



應報作為刑罰的正當性基礎*

廖 宜 寧**

要 目

- | | |
|---|-------------------------------|
| 壹、前 言 | 三、小 結 |
| 貳、「預防」作為刑罰目的：對預防
思維之綜合檢討 | 參、解析應報刑罰理論：刑罰正當性
作為目的 |
| 一、「放棄一切應報」：預防作為
刑法唯一正當目的？ | 一、「非預防」刑罰理論的論題化
價值 |
| (一)從刑罰目的到預防目的的概念
轉換 | (一)欠缺目的性的「絕對」刑罰
理論？ |
| (二)效益不明的手段目的關係 | (二)應報——過於陳腐的思想？ |
| (三)預防目的的絕對正當性基礎？ | 二、應報理論的當代詮釋版本——
以我國學說見解為核心 |
| 二、刑罰目的與基本權干預界線之
割裂論證 | (一)由個別理性主體出發的應報理論 |
| (一)兩種面向的正當性基礎——罪
責原則僅作為限制刑罰的功能性
要素？ | (二)由古典哲學正義概念出發的
應報理論 |
| (二)刑罰目的與刑罰正當性應當統一 | (三)與個人溝通並尋求贖罪的應報
理論 |

DOI : 10.53106/102398202025030180003

* 本文為國科會補助計畫「由應報理論下的行為非價概念建構危險犯的刑法基礎」（計畫編號：NSTC 111-2410-H-007-008-MY2）期中研究成果之一部。

** 國立政治大學法律學系助理教授，德國弗萊堡大學博士。

投稿日期：一一二年八月十八日；接受刊登日期：一一三年七月三十一日

責任校對：張碧霞



- | | |
|-------------------------------------|---------------------------|
| ④從社會整體責任出發的應報理論 | 二、從個體到公民——國家與刑罰 |
| 三、小 結 | (一)刑罰乃是作為自由客觀真實性 |
| 肆、重新建構應報理論的內涵 | 之國家對於公民義務違反的制度性回應 |
| 一、Hegel的整體式法理念 | (二)為什麼是刑罰？——規範、犯罪與刑罰的辯證關係 |
| (一)從抽象到實體，從永恆到永恆的運動——與外在對象同時建立的主體概念 | 三、小結：證立整合性應報理論 |
| (二)《法哲學原理》當中的法概念環節 | 伍、結 論 |



摘 要

本文旨在建構應報理論的正當性基礎，以一元化的論證模式，同時證立刑罰目的與刑罰正當性，兼及我國不同應報理論學說的關懷與思維並予以整合。

應報觀點的核心在於，國家有必要用刑罰回應一個與其價值程度相對應、出自主體意志決定的犯罪行為。應報理論之證立，因而必須先肯定個人的主體性，論證國家與主體負擔的義務關聯性，並說明現實上刑罰與犯罪的對應合理性。本文主張，個人作為公民，理念上與國家相互承認，並由此獲致主體地位；個別主體的自由須在國家內實現，現實上的自由依存於體制化了的，與其他主體共同維繫的行為秩序框架，公民因而對此一自由秩序的持續實踐負有義務。犯罪行為即是對此義務的違反，行為人透過行為，體現出對現行規範秩序的重大否定立場，而代表著整體法秩序的國家，則應在現實上以一個同等嚴厲的客觀措施回應。透過這個「對否定的否定」，原初規範的普遍性與有效性得以在現實上真正獲得確證。

關鍵詞：應報、預防、刑罰、自由、罪責原則



壹、前言

刑罰理論是一切刑法釋義學的起點，也是一切刑事立法論的前提條件。刑法釋義學要處理的問題，涉及特定刑法規範內容（構成要件）應該如何解釋，以及應該在何種範圍內對特定行為予以適用；而刑事立法論則是要回答，何種刑法規範內容應該（或不應該）被訂立出來，且成為具有刑罰制裁效果的行為準則。在回應這兩種層面的問題時，事實上已經隱含了回應者對於更上一層提問，也就是「刑罰的意義與目的為何？」與「為什麼必須動用刑罰制裁？」所持的基本態度。換句話說，當刑法解釋者與適用者在思考刑法規範「應該」如何適用與「應該」如何制訂的時候，必然已經站在特定的價值立場之上，從這個價值立場出發，將形成一套對於刑法意義的理解，並基於這個理解來解釋規範，或批判既有規範並推動規範的改變。一旦論者在論證過程中，使用了建議性或批判性的應然語句，並且不是單純訴諸個人的情緒與偏好，而是試圖為其主張提出具有說服力的理由時，就涉及到一個令刑罰的施加成為正當的理據，即刑罰的證成或證立（*Begründung*）問題。針對刑罰證成的探討，正是刑罰理論的關注核心。

建立一套邏輯上一貫的刑罰理論，對釋義學與立法論而言都相當重要。在釋義學上，刑罰理論是解釋個別構成要件時依循的方向；在立法論上，刑罰理論不但是既有刑罰強制力的正當性基礎，也蘊含著針對現行法，甚至修法提案的批判性力量，更是整部刑法乃至國家刑罰政策背後的導引——蓋若修法目標與上位刑罰目的不符，即應調整或放棄。當社會體制與人際交往關係快速變遷，法律系統面臨改動原有規範或訂定新規範的壓力，刑罰理論不僅是刑罰運用的內在界線，因而作為立法活動背後的尺度發揮功能，更在理論層次承擔起系統性地整合新規範與舊有規範的任務，使個別條文



符合體系性解釋要求。

近年來，因應所謂「新型犯罪」的規範討論層見迭出，已獨立設置刑法條文者，如跟蹤騷擾罪、利用深偽技術散布性影像罪，以及數量龐大、益趨分殊化的各類金融／經濟犯罪與環境、公共衛生犯罪；雖未立法但引發各界議論者，如法人刑事責任、自駕車肇事、虛擬世界（元宇宙）中的侵害等。若要將這些外在社會現象轉化為立法原因，並由此論證刑罰的正當性，除了「社會強烈關注」、「避免社會不安」等純粹來自多數個體主觀情緒上的緣由¹，也勢必要以特定的刑罰理論為起點，在客觀上證成個別規範的合理性。

本文將檢討當前學說上針對刑罰根據所提出的不同主張，嘗試論證：由Kant、Hegel所奠基的應報理念，即使在今日亦尚未完全過時，而仍存在著為其賦予現代刑罰意義的可能性，且有著要求國家尊重主體自由及確保平等正義的理論建構潛力。從此一意義下的應報思維出發，必須一方面讓刑罰的施加正當化，另一方面相容於今日我國所採之民主憲政國家體制——更確切而言，是要相容於此一體制本身存立的基礎。據此，將來針對一切犯罪構成要件的解釋適用，還有針對一切可能的入罪／除罪立法活動，都應該以此理論基礎為本。

¹ 實則，倘若將社會關注度或社會不安感拿來當作動用刑罰的理由，背後也必然代表著一種關於刑罰理論的價值立場，那就是「法秩序內諸成員的情緒，必須以刑罰作為回應」（參陳嘉銘，人們尋求以惡還惡，若非如此即是奴隸，中研院法學期刊，17期，頁318-322，2015年9月）。經過再一次的詮釋，這些情緒也會在刑罰理論中找到更具體的定位點。總之，只要不放棄刑法釋義學，且對刑事立法還具備最低限度的說理要求，刑罰理論就是永遠繞不開的問題。



貳、「預防」作為刑罰目的：對預防思維之綜合檢討

當代常見的刑罰理論觀點²，大致上均發源於18世紀，逐漸分化、發展為目前眾所熟知的幾個主要派別，略分為應報理論與預防理論兩大分支，後者再區分為特別預防理論、消極一般預防理論與積極一般預防理論，至於位居主流意見者，則是最終宣稱兼納應報理論與預防理論內涵的統合理論³。其中，應報理論又常被稱為絕對刑罰理論，預防理論則被稱為相對刑罰理論⁴。而統合理論因以預防作為最終目的，也屬於相對刑罰理論⁵。

在此宜先說明，在一般性的介紹裡，無論是應報理論、預防理論還是統合理論，都只是一個泛稱，隨著論證方式與偏重角度的不同，各理論之下均可再細分為不同派別，甚至某一理論究屬應報理

² 關於各理論介紹參 *Roxin/Greco*, *Strafrecht AT*, § 3 (S. 118ff.); *Stratenwerth/Kuhlen*, *Strafrecht AT*, § 1 Rn. 3-36. 中文文獻參林鈺雄，新刑法總則，頁13-19，2022年9月，10版；王效文，世界和平與國際社會法意識之形塑：論國際刑法之保護法益與刑罰目的，載：全球化、正義與人權，頁235-238，2009年7月；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；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3-30，2009年4月；陳志龍，刑法目的與預防理論，國立臺灣大學法學論叢，23卷1期，頁120-151，1993年12月；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。

³ BVerGE 45, 187 (253f.); 64, 261 (271); *Jeschek/Weigend*, *Lehrbuch des Strafrechts AT*, 5. Aufl., 1996, S. 75ff.

⁴ 德國學者Hörnle認為這樣的區分方式並不妥當，而建議改採表達性質的刑罰理論與溝通性質的刑罰理論作區分，參Hörnle, *Straftheorien*, 2. Aufl., 2017, S. 4. 中文翻譯參Tatjana Hörnle著，鍾宏彬、李立瑋合譯，刑罰理論，刑事法雜誌，57卷5期，頁111-160，2013年10月。

⁵ *Roxin/Greco*, aaO. (Fn. 2), § 3 Rn. 37.



論抑或是預防理論，在不同學者的詮釋下亦可能出現分歧⁶。為使重點集中，本章不擬一一介紹個別理論的內涵，僅針對這些理論以「預防」作為刑法目的的共同思維模式進行綜合檢討。

一、「放棄一切應報」：預防作為刑法唯一正當目的？

(一)從刑罰目的到預防目的的概念轉換

如上所述，預防理論一般被稱之為相對刑罰理論。所謂「相對」，意指依其理論內涵，刑罰並非最終目的或是自我目的，而是一種工具或手段，服務於刑罰以外的另一個目的：預防。

雖則目前主流學說大都主張兼採複數的刑罰目的，不過統合理論重要代表論者Claus Roxin則清晰且明確地表示，刑罰目的只有一個，那就是預防⁷。亦即，Roxin主張的統合理論，事實上並不包含應報理論的內容⁸。所謂的統合，僅僅是指不同預防目的間的結

⁶ 例如Hörnle即將下文放在應報理論中探討的Pawlik觀點視為一種獨立的刑罰理論，參Hörnle, aaO. (Fn. 4), S. 55.

⁷ 以下對Roxin見解的闡述，將以其刑法總則教科書為準，亦一併參照Roxin後輩Luís Greco與再傳弟子Hörnle對統合理論諸論點的補充介紹。之所以在此主要參考Roxin的見解，原因是Roxin以相當篇幅闡述其理論內涵，可謂預防理論集大成者；無論是德國或是我國學說，主張預防作為刑罰目的者，均無法忽略Roxin的觀點。作為法繼受國，我國刑罰理論受德國影響深遠，預防理論亦為多數學說見解所採（參前註2），而究其論述，也幾乎為Roxin、Greco與Hörnle對刑罰目的的闡釋所涵蓋。因此，雖則本文對話的對象仍為我國學說，但為使討論內容更加具體細緻，Roxin的主張仍具有重要意義。

⁸ 對Roxin而言並不存在一個應報目的所獨有的刑罰功能。他主張，一般被視為只有透過應報理論才能處理的「無危險犯罪人」（最典型的例子，就是在21世紀是否及應如何用刑罰評價一個已屆風燭殘年，且再無對社會造成任何危險性的前納粹份子）之可罰性問題，事實上在一般預防目的下仍有其意義，因為行為人不履行規範的行為，將嚴重動搖普遍的法確信，無論由消極一般預防或積極一般預防的觀點來看，刑罰都有介入必要；若此類謀殺不受處



合。至於應報，則完全不屬於Roxin肯認的刑罰目的。Roxin在其教科書中明文昭示，要「放棄一切應報」（*Verzicht auf jede Vergeltung*）⁹。從而，更確切地說，其主張者乃是「預防性的統合理論」（*die präventive Vereinigungstheorie*）¹⁰。

Roxin認為，只有基於以下前提，刑罰規範才具備正當性：以保護個體自由為目標，且以保護一個服務於該目標之社會規則為目的¹¹。鑑於刑事司法系統在本質上內含對所有個人自由的重大危險與不利益，故刑罰必須要能對所有人——即社群——論證刑罰存在所能帶來的具體益處，而這個益處就來自於刑罰的預防犯罪功能¹²。對此說法的白話解釋是，提出預防作為目的，較容易說服一般國民接受刑罰的存在。既然刑罰有可能威脅其基本權、又要花費大筆稅金維持其運作，那麼要讓民眾心甘情願地接受它，最有效、最能說服人的方式，就是說出刑罰的存在能為人民帶來什麼樣的「好處」。

從以上看法，可以歸納出兩個論點：其一，刑罰必須要服務於特定目的；其二，只有預防是具有正當性的刑罰目的。

然而，以上論點似乎已經夾雜了概念轉換後的理解。「何以必

罰，將令其他無再犯危險的行為人要求同樣不罰的平等待遇，而這勢必導致殺戮禁令的有效性及其預防效果被大幅相對化（*Roxin/Greco, aaO. (Fn. 2), § 3 Rn. 44*）。換句話說，無再犯危險的行為人之所以仍須受處罰，並非出於應報理論下的正義、衡平或是其他將罪刑關係絕對化的主張，而是來自預防犯罪、維持法秩序穩定的目的性需求，刑罰則是滿足此一需求的手段（*Roxin/Greco, aaO. (Fn. 2), § 3 Rn. 45*）。

⁹ *Roxin/Greco, aaO. (Fn. 2), § 3 Rn. 44. Vgl. auch Lüderssen, Abschaffen des Strafsens?, 1995. S. 9.*

¹⁰ *Roxin/Greco, aaO. (Fn. 2), § 3 Rn. 37.*

¹¹ *Roxin/Greco, aaO. (Fn. 2), § 3 Rn. 37.*

¹² *Roxin/Greco, aaO. (Fn. 2), § 3 Rn. 37.*



須要有刑罰？」確實是刑罰理論的最終問題，也是所有刑罰理論必須解釋的重心。但是，「為何必須是刑罰」與「刑罰目的為何」其實是兩個問題。詳言之，所謂的刑罰目的，是一種相當模糊的說法，可以理解為刑罰發動的原因、可以理解為刑罰的正當性、也可以理解為刑罰的功能；可以是描述性的、也可以是規範性的。刑法與刑罰乃是專屬於人類社會的體制，受人類意志左右，而人類意志——無論是表面上或實質上——必然對應到特定目的，此一目的也就是刑罰形成的理據（*Begründung*）。與其說「刑罰必須服務於特定目的」，毋寧說刑罰之設立「必然已經有其目的」。從這一點上看，向來被批判為欠缺目的設定之「絕對刑罰理論」（應報理論），也必然有其目的，只是後者設定的目的與預防理論不同而已¹³。關於後者的目的，將在後面詳述。

在預防理論下，預防犯罪自然是刑罰的目的；不過，假如預防理論進一步要用預防來回應「何以必須是刑罰」的問題，那麼就表示，其主張者不僅是「可以」將預防設定為刑罰目的，而是「只有」預防才構成刑罰的唯一合理目的。換言之，是主張以預防作為證立刑罰正當性的唯一理據。此一主張在兩個面向上需要被更精確地闡明：其一是手段與目的之間的適當連結，也就是刑罰是否為達成預防目的的最佳手段問題；其二則是目的本身設定的問題，亦即「預防」何以能被看作一個絕對正當且絕對必要的目的，因而值得透過刑罰來實現。

（二）效益不明的手段目的關係

就第一個面向來說，刑罰是否是預防犯罪的最佳手段，已有疑

¹³ 據此，所謂絕對理論或相對理論，或許理解為「非預防取向」之刑罰理論與「預防取向」之刑罰理論更為貼切。對於絕對刑罰理論欠缺目的設定的批判，參Hörnle, aaO. (Fn. 4), S. 18ff.



問。事實上，實證研究結果已經指出，若要貫徹單一預防目的，刑罰並非永遠都是最佳手段：無論是特別預防或一般預防，效益最大者似乎都會指向「選擇性執法」，亦即只有針對會受到刑罰影響之人施以刑罰，刑罰才會是有效的¹⁴。即使是看似最能達致共識的積極一般預防理論，即所謂的鞏固法確信或確立法權威性，要在符合高標準之信度與效度前提下，以實證研究印證此一功能，同樣相當困難¹⁵。欲確立此種預防目的的必要性，似乎不免要訴諸某種形而上學的價值立場。倘若預防理論者一方面拒斥此種立場，一方面又要在實證結果薄弱的背景下主張積極一般預防的最佳效益，難免遭遇挑戰。

與此相較，兼採不同預防目的的統合理論，似乎可以成功迴避此一批判。藉由靈活安排不同的預防目的，統合理論得以在單一預防目的難以達致時，以另外一種預防目的加以補充。此一預防目的的交錯運用，清楚顯示在Roxin的理論中：Roxin所說的預防，包含了特別預防與一般預防兩種面向。在Roxin看來，只設定單一預防目的的刑罰理論，無論該目的是特別預防或一般預防，都不能獨自證立刑罰的正當性與必要性¹⁶，蓋只有前者才能讓國家負起令犯罪人復歸社會的責任，而後者（尤其是在積極一般預防的層次）則透過刑罰實現社會教育意義上的遵法學習功能（Lerneffekt）、強化公民對法律貫徹的信賴功能（Vertrauenseffekt），以及平息犯罪事件帶來之不安的平撫功能（Befriedigungseffekt）¹⁷。簡言之，特別

¹⁴ Vgl. Hörnle, aaO. (Fn. 4), S. 25f.

¹⁵ Vgl. Hörnle, aaO. (Fn. 4), S. 27-28.

¹⁶ Roxin/Greco, aaO. (Fn. 2), § 3 Rn. 37.

¹⁷ Roxin/Greco, aaO. (Fn. 2), Fn. 25, 26. 值得一提的是，雖然Roxin本人對預防目的內涵詮釋更偏向積極一般預防，不過其學生Schünemann與後輩Greco，倒是在預防目的的基礎上，重新發揚了消極一般預防理論，強調刑罰的威嚇功能。



預防是針對犯罪人建立起刑罰的正當性，一般預防則是針對犯罪人以外的第三人——即共同體——建立起刑罰的正當性¹⁸。

此外，Roxin特別指出，關於不同面向的預防目的，應各在刑罰作用的不同階段發揮作用：刑法規範，也就是懲罰威嚇的存在，具備的純粹是一般預防性功能；在審判裡宣告刑罰時的量刑階段（*Strafverhängung*），應同時考慮到刑罰的一般預防功能與特別預防功能；至於刑罰的執行階段（*Strafvollzug*），則應以特別預防考量作為唯一優先¹⁹。當兩種目的交錯而產生矛盾的時候，依Roxin看法，特別預防中的再社會化目的應居第一順位標準，但同時，若欠缺以一般預防目的為支配思想的刑罰存在論證，特別預防也不可能發揮它在刑罰執行時的優勢地位²⁰。據此，Roxin強調，他所主張的綜合刑罰理論，並不是胡亂而恣意地使用不同預防觀點，而是將這諸觀點整合進一個「精心平衡的系統，只有在各要素相互作用的情形下，才能為國家刑罰提供正當性基礎。」²¹

此種「功能取向」的預防理論，帶有鮮明的效益主義特徵，也是「相對」刑罰理論的典型體現。乍看之下，這樣的功能搭配似乎頗為成功，每個階段的刑罰也都有了各自足以支撐的基礎；然而，上文所言來自實證研究結果的質疑，並不會因為同時採用複數的預防目的即告消失。詳言之，如果認為，刑罰必要性是由於其乃實現預防目的的最佳手段，那麼此一手段——目的效益的檢驗，即須在刑罰作用的每一階段一體適用；但是，上述對個別預防目的的質疑——刑罰只有在選擇性或個別化執法時預防才有預防作用，並不會

¹⁸ Vgl. Hörnle, aaO. (Fn. 4), S. 13ff., 47ff.

¹⁹ Roxin/Greco, aaO. (Fn. 2), § 3 Rn. 41f.

²⁰ Roxin/Greco, aaO. (Fn. 2), § 3 Rn. 43.

²¹ Roxin/Greco, aaO. (Fn. 2), § 3 Rn. 43.



