

## 不再修補殺人機器\*

### —— 評論許家馨與謝煜偉教授有關死刑之文章

顏厥安\*\*

#### 目次

壹、序論	肆、翦除論：希特勒真的罪該萬死嗎？
貳、「復仇」的概念	伍、The Horror!
參、法律與道德	陸、結語

“From this day forward, I no longer shall tinker with the machinery of death.”<sup>1</sup>

—Harry Blackmun, late U.S. Supreme Court Justice—

---

\* 投稿日：2015年7月21日；接受刊登日：2015年7月21日。〔責任校對：洪瑋辰〕。

\*\* 國立臺灣大學法律學院教授。

1 Callins v. Collins, 510 U.S. 1141, 1145 (1994) (Blackmun, J., dissenting from denial of certiorari).

穩定網址：<http://publication.ias.sinica.edu.tw/22703151.pdf>。



“In many ways, we have been taught to think that the real question is, do people deserve to die for the crimes they’ve committed. And that’s very sensible question. But there is another way of thinking about where we are in our identity. The other way of thinking about it is not, do people deserve to die for the crimes they commit, but do we deserve to kill?”<sup>2</sup>

—Bryan Stevenson—

“With wisdom gained over the past 10 years, I am now convinced there is absolutely no justification for continuing to impose the sentence of death in this country, ... it is time for us to quit the tinkering and totally abolish this barbaric system[.]”<sup>3</sup>

—Norman Fletcher, former chief justice of Georgia’s Supreme Court—

„Nichts hat innerhalb der verdinglichten Gesellschaft eine Chance, zu überleben, was nicht seinerseits verdinglicht wäre.“<sup>4</sup>

—Theodor W. Adorno—

## 壹、序論

首先要向本刊以及兩位作者致歉，因為反覆思考該怎麼評論兩篇傑出的文章，因此不斷拖延了寫作。兩篇文章都是非常重要，對於死刑問題的深度探討論著，也將成為未來研究死刑議題必然要引

2 Bryan Stevenson, *We Need to Talk about an Injustice*, TED, 7:54 (Mar. 5, 2012), <https://www.youtube.com/watch?v=c2tOp7OxyQ8>.

3 Bill Rankin, *Former Justice Calls for End to Death Penalty*, AJC.COM (May 13, 2015), <http://www.ajc.com/news/news/local/former-justice-calls-for-end-to-death-penalty/nmFkJ/>.

4 Theodor W. Adorno, *Einleitung*, in: *Der Positivismusstreit in der deutschen Soziologie*, 1969, S. 13 (7-79).

用的文獻。

死刑問題非常複雜，但也因此不可能在一篇，更不可能在這個主要與兩位作者對話的短文中進行全面的討論。許教授的文章也包含了很大一部分對「刑罰論」的理論介紹與討論，謝教授的文章則有相當篇幅在討論罪責，這使得本篇評論的思考觸角，必須遠超過對死刑問題的討論。

## 貳、「復仇」的概念

首先針對許教授的文章，我還是要先提一下之前曾提出的討論，也就是有關「復仇」的概念問題。畢竟文章的標題就是「應報即復仇？」

我的疑問是，基於「復仇」概念高度的文化關連性，我們是否可以掌握／擁有一個普遍的「復仇」概念？是否可能有一個普遍的復仇概念，但是卻同時有不同的復仇類型？例如殺害仇人全家，是一種復仇行為的可能樣態，但是並不是復仇「概念」本身必然蘊含的要素。

之所以想更仔細討論復仇概念，除了因為復仇與應報以及刑罰密切相關，許教授的文章以復仇為相當重要的探討對象外，復仇特別與生死以及死刑相關。許多重要的復仇案例（真實或文學想像）都與殺死仇人相關。而之所以是「仇人」，又因為這個人先前殺死／害死了復仇者的某某親屬、老師或朋友。

筆者先前曾提到，復仇與應報的區分，可以考慮以下幾點，其中有幾點，許教授也已經加以處理：

(1) 依賴於關係 (relation-dependency)，也就是復仇者，與受

害人之間，必定有某種特殊的關係，「復仇」可以成立，必定基於「這些」關係。

(2) 多重限制 (multiple restrictions)。其一：哪些「關係」可以成立復仇，是受到限制的，例如遙遠的親屬關係（幾親等以上），可能就不能主張復仇。其二：哪些「傷害」可以主張復仇，是受到限制的。其三：復仇的手段、方式、程度等，也受到限制。其四：得採取復仇行為「者」，受到限制。請注意，我認為復仇的概念，必定包含這些限制。但是具體是哪種限制，不在概念的要素範圍。當然真正困難的是，「為何」有這些限制。

(3) 獨立於程序 (procedural independency)。復仇成立與否，不需要經由任何程序來「確認」。

(4) 不需要針對不法 (against wrong-doings)。復仇並不需要預設，原本對受害者施加的惡害，是「不法的」。例如，甲的父親被乙殺害，甲可主張對乙復仇。但是乙殺害甲的父親，可能基於正當防衛等阻卻違法事由，不一定是不法的行為。這是一個重要之點，可能需要討論一下。因為這涉及由復仇「直觀」，轉化為應報之「概念」的一些關鍵問題。精簡地說，復仇往往涉及定位不明的事實，這是使得復仇帶有較強「非理性」色彩的重要原因。

(5) 權利或義務？復仇是權利，是一種義務，或者是一種特權 (privilege) 呢？尤其應注意，復仇針對的行為是否是不法行為。

(6) 可主張正當防衛嗎？對復仇者所為的攻擊行為，加害者（復仇的對象）是否可以主張正當防衛？如果復仇者有道德權利進行復仇，復仇的對象就不能主張正當防衛。

許教授似乎認同一種看法，亦即「『應報』僅針對不法侵害他人法益者而為之，『復仇』卻可以針對復仇對象以外之人為之，比方說，透過傷害復仇對象之親人而為之。<sup>5</sup>」

---

5 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219（2014年）。

我認為這一點相當重要，因為如果這種「得擴張復仇對象」是「復仇」概念的內涵，那復仇就不僅可針對「並非不法」的加害行為，甚至可施加惡害於「無辜者」身上，而無辜者的範圍，並無法有明確的界限。

我的起始提問是：會不會是這個「缺少得施以惡害之對象的明確界限」之特性，使得復仇失去了「可客觀性」(objectivizability)的控制，以致於終究無法「體制化」呢？

我之所以這樣「觀察」，是因為我認為對體制或「法權」的瞭解，不宜以「自然主義」的方式來進行，但是卻必須以客觀主義的角度來考察。復仇，可以是一種體制，它的缺點在於無法客觀化(或者說，它的特點在於「議題化」，見下)。心理因素，則是一種自然主義之因素，在自然主義的角度下，它可以客觀化，復仇的情緒心理層面，是一個「客觀」上可描述或可實證的層面。

但是從「非自然主義」的角度，情緒心理因素的有無或強弱——許教授相當強調的面向——是「無關」的。執行刑罰，可能也可以帶來心理上的滿足或情緒的釋放，但是這與刑罰體制本身的特性無關。我前面所提出的，對復仇概念的分析，也都與心理或情緒因素無涉。

相反的，我認為從對復仇的概念分析中可以發現：

- (1) 復仇概念並不需要包含心理因素或情緒。
- (2) 復仇概念可以與「合理的」(reasonable) 相容，因此並不是「非理性」的。
- (3) 在一定的價值觀念下，復仇行為具備「可證立性」(justifiability)。亦即，即便是「被復仇」的對象，也可以理解並同意，該復仇行為的某種正當性。

