

## 刑罰的自我目的性 ——重新證立絕對刑罰理論

周漾沂\*

### 要 目

- |                  |                  |
|------------------|------------------|
| 壹、問題提出           | (三) 受損之規範效力的回復   |
| 貳、絕對刑罰理論之證立      | 四、絕對刑罰理論下的刑罰基本原則 |
| 一、應報思想的論述基點      | (一) 罪刑相當原則       |
| 二、絕對理論下的刑法與犯罪    | (二) 刑罰平等原則       |
| (一) 以理性主體性為基礎的刑法 | (三) 國家刑罰原則       |
| (二) 犯罪作為刑法之否定    | 五、對於批評的回應        |
| 三、刑罰的意義與作用       | 參、結論與展望          |
| (一) 犯罪者的理性自我回復   |                  |
| (二) 受破壞之法權關係的回復  |                  |

DOI : 10.3966/10239820201612147005

\*

國立臺灣大學法律學院副教授；德國波昂大學法學博士。本文為科技部研究計畫NSC 102-2410-H-002-189-之相關研究成果。作者由衷感謝兩位匿名審查人細心指正。

投稿日期：一〇四年三月二十六日；接受刊登日期：一〇四年十二月十七日

責任校對：蘇淑君

## 摘 要

本文立基於德意志觀念論的理性主體性預設，重新證立絕對刑罰理論。依此理論，刑罰的意義在於針對犯罪對刑法之否定的再否定；其作用則在於使行為人所主張「否認他人權利」之錯誤行為準則的效力回轉於行為人自身，同樣地減損其個人權利，以揭露其錯誤而使錯誤可辨識，不僅行為人藉此獲得理性自我回復的前提，而得以重新正確地建構法權關係，並且也確認他人原先所持之正確行為原則的有效性，最後基此恢復實證刑法規範的效力。

**關鍵詞：**犯罪、刑罰、刑罰目的、絕對刑罰理論、應報、預防

## 壹、問題提出

Kant在他的法哲學著作「道德形上學」(Die Metaphysik der Sitten)中，提出對於目的性刑罰理論的批評，認為在預防思想之下的刑罰，沒有把人當成人來對待，而「將人貶低為物權法的規範對象」<sup>1</sup>。Hegel也在「法哲學原理」(Grundlinie der Philosophie des Rechts)中提到類似的看法，他認為用刑罰來威嚇犯罪人或者社會大眾，「就如同對一隻狗舉起手上的拐杖一樣」<sup>2</sup>。如果我們翻閱當代刑法教科書，可以發現在刑罰目的理論的介紹部分，以德意志觀念論為基礎的絕對刑罰理論通常未獲得正面看待<sup>3</sup>，而上述如此古典且經典的批判，卻彷彿早已被人遺忘。在現代刑法的思想趨勢中，取而代之的是一種似乎相當明智的目的理性(Zweckrationalität)思想，亦即刑罰和犯罪防制之間完美地呈現一種手段—目的關係。而為了使此一手段—目的關係能夠運轉，刑法規範、刑罰和潛在行為人之間，必須透過人類的心理要素產生堅強的連結。Feuerbach所發展出來的心理強制理論(psychologische Zwangstheorie)<sup>4</sup>，充分說明了這樣的觀點：刑罰產生的痛苦與顯現的痛苦形象，成為市民們犯罪決定的反對動機。在此一觀點之下，刑罰對於人的意義，就如同人們透過合理性計算而規劃世界所必須考慮的所有風險因素。而基於對刑罰和人類行為之間因果關係的認知，運用刑罰作為成就社會性的手段，似乎也是一種人類智慧

<sup>1</sup> Kant, Die Metaphysik der Sitten, Rechtslehre, 1971, A 197/B 227.

<sup>2</sup> Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1986, § 99 Zusatz.

<sup>3</sup> Roxin, Strafrecht AT I, § 3 Rn. 8; 林鈺雄，新刑法總則，頁15，2016年9月，5版。

<sup>4</sup> Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 1874, §§ 13ff.

的展現。

將刑罰理解為防止犯罪的手段，通常不會遭到太多質疑。主要原因在於，即使是Kant和Hegel也不能清楚地讓人理解，如果不是為了預防犯罪，為何刑罰對於回應犯罪來說是必要的，特別是當犯罪已經發生，事後所施加的刑罰，無論如何也不能對過去的犯罪產生現實作用<sup>5</sup>。犯罪已造成了損害，施加刑罰不但不能抹滅犯罪造成的物理性損害，反而讓世界上增加了一個物理性損害。因此，持相對刑罰理論者認為，如果要讓刑罰具有意義，就必須著眼於其未來性，亦即處罰已發生的犯罪，是用以防止之後可能發生的犯罪。因而，預防刑法為效果導向的刑法，因為刑罰的正當性是建立在其預期效果之上。而相對的，在絕對刑罰理論之中，刑罰則單純是對不可回復之犯罪事件的回應，並不期待此回應會造成什麼可預期的效果。於此，刑法理論產生了基本路線歧異。相對刑罰理論將刑法規範系統整體視為一種排除未來犯罪風險的技術手段，其理論構造及個別概念係根據預防犯罪的有效性而設定，刑罰在此理解下完全只具備工具性質；相對於此，絕對刑罰理論則主張其自身的非工具性與自我目的性。不過問題正在於，這裡所謂的「自我目的性」並不十分清楚。如果刑罰僅係用以回應已發生的犯罪，那麼這裡的「回應」到底是什麼意思？這個回應有達成任何可理解的「目的」、「功能」，或有任何「意義」嗎？僅僅宣稱一種結論式的應報（Vergeltung）概念是否已經充分？這是一個尚未被澄清的問題領域，也是本文的研究主題。

此一主題的討論絕非僅是漫步雲端而欠缺實踐意義。因為，在抽象層次存在的刑罰理念，也必然會落實在具體層次。刑法學作為一種規範科學，其任務是透過規範效力使其預設的理念現實化，以

---

<sup>5</sup> Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, S. 4.

形成與規範的規劃相對應的事實狀態。因此，我們根本無法擺脫對於刑罰理念問題的先前思考。刑罰應實現應報或者預防作用，在經過選擇之前都不是當然之理。至於將應報和預防整合使其並存的作法，在這兩種思想之哲學背景可能完全迥異的情況下，也令人質疑是否僅為一種表象的整合。唯有在前提理念問題已經清楚的時候，才能進一步將其落實在釋義學或實證法中。具體而言，比如依刑法第57條所做的刑罰裁量，是必須單純以行為人的罪責為基礎，還是可以如通說所主張的考慮與預防目的的事實，即是以刑罰理論為先決問題。除此之外，關於死刑存廢與否等重大社會議題，從應然的角度，倘若不能先行理解並選擇相關刑罰目的理論，就更無從由此導出肯否的結論。

國內學者支持絕對刑罰理論者相當少見<sup>6</sup>。學說提到應報理論的時候有認為，對於已經過去之犯罪的回應，是一種盲目的、欠缺目的性的作法，刑罰和犯罪除了存在一種形式上的連結和對應之外，並不存在任何實質的政策上意義；而且，從應報思想的現實角度來說，以刑罰所造成的痛苦作為一種惡害，加諸在犯罪人身上，所反映出的只有仇恨與報復心態，亦即刑罰是人們在由犯罪而生之

<sup>6</sup> 本文無意展開並分析各種應報理論，近期相關討論可參見王皇玉，論刑罰的目的，載：刑罰與社會規訓：台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變，頁3以下，2009年4月；張麗卿，刑罰理論與精神疾病犯罪人的處遇，國立臺灣大學法學論叢，22卷1期，頁259以下，1992年12月；柯耀程，重刑化犯罪抗治構想的隱憂與省思，載：變動中的刑法思想，頁491以下，2001年9月，2版；王效文，國際刑法之保護法益與刑罰目的，成大法學，15期，頁18以下，2008年6月；謝煜偉，重新檢視死刑的應報意義，中研院法學期刊，15期，頁154以下，2014年9月。英美學界應報理論的詳盡分析，參見許家馨，應報即復仇？——當代應報理論及其對死刑之意涵初探，中研院法學期刊，15期，頁228以下，2014年9月。

負面情緒下的自然行動反應<sup>7</sup>。本文認為，絕對刑罰理論能否從人類情緒取得理論基礎，以及基此所為針對絕對刑罰理論的批評是否有理由，都值得進一步商榷。亦有不反對絕對刑罰理論的國內學者指出，報應是一個價值中立的概念，不能和具有負面意義的「報復」等量齊觀；前者是來自於正義的理念<sup>8</sup>。而且，報應理論並非過時的觀念，該理論預設人有自由意志，並因而具有分別善惡及決定向善的能力；在此預設下，「刑罰自身即為目的，刑罰不是追求目的的手段」<sup>9</sup>。然而問題正在於，一種預設人有自由意志、因而使刑罰成為自我目的的理論，要如何成為可能？

本文的目的並非批判相對刑罰理論，毋寧在於討論絕對刑罰理論中的刑罰應該如何證立，以及如此證立之下的深層理論內涵為何。所要探索的主要問題是：既然絕對刑罰理論認為人不能被當作「客體」，所謂將人當作「主體」的刑法要如何呈現？如Kant所言，「刑罰絕不能被單純當作促進犯罪人或市民社會之福祉的工具，毋寧必須因為行為人犯了罪（weil er verbrochen hat），才可以針對行為人施加刑罰」<sup>10</sup>。既然絕對刑罰理論主張刑罰是對已發生之犯罪的回應，那麼犯罪的意義、刑罰的意義，以及兩者之間的連結要如何建構？

---

<sup>7</sup> 黃榮堅，基礎刑法學（上），頁14-15，2012年3月，4版。援引實證研究以支持社會心理層次上應報需求者，參見Walter, Vergeltung als Strafzweck. Prävention und Resozialisierung als Pflichten der Kriminalpolitik, ZIS 7/2011, S. 638ff.

<sup>8</sup> 林山田，刑法通論（下冊），頁414-415，2008年1月，10版。

<sup>9</sup> 林東茂，刑事政策與自由主義，載：一個知識論上的刑法學思考，頁378，2007年10月，3版。

<sup>10</sup> Kant, aaO. (Fn. 1), A 197/B 227.

## 貳、絕對刑罰理論之證立

### 一、應報思想的論述基點

如眾所周知，近代應報理論是源於德意志觀念論者Kant，並為Hegel所承繼<sup>11</sup>。觀察Kant對於刑罰意義的經典說法，「他對於他人所做的，會按照正義的規則施加在他自己身上」（was er gegen einen andern thut, das füge er nach der Regel der Gerechtigkeit sich selbst zu）<sup>12</sup>，就可以初步理解應報理論的邏輯，這也就是為人熟知的「以牙還牙，以眼還眼」。一般對於應報理論的理解，多停留在這個結論式的簡單說法之上。本文的主要目的，即在於建構此一說法的論證過程。必須釐清的重點是，所謂「他對於他人所做的」（犯罪）和「按照正義的規則施加在他自己身上」（刑罰），兩者之間要如何建立關聯。可惜的是，一般刑法學文獻討論Kant與Hegel的應報理論，多只追溯到上開形式說法為止，且常在未充分理解下逕行表達否定態度。其原因一方面或許在於，應報理論源自於德意志觀念論的形上學，以致於相關論述晦澀難懂，形成了理解和接受的高度障礙，尤其作為德意志觀念論基礎預設的人類形象，植基於經驗上無可證明的「理性事實」（Faktum der Vernunft），已超出了人類通常透過感官對於自身所能理解的範圍；另一方面，除了實現刑罰正義的抽象宣稱之外，Kant與Hegel也未曾系統性地加以闡明，要如何透過其法哲學的基本預設一貫地推導出犯罪與刑罰概念，因而留下無可迴避的詮釋困難。

<sup>11</sup> Rengier, Strafrecht AT, § 3 Rn. 10.

<sup>12</sup> Kant, Reflexionen zur Moralphilosophie. Handschriftlicher Nachlaß, 1934, AA XIX, 7289.

本文所採取的研究方法，並非將相關文本置於與作者相對立的位置，而從事一種基於外部視角的觀察與詮釋；相反的，作者將會直接進入主要是Kant的整體實踐哲學脈絡中，採取內部視角，把握其賴以建立理論系統的基本預設，試圖探索原可從該預設開展而出的演繹路徑。當然這樣的方法，是立基於一種基礎主義（Fundamentalismus）的知識理念。基礎主義意指哲學方法即在確定一個毫無先前預設的基點，再據此按照嚴格的思想方法建立系統整體<sup>13</sup>。此一基點之所以稱為毫無先前預設，是因為該基點的存在是不可質疑的、無須透過其他前提來證立的，它只能透過自己證立自己，從而成為其他觀點的前提。因此，內含於某一系統內的任一概念，都可以無矛盾及無斷裂地從其基點獲得說明，而從該基點也可以無矛盾及無斷裂地推演至系統中的任一概念。基於此，在談論Kant式應報理論下犯罪與刑罰的意義時，必然無法脫離其整個實踐哲學系統背景。本文採取的方法，創造了作者自由詮釋文本與開展個人論述的空間，同時可以擺脫思想經典之權威性的牽制，保留了反向地檢視Kant相關說法的可能性。這表示作者並不會將其個別說法視為無可撼動，並想方設法地為其辯護，好像非得如此才是一個Kant的正統承繼者（Kantianer）。也因此，本文得以暫時擱置Kant與Hegel的哲學立場的根本差異，在不妨礙論理一貫性的前提下，參酌Hegel的相關說法，以之作為詮釋與論述的依據與對照。以下即從Kant實踐哲學系統中的基點，也就是「理性主體性」（vernünftige Subjektivität），進一步演繹出犯罪與刑罰的關聯，並說明為什麼犯罪是刑罰的充要條件，使得刑罰單純是對於犯罪的回應。

---

<sup>13</sup> 關於基礎主義以及與其相對之融貫主義（Kohärentismus）的哲學方法，參見劉創馥，全無預設的哲學？——論胡賽爾與黑格爾，東吳哲學學報，18期，頁59以下，2008年8月。

## 二、絕對理論下的刑法與犯罪

### (一)以理性主體性為基礎的刑法

由於法領域和道德領域都屬於人類的實踐領域，因此我們只要瞭解道德規範的來源、正當內容以及效力，那麼也可同樣獲致（刑）法規範的來源、正當內容與效力，因為兩者的構造具有類比關係，唯一不同的則是它們分別所要處理的事項。如果Kant意義下的道德，是以理性主體性為其最後證立（*Letztbegründung*）觀點，那麼類比於此，Kant意義下的（刑）法，也同樣是以理性主體性為其最後證立觀點。由此可知，不管是犯罪還是刑罰概念，都必須透過理性主體性的自我證立，才能獲得正當性基礎。基於自律（*Autonomie*）所得出的犯罪與刑罰概念，才能符合刑罰正義原則。因而，此處必須處理的問題是：理性主體如何自我立法、犯罪的定義如何從自我立法導出，以及由此導出用以回應犯罪之刑罰的意義為何<sup>14</sup>。本文接下來即循這三個問題層次逐一論述。

#### 1. 刑法規範性來源：理性主體性

認為指導人類實踐行動的規範來自於人類自身，即表示人類始終是有自律能力的。而人類的自律能力，並不能從外在的經驗性事實關係中獲致，僅能從人類的自我反思（*Reflexion*）過程得到。這種自我反思，是人類身為實踐理性主體所擁有的天賦。而關於人的實踐理性設想，所涉及的是對於人類形象的基本理解：人的存有並不只有生物性的層面，還包括超脫生物性的理性層面。儘管人作為

---

<sup>14</sup> 針對前兩個問題，相關基礎論述已可見周漾沂，從實質法概念重新定義法益：以法主體性論述為基礎，國立臺灣大學法學論叢，41卷3期，頁981-1053，2012年9月。必須特別強調，由於本文主題是刑罰的意義與作用，因此就刑法與犯罪的概念僅能配合主題直接進行核心論述，無法處理論證細節，但這不代表理論基礎有所欠缺。

自然存有者（*Naturwesen*）有物質性的面向，其思想和舉措會受到經驗性條件影響，並且依賴自然世界而得以生存，但不可否認的是，人同時也是理性存有者（*Vernunftwesen*）。理性存有者最大的特徵，就是可以在他的自由之下自我決定地思考與行動。

既然人類藉由免於外在影響的自由而導引自己的思考與行動，那麼人類行動的正確性標準，也必然要在這種自由中找尋。理性存有者的自由有兩個面向的意義，消極意義是得以超脫生物性之感官慾望的獨立性，積極意義則是對於行為正確與否的自我決定能力<sup>15</sup>。這種自由，只能透過人類自己的思考和行動程序而顯現，它是Kant所稱「定言令式」（*kategorischer Imperativ*）的基礎；而相對的，自由也只能透過定言令式的現實化而被證明<sup>16</sup>。所謂定言令式，是一種根植於人類實踐理性之中的絕對行為原則<sup>17</sup>。稱之為絕對，是由於這種行為原則所提供的正確性標準，並不附帶任何先決條件。在觀念上，絕對行為原則之所以不可能附帶任何先決條件，是因為其所位處的（實踐）理性已是人類的最高能力，所有的經驗性（*empirisch; a posteriori*）條件都處於理性之下的智性（*Verstand*）與感性（*Sinnlichkeit*）之中，屬於受理性所規整者，不能反過來規整理性。因此，（實踐）理性、自由、自律是同一個概念的不同稱謂。

詳細地說，感性是一種人類藉由感官接受刺激的感受能力，而得以進入感官之對象（*Gegenstand*）的作用則稱為感受（*Empfindung*），是感性的內容<sup>18</sup>。所謂經驗性，意指透過感受而

---

<sup>15</sup> Kant, *Kritik der praktischen Vernunft*, 1968, A 59.

