

「人們尋求以惡還惡，若非如此即是奴隸」^{*}

陳嘉銘^{**}

目次

壹、應報情感與道德原則的關係 的四種主張	參、應報的規範性秩序與反化約 主義
貳、應報情感、制度與民主溝通	肆、古典社會契約論者對「棄約 者」的歧異主張

許家馨和謝煜偉在《中研院法學期刊》第15期¹，檢討了當代刑罰證成基礎之一的應報論（retributivism），他們雖然批評某些特定的應報論論述，但都不完全否定應報論，也各自說明了他們支持的特定應報論主張，並以此為基礎進一步討論應報論是否和死刑相容。謝煜偉提出他所謂「社會應報論」，完全否定死刑的正當性，

* 投稿日：2015年4月29日；接受刊登日：2015年5月5日。〔責任校對：洪瑋辰〕。

本文借題自 ARISTOTLE, ARISTOTLE, XIX, NICOMACHEAN ETHICS 280 (H. Rackham trans., revised ed., Harvard University Press 1990). 本文將此書譯為：亞里斯多德·《尼各馬科倫理學》；此外，本文引用外文文本的中文翻譯，都是作者所譯。

** 中央研究院人文社會科學研究中心助研究員。

1 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207-282（2014年）；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/81806151.pdf>。



許家馨也同意他較為認同的溝通應報論傾向否定死刑（他在另一篇文章則更深入地討論，如果我們更瞭解「惡」，溝通應報論不必然否定死刑²。）。我這篇文章基於篇幅因素，無法回應兩位學者的每個論點，我將試著回應他們各自提出的一個主要批評，許家馨花比較多篇幅處理應報相關的情緒，謝煜偉則全面批評了規範性應報論，我的回應將會間接地表達我較為贊同的應報論觀點：應報情緒對民主溝通的重要性、反哲學化約主義的應報論、以及亞里斯多德主義的應報論。

壹、應報情感與道德原則的關係的四種主張

首先，兩位學者都試圖區隔「應報」作為一種現代理性論述和建制和「復仇或者報復」等前近代社會的活動和關係不同。在他們的區隔中，第一、他們都把情感和情緒劃歸給「復仇或者報復」，把理性原則和規約歸給「應報」。「報復或者復仇」的社會實踐（practices），因為充斥著情感和情緒，非常個人和主觀，不僅容易過度，而且報復的對象常常殃及無辜的他人。相對來說，「應報」不帶有情緒和情感等非理性元素，它作為現代司法體制的概念和建制，蘊含了比例原則（proportionality）、罪罰相稱原則（commensurateness）、同惡回報原則（*lex talionis*）、平等性和個人責任等等客觀原則和內在節制特性。第二、兩位學者都認為「復仇或者報復」是前近代的社會關係和活動，缺乏普遍理性，因不同前近代社會有所不同，「應報」則是近代社會或者現代國家的普遍原則和建制。

許家馨的論述比較同情「復仇或者報復」及其相關的情緒和情

2 Jimmy Chia-Shin Hsu, *Does Communicative Retributivism Necessarily Negate Capital Punishment?*, CRIM. L. & PHIL., DOI:10.1007/s11572-013-9261-6 (2013).

感，他花了許多篇幅處理這些情緒和情感，並不徹底貶抑或者否定它們。雖然最終他認為應報的理性論述和建制應該佔據優越和主導地位。他說，應報和「復仇或者報復」或許「同根同源」，但是在現代社會，「復仇或者報復」的制度性部分已經被現代司法體制的「應報」建制吸收，只剩下情緒和非理性的部分，不再能提供我們制度想像³。他不否定J. G. Murphy主張復仇情緒是一種有價值的道德反應，但是他認為如果確實如此，必須透過應報的理性論述和制度，「控制」這個情緒帶來的正反面效果。他認為即便Jean Hampton闡述的義怒情緒是正當的，可是我們仍然必須完全回到應報的理性論述，才能認知和證立正義或者道德的內容，才能判斷哪些義怒情緒是正當或不正當。最後他認為即使某些義怒情緒是正當的，現代國家的權利不包括滿足任何特定的情緒，國家要回應的是情緒背後反應的客觀價值，滿足國民情緒不能作為國家行為的「基礎」。

雖然許家馨堅持「應報」作為理性論述和建制的優越和主導地位，但他仍然給予和應報（或者復仇或報復）相關的情緒，一定程度的理性理解、道德性格和價值地位。相較來說，謝煜偉只要提到和應報相關的情緒就連結到：「庶民正義觀」「更暴戾、更噬血」的反應、「一般人所謂的應報就在於洩憤所帶來的心情上的愉快」、往往導致「血仇連鎖」，「血祭和嘲弄……是一種社會心理狀態」，並且痛陳一般社會觀念對於因果責任的形成，人民往往只是為了滿足「無法收拾的國民情感」以及「處罰慾望」⁴。換句話說，謝煜偉全面貶抑了和應報相關的情緒、情感和慾望，指稱它們是非進步知識菁英的「庶民」、「一般人」的反應、來自於對心情暢快的耽溺，不僅沒有任何道德性格，而且具備源於惡性（「噬血」、「暴戾」）的黑暗特性。謝煜偉全面貶抑情感和情緒的態度並不是特例，這是非西