然而，要是復仇可以與「合理的」或「理性」相容，也具備可

證立性，那為何復仇無法真正的客觀化呢？

我覺得這是一個具備高度挑戰性的嚴肅問題。唯有當我們摒除了復仇概念中的「非理性」以及「心理／情緒」的要素，我們才真正開始理解復仇這個「概念」，以及其內在的限制。就此點而言，許家馨教授文章中把復仇與情緒作了比較強的連結（當然有其文獻基礎），可能錯失了掌握復仇概念的一些重要面向。

以下我將嘗試從幾個層面來說明，為何復仇終究在客觀性上有所不足。這當然僅是一個初步的，不完備的討論，但是這組討論會與後面其他議題點的討論相關。

首先是有關「應得」或「理應獲得」(desert)。許教授將「應得」放在「應報論」來討論，似乎認為「應得」概念與復仇無關，指出「『復仇』本身不需要蘊含『合比例性』這種內在界限」<sup>6</sup>。但是不需要蘊含合比例性，並不意味著完全不需要有「應得」的要素。

我的看法相反，我認為復仇不但也同樣需要「應得」的要素，而且正是因為復仇者（甚至是客觀上大家都）認為仇人「應該得到」某種惡害的賦予，使得「復仇」概念與「應報」概念產生了密切，幾乎無法清楚切分的近似關係。

「應得」是復仇與應報的共同處，而非差異點。「臥虎藏龍」中，李慕白殺死碧眼狐狸（殺害了李慕白的師父），於某種價值觀下，大家認為碧眼狐狸確實「該死」(deserve to die)；但是如果李慕白是凌虐碧眼狐狸（例如挖其眼睛、切其手指），可能就有很多人認為後者「該被凌虐」，即使最後也是要將她殺死。

因為有太多的故事與文學，描繪強調復仇者的激恨情緒與過當

---

6 許家馨（註5），頁217。

行為，因此造成我們把憤恨情緒與過當，與復仇做了必然的連結。卻忽略了情緒與過當，並非復仇概念的必然要素。七〇年代著名電影《刺激》(The Sting)，Henry Gondorff (由Paul Newman飾演) 與 Johnny Hooker (由Robert Redford飾演) 要報其朋友被 Doyle Lonnegan (由Robert Shaw飾演) 害死的仇。但是他們是用冷靜規劃的「騙局」去詐騙Lonnegan。這是一場復仇，有情感，卻不是激憤情緒。其行為，也不能說過當。

如我前面指出的「多重限制」特性，復仇也必須談「應得」與否，至少要搞對誰是真正的「仇家」，這個仇的「性質」為何。我們不可能擁有一個完全與「應得」無關的復仇概念。「以牙還牙，以眼還眼」的諺語，就是這個復仇之應得的「直觀」表述。也正是因為這樣，復仇才與某種原始的正義觀念相連結。

我認為復仇的真正限制在於，除了「以牙還牙」這種諺語式的「表彰」外，無從客觀地探討其所要追求的目的或「價值重點」。為了說明法律規則的價值承載特性，德沃金 (Ronald Dworkin) 藉由「禮儀」之例，提出了下列的說明：

The first is the assumption that the practice of courtesy does not merely exist but has value, that it serves some interest or purpose or enforces some principle — in short, that it has some point — that can be stated independently of just describing the rules that make up the practice. The second is the further assumption that the requirements of courtesy — the behavior it calls for or the judgments it warrants — are not necessarily or exclusively what they have always been taken to be but are instead sensitive to its point, so that the strict rules must be understood or applied or modified or qualified or

limited by that point.<sup>7</sup>

我們可以試著把這段引文中的“courtesy”代換成“revenge”。替換之後剛開始讀起來似乎也可以成立，但是仔細考慮後卻可以發現最大問題在於，復仇不是一種可以由規則（rules）所構成的實踐（practice）。雖然歷史上或文學中，有不少復仇的實踐，但是我們卻無法陳述出任何構成復仇的規則，遑論嚴謹的規則（strict rules）。我們無法說喬峰或李慕白「應該」或有義務報殺父或殺害師父之仇，碧眼狐狸也沒有義務要接受「被復仇」。在許許多多真實或想像的「案例」中，我們可以「理解」當事人想要復仇或實施復仇，某些「仇人」的被傷害／殺害，我們也可以理解並同意他們「理應受」（deserve to）此復仇行為造成的惡害。復仇的意義，就在這些語言表述與行動實踐中「被呈現」了。

缺少規則組成的復仇，可以被理解，但是卻無從客觀探討其價值重點或「目的」。把仇人殺死，是復仇行動的「經驗目標」，但卻仍不是「價值目的」。我們仍然可以問：為何要把仇人殺死？此時除了「同義反覆」地說，「因為要復仇」「要以牙還牙」（因此具有某種初階的可證立性）外，提供不了更多的理由。

復仇是一個透過「案例」之實踐，而非透過規則，來被「理解」的概念。更進一步來談，我們可以說，復仇是一種「展演」式（performative）的概念，亦即必須展演給不特定的「觀察者」來觀察，讓觀察者瞭解我要復仇，我在復仇，我復仇了，仇人被我傷害／殺害了……，甚至我原諒了仇人，透過這種種的展演，「復仇」這個概念的意義才得以被「維持」。

此處又有一個有趣之處是，復仇行為往往是非法的施加惡害之行為，也就是犯罪行為，為何又要/如何可以展演給其他人來觀察

---

7 RONALD DWORKIN, LAW'S EMPIRE 47 (1986).



呢？犯罪行為不是越少人瞭解越好嗎？

我的想法是，這正好說明了，為何復仇之經典案例主要都是透過「歷史故事」或文學藝術之展演，來呈現給不特定之多數人加以考察與反省。復仇，不但是展演性的概念，而且是組合「道德事實」（可以是想像的）所構造的「道德劇場」（moral drama）。

與法律不同，復仇概念的經驗指涉對象中，想像案例遠比真實案例重要的多。類似「趙氏孤兒」之類的案例，最多僅是以真實事件為基礎，其內容經過大量改編改寫，連屠岸賈都可能是虛構的人物。

為何如此？為何復仇的想像案例如此重要？

答案就是，復仇概念的真正「社會作用」，是透過想像案例所呈現的道德劇場，來引發「我們」（也就是觀察者）對於相關道德事實進行思考反省與評價，因此復仇沒有一定的「評價重點」（要去實踐），正好是復仇概念的「優點」。但是雖然沒有一定的評價重點，復仇概念卻脫離不了一個核心主題，那就是「正義」。

評價重點與核心主題有何不同？評價重點是該「社會實踐」要去追求實踐的價值。但是在復仇概念的展演裡，卻可能正好要去呈現，正義無法被復仇所實踐。至少，「正義是否被實踐」，一直是這種道德劇場中要呈現的主題與「問題」（即使「正義」這個概念並沒有被清楚地被說明）。

我們也可以說，復仇開啟了一種「理由或考量的空間」（space of reasons or considerations），或者用我的術語來說，開啟並呈現了一種「規範縫隙」，我們每個人都要面對它，都要去審酌思考當中所涉及的應得、罪責、責任、救贖、自由等問題。就一個更長久深遠的層面來看，諸多的復仇案例，共同形成了類似於各個文明中對「正義」思考反省的「教養小說」（Bildungsroman）的角色。教養小

