

寬容社會的曙光？*

—— 從市民刑法的例外、犯罪事後處理機能、社會責任 於個人責任的反饋回應三篇評論文

謝煜偉**

目次

壹、三篇評論文的議論重心	二、關於規範應報論的批判
貳、有關規範應報論以及社會契約論的批判	參、犯罪事後處理機能論
一、關於社會契約論的批判	肆、社會責任對個人責任之反饋
	伍、代結語：寬容社會的曙光

壹、三篇評論文的議論重心

2014下半年接獲中研院法學期刊編輯的來信，希望我所撰寫的「重新檢討死刑的應報意義」一文（以下簡稱本論文）¹能夠接受其他學者的評論，並且還要針對評論文撰寫回應。類似這種正式的書

* 投稿日：2015年8月18日；接受刊登日：2015年8月26日。〔責任校對：江奕穎〕。

** 國立臺灣大學法律學院專任助理教授。

1 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）。

穩定網址：<http://publication.ias.sinica.edu.tw/42809151.pdf>。



面評論與作者回應，或許在國外的法學研究社群裡不是什麼新鮮的事情，但在臺灣仍尚處於起步、摸索階段。當時雖然覺得是件苦差事，但至少是對論文議題挑選的肯定。再加上論文刊登後，陸續出現數起社會矚目案件，讓死刑存廢議題持續延燒，筆者基於對淺碟文化以及鄉愿態度的反省，認為有必要把話說的更清楚、完整一些。總之，由於單純想要促進死刑議題對話，就硬著頭皮答應下來。當陸續拜讀三篇評論稿之後，我便覺得當時實在是有勇無謀。因為要針對三篇不同立場、不同觀點，甚至解讀截然不同的評論文撰寫回應不但是件苦差事，更是棘手又困難的任務。更何況三位撰寫評論的學者都分別是刑事法學、法理學以及政治哲學研究的資深權威或中堅翹楚，也同時都是曾對死刑議題提出極具深刻分析與反省的研究者。面對如此豪華且高規格的評論者群，我所能做的，就是不卑不亢提出回應、反論與進一步的議題延伸，作為對三位評論者以及貴誌編審最誠摯的敬意與謝意。

這三篇評論文對本論文的批評重點不盡相同，李茂生教授評論文（以下簡稱李文，敬稱略）²以及顏厥安教授評論文（以下簡稱顏文，敬稱略）³著重在本論文於「修正的社會應報論」以及關於「社會責任」論述上的問題。兩位教授皆分別認為，要把國家或社會的「二次（間接）責任」拿出來放到行為人量刑時討論，並成為一項行為人個人責任之減輕事項（按本論文的說法應該是「死刑迴避事由」），以類似過失相抵的概念減消行為人的「得以科處死刑之責任」的想法在現行制度中是有困難的。而李文更清楚指出，正因為國家社會責任不易進入個人責任概念的領域，因此才會在刑事責任概念色彩較淡的少事法將國家社會責任稱為「贖罪」⁴。進而，

2 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）。

3 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335-368（2015年）。

4 參見李茂生（註2），頁302。

其主張必須要透過觀看並理解令懲罰者與旁觀者趨於嚴罰的心理，並且反躬自省，適時發揮自己的潛能力（將能力或潛能予以懸置的能力）才能孕育出寬恕、憐憫與贖罪。

另一方面，顏文提出以「社會」作為責任主體的社會責任論，亦即，既然社會也是責任主體，必須要負起某種對待處遇等批判性觀點，不過也強調，這樣的社會責任論述僅止於社會批判，卻不能真正在道德論證上徹底反駁死刑的正當性。而顏文認為必須從正當法律程序觀點，反駁死刑的正當性，亦即，由於得以科處死刑的責任所需要的道德判斷，無法絕對穩固地通過正當法律程序的公道（fairness）檢驗，因此必須對刑保持永遠開放、可修正的可能性。

相對於李文與顏文所持反對死刑的論調，陳嘉銘助研究員的評論文（以下簡稱為陳文，敬稱略）⁵則對於死刑的適用可能性抱持開放（但從陳氏其他論著中推測其較為傾向肯定？）的態度。而在扣除明顯誤解和錯誤引伸的篇幅之後，陳文對筆者最有力的攻擊，即是批評筆者在論文中使用全稱式的命題去描繪「社會契約論」，並認為筆者將這種全稱觀點下的社約論作為規範的應報論的討論前提是有疑問的。

由於容許的撰稿時間有限，本文以下對三位評論者之回應，若有未盡之處，希望三位評論者海涵。

⁵ 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）。

貳、有關規範應報論以及社會契約論的批判

一、關於社會契約論的批判

本論文關注古典的社會契約論（而非羅爾斯（John Rawls）的現代的社會契約論）對於刑罰理論及制度的影響，正是因為古典社會契約論的下述兩項重要論點乃啟蒙刑法學所構築的刑罰權力正當基礎不可或缺的論理前提。一是社會契約論所設定的「人」形象，如果暫且先捨去社會契約論內部多樣性的討論，其所想定的人，先於國家、社會而存在，在此意義下，人皆擁有自然意義下的自由，同時也擁有同意的能力。其次，是其對政治社會狀態的想像，個人透過（想像上的）契約締結而創設或變更政治社會或國家秩序，至於關於契約的當事者、契約型態及內容以及國家秩序的正當性來源等則大異其趣。秩序作為一種世俗間的產物（有別於神或自然秩序，可謂為一種人造物），其正統性、正當性必須由人類自身所應具有的基準來決定⁶，規範秩序下刑罰權力行使的正當性基礎也是如此。

從結論來說，筆者可以接受陳氏部分質疑，對於社會契約理論的脈絡書寫並不够細膩完整，也在鋪陳各家理論之異同處之後，使用較為化約、不精確的詞彙（社會契約論）來提出論證。不過，本論文也並非全然泛指古典社約論者之主張皆為相同，相反地是在與本文論證有關連的範圍內，比較其差異，再於異中求同，藉以說明其共通的特性。

相對於陳氏如此「反化約主義」的主張，陳文最後卻使用一種全稱式的角度簡化了刑法乃至於刑罰體系的理論與制度脈絡。亦即，陳氏在一連串對本論文錯誤的理解及批評之後，提出自己的主

⁶ 參見重田園江，社会契約論：ホッブス、ヒューム、ルソー、ロールズ，頁 9-12、22-24（2013 年）。

張，認為：「我們不需要採取化約主義的哲學假設，不需要把應報論的刑罰主張化約到更深的社會原理，或化約到其他更基本的人生或社會目的。……在我們關於應報的日常語言活動中，刑罰就有它的意義和價值，我們不需要去問更深的解釋原理和證成目的。」（粗體為筆者所加，以下同。）並且進一步提出其對於刑罰基礎的應然論述（道德論述）：「如果社會中的任何個人被另一個人沒有正當理由地侵犯他的身體、生命、財產和自由，如果侵犯者（沒有正當理由地）不遭受任何相應於他的錯的懲罰，我們會認為侵犯者的價值凌駕在受害者以及這個社會的其他人之上。」最後並定調，在民主社會中，「每個人具有平等價值地位」以及「刑罰的價值調整或回復功能」是「具有合理理性的人都應當會如此認為」的論述（底線皆為筆者所加，以下同）。其實，透過對陳文所提出之概念進行檢討，某程度而言就可以回答陳文對本論文的質疑。

陳氏使用一種最傳統的，甚至被認為是「天真的」對「侵害」概念的理解來定義犯罪的實質內涵，並且以一種理所當然的口吻來合理化刑罰的價值調整功能並建構刑罰的正當性基礎，卻絲毫不認為這種理論上的簡化有何不當⁷，筆者感到萬分不解。進而，筆者對於陳氏單以政治哲學（或法哲學）在刑罰論上的發展為思考依歸，卻忽略刑事法學對於刑罰意義以及其目的的討論，甚至對不同國家間複雜多樣的刑罰制度採取一種渾然天成的真空式、去脈絡式討論，感到不可思議⁸。

如果筆者沒有理解錯誤，陳氏上述關於刑罰正當基礎的文字，

7 縱使陳氏美其名為「哲學反化約主義」，但只是凸顯其欠缺對刑罰制度及相關議題的深刻理解，卻野心十足的想要從死刑的論證直接跳躍到所有刑罰的論證。

8 不過，筆者心中油然而生的不解與不可思議，如果退一步而想，或許只是因為雙方對自己的「守備領域」有一定的堅持與敏感度而導致吧！以上的念頭，並不是為本論文就社會契約論的部分未能符合陳氏期待所設想的開脫之辭，相反的是更應該借重這種相互討教的機會，讓思考更周全，想像更豐富。

