的角度來看，兩者共同稱為「責任」。此責任在嚴格的意義下即故意或過失。再者，關於違法行為稱為「規範的責任」；關於犯罪則稱為「可罰的責任」。所謂犯罪，是意思內容合於「刑法上一定的基準類型」，透過其舉止動作全部或一部為類型化的東西，再整體合於具體一定的「可罰類型」。可罰類型（*Deliktstypus*）垂直而言是由一定的基準類型（*Tatbestand*）來決定，水平而言是

²⁸ 米田泰邦，刑事法の可罰的評價の現状と課題，收於：刑事法学の歴史と課題：吉川経夫先生古稀祝賀論文集，頁114（1994年）。

橫斷的一般類型來決定，亦即，基本構成要件有未遂、共犯、罪數相關的類型區別。

可罰的責任概念對宮本博士而言，是與「規範的責任」（即與構成要件無關的違法行為相關的「違法意思」）相異的，指的是有關構成要件「可罰性反規範性的內心躍動」的「可罰的意思」。且也並非單純是行為人反規範性的內心躍動，而是具有適合刑罰程度的反規範性內心躍動。

關於期待可能性，依據宮本博士的見解，雖然德國學說將期待可能性置於「規範的責任論」中，但其實應作為「可罰的責任」即「犯罪意思的一般性條件」來討論。例如，一般規範上有過失的情形，因為有期待不可能性而不應認為是應處罰程度的過失，通常被直接認為根本上欠缺過失。因此，宮本博士認為德國的規範責任主義，無論從目的或結果來看，毋寧稱為可罰的責任主義較為適當。結論上，德國的期待不可能性被認為是責任阻卻原因，在此意義下沒有異論，宮本博士最後認為：「關於此問題……除此之外還有意思及行為共通的問題，希望能喚起由行為方面考慮一般的可罰類型阻卻原因的注意。」

綜上所述，宮本博士的可罰的責任概念有其獨特的用法，並不屬於我們現在理解的責任論，毋寧是作為一個獨立的階層概念來表現。簡單來說，即提倡適合刑罰的責任意義，與單純違法行為有關的規範的責任相區別，並且，期待可能性在此可罰的責任概念中應該被考慮。宮本博士所提出的真知灼見在於，將無期待可能性的情形作為「可罰類型阻卻原因」之見解置之度外，認為無期待可能性即是「可罰的責任」不存在的情形。暫且不提宮本博士的違法論為主觀說，其將期待可能性的思想置於可罰的責任此一構想被佐伯千仞博士所繼受，展開了與現在的規範責任論不同的發展²⁹。

第二款 理論提出——佐伯千仞

佐伯千仞（1907-2006）博士將宮本博士「規範的評價」和「可罰的評價」的區別導入刑法上責任的思考，區分出「規範的責任」與「可罰的責任」，提出了

²⁹ 宮本英脩，刑法大綱，東京都：弘文堂書房，頁 41-47、110、132-133（1935 年），轉引自：山中敬一，可罰的責任論について——期待可能性の理論の体系的地位，收於：西原春夫先生古稀祝賀論文集編集委員會編，西原春夫先生古稀祝賀論文集（第二卷），頁 139-141（1998 年）。

今日意義下的可罰的責任論。佐伯博士將責任非難的本質求諸「適法行為的期待可能性」，並且在此之上，加上「行為人的非難性達到必須以刑罰此強力手段為必要，且有適合接受刑罰之性質」之可罰性的要素，提出特殊化的責任論。此可罰的責任，是與責任能力、故意／過失、責任阻卻事由等規範的責任相區別的。再者，其認為作為刑罰前提的責任非難並非單純為了應報，毋寧應該伴隨著更現實的目的設定，因此，決定刑罰的內容的並非責任非難本身（與責任成比例的刑罰／責任→刑罰），也非與責任無關係的目的設定（目的→刑罰），而是「**責任非難所設定的目的**」，表明了責任理解有必要考慮刑罰目的，亦即，對刑罰決定的思考流程應為「責任→目的→刑罰」，此即為可罰的評價的一般原則。

那麼，關於此一「責任非難所設定的目的」的內容，佐伯博士主張：「對於行為人，雖然是已作出的、無法挽回的犯罪行為，但藉由對法及社會道歉同時提高自己的規範意識，使之決意從此之後作為正直的法秩序的主人而復歸社會」，亦即，訴諸行為人的規範意識使之懊悔，乃是以特別預防目的為核心的改善刑論。如此以特別預防理論為責任前提，雖然可能包含了對主觀主義的傾斜，但是，刑法當中的主觀主義的發展是為了使在客觀主義抑制原理下應成罪的行為更加明確，有罪刑法定主義的效果，在此也能適當地發揮一般預防的作用³⁰。

那麼一般規範的責任要素，在可罰的責任當中會有怎樣的變化？（1）一般規範性觀念下的責任能力指對行為的辨別能力及控制能力，「可罰的責任能力」則是是否能忍受刑罰的能力，實質上是刑罰適應性、受刑能力之問題；（2）故意／過失在一般規範責任重視事實與觀念的具體符合（有現實上的認識、意欲），在可罰的責任，則是事實與觀念之間可罰性的符合為問題，即認識與結果之間以法定符合為已足；（3）阻卻責任事由則是適法行為的期待不可能，或適法行為的期待可能性顯著降低，不可能以刑罰來責任非難，因此不得科刑或刑之減輕的問題³¹。

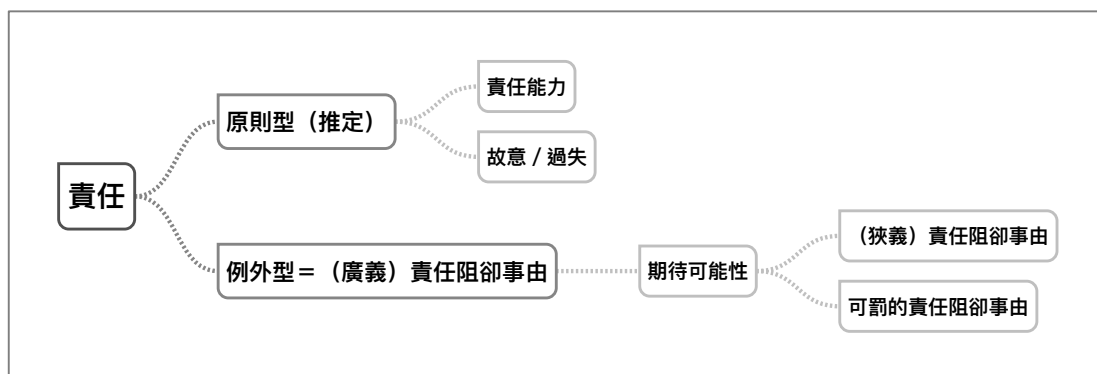
以下進一步說明依據佐伯博士的見解，依據其類型性的思考而有**原則一例外**

³⁰ 佐伯千仞，刑法講義（總論），四訂版，東京都：有斐閣，頁 78-80、227-232（1981年）；中川祐夫，責任と可罰の評価——序說的考察——，收於：鈴木茂嗣編，現代の刑事法學（上），頁 257（1977年）。

³¹ 佐伯千仞，刑法講義（總論），改訂版，東京都：有斐閣，頁 232-233（1974年）；松原芳博，可罰的責任論の現状と展望——一段階的構成と二段階的構成，九州国際大学法学論集，5（2・3），頁 95（1999年）。

的構造。一般而言，有責任能力、故意或過失的話即暫時推定有適法行為可能性，亦推定非難可能性，此為責任的「原則型」。有打破推定的例外特別情事時，即屬責任的「例外型」，即責任阻卻事由。佐伯博士認為期待可能性的討論應置於例外型（＝責任阻卻原因）較為妥當，基此，期待可能性即作為責任阻卻事由來考慮。再者，在期待可能性並非完全沒有，但顯著降低的情形，仍應免除或減輕其刑，因為期待可能性是具有強弱不同階段的概念³²。總之，可罰的責任阻卻事由應作為構成責任減輕事由的必要觀念，不過，佐伯博士在其刑法講義當中的責任阻卻論當中並未明確區別「責任阻卻」與「可罰的責任阻卻」³³。應注意的是，在此構造中，佐伯博士並未嚴格區別「（規範的）責任」與「可罰的責任」之用語，但是至少可以認為責任的原則型並非單純的（規範的）責任，而已經是可罰的責任所類型化的結果，那麼例外型又可以認為阻卻了可罰的責任³⁴。

相較於宮本博士將期待可能性置於「可罰的責任」之位置，佐伯博士原則上將之置於「責任」。如果屬於例外型，藉由判斷期待可能性的存否與強弱，來區別責任阻卻事由和可罰的責任阻卻事由。總而言之，佐伯博士所提出的架構可以下圖來示意：



圖表 2 佐伯千仞的責任原則—例外構造圖

在佐伯博士之後，通說並不強調原則型與例外型的區別，單純將期待可能性的欠缺當作責任阻卻事由。但是現在的學說將期待可能性定位在責任核心這點沒

³² 佐伯博士的期待可能性論採國家標準說。認為國家（＝期待者）對被期待者的要求／期待有從最寬大到最嚴峻的各個不同階段。

³³ 山中敬一，前揭註 29，頁 141。

³⁴ 松原芳博，前揭註 31，頁 96-97。



有異議，基本上是依循的佐伯博士的學說。

第三款 淺田和茂

接著發展佐伯博士所提出的可罰的責任論的是淺田和茂（1946-）教授。其認為，責任作為對過去行為的非難可能性，應是回顧性的，以行為人個人的他行為可能性的界限來劃定責任非難的界限，提倡使行刑人道化成為可能的責任論。其採用的架構為在責任判斷當中，以規範的責任判斷為基礎，在此之上透過可罰性的責任判斷來限制有責性。如此，淺田是採取規範責任論作為責任的實質，他行為可能性作為非難可能性前提，採取行為人標準；期待可能性的標準也採取行為人標準說。不過，期待可能性當中的問題，並非行為人內心精神上的能力之有無，而是行為的外部、客觀狀況，即是否得期待行為人為適法行為的狀態；基此，有別於佐伯博士主張的國家標準說之觀點，展開其自身的可罰的責任論。

淺田教授所主張的可罰的責任論，是以規範責任為前提，再加上可罰的責任判斷——行為達到值得處罰的程度，以及其內容足以賦予處罰必要性根據。其闡釋：「儘管肯認有規範的責任，在無法肯認處罰必要性時仍否定刑事責任，乃具有此意義的理論。³⁵」因此，對於淺田教授而言，可罰的責任之概念是專門針對刑罰的否定或減輕來發揮其功能，並無加重刑罰的作用。與佐伯博士相同，可罰的責任之有無及程度，應與責任能力或故意／過失等責任要件分別判斷。另外，關於「處罰的必要性」判斷之核心是以行為人的再社會化為內容，採取特別預防之觀點³⁶。

第四款 大山弘

明確表達採取可罰的責任論方向的還有大山弘教授。其在探究期待可能性的構造時表示：「期待可能性的概念有依現實的社會考察實踐性功能的必要，是親近於從刑罰的目的、效果、功能來考察的概念³⁷」，認為期待可能性定位於「責任

³⁵ 淺田和茂，責任と予防，收於：阿部純二[ほか]編，刑法基本講座第三卷・違法論/責任論，頁 229（1994 年），轉引自：松原芳博，前揭註 31，頁 99-100。

³⁶ 山中敬一，前揭註 29，頁 142；淺田和茂，刑法總論（補正版），東京都：成文堂，頁 271-279、358；松原芳博，前揭註 31，頁 99-100。

³⁷ 大山弘，期待可能性の構造について——「可罰的責任」の観点からの一考察——，收於：刑法読書

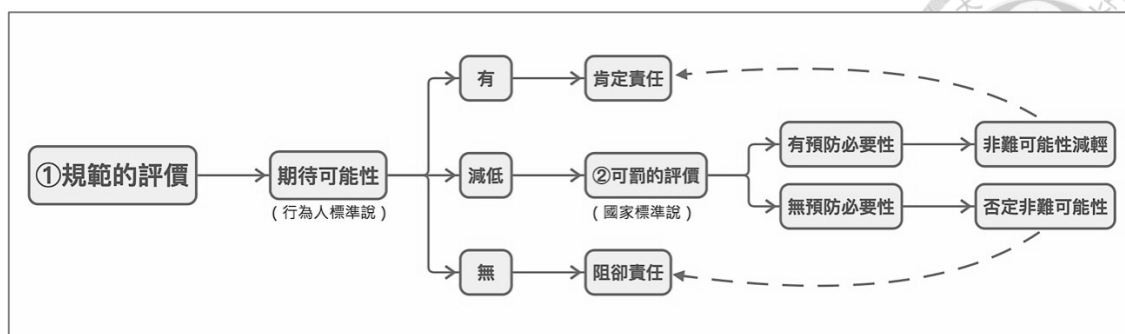
阻卻事由」，首先要透過「規範的評價」來判斷是否有責任阻卻或責任減少，其次再藉由「可罰的評價」對刑罰的預防必要觀點進行限定的判斷，參考了宮本博士的規範評價與可罰評價區別的方法。大山教授採取以上的理論構成，主張在透過規範的評價判斷期待可能性時，採取行為人標準說為妥，即該當行為人在該當行為情事當下是否有適法行為的決意可能性；與此相對，在可罰的評價判斷期待可能性時，採取國家標準說，因為是判斷國家科處刑罰的必要性，考慮此一刑罰的規範預防效果，以該當國家的刑事政策基本方針為判斷基準³⁸。亦即，非難可能性藉由責任能力、故意、過失等積極的責任要素的具備而「推定」，此一推定藉由期待可能性的有無來確定或是否定。期待可能性的有無的內部判斷流程有兩個階段：

①規範的評價來判斷期待可能性的有無，斟酌主觀上附隨情事（即客觀上附隨情事對該行為人個人為適法行為的意思決定有多大程度影響），有期待可能性的話即確定有非難可能性，肯定責任存在；反之，無期待可能性的話即否定（推定的）非難可能性，阻卻責任。但是，有期待可能性但有減低之情形，則進行下一步的判斷：②以（①已評價過的）個別的行為附隨情事的例外性、異常性為基礎，進行「可罰性評價」，即對該當行為人個人由刑罰所生預防（一般預防及特別預防）必要性的判斷。那麼，如肯定此預防的必要性，減低的期待可能性即確定，因此非難可能性減輕，肯定責任；反之，無預防必要性的情形，否定減低的期待可能性，因此也否定減低的非難可能性，阻卻責任³⁹。此判斷流程可以下圖來表示：

會編，犯罪と刑罰（第2号），頁32（1986年），轉引自：松原芳博，前掲註31，頁98。

³⁸ 大山弘，可罰的責任論の構造，神戸学院法学，34（3），頁26-27（2005年）。

³⁹ 大山弘，前掲註38，頁28-29；西岡正樹，實質的責任論に関する一考察（2・完），法学，71（5），頁125-126（2007年）；松原芳博，前掲註31，頁98-99。



圖表 3 大山弘的責任的二階段判斷流程

第五款 山中敬一

山中敬一（1947-）教授則是致力於將向來作為責任論核心的期待可能性思想賦予在「可罰的責任」領域當中的地位，提出在非難可能性（＝廣義的責任）內部區別狹義的「責任」與「可罰的責任」。

其將狹義的責任定義為，行為人依據規範做成意思決定的可能性（**適合規範的決定可能性**）；與此相對，可罰的責任則是：「在有非難可能性之情形，特別是利益衝突的狀態，行為人的不法乃至於責任顯著降低，從處罰必要性及處罰的均衡性的關係當中來看個人的責任，因為達到了法秩序完全無法期待不作出違法行為的程度，因此犯罪不成立，或是以刑之免除或減輕較為適當。在此情形，考慮使（應以刑罰對應的）責任減少或阻卻之理論。⁴⁰」因此，可罰的責任論，實際上的功能是作為可罰的責任阻卻事由，在（包含可罰的責任的）廣義的責任阻卻之情形，作為可罰的責任減少事由，減輕其刑；或是在責任極端減少的情形，免除其刑。

