

應報、死刑與嚴罰的心理*

李茂生**

目次

壹、前言	肆、回到問題的根結點
貳、關於許謝二文中的應報理論	伍、結語
參、關於許謝二文中的死刑論述	

壹、序論

數月前接獲編輯者的邀約，請我同時評論兩篇文章，並且還會給這兩位作者回應的空間。當時覺得很有趣，因為學術社團的互動除了一般性的研討會以外，就是缺乏這種互評論文的機制，於是很爽快地答應了。不過，等到看完這兩篇文章後，發覺碰到了熟手燙蕃薯。這兩篇應該可以算是我國至今為止討論應報與死刑的論文中，最為精緻的文章，要比較這兩篇文章，並予以評論一事，事實上必須要寫上一篇正式的論文，才能夠達成，而我根本就沒有這麼多的閒暇。沉寂了月餘，截稿日逼近後，才迫不得已提筆書寫輕率地答應編輯者的這篇評論文。

* 投稿日：2014年11月23日；接受刊登日：2014年11月25日。[責任校對：洪瑋辰]。

** 國立臺灣大學法律學院教授。

穩定網址：<http://publication.ias.sinica.edu.tw/70801151.pdf>。



在以上的情事下，我的評論文會欠缺攻擊力道，而比較偏向於這兩篇論文脈絡的整理。不過，因為這兩篇文章都有引用了我的一篇論文，但卻只是點到為止，所以在整理之餘，仍可針對此點予以著墨，稍稍地增加一點可讀性。

這兩篇文章，一篇是中央研究院法律學研究所副研究員許家馨先生所著「應報即復仇？——當代應報理論及其對死刑之意涵初探」（以下簡稱許文），另一篇則是臺灣大學法律學院助理教授謝焜偉先生所著「重新檢視死刑的應報意義」（以下簡稱謝文）。兩篇都是討論應報以及死刑的議題，只不過許文較偏向於應報理論的爬梳，而謝文則是較著重死刑的論述。兩者貌似前後呼應的論文，但是因為從應報理論轉折到死刑合理性的論述時，兩文的態度有些許的微妙差異，所以以下的評論將會針對此點予以闡明。

貳、關於許謝二文中的應報理論

許文最大的優點在於其對於英美應報理論的詳盡描述。其以應報與復仇的區分出發，而後以「應得（適得其份）為何」？「刑罰為何應由國家執行」？「罪刑均衡（符合比例）的理由與原則何在」？等三個議題為軸線，爬梳了英語圈中應報理論的三個流派。

第一個流派是刑罰情緒論。許文認為主張義憤為刑罰合理性基礎的刑罰情緒論，其雖然可以明確區分私的復仇情緒與公的憤慨，而且也可以說明何謂「應得」以及粗略表達「均衡」的內涵，但是終究無法說明為何刑罰應該由國家來予以執行。其理由在於，國家沒有義務滿足社會成員的所有情緒。

確實國家是沒有義務去滿足社會成員的所有情緒，所以情緒無法合理化應報刑的存在。然而，縱然大眾的情緒無法合理化應報

刑，更不可能成為國家執行刑罰的基礎，但是正因為可能成為判斷何謂應得、何謂均衡等事務上的標準，其激情的特質絕對有可能從根底破壞應報刑的所有合理化論述。理論上排除情緒論作為應報刑合理化根基的可能性一事，並沒有任何錯誤，然而過度忽視情緒論的影響力的話，最終也僅能得到「現實上的應報刑的實踐，並不能通過哲理的檢視」這類的結論吧。或許，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。

在否定掉情緒論作為刑罰合理化機制後，許文繼續探討第二個應報理論的流派，此即公平遊戲論。這個理論的內容簡單說來就是將社會契約論用利益分配的觀點予以簡化的論述。亦即，人們為了停止互相的攻擊，制定了規則，規定不得恣意侵犯他人的利益（每個人應有的自我節制負擔），同時也藉此而獲得不受他人恣意侵犯的自由，所以犯罪人就是沒有承擔起這個負擔的人，其必須受到處罰，用受到處罰的不利益來衡平違規時所享受到的不正利益。