3 許家馨（註1），頁221。

4 謝煜偉（註1），頁146、150、172、186。

方社會的進步菁英對他們眼中不進步的社會多數人常採取的心態：基於要保護或者拯救社會弱勢，必須對抗「那些只能是」被動的、情緒性的、耽溺於欲望的、知識和道德蒙昧、甚至帶有惡意的、前現代的庶民。這些信念和心態神似18、19世紀歐洲的啟蒙知識份子（即便謝煜偉對啟蒙的自律主體理念是批判的），然而台灣社會應當可以站在歷史後見之明的優勢位置，檢討理性和情緒、現代和非現代、啟蒙菁英和所謂蒙昧庶民間的關係⁵。

就反思應報論的目的來說，我們不需要直接跳到最抽象的哲學層次討論理性和情感（或者欲望）的關係。但是我們可以試著討論較為具體的兩個層次，一、「理性思考依循的客觀道德標準」和「道德情感」的一般關係；二、就應報來說，「客觀道德標準」和「道德情感」在社會實踐和制度層次的關係。這裡所謂的道德情感泛指有道德意義的情感和情緒。從這兩個層次的討論出發，我們可以試著檢討以近代理性主體為中心的現代國家法律建制和人民的道德情感的關係。

首先，我們可以將「道德情感」和「理性思考依循的客觀道德標準」的一般關係大致分為四種：（一）完全貶抑道德情感、（二）道德情感要扞從客觀道德標準、（三）道德情感決定了客觀道德標準的內容和我們的認知、（四）道德情感和客觀道德標準各有獨立、不可化約的來源和地位，我們只能致力追求二者的調解。以道德情感相對於客觀道德標準的地位來說，這四種關係就是貶抑、扞

5 許家馨的論述非常啟蒙主義，謝煜偉的論述則帶有批判整個啟蒙理性的後結構色彩。我的批評並不基於所謂的啟蒙、後殖民、後結構或者後現代等整全性學術觀點，這些整全性觀點未必能避免上述貶抑「庶民」的基本心態，後結構主義者的菁英性格往往更令人咋舌。我認為所謂現代、後現代和前現代的自我瞭解、活動和關係，並不是「整體主義地」專屬於各自的時代或者社會，而只是在每個時代佔有相對比較凸顯的地位。因此我採取的毋寧是一種我稱之為「摸索著爛泥巴前進」（muddling through）的知識策略，我明白意識到哲學缺乏跳出歷史、社會和知識泥沼的整全視野，為了辨明腳前的道路，只能不斷實驗自己能力所及和恰巧在手邊的較好觀點。

從、決定和調解。

依照上面的分類，就應報情感來說，許家馨偏向扈從關係，他主張儘管應報情感具有道德意義，但是應報的客觀道德標準必須透過理性才能適當認知，以此客觀道德標準來「評斷」和「控制」道德情感，他也主張正確的道德情感，應該是人們相信客觀道德標準之後的情感反應。也就是說道德情感沒有獨立地位挑戰客觀道德標準。謝煜偉則是傾向貶抑關係，主張必須「抑制」應報相關的情感⁶。

情感決定論和情感調解論較為複雜，我舉幾個哲學家的例子說明。情感決定論在近代哲學界的代表是蘇格蘭啟蒙運動的哲學家 David Hume 和 Adam Smith。Hume 在《道德原則的考察》中說，「道德取決於情感，它（情感）在界定德性時，依據的是旁觀者對於任何心理行動和品質的贊同的愉快情感，反之惡也是如此⁷。」Smith 也有類似的主張，道德判斷的基礎來自我們假設的不偏不倚的旁觀者的情感反應⁸。依情感決定論推論，我們在界定客觀的應報標準時，最終必須要回到旁觀者的贊同或否定的情感。18世紀歐洲思想家 Jean-Jacques Rousseau 的想法則接近情感調解論，在他的假設性人類歷史論述中，道德情感和客觀道德標準間的關係甚為複雜，有時候，某些道德情感（例如：同情心）比相關的理性概念更早出現；有時候，某些道德情感、理念和欲望交錯出現（例如：互相比較和欣賞的情感，產生了要求被重視的權利和義務理念，從此又產生了侮辱和復仇的感受和欲望⁹。）；有時候，Rousseau 要透過理性

6 謝煜偉（註1），頁140。

7 DAVID HUME, AN ENQUIRY CONCERNING THE PRINCIPLES OF MORALS: A CRITICAL EDITION 85 (Tom L. Beauchamp ed., 2006).

8 ADAM SMITH, THE THEORY OF MORAL SENTIMENTS 185 (Knud Haakonssen ed., 2002).

9 JEAN-JACQUES ROUSSEAU, ROUSSEAU: 'THE DISCOURSES' AND OTHER EARLY POLITICAL WRITINGS 165-66 (Victor Gourevitch ed., 1997).

