

重刑化犯罪抗治構想的隱憂與省思

國立中正大學法律學系暨研究所副教授

柯耀程

摘要

國家動用刑罰手段抗治犯罪，向來均以刑罰理論作為立法的背後依據，而且犯罪狀況愈嚴重，刑罰的強度也隨之愈趨於嚴厲，重刑化的刑事立法，似乎被視為是抗治犯罪必要且不可或缺的手段。然而犯罪狀況愈嚴重而刑罰的嚴厲性就愈高的循環，似乎僅會導致國家抗治犯罪的無能為力，並不能真正解決社會上嚴重的犯罪問題。刑罰理論的發展，從刑罰是為罰而存在，到具有目的性構想，其間對於刑罰概念的認知，從無目的到賦予特定之目的，可視為是一種思維上的轉化，而刑罰所欲達到的無異是法秩序平和與社會的規範信賴，欲達此目的，並非僅在於單向地規制犯罪，完全以重刑處罰行為人，所能達成。何況各刑罰理論所賦予刑罰的作用，均屬未經驗證的單純思維而已，以此作為刑事立法的依據，恐非犯罪抗治的良策。本文從分析檢討刑罰思想的發展與演變著手，先釐清刑罰理論的內涵，檢視其是否得作為刑事立法基礎，再次透過價值觀念，確認刑罰作用的界限與範圍，作為偏執於重刑化刑事立法的一個省思。

壹、概說

新近我國在刑事立法上，不論是槍砲彈藥刀械管制條例、組織犯罪防制條例，或是修正之毒品危害防治條例等，在立法的考量上，大多傾向重罰。無獨有偶地，德國1998年4月1日修正之刑法〔註一〕，對於犯罪類型規定，亦朝向刑度加重的修正方向〔註二〕。似乎對於犯罪抗治的正式手段，有志一同地傾向重刑化的刑事制裁手段。然而，是否採取重刑化處罰的方式，果真可以有效地抑制犯罪的發生？犯罪行為人在實施犯罪之時，果真會考量將受處罰的輕重？輕刑的法律規範，

果真會導致鼓勵犯罪，而使得一個社會中的犯罪無法控制？諸如此類疑問，都伴隨著重刑化的制裁制度而存在，均屬尚待釐清的問題。如從一般的法律情感（Rechtsgefühl）而言，的確對於犯罪人的重罰，適足以滿足人民的單純認知，但對於是否真能有效抑制犯罪，仍有相當質疑存在。

當然在重刑化的刑事立法過程中，必然需有指導性原則存在，以作為立法的依據。現代刑事立法的思為方向，對於重刑化的刑事立法所依據者，無非是刑罰理論中的「一般預防觀點（Gesichtspunkt der Generalprävention）」¹。雖然一般預防思想所強調者，係在刑罰的威嚇效應（Abschreckungswirkung der Strafe），但是威嚇並非無所限制地加重刑罰的處罰，亦非是為威嚇而加重。惟現今刑事立法似乎太過於相信刑罰的威嚇，而忽略威嚇的限制，此種作法似乎已經違背一般預防思想的原始意義。究竟現代刑事立法的刑罰依據何在，立法者可否將刑罰目的觀（Gedanken des Strafzwecks）作為處罰犯罪的唯一立法根據？如答案為肯定，則對於刑罰目的觀的內涵，有必要詳加闡明；如其為否定，則刑事立法的依據究竟何在？更有必要加以釐清。為瞭解刑事立法重刑化觀念，進一步釐清現代重刑化刑事立法的疑慮，以便確認刑罰對抗犯罪的正當性，實有必要先將刑罰思想演進過程中，影響現代刑罰觀念的思想，加以分析說明，再次將刑罰思想對於後世刑事立法的影響，以及對刑罰應有的特質，加以剖析，進而建構出刑罰適當性的基礎判斷。

貳、刑罰基本構想的演變

對於犯罪人處罰的思想，從亙古以來，即伴隨著犯罪存在，從最早的血讎（Blutrache），到慰撫金（Wergeld）的賠償制度，乃至刑罰權為國家之專屬權限，此種刑罰觀念不斷演變的過程中，所思考的無不圍繞在對於犯罪人如何作最有效之處罰。對於刑罰基本構想的思索，從希臘哲學家對於刑罰問題的對話開始，刑罰的意義與目的問題，即成為每一時代刑事立法與刑事司法思考的核心問題〔註三〕。對於刑罰的主要思潮，基本上可分為二個主要階段的演變，其主要思想的區分，則在於對刑罰目的見解的不同。從應報思想的「刑罰本質即目的」的觀念，即所謂「刑罰本身目的（Selbstzweck der Strafe）」²到預防思想的區分刑罰本質與目的。這種刑罰思想的轉變，逐漸使得刑罰的形象趨於多樣，對於刑罰的認知，也漸次由處罰目的觀取代制裁的正當性。惟不可忽略地，刑罰雖經形象的轉換，

但其內質中，仍有若干思想即使經過演變，卻始終影響著對於刑罰的認知。

一、應報思想

早期刑罰思想係建立在對於行為人罪責衡平的正義（*Gerechtigkeit durch Schuldausgleich*）基礎上〔註四〕，認為刑罰無異是對於行為人的罪責所做的正確抵贖（*gerechte Suhne*），在此種觀念之下，刑罰本身即是目的，且並無其他欲達到之目的存在〔註五〕。刑罰本身僅是對於犯罪等價之應報（*Vergeltung*）而已，而其前提要件，則在於刑罰必須在處罰的輕重與期間的長短均與行為人因犯罪行為所生罪責相當，此乃最早之「反坐原則（*Talionsprinzip*）」〔註六〕。在應報思想中，最具代表性者，當推康德（*Immanuel Kant*）及黑格爾（*G.W.F. Hegel*）。

在康德的「倫理的形而上學（*Metaphysik der Sitten*）」一書中，將應報與正義視為不容破壞的法則，並將以牙還牙，以眼還眼的反坐思想加以確立。其認為「謀殺者，終將為所犯償命」〔註七〕，康德更透過「刑法係無上誠命（*Das Strafgesetz ist ein kategorischer Imperativ*）」的說法，進一步詮釋謂「正義之不存，則民將無復存在於地球之上」〔註八〕，以強調應報的正義必要性。康德的應報觀念無異是存在完全對等的基礎上，亦即犯罪行為之侵害，與對於犯罪行為的反應必須完全相等，同時，刑罰的作用乃建立在對等的應報基礎上。

而黑格爾雖也立於均衡正義的觀點，認為刑罰本身即為對於犯罪的公平應報，但其並不贊同反坐式的應報，其認為均衡正義並非建立在量的均等，而應係以價值平等（*Wertgleichheit*）為基礎的等價應報〔註九〕。黑格爾認為，刑罰本身並非痛苦（*Ubel*），而是一種正義的表現，而刑罰即是為修復因犯罪所造成法律損害所必要之價值。黑格爾透過其著名之邏輯辯證法，來詮釋刑罰之正當性，其認為犯罪係對於法社會的一種價值的否定，而法律所代表者，則是一個社會中的正面價值，刑罰對於犯罪之處罰，無意係對於否定社會正面價值的犯罪之再否定，此即所謂「否定之否定（*Negation der Negation*）」的辯證模式〔註十〕。同時，黑格爾從價值應報的觀點，認為刑罰並非如康德所言之絕對對等應報，而係一種價值象徵性（*Symbolisierung des Werts*）的等價應報。從而，刑罰的象徵性意義，乃成為往後刑事立法上遵循的準則〔註十一〕。而對於犯罪行為的否定，不再是自然現象的思考，而係法律規範的價值判斷。