仍舊是以近代市民刑法的基本設定（1. 人人在社會中的價值平等、2. 以刑罰作為苦痛賦予來調整因侵害而導致的價值不平等、3. 理性者皆承認上述價值平等的設定以及同意以此作為價值調整之方式）並且將犯罪的實質內涵建基於侵害原理（harm principle）之上。諷刺的是，陳氏一方面力陳17、18世紀的古典學派現今早已式微，但卻又到最後採取非常帶有啟蒙刑法意味的論調。單以「侵害原理」作為實質犯罪概念，其實已經無力合理解釋犯罪構成要件的多樣性（例如不作為犯、超個人法益犯罪乃至於各式各樣的現代型刑罰法規），這幾乎可以說是刑法學界的共識⁹。姑且不論這點，陳文僅將刑罰作為「調整因侵害導致的價值不均衡」的看法，更是直接將百餘年來刑事政策學、刑罰學對刑罰制度目的與功能的理論發展視作無物¹⁰。

更重要的是，筆者要問：在陳氏眼中，那些判斷罪罰是否「相應」的「我們」是誰？刑罰的「換價」內容為何？換價程序如何進行？刑罰的宣示與執行與價值平復的關係為何？不同意或不接受陳氏刑罰理論的「人」，是否就會被陳氏認為「不具有合理理性」？如果所有人在設定上皆具有合理理性，那麼勢必要在論述上採取類似於某種「假設或默許同意（或承認）」的方式來維持自身論述上的一致性¹¹。建議陳氏千萬不要忘記反身檢驗自己的理論設定是否也隱含了筆者所欲強調的「例外狀態（意即市民刑法的例外）」的現實上可能性，那些打從根本就不接受或不符合上述設定之人（無論是否要貼附上非市民或敵人的標籤，也無論是否僅是精神障礙狀

9 當然，還是有非常多更細膩的理論對應以及對於啟蒙刑法學精神的堅持。這些嘗試是否成功，仍有待進一步評價。不過很顯然地，陳文並不認為這些在刑法學界的討論是重要的，其僅在乎日常語言活動中所展現的刑罰的應報意義。

10 關於刑罰制度與刑罰學論述的脈絡，可以參見 David Garland 的系列作品：David Garland 著，周盈成譯，控制的文化：當代社會的犯罪與社會秩序（2006年）；David Garland 著，劉宗為、黃煜文譯，懲罰與現代社會（2006年）。

11 瀧川裕英，政治的責務は同意による責務か？（1），大阪市立大学法学雑誌，56号，頁19-22（2009年）。

態下的無責任能力者)，是否也適用陳氏的應報概念？若是，則是否意味著責任原則的放棄？若否，則其對應的原理為何？預防？危險源隔離？抑或矯治？再者，對於侵害狀態以及侵害行為人的對應措施為何？是要採取類似保安處分或惡名昭彰的保安監禁（*Sicherungsverwahrung*）等方式？或者，按照陳文的亞里斯多德主義觀點，此際作為等價交換的應報（交換正義）退場，取而代之的是（搭配其他理論基礎下的）分配正義觀？

其次，陳文雖然試圖捍衛他所支持的「規範應報論」¹²，但卻沒有回答刑罰的價值回復功能究竟從何論證而得？一種很單純的看法是，將犯罪侵害以及刑罰各自對受害者以及加害者所造成的痛苦予以抽象化（貨幣化），並且設定一定的兌換匯率（侵害程度與刑罰量），藉由刑罰的執行（換價）達成陳文所謂的回復到平等地位的狀態。雖然不可諱言，這種說法某程度上反映了某些時代下的精神，但爭執點甚多；縱使現今的法秩序下設定了「人人具有平等價值」這點（也就是陳氏所謂「每個人都會被說服」的道德論述），但不代表「刑罰的價值回復功能」這點會是當今每個人都會被說服的道德論述。

此外，陳氏在一連串的批判中，可以說混淆了「差異本身的存在」、「差異後的分類」與「基於不同差異分類下的差別對待」這三個層次。陳文似乎不明白本論文之所以檢討社會契約論以及規範的應報論，欲強調者在於差異的不可避免（第一層次），至於差異後的分類（第二層次）以及與「差異分類下的差別對待（第三層次）」，並非本論文在那裡所要探討的重心。而陳氏始終惡意曲解並以一種誤導的口吻定調本論文主張「社約論者將謀殺犯當做共同體

12 但如後所述，陳氏口中的「規範應報論」與本論文對話對象的「規範應報刑論」並不相同，雖然譯名相同，在某些理論外觀上也具有相似性，然而理論脈絡並不一致，對於規範秩序的理解以及其回復作用的展現更是有區別之必要。

的叛徒或非市民」。陳文做出這些反擊無非是想要證成，當代以普遍規範秩序為主張的政治社會基礎中，並沒有把（可能可以處以死刑的）謀殺犯當做共同體的敵人或非市民。問題是，這種論述層次仍僅停留在一階觀察的世界中。問題的核心根本不是在於「謀殺犯（或重大謀殺犯）的定性」，本論文在探討規範應報理論乃至於社會契約論於啟蒙刑法學的理论根基時，也並未論述到「謀殺犯」應否為「非市民」或「敵人」（第二層次），更遑論去討論「應否」要對這些被分析出來的「非市民」採取「死刑」這種刑罰效果（第三層次）。古典社會契約論者對於謀殺者的定性根本不是本論文的關心所在。

本文在該當章節中所關注的是在普遍性的規範秩序下，國家規範的發話對象設定（「市民」或「人」）是否存有例外？而這些例外是在理論建構時便意識到的「理論上的例外」（例如盧梭（Jean-Jacques Rousseau）的相關主張或敵人刑法理論），抑或是在理論層面予以壓抑，但透過二階觀察即可察覺出來的「現實上的例外」？筆者關注的除了前者之外，更包括後者¹³。至於關於第二層次的問題，本論文已經說明，各個市民社會中的「例外」設定，必須看各個市民社會的編成內容才能確定¹⁴。當今最可能被視為例外的無非是外患、間諜活動、恐怖主義、人種滅絕等犯行，只探討謀殺，實在太過簡化問題的討論深度。此外，例外下的對應問題並不僅止於

13 這一點在李茂生教授的評論文當中也已清楚指出：「謝文更表達了對於國家規訓機制的疑慮，並藉此表示以啟蒙市民形象所表達出來的應報，其實僅是一種共同主觀的虛像而已，應報的反面，真相是透漏出區隔市民與非市民的訊息。亦即，當刑法面對無法溝通的非市民時，雖然仍舊是以應報之名予以對應，但是實際上卻是直截了當的切割，並將之排除於社會契約之外。」李茂生（註2），頁300。

14 陳文也試圖提出自己對霍布斯（Thomas Hobbes）、洛克（John Locke）、康德（Immanuel Kant）已經迎接新興的大型商業民族國家，共同體不需要這麼強烈的身體共同感，不會主張謀殺等於攻擊了社群的核心契約和社群整體。就此，也可以說是呼應了筆者在本論文（謝煜偉（註1），頁174註82）所引述其他學者的論點強調第二層次須看各個市民社會的具體編成才能決定的看法。

實體法的層次，還包括（更重要的）程序法上的層次（例如拷問是否絕對禁止），而後者更是當代歐美探討例外狀態的核心議題所在。

「差異」不可能消除，但差異化後的差別對待（具體而言，可謂對犯罪（或犯罪人）的對應）卻可以和緩。而這樣的和緩並不是建立在一種君主對子民式的恤刑思想，而是體會到「刑罰」必然帶有的國家權力極致展現的面相，而當代的刑罰權力行使建立在對犯罪概念的精細區分以及對犯罪人形象的切割定位。筆者還是想要再次強調市民刑法中的「理性自律主體」的形象設定，縱使是一種共同幻想下的虛像¹⁵，但卻是這套系統存立不可或缺的設定，問題並不在於揚棄這套假想，而是揭露虛像背後的實像，亦即，理念下所隱蔽的現實問題才是重點。因此，「與其反覆爭執非市民究竟存不存在（於這些理論家口中），不如重新從『國家刑罰權力』與『在刑罰權力下的人』之間的關係展開討論。」