許文認為公平遊戲論用較為明確的公平（分配）正義替換了模糊的應報正義，具有時代意義，但是利益一語過於抽象、簡約，無法表達出大眾在考量犯罪情事時所摻入的大量「道德因素」，因此無法明確地就犯罪的嚴重性予以特定的排序，進而無法滿足第三議題的檢視。

此點確實正中公平遊戲說的盲點，許文在這一部分幾乎可以說是冗長的論述，應該可以說服許多人。然而，從一個刑法研究者的觀點而言，這似乎是不用討論得這麼細膩的議題¹。因為縱然認為

¹ 許文之所以會花費這麼多的篇幅論證利益分析與道德直觀間的差異，或許是因為邊沁（Jeremy Bentham）與康德（Immanuel Kant）這兩人間的宿命性「不合」。

法益衡量或具體生活利益衡量是違法論的核心，也不會認為這樣就即可科處刑罰，其後仍有責任階層的考量，而裁定責任的量時，正是會去考量「利益」以外的諸多因素。此外，許文或許是基於想將這些考量的因素與「利益」相對比，於是使用了「道德因素」的字眼，這點不是不能理解，但是一旦使用了「道德」一語，此際「道義責任論」的陰魂即會如影隨形般地附身，進而引起非議。更何況，道義與道德的用語，其後也有可能會摻雜了無數大眾激情的要素，最終將會引發應報論述的崩盤。

許文在否定情緒論以及公平遊戲說的有效性後，終於邁入其認為最具說服力的溝通應報論。溝通應報論主張應報的內容應該是社會大眾（社群）以及行為人都能接受的譴責（亦即刑法理論中的責任非難），而國家有義務透過執行刑罰的儀式²將譴責（非難）的意思傳遞給行為人，但並不強迫其接受這個意思，因為行為人仍舊是個道德主體。當然，如果行為人接受了這個對於其過去行為的非難，此際國家即必須透過其他的方法，將行為人的意思傳遞給社群，並促成雙方的和解。

其實，若是個理解刑法理論同時也認知到現今的刑事政策傾向的讀者，應該立即可以察覺這個被許文稱許的溝通應報理論，不外就是刑法的事後處理機能、規範的應報論以及修復性司法³等論調的結合體，自然不會對溝通應報論的風行感到意外。然而，縱然這是有發展潛力的應報刑理論，但是脫離了抽象的論述，於實際的刑罰科賦現場，其合理性會被現實所侵蝕，而且也沒有任何的手段可以防止這個侵蝕。

2 許文用「嚴厲處遇」一語，但是或許用「嚴正處遇」會更為妥適。而且「嚴厲處遇」也是我於本文「肆」中將要去批判的部分。

3 不過，許文於論述中已經去除了修復性司法論調中所強調的「替代刑罰」的功能。

其實，溝通的應報理論早就有其前身，而時代就正是刑罰異常嚴苛的14世紀。被譽為中世紀最後一位詩人，同時也是新世代的第一位詩人的但丁（Dante Alighieri），在其名著「神曲」中描繪了一位虔誠的基督徒（就是他自己本人），在善惡合體的異教精靈的帶領下，遍歷了所有的痛苦會無限延伸與循環的地獄，以及從痛苦中可獲得救贖機會的煉獄。其間但丁發覺在地獄中，他會隨著受罰者痛苦的增加，而逐漸麻痺，甚至對他人痛苦的增幅感到興趣。反之，在煉獄中，但丁透過與受罰者的對話，自己也獲得了救贖。然而，神曲的出版與但丁的努力，現實上並沒有得到任何的回報，刑罰過度的嚴酷性仍然繼續持續。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遊戲論中所沒有論及的其他道德要素，都會進入決策過程，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。

國家縱然沒有義務滿足社會成員的所有情緒，但只要該情緒的滿足可以促成社會內的團結，進而使得治理更加圓滑的話，那麼國家應該會勇於創造並且承擔起這個義務，或甚至積極地去執行這個義務。而這個大眾的激情，也會透過「道德上的非難」此一外衣，直截了當地將受非難者當成道具。更悲慘的是，藉著溝通失敗的藉口，受應報者會變成暫時或永遠無法溝通的成員，進而被排除於社會之外。刑後仍然被持續不斷地社會監管的或緩死後被賜死的，那些純粹的生命或神聖之人，其存在不正就是溝通應報論以例外加以排斥的鐵證？

