

應報、憐憫與死刑*

—— 對三篇評論文的回應

許家馨**

目次

壹、刑罰哲學的功能	參、復仇
貳、刑罰情緒與憐憫	肆、死刑

十分榮幸在中研院法學期刊的安排之下，拙作「應報即復仇？——當代應報理論及其對死刑意涵初探」有機會接受學界前輩先進評論指教，更感謝李茂生、顏厥安、陳嘉銘三位教授在百忙中著述賜教。我深信學術界的使命在於為社會守護一座理性的堡壘，任何想法只要言之成理，都能夠在學術論壇上自由的發表，為社會探索各種思想上與行動上的可能性；當社會陷入激烈且情緒性的爭論時，能夠秉持理性精神持續思辨，為社會上衝突各方找到對話與尊重的基礎。值此之際，中研院法學期刊願意提供「評論與回應」這個學術論壇，促成死刑議題上的學術對話，顯得彌足珍貴。三位教授精深的學養在評論文中顯露無疑，值得我深入地回應。但由於評

* 投稿日：2015年8月4日；接受刊登日：2015年8月11日。〔責任校對：江奕穎、張文愷〕。

** 中央研究院法律學研究所副研究員。

穩定網址：<http://publication.ias.sinica.edu.tw/42804151.pdf>。



論文所提到的議題實在太深太廣，且此篇回應文的寫作時間極其有限，因此在此文中只能指出我的思考起點，更深入的對話，恐需留待未來，尚請評論人及讀者見諒。由於三篇評論文與被評論文議題交織，以下並不針對個別評論依序回應，而是針對議題性質逐點討論。

壹、刑罰哲學的功能

李茂生教授的「應報、死刑與嚴罰的心理」一文¹意味深長，提出了最根本的問題，那就是刑罰哲學，特別闡述應報論的刑罰哲學，到底有什麼用？就算哲學家出於善意來闡述這樣一套哲學，在現實中又會如何地被誤用？此根本的質問，貫穿了他的評論：

重點不在於情緒論是否能夠合理化應報刑，而是現實上應報就是透過大眾的激情而被確認以及執行時，應該如何抑制大眾情緒的爆發一事。終究，無法對現實發揮作用的哲理，僅是空談而已²。

雖然許文一直強調，該文並不是討論現實的刑罰執行問題的論文，而是抽象思考應報意涵的文章，但是「善意的惡化（或sein與sollen的區分）」一語並不足以合理化抽象思考的致命缺失。溝通的應報論根本就沒有說明實際上的量刑基準，而僅是指出應報的內容必須是社會大眾以及受應報者所能接受的痛苦。此際，不論是情緒論中的大眾的激憤或公平競爭論中所沒有論及的其他道德要素，都會進入法

1 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）。

2 李茂生（註1），頁297。

策過程，影響到應報的量，最終將導致應報無法達成其溝通任務的結果³。

刑罰是個痛苦，但是因為正義的基準從來都沒有被適用在受懲罰人身上，而僅是懲罰者或旁觀者的想像而已，所以所謂的妥當、適宜的痛苦，亦即衡平的應報只存在於懲罰者與旁觀者的觀念中而已。充其量，應報刑的主張僅是一種這些人自我滿足（自慰）的手法⁴。

這些批評有如暮鼓晨鐘，提醒了我這個半路出家的刑罰哲學研究者，開始思考這樣的哲學工作對社會的影響是什麼。我很了解，李老師這麼多年來推動少年司法的改革，並且在各層面參與臺灣矯正法制與措施的改革，深入了解刑罰執行的現實，基於長年累積的體會與洞察，因而有上述的質疑。我對於矯正實務的了解極其有限，但透過他的諸多寫作，我可以想像面對龐大而僵固的「語言系統」的無奈。這是對一個刑罰哲學研究者的寶貴提醒。不過，我還是從當代英美刑罰哲學，尤其是應報論者的角度，嘗試回應其質疑。為了更有效地回應，我同時參考了他其他著作，以求更了解其整體思想（同時也彌補我當初只點到為止地引了他一篇文章的缺憾）。

在此先整理李老師的論述宗旨：（一）問題意識：如何對抗刑事司法語言系統中的嚴刑傾向？這種嚴刑傾向最主要表現在大眾的嚴刑心理，亦即重大犯罪發生後，公眾輿論中激情呼聲，加上刑罰矯正執行環節中對於受刑人除了刑罰本身之外所施加的痛苦；（二）問題界定：「嚴刑心理」的相對面，乃是愛、寬恕、悲憫、自省、贖罪等等價值。這些價值無法在嚴刑心理及氛圍中得到滋潤，而「不論是規範的應報論還是溝通的應報論，都無能為力，其頂多