因為刑罰是在訂立階段、裁量與宣告階段抑或是執行階段就不存在，而是在這些階段都會遇到個案中刑罰無效的質疑。雖則依統合理論的主張，不同預防目的乃是有意設計的「精心平衡」，但恰恰是「以刑罰來達到預防效果」這個工具性的目的，使得刑罰在各階段的效益，不容主觀任意宣稱安排，而須以客觀數據支持各預防目的的效用，但統合理論者似無法對此提出充分證明。

(三)預防目的的絕對正當性基礎？

1. 取決於主觀利益的目的設定

承上，姑且不論刑罰作為預防手段的有效性，此處更大的問題，恐怕還是在於上文(一)提到的第二個面向，即預防目的取得正當性的方式。

按照上面的解釋，預防犯罪作為刑罰目的，是為了給共同體中的眾人一個「交代」，以獲得其首肯。顯然，此種目的設定，乃是源自共同體中多數個體的主觀利益，也就是多數人民主觀情感上接受刑罰可以預防犯罪、鞏固社會秩序，所以國家才動用刑罰。如此一來，即是將刑罰的正當性訴諸多數人的「可接受度」，而反映此一接受意向的表徵，又只可能是刑罰被訂立出來的現實，那麼到最後，其實是將刑罰正當性與民主原則下的多數決直接連結。

誠然，刑法規範的訂定，受到具備民主正當性的立法機關左右，必然帶有多數決色彩；但是，若以此為據，認定國家刑罰本身的存在正當性，也可以單純由多數個人的主觀利益傾向所決定，則不惟混淆了行為規範與制裁規範的論證層次²²，並且未能認識到刑

²² 一般在行為規範層次，討論的是刑法目的與犯罪概念問題，通說係聚焦於法益保護；與此相對，在制裁規範層次，討論的則是刑罰目的問題，即本文欲處理的應報與預防。參高橋則夫著，蔡孟兼譯，不能犯中「行為規範與制裁規範的結合」，載：國際刑事法學之新脈動：余振華教授六秩晉五壽誕祝賀



罰本質的特殊性：刑罰是單單針對作為法權主體之個人（而不包括法律擬制的主體）施加的國家強制力，其內容乃是對主體自由（甚至——以我國當前情形而言——還有生命）的直接剝奪，且在通常情況下，會對主體的社會人格評價遺留永久影響（前科、累犯等）²³。如果預防目的只是一種情感上的、取決主觀利益的「好處」，作為刑罰正當性的證立基礎似有不足。

另外，就預算支出層面而言，與國家財政關係重大的政策，除刑事司法系統外，尚有為數眾多的名目，從民生、教育、產業到國防等不一而足；國家在這些領域投入的資源，同樣對納稅人負有解釋義務。以預防目的支持刑事司法系統支出的看法，是否認為，對於刑事司法系統的正當性與其他國家政策的正當性，其論證途徑與所要求的論證強度可以等同視之？若預防犯罪只是其中一個國家政策的目的，與其他發展領域之目的無從區別，那麼刑罰何以需要額外的論證基礎？若刑罰相較於其他國家行政措施具有特殊性，那麼預防目的是否也同樣「特殊」，足以論證刑罰存在之必要？亦即，雖然預防理論者強調，應提出刑罰對基本權干預與對國家預算負擔的說理義務，但卻沒有說明，為什麼「預防」這個目的能夠滿足上開（針對「刑罰正當性」的）義務？

再者，假如預防目的只是來自於偶然的多數感受或選擇，那麼此一選擇也就有偶然變動的可能：當預防這個理由無法再說服大眾

論文集（第一卷），頁94，2017年12月。

23 審查意見有提出疑問，表示我國不僅有生命、自由刑，也有罰金刑。按，刑罰的發動，之所以需要不同於其他法律效果的證立基礎，就是因為刑罰在對個人課予財產負擔之外，包括了自由與生命刑的制裁方式（管收雖為自由限制，但僅為擔保效果，並非處罰）。換言之，此處的思考方向並非「刑罰種類中也包括對個人財產的剝奪」，而是「只有刑罰這個法律效果不只有對個人財產的剝奪」。



時，刑罰即必須被放棄。刑罰必要性取決於預防在公眾主觀感受上的必要性。換言之，完全以社會主觀需求作為基礎的刑罰，對於「為何必須有刑罰」這個問題的答案，將會是附帶保留的，也就是：因為公眾認為刑罰有預防這個必要功能，所以必須有刑罰；但若公眾不再認為預防是必要的，也可以不必有刑罰。據此，個別構成要件的設定，乃至國家刑罰本身的必要性，都將成為純政治化的活動²⁴。

反之，如果依預防目的所建立的刑罰正當性，其實並不真正來自於公眾的感受或利益選擇，而是來自其他潛在的、不受公眾主觀影響的客觀理據，或是來自更上位的目的設定，那麼就有必要進一步審視該客觀理據或目的為何，以及其是否果真與一套圍繞著基本權開展的自由憲政秩序相符。

2. 預防背後的終極目標：以安全保障自我持存（*Selbsterhaltung, self-preservation*）²⁵

當Roxin表示，刑罰係以保護個體自由為目標時，看似是將預防的上位目的定性為自由的保障。然而，所謂「以預防犯罪來保障自由」，到底是什麼意思？

直觀上，或許會從上述說法作出如下推斷：若刑罰發揮預防功能，犯罪事件就會減少或消失、社會成員會信賴法秩序，於是遵法的個人便可無憂地在法規範框架內實現其任意自由。然而，若自由指的是「免於受到犯罪侵害」，此種解釋下的自由，其實是一種消

²⁴ 對此批判性見解，李茂生，風險社會與規範論的世界，月旦法學雜誌，173期，頁146，2009年9月。

²⁵ 自我持存，或譯自我保存，為學說上討論Hobbes個人自由權利時的固定用語，指人類保存自我生命、追求活存的本能，依Hobbes觀點，這也是個人無法讓渡、不受國家侵奪的自然權利。參Hobbes (Author)/Holger (Übersetzer), Jürgen (Hg.), *Leviathan, Englisch/Deutsch*, 2013, S. 452-453.



極性概念，其內涵乃是「不被妨礙的任意」²⁶。這裡所說的「妨礙」，指的是純粹外部的妨礙，也就是危及個體安全的妨礙。

由於「排除妨礙」只是任意的必要條件，而非任意本身，從而，預防犯罪所要達到的目標，與其說是自由，其實在於「安全」：特別預防旨在藉由刑罰之於特定犯罪人的威嚇與矯治功能防止再犯危險；針對矯治無效的犯罪人，則施以隔離使無害化措施來防止社會受侵害。消極一般預防著重威嚇面向，只是將威嚇對象轉為其他潛在犯罪人。至於積極一般預防理論，則是希望透過刑罰來維持並鞏固對法律制度之效力與權威的信賴，在法律共同體面前證明法律體系的不可侵犯性，從而強化人民的法忠誠²⁷；而法威信的確立，最後仍是為了敦促人民遵法，以法秩序的穩定來保障安全。

不過，「安全」概念若僅僅顯示出一種不受外在力量干擾的消極「無障礙」狀態，則尚未體現何種值得保護的積極內涵。欲繼續探求安全背後的目的，即不免連結到近代政治哲學理論中，以安全作為國家核心任務的論點——Thomas Hobbes的學說²⁸。眾所周知，依照Hobbes描繪的人類圖像，在法權真空的自然狀態下，人類陷於「萬人對萬人的戰爭」，生命因而「孤獨、可憐、醜陋、野蠻而短暫」²⁹；為了確保自身的生存，個人將外在行動自由交付予國家，以換取對自身安全的保障。據此，「安全」僅是中間目的，它服務於一個更終局的目的：自我持存。對Hobbes而言，自我持存乃

²⁶ Hobbes (Author)/Holger (Übersetzer), Jürgen (Hg.), aaO., S. 435, 437.

²⁷ Müller-Tuckfeld, Integrationsprävention: Studien zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts, 1998. S. 19ff.

²⁸ 對此詳細探討參Gierhake, Der Zusammenhang von Freiheit, Sicherheit und Strafe im Recht, 2013, S. 56ff.

²⁹ Hobbes (Author)/Holger (Übersetzer), Jürgen (Hg.), aaO. (Fn. 25), S. 256f.



是不可放棄、不可進犯的最高目的，即使是專制君主亦不得侵害³⁰。簡言之，在利維坦內的國民，可以失去自由，但不能危及生命。

——上述理論看似與當代自由憲政國家毫不相干，畢竟Hobbes構築的國家藍圖內，既無基本權，亦無權力分立，更無民主自由可言。惟本文以為，若要掌握諸理論的實際趨向，僅由其形式表象出發並不足夠；蓋個別理論必然在某程度上反映其時代，要使其論點發揮真正價值，須找到該理論背後的基礎設定，認識該理論對世界的理解方式，邏輯一貫地對其進行當代詮釋，方能在處理關鍵問題時，找到真正的理論癥結所在。檢視Hobbes的國家形象，其核心特徵即在於武力的絕對壟斷地位，並且和安全的維繫直接相關³¹，這恰對應以預防為目的的刑罰思維；而Hobbes的人類學基本設定——個人不再擁有任何形上學的外部支持或導引，必須適應自身本性，從自己的（工具）理性出發，根據自己的力量，自己負責制定對自己而言必要的規則³²，其內涵亦與預防理論下所描繪的市民圖像若合符節：以成本與效益衡量特定工具之於主觀利益的價值，且反對訴諸抽象的道德標準³³。對於此種去宗教化、去道德化、去形上學化的個人而言，其所擁有的自由，就是上面提到的「不被妨礙」的任意，其賴以行使的唯一條件，乃是行動者的活存。反過來說，對這樣的自由概念而言，除了身體的活存以外，自由的其他面向，都

³⁰ Kersting, *Hobbes zur Einführung*, 5. Aufl., 2016, S. 170.

³¹ 參周靖安，犯罪結社罪之可罰性基礎及解釋策略，頁142，2017年7月。

³² Kersting, aaO. (Fn. 30), S. 63.

³³ Greco, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht*, 2009, Fn. 25a. Greco認為，刑罰的作用在於向公民傳達「犯罪乃是不聰明的行為」，且恰是此等意涵令刑罰具備自由主義的特徵，因為它令公民免於被「道德化」（moralisieren）。此種見解自然反映出Greco對於自由的理解，係屬於任意對工具理性的運用。因此，Greco其後援引法律經濟分析的研究結果，指出刑罰意義在於提高犯罪的成本的論證方法，也就不令人意外。



是可以被相對化的。自我持存也因而取得被列在自由之前的實質優先地位。一部以預防為目的的刑罰，最後其實是為了確保社會成員的自我持存而存在。

據此，對於預防目的正當性的提問，即可具體化為：「國家得否以確保集體安全及因此而來的自我持存為由，對個人施以刑罰？」——這就涉及以下對基本權干預基礎的詳細探討了。

二、刑罰目的與基本權干預界線之割裂論證

(一)兩種面向的正當性基礎——罪責原則僅作為限制刑罰的功能性要素？

承上，預防目的的本質在追求共同體的安全，進而維繫人類種屬的身體與生命持存。然則，刑罰的效果乃是令遭受刑罰的個體失去自由乃至生命，從而此處必然出現由「共同體的安全／自我持存」到「剝奪個體自由／自我持存」的論證必要性。

針對這個可能的難題，預防理論學說採取了一種巧妙的迴避方式處理，那就是切割對一般社會公眾的論證途徑，與對刑罰科處者的論證途徑。在此涉及原本屬於應報理論最受重視的一個特徵，也就是它作為罪責原則基礎的重要性——蓋「應報」概念中已自始包含了等量相報的意涵，這正是罪責原則的基本要求（詳參下文肆）。不過，預防理論選擇另一種方式理解罪責：其斷然切割罪責原則與應報思想間的理論關聯性，將罪責原則單獨提取為一個獨立的刑罰限制要素。換句話說，罪責原則成為一個純粹功能性的因子，僅僅為了限制以預防為目的、漫無邊際的刑罰而存在，但其本身卻與刑罰目的毫無干係³⁴。

至於為何要採取罪責原則，與採取預防目的的形式主張類似，

³⁴ Roxin/Greco, aaO. (Fn. 2), § 3 Rn. 51ff., 55.



純粹是基於效益性考量。Roxin即清楚表明，從刑事政策角度言，將刑罰程度與罪責程度相聯繫，是最具自由傾向，且在社會心理學上「最合算」（günstigste）的限制國家刑罰權力之手段³⁵。蓋一方面，罪責高低乃是取決於行為人的內部因素，以及其造成損害的程度，這將有效限制單純受社會利益所決定的預防需求³⁶；另一方面，罪責相當的設定，也通常符合普遍的「正義感」，從而具備積極一般預防作用：這種對於穩定一般法意識而言相當重要的正義感，通常會要求任何人都不得受到較其「應得」者更嚴厲的刑罰；而只有與罪責相當的刑罰，才會是其「應得」的³⁷。因此，對預防理論者而言，罪責原則與一般預防並非對立，而是並同作用、相互補足的，兩者都是正當化刑罰的必要論據：後者向社會展現出刑罰所能帶來的益處，前者則是向犯罪人表明，他的權利仍受到尊重，並未純粹為了其他人的利益而被犧牲³⁸。只有當罪責原則成為刑罰施加惡害的基礎時，預防目的的正當性才能被證立³⁹。

惟所謂「須分別針對犯罪人與針對社會取得刑罰正當性」的說法，雖看似充分，實則是已經預設了「犯罪人」與「社會大眾」自始即分屬不同群體：就社會而言，只在意刑罰能帶來的益處；而對將要面臨刑罰處遇的犯罪人來說，則僅須考慮刑罰是否過度。然而，刑罰乃是一體適用於所有公民的國家強制力，每一個法秩序內

³⁵ Roxin/Greco, aaO. (Fn. 2), § 3 Rn. 53. 當然，此處並不是說，Roxin認為單單只因為效益即可引入罪責原則。對於罪責原則的正當理據，Roxin主要訴諸基本權當中的人性尊嚴（見後述）。

³⁶ Roxin/Greco, aaO. (Fn. 2), § 3 Rn. 53.

³⁷ Roxin/Greco, aaO. (Fn. 2), § 3 Rn. 53.

³⁸ Roxin/Greco, aaO. (Fn. 2), § 3 Rn. 51a; auch Hörnle, aaO. (Fn. 4), S. 48f.

³⁹ Schünemann, Zum Stellenwert der positiven Generalprävention in einer dualistischen Strafrechtstheorie, S. 214f.



的個人，都會是潛在的刑罰制裁對象；同理，預防作為刑罰唯一的追求目標，也是以所有人——包括犯罪人——為宣示對象。因此，不管是預防的益處或是預防的限制，其內涵都不會只向其中一個群體傳達。

此外，此種功能性罪責原則的論證弱點，和效益性預防目的的弱點亦頗類似：難以證明手段目的之間的效益關聯性。由Roxin主張的「效益」，同樣是來自於受規範者的主觀利益衡量，但該利益衡量結果其實又欠缺精確的實證基礎，而僅止於片面式宣稱⁴⁰。正如學說一直以來對預防理論的批判，自潛在犯罪人的立場觀之，效益最大的刑罰設計，其實是自身不受刑事司法訴追⁴¹，而非只是受到合於罪責的刑罰；至於追求安全與幸福生活的社會大眾，事實上也並非永遠都會贊同「罪責與刑罰相符」的正義感——以情緒決定個案犯罪人應重判或輕判、在判斷特定犯罪人具再犯高風險時，要求國家以重刑為手段，盡其所能排除一切危險因子，毋寧更貼近一般「善良百姓」的素人刑罰觀。

⁴⁰ 就本文對於預防理論欠缺實證基礎的批判，審查意見有指出，同樣的批判也適用於應報理論。惟此處需要澄清：之所以預防理論在學說中會受到實證上難以致其效用的批判，原因恰是由於「預防」這個刑罰目的的設定，亦即，「施加刑罰的過程」與「刑罰施加以後要達到的目標」是完全分離的。並且，Roxin、Greco與Hörnle所主張的預防思想，並非由特定的形而上學主張，而是從國家向納稅人說明刑罰預算支出的角度來討論，則此一論證方式，一開始就已經和實證經驗上的犯罪率減低、矯治成效，以及大眾的心理取向等現實數據相結合；據此，若實證研究難以支持其所主張的現實性效益，自然容易招致質疑。反之，多數應報理論的出發點並非實際上的「應報成效」，蓋應報理論本就不是從功利主義的立場來論證刑罰。退一步言，若預防理論的支持者主張，預防的實證效果並非對於預防目的的唯一解釋，而是要結合以自由主體為預設的理念，那麼就會帶出下文對於刑罰目的與刑罰正當性應合一的討論。

⁴¹ Pawlik, Person, Subjekt, Bürger, 2004, S. 24.



如此一來，真正的情形將會是：當個人作為一般大眾時，並不一定接受罪責原則；而當個人作為犯罪人時，有很大機率會希望：不管是罪責原則或預防目的，都不要適用在他身上。換言之，若確實以受規範者的主觀角度來評價刑罰，那麼預防目的與罪責原則，都難以全面且終局地獲得肯認。

(二) 刑罰目的與刑罰正當性應當統一

若是預防理論認為，罪責原則的基礎實際上不受個別規範對象的主觀意思影響，而是另有足以支持它的客觀理據，和刑罰本身的正當性直接相關，那麼它與預防目的之間，即會進一步碰觸到更深層的基本價值立場矛盾。

詳言之，罪責原則與應報理論的脫勾，隨即會引發一個問題，就是此一孤立的罪責原則基礎何在？在預防理論支持者看來，答案似乎顯而易見：只要訴諸憲法基本權即可。Roxin直接援引德國基本法第1條第1項的人性尊嚴，以及第2條第1項的一般人格權作為罪責原則的依據，並佐證聯邦憲法法院見解指出，憲法法院已認定罪責原則屬於基本法第79條第3項中所規定之不可更動之基本權⁴²。要求罪刑相當的刑罰限制，與滿足預防需求的刑罰必要性，都是由「尊重人權的民主國家理論基礎」所制定⁴³。對此，Greco進一步補充，之所以必須獨立看待刑罰對社會及對行為人的正當性論證，卻又接受兩者平行運作，是由於若要整合這兩方面的論證觀點，必然預設個人與社會利益間的和諧關係，如此一來，即將使社會利益被用以解釋對個人刑罰的合理性⁴⁴，反而無法保障個人自由。罪責

⁴² Roxin/Greco, aaO. (Fn. 2), § 3, Rn. 52; BVerfGE 126, 267 (413).

⁴³ Roxin/Greco, aaO. (Fn. 2), § 3 Rn. 62. 類似見解亦見於我國，參釋字第687、775號解釋。

⁴⁴ Roxin/Greco, aaO. (Fn. 2), § 3 Rn. 51b.



原則因而被Greco稱為「刑罰的道義邏輯框架」(deontologische Schranke der Strafe)⁴⁵。

然則，當預防理論者將罪責原則視為一個獨立於刑罰本質與刑罰目的的「功能性機制」，儘管在形式上與憲法基本權相連結，但憲法上針對基本權干預的審查，向來以比例原則為判準，而並不包括更嚴格的罪責原則。採用罪責原則，當然可以更細緻地處理過失責任原則與罪刑相當等問題，但這裡的關鍵問題在於，何以必須在以效益衡平為基準的比例原則之外，另外鎖定「(可歸責的)犯罪行為程度」作為與刑罰程度相對應的要素，而非其他(例如預防效益大小)。簡言之，為何可以同時存在兩種不同的刑罰證立模式？為何以人性尊嚴、人權尊重為基礎的罪責原則，能夠與以集體利益為訴求的預防目的同時適用？

預防目的最終目標，乃是社會利益下的安全，而保障安全的過程，必然將個人自由的保障從預防目的中切割出去，導致個人自由在實現預防目的過程中被犧牲。引入罪責原則，是為了適時緩解此一對自由的干預，也代表「自由」乃是罪責原則背後的價值。當Greco提及罪責原則的「道義邏輯」⁴⁶性質時，暗示國家的刑罰權力受限於一種道德倫理義務，這是與其預防目的設定根本相異之處。雖然Greco與Roxin都強調罪責原則只是消極的刑罰限制，而與刑罰目的無關，但當其主張，應該區分兩種正當性論證，從而使刑罰「更自由」的時候，事實上已經預設「自由」也必須是刑罰追求

⁴⁵ Roxin/Greco, aaO. (Fn. 2), S. 247ff.

⁴⁶ 「道義邏輯」(Deontologie)原指一種倫理學上的義務，對立於一切指向目的論的倫理學。典型代表是Kant，以及20世紀的William David Ross(筆者註：應注意的是，這兩位哲學家的道義邏輯內涵完全不同，後者甚至以前者作為主要批判對象)。參Ritter (Hg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie. Band 2, Art. Deontologie, 1972, Rn. 114.