應報思想的刑罰觀，雖然係建構在均衡正義的基礎上，但其處罰的界限，則嚴格限定在行為的罪責上，也就是刑罰必須與罪責相稱，刑罰一方面必須對於犯

罪行為做出等價的再應報（Wiedervergeltung），另一方面，則又揭示處罰的範圍，必須限定在行為人所造成侵害結果的程度上〔註十二〕，即使不能低於該侵害，但也不能超越此一界限，否則刑罰不但不能修復受損之法律，更侵害正義的理念。由於從康德到黑格爾的應報思想，應報的實質意義已經產生改變，使得刑罰從外在之等量均衡應報，漸漸演變成價值評斷的等價應報，刑罰不再如康德所揭示之同質量的制裁型態，代之而起者，乃成爲一種贖罪之象徵性制裁手段，此種演變，不但影響刑罰思想的進一步發展，更促使往後刑事制裁模式，朝向價值多元化發展。應報思想雖然隨著刑法的發展，而成爲歷史陳跡，但其內涵的均衡觀念，卻仍支配著現代的刑罰思維，諸如刑重不過罪責、刑罰非等量之處罰，而係等價之象徵性贖罪等，所以現代的自由刑與罰金刑即是此種象徵意義下的產物。而黑格爾的刑罰觀更使得刑罰從本質與目的合一的思想，轉化成爲刑罰係一種目的構想下的手段，而促成刑罰目的性的探討，使得犯罪抗治思想進入預防思想的階段。

二、預防思想

由於對刑罰的不斷思辯，並受到啓蒙思潮的洗禮，乃漸漸唾棄刑罰無目的性的想法，認爲制裁並非爲制裁而制裁，國家也不能僅爲處罰而處罰，認爲刑罰在法社會中，應具有一定的目的存在，刑罰本身即爲達成此一目的所採用之手段，而刑罰的目的則在於預防犯罪〔註十三〕。至於刑罰的犯罪預防著眼點，究竟應從社會大眾或是從行為人個人？則又產生一般預防（Generalpravention）與特別預防（Spezialpravention）觀念的區分。

（一）一般預防觀念

在一般預防的觀念下，刑罰的目的既非應報，也不是對於行為人個人的作用，而是藉由刑罰的威嚇與刑罰之執行，以影響社會一般大眾，使一般大眾瞭解法規範所禁止者，而達到遠離觸犯法律的作用。此種見解事實上起源甚早，早在希臘時代的哲學家如Protagoras、Aristoteles、Hugo Grotius等即已視刑罰具有一般預防之作用〔註十四〕。惟真正將一般預防構想體系化者，則爲十九世紀初德國刑法學大師封·費爾巴哈（P.J. Anselm von Feuerbach）。通常一般人將刑罰威嚇的效應置於刑之執行（Strafvollstreckung）上，而費爾巴哈則將刑罰的作用置於刑罰本身的威嚇（Strafdrohung）。費爾巴哈認爲國家有義務必須防止法律被侵害，而此種預防構想單純從身體之強制（physischer Zwang）是無法達成的，同時在無法確知何者爲法律侵害之時，亦無法確保法律不被侵害，因此法律的明確，則

為判斷法律侵害的基本條件。而刑罰防止法律背侵害，其所必要者，則在於運用心理強制（psychologischer Zwang）的方法，方能達到對於一般社會大眾威嚇的效應〔註十五〕。費爾巴哈強調心理強制的可能性，係在於足以阻擋犯罪動機產生的刑罰威嚇上〔註十六〕。惟欲阻擋犯罪動機的產生，除卻刑罰威嚇外，尚且必須使得潛在犯罪人在行爲之時，即已得認知其行爲的後果，而放棄原本的行爲驅力，因此，費爾巴哈的一般預防構想，係建立在法律明確性的基礎上，其認為如無法律明確之禁止，則刑罰威嚇將喪失其對於一般社會大眾的心理強制作用，故而，費爾巴哈對於刑罰強調其威嚇效應，而對於刑法則確認「無法律，無處罰（nulla poena sine lege）」及「無法律，無犯罪（nullum crimen sine lege）」的法定原則（Grundsatz der Gesetzlichkeit）。

費爾巴哈強調的刑罰一般預防效應，主要係針對於法律所規定法律效果的刑罰而言，蓋唯有法律明文所定的刑罰足以威嚇所有可能的侵害法律者，至於刑罰加諸在犯罪人所生的效應，即刑罰執行的效應，並非一般預防思想的本然目的，其充其量僅是在於確立法律嚇阻之有效性而已。在一般預防思想下，法律所規定的刑罰法律效果方為主要目的，其因執行所生的效應，僅為間接的附帶效應而已，蓋唯有明文揭示的刑罰威嚇，足以對於一般社會大眾及所有潛在犯罪人產生心理強制的效應，而達到預防犯罪的目的〔註十七〕。

一般預防思想的出現，配合刑法罪刑法定原則，確實產生相當深遠的影響力，其影響的層面從立法延伸到刑之執行，特別是成文刑法典，莫不受一般預防思想的支配。甚至在刑事立法上〔註十八〕，更將一般預防思想作為刑事立法的主要依據，而強調「重典」的立法模式。雖然費爾巴哈從功利論的觀點，認為刑罰痛苦所生之不利益應高於犯罪所得之利益〔註十九〕。但須注意者，費爾巴哈卻未強調刑罰必須一味嚴厲化，此種重刑化的立法，雖標榜著依據費爾巴哈的一般預防思想，但焉知無誤解一般預防思想的真實意義。如從刑罰思想的發展觀察，重刑化的立法，與其說是以一般預防思想為依據，毋寧說是對於刑罰思想的斷章取義，恐需再加以檢討。

（二）特別預防與社會防衛構想

與一般預防思想同是基於刑罰為達成犯罪預防目的之手段的見解，但在預防對象有所差異的特別預防構想，主要係將刑罰的作用置於犯罪人身上。在特別預防構想下，刑罰的目的乃在使犯罪人遠離犯罪，透過刑罰的作用，一方面強化行為人法律信賴的動機，對於因刑罰的作用，而產生畏懼心理，且習得合乎社會價值的正當行為；另一方面，則藉由刑罰嚴厲的干預，促使得行為人與犯罪隔絕〔註二十〕。特別預防思想最具代表者，當推封·李斯特（Franz von Liszt）。李斯