3 李茂生（註1），頁299。

4 李茂生（註1），頁305。

僅能發揮掩飾的功能。⁵」言下之意是，應報論與這些價值無關，甚至當其為嚴刑心理提供部分的證立基礎時，甚至是與這些價值站在對立面的；(三) 思想與論述策略：為了解決這個問題，採取所謂的「後現代犯罪學」的理論進路，嘗試跳脫傳統「現代司法與犯罪學」，透過拆解這套以「自由與支配」為主，區分「好與壞」、「善與惡」的「語言系統」，把這裡頭所蘊含的「支配」加以「相對化」，進而減輕其支配的力道⁶。

之所以要逐點理解李老師的思想脈絡，是因為我希望找出共通點，以便在此基礎上，討論歧見所在。簡言之，我完全可以分享共同的問題意識，嚴刑心理確實是一個值得重視的現象，當大眾有如此的心理，很容易也影響到司法與行政體系中的執法者，導致造成刑罰執行上的偏差。再者，對於問題的界定，我部分同意。我同意在嚴刑的氛圍下，愛、憐憫、寬恕、贖罪等價值難以立足，而這是一個值得憂心的狀況。但我不完全同意的地方，在於我不認為應報論與這些價值徹底不相容。我認為完整的應報論可以相容於這些價值，儘管這些價值與應報所包含的其他價值，比如正義與應得，並非沒有嚴重的緊張關係。有緊張關係，不代表一定衝突。可能這些緊張的價值之間，其實都被統攝於更高的價值底下。最後，最大的歧見發生在思想與論述的策略上。李老師採取所謂的「後現代犯罪學」，以此拆解所有「現代」路線中的道德語言系統，包括善惡、好壞的「區分」⁷。相對而言，我的論述策略，在李老師的眼中，應仍然相當「現代」甚至「傳統」。基本的原因是，我不認為李老師所揚棄的傳統中，缺乏我們所需要的理論資源。甚至，我認為整體後現代策略的問題是「把嬰兒連同洗澡水一起倒掉」。那個嬰

5 李茂生(註1)，頁308。

6 李茂生，後現代犯罪學的啟示與少年事件處理法，收於：王兆鵬編，當代刑事法學之理論與發展——蔡墩銘教授榮退感念專輯，頁518-521(2002年)。

7 李茂生(註6)，頁518。

兒，就是我們對於道德的信念，這也是李老師在評論文中批評我使用「道德因素」（及所謂他所不認同的「道義責任論」）的歧異所在⁸。

所有的理論都包含某論述策略的選擇，而如何選擇策略牽涉到我們如何設想對話對象的性質。在李老師（或許某種程度也包含謝煜偉教授⁹）的眼中，「大眾的嚴刑情緒」如此地缺乏理性，好像一團野火，如果留任何的餘地，都會讓它繼續肆虐，唯一的辦法，就是不留餘地，把所有的柴火、空氣都抽掉，才有可能消滅它。而應報論無論如何改善，仍然給了這團野火太多薪柴，因此應加以揚棄。我的問題是，嚴刑現象是否百分之百沒有理性？裡面是否仍有理性的部分，儘管也有不理性的部分？

讓我先進行方法上的反思。對這個問題的回答，有兩種面向，一是內在觀點，二是外在觀點。所謂內在觀點，意思是我們不把「嚴刑心理」當作只是一種「心理」或者「情緒」，而是把對方的主張當作值得認真看待，值得進行實質道德辯論的對象。之所以能夠如此，是因為雙方承認仍有共通之處，歧異的主張仍然根源於某種深層的共享價值，儘管雙方對於此共享價值有不同的理解或詮釋。反之，當人們不同意彼此的觀點，到了一種地步，覺得對話不再有意義，就會開始迴避對話，僅僅用外在觀點描述對方。所謂外在觀點，意指我不是進入對話的實質內容來進行論述，而是跳脫出來用旁觀者的角度，視之為某種心理或社會「現象」。既是「現象」，正如打雷、下雨，我們了解的途徑就只是透過某種因果律來加以解釋。僅用「大眾心理」或者「大眾情緒」來描述對方，意味著對錯已無庸論，在價值上放棄與對方對話，不再承認雙方可能有共享的