說原本是一種發源自啟蒙運動時期德國的文學形式，小說的主角通常是年輕男性，故事描寫其透過與世界各個面向接觸，而逐漸獲得人格成熟與成長的過程。我認為各個文明對於許多重要價值，例如正義，也都需要經歷成熟與成長的過程。

### 參、法律與道德

任何稍有涉獵法理學者，都知道這兩個平淡無奇概念「關係」之複雜，幾乎可撐起大半的法理學理論討論大廈。

在本文中，我當然不想從引述討論有關分離命題，社會事實命題，理論爭議，內在懷疑論等討論著手，這些東西都高度相關，但是一時可能離題太遠。

臺大近來成立了一個倡議BDSM (bondage, dominance and submission, masochism) 的社團「皮繩愉虐社」，引起許多注意。與之相關的一個議題是，這一類的綑綁，在什麼情況下，會構成刑法第302條的私行拘禁罪？什麼情況，又構成「因而致人於死」呢？

設想一個情況，A與B晚上在旅館房間內BDSM，A把B用手銬銬在床上後，A出門買啤酒。此時旅館發生火災，B本來可以輕易離開旅館，但是因為被銬在床上而無法逃生，結果死於火場。此時A是否要負起刑事責任呢？

A與B的合意行為，包括將B銬於床上，一般而言可以阻卻違法。但是當A離開了旅館（房間）時，即使B也同意A的離開，是否就創造了一個過高的風險，使得合意的阻卻違法事由不再存在，而進入違法狀態呢？尤其當我們考慮到，失去行動自由的B，當他發現旅館失火時，他一定立刻想要恢復自由，亦即立刻終止了他原本對於銬在床上的「同意」。

我相信對於這個問題，可以有無止盡的許多討論，大家可以提出許多不同的意見觀點。由刑法第302條的文本（文句、文義），也沒有辦法得出清楚確定的答案。

不過在此我有興趣的，並不是這個案例本身的解決方案，而是這個問題，到底是一個法律問題，還是一個道德（或倫理）問題呢？

在臺灣，這類問題我們通常會請教刑法學者，因為牽涉到刑法的解釋適用問題。但是即使是刑法學者所提出的法律意見，除了可能引用一些國內外的判決先例、立法或學說外，其實質觀點到底有多少「成分」是純屬「法學」的，而非道德（論證）的呢？

凱爾生（Hans Kelsen）曾寫道：

在「法律在本質上是道德的」此一陳述的預設之下並不意味著法律有著特定內容，而是意味著法律是規範——亦即人們應依特定方式行止的社會規範。從而，在這個相對的意義下，每一法律皆為道德的；每一法律都構成了一個相對的道德價值。……法律之所以構成一項價值正是因為「法律是規範」此項事實：它構成了法律價值，而此法律價值同時也是一項（相對的）道德價值，而這又意味著法律是規範<sup>8</sup>。

對堅定的法實證主義者凱爾生來說，所有的法律都是實證法這個命題，並不妨礙每一法律皆為道德的這一主張。這一主張也並不抵觸哈特（H.L.A. Hart）提出的，法律之內容的確定，只需要依據特定的社會事實，並不需要援引道德論證；以及，法律是什麼，與個別法律之解釋適用，是兩個不同層次的問題。

---

<sup>8</sup> HANS KELSEN, PURE THEORY OF LAW 65 (Max Knight trans., University of California Press 1967) (1960); *Hans Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., 1960, S. 67-68.

在此我想更直接的提出一組「應報量刑」命題：

- (1)「應得」(desert)是罪責衡量與量刑的必要考量因素。
- (2)「應得」之判斷，是一種道德判斷。
- (3)刑事案件之實體有罪判決，必然包括對被告之罪責衡量與量刑。
- (4)因此刑事實體有罪判決，必然包含有道德判斷。

請注意，至少到這個階段，我並沒有說(1)－(3)三個前提是正確的。但是如果這三個命題是正確的，那(4)就一定是正確的。

(3)應該是最沒有爭議的命題。依照許家馨教授的看法，(1)應該是沒有問題的。但是由謝煜偉教授的「修正的社會應報觀」，無法清楚判斷他是否也支持(1)。這可能是謝煜偉教授必須嘗試更清楚回答的。以下先討論一下謝教授的「修正的社會應報論」。

謝教授的修正社會應報觀，就其作為死刑減輕因素，美國有一些類似的體制經驗。非常簡要地說<sup>9</sup>，美國法律協會(American Law Institute，以下簡稱ALI)在六〇年代透過《模範刑法典》(Model Penal Code，以下簡稱MPC)第210.6節提出所謂「支持死刑因素」以及「減輕死刑因素」。Furman判決後，各州立法者開始認真考慮接受MPC的模式來修改死刑法，使得聯邦最高法院在1976年又批准了死刑的運用，也使得MPC的「受導引的裁量判斷」模式(guided-discretion，以下簡稱GD)在七〇年代主導了立法，但也引致其後二十餘年美國死刑量的大幅增長。由於死刑之運作執行並未真正符合ALI原初希望建立合理死刑體系的目的，因此ALI成員開

---

9 以下主要參考：Carol S. Steiker & Jordan M. Steiker, *No More Tinkering: The American Law Institute and the Death Penalty Provisions of the Model Penal Code*, 89 TEXAS L. REV. 353 (2010).

始發起廢止死刑的主張。廢除論雖然最終並未被接受，但是ALI在2009年正式決議撤回MPC有關死刑的條文，其理由在於認識到“current intractable institutional and structural obstacles to ensuring a minimally adequate system for administering capital punishment”。這一表述文字，其實原本是要用來支持廢除論的。因此可以說，ALI已經肯定了廢除論的理由，在正式決議中卻僅撤回MPC的死刑條文，而未能對死刑本身提出正式立場。

在討論波士頓爆炸案主嫌Dzhokhar Tsarnaev的可能判決時，紐約時報也列出了支持（加重）與反對（減輕）死刑的考量因素<sup>10</sup>，其基本思考模式，仍是MPC當初倡議的GD模式。法官對陪審團的指示，則強調並非兩類因素數量的加減，而是陪審員每個人自己整體衡量後的判斷。

我目前的看法是，GD模式所考慮的因素，已經可以包括謝教授提到的非屬個人責任範圍的因素，雖然這僅是仍肯定死刑為前提下，所提出的消極因素，但是畢竟在量刑方面，擴大了應予考量的層面。

不過根據GD的論理邏輯，並非「因為」有這些因素，「所以」就「不該」結束被告生命，而僅是列入裁量的必要審酌因素。基於其「修正的社會應報論」觀點，謝煜偉教授在這個問題的思考推論上，都與GD模式有所不同，並且提出了相當具有特色的看法。以下將簡短討論一下謝教授的主張。

謝教授於文中提出一次責任與二次責任<sup>11</sup>，如果我的理解沒

---

<sup>10</sup> The Associated Press, *Factors that Boston Marathon Jury Must Weigh in Sentencing*, THE NEW YORK TIMES (May 13, 2015, 5:10 PM), <http://www.nytimes.com/aponline/2015/05/13/us/ap-us-boston-marathon-bombing-glance.html>.

