

應報即復仇？* —— 當代應報理論及其對死刑之意涵初探

許家馨**

摘要

本文評估當代英語世界刑罰哲學思潮「應報論」。「應報論」主張：「刑罰」乃是犯罪者，因其「犯罪行為」所應得，而其刑罰，應與其犯罪嚴重程度合乎「比例」。本文指出，理解當代應報論的關鍵問題意識在於：應報與復仇有何不同？理論建構上，應報論必須進一步回答三個問題：第一，「應得」是什麼？第二，為什麼是由國家來執行刑罰？第三，刑罰與犯罪行為何以須合乎比例？本文評估三大流派：刑罰情緒論、公平遊戲論，以及溝通應報論。本文主張：「溝通應報論」清楚劃分了「應報」與「復仇」，且對三個問題提出了有力回應。整體來說，「溝通應報論」是當代最有力的應報理論。最後，針對當代應報理論對死刑的意涵進行初步探討。本文主張在當代應報理論的發展下，證立死刑雖非完全不可能，卻益趨困難。

關鍵詞：刑罰哲學、應報論、復仇、應得、刑罰情緒論、公平遊戲論、溝通應報論、罪刑比例原則、同害報復法則、死刑。

* 投稿日：2013年3月8日；接受刊登日：2013年9月27日。〔責任校對：陳榕、向民潔〕。

本文的寫作受到中央研究院法律學研究所100年度「生命與正義」組群計畫的支持，謹致謝忱。本文在審查過程中，受到二位匿名審查人很多指教，獲益匪淺，在此表達由衷感謝。

** 中央研究院法律學研究所助研究員。

穩定網址：<http://publication.iias.sinica.edu.tw/90501441.pdf>。



目次

壹、導論	肆、對死刑之意涵
貳、應報即復仇？	一、比例性
一、概念分析	二、對等性
二、「應報」之情緒基礎的 批判	三、綜合評估與展望
參、當代主要應報理論評析	伍、結論
一、刑罰情緒論	
二、公平遊戲論	
三、溝通應報論	

壹、導論

近來國內針對死刑存廢的爭論甚為激烈。此論爭不可避免地必須觸及「刑罰」的本質，或者說「如何證立刑罰？」這個根本問題。「刑罰」在現代自由民主憲政體制中，內含著深刻弔詭。現代自由民主憲政國家，有「義務」保障每一位公民之財產、自由、生命，以及各方面維繫其人性尊嚴所應該擁有之事物，而公民也有「權利」要求國家提供此保障。刑罰是一種「惡」，國家透過刑罰「剝奪」因犯罪而受刑之人的財產、自由、社會地位、甚至生命。在國家有義務保障人民權利與合法利益的同時，國家也普遍被賦予權力在某些情況下加以剝奪。這是刑事司法體制內含的弔詭，不能視為理所當然——為什麼國家有權刑罰犯罪者？一個明顯的出發點是，「犯罪」乃是私人違法地「剝奪」他人重大權益的行為，而刑罰乃是國家面對「犯罪」必須採取的對等行動（不論此行動的目的為何，是嚇阻、預防、矯治、應報還是其他）。就其「剝奪他人之善」而言，犯罪之為「惡」，正如國家刑罰之為「惡」一般。借用

偉大的法哲學家哈特（H.L.A. Hart）論應報論的名言：「此乃一種奇妙的道德煉金術，其中兩件道德上邪僻且造成苦難之『惡』，攪和在一起，竟然成為一種善。¹」

刑罰哲學或刑罰理論（philosophy/theory of punishment）就是為了回答這個問題——如何證立刑罰？——而進行的一種道德與政治理論思辯活動。關於刑罰的證立，有兩個層次的課題，必須加以區分：第一個層次是證立刑罰作為一般性制度或社會實踐活動，第二個層次是證立特定類型的刑罰是否應被涵攝在此規則或社會實踐底下。刑罰理論的主要任務，乃是前者，而後者通常是前者的應用或延伸。比方說，死刑是否正當？無期徒刑不得假釋是否正當？或者保安處分在多大程度上應被類比為刑罰？「死刑」、「無期徒刑不得假釋」、「保安處分」都是個別的刑罰類型，思考這些個別刑罰類型的正當性，也就是對第二層次問題的思索，或多或少都預設了我們如何看待「刑罰」這個概念，也就是對於第一層次問題的解答。本文的主要宗旨，是針對「如何證立刑罰？」這個第一層次問題加以論述。而本文僅針對一支重要當代理論，加以批判性地介紹評估。這支理論就是「應報論」（retributivism）。本文的次要宗旨，乃是探討當代應報論，按照其理論內涵，在「死刑」問題上有何意涵。之所以稱「次要」，是因為此種屬於第二個層次的問題（「死刑是否能被正當化？」），如果要獨立加以處理，必須處理許多與理論本身非直接相關的延伸議題（比如「誤殺」的可能性是否應凌駕於來自「應報」的正當性？「死刑」是否與「人性尊嚴」相衝突？……等）。鑑於本文無法同時處理如此複雜議題，因此，針對「死刑如何證立？」這個第二層次的問題，僅僅初步探討相關應報理論在死刑上面可能的意涵。不過，筆者相信，此方向的論述乃是思考死刑問題的重要出發點。儘管只是一小步，這一小步卻是在死

¹ H.L.A. HART, PUNISHMENT AND RESPONSIBILITY 234-35 (1968).

刑存廢論爭中不可或缺的一步。

什麼是「應報論」？很粗略地說，應報論主張「刑罰」乃是犯罪者，因其「犯罪行為」所應得（desert/serve）；而其所應得之刑罰，應該與其犯罪之嚴重程度合乎「比例」（proportionality）²。本文所介紹的應報論是「當代」應報論。在思想的內涵上，「當代」應報論的特點是：（一）世俗的：當代應報論有別於宗教或民俗思想中的「應報」或者「報應」，其根源並非神秘的宇宙觀或者特定宗教觀。這種所謂的divine/cosmic retributivism，在當代仍有重要性，因其反映了道德的宗教根源，也反映了很多人對於社會應該

2 黃榮堅教授犀利地批判應報論。他說：「如果應報理論的意思就是所謂的以眼還眼，以牙還牙，你怎麼對待我，我就怎麼對待你，那麼應報理論本身根本沒有回答刑罰目的的問題。因為所謂的目的，它的意義指的是追求什麼好處的意思。而所謂『以眼還眼以牙還牙』的應報思想，只是表達了一個『我要用刑罰！』的行動態度，至於題目所要問的問題（為什麼要用刑罰？）還是完全沒有答案。」黃榮堅，基礎刑法學（上），4版，頁14（2012年）。由於黃老師的論點相當有力，且威脅到本文論述的基礎，所以在此敬表回應。應報論受到爭議，這是無可置疑的。但是黃老師的質疑，恐怕沒有打到應報論的要害。我們說明一個行動的道德理由，起碼可以有二種方式。第一種是本務論（deontology）式的，意思是這項行動是基於某種道德法則所衍生的道德義務，而非基於它帶來的好處。比如說，「我應該孝敬父母」，我可以將之視為來自本應如此的道德義務以及法則（儘管法則如何論述可以有多种方式，可以說是基於「對你有恩者，應加以回報」、「父母是我所從出，而人有飲水思源的義務」或者其他）。第二種是目的論式（teleology）的，亦即一項行動是為了達到某種目的，而就社會制度而言，這種「目的」往往是某種正面的「後果」，因此，有些時候也可稱為後果論（consequentialism）。以康德而言，他認為應報刑罰，來自於「定言令式」（categorical imperative），也就是作為道德形上基礎的基本理法則。這是一種典型的本務論式的刑罰論。黃老師的論述設定了後果論的框架——「所謂的目的，它的意義指的是追求什麼好處」，意味著若不說明好處何在，就沒有說明「目的」何在。這是以後果論的框架來質疑本務論的主張，因此，並沒有能夠成功地提出批判。應報論者可以如此回應：所謂的「目的」，不見得只能用後果論的方式來設想，刑罰可以是基於本然的道德義務（比如正義），而這是不需要考慮「好處」的，刑罰目的就是「遵守基本的道德義務」或「實現基本的正義」。若要對本務論式的刑罰論提出批判，我們可以質疑該道德義務或法則不存在，或者該義務及法則與更根本的義務或法則相衝突，或者實現該義務成本太高，後果太嚴重，以致於排擠了我們實現其他同等重要的義務的可能性等等。但是無論如何，我們無法以本務論式的刑罰論沒有論述「好處」為由，加以質疑。

扮演某種宗教功能的期待。但是，當代應報理論基本上是世俗的，避免援引多元宗教與世界觀底下，無法透過公共理性進行論辯的困境³；(二) 尊重個人作為道德主體：當代應報論乃是啟蒙思想的後裔⁴，特別是康德 (Immanuel Kant) 道德理論 (康德也是著名的應報論者)⁵。尊重人作為道德主體的地位，意味著刑罰也必須尊重受刑人的人性尊嚴，必須把他當成行動的目的而非單純的手段。因此，當代應報論強調，國家不應把處罰受刑人當成嚇阻其他人的手段 (一般預防論)，甚至不應該僅僅把受刑人本身當成是只能理解痛苦而不能理解責任 (特別預防論) 的次等生物。黑格爾 (G.H.W. Hegel) 的名言有力地表達此思想：「嚇阻論把人當成狗來對待，而沒有給予其作為人應得的自由與尊重。」⁶

本文宗旨是哲學的，並非社會學的，用意不在分析當代應報論生成的時代背景與社會條件以及其政治、社會意涵。但是，當代應報論興起的背景相當地戲劇化，仍值得作為背景稍加簡介。本文所謂的「當代」應報論，其在時間上乃是七十年代以後所興起的。這股思潮的興起是對於二次戰後主宰大多西方國家刑事司法政策的矯治主義 (correctionism) 以及復歸主義 (rehabilitationism) 的反動。二次戰後的刑罰思想把應報主義當成原始的、野蠻的，認為犯罪其實是一種病徵，可以透過治療，而給予犯罪者復歸社會的機會。此種潮流當然立意良善，然而，其濃厚的後果主義色彩，由於

3 對於宗教論證是否應進入公共理性 (public reason) 之中，筆者贊同 Ronald Dworkin 的說法，認為不應加以排除。See RONALD DWORKIN, IS DEMOCRACY POSSIBLE HERE?: PRINCIPLES FOR A NEW POLITICAL DEBATE 65 (2006). 然而，此處不介入此爭議，暫且擱置基於宗教的刑罰理論。

4 林鈺雄，新刑法總則，3版，頁13-14 (2011年)；張麗卿，刑法總則理論與運用，4版，頁39-40 (2011年)。

5 康德關於刑罰的論述，see Immanuel Kant, *The Metaphysics of Morals*, in THE CAMBRIDGE EDITION OF THE WORKS OF IMMANUEL KANT: PRACTICAL PHILOSOPHY 472-77 (Mary J. Gregor ed., 1996) (1797).

6 G.H.W. HEGEL, HEGEL'S PHILOSOPHY OF RIGHT 246 (T. Knox trans., Oxford University Press 1942) (1821).

強調治療作為預防犯罪的功效，因此給予法官極大的權限，針對特定犯罪型態或犯罪者給予特定的處遇，比如針對輕度但反覆的犯罪者（比如慣竊），卻給予遙遙無期的保安處分或強制治療。這種「進步刑罰學」在各方面遭到批判：「它的家長制和偽善、它認為懲罰能達到有益效果的天真信念、它在懲罰的環境中不顧犯人同意與否而強加『治療』的意圖。同樣遭到攻擊的，包括矯治主義犯罪學的決定論和實證主義方法、其所持違犯刑法是個人病徵的假設、中產階級白人生活方式等同於社會健全規範的觀念等。⁷」七十年代開始，應報論在英美及其他英語系國家得到強烈的復興，此復興最重要的意涵是「罪刑合乎比例」。當代應報論成為對抗過度家長制的利器，強調罪刑必須合乎比例，而且刑罰只應處理過去的犯罪，而不能夠拿來防堵未來尚未發生的犯罪傾向。不只在刑事政策上，刑罰哲學上也百花齊放，成為當代英美刑罰理論最重要的一支⁸。當然，應報論的復興未必都反映社會發展的光明面。犯罪率的上升導致大眾對於犯罪的恐懼加強，同時大眾對於罪犯運用社會、心理因素作為逃脫責任的理由感到厭惡，導致社會嚴刑峻罰的呼聲高漲，也助長了應報論復興的聲勢⁹。不過，值得注意的是，作為刑罰體系現實運作理念的應報論以及學院中作為刑罰哲學思想的應報論，在發展基調上未必是一致的。儘管在現實的刑事政策上，應報

7 David Garland著，周盈成譯，控制的文化：當代社會的犯罪與社會秩序，頁75（2006年）。

8 在英語哲學界頗負盛名的Stanford Encyclopedia of Philosophy中關於「刑罰」(Punishment)的條目，開宗明義指出「應報」已是當代理解刑罰的主流範式：“The concept of punishment—its definition—and its practical application and justification during the past half-century have shown a marked drift away from efforts to reform and rehabilitate offenders in favor of retribution and incarceration. Punishment in its very conception is now acknowledged to be an inherently retributive practice, whatever may be the further role of retribution as a (or the) justification or goal of punishment.”, <http://plato.stanford.edu/entries/punishment/> (last visited June 25, 2012).

9 此點來自審查人A的指教，在此表達感謝。

思想的復興似乎與當代英美社會漸趨嚴厲的刑事政策平行而進¹⁰，但學術理論發展卻未必呼應社會強調嚴刑峻罰的潮流，反而是益趨強調合理與尊重人性的刑罰。本文處理的主要是作為學院刑罰哲學思想的應報理論，而不是作為實務指導理念的應報論。

儘管過去四十年來，刑罰應報論在英美得到空前的復興，國內對英語世界重要的刑罰理論思潮的瞭解卻相當有限。為了填補理論空白，本文希望特別針對當代英語世界的應報理論做一個「導論」，批判性地介紹當代最重要的應報理論流派。應報理論的流派甚多，選裁上面作者必須行使相當的裁量¹¹。況且，既然是「導論」，所做的介紹與評估就不可能鉅細靡遺。既不可能介紹所有的理論流派，也不可能針對個別理論做非常深入的分析。這是任何導論性的文章必然的侷限。但是，在目前臺灣關於當代應報理論文獻相當有限的情況下，「導論」的工作仍有重要意義。它可以為本地學術社群，釐清重要的概念，並且提供知識的鳥瞰圖。更進一步，好的「導論」不應僅走馬看花地介紹風景，還要能夠透過有意義的問題，穿透這些理論流派之間的表面差異，讓讀者能夠形成關鍵的問題意識，知道未來如何在該理論地圖中，找到所需要的思想資源，進而更深入地研究。

本文認為，要找出理解當代應報論的關鍵問題意識，就要找出應報論最容易被誤解之處，而應報論受到最多的誤解，就來自「應報」與「復仇」之間那剪不斷理還亂的複雜糾葛¹²。應報論在當代

10 請參閱 David Garland 著，周盈成譯（註7），頁4；see JAMES WHITMAN, *HARSH JUSTICE: CRIMINAL PUNISHMENT AND THE WIDENING DIVIDE BETWEEN AMERICA AND EUROPE* (2005).

11 John Cottingham 在一篇廣被引用的文章中，就曾經歸納出九種不同的應報論。不過，這篇文章雖然廣被引用，用來說明應報論的種類繁多，但是其分類的方式由於太過繁複，因此其實不常被採用。本文也不採用其分類。但作為入門的介紹，此文仍然有相當參考價值。John Cottingham, *Varieties of Retribution*, 29(116) *PHIL. Q.* 238, 238-46 (1979).

12 比如蔡墩銘教授就認為「應報產生於復仇，但非單純之復仇而係『被醇化之復

復興之前，被視為野蠻、原始、不文明，正因為「應報」被視為「復仇」的同義詞或其延伸，或者說，只是私人復仇的公眾版本¹³。正如19世紀英國刑法學者James F. Stephen的妙喻：「刑法之於復仇情緒，正如婚姻制度之於性慾。¹⁴」而「復仇」這個概念，被賦予太多負面的意涵。它被視為一種被情緒而非理性驅動的行動，此行動的情緒基礎是憤怒、厭惡、甚至嫉妒，這些情緒的道德價值都是相當可疑的，而且都有難以控制的傾向，導致復仇行動很容易越過理性以及道德的界線。筆者認為，從這個角度來看，所有當代應報理論都可被理解為在回應這個根本問題：應報與復仇有何不同？為了回答這個根本問題，在理論建構上，當代應報論必須進一步回答三個子問題：第一，「應得」(desert)是什麼？為什麼犯罪者的刑罰是「應得」的？第二，為什麼是由國家來執行「應得」之刑罰？國家在刑罰理論中的角色是什麼？第三，刑罰與犯罪行為何以須合乎比例？對當代應報論的評估，端視其能否妥當地回答以上問題。參照當代應報論重要旗手R. A. Duff的分類，本文針對當代應報論的三大流派，加以批判性的引介。第一是刑罰情緒論 (punitive emotions theory)，第二是公平遊戲論 (fair play theory)，第三是溝通應報論 (communicative retributivism)¹⁵。本文主張：「溝通應報論」最清楚地劃分了「應報」與「復仇」之間的糾葛，而且其對三個子問題（應得？國家角色？人性尊嚴？），也都提出了最有力的回應。因此，整體來說，「溝通應報論」是當代最有力的應報理論。

最後，本文將會針對當代應報理論在「死刑在道德原則上能否被證立」這個課題上的意涵進行初步的探討。如前所述，當代應報

仇』veredelte Rache；無犯罪則無此種復仇發動之餘地。」蔡墩銘，刑法總論，9版，頁310（2011年）。

13 Herbert Fingarette, *Punishment and Suffering*, 50(6) PROC. & ADD. AM. PHIL. ASS'N 499, 499 (1977).

14 James F. STEPHEN, A GENERAL VIEW OF THE CRIMINAL LAW OF ENGLAND 99 (1863).

15 R. A. DUFF, PUNISHMENT, COMMUNICATION, AND COMMUNITY 20-30 (2001).

論復興的核心宗旨是透過「罪刑合乎比例」原則以壓抑國家權力的恣意濫用。「死刑」的證立問題，在當代應報理論復興過程中並非核心課題。這意味著，當代應報論主要的理論建構者，不見得都有對死刑提出論述，有提出論述的，也不見得提出了完整的論述。而站在應報論脈絡中針對死刑進行論辯的理論家，未必皆緊緊扣連著當代最新發展的應報理論來進行論證。這是為什麼本文探討的是當代應報論對死刑的「意涵」(implications)。這意味著，當代主要應報理論與死刑議題的關係，需要透過對其理論內涵以及相關論述進行創造性的連結與闡釋，而不僅僅是對於應報理論家論點之引介。而且既曰「初探」，本文所做的即非終局性論點的主張。換言之，當代主要應報理論對死刑的意涵仍是開放的發展。本文的宗旨僅在提供學界未來以應報論的角度討論死刑時，一幅初步的理論藍圖，以協助辯論聚焦。本文主張在當代主要應報理論的發展脈絡下，證立死刑雖非完全不可能，但卻是益趨困難的一件事情。

本文在結構上有三個主要部分。在導論之後，第貳部份針對本文的問題意識「應報即復仇？」進行概念與理論分析。第參部分針對當代主要應報理論分別進行批判性的分析與介紹，三個小節分別處理刑罰情緒論、公平遊戲論及溝通應報論。第肆部分就「當代應報論與死刑意涵初探」進行分析。針對「罪刑合乎比例」的子原則，包括「比例性」與「對等性」，「同害報復法則」與「實質對應性」進行討論。最後是「結論」。

貳、應報即復仇？

一、概念分析

「應報」(retribution)與「復仇」(revenge)這對概念就像一對孿生子，常常令人混淆。這種混淆其實並不令人意外，畢竟，「復

仇」(或者「報復」)與「應報」都是對侵犯他人者的一種強烈反制行動，二者都強調犯罪者應該得到懲罰，二者也都強調懲罰的性質上必須對犯罪者造成一定程度的痛苦¹⁶。然而，雖然外型相似，這兩個孿生子「性格」卻有很大不同。已故哈佛大學政治哲學家 Robert Nozick 曾細緻地分析二者的不同之處¹⁷。

第一，「應報」只能針對嚴重侵害法益之不法行為(wrong)而為之；但「復仇」的對象毋須限於不法行為，也可以針對「傷害」(injury)、「損害」(harm)甚至輕視(slight)。「輕視」這一個概念所指比較清楚，它不包含具體法益侵害，對於他人的輕蔑與藐視(而尚未到達「公然侮辱」程度者)。人們如果被無禮地對待，比方說對他人施予援手卻沒有表達感謝，甚至頤指氣使，即便不牽涉到具體法益侵害，仍然會產生報復之心。至於injury和harm，Nozick沒有清楚說明其內涵。但是，我們從字面上，以及Nozick將之與wrong區別的意圖，可以推斷，這兩個概念應該是指對他人人身、財產或者其他利益造成傷害，但是並未構成刑事犯罪的狀況，比方說，過失(重大過失)毀損他人財產，或者過失(重大過失)撞擊他人身體但並未成傷。這類情況或許可以透過民事侵權訴訟請求賠償，卻不見得構成刑事犯罪，但仍然可以成為復仇的對象。另一種情況是，侵害法益，因此導致傷害或損害，但是卻並非不法行為的狀況，比如基於正當防衛、緊急避難等阻卻違法事由所為之行為，也可以成為復仇的對象。

第二，「應報」概念本身蘊含了內在界限，因為「應報」概念蘊含著「罪刑合乎比例」原則。刑罰應該某種程度與犯罪行為之嚴

16 二者可能也有同樣的語言學根源。Gregory Vlastos 就指出，到西元前第5世紀的末葉為止，希臘文中的「懲罰」與「報復」仍然是同一個字 τιμωρία，一直到 Thucydides 和 Antiphon 的文學作品中，才能夠看見二者有不同的字來表達。GREGORY VLASTOS, SOCRATES: IRONIST AND MORAL PHILOSOPHER 186 (1991).

