

東海大學法律學研究所博士論文

指導教授：張麗卿教授

The seal of East China University of Technology is a circular emblem with a scalloped outer edge. It features the university's name in Chinese characters '東海大學' at the top and 'UNIVERSITY' at the bottom. The year '1955' is inscribed at the bottom. In the center, there are three interlocking rings and a cross-like symbol.

罪刑均衡與實質正義

The Balance of Justice
between Crime and Punishment

研究生：王紀軒 撰

中華民國 101 年 7 月



博士學位考試委員會審定書

東海大學法律學研究所

博士班研究生 王紀軒 君所提之論文：

罪刑均衡與實質正義

經本委員會審查並舉行口試，認為符合
博士學位標準。

考試委員簽名處

甘德清

張夏卿

林東岳

高金桂

劉秉鈞

2012 年 6 月 19 日



摘要

本文從正義出發，試圖探索罪刑關係之間的正義。本文相信，罪刑關係之間的實質正義就在於「罪刑均衡」，其應可作為刑事政策的方向，並且對刑罰的種類、制定及調節等，產生正面影響。對於正義的概念，學說上有各式各樣的見解。本文對正義的描述是「合乎人性，正當且和諧的價值」。人性是正義的源頭，理性與感性俱備，單論其一，人將不人。「人能弘道，非道弘人」，人是主體，吾人相信人性尊嚴及向善的價值。

如果從小我延伸至大我，可以發現正義就在人、人與人、人與社會、社會裡面。當正義在人或社會之中時，是以主體之中的正義呈現；若在人與人、人與社會之間時，則是主體之間的正義。主體之中的正義，偏向正當的人性價值；主體之間的正義，傾向和諧的人性價值，用以維繫人與人、人與社會之間的共生共榮。犯罪與刑罰的關係，存在於人與社會之間，必須符合主體之間的正義，也就是偏向合乎人性的和諧價值。

制度形成，必須有政策作為指引。本文認為，刑事政策引導刑事法體系，且由罪刑關係出發，衍生為刑事實體法、程序法與執行法等。刑事政策以罪刑關係為核心，刑事政策的目的就是刑罰的目的。刑罰目的有應報與預防二大說，當前學理通說已不各執一詞，將二者綜合運用；但是，若從正義角度視之，刑罰目的應該在於「回復和諧」，也就是回復因犯罪而破壞的人與社會之間的和諧，以恢復正義的原初狀態；而能夠回復和諧的方法，在刑事政策上就是「罪刑均衡」。罪刑均衡不是應報，不是靜態的對等，而是動態的平衡，必須對於罪犯已生的惡進行公評，同時展望未來如何促使其改過遷善，使其重返社會。為了回復和諧，罪刑均衡是國家不間斷的努力，第一次罪刑均衡體現於立法上的刑罰制定，第二次罪刑均衡體現於司法上的刑罰量定；第三次罪刑均衡則體現在刑罰的執行。

在刑罰制度上，必須確立各種刑罰合乎正義。自由刑應徹底發揮教化罪犯的功能，並且完善短期自由刑的缺失。罰金刑必須公平，日額罰金制應該是值得努力的方向。於此同時，廢止無助於罪犯與社會回復和諧的資格刑；立法者可以考慮設計勞動刑，同樣利用日額制，與罰金刑一起建構輕罪的制裁，並且便利罰金刑與勞動刑之間的易刑。至於生命刑，在臺灣仍存有高度爭議，是否廢止仍宜取得全民共識，目前國家應當制定審慎的政策。

刑法制定時，法定刑是否與所對應之罪處於應然的均衡狀態，不能憑空想像，立法者應檢驗犯罪與刑罰質量之間的關係。法定刑的編制排序、攀比檢證，應該是檢驗法定刑是否接近罪刑均衡理想的方法。本文將普通刑法的刑罰分列五級，共六十二等，再經由普通刑法內，以及普通刑法與特別刑法、附屬刑法間的攀比發現，法定刑仍有諸多亟待檢討的空間。刑罰最終必須落實在個案上，司法者在法定刑的範疇內量定刑罰，促進罪刑均衡的真正實現，於實然面創造正義。致力促進罪刑均衡，以期實質正義的實現，應當是刑事法學人及實務工作者共同努力的方向。

關鍵字

人性；正義；刑罰；罪責；均衡正義；動態平衡；罪刑均衡



Abstract

The article take justice as a starting point, which explore the best relationship between crime and punishment. In the study, the balance of justice is relationship between crime and punishment. The balance of justice can be used as the direction of criminal policy and make a positive influence on punishment, including type, formulation and control. In terms of Justice, there are kinds of theory in concept. The description of justice in the study is "Human Nature, Value of Right and Harmony." The origin of justice is human nature, which includes both rational and emotional, are indispensable. Confucius said, "A person can enlarge the principle (道, [Dao]) which he follows; those principles do not enlarge the man." It is said that, we believe human dignity and nature for good value.

From individual to social, we can find that justice exist in person, person and person, person and society, and society. It appears "among subjects of justice", when justice in person or society. On the other hand, it appears "between subjects of justice", when justice between person and person, person and society. "Among subjects of justice", which emphasis on the value of right. Oppositely, "between subjects of justice", which incline to the value of harmony. According to "between subjects of justice", it is used to maintain a result of prosperity and symbiotic. The relationship between crime and punishment of person and society, it must to match "between subjects of justice". In other words, the relationship prefers to harmonious value of human nature.

A good system is based on a good policy. I think the criminal policy is the guidance of the criminal justice system(Criminal Law, Criminal Procedure Law and Law Enforcement), in which care about the relationship between crime and punishment. The core of the criminal policy is the relationship between crime and punishment, and the goal of the criminal policy is the target of the punishment. In legal doctrine, the target of the punishment has two views, one is retribution, the other is crime prevention. However, from a justice point of view, the target of the punishment should be "retrieval of the original harmonious condition". In order to achieve the target of the punishment, reaching "the balance in between crime and punishment" is important in the criminal policy. It is a dynamic balance, not static. A review of past evil, and then think about how to assist offenders starting new life. The balance between crime and punishment is reflected in the legislative, judicial and execution of punishment.

The country must establish various punishments that are consistent with justice. The punishment against freedom is exerting its function of educating and reconstructing offenders, correcting drawbacks of short-term punishment against freedom which under the circumstance of restriction and alternative. The fine punishment must be equitable. I think the system of days the amount of fine punishment (tagesbussensystem; system of day-fine) can be used as a reference to Taiwan. At the same time, we should try to repeal the qualifications punishment which cannot help offenders to turn over a new leaf. In addition, lawmakers can consider to set up the system of days the amount of labor punishment (gemennnützige arbeit; system of day-labor). As a result, the fine and labor punishment, that can be specifically punished misdemeanor, can replace each other. As for the death penalty, there is controversy in Taiwan. The Issue of death penalty must obtain a consensus. Before that, the government must formulate a prudent policy of the death penalty.

In making criminal law, legislators should contemplate whether the relationship between crime and punishment is balance or not. The sequence and contrast of punishments are useful test methods. In this study, I separate 5 levels and 62 species from punishments in the ordinary criminal law of Taiwan. Afterward I compare the ordinary criminal law, special criminal law and administration of criminal law in Taiwan. From these test methods, I find legal punishments need to be improved. In addition, the judge must also strive to make the punishment complying with justice. I think making the relationship between crime and punishment to conform to the balance justice is a mission to every jurist and practitioner.

Keywords

human nature; justice; criminal responsibility; punishment; the balance of justice; the balance of movement; the balance between crime and punishment

謝辭

自千禧年九月步入東海，歷經十二寒暑，在大度山間悠遊的四千三百多個日子，回想起來，滿是豐盛美好。大度山的一切，彷彿是上帝的奇異恩典，約農路相思樹林成蔭，路思義教堂金色風帆揚起；文理大道半百老榕有序，法律學院草地碧綠，師生笑聲趣意。東海大學的和諧寧靜，隔絕中都喧囂，藏身在這片面向日出的山坡，縱然純粹虛度光陰，似乎也是幸福；而愚我能在這裡完成學士、碩士與博士的學位，真要謝天謝地。

感謝恩師張麗卿教授的費心指導。老師不嫌棄學生資質駑鈍，又生性懶散，總是親自教誨，時而溫柔鼓勵向上，時而嚴厲指正缺失，讓我有學習成長的機會。從甫入大學時的刑法總則課堂，一直到學位論文的撰寫，十二年來盡受老師的春風化雨，不僅是刑事法知識或論文方向指引，更重要的是做人處事態度。老師學養深厚，待人平易謙和且極富人文關懷，無處不是學生效法的典範。老師澤深恩重，學生永誌在心。

感謝學位口試委員甘添貴教授、林東茂教授、高金桂教授及劉秉鈞教授。甘添貴教授是當代師範，境界高遠，仰之如泰山北斗，能親炙大師，三生有幸；甘教授於口試中，親切給予學生勉勵，並且指出諸多值得繼續深思的問題，讓學生獲益良多。林東茂教授文不加點，自然天成的哲人丰采，永遠是學生師法的榜樣，尤其對中國哲思的深究，以及哲學與刑事法學的相映成趣，聞之如沐春風，讓學生相信刑法之路確實「可以有如田園牧歌，悠緩並富含生命情調。」高金桂教授亦是學生刑事法的啟蒙恩師，自刑法分則、刑法案例研究等課程以降，能感受老師對學問的熱忱、做學問的嚴謹，並且開拓學生對刑事法學的視野。劉秉鈞教授治學理與實務於一爐，博學多聞，令人敬佩；老師平時策勉學生，點燃學生自信，於口試時指出許多至關重要的議題，因而獲得繼續思辯的契機。本論文之所能夠完成，承蒙諸位口試委員悉心指導，銘感五內。

在東海大學的十二年，感謝校園裡教導、關心學生的師長：陳運財院長、林騰鷄教授、溫豐文教授、陳隆修教授、林更盛教授、高得潤教授、黃啟禎教授、李成教授、蕭淑芬教授、簡良育教授、卓俊雄教授、伍開遠教授、林恩璋教授、石佳立教授、許曉芬教授、江朝聖教授，以及系所辦公室的助教耀州學長、美蘭學姐、芳瑜學姐、禾里學長與鐘範；經濟學系廖培賢教授、日本語文學系林珠雪教授、社會學系劉正教授、張志遠先生等，在學生博士班求學階段，均惠予指導鼓勵，學生不曾忘懷。此外，感

謝中正大學犯罪防治學系馬躍中教授、東吳大學法律學系蕭宏宜教授。我自大學時期就受馬老師照顧，馬老師閱歷豐富，時常分享經驗，幫學生排解徬徨；蕭老師學富五車，不吝賜外國論文數篇，學生獲益匪淺。

自取得博士候選人資格後，感謝僑光科技大學厚愛，願意給予本人濫竽充數於財經法律系教席的機會，使我免受張羅生活苦惱，能在課堂與校務之外，全心投入論文撰寫。感謝雷萬來教授、鄢武誠教授、楊敏華教授、李維宗教授、周台龍教授、楊東連教授、吳正坤教授、邱奕賢教授、鄭淑賢老師、劉南英老師，以及人事室陸啟超主任、工業工程與管理系劉國鑑教授。僑光科技大學的學生性樸質真，能在課堂教學相長，是樂事；眼見僑光學子成長茁壯，更是大樂事。

在論文撰寫的路上，尤其感謝一路相挺的朋友。你們在這段時間的鼓舞，是我能順利完成論文的最大助力。過去我們曾經奮發，暢談夢想，懷抱人生目標勇往直前；也有荒唐，蹉跎光陰，笑看人生躊躇不知何處去，這些校園生活的回憶，都成為生命的至寶。驪歌初動，各奔前程，但緣分並未消盡，雖然見面機會不如昔日，情感卻更加牢固。自中小學至大學、研究所的至交，相信你們知道我對你們的感謝與情誼，請原諒我不逐一唱名，於此僅特別感念在我閉關於大度山寒夜，時常相伴的友人：秉勳、政道、藝娜、旻甫、侑妮、士勳、依蓉、睿祥、琬婷及紫喬。其中，政道從大學開始便是自家學弟，考取研究所後，更屬同門，伴我最長，亦助我最多。旻甫認真踏實，在寫論文的寒夜裡，常陪我見東方漸白才返家，三五小時後，又相約於研究室繼續努力。二位師弟的能力均勝我數倍，無論在論文或生活，都給我許多幫助與建議；我將他們視為親弟，願日後仍能相互扶持成長。高雄大學法學院雙妹，溫柔美麗，她們使南臺灣的艷陽不再炙熱難忍，讓幾番左營與楠梓的學習之旅能有美好記憶。另外，感謝北京大學的劉躍挺博士、北京對外經濟貿易大學的李曉歐講師，我們分別在北京、東北吉林結緣，能一直保持聯繫，實屬可貴，感謝你們時常與我通信，分享生活並給我鼓勵。

為了在目標期日內完成論文，自去年十一月以後，我便未曾返回臺北的家；今年是在臺中過年，大年初三就返回學校繼續撰寫。感謝家人永遠給我支持與關懷，也能體諒我自不量力地踏上博士班的大門。感謝我的祖母王潘式範、父親宗煒、母親秀珊和妹妹紀荃。這段時間，父親經常隻身來校看我，每每見到父親，更自覺應當將論文盡力完成；母親和妹妹在電話裡的簡單幾句說笑，可以消除整日疲勞，三言兩語的噓寒問暖，都是繼

續前進的力量；祖母今年高壽八十有五，先前因病住院，令人擔心，所幸已無大礙，現在學位論文告一段落，雖然繼之而起的新挑戰不會等人整裝後才出現，但我自許花更多時間，陪伴我最愛的祖母。在天堂的祖父盤銘，孫會親往您靈前，向您傾訴心情，雖然與您陰陽相隔逾十載，但您的身影永遠駐足我心。最後，謝謝可愛的秀華，因為有妳的古靈精怪和調皮搗蛋，讓這趟撰寫論文的旅程變得彩色，「啾啾樣」是最適合你的，也是最讓我安心的氣息。

「從事小說創作的人，大概都有一個抱負：要把自己最熱愛的，或最熟悉的，或和自己生命史最密切的東西寫成作品；希望在這樣一部作品裏，闡釋作者的生命觀、歷史觀等。」—摘自：李喬·《寒夜三部曲》的序文。

我的論文沒有這麼偉大，只是將我想說的，盡可能的，在有限的時間內，將自己不成熟的思緒轉化為三十五萬餘字闡述。這是一個過程，一個段落，是我在東海大度山上留下的，一個可愛的句號。庚辰進，壬辰出；但我知道我靈魂的一部分將永留大度山，或許盤旋在圖書館前，或哪條校園小徑裡，或手植的山櫻花上。誠摯感謝指導我、幫助我、鼓勵我、愛護我的所有人。且讓我再起新段。

我愛東海。

2012年7月，於東海之東



簡目

第一章 緒論

第一節	研究動機.....	1
第二節	研究目的.....	3
第三節	研究方法.....	5
第四節	本文架構.....	7

第二章 正義的理念

第一節	前言.....	11
第二節	正義的諸理論.....	13
第三節	本文的正義觀.....	45

第三章 正義架構下的刑事政策理念

第一節	前言.....	59
第二節	刑事政策.....	60
第三節	刑罰的目的.....	77
第四節	正義的刑事政策理念.....	101
第五節	小結.....	106

第四章 正義架構下的罪責理論

第一節	前言.....	109
第二節	罪責理論.....	111
第三節	罪責的正義思考.....	128
第四節	小結.....	155

第五章 正義架構下的刑罰種類

第一節	前言.....	159
第二節	生命刑.....	160
第三節	自由刑.....	176
第四節	財產刑.....	198
第五節	資格刑.....	214

第六節	勞動刑.....	217
第七節	小結.....	221

第六章 罪刑均衡與刑罰制定

第一節	前言.....	223
第二節	罪刑均衡的前提.....	224
第三節	罪刑的質與量.....	241
第四節	法定刑的編制排序.....	258
第五節	法定刑的攀比檢證.....	269
第六節	小結.....	285

第七章 罪刑均衡與刑罰調節

第一節	前言.....	287
第二節	量刑基準.....	288
第三節	刑罰節制.....	299
第四節	刑罰擴張.....	318
第五節	刑罰執行變易.....	322
第六節	小結.....	331

第八章 結論與建議

第一節	結論.....	333
第二節	建議.....	337

附錄

附錄一	道德的示意.....	347
附錄二	監獄教化課表.....	348
附錄三	普通刑法刑罰等級表.....	352

參考文獻

目錄

第一章 緒論

第一節	研究動機.....	1
第二節	研究目的.....	3
第三節	研究方法.....	5
第四節	本文架構.....	7

第二章 正義的理念

第一節	前言.....	11
第二節	正義的諸理論.....	13
第一項	追求福祉的正義.....	16
第一款	效益思想.....	17
第二款	效益正義的意義與反思.....	21
第二項	自由平等的正義.....	23
第一款	自由思潮.....	25
第二款	自由正義的意義與反思.....	30
第三項	道德倫理的正義.....	33
第一款	善的思考.....	34
第二款	社群正義的意義與反思.....	42
第三節	本文的正義觀.....	45
第一項	合乎人性的價值.....	46
第一款	理性感性.....	46
第二款	人性向善.....	48
第二項	主體之中或之間.....	50
第一款	正義在主體之中.....	51
第二款	正義在主體之間.....	53

第三章 正義架構下的刑事政策理念

第一節	前言.....	59
第二節	刑事政策.....	60
第一項	刑事政策的意義.....	61

第一款	以刑事法體系為界.....	62
第二款	以罪刑關係為核心.....	64
第二項	刑事政策的目的.....	66
第一款	維持社會的秩序.....	67
第二款	從刑罰目的發現.....	75
第三節	刑罰的目的.....	77
第一項	犯罪應報.....	78
第一款	犯罪應報的意義.....	79
第二款	犯罪應報的評論.....	80
第二項	犯罪預防.....	82
第一款	犯罪預防的意義.....	83
第二款	犯罪預防的評論.....	86
第三項	本文立場.....	90
第一款	刑罰與正義的關係.....	91
第二款	罪刑均衡的刑罰觀.....	96
第四節	正義的刑事政策理念.....	101
第一項	寬嚴併進的刑事政策.....	101
第二項	罪刑均衡的刑事政策.....	103
第五節	小結.....	106
第四章	正義架構下的罪責理論	
第一節	前言.....	109
第二節	罪責理論.....	111
第一項	罪責本質.....	112
第一款	心理罪責論.....	113
第二款	規範罪責論.....	114
第二項	罪責要素.....	117
第一款	罪責能力.....	118
第二款	罪責型態.....	122
第三款	不法意識.....	124
第四款	期待可能性.....	125
第三節	罪責的正義思考.....	128
第一項	以期待可能性為核心的人性罪責觀.....	128
第二項	期待可能性與其他罪責要素的關係.....	130
第一款	與罪責能力之間.....	130
第二款	與罪責型態之間.....	131
第三款	與不法意識之間.....	132

第三項	期待可能性與阻卻違法事由的關係	133
第一款	與法定阻卻違法事由之間	134
第二款	與超法定阻卻違法事由之間	141
第四項	配合人性罪責觀調整犯罪階層理論	143
第一款	調整的階層理論	144
第二款	調整的罪責要素	146
第四節	小結	155

第五章 正義架構下的刑罰種類

第一節	前言	159
第二節	生命刑	160
第一項	生命刑的內涵	160
第二項	生命刑的走向	161
第一款	死刑維持或廢止	163
第二款	審慎的死刑政策	172
第三節	自由刑	176
第一項	自由刑的內涵	176
第二項	自由刑的檢討	179
第一款	短期自由刑的改進	181
第二款	自由刑與監所教化	186
第三款	刑期定期或不定期	192
第四節	財產刑	198
第一項	財產刑的內涵	198
第二項	財產刑的改革	200
第一款	反映現實的罰金數額	201
第二款	完善罰金的量處程序	209
第三款	確實有效的罰金執行	210
第五節	資格刑	214
第一項	資格刑的內涵	214
第二項	資格刑的疑慮	214
第一款	不滿足正義刑罰的要求	215
第二款	回到與資格相關的法律	216
第六節	勞動刑	217
第一項	合乎正義	217
第二項	立法確立	218
第七節	小結	221

第六章 罪刑均衡與刑罰制定

第一節 前言.....	223
第二節 罪刑均衡的前提.....	224
第一項 罪刑法定.....	225
第一款 罪刑法定的本源.....	226
第二款 罪刑法定的內容.....	228
第二項 罪刑明確.....	234
第一款 文字寬嚴的影響.....	235
第二款 刑法解釋的方法.....	236
第三節 罪刑的質與量.....	241
第一項 法益及其位階.....	241
第一款 法益的概念.....	241
第二款 法益的區分.....	244
第三款 位階相對性.....	246
第二項 罪刑關係的質定位.....	247
第一款 罪質的形成.....	248
第二款 刑質的對應.....	249
第二項 罪刑關係的量定位.....	250
第一款 罪量的評價.....	251
第二款 刑量的確定.....	257
第四節 法定刑的編制排序.....	258
第一項 一級刑罰.....	261
第二項 二級刑罰.....	262
第三項 三級刑罰.....	264
第四項 四級刑罰.....	266
第五項 五級刑罰.....	268
第五節 法定刑的攀比檢證.....	269
第一項 普通刑法體系內的攀比.....	270
第二項 普通刑法與特別刑法的攀比.....	277
第三項 普通刑法與附屬刑法的攀比.....	283
第六節 小結.....	285

第七章 罪刑均衡與刑罰調節

第一節 前言.....	287
第二節 量刑基準.....	288

第一項	以罪責為基礎	290
第二項	個案的情節	291
第三項	行為人狀況	292
第四項	顯可憫恕的情形	294
第五項	量刑加減的限制	296
第一款	刑罰加重的限制	296
第二款	刑罰減免的限制	297
第三節	刑罰節制	299
第一項	緩刑	299
第一款	危險預測的立法指導	301
第二款	是否採行緩刑雙軌制	302
第二項	假釋	303
第一款	假釋門檻適度合理放寬	305
第二款	懊悔實據的規範明確化	310
第三款	與假釋處分相關的救濟	313
第四節	刑罰擴張	318
第一項	累犯規定宜刪除	319
第二項	保留的累犯精神	321
第五節	刑罰執行變易	322
第一項	易刑處分的原則	324
第二項	易刑處分的檢討	325
第一款	易科罰金	325
第二款	易服勞役	327
第三款	易以訓誡	328
第四款	易服社會勞動	328
第六節	小結	331

第八章 結論與建議

第一節	結論	333
第二節	建議	337

附錄

附錄一	道德的示意	347
附錄二	監獄教化課表	348
附錄三	普通刑法刑罰等級表	352
一級刑罰	353

二級刑罰	354
三級刑罰	361
四級刑罰	371
五級刑罰	384

參考文獻



第一章 緒論

第一節 研究動機

每位初入法律學系的大學新鮮人，心中或多或少都抱持著對正義的冀盼，在年輕的羞澀中，隱含著對國家社會未來的理想，祈禱身處之境能夠擁有更多的幸福美好，那些醜陋的、恐怖的、罪惡的，盡皆消失。曾經，法律學系的學生是這樣深切的盼望，筆者亦然。

隨著年紀增長，學習法律的日子增加，法律學系的學生們可能逐漸發現法律不等於正義，因為課堂上沒有人關心，考卷裡沒有人提問，取而代之的可能是，複雜難解的條文，國家考試的高牆，以及究竟是選擇題、申論題或實例題。然後，伴隨著各種生活壓力，法律學系的學生甫入大學時的正義期待，雖然沒有消失，但也可能被其他的事物遮蔽。或許是現在世道不易，時刻都有不同的挑戰；或許是享樂安逸，使人貪戀現況；也或許是對正義的心灰意冷，周遭總有太多讓人鼻酸的傷悲。正義，可能是種感覺，可能是艱澀的道理；可以無所不在，但似乎也可以完全不存在。那些年，我們這代學子生活大概都這樣度過。

在修習博士班課程中，「法律與文學」給我些許震撼。法國文豪雨果（Victor-Marie Hugo, 1802-1885）的曠世鉅作《悲慘世界¹》中，有一句話「最高的法律是良心」，讓筆者頗為感動。雨果是法學院出身的文學家²，

¹ Victor-Marie Hugo 著，蕭逢年譯，悲慘世界（Les Misérables），志文，2010年再版。

² 許多西方的知名文學家都有這樣的背景，或許因為如此，西方的經典小說中，時常會以法律作為素材，探討法律之於社會的關係，特別是在悲慘的年代裡。這些有法律背景的知名文學家，諸如：莫里哀（Molière, 1622-1673）、巴爾扎克（Honoré de Balzac, 1799-1850）、卡夫卡（Franz Kafka, 1883-1924）等知名文學家。近代的法律人作家，如德國法官、柏林洪堡大學教授徐林克（Bernhard Schlink, 1944-），他的名作《我願意為妳朗讀》（Der Vorleser），已經翻拍為電影〈為愛朗讀〉，佳評如潮；德國律師費迪南（Ferdinand von Schirach, 1964-）所著的《罪行》（Verbrechen），也是很受矚目的寫實文學。同樣的情況，在日本近代也有，例如知名推理小說家土屋隆夫（1911-2011），是日本中央大學法學部出身，海渡英祐（1934-）則是畢業於東京大學法學部。

或許因為如此，在小說裡有許多涉及法律的情境，似乎不斷傳達著法律良心的重要。法律的良心是什麼？若從筆者的研究領域來說，刑事法的良心呢？

之後，某次偶然的機會，在僑光科技大學大學一年級的課堂上，與學生們聊到法律和正義。年輕學生對於正義透露期待，但也難掩落寞，或許每位十七、八歲的法律系學生都經歷過這段。當時突發奇想，請學生在紙上書寫自己對於正義的想法。學生們的想法可愛，有「打擊犯罪」、「社會公平」、「沒有窮人」等，但也有悲觀地表示「世界上根本沒有正義」等字語。印象非常深刻的是，其中有位學生寫下「人的良心」，霎時間讓我想起雨果。

如果正義是良心，有良心的法律是正義的，能夠會打擊犯罪，維持社會公平，幫助弱勢族群；還是我們會悲觀地說，世間沒有正義，法律沒有良心。這樣的內心衝突，在當前貧富差距劇增的社會，上下階級趨顯的年代，感覺特別強烈。我們的社會宛如死水靜止，欠缺生氣，也鮮少掀起波瀾的機會，活在當下的人們，時常感覺像是窒息，卻假裝空氣鮮美；實際非常擔憂未來，卻故作無所謂；生活分明痛苦無奈，卻佯稱很幸福。相信世間有正義的人辛苦等待，部分的人甚至開始絕望；懷疑正義是否存有的人，可能更加悲觀無助，因為他們連希望都欠缺了。人類組成社會，本是希望共生共榮，進一步建構國家政府，是期盼能夠維持人類共同生活的良善，若國家政府無力彰顯社會的價值，正義就真的只能變成天上星辰。

正義是以怎麼樣的型態呈現，或許各行各業的群眾都有不同想像，不同專業學門之間也可能抱持各自的理想，但在現代社會裡，司法應該是公認的，與一般人民正義觀感最直接相關的體現方式。然而，許多媒體或研究單位的民調，卻總是反應出人民不信賴司法³；新聞時常放映著人民在法院面前嚎啕大哭，或抗議司法不義的激情畫面；輿論同樣不站在法律或司法這邊，提出許多針貶。對於學習法律的人而言，或許真應深切省思，為

³ 早期的民調，1999 年的時候，69%的民眾認為司法不公；2002 年的時候，仍有 65%的民眾認為司法不公（黃旭田，1999、2002 年年司法信賴度網路民調，民間司改會，<http://www.jrf.org.tw>，最後瀏覽日期：2012/02/28）。近年的民調，依據遠見民調中心的社會調查，2008 年民眾給司法 50.7 分的不及格成績；2009 年時則給 53.8 分（遠見民調，民情大調查，<http://www.gvsr.net.tw>，最後瀏覽日期：2012/02/28）。2011 年國立中正大學犯罪研究中心的「治安民調」更顯示，78%的民眾對法院存疑，較 2010 年的 63% 為高（國立中正大學犯罪研究中心，<http://deptcrc.ccu.edu.tw>，最後瀏覽日期：2012/02/28）。

什麼我們的社會擁有法律，卻尚難抵達正義的彼岸；抑或是法律的正義只在專業邏輯中打轉，而忘記與人民站在情理的另一陣線。

就因為這樣簡單的原因，幾經升學及生活的壓力，那個埋藏在心中，對於正義的想像，似乎又被翻攪出來。如果說法律的靈魂是正義，那正義是什麼；對於學習刑事法方才入門的筆者而言，更好奇的是，刑事法的正義又會是什麼。在幾年前的初秋，思考犯罪與刑罰之間，法律所追求的是否合乎正義，就成為本論文的研究動機。

第二節 研究目的

將動機化為實踐，在實踐中找尋目的。延續著研究的動機，也就是對正義的想像，筆者開始接觸一些關於「正義」的哲學書籍，本來只希望從中擷取生活的養分，或許多少可以充實自己生命。

在過程中發現，西方人對於正義的探索可以追溯至古希臘時期，自希臘三哲以降，西方便開始有體系地探索正義，試圖從中發現真理；近代的歐洲從文藝復興開始，歷經啟蒙運動與工業革命，對正義的追尋也沒有中斷，許多思想家前仆後繼地追逐正義的理念，以及前人的腳印，締造出許多輝煌的哲思。東方講求境界，或許在哲學思想上，沒有如同西方的強烈體系性，但在哲人的言談舉止之間，隨處盡顯深思，同樣對於正義相關的議題，提出豐富的見解。

現代社會走入法治，但不公不義的現象沒有因為法律治國而消失，舉凡貧富懸殊、階級矛盾、機會喪失等，使得許多人關心正義議題⁴，希望從中找到解決不正義的方法。同樣地，刑事法律的正義，也成為筆者所關心的中心。經由反思「當前的刑事法律是否正義；若不正義的話，如何才能將之導正」就成為本論文開始撰寫的初衷。

⁴ 現代社會的不公平，使人們開始反思正義的道理。近年，最有名的應該屬於，美國哈佛大學的桑德爾教授（Michael J. Sandel），其於大學所開設課程「正義」，選修人數每每破千，2009年時，哈佛大學更將這門課對全球公開，將上課實況剪輯為十二個鐘頭，在美國公共電視播放，獲得極大迴響，也是美國電視史的頭一遭。該課程的內容更寫成書本（Michael J. Sandel (2010), JUSTICE: WHAT'S THE RIGHT THING TO DO?, New York: Penguin.），並且暢銷世界，被翻譯為多國語言。例如，在臺灣，由樂為良翻譯，書名為《正義：一場思辨之旅》，雅言文化於2011年3月出版；在日本，由鬼澤忍翻譯，書名為《これからの「正義」の話をしよう》，早川書房於2011年11月出版。

在刑事法律中，筆者以為核心是，犯罪與刑罰的關係。換言之，罪刑關係應該是思考刑事法律的過程裡，必然會碰觸的命題。正義若分形式與實質，反映在刑事法律上，應該就是罪刑法定與罪刑均衡。前者為正義奠基，使正義具有形象；後者為正義實踐，讓正義能夠真實存在。是故，本論文的研究目的在於，試圖探尋實質的正義——罪刑均衡，對於刑事法律的核心——罪刑關係，會引起怎樣的反應。

1. 界定本文對正義的理想：法律作為規範的學門，勢必會與價值判斷密切相關。決定法律良窳的重要價值之一，就是正義；但僅言正義，而不究其內涵，恐怕流於恣意，也就是只能將正義當成旗幟在空中揮舞，但卻無法真正將之當作寶劍般運用。界定正義，是本文的第一個目的。
2. 正義對刑事政策的影響：國家的活動必須有政策指導，無論是行政、立法或司法皆然，這是亙古不變之理。政策作為方向，指引國家前進的路線，若政策得宜，國家發展便能事半功倍。刑事法律的制定，涉及罪刑關係者，必然也受政策驅動，合乎正義的刑事政策，必然能夠締造合乎正義的刑事法律。是故，有必要探知正義對刑事政策的影響；且此承前啟後，罪刑關係在刑事政策上，以罪責理論、刑罰種類、刑罰制定、刑罰調解等四個面向呈現。
3. 正義對罪責理論的影響：討論罪刑關係，不能忽略罪責理論，因為有罪責才成立犯罪，有犯罪才有刑罰發動的可能，若欠缺罪責，則罪刑關係便不會發生，罪責就好似罪刑關係的旋轉門。經過犯罪論的長年發展，在通說的犯罪階層理論之下，罪責理論的發展頗為成熟，但本文仍希望以正義概念的觀點，對罪責理論進行梳理，以切合正義的期待。又若罪責理論發生調整，勢必影響犯罪階層理論，對此本文也將一併說明調整的內容。
4. 罪刑均衡對刑罰種類的影響：刑罰種類是犯罪與刑罰的第一次對話。在人類歷史的長河，有許多刑罰種類來去，當前臺灣存留的刑罰種類約可區分為：生命刑、自由刑、財產刑及資格刑，這些刑罰是否合乎正義，合乎罪刑均衡，是否有保留或廢止的需要，又或者有新類型刑罰加入的可能，實有討論必要。
5. 罪刑均衡對刑罰制定的影響：刑罰經制定，即以法定刑的樣態呈現，這是罪刑關係具體的展現，什麼犯罪行為必須接受怎樣的刑罰制裁，應當

考量罪質罪量，然後表現在刑質刑量上。罪刑的質量關係經由立法得已確認，形式上滿足罪刑法定原則；但實質上是否合乎罪刑均衡，則必須透過檢驗方可獲悉。本文利用將普通刑法的法定刑編制排序（礙於能力與篇幅，無法將所有的刑罰制裁規範排序），透過例示的攀比檢證，希望從中可以看見普通刑法體系內、普通刑法與特別刑法之間、普通刑法與附屬刑法之間的法定刑關係。

6. 罪刑均衡對刑罰調節的影響：法定刑制定完畢後，並不表示罪刑均衡已經克竟其功，因為刑罰終究要體驗在個案上。個案情狀萬千種，非白紙黑字的成文法可以道盡，每個刑事案件的背後，都有著一盞茶也說不完的故事，在刑罰的運用上，也就不是如此簡單。如何在個案呈現罪恰當的刑罰，也就是思考如何將法定刑的效用發揮到最大。這項工作必須仰賴刑罰的調節，藉由調節的方式，讓法定刑所劃出刑度可以適切地在個案上呈現。調節刑罰的根本在於量刑基準，這涉及宣告刑的產生；然而審酌個案狀況，可能有緩刑、假釋、累犯乃至於執行刑時需要依靠易刑處分。如何才是合乎罪刑均衡的刑罰調節機制，是本文所欲釐清的。

上述的問題，雖然較為抽象或出世，但應仍屬刑事法學研究的核心議題，可以從中探索刑事法的真正價值。筆者希望本論文的研究成果，除了彙整統合自己的想法之外，更希望藉此可以發揮拋磚引玉的效果，讓真正的法學研究菁英可以深入法律靈魂，為正義找到屬於臺灣，乃至於華人社會的實踐方法。

第三節 研究方法

傳統的法學研究方法，鮮少實證，而多以文獻探討，以及研究者個人的理性分析為主。本文鑒於論題屬於刑事法學概念性的研究，所以採行的研究方法，亦是以傳統的文獻探討為主幹，也就是閱讀與本文論題相關的文獻資料，經筆者思考論辯後，將心中所思所想，鋪排文句，組織架構，遂成篇章。

若更具體言之，筆者的研究方法是，立足於文獻之上的概念分析研究（concept analysis study），即經由閱讀刑事法學研究者（犯罪學、刑罰學、刑事法學、刑事政策等）的論著，對刑事法學的關鍵性概念，進行文義或邏輯方面的分析；再佐以比較法研究（comparative study），他山之石，可

以攻玉，適度觀察臺灣法、大陸法與外國法規範的異同；最後，利用理論建構研究（theory construction study），試圖描述或尋找解決研究主題的原則。又本文涉及正義哲思，對於正義相關的哲學資料用力甚深，雖因個人資質駑鈍而難對哲學（或政治哲學）全盤掌握，但平心而論，仍有收穫。

由於本文除了涉及刑事學的領域外，也有參酌相當的哲學資料，所以在文獻參考上，可以區分為下列二大領域：

1. **刑事學相關學門**：刑事學包含犯罪學、刑罰學、刑事法學、刑事政策及犯罪偵查學。本文係以討論刑事法體系中的罪刑關係為主，自是以刑事法學的重要參考文獻為據，舉凡各大學教授的教科書，學者專家的期刊論文等。除此之外，本論文亦多涉及犯罪學、刑罰學、刑事政策等領域，相關學者的論著，皆是本文的重要參考。

必須特別說明的是，本文所引用的國家或地區法律，除臺灣法、大陸法、日本法、美國法、新加坡法之外，係參考譯本，諸如：德國法（蔡墩銘譯，德、日刑法典，五南，1993年；蔡墩銘譯，德日刑事訴訟法，五南，1993年；徐久生、莊敬華譯，德國刑法典，方正，2003年）、法國法（羅結珍譯，法國刑法典，中國人民公安大學，1995年）、瑞典法（陳琴譯，瑞典刑法典，北京大學，2005年）、土耳其法（陳志軍譯，土耳其刑法典，中國人民公安大學，2009年）等。文中若有出現譯本所示的法律，恕不另行引註。

2. **哲學等相關學門**：哲學議題在法律學系所的課程中，較少觸及。哲學廣博艱深，但實是諸多學問的根本，對於人生價值或理想世界的思辨，相當精采。

(1) 在西方哲學探討上，筆者受柏拉圖的《理想國》⁵，以及哈佛大學的桑德爾教授（Michael J. Sandel, (2010), *Justice: What's the Right Thing to Do?*, New York: Penguin.）影響最深，本文的正義架構，是受這二位古今大師影響，而後形成淺見。其他主要參考文獻有：亞里斯多德的《尼各馬可倫理學》（Aristotle 著，廖申白譯註，商務印書，2009年）；邊沁的《道德與立法原理導論》（Jeremy Bentham,

⁵ 筆者有柏拉圖《理想國》（The Republic）的譯本三種，分別是：Plato 著，王曉朝譯，柏拉圖·國家篇（理想國），左岸，2007年；Plato 著，任定成主編，理想國，北京大學，2010年；Plato 著，牛小玲、王桂林譯，柏拉圖文集，時代文藝，2011年。

(1982), *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, London: Methuen.); 康德的《道德形上學之基本原則》(Immanuel Kant 著, 牟宗三譯註, 康德的道德哲學, 台灣學生, 2000 年) 以及羅爾斯的《正義論》(John Rawls, (1999), *A Theory of Justice*, Mass: Harvard University Press) 等書或期刊論文。

- (2) 在東方, 以春秋諸子百家爭鳴時的文獻最為輝煌, 特別是儒學相關典籍, 以及老子的《道德經》影響最鉅。近代哲學家, 臺灣大學哲學系傅佩榮教授所著的《哲學與人生》(天下文化, 2003 年)、《儒家哲學新解》(聯經, 2010 年), 以及吳宜博士的《新譯老子解義》(三民, 2008 年二版) 給筆者很多啟發。在闡述西方哲學的東方人中, 復旦大學顧肅教授的《自由主義基本理念》(左岸, 2006 年) 以及浙江大學的吳新民博士所著的《柏拉圖的懲罰理論》(中國社會科學, 2010 年) 亦使筆者受益匪淺。

第四節 本文架構

本論文題目為《罪刑均衡與實質正義》, 旨在闡明罪刑均衡作為刑事法體系中實質正義的價值, 應由刑事政策發聲, 貫徹在罪刑關係之上。在定位本文的正義價值後, 順延著思緒的流, 從刑罰的目的及種類, 法定刑的制定, 宣告刑和執行刑的相關問題等, 進行系統地論述, 並於文中提出部分修法建議, 希望能使刑事法體系的罪刑關係更趨均衡, 以實現實質的正義。惟須說明的是, 本文所探究者, 僅犯罪與刑罰的關係, 無涉保安處分; 保安處分當然也必須合乎正義的期待, 但不在本文研究的範疇中。茲將本文架構, 分別說明如下:

第一章為〈緒論〉: 緒論對於本論文的研究動機、研究目的、研究方法等進行說明。本文本於筆者自身對正義的嚮往, 著眼於人民對正義的企盼, 通篇以正義作為思想基礎, 進而導引罪刑均衡的刑事法體系價值, 所以除了刑事法學, 以及其他刑事學相關的學門外, 參考較多哲學素材, 型塑本文的精神。此外, 藉由本節介紹本文整體架構, 以期綱舉目張。

第二章為〈正義的理念〉: 為奠定本文的思想基礎——正義, 以柏拉圖的《理想國》探討正義為開端, 借書中人物所言, 開啟一般政治哲學所時常探討的三種正義觀, 分別是效益正義、自由正義及社群正義, 這三種

不同視野所見者，有重視最多人的最大福祉追求，有講求個人自由與平等環境的營造，有鼓吹道德倫理及歷史文化的社會記憶。在這些正義理論之中，試圖從「人能弘道」的觀點，決定自身對於正義的價值判斷，並將正義的運用，切割為主體之間中與主體之間，為罪刑關係的正義類型提出思想準備。

第三章為〈正義架構下的刑事政策理念〉：政策是公共議題的結晶，是國家為達到某個目標所擬定的方向，這個目標是公共意識的理想，可能是為了改變現況，或為了適應社會變遷而進行改變；刑事政策作為政策之一，同樣抱持著相同的特質。學界對於刑事政策的範圍多有歧見，本文採取中觀的立場，認為刑事政策是指導刑事法體系改變的方向，係以刑事法體系為範圍。又刑事法體系的核心是罪刑關係，如要使刑事政策走在正義的道路上，罪刑關係必須先合乎正義。「罪刑均衡」是合乎正義的罪刑關係，也是刑事政策的理念。

第四章為〈正義架構下的罪責理論〉：在罪刑均衡的討論過程，罪責扮演著關鍵角色。罪責的有無，是犯罪是否成立與刑罰能否發動的樞紐，因為有罪責有犯罪，有犯罪才有刑罰。當前係以規範罪責論為罪責理論的出發，其要素有罪責能力、罪責型態、不法意識及期待可能性。本文的罪責觀是以期待可能性為核心所建構，除了針對原本通說犯罪三階層理論的罪責之外，也涉及違法性的調和；對於調整新生的罪責理論，應該是符合人性的設計。又，罪責理論的調整會直接反應在犯罪階層理論上，故同時就犯罪階層理論的調整進行說明。

第五章為〈正義架構下的刑罰種類〉：目前臺灣的刑罰種類計有，生命刑、自由刑、財產刑及資格刑，這些刑罰制度的設計是否合乎正義理念，是本章要討論的重點。生命刑的爭議在臺灣長久存在，存廢雙方的意見均有道理，本文試圖加以釐清。自由刑重視教化功能，是刑罰矯正罪犯的主力，但教化的功能必須詳加考量才能發揮，並不是將罪犯關入牢籠，就可以坐享成效。為了避免受刑者落入短期自由刑的泥沼，財產刑負擔懲罰輕罪的重任，但財產刑的設計必須要合乎正義，不然會令人民產生花錢消厄的不良觀感。資格刑，也就是褫奪公權，本文以為可以考慮廢止。此外，現行刑罰所沒有的勞動刑，或許也可以合乎正義的期待。

第六章為〈罪刑均衡與刑罰制定〉：立法者在制定刑罰時，要考量犯罪的質與量，以此對應刑罰的質量。惟在討論刑罰的制定是否合乎罪刑均

衡之前，必須先確定罪刑法定原則。罪刑法定是刑事法律形式的正義，讓人民看到法律正義的存在，具有正義的形體；罪刑均衡是刑事法律實質的正義，讓人民感受法律正義的實存，具有正義的魂魄。法定刑是否合乎罪刑均衡，可以藉由編制排序，看出法定刑的輕重，然後攀比檢證，觀察法定刑與所處罰的行為之間的關係。

第七章為〈罪刑均衡與刑罰調節〉：法定刑只是實質正義的開端，實質的正義最終仍然必須落實在個案上。法定刑只是立法者理想下的罪刑均衡關係，但司法處理個案時，勢必會有大千萬象，所以立法者並非決定法定刑後便了無罣礙，制定能夠妥當調節刑罰的制度，亦是立法者的工作。讓刑罰合乎個案犯罪情狀，首重量刑基準，其他的調節方法，在刑罰節制上有緩刑及假釋，在刑罰擴張上有累犯；又為了讓刑罰執行能夠順暢，設有易刑處分。這些調節刑罰的制度也應合乎罪刑均衡。

第八章為〈結論與建議〉：這是本文的最終章。在結論部分，總結本文的精要內容。最後，在刑事政策應以罪刑均衡為指導方針的前提下，提出關於刑罰種類的修正建議，並且建議全面檢討法定刑，以及關注刑罰調節措施的解弦更張。



第二章 正義的理念

第一節 前言

如果法律有靈魂，「正義」應該是法律靈魂的主要成分。本文相信法學研究，無法擺脫正義的思考，這些思考的養分藏諸於山川或宮廷，需要從哲學或社會學等知識中擷取，然後希望藉由政策與法律落實。

在人民感情中，法律應當是正義的化身；在人民理智裡，法律或許是實踐正義理念的方式。刑事法的研究，尤其重視正義，因為犯罪案件中被害人及其家屬親友的眼淚，乃至於普羅大眾對於邪惡的忿怒，以及渴求良善社會的建立，無不仰賴正義的伸張。

正義是古代哲人日夜思索的倫理問題，是現代社會極力維護的核心價值。特別在西方，正義是道德哲學當中最為複雜難解的觀念，在哲學之路上，論者如天星無數。古希臘的柏拉圖（Plato, 427-347 B.C.）是較早對於正義產生全面性思考的西方先哲，也為西方哲學思考奠定基礎架構¹，在柏拉圖之後，正義在西方道德哲學的討論未曾間斷。東方亦是如此，東周時期（770-250 B.C.）是中國哲思的輝煌年代，諸子百家爭鳴，為中國哲學奠基；但與西方不同的是，中國哲學側重於人的自身、人與人、人與國家社會之間的關係，正義的關係就隱身在其中。

如果將哲學區分為形而上、知識與人生三個部分²，論者有謂西方以知

¹ 懷德海（Alfred North Whitehead, 1861-1947）說，「兩千年的西方哲學史，都是柏拉圖的註腳。」（Alfred North Whitehead (1978), *PROCESS & REALITY: AN ESSAY IN COSMOLOGY*, ed. D. R. Griffin and D. W. Sherburne, New York: Free Press, p. 39）懷德海前後任教於劍橋大學、哈佛大學，是近代哲學與數學大師；曾與懷德海共著《數學原理》的哲人羅素（Bertrand Russell, 1872-1970），同時也是1950年諾貝爾文學獎得主，亦曾言「柏拉圖以罕見的程度，將邏輯分析與抽象思維的力量，以令人驚奇的詩意和深邃的神秘情感結合起來。」有美國孔子之稱的思想家艾默生（Ralph Waldo Emerson, 1803-1882）更直言「柏拉圖就是哲學，哲學就是柏拉圖。」

² 這樣的區分可以參見：梁漱溟，*東西文化及其哲學*，商務印書館，2010年，頁83；王文俊，*哲學概論*，正中，1967年，頁25；鄔昆如主編，*哲學入門*，五南，2003年，

識部為哲學的發展重心，中國則以人生部最盛且微妙，並與形而上部的學問相通³。所謂形而上哲學，是指藉由理性推理和邏輯辯證，研究無法直接透過感知所得到的問題，探討什麼是世界的本質與真理；知識哲學則探討知識的本質，關注人們如何知道或認識真理；人生哲學則是思考人生的意義及道德實踐的問題。

西方重視知識哲學，造就許多學理上各式樣的理論，因為每一種不同角度的觀點，都是理解真理的相異途徑；相反的，中國的哲學以儒道墨法釋等為名，沒有講究是採行何種方式去證明論述為真且信之為真，而是闡明以人為中心的各種哲理，然後本於納多為一的民族性將觀念統合，特別是儒道釋三家。

中國和西方的哲學之所以會有如此差別，乃在於民族思維不同，而造就思維互殊的原因，特別在於語言⁴。西方語言特別重視「語式」，即語言的形式，例如名詞單複數、動詞時態，甚至部分西語可以由冠詞分辨名詞的性別，句尾區分副詞或形容詞。然而，這些語言用法在中文並不存在，因為中文的生命線在「語境」，即語言的意境，講究單詞出現的前後順序或語音氣調，以及語言本身存在的內部結構。舉例言之，英語的「be」因不同人稱有「am, are, is」不同，又因時間有「was, is, have been, will be」不同；同義的中文「是」字，全然不因人稱或時間而改變。講求語境的中文可以有「枯藤老樹昏鴉，小橋流水人家」的句型，但注重語式的西文卻無法利用單一詞性造句，因為這樣將違反語言的形式。

因語言影響的民族思緒，反映在哲學思考的方向上，便可容易知道兩者不同之處。重視形式的西方，哲學應當藉由概念生成，透過推理找尋定義，也就是世間應有一套標準，是符合理性的概念化，如同語式，然後建

頁 19、125、225。必須說明的是，王文俊教授的《哲學概論》，形而上學稱為實體論（王書（下同），頁 171 以下），知識學稱為認識論（頁 25 以下），人生學稱為價值論（頁 99 以下）；前者為世界觀的實在哲學，後二者為自我觀的觀念哲學。

³ 梁漱溟，註 2 書，頁 83。

⁴ 詳細內容可以參閱：張祥龍，中西哲學的差異與原因，對話：東西方哲學（吳敬東、劉雲卿、郭美華主編），上海三聯，2010 年，頁 59 以下。北京大學張祥龍教授對於語言造就哲學思維的說明，非常精采。對於語言對於哲學或文化的影響，也可以參見：傅佩榮，哲學與人生，天下文化，2003 年，頁 35 以下。又，近代德國哲人海德格爾（Martin Heidegger, 1889-1976）曰「語言是存在之屋」（Martin Heidegger 著，孫周興譯，走在語言的途中（Unterwegs zur Sprache），九州，2004 年，頁 268），人自生至死都沉浸在語言之中，語言存在，思想才得以表達；語言似乎為人所所用，但宏觀之下，語言也正在逐步塑造人的心思。

立體系，如同文章。重視意境的中國則會認為，哲學是超脫形式的，可以一言蔽之，或許是仁、是義、是道，但要體察其中奧妙，必須深入情境，這個情境可能是詩書禮樂，或許是一連串修身養性的課程。惟必須說明的是，這不是絕對的區分，僅是約略比較，因為中文仍有嚴謹的格式要求，西文同樣具有優雅的高超意境；東西方的哲學觀亦是如此。

回到正義，作為道德哲學之中無法迴避的重要問題，吾人應先確立正義的意涵，以及其所表彰的價值，再立足於正義的價值，進一步建構或檢視律法。這是本文初衷，希望從正義出發，進行思想的辯證，希冀能夠探尋合乎正義的刑事政策，從而能有正義的刑事立法與司法。邏輯釋義有助於體系觀念的澄清，是思索正義意涵的可行路徑；但純粹理論的發想，恐怕會使得體系觀念與人和社會漸行漸遠，而淪為象牙塔的庫藏，是故不能忘卻人群生活的情境，盼望能在中西哲思的調和之間，確立本文的正義思考。這是一段困難但不能逃避的過程，尤其在刑事政策及法律的思辨上。

第二節 正義的諸理論

在人類文明的長河中，追求正義的衷心企盼不曾消失，特別是在亂世或社會變遷的轉折處，時代會促使哲人思考正義。雖然千百年來，正義在哲人的口齒間反覆咀嚼，在腦海中不斷浮沉，然而迄今仍是未解的命題。經歷古今中外的正義思辨，依舊沒有一部堪稱完美無瑕的正義地圖，但通往正義的道路，我們已經能夠看得更加清晰。基本上，邁向正義之路，有三個主要的起點，分別是福祉、自由及品德⁵，由不同的起點出發，沿途會有不一樣的風景。

踏上正義之路，領略正義風景之前，萬不能忽略正義體系思考的第一人，古希臘哲人柏拉圖。柏拉圖是蘇格拉底（Socrates, 469-399 B.C.）的高足，是亞里斯多德（Aristotle, 384-322 B.C.）的恩師，而亞里斯多德的學生是一代帝王亞歷山大（Alexander, 356-323 B.C.）。柏拉圖象徵古典西方哲學的初始與傳承，其思想有標誌性的重要意義，尤其是其醒世鉅作《理想國》⁶。

⁵ 這樣分類的思考，是來自於哈佛大學 Michael J. Sandel 教授：Michael J. Sandel (2010), JUSTICE: WHAT'S THE RIGHT THING TO DO?, New York: Penguin.

⁶ 本文所參照的《理想國》（The Republic）中文譯本，計有：Plato 著，王曉朝譯，柏拉

柏拉圖是雅典的名門望族後裔，但當時雅典的黃金歲月已經結束，取而代之的是，與斯巴達之間的長期戰爭，也就是史上知名的伯羅奔尼薩之戰⁷。這場發生在巴爾幹半島的戰役，造成希臘前所未有的破壞，戰爭使城邦喪失勞動力，導致農業荒廢、工商業停滯；同時，投機者趁機兼并土地，聚斂奴隸和財富，造成社會極大的貧富差距。百姓對現狀極度不滿，加上雅典、斯巴達、底比斯等城邦爭奪霸權，社會動盪不安。戰爭結束後，敗北的雅典將希臘霸主寶座拱手讓給斯巴達，年青的柏拉圖開始檢討雅典失敗原因，進而找尋「理想國」的身影。

《理想國》是柏拉圖最重要的思想之一，是對於正義國度的企盼。在理想國中，每個人適性生活、適才工作；國家領導者是哲學家皇帝⁸，因為

圖·國家篇（理想國），左岸，2007年；Plato著，任定成主編，理想國，北京大學，2010年5月；Plato著，牛小玲、王桂林譯，柏拉圖文集，2011年1月，時代文藝。其他關於柏拉圖與《理想國》的相關資料，參照：申林，柏拉圖與《理想國》，人民，2010年4月。

⁷ 關於伯羅奔尼薩戰爭（The Peloponnesian War, 431-404 B.C.）的相關資料，參見：劉增泉，希臘史—歐洲文明的起源，三民，2003年，頁41以下；Nathaniel Harris著，李廣琴譯，古希臘的歷史（History of Ancient Greece），究竟，2006年，頁38以下。

⁸ 有論者批判柏拉圖是人治主義者或極權主義者，只是從歷史之中擷取自己喜愛的片段加以闡述，又相信世間存有完美的理型，而流於食古不化。參見：Karl R. Popper著，莊文瑞、李英名譯，開放社會及其敵人（上），桂冠，1998年，頁48、61以下、409、410（必須說明的是，Karl R. Popper博士對於歷史是抱持著無用論的看法，因為其認為歷史並非真正的人類歷史，而是政治權力的發展史。見：Karl R. Popper著，莊文瑞、李英名譯，開放社會及其敵人（下），桂冠，1998年，頁1050以下。Karl R. Popper博士對於許多哲學家都有批判，如黑格爾、懷海德等，似乎對叔本華較無批評）；Fritz Winzer著，辛達謨譯，歐洲文化史—自古代至今日（上）（Kulturgeschichte Europas: von der Antike bis zur Gegenwart），國立編譯館，1995年，頁10；Bertrand Russell著，何兆武、李約瑟譯，西方哲學史（A History of Western Philosophy），商務印書館，2009年，頁126以下、202、203（羅素似乎認為，重視數學的柏拉圖，在哲學上過多運用數學式的思考，進而發生許多顯然的錯誤，但這些顯然的錯誤，依然是「哲學上的重要進步」，同書，頁160）；嚴群，柏拉圖及其思想，商務印書館，2011年，頁172以下（嚴群教授的評論並沒有忘記柏拉圖晚期思想的轉變，較為中肯，見同書，頁180以下）。筆者以為，這些批評的看法固有道理，但仍有可以討論之處。簡單來說，在研讀柏拉圖的著作時，不能忘記柏拉圖除了是哲學家之外，也是位數學家，其思考方式時常會充滿數學的元素（羅素也曾言：「專業化的悲哀就是，研究柏拉圖的人，不懂數學。」）。《理想國》應該包含一種隱喻，藉由哲學家皇帝告訴世人，世間有一種標準（或許是理型、道德或正義）可以作為社會的依據（柏拉圖曾無奈表示，哲學家皇帝不可能存在，要替代哲學家皇帝的唯一方法是法律制度；但「算什麼替代方案！」。一柏拉圖·政治家篇（The Statesman, 301c）轉引自：傅佩榮，柏拉圖，東大，1998年，頁262）。筆者甚至認為《理想國》並非純粹討論如何才是理想（或正義）的國家，而是在討論理想（或正義）的人（我們談的是，一個人該怎麼活。—325d）。其次，柏拉圖並非純粹的人治或極權主義者，在其晚期的著作《法律篇》（Plato著，張智仁、何勤華譯，孫增霖校，法律篇（The Law），上海人民，2001年），就說明法律的重要及作用，並且討論法律的目的、結構、主權、責任及懲罰等。當然我們也可以把《法

哲學家明白「理型⁹」，也就是理念、至善的道理，可以藉理型為典範，用於國家治理。哲學家以外的人民，在城邦中應各司其職，農民躬耕、工匠冶鍊、衛士守國，如此國家大治，整個城邦就是正義的。但是，理想國的運作可能因人慾而改變，進而發生體制變化，走向專制統治、菁英領導及民主議政¹⁰，一旦不正義發酵就會分別進入獨裁、寡頭及民粹政治。

由此可知，「正義」是《理想國》的首要問題。柏拉圖藉由書中蘇格拉底與眾人的一問一答¹¹，勾勒出幾種正義的可能形式¹²：第一，柯法洛思與波勒瑪霍斯都認為，正義是恰如其分的回報，所以欠債還錢、助友傷敵都是正義的行為（332d）。第二，色拉瑪霍斯認為，正義只是滿足統治者的需要，也就是符合統治者的利益，也就是政府的利益。凡是政府認為有利的，對被統治者而言就是正義的（338c）。第三，相對於色拉瑪霍斯的論調，格勞孔則持相反的意見認為，正義應該是被統治者的利益，也就是人民為了保全自己而與他人訂定的盟約。因為人於社會形成之前，已經體會他人行為可能造成的好處和壞處，所以進行約定，用以規範行為，避免造成自身的危害（341a）。

律篇》視為柏拉圖後期思想發生轉變，而不將《理想國》視為某種隱喻。維持一貫的是，柏拉圖重視道德，把法律與道德緊密相連，希望人們守法且從事良善的活動，都是出於道德，而非懼怕法律的威勢。此外，人類脫離不了歷史，從歷史中找尋反省，是人類進步的必經階段；如果世間真的存有完美的理型，為何還有改變的需要？柏拉圖深知人及社會的不完美，所以才需要不斷追求理型，同時邁向改革。附帶一提的是，對於柏拉圖的各種批評，一直以來都不是近代學者的才有的現象。歷史上第一個也是最知名的批柏者，就是柏拉圖最得意的學生亞里斯多德，例如其在《政治學》（Aristotle 著，吳壽彭譯，政治學（The Politics），商務印書館，2009年，頁44以下）中，對於恩師在理想國提及的公妻制度，提出嚴正的批判。

⁹ 理型，應當是種概念，而非專指某種事理或事物；或許可以將之理解為心智所能看見的事物，或對理想的仰望。柏拉圖提出理型，大概與其熱衷數學有著密切的關係。參見：傅佩榮，註8書，頁61以下；Bernard Williams 著，何晝瑰譯，柏拉圖（Plato），麥田，2000年，頁103以下。

¹⁰ 在《理想國》的原典中，脫離哲學家皇帝之後的政治體制是分為四種，除了獨裁和民主（航行船隻不仰賴專業，而是靠著乘客投票決定的多數意見）之外，分別象徵一人及群眾政治外，另外二種都是少數人的領導，只是這些少數人的劃分不同，但來源都是菁英，相當於理想國中輔佐哲學王的階級。這些少數菁英一旦喜好競爭，將走入榮譽制度，崇尚勝者為王，偏向戰爭；若是喜好錢財，將走入貴族制度，造成國家貧富懸殊而易生犯罪。亦可參見：曾仰如，柏拉圖的哲學，台灣商務印書館，1995年，頁159以下；傅佩榮，註8書，頁258以下；Bernard Williams 著，何晝瑰譯，註9書，頁85。總之，在理想國之外，無論採行何種體制，正義都將淪為老二。

¹¹ 《理想國》與一般的哲學書籍不同，其形式與儒學《論語》相近。《論語》是紀錄孔子及其門生的對談內容，《理想國》是柏拉圖記載其恩師蘇格拉底與他人的對話，這些對話內容都涉及相對應的哲思。下文所提及的柯法洛思、波勒瑪霍斯、色拉瑪霍斯、格勞孔等，均是《理想國》的書中人物。

¹² 與本文有相同理解的，見：Bernard Williams 著，何晝瑰譯，註9書，頁84以下。

對於這些迥異的看法，蘇格拉底（或柏拉圖）逐一批駁。首先，針對柯法洛思與波勒瑪霍斯，蘇格拉底表示「若向朋友商借武器，於返還時，友人已經喪失理智，則不應該將武器交還」，因為此時若還把武器給不受理智控制者，可能會釀成無法挽救的傷害；另外，若朋友是惡人，而朋友的敵人才是良善，是否還能堅持助友傷敵的想法，值得反思。其次，蘇格拉底認為，「醫者行醫所得的報酬，非來自於醫術，而是患者因醫術康復所支付的回報」，同理可知，統治者的利益非來自於統治本身，而是來自於被統治者的回報，而被統治者之所以願意回報統治者，必然是因為統治者對於被統治者用心的服務。柯法洛思、波勒瑪霍斯與色拉瑪霍斯的說詞都不被蘇格拉底支持。

當蘇格拉底正要與格勞孔進行辯論時，有人要求蘇格拉底說明，為何正義高於不正義，二者本質及其發揮的作用究竟為何。蘇格拉底因而沒有直接回應格勞孔的看法，而是提出自己的正義觀：正義是善良和智慧，不正義是邪惡和愚昧。換言之，蘇格拉底將正義與品德一同思考，良善的品德是達成正義的基本要求。

回應前面所言，通往正義道路的起點：福祉、自由及品德。實際上在柏拉圖的《理想國》中，就已經可以窺見端倪。色拉瑪霍斯講求統治者的利益，意味著國家整體利益，也就是全民幸福，是福祉式的正義觀；格勞孔重視被統治者的利益，象徵理性人本於自由的相互約定，是以自由為基調的正義觀；蘇格拉底的（或許是柏拉圖的）正義觀建築在品德之上，是道德性濃厚的正義觀。至於柯法洛思與波勒瑪霍斯，他們的想法與常人無異，欠債還錢、助友傷敵，是直覺的正義感，此可能源於整體幸福感的追求，或許是理性人間的自由約束，也可能是普遍的道德反應。

第一項 追求福祉的正義

如果延續柏拉圖《理想國》，色拉瑪霍斯的看法，可以發現追求福祉的正義色彩。色拉瑪霍斯認為，正義是為了滿足統治者的需要。對於色拉瑪霍斯的一席話，可以從二個不同的面向解讀：第一，正義是滿足自己的幸福，所以統治者會利用臣民的奉獻，滿足自身渴望；第二，統治者象徵國家政府，所以滿足統治者的需要，可以延伸為滿足國家社會的利益，亦即正義是滿足國家社會的需求，凡對國家社會有利的，就是正義。

這樣的看法並不被柏拉圖青睞，所以理想國當然不是建立在滿足自己乃至於眾人的幸福之上。不過，追求幸福的理念並沒有被遺忘，較亞里斯多德為晚的希臘哲學家伊壁鳩魯（Epicurus, 341-270 B.C.）便承襲這樣的看法，並且發揚光大¹³。伊壁鳩魯是希臘雅典人，但其出生的年代，已是希臘城邦時代的尾聲，取而代之的是，馬其頓腓力王及其子亞歷山大大帝所統一的帝國。伊氏曾師從於多個學派，最後他建構自己的哲學思想，並和柏拉圖與亞里斯多德一樣，創立自己的學校。

伊壁鳩魯認為，人生以追求快樂為目標，而哲學價值應在於，教導人民遠離痛苦，如此才能接近幸福，哲學不應該是與人生福樂無關的空談。國家社會之所以存在，也是為了滿足個人幸福，同時避免人們在追求快樂的過程產生損害。伊壁鳩魯的論調，可以視為個人主義的發軔。之後，啟蒙時代的哲人，如邊沁（Jeremy Bentham, 1748-1832）等，大抵就是立足於幸福追求論之上，將之擴展為效益原則（或稱功利原則），對於後世的政治哲學、法律哲學等，均發揮莫大影響，進而發展出追求福祉的正義思維。

第一款 效益思想

第一目 人生目的是追求快樂

人生目的是為了追求快樂，是伊壁鳩魯哲學的核心。快樂就是幸福，就是善，所以追求快樂的人生，亦即追求人生的善；追求最大的快樂，就是追求至善。伊氏的快樂追求，並非滿足淫慾或放縱生命，而是先以理性

¹³ 希臘的哲學淵遠流長，國人較為熟知的先哲蘇格拉底、柏拉圖、亞里斯多德，亦或是伊壁鳩魯（或譯作伊比鳩魯），之所以較為知名，是因為在相當程度上，他們是哲學理論的啟發者或集大成者。例如，在蘇格拉底之前的希臘哲學家，如古希臘七賢之一的泰勒思（公元前七至六世紀）已經在思考「萬物本源」的問題，巴門尼德（公元前五世紀）便認為世間萬物均是幻象，人無法用感覺去體察真實的世界等，這些哲思長期蓄積能量，經蘇格拉底等人以更完整的方式呈現於世人。又如，較亞里斯多德為晚的伊壁鳩魯，在其著作中可以發現伊壁鳩魯式的原子論，是承襲德謨克利特原子論（世間萬物的本源是虛空的，以及無法分割的原子；人死後，肉體與靈魂分割，並各自分離後持續分割，所以屍體和死靈均消失於世間）的色彩（雖然伊壁鳩魯自稱無師自通，在當時希臘的哲學界樹敵很多，特別是與柏拉圖門生們之間的論戰，但一般人仍認為其年輕時亦曾問學於柏拉圖與亞里斯多德）。相關的資料可以參見：楊適，伊壁鳩魯，三民，1996年，頁12以下。

分析欲望，進行取捨之後，方才開始追求；追求過程包含動態與靜態，動態是積極享樂，靜態則是力促自身無憂無慮¹⁴。追求快樂的哲思，有四項主要原理¹⁵，若能掌握此四原理，人生便能更加接近離苦入樂的目標。

第一原理是無神：幸福和永恆的存在本身，並無任何憤怒或偏愛，人們敬畏神明，只是自尋苦惱，因為神明不理人間事，人類的幸福應是掌握在自己手中。二是忘死：人之所以不快樂，畏懼死亡是非常重要的原因之一，但死亡是人的靈肉分解，分解之後化歸為無，並無任何感覺，人不應該為沒有感覺的，且尚未發生的死亡擔憂。去苦是三，人如果要快樂，就要去除痛苦，快樂極大值就是所有痛苦都消失，並讓快樂持續存在。四是短痛，試著讓痛苦在短時間內消失，也就是俗語所謂長痛不如短痛。精神痛苦可以藉由思想抹煞，例如以知足治療不滿；肉體痛苦是真實的感覺，難以意念治癒，但大部分的肉體傷病與人生相較都相當短暫，實在不需要因為肉體傷病而感覺不快，縱然是重傷久病，也應當從中找尋快樂，以免苦痛積累不散，比如長年臥於病榻者，親友探望時的欣喜。前二項原理強調快樂掌握在自己手中，後二項原理則是追求快樂的方法。

除了四項原理之外，在快樂追求的實踐道路上，伊壁鳩魯指引出重要的思考方向，就是「功利效益¹⁶」。更細緻地說，就是思考如何審慎安全地追求快樂。審慎是對自我的基本要求，是秉持理性，合理分析自身欲求，若是不可能滿足的欲求，捨棄之；若可能滿足，再進一步思索如何在最節能省本的狀態下達成。安全是對社會的要求，社會應當營造一個能夠讓人追求快樂的安全環境，環境必須仰賴正義維持，但正義不是抽象價值，而是人與人之間的約定¹⁷，約定的作成，是源於人的自利本能。

利益導向是伊壁鳩魯的鮮明色彩，正義同樣必須是為了協助人類追求幸福而存在，也就是藉正義保障身處的環境公平安全，避免眾人在追求快樂的過程中，產生摩擦而造成傷害。是故，正義是人相互交往中的一種互利，若被檢驗證明對處理眾人之間的相互關係有利，經由約定，就成為有

¹⁴ Phillip Mitsis 著，羅曉穎譯，快樂、幸福和慾望，菜園哲人伊壁鳩魯（Epicurus: The Garden Philosopher）（羅曉穎、羅小鋒編），華夏，2010年，頁6以下。

¹⁵ 下面所說明的，伊壁鳩魯思想的四項主要原理，可以參見：楊適，註13書，頁30-39。惟四項原理的標題，即「無神」、「忘死」、「去苦」及「短痛」，係筆者所言。

¹⁶ 楊適，註13書，頁39以下。

¹⁷ 顧肅，自由主義基本理念，左岸，2006年，頁182、183；北京大學哲學系外國哲學史教研室編，古希臘羅馬哲學，商務，1982年，頁347、369。

保證的正義，但被認定為正義的情況一旦不再有利，就不再是正義¹⁸。由此可知，伊氏哲思已經能夠看見社會契約論的身影，或許稱得上是自由主義的先河，只是其更加強調功利效益，將理論與人的互利緊密結合。這樣的想法，到了十八世紀，由邊沁加以發揚。

第二目 正義在促進幸福效能

進入啟蒙時代後，追求幸福快樂的人生觀深受重視。知名思想家邊沁相信，人類是由快樂與痛苦所主宰，所有言行舉止或思想欲望，都是要趨近快樂，遠離痛苦，並提出所謂的「效益原則¹⁹」。效益原則來自於人的心靈感覺，指導人類進行快樂痛苦的判斷，近樂遠苦是本能；若與道德上的善惡相比，增加快樂或遠離痛苦是善，減少快樂或製造痛苦是惡²⁰。不管怎樣，能夠讓人類更幸福的，才符合效益。

人類的幸福快樂，並非單思個人，而是人類所組成的社會共同體。申言之，幸福可以區分為個人的個體幸福，以及社會的整體幸福。個體幸福是整體幸福的基礎，所以促進個人幸福就是促進整體幸福；整體幸福就是個體幸福，所以傷及整體幸福時，就是破壞個體幸福，所以當增進整體幸福時，個體幸福有時必須退讓²¹。惟應注意的是，效益思想並不是真正重視社會整體，因為所謂的社會整體是個體所組成，只不過是虛構的、幻想的，個體才是真實的存在。社會整體的幸福的真正面貌是，組成虛構社會的成員利益總合，在追求社會整體幸福之前，必須先瞭解社會成員的快樂和痛苦，唯有能力營造個人的快樂，才有機會追求超個人的幸福。

人類的痛苦大抵來自於四個源頭²²，分別是自然、政治、道德及宗教。

¹⁸ 楊適，註 13 書，頁 51。按伊氏的觀點，正義並非自然有，而是「共同體的特殊需要和境遇」。見：P. A. Vander Waerdt 著，羅曉穎譯，伊壁鳩魯式的正義，菜園哲人伊壁鳩魯（Epicurus: The Garden Philosopher）（羅曉穎、羅小鋒編），華夏，2010 年，頁 124、125。

¹⁹ Jeremy Bentham (1982), AN INTRODUCTION TO THE PRINCIPLES OF MORALS AND LEGISLATION, London: Methuen, pp. 11-16.

²⁰ Philip Schofield (2006), UTILITY AND DEMOCRACY: THE POLITICAL THOUGHT OF JEREMY BENTHAM, Oxford: Oxford University Press, p 33.

²¹ Jeremy Bentham (1982), supra note 19, pp. 11-12.

²² Jeremy Bentham (1982), supra note 19, pp. 34-37. 必須說明的是，邊沁所說的「自然」，並非天災地變，而是人類行為直接導致某種痛苦結果發生（此間具有因果關係，近條件說）。

如果能避免痛苦，便有機會確保快樂。舉例而言，某人因為房舍付之祝融而感痛苦，若火災原因並非天生成，而是與人為因素有關，便是受制於這些痛苦源頭：在家抽菸而菸灰未熄釀災，是自然的痛苦；大火燃燒，但政府或鄰人卻置若罔聞，是政治或道德的痛苦；苦主房舍焚燬，自覺是上帝懲罰，則是宗教的痛苦。人類如果要維持快樂幸福，應該思考如何管理這些可能造成痛苦的源頭。邊沁的答案是「制度」。

制度改革的目的，是為了促進幸福，舉凡經濟、教育、政治、宗教、法律等制度，都是邊沁關心的重點，特別是「法律制度」最受看重，因為人類若能依憑理性建構良善的法律制度，必定能創立幸福國家²³。也就是說，法律大概是最能促進正義，能使社會成員幸福的制度。既然如此，立法者的工作就相當重要，因為其決定法律制度是否妥善，能否使社會及其成員幸福。

立法者必須掌握快樂和痛苦的內容，以及其影響的力度、時間與範圍²⁴。知悉苦樂內容及其影響層面，下一步就是要如何維持並增加快樂；但在此之前必須先設法排除侵害，才可能避免痛苦。對惡人惡事施以法律制裁，是最有效率的排除侵害方法；但是制裁本身也是侵害，同樣會帶來痛苦，所以必須要符合功效原則，即法律制裁造成個體幸福犧牲時，必須對整體幸福能夠維持或加分，方有運用空間。簡言之，制裁應能有效防止侵害，且無制裁則侵害不會輕易消失，又制裁所造成的犧牲，小於侵害造成的損失時，才能夠發動²⁵。

總而言之，追求幸福是人類本能，社會作為是人類生活的集合體，同樣會朝著幸福的方向前進；但在追求幸福的過程中，每個人對於幸福的嚮往可能有異，因而造成衝突，形成損害與痛苦。在效益思想下，是否合乎社會整體的幸福，也就是最大多數人的最大幸福，是判斷是非的標準，用以判斷幸福的走向，若某種行為或方法能夠促進社會整體幸福，就是正義。

²³ " The principle of utility recognizes this subjection, and assumes it for the foundation of that system, the object of which is to rear the fabric of felicity by the hands of reason and of law." See: Jeremy Bentham (1982), supra note 19, p. 11.

²⁴ Jeremy Bentham (1982), supra note 19, pp. 38, 42-50.

²⁵ Jeremy Bentham (1982), supra note 19, pp. 158-159.

第二款 效益正義的意義與反思

在效益思想底下，能夠增加人類幸福的行為或事物，才能夠被稱為良善的、正義的。這是一個相當實用的理論，在思辯過程中，不會添加太多的抽象或價值性的判斷，也不會特別考量人類的動機或手段，而是凝神思索行為或事物對於人類幸福的影響，並且如何增加或維持幸福最大值。從這裡出發的正義觀，是積極進取的，存有目的性，頗富理想性。

第一目 意義

促成最大多數人的最大幸福，是效益正義的想法。在效益思想所建構的正義之下，吾人不難發現，正義是過程，幸福是終點；若能朝向終點前進，行旅中所發生的一切都是正義。這樣的想法與個人主義息息相關，因為對於幸福能真切感受的，就是人類自身；但是否正義還是要以最大多數人的幸福為斷，也就是從社會的視角觀察，對社會有利的就是正義，有害社會的就不是正義。

效益思想特別重視法律，因為法律是最有效率，又能確實地避免或制裁可能造成痛苦的來源。法律是群眾集思而得，足以反映社會全體的幸福利益，能夠讓個人行止知所進退；且法律具有公權力，能發揮實質的威嚇作用，使個人不敢為滿足私欲而踰越規範。換言之，幸福的追求最好是在法律規範下進行，就算是自由，也應該是法律之下的自由²⁶。

效益原則的正義，雖然立足在個人幸福的追求之上，但並沒有忘記社會，縱然效益原則認為社會幸福是虛構的，但仍然承認有一個社會組成員幸福總合的「大幸福」存在。在效益原則下，正義也必須合乎效益，本於最多數人的最大幸福，當社會幸福與個人幸福相衝突時，個人幸福必須退讓。由此亦可知悉，在效益之下，沒有什麼是絕對的，正義也是作為相對的存在，只要符合效益。

²⁶ 黃偉合，英國近代自由主義研究—從洛克、邊沁到密爾，北京大學，2005年，頁23。

第二目 反思

效益原則試圖創建一個標準，告訴世人在追求幸福的過程中，如何避免痛苦及解決衝突；但作為標準的「最多數人的最大幸福」，可能因為彈性空間過大而難以操作²⁷。因為，張三喜麵食，李四愛西餐，什麼是幸福，本是見仁見智；什麼是最多數人的最大幸福，更是難以解釋的問題。假如「最多數人的最大幸福」不明確，依賴其為標準而生的判斷，恐怕也難以讓人信服。

快樂或痛苦並沒有單一旦絕對的度量衡，人類無法利用貨幣或特定單位測量快樂或痛苦的質量。1930年代曾有美國哥倫比亞大學的學者試圖證明效益原則，遂以訪問方式，希望受訪者對於一些特定的痛苦行為進行對價，後來獲得一些數字，如徒手掐死貓隻一萬美元，張口生吞蚯蚓十萬美元，但是生吞蚯蚓的痛苦數值（或噁心），恐怕未必是掐死貓咪的十倍²⁸。硬要將快樂或痛苦進行比較，可能只會得到相當荒唐的結論。

另外，讓人詬病的是，在效益原則的運作下，似乎為了社會整體或多數人的幸福，就必然能夠犧牲少數人的幸福，或造成少數人的痛苦。這樣的想法或許有些藐視個人尊嚴及權益，正當性必受質疑²⁹，且稍有不慎恐怕使效益原則淪為有心人士利用的工具，假多數人的幸福之名而侵害部分人，進而走向集體主義。例如，邊沁曾提出貧民勞役營，用以解決當時的乞丐遊民問題，因為邊氏認為，乞丐遊民會造成大部分民眾的痛苦，這個痛苦可能是治安敗壞或市容醜陋，或見人乞食而同情心痛等。與其放任乞丐遊民在大街閒晃，不如將之全部拘束在勞役營，一方面提升社會幸福，二方面在勞役營內強制工作，再給予其薪資，使其能夠自給自足。貧民勞役營的構想或許可以增進公共福祉，但乞丐遊民的人身自由就被剝奪，這樣是否妥當，容再三思³⁰。過度關注快樂或痛苦的上下高低，除了陷入快樂或痛苦本身並無法量化而難以定位的迷思之外，更可能漠視人性尊嚴或個人權益，甚至加以踐踏。

²⁷ Richard A. Posner 著，蘇力譯，正義／司法的經濟學（The Economics of Justice），元照，2002年，頁34、35。

²⁸ Michael J. Sandel (2010), supra note 5, pp. 46-47.

²⁹ 雖然有論者為邊沁提出抗辯，認為效益原則並非完全地為了全體幸福而犧牲個體幸福，但似乎未能真正提出能夠說服人心的理由。可以參見：Philip Schofield (2006), supra note 20, pp. 38-39.

³⁰ Michael J. Sandel (2010), supra note 5, pp.35-37.

效益原則的思想家也對這些問題作出修正，其中最具代表性的，應該是英國的密爾（John Stuart Mill, 1806-1873）。密爾將更多的個人自由導入效益思想中，認為個人只有在影響他人時，才必須受是否侵害社會整體幸福的檢驗，若不侵害任何人，則個人權利是至上的；尊重個人權利並不會對社會整體造成傷害，因為只有努力追求個體幸福的個人才可能真正獲得幸福，並且助於社會整體幸福的增加³¹。但是，這些修正依然不能解決無法量化的快樂痛苦，以及無法比較什麼是最大幸福的困境；又因為概念的修正，讓效益原則的原味逐漸喪失，而有走入自由平等的意味。自由平等的正義，正是後面要討論的。

第二項 自由平等的正義

自由平等的正義，是以自由主義為養分所建構的正義價值觀。通常提及自由主義，多會將之與十七世紀後期，中產階級興起所造就的政經環境改變相牽連。中產階級是社會穩定的力量，亦是自由主義發酵的媒介，他們介於權貴與貧苦之間，有相對穩定但非富裕的經濟收入，且通常受過不錯的教育，多將社會穩定視為要務。當時的英國，因長期圈地運動造成個人財產不安，與中產階級的企盼背離，並且引發社會動盪³²，英國哲學家洛克（John Locke, 1632-1704）認為，國家要化解紛爭，首應保護人民的財產³³，當人民財產安全，生命與生活才可能有保障。

開啟重視個人的思想者，是在洛克之前的英國政治哲學家霍布斯（Thomas Hobbes, 1588-1679），他的鉅作《巨靈論》即以個人出發，論述國家政府的組成。霍布斯設定人是自利的，除了物質慾望外，也追求權力及榮譽；所以人們一旦處在沒有任何約束的自然狀態之下，便會因為自身

³¹ 黃偉合，註 26 書，頁 93；Michael J. Sandel (2010), supra note 5, p. 50. 亦可參見：John Stuart Mill 著，孟凡禮譯，論自由（On Liberty），廣西師範大學，2011 年，頁 113、114。

³² 歐洲的圈地運動（Enclosure Movement）在十二世紀時便已開始，主要因為羊毛製品的銷量大幅增加，貴族和商人為了增加羊毛的數量，使用不同方法把圈佔和合併耕地。圈地運動的過程中，伴隨著貴族和商人使用不法暴力手段剝奪良民土地，造成許多人在失去土地和家園之後，淪為雇傭勞動階級，也成為西方資本累積的原始面貌。這種情況在英國、德國、法國、荷蘭、丹麥等國家都曾先後出現過，而以英國的最為典型。

³³ 馬國明，從自由主義到社會主義，南方，1988 年，頁 18 以下。應當說明的是，十七世紀後期，正處於資產階級抬頭的階段，洛克在維護個人自由的同時，認為資本集中是自然現象，尚未認真考量被壓迫的勞動階級。

無窮盡的慾望，造成永不停止的爭鬥，若放任下去，爭鬥會使得人們陷入孤獨、貧困、可憎、野蠻的悲慘狀態³⁴。

除了人慾之外，霍布斯也肯定人的理性，所以在競爭之外，也知曉分工合作、共生共榮的道理。人類文明之所以誕生國家政府，就是因為要保障個人利益，對內約定和平劃分資源，對外與他人抗衡爭取資源，國家政府是人工巧設，是人的理性產物³⁵。國家作為控制人慾並獲得最大利益而存在，所以需要擁有大於一切權力的公共力量，使人們服從並尊重之。霍布斯的構想，從人性出發，以個人為理論基點，展現個人主義，同時富涵效益主義的想法，以獲求最大的利益³⁶。

更進一步的說，霍布斯認為國家是因人的約定而組成。自利又理性的人們清楚瞭解，組成國家對於個人有更大的好處，於是願意減少自己的慾望，轉讓部分的權利，進而結合成為國家。這樣自願轉讓權利的模式，就是利益交換，也就是契約；既然是契約，即非單方強取或餽贈，而是人本於自由意志締結而成，其中蘊含的自由主義自然流露。契約締結之後，國家成形，法律制定，自由即是指在法律限制之下，按照人的理性判斷合乎自身利益的自由。霍布斯的構想，從人類的自利與理性出發，推導國家政治的權利及義務，為自由主義扎下厚實的根基。

洛克在霍布斯的構想上，將眼光放在人民財產，提出私有財產神聖不可侵犯，進而主張天賦人權；同時主張國家分權，以矯正霍布斯國家巨靈絕對獨大的單一權力。從英國掀起的自由主義思潮，在英吉利海峽彼岸的法蘭西，同樣激起美麗的思想浪花。法哲孟德斯鳩（Baron de Montesquieu, 1689-1755）奠定現代國家三權分立的基礎，並且對法治特別的重視，其被譽為是繼亞里斯多德之後，最重要的法政專家；盧梭（Jean-Jacques Rousseau, 1712-1778）提出社會契約論，標識主權在民的思想。此後，自由主義歷經美國獨立戰爭、法國大革命，一直影響全世界。

³⁴ Thomas Hobbes 著，黎復思、黎廷弼譯，利維坦（Leviathan），商務印書館，1996年，頁128。按：利維坦又譯作巨靈論。

³⁵ John Gray 著，傅鏗、姚欣榮譯，顧曉鳴校閱，自由主義（Liberalism），頁15；馬國明，註33書，頁10以下。

³⁶ 顧肅，註17書，頁215。

第一款 自由思潮

《理想國》中，對於格勞孔發言的記述，已經能夠看見自由主義的身影，但希臘當時的自由，並沒有依附個人主義，而是指向公共事務的參與。以個人為中心的想法，在古典希臘哲學恐怕不是主流，柏拉圖、亞里斯多德等大師均把精力放在討論倫理德善。相同的時期，對於個人自由觀念特別強調的，大概就是信奉快樂至上的伊壁鳩魯。

進入啟蒙運動的歐洲，對人類理性，以及人與國家社會的關係進行思考，是近代的自由主義形成期³⁷。自由主義發展的起點在於個人主義，強調個人自由價值的優先性，展現對個人的關懷，因為個人是國家社會組成的基本單位；個人先於國家，所以國家組成有賴個人同意，國家建構在人民的約定之上。依循這樣的思緒，個人主義及社會契約論必然直接影響自由主義的正義觀。不過，自由主義並非僅此而已，經過歷代哲人的反覆思索，個人理性的探究、平等原則等元素導入自由主義，使之內涵日益完滿。

第一目 源自於人的理性自主

啟蒙時代的歐洲，從神本位思考轉向人本位，許多學者專家對於人的理性進行深度剖析，在此之中，德哲康德（Immanuel Kant, 1724-1804）貢獻至大。康德以批判哲學的方式³⁸，檢視當時的哲學環境，然後樹立一套屬於自己的哲學氛圍。康德特別強調「人的理性自主」，這項元素使自由

³⁷ 歐洲啟蒙時代對刑法哲思的影響，可以參見：劉幸義，人道與人類尊嚴－歐洲啟蒙時代刑法哲學之反思，刑事思潮之奔騰－韓忠謨教授紀念論文集，財團法人韓忠謨教授基金會，2000年，頁13以下。又，1688年英國的光榮革命（Glorious Revolution）是啟蒙時代的重要轉折，這場沒有流血的革命，確立英國君主立憲的政體，翌年英國國王與國會簽屬知名的權利法案，該法案宣示，英國人民的財產與政治權利受到應有的保障，國王不得干預法律。此後的政治運作，資產家成為主要受益者。這段時期就是洛克的年代。光榮革命的發生，其原因相當複雜，主要是當時的宗教之爭（天主教、英國國教及清教徒），以及資產階級保護自身財富（讓議會享有稅收的權力，國王不得未經議會同意就逕自徵稅）。相關的內容可以參見：Maurice Ashley (1967), THE GLORIOUS REVOLUTION OF 1688, New York: Scribner.

³⁸ 康德的幾部重要的批判性哲學論著，即1781年的《純粹理性批判》、1788年的《實踐理性批判》及1790年的《判斷力批判》，奠定其於哲學家行列上不可撼動的地位。至於康德的道德思想，應該是以1785年的《道德形而上學的基礎》為代表作。

主義更具普遍性。相信人的理性，使得人能夠獨立自主對世事進行抉擇判斷，成為現代自由主義的基石，也讓自由主義脫胎自霍布斯與洛克式的私利欲望枷鎖中。

康德將事物區分為可知的現象世界，以及不可知的真實世界³⁹。可知的現象世界對應知識，知識就是對可知現象世界的認識；不可知的真實世界對應道德，道德發乎人的理性，沒有任何預先設定的條件卻得成就，來自於不可知但又真實的世界。既然知識和道德分別處在不同的世界，人們自然無法以知識的眼光去衡酌道德。在知識中，因為人的認識，可能發生錯誤而需要修改，但道德本於理性，是絕對真實的存在。更進一步說，康德的道德觀是普遍的、至上的，是純粹的善良意志，合乎道德的行為出於理所當然，不能有人的好惡混雜其中⁴⁰。

若要實踐善良意志，人就應該把力氣放在理性上，但現實上，每個人的道德操守卻有優劣之別，此非因人不知道德，而是人是否順應理性進而遵守道德，全憑個人的自由意志。康德認為人是目的，而非手段，所以人有屬於自己的自由意志⁴¹。自由人會依憑理性行為，拋棄因自身感性所生的好惡，因為感性是對人的制約，人愈按照道德法則的要求行動，才能愈發自由⁴²。也就是說，人的行為依循理性，才是自主；若行為受慾望好惡控制，則非自主，而是他主。舉例而言，於大街上見到行乞的老嫗，心想此人命苦而可憐施捨，或是想讓路人讚美自己樂善好施而為，都不是發於理性，而是經過個人性好而為，均非真道德，也非理性自主的人，因為真道德是純生無暇的定然律令，不是需要其他條件才能成就的假然律令⁴³。

³⁹ 這由康德的哲思可以獲知。Immanuel Kant 著，韋卓民譯，純粹理性批判（Kritik der reinen Vernunft），華中師範大學，2000年二版，頁35以下；Immanuel Kant 著，藍公武譯，純粹理性批判（Kritik der reinen Vernunft），商務印書館，2009年，頁31以下；鄭昕，康德學述，商務印書館，1984年，頁64；張能為，康德與現代哲學，安徽大學，2001年，頁31。

⁴⁰ Immanuel Kant 著，牟宗三譯註，道德底形上學之基本原則，康德的道德哲學，台灣學生，2000年，頁15、21、54。至於實踐理性，康德有二項關鍵的設準，分別是靈魂不滅及上帝存在。相信靈魂不滅，是因為圓善地實踐理性，是要將心靈完全服順道德法則，但沒有感觸世界中的理性可能符合，這種理性只能存在於「無限的進程中」；然而無限的進程，唯有上帝能夠通覽，是故上帝是最高根源的善，處在感觸世界的我們只能「促進」圓善，這項促進的工作是我們義務。詳細的內容可以參見：Immanuel Kant 著，牟宗三譯註，實踐理性底批判，康德的道德哲學，台灣學生，2000年，頁368以下。

⁴¹ Immanuel Kant 著，牟宗三譯註，註40文（道德底形上學之基本原則），頁65、69。

⁴² Immanuel Kant 著，牟宗三譯註，註40文（道德底形上學之基本原則），頁59。

⁴³ 對於這個問題，我們可以更進一步說明。例如某人遭受地痞追殺而逃入友人甲家中，並向甲表示躲藏，片刻之後，惡霸敲門詢問是否有見某人在此，若按照康德理性人將

由此可知，康德並不同意效益思想⁴⁴，因為效益考量是人的好惡而生，非道德之應為。

更進一步言，理性能使邦國和諧，因為發乎理性能將自己及他人視為目的而非工具，成為「目的國⁴⁵」。在目的國中，要抓緊的價值是尊嚴，而非價格，因為尊嚴是來自理性，是內在固有的價值，價格則來自個人的好惡，是浮動相對的價值。現在德國憲法的人性尊嚴，即是強調人之所以為人的固有價值，應該與康德學思密切相關。康德將自由主義中的個人成分提升到一個新的境界，其認為人是理性自主的，又德善源於理性，是當然的存在，是人之所以為人的義務，是自由之人發於理性的所作所為，是沒有任何條件足以影響的定然律令。

第二目 建立於社會平等之上

看待自由主義時，不能忘記其與資產階級的興起有著密切關係，所以討論自由主義，通常會涉及經濟學自由市場等相關問題。啟蒙運動之後，奉行自由的西方日漸走入徬徨，自由過度形成放任，這種局面率先在市場上造成反應，回首自由主義發展的百年，社會問題叢生，諸如貧富差距、經濟危機、通貨膨脹等矛盾和衝突接踵而來。學者開始反思自由主義的不足，將「平等」作為一個重要原則導入自由主義中⁴⁶，在此之中，美國政治哲學家羅爾斯（John Rawls, 1921-2002）應該是最重要的核心人物。

道德當作義務的觀點，甲不能否認自己沒看到朋友，因為德善是義務，然謊言顯然有違定然律令，縱然是善意的謊言也不能夠妥協，因為德善是無條件存在的，不能因目的而破壞自應存在的定然；又同理，某乙身無分文，已經多日未食，遂打算向友人借錢度日，但若乙明知自己沒有能力清償債務時，便不能以借貸的名義向友人請求協助，因為這樣的應允是無法達成，一旦許諾夾雜某種目的，將只是虛偽空洞的陳述而已。是故，對於這類的困惑，倘如按康德式的標準，甲若要保護朋友或宜表示，片刻之前曾經見過某人等迂迴言語；乙若要生存，大概誠實乞討是最佳途徑。對於這樣概念的論述，可以參見：Immanuel Kant 著，牟宗三譯註，註 40 文（道德底形上學之基本原則），頁 28 以下、54 以下；Michael J. Sandel (2010), *supra* note 5, pp. 132-133.

⁴⁴ 顧肅，註 17 書，頁 297、298。

⁴⁵ 關於「目的王國」的內容，請參見：Immanuel Kant 著，牟宗三譯註，註 40 文（道德底形上學之基本原則），頁 73 以下。

⁴⁶ 錢永祥，自由主義為什麼關切平等—當代的一個看法，平等、正義與社會福利—般海光基金會·自由、平等、社會正義學術研討會論文集（3）（瞿海源、顧忠華、錢永祥主編），桂冠，2002 年，頁 14、15；齋藤純一，自由概念の検討，自由，岩波書店，2006 年，頁 11。

當代自由主義遭遇的困境，已非如何判定人的問題，而是如何協調或解釋社會整體。要解決這個問題，必須回到社會契約論。過去的社會契約論，暗示契約完成後，會型塑某種社會價值，這套價值維繫社會發展，並且對社會成員產生約束。然而，在尊重多元的今日，所謂的眾人共同價值已然受到挑戰。羅爾斯為社會契約論提供相當睿智的說詞，他認為最初的社會契約並非決定社會發展方向，亦非指示應該組成何種體制的政府，而是樹立社會組成的基本結構或價值：公平的正義（justice as fairness）⁴⁷。

探知最初社會契約的目的，在於確立社會組成的基本結構或價值，羅爾斯有一套論證。羅爾斯承襲康德觀點，肯認人的理性自主，並且營造一個公平環境，隨後設想在公平環境下，理性的人們會達成怎樣的協議⁴⁸。為了將公平環境定型，羅爾斯進行「被無知之幕籠罩的原初狀態」的假設⁴⁹：首先，原初狀態是指，某區域有一群生理與心理狀態都相近的人，區域內的資源有限，人們必須仰賴彼此合作，才有機會獲得更多的資源；但因每個人天生的體質與智能相異，發展出各式不同的生活與觀念，因為彼此存有差異性，所以有發生衝突的可能。其次，無知之幕是回歸原初狀態的工具，無知並非指原初狀態下的人喪失理性，而是藉此遮蔽人處於社會所存在的成見，同時阻隔彼此因比較而生的利害關係。受無知之幕底下的人們，不會知道自己在原初狀態的社會中處於何種地位階級，也不會知道與他人相較後，自己可能具備何種優勢，這樣可以使人完全憑藉理性去思考社會契約。

在被無知之幕籠罩的原初狀態底下，人們不清楚自身所處的環境，也不知悉自己擁有的能力，自利且理性的人不可能有過度大膽的決定，因為魯莽躁進可能會使得自己喪失更多。例如一塊餅要給十個人分配，在無知之幕下受分配者都不知道彼此的強弱長短，所以無論採行什麼分配的標準（身長高矮？成績優劣？）都讓人產生顧忌，因為如果自己是弱勢，將在分配中喪失利益，所以最理想分配方式就是均分，也就是公平。這是羅爾斯簡化社會環境所得到的結論。

⁴⁷ John Rawls (1999), *A THEORY OF JUSTICE*, Mass: Harvard University Press, p3.

⁴⁸ 羅爾斯對於「理性」的看法，和康德並不相同。康德關心抽象的道德感，羅爾斯則是重視人自身需求的有效滿足，也就是利己。可以參見：馬國明，從自由主義到社會主義，青文，1988年，頁39。另外，康德同樣認為原初社會契約是假設而得的，Immanuel Kant 著，李秋零譯編，論俗語：這在理論上可能是正確的，但不適用於實踐，康德著作全集第8卷—1781年後的論文，中國人民大學，2010年，頁292以下。

⁴⁹ John Rawls (1999), *supra* note 47, pp 118-123.

公平是原初社會契約所建構的社會結構或價值，如何落實公平，就是理性人所要思考的第二個問題。羅爾斯認為，落實公平仰賴正當程序的建構。承續前述分餅的例子，若十人商議均分，進行均等切割的最佳方式，大概就是切者後取，因為若採行切者先取或自切自取的模式，都可能破壞原先眾人的公平決議，只有切者後取較有可能堅持公平，因為切割者會謹慎以免損失自身利益，且先為他人切割的過程中，先取者也會監督切割者是否合乎比例。於此同時，無知之幕下的理性人，進行分配的程序時，必然會顧及弱勢的照顧，這是為了避免自己成為弱勢時的風險，所形成的悲觀決策。

由此可知，經修正的自由主義，是講求公平的自由主義。首先，相信人是理性的，且確立每個人有同樣的權利，並尊重個別的不同，這也是個人主義的一貫立場；其次，在自由的前提之下，建構公平機制，這是原初社會契約的產物，資源應公平地向全民開放，但同時要保障弱勢，應該要讓社會中最不利的成員也能享有好處的機會⁵⁰。

對於羅爾斯平等的自由主義，美國法理學家德沃金（Ronald M. Dworkin, 1931-）加以延伸，使得自由和平等能夠更加巧妙的融合。德沃金認為平等是羅爾斯理論的核心⁵¹；但這樣的公平僅著眼於社會基本需求，即自由、權利、財富等，對於自然基本需求的不平等，如健康、智能、天賦等卻有所忽略，所以仍有許多人因身體殘疾或智能不足等自然劣勢，而處於不平等的環境，所以我們應該對於每個人的遭遇、挫折或不同生活方式，存有平等的關懷與尊重⁵²。是故，德沃金建議在無知之幕的背後，思考我們願意提撥多少比例的資源，去防備可能出現的自然劣勢，同時將一切非個人選擇而生的悲慘境況，如天災地變、偶然意外等均納入考量，以期環境真正完全公平⁵³。

⁵⁰ 這是羅爾斯稱的二項正義原則：「First: each person is to have an equal right to the most extensive scheme of equal basic liberties compatible with a similar scheme of liberties for others.」；「Second: social and economic inequalities are to be arranged so that they are both (a) reasonably expected to be to everyone's advantage, and (b) attached to positions and offices open to all.」 See: John Rawls (1999), *supra* note 47, p53.

⁵¹ Ronald M. Dworkin, (1977), *TAKING RIGHT SERIOUSLY*, Mass: Harvard University Press, pp179-180.

⁵² Ronald M. Dworkin, *supra* note 51, pp272-273.

⁵³ 例如，這樣的想法套用在醫療照護體系，便可以知道為什麼我們堅持國家應建立良善的公共醫療，同時也容許私人購買屬於自己需要的醫療服務。因為，本於平等，我們必須保障因自然或社會等因素造成弱勢之人。相關的內容可以參見：Ronald M. Dworkin (2000), *SOVEREIGN VIRTUE: THE THEORY AND PRACTICE OF*

第二款 自由正義的意義與反思

歷經康德提出人類理性自主，羅爾斯強調的社會公平機制，到德沃金深具社會關懷的視野，自由主義已經富含平等思想，又因為自由主義播種在平等的土壤上，發展得更加茂密。對於自由主義，我們大概可以得到這樣的印象⁵⁴：重視個人⁵⁵，將個人視為道德的首要（是目的，不是手段），高過任何的社會團體，且人必須是平等的；相信人的理性，又因為人存有理性，所以政治或社會制度都能藉由改革而趨於良善，且理性人存有普遍的道德觀，社會特殊的歷史文化是次要的。

第一目 意義

自由平等的正義，是以個人為中心的正義觀。這樣的正義觀，是以個人價值不容被低估為前提，但不意味著他人因此而遭受排擠，因為每個人都處於平等的地位，都具有相同的尊嚴⁵⁶。社會是以人為元素所組成，而人是理性自主的，將眾人的理性放大到社會，便能凝聚社會的正義價值；雖然因人的理性使得正義相通，可是人的利益之間卻會產生摩擦，理性的社會應運用正義去調和摩擦，避免紛爭發生。

如果要將因人類理性相通而生成的正義價值具象化，社會契約應該是最佳範例。因為社會契約協議的過程，就是凝聚眾人理性，進而萃取正義的程序。相較於羅爾斯的假設，康德則主張，原初的社會契約應該是抽象

EQUALITY, Mass: Harvard University Press, pp75-80, 307-319; Will Kymlicka (2002), CONTEMPORARY POLITICAL PHILOSOPHY, Oxford: Oxford University Press, p78-81.

⁵⁴ John Gray 著，傅鏗、姚欣榮譯，顧曉鳴校閱，註 35 書，頁 2 以下、81。也可以參見：顏厥安，自由主義與憲政體制之建立，幕垂鶚翔，元照，2005 年，頁 240 以下。

⁵⁵ Frederick Watkins 著，李豐斌譯，西方政治傳統：近代自由主義之發展（The Political Tradition of the West: A Study in the Development of Modern Liberalism），聯經，1999 年，頁 254 以下。

⁵⁶ 此是呼應康德的看法，人作為超越一切價格的價值，就是尊嚴。羅爾斯則說明，正義原則不必然是本於人的尊重或內在價值而生，但其相信正義要在人能相互尊重時方才具有意義，更進一步說明的是，對於人的尊嚴與相互尊重的肯定，或許正是在正義的概念形成之後。參見：John Rawls (1999), supra note 47, p513.

的，是非實存且無法驗證的⁵⁷。康德之所以這樣認為，是因為實證上最初始的契約無從獲得之外，更重要的理由是，作為道德的正義，本來就不是客觀可驗證的，正義是發自理性的，是不可知的真實世界。簡言之，我們可以想像，理性自主的大眾，深知人是目的，只要我們服膺理性便可知正義真諦，因為正義來自人的理性。

由人類理性所生成的正義，除了以善為義務，約束個人行為之外，更有調節社會的功能，使社會走向良序⁵⁸。正義作為調節良序社會的方式，則是吸納平等精神，因為單講自由蘊藏太多的個人主義在其中，不容易調解社會。就筆者的理解，自由平等的正義，也就是分配正義，事實上近代自由主義學者標榜的自由主義下的正義觀，之所以用力添加平等元素，就是要解決分配的問題。誠如前文所言，分配正義要先在實體上取得共識，也就是一種大眾都可以接受的分配方法，進而於程序上落實，又兼顧社會上的弱勢，分配的過程中允許為了達成實質平等的程序不平等。

第二目 反思

自由主義是啟蒙運動之後，西方世界最重要的哲學概念之一，雖然支持者眾，但仍有不同意見認為，以自由主義說明正義相當有限，雖然近代導入平等原則，但仍然不足以說明正義的真貌，因為本於個人主義起家的自由主義，思想結構上脫離社群，有時反而不近人情；再者，自由主義加入平等原則之後，雖然解決過度講求個人所衍生的資源分配困境，但卻使得這類正義的眼光變得狹隘，忽略價值的正確評斷⁵⁹。

所謂公平的自由，在同樣是自由主義的陣營當中，也受到許多批評。論者認為，公平的自由和社群主義一樣，都是虛幻的，因為現實社會中存有許多不可通約的對立價值，例如種族主義言論的自由、不受種族主義危害的自由，此二種自由在概念上是不可能相容的，無論是公平或自由的想法都沒辦法告訴社會應該要保障哪一方⁶⁰。是故，羅爾斯式的最廣泛自由

⁵⁷ Michael J. Sandel (2010), *supra* note 5, p. 139.

⁵⁸ John Rawls, *supra* note 47, p397.

⁵⁹ 俞可平，社群主義，中國社會科學，2005年二版，頁69、84以下。

⁶⁰ 何霜梅，正義與社群—社群主義對以羅爾斯為首的新自由主義的批判，人民，2009年，頁86以下；John Gray著，蔡英文譯，自由主義的兩種面貌(Two Faces of Liberalism)，巨流，2002年，頁91以下。附帶一提的是，John Gray博士在《自由主義的兩種面貌》中提及「寬容」，希望藉由「一種『合理的不同意』的理想，期望能緩解各種有關善

恐怕難以在現實上取得，如此將使得公平的自由只能存在書本裡。

重視個人理性自主的自由主義，相當信賴人的理性，認為個人理性可以引導德善成為義務，並擴大為眾人的正義；又或是在被無知之幕籠罩的原初狀態下，理性人所協議的原初社會契約，成為正義共識。簡言之，在這樣的觀念之下，正義是被選擇的，是一種被理性人認為是「對的／正當的」價值，也就是以個人乃至於眾人的理性決斷正義價值，而非先存有正義，然後讓人遵守。

然而，現實中非源於個人同意，或理論上不存在於原初社會契約中的社群印記，卻也真實存在。例如，第二次世界大戰時，納粹德國屠殺猶太人，二戰後出生的德國人應否對之表示歉意。若本於自由主義的立場，二戰後出生的德人與殘虐猶太人完全無關，當然無庸對於非關己事道歉，縱然表示些許惋惜，恐怕也只是出於特定目的，而非德善義務；但這樣的觀點或許與多數人相左，大部分的人仍就認為德國人應該要為當年的殘酷行徑表示悔意，一如日本應該反省當年對中韓等國的侵略。

同樣的，父慈子孝、兄友弟恭等倫常，似乎也沒有經過多數人價值選擇，反而是作為一種理所當然的德善存在。自由主義遭受詬病，因為其難以解決在社群關係當中，與生俱來的「善的／道德的」價值，顯然這類正義訴求與個人理性自主或社會契約是沒有必然相關的。也就是說，自由主義將道德獨立於感情之外，企圖使人擺脫歷史文化與群體環境，以及人類對於美好社會的嚮往，不顧個人生活在社會的事實⁶¹。

導入平等原則的自由主義，成就了建立在社會契約之上的分配正義思潮，其重心在於思索是否合乎被無知之幕籠罩的原初狀態底下，理性人所

之譜片訴求彼此的對立與衝突；但是，它從未放棄達成人類最高尚生活方式之理性共識的希望。(John Gray 著，蔡英文譯，同本註書，頁 179)」無獨有偶，許多自由主義大師也都曾提過寬容（或容忍、同理心）的重要，如：鄒文海，自由的意義／胡適，容忍與自由，什麼是自由主義－現代中國自由主義資料選編－紀念「五四」八十週年（張忠棟、李永熾、林正弘主編），唐山，1999 年，頁 361 以下／頁 377 以下。又或：Arthur Kaufmann 著，劉幸義等合譯，法律哲學 (Rechtsphilosophie)，五南，2000 年，頁 295 以下；李匡郎，人權、正義與法律，多元價值、寬容與法律－亞圖·考夫曼教授紀念集（劉幸義主編），五南，2004 年，頁 97；鄭善印，寬容原則與刑法，多元價值、寬容與法律－亞圖·考夫曼教授紀念集（劉幸義主編），五南，2004 年，頁 576 以下。

⁶¹ Daniel Bell 著，李琨譯，宋冰校，社群主義及其批評者 (Communitarianism and Its Critics)，牛津大學 (香港)，2000 年，頁 5 以下；Michael J. Sandel (2010), supra note 5, pp. 208-217.

達成的期望，然而這些期望是經過理性算計而得，是對的事情。我們姑且可以稱此為「對優先於善」，因為某個價值之所以是善的，是因為先被決定為對的。這樣的態度被認為，過於問題本身過度簡化，而將歷史傳統等因素排除。此外，自由平等的正義觀，著重個人與社會契約，或許可以解釋當下政策是否公平，但無法宏觀人類文明的全部良善，因為當代人無法以自身的理性或約定，替下一代的價值進行預先的決斷。

自由平等的正義觀，多少是為了抵抗福祉思維的正義，也就是為了避免因追求群體利益而犧牲個人，在保全多元價值與個人權利的目標下，必然需要本於個人出發，然後佐以平等以保障過度的個人主義。但是，個人理性乃至於自我認同的形塑，卻通常取決於已經存在的目的或價值，是先於個人的存在，也就是「善優先於對」的思考，因為有道德作為價值衡量的基準，人們才知道孰是孰非。

第三項 道德倫理的正義

道德倫理的正義觀，是古典的思想，標誌著一個永恆價值思想，因為道德倫理是存在於先的，人居天地之間應依循道德倫理。一般而言，道德重在個人，是指做人的道理；倫理則是人與人之間的規範，也就是人在社會中的合理關係⁶²。道德與倫理雖然有所不同，但兩者是相輔相成，互為表裡，而非絕對異體。

基本上，道德倫理思考的議題，核心目標就是「至善」，也就是思索什麼樣是「最好的」，其涉及的範圍包含個人應有所為、有所不為，個人與他人乃至於社會應該保持怎樣的關係。天生我材必有用，每個人誕生在世界上，都有屬於自己的定位或目的，只要能夠順著道德倫理的規範，就能夠邁向至善，找到自己之於社會的最佳位置。

在中文的語境中⁶³，道德是道與德的組合。道字有指⁶⁴，宇宙萬物的最

⁶² 堯新瑜，“倫理”與“道德”概念的三重比較義，倫理學研究 2006 年 4 期，2006 年，頁 21-25。

⁶³ 在西方，道德與倫理的界分同樣存在。以英語為例，moral（道德、道德的）與 ethical（倫理、倫理的），學者謂：前者詞源於拉丁文，富有較多主觀色彩，受基督文化影響；後者詞源於希臘文，蘊含較客觀且原始的理性特徵。可以參見：堯新瑜，註 62 文，頁 23-25。

⁶⁴ 道的意思很多，關於其他意思，如《說文解字》云「道，所行道也。」就是指道路；

高法則的意思，《韓非子·解老》謂「道者，萬物之所然也，萬理之所稽也。」《四書章句集注·學而》有謂「道者，皆謂事物當然之理，人之所共由者也。」德字則指以直從心，有作「愬」，有正心之意。道德二字連用，意謂人的高尚品格，此由《禮記·曲禮》將道德與仁義並用，可見一斑。

倫理是由倫與理組成。就倫字而言，指人與人之間的正常關係，《說文解字》云「輩也」、「道也」，所以常言的五倫指君臣、父子、夫婦、兄弟、朋友之間應有的分際；又意謂條理次序，《尚書·舜典》有載「八音克諧，無相奪倫，神人以和。」日常成語中的語無倫次的倫字，同樣有著條理次序的意思。理的意思很多，在《說文解字》云「治玉也。順玉之文而剖析之。」後因玉的紋理，延伸為事物的條理、事理；或者對於事情有次序的運作，如治理、管理等，《呂氏春秋·勸學》有言「聖人之所在，則天下理焉。」理亦有與道相同的意思，可見《莊子·秋水》描述黃河河伯與海神北海若的對話有謂「是未明天地之理，萬物之情者也。」當言倫理時，應該是指人與人之間維持正常關係的道理。

「道」與「理」都有當然如此的意味，是不可撼動的絕對價值標準，二者結合產生「道理」這個詞彙；反觀，「德」與「倫」則不會連用。順從道德與倫理的語意，本文以為道德就是德（人德）的道理，倫理就是倫（人倫）的道理。申言之，個人之德、群眾之倫的價值就是道德倫理，是一個人行走於天地之間，生活於大眾之中，理所當然應該遵守的規範。

道德倫理的正義觀，與追求最大福祉的正義觀，以及因自由主義所導引產生社會契約論的正義觀，均有所不同，因為這樣的正義觀，不是為了追求某種利益，亦非眾人約定方才遵循，而是人之所以為人的理所當然。順著這樣思緒的流，古老的思想家們提出許多理想，希望個人與社會能夠遵循，企盼眾人達到至善完美的境地。

第一款 善的思考

在柏拉圖的《理想國》中，蘇格拉底提出一個眾人皆能適才適所的理想

《論語·學而》有載「子曰：『道千乘之國』」的「道」，即是治理、管理；成語「志同道合」的「道」，表示方向、途徑等。

想城邦，藉城邦展現人間正義。正義分為個人正義與城邦正義，前者是後者的基石，後者是前者的前提，彼此互為條件。若無普遍的個人正義，城邦正義不會實現，所以個人必須顧全自己的靈魂，提升自己的德性；然而，城邦正義無法確立，意味著政治制度不良善，社會分工不確實，個人將無法依附於城邦之中，正義則無法彰顯。

建立理想國，不是柏拉圖天馬行空的美夢，而是由他的觀念論導引而生。觀念論是柏拉圖思想的重要成分，目的在於找尋具有普遍性的概念，也就是觀念，即事物本質⁶⁵。假設初夏時節，東海大學校園鳳凰花綻放鮮紅，成千上萬，難以數計，然而校內雖有千萬朵鳳凰花，卻可理解為一種鳳凰花，這類豆科鳳凰木屬植物的花朵，就是由所有鳳凰花抽離出一種觀念，有別於具體的鳳凰花。這樣的想法，使得柏拉圖的世界觀得以切割為二個單元，分別是觀念的世界，以及感覺的世界。觀念是恆久普遍且絕對實在，感覺則是短暫個別且相對虛存，所以我們對鳳凰花的觀念是普遍持續地存在，但鳳凰花朵會凋謝，會隨著來年夏天再次吐蕊，是個別暫時地存在；觀念是唯一，透過觀念而生的感覺卻無窮，所以鳳凰花的觀念單一無二，但依憑鳳凰花這個觀念而生的鳳凰花則不可數盡。

順著觀念論，柏拉圖追尋觀念世界中的國家，也就是國家的本質，待確立國家本質之後，將可以瞭解國家存在的目的，進而努力實踐之，理想國將不是天方夜譚。柏拉圖在《理想國》中認為，人們由於彼此依賴而形成國家，因為人的需求多樣，可是個人無法滿足自身食衣住行育樂的全面豐足，所以有賴人們相互協助；然而，互助型態的維持，建立在善良的人心，眾人如果各懷鬼胎，則難有真正合作。是故，人心善良是國家組成的關鍵，要維持國家就必須要使邦國子民擁有德善，所以國家的目的不在於開疆闢土或積蓄財富，而是教養更有德善的人民。由此可知，教養德善人民的國家，就是理想國。

理想國的建立構想，和柏拉圖一貫的觀念論思想呼應。柏氏認為，觀念之中，善最重要，是所有觀念之母，正義和其他的品格，如勇敢、節制等，都是善的延伸，人的思想行動，以及萬物之所以存在，都是因為善。對應觀念與感覺世界，人也區分為靈魂與肉體，靈魂是不滅的觀念，由善而生，肉體則依循靈魂的指引開始動作，行善之事。柏拉圖的思想較為抽象形上，善與靈魂的論說，恰好與源自西亞的基督文明相當契合，善和上

⁶⁵ 也有譯作「意典」。意典、觀念、事物本質，應該都是相同的描述。嚴群，註 8 書，頁 36、64 以下；曾仰如，註 10 書，頁 46 以下。

帝走在一起，靈魂觀則為基度教末日審判等宗教觀提供得以接續發展的土壤⁶⁶，讓基督教能有機會從希臘、羅馬直取歐洲，成為世界性的宗教。

柏拉圖的書院吸納當時許多英俊豪傑，亞里斯多德正是其中之一，他追隨柏拉圖學習廿載，直到柏拉圖去世才離開書院。亞里斯多德作為柏拉圖最得意的門生，但看待事理的角度卻時與柏拉圖大異其趣，其曾言「吾愛吾師，但吾更愛真理。」基本上，師徒二人的差別在於，柏拉圖較重視無形的世界，探求恆定觀念，而亞里斯多德則在有形與無形的世界之中尋求平衡。不過，亞氏的作為並非離經叛道，而是身體力行恩師教誨，努力追尋事物本質，並且認真思考善的真諦。

第一目 從個人德性追求至善

西方哲學之父蘇格拉底，平生喜歡與人討論善、美德、倫理，但本身沒有留下任何著作，後人只能藉由蘇格拉底的學生柏拉圖、色諾芬⁶⁷（Xenophon, 427-355 B.C.）等人的作品，探索蘇格拉底哲思的堂奧。在蘇格拉底的學生中，以柏拉圖最為知名，堪稱西方哲學承先啟後的賢者，其受恩師影響，窮盡一生心力探究道德倫理，以將蘇氏思想發揚光大為志業。

柏拉圖將世界區分為觀念與感覺，也將人分為靈魂（觀念）與肉體（感覺），靈魂先於肉體存在；觀念世界是善美的，靈魂若與之結合，自然是幸福的事情，可是靈魂卻被禁錮在肉體中，受制於感覺，使人脫離觀念世界，沉迷於感覺世界的物質享受、情慾放縱，與幸福漸行漸遠。是故，靈魂本質並不是邪惡的，所以人為惡是因為無知，而非故意為惡；人要重返幸福，就是要控制私慾偏情，杜絕聲色享樂，正視觀念世界的德善，修習

⁶⁶ 宣稱「上帝已死」的尼采，就是秉持著這樣的觀點批評柏拉圖。尼采認為，柏拉圖所建構的理念世界，恰好讓基督教的上帝或天堂能有依附，事實上基督教就是「民眾的柏拉圖主義」。參見：吳增定，*尼采與柏拉圖主義*，上海人民，2005年，頁19-20、147-148；Richard Tarnas 著，吳象嬰、晏可佳、張廣勇譯，*西方思想史（The Passion of the Western Mind—Understanding the Ideas That Have Shaped Our World View）*，上海社會科學院，2011年，頁112以下。

⁶⁷ 色諾芬與柏拉圖均是蘇格拉底的高徒，其亦與柏拉圖一樣喜以詩性作品的方式，將蘇格拉底的教誨，以對話敘述的手法傳承下來。關於色諾芬的作品，可以參閱：Xenophon 著，劉小楓編，沈默、朱雁冰、莫光華、田立年等譯，*色諾芬的《會飲》*，華夏，2005年，頁7-129。

哲學並實踐德行，如此靈魂才能與觀念結合，人才能成全永遠的幸福⁶⁸。

對照柏拉圖的二元世界，知識同樣分為觀念世界的真知識，以及感覺世界的有限知識；有限知識沒有涉及善惡，明瞭真知識才能夠擁有善⁶⁹，例如明瞭勇敢會成為勇者，明瞭節制可以避免浪費；真知識導引有限知識通往善，例如讓科學家將科學知識用於造福人群，而非製造恐怖軍武。若有人能辨是非卻鑄下罪惡，是因其非真知是非，僅是知道表象的有限知識而已。知善者行德行，德行可以協調靈魂，柏拉圖在《理想國》中以音樂的旋律比喻德性，使音符可已落在恰如其分的位子上；在《斐里布》中以尺度比喻德性，用以衡量調整自身行為。

講求觀念與感覺區分的柏拉圖哲學，多少帶有出世抽象的色彩；反觀亞里斯多德則採用比較入世具體，且系統性的闡述方式討論德善。亞里斯多德的鉅作《尼各馬可倫理學》，是西方首部道德倫理學經典，該書於開卷處就說明，人生在世是在追求善；最高的善就是幸福，所以人一生都在追求幸福；追求善必須仰賴德行，德行是成就善的必要條件或方法⁷⁰。至於善，是最原始且純粹的觀念，無法再切割細分，只能用人的本能理解，也就是對於善的渴求，求善是萬物所共同欲求者。

對於為惡之人，亞里斯多德和他的恩師基本立場一致⁷¹，都認為是因為世人對於善沒有真正的認識，而非不欲求善；雖然善惡都源於人的意願，但人之所以為惡，是因為該人的選擇或考慮有所迷失，使得自己沒有產生真正善向的希望。例如施用毒品者，所追求的是施用毒品後所享有的迷濛

⁶⁸ 由此可知，柏拉圖並不認為人類是純理性的。另外，若具體地描述「善德」，其主要內容有：(1) 智德，是理性的表現，指導人能夠循規蹈矩，避免遭受眼前的感覺世界所蒙蔽，使靈魂可以回歸觀念世界，並更進一步與善結合。(2) 勇德，管制人的上等行為，讓人刻苦耐勞且善盡本分，必要時能犧牲自己成全善良。(3) 節德，管制人的下等行為，使靈魂勿陷入混亂情緒，也不要喪身在物質肉慾的快活林中。(4) 義德，最重要的德，包含所有的德，目的在於協調整體秩序，使人或社會的各部能夠分得應有的任務，並發揮其應有的作用。曾仰如，註 10 書，頁 117、122、123。這樣的思想一直影響著後代歐洲人，例如考夫曼教授，其認為正義是法律的最高價值之一，並同樣認為人類四項基本道德是智慧、正義、勇敢及節制。見：Arthur Kaufmann 著，劉幸義等合譯，註 60 書，頁 137。

⁶⁹ 傅佩榮，註 8 書，頁 49 以下。

⁷⁰ Aristotle 著，廖申白譯注，尼各馬可倫理學 (Nicomachean Ethics)，商務印書館，頁 2、7、13。這樣的精神，筆者以為《孟子·盡心下》可見一斑，「可欲之謂善，有諸己之謂信，充實之謂美，充實而有光輝之謂大，大而化之之謂聖，聖而不可知之謂神。」若以儒學聖人與希臘三哲相比，筆者相信孔子好比柏拉圖，周公似是蘇格拉底，而孟子則似是亞理斯多德。

⁷¹ Aristotle 著，廖申白譯注，註 70 書，頁 76-82。

幻影，施用者希望藉此能夠獲得快樂，企求的仍是善，而非毒品，只是施用者錯把馮京當馬涼，不明白善需要透過德行才能到達，所以墮入毒品的萬丈深淵。由此可知，德行的界定非常重要，若對德行誤解，將永遠沒辦法抵達善境。

亞里斯多德也認為，德性屬於靈魂而非肉體，是觀念而非感覺；進一步說，德行就是合乎德性的中道平衡行為⁷²。世間事物均是相對，若論數量，萬較百大，百較萬小，千是折中，但千與十之間，百則居中，雖然浮動仍可捉摸；但是，德行無法量化，不易掌握，只能依據理性作為德行的判準，並由具有實踐性的理性加以推動⁷³。例如兩軍對陣，過度成為魯莽，不足則是懦弱，能在二者之間取得平衡，就是勇敢；又如民生採買，過度成為奢侈，不足則是吝嗇，二者之間的平衡，就是節制。至聖孔子同樣講求中庸之道，《論語·雍也》中，孔子說「中庸之為德也，其至矣乎！民鮮久矣。」就是表達中庸的無過無不及，已經是最高道德，並感嘆人的道德已經鮮少合乎中道。總之，德行不是具體事物，只能於此憑恃理性，盡力使自己的行為接近中道。

至於德性的具體呈現，就是勇敢、節制、慷慨、大方、大度、溫和、友善、誠實、機智及正義等德行，也就是合乎德性的中道平衡行為（參見附表一）；其中，正義是一切道德的總括⁷⁴。如果肯定人生在於追求善，道

⁷² Aristotle 著，廖申白譯注，註 70 書，頁 49、56。必須說明的是，在亞里斯多德的心中，德性分為二種，分別是理智德性及道德德性，前者藉由教導學習而生，後者則賴習慣養成。亞里斯多德特別強調，希臘文中的道德就是由習慣這個字演變而來；所以道德並非自然就在我們的身上，也非反自然所能獲得。理智之德也是如此（同書，頁 36）。至於理智德性又可分為知識面與推理面，這二大面向建構人的科學、藝能等理智（同書，頁 180 以下）。道德德性則可細分多種，是本文關心的部分。另外，亦可參見：孫振青，亞里斯多德的倫理學，臺灣書局，1994 年，頁 44、83、92 以下；嚴群，亞里斯多德及其思想，商務印書館，2011 年，頁 253。

⁷³ 或許礙於語言的侷限性，亞里斯多德的哲思可能難完全以中文呈現。對於這個部分，筆者以為，亞里斯多德所言的德行，是由理性判斷及理性實踐組合而得進行。在廖申白教授譯注的《尼各馬可倫理學》有種概念被稱為「邏各斯」（有學者將之譯為「道」，此能接近中國人的瞭解，筆者認為相當可採。見：Richard Tarnas 著，吳象嬰、晏可佳、張廣勇譯，註 66 書，頁 115），並指稱明智就是正確的邏各斯，德性與邏各斯一起發揮作用。關於德性與邏各斯／明智，可以參見：Aristotle 著，廖申白譯注，註 70 書，頁 50、206-208／193 以下。

⁷⁴ Aristotle 著，廖申白譯注，註 70 書，頁 138 以下、143；嚴群，註 72 書，頁 327。基本上，亞里斯多德把正義區分為二大區塊，普遍的正義、特殊的正義，前者傾向自然法（亞氏認為習慣養成）；後者又分為分配的、矯正的正義。分配正義是按道德功能進行分配；矯正正義（或稱交換正義、糾正正義、對等正義），通常用以調整不公平的自願性交易。也可以參見：孫振青，註 72 書，頁 128；陳宜中，社會正義 vs. 市場正義：論自由主義思想的兩種正義觀點，社會正義與全球化－福利與自由主義的反

德倫理將不可能僅是紙上談兵，因為希臘的哲人們已經指出，理性只會決定德性，還必須加上具備實踐的理性，才能驅動德性化為德行⁷⁵，倫理道德才能真正落實於人間。也就是說，德性的養成必須藉由實踐，譬如提琴家通過拉奏提琴而成為提琴家，拳擊手通過拳擊格鬥而成為拳擊手，若提琴家冷落琴弦，拳擊手拋棄拳套，自然無法成為提琴家或拳擊手。道德可比作一扇門，一直敞開著，只是沒有起身通過，則永遠無法親炙。

哲人認為，道德倫理並非自然生成，與石墜火昇等自然現象不同，必須要由人本於理性去發現，然後實踐，才能因此獲得最終的善；其次，道德倫理是由習慣養成，意指價值觀的形成並非一蹴可及，而是經過長期醞釀與累積，此與人類社會的歷史文化當然有著密切關係。古典哲學思考德善，是由希臘三哲掀起帷幕，這些思想的精華，時至今日依舊持續影響著當代人。

第二目 調和個人與社群關係

道德倫理的正義觀，曾經是人類哲思千百年的金科玉律，只是啟蒙運動之後，遭受到其他思維的挑戰。近代世人多把眼光從形而上的道德倫理轉向個人，造就近代以個人為中心的自由主義大鳴大放，特別是以羅爾斯為代表的新自由主義，在 1970 年代掀起思想的巨浪。這股長達百餘年的自由主義浪潮，與自然科學的蓬勃發展應當有密切關係，因為人類藉由自然科學更加瞭解世界，但卻逐漸只相信雙眼能視、肌膚能觸的事物，只關心與自身相關的個人權利及社會契約，面對似乎「此景只是天上有」的道德倫理，顯得意興闌珊。

然而，過度自由的下場，造成社經關係質變，對市場經濟或社會結構造成難以估算的負面影響，所以學者開始檢討自由主義給人類社會帶來的改變，是不是距離至善的國度日益遙遠。羅爾斯的學說就是反省自由主義的里程碑，但羅氏的想法依舊在自由主義的浴池中，並未起身更衣，要改

思（張志雄、古允文、陳宜中、許漢、呂建德主編），桂冠，2004 年，頁 70 以下；Marijan Pavčnik 著，許美玲譯，正義的破裂—正義準則與法律（Brüchigkeit der Gerechtigkeit—Gerechtigkeitsmaßstäbe und Recht），多元價值、寬容與法律—亞圖·考夫曼教授紀念集（劉幸義主編），五南，2004 年，頁 312 以下。

⁷⁵ 亞里斯多德認為，理性本身不會推動人的行為。Aristotle 著，廖申白譯注，註 70 書，頁 207；孫振青，註 72 書，頁 134。

變自由主義所造成的現況，恐怕需要真正的改變。是故，有部分學者將眼光從個人移轉到社會，重新思考人與社會的關係，並從古典哲學中擷取養分，開啟社群主義的發展。

二十世紀晚期，與自由主義反向思考的社群主義日益發達，並且取得與自由主義分庭抗禮的地位。和自由主義由個人出發，進而社會的思考方式不同，社群主義是由社會出發，進而檢視個人，認為人是某特定地域或社會的產物，是整體文化的積累⁷⁶。申言之，人必須居於社會，才能在人與人的相處之中發現自我並界定自身價值；若人離開社群，無論是理性自主或道德倫理都是無意義的討論。

社群主義認為，群居是人的天性，所以社會必然組成；也因此，個人的認同及屬性都是由人所依存的社會所決定，道德倫理是社會組成的重要核心價值，亦是如此。換言之，不是人先於社會價值和目的，因為在社會價值與目的確立之前，價值標準與目的方向尚未產生，人根本無法從中發現自我價值與目的，待社會價值與目的確立後，人才能發現人在社會之中的價值和目的。而這些社會價值與目的，不是先天存在，也非如同羅爾斯的新自由主義所言，在無知之幕底下被一群理性人所決定，而是在社會的歷史文化孕育而生，並同社會一同發展⁷⁷。

道德倫理是社群歷史文化發展積累，所以要明白特定社會的道德倫理觀，必然要對該社會有相當程度的認識，也唯有如此才能真正明瞭該社會的價值與目的，萬不能將個人與社會分離。這樣的情況，從過去的經驗可以清楚發現，不同地域的文化圈，有迥然不同的價值標準，因而不同文明產生碰撞時，必然發生些許的衝突。雖然今天已經走向地球村，但全球化的背後，還是有諸多不同的價值觀拉扯，我們還需要更多時間，在彼此學習的過程中，取得多元文化間的均衡，才有可能締造真正的普世價值。

事實上，當代社群主義就是亞里斯多德哲學的延伸。亞里斯多德在其重要經典《政治學》之中表示，社群就是為了達成某種共同善所凝聚的關係或團體；每種社群所追求的共善有所不同，在此之中，追求最高最廣的善的關係或團體是政治社群，也就是城邦⁷⁸。社群必須是一群有著共同血

⁷⁶ 俞可平，註 59 書，頁 59-62、66；Daniel Bell 著，李琨譯，宋冰校，註 61 書，頁 64 以下。

⁷⁷ See Michael J. Sandel (1998), *LIBERALISM AND THE LIMITS OF JUSTICE*, New York: Cambridge University Press, 2nd ed., pp 175-183.

⁷⁸ Aristotle 著，吳壽彭譯，註 7 書，頁 3、4、347。

脈淵源、土地感情、文化記憶或共善目標的關係或團體，可能是自然而成，比如民族或鄰里，也可能是順乎理性，發願公益而組成的人民團體；社群不會是私利組織，所以充滿營利算計的公司行號，或亡命之徒所組成的黑道幫會，都不是社群。

重視社群，不意味忽略個人。社群主義與自由主義一樣，都十分強調個人自主，肯定個人價值；只是社群主義認為個人與社會齒唇相依，人一旦離群索居，個人的理性、道德、才能乃至於自主性都將喪失意義，亦無任何探究價值⁷⁹。換言之，個人價值建築在社群價值之上，若社群崩壞，個人將難立足，這是延續著《理想國》個人正義與城邦正義相輔相成的概念。社群價值樹立一道屏障，用以節制個人，避免類似自由主義過度強調自我的狀況發生。這樣的構想導引出，社群主義重視義務的信念，因為社會眾人要享有個人自主空間的同時，要避免侵害他人的自主空間，個人品德、人際倫理，就成為社會規範最重要的依據。

對於善的追求，社群主義承襲蘇格拉底以降的古典哲思，如何使人的行止更合乎善，被認為是社群的重要工作。以政治活動為例，自由主義講求國家中立，不許國家干涉人民，這是為了確保公眾同意，避免社會契約遭受破壞；社群主義則重視國家作用，因為政治中立的國家無法使人民走向善，對於公益實踐沒有幫助。二種主義由不同觀點看待國家角色，前者是小政府思維，避免國家侵害人權，後者是大政府構想，要求國家伸張人權。一般而言，良好的國家應同時兼備小政府與大政府的功能，在人民的防衛權利上，如思想自由、學術自由等，國家必須收手；但在人民的請求權利上，如受基本教育、社會福利，國家應當勇於面對。

社群主義認為，自由主義是比較危險的，因為自由主義的主張雖然保衛權利，但國家的消極淡漠，造成公眾秩序混亂、階級貧富不均、生態環境惡化等負面效應⁸⁰。這個時候，小政府的中立立場恐怕只是美名，反而容易導致公民政治冷漠，現在許多民主國家都有這種現象，若政治冷漠的現象長此以往，將使民眾只專注個人生活，對公益欠缺認同，社會價值將難以建立，如此一來，人們會將社會道義視為負擔，國家公器容易成為少數人的玩物，特別是社會福利政策將無以為繼，屆時可能會造成更大的社會災難。相反的，社群主義的政府著重公益，自信有力量促使人從善，也有力量阻止人為惡，要調整自由主義以權利為中心的政治觀，轉向以公益

⁷⁹ 俞可平，註 59 書，頁 62 以下。

⁸⁰ 俞可平，註 59 書，頁 148。

為中心的政治觀。

總而言之，社群主義認為，社會給予個人共同的價值與目的，並鼓勵人追求道德倫理，在追求過程中，私益與公益同時達成，如此能夠實現善的生活，進一步將個人善與社會善同時落實。道德倫理並非太虛之物，也非社會契約中被人們所特定的規則，其本身就是社會歷史文化的體現，在履行道德倫理的過程，是重要的社會反思。申言之，道德倫理就是社會歷史文化傳統所衍生的各種德性，並且必須加以實踐的內容；而道德倫理必須經過具體實踐，其意涵及標準才能獲得界定，人與社會才能從中兼顧私益與公益⁸¹。

第二款 社群正義的意義與反思

社群主義是一種公共哲學，讓具有相同生活環境、歷史文化及道德律法的人們，所組成的「共同體」，能夠一起思考公共事務，並追尋合乎這個共同體的積極價值與共同利益⁸²。隨著時代變動，社群或社會的價值觀會產生改變，社群成員們再一同思索自身社群未來的方向。我們相信道德倫理就是社群歷經長時間的思索，所淬鍊出的個人、個人與社會應該何去何從的指引。

反觀效益或自由主義，前者一味追求最多數人的最大幸福，過程中缺乏協調，也忽視共同生活的印記，獲得的終究不是共同利益，而是多數利益；後者則要求人們先假想一個不具有任何共同生活記憶的無知之幕，再讓社會價值與目的被決定，不僅空想太多，反於事實，更重要的是，若社會價值與目的是如同社會契約般被決定，社會將喪失反思能力，無法因應時代轉變進行調整。

⁸¹ See Alasdair C. MacIntyre (1984), *AFTER VIRTUE: A STUDY IN MORAL THOERY*, Ind.: University of Notre Dame Press, 2nd. ed., pp. 236-247.

⁸² 何霜梅，註 60 書，頁 10；Philip Selznick 著，馬洪、李清偉譯，*社群主義的說服力* (The Communitarian Persuasion)，上海世紀，2009 年，頁 3、16。

第一目 意義

正義在道德倫理或社群主義心中，並非絕對唯一，而是作為善的重要表現之一。不過，正義的地位相當特別，因為美德通常是個人的自身作為，例如誠實、勇敢、溫和等，而正義除了是個人的自身運用之外，同時也會向外影響他人及社會⁸³；但若每個人的美德均能提升至某個階段，由眾人所組成的社群必然也會隨之提升，作為總括性質的正義，其內容將會發生改變⁸⁴。

因為正義不是單純的修身，而是內外兼有的德性，所以會與他人產生互動，在眾人之間取得衡平，這樣的想法導引出，自然正義與約定正義同時並存的概念⁸⁵，與自由主義傾向約定正義的態度並不相同。自然正義自始存在，可能是發自人心，可能是有著共同生活記憶的社群長久積累而成；約定正義在約定作成前不存在也不重要，法律是約定正義最典型的樣態⁸⁶，在約定作成後，方才對約定者之間產生拘束，且約定正義的萌生是建構在已有的自然正義之上。承認自然正義的社群主義的正義，與中國經典《道德經》中所謂「地法天，天法道，道法自然」有著相同的意趣。

社群主義下的正義，可以是作為評價個人品德的正義，也可以是作為批判社會結構與制度是否合理公平的正義⁸⁷。個人品德的標準來自於自然正義，是社群歷史文化的精華；社會結構與制度是否合理公平的分界，則是約定正義的體現，對於偏頗歪斜的社會結構與制度，應該藉由人民約定修正。也因為正義依附在社群之上，所以正義並無絕對性，而是相對性，除非真正的地球村來臨，吾人才能擁有「地球的正義」作為判斷基準，否則目前絕大多數的事物都停留在，某個國家的正義、某個地區的正義或某

⁸³ Aristotle 著，廖申白譯注，註 70 書，頁 143。今日社會趨於冷漠、無感，道德觀念的建立又受重視，特別是在天災之後，人類因正視自己的渺小，而更能體會共生共榮的重要。例如 2011 年 3 月 11 日的日本東北大地震，將日本的部分人心震醒，促其思索社會正義的問題。谷口功一，サンデル現象からの〈共同体〉論・再考，法学セミナー 677 号，2011 年，頁 5。

⁸⁴ 論者更言，人類美德提升至相當高的程度時，現在的正義概念可能被取代，取而代之的應該是更有價值的祝福。這樣的看法呼應社群主義認為，正義是文化的積累。See Michael J. Sandel (1998), *supra* note 77, p. 169.