<sup>11</sup> 謝煜偉，重新檢視死刑的應報意義，中研院法學期刊，15期，頁193（2014年）。

錯，是某一種版本對「個人責任」與「社會責任」的分析。謝教授認為前者以「因果歸屬論」為前提，我大致瞭解謝教授要強調的層面，不過畢竟責任歸屬與因果關係，是兩種相當不同的分析<sup>12</sup>，因此可以考慮修改這個表述方式。

不過比較關鍵的是「修正的」社會責任部分。依照我的研讀，謝教授對於「社會責任」這個概念本身的著墨不多，強調的是應該要把「二次責任」，也就是社會責任部分，列入量刑與處遇（以下簡稱量刑）的考量。謝教授寫道：「在此並非要主張重回連帶責任或團體責任地思維來思考刑罰，而是將犯罪行為的形成以及成因，透過這種社會的間接責任的方式，納入量刑判斷中，成為特殊的死刑量刑減輕因素，並且持續性地要求福利或矯治系統投入犯罪處理與關係修補的工作。<sup>13</sup>」

我的第一個疑問是，在GD模式中的緩和或減刑因素（mitigating factors）以及MPC第210.6節（2）對量刑考量因素的規範<sup>14</sup>，都可以說包含了類似二次責任的考量，因此這一部份似乎並非「翻轉」性的理論。

另外，相當值得注意的是，MPC與GD模式在將社會責任因素列入量刑考量之餘，並沒有因此得出不應該有死刑的結論。謝教授

---

12 對此我還是很古板的只能先推薦 Karl Larenz 對客觀歸責論的分析著作，請參考 *Karl Larenz, Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, 1927。

13 謝煜偉（註11），頁193-194。

14 *The Council to the Members of The American Law Insitutue, Report of the Council to the Membership of The American Law Institute On the Matter of the Death Penalty*, THE AMERICAN LAW INSITUTUE (Apr. 15, 2009), <http://www.deathpenaltyinfo.org/documents/alicoun.pdf>, p. 91 (In the proceeding, evidence may be presented as to any matter that the Court deems relevant to sentence, including but not limited to the nature and circumstances of the crime, the defendant's character, background, history, mental and physical condition and any of the aggravating or mitigating circumstances enumerated in Subsections (3) and (4) of this Section.).

在此處做了一個大膽的論證轉折，提出「社會之終極的犯罪處理責任」觀念，謝教授寫道：「……但就「刑」的判斷，不應僅就犯罪行為及行為人之因素列入考量，更應將視野拉高到前述修正的社會應報論的層次，由社會整體負起終極的犯罪處理責任——包括持續不斷地對犯罪原因的理解與犯罪者再社會化的努力，以及對犯罪被害人及其家屬的照護與救助。犯罪者之生命一旦被國家有意識的剝奪，這個終極的犯罪處理責任即無法完遂。<sup>15</sup>」

這一概念中的「終極的」一語，考察上下文，似乎沒有特殊的意涵，意思似乎就是：社會應該對犯罪之後果負起完全且徹底的處理責任。其中至少包括三個層面：「持續不斷地對犯罪原因的理解」（理解）；「犯罪者再社會化的努力」（再社會化）；「對犯罪被害人及其家屬的照護與救助」（救助）<sup>16</sup>。

要指出的是，這三個面向，同樣可以在既有的社會責任論，甚至個人責任論下進行，好像並沒有非要連結到修正論的必要，而且這三個面向，也跟一般意義的「應報」沒有關係。

如果僅針對死刑來思考，其中「理解」與「救助」兩個面向，都可以在對被告執行死刑下進行，因此似乎無法由此論證得出，「所以」死刑該廢止的結論。

如果這個論證分析是對的，那麼謝教授透過「修正社會應報論」來反對死刑的，似乎只有「再社會化」這個論點。

可是犯罪者需要再社會化，並沒有決定性的壓過（trump）某些犯罪者應該被處以死刑的論點，尤其「再社會化」與「處以死刑」，正好各自在「教育改善」與「應報」的兩個軌道上，可以各自獨立成立。如果再社會化論據可以勝過應報論，那死刑的論辯早

---

15 謝煜偉（註11），頁194。

16 同前註。

就結束了。

不過謝教授的理論如果僅以這種方式「分析」的理解，我覺得可能太簡化，也太無趣了。以下我嘗試以我自己的「社會責任論」觀點來做一些補充。我認為謝教授的理論，仍然是廣義的「社會責任論」，只是可能太側重量刑。我認為社會責任論的重點，不在「責任量刑論」，而在「責任主體論」。就像謝教授文中也指出的：「責任主體並不僅包括犯罪行為人本身，尚擴及與其有關連的社群，如家庭、學校等以及其他社會網絡」<sup>17</sup>，社會責任論認為，任何犯罪都（稍微簡化一點）至少有「兩個主體」，一個是犯罪者個人，一個是「社會」。既然社會也是責任主體，就必須也承擔起「被制裁」的對待。因此社會對犯罪者的「對待處遇」，都必須以某種方式「也施加」在社會自己身上。

最典型的「對應」，就是社會對犯罪者施以「自由刑」，但是對「社會自身」施以「財產刑」。這當然是個「轉喻」，意思是，社會要付出相當大的「資源財力」來做「理解」、「再社會化」與「救助」（補償）。說的文學一點，社會要對每一宗犯罪/刑罰相應來「懲罰自己」，甚至可以說「應報給自己」。只要有犯罪者繼續被懲罰，社會就要繼續付出資源代價以及自我譴責（反省）。這一方面是對被害人的保護不足之責任；另一方面，也是對犯罪者「教化」不足之責任。

當涂爾幹（Émile Durkheim）認為犯罪的社會功能是強化社會規範的認同時，也許演化版的，帶有倫理意味的新涂爾幹理論，將會認為犯罪是「社會」自我反省的開始，刑罰（及各種處遇、對被害人的救助等）是社會自我懲罰的持續。因此強化的，不僅是社會規範，而是社會的「自我批判」。

---

17 謝煜偉（註11），頁193。



在這種新涂爾幹觀點下，死刑是社會的集體自我逃避，對於嚴重犯罪最不負責的處理態度。明明發生了嚴重罪行，表示社會在保護、教化、社會整合、正義等各方面都出了嚴重的問題，卻要用「無教化可能」、「應永久隔離」等說詞，將責任完全加諸於犯罪者身上，彷彿處決了犯罪者，社會就可以撇清自己的責任，並且不再需要為了該罪行的發生，持續地自我譴責、懲罰、反省。

我們可以假設性的想像，如果希特勒（Adolf Hitler）並沒有自殺死亡，而是被逮捕並受審，且並未被宣告死刑，而是終身監禁，那麼在希特勒因為其他原因死亡之前，德國社會會發生什麼樣的「狀況」呢？

我們可以盡量馳騁我們的想像，去推測可能的各種場景與引發的爭議。此處我不特別去推想，但是唯一可確定的是，戰後的德國（甚至歐洲）社會將會因為這位「關在牢裡的希特勒」而產生許多「不平靜」。然而，這些不平靜是「不好」的嗎？還是正因為有這些不平靜，才更開啟了德國社會的自我批判呢？德國社會是否正好「應得」（deserves）這些「不平靜」（因此是某種應報）？