最後，陳文僅以亞里斯多德就平等合作之人之間「尋求以惡還惡，若非如此即是奴隸」的說法（亦即陳氏的亞里斯多德主義應報

¹⁵ 就此，陳文再一次錯誤地以為筆者將這種市民形象的設定定位為是經驗層次上假設的「社會共同心理狀態」，因此批評筆者混淆了道德論述和心理學上的經驗論述（直接引述陳文：「在一個正當的民主社會中，『每個人具有平等價值地位』的信念不是心理學的經驗命題，而是每個合理理性的人都應當會被說服的道德論述。」）。直言之，這是非常低層次的誤讀，陳氏只看到筆者提及「規範秩序的確證、否定與再確認一事如果無法加以檢證，則只是一種假設出來的『社會共同心理狀態』」（謝煜偉（註 1），頁 161），就直接跳躍到指控筆者對於市民形象的基本設定理解為是一種心理學上的經驗論述觀點。正好相反。本論文已明確指出這種市民形象的基本設定是近代市民刑法運作的根本前提，其不啻是一種「共同主觀」下的產物，然而所謂「共同主觀論」的核心其實正是不折不扣的道德論述，對共同主觀（市民形象的設定）的批判也自然是對道德論述的批判。然而，「規範秩序的確證、否定與再確認」一事性質上卻（必須）是經驗世界中對於外界（規範秩序）狀態變化的觀察以及調整，而非假想出來的社會共通心理狀態，更不應該是斷定式的道德論述。如果不能更清楚的指出其觀察與操作的指標，則無法說明在每一次的犯罪評價與刑罰科處之際是合宜、均衡的。

論)作為這一連串道德論述的休止符,然而,這其實只不過是「以牙還牙,以眼還眼」的精緻版本¹⁶。雖然當代的刑法學已鮮少有人以亞里斯多德發展刑罰理論,不過,筆者並不願同以「不清楚陳氏花心思在古希臘哲學家的推論對於現今回應當代的刑罰理論有何幫助」一語來回應,這沒有任何建設性可言。若欲進一步深究陳氏所主張的亞里斯多德主義應報論,或許可以從20世紀初的俄國法學家葉夫根尼·帕舒卡尼斯(Evgeny Pashukanis)的著作中找到一些分析的方向。

雖然筆者並不完全清楚陳氏所謂亞里斯多德主義的應報論的主張,僅能從評論文中窺見其意涵,不過,從(1)人人價值平等的價值預設,以及(2)將刑罰定性為作為犯罪侵害的對價(equivalent punishment;又可理解為「犯罪與刑罰的等價交換原理」)這兩點(若將陳文的「價值回復」暫且先理解為等價交換的話),以及(3)帕舒卡尼斯認為這種犯罪與懲罰之間的等價交換概念又可以連結到亞里斯多德所謂(非自願性的)交換正義等三點來看,陳氏的說法與帕舒卡尼斯分析近代市民刑法的論述有極為相似之處¹⁷。帕舒卡尼斯從刑法(理論)的歷史進程角度去論述犯罪與刑罰的「等價交換原理」如何自古代、中世的零星發展至17-18世紀(商人資本的)重商主義逐漸興盛、純化,而到了19世紀(產業資本的)自由主義到達高峰,然而又在20世紀初期帝國主義的階段

16 佐藤直樹,共同幻想としての刑法,頁78(1989年)。

17 參見Evgeny Pashukanis著,稻子恒夫訳,法の一般理論とマルクス主義(The General Theory of Law and Marxism),2版,頁179(1971年)。原著初版年為1924年,日譯本的翻譯底本為1927年第3版的版本。關於帕舒卡尼斯的法理論,參見渋谷謙次郎,パシュカーニス法理論の再検討:『法の一般理論とマルクス主義』をめぐって,神戸法學雜誌,62卷1/2号,頁87-88(2012年)。關於當代歐美學界對於帕舒卡尼斯法理論的再發現與再檢討,參見渋谷謙次郎,パシュカーニス法理論の再検討(二・完):『法の一般理論とマルクス主義』をめぐって,神戸法學雜誌,62卷3/4号,頁29-35(2013年)。

中再次因為刑事政策等國家政策的目的性介入而萎縮的過程¹⁸。這樣的歷史進程分析，恰巧可以說明應報論在刑法（罰）史中的興衰。

而從帕舒卡尼斯的分析可知，這種犯罪與刑罰的等價交換原理，有其特定的發展條件，在前近代尚只能停留於質樸的同害報復（以牙還牙，以眼還眼）階段，畢竟在集團責任興盛，個人責任概念、理性自律的市民形象尚未發展以前，同時，在異質商品流通交換的資本主義型態尚未成熟之前，犯罪與刑罰的等價交換原理尚不能成為支配性的核心原理；擷取啟蒙哲學家的思想精華而成的近代刑法才是提供發展的絕佳土壤。可以說，犯罪與刑罰的等價交換原理，正是支配（作為共同幻想的）近代市民刑法的原理。然而，犯罪（侵害）與刑罰這種原本是異質的東西，為何可以以「等價」的形態加以交換？這並非自明之理。如同貨幣隱蔽了社會上不同的異質關係一般，犯罪與刑罰的等價交換（應報）隱蔽了犯罪與刑罰本屬不同屬性的、非對稱性的本質；生命、身體、自由等利益受到侵害之際，侵害主體、侵害客體、侵害方式、背景、損害程度、目的、動機……這些要素所描繪出來的是具體的、獨一無二的被害事實，而刑罰所造成的苦痛（侵害）也永遠無法與這些被害事實相同。簡言之，你的牙永遠不可能在價值上完全等同於我的牙，我的眼也不會等同於你的眼。如果說，所謂的等價交換只不過是強調抽象化之後的「苦痛」，那更可以凸顯這種「交換苦痛」標準的樹立者、解釋者以及執行者無非在實踐著一種所謂（將兩者相互）轉譯的暴力。更有甚者，有學者直言，這種等價交換的「法則」，不過是在每次「交換」行為之後所尋出的事後合理化機制¹⁹。

18 Evgeny Pashukanis 著，稻子恒夫訳（註 17），頁 181-195。另請參見佐藤直樹（註 16），頁 78-79。

19 參見佐藤直樹（註 16），頁 81。

如同李文對於本論文的簡短歸結：「重點並不在於翦除論的理論性否定，而在於指出我們必須面對翦除論所表明的社會事實²⁰。」此處將翦除論替換為「近代市民刑法理念」依舊可通。筆者希望揭露近代市民刑法的理念下所隱蔽的現實，強調近代以降設定的市民刑法概念本身即內含著潛在的例外機制²¹。無論成功與否，論述方向及基本立場都與陳氏所理解的不同。根本來看是因為筆者認為，除了在應然面的法的論述（或道德論述上的）層次外，絕不能忽視「法外」的情事；重要的是這些法外因素如何回過頭來反饋了法體系內部的概念。而如果這種反饋過程是不可避免的話，那麼我們可否藉此過程加入一些可引發新刺激的元素，以促使法概念體系的革新。具體來說，就涉及本論文所提出的「修正的社會應報論」，關於此理論的補充說明，詳後述。

二、關於規範應報論的批判

接下來，回應陳文關於規範應報論的批判。

陳文一開始便定性筆者主張復仇是前近代的社會關係和活動，欠缺普遍理性，而應報則是近代或現代的普遍原則與建置，不帶有情緒和情感等非理性元素。不過，這種定性本身即是錯誤。事實上，筆者僅以客觀陳述之方式，說明在近代的「應報」概念下，對於復仇等情緒情感作用的警戒與排斥。相反的，在文章後段，筆者所主張的應報（責任）概念下，反而是要說明其是一個流動的、社會互動過程，揉合了複雜且多樣的影響因素²²，其中當然（有可能）包括了特定或不特定人的處罰慾望，無法切割清楚。其實近年來，在刑事法學的領域中，也開始重視所謂情緒、情感在刑罰判

20 李茂生（註2），頁301。

21 請參考謝煜偉，檢視日本刑事立法新動向——現狀及其課題，月旦法學雜誌，165期，頁171-173（2009年）。

22 謝煜偉（註1），頁186-188。

斷上的意義，像是被害人訴訟參加、被害感情在量刑上的意義等等，發展應用雖然尚不充分，但也絕非陳氏所想像的如此單純二分。

陳氏進一步編織了一具「進步菁英」的稻草人，認為筆者基於一種「進步」對「反進步」、「現代」對「前現代」的對立觀點，全面性的貶抑與應報有關的情緒與慾望。這是非常嚴重的誤讀²³。本論文明確指出：刑法與刑罰制度走向合理化之後，雖然在學說上努力要將刑罰機能與國民法感情做出一定的區隔，但是以因果律為基礎的責任概念²⁴與因應處罰慾望所建構出的責任概念將會在量刑領域裡交錯匯流（責任+ α ），於此，並不能僅是以近代法的責任觀點批判上述「責任+ α 」不夠純化，相反地必須要將這個 α 予以可視化，將其背後赤裸裸的價值判斷暴露出來，並且使這些澄清後的現實反餽回原來的法系統當中²⁵。陳文將筆者對於現今刑法制度如何盡可能將公眾與被害者的情緒排除在應報與責任範圍之外的理論構成及其背景的現狀分析不當轉化成筆者主觀上的價值取捨及理論立場，關於此點，筆者在此必須嚴正駁斥。