17 ROBERT NOZICK, PHILOSOPHICAL EXPLANATIONS 366-68 (1981).

重程度成比例的對應。然而，「復仇」本身不需要蘊含「合比例性」這種內在界限，換言之，復仇的情緒可以指向比犯罪行為更嚴重的復仇型態。比方說，對於偷竊具有高度紀念價值之家傳之寶之竊賊，給予（或主張給予）斷手之懲罰¹⁸。然而，這是否意味著復仇的手段、方式、程度完全不受到任何限制？每一個包含復仇概念的社會文化，或許都要能夠區分什麼是合理的復仇，什麼是不合理的復仇。然而，此間的界線卻可能隨著社會而異。比較確定的是，「復仇」所受到的限制應該比「應報」所受到的限制來得少，也比較不嚴格。

第三，「復仇」是個人的（personal），或「關係性」（relational）的，預設復仇者與被害者之間的關係；「應報」不應該是個人的，也不需要預設應報執行者與被害者的關係。所謂「個人」意指復仇者本身具有內在排他性，也就是資格限制。比方說，武俠小說中常見的情節，殺父之仇不共戴天，復仇者堅持必須手刃仇人，不願假手他人。就此而言，「復仇」對於符合資格的復仇者來說，不僅僅是一種義務，甚至同時是一種權利，甚至是特權（privilege）¹⁹。至於「復仇」所預設的關係遠近，恐會因文化而

18 林山田教授也注意到此點，他說：「應報應該是有節制的，而有一定的限度，可是報復則常是放縱而漫無節制的。」林山田，刑法通論（下冊），增訂10版，頁415（2008年）；另請參閱林東茂，刑法綜覽，7版，頁20-21（2012年）。

19 一個值得討論的問題是，如果復仇是屬於「復仇者」的「道德」權利，則「被復仇者」是否可以對復仇者主張正當防衛？（感謝審查人B提出此問題。）首先，筆者認為「被復仇者」當然可以在法律上主張其正當防衛行為阻卻違法。因為當代社會的刑事司法體系中不承認「復仇」的權利。既然沒有法律上「復仇」的權利，被復仇者當然可以正當防衛。再者，如果「道德」所指的是可普遍化的正當行為（不論其基礎是功效論／後果論或者是本務論），筆者不認為「復仇」是一種道德上的「權利」，因為「復仇」不見得是一種符合可普遍化道德判準的行為。如果復仇不足以構成這種意義下的「道德權利」，則復仇者也無法對被復仇者提出有道德拘束力的「主張」（claim），主張其不得使用正當防衛。若果如此，那麼到底在什麼樣的意義上，我們可以說「復仇」是特定人的權利呢？筆者認為，這裡的「權利」的基礎可能是一種「次道德」。我所謂的「次道德」，指的是一種社會規範，它並不能通過可普遍化的道德判準檢驗，但是卻因為有著廣泛的人類情緒基礎，或者受到特定社會群體的社會成規

異，沒有普遍性的標準，儘管通常關係近者比關係遠者應更具資格。相對而言，「應報」不應該是個人的，「應報」的執行者或許有資格限制，但此種資格，通常是針對個人的能力或者代表共同體的地位所為的限制。任何人如果符合條件，都可能可以成為「應報」的執行者。Nozick進一步指出，倘若「應報」的執行者與受刑人有私人恩怨，甚至應該加以排除，不應該讓行刑者與受刑人的私人恩怨混淆了「應報」的意義。

第四，「復仇」本身內涵著特定的情緒因素，特別是復仇者本身從仇恨對象的受苦當中，得到復仇的快感。「應報」不需要（儘管可以）蘊含情緒性因素，即便有情緒性因素，那種情緒性因素大可以不同於復仇者對於復仇對象受苦的快感，而是某種對於正義得到伸張的一種安慰。此與前一點——復仇是個人的——有內在的聯繫，因為復仇包含著強烈的個人意圖，而此意圖本身與達成意圖所得的快感有著內在的關連。

第五，「復仇」毋須隱含一般性（generality）。對此，Nozick意指，復仇者當然不需要針對其他人受到傷害加以復仇。這點與「復仇」是「個人的」也是密切相關。如果復仇是個人的，則他人所受之不法侵犯，是屬於「他人」的。當然，個人或許可以允許或轉讓復仇的權利（委託他人報仇），但是這仍是以「復仇」是屬於個人的為前提。不過，Nozick所指不只如此。他意指，個人甚至不需要針對其所受的所有侵犯加以復仇，針對什麼事項復仇，復仇與否和復仇的程度，完全可以視復仇者當下的感覺而定。相對而言，「應報」，特別是針對較為重大的犯罪，因而屬「非告訴乃論之罪」者，乃是依據事先所定下法律規範而定，且這些法律規範在理想的

（social convention）的支持，因而取得某種受到認可的規範地位，使得行動者可據以拿來用作行動的理由。因此，其特性是無法支持對他人的主張，因此不能對「被復仇者」進行主張，卻能據以在有限群體內正當化復仇者本身的行動。

程序中必須事先為大眾所知曉。不像「復仇」全憑復仇者己意而定。

除此之外，當代應報理論家進一步提出「應報」與「復仇」的其他差別。比方說，「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。此點與「復仇」的情緒因素有密切關連。如果說，復仇的目的是在施加痛苦在復仇對象身上，則傷害其所在乎之人事物也可以是一種復仇的手段。相對而言，「應報」起碼在特定「應報論」的脈絡下，僅能針對犯罪者為之²⁰。再者，復仇的執行與成立與否，不需要經過特定程序來確認；但應報必須遵守一定的程序²¹。

以上的概念分析到底告訴了我們什麼？首先，概念分析告訴我們，「應報」與「復仇」在我們的日常語言中是可以找到區分的。儘管很多人並不嚴格區辨二者，但概念分析的作用並不在於「描述」多數人日常語言的語用規則，而是在日常語言複雜紛亂的語用實踐中，梳理或者「重建」其中可能的區別。語言概念所反映的是當代社會對於概念所指涉的對象，也就是「應報」與「復仇」的社會實踐（social practice）的「想像」，即便這樣的想像不見得體現於現實的制度中。這兩個概念所指涉之「想像」的區分，透顯出「應報」與「復仇」作為不同的社會實踐可能有的區別。

當然，Nozick的區分不是沒有批評者。比方Leo Zaibert從文學史、神話學的角度，指出「應報」與「復仇」在歷史源流上是難以區分的，二者經常互相混用，進而指出二者的區別不像Nozick所論

20 Dan Markel, *State, Be Not Proud: A Retributivist Defense of the Commutation of Death Row and the Abolition of the Death Penalty*, 40 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 407, 438 (2005).

21 此點來自審查人B的提醒，在此表達感謝。

之大²²。此批評或有一定的道理，但是並沒有擊中Nozick的要害。我們當然可以承認「應報」與「復仇」在歷史源流上的糾葛。透過無數中外經典文學作品，我們可以窺見在人類社會特定發展階段，私人「復仇」確實扮演著類似於公共「應報」或國家「刑罰」的角色。從古希臘的劇作家Sophocles的名劇Antigone到莎士比亞(William Shakespeare)的哈姆雷特，到大仲馬(Alexandre Dumas)的基督山恩仇記，乃至於中國文學史上的趙氏孤兒、伍員鞭屍等等，都以「復仇」以及其背後所成就的「正義」為重要主題²³。在一個欠缺中央集權國家壟斷武力的「前現代社會」，「復仇」不只是一種對於傷害的情緒反應，更可能是一種被建制化的儀式或社會制度²⁴。在缺乏集中的武力與審判機關能夠定紛止爭時，「有仇必報」、「君子報仇、三年不晚」，有可能是前現代的社會群體確保「族群」生存的最佳策略(儘管不見得對於「個人生存」是最佳策略)，因為如此才能給敵人足夠可信的威嚇，以確保族群整體長期存續。甚至，為了確保社會成員不會因為懼怕復仇而放棄復仇，因而威脅到族群的長期發展，會透過「榮譽」(honor)或「羞恥」(shame)的社會壓力，使成員將「復仇」視為道德義務²⁵。而前現代社會「復仇」之所以容易株連甚廣，好比趙氏孤兒中的趙盾與屠岸賈，腥風血雨牽涉數百人的滿門屠殺，不完全是情緒驅使，而是策略使然。因為在缺乏有力的仲裁機構與集中武力時，「復仇」必然同時要「斬草除根」徹底摧毀對方「反復仇」的能力²⁶。

22 LEO ZAIBERT, PUNISHMENT AND RETRIBUTION 69-95 (2006).

23 關於「趙氏孤兒」中復仇主題及其與法律制度的關係，參見北京大學朱蘇力教授一篇傑出的論文，蘇力，復仇與法律——以趙氏孤兒為例，法學研究，1期，頁53-69(2005年)。探討西方法律史和文學史上「以眼還眼」和「復仇」的地位的重要作品，see SUSAN JACOBY, WILD JUSTICE: THE EVOLUTION OF REVENGE (1983); WILLIAM IAN MILLER, EYE FOR AN EYE (2006).

24 「復仇」(revenge)作為一種「社會制度」或「社會規範」的精彩分析，參見Jon Elster, *Norms of Revenge*, 100(4) ETHICS 862, 862-85 (1990).

25 RICHARD POSNER, LAW AND LITERATURE 75-78 (3d ed. 2009).

26 蘇力(註23)，頁63。

在現代社會的脈絡下，就算把「應報」當成「進化版的復仇」，或者是把「復仇」當作「退化版的應報」（或者「失控版的應報」），而承認二者千絲萬縷的牽連，但吾人仍然能夠設想二者的區別。有關連不代表沒有區別。這不只是概念上的區辨，其所反映的是「前現代」的刑事裁罰體制到「現代」國家司法體制的區別。「復仇」作為一種社會建制其運作成本極高，當中央集權式的現代國家建立，國家壟斷武力技術能力強化，以及法治（rule of law）建立後，注定步上衰微之路。現代國家壟斷武力之後，建構相對理性化的司法體系，此司法體系在現代民族國家漫長的建構過程中，發展出附著於制度上的特殊價值（法治、權力分立等）。不妨說，Nozick對於「應報」的理解，正是現代社會對於「刑罰」之理想投射。它或許與「復仇」同根同源，但這不妨礙其作為一種更為理想的刑罰理念，改善了「復仇」這種前現代的不合時宜的社會體制。到了現代社會，「復仇」概念在日常語言中，已經失去作為社會體制的想像，只剩下情緒與非理性的成分。因為，其制度面向已經被國家壟斷的司法體制所吸收。這也是為什麼Nozick的概念區分中，透露出「復仇」在當代語言中，透顯出高度情緒性、不受節制、容易過度的特性。

二、「應報」之情緒基礎的批判

肯定「應報」和「復仇」的概念區分，不代表「應報」概念就沒有更深層的問題。如果用培根（Francis Bacon）的用語，「復仇」是一種「狂野的正義」（wild justice）²⁷，則現代「應報」理念或許對這頭狂野的巨獸套上了繩圈。但吾人仍可質疑：或許這頭巨獸暫時被壓制了，但是它真的能被徹底馴服嗎？現代刑罰體制作為官方建制本身或許體現一定的理性與節制，但它會不會像是壓力鍋

27 Francis Bacon, *Of Revenge*, in THE ESSAYS OR COUNSELS CIVIL AND MORAL 9, 9 (Brian Vickers ed., 1999) (1625).

蓋一樣，建立在不可預測而道德品質可疑的社會力量之上？當人類文明進展，我們是否應該徹底把壓力鍋蓋底下的野蠻力量徹底剷除，為文明的刑罰體制尋找全新的基礎？畢竟「應報正義」(retributive justice)未必是現代國家刑罰體制的唯一理念基礎，或許可以把刑罰建立在嚇阻論或預防論(deterrence)之上；甚至完全取消刑罰概念，把犯罪當成可以矯治的病態，也就是所謂的矯治論(correctionism)。

具體地說，儘管「復仇」在當代社會的制度面向已經被現代刑罰體制所轉化吸收，但「復仇」的情緒成分並沒有消失，仍然以各種文化形式存在於社會的集體意識和公共論述中。「復仇」文學不是古代的專利。儘管「復仇」在主流官方論述中並不被認可，但在大眾文化中以復仇為主題，甚至美化復仇、讚揚復仇的電影、小說仍處處可見——克林伊斯威特(Clint Eastwood)暴力警探系列電影就是美國當代「復仇」主題的代表²⁸。這種情緒不只透過文化形式流傳、加強，它也對司法制度的運作有實質的影響。當重大刑事案件發生時，大眾對於犯罪行為人或犯罪嫌疑人所表達的憤怒情緒，以及嚴刑峻罰的呼聲，如果碰到無法冷靜自持的法官，有可能影響其犯罪或量刑判斷；民意高喊速審速決的壓力，可能使審判者無法足夠冷靜地評估相關卷證，也可能壓縮審判者考量犯罪者其情可憫的空間；同樣的壓力，也可能影響刑事立法政策，使之走向「治亂世用重典」的思維。凡此，都威脅著刑罰體系本身號稱冷靜、理性、不偏不倚的建制內邏輯。簡言之，壓力鍋蓋不見得能夠完全壓得住底下的壓力。當然，公眾對於犯罪行為的憤怒或者其他強烈負面情緒，不一定只有負面的意義。涂爾幹(Émile Durkheim)認為，犯罪行為干犯了社會的「集體良心」(collective conscience)，

28 William Ian Miller, *Clint Eastwood and Equity: Popular Culture's Theory of Revenge*, in *LAW IN THE DOMAINS OF CULTURE* 161, 164 (Austin Sarat & Thomas R. Kearns eds., 2000).

也就是社會共同擁有之基本道德價值觀念。「集體良心」所珍視的核心社會價值帶有「神聖」的性質，因此違反者會激起極大的憤怒。公眾的集體強烈情緒反應，正是維繫現代高度分工社會之「社會連帶」的重要機制²⁹。問題是，即便承認公眾對於犯罪行為的強烈情緒反應有一定的社會功能，我們仍然不確定這樣的功能是否一定不能由其他社會機制所取代，更不確定這樣的情緒反應是否在道德上可加以證立。

為此我們要進一步探討應報式刑罰的情緒基礎，檢驗其道德性。之所以這麼做，是因為本段論述建立在一個認知心理學的前提之上，那就是情緒是一種包含著認知內涵的道德判斷，屬於「直覺式的道德判斷」，而有別於「推理式道德判斷」。「直覺式道德判斷」很多時候提供可靠的道德指引，但也有很多時候需要被「推理式道德判斷」所修正³⁰。分析「情緒」的道德性，旨在分析特定種類的情緒，作為某種「直覺式道德判斷」，是否能夠提供足夠可靠的道德判斷內涵，或者包含著系統性的對於道德或事理的扭曲。

如果應報刑罰乃是建立在道德地位可疑之情緒上，則我們有理由也對應報論的正當性存疑，正如當代美國刑罰哲學家Michael S. Moore對此立場精要的闡述：「對於應報情緒之理性（rationality of retributive emotions）真正有力的批判在於：驅動『應報判斷』的情緒永遠是病態的——並非因為情緒的強度過高以致於動搖我們的理性，也不是因為這樣的情緒能夠滿足特定功能，而是因為其『道德性質』（moral nature）可疑。³¹」其道德性質之所以可疑，是因為

29 Émile DURKHEIM, THE DIVISION OF LABOR IN SOCIETY 73-79 (George Simpson trans., The Free Press 1933) (1893)；對涂爾幹刑罰社會理論的精彩分析及批判，see DAVID GARLAND, PUNISHMENT AND MODERN SOCIETY: A STUDY IN SOCIAL THEORY 23-81 (1990).

30 JONATHAN HAIDT, THE RIGHTEOUS MIND: WHY GOOD PEOPLE ARE DIVIDED BY POLITICS AND RELIGION 44-51 (2012).

31 MICHAEL S. MOORE, PLACING BLAME: A THEORY OF CRIMINAL LAW 119 (1997).

在批判者眼中，「應報刑罰」的華麗建築之下仍翻滾著洶湧的復仇之河，除此之外，難以解釋「應報刑罰」的強大情緒基礎。換言之，「應報」與「復仇」分享同樣的心理動態結構³²。因此，對於「應報」之情緒基礎的批判，可以併同「復仇」的情緒面向加以分析。

復仇的情緒基礎乃是對於自身疆界被侵犯之憤怒感，此憤怒感不只來自自身疆界（包括身體、心理、財產等）之被侵犯，更來自侵犯者透過侵犯行為所傳達的訊息，一種侮辱性的訊息：你的價值低於我的價值，所以我可以使用你、侵犯你以滿足我的慾望或目的。被侵犯所引發的憤怒感，其內涵在於驅使受害者對侵犯者採取行動，使之承受相類或更大的損失或痛苦。儘管此出發點看似合理，但是此種憤怒感幾乎不可避免地包含被害人對所受傷害的過度放大，因此在復仇情緒的引導下，幾乎不可能公正給予加害人合比例之懲罰。被害人復仇情緒之「不公正」處，不只包含可能過度強烈的懲罰慾望，也包括對於加害人的厭惡以致於拒絕理解其侵犯行為之成因與行動之處境，甚至拒絕承認加害人之人性。換言之，正如加害行為可能源於加害人高度自我中心的虛假自我認知，被害人的復仇情緒同樣很容易把被害人的精神世界推向唯我獨尊的道德地位，因而失去公正衡量懲罰比例的能力。這種唯我獨尊的道德地位，儘管可以理解，但仍然是一種在道德上有問題的虛幻意識。由此意識衍生出復仇者藉由觀看加害者承受痛苦而得到快慰和滿足，這種道德上可疑的情緒。

尤有甚者，復仇範圍可能難以控制。因為，當復仇指向施予痛苦時，復仇的對象可以不限於加害者本身，而擴張到任何能夠讓加害者受苦的人（親人）或物（重要的財產）。傷害加害者的至親，

32 Neil Vidmar, *Retribution and Revenge*, in HANDBOOK OF JUSTICE RESEARCH IN LAW 31, 53 (Joseph Sanders & V. Lee Hamilton eds., 2002).