構思的道德標準和社會制度，塑造人們的情感，但是他也承認理性的能力有限，因此有時候道德標準和制度反過來必須配合人們的情感（例如：立法家在給予人民法律時，有時必須配合人民的風俗情感¹⁰。）。

我認為情感調解論比較有道理，但是我沒有能力在這裡做完整的說明。我只能試著提出情感調解論在社會實踐和制度層次的落實可能性。事實上，以上四種觀點都不會反對在實踐和制度層次上，人類社會需要相當程度上穩定的應報客觀標準。例如，蘇格蘭啟蒙運動的情感決定論者，即便在認知和內容層次上認為情感是客觀道德標準最終的訴求基礎，可是在實踐和制度層次上也不一定會支持每個司法案件的判決都要回歸旁觀者的情感。

貳、應報情感、制度與民主溝通

在實踐和制度層次，情感調解論可能體現於兩個面向，一、司法個案判決，二、整個社會關於應報、罪與罰的基本道德和法律規範的討論和形成。就前者來說，現代國家的司法體制不容許應報相關的情感影響個案判決，作為一個現代人，我也贊同現代司法體制或許優點較多、或許是最理性的體制，但是現代司法體制不是人類歷史中唯一合理的司法制度，如果我們可以理解其他體制的相對合理性，或許能夠治療我們現代人普遍對應報相關情感的恐懼和厭惡。

以古代民主雅典的制度為例，根據古典學和政治學者Danielle S. Allen的研究，個案控訴人就是個案關係人，他的司法角色是他

¹⁰ JEAN-JACQUES ROUSSEAU, ROUSSEAU: 'THE SOCIAL CONTRACT' AND OTHER LATER POLITICAL WRITINGS 72-3 (Victor Gourevitch ed., 1997).

個人或者他的家庭的榮譽的憤怒捍衛者。在他公開的言詞控訴中，憤怒（*anger, orge*）是核心概念。憤怒是他向公共解釋為何司法要如此懲罰被告訴人的主要理由。「雅典人藉由定義憤怒為何、何時憤怒是正當的、誰可以感受和因憤怒而行動、他們應該怎麼行動，因而定義、結構和給予正當懲罰的界線¹¹。」當控訴人公共控訴他或他的家人受到的傷害，他要說服一般公民，為何他的憤怒是合理的，這樣的憤怒應該給予被告訴人多少懲罰，在這樣的說服過程中，他必須要訴求政治社群共享的倫理價值、正義、相互原則（*reciprocity*）、平等、應得概念（*desert*）以及社群記憶，以證成他憤怒的正當性。在雅典的政治文化中，「憤怒和正義的定義透過彼此相互建構¹²」。被告訴人的公開辯護也一樣會質疑控訴人憤怒的不合理性，以及解釋自己被不當控訴的憤怒。當然，控訴人原初的憤怒很可能逾越了適當界線，可是在一般公民作為聽眾以及必須訴求共享的倫理原則的過程，他必需要轉化他的個人憤怒，成為公共可以感染的憤怒，也就是合理的憤怒。在他們公開角力過程中，民主雅典的社群記憶、共享價值和公共論述過程扮演了控制和平衡憤怒的角色。在法庭最後公佈的懲罰判決中，懲罰是對犯錯者正當的公共憤怒的實現，重新評估和分配了控訴人（及其家庭）以及被告訴人之間的榮譽，不管是控訴人的個人憤怒或者雅典公民的公共憤怒理想上也就被治療了。古雅典的司法懲罰制度對應報情感的態度，屬於我歸類的情感調解論。雖然法律規範了一定程度的懲罰等級，但是因為社群記憶和公共論述扮演了關鍵角色，憤怒情緒作為主要的平衡機制和攻防理由，相當程度決定了個案判決的結果，以及給予社群價值更明確的內容。

11 DANIELLE S. ALLEN, *THE WORLD OF PROMETHEUS: THE POLITICS OF PUNISHING IN DEMOCRATIC ATHENS* 51 (2002).

12 *Id.* at 62.

古代雅典民主的刑罰制度顯示許家馨引用的Robert Nozick對應報和報復（復仇）的現代典型區分¹³過度狹隘了。帶有報復情緒和私人關係的所謂「報復」也可以在民主雅典的刑罰制度中和所謂客觀的「應報」原則結合。我要再強調，作為現代人，我同意現代國家司法體制的優點比較多，但是我也難以完全拒絕承認古代雅典的刑罰制度的合理性。我的重點在於，如果我們現代人能開放自己，承認古雅典刑罰制度的一定合理性，我們就不會完全貶抑和應報相關的情緒，而能夠更謹慎地瞭解現代人作的制度選擇的內在限制和代價。