以上是針對許文中關於應報論的評述。相較於許文綿密的應報論論述，謝文則顯得較為精簡。因為本人與謝教授同為刑法學的研

究者，具有共同語言，所以於此就不再詳細評論謝文的內容，而僅簡單地回應如下。

謝文與許文同樣都從刑法的事後處理機能出發，但謝文則是爬梳了應報論的另一種分類。從傳統的應報論，經過贖罪的應報論，到最近的規範應報論，謝文均一一予以妥適的評論。特別是在規範應報論與積極的一般預防理論間的區別上，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，真相是透露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。這方面的論述，謝文完全符合了阿岡本（Giorgio Agamben）所論，主權者利用將法懸置，創設出「任何人都得誅殺但絕對不會成為祭品的神聖之人」，而這個例外狀態不外就是敵人刑法的真諦，而不論敵人刑法的論述是否仍（虛偽地）對神聖之人抱懷善意，展開雙臂歡迎其日後的（精神性的或宣示性的）歸來⁴。

參、關於許謝二文中的死刑論述

許謝二人不約而同地從溝通應報論的侷限（或以社會契約論為母體的規範應報論的侷限）出發，進而論及翦除論的內涵。首先簡略地回顧一下許文中的相關論述。

許文透過比例性與對等性的分析，確認比例性以及對等性中的同害報復雖然容許死刑的存在，但是仍無法證立死刑的必要性，而

4 關於我對於敵人刑法的批判，可參照：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）。

對等性中的實質對應說，亦即溝通的應報論，更是否定了死刑的正當性。在這種窘境下，放棄溝通的應報，直接以翦除論來證立死刑的必要性一事，似乎是理所當然。許文確認了不論是該文中本來就不去討論的教育刑理論，還是該文所贊成的溝通應報刑理論，都沒有所謂的「極端邪惡」的概念，因此無法證立死刑的必要性，因此死刑的必要性必須求諸於主張「翦除無法溝通的極端邪惡」的翦除論。

許文雖然肯認翦除論在抑制過度使用死刑的傾向上的功用，但是同時又感受到這種論調會直接挑戰人性尊嚴的準則，也與尊重生命、維護生命的國家責務相違背，於是留下了模糊的感慨，結束了論述。

其實，許文的這類感慨或迷惘真的是沒有必要。因為既然肯認了翦除論，那麼就可以直接了當確認事實上有極度邪惡的非人性質的存在，進而主張刑事司法功能的一部分就是為了在市民群中找到披著人面的獸心，然後用極刑將之排除於市民社會之外。矯情一點的話，也可以迂迴地主張不得假釋的無期徒刑，利用這種刑罰，實質上把極度的邪惡排除於市民社會之外。

比起許文中的曖昧與迂迴，謝文或許是因為從社會契約論著手觀察，所以較能貼切地近距離觀察翦除論的內容。謝文認為翦除論不外就是二次世界大戰前蔚為主流的道義責任論的現代版，被處刑的人，除了要以道德主體的身分面對自己的行為責任外，另需要負起社群加在其身上的道義責任。據此，謝文主張翦除論並不可採。不過，謝文的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現實。亦即，讓國家擁有這類極度的權力一事，不是個人的事情，而是牽涉到整體社會的價值觀的問題，縱然理論上無法證立死刑存在的合理性，但是在臺灣，死刑就是一個現實，包含法官在內的八成國民，不論其立論如何，他們就