以使其痛苦，同樣也在復仇的嗜血慾望的範圍內。此難以控制的傾向，同時具備一種深刻的內在矛盾，那就是復仇之火往往燒及自身，因為復仇往往將復仇者帶往對其自身毫無利益的危險道路上。正如Heinrich von Kleist著名的小說Michael Kohlhaas中的主人翁Kohlhaas，一位老實鄉下村夫，為報復奪取並虐待他兩匹馬的貴族，不惜摧毀他自己的產業，導致其妻子被敵人殺死，殺害了庇護貴族之城堡的無辜居民，引起動亂使四周區域陷入混亂³³。此外，復仇情緒的危險，不只侷限在受害者或者受害者的親友。旁觀者同樣可能產生復仇的情緒。此情緒可能來自於對受害者的認同（identification）或移情（empathy），來自於對於社會契約被加害者毀壞的強烈反應，也可能來自人類作為社會性的動物，對於違反社會群體核心行為規範的憤怒³⁴。此種情緒的危險與受害者復仇情緒一樣，甚至，很多場合可以觀察到，即便當受害者已經原諒加害者，旁觀者的復仇情緒仍然無法被澆熄。

應報與復仇之情緒基礎，其道德上之危險不僅止於自我疆界被侵犯而生的憤怒及其難以控制的傾向，更來自於表面上「以眼還眼，以牙還牙」式正義觀底下，所隱藏的人性深處的其他陰暗面。尼采（Friedrich Nietzsche）透過其筆下人物查拉圖斯特拉這麼說：「對那些有強烈衝動要懲罰別人的人，要小心。」（“Mistrust all in whom the impulse to punish is powerful.”）³⁵ 這位對現代性深層心理陰暗面最具穿透性的哲學家提供了一些很值得重視的思考方向。這些方向指出，人可以意識到的情緒未必是人類心理的全貌，在應報或復仇的情緒底下，隱藏在難以言說的心理層面，可能糾結著很多陰暗的負面情緒。這些情緒包括怨恨、恐懼、罪惡感、偽善等

33 See JACOBY, *supra* note 23, at 51-52.

34 Vidmar, *supra* note 32, at 42.

35 Friedrich Nietzsche, *Thus Spoke Zarathustra*, in THE PORTABLE NIETZSCHE 115, 212 (Walter Kaufmann ed. & trans., Penguin Books 1954) (1884).

等³⁶。

怨恨 (*ressentiment*) 是尼采歸諸奴隸道德之判斷與價值的情緒根源。用Max Scheler的話來說：「怨恨是一種心靈的自我毒害，有著確定的根源與後果。它是一種持久的心靈狀態，源自系統性地壓抑本屬人性正常成分之特定情緒或感覺。其後果是產生特定的價值幻象以及相關的價值判斷。³⁷」而怨恨最重要的情緒根源之一，就是「復仇」情緒³⁸。「復仇」的情緒本身不見得會導致怨恨，但是當它被壓抑之後，將會導致怨恨。Scheler的分析中，被壓抑的「復仇」情緒導致「怨恨」。但我們不見得可以把二者的因果關係顛倒過來，說「復仇」情緒基礎是「怨恨」。可能的解釋是，被侵犯產生復仇情緒，此情緒被壓抑產生怨恨，而怨恨又反過來強化復仇情緒。問題是，當代社會中的應報或復仇情緒如何被壓抑？這牽涉到現代社會中「復仇」概念的尷尬處境。上文曾提及，現代社會對於刑罰的想像，是建立在國家壟斷武力與刑罰權的基礎上。不只私人復仇的社會建制已為國家所取代，「復仇」的論述與情緒，儘管在大眾文化仍然時常可見，但在主流或官方論述中，早已被放逐。這意味著，「復仇」情緒無法被制度化，無法在正式的刑事司法體系中被認可，無法在復仇者渴求完成復仇的場域加以滿足。大眾文化只是發洩管道，只是虛假的替代品，只是流動但無法落實的幻象。「應報正義」其實是復仇的呼喊被國家強迫戴上消音變聲器之後的扭曲聲音。簡言之，現代社會的處境是，復仇情緒系統性地被壓抑，產生怨恨，反過來強化復仇情緒中被扭曲的價值判斷。

恐懼是另一種可能作為應報與復仇基礎的情緒。臺灣大學李茂生教授曾在一篇探討反對廢除死刑者的深層心理的文章中，提到大

36 MOORE, *supra* note 31, at 116.

37 MAX SCHELER, *RESSENTIMENT* 45-46 (William W. Holdheim trans., The Free Press 1961) (1915).

38 *Id.* at 46.

眾強烈支持死刑的心理背後，其實是一種「卑微的不安全感」³⁹。李教授精彩的分析，其實也可擴張到應報刑罰的一般心理，不安全感，或者說「恐懼」，恐懼自己的生命身體財產受到威脅，恐懼自己成為下一個受害者。「恐懼」不像「怨恨」，是一種道德品質上根本可疑的情緒。「恐懼」可以是「合理」的，當人們面對真實而可信的威脅與侵犯時，恐懼可以讓人提高警覺，對於威脅自己的人事物積極採取防堵避免的措施。「恐懼」若有道德上可疑之處，是因為「恐懼」是基於人對外界威脅的主觀認知與感受。而這種主觀的認知與感受在客觀上未必有足夠可靠的根據。比如行為科學上所發現的「可援用性法則」(availability heuristic)，指出人們在評估事件發生的機率時，對於馬上可以想到「例子」的事件，會給予較高的評估。這意味著媒體社會新聞對於暴力犯罪的過度報導渲染，會系統性地使得閱聽人放大對於暴力犯罪發生機率的評估⁴⁰。除了其「認知」要素可能出錯之外，在一個對某種群體懷有偏見的社會，對於「犯罪」的恐懼往往會與對「陌生他者」的恐懼結合在一起。「罪犯」在恐懼中容易被妖魔化、去人性化，形成一種「我們」與「他者」的對立，而對他者失去同理的能力，這種情緒在集體的表達中特別容易被強化⁴¹。甚至在某些人心中，這種情緒可能在更深處來自一種卑鄙的根源，那就是恐懼自己內心的罪惡念頭也被發現，喊打喊殺其實只是在減輕自己的罪惡感，或者戴上偽善的面具。Henry Weihofen的一段話很有力地如此表達：

在要求謀殺犯或強姦犯「償還」其犯罪時，表達最強烈的莫過於心中也有類似犯罪衝動的人。在譴責「淫蕩」的女人時，最激烈最大聲的莫過於有時候也會沈浸在思春幻想

39 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）。

40 Loretta J. Stalans, *Citizens' Crime Stereotypes, Biased Recall, and Punishment Preferences in Abstract Cases*, 17(4) LAW & HUM. BEHAV. 451, 451-69 (1993).

41 MOORE, *supra* note 31, at 116.

中的「好女人」。面對被捉住的罪犯時，丟第一顆石頭
的，絕不會是真正無辜的人⁴²。

丟出那顆石頭時，我們也把自己的罪丟向那個罪犯。這樣子我們才能夠減輕自己的罪惡感，而不用真的去承受刑罰——這是一個簡便甚至愉悅的工具，不只讓我們減輕罪惡感，甚至讓我們自己感覺崇高有德起來。

當代應報理論的發展，可以將其視為對於上述對其情緒基礎批判的反應。當然，一套完整理論的發展不會只處理一個問題，許多其他重要的議題必須一併處理（比如刑罰與國家的關係，道德與法律的關係等等）。但是，應報與復仇千絲萬縷的糾纏是關鍵問題，可以作為分析觀察應報理論發展的視角。接下來，本文批判性地分析三種當代最重要的應報論流派，探究其以何種方式回應上述挑戰。

參、當代主要應報理論評析

一、刑罰情緒論

如果說對應報論的重要批判，是其情緒基礎與復仇有扯不清的關係，應報論者回應的方式大致上有兩類。第一類，承認應報與復仇有扯不清的關係，但是主張「復仇」情緒的道德品質未必如批判者所言之不堪。「復仇」情緒有正面的道德價值。若果如此，則應報與復仇糾纏不清就未必是有力的批判。第二類，否認應報與復仇的糾葛，主張二者是可以清楚區分的。這兩類回應指向類似的大方向，那就是說明「應報」的情緒基礎是可正當化的。

42 HENRY WEIHOFEN, THE URGE TO PUNISH 138 (1956), citing MOORE, *supra* note 31, at 123.

(一) 復仇情緒的道德性

有人曾經這麼說：「復仇就像在佛洛伊德之前的『性』一樣，被指責為不成熟、不可欲，因此不值得嚴肅的科學探究。⁴³」這句話反映了「復仇」概念在心理學或者是哲學文獻中，相對邊緣的位置。因此，本文所能評估的理論不多。近年來系統性地為「復仇」情緒辯護者，最重要的就是法律哲學家Jeffrie G. Murphy。Murphy認為復仇的情緒或許並不美好，也很容易被誤用，但是正如人類很多自然生發的情緒一樣（比如嫉妒、驕傲、生氣等），這些情緒與重要價值有所連結。此類價值並非根本地不道德，因此不應徹底加以否定。反而，應該肯定其與重要價值的聯繫，讓其在人類道德生活中扮演適當但有限的角色，只要控制得宜，此類情緒可為道德生活帶來正面的功效。而復仇的情緒（包括對加害者的厭惡與仇恨）所要保護的正面價值有三，包括自尊（self-respect）、自我防衛（self-defense）、對道德秩序的尊重（respect for moral order）⁴⁴。

對於加害行為與加害者的厭惡與恨意，顯示一個人對自己的權利與自己價值的在乎與重視。一個對加害行為或加害者毫不厭惡且毫無恨意的人，若非聖賢，就是具有奴隸性格，一個具有奴隸性格的人不認為自己與他人有一樣的道德地位和價值，值得被尊重，被重視。正如康德曾言：「一個人若把自己當作一條蟲，就不能抱怨別人踐踏他。⁴⁵」聖賢的道德品行並非來自徹底否定復仇的情緒，而是來自於肯定其價值的同時，站在其正面價值上用更寬廣的道德修為來克服其負面傾向。然而，自古聖賢皆寂寞，絕大多數的人不容易完全超越此根深蒂固於人性中的情緒。因此，設計規範社會所有成員的法律制度不可能以聖賢作為典範，必須以絕大多數人的人

43 JACOBY, *supra* note 23, at 169.

44 JEFFRIE G. MURPHY, GETTING EVEN: FORGIVENESS AND ITS LIMITS 19 (2003).

45 *Id.* at 20.

性之常，作為制度設計的基礎，而將聖賢的道德理想留給宗教或道德理想家去主張、去追求。況且，「自尊自重」作為一種道德價值，不能夠只是一種智性上的主張或認知，任何重要的道德價值都必須有積極的行動加以維護，而強烈的情緒正是道德行動背後的強大動力來源。正因為看重自我價值與自己的權利，因此被侵犯後會產生強烈的情緒，以驅使人們保護自己，懲罰或嚇阻侵犯者。更進一步，復仇情緒所保護的價值不只關涉自己，也關涉社會共同生活。當社會共同生活的核心價值遭到詆毀踐踏時，社會成員很自然地會感到憤怒甚至厭惡罪行與加害者。一個社會如果缺乏此種共同的情緒，會失去重要的自我防衛機制。就此點而言，Murphy的規範性論證與涂爾幹的「集體良心」理論是一致的。

然而，復仇的情緒或許與「自尊、自衛、對道德秩序的尊重」這些重要價值有所聯繫，但是質疑仍然存在。首先，如上述尼采及Scheler所言，因為復仇情緒被壓抑而產生的「怨恨」會系統性地扭曲道德主體對於事務的理解與反應。對此，Murphy的回應是，在尼采（或Scheler）的理論中，復仇情緒要經過「壓抑」（repression）才會產生怨恨。現代社會對於刑罰體系的建制，或許大部分已經把「復仇」的考量排除在外，然而，刑罰本身的建制雖然並非主要為了復仇而設計，但間接仍可滿足部分復仇的功能。何況，大眾文化形式（電影、文學）中充斥著對於復仇的同情、理解、甚至歌頌。說現代社會徹底壓抑復仇概念，其程度達到足以產生社會性的「怨恨」的程度，恐怕言過其實。而且，按照尼采的邏輯，如果怨恨來自對於「復仇」情緒的壓抑，則糾正此病徵的策略為什麼不是「不要壓抑」？而是徹底消滅「復仇」情緒呢？從尼采的理論觀之，這兩種方法起碼都是值得考慮的選項。

另一個批判乃是如Kleist的小說中的主角Kohlhaas一樣，復仇之火幾乎無法控制，一旦燃起會將蒙蔽其道德判斷能力，走向自我滅亡之路。對此，Murphy的回應是，文學或戲劇中或許呈現了「復

仇」情緒失控、被濫用的極端案例。這些文學或戲劇作品確實可以提醒人們要提防復仇情緒的危險。但是，這些意象或案例不應用來論斷常態，亦即大多數人在生活中常常也會體驗到復仇的情緒（比如與同事的糾紛、惡老闆的對待等），這些情緒在大多數人的經驗中未必會失控。有失控的危險，不表示「必然」會失控。我們需要更多的心理學上的證據，告訴我們復仇情緒對人的道德生活的影響到底有多大。畢竟，人性中自然生發的情緒，都有失控的危險，我們並不因此說這些情緒就是不正當的。比方「驕傲」失控或無限制擴大，當然是不好的。但是對自己的成就有限度的驕傲，卻可能是自信自尊的表現。「羨慕」如果失控，可能變成「嫉妒」，二者都出於對於更好的狀態的愛慕追求，但如果把「羨慕」控制得宜，卻不失為一種追求更好的狀態的合宜動機。同樣的，如果「復仇」也有其保護之正面價值，我們似不應太快論斷其為「本然」的不道德，反而應該透過道德的論述或社會制度，幫助控制復仇情緒，使其發揮正面功能，並減低其負面效應。

（二）義怒

Murphy對於復仇情緒的分析，確實有助於我們重新評估「復仇」情緒的道德地位。然而，或許因為Murphy對復仇情緒的危險與極端的傾向，理解不夠深刻，也或許「復仇」在當代文化中被污名化的程度太深，以致於堅持挽救「復仇」情緒的道德地位並不是鞏固應報論最有效的理論路徑，因此，大多數理論家仍然傾向採用另一種理論策略，那就是為「應報」找到與「復仇」有別的情緒基礎。而最有可能成為「應報論」情緒基礎的，就是「義怒」（righteous indignation/moral indignation/moral anger）。

若政府為了財團的利益，無助於於整體公共利益，未踐行正當行政程序進行徵收，而把怪手開進農田拆除農舍，摧毀農作，對於這種不公義的作為，我們會感到憤怒。同樣地，對於侵害他人重大

法益的犯罪行為我們也會感到憤怒。作為受害人，這種憤怒來自於自我的疆界被不義侵犯的防衛本能，也來自於對於自我價值的重視。作為其他社會成員，這種憤怒來自於對於受害者的關懷。正因為社會成員彼此之間深深的關切、在乎，因此當其他成員受到不正的侵犯時，我們會憤怒。這種憤怒提供社會改革的動力，要求政府負責補償與改進行使國家權力的程序與目的；在犯罪的場合，這種憤怒同樣要求壟斷刑罰權力的政府有效逮捕罪犯，課予刑事責任。進一步言之，「義怒」乃是對能夠負責的道德主體而發。如果一隻狗咬傷了人，我們沒有理由發「義怒」。對狗發「義怒」是沒有意義的。如果為此踢狗一腳，那叫做「洩憤」不是「義怒」，更不是「課責」。「義怒」內涵著要求加害者為「不義」之行為「負責」。正如Walter Berns所言：「憤怒是能夠彰顯人性的一種激情，不僅因為只有人才會感到憤怒，也因為憤怒者承認對方的人性：此種情緒要求對方為其行為負責。⁴⁶」

不過，即便承認「義怒」來自於自尊自重或者對於公義的重視，同時也承認「義怒」乃是對人而發，因此承認犯罪者的人性，但凡此仍然無法說明「義怒」與「復仇」有何不同，因為「復仇」也可以分享這些特性。「復仇」同樣源於自尊自重與對道德價值的重視，「復仇」也是對「人」而發，對「狗」復仇是沒有意義的。如果刑罰情緒論者要把刑罰建立在「義怒」這種情緒之上，必須進一步說明二者情緒的區別。而要說明「情緒」的區別，重點不在其如何表達，而在其情緒的認知內涵。「情緒」不是非理性的血氣衝動。人類很多情緒內涵著複雜的道德認知內涵與判斷⁴⁷。比方「憐憫」，作為一種對他人的受苦而感到難過的情緒，隱含著以下幾項

46 WALTER BERNS, FOR CAPITAL PUNISHMENT: CRIME AND THE MORALITY OF THE DEATH PENALTY 153-54 (1979).

47 關於情緒與理性，see MOORE, *supra* note 31, at 127-38; MARTHA NUSSBAUM, UPHEAVALS OF THOUGHT: THE INTELLIGENCE OF EMOTIONS 19-88 (2001).

道德認知判斷：一、他人的痛苦是嚴重的；二、其受苦不是因為其自身的過錯而來（否則就是應得的）；三、該痛苦或類似的處境有可能發生在憐憫者身上⁴⁸。如果三項條件有一項無法滿足，就無法生發憐憫之情。同樣的，如果「復仇」與「義怒」有別，一個很重要的線索就是必須從其認知內涵中探求。對此，哲學家 Jean Hampton 的分析相當值得參考。

Hampton 的出發點在於，不論是復仇或義怒，不論是受害者或者第三者，對於犯罪行為之所以會有強烈的情緒反應，不只是因為犯罪行為造成傷害，更因為犯罪者透過犯罪行為傳達侵犯基本道德價值的訊息，這個訊息是：「你比我低下，我比你有價值，所以我可以利用你、傷害你來滿足我的慾望或目的。」「復仇」與「義怒」以及其所驅動的行動，目的都在回應這個侮辱性的訊息。但二者區別在於，回應的策略以及訊息內涵不同。「復仇」或者其他帶有類似惡意的情緒，其回應的策略在於傷害原先的加害者，回敬以同樣的侮辱性訊息，這個訊息是：「你以為你比我有價值，可以如此傷害我；現在我也用同樣的方法傷害你，讓你在我面前屈膝求饒，證明其實我才比你有價值。」換言之，「復仇」情緒的內涵是，你曾經凌駕於我，現在我要凌駕於你⁴⁹。Hampton 指出，這種回應策略預設了一種「競爭性」的關於人性價值的架構⁵⁰。在此種架構下，關於人性尊嚴或價值的設定是競爭性的、零和式的，是你死我活的。為了證明你（加害者）並不比我（受害者）有價值，我要貶低你的價值到比我更卑微的地位，這樣才能證明你原先的侮辱性訊息的內容是錯誤的。相對而言，「義怒」的回應策略並非透過貶抑加害者的價值來否定犯罪行為的侮辱性訊息，而是在尊重加害者本身的價值與尊嚴的前提下，透過給予合比例的刑罰，藉以取消

48 NUSSBAUM, *supra* note 47, at 306-20.

49 JEFFRIE G. MURPHY & JEAN HAMPTON, FORGIVENESS AND MERCY 137 (1990).

50 *Id.* at 62.

