

e the People

of the United States, in order to form a more perfect Union, provide for the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to the United States of America.

國立台灣大學法學叢書 184

# 刑罰與社會規訓

## — 台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變



王皇玉 著

元照

國立台灣大學法學叢書 184

# 刑罰與社會規訓

——台灣刑事制裁新舊思維的衝突  
與轉變



王皇玉 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

刑罰與社會規訓：臺灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變 / 王皇玉著.-- 初版 -- [臺北縣新店市]：王皇玉出版；臺北市：元照總經銷，2008.12

面；公分（國立臺灣大學法學叢書 184）

ISBN 978-957-41-5942-0（平裝）

1. 刑罰 2. 刑事政策 3. 犯罪社會學

548.7

97022112

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

# 刑罰與社會規訓

——臺灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變 5D155PA

2009年4月 初版第1刷

作者 王皇玉

出版者 王皇玉

總經銷 元照出版有限公司

100 臺北市館前路 18 號 5 樓

定價 新臺幣 300 元

專線 (02)2375-6688

傳真 (02)2331-8496

郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-957-41-5942-0

# 序 言

這是一本研究當代與台灣刑事政策思維轉變的著作，也是作者過去五年來，對犯罪學與刑事政策學一系列的研究成果。本書的書名為「刑罰與社會規訓」，主要是以近代「刑罰思想」的變遷，以及應報刑、威嚇刑與預防再犯等刑罰思想的衝突、轉變與調合做為全書的思考軸心，並進而探討刑罰權、刑罰儀式、紀律、服從與規訓之間錯綜複雜的關係。此外，本書也關注於刑罰背後所賴以支撐的社會結構與文化趨力，更想探究法律人與非法律人對於懲罰儀式與刑事制裁的心理態度。因此在探索刑罰思想與刑罰儀式的同時，更以我國近年來的一些刑事制裁議題作為切入點，例如緩起訴、認罪協商、毒品犯罪的刑罰規定與原住民犯罪等問題，深入地探究我國刑罰制度與社會結構、文化根底之間的糾葛。

本書的大部分內容，雖然結集了過去作者所發表的文章。但為了以專書方式完整地呈現與表達作者的想法，以及對於刑罰思想與刑事制裁制度進行有系統的論述與鋪陳，因此作者將過去文章的內容，進行了大小不同程度的改寫與編排。第一章《刑罰的目的》，主要探討與剖析近代以來最為重要的刑罰思想——報應與預防，以及目前「刑罰」與「保安處分」的理論基礎。第二章《修復性司法與緩起訴——以德國刑事追訴制度之變遷為例》，則是探討近年來被視為「刑罰的第三軌」，亦即修復式司法的概念與實踐。第三章《認罪協商——制度、政策目的與實踐》，則是延續探討我國近年來所引進的「認罪協商」制度與修復性司

法的結合。然而本章另有極大篇幅，是從法社會學的觀點結合實證研究方法，探討認罪協商在我國司法實務上的法實踐問題。第四章《吸毒行為的犯罪化與社會控制》，則是探討刑事政策上對吸毒者的懲罰、治療與規訓的社會文化意涵。第五章《販賣毒品行為的罪與罰》，是試圖探討販毒行為妖魔化的法律言說，以及如何重新理性地評價與看待販毒行為罪與罰。第六章《原住民犯罪的文化困境與除罪化》與第七章《原住民犯罪與不法意識之研究——兼評新竹縣尖石鄉風倒木竊取案件》，作者嘗試從台灣原住民的殖民歷史與原、漢文化衝突的觀點，探討台灣較為特殊的原住民犯罪問題。其中除了分析原住民傳統文化的特殊性之外，也針對一連串不利於原住民的法律規範進行解釋與解構。

作者在過去學習刑事法的路途上，原本是無心插柳地把犯罪學、社會學與心理學當成課餘的興趣來研究。然而後來竟是一頭鑽了進去而出不來了。年紀越長，浸淫刑事法的時間越久，就越覺得許多刑法學上無解的難題，隱約可以在社會學、犯罪學或心理學的領域中，看到難題之所以無解的原因。久而久之，難題依然無解，心中對於追求理念還是面對現實的矛盾也依然存在，但心中的想法與態度卻是越來越坦然。

最後，不免俗地要感謝我的家人——我的先生、兒子與女兒。他們是我寫作研究的動力，也是心靈的寄託。

王皇玉

民國九十八年一月二十日

# 目 錄

## 序 言

### 第一章 論刑罰的目的

壹、刑罰萬能？ .....	3
貳、報應刑思想 .....	4
參、特別預防理論 .....	10
肆、一般預防理論 .....	22
伍、結 語 .....	31