的目的；並且此處援引的自由概念，顯然有別於前述單純「（法強制框架內）不被妨礙的消極自由」，擁有更加積極而具建設性的內涵，足以對實定規範形成內在限制。

但是，預防論者一方面未針對此種自由概念內涵進一步申論，另一方面，如果已經肯認此等自由是刑罰內在不可放棄的價值，刑罰只有在合於罪責原則時才可能獲得正當性，且該價值其實無法整合進預防目的當中，那麼為何不是在上位層次放棄預防目的？*Greco*強調要讓兩種論證並存的說法，不過是改變了敘述形式的套套邏輯，並且更加凸顯出其認為指向社會集體利益的預防目的設定，與罪責原則所要求的個人合理評價，乃是兩種不同取向的價值，在本質上無法相容。

本文以為，刑罰的正當性基礎與其目的之設定，必須保持價值體系的一致，不容割裂適用⁴⁷。即使主張多種價值之間的相互補足，也只有在這些價值彼此和諧（例如安全與自我持存）的前提下，方有可能。自由與安全價值之間是否能並存乃至整合，實取決於對自由概念的理解。換言之，自由乃是一個需要被進一步定義的概念，透過對其內涵的釐清，方得解釋罪責原則與自由概念的內在關聯，也只有在確定了自由概念的範圍之後，才能確定自由與安全／自我持存之間的順位。誠然，現代實定法中的自由，屬於一規範性概念，有多種詮釋可能⁴⁸；但即使如此，當代憲政秩序中「必須珍視自由的價值」以及「始終須將自由連結到行使自由的主體」這兩大原則，已經清楚地顯示，對自由概念的現代化理解，仍遺留此

⁴⁷ 反對見解，參*Greco*, aaO. (Fn. 33), S. 248f.; *Hörnle*, aaO. (Fn. 4), S. 5. 關於為何對刑罰證立與對其限制的論述不可割裂的問題，將在下文參、繼續闡述。

⁴⁸ 例如，當*Greco*主張法與道德應完全分離（*Roxin/Greco*, aaO. (Fn. 2), S. 109ff.）的時候，也顯示其主張的自由，乃是一種完全脫離道德領域的法權自由。



一概念在近代哲學發展的痕跡，對自由定義的詮釋與對以上兩個原則的辯證，必須在更上位的法哲學層次進行（詳見下文參、肆）。

無論如何，單純援引憲法中人性尊嚴、基本人格權來證立罪責原則，並不足夠。形式上的基本權規定只是起點，援引該規定本身並未完成說理義務，至多只能說這樣的刑罰規定未違反憲法而已——可是，如果刑罰理論的目標，僅僅是要達到形式上未違反憲法，那麼無異是主張可以廢棄刑法學上所有建構性知識，將刑罰正當性的論理責任全盤留給違憲審查機關。從理論基礎上看，此處尤其缺乏說明的是，何以當代憲政國家應當承認個人擁有人性尊嚴與基本權，從中又如何導出罪責原則？反過來說，一個未將人性尊嚴或基本權明文入憲的國家，在動用刑罰時，是否就可以不需要考慮罪責原則與罪刑相當性？預防理論學說對罪責原則的採用，其實隱含了各種未予揭示的前提預設，也掩蓋了這些預設與預防目的背後價值的可能衝突。

三、小 結

以預防作為刑罰目的、輔以罪責原則來限制刑罰的統合理論，仍屬當前刑罰理論中的多數見解，惟此種主張是否能充分證立刑罰正當性，實有可疑。其觀點當中隱含的最大矛盾，可歸結為理論邏輯的不一貫性。

無論是認為刑罰不同階段應當使用不同預防目的，或是針對犯罪人與社會大眾應該使用不同正當性論證途徑的觀點，均未合理說明「為何可以允許」此種在不同時刻、針對不同對象，援引不同理據的恣意性。所謂刑罰必須為特定目的而存在的設定，帶有鮮明的效益主義特徵，也是「相對」刑罰理論的典型體現，即將刑罰視為一種純粹中性的工具，可為任何一種目的服務，刑罰必要性僅僅取決於它是否為達成特定目的——即預防——的最佳手段。



但是，刑罰是否果真屬於最佳效益手段，已多有爭議；更重要的是，從正當性層次觀之，要檢驗某一手段是否有效或是否最佳，是以手段所欲達成之目的已然被肯認為前提——主張刑罰是為預防犯罪的必要手段，前提是預防這個目的的必要性與正當性已然被證立。對此，預防理論者一方面主張，「預防」目的較「應報」觀點更能證立刑罰存在的正當性，另一方面卻在實際探究刑罰的正當性時，轉而訴諸一個去脈絡化的、孤立存在的罪責原則，而未深入闡釋，經由罪責原則體現的自由價值，是否能與預防目的體現的安全需求相容。簡言之，無論是單一預防目的理論，或是結合了數種預防目的與罪責思想的綜合刑法理論，似乎都過於便宜地援引了原本應該具有一貫性的價值判斷結論，用以支持另外一組與之相異的價值立場。

參、解析應報刑罰理論：刑罰正當性作為目的

一、「非預防」刑罰理論的論題化價值

(一)欠缺目的性的「絕對」刑罰理論？

與前述主張刑罰乃是手段或工具，因而被稱之為「相對刑罰理論」的預防思維模式相較，傳統上被稱為「絕對刑罰理論」的應報理論，則因強調刑罰的非預防與非工具性傾向，而屢屢遭致「欠缺目的」的質疑。Hörnle在其《刑罰理論》一書中，即舉出五種被稱之為「絕對」的刑罰理論版本，並對其提出批判⁴⁹：其一是單純認為刑罰「不受目的拘束」；其二是認為刑罰具道德正當性，故無須進一步論證；其三是應報必要性代替目的論證；其四是認為刑罰

⁴⁹ Hörnle, aaO. (Fn. 4), S. 17ff.



係在實現正義的衡平；其五是認為刑罰追求的是宗教上目的，也就是神的利益或宗教美德。Hörnle認為，這幾種觀點都將刑罰視為某種高於世俗國家的崇高存在，這顯然與現代憲政國家的結構不符，因而應予揚棄⁵⁰。

不過，上文在探討刑罰目的時已經指出，作為人類意志下的建制，刑罰必然有其目的。檢討刑罰理論合理與否時，目的的存在並非需要強調之事，重點應該仍在於這個目的「究竟應該是什麼」。雖則Hörnle所批判的絕對刑罰理論都拒斥以預防作為刑罰目的，但這並不等於這些刑罰理論果真都沒有目的。在Hörnle所舉例子當中，可以發現這五種論點，都重在論述刑罰存在的正當性，且援引特定的價值立場來支持其所主張的正當性。雖則各別理論主張的價值內涵不盡相同，但其中有一共通點，那就是此一經由刑罰所貫徹的價值，必須和論證刑罰本身所蘊含的價值一致。

無論是上面提及的，或是下文將要介紹的應報理論，基本上都接受並預設用以論證刑罰正當性的特定價值立場，並且基於這樣的價值立場，將「刑罰的施加過程」本身就視為刑罰目的的實現。一方面透過這些價值理念，證成刑罰存在的正當性，另一方面則是在刑罰實踐的過程中，反映該價值理念的實在性⁵¹。從這個角度來看，這些論點下的刑罰目的，皆是在「印證並貫徹特定價值主張」⁵²；

⁵⁰ Hörnle, aaO. (Fn. 4), S. 22.

⁵¹ 因此，若是正確理解絕對刑罰理論背後的價值對應關係，即可知Klug對其欠缺合目的性的批判（Klug, Abschied von Kant und Hegel, S. 40）其實有待商榷。對Klug觀點的檢討，參Hruschka, ZStW 2010, S. 493ff., 499ff.

⁵² 用Feinberg的說法，可稱為刑罰的表述功能（expressive function），其下又可區分為表達性與溝通性的功能，參FEINBERG JOEL, DOING & DESERVING; ESSAYS IN THE THEORY OF RESPONSIBILITY 95-118 (1970)。不過，具備此種功能並不能當然證立刑罰的正當性，尚須分析個別理論中刑罰預設的表述對象、何以國家可以且必須透過刑罰表達特定意思等，方能對這些論點給予合理評價。



稱刑罰不受目的拘束，應理解為：刑罰只用以實現其存立基礎（道德正當性、應報必要性、正義衡平性或超世俗的「善」），不被用以達成除此之外的目的。

據此，所謂絕對刑罰理論，當可解釋為一種追求刑罰目的、刑罰正當性與刑罰限制共享一元論基礎的理論。刑罰理論就是、也只是刑罰的正當性本身。換言之，刑罰理論的內涵只在論證刑罰正當性，而不在幫刑罰設定與其正當性無關的其他目的。雖則刑罰的存在，永遠可能同時實現其他的「功能」或反射效益——例如預防，但並不能直接由這些功能論證其正當性。至於此種被稱之為絕對的刑罰理論是否具有證成刑罰的能力，則應藉由審查作為各該理論基礎的價值內容本身來加以判斷。換言之，直接認定應當揚棄此種一元論思維，結論恐過於倉促。

(二)應報——過於陳腐的思想？

在針對應報理論思想提出的批評當中，時常被提及的一點，就是這類思維起碼要追溯到距今二、三百年前的Kant與Hegel，甚至更古老的「以眼還眼，以牙還牙」觀念，當時根本欠缺現代以民主法治、基本權保障為著眼點的思考方式，也尚未擺脫對毫無自然科學支持的宗教神學與形上學信仰的依賴，更殘留接受死刑等非理性、非人本刑罰的觀念，實在過於陳舊，不應再繼續援引作為現代刑罰的基礎⁵³。

這樣的批判，可以視為德國對其20世紀前半葉刑罰思想的反省，也反映戰後各國在現代憲法精神影響下，渴望告別舊歷史、迎向新秩序的展望。只是，由刑法學發展趨勢看來，雖則主張預防理

⁵³ Klug, aaO. (Fn. 51), S. 39f.; Hörnle, aaO. (Fn. 4), S. 13ff.; Schünemann, Aporien der Strafrechtstheorie in Philosophie und Literatur, S. 328ff.



論的學說居於主流，但應報理論的刑罰思想也始終未曾斷絕，反而持續被改良並提出。究其原因有二：其一，理論知識同時具有時代性與延續性。Kant與Hegel等人在啟蒙時期提出的論點，固然有其歷史背景，也受限於其所處文化環境；然而，其後數百年間，對Kant與Hegel法權學說的詮釋，早就隨著時代前進，其後繼者亦並未拘泥於其對個別議題的具體結論，而是在接納其理論出發點、吸收後世諸多研究成果的前提下，提出合於其「哲思」⁵⁴的當代主張。因此，縱使這些哲人日已遠，但其思維仍不失可以攻錯之處，只是在引述其思維內涵時，必須提出更充分的論證，而非僅訴諸權威。

其二，在戰後被奉為主臬的憲法與基本權，亦非無中生有，作為其根基的自由與人權價值，乃至「理性法」的要求，都可追溯至近代哲學以來，對人類圖像與人際行為尺度的探討，且亦不理所當然地預設單一解釋途徑。須知，世界上存在複數法秩序系統，並非每一者都以立憲與基本權保障作為法秩序的最高價值；從而，一旦提及人權、自由、人性尊嚴、國家權力限制等概念，立即要繼續探問的就是：為什麼法秩序應當接受這樣的規範設立尺度？為何現代國家應當受到權力分立與保障基本權的憲政原則拘束？對於應報理論支持者而言，上開問題的答案，與何以採行應報刑罰思想的緣由，當屬同一。對應報理論內涵的開展，本身就是對基本權與憲政國家理論的深化。

綜上所述，此一自人類刑罰出現開始就存在的應報思想，在今日法秩序中，仍具有相當討論價值。

⁵⁴ Vgl. Zaczyk, *Selbstsein und Recht*, 2014, S. 23.



二、應報理論的當代詮釋版本——以我國學說見解為核心

近年來，各國均不乏致力發展應報理論的學說，雖其取徑及類型化方式各有不同，但都反對一種將刑罰完全工具化的思維，而試圖從刑罰自身意涵追溯其可能的正當性基礎，建構統一的刑罰論證—應用系統。而我國學說則在多元繼受的文化背景下，受到來自不同國家的應報理論思想啟發，結合在地經驗，嘗試對應報式刑罰思維提出具說服力，並切合我國法秩序的當代詮釋途徑。下文將重點置於國內的應報理論見解，藉由對其論證方式的考察，歸納出應報理論何以作為刑罰正當性基礎的理據，並指出各理論尚待補足之處。

(一)由個別理性主體出發的應報理論

1. 刑罰作為理性主體、法權關係與規範效力的三重回復

如前文所述，無論是支持或反對應報理論的學說，在談及應報思維時，多半會同時提到Kant與Hegel對犯罪的定義與刑罰的正當性。不過事實上，Kant與Hegel的主體哲學雖有相通之處，但兩者在認識論上所持觀點已有不同，由是各自開展的人類圖像與法權概念內涵亦有差異；因此，在討論應報思想時，不宜直接將兩者並陳，而應分別詮釋兩者對不法概念的理解以及國家刑罰權的證立過程。

考慮到應報概念在近代以來法學語境中的奠基，Kant無疑是首先應予關注的對象。之所以Kant在今日法秩序當中仍具有不容忽視的關鍵地位，原因在於他的法權學說確立了個人作為法權主體的絕對價值，使得法秩序不再只是自然世界法則或上帝國度誠律的複製品，而是由理性主體為自身所制定的規範，對於法概念的思考，至



此完全圍繞著作為主體的個人而展開⁵⁵。對於Kant而言，擁有自律（Autonomie）的理性主體，即是自由的主體。自律乃是自由概念的真正內涵，也是人性尊嚴的直接理據，並且由此推導出唯一的抽象人權：自由權，然後再由此一抽象法權的現實性要求走向國家⁵⁶。Kant的法權概念因而脫離不了自由概念。

今日在民主憲政主義脈絡下談論的「人權」與「人性尊嚴」，雖然可從多種角度切入闡述⁵⁷，不過一旦將人性尊嚴連結到生而為人的固有本質——自由，且在處理人權問題時提及對主體性與自我目的性的尊重，那麼其實就表明，無論發話者宣稱自身的出發點為何，實際上都已經接受了近代觀念論哲學對於主體性的預設。從而，雖則批判者主張要「向Kant（與Hegel）告別」，並認為現代刑罰的基礎與任何形上學價值都無關聯，而應直接求諸憲法上的基本權，單純地以保護個人自由為目的⁵⁸，但是，當論者提出「應走向世俗化的憲政國家」、「應保障自由與人權」的時候，其實已在先於實證法的層次肯定了人作為主體的價值。

以Kant作為應報理論基礎的觀點，在德國早已開展為不只一種

⁵⁵ 針對植基於法主體性的法概念思考，參周濛沂，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1005-1015，2012年9月；氏著，刑罰的自我目的性——重新證立絕對刑罰理論，政大法學評論，147期，頁287，2016年12月。

⁵⁶ Vgl. Kant, Über den Gemeinspruch, in: AA (Ausgabe der Preußischen Akademie der Wissenschaften, Berlin 1900ff.) VIII, 297; Höffe, Zur vertragstheoretischen Begründung politischer Gerechtigkeit: Hobbes, Kant und Rawls im Vergleich, S. 211.

⁵⁷ 關於人性尊嚴概念在現代公法上的詮釋，參李震山，人性尊嚴，法學講座，17期，頁1-18，2003年5月。

⁵⁸ Klug, aaO. (Fn. 51), S. 36. 類似觀點，Roxin認為「作為一項人間設施的國家，既無能力亦無權限實現正義的形上學理念」，Roxin/Greco, aaO. (Fn. 2), § 3 Rn. 8.



學說見解，也經由數十年來的批判與回應過程累積了成熟且豐富的經驗，惟在我國，似仍少見深入而具體的討論與對話。其中，周漾沂教授在其〈從實質法概念重新定義法益〉與〈刑罰的自我目的性〉二文中，承繼德國E. A. Wolff學派對Kant法權學說的演繹途徑與深刻洞見⁵⁹，將根源於個別主體理性思想的絕對刑罰理論完整地引介入我國，把犯罪理解為對形式抽象的理性法權關係之破壞，奠定了以個別主體自由為中心的應報理論基礎，並以自身觀點予以開展，使舊有的Kant刑罰理論更為細緻並切合當代思維，深具啟發性。本文對Kant式應報理論的介紹，即以其觀點為主軸。

從兩篇文章內的推論觀之，周教授對於Kant法權概念的演繹，乃是採取道德與法權相依存的詮釋途徑⁶⁰，也就是從道德法則當中演繹出普遍的法權法則。在道德領域中，主體擁有認識並遵循定言令式的能力，也就是將「先驗自由」運用於道德領域的實踐理性；法權領域的作用範圍則與道德領域不同，其永遠指向一種外部性的主體際關係，要處理的是複數主體間的任意（Willkür）兼容問題，故此處涉及的理性自我立法內容，並不能直接等同於道德法則中的定言令式，而是——依Höffe的說法——「法權版」的定言令式，具有外部性、形式的相互平等性，與不涉實質內容的形式性三大特徵⁶¹。

⁵⁹ 對此學派如何詮釋Kant定言令式，及其如何轉化應用於法學的中文概要介紹，可參徐育安，正義理論與刑罰應報理論之重構，臺北大學法學論叢，124期，頁290-291、298-299，2022年12月。

⁶⁰ 與此相反的Kant法權解釋途徑，則是試圖切斷法權法則與道德法則之間的聯繫，至歷史哲學向度再予處理。參Ebbinghaus, Kant und das 20. Jahrhundert, S. 110ff., 114ff.

⁶¹ Höffe, Kategorische Rechtsprinzipien, 1994, S. 126; Vgl. auch Kersting, Wohlgeordnete Freiheit, 2. Aufl., 2016, S. 104; Vgl. auch Tang, Eigentum und Staat bei Immanuel Kant, 2019, S. 24f.



依照依存理論對法權的思考進路，即使法權原則與道德原則並不直接相當，但法的正當性始終與道德相聯繫，後者則始終與主體的內在自由相聯繫，也就是訴諸理性主體的自律——自我立法。此一法權原則正當性的來源，也延續到刑法規範乃至刑罰執行的正當性。換言之，刑罰的正當性基礎，是來自啟動刑罰的刑事法規範本身係屬「理性主體自我立法的結果」這個預設⁶²。由於法權領域不若道德領域要求純粹自發的履行義務動機，故允許透過強制手段來確保法權法則的實現，使得上述實踐理性不再是產生法權行動的前提；但是，正是道德法則本身的正當性，使得可能被用以實現法權法則的強制手段取得正當性⁶³。基於上述的連鎖關係，刑法規範、犯罪以及與之對應的刑罰，也就會在法權原則的適用下體現出三重涵義：

首先，要預設理性主體具有自我立法的能力。只有如此，主體才能意識並承擔起規範上的責任，法強制也才有別於純粹的暴力或奴役，而與物理上的必然性相區隔。其次，由此而來的理性法則，將轉化為主體際之間的法權義務，也就是法規範。此一外在規範的存在，事實上是理性對於現實上受到有限性影響的個別主體意志⁶⁴發出的提醒，旨在喚醒個別主體的理性或是自律意識。最後，若是此一規範的提醒作用不起效果，也就是對理性意識的喚起失敗，則允許外在強制介入，令原先理性自我加諸於個別經驗主體上的義務得以貫徹。周教授從三個面向指出，犯罪乃是理性主體的自我矛盾、法權關係的破壞與規範效力的減損，並與之相應地將刑罰作用

⁶² 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，同註55，頁981-1053。

⁶³ Kersting, aaO. (Fn. 61), S. 142ff.

⁶⁴ 此種現實上意志對理性主體而言，將表現為他者，因為在Kant的抽象理性主體概念下，事實上並不存在個體的差別。



理解為理性主體、法權關係與規範效力的三重回復⁶⁵，適切闡釋了Kant的法權法則如何轉化為刑罰強制的推論過程。

2. 法權形式與現實對象的彌縫？——無法跨越的物自體

依循上述詮釋途徑，刑罰的意義、目的與正當性，都來自於先驗性的理性主體預設，以及由此導出的法權概念與普遍法權法則本身，而與經驗性的感受沒有直接關聯。換言之，前面提到的刑罰三重回復作用，其（唯一）重點其實永遠都是指向理性主體自我回復，餘下的兩重作用，則是理性主體自我回復的當然結果⁶⁶。

按照Kant的法權體系，刑罰存在的必要性，是藉由其外在強制性格，解消行為人所製造出來的非普遍性表象，使經驗世界的表象能與理性主體推論出來的普遍性法則趨於一致。這裡的一致，不僅指行為人自身經驗認知與其內在理性之間的一致性，也指向其所製造的經驗表象呈現於理性主體前的一致性⁶⁷。換言之，刑罰在經驗世界的惡害表象，究竟是否，或者如何對遭受刑罰的個體乃至其他法秩序成員產生影響，還有現實中的個體究竟能否放棄將來可能的侵害行為，與其說是Kant法權學說無法顧及，毋寧說這原本就不是其所關注的面向。從Kant的理念基礎出發，所有現實當中的建制，包括國家與實定法，都是理性法權概念的延伸：實定法理當表現為

⁶⁵ 周漾沂，刑罰的自我目的性——重新證立絕對刑罰理論，同註55，頁302-318。

⁶⁶ 周漾沂，刑罰的自我目的性——重新證立絕對刑罰理論，同註55，頁317。

⁶⁷ 周漾沂，刑罰的自我目的性——重新證立絕對刑罰理論，同註55，頁314。周教授在文中所述雖似指向經驗表象之於其他理性主體的關係，不過事實上，這兩個向度的一致性，最後仍為同一，因為純粹的理性主體事實上並沒有個別性，換言之，無論在經驗世界涉及多少個體意識，純粹的理性主體其實可說是同一個主體。對此參顏厥安，否定性與絕對倫理——由黑格爾之自然法論文談現代社會之危機，國立政治大學哲學學報，5期，頁241，1999年1月。



普遍法則的明文化結果⁶⁸，而法權概念為了使理性的普遍法權關係得到確認，並穩固由此而生的法權狀態，自始即要求國家機制的存在，令其擔負起理性法概念的授權功能、執行功能與裁決功能⁶⁹。據此，Kant的法權學說不僅為主體際的互動確立了可普遍化的行為法則，更已構築起國家刑罰的概念。

不過，上述由先驗的絕對理性主體概念導出的法權，也就不可避免地令Kant認識論哲學中「無法穿透的物自體」問題，延續到他的實踐哲學領域，並同樣反映在法權學說框架當中。由於Kant的主體性概念始終緊扣在個別理性主體之上，此一單一的、獨立的、具有先驗自由的個別理性主體，乃是Kant哲學的起始預設，不容再向後退。對Kant而言，作為理性主體的自我，乃是反思性的、抽象形式的理念，理性主體當然可以證成其自身，不依存於其他任何概念，更不依存於經驗。與此相對，經驗世界的對象，在主體面前，則始終呈現為表象（*Vorstellung*）。雖然主體可以經由感受來獲取關於對象的資訊、形成對表象的知識，但這些對象的本質，也就是物自體，對主體而言永遠都是不可知的。從純粹的邏輯層面觀之，理性主體與一切外在對象之間，並不存在理論上的必然連結。

如此一來，從理念形式上的主體要過渡到現實經驗中的個人，必定經過思維上的跳躍，因為純粹的理性主體，其實並不倚賴經驗世界的一切來證成自己。由此一具備絕對性的理性主體所導出的法權學說，最後乃是適用於主體的現實存有，也就是複數經驗性主體間的關係。然而，為什麼純粹的理性主體以及它的絕對性，可以當

⁶⁸ 參周漾沂，從實質法概念重新定義法益：以法主體性論述為基礎，同註55，頁1011。

⁶⁹ Vgl. Kersting, aaO. (Fn. 61), S. 364ff.