其侮辱性的訊息，這並不意味著加害者的人性價值較低，僅是恢復原先人與人之間平等的地位而已。由於重點在於回復平等地位，因此「義怒」者期待課責及施予刑罰的方式，就必須避免貶抑、傷害加害者人格價值與尊嚴的方式，同時「義怒」者不必然從加害者受苦當中得到快慰。

到此為止，Hampton似乎提出了一個很重要的關於「義怒」的理論，可取代「復仇」作為應報式刑罰的情緒基礎。而且，從以上論述中，我們可以發現，其實Hampton的理論正呼應了Nozick關於復仇與應報的區分。同時，也可以發現，當Hampton在論述「義怒」時，她同時也在闡述一套關於「應報」內涵的理論。因為，「義怒」的目的與界線何在，我們無法光從「義怒」的情緒分析裡面找到答案。「義怒」應該如何加以理解，其實取決於我們對於「應報」應該如何理解。換言之，當我們在分析「義怒」的道德認知內涵時，事實上也就在分析「應報」理論內涵。Hampton或許告訴了我們「義怒」作為一種強烈情緒，其認知內涵可能隱含的重點方向，這個方向就是，不要以競爭性的方式來回應犯罪行為的侮辱訊息，而是要在尊重加害者人性尊嚴與價值的基礎上，嘗試取消侮辱訊息的意涵。然而，此一區分是否在現實中有助於避免「義怒」淪落為「復仇」或者其他惡意情緒的危險？畢竟，在操作上，二者同樣必須對於加害者施以一定程度的處罰，二者同樣相信某種處罰可以有效回應犯罪行為的侮辱性訊息，而人性的幽暗深處，到底是否能夠在二者間畫出足夠清楚的界線？這是我們仍然要謹慎存疑的。

更進一步，Samuel Pillsbury一段相當深刻的話，提醒我們，面對「義怒」這種有相當正當性的情緒，我們仍然要小心，他說：「情緒，正如神話，有著象徵性的結構。這意味著，情緒或神話，旨在把複雜的現實加以簡化並使其對觀察者更有意義。他們就像戲劇一般，會把人物與事件從真實的世界中放大、簡化。如果其神話

結構功能沒有被小心制衡，犯罪者會變成二流電影中的扁平角色，不是一個真實的人，只是一個簡化的角色與象徵。⁵¹」事實上，Hampton的論述為應報論指出了一個方向，那就是分析情緒基礎或許是一個合理的途徑，但是，應報情緒的道德認知內涵應是什麼，仍然必須回到「應報」概念的理論論述上。刑罰情緒論指出，復仇與應報可以是有差別的，但是此差別到底有多大，是否在實踐上能夠不會混淆，仍然取決於我們在理性上要如何證立「應報」概念。對此，刑罰情緒論有其界限。

本文導論曾指出，對不同當代應報論流派進行評估時，除了要視其如何為「應報」找到有別於「復仇」的基礎之外，還有三個重要的子問題必須回答：第一，「應得」是什麼？為什麼犯罪者的刑罰是「應得」的？第二，為什麼是由國家來執行「應得」之刑罰？國家在刑罰理論中的角色是什麼？第三，刑罰與犯罪行為何以須合乎比例？刑罰情緒論很有力地回答了應報與復仇的區別，儘管此回答仍然值得繼續探究。就此而言，此理論似乎也針對第一個問題，也就是「應得」的問題進行解答，儘管其解答仍有未盡之處。針對第三個問題，也就是罪刑合乎比例的問題，刑罰情緒論自然也可提出一套說法。那就是，越嚴重的犯罪，由於侵犯社會集體價值的程度越高，所引起的社會情緒反彈當然也越強，激起越強烈公眾情緒或者一般人道德情感的犯罪，自然必須給予越嚴重的刑罰。然而，刑罰情緒論會在第二個問題上面，碰到重大困難。為什麼國家有責任滿足特定的情緒，即便是有正當性的「義怒」這種情緒？國家沒有義務滿足社會成員的所有情緒，更何況以情緒作為國家角色的基礎相當危險。如果一個社會歧視特定少數族群，對該族群有強烈的厭惡情緒，顯然國家不應該滿足這種情緒。那麼，什麼樣的情緒應該由國家來滿足，仍然要回到這種情緒所反映的客觀價值秩序上面

51 Samuel Pillsbury, *Emotional Justice: Moralizing the Passions of Criminal Punishment*, 74 CORNELL L. REV. 655, 691 (1989).

來判斷。而刑罰情緒理論本身無法充分回答這個問題。為此，我們進一步介紹第二類的當代應報理論，那就是「公平遊戲論」。

二、公平遊戲論

作為一種應報理論的「公平遊戲論」(fair play theory)其實在理論上有著重要的根源。如果把「公平遊戲」拉出應報論的脈絡，將之放在更寬廣的理論脈絡下，作為公民對共同體所負之政治義務的理論，則可以發現廿世紀兩位最偉大的法律與政治哲學家哈特與羅爾斯(John Rawls)都有相關的論述。哈特指出：「當一群人為著某種目的結合在一起，根據規則限制自己的自由時，那些願意接受限制的人有權利要求那些因為他們所受的限制而受惠的人，也同樣接受限制。⁵²」羅爾斯也說：「設若有一個互惠且公正的社會合作體系，只有當每個人或者幾乎每個人都願意合作時，這個體系才能為大家帶來好處。設若這個體系所要求的合作，意味著每個人都要做一些犧牲，或者至少受到一些自由的限制。又設若此合作體系所帶來的好處一定程度上是免費的：也就是，此合作體系是不穩定的，亦即任何人即便不盡其義務仍然有辦法透過其他人的合作而得到好處。在這些條件下，一個接受了此體系好處的人須受到公平遊戲義務的拘束，不可以拒絕合作占他人便宜。⁵³」

把公平遊戲論放在應報論的脈絡底下的經典之作，乃是加州大學洛杉磯分校(UCLA)法學院榮譽教授Herbert Morris在1968年發表的一篇文章Persons and Punishment⁵⁴。Murphy教授稱許此文「是廿世紀法理學的經典之作，幾乎隻手回天地把應報理論從理論灰燼中挽回，賦予在哲學上值得認真看待的基礎。⁵⁵」Morris經典文章

52 H.L.A. Hart, *Are There Natural Rights?*, 64 PHIL. REV. 175, 175-91 (1955).

53 John Rawls, *Legal Obligation and the Duty of Fair Play*, in COLLECTED PAPERS OF JOHN RAWLS 117, 123 (Samuel Freeman ed., 1999).

54 Herbert Morris, *Persons and Punishment*, 52 THE MONIST 475-501 (1968).

55 JEFFRIE G. MURPHY, PUNISHMENT AND THE MORAL EMOTIONS: ESSAYS IN LAW,

有兩大重要貢獻，第一是提出作為應報論的「公平遊戲論」，第二是精緻地分析當時風行的另一種刑罰觀，也就是把犯罪當作「疾病」的矯治論如何牴觸人性尊嚴。在此我們無法介紹此文第二部分的內容，僅針對「公平遊戲論」本身進行探討。此理論可大致簡述如下：社會生活之所以可能免於無休止之暴力，是因為社會透過法律劃定了個別社會成員的核心權益範圍。在此範圍內，每個社會成員享有不受他人干涉侵犯的利益。而此利益之所以有可能實現，是因為每個人都遵循法律承擔了一部份的「負擔」(burden)，此負擔就是「自我節制」(self-restraint)。節制什麼呢？節制每個人內在想要違反法律以獲取一己之利（無論是物質、慾望或精神上私利）而侵犯他人權益的傾向。社會生活其實就是一個共同的合作體系，此「合作互惠」體系之所以可能，就是因為大部分人願意承受「負擔」。犯罪者，特別是針對個人重大生命、身體、財產法益的犯罪，享受了「合作互惠」體系的利益，卻沒有承擔「負擔」，而成為合作體系中的「搭便車」者。由其得到好處卻沒有付出相對的代價這個角度來看，犯罪者欠了社會一筆「債」。而這筆「債」必須透過承受「刑罰」的負擔來償還。「刑罰」無法償還被侵害的法益，但是把刑罰的負擔加在犯罪者身上，卻可以平衡其所得到的不正利益，也就是其享受好處但拒絕負擔的這種不平衡狀態⁵⁶。

Morris的公平遊戲論在當代應報論的復興上，佔有關鍵性的地位。在此之前，由於應報論被連結於復仇、殘忍、以及無節制的國家暴力，因此，在刑罰思潮上，有很長一段時間失去追隨者。然而，Morris透過公平遊戲論，把原本基礎備受質疑的「應報正義」，轉化為「公平」(fairness)的問題，而使得「應報正義」透過「分配正義」找到相對穩固的基礎。而關於「分配正義」的政治哲學思潮在六十年代乃至七十年代，正是最為蓬勃發展的時候。羅爾

MORALITY, AND RELIGION 78 (2012).

⁵⁶ Morris, *supra* note 54, at 477-78.

斯的正義論在同一個時期(1971年)出版,正反映了公平遊戲論興起的時代背景,也同時為當時主流刑罰矯治論所造成的諸多問題,指出一條替代道路。Morris的理論發表後,風行一時,有諸多重要的理論家跟進,包括John Finnis⁵⁷、Jeffrie G. Murphy⁵⁸、Michael Davis⁵⁹、George Sher⁶⁰等等。然而,公平遊戲論的優點,亦即透過「分配正義」為「應報正義」找到堅實的基礎,同時也正是其缺點所在。從八十到九十年代,諸多批評者針對這樣的理論路徑提出重要的批判,儘管當代仍有重要的追隨者為其辯護,主要是政治哲學家Richard Dagger⁶¹,但其聲勢已經大大不如七十年代其剛剛問世之時。當然,追隨者的眾與寡絕非我們評估理論成功與否的判準。只不過,我們必須深入瞭解公平遊戲論所受到的挑戰為何?以及此理論是否有辦法回應挑戰?

公平遊戲論最大的挑戰,在於其把應報正義建立在分配正義之上。此嘗試牽涉到透過某種「不正利益」的比喻,把傳統上認為相互區別的兩個正義領域連結起來。但這個連結或轉換是否過度地簡化了應報正義的內涵,或者偷渡了僅屬於分配正義的內涵呢?「比喻妥當與否」正是公平遊戲論是否成功的關鍵。更清楚地說,公平遊戲論的精髓,在於把一個社會,也就是一個合作體系,其成員所享有之不受非法傷害、干涉之領域,比喻為一種「利益」(benefit/good)。而侵入他人領域、傷害他人的行為,卸下了法律課予所有社會成員自我節制的負擔,進而不正當地獲取了利益。此種

57 JOHN FINNIS, NATURAL LAW AND NATURAL RIGHTS 263-64 (1980); John Finnis, *The Restoration of Retribution*, 32(4) ANALYSIS 131-35 (1972).

58 JEFFRIE MURPHY, RETRIBUTION, JUSTICE, AND THERAPY: ESSAYS IN THE PHILOSOPHY OF LAW 77-81 (1979).

59 Michael Davis, *How to Make the Punishment Fit the Crime*, in CRIMINAL JUSTICE: NOMOS XXVII 119-55 (J. Ronald Pennock & John W. Chapman eds., 1985).

60 GEORGE SHER, DESERT 69-90 (1987).

61 See Richard Dagger, *Punishment as Fair Play*, 14 RES PUBLICA 259-75 (2008); Richard Dagger, *Playing Fair with Punishment*, 130 ETHICS 473-88 (1993).

不正之利益必須透過刑罰加以平衡。我們甚至可以用民法上的「不當得利」的概念來設想此種關係，當一個人不當地（亦即沒有法律基礎）從他人獲取利益時，應設法返還此利益。在民事關係的領域中，這種不當得利的關係很容易理解。因為其中之「利」乃是具體化為金錢或以金錢估算的利益。問題是，這樣的概念，應用到刑罰的領域時，是否能夠幫助我們理解「應報」的概念呢？如果以刑罰領域中牽涉到財產法益的犯罪型態為例，比如侵占或竊盜，犯罪者不正地獲取了屬於他人的財產。我們可以問道，為什麼我們要用刑罰來糾正此狀態，而不是單純地比照民法中的「不當得利」的基本處理原則，要求犯罪者返還其利益或者以其他方式彌補被害人呢？當然，犯罪不只牽涉到財產，也可能侵犯他人生命、身體或其他人格（比如名譽、隱私）法益，並非單純地不當得利可以處理。但即便如此，我們還是可以問，為什麼民法上的「侵權行為損害賠償」法制不足以處理呢？侵權行為損害賠償就是要犯罪者透過金錢或其他方法盡可能回復被害人在被害之前的狀態，或者透過金錢彌補被害人的損失。而如果刑罰就是為了要處理犯罪者所得之不正利益，為什麼民事損害賠償之外，還需要刑罰呢⁶²？

此一質疑，正如許多公平遊戲論者反駁，搞錯了犯罪者所取得的「利益」之性質。犯罪者所取得的「利益」，並不是具體的利益。如果真是具體的利益，如何解釋侵犯生命或身體法益的犯罪呢？犯罪者侵害他人生命或身體，這個行為本身（不論其是否有經濟動機，比如殺手所得之酬勞），得到了什麼樣具體的利益呢？這個利益不是任何金錢的利益，甚至也不是犯罪者從中得到的精神上的利益或滿足，而是「免於承擔法律所課予之負擔」這件事情。所有犯罪行為所得的具體利益，如金錢的利益或者精神或情緒上的滿足，都是外加的，也是隨著個案情境可有可無的。但是貫穿所有犯

62 Fingarette, *supra* note 13, at 502.

罪行為的一個根本特性，就是犯罪者參與了社會合作體系，並且享受了他人之負擔，所賦予其生命、身體、財產等重大法益之保障。犯罪者在侵犯他人的同時，或許是為了得到某種具體利益（包括金錢或精神）。但是，其犯罪行為最根本的特性，乃是得到他人承擔負擔所賦予其之「自由」（免於負擔）。此額外的自由，可被視為一種「好處」。這種好處是無法透過返還具體的金錢或彌補被害人的損失而加以平衡的⁶³。這也正是為什麼在大多數現代的法律體系裡頭，「賠償或補償」與「刑罰」皆有所區分的理由。

公平遊戲論或許可以妥當地說明犯罪者除了在個案中可有可無的具體「利益」之外，還有最基本的利益，那就是「免於法律的負擔」這個利益，可以作為刑罰的基礎。然而，批評者可以進一步質疑：「免於法律的負擔」，也就是「免於守法而自我節制的負擔」真的是一種「負擔」嗎？公平遊戲論的論點是，當所有社會成員都願意承受負擔的時候，犯罪者搭便車，不願意承受負擔，因此這種不公平的狀態需要透過刑罰加以平衡。這個論點似乎建立在這樣一幅圖像上，當大多數社會成員很「辛苦地」自我節制不去侵犯他人法益的同時，犯罪者選擇滿足私慾，因此得到其他人得不到的滿足，這種滿足與不滿足的反差，導致不公平的狀態；就好像一群小孩子面對桌上的糖果，為了師長禁吃糖果的禁令，很努力地節制自己的同時，其中一個小孩打破禁令，伸手拿了桌上糖果，得到滿足。這位小朋友得到滿足的狀態，與其他小朋友努力節制的努力，對比之下構成了「不公平」的狀態。可是，這幅圖像能夠說明犯罪與刑罰的性質嗎？事實上，絕大多數社會成員針對最嚴重的犯罪，比如殺人放火、搶劫強姦，都是自然而然地遵守，都不會感到自我節制的負擔。反而是對於比較小的犯罪，比如偽造文書或者詐欺、逃稅，

63 Wojciech Sadurski, *Theory of Punishment, Social Justice and Liberal Neutrality*, 7(3) LAW & PHIL. 351, 361 (1989); Richard Dagger, *Playing Fair with Punishment*, 130 ETHICS 473, 478 (1993).

可能還比較需要多一些的自我節制⁶⁴。這個理論上的問題，如果放在量刑的脈絡裡頭，會更嚴重。因為，應報論要求犯罪與刑罰的嚴重程度必須合乎比例，而如果一個犯罪的嚴重程度，乃是根據大多數人所必須承受的負擔程度來衡量，就會得出一個荒謬的結論，也就是詐欺或逃稅所受到的刑罰要比殺人搶劫來得嚴重，因為對大多數人來說，前者需要克服的內在傾向比後者強烈⁶⁵。但如果負擔的程度不是透過大多數人所感受到的心理負擔來界定，又要如何界定呢？要透過犯罪者心中所需要克服的傾向強度來界定嗎？但是「犯罪者」並不是一個同質的群體，沒有一致的心理傾向。如果按照個案而異，那此標準又會隨著個案而浮動，又如何得出有意義的量刑標準呢？

對於這一系列的質疑，必須區分兩個層次來處理。第一個層次是對於刑罰的證立，第二個層次是在量刑上的意涵。在第一個層次上，公平遊戲論要回答這個問題：「自我節制」在什麼樣的意義上是一種「負擔」？第二個層次要回答的問題是：公平遊戲論可否說明「犯罪與刑罰必須合乎比例」這個重要原則？就第一個層次而言，公平遊戲論者有兩種回答方式。第一種回答，筆者稱之為「整體說」。此說認為一個社會合作體系所課予成員的負擔，當然對不同的人有不同的感受。很多人覺得克服逃稅的傾向比較難；少數人覺得克服妨害秘密（偷窺）他人的傾向比較難克制；也有些人覺得竊盜的傾向比較難克制。廣大社會成員對於「特定法律」感受當然可以有所不同。但是，若把法律所課予的負擔從「整體面」來看，對於一個法律體系，不同的人對於不同的面向有不同的負擔感受，但都是對同一個體系感到負擔。這並不妨礙公平遊戲論的基本命題：一個法律體系整體對所有的人都課予負擔，儘管不同的人對特

64 R. A. DUFF, TRIALS AND PUNISHMENT 213 (1986).

65 Richard W. Burgh, *Do the Guilty Deserve Punishment?*, 79(4) J. PHIL. 193, 209 (1982).

定法律感受不一⁶⁶。公平遊戲論者的第二種回答方式，筆者稱之為「額外自由說」，認為「心理上的負擔程度」並不是公平遊戲論用以界定犯罪者所得「利益」（也就是「免於自我節制的負擔」）的標準。「免於自我節制的負擔」所造成的利益，並不是心理學意義上的，而是道德意義上的。此種「利益」乃是一種多出來的自由或者額外選擇的可能性，而這種額外選擇的可能性，是一種「利益」，即便對於那種額外的選擇，我在心理上並不特別有偏好。Wojciech Sadurski這樣說明：「即便我不喜歡吃香蕉，但是當我被賦予香蕉、蘋果和梨子的選擇可能性時，這個狀態仍然比我只有蘋果和梨子可以選擇時對我更有利。⁶⁷」在這個意義上，犯罪者得到的好處，就是那多出來的自由，而一般人的負擔，就是「少了行動選項」這個負擔。

上面兩種回答或許在一定程度上都回應了第一個層次的理論問題，然其是否能夠妥適回答第二個層次的量刑問題呢？第一種答案，也就是「整體說」，認為「負擔」乃是「整體法律體系」的負擔，仍無法說明如何判斷犯罪與刑罰的嚴重程度。如果說法律體系整體而言對每個成員都造成了「負擔」，儘管造成負擔的「特定」法律對個別成員的感受不一，那麼這樣的回答仍沒有告訴我們，特定的犯罪之間，為何有嚴重程度之別。畢竟，在此理論下，負擔是整體的，特定法律的差異並沒有被納入理論圖像當中。這也是為什麼，此說的提倡者Dagger在面對罪刑如何合乎比例的問題的時候，明白地承認，他的版本的公平遊戲論無法處理量刑的問題。犯罪與刑罰嚴重程度必須透過其他的理論資源來處理⁶⁸。相較於「整體說」無法為「罪刑合乎比例」提出說明，「額外自由說」對此議題是比較有能力加以回應的。「額外自由說」的論點是，犯罪者違反

⁶⁶ Dagger, *supra* note 63, at 481.

⁶⁷ Sadurski, *supra* note 63, at 357.