<sup>16</sup> AaO., A 5.

<sup>17</sup> Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1968, BA 40.

<sup>18</sup> Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, 1968, B 74/A 50.

產生的與對象的關聯性<sup>19</sup>。在感性藉由對象的作用得到感受之時，人類還不能得到認識（*Erkenntnis*），因為人類的認識並非感受的直接投射，感受只構成了需透過智性進一步處理者，在尚未經過智性的處理之前，感性的對象是無特定性的，它並非認識本身，僅僅是認識的素材。只有透過智性藉由其理解活動，使得感性的對象特定化，而從智性自身呈現出表象（*Vorstellung*）的時候，人類才能獲得認識<sup>20</sup>。處理感性所提供的認識素材的，是內建於智性中的範疇（*Kategorien*），其屬於純粹的智性概念<sup>21</sup>。而一般之所以被稱作純粹的（*rein*）或是先驗的（*a priori*），是因為其所指涉的是透過智性範疇而產生的與對象的關聯<sup>22</sup>，此與感受無關。透過智性各個範疇的運作，感性所接收的材料被規整為認識，其中因果關係的概念，也屬於純粹智性概念之一<sup>23</sup>，因此透過智性，不但可以獲致當下所認識者，也可以認識到是什麼先前所認識者導致當下所認識者，以及當下所認識者將會導致什麼未來所認識者。在智性的層次，一切的現象都被智性概念提供的因果法則所規整化，因此智性所認識者，在因果法則下都是附條件的。基於此，如果某一行為準則是附條件的，這個行為準則就是透過智性在實踐方面的運用所設立，因為智性不外乎是一種認識對象以及評估輸入何種認識對象會輸出何種認識對象的計算能力。至於理性，則是智性之上的能力，作為智性中一切附條件者之後的那個無條件者，關係到將智性所獲得之一切認識帶入最高的統一（*höchste Einheit*）的能力<sup>24</sup>。觀念

<sup>19</sup> Höffe, Immanuel Kant, 6. Aufl., 2004, S. 74.

<sup>20</sup> Kant, aaO. (Fn. 18), B 75, 76/A 51, 52.

<sup>21</sup> Kant, aaO. (Fn. 18), B 102/A 77.

<sup>22</sup> Höffe, aaO. (Fn. 19), S. 74.

<sup>23</sup> Kant, aaO. (Fn. 18), B 106/A 80.

<sup>24</sup> Kant, aaO. (Fn. 18), B 436, 437/A 410.

上，只有不附條件的無條件者，才能獲致最高的統一。因此，絕對行為原則由於其無條件的特徵，並非智性在實踐方面之運用的產物，而是理性在實踐方面之運用的產物。

依據上述，即可得出定言令式的自我目的性：人類之所以要遵守定言令式，是因為遵守定言令式本身就是目的，不是為了要達成其他的目的；只有按照這種無條件的行為原則所為者才是正確的。因此，定言令式呈現出來的是一種不包括任何實質內容的形式性準則：「按照一個你願意他人也依此行動的準則而行動」<sup>25</sup>。換句話說，當一個行為所依照的準則是可以普遍化的（*verallgemeinerbar*），這個行為就是正確的行為。一旦涉及實質內容，就又落入了智性層次，以智性所認識者為準則，這就不是無條件的定言令式。只有一方面源自於作為無條件者之理性主體的、另一方面又將所有作為無條件者之理性主體考慮在內的形式準則，才是一個理性法則。相對的，一個以滿足人類的主觀需求為目的的、會依賴於具體情境或內在感覺產生變動的行動準則，僅是附條件的行為準則，Kant稱之為「假言令式」（*hypothetischer Imperativ*）<sup>26</sup>。假言令式無疑是源自於智性，僅為智性法則。

基於上述可以得知，定言令式性質上是一種程序，而且是內建於主體的理性推論程序。人類只有在這個判斷行為可否普遍化的理性推論程序之中，才能獲致一個至少在道德上正確的行為。在這個程序之中主體始終保持自由，其理性推論活動完全不受外界經驗性條件以及己身主觀慾望所影響。所以，一個具有客觀普遍性效力的正當規範，是透過理性主體的自主反思活動所證立。假言令式固然也是一種內建於主體的推論程序，然而卻是智性推論程序，這個程

---

<sup>25</sup> Kant, aaO. (Fn. 17), BA 52.

<sup>26</sup> Kant, aaO. (Fn. 17), BA 40.

序並非以判斷具體行為準則可否普遍化為其任務，而僅在於評價人類行為作為工具的適格性，亦即判斷為了達成預期結果，必須實現甚麼條件，倘若預期結果變動，應實現條件也會隨之變動。

論述至此，就可以知道在絕對／相對理論中，所謂絕對／相對之概念範疇分野的根源所在。「絕對」的邏輯，在Kant的觀念論之下，是由於它是源自無任何條件的、作為觀念上最後支撐的理性運用。至於「相對」的邏輯，則是源自於有條件性的智性運用。簡言之，絕對／相對，對應於無條件者／有條件者，亦對應於自我目的性／工具性，最終對應於理性／智性。這對於理解德意志觀念論下絕對理論的建構邏輯，以及其與相對理論的區別，是一個決定性的觀點。倘若沒有把握這個觀點，思想上就僅能停留在智性層次，始終固著於相對性、附條件性的邏輯，進而遭遇對「絕對性」概念的理解障礙。這種理解障礙會反映在「絕對理論是用來實現什麼目的？」的提問，或者「絕對理論由於其無目的性而欠缺正當性」的主張。其道理在於，在詢問絕對理論有什麼目的時，提問者已經預設了，其所要確定的目的是外部目的，也就是目的—手段關係理解下的目的，而如此的目的顯然位於智性層次；至於後者的主張，也已經預設了，必須要找到一個位於智性層次的目的，方能說明手段的有用性，並同時支撐手段的正當性。這樣的提問和主張勢必會徒勞無功，因為絕對理論的絕對性並非來自於智性運作，而是使智性運作成為可能的理性運作。這表示，提問和主張者並未透過反思，讓自己進入使得相對性思考成為可能的那個絕對性層次來為絕對理論奠基。當然，這種一般的思維模式也是可以理解的，它的特點即在於沒有意識到自己受到思維形式的限制，以致無法藉由理性反思突破且超越智性中相當固執的範疇。

## 2. 刑法規範內容：法權關係

定言令式不僅可應用在道德領域，同時亦可應用在法領域，而

此反映出實踐理性在法領域中的運用。相對應於實踐理性在法領域中的應用稱為法實踐理性（*rechtlich-praktische Vernunft*）<sup>27</sup>，定言令式在法領域中的應用則稱為法定言令式（*kategorischer Rechtsimperativ*）<sup>28</sup>。實踐理性在法領域中，所要面對的是多數具有絕對性的理性主體在現實上和平共存的問題。為此，定言令式必須考量到人類的現實存有，從而調整其內容，設定一個在共存事項上可以普遍化的行為原則。這個行為原則，最後只能是「承認他人享有你願意他人也同樣承認你享有的權利」。Kant並沒有作出如同本文的敘述，但他使用的概念是自由，法定言令式即是「按照一個可以使你的自由和他人的自由取得合致的準則而行動」<sup>29</sup>。這裡所謂的自由，當然不是指上述可以和實踐理性劃上等號的內在自由，而是關係到人的現實性的外在自由，概念上其實等同於權利。

外在自由等同於權利，是很容易理解的，因為所謂權利，即意指得以在不受他人干預的情況下決定自我狀態，而不受他人干預當然也屬於自由的原始意涵。因此很清楚的是，法的內容，即為人的法實踐理性應用法定言令式程序所得出者，具體而言為賦予每個人應受到他人尊重的抽象權利。當然此一抽象權利，還可依照人類存有的事項形態進一步具體化成生命、身體、行動自由、隱私、名譽、財產等個別權利<sup>30</sup>。在這些事項上享有權利，就表示一個人享有外在自由，得任意支配、處置這些構成己身現實存有基礎的事項，以形成一個具體的、獨特的自我。個人權利既然是權利，表示其投射出他人的義務，每個人除了得主張他人負有不干涉自己的義

---

<sup>27</sup> 用語參見Kant, aaO. (Fn. 1), AB 71.

<sup>28</sup> 概念參見Höffe, *Kategorische Rechtsprinzipien*, 1994, S. 126.

<sup>29</sup> Kant, aaO. (Fn. 1), A 34/B 35.

<sup>30</sup> 抽象權利具體化的過程，參見周濂沂，同註14，頁1018-1019。

務外，同時自己也負有不干涉他人的義務。如此，則從法的角度，每個人與每個人之間都存在相互性的權利義務關係，此即為法權關係（*Rechtsverhältnis*）。相較於個人權利是從主體角度而言，法權關係的概念是從主體際（*intersubjektiv*）的角度切入。因此可以說，刑法規範的實質內容即為法權關係。然而，刑法規範實質內容為法權關係，也僅是從靜態觀點的闡述；刑法的實踐卻是動態的，實際上是一個理性主體不斷驅動自己行動，遵守法定言令式所生的承認他人權利誠命、正確地建構與他人之法權關係的過程。從此一角度而言，刑法並非與受規範者解離、處於受規範者的外部來強制下達一個受規範者自己不願接受的命令，反而符合刑法的生活實踐，即為理性主體自身所欲者。

從Kant的理性主體性預設作出推論，刑法規範仍然是一種構造上符合法定言令式的形式準則，一方面透過作為無條件者之理性主體性獲得證立；另一方面又以所有作為無條件者之理性主體為其內容，因此刑法規範當然也具有可普遍化的特徵。不同於一般道德原則的地方則在於，刑法規範的形式準則以理性主體的現實存有為其內容。如果理性主體性始終具有絕對性，那麼即可以導出，理性主體的現實存有也具有絕對性，這同時表示支撐其現實存有的個人權利也具有絕對性。而既然個人權利是刑法規範的內容，則刑法規範的內容就具有絕對性。簡言之，理性主體性—法定言令式—主體現實存有—法權關係—刑法規範，這一連串的演繹過程，都受絕對性邏輯支配。

相對的，如果是從智性層次出發，那麼刑法規範即成為一種假言令式，其存在只是要實現某一智性認識的對象，亦即有所謂「目的」。這種對象，不管在用語上是稱之為「對象」、「事態」、「需求」，還是「利益」，都不外乎是外在對象透過感性形成感受、再經由智性處理後所認識者。由於這種對象並不直接指涉理性

主體性自身，而只是認知者所恣意設定的，因此當然無法普遍化。從而刑法規範以某一對象為其內容，也不是當然之理，因為這種對象由於其不可普遍化的特質而非恆定的，毋寧是主觀的、相對的，且附先決條件的，性質上後於個人權利而屬於個人的具體選擇。如此則刑法規範與其「目的」之間，自然也是一種在智性層次上的連結。刑法規範被理解為一種工具性框架，和被當作其目的的規範內容在概念上相互解離，藉由其框架效力以實現其目的。關於此，可以在刑法學上有關行為規範（*Verhaltensnorm*）的論述中看得最為清楚：行為規範的「目的」在於保護法益；所謂法益，則是指人類的生活利益或具有價值的事態<sup>31</sup>。由於所謂利益和價值具有其主觀性及附條件性，勢必無法在不同個人間取得合致，因此刑法規範的作用，最終在強迫持相異利益或價值立場之人接受同一立場。以上論述可清楚表明，智性—假言令式—個人具體選擇—目的手段關係—刑法規範，是一個在相對性邏輯下的演繹過程。

### 3. 刑法規範效力：法和平狀態

藉由上述可知，在絕對理論的邏輯下，即使欠缺實證刑法規範，不但不能因此否定個人恪守刑法的意願，也不能否定個人享有應受刑法保護的權利。簡言之，遵法動機和個人權利，都不是實證刑法規範從無到有地創設出來的，因為絕對理論中的實證刑法規範並不帶有工具性格。因此，即使在欠缺實證刑法的自然狀態（*Naturzustand*），由於無法否認的人類理性特質，每個個人必然已是享有權利的法主體，並因此和他人處於一種以權利—義務為特徵的相互關係之中。不過即使如此，這種無實證法的狀態，仍然是Kant所稱的私人法權（*das Privatrecht*）狀態，仍然有進一步過渡到

<sup>31</sup> 蔚為流行的行為規範理論與視法益為「利益」的觀點，可參見Freund, *Strafrecht AT*, 2/10ff., 1/17ff.

公共法權（*das öffentliche Recht*）狀態的必要<sup>32</sup>。所謂公共法權狀態，即為法以眾所周知的方式公告於人們的狀態，也就是有實證法的國家狀態。從自然狀態進入國家狀態，仍然是法實踐理性所下達的無條件誡命，其意義在於讓在自然狀態中既存的個人權利與法權關係，從一種不穩定的狀態，變成一種終局的穩定狀態。因為，在自然狀態中所能肯定的只是個人擁有權利，而且多數人彼此負有承認彼此權利的義務，然而，一方面關聯到具體事實關係的權利內容與界限尚不明確；另一方面個人也因其有限性，而難以估算及控管可能侵害權利之行為的效應，因此必須進入國家狀態以建構實證法，始能解決上開問題而終極地實現個人自由。此按照Kant的敘述，在自然狀態中暫時性（*provisorisch*）的個人權利領域，將會在法律狀態中獲得最終的（*peremptorisch*）確保<sup>33</sup>。

儘管實證法的建構基礎仍然是法主體的法實踐理性，但是實證法的基礎並不完全侷限於個別法主體之中的主觀法理性（*subjektive Rechtsvernunft*）。因為，實證法是在現實世界中（而非理念世界中）的法，從而在觀念上，實證法之建構也必然會涉及一個在現實世界中存在的理性形成程序。鑑於個別法主體之主觀理性運用的侷限性，以及因此產生的缺陷及錯誤的可能，法主體藉由其理性推論程序，得出了和其他法主體建立關聯性與共同性的必要，並因此構築一個主體際、現實性意義下的中介程序。這個中介程序將所有理性主體包含於其中，從而可以處理並解消多數理性主體之間的對立可能性。藉此，主觀法理性之間相互建立關聯而擴張為客觀化的主觀法理性，或可直接稱為客觀法理性（*objektive Rechtsvernunft*）。此一中介程序，最抽象而言，即為國家及其實

---

<sup>32</sup> Kant, aaO. (Fn. 1), AB 157.

<sup>33</sup> Kant, aaO. (Fn. 1), AB 74.

證法律形成機制。就如同Kant提及的，「關聯到外在的、偶然的持有（Besitz）的片面意志（der einseitige Wille），並不能用來當作對所有人有效的強制性法律，因為這會有損普遍性法則下的自由；只有一個對所有人具有拘束性的、並因此是集體—普遍的共同意志（der kollektiv-allgemeine Wille），才能確保所有人的持有。」<sup>34</sup>透過主觀法理性演繹出客觀法理性，法主體的內在法理念現實化為實證法。實證法規範效力（Normgeltung）呈現了個人自由完全實現的最終法和平狀態。

不過，單就「實證法規範效力」這個環節來看，其意義卻是相當侷限的，僅僅在於使附著於理性主體性而先在的遵法意願和個人權利，透過一種讓多數主體得以產生認知的方式現實化、外部化，進而在某程度上發揮社會生活的導引力<sup>35</sup>。但這種導引力的作用，並非從無到有地創設市民自由。申言之，我們不能認為，市民是完全藉由刑法規範的存在，建立關於「是否」及「如何」形成刑法規範所設定狀態的認知，並依此認知決定自己的下一步舉措<sup>36</sup>，好像只要有刑法規範預先知會在社會交往中將遭遇何種情境，市民就可以隨之預先調整，讓自己能從一個生活場景連接到下一個生活場景。假如這樣認為，那麼就等於完全架空刑法規範內容的問題，而認為刑法規範的核心只在其效力。在本文的理解下，規範效力的環節固然有其必要，但也無須過度膨脹其重要性。

必須特別注意的是，建立國家進入法律狀態，在絕對性與相對性邏輯下，顯然有不同的意義。相對性邏輯下的論述，會特別凸顯實證法的工具性意義，主張只有透過實證法才能從無到有地「創

---

<sup>34</sup> Kant, aaO. (Fn. 1), AB 73.

<sup>35</sup> 參見周濛沂，同註14，頁1013-1014。

<sup>36</sup> 極為強調規範導引力觀點者，參見Jakobs, Strafrecht AT, 1/4.