如果我們現代人持有這樣自省的多元文明意識，或許我們能更進一步接受，即使在現代社會，每個自由民主社會關於應報、正義、罪與罰的基本道德和法律規範內容的討論和形成，是民主漫長和永遠持續溝通過程的一部分。而且在這些民主溝通過程，「道德情感經驗」和「客觀道德標準」各有獨立、不可化約的來源和地位。民主社會的民主溝通或者審議過程，不是哲學家或者專家從客觀的普遍律則和知識演繹推理的過程，也不是法官或律師適用普遍律則到個案的法律論理過程。民主溝通過程，常是既存政治、法律或者社會建制，被許多事件或者個案挑戰或者爭議的過程，在這些過程中，社會持續對話，最後可能導致主流建制和所謂客觀論述的演變。在這些挑戰或爭議的過程中，當事人遭遇他們感受到的不義經驗，因此他們以及支持者常帶著強烈的憤怒或者怨憤情緒。在這些民主溝通過程中，我們不應該太快以既存或者主流的普遍規範或建制（不管是傳統價值或者人權），評斷這些帶有強烈情緒的控訴；更不應該以社會科學或者學院的因果解釋，輕易貶抑這些情緒可以被更膚淺的情緒解釋。許多時候，不義經驗和情緒反而是我們窺見自己尚未深層理解的正義概念的契機¹⁴。或許有人質疑，這些

13 許家馨（註1），頁216-219。

14 我的「受害者優先」的觀點受到 Judith N. Shklar 的啟發，但是情緒的獨立地位

情緒難道不是因為當事人已經認知一些正義概念才產生嗎？也因此我們不需要認真看待情緒，只要理解當事人主張的正義概念就可以了。如果這個質疑是正確的，情緒就沒有獨立的來源和地位，仍然只是附屬於正義概念的產物。然而，許多時候，當事人雖然經驗到了強烈不義和情緒，但是還沒有明確而且可以清楚敘說的正義概念，我們必須透過更認真面對和傾聽他們的不義經驗和情緒，才能逐漸發展出可以被敘說清楚的正義概念。

從不清楚到清楚的正義概念是什麼樣的過程？在當代的政治思想思源中，我們可以發現三種可能的情況：第一、這些不義經驗和情緒可能來自於政治社群已經信仰的一些抽象原則，從原來的領域擴散到其他領域，例如：Axel Honneth對現代社會平等原則擴散的社會衝突文法的詮釋¹⁵；第二、可能來自於政治社群分享的一些極為深層的文化信仰，需要透過進一步自我詮釋才能被清楚敘說和認知，例如：Charles Taylor試圖復興的浪漫主義自我觀¹⁶；第三，可能來自於人的經驗和行動的原創性和不可預測性，例如：Hannah Arendt的行動觀¹⁷。這三種思想資源都可以支持：在民主溝通中，情緒具有獨立和不可化約的地位，也就是「不義經驗和情緒優先」的民主溝通倫理。

或許有人主張應報論的規範和建制是現代主體論述和建制的一部分，這是現代社會的根本預設和基礎，因此挑戰這個根本預設的情感和情緒的溝通空間已經幾乎沒有了，當代社會的相關反應都只是前現代社會的情緒殘餘。這樣的主張過度誇張和整體主義化了前

以及正義概念從不清楚到清楚的三種可能過程是我的想法。See JUDITH N. SHKLAR, *THE FACES OF INJUSTICE* (1992).

15 See AXEL HONNETH, *THE STRUGGLE FOR RECOGNITION: THE MORAL GRAMMAR OF SOCIAL CONFLICTS* (Joel Anderson trans., MIT Press 1996) (1992).

16 See CHARLES TAYLOR, *SOURCES OF THE SELF: THE MAKING OF THE MODERN IDENTITY* (1992).

17 See HANNAH ARENDT, *THE HUMAN CONDITION* (1958).

現代和現代社會的差異，現代性作為特定的個人特性和社會實踐的特徵（例如：自決主體和官僚理性社會等等），在所謂的前現代社會也存在著，只是現代社會更為凸顯而已。每個當代社會都是前現代和現代性（以及其他）複合的社會。或許我們可以利用Jürgen Habermas的現代法律論述解釋現代但複合的社會關於應報的民主溝通過程。他說現代法律的民主審議過程，不可避免要解決三個層次的問題：一、利益平衡的問題；二、「我們應該如何做」的「道德—實踐」問題；三、「我們是誰、我們要成為什麼社群」的「倫理—政治」問題¹⁸。近代應報論述蘊含的比例原則、罪罰相稱和同惡回報原則都具有相當不確定性，無法明確決定什麼罪對應什麼罰。如果我們將這些應報抽象原則，理解為Habermas所謂「我們應該如何做」的「道德—實踐」問題，罪與罰的具體對應問題或許可以歸類為「我們是誰」的「倫理—政治」問題。所謂「倫理——政治」的問題和理解，包涵了傳統、文化和習慣¹⁹，但也應該包括我們不斷變化的生活世界經驗。每個社會關於死刑存廢的各種義與不義的經驗和情緒，應該透過民主溝通的立法過程，達成關於「我們是誰，我們的社會是否該擁抱死刑」的「倫理—政治」理解。

參、應報的規範性秩序與反化約主義

接下來我要討論謝煜偉對於規範應報論的批評。規範應報論是當代歐美社會主流的應報論論述，不管是以加害者「應得」為基礎（desert-based）的應報論，或者以受害者「贖清」（vindication）為基礎的應報論都企圖恢復被加害者破壞的平等關係，具體來說，也

18 JÜRGEN HABERMAS, BETWEEN FACTS AND NORMS: CONTRIBUTIONS TO A DISCOURSE THEORY OF LAW AND DEMOCRACY 180 (William Rehg trans., MIT Press 1996) (1992).