是肯認死刑的存在。

謝文透過責任論的爬梳，確認在死刑的案子裡，責任的論述僅是虛幻而已，所謂的「無教化可能性」的標準，事實上因為人已經死了而無法得到證明，所以我們還是根據無法驗證的大眾情緒，選擇了必須被排除掉的「極端邪惡」。據此，謝文主張責任（應報）應該分成兩個層面加以考量，一個是與人格責任或性格責任不相容的純行為責任，另一則是考量養成這類犯罪人的社會責任，並將這類的責任本質定義成「（修正的）社會責任」。換言之，謝文認為縱然採取行為責任論，現實上因為有許多沒有浮上檯面的要素的影響，行為人仍有可能在應報的要求下（以應報之名）被科處死刑，但是如果能夠考量這種極端邪惡的行為人的出現，其實社會應該負起一部分的責任，那麼這個社會責任的認定將可以緩和對行為人「不純正的應報」要求，進而減少死刑的判決。因為如果判處行為人死刑的話，那麼終極的犯罪問題解決方案將會無法完遂。

對於謝文將應報的責任分成行為人的行為責任與國家社會的間接責任一事，不是不能理解其用心之處，因為只有這樣主張才能夠將國家社會的責任拿到檯面上來進行辯論。但是這類的通說見解的變形⁵，牽涉到刑法第57條的解釋問題，非常曖昧不清⁶；更何況，在整部刑法有關責任的定義下，國家社會的所作所為或許可以被納入行為人責任的減輕事項中（例如在考量違法意識時），但是要把國家社會的所作所為當成「責任」，亦即造成犯罪的刑法非難對象，且以類似民法過失相抵的概念，將之與行為人的行為責任相對比，藉此減消行為人的責任一事，似乎有點難度⁷。

5 亦即，將通說所論「以行為責任為上限，在此限度內考量矯治等要素」中的後半段，改成在此限度內考量國家社會責任，藉此降低行為責任的非難程度。

6 例如刑法第57條第4、5、6款，到底是用來界定行為責任上限的規定，還是評估國家社會責任的規定一事，就很難判定。

7 所以我在刑事責任概念較為薄弱的少年事件處理法中，將國家社會的「責任」稱為「贖罪」。詳請參照：李茂生，推動少年司法的心理深層動機——

我於某篇文章中主張刑法第57條就僅是規定了判定行為人的行為責任時的判定基準，所有其他因素的考量都必須納入刑法第50條與51條的範疇內（對於無法適用這兩條的犯罪，可以適用有利類推的原則）⁸。或許這類的主張會被批判，因為事實上刑法第50條與51條根本就沒有明確的規則，所以這種的主張不外是說等於沒說。但是，我一直都主張除了作為共同主觀的彰顯的刑法第57條規定以外，應該還有一個胡塞爾（Edmund Husserl）所說的純主觀境界，於這個境界中，沒有任何的語言，所剩只有純主觀的道德決斷而已⁹。也只有經過了這個純主觀的道德決斷後，根據共同主觀所為判定才會有其真正的生命。換言之，在經過尼采（Friedrich Wilhelm Nietzsche）的有聲十一聲鐘聲的激辯與批評後，必須經過無聲的第十二聲鐘聲，那麼永劫迴歸後的第一聲鐘聲才會擁有不一樣的意涵。而這個無聲的第十二聲無聲鐘聲的時段，才是人類的語言所無法企及的純粹理性的境界¹⁰。

如此一來，為了進入這個無語的、無聲的境界，並藉此進入一個嶄新的有語、有聲俗世時，我們必須做怎樣的準備一事，就會成為問題的關鍵點。亦即，我們到底應該以怎樣的態度面對有著十一次機會的有語、有聲世界，當我們十一次地不斷激辯、反省、超越時，到底要有怎樣的視野，才能有助於我們進入無語、無聲的世界，進而展望未來。我認為這個必要的視野就是理解令懲罰者與旁觀者趨於嚴罰的心理。

愛、憐憫與贖罪間的交錯，高雄少年期刊，14期，頁160-176（2009年）。

8 李茂生，量刑因子的調查與辯論，法官協會雜誌，15卷，頁100-113（2013年）。

9 於此必須明確表明，本文並不是主張在刑法第50條與第51條的運用上，不用利用語言將所有的影響要素予以表明，或進行辯論，而是主張這個最終判斷的基準是個無聲的事物。