然延展到主體的現實存有、乃至現實世界中的規範內容⁷⁰之上？此一理性主體的現實化需求，並未自始蘊含於主體概念當中。

——要特別注意的是，此處並未否認Kant對主張法權關係的現實性有所主張，亦即，Kant確實認為法權要獲得現實性⁷¹；只是，針對普遍性的法權法則「為何」應該取得現實性的理據，Kant似乎是直接肯認並接受了個別主體當然擁有經驗性存在的這個現實，並且順理成章地將主體的現實存有與其理性本質相對應。然則，若嚴格依循現象與物自體二分的預設，經驗世界存在的一切，包含主體的經驗性身體，與理性主體間並不能相互推導，也無法成為理性主體概念「應該」或「必須」獲得現實性的理據。在Kant的預設下，實然無法導出應然。簡言之，後世對Kant法權概念的反省，並非在於其沒有現實性，而是在於其理論本身難以圓滿說明，何以必然要有這個現實性，還有純粹的先驗理念如何被保證能夠獲得其現實性。

正是在上述模糊的觀點下，針對「何以必須要有（現實上的）刑罰」這個問題，對Kant而言，也就存在從兩個完全不同的面向加以考慮的可能：從先驗層次來說，法權中的普遍法則屬於定言令式範疇，是理性主體自身所設，刑罰乃成為主體憑藉其理性針對其（夾雜著感性）的任意意志所施加的自我強制，而表現為對道德領域中純粹自我強制的一種「力學式模仿」。在這個面向上的刑罰，具有絕對客觀應報的特徵，即完全不考慮行為人主觀（任意）的恐懼情緒、經驗性的服從心理等偶然情況，因為刑罰的強制乃是理性

⁷⁰ 由此詮釋刑法規範的絕對性，參周漾沂，刑罰的自我目的性——重新證立絕對刑罰理論，同註55，頁293。

⁷¹ 參周漾沂，正當防衛之法理基礎與成立界線：以法權原則為論述起點，國立臺灣大學法學論叢，48卷3期，頁1241，2019年9月。



對意志基於普遍法則必然要施加的。但與此同時，由於外在強制作為法權的特徵，允許經驗層次的個人出於與履行道德義務完全無關的動機來履行法權義務，也就是允許個人出於恐懼或算計，決定是否遵守規範，刑罰因而被允許作為控制個體心理動機的工具，這導向對Kant刑罰理論的另一種解釋可能，即預防理論⁷²。

反之，如果要在經驗世界貫徹理性應報的觀點，就必須就理性跨越至物自體的環節，提供更充分的必然性論證。在這一點上，單是採用Kant的法權理論，便不免有所欠缺。周教授在論及刑罰的經驗性意義時，即補充了社會學上的行為溝通意義，以及Hegel在抽象法權環節裡視刑罰為「否定之否定」的名言，強化刑罰在經驗表象裡的意涵⁷³。但整體觀之，周教授的理論基點，仍以依存論的Kant法哲學為核心，其刑罰正當性始終來自單一理性主體的預設；援引Hegel的學說，只在借用其形式上的結論⁷⁴，既未由Hegel的認識論出發，亦未接受其自由倫理實體的完整理論結構，從而透過刑罰體現在經驗世界者，依然是理性法則先驗效力的對應物。據此，遺留在Kant法權學說中的現象——物自體二分問題，以及由此衍生之下位問題，包括理性法則的應然性如何必然會過渡到可實現的經驗世界，也仍舊帶有論述上的模糊性。

3. 有限地被承認的經驗性

承上所述，潛藏在Kant法權學說概念下的另外一個爭議點在於：主體的經驗性條件，究竟應該在多大程度上被普遍法則予以考慮。詳言之，雖然Kant的法權概念考慮到主體的經驗性存有，並且

⁷² 例如Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 1874, §§ 13ff.

⁷³ 周濂沂，刑罰的自我目的性——重新證立絕對刑罰理論，同註55，頁286、303-304。

⁷⁴ 周濂沂，刑罰的自我目的性——重新證立絕對刑罰理論，同註55，頁315。



為此引入強制，但此種理性法則在經驗現實上的延展，只是一種有限度的延展，亦即僅在利用強制回復理性自我與法權關係的這件事上接受了經驗性。一旦涉及進一步的經驗性細節⁷⁵，例如對不同法權領域的侵害程度差異（像是殺人罪或強制性交罪之於竊盜罪的嚴重性），抑或是何種類型的侵害應當被界定為犯罪，若由Kant法概念出發，便只會歸結為主體在經驗世界的偶然選擇，換句話說，主體當然可以作出另外一種選擇。由於普遍性法則乃是後設的法則，並沒有任何一項實質的行為規範內容，在理論上必須被訂為強制性法規⁷⁶，國家也不能援引特定智性取向、也就是追求經驗性幸福的目標——例如國民安全——當然地證成刑罰的正當性。但同理，國家也沒有為全體或部分國民追求幸福的義務與權能。若忠實依循Kant法權概念，社會國實是難以被證成的原則。

存在經驗世界當中的刑罰，在此脈絡下還可能產生的疑問是：在刑罰的宣告與執行階段，是否允許、甚至應該考量到刑罰的矯治與再社會化作用，也就是所謂特別預防目的？在Kant的理性法概念下，答案當為否定。從依存論推導出來的法權法則，其唯一正當性是來自道德領域的普遍性誡命；反過來說，對個別主體的非難，也只會取決於違反該誡命的行為本身，不會涉及與「行為人」相關的因子。在判斷是否，以及應在多大程度上對行為人施加刑罰的時候，能夠被納入考慮的經驗性條件，只出現在理性法則在現實上被違反的那一刻，亦即在行為時點下影響行為人罪責高低的要素。換言之，堅守源自實踐理性層次的刑罰觀點，將會是一種徹底的應報

⁷⁵ 針對此點提出的批判，參Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, S. 147, 149; 廖宜寧，由德國性犯罪條文修正之觀察探析妨害性自主罪的理论基礎，國立臺灣大學法學論叢，49卷2期，頁669-671，2020年6月。

⁷⁶ 例如所有權作為一種基礎且必要的權利，本身其實無法直接由法權原則導出。對此詳細探討參Müller, *Wille und Gegenstand*, 2006, S. 192ff.



理論，無論是一般預防或特別預防目的，都不在刑罰考量之內。

須再次釐清的是，單就此結論——不考慮任何預防目的——而言，（純應報詮釋取向之）Kant刑罰理論並沒有顯示出弱點或不足，蓋其並非既肯認預防目的的必要性、卻無法顧及預防目的，而是自始就不認為預防是刑罰必要目的，或更確切地說，是預防「不應」成為刑罰目的。只不過，回到現象——物自體二分的根本問題上，針對「只有在理性法則被違反之行為時的行為」要考慮經驗條件這一點，即有深究空間。

詳言之，若理性主體與理性法則要獲得現實性，就必然要在經驗即智性世界適用，對感性的意志作出種種限制；但是，擁有這些經驗性特徵的個別意志，乃是高度分殊化的意志，經驗性的影響源自諸多不同的原因，在每一個個別意志身上呈現各不相同的樣貌，且伴隨主體在現世的生命歷程，不斷進行積累與交互作用，因而必然同時帶有部分延續性與部分不可預測性。那麼，在以特定主體作為歸責對象、決定是否及如何課予刑罰的判斷過程中，何以不需要考慮該主體在前後階段的經驗性條件？誠然，在實際的運作情況裡，確實不可能將一切與行為人相關的因素全部都徹底地予以考慮；無論是歸責、量刑與執行，都不可能完全地個別化⁷⁷。然而，既然此種完全個別化可能性的欠缺一直都存在，若是在犯罪成立階段，經過一定程度的簡化或量化後，允許行為時的罪責能力與相關經驗性條件（如行為人年齡、精神狀態、侵害大小，或不法意圖）左右規範上的判斷，那麼量刑與執行的時候，為何應該全部排除，而非同樣以光譜或門檻方式，決定是否納入某些經驗性要素？

更進一步問，就「藉由刑罰令理性主體自我回復」的命題來

⁷⁷ 周漾沂，刑罰的自我目的性——重新證立絕對刑罰理論，同註55，頁327-328。



看，刑罰此一經驗性存在，究竟是否需要對經驗性主體「當真」產生理性回復的效果，又或者被恢復的永遠只是超驗性的理性主體？答案若是前者，則不僅是不可能印證的任務，亦不合理的應報概念；若是後者，那麼現實上的刑罰即與某種象徵性的符碼無異，隨之落回「何以必須要有刑罰」的探問中，即何以單純由國家公開宣告不法，或是透過民事／行政上的強制措施，無法在超驗層次達成同等效果。即使認為刑罰具有關聯到其他理性主體的意義，也就是可以透過糾正錯誤的經驗表象，來消除其他理性主體被此經驗表象誤導的可能⁷⁸，也會在其他主體的超驗理性與經驗意志上產生同樣的疑問。僅謂「經由刑罰在經驗世界裡被課予到個別主體上的事實（實然層面事態），才能讓超驗理性達成其自我回復（應然層面結果）」，此種主張一方面無法在經驗世界驗證其因果關聯性，另一方面亦無法在先驗層次由形式邏輯導出⁷⁹。

4. 小 結

綜上所述，本文以為Kant的法權學說為應報理論提供了一種從「絕對理性主體」出發的詮釋可能，其背後乃是對於個人作為擁有理性之自律主體的價值確信，由此導出的理性自我拘束及適用於主體際的普遍性法則，同時構成刑罰的正當性基礎、目的與限制。面對經驗世界的複雜性，Kant的法權學說則以不變應萬變，僅在以貫

⁷⁸ 周漾沂，刑罰的自我目的性——重新證立絕對刑罰理論，同註55，頁314。

⁷⁹ 可能的解套方式，只有讓此種現實性連結與道德形上學同樣停留在超驗理念，承認其作為先驗性對象的不可知，而只能是理性法則在實踐上的運用。關於Kant哲學中先驗（*transcendental*）與超驗（*transcendent*）概念的澄清，參鄧曉芒，康德的「先驗」與「超驗」之辨，同濟大學學報，16卷5期，頁1-12，2005年10月。在Kant哲學脈絡裡，超驗的理性或道德本體雖不可知，但可以實踐，換言之，在不碰觸物自體、也不對其擁有先驗知識的前提下，仍能在經驗中創造實踐的表象（先驗理念的超驗運用）。



徹理性法則為目的的必要限度內，最小範圍地允許納進經驗性條件，並開放現實上的國家強制力介入。在此意義下，國家並非實體，僅僅是為了實現對理性法則拘束力的外部力學模仿、令理性法則獲得現實性而存在的目的性建構⁸⁰。

而純粹援引Kant法權學說的侷限，則出現在源自二元論、由理念向現實過渡階段的論證斷裂，不得不接受超驗判斷的幻相⁸¹，對現實經驗條件的選擇性考量，以及（從理論層面來看）國家在面對經驗世界諸般困境時的袖手旁觀。雖則透過德國與我國當代學說的努力，為刑罰的現實必要性補充了各種理論上的論據，但均未終局改變Kant的二元論起點，因此在追溯至理論源頭時，仍只能訴諸個別理性對超驗理念的內在運用，將理念轉化為實踐領域的刑罰目的。

(二)由古典哲學正義概念出發的應報理論

1. 刑罰作為回復法社會成員間平等關係的正義結構

徐育安教授在其〈正義理論與刑罰應報理論之重構〉一文裡，參考Aristoteles (Aristotle) 與現代德國法學者的見解，提出了另外一種對於應報理論的詮釋，那就是——在概念歷史上幾乎同樣古老的——正義概念。

單就形式上看，「正義」畢竟是太過模糊的概念，蘊含太多不同的理解可能性⁸²。要使正義原則成為規範基礎與具體指引，必須先對其進行詮釋。徐教授先介紹Aristoteles哲學中的正義概念內

⁸⁰ 周濂沂，刑罰的自我目的性——重新證立絕對刑罰理論，同註55，頁333。

⁸¹ Kant, KrV A297=B354. Timmermann u. a. (Hg.), Kritik der reinen Vernunft, 1998, S. 408.

⁸² Vgl. Ritter (Hg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie. Band 3, Art. Gerechtigkeit, 1974, Rn. 329ff.; Pawlik, ZStW 2009, S. 689-710.



涵，並指出Aristoteles觀點下的正義，並非一種單純平等回報的應報式正義，而是從整體人際觀點來考慮的比例式衡平關係⁸³；其次，徐教授援引法學家Gustav Radbruch與Arthur Kaufmann的觀點，主張正義應該可以被理解為一種法律理念，將其納入現代的法體系當中，作為法律關係最終極的立基點⁸⁴；為了給予正義概念一個符合當代價值的清晰內涵，徐教授從Rudolf Stammler對正義的詮釋，也就是「經營共同生活之社會成員所持法律意志的和諧一致」此一意旨出發，進一步將正義聯繫到當代憲政秩序裡的重要原則——平等原則之上。

徐教授主張的平等原則內涵，是以現代憲法下的基本權，結合Aristoteles的糾正正義觀，建構出一種由國家的整體視角出發、以調整人際交往關係當中產生之不平等為任務的刑罰論。據此，刑罰以正義概念作為其目的與基礎，乃是要恢復被犯罪行為破壞了的人際平等關係。依徐教授的見解，個人片面實施的強制不法行為，係屬一種行為自由的濫用，由是導致其與其他社會成員間的和平共處狀態遭到侵害，整體法秩序的平等關係朝一方傾斜，形成行為人對被害人的宰制，從而產生不平等；為了讓此一法秩序恢復平衡，國家基於自身作為人民自由保護者、和平法秩序維持者的角色，有義務透過刑罰來實現此一制度上的正義，這也正是糾正正義在現代意義下的實踐：濫用自由者，應被剝奪其自由⁸⁵。

從外觀上看，這樣的主張類似於針對刑罰基礎所提出的另外一個著名觀點，即公平遊戲理論⁸⁶。徐教授在文章中援引德國學者

⁸³ 徐育安，同註59，頁278-286。

⁸⁴ 徐育安，同註59，頁304-306。

⁸⁵ 徐育安，同註59，頁282、311。 *Bien, Gerechtigkeit bei Aristoteles* (V), 2006. S. 158.

⁸⁶ RICHARD DAGGER, *PLAYING FAIR* 139-260 (2018). 國內文獻對公平遊戲理論的詳



Ulfrid Neumann的見解，似乎也與這樣的觀點若合符節。Neumann主張刑罰制度的正當性，只能建立在對社會利益的合理分配⁸⁷。因為一般而言，無視行為應受合法手段限制的人，會增加實現自身利益的機會，例如：要是有人透過貪污、詐欺、搶劫或是竊盜來獲取他人的財產，那麼與只使用合法手段的人相比，前者獲得財產的機會就會上升⁸⁸。在此情況下，國家以刑罰為手段，用遭受刑罰的風險，來針對「非法地增加獲取個人利益之機會」的行為加以平衡，也就可以理解為一種去宗教化的世俗正義要求⁸⁹。

只是，倘若果真以上述「利益分配」觀點來理解人際平等關係與刑罰，隨即會面臨一大問題，就是犯行與刑罰間的對應恣意性：從理論上永遠無法證明，個體在行動中所獲得的利益內涵，與經過法律「換算」而來的刑罰，是否能真正折抵⁹⁰。由於利益乃是一種主觀且相對的標準，指涉的是某種被接受的偏好或是好處，但這些偏好的內涵卻取決於偶然或恣意，若以利益喪失或剝奪來定義刑罰，即無法回答「為何必須是刑罰」，而非對特定被害人為財產或其他補償。換句話說，刑罰將會失去與其他法律領域之間的區別。此外，單是說出「應當要使遊戲公平」或是「應當要公平地分配利益」，顯然也尚未完成論證任務，因為這樣的宣稱，到最後並未說明「為什麼」人與人之間的來往應該要公平、每個人獲取利益的機會究竟又「為什麼」應該要平等？

盡介紹與檢討，參許家馨，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235-245，2014年9月。

87 *Neumann, Institution, Zweck und Funktion staatlicher Strafe, S. 449.*

88 *Neumann, aaO., S. 449.*

89 *Neumann, aaO., S. 449.*

90 范耕維，以違法偵查作為量刑因子之正當化根據：一個刑罰理論的觀察，國立臺灣大學法學論叢，48卷4期，頁2172，2019年12月。



探究徐教授所主張的應報理論，與Neumann的刑罰論，或是美國學說提到的公平遊戲理論，其實仍有本質上相異之處。究其最大不同，在於徐教授所主張的應報理論，並未直接結合預防功能；換言之，並非將刑罰目的與刑罰的正當性完全予以區分，且將前者與預防機能掛鉤——蓋如此一來，便會落入前文對預防理論的批判。與此相對，徐教授主張，刑罰在現實上雖必然帶有一般預防的功能，且積極一般預防的想法與正義原則亦可相容，但預防終究並不是刑罰目的本身⁹¹。一旦將刑罰的目的與基礎訴諸集體性的利益，那麼這樣的刑罰「恐怕只是將處罰犯罪人作為社會大眾恐懼犯罪的一道安慰劑」⁹²。徐教授據此認為，刑罰的最終目的，仍在於正義之實現，而正義的內涵即在重建平等的社會⁹³。由此可見，徐教授以實現平等的正義為目的的刑罰理論，並不遵循效益主義的標準，而是為了貫徹特定絕對的理念。

此外，徐教授以人身自由來界定刑罰的內涵，也顯示其所理解的刑罰，不單只是令行為人「喪失利益」。之所以必須使用刑罰，而不使用其他種類的制裁方式來回應犯罪，徐教授提出的解釋是：只有刑罰具有剝奪個人自由的特性，也因此具有個人一身專屬性跟不可回復性，此種自由刑的本質，恰與透過刑罰所要實現的平等之正義相符⁹⁴。

2. 何以平等與何謂平等？——法主體性的預設

徐教授將正義概念界定為一種整體的、比例式的平等原則實踐，雖有參考Aristoteles的論點，但究其內涵，實與當代法概念

91 徐育安，同註59，頁316。

92 徐育安，同註59，頁317。

93 徐育安，同註59，頁316、319。

94 徐育安，同註59，頁314。



下、自由憲政秩序所要求的平等原則更緊密聯繫。本文以為，從整體觀點來看，徐教授所採的應報理論觀點，本質上其實仍更接近觀念論下的應報思想，這尤其反映在徐教授對於國家與主體的預設及認知方式上。

詳言之，Aristoteles的正義概念，與其所處時代的世界觀，以及由此而生的人類圖像密不可分。在古典時期，世界作為一個整體，被理解為一種具有自我目的性的實存⁹⁵。自然（*physis*）代表存有的真實、永恆自在的真理，在自身中有其根據，形成一套穩定的、美善的秩序，並且可以作為個體行為的具體指引⁹⁶；與此相對，作為個體的人，始終屬於整體的一部，人類社會中的規範（*nomos*），來自於風俗習慣及特定共同體的秩序，具有偶然性與可變性⁹⁷。對Aristoteles而言，人類個體自身也是一個統一而有機的整體，稱為「第一實體」；這個作為實體的人所擁有、與他人共享的秉性，則稱為「第二實體」⁹⁸。Aristoteles認為，人類的秉性中就擁有對正義的渴望與認知正義的能力⁹⁹，經由理性能力的介入，個體得以作出審度與選擇，藉由培養出合乎正義而具備德性的習慣與氣質，在實踐中成就善的人格¹⁰⁰。這樣的特性，使得人類社會當中的規範，也能與代表永恆真理的自然相符，進而達致總體的善與幸福，此即作為素樸倫常及城邦倫理的「第二自然」¹⁰¹。

95 參Manfred Riedel著，朱學平、黃禹洲譯，在傳統與革命之間（*Zwischen Tradition und Revolution*），頁101，2020年12月。

96 參同前註，頁74。

97 同前註，頁74。

98 陳妙芬，法哲學：自然法研究，頁85，2021年11月。

99 同前註，頁86。

100 參同前註，頁18。

101 Manfred Riedel著，同註95，頁73-74。



然而，此處必須特別強調的是，在Aristoteles理論脈絡下的「理性」、「人格」、「德性」、「幸福」等概念，與近代（即啟蒙）以來的理解，有著根本性的差別。如上所述，由於作為部分的個體始終處於整體之中，城邦——也就是共同體——對個體來說是理所當然的存在，無須探究其正當性或必要性，因為「人就其本性，是政治的動物（ὁ ἄνθρωπος φύσει πολιτικὸν ζῷον）。」¹⁰²人類當然必須生活在共同體內，作為共同體的「器官」¹⁰³，才能透過成就正義的德性來獲致幸福。在此一論述中，既未涉及個體的「（自由）意志」問題，更未出現當前理解的「權利」概念。換言之，個人並不被理解為一個「（權利）主體」，因為在Aristoteles的時代，這樣的想法尚未出現¹⁰⁴。

據此，當Aristoteles在探討正義概念，並提出具體上對個體「依比例式」的平等對待時，並不需要交代「為何應該追求平等」或說明「城邦（共同體）是否有權限或義務對人際關係進行衡平調整」。因為，正如自然世界有其善之目的，城邦亦當然會以追求善為目的；而就城邦裡的個體而言，當談及正義時，不管討論對象是整體或個別正義，亦即無論是關於其靈魂當中的善之狀態（德性），抑或是其作為城邦一部分的適得其所（幸福生活）¹⁰⁵，都與現代理解的自我決定或權利實踐無涉，也並非以主體間的法權地位平等作為基準點。簡言之，儘管Aristoteles並不如Platon主張一套抽象完美的正義理型，但在他哲學脈絡裡的正義，仍更近似於某種存在客觀秩序中的真理，是世界自然會趨近的「善」。從而，單從

¹⁰² Pol. I.2.1253a2.

¹⁰³ Pol. 1253a20-29.