⁶⁸ Dagger, *supra* note 63, at 481.

法律侵害他人（或社會、國家）之法益，取得了額外的自由。這個「額外的自由」是可以有程度之別的。情節重大的犯罪，其取得的「額外自由」的程度越高，情節越輕微的犯罪，所取得「額外自由」的程度越低。取得越高程度的「額外自由」，由於取得利益越多，因此，要「償還」社會的刑罰也越嚴重。但是，為什麼情節重大的犯罪，其取得「額外自由」的程度也越高呢？這是因為情節越重大的犯罪，其所違反的法規範（以及道德規範）強度以及其所保護之法益的價值也越高。所保護之法益價值越高，法規範的強度也越強，也因此對一般人而言，其所限縮的「行動自由」的程度也越高。因此，情節重大的犯罪者（比如殺人者），所違反的法規範強度越大，代表其所取得的「額外行動自由」的程度也越高。簡言之，「罪刑合乎比例」乃是因為犯罪者所違反之法規範強度越強，其所取得額外的自由程度越高，也因此必須用越嚴重的刑罰來平衡其所取得的額外利益⁶⁹。

筆者認為，「額外自由說」乃是到目前為止，公平遊戲論者所能提出的最有力的說法，能夠說明到底犯罪者所得到的「利益」為何，並且在一定程度上能夠說明為何「罪刑必須合乎比例」。問題是，這個說法雖然有力，但能否成功地擺脫質疑呢？筆者認為，公平遊戲論之所以逐漸失去追隨者，主要並不是因為其無法提出說法回應上述質疑，而是因為這些說法距離一般人的「道德直覺」（moral intuition）越來越遠。筆者在上文中曾指出，「負擔與利益之不平衡」是一種比喻，透過這個比喻，公平遊戲論者嘗試把「應報正義」轉化為「分配正義」的問題。這意味著，這支理論必須要把很多「應報正義」領域的複雜道德思考，壓縮塑形以通過「利益不平衡」這個窄小的比喻通道。「額外自由說」指出情節越重大的犯罪，犯罪者所得到的「好處」越大，也就是所得到「額外的自由」

69 SHER, *supra* note 60, at 81-82; Wojciech Sadurski, *Distributive Justice and the Theory of Punishment*, 5(1) OXFORD J. LEGAL STUD. 47, 56 (1985).

程度越高。這樣的說法，在抽象的理論說明上，固然說得通，但是卻大大違反一般人對於嚴重犯罪的理解。一般人的道德直覺是，越嚴重的犯罪，其實對於犯罪者自己是會造成越嚴重傷害的，包括罪惡感對生命的侵蝕、對人際關係的破壞、與社會的疏離，在人之所以為人的各樣深刻的層面上，犯罪者其實不只在傷害他人，也在傷害自己⁷⁰。公平遊戲論者或許可以說，在一個抽象的層面上，犯罪者是有得到好處，而這個好處就是「額外的自由」，亦即更多的行動可能性。然而，更多的選擇或行動可能性到底是不是一種好處呢？Sadurski巧妙的水果比喻——「蘋果、梨子和香蕉」這個選擇組合，比起「蘋果和梨子」的選擇組合更好，乍看之下言之成理，然而，更進一步思考，這個比喻其實是有問題的。因為額外多出的選項「香蕉」乃是相當無害的一個選項。然而，對一個想要吃東西補充營養的人來說，「蘋果、梨子和砒霜」這個選項組合，真的比「蘋果、梨子」要好嗎？如果說包含「砒霜」的組合沒有比較好，憑什麼說「犯罪」的自由為犯罪者帶來額外的好處呢？根本的問題是，為什麼要把「犯罪」與「其他合法的行動選項」擺在同樣一個道德行動評估平台上呢？

論其根源，其實公平遊戲論的問題在於，應報正義與分配正義在概念上確實有相當大的鴻溝⁷¹。這個鴻溝，不跨越則已，一旦要跨越，必須付出很大的代價。Duff一針見血的指出，公平遊戲論最大的問題在於它把所有犯罪行為的特性，都透過一個「抽象的、形式的」理論來說明，導致這個理論無法妥當納入我們對於犯罪之所

70 M. Margaret Falls, *Retribution, Reciprocity, and Respect for Persons*, 6(1) LAW & PHIL. 25, 25-51 (1987).

71 另外一個重要的鴻溝，羅爾斯在名著「正義論」中有提及。那就是應報正義的重點在於評估犯罪之反道德性以及犯罪者本身的道德品行。但是分配正義卻並不那麼重視參與分配者的道德品行，因為社會分配資源的方式有很大的一部分是與成員的道德品行並非直接相關，反而是跟成員是否能夠參與生產對社會其他成員有價值的事物。JOHN RAWLS, *A THEORY OF JUSTICE* 314-15 (1971).

以為犯罪，或者重大犯罪之所以是嚴重錯誤的，其中所包含的複雜道德判斷⁷²。換言之，在這幅理論圖像中，並沒有好的理論資源，把「違規停車」和「殺人」區分開來，二者都是違反了社會合作體系的規則。固然，公平遊戲論者可以透過「所違反的法規範之強度」來說明不同犯罪者取得的額外自由程度之不同，然而，「所違反的法規範強度」這個概念其實並無法從「公平遊戲論」本身得到很好的說明。問題在於，公平遊戲論並沒有提供一個很好的「接點」，可以把我們對於犯罪之嚴重性所蘊含的複雜道德考量，連結於其理論本身。反而，公平遊戲論本身的理論傾向於把所有的犯罪都扁平化為不正利益之獲取。也因此，到最後，Dagger明白的承認公平遊戲論無法妥當說明「罪刑合乎比例」。

筆者曾在導論指出，評估各種應報論流派，應評估各理論是否能夠妥當回答三個重要子題：第一，「應得」是什麼？為什麼犯罪者的刑罰是「應得」的？第二，為什麼是由國家來執行「應得」之刑罰？國家在刑罰理論中的角色是什麼？第三，刑罰與犯罪行為何以須合乎比例？上一節所介紹之「刑罰情緒論」最大的弱點是在第二個子題，亦即其最無法說明國家在刑罰中的角色。相對之下，公平遊戲論在此議題上，是可以清楚說明的。公平遊戲論把社會理解為合作體系，國家的角色正是在處罰搭便車者，以確保合作體系的存續。這與國家在許多刑罰之外的領域中（比如市場的管制者）所擔任角色是一致的。一個複雜的社會（相對於初民社會）必須有某種集中式的機構來制訂並執行法律，而壟斷武力的國家乃是現代社會唯一完整具備此能力的機構。接下來，對於第一個問題，也就是什麼是「應得」，公平遊戲論確實也提出值得參考的觀點，亦即「應得」乃是要矯正「利益與負擔之不平衡」。然而，針對第三個問題，也就是為什麼「罪刑要合乎比例」，公平遊戲論露出最大的弱點。因為其形式、抽象地理解所有犯罪的道德特性，因此無法提供

72 DUFF, *supra* note 15, at 22.

妥當的理論接點，銜接對於犯罪嚴重程度的複雜道德考量。這使得公平遊戲論作為一種「應報論」，逐漸失去追隨者，因為「罪刑合乎比例」乃是當代應報論最重要的內涵之一。無法在理論內部加以妥當說明，而必須訴諸外部理論資源，對於應報論者來說，乃是一個重大的缺陷。

三、溝通應報論

公平遊戲論強調刑罰課予負擔的特性，而把犯罪行為當作是破壞社會共同生活的「搭便車」行為。然此說法無法區別刑罰與行政罰有何不同。起碼針對旨在保護他人之行政法規而言，同樣是在就破壞社會共同生活規則的搭便車行為課予負擔。著名的法哲學家 Joel Feinberg 就在一篇著名的文章中指出，二者之間的區別相當重要，因為牽涉到應賦予何種程序保障。而區別之處就在於刑罰不只在於課予負擔，同時也在表達社會對於侵犯法益行為之權威性道德譴責。就算針對特定行為人僅僅課予少許罰金，與高額罰鍰相較，前者負擔較少，但是社會透過罰金所表達對犯罪行為人的道德非難性，原則上仍然高於高額行政罰鍰⁷³。Feinberg 稱此特性為「刑罰的表現功能」(the expressive function of punishment)。如果說刑罰具有表現功能，也就是某種傳達訊息的功能，接下來的問題是，傳達什麼樣的訊息？傳達對象是誰？

與「應報論」處於競爭狀態的另一支重要刑罰理論「嚇阻論」(deterrence theory)，也著重在刑罰的表現功能。一般嚇阻論(general deterrence)的溝通對象是社會大眾(包括其中的潛在罪犯)，特別嚇阻論(special deterrence)的溝通對象是本案的罪犯。溝通什麼內容？不論對誰發出訊息，其訊息內容主要是「不可犯罪，否則即遭受如此惡害」。此種訊息主要是透過威嚇，訴諸被溝

73 Joel Feinberg, *The Expressive Function of Punishment*, in *DOING AND DESERVING: ESSAYS IN THE THEORY OF RESPONSIBILITY* 95, 105-10 (1970).

通對象的恐懼感，以嚇阻其犯罪行動。既是「嚇阻」，則就其理論本身，並不會對刑罰的方式設下特別的界限。殘忍、嚴酷的刑罰，既然嚇阻力量更大，並不牴觸其理論本身的宗旨。而且，嚇阻論也不特別需要遵守「罪刑合乎比例」的要求，因為即便是情節較輕微的犯罪，如果社會認為加以嚇阻的需求很大（比如酒後駕車），仍然可以用嚴刑峻罰加以處理。在當代刑事政策思潮中越來越失去正當性的「治亂世用重典」，其實與嚇阻論是最相容的，反而不容於強調「罪刑合乎比例」的當代應報論。至於現代文明社會對於殘酷刑罰所設下的界限，可以是基於「外在於」嚇阻論的理由而為（比方說，避免敗壞執法者的道德品行、敗壞社會風氣使其嗜血嗜殺等等）。嚇阻論本身並不提供足夠穩固的理論資源以符合現代文明社會的道德要求。

八十年代公平遊戲論的批評聲浪逐漸升高同時，逐漸有理論家開始發展強調表現內涵的刑罰理論。此脈絡下刑罰理論在刑罰「課予負擔」功能之外，主張刑罰的表現功能才是刑罰概念的核心，而其主要表現對象是「行為人」，一般大眾是次要的表現對象。這個脈絡的理論家，在Feinberg刑罰表現論的基礎之上，進一步區分「表現」(expression)與「溝通」(communication)。對他們來說，「表現」主要是一種「單向」訊息傳達，乃是社會對行為人表達譴責之意，同時也是社會對所重視之價值的自我表達。此種意義下的「表現」，並不特別注重行為人如何回應刑罰。相對而言，「溝通」比起「表現」更注重訊息的「雙向」傳遞，亦即更注重刑罰所傳達的訊息是否能夠被行為人所接收，而行為人是否能夠透過接受刑罰反向傳達其接受矯治及悔改的訊息⁷⁴。此種強調訊息雙向「溝通」之理論進一步在不同的理論家手中，透過不同的倫理架構加以統攝。因為，「雙向溝通」放在不同的人際脈絡中，會有不同的倫理

74 DUFF, *supra* note 15, at 79-80.

要求，好比老師與學生、家長與孩子、老闆與員工、人民與官員之間的溝通都可以是雙向溝通，但不同的角色與關係會衍生出不同的溝通倫理。因此，採取此路徑的理論家必須進一步說明這種雙向溝通的倫理框架為何。

1968年提出公平遊戲論而開啟當代應報論復興的Herbert Morris，在1981年發表了一篇重要論文，提出新的理論——「家父長式刑罰理論」(a paternalistic theory of punishment)⁷⁵，嘗試把雙向溝通置於父母管教未成年子女的脈絡下，透過此比喻說明刑罰的合理內涵及界線。無獨有偶，Jean Hampton在1984年也提出類似的「道德教育刑罰論」(the moral education theory of punishment)⁷⁶，此論把雙向溝通放在較「家庭」更為寬廣的一般性施教者與受教者的「教育」脈絡下來理解刑罰⁷⁷。如前文所述，Morris與Hampton都曾提出重要的應報論，前者是公平遊戲論的當代旗手，後者也對刑罰情緒論有重要闡述。然而，在相關論文中，二位理論家都嘗試提出有別於純粹應報論的新理論。二者同樣拒絕後果論式的嚇阻論；二者同樣拒絕把犯罪當作「疾病」而刑罰是「治療」的矯治論，而認為必須把行為人當作有自由意志的道德主體；與應報論相同，二者都是針對過去所發生的犯罪行為，不針對未來社會效益；二者不約而同地強調刑罰的目的在於對行為人造成某種道德啟發或改造的效果。可以這麼說，兩位理論家都嘗試在應報論的基礎之上，賦予作為「應報」的刑罰更進一步的目的，以對之進行證立。此理論路徑其實反映了當代應報論者的掙扎。第一，許多當代應報

75 Herbert Morris, *A Paternalistic Theory of Punishment*, 18(4) AM. PHIL. Q. 263, 263-71 (1981).

76 Jean Hampton, *The Moral Education Theory of Punishment*, 13 PHIL. & PUB. AFFAIRS, 208, 208-38 (1984).

77 當然，具有類似意旨的刑罰觀並不是此時才出現。早在柏拉圖的法律篇中，就有類似的思想。不過，刑罰思想在每個時代經歷興衰，曾經引領風騷的刑罰思想，可能陷入沈寂，在每一個時代需要有當代的理論家重新加以闡述。本文僅針對當代英語世界刑罰理論進行介紹，無法追溯每一種刑罰思想的歷史根源。

論者已經不能滿足於把刑罰當成是某種「純粹」本務論式（deontological）的道德要求。無論如何闡述本務論的基礎道德律令（比如康德所謂的「平等原則」或「道德天平比喻」，或者公平遊戲論的不當利益平衡），此種理論路徑在除魅化而失去共同宇宙觀，且價值多元的現代社會中，越來越無法令人滿意，因為此理論路徑把可欲的「目標」排除於理論構圖之外，但當本務式的道德律令失去社會普遍的道德直覺支持時，會使得理論建構陷入困局。第二，當代應報論者越來越重視刑罰對犯罪者如何產生意義。這意味著當代應報論者嘗試將「刑罰」理解為不是把受刑人當作客體，而是將受刑人也視為值得理性溝通的道德主體。刑罰與受刑人的關係不再是「施加其上」（done to him），而是「為其而施」（done for him）。換言之，此種理論路徑就算不願意放棄「應報」的理念，仍然嘗試賦予「應報」進一步的目的。這也是為什麼Robert Nozick把此種應報論稱為「目的式應報論」（teleological retributivism）的緣故⁷⁸。

可惜的是，Morris與Hampton在發表單篇論文後，都沒有繼續深化其理論。而且，以「教育」，特別是「家父長教育」為核心概念的刑罰理論，將衍生新的問題，可能與應報論的核心內涵相衝突。最大的問題在於，家父長的比喻有潛在的擴張國家權力的危險，因為家庭親密關係中對於人的影響層面，相當地深入。父母對孩子的行為甚至思想的塑造程度可能相當深，遠遠超過一般自由民主憲政國家所允許政府對人民管制的範圍。儘管Morris與Hampton二位理論家也努力地論述國家應守的界限，然而，到最後家父長的比喻在理論上卻無法好好的說明為什麼國家應該遵守這些界限。而且，更致命的是，家父長式的教育概念，恐怕會危及「罪刑合乎比例」這個應報論核心主張，因為教育乃是不斷持續的工作，好的父母或師長會持續教育子女，直到其改過向善。而若刑罰可以理解為

78 NOZICK, *supra* note 17, at 371.

「教育」，則刑罰應該持續為之，直到犯罪者悔改，而不是嚴格遵守「罪刑合乎比例」的要求。簡言之，如果注重雙向溝通的「目的式應報論」是可行的理論方向，則Morris與Hampton的困難就在於找錯了說明「雙向溝通」的基礎概念。不過，Morris與Hampton的理論嘗試雖然不甚成功，但其不成功之處卻相當有啟發性。事實上，雙向溝通之倫理架構的選擇，取決於我們如何看待「政治社群」。當吾人批評「家庭」或者「師生」關係不適合作為刑罰倫理的基礎概念時，前提是我們對於「政治社群」的性質應如何理解，有一定的看法。而過去，刑罰哲學的理論圖像中，較為缺乏的正是與「政治理論」（說明國家與政府的角色及其與社會及個人關係之理論）的連結⁷⁹。特別是應報理論，很多時候理論家似乎預設了國家理所當然應該執行某種應報正義。然而，此預設卻不是理所當然的。國家執行應報刑罰，不只要說明刑罰背後的應報正義基礎，更有必要說明為什麼以及在多大程度上，國家可以執行此種正義理念。

Duff從八十年代後期以來，即不間斷地耕耘注重雙向溝通的應報論，他稱為「溝通應報論」（communicative retributivism）。此論目前已成為應報論學說中在當代影響力最大的⁸⁰。Duff的「溝通應報論」主張溝通的對象是犯罪者本身。刑罰作為一種溝通行動，其內容並非訴諸被溝通者的恐懼感，而是要訴諸犯罪者的理性，透過

79 英國約克大學（The University of York）的政治哲學及刑罰哲學家 Matt Matravers 就指出：「儘管刑罰理論有長足發展，此領域相對而言仍然隔絕於一般性的道德與政治哲學。或許部分原因是，刑罰領域的文獻已經足夠豐富，以致於被視為政治道德與法律理論之外的獨立次領域，且這個狀態被刑罰領域的期刊及其他期刊中的文獻評論部分所承認及保護。儘管情況正有所改變，然關於如何證立刑罰的討論仍然經常獨立於關於如何證立政治或法律權威、如何證立關於犯罪之道德判斷、為何用法律施加制裁，以及相關的討論。」Matt Matravers, *Introduction*, in PUNISHMENT AND POLITICAL THEORY 1, 2-3 (Matt Matravers ed., 1999).

80 Matt Matravers, *Duff on Hard Treatment*, in CRIME, PUNISHMENT AND RESPONSIBILITY: THE JURISPRUDENCE OF ANTONY DUFF 68, 68 (Rowan Cruft, Matthew H. Kramer & Mark R. Reiff eds., 2011).