8 李茂生（註1），頁298。

9 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）。

觀點。

內在與外在觀點在社會生活中都有其重要性。當我們尋求彼此理解時，有些時候，面對巨大的觀點與價值的差異，與其執著在內在觀點但找不到出路，不如先用外在觀點尋求理解的立足點。然而，我認為這並不是常態。在一個價值多元的現代社會中，如果我們只用外在觀點來理解彼此，永遠無法真正拉近彼此的距離。就此而言，長期以來我受到Ronald Dworkin的啟發，看到他不斷地透過精彩強大的哲學架構，在最激烈的爭議中，架構思想衝突中的橋樑。或許因為Dworkin是一位道德與法律哲學家，他一直從內在觀點立論。但李老師有深厚的犯罪學背景，而犯罪學研究中，外在觀點是很重要的。這是因為犯罪行為，正如康德（Immanuel Kant）的道德哲學所言，針對其非道德性而言，最終是無法證立而且是非理性的。之所以如此，是因為我們的行為都隱含著某種意涵，蠢動著要求普遍化——我這麼做，意味著你也可以這麼做，大家都可以這麼做，因為我們都是平等的道德主體。犯罪行為的意涵無法普遍化，無法在普遍化的同時而不否定自身的生存基礎，特別是嚴重的犯罪行為。所以，犯罪學既然是研究其意涵無法透過最終理性檢證的行為，勢必要以外在觀點來進行研究。

針對犯罪行為的研究固然如此，然而，我們是否能夠主要仰賴外在觀點來進行民主生活中的公共論述？公共道德生活中（對我來說，道德哲學的含義很簡單，就是談人與人如何互相彼此對待的哲學思考，「道德」一詞沒有承載負面意涵），我們如何選擇用內在觀點還是外在觀點來面對與我們意見歧異的公民？我的主張是在民主社會裡，只要是成年理性的公民，無論如何分歧，我們不能放棄進行內在觀點對話的可能性。就算有時候會落入外在觀點尋求暫時的理解，但仍需透過反省與批判，尋找回到內在觀點的可能性。這是審議民主理念最深層的道德基礎，沒有這樣子的政治文化支持，民主只會陷入無止盡的鬥爭，無止盡的分裂。「嚴刑心理」背後，其

實是我們日常生活彼此倚賴，共同打造共同體的公民。改變人的想法需要時間，需要耐心。尊重的內涵，就是我們願意把對方的意見當意見，把對方的想法當想法，相信我們中間一定有一些可以找出來的共通點，因而不願意把對方描述成沒有面貌沒有靈魂的「大眾」、「庶民」。

一個社會總會有一些人是比較難溝通的。我們對話的對象，不需要是每一個個別的人，毋寧是針對某種立場經過批判反省重構之後，所可能產生的最佳版本來進行對話。這就是學術討論的價值。學術討論除了提供特定社會系統中的專業知識之外，很重要的任務就是建構能夠進入公共領域加以討論的思想立場。每一個學術界的成員，都可能反映社會多元意見中的某些想法。我們的任務就是重構這些粗糙的想法，去蕪存菁地加以精緻化以至於能夠進行批判與對話。要進入公共領域，一個妥當的刑罰理論，必須說明為什麼我們需要刑罰，但同時，也把我們認為可以制衡嚴刑的機制放進來。這個理論必須能夠呈現出，刑罰在本質上就是一種很矛盾的東西。它是以惡制惡。它並不是我們道德生活中的理想狀態。如果沒有惡，我們根本不需要它。它是面對人性罪惡不得不然的一種社會建制。也因此，雖然我們需要它，卻不應該無條件地擁抱它。在使用它與節制它之間，人類社會永遠無法停止拉扯。刑罰哲學的任務，首先是讓人們知道為什麼需要刑罰，再者又為什麼不應該盲目擁護刑罰，最後是說明為什麼這兩種看似矛盾的需要，可以融貫地被包含在一個理論中。

我的理論負擔的正是這樣一種功能。我不認為嚴刑心理是一種無可救藥的立場。起碼，它可能隱含著對於「為什麼我們需要刑罰？」這個問題的答案，儘管它可能無法回答「為什麼我們不應該盲目擁護刑罰？」這個問題。而且，就策略上來說，如果我們真的要彼此溝通，透過內在觀點進行溝通，應該比起僅僅用外在觀點來描述對手，更有可能說服或打動人心。我的理論旨在告訴我們的平