這樣的可罰的責任的根據有（1）**責任的減少／消滅**的面向及（2）**處罰的必要性**之減少／消滅兩個面向。以下分別說明之。

（1）**責任的減少** 該當行為的違法性重大的情形，通常責任就越重。與此相對，違法性減少的情形，依據行為的附隨情事，儘管存在適合規範的意思決定可能性（非難可能性），但是具體上實現那樣的意思決定的行為是困難的，因此規範適合的行為之期待可能性欠缺或降低的情形，應以處罰來對應的責任就欠

⁴⁰ 山中敬一，前揭註 29，頁 164。

缺或降低。例如，緊急避難的情形，法益為同價值的話，犧牲法益去拯救自己或第三人的法益，在此，總共的不法是減少的，因此間接地責任也減少。再者，避難行為之際因為心理遭受壓迫而導致固有的責任減少，也就是產生所謂「雙重的責任減少」。

（2）處罰的必要性 處罰的必要性，**第一**，由刑罰制度的目的來賦予根據。刑罰的目的首先是事後處理已發生的犯罪，使被動搖的法秩序回復，恢復法的安定性。如果不需透過處罰行為人也能回復社會的統合，則處罰無必要性。其次則是以一般預防、特別預防之刑罰的目的來賦予根據。藉由平靜社會的動搖對法秩序產生信賴，是與一般犯罪預防相關連的，而且，行為人已充分社會化，無法期待科處刑罰有再社會化效果的情形，處罰亦無必要。一般而言，由刑法的謙抑性原則出發，應盡量不透過處罰來達成犯罪預防目的，處罰的必要性是在不透過處罰就無法達成目的，作為終極的手段才能發動。

第二，處罰的必要性不僅藉由放棄處罰來確保社會的統合，也作為中止已經實行的犯罪之誘因，如此刑事政策性地被利用。例如在中止犯，規定任意性的中止有刑之減輕或免除正具有這樣的意義。**第三**，處罰的必要性透過迴避處罰來追求刑法直接利益以外的利益，在追求該利益優先於處罰的情形，處罰必要性也會被否定。例如，親屬間竊盜罪規定（應）免除其刑⁴¹，意謂比起藉由處罰來達成社會統合，「家庭內紛爭自治的解決」或「家庭內的和平維持」之價值更為優先。也表示法秩序對於行為人不為親屬間竊盜犯罪的期待程度是低的⁴²。

總而言之，山中教授企圖區別兩個面向，將廣義的責任區分為，作為處罰基礎的「適合規範的意思決定可能性」（狹義的責任），以及，由法秩序的規範要求程度或對法秩序違反的制裁必要性、相當性觀點下的「適法行為的期待可能性」（可罰的責任），由此突破向來期待可能性論陷入的理論閉塞情形。不過，由以上山中教授的理論結構來看，將整個判斷涵括於期待可能性的理論可能較接近以下所分析的一階段構造說，或是 Roxin 的功能罪責理論，惟既然其將仍將自己的

⁴¹ 日本刑法第 244 條第一項：「配偶者、直系血族又は同居の親族との間で第二百三十五條の罪、第二百三十五條の二の罪又はこれらの罪の未遂罪を犯した者は、その刑を免除する」（底線為筆者所加）。我國刑法第 324 條亦有類似規定，惟法律效果為「得免除其刑」。

⁴² 以上整理自山中敬一，前揭註 29，頁 164-165。

理論稱為可罰的責任，則本文依舊將其置於此架構下，以供參酌。



第二項 理論分析與評價

第一款 一階段構造說與二階段構造說

松原芳博教授對可罰的責任相關學說提出了精闢的分析，區分為「二階段構造」與「一階段構造」兩種。前者之旨趣為，「規範的責任」與「可罰的責任」屬於不同的概念，藉由可罰性的考慮來限定規範責任所確定出的（一般的）責任；後者則是將可罰性的考慮直接納入規範的責任概念本身。

觀察論者相關的學說，松原教授認為宮本博士與佐伯博士提出了二階段構造的創見；大山教授與淺田教授則穩固了二階段構造的原理，可以認為是典型的二階段構造見解；山中教授則擺脫了規範的責任與可罰的責任相對立的理解，企圖在期待可能性或非難可能性的概念當中達成兩者的止揚（*aufheben*）⁴³，也就是說，本文上述提出的五位論者的理論皆可以歸類到「二階段構造說」。

關於一階段的構造，松原教授舉出的是平野龍一博士、林美月子教授與林幹人教授之見解。大山弘教授則另外補充，認為採取一階段構造說的論者還有堀內捷三、伊東研祐、所一彥。如同前述，平野龍一博士嘗試由抑止刑論的觀點，目的論式地再建構責任概念，開啟了日本學界對實質責任概念的探討。平野博士認為問題的重點在於應該期待到怎樣的程度，特別是「以刑罰的威嚇來達到多少期待」。林美月子教授則將刑事政策目標當作責任論的指導原理，採用實質的責任概念，並認為期待可能性的基準在於同種行為的預防必要性。再者，林幹人教授則對二階段的構造提出批判，認為責任的內容本身必須從刑法的目的、刑事政策觀點來決定，若以佐伯博士的用語來說，規範的評價本身必須是可罰的評價，可罰的責任即是賦予未來規範意識進而抑制違法行為（→前文第一項第五款第二目）。基此，一階段構造是使佐伯博士的期待可能性論當中內在的「目的論的契機」明確化，在決定國家或法秩序期待的因素當中，包含可罰性的考慮（特別是

⁴³ 松原芳博，前揭註 31，頁 90 以下。

刑罰目的的考慮)，藉此以刑罰的關係來理解刑法上的責任非難本身。將以「他行為可能性」為基準的責任判斷以預防目的（預防的必要性）來補充或代替，欠缺藉刑罰達到預防的必要性時，否定非難可能性本身。這樣的想法認為刑罰與刑事政策的考慮息息相關，犯罪論也無法脫離刑事政策的考慮而成立，以刑罰目的論（犯罪預防論）賦予犯罪成立要件的「責任」之本質（犯罪論）；換言之，將預防目的包攝到責任論內部，以犯罪預防的一定目的或效果為前提的犯罪成立要件（解釋論）思考為一階段構造說之基礎⁴⁴。

從以上可以發現，本文前述將林幹人教授及松原教授的見解歸類在「預防為目標的責任構想」（→第三章第一項第五款），但此處松原教授將林幹人教授歸在一階段構造的可罰的責任，因此可以知道所謂一階段構造的可罰的責任，在理論內容當中如認為刑罰的目的或刑事政策的目標為（一般及特別）預防，那麼與 Jakobs、Roxin 等人的以預防為導向的責任概念其實是相通的概念，實質上理念並無不同。因此可罰的責任論仍以二階段的構造相關的見解屬於較特殊的學說，也才能與前述以預防為目標的責任構想作出區別（因此本文在介紹理論內容時列出的論者均為二階段構造見解）。那麼是否有區別二階段之必要？以及區別的妥當性如何？以下第二款將說明松原教授站在一階段構造的立場之理由，第三款則是其他論者採取二階段構造說立場，對松原教授提出的評價和反對意見，以下分述之。

第二款 贊成一階段構造說之理由（松原芳博）

松原教授認為要判斷一階段構造說與二階段構造說是否有區別的必要性，可以由兩者的**評價目標**、**評價基礎**和**評價基準**來探討。

1. 評價目標

規範的責任的評價目標為「個人的非難」，可罰的責任的評價目標則為「處罰的必要性」。例如，依據大山教授的見解，在消極的責任主義之下要使可罰的責任評價產生機能，必須是「責任」與「預防」概念上也有功能性的區別，而必須迴避責任概念本身的預防目的的構成。此即為將責任與預防認為是對立的思考

⁴⁴ 松原芳博，前揭註 31，頁 107-108；大山弘，前揭註 38，頁 11-12。

方法之典型。對此有論者提出疑問，例如，林美月子教授即認為責任原理只處罰得迴避的行為，理由在於禁止規範對不能迴避的行為無法產生預防的作用，因此責任原理本身已經是導入預防觀點的產物⁴⁵。

將責任與預防置於對立面，確實能防止刑事政策的考慮流入責任概念中，使責任與預防有互相的限定功能，達到人權保障的目的。但是，此一責任與預防的相互限定功能究竟有多少效果？一方面，由刑罰目的分離的「裸責任」（非難），其基礎只有基於缺乏實證可能性的意思自由的他行為可能性，或是受人們不合理的感情左右的社會倫理評價，未必有具體的、限定性的內容。另一方面，與責任非難分離的「裸的預防」，除了物理性的強制，可能擴及無害化、治療、教育等廣泛之處，更是無限定性。如此一來，幾乎無法期待裸的責任非難與裸的預防目的的相互限定。毋寧是，要適切地畫出國家刑罰權的界限，由刑罰目的觀點合理化的責任非難——換言之，即以刑罰傳達責任非難之形式下洗鍊出的預防目的——才有可能。

所謂責任原理，並非單純透過預防的考慮設定責任的上限，必須現要求考慮預防的「內容」本身來限定責任非難。亦即，作為刑法目的的預防，是刑罰所傳達的責任非難在內容上以預防來限定，其他的預防方法都應該排除在刑罰目的之外（當事人同意的附隨措施除外）。責任與預防的相互限定若指的是這樣內容上的限定的話是妥當的，但是在犯罪論體系內部不是以兩個不同的評價階段來表現，而必須是表裡一體的關係。應該追求止揚兩者對立，將擁有一個評價目標和評價基準的「刑法上責任」予以具體化⁴⁶。

2. 評價基礎

依大山教授之見解，規範的責任的評價基礎為主觀的行為情事（反映行為人主觀的行為情事及行為人一身專屬的行為情事），與此相對，可罰的責任的評價基礎為客觀的行為情事（行為時客觀存在的附隨情事）⁴⁷。但是，可罰的責任之評價終究還是「責任」判斷的一環的話，以與行為人的主觀分離的純客觀事實為

⁴⁵ 林美月子，情動行為と責任能力，東京都：弘文堂，頁 13（1991 年）。

⁴⁶ 以上整理自松原芳博，前掲註 31，頁 118-120。

⁴⁷ 大山弘，前掲註 37，頁 38，轉引自：松原芳博，前掲註 31，頁 122。

基礎是有問題的。責任是對為違法行為的行為人的意思決定為非難，此事在可罰的責任當中亦無不同。在討論是否有「值得處罰的責任」時偏離行為人主觀的話，可以說是與行為人過於疏遠的關係。根本上，竊盜等罪的親屬條款等的規定，在實定法雖是以客觀的關係來規定，但是立法根據終究是基於行為人意思形成過程有關的特質，並在法律上類型化、無須個別認定的結果。

其次，如同前述，可罰的責任的評價目標是預防的必要性，在客觀的基礎之上判斷的話，可罰的評價有排除特別預防觀點的疑問。再者，由一般預防目的觀點來看，將可罰的責任評價基礎客觀化亦有疑義。詳言之，透過單純威嚇的一般預防，是要求一般人去體會受刑人接受刑罰的痛苦，但是刑罰的痛苦只有與犯罪遂行結合才有意義。因此，有意義的一般預防，必須使得一般人們去體會犯罪遂行與刑罰痛苦這一連串的事情。而且，此關於犯罪遂行的體會，伴隨著行為人主觀的情事才是真實的，才會產生對人的規範意識有效的作用。因此，在一般預防的考慮當中，行為人的主觀情事應該也屬於可罰的責任評價中的核心⁴⁸。

3. 評價基準

依據二階段構造的代表性論者，規範的責任的評價以行為人標準說為妥當，與此相對，可罰的責任之評價以國家標準說（該當國家的形式政策的基本方針為標準）為妥當。

但是，已有論者對行為人標準說、一般人標準說、國家標準說的對立理解方法本身提出疑問。例如，松宮孝明教授認為探討標準之前，應該先釐清到底是在探討什麼事情或能力的標準，如果是生理的、理智的能力，即行為人個人的問題，如果是關於規範心理的能力，則是要以法的要求為基準⁴⁹。

規範的責任評價中要貫徹行為人標準說是有困難的。理由在於，行為人標準說的前提是意思自由，在經驗科學上無法實證，在個別具體的事件當中也不可能證明行為人現實上的他行為可能性。再者，縱使現實上的他行為可能性存在，其無原因性或不確定性也無法賦予對行為人責任非難的基礎，也無法對犯罪預防的

⁴⁸ 以上整理自松原芳博，前揭註 31，頁 122-123。

⁴⁹ 松宮孝明，刑法總論講義，東京都：成文堂，頁 156（1997 年），轉引自：松原芳博，前揭註 31，頁 125。

刑罰目的有所貢獻。基此，必須承認刑法學中的他行為可能性具有「假設」的性質這點。在假設的他行為可能性判斷當中，為了避免流於人為操作的恣意性判斷，必須有一定的基準來設定條件。此一基準，抽象而言，是由對包含行為人的國民全體有說服力的合目的性的觀點，以及處罰正當性導出的。

那麼就以松宮教授區分的兩種能力來檢視上述的觀點。首先，關於生理的能力或經驗知識，應是以行為人本身的能力狀態為前提。刑法是對人的規範意識（法益尊重意識）作用而達成法益保護，因此欠缺生理的能力或經驗知識，以刑罰來矯正是不合目的的。此外，因生理能力或經驗知識的欠缺而對行為人以刑罰非難，是以行為人作為社會性存在的「非本質部分」為理由，對行為人的社會性人格的本質部分加以非難，此正當性恐怕無法使一般國民折服。

其次，關於行為人的規範意識或法益尊重意識，承認假設的條件設定。刑法乃透過非難使行為人改正法益尊重意識，因此透過接受刑法的非難，以更強健的法益尊重意識去替換行為人行為時現實上不充分的法益尊重意識，來判斷他行為可能性，可以說是適合刑罰目的的。而且，此一對法益的心理準備（尊重意識）是作為人而平等成立社會相互關係所不可或缺的前提，在人類的本質作為社會性存在構成的同時，對本人而言也認為這樣的意識是「自己本身」的構成部分。因此，因為欠缺法益尊重意識而遭受刑罰非難，此一正當性對於包含行為人的國民在內是有充分說服力的。

基此，以判斷基準的觀點要達成規範的責任與可罰的責任有意義的區別是困難的。刑法上的責任判斷當中，在規範的責任的層次中「他行為可能性」的概念當中已經加入了刑罰目的的觀點，其中生理能力或經驗知識以行為人為標準，另一方面規範意識乃至於法益尊重意識則以法秩序的要求為標準⁵⁰。

第三款 贊成二階段構造說之理由（鈴木茂嗣、大山弘）

對於松原教授以上的分析以及採取一階段構造說之主張，鈴木茂嗣教授在法律時報的「刑事法学の動き」專欄撰有一篇簡短的評論文。另外，大山弘教授則在其 2005 年發表的期刊論文中亦提出了對一階段構造的若干問題點，再度闡明

⁵⁰ 以上整理自松原芳博，前揭註 31，頁 125-128。



自己採取二階段構造說之理由，以回應松原教授之質疑。以下分別敘述兩位論者的意見。

第一目 鈴木茂嗣

松原教授認為採取一階段構造為妥當，對二階段構造的「範疇論體系」發想——一般規範的評價與可罰的評價這樣由一般到特殊的順序限定——採取消極的評價。與此相對，贊成以構成要件—違法性—有責性這樣對犯罪成立與否的判斷具有實益的「目的論的體系」構造，因此認為一階段構造為妥當。對於松原教授的此一論述，鈴木茂嗣教授提出了若干的評論，以下摘述之。