### 第二章 修復性司法與緩起訴

——以德國刑事追訴制度之變遷為例

壹、緩起訴之引進 .....	35
貳、國家追訴模式與法定起訴原則 .....	38
參、以「預防」為理論基礎的便宜起訴原則 .....	39
肆、轉向（Diversion）政策催化下的暫緩起訴制度 .....	45
伍、被害人權利保護與國家獨占刑罰權之間的緊張衝突 .....	52
陸、擴大被害人參與程序的「犯罪人——被害人和解」 （Täter-Opfer-Ausgleich）制度 .....	56

柒、我國緩起訴制度之問題與回應.....	60
----------------------	----

### 第三章 認罪協商

#### ——制度、政策目的與實踐

壹、從「全國司改會」談起.....	69
貳、我國認罪協商制度之政策目的與特色.....	72
參、對協商程序的批判.....	81
肆、我國協商程序之運用——從官方統計數字來看.....	84
伍、法社會學觀察下的「認罪協商」制度.....	90
陸、理性選擇下的認罪協商.....	112
柒、結語.....	115

### 第四章 吸毒行為犯罪化與社會控制

壹、施用毒品行為犯罪化之歷程.....	119
貳、刑法典上的自傷不罰原則.....	127
參、施用毒品罪與父權主義式的禁止.....	132
肆、施用毒品罪與侵害他人利益.....	139
伍、施用毒品罪與社會的自我規訓.....	143
陸、結語.....	154

### 第五章 販賣毒品行為的罪與罰

壹、我國販毒刑罰概況.....	159
貳、販賣毒品罪的保護法益.....	163

參、販賣毒品罪之行為類型——抽象危險犯 .....	182
肆、罪責與刑罰 .....	192
伍、結語 .....	201

## 第六章 原住民犯罪的文化困境與除罪化

壹、原住民犯罪問題序說 .....	205
貳、台灣原住民對於土地依存的流失 .....	208
參、野蠻vs.文明？ .....	212
肆、文化衝突與犯罪定義 .....	218
伍、台灣原住民的文化傳統與犯罪問題 .....	224
陸、原住民犯罪之除罪化及原漢差別待遇之問題 .....	243
柒、結語 .....	249

## 第七章 原住民犯罪與不法意識之研究

### ——兼評新竹縣尖石鄉風倒木竊取案件

壹、原住民文化上的原罪？ .....	253
貳、新竹縣尖石鄉風倒木竊取案件 .....	255
參、原住民犯罪不法意識之探討 .....	261
肆、原住民採集森林產品行為之違法性認識 .....	273
伍、結語 .....	278



# 第一章



## 論刑罰的目的

壹、刑罰萬能？

貳、報應刑思想

- 一、報應刑概念
- 二、報應刑理論與正義理念
- 三、報應刑理論與絕對刑罰理論
- 四、影響與批判

參、特別預防理論

- 一、基本概念——以預防再犯為中心
- 二、理論思想來源
- 三、影響與批判

肆、一般預防理論

- 一、基本概念——威嚇與強化法規範
- 二、消極的一般預防理論——「經濟人（homo oeconomicus）的假想
- 三、積極的一般預防理論——「社會人（homo sociologicus）的假想

伍、結語



## 壹、刑罰萬能？

現代社會中出現的各種社會問題，諸如援助交際、使用搖頭丸、違法下載MP3、網路犯罪等，立法者與執政者回應這些社會問題的方式，除了制訂嚴格的法律規範之外，每每總是會搭配刑事處罰的規定，以作為因應之道。甚至試圖以此說服人民，所有的社會問題，都可以透過刑罰而得到完美的解決。使用刑罰作為維護社會治安或營造安定秩序的手段，似乎成為理所當然、不證自明的道理。

基本上，刑罰可以說是一種對應犯罪而來的法律效果。這樣的法律效果，是以侵害犯罪人的生命、自由或財產的方式進行。有的社會或國家，甚至允許以侵害身體的方式來進行刑罰，例如新加坡的鞭刑。從古至今，不管任何時代，任何型態的社會，都必然存在不同形式的刑罰或懲罰規定。一個沒有刑罰或懲罰制度的社會，幾乎不可想像。然而，對現代社會而言，許多人常盲目地相信或期待刑罰制度可以像萬靈丹一樣，解決所有眼前惱人的社會問題。其實，這樣的錯誤期待，常讓刑事法學者感到不安與無奈。不安的是，當刑罰一旦真的行使或實踐時，必然有人會因此而財產、自由或生命受到剝奪。因為刑罰本身以及行使刑罰的過程，都是一種痛苦的折磨，也是國家以強制力加諸在人民身上最嚴厲，侵害最大的懲罰形式。因此，任何時代的刑事法學家，莫不致力探詢國家得以合理發動刑罰權的條件與界線，且對刑罰的發動與否，抱持謹慎小心的態度。然而，無奈的是，刑罰制度有其一定的效果或作用，這樣的訊息，卻始終沒有被認真對待或正確的傳達出去，以致於凡有社會難解之問題，必以刑罰解決的錯誤認知，始終被操弄成社會的主流聲音。