等公民：「你的想法有一些道理，但是你必須看到你自己的侷限。」這比起告訴他們說：「你的想法無可救藥，那只是你某種『心理機制』的反映」，更有可能讓人聽進去。（這或許是為什麼後現代的哲學論述，很多時候被批評為具有強烈菁英性格的原因）而且，當人們懷有兩種互相衝突，但各有正當基礎的情感時，會產生認知的斷裂。如果有一個人覺得看到不公不義的罪行（不公不義就是不公不義，不論是個人或政府犯下的）感到生氣是合理的，但也不否認憐憫與寬恕是值得看重的價值。這時候，理論家如果告訴他們，這兩者在理論上絕對衝突，只能選擇其一，人們會怎麼選擇呢？我猜想仇恨或者厭惡所帶來的快感，可能會讓人選擇前者。我理想中的刑罰理論，不應該厚此薄彼，反而應該認真看待人類所面臨的矛盾處境，告訴人們如何駕馭融貫這些情緒。既是矛盾，表示二者皆有其存在的價值。承認矛盾，承認人們內心衝激的情感的初階（*prima facie*）正當性，是進行真正對話的第一步。我的文章，正是這樣一種嘗試，在嘗試證立刑罰的同時，也與嚴刑「思想」對話。

貳、刑罰情緒與憐憫

與嚴刑思想的對話中，最重要的主題仍是情緒。在文章中，我說明了「刑罰情緒論」並非妥適的應報理論，因為到最後，此理論能否成立，仍然取決於情緒所內含的理性。換言之，我雖然不否定刑罰情緒的正當性，但刑罰情緒本身不能獨立成為證立刑罰的理由。應報理論本身需要理性的證立，而這個證立同時也會界定刑罰情緒的合理範圍。對於我的說法，陳嘉銘教授從政治思想的角度，非常精彩地加以批判¹⁰。他認為，理性與情緒有四種關係，包括貶

¹⁰ 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，

抑情緒說、情緒扈從理性說、情緒決定理性說、理性情緒調解說¹¹。他認為謝煜偉教授採取貶抑情緒說，而我採取情緒扈從於理性說¹²。他認為，我們兩個都不對，比較正確的是理性情緒調解說¹³。此說認為，理性與情緒各自擁有深植於人類道德直覺中的基礎，從分別的角度出發，進行往復調解切磋，最有可能逼近、掌握道德的內涵¹⁴。

其實，我並不反對陳嘉銘教授的調解說，作為一般性的道德情緒理論而言，我甚至很願意加以採納。我之所以在文章中呈現出一種扈從式的論述，是因為我認為，不同的情緒有不同的道德地位。比方對於同情、憐憫，我願意給予更多的信任，信任情緒內涵中的直覺道德判斷。這並不意味著道德地位較為可靠的情緒，可以「決定」我們的理性內容。即便是同情憐憫這些比較正面的情緒，都仍有可能透過理性加以批判。比如，我們有可能批判不問是非的憐憫，也有可能批判過度氾濫的同情。因此，在任何情況下，我都傾向於不採取「情緒決定理性說」。對於此等情緒，我傾向於採取陳嘉銘教授的調解說。然而，比方說，針對厭惡與噁心，正如Martha Nussbaum很重要的論證，說明了其內在的道德判斷有高度的誤導可能性，不能給予太多信任¹⁵。對於此等情緒，我雖然不願意全然否定其價值，但是我認為將其置於扈從地位較為妥適。應報的情緒基礎最重要的有兩種，一是「義怒」，一是「復仇」。復仇我將於下一個段落討論。義怒，是一種很重要的政治情緒，幾乎構成當前台灣政治論述中背後的主旋律。當人們進行公民不服從，抗議政府的

頁 313-333 (2015 年)。

11 陳嘉銘 (註 10)，頁 316-317。

12 陳嘉銘 (註 10)，頁 317。

13 陳嘉銘 (註 10)，頁 317-318。

14 同前註。

15 MARTHA C. NUSSBAUM, HIDING FROM HUMANITY: DISGUST, SHAME AND THE LAW 71-171 (2004).

時候，非常仰賴「義怒」這種情緒。我認為義怒比起厭惡與噁心，有更可靠的道德品質，但是比起憐憫與同情，卻其道德品質又比較可疑。這意味著我可能採取調解說，也有可能採取扈從說來處理義怒。義怒，表示有重要的道德價值受到侵犯，其反映侵犯者輕賤此道德價值的程度，也反映我們在乎此價值的程度。然而，義怒仍然有誤導道德判斷的危險，因為義怒好像一盞鎂光燈，照在受到侵犯的價值之上。然而鎂光燈沒有照到的暗處，卻可能隱藏著其他受到忽略的，但卻與道德判斷極為相關的事實，比如事情的成因、背景、對於侵犯者的理解等等。簡單地說，我相信義怒有價值，但是必須受到約束。這兩者之間如何平衡，或許確實是某種調解關係，有鑒於此種情緒在政治生活中的重要性，非常值得未來繼續深入探討。