¹⁰⁴ 徐學庸，古希臘正義觀：荷馬至亞里斯多德的倫理價值及政治理想，頁260，2016年7月。

¹⁰⁵ 同前註，頁259-260。



這樣的正義概念出發，無法直接導出國家實現平等的義務，亦無法推論出針對「拒絕以正義方式生活者」的法律上歸責。

此種自然的目的論思考，在中世紀的宗教宇宙觀中產生了翻轉的契機¹⁰⁶，但要直到Hobbes才正式開啟近代的自然法與政治哲學，並在Kant與Fichte哲學中臻於成熟¹⁰⁷。Hobbes與從古典時期以來的預設——「存在著一種超出人類意志之上、支配萬物的自然法則（*lex naturalis*），理性則必須模仿、效法此一法則，以成為『正確的理性』（*recta ratio*），並使得正義的行動成為可能。」¹⁰⁸——徹底決裂，不認為有某種自然目的可以作為人類欲望與共同體秩序的中介，而將維繫共同體統一的力量轉向個體自身¹⁰⁹。國家的出現與穩定的法秩序，都來自去政治化之私人的欲望與需求，而其中最高的需求，就是前文提及的安全與自我持存。到了Rousseau，則更進一步，將追求倫理目的的意志從自然轉移到人身上，人的精神性與合理性不再被理解為他的自然，而是他的自由¹¹⁰。在Rousseau之後蓬勃發展的德國觀念論學說，持續將自由視為量度正當性乃至正義的原則。而在這個意義下被討論的法概念與法秩序，也不再是「切合於自然世界目的論的法則」，而是「表彰著自由的意志所設定的法則」。

以上說明誠然有過度簡化之弊，但已經可以得出一個中間結論，那就是：近代以後，對國家任務及法權狀態的討論，必須是一種以證立其正當性作為先決條件的討論，並且乃是被置於主體——

¹⁰⁶ 在神學宇宙觀下，自然性的對象被貶為「被造物」，因而喪失理性目的的本質。參Manfred Riedel著，同註95，頁75。

¹⁰⁷ Manfred Riedel著，同註95，頁76、98。

¹⁰⁸ Manfred Riedel著，同註95，頁76。

¹⁰⁹ Manfred Riedel著，同註95，頁76。

¹¹⁰ Manfred Riedel著，同註95，頁76。



自由脈絡下的討論：刑罰作為國家制度，其正當性來自貫徹民主與法治的憲政國家本身（而此種對民主法治的貫徹活動也是國家自身正當性的來源）；之所以必須貫徹民主、法治與平等，是基於對所有個人均為擁有自我決定能力的法權主體的預設。由於所有個人都被承認為自主的主體，擁有同等的人權，從而應該受到相同的對待，獲得相同的具體權利。

反過來說，一個從國家所設刑罰制度的正當性，以及形式上同屬法權主體間的平等關係開展出來的正義原則，事實上反映的亦是以近代以降國家觀與人類圖像作為背景的思維方式。徐教授在探討刑罰之正義結構時，主張：「犯罪行為人透過自身不法行為的實行，僭越不屬於自己的權限範圍……藉由其自由的擴張……成為雙方關係的立法者。」¹¹¹即明顯對應於個人自由、權利領域等近代法權觀點。而在論及刑法上的罪責原則時，徐教授指出，罪責原則體現了法權主體有能力自我決定（自律）、自我負責，而刑罰作為國家實施的他律手段，其正當性仍是以自律的可能性為前提¹¹²。上述說法，則更清楚地帶有受到Kant法權學說影響的痕跡。

至於徐教授何以選擇Aristoteles為起點，而不直接採納近代觀念論或是理性法下的正義概念，除了徐教授認為應報不應是同等原則下的同害報復¹¹³，更可能是為了突出刑罰作為國家制度的公共性與整體性。依徐教授的理解，無論是Kant提出的法權原則、Hegel法哲學中的抽象法，或是當代學說對這兩種應報思想的承繼與延伸，都無法完善說明刑罰的基礎，以及應報的具體內涵究應如

¹¹¹ 徐育安，同註59，頁311。

¹¹² 徐育安，同註59，頁312。

¹¹³ 但徐教授認為Kant的應報理論本質上屬於同害報復的延伸，參徐育安，同註59，頁291。



何詮釋¹¹⁴。據此或亦可謂，徐教授乃是希望借用Aristoteles正義概念中可供操作的內容，以之補足主體——自由法權思維下，關於刑法義務來源及傳統罪責原則裡的空洞性。

採取Kant之法權進路的刑罰理論，已在前文詳細探討。本文以為，如果將正義概念的核心內涵理解為平等原則，並以此作為刑罰基礎，那麼比起古典時期的Aristoteles哲學，或許參照Hegel的法哲學，更能建立起相應於現代自由主體概念、也與現代國家任務契合的「平等式正義」應報理論。依筆者見解，徐教授在其論證中所指Hegel法哲學有所欠缺之處，多是針對Hegel《法哲學原理》（Grundlinien der Philosophie des Rechts）當中抽象法（Das abstrakte Recht）層次的片面性。反之，若將整部《法哲學原理》視為一個整體，並在思考時納入其中所有環節，當可為刑罰的體制性基礎，以及「何以必須追求平等」的探問，提供另一種有力的解釋（詳見下文肆）。

（三）與個人溝通並尋求贖罪的應報理論

上文介紹的應報理論，主要為受到德國與傳統歐陸法哲學影響的學說，呈現的是以特定抽象上位理念為基點、再往下推演出具體適用原則的論證模型。不過，我國作為多元的繼受法國家，採用應報理論的刑罰詮釋途徑，實兼容了不同法體系的思考方式。其中，對英美法學家R. A. Duff所提出之溝通應報理論（communicative retribution）加以演繹的刑罰觀點，當是我國在探討應報式刑罰理論時值得留意的見解。

1. 刑罰作為向犯罪人傳遞的非難（censure）訊息

Duff所提出的溝通應報理論，認為刑罰的施加應被視為一種溝

¹¹⁴ 徐育安，同註59，頁301-303、309-310、312-313。



通行動，傳達社會價值以及犯罪所致侵害的嚴重性，其溝通對象是被課予刑罰的犯罪人，而溝通的目的，則在喚起犯罪人作為自由道德主體的理性。一旦犯罪人接受此一嚴厲的刑罰處遇，即代表其理解了自身所犯行為之於其他社群成員與社會價值的嚴肅性，對社會反向傳達願意懺悔、自新與和解的訊息¹¹⁵。依Duff的看法，刑罰乃是一種「贖罪」(penance)，是世俗國家裡的儀式，刑罰的嚴厲性恰象徵著犯罪人贖罪的決心，藉由展現此一決心，犯罪人將對社會取得復歸與重生的資格¹¹⁶。

曾在界定刑罰目的時明確提及Duff理論的我國學者，包括許家馨教授及范耕維教授。許教授認為，Duff對應報的解釋，是當代英美學說中最具說服力者，因為他的理論最能合理回答關於刑罰的三個問題：其一是犯罪者何以「應得」刑罰，這點Duff已經以犯罪與刑罰均具備「嚴重性」加以解釋；其二是刑罰何以必須由國家來執行，也就是何以具有公共性，對此Duff以學術社群來比擬共同體，認為共同體成員共享相近的價值，而國家對此一價值具有合理關懷的義務，故刑罰執行包含在國家任務中¹¹⁷；其三是關於罪刑之間的合比例性問題，Duff既主張刑罰是一種雙向理性溝通，那麼處遇與犯行間自應有對等關係¹¹⁸。

相較於此，范教授採取的則是一種溝通應報論的調整方案，更強調刑罰作為犯罪事件的事後處理與修補機能¹¹⁹，主張刑罰作為溝通行動，其內容不僅涉及犯罪帶來的侵害與犯罪行為之於社會的

¹¹⁵ R. A. DUFF, PUNISHMENT, COMMUNICATION, AND COMMUNITY 88-89, 107-12 (2001).

¹¹⁶ *Id.* at 106-15.

¹¹⁷ 許家馨，同註86，頁257。

¹¹⁸ 許家馨，同註86，頁257。

¹¹⁹ 范耕維，同註90，頁2173。



意涵，也涉及形成犯罪、影響犯罪人的社會要素¹²⁰。溝通存在於國家與犯罪人間，作為溝通工具者不僅是實體的規範及刑罰，也包括被告參與其中的刑事程序。雖則被告在程序中多半處於弱勢地位，但既然將整個刑事處遇定性為溝通，為達溝通目的，並對犯罪所引起之社會衝突妥善進行事後調停，必須儘量尊重作為溝通主體的當事人。也就是說，即使在權力結構差異下，要令被告與國家完全平等並不可能，也應盡可能地在尊重既存差異的前提下，維持溝通的對等性¹²¹。

2. 溝通主體與溝通情境如何被設定？——社群共識或國家義務的理論基礎

事實上，許、范兩位教授均是部分借用Duff的觀點來討論特定刑法議題（許教授該文討論的是死刑正當性問題，范教授則是處理偵查程序與量刑問題），而非直接將Duff整個刑罰理論照單全收，不過為了聚焦本文主題，以下仍暫且圍繞Duff的整體溝通應報觀點展開檢討。

綜合看來，無論是許教授或范教授的論點，其實都已預見到溝通應報理論必然會面臨的難題：從現實層面來說，刑罰具備的高度強制性與執行時的片面性，與一般理性且有效溝通情境內所講求的對等性及自願性，顯然有所扞格。范教授雖然表明，在不同溝通主體間必然存在個體特質與階級差異，也恰是如此才令溝通得以開啟¹²²；然而，被迫站在刑罰或刑事程序之前的行為人與國家權力間的差距，是否還能比照一般的人際溝通看待，抑或是已經大到難

¹²⁰ 范耕維，同註90，頁2174。從這個角度來看，范教授所採立場更接近下文謝煜偉教授的觀點。

¹²¹ 范耕維，同註90，頁2175。

¹²² 范耕維，同註90，頁2175。



以構建出理性的溝通情境，似乎仍有討論餘地。許教授在探討死刑可能的正當性時即指出，死刑此種最嚴厲的處罰，將使受刑者不再有機會回歸社會，進而失去溝通的最後目標¹²³。雖則許教授也提到Duff和Matthew Kramer的見解，認為死刑仍可能具有溝通性與悔、自新、和解之功能¹²⁴，但現實上，以剝奪相對人生命為效果的刑罰，究竟是否還能主張其屬於（雙邊對等的）「溝通」¹²⁵？

此外，本文以為，Duff的溝通應報理論可能產生的深層挑戰，還來自於其設想的人類圖像，恰處於某種規範性與現實性中間的尷尬地帶。Duff理論中提到的人類形象，看似以現實中社群內成員的共同主觀感受為基礎，並在陳述刑罰作用時，將被課予刑罰之個別行為人的心理狀態、行為人與社群的關係等因素納入考慮。但事實上，Duff理論中所描繪的人際關係，並不是當真來自一個現實上被觀察到的社群，而是源於其論述內部的規範性預設：Duff將每個人視為具有理性的主體，彷彿這是一個不證自明的事實；與此同時，Duff預設的溝通情境，又依賴於特定前提條件下的共同體型態，也就是一個成熟且和諧的民主法治共和國，且這個條件對Duff來說已經是給定的既存現實，同樣無須再證明它的正當性。此一規範性的預設，一方面排斥一切形上學的理论建構，對於從應然面向進行根本性的探問（為何人類有理性且是主體？為什麼社群必然會是，或應該要是樂於溝通的民主法治共和國？）不抱興趣，另一方面卻也無法直接在世界上找到完美對應的實體，或證明其普遍性。Duff借學術社群來比喻政治共同體，然則，即使是同一學術社群，其內部

¹²³ 許家馨，同註86，頁268-269。

¹²⁴ 許家馨，同註86，頁268-269。

¹²⁵ 參李茂生，應報、死刑與嚴罰的心理，中研院法學期刊，17期，頁304-306，2015年9月。



的價值取向與溝通模式，也具有高度分殊性；在政治社群內，要證明所有成員均共享特定價值，困難度顯然更高。

仔細檢視Duff對於個人理性的描述，即可發現，比起前述Kant思想下的理性主體，Duff理論中的主體圖像，其實是來自於某種直覺式的想像（或共識），乍看之下更接近「經濟人」（*homo oeconomicus*）：一種尋求自身幸福的智性主體，渴望享有不被干擾的外部消極自由，卻又不是嚴格意義下以自利作為唯一考量的經濟性私人。因為Duff筆下的主體同時也自願接受共同體內統一的價值觀，具備常識（*common sense*）意義上的道德感，能接受基於特定期念（正義、救贖等）產生的罪與罰觀念¹²⁶。最後，對於此種設想下的主體理性訴求，仍取決於個別個體的智性決策。無論是政治社群的產生或是人際溝通的過程，都只會是「合理（主觀）共識的偶然程序架構」¹²⁷。在訴諸現實性的前提下，Duff無可避免地會面臨以下問題：實際上真正選擇懺悔與贖罪的行為人，是否果真是因為遭受刑罰才產生悔意？還是其他不可知的原因？反之，一旦行為人主觀上抗拒刑罰，甚至抗拒共同體本身，那麼刑罰是否還能被視為有效的溝通？此時是否需要再給出一個單純對行為人施加負擔的理據？

此外，倘若依據Duff的模型，溝通係存在於國家與行為人之間，即表示雙方同為溝通主體，那麼，作為溝通一方的國家，又為何有義務保障他方的權利？畢竟若國家與行為人同為當事人，即使雙方地位懸殊，但照理說，若欠缺中立高權的第三方要求，也並不

¹²⁶ 從這個意義上看，Duff所設想的人類圖像若非與John Rawls相似，就是更靠近Rousseau。關於不同人類圖像的理解，參Kersting, *Politik und Recht*, 2000, S. 127.

¹²⁷ Kersting, aaO. (Fn. 61), S. 38.



當然會有一方應對另一方負擔超額的義務¹²⁸。再者，Duff所設想的政治社群，究竟是否具有普世性？若是，那麼所有分裂中的國家，或是一切「非民主法治憲政社群」，是否都將無法適用溝通應報理論，從而喪失國家刑罰的一切基礎？若否，亦即放棄此一理論的普遍性主張，只將其看作對特定政治社群（例如英國或美國）的刑罰制度描述，那麼此一想法也將失去其作為「刑罰理論」的一般性說服力。

綜上所述，本文認為，Duff所提出的溝通應報理論，在加深個人與共同體紐帶、強調犯罪人仍屬社群成員並應獲得國家更多關照的嘗試上，確建立豐碩成果，極具啟發性。只是，作為應報的刑罰觀點，其與特別預防理論應如何區分，以及其所預設的個人——社群關係究應如何從理論上被證成，則似乎有待更進一步釐清與申論。

四、從社會整體責任出發的應報理論

1. 刑罰作為犯罪事件的事後修補機制之一：刑罰的「非必要性」

我國學說中，還有另外一種對應報理論的詮釋，即謝煜偉教授在〈重新檢視死刑的應報意義〉一文中所提出的「修正社會應報論」。

乍聽之下，此一名詞似與刑事政策或犯罪學上的「社會責任」或修正後的「人格（形成）責任」相似；但事實上，謝教授的應報理論主張，恰與後者擁有完全相反的內涵：傳統犯罪學或刑事政策上討論的社會責任或人格形成責任，是在肯認社會環境因素可能影響個人人格形成的前提下，合理化國家干預的先期介入或後期監

¹²⁸ 這也就是為何Hobbes在透過社會契約建構利維坦國家模型時，強調君王並非契約當事人。



控，目的在事前防止特定非行人格產生，或力圖避免再犯、防衛社會安全，簡言之，就是以社會環境因素為引子，要求行為人負起更深層的「使自身無害」之義務¹²⁹；與其相對，謝教授的論點正是要全面翻轉此種將責任歸結給行為人的作法，將應當負起責任的主體，反扣回整個社會整體之上¹³⁰。之所以稱「社會應報」，是為了與「個人責任」相對，強調犯罪事件的發生，整個社會亦有相當程度的責任，從而在量度刑罰時，理應兼顧促成犯罪事件的一連串社會因子，考慮到這些因子對於行為人可能產生的影響，以此為前提來判斷個別行為人應承受的制裁，而非理所當然認定行為人要為犯罪行為造成的一切後果負起全部責任¹³¹。

謝教授見解的特殊之處在於，綜合其論述脈絡，可以發現他其實並不堅持刑罰的必要性，換言之，謝教授並不擬正面證立「何以必須有刑罰」這個問題，而是將刑罰的存在，看作一種——與犯罪事件相同——被給定（且因此是無可奈何）的、偶然的社會現實，其來源可能是多數社會成員的情緒投射。又之所以將其觀點定性為「應報」理論，乃是著眼於刑罰的後置性格，亦即，與范教授相同，謝教授也認為刑罰的作用在於回顧與事後填補，而非預防¹³²。

依謝教授見解，當犯罪事件發生，社會產生動盪，國民感情因而不安，於是出現了究責的集體意識需求；為了要將責任歸結到特定的一個點（行為人）上，藉由刑罰的課予來平復受損的國民情緒與道德秩序，既有學說才會不斷強調個人意志、自我決定與自我負責，將責任「貼付」到理論塑造出來的意志——行為因果支配鏈

¹²⁹ 對此詳細探討參謝煜偉，重新檢視死刑的應報意義，中研院法學期刊，15期，頁184-185、註99，2014年9月。

¹³⁰ 同前註，頁194。

¹³¹ 同前註，頁194。

¹³² 同前註，頁194。



上，以因應實際處罰的需要¹³³。而謝教授提出的理論，則是希望透過揭露上開事態，側面批判並反省「刑罰作為自由意志下自我負責之結果」這樣的說法，以謀求在現行體制內對行為人更寬容的處置可能性¹³⁴。從另一個角度來說，對謝教授而言，在應然層次，刑罰並不一定必須存在，一旦能提供其他刑罰替代方案，得以妥善處理與修復犯罪事件帶來的破損關係，即無須堅持課予刑罰¹³⁵。

2. 何以證立社會之於個人的責任？——主體性的前提以及個人與共同體間的內在聯繫

謝教授從一種後設的社會學式關懷角度出發，結合我國刑罰實踐上的經驗，對現有刑事責任架構提出深刻省思，具有重要參考價值。其立基於社會現實與具體個人生命歷程的論述方式，對於純粹形式化與抽象化的刑罰理論而言，亦具有正面意義上的衝擊性。

不過與此相應，此種後設型的思想進路，由於較不關心如何從上到下地建構起一個具備正當性的刑罰理論的問題（或者說對於刑罰是否在理論上有辦法真正被「正當化」一事抱持質疑），故較難掌握其理論全貌與適用規律。此外，既然此一觀點要對現行體制提出批判，事實上亦必然內含一套應然價值預設，以作為支撐起整個批判意見的基礎¹³⁶。筆者以為，若要讓社會應報理論的批判更有力道、更具有現實上的可實現性，即須找出其背後的先決價值立場或是人類學預設，自理論層次詮釋其批判內容，從內部豐富其世界圖像，方能令現有學說針對其批判加以回應或接納。

針對修正社會應報觀點，可提出兩個方向的探問：其一是對個

¹³³ 參同前註，頁185-186。

¹³⁴ 參同前註，頁192；另參李茂生，同註24，頁152-153。

¹³⁵ 謝煜偉，同註129，頁194。

¹³⁶ 否則即會落入無窮後退的終極懷疑論，不可能為任何人權理念或法學目的奠基。



人本身的關懷基礎，亦即為何「不應該」讓被稱之為犯罪人的個人承擔一切責任？其二則是對社會整體的課責基礎，亦即為何社會「應該」要將其對個人可能產生影響的種種因素，轉化為社會自身的（廣義）責任？依本文見解，要回答以上探問，邏輯上唯一可能且合理的解釋途徑為：一方面承認個人在規範上的主體地位，另一方面在理論上建立起個人與社群的內在聯繫。

初步觀之，上述回答似乎剛好落入謝教授的批判當中，蓋其所提出的社會應報論，恰是為了抨擊現有學說強調「法主體」的歸責觀點¹³⁷。不過，倘若進一步省視謝教授的論點，即可得知其據以批判法主體概念的背後理念，與主體概念本身並非完全不相容。詳言之，假設果真要全面棄絕主體性概念，也就是否認「個人作為法主體」這個宣稱，那麼批判「主體性概念將在現實上產生與敵人刑法共生、排除犯罪人於市民群體之外」¹³⁸的論證本身也將無所憑依。因為，如果個人並不應該或並不必要被視為一個獨立於其他生物的主體，那麼也就沒有實質理由要對「排除其於群體之外」這個（同樣無法被認定為主體所下的）集體決斷作出批評。換言之，如果主體性的論述應當被拋棄，那麼無論死刑、其他刑罰，抑或是殺人等一切犯罪行為，都將喪失評價意義下的罪與刑之本質，刑罰與私人強制也不再具有界線，與自然界一切偶然現象諸如螳螂捕蟬、餓虎撲羊無異，不屬價值判斷上的對錯範疇，蓋自然界並不存在「（上位者？國家？）應當對萬物仁慈包容」的道德或法權標準。脫離了人類社會對特定理念的追求，任何個體（或者物種）從這個星球上的消逝，都不會引發任何評斷或譴責¹³⁹。

¹³⁷ 謝煜偉，同註129，頁174。

¹³⁸ 謝煜偉，同註129，頁162、195。

¹³⁹ 在此補充，筆者明白作為一種後設的理論關照取徑，後現代的思維雖然不斷



觀察謝教授的論證過程，可以看出謝教授之所以批判既有的法主體觀點，是為了反對其可能對特定個體啟動排除機制的合理化危險¹⁴⁰。當謝教授揭示「（既有）主體性概念其實隱含了差異與排除的二元區分」，並且嘗試提供一種新的刑罰詮釋途徑來避免此種結果時，事實上已經表明，其同樣預設了（另一種）主體性概念¹⁴¹，目的即在捍衛被排除的那個主體。差異只在於，此處對應的深層預設，顯然是一種更具包容性、更能尊重個人現實生命歷程的主體性論述，也就是「不會因為作出一個（被群體認為是）非理性的決定（即違反規範），就被排除於市民範疇、被理所當然地剝奪自由甚至生命」的主體。此外，謝教授主張在判斷是否及如何課予刑罰時，應同時考慮犯罪事件的近因與遠因，也就是社會因子對個人可能產生的具體影響，由此亦可知，謝教授並非採取抽象化、形式化、只在行為時被點狀式認知的主體概念，而是必然預設了擁有個別獨特性與分殊性、在特定時空範圍內占據一席之地的主體圖像。