其次，陳氏引述了Matthew H. Kramer的整理，簡要說明其所理解的「規範應報論」為當代歐美（實應為英美）的主流論述。並且，從當代英美法哲學關於應報概念的討論及規範應報論發展脈絡

23 另請參考謝煜偉，死刑議題需要的不是菁英，而是凝視與深思熟慮，台灣法學雜誌，273期，頁55-57（2015年）。

24 附帶說明，對於顏教授有關因果歸屬論用語的質疑，筆者的回應如下。筆者並不採取因果與歸責（精確的來說，應為歸屬）兩階段的區分方式，而認為因果關係與（客觀）歸責無法截然二分為事實認定與價值判斷，縱使這種區分法在德國刑法學界屬有力見解（臺灣學界亦然，惟刑事實務上仍與民事一樣採取相當因果關係論）。關於行為與結果之間的關係，其實統稱為「因果歸屬」的問題即可。參見謝煜偉，條件理論與因果判斷，月旦法學雜誌，146期，頁73-95（2007年）。不過，在用語上雖有不同理解，撇除在具體個案檢驗上可能有不同結論的問題不談，基本上本論文所指因果歸屬下的責任，都是具客觀歸責性的。

25 謝煜偉（註1），頁186、188。

來說明筆者的批評並不成功。不過一個根本的問題是，本論文的對話對象其實是從（康德、黑格爾（Georg Wilhelm Friedrich Hegel）、費希特（Johann Gottlieb Fichte）為首的）德國觀念論法哲學的立場出發，對於當代目的刑論乃至於相對應報刑論的反省而來的規範應報刑論。至少在筆者所認知的刑法學界，關於應報論，居於主流地位的絕非這種規範應報刑論，而是相對應報刑論。陳文所謂「規範應報論是當代歐美社會主流的應報論論述」一語反而印證了雙方討論前提不同，徒留張飛打岳飛的突兀感。

而這種以德國觀念論為核心的規範應報刑論者，例如Ernst Amadeus Wolff²⁶、Rainer Zaczyk、Michael Köhler等人，以及Günther Jakobs的弟子Michael Pawlik皆屬適例。值得一提的是Pawlik。他一方面受到Günther Jakobs規範的一般預防論的影響，另一方面批判地承繼Wolff學派關於犯罪作為相互承認關係的破壞的立場，進一步提出必須透過剝奪受害者之自由（刑罰），以確證個人自由的享受與對整體法秩序忠誠行動義務的履行兩者不可分離，並藉此回復法秩序的規範效力等觀點。進一步言之，Pawlik認為作為侵害的不法可分為人格不法、主體不法以及市民不法，而刑罰是針對市民不法的制裁類型²⁷。各市民為了要在現實社會中享受自由，關於實現自由的諸條件之維繫負有共同責任，亦即，市民的任務在於對法秩序忠誠，個人自由營生的前提是普遍保障狀態的法秩序。當發生了侵害他人生命身體自由等法益的行為時，這樣的侵害行為不僅僅是對於具體被害者的侵害，更是對法秩序整體的忠誠義務（Loyalitätspflicht）之不履行²⁸。雖然Wolff學派和Pawlik有關法秩序的基本根據以及人與人之間的關係設定存有差異，亦即，

26 Ernst Amadeus Wolff, Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität, ZStW 1985, S. 786 (786-830).

27 Michael Pawlik, Person, Subjekt, Bürger: zur Legitimation von Strafe, 2004, S. 20, 75 f., 88.

28 Pawlik (Fn. 27), S. 92 f.

Wolff學派強調各個人基於自身的理性自律所展開的對規範秩序及其關連的行動準則，並且更注重各個人對於法規範秩序的自律性意義，但是其亦肯認透過社會契約將這樣的行動原則擴張至國家法的層次，成為各式各樣的具普遍效力的法規範。但無論是哪一種觀念論式的規範應報刑論，大致來看可以說從康德的法論與社會契約論的基礎出發，連結到社會普遍存在的人之自主性與自律性，並透過對黑格爾哲學的引伸，將刑罰的意義連結到對於犯罪行為的否定以求回復犯罪前的規範秩序狀態。

嚴格而論，啟蒙時代下（特別是貝加利亞（Cesare Beccaria））所理解的刑罰苦痛，是為了要喚起個人或社會心理一定程度的回應，減少犯罪動機所為之手段，而康德則反對這種目的手段的說法，認為刑罰是相應於惡行的償還。而費爾巴哈（Ludwig Andreas Feuerbach）區分了作為犯罪防止手段的刑罰威嚇以及作為相對應的刑罰執行兩層次，並嘗試結合兩種不同的觀點，但無論如何，仍是著眼於刑罰的事實上作用（苦痛賦予）。相對的，黑格爾則注重刑罰苦痛的象徵作用，亦即對法否定的否定宣示，以維持規範妥當性。

很顯然的，陳氏所提出的以英美為主流的「規範應報論」並不認為犯罪是對法秩序整體忠誠義務的不履行或對法秩序整體的攻擊（或者用比較具有刑法學口吻的術語，就是法敵對意志的展現），而其所著重的仍是在於「犯罪與刑罰的等價交換原理」下，恢復或調整因侵害所造成之加害者與受害者之間的不平等關係。這與筆者所欲對話的對象——以德國觀念論為核心的規範應報刑論——可以說是立於不同的基準點上，縱然各自都使用了類似的說詞，如「相互承認關係」、「理性自律的主體」，但對人、社會與規範運作的想像都留有細膩比較其差異的空間。因此陳氏對本論文之批判也有再斟酌之必要。

讓我們再次回顧陳文當中的重要片段：「在我們關於應報的日常語言活動中，刑罰就有它的意義和價值，我們不需要去問更深的解釋原理和證成目的。因此我認為最好的非化約論回應是以下的消極表示：『如果社會中的任何個人被另一個人沒有正當理由地侵犯他的身體、生命、財產和自由，如果侵犯者（沒有正當理由地）不遭受任何相應於他的錯的懲罰，我們會認為侵犯者的價值凌駕在受害者以及這個社會的其他人之上。』這並不是一個社會心理學的事實陳述，而是具有合理理性的人都應當會如此認為的道德論述。」

從前述筆者的簡短說明可知，要做出陳氏這種刑罰意義的陳述，背後需要具備多少特定的理論前提以及社會經濟的發展背景！無視於特定的理論前提與脈絡背景的分析，並且將之斷言為一種理所當然的常理，正是本論文原先所欲批判的對象之一。當有人勸你毋須探問更深的解釋原理和證成目的時，或許應該警覺：他已經幫你設定好了。

參、犯罪事後處理機能論

至於對顏厥安教授有關修正的社會應報論的評論，筆者認為的確指出本理論論述不夠完整清楚之處。其主要的癥結在於筆者對於刑罰的犯罪對應功能，從有別於矯治、再社會化及隔離無害化的「刑罰目的」來嘗試理解現行的犯罪對應體制。亦即筆者援引日本學者吉岡一男的見解，採取犯罪事後處理機能論的立場。以下便簡要介紹這種以關係修補的犯罪事後處理機能論，作為理解修正的社會應報論的輔助材料²⁹。

²⁹ 以下關於犯罪事後處理機能論的論述，原曾為「2012 法律思想與社會變遷—生命與正義」研討會文章初稿的一部分，後因論文架構調整而刪除。在回應文中予以重新潤飾，以作為修正的社會應報論之補充。

吉岡主張，刑罰的機能不在於積極的犯罪預防，而在於消極的犯罪事後處理³⁰。犯罪事後處理機能並不強調法秩序回復與規範再確認的面向，甚至可謂恰好相反，要破解近代刑法的弔詭，必須要放棄這種一般性的、抽象性的「秩序恢復」觀點，而要從具體的人際關係的事後修補以及對應著手。

要理解吉岡的犯罪處理機能論，必須要先從區分「認定為犯罪之行為／或其行為人（犯罪實體）」及「犯罪對應」兩個層面開始談起。而所謂的犯罪現象，不能夠只偏重犯罪實體這一塊，而必須要把犯罪實體與犯罪對應兩者間之交互作用的過程納入視野；論者稱之為多元的二重構造或多重的橢圓構造³¹。