特認為犯罪係行為人特質與環境影響下的產物，而刑罰所對抗者，則係針對行為人未來可能發生犯罪的原因，因此李斯特視刑罰為抗治導致行為人產生犯罪因素的手段，且僅注重刑罰對於個別行為人的效應〔註二一〕。李斯特認為刑罰是一種強制，而此種強制具有雙重的特質存在：其一為間接的、心理的強制或動機，刑罰賦予行為人所欠缺之動機，藉以增加並強化行為人未來適應社會的能力，此時刑罰的特性一方面為改善並強化行為人利他的社會性動機，另一方面藉由刑罰的威嚇，以抑制行為人自我的、犯罪傾向的任意性動機；其二為直接的、機械性強制，即刑罰具有暫時或長期管收（Sequestrierung）犯罪人的特質，將未來無社會適格的個人，加以篩選，並排除於社會之外〔註二二〕。因此，在李斯特的特別預防思想中，刑罰乃同時具有「改善（Besserung）」、「威嚇（Abschreckung）」及「排害（Unschadlichmachung）」的效應〔註二三〕。而刑罰具體的運作，則需以行為人為導向，對於具有改善可能且有改善必要之行為人（besserungsfahiger und -bedürftiger Verbrecher），則刑罰應著重在改善效應；對於有改善可能但無改善必要性之行為人（besserungsfahiger aber nicht besserungsbedürftiger Verbrecher），刑罰則側重在威嚇效應；至於完全無改善可能犯罪人（ganz nicht besserungsfahiger Verbrecher），則刑罰即在將其排除於社會之外〔註二四〕。此種以行為人為導向的預防思想，雖然仍影響著一般意識對於刑罰目的的認知，但終究有導致完全排斥刑罰，而代以矯治或教育措施的疑慮〔註二五〕。特別是受到特別預防思想之影響，在六〇年代，乃出現完全廢除刑罰，或是大幅修正刑罰的社會防衛（Sozialverteidigung, defense sociale）見解，特別是F.Gramatica〔註二六〕及M.Ancel〔註二七〕二位社會防衛概念的提倡者。Gramatica從完全社會防衛的觀點出發，認為國家有義務協助個人排除在社會中所面臨的難題，對於一個因面臨社會衝突而生犯罪的犯罪人，國家並無處罰的權力，卻有對犯罪行為人再社會化的義務，而再社會化（Resozialisierung）不得藉由刑罰來實現，僅能透過預防、教化和治療性質的社會保護措施為之，其主要目的則在於消除犯罪行為人反社會之性格，或是補強其社會價值認知的不足〔註二八〕。此種觀點與李斯特認為刑罰的重點係在強化行為人有所欠缺的社會價值觀念，完全一致，且對於行為人再社會化的認定，亦無不同，可謂繼受特別預防思想，而趨於極端化之構想。為調和特別預防再社會化構想的極端化，Ancel並不同意Gramatica的社會防衛見解，其認為達成犯罪預防目標，本有諸多可行且適切的途徑，其認為矯治、教育或治療與刑罰並非相互排斥，而是可以互相為用，相輔相成，所重者，乃在於明確界限的劃定，因此，Ancel強調社會防衛應建立在明確的法律界限上，且強調以合於個別責任及再社會化導向的處罰或改善，以防衛

的方式取代單純的應報刑罰〔註二九〕。此種由李斯特的特別預防思想所可能產生刑罰廢除（Abolition der Strafe）主張的可能性，則是特別預防思想揮之不去的陰影，如同Radbruch所言「刑法發展的無窮目的，乃將形成無刑罰之刑法，而無刑罰的刑法並非意味著刑法的改善，而是以更良善者取代刑法」〔註三十〕，同時，Radbruch亦認為，改善刑法，並非導向一個優質刑法，而是導向一個更優於刑法的改善防衛措施，其比刑法更聰明且更具人性化〔註三一〕。因此，特別預防思想所產生的最終效應，並非在確立刑罰的目的性，而是可能走上刑罰廢除的不歸路。

如果將特別預防思想作為刑事制裁的依據，則刑罰係以行為人之社會危險性為依據，儘管在認定的前提仍舊藉由行為認定，但人格的反社會性（Antisozialität）及危險性（Gefährlichkeit）的認定，將有超出行為為所生危害之虞。故而迄今以特別預防思想作為刑事立法依據者，仍非成文法規定的主軸〔註三二〕，特別預防作用在刑事制裁上，主要者為保安措施（Masregeln der Besserung und Sicherung）及刑罰裁量（strafzumessung）的考量〔註三三〕。

三、法規範信賴的構想

從一般預防思想的觀點出發，對於犯罪的抗治，主要係企圖藉助刑罰的威嚇效應，以阻嚇一般社會大眾，然而，在一般研究所得到的共識，認為僅有一小部分的行為人，在其決定犯罪之時會考量到受處罰風險的問題，但是其所顧慮者，亦非刑度的高低，而是被捕的風險高低〔註三四〕。從社會政策的觀點觀察，一般預防效應的產生，並非決定在刑罰的高低，而是取決於追訴的強度（Intensivierung der Strafverfolgung）。因此對於費爾巴哈所提的一般預防思想，僅視之為消極性的思維。在二次世界大戰後，對於刑罰理論的爭議，乃產生一個新的次元，對於刑罰目的的思維，從原本對於犯罪與犯罪人（不論是潛在的行為人或是以生犯罪的犯罪人）的思考，轉變成對於法規範的倫理性思考〔註三五〕，而建構出所謂「積極的一般預防思想（Gedanken positiver Generalprävention）」。此種見解雖然以費爾巴哈一般預防思想的刑罰威嚇效應為理論的出發點，但其主要的效應，則在於向社會宣示法秩序的不容侵害，以及藉由刑罰作用，強化人民的法信賴（Rechtstreue）〔註三六〕。在積極的構想下，犯罪是犯罪人從違反規範的意思到進而破壞規範的過程，而刑事制裁則在於對於破壞規範的否定，進而確立法規範的不容破壞性，以維持法規範的安定性。積極的一般預防見解的主要思維出發點，乃認為法規範係人類行為的指導標準，其必須確實被遵守，

並且不容許加以破壞。而刑罰的作用，則是在維持規範的被遵守，以確保社會大眾確信法規範的不容破壞。故而，刑罰係一種維護法規範的威嚇手段，其所宣示者，則為規範的完整性，藉由刑罰的威嚇效應，達到尊重規範的目的，並從對破壞規範者的處罰，強化社會大眾的規範意識，以達到規範信賴之目的〔註三七〕。

積極的一般預防構想認為，刑罰最重要的核心目的，應在於「法秩序防衛（Verteidigung der Rechtsordnung）」，亦即刑罰的主要任務，應在於對犯罪人施以再社會化（Resozialisierung）與合規範人格化（normgemasse Personalität）過程中，達到「規範內化（Normverinnerlichung）」的目標〔註三八〕。除此之外，在積極一般預防思想下，刑罰尚具有三個作用與目的，即 1. 刑罰應具有社會教育性的學習效應（sozialpädagogisch motivierte Lerneffekt），藉以習得法律信賴；2. 信任效應（Vertrauenseffekt），藉由刑罰的作用，使人民得以看見法律的貫徹實施；3. 平復效應（Befriedungseffekt），藉由對於法律破壞者的制裁，以使得一般社會大眾不安的法意識（Rechtsbewusstsein）得以平復，並同時將犯罪行為人內在的壓力與外在的衝突，加以排解〔註三九〕。

積極的一般預防思想將刑罰的目的性建構在法規範的信賴，以及法確信的強化上，惟是否刑罰的制裁果真能單向實現此種形而上的理想，又國家刑罰權單極化地作用於犯罪行為人，是否即能使得社會不平的法律情感得以平復，都是尚待驗證的問題，此種構想仍舊充斥著令人質疑的形象〔註四十〕。

參、刑罰理論的重新思考

刑罰從無目的性的純然應報思想，漸漸發展到賦予特定的目的，而每一時代對刑罰目的性的觀點不一，且建構成的刑罰思想，也產生內容上若干的分歧，雖然現代觀的刑罰理念，具有相當多面化的性質，但其本質、作用與目的的認知，並非成為眾所共識，對於刑罰問題，不論是在立法上，或是學理的分析探討上，仍就有著一層使人迷惑的外表。而使得現代以刑罰為主的刑事制裁制度，仍舊相信刑罰所可實現的理想，乃至於在立法上對於刑罰所賦予的期待，要比所有刑罰理念所賦予的刑罰目的性，更有過之。事實上，刑罰從應報思想到二次戰後所提出的積極思想，與其說已明白揭示出刑罰的形象，已清楚地揭露出刑罰的性質，毋寧說所有的刑罰理論，都只是對於刑罰所產生思維上的迷惘。刑罰是否真如每一時期不同思想所揭示的形象？若是，則何以各時期刑事制裁思想，對於刑罰所期待的性質均有所不同呢？難道刑罰本身即具有著多變性格，或是刑罰理論只是