10 詳請參照：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493-574（2002年）。

肆、回到問題的根結點

首先我們必須確認刑法法規的規範意義。一般都將刑法法規分成兩種意義，其一是行為規範，另一則是裁判規範。於立法階段，行為規範的意涵應該是佔著非常重要的意義，但是只要進入司法的階段，所有的法規都會變成僅具裁判規範的意義。雖然在立法階段，我們會基於一些哲理或政治的考量而做出一些限定，例如不得利用刑法來進行道德強制等，但是因為事實上立法不會受到任何的限制，特別是政治性操作的存在，更是觀察者所一致認同，所以於立法後的司法審判階段，我們除了形式上的罪刑法定主義外，會特別強調實質的罪刑法定主義要求，同時也以司法獨立來保障實質罪刑法定主義要求的實現可能性。

然而，這或許只是個假象而已。確實，應報的概念雖然可以證立刑罰的正當性，但是卻無法提供明確的量刑基準。因為應報是個相對性的概念，所謂的「適得其所」不外乎是與其他罪行的應報量相比對的結果，如果某一罪行因為其他因素而被決定應賦予的苦痛後，又被視為比對的對象時，其他較為嚴重的罪行的刑罰量應該會節節上升。應報概念不僅根本無法節制這類的比對，反倒會成為這類行徑的合理化機制。因為比對就是應報的本質。忽略此點，所有關於應報的論述，充其量僅不過是哲學語言的嬉戲而已。不，不僅是語言的嬉戲而已，抽象的論述本身甚至可以說是掩飾現實慘狀的打手。

不過這還不算最慘，更令人氣餒的是司法判決後執行階段的現實。縱或司法嚴守行為責任的界線，排除一切不合理的介入，只要司法一旦透過裁判規範就犯罪人予以定罪量刑後，所有的一切又會回歸到同於立法時的狀態。應報論雖然是目前最具有說服力的理論，但是事實上其根本就無法達成罪刑均衡的要求，因為法官從來就無法確切地掌握在監獄中受刑人會遭到如何的處遇，亦即法官根

本就無法計算刑罰的痛苦程度。簡而言之，刑罰的執行者的所作所為，縱然會增加許多受刑人的痛苦，但是這些痛苦都不會成為審判者的考量對象。被處罰的痛苦，遠遠超過當初所預定的痛苦，這是審判者所不願預料，但確實存在於被處罰者感受中的痛苦。這不是一句「殘虐刑罰的禁止」就能掩飾過去的。

確實行刑的領域也有一定的法規必須遵守，但是這些規則與其說是減輕受刑人的痛苦，倒不如說是讓增加痛苦的諸種措施合理化的根據。因為宣示時口口聲聲說尊重行為人是自由的道德主體，但是執行刑罰時卻是把受刑人當成客體對待，根本就是說一套做一套，而綿密的法規不外就是透過機械式（包含機械性地動作的執行者）規則，將這個行刑的現實予以合法化的機制。所以這種刑罰的執行是全然無法滿足正義要求的。

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。

人活在社會中總是要有個規則以資遵循，而且這個規則不是自然的法則，所以設定時早就預設有人會違反規則，而假若有違反規則的事情發生，但不予以處理，則規則將無法成為有效的規範。此事固不待論，然而問題是到底要用怎樣的方法來表示對於違規情事的譴責。人類自有歷史以來，都是以實際上科賦痛苦的方式來表達對違規者的譴責，但是與同時代其他社會上所存在的痛苦相較，刑罰的痛苦通常都是比較嚴苛或過度的。縱或在近代以後，雖然逐漸有批判的聲音出現，但是刑罰嚴苛的程度至今都沒有減輕過。此事，從喀爾文（Jean Calvin）、康德等關於懲罰的論述就可以明確得知。較諸喀爾文與康德的嚴懲論述，較為溫和，且極富悲憫，甚

至可以說蘊含寬容、贖罪等心境的貝加利亞（Cesare Beccaria）的論述，雖然得到許多的讚揚，但是卻沒有獲得實現的契機¹¹。

於此並不是主張對於刑罰的程度不需溝通或辯論，而是認為只要不能理解人們（包含所有的懲罰者與旁觀的民眾）為何會這麼執著於懲罰的理由，那麼任何的溝通都會成為單方面的強制，而不論提出多少的科學證據，任何的激辯都會徒勞無功。這點不論在自由刑的量刑上，抑或以應報為名實為剪除的死刑認定方面，都是如此。