不過我自己必須承認，這一類社會責任論的論點，雖然提供了一些有啟發性的，具有某種社會學意義的批判性分析觀點，例如社會也是責任主體；社會必須不間斷地對犯罪成因進行瞭解；所有刑罰也都相當於施以應報（懲罰）於社會自身；處決犯罪者，反而是社會在逃避責任，等等，但是這些「社會批判」，似乎並未能真正在「道德論證」上，徹底反駁死刑的正當性。**批判，並不完全等於或直接有助於道德論證**（此處指廣義的各種規範與價值論證，包括法律），例如，批判地分析了資方剝削了勞動者的剩餘價值，並無法直接論證資方獲得利潤的制度在規範上是不正當或無法被證立的。

除非我們要用社會責任徹底否定個人責任（但是不論是我自己

或謝教授，都沒有這樣主張)，否則犯罪者自己的行為責任，以及對之可施以某種應報刑罰，都仍然可以獨立成立。這也是為何我認為，謝教授的修正社會應報論，還是一定要回到前面提出的「應報量刑」那組命題當中來檢驗。

讓我們再來看一次「應報量刑」這組命題：

- (1)「應得」(desert)是罪責衡量與量刑的必要考量因素；
- (2)「應得」之判斷，是一種道德判斷；
- (3)刑事案件之實體有罪判決，必然包括對被告之罪責衡量與量刑；
- (4)因此刑事實體有罪判決，必然包含有道德判斷。

如前所述，(3)是沒有爭議的。由前面的討論可以看出，許教授與謝教授應該都同意(1)，但是也都沒有釐清什麼是此處的「應得」，以及是否同意(2)。

我曾經在另外一篇文章中<sup>18</sup>，簡短列出四個理由說明為何「應得」(彼處譯為「配得」)無法成為當代正義論的主要原則：

(一)每個人都「應該」得到「公平的機會平等」，但是我們不需要論證每個人是否「配得」這種機會。

(二)自然以及社會樂透所造成的機運分配狀況，不論好壞，都與那個人是否「配得」無關。

(三)在公平機會平等基礎上，每個人依照自己的選擇以及公正制度的運作，所造成的後果，都是「公平的」，無法特別去主張其是否「配得」。

(四)在合理多元主義社會下，因為價值觀的多元，必須限縮

---

18 顏厥安，何謂正義？——一個初步的理論說明，收於：社團法人台灣法學會編，台灣法學新課題(十)，頁1-23(2014年)。

「配得」原則在各種體制當中的適用，以避免因為價值觀的分歧，而造成「功績體系」無法建立或適當運作。<sup>19</sup>

這當然只是一個概括性的分析，也不一定能直接適用到對罪責與量刑的討論。但是有一點是確定的，那就是「應得」（配得）判斷涉及價值觀的運用，或者說，就是一種價值判斷。我在該篇文章也提到，我們無法有個客觀評價標準說，鈴木一郎比上原浩治更「應得」到一枚冠軍戒，雖然我們可以還算客觀地說，鈴木比上原更「應該」進入棒球名人堂。

討論至此，我們也許可以初步地說，「應得」判斷必定是一種價值（評價）判斷。但是評價判斷並不一定是「道德」判斷，所以（2）還是不一定能確立。

我之所以關切命題（2），是因為如果（2）成立，我們將面臨一個挑戰：對被告最關鍵的一個司法判斷，量刑，竟然是建立在法官（陪審團）的「道德判斷」之上。而法官「憑什麼」（有何體制上的正當性）來做「這種」道德判斷呢？

GD模式與MPC是正確地看到了這個特點與困境，因此嘗試以「程序法」的規定來「導引」法官的量刑裁量，想要把道德判斷轉變為「依法」判斷。但是其失敗，或者ALI撤回MPC的規定，也說明了這個轉換並不成功。不論如何導引，給予多少指導原則，終究是「授權」（empower/authorize）給予了法官（陪審員）一個「自為」裁量空間。

那麼（2）到底是否是正確的呢？

（2）其實並不正確，因為有許多的評價，並非道德評價。例如學術、藝術、運動，甚至努力讀書與好成績之間的關係，也非道德

---

<sup>19</sup> 顏厥安（註18），頁15。

評價。

但是如果限縮為：

(2.1) 犯罪行為與刑罰之間的「應得」判斷，是一種道德判斷。

那這個(2.1)是正確的嗎？

這就涉及我最前面提出的，有關「自然主義」的問題。亦即，我們有無可能透過對犯罪行為純粹之「描述式」的表述，來「對應」到特定之刑罰程度呢？

即使暫不討論刑法中之構成要件是否可能純粹為描述語句的問題（一般採否定說），我們也必須面對，「殺人者」「故意殺害被害人者」這些乍看非常像是純「描述式」語句，其實也只是掩蓋了諸如「故意以殘酷之方式」「殺害未成年人」係「基於獲取物質利益之目的」等帶有道德評價的差異點，而這些正好是對應到特定刑罰的關鍵判斷點。

所以我認為(2.1)是正確的。因此(4)也是正確的。更簡單地說：

「死刑判斷必然是或立基於道德判斷」。

那麼法官或司法體系，就一定不能做這樣的道德判斷嗎？

在反省青少年死刑的一集經典美國影集《法網遊龍》(Law and Order)中，有檢察長Nora Lewin與ADA Mrs. Carmichael的精彩對話<sup>20</sup>：

---

20 Teenage Wasteland, Law and Order Episode 11. 12, first aired: Feb. 7, 2001。相關資料，請參考：[http://lawandorder.wikia.com/wiki/Teenage\\_Wasteland#Plot](http://lawandorder.wikia.com/wiki/Teenage_Wasteland#Plot) (last visited July 21, 2015)。 (emphasis added)

**Lewin:** Which should be the standard to take the life of a teenager?

**Carmichael:** Where I come from, it's when what a person's done is so vicious, so cruel, **he forfeits the right** to get any older.

**Lewin:** Where I come from, a person can't forfeit that right. We can only **take it from him.**

以及檢察長對媒體說明她決定對未成年被告求處死刑的考量：

My decision today continues this office's tradition of **objectively applying the laws** of this state to the cases it's charged with prosecuting in this great city. Ours is an island but we are not untouched by the national debate or its dictates concerning the death penalty. That being said, **my decision goes against my personal feelings**, but as District Attorney, I took an oath to **uphold the law which includes applying the death penalty fairly with due process of law**. To do otherwise would be to **substitute my own judgment for the judgment of those the people elected to make such decisions**. Accordingly, I am **forced to conclude** that notice to the court of our intention to seek the death penalty in the case of the People v. Mitch Reagan is appropriate.<sup>21</sup>

雖然是劇本的對白，但也許正如我前面所提到的，死刑議題永遠是一種「戲劇性」展演，這些台詞相當精采地「觸及」了我們所應關切的重大議題。這些台詞也許無法提供我們確定的答案，但是作為社會整體的「教養小說」，它讓我們成長與成熟。

好，就讓我們成熟一點（但仍有點簡化）地討論前引台詞提到的幾個爭點：

1. 死刑宣告（或求處），會是「客觀地適用法律」之判斷嗎？

---

<sup>21</sup> *Id.* (emphasis added)

2. 死刑之宣告，可在正當法律程序之下，被稱為公正的嗎？
3. 死刑之宣告，可以不同時是「個人的判斷」嗎？
4. 人民選出的法官，是否有更高的正當性，來做死刑之判斷？
5. 有任何法律規範或論理之「必然性」，來促使死刑宣告嗎？