⁸⁵ Aristotle 著，廖申白譯注，註 70 書，頁 163

⁸⁶ Philip Selznick 著，馬洪、李清偉譯，註 82 書，頁 105、106。

⁸⁷ Alasdair C. MacIntyre (1988), *WHOSE JUSTICE? WHICH RATIONALITY?*, Ind.: University of Notre Dame Press, pp. 122-123.

個族群的正義⁸⁸。

更具體的說，社群共識是正義的基石。不過，社群正義只有屬於特定時期的特定社群成員，不同社群或不同時期的同一社群，都各自擁有不同的正義；而社群共識就是社群成員共同生活的價值，也就是會隨著社會變遷進行調整的，社群歷史文化等共同生活積累的道德倫理。是故，正義在社群主義眼中，建築在道德倫理之上，所以社群主義向來重視道德倫理的養成，因為接近至善的正義，必然是由具備道德倫理涵養的人們產生，也唯有如此個人正義品格能夠實踐，社會的正義架構或制度也才有機會真正落實。

第二目 反思

道德倫理是社群主義正義的重點，但同時也是其受攻堅的弱點。道德倫理過於抽象，縱然人世間的善惡實在，也無法真正求得一種普遍性的道德標準⁸⁹，反而可能在倡導道德倫理的過程中，給人思想空洞的感覺。既然道德倫理無法釐清明白，極可能變成有心人士的包裝糖衣，雖然其背後真正的目的只是貪圖私益，但在人前仍用滿口仁義禮智假清高。

效益主義者看到這個缺失，所以從個人幸福出發，認為道德倫理是人對自己的義務，或與鄰人相處的方式⁹⁰。若能履行自己的義務，是慎重；若避免侵害鄰人的權益，是正直；若能增長鄰人的快樂，則是慈愛。當一個人能夠履行自己的義務，且不妨害他人，就已經是有品德的人，倘能有助於他人，就更加高尚。正義就算美其名是根植在道德倫理之上，但其實際目的終究是為了增加個人或群體的利益，或彼此互惠⁹¹。

另外，有論者指出，社群主義似乎多以集體名義進行思考，而忽略個人權利，可能造成個人權益過多的犧牲⁹²。又以社群出發的觀點可能會不

⁸⁸ Alasdair C. MacIntyre (1967), *A SHORT HISTORY OF ETHICS*, London: Routledge & Kegan Paul, p.16.

⁸⁹ John Gray 著，蔡英文譯，註 60 書，頁 89。

⁹⁰ Jeremy Bentham (1982), *supra* note 19, pp. 283-284.

⁹¹ Brian Barry 著，孫曉春、曹海軍譯，正義諸理論 (*Theories of Justice*)，吉林人民，2004 年，頁 457-459。

⁹² 馬國明，註 33 書，頁 81。這裡的批評，和對效益原則批評是近似的，或許講求「團體」，不論是否認為該團體是真實或虛幻，都可能有走向集體主義的可能。

利改革，尤其當改革的議題涉及社會上相對弱勢或少數族群時，比如婦女或同性戀⁹³。從社群的歷史文化來看，婦女地位是較低的，同性戀是不允許的，如果堅持社群現況，將之稱為歷史或文化的群體記憶，婦女及同性戀的權益可能就被漠視；這些弱勢或少數族群的呼聲之所以能被關注，是因為其發於自身的自主理性，進而與他人爭取利己的社會契約，藉此抬高自己的社會地位。

對於上述質疑，社群主義者認為是自由主義者的誤解，因為社群主義並沒有為了社會群體的利益而迫使個人犧牲，反而更重視個人與社會的關係，積極調和人與社會之間的衝突⁹⁴。社群主義者指出，自由主義對於理性人的假設過於個人主義，忽略個人之於社會的義務；反之，強調「共同體⁹⁵」概念的社群主義，已經蘊含共同體成員之間彼此的權利義務關係，因為人們獨立自主，但也互相依賴，為維持共同體關係的永續，成員必須付出，也就是在個體與全體的需求之間，取得一個平衡。

第三節 本文的正義觀

關於正義的論述諸多，但莫衷一是，無論是從追求福祉、自由平等或道德倫理的角度觀察，都會發現不盡相同的正義形象。正義的說法紛紜，甚至有論者直接稱正義根本不存在⁹⁶，但本文相信，正義作為人類恆久的價值信念並不會因而減損。正義有如日月，雖然無人能納日月於掌中，但都可以感受日光溫暖及月照溫柔；或許沒有人能夠將正義細說分明，但依舊能夠真實感受正義在心胸間的律動。

當人感覺正義時，興奮快樂，認為理當如此；當人感覺不正義，痛苦

⁹³ Daniel Bell 著，李琨譯，宋冰校，註 61 書，頁 170 以下。

⁹⁴ 馬國明，註 33 書，頁 83。

⁹⁵ 參見：Philip Selznick 著，馬洪、李清偉譯，註 82 書，頁 6-7、16-17。「共同體」可以被稱為：社會連帶與尊重的聯合體。

⁹⁶ 有論者對於正義抱持保留的態度，認為正義是空洞且不切實際的概念，其中純粹法學的代表人物凱爾森，對此批評最具代表性，詳可參見：Kelsen Hans (1971), WHAT IS JUSTICE?: JUSTICE, LAW, AND POLITICS IN THE MIRROR SCIENCE, Berkeley: University of California Press. pp. 10-11. 相反的，關於純粹法學的批評，亦可見：韓忠謨，法學緒論，自版，1994 年，頁 262。同時也有法學者專注在正義的研究上，如考夫曼教授認為，正義分為主觀和客觀，主觀的正義是形式道德，客觀的正義則是規範秩序；且平等是正義的形式，合目的性是正義的內容，法安定性是正義的作用。可以參見：Arthur Kaufmann 著，劉幸義等合譯，註 60 書，頁 154。

鬱悶，讓人想反抗或改變這種不正義的現況。人類只是把某種感覺定位為「正義」，若順從感覺，正義彰顯，若違逆感覺，則不公不義。但是，這種感覺不是天馬行空，漫無邊際，而是駐存在每個人靈魂的深處。這樣的看法或許會被講求科學實證之士訕笑；惟筆者以為，科學實證藉助歸納分析，讓一切似乎更加嚴謹周詳；但過於執著，反而使人無法認識事物的原貌或本質⁹⁷。初春時節，百花爭妍，但若將花朵拆解分析，花梗、花軸、花萼、花瓣乃至花蕊，從下往上逐步探究，雖然可以清楚知道花朵的各個部位，但所見依舊非花，有盲人摸象之感。放下分析，回到事物本質，花就是花，是那股美麗芬芳讓人欣喜感動，而不是花蕊或花萼。

是故，本文的正義觀，不是以所謂科學的眼光窮盡正義面貌，而是以人的感覺出發。換言之，可以視為對正義這種感覺的描述。正義從人心發出，必然合乎人性；人認為理當如此，自是以為正當；但自己的理所當然不能造成他人不悅不平，否則就成為他人所認為的理不應如此，所以與人相處應保和諧，避免傾軋。只是筆者人生學養孤陋、閱歷有限，對於正義的說明，僅是個人心得的分享，如果以一言道正義，本文以為是「合乎人性，正當且和諧的價值」。

第一項 合乎人性的價值

《論語·子路》載，「葉公語孔子曰：『吾黨有直躬者，其父攘羊，而子證之。』孔子曰：『吾黨之直者異於是，父為子隱，子為父隱，直在其中矣。』」意思係指：葉公對孔子說，自己家鄉有正義（亦可解正直）之人，父親偷羊，兒子告發生父；孔子回答，自己家鄉的正義之人和葉公家鄉的不同，如果發生偷羊的事情，父親為兒子隱瞞，兒子為父親隱瞞，正義已經在內化其中。

第一款 理性感性

葉公家鄉的正義，是邏輯上的正義，類似康德的定然律令，將人放在

⁹⁷ 科學實證的缺點是「忽略了整體的直觀。分析就是抽離，不斷的抽離就一定距離本質越來越遠。表面看，分析似乎很受用，很有說服力，但其實支離破碎。」參見：林東茂，道即法律本質，輔仁法學 38 期，2009 年，頁 11。

純粹理性上思考，並且要求人類行為必須按照理性所生成的道德標準。於是，父親竊物犯法，兒子理當舉發；見老嫗孤身行乞，理性援助而無庸感覺傷心。果真如此，罔顧父子親親之情，也忽略人的悲憫之心。相較之下，孔子的正義觀非純理性，而是人性。父子情深天成，子見父竊物犯法而欲隱晦，是人情之常，其實父子已經知錯而羞愧，否則也不會為對方隱瞞；見孤苦老嫗不能安享天年而心生憐情，是人心本能的反應，扶助老弱不會因為慈悲心腸而有違正義。

人類的性格本來就兼容理性與感性，單論理性則不近人情，只有感性則可能蠻橫無理。儒家認為人之為人，已經包含理性與感性的成分，《孟子·公孫丑上》載明人有四端，分別是惻隱之心、羞惡之心、辭讓之心及是非之心，也就是仁義禮智。柏拉圖同樣認為人類非由純理性構成，是觀念與感覺的結合，《理想國》形似論城邦，實際在談人，城邦之中的哲學家皇帝、衛國者及普羅百姓，就是人的理性、感性與慾性。完整的人應該擁有完整的性格，單有理性或感性，恐怕都不健全。

在合乎人性的所作所為，均能見容於天地。父竊物子袒護，常人都能體諒，畢竟有何人敢保證至親為小惡而必舉發？在大街上見到行乞的老嫗而伸出援手，又有誰能說清楚助人的念頭，完全發自理性而無半點感性？如果吾人對應《道德經·上德不德》，「上仁為之而無以為。上義為之而有以為。上禮為之而莫之應，則攘臂而扔之。」應該更可以理解人性。該段經文是說，仁德者，有所作為，但卻沒有個人目的；義行者，有所作為，但有個人目的；守禮者，有所作為，又要求他人也要向自己回禮⁹⁸。老子認為，這些情況都是有「德」的。但是老子所言，康德恐怕會不以為然，因為在純粹理性的教條下，仁德之外皆非道德正義，因為義行與禮敬都存有私心。

效益原則的觀點也強調理性，但對於人類理性的看法，偏向自利的那一面，似乎不願意承認真正的德。至於自由主義大概會認為，在無知之幕

⁹⁸ 這段的解釋，可以參見：吳宜，新譯老子解義，三民，2008年二版，頁249以下。該段經文的前段是，「上德不德，是以有德；下德不失德，是以無德。上德無為而無以為；下德無為而有以為。」在《道德經》裡，最高的善是「德」。上揭文是說，上德之人（有德者），以道為行為準則，順勢而為，不強求德，反而是有德的人；下德之人，刻意求德，反而不能稱之為是有德的人。上德之人，順應自然無為，並無刻意作為；下德之人，表面上雖似順應自然，但內心卻是刻意作為。也德境難求，所以人追求仁義禮，方才有後段的上仁、上義及上禮。閱讀經文，必須前後觀照、上下參詳，這是筆者能力尚不足之處，在此特別感謝林東茂教授，惠予學生的諸多指導。

下的理性人們，會本於理性約定行止的應為與不應為，同樣講究理性，對於人的感性面可能較有忽視。古希臘的人性觀或許和中國儒道見解較為接近，但希臘哲學強調藉由微分探索元素，故將人的靈魂和肉體區隔，又將感覺一部分提升為觀念，認為德性是觀念，且專屬於靈魂。是故，中國哲學和西方相比，在人性的觀照上，應當較為全面，是將人當作「人」的一個整體在進行思考。

第二款 人性向善

人性如何，無相無體，無色無味，無法觸摸；思考人性僅能發乎內心，靜自省思。討論人性者眾，多論及人性是善或惡，但這些應當皆屬虛無的假設，若人性本善則眾人皆善，惡從何來；人性本惡則眾人皆惡，又怎能期待善的出現。西方論人性喜歡概念區分，對人性的觀察是從靈肉切割開始觀察，靈魂可能代表理性，肉身可能代表非理性，但孰是人性？中國哲學將人性一體視之，《易經·繫辭上》有謂「一陰一陽謂之道」，反映在人性上，理性感性兼備才是一個完整的人，由此觀人性，方有意義。

對於人性，本文認為「人性向善」，但非本善⁹⁹。人性初始，或許善惡混合，或許善惡無分，但肯定人性向善，是思量正義的重大關鍵。因為肯定人性向善，人們才會對現況感到不正義，並且希望加以改革的，否則就因循苟且，得過且過；同時肯定人性向善，才能相信人類社會有機會往更好的方向前進，而非沉淪墮落。我們社會的文化基礎¹⁰⁰——儒學就是建立在人性向善的觀點，而非人性本善或本惡，華人文化亦是以此作為起點。

⁹⁹ 傅佩榮，儒家哲學新論，聯經，2010年，頁69以下。是故，筆者以為，國人朗朗上口的《三字經》，開頭二句「人之初，性『本』善」，宜修正為「人之初，性『向』善」，雖然「性相近」但「習相遠」，因而世人有惡有善。

¹⁰⁰ 生於斯，長於斯，我們的社會制度（包含法律、經濟等）也應該立足於本土，承襲故有的文明前進。洋人思想可供參考，優越之處我們效法，鄙劣之處我們警惕，而非全盤接受，甚至忘卻自己的來源。現在諸多人文社會學科的專家學者，論及他邦均頭頭是道，但對於自己的文化反而陌生，非常可惜。如此一來，社會制度的變革不容易符合國人期待，甚至顯得格格不入。這樣的反省，可以參見：曾明珠整理，儒家與自由主義——和杜維明教授的對話，儒家與自由主義（哈佛燕京學社、三聯書店主編），三聯，2001年，頁59以下、126、127。類似這樣的批評，可以見知名思想家熊十力的高徒徐復觀教授，其大聲疾呼「他們對西方文化，對中國文化，多是以情感上的固執，代替理智上研究抉擇，於是不知不覺走上以『洋』壓『中』的路。許多人以為只要把『洋』抬出來，『中』便連辯解的資格也沒有地完蛋了。」見：徐復觀，一個中國人在文化上的反抗，徐復觀雜文一記所思，時報，1980年，頁74。

人類最初的本性是接近的，後來之所以善惡有別，是學習過程中，有人的良知被喚醒，有人則走向偏差，所以《論語·陽貨》有載，「性相近也，習相遠也。」然而，儒家認為人性相近，但並不表示支持人性本善的看法，可以確定的是，《孟子·告子上》相信「惻隱之心，人皆有之。」人性之中本來就存有善良，但同時也提醒世人應有所戒，例如《論語·季氏》有載「君子有三戒」，少時戒色，壯時戒鬥，老時戒得。

整體而言，《論語·雍也》謂「人之生也直」，意思是人類原本性格趨近直善；《論語·述而》裡，孔子說「仁遠乎哉？我欲仁，斯仁至矣。」更可見仁善是人類的本能方向，也是能力所及，不過能否達成仁善之境，仍須端看自身是否知為且力行；《孟子·盡心下》也謂「可欲之謂善」，同樣表彰善是人所欲求的道理，仁義禮智等德行是成賢為聖的道路。也因為相信人性向善，孔子才能專心於教育，只要教導得宜，就算是惡人終究會走向正途。這種看法和希臘先哲近似，柏拉圖與亞理斯多德師徒認為，人類本質不是邪惡的，求善是人的本能，為惡是因為無知。

又，人性向善必須建立在二個基礎上。其一是，善境是人心所向，不分尊卑貴賤，眾人皆可達到天人合德的境界¹⁰¹，所以「形色，天性也。惟聖人然後可以踐形。」《孟子·盡心上》，就是聖人之所以為聖，是因為實踐人類天生命性的方向。其二則是，肯定人的自律可能，因為人類能思辨，可以道德自律，所以《孟子·告子上》表示「心之官則思：思則得之，不思則不得也。此天之所與我者也。」但是，自律並不容易，孔門弟子三千中，只有顏淵一人可以「三月不違仁」《論語·雍也》，所以必須藉由社群關係輔助自我提升¹⁰²，也就是《論語·顏淵》的「以友輔仁」。例如《論語·季氏》謂「益者三樂」是節禮樂、多賢友或道人之善，又如「益者三友」是直、諒或多聞之人；此外，再佐以禮樂典章制度，以外在規範約束世人。如此，人我皆能一起向上提升，一同進入善境。

《孟子·告子上》言「人性之善也，猶水之就下也。人無有不善，水無有不下。」水往低處流，並非水性，而是水向；人往善境去，也非人性，而是人向。雖是人向，但非輕易可得，需要透過學習思辨，知行合一，又佐以禮樂規範，才可以真正滿全德善，否則善可能喪失，正所謂《中庸》的「擇乎中庸，得一善，則拳拳服膺，而弗失之矣。」相反的，若否定人性向善，正義的道德色彩將褪去，取而代之的是功利算計，因為人類的變

¹⁰¹ 傅佩榮，註99書，頁146以下。

¹⁰² 傅佩榮，註99書，頁166以下。

革並不是向善，而是經由眾人約定而成，是向利的。孟子曰義不曰利，就是對人性向善的期盼，相信人類會追求更善美的境地。

本文認為正義是「合乎人性」的，也就是向善的。更直白的說，正義是人性向善的表徵，是導引人類向善的指針。在講求語境的華人文化，善、仁、德在概念上幾近，且均與人性相呼應¹⁰³，正義亦是。至於對正義的感覺，可能發生在個人或社會，進而產生一種對於某人或某社會是否正義的判斷；又可能存在於人與人之間，或人與社會之間，所以萌生人與人之間是否正義，人與社會之間是否正義的判斷。面對這些複雜的關係，吾人能將之簡化為「主體之中」的正義，以及「主體之間」的正義；正義是針對主體之中或主體之間而發，主體之中或主體之間則是構成正義具體內容的變項。

第二項 主體之中或之間

人是主體的想法，不僅是西方哲思的根基，中國哲學也是採取相同的立場。例如，《禮記·中庸》載「仁，人也。」就是肯定人的主體性。整個儒家的思想核心都圍繞著人，例如《論語·衛靈公》裡，孔子說「人能弘道，非道弘人。」從他與弟子的互動可知，孔子深知每位弟子都有自己獨特的主體性格，與他人不同，也因此儒家講求因材施教。

正義既然是人的感覺，自然是以人為主體，也就是「人」出發，也可以理解為由自身出發：人（小我）認為什麼是正義或不正義，認為他人（人我）正義或不正義，認為社會（大我）正義或不正義。這幾種不同的情況，會產生不同的正義價值，但都必須合乎人性。為求概念上理解的便利，本文將之分為個別的「人」，以及由多數人所組成的「社會」，然後在人與社會的多樣關係中，感受正義的內涵。這樣的分類可以得到四種組合：人、人與人、人與社會、社會。人、社會所涉及的是，主體之中的正義；人與人、人與社會則是主體之間的正義¹⁰⁴。

¹⁰³ 傅佩榮，儒道天論發微，聯經，2010年，頁56以下。韓忠謨教授亦謂，正義源於人的道德之善，見：韓忠謨，註96書，頁128。

¹⁰⁴ 這樣分類的構想是學習：吳新民，柏拉圖的懲罰理論，中國社會科學，2010年。

第一款 正義在主體之中

主體之中的正義，只關心主體自身對正義的感覺；所謂主體即「人」或「社會」。人是指我，是小我；社會是指無窮盡的我，是大我。在主體之中的正義，實可理解為我的正義，或我所身處的社會的正義。易言之，是否正義係以主體自身決斷，如果主體感覺理應如此，且順理成章，如此一來自深感覺幸福快樂，就是正義。在人（小我）的層面，正義相當容易理解，只要自己覺得事情所依憑的道理及其發展，是「對的、好的、良善的」的時候，就已經滿足正義。

不過，「人的」主體之中的正義，並不同於利己主義，因為利己主義講求理性思考，用以算計何者對於自身最為有利；正義發於人性，人性是理性感性交織而成，且具有向善性。也就是說，人的正義並不意味著唯我獨尊，人（小我）仍然應該依照自己所身處的社會文化（大我），在合乎社會共識所凝聚的範圍內，展現自身對於正義的感受。假如某人的正義感與社會共識產生極大出入，已經超出社會限度，則該人恐怕反於人性，其感受如何自然與正義無關。

這樣的看法大概與中國文化「正心、修身」精神相通。事實上，心如何正，身如何修，並非無所依循，社會文化千百年的累積，恰可提供世人一個正心修身的方向，即向善的方向、正義的方向，或許以「道德」更能詮釋，也更為具體。當個人都有道德時，無窮盡的個人所組成的社會也必然會有道德，道德人與道德人相處，道德人生活在道德社會裡，自然合乎正義的期待。這樣的景象，也就與理想國不遠矣。

個人生活在社會之中，不能脫離社會而獨自生存，中國文化也不可能漠視「齊家、治國、平天下」¹⁰⁵。社會通常表示生活在某個特定地區，或有著相同記憶或文化的一群人，這群人彼此獨立，各自擁有屬於自己的主體性，只是為了概念方便，將其統稱為社會（或社群）的「共同體」。社會的概念可大可小，難以定義¹⁰⁶，譬如有以文化區分，如華人社會、基督

¹⁰⁵ 曾明珠整理，註 100 文，頁 105。

¹⁰⁶ 所謂「社會」，實難定義，只能從學者專家的說法中，找出對於社會看法的一致性。早期如薩孟武教授言，社會是以「類」聚一群人基於共同生活的慾望，彼此之間產生互助協力的聯帶關係（薩孟武，社會科學概論，三民，1975 年增補再版，頁 7-10）；晚近較為一致的看法是，一群具有共同文化、地域等關聯，且有互動關連的人或團

教社會；或以國家或地域為標準，如中國、北美；或以城鄉或街廓等顯著的共同生活印記為單位。

然而，不論社會的規模大或小，經過共同生活的人們，逐步形成屬於自身所在社會的政治、文化或歷史等共識。社會共識是特定社會生活的規範或慣行，是生活在該社會的個人正義參考指標，用以判斷個人所秉持的正義，是否指向社會共識的德善。社會共識好似大道，提供生活在特定社會內的德善方向，但不能以此作為打壓異己的令箭，因為個人之間都是主體，互不隸屬，應該互相尊重。孔子說「當仁不讓於師。」《論語·魏靈公》，「為仁由己，而由人乎哉？」《論語·顏淵》均展現中華文化重視個人主體性的自由精神，在合乎社會共識的德善之下，吾人應成為自己自由意旨的主宰¹⁰⁷，而非被支配的客體，這也是多元價值的展現。

不過，某些特定時刻，人民會願意放棄自己的主體性，並將自身的主體意志抽離，凝聚為成一個「社會主體」；此時社會就具有自己的主體性，而不再是共同體，而是單一主體。雖然「社會的」主體之中的正義，是由無數的個人正義結合而成，但社會正義不是多個，而是一個。這些造成社會主體誕生的特定時刻，可能是嚴重危及社會安全，或發生不可逆的巨大災難，或破壞社會的核心共識。為了能夠平安度過這些特定時刻，個人會決定犧牲自身的主體性以成就超個人，寄望超個人，也就是「社會」有力量，對嚴重侵害的來源進行抵抗或反制，甚至將危害殲滅。人類是社會動物，當危難發生時，依憑本能組成超個人的主體「社會」，例如面對戰爭或天災，或制裁犯罪時，是非常明顯的例證。這是正義，是當社會從共同體轉變為主體時的主體之中的正義。

體所組成。如：蔡文輝，社會學，三民，1993年增訂版，頁18；劉傑、徐祥運，社會學概論，東北財經大學，2005年，頁55-58。

¹⁰⁷ 肖濱，傳統中國與自由理念，廣東人民，1999年，頁297。在中國，箝制思想的，一直都不是儒學，而是帝制。儒學向來存有開放性，且深富批判精神。學者有認為，儒學的開放性反映在儒學的經典上，例如朱熹之前，儒學只有五經（詩、書、禮、易、春秋）而無四書（大學、中庸、論語、孟子）；朱熹認為《大學》、《中庸》雖是《禮記》的篇章，但是儒學入門精華，又《論語》、《孟子》分別是孔孟代表，其內容重要非凡，故多次論戰，方有四書的地位（後來王陽明又挑戰朱熹）。反觀世界其他文明，譬如基督教的聖經，地位獨尊而萬世不動，一旦被挑戰，就將挑戰者冠上異教徒的臭名，對於箝制思想可能更大（一神宗教，如基督教、伊斯蘭教的糾葛，亦從此起）。見：曾明珠整理，註100文，頁125。

第二款 正義在主體之間

主體之間的正義，存在於主體（我）與主體（他／他們）之間。作為主體的人，必須先當「對方」是主體，而非客體。因為，如果將對方視為客體，人就不會自知與他方是主體之間的關係，自然就不會遵循主體之間的正義，反倒會落入主體之中的正義的假想裡，誤認為自己是對的，並對他方進行不正義的支配。是故，主體之間的正義，係以主體之中的正義為前提，因為彼此均具有主體性。

主體各自擁有對於事理價值判斷標準，雖有社會共識維持社會成員價值的一致性，但也只能取得大體上的一致，個別主體考量內容不同，價值判斷必然存有差異。主體之間的正義就是處理，不同主體之中的正義，應當如何調和的問題。在主體之間的正義，可以看見自由主義或社群主義的身影，同樣尊重人的自由意志，並且認為藉由理性約定或社群文化能夠調整矛盾或衝突。反映在中國哲思，就是對主體之間有「己所不欲，勿施於人」《論語·衛靈公》的人文關懷，此即推己及人的「恕」道，也就是同理心，是孔子認為「可以終生行之者」的道理。簡言之，主體之間應當攜手追求共存共生、共進共榮，本文則以「和諧」表意；《爾雅》，「諧，和也。」是故，主體之間的正義是，合乎人性的和諧價值。

和諧建立在穩定之上，若不穩定就沒有期待主體之間和諧的可能；但和諧並非指主體之間沒有矛盾衝突，而是指主體之間的矛盾衝突均能夠設法調和，防止事態擴大，並且停止矛盾、終結衝突¹⁰⁸。在社會之中，若我們尊重個別主體，矛盾與衝突就必然存在，所以《墨子·尚同中》，墨子說「一人一義，十人十義，百人百義。其人數茲眾，其所謂義者亦茲眾。」和諧價值就在於，多元主體權益的妥當調和，使自由與秩序得以兼顧¹⁰⁹。

雖言主體之間的正義，但和諧能否存續，並不囿限在人我雙方，而可能涉及三方以上。第一主體與第二主體，是主體之間的正義的關鍵，若二主體維持和諧，就是正義；反之，則不正義，是第一與第二主體之間的不

¹⁰⁸ 莫智強、潘瓊琳，刑法與建構社會主義和諧社會，法學論叢 2006 年卷，2007 年，頁 3。

¹⁰⁹ 彭本利，完善刑法在構建社會主義和諧社會中的保障功能，法學論叢 2006 年卷，2007 年，頁 55 以下。也可以參見：楊德森、趙旭東、肖水源主編，心理和諧與和諧社會，同濟大學，2009 年。

正義。第一與第二主體之間的正義或不正義，均有可能影響第三主體，若因而產生負面影響，比如對第三主體造成侵害，無論第一與第二主體之間的關係是否正義，皆破壞其與第三主體之間的和諧，即屬不正義。以此類推，主體之間的正義可以綿綿不絕，牽涉範圍廣大，乃至於整個社會。

主體之中的正義，重在正當，只要主體自認係正當價值，便可擇善固執。相反的，主體之間的正義，追求和諧價值，期待人與人之間、人與社會之間均能和平諧調；但在尊重人是主體的價值前提之上，百人百義，難免會有矛盾衝突。是故，保有主體之間的和諧狀態並不容易，可能是先天欠缺主體之間的和諧，又或後天惡意侵害主體之間的和諧。

第一目 人與人之間

主體之間的，人與人之間的正義，原則上是以「約定」方式完成。這可以說是人本精神或自由意志的展現；無論是在羅爾斯的無知之幕下，或社群傳承的歷史文化記憶，都可以延伸這樣的精神。只要在知悉且尊重彼此均為主體的前提下（一方被認為非主體，就不會成立主體之間的關係），本於人性，進行雙方合意的約定，在二主體之間，當然不會產生侵害或爭執，能夠維持人與人之間的和諧狀態，是正義。相反的，若主體之間無法作成雙方滿意的約定，或一方對他方進行侵害行為，因而產生爭執，則和諧關係喪失，陷入不正義的狀態。

不過，現在社會人與人的關係相當緊密，尤其在繁忙的都會區，幾乎達到牽一髮動全身的程度，不可能遺世獨立。如果二主體之間發生侵害事實，主體一方侵害他方，二主體之間的和諧遭受破壞，已不正義，對於第三主體而言，可能遭受牽連，使第三主體因為其他主體的仇怨造成傷害，如此與第三主體之間的和諧動搖，亦非正義。譬如出口商違約，無法支付進口商貨物，向進口商訂貨的商家等自然受害，而無法面對消費者；雖然糾紛源於出口商與進口商，但與此人際鏈帶有關係的，皆易受傷害。

又今日二主體之間縱然完成約定，符合雙方和諧，但該約定對於第三主體可能造成侵害，仍可能破壞和諧，同樣不是正義。例如違反公平交易法的聯合行為；雖然聯合行為的業者彼此達成合意，但對特定市場內其他的競爭同行，將造成侵害。前述破壞和諧的情況，多發生於第一與第二主體之間，並且因為現今社會人際關係緊密，而多涉及與第三主體之間的和

諧關係。此時涉及層面複雜，除非諸主體能達成約定，不然和諧的回復只能仰賴「均衡」。

約定和均衡的概念，與如何維繫主體之間和諧關係，存有相當密切的關聯。約定甚好理解，只要人我雙方達成合意，對於事理的看法取得一致立場，便能使雙方關係和平諧調，需要當事人的智慧（概念近自由）¹¹⁰。若要以均衡解決主體之間不和諧的矛盾或爭執時，相形之下比較複雜，需要大眾的智慧（概念近公平）。之所以無法以約定維持和諧，通常是因為違反約定，或涉及主體較眾的矛盾或爭執而難謀得約定，遂將維持和諧價值的工作交由均衡正義。均衡係由社會共識的視角，看待當事人之間的矛盾或爭執，藉由社會力量促使主體履行約定；若約定確實無法被實現，則回復原本和諧的原狀，並令侵害主體填補受害主體的損失¹¹¹。

第二目 人與社會之間

在討論人與社會之間的正義之前，必須先釐清「社會」在主體之中的正義、主體之間的正義，會有不同的態度呈現。在主體之中的正義時，社會因意志統一而成為單一體，僅重視自身的決定與行為是否正當，無庸考量與其他主體的關係；反之，討論人與社會之間的正義時，社會則是共同體，其意志是社會共識，必須考量自身與其他主體之間的互動，和諧共處才是最終目標。

人與社會之間的正義，同樣講求「約定」，但更重視「均衡」。我們必須觀察人與社會互動時所處的地位，方能判斷人與社會之間的正義是傾向約定或均衡。在概念上，當社會共同體的形象距離人民（私人）較近時，

¹¹⁰ 傳統的文化底下，華人社會十分仰賴約定正義，因為農村社會不喜訴訟，如能自行解決，當然最為妥當，畢竟「以和為貴」，縱然是表面和諧，也勝過公開衝突。是故，若解決衝突的私人管道，如未造成死傷，多為民間所許，如洗門風（臺灣農業社會的道德制裁手段，專門懲罰破壞他人婚姻或名譽的人。為惡者自知錯誤後，以辦桌請客、跪街懺悔等方式，請求對方不予追究）。本文以為，人民若藉由約定正義得以回復和諧，又方式係社會文化積累，且受社會成員認同，似乎亦無不可，何苦必循非本土的價值解決爭端。一些本土社會觀點對繼受法律的觀察，可以參見：林瑞，儒家倫理與法律文化—社會學觀點的探索，巨流，1994年，頁85以下。

¹¹¹ 人與人之間「主體之間的正義」的矛盾或爭執，應當屬於民事法律問題。以民法責任的核心問題，即損害賠償之債為例（損害賠償之債發生的原因，可能是契約、無因管理、不當得利、侵權行為等），就是以回復原狀及金錢賠償為原則。參見：王澤鑑，民法概要，三民，2011年四版，頁234以下。

彼此關係近似人與人之間，此時應當重視人與社會之間的約定。社會最典型的形象是國家或城市，當人民與國家或城市締結私經濟行為或行政契約時¹¹²，國家或城市的共同體形象傾向人，所以人與社會的和諧，來自人民與中央或地方政府機關的約定。

約定正義導引社會規範的形成，社會規範可以是法律、習俗、宗教或族訓，這些都是社群成員的商議（顯性約定），或歷史文化的印記（隱性約定）。以國家法律或社區公約的制定或修正為例，當人民選舉出立法委員代表人民，或社區住民選舉出社區委員代表住民，這些委員們就形成一種意象上的社會，因為他們是社會成員代表的集合。社會成員代表經由正當程序達成某種約定，在國家是法律，在社區是公約。社會契約論的精神在此，這些約定約束著社會成員，同樣也規範社會，藉此達到人與社會之間的和諧，也就是正義。

相反的，如果在概念上，社會共同體的形象距離人民較遠，比較接近國家或城市（公人）時，人與社會之間的正義會偏向追求均衡。人與社會不和諧，最主要的情況就是社會資源的分配不均，可能是貧富差距，稅制錯亂，或讀書、工作、醫療、住房等機會不公平。《論語·季氏》裡，孔子說「不患寡而患不均，不患貧而患不安。」資源分配是千古難題，如能妥善處理，必能使人與社會的關係趨於和諧¹¹³。

適當的國家資源分配，並非按形式比例為之，而應審酌分配目的，以及考量受分配者的實際狀況。社會自始不存在無知之幕，墾荒年代是力霸者盛，時轉至今是資本掛帥，人與人之間競爭局勢的優劣勝敗，通常顯而易見，好比油水比重本不相同，油浮於水上，一望即知。今要分配等重的油與水，各取千公升，貌似平等，但若置於天秤，水重於油，必然傾斜而

¹¹² 關於行政法上私經濟行為（國庫行為）及行政契約的內容，詳見：翁岳生編，行政法，元照，2006年三版，頁19、558以下；吳庚，行政法之理論與實用，三民，2010年十一版，頁12-17、409以下；陳敏，行政法總論，新學林，2011年七版，頁554以下、650以下；林騰鶴，行政法總論，三民，2002年二版，頁583以下；陳新民，行政法學總論，三民，1997年六版，頁28、29、257以下；李惠宗，行政法要義，元照，2010年五版，頁3-9、379以下；李建良、林合民、陳愛娥、林三欽、陳春生、黃啟禎，行政法入門，元照，2004年修訂版，頁20、311以下；黃默夫，基礎行政法25講，三民，2009年五版，頁18、465以下。

¹¹³ 這樣的想法，近似亞理斯多德的分配正義。參見：Aristotle 著，廖申白譯注，註70書，頁147以下。至於亞理斯多德所談的另外一種正義，矯正的正義（同書，頁150以下）則有回復原先公正狀態的意味，似乎與本文中，人與社會之間的均衡價值相近；但亞氏給予矯正正義的前提是，私人間合乎意願或違反意願的交易，因交易不公正，故請求法院矯正不公正的狀態，此與本文要表達的正義意象相差許多。

不平衡；取油千公升、水八百公升，二者重量方才相同。均衡分配，係不受困在表面上的均等，而是追求內在的均衡。例如人的財力有強弱之別，若稅制規定眾人繳納相同比例或額度的財富，徒有表面平等，而無均衡可言，和諧恐怕無法維持；然若富人納多，普通納少，赤貧免納且能獲得救助，方才達成真正均衡，人與社會的和諧才能維持。

除了國家社會的資源分配之外，人與社會的和諧也可因外力侵害而遭受破壞，犯罪或違規行為是最典型的侵害。同樣地，要使因侵害而破損的人與社會之間的和諧關係，亦必須藉由均衡正義的思考，試圖讓侵害者與社會重返和諧之境。假設構成相同罪名者均處同刑，表面狀似公平，但實際上罪刑之間恐怕並非均衡，因為同樣罪行，行為人惡性有別，犯後態度有異，倘輕忽刑罰目的及案件情況，而將之一視同仁，人（罪）與社會（刑）之間無法達成均衡效果，人與社會重返和諧也就變得困難。

簡言之，為了維持人與社會的和諧價值，在均衡正義的思考上，人必須有所退讓，不似約定正義那般，有比較大的空間可以展現端賴個人自由意志。退讓並非剝削，是我們要維持人與社會和諧的必要的犧牲，好比積木堆疊，如果全部都是凸狀將無法鑲嵌，必要有凹狀，凹凸才能組合。反映在制度上，人民繳納稅金，在財富上退讓，以成全國家有足夠的錢財推行政令；人民移動於路，遇到交通號誌紅燈必須讓行，在自由上退讓，以成全交通的安全順暢。罪刑關係亦是如此，刑罰存在是讓罪犯退讓，如此才能重返其與社會的和諧關係¹¹⁴。罪刑均衡與正義之間的問題，就是本文竭盡心力思索之處。

¹¹⁴ 西方人討論刑罰，多由道德或政治切入，前者是康德思想，後者則是邊沁意念。Guyora Binder (2002), *Punishment Theory: Moral or Political?*, Buffalo Criminal Law Review, Vol. 5: 2, p. 371.



第三章 正義架構下的 刑事政策理念

第一節 前言

建設正義的社會，主要有二條道路。其一是將正義內化，也就是藉由教育，在百年樹人的殷切期待下，發願提升人類的道德倫理，養成具有道德倫理的人民，如此主體之中的正義能夠確保，主體之間的正義也因人民具有道德倫理而能長存。另外一條路徑，就是制度，是從外部對正義發提出要求，制度所著墨的，是主體之間的正義，思考良善的制度，用於維持人與人、人與社會的和諧價值。

自古至今，先聖先賢都在努力建設正義的社會，無論是從內部改變或外部制約。柏拉圖除了是哲學家、數學家、教育家之外，也是政治家，只是政治仕途不順遂，無法改變體制；不惑之年後，返回雅典創立學院，是歐洲第一所大學。孔子的經歷與柏拉圖相似，同樣是偉大的思想家、教育家及政治家，雖然先仕於齊魯，後周遊列國，但均未被重用；在此之間，孔子的教育事業未曾中斷，弟子三千，賢者七十二，弘揚儒學文化。東西方兩大哲人都知道，雖然現世正義國度尚未降臨，但教育志業與制度修正不能棄絕。

眾所周知，用教育改變人乃至於社會，文火慢燉尚不足形容，應該可以「噫吁嚱！危乎高哉！蜀道之難，難於上青天！」比擬。不過，就算困難，吾人仍應努力不懈，因為教育是社會根本的事業，關係著人性升沉，維繫著正義命脈。相對的，以制度去建構正義社會，較能立竿見影，尤其是有公權力支持的「法律制度」，效果應當最為明顯¹；但是，法律作為最低度的社會規範，係告誡人民應為與不應為，沒有辦法陶冶道德良知，僅

¹ Jeremy Bentham (1982), *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, London: Methuen, pp 34-37.

能維持基本的主體之間的正義，調和彼此之間的矛盾或衝突，進而保護人民權益，即和諧的價值。

以法律制度維持人與人、人與社會的主體之間和諧關係，深受當前的人類社會所重視；其中最困難的問題在於，如何在侵害發生後，能夠回復因侵害而受傷的主體之間的和諧關係。侵害若在人與人之間，如果雙方願意和解，尚可藉約定正義加以彌平矛盾與衝突，進而回歸和諧；但若在人與社會之間，侵害者無法與社會達成某種約定，必須在社會共識之下，依據合乎人性的均衡正義，修復人與社會之間，因侵害所造成的壞損，然後回到侵害發生前的和諧狀態。在概念上，約定正義較為簡易，只要當事人雙方本於自由意志達成合意便足；均衡正義則較為複雜，必須藉由一套公平的法律制度，才能使正義落實。

侵害之中，犯罪最為嚴重，如何使罪犯在均衡正義之下，重返自身與社會的和諧狀態，是判斷與規範犯罪的法律制度——刑事法律制度——是否成功的標準。在面對犯罪所破壞的和諧，必須仰賴合乎正義期待的刑事法律制度。但是，刑事法律制度要完全符合正義，並不容易，畢竟法律制定相當複雜，必須集思廣益，先確立政策方向，再具體逐步於法制面落實。如果政策方向正確，便能精確抵達目的地，且避免不必要的耗費。一言以蔽之，合乎正義的刑事法律制度，必建立在合乎正義的刑事政策之上。

第二節 刑事政策

政策是國家為達到某個目標所擬定的方向。這個目標可能是為了改變現況，或是為了適應社會變遷而進行改變²。通常改變現況是要追求理想，比如社會弱勢需要救助，制定福利政策以改變弱勢者的生活；適應社會變遷的改變，則多半是為了防止社會惡化，比如環境污染嚴重，藉由環保政策以求生態永續。更多時候，二個的目標併存在政策中，例如教育政策可能是在培養更優秀的國民，同時也避免學齡孩子的升學壓力過重。

刑事政策和其他政策一樣，都在尋求更理想的改變——改變犯罪與刑

² 陳銘祥，法政策學，元照，2011年，頁16。如果借用韓忠謨教授「法內在的正義」及「法超越的正義」觀點，政策的存在應該就是，為了讓法內在的正義能夠符合法超越的正義的期待。法內在的正義是指，法秩序的正義；法超越的正義則是指，法律的理念。可以參見：韓忠謨，法學緒論，自版，1994年，頁129以下。

罰的關係。事實上，刑事政策自古有之，或許不是以「刑事政策」的字眼出現³，但論其本質，就是刑事政策。例如，漢高祖劉邦入關中時，與咸陽百姓約法三章「殺人者死、傷人及盜抵罪」，用以改變秦朝的苛政酷法，雖未言刑事政策，但就是刑事政策的體現。儒家常言「明德慎刑」，就是刑罰講求審慎，不罰無罪、不殺無辜、不用虐刑的政策；《漢書·刑法志》告訴後人，「昔周之法，建三典以刑邦國，詰四方：一曰，刑新邦用輕典；二曰，刑平邦用中典；三曰，刑亂邦用重典。」表示刑罰輕重按社會實際狀況調整。

第一項 刑事政策的意義

刑事政策究竟指何，若一言以蔽之，就是抗制犯罪的政策；但深入瞭解便可發現，學說看法歧異，大抵上可以將刑事政策概念分為最巨觀、巨觀、中觀、微觀及最微觀等五種⁴。不同概念範圍的刑事政策，內容必然會有相當落差，目的也會有異；然認定刑事政策的範圍廣袤或狹窄，並無對錯，只要能夠掌握自決刑事政策的內涵，確實有效發揮其功能，而不流於政策口水，便足矣。

最巨觀的刑事政策，將之視為一切可以用作預防及壓制犯罪的方法。

³ 現代「刑事政策」的詞彙及概念，應該是從西方傳來。最常看到的說法是，德國近代刑法學之父費爾巴哈率先使用。參見：許福生，犯罪與刑事政策學，元照，2010年，頁7；Mireille Delmas-Marty 著，盧建平譯，刑事政策的主要體系（Les grands systèmes de politique criminelle），法律，2000年，頁1。法國 Mireille Delmas-Marty 教授在1992年完成的《刑事政策的主要體系》應該是法國文獻討論刑事政策的經典之作。至於中國古代的刑事政策，相關內容可以參見：楊春洗主編，刑事政策論，北京大學，1994年，頁59以下。

⁴ 講述刑事政策的學者專家，對於刑事政策的分類多有出入，多半分為三種，但論述方向及內容各有所不同，是故，本文參考文獻，細分各家差異，彙整刑事政策的五種概念。這些文獻分別是：林紀東，刑事政策學，正中，1963年，頁3以下；謝瑞智，犯罪與刑事政策，正中，2000年，頁121以下；林東茂，刑事政策及其相關學科，警大法學論集2期，1997年，頁315以下（又收於：一個知識論上的刑法思考，五南，2007三版，頁337）；林東茂，刑事政策與自由主義，一個知識論上的刑法思考，五南，2007三版，頁361、362；許福生，註3書，頁17、18；李衛紅，刑事政策學，北京大學，2009年，頁57以下；盧建平，刑事政策與刑法變革，中國人民公安大學，2011年，頁9；孫萬懷，在制度和秩序的邊際—刑事政策的一般理論，北京大學，2008年，頁4、5；Jacques Borricand、朱琳編著，法國當代刑事政策研究及借鑑，中國人民公安大學，2011年，頁4以下；大谷實，刑事政策講義，弘文堂，1996年四版，頁1以下；藤本哲也，刑事政策概論，青林書院，2007年五版，頁3以下；木村裕三、平田紳，刑事政策概論，成文堂，2008年四版，頁1以下；菊田幸一，犯罪學，成文堂，2010年七版，頁2。

除了人民熟知的刑事立法及司法之外，舉凡教育、經濟、文化、交通、勞工、住居等，盡皆囊括其中，除了探索犯罪成因與刑罰效果之外，認為社會政策與對抗犯罪至為密切，更直言「最佳的社會政策，就是最佳的刑事政策⁵」。巨觀的刑事政策沒有範圍稍有限縮，其認為包含刑事立法及刑事司法，以及與犯罪有關的社會政策，才稱得上是刑事政策，也就是本於對犯罪的認識上，以防制犯罪為直接目的的所有活動。巨觀的刑事政策，以犯罪原因及犯罪對策的研究為起點，將犯罪人、被害人、犯罪行為、犯罪現象、犯罪預防、犯罪矯正等所有和犯罪有關係的內容都一網打盡。

中觀的刑事政策，則將重心放在國家的刑事法體系，若屬非刑事法體系者，縱然涉及犯罪抗制，亦被排除於刑事政策之外。所謂刑事法體系包含，刑事實體法、刑事程序法、刑事執行法。刑事實體法有普通刑法、特別刑法及附屬刑法；刑事程序法有刑事訴訟法、軍事審判法及少年事件處理法等；刑事執行法則包含監獄行刑法、行刑累進處遇條例等。刑事政策就是思考，如何有效且合理地運用刑事法體系抗制犯罪。

至於微觀者，是將少年犯、精神病犯等僅有刑事不法行為，但不具罪責者，從刑事政策中剔除，僅討論真正構成犯罪的行為。最微觀者，更將刑事政策範圍限縮在懲罰犯罪有關的事項，「對犯罪的鎮壓式的、懲罰式的反應」，所有與預防犯罪有關的想法都被排除在外，將減少犯罪的政策歸類在犯罪社會政策中，把焦點都放在已發生的犯罪上⁶。

第一款 以刑事法體系為界

首先應界定的是，刑事政策應該是關於抗制犯罪的政策。然而微觀或最微觀的看法過於狹隘，尤其是最微觀，僅著力在懲罰已發生的犯罪上，

⁵ 這是德國刑法學家，也是刑事政策大師李斯特（Franz von Liszt）的名言，許多刑事政策的專著必然會引用李斯特的這句話。例如，藤本哲也，註4書，頁7（最善の社会政策は最善の刑事政策である）。這樣的想法也可以從李斯特的教科書可見端倪。參見：Franz von Liszt 著，Eberhard Schmidt 修訂，徐久生譯，何秉松校訂，德國刑法教科書（Lehrbuch des Deutschen Strafrechts），法律，2006年，頁15以下。此外，法國的知名刑事政策學家 Mireille Delmas-Marty 似乎也是這樣的觀點，其謂刑事政策是「社會整體據以組織對犯罪現象的反應的方法的總合」，參見：Mireille Delmas-Marty 著，盧建平譯，註3書，頁1。

⁶ 法國少數學者似乎採行這樣的極端看法，可以參見：Cité par Bernat de Celis, la politique criminelle à la recherche d'elle-même, Archives de Politique Criminelle, 1977, n°2, p. 3. 轉引自：Jacques Borricand、朱琳編著，註4書，頁4。

恐怕稱不上抗制，又可能使政策的效能銳減；又少年犯或精神病犯，若不經由刑事程序也無法獲悉行為人的罪責是減或免，逕自將之排除在刑事政策之外，對於犯罪抗制似有不足，實難與刑事政策的範圍脫鉤。

最微觀與微觀的刑事政策，在臺灣似乎未見有人呼籲，而多將焦點放在最巨觀、巨觀及中觀的刑事政策。本文以為，最巨觀或巨觀的看法，均不排斥刑事政策是思考關於抗制犯罪的議題，也都在思索如何藉由刑事政策，指引出預防犯罪、打擊犯罪、矯治犯罪的策略。不過，最巨觀或巨觀的刑事政策，可能陷入是刑事政策，但也不是刑事政策的境地。茲以「淡水河」為喻，對最巨觀、巨觀及中觀的刑事政策進行探究。

淡水河是今日北臺灣最重要的河流，如將淡水河劃定範圍，可能得到以下的說法：甲說以為，地球所有非海水或每公升水體的氯化鈉（NaCl）含量在 3.5% 以下的「淡水」河川均歸類其中，長江、尼羅河或多瑙河都屬榜上名單。乙說則將臺灣的淡水河「流域」，即淡水河支流，如基隆河、新店溪、大漢溪等均計算入內。丙說則認為，淡水河是大漢溪與新店溪於板橋江子翠會合後的河流，該河向北，在淡水油車口匯入臺灣海峽。

單論淡水河字面，甲說可能較有誤會，如同最巨觀的刑事政策，若採該看法，則刑事政策無所不包，但卻可能一無所有，因為太多概念混合為一，過於廣泛，不僅難操作，更難取得共識，這樣的政策勢必難行。乙說的看法，雖然尚稱合理，但不夠精確，如同巨觀的刑事政策，將與犯罪有「直接」相關者納入其中，但這些直接相關者，事實上各自有屬於自己的領域，譬如犯罪受害者議題被收納於巨觀的刑事政策中，雖然犯罪受害者係因犯罪而生，與犯罪有直接相關，但若反問其與抗制犯罪有何相關，恐怕難以圓說。

是故，本文對於刑事政策的範圍，採取中觀的認定，即認為刑事法體系方才係刑事政策討論的範圍⁷。中觀的刑事政策，好比言淡水河，是淡水河；既然討論刑事政策，就是純粹與抗制犯罪有關的政策。最真正且直接

⁷ 林山田，刑法改革與刑事立法政策，月旦法學 92 期，2003 年，頁 10；林東茂，註 4 文（刑事政策及其相關學科），頁 317；林東茂，註 4 文（刑事政策與自由主義），頁 362；鄭善印，兩極化的刑事政策，罪與刑—林山田教授六十歲生日祝賀論文集，五南，1998 年，頁 732、733；楊春洗主編，註 3 書，頁 16 以下；蔣熙輝、郭理蓉、馬冬梅、方文軍，刑事政策之反思與改進，中國社會科學，2008 年，頁 4、5。楊春洗教授說明，刑事政策的橫向結構有定罪、刑罰、處遇政策，縱向結構則是政策是長期廣泛的政策，或針對性的政策。蔣郭馬芳四人合著書也明確指出，刑事政策指導刑事法的創制，但又受刑事法的範圍約束。

抗制犯罪的，就是刑罰，所以刑事政策應該是討論如何以刑罰抗制犯罪的策略。刑事法體系是專門針對犯罪與刑罰進行規範的學問。刑事實體法在討論什麼行為構成犯罪，應該如何刑罰；刑事程序法在討論怎樣認定犯罪，然後決定刑罰；刑事執行法則是在討論刑罰應如何運作，才能讓罪犯重返社會，並且不再犯罪。是故，以刑事法體系為中心的刑事政策，就是如何改變刑事法體系的政策，改變的目標可能是要讓刑事法體系更加完備，也可能是修補刑事法體系因社會變遷所生的缺陷。

採取中觀的刑事政策觀點，並非將其他與抗制犯罪有關的內容均予乎略，而是使之回到原來應有的位置上。政策的形成均有其思想主軸，然而人類社會錯綜複雜，難免政策之間會有干係，但若因為某政策涉及抗制犯罪，就逕自將之納入刑事政策麾下，恐怕漠視該政策本來的思想主軸。例如，法治教育的推廣，是希望人民自幼養成守法重紀的習慣，理解法治國家的重要，目標在於培養優良公民；於此同時，或可透過法治教育，讓人民知法而不犯法，雖然產生預防犯罪的效果，但此不會是刑事政策，仍係教育政策的範疇。

又如，臺北捷運於 2009 年設立夜間女子搭乘區，讓夜歸女子能夠集中於車站月台燈光明亮處候車，不僅多人同行較為安全，也便利捷運服務人員注意；但捷運設立搭乘專區不是刑事政策，而是交通管理政策，其目的在於夜歸女子能夠平安回家⁸。或者最近掀起的美牛風暴⁹，讓政府關注人民的飲食問題，並制定食品衛生安全政策；雖然食品衛生管理法第 34 條，對於販賣侵害人體健康食品致危害人體健康的行為設有刑事處罰，但不能將食品衛生安全政策視為刑事政策。若將刑事政策無限上綱，反而令人匪夷所思，維持中觀的立場，即以刑事法體系作為刑事政策的範圍，應當較為妥適。

第二款 以罪刑關係為核心

以刑事法體系為主的刑事政策，所包含的範圍亦廣，因為刑事法體系

⁸ 臺北大眾捷運股份有限公司，旅客服務—捷運便民措施，<http://www.trtc.com.tw>（最後瀏覽日期：2012 年 2 月 28 日）

⁹ 2011 年「美國進口帶骨牛肉、牛腱、牛腩與豬心，又傳出含瘦肉精」的爭端就已經發生（聯合報，美牛又驗瘦肉精 退運、銷毀，2011 年 6 月 5 日，A8 版），結果越演越烈，又涉及選舉等政治性議題，使得美牛問題趨於複雜，竟然僵持一年，政府都未能解決（聯合晚報，美牛案三叩關 在野提案遭封殺，2012 年 5 月 11 日，A10 版）。

作為抗制犯罪而存在，純粹而不單純。刑事法體系大抵上可區分為刑事實體法、刑事程序法及刑事執行法三個層面，思索刑事實體、程序與執行法的共通點，可以發現實際上是以「罪刑關係」為主軸，所以我們可以直白表示，罪刑關係是刑事政策的核心。

墨子說「圓（按：圓），一中同長也。」若將此概念套用在本文的刑事政策觀點，罪刑關係好比「一中」，也就是圓心。當我們再以「罪刑關係的應然」當作半徑，拉出刑事實體法的圓；以「罪刑關係的實然」當作半徑，拉出刑事程序法的圓；再以「解除罪刑關係」為半徑，拉出刑事執行法的圓。繪圓成形之後，並非表示自此無事，可能圓形畫得不甚理想而有重新下筆的必要，又或者是畫紙變形而有再次調整的必要。換言之，如何描繪完美罪刑關係的圓，恐非一蹴可及，必須精準衡量罪刑互動，並且配合社會環境變遷。

申言之，刑事實體法著力於理想上的罪刑關係，也就是說，在通常情形，某犯罪行為應當接受怎樣的刑罰制裁，才能使罪刑關係圓滿；對於殺人者，若論死刑是否過苛？若論徒刑過度縱容？刑事程序法在於釐清實際的罪刑關係，即決定已發生的案件，即某被告及其行為真否成立犯罪，經法官認定有罪後，刑罰科處如何拿捏；兇殺案的被告在嚴格證明之下，法院能否無誤地判斷犯罪有無成立？一旦構成殺人罪如何量定刑罰？刑事執行法則在於解消罪刑關係的桎梏，思索有罪受刑者如何贖罪，可否重返社會，以使罪犯與社會的關係能夠回復和諧；管理囚犯的手段鬆緊？評估是否可以提前回到社會？

以罪刑關係為圓心的刑事政策，以對應罪刑關係的立場，繪出刑事實體、程序及執行法等三小圓，進而構成刑事法體系的刑事政策大圓。概念上，此三圓並非相互獨立，而是互相牽引，一圓缺損，三圓俱損，刑事政策也就無法圓滿。刑事實體法的罪刑關係有缺陷，將難藉由刑事程序取得恰當的罪刑關係，遑論刑事執行；刑事程序法若荒誕，刑事實體法所建構的理想罪刑關係也只是天方夜譚，刑事執行必然無法得宜；如果刑事執行法不良，先前在刑事實體與程序法所做的努力都將是黃粱一夢。

理論上，將罪刑關係定位為刑事政策的圓心應屬正見，同時又可以達到便利判斷刑事政策具體範圍的效果。舉例而言：現在不少年輕人喜養寵物而不生男育女，這是觀念問題，非法律能過問；居家飼養花貓，與售貓者之間有民事買賣關係，成為貓主人後有動物保護法的飼主義務，是民法

或行政法的課題；但若飼養花豹，可能構成社會秩序維護法的畜養危險動物行為，須受行政罰；若教養花豹攻擊他人，則是犯罪，有刑責。是故，刑事政策關心的，只有飼主故意過失造成動物攻擊人的行為，因為涉及罪刑的判斷；至於養什麼寵物或飼主應盡的責任，皆已超出罪刑關係，均非刑事政策的問題。

便利判斷刑事政策的範圍，能夠妥當區分國家部門職守¹⁰，若將刑事政策認定過寬，恐怕治權五院合併為刑事機關即可。現實情況是，政府部門各司其職，分別有主要功能和任務，負責教育的部門不會過問罪刑，職掌交通的官署也不會處理罪刑；雖然刑事政策關心各個領域可能的罪刑問題，但並非所有事務都是刑事政策的一部分。此外，不法侵害行為分有民事、行政與刑事不法，彼此程度高低有別且樣態繁多，國家針對不同的侵害行為設有相異制裁措施，犯罪是不法程度最嚴重者，刑罰是國家制裁最嚴厲者，是故犯罪不任意認定，刑罰不輕易出閘，以合乎刑罰謙抑性；然若將刑事政策的範圍擴大至罪刑之外，恐怕將使得原本不屬於刑事不法的侵害行為入罪，因而落入濫刑的泥沼，反倒傷害人民且無助正義。

第二項 刑事政策的目的是

現在學界普遍對刑事政策的認知，是將之認為「刑事學」的一部分。通常提及刑事學，包含犯罪學、刑罰學、刑事法學、刑事政策及刑事偵查學，這些學門的研究相互關聯，但均有不同¹¹。

犯罪學立足於實證，觀察檢討犯罪成因，解釋犯罪與人身或環境的關聯，成果可以作為其他刑事學科的參考；刑罰學也需有實證基礎，探索刑罰（或保安處分）在威嚇人民與矯正罪犯上的成效，同供其他學科參考。刑事偵查學則是藉助科學方法，發現犯罪真相，並藉此阻止犯罪。刑事法學則主要是價值判斷的學科，包含刑事實體法、程序法及執行法，討論犯罪行為的構成要件及法律效果，犯罪追訴的條件和規則，以及刑罰（或保安處分）執行的方式。簡言之，犯罪學、刑罰學及犯罪偵查學是研究事實的學科；刑事法學是規範的學科。

¹⁰ 林東茂，註 4 文（刑事政策及其相關學科），頁 317；林東茂，註 4 文（刑事政策與自由主義），頁 362

¹¹ 林山田、林東茂、林燦璋，犯罪學，三民，2007 年四版，頁 14 以下；許福生，註 3 書，頁 24 以下。

至於刑事政策，可以將之視為一個連繫樞紐，對犯罪學、刑罰學、刑事偵查學，抑或延伸至哲學、倫理學、社會學或經濟學等，經由眾人討論，集思廣益而得的構想，就是一個改變現況的，或因應現況變化而改變的方向，指引刑事法學的發展，尤其是刑事立法。另一方面，刑事法學遭遇法律適用困難，或犯罪訴追、矯正等障礙，也會將問題移轉給刑事政策，在政策面先進行思辨，再落實於刑事法體系；同時，刑事政策也會回饋犯罪學、刑罰學等學科，告訴這些學科，可能還需要什麼資料才能讓改變的方向更符合正義。

作為樞紐的刑事政策，如有變動，對於犯罪學、刑罰學、刑事偵查學或刑事法學都會產生影響。是故，將刑事政策目的清楚定位，連帶能夠促使其他刑事學科的定位明白。目前學理上多認為刑事政策目的是，從預防犯罪、矯正罪犯及保護犯罪被害人等觀點出發，以維護社會秩序¹²。預防犯罪為了確保社會安全，避免犯罪發生；矯正罪犯方能使之悔改，於回歸社會後不再犯罪；保護犯罪被害人是希望其能擺脫犯罪被害的夢魘，重新面對生活，一如罪犯的更生，犯罪被害人也需要重獲新生。以下，本文先行探究通說，再說明筆者的刑事政策目的觀。

第一款 維持社會的秩序

如果刑事政策的最終目的是維持社會秩序，或許可以由預防犯罪、矯正罪犯及保護犯罪被害人等角度努力。但必須先予說明的是，這樣的目的觀，應該是建立在巨觀的刑事政策之上；若是中觀的刑事政策，是以罪刑關係為刑事政策的主軸，必然會得到不盡相同的目的觀，最明顯的莫過於保護犯罪被害人，因為在罪刑關係當中，並不存在犯罪被害人，在犯罪案件裡，無辜的受害一方沒有成立犯罪，也不會受刑罰制裁，根本不在刑事政策的討論範圍。

第一目 預防犯罪

學說所言的刑事政策預防犯罪功能，應該是屬於大眾面向的刑事政策

¹² 謝瑞智，註4書，頁149以下；許福生，註3書，頁22以下；盧建平，註4書，頁19、20；孫萬懷，註4書，頁12、13；李衛紅，註4書，頁98以下。

目的，因為其並非針對特定人，而是用於排除潛在的犯罪。藉由立法上的「入罪」程序，先以法律告示大眾，某行為是刑法所禁止的，違者將被刑罰制裁，應能收預防犯罪的效果¹³。

所謂入罪化，又稱為犯罪化，是將某反社會的侵害行為列為刑罰制裁的對象，意即透過立法程序將某行為納入刑事法典，使之成為犯罪行為的一種，並且施以刑事制裁¹⁴。若更細緻地看待入罪化，可以將其區分為立法上的入罪化，以及解釋或適用上的入罪化，前者是透過立法程序使某行為入罪，後者則是在不變動現行法律的情況下，透過合乎法律解釋學的方式，讓某行為亦成為法律規定的犯罪行為¹⁵。基本上，以符合罪刑法定原則的要求為前提，若可以透過解釋，則無庸動用立法程序，直接在司法程序對其作出有罪的認定便足，如果解釋無法解決現實需要，才透過立法程序將其入罪。

一個行為是否為犯罪行為，依據大法官釋字第 594 號可知，該行為必須具有「侵害性」與「應刑罰性」，即該侵害法益的行為，經評價後認為應該施以刑罰，具有「應刑罰性的不法」¹⁶，方才具有被稱為犯罪行為的適格。由此可知，決定一個行為究竟應否入罪，最主要理由還是在於應刑罰性的部份¹⁷。若侵害性是事實描述，則應罰性就是價值判斷，其乃判斷某行為應否動之以刑，是刑事立法決策的關鍵，此連接憲法在客觀價值秩序的規範，對於刑事立法有指導性的作用，更影響著刑法的適用與刑事的追訴¹⁸。更具體的說，應刑罰性有無的判斷，可分為四點，分別是不法行為所破壞的法益價值與程度，即結果非價；不法行為對於行為客體的侵害危險性，即行為非價；行為人在良知上的可責性，即良知非價；刑罰的無可避免性，即社會非價¹⁹。

相反的，原屬刑法規定處罰的犯罪行為，如果已經沒有必要再以刑罰

¹³ 藤本哲也，刑事政策，法學書院，2003 年七版，頁 3。

¹⁴ 許福生，註 3 書，頁 73 以下。

¹⁵ 大谷實，註 4 書，頁 91 以下。

¹⁶ 林山田，刑罰學，臺灣商務印書館，2005 年修訂版，頁 13、14。林山田教授特別說明，犯罪是具有多面性，且錯綜複雜的法律事實與社會現象，隨著學術領域的不同，對於犯罪也有不同的定義。

¹⁷ 呂秉翰，論刑事處罰之立法裁量—兼評釋字第五九四號解釋，月旦法學 150 期，2007 年，頁 129。

¹⁸ 高金桂，刑事政策上關於犯罪化與除罪化的問題，東海法學研究 10 期，1996，頁 185 以下。

¹⁹ 林山田，註 16 書，頁 21、21。

制裁，透過刑事立法手段，將之由刑法典中刪除，此即除罪化，或稱非犯罪化²⁰。換言之，除罪化就是在應罰性的判斷上，認為某侵害行為已經沒有科處刑罰的必要，可以區分為下列幾種類型²¹：其一，除刑除罪，此是最完整且狹義的除罪化，將原本被刑法典認為是犯罪的行為徹底刪除，將其合法化；其二，除刑不除罪，立法者可能認為此種犯罪行為無處罰的必要，但是依舊是一種侵害法益的犯罪行為²²；其三，司法上（裁判上）除罪，即刑法典上依舊將該行為視為犯罪且有刑罰規定，但是司法實務的運作上並不將之視為犯罪，比如判例變更；其四，事實上除罪，即刑法典上仍將該行為視為犯罪且有刑罰的規定，且司法機關亦為有罪的判決，但是並不加以執行，或是司法行政上不加以偵查追訴。

關於前述的四種除罪化類型，後二者可能傷害人民對法律的信任，並非妥當的除罪之道，僅可能於立法來不及反應社會價值改變，且處罰行為人將嚴重傷害國民法感情時，才有運用空間；至於除刑不除罪的除罪化方式，在我國法上已有運用，刑法的親屬相盜得免除其刑規定，刑事訴訟法的緩起訴制度，都應該算是除刑不除罪的適例。事實上，某個犯罪行為是否應該除罪，通常必須考量科處刑罰是否有實效，以及社會變遷造成人民法意識的改變²³。

除了以刑事立法入罪的手段之外，健全刑事司法亦可達到預防犯罪的效果，尤其是加強檢警偵查能力²⁴。至於巨觀的刑事政策，更會觸角延伸至其他諸多涉及犯罪預防的工作，譬如近年內政部警政署推出「警力有限·民力無窮」的口號，試圖建立警民合作機制，共同預防及打擊犯罪²⁵；又或者與銀行、學校或社區保全的連線，建構綿密的警網，以發揮預防犯

²⁰ 甘添貴，犯罪除罪化與刑事政策，罪與刑—林山田教授六十歲生日祝賀論文集，五南，1998年，頁619以下。甘添貴教授清楚說明除罪化的重要背景，可能是社會變動、監獄滿額、學說倡導及法益觀念改變。其他亦可參見：許福生，註3書，頁77以下；大谷實，註4書，頁95。

²¹ 諸澤英道，犯罪の除罪化，演習ノ一ト・刑事政策（藤本哲也編），法學書院，2003年七版，頁168、169。

²² 有學者則認為，若嚴格論，此應屬於「不加刑罰化」（Depenalization），與除罪化應該有所區隔，參見：土屋真一著，盧秋生譯，論除罪化，刑事法雜誌20卷2期，1976年，頁76。

²³ 土屋真一著，盧秋生譯，註22文，頁70；阿部純二·齊藤誠二·澤登俊雄·所一彥，刑事政策入門，有斐閣雙書，1982年，頁270。

²⁴ 許福生，註3書，頁22；也可以參見：黃翠紋、孟維德，警察與犯罪預防，五南，2012年，頁91。

²⁵ 徐俊生，警民合作：共締治安佳績，刑事雙月刊29期，2009年，頁62以下。

罪的效果。此外，更有論者向大眾指出一些預防犯罪的方法²⁶，比如避免殺人或傷害事件發生，應避免複雜的三角感情，不和正處於嚴重挫折或緊張情緒的人發生爭辯，不與報復心很強的人結交朋友等；避免竊盜事件發生，應避免與陌生人交談，不炫耀自己的財富，開啟錢包時應將注意力放在自己的財物上，隨身攜帶哨子出門等。

第二目 矯正罪犯

相較於刑事政策的預防犯罪目的，矯正罪犯屬於另一面向的刑事政策目的。預防犯罪係防患未然，主要是以刑罰的效果宣示犯罪下場，採取巨觀視野的刑事政策，其觸角可能無遠弗屆；矯正罪犯則是針對已經發生的罪惡，希望藉由矯正措施，使犯罪者未來不會再犯，同樣有預防犯罪的效果，只是預防的對象特定在罪犯。

矯正罪犯的最終目標是，讓罪犯重新回歸社會；但罪犯一旦回歸社會，將可能成為社會潛在危險。如從罪犯的角度觀察，反映在刑事政策上，就是社會防衛或社會復歸之爭。事實上，無論是社會防衛或社會復歸，基本的精神都在於預防犯罪，只是社會防衛是將罪犯與社會隔離，使之無法再犯，以達成保護社會治安的目標；社會復歸則是相信罪犯經矯正後，能夠改過遷善，成為社會的生產力，而非破壞力。由此可知，吾人理解矯正罪犯的字面意義之外，可以發現矯正罪犯是針對尚有向善機會的罪犯，如沒有棄暗投明可能的罪犯，則將之與世隔絕。面對社會防衛或復歸二者的極端，或許可以從犯罪危險的角度進行思考。

犯罪可能發生的危險，並不容易掌握，因為沒有任何方法能夠真正預測犯罪；然而相較於預測未生犯罪的困難，針對已生犯罪的再犯預測，因為犯罪行為人得作為實證統計的素材，可以從中獲得科學數據佐證。換言之，在矯正罪犯的區塊，其實是一種「再犯預防與控制」的研究²⁷，對於

²⁶ 鄧煌發、李修安，*犯罪預防*，一品，2012年，頁336以下。

²⁷ 近代的刑事政策時常可見危險（風險）概念的身影，See Trevor Bennett (1994), *Police Strategies and Tactics for Controlling Crime and Disorder in England and Wales*, *Studies on Crime and Crime Prevention* Vol. 3, pp.146-167. 該文亦表示，因為危險概念受到重視，所以在犯罪預防上，警方針對高犯罪率的地區進行掃蕩，同時也更重視社區合作、家庭安全等項目，這些舉措並對治安維護有不錯的助益。附帶一提的，在巨觀的刑事政策底下，這些方法都屬於刑事政策的一環；在中觀的刑事政策底下，警方針對高犯罪率地區的巡邏或社區合作等，則屬於警政政策或治安政策。

罪犯危險的有無，進行危險預測，也就是再犯預測。通常的危險預測方法有直覺法、臨床法與統計法²⁸。直覺法是由法官的專業知識與實務經驗，判斷罪犯再犯可能性，但這樣的預測不免過於主觀，因此必須借助臨床法及統計法：前者係心理學家及精神醫學家調查可能再犯的因素，提供法官參考；統計法是依據專家作成的再犯預測表，評估再犯危險性。

因為再犯可能性被預測，預測結果直接影響刑事政策，在矯正罪犯上的策略走向。對於不能或難以矯正的罪犯，表是其再犯可能性高，社會可能傾向將之隔離，使罪犯無法與社會接觸，以免侵害社會；反之，再犯可能性低的罪犯，經由矯正機關的教誨，使之再返社會，重新開始人生。社會防衛與社會復歸的構想，本於危險控制的思考，同樣都是要控制再犯危險，差異僅在於方式選擇的不同；權衡之下，社會復歸應為原則，社會防衛應屬例外，因為就社會整體而言，資源相當有限，一味隔離罪犯只是虛耗資源，如能矯正成功，待罪犯重返社會，反而有助於提升社會生產²⁹。

實踐上，要使罪犯矯正能夠發揮效果，真正避免再犯，關鍵在於個別化的處遇，也就是對個別罪犯的犯罪原因有所瞭解，進而對症下藥³⁰。例如，對於未成年罪犯的處遇，除了刑罰之外，應重在教育感化，讓年輕生命有重新來過的機會；施用毒品的罪犯，協助其戒除毒癮，透過勒戒及強制戒治等手段，避免其因戒斷症狀而前功盡棄，同時重視減害計畫³¹；性

²⁸ 林山田、林東茂、林燦璋，註 11 書，頁 182；黃富源、范國勇、張平吾，犯罪學概論，三民，2006 年三版，頁 511 以下；張麗卿，刑法總則理論與運用，五南，2011 年四版，頁 46。另外，亦可參見：鄧煌發、李修安，註 26，頁 35 以下。

²⁹ 汪明亮，社會資本與刑事政策，北京大學，2011 年，頁 191 以下。

³⁰ 許福生，註 3 書，頁 23；魏東主編，刑事政策學，四川大學，2011 年，頁 209 以下。

³¹ 毒品犯罪，尤其是施用毒品，占當前臺灣犯罪總數相當大的比例（長居犯罪總數的第二位，僅次於公共危險罪，見：法務部，犯罪狀況及其分析 99 年，法務部，2011 年，頁 14、15），相關的處遇措施，可以參見：王紀軒，施用毒品罪之研究，東海大學法律學研究所碩士論文，2008 年，頁 123 以下。必須特別說明的是，「減害計畫」要減的「害」是，因為施用毒品所連帶造成的疾病傳染。疾病可能隨著施用毒品的過程傳染，毒品本身已經會造成危險，若加上致命的疾病，無疑是雪上加霜。尤其是愛滋病（後天性免疫不全症候群，Acquired Immunodeficiency Syndrome；AIDS），時常藉由施用毒品者針頭共用行為蔓延，若施用毒品者染上愛滋病，未來戒毒處所的管理勢必要考量如何避免愛滋病在戒毒處所內擴散，否則稍一不慎都可能造成無法挽救的悲劇。行政院研究發展考核委員會，毒品問題與對策，行政院研究發展考核委員會，2006 年，頁 30 以下；See James A. Inciardi / Ruth Horowitz / Anne E. Pottieger (1993), STREET KIDS, STREET DRUG, STREET CRIME: AN EXAMINATION OF DRUG USE AND SERIOUS DELINQUENCY IN MIAMI, CA: Wadsworth Publishing Company, pp. 180-184.對於施用毒品者所造成的愛滋病氾濫問題，2005 年衛生署先由大台北地區、桃園縣及台南縣開始，爾後逐步全國跟進，力阻愛滋病毒藉由毒品施用而泛濫。依據衛生署的多年調查，施用毒品者在新感染愛滋病的人數百分比，依序是 2003 年 10%、

罪犯，則重視心理輔導，必且長期追蹤³²。總之，矯正罪犯的處遇，主要考慮去除罪犯的危險性格，尋求再社會化可能性，其根本之道是依靠社會復歸的各種教育及治療手段矯正罪犯，促其順利回歸社會。但是，過度廣泛的個別化處遇，或許有侵害人權的疑慮³³，且所費不貲³⁴，在消耗國家資源的同時，處遇的成效並無法獲得擔保。

第三目 保護犯罪被害人

保護犯罪被害者的刑事政策目的，顯然是從犯罪被害者的面向出發，且係巨觀的刑事政策觀點。將犯罪被害人納入考量，主要是因為過往的刑事政策，無論是立法上的入罪或除罪，刑事訴訟程序的被告權益保障，或受刑者在刑事處遇的內容等，通常都將焦點放在犯罪行為人身上，而忽略犯罪被害人。為了維持社會秩序，犯罪被害者的保護亦屬重要部分。

與法制較完備的國家或地區相比，臺灣犯罪被害人受到關注是晚近的事情³⁵，1998年立法院立法完成犯罪被害人保護法，是犯罪被害人保護運

2004年41%、2005年73%、2006年60%、2007年的1至2月為42%（法務部、教育部、外交部、行政院衛生署，96年反毒報告書，頁116；教育部、法務部、外交部、行政院衛生署的98年反毒報告書，則未見相關統計），大體上看來國家已經採取有效的政策，用以降低因毒品施用所引發的危險——愛滋病傳染。

³² 性犯罪，是現在臺灣最關注的重大犯罪之一，在2010年9月掀起的白玫瑰運動，更是臺灣社會關心性犯罪相關問題的高潮。所謂性罪行，早期多關注在強制性交，或成年人與未成年人性交的部分，現在則將討論的觸角延伸到特殊性癖（sexual deviant），諸如亂倫、偷窺癖、戀物癖（如人獸性交）、戀童癖，以及性虐待與被性虐待者，可能成立的犯罪問題上。See Frank E. Hagan (2011), INTRODUCTION TO CRIMINOLOGY: THEORIES, METHODS, AND CRIMINAL BEHAVIOR, 7th ed., CA: SAGE Inc., pp. 443-444. 對於性犯罪的輔導相當不易，且耗費社會資源頗鉅（魏東主編，註30書，頁236、237。）；近年臺灣導入電子監控，用以對性犯罪者長期監管，成效似乎也十分有限（彰化地檢署委託研究案「電子監控法制化之研究」成果報告（MM9909-1142），主持人：張麗卿；協同主持人：吳俊毅、王紀軒，2011年，頁64、65、511以下『按：該成果報告511頁以下，是訪談觀護人對於電子監控在實務運作的成效看法』）。

³³ 許福生，註3書，頁23、24

³⁴ 例如德國的電子監控非常個別化，且鉅細靡遺，連受電子監控個案的工作時間、住家時間、休閒運動時間等均有規劃。德國個別化的處遇建立在龐大的觀護系統之上，臺灣現階段而言，恐怕難以完全複製。參見：彰化地檢署委託研究案「電子監控法制化之研究」成果報告，同註30，頁39以下。

³⁵ 早在1957年林紀東教授便呼籲建立犯罪被害人的損害補償制度（林紀東，刑法上之損害賠償問題，刑事法雜誌1卷4期，1957年8月），但是1970年前後學者才真正開始將被害人列為研究議題，但多是零星探討；1990年代學界擴大重視，廿世紀末「被害人學」開始進入大學課程。關於這段歷史詳請參見：黃富源、張平吾，被害人學新

動的一波高潮，但該法施行多年，成效有限，主要讓人詬病的是，犯罪被害人認定狹隘、補償機制不周、程序保障不足、福利措施欠缺，以及犯罪被害人保護協會組織空洞且經費短缺等；面對各方問難，2009年犯罪被害人保護法修正，將受保護對象擴大至性犯罪被害人，並且將精神慰撫金列為補償項目。但是，整體而言，臺灣對於犯罪被害人保護制度仍有很大的進步空間³⁶。

對於犯罪被害者的權益保護，除了犯罪被害人補償制度之外，更擴及更周全的社會關懷，以及刑事訴訟上的權能。以日本法為例，日本犯罪被害人等基本法第15條規定，國家除了應注意被害人的短期人身保護外，對於住宿設施、參與刑事程序的安全等都應該注意，且應指導被害人如何預防犯罪，以及對被害人個人資訊的保護。特別應注意的是，住居與工作是犯罪被害人生活重建工程中最重要者，若犯罪被害人欠缺得以安身立命的住所和工作，豈能奢談生活重建。日本法對於犯罪被害人繼續住在原處或居住有困難者，得將之安置於公營住宅，且國家應穩定犯罪被害者的就業，同時應該讓雇主瞭解犯罪被害者的情況，使之對犯罪被害人有所體諒。

反觀臺灣犯罪被害人保護法的規範較為簡單，如以住居和工作為例，規定於該法第30條第1項第1款「安置之協助」及第6款「生活重建之協助」；住居與工作對犯罪被害人相當重要，古人云「安居樂業」，恰可表彰其重要性。住居方面，犯罪被害人保護協會對遭到重大變故，致無家可歸而需緊急安置收容者，協助安排於政府、社會福利機構的適當處所；不過這些處所十分有限，所以時常發生無法轉介情形，協會只能就膳食、住宿及日常費用提供資助³⁷。工作方面，犯罪被害人保護協會有提供輔導就

論，三民，2008年，頁8；許福生，犯罪被害人保護政策之回顧與展望，月旦法學178期，2010年，頁12以下。

³⁶ 對於犯罪被害人保護的改革，許多學者專家均有提出良善的建議，可以參見：廖元豪，我國犯罪被害人保護法制的檢討與策進—並簡介日本「犯罪被害人等基本計畫」，刑事法雜誌52卷6期，2008年，頁57、58；許福生，制定犯罪被害人等權益保障法—有計畫推動被害人等權益保障，刑事法雜誌52卷6期，2008年，頁151以下；許福生，註35文，頁21；郭明政，犯罪被害人保護的發展與趨勢，刑事法雜誌52卷6期，2008年，頁63以下；盧映潔，犯罪被害人保護修正之評析，月旦法學178期，2010年，頁41以下；陳慈幸，從日本法看犯罪被害人保護—日本犯罪被害保護重要論點歸納與觀察，月旦法學178期，2010年，頁32、33；游明仁，犯罪被害人保護措施之檢討與策進，刑事法雜誌52卷6期，2008年，頁141以下。

³⁷ 關於犯罪被害者的安置，台灣執行效果有限，據資料顯示，1998至2005年間也僅安置27人。參見：廖元豪，註36文，頁26。至於被害人保護協會的緊急安置協助資助款也相當有限，膳食費：每人每日200元，最高十日為限；住宿費：每人每日800元，

業、技藝訓練、生涯規劃等諮詢服務，以協助被害人重建生活³⁸。較為貼心的是，對於犯罪被害人死亡的遺族子女，協會對之有自托兒所到研究所的獎助學金及學雜費補助，避免遺族子女因為悲劇而無法繼續學業。犯罪被害者的社會關懷，臺灣各界不斷努力，雖未能盡美，但確實有許多的進步，值得肯定。

至於犯罪被害者的程序保護，因臺灣刑事訴訟法採取公訴自訴併行，所以問題意識被模糊。臺灣雖有自訴制度，但因法律與現實的設限，使得犯罪被害人能藉自訴參與訴訟的機會受到制約³⁹。刑事訴訟法第 323 條 1 項確立公訴優先自訴的原則⁴⁰，同一案件經檢察官偵查，便不得再行自訴；除非是告訴乃論之罪，且經直接被害人提起自訴者，方才不在此限。又現實上，刑事訴訟法第 319 條 2 項採取自訴強制律師代理制，雖然能夠節約司法資源，且保護犯罪被害人權益⁴¹，但也造成無資力人提起自訴的障礙，在無法負擔律師費用的情況下，自訴之門無法開啟，犯罪被害人只得轉向告訴。

日本近年對於犯罪被害者的訴訟參與著力甚多，恰可供臺灣參考。犯罪者等基本法第 18 條規定，法院應提供犯罪被害人刑事訴訟進度的相關資訊，讓其知悉最新狀況，並且應該「擴充犯罪被害人參與訴訟的權利」。對此，2007 年日本國會制訂「被害人參加制度」，通過日本刑事訴訟法第 316 之 3 條 3 以下的被害人參加乙節，在與生命、身體及自由相關的重大

最高十日為限；日常用品費，每人最多資助 2000 元。

³⁸ 此外，設有安薪專案、微型創業鳳凰、技藝訓練費用補助等方案，用以維持被害人的工作機會，使之能融入社會。參見：犯罪被害人保護協會，<http://www.cvpa.org.tw>（最後造訪日期：2012 年 2 月 28 日）

³⁹ 對於自訴制度是否有存在的必要，以及自訴存否與被害人權益之間的討論，可以參見：林鈺雄，刑事訴訟法（下），元照，2010 年六版，頁 179 以下。

⁴⁰ 2000 年 2 月修正前的刑事訴訟法第 323 條規定，「同一案件經檢察官終結偵查者，不得再行自訴。」修法後，將限制自訴的時點提前至檢察官依法開始偵查時。相關的內容，亦可參見：張麗卿，刑事訴訟法理論與運用，五南，2010 年十一版，頁 561。立法者認為，檢察官依法開始偵查，被害人的權益就可獲得確保，同時又可避免部分有心人士利用自訴，達到恫嚇被告或擾亂檢察官偵查犯罪的目的。同時，近年法務部提升檢察官偵查效能，進行專組辦案，並要求檢察官確實到庭實行公訴，可見公訴制度更加完備，自訴則退為輔助地位。也因此，2002 年台灣的刑事訴訟法修正時，才會針對再議、交付審判制度上進行更詳細的規定，就是為了要修正以公訴為大宗的刑事訴訟制度可能產生公訴權濫用的弊害。

⁴¹ 自訴未經偵查，案件欠缺汰選，容易造成司法資源的浪費；又採行改良式當事人進行主義之後，自訴人若無相當的法律知識，將易敗訴，所以強制律師代理就顯得必要。參見：王兆鵬，刑事訴訟講義，元照，2010 年五版，頁 564；張麗卿，註 40 書，頁 556；黃朝義，刑事訴訟法，新學林，2009 年二版，頁 586。

犯罪中，犯罪被害人得向檢察官聲請參加訴訟，藉由公判期日的出席並與被告相互質問，達到解明事案真相的效果；同時希冀犯罪被害者的心情與意見能進入法庭，使人民更加信任司法⁴²。為了讓被害人參與訴訟能夠順暢進行，日本刑事訴訟法使檢察官對於參與訴訟的犯罪被害人負擔說明義務，並允許犯罪被害人能聲請與被告當庭對質，以及法庭上應有的保護措施。

此外，犯罪被害人可自由選任律師，於審判期日出庭陪同進行訴訟活動，但為避免其因經濟因素無法聘僱律師造成權益受損，2008年日本國會修法通過被害人參加訴訟的國選辯護制度，即犯罪被害人若資力困乏時，可以要求法院選定律師並負擔費用⁴³。日本的被害人參加制度配合國選辯護制度，使犯罪被害人更積極享有訴訟上的權利，參與真實發現⁴⁴。

第二款 從刑罰目的發現

刑事政策位居要津，因為決策不僅影響刑事法體系，也會影響其他刑事學科。誠如前文，如以巨觀的刑事政策觀察，刑事政策的目的，有犯罪預防，設計可以防範、控制及降低犯罪的措施；或罪犯的處遇，藉由刑罰與保安處分，在人道且公平的個別處遇，以導正罪犯；又或對被害者的照護，協助被害人走出悲傷，迎向新生。巨觀刑事政策的目的論，出發點皆屬良善，希望藉此顧及所有與犯罪有關的社會現象。不過，目的地如此之多，恐怕迷蹤；刑事政策作為一個指引，應標記清楚，晨向東行，必朝旭日。

本文的刑事政策立場中觀，係以罪刑關係為刑事政策範圍的判準，所以刑事政策的目的，應從罪刑之間的關係發現。如果說預防犯罪是刑事政策的目的之一，某行為的入罪化，藉由刑罰威懾力或許能發揮嚇阻犯罪的效果，與罪刑關係相涉；同理，矯正罪犯與刑事政策有關，因為受刑者應

⁴² 馬場嘉郎，被害人參加制度について，法の支配 156号，2010年，頁97、98；椎橋隆幸，犯罪被害者対策の現状と課題，ジュリスト 1414号，2011年，頁149。

⁴³ 馬場嘉郎，註42文，頁102。

⁴⁴ 有論者認為這或許是應報情緒的銳化，因為日本近年刑事立法受政治與民意的影響很大。詳請參見：高山加奈子，「政治」が主導する近年の日本の刑事立法，月旦法學 172期，2009年，頁128、130。不過，被害者在刑事訴訟上的權益受到關注，並非日本獨有，德國亦是，可以參見：Hans-Jürgen Kerner 著，許澤天、薛智仁譯，德國刑事追訴與制裁—成年刑法與少年刑法之現狀分析與改革構想（Strafverfolgung und Sanktionierung in Deutschland），元照，2008年，頁194以下。

如何教化，與罪刑密不可分。其他如警民合作或諸多百姓的自保之道，均與罪刑關係沒有關聯，應該不屬於刑事政策的範疇，而是警政政策或治安防治政策⁴⁵。另外，犯罪被害者的保護工作，同樣與罪刑關係無關，亦非刑事政策所關心者，這並不是中觀的刑事政策冷漠無情，而是實事求是；如果將犯罪受害者視作社會弱勢，或其權益保障有所欠缺，可以將之歸類於社會福利政策，或直接看作犯罪受害者政策。

簡言之，刑事政策既然以罪刑關係為中心，刑事政策的目的就不可能與罪刑關係脫離。好比國際標準舞，無論舞科怎樣替換，舞的重心終究是男女舞者的舞姿、節拍及二人握持與默契；刑事政策的目的，無論是在刑事實體法、程序法或執行法呈現，關鍵永遠都在罪刑之間的關係。確立這樣的前提，再回顧前文所提及的預防犯罪（按：本款以下所稱，僅限於立法入罪除罪層面）、矯正罪犯，二者均屬罪刑關係的延伸，是否可以將此視為刑事政策的目的，以一種限縮巨觀刑事政策目的的看法，當作中觀刑事政策的目的；然後理所當然地認為，刑事政策的目的，是透過預防犯罪及矯正罪犯的方法，達成維護社會秩序的目標。

本文以為，刑事政策的目的恐怕並非如此，故不贊同上述的推論。所謂維護社會秩序的目標，不適宜作為刑事政策的目的；更精確地說，這恐怕是所有所有國家政策的目的。無論是刑事政策、衛生政策、交通政策乃至於外交政策等，所有國家政策都維繫著社會秩序的穩定，要將刑事政策的目的與維護社會秩序相牽連，一來給刑事政策戴上高帽，二來實際上並未真正給予刑事政策的目的，作出明確的判定。

又，政策係對現況不滿的反應，或配合社會變遷所為的變化；以罪刑關係為主的刑事政策，自是因為現下的罪刑關係處於非理想狀態，或隨著社會變遷使得罪刑關係有調整必要。申言之，刑事政策思考的重點在於，罪刑關係應該處於怎樣的狀態，而當前的罪刑關係是否超過或有不及，且該如何調整。刑事政策的目的應該具備一貫性，即目的應能貫通刑事實體法、程序法及執行法，如此才能被稱為刑事政策的目的（母），而非個別獨立於刑事實體法、程序法或執行法的目的（子）。在篩選巨觀刑事政策

⁴⁵ 關於巨觀刑事政策目的下，較為廣泛的內容，如「強化肅清社會病源、減少犯罪衍生」、「加強社區動員，提升社區意識與守望相助工作」、「做好居住環境設計與規劃，免受犯罪侵害」、「強化預防犯罪宣導，加強個人自我保護措施」等，有學者將之稱為「治安防治對策」，見：蔡德輝、楊士隆，治安問題與防治對策，罪與刑—林山田教授六十歲生日祝賀論文集，五南，1998年，頁673以下。本文以為巨觀的刑事政策，若稱為治安防治政策，以彰顯其範圍之廣，或許更為妥適。

的目的時，可以發現僅有預防犯罪及矯正罪犯，與罪刑關係存有關聯；但進一步思索，不難發現預防犯罪與刑事實體法的關聯較深，縱然稱厚植司法官認事用法的能力，能有效認定罪刑關係，具有預防犯罪的效果，亦僅將預防犯罪的可能性擴及刑事程序法，仍難涵蓋刑事執行法，至於矯正罪犯的主力在於刑事執行法，所以預防犯罪與矯正罪犯，二者均無法貫通刑事政策所覆蓋的刑事法體系。

總而言之，刑事政策的目的，絕非預防犯罪或矯正罪犯，更不是保護犯罪受害者。要論刑事政策的目的，必須由罪刑關係觀察，當罪刑關係處於不理想的狀態，或有因應社會變遷而調整的必要時，商討罪刑關係修正的方向，才是刑事政策的目的。惟罪刑關係修正的方向為何？關係著刑事政策的目的，也就是刑事政策要把當前的罪刑關係指引何方。對於這個問題，可以從「刑罰目的」探究，因為罪刑關係的搭建，犯罪先發生，無罪無罰、有罪有罰，刑罰在犯罪發生後，才與之構成某種關係。是故，刑罰目的與罪刑關係之間理想性，密不可分，更與刑事政策的目的存有必然關聯。

第三節 刑罰的目的

由刑罰目的的視角，思考刑事政策的目的，將能更清晰明瞭。學理通常將刑罰目的區分為犯罪應報、一般預防及特別預防三種⁴⁶，隨著刑罰論

⁴⁶ 通常刑法學者也都是由這三個角度切入刑罰的目的論，諸如：林山田，刑法通論(下)，自版，2008年十版，頁413以下；蔡墩銘，刑法精義，翰蘆，2007年二版，頁397以下；林東茂，刑法綜覽，一品，2009年六版，頁1-18、19；余振華，刑法總論，三民，2010年，頁487、488；陳子平，刑法總論，元照，2008年二版，頁687；劉秉鈞，論犯罪的法律效果—以保安處分之目的與刑罰之差異為中心，甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集(上)，承法，2012年，頁628以下；張麗卿，註28書，頁39以下；林鈺雄，新刑法總則，2009年二版，頁13以下；王皇玉，論刑罰的目的，刑罰與社會規訓—台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變，元照，2009年，頁4以下。這種區分方式，在日本也有如此，如：小野清一郎，刑罰の本質について，刑罰の本質について・その他，有斐閣，1955年，頁22以下；山中敬一，刑法總論，成文堂，2008年二版，頁57、58；川端博，刑法總論講義，成文堂，2006年二版，頁38；佐久間修，刑法總論，成文堂，2009年，頁440、441；松宮孝明，今日における犯罪論と刑罰論の關係，立命館法学317号，2008年，頁482以下；西田典之，刑法總論，弘文堂，2010年二版，頁15以下。此外，學者黃榮堅教授在應報與預防的刑罰目的外，指出所謂的「規範維護理論」，這個理論認為，刑罰在於穩定社會規範的價值內容；但黃榮堅教授認為刑罰目的應當是，維護最低限度的利益總量衡平。可以參見：黃榮堅，基礎刑法學(上)，元照，2012年四版，頁10以下、39-41。學者韓忠謨先生，指出

研究的進步，學者之間已經產生三種刑罰目的不能偏廢的共識，使得刑罰目的走向綜合理論；但綜合理論並非全面融合，而是犯罪應報、一般預防及特別預防之間形成主輔關係，所以綜合理論因為孰主孰輔，而造成彼此之間仍有不同。以下，先對犯罪應報及預防觀點的看法進行說明，再分析綜合理論之間的異同，並提出本文所採取的刑罰目的觀。

第一項 犯罪應報

應報思想是人類文明古老但不落伍的觀念，中西皆然。《論語·憲問》中，孔子言「以直報怨」，倘若人們以德報怨，則何以報德？所以對於罪惡之事就應該秉直對待，施以相當應報，對於他人恩德方才以德報德，這是儒家思想對於人性的關照。另外，引導東方文化的佛家思想，有著精緻的因果報應觀，所謂「善惡有報」，為善有善報，為惡有惡報，報應不一定發生在行為之後，可能反應在未來的日子裡，甚至來生，這與佛家的輪迴觀念，環環相扣。

西方的基督文明，同樣蘊藏豐富的應報思想，此與基督教的一神教義有密切關係。宗教都強調神的權能，一神信仰尤其標榜神的至高無上，因為神掌管一切，不像多神宗教有眾神分工的觀念。譬如我國傳統文化，玉皇領導天界，文昌掌管文學與考試，城隍專司人間善惡及陰間審判；又如希臘文明裡，宙斯統治天空，波賽頓管理海洋，雅典娜是智慧與勝利的女神。相對於基督教信奉唯一真神耶和華，神具有絕對全能，創造並統理一切。《舊約聖經》〈創世紀〉第 2、3 節記載「神說，要有光，就有了光。神看光是好的，就把光暗分開了。」《新約聖經》〈路加福音〉第 1 章 37 節也有言，「因為出於神的話，沒有一句不帶能力的。」

刑罰的最終目的在於「防衛社會」，要達成此目的，有賴各種刑事制度配合，形成刑罰的機能（按：應是指手段、方法），若由比較具體的視野觀察，在刑罰的機能上，對犯人而言，在於矯正或隔離；對社會而言，用以警戒並彰顯社會倫理價值；對法規範而言，表示法律對犯罪的態度與評價。又韓氏強調目的與機能不可混淆，這些機能都是為了促進刑罰目的，也就是防衛社會。參見：韓忠謨，刑法原理，自版，2002 年修訂版，頁 429 以下。不過，大陸刑法學者，似乎主要以「雙面預防」解釋刑罰目的，也就是區分為一般與特別預防，應報的觀念融入特別預防之中，參見：高銘暄、馬克昌主編，刑法學，北京大學，2008 年三版，頁 245 以下；張明楷，刑法學，法律，2007 年三版，頁 398 以下。但也有持應報與預防觀點，見：陳興良，刑法哲學，中國政法大學，1997 年，頁 362 以下。

若神是全能，其意志就如同真理，人必須遵循神的規範處世。《舊約聖經》〈詩篇〉第 1 章 2 至 6 節，「惟喜愛耶和華的律法，晝夜思想，這人便為有福。他要像一棵樹栽在溪水旁，按時候結果子，葉子也不枯乾。凡他所作的，盡都順利。惡人並不是這樣，乃像糠秕被風吹散。因此當審判的時候，惡人必站立不住，罪人在義人的會中，也是如此。因為耶和華知道義人的道路。惡人的道路，卻必滅亡。」由此可知，遵循耶和華律法者是有福的義人，與之相對的惡人必須遭受應報，下場就是滅亡。〈申命記〉第 19 章 19 至 21 節更清楚記載，「這樣你便由你中間剷除了這邪惡，其餘的人聽了，必然害怕，在你中間再不致有這樣的惡事發生。你不可發慈悲，要以命償命，以眼還眼，以牙還牙，以手還手，以腳還腳。」凡與神的意旨相左者，神都施加等值應報，取人性命者以命償之，壞人身體者以相同器官還之。既然神是真理，神的懲罰當然亦是，應報也就因此象徵著絕對的公平。

第一款 犯罪應報的意義

犯罪是最嚴重的惡行，刑罰的存在，就是為了針對此等惡行作出適當回應。換言之，在犯罪應報的思想下，刑罰就是代表社會對於犯罪者的惡行所產生的反應，用以平衡因犯罪所產生的苦痛。犯罪應報的第一層意義在於，犯罪作為刑罰發動的前提，因為有罪有罰、無罪無罰，如果不生犯罪，自然不可能求得與之等量的刑罰，刑罰當然不可能存在；第二層意義是，對於已生的犯罪，應重視犯罪與刑罰間的等量，也就是重罪重罰、輕罪輕罰，如果重罪輕罰或輕罪重罰，犯罪所生的苦痛將無法藉由刑罰而真正獲得平衡。

在討論犯罪應報時，必須要將應報與復仇加以釐清，二者並不相同⁴⁷。復仇是人類仇恨心理以及攻擊本能的表現，藉由復仇填補心中的恨意與怨念，是私人負面情慾向外推展的表徵；應報是社會非價判斷的反應，透過應報達到社會善惡的平衡，是社會價值判斷的具體呈現。復仇糾結人慾，一念之間可能衍生連綿不絕的仇恨；應報則是秉持社會公理，讓罪惡和懲罰之間進行適度的衡量。

由於應報講求罪刑之間的均等，因而有「正義理論」之稱號；將應報與正義劃上等號的代表人物，是德國哲人康德，其認為：假設有一個存在

⁴⁷ 林山田，註 16 書，頁 47 以下；張麗卿，註 28 書，頁 39。

於某海島的公民社會，經所有社會成員決定要將所身處的社會解散，然後眾人分居於世界各處；但若海島的監獄裡，尚有一名謀殺犯，必須將之處死，才可以執行解散社會的決定。康德更進一步表示，唯有如此，才能讓大家認識到自己言行都有各自的報應，同時亦明瞭不應將血債留給後人，若不將之處死，則眾人將成為謀殺罪的共犯⁴⁸。由這個比喻可以知道，因應報而生的刑罰，不單是國家社會的權力，更是義務⁴⁹。但是，必須強調是的，此並非等同於本文的正義觀。

在應報觀點下，刑法屬於定然律令⁵⁰，具有絕對性，是理所當然的規範，不許個人私意選擇。當罪犯因自身實施的惡，而受到對等的痛苦時，正義才得實現。但是，應報理論終究不是復仇，係以適度刑罰作為社會對於犯罪行為的責難反應，其應建築在三項基本條件之上⁵¹：第一，國家有權對人民進行懲罰，否則將流於復仇；第二，被處罰者需有罪責，且罪責高低是可以區分的；第三，罪責高低與刑罰輕重，相互對稱合致，足使世人認同刑罰的公平公正。這些基本原則，奠定犯罪應報觀成為刑罰目的論的中流砥柱，更因而確立當代刑法的基本架構。

第二款 犯罪應報的評論

第一目 犯罪應報的優點

犯罪應報的優點，與該理論的基本條件有著密切相關。首先，應報並非私人復仇，而是整個社會對犯罪的懲罰，是故將某種行為認定為犯罪，又應對之施以怎樣的刑罰，必先有明確的規範，這樣人民的行為才有所依歸，國家也才有權力對人民發動刑罰。事實上，這與天字第一號刑法原則「罪刑法定」有著密切關聯。換言之，在「有法律方有犯罪，有犯罪方有刑罰」的約束下，國家刑罰權的發動才能夠師出有名，否則應報體系將會崩壞。

其次，犯罪應報觀點認為，行為人需有罪責，國家才能對之動刑，且

⁴⁸ Immanuel Kant 著，沈叔平譯，法的形而上學原理，商務印書館，1991年，頁167。

⁴⁹ 王立峰，懲罰的哲理，清華大學，2006年，頁81。

⁵⁰ 也稱為絕對命令。Immanuel Kant 著，沈叔平譯，註48書，頁164、171。

⁵¹ 林山田，註16書，頁51；張麗卿，註28書，頁39、40。

行為人的罪責可以區分高低。這是「罪責原則」的體現。罪責原則就是，行為人有機會及能力進行合法行為，卻選擇違法惡行，此時國家社會得以譴責行為人的良知，並以刑罰加以制裁⁵²。罪責原則的基礎是，承認人的理性自由，有理性且自由的人才有可能作出決定，否則人都是被決定的工具而已；也因如此，理性自由的人本來可以不為惡行卻決定為惡，法律當然可為良知非價的判斷，追究行為人的責任。換言之，一個人如果沒有明辨是非或控制自己行為的能力，又或遭受他人控制而不能自主決定時，法律便不能對行為人進行良知非價的判斷，所以刑法對於稚齡幼兒、精神病患乃至於不明法律的人等，並不會進行有責性的判斷。

罪責原則之下，無罪責必然無刑罰，但有責並不必然有罰，是故刑事訴訟法將有罪判決區分為有罪科刑判決及有罪免刑判決。此乃因為，罪責本有程度高低之分，例如傷人行為，有人是蓄意犯之，有人因莽撞造成，彼此之間的責任當然不同，當行為人的罪責極輕微時，若經審酌並無應刑罰性或刑罰的必要性，自然無庸逼迫有罪責者凡事必以刑罰相繩。

因為罪責有高低之分，使得刑罰亦有輕重之別。由於應報不等同於報仇，所以不允許任由被害人或社會恣意濫行懲罰的力量，而是應設立一套公平的判準機制，藉此平衡罪刑之間的關係，若以天平為例，社會企盼罪刑分別放置在天平二端時，天平能夠處於平衡靜止的狀態。犯罪是刑罰發動的起因，先將判定的犯罪置於天平托盤上，再以相當的刑罰置於天平另外一端，二者平衡則天平穩當，若刑罰過度或不足，天平將歪斜傾倒。對於重大犯罪，行為人惡行惡性十分嚴重時，刑罰自應當從重；相反的，犯罪情節輕微且行為人惡性微小，刑罰自宜從輕。如此一來，方能使社會獲得順乎公平且體貼人情的刑罰。

第二目 犯罪應報的缺點

犯罪應報的觀點，搭建刑罰的主體架構，但仍受到相當程度的批判。首先，評論者認為，應報只是一個過度理想的神話，因為真正對等均量的應報，並不可能真正存在於世上⁵³。假如某甲將乙的左臂砍斷，失去左臂

⁵² 林山田，註 46 書，頁 376；林東茂，註 46 書，頁 1-156；余振華，註 46 書，頁 279；張麗卿，註 28 書，頁 237、238。

⁵³ 劉守芬、余諍，從一元均衡到二元均衡－罪刑均衡的系統性考察，中外法學 2002 年 2 期，2002 年，頁 152。

的苦痛，究竟要以怎樣的刑罰才能達到理想平衡，甲奉上自己的左臂？或依據刑法第 278 條第 1 項重傷罪的規定，處五年以上、十二年以下的有期徒刑？若應報無法求得罪刑之間的適切關係，應報的目標將難以實現，應報所遺傳的宗教或神話基因，就將永遠藏於理論體內。

應報有強烈的倫理元素，但絕對倫理的實現，已非現代國家的任務；縱然國家有意以此為己任，現實上也難以達成。礙於現實，人類社會永遠都可能存有犯罪黑數⁵⁴，有許多理應受罰的罪犯，因為無法偵查訴追而得以逍遙法外；又鑒於訴訟經濟等考量，國家不可能徹底執行應報，面對許多輕微犯罪，設計緩起訴制度等措施，使行為人不受刑罰制裁。再者，今日國家刑罰權的發動，業已轉為法益保護，諸如個人生命、身體、自由及財產，或國家社會安全等，並非將眼光專注在對已生罪惡的懲罰；又實際上刑法規範的內容與功能有其不完整性，且刑法作為最嚴厲的制裁手段而有最後手段性⁵⁵，都使得應報的空間遭受壓縮。

另外，有論者提出警語，講求應報的刑罰觀可能迷失在惡法亦法的胡同中，因為應報刑依附的規範，若立意不良善，應報將助燃惡法，且脫胎成為惡罰。雖然不少人稱犯罪應報為正義理論，但實際上，應報並不同於正義，在高舉應報旗幟時，應當對依附的規範，能有清醒的認識⁵⁶。而且，立足於應報的刑罰執行，通常只考慮施予行為人對等的痛苦，無助社會損害彌補，對於法律秩序的回覆仍存有遺憾，恐怕不是刑罰的唯一觀點。

第二項 犯罪預防

講授刑法的教科書，在說明刑罰意義與目的時，通常是依循應報、一般預防、特別預防理論的順次進行，但這樣的論述架構，產生一件有趣的現象。

⁵⁴ 林山田、林東茂、林燦璋，註 11 書，頁 161 以下。

⁵⁵ 甘添貴，刑法謙抑思想，月旦法學 24 期，1997 年，頁 50、51；張麗卿，註 28 書，頁 25、26。甘添貴教授於文中清楚說明刑罰謙抑性的思想：補充性，並非萬能，社會規範的積極功能仍有賴教育、道德或宗教等；片段性，只能維持社會秩序的最小範圍；寬容性，刑罰不能全面介入社會統制手段，對於非刑事不法的不法行為，刑罰只能放任其存在。

⁵⁶ 邱興隆，關於刑罰的哲學：刑罰根據論，法律，2000 年，頁 73、74。

對於學理脈絡的說明，會遵行時間軸的軌跡前進，藉此展現從古至今人類思想的進步。然而近代西方刑法發展歷程，應報理論的發聲者，如 1797 年康德的《法的形而上學原理》，1821 年黑格爾的《法哲學原理》，實際上是比預防理論的倡議家，如 1764 年貝卡里亞的《論犯罪與刑罰》，1789 年邊沁的《道德與立法原理導論》為晚。對此，為何後出現的觀點被推到前面說明，本文幾經思慮仍不明就裡；可是這樣的安排，是否會讓人產生預防理論是站在應報思想的肩膀上發展出來的，所以預防理論更貼近刑罰真諦的印象⁵⁷。本文以為，這些疑問或許有深究的必要。

事實上，一般預防與犯罪應報相同，都是古老但不落伍的思想。在中國《尚書·大禹謨》就已記載「刑期於無刑」，說明刑罰重要的意義之一在於，教導人民恪守法律，使刑罰不需要有發動的時候。事實上，就是藉由刑罰威嚇人民，使人民知道犯罪之後的下場，近而遠離犯罪。刑罰一般預防觀點的鼓吹者，當以法家為首，如《韓非子·奸劫弑臣》，韓非子認為「正明法，陳嚴刑，將以救群生之亂，去天下之禍」；又《商君書·刑賞》之中，商鞅表示「禁奸止過，莫如重刑，刑重而必得，則民不敢試，故國無刑民」。

西方的刑罰一般預防思想，同樣相當發達，最直接的方式就是以死刑威嚇人民⁵⁸。例如十三世紀德國的《薩克森法典》，主要匯集今日德國北境的習慣法，其中規定，反抗國王處以活埋，咆嘯公堂處絞刑，偷竊三先令以上者得處死；十六世紀德國的《加洛林納法典》同樣延續死刑威嚇力，在他人的魚塘捕魚或墮胎等行為，均可以被處以死刑；又如十八世紀的英國，死刑的罪名高達二百餘種，其中甚至包涵無故砍樹、寫信恐嚇等行為。由此可知，以嚴刑峻罰威嚇人民，是中西文化都曾經歷過的歷史。

第一款 犯罪預防的意義

近代的刑罰理論，在一般與特別預防理論的分水嶺上，多以德國法學家費爾巴哈（Paul Johann Anselm von Feuerbach, 1775-1833）確立一般預防

⁵⁷ 與筆者有相同的疑惑者，可以參見：白建軍，罪刑均衡實證研究，法律，2004 年，頁 41。

⁵⁸ 一些相關的內容，可以參考：何勤華主編，外國法制史，韋伯，2004 年，頁 118、119；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，法文化研究：繼受與後繼受時代的基礎法學，元照，2011 年，頁 150 以下；高銘暄，關於中國刑法理論若干問題的思考，刑法論文選輯，中國法制（中國法制出版社編），2004 年，頁 116。

理論的架構⁵⁹；特別預防理論的體系，則見於另外一位德國刑事政策家李斯特（Franz von Liszt, 1851-1919）⁶⁰。事實上，無論是一般預防或特別預防，二者中心思想一致，都在預防犯罪，只是觀察事理的角度不同。

簡言之，一般預防是從犯罪尚未發生的角度觀察，思考如何杜絕犯罪的發生；特別預防則由犯罪已發生的角度觀察，考慮如何避免已發生的罪惡再次發生。或許將一般預防、特別預防，分別稱之為罪前預防、罪後預防，更能傳神。以下，分別就一般預防與特別預防的意義，說明如次。

第一目 一般預防

一般預防理論（罪前預防）認為，刑罰對社會所產生的一般性作用在於，藉由法律明確規範罪刑的內容，以及刑事司法體系的判決與執行，讓刑罰在人民心中產生威嚇力，進而發揮犯罪預防的效果。申言之，刑罰一般預防具備雙重意義，其一，人民在動念著手犯罪之前，因懼怕刑罰而卻步，是消極的一般預防；其二，對於以身試法的犯罪者，刑事司法體系能夠本於法律規定判決並執行，以展現國家嚴肅面對犯罪的態度，彰顯國家對抗不正行為的決心，積極消滅人民潛在的犯罪意念⁶¹。

英哲邊沁認為，效益原則是刑罰的導師，刑罰的設計必須符合效益原則的指導。刑罰的首要目的就是，防止任何犯罪；其次是，假如行為人必然犯罪，刑罰必須使行為人選擇輕罪違犯，且讓行為人犯罪之後，不會去犯更多的罪；在防止犯罪的代價上，應以最低的成本為之⁶²。基於刑罰必須具有效益的想法可知，刑罰造成罪犯的苦痛，必大於罪犯因犯罪所生的利得，所犯之罪愈大，刑罰要使罪犯付出更大的代價，且為了達成防止犯罪或道德教誨的目的，可以使用重罰；在立法設計上，如要防止犯罪，較輕微的不成比例的懲罰規定是被允許的，因為規定愈是複雜精細，愈有可

⁵⁹ Paul Johann Anselm von Feuerbach 著，C. J. A. Mittermaier 出版，徐久生譯，德國刑法教科書（Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts），中國方正，2010年，頁134、135。

⁶⁰ Franz von Liszt 著，Eberhard Schmidt 修訂，徐久生譯，註5書，頁15以下，428。

⁶¹ 必須說明的是，刑罰一般預防的概念，法國法有作更細膩的區分：「一般的」一般預防、「特別的」一般預防。前者是以立法方式，對人民產生威嚇，意思與本文的一般預防相同；後者則是指法官針對個別案件，為有罪科刑判決後，法官量刑所產生對人民的威嚇效果。可以參見：川崎一夫，體系的量刑論，成文堂，1991年，頁61。

⁶² Jeremy Bentham (1982), supra note 1, p.165.

能造成漏洞，籠統概括的規定反而可以包山包海，確實達到防堵犯罪的效果⁶³。

德國法學家費爾巴哈在邊沁等哲人思想的基礎上，加以強化，使得體系架構更加完整。一般預防的理論架構，建立在人的理性之上，因為理性人有權衡利害得失的能力。假設人因某種欲求無法滿足而感覺痛苦，而該欲求可藉由犯罪手段加以滿足，但若以犯罪手段滿足欲求，必須接受隨之而來的刑罰制裁；理性人會審酌欲求無法滿足的痛苦，以及刑罰制裁所引發的痛苦，二者究竟何者痛苦較大；理論上，刑罰所造成的痛苦必然重於欲求不滿足的難過，理性人自然會為閃避刑罰的痛苦，而忍受欲求無法滿足的感受。是故，刑罰因為人的理性，生成心理強制作用⁶⁴，並因此阻嚇大眾犯罪的慾念。

第二目 特別預防

特別預防(罪後預防)的觀點，同樣自古有之。古希臘的柏拉圖認為，善是快樂，人所嚮往，惡是不幸，人所厭惡，所以人自願趨善避惡，而無人願意為惡，除非該人誤惡為善。柏拉圖的思緒反映在刑罰目的上，就可以知悉刑罰的著力點應當在於，促使罪犯明瞭善惡之分，如此理性者將棄惡揚善，返回正途。同樣的觀念在中國古代也有，《尚書·大禹謨》有言「明於五刑，以弼五教，期於予治。」刑罰作為教化的輔助，德主刑輔，也就是先教後刑，假如罪犯受教，願意改過遷善，自然應鼓勵之；若罪犯冥頑不靈，恃惡妄為，只好動之以刑，以防止犯罪再次發生。

一般預防理論，是以人的理性為發展基礎，因理性人深知刑苦而不犯罪；特別預防則是以罪犯的「再犯危險性」為立論基礎⁶⁵，以此作為刑罰是否發動及其刑度輕重的依據。假如罪犯惡行僅是偶發，日後不會再發生，則罪犯欠缺再犯危險，自無預防必要，刑罰不妨從輕或免除；反之，罪犯若有再犯危險存在，為了預防犯罪，刑罰才有發動的意義。由此可知，消

⁶³ Jeremy Bentham (1982), supra note 1, pp166-171.

⁶⁴ Paul Johann Anselm von Feuerbach 著，C. J. A. Mittermaier 出版，徐久生譯，註 59 書，頁 28；也可以參見：張麗卿，司法精神醫學—刑事法學與精神醫學之整合，元照，2011 年三版，頁 149、150。

⁶⁵ 蔡墩銘，刑法原理的犯罪觀與刑罰觀，刑事思潮之奔騰—韓忠謨教授紀念論文集，韓忠謨教授法學基金會，2000 年，頁 8；陳志龍，刑法目的與預防理論，臺大法學論叢 23 卷 1 期，1993 年，頁 124 以下；張麗卿，註 64 書，頁 154

除罪犯再犯危險性，也就是「再社會化」，才是刑罰目的，唯有如此，預防犯罪才得真正落實，所以重罪者若無再犯危險，得以從輕，輕罪者若危險性格深重，亦無妨從重處斷。實際上，這也是效益原則的展現。

德國刑法學家李斯特，秉持這樣的構想，認為刑罰目的在於去除犯罪人的危險性格，使之再社會化；於此同時，可以一併發揮刑罰嚇阻、矯治及除害的功能⁶⁶。因為，對於再犯危險性欠缺或程度低微者，刑罰已經能夠達到嚇阻的作用；然而，對於再犯危險性高，但有教化可能的罪犯，刑罰可以發揮矯治功能，使其重返社會；若再犯危險性高，又無教化可能的罪犯，刑罰將之與社會隔離，使社會短期或長期之內，都能夠處於安全的狀態。

李斯特的想法，樹立當代的保安處分制度。保安處分與特別預防理論憂戚相關，都把焦點放在行為人的再犯危險性，以及協助再社會化。在犯罪階層理論檢驗下，縱然行為已達刑事不法的程度，但因欠缺罪責，亦不構成犯罪，不能以刑罰相繩；但是，這類人可能具有高度再犯危險性，若國家漠不關心，將有造成更大損害之虞。是故，將這些不構成犯罪，但有高度再犯危險性之人，轉由保安處分處理，以精神病犯為例，利用刑法第87條監護處分，或循精神衛生法的相關規定。由此可以發現，特別預防認為，刑罰是要促使罪犯能夠適應社會，並成為社會的正面力量。

第二款 犯罪預防的評論

第一目 犯罪預防的優點

犯罪預防的刑罰觀，立足於效益思想，充分展現以刑罰積極抵制犯罪的企圖，此與犯罪應報的刑罰觀大相逕庭。犯罪應報的刑罰觀，將眼光側重在犯罪發生後，使得刑罰功能遭受侷限，因為犯罪既已發生，無論事後使用怎樣的刑罰，都無法真正撫平被害人及其家屬心中哀痛，也無法回復社會因犯罪而造成的損害。易言之，罪惡鑄成，烙印永在，若總在犯罪發生後才思考刑罰目的，必然會停留在這等困境中，只有從犯罪發生前的角度思考刑罰的功能，才能讓眼光有所突破。

⁶⁶ 林山田，註16書，頁74-75。

在犯罪預防的思潮當中，一般預防及特別預防分別擁有不同優勢。一般預防是，將眼光放在尚未發生的潛在犯罪之上，藉由刑罰施展預防犯罪的效果。這使得抗制犯罪的舉措得以提前到犯罪發生之前，使得刑罰不再是被動的事後處罰，而是主動施展抑止犯罪的效果。在立法上，一般預防擺脫犯罪應報所講求的等量，為了維護社會治安及保障人民權益，可以藉由較活潑的立法達到預防犯罪的目標。

特別預防也將目光放在未來，但不同的是，特別預防所關心的是，已生罪惡的未來。特別預防對於罪犯的再犯危險性進行審酌，藉由再犯危險性高低判斷罪犯的再社會化程度，這些判斷內容影響刑罰的發動或質量。特別預防理論不同於犯罪應報對於罪刑等量的追求，使司法運用能夠靈活彈性，刑罰內容視罪犯再社會化的需要而定，所以犯重罪但危險性低者，可以輕罰，若犯輕罪但危險性高者，可以重罰。換言之，重視罪犯再社會化的特別預防，認為刑罰不應只停留在過去的陰影中，刑罰如何避免已生的罪惡繼續違犯，如何協助罪犯走向光明，才是預防犯罪的關鍵。

犯罪預防除了能夠發揮預防犯罪的功能之外，亦帶動罪刑法定原則的確立，尤其是一般預防。因為罪刑若未經法定，則無以昭示天下，人民將無所適從，希望藉由刑罰預防犯罪的美意，自然也就大打折扣。然而，法律若能清楚規定罪刑之間的關係，人民便能獲悉哪些不法行為會遭受刑罰嚴厲制裁，才有可能衡量其中利害，使行為動靜有所依據，亦助於犯罪預防的功效，實是一舉多得。

此外，無論是一般預防或特別預防，在犯罪預防的目標上，同樣有著罪刑之間對等考量，但不同於犯罪應報。犯罪應報是「已生的犯罪」與「懲罰犯罪的刑罰」之間的對等，犯罪預防則是「未生的犯罪」與「阻止犯罪發生的刑罰」之間的對等。具體言之，犯罪預防所思考的是，欲阻止某罪發生，如何探求一種不會過低而使人民無所懼怕，亦不會過重而使人埋怨酷刑，質量均適的刑罰。

第二目 犯罪預防的缺點

雖然犯罪預防的觀點，將刑罰功能的發揮提前至犯罪發生之前，運用上也比犯罪應報來得靈活，但仍存有自身缺陷。事實上，犯罪預防存有概

念體系的邏輯矛盾⁶⁷。現實之中，所有人都是潛在的犯罪人，也都是潛在的被害人，所以每個人都可能接受刑罰制裁及保護。從制裁層面觀察，刑罰發動是以犯罪可能性為基礎，但犯罪可能性相當模糊不確定，如此對於每位潛在犯罪人，皆夾雜無罪動刑的危險；相反的，從保護層面觀察，是以罪犯有無再犯危險性為動刑的基石，對於每位潛在被害人而言，罪嫌縱然有罪，也可能是無刑或輕刑的局面，反而使被害人情何以堪。

具體的說，一般預防的目的是刑罰嚇阻為手段，藉由刑罰消弭所有犯罪可能性，以達到預防犯罪的目的。但是，一般預防的刑罰觀，忽略罪責原則，使得刑罰的拿捏無法如同犯罪應報穩定，可能為使人民心生警惕，而將刑罰過度擴張，讓刑罰走向嚴酷極端⁶⁸；此外，為徹底預防犯罪，難保國家不會為了達到殺一儆百的警示效果，而以人作為宣傳治安的工具，屆時人性尊嚴將被踐踏，眾人皆成為預防犯罪旗幟的犧牲品。

現代國家的刑法典，除了普通刑法之外，可能另外存有特別刑法或附屬刑法。特別刑法至少還有形式刑法的外觀⁶⁹，人民較能輕易辨明是否為刑罰制裁的規定，但附屬刑法則無法讓人一目瞭然，因為附屬刑法並無專門法典，是普通刑法與特別刑法之外，具有刑罰制裁規範的法律條款統稱。附屬刑法通常身披其他法律的外衣，在某些非形式刑法的規定內，含有刑罰效果。例如公平交易法的立法目的是維護交易秩序與消費者利益，並確保公平競爭，以促進經濟安定與繁榮的法律，然公平交易法第 35 條具有刑罰規定，是附屬刑法；又如建築法在於建築管理，以維護公安衛生及大眾交通，並增進市容觀瞻，然建築法第 85 條以下的部分條文具有刑罰規定，是附屬刑法。附屬刑法通常在保護抽象的制度機能，是因應現代社會的多樣需求而生，與普通刑法或特別刑法相較，被處罰的行為大多沒有反倫理色彩，不是一般人民刑法情感上能夠掌握的。是故，一般而言，尋常百姓並不清楚附屬刑法的規定，如此附屬刑法的威嚇效果無所附麗，刑罰預防的功能自然受到限制。

此外，特別預防重視罪犯的再犯危險性，以再犯危險性的高低，作為刑度輕重的準則，也就是以再社會化的角度思量刑罰是否發動，並不考慮罪犯的責任；如此一來，縱然罪行嚴重，只要罪犯的再犯危險性低，欠缺再社會化需要，就能夠獲得較輕的刑罰。但是，這樣的想法，與人性產生

⁶⁷ 白建軍，註 57 書，頁 54-55。

⁶⁸ 林山田，註 16 書，頁 54；張麗卿，註 28 書，頁 42。

⁶⁹ 林山田，刑法通論（上），自版，2008 年十版，頁 51；張麗卿，註 28 書，頁 17、18。

極大的衝突，反而容易造成民怨，使人民對於司法的信賴驟然降低；更重要的是，如果我們對於再犯危險性的預測存疑，支撐特別預防理論的樑柱就有傾倒之慮。

特別預防理論建立在實證論之上⁷⁰，相信能夠藉由實證方式去分辨罪犯與良民的差異，進而以刑罰根絕或改變罪犯的犯罪原因，達到再社會化效果。目前對於再犯危險的預測，主要有直覺法、統計法及臨床法⁷¹。直覺法是法官審理案件多年所累積的知識與經驗，用以判斷被告未來是否有再犯的可能；統計法是藉由過往統整的統計資料，制作成再犯預測的相關訊息（比如再犯預測表），供法官進行再犯預測之用；臨床法則是，委由心理學或精神醫學專家對被告進行再犯危險的研究，研究結果再交給法官參考。

現代法學的實證論與自然科學憂戚相關，因為近代以降，自然科學進步飛躍，因而影響人文社會學科，讓人文社會學科的研究方法往自然科學靠攏。在犯罪的研究上，十九世紀的實證學派以義大利為代表，他們以近似自然科學的方法研究犯罪⁷²，從中發現人類犯罪的原因。但是，目前的實證預測方法，恐怕都不能完全正確預測罪犯再犯的可能性，若刑罰依賴風雲變幻的未來，可能走向極端⁷³。反映在實務上，若再犯預測採取寬鬆的態度，絕大多數的罪犯便能輕鬆通過再犯預測的檢驗，藉此取得低於預期的刑罰，這將使被害人及社會惶恐不安，並對司法產生懷疑。相反的，採取嚴格立場，罪犯恐無法通過再犯預測，只要稍有危險，刑罰就會提前

⁷⁰ 林東茂，註46書，頁1-19。

⁷¹ 林山田、林東茂、林燦璋，註11書，頁182；黃富源、范國勇、張平吾，註28書，頁511以下；張麗卿，註28書，頁46。另外，亦可參見：鄧煌發、李修安，註28書，頁35以下。

⁷² 林山田、林東茂、林燦璋，註11書，頁26以下。當時的實證法學名家，有龍布羅梭（Cesave Lombroso, 1835-1909）、加洛法羅（R. Garofalo, 1852-1943）、費利（Enrico Ferri, 1856-1929）等人。例如龍布羅梭，本身是軍醫，又通曉精神醫學，這些經歷對龍氏研究犯罪產生很大的影響，其對罪犯進行近身研究分析，將人類分門別類，並提出天生犯罪者的說法。詳可參見：Cesave Lombroso 著，黃風譯，犯罪人論（L'uomo Delinquente），北京大學，2011年。龍布羅梭曾對四十三名精神病人、一百零一位罪犯及二十七名非洲野人的頭蓋骨進行研究（犯罪人論（下同），頁4以下），又為一千二百七十九位義大利的罪犯進行體格分析（頁16），對罪犯的紋身及筆跡等進行瞭解（頁40以下，126以下），以及氣候、種族、文化、年齡等左右犯罪的可能原因。

⁷³ 法律沒有如同自然科學一般的「客觀可驗證」共性，這是林東茂教授的看法，筆者完全認同。清楚的說明可以參見：林東茂，法學不是科學，高大法學論叢6卷1期，頁4以下。在這裡，筆者想表達的是，再犯預測要如同自然科學實驗般精準，是不可能的，在面對再犯預測或特別預防理論的思想時，不能忘記人不是神，頂多只能回顧已知過去，無法完全掌握未知的將來。

介入，更有甚者可能據此建立虞犯制度，只要有犯罪可能者，國家便以預防犯罪為由，採取防衛手段，將是更大的悲劇。

第三項 本文立場

由前述可知，純以犯罪應報或犯罪預防的觀點看待刑罰，必然無法周全，是故當代的刑罰目的觀，皆是致力於調和犯罪應報與犯罪預防之間的關係，本文亦不例外。只是，究竟採取何種立場才能探得適切的刑罰目的論，則是見仁見智。

目前學說上的刑罰理論皆是應報與預防的綜合理論（又稱調和理論、結合理論）⁷⁴。更精確的說，綜合理論存有二種模型⁷⁵。一是合併式綜合理論，也就是將應報和預防思想進行合併。這類看法又可分為：應報的綜合理論，將應報思想列刑罰目的的第一順位，佐以預防觀點，可以將之視為應報的修正；預防的綜合理論，則將預防作為刑罰目的的導向思考，一般預防與特別預防並存，但不能忽略應報，尤其是特別預防矯正，必須存在於應報量定的刑罰之內才存有依據。不管是哪一種的合併方式，都讓應報與預防思想取得存在價值。但是，將刑罰的應報和預防目的，二種南轅北轍的概念揉合，恐怕會產生矛盾。

另外一種模型，是強調實踐的階段式綜合理論，也就是說按不同的運作階段，刑罰的目的也會有所不同。易言之，刑罰目的究竟是應報或預防在不同運作階段都不相同，既然當前已經走入綜合理論，不同的理論之間也就沒有必要相互爭雄，而應採各說之長運用。通常思考的方向是：法定刑重威嚇，以保護社會；宣告刑重應報，講求罪責原則；執行刑時則著眼在特別預防，以合乎個案實際狀況的需求。但是，如此一來，刑罰目的就被割裂，理論易生崩解，且實際情形不見得如此單純，比如立法時不能僅關注一般預防，而忽略應報。

⁷⁴ 有提及綜合理論的，諸如：林山田，註 46 書，頁 451 以下；林山田，註 16 書，頁 84；林東茂，註 46 書，頁 1-20；余振華，註 46 書，頁 489；張麗卿，註 28 書，頁 48 以下；林鈺雄，註 46 書，頁 19。日本同樣也是走向綜合理論，似乎是以「相對應報刑論」為通說，認為刑罰的本質是應報，參酌預防觀點進行調合，參見：山中敬一，註 46 書，頁 57；川端博，註 46 書，頁 38、39；佐久間修，註 46 書，頁 441、442；西田典之，註 46 書，頁 19、20。

⁷⁵ 李川，刑罰目的理論的反思與重構，法律，2010 年，頁 18 以下。李川教授的說明，相當清楚，可以釐清當前刑罰目的綜合理論的概念。此外，由該書亦可發現，李川教授的刑罰目的觀應該是法律防衛，簡單來說，就是以刑罰保護法規範與法秩序。

綜合理論確實緩解刑罰應報與預防的二極思維，但似乎沒有解決刑罰目的的本質問題。本文由正義出發，試圖對於刑罰目的進行理解。刑因罪生，無罪無刑。犯罪作為一種侵害，所破壞者是主體之間的正義，也就是主體間的和諧關係；刑罰的出生，應當是要恢復原先存在於主體之間的和諧。是故，耗費些許篇幅討論刑罰與正義的關係，爾後說明本文的刑罰目的觀。

第一款 刑罰與正義的關係

正義，是合乎人性，正當且和諧的價值。在前章，本文對於正義已經界定，這些界定的論述，是本文對於正義的看法，也是本文的中心思想。因為正義是抽象且複雜的觀念，所以當我們思考正義時，必先確立思考的相對位置，不同的位置，會得到不同的論述。思索刑罰與正義的關係，亦然。

思考「正義的刑罰」時，必須先確立的是，刑罰在人與社會多樣關係裡面的位置。申言之，刑罰是存在於主體之中或主體之間？又是以人或社會的主體之中？又或者是以人與人、人與社會的主體之間？在人與社會多樣關係的不同位置上，存有不同的正義；若吾人不能正確判斷刑罰在人與社會多樣關係裡面，究竟居於何處，將難以釐清刑罰與正義的關係，也就不可能看清楚正義的刑罰樣貌。

第一目 發生在主體之間

刑罰圍繞著犯罪而生。在犯罪應報的思維中，刑罰是懲治罪犯；在犯罪預防的構想下，刑罰是防治犯罪。若世間無犯罪，自無刑罰容身之處，所以在研究刑罰的問題之前，必須先瞭解犯罪意涵。所謂犯罪⁷⁶，形式上是指，明文規定於刑法典，若有違犯，應以刑罰制裁的行為；實質上則是指，有責行為人所為的不法行為，經評價認為具備應刑罰性，且有刑罰的

⁷⁶ 林山田，註 69 書，頁 169 以下；張麗卿，註 28 書，頁 81 以下；團藤重光，刑法綱要總論，創文社，1980 年改訂版，頁 83、84；川端博，註 46 書，頁 77；山口厚，刑法總論，有斐閣，2007 年二版，頁 2；曾根威彥，犯罪の形式—犯罪論体系，刑法学の基礎，成文堂，2008 年，頁 170

必要。

無論是民事、行政或刑事不法，追本溯源，都是侵害，只是法律按侵害行為的輕重不同，分有民事不法、行政不法、刑事不法；在此之中，民事不法最輕，行政不法次之，刑事不法最重。刑事不法行為的侵害性最強，破壞的法益價值與程度最為嚴重，故被評價為應施以刑罰制裁的行為。既曰「侵害」，必有侵害與被侵害的雙方；又一人無法分飾侵害者與被侵害者，自不可能存有侵害，社會是無數人的集合，也不可能犯罪，所以侵害僅存在於人與人之間，或人與社會之間，也就是說侵害存在於主體之間，而不存在於主體之中。

面對侵害，怎樣反應才能合乎正義，是哲學家、法學家或社會學家，乃至於一般百姓都不斷反思的問題。誠如前章言，主體之間的正義，講求和諧。更進一步說，人與人之間，正義重視人與人之間的彼此尊重，不相侵犯；人與社會之間，正義追求公平，人之於社會的付出或所得，應比例合宜。本於這樣的精神，我們可以知道，破壞主體之間原先的和諧，正義的反應是要將主體之間的混亂除去，使之重新和諧，也就是回到正義的狀態。

第二目 回復和諧的關係

若侵害行為存在於人與人之間，是破壞人與人之間的和諧，是民事不法。在人與人的關係上，應先尊重當事人間，平等互信地回復和諧的約定意思，通常以回復原狀為主，損害賠償為輔。原本的和諧狀態的回復，是人與人之間正義的企求，若無法回復原狀，才以賠償填補因侵害所造成的損害。對民事不法侵害的反應，以民法第 213 條以下的規定最具代表性。例如，某人將他人花瓶打破，若當事人之間有解決爭端的約定，則應先尊重並遵守彼此的約定，使雙方恢復和諧關係；若無約定，通常情形，侵害的一方當試圖找尋同樣型態，且花色紋路、素材價格均同的花瓶，將之奉還被侵害方，如果遍尋不著相同的花瓶，則以金錢賠償其損害。

人與社會的和諧，建立在公平之上，讓人在公平社會中各居其所、各司其職，平等遵守共同的社會秩序，且社會所獲利益，成員共同分享，社會所受侵害，成員共同對抗。簡言之，社會公平對待個人，勞祿賞罰均應如此。是故，若侵害行為存在於人與社會之間，公平是最基本的要求，大

侵害應有大懲罰，小侵害則有小懲罰。

侵害社會與懲罰之間的關係，反映在當前的法律制度上，人對社會的侵害行為，較大的是刑事不法，以刑罰相繩；較小的是行政不法，以行政罰規範。譬如酒醉駕車是人對社會的侵害，道路交通管理處罰條例第 35 條與刑法第 185 之 3 條均有禁止規定，若飲酒超標且不能安全駕駛，其侵害性大，應以刑罰制裁；相反的，僅是飲酒超標，則以行政罰處理便足⁷⁷。

社會由人組成，所以侵害社會的行為，時常包含侵害人的行為。在思考上，我們不能忽略其一，亦不能將二者混淆。也就是說，行為同時侵害他人或社會，雖然在正義的探討上，目標都是回復和諧，但卻是截然不同的問題。例如，新建建築物的承造人未依核定工程圖樣及說明書施工，破壞社會的建築秩序，依建築法第 87 條應處罰鍰，並勒令補辦手續，若有必要得勒令停工（也可能構成刑法第 193 條的違背建築術成規罪）；同時，承造人也違反其與起造人之間的契約，必須負擔契約責任。析言之，承造人違反建築法，是破壞人與社會的和諧，以行政罰（或刑罰）處斷；承造人違反與起造人的契約，是破壞人與人的和諧，或將建築物回復成工程圖樣的要求，或對起造人負擔損害賠償責任。

又如殺人行為所造成的侵害，有存在於人與人之間的，除了死者生命遭受剝奪之外，也禍及死者遺族的物質或精神生活利益；同時侵害也存在於人與社會之間，因為殺人行為破壞社會秩序，使人民惶恐不安。在人與人之間，因為死者不能復生，無法要求回復原狀，依據民法第 192 條以下規定，只能以損害賠償填補侵害的過錯⁷⁸。另外，在人與社會之間，殺人

⁷⁷ 對此，簡單說明如下：道路交通管理處罰條例第 35 條、道路交通安全規則第 114 條規定，飲酒或其他類似物後，吐氣所含酒精濃度超過每公升 0.25 毫克，不得駕駛，若行為人飲酒超標卻駕車，構成交通違規行為，處以行政罰，除了新臺幣 15000 元以上 60000 元以下罰鍰之外，並當場移置汽車由警方保管，且須吊扣駕駛執照一年，如果因而肇事致人受傷，吊扣駕照二年，致人重傷或死亡，則吊銷駕照且不得再考領；若酒精濃度每公升超過 0.55 毫克（法務部 88 年 5 月 18 日，法 88 檢字第 1669 號函），即屬刑法第 185 之 3 條不能安全駕駛罪，處以刑罰；又若酒測值界於 0.25 毫克與 0.55 毫克之間，則依其他客觀事實，例如走直線、畫同心圓等，認定行為人是否達到不能安全駕駛的程度，若未達不能安全駕駛程度，侵害程度低，用以行政罰便足，若不能安全駕駛，則侵害程度高，應以刑罰制裁。相關的論述，可以參見：張麗卿，交通刑法中之抽象危險犯，交通刑法，學林，2002 年，頁 65 以下；張麗卿，酒測 0.1 九一毫克竟也無罪，月旦法學 201 期，2012 年，頁 194-207。

⁷⁸ 不法侵害他人生命者，依據民法的規定，對於支出醫療、喪葬及增加生活所需要費用的人，負損害賠償責任，死者若對第三人有法定扶養義務，加害人對該第三人亦該負損害賠償責任，且死者的至親與配偶另得向加害人請求精神慰撫金。

是嚴重破壞社會秩序的侵害，依據刑法第 271 條殺人罪規定，可處死刑、無期徒刑或十年以上的有期徒刑。

由此可知，如何促使因侵害而破損的主體之間的和諧能夠復原，是正義的問題。更進一步說，人與人的主體之間，回復和諧是以約定正義為主，應探求當事人的真意，在雙方之間找尋解決紛爭最適切的方法；人與社會的主體之間，則以均衡正義為主，公平地在侵害和諧所造成的後果，與回復和諧所需要的方法之間取得均衡，但這些方法不許自由約定，因為無人能代表社會的意思，社會成員只能凝聚社會共識，而社會成員對回復和諧方法的共識，如果呈現在法律中，就是刑罰與行政罰。