從義怒出發，我們很自然聯想到憐憫與同情，這也正是李茂生教授的刑罰理想所在。不過，他似乎把憐憫與同情當作與義怒抵觸的情緒或德性，以至於當高舉憐憫與同情時，必須要全面打擊義怒的基礎才能達到目標，也就是他對於「道義責任論」批判¹⁶。可是，我認為李老師誤解了義怒與憐憫與同情的關係。義怒與憐憫是同屬於道德領域的重要情感。去打擊「道義責任論」或者「道德語言」，並不能夠給予憐憫更強的地位，反而會侵蝕憐憫的基礎。這是因為憐憫或寬恕有其前提。前提在於我們先承認一個人有負責任的能力，先承認一個人有資格成為應報正義的對象，在此基礎之上，進一步加以同情的理解，因而給予憐憫或寬恕。如果不先讓一個人負起責任，讓他知道他所應得，寬恕是沒有意義的。這個重點在討論轉型正義的脈絡最容易被凸顯。若不先把威權政體所犯下的罪惡暴露出來，加以譴責，如何能夠談寬恕或憐憫呢？這個道理在一般的刑事犯罪也是一樣的。不談正義，不談應得，只談憐憫或同

16 李茂生(註1)，頁298。

情，只有一種情況，那就是我們憐憫的是一隻可憐的小動物，不是人，不是平等的道德主體。對於小動物，我們或許可以談憐憫、同情，因為小動物也有受苦的能力。我們憐憫同情小動物，多半是因為牠受苦。但是，針對小動物，我們甚至無法談寬恕。因為寬恕只針對有道德思維能力的人。對於小動物的憐憫、同情是一種內涵較為狹窄的憐憫同情，因為我們只能同情其感官所受到的苦楚；但針對人，我們的憐憫與同情更為深刻，因為憐憫同情的對象，不只針對感官苦痛，也針對靈魂的掙扎，道德困境中的無奈，無語問蒼天的悲劇處境。這種悲憫，只能針對人性而發。而承認人性，同時必須承認其負責的能力，同時也必須容許義怒與憐憫進入人性的劇場之中。

參、復仇

顏厥安教授對於拙作中復仇概念的分析，做了極為深入、寶貴的反思：

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。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¹⁷。

17 顏厥安，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，中研院法學期刊，17期，頁340（2015年）。

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）。……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¹⁸。

此段論述的目標與我並沒有根本上的差異。我們都認為應報與復仇是有差別的。如果硬要找出歧見，或許在於應報與復仇的差別程度。顏老師認為，由於二者都與「應得」有關，因而使得二者有「幾乎無法清楚切分的近似關係」¹⁹。其實，我並不否認復仇與應得有關。然而，我和顏老師分享的諸多應報與復仇概念的差異點，顯示出即便都與應得有關，二者仍然有相當重要的差別。二者好像一對孿生子，雖然系出同源，卻發展出相當不同的性格。

在某個程度上，我同意顏老師的洞見，那就是復仇無法由規則構成。但是，我可能與顏老師對於這個主張的意義，有不同的看法。我認為復仇並非沒有價值目的。如果顏老師認為復仇與應得也有密切關係，這豈不就是復仇的價值目的——給予為惡者所應得？我在文章中並沒有提到Walter Benjamin的想法。但是我在此要引用他的一段話，來說明應得的性質：「所有的暴力都包含著立法的性質。……在重大犯罪中，罪犯使用的暴力透過威脅宣告新的法律來

18 顏厥安（註17），頁342。

19 顏厥安（註17），頁340。

衝撞法律體系……國家懼怕法外暴力，僅僅因為其立法性質。²⁰」換言之，所有對他人法益的侵犯都在宣告法外之法，潛在地宣告新的統治秩序，一種高度恣意缺乏可預測性且缺乏正當基礎的統治秩序。以眼還眼，以牙還牙，就其最原始粗糙的目的，就在於取消這個潛在的新的立法，新的統治秩序，宣告如果你可以對我這麼做，那我也可以對你這麼做，這使得我不再活在你的恣意統治之下，進而恢復我們的平等關係。這一點，陳嘉銘教授也清楚地看到了。他說：「如果有人無正當理由違背了某條刑法，侵犯了他人的生命、身體、財產和自由，我們會說他不僅破壞了刑法的規範秩序，也輕視了人人平等的價值，因為對平等價值的尊重，體現在每個人必須遵守正當的法律。無正當理由違法者或者抬高了自己高於每個人的價值地位，或者貶低了受害者和他的平等價值。²¹」