首先，鈴木教授認為若是站在犯罪的評價構造（存在構造）的「評價構造論」觀點⁵¹，而非犯罪的認識論或認定論的話，範疇論的體系正好就是目的論的體系。因此問題的重點在於，犯罪論體系是為了何目的而構築？以此為出發點贊成採取二階段構造。

鈴木教授認為，松原教授指摘出二階段構造論者有過度將兩個階段各個要素對置的傾向，這點是正確的。但是，在可罰的評價之前仍有必要先討論一般規範的評價。犯罪的處罰必須依據最後手段性原則（Ultima ratio），因此在違反一般規範的有責行為當中，特別是能夠評價為可罰者才是犯罪這點，是體系性地展開犯罪論所必要的。為此，將犯罪評價的構造區分為規範的評價與可罰的評價這二個分析層面，再分別進行評價，以分析犯罪評價構造是必要的。如果著眼於犯罪的認識論或認定論，而非犯罪的評價構造論（存在構造論），固執地要求於構成要件、違法、責任的體系框架內討論可罰性的話，結果可能使得規範的評價與可罰的評價複雜交錯在一起。可罰的責任確實應該包含規範的責任且考慮刑罰目的來判斷，但是，可罰的責任作為問題之前，基礎的規範的責任必須要先進行徹底的分析，如此也才能貫徹規範的責任原理。

再者，松原教授認為二階段構造的「可罰的責任」概念對於分析性的犯罪論體系

⁵¹ 此為鈴木教授的特殊見解，其將犯罪的實體論的構造論（犯罪的性質論）與犯罪的認定論的構造論（犯罪的認定論）區別，提出「二元的」犯罪論。此處的評價構造即為前者的實體論。

關於此，可參：鈴木茂嗣，犯罪論は何のためにあるか：法科大学院・裁判員時代の刑法学，近畿大学法科大学院論集，1（2005年）；鈴木茂嗣，犯罪論の体系：構成要件論なき刑法学への道，日本學士院紀要，70（1）（2015年）。

而言是不受歡迎的論調，因為會導致在前面的違法性或責任的空洞化，然而此說法尚嫌速斷。鈴木教授認為，可罰的責任論作為「可罰性」論而展開，因此可罰的責任確定不僅是基於行為人方面的情事，還顧及了處罰者方面的公正性基礎（國家的處罰適格問題）。並且，犯罪構成要件該當性並非作為犯罪的認識論或認定論的要件，而是表示出犯罪評價特質的可罰評價的一個要件，由罪刑法定主義的觀點也可以為此提供基礎。

另外，松原教授指出責任非難與預防並非矛盾而能夠並存，這點是正確的指摘。但是，兩者的「並存」與「界限的劃定」是不同層次的問題，責任原理應該是如何劃定界限之問題。因此，站在肯定兩者的並存的基礎上，再分別考慮責任非難與預防，並非不當的作法。

簡言之，鈴木教授認為可罰的責任是「以刑罰來追究規範的責任」。因此可罰評價的構造論上，先釐清作為前提的規範的責任，再檢討要科以刑罰的諸多條件，這樣的可罰性論的階段分析是必要的。將規範的責任與可罰的責任從一開始就融合起來討論，必然會招致議論的混亂⁵²。

以上，鈴木教授對松原教授的評價都是站在其特殊架構的犯罪論體系上——將犯罪的「認識論」當作問題之前，先探討作為犯罪「存在論」的犯罪的評價構造論，檢討相關的評價根據事由。對於混合了犯罪的「認識論」和「實體論」的通說而言具有啟發性。

第二目 大山弘

關於松原教授所採取的「目的論的體系論」，大山教授與鈴木教授有類似的意見，認為目的論的體系論與二階段構造並無必然的衝突關係。這關乎到目的論的體系如何理解，如果「犯罪成立與否的檢討之目的」當中包含了判斷「在怎樣的情形可以允許合理的處罰」的目的的話，目的論的體系就並非單純的要件論，而是以刑事政策的目的追求之動態的系統來理解，那麼採用二階段的構造並不會產生矛盾。

針對一階段構成說，大山教授區分非難基準、非難對象、非難內容三個層面

⁵² 以上整理自鈴木茂嗣，刑事法学の動き 松原芳博「可罰的責任論の現状と展望」，法律時報，72（9），頁 74-75（2000年）。

評論。**首先**，一階段構成說的諸多見解將非難可能性的判斷基礎認為是一般的抽象他行為可能性，如此有過度將一般人的適法選擇可能性類推至行為人，擴大責任非難的擬制性，欠缺對行為人本人責任非難的合理性。以一般人為基準假設社會性的責任概念，企圖賦予預防目的關連性達到責任的實質化，這種依照一定的刑事政策目的而塑造的「一般人」，對於責任非難的基礎本身顯著地政策化、預防化是不妥當的。相同地，這個一般人不是以現實的規範意識而是「應有的規範意識」為基礎，這個「應有的規範意識」則是國家對一般人要求的規範意識。但是，這個概念塑造的一般人或應有的規範意識可以理解為「為了對犯罪預防有所貢獻、實現毫無遺漏的處罰」的概念道具。大山教授也承認以科學尚無法證明的意思自由為前提，以及他行為可能性判斷的推定是事實，因此無法否定責任非難本身有的**擬制性／虛構性**，但是仍要避免責任非難淪為為了處罰而對國家必要的擬制，必須賦予責任非難合理性及說服性，因此仍要盡量以具體行為人的他行為可能性為基準。

其次，關於評價的對象，大山教授認為如果像林幹人教授的見解，以應有的規範意識為非難對象的話，有傾向行為人本人的性格或人格的危險性，而非個別行為責任的問題。因此一階段構成說必須說明責任非難與向來的性格責任論或人格責任論的異同。**第三**，關於非難的內容，一階段構成說認為是展望性的，以刑罰對行為人的未來行動賦予條件，但是這樣展望意義的非難與非難固有的意義不同，非難仍舊必須有對過去所為的違法行為否定的評價，應採回顧性的理解。

一階段構造說主張的是所謂「積極的一般預防」(又稱為「規範的預防」、「統合的預防」)，但是除了刑罰法規作為行為規範的行為教導機能、規範意識的強化之點大致上有共通性外，詳細的內容每個論者的理解皆有差異。大致上可以分類為：①透過規範的刑罰化在確認保護對象及規範遵守的重要性，強化市民的規範遵守意識；②以處罰回復犯罪所生的規範侵害狀態進行再確認，維持、強化市民對規範秩序的信賴和規範遵守意識；③現實上除去對犯罪的處罰欲求的私人滿足(私刑)的誘因，維持、強化市民對規範秩序的信賴、規範遵守意識，強化規範的妥當力、社會的安定化。但是，這些意義是極為觀念式的、規範的概念。並未說明為了維持或強化市民的規範秩序信賴、規範遵守意識，為何必須要對行為人施以刑罰，結果可能產生「只不過是將威嚇刑或應報刑的根據換句話說？」

這樣素樸的疑問。且有過度的規範主義的傾向，「規範防衛」本身變成自我目的，將有陷入新的絕對刑罰論的危險。再者，一階段的構造說批判向來的責任概念過於空虛，企圖建構科學上實證的責任概念時，其理論的積極一般預防效果也並未經過科學的證明結果。最重要的是，積極的一般預防論本身，並無責任原理的刑罰限定制約機能在內。基於以上對積極一般預防的看法，大山教授認為消極的預防才合於責任原理，且正是可罰的責任論之原點，責任與預防終究是不同的概念，且預防是較責任更具價值判斷的、恣意的概念。基此，將責任與預防做對立性的理解是合理的，且二階段構造說才能與擔保責任原理的目的合致。

大山教授將預防定位在「責任阻卻事由」，作為對責任從屬的、消極的功能，且對期待可能性的判斷有二階段的流程已如前述。因此，依松原教授的分析，評價目標在流程①（規範的評價）和②（可罰的評價）中不同屬當然之理，另一方面無論是客觀的附隨情事或主觀的附隨情事，以個別的行為附隨情事為評價的基礎這點，以及以該當行為人個人為評價的基準這點，在流程①或②要無不同。如此，並非如松原教授所言規範的責任與可罰的責任無法包攝在「責任」的一個體系範疇內，反而以期待可能性判斷作為一個整體的責任阻卻事由的判斷構造（可罰的責任論）是充分可行的⁵³。

第三項 「可罰性」的概念

既然以上的可罰的責任論稱為「可罰的」責任論，則有必要進一步探討「可罰性」概念內涵究竟為何。以下即先探討可罰性的意義，接著說明其內容——應罰性與需罰性之意義。

第一款 可罰性的意義

在刑法學上，可罰性（*Strafbarkeit*）概念的用法大致有三。**第一個**是單純用來指示某行為「被當成處罰的對象」之事實，例如「現行法上，賣春行為本身的可罰性並未被承認」就是此用法。此意義下的可罰性也可以稱之為「形式意義的

⁵³ 以上整理自大山弘，前揭註 38，頁 9、17-23、29。

可罰性」。

第二個是表達行為「值得處罰」的實質性評價，因此又可以稱之為「實質意義的可罰性」。實質意義的可罰性是形式意義可罰性的前提和根據，在立法論中討論犯罪化、非犯罪化的主張時被援用，在解釋論上也在例如可罰的違法性問題上被討論。為了區別實質意義與形式意義的可罰性，實質意義的可罰性又被稱為「應罰性」(Strafwürdigkeit；當罰性)，另一方面，「應罰性」的用語是與「需罰性」(Strafbedürftigkeit；要罰性)相對，前者僅指實質意義的可罰性將目的論的考慮排除之後的無價值評價的一面。因此，可罰性、應罰性、需罰性等用語可以說尚未獲得共識。

第三個用法則是最近的部分有力見解，認為可罰性是獨立的犯罪成立要件，亦即，作為犯罪論體系上的一個評價階層，在構成要件該當性、違法性、有責性之後作為第四個犯罪成立要件。因此這樣的可罰性又可稱為「作為體系範疇的可罰性」。再者，若將包含構成要件該當、違法性、有責性的全體的可罰性稱為「廣義的可能性」的話，體系範疇的可罰性（第四階層）又可以稱為「狹義的可罰性」⁵⁴。

第二款 應罰性與需罰性

關於實質意義的可罰性之內容，有有力見解提倡「應罰性」與「需罰性」的對置。依此見解，應罰性指的是「犯行本身值得處罰」的無價值判斷；需罰性指的是「以犯行為理由，有必要對行為人科處刑罰」的目的論的判斷。這樣的應罰性與需罰性的對置關係，也有被援用來表示犯罪成立要件與客觀處罰條件或一身的處罰阻卻事由的不同。亦即，應罰性是以犯罪的成立要件為基礎，相對於此，需罰性則是以客觀的處罰條件或一身的處罰阻卻事由的形式來考慮。但是，如此將應罰性與需罰性對置的看法，松原芳博教授提出以下的問題點。

首先，將應罰性與需罰性對應到犯罪成立要件與客觀處罰條件，將產生沒有客觀處罰條件或一身處罰阻卻事由的犯罪類型（大部分的犯罪類型都是如此），

⁵⁴ 松原芳博，犯罪概念と可罰性—客觀的処罰条件と一身的処罰阻却事由について—，東京都：成文堂，頁 2-3（1997 年）。

儘管不具備需罰性，仍僅以應罰性就肯定刑罰。但是，不具備需罰性的行為，因為無法說是「有科處刑罰的必要」，照理說不應承認刑罰。但是反過來思考，構成要件該當性、違法性、責任之傳統的犯罪成立要件也未必與「需罰性」的考慮無涉。立法者是選定有必要以刑罰處理的行為來設定構成要件，因此，構成要件該當性也是「需罰性」判斷的一個階段，構成要件的要素也可以說有擔當「需罰性」判斷的功能。同樣地，違法性和責任也是，作為刑法上的處罰要件之下，不可能與處罰的必要性有關的判斷無關。如此，構成要件該當性、違法性、責任的傳統犯罪成立要件已包含「需罰性」的判斷，在沒有客觀處罰條件的犯罪類型中，只要滿足了這些犯罪成立要件，無須再經過特別的「需罰性」判斷就能肯定處罰。那麼，將判斷行為可罰性為基礎的各個要素，分配到無論是「應罰性」或「需罰性」的其中一個範疇都是不適當的。

根本而言，將「應罰性」與「需罰性」作為相對概念本身，令人懷疑是否有合理的根據。將這兩個概念置於相對位置，是以分離「對犯行的無價值判斷」與「處罰有關的合目的性」的考慮為前提。但是，如果我們否定形而上學的絕對應報刑論，採取現實目的的刑罰正當性觀點，那麼對犯行的無價值判斷，以及基於該無價值判斷對行為人的非難，絕對不是自我目的的，而是作為達成刑罰目的的手段。因此，對犯行的無價值判斷包含對刑罰目的的目的合理性在內，要分離無價值判斷與合目的性是相當困難的。從現在的合理的刑法觀來看，將「應罰性」與「需罰性」認為是表裡一體地形成行為的「可罰性」的理解可以說是比較妥當的⁵⁵。

第三款 「可罰性」在犯罪體系上之地位

依據通說之見解，在犯罪論體系內部並沒有為了「可罰性」的考慮而成立特別的犯罪要件，而是將可罰性的考慮，納入構成要件該當性、違法性、責任等傳統犯罪成立要件的內部（例如可罰的違法性）。但是，像是客觀處罰條件或一身的處罰阻卻事由，儘管作為可罰性的要件，並未被承認在犯罪論內部的體系地位。在此意義下，犯罪論中的可罰性的考慮僅止於整體可罰性考慮的一部份。

⁵⁵ 松原芳博，前揭註 54，頁 4-6。

相對於通說，最近有主張將可罰性概念作為獨立的體系範疇承認的有力見解。依此見解，可罰性是第四階層的犯罪成立要件，此體系範疇時常被用以說明客觀處罰條件或一身處罰事由。此見解有將可罰性導入犯罪論內部的意圖，從刑罰的法效果觀點來看的話，可以說是企圖將犯罪論實質化。這樣的企圖從現代對犯罪論的要求而言，應給予高度評價，不過從體系論的觀點來看，將可罰性作為獨立的體系範疇或評價階層，可能有以下的問題。

第一，將可罰性這個全體性判斷當作犯罪論的一個要素來導入的話，將在犯罪論體系內部產生矛盾。因可罰性意指「值得處罰」，對行為應該是全體性的評價，如果將可罰性當作一個要素的話，將有「全體」和「部分」同時出現的邏輯上矛盾。根本上，犯罪論體系的各個要素都是以「可罰性」賦予其根據，那麼如果將可罰性作為其中一個要素，將陷入以「可罰性」賦予「可罰性」根據的循環論證。

第二，「可罰性」這個概念，很難說有能夠構成犯罪論獨立體系範疇的明確輪廓與具體內容。可罰性判斷包含與處罰適當與否的所有考慮，因此判斷的對象也沒有限制，包含行為情事、行為人情事或無關的情事等等，如此綜合性的判斷如果作為犯罪論體系上的獨立評價階層，恐怕對具有分析性質的犯罪論體系是不適當的。

第三，如果承認可罰性是獨立的犯罪成立要件，恐怕會招致構成要件該當性、違法性、責任的空洞化。可罰性概念唯一的積極特徵是刑罰關連性，因此，如果要使其發揮單獨的犯罪成立要件功能，將會剝奪其他犯罪成立要件的刑罰關連性，如此將使得實質的、目的論的考量空間變得狹隘，反而與論者企圖將犯罪概念實質化的要求產生反效果。

由以上的疑慮來看，如果要使可罰性在犯罪論中被實質地考慮，比起將之作為獨立的體系範疇來導入，不如在傳統的三階層體系範疇的各個階段都納入可罰性的實質考慮。亦即，透過將「可罰性」概念作為體系構造上的指導原則或規制原則來賦予意義，將傳統的犯罪構成要素理解為適合科處刑罰的行為予以重構，