這幾個問題都很複雜，我也只能很簡短地「談談」我的看法。

針對5.，我認為應該沒有任何法律規範或論理上的必然性，會強制檢方求處死刑或法官判處死刑。我也認為3.不成立，所有死刑宣告，都必然涉及個人——法官或陪審員——之判斷。

如果要對「客觀地」吹毛求疵，那1.會是一個無止盡的討論。此處暫不深究。

我認為既然設計發展出相當複雜的司法審判體系，那4.是可以成立的，亦即透過程序選出或篩選出的法官或陪審員，確實就比一般人或行政官員具有更高的正當性，來做出涉及道德審酌的量刑判斷，包括死刑。

那麼2.呢？

我高度懷疑2.是否能成立。因為作為「罪／責／刑」應報呼應基礎的道德判斷，太高度依賴於缺乏共識的道德評價（例如殺害小孩、警察，就一定比殺害老人、教師，罪行更嚴重嗎？），而這種評價基準的分歧性，是無法透過正當法律程序（*due process of law*）徹底克服的。而當這種判斷的「效果」，是殺害一個人的時候，唯一可符合「公平」（*fairly*）的「底線」，正好是「不能」將其殺害。因為針對這種死刑量刑，我們永遠無法沒有任何的合理懷疑（*beyond reasonable doubt*）。

說的文學一點：

在正當法律程序要求下，我們可與灰色地帶共處，但無法與

「黑暗地帶」相容。

說的哲學一點：

公道擊敗應報。(Fairness defeats desert.)

為何公道會擊敗應報？理由還是回到「應報」判斷的內在限制：在合理多元主義之下，應報所需要的道德判斷，無法絕對穩固地通過正當法律程序的公道檢驗，因此必須對「刑」保持著永遠開放、可修正的可能性。

## 肆、翦除論：希特勒真的罪該萬死嗎？

數年前我曾發表一篇討論死刑的文章，論證方向是反對死刑。今年（2015）的模擬憲法法庭判決，也宣告死刑違憲。其實近十年臺灣廢死運動，我覺得是有相當大的成功與進展，成功地促進了有關死刑的社會意識與公共討論，因此也許並非如謝教授所稱的遭遇挫敗<sup>22</sup>。支持死刑的情緒發言相當激烈，但是實質論點則日益退守、修正、限縮。在這當中，許家馨教授的文章對於支持死刑提供了更多更細緻的觀點，雖然這其中大多也並沒有提出能完全證立死刑的理論，多數是不能絕對否定死刑的正當性。不過Matthew H. Kramer的翦除論（purgative rationale of capital punishment），則提供了一種可積極證立死刑的新型態理論。

翦除論的理論特性，大體上仍是一種「罪刑合乎比例」的應報論，其關鍵在於提出「極端邪惡」（extravagantly evil）的概念，認為「一個政治社群為了維繫其與人性及人類社群的關係，有義務處決此極端邪惡的殺人罪犯，以『翦除』該邪惡犯罪對於人性所造成

---

22 謝煜偉（註11），頁189-190。

的道德玷污。<sup>23</sup>」

我不很確定許教授將此概念翻譯為「翦除」是否有所考量，因為依照原意，其實翻譯為「清洗論」可能更好。也許翻譯為清洗，容易讓人聯想到負面意義的「種族清洗」。但是“purging”與“cleansing”確實意義相近。

擱下翻譯的選取問題，Kramer的翦除論可以由三個層面來檢討。第一，引進邪惡或極端邪惡概念，固然有所本，但是在論證分析上，卻像是製造一個「已經蘊含結論」的新概念，然後把這個概念歸屬給特定對象，再由此「推論出」該結論。也就是「極端邪惡」概念，似乎是個刻意設計好，已經包含了「應該／可以」處以死刑的概念。此時我們再使用這個概念在某些人或其行為之上，就當然可以得出應該/可以處以死刑的結論。我不清楚Kramer整體論述上，是否有此問題。如果有的話，引進極端邪惡概念，並沒有真的強化支持死刑的論證。Kramer的論點，也充分顯現前面提出的，死刑判斷是一個道德判斷的主張。

第二，翦除論似乎以逃避問題的方式來面對問題。因為死刑爭議最主要的領域，是一般國家內的犯罪與刑罰，而非類似納粹罪犯（或希特勒）這種例子。但是越使用「極端」邪惡的說法，其實是越認定並不極端邪惡，或「普通壞」的犯罪者不應該被判死刑。「普通壞」大概可以包括臺灣、美國、日本這些年來的絕大多數死囚吧。如果還有一些犯罪者「可能可以被」認定為極端邪惡，裁判者難道要開始討論區辨普通壞與極端邪惡的「明確界線」嗎？因此以希特勒為例，不會降低，只會提高爭議。

第三，因為翦除論仍是一種應報論，因此終究還是要探討「應得」這個概念以及其在死刑問題上的運用。

---

23 許家馨（註5），頁270。



應得通常包括三個要素：主體（應得者）；客體（應得之物或其他對待）；基礎（之所以應得之理由、根據）。例如「志強」（主體）因為「努力讀書」（基礎），而應得到「好的成績」（客體）<sup>24</sup>。

我們當然可以立刻發現，前述例子不一定完全成立，因為「努力讀書」者，並不必然就應得到好成績。志強還必須「考試答得好或對」或「交出好報告」，才「應得」到好成績。甚至阿祥不怎麼努力，但是考試答得好，也仍「應得」到好成績。這就涉及到應得基礎與應得「客體」之間的評價關連性問題。

死刑問題的應得主體，是某個犯罪者，是個個人。其客體是「死亡」。那麼應得的「基礎」是什麼呢？也就是，哪一種「基礎」，可以讓我們做出一個「正確的道德判斷」說，某A該死（A deserves to die）呢？

「殺人者，死」，是最常拿來套用的公式，也就是「殺人」是死刑的「應得基礎」。這個公式最大的缺點，不在於「殺人」一詞的區分性不足，而在於掩蓋了「殺人」並非構成殺人者「應該死」的「充分基礎」（sufficient base），我們永遠必須再將其與「其他因素」相互衡量後，才有可能獲致「應該死」的判斷。

而這個應得基礎，會像是「殺人，且……，且……，且……」這樣子的組合。這既說明了前述GD模式的特性，也說明了為何Kramer要用「極端邪惡」，或Robert Nozick要舉希特勒為例，來一勞永逸地將「所有的『且……』」給排除掉。

美國的ALI以及一些法官，已經承認GD模式在「實踐上」失敗了。Kramer以及Nozick則是理論思考上失敗了。

---

<sup>24</sup> 請參考 McLeod, Owen, *Desert*, STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (Nov. 12, 2008), <http://plato.stanford.edu/archives/win2013/entries/desert/>。

我尤其想談一談有關希特勒的問題。我們已經太習慣把希特勒當作是一個無庸置疑的殺人魔王，覺得如果有機會審判他，將其處以死刑是非常合理的。我並不想直接質疑這個道德判斷，但是我建議可以做三種比較：第一，與蔣介石、毛澤東及史達林（Иосиф Виссарионович Сталин）這三位同樣殺人無數，但是並未有機會接受審判的獨裁者比較；第二，與米洛塞維奇（Слободан Милошевић）以及皮諾契（Augusto José Ramón Pinochet Ugarte）兩位實際受到審判或起訴，但是在定罪之前都過世的獨裁者比較；第三，與納粹罪犯艾西曼（Adolf Eichmann）做比較。