刑罰，把社會的價值以及其犯罪行為對被害人及社會所造成之傷害的嚴重性，溝通給犯罪者。刑罰當然也可以同時傳達訊息給整個社會，但其僅為次要的溝通對象。同時，溝通應報論認為，「刑罰」本身就是訊息雙向傳遞的管道。一個接受刑罰的犯罪者，不只是在接受訊息，也可以主動發出訊息，發出其接受社會所課予之負擔，以顯示其復歸之決心的訊息。當然，犯罪者可以拒絕發出此訊息，他有自由意志可以選擇不如此看待其所接受的刑罰。此時，刑罰對他而言，就只是「負擔」。Morris與Hampton的教育刑罰論雖然仍有應報論的色彩，但因他們以「教育」取代「應報」作為基礎概念，鑑於教育有強烈的目標導向，且教育的手段可以很多元（「嚇阻」在某些極端情境下也可以作為教育的手段），因此已非純粹的應報論。相較之下，Duff仍然堅持「應報」作為其核心理念，以避免「教育」概念侵蝕「應報」理念⁸¹。那麼，溝通應報論的「應報」基礎為何呢？溝通應報論把「應得」的基礎建立在「犯罪者應為其犯罪行為受到『譴責』（censure）」這個看似簡單的命題之上。儘管「教化」或「悔改」乃是溝通應報論期望刑罰達成的最好的狀態，但是溝通應報論的核心是「譴責」而非「教育」。「譴責」是有內在界限的，譴責結束之後，不管行為人願不願意接受，譴責的主要目的已經達到，至於犯罪者是否願意接受此訊息，那是他的自由，社會並不會去強迫他要接受訊息，儘管他必須被強迫接受外在的負擔。

其實，「譴責」與「教育」的區別並不是單純的「概念上的區別」（conceptual distinction），好像此區別的基礎就是建立在語言內涵的區別上。二者真正的區別在於其所設定的人際架構。如前所述，「教育」隱含著施教者與受教者較為親近的關係，施教者對於受教者的關注範圍較為廣泛且更為深入，因而作為現代自由民主憲政國家與人民關係的一般性倫理架構並不完全妥當，因其容易侵犯

81 DUFF, *supra* note 15, at 89-92.

人民的隱私與自主。如果「譴責」概念要免於上述的危險，一個最安全的理論路徑就是採取傳統自由主義的社會契約論取徑，以「陌生人」的關係為基礎，把社會理解為陌生人之間為了和平共處而締結的社會契約。Duff認為，社會契約論的共通點在於，社會與個人之間關係的距離是比較疏遠的，因而對於個人福祉的關心程度也比較停留在外在行為是否彼此干擾，以及共同資源如何分配這些議題上⁸²。至於犯罪，基本上社會契約論並不排除嚇阻論，因為為了保障彼此的安全，「嚇阻」原則上是可以進入社會契約的條款中的。此種理論路徑當然會比較嚴格限縮國家對個人領域的介入。然而，對於溝通應報論者而言，社會契約論的取徑又顯得矯枉過正。因為，即便在分配正義與一般的基本人權的議題上，社會契約論可以提供較為妥當的理論說明，然而在犯罪與刑罰的領域，卻不可避免地觸及了社會共同價值的核心，因而國家不可能在何為良善人生之問題上保持中立。在這個領域，如果我們要把犯罪者當作有自主能力的道德主體，而不是把他當成僅能加以嚇阻的對象，進而與其溝通，必然不能僅僅停留在把彼此當作「陌生人」的架構。刑事司法體系的目標不能夠被設定為僅僅確保彼此「井水不犯河水」。如果社會關心犯罪者是否能夠重新融入社會，也必然要關心犯罪者是否能夠基於其自由意志選擇接受基本的道德價值。而這意味著溝通應報論者所設想的政治社群是一個共享著基本道德價值，且在刑罰的領域，對彼此的內在思維與心態有合理關懷的政治社群。有鑑於此，溝通應報論者必須在政治理論的光譜兩端中間——侵入性過強的「教育」（或「家父長」）架構，以及把彼此當作「陌生人」的社會契約論，找出第三條路。

儘管Duff對於社會契約論的討論稍嫌簡略，比方說，盧梭的社會契約論就未必不能提供理論基礎以說明共享基本價值的道德社

82 *Id.* at 37-39.

群，然而這並不妨礙Duff自己的理論建構，因為Duff自始即放棄社會契約論而採取社群主義式的理論取徑，這意味著其理論重點在於找到適當的社群模式以理解政治社群的性質。Duff認為，理解政治社群的妥當模式是「學術社群」(academic community)。學術社群之所以適合作為理解政治社群的比喻，乃是鑑於其如下特性。第一，比較起一群締結社會契約以共同生活的陌生人，學術社群成員共享更豐富的道德價值。學術社群以透過嚴謹的研究方法追求真理為共享的核心價值，為了實現此價值，社群成員高舉相關的道德品行與互動倫理，比如誠實、互助、理性等等。第二，學術社群對於成員來說，只是諸多結社領域之一。成員同時可以屬於其他的社群，比如家庭、宗教團體、俱樂部、政黨等等。且學術領域的道德要求不見得凌駕其他領域。成員在學術社群生活之外，享有相當大的私領域空間，不受彼此的干涉。第三，成員在學術相關的活動上，對於彼此的信念或價值可給予一定程度的合理關注。「井水不犯河水」不是學術社群成員的核心倫理價值。儘管，此關注是有界限的。當成員嚴重違反學術倫理時，也必須受到某種制裁，但社群關切的是共同的價值是否能夠透過制裁傳達給犯錯的成員，而不僅是以惡害加以報應。且若該成員拒絕接受社群價值，社群不應該繼續加以「教育」，只能限制其參與社群活動的資格。Duff強調，以學術社群作為理解政治社群的模式，可以同時保有傳統自由主義的基本信念，比如個人私領域之不可侵犯、個人道德自主(individual autonomy)、自由、價值多元等，但也可以說明為何社群對於犯下嚴重錯誤的成員，應加以制裁，而制裁的重點在於理性溝通共享的社群價值⁸³。

Duff的政治理論在當代應報論中展現少有的精緻與完整性，然由於本文僅是導論，必須留待其他文章來處理刑罰理論與政治理論

83 *Id.* at 42-56.

的關連，並繼續深入討論Duff的「自由社群主義」(liberal communitarianism)。不過，溝通應報論最大的挑戰並非來自政治理論面向，而是來自於其理論的內在邏輯。此挑戰來自於，如果「應報」的核心是「譴責」，為何一定要透過「刑罰」為之？「譴責」豈非在其本質上是一種透過象徵符號（主要是語言、符號、儀式）的溝通行動？若果如此，為什麼有罪判決的宣示不夠呢？在什麼樣的意義上，刑罰所加的「嚴厲處遇」(hard treatment)⁸⁴也是理性「溝通」的一部份？對此等質疑，可以用著名的法哲學家Jeremy Waldron的一段話來回應：「如果有人問為什麼此等訊息不能透過信件或者電話而必須用刑罰來傳達，回答是：犯罪者已經透過其行為顯示出他無法把傳統溝通形式所傳達的訊息內化，因此我們現在必須放棄使用語言文字，轉而使用最直接有力的方式，讓他感受事情最艱困的部分，好讓他明白為什麼他的行為是錯誤的。⁸⁵」Waldron的說法相當有力，不過也只是討論的起點。這句話的內涵有不同的詮釋可能性，而這些不同的方向代表當代溝通應報論的不同取徑。關鍵在於，如果刑罰包含了有罪判決的宣示以及之後的處罰，如何定位刑罰當中的「嚴厲處遇」？

這裡有兩種可能的路徑。第一，刑罰最主要的功能是表達「譴責」，此訊息主要透過有罪判決的宣示為之，「嚴厲處遇」的功能是「附加的」(supplemental)。什麼樣的「附加功能」？提供行為人以及一般大眾拒絕犯罪的務實理由 (prudential reasons)。此功能與「嚇阻」似乎已經難以區分。不過，主張此說的劍橋大學Andrew

84 在當代英語世界刑罰哲學的討論中，特別在溝通刑罰理論的脈絡下，「嚴厲處遇」一詞已經成為專有名詞，指涉刑罰當中所包含之「剝奪」受刑人重大法益的部分，有別於刑罰體系中的其他不涉及剝奪法益的部分，比如判決與前科紀錄等等。此詞或有更早的根源，但當代較常被引用的開端是 Feinberg, *supra* note 73, at 100.

85 Jeremy Waldron, *Lex Talionis*, 34 ARIZ. L. REV. 25, 30 (1992).

von Hirsch教授認為，此說與純粹的「嚇阻論」仍有很大的不同⁸⁶。「嚇阻論」（不論一般或特別嚇阻）的主要目標是遏止犯罪，而其手段完全是訴諸人性對惡害與剝奪的恐懼。因此「嚴厲處遇」應完全按照此目標來設計——如何有效遏止犯罪，什麼樣的恐懼足以遏止犯罪。相較之下，von Hirsch主張刑罰的主要功能仍是訴諸行為人的理性以溝道德價值，只不過，他認為人性本來就是介於天使與魔鬼之間，就算人的理性能夠認識正確價值，其意志也不一定能夠按其而行，因此需要加以嚇阻。不過，嚇阻是附加的功能，既是附加，「嚴厲處遇」就不能夠過於嚴厲，以致於喧賓奪主反過來模糊了理性溝通價值的功能。有鑑於此，von Hirsch認為一個理想的刑罰體制僅需要輕微的「嚴厲處遇」，比如說，最嚴重的「嚴厲處遇」可以用三年到五年的有期徒刑即可（包括殺人罪）⁸⁷。即便現實上這個境界很難實現，但是起碼此理想的圖像可以作為衡量批判現行體制與社會的尺度。

第二個路徑是Duff的主張。他認為「嚴厲處遇」的主要功能不是「附加式的嚇阻」，而是與有罪判決的宣示共同構成理性溝通價值不可分割的整體。那麼「嚴厲處遇」是要溝通什麼呢？Duff認為，「嚴厲處遇」同時負擔雙向的理性溝通功能。社會透過「嚴厲處遇」傳達給行為人，「對等」於其犯罪行為的嚴重性，以及其所侵犯之社會價值之嚴肅性。另一方面，「嚴厲處遇」可以反向作為行為人傳達其接受社會價值且願意對社會「悔改、自新、和解」（repentance, reform and reconciliation）的訊息⁸⁸。當然，行為人可以選擇拒絕傳達此訊息。這是行為人的自由。但是，對於願意接受社會價值的行為人，承擔「嚴厲處遇」就像是一種「社會儀式」，完

86 關於 von Hirsch 的主張，see ANDREW VON HIRSCH, CENSURE AND SANCTIONS 12-14 (1993); Andrew von Hirsch, *Punishment, Penance, and the State: A Reply to Duff*, in PUNISHMENT AND POLITICAL THEORY 69-82 (Matt Matravers ed., 1999).

87 ANDREW VON HIRSCH, CENSURE AND SANCTIONS 43 (1993).

88 DUFF, *supra* note 15, at 107-12.

成這個儀式之後，他取得復歸的資格，可以對社會說：「我已經付了該還給社會的債。」換言之，Duff認為刑罰乃是一種世俗的「贖罪儀式」(punishment as penance)⁸⁹。有時候，社會訊息的傳遞必須透過儀式，而不可能只透過一時的語言文字為之。特別是針對並非緊密的人際關係而言，正因關係不緊密，難以測知彼此真正的意向，因此特別需要透過社會俗成的儀式來表達內心的意圖。尤其是針對犯罪行為人所要對社會傳達的悔改與復歸的訊息而言，接受嚴厲處遇同時也傳達其悔改的真誠與復歸的決心。畢竟僅僅「說」悔改很簡單，難以取信於人，反而不利於受刑人重新融入社會，接受「嚴厲處遇」是受刑人對社會傳達訊息的重要手段（國家如何讓社會接受並相信更生人和解的訊息，是另外一個問題）。

von Hirsch與Duff之間的辯論，在此無法深論，惟本文初步的觀察是，von Hirsch的理論立意雖善，但與現實恐怕脫節太遠。且不論吾人難以想像以五年有期徒刑為上限的刑罰體制如何可行，以「嚇阻」為附加功能之論，仍然可能威脅到「罪刑合乎比例」原則。或許，其理想中刑罰如此輕微，罪刑就算不合乎比例也不是太嚴重的問題。然而，在現實幾乎不可能朝向此理想推進時，其「附加嚇阻論」配合上現實中較為嚴厲的刑罰體系，就有可能被誤用。相較之下，Duff對於刑罰，特別是「嚴厲處遇」的溝通意義的理解，較為完整且深刻。而且透過「贖罪儀式」的雙向溝通功能，Duff亦可完整說明「罪刑合乎比例」的應報論基本宗旨。因為，「贖罪儀式」這件事情，完全是針對過去的犯罪行為的回應，其嚴重程度應盡可能對應犯罪行為的嚴重程度。太多或太少都不符合「贖罪儀式」的內在要求。

溝通應報論內部的爭論或許會持續下去。但無論如何，本節對於「溝通應報論」的介紹與分析，已可初步顯示出當代應報論發展

89 *Id.* at 106-15.

至此，已與傳統「應報即復仇」的原始應報論有相當大的差別了。刑罰中的「嚴厲處遇」已經不再被視為天經地義。溝通應報論強調「嚴厲處遇」不是把行為人當作被動接受擺佈的客體，而是視之為有自主理性可能性的道德主體，因此強調「嚴厲處遇」的雙向理性溝通功能。而且，針對本文強調當代應報論必須回答的三個問題：第一，「應得」是什麼？為什麼犯罪者的刑罰是「應得」的？第二，為什麼是由國家來執行「應得」之刑罰？國家在刑罰理論中的角色是什麼？第三，刑罰與犯罪行為何以須合乎比例？起碼在Duff的理論當中，都可以看到合理的回答（儘管容有爭議）。犯罪者「應得」刑罰，是因為犯罪行為「應得」社會的「譴責」。而在一個以「學術社群」為基本模式的政治社群中，國家對於個人的基本價值有合理的關懷義務，因此作為「譴責」的「應得」乃是國家可以且必須執行的功能。而「嚴厲處遇」與「有罪判決」構成了刑罰雙向溝通功能不可或缺的整體。作為「贖罪儀式」的刑罰，鑑於「贖罪」完全是向後看，針對犯罪行為的回應，其嚴重程度也必須對等於犯罪行為的嚴重程度，因此也說明了為什麼「罪刑必須合乎比例」。

肆、對死刑之意涵

本文「導論」中曾提及，當代應報理論的發展中，「死刑存廢」爭議並非核心課題。其核心課題乃在於限縮極端的矯治主義下國家對於受刑人恣意性的權力。當代應報理論的復興，乃是對於前一個時代思潮遭遇困境的反思。當代應報理論回應時代挑戰的方式，乃是強調刑罰是對已經發生之犯罪行為之回應，且「罪刑必須合乎比例」。儘管如此，「死刑在道德上是否能被證立」這個爭議白熱化的議題，當代應報理論不可能置身事外，而這個議題牽涉到「刑罰的種類」以及「罪刑合乎比例」原則。針對「刑罰的種類」，

刑罰情緒論以及公平遊戲論並沒有特別具體的要求。很大的程度上，對於哪些措施可以作為刑罰，取決於執行上的可能性、對於執法者是否有不當影響、當代社會對於文明的標準，以及很多其他現實因素。相對而言，溝通應報論因為強調溝通的目的，因此對於刑罰種類會有比較多的想像，很多修復式正義理念下的作法，比方說與社區及被害人的和解，溝通應報論也願意積極納入刑罰的型態中⁹⁰。不過，特別針對最嚴重的犯罪，「刑罰種類」的問題很難與「罪刑合乎比例原則」分開來談，因為針對重罪，刑罰種類的選擇會牽涉到人們如何決定什麼樣的刑罰與該犯罪合乎比例。因此本文仍以後者為主要討論對象。關於「罪刑合乎比例」原則，本文分析的三種當代主要應報理論——刑罰情緒論、公平遊戲論、溝通應報論——並非皆能提供妥當說明。「公平遊戲論」是三種理論中最無法為此原則提供理論基礎的。相對而言，刑罰情緒論及溝通應報論比較能夠對此提出說明。儘管本文主張，整體而言溝通應報論是當代最有力的應報論，不過，在死刑的問題上，「罪刑合乎比例」這項原則仍然不夠清楚。即便有上文的理論分析為基礎，我們仍然必須進一步討論「罪刑合乎比例」各種可能含意，以探索「罪刑合乎比例」原則在當代應報理論的脈絡中能否「證立」死刑？

在此必須先釐清所「證立」的對象。在死刑爭議中，支持死刑道德性的理論家，可以證明兩個命題。第一項命題乃是「死刑並不違背應報理論」或者「死刑與應報理論沒有不一致之處」。在一個存在死刑制度，且此制度有源遠流長傳統的社會中，如果應報理論乃是其主流的刑罰哲學，則反對廢除死刑者或許只要能夠證立此命題即可。第二項命題是「應報理論『要求』針對最嚴重的犯罪處以死刑」或者「針對最嚴重的犯罪，根據應報理論，死刑是『必須的』」。對支持死刑道德性的理論家而言，此命題的論證負擔比較

90 *Id.* at 104-06.

重。他們必須要證立死刑不只是「可容許」的，更是「必要」的。對於當代台灣，或者任何仍然維持死刑制度的社會而言，即便死刑制度已根深蒂固，但在國際社會強大的廢除死刑潮流以及內部爭議下，支持死刑道德性的理論家僅證立第一項命題是不夠的。有鑑於死刑的極端性、不可回復性以及生命法益的重大價值，加上憲法位階的比例原則（最小侵害原則），證立第二項命題是支持死刑道德性的理論家不可迴避的論證負擔。因此，本文在此部分要討論的議題是：當代應報理論中，「罪刑合乎比例」原則是否「要求」針對最嚴重的犯罪施以死刑？

此處還有一項說明。以下的討論乃是應報理論本身的內在邏輯是否要求死刑。然而，死刑的道德性還有許多值得考量的因素，是「外在於」應報理論的，在此必須先存而不論。比方說，誤殺可能性的道德評估、應報執行者的道德資格（什麼樣的政權、什麼樣的司法體制有資格執行）、社會不平等結構對應報理論的影響……等等。其中特別要說明的是，當代應報理論的發展，自始就反對不人道的、殘忍且異常的（*cruel and unusual*）的酷刑。對當代應報論復興有重要貢獻的法哲學家Jeffrie G. Murphy有一段廣被徵引的文字：

把導致劇痛的電流送過人的下體，或者把人放在油鍋裡，不是人道的對待方式。在接受酷刑的過程中，犯罪者無法被期待瞭解這種刑罰的意義，無法對之表達看法，無法與之進行對話，也無法進行任何其他人類典型的思維與活動——這種過程的重點單純就是要把人降低成恐懼、屁滾尿流、驚聲尖叫的動物。（Sending painful voltage through a man's testicles to which electrodes have been attached, or boiling him in oil, ...are not human ways of relating to another person. The offender could not be expected to understand this while it goes on, have a view about it, enter into discourse about it, or conduct any other characteristically human

activities during the process—a process whose very point is to reduce him to a terrified, defecating, urinating, screaming animal.”)⁹¹

這段話呼應了康德在道德底形上學當中的看法：「刑罰必須免於任何形式的虐待，任何可能減損受刑人人性的刑罰都應該避免，不應折磨受刑人以傷害其人性。⁹²」當然，死刑到底是不是「殘忍且異常」的刑罰，或者，死刑是否有違「人性尊嚴」，正是當代死刑存廢的關鍵議題之一。所有對死刑道德性進行思辯的理論活動，都不可能迴避這個議題。但是，這個問題是「外在於」或者「獨立於」應報理論內在邏輯的。死刑是否違反人性尊嚴，以及應報論是否要求死刑，是可以分開處理的兩個理論領域。有鑑於此議題的獨立性與複雜性，本文擱置此議題，假定死刑可以進入應報理論可考慮的刑罰清單中。因此，我們的議題，可以進一步表述如下：假設死刑與酷刑有別，然鑑於其剝奪生命法益的嚴重性，應報論之「罪刑合乎比例」原則是否「要求」針對最嚴重的犯罪施以死刑？

一、比例性

「罪刑合乎比例」原則其實有著多重含意。第一層，也是最基本的含意，就是「最嚴重的犯罪要施以最嚴厲的刑罰、次嚴重的犯罪要施以次嚴厲的刑罰、……最輕微的犯罪要施以最輕微的刑罰」，本文稱之為「比例性」(proportionality)。此含意並不預設刑罰應該採取何種型態。其重點在於，分別列出犯罪嚴重程度的排列表，以及刑罰嚴重程度的排列表，二者擺在一起必須能夠相呼應。假設有一個社會，其最嚴重的刑罰是五年有期徒刑，乃至最輕微的刑罰是一元罰金，分別可以對應到最嚴重的犯罪到最輕微的犯罪，比如殺人乃至公然侮辱；假設另一個社會最嚴重的刑罰是死刑，乃

91 MURPHY, *supra* note 58, at 233.

92 Kant, *supra* note 5, at 474.

至於最輕微的刑罰是三個月拘役，分別也可以對應到殺人乃至公然侮辱。這兩個社會的刑罰體系，儘管刑罰的上限與下限有很大的差異，同樣都可以符合「比例性」的要求。換言之，「比例性」原則並不預設什麼樣的刑罰可以放進排列表，其重點是刑罰嚴重與否可以比較出高低，而犯罪嚴重程度也必須有高低之分，二者對應起來即可符合要求。