反應該時期社會內在的期待而已，是否所有的刑罰理論都有著不容顛覆的真理？或是在這些理論的背後，其實潛藏著相當薄弱的基礎？為釐清這些思考上的質疑，實有必要在揭示各時代刑罰思想的同時，以另一個思維角度，從目的實現可能性，以及刑罰有效性的觀點，對於各時代的刑罰思想，作一番檢討。

一、應報理念的檢討

應報思想以平均正義的觀念為其理論的基礎，認為人在本然的理性下，具有完全之自由意思（Willensfreiheit），如決意為犯罪行為，則應對其行為負完全之責任，而刑罰即是因犯罪行為所生惡害的均衡，對行為人責任完全之應報，刑罰的本身，並無任何追求的目的存在，僅為對行為人之犯罪行為所生罪責，賦予痛苦，以應報其行為所生之損害。此種古老的刑罰思想，即使迄今仍舊深植在一般人的意識中。然而，在哲學思想的思辯，法規範所依據的思維基礎，已不再單純地以均衡正義的觀點作為思想基礎，而漸漸跳脫出自然律的均衡觀念，強調法學思維的基礎應建立在分配正義（zuteilende Gerechtigkeit），乃至法律的正義（gesetzliche Gerechtigkeit）的基礎上〔註四一〕，認為即使是人在社會上，亦會因其本然生理與心理的差異，形成個人能力與責任上之不同，因此在社會義務的分配上，也不能以數學上之平等（arithmetische Gleichheit）視之。而應從個人之能力差異，賦予不同之義務，分配不同權利。在刑罰的思考上，亦應從個人能力及人格的社會差異，加以區分，刑罰不再僅是形式的平等。反坐的思想強調無差異性的平等，如康德對等的應報觀念，乃需加以調整。

此外，應報思想認為刑罰的科處並無目的性，僅是為對於一個因犯罪所生惡害的均衡，然而，刑罰本身係一種痛苦，而犯罪的本身亦係一種痛苦，如何得以痛苦均衡痛苦？在邏輯思維上，即顯得格格不入。同時如刑罰並無目的性存在，而僅具有倫理道德的非難作用，則國家並無任務對於倫理道德的實現，透過國家權利加以實現，且如Jescheck所言，太多的刑罰制裁，無異形同無處罰〔註四二〕。當刑罰歸屬於國家權利的的作用時，其僅於為維持社會的安全與平和時，方有動用之餘地與必要，刑罰的本身也應是達成特定目的的手段。且此種手段的運用，必須是社會保護的利益所不可避免〔註四三〕。故而，應報思想對於刑罰的觀點，已屬歷史的陳跡，刑罰僅在於對犯罪惡害應報的單純想法，已不復見存於現代的刑罰理念中。

然而，值得注意者，應報思想雖然成為歷史的陳跡，但其建構的基本思維，卻仍鮮活於後世的刑罰理念中，特別是其應報的基礎與界限的絕對性，在應報思

想下，刑罰雖無目的性，但其亦非任意的發動，而是被動地對於犯罪之反應，因而，非有犯罪的惡害存在，則無刑罰的發生，此種基礎無異與「罪刑法定原則」的基本思想一致，或可說應報思想醞釀「法定原則」的思維基礎。此外，應報思想雖然主張罪罰均等，但其反面思考，無異也揭示刑罰的作用，其終極界限亦僅限定在犯罪所生之惡害而已，刑罰亦不能超越此一界限，否則刑罰正義即成為不正義。同時，黑格爾亦認為刑罰對於犯罪應是一種價值的對等，並非絕對的均等，更認為刑罰係一種基於評價作用的象徵意義，此種見解也深深影響著後世的刑罰思想。

二、一般預防構想的批判

預防思想雖然將刑罰從本身目的的觀點，將刑罰的本質與目的分離出來，認為刑罰係達成預防犯罪的手段，從此確立刑罰手段性的本質，然而在預防犯罪目的的達成觀點上，卻有分歧。費爾巴哈認為刑罰達到預防犯罪的作用，必須強調刑罰本身威嚇效應，透過其心理強制的觀點，建構其刑罰一般預防的思想。在一般預防所強調的重點，係將刑罰的威嚇作用置於其對於社會一般大眾的心理強制上，為達到此種心理強制，必須將規範刑罰的法律規定，盡其可能地明確化，唯有透過法律的明確規範，方能顯現出刑罰的存在，而使社會大眾得知刑罰的嚴厲性，進一步達到威嚇的效應〔註四四〕。因此，伴隨著一般預防思想所生的相對應措施，無異即在強調刑罰的法定性，而使得一般預防思想與法定原則緊密地結合在一起，成為對刑事立法上，最具有影響力的刑罰思想。

雖然，費爾巴哈的一般預防思想深深影響著往後的刑事立法〔註四五〕，然而，往後的刑事立法卻將刑罰漸次走向重刑化的方向，並且誤認一般預防思想即在強調重刑化的威嚇效應〔註四六〕，而忽略一般預防思想承繼應報思想的核心精華，即對於刑罰的威嚇效應，仍有其不可逾越的界限，該界限即行為人因犯罪行為所生之責任。

費爾巴哈將刑罰的作用定位在社會大眾心理強制的威嚇上，在思維上似乎無可質疑，然而，刑法是否真具有對於一般社會大眾的威嚇效應？社會大眾是否真會因刑罰的存在，而產生心理強制的作用？社會大眾受刑罰的威嚇果真是因其心理強制所致，而產生內發性行為自制的控制力，而非僅是外在行為控制力的作用？斯等疑問似乎都是未經驗證的問題。如果刑罰果真能在社會大眾的心理上產生強制作用，以達到刑罰威嚇效應，則法社會中必然會因刑罰的存在，而使得犯罪數量減少，乃至消失於無形，即所謂「刑期無刑」的理想境界。然而，從犯罪學的

研究〔註四七〕，法社會中因有犯罪黑數的存在，使得被發現的犯罪，僅為全般犯罪的極少數部份而已，此種現象並不會因刑罰不斷加重，而有所改善。因此，一般預防思想將刑罰建構在心理強制的基礎上，認為刑罰對於一般社會大眾具有威嚇效應，無異僅是一種思維構想而已，或許更貼切地說，是一種對於刑罰的期待而已。一般預防思想對於刑罰的目的，似乎僅是建立在一種「幻想（Fiktion）」的基礎上，建立在一種迎合一般法情感（allgemeines Rechtsgefühl）期待的幻想〔註四八〕。如果太過於強調刑罰一般預防思想的威嚇效應，恐怕是對於刑罰的威嚇效應，抱持過高的期待！