19 JÜRGEN HABERMAS, THE INCLUSION OF THE OTHER: STUDIES IN POLITICAL THEORY 217-18 (Ciaran P. Cronin & Pablo de Greiff eds., 2000) (1996).

就是恢復加害者、被加害者和同一個社會的成員原來平等的關係，以求重新聲張平等的理想。前者強調取消加害者獲得的不公平優勢，後者聚焦於贖清被害者被剝奪的平等地位²⁰。

謝煜偉對規範應報論先做了簡略的批評，然後他很快地聚焦在一個論點：規範應報論隱含了他所謂「市民與非市民」的二分，因此成為敵人刑法理論的溫床。接下來，他又很快地把矛頭轉向社會契約論發展出來的刑罰觀，蘊含了市民與非市民的二分。他似乎認為只要成功批判了古典社會契約論的刑罰觀，如此也就等於批判了整個規範應報論。他的批評採取的上述論證過程是不充分的。當代歐美的刑罰理論鮮少人以社會契約論發展刑罰理論，當代的規範應報論也都不以社會契約論出發，謝煜偉對社會契約論的批評，完全沒有批判到當代的規範應報論，我們不太知道他花心思批判當代刑罰理論家已經不關心的17、18世紀的古典社會契約論者的推論方式，對我們回應當代的理論家有什麼幫助。此外，他對規範應報論的徹底否定真的成功嗎？他對社會契約論的無差別批評成功嗎？在短短18頁內²¹，他試圖徹底否定整個社會契約論傳統和整個規範應報論述，要充分論證這些主張或許需要至少一本書的篇幅。

謝煜偉批評，規範應報論無法合理說明為何採取刑罰手段才能回復被破壞的「規範秩序」，而且我們無法檢驗這個規範秩序被破壞、回復和再確定的狀態，這個規範秩序因此只是「擬制、假想出來的社會共同心理狀態」，不能通過比例原則的檢驗，也不瞭解「懲罰的目的、機能和任務」²²。謝煜偉對當代規範應報論的理解似乎主要來自日本學者飯島暢的作品，儘管它最好的闡述者和捍衛

20 見 Matthew H. Kramer 很好的整理。MATTHEW H. KRAMER, THE ETHICS OF CAPITAL PUNISHMENT: A PHILOSOPHICAL INVESTIGATION OF EVIL AND ITS CONSEQUENCES 80-103 (2011).

21 謝煜偉 (註1)，頁 161-178。

22 謝煜偉 (註1)，頁 161。

者來自歐美。謝煜偉的批評雖然過於簡略，但這也是一個很好的闡明機會。

我們可以這樣簡單地理解規範秩序。一個國家的政治制度和法律是由規則（rules）組成，每個規則都規範了我們應該作什麼和不該作什麼，他們本身就是規範（norms），這些規則組成了一個基本而且明確的規則／規範體系。這些政治或者法律的規範體系需要正當性，它們的正當性來自政治社群共享的基本價值，它們的存在也體現了社群共享的基本價值。雖然不同公民對這些基本價值有不同的深入理解，但是一個自由民主社會的絕大多數成員事實上在認知上共享了平等和自由的價值。然而就規範秩序來說，有多少數量的成員信仰平等和自由本身不是最關鍵的問題（永遠有人認為威權政權比較好），關鍵在社會中具備合理理性的人們，可以從一個相對上客觀的理性角度，批評這些不相信平等和自由價值的人們。這樣的自由民主社會，當然永遠還有許多不恰當的政治和法律規則，但是如果有一些比較基本的規則上（例如：憲法），我們可以相對客觀地以自由和平等等價值證成這些規則的正當性，我們可以主張這些基本規則組成的規範秩序是正當存在著。

以刑法來說，它是一套有關身體、財產和自由的規範／規則秩序。「每個人都必須遵守」體現了刑法中每個人擁有平等價值的政治社群信念。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。因此，所謂規範秩序被破壞，指的就是這樣的狀態，它有兩個意涵：一、違法者違反了刑法規範／規則，二、我們可以從一個相對上客觀的理性角度（在規範意義上）批評違法者侵犯了平等價值。謝煜偉似乎將這樣的狀態誤解為「假想出來的社會共同心裡狀態」，但是以上

的兩個意涵都不牽涉到我們在經驗層次上假設社會存在著共同的心裡狀態。謝煜偉似乎混淆了道德論述和心理學的經驗陳述。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。

對應報論來說，刑罰的意義是要將上述被破壞的狀態回復到正常狀態。謝煜偉質疑刑罰如何能夠有這樣的回復功能，我們又要如何測量出社會共同心裡覺得規範秩序被回復了？謝煜偉的質疑事實上是一種哲學化約主義的質疑，彷彿我們要找到更底層的社會運作原理、第一原則、人和社會最基本的功能、或者宇宙基本粒子才能最成功地解釋或者證成事物。當代溝通應報論者，包括許家馨，試圖進一步主張應報的終極「目的」在政治社群傳達譴責和加害者傳達悔改的訊息，也是哲學化約主義的討論²³。但是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。我們應該追隨維根斯坦（Ludwig Wittgenstein）的哲學方向²⁴，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。這樣的想法呼應了亞里斯多德在《尼各馬科倫理學》第五書第五章闡

23 許家馨（註1），頁248-257。

24 See LUDWIG WITTGENSTEIN, *PHILOSOPHICAL INVESTIGATIONS* (P. M. S. Hacker & Joachim Schulte eds., G. E. M. Anscombe, P. M. S. Hacker & Joachim Schulte trans., 4th ed. Wiley-Blackwell 2009) (1953).