第三目 例外在主體之中

雖然侵害都發生在主體之間，可能是人與人、人與社會之間，但若侵害的程度相當劇烈，已經達到社會完全無法容忍的程度時，正義就不是和諧的回復，因為社會已經拒絕與之修復因嚴重侵害而幾近毀滅的關係，而是將侵害源排除在主體之外，也就是主體之中的正義。

主體之中的正義，沒有多元的聲音，因為沒有其他主體存在，不講求和諧，也沒有約定，完全是由主體意識決定什麼是正當，且應為必為。個人主體之中的正義通常都是美德，不用與他人商量就得正當行動；但社會主體之中的正義則非如此，是由社會整體的「感覺」行動，只要感覺正當就是正義。社會作為主體的主體之中的正義，所要探討的並非社會整體感覺是什麼，如何形成的，究竟是否妥當，真正重要的是，為何眾人會融合一體，成為一個主體。

必須強調的是，當「社會」作為被侵害的主體時，其與作為主體的社會並不相同。人與社會的主體之間的社會是指「絕大多數的人」。比如傷害罪的場合，甲傷害乙，是人與人的主體之間；甲傷害乙丙丁，仍是人與人的主體之間。因為一人與三人並沒有差異到需要設想相對多數的概念，我們也不會說三人是一個社會。在甲傷害乙，或傷害乙丙丁的例子中，所侵害的社會是乙或乙丙丁以外的社會上絕大多數人，絕大多數人因為甲的暴力行為感到憤怒或驚嚇，這是人（甲）對社會的侵害。但是，若侵害行為改某甲向某社區縱火，在放火罪層面，就成為人與社會主體之間的侵害關係，因為社區與甲相較，已經形成一個相對多數的態勢；甲乙丙丁共同

對某社區縱火，也是人與社會的主體之間，因為社區與甲乙丙丁相較，仍是絕對多數。

社會作為主體本身時，就不是絕大多數人，而是「一」。人性嚮往自由，喜愛獨立思考，偏好個人興趣，具有明顯的個別性，所以人的群體生活，通常是建立在相互尊重之上，如此才能和諧平安；但在特殊時刻，全體人民的意志會合而為一，拋棄個別性。戰爭就是典型的特殊時刻，因為戰爭危及人民生命與生活的延續，以及不可撼動的信念（可能是宗教或思想上的堅持），社會（國家）會成為一個主體，為了保護生命、生活與信念，對侵害來源進行鬥爭。是故，當嚴重侵害人民的生命、生活或不可撼動的信念，且無其他辦法繼續維持和諧時，社會成為一個主體，主體之中的正義是直接將侵害來源排除，因為單一主體之中，侵害與被侵害不可能共存，這項排除的舉措，反映在刑罰上就是極刑。

第四目 刑罰與正義之間

回到刑罰與正義的關係，我們可以知道的是：第一，犯罪是發生在人對社會之間的侵害，即刑事不法；人對人之間的侵害是民事不法。無論是人對人，或人對社會之間的侵害，都破壞主體之間的和諧。第二，通常情形，侵害人與社會的和諧時，是以「均衡正義」為基調，正義的來源是普遍的社會共識，具體的方法是刑罰或行政罰。第三，刑罰根植於均衡正義，要與刑罰相互均衡的對象是犯罪；也就是說，罪刑之間不能無罪有刑，罪是刑的前提，且不許輕罪重刑或重罪輕刑，因為罪刑之間必須處於均衡的關係，也就是「罪刑均衡」；但可能有罪無刑，因為該罪行並沒有破壞行為人與社會的和諧關係，沒有科處刑罰的必要。

一言以蔽之，正義刑罰的目的在於回復和諧，所要回復的和諧，是因犯罪發生而破損的人與社會之間的和諧；至於人與人之間的和諧回復，刑罰不可能解決，也無法過問，必須要由當事人雙方彼此願意，藉由約定才可能修復，除非雙方不願意藉由約定修復和諧，只得對簿公堂，交由社會共識決定是非。總之，人與社會之間的和諧關係仰賴均衡正義，反映在罪刑關係上，就是罪刑均衡⁷⁹，這是正義對刑事政策的基本要求，也就等於

⁷⁹ 筆者要說明的是：正義是綜合人與社會多樣關係的觀念，而非鍾情於某種特定的人與社會多樣關係的組合。無論是哪一種正義的描述或類別，均無法替代正義的觀念。本文並非宣示，唯有罪刑均衡的刑罰才是正義，而是認為以罪刑均衡為主和絃的刑罰，

是對刑罰的基本要求。

第二款 罪刑均衡的刑罰觀

必須先予說明的是，本文討論的罪刑均衡，並非等同於犯罪應報論，亦非漠視刑罰的犯罪預防功能。犯罪應報論認為，應報是刑罰的目的；犯罪預防論認為，預防才是刑罰目的；但本文以為「回復和諧」，即回到原先正義的狀態，才是刑罰目的，罪刑均衡是達成回復罪犯與社會和諧的方法，事實上兼容犯罪應報與犯罪預防的構想。

《黃帝內經·素問·五常致大論》載「德施周普，五化均衡」，是指德行普及四方，使得五行氣化得以平衡發展，這裡的均衡之意，可以類比罪刑均衡的「均衡」，是系統在動態下的平衡關係⁸⁰。均衡不是數理上死板的一加一等於二，而是維持一種活的、流動的穩定關係。好比原先平衡靜止的天秤，處於一種和諧的狀態，此時在秤的一端投置「罪」，罪使天秤發生傾斜，原先和諧的狀態被破壞；此時，在秤的另一端放置「刑」，幾經拿捏加減，直到天秤二端達到平衡，又回復和諧狀態。和諧是主體間正義的價值，藉由罪刑的均衡，使不和諧回到和諧，也就是讓不正義回歸正義，罪刑均衡就是正義的表現；刑事政策的追求，就是冀望罪與刑能夠在

或許比較貼近正義。畢竟均衡正義只是關於正義的其中之一描述或類別，萬不能忽略其他正義的描述或類別，主屬和弦必須相互搭配得宜，刑罰才能夠吹響正義的樂章。

⁸⁰ 《黃帝內經·素問·五常致大論》載：「升明之紀，正陽而治，德施周普，五化均衡。其氣高，其性速，其用燔灼，其化蕃茂，其類火，其政明曜，其候炎暑，其令熱，其穢心，心其畏寒，其主舌，其谷麥，其果杏，其實絡，其應夏，其蟲羽，其畜馬，其色赤；其養血，其病暈癩，其味苦，其音征，其物脈，其數七。」意思是「升明的年份，南方火運正常行令，其德性普及四方，使五行氣化平衡發展。其氣上升，其性急速，其作用是燃燒，其在生化能使繁榮茂盛，其屬類是火，其權力是使光明顯耀，其氣候炎暑，其權力表現是熱，應於人體內臟是心；心畏懼寒冷的水氣（水克火），心開竅於舌，所以主於舌，其在穀類是麥，果類是杏，其所充實的是絡，所應的時令是夏，所應的動物，在蟲類是羽蟲，在畜類是馬，其在顏色是赤，其所充養的是血，如發併則為身體抽蓄掣動，其在五味是苦，在五音是徵，在物體來說屬於脈絡一類，其在五行成數是七。」參見：陳珞珈編，黃帝內經（二卷），吉林大學，2009年，頁330、336。另外，亦可參見林東茂教授的一篇文章〈道即法律本質〉，文中有將《黃帝內經》與法律的精髓進行很詳盡的說明。見：林東茂，道即法律本質，輔仁法學38期，2009年，頁111以下。「道與陰陽相濟、動態的平衡、天人合一、自然，都是相通的概念。事物的本質是動態的平衡，是陰陽相濟，法律的本質亦復如是，所謂『大道至簡』。」林東茂教授學養豐沛，很清楚地說明，筆者想說但尚無能力完整表達的想法。見：林東茂，同文，頁151、152。

動態下達到平衡。天秤的比喻，只是意象；罪刑均衡更為複雜，而不單是在天秤上加減法碼而已。以下，先說明罪刑均衡的基本功能，再論述因為罪刑均衡所必然附隨的效果，而這些功能或效果，與和諧的回復或維持都有正面助益。

第一目 罪刑均衡的主要功能

人生在世，難免遭遇病痛，醫師必先詳實問診，開刀將患部除盡，剷去腐肉後，再行塗藥包紮，以期病患康復；機器使用，早晚發生故障，技師必先清楚檢查，將故障處拆卸整理或更替新品，再行調整保養，以期機器運轉順利；樓房老舊，必然需要整修，工匠必先細查屋況，對於舊屋管線配置與格局動線重整分配，同時注意建築物結構安全，再興土木，以期樓房風華再現。無論是病患手術、機器維修或老樓修葺，目的都是恢復先前良好的狀態，但過程當中，皆經歷相當犧牲，方才達成目標。

刑罰之於犯罪亦然。犯罪造成人與社會的和諧關係破損，要回復原先的和諧，罪犯同樣必須有所犧牲，才能回到本來的狀態。這裡所謂的犧牲，在病患身上是接受手術的苦楚，是機器維修或老樓修葺的勞力或費用；對罪犯而言，就是接受刑罰的制裁⁸¹。接受刑罰，意味著贖罪，表示罪犯願意與過去切割；與過去切割之後，罪犯才有機會與社會重歸於好，並展開新的人生。是故，刑罰兼有對過去已生罪惡的回顧，以及對未來新生良善的展望。

在一連串使罪犯與社會重回和諧的過程中，必須符合罪刑均衡。對過去已生罪惡而言，罪刑均衡象徵刑罰對犯罪行為的清算，這也就是犯罪應報的構想，犯罪與刑罰之間，必須均質等量。在這樣的構想之下，罪責原則得以維持，刑罰的使用有明確限制，如此可以解決一般預防論，刑罰為提高威嚇力而超量的錯誤，也可以避免特別預防論僅考慮依再犯危險性決定刑罰的空洞。這也標誌著天地運行的當然之理，農人躬耕方可收成，漁

⁸¹ 雖然有論者言，刑罰是必要的「惡」，如 Jeremy Bentham, (1982), supra note 1, p. 179. 絕大多數的法學家也都持這樣的觀點，如：甘添貴，刑法之謙抑思想，月但法學 24 期，1997 年，頁 50。但是，本文以為刑罰並非純惡，必須從發動刑罰的國家態度決定。惡刑是國家藉刑罰奴役或傷害人民，若國家本於法律規定，合乎罪刑均衡的期待，刑罰只會是善，不會是惡。惡刑有如庸醫，頭痛治腳，舊病未除、新傷卻至；如是良醫，對症下藥，或許手術之中患處隱痛，但術後病人健康如昔，恐怕無人會說良醫手術是惡非善。

人出海才有魚獲，有付出有收穫，有過錯就應付出代價，這是人類文化的基本信念。罪刑均衡對犯罪回顧的態度上，是合乎人性的。

然而，犯罪與刑罰的均衡，並不是僵硬的數理邏輯均衡，以牙還牙、以眼還眼，雖然有著均衡的外貌，但不合乎人性，非但無助於和諧，反而易使仇恨增長，不是真正的均衡。單純回顧犯罪的罪刑均衡，易使刑罰顯得僵硬又絕對，因為犯罪業已發生，沒有任何轉圜空間，單憑已生的犯罪審酌刑罰的質量，對於刑罰的目的，為了回復罪犯與社會的和諧，恐怕還有些許不足之處，因此在審酌刑罰上，不能只停留在過去。

若刑罰能在回顧過去時，對未來新生的良善有所展望，將使得刑罰的運用得以更加靈活，這或許就是特別預防論的再社會化考量。既然刑罰的目的是要回復罪犯與社會的和諧，再社會化本來就是刑罰目的的一部分；但不是完全以罪犯的再社會化為刑罰目的的重心，因為純粹以特別預防的角度思考刑罰，只是單方考量罪犯而已，反而忽視社會感受而顯得鄉愿，畢竟真正地回復和諧，必須同時兼顧罪犯與社會雙方。簡言之，罪刑均衡向過去的探求，是先使社會原諒罪犯的所作所為；向未來的追求，則是協助罪犯重返社會。

標誌回復和諧的刑罰目的，以罪性均衡的樣貌得以反映在刑罰的三個階段：法定刑、宣告刑、執行刑。回復和諧的法定刑，立法者制定時，必須思考的是，面對某種犯罪，刑罰必須在怎樣的質量之間，才會獲得社會的原諒，並且有重新開始人生的機會。回復和諧的宣告刑，法院宣告有罪科刑的判決時，應考量罪犯的惡行程度及其危險性，若罪犯是初犯或平時素行良好，僅是一時衝動而犯罪，較不具有再犯危險性，司法得將刑罰縮減，因為社會通常願意原諒這類罪犯；相反的，若是罪犯有著明顯的再犯危險性，或與社會敵對的意思明顯，社會當然不會輕易原諒罪犯，司法會將刑罰加重，因為罪犯顯然拒絕與社會修好，彼此難歸和諧，社會為了避免再次受到侵害，自然開啟防衛。至於罪犯在刑罰執行後，思量回復和諧的執行刑，如受刑者服滿刑罰，表示罪已贖盡，得回社會重新開始；又或服滿相當刑期，懊悔有實據，表示罪犯努力與社會重歸於好，應可促其提早復歸社會，讓和諧早日回復。

需要特別說明的是，在罪犯受刑罰前的審酌上，若罪犯危險性極低，或可諭知有罪免刑判決⁸²，或暫緩刑罰執行，促使罪犯與社會的和諧關係

⁸² 附帶一提的是，雖然是有罪免刑判決，依據刑事訴訟法第 299 條 2 項的規定，法官得

提早確立；但應審慎，以免破壞刑罰與已發生的犯罪之間取得的均衡。另外，若罪犯危險性高，雖得對之刑罰加重，但仍不得逾越刑罰對犯罪在均衡正義上的極限，以免破壞罪刑之間的均衡，例如竊盜罪的累犯，無論是多麼無可挽救的竊盜犯，絲毫無法藉由刑罰阻止其竊盜，也不能因而剝奪其生命或過度限制其自由，此時只能轉以其他方式處理這個問題。刑罰僅是社會規範的其中之一，每種社會規範都有功能上的侷限性，刑罰也不例外。

總而言之，刑罰對於人與社會和諧關係回復的功能，有賴罪刑均衡而得以發揮。首先，刑罰與已經發生的犯罪，在均質等量的要求下，達到第一次的均衡，是罪刑均等，目的在於讓罪犯贖罪，為過去的罪惡負責，並為未來的更生準備；其次，刑罰對罪犯與社會的和諧，向未來思考，審酌罪犯的危險性，找尋最適合罪犯與社會回復和諧的罪刑關係，但不能對前次探求的均衡超質過量，這是第二次的均衡，是刑罰教化，也就是對罪犯再社會化方法的個別化。第三次的罪刑均衡，則是發生在刑罰的執行，刑罰執行者必須關照受刑者的實際狀況，力促其回歸社會。是故，罪刑均衡的價值，在於回復罪犯與社會之間的和諧關係，滿足主體之間均衡正義的要求，並確立刑罰的基本功能。

第二目 罪刑均衡的附隨效果

罪刑均衡在發揮其主要功能的同時，會產生預防犯罪的附隨效果。犯罪預防並非刑罰的目的，在制定刑罰制度時，無庸考量預防的問題，因為只要落實嚴守罪刑均衡，犯罪預防的效果自然會產生。犯罪預防仰賴刑罰的威嚇力，在實踐上可以將之分為犯罪前及犯罪後的預防，前者是威嚇有犯罪意念之人，使其有感於刑罰的嚴厲而不敢輕舉妄動；後者則是罪犯親身經歷刑罰，深知刑罰之苦，所以犯後不願再次以身試法。

刑罰威嚇力之所以可以發揮犯罪預防效果，是因為人具有理性，且確知刑法禁止的內容。理性者能思辨利害得失，在實行犯罪的私慾滿足以及接受刑罰之間，做出正確決定，也就是打消犯罪念頭，以免遭受刑罰。然而，對於理性者而言，罪刑均衡已經有足夠的威嚇力，因為罪刑均衡意味

斟酌情形，經告訴人或自訴人同意，於有罪免刑判決中要求被告：(1)向被害人道歉；(2)立悔過書；(3)向被害人支付相當數額之慰撫金（得為民事強制執行名義，同條第4項）。

著，罪犯並未自犯罪之中獲得好處，其不只是需要接受均質等量的刑罰，又無法從犯罪獲得好處，且必須蒙上罪犯的臭名，並飽嚙相當時間、勞力與費用的訟累煎熬，所以理性的人當然會因而拒絕犯罪。

由此可知，刑罰的威嚇力沒有必要過度強調，只要貫徹罪刑均衡，在一般情形之下，便可產生預防犯罪的附隨效果。相反的，若人的理性有所不足，如未成年人、精神病患等，無法對事理進行理性判斷，縱然知道某行為是法律所禁止，違者將處以刑罰，恐怕也不能分辨是非利害；又或者行為人雖有理性，卻因無可避免的不知法律，則刑罰同樣無法展現絲毫的威嚇力。

我們不應漠視，但也不宜高估刑罰的威嚇功能，要將人的惡念蒸發，教育、文化、道德或宗教可能有更大的功勞。刑罰作為社會規範的其中一部分，功能相當有限，不應過度吹捧，以免產生大刑法思想，如此將使得人民動輒得咎，處處受刑罰制約，不僅擾亂侵害本身所劃分為民事、行政及刑事不法的內在秩序，更破壞罪刑均衡的價值，妨害罪犯與社會重返和諧，反而讓正義無從實現⁸³。

在中國哲學裡，大刑法思想一直以來都未被鼓勵，可惜歷朝歷代多以刑罰作為維持帝國統治的手段，加上清末民初的長期國家社會紛亂，而使得刑罰威嚇思想受主政者所喜，但其實此非中國哲學的精神。《論語·為政》裡，孔子說「道之以政，齊之以刑，民免而無恥。道之以德，齊之以禮，有恥且格。」老子的《道德經》亦言「法令茲彰，盜賊多有。」傳統思想認為刑罰太多不足以彰顯德政，一般犯罪也都予以圜土或嘉石，運用刑罰審慎為上⁸⁴。至於治亂世用重典的俗語，事實上是法隨時轉的古人智慧，實非鼓吹重刑的威嚇思想，刑罰世輕世重，本有不同，「一曰刑新國

⁸³ 在這裡附帶一提的是，除了刑罰的目的論外，也有論者指出「刑罰的功能論」，分別是感情功能、保安功能、贖罪功能、預防功能。參見：西原春夫，刑法の根底にあるもの，一粒社，1979年，頁59以下。在概念上，贖罪功能就是應報；預防功能包含一般與特別預防的思想；感情功能是慰藉受害者及其遺族，乃至於社會大眾；保安功能是将罪犯隔離於社會之外，以保障社會安全。功能論的看法，在本文正義下的刑罰目的，也可以獲得滿足。罪刑均衡已經包含贖罪功能，以及預防功能的特別預防；又預防功能的一般預防，只是罪刑均衡的附隨效果，事實上保安功能也是如此，如果過度強調保安，將不利於罪犯再社會化；至於感情功能無庸多提，因為正義發乎人性，本於正義的罪刑均衡，已經囊括平撫人心。

⁸⁴ 江山，中國法思想講義，元照，2008年，頁316以下。附帶說明的是，圜土，漢學者鄭玄注「獄城也」，即近今日的自由刑；嘉石則用於罪行輕微且尚不用關押圜土者，令其坐在嘉石（有紋理的石頭，通常置於大門左側）上思過遷善，視情況配合勞役。筆者以為嘉石法或許和現今臺灣的「洗門風」有歷史文化上的關聯。

用輕典；二曰刑平國用中典；三曰刑亂國用重典」係《周禮》所載。刑罰威嚇只是約束人的外在行為，無助於人民品格素養的提升，還是以德禮教人，才能從人心改變。

第四節 正義的刑事政策理念

第一項 寬嚴併進的刑事政策

所謂「寬嚴併進的刑事政策」就是，將刑事政策分為寬鬆及嚴格的二大區塊，依據犯罪侵害社會的輕重與風險高低，區分刑事政策的走向，對於侵害重大或高度風險的犯罪，採取嚴厲的懲戒手段；對於輕微犯罪或再犯可能性低的犯罪者，採取較為寬鬆的刑事政策。簡言之，嚴厲與寬鬆的刑事政策期頭併進，就是寬嚴併進的刑事政策。

寬嚴併進的刑事政策，並非臺灣獨有，這樣的刑事政策思想應該屬於舶來品。1980年代，英美國家開始將刑事政策進行二極化的區分，輕罪輕罰、重罪重罰，特別是針對暴力犯罪、毒品犯罪的嚴厲制裁最為明顯；日本學者隨之效法，鼓吹「刑事政策的二極化」，認為面對窮兇惡極或高危險的犯罪人，應該嚴格懲罰，對輕微犯罪或具有矯治可能性的犯罪人，則以寬大緩和的處遇方式⁸⁵。以美國性犯罪的刑事政策為例，多數人民認為性侵害屬於嚴重犯罪，應該嚴厲懲處罪犯，如2005年佛羅里達州《潔西卡法案》，對於性侵害犯罪者，採取嚴格控制的態度，除了要求強化性侵害罪犯的登記通告外，更加重兒童性侵害犯的刑責，並提高假釋條件；同時，明確規定使用全球衛星定位系統進行全天候監控⁸⁶。

⁸⁵ 森下忠，刑事政策の二極化，刑事政策の論点II，成文堂，1992年，頁1-12。

⁸⁶ See the 2011 Florida Statutes §800.04; §775.082. 另外，自佛羅里達州的立法後，多數州參考《潔西卡法案》的精神，先後完成立法。各州法案內容約可區分為兩大特徵：(1)性侵害兒童（多是未滿十二至十四歲者，亦規定為未滿十六歲以下者）的加害人，應判處長期自由刑（多是二十年或二十五年以上有期徒刑）或終身監禁，且多要求不得假釋及認罪協商。(2)性侵害犯罪者刑滿出獄，並使用電子監控設備予以監控；若有必要，得施以終身監控。See NCSL, State Statutes Related to Jessica's Law, <http://www.ncsl.org>（最後瀏覽日期：2012年2月28日）又因為美國原先針對性侵害罪犯的登記制度，多數州趨於更加嚴格，不僅增加性侵害犯罪者登記項目，使性侵害犯罪者公開更多個人資料，若有違反則處罰性侵害犯罪者，並且提高民眾獲得登記資訊，特別是紐約州、伊利諾州、俄勒岡州等。See Kelsie Tregilgas (2010). *Comment, Sex*

除了英美與日本以外，大陸也有呼聲支持寬嚴併進的刑事政策，稱之為「寬嚴相濟的刑事政策」⁸⁷，例如 2010 年大陸〈最高人民法院關於貫徹寬嚴相濟刑事政策的若干意見〉表示，該政策是「預防和減少犯罪、化解社會矛盾、維護社會和諧穩定」的策略，係「根據犯罪的具體情況，實行區別對待，做到該寬則寬，當嚴則嚴，寬嚴相濟，罰當其罪，打擊和孤立極少數，教育、感化和挽救大多數，最大限度地減少社會對立面，促進社會和諧穩定，維護國家長治久安。」

目前臺灣官方是採取寬嚴併進的刑事政策，這樣的政策觀在 2005 年刑法修正時，大鳴大放。是故，該年的刑法修正，可以發現存有輕輕重重的設計⁸⁸。關於寬鬆的刑事政策部分，反映在修法上，如違法性錯誤有正當理由而屬無法避免者，免除其刑事責任；不能犯不罰；準中止犯能適用減免其刑；限縮褫奪公權適用範圍與提高宣告有期褫奪的下限；擴大易科罰金；放寬緩刑條件等。另外，嚴厲的刑事政策面，諸如提高數罪併罰執行上限至三十年；提高無期徒刑的假釋門檻至執行逾二十五年；建立重罪三犯、性侵害犯罪受刑者治療後再犯危險未顯著降低者，不得假釋；延長追訴權及行刑權時效期間；自首非必減輕刑罰等。

更具體的說，寬鬆的刑事政策，著眼於罪犯的再社會化，若輕微犯罪或罪犯危險性低者，應避免貼上太過明顯的犯罪者標籤，以免對其回歸社會產生阻撓，反映在刑事政策就是除罪化、輕刑化，或採用非拘禁的刑罰處遇，是刑罰謙抑性的展現，希望抑制刑罰權行使，也能防止再犯，並且促成罪犯的再社會化。此外，寬鬆的刑事政策能夠減輕司法負擔，讓司法

Offender Treatment in the United States: The Current Climate and an Unexpected Opportunity for Change, Tulane Law Review, 84, p730. 對於各州的情形，亦可參見全美國議會會議 2011 年 2 月提供的訊息，NSCL, Sex Offender Legislation Introduced in State Legislatures, <http://www.ncsl.org/?TabId=22189> (最後瀏覽日期：2012 年 2 月 28 日)

⁸⁷ 馬克昌，寬嚴相濟刑事政策的演進，法學家 2008 年 5 期，2008 年，頁 67 以下。

⁸⁸ 可以參見：許福生，從刑事政策觀點論當前犯罪控制對策之研究，中央警察大學學報 33 期，1998 年，頁 321；許福生，寬嚴併進·有效防制—落實刑法修正理念以促進有效合理的防制犯罪，法務部，<http://www.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=29802&ctNode=28261&mp=001> (最後瀏覽日期：2012 年 2 月 28 日)；蔡碧玉，二〇〇五年刑法之修正與刑事政策，二〇〇五年刑法總則修正之介紹與評析(蔡碧玉、柯耀程、張麗卿、余振華、陳子平、靳宗立、蔡蕙芳、鄭善印、劉秉鈞、曾淑瑜、林東茂著)，元照，2005 年，頁 12-14。關於 2005 年刑法修正的評析，亦可參見：蔡碧玉，二〇〇五年新刑法修正綜覽，刑法總則修正重點之理論與實務(台灣刑事法學會主編)，元照，2005 年，頁 9 以下；張麗卿，新修正刑法之要點與評析，新刑法探索，元照，2008 年三版，頁 501 以下。

機關把力量放在重案或疑案，如微罪不舉、緩起訴等猶豫制度⁸⁹。

相反的，刑事政策走向嚴格，是因為現實上的重大犯罪趨增，民眾對刑罰的矯正功能存疑，遂選擇部分的重重大犯罪加重刑度⁹⁰，或者對無法改變犯罪習慣的罪犯施以隔離，同時發揮威嚇效果⁹¹。也就是說，嚴厲的刑事政策，是從維持社會秩序，並且保護人民法益的觀點出發，放大刑罰權以壓制重大犯罪，同時達到威嚇潛在犯罪的目的。如果說寬鬆的刑事政策是特別預防的思想，嚴厲的刑事政策應該就是立足在應報與一般預防思想之上。

在寬嚴之間，刑事政策是否走在良美的道路上，仍有討論空間。這是政策的特質，因為人有理想，會想要改變當前的不理想，政策就順應著改變不斷被提出。對於寬嚴併進的刑事政策，論者多有提出評論⁹²，認為所謂的寬嚴併進，事實上比較傾向嚴格，尤其是累犯的嚴苛化、有期徒刑的刑期提高等，多受批評；又刑事政策嚴化後，可能產生監獄財政困難，矯正功能萎縮，受長期有期徒刑的受刑者出獄後，面臨與社會脫節而難以生存的狀況。總之，寬嚴併進的概念仍有許多不周全之處，恐怕不適合作為刑事政策的方向。

第二項 罪刑均衡的刑事政策

從本文的角度出發，妥適的刑事政策應當是罪刑均衡的刑事政策，前述寬嚴併進的刑事政策可能出現的問題，在罪刑均衡的刑事政策下，不僅

⁸⁹ 藤本哲也，註3書，頁172以下。

⁹⁰ 許福生，論兩極化刑事政策，警政學報29期，1996年，頁53以下；許福生，從刑事政策觀點論當前犯罪控制對策之研究，中央警察大學學報33期，1998年，頁314以下；許福生，從刑事政策觀點論治亂世用重典，警學叢刊28卷5期，1998年，頁171以下。

⁹¹ 藤本哲也，註3書，頁217以下；齊藤誠二，刑罰の正当性の根拠をめぐって，宮澤浩一先生古稀祝賀論文集2，成文堂，2000年，頁8。

⁹² 這些有關的評論，可以參見：林山田，註7文，頁12以下；黃榮堅，重刑化刑事政策之商榷，本土法學45期，2003年，頁66以下；林東茂，累犯與三振出局，本土法學46期，2003年，頁108以下；高金桂，數罪併罰之修正與檢討，月旦法學92期，2003年，頁53以下；柯耀程，刑罰相關規定之修正方向—刑法修正草案提高刑度及累犯修法之評釋，月旦法學92期，2003年，頁66以下；李茂生，論刑法部分條文修正草案中保安處分相關規定，月旦法學93期，2003年，頁112、113；謝煜偉，寬嚴並進刑事政策之省思，月旦法學126期，2005年，頁131以下。

可以獲得解決，更能真正貫徹刑罰的目的。申言之，刑事政策的範圍是刑事法體系，故罪刑均衡的刑事政策是「本於正義，國家秉持促進罪犯與社會回復和諧的立場，運用刑事法體系，有效且合理抗制犯罪的政策⁹³」。

在罪刑均衡的刑罰觀下，刑罰是站在今日，對於罪犯的過去與未來進行判斷。對過去，罪刑均衡本於罪責原則，讓罪犯負擔與其所犯之罪相對應的刑罰，如此一來，社會方才可能原諒罪犯。然而，若是強調寬嚴併進，稍有不慎就會朝向寬越寬、嚴越嚴的方向發展，法律對於犯罪已生之惡的評價，就喪失以刑罰對等的公平性。尤其在嚴厲的那一面，可能淪為利用刑罰的威能，製造秩序與安全的假像，實際上製造許多只能浮沉在監獄而無法重返社會的罪犯⁹⁴。

面對未來，刑罰的目標在於教化，希望藉由刑罰回復因犯罪而受傷的「人與社會的和諧關係」，而非將罪犯永遠棄絕於社會門外。寬嚴併進的刑事政策裡面，對於敦促輕罪者早日回到社會，頗有注意，這樣的想法與實踐方式，與罪刑均衡相通的，均不樂見罪犯因為久與社會隔絕，而無力再回去社會；但是，寬嚴併進的另外一面，可能抹殺刑罰的教化理想，因為刑事政策趨嚴，反而過度將罪犯囚禁於監牢，距離回復和諧，也就遙遙無期。

罪刑均衡的刑事政策反映在政策上，立法者不會造成刑罰犯濫成災的現象，法定刑的設計可以平衡罪行，且劃出適當的刑度範圍，刑罰量定與調節的機制亦能對過去與未來觀照；司法者對於犯罪有無成立及刑罰輕重的宣判，能夠對於罪犯已生的罪惡進行公允判斷，進而反映社會民情，不會形成反人性的離譜裁判；行刑者在執行刑罰時，在施以教化的同時，衡量受刑者在受刑期間的變化，若能改過遷善，則減少刑罰，促使受刑者早日回歸社會，達成恢復和諧的刑罰目的。

以近來學理上探討的「中間制裁措施」為例，學者多認為中間制裁措施是介於監所處遇與社區處遇之間，化解二種極端處遇方式，讓制裁措施

⁹³ 「國家運用刑法體系，有效而且合理對抗犯罪的政策」係林東茂教授對刑事政策的解釋，筆者效法林東茂教授看待刑事政策的立場，故援用此見解，稍微加入罪刑均衡等字，當作罪刑均衡的刑事政策的註腳。關於林東茂教授的刑事政策解釋，參見：林東茂，註4文（刑事政策與自由主義），頁362。

⁹⁴ 謝煜偉，註92文，頁139。撰文者以「棄民」形容嚴厲的刑事政策底下，無法重返社會的罪犯，相當傳神。

不再只有監獄和非監獄之別，並能推進社會復歸的期待⁹⁵。學理對於處遇概念有精細的區分，監所處遇最典型的就監獄；社區處遇的樣式較多，無拘禁性質的處遇措施均可涵蓋在內，舉凡罰金、緩刑等。至於中間處遇則看是接近監所或社區處遇而又有不同，在概念上，矯正型中間處遇較接近監所處遇，如外役監、半自由刑的週末監禁或夜間監禁⁹⁶；保護型中間處遇較接近社區處遇，如付保護管束的假釋、電子監控⁹⁷、更生之家或中途之家。然而，若以罪刑均衡為刑事政策的指導方針，可以清楚說明當前刑罰制度的改變。

事實上，矯正型中間處遇就是自由刑執行方法的改革，為促進受刑者與社會回復和諧，外役監制度給予受刑者更多接觸社會的機會；半自由刑則是希望輕罪犯人不要因刑罰而破壞原先的社會關係，在維持原先生活的前提下，對其施加制裁。保護型的中間處遇亦是如此，更生之家或中途之家協助罪犯早日開啟新生；刑期未滿的假釋犯，藉由保護管束，甚至電子監控，在鼓勵其重返社會的同時，藉由制度發揮獄外教化的效果，告誡假釋犯的刑期並未結束，盼假釋犯能安分守己，重新做人。

然而，這些中間制裁措施，在寬嚴二分的刑事政策不易說明，因為寬嚴併進的刑事政策力主輕罪寬待、重罪嚴罰，對輕罪的過低評價可能與人民法感情有所出入；對囚禁在囹圄之中的重罪犯，則可能忽略其再社會化的機會，使得刑事政策扭曲。若是如此，寬嚴併進的刑事政策恐怕沒有辦

⁹⁵ 中間制裁措施 (intermediate sanctions, intermediate punishments)，又有稱為中間處遇措施。除了名稱不同之外，學者之間對於中間制裁措施的內涵及分類，也有諸多不同的看法。詳細的內容可以參見：許福生，*風險社會與犯罪治理*，元照，2010年，頁86、152；楊士隆、林健陽，*犯罪矯正—問題與對策*，五南，2007年，頁404以下；蔡蕙芳，*刑暨緩刑，二〇〇五年刑法總則修正之介紹與評析*（蔡碧玉、柯耀程、張麗卿、余振華、陳子平、靳宗立、蔡蕙芳、鄭善印、劉秉鈞、曾淑瑜、林東茂著），元照，2005年，頁299。

⁹⁶ 謝瑞智，註4書，頁234、235。

⁹⁷ 拜通訊監察科技之賜，電子監控大概是目前最受矚目的，在臺灣僅用於性侵害犯罪（性侵害犯罪防治法第20條的科技設備監控）。對於電子監控技術的說明，可以參見：吳景欽，*利用電子監控解消性侵害犯再犯疑慮之立法評析*，*軍法專刊* 51卷8期，2005年，頁49以下；Dick Whitfeld, (2001), *THE MAGIC BRACELET*, Hook: Waterside Press, pp24-78. 簡單介紹：早先的電子監控設備，以視訊電話最為典型，其他如聲波或磁卡確認等方式；其後，電子監控發展出無線電頻率識別系統（Radio Frequency Identification, RFID, RF），利用感應器發射無線電波，持續觸動感應範圍內的識別系統，若人超出感應範圍，則系統會發出警示。無線電頻率識別系統的電子監控，多用於定點的監控。爾後，全球衛星定位系統（Global Positioning System, GPS）發展迅速，開始進入行動監控的時代，被監控者不再僅限於特定地點。對於電子監控議題，如有興趣，亦可參見：彰化地檢署委託研究案「電子監控法制化之研究」成果報告，同註30。

法滿足人民對於正義的期待，因為主體之間的正義講求和諧，刑事政策應該以刑罰的目的，即罪刑均衡為準據，力圖回復因犯罪而被破壞的人與社會之間的和諧關係。

本文認為，政策是人民理想的集合，所以刑事政策應可視作，針對罪刑關係最理想的定位，然後藉此指引刑事法體系變革的方向，讓理想落實在制度上。罪刑均衡的刑事政策，由罪刑關係出發，重視和諧回復，是體現正義的刑事政策。總之，刑事政策的目的，應當是創造「罪刑均衡」的刑事法體系——當人民覺得罪刑關係處在不理想的狀態時，或者因社會變遷造成罪刑關係不理想時，就應該作成政策，凝聚改變的方向——罪刑均衡就是政策的指南針。

第五節 小結

長久以來，刑事政策的範圍，各家看法不一，有廣袤無涯的刑事政策觀，認為最佳的社會政策就是最佳刑事政策，也有僅將刑事政策的範圍限縮至刑事制裁的看法。不少學者專家的看法，是將刑事政策為比較大範圍的認定，雖未包山包海，但已經囊括所有與犯罪有關的社會政策，並將刑事政策的目的，定位在預防犯罪、矯正罪犯及保護犯罪受害者，以達成社會治安維護的任務。

然而，本文以為刑事政策的範圍，應以國家的刑事法體系為度，即刑事實體法、刑事程序法及刑事執行法；若與犯罪有關，但與刑事法體系無關者，應該屬於治安政策的範疇。這是中觀的看法，採取刑事法體系為主的刑事政策觀，是維持思想清晰，避免政策的形成過度複雜，且混亂國家公部門之間的權責。又，以刑事法體系為主的刑事政策，已經擁有相當豐富的內容，無論是刑事實體、程序或執行法，就研究者而言，都恐怕窮盡畢生心力而難完全；對國家而言，涉及立法、司法或執法部門，都是複雜難解的問題；對人民而言，不僅牽動與自身憂戚相關的權益，更維繫著生活的社會環境，能否免於犯罪威脅的恐懼。

由刑事實體、程序與執行法所建構的刑事法體系，均以「罪刑關係」為主軸，所以罪刑關係應當是刑事政策的核心。具體的說，刑事實體法討論的是，什麼行為構成犯罪，又如何處罰該犯罪行為；刑事程序法裡，探究如何認定實體法所描述的行為確實構成犯罪，依憑所認定的犯罪決定刑

罰；刑事執行法則是專注在，構成犯罪並判決刑罰之後，應該怎樣執行刑罰，然後讓罪犯回到社會。是故，良善且正義的刑事政策，能夠妥善處理犯罪與刑罰之間的關係，也因為罪刑關係是刑事政策的核心，所以刑事政策的目的，自然也應該在罪刑之間探求。刑因罪生，無罪無刑，因而罪刑之間應該處於怎樣的關係，或可由刑罰目的得知。學理討論刑罰目的，多由應報及預防的觀點切入，當前通說採綜合理論，可能是合併式或階段式的綜合理論。

惟本文係以正義的角度切入，侵害既然發生在主體之間，正義的實現在於，回復因犯罪而被破壞的人與社會之間的和諧。易言之，罪刑之間的正義，原則上定位在主體之間的正義，合乎人性的和諧回復是目的；例外的情形，即當發生嚴重侵害社會成員生命或生活延續時，正義則轉為主體之中，本於合乎人性的正當，對不正進行對抗。戰爭最為典型，社會國家必將來犯敵人殲滅；面對極度殘酷的邪惡犯罪，自得發動極刑，將極惡者棄絕於社會之外。

刑罰與正義的關係，是促使主體之間回復和諧，也就是回復罪犯與社會之間的和諧；人與社會之間係以均衡正義為基調，以普遍的社會共識，讓犯罪與刑罰達到均衡。均衡不是數理概念僵硬的等號，而是罪刑和平穩定的狀態，且能夠使罪犯與社會重修和諧。罪刑之間不能無罪有刑，因為罪是刑的前提，且不許輕罪重刑或重罪輕刑，因為罪刑之間必須處於均衡的關係，也就是「罪刑均衡」；但可能有罪無刑，如果罪行並沒有破壞行為人與社會的和諧關係，沒有科處刑罰的必要。

罪刑均衡並非指應報思想；均衡是活的、流動的穩定關係，罪刑均衡是追求和諧的過程。簡單來說，有犯罪有刑罰，刑罰與已經發生的犯罪，在均質等量之下，先達到第一次的均衡；然後在罪刑均等的範圍內，讓罪犯贖過往之罪，並且向未來展望，審酌罪犯的危險性，找尋最適合罪犯與社會回復和諧的罪刑關係，這是第二次的均衡，重在刑罰教化。是故，罪刑均衡的價值，在於回復罪犯與社會之間的和諧關係。若套用應報與預防的思考，罪刑均衡揉合應報與特別預防；至於一般預防僅是罪刑均衡的附隨效果，當罪刑均衡使得罪刑發生均等，一般預防的效果自然發生。

以刑事法體系為主的刑事政策，核心在於罪刑關係，而罪刑之間力圖達到均衡狀態，以回復罪犯與社會之間的和諧。由此可知，刑事政策的目標應該就在於罪刑均衡，也唯有罪刑均衡的刑事政策，才能達成罪與刑相

互均衡的目的。罪刑均衡的刑事政策是，「本於正義，國家秉持促進罪犯與社會回復和諧的立場，運用刑事法體系，有效且合理抗制犯罪的政策」。

刑事法體系由實體、程序與執行三個部分的刑事法律所組成，內容博大精深；雖然本文題為《罪刑均衡與實質正義》，但無法逐一將整個刑事法體系的罪刑均衡關係進行探究，而僅能討論部分的重要概念。罪刑之間是否合乎均衡，大抵上可以由四個重要面向觀察，分別是罪責原則、刑罰種類、刑罰制定及刑罰調節。罪責是成立犯罪的基石，犯罪成立之後才有刑罰的可能，故先予以明瞭，希望罪責判斷得合乎正義的概念；又若刑罰種類、刑罰制定及刑罰調節等，能與犯罪取得相當的均衡，相信距離刑事法律正義的真正落實，將更加貼近。



第四章 正義架構下的 罪責理論

第一節 前言

刑事政策是以罪刑關係為核心，刑事政策是否合乎正義，關鍵在於如何使罪刑關係合乎正義，也就是罪刑均衡。有犯罪才有刑罰，罪刑均衡要在確定犯罪成立之後討論才具意義，若犯罪的判斷已經不正義，吾人自不可能期待刑罰正義，更遑論罪刑均衡。

目前臺灣對於犯罪成立的判斷，是以犯罪階層理論之中的三階層理論為通說¹——構成要件該當性、違法性、罪責。在階層理論下，當行為該當於構成要件，並具違法性，且行為人有罪責時，便成立犯罪，然後才進一步思考該不法行為本身的危險程度，不法行為破壞法益的程度，以及實施不法行為者的惡性程度，用以判斷實施不法行為的行為人的應刑罰性及刑罰必要性。由此可見，罪責是具有違法性的刑事不法行為，與應刑罰性及刑罰必要性之間的轉接環；沒有罪責，就沒有犯罪，也就沒有刑罰。

具有違法性的刑事不法行為，是客觀的觀察，縱然有主觀的構成要件

¹ 由臺灣主要的刑法總則教科書，可以看出學界受德日學說影響，普遍採取犯罪三階層理論的立場，諸如早期的韓忠謨教授《刑法原理》（自版，2002年再版，頁83、84），以及現今的：林山田，刑法通論（上），自版，2008年十版，頁263、264；甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，瑞興，2006年二版，頁50；蔡墩銘，刑法總論，三民，2011年九版，頁89；林東茂，刑法綜覽，一品，2009年六版，頁1-120、1-121；余振華，刑法總論，三民，2011年，頁105以下；柯耀程，刑法概論，元照，2007年，頁103以下；黃常仁，刑法總論邏輯分析與體系論證，新學林，2009年二版，頁1、2；陳子平，刑法總論，元照，2008年二版，頁104以下；張麗卿，刑法總則理論與運用，五南，2011年四版，頁85；許玉秀，犯罪階層理論（下），台灣本土法學3期，1999年，頁52以下。惟亦有採非三階層理論看法者，其中最富影響力的，當屬採取二階層理論的黃榮堅教授，相關內容可以參見：黃榮堅，基礎刑法學（上），元照，2012年四版，頁181以下。

要素，實際上是立法者事先預想的行為人主觀意念，再由司法者本於個案的客觀情狀，判讀行為人於行為當時的主觀意念；罪責則是行為人面對自己犯行的心態，立法者藉由年齡、精神狀態等指標，將行為人對於犯行的抽象心態加以具體化，讓司法者能夠更容易掌握或更接近行為人面對自身犯行的心態。

若以本文的正義架構觀察犯罪，或許可以看見不同的風景。如果對正義的描述是「合乎人性，正當且和諧的價值」，則對於侵害正義的描述，大概就是「反於人性，不正當且破壞和諧」，此應可泛含一切侵害正義的行為。若該侵害行為是民法典所禁止的，是民事不法行為，可能是無權處分、侵權行為或契約糾紛；若是刑法典所禁止的，就是刑事不法行為，也就是犯罪。

申言之，對於犯罪的詮釋可以是，反於人性，不正當且破壞和諧的刑事不法行為。如果將此與犯罪階層理論相互照應，構成要件該當性及違法性，應當是不正當且破壞和諧的刑事不法行為；罪責則是行為人反於人性的心態表現。侵害行為是現實的描繪，立法者可以見聞，再將所見所聞如實反映在法典；罪責是反於人性的態度表現，是抽象的體悟，無法見聞，必須觀察人性深處，探索罪責的核心意義，然後將之具體化，讓罪責的判斷能夠明確，但不管怎樣試圖明確，罪責都必然存在幽冥玄境，因為這是涉及人性的大哉問。

罪責理論有先行梳理的必要。正義架構下的罪責觀，從人性出發，是對心態反人性的負面評價。行為人實施刑事不法行為，其心態通常都是違反人性常理，當然應該非難懲罰；但若行為人之所以實施侵害行為，是人性使然，若逢相同境遇，常人皆會如此，則法律不能非難行為人，以免有逆人性，反而不正義。至於刑事不法行為，正義架構下的觀點，與當前階層理論的構成要件該當性並無出入，都是針對行為的評價，其思考主軸總是圍繞著法益，用以保護法益免受侵害，關於行為規範與法益保護的關聯，留待後文討論。

有罪責才有犯罪，有犯罪才有刑罰，罪責好似罪刑之間的旋轉門，其不僅關係犯罪是否成立，刑罰能否發動，罪刑是否均衡，更因關乎人性，涉及正義大矣。以下，先就當前階層理論的罪責進行討論，針對罪責的學說及要素（罪責能力、罪責形態、不法意識、期待可能性）進行討論；爾後，確立本文的罪責觀，以期待可能性為核心的人性罪責觀，並試圖建構

人性罪責觀的要素，最後於本章提出對於當前的階層理論，因應罪責內涵改變的調整。

第二節 罪責理論

在犯罪三階層理論中，罪責是構成犯罪的「本質要素²」，其與構成要件該當性、違法性並列，是構成犯罪的三大要件之一。當行為的構成要件該當性、違法性均具備時，行為人如有罪責，就構成犯罪；相反的，縱然構成要件該當性及違法性具備，但行為人欠缺罪責，也不會構成犯罪。同時，罪責是刑罰發動的基礎。刑法第 57 條規定「科刑時應以行為人之責任為基礎」，若行為人欠缺罪責，不會成立犯罪，自然沒有刑罰。

犯罪是綜合評價行為不法，以及行為人有罪責的社會現象。不法行為的內涵，在於刑法非難行為人的行為及結果，就是行為不法、結果不法，學說稱之為行為非價（無價值）、結果非價（無價值）³。至於行為人的罪責，屬於良知非價，即審酌行為人的心態是否有惡意，如果行為人本可決定行為適法，或能避免法規範所不樂見的結果發生，但卻仍為不法行為或導致結果發生，便可判定行為人有惡意，則行為人及其行為應被責難，刑罰的科處方有所本。

在學說上，對於罪責的本質，有道義罪責論與社會罪責論之別⁴。前者認為，世人均是理性的，並且具備自由意志，當行為人能選擇不為惡行卻仍為之，本於道義，應使行為人對自身行為負責，並接受制裁。後者則以為，行為人沒有自由意志，為惡是受社會或遺傳等外在因素影響，所以著眼處應在於，如何除去行為人因社會或遺傳等因素所造成的危險性格，以防衛社會安全再陷風險。

現制之下，刑罰傾向道義罪責論，保安處分則傾向社會罪責論。這樣的制度設計堪稱合理，因為二制度目的本來不同，刑罰非難行為人的倫理

² 林山田，註 1 書，頁 376。

³ 詳細的討論，可以參見：余振華，違法性之本質，刑法違法性理論，瑞興，2010 年二版，頁 67 以下；陳子平，註 1 書，頁 212 以下；王安異，刑法中的行為無價值與結果無價值，東吳法律學報 16 卷 1 期，2004 年，頁 45 以下；許恆達，「行為非價」與「結果非價」—論刑事不法概念的實質內涵，政大法學論叢 114 期，2010 年，頁 231 以下。附帶一提的是，多數說已經採二元論，即兼容行為非價與結果非價的立場。

⁴ 張麗卿，註 1 書，頁 239、240。

良知，並且進行教化，使之與社會重修和諧；保安處分則從行為人的危險性出發，不審酌行為人罪刑，而是藉由國家相關措施協助行為人洗盡危險，防止社會遭受危害。不過，要真正掌握罪責的要素，仍必須探求究竟是存在於行為人的主觀心理狀態，或有規範的概念存在，也就是學說所稱的心理罪責論與規範責任論⁵，本文先將之釐清，然後剖析罪責的諸要素。

第一項 罪責本質

罪責從何而來，包含哪些要素，不單是說明無罪責無刑罰的理由，更關係罪責理論的發展。事實上，在中國古代就已經存有罪責的意識，以《唐律·名例律》為例，當時的律法對於老者的「耄亂荒忽」、小者的「神智未周」、廢疾者的「精神低格」等，存有優遇規定⁶；但現代的本質及其要素，通常認為是源流自西方啟蒙時代，是個人主義及自由思潮的產物⁷，早

⁵ 必須說明的是，將「道義罪責論、社會罪責論」，以及「心理罪責論、規範罪責論」分別論述的學者，如：余振華，註1書，頁278、279；陳子平，註1書，頁304以下、311以下；張麗卿，註1書，頁239以下。僅提及心理罪責論、規範罪責論，而不討論道義罪責論、社會罪責論的學者，如：林山田，註1書，頁380；柯耀程，註1書，頁245；林鈺雄，新刑法總論，元照，2009年二版，頁291以下；林書楷，刑法總則，五南，2010年，頁181以下；張捷，案例刑法總則，一品，2011年，頁230。另外，也有將道義罪責論、心理罪責論、規範罪責論及社會罪責論等並列，如：蔡墩銘，註1書，頁189以下；黃榮堅，基礎刑法學（下），元照，2012年四版，頁595以下。本文所採的論述方式，係承恩師張麗卿教授的體系。附帶一提的是，有部分學者提及「預防罪責論（或稱功能罪責論、負責性概念）」，這是德國刑法學者 Claus Roxin 教授的見解，是認為罪責存在於預防必要性，也就是將罪責判斷與預防思想結合，但如此一來，使得犯罪論與刑罰論產生邏輯思考的錯置，而不受多數學者青睞，有介紹此說的，如：黃榮堅，同本註書，頁604、605；柯耀程，註1書，頁249、250；張麗卿，註1書，頁241、242；抑可參見：Claus Roxin 著，王世洲譯，德國刑法學總論（第1卷）(Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre)，法律，2005年，頁556以下。另外，將「道義罪責論、社會罪責論」，以及「心理罪責論、規範罪責論」分別論述，似乎是日本的多數分類方法，並且由道義罪責論、社會罪責論逐步發展出所謂人格責任論、性格責任論等，詳可參見：團藤重光，刑法綱要總論，創文社，1980年改訂版，頁237以下；川端博，刑法總論講義，成文堂，2006年二版，頁388以下；山中敬一，刑法總論，成文堂，2008年二版，頁583以下；山口厚，刑法總論，有斐閣，2007年二版，頁182以下。

⁶ 如以罪責能力相比，唐代的刑法理論同樣也有無罪責能力、限制罪責能力、完全罪責能力的分別，甚至比今日更為細膩。詳細的內容，可以參見：蘇俊雄，中國法律文化中的責任與刑事思想，刑事思潮之奔騰—韓忠謨教授紀念論文集，韓忠謨教授基金會，2000年，頁43以下；黃源盛，唐律刑事責任能力的歷史考察，中國傳統法制與思想，五南，1998年，頁211以下。

⁷ 大谷實，刑事責任論の展望（刑事法研究第二卷），成文堂，1983年，頁8；Mill, John Stuart 著，孟凡禮譯，論自由（On Liberty），廣西師範大學，2011年，頁113。

期的罪責理論是基於心理罪責論出發，逐漸演變為當前的規範罪責論，並建構諸多罪責的要素。

順著罪責發展的流變，吾人亦可清楚看見，自然科學發達對人文學科的影響，其直接反應在刑法學上，讓犯罪判斷產生類似數學的方程式，如犯罪階層理論；又如化學研究探索物質的最小單位，刑法學也在找尋最小的犯罪判斷單位，如構成要件要素、罪責要素等。然而，人文學科不似自然科學，有著自然界的絕對性，好比水由眾多水分子（ H_2O ）組成，而水分子由二個氫、一個氧組成；但人類社會犯罪的原因千奇百怪，這也是為何迄今犯罪判斷的理論仍在發展，只存有相對的理論，而無獨尊的標準。

第一款 心理罪責論

在早期古典犯罪理論體系下，對罪責的觀點是，行為人內心意念反映於外在行為的事實狀態⁸。換言之，由顯露於外的客觀行為，判斷行為人隱藏於內的主觀情狀，若二者之間存有關聯，行為人便有罪責；反之，欠缺關聯，則沒有罪責。更具體的說，藉由客觀行為驗證行為人主觀故意或過失的心理關係。

這樣的構想與當時社會背景有關。古典犯罪理論被提出時，正處於自然科學大放異彩的年代，作為人文社會學門的法律學，頗欽羨自然科學的飛躍進步，便油生效法之心，參酌自然科學的研究方法，不僅催生實證學派，更建構刑法犯罪判斷的體系⁹。古典犯罪理論的刑事法學者對犯罪進行概念分類，將構成犯罪的內容區分為客觀面與主觀面。客觀面是，可以直

⁸ 林山田，註1書，頁380；張麗卿，註1書，頁240、241。

⁹ 張麗卿，註1書，頁106以下；當時不只是刑事法學，其他的學門，如犯罪學，也十分神往自然科學，有義大利實證犯罪學三傑之稱的龍布羅梭（Cesare Lombroso, 1835-1909）、加洛法羅（Raffaele Garofalo, 1852-1943）、費利（Enrico Ferri, 1856-1929）也是在相當時期，分別以身心及社會等不同視野的實證方式對犯罪者進行觀察研究。關於義大利實證犯罪學家的相關內容，可以參見：林山田、林東茂、林燦璋，犯罪學，三民，2007年四版，頁27以下。如以龍布羅梭為例，龍氏本身是軍醫，又通曉精神醫學，這些經歷對其研究犯罪產生很大的影響，其對罪犯分門別類，進行研究分析，並提出天生犯罪者的說法。詳可參見：Cesare Lombroso 著，黃風譯，犯罪人論（L'uomo Delinquente），北京大學，2011年。龍布羅梭曾對四十三名精神病人、一百零一位罪犯及二十七名非洲野人的頭蓋骨進行研究（犯罪人論（下同），頁4以下），又為一千二百七十九位義大利的罪犯進行體格分析（頁16），對罪犯的紋身及筆跡等進行瞭解（頁40以下，126以下），以及氣候、種族、文化、年齡等左右犯罪的可能原因。

接進行感官理解的非行為人內心世界，即行為、構成要件該當性及違法性；主觀面則是，行為人的內心世界，也就是罪責。和今日通行的犯罪階層理論不同¹⁰，客觀面的，沒有任何主觀成分，亦不為任何評價，所以構成要件該當性僅有客觀構成要件要素；主觀內容全賴罪責判斷。

為了秉持自然科學的精神，無法驗證的內容自然遭受摒棄，反映在罪責上就是，採行「決定論」的觀點，就是否定人的自由意志，人之所以會犯罪，是因為行為人自身體質或社會環境影響¹¹。自由意志難以捉摸，又客觀無法驗證，當然很難說明行為人犯罪是本於自由意志；利用決定論反而可以清楚說明，行為人的動機缺陷及危險性格，並進一步能夠科學預測罪犯的犯罪思想，用以決定刑期長短與矯正方式¹²。

就像自然科學不斷探求萬物的最小單位，從元素細分至原子，又分為電子、質子及中子；刑法學者也隨之發憤探求組成犯罪的最小單位，例如在客觀面的構成要件區分行為主體、行為客體、行為、結果、行為與結果之間的因果關係等。至於主觀面，學者切割為故意與過失；故意又分為行為人的知與欲，過失則是不知與不欲¹³。心理罪責論的故意或過失，是價值中立的自然事實，也可認為是法律上的事實，並不進行任何宗教風俗或道德文化的評價¹⁴。

第二款 規範罪責論

將重心放在行為人內心事實的心理罪責論，暴露理論缺失，特別是堅持決定論，否定人的自由意志，與實際情況有異。實際上，行為人通常可以決定不要著手犯行，但卻依舊選擇為惡，顯然是本於自由意志而生。這是「非決定論」的觀點，肯認人的自由意志，人對於是否進行犯罪擁有決定自由，而非單純被自身體質或社會環境所決定。倘若不承認人有自由意志，成年人或孩童、正常人或精神病患所為的構成要件行為，在評價上便

¹⁰ 林山田，註1書，頁184、185；張麗卿，註1書，頁107。

¹¹ 張麗卿，司法精神醫學—刑事法學與精神醫學之整合，元照，2011年三版，頁230。

¹² Franz von Liszt 著，Eberhard Schmidt 修訂，徐久生譯，何秉松校訂，德國刑法教科書（Lehrbuch des Deutschen Strafrechts），法律，2006年，頁264、265。

¹³ 林山田，註1書，頁380；張麗卿，註1書，頁108。

¹⁴ Ernst Beling 著，王安異譯，構成要件理論（Dielehre vom Tatbestand），中國人民公安大學，2006年，頁96。

無區分實益，刑法亦恐將面臨嚴重的質疑聲浪¹⁵。

時至今日，吾人已經不固執在決定論或非決定論，明白人類雖受自身體質或社會環境影響，但基本上仍保有自由意志，精神健康的成年人通常都能夠決定自己的行為，除非自身體質或社會環境對行為人產生不可逆的影響。換言之，當前已經不堅持絕對的決定論或非決定論，肯定人的自由意志，與自身素質或社會環境是相對影響的。自由意志是罪責理論的基礎¹⁶，規範罪責論站在自由意志出發，是相對的非決定論。

法律處罰行為人，是因為行為人可以決定不為惡，卻仍為之，所以行為人應該為自己的不法行為負責，為惡的決定也必須受到譴責。在這樣的推論下，罪責除了故意過失之外，應有可責性；也就是說，行為人的故意或過失行為，經法律規範評價後，認為應予責難，除非經評價發現，無法期待行為人有合乎規範的行為¹⁷。這是目前通說的規範罪責論，是心理事實與價值判斷的具體結合，可以發現其是「以期待可能性為責任本質之規範要素¹⁸」。

進入新古典犯罪理論之後，除了對罪責採取規範罪責論的看法外，對於行為的評價，也由純粹的因果關係行為（因果行為論），轉變為具有社會重要性的行為（社會行為論）。古典犯罪理論的因果行為論，強調行為人內在意意思引領外在行為的動或靜，進而引發事物變化的因果現象；但這種看法無法說明不作為犯，又因過度重視行為與結果之間的關係，造成刑法意義的作為，擴張至反射動作或被強制的動作¹⁹。為修正這樣的看法，避免刑法評價行為的範圍過大，有論者主張目的行為論，認為人類活動都有其目的性，刑法所關注的，應是人類具有目的性的行為，而非漫無邊際地將所有具備因果關係外貌的行為與結果納入討論；但這樣的看法不容易解釋過失犯罪，尤其是沒有認識的過失²⁰。

社會行為論吸納因果及目的行為論的精華，將刑法意義的行為以是否存有「社會重要性」為判斷標準，是目前學界的多數看法²¹。申言之，只

¹⁵ Ernst Beling 著，王安異譯，註 14 書，頁 97、98。

¹⁶ 張麗卿，註 11 書，頁 230 以下。

¹⁷ 林山田，註 1 書，頁 380、381；張麗卿，註 1 書，頁 110。

¹⁸ 周治平，規範責任論概說，法令月刊 15 卷 1 期，1964 年，頁 6。

¹⁹ 張麗卿，註 1 書，頁 93。

²⁰ 林山田，註 1 書，頁 202、203；張麗卿，註 1 書，頁 94。

²¹ 論者有言，「刑法所處罰之行為，皆係侵害社會秩序，再社會秩序之維持，復受社會觀念所左右，以故社會行為論所持之犯罪觀念，顯富變化，猶能適應時代思潮，與其

要行為可能造成有害社會的後果，均認為具有社會重要性，無論該行為是作為或不作為，也不管行為人是故意或過失。由此可知，社會行為論含有規範評價的色彩，係以對社會有無侵害，當作是否成為刑法意義行為的門檻。然而，社會行為論最常被詬病的是，所謂社會重要性相當模糊²²，認定並不容易；對此，論者表示社會重要性的意義，在於意思支配的可能性、外觀態度的展現（包含作為與不作為）²³，故凡具人類目的意思活動的行為，或行為是有害社會結果的原因，或違背法規範期待的不作為²⁴，均有社會重要性，屬於刑法意義上的行為。

社會行為論與規範罪責論存有互補的關係，因為社會行為論以行為是否侵害社會，判斷行為是否具有刑法上的意義，其囊括因果行為與目的行為，形成幾無漏洞的行為理論，但也使得受刑法評價的行為範圍擴大。不過，在規範罪責論下，恰可進行精準篩選行為是否構成犯罪——面對這些侵害行為，在心理面，是否出於行為人的故意或過失；在規範面，侵害行為的發生，是否是常人於當下均有的反應，若是則無法期待行為人故意或過失實施侵害行為——若行為人沒有故意或過失，或不能期待行為人在行

相互映之刑法，亦不可固執不通，應在必要之時，作合理之修正，方為理想，如此之行為理論與刑法體系，就現今社會進化之趨勢而觀，仍極正確，縱有瑕疵，似不必病其疏漏也。」（蔡墩銘，社會行為論概說，刑事法雜誌 9 卷 3 期，1965 年，頁 104）亦可參見：林山田，註 1 書，頁 203；余振華，註 1 書，頁 116；陳子平，註 1 書，頁 118 以下；張麗卿，註 1 書，頁 94；林鈺雄，註 5 書，頁 119、120。惟亦有論者，對於行為採取非社會行為論的看法，如論者認為，「一如因果行為所主張，就是人的意志所支配的身體舉止」（黃榮堅，註 1 書，頁 159；相同看法如：靳宗立，刑法總論 I—刑法基礎理論暨犯罪論，集義閣，2010 年，頁 181）；或有認為，「有人格表現的行為，有『心理／精神現象』的行為，方有刑法意義」（林東茂，註 1 書，頁 1-89）；或認為「相對於因果行為論的行為概念詮釋，目的行為論、社會行為論……，都對於行為的資格，作若干不必要的限縮」，如此可能使得有部分行為成為躲避刑法評價的漏網之魚，還不如採取較寬廣的認定，「因果行為論所詮釋的行為，認定只要是一種有意義的活動」就屬於刑法意義的行為，究竟是否構成犯罪，則交由階層理論進行判斷（柯耀程，註 1 書，頁 75、76）。此外，行為理論較值得關注的有，（1）身體動靜說：只要是人表現於外的身體動靜，均屬行為；也就是無庸設置不必要的行為標準，行為是否成立犯罪，由階層理論判斷即可。可以參見：甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，頁 56；前田雅英，刑法總論講義，東京大学出版会，2006 年四版，頁 109。（2）歸因於人或社會面向的行為判斷說（人的、社會的歸屬概念），即將行為區分為作為與不作為，作為以人與社會面向判斷，分別是身體的動靜，以及對外界變化的影響；不作為僅由社會面向判斷，如果現實有危險存在，社會對行為人有作為的期待，結果的發生並不存在自然的因果關係，則認定是具有刑法意義的不作為。可以參見：山中敬一，註 1 書，頁 148、149。

²² 黃榮堅，註 1 書，頁 151、152；柯耀程，註 1 書，頁 69。

²³ 余振華，註 1 書，頁 116；陳子平，註 1 書，頁 118 以下；曾根威彥，刑法總論，成文堂，2000 年三版，頁 54。

²⁴ 張麗卿，註 1 書，頁 94。

為時合乎法律規範，當然不可以非難行為人²⁵。

今日的目的犯罪理論體系²⁶，是根植在新古典犯罪理論上的調整，特別是罪責的故意過失，提前在構成要件該當性的主觀構成要件要素討論，用以思考行為人對行為結果有無目的傾向。順應規範罪責論在罪責地位的確立，罪責內涵除了心理罪責論的行為人故意過失之外，更以「規範的可責性」進行延伸，也就是經法規範評價所非難，才有罪責²⁷，這樣的觀點豐富並充實罪責的內涵。

第二項 罪責要素

在規範罪責論下的罪責要素，多數學者將之區分為四個項目，分別是罪責能力、罪責型態、不法意識及期待可能性；前三個項目涉及行為人的主觀意念，期待可能性則是客觀情狀的考量²⁸。若行為人的行為經犯罪階

²⁵ 張麗卿，註1書，頁241。

²⁶ 關於犯罪論體系演進中的目的犯罪理論，即其區分的：以目的行為論為基礎的目的犯罪理論、以社會行為論為基礎的目的犯罪理論（多數說）、目的理性的犯罪理論，關於這些理論的詳細內容，可以參見：林山田，註1書，頁186以下；林東茂，註1書，頁；張麗卿，註1書，頁112以下。

²⁷ 林山田，註1書，頁381。

²⁸ 臺灣學者對於罪責要素的說明，較可以清晰看出區分為四要素者，可以參見：林山田，註1書，頁381以下；余振華，註1書，頁275以下；陳子平，註1書，頁314以下；張麗卿，註1書，頁242以下；許澤天，刑總要論，元照，2009年二版，頁148以下；林書楷，註5書，頁184以下。另外，明顯採取罪責三要素區分者，例如：蔡墩銘教授，其將四要素之一的不法意識（違法性的認識）納入罪責型態的故意中，成為罪責的故意的條件之一，而罪責的過失則無不法意識，可以參見：蔡墩銘，註1書，頁193以下；蔡墩銘，刑法精義，翰蘆，2007年二版，頁243以下（後書的論述更為顯著）。柯耀程教授亦採三要素，其與蔡墩銘教授恰好相反，在四要素的罪責型態與不法意識之間，較重視行為人與法律敵對的不法意識，而將罪責型態融入不法意識討論，如果行為人刻意與法對抗，則有罪責故意，若是因忽略而導致違反法律則是過失，可以參見：柯耀程，註1書，頁251以下。至於日本刑法理論，論及罪責要素，除了罪責能力之外，次有罪責型態（故意罪責、過失罪責），至於期待可能性，通說認為是超法定的責任阻卻事由。在故意罪責上，有事實上的故意，以及不法意識（違法性的認識）；過失罪責則是，因行為人主觀不注意而實現過失犯罪事實，但並無不法意識。可以發現這種脈絡的，請參見：岡藤重光，註5書，頁251以下；山中敬一，註5書，頁593以下；佐久間修，刑法總論，成文堂，2009年，頁253以下；川崎一夫，刑法總論（犯罪論），北樹，2009年，頁160；大塚仁著，馮軍譯，刑法概論（總論），中國人民大學，2003年，頁382以下。也有論者的罪責要素是，罪責能力、不法意識（違法性的認識）及期待可能性，如：川端博，註5書，頁399。附帶一提的是，韓國多數學者似乎也採取罪責能力、罪責型態、不法意識及期待可能性的四要素區分者，參見：

層理論檢驗，構成要件該當且具違法性，行為人有罪責能力、罪責型態及不法意識，又無不能期待行為人合乎法律規範的情形時，行為人的行為構成犯罪。以下，針對罪責要素說明。

第一款 罪責能力

罪責能力是，有承擔犯罪責任的資格。意即，具有罪責能力的人應當具備自由意志，面對是否要犯罪的抉擇時，應本於理性自由，進行順乎規範期待的行為，也就是拒絕犯罪，不與法規範敵對；但是，行為人卻反理性地決定與犯罪同路，進行破壞規範期待的行為，具有可非難性，行為人必須為自己的決定負責。

但若罪責能力不完整，行為人的自由意志有欠缺或不足，而無法憑藉自由理性，進行合乎規範期待的決定或行為時，法律若仍非難行為人，恐怕有違人情之常，所以對於無法完全自由理性，進行完全合乎規範期待的人，在法律上應當不予苛責或減輕責罰，即阻卻或減輕行為人的罪責。學理上以年齡與身心狀態當作判斷指標，反映在刑法典上，就是刑法第 18 條、19 條及 20 條。

第一目 精神狀態的實際判斷

精神狀態的良窳，是判斷罪責能力的關鍵之一，若行為人精神狀態異常，勢必影響理性自由的決定，也難以期待精神狀況異常的人能夠順應規範要求。古早社會將人的精神狀況異常，多將原因歸咎於靈魂喪失或妖魔附體，隨著科學進步，人類才知道不正常的精神狀態發自於疾病²⁹。對於

김일수、서보학著，鄭軍男譯，韓國刑法總論（새로운 형법총론），武漢大學，2008 年，頁 356 以下。

²⁹ 林憲，精神醫學史，水牛，1979 年，頁 5-8；韓柏，臨床精神醫學，中國科學技術，2006 年，頁 9-10。在歐洲，古代希臘對於精神疾病是以比較科學的方法觀察，但進入中古世紀後，以基督教為主的氛圍下，精神病患則與反基督的惡靈或女巫劃上等號；反觀，古中國的精神醫學遠較西方豐富且先進，很早就注意到身心之間的關係，中醫俗諺有云，「息妄念以養心氣、絕躁怒以養肝氣、節飲食以養脾氣、寡言語以養肺氣、淡色欲以養腎氣。」且中醫裡有所謂狂、躁、癲、癡等病徵，顯見已有精神醫學的研究。

造成精神障礙使人思想或舉止異常的原因，學者專家多從生理、心理與社會三個層面進行觀察³⁰：生理層面，可能是基因遺傳、身體疾病或藥物濫用等原因所引起；心理層面，則可能是心理應激（stress），即精神刺激或創傷³¹，或人類學習行為導致；至於社會層面，通常因為社會結構的弱勢族群，或社會變遷造成生活狀態的改變，或階層歧視、經濟問題等社會壓力，又或社交欠缺等因素，所造成社會成員的精神障礙。

精神醫學進一步對精神障礙進行三大類的概念分類，分別是³²：精神病，因為腦部或身體部位的器質性變化，或因酒精或毒品的中毒，這是偏向生理層面的；精神素質的偏畸，精神上與常人的不同，可能是智能、性格或慾望的異常，這是偏向心理層面的；異常精神反應，又稱心因性反應或精神官能症，是因為某種社會環境的變異，影響人的心理狀態造成精神異常。由此可知，主要影響人類精神狀態的，是生理及心理原因，至於社會因素，通常扮演著催化酵素的角色，使得生理或心理層面產生更大的變異。

刑法第 19 條，「行為時因精神障礙或其他心智缺陷，致不能辨識其行為違法或欠缺依其辨識而行為之能力者，不罰。（第 1 項）行為時因前項之原因，致其辨識行為違法或依其辨識而行為之能力，顯著減低者，得減輕其刑。（第 2 項）」就是採取生理及心理的混合立法方式³³，用以體現精

³⁰ 張麗卿，註 11 書，頁 25 以下；韓柏，註 29 書，頁 4 以下。

³¹ 這與心理分析論的潛意識有密切關聯，值得特別說明。佛洛伊德（Sigmund Freud, 1856-1939）的心理分析論（或稱心理動力學，見：林憲，臨床精神醫學，頁 25 以下；鄭麗玉、陳秀蓉、危芷芬、留佳莉著，心理學，五南，2006 年，頁 6）認為，人不是純理性的，有許多自身無法察覺的內在衝突。其學說精要之一是「潛意識」，潛意識可能影響人格形成，甚至造成精神障礙，過去的某種經驗（特別是不好的經驗），可能會影響日後的行為模式。佛氏曾於《精神分析引論》舉一實例，某女有強迫性精神官能症，每日皆多次「自 A 房進 B 房，呼喚傭人前來做些無關緊要的事情，或什麼也不做便讓傭人離開；然後再由 B 房進 C 房，再呼喚傭人前來」。經探詢發現，原來該女的丈夫年紀較長，性功能已經衰弱，而無法在結婚初夜敦倫，雖然在宅邸房舍間穿梭，試圖振作而仍無法交歡；翌日，丈夫怒將紅墨水潑灑在床鋪上，以免被家傭笑話。此後，女子在房間穿梭，是為了「證明」自己的先生在新婚之夜來回房間並無怪異；在每個房間呼喚傭人則是試圖讓他們能若有似無的看到傢俱、窗簾或被褥的污漬，也是為了要讓潑灑紅墨水的事情正常化。初夜的經驗，成為該女的潛意識，而影響他的行為。這些概念和前述案例，可以參見：Sigmund Freud 著，彭舜譯，彭運石校，巫毓荃審定，精神分析引論（Introductory Lectures on Psycho-Analysis），左岸，2006 年，頁 280 以下。其他相關的內容，也可以參考：申荷永，心理分析入門，心靈工坊文化，2004 年，頁 98 以下。

³² 張麗卿，註 1 書，頁 31 以下。

³³ 張麗卿，註 1 書，頁 249 以下。附帶一提的是，在 2005 年修法改採生物與心裡混合立法模式之前，刑法第 19 條是以「心神喪失」或「精神耗弱」判斷行為人有無罪責

神醫學的研究成果。這樣的立法模式，不僅符合精神狀態不正常的實際情況，實務亦能夠更加順利判斷行為人的罪責能力。質言之，評斷精神狀態是否正常，先以生理學標準，觀察行為人有無「精神障礙或其他心智缺陷」的情形；後依心理學標準判斷，此處又分為「不能辨識其行為違法」的辨識能力，以及「欠缺依其辨識而行為之能力」的控制能力³⁴。辨識能力是行為人能否辨別行為有無違法，控制能力是行為人有無遵照辨識決定行為的能力。

另外，刑法第 19 條 3 項是原因自由行為的明文化³⁵。所謂原因自由行為是，行為人於原因階段尚具備罪責能力，故意或過失使自己陷於精神障礙的狀態，然後於此狀態之下進行侵害法益的行為，所以行為階段的行為人欠缺罪責能力。為避免惡人藉此犯罪脫責，所以行為時若有精神障礙或其他心智缺陷情形，且喪失辨識與控制能力，但因行為人「因故意或過失自行招致者」，不適用刑法第 19 條 1 項、2 項的寬典。也就是說，行為人於原因階段是有罪責能力的，行為階段之所以無罪責，是因為行為人的故意或過失導致，就不能主張行為時無罪責。

總之，行為人的精神狀態良好，才能期待行為人作出不與法規範敵對的理性自由決定，也才能繼續期待行為人會順應自身決定行為。相反的，若行為人精神障礙或其他心智缺陷的情形，又無辨識能力與控制能力，自然無法期待行為人行為合乎規範的期待，當然阻卻罪責；若辨識能力或控制能力顯著降低，則得減輕罪責。

能力。當時的立法方式傾向心理學，係指行為人的自由決定意思能力，對於外界的判斷能力顯然喪失（心神喪失）或減退（精神耗弱）；受人詭病的，是法條用語相當不明確，使得判斷容易產生歧異；又心神喪失、精神耗弱是法律用語，精神醫學專家的鑑定內容又是醫學用語，實務必然會發生不同學門之間的溝通障礙。

³⁴ 有學者認為刑法第 19 條規定的「精神障礙或其他心智缺陷」似乎稍嫌不足，應該將精神障礙的型態明確列出。參見：林山田，註 1 書，頁 388。但是，精神醫學的所有精神障礙原因，實難窮盡於刑法典，若能掌握生理與心理的立法模式，輔以精神醫學專家的鑑定，便可知悉行為人是否存有精神障礙或其他心智缺陷的情況。可以參見：張麗卿，註 11 書，頁 250；張麗卿，責任能力與精神障礙，新刑法探索，元照，2008 年，頁 19 以下。至於「精神障礙或其他心智缺陷」的認定，可以參見：張麗卿，精神障礙或其他心智缺陷之認定，新刑法探索，元照，2008 年，頁 111 以下。

³⁵ 不過，2005 年刑法修正時，原因自由行為的明文化只有「半套」，是排除行為人自陷罪責能力欠缺的「不罰」或「減輕其刑」的適用；但是，畢竟並非所有行為人故意或過失自陷精神障礙後所實施的不法行為，都具有可罰性，即學理上所謂的「麻醉狀態下的違法行為」。參見：張麗卿，註 11 書，頁 250；張麗卿，原因自由行為，新刑法探索，元照，2008 年，頁 37 以下、48-50。柯耀程，排除責任缺陷規定明文化的衝擊，刑法總則修正重點之理論與實務（臺灣刑事法學會主編），元照，2005 年，頁 198 以下。

第二目 年齡與瘖啞人的擬制

除了行為人的精神狀態異常，理性自由的意志受到折扣，造成罪責能力被阻卻或減免之外，年輕的生命因為心智尚未成熟，也可能發生理性自由意志不完整的情形。若心智不成熟，辨識能力與控制能力均有不足³⁶，如同精神狀態異常一樣，社會也不能期待因心智不成熟者的行為必然符合規範。

心智成熟的程度，以及對於辨識能力或控制能力的影響，本應個案考察；但本於社會歷史文化長久確立的共識，逐漸發展出一套以「年齡」判斷心智成熟度的基準。成人禮是最典型的例證，當年輕人某歲數後，譬如中國漢族文化裡，二十歲的少年行冠禮，十五歲的少女行笄禮，其他如受漢文化影響深遠的日本元服禮，或西方與基督教文化結合的成年禮等亦是如此³⁷；待禮成之後，年輕人將負擔與成年人相同的責任。這種以年齡彰顯著年輕人心智達到相當成熟度的儀式，中外皆然。

文化反映在當前的律法，諸法均有各式的年齡基準，刑法也不例外。刑法第 18 條規定，未滿十四歲人的行為，沒有罪責能力，不罰；至於十四歲以上未滿十八歲的人，心智較未滿十四歲的人更為成熟，但可能尚未完全成熟，所以十四歲以上未滿十八歲的人，是否負擔完全罪責能力，有賴個案判斷。若十四歲以上未滿十八歲的人，已有辨別是非的能力，且能依判斷行事，則認為該人具有罪責能力；反之，若心智未完全成熟，罪責能力減輕，得減輕其刑。心智隨著年齡成熟，但也隨著歲月衰退，老人家的心智可能退化，辨識能力或控制能力因而降低，所以刑法認為滿八十歲人的行為，如同十四歲以上未滿十八歲的人一般，屬於得減輕其刑。

簡言之，十八歲以上者為完全罪責能力人，十四歲以上未滿十八歲或滿八十歲者為限制罪責能力人，未滿十四歲者是無罪責能力人。這是法律合乎人性期待的設計，年輕的生命可愛，受教育未深，心智發展有限，應該給予寬典；老邁的生命步入尾聲，器官衰弱且心智降低，已經不可與青壯年同日而語，罪責亦應適當減輕。不過，以年齡界分罪責能力，判斷上雖較便利，但恐怕無法反映行為人的實際罪責能力。我們很難想像差一天

³⁶ 林山田，註 1 書，頁 382、383。

³⁷ 楊靜，淺談中西成人禮文化，安徽文學 2010 年 3 期，2010 年，頁 279、280。

就滿十四歲的少年，和剛滿十四歲又一天的少年，二者在心智上有多大的差別，但在刑法罪責能力的判斷上截然不同，這應該是法律及立法技術的有限性。

另外，刑法第 20 條規定的瘖啞人，是限制罪責能力人。所謂瘖啞人是指聾啞人士，依據司法院 26 年院字 1700 號解釋，是出生或自幼的瘖啞人；若瘖而不啞、啞而不瘖，則非刑法所指的瘖啞人。在 1935 年制定刑法時，特殊教育並不發達，認為聽能及語能的欠缺，對於受教育或社會化均會產生不利影響，心智的發達亦會與常人有所落差，所以罪責能力不能與常人等同視之。然而，1984 年特殊教育法制定後，對於包含瘖啞人在內的身心障礙者，或資賦特優者，進行適性教育，在發展個人潛能的同時，亦培養受特殊教育者的健全人格，並且增進其服務社會能力等，現今臺灣的特殊教育已經進步許多，學者多認為對於瘖啞人特別規定的必要性，已經大為減少³⁸，惟 2005 年刑法總則修正時，仍將刑法第 20 條保留³⁹。

第二款 罪責型態

罪責型態標記著故意過失的雙重評價⁴⁰，在構成要件該當性中，主觀構成要件要素已經檢驗過一次故意過失，用以判斷行為的態樣究竟是故意或過失；在罪責裡，再次檢驗故意過失，用以譴責行為人的良知。由刑法定可知，過失犯的法定刑明顯較故意犯為低，意味著故意犯與過失犯的行為或罪責內涵不同之外，更表示故意犯罪的質量較過失犯為重，故刑罰亦重；另外，按刑法第 12 條 2 項規定，過失的處罰係以法律有明文規定者為限，也可以發現故意犯罪較為嚴重的意象。

雖然罪責型態的故意過失，有所謂的雙重評價功能，但實際上鮮少發揮效用，因為構成要件的故意存在，就會是故意的罪責型態；構成要件若是過失，罪責型態就會是過失。易言之，故意行為導致故意罪責，過失行

³⁸ 林山田，註 1 書，頁 389；蔡墩銘，註 1 書，頁 198；余振華，註 1 書，頁 285；陳子平，註 1 書，頁 324；張麗卿，註 1 書，頁 243。不過，亦有學者認為，瘖啞人的生理缺陷係事實存在，不應漠視；並應改變實務長久對於瘖啞人必須是又瘖又啞看法，只要或瘖或啞，便可適用刑法第 20 條。參見：柯耀程，註 1 書，頁 259。

³⁹ 立法者將刑法第 20 條予以保留，筆者並不意外，只是有感疑惑的是，同樣是重大感官能力喪失的盲者，為何不在刑法第 20 條得減輕其刑之列。

⁴⁰ 林山田，註 1 書，頁 397。

為導致過失罪責，能夠體現故意過失雙重評價的，大概只有「容許構成要件錯誤」的情形⁴¹。所謂容許構成要件錯誤是，行為人誤以為現實存有阻卻違法事由，但實際上並無阻卻違法的情狀存在。誤想防衛是典型的容許構成要件錯誤，如某甲見乙迎面而來，手伸入大衣內裡，以為乙要取出武器攻擊自己，甲遂下手為強，先將乙擊倒，然後才發現大衣內裡所藏之物是手機。

對於誤想防衛，依據當前犯罪階層理論的三階層理論判斷，前例甲的誤想防衛行為，是出於故意的構成要件行為，且乙沒有攻擊甲，並不存在現實的不法侵害，無從阻卻違法，只能在罪責檢驗⁴²。這個問題，學說見解多有分歧。採取嚴格罪責理論的看法者，認為涉及違法性錯誤，應當視作禁止錯誤處理，也就是說，容許構成要件錯誤的行為人仍成立故意犯罪，回歸欠缺不法意識的法理解決，即觀察行為人是否有正當理由且錯誤無法避免，法律效果係阻卻或減輕罪責，而與故意無涉⁴³。

然而，有論者採取一般限制罪責論的主張，認為容許構成要件錯誤的情形，是行為人是對阻卻違法事由的客觀情狀產生誤認，行為人實際上並無與法律敵對的意思，如果以故意犯處罰恐怕太重，故宜類推適用構成要件錯誤，阻卻構成要件的故意，成立過失；惟一般限制罪責論容有檢討空間，畢竟構成要件行為確實存有故意，貿然排除構成要件的故意恐不妥當⁴⁴。是故，目前學理通說採取「限縮法律效果」的限制罪責理論⁴⁵，行為人雖有構成要件故意，但在罪責的法律效果上，故意罪責卻被阻卻，類推適用過失犯罪處理⁴⁶，即行為故意，但罪責過失，恰可彰顯故意過失雙重評

⁴¹ 林山田，註1書，頁398；張麗卿，註1書，頁251。

⁴² 若採犯罪階層理論的二階層理論，容許構成要件錯誤（如誤想防衛）的場合，因為欠缺不法構成要件的負面要素，意即行為人沒有「客觀上欠缺阻卻違法的認識」，而誤以為有阻卻違法的事由，所以不成立故意犯。相關的論述，可以參見：黃榮堅，刑法解題——關於不法意識及犯罪結構，臺大法學論叢21卷1期，1991年，頁198以下。

⁴³ 黃常仁，註1書，頁102；陳子平，註1書，頁348。另外，採取二階論立場的黃榮堅教授認為，在三階層理論之下，嚴格罪責理論較為可採。可以參見：黃榮堅，註42文，頁190、191。

⁴⁴ 陳子平，註1書，頁348、349。

⁴⁵ 林山田，註1書，頁442；林東茂，註1書，頁1-299；柯耀程，註1書，頁301、302；張麗卿，註1書，頁282；林鈺雄，註5書，頁344、345；許澤天，註28書，頁240以下；林書楷，註5書，頁205。

⁴⁶ 必須說明的是，實務處理容許構成要件錯誤，雖同樣「阻卻故意」，但究竟是一般的限制罪責論，或法律效果的限制罪責論，則多欠著墨。近年的最高法院判決，雖有出現「誤想防衛」等字樣，但未進一步深究誤想防衛的意涵，而多是上訴一方的辯詞，例如最高法院91年度台上字第3515號判決、94年度台上字第3465號判決、94年度台上字第7017號判決、97年度台上字第5049號判決、98年度台上字第2594號判決、

價的機能。

第三款 不法意識

行為人若知悉自身行為違反法律規定，不符合社會規範的期待，即可認定行為人具有不法意識。對於行為人的不法意識，並非要求行為人知道自己的行為觸犯何法何條，或對行為可罰性達到多麼清晰的認識，只要行為人知道自己的行為是法所不許者，便足矣⁴⁷。相反的，若行為人欠缺不法意識，不知自身行為已被法律禁止，就會產生行為不具違法性的誤認，當行為人的主觀認識與客觀事實不合致，就是錯誤的問題。

關於不法意識的錯誤，即學理所稱的禁止錯誤⁴⁸。禁止錯誤是行為人對於構成要件行為的違法性產生誤認，以為自身行為是法律所允許的。對此，刑法第 16 條規定，「除有正當理由而無法避免者外，不得因不知法律而免除刑事責任。但按其情節，得減輕其刑。」也就是說，原則上法律公布施行後，人民就應該知悉法律規定，並有義務遵守，行為人不得主張自己不知道法律規定而奢求免除刑責；除非行為人對法律的誤認是，有正當理由且誤認是無法避免的。

99 年度台上字第 7432 號判決、100 年度台上字第 985 號判決、100 年度台上字第 1808 號判決、100 年度台上字第 6659 號判決。反倒是高等法院及其分院以下，對於誤想防衛才有更進一步的說明，例如，臺灣高等法院 95 年度上訴字第 1279 號判決表示，「事實上無阻卻違法事由存在而誤為存在，並因而實施行為者，稱為阻卻違法事由錯誤。關於阻卻違法前提事實之誤認，如本無現在不法之侵害，而誤認為有此侵害之存在而為正當防衛，此即屬於誤想防衛。誤想防衛本非正當防衛，蓋其欠缺正當防衛要件之現在不法侵害，故誤想防衛不阻卻違法性。然而對於此種情形，即不知所實施者為違法行為，是其得為阻卻故意。」（亦可參見：臺灣高等法院 98 年度上易字第 1291 號判決、臺灣高等法院臺南分院 95 年度矚上重訴字第 1388 號判決、臺灣高等法院高雄分院 98 年度上訴字第 177 號判決）或者，臺灣高等法院高雄分院 100 年度上易字第 890 號判決謂，「主觀上出於防衛意思，但客觀上不存在防衛情狀，即構成所謂之『誤想防衛』，應依容許構成要件錯誤處理。換言之，不影響構成要件故意，但影響故意罪責，然依情形仍可能成立過失犯。」

⁴⁷ 林山田，註 1 書，頁 398；林東茂，註 1 書，頁 1-163；張麗卿，註 1 書，頁 251；黃惠婷，禁止錯誤，月旦法學教室 74 期，2008 年，頁 51、52。

⁴⁸ 學說上，對於違法性錯誤的論述，可以參見：林山田，註 1 書，頁 429 以下；林東茂，註 1 書，頁 1-290 以下；余振華，註 1 書，頁 293 以下；余振華，違法性錯誤之刑事責任，警察法學 7 期，2008 年，頁 121 以下；陳子平，註 1 書，頁 342 以下；張麗卿，註 1 書，頁 277 以下。

禁止錯誤的種類，按行為人欠缺不法意識的態樣分有⁴⁹，對禁止規範的錯誤，以及對容許規範的錯誤。前者是行為人不知道有法律禁止規範，或誤解構成要件的內容，或者誤以為禁止規範已經廢止或與自身無關；後者則是行為人以為行為係法律容許，得作為阻卻行為違法性的事由。容許規範的錯誤可能是對規範產生誤解，對某禁止的行為誤以為法律容許；也可能是誤以為自己身處在可以主張阻卻違法事由的情境，即容許構成要件錯誤，這在前文已有說明。無論是何種類型的禁止錯誤，都應該回到欠缺不法意識的核心，就是行為人是否有正當理由，而不能避免自身對法律期待的無知。

是否屬於「有正當理由而無法避免」的禁止錯誤，必須經由個案判斷，若真的完全無法期待行為人知道自身行為是法所禁止者，當然不能苛求其不為不符合規範的行為。至於判斷行為人的禁止錯誤是否有正當理由而無法避免，有二道檢驗基準⁵⁰：其一是由行為人的社經地位判斷，其二是行為人的查詢義務。若以行為人的社經地位，實在無法知悉法律的禁止規定，行為人不能單憑意測行事，必須向政府機關或專業人士請益⁵¹；若行為人信賴查詢所得的資訊，但該資訊是誤謬且不被法院接受，行為人仍可主張這是不可避免的禁止錯誤，因為此時法律仍無法期待行為人的行止能夠合乎規範。

第四款 期待可能性

當精神狀態正常，且知悉法律所禁所許的成年人，卻拒絕順應規範的期待，而實施違法行為，其距離犯罪成立僅剩下一步之遙；此時，吾人應當思索的是，一個可以選擇合法行為的人，為什麼會倒逆施行，是否因為行為當時存在某種情境或原因，使社會無法期待行為人的行為合法。這樣的思考方向造就期待可能性，作為檢驗行為人有無罪責的最後一道關卡。

討論期待可能性，必然會提及一宗發生在十九世紀末德國的「劣馬脫

⁴⁹ 張麗卿，註1書，頁279、280；黃惠婷，禁止錯誤，註47文，頁54-56。

⁵⁰ 黃惠婷，註47書，頁61、62。

⁵¹ 刑法第16條「有正當理由而無法避免」的規定，蘊含風險控制的概念，因為行為人可能藉由查詢資訊，而知悉某行為是法律所禁止的，進而避免觸法。換言之，行為人的不法意識欠缺，或許會因查詢而避免。詳可參見：古承宗，第三人之禁止錯誤與資訊風險，成大法學19期，2010年，頁34-36。

韁案⁵²」。該案的簡單情節是，馬伕知道某馬匹難以駕馭，恐在運載乘客時發生意外，便向雇主反應；雇主表明繼續使用該馬的立場，馬伕擔憂生計，只得聽從雇主指示，依舊駕駛該馬拖曳的馬車載客。而後，果然不出馬伕所料，該馬頑劣導致交通意外發生，造成多人受傷。德國法院認為，馬伕雖知可能發生危險，但迫於生計無奈，只能選擇繼續駕馭劣馬載客，故無期待馬伕合於規範行事的可能。

由此可知，期待可能性體現人性關懷，節制刑罰發動，並且落實個案的實質正義，面對少數情節特殊的案件——通常人們處於與行為人相同的處境時，都可能違逆規範的期待；如果這種情形發生，僅能仰賴期待可能性，避免犯罪階層理論的邏輯推導，落得反人性的下場⁵³。就好比百年前的劣馬脫韁案，若我們設身處地，站在馬伕的立場思考，或許也會做出一樣的決定，繼續駕駛劣馬匹載客，以免自己失業。

不過，學界對於期待可能性的態度不一⁵⁴。有論者認為，期待可能性只是抽象的概念，並無法律明文，若許司法者以此斷案，不僅欠缺適用的標準，更僭越立法權，使得權力分立原則遭受破壞；基於法律安定性的考量，期待可能性只能運用在法有明文的範圍，如防衛過當或避難過當，而不得當作阻卻或減免罪責的理由⁵⁵。不同的意見則認為，期待可能性可以在個案適用，如論者指出，期待可能性是一項提醒法官，在個案思考行為

⁵² 這宗劣馬脫韁案，已經是刑法教科書或專論探究期待可能性時，必然會提到的案件。詳細的案件內容，可以參見：洪福增，期待可能性之理論與實踐，刑法之理論與實踐，五南，1988年再版，頁92以下；甘添貴、謝庭晃，註1書，頁222；張麗卿，註1書，頁252。在日本，期待可能性也被通說承認，實務上也有發生代表性的案例，即「第5柏島丸事件」(大判昭8・11・21刑集12・2072)。該案被告是機帆船第五柏島號的船長，其載客於瀨戶內海(廣島縣的吳市與音戶町之間)；第五柏島號是小船，乘客上限為24人，載客有限，但因當時交通不便，多賴船運，需要往返於吳市與音戶町之間的乘客卻很多，尤其是工作通勤時間，必然會超載。被告向業主表示小船超載，可能會有傾覆危險，但業主為達收支平衡，堅持讓被告繼續超載乘客。1932年9月13日，第五柏島號超載達128人，果然行在內海上時，因意外船舶覆沒，造成28名乘客死亡。對於這起案件，法院認為被告構成業務過失致船舶覆沒罪、業務過失致死罪，依想像競合，按業務過失致死罪，處六個月的禁錮。當時日本的最高法院，大審院認為，依當時的交通需求，恐無法拒絕民眾登船，且港口員警屢見船隻超載也未曾取締，加上被告無法拒絕業主的指示——如果拒不超載的話，勢必被解雇；如此，自難期待被告拒絕超載乘客。大審院遂廢棄原判，改判三百日元罰金。這是日本首件以期待可能性進行阻卻或減免行為人罪責的判斷。相關說明可以參見：山中敬一，註5書，頁679、680；重井輝忠，第五柏島丸事件，判例プラクティス刑法I 總論(成瀬幸典・安田拓人編)，信山社，2010年，頁282。

⁵³ 張麗卿，期待可能性在刑法的運用，東海大學法學研究29期，2008年，頁61。

⁵⁴ 關於德國學界的爭執，可以參見：林東茂，註1書，頁1-170、171。

⁵⁵ 蘇俊雄，刑法總論(II)，元照，1998年，頁316以下

人罪責的衡量準則⁵⁶；又有論者指出，無期待可能性富有節制可罰性的功能，尤其在過失犯或不作為犯⁵⁷，其與過失犯的注意義務、不作為犯的作為義務，存有是否可以期待的關聯；也有認為，除了過失犯或不作為犯之外，故意犯的場合也有揮灑空間⁵⁸，例如義務衝突，可以藉由期待可能性判斷行為人的良知應否非難。

期待可能性在犯罪階層理論，作為超法規的阻卻或減免罪責事由，應是值得肯定的，且其適用範圍不只侷限在過失犯或不作為犯，故意犯亦有適用可能。畢竟人非聖賢，亦非機器，無論如何謹慎小心，世局總有太多未能預料的事情，總有可能發生無法期待行為人的行為符合法規範的情形。

判斷期待可能性有無的標準⁵⁹，眾說紛紜，有認為應以行為人的自身能力為準，或有認為以社會一般大眾的平均能力為準，又有認為應以規範要求行為人應採取的適法行為當作具體標準。這些對於期待可能性標準的界定，均有道理，但亦均有缺陷：如以行為人自身能力為準，有擔憂法官的裁量權過大，造成判斷因人而異，反而使法秩序混亂；如以社會大眾的平均能力為準，將無法顧及個案情況，且對大眾的平均期待可能如何獲悉，也是疑問⁶⁰；若按規範所樹立的標準要求行為人，則恐怕會脫離期待可能性的本意，因為期待可能性是斟酌行為人能否在行為當時符合規範期待，如以規範的預設立場為斷，將使期待可能性的色彩喪失。

回到規範罪責論的立場，以行為人自身標準作為有無期待可能性的判斷準據，似乎較為合適⁶¹。因為，行為人之所以被責難，是因為行為人的

⁵⁶ 許澤天，義務衝突之研究—利益衡量與阻卻違法；期待可能性與責任，刑事法雜誌 40 卷 3 期，1996 年，頁 70。或言期待可能性過於抽象，而作為輔助判斷標準，參見：柯耀程，註 1 書，頁 263 以下。

⁵⁷ 由期待可能性的發展，確實可以看到這樣的蛛絲「馬跡」，畢竟當初德國因「劣馬脫韁案」運用期待可能性時，就是一件過失且不作為的刑事不法案件。可以參見：林山田，註 1 書，頁 401；蔡墩銘，刑事責任與期待可能性，法令月刊 23 卷 9 期，1972 年，頁 268、269。

⁵⁸ 張麗卿，註 53 書，頁 68。

⁵⁹ 洪福增，註 52 書，頁 100 以下；甘添貴、謝庭晃，註 1 書，頁 223 以下；黃榮堅，註 5 書，頁 619 以下；陳子平，註 1 書，頁 253、254；川端博，註 5 書，頁 444 以下；山中敬一，註 5 書，頁 682 以下。

⁶⁰ 以大眾的平均標準為斷，相當曖昧，且充滿不確定性。參見：佐伯千仞，期待可能性之標準，刑法に於ける期待可能性之思想，有斐閣，1985 年增補版，頁 315 以下。

⁶¹ 張麗卿，註 53 書，頁 74。相同看法：山中敬一，註 5 書，頁 682；曾根威彥，違法性的意識・違法性の錯誤，刑法の重要問題〔総論〕，成文堂，2006 年二版，頁 220。

行為，在能夠合乎法律規範的期待時，卻不合乎期待；若根本沒有辦法期待行為人合乎規範，行為人何辜，當然應該阻卻罪責。再者，在個案審酌有無期待可能性時，可以輔佐社會常人能力，避免產生過分極端，畢竟需要藉由期待可能性檢驗的案件相當有限，且個案行為人均非屬罪責能力有欠缺者，自不會距離常人感覺太遠。

論者有以行為人自身標準，可能造成期待可能性的判斷浮動，衍生法秩序混亂的疑慮，本文可以理解。不過，期待可能性存在的價值，本來就是為了避免實務僵化，使合乎人性的實質正義得以在個案成真；又期待可能性是罪責判斷的非常態防線，法官應窮盡法律之能事，雖依法判斷行為人成立犯罪，但仍有感於無法期待行為人的行為合法時才得運用，實際運用情況相當有限；此外，如真有發生濫用期待可能性的判決，可委由法院的審級制度加以監督救濟，要言擾亂法律秩序，恐怕未必。

第三節 罪責的正義思考

當前的罪責理論，根植在規範罪責論之上，對於有能力適法，卻故意或因過失違逆法律者進行非難，除非有正當事由，而無法期待行為人的行為適法。規範理論下的罪責思緒，與本文的正義觀契合，質言之，當我們從正義的角度思量罪責，就是探究行為人在為破壞和諧行為的當時，是反於人性的，抑或是本於人性的不得不然。

第一項 以期待可能性為核心的人性罪責觀

期待可能性，源自人類自由意志，應屬罪責的核心⁶²。行為人實施某

⁶² 「罪責的基礎是『他行為的可能性』」，參見：張麗卿，註 53 書，頁 60。「合法刑法之期待可能性，乃規範責任論之核心概念」，參見：陳子平，註 1 書，頁 351。另外，也有學者表示，阻卻違法事由雖然無法提出一個共同的根源，但「減免罪責事由或寬恕罪責事由，則可提出一個共同的根源」，即「無可期待性」，參見：林山田，註 1 書，頁 401。又有學者謂，「罪責以『倫理上的自由』為基礎」，參見：林東茂，刑法綜覽，頁 1-156。同樣認為罪責係以自由意志為基礎者，如：黃榮堅，註 5 書，頁 606 以下；余振華，註 1 書，頁 277。日本學者亦有認為，期待可能性是規範罪責理論的核心理論，是罪責理論的基底，相關的看法可以參見：佐伯千仞，期待可能性之思想の史的發展，刑法に於ける期待可能性之思想，有斐閣，1985 年增補版，頁 1；川端博，註

行為，構成要件該當且具有違法性，在行為當時的具體情況，若可以期待其為適法行為，但卻違法，社會便可對行為人加以非難；若無期待可能，則不能對其非難。以期待可能性為罪責核心的概念，讓刑法富有人性，更具有同理心⁶³，一方面使法規能夠站在人的角度，以免推高聖境而與人民法情感產生落差；另一方面，使司法者於個案審判時，能夠設身處地為被告著想，防止法律適用與世隔絕，忘記司法是牽動人心的事業。

期待可能性彰顯人的主體性，既然人是主體，自然不受他人支配或管理，所作所為本於自由意志，對自己負責。人為主體的價值觀，是正義的原則，亦與憲法基本權利基礎，即人性尊嚴的觀點相呼應。如果我們相信人性向善，自由意志便向善，並且導引社會向善；向善的意志必然顧及主體之間的和諧，使行止符合規範期待。相反的，不合規範期待的行為，會破壞和諧，是反人性、反向善的，應受責難。不過，行為人的行為之所以不合期待，如果是因為意志不自由，受到暴力壓迫而難順從向善本性，又或者意志自由，但當下情境特殊，使人無法合乎法律期待；也就是因意志不自由或情境特殊，而無法期待行為人依照規範行為的場合⁶⁴，應無庸苛責，因為行為人事實上並無違反人性的破壞和諧傾向。

同時，刑罰謙抑性藉由期待可能性而突顯，法律所應非難者，應當是真正違反規範期待的不法行為，即反人性的侵害行為；倘如行為人的行為並無違反規範期待或無法期待，也就沒有背逆人性的罪責，若刑罰仍執意施加制裁，反而是刑罰師出無名，傷害正義情感。尤其，期待可能性是對司法者的溫柔呼籲，提醒司法者在審酌個案時，應將心比心。《孟子·公孫醜》言「人皆有不忍人之心」，「惻隱之心，仁之端也」，法官斷案若能設身處地，體恤生民，自然可以察知行為人在行為當時有無期待可能，判決亦將更近人性民情。

以期待可能性為核心的罪責理論，承認人的主體性，相信人擁有自由意志，可以選擇是否合乎規範的期待。符合規範的行為，沒有侵害法益，沒有破壞主體之間的和諧，與人性相順；不符合規範的行為，侵害法益又破壞主體之間的和諧，與人性相逆，行為人及其行為應受責難，須以刑罰

5 書，頁 437；山中敬一，註 5 書，頁 678、679。

⁶³ 張麗卿，註 53 書，頁 61；佐伯千仞，期待可能性之思想普遍性と我刑法の立場—若干の比較法的考察，刑法に於ける期待可能性之思想，有斐閣，1985 年增補版，頁 150 以下。

⁶⁴ 這是行為人「不能也，非不為也」的無期待可能性情形，應當排除罪責。鄭逸哲，法學三段論法論下的刑法與刑法基本句型（一）刑法初探，瑞興，2005 年，頁 191。

相繩，用以恢復和諧關係。但是，當行為人沒有被期待適法的可能，則不應非難之，因為其應無違背人性，只是行為當時的情境或其他原因，使得行為人的行為與法相反，面臨此情此景，常人均逆法行事，則不應苛責行為人，這是法律關懷人性的考量，是實質正義的體現。

第二項 期待可能性與其他罪責要素的關係

若將期待可能性設定為罪責理論的核心，則罪責要素均應與期待可能性存有關聯。在現行罪責理論的四要素下，扣除期待可能性，尚有罪責能力、罪責型態及不法意識三項罪責要素。以下主要檢討罪責能力、罪責型態及不法意識，與期待可能性之間的關聯，用以觀察是否契合以期待可能性為核心的人性罪責觀。

第一款 與罪責能力之間

罪責能力是行為人能否被期待的前提，假如行為人無罪責能力，意謂行為人完全沒有被期待的可能，自不成立犯罪，無庸接受刑罰；如是限制罪責能力，則仍有行為人適法行為的期待可能，仍成立犯罪，只是審酌個案情形，得減輕刑罰；當行為人具有完全罪責能力，基本上就能期待行為人的行為合乎法規範。由此可知，罪責能力與期待可能性憂戚相關。

無罪責能力者，是行為人陷於精神障礙或其他心智缺陷，且辨識能力或控制能力均已喪失，或者行為人未滿十四歲。陷於精神障礙或其他心智缺陷，且辨識能力或控制能力均已喪失的精神病犯，已經無法明辨是非善惡，就算可以分辨是非善惡，也無法控制自己的行為符合良知判斷，若以同理心待之，已經無法期待精神病犯的行止合法，該病犯自無罪責而不成立犯罪，此時刑罰無用武之地，應轉向保安處分的強制治療。未滿十四歲的行為人，心智未健全，思慮不周密，無法期待未滿十四歲者有知法守法的可能，刑罰亦應謙抑退讓，將行為人轉向感化教育。

至於限制罪責能力，一是行為人陷於精神障礙或其他心智缺陷時，辨識能力或控制能力雖未喪失，但有顯著減損；二是行為人十四歲以上未滿十八歲，或滿八十歲者，心智恐未成熟或衰退；三是瘖啞人。這類人有期

待行為適法的可能，所以不能阻卻罪責，但著眼於行為人因精神障礙或其他心智缺陷，而辨識能力或控制能力顯著減損，或行為人青少年老，或因生來瘡啞，本於人性考量，得減輕刑罰。換言之，能否期待限制罪責能力人的行止合乎法規範，必須個案判斷，如經個案衡酌發現，限制罪責能力的行為人，確實有較不能期待其完全合乎法規範的情事，方得減輕刑罰。

第二款 與罪責型態之間

罪責型態是行為人罪責上故意過失的問題，誠如前文所言，構成要件該當性與罪責型態所建構的故意過失雙重評價，前者的故意過失是針對行為，後者的故意過失是針對罪責，但現實情況是，通常在容許構成要件錯誤的情形，要以法律效果的限制罪責論為前提，才有雙重評價的空間。

若罪責理論是以期待可能性為核心，則罪責型態這道罪責要素的檢驗門應可撤換。簡言之，罪責只有行為人是否不應違反規範期待卻違反的判斷，不橫生枝節，讓行為人行為的故意過失，完全回歸行為面處理⁶⁵。事實上，無論是故意犯罪或過失犯罪，犯罪之所以成立，都是因為行為人具有罪責，也就是行為被期待合乎規範的人，不合於期待，而無不能期待行為人合乎規範的事由；至於行為人不合乎期待，究竟是出於個人意欲或疏忽，並非罪責所問。

讓我們暫時拋開階層理論，環顧其他的犯罪判斷體系，似乎未見有故意過失雙重評價的設計。例如大陸的犯罪判斷，多採四要件理論⁶⁶，是依客體、客觀方面、主體、主觀方面等四項要件進行評價。如以階層理論相比擬，四要件理論的客體係指「刑法所保護而為犯罪所侵犯的社會主義社會關係⁶⁷」，可以理解為法益；客觀方面意近於客觀構成要件要素；主體是行為人的罪責能力；主觀方面則相當於階層理論的主觀構成要件要素，即行為人的故意過失。四要件理論主觀方面要件故意過失，是否夾雜不法

⁶⁵ 相近的看法，可以參見：黃常仁，註1書，頁110。此外，對於當前的階層理論，也有提出改革呼聲的，如：許恆達教授，只是許恆達教授的方向與本文相左，其認為「故意、過失等主觀不法要素必須回歸至罪責階段，而意圖犯之意圖則具有客觀不法與主觀罪責的雙重內涵」，「復古而求新的傾向」，參見：許恆達，註3書，頁291。

⁶⁶ 高銘鎰、馬克昌主編，刑法學，北京大學，2009年，頁57以下。大陸近年，對於犯罪構成理論的改革相當積極，學說見解也相當豐富，關於這些內容，可以參見：付立慶，犯罪構成理論—比較研究與路徑選擇，法律，2010年，頁103以下。

⁶⁷ 高銘鎰、馬克昌主編，註66書，頁59。

意識，存有爭論，主流看法認為，主觀方面不含不法意識，只要行為人認知自身行為對社會存有危害性便足⁶⁸。當四要件皆備，則成立犯罪，其中並無故意過失的雙重評價設計。

又如法國的犯罪判斷方式⁶⁹，是由犯罪行為要件進行判斷，本文姑且將之稱為「雙面理論」。正面是犯罪行為的要件，分別是法定要件、事實要件及心理要件，當三要件具備，即構成犯罪；反面是阻卻犯罪的客觀規定，有法定或非法定的客觀規定。如與階層理論相比擬，構成犯罪的三要件之中，法定要件是罪刑法定原則的體現；事實要件相當於階層理論的客觀構成要件要素；心理要件則相當於主觀構成要件要素。當犯罪成立後（相當於階層理論的構成要件該當性、違法性具備），若行為人具有刑事責任，且無阻卻刑事責任的事由存在，方才發生「犯罪效果」。由此可見，法國法的犯罪判斷理論，同樣沒有故意過失雙重評價的問題。

效法德國犯罪階層理論的國家或地區，多將罪責型態視為判斷有無罪責的理所當然⁷⁰，但由大陸及法國犯罪判斷理論可見，故意過失有無必要在判斷犯罪是否成立的過程中進行二回評價，並非絕對。再者，罪責型態的實用空間，已經被壓縮近乎於零，只有處理容許構成要件錯誤，兼採法律效果的限制罪責說時，故意過失的雙重評價才有機會粉墨登場；然若將罪責定位為，以期待可能性為核心的人性罪責觀，對罪責要素便可進行適度調整。這個部分，在下文會有更清楚的說明。

第三款 與不法意識之間

行為人的不法意識在於，明知行為違法，卻依然故我，而不符合社會規範的期待。也就是說，不法意識與期待可能性的關聯，在於能否期待行為人知悉法律，並且按法律的要求行事。不法意識的有無，以行為人是否具有罪責能力為前提，若行為人無罪責能力，當然無法奢望其有知法守法的可能。

⁶⁸ 高銘鎰、馬克昌主編，註 66 書，頁 118。

⁶⁹ Gaston Stefani 著，羅結珍譯，法國刑法總論精義（Précis Droit Pénal Général），中國政法大學，1998 年，頁 212 以下。

⁷⁰ 除了日本與臺灣之外，韓國同樣有這樣的狀況。參見：김일수、서보학著，鄭軍男譯，註 28 書，頁 372。該書指稱，目前罪責型態（責任形式）尚屬多數說，但在罪責再次進行故意過失的評價「是否仍然具有獨立的意義」，已經有檢討之聲。

不法意識專注在，有無期待行為人知法且行為適法的可能，質言之，一來是期待行為人知悉法律，且不知法律時，應主動查詢；二來是行為人知法之後，期待行為人依法行為，不要有與法律敵對的念頭。是故，刑法第 16 條「有正當理由而無法避免」，就是指不能期待行為人知悉法律，如此一來，當然也不可能期待不知法律的人的行為能夠合法，也唯有不能期待行為人知悉法律的情況，方能阻卻罪責。反之，若可以期待行為人知悉法律，則不能阻卻罪責，這時候行為不法且具罪責，成立犯罪，只是在刑罰的考量上，「按其情節，得減輕其刑」。

第三項 期待可能性與阻卻違法事由的關係

當前罪責理論與正義的關聯，應當在「人性」，犯罪者必是反於人性而進行破壞和諧的行為。申言之，罪責理論建構在期待可能性之上，以行為人罪責能力的有無，為能否期待伊人行止合乎法規範的前提；確定行為人具有罪責能力後，進而考量有無不法意識，以判斷是否知法犯法；若有罪責能力的行為人確知法規範卻仍違逆，則進入最後檢驗，透過期待可能性審酌常人遭逢相同境遇，是否也會發生與行為人相同的反應；常人行為如果不會因而違背法規範的期待，則行為人構成犯罪。

然而，當前犯罪階層理論的人性考量，恐怕並不囿限在罪責要素的罪責能力、不法意識及期待可能性。如果以正義的觀點大膽假設：阻卻違法事由之中，無論是法定的或非法定的，都存有期待可能性的身影，若能釐清其中關係，或許可以對犯罪階層理論進行調整。

在犯罪階層理論下，不法和違法是不同的概念⁷¹。不法具有層升，按法領域的界分，有民事不法、行政不法及刑事不法；層升意謂著不法行為具有輕重之別，通常的理解是，民事不法最輕，行政不法次之，刑事不法則最嚴重。違法則是行為與法規範價值之間的對立衝突，是有無的關係，行為若非合法，即是違法，沒有中間模糊地帶或程度差異。質言之，確認不法行為具有構成要件當該性後，必須判斷不法行為是否具有違法性，如果不法行為具有違法性，才有進入罪責判斷的必要。

行為具有構成要件該當性時，便被推定具有違法性，但在符合特定事

⁷¹ 林山田，註 1 書，頁 171 以下、302 以下。

由時，違法性會被阻卻，而認定具有構成要件該當性的行為沒有違法。這些特定事由，具有人類社會生活的重要意義，所以行為縱然該當於構成要件，也不被認為行為違法。換個角度思考，這些阻卻違法的事由，實際上反映出人性的需求，與期待可能性的關係密切。也就是說，基於期待可能性的概念，可以理解的是，在某種特定情境下，當行為具備構成要件該當性，原先被推定具有的違法性，因社會並無法期待行為人不為構成要件行為，因而將之阻卻。

更進一步言，如果由期待可能性的角度觀察，阻卻違法事由就是對於不能期待行為人不為構成要件行為的抽象化，可以區分為法定的與超法定的阻卻違法事由。本文亦以此二端為發軔，分別討論期待可能性與法定阻卻違法事由、超法定阻卻違法事由之間的關聯。必須特別說明的是，本文所關心者，是期待可能性與法定阻卻違法事由、超法定阻卻違法事由之間的關聯，而非針對阻卻違法事由的內容進行剖析⁷²。又，以期待可能性與阻卻違法事由相互比較，並非混淆當前階層理論既有的體系，而是筆者對心得分享。

第一款 與法定阻卻違法事由之間

法定阻卻違法事由，可以區分為一般法定阻卻違法事由及個別法定阻卻違法事由。前者是刑法第 21 條至 24 條，依序是依法令的行為、業務上正當行為、正當防衛及緊急避難等規定；後者則規定在個別的法律之中。以下分別就期待可能性與一般的、個別的法定阻卻違法事由之間的關係進行探討，希冀可以看見期待可能性在法定阻卻違法事由上的展現。

⁷² 臺灣關於刑法第 21 條至 24 條法定阻卻違法事由的討論，刑法總則教科書都有詳盡說明，可以參見：林山田，註 1 書，頁 316 以下；甘添貴、謝庭晃，註 1 書，頁 140 以下；蔡墩銘，註 1 書，頁 170；黃榮堅，註 1 書，頁 220 以下；林東茂，註 1 書，頁；余振華，刑註 1 書，頁 236 以下；余振華，刑法違法性理論，瑞興，2010 年，頁 95 以下；黃常仁，註 1 書，頁 49 以下；陳子平，註 1 書，頁 241 以下；柯耀程，註 1 書，頁 213；張麗卿，註 1 書，頁 192 以下；林鈺雄，新刑法總則，頁 233 以下；林書楷，註 5 書，頁 125 以下；張捷，註 5 書，頁 166 以下。亦可參見：陳國樑，阻卻違法事由之研究，刑事法雜誌 21 卷 5 期，1977 年，頁 29 以下。

第一目 一般法定阻卻違法事由

一般法定阻卻違法事由，即依法令的行為、業務上正當行為、正當防衛及緊急避難。這些阻卻違法事由，與期待可能性之間，易有密切關係。

一、依法令的行為

依法令的行為，所指頗廣，包含法律與命令。行為人依法而為，縱然所實施的行為與構成要件該當，也不能期待其罷手，因為行為人認為自己的行為於法有據，並無不法意識。例如人民依據刑事訴訟法第 88 條的規定逮捕現行犯，在逮捕至送交檢警的過程中，拘禁罪嫌的人身自由，有刑法第 302 條剝奪他人行動自由罪的構成要件該當，但此係依法行為，行為人並無與法秩序敵對的意思，也不能期待行為鬆綁罪嫌。又或者按優生保健法第 9 條規定，懷孕婦女自願，且有得施行人工流產的情形，醫師得為孕婦流產，雖然行為有刑法第 290 條意圖營利囑託承諾墮胎罪的構成要件該當，但此係依法律的行為⁷³，得孕婦自願且符合人工流產的要件，為墮胎行為的醫師並不欲與法敵對，但也無法期待其不為墮胎行為。

命令則指行政命令，包含法規命令與行政規則⁷⁴。依據行政程序法第 150 條，法規命令係「行政機關基於法律授權，對多數不特定人民就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定。」法規命令除了應明列法律授

⁷³ 有學者指出，若醫師斷定婦女因病或防止生命危險，而有墮胎的必要，亦可適用刑法第 22 條業務上的正當行為，以阻卻墮胎行為的違法性。見：林山田，刑法各罪論（上），自版，2006 年五版，頁 125。附帶一提的是，刑法第 289 條、290 條所規定的「受懷胎婦女之囑託或得其承諾，而使之墮胎」行為，有論者稱是「加功墮胎」，如：林山田，同前書，頁 124、125；也有稱「囑託承諾墮胎」，如甘添貴，體系刑法各論第一卷，瑞興，2007 年再版，頁 198；甘添貴，刑法各論（上），三民，2009 年，頁 82；也有稱「參與墮胎」，如蔡墩銘，刑法各論，三民，2009 年六版，頁 54；陳煥生、劉秉鈞，刑法分則實用，一品，2011 年三版，頁 384；又有稱「加工墮胎」，如：黃仲夫，簡明刑法分則，元照，2010 年，頁 338；盧映潔，刑法分則新論，新學林，2011 年四版，頁 490。另外，對於墮胎罪，學者有提出精闢的意見，有興趣者請見：林東茂，註 1 書，頁 2-26 以下。

⁷⁴ 翁岳生主編，行政法（上），元照，2006 年三版，頁 390 以下；陳敏，行政法總論，新學林，2011 年七版，頁 521 以下；李惠宗，行政法要義，元照，2010 年五版，頁 402。

權的依據外，規範內容亦不得逾越法律授權範圍。行政規則按行政程序法第 159 條則是，「上級機關對下級機關，或長官對屬官，依其權限或職權為規範機關內部秩序及運作，所為非直接對外發生法規範效力之一般、抽象之規定。」又行政規則進一步區分為，組織性的行政規則，即關於機關內部組織、事務分配、業務處理方式、人事管理等一般性規定；作用性的行政規則，即為協助下級機關或屬官統一解釋法令、認定事實、及行使裁量權，而訂頒的解釋性規定及裁量基準。

如是所屬上級公務員的命令，下級公務員除非「明知命令違法」，不然不罰，此為刑法第 21 條 2 項的規定。長官命令部屬遵從，是官僚體系的必然，命令違法應指形式違法，部屬對此有審查義務，如有形式違法情形應告知長官；但命令的實質，下屬恐怕就不能審查，除了行政倫理或行政效率等因由外，更應思量有無期待下級公務員對上級公務員的命令，進行實質審查的可能。現實上，縱然長官的命令實質違法，下屬也會擔憂一旦表示意見，可能遭受刁難，甚至影響考績，故恐難期待⁷⁵。

二、業務上正當行為

刑法第 22 條「業務上之正當行為」，與期待可能性亦有關聯。若業務行為正當，則行為人將無不法意識，縱然行為具有構成要件該當性，也不能期待行為人拒絕業務。更進一步言，如欲符合「業務上之正當行為」，行為人必須本於執行業務的意思，從事業務範圍內的行為；若無執行業務的意思或逾越業務範圍⁷⁶，則與業務無關，自然不會被評價為業務上的正當行為。其次，判斷業務行為是否正當⁷⁷，此係無法期待業務行為人合乎法規範的原因。業務上的正當性，一方面源於社會評價，業務行為必須合法才可能正當，違法業務必然不正當；另一方面的正當性則來自於業務相對人的同意，業務不是單方行為，業務行為是行為人與相對人對業務內容達成相當共識後，方才開始實施，而共識的形成來自於相對人同意。

⁷⁵ 論者指出，公務員服務法第 2 條但書規定，「屬官對於長官所發命令，如有意見，得隨時陳述。」是故下級公務員對長官命令的實質內容有疑問時，應提出意見陳述，日後若生刑責追究，下級公務員得以此作為阻卻違法的主張。可以參見：張麗卿，註 1 書，頁 217；洪家殷，公務員對違法命令之服從及阻卻違法責任，月旦法學教室 89 期，2010 年，頁 10、11。

⁷⁶ 陳子平，註 1 書，頁 276；林鈺雄，註 5 書，頁 278。

⁷⁷ 黃常仁，註 1 書，頁 74；張麗卿，註 1 書，頁 218。

業務相對人的同意通常皆在事前，只有少數特例是事後同意，特別是可推測的同意。例如，若認為開刀手術具有傷害罪的構成要件該當性，在階層理論便以業務上的正當行為阻卻違法⁷⁸；若由期待可能性觀之，此是業務上的正當行為，故不能期待醫師不進行開刀手術。接受開刀手術的相對人，即病患，可能經掛號問診，與醫師討論手術風險等，後取得接受手術的共識⁷⁹；但若是已昏迷的病患送入送入急診，情況急迫且必須立刻接受手術，醫師不可能要求病患甦醒後同意手術進行，遂直接開刀，這是可以推測同意的情形，同樣是業務上的正當行為。

關於推測同意，茲再舉一例。夏日海灘遊客如織，某泳客戲水不幸溺水，救生員前往搭救，為保住溺水的泳客性命，先將其擊昏，再拉至岸上急救。救生員將溺水泳客擊昏的行為，具有傷害罪的構成要件該當性，但卻是救生員業務的正當行為。因為溺水者於慌亂之下，手足揮舞且力大無比，可能阻撓救生員的救援工作，甚至有將救生員一併拖下黃泉的風險；將之擊昏不僅可以確保救援工作順暢之外，也保護救生員的生命安全。是故，救人的行為合乎法律期待，亦可以推測溺水者同意救生員先將自己擊昏，以保全自己生命；在這種情形，吾人無法期待救生員進行救援時，在

⁷⁸ 這是多數說，參見：甘添貴，治療行為與傷害，月旦法學教室 15 期，2004 年，頁 265；甘添貴，醫療糾紛與法律適用—論專斷醫療行為的刑事責任，月旦法學 157 期，2008 年，頁 43；余振華，註 1 書，頁 235；陳子平，註 1 書，頁 277；岡藤重光，註 5 書，頁 204；川端博，註 5 書，頁 306、307；山口厚，註 5 書，頁 125；大塚仁著，馮軍譯，註 28 書，頁 350 以下。不過，亦有學者提出，應該是排除構成要件的該當性，參見：林東茂，專斷醫療行為的刑法問題，月旦法學教室 67 期，2008 年，頁 16；林東茂，醫療上病患承諾的刑法問題，月旦法學 157 期，2008 年，頁 49 以下。另外，有學者提出折衷見解，認為在侵入性醫療中，病患的同意究竟得否排除構成要件該當性，端看涉及身體法益的輕重，若屬輕微則同意得排除構成要件該當性（同時也可以當作阻卻違法事由）；反之，若重大則同意只能作為阻卻違法事由。至於是否屬於重大，則以重傷害行為為判斷基準。參見：山中敬一，医療侵襲に対する患者の同意，關西大学法学論集 61 卷 5 号，2012 年，頁 24-26。對於這個問題，筆者採取「排除構成要件該當性」的看法。簡單回應，醫療行為經醫病雙方互相同意後，醫師的醫療行為並無任何法益侵害，反倒是救人苦難的行為，若認為醫療行為可能構成傷害罪構成要件的該當，具有可能成立犯罪的嫌疑，似乎與一般人民法感情有所差池。在醫療行為中，在欠缺醫病雙方的共識，例如無法獲得病患同意的緊急醫療，方才有討論是否阻卻違法的可能。

⁷⁹ 此涉及醫師告知義務的問題，專書可以參見：蔡墩銘，醫事刑法要論，翰蘆，2005 年二版，頁 91 以下；曾淑瑜，醫療倫理與法律 15 講，元照，2010 年，頁 34 以下；吳志正，解讀醫病關係 II—醫療責任體系篇，元照，2006 年，頁 91 以下；劉文瑤，醫事法要義，合記，1999 年，頁 212 以下；黃丁全，醫事法，月旦，1995 年，頁 243 以下。專文可以參見：陳子平，醫療上「充分說明與同意」之法理在刑法上的效應（上），月旦法學 178 期，2010 年，頁 229；楊秀儀，美國「告知後同意」法則之考察分析，月旦法學 121 期，2005 年 6 月，頁 138 以下；山中敬一，医師の説明義務（1），關西大学法学論集 61 卷 6 号，2012 年，頁 1 以下。

須先將溺水者擊昏再施加救助的環境下，卻不將溺水者擊昏。

三、正當防衛與緊急避難

在法定阻卻違法事由中，刑法第 23 條正當防衛及第 24 條緊急避難，最容易發現期待可能性的身影。正當防衛是正對不正的反抗，當行為人面對現時不法侵害，危及自己或他人權益時，出於防衛意思，挺身進行防衛行為，是人性的當然⁸⁰。規範無法期待，面臨惡意侵害時，受侵害者坐以待斃；也無法禁止眼見他人遭受侵害，卻不能拔刀相助的俠骨熱腸。是故，正當防衛是人類尚無設立典章時，就已經存在於眾人心底的價值，是正義的具體實現。

緊急避難與正當防衛不同，正當防衛是行為人反抗現時不法侵害的義舉；緊急避難則是，行為人為閃避沒有預期的緊急危難，這些緊急危難可能是天災地變或人禍意外，因均非發自惡意，所以不存在正當防衛的正對不正關係。又因如此，使得緊急避難的行為人在避難過程中，犧牲他人權益究竟有無正當性，就格外受人矚目。關於這點，若以利益衡量的角度說明⁸¹，是行為人審酌危難時的利益高低，或要促成社會整體的最大利益保護；抑有言社會互助的義務，在有人為避難而侵害他人權益時，被侵害者必須容忍⁸²。

趨吉避凶是人類本能，也就是緊急避難的源頭，是本於人性考量的立法設計。當危難發生，人會權衡得失，算計危難可能會造成的損害，並試圖避免或減少為難所造成的損害；然而，當人處於危難急迫的局面，不容有多加衡酌的時間，必須當機立斷，決定並實施避難行為，倉促難免會造

⁸⁰ 學者有討論正當防衛的思想基礎，諸如：個人主義、私益保全、法秩序防衛、利益優越性等，可以參見：張天一，對正當防衛受社會道德限制之再探討—以正當防衛阻卻違法之實質根據為中心，刑事法雜誌 45 卷 4 期，2001 年，頁 88 以下。惟本文認為，追本溯源，人性矣；既然是人性，保全個人利益與群體秩序均是存在的，至於利益是否優越，則是衡酌個人利益或群體秩序的過程。

⁸¹ 如是正當防衛，便無利益衡平的考量；縱然認為優越利益是阻卻違法事由的指導原則的學者，亦是如此。見：張天一，註 80 書，頁 95、112、113。

⁸² 林山田，註 1 書，頁 344；黃榮堅，註 1 書，頁 255 以下；余振華，緊急避難之演進，刑法違法性理論，瑞興，2010 年，頁 246 以下；張麗卿，註 1 書，頁 210；彭美英，刑法之緊急避難與其他阻卻違法事由之關係—兼論阻卻違法事由之競合，輔仁法學 30 期，2005 年，頁 88 以下；彭美英，淺論刑法緊急避難利益衡量之法理基礎，法令月刊 58 卷 9 期，2007 年，頁 19 以下。

成他人傷害，但經行為人權衡後，認為是「不得已」的不得不為，社會亦無法期待行為人在急難當下，能夠有其他反應。惟避難行為可能造成他人本來沒有的損害，所以立法者將急迫危難限於侵害生命、身體、自由及財產時，方許人民緊急避難，若非此四種較為重大的權益，如名譽、隱私或信用等，不得主張緊急避難，以免過度傷害無辜⁸³。

權益的價值高低，是相對而非絕對，雖言生命誠可貴，但亦有人言自由價更高，或有認為人死事小、失節事大，而將名節聲譽視為最重要者。換言之，從人性角度觀察，只要是權益遭受危厄，凡人均欲消災解難，在實施避難行為時，便容易發生保全自己，卻損害他人的情形。緊急避難所殃及者，終究是無辜的第三人，為了避免行為人過度恣意將危難可能所生的損害，轉嫁給其他社會成員，立法者衡量只有在涉及生命、身體、自由及財產的緊急危難發生時，才能主張緊急避難。牽扯生命、身體、自由及財產等權益的緊急危難，多難期待常人於危難當下，不為避難決定。

至於其他權益，如名譽、隱私或信用等，與生命、身體、自由及財產相較，一般而言，重要性相對較低，故較能期待常人不會因此作出犧牲他人保全自己的決定，同時也降低因避難而無辜受害的範圍，故不許對於非屬生命、身體、自由及財產的緊急危難主張緊急避難。不過，在當前的階層理論架構下，論者有認為，對於非屬生命、身體、自由及財產的緊急危難進行避難，可以循超法定的阻卻違法事由方向解決，用以阻卻行為的違法性⁸⁴；然若將之以人性罪責觀視之，可以斟酌個案，依期待可能性的欠缺，減免罪責。

第二目 個別法定阻卻違法事由

除了前述的一般法定阻卻違法事由之外，在刑法、特別刑法或附屬刑法中，均設有個別的法定阻卻違法事由。在階層理論中，這些個別法定阻卻違法事由，有阻卻行為違法性的功能；同樣的，這些個別法定的阻卻違

⁸³ 黃榮堅，註1書，頁253；林東茂，註1書，頁1-126；張麗卿，註1書，頁208；林鈺雄，註5書，頁259、260。另外，有論者認為，只要是權益受急迫危難，均可主張緊急避難，不以刑法第24條所列者為限，參見：林山田，註1書，頁338。又有論者主張，非生命、身體、自由及財產的緊急避難，應可類推適用，此係有利於被告的類推適用，不違反罪刑法定原則，參見：陳子平，註1書，頁261。

⁸⁴ 甘添貴、謝庭晃，註1書，頁168；蔡墩銘，註28書，頁211。

法事由，如由人性角度觀察，同樣蘊含著期待可能性的思維。以下分別就刑法、特別刑法及附屬刑法，各舉一例，以茲說明。

例如，刑法第 311 條 3 款規定，對於可受公評的事情，為適當且善意的評論，不罰。今某人善意評論時政，褒貶國家政策方針，言談內容涉及某行政官員名譽；評論縱然構成誹謗行為的該當，但時政是「可受公評之事」，且談及國家政策有褒有貶，堪稱善意適當的言論，並無與法律敵對的意思，可以阻卻違法⁸⁵。若由罪責觀之，評論者如知法有許可善意評論，自無不法意識；就算不知法律允許人民對時政發表善意言論，本於言論自由以及民主國家的精神⁸⁶，亦無法期待人民避談與政治相關的人事物。

再以陸海空軍刑法為例，該法第 12 條規定，戰時為維護國防或軍事上的重大利益，當事機急迫而出於不得已的行為，不罰。假設敵邦間諜竊取我國軍事機密，被國軍追剿，流竄途中挾持普通百姓為人質，待其準備登上敵機逃逸時，國軍開火將敵機擊落，我國人民同樣身亡。雖然軍人行為構成殺人罪的構成要件該當，但當時若不開火格殺，重要的軍事情資將被攜出境外，危害國家安全至鉅，開火格殺實是急迫且不得已的行為，自應阻卻行為違法性。保家衛國是軍人天職，若機密外洩，國防將生缺口，社稷安危命懸一線，雖明知敵人手上握有無辜百姓，但仍無法期待軍人當時不發動攻勢。

又譬如醫師法第 28 條禁止無醫師資格者行醫，違者構成密醫罪⁸⁷。某醫學院學生協同友人登山，在偏僻山區遭逢意外，友人受傷且情況急迫而有生命危險，該生見狀遂醫療傷者，其雖未取得醫師資格，但山區偏僻又

⁸⁵ 這是多數說，司法院大法官釋字 509 號解釋理由書亦稱，刑法第 311 條「係法律就誹謗罪特設之阻卻違法事由」。參見：甘添貴，註 73 書，頁 438；盧映潔，註 73 書，頁 563；曾淑瑜，刑法分則實例研習—個人法益之保護，三民，2010 年二版，頁 156。另外，有學者認為是阻卻構成要件，見：林山田，註 73 書，頁 266；亦有認為是免責事由，如：陳煥生、劉秉鈞，註 73 書，頁 419。

⁸⁶ 司法院大法官釋字 509 號解釋理由書，「憲法第十一條規定，人民之言論自由應予保障，鑑於言論自由有實現自我、溝通意見、追求真理、滿足人民知的權利，形成公意，促進各種合理的政治及社會活動之功能，乃維持民主多元社會正常發展不可或缺之機制，國家應給予最大限度之保障。惟為保護個人名譽、隱私等法益及維護公共利益，國家對言論自由尚非不得依其傳播方式為適當限制。至於限制之手段究應採用民事賠償抑或兼採刑事處罰，則應就國民守法精神、對他人權利尊重之態度、現行民事賠償制度之功能、媒體工作者對本身職業規範遵守之程度及其違背時所受同業紀律制裁之效果等各項因素，綜合考量。」

⁸⁷ 王紀軒，密醫罪或業務過失犯罪—以新時代診所案為例，高大法學論叢 6 卷 2 期，2011 年，頁 198 以下。

傷者需要急救，符合前開條文但書的事由，不罰；醫療行為原則上只有醫師可以進行，但法律考量特殊情況，除了前例的緊急事態，其他如實習醫師或護理人員在醫師的指示下所進行的醫療行為，亦為法律所許，縱然行為人不知道醫師法有相關規定，見人傷重危險，自不能期待無醫師資格者袖手旁觀。

在當前通行的階層理論之下，前述一般或個別的法定阻卻違法事由，均用作行為具有構成要件該當性之後，接續檢驗不法行為是否有與法規範敵對意思的標準。若行為沒有與法規範敵對的意思，便可阻卻行為的違法性；反之若有，則行為具有違法性，繼而探究行為人的罪責，認定有無構成犯罪。然而，由前文亦可體會，這些被稱為法定阻卻違法事由的法律規定，若從罪責觀察，也就是從人性或期待可能性的角度出發，同樣可以理解。換言之，如果理論設計上，將這些法定事由當作免除罪責之用，亦無不可。或有言，構成要件事實不具有違法性，自無庸再檢驗罪責，何必將之視作阻卻罪責的事由；此乃因為本文嘗試完全以期待可能性為核心建構罪責，並為後文預設伏筆。

第二款 與超法定阻卻違法事由之間

承續前文，相同的事態在超法定阻卻違法事由也在上演。稱超法定阻卻違法事由者，是在當前的階層理論之下，雖未明文於法律中，又不違反公共秩序與善良風俗，依照法律的精神推理，亦可作為阻卻違法性用的事由。超法定的阻卻違法事由，通常被討論的有：被害人承諾、義務衝突、教師懲戒權等。

被害人承諾之所以會變成超法定阻卻違法事由的討論熱點，與德國法將同意與承諾在概念上進行切割，有著密切關係⁸⁸。同意，是排除構成要件該當性的事由，與事實面較有關；承諾，是超法定的阻卻違法事由，與法律面較有關。臺灣的通說，基本上也是採取這樣的立場⁸⁹。是故，當構

⁸⁸ 關於德國法同意與承諾的不同，可以參見：林東茂，註1書，頁1-136以下。

⁸⁹ 林山田，註1書，頁368、369；余振華，註1書，頁258；張麗卿，註1書，頁219以下；林鈺雄，註5書，頁279以下；許澤天，註28書，元照，2009年二版，頁138以下；彭美英，註82書，頁94。不過，亦有學者沒有特別強調同意與承諾的差異，如：蔡墩銘，註28書，頁195以下；甘添貴、謝庭晃，註1書，頁178以下。清楚說明臺灣學界對於同意與承諾有無區別必要的正反觀點，亦可參見：張捷，註5書，

成要件的規定，有涉及被害人意志者，同意可以修補因違反意志而犯罪的缺洞，例如無故侵入住居罪，若行為人進入住居，是經由該住居場所主人同意，無故侵入住居罪的構成要件該當性就被排除，不會構成該罪。相反的，構成要件沒有涉及被害者意志時，不能排除構成要件該當性，只能藉由承諾，阻卻具有構成要件該當性的行為的違法性，例如毀損罪，物的所有人應允他人將物毀損，此無法改變構成要件的該當，即物終究被毀損的事實，只能藉由阻卻違法，讓得承諾的毀損行為不會構成犯罪⁹⁰。