犯罪實體的出現，必須要歷經一個標示出犯罪、犯罪者的定義過程，因此，此處所謂的犯罪「實體」，並不是意味著存在一種先於犯罪要件、本質性的犯罪行為或犯罪者概念。亦即，所有的犯罪實體都是被定義、被建構出來的關係。不過，這並不代表犯罪實體概念完全欠缺其實體性或現實性，從標示犯罪的內容來看，一般而言也帶有社會共同生活下有害或不期望看到其發生的意義。而這個賦予犯罪標誌的過程，並不是獨力生成，與犯罪對應息息相關，可以說是犯罪對應之對象。傳統的犯罪學或刑事政策論，毋寧說是將

30 有論者曾經援引這個犯罪事後處理的觀點，說明所謂的犯罪事後處理即是透過刑罰的執行將被破壞的法秩序回溯地予以回復，而所謂的應報，即是法秩序的再確認。李茂生，論刑法部分條文修正草案中保安處分相關規定，月旦法學雜誌，93期，頁104（2003年）。其由於標舉「法秩序回復」「規範意識再確認」之字眼，而令人難免懷疑該論者有偏向規範的一般預防或者前面所述規範的應報論之傾向。特別是在法益論述當中，由於其並不否認「（對規範秩序的）信賴感」具有法益適格性，這種信賴法益的論述往往容易讓人誤解以為其乃客觀主義的規範論者。實際上，如果仔細觀察該論者完整的論述，可以很明顯看出雖有偏向規範論的用語，但卻是有意識要翻轉規範論的軸線，以對抗規範論的擴大刑罰傾向。詳見李茂生，風險社會與規範論的世界，月旦法學雜誌，173期，頁145-153（2009年）。

31 吉岡一男，犯罪と刑罰の超克，收於：刑事制度論の展開，頁262-264（1997年）。

犯罪行為或犯罪者視為一種本質性的存在，而忽略了「被認定為犯罪」的面相。而犯罪對應其實是從犯罪概念的創出、適用以及標示為始（犯罪實體），一直延伸到對犯罪行為（者）的反作用力的施展、對抗、回應、法益侵害事後處理、被害關係修補等等一連串的活動³²。

吉岡認為，刑罰的本質是惡害，是苦痛之賦予。賦予與罪行相應苦痛的「應報」。但刑罰的內容，不是赤裸裸的苦痛本身，而是剝奪犯罪者所擁有的法益。否定刑罰的預防目的，並不代表就要貫徹絕對主義的刑罰或無目的的應報刑。相反地，應該思考如何讓「（作為刑罰本質的）應報」與「刑罰目的」得以並存，因此重點應放在刑罰目的合理性之探究³³。

質言之，刑事制度目的應從犯罪預防移轉到犯罪處理，將犯罪處理視為獨立的機能。刑罰的本質在於惡害苦痛之賦予，相較於諸種目的刑論皆有忽視苦痛賦予這項本質的根本問題，而絕對主義、必罰主義式的應報觀點又難見容於現今的刑法思潮，消極的犯罪處理機能則最能貼近刑罰的本質。另外，犯罪處理的想法，也可以合理說明刑罰替代方案與程序轉介措施之構造。刑罰是在其他犯罪處理手段都已不可能的前提下才能使用之最終的處理方法。而刑罰的犯罪防止效果在實證上並沒有相當明確的具體性，即便刑罰無具備防止未來犯罪之效果，科以刑罰，對於犯罪處理而言也帶有一定之意義³⁴。

以刑罰與刑事制度追求犯罪防止一事，將不斷形成驅使刑罰加重以訴諸嚇阻效果，以及無視法律正當程序的恆常壓力源。藉由刑

32 吉岡一男，刑事学，新版，頁10、24（1996年）。

33 吉岡一男，應報刑と謙抑主義，京都大学法学部百周年記念論文集刊行委員会編，京都大学法学部創立百周年記念論文集（第2卷），頁511-512（1999年）。

34 吉岡一男，刑罰の犯罪処理機能，收於：刑事制度の基本理念を求めて，頁206（1984年）。

法以謀求行為制約、法益保護、或預防犯罪的想法，終究會陷入一方面讓刑法機能的無限擴大、另一方面放棄個別具體預防方策之局面³⁵。可以說，仰賴以刑罰或取締等刑事制度的發動以求犯罪預防，反而會成為阻礙真正能克服或緩解犯罪原因的努力³⁶。穩固而踏實的克服犯罪原因才是正途，即使在犯罪行為的事後處理當中，也必須去區分被害人支援以及滿足處罰慾望這兩者的不同；毋寧說，就刑事政策的目標而言，對被害人充分的保障與照顧以克服處罰的慾望才是重要的³⁷。

而與被害人支援也有關連的修復式司法（restorative justice），也具有兩個不同的面向，一種是從被害賠償（restitution）出發而來的回復性的正義，一種是涵蓋被害人與加害者和解程序實踐的修復性的正義。而後者，需要雙方當事人自願參加才能達成，同時，和解與關係修復的前提是加害者對過錯的深切反省及悔悟，不是所有的犯罪都能夠適用，因此仍不可避免會走向刑事程序及刑罰之路。但即使是刑罰手段，也需要符合前回復正義之理念的要求。換言之，這是以回復、修補被害人精神上以及情緒上的傷害所為的刑事處罰³⁸，這種刑罰與其說是為了犯罪預防或者法益保護，不如說是法益侵害事態的事後處理，是合理說明刑罰的社會機能下的產物。而既然把「犯罪處理」定為刑罰的制度目的，則若能透過各種被害回復措施等方法達成此一制度目的的話，便不再需要動用刑罰³⁹。而這種被害回復措施其實應該要跳脫民事法上既存的如金錢賠償方

35 吉岡一男（註32），頁162。

36 吉岡一男，犯罪現象の研究と刑事制度論，研修，728号，頁10（2009年）。

37 吉岡一男，刑事政策の展望，收於：アメリカ犯罪学と刑事政策，頁226-228（2008年）。

38 關於修復式正義與死刑存廢之間的關係，請見陳文珊，從修復式正義談死刑的廢除，全國律師，15卷8期，頁16-26（2011年）。

39 吉岡一男（註37），頁225；吉岡一男，刑罰論についての刑事学的考察，收於：自由刑論の新展開，頁24-33（1997年）。

式等思考路徑，而需要更完整而全面的思考⁴⁰。其中，愈是重大而動機不可解的犯罪（例如隨機殺人案），持續不斷的原因（遠因、近因、動機）解明，以及保有一絲令加害者與被害人（家屬）之間、加害者與家庭及社群之間關係修補的場域及可能性，是超越金錢賠償以外更重要的事。為了讓社會整體得以持續保有上述處理空間的可能性，犯罪行為人本人生命的存續，是必要不可或缺的條件之一。

因此，從上述犯罪事後處理機能論而言，重點在於每一次犯罪發生後，我們究竟應該採取什麼樣的犯罪對應方式，而這些對應方式不在於設定一個明確的「目的」，如預防再犯，而在於著眼於眼前的關係（傷痕）修補。是以，筆者所提出的「修正社會應報論」中所謂「持續不斷地對犯罪原因的理解」，並不是指抽象的、一般性的犯罪成因分析，而是具體事件的原因解明；而對犯罪被害人及家屬的照護與救助，也不是指停留在傳統觀念上的損害填補而已，而是提供一個可能的管道，視野更寬廣地呈現犯罪事件發生的可能全貌，以及未來（甚至有可能是數十年後）發展的可能性。這樣的努力工作都無法在被告執行死刑下來進行，因為犯罪行為人一旦消失了，就等同是社會主動卸除了自己的犯罪事後處理的任務。因此本論文所謂「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及其他社會網絡」正是顏教授於評論文當中提出進一步思考「社會作為責任主體」的應報觀點。只不過不同的是，社會作為應報的對象，在犯罪事後處理的觀點來看，重點未必在對社會自我施加的「制裁」或「懲罰」，而在於較為中性的「處理」與「對應」措施，縱使間接效果的確是付出相當程度的資源財力進行事後處理，但仍與帶有道德評價的懲罰不同。因此，與顏教授想法不同的是，筆者認為若充分考慮犯罪事後處理型態的獨特性，在對被告