我在文章中所引用Robert Nozick對於二者的區分，是一種概念上的分析。但是，我後來也把二者放在歷史的發展中來看。我認為當現代國家壟斷武力並且建立普遍性的法秩序之後，應報與復仇的差別才越來越明顯。我的意思其實正是二者確實都與應得有關。當缺乏客觀的法秩序進行有效的統治的時候，復仇可能是唯一可能給予重大「負面應得」的社會機制。然而，二者最大的差別在於，復仇所建立的秩序似乎無法普遍化。我向你復仇，取消了你潛在的立法，然而，我是不是同時又建立了另一套可以恣意統治你的法？我對你的復仇，到底僅僅取消了前法，還是同時建立了迫使你臣服於我的新法？這正是為什麼復仇有無限延續「冤冤相報」的傾向。如果你向我復仇，當我們兩個關係已經破壞了，我無法信任你不會繼續使我屈服在你的統治之下，於是，我必須反復仇，確認我們之間沒有臣屬關係，反之亦然。正如顏老師所言，這可以跟情緒無

20 Walter Benjamin, *Critique of Violence*, in REFLECTIONS: ESSAYS, APHORISMS, AUTOBIOGRAPHICAL WRITINGS 277, 284-87 (Peter Demetz ed., 1978).

21 陳嘉銘（註10），頁324。

關²²。這是一種立法與反立法之間不斷的循環。這是一種不穩定的秩序，是一種會導致自我取消的秩序。相反地，應報雖然也強調給予應得，但是透過第三者公平的施予應得，其所依據的是一種可以普遍化的規則。所有的人都臣屬於這種規則，而不是互相競爭宰制。

肆、死刑

顏老師在評論文對於我所提及的死刑論述提出進一步的批判。顏老師的批判重點在於Matthew Kramer和我不約而同提出的「極端邪惡」(extravagant evil) 概念²³。問題在於，第一，其與死刑的關係並不清楚，彷彿是先內建了死刑的結論；第二，希特勒(Adolf Hitler) 與其他獨裁者的界限並不清楚，如果其他獨裁者不一定值得施予死刑，希特勒也不一定；第三，從第二點延伸出，道德直覺並不可靠。

首先，我不否認Matthew Kramer和我所做的理論工作，都是在嘗試理論化我們和Robert Nozick共享的道德直覺，那就是希特勒應該被處死。就方法而言，我們在做的工作，正好是屬於陳嘉銘教授所謂的調解理性與情感²⁴。我們對於死刑是否可被容許，跟我們所處的社會環境，甚至我們所共享的歷史記憶很有關係。當一個社會環境逐漸遠離戰爭血腥的歷史，社會環境趨於穩定，死亡與流血越來越成為異常、被掩蓋的現實的時候，人們對於死刑的接受度也會減低。不過，身為一個哲學研究者，我自己設定的任務是要讓自己向各種歷史經驗開放，思考其中的哲學含義。雖然我自己沒有經歷

22 顏厥安(註17)，頁341。

23 顏厥安(註17)，頁357。

24 陳嘉銘(註10)，頁316-318。

過那些慘酷的歷史，但是我盡可能接觸、體會那樣的歷史記憶。當我在美國華盛頓特區參觀大屠殺紀念館，或者閱讀大屠殺的資料時，我生出與Kramer以及當時一整代人類社群類似的道德直覺，那就是希特勒不值得活，而且人類社群有義務去執行這項道德義務。我們能夠面對面地告訴大屠殺的倖存者，或者絞殺艾克曼（Adolf Eichmann）的以色列人民，堅定說出：「你們錯了，你們沒有尊重希特勒／艾克曼的人性尊嚴，你們沒有尊重他們的生命權」嗎？我說的不是因為怕尷尬或者怕傷害他們的感情，出於禮貌的關係，而不願意說。我說的是批判性的道德主張，我們是否覺得，對於生與死，對於邪惡，對於刑罰，我們比他們的了解更深刻，以至於能夠論斷他們的應報思維與情緒？

顏老師提到，越去提希特勒，越有可能顯得遠離那種歷史處境底下的死刑犯，很可能不應該處死²⁵。這點我和Kramer是同意的。我們都認為應該極端限縮死刑的範圍。問題是，我們不認為「極端邪惡」限於大規模殺人，也包括小範圍但極殘忍的殺人。獨裁者所犯的罪行，是公共的罪行，起碼曾經想辦法加以證立，不論是為了日耳曼的光榮、無產階級專政下的烏托邦，或者其他的極端政治目標。起碼他們都還宣稱是為了某種更大的「善」，儘管這種「善」是極端腐化扭曲的冒牌貨。相較之下，連續凌虐、殺人以為之樂的連續殺人魔，甚至不想要加以證立，就是因為「我高興」，這樣的犯罪行為，我不認為其邪惡程度有質的差別。