才是適當的方法⁵⁶。



第四項 小結

本節說明的是實質的責任概念之一的可罰的責任論。可罰的責任論是日本獨有的學說，源自宮本英脩博士「規範的評價」與「可罰的評價」的區分，其後由佐伯千仞博士正式提出理論。佐伯博士將責任非難的本質認為是「適法行為的期待可能性」，並且加上「行為人的非難性達到必須以刑罰此強力手段為必要，且有適合接受刑罰之性質」之可罰性要素。亦即，作為刑罰前提的責任非難應有現實的「責任非難所設定的目的」，此目的對佐伯博士而言是特別預防目的為核心的改善刑論。在架構方面，佐伯博士提出「原則－例外」構造，認為期待可能性是屬於例外型（即責任阻卻事由）的討論。在佐伯博士之後有幾位論者亦採取可罰的責任論見解，如淺田和茂教授所主張的可罰的責任論是以規範責任為前提，再加上可罰的責任判斷，有減輕或否定刑罰的功能；大山弘教授則將期待可能性的構造明確區分為兩階段，先進行規範的評價，若有期待可能性減低的情形，再進行第二階段的可罰性評價，考量預防必要性；山中敬一教授則是以期待可能性為核心，考慮處罰必要性和處罰均衡性，將可罰的責任論作為可罰的責任阻卻事由。

對於可罰的責任論，松原芳博教授做出精闢的分析，認為以上這五位論者所提出的是「二階段構造」的可罰的責任論，也就是區分「規範的責任」與「可罰的責任」兩階段的說法；相對於此，另外有「一階段構造」之見解，也就是將刑罰目的論直接納入責任本質的考量，以犯罪預防為前提來思考作為犯罪成立要件的责任，因此一階段構造同時也是本文第三章所介紹 Jakobs 和 Roxin 等人以預防為目標的責任構想。松原教授站在一階段構造的立場，分別從評價目標、評價基礎和評價基準出發來探討，認為並無區分二階段的必要性。對此，鈴木茂嗣教授及大山弘教授均提出反對意見，認為責任與預防本質上仍不相同，分二階段判斷才能維持責任有劃定刑罰界限之機能。

⁵⁶ 松原芳博，前揭註 54，頁 8-10。

探討完以上可罰的責任論之內容與分析，最後探討「可罰性」概念本身的意義。可罰性有形式意義、實質意義和體系論上的意義三種理解方式。實質意義的內容又有「應罰性」與「需罰性」概念的相對，前者指的是「犯行本身值得處罰」的無價值判斷，後者指的是「以犯行為理由，有必要對行為人科處刑罰」的目的論的判斷。不過，松原芳博教授認為將此二個概念對置欠缺合理的理由，因為傳統犯罪成立要件本身應該已經包含「需罰性」的判斷，因此縱使沒有客觀處罰條件或一身的處罰事由這類特殊的「需罰性」要素，仍並非沒有考慮需罰性就進行處罰。因此應該將應罰性與需罰性認為是「可罰性」之一體兩面來理解。同理，可罰性也不適合作為獨立的第四個犯罪階層，因為如此將使體系產生矛盾，可罰性概念本身也沒有足夠明確的內容能夠作為分析性的一個犯罪階層。

以上，本文認為可罰的責任論具有的判斷架構足以作為重構責任理論之參考，尤其是將責任與刑罰目的做出區分的二階段構造論，有別於前述 Jakobs 等人的功能罪責理論，不再拘泥於責任之本質論，直接嘗試由刑事政策的角度切入來理解責任論，具有建構性的特質，因此將在本章結論以可罰的責任論為框架嘗試重新建構現代的責任觀。



第三節 刑罰的犯罪事後處理機能

責任論屬於犯罪論當中的第三階層，同時也作為犯罪論和刑罰論之間的架橋，因此必須要先行確定刑罰的目的。如本文第三章所述的各個實質的責任概念，皆緊密結合犯罪目的來思考刑法的機能與構成責任理論，相較於無視刑罰目的或刑事政策的傳統規範責任論，這點值得認同。惟本文認為相較於犯罪預防，刑罰毋寧只有「犯罪事後處理機能」。以下援引主張此立場的日本學者吉岡一男的話來展開本節的說明：

站在刑罰的本質是作為手段的應報的基本立場，思考其社會的機能為何。與犯罪防止作為目標的社會統制機能不同，刑罰的目的應該設定在犯罪處理機能⁵⁷。

第一項 刑罰目的的檢討

在正式進入吉岡一男教授所提倡的事後處理機能論內容之前，必須先檢討其對刑罰機能與目的的思考，其中又以對預防目的的反對理由為重點。在此的檢討也可以作為對本文第三章第二節第一項（以預防為目標的責任構想＝功能主義的責任概念）的批判性檢討，並對應到本章前一節可罰的責任論將預防與責任概念對置的理論架構。

第一款 刑罰的機能與目的

從國家權力的出現和與刑罰的發生連結的歷史來看，首先存在處罰犯人的國家物理力，為了煞住這股力量，出現了規則化的法律，因此刑罰賦課的根據應該在於擁有一定物理力的機構，而非法規範本身。刑罰制度的成立本身是國家的強制力，法律頂多只是此原則加上一定的限制，或是使強制力行使更容易、更有效率而披上的合法性外衣。

⁵⁷ 吉岡一男，刑罰の犯罪処理機能，收於：刑事制度の基本理念を求めて：拙稿とその批判の検討，頁201（1984年）。

「處理」有別於事前的預防與犯罪發生時的鎮壓，有獨立的機能。對過去所生犯罪的處理，與對行為賦科惡害的本質最為親近。再者，這樣的想法與微罪處分、緩起訴處分等不課以刑罰即完結的程序亦能有最佳的說明。縱使沒有防止未來犯罪的效果，科處刑罰以處理犯罪本身仍有固有之意義。

理念上犯人也是社會構成員之一，對他加諸的不利益也是社會的不利益，但為了將來社會的維持存續，必須忍受該當不利益，如此理解之下刑罰即為必要之惡本身，如此也產生朝向與犯罪均衡的刑罰惡害之縮小的努力的原動力。刑罰對作為對象的犯人而言是極端重大的不利益，有時甚至否定該人的存在本身。刑罰制度究竟是為何而存在的？我們要求犯罪人付出的惡害要超越利益，此為刑罰制度的目的。以犯罪防止機能作為刑罰目的的話，刑罰制度全體是為了自我實現而構成，這樣的犯罪防止目的會過於強烈，將導致犯人處遇改善的方面無立足之地，在威嚇／無害化方面不斷加重刑罰的結果⁵⁸。

第二款 犯罪預防目的的問題性

刑罰論經過應報刑與目的刑，以及絕對主義和相對主義的對立之後，以相對的應報刑論為多數見解。絕對主義的「正對不正的貫徹」或「正義的要求」等觀念性的議論確實不充分，現在的國家刑罰應有某些合理的制度目的來賦予根據，因此以相對主義為妥當。但是，將這個目的認為是「犯罪防止」是有問題的。亦即，並不是一面倒向改善矯正犯罪人的特別預防，而有必要單獨地考慮「做出犯罪、被當作犯罪人的人該如何處理、處遇」之問題⁵⁹。

犯罪預防目的最大的問題在於設定這個具有魅力的目的之後，欠缺現實上效果的明確分析即帶來刑罰的擴大與強化，產生重罰化的傾向⁶⁰。再者，刑罰制度僅以犯罪防止為目標，則會走向與犯罪人處遇、社會復歸不同的樣貌，拘禁的無害化、犯罪機會的剝奪以及刑罰惡害帶來的威嚇將成為核心，特別預防及一般預防成為優先目標。如此，至今以來苦心經營的犯罪人人權保障、刑罰惡害的緩和等理想將會倒退。換言之，以刑罰來防止犯罪的想法原本潛在的問題性，脫去了

⁵⁸ 吉岡一男，前揭註 57，頁 204-207。

⁵⁹ 吉岡一男，犯罪的事後處理と修復的司法，刑法雜誌，41（2），頁 243（2002 年）。

⁶⁰ 吉岡一男，刑罰論についての刑事學的考察，收於：自由刑論の新展開，頁 16（1997 年）。

幫助犯罪人社會復歸的偽裝之後，暴露出刑罰本身就是我們想要的。但是，當然地，遂行擁有赤裸的惡害性的犯罪對策並非我們想要的。因此，贊成此立場的人藉由倡導犯罪人的主體性參加、要求處遇的權利等，企圖維繫處遇理念，保持與惡害威嚇的均衡。並且，為了扶助孱弱的處遇理念，進而攻擊應報刑的野蠻性。但是，以應報原理而言，並不意味著絕對貫徹處罰主義。問題毋寧在於將刑罰不得不作為應報手段的本質，用在積極的犯罪防止之上。以這樣的態度為前提，處遇理念、犯罪人的社會化的想法甚至容易連結到為了再犯防止的人類改造。此亦為現在的處遇理念批判的根據之一。因此，遭致了改善、處遇沒用的話就威嚇、無害化，特別預防沒用的話就一般預防這樣搖擺不定的批判。

比較沒有問題的犯罪人，比起設施拘禁，採取社會內處遇以及盡量及早遠離刑事司法程序本身的想法，在以上的反省之下產生。但是，這樣的動向通常會使得無法接受如此「優遇」措施的人剩下來。亦即，有區分危險的犯罪人群，以及非危險的犯罪人群的二極化傾向，這也是將犯罪防止目的納入刑罰制度而產生的。犯罪危險性、再犯可能性的有無、大小乍看之下雖是明確的概念，但是其內容卻不是非常清楚，以這樣的基準篩選犯罪人的話，將使得社會、經濟狀況不佳者遭受不利益的待遇，這也是將犯罪防止作為刑罰目的的結果⁶¹。

除此之外，也必須從根本去懷疑刑罰的犯罪防止**效果**，至少從法執行的現實來看，受到重大的限制。犯罪通常經過幾個月甚至幾年的審判才成為處罰對象，這樣的現狀無論從社會心理學的角度或作為行為控制手段來看，處罰擁有的效果不得不說是極端的微弱。有論者主張「犯罪－刑罰」規定縱使與現實的執行相隔甚遠，仍舊對行為時的利害計算或心理強制有效果，確實，某些犯罪行為的種類或對某些人而言，法定刑的存在本身就有某種效果，但是，**要產生一般化的「法定刑的輕重與抑止效果的關係有超越常識的法則性」是極端困難的**。至少在現狀之下，現實上的效果未經過實證就加重法定刑，不清楚實效性就做形式上的威嚇。這樣的刑罰威嚇效果經常受到質疑，不斷強化的刑罰不過是單純撫慰對犯罪的不安感，補充並不存在的防止效果罷了。這也是為什麼我們為了說明刑罰的存

⁶¹ 吉岡一男，前揭註 57，頁 202-203。

在常常必須提出處罰者的心理⁶²。

基於以上對犯罪預防目的的批判，於結論上，應站在相對應報刑論上，考量作為相對主義內容的目的，認為非犯罪預防而是犯罪處理；在應報刑論的內容上，並非以應報的正義正當化刑罰的應報刑主義，而是能夠區別刑罰的應報性格與復仇或報復的（對行為的）「應得」（desert）⁶³。

第二項 犯罪處理

犯罪對應的具體內容大致上可以區分為將來犯罪的**預防**、現在犯罪的**鎮壓／制止**、過去犯罪的**事後處理**⁶⁴。其中與具體犯罪人的處罰有關的是犯罪預防與犯罪處理。

犯罪預防作為一般預防與特別預防的上位概念，構成向來的目的刑之內容。與此相對，現實上發生的犯罪的事後處理，可以理解為，將作為對犯罪的應報惡害之刑罰，以經驗性的語言來描述其原本的「透過處罰犯人應產生的機能」之內容。在這樣的理解之下，為了進行犯罪處理有刑罰必要之情形及不必要之情形，藉由釐清兩種情形，可以連結到**不處罰的犯罪處理**⁶⁵。

作為犯罪對應的事後處理，即是對過去的有害行為及該行為帶來的事態的修復作業。將有害行為定義為犯罪，依法定的程序使行為人負責，並科以刑罰，作為處理有害的行為，除去及迴避該發生及置之不理所生的社會動搖，減輕及除去有害行為帶來的社會構成員之間的相互不信任或排斥，使包含犯罪人在內的共同社會生活再度開始，為了維持集團生活，必要的情緒安定和相互信賴的確保是有用的。因此，事後處理關心的對象，比起過去已發生的現實上有害行為本身，更注重由此產生的被害人的窘境，或是人們情緒的動搖／反彈。再者，社會、制度層級上合理的事後處理，原來的旨趣並非單純對應主觀的想法，而是以現實發生

⁶² 吉岡一男，前揭註 60，頁 19-20。

⁶³ 吉岡一男，前揭註 59，頁 244。

⁶⁴ 本文並未處理到預防與鎮壓問題，詳細可參：吉岡一男，前揭註 56，頁 24 以下。

⁶⁵ 吉岡一男，前揭註 60，頁 14。

的有害行為為前提，確認該事態的同時進行處理的程序⁶⁶。

以上是犯罪處理大致上的意義，以下分項進行檢討和說明。



第一款 歷史概觀

犯罪處理的歷史發展與本文第二章所述中古時期以前的責任論發展有若干重疊之處，以下即從犯罪處理的觀點再度說明歷史。

犯罪事件發生後，以被害人為中心產生對犯行的憤怒、對犯人的報復情感、想要知道誰會做哪些事情（來處理）的心情，這些具體化為犯罪事態的解明活動、釐清犯人是誰和責任追及、報復的惡害賦科或從共同體的排除、抹殺。以上的犯人追及、報復攻擊、排除等儀式性的放逐或以贖罪金解決血讎等都可以聯繫到犯罪處理制度⁶⁷。如本文第二章所述的，共同體集體以儀式來向神靈贖罪，正是旨在平息神靈的憤怒，使被擾亂的秩序恢復，也是在進行犯罪處理。

歷史上有將侵犯禁忌者從共同體放逐或抹殺的刑罰起源。在此，比起考慮使將來不要發生禁忌侵犯，反而是以「將該當侵犯者排除，以表達剩餘成員的清白，使超自然的憤怒不要朝向自己」的考慮為中心。為了處理禁忌侵犯這個犯罪，要求將該當侵犯者抹殺或排除。抹殺犯罪行為者成為被害人方唯一的犯罪處理手段，但是部族之間因此形成無限的血讎報復的連鎖。為了解決此問題，產生了作為紛爭解決手段的新的贖罪金制度，因此此一贖罪金作為犯罪問題的處理的性格是很明確的。之後在王權的擴張之下，贖罪金被國王收歸己有，成為國家刑罰的罰金，可以認為是處理過去的犯罪問題的刑罰手段。接著，王權逐漸將目光轉向個人，利用刑罰為手段直接進行統治，獨佔物理力的國家實現其刑罰權，正式出現國家刑罰。現今的社會仍在這樣歷史的延長線上，刑罰作為社會統制手段之一毋庸置疑。在工業革命的影響之下，有企圖恢復刑罰制度的犯罪防止機能的立場，如此形成了「一般預防不成就採特別預防，特別預防失敗就採一般預防」的互相反覆循環的境地。但是，國家刑罰應非以防止將來犯罪為唯一的目的。冷靜來看，對過去的犯行賦科惡害是刑罰的本質，對此要防止將來的犯罪是過重的

⁶⁶ 吉岡一男，前揭註 56，頁 24、32-33。

⁶⁷ 吉岡一男，前揭註 60，頁 26。

負荷也是過度期待，因此產生了「以該當犯罪行為為契機，為了處理犯罪所生問題而對犯人賦科惡害」的理解可能性⁶⁸。例如，作為近代刑法的出發點的邊沁或新派刑法學主張的犯罪被害者國家補償制度在 1960 年代有所實現，作為刑事政策議論的一環，與犯罪防止並列，被稱為犯罪的善後措施⁶⁹。