三、特別預防思想的侷限性

早自希臘時期對於刑罰思想，認為處罰並非為處罰而處罰，而是為將來可遠離處罰，如柏拉圖所言「具有智慧者的處罰，並非為懲處為之，而係藉此不再受罰」〔註四九〕，此種預防思想到啓蒙時期時，已然發展成獨立之見解，後來因應報思想的強勢，而暫行式微，時至十九世紀末，藉由所謂「社會學的刑法學派（soziologische Strafrechtsschule）」的倡導，而漸次蓬勃發展，之後則一直影響刑罰思想迄今。其最著名者則為德國刑事政策大師李斯特。李斯特將此種思想賦予特別預防之名〔註五十〕。特別預防思想的刑罰觀，強調刑罰的對象在犯罪行為人，而刑罰的作用則在於對行為人再社會化的處遇，亦即所謂「再犯預防」。特別預防思想透過李斯特的努力，不但成為刑罰重要的思想，其影響更遍及國際〔註五一〕。其對於刑罰的思想更影響德國的刑事立法，基於此一預防思想，在1966年德國刑法修正時，提出刑法草案的對案（Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuchs簡稱AE），儘管該對案並未完全被採納，但其著重在行為人矯治及再社會化的構想，影響的層面除刑法之外（德國刑法第46條），更及於刑罰執行法（Strafvollzugsgesetz）〔註五二〕。而由於特別預防思想的支撐，使得從1794年初見於普魯士一般法（Allgemeines Landrecht簡稱ALR）的保安措施（Masregeln der Besserung und Sicherung）從備受爭議中〔註五三〕，得到強而有力的存在論點。

特別預防思想將刑罰的重心置於犯罪行為人的改善、威嚇、與社會防衛的排害，並強調對於行為人在社會化的教育意義，則刑罰的存在，乃被侷限在對於已然犯罪行為人的作用上而已，亦即僅在於刑罰的執行而已。此與刑罰存在的目的性似乎有相當大的差距。同時，如將刑罰作用所針對的對象限定在行為人對於社會的危險性，則刑罰的認定，並無一定之標準，僅以行為人的人格、素行，以及

其是否有反社會性格作為科加刑罰的依據，如此即可能產生有罪者，因其人格健全，而不需科處刑罰，蓋其並無社會危險性及反社會性存在；反之，則即使未犯罪之人因其性格上具有相當嚴重的反社會性存在，具有相當之危險性，則刑罰可能甚為嚴重，甚而對於社會適應不良的人，如流浪漢、娼妓、乞丐等，皆因其無社會性或社會適應不良，而應成為刑罰規範之對象。此種刑罰認定標準的欠缺，乃是特別預防思想最受質疑之處。此外，為改善犯罪行為人的犯罪習性，勢必將刑罰執行時間置於效度（Effektivitat）的考量上，將使得刑罰輕重與長短的決定，側重在行為人再社會化之成效上，而形成不定期刑的體制。如此一來，刑罰的質與量不但形成不確定性，更將超越原本應報思想所允許處罰的範圍〔註五四〕。此種僅因個人的反社會性格所生的刑罰，不但對於人民權利作不當的干預，在現代強調法治國原則（Prinzip des Rechtsstaates）的刑事體制下，更無存立之基礎。此種疑慮即使李斯特也非毫無預見，為避免此種弊端發生，李斯特乃將特別預防思想的刑罰觀進一步加以現縮，而將刑罰限制在刑法允許的範圍下，亦即刑罰必須從行為來認定，並受到法定原則的拘束，其更明確表明「刑法是刑事政策所不可逾越的界限」〔註五五〕。當然在此種前提的限制下，並非表示特別預防思想必須從刑法思想中，加以剔除，刑罰的作用當然不能置行為人於不顧，否則將形成處罰而處罰的應報。在刑罰具體運用之時，亦須同時考量到行為人的人格與在社會化的問題，蓋刑罰的對象終究是行為人，刑罰的直接作用，亦在於受刑之人。只是刑罰應在何種基礎上，方能對於行為人的人格作改善及再社會化措施，則是犯罪矯治重要的課題。特別預防的思想在現代刑法學中，有相當的侷限性存在，一則受法定原則指導的刑法，並不接受不定期刑的觀點，再者，對於刑罰的發生，亦非在於行為人的社會危險性，而是在於行為，故而特別預防的刑罰觀，並無作為可罰性認定基礎的適格，僅具有輔助的作用，特別是在刑罰裁量以及刑之執行過程與採用措施中，方有其作用存在。

四、積極一般預防思想之疑慮

從六〇年代起，刑罰思想進入一個新的時期，將思維的出發點，由原本對於刑罰本身作用的思考，進至對於刑罰規範的省思，從原本刑罰的對外效應探討，進至整體法社會對於刑罰規範的認知。原本的預防思想，不論是一般預防或是特別預防思想，其著眼點多強調刑罰所展現的作用上，一般預防思想將刑罰視為對於社會一般大眾心理強制的威嚇手段，而特別預防思想則致力於行為人的在社會化措施，二者都僅在於探討刑罰所展現的效應而已，充其量僅能說是刑罰作用的

考量。反之，在積極預防的思想下，刑罰的作用，乃在於透過刑罰的作用，確認刑罰規範的具體適用，藉以法規範的內化作用，達到強化社會民眾之法意識，進而卻立法社會大眾的法信賴。其基本的構想，故屬良善。然而，刑罰是否真有如此之效力，不無問題。首先，規範內化是否能藉由刑罰作用，即可完全實現，抑或是如一般預防思想，僅是一種刑事司法的內在期待而已？須知透過外在強制作用所產生內化作用的效應，本屬未能證明之事，如刑罰本身係因其嚴厲的強制作用，至使得不敢輕易犯罪，充其量僅能稱其為外在之強制作用，尚不得謂為內化。再者，建立社會大眾規範確認（Normbestätigung）的法意識，以建立法信賴關係，是否可由單向的刑罰作用，即可達成？亦有質疑，從研究顯示，規範確認任務的實現，除卻如刑罰般之正式社會控制手段（Mitteln formeller Sozialkontrolle）外，尚須結合社會化過程及其他非正式社會控制手段（Mitteln informeller Sozialkontrolle），如倫理、道德、輿論等力量〔註五六〕。同時，僅靠著刑罰單方面地對行為人處罰的作用，果真得建立法信賴關係，不無問題。刑罰的確實實現，僅提示犯罪行為人必然受到處罰的命題而已，如果將此一命題直接跳至法律信賴，恐在思維邏輯上，太過於跳躍。如果犯罪被視為是社會互動下的產物，則應具有雙向關係存在，要達成法規範信賴的目標，勢必也不能僅從單向的犯罪行為人著手，對於社會或是被害人亦需加以思考〔註五七〕。故而在積極思想下的刑罰理念，似乎太過於理想化，對於刑罰的效應，賦予過高的期待〔註五八〕。

五、小 結

從刑罰理論的分析中，不論是應報思想或是預防思想，都存在有相當不確定性的因素。然而，刑罰理念從應報思想乃至預防思想發展至今，確實有其不容置疑的內容精髓，以及思想精華存續。在應報思想中，雖然在處罰上，太過嚴厲，同時也未必與現代罪責觀念相稱，然而其所揭示的界限，即刑罰不能超越所犯之惡性，則迄今仍歷久彌新，同時應報思想認為刑罰的反應，必須先有權利侵害的存在，不能任意發動，則成成為現代法治國原則的指導思想。此外，在預防思想中，將刑罰的本質（痛苦、權利侵犯）與作用（威嚇或改善），以及目的（犯罪預防，並至法規範信賴）明確界分，並揭示出刑罰的手段性格，同時將刑罰界定為達成目的的手段，非有目的必要性存在時，即無刑罰作用之發生。惟刑罰思想或許僅可稱之為係人類對於刑罰迷思中，所展現出對於刑罰的社會期待（gesellschaftliche Erwartung）。因此，刑罰理論在使用時，恐怕不能視為真理，而且在