接著，顏老師把希特勒、蔣介石、毛澤東、史達林綁在一起，認為他們若非都該死，或許都不該死。這個看法其中涵義頗為耐人尋味。顏老師似乎承認，在道德直覺上面，雖然大多數人都覺得希特勒該死，但是對於其他獨裁者，就比較沒有把握。但由於「獨裁者」都是一丘之貉，如果對其他獨裁者沒有把握，那麼對於希特勒

25 顏厥安（註17），頁359-361。

該死的直覺也應該動搖。對此，我提出另一種想法。有沒有可能，希特勒和其他獨裁者確實有差別，只是我們沒有能夠清楚說出來而已。事實上，國際刑法上對於crime against humanity以及genocide的界定，有一定的嚴謹性。或許我們可以從那裡看看，是否有比較嚴謹的定義。除了國際刑法外，這個問題也牽涉到對於獨裁政權歷史的重構，牽涉到如何理解他們的處境以及他們的政治目的和野心，希特勒是以除掉一整個種族為明白的政治目標，其他獨裁者呢？這個問題遠非我現在可以回答，僅僅指出思考方向。

關於嚴重的種族屠殺或者敵視人性國際刑法上罪行，基於羅馬公約目前已經不再採用死刑了²⁶。當初羅馬公約把死刑拿掉的時候，在簽約國當中有很大的爭議，很多國家不認同，因此議定過程陷入膠著。後來拿掉死刑是妥協之下的產物²⁷。近十多年來，國際廢死的趨勢逐步開展。這個趨勢有很多的原因，我們現在無法深究。我認為最好的理由不是犯下這些嚴重罪行的人有權不被處死，而是因為目前有相當數量的國家選擇用這個方式來表達跟罪行的切割，這種說法簡單講，就是「我們不要跟你一樣」。事實上，這種想法也出現在國內的討論，其論證結構跟援引轉型正義來反對國內刑罰的死刑是類似的。這種想法當然有其道理，不過，選擇如何與罪行切割，不是只有一種方法，不同的歷史記憶，不同的對其之詮釋，不同的對於生命與死亡意義的看法，都會影響到如何切割，而廢死不是唯一的方法。我們同樣可以透過嚴格限縮死刑的適用，來表示與犯罪者的不同。

接下來，我要談談邪惡與死刑的關係如何連結。我們用來證立一件事情的原則有兩種。第一種，系爭原則其實是更高的原則的一

26 WILLIAM A. SCHABAS, THE ABOLITION OF THE DEATH PENALTY IN INTERNATIONAL LAW 235 (3d ed. 2002).

27 *Id.* at 256, 258.

個例子，系爭原則是透過該更高的原則得到證立，它沒有屬於自己獨特的證立；第二種，系爭原則本身擁有獨立的證立理由。比如說，我認為吃素是對的。「應該吃素」這個原則，若視之為第一種情況，意味著其正當性源自更高的原則，比如說，「動物的生命與人的生命同樣值得保護」。從這個更高的原則，可以導出「應該吃素/不應吃葷」、「不應打獵」、「不應進行動物實驗」等等子原則。「應該吃素」只是諸多子原則中的一種。相反地，如果把「不應吃素」當成第二種擁有自己獨特證立理由的原則，那麼所持以證立的理由，就是直接針對「吃素」這件事情本身而來的，比如「吃素」有益健康、吃素有助於生態平衡等等²⁸。顏老師認為Kramer和我沒有建立邪惡與死刑的關聯。但我懷疑，這是因為當我們採用第一種原則來證立死刑時，廢死論者一直在找第二種證立原則，好像只有第二種證立方式是唯一途徑。但死刑最主要的證立方式是第一種，而廢死論者一直在要求第二種證立方式。基於應報論而要求死刑，主要不是因為死刑本身有助於達成什麼目的，而是因為應報論的「罪刑相當原則」的要求。

為什麼罪刑相當原則會要求在極端邪惡的謀殺犯罪判處死刑？「罪刑相當」其實是很複雜的一套衡量過程。首先，正如前面Walter Benjamin所言，犯罪其實是一種僭越的立法嘗試，由於人人平等，所有犯罪行為等於在邀請其他人也以同樣的行為做在他身上。這相當於以眼還眼，以牙還牙。有鑒於此，死刑必須侷限於殺人犯罪。然而這只是第一步。並非所有殺人犯罪都應該處以死刑。這是因為衡量過程的第二步，國家基於「應得」，衡量整體犯罪的情狀，評估犯罪行為對於社會所發出的訊息，之後，評估應以何種刑罰發出對反的訊息。換言之，第一步是複製，但第二步是整體的評估。接下來，第三步是過濾社會認為過度殘忍不文明的刑罰。第四步是考