第二款 意義

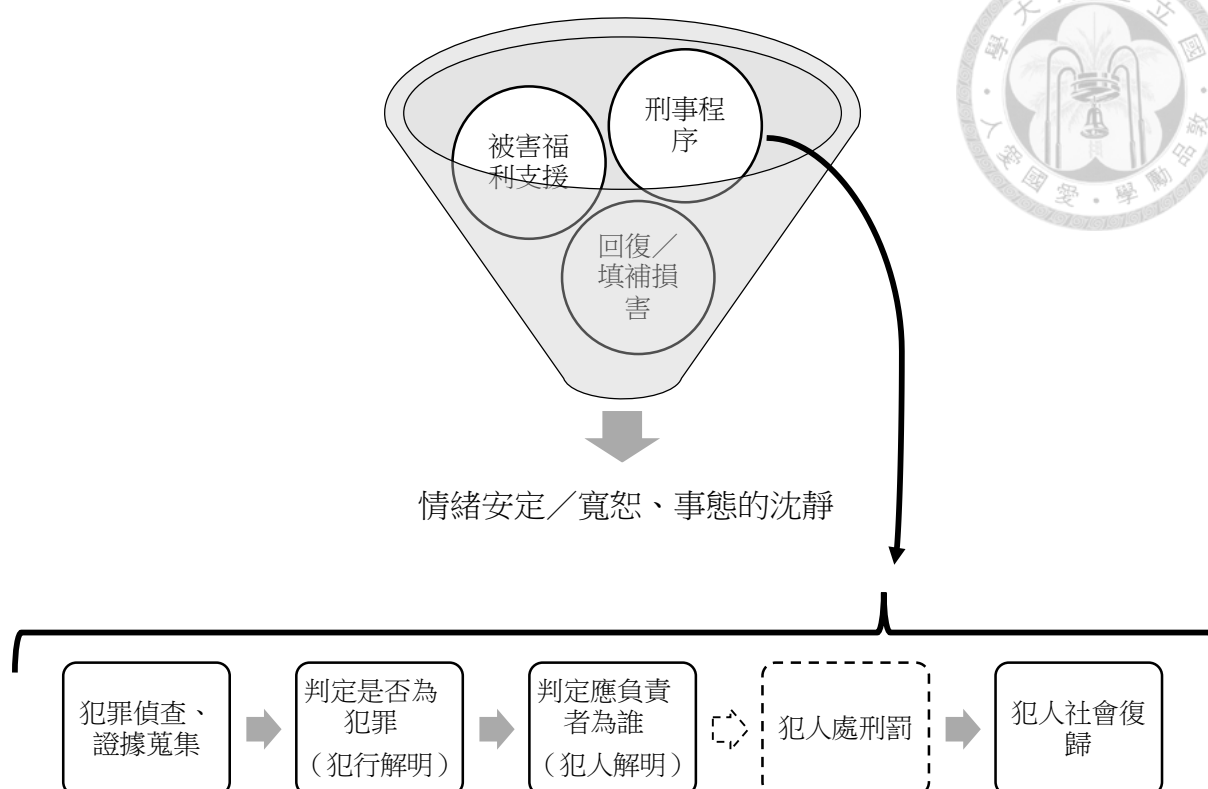
確立了國家刑罰的根底有犯罪事態的事後處理機能後，可以認為刑事制度全體都服務於犯罪處理，以犯罪處理為依歸。那麼犯罪處理究竟在處理哪些東西？以及想要達到怎樣的效果？以下即進一步探究犯罪處理的內容。

第一目 犯罪處理之內容與程序

藉由刑事制度的犯罪處理，有一連串的刑事程序。從犯罪發生之時，具體上是誰做了什麼樣的事情，藉由犯行的物理、心理痕跡（記憶）作為事實認定之用而蒐集為證據，進行再度的確認，以犯罪搜查為起始，判定事態是否是犯罪、誰來為犯行負責，有時候最後達成處罰犯人的結論。犯罪的事後處理由更廣泛的角度而言，還包括被害者的救助等福利的援助、為了回復或填補所生被害或損害的保險制度，或是以民法進行損害賠償甚至是國家賠償。在這一連串的犯罪處理當中，前述刑事制度對犯行和犯人的解明，到處罰的刑事程序的實施，或是犯人的社會復歸所產生此事態完全的沈靜化，也可以在廣義的犯罪處理當中確立地位。基於這樣的理解，犯罪與刑罰的法定或刑事程序等，整體構成的刑事系統的存在、作用本身，也可以用犯罪處理來賦予意義。以下以圖示來表達廣義的事後處理及其中刑事制度當中的程序：漏斗形表示整個事後處理機制；當中的圓圈為可能進行的項目之舉例，但不以此三者為限，其中刑事程序則另外以下方的流程圖來表示；漏斗下方的箭頭則表示可能達到的效果。

⁶⁸ 吉岡一男，前掲註 57，頁 208-210。

⁶⁹ 吉岡一男，前掲註 59，頁 244。



在犯罪處理的效果和機能的理解上，透過事態的解明和（有時候）犯人的處罰，能夠獲得被害人等社會構成員心理的滿足或認同感，達成使（包含犯人在內的）社會共同生活再度平穩的情緒安定。但是，個人的感情滿足並不存在於所有的情形，被害人等的現實心理滿足也未必能夠要求。不過如同以犯罪防止作為刑罰目的，未必確實有達成預防的效果才能繼續進行制度運作，犯罪的心理上處理也是同樣，比起赤裸的應報情感在刑罰制度下直接被滿足，以程序確實地進行對應，這樣的刑事系統的存在和作用更能期待帶來對產生犯罪的人們的共同生活必要的情緒安定。

刑罰是以作為犯罪處理手段，並以前述效果為目標而對犯罪人賦科，如以別的手段已經能達成這樣的效果時，就不需要刑罰。制度性的不處罰處理是直接歸結到刑罰目的，能確認由從制度目的來看是否有以不處罰為合理的選擇。再者，刑罰作為刑事制度的構成要素，在犯行之後的事態進展當中，是位於——每個階段的犯罪對應不夠充分而進行至下一個階段——最終階段的位置。在犯罪處理的各個階段中，都存在有最終不達到犯人處罰的不處罰處理的可能性。僅有在刑

事程序中這些處理都不夠充分的情形，才會歸結到處罰犯人的結論⁷⁰。

第二目 犯罪處理之理念與寬恕

在處罰犯人的情形，則是追究犯罪行為人的責任使之實現，但是真正意義的責任追究，亦即，從倫理的觀點追究應非難的人的責任，在個人的層面下考慮的話，將產生是否適合於作為國家制度的刑罰之疑問。毋寧是，撫慰並吸收可能達到要抹殺犯人程度的激烈的個人情緒反彈，使包含犯人在內的社會生活在事後仍舊可能，刑罰、刑事制度有進行這樣的犯罪處理的社會機能。刑法或刑罰與倫理、道德分離受到廣泛的支持，除去刑罰制度的倫理性，制度目的應在於——僅在與所犯犯罪均衡的刑罰量為上限進行處罰，達到產生不幸的犯罪事件的歸結點。如此可以稱為關於刑罰的**質的謙抑主義**。縱使在重大犯罪的犯人，國家制度也不應介入個人的內心，而僅能注目於作為表面的犯罪事實的具體犯罪行為本身，以罪刑均衡為刑罰賦科的最大限度進行事後處理。

自己產生悔改的贖罪意識在人類的社會生活中是備受期望的，但是那是在每個人的私領域即個人的內心的問題。在刑罰制度中不能謀求這點。雖然不能否認有以具體的處罰作為契機而產生現實的悔悟的可能性，這並非國家制度對其對象者能夠期待之事。不過，作為刑罰行使、刑事制度運用的努力目標，期望對象者能夠產生這樣的反應。**犯人的個人悔悟或反省在現在存在的限度內，從犯罪處理的觀點可能限定處罰**。以對自己行為負責的個人責任態度為目標的個人層面的犯罪對應，與以刑事制度進行的公領域、國家的犯罪對應，兩者必須畫出界限，然後可以考量互相的關係。這是一種片面的關係，在犯人處罰的方向，公正的程序履行與責任刑是絕對的制約。應依犯行的性質來全面地承認不處罰處理的可能性，從公正的案件處理的觀點，從犯行內容來看承認不處罰處理的事件就應全面地不處罰犯人。

最終，犯罪處理的**理想**，應該是**基於對犯行的共感理解產生的全面的寬恕**。個人倫理中的寬恕並非因為犯人做出某些補償，而是基於人類的愛之下對他者共感性的理解的個人能力。當然，事實上，犯人的責任被實現或接受處罰可能成為寬恕犯人的契機，因此在不處罰的犯罪處理上，也可以加入例如被害賠償或道歉

⁷⁰ 以上整理自吉岡一男，前揭註 60，頁 26-28。

等功利性的關懷。作為必要之惡的事後處理的刑罰越少越好，這與犯罪越少越好是同樣的道理，因此在所有的機會導入非刑罰處理是必要的。

在大多數的重大犯罪中，我們一邊反省遲遲無法寬恕犯行的心理，一邊繼續處罰犯人。但是，此際犯罪行為的存在或刑事責任的肯定也無法帶來刑罰的正當性。國家刑罰制度是以物理力來維持，照理說不可能出現超越物理力的理論上的國家刑罰。國家或全體社會，以財政基礎來支撐物理力，在罪刑法定主義等法治國原則承認的範圍內，能夠處罰作為構成員的個人，但是這並不是以某些絕對的國家刑罰權之類的東西為根據。**刑罰並不是要積極地去正當化，而是應該企圖不斷地縮減。**對於以上，有認為在對犯罪模糊的不安感之下，應該拯救倫理荒廢的現代社會，而嚴厲追究犯行責任的主張，但是，在此應該存在重大的陷阱。亦即，**並未基於對犯罪現象的知識來根本解決犯罪的情況下，依賴刑罰也無法保障不安感的消除，反而只會歸結到無止盡的刑罰強化。**對犯罪的不安，在現時的犯罪問題的解決之下，可能藉由解明犯罪為何產生而減輕，並不是將犯罪行動看做是應非難、懲罰的「惡」，或是應治療的個人病理的徵兆，而應該理解為人類藉由攻擊他者或犧牲他者來填補容易陷落的心理機制；同時，企圖進行現時事後處理，並非為了排除犯人或社會防衛，而是要求立於犯罪人本人的側面，來嘗試解明與克服個人的原因⁷¹。

第三款 作為犯罪處理的刑法規範和刑事司法

那麼，犯罪的事後處理與刑法規範的性格有何關係？刑事司法又應該相對應有哪些功能？

第一目 刑法規範與責任主義

在刑法規範方面，依據刑法規範的行為控制，其現實性和刑罰的惡害賦科的理论整合性等不無疑義，否定預防目的將否定刑法的行為控制機能即「行為規範性」。作為處理犯罪事件被使用的**裁判規範**，與積極的應報刑主義不同，並不是去命令處罰犯罪，而應該理解為在制度目的上必要的限度，在法定刑的上限內得以處罰的授權規定。再者，在刑事訴訟法承認緩起訴及微罪處分的現狀下，有相

⁷¹ 以上整理自吉岡一男，前揭註 60，頁 30-33

當數量的犯行並未賦科刑罰就結案，由此可知應該排除刑罰權實現這類觀念論式的理想議論，而應該考慮將刑事程序具體化，以刑事制度全體來進行犯罪對應⁷²。

責任主義可以說是應報刑論的優點層面，不過積極的責任主義被當作要求「必罰」犯罪責任者的原理，與作為刑罰正當化原理的應報刑主義為了實現正義要求處罰所有犯罪人是相同的。**但是責任是否能支撐如此積極的處罰，仍有疑問。**確實，在我們的日常生活中，為自己的行為或舉止負責任是作為人應有的態度，對自己的行為承認自己的責任，並負起這個責任，是人在集團的社會生活中必要的態度，通常在教養過程中在家庭或緊密團體當中學會這件事，此事可以被稱為個人的答責原理。但是，**處罰一事與是否產生該責任並沒有直接的關係。**個人層面的責任與國家刑罰的關係必須要慎重地考慮，由治安感與應報感情直接支配的犯人處罰或必罰體制，以責任這個詞彙來粉飾是有問題的。

責任主義並非積極要求處罰責任者的原理，而應理解為要處罰的話不得缺少責任，這樣的主張被稱為消極的責任主義，通常與抑止刑論作為一組概念被討論。但是責任主義本身也是應尊重的原理。目的刑主義的問題在於，為了回避被批判積極運用刑罰，以犯罪行為的存在或責任的必要作為便宜的方便藉口。因此為了避免責任主義僅是作為回避批判的單純便宜妥協，或是為了人權保障的外在制約，應定位在刑罰制度的合理目的的內在位置⁷³。

第二目 刑事司法的對應

在刑事司法方面，如以上一再強調的，犯罪處理包含了有「**非刑罰的對應**」可能性。現在的制度中有基於特別預防的目的，採取非刑罰處理的情形，被稱為「轉向處遇」(Diversion)，不過這樣的作法隱藏著問題。亦即，這些不處罰的犯罪處理通常是從犯罪人的改善、自立等特別預防觀點，認為對再犯預防和全體的犯罪防止有正面效用，但是，以通常的送檢、刑事審判、實刑對於再犯防止是負面的為前提，與積極提倡刑罰的再犯防止效果的特別預防論原本的想法是矛盾的。再者，從價值觀點而言，這些寬容的措施也有對犯罪人表示的恭敬順從等態

⁷² 吉岡一男，前揭註 59，頁 244。

⁷³ 吉岡一男，前揭註 60，頁 12-13。

度，而由警察、檢察官或法官給予恣意的恩惠或便宜措施的成分，有反省之必要。因此在現行的非刑罰處理，從犯人的再犯防止觀點是否應該支持仍有疑問，應該由犯罪處理的觀點來把握非刑罰的對應可能性。

亦即，採取以犯罪處理為目的的相對應報刑論之下，如微罪處分或緩起訴的情形，達成了某種犯罪處理目的之後就無須處罰。要處罰的情形的刑罰量，則可以考慮與犯人與犯行關連之下已遭遇的種種不利益或被害回復。每個具體的犯行需要怎樣不同的事後處理，可以放在廣義之下量刑問題來檢討。並非直接地斟酌現實的被害人感情或被害人期望對犯人的處罰，因為犯罪事態的解決，並非只依據使社會共同生活再度取得情緒安定的目的，而是必須在行為責任主義之下，依刑罰要件事實的犯行內容決定相對應（均衡）的刑罰上限。基此，依據具體的事案，從犯罪的成立要件的存否，到微罪處分、緩起訴等依序地檢討如何進行事件處理。處罰的有無與量從理論的觀點而言並不預先存在最終的答案，亦即在一定的框架內依程序來決定，但並非朝向被害人意向等超越責任的重罰，而是單方面地考量朝向非刑罰的處理方面進行具體事件的分類。如此累積起來的（廣義的量刑）行情反映到個別決定之下，可以看見長期性的刑罰緩和化。與被害者支援平行，以上這樣的刑法／刑事制度進行犯罪事態的處理，與利用犯罪學的知識進行的事前預防——三者分別作業之下，更能實現犯罪的對應⁷⁴。

第三項 小結

以上本節說明的是吉岡一男教授所主張的犯罪事後處理機能論。首先思考刑罰的目的，在應報刑論與目的刑論兩者對立的理論架構下，企圖找尋使應報刑論擁有合理目的，又非採取預防目的的觀點。事後處理機能論依舊認為刑罰的本質與應報的性質較為接近，因此站在相對主義的立場，尋出「處理」的機能作為刑罰的合理目的。接著檢討刑罰預防目的的問題性，在於未經過效果的實證就以預防為目的的話，刑罰將有無限制加重的傾向。因為我們的理想應該是犯罪人人權保障與刑罰惡害的緩和及限縮（謙抑主義），因此對預防目的難以苟同。且縱使特別預防強調犯罪人處遇的理念或再犯防止等理想，仍舊是企圖隱藏刑罰的應報