40 吉岡一男（註37），頁226。

執行死刑之下，都沒有辦法令事後處理得以順利進行下去。

肆、社會責任對個人責任之反饋

當然，筆者上述的論調藏有一弔詭之處。犯罪行為人的生存作為社會犯罪事後處理任務的前提，並無法推翻死刑在立法上，以及在判決量刑上的存續基礎，只能夠推導出「不應執行死刑」的結論。據筆者所知，事實上韓國多年來停止執行死刑下，民間團體也持續進行促成死囚與被害者（家屬）的對話、真相理解（乃至於關係修補）的工作⁴¹。這意味著，若有人主張為了同時讓被告的刑事責任與社會的犯罪處理任務相調和，而採取「不廢止但停止執行死刑」的立場，似乎也無妨。不過這樣的想法或許只對了一半。筆者認為，在討論要不要廢止死刑之前，現行法仍有死刑的前提下，並非當然就只能跳到執行的層次，至少在判決（量刑）階段，仍有不出現（或難以出現）死刑判決的選項。我們必須要將社會作為責任主體的思考反饋到現有的犯罪行為人罪責認定與量刑評價機制中，促使刑罰理念革新，這也是本論文談及社會應報或社會責任概念時，會特別側重於死刑量刑的問題。

本論文中雖然僅以「採取相對的、交錯的責任概念」一語說明，但較為精確的說法是社會責任對於個人責任算定機制之反饋。如同本論文所說，量刑空間裡的責任概念其實揉合了法理論的責任以及超出上述責任之外的「 α （社會影響因素）」。這些社會影響因素固然多半發揮其「加重」刑責的作用，但並不代表沒有減輕的可能性。一般談到量刑減輕因素，多半會提及例如犯罪行為人之家庭背景、智識狀態等行為人因素，縱使這些「行為人因素」背後往往

⁴¹ 例如韓國天主教矯正司牧委員會，<http://www.catholic-correction.co.kr/>（最後瀏覽日：2015年8月23日）。

來自於破碎的家庭、失去功能的社會安全網或者漠不關心的社會大眾，但只要它們充其量僅作為一個「行為人因素的背景事實」，就總是會受到人格責任、生活決定責任論的挑戰。筆者並非主張行為人本身的屬性不足以作為量刑減輕事由來考慮，而是在指出這種行為人因素評價方向的雙刃性（從重或從輕皆有可能）。

如果可以接受本論文所謂建構式的責任觀，那麼當法院在算定個人責任之際，也許所考慮的不僅僅只是大眾要求嚴罰的處罰情緒，而也有可能將社會責任的想法反餽到個人責任裡面。林國政案的最高法院判決⁴²可謂採取這種反餽手法的例子。判決理由提到：「第一審及原審於量刑時僅採擇不利於上訴人之量刑因素，摒棄對其有利之部分，置第一審法院觀護人上開刑事案件調查報告所載：『上訴人智商僅為七十六，接近邊緣性智能不足，自我內在支持系統、家庭支持系統、社會支持系統全部均不佳等因素，及先前所受的強制治療，在未治癒之情況下即出監，出監後未受監控輔導』等情況於不論，遽以上訴人有多次妨害性自主之前科紀錄、出獄後隨即再犯妨害性自主之罪，認已無再教化遷善之可能，而量處極刑，顯有判決理由矛盾及欠備之違法。」「B女之生命至高無價，……但最終仍應由國家負起最後責任」。亦即，認為被告本身之所以成為教化不易的高危險群，正是因為國家相關制度及執行不完善，敷衍了事使然。判決理由內雖然沒有直接否定被告的顯難教化程度，但更強調犯罪行為人之所以成為現在的模樣，與社會制度的缺失脫離不了關係。而關於這樣的社會成因反省，也早已超出單純的行為人屬性因素，而成為一項特殊的量刑減輕因素。

當然，關於這種社會責任反餽至個人責任的想法，如顏教授所言，並無法得出不應該要有死刑的結論。事實上，本論文當時亦已

42 最高法院 102 年度台上字第 2575 號刑事判決。該判決罕見地將原審死刑判決撤銷，自行改判為無期徒刑。

強調，死刑正當性問題無法從應報刑論尋求終局的解答，修正的社會應報論是在死刑於立法層次仍然存在的前提之下所推展而得。關於社會責任的反饋，可以作為一量刑減輕事由存在，盡可能使死刑判決減少或不出現；關於「責任」與「應報」或許也會有別於既定的想法。至於社會的犯罪事後處理任務，則是說明在死刑存續的制度下，政府一邊面對死刑，另一邊面對犯罪事後處理任務的最後底線就是不予執行死刑。可以說本論文的諸多主張，的確誠如顏文所指出，無法徹底反駁死刑的正當性。不過相對的，支持死刑之一方也無法提出徹底證立死刑的合理依據。當然我們可以繼續追問：死刑的正當性，究竟應要由反對者負起無法證明其不正當的舉證責任？抑或應要由支持者負起無法證明其正當的舉證責任？

值得進一步討論的是，顏教授提出必須從正當法律程序觀點，反駁死刑的正當性，亦即，由於得以科處死刑的責任所需要的道德判斷，無法絕對穩固地通過正當法律程序的公道（fairness）檢驗，因此必須對刑保持永遠開放、可修正的可能性。不過，既然按照顏教授所述，應得（desert）的判斷是道德判斷，其他種類的刑罰與死刑一樣也是道德判斷，那麼這種道德判斷評價基準的分歧性，是否同樣都無法透過正當法律程序克服？如果僅因為刑罰效果輕重而得以劃定公正性不得退讓的底線，那麼何以單獨劃出死刑作為最後防線？無期徒刑（或者終身刑）是否也值得列入？而若以犯罪類型來看，像是法定刑上限未達死刑的強制性交罪，其罪與刑的應得判斷基準歧異性也絕對不亞於殺人等罪。另外，所謂「對刑保持永遠開放、可修正的可能性」若指的是刑之宣告，那麼除了一般的救濟制度外，判決確定後（即使被告死亡）仍然有再審與非常上訴制度可茲調整。如果這項可能性指的是被告實際受到的作用，那麼我們是否也可以一方面保有死刑制度，另一方面停止執行死刑，以確保對死刑（的作用）保持永遠開放、可修正的可能性呢？

伍、代結語：寬容社會的曙光

社會上充斥著無法證明其為正當卻又一直存在的制度。就筆者的想法來說，死刑制度就是一個現實上始終存在，還有極高度民意支持的事實現狀。之所以認為廢死運動於2010年後遭遇挫敗，並不是論述上的挫敗，而是從運動的成效（例如重啟執行死刑、廢死運動者成為重大犯罪事件的民意提款機等）來說挫敗一事。模擬憲法法庭是一個特殊的場域，會令人產生死刑理所當然不正當，而七至八成民眾皆支持廢死的錯覺。縱或在論述上透過一次又一次關於死刑正當基礎的深入檢討，到最後還是必須要面對現實的法制「現狀」。此時，我們勢必要回頭檢視犯罪原因論（犯罪學）及刑事學等一般被刑事法學邊緣化的領域，去思考制裁對行為人的意義，以及刑罰的目的性及侷限性，才能有機會體察刑罰作為苦痛賦予的極限所在⁴³。到最後，產生堅強廢除死刑信念的，或許並不是理性的（正當性）論證，而是感性的決斷。筆者始終認為，重新喚起社會對死刑殘酷性的感知能力⁴⁴是刻不容緩的工作。其與李教授文章所言，追求自我心中對懲罰慾望的深刻反省，以求孕育出寬恕、憐憫與贖罪的立場其實是殊途同歸的。

「眾人皆曰可殺」的沸騰情緒，只不過是將社會邊緣人放逐到社會之外。然而，在滅除、驅逐的過程中所粹取出的「非人性」，再度反饋回來形成維繫共同體存續的「人性」。這些關於人性的普世價值，便會成為共同體內部成員歸屬意識的出發點。不過，若以

43 See NILS CHRISTIE, LIMITS TO PAIN: THE ROLE OF PUNISHMENT IN PENAL POLICY 5-6 (2007). 這本北歐犯罪學家的經典著作，直譯為「苦痛的界限」，但文中所謂的苦痛（pain）係指刑罰所賦予的苦痛之意，而苦痛的界限，就是刑罰的界限所在。因此，日文譯本將書名譯成「刑罰的界限」也是其來有自。請參見 Nils Christie 著，立山龍彦譯，刑罰の限界（1987年）。

44 參見高桑和巳，今日のジャック・デリダ：死刑廢止論の脱構築，未來，419号，頁12-13（2001年）。另可參見鄉原佳以，デリダにおける死刑の問題，現代思想，36卷13号，頁162-179（2008年）。