究竟刑罰的目的為何？刑罰制度對犯罪人、被害人甚至社會大眾，有著何種意義？刑罰本身具有什麼樣的作用？從刑罰理論

來看，對於刑罰的目的與作用為何，自古以來即存在有「報應」與「預防」之爭。即使到了今日，許多探討刑罰之所以存在的論述，仍然無法擺脫這兩大思想脈絡。我國刑事法規範與刑事制度的建構，即是一種融合報應刑與預防思想的綜合體。然而，每每遇到現實存在的各種犯罪問題，究竟應以報應刑的思維來對應犯罪，還是以預防的態度對應犯罪，仍然免不了有一番激烈爭執。其實不僅是我國，即使世界其他各國的刑事制裁規範之論爭，亦始終在「報應」與「預防」兩端之間搖擺。刑事法學者多企圖在兩者之間尋求一個平衡點。然而要如何才能找出一個介於預防與報應之間令人滿意的平衡點，卻不是件易事。但是可以確定的是，不管是要擁抱以正義為名的報應刑理論，還是要選擇以社會安全為訴求的預防理論，我們都必須先瞭解何謂「報應」，何謂「預防」，如此才知道如何進行選擇。因此本文試圖從概念分析的觀點著手，針對「報應刑理論」與「預防理論」的基本概念、理論源由、實際運用與評價進行評述。

## 貳、報應刑思想

### 一、報應刑概念

報應刑，簡單的說，就是認為刑罰乃作為一種「報應」而存在。刑罰的本質在於「報應」犯罪人對他人所帶來的惡害，或是說，刑罰之所以存在，就是為了要以刑罰的痛苦，來平衡犯罪所帶給他人的痛苦。從文獻記載來看，西方世界的報應刑思想，可以追訴至漢摩拉比法典（Codex Hammurapi）中的「同害報復原則」（Talionprinzip, Ius talionis）。漢摩拉比法典中曾以「以牙還牙」、「以眼還眼」作為傷害罪的處罰方式。亦即當一個人傷害他人，則必須以相同的傷害回擊以作為處罰。在舊約聖經中，亦曾出現「以牙還牙」、「以眼還眼」等字句。除此之外，一般人

耳熟能詳的「殺人者，終將為其所為償命」的想法，也是一種報應刑思想。

## 二、報應刑理論與正義理念

「同害報復原則」可以說是報應刑概念的雛形。然而現代各國的刑法，已幾乎不存在赤裸裸的「同害報復」手段。取而代之的是一種與犯罪價值相當的報應刑手段。為報應刑概念注入具現代意義的知識內涵，可以說是從德國哲學家康德開始。康德（Kant）曾以「謀殺他人之人，其本身亦必須忍受死亡之痛苦。」來為報應刑進行註解，認為報應刑是對於犯罪人身上所施加的對等惡害（Übelszufügung）。但除此之外，康德更進一步論證了報應刑存在的正當性基礎。

基本上康德認為，報應刑是一種國家必須無條件遵守的「定言令式」（Kategorischer Imperativ）。國家之所以對一個犯罪人可以施加應報性的處罰，其最大的原因在於，犯罪乃犯罪人自由意志決定下的產物，因此他就必須對他自己為惡的行為負法律上之責任。此即今日刑法學中所稱的「罪責」（Schuld）概念之由來。報應處罰，就是對應這樣的罪責而來，亦即要求國家必須施加對等的惡害，來平衡犯罪人為惡的自律決定。<sup>1</sup>由此可知，報應刑理論著眼的重點，乃在於犯罪人過去所為的惡害，認為犯罪人必須為自己為惡的決定負責。相對的，國家刑罰的存在，乃是為了平衡罪責而來。因此，對應罪責而來的刑罰，不僅是人類理性的要求，亦意味著正義的實踐。如果對於犯罪不予處罰，即是一種違反正義的表現。誠如康德於「道德的形而上學」一書中所謂：「即使一個社會依據全體成員的意思即將解散，對於最後關

---

<sup>1</sup> Vgl. Moos, Positive Generalprävention und Vergeltung, in: Melnizky/Müller (Hrsg.), Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie, Festschrift für Franz Pallin, 1989, S. 284.