那麼問題的重點就浮現出來了。其實根結點就在包含懲罰者在內的大部份民眾，為何會那麼堅持嚴罰，堅持到甚至把對方視為客體都無所謂。

最簡單的論述大概是大衛葛蘭（David Garland）的主張¹²。亦即，在新自由主義與保守政權的架構下，政府的實力日益衰微，此際為了證實自己的能力，於是大量地監禁、嚴罰，而人民方面也為求安定而接受了以上的規訓。這個解釋明確地敘述了政府透過刑罰的執行而進行社會統治的精要，或許可以說明為何現在美國是個監禁大國，也可以說明為何美國的許多州（特別是南部諸州）仍維持死刑的現象，但是卻無法說明整個人類歷史，在各個文化、各個時代均有相對應的嚴懲犯罪人傾向，只有到最近一些國家才開始有所轉變的事實。只要能切割時代，然後做同時代的比較，那麼立即可以發現所謂的荊棘的進步，亦即「前進兩步退一步，正如從肉體刑走向自由刑，這是一個進步」的論調，只是自欺欺人而已。我們始終是以同時代的一般性痛苦作為比較標準，然後超過這個界限，將

11 請參考Robert A. Ferguson 著，高忠義譯，失控的懲罰：剖析美國刑罰體制現況，第二章（2014年）。另請參照：Cesare Beccaria 著，李茂生譯，犯罪與刑罰，2版（2007年）一書中的譯者序文。

12 請參考 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）。

過度的懲罰科賦在犯罪人身上，並美其名為應報。

我曾經依據瑪莎納斯邦（Martha C. Nussbaum）的見解¹³而撰文描繪了積極支持，或縱然表面上不支持，但內心上並不反對死刑的群眾心理機制¹⁴。不論是許文或謝文都有引用我這篇文章，但是似乎都沒有把該文的重點（贊成翦除的心理機制）當成重點；所以於此依據茱蒂斯巴特勒（Judith Butler）所論¹⁵，再度重申嚴罰的心理機制。

在傅科（Michel Foucault）的論述中關於規訓，其重點之一即是規則的內化，但是傅科並沒有多談這個內化是如何進行的。茱蒂斯巴特勒有感於此，於是參照了尼采與佛洛伊德（Sigmund Freud）的論述，而展開了其有關規則內化機制的主張。茱蒂斯巴特勒認為外界所為教導等會形成個人的超我，而這個超我不斷地壓抑著本我，本我也因為被「自己」壓抑而感到自虐性的愉悅（尼采），這種的自虐性愉悅投射到外界，於是產生了當聽聞別人因犯錯而被置於受折磨的地位時的愉悅。茱蒂斯巴特勒認為這就是為何人們在看到犯錯的人受到嚴罰時會產生愉悅感的緣由。

或許正是這種深層且難以戒掉的愉悅感，使得人們不斷地去追求、創造讓犯錯的人感受到極端痛苦的制度。在這種制度的運作下，是不可能有任何的正義可言的。並不是義憤，而是嚴罰他人時所產生的愉悅（爽），才是應報論中情緒論的核心，若超我與本我間的自虐，並沒有任何極限，那麼我們對於犯錯者的懲罰也會沒有極限。只要不能克服這個關卡，那麼應報論所代表的正義，僅僅是個廉價的偽奢侈品罷了。