⁷⁴ 吉岡一男，前揭註 60，頁 22-23；吉岡一男，前揭註 59，頁 244-245。

本質，追求積極的犯罪防止，而容易導致過度的犯罪人改造等不良的結果。

其次，進入事後犯罪處理機能論的內涵。處理作為犯罪對應三個環節的最後一個（事前對未來犯罪的預防→事中對正在發生犯罪的鎮壓→事後對過去犯罪的處理），可以在刑罰的歷史發展上找尋到其足跡，像是刑罰儀式或贖罪金等制度都是用以處理犯罪。廣義的犯罪處理可能包含被害者的福利支援、損害的賠償或回復、人際關係的修補等，其中即包含以刑事程序的方式所進行的處理。以刑事程序方式所進行的處理包含犯罪人的特定與犯罪原因的解明，並追究犯罪人責任，最終可能給予刑罰的制裁，如果已達成了某些處理目的，亦可能有非刑罰處理的可能性。最終而言，理想上希望能夠達成被害人情緒的平息，以及社會動盪的撫平，不過個人倫理層面的寬恕並非制度所能強求，因此重點依舊在每一個刑事程序中所達成的個別目的。且對此，我們應該警醒到刑罰本身無助於不安感的消除，因此仍應朝向限縮的方向，留下非刑罰處理的可能性。

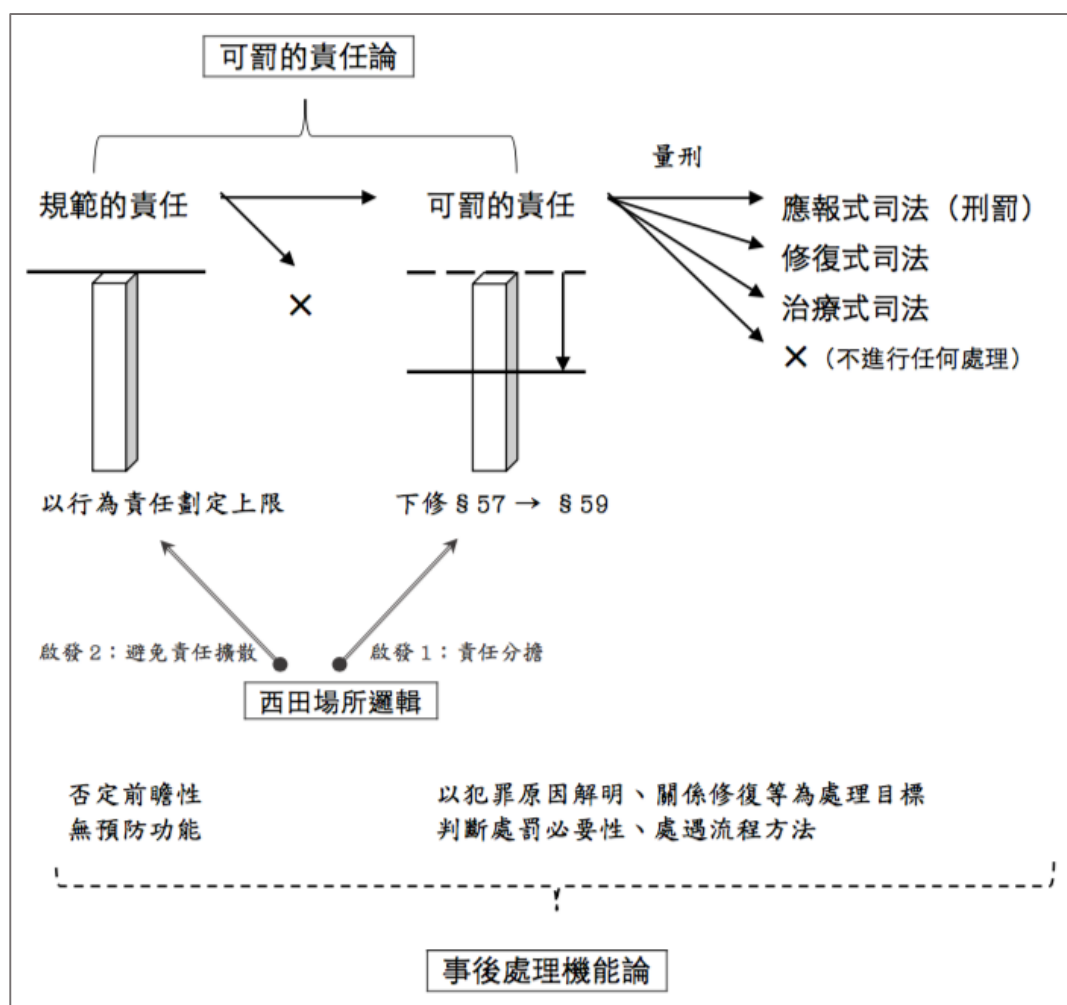
以犯罪處理為目的的話，整體刑事制度皆應以此功能為目標，那麼首先刑法規範將失去行為規範的性質，而成為裁判規範的依據，並依處理的必要性做出犯罪成立與否的結論；在刑事司法方面，則因應不同處理的必要，有非處罰的處理（不起訴處分、微罪處分等）。在犯罪處理的觀點下，刑罰的上限即以罪刑均衡原則所劃定的責任刑，因此是採取「消極責任主義」，責任是作為限制刑罰界限而非賦予刑罰根據的角色，不應用來粉飾應報情感的滿足之下的必罰原則。

在犯罪事後處理機能的理念之下，有擴大採取非刑罰的處遇可能性，此可以對照到責任原則，作為限制刑罰界限的機能，**意味著「無責任即無刑罰」，但並不能反推「有責任即有刑罰」**。因此，責任可以對應到刑罰以外的處遇（如修復式司法、治療式司法），正是本文所強調的主旨之一。在修復式司法方面，事後處理目的較積極一般預防論更能說明修復式司法的理念，使犯罪者方面沒有過大的負擔（刑罰），被害人方面亦能接受的情形，可以認為充分進行了事件處理，那麼就沒有進一步介入處罰犯人的必要⁷⁵。

⁷⁵ 吉岡一男，前揭註 59，頁 249。

第四節 代結論——責任對應非刑罰處遇的可能性

那麼，以上已經將所需的三個重要素材備齊，以下就要嘗試重構本文觀點的責任論。因為最後目標是達到非刑罰的其他多元處遇的可能性，因此這部分勢必會結合到一些量刑論和刑罰論，囿於筆者能力限制難以深入說明細節，僅在清楚呈現本文觀點的範圍內進行大略的說明，核先敘明。先以下圖來表示理論大致上的輪廓以及三個要素分別所處的功能地位，詳細分項說明如下。



1. 規範的責任

首先以「可罰的責任論」作為理論的框架，採取二階段構造說，將「規範的責任」與「可罰的責任」分離，先行判斷規範的責任。規範的責任部分係為了堅守行為責任主義而必要，由不法的質和量、罪刑均衡原則來劃定行為責任的上限，正因為這部分有本文前述的本質論式責任的缺失，因此不再執著於將責任認

為是刑罰賦予的根據，反而應將責任理解為只有劃定刑罰界限的功能，那麼就沒有必要積極地提出非難可能性，而是由責任阻卻事由的類型化，具體分為行為人情事的特殊性（無責任能力）及行為狀況的特異性（無期待可能性）來分別具體判斷⁷⁶，藉此也盡量摒除責任判斷中規範論的特性。如前所述，松原芳博教授採取一階段的立場，因此也批判應罰性與需罰性作為相對概念的合理性，不過，於責任（有責性）判斷中，既然納入了可罰性的考慮，不妨也可以考量作為可罰性一體兩面的應罰性與需罰性判斷，這兩者也可以分別對應到二階段構造說，本文認為區分兩個階段於判斷上相對清楚，也更符合責任建構之特質。那麼在第一階段規範的責任就是「應罰性」的探討，在此得以積極利用期待可能性論來否定應罰性，如認為行為人無法苛責則直接因為無期待可能性而欠缺有責性，犯罪即不成立。

前述場所邏輯當中分析出的第二個啟發可以說明這部分以行為責任為上限的理由。因為人是在與他人的關係中活著、作動的，都是處於作為媒詞（人際關係）的場所中，因此為了避免責任範圍的無限牽連以及濃厚的遵法意識氛圍壓抑個人自由，在此仍舊以行為人個人為責任主體，並以其行為作為責任的上限，維持行為責任主義。在行為責任的部分，由事後處理機能來看，僅聚焦於當下發生的這個事件，並不期待對一般的社會大眾產生預防的機能，因此得以否定刑罰的前瞻性。

亦即，此部分的「規範的責任」是直接沿用原有的有責性判斷的理論，依舊是由故意、過失、責任能力、違法性意識等責任要素來判斷，至狹義期待可能性都維持舊有的理論。如此一來，重構的新責任也能與傳統法釋義學銜接，也有助於理論的推廣或可行性的提高。

2. 可罰的責任

若肯認有規範的責任，依此劃定行為責任作為上限之後，接著進入可罰的責任論的第二個階段「可罰的責任」的判斷，對行為責任為上限的責任量進行下修。此部分即結合刑罰目的的判斷，也就是「需罰性」的檢討。關於可罰的責任論，在不同論者有不同的刑罰目的，如淺田和茂教授是以特別預防觀點來探討處

⁷⁶ 吉岡一男，アメリカ犯罪学と刑事政策，東京都：成文堂，頁 162（2008 年）。

罰必要性，大山弘教授採取的則是預防必要性，基本上仍未脫離應報與預防的對立架構，且在第二階段的判斷上依舊採取「責任—刑罰」的對應關係，僅是將通說的「有／無」問題予以程度化。不過，此一對於通說的突破，加上二階段的判斷構造可能與建構論式責任論結合的部分，已經十分有助於本文的理論建構，因此，本文係納入可罰的責任論的二階段構造的骨架部分，但是為了達成切割責任與刑罰的單一對應關係之目的，於理論內涵的部分做出修正，改以「事後處理機能論」作為刑罰目的，並以此為基準判斷是否有刑罰的必要性，保留非刑罰處理的一個空間。

關於場所邏輯所得的第一個啟發，也是第四章結論對個人責任的反思，可以運用在「責任分擔」的問題上。我們確定了行為人負多少行為責任之後，可以思考的是，是否有其他人的作為或介入得以分擔行為人的責任？或者更甚者，場所邏輯認為任何事態都是以場所中的全部個物作為其原因，那麼行為人得否因此減輕其責任？我們知道，一個人走到成為犯罪行為人的過程中，有許多的因素影響，不論是個人生理或心理上的因素，或是家庭、學校等背景環境的影響，甚至是整個社會經濟結構的影響，縱使不是直接發生作用，仍是不應忽視或刻意視而不見的因素，這些因素是否能反映到行為人最後負擔的責任上？基於第四章對責任主體及本質的檢討，認為僅以行為人「個人」負責是欠缺說服力的，因此在可罰的責任上，我們應從行為人生命歷程的角度切入，修正（下修）原本的行為責任。此時，可以認為責任主體並不僅是犯罪行為人一個人，尚擴及與其有關連的社群，如家庭、學校等以及其他社會網絡。不過在此並非要主張重回連帶責任或團體責任的思維來思考刑罰，而是將犯罪行為的形成以及成因，透過這種社會的間接責任的方式，納入量刑判斷中，是一種社會責任對於個人責任算定機制之反饋⁷⁷，特別是在死刑量刑中得以作為減輕因素，並且持續性地要求福利或矯治系統投入犯罪處理與關係修補的工作⁷⁸。亦即，在不希望將責任歸於一個人的同時，也不是要將責任歸於一個群體（集團責任），而是透過場所邏輯提示給我們的人與人之間關係的必然性來「減輕」個人的負擔，而非「歸咎」到群體，與集團責任的方向是相反的。再者，如此的論述也與傳統刑法釋義學並無齟齬，因為

⁷⁷ 謝煜偉，寬容社會的曙光？——從市民刑法的例外、犯罪事後處理機能、社會責任 於個人責任的反饋回應三篇評論文，中研院法學期刊，17，頁 389-390（2015 年）。

⁷⁸ 謝煜偉，重新檢視死刑的應報意義，中研院法學期刊，15，頁 193-194（2014 年）。

在構成要件當中因果關係的判斷上，刑法是僅挑選出其中一條因果關係（一個行為人）作為負責對象，排除其他（人）的因果關係，而以上的理論則是在責任階段將前面階段已被切割出去的其他人找回來，於此討論是否有分擔以減輕責任的可能。縱使因果關係的判斷與責任方面因果論的追溯是兩回事，於責任方面的因果論不妨從社會建構關係或事件發生影響因素來理解，從有別於構成要件中法學的因果關係的角度——本文所採納的場所邏輯——予以重新檢視前面已被切割出去的要害，縱使沒有積極量化、算定出確切的責任量的可能性，從刑罰謙抑主義及消極責任主義來看，既然刑罰終究不可能證立，我們就必須持續不斷找尋可以作為消極減少、排除刑罰的因素。

或許我們會產生「為何會因為沒有犯罪的他人而減輕行為人的責任？」的疑問，因為這顯然與我們素樸的應報感覺有所扞格，在此正是本文導入事後處理機能論的原因，如果我們將刑罰重新認識為消極的事後處理，持續不斷了解犯罪原因，提供被害人福利及照顧並企圖修補關係才是重要的，法秩序的恢復或規範的再確認並非目標，而頂多只是反射利益，那麼如果某個事態已經透過行為人本人或非行為人的其他因素受到處理，減輕責任或甚至不使用刑罰都是可能的。在經過了處理、將責任分擔出去之後，包含加害人與被害人才能夠向前走，刑法所要給予的只是這個能夠向前走的立足點，之後往怎樣的方向前進並不是刑法關心或所能置喙的。

基此，在可罰的責任因為會連接到最後是否處刑的結果，在判斷上將依刑法第 57 條的量刑事由，以及第 59 條（及第 61 條）的顯可憫恕事由，融合前述對行為人個人生命歷程的剖析，並以事後處理為目的進行需罰性的判斷。也因為如此，量刑的結果包含了刑罰與無須刑罰（量刑至零）的可能性，若在此導入近年廣為倡導的「修復式司法」及以問題解決型法庭為核心的「治療式司法」，再加上仍保有完全不由國家來處理的可能性，那麼量刑的結果應有四種可能性，如上圖右上角所示。

3. 非刑罰的多元處遇可能性——修復式司法、治療式司法⁷⁹

⁷⁹ 本文此部分區分應報式司法、修復式司法及治療式司法區分之立論，係主持人謝煜偉教授關於此計畫核心之發想，由筆者初步進行研究。

犯罪事後處理目的的相對應報刑論強調非刑罰處理的重要性，因此我們可以思考責任對應到非刑罰的其他處遇之可能性。

除了應報式司法以外，著眼於「回復」應有事態的刑事司法制度——**修復式司法**（Restorative Justice）近年來被大力提倡。各論者主張的修復式司法的重點與出發點有不同的細微差距，因此難以給定一個統一的定義，不過一般而言可以用以下的特徵來定義：「修復式司法指的是特定的犯罪關係人，對於該犯罪事後如何處理，朝向將來的相互關係之集團性解決的程序。」修復式司法的基礎理念在於**關係本身的修復**，關係修復不是強制地弭平惡化的對立關係，而是藉由對話來解消加害者與被害者之間的對立，有別於民事上的和解程序，修復式司法的目標不在單純的妥協，而是要克服對立的狀況本身⁸⁰。修復式司法可大略分為兩個不同的面向，一種是從被害賠償（restitution）而來的回復性的正義，一種是涵蓋被害者與加害者和解程序實踐的修復性的正義。而後者，需要雙方當事人自願參加才能達成，同時，和解與關係修復的前提是加害者對過錯的深切反省及悔悟，不是所有的犯罪都能夠適用，因此仍不可避免會走向刑事程序及刑罰之路⁸¹。但是，如果一邊否定刑罰的應報理解，一邊又在修復方法挫敗時以刑罰的預定為後盾的話，未免是過於便宜的議論，這也是修復式司法作為刑罰替代手段時將產生的問題。因此並不是將修復式司法作為刑罰的替代手段，而應同時平等的作為處遇的選項，解消「主要－替代」或「原則－例外」的關係。至於應如何選擇要刑罰或修復式司法，在深入探討修復式司法的具體對策之前難以妄下斷言，在此僅能大致以「關係修復的可能性」作為分水嶺，舉例言之，如家暴事件，加害人與被害人之間原本親密的關係因犯罪而破壞殆盡，處於無必要（無意願）也不可能修復的狀態，就不應強求修復式司法介入處理；相對於此，如係發生於陌生人之間的財產犯罪糾紛，因加害人與被害人之間的關係本來就不緊密，因此或許能尋求修復式司法的協助使之回復到原本社群中的相互關係。