把「比例性」視為「罪刑合乎比例」唯一內涵的理論家，通常對於刑罰型態與內容的決定，抱持懷疑的態度，認為只要排除不文明、殘忍刑罰，並沒有其他獨立於社會風俗之外的道德原則，要求什麼樣的刑罰一定要進入選擇清單之內。也因此，此類理論家，即便站在應報論的基礎上，多對死刑抱持質疑的態度。支持應報論的當代法哲學大家John Finnis即指出：

法官必須從一個範圍之內選擇刑罰。並沒有符合某種「自然」的刑罰，也就是說，並沒有可以理性決斷且非此不可的刑罰，以符合特定犯罪。刑罰乃是聖多馬斯傳統中所謂需要決疑（the need for *determination*）的典型範例，亦即一種決策型態它可以從一個範圍內合理的選項當中自由地加以選擇，這些選擇在理性上並沒有可以理性分辨的優劣之分。因此，並沒有「自然的」，意即「理性的」原則，要求殺人，即便是最殘暴的殺人，必須施以死刑⁹³。

Gerard Bradley也持類似的看法。他認為：「將應報視為刑罰中心思想並不意味應報預設了某些前提，這些前提，不論是透過演繹法或者有力的歸納法，可以導出特定型態的刑罰必然要配合特定犯罪。相反地，應報論作為一種證立刑罰的目標，並不必然導出任何

93 John Finnis, *Retribution: Punishment's Formative Aim*, 44 AM. J. JURIS. 91, 103 (1999).

特定型態或程度的刑罰。⁹⁴」Bradley的看法中蘊含著一項主張，那就是應報論主要是「證立」刑罰的一般性理論，並無法對量刑政策提供具體的指引。就此而言，當代另外一位傑出的新秀刑罰哲學家Dan Markel也是持相同看法⁹⁵。Markel認為，既然應報理論並無法為刑罰的種類與量刑提供具體的指引，則重點就在於決定刑罰型態與量刑政策的程序。他認為，對於刑罰型態與量刑政策的選擇，必須由公眾透過民主機制，依照法治的精神，在等者等之，不等者不等之的基本平等原則精神的導引下制訂⁹⁶。

如果「比例性」(proportionality)就是「罪刑合乎比例」的唯一涵義，就一般原則而言，確實很難證立死刑「必須」被放在刑罰清單中。因為「比例性」可以容許任何型態的刑罰排列表，只要其嚴重程度可以依序對應到犯罪嚴重程度的排列表上即可。不過，也有人指出，依照「比例性」原則，就算在一般的量刑政策上可以排除死刑，這仍然不能排除死刑作為一種例外的刑罰。Michael Davis認為在一個最嚴重刑罰是「無期徒刑不得假釋」的社會中，如果該刑罰已經用於相當嚴重的犯罪（比如為情殺人），當更嚴重的犯罪發生時，比如連續隨機虐待殺人狂，「比例性」原則是可導出死刑的要求。因為，「比例性」原則要求較嚴重的犯罪要施以較嚴重的刑罰⁹⁷。依照類似方向，我們也可以再設想類似的論證。如果一個已經在服「無期徒刑不得假釋」之受刑人，在監獄中繼續殘酷殺人，依照「比例性」原則，也應該例外地施以死刑。不過，

94 Gerard Bradley, *Retribution and the Secondary Aims of Punishment*, 44 AM. J. JURIS.105, 114-15 (1999).

95 Dan Markel, *What Might Retributive Justice Be? An Argument for the Confrontational Conception of Retributivism*, in *RETRIBUTIVISM: ESSAYS ON THEORY AND POLICY* 49, 62 (Mark D. White ed., 2011).

96 *Id.* at 63.

97 MICHAEL DAVIS, *JUSTICE IN THE SHADOW OF DEATH: RETHINKING CAPITAL AND LESSER PUNISHMENTS* 122-23 (1996); 另請參閱 Ernest van den Haag, *The Ultimate Punishment: A Defense*, 99 HARV. L. REV. 1662, 1666 n.17 (1986).

Matthew Kramer相當有力地反駁，此論證的前提是，「無期徒刑不得假釋」之上，除了「死刑」就沒有其他選項。然而，這未必如此。Kramer認為，「無期徒刑不得假釋」也可以加上「長期單獨監禁」或者「禁止通信」之類的處罰，死刑未必是唯一的選擇⁹⁸。

更進一步，筆者認為，Davis的論證還有一個根本的缺陷。那就是，比例性原則其實主要是一個在體系設計上的原則，而不是針對特定犯罪行為而設計的原則。它並不要求在特定犯罪類型中個別的犯罪行為，比如某人僅基於金錢恩怨而殺人，或者某人基於虐殺快感而殺人，儘管惡性仍有差別，一定都要有差別的刑罰。一個符合比例性原則的體系，乃是依照犯罪「類型」（比如「殺人」作為一種「犯罪類型」），賦予一個範圍的刑罰選擇（比如無期徒刑到十年以上有期徒刑）。一旦刑罰到頂就是到頂了。否則，就算在一個有死刑的體系中，如果某殺人行為已經判處死刑，然後又發現有更邪惡的殺人犯罪，那麼比例性是否也可要求再發明比「死刑」更嚴重的刑罰（比如凌遲）？答案當然是否定的。

二、對等性

「比例性」不是「罪刑合乎比例」唯一的可能含意。該原則另一個可能的含意是「對等性」（*commensurateness*）。此原則意味特定類型的犯罪必須對等到特定類型及程度的刑罰，二者間有內在關連。相較之下，「比例性」原則下的犯罪類型與刑罰型態，二者間純粹是犯罪與刑罰個別列表確認後的「偶然」呼應關係。既然「對等性」要求二者間有內在關連，這意味著從犯罪行為的性質，一定程度上可以導出對等刑罰的型態與程度，即便無法精確特定，但起碼可以導出一定範圍的刑罰。這同時意味著，「對等性」理論是一種對於刑罰型態有實質看法的理論，而非持懷疑論的立場，也

98 MATTHEW KRAMER, *THE ETHICS OF CAPITAL PUNISHMENT: A PHILOSOPHICAL INVESTIGATION OF EVIL AND ITS CONSEQUENCES* 127 (2011).

因此對於量刑內涵，不像「比例性」論者，是純粹的「程序論」者，好像只要是民主、合法、正當的程序產生出來的量刑政策就是對的。反而，它可以提供程序之外的實質批判標準，用來批判即便是民主程序做成的決策。然而，「對等性」的內涵，不若「比例性」清楚。什麼叫做犯罪與刑罰「對等」？是什麼事情的「對等」？如何「對等」？由於「對等性」的內涵模糊，我們必須進一步討論具有較精確內涵的子原則。

(一) 同害報復法則

所謂的「同害報復法則」(*lex talionis*)意指刑罰應該某種程度複製或反映犯罪行為的內容。*Lex talionis*中*talionis*來自拉丁文的*talion*，原意為「復仇」，意指對犯罪者應以相類於其犯罪行為之刑罰加以報應。*Lex*指法則。*Lex talionis*即用來指稱「以眼還眼、以牙還牙」的法律原則。此法則在人類社會中有源遠流長的傳統，不論聖經舊約或者漢摩拉比法典中皆有類似的法則。而此法則容易引起的質疑在於，如果犯罪者必須報應以與其行為相同的刑罰，難道國家應該強暴強暴者，虐殺虐殺者嗎？國家又如何竊盜竊盜者，詐欺詐欺者呢？由於乍看之下，這是現代文明社會不可能接受的作法，也因此「同害報復法則」受到相當廣泛的質疑，認其根本不可能成為刑罰政策的指引。

不過，這些乍看有力的質疑，未必是必然的結論。一個可能的回應是，「同害報復法則」並不要求「複製」犯罪行為。在某個意義下，同害報復法則要求「翻譯」或「轉換」犯罪行為的內涵，過濾掉不文明與不人道的成分，但同時仍然保持刑罰與犯罪型態的對等性。這其實正是康德(Immanuel Kant)的論點。康德認為，「平等原則」(在正義的天平上的指針)，正是「同害報復法則」的基礎⁹⁹。犯罪行為對行為人自己的含意，在於「無論何種惡害你施加

⁹⁹ Kant, *supra* note 5, at 473.

給社會群體中的一員，你也施加該惡害於自身。你侮辱他人，就是侮辱自己；你偷竊他人，就是偷竊自己；你攻擊他人，就是攻擊自己；你殺害他人，就是殺害自己。¹⁰⁰」這句話是什麼意思呢？康德自己如此解釋：「偷竊他人者，使得每一個人的財產都陷入不安全的狀態，也因此使自己的財產也無法保持安全。他因此無法保有任何事物，也無法取得任何事物。可是他仍然要活下去，此時他只有靠他人供給他的生計。可是國家不會免費供給他的生計，因此他必須讓他的勞力由國家佔有，並執行國家要他做的任何工作（在獄中服勞役）。¹⁰¹」從竊盜罪的例子，我們可以看到康德如何將犯罪行為轉換為刑罰的型態。針對謀殺，康德認為沒有轉換成他種刑罰型態的可能性：「犯下謀殺犯罪的人，必須死。生與死之間沒有任何相似性，不論活著的狀態如何悲慘；也因此犯罪與應報之間也缺乏相似性，除非死刑被法院公正地執行在謀殺者身上。¹⁰²」康德也意識到死刑是很嚴重的刑罰，可能與酷刑混淆，因此他緊接著說，即便是死刑也「必須排除任何虐待，任何會使其人性在痛苦中減損至可悲的狀態的待遇¹⁰³」康德似乎認為，刑罰的轉換，必須過濾掉不文明的成分，但是對他來說，死刑並不是不文明的刑罰。而殺人行為在正義的天平上，只能以死刑來加以平衡¹⁰⁴。

康德對於死刑的立場，一直仍是當代死刑辯論中的重要議題之一。但本文無意進行康德哲學詮釋，在此僅是要指出另一種理解「同害報復法則」的方向。很多反對康德的人，直接揚棄同害報復法則。不過，也有支持同害報復法則的理論家，認為該法則未必可以得出「謀殺者必須死」的結論。目前在紐約大學任教的著名法哲

100 *Id.*

101 *Id.* at 102.

102 *Id.*

103 *Id.*

104 類似的見解，see Igor Primoratz, *On Capital Punishment*, 17 *ISR. L. REV.* 133, 138 (1982).

學家Jeremy Waldron就提出了精彩的論述。他認為，「同害報復法則」意味著刑罰必須包含犯罪行為的某些特徵，這些特徵乃是犯罪之所以為犯罪，而在道德上及法律上錯誤的特質，經過選擇之後，在刑罰中加以複製。然此法則打從一開始就不可能意味著單純地「複製」犯罪行為。每一個犯罪行為都有無數的特徵。比方說，A在星期三用繩子絞殺了B。「星期三」這個特徵是與「道德上或法律上之錯誤特質」無關的一個特徵。我們當然不需要選擇在星期三對其施以死刑¹⁰⁵。即便是「絞殺」這個在道德上並非完全無關的特徵，也不需要加以複製。重點是「殺人」這項特性，從具體的殺人行為抽象出來之後，加以複製，可以得到死刑這種刑罰，但殺人的方法，當然可以在「抽象」的過程中被過濾掉。問題是，抽象的過程如何進行？什麼樣的特徵要被過濾掉，什麼樣的特徵要保留？此篩選特徵的過程有兩個大原則。第一，不符合文明社會可接受為刑罰的特徵必須過濾掉。第二，「抽象」的過程乃是一個詮釋的過程，「詮釋」特定犯罪行為到底為什麼錯誤。即便死刑可以通過第一個原則的檢驗，也不一定必然由第二個原則導出。為什麼呢？

Waldron認為，我們可以進一步思考「殺人」為什麼不對，它到底如何侵犯了他人的法益。我們可以說，「殺人」之所以不對，是因為他終結了受害者的意識狀態。如果這樣詮釋「殺人」可非難之處，則社會可以選擇僅僅複製此一特性，來設計一種刑罰，讓受刑人進入永遠的昏睡狀態¹⁰⁶。Kramer則順著這個思路提供了另一種「抽象」的方式。他指出，我們也可以認為「殺人」之所以錯誤，是因為「生命」值得擁有，而「生命」之所以值得擁有，是因為「生命」帶來享受正面經驗的可能性。殺人終結了這種可能性。如果殺人之可非難處在此，則複製此特性以「終結謀殺者享受正面經驗的機會」即可，而要做到這一點，終身監禁不得假釋（或者再加

105 Waldron, *supra* note 85, at 34.

106 *Id.* at 41-42.

上單獨監禁)也幾乎可以做到¹⁰⁷。簡言之，從這個角度來看「同害報復法則」，雖然並不排除死刑，但也不是非死刑不可。問題在於如何「抽象」，如何理解殺人之為惡之處。而此法則本身並無法告訴我們，該如何進行此抽象化的篩選過程。

(二) 實質對應性 (substantive fit)

「對等性」的另一種具體詮釋，來自溝通應報論的當代旗手Duff，他稱之為「實質對應性」(substantive fit)¹⁰⁸。Duff不認為「比例性」寬鬆的要求是妥當的刑罰政策，好像五年有期徒刑的刑罰上限也能夠符合「罪刑合乎比例」原則的要求。然而，Duff也不認為「同害報復法則」是妥當的。Duff的溝通應報論要求刑罰必須具備「溝通性」。「溝通性」的要求，本身就排除了酷刑與不人道的刑罰，因為這種刑罰無法與犯人的「理性」溝通。進一步，溝通的目的是譴責。譴責的內涵，乃是要讓犯罪者感受並理解其罪行的嚴重性。同時，透過刑罰中的譴責間接促成犯罪者對社會的「悔改、自新、和解」(repentance, reform and reconciliation)。對Duff來說，刑罰扮演雙向溝通功能。一方面其乃是社會對犯罪者表達譴責的方式，另一方面，犯罪者也可以透過它進行「贖罪儀式」，以對社會表達和解之意。既然刑罰一方面要向犯罪者傳達其犯罪的嚴重程度，另一方面讓受刑人向社會表達贖罪，它就不可能太輕微(好像von Hirsch的主張)，以致於無法傳達雙向訊息的嚴肅性，讓贖罪顯得廉價，也無法傳達犯罪行為的嚴重性。然而，另一方面，刑罰也不需要僵硬地遵守「同害報復法則」，因為依照該法則得出來的刑罰，不見得能夠有效傳達贖罪及犯罪重量的訊息，也常常不必要地嚴厲。既然Duff強調溝通性，因此在其溝通應報論中，理想的刑罰型態是社區服務、與被害人和解溝通、緩刑等等。這些刑罰的型態

107 KRAMER, *supra* note 98, at 134.

108 DUFF, *supra* note 15, at 142.

最能夠傳達豐富的訊息，包括讓受刑人接受社會以及被害人對其罪行的看法的衝擊，以及過程中修補與社會的關係等等¹⁰⁹。也因此，溝通應報論與當代另一支重要刑事思潮「修復式正義」在理論取向上相當的親近。不過，Duff仍不排除針對比較嚴重的犯罪，使用比較傳統的刑罰型態，比如監禁¹¹⁰。監禁對Duff來講，已是最嚴重的刑罰。它意味著由於犯罪行為社會與犯罪者暫時無法維持正常的社群關係。但是，由於Duff的溝通應報論仍然盼望犯罪者與社會和解，因此，Duff反對終身監禁不得假釋這樣的刑罰型態¹¹¹。

關於死刑，Duff承認是可以有「溝通性」，這也是死刑與酷刑不同之處¹¹²。然而，在其理論當中，死刑很難佔有一席之地。理由很明顯。第一，死刑排除了「悔改、自新、和解」的可能性。第二，死刑使得「贖罪儀式」成為無用，因為此儀式的目標乃是與社會的和解。第三，死刑所傳達的訊息，乃是一個人已完全沒有救贖的可能性，而這是社會所不應該下的判斷。儘管這些論斷看來相當合理，然而，Matthew Kramer提出了一些耐人尋味的質疑。Kramer指出，死刑本身並沒有排除悔改、自新、和解的可能性。我們完全可以想像一位死刑犯進行了悔改、自新、甚至與被害家屬的和解。問題在於，自省的過程需要時間。所以，如果「速審速決」地執行死刑，確實不利於達成這些目標。然而，我們仍然可能設計一套死刑制度，讓死刑執行之前有相當長的時間讓死刑犯進行自省。換言之，這是一個配套制度設計的問題，並不是死刑本身的問題¹¹³。更進一步，Kramer指出，死刑所真正排除的，是「刑罰結束之後」受刑人回歸社會的可能性，而非「悔改、自新、和解」或「贖罪」的可能性。然而，排除這個可能性，不是死刑的專利，「終身監禁不

109 *Id.* at 145.

110 *Id.* at 148-52.

111 *Id.* at 149.

112 *Id.* at 153.

113 KRAMER, *supra* note 98, at 107-08.

得假釋」也有相同的困境，因為此種刑罰型態沒有「刑罰結束」的一天，直到受刑人自然死亡。那麼，為什麼「刑罰結束之後受刑人回歸社會」是必然的要求呢¹¹⁴？Kramer似乎認為溝通應報論說明得還不夠清楚。不過，我們似乎不難站在Duff的理論脈絡中對Kramer做出初步的回應。「悔改、自新、和解」這些目標很難不指向下一個目標，那就是受刑人的「回歸社會」或「復歸」。畢竟，如果受刑人真的悔改、自新、和解了，為什麼不讓他復歸呢？如果不讓他復歸，其悔改自新和解又有什麼意義呢？這些疑問不見得有非黑即白的答案，本文受限於篇幅也無法在此繼續討論。但是，筆者仍願指出，在Duff溝通應報論的理論視野中，要為死刑找到一個安妥的位置，是有相當難度的，遑論要證立「溝通應報論『要求』死刑的存在」這個命題¹¹⁵。

三、綜合評估與展望

從「比例性」到「對等性」，「同害報復法則」到「實質對應」，我們可以看到當代應報理論要證立：「罪刑合乎比例原則『要求』針對最嚴重的犯罪施以死刑」這個命題有很大的困難。上述的分析顯示，「比例性」以及「同害報復法則」雖然容許死刑的存在，也就是說死刑制度並不牴觸「比例性」及「同害報復法則」，但是，此二原則也無法說明死刑非存在不可。至於奠基於Duff的溝通應報論的「實質對應性」，更進一步排除了死刑的正當性，因為死刑與其理論中對於「悔改、自新、和解」以及之後的「復歸」或

114 *Id.* at 109-10.

115 筆者在另外一篇文章中探索溝通應報論證立死刑的可能性。筆者主張 Duff 忽略了此種可能性，但同時也承認，死刑在溝通應報論的理論視野中，雖然並非沒有一席之地，但是其位置並不穩定，到最後會呈現支持與廢除的兩難局面，而要解決該兩難局面，必須仰賴其他相關道德議題的探究，比如邪惡的意義、人性尊嚴、悔改與贖罪的界限等等。See Jimmy Chia-Shin Hsu, *Does Communicative Retributivism Necessarily Negate Capital Punishment?*, CRIM. L. & PHIL., DOI: 10.1007/s11572-013-9261-6 (2013).