這種比較思考，是每個人都可以進行的「思想操作」，此處當然不需要一一仔細討論。不過有幾點可以提出：首先，經過比較之後，那種希特勒理所當然就應該判處死刑，就「該死」（deserves to die）的想法可能會減弱。因為在其他幾個例子當中，恐怕不但會有大量群眾支持這些獨裁者（在臺灣支持先總統蔣公；在中國，支持毛主席），即使審判也會有許多人認為應該判處這些人死刑。在合理的比較之下，我們如何可以理所當然地認為希特勒就比毛澤東、史達林或蔣介石更「罪該萬死」呢？因為他「害死」（又是一個不清楚概念）的人數比較多嗎？

其次，難道不曾有過大量群眾，甚至不僅是德國人，支持過希特勒的各種「公權力作為」，一如有大量群眾支持過前述幾位獨裁者的迫害作為嗎？大量群眾的支持，當然並不構成可證立該等主張的道德事實，但是卻可以說明這些獨裁者的行為，帶有「集體罪責」的特性。而集體罪責的特性，是使得這些獨裁者的「個人罪責」得以減輕；還是隱隱指向，有許多人都該承擔起相同、相類似「程度」的罪責，因此也都「該死」呢？

艾西曼就是一個如此「真實」的，可對照思考的實例。艾西曼，至少依照一些人的「直覺」意見，包括漢娜鄂蘭（Hannah

Arendt)，都「該處死」。但是真的是這樣嗎？如果「形式上」都是在執行命令者都該處死，那麼理應處以死刑，「該死」的範圍，恐怕會非常廣大。我們真的要做出這樣的推論嗎？

如果「不」，那讓我們不做出此等推論的「理由」或考量點，是什麼呢？這些理由難道不能適用到希特勒這個個案上嗎？中間的界線為何呢？

此處當然不是要為希特勒開脫辯護，只是想指出，這些獨裁者可能並非那麼理所當然的就該被判處死刑。如果希特勒無庸置疑該被處死，其他幾位也該。如果我們對其他幾位是否該處死有所懷疑，那也該懷疑對希特勒的死刑定論。

另外也可討論的是，可能可被處死的罪行，是否一定涉及直接殺害或間接造成他人的死亡？這些獨裁者親手直接殺害的人數，應該都不多（相較於其他死亡者）。通常會算在他們「帳上」的死亡者，有大量都是「間接造成」的死亡。

這個「間接造成」當然不是什麼嚴謹的法學概念，只是一個概括的表述方式。在這個表述下，可以包括：（透過體制）下令殺害；其他公權力作為造成死亡（例如病死於獄中）；引發的政治鬥爭中被其他人殺害（例如被紅衛兵殺害）；引發的動亂中死亡（例如在反右鬥爭中餓死）等許多可能狀況。其中有的類型，可以構成刑法當中的殺人，例如透過體制下令殺害，而該命令違法（又是另一個議題）。但是許多類型實在無法構成刑法意義的殺人罪，甚至連教唆都不構成。

當然，如果要審判，單是構成殺人罪的行為部分，就足以將這些獨裁者定罪。然而，我們之所以認為這些人「極端邪惡」，往往是把大量「間接造成」的死亡，也算入了他們的罪責。一旦將這些部分扣除，他們還能被認為是「極端邪惡」嗎？

我的想法是，極端邪惡，或者任何其他拿來支持死刑的「形容詞」，實在非常不適合用來審判或成為量刑的依據。此處我也想指出一個相當重要，但是在討論中卻常被忽略的事實：

對「犯罪行為」的審判「標的／範圍」是有（相對）明確之界線（原則上以「受起訴」之行為為限），但是「量刑」的考量「範圍」，不但限於受起訴之行為，往往還及於犯罪者的所有過往生活與行為<sup>25</sup>，甚至包括許多可能受其行為影響所致之其他社會事實，例如前述的「間接造成」之死亡。（以下稱：量刑（審酌事項）之模糊界線論）

我當然並不是要為那些一般認為極端邪惡者辯護或開脫，而是從Kramer極端邪惡概念或Nozick認為無可置疑的該當死刑案例出發，重新進行思考。經過前述討論可以發現，「極端邪惡」這個形容詞的幫助並不大，禁不起嚴格的分析檢證。一些直觀認為無可置疑的該當死刑案例，也並非不可挑戰。尤其當我們更清楚地意識到「量刑的模糊界線論」，就會發現，要透過「正當法律程序」來對量刑進行非常嚴謹、不偏頗的控制，實在非常困難。我們當然不會因此放棄盡可能客觀公正的量刑，但是似乎不太可能「毫無疑義」的或「超越合理懷疑」的達致應處以死刑的確信。

更進一步分析，在那些引致大量死亡的政治性案件中，有沒有可能有被告，其行為僅屬於間接造成大量死亡（亦即在行為論上，他並沒有殺死任何人），例如官僚體系中僅負責規劃集中營的高層文官<sup>26</sup>，而我們仍傾向認為其極端邪惡，應處以死刑呢？有沒有可

25 此點由刑法第 57 條的科刑審酌事項即可看出。

26 請參考對納粹罪犯 Oskar Gröning 審判與判刑的報導，以下僅為一例：Das letzte Gericht, SÜEDDEUTSCHE ZEITUNG (July 15, 2015, 2:38 PM), <http://www.sueddeutsche.de/politik/urteil-gegen-frueheren-ss-mann-oskar-groening-das-letzte-gericht-1.2567514>。該報導指出，Gröning 涉及謀殺了 30 萬人的「幫助犯」（擔任會計），卻僅宣告四年有期徒刑。當然報導也表示，對一個已經九十餘歲的老人，四年與十五年

能有被告，其行為是直接殺害了許多人，例如集中營負責執行的許多官兵，但是我們反而傾向認為，這些被告不應被處以死刑？如果兩個問題的答案都是肯定的，那到底這些案例彼此的「邪惡程度」或罪責之差異在哪裡呢？

如果我們再考量類似RCA案的狀況<sup>27</sup>，RCA的中高層主管，幾乎是在明知勞動場所有高度具體危險下，故意隱瞞資訊，任令許多員工罹病，對於員工因此之重病、重傷或死亡，自始也覺得無所謂，大不了賠錢。對於這一類大規模的污染、爆炸或勞動條件惡劣，造成許多勞動者或附近居民重病、身障、死亡之案件，我們的一般道德直覺，並不認為這些企業經營者「極端邪惡」，應該處以死刑，甚至不一定認為有刑事罪責（遑論死刑）。為何如此？從犯罪行為理論來看，如果因果關係成立，他們的行為與連續殺人犯或前述「間接造成」大量人民死亡之政治罪犯，並沒有什麼不同，那為何我們的道德直覺之落差會這麼大呢？

一個簡單的回答是：可見道德直覺有多麼不可靠！的確，我就認為這些導致大量死亡或傷病的企業罪犯，其「罪責」並不亞於那些獨裁者，也不比一些殺人重犯責任更輕。我們總不會真的以「死亡人數」來量刑吧？因為如果是這樣，那謀殺了5人、10人，一般認為是殘暴兇惡之徒者，相較於那些獨裁者或某些企業罪犯，就絕不該處以死刑了。

之所以進行這些有點繁複的比較，其實只是想指出，量刑判斷是一種道德判斷；而這種道德判斷，又有很大的程度來自於道德直覺；此等道德直覺，很難透過正當法律程序，給予「客觀、公正、