再者，即使是刑罰手段，也需要符合前述回復正義之理念的要求。亦即，整體的考量都是以回復、修補被害者精神上以及情緒上的傷害為目標（方法上當然

⁸⁰ 前原宏一，犯罪・非行に対する国家の責任—紛争・対立の規範中心的な権力の平定から害中心的な討議の解消へ，法律時報，76（8），頁 52-53（2004 年）。

⁸¹ 謝煜偉，前揭註 77，頁 387。

包含民事上的損害賠償，但應做更全面的考量），因此在這之下的刑罰與其說是為了犯罪預防或者法益保護，不如說是法益侵害事態的事後處理，是合理說明刑罰的社會機能下的產物。刑罰僅具有使動盪沈寂的消極效果，僅是一種道具（手段），而非根本，因此國家對犯罪人施以刑罰並不意味著國家因此就脫免其他層面的事後處理責任，尤其在如隨機殺人事件等造成社會動盪的重大犯罪事件，更應該藉由對被害人的照顧與提供犯罪原因的解明來克服不斷膨脹的處罰慾望。

在這樣的思考之下，責任的對應就不限於刑罰，因此對責任性質的理解也將產生轉變。如本文第一章對一般性法律責任的分析，刑事責任乃至於刑罰被歸類在「負擔責任」，將責任理解為一個必須要承擔、背負的實體，在修復式司法的導入之後，有不同論者對責任性質提出了說明。美國犯罪學家 Howard Zehr（1944-）將應報式司法與修復式司法認為是兩個「鏡頭」（lense），在這樣的對置之下，責任的理解在應報的鏡頭之下會認為罪的負債是以刑罰來償還，責任是一種自作自受的責任，並且假定行動是自由選擇的，相對於此，在修復的鏡頭之下，罪的負債是以修復來償還，責任是一種應答，且認識到人類的自由現實上是幻想，在不否認個人責任的情形下承認社會性狀況的角色⁸²。再者，第一章提及的瀧川教授提出相對於負擔責任論的「應答責任論」，並用以理解修復式司法之下的責任，認為應答責任的重點不在於負擔的歸屬或分配，而是在問責及答責的過程才是責任的核心，由此觀點來解釋責任的實踐，那麼不僅能維持「無責任即無刑罰」的責任主義，更會成為「有責任也可能無刑罰」這種責任與刑罰（制裁）不連動的結果⁸³。另外也有學者從受動責任與能動責任的區別出發，前者是詢問「為何做出某事」，後者則是以「應該要做何事」為中心，認為修復式司法是由受動責任到能動責任的平衡的移轉，應報式司法是以加害人接受惡害的受動責任為基礎，修復式司法則是以修復所生損害的能動責任為志向。為了實現這樣的能動責任，通常會連帶擴大「說明責任」（accountability）的範圍，修復式司法提供加害人對被害人或社群負起說明責任的場域⁸⁴。不過，縱使稱為能動責任，也應認為不具有前瞻性，而是在至修復完畢的範圍內主動、能動性地完成修復，

⁸² Howard Zehr 著，細井洋子、西村春夫、高橋則夫譯，修復的司法とは何か：応報から関係修復へ，東京都：新泉社，頁 204（2003 年）[H. Zehr, *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*, 1995.]；高橋則夫，犯罪・非行に対する修復責任の可能性，法律時報，76（8），頁 21-22（2004 年）。

⁸³ 詳參：瀧川裕英，責任の意味と制度：負担から応答へ，頁 127 以下（2003 年）。

⁸⁴ 高橋則夫，前掲註 82，頁 24-25。

修復完畢之後也就處理完畢，不再有其他前瞻性的目標。以上，無論是由應答責任、能動責任或說明責任來理解修復責任，在現行的刑事司法當中，有必要在對犯罪的「責任」的全體圖像重新考慮責任的樣貌，且也有實現可能性。

除了修復式司法之外，近年還有所謂「治療式司法」(Therapeutic Justice)的倡議。治療式司法最早在 1970 年代由美國的 David B. Wexler (1953-) 教授和 Bruce Winick (1944-2010) 教授的合作為端緒，之後正式提出理論，將治療的觀點納入法制度，特別是關於精神障礙者的法制度，是從根本上改革刑事司法的觀念，與當事人主義的刑事訴訟程序大相徑庭，刑事訴訟的關係人是以被告的更生為同一目的來合作，辯護人、檢察官、法官都將配合改變。另外，1980 年代，美國為了解決毒品犯罪人反覆出入法庭及監所的問題，開始提倡促進戒癮治療或環境調整的毒品法庭 (drug court)，以此為中心產生了所謂「問題解決型法庭」(problem solving court)。因此，治療式司法觀就提供了問題解決型法庭一個理論的基盤，從廣泛的觀點企圖解決刑事被告的問題。簡而言之，治療式司法鬆動了「罪與罰」的連結模式，而成為「病患與治療／福利」的模式，其最主要的適用對象是藥物濫用者，根據實證研究，若僅只是給予刑罰，只會造成行為人反覆進出監獄並造成刑事司法體系、監禁體系的過度負擔，因此不如設計出以法院為中心的藥物依存症狀處遇模式。除了具代表性的藥物濫用者，後續也應用到其他犯罪類型，如年長的少年法庭、社區法庭、精神障礙者法庭、性犯罪者法庭、退役軍人法庭等，最新設的還有街友法庭 (homeless court)、賭博法庭 (gambling court)⁸⁵。

治療式司法毋寧正是以問題解決、事件處理為中心的刑事司法流程，在這樣的過程當中就盡量達到處理的目的，這點實值參考。但是治療式司法或問題解決型法庭的最大問題在於以「同意下之處遇」為前提，因為這無非是以刑罰為後盾的改善治療處分，可能侵害正當法律程序，與修復式司法必須基於當事人同意有相同的弊病，因此，必須思考的是這樣的制度運作究竟是以保護行為人的更生為目的，或只是為了抑制再犯危險而設？由國家機關的立場來看，或許會以後者為

⁸⁵ 指宿信，犯罪研究動向 治療と司法：世界に広がる治療的司法論とその実践，犯罪社会学研究，41，頁 114-117 (2016 年)；指宿信，再入率削減のための政策：「治療的司法」に基づく制度・施策の導入を，犯罪学雑誌，82 (6)，頁 135-137 (2016 年)。

最終的目標，但如果從事後處理的機能來看，本文較能認同以前者為目的，例如賭博成癮者或街友所為的輕微犯罪，事後處理必須先理解賭博成癮及流落街頭的原因，對當事人進行必要的支援，如醫療或社福資源上的協助等，而防止再犯或許僅是達成前者目的而同時可能會帶來的附帶效果而已，事後處理的效果不應寄望未來，也不放在當事人以外之人的威嚇效果，而僅給予當事人得以再度前進的立足點。

綜上，雖然詳細的制度運作仍有許多必須思考的問題，像是正當法律程序的保障或是可能遭受過於家父長主義的批判，仍有待進一步研究。本文想提出的是以事後處理機能為中心，結合西田幾多郎場所邏輯對人類關係的思考，「責任」將有對應到非刑罰以外的處遇，例如修復式司法、治療式司法或不限於此的更多處理方式，如此一來，責任即不再是以理性人形象為外觀包藏處罰慾望的虛構之物，而能朝向更切實的犯罪對應目標。

第六章 結論



必須去破壞犯罪的結果——感情上的波及效果。也就是必須盡力鎮壓被擾動的激烈情緒。(……) 不僅要除去違反法律者，不僅要回復以前的秩序。透過犯罪的處罰吹入新的風氣，治癒受傷的感情。要求勸慰對道德規則權威的社會信賴以及對道德的信奉。為了鎮壓犯罪所生的動搖、回復被侵犯的戒律，社會找出的唯一手段是，對於因犯罪造成社會被冒瀆的象徵者爆發感情，在想像中破壞這個象徵者。這個破壞的激烈憤怒是處罰的泉源。處罰完畢之後，社會就堅信犯罪被除去，沒有處罰是不行的。

——法國社會學家 Paul Fauconnet (1874-1938)¹

Fauconnet 從社會現象的角度來理解責任，責任正是被挑選出的象徵者，也是代罪的羔羊，我們並不是為了找出責任者才究明犯罪原因，而是從一開始就以為了破壞一個犯罪的象徵者為目的來挑選對象。由此可以知道，責任一直是與懲罰的濃烈情感糾結在一起的，最終仍舊必須面對這個問題。

※

本文先透過責任論歷史發展的耙梳，了解責任是如何由共同體轉移到單一個人身上，以及作為目前通說的規範責任論由心理責任論轉變過來的過程，這樣的歷史發展過程已經顯示出了責任是透過確立人類的理性自律形象，進而要求不符合此形象者負起責任並負擔刑罰以回復其理性。責任的本質即是緊密結合意思自由及理性自律為理論的基礎，因為人具有意思自由，因此應對自己做出的行為負責，做出違反規範的行為就具有非難可能性。縱使近年有不同論者提出實質的責任論，企圖從功能性的角度結合刑罰目的來理解責任，但仍以具備遵法意識或溝通自律等作為人類形象的基礎，且以預防為最終目的，與責任終究是刑罰的惡害之性質有所齟齬。各種責任理論仍是以事件的時間順序構成的「意思→行為→損害發生→責任追究」模式，本文稱之為「本質論式的責任」，其中意思與行為是以意思自由連接，行為與損害發生則是以因果關係連接，兩者是本質論責任的重

¹ P. Fauconnet, *La Responsabilité. Étude de sociologie*. Paris, Alcan, 1928, p.232-233.轉引自：小坂井敏晶，責任という虚構，東京都：東京大学出版会，頁 191 (2008 年)。

要要素。因此，本文接著反思責任本質之問題，聚焦於個人作為責任主體所預設的意志自由與主體性。前者透過實證科學研究成果的累積，有推翻意志自由的可能性；後者則透過日本及後現代哲學上對主體性概念的重新理解，得以看見一個與理性自律有別的主體觀點。同時也理解到上述責任是基於懲罰慾望的需求而產生的虛構，由於究責的需要而回頭創設意思自由的虛像，且是以法律來強加在具體個人身上，Judith Butler 亦指出這樣的倫理性暴力。因此，在如此解構了責任本質之後，積極的消極主義者仍舊必須在廢墟中拾起理論的碎片，嘗試再次拼湊出新的理論面貌。

於是，西田幾多郎的哲學理論代表性的「場所邏輯」，使我們重新理解人，尤其是人與人及人與環境（社會）之間的關係，藉由這樣的思考重構有別於本質論責任的「建構論式的責任」。建構論式的責任即是以社會實際追究責任的流程為順序的「犯罪事態→無法收拾的國民感情→追究責任的集體意識→責任的特定化：因果的責任觀之作成」，基此，能夠在這樣的架構之下添加新的要素。亦即，在理解責任的真實面貌之後，我們仍可以選擇繼續運用這個道具，而在遊戲規則上做出修正、調整。於此，本文最後嘗試提出以日本學說可罰的責任論為理論架構，採取其中的二階段構造說，並且以刑罰的事後處理機能作為目的，支撐起新的責任。由場所邏輯所啟發的人與人之間的關係，得以看見個人責任主義的隱憂，藉此來思考責任分擔，是否能以非行為人的其他人作為影響因素，反饋至個人責任的減輕。最終，以事後處理為核心，保留非刑罰的可能性，有導入修復式司法、治療式司法等多元處遇的空間，如此一來，「責任」就不再是原本的責任，或許能夠理解為行為人必須負擔的處理責任，或是責任（responsibility）的字首早已透露出的「回應」（response）的性質。如此一來，或許可以在責任中窺見比應報更積極一點的作用。

✱

最終，本文的理論提出仍舊必須面對無論是筆者自己或大眾內心隱藏著想要對加害人嚴懲的憤怒情緒，即素樸的應報情感。正如 Martha Nussbaum（1947-）的分析所言，這種認為錯誤行為能夠以相應的痛苦加以平衡的幻想是不理性的，「錯誤的行為已經做了，無法消除，但基於某種神奇的宇宙平衡而認為施加可怕

的懲罰就能平衡過去發生的事，實在無稽。²」但是，單單是體認到這樣的不理性並無助於化解這份情緒。Nussbaum 引用尼采在《道德系譜學》中的說法來說明「寬赦」的可能性：

隨著力量增加，一個社會不再將個人的侵犯看得那麼嚴重，因為他們不再像過去那樣被認為對整體具有危險性與毀滅性的……隨著社會的力量與自信增加，刑法總是變得更加溫和；每一件削弱或危害社會的行為都會讓刑法回復更嚴格的方式。「債權人」只要更加富有，總是會變得更人道；最後他能忍受多少損害就變成衡量其真正財富的指標。可以想像，一個社會可能因為感受到自身具有強大的力量，從而以最高貴的方式享受力量——放過那些損害它的人……從「一切皆可償付，一切必須償付」出發的正義，最終達到對無力償債者寬以釋之；最終，就像世上的每一件好事那樣，它揚棄自身而終止。這種正義的自身揚棄，人們知道它以何種美名自命：寬赦。無庸贅言，寬赦是那些最有力量的人才有的特權，或不如說是最有力量者超然於法律之彼岸的特權³。

因此，自身或社會的強大可能帶來寬赦的可能性，對於犯罪的態度也取決於社會對逸脫行為的接受程度。本文並不期待能將憤怒轉化為無條件的寬恕或愛，但是或許我們能基於人人都處於絕對無的場所，或是如 Butler 將對自身的未知投射到對他者未知的理解，並且自己與他者互相交付給對方，在承認未知的情形下體認到自己與他者之間的關係⁴，在這樣的認識之下，我們在想要撿起石子亂石砸死犯罪人時，腦中能夠閃過瞬間的贖罪⁵或憐憫之心，甚至是在他的身上看見自己的未知部分，理解人類最終必然具有不可理解之處——或許就能夠在投出石子時因為這樣沈重的自省而遲疑或收手，如此一來，或許能在幽暗中看見一絲寬恕的微

² Martha Nussbaum 著，高忠義譯，憤怒與寬恕：重思正義與法律背後的情感價值，臺北市：商周出版，頁 286-287（2017 年）。

³ Nussbaum 著，高忠義譯，前揭註 2，頁 322。部分翻譯修正參考：尼采著，趙千帆譯，論道德的系譜：一本論戰著作，新北市：大家，頁 127-128（2017 年）。

⁴ 筆者認為列維納斯（Emmanuel Lévinas）的他者論亦可能有助於建構本文的研究，惟受限於時間及能力因而捨棄此部分，構成本文研究未竟之處。

⁵ 參考少年司法中的贖罪心理，思考應用至刑事司法的可能性。參考：李茂生，新少年事件處理法的立法基本策略——後現代法秩序序說，收於：少年事件處理法論文集——一部以贖罪心理與道德決斷形塑出來的法律，頁 147 以下（2017 年）。