思維上，亦應審慎處理之。

肆、重刑化犯罪抗治手段的思維

從啓蒙時期以後，對於人民權利的保障，視爲國家權利的首要任務，而法治國思想的發展，對於人民權利的干預，必須限縮在合法的法定行爲上，而對於犯罪抗治手段的刑事制裁，更是審慎。刑法對於犯罪認定，以及刑罰施用，除需受到罪刑法定原則的拘束外，更對於刑罰的界限，設定在「罪責原則（Schuldprinzip）」的基礎上〔註五九〕，同時在法律指導規範的憲法中，更將刑罰的界限透過憲法加以確立，明確地指出刑罰的前提與範圍，同時加入逾越禁止原則（Grundsatz des Ubermasverbots），更使得刑罰必須在行爲罪責的範圍內，方有可能〔註六十〕。然而，刑事立法的動向，卻隨著時間的推延，以及犯罪問題的日趨嚴重，逐漸走向強調重刑的立法型態。此種重刑化的刑事立法顯示出二層相互對立的意義，其一爲犯罪的抗治果真需以更爲嚴厲的刑事制裁手段，方能加以壓制；其二爲法社會正式控制最後手段的刑罰，在對抗犯罪上，已經顯得無能爲力，似乎僅能在刑罰上予以加重，方能使得社會大眾的不安全感，得到舒緩。當然，此種重刑化的思維，面對法治國原則，以及國家制裁權限正當性界限的檢討時，則顯得相當之緊張。究竟重刑化的刑事立法是否具有其思想上的正當性存在，則成爲重刑化刑事司法運作必須先確認之事。

一、重刑化立法的思想基礎

對抗犯罪究竟在刑罰的範圍上，應否有一定之界限，其界限爲何？雖然現代刑法均將刑罰界限設定在罪責概念上，然而罪責概念與其形成的範圍仍屬相對，在罪責無法量化（亦不得量化）的情況，刑罰的輕重與刑度的高低，乃具有相當游移的情況存在。通常都以犯罪的輕重作爲刑罰反應的依據，且在刑罰設定的同時，一方面認爲刑罰係最嚴厲的制裁手段，另一方面，又爲凸顯犯罪的嚴重性，多傾向重刑化的立法形式。當然刑事立法爲對抗犯罪，在法律制訂的同時，必須對於制裁手段在目的性的思考上，審慎考慮，亦需在刑罰基礎上，有所依據。基本上，刑事立法所依循的思想基礎，不外乎一般預防思想的威嚇效應，以及特別預防思想的教育刑效應。從現代刑法受到法定原則的規範，強調犯罪行爲必須透

過法律規定，方能加以制裁，故在罪與刑的制訂上，又以一般預防思想為主，而輔以特別預防的觀念。現代刑事立法所認知的一般預防思想，特別強調其刑罰威嚇的效應，故而在對抗犯罪的手段上，依然擺脫不了重刑化的方式，認為唯有刑罰夠重，方具有實質的威嚇效應，方能達到使民知所懼怕，而不敢犯罪的預防效果〔註六一〕。故而從傳統刑罰而言，採取重刑化的立法方式者，莫不以一般預防思想為準則。

而對於行為人危險性的防制上，從1794年保安措施出現在刑法中，成為刑罰之外的另一種刑事制裁手段時，保安措施的定位就相當曖昧，其究竟是刑罰的另一種形式，或是刑罰之外，自成體系的制裁手段，僅注重在行為人的考量而已？在學說上，相當具有爭議性存在〔註六二〕。如以現行運作方式觀察，刑罰與保安措施形成刑事制裁雙軌（Zweispurigkeit strafrechtlicher Sanktion）的體系，各自所遵守的界限不同〔註六三〕，則保安措施主要係針對於行為人的危險性與反社會性格的矯治而設，其所依據的則為特別預防思想的觀點。而刑罰與保安措施間的相對關係，在學理上似乎都視為並存，乃導致於在原本刑罰範圍中，再加入保安措施的處罰，或許可謂刑罰與保安措施性質與作用不同，刑罰係針對已然犯罪的贖罪作用，而保安措施則在於防止行為人未來再行犯罪的措施。惟對於行為人而言，其所受之處罰，不論是刑罰或是保安措施，都是一樣的權利剝奪，如二者性質不同，則將形成累積效應。因此保安措施的存在，亦可視為重刑化的立法體例。而此種依據刑罰理論的理想所形成的刑事立法，果真具有正當性存在？或是其目的性果真能實現？均屬待證明之事。是否重刑化的結果果真能達成犯罪防治的效應？保安措施的存在，果真能改善犯罪人，使其在社會化能順利完成，而成為與犯罪絕緣之人？事實上，實證結果，可能令人失望〔註六四〕。

二、重刑化立法依據的疑慮

不論重刑化的立論基礎係置於應報思想或一般預防思想或是特別預防思想，其對於刑罰的考量，或建立在單純的應報上，或建構在未能實現的期待基礎上，此種立法形式自然備受質疑。以現代的重刑化立論基礎均置於一般預防思想而言，為強調犯罪的威嚇效應，而將刑罰任意的加重，其所衍生的弊端，恐非其期待之效果所可比擬。一方面重刑化的結果，可能產生社會大眾法情感的鈍化〔註六五〕；另一方面，更可能因重刑的結果，使得刑罰超越一般預防思想的界限，甚而超出應報的範疇，形同「酷刑」；另外，重刑化的現象，將使得對於各種不同犯罪類型的反應強度拉近，導致價值不分的負面效應，例如製造、販賣、運送或

持有槍械（槍砲彈藥刀械管制條例第七條第一項法律效果為死刑、無期徒刑、七年以上有期徒刑），在法律效果上，幾與刑法殺人罪無異，則如何對於槍械與生命的價值加以區分？重刑化的效應，亦將使得刑法法益保護的界限，完全崩潰，形成法律適用上的困難。

同時，從實證研究的觀點觀察，犯罪的發生，犯罪行為人所考量的僅極少數是從刑的輕重著眼，絕大多數的行為人所考量者，則在於被捕風險的高低〔註六六〕。重刑化的犯罪抗治對策，恐如同刑罰理論一般，僅是在不可能實現的期待中，假象性地滿足一般人對於犯罪制裁的情緒而已，在成效上，重刑化思維，反而不若強化犯罪追訴，對於犯罪更具有預防效應。因此，在凡事治罪用重典的傳統觀念中，其真實實現的成效控制如何，必須審慎檢討。

伍、價值化的刑罰構想—代結論

所有刑罰理論對於刑罰概念的詮釋，似乎都有其不完整性的情形存在。其不完整性似乎是發生在刑法從本身將本質與目的視為一體，轉變成達到目的之手段的角色改變上，從預防思想以後，刑罰的本質、作用及目的，乃各自定位，刑罰的本質仍然是一種必要性的痛苦（notwendiges Ubel），但刑罰的目的則是預防犯罪，進而達到更高的法信賴目的，而刑罰的作用，則在刑罰理論中，產生差異，所有刑罰思想的差異，皆發生在對其作用的認知差異上。一般預防思想認為刑罰應具有社會心理強制的威嚇作用，而特別預防思想，則是刑罰的作用在於改善、威嚇或對行為人的社會隔離，所有對於刑罰理論的質疑，主要是對於個理論對於刑罰作用的理想性期待。事實上，刑罰的作用要有所實現，並非在於威嚇或改善，而應是在於法規範所認定價值之肯定，藉由價值的宣示，方能進一步言及是否有威嚇或改善〔註六七〕，或者進一步使一般社會大眾產生法信賴感。刑罰輕重及刑度高低的決定，並非由於刑罰應有威嚇效應之故，蓋刑罰本身既是一種痛苦，既是一種權利的剝奪，不論高低、輕重，均可達到威嚇的作用，並非必須以重刑化之後，方具有威嚇效應，反而在犯罪學的研究中，特定類刑的犯罪，如竊盜罪，卻是最頻繁的犯罪類型，此不論其是否在刑罰上予以加重，反倒是若干較輕微法律效果的犯罪，常是乏人問津。如刑罰威嚇效應果真需以重刑化方能具備，則理應輕微犯罪的頻率最高，但事實卻不然。刑罰的輕重與刑度高低的決定者，應在於法律所欲保護的價值層次上〔註六八〕，透過價值確認，而產生評價上非難程