造」安全。也就是說，安全是實證法的「目的」，以建立實證法的方式創造安全，屬於智性的工具性運用。如此的實證法理解是十分流行的，尤其常見於當代功能性刑法學說之中：刑法規範的功能在於限縮個人自由來維護滿足安全需求的特定條件<sup>37</sup>；或者在於藉由其效力提供個人認知上的穩定期待，藉此簡化選擇可能性以實現個人自由<sup>38</sup>。至於本文以上所論述者，無疑始終保持在Kant式的絕對理論之下，所以特別強調，進入法律狀態建立實證法，是實現個人權利在思想上必要的環節，此環節是來自於法實踐理性的誠命，也就是從法定言令式所得出。

## (二) 犯罪作為刑法之否定

從以上關於理性主體自我立法的論述，可以毫無困難地連接到本文主題下的關鍵問題：犯罪是什麼？倘若我們已理解透過理性主體性證立之刑法的各個面向，那麼也可以知道，實質的犯罪意義也一樣是多面向的：首先是法實踐理性主體的自我矛盾（Selbstwiderspruch），其次是法權關係的破壞（Rechtsverhältnisverletzung），最後是實證刑法規範效力的減損（Normgeltungsschäden）。

### 1. 理性主體的自我矛盾

法律實踐，是主體運用法實踐理性的產物。所謂法實踐理性的運用，不外是運用內建於主體的理性推論程序，亦即定言令式程序，得出在人際現實領域應遵守的具體行為原則。之所以稱之為推論程序，是因為這個程序是透過三段論而運作<sup>39</sup>。其大前提是一個一般性原則：「在人際現實事項上可以普遍適用於所有人的行為原

<sup>37</sup> Freund, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, 2. Aufl., 2011, Rn. 155 vor §§ 13ff.

<sup>38</sup> Jakobs, aaO. (Fn. 36), 1/6.

<sup>39</sup> Kant認為三段論的推論能力是理性能力，參見Kant, aaO. (Fn. 18), B 379/A 322.

則始為正確」，這個原則可進一步具體化為：「正確行為原則的內容是承認他人權利」。小前提則是具有事實性關聯的特殊陳述，例如「不得開槍殺人（的行為準則）」或「可以開槍殺人（的行為準則）」等。至於結論，則是將小前提涵攝於大前提所得出者，例如「不得開槍殺人」的行為準則，經過涵攝，顯然是一個因承認他人權利而可普遍化的行為原則；相反的，「可以開槍殺人」的行為準則，涵攝的結果則是因否定他人權利而不可普遍化的行為準則。用更簡化的方式呈現上開理性推論程序：大前提為「正確行為原則為可普遍化的行為準則」；小前提為「可以開槍殺人並非可普遍化的行為準則」；結論是「可以開槍殺人並非正確行為原則」。

就此一理性推論程序的性質而言，儘管其來源及形式是先驗性的，是從所有感性經驗條件中抽象出來的，但其應用方面則是經驗性的。儘管「可普遍化」的判斷程序是純粹邏輯，抽離了任何事實關係，但可普遍化判斷程序畢竟是在判斷，在具體事實情境下，一個作為具體事實的行為可否普遍化，因此必須要透過感官經驗擷取具體事實情境，再以之作為材料輸入判斷程序中，始能推論出作為具體事實之行為的正確性。用以上事例來說明：必須要輸入比如「人」、「槍」、「朝人開槍」等事實到可普遍化的判斷程序中，才知道「開槍」這個行為是否正確。

由以上可知，在最抽象的層次，所謂犯罪，是理性主體在踐行理性推論程序的時候，否定了得以具有普遍性效力的理性推論，而作出了錯誤的推論，設定一個不可普遍化的行為準則。亦即，犯罪是理性主體在理性推論程序中關於可普遍化判斷的錯誤運作，這無疑是對於自己身為理性推論者的否定。由於理性主體的超驗理性能力無可質疑，所以在在大前提層次，亦即「正確行為原則為可普遍化的行為準則」部分，並無犯錯餘地。會產生錯誤的是小前提層次，理性主體於此誤認一個不可普遍化的行為準則是一個可普遍化的行

為原則，並因此導出錯誤結論。從理性主體的內在觀點而言，這種錯誤也可以說是一種自我矛盾<sup>40</sup>，因為行為人身為理性主體，原本有能力也應該要設定一個可普遍化的正確行為原則，然而卻反其道而行，建立錯誤行為準則，然後以行為將錯誤行為準則顯現於現實世界，試圖主張該錯誤行為準則的普遍性效力。例如某甲基於殺害某乙的意思，朝某乙開了一槍，如此某甲即是在主張「人可以殺人」這個錯誤行為準則的普遍性效力。當然實際上這個準則是不具有普遍性效力的，因為它顯然不符合某甲身為理性主體的自我立法。主張這個準則之效力的結果，是連「人」這個普遍性效力的對象與前提都除去了。

儘管人類是理性存有者，但卻是有限的（*endlich*）的理性存有者，因此人類在理性推論程序中難免會犯下錯誤而形成自我矛盾。人類的理性並非如上帝般是無限理性，人類的意志也不是如上帝般是神聖意志，儘管人有設定正確性標準的超驗理性能力，但卻必須總是在經驗性條件侷限下實際從事設定，所以不免會犯下錯誤。這牽涉到對於理性推論程序性質的理解。針對理性推論程序，有兩個相異理解角度，一個是純粹概念上關聯；另一個是內在心理歷程<sup>41</sup>。就純粹概念上關聯而言，沒有所謂犯錯與否的問題，因為此一關聯是純粹邏輯關聯，大前提、小前提與結論之間的關係單純只是邏輯上的，其獨立於感性的運用，性質上屬於先驗的、必然的。然而，人類在「實際運作」理性推論程序的時候，卻是以感性的運用為中介，必須透過感性才能從事推論活動，同時也才知道自己正

<sup>40</sup> Köhler, *Strafrecht AT*, S. 48; Zaczyk, in: Landwehr (Hrsg.), *Freiheit, Gleichheit, Selbständigkeit – Zur Aktualität der Rechtsphilosophie Kants für die Gerechtigkeit in der modernen Gesellschaft*, 1999, S. 82.

<sup>41</sup> 觀念參見劉創馥，*康德超驗哲學的自我認知問題*，*臺大哲學論評*，35期，頁63-67，2008年3月。

在從事推論活動。這無疑是一個內在心理歷程，以時間概念為前提，且受到時間概念的拘束，推論程序被展開為時序上的步驟，推論者在「這一刻」想到大前提，「下一刻」確定小前提，「再下一刻」推導出結論。既然理性推論程序的實際運作是以感性運用為前提，那麼這個實際運作就是後於經驗、受到經驗性條件限制的。這表示，程序的運作會受到感官、慾望、偏好、習慣、記憶、態度等主體條件影響，而出現偏離於純粹概念邏輯上必然正確之結果的可能。用一個例子來類比就可以瞭解以上道理：數學上的關聯必然是純粹邏輯上的關聯，同時也是先驗的關聯，例如 $2+3=5$ ，是一個恆定的、必然的結果，但人類卻是在感性活動下從事數學運算，受到各種經驗性條件限制，因此也不能排除實際上會有人得出 $2+3=4$ 或者 $2+3=6$ 的錯誤結果，此一錯誤結果可能源自於感官沒有正確接收數字、注意力不集中，或先前運算的印象等等。

## 2. 法權關係的破壞

至於法，則關聯到人類存有現實性，因此在法的事項上，不可普遍化的準則是以破壞法權關係為其內容。所以在這個較為具體的層次，犯罪即為法權關係的否定。前已提及，法實踐理性的運用，使所有人就已身現實存有擁有抽象權利，此一抽象權利依事項型態落實為生命、身體、行動自由、隱私、名譽、財產等權利。而權利的概念自然是一種形式框架，享有權利即意味著個人可自由支配、處置於框架內的具體事項。因此，破壞法權關係的說法仍屬抽象，較為具體的說法是侵害他人權利，意指進入歸屬於他人的形式框架之中，恣意變更他人的具體事務狀態。而最為具體的則為事實面向的敘述，例如殺人、傷害、妨害自由、竊錄、誹謗、竊盜等。

在絕對理論之下，諸如一般用以表述犯罪的「法益」、「法益侵害」等刑法學中慣用概念，也將會獲得不同於以往的理解。法益概念通常被用以標示犯罪所侵害的對象。在相對理論下，通常會將

法益理解為「利益」已如前述，同時法益侵害也會被理解為「利益侵害」。但如果我們不受到法益概念的慣常意涵、甚至歷史意涵的拘束，就可逕行在絕對理論的脈絡中重新定義法益概念：法益意指所有可普遍化的個人權利，以及維護個人權利所必須的體制性關係<sup>42</sup>。從而絕對理論下的法益侵害，自然是指對個人權利或上述體制性關係的侵害。

在觀念上必須要把握的是，法權關係破壞的面向，必然包含理性主體自我矛盾的面向。從動態的觀點來看，破壞法權關係的動力，是來自於理性主體在法事項上的自我矛盾，其在法理性推論程序中受到經驗性條件影響，設定了一個在人際現實領域中不可普遍化的「否定他人權利」的行為準則，並驅動自己行為實踐此一準則。因此，犯罪在此面向的重點，並非在於法權關係受到破壞的客觀狀態，而是從理性主體內在程序通過外在行為指向與他人之間關係的過程。這對於掌握犯罪與刑罰的關係是極為重要的。如果不能從動態的觀點理解犯罪，並且掌握其動能所在，也就難以理解刑罰究竟有何回復作用，因為刑罰事實上無法改變任何既成狀態。

### 3. 規範效力的減損

在法權關係經由國家及其法律形成機制落實為實證刑法後，犯罪即成為實證刑法規範的否定，比如對殺人罪、傷害罪、妨害自由罪、竊盜罪等個別刑法規範的否定，因而造成刑法規範效力的減損。這是有關犯罪意義最為具體的層次。刑法規範效力減損的結果是，在某程度上失去其社會生活的導引力，使市民對於刑法規範所預設之世界狀態的信賴產生動搖，影響市民從事社會交往的意願，或者增加其從事社會交往的成本。儘管如此，社會生活的導引力，只是從實證刑法規範作為一種形式框架的面向得出，這個面向當然

---

<sup>42</sup> 周濛沂，同註14，頁1016-1017、1033-1035。

不能涵蓋實證刑法規範的全部，尤其實證刑法還有內容的面向。就內容而言，我們已經知道實證刑法規範本身不是自我目的，其意義僅在於法權關係的實證化。因此實證刑法規範的否定，實質上仍是法權關係的否定。

除此之外，實證刑法規範的否定，當然同時也包含理性主體自我矛盾的面向。實證刑法由於其現實意義以及主體際意義，因而必須由超乎個人而又關聯到所有個人的國家來創造。這同時表示，實證刑法是以國家為其表現形態之客觀法理性的產物，然而客觀法理性又是主觀法理性的產物，從而關聯到所有理性主體的主觀法理性。因此，藉由違反實證刑法而否定客觀法理性的產物，觀念上等同於否定主觀法理性的產物。由以上論述可知，在一個以理性主體性為證立核心的刑法中，若談及犯罪，儘管最後呈現為實證刑法規範的違反，但必定包含理性主體自我矛盾以及法權關係破壞兩個實質觀點。實證刑法規範所呈現之最後法和平狀態的破壞，是行為人身為理性主體陷入自我矛盾，錯誤地決定破壞法權關係，同時造成其他理性主體之信賴減損的結果。

### 三、刑罰的意義與作用

既然犯罪有三個面向的否定，亦即理性推論程序的否定、法權關係的否定，以及實證刑法規範效力的否定，那麼在最抽象的層次上，刑罰的意義即為對於犯罪的否定，也就是對於以上三個面向之否定的再否定，作用在於回復被否定的理性推論程序、法權關係，以及實證刑法規範效力。

#### (一) 犯罪者的理性自我回復

於此產生了一個經典的難題：犯罪無論如何已經發生，要怎麼透過事後的刑罰否定其存在，且又要如何回復被犯罪所否定者？如

果正當的刑法，以及作為刑法之否定的犯罪，都是以理性主體性為其基點，那麼很顯然的，刑罰的意義與作用也是在理性主體性中找尋。也就是說，應報理論必須在超驗性（*Transzendenz*）中找到定位<sup>43</sup>，其理論基礎並不在依賴於感官經驗的智性運用，而在先於經驗的理性運用。關於此，仍須上溯到主體性層次的內在理性運作，再逐漸現實化到主體際層次以及制度性層次，對應於正當之刑法以及犯罪的三個面向。

在主體性層次，刑罰的作用在於將行為人帶入他自己所設置之錯誤行為準則的效力之中，以此揭露行為人的錯誤，解消（*aufheben*）其身為理性主體的自我矛盾，提供其理性自我回復的前提<sup>44</sup>；這表示行為人必須經受他對於他人所做的事情。人類理性在實踐層次的應用，是以設置和踐行得以普遍化的正確行為原則為任務，然而這種朝向正確性的理性應用，卻因理性主體錯誤的推論而被違反。雖然被理性主體所設置和踐行的錯誤行為準則在本質上是不能普遍化的，但錯誤行為準則既然被理性主體透過行為顯現於外在世界，就產生了一種得以普遍化的傾向和表象。假使此錯誤沒有被解消，它會一直作用於理性主體本身，讓理性主體持續處於蒙蔽狀態，固執於錯誤行為準則的表象正確性，使得錯誤行為準則的效力，從當下的行動實踐，擴及到未來其他的行動實踐。然而，主體的實踐理性始終存在，即使主體陷入錯誤，也仍然無法終局取代實踐理性的作用，因此實踐理性會試圖除去這種錯誤，在觀念上實行一個解消錯誤性、重新朝向正確性的程序。這是一個主體的理性自我回復程序。這在結論上正如Hegel所言，犯罪之侵害的實存只

---

<sup>43</sup> 持不同立場者對此的正確理解，參見Neumann/Schroth, *Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe*, 1980, S. 13.

<sup>44</sup> 此觀念部分參見Köhler, *Der Begriff der Strafe*, 1986, S. 34f.

是犯罪人的特殊意志（*der besondere Wille*），因而犯罪必須被解消，否則犯罪就會產生效力（*das sonst gelten würde*）<sup>45</sup>。

而在主體性層次中的刑罰，即為在理性主體在犯下錯誤之後，解消對正確性否定之理性自我回復程序的前提。理性主體由於實行錯誤行為而陷入了一種自我矛盾：理性主體一方面認為正確行為原則是無效的，然後試圖裝作沒有犯下這種錯誤，或者欺騙自己如此的錯誤是無關緊要的；另一方面，就其身為理性主體而言，卻不能去欲求這個錯誤被普遍化，他不得不認知到錯誤行為準則只有表象的普遍性效力，抵觸了真正具有普遍性效力的正確行為原則。為了解消自我矛盾，首要步驟就是先辨識出這種自我矛盾。很清楚的是，如果不知道自我矛盾之處，那麼也沒有解消自我矛盾可言。而為了辨識出自我矛盾，必須使行為人所設置並踐行的錯誤行為準則，也適用在行為人自己身上。換言之，錯誤行為準則的效力，必須擴張到犯錯的行為人；行為人之錯誤行為的實際作用，也必須在現實上波及到行為人自身。

在上述意涵下的刑罰，僅僅是主體理性自我回復程序中的一個環節，並不是這個程序的全部。在將行為人帶入錯誤行為準則之效力中、徹底揭露其錯誤之後，實踐理性仍會持續作用，基於對該錯誤的實際體會，理解到其所實踐的錯誤行為準則是不可普遍化的，從而決定以後就類似情境，將實踐一個可普遍化的正確行為原則。這是一個理性主體自我認識、自我和解，以及自我回復的過程。自始至終，行為人的實踐理性能力皆被肯定，理性主體性的預設均不可動搖，無論是犯罪前、犯罪時，或者犯罪後都是如此。行為人之所以犯罪，並非因其犯罪當下喪失實踐理性能力而完全受到經驗

---

<sup>45</sup> *Hegel, aaO. (Fn. 2), § 99.*

性條件操控所致；若是如此理解，那麼歸責即成為不可能<sup>46</sup>，因為實踐理性能力等同於自我決定能力，所謂喪失該能力即表示，當下的行止及其引致的外界變動並非出於行為人自我決定，因而不可歸責於行為人。正確的理解反而是，行為人是在有自我決定能力的情況下，受到經驗性條件影響而作出了錯誤的選擇，即使行為人是一個犯錯之人，也始終被當作一個理性主體。而犯罪後的刑罰，既然屬於理性主體自我回復的程序，那麼在這個程序中，行為人的實踐理性能力仍然被肯定，行為人據此可以回復被其犯罪行為所否定之正確行為原則的普遍性效力。透過他的理性，他可以進一步停止錯誤的行為，而後回到正確的行為之上。在這個程序中，行為人首先辨識錯誤、評價自己（自我認識），然後在原本的內在分裂中和理性的自我取得一致（自我和解），之後決定不再主張錯誤行為準則的普遍化（自我回復）。

針對本文以上論述，可能會產生的疑問是，要揭露行為人的自我矛盾，為什麼不能以觀念上闡明或者告知的方式為之，而非得要將行為人帶入錯誤行為準則的實際作用之中？理由在於，行為人的錯誤並非只是理論層面的認知錯誤，而是在實踐層面的行動錯誤。行為人並不僅是設置一個錯誤行為準則後將它保留在思想層次，或只在觀念上宣稱該準則有效，毋寧是藉由行為來實踐此一準則，透過實現該準則內容於現實世界以主張其效力。簡言之，行為人所做的是實踐上的效力主張，不是觀念上的效力主張。因此，僅僅是觀念上的闡明或者告知，相對於行為人所為者只具有較弱的意義，對於使行為人清楚辨識其錯誤、揭露行為人的自我矛盾而言，在程度上並不充分。更簡單地說，必須要讓行為人經受他自己所做的錯事，他才能體會他做的錯事是什麼；如果只是單純告知行為人做錯

---

<sup>46</sup> 參見Kahlo, FS-Hassemer, 2010, S. 408.