但是，同意或承諾，在概念上存有理論斷層，並無法明確界分二者異同⁹¹；又一旦經過同意或承諾，他人的行為或結果便無非難必要，更使得二者之間的區分實益極低。此外，從人性觀點論述，無論是同意或承諾，對常人而言，均是「答應」的意思表示。同意某人進入自己的住所，就是答應某人可以進入自己的住所；承諾某人將自己所有物破壞，就是答應某人可以將自己所有物破壞。人們不可能追究因自己「答應」，所以他人進入自宅或他人破壞自己所有物的行為；得「答應」的行為人，也不會認為自己的行為與法規範相敵對，自然無法期待行為人能夠合乎法規範，而不為禁止行為。事實上，在法律上真正具有重要性的，並非在概念上區分同意或承諾，而是同意或承諾的作成是否有效，即行為人的答應是否源於自由意志。

義務衝突更是人性衝突的寫照。當二個以上的義務同時存在時，義務人僅能擇一為之，其他義務必然違反，因為凡人的能力有限，社會不能期待行為人完成所有義務。惟應注意的是，義務衝突的場合，又有衝突的義務是否等價的區別，如果義務等價的，如二子落水，救生員僅能救一，救生員來不及搭救另外一人的行為不能被非難；反之，人與鑽戒落水，是不等價的義務衝突，論者有稱適用緊急避難的規則⁹²，履行高階義務（法益相對較高者）時，才能阻卻低階義務的不履行，人命高於鑽戒，救生員必須救人方可阻卻違法。若由期待可能性為核心的罪責觀之，人與鑽戒同時落水，人命與高貴財物之間，當然是救人性命，方才合乎法規範期待，若

頁 217 以下；林書楷，註 5 書，頁 166 以下。

⁹⁰ 在得被害人承諾的類型之中，醫療行為、拳擊比賽等都屬於典型，但醫療行為或拳擊比賽，與業務上的正當行為似乎又有重疊，而非純粹的超法定阻卻違法事由的問題，故於此處不再重複。

⁹¹ 詳細的說明，可以參見：林東茂，註 1 書，頁 1-139 以下。

⁹² 張麗卿，註 1 書，頁 225；Wilfried Küper 著，吳俊毅譯，阻卻違法與阻卻責任區分的基本問題－緊急避難、義務衝突、依職務上命令之行為，刑事法雜誌 44 卷 2 期，2000 年，頁 97 以下。

為鑽戒而罔顧人命，當然違反法規範的期待。

教師懲戒權源自文化傳統，華人社會向來有「一日為師，終生為父⁹³」的觀念，而父母對子女責罵，天經地義，這樣的想法延伸至師生關係，自然形成教師對學生得施以責難處罰的認知，反映在「嚴師出高徒」之類的俗諺，就是講求教師為了教育目的，得對學生進行適當的責罰。不過，就法論法，父母的懲戒權規定在民法第 1085 條，故父母懲戒子女是法律上的行為，可以阻卻違法；但教師法等並未規範教師的懲戒權，所以只得適用超法定的阻卻違法事由。同樣的，站在人性罪責觀的角度，父母或教師對於子弟存有盼望，希冀青出於藍而更勝於藍，為煉鐵成鋼，必然會在子弟犯錯時，適當給予懲罰，此人性爾。但是，懲戒不等同於虐待⁹⁴，父母或教師有懲戒權，來自於千百年的社會文化積累，惟社會自始都不曾允許父母或教師虐待子弟。

第四項 配合人性罪責觀調整犯罪階層理論

由前文可以發現，以期待可能性為核心的人性罪責觀，不僅包含當前犯罪階層理論的罪責原則，更涵蓋違法性，也就是涉及阻卻違法事由。延續本文的正義觀，並且順從人性罪責觀的思緒，向當前犯罪階層理論提出調整建議——調整重心在於，配合以期待可能性為核心的人性罪責觀，對當前的犯罪階層理論的違法性與罪責進行通盤梳理⁹⁵，或許藉此更能接近實質正義。

⁹³ 例如，影響華人社會極大的古典小說《西遊記》就蘊含這樣的文化意識；小說第八十一回〈鎮海寺心猿知怪，黑松林三眾尋師〉有載，「行者（按：孫悟空）道：師父（按：唐三藏）說那裡話！常言道：『一日為師，終身為父』。我等與你做徒弟，就是兒子一般。」

⁹⁴ 懲戒的目的與刑罰相近，皆為使人向善，受懲戒者會感受教化，知己之過，撥亂反正。但是，虐待無法使人向善，亦不會產生教化功能，而是一種殘忍的傷害行為，除了肉體的傷害以外，精神上亦是（司法院院字第 2285 號、院字第 2823 號的意涵可以參照），且不是單次行為，是長期不間斷的持續施虐（最高法院 30 年上字 1787 號判例、49 年台上字 117 號判例參照）。

⁹⁵ 必須說明的是，人性罪責觀與主觀的違法性理論並不相同。違法理論有主觀與客觀之別，客觀的違法性理論係當前通說，亦為三階層理論所採，所關注的是「行為違法性」；主觀的違法性理論則認為，違法性、罪責並非對立的概念，以有罪責能力者的違法行為為評價對象。批評主觀的違法性理論者認為，以防衛社會的觀點，「責任能力之有無，與行為之違法性已無關係」，故得對無罪責能力者施以保安處分。參見：洪福增，違法性理論，刑法之理論與實踐，五南，1988 年再版，頁 67 以下。

對於當前犯罪階層理論發出調整的聲音，並非標新立異，亦非故作姿態，只是在罪刑均衡的思考上，佇足於罪之端，心思以正義及期待可能性為核心的人性罪責觀，會給犯罪構成的判斷帶來怎樣影響，進而分享筆者心得而已：

第一階：構成要件該當性／行為破壞和諧，不合法規範／侵害性

第二階：罪責／行為人違反人性，使行為不合法規範的期待／敵對性

第一款 調整的階層理論

調整的階層理論，先是檢驗行為的「構成要件該當性」；後是檢驗行為人的「罪責」。當行為具備構成要件該當性，且行為人具有罪責，便構成犯罪。

詳言之，在調整階層理論之下，第一階是檢驗「行為是否該當於構成要件」，就是行為是否不合法規範，而與法規範禁止的行為一致。構成要件該當性的概念與判斷方式，與三階層理論的構成要件該當性相同⁹⁶，分有客觀構成要件要素、主觀構成要件要素。客觀構成要件要素是指，行為主體、行為客體、行為、結果、行為與結果之間須有因果關係；主觀構成要件要素則是故意過失。刑法典中構成要件的行為，是法規範禁止的行為，故行為一旦該當於構成要件，構成要件該當性具備，便意謂著行為不合法規範，即破壞和諧的行為，具有侵害性。確定行為具備構成要件該當性後，旋即進入第二階的檢驗。

第二階是檢驗「行為人有無罪責」，是以期待可能性為發展核心的人性罪責觀：先評斷行為人有無罪責能力，因為行為人若有罪責能力，才能期待其從事合法規範的行為；然後再衡量行為人在「規範上」及「事實上」能否期待行為合法。如果能期待行為人合法，行為卻不法，構成犯罪；相反的，雖然行為不法，但行為人欠缺罪責能力，或有罪責能力但不能期待其合法，則不成立犯罪。

⁹⁶ 關於構成要件該當性，可以參見：林山田，註1書，頁241以下；甘添貴、謝庭晃，註1書，頁58以下；蔡墩銘，註1書，頁131；林東茂，註1書，頁1-80以下；余振華，註1書，頁117以下；陳子平，註1書，頁121以下；柯耀程，註1書，頁107以下；張麗卿，註1書，頁137以下。

由此可知，調整的階層理論，將犯罪構成的判斷調整為構成要件該當性、罪責。這是立足於三階層理論之上的調整，並非二階層理論。簡言之，就是維持三階層理論的構成要件該當性，再將原先三階層理論的違法性、罪責進行以期待可能性為核心的梳理調和，故曰調整的階層理論。

在調整的階層理論，有一道鮮明的標記，就是三階層理論的第二階，違法性被淡化。雖然違法性淡化，但原先阻卻違法事由並非全然消失，而是回歸以期待可能性為核心的人性罪責觀，將阻卻違法事由轉換為阻卻罪責事由。關於此處，是本文需要說明的部分，詳見本款第二目。

對人民而言，違法、不法、非法、不合法等詞彙，意義大致相同，「違」字，《說文解字》，離也；《廣雅·釋詁二》，僭也；有背離、離開的意思，是故，違法就是背離法律規範。「不」字是否定的意思，故不法、不合法，意指不合於法律規範。「非」字，《說文解字》，違也，故非法的解釋與違法意近。總而言之，違法、不法、非法、不合法，意義相近，均指背離法律規範，不合乎法律規範。

現在刑法學理上的違法與不法概念，是學者悉心建構的專業術語，與人民日常用語有間⁹⁷。三階層理論將具有構成要件該當性的行為，推定有違法性，該行為便是不法行為（構成要件該當性、違法性），又當行為人具備罪責，方才構成犯罪。也就是說，違法、不法以及犯罪，語境上分別代表不同的意涵，對於未受法學教育薰陶者，實難明辨。亦因如此，法律的文字表達方式，困囿於法律人的世界，而與人民脫軌。畢竟，在人民心中，違法（或不法、犯罪）的判斷，向來都不是單指行為或行為人，皆是對「行為人及其行為」的整體性評價。

掙脫違法或不法在刑法學理上的束縛，或許可以有不同的體認。在調整的階層理論之下，吾人對於構成要件該當性的行為，不作是否違法或不法的界定，而是理解構成要件該當性的行為具有侵害性，是侵害行為，破壞和諧的行為；若侵害行為的行為人，可以順乎法律卻背離，顯見其具有與法規範敵對的意思，不合乎法規範的期待，具有罪責。當行為的構成要件該當性（形式），以及行為人的罪責齊備（實質），方才是真正違法，也就構成犯罪。

⁹⁷ 早期，不僅是人民對於違法、不法、非法、不合法的意義理解大致相同，學者亦然。關於違法與不法在刑法學理上概念的區分，可以參見：林山田，註1書，頁302以下。

其次，三階層理論的違法性似乎被定位為，對構成要件該當性行為的二度檢驗，意即當行為該當於構成要件，被推定具有違法性時，觀察該行為與法規範價值之間是否對立衝突，如有阻卻違法性的事由，表示行為與法規範價值間並無對立衝突，則行為不違法。但是，行為是行為人意志的投射，雖有可能與法規範不合，卻不可能與法規範價值產生對立衝突，因為會與法規範價值產生敵對意志的，只有行為人。換言之，行為人明知法律規範卻執意違反，而不合乎法規範期待，才是與法規範價值對抗，也就是罪責的不法意識；如行為人沒有與法規範敵對的意識，自無罪責。

三階層理論的阻卻違法事由發生，可阻卻行為的違法性，但阻卻違法事由之所以阻卻行為的違法性，並非因為行為排除構成要件的該當性，也不是因為行為沒有侵害性，而是這類行為的行為人，實際上並沒有與法規範敵對的意念。例如，面對他人攻擊，為保護自身安全而予以回擊，此人性也，不能期待被攻擊者束手待斃，放任自己為他人刀俎上的魚肉；防衛者進行防衛行為時，並沒有與法規範敵對的想法，真正影響違法有無判斷的核心，並不是外在行為，而是行為人內心，防衛意思讓侵害行為，轉化為防衛行為。與前文呼應，這些阻卻違法的事由都與期待可能性相關，可以思考建構新的罪責理論。直白的說，調整後的階層理論是，將現今階層理論的阻卻違法性事由，調整至罪責進行判斷，成為阻卻罪責的事由。

總之，調整的犯罪階層理論，是延續本文正義的思考，希冀犯罪構成的判斷能夠合乎正義的意涵。設若犯罪是「違反人性，破壞和諧的刑事不法行為」，將可以清楚發現犯罪描述的基本組成，一是破壞和諧的行為，即具有侵害性的行為，由構成要件該當性進行判斷；二是違反人性，即具有罪責，行為人應合乎卻不合乎法律期待的行為。簡言之，行為具有構成要件該當性，行為人具有罪責，經行為人及其行為的整體評價後，便可得違法的結論，也就是犯罪，方有刑罰。

在調整的犯罪階層理論中，有特別說明必要的是，調整的犯罪階層理論的第二階，即罪責的部分，這是以期待可能性為核心的罪責理論，用以體現人性的罪責觀。

第二款 調整的罪責要素

通說的三階層理論，第三階罪責的要素有，罪責能力、罪責型態、不

法意識及期待可能性。人性罪責觀是以期待可能性為罪責的核心，先要確定的是，行為人有被規範期待從事合法的可能，爾後探悉能期待為合法行為的行為人，為何違反法律期待，實施違法行為而成立犯罪。質言之，罪責要素調整為，罪責能力、無期待不能。

第一目 罪責能力

有罪責能力者，方能期待該人的行為何乎法律規範。對於罪責能力的判斷，也就是刑法第 18 條至 20 條，前文多已述及，於此不再贅述。總體來說，刑法第 19 條 1 項、2 項的規定，經學者多年努力⁹⁸，採綜合生理與心理的立法例，即行為人行為時陷於精神障礙與心智缺陷，以及其辨識能力或控制能力是否喪失或減損，判斷罪責能力的有無，已屬相當進步且成功的立法；另外，對於刑法第 18 條以年齡阻卻或減輕罪責能力，第 20 條瘖啞人減輕罪責能力的部分，本文尚有些許意見，分別說明如下。

一、年齡

立法者以籠統的年齡，作為區分罪責能力有無的分際線，是不精確但便利的方法，同時囿限於現實，因為除了陷於精神障礙或其他心智缺陷，而使辨識能力或控制能力產生異變的情形之外，國家司法不可能逐個案判斷罪責能力。刑法第 18 條規定，未滿十四歲者無罪責能力，不罰；十八歲以上未滿八十歲者有完全罪責能力。然而，滿十四歲又一天、差一天滿十四歲，又或滿十八歲又一天、差一天滿十八歲，行為人的罪責能力理應不會有差別。

關於年齡與罪責能力關係的楚河漢界，世界各國或地區均有所不同，臺灣的規定與德日相似，或許與日本同受德國影響，德國刑法第 19 條規定，未滿十四歲者無罪責能力，日本刑法第 41 條亦是如此；只是臺灣另以十八歲作為罪責能力是否完全的標準。大陸刑法第 17 條也是以十四歲

⁹⁸ 張麗卿，刑事法學與精神醫學之整合—精神疾病犯罪人處遇之比較研究，五南，1994 年，頁 348；張麗卿，司法精神醫學—刑事法學與精神醫學之整合，元照，2004 年二版，頁 439 以下。刑法第 19 條在 2005 年修法前，張麗卿教授便已大力鼓吹綜合生理與心理的立法例多時（該書已有三版，見：張麗卿，註 11 書）。

作為罪責有無的界線，但完全罪責能力則因犯罪類型而有不同，殺人、強盜、放火、強制性交等部分犯罪是以十六歲作為完全罪責能力，其餘則是十八歲。

法國對於年齡與罪責能力關係的規範方式，恰與臺灣相反，法國 1945 年 2 月 2 日法令第 21 條規定⁹⁹，十八歲以上有罪責能力；法國刑法第 122 之 8 條另外規定，法律如有特別規定時，得對十三歲以上未滿十八歲者處以刑罰，也就是說，按犯罪的不同，分別以十三歲或十八歲作為罪責能力有無的區分。至於新加坡大概是認定無罪責能力的年齡門檻，最為嚴格的國家，該國刑法第 81 條規定，未滿七歲者無罪責能力；七歲以上未滿十二歲者，必須佐以行為時對罪行理解程度進行個案判斷。

綜上可知，年齡作為罪責能力的認定，本身有判斷的盲點，且無放諸四海皆準的歲數標準，更增添其不完滿之處；但就目前而言，似乎沒有較以年齡界分罪責能力有無的更佳方法¹⁰⁰。不過，無罪責者不構成犯罪，有罪責者構成犯罪，罪責能力是有無的問題，沒有必要創設限制罪責能力的概念。當行為人已非無罪責能力者時，就是有罪責能力者，其餘的條件或

⁹⁹ Bernard Bouloc 著，羅結珍譯，法國刑事訴訟法 (Procédure Pénale)，中國政法大學，2009 年，頁 281 以下。必須說明是，〈1945 年 2 月 2 日法令〉本身即是法典名稱，只是這樣以日期作為法典名稱的方式，在受德日影響深遠的臺灣，因不習慣而有時產生誤會。

¹⁰⁰ 本文欲跳脫罪責能力與年齡的框架，故有較大膽的思考。吾人之所以可以期待行為人的行為合乎律法，並不是因為他的年歲，而是「社會化的程度」。行為人的社會化程度，反映心智成熟高低，而社會化的關鍵就在於教育，尤其是國民義務教育。所謂國民義務教育，除了培養國民的基礎學識之外，更應指導學生的行為孰是孰非，以期學生的行止能夠適應社會。國民小學教育就應當承擔起這個責任，對於正處心智發育階段的孩子而言，進行適正的社會化。易言之，罪責能力的欠缺，非以未滿某歲為度，而是以某種教育程度為準。在當前的社會，以國民小學是否畢業或有無同等學力，當作有無罪責能力的標準，似頗可採。現在的孩童接收訊息豐富多元，較為早熟，小學畢業生對於刑法禁止的行為應當已經有所認知；在配套上，可以在小學高年級時舉行一次或數次的社會規範評量，用以測驗小學生的知法守法程度，如果從中發現學生對於法律的錯誤認知，可以儘速予以導正。這樣的觀點似乎更能顧及，能否期待行為人合法的期待可能性精神，或可考慮將刑法第 18 條修正為「小學未畢業或欠缺同等學力者，不罰。」而將現行法關於「十四歲以上未滿十八歲人之行為」、「滿八十歲人之行為」得減輕其刑的規定，予以刪除。惟應說明的是，這樣的想法，於學位論文口試時，甘添貴教授指出未足之處，因為目前臺灣社會仍有許多小學未畢業或欠缺同等學力者，如果冒然以此為罪責能力有無判斷的基準，恐怕節外生枝，反而徒增混亂。對於甘教授的指正，筆者折服，以目前的臺灣社會，確實維持現狀較為妥當，關於罪責能力有無判斷的基準，隨著社會變遷，留待未來再進行思索。

情狀，都是量刑的參考標準，罪犯的年齡自然亦是其中之一¹⁰¹。

二、瘖啞人

刑法第 20 條，「瘖啞人之行為，得減輕其刑。」可以考慮刪除¹⁰²。若第 18 條修正為，以小學是否畢業判斷有無罪責能力時，對瘖啞人亦有所適用。現在特殊教育學校相當普及，不像過去瘖啞人幾乎沒有正規受教育的機會，所以瘖啞人在特殊教育學校學習並取得小學文憑以上，表示瘖啞人已有相當程度的社會化，應能對瘖啞人的行為有合法期待。此時，行為人先天語能與聽能的缺陷，則供法官量刑參酌；若行為人因先天聾啞造成心智缺陷，則回歸刑法第 19 條進行判斷。

若立法者不打算刪除刑法第 20 條，則應思考的是，為何得減輕其刑的寬典，僅適用在瘖啞人，而不及於眼盲者。本條立法的意旨是，瘖啞人因自幼又聾又啞，學習機會被受侷限，體恤其心智發展可能因身體障礙而受限，故特別規定瘖啞人若犯罪，得減輕刑罰，以彰顯刑法的慈悲關懷。然而，雙眼失明者，其學習機會同樣被受限制，心智發展也可能因眼盲而飽受辛勞，情況並不比瘖啞為好，但臺灣刑法卻沒有對眼盲者的得減輕期行規定，恐怕有不妥之處。反觀大陸刑法第 19 條，就是將瘖啞人與眼盲者一併規定¹⁰³，如果未來臺灣仍要保留刑法第 20 條，或許可以參考大陸法的規定。

¹⁰¹ 原田國男，量刑基準と量刑事情，量刑判断の實際，立花書房，2008 年三版，頁 9。也就是說，被告的年齡是幼是老，法官於量刑時自應參酌。至於刑罰執行，在年齡上的限制，則屬他問，如日本刑事訴訟法第 482 條 2 款規定，七十歲以上者，負責執行刑罰的檢察官得停止刑罰；又如日本少年法第 20 條 2 項後段，刑事制裁應考量少年犯（未滿二十歲者）的年齡，又同法第 51 條，對於少年犯死刑與無期徒刑的緩和規定。亦可以參見：城下裕二，少年に対する不定期刑の量刑基準について，激動期の刑事法学—能勢弘之先生追悼論集（寺崎嘉博・白取祐司編），信山社，2003 年，頁 531 以下。

¹⁰² 林山田，註 1 書，頁 389；蔡墩銘，註 1 書，頁 198；余振華，註 1 書，頁 285；陳子平，註 1 書，頁 324；張麗卿，註 1 書，頁 243。以日本為例，日本刑法第 40 條在刪除之前，是瘖啞人得減輕其刑的規定，立法之初著眼在，聽說障礙可能會影響瘖啞人的正常精神發育；但後來發現因聾啞而造成精神障礙者鮮少，又現在特殊教育進步，瘖啞人得減輕其刑的規定已無存在必要，而將之刪除。可以參見：川端博，註 5 書，頁 406、407。

¹⁰³ 高銘鎭、馬克昌主編，註 66 書，頁 97、98。

第二目 無期待不能

如以人性角度觀察罪責，是以期待可能性為核心，也就是當能期待某人不為法所禁止的行為，而該人卻為法所禁止的行為時，方才構成犯罪。前文所討論的罪責能力，是罪責的第一要素，是期待可能的開端，當行為人有罪責能力，表示有期待伊人行為合乎法規範的可能。這裡要說明的則是，罪責的第二要素「無期待不能」。

所謂「無期待不能」，就是「能期待」，也就是能期待行為人的行止合乎法規範。之所以要言「無期待不能」，是因為具有罪責能力者，本來就屬於「能期待」的範疇，是期待可能的正面表述。但是，現實生活情節萬千，可能發生「期待不能」的事由，也就是存有不能期待行為人的行為合乎法規範的情況，如有這等事由存在，則行為人的行為雖然是法所禁止者，但仍未違法而不構成犯罪，這是期待可能的反面表述。

簡言之，行為人有罪責能力，且沒有期待不能的事由，便能期待其行為合乎法規範期待，若仍不合乎法規範期待，就成立犯罪。在本目之中，所關注的是「期待不能」的事由，哪些情況屬於無法期待有罪責能力的行為人的行為合乎法規範。大抵上，期待不能可以區分為二個面向，一是規範上的期待不能，二是事實上的期待不能。

規範上或事實上的期待不能，均是期待可能性的具象化¹⁰⁴。規範上的

¹⁰⁴ 同樣的道理，不只發生在刑法，民法亦然。譬如民法第 148 條 2 項的誠信原則，「行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法。」規範相當抽象，惟其係建構民法的本初。誠信原則的精神，具體化後，落實在民法各處，例如：民法總則編，第 86 條表意人單獨虛偽表示，雖沒有受意思表示拘束之意，但表意人的意思表示仍然有效，除非相對人明知表意人意思表示實為虛偽（此即學理所言的單獨虛偽意思表示，又稱心中保留。見：王澤鑑，民法總則，三民，2010 年修訂版，頁 382 以下。）；民法債編通則，第 247 條締約過失，當事人過失的一方，應負擔信賴利益的損害賠償責任（邱聰智，新訂民法債編通則（下），華泰文化，2001 年新訂一版，頁 514。）；在各種之債，第 411 條規定，贈與人對受贈人，無論是贈與之物或權利的瑕疵，均不負擔保責任，但贈與人明知瑕疵卻故意不告知受贈人，或保證所贈之物或權利無瑕疵，造成受贈人固有利益遭受損害時，必須負擔賠償責任（黃立主編，楊芳賢、陳洸岳、謝銘洋、吳秀明、蘇惠卿、郭惠玲，民法債編各論（上），元照，2002 年，頁 264；邱聰智著、姚志明校訂，新訂債法各論（上），元照，2008 年，頁 280。）；民法物權編，第 796 條越界建築的規定，土地所有人建屋，非故意或重大過失逾越地界，鄰地所有人明如有越界情事而不提出異議，不得請求建屋者將房屋移去或變更房，但對鄰地所有人的損害，應負擔賠償責任（王澤鑑，民法物權，三民，2010 年

期待不能，是以法條形式具體呈現，是立法者預見不能期待行為人的行為合乎構成要件規範的事由；事實上的期待不能，係發生不能期待行為人的行為合乎構成要件規範的事實原因。

一、規範的期待不能

在調整的階層理論架構下，規範的期待不能，如與當前的犯罪階層理論類比，應屬法定的阻卻違法事由。法定的阻卻違法事由，在刑法第 21 條至 24 條，分別是依法令的行為、業務上正當行為、正當防衛及緊急避難，若靜心觀察，可以發現這些規定均有潛藏期待可能性的靈魂，立法者於立法之初已經感應，前述情況發生時，無法期待行為人不進行構成要件的行為，對此可以理解為，這些構成要件的行為，雖然平時是反於規範期待，但法定情況發生，則例外賦予這些行為的合法性。

依法令的行為、業務上正當行為、正當防衛及緊急避難等行為，之所以被例外賦予合法性，如從當前的階層理論觀察，是在違法性中進行維持法秩序一貫性的調和¹⁰⁵；若由調整的階層理論著眼，則是避免法規範的要求違反人性。法律的存在，是為了服務人類，用以保護人類社會的秩序，並且維繫人類社會的情感；若法律違反人性，恐怕將由保護秩序淪為蠻力強制，由維繫情感墮入無理傷害。

如果行為人的行為符合法令規範，自不能以他法禁止，如此將破壞法規範價值的一致性；又行為如是業務上的正當慣行，表示已屬社會認可的行為，法律自然不得禁止或加以處罰。例如，優生保健法第 9 條得施行人工流產的規定，若婦產科醫師依法施行人工流產，不得以墮胎罪相繩。更具體的說，合法的人工流產，實際上與墮胎無異，得婦女囑託或承諾墮胎罪的構成要件該當性具備，在三階層理論，是依法令的行為，得阻卻構成要件該當的行為違法性；在調整的階層理論，是規範的不能期待，因為優生保健法另有規範，醫師自得依法進行人工流產，而不顧刑法規定。

二版，頁 196 以下。); 又民法第 1030 之 3 條規定，在夫妻法定財產制下，夫或妻為減少他方對於剩餘財產的分配，而於財產制關係消滅前五年內所處分的婚後財產，仍應追加計算，視為現存的婚後財產，除非是為履行道德義務所為的相當贈與。這些具體的民法規定，實際上均是誠信原則，此一合乎人性，富有倫理性（王澤鑑，同前書（民法總則），頁 596 以下。）的抽象規範具體化。

¹⁰⁵ 林山田，註 1 書，頁 303；黃常仁，註 1 書，頁 48。

同樣的，面臨現時侵害或緊急危難時，行為人的防衛或避難行為是人類本能，不能壓抑阻斷。在三階層理論，正當防衛或緊急避難，得阻卻構成要件該當的行為違法性；在調整的階層理論下，是規範的不能期待，因為當現時侵害或緊急危難發生時，吾人不能期待面臨侵害或危難之人沒有任何防備或反應，立法者亦是有感於此，遂將正當防衛與緊急避難列入法文。總之，無論是依法令的行為、業務上正當行為、正當防衛及緊急避難等行為，均是立法者預想不能期待行為人的行為，能夠符合刑法規定的情形，是法規範上的不能期待，故能阻卻罪責。

二、事實的期待不能

除了規範的期待不能之外，也會發生事實的期待不能。事實的不能期待來自於二個面向，一是不知法律的事實期待不能，即行為人雖有罪責能力，但卻不知法規範而無從遵循；二是不能抗拒的事實期待不能，行為人有罪責能力，知悉法律規範，並願意盡力維持合乎法規範期待的行為，但現實困境之大，使其無法抗拒而違反律法。

前者在三階層理論，就是罪責不法意識有無的問題，按刑法第 16 條的規定，如果行為人有「正當理由而無法避免」，則得因不知悉法律而阻卻罪責。行為人是否屬於可以阻卻罪責的不知法律，必須由行為人的社經地位，以及其是否力行查詢判斷。至於後者，則是期待可能性的最後一道防線，也是法規範體現人性關懷精神的長城，我們必須知道，有時候知法犯法並非絕對是罪大惡極，若由人性溫柔的角度體貼觀察，可能會發現案件背後的真實，是生活的斑斑血淚或悵悵無奈。

不能抗拒的事實期待不能，已經走入判斷犯罪是否成立的尾聲，但是個案會發生怎樣的情形，因而導致行為人無法順從法規範期待，已非立法者可以預見，是故，不能抗拒的事實期待不能，完全仰賴司法者在審酌個案時判定。法官不應只是法條匠工，而應是富有人性關懷的發明家，其所發現的，是個案之中的正義。匠工的雕刻，在沒有知覺情感的木頭或玉石；法官的判決，卻是諸字琢磨在有靈魂、有體溫的人民身心。

面對期待可能性，司法者無庸擔憂觸犯罪刑法定原則，雖說罪與刑均應按法律規定運用，但在法律之上，尚有法之所以為法的真諦——正義。法律讓人民心悅誠服，絕非因為法律是國會制定或民眾約定，而是法律能

捍衛人類社會「合乎人性，正當且和諧」的價值。在鮮少案件，雖然行為人知法犯法，但可能是有常人均難以反抗的苦衷，如仍冷酷用刑，恐怕逆人性、壞和諧，雖貌似依法判決，但實則違「法」，只是所違者非實定的法，而是違反法之所以為法的法，即正義。

三、期待不能的限度

前述規範或事實的期待不能，是針對有罪責能力者的檢驗，也就是能期待行為人的行為合乎法規範，但卻有不能期待的事由，故行為雖然構成要件該當，但阻卻罪責，不成立犯罪。不過，縱然存有規範或事實上期待不能的事由，並不表示法規範對行為人的行為沒有設限，也就是說，行為人處於期待不能事由的當下，並不意味著行為人的行為得以漫無邊際地恣意妄為，為了避免行為人倚仗期待不能的事由，因而忽略自身行止，導致對他人或社會的不當侵害，對於過當的行為，法律仍有處罰，只是衡酌存有期待不能的事由，可能減免刑罰。

規範的期待不能中，正當防衛與緊急避難如果過當，按刑法第 23 條但書、24 條 1 項但書，「得減輕或免除其刑」。換言之，防衛過當或避難過當，已經超越不能期待的範疇，不能阻卻罪責，故行為過當的行為人仍應承擔罪責，只是在刑罰上可以斟酌減輕或免除。例如，某成年人遭十歲小兒行竊，若竊行被發現，斥退小賊便可，縱然與之發生摩擦，也應該拿捏分寸，採取迴避式防衛¹⁰⁶；倘若成年人將小賊擊傷，則超出法規範的期待，具有罪責，惟行為當時，確實有現時不法侵害，成年人亦是本於防衛意思進行防衛行為，故請法官按情節，減輕或免除刑罰。

又如，大樓發生火災，樓內住戶倉皇逃命發生擠壓，有人受傷不及逃離火場，因而命喪九泉；倖存者並不會被苛責，因為危難急迫，為求保命而爭先恐後，實是不得已的避難行為，無庸對他人之死承擔罪責。但是，相同場景，若有人欲保全財產而造成他人死於無情火窟，則其避難行為就有過當之虞，法官再按情節，減輕或免除刑罰。惟要強調的是，在調整的階層理論，罪責僅是有無之別，刑罰才有輕重之分。反映在法條上，「不罰」是阻卻罪責，不成立犯罪，自無刑罰存在；反之，「得減輕或免除其刑」則是成立犯罪，差別在於有罪科刑判決或有罪免刑判決。

¹⁰⁶ 林山田，註 1 書，頁 329。

規範的期待不能，依法令的行為及業務正當行為，若行止踰越規範所設定的不能期待限度，另依據法律規定究責。譬如，監所管理人員將受刑者囚禁在牢房內，是依法令的行為，不成立刑法第 302 條的私行拘禁罪；但若管理失當，以公務員懲戒處理，如情節嚴重有疑似虐囚，則追究其是否構成刑法第 126 條凌虐人犯罪。或者，髮型設計師為客人理髮，是業務上正當行為，剪下顧客秀髮的行為並不構成傷害罪¹⁰⁷；但如美髮過程，剪刀不慎割傷客人皮肉，或化學美髮染劑造成客人髮膚受傷，則可能構成業務過失傷害罪¹⁰⁸。

事實的期待不能，亦是如此。如果行為人對法規範的錯認，沒有正當理由且得避免，行為人不可因此免除罪責，依據刑法第 16 條但書，「按其情節，得減輕其刑。」另外，涉及不法意識者，在三階層理論下，容許構成要件的錯誤，即誤想防衛等，應該是最具代表性的爭端案例。然若依據調整的階層理論，誤想防衛者以為具有現時不法侵害，但實際上並無任何侵害存在，其仍以防衛意思進行防衛行為；行為具有構成要件該當性，如行為人具有罪責能力，則能檢討者係有無期待不能，此顯然非規範面的問題，而是事實面的問題，意即此非判斷行為人對法律的錯認是否有正當理由且無可能避免，而是能否在行為當時，期待行為人發覺自身處在一個安全環境，現時沒有任何不法侵害存在。

易言之，在調整的階層理論下，誤想防衛的防衛行為具備構成要件該當性，具有侵害性；探討誤想防衛的焦點應該是，在誤想防衛的場合，行為人是否完全相信自己置身於現時不法侵害之下，而沒有辦法期待行為人不進行防衛。例如，黃昏暗日下，某甲遭乙追殺，逃亡幾個街廓，在轉角赫然見「乙」出沒，遂決定反擊，致使「乙」受傷，方才發現此「乙」非彼乙，而是乙的孿生兄弟丙，因二人長相極似，因慌亂中誤丙為乙而展開防衛行為。此時，除了涉及法益等價的客體錯誤的問題之外¹⁰⁹，一般人身歷其境，通常均易誤認自身正在遭遇侵害，似可認無期待可能性而免除罪責。又例如，見仇家自遠處走來，疑似有攻擊自己的可能，通常不致於到

¹⁰⁷ 林東茂，註 1 書，頁 1-135、2-38。

¹⁰⁸ 例如臺灣高等法院 99 年度上易字第 2253 號判決。

¹⁰⁹ 客體錯誤是構成要件的錯誤，是指行為人對行為客體的誤認，即行為人所想像攻擊的客體，與實際攻擊的客體之間產生不合致，概念上有分：等價的客體錯誤，如要殺甲男，誤乙男為甲而殺之，皆是人的生命法益遭受侵害，法益等價，仍屬故意犯；非等價的客體錯誤，如要殺甲男，卻誤甲所飼養的大型犬為甲而殺之，所欲攻擊者是人的生命法益，實際所攻擊者是財產法益，法益不等價，對欲攻擊者成立未遂，對實際攻擊者成立過失，再行競合。相關的內容，可以參見：林山田，註 1 書，頁 419；張麗卿，註 1 書，頁 274。

達真正誤認的程度，此時應由法官按情節決定是否減輕刑罰。總之，對於誤想防衛，本文認為行為人仍構成故意犯，只是端看有無存在事實的期待不能，用以阻卻罪責或減免刑罰。

第四節 小結

犯罪是否成立的判斷，目前以犯罪三階層理論為通說，即構成要件該當性、違法性、罪責。當行為該當於構成要件，並具違法性，且行為人有罪責時，便成立犯罪；當犯罪成立後，然後才進一步思考實施不法行為的行為人的應刑罰性及刑罰必要性。罪責是犯罪與刑罰的本質要素，是罪刑關係的樞紐，有罪責方成立犯罪，有犯罪方有刑罰，在討論罪刑均衡的過程中，萬不能忽略罪責。

現在的罪責理論係以規範罪責論為主，是心理事實與價值判斷的具體結合，也就是說，對於行為人的故意或過失行為，經法規範評價後，沒有無法期待行為人的行為合乎規範時，就應予責難。由此可以發現，現在的罪責理論應當是以期待可能性為責任本質。質言之，多數學說將罪責的要素區分為，罪責能力、罪責型態、不法意識及期待可能性，前三項涉及行為人的主觀意念，期待可能性則是客觀情狀的考量。

罪責能力是指，行為人具有承擔犯罪責任的資格，亦即具備理性的自由意志，能夠不違反法規範的期待，卻選擇與法規範敵對。臺灣刑法對於罪責能力有無的判斷，以行為人的年齡高低、精神狀態良窳、是否為瘖啞人等為標準。罪責型態則是犯罪階層理論裡，故意過失雙重評價的表徵，前次評價是在構成要件該當性，針對行為態樣；後次評價在罪責，用以譴責行為人的良知。不法意識的判斷則是指，行為人是否知悉自身行為違背法律，若行為人知自身行為違法卻依然故我，則具有不法意識。

至於期待可能性作為罪責要素之一，有論者認為期待可能性的概念於法無據，又因太過抽象而恐法官藉此擅斷，且有僭越立法權，造成權力分立崩解的疑慮；惟本文以為，期待可能性是罪責理論重要的支柱，是人性關懷的體現，並能適度節制刑罰權，顧及個案的實質正義。具體言之，期待可能性運用的場合是，常人處於和行為人相同處境時，也會和行為人一樣違逆法規範的期待；對於這種特殊的情況，如果堅守邏輯，可能反而讓犯罪成立與否的判斷背離人性。從規範罪責論出發，期待可能性的標準應

以行為人自身標準為宜，此不用擔心疏離社會通常觀念，因為行為人若非屬罪責能力欠缺者，行為人的期待可能性自然與常人相近；但若以常人的標準檢驗，可能忽略個案的特殊性，而無法達成實質正義。

若以「合乎人性，正當且和諧的價值」作為正義的角度思考罪責，可以發現期待可能性應屬罪責的核心，因為，以期待可能性為核心發展的罪責理論，相信人的主體性以及自由意志，使法律的適用產生同理心，讓法規能夠與人民並肩，避免法規與人民感情產生落差；同時司法者個案審判時，能夠設身處地為被告著想，畢竟司法是牽動人心的事業。罪責能力是行為人能否行為被期待不違法的前提，若具有罪責能力者，基本上社會便能期待其行止合於法規；不法意識就是有罪責能力的行為人明知行為違法，卻不為合乎社會期待的行為，而有敵對社會的意識；至於罪責型態所表現的故意過失雙重檢驗，在以期待可能性為核心的罪責觀中，可以取消，將故意過失的判斷完全留在構成要件中。

當罪責與正義的關聯在於「人性」時，本文可以大膽假設，現在通說三階層理論的違法性，若轉換觀察的角度，可以發現其中蘊含期待可能性的身影。在三階層理論底下，構成要件該當性具備後，便推定行為具有違法性，除非具有阻卻違法事由得否定違法性的推定；質言之，阻卻違法事由，無論是法定或超法定，都意謂行為人認為自身行為沒有與法規相逆的認識，即自身行為應屬正當，當下若不為該行為，反而背離人性。例如正當防衛的情形，法律沒有辦法期待常人面臨現時惡意侵害，卻忍氣吞聲地成為他人刀俎上的魚肉；或如等價的義務衝突情形，法律也沒有辦法期待行為人完成所有任務。

是故，基於正義的描述，以及因應罪責理論內涵的變化，或許可以對階層理論進行調整。第一階，構成要件該當性，行為不合法規範，具有侵害性；第二階，罪責，行為人的行為不合法規範的期待，具有反人性、社會敵對性的特質。構成要件該當性的概念，與三階層理論的構成要件該當一致，罪責理論則進行以期待可能性為核心的調整，將要件分為最責能力與無期待不能。罪責能力是期待行為人的行止，符合法規犯期待的前提；若無罪責能力，則不會構成犯罪。無期待不能則可進一步區分為，規範的期待不能、事實的期待不能。規範的或事實的期待不能，都是期待可能性的具象化。規範上的期待不能，已經形諸法條，如正當防衛之於刑法第 23 條；事實的期待不能，則是有不能期待的事實原因，可能是不知法律，或有不能抗拒的情事存在，而不得已違法。

本文正義架構下的罪責理論，與當前通說三階層理論的罪責理論，內容有所出入。本文的罪責理論是，立足於筆者對正義的描述而生，以人性的關照，即以期待可能性為核心所建構，如對應三階層理論，則涵蓋違法性與罪責。又本文相信，是否違法是法律對行為人及其行為的整體評價，而非單獨針對行為或行為人進行片段評價。行為雖然觸犯律法，但行為並不存在行為人的自由意志，或無法期待行為人按法律規範行為，本於人性的思量，亦無法非難行為人。罪責僅存在於有無之間，經階層理論判斷，確定犯罪成立，則生刑罰有無的問題，在刑罰的量定上，刑責才有高低之別。





第五章 正義架構下的刑罰種類

第一節 前言

刑罰種類是犯罪與刑罰的第一次對話。

概念上，刑罰可以區分為主刑、從刑。主刑是刑罰制度當中最主要的規定，是對犯罪行為獨立科處的刑罰，通常不能併用，也就是對一個罪只能適用一種主刑，不能適用二種以上的主刑，除非法律別有規定¹。從刑又稱為附加刑，因其性質區分寬嚴，嚴格的從刑是指，從屬於主刑宣告的刑罰，不可獨立於主刑而存在；寬鬆的從刑，可連同主刑一起適用，亦可獨立使用。主刑與從刑相互配合，搭建當代的刑罰制度。

主刑與從刑的區分，並無絕對標準，世界各國多有不同。例如，臺灣刑法第 32 條以下規定，主刑是指死刑、無期徒刑、有期徒刑、拘役及罰金，從刑是指褫奪公權、沒收、追徵、追繳或抵償；大陸刑法第 32 條以下規定，主刑為死刑、無期徒刑、有期徒刑、拘役及管制，附加刑則是罰金、剝奪政治權利、沒收財產；日本刑法第 9 條規定，死刑、懲役（無期及有期）、禁錮（無期及有期）、罰金、拘留及科料是主刑，沒收是附加刑；德國刑法第 38 條以下規定，主刑是終身自由刑、有期自由刑、罰金，附加刑是禁止駕駛。不過，也有國家不區分主刑與從刑，如新加坡刑法，該法第 53 條則規定刑罰有，死刑、自由刑、沒入財物、罰金及鞭刑。

世界各國刑法的主刑與從刑規定雖然不一致，但並不會因此影響刑罰制度的研究。因為，探究各國刑罰制度的實質，可以發現刑罰種類大抵上

¹ 如果法律另有明文規定，則二種以上的主刑可以併用，這樣的組合多半是自由刑與罰金刑併罰的情況。在臺灣刑法上，主刑原則不併用，通常是「處某刑、某刑或某刑」的句型，如刑法第 271 條第 1 項；主刑併用則是「處某刑、某刑，得併科某刑」的句型，得併科之刑，便得和句型中前面的主刑併用，如刑法第 195 條。日本刑法亦是如此，原則上主刑不併用，通常是「處某刑或（又は）某刑」的句型，如日本刑法第 199 條；主刑併用則是「處某刑及（及び）某刑」的句型，得併科之刑，便得和句型中前面的主刑併用，如日本刑法第 256 條第 2 項。

是相同的，分別是生命刑、自由刑、罰金刑或其他刑罰，主刑與從刑的組合，不過是上述刑罰種類的選擇而已。自由刑與罰金刑是當前刑罰制度的主幹，放眼寰宇均可見於諸國刑法典中，均有此二種刑罰的存在；至於生命刑及其他刑罰，則端視各國刑罰制度的設計而有不同。

本章目的在於說明各種刑罰的內容，探索各類刑罰在理論上，能夠與之對應的犯罪，並且更進一步討論各類刑罰是否有存在必要，或者各類刑罰所遭遇的問題。刑罰制度歷經長時間人類文明與經驗的積累而得，是罪刑均衡的被動端，必是先有犯罪發生，方才思量與之均衡的刑罰，希冀藉此能使罪犯與社會重返和諧。在思考罪刑均衡之前，應先對刑罰種類有全面性的認識。

第二節 生命刑

第一項 生命刑的內涵

生命刑，即死刑，又稱極刑，在所有刑罰中最为嚴厲，係指藉由刑罰剝奪罪犯的生命，使之與社會永遠隔絕。從犯罪應報的角度看待死刑，意味著罪犯所犯之罪極重，在應報所要求的等量刑罰之下，非將罪犯處死則無法達到應報的效果；若採犯罪預防觀點，在一般預防上是借重死刑的威嚇力，希望能藉此阻嚇犯罪，在特別預防上，可能是犯罪人再犯的機率極高，且若他日再犯必是惡極之罪，而完全沒有再社會化的可能性。當罪犯行為侵害社會極大，且又無與社會重返和諧的意願或可能，情節嚴重難獲社會諒解，故將之消滅。

生命刑是最古老的刑罰之一，以古代中國為例，五刑是指，墨、劓、剕、宮、大辟，又或笞、杖、徒、流、死，均有生命刑的蹤影²；西方的死

² 中國古代五刑是「墨、劓、剕、宮、大辟」，係由生命刑與身體刑所組成，且當時的身體刑相當殘忍並附有恥辱意味。墨，又稱黥，是在受刑者顏面或額頭刺字，並染上墨；劓是割去受刑者的鼻子；剕，在秦代又稱斬趾，是斬去受刑者的左腳、右腳或雙腳；宮，又稱淫刑、腐刑、蠶室刑，即割去受刑者的生殖器；大辟，即死刑，執行方式多種，諸如絞刑、腰斬、梟首、炮烙、湯鑊、車裂、棄市等。隋唐時的五刑是「笞、杖、徒、流、死」，笞與杖刑皆是肉刑，分別是以小荊條或粗荊條擰成的刑具抽打受刑人；徒是強制犯人勞役；流是將犯人流放到邊遠地區，不准其回鄉；死即死刑，一般分為絞和斬，五代以後產生凌遲，明代梟首又見於法典。相關的內容，可以參見：

刑同樣淵遠流長，諸如鋸人刑、獸咬刑、鐵處女刑等³，均為眾人週知。世間人事滄海桑田，刑罰同樣也會隨著時代遞嬗，社會變遷與文明演進對於刑罰種類會產生直接影響，而並非亙久不異，歷史上最著名者，莫如西漢緹縈救父，淳于緹縈之舉促使西漢文帝廢除部分肉刑。法隨時轉，死刑作為古老刑罰的代表之一，內容也隨著時間改變，而非死板僵化。

古代刑罰以生命刑與身體刑為主，多殘忍暴戾，夾雜許多復仇情緒。刑罰過於殘虐或仇恨，容易營造恐怖的肅殺之氣，反而無法傳達罪刑均衡的精神，更無法表彰刑罰希望罪犯與社會重新修好的美意。現在的社會價值普遍禁止殘虐刑罰，生命刑的執行方式與場所就是顯例，已經不像古代那般血腥，例如監獄行刑法第 90 條規定，死刑在監獄特定場所執行，以注射藥劑或槍斃的方法為之；日本刑法第 11 條規定，死刑在監獄內以絞首方式執行。現在生命刑執行的方式講求一擊殺之，不似過去的凌遲或鐵處女等，讓死囚緩慢且痛苦死去；現在執行死刑的場所限制在監獄內，避免殺伐之氣外逸，不像過去多喜在廣場執行死刑，供人民觀看，甚至將死刑犯的屍首棄市，以收儆效。當前生命刑最大的變數，應該還是在生命刑存費的爭論⁴。

第二項 生命刑的走向

死刑是否應廢除的爭論，在中國最早的討論可能得追溯至東周，當時諸子百家爭鳴，法家堅持「殺人者死」，儒家則持較開放的立場⁵。十八世

戴炎輝，中國法制史，三民，1995 年十版，頁 90 以下；岩井茂樹，宋代以降の死刑の諸相と法文化，東アジアの死刑，京都大学學術出版會，2008 年，頁 50、51。

³ 鋸人刑是歐洲中古時期對付異教徒、同性戀等的常用手段，是將人倒吊，從肛門用鋸子切開，使人一分為二；獸咬刑是羅馬愛用的刑罰，讓罪犯與猛獸搏鬥而死；鐵處女刑則是刺刑，刑具內都是尖刺，將人置入刑具中，闔上刑具將人刺死。關於死刑及其刑具的說明，可以參見：重松一義，囚說刑罰具の歴史：世界の刑具・拷問具・拘束具，明石，2001 年，頁 61 以下。

⁴ 臺灣最近一次討論死刑存廢的熱潮，是 2010 年 2 月，時任法務部長的王清峰，在立法院接受總質詢時，表達任內不執行死刑的立場，爾後撰文〈理性與寬容—暫緩執行死刑〉（法務部，<http://www.moj.gov.tw/public/Attachment/031016413364.pdf>（最後瀏覽日期：2011/8/5），並透過媒體表示願為死囚下地獄（聯合報，〈王：願代替死刑犯被執行〉，2011 年 3 月 11 日，A1 版。）。王清峰之舉引發軒然大波，挑起死刑存廢之爭，並且燃燒數月。王清峰因死刑爭議黯然下台，繼任的法務部長曾勇夫旋即於該年 4 月，邀請學者專家在臺北、臺中、高雄及花蓮等地舉辦公聽會，希望藉此聽取多方意見。整體觀察，死刑是否廢除，在臺灣尚處於溝通期，短期之內恐怕不會有定論。

⁵ 由於《論語》記載：季康子問政於孔子曰：「如殺無道，以就有道，何如？」孔子對

紀義大利法學家貝卡里亞（Cesare Beccaria，1738-1794）是近代最早呼籲廢除死刑的學者，但其與今日廢除死刑者所呼籲的全面廢除，仍有一段差距；貝氏認為基於國家安全，或避免陷入無政府狀態的混亂情形時，仍然可以發動死刑⁶。貝卡里亞的祖國沒有成為歐洲第一個廢除死刑國家，反而是葡萄牙在 1867 年率先廢除死刑，之後 1889 年、1905 年義大利與挪威也相繼跟進，但是當時歐洲大國並無呼應，廢除死刑的小國在幾年之後又恢復死刑⁷。

二戰之後，鑒於納粹德國時期的殘忍屠殺，德國國會在 1949 年的基本法中扼要表示「廢除死刑」，頗有自省悔改之意；其後廢死旋風在歐洲颳起，以德國為首的歐盟，開始向世界推銷廢除死刑的構想。自此，死刑是否應該廢除的討論更加熱烈，諸多法學研究者均對此議題發表看法⁸。死

曰：「子為政，焉用殺？子欲善，而民善矣。君子之德，風；小人之德，草。草上之風必偃。」論者便以此主張孔子是廢除死刑的先河。另外，中國在唐玄宗天寶年間，曾經短暫廢除死刑，這段歷史則被認為是中國能夠嘗試廢除死刑的先例。參見：趙秉志、黃曉亮、魏昌東、王東陽，*穿越迷霧：死刑問題新觀察*，中國法制，2009 年，頁 214。

⁶ Cesare Beccaria 著，黃風譯，*論犯罪與刑罰*，北京大學，2008 年，頁 65。

⁷ Franklin E. Zimring 著，高維儉等譯，*美國死刑悖論*，上海三聯，2008 年，頁 25。補充說明的是，歐洲的國中之國聖馬利諾（San Marino，整個國家被義大利包圍，全國人口不足三萬），1848 年廢除普通刑法的死刑，1865 年廢除所有犯罪的死刑；另外，美國的羅德島州、威斯康辛州等，曾在 1852 年、1853 年廢除死刑，比歐洲更早，不過這並沒有讓美國全面廢除死刑。

⁸ 在東方，死刑是否應該廢除的探討，近代早期如 1928 年的日本學者瀧川幸辰教授（瀧川幸辰，*死刑*，*法學論叢*（京都大學）20 卷 1 號，1928 年，頁 279 以下），日本晚近呼籲死刑廢除運動的精神領袖應屬團藤重光教授（團藤重光，*死刑廢止論*，有斐閣，1997 年五版），關心死刑議題的，例如三原憲三教授（三原憲三，*死刑廢止の研究*，成文堂，2010 年六版）、高山加奈子教授（高山加奈子，*死刑制度をめぐる問題*，*法律時報* 1046（84 卷 5）號，2012 年，頁 36-40）。大陸則以趙秉志教授為首，漸進推行死刑廢除；一些其他的討論，可以參見：陳興良，*刑法哲學*，中國政法大學，1997 年，頁 367；黃偉明，*死緩制度的當代價值*，*科學*，2007 年，頁 44 以下。臺灣學者多採死刑廢除論，如：林山田，*刑罰學*，臺灣商務印書館，2005 年修訂版，頁 138；黃榮堅，*基礎刑法學（上）*，元照，2012 年四版，頁 69、70 以下；柯耀程，*死刑制度對被害人的迷思*，*刑法問題評釋*，元照，2004 年，頁 338 以下；王皇玉、Llopis-Jepsen, Celia，*死刑在臺灣*，*臺灣法學* 170 期，2011 年，頁 73、74；盧映潔，*臺灣刑法重刑化的趨勢與死刑之廢除／寬嚴併進的刑事政策？*，*戰鬥的法律人—林山田教授退休祝賀論文集*，元照，2004 年，頁 95 以下；李佳玟，*死刑與理性正義—評析最高法院九五年臺上字第四五六號判決*，*臺灣本土* 92 期，2007 年，頁 249 以下。對於是否廢除死刑，採取比較保留立場的學者，如：甘添貴，*兩岸死刑制度之比較研究*，*刑法之重要理念*，*瑞興*，1996 年，頁 237；許文彬，*死刑宜慎不宜廢*，*全國律師* 13 卷 2 期，2009 年，頁 176；謝瑞智，*死刑應否廢止*，*刑事法雜誌* 51 卷 3 期，2007 年，頁 143 以下；林東茂，*刑法綜覽*，一品，2009 年六版，頁 1-23 以下；黃富源、范國勇、張平吾，*犯罪學概論*，三民，2006 年三版，頁 475 以下；許福生，*從刑事政策觀點論死*

刑問題見仁見智，無論是主張維持或廢除者，都有充分理由與不可動搖的信念，一時片刻難以說服對方，只能藉由溝通促使瞭解彼此，期待未來在死刑存廢的議題上，能夠取得共識。

第一款 死刑維持或廢止

第一目 死刑維持論

主張死刑應予保留者，認為死刑象徵應報得以實現，並且藉由死刑的威嚇力預防犯罪；此外，死刑具有經濟效益，不僅徹底將重大罪犯與世隔絕，更節省監獄管理支出，避免國庫負擔日益加重。以下就死刑維持論的主要理由，簡單說明如下：

1. 實現應報：人類社會一直存有「以牙還牙」的應報思想，但應報並非復仇，亦非群眾攻擊慾望的發洩，而是讓犯罪人得到與其所為之惡同等的制裁⁹。依照應報思想，已發生的犯罪，應依照不法行為的惡害程度與責任輕重，決定刑罰的理由與尺度，是故重大殘虐的罪犯之所以被判死刑，是因其犯罪惡害程度高且情節嚴重，即責任原則¹⁰。此外，死刑可以避免私刑報復，藉由死刑執行，平撫被害人的怨憤，進而維持法治國秩序完整。
2. 預防犯罪：一般預防理論著眼於人的理性，因為人有權衡利害得失的能力，知曉犯罪雖能滿足慾望，但伴隨而來的刑罰必然更加痛苦，故理性人願意忍受慾望不能滿足的痛苦，也不會以身試法。刑罰的心理強制作用，可以嚇阻一般大眾，使人在犯罪邊緣懸崖勒馬，並標舉對抗不正行

刑之存廢，刑事法雜誌 51 卷 3 期，2007 年，頁 71 以下；張麗卿，臺灣死刑存廢之現況與解決，警察法學 8 期，2009 年，頁 298 以下。亦可參考前警察大學校長侯友宜的媒體專訪：自由時報，侯友宜：死刑可具體遏止殺人犯罪，2010 年 4 月 5 日，A6 版。

⁹ 應報思想也有論者稱之為「正義理論」，參見：林山田，刑法通論（下），自版，2008 年十版，頁 416、424；張麗卿，刑法總則理論與運用，五南，2011 年四版，頁 39；柯耀程，刑法概論，元照，2007 年 4 月，頁 422。惟本文的正義觀不等於應報思想；本文的正義觀請見第一章第三節。

¹⁰ 吉岡一男，犯罪対応における処罰とゆるし—刑罰論についての刑事学的考察，法學論叢（京都大学）138 卷 4-6 号，1996 年 3 月，頁 185、186。

為的道德傾向，打消社會大眾潛在的犯罪意念¹¹。死刑作為最嚴酷的刑罰，對人民的警示意味最大，一般預防功能也最強烈。

3. 經濟效益：死刑合乎經濟原則，一是確實除害，利用死刑一次性且準確地將重大罪犯與世隔絕，杜絕未來繼續危害社會的可能；二是解決監獄人潮，當前監獄人滿為患，監所超額收容的問題，以 1993 年最為嚴重，超收比率高達 51.59%，近年雖然趨於緩和，但仍存有相當的超收率¹²；三是減少獄政開支，若以台北監獄為例，單就矯正業務的費用，近年都是新台幣四億元上下¹³；若以終身監禁代替死刑，國家要負責照顧受終身監禁者一生，不僅增加國庫負擔，人民對於稅賦花費在罪犯身上而不服氣¹⁴。

第二目 死刑廢止論

死刑廢止論者，認為死刑的預防犯罪功能被誇大，且本身欠缺人道關懷，一旦執行死刑，若日後發現係因錯誤判決造成冤死錯殺，將造成無法補救的傷害，故當前的刑事政策趨勢，廢止死刑是大勢所趨。以下就死刑

¹¹ 也就是刑罰一般預防觀點的威嚇功能，參見：林山田，註 9 書，頁 418；林東茂，註 8 書，頁 1-18；張麗卿，註 9 書，頁 41；柯耀程，註 9 書，頁 423。

¹² 例如，2006 至 2010 年監所超額收容率，分別為：18.6%、1.2%（中華民國九十六年罪犯減刑條例）、15.1%、17.0%、19.6%。見：法務部統計處，法務統計年報 99 年，2011 年 4 月，頁 46。

¹³ 相關資料來源：法務部矯正署臺北監獄（臺北監獄公務預算及決算書），<http://www.tpp.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=151556&CtNode=25012&mp=044>（最後瀏覽日期：2012/2/28）所謂矯正業務的費用，用於矯正機關基本管理與人員訓練，以及對收容人的教化、調查分類、戒護安全、技能訓練、衛生醫療等。以臺北監獄自 2008 年以降的矯正業務預算為例，雖然呈現逐年遞減的趨勢，表示監獄節流，但仍是可觀的開銷（以下為概數，無條件捨去尾數），2008 年 41768 萬元、2009 年 40801 萬元、2010 年 398476 萬元、2011 年 379559 萬元、2012 年 374946 萬元。

¹⁴ 世界各國都面臨監獄人滿為患的問題。例如，日本的監獄問題也頗為嚴重，所以 2004 年日本引進英國的 PFI 制度（Private Finance Initiative），希望藉由民間主動融資紓解監所超收犯人與預算不足的問題。所謂 PFI 制度，又稱私人主動融資，其是使國家與私人間成為夥伴關係，國家提出需要建設的項目，通過招標，獲得標案的私人將參與國家建設，國家則藉此解決財政不足的問題。不過，PFI 制度能否解決問題，又是否適用於臺灣，仍待觀察。相關內容可以參見：瀨川晃，行刑改革の課題と課題，ジュリスト 1414 合併号，2011 年，頁 143、144；Paul A. Grout (1997), *The Economics of the Private Finance Initiative*, Oxford Review of Economic Policy, Vol. 13:4, pp53-66. 關於 PFI 的相關知識可以參見：野田由美子，PFI の知識，日本經濟新聞社，2003 年；日本法務省，<http://www.moj.go.jp>（最後瀏覽日期：2012/02/28）。

廢止論的主要理由，扼要說明如下：

1. 刑事政策趨勢：現代刑事政策的主要理念根植於「特別預防理論」，亦即刑罰主要目的在於，去除犯罪人的危險性格，使之「再社會化¹⁵」。既然現代刑事政策著眼於幫助犯罪人復歸社會，死刑自然與政策理念相違背。此外，支持廢除死刑者均強調，實證研究無法證明死刑比終身監禁更具威嚇作用，所以死刑的一般預防功能有待商榷。目前廢死國家已達九十六國，加上廢除普通刑法死刑及多年未執行死刑的國家更達百餘國之多，顯見廢除死刑已是世界潮流¹⁶。
2. 欠缺人道關懷：人道關懷是指，重視人的價值，關心人的生命與生活；「人的生命」是人道關懷的核心，因為人一旦死亡，奢談人的生活或價值。生命權是對抗國家的防衛權，國家對於人民權利只能因公益而限制之，不得剝奪之；但死刑剝奪生命，有違憲之虞¹⁷。此外，死刑似乎違反刑罰的相當性¹⁸，因為死刑並非在判決定讞後立即執行，等待執行的期間，死囚必須額外承受恐怖的死刑陰影，形成雙重負擔，這種負擔已

¹⁵ 林山田，註9書，頁443；林東茂，註8書，頁1-19；張麗卿，註9書，頁42；柯耀程，註9書，頁424。

¹⁶ 世界上有96個國家已經完全廢除死刑，廢除普通犯罪死刑的有9個國家，34個國家不執行死刑已經超過10年以上，總計有139個國家在法律或實務上廢除死刑。本文認為，法律上保留死刑但實務上不執行死刑的國家，與法律上廢除死刑的國家，本質上並不相同。相關資料可以參見：Amnesty International, (2011), DEATH SENTENCES AND EXECUTIONS 2010, Amnesty Org., pp. 5-8, 44-45.; Roger Hood, (2010), *Global Trends Towards Abolition of the Death Penalty*, Vol. 88 Judicial Aspiration, p. 36.

¹⁷ 陳新民，憲法釋論，三民，2001年，頁297；李震山，多元、寬容與人權保障—以憲法未列舉權之保障為中心，元照，2005年，頁106以下；陳慈陽，憲法學，元照，2004年，頁486；李惠宗，憲法要義，元照，2009年五版，頁236以下。不過，司法院大法官從未對死刑宣告違憲。由釋字第194號、263號、476號解釋可知，大法官從國家安全、社會秩序及增進公共利益的角度切入，認為死刑並沒有違憲疑慮。較值得注意的是，釋字第263號解釋理由書，認為唯一死刑的規定並不妥當，因為唯一死刑「不分犯罪之情況及其結果如何，概以死刑為法定刑，立法甚嚴，有導致情法失平之虞，宜在立法上兼顧人民權利及刑事政策妥為檢討。」但是，大法官檢討唯一死刑，並非因死刑違憲，而是從罪刑均衡的角度切入，希冀情法能夠平衡。另外，有論者認為，釋字第551號解釋是大法官「間接」宣告死刑違憲（王皇玉、Llopis-Jepsen, Celia，註8文，頁65）；但是，該號解釋旨在強調罪責與刑罰應該相當，因為1998年的毒品危害防制條例第16條規定，「裁贓誣陷或捏造證據誣告他人犯本條例之罪者，處以其所誣告之罪之刑。」大法官認為這樣的規定「未顧及行為人負擔刑事責任應以其行為本身之惡害程度予以非難評價之刑法原則，強調同害之原始報應刑思想，以所誣告罪名反坐，所採措置與欲達成目的及所需程度有失均衡」，如此責任與刑罰不相對應，與憲法第23條比例原則有違。總之，釋字第551號解釋解釋實與死刑存廢爭議應無關係，而是大法官再次強調罪刑均衡在刑事立法上的重要性。

¹⁸ 林山田，註8書，頁151。

經超過被害人所承受的悲痛。又，法律禁止人民殺人，卻允許國家執行死刑，無助於培養人民尊重生命的情操；執行死刑的公務員以殺人為職業，更存有倫理矛盾。本於人道精神，應以其他刑罰，如終身監禁，取代死刑。

3. 錯誤難以回復：死刑一旦執行，將無可回復，若冤枉清白、錯殺無辜，將使人民喪失對司法的信賴，對枉死者的家屬而言，更是難以痊癒的傷痛。司法人員並非萬能的神，在偵查、審判與執行的過程，都有發生錯誤的可能性，錯誤可能來自於刑事司法人員的非法行為，鑑定人的誤謬鑑定，證人無意的錯誤供詞或有意栽贓，只要這些可能歪曲事實真相的要素藏在刑事訴訟程序中，善良百姓就有蒙受不白之冤的機率，生命也可能受死刑威脅。

第三目 本文看法

死刑存廢的正反意見都有道理，無怪雙方論戰長久，卻一直沒有辦法取得共識。對於爭論，本文認為有幾個方向可以深思：首先，過度肯定或否定死刑的威嚇力，意義恐怕不大，反而可能過度簡化抗制犯罪的問題；其次，將法院誤判錯殺的責任歸咎於死刑，但忽略問題癥結點應在刑事訴訟制度；再者，國家法制應合乎在地抑或尾隨潮流，值得思慮；最後，廢除死刑所標榜的人道價值，有無真正貫徹於國家政策，或僅流於特定議題的發揮。

一、死刑威嚇力被過度檢視

主張死刑維持者，強調死刑的威嚇力，認為理性人會思考犯罪後可能面臨被剝奪生命的嚴重後果，因而打消犯罪的念頭。這種想法符合一般預防理論的假設，但恐怕高估刑罰的功能。現實上，過失或情緒性以外的犯罪，都是經過行為人冷靜思考與周詳計畫後，方才進行，這些罪犯並非未曾衡量刑罰後果，但仍具有惡質的法敵對意識，進而與法秩序衝突。換言之，刑罰的一般預防效果確實有侷限性。

相反的，主張廢除死刑者，同樣在死刑威嚇力上打轉，只是從另外一

個角度切入，抓緊「死刑廢除之後，犯罪率並沒有上升」的數據說帖，並推出死刑無法有效抑止犯罪的結論，用以駁斥死刑存在的必要性。不過，這些數據資料只是現象面的描述，並非真正的科學驗證，因為科學實驗應有「實驗組」與「對照組（控制組）」，但我們身處的世界尚未發現二個以上相同且平行共存的時空，自然不可能採行自然科學的方式，檢視死刑對於治安的影響。

解讀統計資料，需要沉著思考¹⁹。在「死刑廢除之後，犯罪率並沒有上升」的數據當中，臺灣文獻最常引用歐洲國家的例子，但在政經穩定、民生富裕的歐洲，治安本是良好的，是否真能藉此證明死刑與治安好壞全然無關，有待商榷²⁰。菲律賓於 1987 年廢除死刑後，重大犯罪頻傳，1994 年乃回復死刑，其後政經環境趨於穩定，才於 2006 年再度廢除死刑²¹。或許社會環境較不穩定的國家或地區，死刑存否與治安良窳之間的數據，可能會是另一種風貌。另外，縱然是死刑廢除的國家，死刑所代表的歷史文化或宗教圖騰，依舊在當代人的心中，要證明死刑與預防犯罪無關，恐怕需要更長時間的觀察。

刑罰的一般預防功能應該值得肯定，但刑罰的威嚇效果如何，恐怕難以量化，因為犯罪發生的成因複雜²²，可能因為行為人的先天性格，後天

¹⁹ 英國前首相迪斯雷利 (Benjamin Disraeli, Former British Prime Minister, 1804-1881) 曾經說過，「有謊言、該死的謊言和統計資料 (There are lies, damned lies and statistics.)」。

²⁰ 令筆者疑問的是，2008 年 11 月 6 日，在臺灣大學法學院國際會議中心舉辦的「死刑存廢的新思維學術研討會」中，德國的 Kerner 教授有一句話：「目前雖然說有很多犯罪率的升高，但是整個歐洲來講都還沒有人想要去回復死刑。」(Session 1 為維持社會安全死刑是必要的嗎？，死刑存廢新思維，元照，2009 年 6 月，頁 119) 似乎表示，歐洲因為死刑廢止後，已經產生犯罪率升高的現象。有趣的是，亦有論者指出，有數據顯示「有死刑存在的地方，犯罪率明顯偏低」，「一次死刑執行過後，該地區的犯罪率會有一定的消滅。」參見 Karen Farrington 著，陳麗紅、李臻譯，刑罰的歷史，究竟，2005 年 9 月，頁 189。最早進行殺人罪與死刑執行數據統計的美國艾里克教授，於 1975 年發表論文表示「每一次死刑執行減少八起潛在謀殺案」(Isaac Ehrlich (1975), *The Deterrent Effect of Capital Punishment: A Question of Life or Death*, American Economic Rev. Vol. 65, p.397.)；不過，這項研究受到很大的挑戰，畢竟要量化死刑與治安的關係，太過困難。詳細內容可以參見：Ernest van den Haag / John P. Conrad (1983), *THE DEATH PENALTY: A DEBATE*, New York: Plenum Press, pp.139-141. 雖然這項研究受到頗多攻擊，但仍有許多統計學家前仆後繼，試圖證明死刑與治安的正相關。惟本文的看法是，死刑與治安正相關或負相關的統計資料，與死刑存廢均無直接關係。

²¹ 關於菲律賓死刑制度的廢止歷史，可以參見：Santos Lamban (Pahra): *Death Penalty in the Philippines*, <http://www.philsol.nl/A00a/Pahra-deathpenalty-mar00.htm> (最後瀏覽日期：2012/2/28)

²² 林山田、林東茂、林燦璋，犯罪學，三民，2007 年四版，頁 580 以下；黃富源、范國勇、張平吾，註 8 書，頁 69。

的政經社會環境，以及個人的教育條件，或行為當時情境等²³。抵制犯罪絕非僅依靠刑罰就得完成，但若純以刑罰威嚇力量無法杜絕或降低犯罪作為刑罰去留的理由，不單是死刑，恐怕自由刑與罰金刑也將陷入應否廢除的長考。總之，誇大或泯滅死刑的一般預防功能，作為認同或反對死刑的理由，均難說服群眾。

二、忽略刑事訴訟程序改革

主張廢除死刑者，有一項非常重要的論點，就是死行可能會造成誤判錯殺。可是國家之所以誤殺，原因在於法院誤判，最需要檢討的，應該是刑事訴訟制度。譬如廚師持刀切肉卻誤傷己手，苛責鋒利的菜刀並無任何助益，而應檢討自身廚藝刀功才是。殘缺的刑事訴訟制度，才是造成冤死冤獄的主因，任何人都可能成為國家公權力的犧牲品。避免法院誤判，是公正司法追求的目標，除了建構良善的刑事訴訟制度之外，亦應重視司法人員在辦理案件的心態，將誤判錯殺作為批判死刑的理由，反而容易模糊問題癥結。

刑事訴訟制度應該要求，檢警嚴格遵守強制處分的規定，嚴禁刑求逼供，且法庭不得使用未經合法程序取得的證據，且必須合乎相關的證據法則；司法人員應有同理心，不應自許神職而怠惰傲慢。本文相信，經過長期的司法改革，特別是 2002 年改採改良式的當事人進行主義之後²⁴，基本上，只要恪守刑事訴訟法無罪推定、證據裁判等原則，配合審級制度以及當前偵查、鑑定的科技水平，又刑事訴訟法第 344 條第 5 款規定，宣告死刑的案件，「原審法院應不待上訴依職權逕送該管上級法院審判」，展現法院處理死刑案件的嚴謹慎重，現在法院錯判誤殺的可能，幾乎不存在；若是發生，則應嚴正追究相關司法人員的責任。

三、法制設計宜立足於本土

法律的制定，應當衡酌當地民情習慣與風俗文化，以期適合本土。外國立法例當然可以引薦至國內，但不應盲從。作為繼受法國家，吾人更應深刻省思外國法制是否適合國內，並且為絕大多數國人所接受。在死刑存廢的議題上，部分廢死論者，一直將死刑的廢除與「普世價值」或「國際潮流」掛勾，試圖將廢除死刑塑造成為不可逆的趨勢，卻鮮少論及這樣的

²³ 甘添貴，註 8 文，頁 230、231。

²⁴ 張麗卿，刑事訴訟法理論與運用，五南，2010 年十一版，頁 38。

想法，是否適合現在的臺灣。

目前，全世界近二百個國家之中，有九十六個國家完全廢除死刑，約占世界國家的半數；但若從人口數觀察，真正完全廢除死刑的國家總人口數僅約十億，縱然加上「普通刑法廢除死刑、戰時或軍法保留死刑」的國家，應仍不超過十二億人²⁵，以此計算，占全球總人口數（以七十億計）仍不超過 18%。在廢除死刑國家數目後面，若從人口數觀察，廢除死刑的國家總人口數顯然是少數，嚴格來說，廢除死刑尚難稱為普世價值。

或有論者以歐洲國家為例，表示廢除死刑是文明進步的象徵；但同屬先進國家的美國、日本並未因刑法典中存有死刑而顯得落後，而廢除死刑的非洲或南美洲國家，文明程度亦不必然高於存有死刑的國家或地區。死刑存否無關國家是否文明幸福，有死刑的國家可能是民生富裕、科技進步且富有人文關懷，沒有死刑的國家也可能是毒梟猖獗、犯罪頻傳且貧窮落後。

事實上，廢除死刑的風潮從德國發起之後，曾經短時間迅速擴張，主要因為歐盟成立之初，以德國為首的歐陸強權，對於欲加入歐盟的國家，設立「必須廢除死刑」的門檻。然而加入歐盟的好處很多，特別是經濟利益，例如創造世界最大的內部貿易市場，無國界購物帶動經濟起飛等，這些利益對於歐洲小國是非常誘人的，在這樣的前提下，廢除死刑成為加入歐盟這個「套餐」裡面的點心²⁶。爾後，面對不受利誘的國家或地區，歐盟或其他廢死國家選擇以其他方式推銷這項價值觀，例如在司法互助上刁難，每當中國大陸要求引渡潛逃國外的貪官污吏時，就時常遭遇大陸刑法有貪污犯罪可能處以死刑的規定為由，拒絕將罪嫌引渡回大陸²⁷。

²⁵ 世界國家人口數資料來源：外交部，外交資訊—國家與地區，<http://www.mofa.gov.tw/>（最後瀏覽日期：2012/2/28）完全及部分廢除死刑的國家或地區，如歐盟、巴西、墨西哥、菲律賓、南非、蘇丹、阿根廷、加拿大、尼泊爾、秘魯、澳洲等（按人口多寡數排列），加總應不超過十二億。不過，本文以為戰時或軍法中仍保有死刑的國家，應不能稱之為廢除死刑國家。

²⁶ Franklin E. Zimring 著，高維儉等譯，註 7 書，頁 48 以下。

²⁷ 北京青年報，刑法修訂貪官死刑未廢除 引渡難題再引爭議—讓貪官把牢底坐穿，<http://www.yweekend.com/webnews/100902/A06/100902A0601.shtml>（最後瀏覽日期：2012/2/28）大陸之前就曾發生貪官污吏潛逃出境，但因大陸刑法保有貪污罪的死刑規定，而無法將賴某引渡回國（如賴昌星事件）。這件事情顯示，保有死刑的話，廢死國家會繼續以此作為拒絕司法互助的理由；至於「貪污罪是否有必要以死刑制裁」則是另外一個問題，於此不贅述。

四、廢除死刑是否彰顯人道

人道思想重視人的價值，關心人的生命與生活。廢除死刑的發想，縱然無法在刑罰理論中找到妥當的理由，只要從人道精神的角度切入，或可得到立論基礎，也就是生命至上，縱然是惡貫滿盈的罪犯，國家也無權剝奪他的生命。不過，若以終身監禁作為替代死刑的制度，被判處終身監禁者，終其一生都要待在牢籠中，恐怕也不合乎人道精神的標準。是故，死刑存廢與人道彰顯之間是否存有關係，尚待確認，因為要以人道檢驗，恐怕所有刑罰都必須廢除²⁸。

高舉人道旗幟，呼喊生命無價的廢除死刑國家均允許墮胎²⁹，但若本於人道以及對生命的尊重，理應將胎兒進行完善保護，惟現實上，這些國家弑殺純潔的胎兒之後，轉身對死囚百般呵護，著實令人費解，似乎產生價值觀的迷惑。同理，標榜生命無價而反對死刑的國家，亦應致力於和平事業，但德法英等廢除死刑的先進國家，卻一直是武器出口的大國，在販售武器造成他國無辜人民死傷的同時，又輸出自己廢除死刑、保護生命的理念，想來有些錯亂。此外，廢除死刑的南美或非洲國家之中，有長年處於內戰或獨裁統治，他們對於人民生命或生存的重視，未必比有死刑的國家來得更高。這些廢死刑諸國，是否基於人道關懷與生命無價的信念，如同反對死刑般地反對墮胎、戰爭與買賣武器，筆者不得而知；惟可以確信的是，面對生命議題，預設立場而前後搖擺，非但不能彰顯人道精神，反而會讓人誤以為是選擇特定議題發揮而已。

五、當務之急是建立審慎的死刑制度

對臺灣而言，現在恐怕不是廢除死刑的時機，目前應將重點放在，建立更審慎的死刑制度，畢竟死刑在臺灣並無違憲的疑慮，且人民法律情感又一面倒地傾向死刑留存，貿然將死刑廢除，不但傷害人民法情感，更可能破壞人民對法律的信賴。放眼未來，若廢除死刑真的是人類共識，且有越來越多的人民支持廢除死刑，死刑自然會走向終點。

法務部曾委託中央研究院，於 2007 年 12 月完成的「廢除死刑暨替代方案之研究」發現，全台近 80%的民眾贊成死刑³⁰；TVBS 民調中心亦於

²⁸ 張麗卿，註 8 文，頁 298。

²⁹ 林東茂，註 8 書，頁 1-25。

³⁰ 法務部委託研究「廢除死刑暨替代方案之研究」報告 (PG9603-0122)，計畫主持人陳新民，協同主持人黃富源、吳志光，2007 年 12 月，頁 32 以下。

2010年4月9日進行調查，全台85%的民眾反對廢除死刑³¹。死刑的高支持率，並非臺灣獨有的現象，以日本為例，日本內閣府世論調查³²，1989年有66.5%的民眾支持死刑存續，15.7%贊成廢除死刑；到了1999年支持死刑存續的民眾上升至79.3%，2004年又上升至81.4%。大陸武漢大學在2007至2008年間，針對北京與兩湖地區進行調查，研究發現91.2%的大陸人民支持死刑³³。死刑夾雜著傳統文化與宗教「善惡有報」的觀念，與人民法情感密切相關，在這樣的社會氛圍下，要將死刑全面廢除，應要三思。

老子說，治國有如烹小鮮，若從烹飪角度來看，法律制度如同食物，饕客評點美饌不會全賴熱量是否太高、營養是否均衡，一道餐點能否被認定為珍饈，通常只取決於食用瞬間的感覺。支持廢除死刑者，多以邏輯論理取得支撐死刑廢除的論點，彷彿不斷強調餐點的營養素多寡，但時常忽略人是理性與感性交雜的生命。感情上，將惡人繩之以法，自古就是大快人心的事情，死刑維繫著社會絕大多數人對於正義的盼望，標誌著重大罪犯「倫理上終極的自我承擔³⁴」，這也就是為何統計顯示，支持死刑存置者是絕對多數的原因。

雖然有論者認為，民意反對並不足以作為進步立法的阻礙，且學者應該扮演啟迪民智責任³⁵，例如1991年香港立法局推動死刑廢除時，71%的港人反對，可是港府仍然廢除死刑，其後香港治安也未因此崩潰³⁶。但要注意的是，1997年以前的香港正處於英國殖民時期，而英國早已廢死，被殖民地順應殖民政府的期待並不意外；此外，臺灣與香港不同，有著複雜的選舉文化，且不顧民眾感受的獨斷立法，恐怕非人民所樂見。死刑存廢無關民智高低，僅是價值觀的問題，若以廢除死刑為智，存留死刑為愚，實在難以服人；死刑廢除是死刑政策的選項之一，現在雖然時機未到，但若真的以此為目標，政府應與人民保持密切互動，讓民眾瞭解廢除死刑的

³¹ TVBS 民意調查中心 (TVBS Poll Center)，<http://www.gclub.com.tw> (最後瀏覽日期：2012/2/28)

³² 佐久間修，刑法總論，成文堂，2009年，頁453；間柴泰治，死刑をめぐる論点—死刑存置論と死刑廢止論，調査と情報第651号，2009年，頁11。

³³ 周國良，中國死刑的民意考查，死刑立法改革專題研究 (趙秉志、William A. Schabas 主編)，中國法制，2009年，頁380、381。

³⁴ 林東茂，註8書，頁1-25。

³⁵ 孫國祥，死刑廢除與民意關係之審視，華東政法大學學報2009年2期，2009年，頁94-96。

³⁶ 法務部委託研究「廢除死刑暨替代方案之研究」報告 (PG9603-0122)，同註30，頁292以下。

想法，再行決斷。

第二款 審慎的死刑政策

一般來說，對犯罪科處死刑，係違反主體之間的正義，因為刑罰應促使罪犯與社會之間重修主體之間的和諧，而非將之格殺，使其喪失回復和諧的機會。不過，若發生極嚴重侵害主體安全或核心價值的犯罪時³⁷，社會將融合為一，此時不再追求罪犯與社會之間的和諧回復，而是重視主體之中的正義。此時，社會可以決定將罪犯永遠隔離，以刑罰奪其生命。從另外一面觀察亦可知悉，生命刑的制定或發動，皆不能恣意妄為，必須絕對審慎，以免社會反而成為傷害主體之間和諧的罪魁禍首。

改革是對現行制度進行調整，於此之中，難免遭遇反對或阻礙。改革不是革命，溫和漸進應比劇烈躁進更為適當，因為過度激烈的改革容易造成社會分裂，最後必然失敗。死刑制度的改革亦是如此。對於尚未到達全面廢除死刑時機的臺灣而言，當前的死刑政策，應著重於改革，促使之更加審慎，無論限制或廢除死刑，都應思考周密，循序改變現況缺失，同時避免社會對立與人民反感。

立法者詳細檢驗設有死刑制裁的條文是否合乎罪刑對等³⁸，司法者於審理程序嚴謹地認事用法，是處理所有罪刑關係的當然，無庸贅述，若連此皆無法達成，死刑改革難矣。在具體的死刑政策上，本文以為，宜先思考增加替代死刑的可行配套，並且提高實務死刑判決作成的門檻，或可仿效大陸建立死緩制度，以節制死刑執行。必須強調的是，無論死刑是否廢除，這些改革都是刻不容緩，因為死刑若留存，藉由改革樹立更接近正義的刑罰制裁，守護人民法感情的同時，亦可節制死刑的暴戾之氣；若未來真的走向死刑廢除，改革則能作為廢死的前置作業。

³⁷ 在中國，死刑的發動並非針對殺人罪，而是侵害群體核心價值的行為。《大戴禮記·本命》載「大罪有五，殺人為下」，殺人罪是大罪中最輕微的，比殺人更嚴重的是逆天、逆人倫等侵害群體核心價值的行為。相關的說明，亦可參見：胡興東，中國古代死刑制度史，法律，2008年，頁23、24。

³⁸ 在立法上，臺灣的死刑規定較過往已經大為減少。以刑法為例，據1994年行政院研究發展考核委員會編印的《死刑存廢之探討》（計畫主持人：許春金；計畫協同主持人：吳景芳、李湧清，行政院研究發展考核委員會，1994年，頁4以下）表示，絕對死刑七種，相對死刑二十三種；時至今日，據筆者統計，絕對死刑已無，相對死刑十二種（可以參見本文，附錄三）。

第一目 死刑的積極替代措施

若要更進一步節制或廢除死刑，勢必要建構替代死刑的刑罰。當下的刑事制裁之中，除了死刑以外，就屬無期徒刑最為嚴厲，但無期徒刑並非「無期」，受刑人都有依法獲得假釋的機會³⁹。廢除死刑或加大節制死刑的力度，卻僅以無期徒刑取代死刑，人民恐怕不能接受，因為無期徒刑無法將窮凶惡極的罪犯與社會永久隔絕。是故，論者多認為得以「終身監禁」，也就是不得假釋的無期徒刑，作為「真的」無期徒刑取代死刑⁴⁰。

但是，若完全不許終身監禁的受刑人假釋，恐怕會使之自暴自棄，不僅有礙於監獄管理，亦與當前以再社會化為基調的刑罰觀相違背，永不結束的監禁恐怕更加殘忍⁴¹。制度設計上，若終身監禁的受刑人在獄中展現確實悔悟之情，且表現良好，仍應給予其重返社會的機會，方才符合廢死初衷。不過，終身監禁的假釋門檻，應絕對高於現行法的無期徒刑，並且設有獨立的審查委員會，以昭信公眾。

第二目 死刑判決應更加慎重

死刑可能造成枉死濫殺，是受批評的重要原因。對此，除了應該要求國家司法人員確實遵守刑事證據法則，判決時應審慎考量被告有無再社會化的可能性，並宜更嚴謹規範死刑判決的作成，如此一來，在當前科學辦案日趨先進，法官素質日益提升的情況下，冤案情形應不會發生。

³⁹ 刑法第 77 條規定，無期徒刑執行二十五年後便可聲請假釋，而刑法第 33 條 3 款但書後段，有期徒刑最長達三十年，依刑法第 77 條規定刑期二分之一（十五年）就可聲請假釋，使得有期徒刑與無期徒刑之間的定位模糊。

⁴⁰ See Robert Johnson (2008), *Life Without Parole, America's Other Death Penalty: Notes on Life Under Sentence of Death by Incarceration*, *The Prison Journal*, vol. 88: 2, pp. 328-346. 另外，對於「真的」無期徒刑，在名詞定義上有不同的看法。有論者稱此為「終身監禁」；亦有人認為應將無期徒刑分為甲種與乙種（或稱 A 種與 B 種亦可），前者是不得假釋的特殊無期徒刑，後者則是當前兩岸運用的無期徒刑。為避免名詞混淆，或許稱不得假釋的無期徒刑為終身監禁較為妥當。此可參見：汪南均，從各國死刑制度成效談臺灣因應死刑政策之變革作為，檢察新論第 5 期，2009 年，頁 198；法務部委託研究「廢除死刑暨替代方案之研究」報告（PG9603-0122），同註 30，頁 81 以下。

⁴¹ 對此也有存在批評的聲浪，因為受刑人不能回歸社會，將毫無希望地生活在監獄裡，不得假釋的死刑恐怕比死刑更加殘忍。相關內容參見：盧映潔，德國安全管束監禁制度之介紹—兼論臺灣死刑廢除替代方案之思考方向，成大法學 17 期，2009 年，頁 179。

在制度上，若要使死刑判決更加慎重，更具體的作法是在刑事訴訟法規定：只有檢察官求處死刑的案件，法院才能判處死刑；且應要求法官評議一致，方可為死刑判決，並應有律師強制辯護的適用，以保障被告訴訟權益⁴²。目前司法審判程序，原則是三級三審的合議制度，由複數的法官共同認事用法，按法院組織法第 105 條、106 條規定，經過合議庭法官共同評議討論後，利用多數決的方式決定判決；評議時各法官的意見必須記載於評議簿，案件當事人、訴訟代理人、辯護人或曾為輔佐人等，得於裁判確定後聲請閱覽。對一般被告而言，多數決式的評議方法應無重大風險或疑慮；但基於死刑有剝奪人命且無法回復的特性，應更加慎重，故宜要求合議法官一體判定死刑⁴³，若合議法官中有表達反對意見者，即表示罪不致死。

事實上，臺灣司法實務對於死刑判決的作成，已經日益審慎。以最高法院 100 年度台上字第 3447 號判決為例⁴⁴，最高法院認為，判決應合乎罪刑均衡，使罪刑「輕重得宜，罰當其罪」；又死刑剝奪生命，具有不可回復性，尤其更應審慎。是故，死刑判決的說理，除了在判決理由中，本於責任原則，依刑法第 57 條所定各款審酌情形，加以說明外，必須另外就罪犯「事後確無悛悔實據，顯無教化遷善之可能，以及從主觀惡性與客觀犯行加以確實考量，何以必須剝奪其生命權，使與社會永久隔離」的理由

⁴² 相同意見：王兆鵬，臺灣死刑實證研究，月旦法學 183 期，2010 年，頁 129；馬躍中，從國際公約觀察臺灣死刑之爭議，檢察新論 8 期，2010 年，頁 211。

⁴³ 以韓國為例，其包括刑法在內的 21 部法律中，可以判處死刑的犯罪多達 100 餘種，但是韓國刑事司法嚴格控制死刑的判決與宣告，以達到節制死刑的效果。關於韓國死刑政策的相關內容，可參見：郭健，韓國死刑政策改革及其對中國的啟示，中國人民公安大學，2009 年。

⁴⁴ 這則重要的判決，必須感謝林東茂教授的提醒。摘錄該判決原文：「我國於民國九十八年四月二十二日制定之公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法，於同年十二月十日施行，依上開施行法第二條、第三條分別規定：兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法之效力，其中公民與政治權利國際公約第六條第一項所明定：人人皆有天賦之生存權，任何人不得無理剝奪。而死刑之剝奪生命，具有不可回復性。且刑事審判旨在實現刑罰權之分配正義，故法院對於有罪被告之科刑，應符合罰刑相當之原則，使輕重得宜，罰當其罪，此所以刑法第五十七條明定科刑時，應以行為人之責任為基礎，並審酌一切情狀，尤應注意該條所列十款事項，以為科刑輕重之標準。而現階段之刑事政策，非祇在實現以往應報主義之觀念，尤重在教化之功能，立法者既未將意圖勒贖而擄人，而故意殺人罪之法定刑定為唯一死刑，並將無期徒刑列為選科之項目，其目的即在賦予審判者能就個案情狀，審慎斟酌，俾使尚有教化遷善可能之罪犯保留一線生機。故法院對於泯滅天性，窮兇極惡之徒予以宣告死刑之案件，除應於理由內就如何本於責任原則，依刑法第五十七條所定各款審酌情形，加以說明外，並須就犯罪行為人事後確無悛悔實據，顯無教化遷善之可能，以及從主觀惡性與客觀犯行加以確實考量，何以必須剝奪其生命權，使與社會永久隔離之情形，詳加敘明，以昭慎重。」

詳加說明，也就是提高法院在死刑判決理由的說明義務。

有鑑於此，本文建議法院組織法第 105 條增訂第 4 項，即「死刑之判決，須檢察官具體求處死刑，且法官評議均無異議，認有判處死刑之必要，應於判決書詳盡說明：一、量刑結果。二、無悔悟實據。三、無教化可能。」如此能有效督促檢警對法官疑義之處進行調查之外，亦可藉由死刑判決與非死刑判決評議方式的差異，彰顯國家對剝奪生命的刑事判決，採取特別謹慎的態度。

第三目 死緩制度的配合運用

大陸的死緩制度對臺灣而言，應具有相當的啟發意義，是可以思量的配套措施。「死緩制度」就是死刑緩期執行制度，規範在大陸刑法第 48 條以下。死緩制度不是刑罰的獨立規定，而是一種執行方式，其規定被判決死刑確定之人，「如果不是必須立即執行的」，得於判決同時宣告緩期二年執行。此制度使得死刑犯的生命免於立即被剝奪，留出一段時間考察死刑犯的情況。這樣的制度，是源於明清的監候制度⁴⁵。

所謂「如果不是必須立即執行的」的意涵，是根據刑事審判經驗，犯罪後自首、立功或有其他法定從輕處罰的事由，或共同犯罪中罪行不是最為嚴重者，或犯罪有令人憐憫的情形者，以及其他應當留有餘地的情況⁴⁶。「不是必須立即執行的」的相反，是「必須立即執行」，即動機卑劣，犯罪意圖強烈，故意實施極其嚴重的犯罪，極其嚴重地危害社會，而且難以教化，若不執行死刑將明顯違反社會正義⁴⁷。大陸刑法以犯罪人是否有立即執行的必要，作為得否發動死緩的標準，再搭配死刑核准權集中於最高人民法院，一同達到發揮節制死刑的效用。

⁴⁵ 自明朝起，斬首的判決必需經過刑部的覆核（筆者認為，此與大陸的最高法院死刑覆核制度亦有法制史上的關聯）。清朝時，大逆、大盜等一類重犯，若被判斬立決，待刑部覆批之後，即著正法；其他一般獲死罪的犯人為斬監候，一律暫緩執行，待次年秋天，斷定無錯案後，才於霜降至冬至期間行刑。這類情節在文學小說或古裝劇，時常可見。對此，亦可參見：甘添貴，大陸刑法死緩制度之研究，刑法之重要理念，1996 年，頁 250-262；黃偉明，註 8 書，頁 66、67。

⁴⁶ 高銘鎧、馬克昌主編，刑法學，北京大學，2009 年三版，頁 260；張明楷，刑法學，法律，2010 年三版，頁 416。

⁴⁷ 趙秉志、黃曉亮、魏昌東、王東陽，註 5 書，2009 年，頁 186、187。

在實際運作上，不得死緩者，立即執行，使社會正義得以彰顯；相反的，絕大多數判決死緩的受刑人，於緩期期間屆滿後，經考察認為受死緩宣告者在獄中無故意犯罪，並且滿足其他條件，如遵守監獄管理制度等，則改為無期徒刑，若此二年之中有重大立功，更可以改判十五年以上二十年以下的有期徒刑。不過，死緩制度讓人擔憂的是，是否需要立即執行的判斷標準曖昧不清，恐怕會有賄賂、濫權等弊端，反而挫傷司法威信⁴⁸。是故，死緩制度必須建立於公正客觀的考察機制之上，在確保死刑功效的同時，又能夠體現人道關懷⁴⁹。

臺灣對於死緩制度的看法不一。有論者認為死緩制度模糊刑罰輕重的界限，因為犯罪行為人的惡性與動機較重而被判死刑者，可能因死緩者而減為無期徒刑，這樣將與惡性較低而獲判無期徒刑者之間產生矛盾；且死緩為減弱死刑，而無助於廢除死刑，故認為臺灣無庸參酌死緩制度⁵⁰。但本文以為，在是否廢除死刑尚無共識的今日臺灣，死緩制度恰可作為節度死刑之用，頗可作為參考⁵¹，待未來若人民產生廢除死刑的共識，再逐步朝向廢除。

第三節 自由刑

第一項 自由刑的內涵

自由刑，是限制罪犯人身自由的刑罰，是當代刑罰制度的主幹。現在人們對於自由刑的認識多為，將罪犯拘束於相當處所，受拘禁的罪犯除了贖罪之外，更是在該處所內接受矯正，以利未來回歸社會。不過，從歷史觀察可知，自由刑並不必然是將罪犯拘束於相當處所內，古代多有將罪犯放逐遠方異域，強制罪犯終身或相當時間之內，不許返回原鄉，這種刑罰同樣限制罪犯的人身自由。

⁴⁸ 甘添貴，註 45 文，頁 264。

⁴⁹ 趙秉志、黃曉亮、魏昌東、王東陽，註 5 書，頁 189。

⁵⁰ 法務部委託研究「廢除死刑暨替代方案之研究」報告（PG9603-0122），同註 30，頁 71 以下。

⁵¹ 甘添貴，註 45 文，頁 265 以下；林東茂，註 8 書，頁 1-26；許福生，註 8 文，頁 95；張麗卿，註 8 文，頁 302。另外，關於死緩制度的深度介紹，可以參見：黃偉明，註 8 書，頁 147 以下。

自由刑的誕生，最初是為了緩和生命刑與身體刑，以中國為例，古代五刑均是生命刑與身體刑，若罪犯惡性並非重大，科處生命刑或身體刑過重時，則「流宥五刑」，也就是罪犯有合於宥恕條件時，易科流刑⁵²。在當時，流刑的嚴厲效果僅次於生命刑與身體刑，因為古時交通不便，且百姓多有安土重遷的觀念，對於陌生異地多有擔憂，一旦被流放異鄉，可能永無返家之日，自然心中多生懼怖。西方也是如此，例如早期英國多將罪犯流放至北美或澳洲，俄國則將罪犯流放到西伯利亞。隨著時代流轉，現今已無空曠寂寥之地可供流放罪犯，各國政府亦不許自己國家的土地成為犯人集居處所，遂改築監獄，將犯人拘禁其中，致使流刑絕跡。

至於非流刑的自由刑，也就是將罪犯拘禁於相當處所的自由刑，中國的發展遠早於西方，依據《周禮·秋官·大司寇》的記載：「凡害人者真之圜土，而施職事焉，以明刑恥之。」東漢經學家鄭玄（127-200 A.D.）注謂：「圜土，獄城也。」「害人謂為邪惡已有過失，麗於法者，以其不故犯法，真之圜土，繫教之⁵³。」此外，《周禮·秋官·司圜》：「凡圜土之刑人也，不虧體。其罰人也，不虧財。」顯見周代監獄已經知曉自由刑僅是拘束受刑者的自由，而不能侵害受刑者的身體與財產。秦漢之後，中國由奴隸社會轉向封建社會，奴隸所能提供的勞動力減少，使得政府開始關注罪犯的勞動力，開啟具有勞役色彩的自由刑；魏晉南北朝時，正式將自由刑稱呼為「徒刑」，唐代已降更將之精緻化。可惜的是，中國的自由刑發展雖早，但後來過度重視勞役，忽略教化，而未能更進一步提升自由刑的內涵⁵⁴。

反觀西方，五世紀的歐洲，集當時歐陸法律之大成的《查士丁尼法典》尚無自由刑概念，雖有監獄，但僅當作拘禁待審被告的場所，而不用於刑罰；1532 年的日耳曼地區《卡洛林那刑法典⁵⁵》，1670 年的法國《審判程序法令》，乃至於 1768 年的奧地利法律，都秉持這樣的看法⁵⁶。歐洲自由

⁵² 徐朝陽，中國刑法溯源，臺灣商務，1967 年，頁 209、210；林山田，註 8 書，頁 181。

⁵³ 早期的自由刑適用於過失犯。周代並未將國家公權力措施進行比較細緻的區分，當時拘束人民自由的「圜土」，除了針對過失犯罪者外，對於不從教化且惡劣的人民，亦有適用。此可見於《周禮·秋官·大司寇》載：「以圜土聚教罷民」，鄭玄注：「聚罷民其中，困苦以教之為善也。民不愆作勞，有似於罷。」

⁵⁴ 林山田，註 8 書，頁 182。

⁵⁵ 關於《卡洛林那法典》的內容，可以參見：Franz von Liszt 著，Eberhard Schmidt 修訂，徐久生譯，何秉松校訂，德國刑法教科書（Lehrbuch des Deutschen Strafrechts），法律，2006 年，頁 47、48；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，法文化研究：繼受與後繼受時代的基礎法學，元照，2011 年，頁 125。

⁵⁶ Max Grünhut (1948), PENAL REFORM - A COMPARATIVE STUDY, Oxford: Clarendon Press, pp. 12-13.

刑的發軔⁵⁷，是十六世紀英國的矯正院，當時的矯正院收容流浪漢或生活放蕩者，並且對之施以生活紀律訓練；矯正院制度逐漸發展成為拘禁人犯的監獄，但起先主要是讓罪犯在監獄中進行苦役，而不重視教化。啟蒙運動之後，自由刑方才開始朝著正向發展，逐漸走入現今重視教化且人道管理的獄政系統，並對世界自由刑產生重要的影響。

時至今日，自由刑成為刑罰的主角之一。除了司法實務倚重自由刑作為國家制裁的方法之外⁵⁸，部分國家或地區的刑事立法更將自由刑進行詳分，例如臺灣刑法八種刑罰有三種是自由刑，分別是無期徒刑、有期徒刑及拘役；大陸刑法八種刑罰有四種是自由刑，分別是無期徒刑、有期徒刑、拘役及管制；日本刑法七種刑罰有三種是自由刑，分別是懲役、監禁及拘留⁵⁹；德國刑法四種刑罰有二種是自由刑，有終身監禁及有期監禁⁶⁰；土耳其刑法四種刑罰有三種是自由刑，分別是重終身監禁⁶¹、終身監禁及有期監禁。雖然自由刑經過長期發展，已經頗具規模，但並不意味著制度已經完美，在制度上仍有許多有待改進之處。

現在自由刑的特色是時間性與封閉性。原則上，刑罰都是一次性的剝奪，如死刑一旦執行，生命將被剝奪，罰金一旦執行，財產亦被剝奪，但自由刑卻在刑期內，持續性剝奪或限制罪犯的人身自由。執行自由刑的處所通常是封閉的，除了監所內少數開放的空間外，多半是高牆鐵網，將罪犯與社會隔絕。在功能上，自由刑負擔起阻嚇、懲罰、保護以及教化的任務⁶²。監獄是自由刑的象徵圖騰，高牆冷漠、鐵窗無情，使人民望之寒慄，

⁵⁷ 黃徵男，21世紀監獄學—理論、實務與對策，一品，2010年五版，頁10以下。

⁵⁸ 必須說明的是，罰金時常占國家刑罰發動的最大比例，西方國家尤其如此，但此無損自由刑的主幹位置。有論者特別指出，罰金之所以占某些國家或地區的刑罰發動比例相當大，是因為（1）立法問題。對於某種不法行為是否入罪的態度不同，可能論以犯罪，則以刑罰相繩，若不論以犯罪，則進入行政罰的範疇。（2）競合問題。某些犯罪可能經競合處理後，在某國成立一罪，在某國則數罪併罰，如此造成統計上的差異。（3）罰金刑的附加性質。通常自由刑得附加罰金刑，但幾乎不會發生罰金刑附加自由刑的狀況，造成罰金適用的情形本來就較多。（4）是否承認法人犯罪。承認法人犯罪的國家，對法人的刑罰僅可能是罰金，如此又提生罰金的適用率。詳細的內容，請參見：李貴方，自由刑比較研究，吉林人民，1992年，頁20以下。

⁵⁹ 如將日本刑法刑罰中的懲役、監禁，依據日本刑法第12、13條，進一步區分為無期與有期二種，則日本刑法共有九種刑罰，其中有五種自由刑。

⁶⁰ 德國刑法主要刑罰的區分為，終身監禁、有期監禁、財產刑、資格刑（禁止駕駛，任公職、選舉權、被選舉權的剝奪）。

⁶¹ 在土耳其刑法中，重終身監禁與終身監禁均是監禁罪犯至其死亡，二者差別在於，重終身監禁的受刑者，特別需在法律或條例所規定的嚴格保安措施下執行。重終身監禁適用於極重大的犯罪，例如土耳其刑法第76條種族滅絕罪等。

⁶² Andrew Coyle (2005), UNDERSTANDING PRISONS: KEY ISSUES IN POLICY AND

能有阻嚇犯罪的效用；經法院判決確定後，罪犯入監服刑，懲罰罪犯的同時，保護人民安全，以免罪犯繼續犯罪；更重要的是，監獄要發揮矯正罪犯的功能，讓罪犯離開監獄時，能夠順利回歸社會，重新做人。

教育是人性升沉的樞紐，教化是監獄功能的重心，也就是自由刑的主要目的，至於阻嚇、懲罰及保護功能都只是附隨發生的。因為主體之間正義的刑罰，旨在恢復罪犯因犯罪而破損的社會關係，體現在自由刑，就是期待罪犯能在受刑期間洗心革面、痛改前非，待刑滿出獄後，重新和社會和諧相處。是故，自由刑制度的設計，都應以確保教化工作得以順利為主，這樣才能確立自由刑本應具有正義。

理想的自由刑，就是教化刑，只有藉由教化，對罪犯開導說理，並為其預先儲備將來重返社會生活的能量，才可能使頑石點頭，讓罪犯在監獄中看見更生的希望。如此一來，罪犯才會真心向善，並於回歸社會之後，有能力維持自己的生活。相反的，純粹的拘禁，非但無法洗刷罪犯原先染塵的靈魂，服刑期滿之後，也難找到重新維持生活的方向與方法；若是如此，受刑者出獄後，在社會上仍然無立錐之地，只會更加怨恨社會，恐怕引發更嚴重的犯罪。犯罪特別預防理論所強調的再社會化，就是體現在自由刑的教化功能，至於如何徹底發揮教化功能，以達成社會和諧秩序的目標，是我們必須審慎思考的方向。

第二項 自由刑的檢討

自由刑的教化工作相當困難⁶³，因為制度本身及現實環境都構成教化工作的障礙。自由刑是刑罰的一種，本有國家強制色彩，是將罪犯拘禁於監獄，然後施以教化。然而，吾人深知學習講求自主自發，如此效果才能彰顯；相反的，若是強制填鴨或逼迫學習，效果自然有限。同理，在監獄的罪犯若不能發自內心接受教化，而是受制於國家刑罰強制力，自然囿限教化的力道。如何營造一個讓受刑者願意學習，且學有所獲的監所教化環境，相當不易。

監獄管理首重安全維護，以免受刑人在獄所滋事，但是過度的維安可

PRACTICE, Berkshire: Open University Press, pp.12-17.

⁶³ 林山田，註8書，頁191-193。

能使得教化工作難以落實。基於安全考量，監獄割裂罪犯與社會、家庭之間的關係，與其他受刑人或監所人員之間，也因維安因素而加以隔離。但對罪犯而言，孤立感隨之產生，恐怕易自認被社會放棄，而難與他人建立信賴關係，久而久之，亦難期待罪犯信任社會，這使得再社會化的工作更加不易。又，社會對罪犯都有加諸貶抑或排斥的烙印，使之容易自卑，甚至恐懼人群，不利於罪犯更生後的新生活重建。除了罪犯應在監獄受刑期間真誠悔改，社會也應該有更多包容。

社會資源有限，現在監獄人滿為患⁶⁴，實不利於推行教化工作。理想的教化講求個別化菜單，也就是因材施教，每位罪犯的狀況，以及所需要的協助均不相同，大鍋飯式的教化當然無法周全；又因為監獄混雜罪犯眾多，彼此之間難免產生交流，進而發生交互影響，容易使受刑者忘記改過遷善，反而從其他罪犯身上取得溫暖，將自身罪行合理化，或者彼此交換犯罪心得、經驗及情報，變得更加惡劣。監獄若無妥當規劃，這種監獄感染效應，易使監獄成為促進犯罪滋生的臭水溝。

以自由刑的教化功能為圓心，可以逐步勾勒出自由刑的問題：(1) 短期自由刑能否發揮自由刑的教化功能。倘若短期自由刑無法發揮刑罰的正面效能，不但浪費社會資源，更可能促使罪犯於監所中進行負面交流，此與刑罰目的大相逕庭。此外，在監獄受刑人數爆炸的年代，短期自由刑增加監獄負擔，更突顯這個問題的重要性。(2) 自由刑的刑期，若達可以發揮教化功能的長度，監所如何發揮教化，如何在社會防會與復歸之間，取得平衡。這是自由刑是否合乎正義的關鍵問題。(3) 自由刑的目標，是讓罪犯改過遷善後，重新回到社會。既然如此，在刑期設計上，是以罪犯遷善的程度為準，即罪犯完全消除危險，方才結束刑罰；或是保有相當期限的刑期，期滿後的罪犯，不論其是否仍具危險，仍依法將之釋放。這個問題涉及自由刑的定期或不定期。

⁶⁴ 按法務部矯正署的統計，近年的監獄超收比有更加趨重。2011 年監獄的超收比為 18.8%，2010 年 19.6%，2009 年 17%，2008 年 15.1%。資料來源：法務部矯正署，<http://www.mjac.moj.gov.tw>（最後瀏覽日期：2012/02/28）監獄之所以超收，其原因通常是人口結構、犯罪率高低、刑事政策寬嚴、執法者能力強弱等因素。相關的內容可以參見：楊士隆、林健陽，監獄受刑人擁擠之問題，犯罪矯正一問題與對策（楊士隆、林健陽主編），五南，2007 年五版，頁 12 以下。

第一款 短期自由刑的改進

正義的刑罰必然與罪均衡，誠如前文，罪刑均衡的前階，講求罪刑均等，向過去探求，輕罪輕罰、重罪重罰是簡明的判斷方式，若犯罪手段與侵害法益輕微，犯罪動機、目的及行為人性格亦非惡劣，蓋以短期自由刑處罰即足；短期自由刑是輕罰，與之相對應的犯罪必然是輕罪。罪刑均衡的後階段必須思考，刑罰是否有助於罪犯與社會和諧的修復是否有正面效用；短期自由刑有無使罪犯復歸社會的效果，恐令人質疑，這也是短期自由刑受學者的批評最深之處⁶⁵。也因為如此，短期自由刑的運用是否合乎正義，成為自由刑的焦點問題。

一般而言，短期自由刑是指六月以下的有期徒刑或拘役⁶⁶，由於時間短暫，恐怕無法有效協助罪犯與社會重新修好。百年樹人，教育工作是長時間的志業，並非一蹴可及，何況罪犯並非宛如白紙的稚齡兒童，而是曾經沾染汙濁的成年人，要洗淨惡念壞習，不可能轉眼成功。再者，受短期自由刑宣判者，多屬初犯或輕罪犯人，其惡性並非重大，羞惡之心，人皆有之，若能給予機會遷善，初犯或輕犯應該都能順利重返社會；但若輕易使人銀鐐入獄，反而使得罪犯自認無法重生而不思改過、自暴自棄。更重要的是，監獄是大染缸，初犯或輕犯的惡性極低且多偶發犯罪，經過監獄感染效應後，可能助長犯罪傾向或增進犯罪技巧，如此一來，不但無法收到刑罰修復罪犯與社會關係的目的，更埋下罪犯與社會再度衝突的種子。

⁶⁵ 林山田，註 8 書，頁 198、199；張甘妹，自由刑執行之改革趨向，刑事思潮之奔騰—韓忠謨教授紀念論文集，韓忠謨教授法學基金會，2000 年，頁 548 以下；黃富源、范國勇、張平吾，註 8 書，頁 482；張麗卿，註 9 書，頁 44；團藤重光，刑法綱要總論，創文社，1980 年改訂版，頁 467、468；山中敬一，刑法總論，成文堂，2008 年二版，頁 1030。另外，有學者認為，問題的癥結不在短期自由刑，而是在於自由刑本身，參見：陳志龍，刑法目的與預防理論，臺大法學論叢 23 卷 1 期，1993 年，頁 155。

⁶⁶ 學理上對於短期自由刑的認定，有二月以下、六月以下、一年以下及二年以下等，惟多數看法均是以「六月以下」作為短期自由刑的認定標準，可以參見：林山田，註 8 書，頁 196、197；張甘妹，註 65 文，頁 547；黃富源、范國勇、張平吾，註 8 書，頁 482；張麗卿，註 9 書，頁 44；森下忠，犯罪者處遇論の課題，成文堂，1988 年，頁 86。如以普通刑法為例，最高法定刑度為「六月以下有期徒刑」的有：刑法第 140 條 1 項、149 條 1 項前段、163 條 2 項、174 條 3 項、179 條 3 項、184 條 3 項、189 條 3 項、190 條 3 項、190 之 1 條 4 項、191 條、207 條、208 條 2 項、246 條、262 條、269 條 2 項、284 條 1 項前段、288 條 1 項、293 條 1 項；最高法定刑度為「拘役」的有：刑法第 141 條、175 條 3 項、180 條 3 項、181 條 2 項、263 條、309 條 1 項、312 條 1 項。

由此可知，如何修正短期自由刑的缺漏，已是刻不容緩。對此，基本上有二個思考方向，一是立法或司法上限制短期自由刑，逐漸達成廢止短期自由刑的目標；二是短期自由刑若無法廢止或限制，則改善短期自由刑的執行方式，以杜絕短期自由刑對於受刑者可能產生的不良影響。

第一目 限制短期自由刑的使用

短期自由刑的限制，在刑事政策上，可以分為立法及司法的限制，前者不外乎是於立法層面減少短期自由刑的處罰規定，或以其他的刑罰替代短期自由刑；後者則是減少短期自由刑的宣判，或者加大緩刑或易刑處分的適用力度，甚至在偵查階段的尾聲，以相對不起訴或緩起訴壓縮短期自由刑可能出現的機會。

一、立法限制

以立法方式限制短期自由刑，是最直接的方法，也就是從根本防堵短期自由刑可能造成的弊害。由罪刑均衡的角度觀察，對於侵害法益輕微的犯罪，先基於罪刑均等，輕罪輕罰；輕罰之中，短期自由刑屬之，但其無助於行為人的再社會化，曾經的監獄經歷，不僅是罪犯人生的污點，更可能因監獄感染效應而污染行為人心智，同時增加監所的負擔，虛耗社會資源，更無助於罪犯與社會和諧關係的恢復。是故，對輕微犯罪科處短期自由刑，恐是多餘。

例如，刑法第 312 條 1 項，對已死之人公然侮辱，得處拘役，然而此類犯罪多肇因於血氣霎時過旺，難以情緒控制所造成，若以拘役罰之，反而可能使行為人與社會同受短期自由刑的弊害所苦。又如刑法第 284 條 1 項前段，因過失造成他人普通傷害，得處六月以下有期徒刑或拘役，過失罪犯多無與法規範敵對的意思，僅因個人疏忽不慎釀成意外，雖然確實違反當代社會人應有的注意義務，但若以短期自由刑相繩，同樣可能落入短期自由刑的弊害裡。

短期自由刑應無存在必要，立法者可以考慮將之完全廢止。無論在司法上如何節制短期自由刑的發動，又或者矯正作業上如何修正短期自由刑

的執行方式，都很難根絕短期自由刑所造成的弊害，也無法挽回浪費的社會成本。最直截了當的方式，就是在法典中，廢止短期自由刑，從根本杜絕短期自由刑可能造成的弊害：將有期徒刑最輕抬高到六月以上，並將拘役廢止，即將刑法第 33 條 3 款，「有期徒刑：二月以上十五年以下。但遇有加減時，得減至二月未滿，或加至二十年。」修正為「有期徒刑：六月以上十五年以下。但遇有加重時，得加至二十年。」並刪除同條 4 款拘役的規定；然後思考合乎罪刑均衡的刑罰方案⁶⁷——以罰金刑或勞動刑全面替代，應該是可行的辦法。

以罰金刑替代短期自由刑，可以避免行為人被烙上監獄的印記，又可防止遭受監獄中真正的惡人污染，且受罰金刑者，只要繳交罰金便可擁有與昔日相同的生活，社會資源無絲毫消耗；國家所收取的罰金，更可運用在有意義的事務上，實是一舉多得。司法實務則多以「易科罰金」作為緩和短期自由刑的手段。罰金刑在現今社會日趨重要，但仍存有若干問題，相關探討可見〈罰金刑〉乙節。另外，勞動刑也是可以作為取代短期自由刑的思考方向。勞動刑是指，不將輕罪者拘禁於監所，而是促其從事公益性質社會勞役的刑罰。臺灣刑法典目前並無勞動刑的規定，只有在易刑處分上，對受短期自由刑或罰金刑宣告者，得「易服勞役」或「易服社會勞動」。但是，易服的勞役，本質是自由刑，仍存有短期自由刑之弊；社會勞動則非刑罰，只是替代刑罰的措施，能否以非刑罰替代刑罰，在理論上似有斟酌空間，詳見〈勞動刑〉乙節。

若全面廢止短期自由刑，民眾頃刻間無法接受，或立法者有感於稍嫌過速，亦可先於刑法增設減緩使用短期自由刑的規定⁶⁸，要求最高法定本刑為六月以下有期徒刑或拘役的犯罪，必須是行為人無悔改之意，方才動用短期自由刑。更具體的說，可以於刑法第 57 條增設第 3 項：「犯最重本刑六月以下有期徒刑或拘役之罪，除行為人犯罪後態度惡劣外，法院不得處有期徒刑或拘役。」如此應當可以達到立法上限制短期自由刑發動的策略，且短期自由刑嚇阻犯罪的微光，也得以暫時保留。

⁶⁷ 陳樸生，刑事經濟學，正中，1985 年，頁 185；林山田，註 8 書，頁 200、201；張麗卿，註 9 書，頁 44；李貴方，註 58 書，頁 123 以下。但是，也有學者認為短期自由刑目前尚有保留必要，用以彰顯某些犯罪在除罪前的低度不法內涵，見：蔡蕙芳，刑暨緩刑，二〇〇五年刑法總則修正之介紹與評析（蔡碧玉、柯耀程、張麗卿、余振華、陳子平、靳宗立、蔡蕙芳、鄭善印、劉秉鈞、曾淑瑜、林東茂著），元照，2005 年，頁 277。

⁶⁸ 林山田，註 8 書，頁 200。此即所謂「最後手段條款」，讓短期自由刑成為處罰輕微犯罪的最後手段。

二、司法限制

與立法上的限制相較，司法限制是較容易落實的，但其效果有限。司法實務節制短期自由刑的首要方法，就是在裁判上，有罪科刑判決儘量免處短期自由刑。臺灣刑法最高法定本刑為六月以下有期徒刑或拘役的犯罪中，均有「或處罰金」的規定，司法著眼於避免輕微罪犯遭受短期自由刑之害，且促使其能與社會重新回復和諧，法官直接科以罰金刑便足。

受短期自由刑宣告者，多是過失犯罪或犯罪情節輕微，又或是初次犯罪，這些罪犯通常都能符合緩刑的條件。司法者若能合理擴大緩刑運用，絕大多數受短期自由刑宣告的罪犯，將能因刑之暫緩而避免短期自由刑的執行；且緩刑宣告的同時，得依刑法第 74 條 2 項，斟酌情形命罪犯立悔過書，向被害人道歉並支付損害賠償，有利於罪犯與被害人之間的和諧修復，同時亦可命罪犯向公庫支付一定金額，並負擔義務勞務、處遇措施或其他命令等，亦達到罪犯與社會之間的和諧修復。

由此可見，與短期自由刑所造成罪犯不利回歸社會的影響相比，緩刑制度不僅合乎正義的期待，亦可用於調整短期自由刑的弊害。倘若無法宣告罪犯緩刑時，司法者宜朝向易科罰金的方向思考，在易科罰金執行後，原宣判的短期自由刑視為已執行完畢，易科罰金的益處與緩刑宣告相同。

第二目 改善短期自由刑的執行

假如立法尚無將短期自由刑廢止，又法院衡量犯罪各種情節，認為短期自由刑是對罪犯最適當的刑罰，且無緩刑或易科罰金的可能時，吾人必須思考的是，應如何改善短期自由刑的執行，以避免短期自由刑的弊端。在短期自由刑的執行上，應有監獄教化零功率的自知之明，因為教化工作有賴長時間的推行，既然短期自由刑的刑期相當短促，自然無法發揮教化作用，所以短期自由刑執行的制度設計上，自不用對此費心太多，反而應將重心放在，如何預防短期自由刑的受刑人遭受其他受刑人負面影響。

受短期自由刑判決的罪犯，絕大多數是初犯、過失犯或輕微犯罪，行為人的惡性本來就相當輕微，實無庸接受多餘的監獄教化，制度設計上應

思考如何促其早日重返社會。若罪犯能早日重返社會，較不易殘留犯罪者的烙印，這樣可以避免外界仇視或異視，也較能維持原先的生活，對於罪犯的再社會化有利無害；同也減輕獄政開銷，節省國家資源，能將心力放置在真正需要教化的非短期自由刑受刑者。

短期自由刑的執行，實不用冷峻封閉的監獄，而應採取較開放的方式執行，例如週末監禁或非工時監禁等，即學說上的「半自由刑」，是相當值得參考的策略⁶⁹。半自由刑是短期自由刑在實踐上的變形，其本質仍是拘禁受刑者的人身自由，但實踐上較為靈活，可能是拘禁時間或處所的調整。半自由刑最主要的目的在於，避免受刑者與社會隔絕，希望受刑者的生活不受自由刑破壞，特別是工作。工作能夠給人帶來自信，肯定自身價值，同時是生活維持的來源，若罪犯能有工作，對於其再社會化的成功助益匪淺。許多罪犯重返社會後，之所以重操犯罪舊業，就是因為無法在社會中找到工作，生計無法維持，難於社會立足，只好再度鋌而走險。

最為人熟知的半自由刑，就是週末監禁或非工時監禁⁷⁰。所謂週末監禁是，受刑人平日生活於自宅，只有週末或工作休假日時入監。非工時監禁則是，受刑人得在外工作，非工作時間（如夜間及週末）方才返回監獄。非工時監禁也是一般人習稱的夜間監禁，但隨著社會變遷，過去日出而作日落而息的生活規律早已改變，稱非工時監禁是合乎當代的用詞，甚至可以囊括週末監禁。週末監禁或非工時監禁可以避免他人知其犯罪受刑的事實，以免遭受社會異樣對待，而妨害受刑人的再社會化。

雖然，半自由刑措施相當程度緩和短期自由刑的弊害，追根究柢，其仍是剝奪自由的刑罰，仍無法完全消除蹲監牢的恥印，對於受刑者的自我認同或人際關係，仍會產生負面影響，且監獄感染效應的在半自由刑中也可能發酵，對罪犯與社會關係的修復依舊存有不良效果。話雖如此，半自由刑所造成的不良影響，還是小於短期自由刑，在短期自由刑無法消失的當下，半自由刑在刑事政策上仍有相當貢獻。

⁶⁹ 林山田，註 8 書，頁 202 以下；森下忠，註 66 書，頁 90。

⁷⁰ 此外，少數國家的半自由刑採行住家或獄外服刑。住家服刑主要是針對高齡老者，或因病不適合囚禁在監所之人；獄外服刑則是針對酒精或藥物的犯罪，允許罪犯在矯正機構內服刑。這些半自由刑針對極少數人，對臺灣而言，重要性不高。關於這些內容，有興趣者可以參見：李貴方，註 58 書，頁 127 以下。

第二款 自由刑與監所教化

改善監所教化的功能，刻不容緩⁷¹。在可以預見的未來，無論刑罰種類進行怎樣的變動，監所都是執行刑罰的重心，如何去除受刑人的危險性，促其正常回歸社會，是監所教化工作的首要任務。2011年元月法務部矯正署正式成立，犯罪矯正工作進入一個新的里程碑⁷²，除了促使監所環境更合乎人權外，更加強醫療資源，技職訓練並開放監外職業訓練，尤其是與文建會、原民會及客委會合作，將瀕臨失傳且具本土特色的手工藝引介至矯正機關，豐富收容人技藝訓練內涵；至於矯正機關超收，戒護管理費用沉重，以及性侵害罪犯的處遇，則是當前矯正實務比較困難之處。

短期自由刑的教化功能低微，已於前文述及，但非短期自由刑並非就能夠輕鬆達成自由刑的教化目標，特別是長期自由刑，因為受刑者久日蟄伏監牢，而逐漸適應監獄生活，反而與社會脫節嚴重，同樣不利於罪犯的再社會化。重罪重罰理所當然，不能因懼怕長刑期的自由刑可能讓受刑者與社會漸行漸遠，而破壞罪刑對等的基本價值；惟應當更進一步思索，面對長期自由刑的受刑者，監獄教化能否真正發揮讓罪犯重返社會，恢復與社會的和諧關係，以切合正義。

第一目 監獄管理

為維持監獄安全，監所管理人員要求受刑者服從紀律，以免在監獄內滋事，從衣著髮型到生活作息均一致，這種集體軍事化的管理，講求單向穩定的全面控制，能夠便利維持監獄安全，但難免會壓抑受刑者人格，使個人的獨特性隱遁在集體受刑者之中⁷³。又為安全考量，閒雜人等不能自由進出監獄，受刑者平日所接觸的人，除了偶有的探監外，就是監所管理

⁷¹ 蔡德輝、楊士隆，犯罪學，五南，2011年五版，頁378以下；吳正坤，當前犯罪矯正工作面臨之挑戰與因應對策，犯罪矯正－問題與對策（楊士隆、林健陽主編），五南，2007年五版，頁340以下。另外，黃徵男教授所著的《監獄學理論、實務與對策》（註57書），對於監獄矯正工作有非常詳盡精闢的說明。

⁷² 相關內容可以參見：法務部矯正署，矯正業務現況與展望，<http://www.mjac.moj.gov.tw/public/Attachment/1619495186.pdf>（最後瀏覽日期：2012/2/28）

⁷³ 蔡墩銘，人犯的監所化與再社會化之研究，臺大法學論叢10卷1期，1980年，頁79。

人員及其他受刑者，長此以往，正常社會的人際關係日漸蒸發（舉凡婚姻、家庭、親子、朋友、職場等），孤獨感增加，加上拘禁監獄所散發的負面情緒，容易增加受刑者的痛苦和壓力，使其產生被社會放棄的感覺⁷⁴。

然而，這是監獄管理的必然。監獄不是幼兒園，管理人員所面對的是罪犯，他們是因為撕裂與社會的和諧關係，經法院判決處以自由刑而來到監獄的一群人。現實上，國家不可能針對單一罪犯量身打造專屬的牢獄，或聘請專屬的教誨或管理人員；既然聚集相當多數的罪犯於相當處所，統一管理及教誨罪犯，是當然的情況。為了避免罪犯因聚集而產生暴亂或其他危險，強勢管理就成為不可或缺的手段。唯一能改進的就是，讓管理手段更具人道及彈性，以合乎自由刑的教化目的。管理是為了讓罪犯接受教化而生，穩定囚情是管理的首要工作，除了增長監獄管理的人員素質及設施安全外，可以採行隨機管理，加強危機處理能力，並在強制管理上，對受刑者有相當尊重⁷⁵。至於教化的內容，應該如何安排，留待下一目討論。

長期自由刑的受刑者，會在監獄中病老，如何維持受刑者的健康也是重要的問題。受刑者若病痛纏身，心中必然感到不適，並對監獄環境產生懷疑，教化工作也難推行。受刑者雖然犯罪，其仍應享有生存權，健康是生存根本，若健康難以維持，生存就成奢談。現在受刑者的醫療保障日益完備，除了醫療設備改良外，2011年6月修正的全民健康保險法（二代健保），業已將受刑者納入全民健康保險的被保險人；但整體而言，監獄醫療恐仍不足⁷⁶。

按 2008 年 11 月法務部矯正署的統計資料可知⁷⁷：各監所的醫療人力

⁷⁴ 黃徵男，註 57 書，頁 345。西方國家在上個世紀已經注意到了相關的問題，可以參見：Timothy J. Flanagan (Ed.), (1995), *LONG-TERM IMPRISONMENT: POLICY, SCIENCE, AND CORRECTIONAL PRACTICE*, CA: SAGE Publications, p39.; Timothy J. Flanagan, (1981), *Dealing With Long-Term Confinement: Adaptive Strategies and Perspectives Among Long-Term Prisoners*, *Criminal Justice and Behavior* June, vol. 8: 2, pp. 201-222. 另外，關於監獄的一些思考，可以參見：Thomas Mathiesen 著，許華孚譯，*受審判的監獄 (Prison on Trial)*，洪葉，2005 年，頁 129、161 以下。

⁷⁵ Joycelyn M. Pollock / Nancy L. Hogan / Eric G. Lambert / Jeffrey Ian Ross / Jody L. Sundt, (2012), *A Utopian Prison: Contradiction in Terms?*, *Journal of Contemporary Criminal Justice*, vol. 28: 1, pp. 60-76.

⁷⁶ 黃徵男，註 57 書，頁 218 以下，陳超凡，*犯罪矯正機構醫療業務之問題與對策*，*犯罪矯正—問題與對策*（楊士隆、林健陽主編），頁 99 以下。

⁷⁷ 隨著收容人的增加，各年就診次數亦呈遞升趨勢，2007 年的 1,026,897 人，較 2006 年的 994,120 人成長 3.30%，並持續增加。又受刑者平均一年就醫 17.53 次，較健保局統計國人一年平均就醫 14.3 次高。主要是因為，受刑者在入獄前的生活作息普遍不佳，包括吸毒、抽煙、喝酒、精神緊張、日夜顛倒等，均可能影響健康。參見：法務

與設備有限，僅能對受刑者施以簡單的診療，現在除了臺中監獄設有「醫療專區」⁷⁸能夠進行比較好的衛生醫療業務外，通常受刑者罹患重病或急病，只能戒護外醫或保外就醫；若戒護外醫的受刑者住院時，又必須配置四至六名警力（每位受刑者戒護外醫，有二名戒護人員全天戒護，隔日輪班），此難以確保戒護安全，更造成監所人力調配的困擾。未來，監獄醫療宜比照臺中醫療專區模式增設其他醫療專區，加強與醫療資源合作，並增加心理社工相關專業照護人員，應可改善監獄醫療的品質。

第二目 教化工作

監獄教化工作，也就是機構內的社會復歸處遇，在概念詮釋上有不同的看法，例如有論者認為監獄的教化是，訓練受刑者遵守法律的能力，使之成為一個良民⁷⁹；或認為是罪犯的權利，所以罪犯可以要求國家給予良善的教化機制及監獄環境，並且不能造成過度的侵害⁸⁰。然而，不管是何種觀點，其最終的目標都是促使罪犯重返社會——能夠發揮教化功能，使罪犯與社會重歸和諧的自由刑，才合乎正義⁸¹。

制度設計上，應從回歸社會的角度，設想教化罪犯的所需：一是沒有與法律敵對的意思，二是在社會上謀生的能力，三是與社會保持適當的連繫。使罪犯喪失與法律敵對的意思，是自由刑教化的核心，拘禁就是教化的內容之一，用以告誡罪犯破壞社會和諧後的下場。初入監的受刑者，應採行相當時間的嚴格獨居⁸²，令其獨自檢討前非，以收懺悔效果；又初入

部矯正署，<http://www.mjac.moj.gov.tw>（最後瀏覽日期：2012/02/28）

⁷⁸ 鑑於全民健康保險並未涵蓋在監所的受刑者，為維護受刑者健康，監所必須籌設「醫療監獄」，但資源有限，2004年臺中監獄開始經營醫療專區。現在臺中監獄的醫療專區，分為門診區、精神病療養區、肺結核隔離區、血液透析中心、重症住院服務區、男性重症療養區、女性重症療養區等七大部分，HIV感染者則另外專門收容；筆者曾參訪於臺中監獄，並請教臺中監獄典獄長及相關人員，深感臺中監獄的醫療專區可為全國其他監獄學習的模範。亦可參見：黃徵男，註57書，頁222、223；陳超凡，註76文，頁102以下。

⁷⁹ Arnulf Kolstad (1996), *Imprisonment as Rehabilitation: Offenders' Assessment of Why It Does Not Work*, *Journal of Criminal Justice*, Vol. 24: 4, pp. 323-335.

⁸⁰ Antony Duff / David Garland (Ed.), (1994), *A READER ON PUNISHMENT*, Oxford: Oxford University Press, p.286. 更深入的討論可以參見：Edgardo Rotman, (1990), *BEYOND PUNISHMENT: A NEW VIEW ON THE REHABILITATION OF CRIMINAL OFFENDERS*, CT: Greenwood Publishing Group.