而這種脈絡化的主體圖像，也才能對應到上文第二個探問的重點：社群與個人的牽絆與和解。謝教授認為，社會整體應與行為人

對現代性提出批判與解構，但從未試圖直接消除現代性。只是，本文仍嘗試探問其最深的起點：對現代性的批判與質疑是為了什麼？如果是為了個體在那夾縫瞬間的解放、尊嚴與自由，則若非承認個體乃是值得珍視的主體，又是基於什麼理由要為個體爭取此種尊嚴與自由？

¹⁴⁰ 參謝煜偉，同註129，頁143、175。

¹⁴¹ 這裡可能出現不同解釋方法，例如認為不需要訴諸主體性，只需要訴諸人與人之間情感上的同理、關懷、尊重，或是訴諸人類本身的價值等。但是，這些呈現在各種面向上的關注重點，其實在論證本質上依然不變：何以人與人之間應當相互同理、關懷與尊重？何以人本身有其價值？無論文字上如何表達，當最後問題來到「憑什麼任何一個人在作為人類制度的法規範上，均應當得到正當合理的待遇？」時，主體性依然是最具有說服力、最具一般性與普遍性的答案。



共同負起對犯罪事件的事後處理責任，其背後的理由，顯然不只是由於社會環境與個人行為之間自然因果律上的連結，因為姑且不論此種因果關係不可能證明，就算用最寬鬆的標準來認定因果相關性，非主體對象之間純粹機械式的因果關係，也不會衍生任何責任歸屬¹⁴²。責任只能從義務關係裡導出，並且只會發生在主體論述——無論「主體」概念的定義如何轉變——之間。換言之，此種主張社會責任的看法，必然蘊含了一個潛在預設，亦即社會整體（這個主體）負有「自我檢視或反省」的一般性道德／政治義務，並據此對於犯罪行為人（這個主體）負有回饋、贖罪或照顧義務。關鍵在於，社會對個別行為人的義務，在理論上究竟應該如何被證立？（詳見下文肆）。

三、小 結

整體而論，應報刑罰理論雖然仍屬少數，但在我國已然累積起質量可觀的有力學說，將論證核心置於刑罰正當性上，並且致力於闡釋刑罰本身之於個人乃至社群所代表的意義，而非主張其為達成某個外部目的設定的有益手段：以Kant法權學說為基礎的應報理論主張刑罰乃是理性自我的強制回復；借鑑Aristoteles正義概念的應報理論主張刑罰乃是平等原則下的自由衡平措施；參考Duff溝通應報理論的觀點主張刑罰乃是對行為人的溝通與喚起贖罪之過程；社會責任應報論則主張社會整體也應當承擔「應報」結果，緩和社會對行為人課予嚴罰的需求。

綜觀國內代表見解，可歸結出幾個共同點，但也是理論上亟需進一步充實之處：(一)主體概念的確立及詮釋問題；規範上享有法權

¹⁴² 例如，一顆蘋果由於地心引力落到硬泥地上摔得稀爛，泥地並不因此對蘋果樹負擔何等責任。



並承擔責任的主體，究竟能否、又要如何與現實脈絡下的個人對接？對主體概念的詮釋，關係到罪責原則的內涵，以及個人「應得」刑罰的質與量；(二)代表法秩序整體的國家，應如何證立其作為刑罰發動者的正當性，以及能否／在何種範圍內對個人負有義務的問題：刑罰何以具備公共性，必須由國家執行？又國家在設立刑罰、判處刑罰、執行刑罰時，是否及為何必須有所限制？這關係到刑罰必要性與最後手段性的理論基礎。

上文所介紹的諸應報理論，雖然都觸及這兩點，但提供的解釋與論證均尚有不足。尤其對於國家角色的定性，在前述論點中，除Kant的法權理論在抽象邏輯上已包含了國家建制（但其本質仍為抽象形式之建制）外，其餘學說均一方面強調國家應完成一定的積極任務（維護平等、促進溝通或修補關係），另一方面卻未清楚說明，何以國家在課予個人刑罰時應該自我節制，或是避免將個人完全排除於法秩序之外。下文將聚焦於這兩點，進一步證立應報理論的正當性基礎。

肆、重新建構應報理論的內涵

本文以為，要證立刑罰的正當性，對個別法權主體與國家整體建制的論證均不可或缺，而兩者實為一體兩面，因為只有在確認了代表整體法秩序的國家與作為法主體的個人之間的關係，以及兩者分別承擔的權限與責任範圍後，才能證成個人忍受刑罰的義務，並要求國家在壟斷刑罰的同時，兼顧個人自由與福祉。

上文已提及，依筆者見解，要在承認主體概念前提下，提供個人與國家關係的積極論述，Hegel法哲學乃是值得參考的理論模型。不過，與前述Kant、Aristoteles哲學相同，要想在現代法秩序框架下，借鏡200年前就提出的理論，自然必須經過當代重新詮



釋，方可在切合我國背景的詮釋下，建立起一套具有說服力的應報理論。

一、Hegel的整體式法理念

(一)從抽象到實體，從永恆到永恆的運動——與外在對象同時建立的主體概念

要正確掌握Hegel的法哲學觀，必須初步理解其對人類形象的描繪。上文在探討Kant的理性法權主體概念時已經提到，Kant的理性主體概念是從先驗邏輯導出，並不倚賴外在對象，此一特徵亦表現在作為理性主體基石的自律概念，以及由此導出的道德乃至法權法則當中，即具有普遍性的法則本身邏輯一貫、也可以在現實上透過國家建制，實現對道德義務的力學式仿倣（法律的強制義務），但論理上難以直接由抽象主體概念過渡到它的現實性。並且，由於個人在現實上乃是有限的理性者，不可能完美實現由實踐理性設定的普遍法則，因此法則的普遍性永遠只能停留在形式性的「應然」世界¹⁴³，是現實上始終無法觸及的「善之彼岸」。

與此相對，早在其邏輯學中，Hegel就已經預設了主體概念的現實性與對象關聯性；更確切地說，Hegel主張，包括主體在內的諸概念，如存在、本質、對象、善的理念等，都不是來自先驗且永恆不變的範疇，而是不斷變化、必須在特定時空下展開的¹⁴⁴。據

¹⁴³ 劉創馥，黑格爾新釋，頁176，2014年12月。

¹⁴⁴ 同前註，頁151-152、161-162。在此必須先理解Hegel透過《邏輯學》建立起來的獨特方法論。對包括Kant在內的前代哲學家而言，是先建立起對概念的先驗判斷形式，提出諸般概念範疇，然後再套用到經驗世界的對象；反之，Hegel認為，理性在具體脈絡中的運用，乃是理解其概念內涵的前提，概念的應用先於其純粹形式，只有瞭解理性運用背後的語言、文化、歷史條件，並在肯定此一預設立場的同時不斷進行思辨活動，才能超越這些條件產生的片



此，雖則Hegel與Kant同樣肯定理性主體，並且也將擁有自由的主體視為罪與刑之前提，但Hegel的主體自始就處在對象世界裡，作為理性與世界的中介，理性不僅是透過個別主體的知性被把握，而是在他者之中實現其自身¹⁴⁵。有別於Kant將個人理解為抽象——普遍者（das Abstrakt-Allgemeine），Hegel將作為個體的人描述為「單一體」（Einzelheit）：一個將一切歸給它的對象予以概念化之後綜合起來的量體（Größe）¹⁴⁶。

同理，自由的內涵打從一開始就包含了它的對象關聯性（Gegenstandsbezug）與脈絡依存性，包含了消極（不受妨礙）與積極（實現條件）的面向，並且必須具備現實上的可實現性。當自由以有形的外觀體現於世界之內與個人之間，可被系統性地認識與描述，也就有了「法」的形貌。在此理解下，法與法權並非先驗演繹的結果，而是一種「作為自由整體形式之法概念的升序規定（aufsteigende Bestimmung）」¹⁴⁷，這指的其實就是一種概念思辨歷程，即概念逐漸自我釐清、輾轉自模糊發展到明確的過程¹⁴⁸。法概念因而體現為此一過程之整體，乃是「自由意志的概念實現」、「一切自由規定的定在」（Dasein aller Bestimmungen der Freiheit）¹⁴⁹。根基於此種理性概念的自律或自我規定，不再是純粹的形式普遍性法則，而勢必是受到他者影響，並將此種影響內化

面性，透過不同角度深化對理性概念的掌握。

¹⁴⁵ 同前註，頁177。

¹⁴⁶ Müller, aaO. (Fn. 76), S. 84.

¹⁴⁷ Vieweg, Das Denken der Freiheit, 2012, S. 92-93.

¹⁴⁸ Fulda, Unzulängliche Bemerkungen zur Dialektik, S. 242ff.; 劉創馥，同註143，頁160。

¹⁴⁹ Hegel/Michel/Markus (Hg.), Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften, Bd. 3, 1986, § 486; Vieweg, aaO. (Fn. 147), S. 93.



之後，透過外在對象來實現理性的自我規定¹⁵⁰。簡言之，主體、自由與法，在概念界定之初就已經包含了它的現實面。

以上說法看似晦澀，但其實可以簡化為：自我決定的主體，以及其依循的法秩序，自始就不可能脫離特定時空脈絡而存在。這只要觀察現實世界中個別主體的存有狀態，以及正在運作中的法規範制度即可得到印證：首先，「我」生在這個真實世界裡，自始就與（和我相等的）他人一起，只在特定歷史、文化、語言、社會背景下活存，而且只有在這個脈絡裡的我才會是我。這個我，乃是一個主體。須特別留意，並非「主體概念在（充滿侷限性的）現實上存在」，而是「（只有）現實上真正存在的那個（才）是主體」。主體的現實條件因而並非侷限，而是概念的固有部分。其次，所謂理性的自我決定（*Selbstbestimmung*，即自我規定），並非某個有待實現，或有待用以衡量一切的抽象法則，而是「已經」被實現在世界上的行為規範與政治建制，體現在現實上具有效力的一切法律制度與司法實踐當中¹⁵¹。作為主體的個人自始參與在這個結構內，自始享有由此一法系統所提供之積極條件而在現實上得以實現的自由，同時在另一方面也以自身的能動性持續運作、豐富、維持或改變這個系統，讓這個系統成為「自由意志的定在」。簡言之，我所處的「這個」法秩序其實早就存在，但因有我的參與，將會持續形

¹⁵⁰ 劉創馥，同註143，頁177。

¹⁵¹ 劉創馥，同註143，頁161-162。《法哲學原理》前言內著名的一段話，即是此種思維的縮影：「不言而喻，關於法、倫理、國家的真理乃是如此地古老，早已展示在公開的法律、公開的道德與宗教中為人所熟知。」*Hegel, Michel/Markus (Hg.), Grundlinien der Philosophie des Rechts, Moldenhauer, 2004, § 30.* 中文翻譯參Georg Wilhelm Friedrich Hegel著，范揚、張企泰譯，法哲學原理，頁448，2020年8月。



塑它¹⁵²。

主體不僅自始即與所有他者、與自然界的一切對象共享世界，更自始即與它們相互預設、相互定義彼此關係與身分，彼此均為彼此的前提。現代民主法治國自然是上述論點的良好範例，但此一主體與現實世界的關係，並不以特定政治狀態為限，而是用以描述現實存有且穩定運作中的一切法權建制¹⁵³。

(二) 《法哲學原理》當中的法概念環節

前文曾述及，Hegel雖與Kant同為應報刑罰理論的重要奠基者，但兩人的哲學取徑其實有所區別；並且，縱然現今多數論者都援引Hegel在《法哲學原理》當中的「抽象法」環節來描述其應報思想，並以之與Kant的理論相類比，而Hegel確實也是將「強制與

¹⁵² 此處補充回應審查意見提出的一個重要問題，那就是外國人在本國犯罪，何以亦應處罰？針對這個問題，根本的提問應為：「當個別主體偶然進入另外一個法秩序脈絡當中的時候，是否有義務遵守其規範？」或換個角度問：「外國的法規範，還能被視為是自我決定的產物，並建立起刑罰正當性嗎？」這要從兩個方面回答：一是義務內容，二是正當性來源。對於外國人而言，在討論「遵法義務」以前，必須先討論其「知法義務」，而後者是形成遵法意識的前提。相較於已經生活在特定國家裡的國民，進入其他國家的人，必須要先形成自身位處「這一個」（特定時空及文化脈絡下的）國家／法秩序內，且有義務遵守這個法秩序內行為規範的認知，對於這裡的規範內容，也應令自身具備如同本國人的外行平行認知。這個知法義務的來源，不僅來自於行為人「選擇」進入外國的自我決定，也來自於作為的不同國家之間、其國民之間，基於互惠原則而來的承認規則：當我進入其他法共同體的時候，有權要求被當作如同其國民的法權倫理主體來看待，並享有基本的權利保障，反之，我對於這個法共同體，也有義務給予同樣的承認，將這裡的行為規範接受為自身的行為準則。

¹⁵³ 在此背景下被設想的法共同體，並非超脫時空、也不是只適用於某種同質性社群（如Duff設想的學術社群），而是可用以涵蓋歷史上出現過的各種法秩序。



犯罪」一段置於抽象法章節，但從現代刑法理論整體內涵來看，若僅以抽象法觀點來理解Hegel的法概念系統，無疑並不足夠，而應將整部《法哲學原理》納入討論範圍。

《法哲學原理》分成三大部分，即Hegel所稱三個「環節」（Moment），分別為抽象法、道德性（Moralität）與倫理性（Sittlichkeit）。對Hegel而言，這三個環節都是法的一部，是法概念自不同面向相互辯證、澄清自身的過程。其中，抽象法呈現為「單一個體的普遍法」（allgemeine Rechte des Einzelnen），建構起的是個人法權（Personenrechte）；在道德性中，此一普遍法遁入了主觀的分殊性（Besonderheit），成為「道德主體的法權」，涉及個人意圖、罪責與故意，以及對其主觀需求及幸福生活的討論，都屬於這個環節；而在倫理性環節內，則開展為「分殊性單一個體的普遍法」（allgemeine Rechte des besonderen Einzelnen），此處的法體現為倫理主體的法權、公民法權（Bürgerrechte）¹⁵⁴，包含市民（公民）、市民社會與國家，都是在此環節闡述。要注意的是，雖然這三個環節看似相互分立並依序出現，彷彿是在抽象法之後出現了道德性，然後又在此之後出現了倫理性，但其實必須將三者理解為一個整體：倫理性中必然包含了抽象法與道德，而抽象法的實現，也必然已經在倫理國家之中。

要理解這三個環節的相互關係，必須由Hegel的邏輯學思維導入。根據Hegel《哲學科學百科全書綱要》（Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse）中的概念序列，普遍性最初是被描述為同一性（Identität），因為普遍者乃是一以貫之、無所區別的；相對地，分殊性被描述為差異性；而單一性（個體性）則是被描述為同一性的基石，因為只有單一者有能力綜合諸

¹⁵⁴ Vieweg, aaO. (Fn. 147), S. 223.



對象，在意識中形成同一性¹⁵⁵。以此為背景，即可進一步分析《法哲學原理》的諸環節¹⁵⁶：

在形式的抽象法當中，單一性是由普遍性來決定的，而問題就出在單一性對普遍性的關係上——此處缺少了分殊性。但由於分殊性自始包含在單一性中，這個缺少了分殊性的普遍性必然會產生異化，普遍性因而必然與分殊性產生聯繫，單一性則會遁入分殊性之內，成為主觀的道德。不過，主觀道德欠缺客觀性，它與普遍性的重合是偶然的，與抽象法一樣，都不具有真正的現實性。從而，分殊性必然會要求進一步的過渡——走向同一性與非同一性之間的同一性，這就是倫理性。

Hegel將倫理性理解為「分殊性單一個體所開展的普遍自我形象」，體現在主體以及法律、組織和體制的規範性自我意識中¹⁵⁷。Hegel講的「倫理性」，乃是「制度化生活中承認和被承認的實踐活動」¹⁵⁸，這樣的活動在Hegel哲學中呈現為一種規範性¹⁵⁹。這個規範性據以建立的基礎，並非抽象概念，而是脈絡化了的實質價值；此一價值亦非某種靜止既定之物，也不是專屬於個人的主觀判斷，它同樣具備（特定時空下的）客觀性、脈絡性、歷史性、整體性的特徵，在現實上具有對個體的拘束力，是「活生生的善」（lebendige Gute）。倫理性代表的是前述與外在對象世界緊密相

¹⁵⁵ Hegel/Michel/Markus, aaO. (Fn. 149), § 164.

¹⁵⁶ 參照Vieweg, aaO. (Fn. 147), S. 58, 227f.

¹⁵⁷ 參照Vieweg, aaO. (Fn. 147), S. 228.

¹⁵⁸ Vieweg, aaO. (Fn. 147), S. 230.

¹⁵⁹ 所謂規範性，最簡單的理解是指一種應然性，也就是指向一種評價性、規定性的判斷。而在自然法的脈絡中，規範性也指法的效力（validity, Gültigkeit），表示「（法律）依正當理由應該被遵守的要求」，陳妙芬，同註98，頁48、64。



關的系統，必然包含他者的意志，但又不單純是多數主觀意志的總合，而是無數社會行動與體制相互交織碰撞而來，屬於當代普遍價值觀的動態辯證過程，體現於整體社會實踐當中。此種規範性的實現，不再是（單一個體）片斷、特定的生活形式，而是多元化現代生活形式的集合，也就是「現代的生活世界」¹⁶⁰，進而體現為運作中的法秩序。

二、從個體到公民——國家與刑罰

(一)刑罰乃是作為自由客觀真實性之國家對於公民義務違反的制度性回應

接下來，要回答前文諸學說中針對刑罰理論所提出的重要探問：何以刑罰應具備公共性？亦即，何以必須由國家壟斷刑罰，令其與私人利益脫鉤？

雖則上述提問方式，彷彿還留下一個「非屬國家壟斷」的刑罰選項，但事實上，這個問題的答案，在問題本身被提出的時候就已經同時被預設了。更確切地說，當採用「刑罰」而非其他方式（暴力、強暴、天罰、報應、攻擊等）來描述刑罰概念，且開始嚴肅探問其正當性的時候，已經指涉一種由公權力壟斷執行的懲罰概念，並且這樣的制度早就已經存在了。當然，某種制度存在，並不表示它有正當性，也不保證它必須被接受。要探問國家壟斷刑罰的基礎，須先簡要說明刑事不法的內涵，也就是實質上的犯罪概念。

和刑罰概念相同，「犯罪」概念指涉的自始就是一個去私人化的不法行為¹⁶¹。惟須指明，個人行為並非固有地分屬私人或非私人範疇，同樣的行為（例如殺人或竊盜）可能同時具備私人與非私

¹⁶⁰ Vieweg, aaO. (Fn. 147), S. 228.

¹⁶¹ Appel, *Verfassung und Strafe*, 1998, S. 448, 461.



人之屬性。從而，這裡的問題毋寧是：為何要（能）標記出非私人的不法型態？

綜觀當代刑法學說，無一不在嘗試提出標記此一不法型態的方式或標準，有認為應透過特定被法律肯認的對象或價值（法益）為之、有認為應透過人際互動的行為界線（規範）為之，但基本上，這些論點都以接受「應當要提出一個公共性的不法概念」這個應然預設為前提¹⁶²。所謂去私人化或公共性，指的是犯罪行為人並非對其他特定私人（包括他自己）遂行不法，而是實施了一個針對「公共」的不法行為。並且，這個「公共」的界域，並非無邊無際——在現代世界裡，體現為此一公共性之代表、對犯罪報以回應者，乃是國家。國家即代表了整個法秩序共同體，在其高權所及的領域內，掌握名為刑罰的強制力。因此，要證成刑罰作為國家制度的正當性基礎，其實就是要證成國家之於個人何以握有權限的正當性基礎，也就是要證成個人之於整體法秩序應擔負義務的基礎。

本文以為，在上述Hegel主體概念與倫理觀的現代詮釋中，可以獲致針對此一基礎的合理說明：刑罰的公共性來自犯罪的公共性，而犯罪的公共性是根基於刑法條文在實踐中的倫理性格。詳言之，「應尊重他人作為與自己相同之法權人格」的抽象形式規範具有普遍性，但此一普遍性尚未真正實現其內容，所以單就構成要件來看，規範內容在一定程度上是不確定的。實際上被遵守、發揮規範功能的規範，必然在適用時經過個別主體的主觀內化，在遵守規範的同時再造規範；而這些個別主體，又自始活在一個運轉著的、占據一定時空位置的共同體之內。因此，最後被個別主體接納、作為自身與他人共享之行為準則，並予以實踐的規範，必然有其邊

¹⁶² 由此可知，刑罰理論乃是不法理論的先決理論，須先回答「何以要界定犯罪與刑罰」，方能繼續回答「如何界定犯罪」。



界。換言之，真正具有現實性的，乃是脈絡化了的、動態前進的客觀規範。

顯然，以人類在地表上的生活空間為範圍，有複數共同體並存，若要將一切脈絡化因子都考慮進來，則這些共同體邊界不免有模糊性與交疊性；但若在客觀上，以合於倫理性（規範性）的方式，為諸共同體找到相對一致的劃界基準，即能令由此而被認識到的倫理實體，為個別主體提供相對明確化的行為規範界域，那就是國家¹⁶³。簡言之，國家即是「以倫理性（規範性）方式被把握」的共同體，擁有「作為立法系統的普遍性真實形式」¹⁶⁴。

生活在國家之內的個別主體，被稱之為公民（Bürger）——須注意，這裡所說的公民，與現代國籍法規下的公民概念並不完全重疊，而更傾向來自個別主體在特定時點、（無論因出生或移動）身處特定規範空間，並由此開展其生活的事實¹⁶⁵。在此一規範秩序內，公民不再僅是抽象或道德主體，而是成為「倫理主體」。藉由國家的規範性整合，單一個體的主觀分殊法權，得以公民普遍法權的形式確定下來。相較於個體的主觀自由經驗，由國家與刑法規範所維繫的現實自由秩序，能提供其獨有的持續性與穩定性¹⁶⁶；反過來說，作為理性意志主體的人類，其本身也是「國家的生機、活力與真實」¹⁶⁷，必須透過公民意志為中介，立法的整合任務以及法律的具體實踐才有可能完成。

在Hegel的觀點下，國家並非自由意志的限制或束縛，而是要

¹⁶³ 此處暫不探討國家內部的規範界域問題，但由此亦可窺知，國家內部若產生不同的規範邊界，即代表此處存在同一國家內的相異共同體。

¹⁶⁴ Vieweg, aaO. (Fn. 147), S. 352f.