事，那麼行為人除了知道自己做錯事之外，並無法確實體會他做的錯事是什麼。唯有如此，行為人才能認識到他的自我矛盾，因為，如果這種自我矛盾對行為人來說只停留在觀念層次，而沒有對行為人現實化，那麼他就可以一直假裝他沒有犯錯，他的自我矛盾也會持續存在。

以上的理解，完全是從刑罰的正面意涵切入。一般對於刑罰的理解僅執著於其負面意涵，將刑罰當作一種純粹的惡害。的確，從經驗性的角度，刑罰的確呈現為一種令人產生不悅感受的惡害，然而應報理論卻不是從其作為惡害的經驗性角度來把握刑罰概念。既然刑罰是理性自我回復程序的前提，那麼其意義必然是先於經驗的。刑罰是將錯誤行為準則之效力擴及到行為人自身的程序。如前所述，在絕對理論的邏輯下，行為人所為者之所以是犯罪，並非因為其違反預設的利益立場或需求計畫，針對被害人或者這個世界創造了一個經驗性的惡害<sup>47</sup>，而是因為他違反理性推論，實踐了一個在人際現實上無法普遍化的行為準則，亦即否定他人權利。從而刑罰作為錯誤行為準則效力的回轉，其所呈現者當然也是被主張之錯誤行為準則的內容，同樣也是個人權利的否定。既然個人權利性質上為具有絕對性之理性主體性的現實化，並非經驗性的利益或需求，那麼刑罰自然也不能被理解成一種經驗性的惡害。

除了上述之外，儘管否定個人權利是一件負面之事（Negatives），但這件負面之事只有在犯罪中始終保持其負面性質。單就否定行為人權利的刑罰效果而言，其固然具有負面意涵，不過要是理解刑罰只是理性自我回復程序中的必要步驟，那麼究竟具有負面還是正面意涵，即應從理性自我回復程序整體的意義來看。如果理性自我回復程序的結果，是讓行為人確認錯誤行為準則的無效性並重新回歸

---

<sup>47</sup> Zaczyk, FS-Eser, 2005, S. 218.

正確的理性運作，那麼刑罰的片面性負面意涵，即會解消在理性自我回復程序整體的正面意涵中。總而言之，只有從肯定行為人是有自我回復能力之理性主體的角度，刑罰的負面效果才能取得正面效果，因為負面效果只被理解成主體內在理性作用中必經的一個階段。如果不是這樣觀察，而單從刑罰的外在負面意涵來看，它也不過就是犯罪之外的另一個對於世界的負數而已。

必須特別強調的是，藉由以刑罰作為開端的理性自我回復程序，並不保證行為人事實上一定能理性自我回復。正如同行為人具有理性能力仍然會犯下錯誤一樣，行為人經歷處罰後，也未必都能運用理性能力回到正確軌道。我們不能先預期處罰行為人就必定能讓他回歸理性，然後再質疑到底處罰實際上能否讓他回歸理性，因為這種質疑是以一種效果導向的想法作為前提，而此顯然未正確把握絕對刑罰理論的邏輯<sup>48</sup>。絕對刑罰理論預設行為人始終是具有實踐理性能力的法主體，然後再依此前提演繹出刑罰的意義與作用，因此正確的理解毋寧是，在肯定行為人是理性法主體的前提下，刑罰的作用就只能在於揭露錯誤，並聽任行為人理性自我回復，而不問最終能達到如何的效果。倘若刑罰的作用超出了揭露錯誤之所需，就表示行為人不被承認為一個理性法主體。所以，如此理解下的刑罰意味著對行為人的信賴與期待，這種信賴與期待是理性主體性的反射結果，即使實際情況讓信賴破滅或期待落空，仍然必須堅持對行為人的信賴與期待。原因無它，只因為行為人無論是否犯罪，都毫無例外地被承認為具有理性能力的法主體<sup>49</sup>。

<sup>48</sup> 也因此，個人理性自我回復機制不可與刑罰惡害驅動的特別預防機制等同視之。前文已強調，預防理論中的相對性邏輯和應報理論中的絕對性邏輯是截然兩分的範疇，前者只講求效果，後者只講求觀念，從而絕對理論不可能推導出特別預防效果。

<sup>49</sup> 審稿人之一質疑，應報仍然存在有滿足處罰慾望的非理性效果，加入理性主體

藉由以上所述，Kant所謂「他對於他人所做的，會按照正義的規則施加在他自己身上」，即可在理性主體性的論述基礎上獲得一種脈絡化的詮釋。這種詮釋，在結論上也等同於Hegel所說的，「處罰行為人是對於行為人身為一個理性者的尊敬，因為處罰他等於將他自己設置的規則適用於他自己。」<sup>50</sup>然而，Kant和Hegel都只提出一個不會牴觸主體性邏輯的結論，但卻沒有建立完整的基礎論述。想當然耳，刑罰如果是基於犯罪以外的事由而實施，就是在犯罪人沒有同意的情況下，以他的權利和苦痛為代價而圖利他人，如此自然是對於犯罪人主體性的否認，而落入了客體性邏輯。不過，對客體性邏輯下刑罰概念的反對，不能表示對主體性邏輯下刑罰概念的支持<sup>51</sup>，兩者之間不一定是非此即彼的關係，因為事實上不能排除，無論何種邏輯下的刑罰都不應存在<sup>52</sup>。因此，即使刑罰的結果是「將自己設立的規則適用於自己」，也不代表這是自明之

---

作為中介，並無法解消應報過程中的慾望因素，且有誇大刑罰本身觀念意義之嫌。不過，作者此處從事的顯然是刑罰的「應然」論述，無涉於促使懲罰的任何現實因素以及刑罰所帶來的任何現實效果。從應然的角度，刑罰的作用即是開啓犯罪人的理性回復程序，此一規範性命題當然需要透過證立過程追求純粹證成。實然上應報刑罰固然有滿足處罰慾望的talio式復仇效果，但姑且不論此說法能否支撐罪刑相當的要求，本文所要主張的正是不應賦予刑罰復仇效果，也就是不應以「滿足處罰慾望」作為刑罰決定原則。引進理性主體性概念作為應報刑罰的論述中介，正是要使得刑罰理性化，拒斥非理性的慾望宣洩作用，同時建立限制刑罰的基礎觀點。至於一種僅僅揭露人類處罰慾望的反抗式論述，實難以支撐有關刑罰理論存否及其運作方式的任何主張。

<sup>50</sup> Hegel, aaO. (Fn 2), § 100.

<sup>51</sup> 劉幸義，論刑罰之目的——由刑法理論、語意學與哲學角度觀察，月旦法學雜誌，192期，頁157，2011年5月。

<sup>52</sup> 當代刑罰廢除論（Abolitionismus）主要來自於Nietzsche與Foucault的論述，理論介紹參見 Schmitz, Zur Legitimität der Kriminalstrafe. Philosophische Erörterungen, 2001, S. 149ff.

理。在此理解下，**Kant**將應報思想訴諸於抽象的刑罰正義是無濟於事的。倘若沒有具體說明，被稱為「正義」的狀態是什麼樣的決定原則的實現，而且此一決定原則也未獲得證立的話，終究會落入一種循環論證，無力說明為何刑罰有其必要。

至於**Hegel**的自我涵攝論證（*Selbstsubsumtionsargument*）<sup>53</sup>，同樣未必是有效的論證，因為它預設了一定要有刑罰，然後再以非結果導向的觀點為刑罰找一個概念位置，指出若要肯定行為人是主體，那麼呈現為犯罪與刑罰的規則，邏輯上必定來自理性者自身，而不是來自於理性者外部。然而，這樣的說法仍未充分證立刑罰的必要性。刑罰的必要性，無論如何不會只來自要肯定犯罪人是理性者，因為就算選擇不處罰犯罪人，仍不妨礙犯罪人在觀念上為理性者。更何況，回轉適用於行為人自身的，是一個無法普遍化的錯誤行為準則，既然都已是錯誤的、非理性的，又如何能成為回應非理性準則的標準，而正當地適用於行為人自身呢<sup>54</sup>？**Hegel**顯然並未闡明如此作法的正面意涵。德國刑法學者**Köhler**也提出了類似的觀點，他認為刑罰作為一種惡害，是刑罰的負面要素（*negatives Moment*），然而將刑罰看作是行為人所樹立之準則的效力回轉至行為人自身，實際上是肯定行為人理性主體的地位，這是刑罰的正面要素（*positives Moment*）<sup>55</sup>。不過本文認為，刑罰的正面意涵不但包括肯定犯罪人理性主體地位的靜態觀點，也須同時包括肯定其理性能力運用的動態觀點。因為，靜態觀點除了理念上的確認之外

<sup>53</sup> 用語參見 *Seelmann*, in: von Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), *Strafe – Warum?*, 2011, S. 79.

<sup>54</sup> 批評參見 *Seelmann*, *Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion*, 1995, S. 69f.; *Koriath*, in: Radtke/Müller/Britz/Koriath/Müller-Dietz (Hrsg.), *Muss Strafe sein?*, 2004, S. 63.

<sup>55</sup> *Köhler*, aaO. (Fn. 44), S. 38f.

並無任何現實作用，然而不論是犯罪或刑罰，都是一個從理念層次直通到現實層次的過程，因此刑罰不但會涉及理念，也會涉及現實。這表示刑罰必須呈現某種「作用」才能支持刑罰的必要性，儘管這種作用並非在智性運用下的犯罪預防，而是源自犯罪人作為理性者的預設，但理性者的特徵就是有運用實踐理性的能力，此一運用正是一個從理念通向現實的過程，將會展現在法權關係的回復之中（見下部分所述）。

本文的論述，始終以理性主體性為不可撼動的預設，無論是犯罪前後均無二致。但有一種對Kant法哲學中刑罰意義的詮釋，與本文的方向完全相反。其基本設想在於，刑罰無論如何是強加行為人其不願接受的強制，因此至少在犯罪後，行為人不可能是被當作主體來對待。此詮釋的基礎在於Kant的語句：「使得違犯者失去作為國家公民之能力的那種公法的違犯，稱為犯罪。」<sup>56</sup>本於所謂「失去作為國家公民之能力」的說法，有學說主張，行為人在犯罪前無疑是國家法律的共同立法者，但行為人藉由犯罪主張了一個錯誤的行為準則，假如還讓行為人保持共同立法者的身分，就會危害共同意志的正確立法方向，因此，犯罪後以刑罰剝奪行為人法律上自由的前提是，行為人已從共同意志中被排除出去，結果是犯罪人僅享有如同物品般的法律地位<sup>57</sup>。這個詮釋進一步的理由在於，首先，將個別意志連結到共同意志的正當性，是來自於國家實現法律的目的，然而一個偏離於理性的個別意志，已違反此一目的；其次，個別共同立法者的行事如果沒有以客觀、理性的準則為準，那麼多數共同立法者所建立之共同意志決議的一致性，就會處於偶然的、隨

<sup>56</sup> Kant, aaO. (Fn. 1), A 196/B 226.

<sup>57</sup> Enderlein, Die Begründung der Strafe bei Kant, Kant - Studien 76, 1985, S. 312. 類似詮釋，認為犯罪的結果是失去法主體性，參見Mohr, in: Klemme (Hrsg.), Kant und die Zukunft der europäischen Aufklärung, 2009, S. 493.

時會破滅的狀態<sup>58</sup>。

以上詮釋，無疑否認了個人在犯罪後的理性主體性。排除行為人作為共同立法者的身分，即是否認行為人仍有運用實踐理性立法及遵法的能力。姑且不論是否符合Kant的原意，這種簡單推演下的詮釋實在令人難以接受。犯罪使得犯罪人從主體轉為客體的說法，將使得主體性附有條件，亦即遵法行為是法秩序賦予個人法律人格與市民適格的條件，但如此明顯沒有掌握源自於理性之主體性的絕對性。既然主體性是絕對的，表示它是一切認識與實踐活動的基點，為無可質疑的預設，永遠屬於前提性質而非結果性質。因此正如本文以上所述，主體性是法所賴以建立的基礎，它決定了法義務，而不是以履行法義務與否決定是否享有主體性。儘管可以理解，以上詮釋的形成，是源自思索Kant法理論中刑罰正當性時產生的困難，亦即無法清楚說明，究竟如何在肯定主體性下仍可妥適證立刑罰，鑑於刑罰在性質上是一種強制，無法與犯罪人的自由取得合致，所以邏輯上唯有把犯罪人理解為客體才能合理解釋刑罰概念。然而如此解釋的後果是十分嚴重的，不僅可以支撐對犯罪人的處罰，還可支撐對犯罪人的任意處罰。所謂「客體」的特徵，就是以我們的需要來決定與它的關係，只要有所需要，我們可以對它做任何事。倘若如此，Kant的刑法中的邏輯就和預防刑法的相對性邏輯沒有兩樣，即使宣稱犯罪前仍是適格的立法者也無濟於事，因為此一資格隨時會被剝奪。除了違反理論系統預設外，以上詮釋顯然也不符合Kant文本的原意，特別是他主張同態報復（Talion）原則，不管如何呈現同態報復，其範圍至少都受到犯罪本身的限制，而一種主體於犯罪後即轉為客體的想法，自然無法說明為何要有此限制。相對於區分主體／客體後再以刑罰排除客體的運作邏輯，本

---

<sup>58</sup> Enderlein, aaO., S. 312.

文的詮釋方向無疑是將所有個人無條件地包括到主體概念中，再以此為前提去理解刑罰，從而刑罰不會是一種區分／排除機制。

### (二)受破壞之法權關係的回復

刑罰對應於刑法及犯罪的第二個面向，是針對犯罪對法權關係否定的再否定，回復被破壞的法權關係。行為人藉由犯罪侵害他人權利，破壞了人際權利義務關係，然而問題是，已被否定的法權關係，要如何藉由刑罰對其再否定？已被破壞的法權關係，要如何藉由刑罰來回復？

首先可以確定的是，所謂的回復法權關係，並不是物理性的回復。從物理性的角度，犯罪也不會被描述為侵害他人權利，只會被描述為侵害他人的人身或者事物，諸如傷害他人身體、毀損他人之物等事實關係的變動。如此若要從物理上恢復原狀，則應有的作為不外是治癒受傷的人體、修復他人之物等。但顯然的，不管是什麼意義下的刑罰都沒有損害復原的作用，因此也無從在物理上回復法權關係。其次，法權關係所指涉的是人際權利義務關係，權利／義務的概念不可能是物理性的。先前已有論述，個人權利是理性主體性的現實化，它是從先驗的理性概念演繹而出，因而是觀念性的。因此，所謂「對法權關係否定的再否定」以及「回復法權關係」，定然是一種觀念上的否定與回復。

然而，所謂觀念上的否定與回復，是否表示不存在一個可以敘述出來的「作用過程」？當然從觀念的角度，對於犯罪與刑罰的關係，也可能從「意義」層面來理解。也就是說，一個侵害他人權利的犯罪行為，意味著法權關係是可以被破壞的，針對此一犯罪行為施加刑罰，則表達法權關係是不可以被破壞的；這是一種犯罪作為一個主張（*Behauptung*）與刑罰作為一個反對主張（*Gegenbehauptung*）之間的關係。如此的看法，藉由社會學理論

或許較能獲得充分的詮釋，因為在由溝通所組成的社會中無一不被理解為溝通，犯罪與刑罰自然也不構成例外。不過，此處所要探求的犯罪與刑罰兩者之間的關聯，不是社會學式的，而是哲學式的。因此，將兩者均視為意義表述的看法，在絕對刑罰理論之下並非一個社會作用過程，毋寧主要是主體內在作用過程，仍應回歸理性主體性的預設來加以詮釋。