在監獄裡的凶犯，仍應予以報應制裁，如此才能讓凶犯感受到自己行為的價值，不能因未執行刑罰，而使得該筆血債的責任，變成由全民來負擔；倘若如此，則全民都將成為公開違背正義的共犯。」<sup>2</sup>康德的看法，簡單的說，就是有罪必罰之意。亦即無論對犯罪者本人或是對社會而言，如有犯罪，就必須給予報應處罰，如此才是正義的表現。

德國觀念論的另一位大師黑格爾（Hegel），對於報應刑理念，則注入了更多有別於康德的辯證式論述。在法律哲學上，如眾所知，黑格爾是透過一種辯證思考方式，對諸多法學理論提出純粹論理上的思辨。其中，關於刑罰概念，黑格爾雖然亦提出「報應理論」。然而黑格爾所謂的「報應」，並非如康德或其他報應論者所稱，是一種基於正義而強加於犯人身上的痛苦（Übel）。黑格爾在其「法律哲學的原理」一書中，給予刑罰概念最著名的詮釋就是，「犯罪是對法律的否定，而刑罰就是對於這種否定的否定，亦即可以視為一種對於犯罪的取消」。<sup>3</sup>換言之，黑格爾認為，犯罪是一種對法的侵害（Rechtsverletzung），刑罰的目的，就在於侵害（亦即排除）這樣的侵害（Verletzung der Verletzung）。黑格爾認為「刑罰」與「犯罪」必須是價值平等，可以相互抵消的。刑罰是對於犯罪做出等價的再應報（Wiedervergeltung），如此才可以達到「法的再生產」（Wiederherstellung des Rechts）。<sup>4</sup>

由此可知，在黑格爾的報應理論中，報應的實質意義其實已經喪失，因為刑罰已非一種具像地在犯罪人身上施加痛苦惡害，

---

<sup>2</sup> Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Suhrkamp Taschenbuch, Frankfurt/M, 1991, S. 455. 中文翻譯參考蘇俊雄著，《刑法總論 I》，1998年，頁86。

<sup>3</sup> Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., 2006 § 3, Rn. 4.

<sup>4</sup> Streng, *Schuld, Vergeltung, Generalprävention*, ZStW 92 (1980), S. 641.

而是與犯罪具有等價（Wertgleichheit）關係，可以用來取消犯罪，回復原有法秩序的手段。黑格爾將報應刑理解成一種爲了排除或否定對法律侵害的意志，以求再度回復到原來法秩序狀態的等價對應。這樣的想法，被認爲是日後「積極的一般預防理論」（positive Generalprävention）思想來源之一。就此，將於後面再行深入論述。

### 三、報應刑理論與絕對刑罰理論

在刑罰理論上，報應刑理論又被稱爲「絕對刑罰理論」（absolute Strafrecht）。簡單地說，就是認爲刑罰的行使，僅僅只能爲了報應，亦即爲了平衡罪責而來，而不能以希冀達到報應以外的其他作用爲目的。即使刑罰的行使，有可能發生預防他人不敢犯罪的效果，然而這樣的結果絕非刑罰的本質，而只是一種隨報應而來的反射效果（Reflex）<sup>5</sup>。基本上，這樣的看法，亦是從康德的報應刑理論而來。康德認爲，刑罰的行使，必須將犯罪人視爲一個具有主體性的個人。就此，康德曾寫下如下膾炙人口的語句：「如果刑罰是爲了追求社會其他利益或目的而來，則這樣的刑罰無異是將犯罪人僅僅只是當成物品，也就是僅僅只是當成達成其他目的的工具。如此，是不合乎人性尊嚴的」。<sup>6</sup>康德的基本論點認爲，一個人絕不能僅僅被當作一種工具，用以追求「他人」的意圖，如此，這個人將被混視如一種物權的客體，<sup>7</sup>亦即不被當成人來對待。因此，康德反對國家的刑罰偏離報應刑思

<sup>5</sup> Moos, Positive Generalprävention und Vergeltung, in: Melnizky/Müller (Hrsg.), Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie, Festschrift für Franz Pallin, 1989, S. 285.

<sup>6</sup> Kant, Die Metaphysik der Sitten, Suhrkamp Taschenbuch, Frankfurt/M., 1991, S. 453.