⁸¹ 張麗卿，*法律與文學—文學視野中的法律正義*，元照，2010年，頁324。

⁸² 黃徵男，註57書，頁348、349。

監者可能身心狀況尚不穩定，監所人員必須對其嚴加看管，在威武中體現溫柔。待相當期間經過後，可使受刑者混居，並且開始接受教化課程，諸如探索自我、人際關係、品德教育、文康活動等，若監獄有與宗教團體合作，亦有佛教、道教或基督教團體的教誨人員，嘗試在課程中徹底剷除罪犯心中與法敵對的意思（現今監獄的課程表，可以參見附錄二）。

監獄中應有完善的累進處遇制度⁸³，該制度是針對六個月以上有期徒刑的受刑者，按刑期長短、初犯再犯等因素，予以編列四個級別，並訂定每級的责任分數，每月核給成績分數，累計抵銷淨盡四級責任分數後始得晉列三級，依此類推，逐級晉升，各級受刑人在監獄生活管理標準，享受待遇不同；又第三級以上的受刑人，每月成績分數達一定標準者，得縮短應執行的刑期，此即所謂善時制度，又稱善行減刑制⁸⁴。又按行刑累進處遇條例第 75 條、76 條的規定，若在監執行期間六月以上，累進處遇達二級以上（需二級且作業、教化、操行每項成績分數連續三個月保持三分以上），可以獲得假釋陳報的資格，由教誨師提管教小組會議初審，再提假釋審查委員會複審後，得報請法務部審核是否假釋。相反的，若表現不當，除了反映在累進處遇上，必要時也可能重回嚴格獨居。

另外，監獄行刑法第 27 條以下，關於監獄作業的規定，是訓練受刑人謀生技能，養成勤勞習慣，以其回歸社會可以正常生活⁸⁵；罪犯自認沒有一技之長，擔心離監後沒有能力在社會生活者，更可參加技藝訓練。監獄應按作業性質分設各種工場或農作場所，並得酌令受刑人在監外從事特定作業，參加作業的受刑者均給予勞作金，若成績優良另發給獎勵金。

⁸³ Paula Smith / Myrinda Schweitzer, (2012), *The Therapeutic Prison*, *Journal of Contemporary Criminal Justice*, vol. 28:1, pp.7-22. 累進處遇的思想源於十九世紀中葉的英國，這項制度除了對世界各國均有深遠影響，例如日本，自明治 5 年（1872 年）開始試行，二戰前獲得落實，並在戰後持續發展，以其對於監獄管理及受刑者復歸社會，均能發揮助益。亦可以參見：李茂生，權力、主體與刑事法—法邊緣的論述，翰蘆，1998 年，頁 19 以下；重松一義，日本刑罰史年表，柏書房，2007 年增補改訂版，頁 33。但是，有學者認為現今累進處遇制度的運用「硬直化」，簡單說就是，過度重視監所秩序的維持，反而忽略教化，參見：瀨川晃，註 14 文，頁 140。

⁸⁴ 陳樸生，註 67 書，頁 201。行刑累進處遇條例第 28 之 1 條 1 項規定，「累進處遇進至第三級以上之有期徒刑受刑人，每月成績總分在十分以上者，得依左列規定，分別縮短其應執行之刑期：一、第三級受刑人，每執行一個月縮短刑期二日。二、第二級受刑人，每執行一個月縮短刑期四日。三、第一級受刑人，每執行一個月縮短刑期六日。」刑期縮短，按同條 2 項，應經監務委員會決議後告知受刑者，並報法務部核備。

⁸⁵ 有論者將此與保安處分的強制工作一同討論，可以參見：黃徵男，註 57 書，頁 508 以下。

於此同時，監獄勿忘讓受刑者與社會保持適當連繫，以免受刑者認為自己被社會遺棄。受刑者與社會保持聯繫的最主要管道，就是親屬，受刑者的通信接見等，也都是以親屬為主；不過，書信發受之間，監獄長官得檢閱，以免有妨害監獄紀律或危害監獄安全的情況發生。總之，讓受刑者認為，社會沒有拋下自己，家屬也沒有離開自己，是非常重要的。現制之下有所謂的「外役監獄」，是為了讓受刑者和社會保持聯繫，並且為重返社會進行更充實的準備之用，關於外役監獄，於下目說明，這是讓自由刑更合乎正義的重要制度。

第三目 外役監獄

外役監獄的設置目的在於，讓受刑者藉由從事農作或其他特定作業等階段性處遇，達到逐步適應社會生活的效果，以便日後回歸社會，修復罪犯與社會原先破裂的關係。目前臺灣的外役監獄有二，分別是 1985 年設立於台南縣的明德外役監獄，以及 1987 年成立花蓮縣的自強外役監獄。

外役監獄是「沒有圍牆的監獄」，能夠進入外役監的受刑者，都是由全國各地的監獄遴選出來，他們已經通過普通監獄的教化，所以能夠移至安全管理密度較低的監所收容矯正，準備開始適應社會生活。依外役監條例第 4 條的規定，外役監的受刑者，除了必須有悛悔實據，且身心健康適合外役作業之外，受有期徒刑宣告者，刑罰執行已逾二個月，有期徒刑刑期未滿五年或刑期在五年以上而累進處遇進至第二級以上者；受無期徒刑宣告者，無期徒刑執行滿八年，或無期徒刑判決確定前羈押期間逾三年而執行滿七年，累進處遇均進至第一級者。但是，並非符合前述的受刑者均有資格被遴選，若受刑者所犯之罪是刑法第 161 條脫逃罪、毒品危害防制條例第 10 條施用毒品罪⁸⁶；或非過失再犯罪的累犯；或因犯罪而撤銷假釋；

⁸⁶ 外役監條例最後一次修正是在 1997 年 4 月，當時毒品危害防制條例（1998 年修正公布施行）尚未誕生。外役監條例第 4 條第 2 項第 1 款所指「肅清煙毒條例第 9 條第 1 項、2 項或麻醉藥品管理條例第 13 之 1 條第 2 項第 4 款」，實際上就是現在毒品危害防制條例第 10 條的施用毒品罪。此由當時的肅清煙毒條例（已修正為毒品危害防制條例）、麻醉藥品管理條例（已修正為麻醉藥品管理條例）可知：肅清煙毒條例第 9 條第 1 項、2 項規定，「施用毒品或鴉片者，處三年以上七年以下有期徒刑。(I) 施用麻煙或抵癮物品者，處一年以上三年以下有期徒刑。(II)」麻醉藥品管理條例第 13 之 1 條第 2 項第 4 款，「違反前條（按：麻醉藥品管理條例第 13 條：麻醉藥品，限供醫藥及科學上之需用。不得非法輸入、製造、運輸、販賣、持有、施打或吸用。）之規定，其屬於第二條第四款之麻醉藥品者，依左列規定處罰：……四、非法施打吸用者，處三年以下有期徒刑、拘役或一萬元以下罰金。」

或有強制工作或感訓處分待執行的受刑者，都不具有被遴選的資格。

與普通監獄不同的是，外役監獄的受刑者處遇比較優渥，最重要的項目就是刑期縮短。外役監條例第 14 條規定，第一、二、三及四級（含未編級）的外役監受刑者，到監的翌月起，每月縮短刑期的十六、八、四及二日，遠較行刑累進處遇條例的刑期縮短規定為優。依行刑累進處遇條例第 28 之 1 條的規定，四級尚不得縮短刑期，一至三級受刑者享有的刑期縮短，也只是外役監條例的對半而已。是故，外役監條例藉由刑期縮短的增加，加速外役監受刑者重返社會的步調。

其次，外役監的受刑人與普通監獄相比，獲得較多的自由。以返家探視為例，依監獄行刑法第 26 之 1 條的規定，普通監獄的受刑人遭逢祖父母、父母、配偶的父母、配偶、子女或兄弟姊妹喪亡，或其他重大事故時，經法務部核准，在監獄管理人員的戒護下方得返家探視，並於二十四小時內回監；但依外役監條例第 21 條，以及外役監受刑人返家探視辦法的規定，除祖父母、父母、配偶的父母、配偶、子女或兄弟姊妹喪亡之外，表現優良的外役監受刑者，得許其於例假日或紀念日返家探視，且時間最多以不超過四十小時為限，若遇有連續三日以上為紀念日或休假日時，得延長二十四小時，且返家探視的期間尚不包括在途時間。此外，依外役監條例第 9 條，表現良好的外役監受刑者，典獄長得許受刑者的眷屬在指定區遇與期間內，與受刑者共同居住。

更具體來說，以明德外役監獄為例⁸⁷，部分受刑者在監獄內的山區參與農作開墾，也有離開監獄，至民間工廠擔任外僱工；工作之外，受刑者也有較多休閒的時間，受刑者可以在泡茶亭飲茶下棋，或在書報間閱讀雜誌；接見面會的時間也遠比普通監獄一週一次三十分鐘為多，在明德外役監獄，平常日的接見面會時間，從 12 時至 13 時 20 分，例假日更延長至 14 時 20 分，讓受刑者有更多與親友接觸的機會。

總之，外役監獄的寬容措施，是建立在受刑者的改過遷善之上。受刑者若真心悛悔，願意與社會關係重返和諧時，國家應該給予罪犯機會。外役監獄有別於普通監獄的設置及管理方式，協助受刑者早日重返社會，是順乎正義。

⁸⁷ 相關資訊可以參見：法務部矯正署明德外役監獄，<http://www.mtp.moj.gov.tw/mp055>（最後瀏覽日期：2012/2/28）

第三款 刑期定期或不定期

自由刑的刑期是否定期，若從犯罪應報論的角度觀察，刑期應該明確定期，因為刑期不定可能破壞罪刑對等以及罪刑法定。罪刑對等是應報觀的基本要求，也是罪責原則的清楚體現，如果刑期若不確定，輕罪者可能被長時間拘禁，而重罪者可能被短時間拘禁，應報等量將會呈現不穩定的狀態；且定期自由刑，是罪刑法定原則的延伸，法官是唯一可以依法決定刑罰質量的人，當判決一旦確定並執行後，應不許恣意變動刑罰，以免司法威信受傷，同時亦避免監獄官擅斷，保障受刑人權。

然而，若從特別預防犯罪論出發，會得到相反的看法。特別預防認為刑罰輕重是以罪犯的危險性為斷，危險性高的，表示再社會化程度低，縱然輕罪亦可重罰；反之，危險性低的，再社會化程度高，雖犯重罪仍可輕罰。罪犯進入刑罰執行階段後，其危險性會產生變化，若受重罰者日後因監所教化受益，危險性大幅降低，當然可以縮短刑期；相反的，若危險性不減反升，則延長刑期⁸⁸。不定期刑著眼於罪犯的個別情況，深具教育作用，刑期配合個別罪犯改過遷善的實際情況進行調整；反觀定期刑則顯得呆板，對於已經改過自新之人，礙於刑期未滿而不能釋放，毫無悔改的惡人卻因刑期屆至而能重獲自由。

不定期刑又有絕對與相對之分。所謂絕對的不定期刑，則是指法官的判決完全未表明刑期，如「被告某行為，處有期徒刑」，而無任何期間表示，刑期全由行刑機關決定；相對的不定期刑，是指法官判決宣判時，宣告刑期的高低度，如「被告某行為，處某年至某年有期徒刑」，行刑機關並不能逾越司法裁判所決定的刑期範圍。絕對不定期刑嚴重違反國家法律的安定性，不為法治國家所採納；相對不定期刑只要遵守法定刑的高低度，宣告刑不逾越法定刑的範圍，較無違反國家法律安定性的問題，英美及北歐等若干國家採此制度⁸⁹。

刑期是否定期，在前人努力下，已經逐漸找到二者之間的平衡點。當前的刑罰以定期為主，原則上仍遵守罪責原則，按犯罪情節及行為人責任確定定期的刑罰；保安處分則視個案需求，而有不定期的規定，也就是按

⁸⁸ Franz von Liszt 著，Eberhard Schmidt 修訂，徐久生譯，何秉松校訂，註 55 書，頁 428。

⁸⁹ 張麗卿，註 9 書，頁 44。

個案刑為人的危險情況，決定保安處分期間的長短⁹⁰，例如臺灣刑法第 91 條強制治療，對於癡瘋或花柳病的行為人，「於刑之執行前為之，其期間至治癒時為止」，又如刑法第 91 之 1 條，對於妨害性自主罪犯的強制治療，「至其再犯危險顯著降低為止，執行期間應每年鑑定、評估有無停止治療之必要」。

第一目 自由刑的刑期定期

自由刑的刑期應定期，並不適宜採用不定期的方式，主要原因有三：一是本於正義，避免罪刑均衡受到破壞；二是避免行刑機關濫權，甚至危害監所的教化治理；三是不定期刑審酌個案罪犯危險性格，使刑罰避免僵化，而有利罪犯重返社會的美意，實可藉由假釋制度達成。

在正義的要求下，罪刑必須均衡，在前階段應考量罪刑之間的對等，後階段的思考重心則在於，如何使罪犯再社會化，促其與社會重新回到和諧的關係。罪刑的基本對等，是罪犯被社會原諒而得以重返社會的最低度要求，換言之，罪犯無論如何都必須接受相當質量的刑罰，以滿足社會大眾的法情感。我們不應為了罪犯的再社會化，就逕自破壞罪刑對等，因為這是人民法情感的長城，一旦崩塌，公平刑罰的倫理基礎即將喪失。

相反的，不定期刑有可能破壞罪刑對等，將使得罪刑均衡的前階，成為有名無實的存在。當司法判決「被告某行為，處某年至某年有期徒刑」時，人民將無法清楚感受「被告某行為」究竟需要付出多少的代價，「處某年至某年有期徒刑」會使人民覺得司法判決模稜兩可，誤以為司法暗自開啟一扇「『某年後』罪犯得以開脫的後門」。現實中，不定期刑對於罪犯的矯正過度樂觀，畢竟罪犯並不是真正的病患，將罪犯等同於病患視之，而預期全體罪犯經由監所教化能夠真誠向善，恐怕是天方夜譚，所以大張旗鼓地向犯罪復歸傾斜，容易加深人民對於法律的不信任⁹¹。

⁹⁰ 不過，有論者認為，以刑罰與保安處分界分刑期是否定期，並不是妥當的方向，因為刑罰與保安處分的關係演變至今，二者已無明顯的鴻溝，保安處分也逐漸承擔刑罰的功能，也含有犯罪應報或犯罪預防的效用，實已無必要固守理論上刑罰與保安處分的差異，而忽略實用便利性，故應朝向刑罰與保安處分協調合一的目標邁進。參見：林山田，註 8 書，頁 258。筆者對於刑罰是否定期的立場，傾向前者，也就是刑罰嚴守刑期定期，保安處分則可視個案需求，衡量相對不定期的保安處分期間。

⁹¹ 美國就曾經有這樣的「實驗」。1960 年代，美國對於罪犯矯正過度樂觀，刑事政策從

其次，在不定期刑的制度下，受刑人能否釋放，勢必委由與罪犯朝夕相處，最明瞭罪犯悔改狀況的監獄長官決定。但是，受刑者為了提早脫離牢籠，可能對獄官百般奉承，或對監所人員施加利誘，亦可能必須面對政治關說等其他壓力；就算監所人員秉公處理，只因獄政系統向來給人遙遠且神秘的印象，一旦有罪犯在不定期刑中獲得相對較低的刑期時，人民恐怕仍會懷疑監獄是否存有黑箱作業。又，若因不定期刑使得罪犯受刑期間有高有低，導致不平等的感覺發酵，易使受刑者心生不滿、怨懟及忿怒，不僅有害於監所管理，更可能爆發集體的監獄暴動，反而不利於罪犯的再社會化⁹²。

不定期自由刑專注在罪犯再社會化個案判斷的美意，恰可藉善時制度及假釋制度達成，更顯現出沒有採行不定期刑的必要。檢驗「不定期自由刑」與「定期自由刑配合假釋制度」會得到不同內涵。不定期自由刑對罪犯述說，「你的罪行，國家要拘禁你 X1 年至 X9 年，若你犯後有悔改之心，在監獄中表現得宜，拘禁你 X1 年便足」；定期自由刑配合假釋制度，則是對罪犯表示，「你的罪行，國家要拘禁你 X9 年，若你犯後有悔改之心，在監獄中表現得宜，Xn 年之後，國家可以先行釋放你，在 X9-n 年的這段期間中，若你又犯罪，則國家將再行拘禁」。換言之，不定期自由刑下的受刑人，會認為自己的犯罪並沒有這麼可惡，最輕鬆的只要 X1 年就足贖罪，且只要犯後態度良好，在獄所表現優良，就可以提前結束刑罰；定期自由刑配合假釋制度的受刑人則清楚知道，自己犯刑的嚴重性必須要 X9 年才能贖罪，之所以 Xn 年之後能夠提早釋放，是因為自身犯後懺悔，在獄所表現優良而得，但此非刑罰提前結束，一旦日後又有犯罪情事，X9-n 年的刑期必須回監補足。

由上述可知，定期自由刑配合假釋制度，便取得與不定期自由刑同樣積極審酌個案的實際情況，促使罪犯重返社會的功能；同時，又避免不定期自由刑可能形成的質疑。判決中刑罰的質量應由法官決斷，假釋並不會影響法官判決的刑罰質量，只是就個別罪犯，服滿相當期間的自由刑，且有悛悔實據，方才享有的特殊恩惠；又假釋不意味著刑罰消失，如果罪犯

社會防衛走向社會復歸，大量運用社區處遇或觀護輔導等措施，希望罪犯能夠重返社會。但是，美國治安卻趨於惡化，民眾認為國家對於罪犯過度寬容，使得美國在 1970 年代中期，回到社會防衛的刑事政策懷抱。然而，刑事政策全面社會防衛的下場就是監獄人滿為患，造成國家財政與力量的虛耗。現在世界各國的刑事政策，在面對罪犯那一面，無不試圖在社會防衛與復歸之間取得平衡。參見：王琪，社區矯正研究，知識產權，2007 年，頁 73 以下。

⁹² 李貴方，註 58 書，頁 138 以下。

在離監之後，假釋期間有法律所不許的行為或狀況發生，則可依法將假釋撤銷。是故，定期自由刑配合假釋制度，能夠顧及罪刑對等與罪犯再社會化，達到罪刑均衡要求。

第二目 拘束人身自由保安處分的不定期

保安處分基於保障社會安全的目的，對於反社會安全的侵害行為，施以感化教育、監護處分、禁戒處分、強制工作、強制治療、保護管束、驅逐出境等方法，由法院宣告具有司法性質的社會保安處分制度。保安處分與刑罰並不相同，刑罰是因為犯罪而生，保安處分則是基於社會保安的需求及必要。保安處分之中，除了保護管束、驅逐出境⁹³，均拘束人身自由於相當處所，其間多少隱藏自由刑的色彩，刑法第1條後段亦言，拘束人身自由的保安處分，同受罪刑法定原則的規範。討論自由刑的議題時，時常連帶討論拘束人身自由的保安處分。

拘束人身自由的保安處分，受罪刑法定原則的規範，是否應如自由刑一樣採取定期刑的態度，容有思考空間。保安處分針對的反社會安全的侵害行為，不以犯罪為限，亦包含非犯罪的反社會危險性行為。保安處分與刑罰最大的不同之處，刑罰僅針對犯罪行為，必須嚴守罪刑法定與罪責原則；保安處分則較為活潑，對罪犯而言，受刑罰的前後皆可受保安處分，對於未犯罪但行為侵害社會安全者，得直接施加保安處分。若嚴守法條文義，「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限。拘束人身自由之保安處分，亦同。」拘束人身自由的保安處分自應以定期為宜。

然而，由正義觀之，不必然如此。無論刑罰或拘束人身自由的保安處分，都在於使人民與社會之間能夠回復和諧。罪犯侵害社會的行為，也就犯罪，經過罪刑均衡，探尋適宜的刑罰，讓罪犯重新與社會修好。刑罰所鋪設的道路，含有對過去的回顧，以及對未來的展望，是雙向關照，若不能面對過去之惡，社會必無法重新接納。相反的，拘束人身自由的保安處

⁹³ 保護管束的發動，可能因為罪犯受緩刑、假釋，或作為替代其他保安處分的措施，著眼於受緩刑或假釋者的再社會化需要，或受處分者的危險性較低，不再對受保護管束者強加人身自由的拘束。驅逐出境責是，將受有期徒刑宣告且執行完畢或赦免的外國人，攆躡至國境之外，雖非將受處分者的人身拘禁於某處，但其無法踏入國門，也達到拘束人身自由的效果，頗有昔日流刑身影。除了保護管束與驅逐出境之外，其餘的保安處分皆將受處分者拘束在相當處所，施以相對應的處分。

分是單向關照，沒有絲毫回顧過去的意味，保安處分專注在罪犯在重回社會的特殊個別需求上，縱然造成被處分人苦痛，也只是處分執行的副作用，並非保安處分制度的本意。

既然拘束人身自由的保安處分不思量過去之惡，欠缺應報意念，自然不會如同刑罰一般，預先劃定一道罪刑對等的界線，而這條界線就是自由刑必須定期的來由，標誌著罪犯毋庸為己身行為超量負責，是罪責原則的體現。雖然拘束人身自由的保安處分沒有這層罪責原則限制，但不表示可以天馬行空，因為拘束人身自由的保安處分作為國家公權力之一，必須在合目的性的考量之下，採取合乎比例原則的手段。

通常拘束人身自由的保安處分，是定期的；但這類保安處分之所以定期，與自由刑定期的原因不同。保安處分的目標在於，消除被處分者的危險性格，並且以保安處分是否對於被處分者發揮預期效用，作為是否繼續進行保安處分的標準。若處分效用難以判斷，根本無從得知處分對於被處分者有無幫助，等同於處分虛設，國家資源虛耗，事實上無法達成消除被處分者危險性格的目標，此時應轉向思考以其他的方式消除受處分者的危險性格。

自由刑有假釋，作為具體落實刑罰正義的方法，拘束人身自由的保安處分也可藉由提前停止處分，達到個案正義的調和。申言之，各種保安處分多設有期間上限，一旦在期間內無法得到預期的成效，即表示處分可能無助於被處分者，國家應該改變協助方式；又處分經執行後，發現無法發揮功用，亦應停止處分。例如，刑法第 86 條感化教育為期最多三年，第 88、89 條禁戒處分最多一年⁹⁴，若超過法定期限，表示處分無法發揮效用；或者處分執行時，發生「無繼續執行之必要」的情況，受處分者已經不需要保安處分的協助，危險性格已經消滅，自應免除執行。

若拘束人身自由的保安處分不定期，則應以有可預期的實效為前提，若預設目標難以期待，不定期的保安處分將違反正義，因為這樣的處分不可能消除被處分人的危險性格。例如，刑法 91 條規定，犯刑法第 285 條

⁹⁴ 刑法第 88 條對施用毒品者的禁戒處分，適用上已受毒品危害防制條例架空。按毒品危害防制條例第 20 條等相關規定，施用毒品者，檢察官應聲請法院裁定，或少年法院（地方法院少年法庭）應先裁定，令被告或少年入勒戒處所觀察、勒戒，其期間不得逾二月。若勒戒期間經過，勒戒人無繼續施用毒品傾向者，應即釋放；相反的，如有繼續施用毒品傾向者，檢察官應聲請法院裁定，或由少年法院（地方法院少年法庭）裁定令入戒治處所，進行為期六個月以上，一年以內的強制戒治。

之罪的行為人，在執行刑罰前，得令入相當處所接受癡瘋或花柳病的強制治療。強制治療是拘束人身自由的保安處分，期間是「治癒時為止」，這是典型的不定期保安處分，其目的在於治療罪犯的癡瘋或花柳病，防止罪犯出獄後到處傳染疾病，而疾病的治癒必須審酌病患病症是否嚴重，抵抗力是否充足等情，並無絕對時間，所以結束時點是治癒之時。整體以觀，刑法 91 條的強制治療，合乎保安處分的目的性，以治癒時為止的保安處分手段，尚合乎比例原則。

反觀刑法第 91 之 1 條，「犯第二百二十一條至第二百二十七條、第二百二十八條、第二百二十九條、第二百三十條、第二百三十四條、第三百三十二條第二項第二款、第三百三十四條第二款、第三百四十八條第二項第一款及其特別法」等性犯罪，在徒刑執行期滿前或依其他法律規定，於接受身心治療或輔導教育後，經鑑定、評估，認有再犯危險者，必須接受強制治療，直至「再犯危險顯著降低」方才結束治療，儼然成為無期限的保安處分。再犯危險不應是判斷是否進行治療的理由，因為這項判斷標準並無可預期的實效。人是動物，雖以衣冠與走獸區隔，但體內仍有野性，罪犯何時再行犯罪，恐非今日科學可以判定，然若以再犯危險性是否顯著降低作為終結處分的基準，觸犯刑法第 91 之 1 條所羅列罪名的罪犯，恐怕永無見天日的機會⁹⁵。

總之，保安處分的期間，實是源自於制度本身需求，與刑罰不同。雖然拘束人身自由的保安處分應遵守罪刑法定原則，但並非僵硬死守，而是應該掌握罪刑法定的精神。本文以為，拘束人身自由的保安處分的期間設

⁹⁵ 關於刑法第 91 之 1 條強制治療期間，本文有三點看法。第一，本條強制治療違反罪刑法定的精神。強制治療是拘束人身自由的保安處分，依刑法第 1 條的規定，應遵循罪刑法定原則，但本條以再犯危險是否顯著降低作為是否結束強制治療的標準，然而「再犯危險」本身，迄今仍無公允的判斷方式，明確性不足，明顯違反罪刑法定精神的要求。是故，應將強制治療期間設定上限，2005 年刑法修正前的「三年」規定，應可作為本條強制治療最高期間的參考，且若發生「無繼續執行之必要」的情況，法院亦得終止處分。第二，事實上再犯危險的有無，並不能真正進行判斷，所以要求鑑定人員以被處分者的再犯危險是否顯著降低，作為結束治療的標準，實踐上充滿著不確定性，恐怕有犧牲人權的疑慮。我們應該將施以本條強制治療的對象，設定為有明顯再犯危險性的性犯罪者，以免強制治療的氾濫，同時亦較具實益。第三，勿陷入大刑法主義的幻想，而妄圖以刑罰或保安處分解決所有社會爭端。若被處分者經相當期間的治療之後，仍存有明顯的再犯危險，則被處分者的情況應已非保安處分可以過問，可能轉由專職醫學部門處理，方才妥適。另外，亦可以參見：林山田，註 9 書，頁 592；林東茂，註 8 書，頁 1-39；陳子平，刑法總論，元照，2008 年二版，頁 782 以下；柯耀程，刑法總論釋義—修正法篇（下），元照，2005 年，頁 689 以下；張麗卿，註 9 書，頁 563；靳宗立，刑法總論 II—刑事法律效果暨適用論，集義閣，2011 年，頁 148、149。

計，可以遠比自由刑更加活潑，非拘束人身自由的保安處分更是如此。

從正義的角度而言，拘束人身自由的保安處分，並無如同刑罰存有罪刑對等的要求，而是專注於協助被處分者回歸社會的國家行為，在重視成效的同時，亦審酌社會資源的合目的性分配。在存有可預期的實效內，拘束人身自由的保安處分，採取「階段期間」的規劃應當是最佳安排⁹⁶，也就是切割最高期間，首次以一定期間進行處分，期滿經評估有所不足時，再執行第二階段的處分，直至達到最高期間；若達到最高期間而仍無法達成保安處分的預期目標，則應正視刑法規範功能的有限性，無法負擔全部的社會任務，此時宜放棄保安處分，改以其他方式維持社會治安。

階段期間的立法設計，非但不會破壞保安處分實務運作的連貫，反而可以增加司法審查的機會，每段處分期間的尾聲，都是法院針對個案實際需求，檢視有無繼續執行必要的契機。拘束人身自由的保安處分侵害人權頗大，在猶豫處分是否繼續執行的階段銜接處，藉由法院的謹慎判斷，能夠避免被處分者的自由權利遭到忽略。此外，法律預先縮短處分期間，藉由司法審查，讓有必要繼續執行處分的個案延續，再與現行法中「無繼續執行之必要」的情形相互配合，能避免國家資源不必要的耗費。

第四節 財產刑

第一項 財產刑的內涵

財產刑是剝奪罪犯財產的刑罰，在刑法典中以罰金刑、沒收刑，以及追徵、追繳或抵償刑等樣貌呈現。

罰金刑是判令罪犯繳納相當數額金錢的刑罰，罪犯所繳納的金錢來源如何，非國庫所問。在刑法典的法定刑規定裡，罰金刑通常都是伴隨自由刑出現，供法官個案斟酌選科或併科，僅有少數犯罪規定專科罰金刑，如刑法第 148 條、159 條、196 條 2 項、198 條 2 項、208 條 1 項、254 條、266 條 1 項、337 條。另外，刑法第 41 條設有易科罰金，若所犯之罪的最

⁹⁶ 這樣的精神可以參見：張麗卿，司法精神醫學－刑事法學與精神醫學之整合，元照，2011 年三版，頁 356 以下。

重本刑為五年以下有期徒刑，且受六月以下有期徒刑或拘役宣告者，如易科罰金不會造成難收矯正之效或難以維持法秩序時，得易科罰金；此同時可以緩解短期自由刑的缺失。

國家為了剝奪與犯罪有密切相關的特定物，設有沒收規定。刑法第 34 條將沒收定位為從刑，自係刑罰一種，但學理則有不同意見，除了認為沒收是刑罰之外，有認為是保安處分，或兼具刑罰與保安處分的性質⁹⁷。沒收物按刑法第 38 條規定，包含違禁物、供犯罪所用或犯罪預備之物、因犯罪所生或所得之物等，之所以將與犯罪有關之物沒收，是要避免這類物品再度成為犯罪之物，以保障社會安全之外，也是為了彰顯社會公平，不許罪犯享受犯罪利得；實務上是以動產為主要沒收之物（司法院院字第 578 號解釋），但理論上亦可包含不動產；且無形財產的利益亦得沒收⁹⁸。

沒收通常是併科，但為顧及實際需要，另有單獨沒收與專科沒收的規定。刑法第 38 條 2 項單獨沒收，當違禁物不問是否屬於犯罪行為人所有或使用，皆沒收之；但該物屬於第三人所有，其是否違禁，應視第三人有無違禁情形為斷，若第三人是合法允許擁有該物，則應不在沒收之列（最高法院 29 年上字 1527 號判例）。至於供犯罪所用或犯罪預備之物、因犯罪所生或所得之物，原則上必須是屬於犯罪行為人者，且與犯罪有直接關係方得沒收（最高法院 51 年台非字 13 號判例）；除非法律有特別規定，例如刑法第 200 條即是沒收的特別規定，對於偽造變造貨幣的機械器具或原物料，不問是否屬於罪犯；其他如刑法第 205 條、209 條、219 條、235 條 3 項、265 條、266 條 2 項等。此外，若有罪免刑判決，為免違禁物、供犯罪所用或犯罪預備之物、因犯罪所生或所得之物等在民間流竄，刑法第 39 條設有專科沒收的規定。

追徵、追繳或抵償，是 2005 年刑法修正時所新增於第 40 之 1 條的規定⁹⁹，是以法條明文規定有追徵、追繳或抵償時為限，併於裁判時宣告。

⁹⁷ 在德國，帝國時期刑法將沒收視為刑罰從刑一種，但今日則將沒收提升為具有獨立性質的國家行為，相當於保安處分的地位。關於這些內容，可以參見：林山田，註 8 書，頁 313 以下；張麗卿，註 9 書，頁 497、498；柯耀程，沒收、追徵、追繳與抵償制度之運用與檢討，法令月刊 59 卷 6 期，2008 年，頁 8 以下；也可以參見：薛志仁，沒收之定位與從屬性—最高法院相關裁判綜合評釋（上），本土法學 98 期，2007 年，頁 21 以下；薛志仁，沒收之定位與從屬性—最高法院相關裁判綜合評釋（下），本土法學 99 期，2007 年，頁 31 以下。

⁹⁸ 吳天雲，無形財產利益的沒收範圍與方法，甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集（上），承法，2012 年，頁 688 以下。

⁹⁹ 關於追徵、追繳或抵償的說明，可以參見：林山田，註 9 書，頁 488；張麗卿，註 9

追徵、追繳或抵償的情形主要有：公務員貪污¹⁰⁰，如刑法第 121 條、122 條公務員受賄罪、第 131 條公務員圖利罪，貪污治罪條例第 10 條；選舉賄賂，如刑法第 143 條投票受賄罪，公職人員選舉罷免法第 97 條、100 條、101 條，總統副總統選舉罷免法第 83 條、84 條、89 條；其他如毒品危害防制條例第 19 條毒品犯罪的利得，組織犯罪防制條例第 7 條犯罪組織參加費用及不法利得等。

由罪刑均等的角度來看，財產刑已屬最輕微的刑罰手段，並不會對罪犯的生命、身體或自由造成剝奪或限制，卻仍有相當威嚇效果，對於輕罪而言，是相當理想的處罰手段；再以刑罰目的論，有助於社會復歸，因為罰金刑具有匿名性，對受刑者及其家屬生活的影響力降至最低，罪犯能保全自身的職業、名譽與信用，且避免自由刑可能造成的弊害，有助於及時自新。是故，罰金刑不僅是合乎罪刑均衡的正義刑罰，又合乎經濟效益，能夠節省龐大的監所人力及設備開銷，無怪罰金刑在刑事政策的重要性日增。

第二項 財產刑的改革

對於財產刑的檢討，集中在罰金刑。臺灣罰金刑制度相當傳統，在學說與實務的討論上，較少受關注，致使罰金刑的功能未能完全發揮。罰金刑首重公平性，因其特質與其他刑罰不同，人的生命、身體、時間在概念上是等質等量的，但財富因人而異，法律必須試著讓罰金刑真正達到罪刑均衡，而非齊頭式的量等¹⁰¹。

也就是說，罰金刑若未考量罪犯貧富的差異，縱然罰金的數額形式相同，實質上仍是同罪異罰，某數額的罰金，對富者而言可能無關痛癢，但貧者可能因此喪失生活尊嚴。其次，罰金刑可能造成刑罰商品化，富者只

書，頁 501、502。

¹⁰⁰ 對公務員貪污追徵，是一個非常困難的問題，因為賄賂從事發到最終裁判確定，賄賂的價額可能產生諸多變動，此時應依何時點計算追徵價額即為問題之一。相關的研究可以參見：吳天雲，賄賂追徵價額的計算時點—從日本學說、實務之見解而論，輔仁法學 41 期，2011 年，頁 129 以下。除了公務員貪污之外，其他涉及追徵、追繳及抵償的相關犯罪，在計算價額上都有所不易。

¹⁰¹ 對於罰金刑利弊的探討，可以參見：韓忠謨，刑法原理，自版，2002 年再版，頁 439、440；林山田，註 8 書，頁 280 以下；張甘妹，刑事政策，三民，1991 年修訂版，頁 346；孫力，罰金刑研究，中國人民公安大學，1995 年，頁 84 以下。

要花錢就可以免除刑罰，貧者卻必須承受刑罰苦痛，如此刑罰在人民心中的莊嚴形象勢必崩壞，反而淪為中古歐洲的贖罪券，法院也變成斂財的教會。罰金刑的嚴厲程度與其他刑罰無法齊觀，也是被批評之處。

質疑罰金刑公平性的看法，實際上並非針對罰金刑本身，而是提醒當前罰金刑制度的缺陷。居正義刑罰以觀，若輕微犯罪以剝奪罪犯的財產足以獲得社會大眾原諒，即符合罪刑均等的要求，所以罰金刑的運用必然是與其他刑罰併用，或限定在輕微犯罪；承接向下思考的是，如何協助罪犯重返社會，這是罰金刑的優勢，因為不會對罪犯的再社會化產生困擾。倘能破除罰金刑無法在具體個案落實公平的疑慮，罰金刑將如魚得水。要建立公平罰金刑制度，以現況而言，應調整罰金數額機制，並厚實罰金量處及執行程序，避免貧富因素破壞罰金的實質公平，俾使罰金刑的正義真正發揮。

第一款 反映現實的罰金數額

罰金數額能否反映現實，是把守公平罰金制度的第一道閘門。罰金數額的立法例，分為有限額制與無限額制，前者是在法典中規定罰金數額的限度；後者則不在法典規定罰金數額的限度，僅明文判處罰金，罰金數額多寡全由法官決定。無限額罰金制不宜採，因為明顯違反罪刑法定原則；刑度上限是絕對需要規範的，否則罪犯將容易遭受過量刑罰的傷害，當所受之刑若不能與所犯之罪對等，刑罰就無法合乎人民期待。刑罰超量是國家殘虐的表徵，亦無助於罪犯重回社會，是不正義的刑罰。本文對於無限額罰金制不多贅述，以下僅就有限額罰金制進行說明，並指陳可能適合臺灣的罰金數額制度。

另外，臺灣罰金數額的限度偏低，以至於與社會期待脫鉤，進而造成法官不願也不敢以罰金替代短期自由刑宣判。為了避免罰金數額與現實社會脫節，立法者先後以特別法及刑法施行法，對罰金數額與現況不符的情形加以補救。2009年廢止罰金罰鍰提高標準條例之前，按該條例規定，依法律應處罰金時，若法律未特別依一定比率規定加倍者，能就原定數額提高為二倍至十倍。現在罰金的換算，係以刑法施行法第1之1條為準，該條第2項規定，2005年刑法修正時，刑法分則編未修正條文定有罰金者，自新修正的刑法施行後，罰金數額提高為三十倍；但1983年至2005年新增或修正的分則條文，就其所定數額提高為三倍。雖然刑法2005年修正

時，對於罰金數額換算已經有所調整，但似乎整體成效仍不足，容有檢討空間。

第一目 罰金數額的制度種類

在罰金數額的制度種類上，主要有普通罰金制、倍比罰金制以及日額罰金制¹⁰²。臺灣目前是以普通罰金制為主要的罰金數額制。

一、普通罰金制

普通罰金制是指，在刑法典中具體規定罰金數額的幅度，法院依具體個案情況，在法定的罰金數額範圍中裁量。若進一步區分，普通罰金制又可分為，總則規定制、分則規定制、總則與分則共同規定制。顧名思義，普通罰金總則規定制是指，在刑法總則中規定罰金數額的上下限，或僅規定上限或下限；分則規定制則是在分則規定罰金數額的上下限，或僅規定上限或下限；總則與分則共同規定制，則是在總則與分則裡，均有相關規定。

普通罰金總則分則共同規定制，通常有二種樣貌：一是在刑法總則中規定罰金數額的上下限，在分則規定個別具體犯罪的罰金上下限；二是刑法總則中規定罰金的下限，另於分則規定個別具體犯罪的罰金上限。臺灣刑法的罰金數額制採後者。無論是何種類型的總則分則共同規定制，在總則與分則相互配合之下，都有針對罰金數額的上限進行規範，並無超量刑罰的問題。臺灣的罰金數額制係採普通罰金總則分則共同規定制，以竊盜罪為例，刑法總則的第 33 條 5 款規定罰金下限，必須是新臺幣一千元以上，以百元計算之；刑法分則的第 320 條規定竊盜罪的罰金上限是五百元以下，經刑法施行法第 1 之 1 條換算，即新臺幣四萬五千元以下。

¹⁰² 林山田，註 8 書，頁 290-292；高銘暄、馬克昌編，註 46 書，頁 262、263。

二、倍比罰金制

倍比罰金制與普通罰金制不同，普通罰金制讓法官在個別犯罪規定的罰金數額範圍中，本於自由心證揮灑；倍比罰金制則是以「某犯罪相關的數額」為基數，再以一定的倍數或比例確定罰金數額¹⁰³。倍比罰金制處罰交易性質犯罪的優越性，在於交易犯罪能夠提供相對明確的基數，使罰金數額擁有穩定的依據；同時讓罪犯預先知悉，藉由交易犯罪獲得不正財富時，該量不當財富的相當倍比將被國家剝奪，罪犯因而思量是否有鋌而走險的價值。是故，立法例會採取倍比罰金制的犯罪，通常是經濟犯罪，與該種經濟犯罪相關的數額，可能是不法利得，或與犯罪構成密切相關的內容，恰可作為倍比的基數。

大陸刑法將倍比罰金制發揮得淋漓盡致¹⁰⁴，例如第 153 條走私貨物罪規定，走私貨物除自由刑的處罰之外，併處因走私所「偷逃應繳稅額」的一倍以上五倍以下罰金或沒收財產。於此，因走私所偷逃的應繳稅額，就是倍比罰金制的「某犯罪相關的數額」，是確定罰金數額的基數。又如第 159 條虛假出資罪規定，股東違反公司法虛假出資，若數額巨大或造成嚴重後果的，除自由刑的處罰之外，得併處或單處「虛假出資金額或抽逃出資金額」的百分之二以上百分之十以下罰金。此外，混用「某犯罪相關的數額」倍數與比例作為罰金數額的亦有，如第 143 條產銷偽劣商品罪，其罰金的判定是偽劣商品「銷售金額」百分之五十以上二倍以下。

在臺灣，倍比罰金制的使用相當有限，森林法第 52 條 1 項可稱得上是代表。前開條項規定，竊取森林主副產物，而有該條項所羅列的特定事由，如於保安林內犯之、於行使林產採取權時犯之等情，處以六月以上五年以下的有期徒刑，併科「贓額二倍以上五倍以下罰金」。意即，行為人犯森林法第 52 條 1 項之罪，除了以自由刑懲罰外，對於所竊得森林主副產物的價值二倍至五倍之間，科處罰金；如所竊得市值二百萬元新臺幣的珍貴林木，罰金的額度範圍在新臺幣四百萬元至一千萬元之間。

¹⁰³ 高銘暄、馬克昌主編，註 46 書，頁 262。

¹⁰⁴ 大陸刑法的罰金數額制相當靈活，舉凡普通罰金制、倍比罰金制，乃至於無限額罰金制都有採行。關於無限額罰金制，可以參見大陸刑法第 348 條非法持有毒品罪，除自由刑之外，亦可「併處罰金」；但罰金的限度在法條中並未明文，恐怕有違反罪刑法定的疑慮。

三、日額罰金制

日額罰金制的構想，是為了追求罰金公平，法官先按罪犯之責決定罰金日數（A），再考量罪犯的經濟能力決定每日罰金額度（B），之後將罰金日數與每日罰金額度相乘，就獲得罰金總數額（AxB）¹⁰⁵。更具體言，在決定罰金日數上，行為人的動機或行為手段愈惡，罰金日數就愈多，讓法官能夠客觀針對犯罪行為本身進行評價，無庸考量罪犯的經濟狀況；隨後，法官須按照行為人的經濟能力，個別審酌每日罰金額度，使個案公平能真正落實。由此可以發現，日額罰金制的思考較普通罰金縝密。

或許富人會抗議，同樣的犯行何以富者總罰金相對多，貧者總罰金相對少，有違反公平正義之虞。這種疑慮的產生，是未能看清罰金刑的全貌所導致，因為罰金刑所剝奪的財產，並非表面的數字，而應當是罰金數額所占罪犯總財產的比例。罰金千元，對日進斗金的某甲而言，只是九牛一毛，但對某乙而言，可能是一個禮拜的飯菜錢；今罰甲乙各千，表面數字取得公平，但在罪刑均等的標準下，無人會認為甲乙受到均量的處罰，實非正義。是故，在日額罰金制下，認真審酌罪犯的犯行及經濟狀況，以決定罰金日數及每日罰金數額，二者同等重要，反映在司法實務上，罰金日數、每日罰金數額及罰金總數額都必須在判決主文表示，且罰金日數及每日罰金數額的形成，亦必須於判決理由中說明。

日額罰金制是瑞典的創發，可參見瑞典刑法第 25 章第 2 條，「日罰金的天數應當為三十日以上一百五十日以下。考慮被告人的收入、財產、撫養或贍養義務及其他經濟情況，合理量處日罰金；日罰金應在三十以上一千以下瑞典克朗的固定數額，包含一千瑞典克朗。存在特殊理由的，日罰金數額可以調整。日罰金的最低總額是四百五十瑞典克朗。」這套制度後來亦影響其他國家，譬如德國亦採行日額罰金制，該國刑法第 40 條規定，「(1) 罰金刑以日額金為單位科處。最低為五單位日額金，如果法律沒有不同規定，最高為三百六十單位日額金¹⁰⁶。(2) 日額金的數額，由法院考

¹⁰⁵ Hans-Jürgen Kerner 著，許澤天、薛智仁譯，德國刑事追訴與制裁—成年刑法與少年刑法之現狀分析與改革構想（Strafverfolgung und Sanktionierung in Deutschland），元照，2008 年，頁 10、11。

¹⁰⁶ 按德國刑法第 54 條 2 項的規定，罰金併罰最高可達七百二十單位日額金，如以最高的每罰金額度計則高達三百六十萬歐元（相當於一億五千一百二十萬元新台幣；以新臺幣比歐元 42:1 計，2012 年 6 月）。如此高額的罰金刑所產生的新問題是，執行不易，尤其在經濟景氣不佳的環境，更是如此。參見：Hans-Jürgen Kerner 著，許澤

慮行為人的人身和經濟情況認定。原則上以行為人每日平均應有或可能有的純收入為準。每單位日額金最低不得少於一歐元，最高不得超過五千歐元。(3) 對行為人的收入、財產及其他計算日額金的基本情況可以進行評估。(4) 日額金的單位數與金額，在判決內寫明。」

第二目 適當調整罰金的額度

自 1935 年刑法公布施行以來，罰金數額的規定從未隨著社會環境變異而通盤考量修正，不僅造成罰金數額未能完全反映現實之外，也因為數度零星修法，所以造成罰金數額計算方法相當混亂的局面¹⁰⁷。雖然刑法施刑法第 1 條之 1 已對刑法罰金的換算作出規範，但是否妥當仍須檢討。以刑法第 320 條竊盜罪為例，成立竊盜罪者的罰金刑是「五百元以下罰金」，換算後係新臺幣一萬五千元以下罰金（一千元以上）。如以日本刑法第 235 條竊盜罪相比，其罰金刑是「五十萬以下罰金」，若以日圓比新台幣匯率 1:0.385 計（2012 年 2 月），粗估約二十萬新台幣。

大陸刑法第 264 條竊盜罪雖未在條文內規定具體罰金數額上限，但 1997 年最高人民法院〈關於審理盜竊案件具體應用法律若干問題的解釋〉指出，竊盜罪的罰金在一千元以上，能夠計算竊盜數額的，係數額的二倍以下；若不能計算竊盜數額的，則十萬元以下。由此或可看出，臺灣竊盜罪的罰金偏低；雖然刑法第 58 條另有規定，法官科刑時並應審酌犯罪利得，若犯罪利得超過罰金最多額時，得於利得範圍內酌量加重。

如同其他刑罰一樣，每當思考怎樣的法定刑度高低才會落在最佳位置時，總會面臨許多不確定的因素翻騰內心思緒，究竟罰金上限數額多少才是合理，實難論斷。這個問題之所以難解，因為社會持續變遷，價值觀也不斷發生改變，加上對於刑罰寬嚴的感受，如人飲水，實難有所謂絕對合理的法定刑標準。然而，在刑事政策上，立法者至少必須要做到的是，提供司法者能夠自信自在追求正義的舞台，畢竟正義最終將落實在具體個案上。

罰金刑的重要任務之一，就是避免短期自由刑可能造成的弊病；故本

天、薛智仁譯，註 105 書，頁 95。

¹⁰⁷ 林山田，二〇〇五年新刑法總評，台灣本土法學 67 期，2005 年，頁 96；蔡蕙芳，註 67 文，頁 277。

文維持一貫看法，若廢止六月以下的短期自由刑後，罰金刑與勞動刑必須挑起處罰輕微犯罪的重擔。在此前提下，可能必須適度抬高刑金數額，如此方能避免因廢止短期自由刑後，罰金卻不能合乎人民的公平期待。在現制下，我們可以試圖對現行的普通罰金數額制進行調整，亦可考慮改採日額罰金制。

一、調整現行罰金制

臺灣刑法採行普通罰金數額制，在總則規定罰金底限為新台幣一千元以上，以百元計，另於分則中規定各種犯罪處以罰金的上限。罰金的底限如果需要調整，在總則修正即可，並無疑義；但若要調整上限，就必須有比較深刻的思辨。在立法上，可以考慮逐分則條文進行調整，或是在總則中制定罰金上限，並將分則的罰金數額刪除或規定底限。

逐分則條文的調整，較為謹慎，避免國家藉由司法力量過度剝奪人民財產；相反的，直接在總則中制定罰金上限，並將分則的罰金數額刪除或僅規定底限的方式，表示人民對於國家司法似乎較有信心，相信法院能夠在不同的犯罪情況之下嚴守罪刑均等。前後二種方式就是人民在罰金額度這個區塊，藉由法律拘束國家司法權的緊鬆。

在自由刑的規範上，人民應該不許立法者僅於刑法總則規定自由刑上限，而不在分則針對各類犯罪區別自由刑的輕重，畢竟自由若被限制，所逝去的年華歲月無法復返，所以不讓司法擁有如此廣袤的裁量空間，以免司法恣意濫權造成量刑失當，而侵害人民權益。但是，罰金刑或可考慮僅在總則規定罰金上限，而不在分則針對各類犯罪區別罰金高低，這並不是因為罰金刑侵害人民財產法益較輕微，而是罰金刑與自由刑相較，有較高的個別性。與限制自由法益的刑罰不同，某數額罰金對張三李四而言，可能產生截然不同的感受，要彌平罰金個別性所衍生的差異，必須讓司法者有較大的裁量空間。逐分則條文調整，或是在總則中制定罰金上限，並將分則的罰金數額刪除或規定底限，此二者所展現的立法企圖不同，前者較為保守，後者則放心交由司法者判斷具體個案的罰金數額。

此二種立足於普通罰金制的調整方式，並無分優劣，逐分則條文調整的工程浩大，雖然精密，但每經社會變遷，又會暴露相同問題；至於僅於總則規定罰金上限，並將分則的罰金數額刪除或規定底限，只要在最高額

的罰金上取得共識，修法工作相對容易，雖然隨著時間遞嬗，也可能發生罰金數額與人民觀感漸行漸遠的問題，但較容易調整。不過，要讓罰金更接近公平，停留於普通罰金制裡面打轉，很難有所突破，或可思索日額罰金制的可行性。

二、改採日額罰金制

若罰金數額要反映現實，合乎人民的正義情感，長遠來看，日額罰金制應該是最優的選項，可以作為取代現制的思考方向¹⁰⁸，以周全罰金刑的公平及實效性。臺灣罰金刑應維持現制或改制，抑或併行，端賴立法者的智慧。關於日額罰金制的概念，前文已有說明，在此不加贅述，僅就採行方式與理由，說明如下。

日額罰金制將決定罰金的步驟，由傳統的普通罰金制單向思考延伸至雙向思考，先從客觀角度評價犯行，思考罪犯的罰金日數，再就罪犯本身的財力狀況進行區分，量定每日罰金數額，再將罰金日數與每日罰金數額相乘，以獲得罰金總額。這種雙向判斷罰金數額的方式，兼顧罪責原則以及罪犯實際的支付能力，透過衡量罪犯財富與刑罰效果之間的關係，讓罰金趨於平等，使人民體會刑罰正義的價值。

日額罰金制與普通罰金制相比，應該距離正義更近，除了制度本身的特性之外，如果發生罪犯真正無力繳納的情況，易為拘禁人身自由的刑罰時，刑期恰可以罰金日數為準，可省去折算是否公允的煩惱¹⁰⁹。是故，本文建議刑法第 33 條 5 款「罰金：新臺幣一千元以上，以百元計算之。」修正為「罰金：以日額金為單位科處。最低為五單位日額金，最高為一百

¹⁰⁸ 相同看法，參見：陳樸生，註 67 書，頁 189；林山田，註 8 書，頁 296、297；山中敬一，註 65 書，頁 1030；木村裕三·平田紳，刑事政策概論，成文堂，2008 年四版，頁 133。不過，論者對於日額罰金制抱有疑惑，認為罪犯資力的調查並非易事，且當前的制度（普通罰金制）已經審酌罪犯的資力，似無必要變動現狀。見：藤本哲也，刑事政策概論，青林書院，2007 年五版，頁 170；菊田幸一，犯罪學，成文堂，2010 年七版，頁 308。於學位論文口試時，甘添貴教授指出，就臺灣社會現況，採取日額罰金制，同樣會遭遇如藤本氏、菊田氏所指出的困境，即無法真正調查被告的財產狀況；且採行日額罰金制的國家或地區，多半屬於社會福利較好的國家（如德國），可能配合該國稅制或相關制度，較易探悉被告的實際資力。甘添貴教授的指正，確實指出臺灣目前無法採行日額罰金制的問題，筆者亦表贊同。易言之，就臺灣而言，日額罰金制應該屬於一個值得努力，但無法短期實現的目標。

¹⁰⁹ 林山田，註 8 書，頁 291。

八十單位日額金。日額金數額，以被告日均收入及實際經濟情況為基準。如遇有加減，得減至三單位日額金，或加至三百六十單位日額金。」

在單位日數的多寡上，之所以設計最低為五單位日，是因為一週的工作天有五日，配合「被告日均收入及實際經濟情況」為日額金數額基準，表示罰金以一週工作收入為罰金最低額度原則，應較合乎人民法感情，否則現制以新臺幣一千元為最低罰金，似難與罪均等。至於最高罰金日數係一百八十單位日，此乃因為六月為一百八十日，恰以罰金替代六月以下的短期自由刑。又為配合罰金刑改採日額罰金制，罰金刑的數罪併罰，即刑法第 51 條 7 款宜修正為，「宣告多數罰金者，各刑合併之日額單位，不得逾三百六十單位日額金。如各刑之日額金不同，自日額金最重之日額單位始計。」三百六十單位日額金已經相當於受刑者的年收入，且罰金刑多用於輕罪，或與自由刑併科之用，三百六十單位日額金應合乎罪刑均等。但要注意的是，日額罰金制必須建立在法院能夠詳實調查罪犯經濟狀況的前提之上，否則將徒具形式。關於罰金量處程序，容後說明。

附帶一提的是，雖然倍比罰金制亦相當具有實用價值，特別是運用在交易性質的犯罪，因為這類犯罪的行為人多意圖藉由交易獲利，比如洋貨走私、毒品販賣、股票內線交易等，得以該犯罪的交易金額或不法所得為基數，以倍數或比例科處罰金，頗具實益。不過，宏觀之下，仍應將罰金刑定調在日額罰金制為宜，因為倍比罰金制與普通罰金制一樣，均無法妥當解決罰金刑可能因執行困難而需要易刑的問題，然日額罰金制下的日額單位恰可作為罰金易刑為自由刑或勞動刑的基準，能在不傷害罪刑均等價值的前提上，視個案情況，達成回復和諧的刑罰目的。關於這點，於本章第六節、第六章五節二項四款，有清楚的說明。

再者，倍比罰金制的罰金計算，重視犯罪利得等與犯罪有關的數額，所以給人有利於懲罰交易性質犯罪的印象。實際上日額罰金制的日額金數額的計算，同樣重視犯罪利得，再佐以沒收制度，應可發揮不亞於倍比罰金制懲罰交易性質犯罪的效果。可是，當倍比罰金制面對無交易性質的犯罪時，便難以施展拳腳，例如傷害罪、酒醉駕駛罪、公然侮辱罪等，若科處罰金，因欠缺與犯罪利得等有關的數額可以當作基數，倍比罰金制似無用武之地；相反的，日額罰金制卻沒有這些缺點。由此可知，日額罰金制應該是更為妥當的罰金制度。

第二款 完善罰金的量處程序

無論罰金數額制的設計多麼美好，若欠缺完善的罰金量處程序，都無法真正達到讓罰金切合現實的目標。目前罰金量處，依據刑法第 57、58 條，前者是法官量刑的一般標準，是以行為人責任為基礎，再審酌一切情狀；後者則是罰金刑量處的特別規定，強調罪犯資力及犯罪所得利益，並規定法官可以在犯罪利得超過罰金上限時，另於犯罪利得的範圍內加重。

細心推敲刑法第 57、58 條，對於日額罰金制可能萌生更多嚮往。日額罰金制以雙向評價方式決定罰金，前段從客觀角度評價犯行，思考罪犯的罰金日數，日數的作成是以刑法第 57 條為標準；後段就罪犯財力狀況量定每日罰金數額，即是刑法第 58 條所言的「犯罪行為人之資力及犯罪所得之利益」。日額罰金制可以與刑法第 57、58 條密切結合，更彰顯制度的可行性。

在罰金的量定上，無論是現制或日額罰金制都面臨一個重要問題，就是罪犯財力狀況的認定。面對富有的罪犯，現制下應提高罰金數額，日額罰金制下應提高每日罰金數額；相對貧窮的罪犯則應調降。至於如何認定罪犯資力，並不容易，尤其在工商發達的社會，人民財產容易隱匿，且實務上，法官亦鮮少認真調查被告的資力實際情形，所以法官量處罰金的判斷可能受到影響。本文以為，罰金量處程序，除了應予法官調查義務外，亦應要求相關人士或機關的配合。在日額罰金制下，每日罰金數額應在判決主文明示，取得每日罰金數額的理由也應交代，法官順利調查罪犯資力更顯重要。關於他人協力調查被告的資產，法國刑法第 132 之 22 條可供參考，「共和國檢察官、預審法官或受理案件的法院，得從各方當事人、行政部門或金融機構取得金融或稅收相關資料，而不受保密義務拘束。」這樣有助於法官量處罰金數額切合實際，以實現具體正義。

是故，本文建議刑法第 58 條修正為，「科罰金時，衡量日額金數額，除依前條規定外，並應審酌犯罪所得利益；如有必要，得命當事人或金融機構提供財務資料，或請行政機關提供稅收資料。」日額罰金制的日額單位在於體現罪刑均等，日額金數額則是個案情況的衡量，二者相輔相成，期使正義落實於個案，所以日額金數額以被告的日均收入與實際經濟情況為底，佐以刑法第 57 條量刑加減之外，並應考量犯罪的實際不法所得。

此外，配合日額罰金制的採行，法官在有罪科罰金的判決作成時，應於判決主文諭知日額單位及日額金數額，並且在判決理由中說明。更具體言，於刑事訴訟法第二編的第一章公訴第三節審判進行修法，即修正刑事訴訟法第 309 條 3 款，「諭知罰金者，其日額單位數及日額金數額。如易服勞動刑，其折算之標準。」（附帶一提的是，若依本文建議，有期徒刑將不可能易科罰金，且拘役亦廢止，故同條 2 款實可刪除）至於判決理由說明日額單位數及日額金數額，按刑事訴訟法第 310 條 3 款，應本屬法官之責。

第三款 確實有效的罰金執行

罰金刑的執行，按刑法第 42 條、42 之 1 條及 43 條的規定，必須在判決確定後二個月內完納，若二個月內無法完納，則依法易服勞役或再易服社會勞動；若犯罪動機在公益或道義上顯可宥恕者，得易訓誡。又刑事訴訟法第 470 條、471 條的規定，罰金執行是依檢察官的命令所為，但裁判宣示後，如檢察官不在場，經受裁判人同意，則得由法官當庭指揮執行。檢察官執行罰金刑的命令，與民事執行名義有同一效力，若有必要，得囑託地方法院民事執行處執行罰金刑。

現制之下，罰金的執行以一次為原則，惟論者有主張採期間罰金制¹¹⁰，這套制度是以日額罰金制為基礎，計算罰金總額，但罰金並不讓受刑者一次繳納，而是以週或月為單位，算出週間或月間的罰金額度，令受刑者分次進行繳納。制度著眼點在於，延長受刑者接受刑罰的感覺，因每回繳納罰金，受刑者都會回憶自己當初的犯行，從而促其反省。

期間罰金制固然立意良善，但反覆思量，似乎並不可行。法院判決對罪犯行為量處相當數額罰金，已經合乎罪刑均衡，因為這類犯罪多屬輕微或出於過失，教化本非罰金刑重心，罰金一次繳納完畢，讓受刑者毫無枷鎖地回到社會，反而助其開始新生活；如強制受刑者分期繳納罰金，不僅增加執法成本，更形同擾民。同理，將自由刑分期執行同樣不能接受，我們很難想像國家將受刑者關在監獄一段時日後，任其返回社會，經過相當期間又令其重返牢籠。類比思之，可見期間罰金制的難行之處。

¹¹⁰ 期間罰金制是德國學者鮑曼（J. Baumann）所倡，相關介紹可以參見：林山田，註 8 書，頁 291、292。

一般而言，會發生罰金執行困難或無法執行狀況的大宗是，受刑者欠缺資力，現在實務是以分期執行解決，但方法上仍有討論的空間；另外就是受刑者死亡時，與罰金執行所產生的關係。為維護國家刑罰的莊嚴，力求有效執行罰金刑成為刻不容緩的事情，若執行成效不彰，先前刑事訴訟程序的一切努力都將化為鏡花水月。

一、資力的欠缺

受刑者資力欠缺而無法支應罰金，是罰金執行的難題。1994年針對無力完納罰金的受刑者，法務部制定高等法院以下各級法院檢察署辦理受刑人分期繳納罰金要點，給予受刑者分期繳納罰金的機會。該要點稱「受刑人無力完納罰金者，得於裁判確定後兩個月內，向檢察官聲請分期繳納」；但罰金在新台幣五千元以下者，必須有實際困難，方得酌情准許分期繳納。分期繳納罰金以一個月為一期，最多八期，但時效即將完成者，僅得於時效完成前的期限內准許分期繳納；若受刑人遲延一期不繳納，檢察官得撤銷分期繳納的許可，並依法強制執行或易服勞役。

目前分期繳納罰金的制度，值得肯定，但尚有改進空間。質言之，對於資力欠缺的罰金刑受刑者，雖然已有分期繳納的機制，可是運用上過於僵硬，如能添加允許延期的精神，將可使制度更近人道。依據前開要點第6項的規定，若受刑者自動到案，不論係傳喚到案或通緝中自動投案，均毋庸出具擔保書狀即准許其分期繳納罰金；但如經拘提、通緝到案或在易服勞役中的受刑者，得責令其提出「殷實之人或商鋪出具擔保書狀」，並且先繳納一期罰金後，方才准許分期繳納。

然而，人在筆門閨竇時，可能無法立即轉運，繳納罰金畢竟是不名譽之事，恐怕也不便商借，應無必要強人所難，若過度強求將使受刑人易服勞役，又掉進短期自由刑的缺漏裡。罰金之所以分期繳納，是因為受刑者有經濟困難而無力一次完納；但分期過後，要求受刑者必須按期繳納，若有遲延，檢察官得依法強制執行或易服勞役，似乎忽略受刑者經濟困頓的現實。分期繳納罰金者已經阮囊羞澀，天有不測風雲，難保臨時受刑者不會遭遇突如其來的生活窘境；又考量受罰金刑者的犯行多屬輕微，處罰金而不令其入囹圄，除了合乎罪刑均衡之外，更是為了避免短期自由刑之害

發生¹¹¹。是故，若受刑者真因一時不便而有延遲繳納的需要時，法律應順乎人道，給予延遲繳納的機會。

延遲繳納的原因，必須出於正當，且不可歸責於受刑者，比如發生天災地變使財產喪失，或因嚴重傷殘造成勞動力下降，並且影響收入，又或自己或近親患染重病，必須支付巨額醫療費用等，都導致資力下降，應許遲延繳款。此外，若繳納罰金，受刑者將無法維持基本生活，為避免其因為求生活鋌而走險，亦應網開一面，允予遲延，除非受刑者荒唐糜爛又惡意不工作，方才以其他刑罰措施替代。延遲有其限度，並非毫無邊際，無止盡的遲延傷害正義的理想，使罪刑無法均衡，檢察官應審酌行刑時效，以及個案受刑者的實際情況，決定遲延的最後期限；至於延遲繳納的請求及原因，應由受刑者主動提出並說明。

立法上，刑事訴訟法第八編〈執行〉對罰金執行的規定相當短少，僅第 470、471 條有規定。臺灣並無獨立的刑事執行法，而是以監獄行刑法為主幹，規範徒刑與拘役，其餘刑罰的規定較不完備，罰金執行亦是如此。在看見刑事執行法制定的曙光前，應對刑事訴訟法進行修正。關於罰金分期與遲延執行的規定，本文建議新增於刑事訴訟法第 471 之 1 條，「受刑人無力完納罰金者，得於裁判確定後一個月內，向檢察官聲請分期繳納。（第一項）受刑人如遇天災、戰爭、重大殘疾、最近親屬重病等不可歸責於受刑人之事由，影響其資力而難維持最低生活者，得向檢察官聲請緩期繳納或易服勞動刑¹¹²。（第二項）遲延繳納罰金，且無聲請緩期繳納者，檢察官應撤銷分期繳納之許可，並依法強制執行或易服勞動刑。（第三項）對於已發監執行易服勞動刑之受刑人，如仍有提出分期或緩期繳納罰金之聲請者，即予轉送，並應主動告知受刑人得隨時向檢察官提出聲請。（第四項）檢察官為分期及緩期繳納罰金處分，應綜合評估行刑權之時效，受刑人之財產、職業等經濟狀況。（第五項）」

另外，新增刑事訴訟法第 471 之 2 條，「分期或緩期繳納罰金之受刑人，如係自動到案，不論係傳喚到案或通緝中自動投案，均毋庸具擔保書狀即准許其分期繳納罰金撤銷通緝；如係經拘提或通緝到案，得責令其提出具擔保書狀後，准許其分期繳納。（第一項）擔保人應於前項擔保書狀

¹¹¹ Hans-Jürgen Kerner 著，許澤天、薛智仁譯，註 105 書，頁 96 以下。

¹¹² 此是以本文建議「廢止短期自由刑（將最短有期徒刑抬高至六月以上，廢除拘役），增訂勞動刑」為前提，所提出的刑事訴訟法第 471 之 1 條的修正意見。若配合現行刑法的規定，則「易服勞動刑」則調整為「易服勞役」。關於廢止短自由刑、增訂勞動刑的意見，請分別參見本章第三節第二項第一款以及第六節。

應載明，如受刑人逃匿或不按期繳納時，願負全部繳納責任。(第二項)罰金之執行方式及程序等事項，由法務部定之。(第三項)」如此一來，便能顧及罰金分期繳納及延遲繳納的制度，使罰金執行更具人性。

二、受刑人死亡

除了受刑者資力欠缺的問題之外，罰金刑受刑者死亡之後的罰金執行問題亦被關注。刑事訴訟法第 470 條第 3 項規定，罰金得就「受刑人之遺產執行」，如此是否妥當，容有思考空間。其他刑罰一旦受刑者死亡，生命及自由均不復存在，刑罰勢必無法執行；唯獨罰金刑例外，因受刑者往生以後，其財產依舊留放人間，如欲執行並非不可為。但是，罪犯往生後，似無執行刑罰的必要，因為罪犯之死，已無重返社會的可能，其與社會的和諧也無法修補，刑罰執行無實益，罰金刑亦然。既然罪犯離開人世，其所犯的罪惡也就煙消雲散，因為此時，人的是非對錯已非凡間律法可以論斷，社會應當放開心胸，切勿被悲傷或仇恨主宰，反而淪落為應報的奴僕。

是故，判決確定後刑罰執行前，若受刑者死亡，刑罰權中止，不應對遺產執行罰金刑，若國家仍執意對遺產執行，反而侵害死者的債權人及繼承人權益，甚至有與民爭財之嫌¹¹³。若罰金是分期繳納，受刑者先前所繳納的罰金，是經罪刑均衡所判定，收歸國庫；死後未完納的罰金，亦無庸繼續追討。以本文的正義觀言，債權關係及繼承關係均屬約定正義，債權債務來自當事人間的約定，繼承則是源於約定俗成的社會文化；反之，刑罰是均衡正義的展現，目標是使罪犯回歸社會，與債權關係或繼承關係迥異。前者要完成約定，遂回復和諧；後者則隨著罪犯駕鶴西返，而無庸再考量死者與社會的和諧關係。基此看法，刑事訴訟法第 470 條第 3 項規定「得就受刑人之遺產執行」的財產刑包括罰金，恐不妥當，本文建議將罰金刪除；至於沒收、追徵、追繳及抵償，其性質與罰金相左，如遺產當中有違禁物、供犯罪所用或犯罪預備之物，或犯罪所生或所得之物，仍得執行，實是自明之理。

¹¹³ 民法第 1147 條，「繼承，因被繼承人死亡而開始。」相關的論述可以參見：陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，民法繼承新論，三民，2010 年六版，頁 23 以下；戴東雄，民法案例：繼承，三民，2006 年，頁 12 以下；林秀雄，繼承法講義，元照，2008 年，頁 77。應說明的是，現制向「受刑人之遺產執行」並未違法，因民法第 1148 條規定，若民法沒有特別規定，繼承人自繼承開始時，承受被繼承人財產上的一切權利、義務。未繳納的罰金，大概可看作被繼承人（死去的受刑者）的義務，然而套在刑罰上，是否妥當，才是本文要討論之處。

第五節 資格刑

第一項 資格刑的內涵

資格刑就是刑法第 34 條 1 款的「褫奪公權¹¹⁴」，意即對罪犯公權的剝奪，所以又稱名譽刑、能力刑。對公權何時發動褫奪，最高法院 24 年非字 132 號判例謂，「何者褫奪公權，均於分則各章有明文規定」，若所犯之罪並無褫奪公權的明文，基於罪刑法定原則，即不得宣告奪權。

又褫奪公權，按刑法第 37 條規定可分為：無期褫奪公權、有期褫奪公權。前者是，法院宣告死刑或無期徒刑者，併同宣告褫奪公權終身；後者是，宣告六月以上有期徒刑時，該犯罪設有褫奪公權規定，且法官依案情認為有褫奪公權的必要者，宣告十年以下一年以上的褫奪公權。有期褫奪公權，自主刑執行完畢日或赦免日起算，此處的赦免包括特赦及減刑，而不包括大赦，因為大赦會使罪刑宣告皆失效力，公權也不會被褫奪；至於終身奪權則沒有起算的問題。

所謂公權，依據刑法第 36 條，是指為「公務員之資格」及「為公職候選人之資格」。2005 年的刑法修正前，該條尚有「行使選舉、罷免、創制、複決四權之資格」，但是立法者認為，在刑法中齊頭式地剝奪人民選舉、罷免、創制及複決等政治上權利的行使，而不分犯罪種類及其情節，似乎與刑罰的再社會化目的有違，遂將之而刪除，並另於公職人員選舉罷免法、總統副總統選舉罷免法中規範。

第二項 資格刑的疑慮

資格刑在臺灣行之有年，且其他國家或地區也有相似的規定，例如大陸刑法第 54 條剝奪政治權利的規定，其包含選舉與被選舉權，擔任國家機關職務的權利，擔任國有公司企業和人民團體領導職務的權利，以及言

¹¹⁴ 學者對於褫奪公權的關注較少，近年較富代表性的研究論著應該是：張麗卿，褫奪公權制度之研究，新刑法探索，元照，2008 年三版，頁 183 以下。

論出版集會結社等自由；德國刑法的資格刑，除了第 45 條褫奪任公職及選舉被選舉權外，44 條更針對犯罪發生於駕駛動力交通工具，或駕駛者違反交通法義務的禁止駕駛規定。

惟本文以為，資格刑的存在，恐無必要¹¹⁵。因為，資格刑本於應報出發¹¹⁶，恐無任何促使行為人再社會化的功用，反而可能因資格剝奪，被貼上標籤而不利回復和諧；關於資格的限制，或許回歸行政法加以規範，較為周全¹¹⁷。對於本文淺見，說明如次。

第一款 不滿足正義刑罰的要求

實質正義在刑罰上的體現，前階是罪刑均等，後階是刑罰教化；除了本於主體之中的正義，不許罪犯回到社會之外，主體之間的正義，均以回復和諧為旨，在罪刑對等的前提下，發揮刑罰教化功用。法律不許罪犯回到社會，除了生命刑外，就屬真正的無期徒刑（終身監禁），其他刑罰均以思量如何協助罪犯重返社會為制度設計的核心，否則將不正義。是故，除了配合生命刑或真正無期徒刑的資格刑，皆應思量如何協助罪犯修復與社會之間的和諧關係。

然而，資格刑並無教化功能，對於協助罪犯重返社會無能為力，而是把制度架構放置在應報或預防的概念之下。易言之，剝奪或限制罪犯的某種資格，是因為過去罪犯的行為，且行為侵害因資格有關的法益，比如公

¹¹⁵ 劉秉鈞，論緩刑，刑法總則修正重點之理論與實務（台灣刑事法學會主編），元照，2005 年，頁 397。本文清楚指出，剝奪資格可能使得受刑者喪失工作，社會地位改變，影響受刑者重回社會後的正常生活及生計。另外，有學者在不廢除褫奪公權制度的前提下，給予臺灣褫奪公權制度的修正意見，相當具有參考價值。這些意見如：明確褫奪的內涵、有期褫奪上限縮短、褫奪要件的嚴格化、復權規定的必要，並且與其他相關法規進行統合，參見：張麗卿，註 114 文，頁 207 以下。日本雖然沒有資格刑，但有論者呼籲，若從特別預防的觀點，應於刑法典中增加，參見：大谷實，刑事政策講義，弘文堂，1996 年四版，頁 163、164。惟本文以為，資格刑恐難發揮特別預防的效果，以德國刑法第 44 條附加刑的禁止駕駛（因犯罪發生於動力車輛，或與之有關或違反駕駛人義務，被處自由刑或罰金刑者，得附加禁止駕駛的處罰）為例，今果真禁止受刑者駕駛，不保證該人不會再度犯相同或相類似的案件，又現實上無法真正發揮禁止駕駛的效果，有害刑罰威信。

¹¹⁶ 褫奪公權究竟是應報思想或預防思想的產物，在學理上仍有爭論，關於這些爭論可以參見：張麗卿，註 114 文，頁 195、196；盧映潔，緩刑與褫奪公權，月旦法學教室 54 期，2003 年，頁 23。

¹¹⁷ 林山田，檢視刑法修正草案（上），月旦法學 92 期，2003 年，頁 23。

務員違背職務收受賄賂，依「犯罪性質」可能有褫奪其擔任公務員資格（公權）的必要，故予奪權。又或者，本於特別預防的極大化，認為該人一旦具有某種資格，必會以該資格為亂，所以有奪權必要，而將其公權褫奪。

或許有論者認為，資格刑好比罰金刑一般，具有教化的性質。這樣的看法有待斟酌。罰金刑的教化功能在於告誡世人與罪犯，為惡的代價；但罰金完納後，刑罰就已結束，受刑者不帶有任何負擔地回到社會，重新開始。有期的褫奪公權，卻是在主刑執行完畢或赦免日起算，換言之，受刑者是背負著褫奪公權的不名譽回到社會，或許達到應報快感或社會防衛，但對罪犯的人格矯正，似乎沒有任何助益。

第二款 回到與資格相關的法律

本文並非表示，對於特定罪犯的資格限制是沒有必要的，而是認為不宜以刑罰手段為之，應回歸與該特定資格相關的法律上。與特定資格相關的法律，來自於分配正義，是適才適所的分配。以擔任公務員的資格為例，法律應為適才適所的合理分配，可能是公職考試制度，可能是官僚晉升制度，可能是國家聘任制度，無論是何種制度，其目的都是為了替國家挑選適合的人才。

唐代最有名的諫臣魏徵，先事事於李建成，玄武門之變後，方效忠於李世民；如非太宗明識，尋常人均以餘黨視之，或殺或不用，但太宗卻對其一路拔擢，官拜丞相，借魏徵長才而有貞觀之治。可見國家用人，其學歷或體力是否合乎國家需求，又或何種條件應予許可或禁止獲得資格的規定，均考驗立法者的智慧；貪瀆的公務員受制裁後，刑罰功能已盡，其資格如何，已非刑罰所要過問。今行為人因貪瀆犯罪，或選舉犯罪，或酒駕犯罪等，是否還有擔任公務員，或為選舉人、被選舉人，或取得合法駕駛動力交通工具的資格，應許行政法參考刑事司法判決，認定該人資格是否符合，而不宜直接以刑罰褫奪權利。若以刑罰干涉人民資格，可能產生司法侵犯行政的疑慮。

例如，日本刑法便無褫奪為公務員資格的相關規定，如涉及公務員資格的問題，由日本國家公務員法規定¹¹⁸。在公務員的任命上，依該法第 38

¹¹⁸ 關於日本的公務員制度，可以參見：佐藤達夫，國家公務員制度，學陽書房，2009

條欠缺條項的規定，法律認為欠缺得為公務員的資格或能力情形，是參考該人是否曾經犯罪被科處相當刑罰等內容判斷。在公務員懲戒上，則按同法第 82 條以下處理，視公務員義務違反、職務怠惰的程度，或有無違反國家公務員倫理法相關法令等情形，決定懲戒強弱；若公務員收賄，依據日本國家公務員倫理法第 5 條、11 條以及公務員倫理規程第 3 條規定，經國家公務員倫理審查委員會送懲戒，然懲戒的作成，以是否成立日本刑法第 197 條以下相關瀆職罪為重要判斷參考。

資格刑固然立意良善，但仍宜回歸各個與資格相關的法律。如此，不僅不會造成法律規範的漏洞，更可照顧實際，讓個別與資格相關的法律詳加規範。行政法亦有社會防衛的功能，而且與刑法相較，顯得積極，只要符合法律明確、平等及比例等原則，在不戕害人權的情況下，自無違憲疑慮。於此同時，法律當然必須關照，當資格遭禁止或剝奪的相關救濟，此無庸多言。

第六節 勞動刑

刑法第 41 條 2 項以下，以及第 42 之 1 條，有所謂「易服社會勞動」的規定，是易刑處分之一。關於易刑處分的討論，留待本文第七章第五節。既曰「易刑處分」，理論上是以刑易刑，是故立法者以社會勞動易「罰金刑」以及「犯最重本刑為五年以下有期徒刑以下之刑之罪，而受六月以下有期徒刑或拘役之宣告」的刑罰，可見社會勞動已經具有勞動刑罰之實，但欠缺刑罰之名，名正而後言順事成，本文以為應確立社會勞動的刑罰地位，可稱之為「勞動刑」，增列在刑法第 33 條，作為主刑之一。

第一項 合乎正義

誠如前文，在本文建請將有期徒刑最低刑度提高至六月以上，並廢除

年八版；或參考日本公務員倫理審查會，<http://www.jinji.go.jp/rinri/index.htm>（最後瀏覽日期：2012/02/28）附帶一提的是，日本的國家公務員倫理法頗受好評，有法律與道德有機結合的美稱，或可供臺灣參考。另外，亦可參考：馬躍中，公務員倫理與貪瀆之刑事立法，甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集（下），承法，2012 年，頁 311 以下。

拘役刑的前提下，立法者對於未達有期徒刑程度的犯罪，得在罰金刑與勞動刑之間抉擇；縱然在現制之下，增加勞動刑也只是開啟一面新的刑罰視窗，並無不可¹¹⁹。只要勞動刑所對應的犯罪，彼此之間合乎罪刑均等，罪刑均衡的前階就已經滿足。其次，勞動刑合乎刑罰教化目的，因為勞動刑的執行，不會破壞受刑者的正常生活，而是利用空閒時分，如週末假日，讓受刑者進行勞動服務，如此有助於罪犯的再社會化，亦合乎正義。

由目前檢察機關辦理易服社會勞動作業要點第 3 點、4 點可知，勞動的內容均有助於社會公益，且國家可以節省本來應該要僱用來進行前開相關勞動工作的成本。勞動內容有：「清潔整理、居家照護、弱勢關懷、淨山淨灘、環境保護、生態巡守、社區巡守、農林漁牧業勞動、社會服務、文書處理、交通安全以及其他各種無酬且符合公共利益之勞動或服務。」執行的機關，諸如中央或地方政府機關、行政法人、社區、其他公益機構或團體等，且決定執行機關時，應參酌考量受刑者的專長才能、體能狀況、交通遠近、個人意願等因素，使能適才適所，發揮勞動回饋社會的最大效益。這些精神在勞動刑確立後，皆得沿用，制度的銜接不會產生問題。同時，勞動刑的受刑者在執行時，能夠從勞動服務之中發覺成就感，增進自己回歸社會的信心，對於修復與社會的和諧，相當具有價值。

第二項 立法確立

在現行法下，易服社會勞動的期間有異，易「罰金刑」者，社會勞動不得逾二年；易「犯最重本刑為五年以下有期徒刑以下之刑之罪，而受六月以下有期徒刑或拘役之宣告」的刑罰者，不得逾一年。又按規定，社會

¹¹⁹ 勞動刑在德國，也有成為獨立刑罰的構想，可以參見：Hans-Jürgen Kerner 著，許澤天、薛智仁譯，註 105 書，頁 97 以下。事實上，新的刑罰視窗，除了勞動刑之外，近年在臺灣熱烈討論的身體刑，亦有討論的空間。面對刑罰種類的問題，不用立刻冠上人權、人道等大帽子，也不須急著雕塑文明或野蠻的標記，這僅是價值觀的問題。面對身體刑的呼聲，自有其因由，或許在反對之前，可以深入瞭解呼聲背後的心聲。偉大的社會學家米爾斯（Charles Wright Mills, 1916-1962）在經典之作《社會學的想像》中就曾闡述，如果我們對於社會能有更多想像力，也許更能看清楚世間事，因為人們總是受制於已知，而未將問題放入社會或歷史的脈絡中思考；社會學的想像就是轉換觀點，擴展我們的觀察，進而重新思考。See Charles Wright Mills, (1959), *The Sociological Imagination*, New York: Oxford University Press, pp. 5-6. 米爾斯說，社會學的想像力就是觀點轉換的能力（the capacity to shift from one perspective to another），可以從政治學轉向心理學，從家庭轉對國家的考察，從石油工業轉換詩歌研究，使思想不個人化，讓想法能夠突破。

勞動於上午八時至下午五時內為之，每日不超過八小時為原則，若經執行機關及社會勞動人同意，方才得於夜間或清晨為之，並且增加到每日十二小時。

與現制的社會勞動相近者，是緩刑及緩起訴的義務勞動。依據刑法第74條2項5款規定，附條件的緩刑，在宣告時得命受緩刑宣告者，向「指定之政府機關、政府機構、行政法人、社區或其他符合公益目的之機構或團體，提供四十小時以上二百四十小時以下之義務勞務。」又，刑事訴訟法第253之2條1項5款，檢察官為附條件的緩起訴處分時，亦可增加相同的負擔。義務勞動非刑罰，是法院宣告緩刑或檢察官作成緩起訴處分時的附款，其精神基本上與勞動刑近，但性質不同；就好比罰金與罰鍰的關係，均是罰「錢」，但意義迥異。

本文以為，若勞動刑確立，在刑期上應以「小時」為單位較宜。勞動刑與自由刑不同，或許廣義來看，都有對人身自由進行拘束，但勞動刑的受刑者無庸受監所管理，自由刑者才有。自由刑以年月日計算刑期，相當便利，只要知道受刑者在監所管理之下的年月日便可。但是，依勞動刑的性質，只要在服勞動刑期間，準時進場、用心勞動，勞動結束後就各自返家，若以年月日等時間單位計算，並不方便，縱然以此為計，最後仍會換算為小時，如同現行的檢察機關辦理易服社會勞動作業要點一樣。

是故，勞動刑可以參酌日額罰金制的精神，計算日額勞動小時，如此又可以便利勞動刑易科罰金。換言之，以日額勞動小時為單位，最少勞動五單位，因為常人一週工作五日；最多一百八十單位，因為半年是一百八十日。筆者建議將有期徒刑的最低刑期提高至六月以上，以免受短期自由刑之害，勞動刑的刑期恰以六月（一百八十日）為上限，彼此刑質刑量可以銜接，使法秩序得以完璧。

又每單位勞動小時，以一小時、二小時或三小時計，供法官於個案審酌。受勞動刑者是犯輕罪小錯，勞動刑的日額數已經彰顯罪刑均等，勞動單位小時應考量罪犯的再社會化。這些受勞動刑者，在判決確定後立即重返社會，不用受限於牢籠，所以其原本生活的工作、社交等皆能持續，將受勞動刑者的重返社會，修復和諧關係是為第一要務，是勞動刑罰的初衷；所以只要受刑者每日在家庭、工作及休憩以外的時間，撥出一至三小時進行勞動服務，實是已經足夠。

綜上，本文建議刑法第 33 條增訂一款，「勞動刑：以日額勞動小時為單位科處。最低為五單位日額勞動小時，最高為一百八十單位日額勞動小時。日額勞動小時，以一小時、二小時或三小時計。如遇有加減，得減至三單位日額勞動小時，或加至三百六十單位日額勞動小時。」且刑法分則、特別刑法或附屬刑法配合修正時，應注意不與有期徒刑併科，但得併科罰金刑。此外，與罰金刑改採日額罰金制一樣，當宣告數勞動刑時，應考量如何定執行刑，於此建議刑法第 51 條增加一款，「宣告多數勞動刑者，不得逾三百六十單位日額勞動小時。如各刑之日額勞動小時不同，自日額勞動小時最重之日額單位始計。」若拘役刑廢除，則勞動刑直接補位便可；在刑法分則、特別刑法或附屬刑法遇有拘役，可以逕自取代，如立法者有心重新評估亦可。

另外，於刑事訴訟法中，應有相對應的修正。第一，法官在有罪科勞動刑的判決作成時，應於判決主文諭知日額單位及日額勞動小時數，故建議刑事訴訟法第 309 條增訂一款，「諭知勞動刑者，其日額單位數及日額勞動小時數。如易科罰金，其折算之標準。」並且在判決理由中說明日額單位數及日額勞動小時數的判定，此按刑事訴訟法第 310 條 3 款，本是法官之責。第二，刑事訴訟法增設第 466 之 1 條，「勞動刑，由指揮執行之檢察官命令受刑人於該管檢察署指定之政府機關、政府機構、行政法人、社區或其他符合公益目的之機構或團體執行。(第一項)檢察官指揮勞動刑，應審酌受刑人之專才、體能、交通等狀況及個人意願等因素。(第二項)勞動刑執行辦法，由法務部定之。(第三項)」其餘關於現行社會勞動的相關規定，全部刪除，如有調整必要者，有勞立法者多行注意。

至於現行法履行社會勞動期間一年或二年之內之限制，筆者以為並不需要。今處勞動刑者，自是輕罪，讓受刑者維持已有的生活，是使其與社會重修和諧的最佳途徑。現代人生活忙碌，未必每週均有二假日，加上生活可能遭遇變卦，可能婚喪或重大疾病，若強求在一年或二年內完成，反而可能因此破壞受刑者的正常生活，而違背勞動刑的正義美意。

附帶一提的是，勞動刑受刑者如有正當理由無法配合勞動刑，亦可聲請易科罰金；如無正當理由而惡意不服勞動，又未為易科罰金的聲請，則是對於國家刑罰權的公然反抗，刑法宜增設增設第 136 之 1 條妨害法院裁判執行罪，「無正當理由或以不正方法抗拒法院判決、裁定之執行者，處一年以下有期徒刑。」關於這些內容的詳細說明，請參見本文第七章第五節第二項第四款〈易服社會勞動〉。

第七節 小結

刑罰種類是犯罪與刑罰的第一次對話；這個對話平台必須建築在正義之上，如此才有機會繼續深入思考刑罰制定與調節的問題。臺灣目前的刑罰種類有，生命刑、自由刑、罰金刑及資格刑，即刑法第 33 條、34 條所規定的死刑、無期徒刑、有期徒刑、拘役、罰金、沒收、追徵、追繳、抵償及褫奪公權等；本章第六節所討論的勞動刑尚不存在於刑法。對於現有的刑罰種類，吾人必須思考是否合乎正義的期待，對於未有的刑罰種類也不用敬之如鬼神，或許未有的刑罰合乎正義，且能為國家社會所用。

生命刑是刑罰種類之中最為特別者，因為其並非主體之間的正義，而是主體之中的正義。當社會認為，某種侵害嚴重危害社會整體安全，或破壞珍視的共同價值，而無任何原諒侵害源的意願，亦拒絕讓侵害源重返社會，等於對侵害源棄滅，將之永遠隔絕在社會之外，遂以死刑殺之。只有前開情事相當嚴重，讓人民願意犧牲自己主體性，以成就社會變成獨立主體時，生命刑發動才合乎正義；若輕率以對，會流於集體或獨裁主義，讓刑罰成為少數人利用的工具。當前應致力於審慎的死刑政策，避免輕率死刑發生。立法上，要求法官評議死刑時，必須全數通過方可發動，而非多數決，且理由必須更詳備；為使死刑更緩和，除了替代死刑的機制，如終身監禁之外，可以考慮建立死緩制度。至於死刑存廢，仍宜取得全民共識。

生命刑之外的刑罰，則回到主體之間正義的懷抱，在制度設計上，應該要合乎主體之間正義的要求，也就是罪刑均衡——刑罰要使因犯罪而破壞的和諧得以恢復，先行考量罪刑均等，量定罪犯過去的惡，然後思考如何用刑罰教化，為受刑者打開未來的窗。

自由刑是當前刑罰的主幹，在制度設計上，應以教化為主，如此才能在刑罰的目的上取得均衡。六月以下的短期自由刑沒有教化實益，又可能發生監獄感染效應，且導致監獄人數趨增而影響國庫，恐無存在必要，所以現制的有期徒刑可以考慮將刑期抬高到六月以上，並且刪除拘役。原本六月以下有期徒刑及拘役的空缺，得以其他刑罰取代，如罰金刑，或本文建議的勞動刑。另外，自由刑所面臨的難題是，如何在監獄管理與教化上取得均衡。在理念上，若受刑者不危害監獄安全，且能遵令教誨，監獄應該給予受刑者更多回歸社會的機會；與此同時，監獄應該關心罪犯回歸社會所應具備的能力，而不是單純的威嚇壓制。

最主要的財產刑是罰金，若罰金制度制定得當，除了滿足罪刑均等的制裁之外，更可以發揮強大的再社會化效果，同時也能適度紓緩監獄人潮的壓力。罰金刑的數額，宜改採日額制，也就是在日額金單位上取得罪刑均等，在每單位的罰金上衡量罪犯的實際社經能力，已達到真正的罪刑均衡。若能同時針對交易型的犯罪，尤其是交易犯罪，兼採倍比制，應更能發揮效果。倘如維持現狀，也應該對現在的罰金數額進行通盤檢討，因為現在的罰金規定已經無法反映現實，雖然近年刑法修正時有所調整，但整體上仍有不足。

至於資格刑，也就是褫奪公權，本文認為不具刑罰價值。剝奪罪犯的特定資格，無助於行為人再社會化，只有強烈的社會防衛色彩；與資格相關者，應回歸與資格相關的法律規定，刑法不宜對此比手畫腳，但可供其他法律作為參考，例如公務員貪瀆犯罪確定，以此作為是否懲戒公務員的參考；藉助動力交通工具之力犯罪確定，以此作為是否吊銷駕照的參考。現在臺灣刑法所沒有的勞動刑，有無必要設立，容有討論空間。創設勞動刑應該相當可行，現制之下已有易服社會勞動，應可看作有類似概念，只是欠缺明確立法及設計配套。勞動刑與罰金刑可以作為處罰輕微犯罪的主力，不僅對社會有正面助益，也可協助罪犯早日重返社會。

第六章 罪刑均衡與刑罰制定

第一節 前言

古希臘的雅典，在罪刑的判斷上曾經有過特殊嘗試——先由陪審團判定被告是否有罪，再由原告和被告分別提出具體的刑罰，經陪審團第二輪投票，從中選擇最終的懲罰。在舉世聞名的蘇格拉底案裡，蘇格拉底被當時的民主派政客指控觸犯「不敬神」、「腐蝕青年」的罪名，經陪審團 280 比 220 票，被判有罪；對於刑罰，蘇格拉底被控方求處死刑，但其認為自身言論是要教導人們如何正確生活並且完善靈魂，對雅典有功無過，主張自己應受城邦禮遇，後來才改稱願被罰款¹。

依照當時希臘的律法，罰款並非刑罰，顯見蘇氏不認為自己犯罪，也就是等於不承認陪審團作成的有罪決定。在這樣的情況之下，陪審團轉向支持控方所提出的死刑，並以 360 對 140 票通過。為了營救恩師，柏拉圖及友人想方設法收買獄卒，並準備資金，供蘇格拉底逃亡之用；但蘇格拉底嚴正拒絕，因為死刑判決是由合法組成的城邦法庭作成，縱然是出於不實指控，但城邦依法仍有權執行刑罰，反而逃亡才是真正違反城邦及其法律的罪行，同時背離公民精神。某個日落時分，蘇格拉底飲毒酒而死。

蘇格拉底的言行，被後人視為西方法治精神最經典的闡釋。更重要的是，該案給予世人一次檢視罪刑均衡的機會。與其說蘇格拉底死於民粹之手，不如說是罪與刑的對應關係在立法層面沒有確立導致。易言之，罪刑均衡必須先在立法體現，司法實踐罪刑均衡才有所依歸；若法律制度無法

¹ 當時對蘇格拉底提出控訴的民主派人士主要有：安尼圖斯、梅勒托及呂孔。安尼圖斯是著名的民主派政客，其與蘇格拉底曾是情敵，又民主派不滿蘇格拉底在雅典內亂後，持續在公開場合批判雅典時政，在新仇舊恨之下，恰由安尼圖斯率黨羽告發蘇格拉底；至於梅勒托只是個平凡的悲劇詩人，呂孔是個代寫訴狀的訟師，此二人與蘇格拉底並無宿怨，或許只是民主派人士的魁儡。這些內容可以參見：余定宇，尋找法律印跡——從古埃及到美利堅，法律，2010年二版，頁46、47；Sadakat Kadri 著，楊雄譯，審判的歷史——從蘇格拉底到辛普森（The Trial: A History from Socrates to O. J. Simpson），當代中國，2009年，頁6、7；Hope May 著，瞿旭彤譯，蘇格拉底（On Socrates），中華，2003年，頁55。

滿足罪刑均衡，要求司法個案達成罪刑均衡，無異是緣木求魚。

罪刑均衡的立法，是刑事正義的基石，唯有建立合乎罪刑均衡的法律制度，我們才能期待司法能夠在個案上達成罪刑均衡的要求。以史為鑑，生命在中古時期的歐洲非常廉價，幾乎所有的犯罪都能夠適用死刑²，例如古羅馬，無論叛國、殺人、通姦或拐騙，都有死刑的適用；又如十三世紀的英格蘭，除了傷害和竊盜之外的犯罪，皆能處以死刑，其中不乏許多宗教性質的犯罪規定，對信仰非基督教的死刑規定直到 1677 年方才廢除。

當法律本身的罪刑規範違反均衡時，思想家的死，殺人犯的死，抑或是不信仰耶和華之人的死，盡皆擺在世人面前評斷時，不正義感便油然而生。在指責司法不公之前，若立法已經顯得相當荒唐滑稽，司法只不過是按照法律的規定行事而已。正義女神先以天秤衡量罪刑，方才決定是否揮舞寶劍；然若天秤早已摻混雜質而無法持平，罪刑衡量必然出亂，往後發展都難逃詬病。打造純正無瑕的天秤，即刑事立法所追求的罪刑均衡，是落實正義的首要任務。

罪刑均衡是實質正義的落實，並不會橫空出世，必須有所依附。師匠欲雕塑絕美藝品，必須有雕塑的素材，讓藝術的靈感能夠呈現，否則將流於玄冥幻想而難以成真；同理，如欲實現刑事的實質正義，吾人應先確保刑法典符合罪刑法定，然後在形式正義的基礎上，繼續追求罪刑均衡的立法，當立法能夠相當程度滿足罪刑均衡，司法的個案裁判才有可能達成實質正義。

第二節 罪刑均衡的前提

罪刑均衡在立法上的體現，根植在罪刑法定原則之上。罪刑法定是形式正義的鐵則，罪刑均衡是實質正義的道路。古希臘雅典城邦的制度，就是沒有符合罪刑法定，又違背罪刑均衡，終於釀成一代哲人蘇格拉底的枉死。雖說罪刑「法」定，但並非表示只要將罪刑白紙黑字地規定在法典之上就是大功告成，吾人必須真正明瞭罪刑法定的意涵，因為其對於立法的精確或模糊，法律解釋的廣度或深度，以及司法者認罪科刑的判斷，都會

² Celia Blanchfield 著，郭建安譯，刑罰的故事 (History of punishment)，法律，2006 年，頁 2 以下。

產生關鍵性的影響。罪刑法定確立後，在安定且明確的法定刑上，繼續追究規範是否符合罪刑均衡，才具有實益。

第一項 罪刑法定

罪刑法定原則，被喻為刑法的天字第一號律令，是帝王條款。罪刑法定原則的意思是「無法律即無犯罪，無法律即無刑罰」，什麼行為構成犯罪，對犯罪要怎樣懲罰，都必須有法律明文規定，否則就無罪不罰。

許多國家或地區的刑法典，都有罪刑法定原則的身影。例如臺灣刑法第 1 條，「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限。拘束人身自由之保安處分，亦同。」大陸刑法第 3 條，「法律明文規定為犯罪行為的，依照法律定罪處刑；法律沒有明文規定為犯罪行為的，不得定罪處刑。」德國刑法第 1 條，「本法祇處罰行為前法律已有明文規定之行為。」土耳其刑法第 2 條第 1 款，「針對刑法未明文規定為犯罪的行為，不能對行為人適用刑罰或保安處分。刑罰和保安處分的適用，也不允許超出刑法規定的範圍。」

部分國家或地區的刑法典，雖然沒有罪刑法定原則的明文，但仍有罪刑法定的靈魂。以日本為例，該國刑法未見罪刑法定的相關規定，但無人能否認日本刑法擁有罪刑法定的精神。日本刑法立法時，認為罪刑法定原則是「解釋上必然明白的原則」，無庸於法典多言；又學者也認為，由日本憲法第 31 及 39 條，可以得知罪刑法定原則的精神³。

³ 日本憲法第 31 條規定，「任何人非依法定程序，不得剝奪其生命、自由或科處其他刑罰。(何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない。)」日本學者通常認為，這就是日本罪刑法定原則的規範來源。參見：岡藤重光，刑法綱要總論，創文社，1980 年改訂版，頁 44；川端博，刑法總論講義，2006 年二版，頁 44、45；山口厚，刑法總論，有斐閣，2007 年二版，頁 6、7。有學者更進一步指出，除了日本憲法第 31 條之外，第 39 條規定，「任何人就行為時適法或宣告無罪的行為，不被追訴其刑事責任。又，禁止二重追迫。(何人も、実行の時に適法であつた行為又は既に無罪とされた行為については、刑事上の責任を問はれない。又、同一の犯罪について、重ねて刑事上の責任を問はれない。)」應當是溯及既往的禁止，參見：山中敬一，刑法總論，成文堂，2008 年 2 版，頁 66；曾根威彥，罪刑法定主義，刑法学の基礎，成文堂，2008 年，頁 7。此外，更有論者將日本憲法第 73 條 6 款納入討論，「為實施憲法及法律的規定，制定法令。但，除法律有授權規定外，不得制定罰則。(この憲法及び法律の規定を実施するために、

第一款 罪刑法定的本源

提及罪刑法定原則⁴，論者多認為可以追溯至 1215 年的英國大憲章（Magna Carta; The Great Charter）。在當時，大憲章主要是封建貴族用以抗衡英王的協議⁵，因為教會、貴族與王室之間，對於國王權力產生意見分歧，大憲章要求國王放棄部分權力，並且尊重司法，特別是自由人的人身自由與私有財產，若未經法官依法審判，不得被拘禁、流放或剝奪財產。雖然大憲章並未被確實遵守，但確實開啟英國君主立憲的起點，也為罪刑法定原則在歐洲埋下種子。

其後，1788 年美國憲法與 1791 年美國憲法修正案，或許是承襲其文化母國，即英國的精神，都有蘊含罪刑法定原則的意旨。1789 年法國大革命後，法國人權宣言宣示，人民犯罪前，若法律未制定公布施行，則不處罰；且法律必須要有明確且必要的刑罰規定。1810 年的拿破崙刑法第 4 條更進一步規定，無論違警罪、輕罪或重罪，皆不可以行為時法律未規定的

政令を制定すること。但し、政令には、特にその法律の委任がある場合を除いては、罰則を設けることができない。」該款是罰則法定主義，亦屬日本罪刑法定原則的泉源，參見：川崎一夫，刑法總論（犯罪論），北樹，2009 年，頁 23。關於日本憲法的說明，可以參見：蘆部信喜著，李鴻禧譯，憲法，元照，2011 年，頁 216、226、228。本文則以為，就日本憲法體系觀察，該法第 31、39 條規定於〈國民的權利與義務〉乙章，或可用於解釋罪刑法定原則，惟第 73 條 6 款，規定於〈內閣〉章，是對行政權的限制，用以解釋罪刑法定恐較跳躍，或許與行政法的法律保留原則相近。

⁴ 罪刑法定原則的發展及其內涵，主要的刑法總則教科書均有論及，諸如：林山田，刑法通論（上），自版，2008 年十版，頁 68 以下；甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，瑞興，2006 年二版，頁 19 以下；蔡墩銘，刑法總則，刑法總論，三民，2011 年九版，頁 18 以下；黃榮堅，基礎刑法學（上），元照，2012 年三版，頁 130 以下；林東茂，刑法綜覽，一品，2009 年六版，頁 1-82 以下；黃仲夫，簡明刑法總則，元照，2011 年，頁 17 以下；余振華，刑法總論，2011 年，頁 32 以下；陳子平，刑法總論，2008 年二版，頁 46 以下；柯耀程，刑法總論釋義—修正法篇（上），元照，2005 年，頁 54 以下；張麗卿，刑法總則理論與運用，五南，2011 年四版，頁 33 以下；靳宗立，刑法總論 I—刑法基礎理論暨犯罪論，集義閣，2010 年，頁 113 以下；林鈺雄，新刑法總則，元照，2009 年二版，頁 36 以下；許澤天，刑法總則，元照，2009 年二版，頁 42 以下；林書楷，刑法總則，五南，2010 年，頁 18 以下；張捷，案例刑法總則，一品，2011 年，頁 38 以下。另外，亦可參見：山中敬一著，何佳芳譯，蔡秀卿校，罪刑法定原則與規範之構造（罪刑法定主義と規範の構造），多元價值、寬容與法律—亞圖·考夫曼教授紀念集（劉幸義主編），五南，2004 年，頁 634 以下；山中敬一，刑法における犯罪論の現代的意義，関西大学法学論集 59 卷 2 号，2009 年，頁 14 以下。

⁵ 雷敦蘇，英國大憲章今註今釋，輔仁法學 24 期，2002 年，頁 155 以下。

刑罰科處，是罪刑法定原則明文化的先河⁶。1948年聯合國的〈世界人權宣言〉第11條2項表示，「任何人的任何行為或不行為，在其發生時依國家法或國際法均不構成刑事罪者，不得被判為犯有刑事罪。刑罰不得重於犯罪時適用的法律規定。」象徵罪刑法定原則在國際上已經取得共識。其後，世界各國的法律制定時，多在憲法或刑法承認罪刑法定原則。

罪刑法定原則逐漸發展，被認為主要原因有二，一是自由主義，二是人權保障。自由主義引起社會契約論的思潮，認為國家權力是來自於人民的結合與約定，罪刑規範亦然，何種行為構成犯罪，犯罪要如何處罰，都應該要人民相互約定，也才是正義的表現。然而，只重視自由民約的罪刑法定，可能流於形式，而仍有造成不良下場的疑慮。是故，開始以人權保障作為罪刑法定的另一項重要理由，此與罪刑均衡產生關聯。人民以法律作為對抗國家權力濫用的武器，防止犯罪認定浮濫，如中古歐洲不信基督者有罪，同時防止刑罰過於暴戾，動輒將人處死。在罪刑法定原則反映的是，罪刑應先以法律明文，防止罪刑認定恣意擅斷，禁止莫須有的罪名和刑罰；進一步藉由罪刑均衡立下標準，避免罪刑不相稱，杜絕超量或不足的刑罰產生。簡單來說，罪刑法定與罪刑均衡同樣在實現正義，一面是形式的正義，一面是實質的正義。

若罪刑法定沒有落實，對人權將產生立即性的戕害。君不見蘇格拉底之死是西方顯例，反觀東方，岳飛之死也是因為罪刑法定被拋棄。南宋紹興年間，岳飛被控謀反，但並無證據而與法不合，但卻以「莫須有」的罪名，在杭州大理寺風波亭被賜死，枉送一代名將。二戰期間，德國希特勒破壞罪刑法定，1935年的德國納粹刑法第2條後段規定⁷，「無特定刑法法條可適用之行為，則依基本思想與之最相關法條，適當處罰之。」該條款使刑法成為納粹獨裁政權的統治工具，釀成諸多禍端，犧牲萬人生命。

事實上，中國古代律法本有罪刑法定原則的精神⁸，只是未立法及司法

⁶ G・ステファニ、G・ルワースール、B・ブーロック著，澤登俊雄、澤登佳人、新倉修訳，フランス刑事法〔刑法総論〕，成文堂，1981年，頁35。

⁷ 鄭逸哲，常定於非常——反法治國的納粹主義刑法（下），法令月刊59卷9期，2008年，頁15。

⁸ 戴炎輝，中國法制史，三民，1995年十版，頁20以下；戴炎輝編著，戴東雄、黃源盛校訂，國立編譯館主編，唐律通論，元照，2010年，頁10以下。在中國周代，已經有罪刑法定、罪刑非法定之爭，到了中國法系較完備的唐律，已經可以在法典中看到罪刑法定的身影。關於中國傳統罪刑法定的研究，可以詳參：黃源盛，中國「罪刑法定」的歷史發展，法律繼受與近代中國法，元照，2007年，頁316以下。順帶一提的是，現在臺灣刑法通說的犯罪成立三階論體系，在古中國也有雛形，與現今的三階

上嚴格要求。最典型的罪刑法定規範，是唐朝永徽年間，652 年所編訂的唐律疏義，〈唐律疏義·卷三十斷獄〉規定「諸斷罪皆須具引律、令、格、式正文」意指，對於犯罪及懲罰的判斷，必須完整引用法令的原文，若未詳實引用的官僚必須接受處罰。疏文更直言「犯罪之人，皆有條制。斷獄之法，須憑正文。」換言之，法令正文中若未有相對應的處罰規定，則不能定人於罪。至於中國的罪刑法定原則發展狀況為何停滯不前，沒有如同西方一樣茁壯，在下文探討罪刑法定原則的實質內容時，吾人可以一併檢討，同時藉此瞭解罪刑法定原則的重要。

第二款 罪刑法定的內容

罪刑法定的內容，也就是⁹：罪刑的安定性、罪刑的明確性、禁止溯及既往、禁止類推適用。對於這些內容，分別說明如下。

第一目 罪刑的安定性

犯罪與刑罰的內容均應以法律明文規定，不可以命令或規則充當，以彰顯罪刑的安定性¹⁰。之所以罪刑法律保留，可以分別從自由主義與人權保障的二個面向思索。

由自由主義的觀點視之，與民主國家權力分立有關。自由主義誕生民

論或可匹配，只是名稱有異，例如今日所言的「因果關係」，昔日稱為「保辜」。《公羊傳·襄公七年》漢朝何休注「古者保辜，辜內當以弑君論之，辜外當以傷君論之。」是指，結果犯，必須以實行行為而使構成要件結果發生，始可說構成要件合致，即須行為與結果間有因果關係，始可將其結果歸責於行為人。這可以參見：戴炎輝，同本註書，頁 51 以下；戴炎輝編著，戴東雄、黃源盛校訂，國立編譯館主編，同本註書，頁 99 以下。中國文化的罪刑法定原則，並非華人自說自話，可以參見：宮澤浩一著，劉玉中譯，價值多元論、寬容、法律——一個人的回憶（價值多元主義、寬容と法——一個人的な思い出），多元價值、寬容與法律——亞圖·考夫曼教授紀念集（劉幸義主編），五南，2004 年，頁 398。

⁹ 相關的內容，亦可參見註 4。

¹⁰ 也有稱「法律主義」或「國會制定法主義」，因為罪刑規範必須規定於法律中，由國會制定，必須經過較嚴謹的立法或修法程序而不易改動。這也是罪刑法定原則派生安定性的原因。曾根威彥，罪刑法定主義と刑法の解釈，刑法の重要問題〔總論〕，成文堂，2006 年二版，頁 16。

約論，是民主思想的搖籃，民主表示主權在民，國家權力由人民賦予；但為避免國家權力過大而造成獨裁統治，所以將人民賦予的國家權力進行切割，先將國家權力區分為立法權與執法權，再將執法權區分為行政權和司法權，而有今日三權分立的樣態。制定刑法是立法的權能，待應然的罪刑關係經立法者確定後，方司法者進行適用，已合乎權力分立的精神。且由此亦可知，罪刑法定所指的法律，是經法定程序制定的成文法，而非習慣法。

以人權保障的角度觀察，罪刑講求安定，是要讓人民的行止舉措能有依歸，假如罪刑規定朝三暮四，同一行為上午合法下午犯罪，昨日罰金今日徒刑，將使人民無所適從，對於人權保障極度不利。以法律規範罪刑，罪刑自然不易變動，因為立法程序嚴謹使然，法律修正須由國會為之，其經立法諸公反覆思量，除了能夠收到謹慎用心的效果之外，也體現民意走向。相反的，若由執法單位為之，則變異容易，人民將莫衷一是，不僅無法凝聚法律共識，也容易侵害人民權益。

中國唐代雖然已有罪刑法定的精神，但安定性明顯不足。前文有言，唐律斷獄規定「諸斷罪皆須具引律、令、格、式正文」，律是成文法，自春秋時期的法經以降，歷經商鞅修改、漢律九章，發展至唐，是中華成文法文化的延續；令與律相輔相成，令重典章教誡，律重定罪科刑；格、式則是執行律令的細則，格通常禁止規定相關，式則是技術性規定。以今日眼光比較，律令是法律，格式是命令與規則¹¹。由此可知，唐律斷獄除了依據法律之外，也參考命令與規則，但命令與規則的安定性不足，且日積月累，格式之間易生矛盾，與罪刑法定原則的精神相左。另外，古代中國的皇權至高無上，皇帝可以不顧律令格式，針對個案進行審酌決斷，進而破壞罪刑的安定性。

第二目 罪刑的明確性

在罪刑法定原則下，罪刑規定必須明確。申言之，立法者對於構成要件及法律效果的規定必須明確，前者是法律明確規定何種行為構成犯罪，是犯罪的明確性；後者是法律明確規定如何懲罰犯罪行為，是刑罰的明確

¹¹ 李鐘聲，中華法系（下），華欣，1985年，頁702、704。格是百官有司所常行之事，式是百官常守之法。

性。罪刑明確是罪刑法定的具體落實，若罪刑規定模稜兩可，似是而非，等於沒有明文規定，使罪刑法定虛化，徒有表面工夫而已。

罪刑的明確性，必須要達到一般人民均可預見的程度，若立法者對罪刑的規定是否明確不能詳實把關，容易造成司法擅斷的不良後果，此即法律明確性原則，司法院大法官解釋對此多有說明¹²。1997 年的釋字第 432 號解釋，是首件司法院大法官針對法律明確性的解釋，「法律明確性之要求，非僅指法律文義具體詳盡之體例而言，立法者於立法定制時，仍得衡酌法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性，從立法上適當運用不確定法律概念或概括條款而為相應之規定。」釋字 491 號解釋更進一步表示，「法律以抽象概念表示者，其意義須非難以理解，且為一般受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，方符法律明確性原則。」

對於不確定法律概念或概括條款等抽象概念，如何才屬一般人民得以預見，釋字 545 號解釋認為法律對於人類社會的一切規範，無從鉅細靡遺悉加以規定，所以「涵義於個案中並非不能經由適當組成之機構依其專業知識及社會通念加以認定及判斷，並可由司法審查予以確認，則與法律明確性原則尚無不合，於憲法保障人民權利之意旨亦無牴觸。」簡言之，人民對於法律所規定的內容可否預見，並非以法學專家的認知為準，只要社會通常觀念可以理解即可，不因鴻儒碩彥或菜販走卒而有不同，但若屬於專業領域的內容，則須有專業知識者能夠理解法律的意思。

以釋字 636 號解釋為例，司法院大法官認為，現已廢止的檢肅流氓條例「第二條第三款關於霸佔地盤、白吃白喝與要挾滋事行為之規定，雖非受規範者難以理解，惟其適用範圍，仍有未盡明確之處，相關機關應斟酌社會生活型態之變遷等因素檢討修正之。第二條第三款關於欺壓善良之規定，以及第五款關於品行惡劣、遊蕩無賴之規定，與法律明確性原則不符¹³。」對於欺壓善良、品行惡劣、遊蕩無賴等規定，解釋理由書稱，這些

¹² 對於法律明確性的說明，可以參見司法院大法官釋字第 432、445、491、521、524、545、573、577、585、594、602、603、617、623、633、635、636、659、669、672、689、690 號解釋。在日本，學者認為罪刑明確是罪刑法定的實質內涵，是與憲法（日本憲法第 31 條）相呼應的原則。見：曾根威彥，註 10 文，頁 21、22。

¹³ 現已廢止的檢肅流氓條例，於 1985 年 7 月公布施行，迄 2009 年 1 月廢止。該條例在廢止之前，一直存有許多爭議，司法院大法官對該條例的部分條文，甚至作成三次違憲的解釋，分別是釋字第 384、523 及 363 號解釋。終於在 2009 年立法院認為，檢肅流氓條例存有許多規範「弊端」，例如流氓無明確定義、違反一事不再理原則、違背不告不理原則、違背言詞審理原則、違反證據裁判原則等，而將之廢止，此舉對於臺灣的人權保障跨出重要一步。對於檢肅流氓條例相關的學說批評可以參見：鄭善印，

內容「均屬對個人社會危險性之描述，其所涵攝之行為類型過於空泛，非一般人民依其日常生活及語言經驗所能預見，亦非司法審查所能確認」，造成實務在認定流氓時，必須與強暴、脅迫、恐嚇等行為，或與同條其他各款規定合併判斷，顯然與法律明確性原則不符。

罪刑的明確性是罪刑法定原則能否維持的樞紐。罪刑若不明確，人民無法預見法律所禁止及處罰的內容，舉措失據而易觸法，法官則恣意悠遊在模糊的法條文字中，單憑個人愛惡認事用法，使得正義無從伸張；罪刑明確，人民能知法律內容，進退有據而免於犯罪，法官也自然必須依法裁判，沒有模糊空間任其比附援引或玩法弄權，法治國精神在司法得以落實，正義更能實現。

罪刑明確是罪刑法定的重要支柱，因古代中國律法對此多有欠缺，使傳統的罪刑法定原則難以完備，例如〈唐律疏義·卷第二十七雜律〉規定「諸不應得為而為之者笞四十，事理重者，杖八十。」疏文解釋「不應得為」意謂「律、令無條，理不可為者」，也就是法律並無明白規定，但人情事理上不可為的行為，行為人卻為之，就必須予以懲罰。雖然立法者欲授權法曹「臨時處斷，量情為罪」，以達到「庶補遺闕」的效果；不過，什麼是人情事理所禁止的行為無法言明，人民難以預見，法官卻可擅斷裁判，這樣違反明確性的法文，縱有罪刑法定之形，也無罪刑法定之實，並不是妥當的立法方式。

大法官釋字第 636 號解釋與檢肅流氓條例法制評析，刑事法雜誌 52 卷 3 期，2008 年，頁 61-101；王兆鵬，一個條例，八處違憲——論檢肅流氓條例，月旦法學 155 期，2008 年，頁 121-151；林超駿，人身自由保障新猷：釋字第六三六號解釋與檢肅流氓條例，台灣本土法學 105 期，2008 年，頁 219-237。特別說明的是，王兆鵬教授於該文（同註文，頁 150、151），更進一步指出，罪刑明確原則就是英美法的「不明確就無效（Void-For-Vagueness）」憲法原則相同，也就是刑法的文字規定不明，違反憲法的正當程序而歸於無效。詳可參見同文，頁 121。附帶一提的是，廢止前的檢肅流氓條例第 2 條規定，「本條例所稱流氓，為年滿十八歲以上之人，有左列情形之一，足以破壞社會秩序者，由直轄市警察分局、縣（市）警察局提出具體事證，會同其他有關治安單位審查後，報經其直屬上級警察機關複審認定之：一、擅組、主持、操縱或參與破壞社會秩序、危害他人生命、身體、自由、財產之幫派、組合者。二、非法製造、販賣、運輸、持有或介紹買賣槍砲、彈藥、爆裂物者。三、霸佔地盤、敲詐勒索、強迫買賣、白吃白喝、要挾滋事、欺壓善良或為其幕後操縱者。四、經營、操縱職業性賭場，私設娼館，引誘或強逼良家婦女為娼，為賭場、娼館之保鏢或恃強為人逼討債務者。五、品行惡劣或遊蕩無賴，有事實足認為有破壞社會秩序或危害他人生命、身體、自由、財產之習慣者。」

第三目 禁止類推適用

所謂類推適用，也就是比附援引，又稱為比況、比類或比例¹⁴，〈荀子·王製〉有言「有法者以法行，無法者以類舉」，是指法律未規定的事項，比照其他相類似的法律規定，是法官造法的典型，是重要的法律解釋方法，例如民法進行合乎平等價值判斷的解釋，如法有闕漏，自得類推適用¹⁵；但是，在罪刑法定原則之下，禁止以類推適用的方式入人於罪，若法律沒有規定某行為應以刑罰制裁，則該行為不會構成犯罪，亦無庸以刑罰制裁；如果是有利於被告的類推適用，方才容許¹⁶。

從自由主義導引的民主國來看，刑法制定與修正是法律保留事項，僅有立法者有權決定何種行為是犯罪，並且決定如何處罰，司法者僅能按適用法律，不能創制法律，法官類推適用是無中生有的行為，侵害權力分立的憲法精神。另外，刑罰是最嚴厲的國家權力，深具痛苦與殺伐的特性，刑法的解釋若允許類推適用，法官將能為所欲為地擴張或發明罪刑，此不僅有害人權保護，更可能成為獨裁者進行恐怖統治，羅織虛假罪名的工具。

法有時而窮，刑法更是如此，雖然刑法的不完整性會隨著時代遞嬗而更形明顯¹⁷，但罪刑規範關係人民權益至大，必須由法律訂定，而非法官自以為是，以免人民權利受國家毫無設限的剝奪；至於刑法因不完整性所形成的漏洞，則仰賴立法者透過合法程序進行法律修正。在刑法的解釋中，如果對於法條文字要有所開展，則應在文義可理解的範圍內，以合目的性解釋的擴張解釋為之¹⁸。

回顧唐代律法，雖有罪刑法定原則存在，但律令廣開類推適用之門，

¹⁴ 戴炎輝，註 8 書，頁 23。

¹⁵ 王澤鑑，民法總則，三民，2010 年修訂版，頁 69、70。

¹⁶ 林山田，註 4 書，頁 156；張麗卿，註 4 書，頁 37；大谷實，刑法講義總論，成文堂，2007 年新版二版，頁 66；曾根威彥，註 10 文，頁 18 以下。

¹⁷ 林山田，註 4 書，頁 56、57；張麗卿，註 4 書，頁 25。法律之所以修正，也就是為了要切合時代的變遷，相關的研究可以參見：行政院國科會專題研究計畫「社會變遷與刑法修正」成果報告（NSC 95-2414-H-029-001-），主持人：張麗卿，2006 年至 2007 年；行政院國科會專題研究計畫「社會變遷與刑事訴訟制度」成果報告（NSC 94-2414-H-029-006-），主持人：張麗卿，2005 年至 2006 年。

¹⁸ 甘添貴、謝庭晃，註 4 書，頁 23。

造成罪刑法定的美意受損。〈貞觀政要·論赦令第三十二〉有載，唐太宗曾對臣子言，「國家法定，唯須簡約，不可一罪作數種條。格式既多，官人不能盡記，更生奸詐，若欲出罪即引輕條，若欲入罪即引重條。數變法者，實不益道理，宜令審細，毋使互文。」可見唐律之所以廣泛使用比附援引，和皇帝的態度密切相關。〈唐律疏義·卷第六名例〉規定，「諸斷罪而無正條，其應出罪者，則舉重以明輕；其應入罪者，則舉輕以明重。」是允許法官類推適用的明文。也就是說，當法官判斷罪刑，卻無法可用的時候，欲判無罪或減輕刑罰，舉重以明輕；欲判有罪或加重刑罰，則舉輕以明重。

不過，唐律出罪舉重明輕，入罪舉輕明重的規定，實際上是限制類推適用，易言之，出罪者不可以舉輕明重，入罪者不可舉重明輕，以免類推適用過於浮濫¹⁹。「其應出罪者，舉重以明輕」，以〈唐律疏義·第十八賊盜〉為例，若罪犯趁夜間無故侵入他人住家，「主人登時殺者，勿論」，若主人對於夜間無故侵入住家者僅有傷害的意思，因比殺人罪輕，自應免除刑責。又「其入罪者，則舉輕以明重」，以〈唐律疏義·第十七賊盜〉為例，其規定「諸謀殺期親尊長、外祖父母、夫、夫之祖父母、父母者，皆斬。」意即行為人預謀殺害尊親屬（包含婦女謀殺親夫），便構成死刑，若行為人著手，無論未遂或既遂，自應以死刑處斷。以今日罪刑法定原則的標準檢視，前例或許是利於行為人的類推適用，固然可行，但後例顯然違反「無法律無犯罪，無法律無刑罰」的罪刑法定原則。

第四目 禁止溯及既往

禁止溯及既往是指，罪刑之法只規範法律制定後的行為。若某種行為尚未經法定程序入罪，意即在法律規定某種行為構成犯罪且應如何處罰之前，就算傷天害理，也不能以刑罰相繩。這也就是刑法「從行為時法」的原則，學理多稱之為從舊原則²⁰。刑法第 2 條第 1 項本文，「行為後法律有變更者，適用行為時之法律。」就是禁止溯及既往的明文，是罪刑法定原則的延伸。

¹⁹ 戴炎輝，註 8 書，頁 24；黃源盛，唐律輕重相舉條的法理及其運用，當代基礎法學理論—林文雄教授祝壽論文集，學林，2001 年，頁 263 以下。

²⁰ 褚劍鴻，罪刑法定主義與限時法及空白刑法，刑事法學論著，三民，1991 年，頁 333 以下；林山田，註 4 書，頁 122 以下；張麗卿，註 4 書，頁 66。

不過，禁止溯及既往是法律一般原則，但並非僵硬死板，若行為後的法律變更有利於行為人，則可以適用於先前的行為處斷。原先必須承受刑罰制裁的行為，後因修法除罪或刑罰力度減輕，都昭示該行為已經不是犯罪，或應刑罰或刑罰必要性減弱，既然該行為已經不再這麼令人憎惡，自無繼續處罰或維持嚴罰之理。質言之，無論從自由主義或人權保障的觀點，都可以理解有利於行為人的法律變更，是允許溯及既往的，所以同前條項但書規定，「行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律。」是故，原則從舊，嚴禁溯及既往；例外從輕，允許溯及既往。

中國法制向來禁止溯及既往，〈唐律疏義·卷第三十斷獄〉規定，「諸赦前斷罪不當者，若處輕為重，宜改從輕；處重為輕，即依輕法。」疏文解釋言，「犯罪未斷決，逢格改者，格重，聽依犯時；格輕，聽從輕法。」也就是說，行為之後，法律修改，修法為重仍依犯時律法處斷，修法為輕則依新法處斷。古代中國法已有禁止溯及既往、從舊從輕的規定，是罪刑法定原則的精神；但禁止溯及既往所營造的人權保障環境，可能因皇帝聖旨、不明確的法律條文或類推適用他法而犧牲。

第二項 罪刑明確

對於罪刑法定原則的內容，學理認為，罪刑的安定性與明確性，是對立法者的要求，禁止類推適用與禁止溯及既往，是對司法者的要求²¹。若立法者與司法者都能符合這些要求，罪刑法定原則才是真正實現，刑法的形式正義便將就位。然而，刑法的實質正義卻只是正要開始。

立法上罪刑均衡的實現，以罪刑法定原則為前提，也就是罪刑的安定性與明確性，其中又以罪刑的明確性為最。在罪刑明確的範圍內，法條文字的寬嚴決定解釋範圍大小，過於狹隘的解釋會使得罪犯逃離法律制裁，從而無法實現正義，過於疏鬆的解釋則會禍及無辜，同樣也不正義。

²¹ 張麗卿，註4書，頁36。

第一款 文字寬嚴的影響

法律條文是以文字作成，但文字存有侷限性。文字先天的侷限在於自身，無論是語言或文字都有跨不過去的障壁，例如喪母之痛幾個字，描述母親死亡的悲悽，但究竟有多傷心，無法從文字領受，只能設身處地想像或曾經有過相同的經驗。後天的侷限來自於人類社會的多變，不僅是人類行為多樣，更因科技發展而常新，例如刑法第 271 條殺人罪的構成要件是殺人者，但未限制行為人是砍殺、槍殺或毒殺，就是因為人類行為多樣，若過於具體反而喪失文字原先的意義。

文字的侷限性，使文字表達有時顯得模糊；法律是以文字積累粹煉而成，自然也因文字的侷限性困囿，立法者為了完整表達法律意志，在用字遣詞上，進行適切妥貼地調整，而可能有所寬嚴。基本上，為達到罪刑明確的要求，立法者總是試圖追求精確的立法，但過度要求精確，對法律規範未必是樁美事，因為文字侷限性造成的模糊感，已經內化為法律的一部分，過分營造罪刑精確的假象，反而堪憂²²。有論者更直接明瞭指出，法律的模糊性是必然的，罪刑明確只是相對的²³。

以法定刑的幅度為例。若立法者要求絕對精確，則某犯行的處罰應該予以特定，比如某年有期徒刑、某日拘役或某數額罰金；可是，立法若走到這一步，反而使司法窒礙難行，讓罪刑均衡更難達成。因為犯罪行為其來有自，起因互疏、惡性不同，若僅構成某犯罪的構成要件該當，就處以特定刑罰，而無相當空間供司法裁量，不僅與事實不符，更嚴重傷害人民法情感。是故，法定刑度的設計，除了死刑與無期徒刑之外，總有一定幅度空間，如「某年以下某年以上有期徒刑」。

在罪刑明確性之下，只要讓人民對於法律條文的內容能夠瞭解並能預見，便是足矣。申言之，罪刑明確對法條文字劃定一個空間，立法者要完整表達法律意志，並且符合社會現況與通念，對於文字拿捏，必須相當謹慎用心，在制度上締造立法的罪刑均衡。在這樣的空間中，司法者便擁有針對個案靈活運用的機會，這個時候考驗著法官解釋法律的功力，若得宜則罪刑均衡將可體現在實務個案，執法的罪刑均衡也就能夠建立。

²² Lon L. Fuller (1977), *THE MORALITY OF LAW*, New Haven: Yale University Press, p209.