度的差異，進而確立罪責內容。如果罪責原則是刑罰不可超越的界限，則罪責確認的前提，則在於保護客體評價的價值層次確認。

刑罰高低並不能僅為處罰而處罰，在刑事立法上，不能因某種犯罪的嚴重性，即動用重刑規範，而忽略刑罰的體系關係，否則將在該犯罪未能有效抗治之前，即需先嚐到價值倒置與混亂的惡果，而產生如現行法中，傷害罪最高科處三年有期徒刑，而竊盜罪卻是五年，形成人的價值不如財產的後果。在刑罰效應的顯現，首先需將法律所欲保護價值的輕重關係，分別定位，例如從個人法益出發，區分為對生命、身體、自由、名譽、財產等價值，並依層次賦予保護必要之優先性，再次推及整體法益的價值，進而對於侵害行為得以賦予非價判斷，而確認行為的不法內涵（Unrechtsgehalt），確定其責任，再科以刑罰。如此，刑罰方不致產生重罪輕罰，而輕不法內涵之行為，反處以重刑的價值反置結果。因此刑罰的輕重事實上與刑罰理論的見解無關，其決定者，並非在於威嚇或是在社會化，而是在於法規範內部價值的一致性。

向來在刑事立法上所偏愛的刑罰理論，其實僅是以「玄想」作為立法依據而已，並無實質的基礎存在。重刑化的結果，不但破壞刑罰價值體系的完整，更使得社會大眾無所遵循，欲從其中求得規範信賴，無異是緣木求魚。因此重刑化的刑事立法，可謂未蒙其利，先受其害，實有深思檢討的必要。本文僅淺略地從刑罰理論的思維，探討重刑化刑事立法的不當，與其說能澄清若干問題，毋寧說是提供一個共同思維的方向，作為問題探討的出發點而已。

註 釋

註一：我國在立法上，特別強調特別刑法的制定，而德國則傾向包裹立法的方式。二者間事實上並無優劣之分，但要注意的是，太多的特別法，除使得刑法本身喪失其規範作用外，更嚴重地，將產生無所適從的情況，同時亦將導致適用上的困難。關於特別法的批判，參見林山田，論特別刑法，收錄於：刑事法論叢（一），201頁以下。

註二：Vgl. Deutscher Bundestag 13. Wahlperiode Drucksache 13/8587；Schluchter, Bochumer Erläuterungen zum 6. Strafrechtsreformgesetz 1998, Vorwort；Schroth, Strafrecht BT, S. 17~20。

註三：Vgl. Schmidhauser, Vom Sinn der Strafe, S. 18。

- 註四：此即所謂「均衡正義（ausgleichende Gerechtigkeit, justitia commutativa）」概念，其係基於均等原理而生，乃指所有自然人雖於自然上有不平等存在，但在法律上均為相等，於刑事制裁法上，即具有罪與罰絕對之對等關係。Dazu vgl. Kaufmann, Über die gerechte Strafe, in: H. Kaufmann-GS, S. 425ff.。
- 註五：Vgl. Zipf, Kriminalpolitik, S. 37；Streng, Strafrechtliche Sanktionen, S. 8；林山田，刑罰學，57頁。
- 註六：Siehe Roxin, Strafrecht AT, S. 40。
- 註七：AaO.。
- 註八：Aus Roxin, aaO., S. 40, 41。
- 註九：Siehe Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § § 100, 101；auch Schmidhauser, aaO., S. 22。
- 註十：Siehe Hegel, aaO., § 97。
- 註十一：1989年德國法蘭克福大學刑法學教授Hassemer, 有一篇膾炙人口的論文，其中即是皆是刑法的象徵性意義，其認為刑罰並非政治工具，而是結合犯罪抗治、法情感、法信任及刑事政策的結合體。So Hassemer, Symbolisches Strafrecht und Rechtsguterschutz, in: NStZ 1989, S. 553 ff.。事實上，刑罰的象徵性意義，遍見諸現代刑法之中，例如各種犯罪的刑罰，象徵性地以自由刑或罰金刑為之。
- 註十二：Jescheck, Strafrecht AT, S. 59, 更明確指出應報思想（Vergeltungsgedanken）的三個根本條件，一為對於犯罪人之處罰，需為社會倫理所認可者；二為應報係以罪責為前提要件；三為刑罰的輕重、高低，在原則上必須盡可能使行為人與社會一般大眾，均認為適稱。
- 註十三：Vgl. Schmidhauser, aaO., S. 24；Streng, aaO., S. 9；Zipf, aaO., S. 37, 38；Jescheck, aaO., S. 59, 60。Auch Frehsee, Schadenwiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle 1987, S. 57ff.。
- 註十四：參見林山田，刑罰學，63頁；auch Schmidhauser, aaO., S. 25。
- 註十五：Vgl. Schmidhauser, aaO., S. 25。
- 註十六：Aus Schmidhauser, aaO.。
- 註十七：Aus Schmidhauser, aaO., S. 26。Auch Jescheck, aaO., S. 64；Roxin, aaO., S. 34, 35。
- 註十八：尤其在德國1998年4月1日公佈實施的第六次刑法修正法，更是相信一般預防思想的威嚇效應，而成為其修正之主要依據。Dazu vgl. Schroth,

aaO., S. 17 °

註十九：Aus Schmidhauser, aaO., S. 25 °

註二十：Dazu Neumann/Schroth, Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe 1980, S. 19 °

註二一：So v. Liszt, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge Bd. II, S. 439, 440 ; auch Schmidhauser, aaO., S. 26 °

註二二：So v. Liszt, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge Bd. I, S. 163, 164 °

註二三：v. Liszt, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge Bd. I, S. 164 °

註二四：Aus v. Liszt, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge Bd. I, S. 166 °

註二五：Vgl. Schmidhauser, aaO., S. 28 °

註二六：Grundlagen der Defense sociale, 1. und 2. Teil 1965 °

註二七：Die neue Sozialverteidigung 1970 °

註二八：So Gramatica, aaO., 1. Teil, S. 20 ; 2. Teil, S. 273ff. °

註二九：Siehe Ancel, aaO., S. 215ff., 225ff., 256ff. °

註三十：Zitat aus Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft, S. 115 °

註三一：So Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 269 °

註三二：儘管在刑法中，仍可見特別預防思想的痕跡，如累犯之規定是，但此種以行爲人爲可罰性基礎的立法，在法定原則與行爲刑法的體制中，自然備受批判。

註三三：評論觀點參見林山田，刑罰學，78頁。

註三四：Vgl. Roxin, aaO., S. 48 °

註三五：Vgl. Schumann, Positive Generalpravtion 1989, S. 1 °

註三六：Vgl. Roxin, aaO., S. 47 °

註三七：So Jakobs, Strafrecht AT, S. 22 ; Jescheck-LK, Einführung Rn. 25 °

註三八：Vgl. Zipf, Kriminalpolitik, S. 86 ; ders., Die “Verteidigung der Rechtsordnung”, in: Bruns-FS 1978, S. 205ff. °