28 FREDERICK SCHAUER, FREE SPEECH: A PHILOSOPHICAL ENQUIRY 3 (1982).

慮行為人是否有值得憐憫與同情之因素。所有的殺人犯罪透過第一步都會成為潛在的死刑對象，但是在接下來的三步當中會逐漸加以排除。之所以極端邪惡的犯罪會被留下來成為死刑的對象，是因為在第二步的衡量當中，它不只缺乏可以被排除的理由，而且正面地，極端邪惡的犯罪所顯示出來的對於生命的輕賤與踐踏，若非透過死刑，不足以對行為人彰顯其罪行的嚴重程度，也不足以表達社會對於受害人所受痛苦的理解。

道德直覺是一種道德判斷的彰顯。當道德判斷非常著重對象的個體性時，它最好不要具備有規則的可預測性。因為規則的可預測性，意味著抹煞個案的特殊性。不具可預測性，不代表其不可信賴。也有可能是因為，真正好的道德判斷，是會衡量個案所有因素的獨特判斷。當我們強調應該對犯罪人給予憐憫、給予理解與同情時，我們所希望的正是放棄規則的抽象性與僵固性，考量犯罪人與犯罪行為的特殊性。這是為什麼刑法第57條量刑因素不可能採用規則模式，必然採取諸因素綜合考量的模式。如果要降低裁量恣意，或許可以採用顏老師所提到的美國法律學會（American Law Institute, ALI）在模範刑法典（Model Penal Code）裡所建議的加重與緩和因素模式²⁹。這種模式的目的是在於透過民主程序，挑出某些因素，給予特殊的重量。應該如何挑選加重因素，每個社會都應該按照自己的信念去實踐。

如果有一天，我們改進死刑制度到一個地步，台灣社會仍然認為很難操作，問題還是很多，那麼到時候加以廢除也是合理的做法。我從來不反對在特定時空下可以廢死，儘管我認為死刑有其正當合理的基礎。因為就算有合理的基礎，一個社會制度能否實行繫於眾多因素的權衡。合理的基礎僅僅給我們很強的理由加以維持。但是很強的理由不是絕對的理由。我反對的是基於錯誤的理由、錯

²⁹ 顏厥安（註17），頁346。

誤的步驟廢死。基於執行困難、成本太高、避免被威權政府誤用（比如香港的處境）這些理由廢死，我都可以接受。我所質疑的，是基於人權、基於人性尊嚴、基於文明的理由而絕對性地廢死。我當然支持人權、支持人性尊嚴、支持文明，但是我不認為人權、人性尊嚴、文明這些概念的內涵可以導出絕對性的廢死主張。用John Rawls的話來說，我和絕對的廢死論者或許分享了人權、人性尊嚴、文明的「上位概念」(concepts)，但是在死刑議題上，我們持不同的「下位概念」(conceptions)。這次很榮幸能夠跟自己的恩師進行深入的學術對話。我希望未來可以繼續針對這些不同的「下位概念」(conceptions) 進行研究。為死刑論辯的雙方，甚至更廣泛的對於刑罰的一般性歧見，繼續在公共領域裡搭建理性的橋樑。

參考文獻

1. 中文部分

- 李茂生(2002), 後現代犯罪學的啟示與少年事件處理法, 收於:
王兆鵬編, 當代刑事法學之理論與發展——蔡墩銘教授榮退感
念專輯, 頁493-574, 臺北: 新學林。
- (2015), 應報、死刑與嚴罰的心理, 中研院法學期刊, 17
期, 頁295-311。
- 陳嘉銘(2015), 「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。
- 顏厥安(2015), 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, 中研院法學期刊, 17期, 頁335-368。
- 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

- Benjamin, Walter. 1986. Critique of Violence. Pp. 277-300 in *Reflections: Essays, Aphorisms, Autobiographical Writings*, edited by Peter Demetz. New York, NY: Schocken Books.
- Nussbaum, Martha C.. 2004. *Hiding from Humanity: Disgust, Shame and the Law*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Schabas, William A. 2002. *The Abolition of the Death Penalty in International Law*. 3d ed. Cambridge: Cambridge University Press.
- Schauer, Frederick. 1982. *Free Speech: A Philosophical Enquiry*. Cambridge: Cambridge University Press.