---

沒有什麼差別。德國早就廢除死刑，當然不會有是否應宣告死刑的辯論。在此僅是將此真實案例列為可參考的對象。

27 有關 RCA 案的簡要介紹，請參考「RCA 污染事件始末」，「司改雜誌」第 035 期，[http://www.jrf.org.tw/newjrf/rte/myform\\_detail.asp?id=1597](http://www.jrf.org.tw/newjrf/rte/myform_detail.asp?id=1597)（最後瀏覽日：2015 年 7 月 21 日）。

不偏私」的控制；因此如果一個刑罰體制有死刑的選項，這個體制的運作，的確需要經常的修修補補，卻又永遠無法確實補好。這當中除了可能處死無辜者（冤案）難以避免外，更可怕的是，我們永遠無法完全確定，一位被告是否「確實該處死」，也就是真的「該死」。而也正是在這個「道德判斷／直覺」之不確定下，我們勢必面對一個「轉折點」之自我質疑：DO WE DESERVE TO KILL？

## 伍、The Horror!

Theodor W. Adorno曾說，在一個物化的社會裡，沒有任何事物有機會生存，除非它自己也被物化<sup>28</sup>。這句話原本有著科學哲學、知識論、存有論、社會哲學等複雜的意涵與脈絡，例如我們可以將其改為：「在一種物化的科學哲學下，沒有任何對象可被認識，除非該對象也被物化。」

如果將其引入對死刑的討論，也許我們可以這樣改寫：「在一個有死刑的社會裡，沒有任何人有機會活著，除非他沒有被判處死刑。」

這句話乍看像是有點無聊的造句，不過其社會哲學的意涵在於，死刑將原本為自然權利的生命權（right to live），轉變為「實證法」體系下的法律權利與司法權利。因此每個人的生命，其實都置於立法者與司法者的「處置」（disposal；Verfügung）之下。將這個狀況描述為「主權者的生殺大權」有點太粗糙，因為這種表述似乎意指主權者生殺大權的行使，可以是非常恣意的。

但是真正的關鍵在於，這些處置都是「有理由的」，甚至有

---

28 這就是本文起頭所引用 Theodor W. Adorno 的那一句德文。

「相當好的理由」，亦即並非恣意。死刑的幽微爭議，並不在於可能誤判、程序不公、理由不備或不充分這些瑕疵，而正好在於透過嚴謹程序，且有相當堅實理由的處決。可以透過程序，且找到好理由，就可以把你處死，正是把每個人生命加以「物化」的起點。「可／得處置性」，就是「物化」。透過立法與司法，架構起「可以找到好理由」來將某些人殺死之體制，這是死刑對社會的深層物化。

法蘭克福學派思想的主要是要批判資本主義的「物化」(Verdinglichung)，這有部分是延伸了康德的人性尊嚴與黑格爾的市民社會思想。對康德來說，我們不能將其他人「僅」當作工具來對待。黑格爾則指出，市民社會的邏輯（就是後來被稱為資本主義的邏輯）就是人與人以工具的關係相互對待。但是當一種社會體制「在一定條件下」可以把人當作工具（物化）來對待時，表面上體制並沒有「僅」把他人當作工具，但是「得工具化」的權力機制已經出現了，在此權力機制下的個人，將再也無法反抗該機制在「一定條件下」將其「物化」的權力運作。

死刑也是一樣。文明的死刑，可能比殘暴的死刑，更是**the horror**<sup>29</sup>，不論是湯英伸、邱和順、蘇建和、鄭性澤，大概都會深感文明刑事訴訟／刑罰體制的「恐怖」之處。我尤其想強調的，是一般刑法意義下，並非無辜（錯判、冤案）的湯英伸。湯英伸確實殺害了三個人，包括一個兩歲的小孩。「客觀上」來評斷，依照臺灣司法的一般標準，將其處以死刑，「亦非無據」。湯英伸，以及他殺害的三個人，確實都被「物化」了，而且正好幾乎是在「字義上」呼應了Adorno的「在一個物化的社會裡，沒有任何事物有機會生存，除非它自己也被物化」。湯英伸要反抗物化，結果殺了人，

---

29 不用懷疑，我想到的就是康拉德的小說 JOSEPH CONRAD, HEART OF DARKNESS (1899)以及柯波拉 (Francis Ford Coppola) 的電影 *Apocalypse Now* (1979)。

自己也被體制處決。他如果接受被物化的狀態，可能四個人都「活著」。

此處不宜多談資本主義的物化問題，在此我想凸顯的是，「文明的死刑」可能更可怕。具體來說，假使湯英伸案發生在最近幾年，重要的不是司法有機會不將其判處死刑，而是如果仍然將其判處死刑，恐怕判決會提出「更充分」的理由來支持。在一個文明的死刑體制下，我們反而無法對這一類死刑案件提出「決定性」的反對理由。正如前引劇集中檢察長Lewin所說的，客觀依照法律，檢方尋求死刑判決，是適當的。這個說法，也完全適用於假想的，發生在最近的湯英伸案件當中。就辯護方而言，無法終局的反駁檢方的死刑求刑，以及院方的死刑宣告。處決與否，繫於少數人的一念之間，但這些決定都是「合理的」。

建立起文明的殺人機制，賦予一些人可以殺人的權力（deserve to kill），人們可以「合理地」被處決，這就是民主且仍有死刑國家之「圖像」。用文明、理性與民主來支持殺人機器，這就是the horror！

## 陸、結語

死刑的問題太複雜了，本文只是針對兩篇傑出的論文，提供一點心得感想，並沒有什麼特別的結論。希望本文能對兩位作者有一些幫助。



## 參考文獻

### 1. 中文部分

- 顏厥安 (2014), 何謂正義? ——一個初步的理論說明, 收於: 社團法人台灣法學會編, 台灣法學新課題 (十), 頁1-23, 臺北: 元照。
- 許家馨 (2014), 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。
- 謝煜偉 (2014), 重新檢視死刑的應報意義, 中研院法學期刊, 15期, 頁139-206。

### 2. 外文部分

- Adorno, Theodor W. (1969), Einleitung, in: *Der Positivismusstreit in der deutschen Soziologie*, München: Luchterhand, S. 7-79.
- Conrad, Joseph. 1899. *Heart of Darkness*. Mineola, NY: Dover Publications.
- Dworkin, Ronald. 1986. *Law's Empire*. Cambridge, MA: Belknap Press.
- Kelsen, Hans. 1967 (1960). *Pure Theory of Law*, translated by Max Knight. Los Angeles, CA: University of California Press.
- Kelsen, Hans (1960), *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., Vienna: Verlag Franz Deuticke.
- Larenz, Karl (1927), *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, Darmstadt: Scientia Verlag Aalen.
- Owen, Mcleod. 2008. Desert. In *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <http://plato.stanford.edu/archives/win2013/entries/desert/>.
- Steiker, Carol S., and Jordan M. Steiker. 2010. No More Tinkering: The American Law Institute and the Death Penalty Provisions of the

Model Penal Code. *Texas Law Review* 89:353-365.

The Council to the Members of The American Law Insitutue. 2009. Report of the Council to the Membership of The American Law Institute On the Matter of the Death Penalty, The American Law Insitutue (Apr. 15, 2009), <http://www.deathpenaltyinfo.org/documents/alicoun.pdf>.