13 請參考 Martha C. Nussbaum 著，方佳俊譯，逃避人性：噁心、羞恥與法律（2007年）。

14 李茂生，死刑存廢論再考——分析反對廢除死刑者的深層心理，台灣法學雜誌，169期，頁71-89（2011年）。

15 請參考 Judith Butler 著，佐藤嘉幸、清水知子訳，權力の心的な生（2012年）。

伍、結語

在死刑存廢的爭辯中，經常看到贊成死刑存續的論者，在辯論的時候撻下氣憤的一語：「看到極惡的人受到極刑，就是爽，你們這些主張廢除死刑的人，等到你們的家人也被惡人殺害時，就會知道自己犯了多大的錯」。同時，我們也經常在媒體上看到：「曾經轟動一時的○○案，行為人竟然僅被科處○○年有期徒刑」這類的報導，也看到網民留言說：「司法已死」。這些不是辯論的用語，也不是意見的垂詢，而是結束爭辯，或表明意志的最後道德決斷，是可以不附任何理由的，就我說了算。殊不知，在這種最後論斷中，竟然包藏著人類亙古以來一直都很難去除掉的懲罰慾望。寬恕、悲憫與自省、贖罪等情緒是不太可能在這種情境下得到任何的滋潤。對於這種現象，不論是規範的應報論還是溝通的應報論，都無能為力，其頂多僅能發揮掩飾的功能。

阿岡本在討論善與惡的時候，舉了一個非常有趣的例子¹⁶。到底是引誘亞當的蛇是邪惡的，還是受不了引誘的亞當是邪惡的。通常的答案都是前者，然而真相或許在於後者。換言之，雖然真正的邪惡是潛藏於自己本身，但是我們都會將這個邪惡推諉給外部的存在，這樣才能夠彰顯自己的善良與無邪。然而，邪惡本來就藏於我們自身，只是我們不願意承認而已。這個不承認的態度到底會產生多大的弊害？

對於某事務，人們有能力去做，縱然現階段沒有能力，也會有獲取能力的可能，這叫做潛能。但是人們應該還有一個更重要的能力，這個能力就是將自己的能力或潛能予以懸置的能力，阿岡本將這種能力稱為潛能力。當人們只看到潛能，而自認為全能時，災難即會來臨，神真正的能力不在於毫無限制的潛能，而在於將全能予

16 Giorgio Agamben 著，上村忠男譯，*到來する共同体*，頁 45 以下（2012 年）。

以懸置的潛能力。極度的邪惡就是當神忘記自己有這個「無化自己」的潛能力，反倒是充分地發揮其能力或潛能而成為全能時的姿態。

簡而言之，只有認識到自己的潛能力，並且予以發揮時，人們才能有所節制，而節制正是寬容、憐憫等情緒的緒端。如果沒有這種的自省，社會的贖罪是永無撥雲見日的一天。所以不論關於刑罰是採取如何的哲理路徑，只要忽視了人們經常忘記自身本來即擁有的將能力或潛能予以懸置的潛能力，並在全能的幻影中滿足懲罰慾望的姿態的話，所有的哲理論述都僅是鏡花水月而已。

參考文獻

1. 中文部分

- Cesare Beccaria著，李茂生譯（2007），*犯罪與刑罰*，2版，臺北：協志。[Cesare Beccaria著，風早八十二·風早二葉訳（1959），*犯罪と刑罰*，改版，東京：千代田。]
- 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: Crime and Social Order in Contemporary Society*. Chicago, IL: University of Chicago Press.]
- Martha C. Nussbaum著，方佳俊譯（2007），*逃避人性：噁心、羞恥與法律*，臺北：商周。[Nussbaum, Martha C. 2004. *Hiding From Humanity: Disgust, Shame, and the Law*. Princeton, NJ: Princeton University Press.]
- Robert A. Ferguson著，高忠義譯（2014），*失控的懲罰：剖析美國刑罰體制現況*，臺北：商周。[Ferguson, Robert A. 2014. *Inferno: An Anatomy of American Punishment*. Cambridge, MA: Harvard University Press.]
- 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：學林。
- （2009），*風險社會與規範論的世界*，*月旦法學雜誌*，173期，頁145-153。
- （2009），*推動少年司法的心理深層動機——愛、憐憫與贖罪間的交錯*，*高雄少年期刊*，14期，頁160-176。
- （2011），*死刑存廢論再考——分析反對廢除死刑者的深層心理*，*台灣法學雜誌*，169期，頁71-89。
- （2013），*量刑因子的調查與辯論*，*法官協會雜誌*，15卷，

頁100-113。

2. 外文部分

Giorgio Agamben著，上村忠男訳（2012），*到来する共同体*，東京：月曜社。

Judith Butler著，佐藤嘉幸、清水知子訳（2012），*権力の心的な生*，東京：月曜社。