「歸屬意識」、「共同價值」這種帶有領域性的想法為前提，那麼共同體內部成員為求共同生存（亦即共生），將必然伴隨著排除異己⁴⁵；若要構思不帶有排除異己的共同體，勢必要超克領域性、成員性的拘束。

我們可以先從Alphonso Lingis對於「另一個共同體（the other community）」的說明，提供一些思考線索⁴⁶。亦即，在這無共通性的共同體（the community of those who have nothing in common）」中，擺脫「人性」的既有想像，培養不僅僅對「被害可能性（潛在的被害者）」、更包括對「加害可能性（潛在的加害者）」的想像力，以及對社會中各種苦痛（social suffering）的想像力⁴⁷。當犯罪行為人的生命歷程越來越具體化、圖像化，活生生地呈現在眼前之際，亦即，當刑罰施予的客體愈加鮮明，成為一個「活生生的人」形象時，或許也愈能明白人與人魔之間的距離有多近；當我們越直視所謂人性中極端、本質上的邪惡（解明不可解的犯罪成因），就愈會發現，人是多麼容易就可能頹落至「非人」的境地，而反過來說，人要維持住作為人的前提——人性，是多麼不容易的事情。而在最終那不可解之處，能夠毫無保留地肯認並接納那人性中不可解的部分。

再者，社會中的差異機制雖然無法消除，但差別對待卻可以緩和，關鍵在於我們要如何對社會中的差異與差別對待機制提出新的思考方向。社會作為一共同體之所以能夠存續，正是因為共同體的免疫機能發揮作用，將外部異物標示並加以排除以保護自身⁴⁸。義

45 表弘一郎，共生の哲学——リスクによる排除と安心の畏を超えて，頁 109-110（2013 年）。

46 Alphonso Lingis 著，野谷啟二訳，何も共有していない者たちの共同体，頁 28-31（2006 年）。

47 參見表弘一郎（註 45），頁 110。

48 以下關於共同體、近代化以及免疫的部分，原亦為「2012 法律思想與社會變遷——生命與正義」研討會文章初稿的一部分，後因論文架構調整而刪除。在回

大利哲學家Roberto Esposito巧妙地從「共同體」與「免疫」的字義，找尋兩者間的關係。其指出，免疫（immunity）的語源來自於拉丁文的immunitas，immunitas原本帶有「義務、職務或稅賦之免除」之意義，而語尾的-munus有義務（onus）、責任（officium）或贈禮、供品（donum）之意，再配上帶有否定之意的字首in-而成此字；相對地，共同體（community）則是來自於communitas，亦即帶有共同（com-）享有義務、責任、贈禮或供品的意味⁴⁹。按現今字面上的理解，免疫有識別、差異、排除的意義，而共同體則恰好相反，帶有固有性、一致性，成為與免疫相對的概念。

免疫意味著抵禦病原的侵襲，使我們免於疾病。然而，抵抗外來者（抗原）的侵襲，其實正意味著定義自我、辨識非我，常時監視並維持身體運作的機制。換句話說，免疫就是與身體共生、識別與排除他者（抗原）的體內子系統⁵⁰。由此可知，免疫的功能並不僅是「殺光病菌（自我防禦功能）」那麼單純。過敏反應、免疫系統不全、癌、器官移植等都與免疫系統的運作有關。但無論是哪一種型態的共同體，現今對於這種共同體中的自我免疫機制，往往帶著肯定的評價。然而，Esposito卻想要顛覆這兩個概念裝置的既定思考，其認為，共同體原初的樣貌並非如此；從語源去理解的話，共同體的原初意義在於跨越彼此間的差異與個別性，共同暴露在外在的感染與傷害，這是共同體本來的面貌。然而近代化卻是跳脫上述共同體的概念，而朝向自我免疫化的推進過程⁵¹。質言之，近代法的出現，意味著未歷經共同暴露感染與傷害的過程，在（共同）體內的自我免疫化。主權、所有權、自由等近代政治哲學的關鍵

應文中予以重新潤飾，以作為修正的社會應報論之補充。

49 語意參考自：水谷智洋編，羅和辭典，改訂版，頁 406、436、439（2010年）。詳細的論述，參見 Roberto Esposito 著，岡田溫司譯，近代政治の脱構築——共同体・免疫・生政治，頁 132-135（2009年）。

50 多田富雄，免疫・「自己」と「非自己」の科学，頁 41-43（2003年）。

51 Roberto Esposito 著，岡田溫司譯（註 49），頁 153-160。

字，如本論文提及霍布斯的利維坦、洛克的所有權概念、以及盧梭的自由概念，都可以看出這個自我免疫化的機制；一方面抵禦外部可能的侵害，以守護國家或個人，另一方面卻解消內部原有的糾結與矛盾⁵²。近代法具有免疫化的特徵。法的主要目的之一在於使共同體及其構成員免於危難，因此，法與其他免疫一樣，都帶有可抵禦侵害的「暴力」這項特徵。如霍布斯的政治理論重心，正是在於要把原先交錯著自我破壞傾向的慾望與衝動的人類生命／生活之保存委由一個超越的、絕對的主權負責，主權者享有權力（暴力），以樹立共同體內之秩序與保護基礎。可以說，這種由自然（共同暴露傷口感染而取得免疫）轉向人為營造（透過超越性的概念，如理性、所有、自由概念的操作，確保共同體的內外區分及內部的同一性）的過程，套上「自然的自我保存」之目的；在近代法概念之下，唯有透過否定並封閉自己，自然才能夠表明其生的意志⁵³。

近代的自我免疫化正是這種封閉的、否定的防衛機制，在此意義下，肯定與否定、保護與破壞這兩種意義作用最終會在內部分化。免疫一旦超越了維繫我們生命所必要的程度就會走向否定生命／生存的結果。在近代的免疫化進程下，所獲得的生，是強押在鐵牢籠裡的生，這不光是指自由喪失的問題，而是個人及集團的實在意義的消逝。保護個人的（政治意義上的）身體的同時，也會阻礙身體的發展，如果越過某個限度，還會帶來危險。換言之，即使僅僅只是為了存活下來，過度的自我免疫化也會使得所有生的形式被犧牲，亦即將生還原至生物學上赤裸裸的生的層次⁵⁴。有死的權力作為後盾，生權力（對生命的操控）的作用便會發揮到極致。

52 Roberto Esposito 著，岡田溫司譯（註49），頁136-141。

53 ROBERTO ESPOSITO, *BIOS: BIOPOLITICS AND PHILOSOPHY* 58-62 (Timothy Campbell trans., University of Minnesota Press 2008).

54 Roberto Esposito 著，多賀健太郎譯，*生政治、免疫、共同体*，ラチオ，1号，頁183（2006年）。

法在免疫機制中的角色地位，特別耐人尋味。法系統並不同於免疫系統，社會免疫系統作為一個社會的超級系統，橫向跨越了社會中的各個子系統，透過系統間的訊息傳導物質，去協調「自我」與「非我」區分標準的一致性。縱使在現代憲政國家當中，法作為中樞，扮演形塑共同體核心價值、劃定同一性（identity）的角色，其所設定的核心價值彷彿可以由上而下傳遞至末梢，然而這終究是共同幻想下的理想國。實際上，「自他同異」的識別機制（免疫）並不當然因為法核心價值的轉換而改變。

法系統與社會免疫系統之間的關係，或許可以用現代免疫學上的例子加以說明。現代的免疫學正是去研究身體當中（有別於意識的）另一個決定自己是誰的系統。免疫學者曾經實驗將鵪鶉的腦胞移植到雞的胚胎裡，生出帶有鵪鶉腦的雞，這隻雞不但叫聲宛如鵪鶉，行動模式也與鵪鶉如出一轍，然而，這隻行動模式與鵪鶉一樣的雞，在數週內便陷入昏迷麻痺而死。因為鵪鶉的腦細胞被雞的免疫系統辨別為「非我」，因此很快便產生免疫反應，將鵪鶉腦細胞消滅。這個實驗清楚地呈現出，身體存在著獨立於意識（腦）的自他區分系統，而用以決定自我行動模式的腦，對監控身體整全性的免疫系統來說，只不過是背景環境的一部分⁵⁵。筆者無意硬將免疫學、生物學上的研究成果直接硬套用在法與社會之上，只是要透過這個例子指出：社會中差異與差別對待的區分機制，就如同身體當中的免疫系統，有別於理性的、意識作用的腦，實在而深刻地監控身體、標示異端及排害。依照Esposito的分析，班雅明（Walter Benjamin）、吉拉爾（René Girard）等人所揭露的「法作為暴力」，以及盧曼（Niklas Luhmann）所描繪出的法作為自我調節的社會系統，看似相互對立，其實只是免疫化的其中兩個面向⁵⁶。免疫機制