就此而言，可以切入的角度有二，首先仍然是主體的角度，其次則是主體際的角度。就主體的角度而言，我們已經知道，法權關係作為法的實質內容，仍然是主體實踐理性運用下的產物，只不過相對於道德領域，實踐理性在法領域所關注的事項，是現實存在之多數人的和平並存，因此由定言令式程序所得出的是承認個人權利的誡命，也就是正確建構法權關係的誡命。而法權關係的建構是動態的，依賴於個人在社會生活中每一次遭遇他人時，運用實踐理性以行為正確地建構與他人的關係，不斷地藉由行動承認他人的現實存有。簡言之，法權關係的建構動力仍然是實踐理性；承認他人權利，是在法領域中主體藉由理性推論程序得出的正確行為原則。相對的，侵害他人權利而破壞法權關係，是主體在理性推論程序中犯錯所得出的結果。由此可知，法權關係的回復，端賴建構法權關係之主體的理性自我回復。因為，法權關係不是脫離主體實踐的客觀狀態，反而法權關係與主體實踐具有同一性。因此，只要將犯罪之理性主體，帶入其藉由犯罪所主張「得以侵害他人權利」之錯誤行為準則的效力中，同樣地剝奪其個人權利，那麼就可以啟動主體在法事項上的理性自我回復程序，透過揭露錯誤使得主體辨識錯誤，以此作為其重新反思人際相處模式的契機，從而回歸理性推論程序，在觀念上否定先前對法權關係的否定，並自我決定其後將正確地建構法權關係。這裡必須把握的關鍵在於，刑罰的否定意義與回復意義，並非直接指向法權關係，而是以建構法權關係的理性主體

作為中介。

就主體際的角度而言，刑罰亦有其超出犯罪之理性主體本身而關聯到其他理性主體的意義。犯罪是法權關係的否定，這不僅關係到行為人的內在自我衝突，同時關係到在現實領域中與他人的衝突。在法領域中，只有承認他人權利，才是一個可普遍化的正確行為原則，但行為人卻否定該原則的效力，以侵害他人權利之行為主張一個不可普遍化之錯誤行為準則的普遍性效力。前已論及，這種主張會使錯誤行為準則產生可以普遍化的傾向與表象。由於法所涉及的是人際現實領域，而且以上錯誤行為準則的效力主張，也是在人際現實領域的效力主張，因此這種效力主張不免會進入他人經驗認知之中，對他人形成上述傾向與表象。儘管他人一樣身為理性主體，卻是會受到經驗性條件影響的有限理性主體，因而其透過認知到犯罪者的效力主張，不免同樣也陷入了一種矛盾。因為，他人身為理性主體認知到，這個在眼前發生、被行為人踐行的錯誤行為準則，儘管和真正得以普遍化的正確行為原則有所扞格，卻又在現實上要求具有普遍化效力。倘若不解消這種認知上的矛盾，那麼錯誤行為準則的普遍化傾向與表象，就可能從經驗性層次影響他人的理性推論，促使他人作出同樣錯誤決定。要消除錯誤從行為人擴及到他人的可能性，必須解消他人的認知矛盾。為此，將錯誤行為準則效力回饋到行為人自身的刑罰，同時必須對他人展示。藉由認知到行為人自我認識、自我和解、自我回復的過程，觀念上消除了影響其他主體理性推論的經驗性條件，亦即否定了「可以侵害他人權利」之準則的表象效力主張，進而重新確認其他理性主體原先所抱持的正確行為原則。

以上論述或許可以用Hegel在抽象法權（*abstraktes Recht*）這一環節中著名的語句來總結：「犯罪是對於法權作為法權的侵害，而刑罰是對於此一侵害的否定，用以表明犯罪的無效性而解消犯罪，

進而恢復法權。」<sup>59</sup>不過此處也僅是援引其結論，因為Hegel並未清楚論證刑罰消除犯罪且恢復法權的過程。當然這裡關係到Hegel整體主義（Holismus）的哲學方法，此方法為單純地觀看整體中的片段與其運動<sup>60</sup>，因此他除了「展示」侵害法權的犯罪必然帶來否定犯罪的刑罰、「刑罰僅僅是犯罪的顯示，亦即是以前一半為前提的後半」<sup>61</sup>之外，並沒有說明刑罰要「如何」解司法權侵害以及恢復法權。實際上，Hegel在其法權哲學中論述的性質，與一般實踐哲學有異，他討論應然問題的方式，與其說是指出應該如何建構理想的法律制度，不如說是分析應該如何掌握各種歷史中存有的法律制度<sup>62</sup>。Hegel在法哲學原理的前言已明確提及，此著作僅試圖將國家理解和表述為一個自身為理性者，而須儘量避免去建構一種應然上的國家，亦即不在講授什麼樣的國家才是應該存在的，毋寧在講授「應該如何去認識」作為一種倫理普遍實體的國家<sup>63</sup>。因此，難免會將Hegel的整體法理論理解為描述性的。在此理解下，難以看到犯罪與刑罰之間的內在機轉，更遑論此一機轉的正當依據。難怪學說要批評，單靠犯罪與刑罰的概念本身及其思想上的運動並無法實行應報，也因而無法恢復法權<sup>64</sup>，因為根本無法找到導致概念運動的動力來源。相對於此，儘管Kant對此也未曾清楚地加以闡述，本文立基於理性主體性的論述卻表明了，刑罰回復法權關

<sup>59</sup> Hegel, aaO. (Fn. 2), §§ 95, 97, 99.

<sup>60</sup> 參見楊植勝，辯證法與現象學——黑格爾《精神現象學》的方法論問題，臺大哲學論評，45期，頁82-84，2013年3月。

<sup>61</sup> Hegel, aaO. (Fn. 2), § 101.

<sup>62</sup> 參見劉創馥，黑格爾新釋，頁181，2014年12月。

<sup>63</sup> Hegel, aaO. (Fn. 2), Vorrede, S. 26.

<sup>64</sup> 部分正確的批評參見Neumann, in: von Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Strafe – Warum?, 2011, S. 162.

係的動力是來自於實踐理性，整個法權關係的回復過程，也是以理性內在程序為起點。

又從以上論述可知，即使添加了現實性以及主體際的觀點，刑罰仍然不會被理解成一種單純的惡害，其原因在於，刑罰是在（法實踐）理性層次獲致其意義。由此即可區別本文所述的絕對刑罰理論與流行的相對刑罰理論。相對刑罰理論主張，對犯罪者施加刑罰，是在犯罪造成惡害後，又為這個世界添加了一個惡害，因此若不是從防止未來犯罪的角度來理解刑罰，刑罰就只留有純粹的負面意涵。這是預防式刑罰理論的基本思維：刑罰的正面意涵來自於其所欲達成的外部目的，從個人的角度是用以改善行為人的特別預防，從人際的角度是威嚇潛在行為人的一般預防。當然這樣的思維是侷限在相對性邏輯之中，因為是否施加刑罰以及施加多少刑罰都是附條件的，取決於如何能適於達成預防犯罪的目的。

倘若我們理解，相對性邏輯／絕對性邏輯對應於智性運用／理性運用，預防式刑罰觀無疑是以經驗為前提的智性運用，是所謂工具理性計算後的結果。堅持從經驗性角度把握刑罰概念的結果是，刑罰本身除了呈現惡害之外別無其他。又若從經驗性角度理解絕對刑罰理論的應報邏輯，犯罪與刑罰即不外是兩個惡害的累加，因而一般學說才批評，應報理論除了增加惡害之外並無益處<sup>65</sup>。之所以會有如此批評，是因為支撐其批評的思維仍被框限在智性層次，並未經由反思而突破頑固的相對性邏輯，追溯到使相對性思維運作成為可能的絕對性層次。

### (三)受損之規範效力的回復

刑罰對應於刑法及犯罪的第三個面向，則是對實證刑法規範效

---

<sup>65</sup> 例如Heinrich, Strafrecht AT, Rn. 14.

力否定的再否定，以回復被犯罪所減損的規範效力。在絕對理論之下，實證刑法規範的意義，僅在於讓實質的法權關係明文化、外部化，所以上述之否定與回復作用，邏輯上是透過刑罰前兩個面向的否定與回復作用而達成。具體言之，藉由將透過犯罪所主張之錯誤行為準則的效力擴及於行為人，開啟了行為人的理性自我回復程序，否定先前的錯誤行為準則的效力，回歸理性自我決定，此在法領域裡則具體表現為否定「侵害他人權利」的錯誤行為準則，回歸「承認他人權利」的正確行為原則，而既然實證刑法規範是以承認他人權利為其內容，受損的規範效力也會經由以上過程而被回復。

從實證刑法規範作為形式框架的角度，一旦回復受損的規範效力，其社會生活導引力也隨之回復。市民認知到行為人藉由刑罰回復理性推論，以及認知到自己和和其他市民藉由刑罰確認自我理性推論的有效性，因而回復對規範效力的信賴與對實證刑法規範所設定之和平狀態的期待。因此，市民對實證刑法規範之信賴與期待的回復，並非基於刑罰作為一種惡害的驅動作用，毋寧是刑罰揭露錯誤而開啟行為人及其他市民之理性程序後的反射結果。市民對於實證刑法規範的信賴與期待，本來就不是建立在帶有刑罰制裁的行為規範框架上，而是建立在實踐行為規範之法主體的理性特質上。簡言之，人們首先相信他人在社會交往中會善待自己，才隨之相信他人會藉由遵守刑法規範指示來善待自己；這即使在他人犯罪後也不構成例外。

本文的觀點意味著，市民並不是因為認知到若違反會被處罰的刑法規範存在，才相信其他市民會由於害怕被處罰而遵守規範；相對應的，市民也不是因為認知到行為人違反刑法規範後被處罰，才相信行為人和其他市民會由於害怕如同行為人這次被處罰而遵守規範。倘若如此來理解規範效力的回復，即落入了相對刑罰理論的邏輯，此尤其體現在所謂制裁規範（Sanktionsnorm）的概念：配合

「行為規範的目的在於保護法益」的命題，制裁規範的「目的」，在犯罪前是透過威嚇來維護行為規範效力，在犯罪後則是透過處罰來重建行為規範效力，使得行為規範繼續被遵守<sup>66</sup>。相較於相對刑罰理論並未認真考慮人類的理性特質，絕對刑罰理論正好是藉由實踐理性的作用關係，說明刑罰究竟要如何回復受損的規範效力。

當然為了堅持刑罰與規範效力的對應關係，也容易會落入一種描述性說法，認為犯罪與刑罰之間是一種溝通上的關聯，亦即刑罰是一種象徵（Symbol），用以表示主張刑法無拘束性之犯罪是無效的，從而刑法應該繼續被遵守<sup>67</sup>。不過藉由此一說詞，除了知道刑罰是針對犯罪的反對表示之外，卻不知道為何是以減損行為人權利的方式表達反對，也不知道為何處罰之後就可以回復規範效力。顯然這種類Hegel式的論述，傾向在刑罰證立上放棄任何單一基準，純粹地展示刑法、犯罪、刑罰所呈現的形態，以及這些形態之間透過否定活動自然地引致及運動的過程。然而，在此一關聯中，「人」的位置與貢獻何在？不同於此，本文所述的絕對理論，肯定個人為整體法律活動的中心，就如同在規範創建活動與規範實踐活動中一般，規範回復活動的動力，仍無疑來自始終身為理性主體的個人。

#### 四、絕對刑罰理論下的刑罰基本原則

透過以上絕對刑罰理論中犯罪與刑罰之關聯的論述，即可解明一些在觀念上及運作上被視為理所當然的刑罰基本原則，主要有罪刑相當原則、刑罰平等原則，以及國家刑罰原則。這三個基本原則通常被視為無可質疑，而在刑法上被當作論證或指摘的堅強依據，

---

<sup>66</sup> Freund, aaO. (Fn. 31), 1/9ff.

<sup>67</sup> Jakobs, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, 2004, S. 24.

卻鮮少見到對其理據的反思。最根本的問題在於，這三個基本原則是從什麼樣的刑罰理論一貫地推導出來的？是從絕對刑罰理論抑或相對刑罰理論？

### (一)罪刑相當原則

罪刑相當原則要求犯罪與刑罰必須有對應關係，無論是刑事立法還是刑事司法的層次皆然<sup>68</sup>。在立法層次上，刑法規範所描述之犯罪的嚴重程度，必須和所設置的法定刑相對應；在司法層次上，法官於法定刑範圍內所科處的刑罰，必須和行為人實際犯罪的嚴重程度相對應。換句話說，針對輕微的犯罪不能處以嚴重的刑罰，而針對嚴重的犯罪也不能處以輕微的刑罰。這個被視為自明之理的原則，不但學理上普遍加以肯認，甚至在實務上也具有憲法位階<sup>69</sup>。然而問題是，究竟是憑藉什麼觀點，使得罪刑一定要相當？

很顯然的，相對理論下的犯罪與刑罰觀，無論如何都無法導出罪刑相當原則，也不可能將此原則整合在自身理論架構下。這不是價值判斷或立場採擇的問題，而是因為相對性邏輯先天上就無法與罪刑相當原則的內在邏輯相容。相對刑罰理論中的刑罰僅具有手段意義，至於目的則是「預防未來犯罪」，不是「回應過去犯罪」。假如是後者，刑罰和犯罪即有對應關係。但若是前者，那麼要如何投入刑罰，就取決於如何才能有效預防未來犯罪，需考慮的因素不僅止於建構犯罪的不法與罪責，還包括所有可能影響預防未來犯罪之有效性的所有因素。由於特別預防和一般預防下的刑罰，均是透過人類的心理要素而產生作用，所以這些因素終將反映出犯罪人或其他人對於刑罰的敏感度（*Strafempfindlichkeit*）。對於刑罰的敏

<sup>68</sup> 林山田，刑法通論（上冊），頁92，2008年1月，10版；許玉秀，司法院釋字第687號解釋部分協同意見書。

<sup>69</sup> 參見司法院釋字第630號、第669號解釋。

感度越低／越高，刑罰的嚴厲程度就必須隨之升高／降低，以求維持相同的效果。因為事實上不同個人對於刑罰的敏感度有所差異，所以為了達成預防目的所應科以的刑罰絕非恆定。因此，在相對理論之下，並沒有罪刑一定要均衡的道理。就如針對預防理論的經典批判，為了達成預防目的，根本無法排除以重罰來回應輕罪或以輕罰來回應重罪<sup>70</sup>。

罪刑相當原則要求罪與刑必須要相當，而且是無論何種情況下都必須相當，不能基於任何犯罪以外的因素讓罪刑不相當，所以此一原則是不附條件的，也就是「絕對」的。由此可知，只有受絕對性邏輯支配的刑罰理論，始能一貫地導出此原則。依照本文所持的絕對刑罰理論，罪刑相當原則即可輕易地獲得詮釋。犯罪是行為人透過行為主張一個不能普遍化之錯誤行為準則的效力，而刑罰則是將行為人所主張之錯誤行為準則的效力擴及行為人自身，因此犯罪與刑罰自然具有對應關係。前已述及，刑罰的作用僅僅在於揭露行為人的錯誤，提供其理性自我回復的前提，並以此確認他人原先所持的理性推論結果，此一說法的前提是，人類不會被理解為純粹受到外在因素決定的自然存有者，而是具有自我導引能力的理性存有者，因此刑罰的作用，不在於表現為經驗性惡害而直接「驅動」、「控制」、「操弄」行為人與潛在行為人<sup>71</sup>。基於此，刑罰不外是犯罪的映射，從而在刑罰的決定上封鎖了所有犯罪之外的因素，包括反映受規範者對於刑罰之敏感度，亦即反映受規範者之「可操控性」的因素。

必須注意的是，此處犯罪與刑罰的對應關係，與一般所言「輕

---

<sup>70</sup> *Jakobs*, aaO. (Fn. 36), 1/30.

<sup>71</sup> 對此批評參見 *Zaczyk*, *Kritische Bemerkungen zum Begriff der Verhaltensnorm*, GA 2014, S. 82.