²³ 陳雲良，法的模糊性之探悉，法學評論 111 期，2002 年，頁 19 以下。

第二款 刑法解釋的方法

刑法解釋是法曹的重責大任。若立法良美，刑法典已是合乎罪刑均衡的干將莫邪，也必須要有優秀執法者匹配，才能藉此伸張正義；然若立法無法達成罪刑均衡，優秀執法者也可以透過解釋，適度滿足個案須要，當然這是以法律不離譜的情況為前提，否則巧婦亦難為無米之炊。之所以在此特別說明刑法的解釋，是因為法律的解釋與法律的制定憂戚相關，所有的法律解釋都以法條文義為界線，萬不能超越法條文義的範圍；法條所建構的文義範圍是立法者所設定，必須合乎明確性的要求，以免法律解釋產生障礙或毫無顧忌。刑法解釋與罪刑明確下的立法空間環環相扣，故在此一併討論²⁴。

第一目 文理性解釋

文理性解釋，是針對文字義理和文章條理的解釋，也就是從法典的文句、系統以及立法緣由等方面進行解釋，學理上將文理性解釋區分為，文義解釋、體系解釋及歷史解釋²⁵。本文將之統納為文理性解釋，是因為這些解釋方法都來自於文字章句之理，無一例外。

一、文義解釋

文義解釋是針對法條的文字或詞句進行解釋，是所有解釋的起點和終點，解釋皆從文義開始，最後也必須要回到文義的範圍內，不得逾越。解

²⁴ 關於刑法的解釋，著墨較多的教科書，可以參見：林山田，註4書，頁145以下；蘇俊雄，刑法總論I，元照，1988年再版，頁273以下；甘添貴，刑法總論講義，瑞興，1992年再版，頁26以下；張麗卿，註4書，頁57；西田典之，刑法總論，弘文堂，2010年二版，頁32以下；大谷實，註16書，頁63以下；山中敬一，註3書，頁72以下。另外，關於專門探究法律解釋的書籍，可參見：楊仁壽，法學方法論，三民，2010年二版；張明楷，罪刑法定與刑法解釋，北京大學，2009年；Karl Larenz著，陳愛娥譯，法學方法論（Methodenlehre der Rechtswissenschaft），五南，2008年。

²⁵ 林山田，註4書，頁151以下；黃茂榮，法學方法與現代民法，自版，2006年五版，頁494、502、507；張麗卿，註4書，頁57。

釋刑法規定的內容，是條文用語的通常意義，而非解釋者的獨見，以避免法律解釋的結果與人民情感產生落差，如此一來，人民對於法律將難理解與預見，罪刑明確的初衷也就被架空。但是，法文之中的專有名詞，若立法者未於法典中特別以條文解釋，則應求教於主管機關或專業人士。

二、體系解釋

體系解釋是按所要解釋的法條，在整部法律中的定位，以及與其他法條之間的關係，藉此達到明瞭法條規範的真正意涵。法律制定並非天馬行空，僅憑立法者想像而成，而是立法者經過縝密邏輯思考，逐步建構出一套法制架構，再斟酌情況擬定條文，是條理分明的工程。在解釋方法上，不能忽略法條與法律系統之間的關係，漠視系統而得的解釋，猶如以管窺豹，不能見到事理全面；重視系統道理的解釋，方能圓滿，並且可以維持法條文義或法律體系的一致性。

三、歷史解釋

若將文義解釋與體系解釋歸類為客觀性質的解釋，則歷史解釋就是主觀性質的解釋。前者是執法者居客觀角度探究法律的意志，後者是執法者探求立法者於立法當時的真意。這種解釋重視法制史及立法或修法歷程的資料，除了與法律直接相關的內容之外，立法或修法時的政經環境、社會情狀等，都應通盤考察，這樣才能真正知悉立法者的本意。

第二目 目的性解釋

目的性解釋與文理性解釋不同²⁶，後者專注在文字義理和章句條理，前者則是將重心放在法律條文的規範目的及價值觀念。法條除了字面、段

²⁶ 陳樸生、洪福增，刑法總則，五南，1989年四版，頁6以下；林山田，註4書，頁152；王澤鑑，法律思維與民法實例—請求權基礎理論體系，自版，2001年，頁320以下；楊仁壽，註24書，頁187以下；黃茂榮，註25書，頁512以下；張麗卿，註4書，頁58。

落或系統之間的文理外，皆有其立法的目的，彰顯其所要保護的法益，刑法的解釋必須對這些內容有所瞭解，這樣才能貼近立法時社會倫理所非難的重點，對於法益保護與立法目的的達成均有助益。

論者有言，目的性解釋是最佳的刑法解釋方法²⁷，因為執法者解釋法律，其任務不外乎是法律規範的目的，任何解釋方法都是如此，否則將流於文字遊戲。刑法的解釋方法中，目的性解釋是就整體刑罰法規的規範目的、個別刑罰法規的規範目的、刑罰法條及其編章之間的規範目的，綜合思量探求刑法目的，能夠達到最理想的詮釋效果。再者，依據刑法的目的不同，針對文義可能進行限縮或擴張；惟吾人應謹記，縱然採取目的性解釋，也不能夠破壞明確的法律文義所搭建的解釋空間，以免破壞罪刑法定原則。

一、合目的性的限縮

合目的性的限縮，並非意在縮小犯罪認定的範圍，而是透過解釋，讓法律的適用能夠順乎立法目的以保護法益。惟應明辨的是，合目的性限縮解釋與限縮解釋並不相同²⁸，前者是以立法目的及法益保護的立場，在文理性解釋無法滿足正義時，增加消極的構成要件，也就是一個限制條款；後者則是文義解釋的運作，在法條文義有模糊歧異時，在多個解釋方式進行選擇，所以又稱限制解釋或狹義解釋。

申言之，合目的性限縮解釋的情況是，文義 N 的意思是 X，藉由目的性限縮增加消極的構成要件 Y，經目的性限縮解釋後的 $N'=X+Y$ ；文義限縮解釋則是，文義的範圍可能有 AB，也就是 $N=A+B$ ，但選擇 A 作為解釋方式，使得限縮解釋後的 $N'=A$ 。原先的條文 N，是罪刑法定原則下的形式正義，經過解釋的內容 N'，才合乎罪刑均衡，是實質正義。

茲舉二例：刑法第 161 條第 1 項普通脫逃罪 (N) 是「依法逮捕、拘禁之人脫逃者」(X)，該罪所保護的法益是國家司法權，依法逮捕拘禁之人若掙脫國家司法力量的拘束，即對國家司法權產生侵害²⁹，所以行為人必須是在國家公權力拘束之下逃脫 (Y)，方才符合脫逃罪的行為主體，但

²⁷ 甘添貴、謝庭晃，註 4 書，頁 23。

²⁸ 王鵬翔，目的性限縮之論證結構，月旦民商法 4 期，2004 年，頁 18。

²⁹ 林山田，刑法各罪論 (下)，自版，2005 年五版，頁 209 以下。

此是條文本來沒有但合乎立法目的的消極構成要件。是故，若民眾依刑事訴訟法第 88 條逮捕現行犯，在送交檢警途中，現行犯趁隙脫逃，並不構成脫逃罪，因為現行犯雖被逮捕，但未置於國家公權力之下，從目的性解釋觀察，應予合目的性的限縮 ($N'=X+Y$)，如此一來，普通脫逃罪的適用就合乎立法意旨與社會期待，有助於罪刑均衡的落實。

相反的，刑法第 185 之 3 條醉態駕駛罪條文中的「動力交通工具」($N=A+B+C$)，在文義範圍內應當包含機械動力高速交通工具 (A)，人力或獸力的交通工具 (B)，甚至是時下流行的電動腳踏車 (C) 等。由此可知，我們對於動力交通工具的解釋模糊歧異，語意頗有游移空間，司法者若選定機械動力高速交通工具，認為本罪所應當處罰的情況是，行為人酒醉仍駕駛機械動力高速交通工具，則排除酒醉者騎腳踏車或駕駛牛車。這是文義解釋限制文義範圍的結果 ($N'=A$)。

二、合目的性的擴張

同樣的，合目的性的擴張，並非意在擴大犯罪認定的範圍，而是透過解釋，讓法律的適用能夠順乎立法目的以保護法益。合目的性擴張解釋的情況是，文義 N 的意思可能是 $X+Y$ ，藉由目的性擴張將可能限制文義的因素 Y 加以排除，經目的性擴張解釋後的 $N'=X$ 。與合目的性的擴張解釋互相遙望的，是文義解釋下的擴張解釋，原本文義 N 的意思可能是 A 或 $A+B$ ，經解釋後 $N=A+B$ ，擴張解釋又有稱為擴大解釋或廣義解釋。

擴張解釋的實益不大，因為文義解釋的範圍本來就能涵蓋彼端；但是合目的性的擴張解釋則不同，等於是增加了法律可能原先沒有的意義。是故，吾人必須特別注意的是，合目的性擴張解釋的對象，必須存有語境的轉圜空間，並非文義徹底將之排斥在外，只是在直覺反應下，法條 N 的意思可能是 $X+Y$ ，但拐個彎將 N 解釋為 X，非但不會使法條失色，反而更加合乎立法目的與法益保障。不過，若拐個彎將原先意思可能是 $X+Y$ 的法條解釋為 Z，那就顯然超出文義之外，違反罪刑法定原則，萬不可採。

例如刑法第 321 條第 2 款加重竊盜罪，「毀越門扇、牆垣或其他安全設備」而犯竊盜者，若按字面直接解釋，必是竊賊既毀又越門扇牆垣

($N=X+Y$)，方才構成加重竊盜的事由³⁰；但是本罪所要保護的法益，除了財產之外，兼有被害人的住居安全與隱私，行為人只要毀壞或踰越門扇牆垣等安全設備（ Y ），對於被害人的住居安全與隱私都會產生侵害，是故行為人犯竊盜時，無論是既毀又越，或者構成毀壞或踰越之一，即毀而不越或不毀而越（ $N'=X$ ），都會構成加重竊盜罪的該當³¹。

又例如刑法第 143 條受賄投票罪、144 條行賄投票罪的「有投票權之人」，在解釋上也存有爭議。在縣市議會正副議長選舉涉賄的案件中³²，有權投票選舉正副議長的人，只有議員，而議員身分的產生，是在選舉機關公告當選，且當選人宣誓就職之日起（ Y_1+Y_2 ），換言之，有投票權之人似乎是指宣誓就職的議員選舉當選人（ $N=X+Y_1+Y_2$ ）。可是，正副議長選舉的收賄行賄行為不會等到新科議員宣誓就任日起才開始運作，在此之前，早已如火如荼的展開。

對此，最高法院 74 年度台上字第 666 號、75 年度台上字第 467 號判決等認為，應自選舉機關公告當選時（ Y_1 ），當選人就是具有投票權之人（ $N=X+Y_1$ ）。然而，在選舉開票時，事實上誰會當選議員就已確定，在選舉機關公告當選之前，不肖之人仍得操作收賄或行賄投票，如採選舉機關公告當選時，當選人為有選舉正副議長投票權之人，仍有空檔。刑法第 143 條、144 條的立法目的是避免民主遭受污染，投票權是人民政治權利中最重要者，必須捍衛法定的政治投票程序能夠公正圓滿進行。是故，在合目的性的擴張解釋之下，只要選舉機關開票後，候選人的得票數得列入當選名單時，就是有投票權之人（ $N'=X$ ），如此合乎立法目的以保護法益，並助於罪刑均衡的落實。

惟應要注意的是，對於合目的性的限縮或擴張解釋，我們必須承認在刑法的解釋方法中，存有違反罪刑法定原則的風險；尤其是合目的性的擴張解釋，稍有不慎就會掉進類推適用的陷阱中。從文義的擴張解釋、合目的性的擴張解釋到類推適用，三者之間有放射關係，擴張解釋是在文義範圍內，只是較文字的直覺反應為廣；合目的性的擴張解釋較擴張解釋更大，在文義範圍的極限內，達到立法目的的期待；類推適用則已經超出文義對一般人民可能理解或預見的程度，除非有利於行為人，不然必須臣服在禁止類推適用的罪刑法定原則腳下。

³⁰ 甘添貴，體系刑法各論（第二卷），2004 年修訂再版，頁 69、70。

³¹ 林山田，刑法各罪論（上），自版，2005 年五版，頁 348、349；盧映潔，刑法分則新論，新學林，2011 年四版，頁 608。實務採此看法，見司法院 26 年院字 610 號解釋。

³² 關於這個問題的詳細討論，可以參考：林山田，註 29 書，頁 163 以下。

第三節 罪刑的質與量

罪刑均衡講求犯罪與刑罰的均等平衡，立法的首要任務是，對罪的質量、刑的質量均能夠準確掌握。在此之中，必須先掌握罪質，因為掌握罪質才能配置相對應的刑質。所謂罪質是指犯罪性質，刑質是指刑罰性質；犯罪性質的界定，供作立法者決斷刑罰性質時的參考，犯罪性質輕微的對應輕質刑罰，嚴重的對應重質刑罰；決定罪質與刑質後，立法者再針對罪量去設計相當的刑量，刑罰的制定，也就是法定刑的制定，方才完成。

罪質上下的認定，是討論刑質、罪量與刑量的起點。罪質是以犯罪侵害法益的程度作為區分標準，侵害較高階的法益，罪質較高刑質較重，侵害較低階的法益，則罪質較低刑罰較輕。是故，在進入罪質與刑質的立法問題前，應先釐清法益。法益是法概念的核心，是法律要保護的價值，是所有法律秩序建立的標準。在刑法上，確立刑法所要保護的法益後，侵害該法益的行為就被界定為犯罪，犯罪破壞主體之間的和諧，刑罰為了回復和諧，而有發動的合理性與必要性。法益是規範理論的重要成分，不僅在刑法總則中對於個別犯罪的一般原理判斷有關，更在刑法分則上建構出體系化的章節。

以下，先對法益概念進行較深入的說明，試圖抓緊法益的根本意涵，並對法益的區分瞭解；再者，法益因其性質而產生位階，法益的高低位階相對，法益位階與罪質輕重，乃至於刑質輕重關係密切，於此對法益位階進行約略探討。於此之後，討論罪刑的質關係、罪刑的量關係，希冀明瞭罪刑的質量關係，再進一步討論具體的法定刑。

第一項 法益及其位階

第一款 法益的概念

公元前五世紀，中國李悝制定《法經》，古羅馬誕生《十二銅表法》，開啟了人類運用法律保護國家與人民權益的新頁，例如《法經》中的盜法篇涉及財產保護，賊法篇關於人身安全保護；《十二銅表法》也一樣有著

保護人民重要權益的內容，並且限制貴族權力。這些古代法律所保護的價值，若以現代法學用語稱呼，就是「法益」，這項概念早已存在於文明的長河中。

刑法的重要功能之一，就是保護法益³³，避免法益遭受犯罪侵害，進而擾亂主體之間的和諧。雖然法益概念自古存在，但直至近代，似乎才由德國法學界開始進行有系統的研究。德國學者有認為³⁴，法益是規範的客體，若國家對某客體進行禁止且附有處罰的立法，法益就儲存在法條中，法益也可看作是法條益；另有論者指出，法律為人民服務，既然如此法益就應是與人有關的標的，但並不是個人主觀的利益，而應以中立客觀的態度發掘法益之所在；也有認為，法益是以文化價值為基礎的看法，某種文化價值存有法律保護的必要性時，就提升為法益；此外，也有主張法益是思想上的價值，且有恆常不變的性質，與具體的行為客體有所區別。

本文以為，法益或許是「法制化、條文化後的人類倫理情感與文化價值」，意即，某些人類情感與價值依附在法律上，值得以法律保護；刑法的法益，就是值得以刑法捍衛的人類情感與價值³⁵。人類的倫理情感與文

³³ 刑法保護法益的功能，應該是目前學理的通說。諸如：林山田，註4書，頁52；甘添貴、謝庭晃，註4書，頁7；蔡墩銘，註4書，頁8、9；林東茂，註4書，頁1-10；林東茂，刑法知識的社會功能，一個知識論上的刑法思考，2007年三版，頁8；余振華，註4書，頁10；陳子平，註4書，頁10；柯耀程，註4書，頁16；吳景芳，刑事責任與量刑，現代刑事法與刑事責任—蔡教授墩銘先生六秩晉五壽誕祝壽論文集，國際刑法學會臺灣分會、刑事法雜誌社基金會，1997年，頁255；張麗卿，註4書，頁23；林鈺雄，註4書，頁10。

³⁴ 以下關於德國學界針對法益的看法，可以參見：陳志龍，法益與刑事立法，臺灣大學法學院圖書部，1992年二版，頁8以下。另外，許恆達教授對於法益發展的歷程，論述相當詳盡，參見：許恆達，刑法法益概念的茁生與流變，月旦法學197期，2011年，頁139以下。刑法的法益保護功能，在近代受到挑戰，有論者提及「規範理論」，如黃榮堅教授（註4書，頁36以下）、李茂生教授（風險社會與規範論的世界，月旦法學173期，2009年，頁145以下），似乎主要從風險規制的角度看待犯罪，用以維持穩固的社會關係。惟本文以為，無論是法益保護或規範理論的觀點，或許只是看待事理的角度不同而已，回到本質，刑法依舊是維持正義，用以回復因犯罪而被破壞的和諧狀態。

³⁵ 韓忠謨，刑法原理，自版，2002年再版，頁96；林山田，註31書，頁40；陳志龍，註34書，頁103；張麗卿，註31書，頁23；鄭逸哲，法益刑法概念下的構成要件和構成要件適用，軍法專刊54卷6期，2008年，頁103。林山田教授特別說明，法益非感官可以察覺，是「社會共同生活之一種『想像價值』。」見：林山田，刑法特論（上），三民，1989年三版，頁6。另外，對於「價值」饒富趣味的說明，可以參見：黃舒芄，「價值」在憲法解釋中扮演的角色—從釋字第617號解釋談起，變遷社會中的法學方法，元照，2009年，頁86以下。從文中可以發現，價值或許存有規範導向、現實導向的意味。

化價值，會隨著時間遞嬗而有所改變，反映在刑事立法上，若原先某刑法未規範的情感或價值，現在認為有刑法保護的必要，便將之入罪，使其成為受刑法保護的權益³⁶；反之，本來規定在刑法上的，因社會變遷而認為已經沒有以刑法保護的必要，則將之除罪。

法益背後的人民情感與價值觀，是人類文明歷史生活的積累，並非因立法而生，只是因立法而受法律保障。例如，守護生命是自古以來人民的倫理情感與文化價值，早在古代的法律出現之前就已經生長人心，不因殺人罪的法典明文而有所不同；立法者不過是將某種情感與價值法制化、條文化，藉立法促其成為法益，使其成為可以用國家公權力加以保護的對象。

這種情形，可以從智慧財產法益，應可窺見端倪。在沒有智慧財產法的歲月（或許可以說是，較欠缺智慧財產概念），古人對於模仿重製行為的評價或許比較開放。當時，假如重製之人品格端正，可能被認為是效法學習，頗知上進；若人格不端，可能會被認為是見利忘義，在鄉里間惹人非議，被冠上臭名。爾後，逐漸有部分人因專利發明或創新著作而名利雙收，這才使得人民開始重視智慧財產，人的情感與價值開始轉變。時至今日，社會高度重視智慧財產，也通過智慧財產權的相關立法，國家建構嚴密法網加以保護，智慧財產法益當然確立。

又或者，相同姓氏聯姻，在今日已非忌諱，但過去同姓聯姻是犯罪行為，比如唐代時候，〈唐律疏義·卷第十四戶婚〉規定「諸同姓為婚者，各徒二年。總麻以上，以奸論³⁷。」非總麻的同姓聯姻構成犯罪，總麻聯姻則以雜律姦條科罪。反觀今日，刑法第 230 條僅處罰血親性交，旨在保護善良風俗³⁸，以及避免破壞優生³⁹；若是近親婚，依據民法第 983 條、988

³⁶ 例如，現在世界交流密切，全球人類的倫理情感與文化價值，在相當程度上也趨近，好比全人類皆認為，不可進行種族滅絕的殘忍行為，故可能產生所謂的「國際法益」，反映在刑法上，或許是所謂「國際刑法」的概念。可以參見：王效文，國際刑法之保護法益與刑罰目的，成大法學 15 期，2008 年，頁 11 以下。

³⁷ 此非指近親婚，因同條項後段規定「總麻以上，以奸論。」總麻是古代喪服名，是五服（斬衰、齊衰、大功、小功、總麻）中之最輕者，以細麻布製成，服期三月；凡本宗為高祖父母，曾伯叔祖父母，族伯叔父母，族兄弟及未嫁族姊妹，外姓中為表兄弟，岳父母等，均服之。由此可知，總麻是非常廣義的親戚。

³⁸ 甘添貴，刑法各論（下），三民，2010 年，頁 279；黃榮堅，刑法妨害風化罪章增修評論，月旦法學 51 期，1999 年，頁 82。

³⁹ 有論者認為刑法第 230 條，除了善良風俗的保護外，也有醫學優生的目的。參見：林山田，註 29 書，頁 471、472。

條也僅是婚姻無效而已，並不會因此而遭受刑罰制裁；但是在民間仍有人保有相同姓氏不可聯誼的觀念。

由上開例子可以看出，人民的倫理情感與文明價值，以及該種感情或價值的人罪除罪，決定某種刑法法益是否存在。刑法的法益一旦確立，刑法所要保護的對象就誕生；在功能上⁴⁰，法益是刑事立法體系形成的重要依據，是判斷結果犯的既遂或未遂的基準，是區分行為脫逸程度是否達到實質違法性的標準，也是在具體個案裡，供法官判斷罪數的指標，更重要的是，法益就是決定法定刑質量的關鍵。

第二款 法益的區分

對於法益的區分，學說有著多種描述，但無論何種區分方法，都是以「人」為核心加以開展，因為倫理情感或文化價值均是人類專屬，是先有情感與價值，才因立法而生成法益。總之，法益是從人出發，概念的分類也應以人為中心；法益區分有以人對法益的感受為準，也有以人與法益的關聯為準⁴¹。

以人對法益的感受，作為區分法益的標準時，若某種法益讓人可以直覺地感受其真實存在，就歸類在實質法益；若法益不易感受，而是由人比擬設想的，則屬於想像法益。實質法益多半是個人法益，如人的生命、身體、自由及財產，若受侵害便立即感應；想像法益則通常是超個人的，因為生活或交易的安全，若無身歷其境，並不容易有機會感受，只能憑理性想像。但是，這樣的區分並不意味著實質法益就是個人法益，或想像法益就是超個人法益。

另外一種比較有意義的分類方式，是以人與法益的關聯為主。最典型的法益二元區分，是將法益分為個人法益與超個人法益，前者是私法益，舉凡人的生命、身體、自由與財產；後者是公法益，由無數個人法益所組成，眾人組成國家和社會，國家裡面有國防安全、公務廉能等法益，社會則有交通、飲食乃至於交易安全等法益。三元區分，是將超個人法益區分為國家法益與社會法益；四元區分，在三元區分之上，又從個人法益的專

⁴⁰ 重要的說明：高金桂，利益衡量與刑法之犯罪判斷，元照，2003年，頁45、46。另外，亦可參見：甘添貴、謝庭晃，註4書，頁304；張麗卿，註4書，頁23。

⁴¹ 高金桂，註40書，頁43、44。

屬性，將個人法益分為人身法益與財物法益⁴²；如此不斷細分，可能會有無窮區分方式。相反的，有論者認為法益並無多元區分，實際上就是個人法益，多人組成的超個人法益是可以被還原為個人法益的⁴³，因為常人對超個人法益多難想像，僅以個人法益視之，較能符合一般人民感覺。

法益種類的區分方法中，二元區分或許最為合宜⁴⁴。三元乃至多元區分，是由二元區分所生成，僅在演繹二元區分的內容，本質上並無不同。國內習慣將法益定位為個人、社會與國家法益⁴⁵，事實上就是二元區分的延伸。至於謹守個人法益而認為毋庸區分的說法，可能與人民情感或價值有所出入。國家社會的概念，雖然與個人相比顯得抽象，但在千百年歷史與文化的傳承下，人民對於國家社會的感覺，是相當清楚的，縱然說不上來，每個人也都能體會自己身處在國家社會之中。個人法益與超個人法益之間的關係，若單從量觀，在邏輯上確實可以將超個人法益還原為個人法益，因為超個人是無窮個人的積累，其本來樣貌就是個人。但是，個人法益與超個人法益之間的關係並非純量差異而已，或先因量而你我，後因量而質變。

聚沙成塔，但塔已非沙；海納百川，但海亦非川。超個人法益確實是因個人而生，但非三五人而組成，而是無窮個人，積累而成的大我，與小我有所區隔。是故，超個人法益之所以與個人法益不同，並非單純由質或量觀察，而是綜合質量關係的影響導致。個人法益是小我法益，是個人的生命、身體、自由、財產及名譽信用等，一旦脫離個人，這些法益將無所附麗；超個人法益是大我法益，由超個人的安全或秩序著眼，比如外患罪，其無法衡量侵害個人生命或身體法益之數，但能明確知悉是對國家安全法益的侵害；或如偽造貨幣罪，其亦無法獲悉侵害個人財產之數，但可確知是對社會交易安全的侵害。國家（超個人／大我）安全實是國民（個人／

⁴² 對於二元乃至於多元的法益區分，可以參見：林山田，註 31 書，頁 41 以下；蔡墩銘，刑法精義，翰蘆，2007 年二版，頁 81。

⁴³ 黃榮堅，註 4 書，頁 27。

⁴⁴ 相同看法如：陳志龍，註 34 書，頁 151。惟陳志龍教授對法益的二元區分，是採取質同量不同的觀點，筆者則以為是因量而質變，質量皆有不同。

⁴⁵ 對當代人而言，臺灣刑法分則經典教科書，林山田教授的《刑法各罪論》，即是以個人、社會及國家法益，進行體系鋪陳，參見：林山田，註 31 書，頁 43、45；林山田，註 29 書，頁 29、269。其他如林東茂教授、黃常仁教授等亦於文中，稱侵害國家法益與社會法益的犯罪，合稱侵害超個人法益的犯罪。可以參見：韓忠謨，註 35 書，頁 95；林山田，註 35 書，頁 8、9；甘添貴，刑法各罪論（上），三民，2010 年二版，頁 4；林東茂，註 4 書，頁 2-4、5；黃常仁，刑法總論邏輯分析與體系論證，新學林，2009 年二版，頁 3；張麗卿，註 4 書，頁 23。

小我)諸多法益的積累,社會(超個人/大我)交易安全實是社會成員(個人/小我)財產行為的集合;但國家已不同於國民,社會亦不同於社會成員。

以正義架構觀察,將法益區分為個人法益與超個人法益的概念,與正義相契。簡言之,個人為一主體,超個人的國家社會亦是一主體,犯罪行為是主體間的侵害,有賴罪刑均衡使主體間的關係重返和諧。當罪犯殺人搶劫,奪取人的身家財產,是侵害個人法益,是主體間的侵害;當罪犯內亂造反,是侵害國家安全,是侵害超個人法益,是主體間的侵害。若將超個人法益與個人法益等同視之,當罪犯內亂造反造成人民傷亡時,雖然在概念上同是主體間侵害,但所侵害的對象難以盡數,所犯之罪難以定量,所處之刑就難以定奪,罪刑也就難以均衡。

第三款 位階相對性

行筆至此,可以知悉刑法重責之一在於保護法益,以免和諧破壞。若法益未被侵害,因和諧持續保持,自然沒有刑事制裁發動的必要;若法益遭受侵害,則犯罪構成,和諧破壞,刑罰隨之而來。面對不同情節的犯罪,接受不同程度的刑罰,是罪刑均衡的輪廓描述,也就是時常聽聞的重罪重罰、輕罪輕罰;然而,立法上如何評斷何罪嚴重應處重刑,何罪輕微得為輕判,必須有標準存在,否則立法失序,當法律運用在具體個案上也就難以達到實質正義的理想。

尋根溯源將可發現,法益因受侵害,犯罪於是成立,而後才生刑罰;侵害不同法益構成不同犯罪,不同犯罪適用不同刑罰,罪刑類型差異的指標就是法益。講求罪刑均衡的立法,首應明辦法益之間的不同。雖然所有法益均是法制化、條文化後的人類倫理情感與文化價值,每種法益對於個人,乃至於超個人都屬重要,是我們能夠安身立命且尊嚴生活的要素;但是,在一般社會通常觀念之下,法益之間仍有「相對」的上下之分,因而形成概念上的位階,也就是法益位階。

在抽象概念上,法益位階是存在的,是人們對於法益的相對重要性進行抽象、常態性排列,而不攙和具體的內容。個人法益的位階,較為清晰明瞭,由上至下分別是生命、身體、自由、財產及其他權益;超個人法益的位階,則相對模糊,畢竟是匯聚眾人法益而生,與個人法益位階無法完

全脫鉤，本文認為，由上至下是群體安全、制度運作、善良風俗等。更具體的說，群體安全主要是由無窮個人的生命或身體法益組成，如國家安全、社會安全；制度安全則是保護因法律或習慣所創設的制度，這些制度與人民的生活已經密不可分，如國家公務員制度，不容賄賂而使制度蒙羞，或市場交易制度，不許偽變度量衡破壞交易秩序；善良風俗則囊括人民的集體意識，公然猥褻、侵害屍體等即為適例。

但是，這樣的法益位階排列是概念、相對的，不是具體、絕對的。在具體個案中，人們會進行整體衡量⁴⁶，在抽象的法益位階之外，法益在具體生活是否值得被保護，對法益侵害的急迫性，保護法益的成功率，法益被侵害者是否具有危險前行為，或有危險容忍義務等因素，均會列入衡量的範疇。比如理性的人不會願意拋棄生命換取財富，也不會為了金錢而犧牲放棄自由，因為我們通常認為，生命比財富重要，自由也比金錢重要；可是，百分鐘的自由與百萬名車、一根手指與百億金錢、一人性命與百人性命，彼此之間孰為大者，可能就見仁見智。

第二項 罪刑關係的質定位

樹立法益的相對位階後，應能對罪刑的質關係加以定位，爾後才能進一步確立罪刑的量關係。申言之，體現罪刑均衡的立法，應先對罪質擁有精確認識，如此才能發現對應的刑質，再針對罪量的輕重限度，決定刑量範圍，也就是法定刑度⁴⁷。罪刑的質與量，並非絕對切割的概念，稍有顧此失彼，罪刑均衡的天秤就會開始傾斜，在思考過程中，必須同等重視。

質，體也，實也，真也。《易經·繫辭》有言「原始要終，以為質也。」是故，罪質所指的，是犯罪本來的面貌，也就是犯罪的性質；刑質，則是刑罰的性質。確認罪質的方法，是以法益保護為核心，觀察刑事不法行為侵害法益的類型；刑因罪生，並與罪互相呼應，罪動刑動，罪止刑止，不能逾越。最簡明的公式就是， $A=A'$ ，這是罪刑對等的特寫，侵害 A 法益的犯罪（罪質），刑罰得剝奪罪犯的 A'（刑質）。刑罰制裁的內容，不能超越犯罪侵害的內容，侵害 A 法益的犯罪，刑罰不得剝奪罪犯的 A'+B'；但侵害 A+B 法益的犯罪，刑罰目的本在教人向善，可以剝奪罪犯的 A'或 B'或

⁴⁶ 高金桂，註 41 書，頁 62 以下。

⁴⁷ 劉守芬、余諍、汪明亮、方泉、方文軍，罪刑均衡論，北京大學，2004 年，頁 98。

A'+B'。

惟應強調的是，罪刑的質關係，終究不是數學，也不是理化。一加一等於二（ $1+1=2$ ），二個氫元素加上一個氧元素會變成水（ $H_2+O \leftrightarrow H_2O$ ）是自然科學的定律，但法律不是自然科學，並不存有機械式的理所當然，前述以 AB 造例的句子，僅是罪刑對等的象徵意涵，而非實際情況。簡言之，侵害高階法益的犯罪，罪質較重，侵害低階法益的犯罪，罪質較輕；罪質的輕重隨著法益位階上下而確立，然後刑質再與罪質呼應，以期均衡。

第一款 罪質的形成

界定罪質，是討論罪刑關係的第一要務。刑罰是被動的，如果世間無犯罪情事，人們也不會創設刑罰，罪質如果含混不清，刑罰必然難找尋與之相對應的位置。若由個人與社會出發，將法益分為個人法益與超個人法益，彷彿太極生兩儀，兩儀生四象，四象生八卦，八卦生六十四卦一般，法益由區分個人與超個人開始衍生，而更加充實多元。罪質的界定，是以法益保護為核心，也因為法益的區分，使得罪質樣貌也更加清晰。

個人法益的部分，分為專屬個人的法益與非專屬個人的法益，前者又分為生命、身體、自由等法益，後者則以財產法益為主。超個人法益的部分，則區分為國家法益與社會法益，前者又分國家安全、公權力威信、公務員廉能等，後者分有交通安全、市場交易、食品衛生等。順應法益的區分態樣，刑法分則區分為：內亂罪、外患罪、妨害國交罪、瀆職罪、妨害公務罪、妨害投票罪、妨害秩序罪、脫逃罪、藏匿人犯及湮滅證據罪、偽證及誣告罪、公共危險罪、偽造貨幣罪、偽造有價證券罪、偽造度量衡罪、偽造文書印文罪、妨害性自主罪、妨害風化罪、妨害婚姻及家庭罪、褻瀆祀典及侵害墳墓屍體罪、妨害農工商罪、鴉片罪、賭博罪、殺人罪、傷害罪、墮胎罪、遺棄罪、妨害自由罪、妨害名譽及信用罪、妨害秘密罪、竊盜罪、搶奪強盜及海盜罪、侵占罪、詐欺背信及重利罪、恐嚇擄人勒贖罪、贓物罪、毀棄損壞罪、妨害電腦使用罪等三十七個罪章。

罪章的分立，是與罪質的初識，吾人可以清楚藉由罪章的區分瞭解犯罪性質。罪章分立的數量並沒有定式，例如德國刑法在危害和平、叛亂、危害民主法治國家罪章以下，共有三十個罪章；日本刑法在內亂相關罪章

以下，共有三十九個罪章；大陸刑法在危害國家安全罪章以下，共有十個罪章。有些成文法國家或地區的刑法分則，在章之下更設有節，如德國與大陸刑法。

建立在法益保護之上的罪質，以罪章的形態呈現，讓我們對罪質能夠有更清楚的認識。例如殺人罪章，就相當明顯是保護生命法益，雖然立法者將殺人罪進一步區分為普通殺人罪、殺害直系血親尊親屬罪、義憤殺人罪、生母殺嬰罪、加工自殺罪等，但均在侵害生命法益的罪質定位之下，不易混淆。但是，有時候單憑罪章，人民對於罪質仍只有模糊認知，立法者可能有必要再深入其中，對各種之罪進行更深刻的描述。例如公共危險罪章，若不將其中各種犯罪進行更明確的定位，而僅言公共危險罪，恐怕顯得含混，所以必須將公共危險罪中的放火罪、失火罪、決水罪、交通危險罪、爆裂物罪、妨害公共衛生罪等罪質定位，罪質定位如能明確，人們才不會身陷五里雲霧中，而無從得知各種犯罪的性質。

第二款 刑質的對應

隨著罪質逐漸清晰，與之將對應的刑罰便有明確配置的基礎。刑法總則的刑罰種類，是刑罰的設置，標示著刑法典中包含哪些方法可以懲惡向善；刑法分則的刑罰規定，則是刑罰的配置，是立法者衡量罪質後的配對決定，具體表明侵害某種法益的行為，將會遭受某種刑罰制裁。刑法分則的刑質配置，實際上也是罪質的第二次反思，特別是對立法者而言，雖然是先將犯罪行為分章立節，爾後才進行刑罰配置，但配置刑罰比區分犯罪更能直接彰顯罪質與刑質的關係。

罪質與刑質的對應，並非僵化地單一配對，而必須存有彈性，因為罪刑關係並非數學方程式，其中蘊含諸多不確定因素。數學方程式以等號相接，左邊數式等於右邊，對等之姿昭然若揭；但是罪刑關係則非如此，因為世間百態，罪質與刑質彼此之間難有等號。對於某種犯罪，應該施以什麼種類的刑罰，立法者只能憑藉著緣自歷史文化積累的法感覺，設想與罪質對等的刑罰。

什麼刑罰能與特定的罪質必然相等，恐怕不是「殺人者死，傷人者刑」這樣一句簡單的口號就可以釐清，所以對於某種犯罪的制裁，法律可能制定二種以上的刑罰，供法官斟酌個案實際情形認事用法，所以刑法典的法

律效果句型許多是「處 X 刑、Y 刑或 Z 刑」；縱然刑罰種類單一，也必須具有相當的裁量空間，以滿足世間百態的需求，所以刑法典中也有「處 M 以上量至 N 以下量的某刑」、「處 M 以上量的某刑」或「處 N 以下量的某刑」等規定，此雖涉及罪量與刑量，但精神相通。

單一類型的刑罰，爭議最大的就是「唯一死刑」，因為死刑是沒有彈性空間，只有生死兩隔。雖然 1980 年的司法院大法官釋字第 263 號解釋稱，「裁判時若有情輕法重之情形者，本有刑法第五十九條酌量減輕其刑規定之適用，……亦得減輕其刑，足以避免過嚴之刑罰。」而認為唯一死刑並無違憲疑慮；但學者對於唯一死刑均一面撻伐⁴⁸，因為唯一死刑的規定壓縮司法個案裁量權至零，不僅有立法侵略司法的疑慮，更是對於受公平審判人權的剝奪。經多方努力，迄今刑法已經不復見唯一死刑的規定。

死刑的運用，在於嚴重侵害個人或超個人法益的犯罪，因為這些犯罪的罪質最重，自然應配置最重的刑罰。在現行法下，死刑的規定，在侵害個人法益的部分，多與侵害個人生命有關者，比如普通殺人罪、強盜殺人罪、強制性交殺人罪等；或非常重大的財產犯罪，這類財產犯罪除了侵害個人的財產法益之外，更可能侵害個人的身體或自由法益，甚至造成社會安全的危害，如擄人勒贖罪，或強盜放火罪、強盜重傷罪等。侵害超個人法益的部分，則是嚴重侵害國家或社會安全的行為，如暴動內亂罪、通謀開戰端罪、強暴劫持使用中航空機罪等。這些得處死刑的犯罪，其罪質與其他犯罪相較，必屬嚴重，但個案究竟是否以死刑滅絕之，仍應由法官本於罪刑均衡加以判斷。由此可知，單論罪質與刑質無法取得罪刑均衡，仍應討論罪量與刑量。

第二項 罪刑關係的量定位

量，度也，輕重也，多少也。是故，罪量就是犯罪的嚴重程度，刑量與罪量相對應，所以罪量重則刑量重，罪量輕則刑量輕。罪刑的質關係定

⁴⁸ 臺灣刑法現在已經沒有唯一死刑，所以這是過去的事情。相關的批評可以參見：周治平，刑法概要，三民，1980 年十六版，頁 93；林山田，刑事司法與人權保障—為世界人權宣言五十周年慶而作，刑法的革新，2001 年，頁 472、473。又如韓忠謨教授（註 35 書，頁 434、435）、陳樸生教授（刑法總論，正中，1961 年三版，頁 221）等，雖未明言批判，但從字裡行間仍可發現其對當時唯一死刑的不滿，認為死刑雖然不宜廢止，但必須走向選科死刑。

位，是刑法分則立法工作的前置作業，較抽象且全面；罪刑的量關係定位，則是分則立法的重頭戲，較具體且個別，並且更為複雜。經過罪刑的質量關係確立後，完整的分則法條就能夠呈現。

當罪質添加量的元素之後，本來冶鑄一爐的犯罪產生區分，例如殺人罪，按其程度又分為殺害直系血親尊親屬、殺害非直系血親尊親屬，或義憤殺人、非義憤殺人等，這些犯罪所然質同但量異。罪量差異，立刻反映在刑罰之上，立法者認為，殺害直系血親尊親屬的罪量較普通殺人罪重，所以刑量必重於普通殺人罪的刑；義憤殺人的罪量較普通殺人罪輕，所以刑量也必輕於普通殺人罪的刑。

由此可知，經由罪質劃分，刑法分則的立法章節分立，配合相對應的刑質，而有初步的規模；其後，同質犯罪的程度上下有別，在罪量高低之間，刑量作出輕重不同的反應，法定刑於焉確立。雖然，立法上的罪量與刑量已經相當具體，但與執法層面實際個案的罪量刑量仍有相當差距。立法上的罪量刑量是應然，是罪刑量的關係的理想評價；執法上的罪量刑量是實然，是按案件實際發生的行為，以及其一切情狀的綜合評價⁴⁹。在這裡，只討論立法上的，至於執法上可能需要的刑量調整，則另於後章討論。

第一款 罪量的評價

在罪質與刑質定位之後，藉由犯罪的嚴重程度區分罪量，立法者將不同罪量的犯罪行為條文化，再進一步確定刑罰的量。如此一來，形式合乎罪刑法定原則，人民能夠預期哪些侵害行為構成犯罪，其程度有何不同，又犯罪應當接受怎樣的刑罰制裁，使舉措有所依歸；實質上，刑的質量跟隨罪的質量，促進立法上的罪刑均衡。

罪量評價是刑事立法的工程樞紐，但罪量在立法上不易呈現，如某甲毆擊乙一拳或數十拳，皆是傷害他人身體或健康，概念上雖然罪量有別，但礙於立法技術的侷限，在傷害罪的構成要件上，已經窮盡其能力而無法更細緻地區分罪量。人類無法真正探索犯罪的質量，因為犯罪是眼不能見、手不能摸的「東西」，無論是罪質或罪量，都是對犯罪的抽象描述，現實裡我們也只是看到犯罪表象化的行為或結果，或實行犯罪的行為人，皆非

⁴⁹ 白建軍，罪刑均衡實證研究，法律，2004年，頁141。

犯罪本身。因為如此，將罪進行質量劃分，本屬不易，必然會發生重疊交叉的可能，但只要劃分有實益，有助於精確釐清罪刑關係，便是足矣。

有意義的罪量必是建構在同質犯罪之上。刑法分則所編定的罪章，是罪質區分的最大公約數，在相同罪質的犯行中，必須先確立以某行為態樣為基準，也就原型，好比數學的零，當犯行情狀比原型嚴重者，罪量重，好比數學的正數，向上遞增；犯行情狀較輕微時，罪量輕，就像數學的負數，向下遞減。增減之間，就能夠反映在罪量的輕重之別，同時也反映出刑量的輕重。立法對罪量輕重的影響，主要有四，分別是行為主體、行為客體、行為結果犯以及特定的情狀。以下對於這四種影響罪量的可能，分別說明如下。

第一目 行為主體

行為主體的不同，是犯罪量化區分的典型。行為主體是指從事犯罪的行為人，若行為主體具有某種身分或地位，在人民觀感上，犯罪的嚴重程度可能增高或降低，在刑法典中隨處可見。

在加重罪量的規定上，例如公務員犯罪，依刑法第 134 條規定，「公務員假借職務上之權力、機會或方法」而故意犯非公務員身分為特別規定之罪時，加重其刑至二分之一。又如同樣罪質的犯罪，從事業務者的罪量較高，因為立法者認為其從事相關業務者，應有更高的注意義務，如刑法第 284 條 1 項前段的普通過失傷害罪（處六月以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金）、同條第 2 項前段的業務過失傷害罪（處一年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金）；又或是源於信賴關係而產生更高的責任⁵⁰，所以刑法第 335 條普通侵占罪（五年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金）、第 336 條 2 項業務侵占罪（六月以上五年以下有期徒刑，得併

⁵⁰ 山中敬一，刑法各論，成文堂，2009 年二版，頁 396、397；大塚仁，刑法概說（各論），有斐閣，2005 年三版增補版，頁 308。不過，亦有不同的看法認為，業務之人的故意犯罪，之所以處罰較重，是因為行業務之人基於社會地位反覆實施該行為，因而有較高的犯罪機會，故應加重處罰，如：曾根威彥，刑法各論，弘文堂，2008 年四版，頁 172；大谷實，刑法講義各論，成文堂，2007 年二版，頁 302。本文以為，有業務關係者，自較易取得他人信賴，應有較大的責任，反應在刑罰上自應該重，以符合罪刑對等；此外，後者的看法傾向一般預防，依本文的正義觀，一般預防僅是罪刑均衡的附隨效果而已，故本於一般預防出發的刑罰似不可採。近似的看法，可以參見：甘添貴，註 30 書，頁 253。

科三千元以下罰金)，亦同此理。

在減輕罪量上，也有因行為人或被害人的身分地位而影響者，例如刑法第 324 條親屬相盜免刑的規定，「於直系血親、配偶或同財共居親屬之間」犯竊盜罪；又如與未滿十六歲者為性交或猥褻，觸犯與未成年人性交罪，但行為人也是十八歲以下之人，依刑法第 227 之 1 條規定，必減輕或免除其刑。這些罪量減輕的情況，都有其特別的背景及目的，如親屬相盜免刑是為維持家屬成員間的和平相處，十八歲以下之人與未滿十六歲者性交或猥褻必減輕或免除刑罰，可能給予年輕人機會，或考量雙方當事人可能是兩小無猜、彼此相悅。

第二目 行為客體

行為客體是指犯罪行為所侵害的具體對象，包含被害人或被害客體，被害客體可以是物，也可能是一種社會價值或制度。若將行為客體理解為法益，較易明白⁵¹。殺人罪的行為客體是人，也就是生命法益；竊盜罪的行為客體，是人所有或持有的物，也就是財產法益；妨害婚姻及家庭罪的行為客體，是婚姻及家庭的價值或制度，是超個人的法益。

雖然如此，但行為客體與法益之間仍屬不同⁵²，行為客體是感覺的對象，法益是觀念的對象；行為客體並非存在於一切的犯罪，學理上有所謂的無受害者犯罪⁵³，但法益存在於所有的犯罪；行為客體是犯罪實施的對象，法益是法律保護的對象；行為客體規定於構成要件內，法益則無，是觀察立法目的而得。

行為客體是造成罪量改變的常見原因，亦是影響罪質定位的主因，因

⁵¹ 林山田，註 4 書，頁 276。

⁵² 蔡墩銘，註 42 書，頁 81。

⁵³ 所謂「無受害者犯罪」的觀點，發軔於 1950 年代，認為刑罰應用於防止有人加害他人，若一個行為無人受害，自然不構成犯罪，也不需要刑罰。1965 年，美國犯罪學家蘇爾 (Edwin Schur) 出版《無受害者的犯罪 (Crimes without Victims)》，該書將墮胎、同性戀、藥物成癮等行為與無受害者犯罪，此舉掀起波瀾，其後關於無受害者的討論，擴及私鬥、賭博、娼妓、通姦等。這些資料可以參見：高金桂，青少年藥物濫用與犯罪之研究，文景，1984 年，頁 79 以下；土屋真一著，盧秋生譯，論除罪化，刑事法雜誌 20 卷 2 期，1976 年，頁 69；諸澤英道，受害者なき犯罪，刑事政策，法學書院，2003 年，頁 71。

為行為客體的靈魂就是法益，而法益正是罪質定位的核心。例如，偽造文書印文罪在罪質層面，行為客體是文書的真正，保護法益就是文書在當前法律社會所象徵的安全性及證明性⁵⁴；本罪的行為客體又可分為公文書與私文書，對於公私文書的偽造，二者罪量不同，前者事涉公眾權益，罪量較重，後者則是私人交流，罪量較輕。

又如殺人罪的行為客體是人，保護法益是生命，所以殺人與傷害、竊盜、妨害名譽等侵害個人法益的犯行相較，侵害法益均異，質分明顯，一目瞭然，故立法者制定殺人罪章，以生命法益為該類罪質的最大公約數；其後，立法者再對殺人罪進一步區分罪量。例如，刑法第 272 條殺害直系血親尊親屬罪、第 274 條生母殺嬰罪，由行為客體觀之，二者不同，立法者認為，手刃父母有逆倫常，犯罪程度的嚴重性較普通殺人為高⁵⁵；生母殺嬰，雖也殘忍，但考量產婦「生產時或甫生產後」身心均有極大壓力，母親弑子多是出於壓迫或無奈，所以行為人的期待可能性較低，犯罪程度也就隨之降低⁵⁶。行為客體影響罪質與罪量，可見一斑。

在刑法中，因行為客體，也就是被害人或被害客體的緣故，直接影響罪量評價的情形很多，譬如強制性交罪中，被害人是否未滿十四歲，法定刑有「處三年以上十年以下有期徒刑」、「處七年以上有期徒刑」的差別，未滿十四歲者心智身體尚未發展健全，其罪量較普通強制性交更重；或如毀棄損壞罪的被害客體是器物、文書或建築物，罪量也不盡相同；又如公共危險罪中，放火燒毀的建築物現在是否供人使用，決定被行為波及的行為客體範圍，同樣反映罪量的不同。在此可以發現，當行為客體以抽象的制度或價值出現時，與罪質定位的關係似乎較為密切；若是以具體的被害人或被害客體登場，則直接影響罪量的評價。

⁵⁴ 林山田，註 29 書，頁 415；甘添貴，註 38 書，2010 年，頁 191；林東茂，註 4 書，頁 2-181；陳煥生，劉秉鈞，刑法分則實用，一品，2011 年三版，頁 215。

⁵⁵ 有學者提出批評，認為父母子女（或祖父母與孫子女）關係最為密切，一般人若無精神疾病或特殊原因，鮮少會對親生父母痛下毒手；若行為人有精神疾病尚可依刑法第 19 條處斷，但若是特殊原因，如女兒受獸父多年性侵凌辱，此時刑法第 272 條反而限制法官量刑空間，只能仰賴刑法第 59 條「顯可憫恕」條款進行刑度的酌減，進一步推論刑法第 272 條是有害無利的條款。參見：林山田，註 31 書，頁 76。

⁵⁶ 林山田，註 31 書，頁 81；盧映潔，註 31 書，頁 458。不過，也有論者認為刑法第 274 條沒有存在的必要，應予刪除。因為該條對於生命的保護過於輕忽，生母若真有苦衷而於生產時或甫生產後殺嬰，回歸刑法第 57 條、59 條酌減刑罰便可，參見：甘添貴，體系刑法各論（第一卷），瑞興，2007 年再版，頁 67、68。

第三目 行為結果

行為結果對於罪量評價影響頗大，其有二種意涵，一是通常的行為結果，二是非通常的行為結果。在通常的行為結果中，由行為結果可以發現明顯的罪量不同，立法者聞之，將此不同反應在刑量上。例如傷害罪與重傷罪的侵害法益相同，都是被害人的身體與健康，但行為造成的結果程度有異，重傷已達到毀敗或嚴重減損人的感官及生殖機能，或對身體或健康造成重大不治或難治的傷害；又如妨害性自主的犯罪中，強制性交與強制猥褻同樣是行為結果的不同。

不過，由罪質角度觀察，將明顯有差異的行為結果，視作罪質定位的標準，似乎亦無不可。承前例，傷害罪與重傷罪，前者的保護法益是身心完整性及不可侵害性，後者則除此之外，更包含生理機能的健全；又強制性交罪與強制猥褻罪，二者的保護法益，同為性及身體的自主權，但強制性交罪應有比性自主權更私密的權益保障，比如貞操權。於此，我們又可以發現罪質與罪量的區分，有時候並沒有絕對性，當量達到一定程度的時候，可以能改變質。

非通常的行為結果，就是已著手實行犯罪行為之後，大抵可以區分為三種態樣，即結果未發生、加重結果發生、避免結果發生。結果未發生，就是未遂犯，未遂犯的罪量並不必然較既遂犯為輕，反映在刑量上，就是刑法第 25 條 2 項規定，「『得』按既遂犯之刑減輕之」。又行為人於著手實行後，已意避免結果發生，是中止犯，此與普通未遂不同，行為人避免結果發生的防止行為，必須出於自願，也就是自我內心的倫理要求⁵⁷，否則只能論以普通未遂。中止犯因為是，所以罪量較低，反映在刑罰上就是刑法第 27 條的「減輕或免除其刑」。又如行為人發自內心防止結果發生，但結果未發生並非因防止行為，是準中止犯，法律效果與中止犯相同。

加重結果發生，就是加重結果犯，其於立法的罪量變化，占有重要的一席之地。未遂犯是以法律有明文規定處罰者為限，但不會針對未遂犯制定專屬的法定刑，而是讓法官自行決定是否按既遂犯的刑減輕，中止犯亦是如此；但加重結果犯均有專屬的刑罰，這表示其對罪量影響較大，所以刑量也作出比較明顯的反應。

⁵⁷ 林東茂，註 4 書，頁 1-249；張麗卿，註 4 書，頁 326。

加重結果犯是綜合故意和過失的犯罪類型⁵⁸，即行為人出於實行基本構成要件行為的故意，而於實行基本行為時，有預見比基本行為結果更嚴重的加重結果可能發生，但仍因過失造成該加重結果發生。加重結果犯與其相同基本行為的犯罪相比，加重結果就是造成罪量發生立法上變動的事由，這項罪量的變動進而影響刑量。例如某甲毆擊乙，造成乙受傷害或傷害致死，二者基本行為相同，皆是傷害行為，但後者發生加重結果，且甲有預見到自己的毆擊會造成乙死亡時，構成加重結果犯，加重結果犯的罪量顯較前者為大；但若甲沒有預見乙的死亡，比如輕擊乙，未料乙罹患罕見疾病，因而死亡，則無庸為加重結果負責；又若甲本欲殺乙，而將乙毆擊致死，則是罪質不同，因為其罪質本是殺人，而非傷害。

現行法上，分則對於加重結果犯的規定，侵害個人法益的部分，較重要的如刑法第 226 條強制性交猥褻致死或重傷罪，第 302 條私行拘禁致死或重傷罪，第 325 條搶奪致死或重傷罪、第 328 條強盜致死或重傷罪，以及傷害罪章、遺棄罪章的致死或重傷罪。侵害超個人法益的部分，較重要的則有刑法第 135 條妨害公務致公務員死或重傷罪、第 136 條聚眾妨害公務致公務員死或重傷罪，以及公共危險罪章中的交通犯罪、食品衛生犯罪致人死或重傷的相關規定。

第四目 特定情狀

除了前述的行為主體、行為客體、行為結果影響立法上的罪量之外，其他影響罪量的要素，大概就是犯罪的特定情狀。也就是指，在犯罪過程裡，符合立法者所設定的某種情狀，使得罪量產生變化。特定的情狀，通常都是犯罪已經構成之後，給予罪犯悔改的機會，這樣可以減低行為客體的侵害程度，同時也是行為人給自己一次降低社會責難的機會。

較重要的特定情狀，進而影響罪量的，如刑法第 301 條規定，犯刑法第 298 條至第 300 條略誘罪的行為人「於裁判宣告前，送回被誘人或指明所在地因而尋獲者，得減輕其刑。」又如刑法第 347 條 5 項，犯擄人勒贖罪者「未經取贖而釋放被害人者，減輕其刑；取贖後而釋放被害人者，得

⁵⁸ 黃榮堅，註 4 書，頁 399 以下；余振華，論結果加重犯之共同正犯，刑法深思·深思刑法，元照，2005 年，頁 248-255；余振華，註 4 書，頁 139；黃常仁，註 45 書，頁 131；張麗卿，註 4 書，頁 121、123。

減輕其刑。」這些特殊情狀，都降低被害人原先身處的危險（被誘人可能在異地受有生命或身體的危險；被擄人也可能在綁匪手中而有被撕票的危機），又無論行為人是真心悔悟或懼於刑罰威嚇，抑或是犯罪目的已經達成，都多少能從中感受行為人不願將事端擴大，且有與社會修好的念頭。

第二款 刑量的確定

刑量就是刑罰的輕重。刑量追隨罪量，當罪量提升時，刑量就隨之加重；反之，若罪量降低，則刑量減輕。理想的刑量應與罪量對應，當刑量拍板定案之後，一個具有構成要件（罪質與罪量）及法律效果（刑質與刑量）的刑法分則條文就此誕生。這是法定刑制定的最後一個階段。不過，立法確定刑量，也就是確定法定刑度，即所謂的制刑、設刑，此僅存於應然面，而非實然面；只存在理想中，而不是司法判決的個案結果。更具體的說，立法確定刑量是第一次的國家量刑，是廣義的、抽象的量刑；等到案件進入司法程序，法官於判決量刑是第二次的國家量刑，是狹義的、具體的量刑⁵⁹；甚至在刑罰執行時，會進行第三次的國家量刑。

在罪與刑的質關係相對應，「犯 A 罪，處 X 刑」是基本的句型；當罪與刑的量關係添加入內後，罪刑的句型亦更加精緻：「犯 A+B 罪，處 X (=M+N) 刑」是基本句型，因為罪量可能增減，刑量也會隨之波動。在上述句型中，A 是罪質，是某犯罪的原型；X 是刑質，是某刑罰的種類；B 則表示變動罪量的因素，A+B 罪量得以確定；M 與 N 分別是刑量的上下限，加集為刑罰的量度。刑量立足在刑質之上，刑質與罪質呼應，有時刑罰種類有時不只一種，影響罪量而生「處 X (=M+N) 刑或 Y (=P+Q) 刑」的句型。

以賭博罪為例，刑法第 266 條普通賭博罪的刑罰，「處一千元以下罰金」，套在「犯 A+B 罪，處 X (=M+N) 刑」句型是，「犯普通賭博（A，原型）罪，處罰金刑（X），刑的上限是一千元（新臺幣三萬元）下限是新臺幣一千元（X=M+N）」。對於普通賭博行為，立法者認為以罰金刑相對便足，以自由刑相繩恐怕太過，雖然罰金刑是單一類型的刑罰，但在此之

⁵⁹ 相似的概念，可以參見：李曉明，規範量刑應思考的一些思路，量刑規範化理論探要（劉遠、湯建國主編），中國人民公安大學，2010 年，頁 58。李曉明教授將第一次的國家量刑稱為立法定量，第二次的國家量刑稱為司法定量。

中，法官仍有機會裁量罰金數額多寡，以切合實際罪量。

與圖利供給賭場或聚眾賭博罪相較，刑法第 268 條的刑罰係「處三年以下有期徒刑，得併科三千元以下罰金。」其罪量較普通賭博罪為重，刑量也隨之增加，也就是「犯圖利供給賭場或聚眾賭博 (A+B) 罪，處自由刑 (Y)，上限是三年下限是二月 (Y=P+Q)；得併科罰金刑 (X')，上限是三千元 (新臺幣九萬元) 下限是新臺幣一千元 (X'=M+N')」。罪量部分由原先的 A 加上 B 罪量，罪量增加影響罪質，進而影響刑質，使刑由原先的罰金刑 (X) 刑質轉換為自由刑 (Y)，罰金變成得併科 (X')，其上限由一千元 (+N) 提高至三千元 (+N')。由此可知，圖利供給賭場或聚眾賭博罪的罪量，較普通賭博罪為重，所以刑罰也隨之加峻，由原本的罰金刑加重為自由刑，如有必要得併科罰金，這是立法者評價確定的自由刑及罰金刑應然量，法官則斟酌個案判斷實然刑量。

刑的質量經立法者確定後，在法典上就是以「法定刑」的姿態呈現。制定法定刑在罪刑均衡的立法上，具有重要的意義與功能。法定刑象徵的重要意義是，立法者對刑事立法罪刑均衡的評價，是制度的罪刑均衡；司法者追求個案的罪刑均衡時，受制度的罪刑均衡拘束，判決的宣告刑及執行刑均不能跨越法定刑的範圍。法定刑的設計是否妥當，得藉由編制排序及攀比檢證，進行觀察分析⁶⁰。前者是將法定刑按程度排序，從中觀察各種犯罪的刑罰尺度，進而瞭解立法制度的罪刑均衡理念；後者是延續前者，藉由編制排序而得的罪刑尺度，對同質或異質犯罪的刑罰進行檢驗，使罪刑均衡的檢驗成為可能，如遇違逆均衡精神的罪刑設計，予以修正。關於法定刑的編制排序及攀比檢證，是後文要討論的內容。

第四節 法定刑的編制排序

法定刑的編制排序，是為罪刑均衡的立法檢驗進行前置作業。先將刑罰分級別類，再就所犯之罪對號入座，如此便可知悉某種程度的刑質與刑量，是對應怎樣的罪質與罪量。當編制排序完成後，便可產生第一次的罪刑均衡檢驗，即某罪的質量與相對應的刑的質量是否均衡，例如輕微的財產犯罪，卻處死刑或無期徒刑，顯然不對等。

⁶⁰ 白建軍，註 49 書，頁 243 以下。

不過，編制排序對於落實刑罰制定的罪刑均衡，影響相當有限，通常僅能呈現當前刑罰分布的風貌⁶¹，要進一步促進刑罰制定的罪刑均衡，必須利用編制排序完成的資料，進行某罪刑與他罪刑之間的比較，例如侵害身體健康的犯罪行為，其所處罰的刑質刑量，竟然低於侵害財產法益的犯罪行為，此間究竟是侵害身體健康的犯罪行為處罰過輕，又或是侵害財產法益的犯罪行為處罰過重，抑或是侵害財產法益的犯罪行為之所以處罰較高，是因為有牽扯其他法益的侵害或特殊狀況等，可以在比較明朗的情況下探討。這是所謂「罪刑攀比」的問題，是下一節討論的重點。

必須先予說明的是，無論是罪刑的編制排序或攀比檢證，都是相當耗費人力物力的，筆者孑然一身，雖有幸常與師長同學問難，但並無專門的學術研究助手，故編制排序以普通刑法為主，無力摻入特別刑法或附屬刑法。除了原理性的探究之外，由編制排序或攀比檢證而得的違反罪刑均衡立法狀況，是以例示方式討論，一方面因為個人學識欠足，力有未逮而難以窮盡，二方面礙於篇幅，無法盡情陳述。

本文將法定刑區分為五級（共 63 等法定刑），一級最重，五級最輕，逐級是一級刑罰（極刑，1 等刑）；二級刑罰（重刑，2 至 13 等刑）；三級刑罰（中刑，14 至 26 等刑）；四級刑罰（輕刑，27 至 53 等刑）；五級刑罰（微刑，54 等至 62 等刑）。在這個區分結構之下，極刑 1 種，約規範 12 類犯罪行為；重刑 12 種，約規範 111 類犯罪行為；中刑 13 種，約規範 121 類犯罪行為；輕微刑共 36 種，約規範 156 類犯罪行為。詳細的「刑罰等級」區分狀況，請參附錄三「刑罰等級表」。於此先就區分的理由，說明如下。

1. 一級刑罰：專處死刑、無期徒刑者。死刑剝奪罪犯生命，無期徒刑拘禁罪犯身體自由長久，依據假釋的規定可知，至少必須在牢獄囚禁二十五年。一級刑罰，相當嚴厲，是謂極刑，犯一級刑罰之罪，必然是最為嚴重者。
2. 二級刑罰：最輕本刑三年以上有期徒刑者。刑事訴訟法第 253 之 1 條規定，被告所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑三年以上有期徒刑以外的罪，檢察官得參酌刑法第 57 條，以及維護公共利益的考量，如認緩起訴為適當者，得為緩起訴處分。緩起訴處分的案件限制，是最輕本刑三年以

⁶¹ 臧冬斌，量刑方法的合理性與量刑方法的科學性，中國人民公安大學，2008 年，頁 220。

上有期徒刑以外的罪，是因為最輕本刑三年以上有期徒刑的罪，較為嚴重，縱然行為人情有可原，或有公共利益的考量，亦不許停留在法院門外，法律要求這類案件必入刑事司法程序，以彰公義。

3. 三級刑罰：二級以上刑罰所處罰的對象是重罪，四級以下刑罰所處罰的對象是輕微犯罪，三級刑罰界於輕重之間，是中等刑罰，所對應的犯罪亦應是中度犯罪。
4. 四級刑罰：最重本刑三年以下有期徒刑者。刑事訴訟法第 253 條規定，如果是刑事訴訟法第 376 條所規定的案件，檢察官得參酌刑法第 57 條量刑基準，認為以不起訴為適當者，為不起訴處分。刑事訴訟法第 376 條是上訴三審案件的限制規定，該條第 1 款規定，「最重本刑為三年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪⁶²」，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院。這表示這些犯罪的罪質較輕，如經犯罪情節與行為人狀況的衡量，發現不起訴亦無傷整體法秩序時，得為不起訴處分，不僅利於行為人再社會化，更節約司法資源。
5. 五級刑罰：專處拘役或罰金者。部分犯罪最重本刑是拘役刑或罰金刑，顯見這類犯罪的罪質相當輕微，故列入第五級刑罰，是為微刑。

區分一級至五級刑罰的標準，是配合罪的質量，罪質高罪量重者，自然刑質高且量重；反之，罪質低罪量輕者，則刑質低又量輕。立法者在制定法定刑時，對於罪刑質量已經有過判斷，本文的分級列等，是順應立法者的本意而為，並非憑空想像。另外，在司法資源有限的情形下，刑事司法程序中，給予檢察官針對輕微犯罪，且經判斷行為情節與行為人狀況，有權便宜決定是否起訴，並且禁止該類輕微犯罪上訴第三審的制度，反映在刑罰編制上，就是輕微犯罪的排序，分列於刑罰的四級與五級；至於較重的犯罪，除了得上訴第三審之外，被告一旦有犯罪嫌疑，不許檢察官便宜決定是否起訴，與這類犯罪對應的是，刑罰編制的一級與二級。

⁶² 除此之外，刑事訴訟法第 376 條 2 款以下，有列舉數種犯罪，雖然最重本刑高於三年以上有期徒刑，但按其犯罪性質，整體而言屬於輕罪，故仍不得上訴三審。這些犯罪分別是：刑法第 320 條、321 條竊盜罪；第 335 條、336 條 2 項侵占罪；第 339 條、341 條詐欺罪；第 342 條背信罪；第 346 條之恐嚇罪；第 349 條 2 項之贓物罪。

第一項 一級刑罰

一級刑罰，專處「死刑或無期徒刑」，在立法設計上，犯一級刑罰的刑事不法行為，應皆屬最嚴重者，其包含嚴重的內亂外患行為，或行為人犯強制性交猥褻、強盜、海盜或擄人勒贖而殺人，或劫持航空器致人於死等重大犯罪。這些一級（1等刑）的刑罰規定，分別為刑法第101條1項後段、103條1項、104條1項、105條1項、107條1項、185之1條2項前段、226之1條1項前段、261條、272條1項、332條1項、334條1項及348條1項。〔參見附錄三：一級刑罰條文表〕

極刑的規範，由編制排序可以發現，基本上都是對超個人社會整體安全或個人生命法益產生非常嚴重的攻擊行為，尚稱符合罪刑均衡，但有一處值得特別檢討，就是刑法第261條。

經攀比可知，刑法第261條規定，公務員利用職權強迫他人製造毒品而栽種罌粟種子，「處死刑或無期徒刑」相當不合理。其一是該罪並非侵害生命法益或社會整體安全的行為，罪質應相對較輕，卻以最重的刑質處罰，甚至比普通殺人罪（死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑）更為嚴重，與其他同為極刑處罰所對應的犯行相比，顯得十分突兀而有失均衡；二是刑法第260條規定，意圖製造毒品而栽種罌粟種子，最重處五年以下有期徒刑；若公務員強迫他人意圖製造毒品而栽種罌粟種子，致使不能抗拒，論以間接正犯⁶³，因其公務員身分，依據刑法第134條加重其刑至二分之一，最重也不過七年六月的有期徒刑。此與刑法第261條兩相比較，確實過重許多。雖然刑法鴉片罪章，已被毒品危害防制條例所架空⁶⁴，但刑法典存有這樣的規定，仍讓人不寒而慄。

⁶³ 論者有謂，本條的栽種罌粟或販運罌粟種子者，因公務員強迫而「出於不得已」，似乎認為本條是間接正犯的特別規定。參見：林山田，註29書，頁561。惟本文認為，該條公務員雖然公務員強迫他人栽種罌粟或販運罌粟種子，但未達不能抗拒的程度，所以強迫他人栽種罌粟或販運罌粟種子的公務員，以及實際栽種罌粟或販運罌粟種子者，分別構成刑法第261條、260條之罪；若達不能抗拒的程度，則實際栽種罌粟或販運罌粟種子不成立犯罪，公務員是刑法第260條的間接正犯，按刑法第134條加重處罰。

⁶⁴ 毒品危害防制條例第12條規定，意圖製造毒品而栽種罌粟種子，處無期徒刑或七年以上有期徒刑；同條例第15條第1項後段，公務員利用職權強迫他人製造毒品而栽種罌粟種子，加重其刑二分之一。雖然與刑法相較，無死刑相繩，但本文認為刑度仍屬過重。

第二項 二級刑罰

二級刑罰為重刑，是指最輕本刑五年以上有期徒刑者。目前刑法中的二級刑罰規定計有十三種，分別是「死刑、無期徒刑、十二年以上有期徒刑」、「死刑、無期徒刑、十年以上有期徒刑」、「死刑、無期徒刑、七年以上有期徒刑」、「無期徒刑」、「無期徒刑、十年以上有期徒刑」、「無期徒刑、七年以上有期徒刑」、「無期徒刑、五年以上有期徒刑」、「十年以上有期徒刑」、「七年以上有期徒刑」、「五年以上有期徒刑」、「十二年以下五年以上有期徒刑」、「十年以下三年以上有期徒刑」。

涉及二級刑罰相關的犯罪行為很廣，例如暴動內亂罪、放火或失火罪、決水罪、傾覆現有人交通工具罪、劫持交通工具罪、偽造貨幣罪、強制性交罪、與未成年男女性交罪、殺人罪、重傷罪、強盜罪、擄人勒贖罪等；或加重行為的犯罪，如加重強制性交罪；或強盜罪、擄人勒贖罪的非故意殺人結合犯；以及諸多加重結果致人死或致重傷的犯罪（如強盜致死罪、擄人勒贖致死罪等）。

更具體的說，在二級刑中，最重得處死刑者有三：處「死刑、無期徒刑、十二年以上有期徒刑」（2等刑）的規定有，刑法第333條3項前段、334條2項、347條2項前段及348條2項。處「死刑、無期徒刑、十年以上有期徒刑」（3等刑）的規定有，刑法第120條、185之1條2項後段、185之2條3項前段、271條、328條3項前段、332條2項、333條3項後段、347條2項後段。處「死刑、無期徒刑、七年以上有期徒刑」（4等刑）的規定有，刑法第185之1條第1前段、333條1項、347條1項。〔參見附錄三：二級刑罰條文表的1至3表〕

單「處無期徒刑」（5等刑）的是，刑法第100條1項後段，「意圖破壞國體，竊據國土，或以非法之方法變更國憲，顛覆政府，而以強暴或脅迫著手實行」的首謀者。現在臺灣雖無唯一死刑規定，但該條卻是唯一無期徒刑的規定，實有檢討必要。無期徒刑雖不剝奪罪犯生命，但其囚禁罪犯身體自由長久，刑質僅次於死刑，亦屬侵害人民權益鉅大的刑法；此外，該規定壓縮司法裁量的可能性至零，有立法侵略司法的疑慮，同時也侵害被告受公平審判的機會。唯一死刑已經走入歷史，唯一無期徒刑亦應如此。對於該條項，本文以為法律效果，除無期徒刑之外，尚可增訂「或十年以

上有期徒刑」。

另外，處「無期徒刑、十年以上有期徒刑」(6等刑)的規定有，刑法第185之1條4項前段、187之2條2項前段、187之3條2項前段、226條1項前段、226之1條後段處「無期徒刑、七年以上有期徒刑」(7等刑)的規定有，刑法第101條1項前段、106條1項、113條、114條、125條2項前段、126條2項前段、135條3項前段、162條3項後段、173條1項、177條2項前段、185條2項前段、186之1條2項前段、189條2項前段、190條2項前段、190之1條3項前段、191之1條3項前段、242條1項、277條2項前段、278條2項、291條2項前段、294條2項前段、302條2項前段、325條2項前段、328條3項後段、353條2項前段。處「無期徒刑、五年以上有期徒刑」(8等刑)的規定有，刑法第122條2項、178條1項、183條1項、256條2項、257條3項。〔參見附錄三：二級刑罰條文表的4至7表〕

法條沒有規定有期徒刑上限，僅有規定有期徒刑下限者：處「十年以上有期徒刑」(9等刑)的規定有，刑法第226條1項後段、226條2項。處「七年以上有期徒刑」(10等刑)的規定有，刑法第100條1項前段、185之1條4項後段、222條1項、231之1條1項、296之1條2項、330條1項。處「五年以上有期徒刑」(11等刑)的規定有，刑法第161條3項後段、185之1條3項前段、187之2條2項後段、187之3條2項後段、195條、286條2項、296之1條1項、299條1項、328條1項。〔參見附錄三：二級刑罰條文表的8至10表〕沒有規定有期徒刑上限，依據刑法第33條的規定，就是十五年以下，但遇加重規定時，得加至二十年。

其他的二級刑則有：處「十二年以下五年以上有期徒刑」(12等刑)的規定，刑法第115條、162條3項前段、185之2條3項後段、278條1項。處「十年以下三年以上有期徒刑」(13等刑)的規定有，刑法第103條3項、104條3項、105條3項、107條3項、109條2項、122條1項、125條2項後段、126條2項後段、130條、135條3項後段、161條3項前段、174條1項、177條2項後段、184條1、2項、185條2項後段、185之2條2項、186之1條2項後段、187之3條1項、189條2項後段、190條2項後段、190之1條3項後段、191之1條3項後段、196條1項、201條1項、221條1項、225條1項、227條1項、229條1項、241條2項、249條1項、257條2項、277條2項後段、290條2項前段、291條2項後段、294條2項後段、297條1項、302條2項後段、325條2項後

段、353 條 2 項後段。〔參見附錄三：二級刑罰條文表的 11 至 12 表〕

第三項 三級刑罰

三級刑罰為中刑，是指最輕本刑三年以下有期徒刑，最重本刑五年以上有期徒刑以外的刑罰，現制之下分別有「七年以下一年以上有期徒刑」、「七年以下有期徒刑」、「七年以下有期徒刑、拘役或三十萬元以下罰金」、「五年以下六月以上有期徒刑」、「五年以下有期徒刑」、「五年以下有期徒刑、拘役」、「五年以下有期徒刑、拘役、二十萬元以下罰金」、「五年以下有期徒刑、拘役、十萬元以下罰金」、「五年以下有期徒刑、拘役、五萬元以下罰金」、「五年以下有期徒刑、拘役、五千元以下罰金」、「五年以下有期徒刑、拘役、三千元以下罰金」、「五年以下有期徒刑、拘役、一千元以下罰金」、「五年以下有期徒刑、拘役、五百元以下罰金」、「五年以下有期徒刑、拘役、三百元以下罰金」等十三種。

處三級刑罰的犯罪多樣，例如妨害投票罪、肇事逃逸罪、毀損屍體罪、妨害販運農工物品罪、權勢性交罪、生母殺嬰罪、略誘婦女結婚罪、竊盜罪、加重竊盜罪、無故刪改電磁紀錄致生損害罪等。部分處三級刑罰的犯罪，是情節較輕的二級刑罰犯罪，如二級刑罰處罰放火燒毀現有人住居的行為，三級刑罰處罰放火燒毀自己所有物的行為；或與未滿十四歲者性交處以二級刑罰，與未滿十四歲者猥褻則是三級刑罰。另外就是輕罪的加重結果犯，如加工自傷致死罪、加工墮胎致死罪、遺棄致死罪等。

更具體的說：處「七年以下一年以上有期徒刑」(14 等刑)的規定有，刑法第 101 條 2 項、108 條 1 項、109 條 1 項、124 條、125 條 1 項、126 條 1 項、129 條 1 項、131 條 1 項、136 條 1 項後段、154 條 1 項後段、163 條 1 項、175 條 1 項、179 條 1 項、185 之 3 條 2 項前段、186 之 1 條 1 項、189 條 1 項、190 條 1 項、201 條 2 項、201 之 1 條 1 項、211 條、213 條、231 之 1 條 2 項、233 條 2 項、241 條 1 項、249 條 2 項、259 條 1 項、275 條 1 項、290 條 2 項後段、291 條 1 項、296 條 1 項、296 之 1 條 4 項、298 條 2 項、326 條 1 項、336 條 1 項。處「七年以下有期徒刑」(15 等刑)的規定有，刑法第 121 條 1 項、168 條、169 條、185 之 1 條 1 項後段、189 之 2 條 2 項前段、190 之 1 條 2 項、191 之 1 條 1、2 項、227 條 3 項、256 條 1 項、257 條 1 項、273 條 1 項、339 之 3 條 1、2 項。處「七年以下有

期徒刑、拘役或三十萬元以下罰金」(16等刑)的規定有，刑法第185之2條1項。〔參見附錄三：三級刑罰條文表的1至3表〕

最重本刑五年有期徒刑的，如：處「五年以下六月以上有期徒刑」(17等刑)的規定有，刑法第100條2項、150條2項、155條、162條2項、174條2項、179條2項、185之3條2項後段、185之4條、202條1項、224條、225條2項、227條2項、228條1項、240條3項、243條1項、247條1項、248條1項、274條1項、282條1項後段、289條2項前段、290條1項、294條1項、300條1項、321條1項、325條1項、336條2項、346條1、2項、353條1項。處「五年以下有期徒刑」(18等刑)的規定有，刑法第106條3項、111條1項、127條1項、138條、142條1項、144條、146條1、2項、156條、161條2項、180條1項、181條1項、187條、187之1條、187之2條1項、189之2條2項後段、190之1條1項、194條、197條1項、199條、201之1條2項、210條、218條、230條、231條1項、237項、247條2項、260條1項、279條1項後段、293條2項前段、298條1項。〔參見附錄三：三級刑罰條文表的4至5表〕

最重本刑五年有期徒刑，且得選科拘役或罰金者，如：處「五年以下有期徒刑、拘役」(19等刑)的規定有，刑法第276條2項。處「五年以下有期徒刑、拘役、二十萬元以下罰金」(20等刑)的規定有，刑法第359條、362條。處「五年以下有期徒刑、拘役、十萬元以下罰金」(21等刑)的規定有，刑法第341條1、2項。處「五年以下有期徒刑、拘役、五萬元以下罰金」(22等刑)的規定有，刑法第315之2條第1、2、3項。處「五年以下有期徒刑、拘役、三千元以下罰金」(23等刑)的規定有，刑法第251條第1項。處「五年以下有期徒刑、拘役、一千元以下罰金」(24等刑)的規定有，刑法第335條第1項、339條1、2項、342條1項、349條2項。處「五年以下有期徒刑、拘役、五百元以下罰金」(25等刑)的規定有，刑法第185條1項、188條、286條1項、320條1、2項。處「五年以下有期徒刑、拘役、五千元以下罰金」(25等刑)的規定有，刑法第233條第1項。處「五年以下有期徒刑、拘役、三百元以下罰金」(26等刑)的規定有，刑法第302條1項。〔參見附錄三：三級刑罰條文表的6至13表〕

第四項 四級刑罰

四級刑罰對應輕罪，是最重本刑三年以下有期徒刑的刑罰，專科拘役或罰金的刑罰則比四級更輕，被歸類在五級。四級刑罰處的組合樣態多達二十八種，可以分為四類型，一是單科三年以下有期徒刑，或另外選科拘役、罰金，罰金數額不等，有十萬元以下、三萬元以下、一萬元以下、三千元以下、二千元以下、一千元以下、五百元以下、三百元以下；二是單科二年以下有期徒刑，或另外選科拘役、罰金，罰金數額有三萬元以下、一萬元以下、五千元以下、三千元以下、二千元以下、一千元以下、五百元以下、三百元以下；三是單科一年以下有期徒刑，或另外選科拘役、罰金，罰金數額有十五萬元以下、五萬元以下、三千元以下、一千元以下、五百元以下、三百元以下；四是六月以下有期徒刑、拘役、罰金，罰金數額有五千元以下、一千元以下、五百元以下、三百元以下、一百元以下。

犯四級刑罰的罪，罪行較輕，如恐嚇危安罪、妨害救災罪、違背建築術成規罪、誹謗罪、妨害秘密罪、傷害罪、無故侵入他人電腦設備罪等；又或者較重犯罪的預備犯，如洩漏國防秘密罪的預備犯、劫持航空器罪的預備犯、殺人罪的預備犯、強盜罪的預備犯、擄人勒贖罪的預備犯等。

更具體的說，四級刑罰中，處「三年以下有期徒刑」（27 等刑）的規定有，刑法第 122 條 3 項前段、128 條、132 條 1 項、143 條 1 項、145 條、149 條 1 項後段、162 條 1 項、175 條 2 項、185 之 1 條 3 項後段、185 之 1 條 6 項、189 之 2 條 1 項、198 條 1 項、202 條 2 項、217 條、227 條 4 項、228 條 2 項、238 條、240 條 1 項、2 項、258 條、260 條 2 項、268 條、272 條 3 項、282 條 1 項前段、283 條前段、289 條 2 項後段、293 條 2 項後段。〔參見附錄三：四級刑罰條文表的 1 表〕

最重本刑三年以下有期徒刑，得選科拘役或罰金的規定，如：處「三年以下有期徒刑、拘役、十萬元以下罰金」（28 等刑）的規定有，刑法第 358 條、360 條。處「三年以下有期徒刑、拘役、三千元以下罰金」（29 等刑）的規定有，刑法第 193 條。處「三年以下有期徒刑、拘役、二千元以下罰金」（30 等刑）的規定有，刑法第 284 條 2 項後段。處「三年以下有期徒刑、拘役、三萬元以下罰金」（31 等刑）的規定有，刑法第 182 條及 315 之 1 條。處「三年以下有期徒刑、拘役、一千元以下罰金」（32 等刑）

的規定有，刑法第 277 條 1 項。處「三年以下有期徒刑、拘役、一萬元以下罰金」(33 等刑)的規定有，刑法第 339 之 2 條 1 項、2 項及 352 條。處「三年以下有期徒刑、拘役、五百元以下罰金」(34 等刑)的規定有，刑法第 133 條、154 條 1 項前段、158 條、183 條 3 項、214 條、215 條、349 條 1 項、355 條。處「三年以下有期徒刑、拘役、三百元以下罰金」(35 等刑)的規定有，刑法第 135 條 1 項、2 項、177 條 1 項、304 條 1 項。〔參見附錄三：四級刑罰條文表的 2 至 9 表〕

最重本刑是二年有期徒刑，如：處「二年以下有期徒刑」(36 等刑)的規定有，刑法第 109 條 4 項、151 條、152 條、180 條 2 項、204 條 1 項、271 條 3 項、289 條 1 項、347 條 4 項。處「二年以下有期徒刑、拘役、二十萬元以下罰金」(37 等刑)的規定有，刑法第 185 之 3 條 1 項。處「二年以下有期徒刑、拘役、三萬元以下罰金」(38 等刑)的規定有，刑法第 235 條 1、2 項。處「二年以下有期徒刑、拘役、三千元以下罰金」(38 等刑)的規定有，刑法第 253 條。處「二年以下有期徒刑、拘役、二千元以下罰金」(39 等刑)的規定有，刑法第 276 條 1 項、318 條。處「二年以下有期徒刑、拘役、一千元以下罰金」(40 等刑)的規定有，刑法第 108 條 2 項、110 條 1 項、153 條、192 條、279 條 1 項前段、310 條 2 項、313 條。處「二年以下有期徒刑、拘役、一萬元以下罰金」(40 等刑)的規定有，刑法第 234 條 2 項。處「二年以下有期徒刑、拘役、五千元以下罰金」(41 等刑)的規定有，刑法第 186 之 1 條 3 項、187 之 2 條 3 項、318 之 1 條。處「二年以下有期徒刑、拘役、五百元以下罰金」(41 等刑)的規定有，刑法第 147 條、164 條、165 條、184 條 4 項、186 條、189 條 4 項、354 條、356 條。處「二年以下有期徒刑、拘役、三百元以下罰金」(42 等刑)的規定有，刑法第 252 條、305 條、307 條。〔參見附錄三：四級刑罰條文表的 10 至 16 表〕

最重本刑處一年以下有期徒刑的，如：處「一年以下有期徒刑」(43 等刑)的規定有，刑法第 111 條 3 項、112 條、161 條 1 項、239 條。處「一年以下有期徒刑、拘役」(44 等刑)的規定有，刑法第 269 條 1 項。處「一年以下有期徒刑、拘役、三千元以下罰金」(45 等刑)的規定有，刑法第 117 條、234 條 1 項、328 條 5 項。處「一年以下有期徒刑、拘役、五萬元以下罰金」(46 等刑)的規定有，刑法第 157 條、316 條。處「一年以下有期徒刑、拘役、一千元以下罰金」(47 等刑)的規定有，刑法第 255 條、284 條 2 項前段、292 條、312 條 2 項、317 條。處「一年以下有期徒刑、拘役、五百元以下罰金」(48 等刑)的規定有，刑法第 173 條 2 項、178

條 2 項、281 條、284 條 1 項後段、285 條、309 條 2 項、310 條 1 項。處「一年以下有期徒刑、拘役、三百元以下罰金」(49 等刑)的規定有，刑法第 118 條、127 條 2 項、132 條 2 項、3 項、136 條 1 項前段、137 條 1 項、139 條、150 條 1 項、160 條、171 條、173 條 4 項、183 條 2 項、202 條 3 項、203 條、206 條、212 條、306 條。處「一年以下有期徒刑、拘役、三千元以下罰金」(49 等刑)的規定有，刑法第 189 之條 1 項、2 項、339 之 1 條。〔參見附錄三：四級刑罰條文表的 17 至 23b 表〕

最重本刑是六月以下有期徒刑的，如：處「六月以下有期徒刑、拘役、一千元以下罰金」(50 等刑)的規定有，刑法第 191 條、269 條 2 項。處「六月以下有期徒刑、拘役、五千元以下罰金」(51 等刑)的規定有，刑法第 190 之 1 條 4 項。處「六月以下有期徒刑、拘役、五百元以下罰金」(51 等刑)的規定有，刑法第 208 條 2 項、262 條、284 條 1 項前段。處「六月以下有期徒刑、拘役、三百元以下罰金」(52 等刑)的規定有，刑法第 149 條 1 項前段、163 條 2 項、174 條 3 項、179 條 3 項、184 條 3 項、189 條 3 項、190 條 3 項、207 條、246 條。處「六月以下有期徒刑、拘役、一百元以下罰金」(53 等刑)的規定有，刑法第 140 條 1、2 項、288 條 1 項、2 項、293 條 1 項。〔參見附錄三：四級刑罰條文表的 24 至 27 表〕

第五項 五級刑罰

五級刑罰是微刑，是僅科拘役或罰金的犯罪，有拘役刑與罰金刑選科，罰金的數額有三千元以下、五百元以下、三百元以下、一百元以下；亦有專科罰金刑者，罰金的數額是二千元以下、一千元以下、五百元以下、三百元以下。處五級刑罰的犯罪，在整體的刑事不法行為中，都相當輕微，例如賭博罪、妨害書信秘密罪、公然侮辱罪等。

五級刑罰中，最重得處拘役的，如：處「拘役、三千元以下罰金」(54 等刑)的規定有，刑法第 315 條。處「拘役、五百元以下罰金」(55 等刑)的規定有，刑法第 263 條。處「拘役、三百元以下罰金」(56 等刑)的規定有，刑法第 175 條 3 項、180 條 3 項、181 條 2 項、309 條 1 項、312 條 1 項。處「拘役、一百元以下罰金」(57 等刑)的規定有，刑法第 141 條。〔參見附錄三：五級刑罰條文表的 1 至 4 表〕

處專科罰金的，如：處「二千元以下罰金」(58 等刑)的規定有，刑

法第 254 條。處「一千元以下罰金」(59 等刑)的規定有，刑法第 266 條 1 項。處「五百元以下罰金」(60 等刑)的規定有，刑法第 159 條、196 條 2 項、337 條。處「三百元以下罰金」(61 等刑)的規定有，刑法第 148 條、208 條 1 項。處「一百元以下罰金」(62 等刑)的規定有，刑法第 198 條 2 項。〔參見附錄三：五級刑罰條文表的 5 至 9 表〕

第五節 法定刑的攀比檢證

在法定刑的編制排序後，針對編制排序的法定刑進行攀比檢證，是法定刑實現罪刑均衡不可迴避的工作。法定刑的攀比，讓法定刑的罪刑均衡變得有跡可循；然而法定刑的攀比並非隨意遨遊，其有一定規則存在，否則攀比的結果將喪失任何意義。

法定刑的攀比，不是罪刑間的較量，而是罪與罪之間的某種可比性，導致刑與刑的相互比較產生意義⁶⁵。罪與罪之間的可比性，及其刑罰比較後所生的意義，因罪質相同或不同，而有所不同。罪質不同時，如侵害生命法益的行為、侵害身體法益的行為、侵害財產法益的行為，三者相較，侵害生命法益者最重，逐次遞減，三者之間刑法相互比較的意義在於，對於侵害生命法益行為的刑罰最重，逐次減輕。罪質相同或高度相似時，刑罰比較的意義就在於，彼此之間的刑罰是否相近，若不相近則表示在此之中有刑罰過重。

應注意的是，在檢證之前，必須先針對侵害各種法益的犯罪，擷取各種罪刑關係的原型，也就是侵害某種法益犯罪的基礎行為樣貌，並為該原型犯罪定位刑罰質量。對應犯罪原型的刑罰原型基準，是合乎人性事理的刑度，是刑罰制定合理化的關鍵⁶⁶。擷取罪刑原型之後，順著罪量，縱向移動，調整法定刑的量；對比其他罪質，橫向移動，比較其與其他法定刑的關係。立法宏觀的罪刑均衡，是微觀的法定刑攀比累積而得，罪刑原型就是法定刑攀比的關鍵基點；罪刑原型的法定刑不是憑空誕生，事實上也是透過相互比較而得。若基點定位得當，無論是縱向或橫向的位移，都能趨近合理；相反的，基點定位失當，法定刑的攀比結果將容易畸形。整個

⁶⁵ 劉守芬、余錚、汪明亮、方泉、方文軍，註 47 書，頁 93。

⁶⁶ 臧冬斌，註 61 書，頁 221；劉遠，量刑原理探究，量刑規範化理論探要（劉遠、湯建國主編），中國人民公安大學，2010 年，頁 27。

攀比檢證的工程，並非易事；人民情感又會隨著社會變遷而發生變異，更增添攀比的難度。

單一刑法典的國家或地區，進行法定刑的攀比檢證，在實踐上較為容易，因為材料集中而不零散，便利進行零遺漏的檢證。然而，臺灣除了普通刑法典之外，更有琳瑯滿目的特別刑法與附屬刑法規定，除非是以研究團隊的模式，佐以相當時間的悉心攀比，不然僅一人之力，實難進行全面性的檢證。是故，本文在攀比檢證的工作上，分為：普通刑法體系內的攀比、普通刑法與特別刑法的攀比、普通刑法與附屬刑法的攀比，於這三類攀比工作上，先針對各類型的特性提出管見，再以例示方式進行討論。

第一項 普通刑法體系內的攀比

普通刑法典中的攀比檢證，應先確定罪刑原型處於罪刑均衡的狀態，也就是說，基本的構成要件與法定刑是處於對等狀態。若能確定罪刑原型是均衡的，接下來藉由攀比，會有以下幾項任務：一、罪刑原型內，犯罪加重減輕的法定刑變化，這是法定刑攀比的最微觀；二、同罪章的各罪之間法定刑攀比，以期達到罪章自身的罪刑均衡；三、異罪章的法定刑攀比，觀察刑罰是否處於合理分布的狀態。

純粹罪刑原型內的法定刑攀比，意義不大，因為彼此關係單純，或是罪刑原型的加重結果犯，或預備犯，或結合犯，或身分加重或減輕處罰規定，罪量與刑量的關係明顯。同罪章的各罪間法定刑攀比，意義有限，罪章內的各罪刑可與罪刑原型相比，但仍應囿限於罪章內，無法釐清某罪刑之於整體法秩序的位置，如果罪刑原型設定有誤，罪章內的各罪刑也就難查異狀。

不同罪章的各罪間法定刑攀比，是法定刑攀比中最具意義者。因為不同罪章的各罪間法定刑攀比，可以檢視各罪章的罪刑原型是否妥適，又能夠進一步看見整個刑事法體系的價值。如此一來，立法者在設計法定刑時，能夠顧及全面，方才不會有此輕彼重的不協調感。整個法定刑體系，就是在法定刑彼此之間相互攀比檢證，隨即修正而趨於完美。君可見刑法分則的修正理由謂「某刑度似嫌過輕」、「某刑度似嫌過重」等語，除了反映民眾法情感的變化之外，更重要的是因攀比而生的罪量改變。

茲以刑法第三十章搶奪強盜及海盜罪為例，並設刑法第 325 條搶奪罪為罪刑原型⁶⁷，進行普通刑法體系內罪刑攀比的局部檢證：

一、罪刑原型內的法定刑攀比

刑法第 325 條搶奪罪規定，「意圖為自己或第三人不法之所有，而搶奪他人之動產者，處六月以上五年以下有期徒刑。(第 1 項)因而致人於死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑，致重傷者，處三年以上十年以下有期徒刑。(第 2 項)第一項之未遂犯罰之。(第 3 項)」本條第 1 項是搶奪罪的原型，法定刑為「六月以上五年以下有期徒刑」(17 等刑)。

原型犯罪的法定刑，並非天生，亦是經由相互比較而得。在犯行上，搶奪罪是行為人出於取得意圖，以暴力手段掠取他人來不及防備的財物。其常與竊盜罪、強盜罪等，同屬以腕力取得財物類型的犯罪比較。雖同屬財產犯罪，搶奪罪的罪質高於竊盜罪，竊盜是以和平手段取得被害人非緊密持有的財物，搶奪是非和平手段掠得被害人緊密持有的財物；但搶奪罪的罪質低於強盜罪，因為強盜罪的暴力已經達到致使他人不能抗拒的程度，搶奪雖亦使用暴力，但其程度未達他人不能抗拒⁶⁸。

反映在刑度上，刑法第 320 條 1 項原型竊盜罪的法定刑「處五年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金」(25 等刑)；原型搶奪罪的法定刑「六月以上五年以下有期徒刑」(17 等刑)；刑法第 328 條 1 項原型強盜罪的法定刑「五年以上有期徒刑」(11 等刑)。搶奪罪與強盜罪相比，強盜行為的罪量高出許多，因為該行為已經達到致被害人不能抗拒的程度，所以二罪的刑罰以五年有期徒刑為界，搶奪罪在五年以下，強盜罪則是五年以上。

竊盜罪與搶奪罪的最高法定刑，同屬五年以下，表示二罪的最大罪量相當；又最低法定刑裡，前者是二月以上五年以下，且有拘役與罰金可以適用，後者則是六月以上五年以下，可見竊盜的最小罪量較低。竊盜與強盜差別在於取財手段是否和平，前者手段和平，故最小罪量較低、刑量亦低；但這項差異卻對二罪的最大罪量與刑量認定沒有影響，是否妥當，應

⁶⁷ 若要以刑法第 320 條竊盜罪或第 328 條強盜罪，作為刑法第三十章搶奪強盜及海盜罪的原型，亦無不可。本文只是以為，搶奪罪居竊盜罪與強盜罪之中，以此作為前開罪章犯罪規定的原型，上可達強盜、下可至竊盜，或許較易說明。

⁶⁸ 林山田，註 31 書，頁 367。

有深究必要。

搶奪罪與強盜罪的差別則在於，被害人是否喪失抗拒能力。強盜罪是強制行為破壞他人抗拒意志，再豪取強奪。由此觀之，搶奪罪與竊盜罪，似乎沒有這麼強烈的差別，雖然手段之間存有差異，但竊盜與搶奪的不法腕力並非壓制被害人的反抗，而是取財行為的樣態，皆未破壞他人抗拒意志。是故，刑法第 329 條規定，「竊盜或搶奪」若因防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證而產生破壞他人抗拒意志的強暴脅迫行為時，構成準強盜罪。可見竊盜罪與搶奪罪，之所以與強盜罪產生罪質與罪量的位移改變，關鍵在於是否存有致使他人不能抗拒的行為。

在比較法上，日本刑法只有竊盜罪與強盜罪之分，不像臺灣刑法在竊盜罪與強盜罪之間，鑲嵌搶奪罪。日本法認為，搶奪行為通常情形是成立竊盜罪，除非客觀上已經行使足以壓制對方抵抗的暴力時，便成立強盜罪⁶⁹。也就是說，只要沒有致使被害人不能抗拒而不法取得他人財產的行為，罪質罪量是相同的。回應到臺灣刑法，竊盜罪與搶奪罪的最高法定刑均是五年以下有期徒刑，即屬其理；同樣有區分竊盜罪、搶奪罪及強盜罪的大陸，該刑法第 264 條竊盜罪與第 267 條搶奪罪的最高法定刑亦相同，與臺灣情形一致。

總的來說，刑法第 325 條 1 項作為搶奪罪的原型，其法定刑尚屬合理⁷⁰。至於罪刑原型內的法定刑攀比，同條 2 項搶奪致死或致重傷罪，刑度均高於搶奪罪，亦無疑問。

二、同罪章的各罪間法定刑攀比

刑法第三十章搶奪強盜及海盜罪，在以刑法第 325 條搶奪罪為原型的前提下，該章有二種重要的罪量變化，一是行為人的暴力掠奪行為，已經

⁶⁹ 關於搶奪行為（ひったくり）的討論，可以參見：山口厚，刑法各論，有斐閣，2010 年二版，頁 218；西田典之，刑法各論，弘文堂，2009 年四版，頁 158；山中敬一，註 50 書，頁 278、279；板倉宏，刑法各論，勁草書房，2004 年，頁 110。但是，亦有論者認為，應衡量被害人主觀上被壓制而無法反抗，如：大塚仁，刑法概說（各論），有斐閣，2005 年三版，頁 214。

⁷⁰ 在本罪章，若設刑法第 328 條 1 項強盜罪及其處罰為罪刑原型，則搶奪罪在罪量上較強盜罪為低——強盜罪的不法暴力行為達到致使人不能抗拒，但搶奪罪無庸到這種程度，所以搶奪罪的刑量亦隨之降低。

達到致他人不能抗拒的程度，經縱向位移，罪量加重，成為刑法第 328 條強盜罪；另一是行為型態改變，「駕駛船艦，意圖施強暴、脅迫於他船或他船之人或物者」或「船員或乘客意圖掠奪財物，施強暴、脅迫於其他船員或乘客，而駕駛或指揮船艦者」，罪質有變、罪量加重，為刑法第 333 條海盜罪。搶奪罪、強盜罪及海盜罪，其各罪之間按行為情節，又有罪量之分。

強盜罪與海盜罪，除了罪量均高於搶奪罪，且罪質亦有些為不同。強盜罪除了暴力掠取財產外，如前文所言，更有壓制被害人抑制的強制行為於其中；海盜罪的變化更大，其基本型態與財產犯罪似乎較無關聯，而係強制罪的特殊情形，行為人意圖施強暴脅迫，只是行為地在海上，行為客體是船艦或船艦的人或物，反而準海盜罪是「意圖掠奪財物」而施強暴脅迫，與財產犯罪關係方才密切⁷¹。此外，加重的搶奪罪與加重的強盜罪，罪量有所變化，以及強盜罪的結合犯與海盜罪的結合犯，罪質罪量都有加劇，整體法定刑抬高，應屬合理。

值得討論的是，搶奪致死罪、強盜致死罪及海盜致死罪的法定刑。前述三罪的法定刑分別是「無期徒刑或七年以上有期徒刑」、「死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑」及「死刑、無期徒刑或十二年以上有期徒刑」。最輕本刑的差別，或許是因為搶奪致死罪、強盜致死罪及海盜致死罪，三種加重結果犯的基礎行為罪量有差，但三罪的加重結果均是造成被害人死亡，何以搶奪致死罪最重法定刑是無期徒刑，其餘二罪卻是死刑。無論基礎行為如何，致被害人死亡的加重結果均以發生，其最嚴重程度均同，立法者卻有這樣的區分，頗值省思。

另外，罪質與刑質應對等，攻擊生命法益或超個人全體安全法益的犯罪，比如殺人罪、暴動內亂罪等，該類犯罪的罪質最重，相對的刑質亦最重，本屬合理。但是，搶奪致死罪、強盜致死罪及海盜致死罪均非攻擊生命法益或超個人全體安全法益的犯罪，其基礎行為的主要成分均被歸類為財產犯罪（鑑於罪章及法律體系，海盜罪姑且算入），雖不幸因過失致生加重結果，導致被害人死亡，但罪質本身並未有如此異變，法定刑卻以最重刑質，即死刑相繩，恐怕不妥。同理，強盜罪與海盜罪結合故意殺人罪的法定刑，因對生命法益發動猛烈攻擊，若情狀嚴重而以死刑，並無不可；

⁷¹ 學者對於刑法第 333 條海盜罪的構成要件，多有批判。參見：林山田，註 31 書，頁 413；甘添貴，註 30 書，頁 206。另外，林志勇，海盜罪之研究，中央警大法學論集 19 期，2010 年，頁 182 以下，有對海盜罪的修法，提出寶貴的建議。

但結合放火、強制性交、擄人勒贖及重傷等故意行為，最重法定刑設為死刑，恐怕亦屬罪質與刑質的不對等。

總之，由本罪章的各罪間法定刑攀比，約略可知，與搶奪罪相較，舉凡強盜罪、海盜罪及本罪章的加重結果犯、結合犯等，罪質罪量均高於本罪章的罪刑原型，故法定刑高於搶奪罪，並無疑問。但是，本罪章的犯罪行為，均無刻意攻擊生命法益或超個人全體安全法益的犯罪，亦即沒有最重罪質的犯罪，但與之相對的刑罰卻有最重刑質，也就是死刑存在，應有檢討空間。

至於搶奪罪以外的本章之罪，與搶奪罪相較之下所增加的刑度，是否合宜，事實上不是本罪章的各罪間法定刑攀比檢證可以獲悉，而是需要透過不同罪章的各罪之間進行攀比，才能夠獲悉。是故，在此不對搶奪強盜及海盜罪章進行整體刑度評析。

三、異罪章的各罪間法定刑攀比

純粹罪刑原型內的法定刑攀比，以及同罪章的各罪間法定刑攀比，意義有限。前者太過單純，只見根枝；後者雖然較為複雜，但仍應囿限於罪章內，雖能見樹木但仍不見森林，無法釐清某罪刑之於整體法秩序的位置，如果罪刑原型設定有誤，罪章內的各罪刑也將畸形。不同罪章的各罪間法定刑攀比，是法定刑攀比中最具意義者，唯獨此種攀比方式，較能夠飽覽刑事法體系全貌與價值。

相異罪章的各罪間法定刑攀比，並非要求進行攀比者端出整部法典前後對照，而是針對主要檢證的罪章或條文，及其相關的罪章或法條，進行攀比檢證即可。能綜覽法典前後當然最佳，但個人的能力有限，非以團隊方式進行，恐怕難矣；然而法典各章各罪之間，環環相扣，若能仔細將眼前相關的各罪章或各罪進行詳實攀比，已經稱得上是功德圓滿。

今以刑法第三十章搶奪強盜及海盜罪為主，輔以刑法第 271 條殺人罪、第 276 條 1 項過失致死罪、第 278 條重傷罪、第 286 條 1 項後段過失致重傷罪，以及第三十三章恐嚇及擄人勒贖罪，進行簡易攀比。其相關聯處在於：搶奪強盜及海盜罪章中有許多加重結果致死或重傷的規定，加上強盜罪的結合犯，有強盜罪與殺人、使人受重傷相結合；又強盜罪與擄人勒贖

罪均屬最嚴重的財產犯罪，且實務多有混淆⁷²，頗有攀比意義。對於攀比結果，約可得到下列想法：

1. 關於加重結果致死罪：如前文所言，死刑是刑質最重者，其應與罪質最重者相互對等，即侵害生命法益，或侵害超個人重要安全法益的犯罪，然上述攀比的法定刑，除搶奪致死罪無死刑規定外，其餘均有，但這些有死刑規定的加重結果行為，均非惡意攻擊生命法益，所以刑量恐怕過重。另外，由加重結果犯的結構觀察，是故意犯罪（基礎行為）加上過失犯罪（加重結果）所組成。以搶奪致重傷罪為例，其法定刑是「無期徒刑或七年以上有期徒刑」，其法定刑竟與重傷致死罪相同；又搶奪罪與過失致死罪的法定刑分別是「六月以上五年以下有期徒刑」、「二年以下有期徒刑、拘役或二千元以下罰金」。二相比較，更顯示搶奪致死罪、強盜致死罪、擄人勒贖致死罪的處罰似乎均屬過重，恐怕是立法者受制於濫刑思想的幽魂。
2. 關於加重結果致重傷罪：與前相同，搶奪致重傷罪，科處「三年以上十年以下有期徒刑」，強盜致重傷罪「無期徒刑或七年以上有期徒刑」，擄人勒贖致重傷罪「死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑」，無論何者與各罪之刑及過失致重傷罪的加總相較，皆屬過重。特別是擄人勒贖致重傷罪，竟然可以科處死刑，罪質與刑質顯然不對等。
3. 關於強盜罪的結合犯，以及擄人勒贖罪的結合犯：結合犯因法律規定，將原本二個獨立的故意犯合而為一，並加重其處罰的犯罪類型。結合犯可分為實質或形式的結合犯，前者是某犯罪的內涵，本會蘊藏二種以上犯罪的特性，如強盜罪必有妨害自由與竊盜或搶奪的性質；後者則是，

⁷² 實務多有認為「擄人勒贖並不以被擄人與被勒贖人不屬同一人為必要」，「意圖勒贖而擄人者，亦即行為人有使被害人以財物取贖人身之意思而為擄人行為，即應認構成意圖勒贖而擄人罪。該罪亦不以須向被擄人以外之人勒索財物為必要。」可以參見：最高法院 85 年度台上字第 3675 號、93 年度台上字第 2859 號判決。這樣的看法恐怕混淆強盜罪與擄人勒贖罪之異同關鍵，即擄人勒贖是以「三面關係」：行為人、被擄人、被勒贖人為前提。可以參見：林山田，註 31 書，頁 512、513；林東茂，註 4 書，頁 2-212 以下；林東茂，強盜或擄人勒贖一評台南高分院八十九年度上重更二字第四九二號判決，月旦法學 76 期，2001 年，頁 197 以下；盧映潔，註 31 書，頁 711。若以日本法為例，也是肯認三面關係的存在，該國刑法第 225 之 2 條，明顯可以看出行為人、被擄人以及被勒贖人（近親或其他擔憂被擄人安危者），詳見：山中敬一，註 50 書，頁 135；川端博，刑法各論講義，2010 年二版，頁 178。更有論者進一步指出，被勒贖人必須與被擄人有社會通念上的當然特別關係，參見：板倉宏，註 69 書，頁 67。惟在臺灣，亦有學者支持實務看法，而不以區分是否為三面關係為要，如甘添貴，註 30 書，頁 415。

二罪以上本來可以各自獨立成罪，再依數罪併罰論刑，但立法者著眼於犯罪時空密接，且犯行造成的危害更大，行為人惡性更深，遂於立法上將之合為一罪，並且加重刑罰，以收懲儆之效⁷³。形式的結合犯有時產生過度擴張刑罰的效果，反而有流入濫刑的疑慮⁷⁴，可見這應該是刑罰一般預防思想的考慮⁷⁵。本文以為刑罰的威嚇力僅是罪刑均衡下的附隨效果，對於形式結合犯抱有疑慮，恐使罪刑失衡。例如，刑法第 332 條 2 項 4 款，強盜罪與重傷罪的結合犯，處「死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑」；強盜罪「五年以上有期徒刑」、重傷罪「五年以上十二年以下有期徒刑」，二者數罪併罰，按刑法第 51 條 5 款最重科處二十七年。今某甲對乙同時犯強盜與重傷，構成強盜罪與重傷罪的結合犯，最重可以判處死刑；若甲上午對乙強盜，下午見之又對其重傷害，最重則科處二十七年。此外，強盜罪與重傷罪結合犯的法定刑，已與殺人罪旗鼓相當。是故，立法者有無必要設計結合犯，或結合犯的法定刑度，都有討論空間。

4. 關於擄人勒贖罪：經攀比檢證可以發現，擄人勒贖罪的法定刑相當不合理。其一，擄人勒贖與強盜均屬暴力取財行為；但本於擄人勒贖罪的三面關係，除行為人外，被害人有被擄人及被勒贖人，被擄人的行動自由受制，被勒贖人的意思決定自由受制，至於強盜罪則是二面關係，被害人受行為人強暴脅迫而無力抵抗，基本上行動及意思決定的自由恐亦不存在。基本上，二罪的罪質罪量相當接近，只是擄人勒贖罪因為涉及三面關係，可能罪的質量稍重；但二罪法定刑卻相差天南地北，擄人勒贖罪的法定刑是「死刑、無期徒刑或七年以上有期徒刑」（4 等刑），強盜罪則是「五年以上有期徒刑」（11 等）；未對生命法益產生侵害的擄人勒贖罪，竟有死刑規定。其次，擄人勒贖致死或致重傷罪的法定刑分別是，「死刑、無期徒刑或十二年以上有期徒刑」（2 等刑）、「死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑」（3 等刑），與擄人勒贖罪的法定刑，在刑量上的相距甚小，難以界分加重結果對於基礎行為擄人勒贖的影響，不利罪刑質量對等。又預備擄人勒贖罪的法定刑「二年以下有期徒刑」（36 等刑），與預備殺人罪相同，也有檢討空間。

由上述可知，普通刑法體系內的攀比檢證，最具實益者是，異罪章的

⁷³ 張麗卿，註 4 書，頁 128。

⁷⁴ 林山田，論結合構成要件—兼評最高法院刑事庭會議的決議，刑法的革新，學林，2001 年，頁 285。

⁷⁵ 林東茂，註 4 書，頁 1-70。

法定刑攀比，但是罪刑原型內、同罪章的各罪之間的攀比，亦不能忽略，因為攀比是由微觀逐漸宏觀的一個檢證法定刑的過程。

經由前面粗略攀比的部份，雖然尚無法給予精確篤定的修正建議，但至少有三個方向是確定的：(1) 所有的加重致死或重傷罪的法定刑，均有過量的疑慮，實有檢討必要。例如擄人勒贖致重傷罪的刑度，竟與殺人罪相同。此外，加重致死或重傷罪的法定刑，不應有死刑規定，因為本於罪質與刑質對應的要求，這些犯罪應無攻擊生命法益等罪質的現象，自不應以同等的刑質刑罰約束。(2) 結合犯可以考慮刪除，回歸故意犯罪個別判斷，數罪併罰。結合犯是立法者的刻意為之，將本來分別的故意二罪共冶一爐，但將二種不同罪質的犯行，硬是對應到某種刑質，下場就是趨重，反而破壞罪刑對等。(3) 擄人勒贖罪的法定刑有迫切修法需要。該罪的質與強盜相近，但法定刑卻是「死刑、無期徒刑或七年以上有期徒刑」，而與殺人罪的法定刑相近，又預備擄人勒贖罪的刑度更與預備殺人同。對此，該罪法定刑似可與強盜罪靠攏，修正為「五年以上有期徒刑」，預備犯「一年以下有期徒刑、拘役或三千元以下罰金」；至於致死或致重傷罪，則可修正為「十年以上有期徒刑」、「七年以上有期徒刑」。

第二項 普通刑法與特別刑法的攀比

除了普通刑法自身的攀比之外，普通刑法與特別刑法的攀比，也是相當重要。特別刑法是基於特定目的，規範特定範圍人或事的刑事法，例如陸海空軍刑法規範特定的人——現役軍人，懲治走私條例規範特定的事——私運行政院公告的管制物品且逾公告數額；特別刑法可能具有時效性，如 2004 年廢止的妨害國家總動員懲罰暫行條例，是規範特定時期的人或事——抗戰時期的國家總動員。

臺灣的特別刑法為數頗眾，學者多指責是重刑思想導致⁷⁶；然而，更重要的原因應該是，動亂年代的歷史悲哀，以及落後的立法技術⁷⁷。有些

⁷⁶ 林山田，註 4 書，頁 49；許澤天，對特別刑法敲響一記警鐘的釋字第 669 號，台灣法學 149 期，2010 年，頁 189。

⁷⁷ 筆者以為，臺灣的特別刑法，並不完全因為國人的重刑思想，而是國家特殊的歷史境遇，以及立法者良莠不齊導致。1912 年滿清覆亡，民國成立，百廢待舉，法制亦然，起先暫行岡田朝太郎氏為清廷草擬而未正式施行的刑律，直到 1928 年才有刑法，現行刑法則是 1935 年所公布施行者。但是，為了現實需要，在刑法完成立法之前，遂

特別刑法，為規範特定的人事，或許有存在的必要；但有些特別刑法卻是疊床架屋的規範，在刑法已經有所規範的基礎上，搞出一堆贅肉規定。對於有存在必要的特別刑法，利用攀比檢證，可以獲悉該法的法定刑是否合乎整體刑法秩序，便利法律的修正調整；反之，針對宛如贅肉般的特別刑法，藉由攀比檢證，除了釐清法定刑的應然之外，更可藉此思索該類特別刑法的去留——是繼續存在，還是回歸普通刑法。

茲以貪污治罪條例與刑法瀆職罪章進行攀比。由下述攀比過程可知，貪污治罪條例與刑法瀆職罪的相似度極高，貪污治罪條例的立法目的，似乎只在於加重刑法瀆職罪的刑罰，以及針對刑法瀆職罪相關的貪瀆犯罪行為，建構更詳盡的構成要件⁷⁸。這樣的特別刑法，明顯是為了一般預防的目的，是心理強制說的極端表現，強調嚴刑峻罰的威嚇功能，希望經由法律的嚴刑規定，以及對犯罪人的判決，顯示國家嚴肅實施刑罰的決心⁷⁹。

制定些許特別刑法，如 1914 年的官吏犯贓治罪條例、嗎啡治罪條例、懲治盜匪法；可惜 1928 年與 1935 年的刑法並未了結當時的特別刑法。爾後歷經北伐、抗戰、戡亂及戒嚴，每每遇到紛亂的時局，國家都在刑法之外，以刑罰較嚴厲的特別法加以規範，所以前面舉例的官吏犯贓治罪條例、嗎啡治罪條例、懲治盜匪法，分別化身為戡亂時期貪污治罪條例、戡亂時期肅清煙毒條例、懲治盜匪條例。隨著動盪時代過去，立法者並未嚴守立法技術，將特定時期的特別刑法送入歷史，反將戡亂時期貪污治罪條例、戡亂時期肅清煙毒條例又分別以貪污治罪條例、毒品危害防制條例繼續留用到現在，懲治盜匪條例則於 2002 年廢止。

⁷⁸ 張麗卿，臺灣貪污犯罪實況與法律適用之疑難，法學新論 28 期，2011 年，頁 9 以下；柯耀程，貪污治罪條例在適用上的評估與檢討——貪污治罪條例與刑法相關規定之適用與競合，月旦法學第 94 期，2003 年 3 月，頁 49 以下。

⁷⁹ 被譽為德國現代刑事法學的創始人費爾巴哈（Paul Johann Anselm von Feuerbach, 1775-1833），創設一般預防理論的威嚇邏輯。依費氏見解，人皆有權衡利害之能力，凡理性之人，皆知慾望不能滿足雖有痛苦，但如以犯罪方式滿足慾望，從而接受刑罰制裁，其痛苦必大於慾望不能滿足的痛苦。經由此種權衡，理性之人寧捨刑罰之痛苦，而忍受慾望不能滿足的痛苦。刑罰因此具有心理強制之作用，可以嚇阻一般社會大眾，使之在犯罪的邊緣懸崖勒馬。這就是所謂的「心理強制說」。參見：張麗卿，司法精神醫學——刑事法學與精神醫學之整合，元照，2011 年三版，頁 150；Paul Johann Anselm von Feuerbach 著，徐久生譯，德國刑法教科書（Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts），中國方正，2010 年，頁 28 以下。

一、攀比檢證：刑法瀆職罪章與貪污治罪條例

（一）刑法瀆職罪章與貪污治罪條例的重疊規範

1. 貪污治罪條例第 4 條與刑法規定相似者：條例第 4 條 1 項 1 款公務員竊取或侵占公用公有器材或財物的行為處罰，與刑法第 134 條、320 條、336 條重疊；第 2 款公務員藉勢或藉端強取財物罪，可依刑法第 328 條、346 條，再依同法第 134 條處理；第 3 款公務員經辦公用工程或採購公用器材物品時，浮報價額或數量、收取回扣或其他舞弊等行為，與刑法第 121 條、122 條、131 條重疊；第 5 款則與刑法第 122 條 1 項相同⁸⁰。
2. 貪污治罪條例第 5 條與刑法規定相似者：條例第 5 條 1 項的各款規定均與刑法的規範互相重疊。該條項第 1 款與刑法第 129 條 1 項違法徵收罪、第 131 條違背職務圖利罪重疊；第 2 款職務詐取罪，得以刑法第 134、339 條普通詐欺罪與公務員加重處罰規定處理；第 3 款與刑法第 122 條不違背職務收賄罪一致，應可直接回歸適用。
3. 貪污治罪條例第 6 條與刑法規定相似者：條例第 6 條 1 項 1 款、2 款的規定與刑法第 129 條、131 條相同；第 3 款的侵占行為與刑法第 336 條的相同⁸¹；第 4 款與刑法第 131 條違背法令圖利罪重疊。

（二）刑法瀆職罪章與貪污治罪條例的刑罰比較

1. 貪污治罪條例第 4 條 1 項之罪，可處「無期徒刑或十年以上有期

⁸⁰ 貪污治罪條例第 4 條 1 項 4 款，關於利用公用運輸工具運輸違禁品或漏稅物的規定，應可直接刪除，因為其性質上為犯罪行為的方法手段，欠缺保護法益。參見：張麗卿，註 78 書，頁 9。

⁸¹ 貪污治罪條例第 6 條 1 項 3 款的「『竊取』職務上持有的非公用私有器材或財物」的行為，似乎沒有規範的必要，因為很難想像行為人會竊取自己已經持有之物。參見：張麗卿，註 78 書，頁 10。

徒刑，得併科新台幣一億元以下罰金」(與刑法的 6 等刑相當)。若以條例 4 條 1 項的法定刑與刑法相重疊者比較，比較兩者的刑度，可以發現法定刑相差懸殊。例如，貪污治罪條例第 4 條 1 項 3 款，與刑法第 121 條、122 條、131 條規範重疊，重疊的刑法規定中，以刑法第 122 條 1 項違背職務受賄罪的法定刑最高，得處「三年以上、十年以下有期徒刑，得併科七千元以下罰金」(13 等刑)，但與貪污治罪條例第 4 條 1 項的法定刑相比，宛如天淵。如與刑法攀比，貪污治罪條例第 4 條 1 項所科之刑，已經與強制性交致死罪相當；又刑法第 122 條 2 項規定，違背職務受賄因而違背職務，處「無期徒刑或五年以上有期徒刑」(8 等刑)，仍較違背職務受賄但尚未違背職務的貪污治罪條例第 4 條 1 項 5 款為輕。

2. 貪污治罪條例第 5 條第 1 項之罪，可處「七年以上有期徒刑，得併科新台幣六千萬元以下罰金」(與刑法的 10 等刑相當)。若以該條例條項第 1 款，與其重疊的刑法第 129 條、131 條法定刑「一年以上七年以下有期徒刑，得併科七萬元以下罰金」(14 等刑)相比，仍可發現法律效果的天差地別。
3. 貪污治罪條例第 6 條 1 項之罪，可處「五年以上有期徒刑，得併科新台幣三千萬元以下罰金」(與刑法的第 11 等刑相當)。該條項第 1 款與刑法第 129 條 2 項所涵攝的範圍高度相同，但刑法該條項的法定刑「一年以上七年以下有期徒刑，得併科七萬元以下罰金」(14 等刑)，與條例的法定刑相較，差距仍大。

二、攀比結果

(一) 攀比情況：貪污治罪條例的法定刑過重

攀比是各罪法定刑之間的比較；當罪質罪量相同時，若法定刑卻相差懸殊，更能看出受攀比的某方嚴重違反罪刑均衡。由上述刑法瀆職罪與貪污治罪條例第 4 條、5 條、6 條比較可知，事實上彼此之間的罪質罪量相當一致，但法定刑卻相差甚遠。這傳達一個訊息就是，究竟是刑法的法定刑太輕，還是貪污治罪條例的法定刑過重。

以貪污治罪條例第 4 條的法定刑「無期徒刑或十年以上有期徒刑」為例，對應對應本文的法定刑編制，相當於刑法二級六等的刑罰，該級等刑罰的犯罪，如刑法第 185 之 1 條 4 款前段的劫持大眾運輸交通工具致死罪、第 187 之 2 條 2 項前段的放逸核能放射線致死罪、第 226 之 1 條後段的犯強制性交猥褻罪與重傷罪的結合犯等。貪污犯罪所侵害的法益是，國家的廉潔性、公務行為的無酬性，以及社會大眾對國家的信賴等⁸²；如以同是超個人法益的犯罪相比，其罪質應不如劫持大眾運輸交通工具致死罪等侵害公眾安全法益的犯罪重，但其法定刑卻與二級六等的刑罰同，顯失均衡。

此外，貪污治罪條例第 5 條的法定刑「七年以上有期徒刑」，對應 10 等的刑罰，該類刑法上的犯罪有，刑法第 100 條 1 項的實行內亂罪、第 185 之 1 條 4 款後段的劫持大眾運輸交通工具致重傷罪、第 222 條的加重強制性交罪等；同條例第 6 條的法定刑「五年以上有期徒刑」，對應 11 等的刑罰，該類刑法上的犯罪有，刑法第 185 之 1 條 3 款前段的劫持大眾運輸交通工具罪、第 296 之 1 條 1 項的買賣質押人口罪、第 328 條 1 項的強盜罪等。總體而言，貪污治罪條例第 4 條、5 條、6 條的罪質罪量與其法定刑相較，皆屬過重。

回到刑法，若是公務員不違背職務收賄罪，依刑法第 121 條處「七年以下有期徒刑」，是三級 15 等的刑罰。事實上，公務員不違背職務收賄罪就是貪財，所以立法者設計的法定刑與刑法第 129 條公務員違法徵收剋扣款物罪、第 336 條 1 項公務員侵佔罪等處「一年以上、七年以下有期徒刑」相近，對於公務員貪財而侵害國家廉潔等法益的行為，在法定刑上相去不遠，或屬得宜。

至於刑法第 122 條 1 項公務員違背職務收賄的行為，法定刑是「三年以上、十年以下有期徒刑」，是二級刑罰的最輕者，位居 13 等的刑罰。這類犯罪的罪質確實較公務員未違背職務的收賄行為重，期除了貪財之外，更加深人民對國家廉能的懷疑，在法定刑的設計上，立法者將之與刑法第 130 條公務員廢弛職務致釀災害罪等同視之。對此，私以為可以稍事修改，因為公務員雖係違背職務收賄，但終究尚未違背職務，若果真違背職務，嚴重破壞人民與國家的信賴關係，依同條第 2 項處「無期徒刑或五年以上有期徒刑」，是二級 8 等刑罰；又刑法第 130 條的公務員瀆職行為已經致釀災害，但刑法

⁸² 林山田，註 29 書，頁 70、71；陳煥生、劉秉鈞，註 54 書，頁 29。

第 122 條 1 項並未真正違背職務，且該公務員也未必真會違背職務，而僅是貪財誇口，相互比較罪量稍輕。是故，或可考慮將法定刑調整為「三年以上、七年以下有期徒刑」，一方面其與刑法第 121 條均是公務員貪財犯行，罪質相同，最重法定刑應可取得一致，但將最輕法定刑較刑法第 121 條為高，表示公務員違背職務與未違背職務收賄的罪量不同，違背職務的收賄行為是不得緩起訴的相對重罪。

(二) 建議廢止貪污治罪條例，回歸刑法瀆職罪章

整體而言，關於公務員瀆職犯罪的法定刑，刑法的規定較貪污治罪條例為宜，立法者應考慮廢止貪污治罪條例，回歸刑法瀆職罪章⁸³。此外，由歷史考察可以發現，貪污治罪條例原是戡亂時期貪污治罪條例，應是具有時效性的特別刑法，本應隨著戡亂時期結束而終了，只是立法者不察，或過度相信重刑治國，才造成今日貪污治罪條例與刑法瀆職罪章並存的局面。

需要考量的是，貪污治罪條例廢止後，原先貪污治罪條例有，但刑法沒有相對應的規定，如貪污治罪條例第 6 條 5 款公務員非主管事務違法圖利罪⁸⁴、第 6 之 1 條公務員財產來源不明罪⁸⁵，若立法

⁸³ 絕大多數的學者，是持這樣的看法，諸如：鄭善印，貪污治罪條例在立法上之評估與檢討，月旦法學 94 期，2003 年，頁 66；余振華，廢止貪污治罪條例暨回歸普通刑法之可行性，月旦法學 94 期，2003 年，頁 83；余振華，刑法瀆職罪章與貪污治罪條例合併規定之檢討，法令月刊 59 卷 6 期，2008 年，頁 28 以下；高金桂，貪污治罪條例各罪之適用與競合，月旦法學 94 期，2003 年，頁 45；柯耀程，註 78 文，頁 57；陳志祥，貪污治罪條例在內容上之評估與檢討，月旦 94 期，2003 年，頁 33；張麗卿，註 78 文，頁 18。不過，也有論者認為，要保留貪污治罪條例，並建議未來修法的方向可集肅貪、防貪（含獎廉、倡廉措施及部分陽光法案內容）、肅貪組織於一法，將本條例變成一部內容完備的「貪污防制條例」（如同現在毒品危害防制條例集處罰與矯治於一法），參見：刑泰釗，就臺灣實務運作觀點，評現行貪污治罪條例，月旦法學 94 期，2003 年，頁 15。

⁸⁴ 論者認為，非自己主管或監督的事務，公務員應難有利可圖，故貪污治罪條例第 6 條 1 項 5 款的規定，實無必要；縱然有存在必要，也可與公務員貪污圖利罪合併。之所以會有這樣的立法，無怪乎是基於刑事政策的考量，增加公務員貪瀆行為的種類，擴張公務員犯罪的處罰範圍。張麗卿，註 78 文，頁 11；陳志祥，貪污治罪條例在內容上之評估與檢討，月旦 94 期，2003 年，頁 33。

⁸⁵ 關於財產來源不明罪爭議較多。簡言之，公務員財產來源不明罪的爭議在於，是否抵觸無罪推定原則，或被告緘默權的保障是否不足，以及檢察官負擔舉證責任的原則產生改變等。對於上述爭議，立法理由認為，無罪推定原則不具絕對性；緘默權亦非絕對權；為維護政府清廉及公眾的法益，應容許舉證責任轉換；由比較法觀之，香港、

者認為有規範必要，則可將之移入刑法瀆職罪章中適當的條文位置。

再者，刑法的公務員犯罪多半沒有未遂犯的設計，貪污治罪條例則有。未遂犯屬於提前處罰行為人的法益保障機制，通常考量犯罪行為的反覆與頻繁，或者對於重大法益的提前保護，藉由未遂犯的前置嚇阻，期望有效降低犯罪行為形成的頻率，阻斷犯行既遂的可能。若立法者認為，在公務員犯罪上，也需要有未遂犯機制的話，藉由刑法即可增設⁸⁶。

第三項 普通刑法與附屬刑法的攀比

除了普通刑法之內，普通刑法與特別刑法之間，普通刑法或特別刑法與附屬刑法（又稱實質刑法、行政刑法）之間，亦可進行攀比檢證。簡單來說，附屬刑法就是普通刑法及特別刑法以外，具有刑罰制裁規定的法律條款總稱。附屬刑法散見在不具刑法色彩的法律之內，例如槍砲彈藥刀械管制條例，肅殺之氣沉重，望之即知是涉及罪刑規定的法律；相反的，公平交易法是維護交易秩序與消費者利益，同時確保公平競爭，促進經濟安定發展的法律，人民通常不會對其與刑罰進行聯想，但公平交易法第 35 條以下設有數條刑罰制裁規定，該數條款即屬附屬刑法，公平交易法並非附屬刑法。

澳門、新加坡等國家或地區，均有此類規範；且配合國家積極落實聯合國反腐敗公約的精神，將「財產來源不明的說明義務」入罪化，應無疑問。相關的討論可以參見：張麗卿，註 78 文，頁 11；邱忠義，財產來源不明罪與貪污所得擬制之評析，月旦法學 164 期，2009 年，頁 77 以下；曾淑瑜，又見「因人設事，因事立法」罪名（下）一評析財產來源不明罪，月旦法學 142 期，2007 年，頁 268；行政院國科會專題研究計畫「防制貪瀆犯罪修法動向之研究」成果報告（NSC 96-2414- H-029-002-MY2），主持人：陳運財，2007 年至 2010 年，頁 12 以下。另外，聯合國聯合國反腐敗公約第 20 條規定（意譯）：「在不違背本國憲法和法律基本原則的情況下，各締約國均應當考慮採取必要措施，將『財產非法增加』規定為犯罪，即公職人員的財產明顯增加，但本人無法以其合法收入作出合理解釋。（Subject to its constitution and the fundamental principles of its legal system, each State Party shall consider adopting such legislative and other measures as may be necessary to establish as a criminal offence, when committed intentionally, illicit enrichment, that is, a significant increase in the assets of a public official that he or she cannot reasonably explain in relation to his or her lawful income.）」

⁸⁶ 張麗卿，註 78 文，頁 10、11。

一般來說，普通刑法與特別刑法對應本體惡，附屬刑法對應禁止惡⁸⁷。本體惡是指，行為人的行為，具有道德上的不能容忍，反社會的成分高，絕大多數受刑事制裁的行為都屬於本體惡；禁止惡則是指，行為人的行為，道德層面尚可容忍或不能容忍的程度較輕，反社會的成分較低，其所侵害者，通常是國家為達特定目標（經濟、文化、環境等）所規範的制度，多屬於超個人法益，少有特定的被害人。

在刑事政策上，由於普通刑法與特別刑法均傾向本體惡的規範，故特別刑法可以併入普通刑法，前文所討論的，刑法瀆職罪章與貪污治罪條例的關係，即屬適例。但是，附屬刑法通常有保留必要，因為其所依附的法律多自成系統，只是侵害法益重大，有達刑罰制裁必要時，立法者方才增加刑罰規定，礙於立法技術的有限，難以將之規定納入普通刑法。例如，國家公園法自成體系，立法目的在於「自然風景、野生物及史蹟，並供國民之育樂及研究」，違反該法的行為，舉凡採折花木、丟棄垃圾、污染環境或恣意塗鴉等，均予以行政處罰。惟此之中，該法第 24 條、25 條係附屬刑法規定，即國家公園內「焚燬草木」構成犯罪，「處六月以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金。」；若「狩獵動物或捕捉魚類」，科處一千元以下罰鍰，但「情節重大，致引起嚴重損害者，處一年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金。」易言之，違反國家公園法的行為，原則上多以行政罰便足，但立法者認為特定行為，或行為的情節嚴重而有處以刑罰必要時，仍得動之以刑。

是故，涉及附屬刑法的攀比檢證較不容易，因為普通刑法與特別刑法對應本體惡，附屬刑法對應禁止惡，概念上存有落差；又附屬刑法散見於個別法典之中，不似普通刑法或特別刑法的規範明瞭，且附屬刑法所依附的法律，均有各自獨立的立法目的，都多少增加攀比的難度。礙於篇幅，先前已經實際進行攀比檢證，故於此不再重複攀比，僅指出普通刑法與附屬刑法的攀比狀況。

若以刑法與森林法中的附屬刑法攀比。譬如，森林法第 50 條規定，竊取森林主副產物的行為，依刑法竊盜罪處斷。刑法的竊盜罪有普通竊盜罪與加重竊盜罪之別，竊取森林主副產物的行為均有適用；惟森林法第 52 條 1 項，有所謂加重竊取森林主副產物罪，如竊取森林主副產物是由有保護森林義務者犯之，或於保安林犯之，或於行使林產採取權時犯之等，法定刑係「處六月以上、五年以下有期徒刑，併科贓額二倍以上五倍以下罰

⁸⁷ 張麗卿，註 4 書，頁 18、19。

金」(與刑法 17 等刑相當)，刑法第 321 條 1 項加重竊盜罪的法定刑則是「處六月以上、五年以下有期徒刑，得併科新臺幣十萬元以下罰金」(17 等刑)，二者概念相近，刑度相當。又如，森林法第 53 條 1 項放火燒毀他人森林罪，處「三年以上十年以下有期徒刑」(與刑法 13 等刑相當)，刑度與刑法第 174 條 1 項放火燒毀現非供人所在住宅或建築物罪相同(13 等刑)，究其行為樣態相近，均是放火燒毀無人所在之處，自是刑罰相當。

前述森林法第 52 條 1 項、53 條 1 項所規範的行為樣態，與刑法第 321 條 1 項、174 條 1 項相近，大抵上應可稱得上是適當的刑度。由此亦可發現，作為附屬刑法的森林法第 52 條 1 項加重竊取森林主副產物罪，第 53 條 1 項放火燒毀森林罪，雖非不能納入普通刑法，但若為之，恐怕將使得法體系產生混亂。加重竊取森林主副產物罪並非單純保護個人財產法益，而是重在森林保育，以免森林公益及經濟效用被犧牲，例如於保安林內竊取森林主副產物的處罰，是避免保安林被破壞，進而使其防止森林遭受水害、潮害、鹽害等功能喪失；又森林多在人跡罕至之處，放火燒毀森林罪自非為保障類似刑法放火罪的公共安全，而是保護森林的永續生長。附屬刑法確實在立法技術上，有無法移植至普通刑法之理。

第六節 小結

立法者制定刑罰，應顧及罪刑之間是否處於一個應然的均衡狀態。罪的質量重者，對應質量重的刑；罪的質量輕者，對應質量輕的刑。若是如此，罪刑關係才會均等，刑罰教化的功能也才有機會真正發揮，否則輕罪對應重刑，或重罪對應輕刑，不僅罪刑關係不對等，對輕罪者卻判重刑，將使受刑者陷入不正義的地獄；對重罪卻判輕刑者，則無法發揮刑罰教化功能，和諧則難真正恢復，也是不正義。

事物有分形式、實質，正義也是。先形式，後實質，是法律人時常掛在嘴邊的話，是一種檢驗事理的順序。孔子說「名正言順」，若「名不正則言不順，言不順則事不成」，形式上「名」總是要先存有的，之後實質的「言」或「事」可以按部就班達成。刑罰之間的關係是否正義，也必須要先有形式作為依歸，那就是律法。

罪與刑的形式正義，體現在「罪刑法定」之上。不管如何，至少是有法律才有犯罪，有法律才有刑罰，藉由罪刑法定把刑罰圈住，避免國家恣

意妄為而使刑罰變成怪獸。在罪刑法定下，要求立法者嚴守罪刑安定、罪刑明確，禁止司法者類推適用、溯及既往，多少讓人民體驗相當程度的正義。對法定刑而言，罪刑明確最為重要，這是罪刑關係從形式正義，通往實質的關隘，因為罪刑明確，人民才能知道什麼行為是犯罪的，必須接受怎樣的刑罰制裁，罪刑均衡才有討論的可能。

罪與刑的實質正義，則是「罪刑均衡」。犯罪是反乎人性，破壞和諧價值的侵害行為；犯罪所侵害的，就是法益，是法律化、條文化後的人類倫理情感與文化價值。法律化、條文化是形式的，人類倫理情感與文化價值是實質的，形式正義和實質正義，罪刑法定和罪刑均衡，在法益產生交會；犯罪和刑罰的實質關係，就從法益侵害出發。侵害不同法益的犯罪具有不同罪質，罪質與刑質相對，先取得概念上的均等；侵害相同法益的行為，行為人的犯意或手段等會有輕重之分，罪量於焉發生，再與刑量對應。「立法上」的罪刑均衡，就是希冀罪的質量，與刑的質量能夠在概念上對等，如此一來，個案刑罰教化的成功性增加，正義更有機會實現。

在法典裡，相近罪質的行為聚合成刑法罪章，在此之中，又因為行為之間存有較精緻的罪質差異，或罪量具有立法上意義的不同，而產生個別條文。譬如普通殺人罪與殺害直系血親尊親屬罪，同樣是侵害生命法益的行為，罪質大致相同，但因所殺之人是否為直系血親尊親屬，使得罪質在精緻處有異，進而產生些微變化，使殺害直系血親尊親屬的行為從殺人罪獨立出來；但一擊殺之或殘忍虐殺，雖罪量有異，但立法者認為未達到區分程度，而沒有在立法上區分。又如普通傷害罪與重傷害罪，皆屬侵害身體法益的行為，惟罪量有別，且達到區分程度，故產生各自的罪名條文。

在檢驗罪刑實質關係，是否合乎罪刑均衡時，必須找出判斷法定罪刑是否均衡的量尺，否則立法者對於罪刑質量的關係，終究只是空想冥思。但是，罪刑都是抽象概念，世間沒有測量抽象的量尺，我們只能藉由相對比較的方式，接近罪刑均衡的應然。易言之，藉由法定刑的編制排序、攀比檢證的方式進行檢討，應該可以從中發現刑罰制定的設計，有無違反罪刑均衡之處。又筆者以普通刑法為基準，將普通刑法的刑罰分列五級，共計六十二等，再藉由普通刑法體系內的攀比，普通刑法與特別刑法的攀比，以及普通刑法與附屬刑法的攀比，發現法定刑仍有諸多檢討空間。致力促進罪刑之間，在法定刑達到應然的均衡，應該是刑事法學人及實務工作者共同努力的方向。

第七章 罪刑均衡與刑罰調節

第一節 前言

立法者經由罪質罪量、刑質刑量的對等工序，並且藉由編制排序與攀比檢證等方式，戮力淬鍊理想上的最佳罪刑均衡模式，即法定刑。但是，合乎罪刑均衡的法定刑，並不意味著實質正義已經獲得落實，反而只是另外一個開始。

法定刑是立法者在法典中，本於罪刑法定，對罪刑之間的關係，在應然面取得理想的均衡；但現實社會變化萬千，與立法者理想的罪刑均衡世界，有一段不小的差距，這段差距必須委由司法者針對個案彌平，讓罪刑均衡在個案實現，於實然面創造實質正義。是故，立法者必須提供一套調節刑罰的制度，目標是將法定刑的理想發揮到最大，同時能避免個案因素造成突兀，甚至詭異的刑罰決定。例如，某人竊取賣場的麵包，是因為失業沒錢，已經多日飢餓，所以偷麵包果腹，又或只是閒來無事，想要挑戰賣場保全而蓄意偷竊；犯案後，某人深感後悔，痛苦流涕發誓自己不會再犯，又或趾高氣昂，反而辱罵執法人員，絲毫沒有改過之心。面對各種不同的犯罪情狀，顯見罪量有別，法律若一視同仁，不僅違反罪刑均衡，亦不近人情，正義也難以伸張。如何調節適用刑罰，至為關鍵。

調節刑罰的規範，適宜規定於刑法總則之中。刑法總則是一般概括性的規定，具體的犯行要如何處罰，並非總則要煩勞的問題。總則應該站在宏觀的立場思考，如何調節個案可能發生的「影響刑罰決定的元素」，以俾刑罰的決定切合實際。又刑法第 11 條規定，除非其他法律有特別的總則規定，否則刑法總則於其他法律有刑罰或保安處分的規定均有適用。若在刑法總則能夠建立良善的調節刑罰機制，將能適用於所有的刑罰制裁規範，能收最有效的立法效果。

這套調節刑罰的規範，首重量刑基準，也就是當某行為確定成立犯罪

後，在法定刑的幅度內，參考量刑基準，實現罪刑均衡；但是，有些犯罪並不因司法量定個案情狀後，裁量刑罰就能獲得圓滿解決。換言之，依據各罪的法定刑度，以及量刑基準，所宣告的刑罰，有時並無法讓罪刑均衡。此時，必須仰賴其他方法，以求罪刑之間的均衡。例如，法官審酌個案情節及行為人狀況所量定的刑罰，鑑於刑罰目的，認為有節制的需要，緩刑與假釋是如此；又或者某些情狀有加重處罰的必要，否則難平眾憤，有違人民法感情，累犯是如此；又或者宣告刑執行困難¹，必須變易刑罰執行的方式，易刑處分是如此。

為了促使罪刑均衡真正實現，不能僅仰賴法定刑，合乎罪刑均衡的法定刑是正義實現的前提。法典距離人民遙遠，百姓通常不會聞問；與人民正義情感密切相關的，是刑事司法判決及執行，所以宣告刑、執行刑當然亦應符合罪刑均衡，以實現實質正義。讓宣告刑與執行刑合乎罪刑均衡的方法，就是針對個案，合理適度地調節刑罰，所以立法者在刑法總則上設有調節刑罰的制度：量刑基準、緩刑、假釋、累犯及易刑處分等，供司法者運用。對於這些調節刑罰制度的說明與檢討，就是本章的撰文目的。

第二節 量刑基準

量刑基準，是立法者對司法者的溫馨提示，告訴司法者在量定個案刑罰時，應當注意的事項，希望罪刑均衡真正能在個案獲得實現。具體言，量刑目的是，公平處罰罪犯，藉此彰顯刑罰威攝力以減少犯罪，矯正罪犯使其復歸社會，保護公眾社會，並且回復因罪犯所造成的損害²。量刑係以罪責為基礎³，並審酌一切情狀，也就是個案情節與行為人狀況⁴；此外，

¹ 一般而言，宣告刑是法官針對犯罪個案，經刑罰裁量後，所量定宣判之刑，並於判決主文昭示；執行刑是依據法官宣判的內容而為執行之刑，所以執行刑就是宣告刑。但是，若發生（1）易刑處分：因易科罰金、易服勞役、易以訓誡或易服社會勞動，而改變宣告刑；或（2）數罪併罰：就各罪宣告之刑併合處罰，再依法決定執行刑的時候，執行刑方才與宣告刑有所不同。可以參見：林山田，刑法通論（下），自版，2008年十版，頁465。

² Section 142 (1) Criminal Justice Act. 亦可參見：岡上雅美，いわゆる「罪刑均衡原則」について。—その法哲学的根拠と近時の国際的展開を。背景とする一考察—，理論刑法学の探究 2，成文堂，2009年，頁12。

³ 宮澤浩一，責任主義，現代刑法講座 第二卷 違法と責任，成文堂，1979年，頁181。論者有謂，由個人的立場觀察，就是個人責任帳冊（an account of personal responsibility），這樣的形容頗為傳神。See Alice Ristroph (2011), *Responsibility for the Criminal Law*, PHILOSOPHICA FOUNDATIONS OF CRIMINAL LAW (R.A. Duff / Stuart Green eds.),

對於量刑的增減，立法者亦設有限制，以免司法任意更動刑質，反而破壞罪刑均衡。簡言之，量刑是法官在定罪的基础上，在法定刑度範圍內，依據各種量刑情節，作成具體的刑罰質量決定⁵。

New York: Oxford University Press, p. 113.