55 多田富雄（註50），頁17-21。

56 參見岡田溫司，ナポリ發、全人類へ——ロベルト・エスポジトの思想圖，收於：近代政治の脱構築——共同体・免疫・生政治，頁25（2009年）。

發動的副作用種類繁多，輕則過敏，重則連自體都將因過度旺盛的攻擊而導致器官的衰竭或甚至導致死亡。

質言之，高度複雜化的現代社會中，面對複雜多變的環境以及各式各樣的危機，我們需要的不是堅壁清野，而是更有耐心的去順應危機，共同承擔處理危機的責任，這也是犯罪事後處理機能論的真諦。從這一點來看，我們應小心的是不要陷入免疫機能失調的局面，現代社會無所不在的監控體制、犯罪情境控制論述的興盛，潛在危險源的鎖定與狩獵等現象，某種程度都可以說是免疫機能過度亢進所呈現的結果。要衝破近代法自我免疫化的束縛，不是將標示差異的機制消滅，而是要避免免疫系統的暴走以及免疫反應的過度化。更積極的是，可以重新詮釋免疫在社會（共同體）當中的角色。

Esposito在「生政治、免疫、共同體」一文最後揭櫫了一個極具啟發性的概念。他從母體與胎兒之間相互對抗的免疫關係，找尋出新的社會免疫理念；母體內的免疫系統既容許胎兒發展出不同的免疫系統，一方面兩者也存在著緊張關係，這種既容許又緊張的關係，才得以維持母體的存在又可孕育出新生。「出生」成就了免疫與共同體一體化的瞬間，在母親的胎內，免疫不是傳統理解的對抗異分子的屏障或防衛手段，而是與異分子接觸時所需的濾過裝置與共鳴板⁵⁷。這種理解之下，免疫不是徹底封閉的系統，而是形成一個內部與外部、免疫與共同、生命（zoe）與生（bios）界線模糊交融的場域。而從中可能開展出生與政治之間新的可能性。

當然，筆者深知，這種「時代診斷」式的論述，很難證立或論證什麼，也沒有辦法告訴我們死刑制度應不應該存在。走到最後這一步，剩下的已經不是應否的問題，而是要否的問題。筆者並不覺

57 Roberto Esposito 著，多賀健太郎譯（註54），頁189-191。

得自己的主張正確無暇，相反的，透過三篇評論文甚至知道，仍存有許多論述不清或不合理之處。唯，筆者現階段的關懷是，我們能不能找到關於刑罰制度以及社會互動模式的其他種可能性？廢除死刑，某種意義上正是有意識地拔除社會自我免疫反應當中最激烈的手段（之一）。強調立法階段、法評價階段乃至於刑罰執行階段的謙抑性、最後手段性、注重刑罰的犯罪事後處理機能，用意就是要切斷或適度擾亂從免疫機制（辨識異者）到產生免疫反應（差別對待）之間的訊息傳遞管道，更要避免因反饋相互堆疊而增強的事態發生。換言之，或許我們能做的，不是反覆去激化免疫反應，不是輕易地動用排除性的刑罰，將同為社會一份子的犯罪行為人標示出來，隔離於社會之外，而是從排除的社會（exclusive society）走向開放的、兼容的社會，回歸到原始意義的共同體概念：共同劃破傷口，接受感染，然後一起努力找尋出適應與對應這些社會危機（病原）的方式，化解現代社會中層出不窮的危機，與危機和平共生！

參考文獻

1. 中文部分

- David Garland著，周盈成譯（2006），*控制的文化：當代社會的犯罪與社會秩序*，臺北：巨流。[Garland, David. 2001. *The Culture of Control*. Chicago, IL: University of Chicago Press.]
- David Garland著，劉宗為、黃煜文譯（2006），*懲罰與現代社會*，臺北：商周。[Garland, David. 1990. *Punishment and Modern Society*. Chicago, IL: University of Chicago Press.]
- 李茂生（2003），論刑法部分條文修正草案中保安處分相關規定，*月旦法學雜誌*，93期，頁101-113。
- （2009），*風險社會與規範論的世界*，*月旦法學雜誌*，173期，頁145-153。
- （2015），*應報、死刑與嚴罰的心理*，*中研院法學期刊*，17期，頁295-311。
- 陳文珊（2011），*從修復式正義談死刑的廢除*，*全國律師*，15卷8期，頁16-26。
- 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。
- 謝煜偉（2007），*條件理論與因果判斷*，*月旦法學雜誌*，146期，頁73-95。
- （2009），*檢視日本刑事立法新動向——現狀及其課題*，*月旦法學雜誌*，165期，頁153-173。
- （2014），*重新檢視死刑的應報意義*，*中研院法學期刊*，15期，頁139-206。
- （2015），*死刑議題需要的不是菁英，而是凝視與深思熟慮*，*台灣法學雜誌*，273期，頁55-58。

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。

2. 外文部分

(1) 日文

Alphonso Lingis著, 野谷啟二訳(2006), 何も共有していない者たちの共同体, 京都: 洛北出版。

Evgeny Pashukanis著, 稲子恒夫訳(1971), 法の一般理論とマルクス主義(The General Theory of Law and Marxism), 2版, 東京: 日本評論社。

Nils Christie著, 立山龍彦訳(1987), 刑罰の限界, 東京: 新有堂。

Roberto Esposito著, 岡田温司訳(2009), 近代政治の脱構築——共同体・免疫・生政治, 東京: 講談社。

Roberto Esposito著, 多賀健太郎訳(2006), 生政治、免疫、共同体, ラチオ, 1号, 頁178-193。

吉岡一男(1984), 刑罰の犯罪処理機能, 收於: 刑事制度の基本理念を求めて, 頁201-215, 東京: 成文堂。

——(1996), 刑事学, 新版, 東京: 青林書院。

——(1997), 犯罪と刑罰の超克, 收於: 刑事制度論の展開, 頁262-281, 東京: 成文堂。

——(1997), 刑罰論についての刑事学的考察, 收於: 自由刑論の新展開, 頁3-33, 東京: 成文堂。

——(1999), 応報刑と謙抑主義, 京都大学法学部百周年記念論文集刊行委員会編, 京都大学法学部創立百周年記念論文集(第2巻), 頁503-530。

——(2008), 刑事政策の展望, 收於: アメリカ犯罪学と刑事政策, 頁215-229, 東京: 成文堂。

- (2009), 犯罪現象の研究と刑事制度論, 研修, 728号, 頁3-12。
- 郷原佳以 (2008), デリダにおける死刑の問題, 現代思想, 36巻13号, 頁162-179。
- 高桑和巳 (2001), 今日のジャック・デリダ: 死刑廃止論の脱構築, 未来, 419号, 頁8-13。
- 佐藤直樹 (1989), 共同幻想としての刑法, 東京: 白順社。
- 渋谷謙次郎 (2012), パシュカーニス法理論の再検討: 『法の一般理論とマルクス主義』をめぐって, 神戸法學雑誌, 62巻1/2号, 頁59-131。
- 渋谷謙次郎 (2013), パシュカーニス法理論の再検討 (二・完): 『法の一般理論とマルクス主義』をめぐって, 神戸法學雑誌, 62巻3/4号, 頁1-55。
- 重田園江 (2013), 社会契約論: ホッブス、ヒューム、ルソー、ロールズ, 東京: 筑摩書房。
- 多田富雄 (2003), 免疫・「自己」と「非自己」の科学, 東京: 日本放送出版協會。
- 瀧川裕英 (2009), 政治的責務は同意による責務か? (1), 大阪市立大学法学雑誌, 56号, 頁1-39。
- 表弘一郎 (2013), 共生の哲学——リスクによる排除と安心の罨を超えて, 東京: 耕文社。
- 岡田温司 (2009), ナポリ発、全人類へ——ロベルト・エスポジトの思想圏, 収於: 近代政治の脱構築——共同体・免疫・生政治, 頁4-32, 東京: 講談社。

(2)西文

- Christie, Nils. 2007. *Limits to Pain: The Role of Punishment in Penal Policy*. Eugene, OR: Wipf & Stock Publishers.
- Esposito, Roberto. 2008 (2004). *Bios: Biopolitics and Philosophy*,

translated by Timothy Campbell. Minneapolis, MN: University of Minnesota Press.

Pawlik, Michael (2004), Person, Subjekt, Bürger: zur Legitimation von Strafe, Berlin: Duncker & Humblot.

Wolff, Ernst Amadeus (1985), Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität, ZStW, S. 786-830.