光。



參考文獻



一、中文部分

- Hart, H. L. A. 著，王勇、張志銘、方蕾譯（1989），*懲罰與責任*，北京市：華夏出版社。
- Neumann, U. 著，王效文譯（2016），*犯罪行為人的罪責——心理的事實還是規範的歸責？*，*成大法學*，32 卷 69-98。
- Nietzsche, Friedrich 著，錢春綺譯（2014），*查拉圖斯特拉如是說*，新北市：大家。
- Nussbaum, M. 著，高忠義譯（2017），*憤怒與寬恕：重思正義與法律背後的情感價值*，臺北市：商周出版。
- Pashukanis, E. 著，張玲玉、楊昂譯（2008），*法的一般理论与马克思主义*，北京：中國法制出版社。
- Stromberg, R. N. 著，蔡仲章譯（1993），*近代西方思想史*，台北市：桂冠。
- 王效文（2015），*刑罰目的與刑法體系——論 Günther Jakobs 功能主義刑法體系中的罪責*，*成大法學*，30 期，151-222。
- 王鈺（2015），*功能责任论中责任和预防的概念 兼与冯军教授商榷*，*中外法学*，27 卷 4 期，頁 1052-1067。
- 李文健（1998），*罪責概念之研究——非難的實質基礎*，台北市：春風煦日論壇。
- 李茂生（1998），*近代刑法中個人責任主義的反思*，收於：國立台灣大學法學叢書編輯委員會編，*權力、主體與刑事法——法邊緣的論述*，頁 64-90，台灣：李茂生。
- _____（2017），*新少年事件處理法的立法基本策略——後現代法秩序序說*，收於：少年事件處理法論文集——一部以贖罪心理與道德決斷形塑出來的法律，頁 95-188，臺北市：新學林。
- 周治平（1964），*規範責任論概說*，*法令月刊*，15 卷 1 期，頁 5-7。
- 洪福增（1982），*刑事責任之理論*，台北市：刑事法雜誌社。
- 徐育安（2009），*費爾巴哈之故意理論及其影響——以德國刑法為核心*，*政大法學評論*，109 期，頁 1-57。
- 笑思（2001），*西方思想中的“個人—社會”模式及其宗教背景*，*華南師範大學學報*，2001 卷 5 期，頁 33-40。

張政遠（2017），西田幾多郎：跨文化視野下的日本哲學，臺北市：國立臺灣大學出版中心。

張凱傑（2013），利貝特腦神經科學實驗是否足以否定自由意志的存在？，臺北醫學大學醫學人文研究所碩士。

許玉秀（1998），犯罪階層體系方法論探源，政大法學評論，60 卷 1-27。

_____（1999），犯罪階層理論（下），台灣本土法學雜誌，3 卷 52-69。

陳一標、吳翠華（2010），從絕對無到空的哲學——從京都學派內部思想談西谷啟治《宗教是什麼》的成立脈絡與立場，臺大佛學研究，19 期，頁 129-183。

陳惠馨（2011），從 1520 年《卡洛林那法典》看德國近代刑法史——比較法制史觀點，收於：政治大學法學院編，法文化研究：繼受與後繼受時代的基礎法學，頁 125-163，臺北市：元照出版社。

黃文宏（2010），西田幾多郎的「直觀」論，臺大文史哲學報，73 期，頁 173-196。

_____（2010），西田幾多郎場所邏輯的內在轉向，政治大學哲學學報，23 期，頁 1-31。

_____（2015），論西田幾多郎「絕對矛盾的自我同一」的邏輯構造，政治大學哲學學報，33 期，頁 39-75。

黃懿梅（2004），論富蘭克福特式的例子與其他可能性的原則，國立臺灣大學哲學論評，28 期，頁 39-87。

董佳豪（2017），茱蒂斯·巴特勒的主體理論：權力、心理與承認，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

劉幸義（2016），意志自由與罪責（1987），收於：刑法論文集：正義、人權與枉法裁判，頁 69-114，臺北市：翰蘆圖書。

謝煜偉（2014），重新檢視死刑的應報意義，中研院法學期刊，15 期，頁 139-206。

_____（2015），寬容社會的曙光？——從市民刑法的例外、犯罪事後處理機能、社會責任於個人責任的反饋回應三篇評論文，中研院法學期刊，17 期，頁 369-402。

儲智勇（2008），近代个人主义的兴起及其品性，浙江社會科學，2008 卷 8 期，頁 76-81。

陳興良（2009），从刑事责任理论到责任主义——一个学术史的考察，清华法学，3 卷 2 期，頁 5-24。

藤田正勝著，林永強譯（2016），西田幾多郎：生與哲學，臺北市：聯經。



二、外文部分

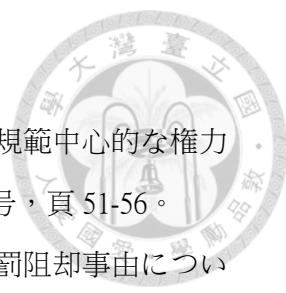
(一) 日文

- Foucault, M. 著，渡辺守章譯（1986），性の歴史 I, 知への意志，東京都：新潮社。
- Kant, I. 著，篠田英雄譯（1961），純粹理性批判（中巻），東京：岩波文庫。
- Roxin, C. 著，宮沢浩一譯（1984），刑法における責任と予防，東京市：成文堂。
- Ruping, H. 著，川端博、曾根威彦譯（1984），ドイツ刑法史綱要，東京都：成文堂。
- Zehr, H. 著，細井洋子、西村春夫、高橋則夫譯（2003），修復的司法とは何か：応報から関係修復へ，東京都：新泉社。
- 青木孝之（2008），刑事責任能力とは何か？——その歴史的展開と現代の課題を概観する，琉大法学，79 号，頁 112-66。
- 浅田和茂（1983），責任と答責性—ロクシン説の検討，收於：刑事責任能力の研究（上）—限定責任能力論を中心として—，頁 13-34，東京都：成文堂。
- _____（1993），刑法学における責任と刑罰：法社会学との対話を求めて，法社会学，45 号，頁 144-149。
- _____（2007），刑法総論，補正版，東京都：成文堂。
- 阿部謹也（1999），阿部謹也著作集第二巻：刑事の社会史・中世賤民の宇宙，東京都：筑摩書房。
- 指宿信（2016），再入率削減のための政策：「治療的司法」に基づく制度・施策の導入を，犯罪学雑誌，82 巻 6 号，頁 135-141。
- _____（2016），犯罪研究動向 治療と司法：世界に広がる治療的司法論とその実践，犯罪社会学研究，41 巻，頁 114-119。
- 上田閑照（2002），西田幾多郎とは誰か，東京都：岩波書店。
- 大山弘（2005），可罰的責任論の構造，神戸学院法学，34 巻 3 号，頁 677-707。
- 岡上雅美（2015），脳科学の進展と応報主義の行方，法哲学年報，2015 巻，頁 78-90。
- 川端博（1977），規範的責任論の生成と犯罪論への影響，明治大学社会科学研究所年報，18 巻，頁 134-136。
- _____（2012），責任の理論，東京都：成文堂。
- 木村静子（1962），責任理論の或る史的考察，法学論叢，72 巻 2 号，頁 1-21。
- 木村敏（1972），人と人との間：精神病理学的日本論，東京都：弘文堂。



- 小坂井敏晶（2008），責任という虚構，東京都：東京大学出版会。
- _____（2011），人が人を裁くということ，東京都：岩波書店。
- 佐伯千仞（1974），刑法講義（総論），改訂版，東京都：有斐閣。
- _____（1981），刑法講義（総論），四訂版，東京都：有斐閣。
- 櫻井歓（2004），歴史的世界における「汝」：西田哲学にみる他者との応答関係と人間形成，日本教育学会大会研究発表要項，63 巻，頁 94-95。
- 佐藤直樹（1995），「責任」のゆくえ：システムに刑法は追いつくか，東京：青弓社。
- _____（1998），大人の「責任」、子どもの「責任」：刑事責任の現象学，増補版，東京都：青弓社。
- 沢登佳人（1976），刑事法における人間の虚像と実像，東京都：大成。
- 鈴木茂嗣（2000），刑事法学の動き 松原芳博「可罰的責任論の現状と展望」，法律時報，72 巻 9 号，頁 72-75。
- 高橋則夫（2004），犯罪・非行に対する修復責任の可能性，法律時報，76 巻 8 号，頁 21-26。
- 高橋勝幸（2014），西田の場所論を基軸とした東西宗教邂逅の道：二十一世紀に相応しい人類共通のたましいの元型，人間学紀要，44 号，頁 101-118。
- 瀧川裕英（2003），責任の意味と制度：負担から応答へ，東京都：勁草書房。
- 竹内昭（2003），西田哲学における「場所」と「環境」の関係構造，法政大学教養部紀要，123 号，頁 1-27。
- 棚瀬孝雄（2007），責任観念のゆらぎ——現代における暴力の発見と責任追及，收於：棚瀬孝雄編，市民社会と責任，頁 3-39，東京都：有斐閣。
- 団藤重光（1957），刑法綱要總論，東京都：創文社。
- 徳永元（2014），責任主義における期待可能性論の意義について(3・完)，九大学法，109 号，頁 1-59。
- 内藤謙（2007），刑法理論の史的展開，東京都：有斐閣。
- 中川祐夫（1977），責任と可罰的評価—序説的考察—，收於：鈴木茂嗣編，現代の刑事法学（上），頁 252-271，東京都：有斐閣。
- 仲正昌樹（2013），「主体」の生成と変容，收於：仲正昌樹編，「倫理」における「主体」の問題，頁 3-15，東京都：御茶の水書房。

- 中村邦義（2005），ドイツにおける近代前期の刑事責任論の歴史的な展開：体系的な責任概念の成り立ち，法學新報，112 卷 3 号，頁 75-121。
- _____（2005），ドイツにおける近代後期の刑事責任論の歴史的な展開：第一次大戦までの体系的な責任論の展開(一)，法學新報，112 卷 5 号，頁 125-184。
- _____（2006），ドイツにおける近代後期の刑事責任論の歴史的な展開：第一次大戦までの体系的な責任論の展開(二・完)，法學新報，112 卷 9 号，頁 291-361。
- _____（2007），ワイマール共和国時代における刑事責任論，法學新報，113 卷 3 号，頁 415-514。
- 中村隆文（2013），道徳的責任と合理性，收於：仲正昌樹編，「法」における「主体」の問題，頁 207-226，東京都：御茶の水書房。
- 中村雄二郎（2001），西田幾多郎（I），東京都：岩波現代文庫。
- 中山研一（1956），刑事責任と意思自由に関する理論の歴史的概観，法学論叢，61 卷 6 号，頁 19-66。
- 西岡正樹（2007），実質的責任論に関する一考察(1)，法学，71 卷 4 号，頁 476-533。
- _____（2007），実質的責任論に関する一考察(2・完)，法学，71 卷 5 号，頁 659-721。
- 西田幾多郎（1950），善の研究，東京都：岩波文庫。
- _____（2003），西田幾多郎全集〈第 6 卷〉哲学の根本問題(正・続)，新版，東京都：岩波書局。
- _____（2003），西田幾多郎全集〈第 8 卷〉哲学論文集第二・哲学論文集第三，新版，東京都：岩波書局。
- 根津洸希（2017），規範違反とその責任について—Diskursiver Schuldbegriff の批判的検討—，大学院研究年報，46 卷，頁 393-410。
- 野村貴光（2010），刑事責任論に対する実証主義的見地からの考察，比較法雑誌，44 卷 1 号，頁 131-146。
- _____（2011），刑事責任論と犯罪原因論との相克：唯物論的視座から導出される刑法理論の方向性，法學新報，118 卷 1 号，頁 369-398。
- 長谷川みゆき（2013），自我と責任・自己と責任，收於：仲正昌樹，「法」における「主体」の問題，頁 41-65，東京都：御茶の水書房。

- 
- 林美月子（1991），情動行為と責任能力，東京都：弘文堂。
- 前原宏一（2004），犯罪・非行に対する国家の責任—紛争・対立の規範中心的な権力の平定から害中心的な討議的解消へ，法律時報，76 卷 8 号，頁 51-56。
- 松原芳博（1997），犯罪概念と可罰性—客観的処罰条件と一身の処罰阻却事由について—，東京都：成文堂。
- _____（1999），可罰的責任論の現状と展望——一段階的構成と二段階的構成，九州国際大学法学論集，5 卷 2・3 号，頁 89-136。
- 松村格（2016），脳科学と意思の自由：責任と刑罰の行方(下)，駒澤法学，15 卷 3 号，頁 130-62。
- 嶺秀樹（2010），西田の「場所の論理」の基本構造，人文論究，60 卷 2 号，頁 1-24。
- 宮崎英生（2014），刑事責任の本質としての非難，收於：高橋則夫[等]編，曾根威彦先生田口守一先生古稀祝賀論文集（上巻），頁 455-474，東京都：成文堂。
- 宮本英脩（1935），刑法大綱，東京都：弘文堂書房。
- 宗岡嗣郎（2007），犯罪論と法哲学，東京都：成文堂。
- 望月由紀（2013），発話行為と主体の成立、あるいは主体の受動性について，收於：仲正昌樹編，「倫理」における「主体」の問題，頁 17-37，東京都：御茶の水書房。
- 山中敬一（1998），可罰的責任論について——期待可能性の理論の体系的地位，收於：西原春夫先生古稀祝賀論文集編集委員會編，西原春夫先生古稀祝賀論文集（第二巻），頁 137-173，東京都：成文堂。
- 吉岡一男（1984），刑罰の犯罪処理機能，收於：刑事制度の基本理念を求めて：拙稿とその批判の検討，頁 201-215，東京都：成文堂。
- _____（1996），刑事学，新版，東京都：青林書院。
- _____（1997），刑罰論についての刑事学的考察，收於：自由刑論の新展開，頁 3-33，東京都：成文堂。
- _____（2002），犯罪の事後処理と修復的司法，刑法雑誌，41 卷 2 号，頁 242-251。
- _____（2008），アメリカ犯罪学と刑事政策，東京都：成文堂。
- 吉田敏雄（2016），刑法理論の基礎 V，責任概念と責任要素，東京都：成文堂。
- 米田泰邦（1994），刑事法の可罰的評価の現状と課題，收於：刑事法学の歴史と課題：吉川経夫先生古稀祝賀論文集，頁 113-138，東京都：法律文化社。

渡辺匠、太田紘史、唐沢かおり（2015），自由意志信念に関する実証研究のこれまでとこれから：哲学理論と実験哲学、社会心理学からの知見，社会心理学研究，31 卷 1 号，頁 56-69。



（二）英文

- Feinberg, J. (1968). Collective responsibility. *Journal of Philosophy* 65(21):674-688.
- Feinberg, J. (1970). *Doing and Deserving: essays in the theory of responsibility*. Princeton, N.J.: Princeton University Press.
- Frankfurt, H. (1969) Alternate possibilities and moral responsibility. *The Journal of Philosophy* 66(23):829-839.
- Gazzaniga, M. S. (1985) *The social brain : discovering the networks of the mind*. New York: Basic Books.
- Gazzaniga, M. S. (2000) *The Mind's Past*. Berkeley, Calif: University of California Press.
- Kinberg, O. (1935). *Basic problems of Criminology*. London: William Heinmann, Levin & Munksgaard.
- Libet, B. (1999). Do we have free will?. *Journal of Consciousness Studies* 6(8-9):47-57.
- Libet, B. (2004). *Mind Time: The Temporal Factor in Consciousness*. Cambridge, Harvard University Press.
- Nisbett, R. E., & Wilson, T. D. (1977). Telling more than we can know: Verbal reports on mental processes. *Psychological Review* 84(3):231-259.
- Zuriff, G.E. (1985). *Behaviorism: a conceptual reconstruction*. New York: Columbia University Press.