⁴ 黃榮堅，確認量刑的實質課題，台灣本土法學 57 期，2004 年，頁 1 以下；劉秉鈞，刑之酌科及加減，二〇〇五年刑法總則修正之介紹與評析（蔡碧玉、柯耀程、張麗卿、余振華、陳子平、靳宗立、蔡蕙芳、鄭善印、劉秉鈞、曾淑瑜、林東茂著），元照，2005 年，頁 384 以下；吳景芳，美國量刑改革之簡介，刑事思潮之奔騰－韓忠謨教授紀念論文集，韓忠謨教授基金會，2000 年，頁 265 以下；劉邦繡，被告犯後態度在法院量刑上之評價－最高法院 95 年度臺上字第 701 號、97 年臺上字第 6725 號、98 年臺上字第 5827 號判決探討，軍法專刊 57 卷 1 期，2011 年，頁 143-158。附帶一提的是，量刑的主要方式有三：（1）原點理論，取法定刑的中間值為原點，以數理的模式向上加或向下減；（2）精確刑理論，此近似美國式的量刑，重心放在事實，如竊盜犯所竊之物價值 A 則 A' 刑，價值 A+B 則 A'+B' 刑，惟這樣會造成量刑虛空，只是以事實為準據而已；（3）裁量空間理論，通說採此，法定刑內均合乎刑責範圍，法官應思考行為人過去的罪行，同時審酌其未來更生可能，如採此說，量刑基準或指標就非常重要。這些內容可以見：柯耀程，刑法總論釋義－修法篇（下），元照，2005 年，頁 501 以下；柯耀程，刑罰裁量的檢視與實踐，甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集（上），承法，2012 年，頁 607 以下；白建軍，量刑基準實證研究，量刑規範化理論探要（劉遠、湯建國主編），中國人民公安大學，2010 年，頁 156；王敏，論基準刑的確定，量刑規範化理論探要（劉遠、湯建國主編），中國人民公安大學，2010 年，頁 185、192。更具體的說明，如電腦量刑法、數學量刑法、基準點量刑法、分格式量刑法等，可以參見：臧冬斌，量刑方法的合理性與量刑方法的科學性，中國人民公安大學，2008 年，頁 178 以下。然而，沒有何種量刑方法是絕對的最佳，也沒有必要推崇某種量刑方法而攻擊其他方法，「社會經常出現的是亦此亦比的中間狀態」，見：李潔，不同罪刑階段罪與刑設定模式研究，中國法學 2002 年 3 期，2002 年，頁 128。

⁵ 如何操作量刑，並非本文所要討論者，但必須說明的是，世界各國近年都致力發展法官的量刑方法，希望個案的量刑能夠公正、公開、透明。以大陸為例，2010 年推出〈量刑指導意見〉，於此指陳量刑的步驟，一是根據基本犯罪構成事實在相應的法定刑幅度內確定量刑起點；二是根據其他影響犯罪構成的犯罪數額、犯罪次數、犯罪後果等犯罪事實，在量刑起點的基礎上增加刑罰量確定基準刑；三是根據量刑情節調節基準刑，並綜合考慮全案情況，依法確定宣告刑。可以參見：熊選國主編，《人民法院量刑指導意見》與“兩高三部”《關於規範量刑程式若干問題的意見》理解與適用，法律，2010 年，頁 48。希望量刑可以從傳統的「估推」，也就是以法官個人經驗為主的量刑模式，轉向為較客觀公正的量刑方法。參見：黎其武，量刑公正論，法律，2011 年，頁 170 以下。此外，值得特別說明的是，於學位論文口試時，劉秉鈞教授指出，未來或許有建立「量刑程序」的必要。更具體的說，就是確定被告成立犯罪之前，不討論與刑罰有關的事項；如此一來，檢察官起訴時，僅針對犯罪的成立是否，而不具體求刑。現在臺灣民眾對司法喪失信心的一個重要原因是，通常檢察官求刑重，但法院判決輕，經媒體批露後，造成輿論怒斥「恐龍法官」、「垃圾判決」等語。筆者相當贊同劉教授所言，受許多啟發。若法院判斷被告犯罪成立，再經由專門量刑程序，配合成熟的量刑參考意見（雅典城邦時，即是先判斷被告有無成立犯罪；若成立犯罪再開程序探討刑罰的輕重），應當能使人民更加信任司法，並且落實實質正義。

第一項 以罪責為基礎

刑法第 57 條規定「科刑時應以行為人之責任為基礎」，即宣示刑罰係以罪責為基礎。罪責在刑事法的理論中，不僅是判斷是否成立犯罪的基本要件，也是科處刑罰及量刑的基礎。在犯罪論的犯罪成立階層理論，以三階為例，犯罪的成立必須通過構成要件該當性、違法性及罪責的檢驗；或以二階為例，必須通過不法構成要件該當性及罪責檢驗；如採本文調整的階層理論立場，則係構成要件該當性及罪責具備。簡言之，罪責欠缺，不成立犯罪，自無刑罰；如有罪責，成立犯罪，即有刑罰科處的可能。

無罪責即無刑罰。如果以通說詳言，在三階層理論，具有違法性的構成要件該當行為，行為人亦須具有罪責，即具備罪責能力、罪責型態、不法意識及期待可能性⁶，始有被處以刑罰的可能；若行為人欠缺罪責，則由行為人是否存有侵害社會的危險性，判斷是否發動保安處分。若以調整的階層理論表示，行為人的行為該當於構成要件，表示行為具有侵害性，破壞與社會之間的和諧，又行為人具有罪責，即罪責能力以及無期待不能的情形，行為人的自由意志反於人性，應被非價，故成立犯罪而有被科處刑罰的可能；但行為人如欠缺罪責，則判斷其危險有無，又危險屬性為何，再決定是否施以什麼樣的保安處分。

由人性角度觀察，本可期待行為人行止合乎法規範，但行為人卻違逆律法，是有罪責；若不能期待，則無罪責，刑罰亦無。罪責有無，僅是判斷犯罪有無成立；至於刑罰是輕是重，與罪責無關，留待法官審酌一切情狀後，在具體案件量定刑罰，以達到具體的罪刑均等。也就是說，罪責確立，經法官判斷具有應刑罰性、刑罰必要性，隨即啟動量刑工作，決定罪犯的刑責。承續本文觀點，罪責係有無的問題，並無程度差異，所以刑罰的質高低量多寡，都是犯罪成立後，法官審酌個案情節及行為人情狀方才量定。

⁶ 關於罪責的意涵，參見：林山田，刑法通論（上），自版，2008 年十版，頁 376 以下；甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，瑞興，2006 年修訂版，頁 201 以下；蔡墩銘，刑法總則，三民，2011 年九版，頁 193 以下；林東茂，刑法綜覽，一品，2009 年六版，頁 1-153 以下；張麗卿，刑法總則理論與運用，五南，2011 年四版，頁 242；宮澤浩一，註 3 文，頁 173 以下。

第二項 個案的情節

量刑應考慮個案情節，每種犯罪樣態各異，必須深入個案情節，探知實際情況，如此量刑才能符合實質正義。通常個案情節的審酌，諸如：犯罪的動機與目的，犯罪時所受的刺激，犯罪手段，犯罪所生的損壞或危險，以及違反義務的程度等。對於這些個案情節的量刑基準，分別說明如下：

1. 犯罪的動機與目的：犯罪的動機、目的，與主觀構成要件要素的故意、過失，乃至於意圖，並不相同。故意過失或意圖，是犯罪是否成立的要件；動機與目的則是量刑的基準之一。動機與目的相互影響，動機是目的源頭，目的是行為人對動機的具體實踐。動機的樣態五花八門，最後凝結成目的，犯罪目的將與刑法保護法益的目的衝突，譬如殺人行為的目的是剝奪被害者的生命，殺人罪所要保護的法益就是生命，但其動機可能就不是這麼單純，或許仇恨、愛妒、謀財等。
2. 犯罪時所受的刺激：行為人在行為著手前或行為當時，受到外界的刺激情形，若有刺激情形通常可以減輕刑罰。例如，某甲之所以搶奪乙的錢財，係因乙長期對甲冷嘲熱諷，譏笑甲一貧如洗，是日乙又出言羞辱甲是乞兒，讓甲氣憤難耐，故搶奪之，此可當作刑罰從輕裁量的依據。
3. 犯罪手段：如果犯罪手段兇殘，則刑罰加重。行為人的犯罪手段是否令人髮指，依循社會大眾的情感與價值加以判斷。部分刑法分則條文，對於犯罪手段較嚴重者，已經設有加重處罰的規定，如刑法第 222 條加重強制性交罪，行為人強制性交，佐藥劑犯之，或對被害人施加凌虐等，自依分則條文處斷；如果沒有特別規定加重行為，則以犯罪手段為量刑加重減輕的依據，如刑法第 271 條殺人罪沒有加重行為的處罰規定，行為人若嗜血冷酷、毫無人性，以變態手法虐殺被害人，犯罪手段相當邪惡，自應加重處罰。
4. 犯罪所生的損害或危險：犯罪是侵害法益的行為，必會造成法益損害，或致法益處於危險狀態之下。損害或危險的情節嚴重，刑罰則重；情節較輕微時，刑罰則可考慮減輕。一般而言，未遂犯與危險犯較不會考慮損害問題，僅思量犯罪行為的危險程度；既遂犯與結果犯除了衡量犯罪所生的實際損害之外，因犯罪所衍生的危險，亦應加以審酌。

5. 違反義務的程度：義務違反的犯罪，主要是違反注意義務的過失犯，以及違反作為義務的不作為犯。針對過失犯或不作為犯的量刑判斷，除了探求犯罪所造成的損害及其危險程度之外，違反義務情節是否嚴重，也是依個案情節量刑的重要判斷準據。
6. 犯罪所得的利益：法官科處罰金刑時，在決定罰金數額時，應考慮行為人犯罪所得的利益。特別是，當犯罪所得的利益超過罰金最多額，依刑法第 58 條後段規定，「得於所得利益之範圍內酌量加重。」

第三項 行為人狀況

除了個案情節之外，也應對行為人的狀況有所知悉，以為刑罰加減的斟酌依歸。通常行為人狀況的審酌有：犯罪行為人的品行、生活狀況、智識程度及犯後態度，行為人與被害人的關係等。對於這些涉及行為人狀況的量刑基準，分別說明如下：

1. 品行：即素行，犯罪行為人的人品德行，觀察此人過去有無犯罪前科，若有則刑罰可能加重，若無則減輕。事實上，刑法並沒有明確定義何謂前科，但民間對於一個人有無前科頗在意，有些公司行號徵才時，甚至會以此作為篩選員工的標準。進出法院並不表示有前科，頂多留有前案紀錄⁷；常人所言的前科紀錄，是被告受有期徒刑以上的判決時才會登錄，若宣告緩刑或易刑，則註銷紀錄⁸。基本上，若受刑人合乎法定免于紀錄或得塗銷紀錄的情況，國家都會盡力為之，以期受刑人能順利重

⁷ 前案紀錄是指「刑案資料查註紀錄」，用以紀錄刑事案件的相關資訊及結果，紀錄內容包括偵查、裁判及執行等。易言之，案件進入刑事程序後，不論最終結果是行政簽結、不起訴或緩起訴處分、起訴等偵查階段資料，或為有罪、無罪判決或宣告緩刑等審判階段資料，或執行易科罰金、徒刑或假釋等執行階段資料，均會記錄於刑案資料查註紀錄中，以作為司法機關的參考。刑案資料查註紀錄是由警政署刑事警察局資訊系統建置，相關規定可以參見警察機關受理及查詢刑案資料作業規定（內政部警政署警署刑紀字第 0930009569 號函，前身是 1998 年的內政部警政署受理刑案資料查詢作業規定）。

⁸ 關於前科，可以參見警察刑事紀錄證明核發條例，該條例第 6 條規定，警察刑事紀錄證明應明確以書面記載為之，除非該行為業已除罪，免除刑的執行，受免刑判決，受拘役或罰金的宣告，受緩刑宣告且未被撤銷，以及合於少年事件處理法第 83 之 1 條第 1 項的規定「少年受第二十九條第一項之轉介處分執行完畢二年後，或受保護處分或刑之執行完畢或赦免三年後，或受不付審理或不付保護處分之裁定確定後，視為未曾受各該宣告。」以上數種情形，免為警察刑事紀錄證明的記載。

新開始。

2. 生活狀況：舉凡出身、身心健康、成長環境、人際交友、工作及家庭狀況等。行為人的生活狀況所涉層面相當廣泛，若要逐一調查必然相當耗費國家資源，所以生活狀況調查的深淺，宜依犯行輕重調整，若輕微犯罪則約略知悉行為人生活狀況即可，嚴重犯罪將深入探知行為人生活狀況，除量刑之外，亦可作為相關研究的素材，應有助於犯罪的預防與矯正⁹。生活狀況對行為人的影響十分鉅大，司法者應細心審酌，並以之作為量刑參考。應注意的是，刑法第 58 條規定罰金刑數額的量定「應審酌犯罪行為人之資力」，這是針對行為人生活狀況作為量刑參考的特別規定；但若罰金刑數額制改採日額罰金制，則該條關於罰金酌量，得修正為「科罰金時，除依前條規定外，並應審酌犯罪所得利益，衡量日額金數額。」日額罰金制的日額單位在於體現罪刑均等，日額金數額則是個案情況的衡量，二者相輔相成，期使正義落實於個案，所以日額金數額以被告的日均收入與實際經濟情況為底，佐以刑法第 57 條量刑加減之外，並應考量犯罪的實際所得。
3. 智識程度：行為人的智識程度與量刑的關係，並不在於行為人的學歷高低，雖然有論者認為學歷較高的人，守法義務應高於學歷低者，但多數學者均不贊同這樣的看法¹⁰，加上臺灣近年的實際狀況，大學畢業儼然成為學歷的最低標準，未來如何區分學歷高低已經意義不大。行為人的智識應被責難的是，其利用職業之便或專業能力犯罪，如稅務人員自行逃稅，或電腦工程師化身駭客入侵他人電腦。
4. 犯後態度：法官量刑必須審酌行為人犯後及訴訟中的態度，若態度誠懇、真心悔過向善，則可能考慮減輕刑罰；若態度惡劣、冥頑不靈而無悔改意思，則可能從重量刑。不過，犯後態度的判斷必須相當謹慎，本乎人性使然，縱然被告內心毫無悔意，在法庭上也會虛偽無恥以對，所以法官必須專注五聽¹¹，並且具備相當犯罪心理學的知識，才能洞悉行為人犯後的真正態度。

⁹ 蔡德輝、楊士隆，犯罪學，五南，2011 年五版，頁 407 以下。

¹⁰ 林山田，註 1 書，頁 530。

¹¹ 五聽是指，辭聽、色聽、氣聽、耳聽、目聽。辭聽是「觀其出言，不直則煩」，色聽是「察其顏色，不直則赧」；氣聽是「觀其氣息，不直則喘」；耳聽是「觀其聆聽，不直則惑」；目聽是「觀其眸子視，不直則眊然」。五聽出於《周禮·秋官·小司寇》，東漢經學大師鄭玄注釋，成為各朝刑事審判的重要準則。

自首是犯後態度的一項重要指標，故刑法第 62 條規定，自首得減輕其刑，除非法律另有規定¹²。所謂自首¹³，是行為人的犯罪尚未被發覺，而自行申告己身之罪，且願受法律制裁。犯罪尚未被發現，是司法機關不知犯罪事實的發生，或雖知犯罪發生但不知罪嫌為何人；司法機關人員單純猜測並不影響自首的成立，必須要對罪嫌有基於相當證據的合理懷疑，才算是犯罪被發覺。犯罪被發覺之後，不可能成立自首，此時行為人若出面申告自己的罪行，是投案；基於任意性供述對自身不利的犯罪事實，是自白¹⁴。應注意的是，自首者必須自發性接受裁判與懲罰，若行為人在犯罪被發覺前申告己身之罪，爾後卻消失無影無蹤或抗拒傳喚到案，則非自首。

5. 行為人與被害人的關係：刑法分則的部分罪章，對於行為人與被害人的關係，不僅涉及犯罪成立的問題，更有法定刑的不同。例如殺人罪，若被害人是行為人的直系血親尊親屬，犯刑法第 272 條之罪，刑罰較刑法第 271 條普通殺人罪為重；又如竊盜罪，刑法第 324 條規定，行為人於直系血親、配偶或同財共居親屬之間竊盜，得免除其刑。如果行為人與被害人的關係，分則沒有特別規定，法官在量刑時仍應考量行為人與被害人之間的身分或生活關係。通常情形，被害人若是加害人的尊長，或對加害人有恩惠，都可能加重處罰。同時，也應考量被害人是否有道義上的瑕疵，類似民法與有過失的概念，如果被害人也有值得責難處，行為人應可獲判較輕的處罰。

第四項 顯可憫恕的情形

司法者基於罪責原則，審酌一切犯罪情狀之後，認為就算科以最低刑度依舊過重，仍可依「顯可憫恕條款」加以減輕刑罰。所謂顯可憫恕，是指基於人情義理，對於犯罪行為發生，因特殊事由，客觀上有足使一般人民寬憫饒恕的情形。依據刑法第 59、60 條的規定，若「犯罪之情狀顯可憫恕」，科以最低度刑仍嫌過重，或已經依法加重減輕者，仍得著量減輕

¹² 自首應減免刑罰的特別規定，如刑法第 102 條、122 條 3 項但書、154 條以及貪污治罪條例第 11 條 3 項。

¹³ 張麗卿，註 6 書，頁 513 以下；盧映潔，自首的要件，月旦法學教室 32 期，2005 年，頁 26-27。

¹⁴ 關於自白的意涵，可以參見：張麗卿，刑事訴訟法理論與運用，五南，2010 年十一版，頁 351。

刑罰；若犯輕罪¹⁵，且「情節輕微，顯可憫恕」者，縱依刑法第 59 條減輕刑罰仍覺過重者，依刑法第 61 條，得免除其刑。

顯可憫恕條款與刑法第 57 條的量刑基準，不可同日而語，必須是出於特殊事由，因而影響刑罰量定結果。是故，被告無前科、素行端正、深具悔意、子女眾多等情狀，僅是法定刑幅度內從輕科刑的標準，不得據為顯可憫恕而酌量減輕的理由。最高法院 45 年台上字 1165 號判例謂，「刑法第 59 條之酌量減輕其刑，必須犯罪另有特殊之原因與環境等等，在客觀上足以引起一般同情，認為即予宣告法定低度刑期尤嫌過重者，始有其適用」，又最高法院 28 年上字 1064 號判例指出，判決必須指出犯罪情狀有何顯可憫恕之處，否則將是援引法令的失當¹⁶。

顯可憫恕條款的適用，在實務上相當有限，因為其是法官審酌一切犯罪情狀之後，依舊認為最低刑度過重，才得以運用以減輕刑罰的規定。茲舉一發生在臺中的案例：甲乙為兄弟，甲兄勤勉工作，乙卻長期酗酒，並疑似施用毒品，時常在外惹事，且不事生產，生活全賴甲的支應，又常威脅對甲及其親戚不利，造成甲生活倍感壓力。2011 年 2 月，乙向甲索討金錢不成，又擲石塊攻擊甲，甲一時情緒失控，將乙殺死。爾後，甲向警局自首。

案經臺中地方法院審理，作成 100 年度重訴字第 826 號判決。法院認為乙多年來向甲需索無度，造成其生活壓力，加上乙又攻擊甲而罔顧平日照顧，所以一時情緒失控殺死乙，但甲「犯罪後自首犯行，表示悔意，態度尚佳，暨其生活狀況、品行、智識程度等一切情狀」，認為處甲「自首減刑後之法定最低度刑責，仍嫌過重(按：檢察官具體求處有期徒刑七年)，客觀上足以引起一般之同情，爰依刑法第 59 條之規定，酌減輕其刑，並依法遞予減輕」而判處四年六月有期徒刑。

¹⁵ 按刑法第 61 條的規定，得受顯可憫恕條款的寬典，免除其刑的犯罪有：最重本刑為三年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪（但刑法第 132 條 1 項、143 條、145 條、186 條、272 條 3 項及第 276 條 1 項之罪，不在此限）；刑法第 320 條、321 條竊盜罪，第 335 條、336 條 2 項侵占罪，第 339 條、341 條詐欺罪，第 342 條背信罪，第 346 條恐嚇罪以及第 349 條 2 項贓物罪。

¹⁶ 最高法院 99 年度台上字第 334 號判決，對於顯可憫恕條款的說明相當清楚，該判決謂「刑法第 59 條規定犯罪情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，得酌量減輕其刑，固為法院依法得自由裁量之事項，然非漫無限制，必須犯罪另有特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，認為即予宣告法定最低度刑期尤嫌過重者，始有其適用。是為此項裁量減刑時，必須就被告全部犯罪情狀予以審酌在客觀上是否有足以引起社會上一般人之同情，而可憫恕之情形，並於判決理由內詳加說明，始稱適法。」

第五項 量刑加減的限制

立法者對法官量刑的加減設有限制¹⁷，法官在個案量刑時，審酌一切情狀後，所量定的刑罰仍有限制。對於刑罰加重的限制，有不得加重者及加重上限者；對刑罰減免的限制樣態則很多，諸如得減輕、必減輕、得減輕或免除、必減輕或免除、得免除、必免除、酌量減輕及酌量免除。

必須先行說明的是，以下內容均是以現行法為框架的說明；然若依據本文於第五章的建議，將罰金刑調整為日額罰金制，並增訂勞動刑，則刑罰加減的限制必然會隨之更易。如果採取日額罰金制，除前文針對刑法第 58 條所提出的修正建議外，宜於同條新增第二項，「罰金之加減，為日額單位之加減。」藉此配合刑法第 33 條 5 款的修正。又罰金的加減是隨日額單位而不同，故刑法第 72 條因刑之加減而零數不算的「或不滿一元之數額」規定可以刪除。又，倘增訂勞動刑，建議增訂刑法第 58 之 1 條，「勞動刑之加減，為日額單位之加減。」其精神與日額罰金制同。至於本文建議刪除拘役，並調高有期徒刑的最低刑期為六月以上，與之相對應的刑罰加減限制的修正，自是當然之理，不多贅言。

第一款 刑罰加重的限制

刑法第 64、65 條規定，死刑、無期徒刑不得加重。此是當然之理，死刑已是刑罰之極，用之剝奪人的生命，生命僅分有無，無法從中再區分層次；無期徒刑是自由刑之極，同樣無法將無期徒刑區分層次，除非未來修法將無期徒刑區分為得假釋與不得假釋者。

至於有期徒刑、拘役及罰金的加重。刑法第 67 條規定，有期徒刑或罰金加重，最高度及最低度同時加重，例如刑法第 278 條重傷罪的法定刑是五年以上十二年以下，若重傷罪累犯加重其刑二分之一時，刑度將為七年六月以上十八年以下。不過，拘役加重，依刑法第 68 條規定，僅能加重最高度。無論有期徒刑或拘役如何加重，都不能超過刑法第 33 條的上

¹⁷ 靳宗立，刑罰加減例之性質與辨正，刑法之傳承與變革，五南，2007 年，頁 301 以下。

限，即有期徒刑的一般上限是十五年，若遇加重可至二十年；拘役一般上限是六十日未滿，加重可至一百二十日；罰金則按分則規定的數額科處。

另外，依刑法第 69 條的規定，有二種以上主刑，加時併加。如刑法第 277 條第 1 項普通傷害罪的法定刑，是三年以下有期徒刑（按：二月以上）、拘役（按：一日以上六十日未滿）或一千元以下罰金；若累犯傷害罪加重其刑二分之一，則刑度變為四年六月以下有期徒刑（按：三月以上）、拘役（按：一日以上九十日未滿）或一千五百元以下罰金。又刑法第 70 條規定，二種以上刑的加重，遞加。如行為人犯某罪，且因累犯及公務員身分，依法加重其刑二分之一，若某罪法定刑三年以下有期徒刑，則先加重二分之一為四年六月以下有期徒刑，再加重二分之一為六年九月以下有期徒刑。又應注意的是，刑法第 71 條規定，若刑的加重，有不滿一日的時間或不滿一元的數額者，則不計算。

第二款 刑罰減免的限制

刑罰減免的限制，約可分為三類，第一類是得為之，得減輕、得減輕或免除、得免除；第二類是必為之，必減輕、必減輕或免除、必免除；第三類是酌量為之，也就是酌量減輕、酌量免除。酌量為之的規定，也就是「顯可憫恕條款」，規定於刑法第 59、60 條，此部分前文已經述及，在此不加贅述，詳可參見本節第四款；至於酌量減輕刑罰時，依第 73 條準用減輕其刑的規定。

得為之、必為之的刑罰減輕規定，散見於刑法總則與分則之中，前者使法官擁有裁量空間，本於量刑基準判斷個案應否減輕；後者則無裁量空間，若情況發生，則必減輕，至於減輕的幅度仍由法官量定。總則得減輕規定¹⁸，刑法第 16 條但書的可避免的法律錯誤，第 18 條 2、3 項的限制責任能力人，第 19 條 2 項的因精神障害或其他心智缺陷導致辨識或控制能力顯著減低者，第 20 條的瘖啞人，第 25 條普通未遂，第 30 條幫助犯，第 31 條 1 項純正身分犯的擬制共同正犯或共犯，以及刑法第 62 條自首。得減輕或免除的規定是刑法第 23 條但書、24 條但書，也就是正當防衛過

¹⁸ 刑法分則的得減輕其刑規定，有第 122 條 3 項但書後段、162 條 5 項、244 條、301 條、347 條 1 項及 5 項。

當、緊急避難過當。至於得免除的規定，則僅見於刑法分則¹⁹。

至於必為之的規定，在總則之中，必減輕的規定是刑法第 63 條²⁰，對於「未滿十八歲人或滿八十歲人犯罪者」，不得處死刑或無期徒刑；本刑為死刑或無期徒刑者，減輕其刑。立法者以罪責為量刑立法設計的基礎，讓十四歲以上未滿十八歲的年輕生命得以新生，且尊重滿八十歲的老者，故設此寬典。必減輕或免除的規定²¹，則是第 27 條的中止犯與準中止犯。必免除的規定，亦僅見於刑法分則²²。

犯罪雖然成立，但依法免除刑罰者，法官宣告有罪免刑判決，行為人無庸接受刑罰；若依法減輕刑罰者，法官依法量定減輕刑罰，罪犯仍應服刑。死刑與無期徒刑雖然無法加重，但可減輕，死刑減輕為無期徒刑，無期徒刑則減輕為二十年以下十五年以上有期徒刑。有期徒刑、拘役及罰金於減輕時，依刑法第 66 條規定，若屬得減或必減者，減輕其刑至二分之一；若減輕是依據得減輕或免除、必減輕或免除的規定，最多則可減輕至三分之二。又，刑法第 67 條規定，有期徒刑或罰金的減輕，最高度與最低度同時減輕，但有期徒刑最低得減至二月未滿；拘役的減輕，依第 68 條規定，僅能減輕最高度，最低仍是一日以上。

與刑罰加重相同，有二種以上的主刑者，減輕時一併減輕；有二種以上刑的減輕時，遞減之。因刑罰減輕，而有不滿一日的時間或不滿一元的額數者，不計算入內。例如某人犯刑法第 277 條傷害罪，法定刑為三年以下有期徒刑（按：二月以上）、拘役（按：一日以上六十日未滿）或一千元以下罰金；某人是瘡啞人，得減輕其刑二分之一為一年六月以下有期徒刑（按：一月以上）、拘役（按：一日以上三十日未滿）或五百元以下罰金；若是正當防衛過當，則得減輕其刑至三分之二為一年以下有期徒刑（按：二十日以上）、拘役（按：一日以上二十日未滿）或三百三十三元以下罰金。

¹⁹ 刑法分則的得免除其刑規定，有第 275 條 3 項謀為同死的加工自殺罪，以及與直系血親、配偶及同財共居親屬之間的財產犯罪，即第 324 條 1 項、338 條、343 條、351 條。

²⁰ 必減輕其刑的規定，在刑法分則中僅有第 345 條 5 項，犯擄人勒贖罪，未經取贖便釋放被害人。

²¹ 刑法分則的必減輕或免除其刑的規定，有第 102 條、122 條 3 項但書前段、154 條 2 項、166 條、167 條、172 條及 227 之 1 條。

²² 必免除其刑的規定，於刑法中僅有第 228 條，因懷孕婦女因病或其他防止生命危險而墮胎的行為。

第三節 刑罰節制

法官認事用法，並參考量刑基準，對個案作出刑罰決定，仍非罪刑均衡的終曲，因為隨後走入執行階段，仍必須服膺於罪刑均衡，如此才有可能達到實質正義的境地。在宣告刑之後，罪刑均衡的前階，「罪刑對等」就將卸下任務，隨即思量的主軸是「刑罰教化」功能。如果刑罰執行可能妨害罪犯與社會重修和諧時，刑罰應予節制，以免本末倒置。

刑罰的節制有二個面向，一是對於輕刑的節制，二是對於非輕刑的節制。刑事不法行為的罪質與罪量輕，刑質與刑量亦輕，這表示罪犯與法律敵對的情形並不嚴重，通常侵害法益輕微，且屬偶發或非故意的犯罪。社會可以考慮讓這類罪犯提早返回社會，不僅促其早日修復與社會的和諧關係，又可避免輕質輕量的刑罰變成罪犯再社會化的障壁。緩刑制度於焉誕生。

對於非輕刑的執行，必須使罪犯接受制裁，在刑罰執行的過程中，讓社會觀察該罪犯，是否獲得重返社會的資格。在罪刑對等之下，若完成刑罰的執行，無論是服刑期滿或繳清罰金，此時罪犯當然回歸社會，因為法律已對過往的罪惡進行完整評價，若刑罰結束卻不許罪犯重返社會，是律法的構陷，因為刑罰的主要任務在於修復因犯罪而破裂的和諧關係，而非預防侵害。當刑罰上未執行完畢，但經社會觀察，罪犯已經具有重返社會的資格時，法律亦不應吝嗇，反而應鼓勵罪犯及早復歸社會，以重修和社會的和諧。假釋制度就是本於這樣的精神。

第一項 緩刑

緩刑是針對犯行輕微者的節制刑罰制度，又可區分為刑的緩期宣判，以及刑的緩期執行²³。在立法例上，有採刑的緩期宣判者，待宣告的猶豫期間經過，罪犯未違反法院賦予的義務，且期間內未再犯罪，也就是未發生撤銷宣告的情況，法院將無庸再為刑的宣判宣告，視為被告從未犯罪；

²³ 林山田，刑罰學，臺灣商務印書館，2005年修訂版，頁209以下；劉秉鈞，論緩刑，刑法總則修正重點之理論與實務（台灣刑事法學會主編），元照，2005年，頁364、365。

有採刑的緩期執行者，法官仍為罪刑宣判，但暫緩執行，期間經過且未被撤銷，亦視同自始未曾犯罪；也有混合前述二者立法例併行運用者的雙軌制，即期間經過且未被撤銷，刑的緩期宣判宣告者視為未曾犯罪，刑的緩期執行宣告者則僅是免除執行刑罰，仍有罪責。

刑法第 74 條規定，「受二年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告」的罪犯，若未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑的宣告，或雖曾有因故意犯罪而受有期徒刑以上刑的宣告，但經執行完畢或赦免後，五年內未曾再因故意犯罪受有期徒刑以上刑的宣告，且法院認為「暫不執行為適當」，得宣告緩刑。由此可知，係採行「刑的緩期執行」制度；惟緩刑效力不及於從刑與保安處分，判決確定後，從刑與保安處分仍應執行。

「暫不執行為適當」，是緩刑制度的核心價值。暫不執行為適當，並非國家的冷漠或放任，而是有其他得替代刑罰的方法可以滿足正義時，基於刑罰的謙抑性格，自無動刑必要。罪刑均衡的目的是，回復因犯罪而被破壞的和諧，若被破壞的和諧可以不藉由刑罰回復，或得以其他方式撫平創傷時，殺雞焉用牛刀，所以對於犯行輕微的罪犯，甚至可以判處有罪免刑判決，緩刑的存在自然沒有疑問。此外，緩刑可以避免短期自由刑所造成的弊病，又可節約國家的獄政開銷，且有助於罪犯早日重返社會，其利大矣。

是故，緩刑宣告時，法官得斟酌情形決定是否令罪犯負擔條件，如有必要則於判決書載明，諸如：命罪犯立悔過書；或向被害人道歉，支付損害賠償；或向公庫支付一定金額；或向指定的政府機關、行政法人、社區或公益團體，提供四十小時以上二百四十小時以下的義務勞務；或按罪犯需要，要求罪犯完成戒癮治療、精神治療、心理輔導等適當處遇措施；又或為保護被害人安全或預防再犯的必要命令，如受宣告緩刑者禁止出入特定場所，禁止交往特定人物，應定期向法院或其他機關報到等。

法官為緩刑宣告時，得定二年以上五年以下的猶豫期間，期間經過後，緩刑未被撤銷，依刑法第 76 條規定，刑的宣告失其效力，視同罪犯未曾犯罪；除非符合刑法第 75 條 2 項、75 之 1 條 2 項，因撤銷緩刑宣告的事由，在猶豫期間過後方才確定的現象。撤銷緩刑宣告的事由，可以區分為絕對撤銷與相對撤銷。絕對撤銷是緩刑宣告前或猶豫期間內，受宣告者故意犯他罪，而在緩刑期內受逾六月有期徒刑的宣告確定。相對撤銷是，緩刑宣告前或猶豫期間內，受宣告者故意犯他罪，而在緩刑期內受六月以下

有期徒刑、拘役或罰金的宣告確定；或猶豫期間內，因過失犯罪，而在緩刑期內受有期徒刑的宣告確定；或違反緩刑宣告附帶負擔，且情節重大，若發生上述幾種情形，法院又認為緩刑宣告無法收到預期效果而有執行刑罰必要，得撤銷緩刑。應注意的是，撤銷緩刑以他罪判決確定為評斷標準者，應在他罪判決確定後六個月內聲請。

第一款 危險預測的立法指導

緩刑制度最應檢討者，應是刑法第 47 條「暫不執行為適當」的用詞過於籠統。判斷暫不執行刑罰是否適當，實際上就是對受刑者進行危險預測，用以判斷有無動刑的必要。得宣告緩刑者雖然皆屬輕罪，但本於罪刑對等，仍可量定相當的刑罰，只是從刑罰目的以觀，若不執行刑罰合乎目的，且利多於弊時，得不執行；但不執行將無法滿足刑罰目的時，仍應執行，否則將顛覆罪刑均衡。

危險預測是一件困難的工程，現在實務常見的方法有直覺法、統計法及臨床法²⁴：直覺法是法官審理案件多年所累積的知識與經驗，用以判斷被告未來是否有再犯的可能；統計法是藉由過往統整的資料，制作成再犯預測的相關訊息，如再犯預測表，供法官預測危險之用；臨床法則是，委由心理學或精神醫學專家對被告進行危險預測研究，研究結果再交給法官參考。然而，無論是何種危險預測方法，立法者應該提出一些指標，讓司法者在進行危險預測時能夠抓住方向。

為達精準預測危險，法院對於將來一切可能導致行為人再犯的因素均列入考量，進行整體性觀察評價²⁵。這些因素有：犯罪行為人的品行、生活狀況、智識程度、犯後態度、行為動機和目的，以及緩刑對罪犯的影響等。明眼者必可獲悉許多因素與量刑基準相近，畢竟緩刑可算是廣義的量刑，同樣決定刑罰發動的樣貌，惟應注意的是，應特別注意緩刑對罪犯的影響，若影響正面，有助於罪犯重返社會，當然應該宣告緩刑，反之則不適當宣告緩刑。綜上，刑法第 74 條 1 項條文「認以暫不執行為適當者」

²⁴ 林山田、林東茂、林燦璋，犯罪學，三民，2007 年四版，頁 182；黃富源、范國勇、張平吾，犯罪學概論，三民，2006 年三版，頁 511 以下；張麗卿，註 6 書，頁 46。另外，亦可參見：鄧煌發、李修安，犯罪預防，一品，2012 年，頁 35 以下。

²⁵ 林山田，註 23 書，頁 214、215、234；柯耀程，註 6 書，頁 553；劉秉鈞，註 23 文，頁 393。

數語，似可修正為「經審酌第五十七條情狀，認以暫不執行為適當者」較為合宜。

第二款 是否採行緩刑雙軌制

目前的緩刑制度，是採行刑的緩期執行宣告，有論者建議，仿效德國擴大緩刑的樣態，將刑的緩期宣判宣告亦納入其中，也就是改採刑的緩期宣判宣告、刑的緩期執行宣告併行雙軌制²⁶。之所以有這樣的呼籲，是因為現制緩刑宣告未經撤銷，刑的宣判將失其效力，也就是視同未曾犯罪，如此一來，若該人日後另行犯罪，恐無資料可供量刑或執行的參酌；若採雙軌制，有刑的緩期宣判、緩期執行可以靈活運用，前者未經撤銷，視同未曾犯罪，後者未經撤銷，僅免除刑罰，罪責的宣判效力依然存在，且只要資料保密得宜，不因此而影響受宣告者的再社會化。

對此，本文認為維持現制便足，實無庸區分刑的緩期宣告或刑的緩期執行。理由如下：第一，刑的緩期宣判與刑的緩期執行在意義上並不相同，後者已經宣告罪刑，只是暫不執行，所以受緩刑宣告者知其所犯之罪與所科之刑，在猶豫期間內能自知犯罪而悔改；但前者尚未宣告罪刑，受宣告緩刑者較無自覺，對於違犯行為可能較欠反省。第二，若受緩刑宣告且未被撤銷者，在現制之下視為未曾犯罪；但若採德制，當被告受刑的緩期執行宣告，而非刑的緩期宣判宣告，仍可能留有前科，縱然資料嚴加保密，行為人心中仍有陰影，且擔心資料洩漏而影響正常生活。第三，論者擔憂現制之下，受緩刑且未被撤銷者，日後若又犯罪，可能將陷入無資料可供量刑或執行參酌的窘境。事實上，這個擔憂並不存在，因為現在設有前案紀錄（刑案資料查註紀錄），對刑事案件的相關資訊及結果，自偵查、裁判至執行等均有紀錄，此與前科紀錄不同，不僅日後量刑或執行的參考有所本，亦不會影響受緩刑宣告者的自尊與自新期待。

附帶一提的是，基於對少年的保護，少年事件處理法第 83 之 1 條規定，少年受轉介處分執行完畢二年後，或受保護處分或刑罰執行完畢或赦免三年後，或受不付審理或不付保護處分之裁定確定後，皆視為未曾受各該宣告；前開期間經過後，無論是少年的前案紀錄或前科紀錄等相關資料，均塗銷之；在塗銷前，所有少年資料如非為少年本人的利益或同意，保管

²⁶ 林山田，註 23 書，頁 212 以下。

資料的少年及相關單位均不得提供。

第二項 假釋

假釋是附條件的釋放，其與緩刑成為刑罰節制的犄角之勢，假釋是刑罰執行後的節制，緩刑是刑罰執行前的節制。若罪犯無法合乎緩刑要件，則必須接受刑罰制裁，方才產生能否假釋的問題。假釋在中國可追溯到周代，〈周禮·秋官司寇第五〉有載，「以圜土聚教罷民，凡害人者，置之圜土而施職事焉，以明刑恥之，其能改者，反於中國，不齒三年」，簡單來說，悛悔向善者能將之釋放，但釋放後的最初三年，其與一般良民的身分而有差異²⁷。

假釋的本質，由歷史的角度來看，起先是國家恩惠，好似受刑者在獄中表現良好的褒獎；爾後，或有認為是受刑者的權利²⁸；或有認為是刑罰執行的方式之一，服滿相當刑期後，按受刑者的個別狀況，考慮由監禁處遇轉變為社區處遇，佐以保護管束²⁹；也有認為以保護管束作為假釋發動的絕對要件，而將之視為刑罰的一種類型³⁰。本文以為，假釋應是為了促進罪刑均衡的實現，讓刑罰執行能夠靈活的刑罰執行方式之一。

假釋制度能避免刑罰執行僵化，當受刑者服滿相當刑期，執法人員應加強思量刑罰教化目的，無庸固執於宣告刑。因為悛悔有據的受刑者，無論在獄中表現如何良好，仍無助於修復和諧，只有重返社會，才能真正進行和諧修復的工作。假釋者並非真正自由，在假釋期間內，假釋者故意犯罪或違反保護管束，仍會重回囹圄，意味著刑罰並未真正消散，依舊圍繞在假釋者的四周，僅是更換較自由的行刑方式。此外，假釋的國家恩惠說是封建產物；受刑者的權利論則無法真正解釋既然是權利，為何存有撤銷

²⁷ 詳細的中國古代假釋典章，可以參見：溫慧輝，周禮·秋官與周代法制研究，法律，2008年。不過，現代的假釋制度是從歐洲出發，美國發揚光大，然後世界各國爭相效法。參見：張淑中，假釋制度之運作檢討與改革方向，犯罪學10卷1期，2007年，頁91、92。又關於英美等國假釋制度的演進，可以參見：黃徵男，21世紀監獄學—理論、實務與對策，一品，2010年五版，頁163以下。

²⁸ 謝瑞智，犯罪與刑事政策，正中，2000年，頁423；張甘妹，犯罪學原論，三民，1993年十版，頁184。

²⁹ 林山田，註23書，頁241；大谷實，刑事政策講義，弘文堂，1993年四版，頁294、295。

³⁰ 藤本哲也，刑事政策概論，青林書院，2005年四版，頁184。

假釋的情況；除非刑罰種類有假釋規定，否則假釋不可能是刑罰的一種類型。

假釋制度可見刑法第 77 條與監獄行刑法第 81 條，受刑者必須受徒刑的宣告與執行，累進處遇於二級以上³¹，有悛悔實據，且徒刑執行超過法定期間，即無期徒刑執行逾二十五年，有期徒刑執行逾宣告刑的二分之一，累犯逾宣告刑的三分之二，才有經監獄的假釋審查委員會決議，報請法務部核准假釋的機會。但是，有期徒刑執行未滿六個月者；犯最輕本刑五年以上有期徒刑之罪的累犯，於假釋期間，受徒刑執行完畢或一部執行而赦免後，五年以內故意再犯最輕本刑為五年以上有期徒刑之罪者；或犯第 91 之 1 條所列之罪，於徒刑執行期間接受輔導或治療後，經鑑定評估其再犯危險未顯著降低者，不得假釋。

無期徒刑的假釋者，假釋後滿二十年，有期徒刑的假釋者，在有期徒刑所餘刑期內，沒有發生撤銷假釋的情形，依刑法第 79 條規定，「未執行之刑，以已執行論」。撤銷假釋的情形有二，一是刑法第 78 條，假釋者在假釋期間故意犯罪而受有期徒刑以上刑的宣告，必撤銷假釋；二是保安處分執行法第 74 之 2 條、74 之 3 條，也就是付保護管束的假釋者，若違反檢察官及執行保護管束者的命令及報告義務，或對被害人、告訴人或告發人尋釁，或未經許可離開受保護管束地，或未保持善良品行，而與素行不良人士交往，且情節重大時，檢察官得聲請撤銷假釋。

如果發生撤銷假釋的情形，在判決確定後六月以內，撤銷假釋，出獄的日數將不算入刑期內；但為避免受假釋者的法律地位處於不確定狀態，若假釋期間滿逾三年，亦不能再撤銷之。另外，假釋中另受刑的執行、羈押或其他依法拘束人身自由的期間，不計算入假釋期間內；但不起訴處分或無罪判決確定前曾受羈押，以及其他依法拘束人身自由的期間，仍可算入假釋期間。

申言之，假釋的目的是為使罪刑均衡，若現已執行的刑罰，符合罪刑對等的要求，則應努力讓受刑者回歸社會，修復原先因犯罪撕裂的和諧關係。和諧關係是否回復，判斷基準則在刑法第 77 條的「有悛悔實據」，但其前提是「受徒刑之執行」，也就是說，在罪刑均衡之下，受相當期間刑罰的罪犯，其所受刑罰的量已與所犯之罪進入對等範圍內，在罪刑對等之

³¹ 另外，依據行刑累進處遇條例第 75、76 條的規定，二級以上的受刑者已適於社會生活，而合於法定假釋規定者，得報請假釋；又第一級受刑者應速報請假釋。

後，刑罰所思考的重點則不是贖罪，而是重生，若罪犯確實痛改前非，並有充分準備重新做人，應許提前回到社會。

臺灣的假釋制度尚處於發展階段，自 1912 年的暫行新刑律至 2005 年刑法修正共計八次³²，由頻率頗高的修法可知，其中有寬有嚴，立法態度搖擺不定³³。2005 年修正時，刑事政策定調寬嚴併進，其中假釋制度走向嚴格，特別是提高無期徒刑受刑者的假釋門檻，增加重罪三犯不得假釋條款，性犯罪者須經評估危險顯著降低方才有機會假釋等規定。不過，該次修法並沒有解決原本的問題，反而製造些許新的困惑。

第一款 假釋門檻適度合理放寬

2005 年修法後，假釋門檻被提高，主要反映在三個方面：(1) 受無期徒刑者，其所受刑的執行，由舊法十五年提高到二十五年；(2) 三振假釋條款施行，即犯最輕本刑五年以上有期徒刑之罪的累犯，於假釋期間，受徒刑執行完畢或一部執行而赦免後，五年以內故意再犯最輕本刑為五年以上有期徒刑之罪者，不得假釋；(3) 性犯罪者評估假釋條款，即犯第 91 之 1 條所列之罪，於徒刑執行期間接受輔導或治療後，經鑑定評估其再犯危險顯著降低者，方才有機會假釋。

至於一般犯罪的有期徒刑、累犯的假釋門檻，在 2005 年的修法並未更動，仍是維持執行超過六個月，有期徒刑逾二分之一，累犯逾三分之二的受刑執行期間規定。這個部分的規定，基本上堪稱合理適當，由比較法觀察，大陸刑法第 81 條，受有期徒刑者須服刑逾二分之一；日本刑法第 28 條是服刑逾三分之一。臺灣刑法的有期徒刑假釋曾在 1994 年時，縮短為服刑逾三分之一，但爾後的修法又調整為二分之一。對於 2005 年提高假釋門的部分，容有討論空間。

³² 立法歷程的說明，詳請參見：張麗卿，假釋制度之回顧與展望，新刑法探索，元照，2008 年三版，頁 243 以下。

³³ 林山田教授特別提出批判，1994 年假釋放寬，目的僅是為解決監獄人滿為患，但後來發生假釋出獄者再犯，所以 1997 年又將假釋收緊，修法相當粗糙。可以參見：林山田，註 1 書，頁 570；林山田，刑法歷年來的修法與其評論，刑法的革新，學林，2001 年，頁 191 以下。

第一目 無期徒刑的假釋

無期徒刑的假釋，在性質上存在能否假釋的爭論³⁴。論者有認為，既然是「無期」徒刑，應是將受刑者永久與社會隔離，今藉假釋讓受刑者重返社會，似與無期的意義相違背；若受無期徒刑者得附條件釋放，將造成監獄、法務部所象徵的行政權，凌駕於司法權之上的觀感，恐與權力分立相忤；此外，受無期徒刑者若有正當理由應獲釋放，實有赦免法以資救濟，而不應以假釋代勞。

話雖如此，自 1928 年刑法第 93 條至今日刑法第 77 條，立法者均為無期徒刑設計假釋制度便可看出端倪，事實上在立法者的心中，無期徒刑並非真正遙遙無期，受無期徒刑者仍有被釋放的可能性。刑罰目的在於修復人與社會的和諧關係，無期徒刑應非完全沒有獲得釋放的機會，困難在於如何拿捏受無期徒刑者的罪刑對等關係。換言之，如果受刑者經由服刑贖罪，真心悔改並與社會修好，縱然是無期徒刑，仍有給予受刑者重返社會的機會³⁵，只是應當受執行多久，是大哉問。

許多國家均設有無期徒刑的假釋規定，且受無期徒刑者亦應受執行相當時間，才能獲得假釋的機會。例如，大陸刑法第 81 條，悔過向善的無期徒刑者，應服刑十年；日本刑法第 17 條，服刑十年。相較於前述國家或地區，臺灣的無期徒刑須服滿二十五年，才符合形式假釋的機會，恐怕偏高。不過，2005 年刑法修正時，之所以將無期徒刑的假釋趨嚴，是為死刑廢除預先準備；又因不得假釋的終身監禁過於殘酷，且不利獄政管理，似無以此替代死刑，故折衷設計高假釋門檻的無期徒刑³⁶。但是，本文以為，這樣的修法恐怕有待商榷，若無期徒刑的假釋門檻抬高，是死刑廢止的配套，則宜於死刑確定廢除時，再同步進行無期徒刑假釋的修改，否則現在死刑未廢，無期徒刑的假釋門檻卻已經被抬高，成為一堵幾乎完全阻礙無期徒刑受刑者回歸社會的高牆，實與刑罰回復和諧的期許相逆。

臺灣的無期徒刑，本質是不定期的長期徒刑，其刑質高於有期徒刑，

³⁴ 張淑中，假釋制度之運作檢討與改革方向，犯罪學 10 卷 1 期，2007 年，頁 92 以下。

³⁵ 柯耀程，刑法總論釋義—修法篇（下），元照，2005 年，頁 573。

³⁶ 蔡碧玉，二〇〇五年刑法之修正與刑事政策，二〇〇五年刑法總則修正之介紹與評析（蔡碧玉、柯耀程、張麗卿、余振華、陳子平、靳宗立、蔡蕙芳、鄭善印、劉秉鈞、曾淑瑜、林東茂著），元照，2006 年，頁 19、20。

如要衡酌假釋的應執行期間，自應高於有期徒刑。按刑法第 34 條 3 款規定，有期徒刑是二月以上十五年以下，如遇加重，最高至二十年；是故，受最高有期徒刑二十年者，其須服宣告刑的二分之一，也就是十年方才有機會假釋，若是累犯要達三分之二，即十三年五月又九日。回顧過去，關於無期徒刑假釋應執行期間的立法規定，1928 年是逾十年，1954、1994 年的修法都是維持逾十年，1997 年提高至逾十五年，1999 年修法未更動逾十五年的規定，直到 2005 年修法大舉提高至二十五年。

生也有涯，受無期徒刑宣告者，其犯罪行為並非社會完全無法原諒，而是贖罪所需的時間較長。現行法下，逾二十五年的無期徒刑假釋應執行期間，縱然屆時給予假釋，但此生卻近殘燭，意義已經不大³⁷，又與有期徒刑假釋應執行期間相比，超過太多。本文以為，1997 年的無期徒刑假釋應執行期間，逾十五年的規定較為可採，故建議刑法第 77 條 1 項的「無期徒刑逾二十五年」宜修正為「無期徒刑逾十五年」；除非死刑廢除已經成為全民共識，而有預為準備的必要。

第二目 三振條款的假釋

刑法第 77 條 2 項 2 款規定，「犯最輕本刑五年以上有期徒刑之罪之累犯，於假釋期間，受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，五年以內故意再犯最輕本刑為五年以上有期徒刑之罪者」不得假釋，這也就是學界慣稱的三振條款，簡言之，就是犯重罪的累犯若又犯重罪，則不得假釋。

三振條款是援引美國的立法例。1970 年代以後，美國面臨嚴峻的犯罪問題，為了解決社會治安持續惡化的現象，在民意支持下，創造三振法案³⁸，若重罪的累犯又再犯重罪，則以無期徒刑令其出局，此好比美國本土相當風行的棒球運動規則中的「三振出局」。以加利福尼亞州為例，該州刑法典的三振法案規定³⁹，對於被三振的罪犯，在量刑上必須是所犯之罪

³⁷ 許福生，從刑事政策觀點論刑法修正之幾個爭論問題（一），法務通訊 2312 期，2006 年，版 5。

³⁸ 美國三振法案的來由，可以參見：徐昀，美國三振出局法一問題與聯想，刑事法雜誌 39 卷 6 期，1998 年，頁 60、61。

³⁹ California Penal Code, §667(e). 自加州的三振法案出台以來，有論者指出，貧困或少數民族的犯罪者，是主要受三振法案處罰的對象；且從實證觀察，加州的犯罪率確實有降低，See: Jennifer Lansdon (2010), A POLICY ANALYSIS OF CALIFORNIA'S THREE STRIKES LAW OF 1994, MA: Northeastern University, pp.35-45.；但亦有論者

的法定刑三倍，或二十五年有期徒刑，或法官本於自由心證以其他理由提高刑期；惟應注意的是，三振法案應適用在嚴重犯罪，以免產生濫刑悲劇⁴⁰。

美國總統柯林頓於 1994 年簽署暴力犯罪控制及執行法（the Violent Crime Control and Law Enforcement Act of 1994）之後，美國正式進入三振法案時代。該部法令範圍很廣，涉及死刑的擴大適用、軍火禁運與槍枝持有標準、打擊詐欺犯罪、犯罪受害者保護，以及本處所言的三振法案⁴¹。三振法案針對重罪累犯、多次嚴重犯罪者或毒品販運，處以不得假釋的終身監禁。三振法案在美國的評價正反兩極，雖有人肯認其正面效果，但更多的聲音是，該法案是政治口水的產物，且執著於壓制隔離的刑事政策，過度渲染加害者的邪惡及被害者的恐慌，又法案本身的實際效用與所耗成本，都有再思索的空間⁴²。

外邦立法可以參考，但是否照單全收，值得思慮。姑且不論累犯制度是否合宜，刑法第 77 條的三振條款，實有檢討空間。三振條款並非講求罪責原則的應報思想產物，而是受刑罰一般預防觀念影響而生，立法者希望藉此達到威嚇效果，但卻忽略罪刑均衡的精神。無論罪犯過去的犯行，是因累犯或量刑基準而使刑罰加重，皆僅是罪刑對等的必然；但若罪犯贖罪已經進入罪刑對等範圍，應將刑罰重心放在罪犯的再社會化，期待其與社會回復和諧關係，以符合刑罰目的。簡言之，對於罪犯昔日犯行，基於罪刑對等，或可以累犯或量刑基準考慮加重刑罰的力度，但萬不可因而傷害刑罰的目的。綜上，對於刑法第 77 條 2 項 2 款，本文的態度是應予刪除，使其回歸累犯或量刑。

指出，三振法案的效果恐怕不如預期，See: Lisa Stolzenberg / Stewart J. D'Alessio (1997), "Three Strikes and You're Out": The Impact of California's New Mandatory Sentencing Law on Serious Crime Rates, *Crime & Delinquency* October 1997, vol. 43: 4, pp.457-469.

⁴⁰ Brandon K. Applegate / Francis T. Cullen / Michael G. Turner / Jody L. Sundt (1996), *Assessing Public Support for Three-Strikes-and-You're-Out Laws: Global versus Specific Attitudes*, *Crime & Delinquency*, vol. 42: 4, pp.517-534.

⁴¹ 關於美國 1994 年暴力犯罪控制及執行法的扼要說明，可以參見：NCJRS (National Criminal Justice Reference Service, USA)，<https://www.ncjrs.gov/textfiles/billfs.txt>（最後瀏覽日期：2012/02/28）

⁴² 三振法案的相關評述，以及刑事政策上的觀點，可以參見：林東茂，累犯與三振出局，本土法學 46 期，2003 年，頁 114；許福生，從刑事政策觀點論刑法修正之幾個爭論問題（二），法務通訊 2313 期，2006 年，版 5；徐昀，註 38 文，頁 60 以下；謝煜偉，寬嚴並進刑事政策之省思，月旦法學 126 期，2005 年，頁 134、135；Willard M. Oliver (2001), *COMMUNITY-ORIENTED POLICING: A SYSTEMIC APPROACH TO POLICING*, 2nd Ed., NJ: Prentice Hall, Chapter 14.

第三目 性犯罪者的假釋

刑法第 77 條 2 項 3 款規定，「犯第九十一條之一所列之罪，於徒刑執行期間接受輔導或治療後，經鑑定、評估其再犯危險未顯著降低者」不得假釋的規定，並不妥當。按刑法第 91 之 1 條，有妨害性自主與風化的罪行者，若「徒刑執行期滿前，於接受輔導或治療後，經鑑定、評估，認有再犯之危險」或「依其他法律規定，於接受身心治療或輔導教育後，經鑑定、評估，認有再犯之危險」，得令入相當處所，施以強制治療；且強制治療的執行期間應每年鑑定評估，若受強制治療者「再犯危險顯著降低」，方才停止治療。

學者對於刑法第 91 之 1 條最大的批評在於，必須是受強制治療者的再犯危險顯著降低時，強制治療才停止；但再犯預測並非易事，加上性事本為天生人慾，眾人體內均有窩藏情色，只是人以理智束縛之，但理智一旦崩坍，體內發情野獸必越柵欄而出。若以再犯危險顯著降低惟停止強制治療的標準，恐怕很難落實，因為面對個案，縱然鑑評專家恐怕也很難挺身保證個案的再犯危險已經顯著降低⁴³。是故，立法設計上應轉換以受治療者，已無高再犯危險便足⁴⁴，因無人能確信孰非有再犯可能之人；況且要使人完全無害，實已超過刑法功能。總之，以「再犯危險顯著降低」作為停止強制治療的檻兒，使刑法第 91 之 1 條成為絕對不定期刑，與罪刑法定原則有違⁴⁵，殊值檢討。

回到刑法第 77 條 2 項 3 款，其以刑法第 91 之 1 條為依歸，同樣必須是經鑑定評估之後，若受刑者的再犯危險有顯著降低方才得以假釋。二者陷入相同的胡同，都將罪犯回歸社會的路徑堵死，與假釋原本鼓勵人改過遷善的良善立意，大相逕庭。此外，本款表現出來的是，對性犯罪者的歧視與恐懼，其他犯罪也可能有著較高的再犯危險，如竊盜慣習、誹謗慣習等都可能需要矯治，立法者專挑性犯罪者強制治療，又將之排除在假釋之外，不僅違反平等原則⁴⁶，更是危險人格預防思想的過度膨脹⁴⁷，已經違反

⁴³ 柯耀程，鳥瞰 2005 年刑法修正，月旦法學教室 29 期，2005 年，頁 118。

⁴⁴ 林東茂，註 6 書，頁 1-39

⁴⁵ 林山田，註 1 書，頁 592；林東茂，註 6 書，頁 1-39；陳子平，刑法總論，元照，2008 年二版，頁 782 以下；柯耀程，註 34 書，頁 689 以下；張麗卿，註 6 書，頁 563；靳宗立，刑法總論 II—刑事法律效果暨適用論，集義閣，2011 年，頁 148、149。

⁴⁶ 蘇俊雄，假釋制度的法理論題—刑罰再社會化機能強化，法令月刊 51 卷 1 期，2000

罪刑均衡的期待，實應刪除，回歸假釋本來的判斷標準。

第二款 後悔實據的規範明確化

除了假釋形式要件，即應執行刑罰的期間之外，假釋的實質要件，也就是「後悔實據」的認定，亦十分重要。所謂後悔實據，是指受刑者在刑期執行期間，有受到矯正感化，而確實真心悔悟、痛改前非的事實。假釋制度本為鼓勵受刑者改過向善，恢復罪犯與社會的和諧關係，受刑者因服刑而後悔，刑罰的目的已經達成，可以考慮允其重返社會；若受刑者冥頑不靈，當然不許釋放，以免為社會造成危險。

判斷受刑者是否後悔，從 2003 年法務部修正發布的辦理假釋應行注意事項可以知悉方向。該注意事項第 2 點規定，假釋審查委員會對於假釋案件應就，監獄管教小組及教化科的意見，受刑者服刑中的有關事項，以及受刑人假釋後的社會觀感，綜合審酌詳查，委員會再以無記名投票方法，決議受刑者究竟是否後悔。受刑者服刑中的有關事項，如獎懲紀錄、健康狀態、生活技能以及行刑累進處遇是否已達二級以上等有關執行的事項；社會觀感則是由多方訊息歸納而得，如被害者的感受，受刑者對被害人悔悟程度、對犯行的補償情形、對自己出監後的生涯規劃，受刑者的家庭與鄰里反應，以及警察機關複查資料及反映意見等。

受刑人是否後悔，應從平日言語行動中細加體會，才能判斷真偽，且接受刑者的情況不同，前開注意事項第 5 點以後，對於受刑者的不同狀況分別指出應該多加審酌之處，例如：受刑者當初犯罪時，是否有道義或公益上可以宥恕的情形；受刑者是犯侵害財產法益的罪時，應斟酌受刑者資力，審查是否已經賠償因犯罪而生的損害；因被教唆或挑撥而犯罪之人，應注意其性格及環境變化，以及出獄後所處的環境；共犯中有已獲得假釋者，當受刑者合於假釋條件且無特殊情形時，應儘速辦理假釋；審查再犯、累犯假釋事件，應特別注意假釋後的保護方法，以及執行保護管護的相關問題。

換言之，法條「後悔實據」的抽象規定，實務雖以注意事項加以具體

年，頁 9；張麗卿，註 32 文，頁 281。

⁴⁷ 陳志龍，性犯罪者排除於假釋之外？—就刑事制裁體系的基本觀念探討，月旦法學 96 期，2003 年，頁 107。

化；但也因囿限於法條，理論上判斷受刑者是否得宜假釋的實質標準，注意事項僅能技術性規定，不能超過法文「悛悔實據」的範圍，以免增加法律所未有的負擔⁴⁸。惟由前述可知，注意事項中還須考量社會觀感等事項，與現行法相較，恐有檢討空間。本文認為，對於假釋的實質要件，可以參考日本 2006 年修正的假釋放、假出場及假退院暨保護觀察相關規則的內容⁴⁹，進行調整。

日本假釋放的許可基準有⁵⁰，悔悟之情的有無、更生意願的有無、再犯之虞的有無、是否合乎社會情感。保護觀察官及地方委員會調查受刑者的身心及生活狀況、監所內的表現、釋放後的生活規劃及居住環境等，綜合判斷是否符合假釋放的許可基準。學說上的判斷標準也與日本相近，希望受刑者在服刑期間積極參與矯正，展現懺悔與更生的決心，同時也會考慮社會支持的力量，舉凡親友、職場及居住環境等；此外，特別強調與受刑者能回歸社會無關的因素，如犯行情節、媒體報導、被害者觀感等，都不應該列入能否假釋的判斷標準中⁵¹。對於僅強調悛悔實據的現制，日本對於假釋者所應該具備的條件或學說看法，應當可以在立法上酌採。

雖然有論者指出，目前刑法第 77 條 1 項的「悛悔實據」在解釋上，

⁴⁸ 黃徵男，註 27 書，頁 181；柯耀程，假釋與撤銷，軍法專刊 57 卷 2 期，2011 年，頁 60；張麗卿，註 6 書，頁 538；鄭逸哲，關於累犯、緩刑、假釋和保安處分新刑法修法簡評，月旦法學 121 期，2005 年，頁 273。

⁴⁹ 日本昭和 49 年 4 月 1 日法務省令第 24 号・仮釈放、仮出場及び仮退院並びに保護観察等に関する規則（最終改正：平成 18 年 9 月 6 日法務省令第 71 号）。

⁵⁰ 規定於日本的假釋放、假出場及假退院暨保護觀察相關規則第 32 條。特別說明的是，假釋放是針對懲役或監禁的措施，相當於臺灣的假釋；假出場針對拘留，假退院則是針對少年犯。拘留與臺灣的拘役相近，惟臺灣刑法僅針對受徒刑者才有假釋規定，不似日本的受拘留者，按日本刑法第 30 條，亦得許假出場。至於少年犯的部分，事件處理法第 81 條 1 項規定，「少年受徒刑之執行而有悛悔實據者，無期徒刑逾七年後，有期徒刑逾執行期三分之一後，得予假釋。」同樣是以「悛悔實據」當作是否假釋的實質要件，且同依辦理假釋應行注意事項處理，標準與成人犯幾同；但日本的假釋放、假出場及假退院暨保護觀察相關規則第 33 條，對於少年犯的假退院（指少年院）基準，就顯得相當寬大。

⁵¹ 這些資訊時常是左右假釋是否許可的因素，但與受刑者回歸社會無甚關聯，尤其是「被害者觀感」特別值得注意。See Jeremy Travis (2005), BUT THEY ALL COME BACK: THE FACING CHALLENGES OF PRISONER REENTRY, Washington, DC: The Urban Institute, pp 324, 343-44. 但是，臺灣的辦理假釋應行注意事項、日本的假釋放、假出場及假退院暨保護觀察相關規則目前仍將被害者的觀感當作假釋的判斷標準之一，對此，日本律師聯合會曾在 2007 年 8 月，提出修法意見書，其中也有提到這個問題，參見：日本弁護士連合会，仮釈放、仮出場及び仮退院並びに保護観察等に関する規則の一部を改正する省令の制定に関する意見書，<http://www.nichibenren.or.jp/activity/document/opinion/year/2007/070831.html>（最後瀏覽日期：2012/02/28）。

可以將之囊括：經行刑累進處遇達二級以上，有悔悟之心，無再犯之虞，又具備更生意願與適應生活的技能，以及不違反社會的觀感⁵²。但這樣的解釋，雖然十分詳盡，惟部分內容恐怕已經逾越文義，似仍應修法解決假釋實質要件曖昧不明的問題。真心悔悟而痛改前非，當然有重新回到社會的意願，故「悛悔」已蘊含有更生意願；但是，再犯可能的有無，社會情感的反應，並無法在此獲悉。

另外，監所教化主要在於矯正人心，而非技職訓練，若受刑者能在監所學成一技之長，固然值得欣慰嘉勉，但不應以此作為是否得重返社會的標準，畢竟技能學習的能力或興趣，見仁見智，要求受刑者必須有相當技能才能獲得釋放，並不妥當。今有假釋者離監之後再度犯案⁵³，多造成輿論譁然，但悲劇重演的真正原因，並非假釋者有無專業，而是其是否悛悔，或未發現其有相當程度的再犯危險性。另外，國家及更生保護協會等機構應該對於更生人提供更具實質的協助，以免更生人重蹈覆測，自屬當然；但此已非刑法所能過問的範疇，國家社會權能本應分工，自亦不容刑法在這些問題置喙。

是故，建議將刑法第 77 條 1 項「受徒刑之執行而有悛悔實據者，無期徒刑逾二十五年，有期徒刑逾二分之一、累犯逾三分之二，由監獄報請法務部，得許假釋出獄。」的規定，宜修正為「受徒刑之執行，無期徒刑逾十五年⁵⁴，有期徒刑逾二分之一⁵⁵，經行刑累進處遇達二級以上，有悛悔實據，無明顯再犯可能，且無社會強烈反感，由監獄報請法務部，得許假釋出獄。」

⁵² 黃勤鎮、謝慶輝、黃武次、馬以工、柯明謀、趙昌平、黃守高，假釋辦理情形及績效檢討專案調查研究報告，監察院，2004 年，頁 41、42。但應注意的是，亦有反對將社會觀感列入考量者，參見：張甘妹，刑事政策，三民，1991 年，頁 186；李茂生，受刑人之人權及其救濟制度—以美、日兩國之制度發展為中心，刑事法雜誌 36 卷 1 期，1992 年，頁 16。

⁵³ 黃徵男，註 27 書，頁 163。據政府統計，近年新入監受刑者的再累犯率概數逐增，自 2004 年至 2010 年分別是 38%、39%、41%、42%、45%、45%、45%，至於再累犯率最高的前三名犯罪種類，分別為毒品犯罪、竊盜犯罪、公共危險犯罪。可以參見：法務部，99 年犯罪狀況及其分析，法務部，2011 年，頁 108、109、110。另外，少年兒童再犯（刑事案件）多偏高，以 2000 年至 2005 年為例，概數分別為 39%、36%、34%、40%、31%；保護事件的再犯率則約在 25% 左右。見：司法院統計處，<http://www.judicial.gov.tw/juds>（最後瀏覽日期：2012/02/28）

⁵⁴ 關於「無期徒刑逾二十五年」宜修正為「無期徒刑逾十五年」的建議，見本項第一款。

⁵⁵ 關於「累犯逾三分之二」的刪除，請見本章第四節。本文認為累犯的規定宜刪除。

第三款 與假釋處分相關的救濟

訴訟權是憲法所保障的人民權利，若人民權利遭受侵害，應有請求法院救濟的管道，不因身分而有所不同，司法院大法官釋字第 243 號、382 號、418 號、430 號、462 號、653 號等多次解釋均如此昭示⁵⁶。是故，國家公權力行為可能造成人民權利侵害時，皆應許人民請求司法救濟，縱然是受刑者亦然。

監獄行刑法第 6 條規定，受刑者不服監獄處分時，得向典獄長申訴，然後再由典獄長即時轉報法務部或視察人員；又或在視察人員蒞監獄時，受刑者逕向視察人員提出申訴。誠如前文所言，假釋是刑罰執行的方式之一，是故與假釋相關的處分，應是監獄處分的一種。與假釋最密切相關的處分，分別是假釋的准駁、假釋的撤銷，二者均是由原執行監獄辦理，再報請法務部核辦。現制之下，似乎僅能申訴，即行政機關內部的自我審查機制，而無司法救濟途徑。是故，若受刑者對申請假釋不許的決定不服，又或者假釋者對撤銷假釋的處分不服，經申訴之後均未能獲得解決，能否司法救濟又如何救濟，頗值玩味。

第一目 受刑者的假釋利益

在釐清受刑者申請假釋不許的救濟問題之前，可能必須先思考受刑者能否申請假釋，若受刑者不能申請假釋，自然沒有不許假釋時如何救濟的問題；若受刑者可以申請假釋，當然應有與之相對應的救濟管道，用以周全受刑者的假釋申請。

由立法演進觀察，2003 年的監獄行刑法第 81 條規定，對於受刑人累進處遇進至二級以上，悛悔有據，且與應許假釋的情形相符合者，「經假釋審查委員會決議，『由監獄』報請法務部核准後，假釋出獄。」修法理由稱，「第一項並修正增列『由監獄』，以明確報請假釋之主體。」由此可知，2003 年修法時，立法者之所以增加「由監獄」三字，用以表彰監獄是

⁵⁶ 吳庚，憲法的解釋與運用，三民，2004 年三版，頁 285 以下；法治斌、董保城，憲法新論，2006 年三版，頁 259 以下；李惠宗，憲法要義，元照，2009 年五版，頁 297 以下。

報請假釋的主體，非監獄自然無法報請假釋；但 2005 年修法時，又將「由監獄」三字刪除，由反面解釋可知，是立法者有意刪除，表示假釋的主體不再侷限於監獄，受刑者涉及假釋最深，自應可以向監獄提出。

但是，受刑者向監獄提請假釋，並非權利，而是法律上利益。權利是指人民得依據憲法或法律規定直接主張的權能，若受侵害必有救濟。法律上利益，是國家賦予行政機關的職權，其本來用於促進公共利益，但執行內容與特定人民的生命、身體、自由或財產等重要法益相關，為避免該特定人民的重要法益受到損害，所以在程序上允許人民主張並尋求救濟；此與事實上利益，也就是反射利益不同，事實上利益無法救濟，只是法規的附隨效果而已。

法律上或事實上利益的區分，學理通說採規範保護理論⁵⁷，也就是從法規範的規範目的、規範的對象、範圍及結構，推知是否有保護特定人的利益，若法規範存有保護特定人利益的特徵時，則肯認該利益是法律上利益，應有救濟途徑。司法院大法官釋字第 491 號解釋理由書有言，「法律規範保障目的之探求，應就具體個案而定，如法律明確規定特定人得享有權利，或對符合法定條件而可得特定之人，授予向行政主體或國家機關為一定作為之請求權者，其規範目的在於保障個人權益，固無疑義；如法律雖係為公共利益或一般國民福祉而設之規定，但就法律之整體結構、適用對象、所欲產生之規範效果及社會發展因素等綜合判斷，可得知亦有保障特定人之意旨時，則個人主張其權益因公務員怠於執行職務而受損害者，即應許其依法請求救濟。」即是規範保護理論的寫照。

假釋非受刑者權利，形式上，成文法並無相關規定之外；實質上，受刑者的刑期為法院判決所量定，本於罪刑對等，理應服完刑期，只是從刑罰目的出發，受刑者表現良好，且有充分回歸社會的意願與準備，經國家考核後，更換刑罰執行方式，方才施以假釋。假釋制度是為了落實罪刑均衡而生，並非專為罪犯，只是就法律的整體結構、適用對象、規範效果及社會發展因素等綜合判斷，進而得知有保障特定人，也就是保障的是受刑者早日重返社會的機會。是故，假釋應屬法律上利益，受刑者可以提出，若有侵害亦可探詢救濟。

⁵⁷ 翁岳生編，行政法（上），2006 年三版，元照，頁 485、506；李惠宗，行政法要義，元照，2010 年五版，頁 54、58、59。

第二目 申請假釋不許的救濟

由前述可知，若不許受刑者提起假釋，則有害其法律上利益，應得救濟。受刑者請求假釋，若被監獄或法務部駁回，目前似乎僅能依監獄行刑法第 6 條的申訴制度，請行政機關自我審查有無疏忽不當；又申訴未果，應許其尋求司法救濟，惟應向普通法院或行政法院，向有爭議。

在實務上，最高法院 99 年度台抗字第 605 號裁定表示，「裁判之執行與監獄之行刑，其概念並不相同，裁判之執行係指藉由國家之公權力而實現裁判內容之行為，其實現之方法，原則上係由檢察官指揮執行之。而監獄之行刑則是指受判決人就所受之刑罰，進入監禁場所執行之謂。」所以「裁判之執行涉及是否執行及刑期如何計算之決定」，由於尚未進入監獄行刑階段，並非監獄處分；至於「受判決人入監服刑後，透過監獄行刑之措施，以達到社會復歸或再社會化之目的」的公權力措施是監獄處分。假釋制度「係對於已受一定期間徒刑執行之受刑人，因透過監獄之處遇，有事實足認其改過遷善，無再犯罪之虞時，許其附條件暫時出獄，本質上屬自由刑之寬恕制度之一」，屬於監獄處分。是故，假釋准否非由檢察官決定，而是繫於監獄假釋審查委員會及法務部審查結果，假釋審查委員會作成否決假釋的決議，「自難謂係檢察官指揮執行之結果，不生檢察官執行之指揮是否違法或執行方法是否不當而得向法院聲明異議之問題。」一言以蔽之，假釋的准駁，無法向普通法院尋求救濟。

相反的，臺中高等行政法院 99 年度訴字第 359 號裁定認為，法務部不許假釋，並非行政訴訟法第 2 條所稱得提起行政訴訟的公法上爭議，行政法院並無審判權。最高法院 99 年度裁字第 2391 號裁定、高雄高等行政法院 99 年度訴字第 585 號裁定更進一步表示，假釋的核准，具有監獄對於受刑人於刑罰執行中表現的處分性質，若受刑者對其主張符合假釋資格的要件，而未獲准假釋結果不服，除得依據監獄行刑法第 6 條向典獄長或視察人員申訴之外，目前並無其他行政救濟管道，依據假釋核准的性質，關於假釋否准的救濟程序，應由刑事裁判的普通法院審判較為妥適。也就是說，行政法院對於假釋的准駁，並沒有審判權。

對此，司法院大法官釋字第 691 號表示，「受刑人不服行政機關不予假釋之決定者，其救濟有待立法為通盤考量決定之。在相關法律修正前，

由行政法院審理。」解釋理由書進一步說明，「假釋與否，關係受刑人得否停止徒刑之執行，涉及人身自由之限制。」受刑人如有不服，得向法務部申訴，「惟申訴在性質上屬行政機關自我審查糾正之途徑，與得向法院請求救濟並不相當，基於憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨，自不得完全取代向法院請求救濟之訴訟制度。從而受刑人不服行政機關不予假釋之決定，而請求司法救濟，自應由法院審理。」但現在制度有欠，大法官表示相關的救濟，有待立法為通盤考量決定之，「在相關法律修正前，鑑於行政機關不予假釋之決定具有行政行為之性質，依照行政訴訟法第二條以下有關規定，此類爭議由行政法院審理。」

相較於司法院大法官的看法，有論者認為應由普通法院審理較妥⁵⁸。因為刑罰權的認定、決定及實現，皆專屬於司法機關；刑罰執行涉及刑罰權的實現，假釋作為刑罰執行之一，自可推知假釋亦屬刑罰權的實現。雖然監獄是刑罰實際執行的機關，但僅是執行法院的決定，協助刑罰權實現而已，無法決定刑罰實現的事項，所以檢察機關、獄政機關，乃至於法務部，都不應對刑罰權說三道四。是故，由功能來看，關於假釋決定到相關救濟，都不宜由行政機關決定，而應由法院為之。

然而，本文以為，與假釋相關的處分皆流向行政法院為宜。由形式來看，受刑者或監獄提出假釋請求時，係由法務部決定，其屬行政機關自不待言，對行政機關的公權力行為，本應由行政法院審理。由實質論之，司法所涉者，自憲法第 77 條、78 條及憲法增修條文第 5 條以觀，是關係民事、刑事、行政訴訟的審判、公務員懲戒；又或解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權；又或組成憲法法庭審理總統、副總統彈劾、政黨違憲解散事項。要言之，刑事審判是司法工作，但刑事執行則非司法工作，本屬行政任務——行刑行政，其救濟途徑自應是行政救濟。因為如此，現制將假釋的決定交由法務部，因為刑罰執行是行刑行政，假釋自然也被歸為行刑行政，而與普通法院絕緣。

行政救濟，在使國家行政活動能夠合乎法律，藉此發揮法規維持的功能，同時亦達到保障人權的效用⁵⁹。行政救濟在行政機關的內部，有申訴或訴願等監督程序；外部則有司法監督，也就是行政訴訟。行政內部審查，是對國家行為是否違法、有無不當，進行違法性及合目定性的審查；司法外部審查則是以行政法院對國家行為進行違法性審查。行政法院僅進行違

⁵⁸ 柯耀程，註 48 文，頁 64、72。

⁵⁹ 李惠宗，註 57 書，頁 546。

法性審查，理由一是權力分立原則，避免司法權過度侵入行政權，而破壞權力制衡；理由二則是機關功能最適理論，司法權本身存有對於法律解釋的功能與界限，而無法對行政事務的高度專業判斷進行評價。

刑法沒有辦法規範大千萬象，刑事司法亦是如此。當司法對於某侵害行為認定為犯罪，且量定刑罰之後，刑罰執行就轉交由行刑行政接棒。或有論者質疑行政法院的專業，而不敢將假釋的公法爭議流向行政救濟；誠然，行政法院的法官不是萬能，其可能不明假釋，同樣可能不清楚食品衛生、營建工程、電子科技等，但無妨害行政法院的功能，因為行政法院只是對國家活動進行有無違法的判定，至於國家活動是否妥當，是行政各部門的專業，本應交由各部門決斷，而非將司法萬能化。

第三目 撤銷假釋不服的救濟

另外一種重要的假釋救濟，是撤銷假釋不服的救濟。對此，大法官釋字第 681 號解釋認為，最高行政法院 93 年 2 月庭長法官聯席會議決議，「假釋之撤銷屬刑事裁判執行之一環，為廣義之司法行政處分，如有不服，其救濟程序，應依刑事訴訟法第四百八十四條之規定，即俟檢察官指揮執行該假釋撤銷後之殘餘徒刑時，再由受刑人或其法定代理人或配偶向當初諭知該刑事裁判之法院聲明異議，不得提起行政爭訟。」相當有道理。由此可知，「未剝奪人民就撤銷假釋處分依法向法院提起訴訟尋求救濟之機會，與憲法保障訴訟權之意旨尚無抵觸。」

雖然司法院大法官認為，目前對於撤銷假釋不服，已設有救濟機會而無違憲，但「受假釋人之假釋處分經撤銷者，依上開規定向法院聲明異議，須俟檢察官指揮執行殘餘刑期後，始得向法院提起救濟，對受假釋人訴訟權之保障尚非周全，相關機關應儘速予以檢討改進，俾使不服主管機關撤銷假釋之受假釋人，於入監執行殘餘刑期前，得適時向法院請求救濟。」若解釋文尾聲「適時向法院請求救濟」所指的法院是普通法院，本文認為尚有討論空間。

誠如前文，待刑事判決確定進入執行後，即屬行刑行政的工作，對於監獄管理，法官或檢察官不是專家，典獄長及獄政人員才是，所以假釋撤銷必是行刑行政的專業判斷，是行政救濟的範疇。在假釋撤銷上，臺灣採

行雙軌制⁶⁰，一條軌道指向刑法第 78 條，另一條走進保安處分執行法第 74 之 2 條、74 之 3 條。前者是「假釋中因故意更犯罪，受有期徒刑以上刑之宣告者」，監獄必須在判決確定後六月以內撤銷其假釋，這是當然的撤銷事由，無庸爭執亦不生爭執。後者則是假釋者違反保護管束的相關規定，這是主管人員的專業判斷，若生爭執，自應以行政救濟之。但必須承認的是，保安處分執行法第 74 之 2 條 1 款，「保持善良品行，不得與素行不良之人往還」的規定過於模糊，有違法律明確性原則，應予刪除。

附帶一提的是，假釋一旦被撤銷，受撤銷假釋者若提出救濟，則應至其不爭執撤銷結果，或窮盡救濟途徑而仍獲得撤銷結果，方才入監。假釋作為實踐罪刑均衡的刑罰執行方法，其目的在於修復和諧，使罪犯回歸社會，今假釋者回到社會，勢必重新開始，也建立新的生活；假如撤銷假釋時，便要求假釋者立刻入監服刑，則其在假釋期間修復的社會關係，以及經營的新生活，都將付之一炬，實與刑罰的目的相逆。這也就是前開大法官解釋文所言的「俟檢察官指揮執行殘餘刑期後，始得向法院提起救濟，對受假釋人訴訟權之保障尚非周全」，其精神相通。

第四節 刑罰擴張

除了刑罰的節制之外，刑法典中另設有刑罰擴張的規定，就是累犯制度。依刑法第 47 條規定，「受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者」為累犯，以及「因強制工作而免其刑之執行者，於受強制工作處分之執行完畢或一部之執行而免除後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者」為準累犯。

累犯構成的前提是，行為人是受徒刑宣告確定且執行完畢，或一部執行後被赦免，或因強制工作而免除有期徒刑執行的人⁶¹；所以，當受有罪

⁶⁰ 陳新民大法官的釋字 681 號解釋不同意見書，對於假釋雙軌論的闡述，十分清楚。

⁶¹ 刑法第 98 條 2 項規定，「依第八十八條第一項、第八十九條第一項、第九十條第一項、第九十一條第二項規定宣告之保安處分，於處分執行完畢或一部執行而免除後，認為無執行刑之必要者，法院得免其刑之全部或一部執行。」同條 3 項補充道「前二項免其刑之執行，以有期徒刑或拘役為限。」也就是說，死刑、無期徒刑及罰金無免除刑之執行的適用。刑法的累犯是指，受徒刑完畢或徒刑一部執行而赦免後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，並不包括拘役；但是，準累犯若按字面解釋，「第九十八條第二項關於因強制工作而免其刑之執行者」將使得拘役亦囊括其中，而有構成準累犯的可能，如此一來，將不利於行為人。由法律制定的目的以觀，累犯應是規範曾

科處徒刑判決確定後執行前，或受徒刑者脫逃或假釋中，而故意再犯有期徒刑以上的罪者，由於受執行徒刑尚未完畢又未受赦免，自不構成累犯。又，行為人雖受徒刑宣告確定且執行完畢，或一部執行後被赦免，或因強制工作而免除有期徒刑執行，但過失犯罪，或是觸犯選科拘役與罰金、專科罰金的罪，亦不構成累犯。

累犯，加重本刑至二分之一。應注意的是，刑法第 48 條規定，裁判時未發覺是累犯，縱然判決已經確定，只要在刑罰執行完畢或赦免之前發覺，仍可按累犯規定加重刑罰。累犯作為刑罰擴張的重要制度，但由行為刑法、刑罰目的等方面，頗有可議之處。是故，本文的立場是，原則上累犯的規定可以考慮刪除，但其精神得以其他樣貌保留在刑法典中。

第一項 累犯規定宜刪除

在立法例上，除臺灣之外，大陸刑法第 65 條以下、日本刑法第 28 條以下、韓國刑法第 35 條以下均有累犯制度，保有累犯的國家或地區，多是認為累犯已經受過刑罰，竟然再度犯罪，與其初犯時，應受更嚴厲的制裁⁶²；或者累犯之所以再次犯罪，是因為人格危險性較高，可作為加重刑罰的事由⁶³。至於德國，曾有累犯制度，但已在 1986 年廢除，理由是加重處罰累犯並無法阻絕其繼續犯罪，也無法有效保護潛在被害人⁶⁴。

對累犯加重處罰，是預防的考量⁶⁵，而非應報。因為，應報立足於罪責原則之上，是考慮行為人所犯之罪的行為罪責⁶⁶，而不是行為人過去的惡行或未來的危險性。相反的，一般預防重視威嚇，希望藉由累犯處罰加

受有罪科處徒刑判決確定，經執行完畢或赦免後，相當時間卻又犯罪者；反之，曾受有罪科處拘役判決確定者，若執行完畢或赦免後相當時間內又為犯罪，應不在累犯規範的範圍中。是故，刑法第 47 條 2 項應為目的性限縮解釋，將該條的「第九十八條第二項關於因強制工作而免其刑之執行者」限縮在「第九十八條第二項關於因強制工作而免其『徒刑』之執行者」較為妥當。

⁶² 陳子平，註 45 書，頁 702；川端博，刑法總論講義，2006 年二版，頁 677。

⁶³ 大塚仁，刑法概說（總論），有斐閣，1997 年三版，頁 517。又德國廢止累犯、日本維持累犯的爭論，可以參見：鄭善印，累犯暨假釋，二〇〇五年刑法總則修正之介紹與評析（蔡碧玉、柯耀程、張麗卿、余振華、陳子平、靳宗立、蔡蕙芳、鄭善印、劉秉鈞、曾淑瑜、林東茂著），元照，2005 年，頁 318 以下。

⁶⁴ 對於德國廢除累犯制度的原因，可以參見：林東茂，註 42 文，頁 109。

⁶⁵ 林東茂，註 42 文，頁 109

⁶⁶ 林山田，註 6 書，頁 377、378。

重，讓曾經犯罪的人能夠有所警悟，避免再次身陷牢籠；特別預防則著眼於再社會化，一旦判定罪犯的危險性格深重，則可能加重。

犯罪的元素是行為人及其行為，依據罪刑法定原則，必須將犯罪與刑罰的內容明文在法典，此時刑事立法對犯罪的內容，考量的重心究竟是行為人，抑或行為，攸關可罰性先決基礎。以行為為中心的刑事立法，是以行為當作犯罪有無成立的重點，不法構成要件的制定，自然是以行為為主，也就是行為刑法；若刑事立法以行為人為中心，則關注行為人的性格、習性與生活方式，而被稱為行為人刑法。

然而，刑法非難的是，行為人的刑事不法行為，而非其性格、習性或生活方式，所以犯罪是否成立，應以行為認定，而非行為人，只有在裁量刑罰時才會將行為人刑法的構想納入。簡言之，與刑罰對等的犯罪，是否成立是以行為為思考核心；而行為係由人所作為或不作為，刑罰所施者是人，所以在刑罰量定時，才會考慮行為人自身的因素。是故，論者指出，累犯規定是行為人刑法的表現⁶⁷，導致刑法的基礎建立在行為人的主觀危險性身上，而不是客觀的行為上。行為人刑法的恐怖在於，國家只要以行為人主觀上的危險就可以發動刑罰，可能使刑法變成獨裁統治的工具。

法定刑的上限，標誌著某一犯罪行為，立法者認為行為人得受刑罰的上限，然後法官針對具體個案犯罪情節不同量定刑罰，決定行為人應受刑罰的上限；行為決定是否犯罪，犯罪決定刑罰質量，如此罪刑方能對等。今次犯行今次處罰，他次犯行他次處罰，不可混淆一談；假如混淆，則無法真正評價該次犯罪的刑罰，只會使得刑罰恣意浮動，而無法取得罪刑之間的對等。此外，對於行為人他次犯罪，法官已經適切評價並科處刑罰，基於一事不再理⁶⁸，已經判決確定的刑事案件不得作為訴訟客體，秉持著這樣的精神，亦不宜許他次犯罪的幽靈在行為人本次犯罪中浮現⁶⁹；相反的，若法官沒有適切評價行為人他次犯罪而輕判，亦不能據此在行為人的

⁶⁷ 林東茂，註 42 文，頁 110。

⁶⁸ 黃朝義，刑事訴訟法，新學林，2009 年二版，頁 565；林俊益，刑事訴訟法概論（上），新學林，2010 年十一版，頁 586；張麗卿，註 14 書，頁 439 以下；林鈺雄，刑事訴訟法（上），元照，2007 年五版，頁 618 以下。另外，亦可參見：王兆鵬，論一事不再理之憲法原則，一事不再理，元照，2008 年，頁 1-65。王兆鵬教授乙文，對於一事不再理原則的說明，相當清晰，並提出二階段的一事不自理原則性檢驗方法：先以要件包含法則檢驗（由起訴法條判斷），次以相同事件法則檢驗（事件是否同一）。

⁶⁹ 김일수、서보학著，鄭軍男譯，韓國刑法總論（새로운 형법총론），武漢大學，2008 年，頁 751。

本次犯罪中加重，畢竟誤謬的判決於罪犯何辜⁷⁰。

綜上，刑法第 47 條至 49 條的累犯規定，應可考慮刪除；此外，同法第 77 條 1 項「累犯逾三分之二」的規定亦可刪除，當前獄政除了監獄行刑法有相關考核罪犯的規定之外，業已設有行刑累進處遇機制，以堪稱精緻；對於累犯能否假釋亦應回歸假釋制度討論，應真正審核受刑者有無悛悔、更生意願高低、再犯可能性高低及社會觀感等綜合評量，並不會因累犯規定刪除而落入不公。

又刑法第 74 條 1 項「而有下列情形之一認以暫不執行為適當者」所指的情形，事實上就有累犯身影「一、未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者。二、前因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，執行完畢或赦免後，五年以內未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告。」亦可一併刪除，是否以執行刑罰為適當，委由法官斟酌個案實際情形判斷，故該條項宜修正為「受二年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告，經審酌第五十七條情狀，認以暫不執行為適當者，得宣告二年以上五年以下之緩刑，其期間自裁判確定之日起算。」

第二項 保留的累犯精神

傳統民間信仰的重要經典〈太上感應篇〉有言，「知過不改」是諸惡之一，會自招禍端、惡報相隨。若我們說，假釋是給知過能改的罪犯機會，累犯就是對知過不改的罪犯懲罰。質言之，累犯的精神是，對已經犯罪之人，又經過刑罰洗禮，卻依然不知悔悟、重新做人，情感上必然欲加重處罰，給予教訓，是針對罪犯主觀危險性格的考量。累犯作為必加重刑罰的事由，應當廢除，但累犯的精神得以留存，在合乎罪刑均衡的要求下，以其他的規範態樣登場。

誠如前文，刑事立法應以行為為中心，犯罪有無的判斷應以行為為主，至於行為人有無危險性格或其他事項，僅是量刑時方才思考的內容。刑法第 57 條 5 款「犯罪行為人之品行」及同條 10 款「犯罪後之態度」，均可用於斟酌行為人於前次犯罪後，再次犯罪是否加重刑罰的判斷基準。除了

⁷⁰ 有學者稱此為「自身犯罪的連坐」，相當傳神。參見：柯耀程，刑罰相關規定之修正方向，月旦法學 92 期，2003 年，頁 73。

前文所述，建請廢除累犯規定的理由之外，行為人主觀危險性格的狀態，以刑法 57 條判斷較為靈活，否則按刑法第 47 條累犯規定，雖然加重幅度最高至二分之一可資法官運用，但屬必加重刑罰事由，仍嫌僵硬。

此外，刑法第 75 條、75 之 1 條 1 項 1 款至 3 款緩刑宣告的應撤銷與得撤銷，以及刑法第 78 條假釋的應撤銷，內藏有累犯的精神，而有保留價值。先予說明的是，刑法第 75 之 1 條 1 項 4 款違反緩刑宣告所定負擔情節重大，足認緩刑難收欲期效果的得撤銷緩刑宣告情形，以及保安處分執行法第 74 之 2 條、74 之 3 條，受緩刑宣告或假釋者，在保護管束期間違反應遵守事項且情節重大的得撤銷緩刑宣告或假釋情形，均與再度犯罪無關，自無涉累犯。至於其他撤銷規定的要件結構均是「緩刑前、緩期或假釋期間，又犯他罪，並受有罪科刑判決確定」的情況，雖然細節有所不同，但背後都彰顯一個價值，就是對知過不改者的懲罰。

這些含有累犯精神的撤銷緩刑宣告或撤銷假釋規定，皆是行為人先有犯罪，且經有罪科刑判決確定後，雖受緩刑宣告或假釋，但又犯他罪，而將先罪的緩刑宣告及假釋等撤銷，使其入監服刑的內容。也就是說，對於知過不改者，將對其已生效的利益，因法律制度所生的利益，即免受刑罰的利益，或有利於受刑者行刑方式的利益，予以收回，使之接受刑罰制裁或回復原先行的執行。此未對先罪或後罪的刑罰產生影響，與刑法第 47 條的累犯制度不同，不會因而破壞罪刑已生的對等，只是對於再次犯罪的罪犯，重新思考刑罰的運作方式，以達到實質正義的境地。

第五節 刑罰執行變易

在法官宣判罪刑後，經判決確定後執行，由刑事訴訟法第 456 條以下可知，指揮刑罰執行的機關是檢察官。死刑的執行經法務部審核後，在監獄內以藥物注射或槍擊執行；自由刑的執行，則由檢察官指揮受刑者入監，待入監後，將受刑者置於監所管理之下；財產刑的執行，依憑檢察官的命令為之，如有必要時，檢察官得囑託地方法院民事執行處執行。

為了滿足實際狀況的需要，法官於宣判罪刑時，在符合法律規定的情況下，刑的執行可以多元，也就是說，在宣判刑之外，讓罪犯有以其他方

式接受刑罰制裁的機會。這就是所謂的易刑處分，也稱為換刑處分⁷¹。當犯罪行為人經法院判決而受宣告且確定的刑罰，依法應按判決宣告且確定的刑罰執行，但若受判決者的實際情況存有特定事由，致發生執行效果的負面預測或執行困難時，為求刑罰目的的達成或刑罰執行順利，得藉易刑處分，以其他刑罰替代宣告刑的執行⁷²。易刑處分使得執行刑與宣告刑發生不合致，是刑罰執行的例外情形，基於例外從嚴解釋的原則，檢察官於刑罰執行時，必須特別審慎。

不過，刑罰決定是法官保留事項，是司法權，所以刑罰執行的改變必須是法官在判決主文中有宣告，如「被告行為，處 A 刑，如以 B 方法變易 A 刑，應如何折算」，而非任意行政機關變動。如果受刑者或其法定代理人或其配偶，對於檢察官執行程序的指揮，或易行處分的作成有所不服，依刑事訴訟法第 484 條以及司法院大法官釋字第 245 號解釋，「法院認為有理由而為撤銷之裁定者，除依裁定意旨得由檢察官重行為適當之斟酌外，如有必要法院自非不得於裁定內同時諭知准予易科罰金。」也就是說，檢察官執行指揮或易刑處分有所不當時，得依法向諭知該裁判的法院聲明異議。由於刑罰的最終決定權，依舊在法官手中，法官除以裁定表示檢察官應重行為適當斟酌的指揮或易刑處分外，必要時得直接於裁定內諭知易刑的准否⁷³。

易刑處分是罪刑均衡的重要配套，在避免刑罰可能產生的負面影響，例如短期自由刑對罪犯可能產生更不良的效果，恐違反刑罰目的，或可改以罰金；同時避免刑罰難以執行的困境，藉由執行刑的轉變達到刑罰目的，例如對身無分文之人科處罰金是緣木求魚，罪刑難以對等，不如令其服勞役，替代執行不能的罰金刑⁷⁴。又按刑法第 44 條規定，當易刑處分的執行完畢，「其所受宣告之刑，以已執行論」，即無庸再執行。是以，相較於法定刑、宣告刑而言，執行刑才是真正最終衡平犯罪行為的刑罰⁷⁵，於執

⁷¹ 黃仲夫，簡明刑法總則，元照，2011 年，頁 355。

⁷² 柯耀程，註 35 文，頁 396、397。

⁷³ 有認為刑事執行事項，除法律明文規定可由法院或審判長、受命法官、受託法官為之，依刑事訴訟法第 457 條第 1 項本文規定，應專屬檢察官之裁量權限，大法官此項見解，不但容許法官可越俎代庖、剝奪檢察官之執行裁量權限，且讓法官一手准予易科罰金，另一手執行易科罰金，不免有悖於中立第三者不宜球員兼裁判的誠命要求。詳可參照：邱忠義，刑法（罰）易刑處分之社會勞動制度，月旦法學教室 80 期，2009 年，頁 94。

⁷⁴ 柯耀程，二〇〇九年新修刑法條文評析—易刑處分導入社會勞動制度之檢視，月旦法學雜誌 175 期，2009 年，頁 155。

⁷⁵ 柯耀程，刑罰具體化的形成形式與意義，月旦法學教室 43 期，2006 年，頁 94。附帶

行刑罰可能遭遇的易刑問題，亦是相當重要。

易刑處分規範在刑法第 41 條以下，分別是易科罰金、易服勞役、易以訓誡及易服社會勞動。有些國家或地區，如日本、德國等也都有內容互異，但精神共通的易刑處分制度；有些則無，如大陸刑法沒有易刑處分。以下針對易刑處分存在的利弊進行說明，然後針對臺灣四種易刑處分進行檢討。

第一項 易刑處分的原則

易刑處分究竟是否妥當，向來存有爭論⁷⁶。否定易刑處分者認為，裁判既已確定，效力不可隨意改變，刑罰易科無異改變裁判內容，有損司法威信。何況在科刑量罰時，法官對於被告所應受的刑罰就應慎重考慮，且刑法對於可科處刑罰已有供法官選擇的空間，日後易刑不啻意味著法官當初科處刑罰欠妥。另外，易刑處分可能會造成刑罰適用上的不平等，因為富人犯罪，縱被判徒刑也有機會以金錢換取自由，但窮人犯罪被判罰金刑，卻可能無力繳納款項而必須犧牲自由。

肯定論者則認為，易刑處分可以解決刑罰執行實際所遭遇的問題，如將短期自由刑易科罰金，有利於避免短期自由刑的缺失；如將罰金刑易服勞役，則可以解決受刑者無資力繳納罰金的問題。特別是避免短期自由刑缺失的易科罰金，更有經濟效益，可以節省國家獄政開銷，以及當前監獄人滿為患的壓力，受刑者所繳納的罰金更有充實國庫的功用。此外，刑罰的目的在於，促使罪犯重新回到社會，在個案實踐的過程中，短期自由刑的受刑者可以藉由易科罰金，保有原本的家庭、工作等生活樣態，避免因入獄而造成與社會的隔閡；相反的，罰金刑的受刑者若欠缺資力，可能為求溫飽又踏上犯罪舊途，可能就必須考慮易服勞役，以避免陷入更淒慘的經濟狀況，而萌生與社會敵對的意思。

本文以為，易刑處分的精神值得肯定，但在制度設計上必須注意易刑

一提的是，關於易刑處分新舊法比較問題，最高法院 95 年度第 8 次刑事庭會議決議表示，「三、(二)、易刑處分：易科罰金之折算標準、易服勞役之折算標準及期限，新法施行後，應依新法第二條第一項之規定，適用最有利於行為人之法律。」也就是說，易刑處分同受從舊從輕原則的適用。

⁷⁶ 蔡墩銘，註 6 書，頁 369。

後的執行是否存有瑕疵。質言之，妥適的易刑處分，不僅可以解決執行上的困難，易刑後的刑罰執行更能有效達到刑罰目的；但不良的易刑處分，除了破壞司法判決的公信之外，更可能讓刑罰難竟全功。易刑處分必須嚴守的原則是，必須有助於刑罰目的達成；若因執行困難，而有易刑必要的不得已情況，也不能有害刑罰目的。

第二項 易刑處分的檢討

第一款 易科罰金

易科罰金，是指刑法對某些特定犯罪，經判決宣告自由刑相當短期，為避免短期自由刑的弊害，同時鼓勵罪犯自新，在符合法律要件之下，准許以罰金代替短期自由刑。刑法第 41 條意同此旨，規定行為人犯最重本刑五年以下有期徒刑、拘役的罪，且判決宣告刑為六月以下有期徒刑或拘役者，得以新臺幣一千元、二千元或三千元折算一日，以易科罰金。受易科罰金處分者，在繳納罰金後，依刑法第 44 條規定，視同已經服刑期滿，此後罪犯無牢獄之累，能夠重新做人，提前讓受刑者復歸社會，實有助於達成刑罰目的。

2005 年刑法修正後，易科罰金曾有一重要爭議，就是當時的刑法第 41 條 2 項規定，數罪併罰時，數罪均得易科罰金，但併合處罰後，應執行刑超過六月者，不許易科罰金⁷⁷。對此，司法院大法官釋字 662 號解釋認為，若因數罪併罰後，併合的應執行刑超過六月而無法易科罰金，「與憲法第二十三條規定有違，並與本院釋字第三六六號解釋意旨不符」，進而宣告違憲。該號解釋理由書稱刑法第 51 條 5 款的規定，「目的在於將各罪及其宣告刑合併斟酌，予以適度評價，而決定所犯數罪最終具體實現之刑罰，以符罪責相當之要求。」該款規定，分別宣告的各刑均為有期徒刑時，

⁷⁷ 黃翰義，新修正刑法易科罰金規定之檢討—兼論司法院大法官會議釋字第三百六十六號解釋之妥適性，法學叢刊 51 卷 3 期，2006 年，頁 155。附帶一提的是，於學位論文口試時，劉秉鈞教授特別提及「在數罪併罰的案件，被告所受宣告刑，有一部得易科罰金及一部不得易科罰金的情形時，應如何併罰」的問題。對此，實務認為數罪併罰之中的一罪，不得易科罰金，得易科罰金的部分與之合併處罰後，則不得易科罰金（司法院 33 年院字第 2702 號解釋；司法院大法官釋字第 144 號解釋）。意即本可易科罰金的部分，卻因與不得易科罰金的部分數罪併罰後，此是否合乎公平正義，實有討論空間。

應在各刑中最長期以上且合併刑期以下的區間決定刑期，並沒有更不利受刑的宣告的意思。然而，按照當時刑法第 41 條 2 項，對各得易科罰金的數罪，因併合處罰定其應執行刑的結果逾六個月，而不得易科罰金，使原本得為易科罰金的機會喪失，迫使受刑者必須受自由刑的執行，無異係對已定罪的行為，進行更不利的評價，並不符合數罪併罰制度的原意。刑法第 41 條歷經 2009 年的二度修正，已經沒有這個爭議，現在判決數罪併罰時，當數罪各自均得易科罰金，併合後的應執行刑縱然超過六月，仍得易科罰金。

雖然刑罰目的是要讓罪犯重返社會，易科罰金確實能讓受刑者提早回到社會，但立法者仍有所考量，當「易科罰金，難收矯正之效或難以維持法秩序」時，雖然受判決者符合前述易科罰金的門檻，仍不許易科罰金，此為刑法第 41 條 1 項但書明文規定。惟本文對此但書抱有疑惑，因為有資格易科罰金的受刑者，皆是犯最重本刑五年以下有期徒刑或拘役的罪，且判決宣告刑為六月以下有期徒刑或拘役；意即，若為收矯治效果或維持法秩序而禁止易科罰金，立刻又掉進短期自由刑弊病的陷阱。

行為人犯最重本刑五年以下有期徒刑、拘役的罪，且判決宣告刑為六月以下有期徒刑或拘役，表示經由法院的判斷，該人罪行輕微，對社會無甚威脅，方才宣告輕刑，否則本於罪刑對等的要求豈容輕判。換言之，判決宣告刑為六月以下有期徒刑或拘役的受刑者，其行為不可能造成法秩序的混亂。對於輕犯，若易科罰金真的難收矯正效果，也不應該固執於短期自由刑，刑罰有其侷限性，並非導正罪犯的萬能機制，此時可以考慮轉以社會勞動刑或進入保安處分等其他矯治措施。是故，刑法第 41 條 1 項但書宜刪除，並將受宣告刑為六月以下有期徒刑的受刑者，朝向法官應選易科罰金或易服社會勞動的方向邁進，並得付保護管束。

然而，必須說明的是，前述看法是建築在有期徒刑維持現況的情形之上；本文的初衷是，將有期徒刑定義為六月以上十五年以下，得加至二十年，但不得減至未滿六月，如斟酌個案情形認為六月有期徒刑仍然太重，則應退至其他刑罰，如罰金刑（或本文建議新增的勞動刑），而不應堅持未滿六月的有期徒刑，否則刑期過短，短期自由刑幽靈不散，對於受刑者的再社會化反而有害。至於本文理想的易科罰金制度應該如何調整，留待本項第四款一併說明。

第二款 易服勞役

易服勞役的立法思維，與易科罰金大有不同。易科罰金是為達成刑罰目的，而讓犯最重本刑五年以下有期徒刑、拘役的罪，且判決宣告刑為六月以下有期徒刑或拘役的受刑者，能夠早日回到社會，展開新的人生；相對的，易服勞役則是建立在宣告刑難以執行的前提上。

刑法第 42 條 1 項規定，罰金應於裁判確定後二個月之內完納，若依受刑者的經濟或信用狀況，不可能於二個月內完納時，得許分期繳納，但期滿而不完納者，或遲延一期不繳或未繳足者，先強制執行之，若確定無力完納，則易服勞役；同條 2 項更規定，如已查明確無財產可供強制執行時，得直接易服勞役。由此可知，對於罰金刑的執行，窮盡一切方法，受刑者仍無法繳清罰金，國家遂令其改服勞役。

監獄行刑法第 34 條規定，「易服勞役者，在監外作業。」監獄作業分監內與監外，接受刑人監外作業實施辦法的規定，通常受自由刑者，必須是刑期在一年以下，執行已逾一個月，或刑期逾一年而最高度為七年以下執行已逾六分之一；又身體強健，平時恪遵監獄紀律，行為善良且無犯罪習慣的受刑者，方能勝任監外作業。由此可知，易服勞役者從事監外作業，本質就是自由刑。

易服勞役是否妥當，恐有疑義。第一，宣判罰金刑的受刑者，因無力繳納罰金，則必須犧牲自由，改以勞役贖罪，將給人民極差的觀感，會產生富者無庸坐牢的印象，有害法律公正形象。第二，然而自由刑的刑質較罰金刑重，本於罪刑對等，法官酌量個案情節，認為罪犯行為輕微，所以才判處罰金，但今卻因無法執行罰金刑而改拘束人民自由，罪刑對等的精神顯然遭受破壞。第三，易服勞役的期間短暫，如此又將重蹈短期自由刑弊害的覆轍，對於原受罰金刑判決宣告的罪犯再社會化上，無疑是雪上加霜。是故，易服勞役制度實可廢止，對於受罰金刑判決宣告的罪犯，在執行上大可慈悲為懷，放寬執行年限，何必苦逼受刑者再上梁山。

第三款 易以訓誡

刑法第 43 條規定，「受拘役或罰金之宣告，而犯罪動機在公益或道義上顯可宥恕者，得易以訓誡。」即以訓誡代替拘役或罰金，因為行為人犯行輕微，且犯罪動機並無惡性，在公益或道義上是可以獲得寬恕的。訓誡由檢察官執行，訓誡的內容則是教訓其過往犯罪之非，並告誡期勉未來不要再犯；至於訓誡的執行方法，司法院院字第 1350 號解釋表示，由檢察官決定，言詞或書面均可。

不過，易以訓誡是否適合歸類在易刑處分，恐有疑問。易以訓誡的要件有，行為人的犯罪動機在公益或道義上顯可宥恕；但犯罪動機的斟酌，本應是刑法第 57 條法官量刑的判準之一，以此作為易刑處分的要件是否妥當，恐怕產生混淆⁷⁸。負責執行刑罰的檢察官，理應忠實於判決宣告的刑罰，除非合乎刑罰目的及法律要件，不然不應變動刑罰內容，更遑論價值判斷；惟犯罪動機的認定已經涉及價值判斷，實應屬法官的工作，而非檢察官的權能。是故，易以訓誡的情形，應該是法官審判上應當審酌的事項，宜將本條刪除，回歸刑法第 61 條刑罰免除的規定，於本文「得免除其刑」修正為「得施以訓誡，並免除其刑」，再增設 2 項，「犯罪情節輕微，而犯罪動機在公益或道義上顯可宥恕者，亦同。」

第四款 易服社會勞動

易服社會勞動，是 2008 年刑法修正時所增設的規定，其主要針對的是，受六月以下有期徒刑或拘役宣告確定，依法不能易科罰金或得易科罰金而未聲請易科罰金者；或者受罰金刑宣告確定，但無力繳納罰金，且身心健康，易服勞役期間未逾一年，亦非入監執行逾六月有期徒刑併科或併執行罰金者。前者的社會勞動期間不得超過一年，後者則不得超過二年。易服社會勞動處分的立法，分別見於刑法第 41 條 2、3 項以下以及第 42 之 1 條。

誠如第五章第六節所言，本文認為宜於刑罰增加「勞動刑」，理由不

⁷⁸ 林山田，註 1 書，頁 556；黃仲夫，註 71 書，頁 361。

再贅述。同時，建議將易服社會勞動的相關規定刪除，因為易刑處分既曰「易刑」，理論上應是以刑易刑，但現行的社會勞動並非刑罰之一，適用上似乎名不正言不順，因為易刑處分是對已宣告且確定應執行的刑罰發生改變，自應唯有刑罰才有可能替代。

事實上，易刑處分之中，最難解的問題就是，對於無力繳納罰金的受刑者，應以何種方式替代罰金刑的執行，不僅能夠維持罪刑對等，又能夠兼顧刑罰的目的性。對受短期自由刑者，立法者設計易科罰金制度，以避免短期自由刑的弊害發生；但對受罰金刑者，若因無力繳納而折算為短期自由刑，除了無法迴避短期自由刑的弊害外，更有違反罪刑對等的疑慮，且無助於罪犯的再社會化。

勞動刑是社區處遇性質濃厚的刑罰設計，如能將之納入刑罰，將足填補自由刑與罰金刑之間可能產生的刑質斷層，亦可以讓刑罰的運用更加貼近實際需要。受勞動刑者，在判決宣告且確定之後，能夠立刻回歸社會，繼續原有的生活或工作而不受任何干預，與罰金刑效用相同；只有受刑者在特定期間，進行環境清潔、生態巡守、交通維持、農產採收或學校修繕等勞動工作時，自由才會受到短暫拘束。是故，對於無力繳納罰金者，以勞動刑相易，不會重返短期自由刑的泥沼，又可達到與罰金刑幾同的效果。

簡言之，除了立法上應確立勞動刑，並進一步將勞動刑與罰金刑設計為彼此互易的制度。意即，將有期徒刑定義為六月以上，並且將拘役刑廢止之後，當前刑法第 41 條「犯最重本刑為五年以下有期徒刑以下之刑之罪，而受六月以下有期徒刑或拘役者」的易科罰金制度將不存在，取而代之的是，「受勞動刑宣告者」的易科罰金制度。同樣的，刑法第 42 條受罰金刑宣告易服勞役的規定亦不復見，而是「受罰金刑宣告者」的易服勞動刑。

綜上，本文對於刑法第 41 條至 42 之 1 條的具體修法建議是：刑法第 41 條修正為「受勞動刑宣告者，得以一日額勞動小時單位折算一日額金單位，易科罰金。(第一項)得聲請而未聲請者，檢察官得斟酌實際執行之一切情狀，易科罰金。(第二項)」刑法第 42 條修正為「罰金應於裁判確定後二個月內完納；但依其經濟或信用狀況，不能於二個月內完納者，得許分期繳納。期滿而不完納，或分期繳納卻遲延不繳或未繳足者，未完納之罰金，強制執行。如已查明確無財產可供執行時，得以一日額金單位折

算一日額勞動小時單位，易服勞動刑。(第一項)易服勞動刑期內納罰金者，所納之數，依裁判所定之日額金單位扣除日額勞動小時單位之數，乘以裁判所定之日額金數額。(第二項)入監執行有期徒刑併科或併執行之罰金，不得易服勞動刑。(第三項)」至於刑法第 42 之 1 條，建議將之刪除。

或許有論者會提出質疑，認為現制之下，罰金無力繳納者，若經易服社會勞動，按刑法第 42 之 1 條 3 項的規定，「無正當理由不履行社會勞動，情節重大，或履行期間屆滿仍未履行完畢者，執行勞役。」也就是說，對於惡意不履行社會勞動者，目前至少還有勞役可作為執行刑罰的手段；若將易服勞役廢止，豈不是造成執法困境？這樣的質疑實屬有理，但解決的方法並非依賴易服勞役。勿忘勞役的本質是短期自由刑，若許其存在，等於容認短期自由刑所造成的諸多弊病。是故，本文以為，將有期徒刑提高至六月以上，廢止拘役、易服勞役等制度，是一貫的立場。

要避免受刑者逃避刑罰，並非全盤皆是刑罰執行的任務。若受刑者逃避刑罰出於相當的惡意，事實上已經另外構成他罪，例如刑法第 161 條脫逃罪所指的依法拘禁之人，就包括受自由刑宣告且在監服刑者⁷⁹，該人於服刑期間惡意逃避刑罰制裁，自當構成犯罪；但若是入監服刑前逃亡，由於行為人尚未置於國家公權力拘禁之下，所以非脫逃罪所能過問，檢警此時應傳喚、通緝或進行限制出入境的處分。又如，檢察官依法執行刑罰時，此時行為人若有妨害公務的故意，又以強暴脅迫等方式妨害公務進行，則另外構成刑法第 135 條妨害公務罪。

其他國家為避免刑罰執行受到惡意阻撓，亦有相關規定。例如，德國刑法第 113 條妨害公務罪明確指出，以暴力妨害國家公務員執行判決、裁定等，構成犯罪，規範意旨與臺灣同。日本刑法第 95 條的妨害公務罪係指行為人暴力脅迫地對待執行公務的公務員；第 96 之 1 條另有妨害強制執行罪的規定，行為人若為逃避強制執行，而隱匿、損壞財產，或承認假債務者，構成該罪。日本妨害強制執行罪的概念，恰可用於確保罰金刑執行的順暢。此外，為確保國家刑罰權的伸張，大陸刑法第 313 條更規定拒不執行裁判罪，即行為人對人民法院的判決或裁定，能執行卻不執行，且情節嚴重的，便構成犯罪。對此，大陸最高人民法院〈關於審理拒不執行判決、裁定案件具體應用法律若干問題的解釋(1998 年法釋 6 號)〉表示，

⁷⁹ 林山田，刑法各罪論(下)，自版，2005 年五版，頁 210；甘添貴，刑法各論(下)，三民，2010 年，頁 481；盧映潔，刑法分則新論，新學林，2011 年四版，頁 146。

隱藏、轉移財產，或抗拒執行使工作無法進行等，都可能構成拒不執行裁判罪。

抗拒刑罰的執行，未必都是脫逃或以暴力脅迫為手段，例如脫產影響罰金刑執行，拒不勞動影響社會勞動刑執行等，同樣都屬於抗拒刑罰的行為，只是在現行法下，並不該當於脫逃罪或妨害公務罪，而存有法律漏洞。是要周延保護國家司法權，避免發生惡意脫產，或不接受勞動刑等阻撓刑罰執行的行為，根本的解決方法應該是於刑法分則中，增設妨害法院裁判執行罪；大陸刑法的規定恰可供臺灣參酌；或許可以在刑法增設第 136 之 1 條，規定「無正當理由或以不正方法抗拒法院判決、裁定之執行者，處一年以下有期徒刑。」刑度是參考刑法第 161 條 1 項脫逃罪，因其所侵害的法益相近，均是違逆國家執行刑罰的意志；若有強暴脅迫等情事，則適用妨害公務罪。

第六節 小結

法定刑是立法者在罪刑法定之上，對罪刑之間的關係，取得應然面的理想均衡。但是，現實社會與理想總有差距，如何讓法定刑的罪刑均衡能夠體現在實然面上，立法者應提供一套調節刑罰的制度，使刑罰可以按具體個案情形作出適當的反映，讓法定刑的理想落實到最大，同時避免因個案因素所造成違反情理的突兀，甚至詭異的刑罰決定，使罪刑均衡能在個案實現，進而體現實質正義。

簡言之，刑罰的調節就是，在處理個案時，如何最妥當地將法定刑轉化為宣告刑、執行刑，並且能將應然的罪刑均衡帶到實然。調節刑罰的方法，除了量刑基準之外，在刑法上還有：刑罰的節制，如緩刑、假釋；刑罰的擴張，如累犯制度，以及執行刑的易刑處分。

量刑以罪責為基礎，並審酌一切情狀，即個案情節與罪犯狀況，從中調整刑量，以符合個案的罪量。量刑基準是立法者對司法者的溫馨提示，告訴司法者在量定個案刑罰時，應當注意的事項，希望罪刑均衡真正能在個案獲得實現。這些基準，在個案情節裡，比如犯罪的動機目的、犯罪時所受的刺激、義務違反的程度、犯罪手段及所生的損害、危險或利益；同時也應注意行為人的品性、生活狀況、智識程度、犯後態度，以及罪犯與被害者之間的關係。這樣綜合評量後所得的刑量，才能適當反應出個案的

罪量，也才能夠達成罪刑均衡的期待。此外，對於刑罰的加重與減免，立法者亦設有限制，以免司法者任意更動刑質刑量，反而破壞罪刑均衡。

經量刑判定後，宣告刑產生，罪刑均衡的前階段，罪刑均等的任務結束，完成刑罰檢視過去的目的，此後刑罰不得再對罪犯過去的犯行加油添醋；但面向未來，刑罰讓協助罪犯重返社會的工作才正要開始，必須考量罪犯的再社會化，以期罪犯與社會和諧的關係能夠回復，若刑罰的節制或擴張，不利罪犯重返社會，仍然使罪刑不均衡，正義也無從實現。

法官作成有罪科刑的判決確定後，能否對之緩刑，仍應考量個案情節與罪犯狀況，若暫不執行刑罰的理由充足，且有利於罪犯重返社會，方許緩刑。假釋制度同樣關心罪犯能否與社會回復原本的和諧關係，避免罪犯受制於判決宣告刑的形式，而忽略刑罰的初衷；也就是說，物受拘泥在罪刑均等，而忘記刑罰教化的目標。經刑罰執行後，發現罪犯懊悔有據，再返社會的準備已經足夠，就應該讓罪犯回到社會。但是，現制的假釋太過嚴酷，反而不利罪犯重返社會，實與刑罰目的有違，應合理的放寬。至於累犯必加重刑罰的制度，明顯違反行為刑法的精神，並破壞罪刑均等的期待，更害罪犯與重返社會的那一天更加遙遠，故累犯制度應該刪除，行為人若有前科或素行不良者，回歸量刑判斷即足。

刑罰調節在執行面上，設有易刑制度，目前的易刑處分有，易科罰金、易服勞役、易以訓誡以及易服社會勞動。易刑處分的立法目的良善，是為了讓執行刑罰順暢無礙；但仍應注意，不能盲目執著於刑罰執行，以免有害於刑罰本來目的，即促使罪犯與社會重修和諧。對此，易服勞役應該廢除，因為勞役的本質是短期自由刑，受刑者是因無力完納罰金而改以勞役替代，此無助於受刑者的再社會化，反而墮入短期自由刑弊病的漩渦。易以訓誡亦應排除於易刑處分之外，其應是法官作成有罪免刑判決時，檢察官方得為之，因為檢察官係刑罰執行者而非決定者，理應不得藉由易刑處分而擅動已確定的司法判決。

又在本文建議下，若能確立勞動刑，除了替代易服社會勞動外，更讓罰金刑與勞動刑在執行處於互易位置，再配合日額單位制（日額罰金刑、日額勞動刑），使易科罰金或易服勞動刑，在罪刑對等上取得一致，互換公平且便利；罰金刑與勞動刑的制度目的，都著重在罪犯重返社會，無論二者互易，皆無害罪犯重返社會，應能真正體現罪刑均衡的實質正義。

第八章 結論與建議

第一節 結論

本文從正義出發，試圖探索罪刑關係之間的正義。首先，本文應先對正義進行界定，確立中心思想，然後以此為起點，對犯罪與刑罰竭己所能地發掘二者的最佳關係。本文相信，罪刑關係之間的實質正義就在於「罪刑均衡」，其應可作為刑事政策的方向，並且對刑罰的種類、制定及調節等，產生正面的影響。

對於正義的概念，西方哲學有相當深入的研究，大抵可以分為效益觀的正義、自由觀的正義、道德觀的正義。這些看法多以理性的、體系的角度對正義進行剖析，試圖發現正義的標準，並基此發展正義系統或規則。然而，只用理性檢視正義，恐怕有所不足，因為正義發自人類內心，除了在人類理性思考之外，不能否認同時也作為一種人類情感，縱然邏輯通順但感覺詭異，仍是反於人性，只會是強詞奪理。

正義只能描述，而難定義。本文對正義的描述是「合乎人性，正當且和諧的價值」。人性是正義的源頭，理性與感性均應兼顧，單論其一，人將不人；諸多正義理論強調人的自主理性，固然無怪，但人的感性不能被抹殺。正義應該是合乎人性的價值，也就是向善的價值。立足於人性，便能承認人的主體性，無論是西方「人是目的，不是手段」，或東方「人能弘道，非道弘人」，都秉持著人是主體的觀念，信奉人性尊嚴的價值。

如果從小我延伸至大我，可以發現正義就在人、人與人、人與社會、社會裡面。當正義在人或社會之中時，是以主體之中的正義呈現；若在人與人、人與社會之間時，則是主體之間的正義。正義發自向善的人性，道德倫理應該是根基。主體之中的正義，偏向正當的人性價值，有較多的效益色彩，人和社會都是不斷在探詢符合自身的最大效用，可能是快樂幸福或安全和平；但效益建立在道德倫理上，否則將變質為利而非義。主體之間的正義，傾向和諧的人性價值，用以維繫人與人、人與社會之間的共生

共榮。人與人之間的和諧，主要在約定之上，約定誠信、互敬互讓，自然相處得宜；人與社會的和諧則較重視均衡，若人與社會的勞祿獎懲能分配均勻，能夠穩定平和且紛亂不生。主體之間的正義，有較多的自由思想，但同樣必須保有道德倫理的根本，否則自由將變自利，而不正義。由人性價值出發的正義觀，應該可以囊括效益、自由及道德觀的正義論述。

確立本文的正義觀後，在第三章先討論符合正義的刑事政策。關於刑事政策內容與目的的說法紛紜，本文認為，刑事政策應以刑事法體系為範圍，且由罪刑關係出發，衍生為刑事實體、程序與執行等三類刑事法的子領域。刑事政策以罪刑關係為核心，在思考政策目的時，亦應以罪刑關係為主。事實上，刑事政策的目的就是刑罰的目的。刑罰目的有應報與預防二大說，當前學理通說已不各執一詞，而是將二者綜合運用。但是，若從正義角度視之，刑罰目的應該在於「回復和諧」，回復因犯罪而破壞的人與社會之間的和諧，以恢復正義的原初。又侵害必存在於主體之間，可能同時存於人與人、人與社會之間；犯罪作為侵害的一種，是存在於人與社會之間，講求均衡和諧，反映於罪刑關係，就是「罪刑均衡」。

罪刑均衡是刑事政策的南針北斗，罪刑關係如能均衡，罪犯與社會的和諧回復就有展望，實質正義便能實現。罪刑均衡並不是指罪刑之間存在數理概念上的罪刑相等，而是活的、流動的平衡關係，更舉體的說，罪刑均衡落實在，罪刑均等、刑罰教化（個別化）的不同階段上。刑罰因犯罪而生，必先回顧過去已發生的犯罪，罪刑必須均等，讓罪犯知罪贖罪，對過去的罪惡負責，才有資格迎向新生，此近應報思想。面對未來，刑罰致力在協助罪犯修復其與社會之間，因犯罪而破損的關係，在罪刑均等的範圍內，審酌罪犯是否已經完成重返社會的準備，此近似特別預防思想。在回復和諧的均衡正義之下，刑罰目的是一體二面的，對過去與未來皆有關照；至於刑罰威嚇力，只是附隨於罪刑均衡而生的效果。在具體落實上，刑罰制定、量定及執行，此三個階段均應合乎罪刑均衡。

有罪責才成立犯罪，有犯罪方可能科處刑罰。罪責彷彿罪刑關係的樞紐，在討論罪刑關係時，勢必不能錯過。按犯罪成立判斷的學理通說，當行為人的行為構成要件該當，且無阻卻違法事由存在，則行為不法；若行為人具有罪責能力、罪責型態、不法意識與期待可能性，便具有罪責，犯罪便成立。本文試圖以期待可能性為中心，調整罪責的內涵，用以彰顯正義的人性關照。更具體的說，就是行為人罪責的有無，端看其是否在理性且擁有自由意志的情況下，卻決定為違法法規範期待的行為。調整後的罪

責，係以罪責能力、無期待不能為罪責要素；後者又分為規範的、事實的不能期待，如以此與通說的三階層理論對比，是違法性與罪責的調和。又為使罪責理論能夠合乎本文正義觀所進行的調整，其必然連動犯罪階層理論的結構，故將之稱為調整的犯罪階層理論。這是第四章所主要闡述的內容。

犯罪成立後，罪刑均衡的思考便正式啟動，罪刑均衡會反映在刑罰種類、刑罰制定及刑罰調整的制度。關於這些涉及罪刑均衡的重要內容，本文分別於第五至七章進行探究。刑罰制度是犯罪與刑罰的第一次對話，也是罪刑均衡的第一次具體實踐。原則上，刑罰的目標在於回復和諧，以體現主體之間的正義；惟生命刑例外，因為生命刑是彰顯主體之中的正義，當發生嚴重危害社會安全或核心價值時，社會將由眾人集成的共同體，變成概念上的獨體，此時正義將偏重於合乎人性的正當價值，對於極惡的犯罪，認為無重返社會的可能或必要，便以死刑予以棄絕。面對主體之中的正義，必須相當謹慎，否則正義可能變質，朝向集體或獨裁主義，所以死刑政策，也應當特別慎重。

除了生命刑之外，其他刑罰均傾向合乎人性的和諧價值，希望藉由刑罰能夠回復因犯罪而破損的和諧關係。自由刑是當前刑罰的主幹，限制罪犯自由的目的是在於施以教化，以期罪犯重返社會。既然自由刑以教化為主，監獄管理自當是以輔助教化的角色登場，也就是說，監獄的管理考量，不能與教化受刑者的目標相違逆，應同時設想教化受刑者的所需，即洗盡罪犯與法律社會的敵對意思，創造受刑者未來在社會上的謀生能力，並且讓受刑者與社會保持適當的聯繫。又短期自由刑欠缺教化可能，恐無存在必要，可以考慮以其他刑罰取代，即財產刑或勞動刑。

財產刑之中，最需要關切的是罰金刑。對於輕微犯罪，若能運用罰金得宜，將可滿足罪刑均衡的期待。當前的罰金刑，存有些許可以考慮改進之處，尤其是現在的罰金數額無法反映現實，雖然近年刑法修正時已經有所調整，且輔以罰金罰鍰提高標準條例，但整體而言仍有不足，有通盤檢討的必要。至於罰金數額制度，宜採日額制，藉由罰金日額單位的確定，體現罪刑均等，單位數額則用以斟酌罪犯狀況，是促其順利回歸社會的考量。罰金的量定與執行，也有改進空間。

資格刑則可以考慮廢止，因為資格刑沒有教化功能，反而可能因為資格被剝奪，而難以回歸社會。另外，資格的取消或暫停，宜回歸與資格相

關的法律規範中，不用在刑法規定。勞動刑可以考慮增設，除了可以補充短期自由刑廢止後的斷層之外，又可分擔以罰金制裁罪犯的工作，讓輕微犯罪的刑罰擇定更具多樣性，以切合實際需要；更重要的是，勞動刑藉由公益性的服務，應能促進行為人的再社會化。

確定刑罰的種類之後，進而思考刑罰的制定。刑罰制定關係著形式及實質的正義。罪刑之間的形式正義，是「罪刑法定」，有法律才有犯罪，有法律才有刑罰，立法者必須嚴守罪刑安定、罪刑明確，並且禁止司法者類推適用、溯及既往。有了法律的形式，正義才能有所依附，形式正義俱矣。制定刑罰的實質正義，就必須讓罪刑之間能夠處於一個均衡狀態，罪的質量重者，對應質量重的刑；罪的質量輕者，應對應質量輕的刑，使罪刑關係均等，刑罰教化的功能才能真正發揮，不然和諧無法真正回復。

在制定刑罰——法定刑的形式正義與實質正義之間，是以法益作為連接點。法益是「法律化、條文化後的人類倫理情感與文化價值」，法律化、條文化是形式的，人類倫理情感與文化價值是實質的，形式正義和實質正義，罪刑法定和罪刑均衡，伴隨法益的形成產生交會。刑罰因犯罪而生，當行為侵害某法益形成某罪質，罪質與刑質應先相互對應；侵害行為隨著行為人的犯意或手段等，造成輕重之別，罪量也就隨之而有所不同，然後再與刑量對應。罪質與罪量，刑質與刑量，交織成條文，匯聚為罪章，而後為刑典。在實質正義的視野下，刑罰制定所關注的重點是，與犯罪相對應的形罰，是不是合乎罪刑均衡。然而，法定刑是否與所對應的犯罪處於均衡狀態，不能憑空想像，必須進行檢驗。法定刑的編制排序、攀比檢證，應該是檢驗法定刑是否接近罪刑均衡理想的方法之一。本文將普通刑法的刑罰分列五級，共六十二等，再經由普通刑法內，以及普通刑法與特別刑法、附屬刑法間的攀比發現，法定刑仍有諸多亟待檢討的空間。致力促進罪刑之間，在法定刑達到應然的均衡，應該是刑事法學人及實務工作者共同努力的方向。

實質正義不是在法定刑制定後，就能夠立即實現，因為刑罰最終還是必須落實在個案上。法定刑是立法者在法典中，對罪刑之間取得應然面的均衡；但現實社會變化萬千，與立法者理想的罪刑均衡世界，有一段不小的差距。這段差距的弭平，必須委由司法者在個案對法定刑進行調節，促進罪刑均衡的真正實現，於實然面創造正義。在司法者針對個案進行裁判前，立法者必須提供一套妥當的量刑基準，以及良善的刑罰調節制度。

量刑基準是所有刑罰調節的基礎，是立法者對司法者的溫馨提示，告訴司法者在量定個案刑罰時，應以罪責為基礎，並審酌個案與行為人的一切情狀，發現屬於罪犯的適當刑責，以期罪刑均衡能在個案獲得實現。對於量刑增減，立法者亦設有限制，以免司法不當改變罪刑的質量關係，反而破壞罪刑均衡。除了量刑基準之外，調節刑罰的方法，在刑罰節制上有緩刑與假釋，刑罰擴張上則是累犯制度，以及執行刑的易刑處分。

任何刑罰調節的機制，都應以罪犯回歸社會，修復與社會之間的和諧關係為首要考量。作為節制刑罰的緩刑與假釋，分別處於刑罰的宣告與執行：緩刑宣告是法官認為暫不執行刑罰比較適宜，因為考量個案情節與罪犯狀況，不執行更有利於回復和諧；假釋亦是如此，勿完全拘泥於判決宣告刑的形式，當罪犯悔過有據，且再返社會的準備已經足夠，就應該讓罪犯回到社會。現制的假釋過苛，不利罪犯回歸社會，應進行合理放寬，以免與刑罰目的相違。至於刑罰的擴張，也就是累犯制度，不僅明顯違反行為刑法的精神，更造成罪犯重返社會的障壁，理應廢止；對於行為人的前科或素行不良等情事，回歸量刑判斷便足。

易科罰金、易服勞役、易以訓誡以及易服社會勞動，是目前的易刑機制，亦用於刑罰的調節。妥適的易刑處分，除了解決執行上的困難，亦應助於刑罰目的達成；不良的易刑處分，不僅破壞司法判決的公信，更可能讓刑罰難竟全功。是故，易服勞役應該廢除，因為其無助於受刑者的再社會化，因為勞役的本質是短期自由刑，受刑者因無力完納罰金而改以勞役替代，反而墮入短期自由刑弊病的漩渦。在本文的建議下，若能確立勞動刑，讓易服社會勞動走入歷史，促使罰金刑與勞動刑在執行處於互易的位置，並且配合日額單位制，能夠在罪刑對等上取得一致，更無害罪犯重返社會，而能真正體現罪刑均衡的實質正義。

第二節 建議

維持人與社會之間的和諧關係，是刑事法的重責大任，亦是刑事法正義的實現。刑事政策應以此為目標，改革現況的不足，或因應社會環境的改變；舉體言之，刑事政策宜以刑事法體系為範圍，罪刑關係為核心，思索如何使罪刑均衡，以達成實質正義。當前的刑事政策標榜寬嚴併進，但在寬嚴之間，稍有不慎就會朝向寬越寬、嚴越嚴的方向發展；從 2005 年

的刑法修正便可察覺有刑罰加重的傾向，恐怕違逆罪刑均衡，反而與正義漸行漸遠。

是故，刑事政策宜以「罪刑均衡」為基調，讓罪刑關係能在刑事法系統中取得動態平衡，再協助罪犯回復與社會之間的和諧，如此正義將能落實在個案。罪刑均衡的刑事政策能夠對刑事法體系，從實體法、程序法及執行法，都發揮正面影響。本文立足於罪刑均衡的刑事政策，提出下列具體建議，主要集中於刑法總則，因為刑法總則為刑事法體系的根基，若要貫徹罪刑均衡的刑事政策，必先以總則為調整對象，將罪刑關係取得通則上的均衡。

一、嚴格認定死刑

以臺灣當前的社會環境，死刑是否廢止尚有待討論，但可篤信的是，死刑判決的作成勢必更加嚴格。現今司法實務刑事判決的評議，按法院組織法第 105 條的規定，係採多數決，即評議以過半數的意見決定；如法官意見分三說以上，各不達過半數時，採非最不利被告原則，即以最不利於被告的意見，順次算入次不利於被告的意見，至達過半數為止，希望藉此在刑事判決上可以取得均衡。

一般來說，利用多數決的方式判決，對被告而言，應無重大的風險或疑慮；但基於剝奪人命無法回復的特性，死刑判決應更加慎重，宜要求合議法官一體判定死刑，若合議庭法官中有表達反對意見者，即表示罪不致死。此外，死刑判決茲事體大，應對於法官的判決書更嚴加要求，除了一般的認罪量刑判斷外，更應清楚說明為何罪犯沒有再回歸社會的可能。有鑑於此，建議法院組織法第 105 條增定第 4 項：「死刑之判決，須檢察官具體求處死刑，且法官評議均無異議，認有判處死刑之必要，應於判決書詳盡說明：一、量刑結果。二、無懊悔實據。三、無教化可能。」如此能有效督促檢警對法官表達的疑點進行調查外，亦可藉由死刑判決與非死刑判決間評議方式的差異，彰顯國家對剝奪生命的刑事判決，採取特別謹慎的立場。此外，關於死刑緩期執行的制度，也頗有參考價值，對於節制死刑能夠發揮一定的效用。

二、自由刑期調整

建議刑法第 33 條 3 款，「有期徒刑：二月以上十五年以下。但遇有加減時，得減至二月未滿，或加至二十年。」修正為「有期徒刑：六月以上十五年以下。但遇有加重時，得加至二十年。」並刪除同條 4 款拘役的規定。一般來說，六月以下的自由刑沒有教化的效用，反而可能使罪犯因受自由刑的執行，使得現有的生活被破壞，而自我放棄或更加墮落，且會造成監獄受刑者激增，成為國家負擔。現行法下，有期徒刑二月以上即可為之，更可減至二月未滿；拘役的刑期則是一日以上，六十日（相當二月）未滿，遇有加重得加至一百二十日（相當四月）。若由刑罰目的觀之，應無保留必要，宜將自由刑最低刑期提高至六月以上。按本文建議，從立法修正自由刑的刑期，應可徹底根除短期自由刑的弊害；原先六月以下的自由刑所制裁的犯罪，以罰金或勞動刑替代。

又，若全面廢止短期自由刑，立法者若擔憂民眾無法接受，退而求其次，亦可先於刑法增設減緩使用短期自由刑的規定，要求最高法定本刑為六月以下有期徒刑或拘役的犯罪，必須是罪犯全無悔意，法院方能做成短期自由刑的判決，得於刑法第 57 條增設第 3 項：「犯最重本刑六月以下有期徒刑或拘役之罪，除行為人犯罪後態度惡劣外，法院不得處有期徒刑或拘役。」如此一來，應當可以在緊縮短期自由刑的發動，與短期自由刑嚇阻犯罪的微光之間取得暫時性平衡。惟最後的目標，仍應是徹底廢止短期自由刑。

三、罰金制度改良

建議刑法第 33 條 5 款，「罰金：新臺幣一千元以上，以百元計算之。」修正為「罰金：以日額金為單位科處。最低為五單位日額金，最高為一百八十單位日額金。日額金數額，以被告日均收入及實際經濟情況為基準。如遇有加減，得減至三單位日額金，或加至三百六十單位日額金。」本文認為，日額罰金制與普通罰金制相比，距離正義更近，除了制度本身能夠顧及不同罪犯的個別經濟能力之外，若發生受刑者真正無力繳納的情況，配合本文建議的易處勞動刑，得以罰金日額折算勞動刑小時。

為了發揮日額罰金制的效用，受刑者的實際財產狀況或不法所得，法

院必須能夠掌握，所以罰金量處的程序上，參考法國刑法得要求相關人士或機關配合調查的規定，建議修正刑法第 58 條，「科罰金時，衡量日額金數額，除依前條規定外，並應審酌犯罪所得利益；如有必要，得命當事人或金融機構提供財務資料，或請行政機關提供稅收資料。」為了促使正義落實於個案，日額金數額以被告的日均收入與實際經濟情況為底，同時考量犯罪的實際不法所得；再者，配合日額罰金制，同條新增第二項，「罰金之加減，為日額單位之加減。」。又罰金的加減是隨日額單位而不同，故刑法第 72 條因刑之加減而零數不算的「或不滿一元之數額」規定可以刪除。

至於日額罰金制的數罪併罰方法，建議修正刑法第 51 條 7 款，「宣告多數罰金者，各刑合併之日額單位，不得逾三百六十單位日額金。如各刑之日額金不同，自日額金最重之日額單位始計。」三百六十單位日額金已經相當於受刑者的年收入，且罰金刑多用於輕罪，或與自由刑併科之用，三百六十單位日額金應合乎罪刑均等。

另外，為配合日額罰金制的採行，刑事訴訟法也必須進行相對應的修正。首先，法官在有罪科罰金的判決作成時，應於判決主文諭知日額單位及日額金數額，並且在判決理由中說明。更具體言，必須於刑事訴訟法第二編第一審的第一章公訴第三節審判，修正第 309 條 3 款，「諭知罰金者，其日額單位數及日額金數額。如易服勞動刑，其折算之標準。」至於判決理由中，對於日額單位數及日額金數額的說明，按刑事訴訟法第 310 條 3 款，應本屬法官之責。

其次，在罰金刑的執行上，宜於刑事訴訟法第八編執行，增訂：第 471 之 1 條，「受刑人無力完納罰金者，得於裁判確定後一個月內，向檢察官聲請分期繳納。（第一項）受刑人如遇天災、戰爭、重大殘疾、最近親屬重病等不可歸責於受刑人之事由，影響其資力而難維持最低生活者，得向檢察官聲請緩期繳納或易服勞動刑¹。（第二項）遲延繳納罰金，且無聲請緩期繳納者，檢察官應撤銷分期繳納之許可，並依法強制執行或易服勞動刑。（第三項）對於已發監執行易服勞動刑之受刑人，如仍有提出分期或緩期繳納罰金之聲請者，即予轉送，並應主動告知受刑人得隨時向檢察官

¹ 此是以本文建議「廢止短期自由刑（將最短有期徒刑抬高至六月以上，廢除拘役），增訂勞動刑」為前提，所提出的刑事訴訟法第 471 之 1 條的修正意見。若配合現行刑法的規定，則「易服勞動刑」則調整為「易服勞役」。關於廢止短自由刑、增訂勞動刑的意見，請分別參見本章第三節第二項第一款以及第六節。

提出聲請。(第四項)檢察官為分期及緩期繳納罰金處分，應綜合評估行刑權之時效，受刑人之財產、職業等經濟狀況。(第五項)」

同時，增訂刑事訴訟法第 471 之 2 條，「分期或緩期繳納罰金之受刑人，如係自動到案，不論係傳喚到案或通緝中自動投案，均毋庸具擔保書狀即准許其分期繳納罰金撤銷通緝；如係經拘提或通緝到案，得責令其提出具擔保書狀後，准許其分期繳納。(第一項)擔保人應於前項擔保書狀應載明，如受刑人逃匿或不按期繳納時，願負全部繳納責任。(第二項)罰金之執行方式及程序等事項，由法務部定之。(第三項)」刑事訴訟法第 471 之 1 條、471 之 2 條的增訂建議，是關於罰金「分期」與「遲延」執行的配套措施。本於刑罰向未來的目的，是要協助罪犯重返社會，如遇非惡意的罰金繳納困難，國家應寬仁以待。

此外，建議刪除刑事訴訟法第 470 條 3 項規定「得就受刑人之遺產執行」的「罰金」。一般來說，判決確定後刑罰執行前，若受刑者死亡，刑罰權中止，因為人已死亡，生前功過無繼續追究必要，生命刑和自由刑的執行皆然；同理，罰金刑的受刑者死亡，若國家仍執意對其遺產執行，非但無助於回復和諧，反而有與民爭財之嫌。但若罰金是分期繳納，受刑者先前所繳納的罰金，是經罪刑均衡所判定，收歸國庫，無庸返還；死後未完納的罰金，亦無庸繼續追討。至於沒收、追徵、追繳及抵償，其性質與罰金相左，如遺產當中有違禁物、供犯罪所用或犯罪預備之物，或犯罪所生或所得之物，仍得執行，實是自明之理。

四、廢止褫奪公權

本文建議廢止資格刑，即刪除刑法第 34 條 1 款、36 條關於褫奪公權的規定。褫奪公權規定的立意固然良善，但涉及資格許可或取消，仍宜回歸個別與資格相關的法律。資格刑並無協助受刑者再社會化的功能，與刑罰的屬性不合；各類資格應規範於各種行政法，並且符合法律明確、平等及比例等原則，同時關照資格被禁止或剝奪的相關救濟。如此一來，不僅不會造成法律規範的漏洞，更可照顧實際，讓個別與資格相關的法律詳加規範。例如，因涉嫌貪瀆遭起訴，經有罪科刑判決確定，關於該公務員的去留及救濟方式，自在公務員的考試、招聘或懲戒等相關法律中規範。

五、勞動刑的確立

本文建議刑法第 33 條增訂一款，「勞動刑：以日額勞動小時為單位科處。最低為五單位日額勞動小時，最高為一百八十單位日額勞動小時。日額勞動小時，以一小時、二小時或三小時計。如遇有加減，得減至三單位日額勞動小時，或加至三百六十單位日額勞動小時。」若採本文意見，將拘役刑廢除，則勞動刑直接補位（同條第 4 款）便可；至於刑法分則、特別刑法或附屬刑法遇有拘役規定者，可以逕自取代，若立法者願意逐條重新評估審酌，當然最佳；惟應注意的是，勞動刑應不許與有期徒刑併科，但得併科罰金刑。

勞動刑所適用者，均是小過小錯，這類罪犯若按現制將受短期自由刑之害。是故，勞動刑可以避免短期自由刑之害，讓罪犯保有現存的生活，有利於罪犯再社會化；同時，勞動內容與公益相關，從勞動中學習，不僅可以發揮社會服務的效果，具有相當的教化功能。又，勞動刑與日額罰金制互相呼應，採「日額勞動小時制」，也就是均以日額單位作為罪刑均等的判準，日額罰金制的日額金、日額勞動小時制的日額勞動小時，則係由個案情狀的衡酌。因為罰金刑與勞動刑皆以日額單位計算，如此一來，無論是罰金刑易服勞動刑，或勞動刑易科罰金刑，皆相當順暢。同理，關於勞動刑的加減，或宣告數勞動刑的併罰方法，其精神與日額罰金制相同，故應增訂刑法第 58 之 1 條，「勞動刑之加減，為日額單位之加減。」，以及刑法第 51 條增加一款，「宣告多數勞動刑者，不得逾三百六十單位日額勞動小時。如各刑之日額勞動小時不同，自日額勞動小時最重之日額單位始計。」

另外，為配合勞動刑的增訂，刑事訴訟法亦應配合修正。首先，法官在有罪科勞動刑的判決作成時，應於判決主文諭知日額單位及日額勞動小時數，故應於刑事訴訟法第 309 條增訂一款，「諭知勞動刑者，其日額單位數及日額勞動小時數。如易科罰金，其折算之標準。」又按刑事訴訟法第 310 條 3 款的規定，應在判決理由中說明日額單位數及日額勞動小時數的判定理由。另外，於刑事訴訟法增設第 466 之 1 條，「勞動刑，由指揮執行之檢察官命令受刑人於該管檢察署指定之政府機關、政府機構、行政法人、社區或其他符合公益目的之機構或團體執行。（第一項）檢察官指揮勞動刑，應審酌受刑人之專才、體能、交通等狀況及個人意願等因素。

(第二項) 勞動刑執行辦法，由法務部定之。(第三項)」其餘關於現行易服社會勞動的相關規定，全部刪除，如有調整必要者，有勞立法者多行注意。

六、全面檢討法定刑

經本文研究發現，目前法定刑的設計，多有違反罪刑均衡的疑慮，主要視部分犯罪的處罰呈現過重的現象（如刑法第 261 條，公務員利用權力強迫他人犯「意圖供製造鴉片、嗎啡之用，而栽種罌粟」，處死刑或無期徒刑。），此又以疊床架屋設計的特別刑法（如貪污治罪條例，與刑法瀆職罪章相較，刑度嚴峻）最為嚴重。法定刑是罪刑均衡理想的上游，若法定刑設計不妥適，宣告刑及執行刑自然難以維持均衡的要求。

要解決此等立法上的缺陷，宜先以法定刑的編制排序、攀比檢證進行觀察，從中發現法定刑不均衡之處，並且對症下藥。在臺灣，較少人關心這個議題，或許因為編制排序與攀比檢證的工作費日耗時，又所得成效有限，且因觀感不同，刑罰輕重難在片刻道盡；但是，這是促使法定刑結構能夠合乎罪刑均衡的重要方式之一。筆者能力有限，故僅以普通刑法進行編制排序，進行例舉式的攀比，野人獻曝，供對此議題有興趣的學者專家參考。未來，或許國家得責成相關單位進行研究，或獎勵學者組成研究團隊，應能收到良善效果。

七、緩刑標準的明確

刑法第 74 條 1 項條文中「認以暫不執行為適當者」數語，似可修正為：「經審酌第五十七條情狀，認以暫不執行為適當者」。所謂「暫不執行為適當」是緩刑制度的核心價值，表示有其他得替代刑罰的方法可以滿足正義，基於刑罰的謙抑性格，自無動刑必要；此外，緩刑可以避免短期自由刑所造成的弊病，又可節約國家的獄政開銷，且有助於罪犯早日重返社會，是罪刑均衡的展現。但是，什麼情況之下暫不執行較為適當，法未明文，為免爭議，宜參酌刑法第 57 條的情狀為適當。

八、假釋標準的放寬

本文建議，刑法第 77 條 1 項「受徒刑之執行而有悛悔實據者，無期徒刑逾二十五年，有期徒刑逾二分之一、累犯逾三分之二，由監獄報請法務部，得許假釋出獄。」的規定，宜修正為「受徒刑之執行，無期徒刑逾十五年，有期徒刑逾二分之一，經行刑累進處遇達二級以上，有悛悔實據，無明顯再犯可能，且無社會強烈反感，由監獄報請法務部，得許假釋出獄。」並刪除同條 2 項，將 3 項挪作 2 項。

現行法下，受無期徒刑者逾二十五年方有機會假釋，受無期徒刑制裁的罪犯雖然可惡，但已受罪刑均等的宣告，若此人仍有重返社會，與社會修好的可能，自無棄絕的道理。然生命有限，二十五年已占據一個人生命相當大的比例，縱然屆時出獄，恐怕也不能在社會上立足，修復罪犯與社會之間和諧關係的刑罰目的，自然難以達成。參考大陸刑法及日本刑法無期徒刑者執行十年方有機會假釋，臺灣刑法的二十五年顯然過重；又臺灣刑法有期徒刑最重達二十年，假釋則須逾十年，無期徒刑的假釋不宜較有期徒刑為短；1997 年 11 月的刑法修正之前，無期徒刑的假釋均是十年，該年才調整為十五年，2005 年則陡增至二十五年，彼此折衷，幾經考量以十五年為宜。

至於刑法第 77 條 2 項刪除的原因，分別逐該項款說明如下。第 1 款「有期徒刑執行未滿六個月者」，如配合本文建議，將有期徒刑全面提高至六月以上，則本款自然無存在實益。第 2 款三振條款，並非講求罪責原則的應報思想產物，而是受刑罰一般預防觀念影響而生，立法者希望藉此達到威嚇效果，但威嚇並非刑罰目的，只是罪刑均衡下的附隨效果，這樣的立法設計顯然忽略罪刑均衡的精神。無論罪犯過去的犯行，是構成累犯或因量刑基準而使刑罰加重，這僅是罪刑對等的必然，但從刑罰目的觀察，若罪犯贖罪已經進入罪刑對等範圍，應考量罪犯的再社會化，期待其與社會回復和諧關係。第 3 款表現出來的是，對性犯罪者的歧視與恐懼，其他犯罪也可能有著較高的再犯危險，如竊盜或誹謗慣習等，但立法者專挑性犯罪者強制治療，又將之排除在假釋之外，不僅違反平等原則，更是危險人格預防思想的過度膨脹，已經違反罪刑均衡的期待，實應刪除，回歸假釋本來的判斷標準。