「重罪不能重／輕罰」的邏輯並不相同。所謂「輕」／「重」的比較，前提是受比較之兩者有在同一可量化基礎上被量化的可能。流行的觀點將犯罪與刑罰皆理解為惡害（Übel），惡害是利益的相反，兩者皆是人類透過感性形成感受，進而為智性處理後所認知的經驗性概念，從而利益可在形成正面感受的強度上予以量化，而惡害也可在形成負面感受的強度上予以量化。因此，如果所謂輕／重罪不能重／輕罰，是說處罰行為人造成的「痛苦」不能高於或低於犯罪造成的痛苦，就已隱含了量化比較的邏輯，此一邏輯所涉及的是智性運用的層次，並未正確上溯到理性運用的層次。在奠基於理性主體性的絕對刑罰理論下，正確的理解毋寧是，犯罪是權利侵害，而刑罰則是對應於犯罪的權利侵害。由於權利概念是理性主體性具體化、現實化的表現，因而權利概念與理性主體性同樣具有絕對性，並不是一種具有量化比較可能的純粹經驗性概念。藉此可以獲取兩個觀點：第一，我們不能說某種權利（例如身體權）的「好處」高於另一種權利（例如財產權），也不能說刑罰減損某種權利的「壞處」高於減損另一種權利，假使如此陳述，就等於把權利概念利益化，或者說把理性概念智性化了。第二，刑罰減損個人權利儘管通常會呈現為惡害，造成行為人的苦痛，但觀念上非屬必然。就如侵害他人權利未必同時會損及他人利益，例如偷走歸屬於他人所有、尚待他人花錢清理的廢棄物；同樣的，限縮行為人的外在自由，也許剛好符合行為人的希望，甚至他還能從中獲利。

犯罪與刑罰的對應關係，在觀念上純粹只是一種權利減損—權利減損的形式上對應。然而，權利減損—權利減損的形式上對應關係是否表示必須做到「以牙還牙」、「以眼還眼」的同態報復？如果不是，尤其在近代以自由刑及財產刑為主的刑事制裁系統下，要如何理解罪刑相當？討論此問題前必須說明的是，絕對刑罰理論要求的罪與刑的形式上對應關係，未必意味著殘忍與不人道，

因為一來絕對刑罰理論不是以對行為人施加經驗性惡害、讓行為人經受感官上痛苦為其目的；二來相對刑罰理論未必就較不殘忍與較為人道，因為貫徹相對性邏輯的結果，不能排除為了有效防止行為人再打掉他人一顆牙，而必須砍掉行為人的雙手。在尚未精確分析其意涵之前，對同態報復原則不能先入為主地懷有敵意。

主要問題是，要讓罪刑在形式上對應，是否果真必須貫徹同態報復？首先，可以確定的是，所謂形式上的對應關係，並不代表犯罪與刑罰在現象上的精確對應。如果將邏輯推到極致，現象上的同態報復是不可能的，因為在不同時空下的兩個事態，無論如何欠缺外在形態上的同一性。某甲挖掉某乙一隻眼睛，因而某甲也被挖掉一隻眼睛，那麼某乙的眼睛首先就不等於某甲的眼睛。其次，即使只要求「種類上」的等同性，也會在刑罰量定時遭遇無可解決的困難，此困難一方面來自於，種類上的等同性仍是著眼於外在形態，而外在形態上的對應不能反映無外在形態的犯罪建構要素；另一方面，行為人的存有狀態上，也不一定有同種類的外在形態可供對應。就第一方面而言，不同犯罪之間的差異未必只落在客觀現象，也可能落在行為人的主觀面。例如故意持刀砍傷他人手臂和過失持刀砍傷他人手臂的差別是在主觀不法，要如何以種類上等同的方式反映出兩者不法評價的落差？難道要判處過失行為人也被「過失地」砍一刀？相同的道理，涉及內在面的減免罪責事由也無法以種類上等同的報復來反映。就第二方面而言，比如我們可以想像，如果打掉他人一顆牙齒的人，自己的全口牙齒早已脫落<sup>72</sup>，或者挖去他人一顆眼睛的行為人，自己卻是失去雙眼的全盲之人，這時候到底要怎麼實施種類上的同態報復，如何以牙還牙或以眼還眼呢？貫徹同態報復的結果難道是，因為找不到同種類的「眼」和「牙」可

<sup>72</sup> Hegel, aaO. (Fn. 2), § 101. 以此例說明同態報復的荒謬之處。

以償還，所以就放棄刑罰？

由上述可知，外在形態上的對應是偶然的、相對的，因為外在形態本身就是偶然及相對的，正如外在形態的存在（比如行為人有沒有眼睛或牙齒）會受到其他外在條件決定，外在形態上能否對應也會受到其他外在條件決定。但罪與刑內在本質上的相當卻是必然的、絕對的，不受到外在形態及其對應上的偶然性與相對性影響。Hegel即認為，對於智性來說，犯罪和刑罰只有反映於外在存有的內在同一性是等同的，但犯罪的質與量及其解消，是落在外在性的領域，在此領域中不可能有任何絕對的特定（*Bestimmung*，或譯「規定」）<sup>73</sup>。所以罪刑相當性是一個觀念上的基本原則，僅表達必須隨著犯罪來調整刑罰，但沒有也無力特定刑罰種類上的外在形態。因此我們可以明白，為何Hegel提到罪與刑只要「價值上」（*nach dem Werte*）相等即可<sup>74</sup>。

不過所謂價值上相等，可能會引誘我們再落入「惡害」這個可量化為痛苦感受的經驗性計算基礎。已經確定的是，在絕對理論下，法權—犯罪—刑罰是一個觀念性、非純經驗性的連續，所以罪刑價值換算基礎不是純經驗性的。但實際上，刑罰的確亦有令犯罪人感受苦痛的特質。此時仍須明確區分刑罰以及刑罰惡害（*Strafübel*）的概念<sup>75</sup>。學說多半未能掌握此一區分，主張罪責相當性（*Schuldangemessenheit*）不代表在罪責相同的情況應處以客觀上相同的刑罰，而是應在考慮個人刑罰敏感度下，施以「主觀上」相同的刑罰惡害<sup>76</sup>。然而，這種以惡害為換算基礎的看法，其

<sup>73</sup> Hegel, aaO. (Fn. 2), § 101.

<sup>74</sup> Hegel, aaO. (Fn. 2), § 101.

<sup>75</sup> Köhler, *Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung*, 1983, S. 12f.

<sup>76</sup> 這種主張參見Meier, *Strafrechtliche Sanktionen*, 4. Aufl., 2014, S. 242; 林山田，

問題顯而易見：惡害是經驗性的，從而是個別化的。假設犯罪人由於其個人特殊心緒狀態，從刑罰中感受到的不是痛苦，反而是喜樂，那麼一貫的結果應該是放棄刑罰，否則刑罰就沒有對應於犯罪。又假設砍斷他人手臂而犯重傷罪的行為人，由於對自由喪失的痛苦高度敏感，受一年自由刑的痛苦如同失去一隻手臂，那麼依法處以五年以上有期徒刑也超出其應得之分。倘若如此，法定刑的規定就完全失去意義。殺人者處至少十年以上有期徒刑，而竊盜者處五年以下有期徒刑，不就是因為殺人罪和竊盜罪有罪質差異，並因此反映出兩者「客觀上」各別應得的刑罰份額？在從客觀角度量定的法定刑範圍內科刑時，卻又容許從主觀角度的刑罰敏感度來決定「惡害」的量，這顯現出一種邏輯混亂，此混亂是未能區分且貫徹絕對性邏輯與相對性邏輯所致。總之，以惡害作為罪與刑的價值換算基礎，並未正確把握罪刑相當原則的內在理路，終將導致此原則完全被架空。

然而，究竟應如何理解罪與刑在「價值上」的等同？我們已經確定，犯罪與刑罰之呈現是在本質上的等同，而不是外在形態上的等同。詳細地說，犯罪之所以為犯罪，並非基於它的外在形態，比如不是「砍他人手臂一刀」、「打破他人花瓶」等外在形態賦予自身犯罪的特質，而是觀念上的「侵害個人權利」。而對應於犯罪的刑罰，也不是對應在外在形態之上，毋寧是對應在「侵害個人權利」這個特質上。因此，犯罪與刑罰價值上的對應，是在把握兩者本質上均為侵害個人權利之下，不受外在形態限制地進行兩者質與量上的換算。

這個說法是否意味著，犯罪與刑罰在「侵害個人權利」特質上的對應僅為抽象權利的對應？或是可以容許進一步特定化，要求具

---

論刑罰之意義與目的（上），軍法專刊，21卷8期，頁15，1975年8月。

體權利種類上的對應？具體地說，砍他人手臂一刀固然是侵害個人權利，但應否被描述為「侵害身體權」，以致於刑罰須呈現為侵害身體權？同樣的，打破他人花瓶的刑罰，是否須為侵害行為人的財產權？實際上，將個人抽象權利特定化為諸如生命權、身體權、自由權、財產權等各種具體權利，不是權利概念本質上的必然。權利概念只在於表示，個人的存有不能僅依憑其意志虛懸於世界，還需有在現實領域中歸屬於意志者；除了「意志」以及「歸屬於意志者」，權利概念無法分析出更多的東西，尤其無法給出進一步的特定。生命權、身體權、自由權、財產權等區分，仍是外在形態上對於權利的特定。比如，身體權和財產權實質上皆在表現外於我的意志而「歸屬於我的」，我的肉體是歸屬於我的，但我的衣服又何嘗不是歸屬於我的？所以兩者都為廣義的所有權（Eigentum）所包括，只有外在形態上的區分意義。由此可知，如果要求權利種類上的對應，就又落入了外在性的領域，這會讓罪刑對應與否取決於偶然。例如，犯毀損罪者可能根本沒有任何財產，或沒有足夠財產可供處罰。

基於以上論述，絕對刑罰理論所能導出的罪刑相當原則，僅是不受外在形態限制的「抽象權利減損—抽象權利減損」的對應關係。因此邏輯上，犯罪和刑罰所減損的具體權利種類有所不同時，仍然未必違反罪刑相當原則。近代刑罰制度多已廢除身體刑，只保留自由刑與財產刑，儘管其背後的現實因素是身體刑的殘忍與不人道，但若從法理來看，對於侵害任何種類權利的犯罪，均以減損行為人自由權或財產權的刑罰來回應，仍為罪刑相當原則所容許。所以，不僅應報理論＝罪刑相當＝同態報復的想法是錯誤的，應報理論＝罪刑相當＝減損同種權利的想法也不正確。既然容許罪與刑「不同態」、「不同種」之間的相當，那麼這種相當自然是Hegel所言「價值上」的相當。

最後的問題是，到底怎麼確實從侵害各種權利之犯罪的質與量，換算成減損行動自由權或財產權的刑罰？對「如此這般地」砍他人手臂一刀的行為人，究竟應處以多久的自由刑，才是罪刑相當？固然此問題涉及到具體的刑罰裁量，但從罪刑相當原則作為前導思考而言，除了知道犯罪是計算刑罰的基礎，從而只有犯罪建構要素是量刑要素之外，事實上不可能從特定犯罪的質與量直接推導出相對應的刑度<sup>77</sup>。主要原因有二：第一，雖然自由刑與財產刑的輕重可透過數字表示而量化，但並不是所有形態犯罪的輕重都可以透過數字表示而量化。比如「砍斷他人手臂」和「劃他人手臂一刀」這兩種情況，我們除了知道前者較後者為重之外，並無法以數字表示兩者的輕重比例關係。第二，當犯罪涉及的權利種類與刑罰涉及的權利種類不同時，兩者就不可能在同一質性基礎上共享同一量化標準而直接相互換算。比如毀損他人之物，可以用物的價值來表示罪的輕重，而應科處的自由刑，也可以用時間長短來表示刑的輕重，此時固然罪與刑均可量化表示，但兩者的基礎卻分別是財產和行動自由，具有質的方面的不同，因此還需要一個絕對標準，表明一單位的財產等於多少單位的行動自由，然而實際上卻欠缺任何依據可以定出這個絕對標準。因此，罪刑具體換算在理論上是一個無解的問題，這是概念的本質使然，因而必須忍受一定程度的恣意性<sup>78</sup>。

<sup>77</sup> 黃榮堅，確認量刑的實質課題，台灣本土法學雜誌，57期，頁2，2004年4月。

<sup>78</sup> 這裡也可以回應審稿人之一的質疑：罪與刑如果只是一種觀念上的對應，而這種觀念上的對應又無法直接產生判準，那要如何知道罪與刑確實相對應？的確，罪刑相當原則只能在理念上獲得確認，在經驗世界裡難以確切得知刑罰與犯罪是否相當。此關係到人類認知能力的限制，由於此一限制，理念只能透過實踐被趨近，而不能透過實踐被符應。然而，這並無礙於絕對刑罰理論的證成。

## (二)刑罰平等原則

刑罰平等原則的內容是，任何人在刑罰上應一律平等，此包括質與量兩個面向的平等。質的方面的平等，是指任何人犯罪都應接受刑罰，無人享有犯罪後免罰的特權；量的方面的平等，是指任何人犯同樣嚴重的罪，都應處以同樣嚴重的刑罰，不能因為犯罪人不同就區別處理<sup>79</sup>。此原則所直接面臨的問題自然是，為什麼刑罰一定要平等，平等要求的支撐點在哪裡？尤其每個犯罪人的主觀條件和客觀處境皆不相同，決定刑罰時為何不能加以考慮？這個原則似乎是理所當然的，幾乎無人不認為刑罰應該平等。不過刑罰平等要求的基礎，並不在於人的情緒。姑且不論這種情緒產生的根源為何，若以情緒來支撐平等，會讓平等淪為相對性價值，因為不能排除它會隨著情緒變動而被解消。尤其平等的情緒基礎為經驗性的人類形象，這更會讓平等要求顯得更不可靠。

從經驗的角度，人和人總是不平等的，因為人和人之間存在的永遠只有差異。某甲的智商比某乙低，體力比某乙好，身高比某乙高，衣服顏色和某乙不一樣，兩人沒有哪一方面是相同的，就算有相同之處也純屬偶然。很容易理解的是，一個人顯現出來的樣子，可能會影響我們對待他的方式。相對刑罰理論正是從純粹經驗的角度來理解人類：因為每個人對刑罰的痛苦感受都不相同，在達成同一預防效果的前提下，刑罰的決定就不得不個別化。例如，在所謂再社會化的考量下，兩個犯了相類之罪的行為人，一個初犯者可能會被輕判甚或宣告緩刑；另一個展現出危險的再犯者即無如此待遇。因此在相對刑罰理論下，平等地對待所有犯罪人即屬不可能<sup>80</sup>，一種以經驗上的不平等為其預設的理論，先天上就無力導出

<sup>79</sup> 林山田，同註68，頁90。

<sup>80</sup> Höffe, in: Brandt (Hrsg.), Rechtsphilosophie der Aufklärung, 1982, S. 370ff.

平等的應然要求。

持相對刑罰理論者或許會主張，刑罰平等並非一種呆板的形式平等，而是在對經驗性差異適當區別的基礎上，使得犯罪人各別受到其應得的對待，因此平等的訴求僅在於，所有具備特定經驗性條件者均應受到相等對待。依此，在上例中，初犯和再犯的經驗性事實即顯現出差別對待的合理基礎；所謂刑罰平等，是指凡初犯者皆輕判，凡再犯者皆重判。然而如此的理解，已將刑罰平等原則完全相對化了。前提問題正在於，在刑罰的決定上，個人之間的經驗性差異是否可以構成差別對待的基礎。如果不能澄清此點，也可能會導出「凡屬某一種族者皆應輕判，凡屬另一種族者皆應重判」的荒謬結論。倘若對平等原則內涵停留在「相同之事件應為相同之處理，不同之事件則應為不同之處理」的表淺說法之上，並依此來理解刑罰平等原則，那麼刑罰平等原則的內涵，即不外乎是對所有經驗性差異開放的相對化平等。

相對化的平等正是絕對刑罰理論所要反對的，因為對於後者而言，真正絕對可靠的平等是絕對化的平等，亦即一種以理性主體性為支撐點的人際超驗平等。既然從經驗角度永遠是不平等的，那麼要說平等，也只能從使經驗成為可能的超驗角度，而且只有超驗的平等始能超克經驗的不平等。唯有理性主體性才是超驗的。無論一個人智商、體力、身高、衣著等究竟如何，他都是一個理性主體。當然「人是理性主體」的命題，為「所有人都是理性主體」的全稱命題，因此無論不同個人之間有多少差異，還是有一個共同之處：均為超驗理性主體。超驗理性主體性無疑是人性尊嚴與人權概念的支撐，以此提供了人際經驗差異性的合理化基礎<sup>81</sup>。如果我們說，任何人都因是理性主體而與他人處於平等地位，這也就是說，任何

---

<sup>81</sup> Luf, Freiheit und Gleichheit, 1978, S. 50.