¹⁶⁵ Vgl. Jakobs, Norm, Person, Gesellschaft, 3. Aufl., 2008, S. 117.

¹⁶⁶ Pawlik, aaO. (Fn. 75), S. 308.

¹⁶⁷ Vieweg, aaO. (Fn. 147), S. 352.



「體現人類意志和行動的理性、公民的普遍生活、他們自由的統合、他們基於自由思想的團結一致、他們理性的共同歸結（Zusammen-Schluss）」¹⁶⁸。只有身為一個良好國家的公民，即在一個能夠實現和保障諸般主觀權利的共同體框架內、在一個擁有良好法律和制度的共同體當中，倫理主體才能在保有其分殊的單一性（作為分殊之單一個體）下，同時獲致作為公民的多樣性權利¹⁶⁹。雖然Hegel對具體國家型態的描述，仍受其所處時代限制，但因Hegel理論中自始包含歷史向度，其實本身就有依循「客觀時代精神」不斷演進的可能性。

從以上敘述實可發現，Hegel已然準確地指出了當代國家任務與憲政基本權的精神：依Hegel理念，（真正配享「國家」之名的）現代國家將會是一個「正義的國家」（ein Staat der Gerechtigkeit），它的基礎是作為市場和社會共同體的公民社會，國家則同時作為理性的聯合體，對市場與社會進行合理的監督和塑造¹⁷⁰。而這裡的「正義」概念，是以更上位的「自由」理念為基礎的。自由的現實性與對此種自由的追求，乃是這套理論的形上學預設。事實上，直到今日，在導向社會國家與公民福祉的哲學理論中，Hegel仍是論證上最健全、最令人信服的觀點¹⁷¹。

據此，當德國學者Michael Pawlik承繼並重新詮釋Hegel的法哲學理念，將犯罪定義為「公民義務違反」¹⁷²的時候，實已同時表明了犯罪與刑罰的公共性——或者說國家性。犯罪行為違反的規

¹⁶⁸ Vieweg, aaO. (Fn. 147), S. 352.

¹⁶⁹ Hegel, § 153. Vgl. Auch Vieweg, aaO. (Fn. 147), S. 248.

¹⁷⁰ Vieweg, aaO. (Fn. 147), S. 382.

¹⁷¹ Vieweg, aaO. (Fn. 147), S. 382. 另參魏楚陽，黑格爾的權利概念與民主政治，政治與社會哲學評論，38期，頁65-85，2011年9月。

¹⁷² Pawlik, aaO. (Fn. 75), S. 82ff., 258.



範，不是來自單一個體的主觀道德誠命，也不僅和特定對象相關，而是在國家領域之內，適用於全體公民的普遍行為規範。Pawlik進一步認為，此一義務的來源，乃是公民對於國家的法忠誠¹⁷³，或說是法共同體內的連帶性（Solidarität）¹⁷⁴。參照Hegel對國家—公民關係的理解，可知Pawlik並非主張一種要求個體當然服從於國家的集體主義，也非憑空課予個人忠誠義務。公民對國家所負擔的義務，建立在規範與公民自由管轄領域的關聯性上¹⁷⁵，並以個別公民所分配到的「現實自由狀態之維繫成本」為限¹⁷⁶。

詳言之，之所以對共同體負擔義務，是由於個人在共同體也就是國家當中，確認了他的公民即倫理主體身分，並同時獲得相應的規範性自由擔保。此一擔保自由、讓公民依照主觀任意發展自我的制度性責任，必須由國家來履行¹⁷⁷，但也因此有權限要求受擔保、享權利之個別倫理主體，在追求自身所設立的行為目的時，一併注意並給予其他主體同等的自由實現可能性，透過遵守國家制定的具體行為規範，協力維持一個對全體公民而言同享平等自由空間的法秩序。而順利運轉的自由法秩序狀態，正是公民開展其自由所不可或缺的普遍體制性條件，也是讓主體成為如其所是者的前提。從這個角度來說，公民的自由指涉的必然是一種處於制度脈絡當中、也就是結合了（規範化的）倫理—道德性的自由。筆者因而主

¹⁷³ Pawlik, aaO. (Fn. 75), S. 118, 120.

¹⁷⁴ Pawlik, aaO. (Fn. 75), S. 190-192.

¹⁷⁵ Pawlik, aaO. (Fn. 75), S. 113. 對此一關聯性的檢驗，必須在個別構成要件的釋義學討論中進行。

¹⁷⁶ Pawlik, aaO. (Fn. 75), S. 175, 192.

¹⁷⁷ 「……一切國家制度的形式，如其不能在自身中容忍自由主觀性的原則，也不知道去適應成長著的理性，都是片面的。」Hegel, Michel/Markus (Hg.), aaO. (Fn. 151), § 273 Zusatz.



張，現實上並不存在著一種「完全與道德分離」的「純粹法權自由」。

(二) 為什麼是刑罰？——規範、犯罪與刑罰的辯證關係

1. 刑罰作為「否定的否定」

「為什麼必須是刑罰？」這個問題，參照Hegel的邏輯，對於刑罰必要性的探討，並非來自抽象理念演繹，而是對現實具體活動的概念式把握與意義詮釋。亦即，刑罰並非無中生有，或是先立下「一定要用刑罰來達成」的目標，然後導出刑罰存在的應然性；反之，刑罰是人類社會的實然存在，象徵人類相信「是／非」之價值判斷，並意欲此一判斷得以實踐的信念，其種類與範圍受到個別法秩序之文化背景、執法能力與社會當前安全水準所影響。而法哲學與刑罰理論只是提供一套合理解釋，為此一信念系統奠基¹⁷⁸。

依前文所述，作為公民的主體地位、犯罪行為與刑罰正當性，實為一體三面、同時證成。一旦作為倫理主體與犯罪行為根本性質的公共性與國家制度性基礎已然建立，那麼刑罰本身的理據與意涵也就呼之欲出。當援引Hegel對犯罪與刑罰的說法，即將犯罪解釋為「對於刑法規範的否定」，並將刑罰解釋為「對此否定的否定」時，應作如下理解：

從規範角度來看，刑法上的構成要件首先呈現為抽象而普遍的規定，此一規定排除了一切分殊化的個案元素，並且——在這個規範被真正適用到個案上之前——徒有形式性的外觀，簡言之，就是空有規則、紙上談兵。這樣的規範，必然會受到來自分殊性的挑戰，也就是對規範的違反。犯罪事件來自個別主體欲望與需求的展現，是行為人追求自身幸福的具體行動。此時，行為人在現實上貫

¹⁷⁸ Vgl. Pawlik, Norm und Bestätigung, 2017, S. 55ff.



徹了他「任意的主體性」(willkürliche Subjektivität)，此一任意相較於純粹抽象的形式，具有對應於目的的內容，但這個行為目的設定是恣意的，從而其內容也是偶然的¹⁷⁹。此一對應於恣意目的的偶然任意內容，也就是犯罪行為，事實上否定了其他主體，乃至整個法秩序的形式普遍性。

——但是，此種片面性的欲求與對規範的破壞，同時帶有正面意義，那就是「讓規範真正地走向現實」：作為「A」的規範，須待作為「非A」的規範違反出現時，才能被辨識。此時，刑罰的意義不僅在於回復失衡了的形式普遍性與主體對等性，更在於「讓規範真正地獲得它的現實」。透過現實上作為國家制度的刑罰施加，規範證明了它作為自由定在的有效性，而且恰在Hegel（而非Kant）的哲學觀下，這個對於現實定在的要求乃是理論上必然的預設，換言之，不只要倚賴合於規範的行為，還要藉由犯罪與刑罰的存在，刑法規範才真正被證成為活生生的、被遵守著的規範¹⁸⁰。

而從行為人角度來看，在他的生活世界裡，他首先被辨識為個人，具備普遍性的人格屬性與人性尊嚴，此種人性尊嚴為全人類一體享有，乃是一切自由的基礎。不過，自由在這階段尚未真正實現，也尚未獲得具體內容，至多只能算是「潛在自由」¹⁸¹，必須在任意的行動中，自由才能獲得其真實的定在¹⁸²。並且，作為個體，個人一方面認知到自己的普遍性質，「我」作為「自我意識的絕對統一」，被賦予一種純粹的主體性¹⁸³，兼之由於身在倫理共

¹⁷⁹ Vgl. Quante, Hegels Begriff der Handlung, 1983, S. 55-59, 74-79.

¹⁸⁰ Vgl. Hegel/Iltting (Hg.), Vorlesungen über Rechtsphilosophie, Nachschrift Hotho (1818-1831), Band 3, 1974, S. 283.

¹⁸¹ Vgl. Vieweg, aaO. (Fn. 147), S. 98.

¹⁸² Vgl. Vieweg, aaO. (Fn. 147), S. 52.

¹⁸³ Quante, aaO. (Fn. 179), S. 55-59, 74-79.



同體當中，而自始被承認為公民；另一方面，個人卻也始終保有受其任意支配的分殊性。雖然個人自始就身處在一個與他者及諸般對象共存的世界，但不同個人可能經驗到不同生命歷程，對象在個人身上的影響亦可能各有差異，從而其任意必然產生分殊。對於這樣的個人而言，依其任意所為的行為，有可能合於普遍性，也可能不然，恰似「兩棲動物，一面在絕對自由的水域航行，同時卻又在偶然性的土地上奔走」¹⁸⁴。

一旦對特定幸福與欲望的追求成為個人的行為目的¹⁸⁵，並且此時個人又採取了無視其他主體、無視整體自由秩序的手段來實現其追求，那麼個人便是間接否定了自身在法秩序當中作為倫理主體、也就是公民的普遍性地位。換言之，犯罪行為乃是行為人以自身（分殊性）的法來否定普遍性的法，與此同時也否定了作為建構抽象法之合法性基本範疇¹⁸⁶的「『我的』（*Meinigen*）謂詞裡的普遍性、無限性、法權能力」¹⁸⁷。此時，代表倫理秩序的國家所反饋給行為人的刑罰，一方面再次確認了他作為倫理秩序內成員，並因此也是公民的身分（因為只有公民權利得到承認的前提下，公民方對共同體負有義務），另一方面則是在現實上令其經驗到自身賦有的普遍人格性，讓「作為主體的我應尊重其他主體」這個源自行為人自身人格與自律基礎的抽象誠命與義務，透過連結到實際情境之下、具體而可透過刑罰強制的規範獲得其真實性（*Wirklichkeit*）。

質言之，刑罰作為「否定的否定」，其意義在於透過現實中的

¹⁸⁴ Vieweg, aaO. (Fn. 147), S. 49.

¹⁸⁵ 但應注意，對Hegel而言，追求幸福的目的設定本身並非當然偏離理性，因為絕對理性本身也包含有實現幸福的面向。

¹⁸⁶ Pawlik, aaO. (Fn. 75), S. 55.

¹⁸⁷ Hegel/Michell/Markus, aaO. (Fn. 149), § 95.



倫理性（規範性）來統一抽象性與分殊性，當其以強制性外觀來否定個體之分殊意志所支配的犯罪行為時，不僅對其傳達其仍為倫理共同體裡面具備普遍性之主體、從而必須履行其義務的事實，也令抽象規範在其現實性當中真正被貫徹。

2. 應報——法秩序對於公民強力表意的同級反饋

刑罰是國家對內所採強制力當中最嚴厲的措施。就受刑人而言，刑罰也是個人人格專屬性最高的強制措施。以上兩個特質，均與上文對犯罪行為和國家—公民角色的闡釋密不可分。

之所以採取最嚴厲的措施，是為了在社會表意層次，對應到犯罪行為本身的嚴重性：法秩序內的刑事規範，代表著體制對於協力維繫自由秩序者所抱持的普遍行為期待，而從事合法行為的公民，則是這些規範在現實上擁有效力的例證¹⁸⁸。透過現實上外顯的犯罪行為，行為人向整個法秩序表明了自身的價值立場（*Stellungnahme*）：他用自身的分殊性行為準則（非A），取代原本與其他公民一體適用的規範A，實際打破了法秩序裡的整體平衡（而不僅是個別主體自由領域間的平衡），向整個規範體制傳達出一種高強度的權力演示。無論現實上經由何種媒介、是否經由多重連鎖方產生作用效果，犯罪行為本身都必然連結到一個「可被歸責的主體意志決定」¹⁸⁹。

對此，代表著整個法秩序的國家，為了重申自身的價值立場——被犯罪破壞之規範的正確性與有效性，必須啟動一個與犯罪行為同等強烈、足夠明確，且可被理解及感受的方式，來回應行為人所提

¹⁸⁸ Pawlik, aaO. (Fn. 75), S. 106.

¹⁸⁹ 這個原則並不因犯罪類型涉及故意或過失而有不同，只是後者需要在論理上更細緻地說明，意志在過失行為是以何種形式發生作用，須留待它文另行論證。



出的權力探問（*Machtfrage*）¹⁹⁰，昭示出在這個倫理共同體當中正確而普遍的規範A效力依然不變、法院（法官）依然代表著法律的解釋機關。這回應方式因而會是國家最高層級的強制力，也就是刑罰。除了強制本身外，經由完整、穩定、體制化的刑事處遇程序系統，使得上述回應以更令人信服的方式被表達。刑罰因而在「精心設計和高度儀式化的象徵性語言框架內成為有意義的符碼」¹⁹¹。換言之，刑罰並不是為了滿足多數主觀意志要求對特定行為人處以惡害的欲望，也不是為了撫慰被害人的情緒，而是反駁「嚴重違反全社會正在實踐著的自由行為規範」之行為的方式，須採用客觀意義上最嚴厲的強制型態為之，而在當前的法秩序上體現為刑罰。

而之所以刑罰具有高度個人專屬性，則是反映出犯罪所違反之規範作為自由定在的主體關聯性：犯罪行為是犯罪主體意志的實現，實施了犯罪行為的行為人，乃是作為個別倫理主體的公民，他的自由受到國家的體制性擔保，與其他倫理主體相互尊重、彼此依存。公民要依其意志開展自由，有賴法秩序當中的他人在體制框架內行使其自由¹⁹²；因此，公民也同樣負有在相同框架內行使自由、維繫體制的義務。一旦他違反了協力實踐這個自由秩序的義務，濫用了自身享有的體制性自由資本，那麼國家對其行為的回應，就是要求其為此一決定負責，「駁回」其濫用自由的效果。在當前主流文化內，個人的身體行動力以及對財產的支配力，最常被理解為「自由的核心符碼」¹⁹³；因此，針對公民施加的刑罰，自然越來越集中在自由與財產的剝奪¹⁹⁴。刑罰針對自由的強制形

¹⁹⁰ Pawlik, aaO. (Fn. 178), S. 54.

¹⁹¹ Pawlik, aaO. (Fn. 178), S. 55.

¹⁹² Pawlik, aaO. (Fn. 75), S. 180.

¹⁹³ Pawlik, aaO. (Fn. 178), S. 56.

¹⁹⁴ 此處要接續回覆審查人在同註25所提出的問題，即既然我國亦有罰金刑，為



式，與刑罰的普遍性及公共性特質關係密切。

本文以為，對於刑罰特質的詮釋，也恰是對於刑罰理論所採立場的詮釋，亦即，刑罰的嚴厲性與個人專屬性本質，正是支持應報理論的核心要素：以應報作為目的的刑罰，是法共同體藉由刑罰來強烈反駁行為人（同樣強烈）的犯罪行為，犯罪行為與刑罰因而相互對應，兩者都是轉譯後的象徵性語言，前者體現出行為人片面式地將自身準則置於既有普遍性規範之前的意志觀點，後者則體現出共同體認定既有規範才具有普遍性的意志觀點。刑罰的目的就在、也只在回應發出權力提問的意志主體本身。一旦將刑罰目的設定為與犯罪意志無關的安全狀態預測或風險控制，那麼理論上永遠可以找到比刑罰更輕減、更多樣化、更有效的保安方式，並且也沒有理由將刑罰對象限制在個別意志主體身上，而不擴及其他擬制性主體（如法人）¹⁹⁵。

何是用自由的角度來解釋刑罰？其實，無論是剝奪生命、自由或財產，都是圍繞在以主體為核心的自由實現可能性。以罰金作為刑罰，一定程度上體現了現代資本主義世界對於自由的理解樣貌，也就是傾向將自由換算為受主體支配、用以擴充各種現實選擇多樣性的財產。這個觀點，可由「易科/或科罰金」制度的存在得到印證。由於真正的自由始終必須脫離抽象概念實現於經驗世界，故勢必會經歷此種「自由換算」的過程。在刑罰史上，從早期傾向以生命、肉體、社會評價來作為換算籌碼，到今日越來越傾向脫離個人專屬性的主體存有狀態，改以主體可支配的外在對象或價值（財產）來換算自由，乃是受到人類整體社會、經濟、文化綜合發展的影響，具有特定歷史脈絡，也帶有一定的偶然性（同樣的偶然性也可見於「罪刑相當」原則下的相當性對應關係，參本文下一段，亦參周漾沂，刑罰的自我目的性——重新證立絕對刑罰理論，同註55，頁326）。從而，實證法上的罰金刑，並不影響理論上以主體自由概念為核心的刑罰性質解釋。對此相同見解參徐育安，同註59，頁311、316。

¹⁹⁵ 審查意見有提出，我國早有法人犯罪，則認為刑罰限於自然人的看法似無實益。確實，我國附屬刑法或特別刑法有許多法人的處罰規定，然而，對於法人的「制裁」能否與自然人一體視之，仍有許多爭議，即使實證法上存在這



在此，也要一併對上文關於「安全」與「自由」的價值衝突問題提出回應。筆者主張現代刑罰必然具備公共性（國家性）與現實性，以及——採納Pawlik的說法——將刑事不法定義為個人對法秩序的協力義務違反，其實同時昭示出一個重要立場：安全與自由這兩種價值，並非完全不能相容。既然本文的出發點乃是現實性的自由概念，就代表自由的內容與條件，也被包含在自由定義裡。適用在法秩序、亦即國家當中的規範，是主體意志經過倫理性整合後的具象體現，它構成個別主體行使自由時的框架與界線，也是主體確保自身行使自由時能夠（在消極面上）不被妨礙，同時（在積極面上）可運用一定資源的規範。安全作為自由行使的其中一項重要條件，必然會成為行為規範的具體內容，也必然因為規範的貫徹而反射性受到保護。「預防」可以成為刑罰現實上的附帶效果。

然而，「保障安全」終究不是刑罰的正當性基礎，亦非刑罰之所以存在的目的。如上述，一旦將安全作為首要考量，就沒有非選擇刑罰不可的理由；反之，倘若堅持要用刑罰來達成安全目標，那麼必定導致刑罰的過度擴張，因為客觀世界的風險永遠不可能被100%控制。和完全不受現實條件影響的自由一樣，完全的風險控制只可能存在永遠無法企及的彼岸。而且，盡力追求安全的必然副作用，是實質上架空規範作為主體自由框架的本質，使自由規範事實上成為監視——保安規範，最終無法相容於承認主體地位、保障

些規範，也不表示可以反過來在理論上證立，以自然人責任為基礎的刑罰目的主張，會因為我國實際存在法人犯罪就沒有意義。要回答「是否存在法人犯罪？對法人處以刑法的正當性為何？」這些問題的前提，正是應在確立了刑罰的一般性目的之後，才能加以處理的，從而對於刑罰目的的討論，勢必要先於對法人犯罪這個個別議題的討論。法人犯罪的問題兼及各種面向，不僅涉及刑罰目的的討論，還涉及刑法與行政法之間的性質與界線問題，已不可能放在重點為刑罰目的的本文中處理，而需另撰專文論述。



主體自由的理念宣稱。若不將刑罰解為國家對一個受到承認了的倫理主體的意志表達的回應，而是將其視為需要被管制、矯正甚至抹消的「風險源」，即使搭配了一個孤立的罪責原則，「有限度」地追求安全，也將令主體的自由被劣化為刑罰系統額外反射的利益。

質言之，在「刑罰已然存在，且將繼續存在於當代民主自由法治國」的前提下，其正當性來源只有一個，那就是應報。安全與自由價值的相容性，並非表現在刑罰目的設定層次，或是刑罰的正當性層次，而是在確認並貫徹制度化的自由規範秩序效力之時，在一定程度與範圍內，附帶性地保障了安全。另外，也要特別強調，刑罰作為既有規範效力的再確認與再貫徹，與積極一般預防理論追求的「保護其他法共同體成員對法規範權威的確信」並不相同——蓋刑罰並不是「為了維護這個法確信」方才存在；反之，是在法共同體成員仍確信既有規範效力與權威的前提下，作為否定回應的刑罰才被執行。換言之，刑罰的存在本身，即是「實踐了這個法確信」¹⁹⁶。也因如此，刑罰無法被設定為保障一個「尚不存在的法確信」。預先發現風險、管控風險，已經超出刑罰目的的極限。

3. 罪責原則：公民身分下的義務內容轉換

本文最後，要處理國家被允許施予刑罰的限度問題，其理據同樣要回到應報目的、主體自由的脈絡依存性與公民—國家的關係找尋。

一旦採取應報的刑罰觀點，並將刑罰定性為對「任意行使自由、片面否認普遍規範」的回應，便已確立「自由概念」為刑罰的前提。刑罰回應的是行為人實現於外的自由，且此種自由有別於純粹精神性、內在的意志自由。從整體觀點來看，個體的意志必然有其侷限；但法秩序必然在規範上承認個別的倫理主體擁有自由，因為只

¹⁹⁶ Pawlik, aaO. (Fn. 178), S. 53.