註三九：此三種積極預防的見解，主要係由Roxin所提出。Vgl. Roxin, aaO., S. 47 °

註四十：Kritische Bemerkung siehe Schumann, aaO., S. 52 °

註四一：平均正義（ausgleichende Gerechtigkeit）與分配正義（zuteilende Gerechtigkeit）的區分，係由亞里斯多德所提出，除這二種正義概念外，其更提出所謂「一般或法律正義（allgemeine od. gesetzliche Gerechtigkeit）」，亞里斯多德指出所謂法律正義，乃揭示法社會大眾

對於法所賦予之義務的遵守與服從，其為法社會存在必要的法律良知（Rechtsgesinnung）。Dazu vgl. Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, S. 403, 404。

註四二：So Jescheck, aaO., S. 63。

註四三：AaO.。

註四四：Dazu vgl. Roxin, aaO., S. 46, 47。

註四五：受費爾巴哈之影響所形成的立法，如1813年的巴伐利亞刑法典、1851年的普魯士刑法典、1871年的帝國刑法典，乃至往後的刑事立法皆以此一思想為治法的核心。Vgl. Jescheck, aaO., S. 65。

註四六：費爾巴哈雖然強調刑罰應具有對於一般社會大眾心理強制的威嚇作用，認為刑罰的不利益必須高於行為所得之利益，但此並不表示刑罰即應朝向重刑化的制訂，其僅在於使得行為人在行為之時，即得以衡量刑罰的存在，對於其犯罪利益與受罰之間，有所取捨而已，並未強調重典的作用。Überdies Roxin, aaO., S. 46；Jescheck, aaO., S. 65；Schmidhauser, aaO., S. 25。

註四七：Vgl. Schneider, Einführung in die Kriminologie, S. 41ff.。

註四八：Kritik daran vgl. Kohler, Der Begriff der Strafe 1986, S. 67ff., 80；Neumann/Schroth, aaO., S. 19ff.；Schmidhauser, aaO., S. 74ff.。

註四九：原文如下“nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur…”，德譯文為“Kein kluger Mensch straft, weil gesündigt worden ist, sondern damit nicht gesündigt werde…”。Aus Roxin, aaO., S. 42。

註五十：Vgl. Roxin, aaO., S. 42。

註五一：在1889年李斯特結合比利時學者Prins及荷蘭學者van Hamel建立國際刑事學會（Internationale Kriminalistische Vereinigung簡稱IKV）而對於刑事政策構想的傳播深具貢獻，該學會於德國之分支，雖於納粹時期解散，但在戰後則繼續延續，於1947年更名為「國際社會防衛學會（Internationale Gesellschaft für Soziale Verteidigung）」。參見林山田，刑罰學，75，76頁；auch Roxin, aaO.。

註五二：德國刑罰執行法第二條即揭示再社會化的刑罰目的，其謂「自由刑之執行，應使受刑人在未來的社會責任中，得以重做新民（Im Vollzug der Freiheitsstrafe soll der Gefangene fähig werden, künftig in sozialer Verantwortung ein Leben ohne Straftaten zu führen）」。

註五三：關於保安措施與刑罰雙軌制的運用爭議，vgl. Jescheck, aaO., S. 75。

- 註五四：Kritische Bemerkung siehe Roxin, aaO., S. 43。
- 註五五：李斯特的刑罰思想的自我現縮，此一明確表示，乃成爲特別預防思想的刑事政策與刑法關係最佳的詮釋，更成爲確認特別預防思想與刑法界限的至理名言。其原文爲“Das Strafrecht ist eine unüberschneidene Schranke der Kriminalpolitik”。So v. Liszt, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge Bd. II, S. 80；auch Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem 1970, S. 1。
- 註五六：Vgl. Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts 1990, S. 316ff.；Maiwald, Moderne Entwicklungen der Auffassung vom Zweck der Strafe, in: Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung 1980, S. 291ff., 303；Kindhauser, Personalität, Schuld und Vergeltung, in: GA 1989, S. 493ff., 500；Streng, aaO., S. 10。
- 註五七：Vgl. Frehsee, aaO., S. 65ff., 87ff., 92ff.。
- 註五八：如Schumann所稱，其均爲待驗證或不能驗證的思想產物。Vgl. Schumann, Positive Generalprävention, S. 52。Auch Dolling, Generalprävention durch Strafrecht: Realität oder Illusion, in: ZStW 102 (1990), S. 1ff.；Puig, Die begründende und die begrenzende Funktion der positiven Generalprävention, in: ZStW 102(1990), S. 914ff.。
- 註五九：Vgl. Roxin, Strafrecht AT, S. 53；Kaufmann, Das Schuldprinzip 1976, passim；Streng, aaO., S. 21；Puig, aaO., S. 927；Zipf, Kriminalpolitik, S. 59ff.。
- 註六十：維也納大學刑法學記刑事政策學教授Zipf即明白揭示出刑罰界限的罪責概念，其認爲罪責概念區分爲三層次，其一爲憲法上的罪責概念，此一概念，乃在限定國家法律對於可罰性的範圍；其次爲刑法上罪責概念，即行爲之處罰，必須在法定的條件與範圍下爲之，其前提即在行爲的不法內涵；其三爲裁量上的罪責概念，主要係以行爲爲基礎，兼顧及行爲人，以作爲量刑之依據。Zipf除對於罪責原則在不同層次中分析外，更詳細說明逾越禁止原則對於刑罰的規制作用。So Zipf, aaO., S. 59, 65 ff.。
- 註六一：此觀德國1998年4月1日刑法第六次修正法的立法依據甚明。其立法理由強調修正的主要方向，在於刑度的調和，而觀其刑度修正，則傾向於加重。且在修正所遵循之原則，亦以一般預防思想的威嚇效應爲基礎。見註一。

- 註六二：爭議的關鍵，乃在於保安措施是否如刑罰一般，需受到罪責原則的拘束，抑或是僅需從行為人之危險性加以觀察即可？關於爭議性之見解，vgl. Roxin, aaO., S. 56ff. ; Jescheck, aaO., S. 75。
- 註六三：一般認為刑罰受到罪責原則的拘束，而保安措施則是受到合比例原則（Geundsatz der Verhältnismasigkeit）的規範。然此種說法恐非正確，蓋二者間並非並行對立的原則，而均係憲法限制國家權利的界限。So Zipf, aaO., S. 65f., Muller-Dietz, Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems 1979, S. 67。
- 註六四：透過犯罪黑數的研究，乃使得一般預防思想的威嚇效應，受到嚴厲的質疑，而對於在犯研究的結果，亦使得改善手段的目的構想，難以維持。Dazu vgl. Zipf, aaO., S. 14, 128ff. ; Streng, aaO., S. 17ff., 27ff.。
- 註六五：此種質疑見解特別見諸林山田教授的呼籲。參見林山田，刑罰學，88頁。
- 註六六：Vgl. Streng, aaO., S. 19, 20 ; Dolling, aaO., S. 13 ; Zipf, aaO., S. 127 ff.。
- 註六七：整合一般預防思想與特別預防思想的刑罰理論，學說上稱之為「整合理論（Integrationstheorie）」或稱為「統一理論（Vereinigungstheorie）」，其主要是想調和二思想間不協調的部分，或可說是企圖釐清刑罰的作用究竟為何。關於整合理論內容請參照Roxin, aaO., S. 49,50 ; Jescheck, aaO., S. 67~71。
- 註六八：Vgl. Roxin, aaO., S. 39 ; Jescheck, aaO., S. 56ff.。