人都因是具有人性尊嚴、享有人權者而與他人處於平等地位。因此刑罰平等原則的理由是顯而易見的：任何人犯相同的罪之所以應處以相同的刑罰，是因為所有人都毫無例外地被承認為理性主體、同樣在犯罪後具有自我回復能力，並因此同等適用罪刑相當原則。

所謂同等適用罪刑相當原則意味著，不同犯罪人間合理差別處罰的基礎只有犯罪本身。當某一犯罪人與其他犯罪人的差異是顯現在犯罪建構要素，亦即不法與罪責要素之上，才能因此科以不同的刑罰。至於預防理論所關注的刑罰敏感度，則純屬不同個人之間的經驗性差異，在刑罰的決定上不應考慮這種差異，一旦加以考慮，行為人就被視為單純可受刑罰惡害所驅動的客體。由此同時可知，刑罰平等原則是Kant客體化禁止原則的反射結果，正是因為所有犯罪人都不被當作純粹的工具，所以才會都依其所犯之罪獲得恰如其分的平等處罰。

### (三)國家刑罰原則

國家獨占刑罰權、取代私刑，儘管已有長久的歷史，但在應然層面，任何刑罰理論都必須回答的問題是，為什麼只有國家有權處罰行為人？關於此一傳統問題，本文並不打算展開各種既存說法，而僅從此處所持的絕對刑罰理論作出演繹。思考起點則是權利—犯罪—刑罰三個具有否定性關係之概念的類比。如前所述，個人權利作為一種正面之物（Positives），首先指涉個人、表彰其現實存有，其次在多數人共存的自然狀態中決定個人與他人的相互關係，最後在國家狀態中透過實證法規範被制度化，而終局地獲得確保。相對於此，犯罪作為一種負面之物（Negatives），同樣具有三個環節，首先是侵害個人權利，其次是破壞法權關係，最後是否定國家（法律）狀態。依循相類的概念發展路徑，刑罰作為犯罪之否定，可想像亦具有主體、主體際，以及國家三個環節。

就主體環節而言，刑罰在此仍是一種「觀念上」的存在。法實踐理性的運用得出，為了解消犯罪所造成的主體自我矛盾，將主體帶入犯罪之表象效力之中，剝奪其相對應之個人權利，以揭露錯誤並使其辨識錯誤。這是主體犯罪後理性自我回復程序的一環，在觀念上是絕對必要的。不過在此一環節，僅止於展露刑罰在觀念上有其絕對必要，但尚未觸及刑罰應如何被實現，也未觸及具體、現實的刑罰制度。這正和個人權利一樣，一開始說個人必然享有權利的時候，也尚未觸及個人權利要如何實現，以及如何在國家中將個人權利制度化。觀念上肯定個人權利之後，法實踐理性的運用緊接著得出，個人權利不能滯留在觀念層次，而必須獲得實現，實現方式則是個人彼此間以行為來承認歸屬於彼此的事務狀態，這意味著個人權利無法憑藉其觀念性就獲得實現，而必須透過他人的實踐行動來實現。而與權利相類地，刑罰最初作為一種觀念，同樣也要求有進一步的實現，此時仍應引入主體際的觀點：刑罰的實施必須透過他人的實踐行動。刑罰與權利不同的地方僅在於，刑罰正好是權利的相反，亦即個人權利的減損。相對於權利意謂符合權利人意願的自由，其相反的概念，作為權利之減損的刑罰，則意謂違反權利人意願的不自由。既然如此，權利即須透過他人不強制權利人而實現，而作為權利之減損的刑罰，則須透過他人強制權利人而實現；唯有如此，權利才意謂自由，權利的減損才意謂不自由。而當強制是來自於「他人」的強制，對於權利人來說才屬於強制，因為強制的意涵就在於違反權利人的意願，邏輯上一定是外來的，不可能來自於權利人自身。由以上可知，引入「由他人實施」的觀點，對於刑罰概念來說是必要的環節，若非如此，刑罰就不屬於一種強制、一種權利減損。

然而，「刑罰須由他人實施」的環節，仍然是抽象的、無特定性的，並未表示應該由「這一個人」或「那一個人」實施。尤其，

此一環節並未指定應由被害人或者代表被害人的個人或團體（家庭、氏族或部落等）來實施刑罰。被害人基於其權利主體的地位，所擁有的只是防衛權，而不是刑罰權。因為，權利的意涵在於自由支配，而此必然包括排除他人干預，所以權利必然是和強制結合的，當有他人侵害權利之時，權利人即可使用強制排除侵害，不過這並不意味著，在侵害過去之後，權利人仍能針對侵害者施以強制。尤其權利的意涵中不能分析出報復（*Rache*）的概念，無論是基於行為人與被害人分別所屬之團體間勢力均衡的考慮，或是弭平被害人及其所屬團體的不滿情緒<sup>82</sup>，都與被害人不受侵害的權利無關。因此，儘管從歷史發展的角度，刑罰的原型可能是被害人方的事後報復性措施，但在絕對刑罰理論下的純粹概念演繹過程中，並不包括「刑罰須由被害人方實施」此一環節。就此點而言，Hegel認為刑罰用以解消犯罪，首先呈現的形式係其內容為正當的報復<sup>83</sup>，即與本文的演繹過程相左。

儘管認識到刑罰須由他人實施，但還是要決定究竟應由誰實施。邏輯上可能的兩個選項是私人或私人團體以及具有公共性的國家。如果個人權利的實現，必須要從個人行動實踐的主體層次進入國家層次，那麼類比於此，刑罰的實施也必須進入國家層次。前已論及，法實踐理性認識到，由於主觀法理性的運用具有其侷限性，因此個人權利的實現不能單純依賴僅具片面性之法主體的實踐，從而必須創建關聯到所有主觀法理性的客觀法理性，此即具普遍性的國家<sup>84</sup>。此一認識同樣適用於刑罰。具體言之，假設刑罰是

---

<sup>82</sup> 應報在歷史上最原初的形式是以團體為主的私人復仇，團體的成員受到他團體侵害時將會削弱團體的勢力，因此必須透過對他團體施以同樣的侵害，來恢復彼此間的勢力均衡。參見Ebert, FS-Lackner, 1987, S. 406.

<sup>83</sup> Hegel, aaO. (Fn. 2), § 102.

<sup>84</sup> Kant, aaO. (Fn. 1), A 161/B 191.

由私人實施，那麼個別法主體儘管可以認識到刑罰應是正當的，符合罪刑相當原則與刑罰平等原則才是正當的刑罰，然而個別法主體不僅由於其認知上的侷限，也由於經驗性條件的影響，因而難以確定其所實施的刑罰是否正當。

就認知上的侷限而言，一方面私刑不能保證罪刑相當。因為，犯罪構成要素與具體刑罰的質與量之間並無邏輯上的絕對對應關係，因此個人對於罪與刑在價值上的換算，倘若未先與他人建立共同認知，即有與他人產生歧異的可能。另一方面，私刑不能保證刑罰平等。理由在於，私刑即表示實施刑罰的私人是不特定的，針對某一犯罪人處刑者是某一私人，而針對另一犯罪人處刑者可能是另一私人，在欠缺共同性及溝通可能性的情況下，要讓犯相同之罪者被處以相同的刑罰即屬困難。就經驗性條件的影響而言，儘管個別法主體是理性者，但理性者不代表不會犯錯，犯錯的原因在於受到欲望、習慣、偏好、情緒等條件影響，導致其在實施刑罰時失去自我控制，忽視以上兩個原則的理性要求。因此Hegel提到，仰賴私人的犯罪解消是一種特殊意志（*der besondere Wille*）的表現，其是否符合正義係屬偶然，為一種新的侵害，將會陷入無止境的連鎖，甚至世代相傳直到永遠<sup>85</sup>。

「防止復仇連鎖」是國家獨占刑罰權的經典論據<sup>86</sup>，其展露出對於私刑性質以及人性的負面理解。作為刑罰概念演繹中的一環，對於私刑的定性是不可或缺的，因為透過此定性始能說明過渡到國家刑罰的必要性。在理性法的脈絡下，本文的詮釋方向有異於Hegel。眾所周知，有別於Hobbes、Locke、Kant式的自然狀態不是無理性、無法權的戰爭狀態，原因在於人的理性特質及其自然權利

---

<sup>85</sup> Hegel, aaO. (Fn. 2), § 102.

<sup>86</sup> 參見謝煜偉，同註6，頁149。

隨著其現實存有而始終存在，只不過此兩者仍不足以化解可能的人際衝突，才需要進入國家狀態，因此理性特質和自然權利是國家狀態的前提而非結果<sup>87</sup>。有鑑於此，正如承認在無法狀態中人們基本上仍會友善他人一般，於此狀態中由私人所實施的刑罰也不能一概視為純粹情緒性的復仇，從而不能得出私刑必會導致不正義的結果或引發無止境的復仇連鎖。假如認為「復仇」是刑罰概念演繹的必要環節，儘管思維上很容易把握，將刑罰權集中於利維坦（Leviathan）之手的目的是抑制負面情緒擴大蔓延而導致相互毀滅，然而如此的推演，無疑又落入以人類非理性設想為前提的智性工具性運用。

國家獨占刑罰權，在絕對刑罰理論下被理解為刑罰理念現實化的必要環節。源自個別法主體有限性的刑罰正義偶然性，使得私刑仍為一種理念尚未充分開展的刑罰形態，於是法實踐理性發出從私人刑罰過渡到國家刑罰的絕對誠命。透過將刑罰權賦予既超越個別法主體、又關聯到個別法主體的國家，使主體間的歧異獲得解消與統一，進而確保相當、平等以及穩定的刑罰<sup>88</sup>。在國家狀態中，刑罰的前提、種類、範圍，及方式，由單一立法機構透過制定刑法以客觀可見的形式公諸於外，並由單一司法機構依據刑法公開宣告及執行，理性刑罰理念經由實證化被推到最終的實踐層次<sup>89</sup>。誠如

<sup>87</sup> Kersting, Kant über Recht, 2004, S. 101ff., 106ff.

<sup>88</sup> 強調刑罰亦與進入國家狀態的誠命相連結，但卻採取Hegel的報復防止論據者，參見Zaczyk, aaO. (Fn. 47), S. 219.

<sup>89</sup> 此處談論國家刑罰原則時提及的「國家」、「立法」和「司法」（法官）是理念意義上的，而不是經驗意義上的（歷史、現實意義上的），正如一般國家哲學的論述中亦僅討論國家及其分殊體制的理型。因此，有處刑適格的法官，僅指理念上必然的、犯罪人與被害人之外的第三方機制，非指那些經過實存國家之身分認證的具體個人。至於後者是否有能力或意願合於理念而處刑，則是涉及法官是否遵守義務的另一問題。

Hegel所言，「儘管法官也是人，然而法官的意志是法的普遍意志，他們不願意把任何事物本質中不存在者加入刑罰之中」<sup>90</sup>。而又如Kant所言，只有國家狀態才是有分配正義（*austeilende Gerechtigkeit*）的狀態<sup>91</sup>，透過將刑罰權交予國家，刑罰權之分配的正義最終得以完全實現。

## 五、對於批評的回應

若要強化本文的論述，回應論者對絕對刑罰理論的批判是有必要的。自從Klug於上世紀中「與Kant及Hegel道別」（*Abschied von Kant und Hegel*）<sup>92</sup>的呼籲之後，一般刑法學說完全接受絕對刑罰理論者已為數不多，頂多在兼採絕對與相對刑罰理論的前提下承認應報思想（落實於罪責原則中）的限制功能而非證立功能<sup>93</sup>。在限制功能下，預防思想並非不能決定刑罰，只是刑罰的量會受到罪刑相當原則的牽制，亦即以應報思想作為尺度原則（*Maßprinzip*）<sup>94</sup>。僅僅強調其限制功能，或許是想要緩和應報思想的效力，而能在某程度上將預防思想整合進來，尤其是在對理論基礎沒有把握的時候，採取兼容並蓄的做法似乎較為穩健。然而問題是，如果沒有證立層次，又何來限制層次？談到限制刑罰，不可能不談限制的理

<sup>90</sup> Hegel, aaO. (Fn. 2), § 102 Zusatz.

<sup>91</sup> Kant, aaO. (Fn. 1), AB 157.

<sup>92</sup> Klug, in: Baumann (Hrsg.), Programm für ein neues Strafgesetzbuch, 1968, S. 36ff. 事實上，此文著名的原因是來自於其聳動的標題而非內容。可想而知，Klug於短短6頁的論文中，要對應報理論有什麼深入批判是不太可能的，他主要是立足於特別預防理論，指摘應報理論的無目的性，以及Kant與Hegel的論證過程難以理解。

<sup>93</sup> Stree/Kinzig, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch: Kommentar, 29. Aufl., 2014, Rn. 18 vor §§ 38ff.

<sup>94</sup> Roxin, aaO. (Fn. 3), § 3 Rn. 7.

由，而限制的理由所涉及者仍然是證立刑罰的問題<sup>95</sup>。而若是證立刑罰的問題，就不可能迴避不同理論之間證立基礎的本質性歧異，以及其所導致的邏輯上不相容性。因此，在限制功能下整合應報與預防兩者的想法，最後仍是無濟於事的，並不會因此就省去了對各別理論的證立負擔。

當然可以想像的是，應報思想有難以克服的說理困難，導致一般學說常認為絕對刑罰理論欠缺可理解、可言說的目的<sup>96</sup>，而主張國家刑罰的正當性不能依附在一種與目的解離的神聖性（*zweckgelöste Majestät*）<sup>97</sup>之上，毋寧必須產生於實際的任務，這個任務一般認為在保護法益，所以為了實現此任務，不可能將刑罰概念解離於所有的社會目的<sup>98</sup>。此類看法指摘絕對刑罰理論的無目的性，其所預設的「目的」概念，如本文所揭示的，是位於人類工具理性能力層次的目的，但絕對刑罰理論的意義與作用正好不是來自工具理性層次，毋寧是使工具理性運用成為可能的絕對理性層次，因此以上指摘顯然是未突破相對性思維所致。除此之外，指稱絕對刑罰理論欠缺社會現實意涵，也是一種誤解。絕對刑罰理論所欲實現者，絕不是與社會現實無關的抽象正義觀，而是一種社會組織原則，在其中社會性即為無數個法主體之間法權關係的集合，透過個人在與他人現實交往中的理性實踐行動而被成就。反而以刑罰強制來實現恣意設定的「社會目的」，才是一種以區分和排除為其

<sup>95</sup> 參見黃榮堅，同註7，頁17。

<sup>96</sup> 有此誤解傾向者比如Naucke, *Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts*, 2000, S. 100f.; Hörnle, *Straftheorien*, 2011, S. 16; Hörnle, in: von Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), *Strafe – Warum?*, 2011, S. 28; von Hirsch, in: Neumann/Prittwitz (Hrsg.), *Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts*, 2005, S. 59.

<sup>97</sup> 用語參見Maurach, *Strafrecht AT*, S. 77.

<sup>98</sup> Roxin, aaO. (Fn. 3), § 3 Rn. 8.

結果的、摧毀法權關係的權力運作。

持工具性刑罰理論者之所以拒斥絕對刑罰理論，有時是來自於對其根本哲學立場的誤解。比如Roxin即主張，「國家作為一種人類的建置，不但沒有能力也沒有資格實現形上學式的正義。公民的意志賦予國家確保人類在和平與自由中共存的任務；國家被侷限在此一任務之中。自從國家的權力不再來自上帝，而是來自人民之後，人們可以透過施加另一個惡害（刑罰的苦痛）來衡平或解消一個惡害（犯罪行為）的想法，只有在一種國家不可強制人們接受的信念下才能被接受。」<sup>99</sup>針對此一見解，有兩點可以表達。首先，絕不能將絕對刑罰理論與「君權神授說」劃上等號。當然將這兩者同等視之的緣由，或許是認為它們的來源都有某程度上的神秘與不可知。形上學研究的對象固然是感官上不可經驗的對象<sup>100</sup>，然而這並不意味著，德意志觀念論中的形上學是一種任意肯定諸如上帝等超出感官可經驗之對象存在的超越（transzendent）形上學。事實上，Kant式的形上學為超驗的（transzendental），旨在研究於所有主觀經驗之前存在的、使認識和實踐成為可能的條件<sup>101</sup>。而人類的理性正屬於這種條件。正如本文論述所表明的，法與國家的建構涉及了人類的實踐領域，這根本無關於上帝的意志，而是植基於人類的（實踐）理性<sup>102</sup>。依此，若一定要說實現形上學式的正義，那麼絕不是實現上帝的正義，而是人類的正義。因此Roxin的

<sup>99</sup> Roxin, aaO. (Fn. 3), § 3 Rn. 8. 相似見解參見Hassemer, *Strafrecht, Prävention, Vergeltung*, ZIS 7/2006, S. 268f.; Neumann, FS-Jakobs, 2007, S. 449.

<sup>100</sup> 參見Robert Audi（編），林正弘（主編與翻譯），*劍橋哲學辭典*，頁765，2002年7月。

<sup>101</sup> Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft*, 1968, A VII, XIII; ders., aaO. (Fn. 17), BA V, VI.

<sup>102</sup> Höffe, aaO. (Fn. 80), S. 367.

說法，顯然欠缺對德意志觀念論的最低限度理解。其次，既然言及國家的任務在於確保人類在自由中的和平共存，就不得不為人的存有找到觀念上的絕對支撐，才能實現所有人在自由下的共存，否則邏輯上只可能是部分人宰制下的共存。超驗的理性主體性正是這種觀念上的絕對支撐，它讓所有經驗上有無數差異的生物學上人類都成為具有人性尊嚴的法權人（法人格體，*Rechtsperson*），並因此同樣地享有自由且居於平等地位，而這無疑是國家及法秩序的前提而非結果<sup>103</sup>。儘管Roxin也強調人的自由，並認為確保自由實現屬於國家核心任務，但卻未認知到自由為超驗主體性的具體化，以致於其自由概念純屬一種經驗的、附條件的，是被動地為國家作為主權者的決斷所賦予，而非國家的設置前提。

針對本文的基本立場可能還會有一種質疑：為什麼回復法權關係必須透過刑罰<sup>104</sup>？如果法權關係是行為人和被害人之間的關係，那麼為何要求行為人除去實質損害或補償被害人，對於回復法權關係而言還不充分，仍需要無法治癒被害人傷口、卻給行為人帶來苦痛的刑罰<sup>105</sup>？而且，儘管被破壞的法權關係有回復的必要性，但這只表示需要有一個對法權侵害的回應，而不表示這個回應須表現為施加惡害的形式，若以損害賠償的形式有何不可<sup>106</sup>？此一問題關係到損害賠償和刑罰的關係對象與相互替代可能。一個較為概括的回答是，損害賠償所涉及的是平復具體被害人的實質損害，而刑罰所涉及的則是將具體被害人的狀態包括在內、但又超越

<sup>103</sup> 觀念參見Zaczyk, *Demokratieprinzip und Strafbegründung. Eine Erwiderung auf Klaus Ferdinand Gärditz, Der Staat* 50, 2011, S. 297.