述的任何平等合作的人之間的關係：「人們尋求以惡還惡，若非如此即是奴隸」。

肆、古典社會契約論者對「棄約者」的歧異主張

關於謝煜偉對社會契約論以及市民刑法的批評，他舉例了 Cesare Beccaria、Jean-Jacques Rousseau、Thomas Hobbes 和 John Locke 等古典社會契約家對刑罰的證成，並下結論說，「以上從貝加利亞、盧梭、霍布斯、洛克的社會契約論來觀察各自對於刑罰以及死刑正當性之看法，可以發現，近代刑罰以及刑罰權的正當性建立在以社會契約論的基礎上。²⁵」這是一個邏輯令人費解、不成功的論證。古典社會契約論即使在17、18世紀都只是歐洲近代政治社會論述中的一支，到了19世紀就大幅式微了。當代的康德主義（Kantian）契約論者都不再主張從自然狀態到公民社會的契約，因此也就沒有「處於自然狀態的非市民被視為共同體敵人」的問題。當代的刑罰理論更鮮少人主張以社會契約論中的意願主義（voluntarism）（也就是主觀、實際同意）為基礎證成刑罰的正當性²⁶。

即便我們把謝煜偉對社會契約論的批評，限縮到對古典社會契約論的批評，他的「非市民等於共同體敵人」的批評，只對 Beccaria 和 Rousseau 可能有效，對 Hobbes 和 Locke 都是無效的。對 Hobbes 來說，不論對國家的基礎是否產生根本動搖，觸犯國家刑法的人是主權者的敵人，而不是共同體的敵人，個別簽約者不會讓渡

²⁵ 謝煜偉（註1），頁170。

²⁶ 謝煜偉在當代唯一可以找到的對話對象大概是 C. S. Nino。C. S. Nino, *A Consensual Theory of Punishment*, in PUNISHMENT: A PHILOSOPHY & PUBLIC AFFAIRS READER 94, 94-111 (A. John Simmons, Marshall Cohen, Joshua Cohen & Charles R. Beitz eds., 1995).

懲罰的權利給主權者²⁷，謝煜偉混淆Hobbes理論中的主權者和共同體恐怕是很大的扭曲。對Locke來說，觸犯謀殺罪的人違反了人類集體生活的基本理性，威脅的是全人類社群，不是共同體的敵人；試圖奪取專制權力的政府，被視為和人民宣戰，因此人們對他們擁有戰爭狀態的權利，這時共同體處於沒有正當政府的革命狀態，這和刑法和刑罰的證成並沒有關係²⁸。

除了批評這四位古典社會契約論者，謝煜偉也批評了歐洲18世紀思想家Immanuel Kant的社會契約論。可是他對Kant的理解和批評，恐怕主要是經過德國法哲學家Günther Jakobs為了他的政治目的創造性轉用後的Kant，而不是來自Kant理論的根本邏輯。謝煜偉說，Kant的《永久和平論》第二節（謝煜偉譯為「第二章」，但Abschnitt譯為「節」較為貼切）的註腳中「已論及市民社會敵之所在」，即使非市民在現實上沒有產生威脅，也對市民持續不斷造成安全的威脅，因此他引用Kant的句子：「我可以要求他做出決斷，要不與我一同進入共同體的、法的狀態當中，或者，從我身旁消失」（最後一句“oder aus meiner Nachbarschaft zu weichen”或者這樣翻更為妥當：「或者，離開我的鄰近之處」²⁹）。Kant這裡的句子表面上容易帶來準Hobbes式的解讀，彷彿只要處於自然狀態中的人就會因為人性的普遍缺點帶來安全上的威脅，因此我們有權利預防性防衛，要求他們加入我們的公民社會或者要求他們離開我們的鄰近之處。但是這樣的解讀忽略了Kant最根本的哲學主張。對Kant來說，基於普遍同意產生的法律是判斷對與錯的唯一基礎，當人們的關係處於沒有簽約進入公民社會、處於自然狀態的關係，因為沒有

27 See THOMAS HOBBS, LEVIATHAN: WITH SELECTED VARIANTS FROM THE LATIN EDITION OF 1668 204 (Edwin Curley ed., 1994).

28 JOHN LOCKE, LOCKE: TWO TREATISES OF GOVERNMENT 272, 404, 414 (Peter Laslett ed., 1988).

29 See IMMANUEL KANT, KANT: POLITICAL WRITINGS 98 (H. S. Reiss ed., H. B. Nisbet trans., 2d ed. Cambridge University Press 1991) (1795).