九、累犯規定的刪除

本文建議，刑法第 47 條至 49 條的累犯規定，可以考慮刪除；其他涉及累犯的規定（如刑法第 74 條 1 項「而有下列情形之一認以暫不執行為適當者」所指的情形；第 77 條 1 項「累犯逾三分之二」的規定）亦同。

在罪刑均衡的框架下，法定刑的上限，標誌著犯罪行為對應刑罰的上限，法官再針對具體個案犯罪情節不同量定刑罰，決定行為人應受的刑罰。今次犯行今次處罰，他次犯行他次處罰，不可混淆一談；假如混淆，則無法真正評價該次犯罪的刑罰，只會使得刑罰恣意浮動，而無法取得罪刑之間的對等。此外，對於行為人他次犯罪，法官已經適切評價並科處刑罰，基於一事不再理，已經判決確定的刑事案件不得作為訴訟客體，秉持著這樣的精神，亦不宜許他次犯罪的幽靈在行為人本次犯罪中浮現。

但是，憑心而論，累犯的加重處罰是合乎人性的，畢竟行為人曾經犯罪，給予機會卻又再次為惡，完全不考量累犯情節，似乎又與人性有違，好像有背離正義。這樣的感覺，刑法事實上早已經顧及，即刑法第 57 條 5 款「犯罪行為人之品行」及同條 10 款「犯罪後之態度」。前開二款均可用於斟酌行為人於前次犯罪後，再次犯罪是否斟酌加重刑罰的判斷基準。

十、易科罰金與易服勞動刑

若按本文建議，將罰金刑改為日額罰金制；又確立勞動刑，且勞動刑採日額勞動小時制。如此一來，罰金刑易服勞動刑，勞動刑易科罰金，將顯得較為容易。刑法第 41 條至 42 之 1 條，具體的條文建議是：

修正刑法第 41 條為「受勞動刑宣告者，得以一日額勞動小時單位折算一日額金單位，易科罰金。（第一項）得聲請而未聲請者，檢察官得斟酌實際執行之一切情狀，易科罰金。（第二項）」

修正刑法第 42 條為「罰金應於裁判確定後二個月內完納；但依其經濟或信用狀況，不能於二個月內完納者，得許分期繳納。期滿而不完納，或分期繳納卻遲延不繳或未繳足者，未完納之罰金，強制執行。如已查明

確無財產可供執行時，得以一日額金單位折算一日額勞動小時單位，易服勞動刑。(第一項)易服勞動刑期內納罰金者，所納之數，依裁判所定之日額金單位扣除日額勞動小時單位之數，乘以裁判所定之日額金數額。(第二項)入監執行有期徒刑併科或併執行之罰金，不得易服勞動刑。(第三項)」

刪除刑法第 42 之 1 條。

另外，建議增訂刑法第 136 之 1 條，規定「無正當理由或以不正方法抗拒法院判決、裁定之執行者，處一年以下有期徒刑。」因為，抗拒刑罰的執行，未必都是脫逃或以暴力脅迫為手段，可能無法以脫逃罪或妨害公務罪相繩，例如脫產影響罰金刑執行，拒不勞動影響勞動刑執行等，同樣都屬於抗拒刑罰的行為，只是在現行法下，並不該當於脫逃罪或妨害公務罪，而存有法律漏洞。是要周延保護國家司法權，避免發生惡意脫產或不接受勞動刑等阻撓刑罰執行的行為，根本的方法應該是於刑法分則中，增設刑法第 136 之 1 條妨害法院裁判執行罪；刑度是參考刑法第 161 條 1 項脫逃罪，因其所侵害的法益相近，均是違逆國家執行的意志；若有強暴脅迫等情事，則適用妨害公務罪。

附錄

附錄一：道德的示意

亞里斯多德：道德作為中道平衡的行為¹

不足	道德	過量
怯懦	勇敢	魯莽
貪斂／粗心	節制／謹慎	放縱／猜疑
吝嗇／小氣	慷慨／大方	浪費／揮霍
卑微／低賤	大度／謙卑	忌妒／虛榮
陰鬱／怪癖	溫和	暴躁／易怒
冷漠	友善	諂媚
虛偽	誠實	浮誇
呆板／固執	機智	投機／狡猾
偏頗	正義 (一切德性的總括)	獨斷

¹ 整理自 Aristotle 著，廖申白譯注，尼各馬可倫理學，商務印書館，2009 年，頁 83 以下。附帶一提的是，譯者北京師範大學廖申白教授有言，部分希臘詞彙不易找到與中文完全對應的詞句，所以有些德性描述的希臘語對應中文時，會產生多意的問題。例如「節制」，希臘文中也有謹慎、適度、自制、高雅、體面等涵意，可以參見同書，頁 95。

附錄二：監獄教化課表

感謝林家財教誨師、中正大學犯罪防治研究所林淑嫻碩士提供監獄教化課程的相關資料。由下表：○○○年○○月份教化科教化文藝班別上課練習排班表、法務部矯正署○○監獄○○○年第○季志工入監實施集體教誨課表，可以約略理解監獄教化課程的安排。

以監獄內的教化文藝班為例，設計有查經班、書法班、寫作班、國樂班、合唱團、西樂班、識字班等，均與「文藝」有關，內容堪稱多元豐富，希望藉由文藝陶冶受刑者的性情，進而發揮教化功能。

又以集體教誨課表為例，可以發現裡面的內容有宗教相關（佛教、基督教、天主教），以及生命、品格、環保、衛生教育等。宗教課程希望可以洗滌人心，生命、品格、環保、衛生等教育課程則是希望受刑者能夠養成健全的人格，同時對自身衛生健康及環境保護均有所瞭解，以便再社會化的進行，協助其早日回歸社會。



○○○年○○月份教化科教化文藝班別上課練習排班表						
星期		一	二	三	四	五
時間	上午			1	2 國樂班 書法班	3
	下午					識字班
第一週	上午					教化科長 ○○○
	下午					戒護科長 ○○○
第二週	上午	6	7	8	9 國樂班 書法班	寫作班 查經班 書法班 進階班 ○○○
	下午	查經班 合唱班	寫作班 西樂班			識字班 教誨師 ○○○
第三週	上午	13	14	15	16 國樂班 書法班	西樂班 教誨師 ○○○
	下午		寫作班 西樂班			識字班
第四週	上午	20	21	22	23 國樂班 書法班	國樂班 教誨師 ○○○
	下午	查經班 合唱班	寫作班 西樂班			識字班
第五週	上午	27	28	29		識字班 教誨師 ○○○
	下午	查經班 合唱班	寫作班 西樂班			

- 一、信區查經班上課時間－下午 13:30 至 15:00。上課老師：○○○
- 二、信區書法班上課時間－上午 08:30 至 11:30。上課老師：○○○
- 三、信區寫作班上課時間－下午 13:30 至 16:00。上課老師：○○○、○○○、○○○、○○○
- 四、愛區國樂班上課時間－上午 09:30 至 11:30 下午 13:30 至 15:30。上課老師：○○○、○○○
- 五、愛區合唱團上課時間－下午 14:00 至 15:30。上課老師：○○○
- 六、愛區西樂班上課時間－下午 13:30 至 16:00。上課老師：○○○
- 七、仁、愛區識字班上課時間－愛區下午 13:30 至 15:30。上課老師：○○○
- 八、本表正本送核後置於總中央台值班科員處，影本分送相關教誨師、工場主管、戒護科開提單及準時提帶。

法務部矯正署○○監獄○○○年第○季志工入監實施集體教誨課表

第○季日期	星期	老師姓名	時間	類別	教區工場	備註一	備註二
○年○月○日	週一	○○○	1400-1500	佛教	義 7 工	100-1 改(第 1、3 個週一)	義區
○年○月○日	週四	○○○	1400-1500	基督教	義 1 工	每週四	更生團契
○年○月○日	週五	○○○	1400-1530	基督教	義 1 工	原則上每月第 1、3 週五	
○年○月○日	週五	○○○	1400-1500	天主教	義 7 工	第 1、3 個週五	義區
○年○月○日	週一	○○○	1400-1500	佛教	義 2 工	100-1 改(第 1、3 個週一)	義區
○年○月○日	週一	○○○	1400-1530	環保講座	義 3 工	第 2 個週一	仁、愛、信區輪流
○年○月○日	週二	○○○	1400-1530	品格教育	義 1 工	每週二	仁、愛、信、義區輪流
○年○月○日	週三	○○○	1400-1530	佛教	義 1 工	每週三	
○年○月○日	週三	○○○	1400-1500	衛教課程			
○年○月○日	週四	○○○	1400-1500	基督教	義 2 工	每週四	更生團契
○年○月○日	週一	○○○	1400-1500	佛教	義 8 工	100-1 改(第 1、3 個週一)	義區
○年○月○日	週二	○○○	1400-1530	品格教育	義 2 工	每週二	仁、愛、信、義區輪流
○年○月○日	週三	○○○	1400-1530	佛教	義 3 工	每週三	
○年○月○日	週四	○○○	1400-1500	基督教	義 5 工	每週四	更生團契
○年○月○日	週四	○○○	1000-1100	生命教育 品格教育	義 8 工	每週一、三週四	仁、愛、信、義區輪流
○年○月○日	週五	○○○	1400-1530	基督教	義 1 工	原則上每月第 1、3 週五	
○年○月○日	週五	○○○	1400-1500	天主教	義 8 工	第 1、3 個週五	義區
○年○月○日	週一	○○○	1400-1500	佛教	義 3 工	100-1 改(第 1、3 個週一)	義區
○年○月○日	週二	○○○	1400-1530	品格教育	義 3 工	每週二	仁、愛、信、義區輪流
○年○月○日	週三	○○○	1400-1530	佛教	義 4 工	每週三	
○年○月○日	週四	○○○	1400-1500	基督教	義 6 工	每週四	更生團契
○年○月○日	週二	○○○	1400-1530	品格教育	義 4 工	每週二	仁、愛、信、義區輪流
○年○月○日	週四	○○○	1400-1500	基督教	義 3 工	每週四	更生團契
○年○月○日	週四	○○○	1000-1100	生命教育 品格教育	義 7 工	每一、三週四	仁、愛、信、義區輪流
○年○月○日	週五	○○○	1400-1530	基督教	義 1 工	原則上每月第 1、3 週五	
○年○月○日	週五	○○○	1400-1500	天主教	義 2 工	第 1、3 個週五	義區
○年○月○日	週二	○○○	1400-1530	品格教育	義 5 工	每週二	仁、愛、信、義區輪流
○年○月○日	週三	○○○	1400-1500	衛教課程			
○年○月○日	週三	○○○	1400-1530	佛教	義 5 工	每週三	
○年○月○日	週四	○○○	1400-1500	基督教	義 4 工	每週四	更生團契
○年○月○日	週一	○○○	1400-1530	環保講座	義 1 工	第 2 個週一	仁、愛、信區輪流
○年○月○日	週二	○○○	1400-1530	品格教育	義 6 工	每週二(義 7、8)	仁、愛、信、義區輪流
○年○月○日	週三	○○○	1400-1530	佛教	義 6 工	每週三	

○年○月○日	週四	○○○	1000-1100	生命教育 品格教育	義 6 工	每一、三週四	仁、愛、信、義區輪流
○年○月○日	週四	○○○	1400-1500	基督教	義 7 工	每週四	更生團契
○年○月○日	週五	○○○	1400-1530	基督教	義 1 工	原則上每月第 1、3 週五	
○年○月○日	週五	○○○	1400-1500	天主教	義 3 工	第 1、3 個週五	義區
○年○月○日	週三	○○○	1400-1530	佛教	義 7 工	每週三	
○年○月○日	週四	○○○	1400-1500	基督教	義 8 工	每週四	更生團契
○年○月○日	週三	○○○	1400-1530	佛教	義 8 工	每週三	

- 1、感謝各位老師熱心協助教化工作。
- 2、非本監志工，請勿隨同進入戒護區，如有協助教化之必要，請於二天前通知教化科。
- 3、請準時到監上課，逾 15 分鐘將改為個別輔導。
- 4、未能前來，請電 (○○) -○○○○○○○○轉分機○○○聯繫，不用請人代課，謝謝。



附錄三：刑罰等級表

先予說明的是，刑法施行法第 1 之 1 條規定，「中華民國九十四年一月七日刑法修正施行後，刑法分則編所定罰金之貨幣單位為新臺幣。(第 1 項)九十四年一月七日刑法修正時，刑法分則編未修正之條文定有罰金者，自九十四年一月七日刑法修正施行後，就其所定數額提高為三十倍。但七十二年六月二十六日至九十四年一月七日新增或修正之條文，就其所定數額提高為三倍。(第 2 項)」

是故，以下各表，如罰金係以銀元為單位者，2005 年 1 月 7 日刑法修正時，刑法分則未修正的條文定有罰金者，就其所定數額提高為三十倍；在旁標記 (X 30NT\$) 表示實際罰金最高額是條文所列之數的三十倍。但是，1983 年 6 月 29 日至 2005 年 1 月 7 日新增或修正的條文定有罰金者，就其所定數額提高為三倍，標記為 (X 3NT\$)，表示實際罰金最高額是條文所列之數的三倍。如未標記者，表示該罰金單位是新台幣。

刑罰等級表的分類校對相當辛勞，於此特別感謝，東海大學法律學研究所碩士生陳旻甫同學，以及簡秀華小姐的協助。

一級刑罰條文表

1. (全 1²) 死刑、無期徒刑

條；項	內容
101；1 後段	以暴動犯前條第一項之罪者……；首謀者，處死刑或無期徒刑。
103；1	通謀外國或其派遣之人，意圖使該國或他國對於中華民國開戰端者，處死刑或無期徒刑。
104；1	通謀外國或其派遣之人，意圖使中華民國領域屬於該國或他國者，處死刑或無期徒刑。
105；1	中華民國人民在敵軍執役，或與敵國械抗中華民國或其同盟國者，處死刑或無期徒刑。
107；1	犯前條第一項之罪而有左列情形之一者，處死刑或無期徒刑： 一、將軍隊交付敵國，或將要塞、軍港、軍營、軍用船艦、航空機及其他軍用處所建築物，與供中華民國軍用之軍械、彈藥、錢糧及其他軍需品，或橋樑、鐵路、車輛、電線、電機、電局及其他供轉運之器物，交付敵國或毀壞或致令不堪用者。 二、代敵國招募軍隊，或煽惑軍人使其降敵者。 三、煽惑軍人不執行職務，或不守紀律或逃叛者。 四、以關於要塞、軍港、軍營、軍用船艦、航空機及其他軍用處所建築物或軍略之秘密文書、圖畫、消息或物品，洩漏或交付於敵國者。 五、為敵國之間諜，或幫助敵國之間諜者。
185-1；2 前段	因而致人於死者，處死刑或無期徒刑。
226-1；1 前段	犯第二百二十一條、第二百二十二條、第二百二十四條、第二百二十四條之一或第二百五條之罪，而故意殺害被害人者，處死刑或無期徒刑。
261	公務員利用權力強迫他人犯前條之罪者，處死刑或無期徒刑。
272；1	殺直系血親尊親屬者，處死刑或無期徒刑。
332；1	犯強盜罪而故意殺人者，處死刑或無期徒刑。

² 刑法典所有的刑罰組合共有 67 等，附表二所標記 (全 N) 者，表示該刑罰組合在刑法全部的刑罰組合的編制排序。

334 ; 1	犯海盜罪而故意殺人者，處死刑或無期徒刑。
348 ; 1	犯前條第一項之罪而故意殺人者，處死刑或無期徒刑。

二級刑罰條文表

1. (全 2) 死刑、無期徒刑、十二年以上有期徒刑

條；項	內容
333 ; 3 前段	因而致人於死者，處死刑、無期徒刑或十二年以上有期徒刑。
334 ; 2	犯海盜罪而有下列行為之一，處死刑、無期徒刑或十二年以上有期徒刑： 一、放火者。 二、強制性交者。 三、擄人勒贖者。 四、使人受重傷者。
347 ; 2 前段	因而致人於死者，處死刑、無期徒刑或十二年以上有期徒刑。
348 ; 2	犯前條第一項之罪而有下列行為之一者，處死刑、無期徒刑或十二年以上有期徒刑： 一、強制性交者。 二、使人受重傷者。

2. (全 3) 死刑、無期徒刑、十年以上有期徒刑

條；項	內容
120	公務員不盡其應盡之責，而委棄守地者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。
185-1 ; 2 後段	……；致重傷者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。
185-2 ; 3 前段	因而致人於死者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。
271	殺人者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。
328 ; 3 前段	犯強盜罪因而致人於死者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。
332 ; 2	犯強盜罪而有下列行為之一者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑：

	一、放火者。 二、強制性交者。 三、擄人勒贖者。 四、使人受重傷者。
333；3 後段	……；致重傷者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。
347；2 後段	……；致重傷者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。

3. (全 4) 死刑、無期徒刑、七年以上有期徒刑

條；項	內容
185-1；1 前段	以強暴、脅迫或其他非法方法劫持使用中之航空器或控制其飛航者，處死刑、無期徒刑或七年以上有期徒刑；……。
333；1	未受交戰國之允准或不屬於各國之海軍，而駕駛船艦，意圖施強暴、脅迫於他船或他船之人或物者，為海盜罪，處死刑、無期徒刑或七年以上有期徒刑。
347；1	意圖勒贖而擄人者，處死刑、無期徒刑或七年以上有期徒刑。

4. (全 5) 無期徒刑

條；項	內容
100；1 後段	意圖破壞國體，竊據國土，或以非法之方法變更國憲，顛覆政府，而以強暴或脅迫著手實行者，處……；首謀者，處無期徒刑。

5. (全 6) 無期徒刑、十年以上有期徒刑

條；項	內容
185-1；4 前段	因而致人於死者，處無期徒刑或十年以上有期徒刑；……。
187-2；2 前段	因而致人於死者，處無期徒刑或十年以上有期徒刑；……。
187-3；2 前段	因而致人於死者，處無期徒刑或十年以上有期徒刑；……。
226；1 前段	犯第二百二十一條、第二百二十二條、第二百二十四條、第二百二十四條之一或第二百五條之罪，因而致被害人於死者，處無期徒刑或十年以上有期徒刑；……。

226-1；後段	……；使被害人受重傷者，處無期徒刑或十年以上有期徒刑。
----------	-----------------------------

6. (全 7) 無期徒刑、七年以上有期徒刑

條；項	內容
101；1 前段	以暴動犯前條第一項之罪者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑。
106；1	在與外國開戰或將開戰期內，以軍事上之利益供敵國，或以軍事上之不利益害中華民國或其同盟國者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑。
113	應經政府允許之事項，未受允許，私與外國政府或其他派遣之人為約定者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑。
114	受政府之委任，處理對於外國政府之事務，而違背其委任，致生損害於中華民國者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑。
125；2 前段	因而致人於死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑；……。
126；2 前段	因而致人於死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑；……。
135；3 前段	犯前二項之罪，因而致公務員於死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑；……。
162；3 後段	……；首謀及下手實施強暴脅迫者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑。
173；1	放火燒燬現供人使用之住宅或現有人所在之建築物、礦坑、火車、電車或其他供水、陸、空公眾運輸之舟、車、航空機者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑。
177；2 前段	因而致人於死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑；……。
185；2 前段	因而致人於死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑；……。
186-1；2 前段	因而致人於死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑；……。
189；2 前段	因而致人於死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑；……。
190；2 前段	因而致人於死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑；……。

190-1；3 前段	因而致人於死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑；……。
191-1；3 前段	犯前二項之罪而致人於死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑；……。
242；1	移送前二條之被誘人出中華民國領域外者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑。
277；2 前段	犯前項之罪因而致人於死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑；……。
278；2	犯前項之罪因而致人於死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑。
291；2 前段	因而致婦女於死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑；……。
294；2 前段	因而致人於死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑；……。
302；2 前段	因而致人於死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑；……。
325；2 前段	因而致人於死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑；……。
328；3 後段	……；致重傷者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑。
353；2 前段	因而致人於死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑；……。

7. (全 8) 無期徒刑、五年以上有期徒刑

條項	內容
122；2	因而為違背職務之行為者，處無期徒刑或五年以上有期徒刑，得併科一萬元以下罰金。
178；1	決水浸害現供人使用之住宅或現有人所在之建築物、礦坑或火車、電車者，處無期徒刑或五年以上有期徒刑。
183；1	傾覆或破壞現有人所在之火車、電車或其他供水、陸、空公眾運輸之舟、車、航空機者，處無期徒刑或五年以上有期徒刑。
256；2	製造嗎啡、高根、海洛因或其化合質料者，處無期徒刑或五年以上有期徒刑，得併科五千元以下罰金。
257；3	自外國輸入前二項之物者，處無期徒刑或五年以上有期徒刑，得併科一萬元以下罰金。

8. (全 9) 十年以上有期徒刑

條；項	內容
226；1 後段	……；致重傷者，處十年以上有期徒刑。
226；2	因而致被害人羞忿自殺或意圖自殺而致重傷者，處十年以上有期徒刑。

9. (全 10) 七年以上有期徒刑

條；項	內容
100；1 前段	意圖破壞國體，竊據國土，或以非法之方法變更國憲，顛覆政府，而以強暴或脅迫著手實行者，處七年以上有期徒刑；……。
185-1；4 後段	致重傷者，處七年以上有期徒刑。
222；1	犯前條之罪而有下列情形之一者，處七年以上有期徒刑： 一、二人以上共同犯之者。 二、對未滿十四歲之男女犯之者。 三、對精神、身體障礙或其他心智缺陷之人犯之者。 四、以藥劑犯之者。 五、對被害人施以凌虐者。 六、利用駕駛供公眾或不特定人運輸之交通工具之機會犯之者。 七、侵入住宅或有人居住之建築物、船艦或隱匿其內犯之者。 八、攜帶兇器犯之者。
231-1；1	意圖營利，以強暴、脅迫、恐嚇、監控、藥劑、催眠術或其他違反本人意願之方法使男女與他人為性交或猥褻之行為者，處七年以上有期徒刑，得併科三十萬元以下罰金。
296-1；2	意圖使人為性交或猥褻之行為而犯前項之罪者，處七年以上有期徒刑，得併科五十萬元以下罰金。
330；1	犯強盜罪而有第三百二十一條第一項各款情形之一者，處七年以上有期徒刑。

10. (全 11) 五年以上有期徒刑

條；項	內容
161；3 後段	……；首謀及下手實施強暴脅迫者，處五年以上有期徒刑。
185-1；3 前段	以第一項之方法劫持使用中供公眾運輸之舟、車或

	控制其行駛者，處五年以上有期徒刑；……。
187-2；2 後段	……；致重傷者，處五年以上有期徒刑。
187-3；2 後段	……；致重傷者，處五年以上有期徒刑。
195	意圖供行使之用，而偽造、變造通用之貨幣、紙幣、銀行券者，處五年以上有期徒刑，得併科五千元以下罰金。
286；2	意圖營利，而犯前項之罪者，處五年以上有期徒刑，得併科一千元以下罰金。
296-1；1	買賣、質押人口者，處五年以上有期徒刑，得併科五十萬元以下罰金。
299；1	移送前條被略誘人出中華民國領域外者，處五年以上有期徒刑。
328；1	意圖為自己或第三人不法之所有，以強暴、脅迫、藥劑、催眠術或他法，至使不能抗拒，而取他人之物或使其交付者，為強盜罪，處五年以上有期徒刑。以前項方法得財產上不法之利益或使第三人得之者，亦同。

11. (全 12) 十二年以下五年以上有期徒刑

條；項	內容
115	偽造、變造、毀棄或隱匿可以證明中華民國對於外國所享權利之文書、圖畫或其他證據者，處五年以上十二年以下有期徒刑。
162；3 前段	聚眾以強暴脅迫犯第一項之罪者，在場助勢之人，處五年以上十二年以下有期徒刑。
185-2；3 後段	……；致重傷者，處五年以上十二年以下有期徒刑。
278；1	使人受重傷者，處五年以上十二年以下有期徒刑。

12. (全 13) 十年以下三年以上有期徒刑

條；項	內容
103；3	預備或陰謀犯第一項之罪者，處三年以上十年以下有期徒刑。
104；3	預備或陰謀犯第一項之罪者，處三年以上十年以下有期徒刑。
105；3	預備或陰謀犯第一項之罪者，處三年以上十年以下有期徒刑。
107；3	預備或陰謀犯第一項之罪者，處三年以上十年以下有期徒刑。

109；2	洩漏或交付前項之文書、圖畫、消息或物品於外國或其派遣之人者，處三年以上十年以下有期徒刑。
122；1	公務員或仲裁人對於違背職務之行為，要求、期約或收受賄賂，或其他不正利益者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科七千元以下罰金。
125；2 後段	……；致重傷者，處三年以上十年以下有期徒刑。
126；2 後段	……；致重傷者，處三年以上十年以下有期徒刑。
130	公務員廢弛職務釀成災害者，處三年以上十年以下有期徒刑。
135；3 後段	……；致重傷者，處三年以上、十年以下有期徒刑。
161；3 前段	聚眾以強暴脅迫犯第一項之罪者，在場助勢之人，處三年以上十年以下有期徒刑；……。
174；1	放火燒燬現非供人使用之他人所有住宅或現未有人所在之他人所有建築物、礦坑、火車、電車或其他供水、陸、空公眾運輸之舟、車、航空機者，處三年以上十年以下有期徒刑。
177；2 後段	……；致重傷者，處三年以上十年以下有期徒刑。
184；1、2	損壞軌道、燈塔、標識或以他法致生火車、電車或其他供水、陸、空公眾運輸之舟、車、航空機往來之危險者，處三年以上十年以下有期徒刑。 因而致前項之舟、車、航空機傾覆或破壞者，依前條第一項之規定處斷。
185；2 後段	……；致重傷者，處三年以上十年以下有期徒刑。
185-2；2	因而致航空器或其他設施毀損者，處三年以上十年以下有期徒刑。
186-1；2 後段	致重傷者，處三年以上十年以下有期徒刑。
187-3；1	無正當理由使用放射線，致傷害人之身體或健康者，處三年以上十年以下有期徒刑。
189；2 後段	……；致重傷者，處三年以上十年以下有期徒刑。
190；2 後段	……；致重傷者，處三年以上、十年以下有期徒刑。
190-1；3 後段	……；致重傷者，處三年以上十年以下有期徒刑。
191-1；3 後段	……；致重傷者，處三年以上十年以下有期徒刑。
196；1	行使偽造、變造之通用貨幣、紙幣、銀行券，或意圖供行使之用而收集或交付於人者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科五千元以下罰金。
201；1	意圖供行使之用，而偽造、變造公債票、公司股票或其他有價證券者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科三千元以下罰金。

221 ; 1	對於男女以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法而為性交者，處三年以上十年以下有期徒刑。
225 ; 1	對於男女利用其精神、身體障礙、心智缺陷或其他相類之情形，不能或不知抗拒而為性交者，處三年以上十年以下有期徒刑。
227 ; 1	對於未滿十四歲之男女為性交者，處三年以上十年以下有期徒刑。
229 ; 1	以詐術使男女誤信為自己配偶，而聽從其為性交者，處三年以上十年以下有期徒刑。
241 ; 2	意圖營利，或意圖使被誘人為猥褻之行為或性交，而犯前項之罪者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科一千元以下罰金。
249 ; 1	發掘墳墓而損壞、遺棄、污辱或盜取屍體者，處三年以上十年以下有期徒刑。
257 ; 2	販賣或運輸嗎啡、高根、海洛因或其化合質料者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科五千元以下罰金。
277 ; 2 後段	……；致重傷者，處三年以上十年以下有期徒刑。
290 ; 2 前段	因而致婦女於死者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科五百元以下罰金；……。
291 ; 2 後段	……；致重傷者，處三年以上十年以下有期徒刑。
294 ; 2 後段	……；致重傷者，處三年以上十年以下有期徒刑。
297 ; 1	意圖營利，以詐術使人出中華民國領域外者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科三十萬元以下罰金。
302 ; 2 後段	……；致重傷者，處三年以上十年以下有期徒刑。
325 ; 2 後段	……；致重傷者，處三年以上十年以下有期徒刑。
353 ; 2 後段	……；致重傷者，處三年以上十年以下有期徒刑。

三級刑罰條文表

1. (全 14) 七年以下一年以上有期徒刑

條；項	內容
101 ; 2	預備或陰謀犯前項之罪者，處一年以上七年以下有期徒刑。

108 ; 1	在與外國開戰或將開戰期內，不履行供給軍需之契約或不照契約履行者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科五千元以下罰金。
109 ; 1	洩漏或交付關於中華民國國防應秘密之文書、圖畫、消息或物品者，處一年以上七年以下有期徒刑。
124	有審判職務之公務員或仲裁人，為枉法之裁判或仲裁者，處一年以上七年以下有期徒刑。
125 ; 1	有追訴或處罰犯罪職務之公務員，為左列行為之一者，處一年以上七年以下有期徒刑： 一、濫用職權為逮捕或羈押者。 二、意圖取供而施強暴脅迫者。 三、明知為無罪之人，而使其受追訴或處罰，或明知為有罪之人，而無故不使其受追訴或處罰者。
126 ; 1	有管收、解送或拘禁人犯職務之公務員，對於人犯施以凌虐者，處一年以上七年以下有期徒刑。
129 ; 1	公務員對於租稅或其他入款，明知不應徵收而徵收者，處一年以上、七年以下有期徒刑，得併科七千元以下罰金。
131 ; 1	公務員對於主管或監督之事務，明知違背法令，直接或間接圖自己或其他私人不法利益，因而獲得利益者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科七萬元以下罰金。
136 ; 1 後段	……；首謀及下手實施強暴脅迫者，處一年以上、七年以下有期徒刑。
154 ; 1 後段	……；首謀者，處一年以上、七年以下有期徒刑。
163 ; 1	公務員縱放職務上依法逮捕拘禁之人或便利其脫逃者，處一年以上七年以下有期徒刑。
175 ; 1	放火燒燬前二條以外之他人所有物，致生公共危險者，處一年以上七年以下有期徒刑。
179 ; 1	決水浸害現非供人使用之他人所有住宅或現未有人所在之他人所有建築物或礦坑者，處一年以上七年以下有期徒刑。
185-3 ; 2 前段	因而致人於死者，處一年以上七年以下有期徒刑
186-1 ; 1	無正當理由使用炸藥、棉花藥、雷汞或其他相類之爆裂物爆炸，致生公共危險者，處一年以上七年以下有期徒刑。
189 ; 1	損壞礦坑、工廠或其他相類之場所內關於保護生命之設備，致生危險於他人生命者，處一年以上七年

	以下有期徒刑。
190 ; 1	投放毒物或混入妨害衛生物品於供公眾所飲之水源、水道或自來水池者，處一年以上、七年以下有期徒刑。
201 ; 2	行使偽造、變造之公債票、公司股票或其他有價證券，或意圖供行使之用，而收集或交付於人者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科三千元以下罰金。
201-1 ; 1	意圖供行使之用，而偽造、變造信用卡、金融卡、儲值卡或其他相類作為簽帳、提款、轉帳或支付工具之電磁紀錄物者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科三萬元以下罰金。
211	偽造、變造公文書，足以生損害於公眾或他人者，處一年以上七年以下有期徒刑。
213	公務員明知為不實之事項，而登載於職務上所掌之公文書，足以生損害於公眾或他人者，處一年以上七年以下有期徒刑。
231-1 ; 2	媒介、收受、藏匿前項之人或使之隱避者，處一年以上七年以下有期徒刑。
233 ; 2	意圖營利犯前項之罪者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科五萬元以下罰金。
241 ; 1	略誘未滿二十歲之男女，脫離家庭或其他有監督權之人者，處一年以上七年以下有期徒刑。
249 ; 2	發掘墳墓而損壞、遺棄或盜取遺骨、遺髮、殮物或火葬之遺灰者，處一年以上七年以下有期徒刑。
259 ; 1	意圖營利，為人施打嗎啡，或以館舍供人吸食鴉片或其化合質料者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科一千元以下罰金。
275 ; 1	教唆或幫助他人使之自殺，或受其囑託或得其承諾而殺之者，處一年以上七年以下有期徒刑。
290 ; 2 後段	致重傷者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科五百元以下罰金。
291 ; 1	未受懷胎婦女之囑託或未得其承諾，而使之墮胎者，處一年以上七年以下有期徒刑。
296 ; 1	使人為奴隸或使人居於類似奴隸之不自由地位者，處一年以上七年以下有期徒刑。
296-1 ; 4	媒介、收受、藏匿前三項被買賣、質押之人或使之隱避者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科三

	十萬元以下罰金。
298；2	意圖營利、或意圖使婦女為猥褻之行為或性交而略誘之者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科一千元以下罰金。
326；1	犯前條第一項之罪，而有第三百二十一條第一項各款情形之一者，處一年以上七年以下有期徒刑。
336；1	對於公務上或因公益所持有之物，犯前條第一項之罪者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科五千元以下罰金。

2. (全 15) 七年以下有期徒刑

條項	內容
121；1	公務員或仲裁人對於職務上之行為，要求、期約或收受賄賂或其他不正利益者，處七年以下有期徒刑，得併科五千元以下罰金。
168	於執行審判職務之公署審判時或於檢察官偵查時，證人、鑑定人、通譯於案情有重要關係之事項，供前或供後具結，而為虛偽陳述者，處七年以下有期徒刑。
169	意圖他人受刑事或懲戒處分，向該管公務員誣告者，處七年以下有期徒刑。 意圖他人受刑事或懲戒處分，而偽造、變造證據，或使用偽造、變造之證據者，亦同。
185-1；1 後段	……；其情節輕微者，處七年以下有期徒刑。
189-2；2 前段	因而致人於死者，處七年以下有期徒刑；……。
190-1；2	廠商、事業場所負責人或監督策劃人員，因事業活動而犯前項之罪者，處七年以下有期徒刑。
191-1；1、2	對他人公開陳列、販賣之飲食物品或其他物品滲入、添加或塗抹毒物或其他有害人體健康之物質者，處七年以下有期徒刑。 將已滲入、添加或塗抹毒物或其他有害人體健康之飲食物品或其他物品混雜於公開陳列、販賣之飲食物品或其他物品者，亦同。
227；3	對於十四歲以上未滿十六歲之男女為性交者，處七年以下有期徒刑。
256；1	製造鴉片者，處七年以下有期徒刑，得併科三千元以下罰金。
257；1	販賣或運輸鴉片者，處七年以下有期徒刑，得併科

	三千元以下罰金。
273；1	當場激於義憤而殺人者，處七年以下有期徒刑。
339-3；1、2	意圖為自己或第三人不法之所有，以不正方法將虛偽資料或不正指令輸入電腦或其相關設備，製作財產權之得喪、變更紀錄，而取得他人財產者，處七年以下有期徒刑。 以前項方法得財產上不法之利益或使第三人得之者，亦同。

3. (全 16) 七年以下有期徒刑、拘役或三十萬元以下罰金 (X 3NT\$)

條；項	內容
185-2；1	以強暴、脅迫或其他非法方法危害飛航安全或其設施者，處七年以下有期徒刑、拘役或三十萬元以下罰金。

4. (全 17) 五年以下六月以上有期徒刑

條；項	內容
100；2	預備犯前項之罪者，處六月以上五年以下有期徒刑。
150；2	首謀及下手實施強暴脅迫者，處六月以上五年以下有期徒刑。
155	煽惑軍人不執行職務，或不守紀律，或逃叛者，處六月以上五年以下有期徒刑。
162；2	損壞拘禁處所械具或以強暴脅迫犯前項之罪者，處六月以上五年以下有期徒刑。
174；2	放火燒燬前項之自己所有物，致生公共危險者，處六月以上五年以下有期徒刑。
179；2	決水浸害前項之自己所有物，致生公共危險者，處六月以上五年以下有期徒刑。
185-3；2 後段	致重傷者，處六月以上五年以下有期徒刑
185-4	駕駛動力交通工具肇事，致人死傷而逃逸者，處六月以上五年以下有期徒刑。
202；1	意圖供行使之用，而偽造、變造郵票或印花稅票者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科一千元以下罰金。
224	對於男女以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法，而為猥褻之行為者，處六月以上五年以下有期徒刑。
225；2	對於男女利用其精神、身體障礙、心智缺陷或其他

	相類之情形，不能或不知抗拒而為猥褻之行為者，處六月以上五年以下有期徒刑。
227；2	對於未滿十四歲之男女為猥褻之行為者，處六月以上五年以下有期徒刑。
228；1	對於因親屬、監護、教養、教育、訓練、救濟、醫療、公務、業務或其他相類關係受自己監督、扶助、照護之人，利用權勢或機會為性交者，處六個月以上五年以下有期徒刑。
240；3	意圖營利，或意圖使被誘人為猥褻之行為或性交，而犯前二項之罪者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科一千元以下罰金。
243；1	意圖營利、或意圖使第二百四十條或第二百四十一條之被誘人為猥褻之行為或性交，而收受、藏匿被誘人或使之隱避者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科五百元以下罰金。
247；1	損壞、遺棄、污辱或盜取屍體者，處六月以上五年以下有期徒刑。
248；1	發掘墳墓者，處六月以上五年以下有期徒刑。
274；1	母於生產時或甫生產後，殺其子女者，處六月以上五年以下有期徒刑。
282；1 後段	……；因而致死者，處六月以上五年以下有期徒刑。
289；2 前段	因而致婦女於死者，處六月以上五年以下有期徒刑；……。
290；1	意圖營利，而犯前條第一項之罪者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科五百元以下罰金。
294；1	對於無自救力之人，依法令或契約應扶助、養育或保護而遺棄之，或不為其生存所必要之扶助、養育或保護者，處六月以上、五年以下有期徒刑。
300；1	意圖營利，或意圖使被略誘人為猥褻之行為或性交，而收受、藏匿被略誘人或使之隱避者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科五百元以下罰金。
321；1	犯竊盜罪而有下列情形之一者，處六月以上、五年以下有期徒刑，得併科新臺幣十萬元以下罰金： 一、侵入住宅或有人居住之建築物、船艦或隱匿其內而犯之者。 二、毀越門扇、牆垣或其他安全設備而犯之者。 三、攜帶兇器而犯之者。 四、結夥三人以上而犯之者。

	五、乘火災、水災或其他災害之際而犯之者。 六、在車站、埠頭、航空站或其他供水、陸、空公眾運輸之舟、車、航空內而犯之者。
325 ; 1	意圖為自己或第三人不法之所有，而搶奪他人之動產者，處六月以上五年以下有期徒刑。
336 ; 2	對於業務上所持有之物，犯前條第一項之罪者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科三千元以下罰金。
346 ; 1、2	意圖為自己或第三人不法之所有，以恐嚇使人將本人或第三人之物交付者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科一千元以下罰金。 以前項方法得財產上不法之利益，或使第三人得之者，亦同。
353 ; 1	毀壞他人建築物、礦坑、船艦或致令不堪用者，處六月以上五年以下有期徒刑。

5. (全 18) 五年以下有期徒刑

條；項	內容
106 ; 3	預備或陰謀犯第一項之罪者，處五年以下有期徒刑。
111 ; 1	刺探或收集第一百零九條第一項之文書、圖畫、消息或物品者，處五年以下有期徒刑。
127 ; 1	有執行刑罰職務之公務員，違法執行或不執行刑罰者，處五年以下有期徒刑。
138	毀棄、損壞或隱匿公務員職務上掌管或委託第三人掌管之文書、圖畫、物品，或致令不堪用者，處五年以下有期徒刑。
142 ; 1	以強暴脅迫或其他非法之方法，妨害他人自由行使法定之政治上選舉或其他投票者，處五年以下有期徒刑。
144	對於有投票權之人，行求、期約或交付賄賂或其他不正利益，而約其不行使投票權或為一定之行使者，處五年以下有期徒刑，得併科七千元以下罰金。
146 ; 1、2	以詐術或其他非法之方法，使投票發生不正確之結果或變造投票之結果者，處五年以下有期徒刑。 意圖使特定候選人當選，以虛偽遷徙戶籍取得投票權而為投票者，亦同。
156	未受允准，招集軍隊，發給軍需或率帶軍隊者，處五年以下有期徒刑。

161；2	損壞拘禁處所械具或以強暴脅迫犯前項之罪者，處五年以下有期徒刑。
180；1	決水浸害前二條以外之他人所有物，致生公共危險者，處五年以下有期徒刑。
181；1	決潰隄防、破壞水閘或損壞自來水池，致生公共危險者，處五年以下有期徒刑。
187	意圖供自己或他人犯罪之用，而製造、販賣、運輸或持有炸藥、棉花藥、雷汞或其他相類之爆裂物或軍用槍砲、子彈者，處五年以下有期徒刑。
187-1	不依法令製造、販賣、運輸或持有核子原料、燃料、反應器、放射性物質或其原料者，處五年以下有期徒刑。
187-2；1	放逸核能、放射線，致生公共危險者，處五年以下有期徒刑。
189-2；2 後段	……；致重傷者，處五年以下有期徒刑。
190-1；1	投棄、放流、排出或放逸毒物或其他有害健康之物，而污染空氣、土壤、河川或其他水體，致生公共危險者，處五年以下有期徒刑。
194	於災害之際，關於與公務員或慈善團體締結供給糧食或其他必需品之契約，而不履行或不照契約履行，致生公共危險者，處五年以下有期徒刑，得併科三千元以下罰金。
197；1	意圖供行使之用而減損通用貨幣之分量者，處五年以下有期徒刑，得併科三千元以下罰金。
199	意圖供偽造、變造通用之貨幣、紙幣、銀行券或意圖供減損通用貨幣分量之用，而製造、交付或收受各項器械原料者，處五年以下有期徒刑，得併科一千元以下罰金。
201-1；2	行使前項偽造、變造之信用卡、金融卡、儲值卡或其他相類作為簽帳、提款、轉帳或支付工具之電磁紀錄物，或意圖供行使之用，而收受或交付於人者，處五年以下有期徒刑，得併科三萬元以下罰金。
210	偽造、變造私文書，足以生損害於公眾或他人者，處五年以下有期徒刑。
218	偽造公印或公印文者，處五年以下有期徒刑。 盜用公印或公印文足以生損害於公眾或他人者，亦同。
230	與直系或三親等內旁系血親為性交者，處五年以下

	有期徒刑。
231 ; 1	意圖使男女與他人為性交或猥褻之行為，而引誘、容留或媒介以營利者，處五年以下有期徒刑，得併科十萬元以下罰金。以詐術犯之者，亦同。
237	有配偶而重為婚姻或同時與二人以上結婚者，處五年以下有期徒刑。其相婚者亦同。
247 ; 2	損壞、遺棄或盜取遺骨、遺髮、殮物或火葬之遺灰者，處五年以下有期徒刑。
260 ; 1	意圖供製造鴉片、嗎啡之用，而栽種罌粟者，處五年以下有期徒刑，得併科三千元以下罰金。
279 ; 1 後段	……；但致人於死者，處五年以下有期徒刑。
293 ; 2 前段	因而致人於死者，處五年以下有期徒刑；……。
298 ; 1	意圖使婦女與自己或他人結婚而略誘之者，處五年以下有期徒刑。

6. (全 19) 五年以下有期徒刑、拘役

條；項	內容
276 ; 2	從事業務之人，因業務上之過失犯前項之罪者，處五年以下有期徒刑或拘役，得併科三千元以下罰金。

7. (全 20) 五年以下有期徒刑、拘役、二十萬元以下罰金 (X 3NT\$)

條；項	內容
359	無故取得、刪除或變更他人電腦或其相關設備之電磁紀錄，致生損害於公眾或他人者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科二十萬元以下罰金。
362	製作專供犯本章之罪之電腦程式，而供自己或他人犯本章之罪，致生損害於公眾或他人者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科二十萬元以下罰金。

8. (全 21) 五年以下有期徒刑、拘役、十萬元以下罰金

條；項	內容
341 ; 1、2	意圖為自己或第三人不法之所有，乘未滿二十歲人之知慮淺薄，或乘人精神障礙、心智缺陷而致其辨識能力顯有不足或其他相類之情形，使之將本人或第三人之物交付者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科十萬元以下罰金。 以前項方法得財產上不法之利益，或使第三人得之者，亦同。

9. (全 22) 五年以下有期徒刑、拘役、五萬元以下罰金

條；項	內容
315-2；1、2、3	意圖營利供給場所、工具或設備，便利他人為前條第一項之行為者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科五萬元以下罰金。 意圖散布、播送、販賣而有前條第二款之行為者，亦同。 製造、散布、播送或販賣前二項或前條第二款竊錄之內容者，依第一項之規定處斷。

10. (全 23) 五年以下有期徒刑、拘役、三千元以下罰金 (X 30NT\$)

條；項	內容
251；1	以強暴、脅迫或詐術為左列行為之一者，處五年以下有期徒刑、拘役或三千元以下罰金： 一、妨害販運穀類及其他公共所需之飲食物品，致市上生缺乏者。 二、妨害販運種子、肥料、原料及其他農業、工業所需之物品，致市上生缺乏者。

11. (全 24) 五年以下有期徒刑、拘役、一千元以下罰金 (X 30NT\$)

條；項	內容
335；1	意圖為自己或第三人不法之所有，而侵佔自己持有他人之物者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金。
339；1、2	意圖為自己或第三人不法之所有，以詐術使人將本人或第三人之物交付者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金。 以前項方法得財產上不法之利益或使第三人得之者，亦同。
342；1	為他人處理事務，意圖為自己或第三人不法之利益，或損害本人之利益，而為違背其任務之行為，致生損害於本人之財產或其他利益者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金。
349；2	搬運、寄藏、故買贓物或為牙保者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金。

12.a (全 25) 五年以下有期徒刑、拘役、五百元以下罰金 (X 30NT\$)

條；項	內容
185；1	損壞或壅塞陸路、水路、橋樑或其他公眾往來之設備或以他法致生往來之危險者，處五年以下有期徒刑，拘役或五百元以下罰金。
188	妨害鐵路、郵務、電報、電話或供公眾之用水、電氣、煤氣事業者，處五年以下有期徒刑拘役或五百元以下罰金。
286；1	對於未滿十六歲之男女，施以凌虐或以他法致妨害其身體之自然發育者，處五年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。
320；1、2	意圖為自己或第三人不法之所有，而竊取他人之動產者，為竊盜罪，處五年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。 意圖為自己或第三人不法之利益，而竊佔他人之不動產者，依前項之規定處斷。

12.b (全 25) 五年以下有期徒刑、拘役、五千元以下罰金 (X 3NT\$)

條；項	內容
233；1	意圖使未滿十六歲之男女與他人為性交或猥褻之行為，而引誘、容留或媒介之者，處五年以下有期徒刑、拘役或五千元以下罰金。以詐術犯之者，亦同。

13. (全 26) 五年以下有期徒刑、拘役、三百元以下罰金 (X 30NT\$)

條；項	條文
302；1	私行拘禁或以其他非法方法，剝奪人之行動自由者，處五年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。

四級刑罰條文表

1. (全 27) 三年以下有期徒刑

條；項	內容
122；3 前段	對於公務員或仲裁人關於違背職務之行為，行求、期約或交付賄賂或其他不正利益者，處三年以下有期徒刑，得併科三千元以下罰金；……。
128	公務員對於訴訟事件，明知不應受理而受理者，處

	三年以下有期徒刑。
132 ; 1	公務員洩漏或交付關於中華民國國防以外應秘密之文書、圖畫、消息或物品者，處三年以下有期徒刑。
143 ; 1	有投票權之人，要求、期約或收受賄賂或其他不正利益，而許以不行使其投票權或為一定之行使者，處三年以下有期徒刑，得併科五千元以下罰金。
145	以生計上之利害，誘惑投票人不行使其投票權或為一定之行使者，處三年以下有期徒刑。
149 ; 1 後段	……；首謀者，處三年以下有期徒刑。
162 ; 1	縱放依法逮捕拘禁之人或便利其脫逃者，處三年以下有期徒刑。
175 ; 2	放火燒燬前二條以外之自己所有物，致生公共危險者，處三年以下有期徒刑。
185-1 ; 3 後段	……；其情節輕微者，處三年以下有期徒刑。
185-1 ; 6	預備犯第一項之罪者，處三年以下有期徒刑。
189-2 ; 1	阻塞戲院、商場、餐廳、旅店或其他公眾得出入之場所或公共場所之逃生通道，致生危險於他人生命、身體或健康者，處三年以下有期徒刑。阻塞集合住宅或共同使用大廈之逃生通道，致生危險於他人生命、身體或健康者，亦同。
198 ; 1	行使減損分量之通用貨幣，或意圖供行使之用而收集或交付於人者，處三年以下有期徒刑，得併科一千元以下罰金。
202 ; 2	行使偽造、變造之郵票或印花稅票，或意圖供行使之用而收集或交付於人者，處三年以下有期徒刑，得併科一千元以下罰金。
217	偽造印章、印文或署押，足以生損害於公眾或他人者，處三年以下有期徒刑。 盜用印章、印文或署押，足以生損害於公眾或他人者，亦同。
227 ; 4	對於十四歲以上未滿十六歲之男女為猥褻之行為者，處三年以下有期徒刑。
228 ; 2	因前項情形而為猥褻之行為者，處三年以下有期徒刑。
238	以詐術締結無效或得撤銷之婚姻，因而致婚姻無效之裁判或撤銷婚姻之裁判確定者，處三年以下有期徒刑。
240 ; 1、2	和誘未滿二十歲之男女，脫離家庭或其他有監督權

	之人者，處三年以下有期徒刑。 和誘有配偶之人脫離家庭者，亦同。
258	製造、販賣或運輸專供吸食鴉片之器具者，處三年以下有期徒刑，得併科五百元以下罰金。
260；2	意圖供製造鴉片、嗎啡之用，而販賣或運輸罌粟種子者，處三年以下有期徒刑，得併科三千元以下罰金。
268	意圖營利，供給賭博場所或聚眾賭博者，處三年以下有期徒刑，得併科三千元以下罰金。
272；3	預備犯第一項之罪者，處三年以下有期徒刑。
282；1 前段	教唆或幫助他人使之自傷，或受其囑託或得其承諾而傷害之，成重傷者，處三年以下有期徒刑；……。
283 前段	聚眾鬥毆致人於死或重傷者，在場助勢而非出於正當防衛之人，處三年以下有期徒刑；……。
289；2 後段	……；致重傷者，處三年以下有期徒刑。
293；2 後段	……；致重傷者，處三年以下有期徒刑。

2. (全 28) 三年以下有期徒刑、拘役、十萬元以下罰金 (X 3NT\$)

條；項	內容
358	無故輸入他人帳號密碼、破解使用電腦之保護措施或利用電腦系統之漏洞，而入侵他人之電腦或其相關設備者，處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科十萬元以下罰金。
360	無故以電腦程式或其他電磁方式干擾他人電腦或其相關設備，致生損害於公眾或他人者，處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科十萬元以下罰金。

3. (全 29) 三年以下有期徒刑、拘役、三千元以下罰金 (X 30NT\$)

條；項	內容
193	承攬工程人或監工人於營造或拆卸建築物時，違背建築術成規，致生公共危險者，處三年以下有期徒刑、拘役或三千元以下罰金。

4. (全 30) 三年以下有期徒刑、拘役、二千元以下罰金 (X 30NT\$)

條；項	內容
284；2 後段	……；致重傷者，處三年以下有期徒刑、拘役或二千元以下罰金。

5. (全 31) 三年以下有期徒刑、拘役、三萬元以下罰金

條；項	內容
182	於火災、水災、風災、震災、爆炸或其他相類災害發生之際，隱匿或損壞防禦之器械或以他法妨害救災者，處三年以下有期徒刑、拘役或三萬元以下罰金。
315-1	有下列行為之一者，處三年以下有期徒刑、拘役或三萬元以下罰金： 一、無故利用工具或設備窺視、竊聽他人非公開之活動、言論、談話或身體隱私部位者。 二、無故以錄音、照相、錄影或電磁紀錄竊錄他人非公開之活動、言論、談話或身體隱私部位者。

6. (全 32) 三年以下有期徒刑、拘役、一千元以下罰金 (X 30NT\$)

條；項	內容
277 ; 1	傷害人之身體或健康者，處三年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金。

7. (全 33) 三年以下有期徒刑、拘役、一萬元以下罰金 (X 3NT\$)

條；項	內容
339-2 ; 1、2	意圖為自己或第三人不法之所有，以不正方法由自動付款設備取得他人之物者，處三年以下有期徒刑、拘役或一萬元以下罰金。 以前項方法得財產上不法之利益或使第三人得之者，亦同。
352	毀棄、損壞他人文書或致令不堪用，足以生損害於公眾或他人者，處三年以下有期徒刑、拘役或一萬元以下罰金。

8. (全 34) 三年以下有期徒刑、拘役、五百元以下罰金 (X 30NT\$)

條；項	內容
133	在郵務或電報機關執行職務之公務員，開拆或隱匿投寄之郵件或電報者，處三年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。
154 ; 1 前段	參與以犯罪為宗旨之結社者，處三年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金；……。
158	冒充公務員而行使其職權者，處三年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。

	冒充外國公務員而行使其職權者，亦同。
183；3	從事業務之人，因業務上之過失犯第一項之罪者，處三年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。
214	明知為不實之事項，而使公務員登載於職務上所掌之公文書，足以生損害於公眾或他人者，處三年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。
215	從事業務之人，明知為不實之事項，而登載於其業務上作成之文書，足以生損害於公眾或他人者，處三年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。
349；1	收受贓物者，處三年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。
355	意圖損害他人，以詐術使本人或第三人為財產上之處分，致生財產上之損害者，處三年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。

9. (全 35) 三年以下有期徒刑、拘役、三百元以下罰金 (X 30NT\$)

條；項	內容
135；1、2	對於公務員依法執行職務時，施強暴脅迫者，處三年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。 意圖使公務員執行一定之職務或妨害其依法執行一定之職務或使公務員辭職，而施強暴脅迫者，亦同。
177；1	漏逸或間隔蒸氣、電氣、煤氣或其他氣體，致生公共危險者，處三年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。
304；1	以強暴、脅迫使人行無義務之事或妨害人行使權利者，處三年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。

10. (全 36) 二年以下有期徒刑

條；項	內容
109；4	預備或陰謀犯第一項或第二項之罪者，處二年以下有期徒刑。
151	以加害生命、身體、財產之事恐嚇公眾，致生危害於公安者，處二年以下有期徒刑。
152	以強暴脅迫或詐術，阻止或擾亂合法之集會者，處二年以下有期徒刑。
180；2	決水浸害前二條以外之自己所有物，致生公共危險者，處二年以下有期徒刑。
204；1	意圖供偽造、變造有價證券、郵票、印花稅票、信

	用卡、金融卡、儲值卡或其他相類作為簽帳、提款、轉帳或支付工具之電磁紀錄物之用，而製造、交付或收受各項器械、原料、或電磁紀錄者，處二年以下有期徒刑，得併科五千元以下罰金。
271；3	預備犯第一項之罪者，處二年以下有期徒刑。
289；1	受懷胎婦女之囑託或得其承諾，而使之墮胎者，處二年以下有期徒刑。
347；4	預備犯第一項之罪者，處二年以下有期徒刑。

11. (全 37) 二年以下有期徒刑、拘役、二十萬元以下罰金

條；項	內容
185-3；1	服用毒品、麻醉藥品、酒類或其他相類之物，不能安全駕駛動力交通工具而駕駛者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科二十萬元以下罰金

12.a (全 38) 二年以下有期徒刑、拘役、三萬元以下罰金 (X 3NT\$)

條；項	內容
235；1、2	散布、播送或販賣猥褻之文字、圖畫、聲音、影像或其他物品，或公然陳列，或以他法供人觀覽、聽聞者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科三萬元以下罰金。 意圖散布、播送、販賣而製造、持有前項文字、圖畫、聲音、影像及其附著物或其他物品者，亦同。

12.b (全 38) 二年以下有期徒刑、拘役、三千元以下罰金 (X 30NT\$)

條；項	內容
253	意圖欺騙他人而偽造或仿造已登記之商標、商號者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科三千元以下罰金。

13. (全 39) 二年以下有期徒刑、拘役、二千元以下罰金 (X 30NT\$)

條；項	內容
276；1	因過失致人於死者，處二年以下有期徒刑、拘役或二千元以下罰金。
318	公務員或曾任公務員之人，無故洩漏因職務知悉或持有他人之工商秘密者，處二年以下有期徒刑、拘役或二千元以下罰金。

14.a (全 40) 二年以下有期徒刑、拘役、一千元以下罰金 (X 30NT\$)

條；項	內容
108；2	因過失犯前項之罪者，處二年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金。
110；1	公務員對於職務上知悉或持有前條第一項之文書、圖畫、消息或物品，因過失而洩漏或交付者，處二年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金。
153	以文字、圖畫、演說或他法，公然為左列行為之一者，處二年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金： 一、煽惑他人犯罪者。 二、煽惑他人違背法令，或抗拒合法之命令者。
192	違背關於預防傳染病所公布之檢查或進口之法令者，處二年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金。暴露有傳染病菌之屍體，或以他法散布病菌，致生公共危險者，亦同。
279；1 前段	當場激於義憤犯前二條之罪者，處二年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金；……。
310；2	散布文字、圖畫犯前項之罪者，處二年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金。
313	散布流言或以詐術損害他人之信用者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金。

14.b (全 40) 二年以下有期徒刑、拘役、一萬元以下罰金 (X 3NT\$)

條；項	內容
234；2	意圖營利犯前項之罪者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科一萬元以下罰金。

15.a (全 41) 二年以下有期徒刑、拘役、五百元以下罰金 (X 30NT\$)

條；項	內容
147	妨害或擾亂投票者，處二年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。
164	藏匿犯人或依法逮捕拘禁之脫逃人或使之隱避者，處二年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。意圖犯前項之罪而頂替者，亦同。
165	偽造、變造、湮滅或隱匿關係他人刑事被告案件之證據，或使用偽造、變造之證據者，處二年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。
184；4	從事業務之人，因業務上之過失犯第一項之罪者，

	處二年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。
186	未受允准，而製造、販賣、運輸或持有炸藥、棉花藥、雷汞或其他相類之爆裂物或軍用槍砲、子彈而無正當理由者，處二年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。
189；4	從事業務之人，因業務上之過失犯第一項之罪者，處二年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。
354	毀棄、損壞前二條以外之他人之物或致令不堪用，足以生損害於公眾或他人者，處二年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。
356	債務人於將受強制執行之際，意圖損害債權人之債權，而毀壞、處分或隱匿其財產者，處二年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。

15.b (全 41) 二年以下有期徒刑、拘役、五千元以下罰金 (X 3NT\$)

條；項	內容
186-1；3	因過失致炸藥、棉花藥、雷汞或其他相類之爆裂物爆炸而生公共危險者，處二年以下有期徒刑、拘役或五千元以下罰金。
187-2；3	因過失犯第一項之罪者，處二年以下有期徒刑、拘役或五千元以下罰金。
318-1	無故洩漏因利用電腦或其他相關設備知悉或持有他人之秘密者，處二年以下有期徒刑、拘役或五千元以下罰金。

16. (全 42) 二年以下有期徒刑、拘役、三百元以下罰金 (X 30NT\$)

條；項	內容
252	意圖加損害於他人而妨害其農事上之水利者，處二年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。
305	以加害生命、身體、自由、名譽、財產之事，恐嚇他人致生危害於安全者，處二年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。
307	不依法令搜索他人身體、住宅、建築物、舟、車或航空機者，處二年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。

17. (全 43) 一年以下有期徒刑

條；項	內容
-----	----

111 ; 3	預備或陰謀犯第一項之罪者，處一年以下有期徒刑。
112	意圖刺探或收集第一百零九條第一項之文書、圖畫、消息或物品，未受允准而入要塞、軍港、軍艦及其他軍用處所建築物，或留滯其內者，處一年以下有期徒刑。
161 ; 1	依法逮捕、拘禁之人脫逃者，處一年以下有期徒刑。
239	有配偶而與人通姦者，處一年以下有期徒刑。其相姦者亦同。

18. (全 44) 一年以下有期徒刑、拘役

條；項	內容
269 ; 1	意圖營利，辦理有獎儲蓄或未經政府允准而發行彩票者，處一年以下有期徒刑或拘役，得併科三千元以下罰金。

19. (全 45) 一年以下有期徒刑、拘役、三千元以下罰金 (X 30NT\$)

條；項	內容
117	於外國交戰之際，違背政府局外中立之命令者，處一年以下有期徒刑、拘役或三千元以下罰金。
234 ; 1	意圖供人觀覽，公然為猥褻之行為者，處一年以下有期徒刑、拘役或三千元以下罰金。
328 ; 5	預備犯強盜罪者，處一年以下有期徒刑、拘役或三千元以下罰金。

20. (全 46) 一年以下有期徒刑、拘役、五萬元以下罰金

條；項	內容
157	意圖漁利，挑唆或包攬他人訴訟者，處一年以下有期徒刑、拘役或五萬元以下罰金。
316	醫師、藥師、藥商、助產士、心理師、宗教師、律師、辯護人、公證人、會計師或其業務上佐理人，或曾任此等職務之人，無故洩漏因業務知悉或持有之他人秘密者，處一年以下有期徒刑、拘役或五萬元以下罰金。

21. (全 47) 一年以下有期徒刑、拘役、一千元以下罰金 (X 30NT\$)

條；項	內容
255	意圖欺騙他人，而就商品之原產國或品質，為虛偽之標記或其他表示者，處一年以下有期徒刑、拘役

	或一千元以下罰金。 明知為前項商品而販賣，或意圖販賣而陳列，或自外國輸入者，亦同。
284；2 前段	從事業務之人，因業務上之過失傷害人者，處一年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金；……。
292	以文字、圖畫或他法，公然介紹墮胎之方法或物品，或公然介紹自己或他人為墮胎之行為者，處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金。
312；2	對於已死之人犯誹謗罪者，處一年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金。
317	依法令或契約有守因業務知悉或持有工商秘密之義務，而無故洩漏之者，處一年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金。
344	乘他人急迫、輕率或無經驗貸以金錢或其他物品，而取得與原本顯不相當之重利者，處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金。

22. (全 48) 一年以下有期徒刑、拘役、五百元以下罰金 (X 30NT\$)

條；項	內容
173；2	失火燒燬前項之物者，處一年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。
178；2	因過失決水浸害前項之物者，處一年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。
281	施強暴於直系血親尊親屬，未成傷者，處一年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。
284；1 後	致重傷者，處一年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。
285	明知自己有花柳病或麻瘋，隱瞞而與他人為猥褻之行為或姦淫，致傳染於人者，處一年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。
309；2	以強暴犯前項之罪者，處一年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。
310；1	意圖散布於眾，而指摘或傳述足以毀損他人名譽之事者，為誹謗罪，處一年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。

23.a (全 49) 一年以下有期徒刑、拘役、三百元以下罰金 (X 30NT\$)

條；項	內容
-----	----

118	意圖侮辱外國，而公然損壞除去或污辱外國之國旗、國章者，處一年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。
127；2	因過失而執行不應執行之刑罰者，處一年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。
132；2、3	因過失犯前項之罪者，處一年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。 非公務員因職務或業務知悉或持有第一項之文書、圖畫、消息或物品，而洩漏或交付之者，處一年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。
136；1 前段	公然聚眾犯前條之罪者，在場助勢之人，處一年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金；……。
137；1	對於依考試法舉行之考試，以詐術或其他非法之方法，使其發生不正確之結果者，處一年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。
139	損壞、除去或污穢公務員所施之封印或查封之標示，或為違背其效力之行為者，處一年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。
150；1	公然聚眾，施強暴脅迫者，在場助勢之人，處一年以下有期徒刑，拘役或三百元以下罰金。
160	意圖侮辱中華民國，而公然損壞、除去或污辱中華民國之國徽、國旗者，處一年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。 意圖侮辱創立中華民國之孫先生，而公然損壞、除去或污辱其遺像者亦同。
171	未指定犯人，而向該管公務員誣告犯罪者，處一年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。 未指定犯人，而偽造、變造犯罪證據，或使用偽造、變造之犯罪證據，致開始刑事訴訟程序者，亦同。
173；4	預備犯第一項之罪者，處一年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。
183；2	因過失犯前項之罪者，處一年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。
202；3	意圖供行使之用，而塗抹郵票或印花稅票上之註銷符號者，處一年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金；其行使之者亦同。
203	意圖供行使之用，而偽造、變造船票、火車、電車票或其他往來客票者，處一年以下有期徒刑、拘役

	或三百元以下罰金。其行使之者亦同。
206	意圖供行使之用，而製造違背定程之度量衡，或變更度量衡之定程者，處一年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。
212	偽造、變造護照、旅券、免許證、特許證及關於品行、能力服務或其他相類之證書、介紹書，足以生損害於公眾或他人者，處一年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。
306	無故侵入他人住宅、建築物或附連圍繞之土地或船艦者，處一年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。 無故隱匿其內，或受退去之要求而仍留滯者，亦同。

23.b (全 49) 一年以下有期徒刑、拘役、三千元以下罰金 (X 3NT\$)

條；項	內容
189-1；1、2	損壞礦場、工廠或其他相類之場所內關於保護生命之設備或致令不堪用，致生危險於他人之身體健康者，處一年以下有期徒刑、拘役或三千元以下罰金。 損壞前項以外之公共場所內關於保護生命之設備或致令不堪用，致生危險於他人之身體健康者，亦同。
339-1	意圖為自己或第三人不法之所有，以不正方法由收費設備取得他人之物者，處一年以下有期徒刑、拘役或三千元以下罰金。 以前項方法得財產上不法之利益或使第三人得之者，亦同。

24. (全 50) 六月以下有期徒刑、拘役、一千元以下罰金 (X 30NT\$)

條；項	內容
191	製造、販賣或意圖販賣而陳列妨害衛生之飲食物品或其他物品者，處六月以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金。
269；2	經營前項有獎儲蓄或為買賣前項彩票之媒介者，處六月以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金。

25.a (全 51) 六月以下有期徒刑、拘役、五千元以下罰金 (X 3NT\$)

條；項	內容
190-1；4	因過失犯第一項之罪者，處六月以下有期徒刑、拘

	役或五千元以下罰金。
--	------------

25.b (全 51) 六月以下有期徒刑、拘役、五百元以下罰金 (X 30NT\$)

條；項	內容
208；2	從事業務之人，關於其業務犯前項之罪者，處六月以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。
262	吸食鴉片或施打嗎啡或使用高根、海洛因或其化合質料者，處六月以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。
284；1 前段	因過失傷害人者，處六月以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金；……。

26. (全 52) 六月以下有期徒刑、拘役、三百元以下罰金 (X 30NT\$)

條；項	內容
149；1 前段	公然聚眾，意圖為強暴脅迫，已受該管公務員解散命令三次以上，而不解散者，在場助勢之人處六月以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金；……。
163；2	因過失致前項之人脫逃者，處六月以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。
174；3	失火燒燬第一項之物者，處六月以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金，失火燒燬前項之物，致生公共危險者，亦同。
179；3	因過失決水浸害第一項之物者，處六月以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。 因過失決水浸害前項之物，致生公共危險者，亦同。
184；3	因過失犯第一項之罪者，處六月以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。
189；3	因過失犯第一項之罪者，處六月以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。
190；3	因過失犯第一項之罪者，處六月以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。
207	意圖供行使之用，而販賣違背定程之度量衡者，處六月以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。
246	對於壇廟、寺觀、教堂、墳墓或公眾紀念處所，公然侮辱者，處六月以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。 妨害喪、葬、祭禮、說教、禮拜者，亦同。

27. (全 53) 六月以下有期徒刑、拘役、一百元以下罰金 (X 30NT\$)

條；項	內容
140；1、2	於公務員依法執行職務時，當場侮辱，或對於其依法執行之職務公然侮辱者，處六月以下有期徒刑、拘役或一百元以下罰金。 對於公署公然侮辱者亦同。
288；1、2	懷胎婦女服藥或以他法墮胎者，處六月以下有期徒刑、拘役或一百元以下罰金。 懷胎婦女聽從他人墮胎者，亦同。
293；1	遺棄無自救力之人者，處六月以下有期徒刑、拘役或一百元以下罰金。

五級刑罰條文表

1. (全 54) 拘役、三千元以下罰金 (X 3NT\$)

條；項	內容
315	無故開拆或隱匿他人之封緘信函、文書或圖畫者，處拘役或三千元以下罰金。無故以開拆以外之方法，窺視其內容者，亦同。

2. (全 55) 拘役、五百元以下罰金 (X 30NT\$)

條；項	內容
263	意圖供犯本章各罪之用，而持有鴉片、嗎啡、高根、海洛因或其化合質料，或專供吸食鴉片之器具者，處拘役或五百元以下罰金。

3. (全 56) 拘役、三百元以下罰金 (X 30NT\$)

條；項	內容
175；3	失火燒燬前二條以外之物，致生公共危險者，處拘役或三百元以下罰金。
180；3	因過失決水浸害前二條以外之物，致生公共危險者，處拘役或三百元以下罰金。
181；2	因過失犯前項之罪者，處拘役或三百元以下罰金。
309；1	公然侮辱人者，處拘役或三百元以下罰金。
312；1	對於已死之人公然侮辱者，處拘役或三百元以下罰金。

4. (全 57) 拘役、一百元以下罰金 (X 30NT\$)

條；項	內容
141	意圖侮辱公務員或公署，而損壞、除去或污穢實貼公眾場所之文告者，處拘役或一百元以下罰金。

5. (全 58) 二千元以下罰金 (X 30NT\$)

條；項	內容
254	明知為偽造或仿造之商標、商號之貨物而販賣，或意圖販賣而陳列，或自外國輸入者，處二千元以下罰金。

6. (全 59) 一千元以下罰金 (X 30NT\$)

條；項	內容
266；1	在公共場所或公眾得出入之場所賭博財物者，處一千元以下罰金。

7. (全 60) 五百元以下罰金 (X 30NT\$)

條；項	內容
159	公然冒用公務員服飾、徽章或官銜者，處五百元以下罰金。
196；2	收受後方知為偽造、變造之通用貨幣、紙幣、銀行券而仍行使，或意圖供行使之用而交付於人者，處五百元以下罰金。
337	意圖為自己或第三人不法之所有，而侵佔遺失物、漂流物或其他離本人所持有之物者，處五百元以下罰金。

8. (全 61) 三百元以下罰金 (X 30NT\$)

條；項	內容
148	於無記名之投票，刺探票載之內容者，處三百元以下罰金。
208；1	行使違背定程之度量衡者，處三百元以下罰金。

9. (全 62) 一百元以下罰金 (X 30NT\$)

條；項	內容
198；2	收受後方知為減損分量之通用貨幣而仍行使，或意圖供行使之用而交付於人者，處一百元以下罰金。



參考文獻

(按筆劃排列；同作者時，按出版年先後排列)

一、中文部分

(一) 專書／教科書

1. Jacques Borricand、朱琳編著，法國當代刑事政策研究及借鑑，中國人民公安大學，2011年。
2. 王文俊，哲學概論，正中，1967年。
3. 王立峰，懲罰的哲理，清華大學，2006年。
4. 王兆鵬，刑事訴訟講義，元照，2010年五版。
5. 王皇玉，刑罰與社會規訓－台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變，元照，2009年。
6. 王紀軒，施用毒品罪之研究，東海大學法律學研究所碩士論文，2008年。
7. 王琪，社區矯正研究，知識產權，2007年。
8. 王澤鑑，民法物權，三民，2010年二版。
9. 王澤鑑，民法總則，三民，2010年修訂版。
10. 王澤鑑，民法概要，三民，2011年四版。
11. 王澤鑑，法律思維與民法實例－請求權基礎理論體系，自版，2001年。
12. 付立慶，犯罪構成理論－比較研究與路徑選擇，法律，2010年。
13. 北京大學哲學系外國哲學史教研室編，古希臘羅馬哲學，商務印書館，1982年。
14. 台灣廢除死刑推動聯盟，死刑存廢的新思維，元照，2009年。
15. 甘添貴，刑法總論講義，瑞興，1992年再版。
16. 甘添貴，體系刑法各論（第二卷），瑞興，2004年再版。
17. 甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，瑞興，2006年二版。
18. 甘添貴，體系刑法各論（第一卷），瑞興，2007年再版。
19. 甘添貴，刑法各論（上），三民，2010年二版。
20. 甘添貴，刑法各論（下），三民，2010年。
21. 申林，柏拉圖與《理想國》，人民，2010年。
22. 申荷永，心理分析入門，心靈工坊文化，2004年。

23. 白建軍，罪刑均衡實證研究，法律，2004年。
24. 江山，中國法思想講義，元照，2008年。
25. 行政院研究發展考核委員會，死刑存廢之探討（計畫主持人：許春金；協同主持人：吳景芳、李湧清），行政院研究發展考核委員會，1994年。
26. 行政院研究發展考核委員會，毒品問題與對策，行政院研究發展考核委員會，2006年。
27. 何秉松主編，全球化時代犯罪與刑罰新理念，中國民主法制，2011年。
28. 何霜梅，正義與社群－社群主義對以羅爾斯為首的新自由主義的批判，人民，2009年。
29. 余定宇，尋找法律印跡－從古埃及到美利堅，法律，2010年二版。
30. 余振華，刑法深思·深思刑法，元照，2005年。
31. 余振華，刑法違法性理論，瑞興，2010年。
32. 余振華，刑法總論，三民，2011年。
33. 吳志正，解讀醫病關係Ⅱ－醫療責任體系篇，元照，2006年。
34. 吳宜，新譯老子解義，三民，2008年二版。
35. 吳庚，憲法的解釋與運用，三民，2004年三版。
36. 吳庚，行政法之理論與實用，三民，2010年十一版。
37. 吳新民，柏拉圖的懲罰理論，中國社會科學，2010年。
38. 吳增定，尼采與柏拉圖主義，上海人民，2005年。
39. 李川，刑罰目的理論的反思與重構，法律，2010年。
40. 李建良、林合民、陳愛娥、林三欽、陳春生、黃啟禎，行政法入門，元照，2004年修訂版。
41. 李茂生，權力、主體與刑事法－法邊緣的論述，翰蘆，1998年。
42. 李惠宗，憲法要義，元照，2009年五版。
43. 李惠宗，行政法要義，元照，2010年五版。
44. 李貴方，自由刑比較研究，吉林人民，1992年。
45. 李衛紅，刑事政策學，北京大學，2009年。
46. 李震山，多元、寬容與人權保障－以憲法未列舉權之保障為中心，元照，2005年。
47. 李鐘聲，中華法系（下），華欣，1985年。
48. 汪明亮，社會資本與刑事政策，北京大學，2011年。
49. 周治平，刑法概要，三民，1980年十六版。
50. 林山田，刑法特論（上），三民，1989年三版。
51. 林山田，刑法的革新，學林，2001年。
52. 林山田，刑法各罪論（上），自版，2005年五版。
53. 林山田，刑法各罪論（下），自版，2005年五版。

54. 林山田，刑罰學，臺灣商務印書館，2005年修訂版。
55. 林山田，刑法通論（上），自版，2008年十版。
56. 林山田，刑法通論（下），自版，2008年十版。
57. 林山田、林東茂、林燦璋，犯罪學，三民，2007年四版。
58. 林秀雄，繼承法講義，元照，2008年。
59. 林東茂，一個知識論上的刑法思考，五南，2007年三版。
60. 林東茂，刑法綜覽，一品，2009年六版。
61. 林俊益，刑事訴訟法概論（上），新學林，2010年十一版。
62. 林紀東，刑事政策學，正中，1963年。
63. 林書楷，刑法總則，五南，2010年。
64. 林瑞，儒家倫理與法律文化－社會學觀點的探索，巨流，1994年。
65. 林鈺雄，刑事訴訟法（上），元照，2007年五版。
66. 林鈺雄，新刑法總則，元照，2009年二版。
67. 林鈺雄，刑事訴訟法（下），元照，2010年六版。
68. 林憲，精神醫學史，水牛，1979年。
69. 林憲，臨床精神醫學，國立編譯館，1982年。
70. 林騰鶴，行政法總論，三民，2002年二版。
71. 法治斌、董保城，憲法新論，2006年三版。
72. 法務部，98年犯罪狀況及其分析，法務部，2010年。
73. 法務部，99年犯罪狀況及其分析，法務部，2011年。
74. 法務部統計處，法務統計年報99年，2011年。
75. 邱興隆，關於刑罰的哲學：刑罰根據論，法律，2000年。
76. 邱聰智，新訂民法債編通則（下），華泰文化，2001年新訂一版。
77. 邱聰智著、姚志明校訂，新訂債法各論（上），元照，2008年。
78. 俞可平，社群主義，中國社會科學，2005年二版。
79. 哈佛燕京學社、三聯書店主編，儒家與自由主義，三聯，2001年。
80. 柯耀程，刑法問題評釋，元照，2004年。
81. 柯耀程，刑法總論釋義－修法篇（上），元照，2005年。
82. 柯耀程，刑法總論釋義－修法篇（下），元照，2005年。
83. 柯耀程，刑法概論，元照，2007年。
84. 洪福增，刑法之理論與實踐，五南，1988年再版。
85. 胡興東，中國古代死刑制度史，法律，2008年。
86. 孫力，罰金刑研究，中國人民公安大學，1995年。
87. 孫振青，亞理斯多德的倫理學，臺灣書局，1994年。
88. 孫萬懷，在制度和秩序的邊際－刑事政策的一般理論，北京大學，2008年。

89. 徐復觀，徐復觀雜文一記所思，時報，1980年。
90. 徐朝陽，中國刑法溯源，臺灣商務，1967年。
91. 翁岳生編，行政法（上），元照，2006年三版。
92. 馬國明，從自由主義到社會主義，青文，1988年。
93. 高金桂，青少年藥物濫用與犯罪之研究，文景，1984年。
94. 高金桂，利益衡量與刑法之犯罪判斷，元照，2003年。
95. 高銘鎧、馬克昌主編，刑法學，北京大學，2009年。
96. 張甘妹，刑事政策，三民，1991年。
97. 張志雄、古允文、陳宜中、許漢、呂建德主編，社會正義與全球化－福利與自由主義的反思，桂冠，2004年。
98. 張忠棟、李永熾、林正弘主編，什麼是自由主義－現代中國自由主義資料選編－紀念「五四」八十週年，唐山，1999年。
99. 張明楷，罪刑法定與刑法解釋，北京大學，2009年。
100. 張明楷，刑法學，法律，2010年。
101. 張能為，康德與現代哲學，安徽大學，2001年。
102. 張捷，案例刑法總論，一品，2011年。
103. 張麗卿，刑事法學與精神醫學之整合－精神疾病犯罪人處遇之比較研究，五南，1994年。
104. 張麗卿，交通刑法，學林，2002年。
105. 張麗卿，司法精神醫學－刑事法學與精神醫學之整合，元照，2004年二版。
106. 張麗卿，新刑法探索，元照，2008年三版。
107. 張麗卿，法律與文學－文學視野中的法律正義，元照，2010年。
108. 張麗卿，刑事訴訟法理論與運用，五南，2010年十一版。
109. 張麗卿，司法精神醫學－刑事法學與精神醫學之整合，元照，2011年三版。
110. 張麗卿，刑法總則理論與運用，五南，2011年四版。
111. 梁漱溟，東西文化及其哲學，商務印書館，2010年。
112. 許福生，犯罪與刑事政策學，元照，2010年。
113. 許福生，風險社會與犯罪治理，元照，2010年。
114. 許澤天，刑總要論，元照，2009年二版。
115. 郭健，韓國死刑政策改革及其對中國的啟示，中國人民公安大學，2009年。
116. 陳子平，刑法總論，元照，2008年二版。
117. 陳志龍，法益與刑事立法，臺灣大學法學院圖書部，1992年。
118. 陳珞珈編，黃帝內經（二卷），吉林大學，2009年。

119. 陳敏，行政法總論，新學林，2011年七版。
120. 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，民法繼承新論，三民，2010年六版。
121. 陳新民，行政法學總論，三民，1997年六版。
122. 陳新民，憲法釋論，三民，2001年。
123. 陳煥生、劉秉鈞，刑法分則實用，一品，2011年三版。
124. 陳銘祥，法政策學，元照，2011年。
125. 陳樸生，刑法總論，正中，1961年三版。
126. 陳樸生，刑事經濟學，正中，1985年。
127. 陳樸生、洪福增，刑法總則，五南，1989年四版。
128. 陳興良，刑法哲學，中國政法大學，1997年。
129. 傅佩榮，柏拉圖，東大，1998年。
130. 傅佩榮，哲學與人生，天下文化，2003年。
131. 傅佩榮，儒家哲學新解，聯經，2010年。
132. 傅佩榮，儒道天論發微，聯經，2010年。
133. 曾仰如，柏拉圖的哲學，台灣商務印書館，1995年。
134. 曾淑瑜，刑法分則實例研習－個人法益之保護，三民，2010年二版。
135. 曾淑瑜，醫療倫理與法律 15 講，元照，2010年。
136. 黃丁全，醫事法，月旦，1995年。
137. 黃立主編，楊芳賢、陳洸岳、謝銘洋、吳秀明、蘇惠卿、郭惠玲，民法債編各論（上），元照，2002年。
138. 黃仲夫，簡明刑法分則，元照，2010年。
139. 黃仲夫，簡明刑法總則，元照，2011年。
140. 黃茂榮，法學方法與現代民法，自版，2006年五版。
141. 黃偉合，英國近代自由主義研究－從洛克、邊沁到密爾，北京大學，2005年。
142. 黃偉明，死緩制度的當代價值，科學，2007年。
143. 黃常仁，刑法總論邏輯分析與體系論證，新學林，2009年二版。
144. 黃富源、范國勇、張平吾，犯罪學概論，三民，2006年三版。
145. 黃富源、張平吾，受害者學新論，三民，2008年。
146. 黃朝義，刑事訴訟法，新學林，2009年二版。
147. 黃勤鎮、謝慶輝、黃武次、馬以工、柯明謀、趙昌平、黃守高，假釋辦理情形及績效檢討專案調查研究報告，監察院，2004年。
148. 黃榮堅，基礎刑法學（上），元照，2012年四版。
149. 黃榮堅，基礎刑法學（下），元照，2012年四版。
150. 黃翠紋、孟維德，警察與犯罪預防，五南，2012年。
151. 黃徵男，21世紀監獄學－理論、實務與對策，一品，2010年五版。

152. 黃默夫，基礎行政法 25 講，三民，2009 年五版。
153. 楊士隆、林健陽，犯罪矯正－問題與對策，五南，2007 年。
154. 楊仁壽，法學方法論，三民，2010 年二版。
155. 楊春洗主編，刑事政策論，北京大學，1994 年。
156. 楊德森、趙旭東、肖水源主編，心理和諧與和諧社會，同濟大學，2009 年。
157. 楊適，伊壁鳩魯，三民，1996 年。
158. 鄔昆如主編，哲學入門，五南，2003 年。
159. 靳宗立，刑法總論 I－刑法基礎理論暨犯罪論，集義閣，2010 年。
160. 靳宗立，刑法總論 II－刑事法律效果暨適用論，集義閣，2011 年。
161. 臧冬斌，量刑方法的合理性與量刑方法的科學性，中國人民公安大學，2008 年。
162. 趙秉志、William A. Schabas 主編，死刑立法改革專題研究，中國法制，2009 年。
163. 趙秉志、黃曉亮、魏昌東、王東陽，穿越迷霧：死刑問題新觀察，中國法制，2009 年。
164. 劉文榕，醫事法要義，合記，1999 年。
165. 劉守芬、余諍、汪明亮、方泉、方文軍，罪刑均衡論，北京大學，2004 年。
166. 劉幸義主編，多元價值、寬容與法律－亞圖·考夫曼教授紀念集，五南，2004 年。
167. 劉傑、徐祥運，社會學概論，東北財經大學，2005 年。
168. 劉增泉，希臘史－歐洲文明的起源，三民，2003 年。
169. 蔡文輝，社會學，三民，1993 年增訂版。
170. 蔡碧玉、柯耀程、張麗卿、余振華、陳子平、靳宗立、蔡蕙芳、鄭善印、劉秉鈞、曾淑瑜、林東茂著，二〇〇五年刑法總則修正之介紹與評析，元照，2005 年。
171. 蔡墩銘，醫事刑法要論，翰蘆，2005 年二版。
172. 蔡墩銘，刑法精義，翰蘆，2007 年二版。
173. 蔡墩銘，刑法各論，三民，2009 年六版。
174. 蔡墩銘，刑法總論，三民，2011 年九版。
175. 蔡德輝、楊士隆，犯罪學，五南，2011 年五版。
176. 鄧煌發、李修安，犯罪預防，一品，2012 年。
177. 鄭昕，康德學述，商務印書館，1984 年。
178. 鄭逸哲，法學三段論法論下的刑法與刑法基本句型（一）刑法初探，瑞興，2005 年。

- 179.鄭麗玉、陳秀蓉、危芷芬、留佳莉著，心理學，五南，2006年。
- 180.盧建平，刑事政策與刑法變革，中國人民公安大學，2011年。
- 181.盧映潔，刑法分則新論，新學林，2011年四版。
- 182.戴東雄，民法案例：繼承，三民，2006年。
- 183.戴炎輝，中國法制史，三民，1995年十版。
- 184.戴炎輝編著，戴東雄、黃源盛校訂，國立編譯館主編，唐律通論，元照，2010年。
- 185.謝瑞智，犯罪與刑事政策，正中，2000年。
- 186.韓忠謨，法學緒論，自版，1994年再版。
- 187.韓忠謨，刑法原理，自版，2002年再版。
- 188.韓柏，臨床精神醫學，中國科學技術，2006年。
- 189.瞿海源、顧忠華、錢永祥主編，平等、正義與社會福利—殷海光基金會·自由、平等、社會正義學術研討會論文集(3)，桂冠，2002年。
- 190.薩孟武，社會科學概論，三民，1975年增補再版。
- 191.魏東編，刑事政策學，四川大學，2011年。
- 192.嚴群，柏拉圖及其思想，商務印書館，2011年。
- 193.嚴群，亞理斯多德及其思想，商務印書館，2011年。
- 194.蘇俊雄，刑法總論 I，元照，1988年再版。
- 195.蘇俊雄，刑法總論 II，元照，1998年。
- 196.顧肅，自由主義基本理念，左岸，2006年。
- 197.熊選國主編，《人民法院量刑指導意見》與"兩高三部"《關於規範量刑程式若干問題的意見》理解與適用，法律，2010年。
- 198.黎其武，量刑公正論，法律，2011年。

(二) 期刊／論文

1. 王兆鵬，一個條例，八處違憲—論檢肅流氓條例，月旦法學 155 期，2008 年，頁 121-151。
2. 王兆鵬，論一事不再理之憲法原則，一事不再理，元照，2008 年，頁 1-65。
3. 王兆鵬，臺灣死刑實證研究，月旦法學 183 期，2010 年，頁 105-130。
4. 王安異，刑法中的行為無價值與結果無價值，東吳法律學報 16 卷 1 期，2004 年，頁 45-88。
5. 王皇玉，論刑罰的目的，刑罰與社會規訓—台灣刑事制裁新舊思維的衝

- 突與轉變，元照，2009年，頁1-32。
6. 王皇玉、Llopis-Jepsen, Celia，死刑在臺灣，臺灣法學 170 期，2011 年，頁 45-74。
 7. 王紀軒，密醫罪或業務過失犯罪－以新時代診所案為例，高大法學論叢 6 卷 2 期，2011 年，頁 193-224。
 8. 王效文，國際刑法之保護法益與刑罰目的，成大法學 15 期，2009 年，頁 1-34。
 9. 王效文，加重結果犯之性質與構造－評最高法院九十八年台上字第五三一〇號刑事判決，月旦裁判 5 期，2010 年，頁 104-110。
 10. 王敏，論基準刑的確定，量刑規範化理論探要（劉遠、湯建國主編），中國人民公安大學，2010 年，頁 185-194。
 11. 王鵬翔，目的性限縮之論證結構，月旦民商法 4 期，2004 年，頁 16-29。
 12. 古承宗，第三人之禁止錯誤與資訊風險，成大法學 19 期，2010 年，頁 1-44。
 13. 甘添貴，兩岸死刑制度之比較研究，刑法之重要理念，瑞興，1996 年，頁 223-239。
 14. 甘添貴，大陸刑法死緩制度之研究，刑法之重要理念，瑞興，1996 年，頁 241-267。
 15. 甘添貴，刑法之謙抑思想，月旦法學 24 期，1997 年，頁 50-52。
 16. 甘添貴，犯罪除罪化與刑事政策，罪與刑－林山田教授六十歲生日祝賀論文集，五南，1998 年，頁 617-635。
 17. 甘添貴，治療行為與傷害，月旦法學教室 15 期，2004 年，頁 18-19。
 18. 甘添貴，醫療糾紛與法律適用－論專斷醫療行為的刑事責任，月旦法學 157 期，2008 年，頁 31-44。
 19. 白建軍，量刑基準實證研究，量刑規範化理論探要（劉遠、湯建國主編），中國人民公安大學，2010 年，頁 149-167。
 20. 刑泰釗，就我國實務運作觀點，評現行貪污治罪條例，月旦法學 94 期，2003 年，頁 8-15。
 21. 余振華，廢止貪污治罪條例暨回歸普通刑法之可行性，月旦法學 94 期，2003 年，頁 69-83。
 22. 余振華，刑法瀆職罪章與貪污治罪條例合併規定之檢討，法令月刊 59 卷 6 期，2008 年，頁 27-55。
 23. 余振華，違法性錯誤之刑事責任，警察法學 7 期，2008 年，頁 121-161。
 24. 吳天雲，無形財產利益的沒收範圍與方法，甘添貴教授七秩華誕祝壽論

- 文集(上), 承法, 2012年, 頁 669-693。
25. 吳天雲, 賄賂追徵價額的計算時點—從日本學說、實務之見解而論, 輔仁法學 41 期, 2011 年, 頁 129-171。
 26. 吳景芳, 刑事責任與量刑, 現代刑事法與刑事責任—蔡教授墩銘先生六秩晉五壽誕祝壽論文集, 國際刑法學會臺灣分會、刑事法雜誌社基金會, 1997 年, 頁 249-266。
 27. 吳景芳, 美國量刑改革之簡介, 刑事思潮之奔騰—韓忠謨教授紀念論文集, 韓忠謨教授法學基金會, 2000 年, 頁 261-279。
 28. 吳景欽, 利用電子監控解消性侵害犯再犯疑慮之立法評析, 軍法專刊 51 卷 8 期, 2005 年, 頁 46-66。
 29. 呂秉翰, 論刑事處罰之立法裁量—兼評釋字第五九四號解釋, 月旦法學 150 期, 2007 年, 頁 115-138。
 30. 李匡郎, 人權、正義與法律, 多元價值、寬容與法律—亞圖·考夫曼教授紀念集(劉幸義主編), 五南, 2004 年, 頁 79-97。
 31. 李佳玟, 死刑與理性正義—評析最高法院九五年臺上字第四五六六號判決, 臺灣本土 92 期, 2007 年, 頁 249-254。
 32. 李茂生, 受刑人之人權及其救濟制度—以美、日兩國之制度發展為中心, 刑事法雜誌 36 卷 1 期, 1992 年, 頁 12-42。
 33. 李茂生, 論刑法部分條文修正草案中保安處分相關規定, 月旦法學 93 期, 2003 年, 頁 101-113。
 34. 李茂生, 風險社會與規範論的世界, 月旦法學 173 期, 2009 年, 頁 145-153。
 35. 李潔, 不同罪刑階段罪與刑設定模式研究, 中國法學 2002 年 3 期, 2002 年, 頁 119-129。
 36. 李曉明, 規範量刑應思考的一些思路, 量刑規範化理論探要(劉遠、湯建國主編), 中國人民公安大學, 2010 年, 頁 57-77。
 37. 汪南均, 從各國死刑制度成效談我國因應死刑政策之變革作為, 檢察新論第 5 期, 2009 年, 頁 184-204。
 38. 周冶平, 規範責任論概說, 法令月刊 15 卷 1 期, 1964 年, 頁 5-7。
 39. 林山田, 刑事司法與人權保障—為世界人權宣言五十周年慶而作, 刑法的革新, 2001 年, 頁 463-482。
 40. 林山田, 刑法改革與刑事立法政策—兼評二〇〇二年刑法部分修正草案, 月旦法學 92 期, 2003 年, 頁 8-25。
 41. 林山田, 論結合構成要件—兼評最高法院刑事庭會議的決議, 刑法的革

- 新，學林，2001年，頁281-296。
42. 林志勇，海盜罪之研究－以國際法及林山田，二〇〇五年新刑法總評，台灣本土法學 67 期，2005 年，頁 73-102。
 43. 兩岸刑事法為例，中央警大法學論集 19 期，2010 年，頁 155-196。
 44. 林東茂，再探準強盜罪，東吳法律學報 20 卷 3 期，2008 年，頁 1-25。
 45. 林東茂，刑事政策及其相關學科，警大法學論集 2 期，1997 年，頁 315-334。
 46. 林東茂，累犯與三振出局，本土法學 46 期，2003 年，頁 108-115。
 47. 林東茂，法學方法，即非方法，是名方法，戰鬥的法律人－林山田教授退休祝賀論文集，2004 年，頁 55-74。
 48. 林東茂，刑法知識的社會功能，一個知識論上的刑法思考，2007 年三版，頁 3-21。
 49. 林東茂，刑事政策及其相關學科，一個知識論上的刑法思考，五南，2007 三版，頁 333-357。
 50. 林東茂，刑事政策與自由主義，一個知識論上的刑法思考，五南，2007 三版，頁 359-382。
 51. 林東茂，道盈不沖——兼談法律本質，刑與思－林山田教授紀念論文集，元照，2008 年，頁 23-44。
 52. 林東茂，醫療上病患承諾的刑法問題，月旦法學 157 期，2008 年，頁 45-74。
 53. 林東茂，專斷醫療的刑法問題，月旦法學教室 67 期，2008 年，頁 16-17。
 54. 林東茂，道即法律本質，輔仁法學 38 期，2009 年，頁 111-152。
 55. 林東茂，法學不是科學，高大法學論叢 6 卷 1 期，2010 年，頁 1-18。
 56. 林紀東，刑法上之損害賠償問題，刑事法雜誌 1 卷 4 期，1957 年 8 月，頁 1-8。
 57. 林超駿，人身自由保障新猷：釋字第 636 號解釋與檢肅流氓條例，台灣本土法學 105 期，2008 年，頁 219-237。
 58. 邱忠義，刑法（罰）易刑處分之社會勞動制度，月旦法學教室第 80 期，2009 年，頁 92-105。
 59. 邱忠義，財產來源不明罪與貪污所得擬制之評析，月旦法學 164 期，2009 年，頁 77-110。
 60. 柯耀程，刑罰具體化的形成形式與意義，月旦法學教室 43 期，1998 年，頁 92-99。
 61. 柯耀程，刑罰相關規定之修正方向－刑法修正草案提高刑度及犯修法之

- 評釋，月旦法學 92 期，2003 年，頁 65-76。
62. 柯耀程，貪污治罪條例在適用上的評估與檢討－貪污治罪條例與刑法相關規定之適用與競合，月旦法學第 94 期，2003 年，頁 46-57。
63. 柯耀程，死刑制度對被害人的迷思，刑法問題評釋，元照，2004 年，頁 315-342。
64. 柯耀程，排除責任缺陷規定明文化的衝擊，刑法總則修正重點之理論與實務（臺灣刑事法學會主編），元照，2005 年，頁 183-206。
65. 柯耀程，鳥瞰二〇〇五年刑法修正，月旦法學教室 29 期，2005 年，頁 110-105。
66. 柯耀程，沒收、追徵、追繳與抵償制度之運用與檢討，法令月刊 5 卷 6 期，2008 年，頁 4-26。
67. 柯耀程，緩起訴被起訴的效力－兼評最高法院 96 年度台非字第 232 號判決，月旦法學雜誌，2008 年，頁 276-285。
68. 柯耀程，二〇〇九年新修刑法條文評析－易刑處分導入社會勞動制度之檢視，月旦法學雜誌第 175 期，2009 年，頁 154-162。
69. 柯耀程，易科罰金的適用迷思－總評大法官釋字第 679 號、662 號、366 號、144 號解釋，軍法專刊 56 卷 6 期，2010 年，頁 54-70。
70. 柯耀程，不是不報，時候未到，月旦法學教室 106 期，2011 年，頁 26-27。
柯耀程，假釋撤銷之救濟－評大法官釋字第 681 號解釋，月旦裁判時報 7 期，2011 年，頁 91-96。
71. 柯耀程，假釋與撤銷問題的思辯－兼論釋字第 681 號解釋之迷思，軍法專刊 57 卷 2 期，2011 年，頁 51-74。
72. 柯耀程，竊盜與搶奪概念的糾結，月旦法學 190 期，2011 年，頁 232-240。
73. 柯耀程，刑罰裁量的檢視與實踐，甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集（上），承法，2012 年，頁 587-623。
74. 洪家殷，公務員對違法命令之服從及阻卻違法責任，月旦法學教室 89 期，2010 年，頁 10-11。
75. 胡適，容忍與自由，什麼是自由主義－現代中國自由主義資料選編－紀念「五四」八十週年（張忠棟、李永熾、林正弘主編），唐山，1999 年，頁 377-382。
76. 孫國祥，死刑廢除與民意關係之審視，華東政法大學學報 2009 年 2 期，2009 年，頁 94-99。
77. 徐昫，美國三振出局法－問題與聯想，刑事法雜誌 39 卷 6 期，1998 年，頁 56-82。

78. 馬克昌，寬嚴相濟刑事政策的演進，法學家 2008 年 5 期，2008 年，頁 67-70。
79. 馬躍中，從國際公約觀察我國死刑之爭議，檢察新論 8 期，2010 年，頁 194-215。
80. 馬躍中，公務員倫理與貪瀆之刑事立法，甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集（下），承法，2012 年，頁 309-338。
81. 高金桂，刑事政策上關於犯罪化與除罪化的問題，東海法學研究 10 期，1996，頁 177-204。
82. 高金桂，數罪併罰之修正與檢討，月旦 93 期，2003 年，頁 49-64。
83. 高金桂，貪污治罪條例各罪之適用與競合，月旦法學 94 期，2003 年，頁 34-45。
84. 高銘暄，關於中國刑法理論若干問題的思考，刑法論文選輯，中國法制（中國法制出版社編），2004 年，頁 84-112。
85. 張天一，對正當防衛受社會道德限制之再探討－以正當防衛阻卻違法之實質根據為中心，刑事法雜誌 45 卷 4 期，2001 年，頁 71-123。
86. 張甘妹，自由刑執行之改革趨向，刑事思潮之奔騰－韓忠謨教授紀念論文集，韓忠謨教授法學基金會，2000 年，頁 543-559。
87. 張淑中，假釋制度之運作檢討與改革方向，犯罪學 10 卷 1 期，2007 年，頁 89-114。
88. 張祥龍，中西哲學的差異與原因，對話：東西方哲學（吳敬東、劉雲卿、郭美華主編），上海三聯，2010 年，頁 55-69。
89. 張麗卿，交通刑法中之抽象危險犯，交通刑法，學林，2002 年，頁 65-112。
90. 張麗卿，刑法褫奪公權制度之存廢，台灣本土法學雜誌 46 期，2003 年，頁 116-128。
91. 張麗卿，刑事責任相關之最新立法修正評估，東海大學法學研究第 23 期，2005 年，頁 33-82。
92. 張麗卿，責任能力與精神障礙，新刑法探索，元照，2008 年，頁 3-33。
93. 張麗卿，原因自由行為，新刑法探索，元照，2008 年三版，頁 35-52。
94. 張麗卿，精神障礙或其他心智缺陷之認定，新刑法探索，元照，2008 年，頁 109-134。
95. 張麗卿，褫奪公權制度之研究，新刑法探索，元照，2008 年三版，頁 179-212。
96. 張麗卿，假釋制度之回顧與展望，新刑法探索，元照，2008 年三版，頁 225-282。

- 97.張麗卿，臺灣死刑存廢之現況與解決，警察法學 8 期，2009 年，頁 291-304。
- 98.張麗卿，臺灣貪污犯罪實況與法律適用之疑難，法學新論 28 期，2011 年，頁 1-24。
- 99.張麗卿、王紀軒、韓政道，兩岸死刑存廢之探討，全球化時代犯罪與刑罰新理念（何秉松主編），中國民主法制，2011 年，頁 764-789。
- 100.張麗卿，酒測○·九一毫克竟也無罪，月旦法學 201 期，2012 年，頁 194-207。
- 101.莫智強、潘瓊琳，刑法與建構社會主義和諧社會，法學論叢 2006 年卷，2007 年，頁 1-18。
- 102.許文彬，死刑宜慎不宜廢，全國律師 13 卷第 2 期，2009 年，頁 176-177。
- 103.許玉秀，犯罪階層理論（下），本土 3 期，1999 年，頁 52-69。
- 104.許恆達，「行為非價」與「結果非價」－論刑事不法概念的實質內涵，政大法學論叢 114 期，2010 年，頁 215-300。
- 105.許恆達，刑法法益概念的茁生與流變，月旦法學 197 期，2011 年，頁 134-151。
- 106.許福生，論兩極化刑事政策，警政學報 29 期，1996 年，頁 53-78。
- 107.許福生，從刑事政策觀點論治亂世用重典，警學叢刊 28 卷 5 期，1998 年，頁 171-200。
- 108.許福生，從刑事政策觀點論當前犯罪控制對策之研究，中央警察大學學報 33 期，1998 年，頁 299-323。
- 109.許福生，從刑事政策觀點論刑法修正之幾個爭論問題（一），法務通訊 2312 期，2006 年，版 3。
- 110.許福生，從刑事政策觀點論刑法修正之幾個爭論問題（二），法務通訊 2313 期，2006 年，版 5。
- 111.許福生，犯罪被害人保護政策之回顧與展望，月旦法學 178 期，2010 年，頁 5-22。
- 112.許福生，從刑事政策觀點論死刑之存廢，刑事法雜誌 51 卷 3 期，2007 年，頁 71-105。
- 113.許福生，制定犯罪被害人等權益保障法－有計畫推動被害人等權益保障，刑事法雜誌 52 卷 6 期，2008 年，頁 151-153。
- 114.許澤天，義務衝突之研究－利益衡量與阻卻違法；期待可能性與責任，刑事法雜誌 40 卷 3 期，1996 年，頁 55-79。
- 115.許澤天，對特別刑法敲響一記警鐘的釋字第六六九號，台灣法學 149

- 期，2010年，頁189-194。
116. 郭明政，犯罪被害人保護的發展與趨勢，刑事法雜誌 52 卷 6 期，2008 年，頁 63-85。
117. 陳子平，醫療上「充分說明與同意」之法理在刑法上的效應（上），月旦法學 178 期，2010 年，頁 227-245。
118. 陳志祥，貪污治罪條例在內容上之評估與檢討，月旦法學 94 期，2003 年，頁 16-33。
119. 陳志龍，性犯罪者排除於假釋之外？—就刑事制裁體系的基本觀念探討，月旦法學 96 期，2003 年，頁 103-109。
120. 陳宜中，社會正義 vs. 市場正義：論自由主義思想的兩種正義觀點，社會正義與全球化—福利與自由主義的反思（張志雄、古允文、陳宜中、許漢、呂建德主編），桂冠，2004 年，頁 67-102。
121. 陳國樑，阻卻違法事由之研究，刑事法雜誌 21 卷 5 期，1977 年，頁 29-39。
122. 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，法文化研究：繼受與後繼受時代的基礎法學，元照，2011 年，頁 125-163。
123. 陳雲良，法的模糊性之探悉，法學評論 111 期，2002 年，頁 19-28。
124. 陳慈幸，從日本法看犯罪被害人保護—日本犯罪被害保護重要論點歸納與觀察，月旦法學 178 期，2010 年，頁 23-34。
125. 堯新瑜，“倫理”與“道德”概念的三重比較義，倫理學研究 2006 年 4 期，2006 年，頁 21-25。
126. 彭本利，完善刑法在構建社會主義和諧社會中的保障功能，法學論叢 2006 年卷，2007 年，頁 55-63。
127. 彭美英，刑法之緊急避難與其他阻卻違法事由之關係—兼論阻卻違法事由之競合，輔仁法學 30 期，2005 年，頁 81-126。
128. 彭美英，淺論刑法緊急避難利益衡量之法理基礎，法令月刊 58 卷 9 期，2007 年，頁 18-25。
129. 曾淑瑜，又見「因人設事，因事立法」罪名（下）—評析財產來源不明罪，月旦法學 142 期，2007 年，頁 266-272。
130. 游明仁，犯罪被害人保護措施之檢討與策進，刑事法雜誌 52 卷 6 期，2008 年，頁 194-212。
131. 黃惠婷，禁止錯誤，月旦法學教室 74 期，2008 年，頁 50-63。
132. 黃舒芃，「價值」在憲法解釋中扮演的角色—從釋字第 617 號解釋談

- 起，變遷社會中的法學方法，元照，2009年，頁83-126。
133. 黃源盛，唐律刑事責任能力的歷史考察，中國傳統法制與思想，五南，1998年，頁211-241。
134. 黃源盛，唐律輕重相舉條的法理及其運用，當代基礎法學理論－林文雄教授祝壽論文集，學林，2001年，頁263-292。
135. 黃源盛，中國「罪刑法定」的歷史發展，法律繼受與近代中國法，元照，2007年，頁315-344。
136. 黃榮堅，刑法解題——關於不法意識及犯罪結構，臺大法學論叢 21卷1期，1991年，頁171-207。
137. 黃榮堅，重刑化刑事政策之商榷，台灣本土法學 45期，2003年，頁66-75。
138. 黃榮堅，確認量刑的實質課題，台灣本土法學 57期，2004年，頁1-3。
139. 黃翰義，新修正刑法易科罰金規定之檢討－兼論司法院大法官會議釋字第366號解釋之妥適性，法學叢刊 203期，2006年，頁135-162。
140. 楊秀儀，美國「告知後同意」法則之考察分析，月旦法學 121期，2005年，頁138-152。
141. 楊靜，淺談中西成人禮文化，安徽文學 2010年3期，2010年，頁279-280。
142. 鄒文海，自由的意義，什麼是自由主義－現代中國自由主義資料選編－紀念「五四」八十週年（張忠棟、李永熾、林正弘主編），唐山，1999年，頁357-365。
143. 雷敦蘇，英國大憲章今註今釋，輔仁法學 24期，2002年，頁155-194。
144. 靳宗立，刑罰加減例之性質與辨正，刑法之傳承與變革，五南，2007年，頁301-350。
145. 廖元豪，我國犯罪被害人保護法制的檢討與策進－並簡介日本「犯罪被害人等基本計畫」，刑事法雜誌 52卷6期，2008年，頁1-62。
146. 褚劍鴻，罪刑法定主義與限時法及空白刑法，刑事法學論著，三民，1991年，頁328-355。
147. 劉守芬、余諍，從一元均衡到二元均衡－罪刑均衡的系統性考察，中外法學 80期，2002年，頁148-162。
148. 劉邦繡，被告犯後態度在法院上量刑之評價－最高法院 95年度臺上字第701號、97年臺上字第6725號、98年臺上字第5827號判決探討，軍法專刊 57卷1期，2011年，頁143-158。
149. 劉幸義，人道與人類尊嚴－歐洲啟蒙時代刑法哲學之反思，刑事思潮之奔騰－韓忠謨教授紀念論文集，韓忠謨教授法學基金會，2000年，

頁 13-29。

150. 劉秉鈞，死刑與實體正義，刑事法雜誌 35 卷 1 期，1991 年，頁 40-63。
151. 劉秉鈞，論緩刑，刑法總則修正重點之理論與實務（台灣刑事法學會主編），元照，2005 年，頁 357-398。
152. 劉秉鈞，刑之酌科及加減，二〇〇五年刑法總則修正之介紹與評析（蔡碧玉、柯耀程、張麗卿、余振華、陳子平、靳宗立、蔡蕙芳、鄭善印、劉秉鈞、曾淑瑜、林東茂著），元照，2005 年，頁 341-403。
153. 劉秉鈞，論犯罪的法律效果－以保安處分之目的與刑罰之差異為中心，甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集（上），承法，2012 年，頁 625-668。
154. 劉遠，量刑原理探究，量刑規範化理論探要（劉遠、湯建國主編），中國人民公安大學，2010 年，頁 15-40。
155. 蔡碧玉，二〇〇五年刑法之修正與刑事政策，二〇〇五年刑法總則修正之介紹與評析（蔡碧玉、柯耀程、張麗卿、余振華、陳子平、靳宗立、蔡蕙芳、鄭善印、劉秉鈞、曾淑瑜、林東茂著），元照，2005 年，頁 1-52。
156. 蔡碧玉，二〇〇五年新刑法修正綜覽，刑法總則修正重點之理論與實務（台灣刑事法學會主編），元照，2005 年，頁 1-67。
157. 蔡墩銘，社會行為論概說，刑事法雜誌 9 卷 3 期，1965 年，頁 96-106。
158. 蔡墩銘，刑事責任與期待可能性，法令月刊 23 卷 9 期，1972 年，頁 267-277。
159. 蔡墩銘，人犯的監所化與再社會化之研究，臺大法學論叢 10 卷 1 期，1980 年，頁 71-110。
160. 蔡墩銘，刑法原理的犯罪觀與刑罰觀，刑事思潮之奔騰－韓忠謨教授紀念論文集，韓忠謨教授法學基金會，2000 年，頁 1-10。
161. 蔡德輝、楊士隆，治安問題與防治對策，罪與刑－林山田教授六十歲生日祝賀論文集，五南，1998 年，頁 637-689。
162. 蔡蕙芳，刑暨緩刑，二〇〇五年刑法總則修正之介紹與評析（蔡碧玉、柯耀程、張麗卿、余振華、陳子平、靳宗立、蔡蕙芳、鄭善印、劉秉鈞、曾淑瑜、林東茂著），元照，2005 年，頁 249-299。
163. 鄭善印，兩極化的刑事政策，罪與刑－林山田教授六十歲生日祝賀論文集，五南，1998 年，頁 727-762。
164. 鄭善印，貪污治罪條例在立法上之評估與檢討，月旦法學 94 期，2003 年，頁 58-68。
165. 鄭善印，寬容原則與刑法，多元價值、寬容與法律－亞圖·考夫曼教授紀念集（劉幸義主編），五南，2004 年，頁 576-592。

- 166.鄭善印，累犯暨假釋，二〇〇五年刑法總則修正之介紹與評析（蔡碧玉、柯耀程、張麗卿、余振華、陳子平、靳宗立、蔡蕙芳、鄭善印、劉秉鈞、曾淑瑜、林東茂著），元照，2005年，頁301-339。
- 167.鄭善印，大法官釋字第636號解釋與檢肅流氓條例法制評析，刑事法雜誌52卷3期，2008年，頁61-101。
- 168.鄭逸哲，關於累犯、緩刑、假釋和保安處分新刑法修法簡評，月旦法學121期，2005年，頁273-283。
- 169.鄭逸哲，法益刑法概念下的構成要件和構成要件適用，軍法專刊54卷6期，2008年，頁103-114。
- 170.鄭逸哲，常定於非常—反法治國的納粹主義刑法（上），法令月刊59卷8期，2008年，頁73-85。
- 171.鄭逸哲，常定於非常—反法治國的納粹主義刑法（下），法令月刊59卷9期，2008年，頁12-29。
- 172.盧映潔，緩刑與褫奪公權，月旦法學教室54期，2003年，頁22-23。
- 173.盧映潔，我國刑法重刑化的趨勢與死刑之廢除／寬嚴併進的刑事政策？，戰鬥的法律人—林山田教授退休祝賀論文集，元照，2004年，頁95-130。
- 174.盧映潔，自首的要件，月旦法學教室32期，2005年，頁26-27。
- 175.盧映潔，德國安全管束監禁制度之介紹—兼論我國死刑廢除替代方案之思考方向，成大法學第17期，2009年，頁127-187。
- 176.盧映潔，犯罪被害人保護法修正之評析，月旦法學178期，2010年，頁35-46。
- 177.錢永祥，自由主義為什麼關切平等—當代的一個看法，平等、正義與社會福利—殷海光基金會·自由、平等、社會正義學術研討會論文集（3）（瞿海源、顧忠華、錢永祥主編），桂冠，2002年，頁1-25。
- 178.薛志仁，沒收之定位與從屬性—最高法院相關裁判綜合評釋（上），本土法學雜誌98期，2007年，頁21-37。
- 179.薛志仁，沒收之定位與從屬性—最高法院相關裁判綜合評釋（下），本土法學雜誌99期，2007年，頁31-45。
- 180.謝煜偉，寬嚴並進刑事政策之省思，月旦法學126期，2005年，頁131-157。
- 181.謝瑞智，死刑應否廢止，刑事法雜誌51卷3期，2007年，頁143-145。
- 182.顏厥安，自由主義與憲政體制之建立，幕垂鶚翔，元照，2005年，頁231-270。

183. 蘇俊雄，中國法律文化中的責任與刑事思想，刑事思潮之奔騰－紀念論文集，韓忠謨教授法學基金會，2000年，頁31-48。
184. 蘇俊雄，假釋制度的法理問題－刑罰再社會化機能強化，法令月刊51卷1期，2000年，頁3-13。

(三) 譯本／譯文

1. Aristotle 著，吳壽彭譯，政治學 (The Politics)，商務印書館，2009年。
2. Aristotle 著，廖申白譯注，尼各馬可倫理學 (Nicomachean Ethics)，商務印書館，2009年。
3. Barry, Brian 著，孫曉春、曹海軍譯，正義諸理論 (Theories of Justice)，吉林人民，2004年。
4. Beccaria, Cesare 著，黃風譯，論犯罪與刑罰 (On Crimes and Punishments)，北京大學，2008年。
5. Beling, Ernst 著，王安異譯，構成要件理論 (Dielehre vom Tatbestand)，中國人民公安大學，2006年。
6. Bell, Daniel 著，李琨譯，宋冰校，社群主義及其批評者 (Communitarianism and Its Critics)，牛津大學 (香港)，2000年。
7. Blanchfield, Celia 著，郭建安譯，刑罰的故事 (History of punishment)，法律，2006年。
8. Bouloc, Bernard 著，羅結珍譯，法國刑事訴訟法 (Procédure Pénale)，中國政法大學，2009年。
9. Delmas-Marty, Mireille 著，盧建平譯，刑事政策的主要體系 (Les grands systèmes de politique criminelle)，法律，2000年。
10. Farrington, Karen 著，陳麗紅、李臻譯，刑罰的歷史，究竟，2005年9月。
11. Feuerbach, Paul Johann Anselm von 著，C. J. A. Mittermaier 出版，徐久生譯，德國刑法教科書 (Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts)，中國方正，2010年。
12. Freud, Sigmund 著，彭舜譯，彭運石校，巫毓荃審定，精神分析引論 (Introductory Lectures on Psycho-Analysis)，左岸，2006年。
13. Gray, John 著，傅鏗、姚欣榮譯，顧曉鳴校閱，自由主義 (Liberalism)，桂冠，1997年。

14. Gray, John 著，蔡英文譯，自由主義的兩種面貌（Two Faces of Liberalism），巨流，2002年。
15. Harris, Nathaniel 著，李廣琴譯，古希臘的歷史（History of Ancient Greece），究竟，2006年。
16. Heidegger, Martin 著，孫周興譯，走在語言的途中（Unterwegs zur Sprache），九州，2004年。
17. Kadri, Sadakat 著，楊雄譯，審判的歷史－從蘇格拉底到辛普森（The Trial: A History from Socrates to O. J. Simpson），當代中國，2009年。
18. Kant, Immanuel 著，沈叔平譯，法的形而上學原理，商務印書館，1991年。
19. Kant, Immanuel 著，牟宗三譯註，康德的道德哲學，台灣學生，2000年。
20. Kant, Immanuel 著，韋卓民譯，純粹理性批判（Kritik der reinen Vernunft），華中師範大學，2000年二版。
21. Kant, Immanuel 著，藍公武譯，純粹理性批判（Kritik der reinen Vernunft），商務印書館，2009年。
22. Kant, Immanuel 著，李秋零譯編，論俗語：這在理論上可能是正確的，但不適用於實踐，康德著作全集第8卷－1781年後的論文，中國人民大學，2010年，頁277-317。
23. Kaufmann, Arthur 著，劉幸義等合譯，法律哲學（Rechtsphilosophie），五南，2000年。
24. Kerner, Hans-Jürgen 著，許澤天、薛智仁譯，德國刑事追訴與制裁－成年刑法與少年刑法之現狀分析與改革構想（Strafverfolgung und Sanktionierung in Deutschland），元照，2008年。
25. Küper, Wilfried 著，吳俊毅譯，阻卻違法與阻卻責任區分的基本問題－緊急避難、義務衝突、依職務上命令之行為，刑事法雜誌44卷2期，2000年，頁76-119。
26. Larenz, Karl 著，陳愛娥譯，法學方法論（Methodenlehre der Rechtswissenschaft），五南，2008年。
27. Liszt, Franz von 著，Eberhard Schmidt 修訂，徐久生譯，何秉松校訂，德國刑法教科書（Lehrbuch des Deutschen Strafrechts），法律，2006年。
28. Lombroso, Cesave 著，黃風譯，犯罪人論（L'uomo Delinquente），北京大學，2011年。
29. Marijan Pavčnik 著，許美玲譯，正義的破裂－正義準則與法律

- (Brüchigkeit der Gerechtigkeit—Gerechtigkeitsmaßstäbe und Recht)，多元價值、寬容與法律—亞圖·考夫曼教授紀念集(劉幸義主編)，五南，2004年，頁283-332。
30. Mathiesen, Thomas 著，許華孚譯，受審判的監獄 (Prison on Trial)，洪葉，2005年。
31. May, Hope 著，瞿旭彤譯，蘇格拉底 (On Socrates)，中華，2003年。
32. Mill, John Stuart 著，孟凡禮譯，論自由 (On Liberty)，廣西師範大學，2011年。
33. Mitsis, Phillip 著，羅曉穎譯，快樂、幸福和慾望，菜園哲人伊壁鳩魯 (Epicurus: The Garden Philosopher) (羅曉穎、羅小鋒編)，華夏，2010年，頁1-44。
34. Plato 著，張智仁、何勤華譯，孫增霖校，法律篇 (The Law)，上海人民，2001年。
35. Plato 著，王曉朝譯，柏拉圖·國家篇 (理想國)，左岸，2007年。
36. Plato 著，牛小玲、王桂林譯，柏拉圖文集，時代文藝，2011年。
37. Plato 著，任定成主編，理想國，北京大學，2010年。
38. Popper, Karl R. 著，莊文瑞、李英名譯，開放社會及其敵人 (上)(下) (The Open Society and Its Enemies)，桂冠，1998年。
39. Posner, Richard A. 著，蘇力譯，正義／司法的經濟學 (The Economics of Justice)，元照，2002年。
40. Roxin, Claus 著，王世洲譯，德國刑法學總論 (第1卷) (Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre)，法律，2005年。
41. Russell, Bertrand 著，何兆武、李約瑟譯，西方哲學史 (A History of Western Philosophy)，商務印書館，2009年。
42. Sandel, Michael J. 著，樂為良譯，正義：一場思辨之旅 (Justice: What's the Right Thing to do?)，雅言，2011年3月。
43. Selznick, Philip 著，馬洪、李清偉譯，社群主義的說服力 (The Communitarian Persuasion)，上海世紀，2009年。
44. Stefani, Gaston 著，羅結珍譯，法國刑法總論精義 (Précis Droit Pénal Général)，中國政法大學，1998年。
45. Tarnas, Richard 著，吳象嬰、晏可佳、張廣勇譯，西方思想史 (The Passion of the Western Mind—Understanding the Ideas That Have Shaped Our World View)，上海社會科學院，2011年。

46. Thomas Hobbes 著，黎復思、黎廷弼譯，利維坦 (Leviathan)，商務印書館，1996 年。
47. Waerd, P. A. Vander t 著，羅曉穎譯，伊壁鳩魯式的正義，菜園哲人伊壁鳩魯 (Epicurus: The Garden Philosopher) (羅曉穎、羅小鋒編)，華夏，2010 年，頁
48. Watkin, Fredericks 著，李豐斌譯，西方政治傳統：近代自由主義之發展，聯經 (The Political Tradition of the West : A Study in the Development of Modern Liberalism)，1999 年
49. Williams, Bernard 著，何晝瑰譯，柏拉圖 (Plato)，麥田，2000 年
50. Winzer, Fritz 著，辛達謨譯，歐洲文化史—自古代至今日 (上) (Kulturgeschichte Europas: von der Antike bis zur Gegenwart)，國立編譯館，1995 年。
51. Xenophon 著，劉小楓編，沈默、朱雁冰、莫光華、田立年等譯，色諾芬的《會飲》，華夏，2005 年。
52. Zimring, Franklin E. 著，高維儉等譯，美國死刑悖論，上海三聯，2008 年。
53. 土屋真一著，盧秋生譯，論除罪化，刑事法雜誌 20 卷 2 期，1976 年，頁 68-77。
54. 大塚仁著，馮軍譯，刑法概論 (總論)，中國人民大學，2003 年。
55. 山中敬一著，何佳芳譯，蔡秀卿校，罪法定原則與規範之構造 (罪法定主義と規範の構造)，多元價值、寬容與法律—亞圖·考夫曼教授紀念集 (劉幸義主編)，五南，2004 年，頁 621-641。
56. 川端博著，余振華譯，甘添貴監譯，刑法總論集中講義，元照，2008 年。
57. 西田典之著，劉明祥、王昭武譯，日本刑法總論，中國人民大學，2006 年。
58. 宮澤浩一著，劉玉中譯，價值多元論、寬容、法律—一個人的回憶 (價值多元主義、寬容と法—一個人的な思い出)，多元價值、寬容與法律—亞圖·考夫曼教授紀念集 (劉幸義主編)，五南，2004 年，頁 381-403。
59. 蘆部信喜著，李鴻禧譯，憲法，元照，2011 年。
60. 김일수、서보학著，鄭軍男譯，韓國刑法總論 (새로쓴 형법총론)，武漢大學，2008 年。

(四) 研究計畫

1. 行政院國科會專題研究計畫「社會變遷與刑事訴訟制度」成果報告(NSC 94-2414-H-029-006-), 主持人:張麗卿, 2005 年至 2006 年。
2. 行政院國科會專題研究計畫「社會變遷與刑法修正」成果報告(NSC 95-2414-H-029-001-), 主持人:張麗卿, 2006 年至 2007 年。
3. 行政院國科會專題研究計畫「防制貪瀆犯罪修法動向之研究」成果報告(NSC 96-2414- H-029-002-MY2), 主持人:陳運財, 2007 年至 2010 年。
4. 法務部委託研究案「廢除死刑暨替代方案之研究」成果報告(PG9603-0122), 主持人:陳新民, 協同主持人:黃富源、吳志光, 2007 年。
5. 彰化地檢署委託研究案「電子監控法制化之研究」成果報告(MM9909-1142), 主持人:張麗卿; 協同主持人:吳俊毅、王紀軒, 2011 年。

二、西文部分

1. Amnesty International, (2011), DEATH SENTENCES AND EXECUTIONS 2010, Amnesty Org.
2. Applegate, Brandon K. / Cullen, Francis T. / Turner, Michael G. / Sundt, Jody L. (1996), Assessing Public Support for Three-Strikes-and-You're-Out Laws: Global versus Specific Attitudes, Crime & Delinquency, vol. 42: 4, pp. 517-534.
3. Ashley, Maurice (1967), THE GLORIOUS REVOLUTION OF 1688, New York: Scribner.
4. Bennett, Trevor (1994), Police Strategies and Tactics for Controlling Crime and Disorder in England and Wales, Studies on Crime and Crime Prevention Vol. 3, pp.146-167.
5. Bentham, Jeremy (1982), AN INTRODUCTION TO THE PRINCIPLES OF MORALS AND LEGISLATION, London: Methuen.

6. Binder, Guyora (2002), Punishment Theory: Moral or Political?, Buffalo Criminal Law Review, Vol. 5: 2, pp. 321-372.
7. Coyle, Andrew (2005), UNDERSTANDING PRISONS: KEY ISSUES IN POLICY AND PRACTICE, Berkshire: Open University Press.
8. Duff, Antony / Garland, David (eds.), (1994), A READER ON PUNISHMENT, Oxford: Oxford University Press.
9. Duff, R.A. / Green, Stuart (eds.) (2011), PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF CRIMINAL LAW, New York: Oxford University Press.
10. Dworkin, Ronald M. (1977), TAKING RIGHT SERIOUSLY, Mass: Harvard University Press.
11. Dworkin, Ronald M. (2000), SOVEREIGN VIRTUE: THE THEORY AND PRACTICE OF EQUALITY, Mass: Harvard University Press
12. Ehrlich, Isaac (1975), The Deterrent Effect of Capital Punishment: A Question of Life or Death, American Economic Rev. Vol. 65, pp. 397-417.
13. Flanagan, Timothy J. (1981), Dealing With Long-Term Confinement: Adaptive Strategies and Perspectives Among Long-Term Prisoners, Criminal Justice and Behavior June, vol. 8: 2, pp.201-222.
14. Fuller, Lon L. (1977), The morality of law, Yale: Yale University Press.
15. Grünhut, Max (1948), PENAL REFORM - A COMPARATIVE STUDY, Oxford: Clarendon Press.
16. Haag, Ernest van den / Conrad, John P. (1983), The Death Penalty: A Debate, New York: Plenum Press.
17. Hagan, Frank E. (2011), INTRODUCTION TO CRIMINOLOGY: THEORIES, METHODS, AND CRIMINAL BEHAVIOR, 7th. ed., CA: SAGE Inc.
18. Hans, Kelsen (1971), WHAT IS JUSTICE ? : JUSTICE, LAW, AND POLITICS IN THE MIRROR SCIENCE, Berkeley : University of California Press.
19. Hoffman, Peter B. (1997), History of The Federal Parole: Part 2(1973-1997), Federal Probation Vol. 61: 4, pp 45-97.
20. Hood, Roger (2010), Global Trends Towards Abolition of the Death Penalty, Vol. 88 Judicial Aspiration, pp. 34-47.
21. Inciardi, James A. / Horowitz, Ruth / Pottieger, Anne E. (1993), STREET

- KIDS, STREET DRUG, STREET CRIME: AN EXAMINATION OF DRUG USE AND SERIOUS DELINQUENCY IN MIAMI, CA: Wadsworth Publishing Company.
22. Johnson, Robert (2008), Life Without Parole, America's Other Death Penalty: Notes on Life Under Sentence of Death by Incarceration, *The Prison Journal*, vol. 88: 2, pp.328-346.
 23. Kolstad, Arnulf (1996), Imprisonment as Rehabilitation: Offenders' Assessment of Why It Does Not Work, *Journal of Criminal Justice*, Vol. 24: 4, pp. 323-335.
 24. Kymlicka, Will (2002), CONTEMPORARY POLITICAL PHILOSOPHY, Oxford: Oxford University Press.
 25. Lansdon, Jennifer (2010), A POLICY ANALYSIS OF CALIFORNIA'S THREE STRIKES LAW OF 1994, MA: Northeastern University.
 26. MacIntyre, Alasdair C. (1967), A SHORT HISTORY OF ETHICS, London: Routledge & Kegan Paul.
 27. MacIntyre, Alasdair C. (1984), AFTER VIRTUE: A STUDY IN MORAL THOERY, Ind: University of Notre Dame Press, 2nd. ed.
 28. MacIntyre, Alasdair C. (1988), WHOSE JUSTICE? WHICH RATIONALITY?, Ind.: University of Notre Dame Press.
 29. Mills, Charles Wright (1959), *The Sociological Imagination*, New York: Oxford University Press.
 30. Oliver, Willard M. (2001), COMMUNNITY-ORIENTED POLICING: A SYSTEMIC APPROACH TO POLICING, 2nd. Ed., NJ: Prentice Hall.
 31. Pollock, Joycelyn M. / Hogan, Nancy L. / Lambert, Eric G. / Ross, Jeffrey Ian / Sundt, Jody L. (2012), A Utopian Prison: Contradiction in Terms?, *Journal of Contemporary Criminal Justice*, vol. 28: 1, pp. 60-76.
 32. Rawls, John (1999), A THEORY OF JUSTICE, Mass: Harvard University Press.
 33. Ristroph, Alice (2011), Responsibility for the Criminal Law, PHILOSOPHICA FOUNDATIONS OF CRIMINAL LAW (R.A. Duff / Stuart Green eds.), New York: Oxford University Press, pp. 107-128.
 34. Ronald M. Dworkin, (2000), *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Mass: Harvard University Press.
 35. Rotman, Edgardo (1990), BEYOND PUNISHMENT: A NEW VIEW ON

- THE REHABILITATION OF CRIMINAL OFFENDERS, CT: Greenwood Publishing Group.
36. Sandel, Michael J. (1998), LIBERALISM AND THE LIMITS OF JUSTICE, 2nd. Ed., New York: Cambridge University Press,
37. Sandel, Michael J. (2010), JUSTICE: WHAT'S THE RIGHT THING TO DO?, New York: Penguin.
38. Schofield, Philip (2006), UTILITY AND DEMOCRACY: THE POLITICAL THOUGHT OF JEREMY BENTHAM, Oxford: Oxford University Press.
39. Smith, Paula / Schweitzer, Myrinda (2012), The Therapeutic Prison, Journal of Contemporary Criminal Justice, vol. 28:1, pp. 7-22.
40. Stolzenberg, Lisa / D'Alessio, Stewart J. (1997), "Three Strikes and You're Out": The Impact of California's New Mandatory Sentencing Law on Serious Crime Rates, Crime & Delinquency October 1997 vol. 43: 4, pp.457-469.
41. Timothy J. Flanagan (ed.), (1995), LONG-TERM IMPRISONMENT: POLICY, SCIENCE, AND CORRECTIONAL PRACTICE, CA: SAGE Publications.
42. Travis, Jeremy (2005), BUT THEY ALL COME BACK: THE FACING CHALLENGES OF PRISONER REENTRY, Washington, DC: The Urban Institute.
43. Tregilgas, Kelsie (2010). Comment, Sex Offender Treatment in the United States: The Current Climate and an Unexpected Opportunity for Change, Tulane Law Review, vol. 84, pp. 729-757.
44. Whitehead, Alfred North (1978), PROCESS & REALITY: AN ESSAY IN COSMOLOGY, ed. D. R. Griffin and D. W. Sherburne, New York: Free Press.
45. Whitfeld, Dick (2001), THE MAGIC BRACELET, Hook: Waterside Press.

三、日文部分

1. G・ステファニ、G・ルワースール、B・ブーロック著，澤登俊雄、澤登佳人、新倉修訳，フランス刑事法〔刑法総論〕，成文堂，1981年。

2. 三原憲三，死刑廃止の研究，成文堂，2010年六版。
3. 大谷實，刑事責任論の展望（刑事法研究第二卷），成文堂，1983年。
4. 大谷實，刑事政策講義，弘文堂，1996年四版。
5. 大谷實，刑法講義総論，成文堂，2007年新版二版。
6. 大谷實，刑法講義各論，成文堂，2007年二版。
7. 大塚仁，刑法概説（総論），有斐閣，1997年。
8. 大塚仁，刑法概説（各論），有斐閣，2005年三版増補版。
9. 大塚仁・平松義郎編，行刑の現代的視点，有斐閣，1981年。
10. 小木貞孝，死刑囚と無期囚の心理，金剛，1974年。
11. 小野清一郎，刑罰の本質について・その他，有斐閣，1955年。
12. 山口厚，刑法総論，有斐閣，2007年二版。
13. 山口厚，刑法各論，有斐閣，2010年。
14. 山中敬一，刑法総論，成文堂，2008年二版。
15. 山中敬一，刑法各論，成文堂，2009年二版。
16. 山中敬一，刑法における犯罪論の現代的意義，関西大学法学論集 59 卷 2 号，2009年，頁 1-30。
17. 山中敬一，医療侵襲に対する患者の同意，関西大学法学論集 61 卷 5 号，2012年，頁 1-112。
18. 山中敬一，医師の説明義務（1），関西大学法学論集 61 卷 6 号，2012年，頁 1-51。
19. 川端博，刑法総論講義，成文堂，2006年二版。
20. 川端博，刑法各論講義，成文堂，2010年二版。
21. 川崎一夫，体系的量刑論，成文堂，1991年。
22. 川崎一夫，刑法総論（犯罪論），北樹，2009年。
23. 中島広樹，現行累犯規定の成立過程，激動期の刑事法学－能勢弘之先生追悼論集（寺崎嘉博・白取祐司編），信山社，2003年，頁 369-396。
24. 日本犯罪社会学会，犯罪からの社会復帰とソーシャル・インクルージョン，現代人文社，2009年。
25. 木村裕三・平田紳，刑事政策概論，成文堂，2008年四版。
26. 吉岡一男，犯罪対応における処罰とゆるし－刑罰論についての刑事学的考察，法学論叢（京都大学）138 卷 4-6 号，1996年，177-204。
27. 団藤重光，刑法綱要総論，創文社，1980年改訂版。
28. 団藤重光，死刑廃止論，有斐閣，1997年五版。
29. 成田幸典・安田拓人編，刑法判例プラクティス I 総論，信山社，2010

- 年。
30. 西田典之，刑法各論，弘文堂，2009年五版。
 31. 西田典之，刑法総論，弘文堂，2010年二版。
 32. 西原春夫，刑法の根底にあるもの，一粒社，1979年。
 33. 住吉雅美，正義論と「他者」，激動期の刑事法学－能勢弘之先生追悼論集（寺崎嘉博・白取祐司編），信山社，2003年，頁553-577。
 34. 佐久間修，刑法総論，成文堂，2009年。
 35. 佐伯千仞，刑法に於ける期待可能性の思想，有斐閣，1985年増補版。
 36. 佐藤達夫，国家公務員制度，学陽書房，2009年。
 37. 谷口功一，サンデル現象からの〈共同体〉論・再考，法学セミナー 677号，2011年，頁2-5。
 38. 岡上雅美，いわゆる「罪刑均衡原則」について－その法哲学的根拠と近時の国際的展開を背景とする一考察，理論刑法学の探究2（川端博・浅田和茂・山口厚・井田良編集），頁1-28。
 39. 岩井茂樹，宋代以降の死刑の諸相と法文化，東アジアの死刑，京都大学学術出版会，2008年，頁49-108。
 40. 岩田太，陪審と死刑－アメリカ陪審制度の現代的役割，信山社，2009年。
 41. 斉藤誠二，刑罰の正当性の根拠をめぐって，宮澤浩一先生古稀祝賀論文集2，成文堂，2000年。
 42. 松村格，システム思考と刑事法学－21世紀刑法学の視座，八千代，2010年。
 43. 松宮孝明，今日における犯罪論と刑罰論の関係，立命館法学 2008年1号（317号），頁481-504。
 44. 板倉宏，刑法各論，勁草書房，2004年。
 45. 法制史学会編，刑罰と国家権力，創文社，1960年。
 46. 前田雅英，刑法総論講義，東京大学出版会，2006年四版。
 47. 城下裕二，少年に対する不定期刑の量刑基準について，激動期の刑事法学－能勢弘之先生追悼論集（寺崎嘉博・白取祐司編），信山社，2003年，頁531-552。
 48. 城下裕二，量刑理論の現代的課題，成文堂，2009年増補版。
 49. 重井輝忠，第五柏島丸事件，判例プラクティス刑法I 総論（成瀬幸典・安田拓人編），信山社，2010年，頁282。
 50. 重松一義，図説刑罰具の歴史：世界の刑具・拷問具・拘束具，明石，

2001年。

51. 重松一義，日本刑罰史年表，柏書房，2007年增補改訂版。
52. 原田國男，量刑判断の實際，立花書房，2008年三版。
53. 宮本弘典，国家刑罰權正統化戰略の歴史と地平，編集工房 朔，2009年。
54. 宮澤浩一，責任主義，現代刑法講座第2卷：違法と責任（中山研一・西元春夫・藤木英雄・宮澤浩一編），成文堂，1979年，頁169-196。
55. 馬場嘉郎，被害者参加制度について，法の支配156号 2010年 97-109。
56. 高山加奈子，「政治」が主導する近年の日本の刑事立法，月旦法學172期，2009年，頁121-137。
57. 高山加奈子，死刑制度をめぐる問題，法律時報1046（84卷5）号，2012年，頁36-40。
58. 冨谷至編，東アジアの死刑，京都大学学術出版会，2008年。
59. 船山泰範編著，新刑法総論，北樹，2010年改訂版。
60. 野田由美子，PFIの知識，日本経済新聞社，2003年。
61. 森下忠，犯罪者処遇論の課題，成文堂，1988年。
62. 森下忠，刑事政策の二極化，刑事政策の論点（2），成文堂，1992年。
63. 椎橋隆幸，犯罪被害者対策の現状と課題，ジュリスト1414号，2011年，頁146-151。
64. 菊田幸一，犯罪学，成文堂，2010年七版。
65. 間柴泰治，死刑をめぐる論点—死刑存置論と死刑廃止論，調査と情報第651号，2009年。
66. 齋藤純一，自由，岩波書店，2006年。
67. 瀧川幸辰，死刑，法學論叢（京都大學）20卷1號，1928年，頁279-312。
68. 瀨川晃，行刑改革の課題と課題，ジュリスト1414合併号，2011年，頁138-145。
69. 藤本哲也編，演習ノート・刑事政策，法学書院，2003年七版。
70. 藤本哲也，刑事政策概論，青林書院，2007年五版。
71. 曾根威彦，刑法総論，成文堂，2000年三版。
72. 曾根威彦，刑法の重要問題〔総論〕，成文堂，2006年二版。
73. 曾根威彦，刑法各論，弘文堂，2008年四版。
74. 曾根威彦，刑法学の基礎，成文堂，2008年。