<sup>104</sup> Pawlik, *Person, Subjekt, Bürger: Zur Legitimation von Strafe*, 2004, S. 70ff.; Hörnle, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, S. 104f.

<sup>105</sup> Pawlik, aaO., S. 73.

<sup>106</sup> Hörnle, aaO. (Fn. 104), S. 105.

於此的對象<sup>107</sup>。行為人侵害被害人的權利，除了透過其行止所引發的現實作用改變具體被害人的狀態，因而侵害具體被害人的權利之外，還有一層意義，即是透過其行為主張「可侵害他人權利」的錯誤行為準則，否定了「應尊重他人權利」的一般正確行為原則。具體言之，某甲侵害某乙權利，不但在主張某甲可以侵害某乙，同時在主張人可以侵害他人。如前所述，一個可侵害他人權利的主張，無論在行為人的角度或是在人際的角度，都產生了普遍化的傾向與表象，而這與犯罪所造成的被害人實質損害是兩回事。法權關係固然是具體個人之間的權利義務關係，但其中卻蘊含超個人的意義，從而法權關係的建構與破壞，同樣亦具有超越私人間衝突的意義。儘管平復被害人的實質損害端賴損害賠償制度，但損害賠償制度卻無力解消錯誤行為準則的普遍化傾向與表象，此唯有透過刑罰制度才能處理，解消作用則是產生於將行為人所踐行之錯誤行為準則回轉適用於行為人自身，使行為人確實認知其錯誤而能理性自我回復，重新實踐可普遍化的正確行為原則，正確地建構法權關係。

<sup>107</sup> 觀念參見Pawlik, aaO. (Fn. 104), S. 88. 值得注意的是，Pawlik主張刑事不法關係到市民對於共同體的義務，因此並非私人間事務，藉此即可得出刑罰有別於損害賠償的意義與必要。詳言之，Pawlik認為在一個實現自由的法秩序中，對於共同體的法忠誠義務是享有自由的成本，因而是每個市民的首要義務（Primärverpflichtung），而由此首要義務可以導出次要義務（Sekundärverpflichtung）：市民必須透過自己付出成本來證實「享有自由」與「履行法忠誠義務」之間的不可解消性，此一證實方式，即是在市民破壞法忠誠義務的時候，剝奪其一部分的個人自由，這就是所謂的刑罰。以上參見Pawlik, aaO. (Fn. 104), S. 90ff. 本文認為，儘管Pawlik透過對Hegel法理論的詮釋，建立了堅實的刑事不法理論，但在刑罰意義的論述上仍稍嫌薄弱，有直接跳躍至Hegel式結論的嫌疑。對於刑法義務的違反，的確必須證實其無效，然而問題就剛好在於：為什麼要以處罰犯罪人的方法證實其無效？亦即，所謂次要義務的實現，為何要以剝奪犯罪人部分行動自由的方式為之？這個問題是Pawlik沒有確實回答的，也因而無法充分說明罪刑相當的必要性。

若以Hegel的概念和用語來說，犯罪同時否定了特殊意志（*der besondere Wille*）以及普遍意志（*der allgemeine Wille*），前者表現為損害歸屬於被害人所有之物；後者則表現為行為人踐行其基於負面地無限的判斷（*negativ unendlicher Urteil*）而建立的不法準則所產生的效力表象（*Geltungsschein*），此兩者分別導出損害賠償制度和刑罰制度的必要性<sup>108</sup>。由上述可知，損害賠償與刑罰分別涉及法權關係破壞的個人意義與超個人意義，由於指涉對象不同，所以不但其彼此之間無可替代性<sup>109</sup>，而且對於法權關係的回復而言，單純賠償被害人的損害並不充分，還需要減損行為人權利的刑罰。

### 參、結論與展望

以上關於絕對刑罰理論的論證，展示出一個將人當作主體的刑罰觀。絕對刑罰理論並非如同一般所理解是無目的、無作用，甚至無意義的。只不過，此處的目的、作用，和意義，不是從外於主體的角度去找尋，因為如此行為人的主體性將會解消在他人所設定的目的—手段關係中。如果瞭解理性是主體性的絕對支撐，那麼只有

---

<sup>108</sup> 參見 *Kluszczewski, Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft: eine systematische Analyse des Verbrechens- und des Strafbegriffs in Hegels Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1991, S. 233f.*

<sup>109</sup> 一般所稱的「刑法最後手段性」概念，主張刑罰相對於損害賠償或行政罰等法律效果處於最後順位，其實預設了不同種類法律效果之間對於同一目的的實現具有相互可替代性，而若要說有相互可替代性，又以不同種類法律效果具有同一作用為前提，而僅有強度上的區別。既然認為各種法律效果皆為「手段」，就表示損害賠償、行政罰、刑罰三者皆呈現為創造行為人違法之反對動機、驅動行為人遵守規範的惡害。如此的理解，固然是本於相對性邏輯，但也因此無視於不同法律領域的任務歧異。

在理性層次確立的刑罰意義，才能始終維持主體性的存續。尤其，正當的刑法，是多數主體之間的法權關係，因此主體性並非刑法所賦予，反而主體性是刑法的前提。因此，只有以理性主體性為證立基點、從而不會解消主體性以及法權關係的刑罰，始為正當的刑罰。正當的刑罰，意義在於對犯罪作為刑法之否定的再否定，而其作用在於使行為人所主張「否認他人權利」之錯誤行為準則的效力擴及行為人自身，同樣地減損其個人權利，以揭露其錯誤而使錯誤可辨識，一方面行為人藉此獲得理性自我回復的前提，得以解消自我矛盾而重新正確地建構法權關係；另一方面確認他人原先所抱持之正確行為原則的有效性，最後基此恢復實證刑法規範的效力。

在本文所建立絕對刑罰理論的基礎上，可以對未來的相關研究方向提出展望：首先，絕對刑罰理論可以導出一種「犯罪論取向的刑罰裁量理論」。刑罰既然是將犯罪之效力回轉至行為人自身，那麼犯罪行為即為刑罰的基礎，兩者之間必須有對應關係。若是如此，量刑要素就應該被侷限於建構犯罪行為的要素。具體言之，犯罪是不法且有責的行為，決定刑罰者只能是不法要素及罪責要素。但刑法第五十七條之中以及之外的哪些具體情狀，可以表現何種不法要素及罪責要素，則是必須進一步研究的問題。其次，絕對刑罰理論也可妥善說明死刑正當性問題。相對於Kant與Hegel於文本中明確肯定死刑的主張，在本文的系統性論述下顯然會導出否定立場。因為，既然絕對刑罰理論中的刑罰，是以人的主體性以及附著於主體性的理性自我回復程序作為前提，那麼刑罰的結果，就不可能將這個前提除去，否則就會進入工具性刑罰理論的邏輯。當然，以上兩個問題都相當複雜，需要另闢專文處理，但無論如何，本文關於絕對刑罰理論的論述，已提供了接續研究的堅實基礎。

## 參考文獻

### 一、中文

1. Robert Audi (編), 林正弘 (主編與翻譯), 劍橋哲學辭典, 2002年7月。
2. 王皇玉, 論刑罰的目的, 載: 刑罰與社會規訓: 台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變, 頁3-32, 2009年4月。
3. 王效文, 國際刑法之保護法益與刑罰目的, 成大法學, 15期, 頁1-34, 2008年6月。
4. 林山田, 論刑罰之意義與目的(上), 軍法專刊, 21卷8期, 頁8-24, 1975年8月。
5. 林山田, 刑法通論(上冊), 10版, 2008年1月。
6. 林山田, 刑法通論(下冊), 10版, 2008年1月。
7. 林東茂, 刑事政策與自由主義, 載: 一個知識論上的刑法學思考, 頁359-382, 3版, 2007年10月。
8. 林鈺雄, 新刑法總則, 5版, 2016年9月。
9. 周漾沂, 從實質法概念重新定義法益: 以法主體性論述為基礎, 國立臺灣大學法學論叢, 41卷3期, 頁981-1053, 2012年9月。
10. 柯耀程, 重刑化犯罪抗治構想的隱憂與省思, 載: 變動中的刑法思想, 頁487-516, 2版, 2001年9月。
11. 張麗卿, 刑罰理論與精神疾病犯罪人的處遇, 國立臺灣大學法學論叢, 22卷1期, 頁257-278, 1992年12月。
12. 許家馨, 應報即復仇?——當代應報理論及其對死刑之意涵初探, 中研院法學期刊, 15期, 頁207-282, 2014年9月。
13. 黃榮堅, 確認量刑的實質課題, 台灣本土法學雜誌, 57期, 頁1-3, 2004年4月。
14. 黃榮堅, 基礎刑法學(上), 4版, 2012年3月。
15. 楊植勝, 辯證法與現象學——黑格爾《精神現象學》的方法論問題, 臺大哲學論評, 45期, 頁61-106, 2013年3月。

16. 劉幸義，論刑罰之目的——由刑法理論、語意學與哲學角度觀察，月旦法學雜誌，192期，頁156-165，2011年5月。
17. 劉創馥，康德超驗哲學的自我認知問題，臺大哲學論評，35期，頁37-82，2008年3月。
18. 劉創馥，全無預設的哲學？——論胡賽爾與黑格爾，東吳哲學學報，18期，頁57-93，2008年8月。
18. 劉創馥，黑格爾新釋，2014年12月。
19. 謝煜偉，重新檢視死刑的應報意義，中研院法學期刊，15期，頁139-206，2014年9月。

## 二、外 文

1. Ebert, Udo, Talion und Spiegelung im Strafrecht, in: Küper, Wilfried/Puppe, Ingeborg/Tenckhoff, Jörg (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag, 1987, S. 399ff.
2. Enderlein, Wolfgang, Die Begründung der Strafe bei Kant, Kant - Studien 76, 1985, S. 303ff.
3. Feuerbach, Paul Johann Anselm von, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 1847.
4. Freund, Georg, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, 2. Aufl., 2011, vor §§ 13ff.
5. Freund, Georg, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 2008.
6. Hassemer, Winfried, Strafrecht, Prävention, Vergeltung, ZIS 7/2006, S. 266ff.
7. Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1986.
8. Heinrich, Bernd, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2012.
9. Hirsch, Andrew von, Die Existenz der Institution Strafe: Tadel und Prävention als Element einer Rechtfertigung, in: Neumann, Ulfrid/Prittowitz, Cornelius (Hrsg.), Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts, 2005, S. 57ff.
10. Höffe, Otfried, Kants Begründung des Rechtszwangs und der Kriminalstrafe, in: Brandt, Reinhard (Hrsg.), Rechtsphilosophie der Aufklärung, 1982, S. 335ff.

11. Höffe, *Otfried*, Kategorische Rechtsprinzipien, 1994.
12. Höffe, *Otfried*, Immanuel Kant, 6. Aufl., 2004.
13. Hörnle, *Tatjana*, Tatproportionale Strafzumessung, 1999.
14. Hörnle, *Tatjana*, Gegenwärtige Strafbegründungstheorien: Die herkömmliche deutsche Diskussion, in: *von Hirsch, Andreas/Neumann, Ulfrid/Seelmann, Kurt* (Hrsg.), Strafe – Warum?, 2011, S. 11ff.
15. Hörnle, *Tatjana*, Straftheorien, 2011.
16. Jakobs, *Günther*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991.
17. Jakobs, *Günther*, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, 2004.
18. Jescheck, *Hans-Heinrich/Weigend, Thomas*, Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996.
19. Kahlo, *Michael*, „Die Weisheit der absoluten Theorien“, in: *Neumann, Ulfrid/Herzog, Felix* (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer, 2010, S. 383ff.
20. Kant, *Immanuel*, Reflexionen zur Moralphilosophie. Handschriftlicher Nachlaß, 1934.
21. Kant, *Immanuel*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 1968.
22. Kant, *Immanuel*, Kritik der praktischen Vernunft, 1968.
23. Kant, *Immanuel*, Kritik der reinen Vernunft, 1968.
24. Kant, *Immanuel*, Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft, 1968.
25. Kant, *Immanuel*, Die Metaphysik der Sitten, Rechtslehre, 1971.
26. Kersting, *Wolfgang*, Kant über Recht, 2004.
27. Kluszczewski, *Diethelm*, Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft: eine systematische Analyse des Verbrechens- und des Strafbegriffs in Hegels Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1991.
28. Klug, *Ulrich*, Abschied von Kant und Hegel, in: *Baumann, Jürgen* (Hrsg.), Programm für ein neues Strafgesetzbuch, 1968, S. 36ff.
29. Köhler, *Michael*, Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung, 1983.
30. Köhler, *Michael*, Der Begriff der Strafe, 1986.
31. Köhler, *Michael*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997.

32. *Koriath, Heinz*, Zur Streit um die positive Generalprävention – Eine Skizze, in: *Radtke, Henning/Müller, Egon/Britz, Guido/Koriath, Heinz/Müller-Dietz, Heinz* (Hrsg.), *Muss Strafe sein?*, 2004, S. 49ff.
33. *Luf, Gerhard*, *Freiheit und Gleichheit*, 1978.
34. *Maurach, Reinhart*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., 1971.
35. *Meier, Bernd-Dieter*, *Strafrechtliche Sanktionen*, 4. Aufl., 2014.
36. *Mohr, Georg*, „nur weil er verbrochen hat“ – Menschenwürde und Vergeltung in Kants Strafrechtsphilosophie, in: *Klemme, Heiner* (Hrsg.), *Kant und die Zukunft der europäischen Aufklärung*, 2009, S. 469ff.
37. *Naucke, Wolfgang*, *Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts*, 2000.
38. *Neumann, Ulfrid/Schroth, Ulrich*, *Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe*, 1980.
39. *Neumann, Ulfrid*, *Institution, Zweck und Funktion staatlicher Strafe*, in: *Pawlik, Michael/Zaczyk, Rainer* (Hrsg.), *Festschrift für Günther Jakobs*, 2007, S. 435ff.
40. *Neumann, Ulfrid*, *Anfragen an Hegels Strafrecht aus „nachmetaphysischer“ Sicht*, in: *von Hirsch, Andreas/Neumann, Ulfrid/Seelmann, Kurt* (Hrsg.), *Strafe – Warum?*, 2011, S. 159ff.
41. *Pawlik, Michael*, *Person, Subjekt, Bürger: Zur Legitimation von Strafe*, 2004.
42. *Rengier, Rudolf*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., 2013.
43. *Roxin, Claus*, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Aufl., 2006.
44. *Schmitz, Heinz-Gerd*, *Zur Legitimität der Kriminalstrafe. Philosophische Erörterungen*, 2001.
45. *Seelmann, Kurt*, *Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion*, 1995.
46. *Seelmann, Kurt*, *Hegels Strafrechtstheorien*, in: *von Hirsch, Andreas/Neumann, Ulfrid/Seelmann, Kurt* (Hrsg.), *Strafe – Warum?*, 2011, S. 79ff.
47. *Stree, Walter/Kinzig, Jörg*, in: *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch: Kommentar*, 29. Aufl., 2014, vor §§ 38ff.
48. *Walter, Tonio*, *Vergeltung als Strafzweck. Prävention und Resozialisierung als*

Pflichten der Kriminalpolitik, ZIS 7/2011, S. 636ff.

49. *Zaczyk, Rainer*, Staat und Strafe – Bemerkungen zum sogenannten „Inselbeispiel“ in Kants Metaphysik der Sitten, in: *Landwehr, Götz* (Hrsg.), Freiheit, Gleichheit, Selbständigkeit – Zur Aktualität der Rechtsphilosophie Kants für die Gerechtigkeit in der modernen Gesellschaft, 1999, S. 73ff.
50. *Zaczyk, Rainer*, Zur Begründung der Gerechtigkeit menschlichen Strafens, in: *Arnold, Jörg/Burkhardt, Björn/Gropp, Walter/Heine, Günter/Koch, Hans-Georg/Lagodny, Otto/Perron, Walter/Walther, Susanne* (Hrsg.), Menschengerechtes Strafrecht: Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 207ff.
51. *Zaczyk, Rainer*, Demokratieprinzip und Strafbegründung. Eine Erwiderung auf Klaus Ferdinand Gärditz, *Der Staat* 50, 2011, S. 295ff.
52. *Zaczyk, Rainer*, Kritische Bemerkungen zum Begriff der Verhaltensnorm, *GA* 2014, S. 73ff.

# **Punishment as Self-purpose: Establishing Absolute Theory of Criminal Law**

Yang-Yi Chou<sup>\*</sup>

## **Abstract**

The purpose of this article is to establish the absolute theory of criminal law on the premise of German idealism. According to the absolute theory, the meaning of punishment is to negate an offender's negation of the criminal law. The function of punishment is to apply the offender's rule, which asserts that the right of others could be deprived, to himself/herself. By punishment, the offender can be aware of his wrongdoing and therefore correct his/her behavior by virtue of reason. In addition, other people can recognize the validity of the principle of right conduct. As a result, the validity of criminal law can be restituted.

**Keywords:** Crime, Punishment, Purpose of Punishment, Absolute Theory of Criminal Law, Retribution, Prevention

---

\* Associate Professor of Law, College of Law, National Taiwan University; Ph.D. in Law, Bonn University, Germany.

Received: March 26, 2015; accepted: December 17, 2015