<sup>7</sup> 蘇俊雄，《刑事法學的方法與理論——如何從事法律思考？》，1974年，頁59。

想，濫用做為統治上的功利性工具，或是為了達成其他政策目的的手段。此外，康德亦反對將刑罰作為預防犯罪或藉以提升人民道德情操的方法，更反對國家將刑罰作為改善社會共同體生活的策略。因為在此情況下，被處以刑罰的人，其主體性與目的性將會喪失，轉而淪為國家為追求其他目的的手段或工具。<sup>8</sup>康德對於應報刑的想法，可以說是後世用來對抗功利主義式的預防性刑罰之最佳論點。

#### 四、影響與批判

根據報應刑思想，刑罰的程度（也就是加諸於犯罪人的惡害），必須與犯罪惡行的程度相當。換言之，罪刑相當，才是正義理念的表現。這樣的想法，可以說是今日刑法上所遵循的「罪責原則」之理論根源。也由於報應刑理論要求刑罰輕重必須與罪責大小相當，使得刑罰權的發動與行使，得以有一檢驗其正當性的標準。以死刑為例，如果從「同害復仇」的報應刑觀點來看，殺人者固然必須以死償命。然而死刑，也僅僅只能適用在剝奪他人生命法益的犯罪上，才是合乎報應與正義思想的刑罰。如果犯罪所帶來的惡害並未造成他人死亡之結果，則科以死刑處罰，就是違反應報思想的刑罰，也是不正義的刑罰。<sup>9</sup>此外，報應刑論者反對國家將刑罰用來作為行使統治權或貫徹特定刑事政策或社會

---

<sup>8</sup> Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 1981, S. 263 f.

<sup>9</sup> 今日我國許多刑罰規定，動輒以死刑作為處罰，例如毒品危害防制條例第4條第1項規定，製造、販賣、運輸第一級毒品者，處死刑或無期徒刑。基本上，這樣的規定是無法通過報應刑理論之檢驗。因為製造、運輸或販賣毒品行為，並不會直接造成買受者死亡之結果，因此對應這樣的犯罪行為，絕不能以死刑作為處罰手段。本條規定可以說是國家為了追求永遠無法達到的防制毒品危害之虛幻目的，所制訂的以一般預防為指向之無限度恣意擴大刑罰權之處罰規定。關於販賣毒品罪及其刑罰問題，見本書第五章「販賣毒品行為的罪與罰」。



政策之功利手段。這樣的論點不僅一方面可以用來節制國家刑罰權的恣意發動與擴張，另一方面則有要求國家尊重人民人性尊嚴，避免爲了追求有限的刑罰預防效果，而將犯罪人工具化或客體化的警惕作用。

報應刑理論對今日的刑事法學，固然有著重要的貢獻與影響，然而從今日刑事政策觀點來看，報應刑思想仍有其缺點存在。對報應刑思想最大的批評，就在於其思想理論過於僵固。因爲從刑事政策之觀點來看，報應思想容易導致不符目的性的刑事立法與刑事司法措施之存在。例如在刑事政策上具有不良後果且弊大於利的制度，如短期自由刑，便不得不嚴格執行。<sup>10</sup>此外，報應刑理論認爲，刑罰僅允許針對過去已發生的犯罪加以報應，而不允許有事先預防犯罪之效果。就今日社會而言，這樣的刑罰思想實在過於消極，且與人民期待國家應該營造一個沒有犯罪的社會生活之想法，相差太遠。再者，報應刑的理論預設中，將人的形象（Menchenbild）設定爲形式上是自由、平等的，因此每個人都可以自由地決定是否遵守法律或是違反法律。並假設一個人在具有自由意志的狀態下自己決定違反法律實行犯罪行爲，就必須爲其行爲接受等價痛苦的處罰。這種「非決定論」的預設，基本上只是一種抽象、未被驗證過的假設，其中完全不考慮真實的人在現實生活中，其行爲往往可能受到各種生理、心理或社會環境的制約。因此，報應刑這種不考慮行爲人犯罪情節、犯罪原因以及再犯危險等情狀，一律給予形式上對等的應報刑罰，常被批評爲沒有目的的方向、僵固而不合實際的刑罰觀。<sup>11</sup>刑罰理論中，與報應刑相對立的另一個重要理論——「特別預防思想」，也正是攀附在這樣的批評聲中應運而生。

<sup>10</sup> 相關批判參見林山田，《刑罰學》，1987年，頁51。

<sup>11</sup> 相關批判另可參考本書第二章「修復性司法與緩起訴」。