辦法區分「你的」和「我的」權利，所以沒有辦法判斷和他們互動的對與錯，因此他們犯了最高程度的道德錯誤³⁰。這裡犯了最高錯誤的人們，不只包括完全沒有在公民社會的人，也包括在某個公民社會的人，因為他們仍然和其他國家以及其他非市民處於自然狀態的關係。Kant在《道德形上學》的第44小節說：「我們不是因為基於事實（有關於人性暴力和傾惡的經驗事實），才認為有必要透過公共法律強迫人。相反地，即便人性多麼友善和守法，理性理念先驗存在一個狀態（這不是對的狀態），使得在公共法律狀態建立之前，個人、人民和國家之間永遠無法免於暴力，因為每個個人或群體都有他們的權利選擇對他們看起來對和好的行為，不依賴任何其他人的意見。³¹」處於自然狀態關係的人或團體，他們彼此之間，或者他們和某公民社會之間，雖然對各自的持有物有一定的權利，可是他們的權利只是「暫定的」，不是「決定性的」³²，沒有權威要求他人有義務服從。他們各自擁有的暫定權利是對等的，即便市民有暫定權利強迫非市民加入或離開，可是非市民也有對等的暫定權利不離開或者要求市民離開，因為上述的先驗邏輯，非市民因此才是公民社會的威脅，但是對非市民來說，市民也是他們的威脅。正因為如此康德才說，無法永遠確保我們免於暴力。因此《永久和平論》第二節的相關段落，應該解讀為Kant持續在強調他的主要論點：在自然狀態的關係下，市民和非市民彼此都有暫定和對等的權利要求對方離開，這是一個無法以理性解決的衝突，所以個人和國家一樣有道德義務必須離開自然狀態，離開這個彼此造成威脅的狀態，這就是他的永久和平論。Kant遠非強調市民有權利將非市民視為敵人，事實上，Kant在國際政治理論的思想史上最關鍵的貢獻就是反對自然狀態關係中的戰爭權利。任何理論家都可以像Jakobs為

30 See IMMANUEL KANT & ROGER J. SULLIVAN, KANT: THE METAPHYSICS OF MORALS 86 (Mary J. Gregor ed., 2d ed. 1996) (1797).

31 *Id.* at 89-90.

32 *Id.* at 45.

了自己的政治目的，局部解讀Kant的某個段落，但是這些局部解讀不是Kant根本、系統的主張，謝煜偉要將Jakob的個人創造視為Kant乃至古典社會契約論必然傾向的謬誤，並不令人信服。

謝煜偉的「非市民即共同體敵人」的批評，最適用的對象是Rousseau，就Rousseau在18世紀曾有的影響力來說，謝煜偉的批評放在18世紀是有意義的。但是真正關鍵的問題是，為什麼Rousseau「非市民等於共同體敵人」的主張，並沒有被其他古典社會契約論者採納？我認為有一個相當明顯的理由。Rousseau主張，擁有公民身分的謀殺犯，殺了人如同攻擊了共同體的社會核心契約和權利根源，因此他是契約的背叛者、是公共敵人³³。Rousseau之所以作如此強烈的主張，因為對他來說，理想共和國的公民必須要有強烈的「身體共同感」³⁴，只有小型、農業的共和國才能產生強烈的「身體共同感」驅使公民保衛公正的法律。Rousseau悲觀地認為他那時興起的大型、商業的民族國家無法有這樣的「身體共同感」，註定無法確保公正的法律。在「身體共同感」強烈的小型共和國，謀殺等於攻擊了社群的核心社會契約、等於攻擊社群整體。可是，其他的古典社會契約論者，Hobbes、Locke和Kant都已經在迎接新興的大型、商業民族國家，對他們來說，共同體不需要這麼強烈的「身體共同感」，他們當然也就不會主張謀殺等於攻擊了社群的核心契約和社群整體。謝煜偉對古典社會契約論的無差別批評，忽略了每個社會契約論者的理論細膩之處，也忽略了Rousseau和其他社會契約論者的關鍵差異。

謝煜偉繼而將他「非市民即共同體敵人」的批評，無差別地擴及到任何關於政治社群是一個規範秩序的主張，認為只要強調規範

³³ ROUSSEAU, *supra* note10, at 64-65.

³⁴ 參考陳嘉銘，「創造出公民，要什麼就都有了」？論盧梭的自由、愛國主義和實現共和的吊詭，人文及社會科學集刊，26卷2期，頁175-218（2014年）。

秩序的「完整性」和「普遍性」，就一定會有非市民的例外狀態，就會以共同體敵人的方式來對待這些例外狀態的人。這仍然是一個不令人信服的無差別、跳躍性論證。即便古典社會契約論者之中，也只有Rousseau作這樣的主張，更何況古典社會契約已經不是當代刑法和政治社會的基礎，當代並沒有任何理論家和論述主張把謀殺犯當作非市民和共同體敵人，他們也沒有任何理論傾向這樣作。建議謝煜偉可以試著從John Rawls、Ronald Dworkin或Jürgen Habermas等當代政治理論家主張的普遍規範秩序，推導出他們的理論傾向把謀殺犯當作非市民和共同體敵人，這樣會更有說服力。謝煜偉毋寧是把他對台灣社會大眾心裡反應的個人解讀，「反讀」進理論裡面，他的個人觀察是有趣的，他或許可以作社會心裡民調證實他的觀察（多數人把重大謀殺犯當作共同體的叛徒和非市民），也許他可以作社會心理學的因果解釋，可是他要把社會大眾心裡現象的肇因，歸咎給歐洲啟蒙以來所有主張政治共同體是規範秩序的政治理論就不令人信服了。當代的挪威和德國社會都以憲法為政治共同體基本規範秩序，憲法充滿啟蒙理性、自律精神，這些社會有「非市民即共同體敵人」的大眾心裡現象嗎？