有經由個體自由的媒介，法秩序本身——體制化的自由狀態——才成為可能。個別公民因而自始被承認擁有「規範性的自由」¹⁹⁷，藉由規範體制運作，考量現實中諸多因素後，為公民「在何種條件下、何種範圍內，得以被認為應當承擔規範上的責任」設下門檻，這就是罪責原則的基礎。「無罪責即無刑罰」的意義，在應報觀點下相當明確：未假藉其自由行使來否定規範，或無法形成／實現規範上所設定之自由門檻者，其行為即無法被解讀成向法秩序傳達一個來自意志決定的、有意義的權力探問，從而法秩序也沒有啟動強制力予以回應的正當性。

再者，既然刑罰針對犯罪行為的否定，乃是轉譯過後的象徵性語言，這也就表示，傳達「應報」的刑罰內容，並不會直接複製其對應的犯罪內容。「以牙還牙，以眼還眼」，並不符合現代應報思想的主旨。所謂罪刑相當，指的乃是——以Hegel用語來說——「價值上」(nach dem Wert)的相當¹⁹⁸。而這裡的「價值」究應如何對應與換算為實際上的犯罪與刑罰，是一個事實性的問題，換言之，不存在抽象應然層次的絕對標準¹⁹⁹。刑罰的輕重程度，取決於個別犯罪行為在規範上的輕重評價；而犯罪的輕重，來自其所違反之刑法規範內容（涉及對象），在現實社會上作為自由實現條件的重要程度；此一重要程度的判斷，又受到特定時空、特定背景下的社會客觀因子所影響，呈現出由核心（明確）到邊緣（模糊）的光譜。例如，不論細部差異，多數法秩序都會同意，殺人是最嚴

¹⁹⁷ Vgl. Fateh-Moghadam, Grenzen des weichen Paternalismus, S. 27; Rigopoulou, Grenzen des Paternalismus im Strafrecht, 2013, S. 42.

¹⁹⁸ Hegel, Michel/Markus (Hg.), aaO. (Fn. 151), § 101. 中文詳細探討參周濛沂，刑罰的自我目的性——重新證立絕對刑罰理論，同註55，頁323。

¹⁹⁹ 就此點意見相同，周濛沂，刑罰的自我目的性——重新證立絕對刑罰理論，同註55，頁326。



重的犯罪行為，應得到最嚴厲的刑罰，財產犯罪則一般較為輕微；然而，是否要再區分不同程度的殺人行為（如一級謀殺或二級謀殺），以及是否在特定情形下對財產犯罪作出較重評價（如特定金融犯罪），則在不同國家必然呈現各自獨有的樣貌。不過，無論實際上採用何種形式，只要將刑罰置於本文所採之倫理國家——自由公民的設定下，罪與刑之間仍然會維持比例上的等價對應關係。

至於一個國家的具體刑罰趨勢，必須就個別國家的文化、歷史、社會脈絡綜合考量，即如前述，須視總體法秩序諸項環境因子的水平而定：越是安定、成熟、有自信提供其公民充足而多元開展自由人格的國家，其客觀規範的包容力越強，整體刑罰也將越傾向於和緩收斂。因為比起嚴厲執行刑罰，其餘公民自發性遵守規範的事實本身，已經在一定程度上向犯罪行為人表達了嚴正反駁之意，刑罰僅作為代表性、統一性的確認；反之，越是動蕩不安、異化嚴重、法執行率不彰的國家，其倫理共同體基石已經不穩，從而越有可能以重刑強化法秩序原初的立場。正如吵架時，越是自信不足的一方，越是容易急得跳腳、口不擇言一般。但此種刑罰傾向，也越容易偏離自由理念（或者說：法秩序本身已喪失自由的平衡狀態），朝向安全欲求靠攏，而有危及正當性之虞。

在討論刑罰限度時，依本文所採觀點，還有一個重要預設：由於主體的公民身分，乃是讓國家有權對其發動刑罰的前提，從而意指，即使承擔刑罰，公民也不會因此失去他的公民身分，且不代表共同體有權將他終極地排除於主體範疇之外，否則國家同樣將喪失對其課予刑罰的資格。就行為人而言，違反規範僅會導致公民義務內容的轉化：作為守法公民，其履行的是「透過留給其他公民相應的自由空間，協助穩定現實自由秩序狀態」的一階義務；一旦其實施犯罪，上述一階義務即會轉變為忍受刑罰（壓縮其自身自由空



間)的二階義務²⁰⁰。據此，國家課予公民的刑罰惡害界線，與整個共同體成員(其他公民)在其常態社會生活中可能面臨的惡害程度，理應保持一定的比例關係，即刑罰不宜大幅超越該共同體生活經驗中可容忍的惡害上限。如此一來，一個在文化上高度尊重生命實存，且在具有普遍效力的憲法階層強調基本權、生命權的國家，若在現實上堅持不放棄某些過酷的刑罰種類——如死刑——即難免遭受自我矛盾的批判²⁰¹。

還有，既然本文採取的是實質而非形式自由概念，就表示在審查個別公民自由決定的同時，也要一併考慮，國家現實上提供的生活環境對其決定可能造成的影響。公民自由依存於法共同體、對共同體負有協力義務的另一層意義，是共同體亦須對公民負起擔保自由條件的一階義務，及(當一階義務未能達成時)審酌公民在有限自由條件下，適量而不過度地予以課責的二階義務。整體結構環境能為行為人提供的自由資源越少、負面因子越多，使得行為人的遵法期待可能性，與其他公民相較顯著降低，則國家在要求行為人負擔忍受刑罰的義務時，越應該自我節制。

綜上所述，罪責原則與其下位的罪刑相當原則，實包含於以自由主體概念出發的應報思想之內，由應報理念同時證立刑罰的存在與程度。

三、小結：證立整合性應報理論

行文至此，本文所主張的應報理論，即可就前文介紹的應報觀點進行歸納與整合。

依本文見解，刑罰理論乃是對刑罰正當性的論證，而刑罰的意

²⁰⁰ Pawlik, aaO. (Fn. 75), S. 116.

²⁰¹ Vgl. Pawlik, aaO. (Fn. 178), S. 57.



義則是國家對公民否認規範之意志表達所提出的嚴正反駁，即對規範內容與效力的再確認。此處的公民，乃是被承認為能夠自我決定、自我立法並遵循規範的道德理性主體，故應贊同Kant對主體的理論奠基意義深遠；然而，本文中設定的主體自始就包含了普遍與分殊雙重面向，且概念本身無法自我證成，而須倚賴現實的定在，主體的自由必須要在脈絡化的背景下開展，自我決定的效力只有在國家之內才能貫徹。據此，抽象普遍規範必然在現實中遭遇個別分殊性的挑戰，也因此必須在現實上動用刑罰來完成「對否定的否定」。

承接此一觀點，本文將犯罪行為理解為向共同體傳達出行為人對規範的否定訊息，而刑罰則是作為共同體代表的國家向作為公民的行為人傳達再次否定的訊息，兩者因而都帶有溝通性質。只是，此處所謂「溝通」，並非直接訴諸特定行為人或特定人的主觀情緒與意願，亦非旨在喚起個別主觀意識上的懊悔、贖罪或安慰，因此也不是來自個別利益衡量下的智性選擇，而是對行為與刑罰進行客觀詮釋的結果，體現的是一種社會象徵意義。此種詮釋的正當性前提，乃是國家與公民處於同一世界當中的客觀事實，以及兩者自始即在理論上相互承認、彼此影響、互負義務的預設。據此，本文在承認個人自由主體性的前提下，為國家與個人之間的聯繫提供了更穩固的基礎，且為不同文化脈絡下的國家—公民型態保留更多元的可能性。

國家是倫理亦即規範的實體，與身處其中、作為個別倫理主體的公民相互依存與證成，有義務容納多樣化的公民，整合其普遍與分殊並存的意志，並為其提供自由的法秩序狀態。只有國家才能實現合於法的正義。所以，在個別公民違反自由規範時，必須由代表此一秩序的國家執行刑罰。就個人而言，濫用自由資本者須忍受刑罰，其基礎不僅來自與他者間平等的主體地位，更來自其與他者同



為倫理共同體當中的公民身分。反過來說，國家在動用刑罰時，公民的主體性始終作為前提而被承認，故國家也必須持續擔保遭受刑罰者仍為公民的權利，並據其現實自由的條件與範圍，衡量具體的刑度與執行方式。從這個角度來說，刑罰乃是公民義務內容的轉換。

伍、結 論

依本文見解，刑罰的目的及其正當化基礎，實為一體兩面，而有必要為其建立起統一的論證途徑。以預防為目的的刑法理論，在訴諸實證上的預防效益時已遭遇諸多挑戰，難以證明預防真正有效；雖有論者認為，刑罰目的（對社會大眾提出之刑罰論據）與刑罰正當性（對行為人提出之刑罰論據）可以割裂處理，分別以保障安全與維繫自由作為價值判斷標準，然此一主張其實只是掩蓋兩種論據背後的價值基礎差異，未能說明兩種相互衝突的判準為何得以並列適用。

本文主張一種現代詮釋下的規範自由應報理論，其基礎來自以下理論預設：一、人是可以自我決定的主體，在自由行為範圍內，具備可被要求自我負責的可能性；二、主體與自由概念都預設了現實性，必須由其特定時空脈絡下的定在來掌握，且主體概念必然內含分殊性的欲求；三、國家與個人在概念上相互承認與依存，個人的意志是一切國家行動的媒介，國家則提供了個別主體實現自由的條件，確保由主觀意志產生的規範合於當今時代的客觀自由精神，形式上具有普遍性的刑法規範，必須經由國家現實上的強制，才具有可貫徹的效力；四、位處國家之內的個人因而自始具備公民身分，基於此一身分對自由法秩序負有協力維持之行為義務，國家亦須對公民的自由空間與主體地位作出擔保。



據此，犯罪行為乃是行為人向法秩序傳達「以自身意志所立之片面性規範否定法秩序內普遍適用之規範」的強力訊息，刑罰則體現為「否定之否定」的訊息，即由代表法秩序整體的國家所發出，與犯罪行為相對應的價值立場宣告，目的在嚴正表達客觀自由規範的有效性。刑罰因而只能施加於一個可作決定、因而可被歸責的意志主體，刑罰程度亦須與犯罪行為程度相對應。同時，公民身分乃是發動刑罰的前提，故遭受刑罰者仍屬公民，刑罰不應產生終局排除其身分的效果，僅能轉換對公民要求的義務內涵。



參考文獻

一、中 文

1. Georg Wilhelm Friedrich Hegel著，范揚、張企泰譯，法哲學原理，2020年8月。
2. Manfred Riedel著，朱學平、黃禹洲譯，在傳統與革命之間（Zwischen Tradition und Revolution），2020年12月。
3. Tatjana Hörnle著，鍾宏彬、李立璋合譯，刑罰理論，刑事法雜誌，57卷5期，頁111-160，2013年10月。
4. 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3-34，2009年4月。
5. 王效文，世界和平與國際社會法意識之形塑：論國際刑法之保護法益與刑罰目的，載：全球化、正義與人權，頁203-248，2009年7月。
6. 李茂生，風險社會與規範論的世界，月旦法學雜誌，173期，頁145-153，2009年9月。
7. 李茂生，應報、死刑與嚴罰的心理，中研院法學期刊，17期，頁295-311，2015年9月。
8. 李震山，人性尊嚴，法學講座，17期，頁1-18，2003年5月。
9. 周靖安，犯罪結社罪之可罰性基礎及解釋策略，2017年7月。
10. 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。
11. 周漾沂，刑罰的自我目的性——重新證立絕對刑罰理論，政大法學評論，147期，頁279-346，2016年12月。
12. 周漾沂，正當防衛之法理基礎與成立界線：以法權原則為論述起點，國立臺灣大學法學論叢，48卷3期，頁1223-1278，2019年9月。
13. 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。
14. 林鈺雄，新刑法總則，10版，2022年9月。
15. 范耕維，以違法偵查作為量刑因子之正當化根據：一個刑罰理論的觀察，國



- 立臺灣大學法學論叢，48卷4期，頁2123-2198，2019年12月。
16. 徐育安，正義理論與刑罰應報理論之重構，臺北大學法學論叢，124期，頁273-331，2022年12月。
 17. 徐學庸，古希臘正義觀：荷馬至亞里斯多德的倫理價值及政治理想，2016年7月。
 18. 高橋則夫著，蔡孟兼譯，不能犯中「行為規範與制裁規範的結合」，載：國際刑事法學之新脈動：余振華教授六秩晉五壽誕祝賀論文集（第一卷），頁91-106，2017年12月。
 19. 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。
 20. 陳妙芬，法哲學：自然法研究，2021年11月。
 21. 陳志龍，刑法目的與預防理論，國立臺灣大學法學論叢，23卷1期，頁115-156，1993年12月。
 22. 陳嘉銘，人們尋求以惡還惡，若非如此即是奴隸，中研院法學期刊，17期，頁313-333，2015年9月。
 23. 廖宜寧，由德國性犯罪條文修正之觀察探析妨害性自主罪的理論基礎，國立臺灣大學法學論叢，49卷2期，頁635-710，2020年6月。
 24. 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。
 25. 劉創馥，黑格爾新釋，2014年12月。
 26. 鄧曉芒，康德的「先驗」與「超驗」之辨，同濟大學學報，16卷5期，頁1-12，2005年10月。
 27. 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。
 28. 顏厥安，否定性與絕對倫理——由黑格爾之自然法論文談現代社會之危機，國立政治大學哲學學報，5期，頁235-261，1999年1月。
 29. 魏楚陽，黑格爾的權利概念與民主政治，政治與社會哲學評論，38期，頁57-93，2011年9月。



二、外 文

1. *Appel, Ivo*, *Verfassung und Strafe*, 1998.
2. *Bien, Günther*, *Gerechtigkeit bei Aristoteles (V)*, in: *Höffe, Otfried* (Hg.), *Aristoteles: Nikomachische Ethik*. Boston: Akademie Verlag, 2006, S. 135.
3. *Dagger, Richard* (2018), *PLAYING FAIR*, Oxford: Oxford University Press.
4. *Duff, R. A.* (2001), *PUNISHMENT, COMMUNICATION, AND COMMUNITY*, Oxford: Oxford University Press.
5. *Ebbinghaus, Julius*, *Kant und das 20. Jahrhundert*, in: *ders.*, *Gesammelte Aufsätze, Vorträge und Reden*, 1968, S. 97.
6. *Fateh-Moghadam, Bijan*, *Grenzen des weichen Paternalismus*, in: *Fateh-Moghadam u. a.* (Hg.), *Grenzen des weichen Paternalismus*, 2009, S. 21ff.
7. *Feuerbach, Paul Johann Anselm Ritter von*, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 1874.
8. *Fulda, Hans Friedrich*, *Unzulängliche Bemerkungen zur Dialektik*, in: *Heede, Reinhard/Ritter, Joachim* (Hg.): *Hegel-Bilanz. Zur Aktualität und Inaktualität der Philosophie Hegels*, 1973, S. 231.
9. *Gierhake, Katrin*, *Der Zusammenhang von Freiheit, Sicherheit und Strafe im Recht*, 2013.
10. *Greco, Luis*, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*, 2009.
11. *Hegel, Georg Wilhelm Friedrich/Michel, Eva/Markus, Karl* (Hg.), *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften*, Bd. 3, 1986.
12. *Hegel, Georg Wilhelm Friedrich/Michel, Eva/Markus, Karl* (Hg.), *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Moldenhauer, 2004.
13. *Hegel, Georg Wilhelm Friedrich/Iltting, Karl-Heinz* (Hg.), *Vorlesungen über Rechtsphilosophie, Nachschrift Hotho (1818-1831)*, Band 3, 1974.
14. *Hobbes, Thomas* (Autor)/*Holger, Hanowell* (Übersetzer), *Klein Jürgen* (Hg.), *Leviathan*, Englisch/Deutsch, 2013.
15. *Höffe, Otfried*, *Zur vertragstheoretischen Begründung politischer Gerechtigkeit: Hobbes, Kant und Rawls im Vergleich*, in: *ders.*, *Ethik und Politik. Grundmodelle*



- und Probleme der praktischen Philosophie, 1987, S. 195.
16. *Höffe, Otfried*, Kategorische Rechtsprinzipien, 1994.
17. *Hörnle, Tatjana*, Strafrecht, 2. Aufl., 2017.
18. *Hruschka, Joachim*, Die „Verabschiedung“ Kants durch Ulrich Klug im Jahre 1968: Einige Korrekturen, ZStW, 2010, S. 493.
19. *Jakobs, Günther*, Norm, Person, Gesellschaft, 3. Aufl., 2008.
20. *Jeschek, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas*, Lehrbuch des Strafrechts AT, 5. Aufl., 1996.
21. *Joel, Feinberg* (1970), DOING & DESERVING; ESSAYS IN THE THEORY OF RESPONSIBILITY, Princeton, N.J.: Princeton University Press.
22. *Kant, Immanuel, Klemme, Heiner F.* (Hg.), Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis. Zum ewigen Frieden: Ein philosophischer Entwurf, 1992.
23. *Kant, Immanuel, Timmermann u. a.* (Hg.), Kritik der reinen Vernunft, 1998.
24. *Kersting, Wolfgang*, Politik und Recht, 2000.
25. *Kersting, Wolfgang*, Hobbes zur Einführung, 5. Aufl., 2016.
26. *Kersting, Wolfgang*, Wohlgeordnete Freiheit, 2. Aufl., 2016.
27. *Klug, Ulrich*, Abschied von Kant und Hegel, in: *Baumann, Jürgen* (Hg.), Programm für ein neues Strafgesetzbuch, 1968, S. 36.
28. *Lüderssen, Klaus*, Abschaffen des Strafens?, 1995.
29. *Müller, Christian*, Wille und Gegenstand, 2006.
30. *Müller-Tuckfeld, Jens Christian*, Integrationsprävention: Studien zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts, 1998.
31. *Neumann, Ulfrid*, Institution, Zweck und Funktion staatlicher Strafe, in: *Pawlik, Michael/Zaczyk, Rainer* (Hg.), FS. Jakobs, 2007, S. 435.
32. *Pawlik, Michael*, Person, Subjekt, Bürger, 2004.
33. *Pawlik, Michael*, Literaturbericht: Rechtsphilosophie, ZStW 2009, S. 689.
34. *Pawlik, Michael*, Das Unrecht des Bürgers, 2012.
35. *Pawlik, Michael*, Norm und Bestätigung, 2017.
36. *Quante, Michael*, Hegels Begriff der Handlung, 1983.



37. *Rigopoulou, Maria*, Grenzen des Paternalismus im Strafrecht, 2013.
38. *Ritter, Joachim* (Hg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie. Band 2, 1972.
39. *Ritter, Joachim* (Hg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie. Band 3, 1974.
40. *Roxin, Claus/Greco, Luis*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2020.
41. *Schünemann, Bernd*, Aporien der Straftheorie in Philosophie und Literatur, in: *Prittwitz, Cornelius u.a.* (Hg.), Festschrift für Klaus Lüderssen, 2002, S. 327.
42. *Schünemann, Bernd*, Zum Stellenwert der positiven Generalprävention in einer dualistischen Straftheorie, in: *Schünemann, Bernd/von. Hirsch, Andreas/Jareborg, Nils* (Hg.), Positive Generalprävention, 1996, S. 109.
43. *Stratenwerth, Günther/Kuhlen, Lothar*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2011.
44. *Tang, Peifeng*, Eigentum und Staat bei Immanuel Kant, 2019.
45. *Vieweg, Klaus*, Das Denken der Freiheit, 2012.
46. *Zaczyk, Rainer*, Selbstsein und Recht, 2014.



Retribution as the Legitimacy of Punishment

I-Ning Liao^{*}

Abstract

This article aims to propose a foundational framework for the theory of retribution by employing a unified argumentation model, thus simultaneously justifying both the purpose and legitimacy of punishment, addressing the core concerns of various retribution theories within my country, and integrating these different approaches into a cohesive whole.

At the heart of this retribution perspective is the principle that the state must impose punishment in response to criminal acts in a manner that corresponds to their value and is determined by the will of the subject. Theoretically, this necessitates an affirmation of the subjectivity of the individual, a demonstration of the relationship between the state's obligations and the individual, and an explanation of the rationality behind the correspondence between punishment and crime.

This article argues that, as citizens, individuals conceptually recognize themselves in relation to the state and thereby acquire subject status. The freedom of individual subjects can only be realized within

^{*} Assistant Professor, College of Law, National Chengchi University; Ph.D. in Law, University of Freiburg, Germany.

Received: August 18, 2023; accepted: July 31, 2024



the framework of the state; actual freedom depends on an institutionalized behavioral order jointly maintained with other subjects. Therefore, individuals have an obligation to uphold and continue practicing in this free order. When a citizen violates this obligation and, through their behavior, adopts a fundamentally negative stance toward the existing order, it becomes necessary for the state—as the embodiment of the overall legal order—to respond with an equally severe objective measure. Through this “negation of negation,” the universality and validity of the original norm can be reaffirmed.

Keywords: Retribution, Prevention, Punishment, Freedom, Principle of Guilt