「回歸社會」有內在的衝突。當然，這並不意味支持死刑道德性的理論家已經走到盡頭。劍橋大學的法哲學家Matthew Kramer就在承認應報論之無法證立死刑的同時，提出了有別於「應報論」的另一種本務論（deontology）刑罰觀——「翦除論」（purgative rationale of capital punishment）。Kramer教授思考的出發點，醞釀於他年少時習得關於納粹大屠殺的歷史。他認為希特勒及其同黨不值得人類社會提供資源供其生存。¹¹⁶也因此，他發展出翦除論，認為在「極端邪惡」（extravagantly evil）的殺人犯罪中，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的道德玷污¹¹⁷。Kramer的理論之特殊之處，不僅在於他復甦一個被遺忘已久，根植於宗教傳統的概念「翦除」（purgation），更因為他把被當代政治與道德哲學忽略已久的「邪惡」（evil）概念放回理論的核心，對之進行細緻的分析。而筆者認為這是很重要的一個發展。

如上文所分析，當代應報論的發展乃是對於前一個時代誤用矯治論的反動，重點在於強調刑罰僅能對於過去的犯罪而發，且「罪刑應合乎比例」。然而，矯治論乃至於當代應報論其實在更深的層次上卻分享了類似的人性圖像，在這幅圖像中沒有「邪惡」這個概念。矯治論把犯罪視為某種個人或社會的疾病。開啟當代應報論復興的「公平遊戲論」則把犯罪視為「破壞共同生活規則」，乃是個人出於自利的選擇。這個選擇是錯誤的，是會傷害他人的，但是卻與人性所會做出的其他選擇沒有本質上的不同。至於溝通應報論與刑罰情緒論，雖然強調犯罪在道德上的可非難性，前者強調社會應給予譴責，後者強調社會應給予強烈的反應，但二者對於犯罪與人性並沒有更深刻的洞見。無論「翦除論」本身是否能夠通過法哲學界的檢驗，筆者認為Kramer理論可能發揮的影響，其實是他更複雜

116 KRAMER, *supra* note 98, at v.

117 *Id.* at 223-26.

的人性論與罪惡觀。即便「翦除論」不成功，Kramer對於「邪惡」概念的強調，是否可能開啟新型態的應報論，乃是下一階段最值得拭目以待的理論發展。「邪惡」概念之所以有可能值得發展之處，在於其對於極端惡行賦予特殊的非難，說明為什麼有少部分的極端犯罪，在性質上必須與其他犯罪區分出來，給予特殊的刑罰。若配合上某種應報正義底下的「罪刑合乎比例原則」，或許可能指向某種新的證立死刑的論證。然而，本文顯示出，當代應報論的發展，起碼到目前為止，尚未能提供可供證立死刑使用的「罪刑合乎比例原則」。這也是為什麼Kramer要捨棄應報論而就翦除論的原因。不過，值得注意的是，Kramer所體現的新發展，不見得是刑事犯罪學思潮中的保守主義。這一個脈絡支持死刑的哲學論述，大大的限縮了使用死刑的時機，僅限於極端邪惡（*extravagantly evil*）的犯罪，且嘗試為「極端邪惡」這個概念賦予相對清楚且嚴格限縮的內涵，也因此，這個脈絡的論述對當前仍然保留死刑且有濫用傾向的社會容有相當的批判力道。

要正當化（或去正當化）或者起碼要理解一項人類活動，有兩種基本的思考路徑。第一是辨識特定社會實踐的「目標」，亦即其所希望達成的理想事態，並視其是否能達成此目標，來決定該實踐是否正當。這是「目的論」（*teleology*）的思維。第二種思考正當性的方式，乃是看此社會實踐是否有其本然的價值，或者其是否單純符合某些確定的道德準則，而非繫於其是否作為達成某種目標的手段，或者作為製造某種可欲之後果的媒介。這是所謂「本務論」（*deontology*）的思維取徑。回顧當代應報理論的發展，我們可以發現一個走向。那就是純粹本務論式的應報理論逐漸陷入日益艱困的境地。康德所謂「應報原則」與「同害報復法則」乃是「定言令式」（*categorical imperative*）的主張，幾乎已經陷入於四面楚歌的處境。在世俗現代世界，絕大多數傳統上視為「本務論」式的道德規範都要在世俗世界中被理性的檢驗。刑罰情緒論仍帶有本務論式

的色彩。但是正如上文所分析，「情緒」最終無法成為道德論證的基礎。「情緒」可以開啟我們對於道德的規範性思索，但是「情緒」仍然要接受理性論證的檢驗。「公平遊戲論」是當代「本務論式」的「應報理論」最有力的一擊，但最後仍然功敗垂成。目前當代最有力的應報理論，乃是Duff的溝通應報論。而此類看重刑罰的溝通價值及受刑人道德啟發的應報論，被Nozick稱為「目的式應報論」(teleological retributivism)，這是因為溝通應報論除了本務論式的說明之外——以「犯罪應得譴責」說明「應得」，也加入了「目的論」式的因素——譴責的隱含目標是促成反省。從純粹的「本務式應報論」到「目的式應報論」，這樣的發展其實並不令人意外。因為當代多元社會中，被視為理所當然的道德規範越來越稀薄時，特別是像「刑罰」這種關係重大的社會制度，單純地從本務論的角度來論述其正當性就益顯不足。人們越來越不能滿足於「就是因為正義」這樣的答案，反而需要知道，刑罰到底是否能夠改善我們的社會？刑罰可以達成什麼目標？即便應報論為了支持「罪刑合乎比例」這樣的原則，盡可能地尋找本務論式的基礎以說明「什麼是應得？」，然而，到最後，仍然是加入了目的論（或者後果論）色彩的「溝通應報論」逐漸取得上風。一旦應報理論不滿足於「正義必須被執行」這樣的論理，而加入「受刑人的反省與悔改」作為最終的理想，死刑的空間勢必越來越窄。

不過，儘管國際社會廢死潮流甚強，但仍有理論家前仆後繼地為一種被許多人視為過時的死刑制度提出辯護，這個現象不得不讓人省思。這個矛盾與爭論可能會一直持續下去。無論支持或反對，我們或許可以採取立場。然而，很多時候，採取立場不難，能否真正理解問題的複雜性與深刻性才是知識份子最大的挑戰。儘管目的式應報論的發展逐漸壓縮死刑的空間，但我們從Kramer意圖從「邪惡」概念為死刑的辯護衝出一條生路，這個重要的理論嘗試可以看出，目的式應報論所要達成的理想狀態——受刑人悔改與回歸，仍

然可能受到人類道德現實中難解的奧秘所挑戰。尊重生命與維護生命當然是高尚的情操，也是國家責無旁貸的義務。然而，若真的面對極端的邪惡，良心似乎又會不斷地被擾動，想要追問：「保存這樣邪惡的生命真的是對的嗎？生命的意義何在？」筆者認為，儘管這場辯論會持續下去，思索當代應報論在死刑上的意涵時，或許當代最重要的政治哲學家之一Nozick的告白最深刻且誠實地表達了我們的處境：

我相信當死亡乃是作為刑罰，針對其過往的行為而發時，死亡的確是某些人所應得，舉個無可爭議的例子——希特勒。然而，『非目的式應報論』（non-teleological retributivism）在考量諸多其他實際執行上的相關因素後，若認為仍不足以凌駕『施加應得』的要求時，是否就應該支持死刑作為一種社會制度？……執行刑罰的行動實踐了兩層與正確價值的關係：一是建立了正確價值與受刑人的關係，二是建立了正確價值與執法者的關係，因為執法者乃是正確價值實現的管道。除此之外，還有第三層關係，那就是執法者與受刑人本身的價值的關係。一般而言，不僅限於死刑，執法者作為正確價值的實現者，與受刑人本身的價值之間，存在著緊張關係。有時候，執法者實現正確價值，與尊重受刑人本身的價值之間，會產生衝突，以致於造成執法者違反了受刑人本身的價值。而應報式刑罰若要避免這種衝突，就必須加上目的式應報論的目標與盼望；此目標與盼望使得執法者不僅是把刑罰施加在受刑人身上，無視於其價值，反而是為受刑人而課予刑罰，同時承認他可能認識到正確價值。因此，死刑，就其捨棄了目的式應報論的意圖而言，隱含著否定受刑人的價值。這個人可能應該被處決，可能應該得到正確價值的重量在其生命中，但是我們無法在實現正確價值的同時，不侵犯其本

身的價值。……因此，就算是『非目的式應報論』的主張，或許除了在那些真正殘暴邪惡的人以外（再舉希特勒當例子），不見得要支持死刑。……我自己在死刑制度的思索上，也一再反覆，無法達到清楚穩定的結論¹¹⁸。

伍、結論

本文從「應報即復仇？」的問題意識出發，對以英美為主的當代英語世界的應報理論進行了整體的批判性導論。本文認為，當代應報理論清楚地說明「應報不是復仇」。當代應報理論在英美的復興，主要目標在於糾正過度的矯治主義所賦予國家恣意的權力，因此其核心主張乃是刑罰僅針對過去的犯罪行為而發，且「罪刑必須合乎比例」。而評估當代應報理論時，應評估其是否妥當回答三個問題：第一，「應得」是什麼？為什麼犯罪者的刑罰是「應得」的？第二，為什麼是由國家來執行「應得」之刑罰？國家在刑罰理論中的角色是什麼？第三，刑罰與犯罪行為何以須合乎比例？本文分析當代應報論的三大流派，第一是刑罰情緒論，第二是公平遊戲論，第三是溝通應報論。本文主張：「溝通應報論」最清楚地劃分了「應報」與「復仇」之間的糾葛，而且其對三個子問題（應得？國家角色？人性尊嚴？），也都提出了最有力的回應。因此，整體來說，「溝通應報論」是當代最有力的應報理論。進一步，本文初步探索當代應報論是否能夠證立死刑，亦即說明死刑乃是針對最嚴重的犯罪所必須採用的刑罰。筆者針對「比例性」及「對等性」，以及「同害報復法則」及「實質對應」論進行分析後主張：在當代應報理論發展中，死刑的空間越來越狹窄，透過當代應報論證立死刑有相當的難度。不過，筆者最後點出這場辯論尚未終結。隨著新

118 NOZICK, *supra* note 17, at 377-78.

理論與新視野的產生，特別是「邪惡」概念重新受到重視，未來這場辯論仍有可期。

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: Crime and Social Order in Contemporary Society*. Chicago, IL: The University of Chicago Press.]

李茂生（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。

林山田（2008），*刑法通論（下冊）*，增訂10版，臺北，自版。

林鈺雄（2011），*新刑法總則*，3版，臺北，元照。

林東茂（2012），*刑法綜覽*，7版，臺北，一品。

張麗卿（2011），*刑法總則理論與運用*，4版，臺北，五南。

黃榮堅（2012），*基礎刑法學（上）*，4版，臺北，元照。

蔡墩銘（2011），*刑法總論*，9版，臺北，三民。

蘇力（2005），*復仇與法律——以趙氏孤兒為例*，*法學研究*，1期，頁53-69。

2. 外文部分

Bacon, Francis. 1999 (1625). Of Revenge. Pp. 9-11 in *The Essays or Counsels Civil and Moral*, edited by Brian Vickers. New York, NY: Oxford University Press.

Berns, Walter. 1979. *For Capital Punishment: Crime and the Morality of the Death Penalty*. New York, NY: Basic Books.

Bradley, Gerard. 1999. Retribution and the Secondary Aims of Punishment. *American Journal of Jurisprudence* 44:105-123.

Burgh, Richard W. 1982. Do the Guilty Deserve Punishment?. *The*

- Journal of Philosophy* 79(4):193-213.
- Cottingham, John. 1979. Varieties of Retribution. *The Philosophical Quarterly* 29(116):238-246.
- Dagger, Richard. 1993. Playing Fair with Punishment. *Ethics* 130:473-488.
- . 2008. Punishment as Fair Play. *Res Publica* 14:259-275.
- Davis, Michael. 1985. How to Make the Punishment Fit the Crime. Pp. 119-155 in *Criminal Justice: Nomos XXVII*, edited by J. Ronald Pennock and John W. Chapman. New York, NY: New York University Press.
- . 1996. *Justice in the Shadow of Death: Rethinking Capital and Lesser Punishments*. Lanham, MD: Rowman & Littlefield Publishers.
- Duff, R. A. 1986. *Trials and Punishment*. New York, NY: Cambridge University Press.
- . 2001. *Punishment, Communication, and Community*. New York, NY: Oxford University Press.
- Durkheim, Émile. 1933 (1893). *The Division of Labor in Society*, translated by George Simpson. New York, NY: The Free Press.
- Dworkin, Ronald. 2006. *Is Democracy Possible Here?: Principles for a New Political Debate*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Elster, Jon. 1990. Norms of Revenge. *Ethics* 100(4):862-885.
- Falls, M. Margaret. 1987. Retribution, Reciprocity, and Respect for Persons. *Law and Philosophy* 6(1):25-51.
- Feinberg, Joel. 1970. The Expressive Function of Punishment. Pp. 95-118 in *Doing and Deserving: Essays in the Theory of Responsibility*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Fingarette, Herbert. 1977. Punishment and Suffering. *Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association* 50(6):499-525.

- Finnis, John. 1972. The Restoration of Retribution. *Analysis* 32(4):131-135.
- . 1980. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- . 1999. Retribution: Punishment's Formative Aim. *American Journal of Jurisprudence* 44:91-103.
- Garland, David. 1990. *Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory*. Chicago, IL: The University of Chicago Press.
- Haag, Ernest van den. 1986. The Ultimate Punishment: A Defense. *Harvard Law Review* 99:1662-1669.
- Haidt, Jonathan. 2012. *The Righteous Mind: Why Good People Are Divided by Politics and Religion*. New York, NY: Pantheon Books.
- Hampton, Jean. 1984. The Moral Education Theory of Punishment. *Philosophy & Public Affairs* 13:208-238.
- Hart, H.L.A. 1955. Are There Natural Rights?. *Philosophical Review* 64:175-191.
- . 1968. *Punishment and Responsibility*. Oxford: Oxford University Press.
- Hegel, G.H.W. 1942 (1821). *Hegel's Philosophy of Right*, translated by T. Knox. Oxford: Oxford University Press.
- Hirsch, Andrew von. 1993. *Censure and Sanctions*. Oxford: Clarendon Press.
- . 1999. Punishment, Penance, and the State: A Reply to Duff. Pp. 69-82 in *Punishment and Political Theory*, edited by Matt Matravers. Oxford: Hart Publishing.
- Hsu, Jimmy Chia-Shin. 2013. Does Communicative Retributivism Necessarily Negate Capital Punishment?. *Criminal Law and Philosophy*. DOI: 10.1007/s11572-013-9261-6.
- Jacoby, Susan. 1983. *Wild Justice: The Evolution of Revenge*. New York,

NY: Harper & Row.

Kant, Immanuel. 1996 (1797). The Metaphysics of Morals. Pp. 353-603 in *The Cambridge Edition of the Works of Immanuel Kant: Practical Philosophy*, edited by Mary J. Gregor. Cambridge: Cambridge University Press.

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

Markel, Dan. 2005. State, Be Not Proud: A Retributivist Defense of the Commutation of Death Row and the Abolition of the Death Penalty. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 40:407-480.

———. 2011. What Might Retributive Justice Be? An Argument for the Confrontational Conception of Retributivism. Pp. 49-72 in *Retributivism: Essays on Theory and Policy*, edited by Mark D. White. New York, NY: Oxford University Press.

Matravers, Matt. 1999. Introduction. Pp. 1-3 in *Punishment and Political Theory*, edited by Matt Matravers. Oxford: Hart Publishing.

———. 2011. Duff on Hard Treatment. Pp. 68-86 in *Crime, Punishment and Responsibility: The Jurisprudence of Antony Duff*, edited by Rowan Cruft, Matthew H. Kramer, and Mark R. Reiff. New York, NY: Oxford University Press.

Miller, William Ian. 2000. Clint Eastwood and Equity: Popular Culture's Theory of Revenge. Pp. 161-202 in *Law in the Domains of Culture*, edited by Austin Sarat and Thomas R. Kearns. Ann Arbor, MI: University of Michigan Press.

———. 2006. *Eye for an Eye*. Cambridge: Cambridge University Press.

Moore, Michael S. 1997. *Placing Blame: A Theory of Criminal Law*. New York, NY: Oxford University Press.

Morris, Herbert. 1968. Persons and Punishment. *The Monist* 52:475-501.

- . 1981. A Paternalistic Theory of Punishment. *American Philosophical Quarterly* 18(4):263-271.
- Murphy, Jeffrie G. 1979. *Retribution, Justice, and Therapy: Essays in the Philosophy of Law*. Boston, MA: D. Reidel Publishing.
- . 2003. *Getting Even: Forgiveness and Its Limits*. New York, NY: Oxford University Press.
- . 2012. *Punishment and the Moral Emotions: Essays in Law, Morality, and Religion*. New York, NY: Oxford University Press.
- Murphy, Jeffrie G., and Jean Hampton. 1990. *Forgiveness and Mercy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Nietzsche, Friedrich. 1954 (1884). Thus Spoke Zarathustra. Pp. 115-439 in *The Portable Nietzsche*, edited and translated by Walter Kaufmann. New York, NY: Penguin Books.
- Nozick, Robert. 1981. *Philosophical Explanations*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Nussbaum, Martha. 2001. *Upheavals of Thought: The Intelligence of Emotions*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Pillsbury, Samuel. 1989. Emotional Justice: Moralizing the Passions of Criminal Punishment. *Cornell Law Review* 74:655-710.
- Posner, Richard. 2009. *Law and Literature*. 3d ed. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Primoratz, Igor. 1982. On Capital Punishment. *Israel Law Review* 17:133-150.
- Rawls, John. 1971. *A Theory of Justice*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- . 1999. Legal Obligation and the Duty of Fair Play. Pp. 117-129 in *Collected Papers of John Rawls*, edited by Samuel Freeman. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Sadurski, Wojciech. 1985. Distributive Justice and the Theory of

- Punishment. *Oxford Journal of Legal Studies* 5(1):47-59.
- . 1989. Theory of Punishment, Social Justice and Liberal Neutrality. *Law and Philosophy* 7(3):351-373.
- Scheler, Max. 1961 (1915). *Ressentiment*, translated by William W. Holdheim. New York, NY: The Free Press.
- Sher, George. 1987. *Desert*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Stalans, Loretta J. 1993. Citizens' Crime Stereotypes, Biased Recall, and Punishment Preferences in Abstract Cases. *Law and Human Behavior* 17(4):451-470.
- Stephen, James F. 1863. *A General View of the Criminal Law of England*. Charleston, SC: BiblioBazaar.
- Vidmar, Neil. 2002. Retribution and Revenge. Pp. 31-63 in *Handbook of Justice Research in Law*, edited by Joseph Sanders and V. Lee Hamilton. Norwell, MA: Kluwer Academic Publishers.
- Vlastos, Gregory. 1991. *Socrates: Ironist and Moral Philosopher*. Ithaca, NY: Cornell University Press.
- Waldron, Jeremy. 1992. Lex Talionis. *Arizona Law Review* 34:25-51.
- Whitman, James. 2005. *Harsh Justice: Criminal Punishment and the Widening Divide between America and Europe*. New York, NY: Oxford University Press.
- Zaibert, Leo. 2006. *Punishment and Retribution*. Aldershot: Ashgate Publishing.

Is Retribution Revenge?:

Contemporary Retributivism and Its Implications on Capital Punishment

*Jimmy Chia-Shin Hsu**

Abstract

This article critically evaluates contemporary retributivism as justification for criminal punishment in the Anglophone world. I argue that the key to understanding the contemporary theoretical development in retributivism is to think through why retribution is different from revenge. Specifically, a retributivist has to answer three questions: (1) What is “desert”? That is, why do criminal offenders deserve punishment? (2) What justifies the state as the enforcer of punishment? (3) Why should the punishment be proportionate with the crime? I examine the answers given by three prominent contemporary theories: punitive emotions theory, fair play theory, and communicative retributivism. I argue that communicative retributivism most adequately addresses these three questions, and thereby shows the greatest promise. This article further explores the implications of these theories on capital punishment. I argue that the theoretical development in contemporary retributivism makes it increasingly difficult, if not impossible, to justify capital punishment.

KEYWORDS: philosophy of punishment, retributivism, revenge, desert, punitive emotions theory, fair play theory, communicative retributivism, proportionality between crime and punishment, *lex talionis*, capital punishment.

* Assistant Research Professor, Institutum Iurisprudentiae, Academia Sinica.