這篇文章採取的策略是回應許家馨和謝煜偉對應報論傳統個別提出的一個主要批評，前者是有關應報情緒的討論，後者有關規範應報論的討論。我試著指出他們的批評不成功之處。我並沒有直接回應他們的正面主張，包括許家馨對溝通應報論的肯定以及謝煜偉的「社會應報論」。但是我在回應中間接地在一些關鍵議題上提出我的立場，包括：應報情緒對民主溝通的重要性、反哲學化約主義的應報論、以及亞里斯多德主義的應報論。我採取這樣的寫作策略，一方面是因為篇幅有限，另一方面，我很期待兩位學者在考慮我的回應後，繼續深化發展他們相關應報論的正面主張。

參考文獻

1. 中文部分

- 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。
- 陳嘉銘（2014），「創造出公民，要什麼就都有了」？論盧梭的自由、愛國主義和實現共和的弔詭，人文及社會科學集刊，26卷2期，頁175-218。
- 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

- Allen, Danielle S. 2002. *The World of Prometheus: The Politics of Punishing in Democratic Athens*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Arendt, Hannah. 1958. *The Human Condition*. Chicago, IL: University of Chicago Press.
- Aristotle. 1990. *Aristotle, XIX, Nicomachean Ethics*, translated by H. Rackham. Revised ed. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Habermas, Jürgen. 1996 (1992). *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, translated by William Rehg. Cambridge, MA: MIT Press.
- . 2000 (1996). *The Inclusion of the Other: Studies in Political Theory*, edited by Ciaran P. Cronin and Pablo de Greiff. Cambridge, MA: MIT Press.
- Hobbes, Thomas. 1994. *Leviathan: With Selected Variants from the Latin Edition of 1668*, edited by Edwin Curley. Indianapolis, IN: Hackett

Publishing Company, Inc.

Honneth, Axel. 1996 (1992). *The Struggle for Recognition: The Moral Grammar of Social Conflicts*, translated by Joel Anderson. Cambridge, MA: MIT Press.

Hsu, Jimmy Chia-Shin. 2013. Does Communicative Retributivism Necessarily Negate Capital Punishment?. *Criminal Law and Philosophy*. DOI: 10.1007/s11572-013-9261-6.

Hume, David. 2006. *An Enquiry Concerning the Principles of Morals: A Critical Edition*, edited by Tom L. Beauchamp. Oxford: Oxford University Press.

Kant, Immanuel. 1991 (1795). *Kant: Political Writings*, edited by H. S. Reiss, and translated by H. B. Nisbet. 2d ed. New York, NY: Cambridge University Press.

Kant, Immanuel, and Roger J. Sullivan. 1996 (1797). *Kant: The Metaphysics of Morals*, edited by Mary J. Gregor. 2d ed. New York, NY: Cambridge University Press.

Kramer, Matthew H. 2011. *The Ethics of Capital Punishment: A Philosophical Investigation of Evil and Its Consequences*. Oxford: Oxford University Press.

Locke, John. 1988. *Locke: Two Treatises of Government*, edited by Peter Laslett. Cambridge, MA: Cambridge University Press.

Nino, C. S. 1995. A Consensual Theory of Punishment. Pp 94-111 in *Punishment: A Philosophy & Public Affairs Reader*, edited by A. John Simmons, Marshall Cohen, Joshua Cohen, Joshua Cohen and Charles R. Beitz. Princeton, NJ: Princeton University Press.

Rousseau, Jean-Jacques. 1997. *Rousseau: 'The Discourses' and Other Early Political Writings*, edited by Victor Gourevitch. New York, NY: Cambridge University Press.

——— 1997. *Rousseau: 'The Social Contract' and Other Later Political*

Writings, edited by Victor Gourevitch. New York, NY: Cambridge University Press.

Smith, Adam. 2002. *The Theory of Moral Sentiments*, edited by Kund Haakonssen. New York, NY: Cambridge University Press.

Shklar, Judith N. 1992. *The Faces of Injustice*. New Haven, CA: Yale University Press.

Taylor, Charles. 1992. *Sources of the Self: The Making of the Modern Identity*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

Wittgenstein, Ludwig. 2009. *Philosophical Investigations*, edited by P. M. S. Hacker and Joachim Schulte, and translated by G. E. M. Anscombe, P. M. S. Hacker and Joachim Schulte. 4th ed. Malden, MA: Wiley-Blackwell.