

尼諾論極惡之懲罰：一些商榷*

龔維正**

- 一、前言
- 二、被用來證成溯及往咎的正義（retroactive justice）
之應報主義對嗎？
- 三、懲罰之預防主義之精緻化－懲罰之同意理論
- 四、結論

本本文檢討尼諾的證成懲罰的學說。他的學說反對應報主義，擁護預防主義，並且以同意理論精緻化。本文檢討及反駁他的同意理論，除了說明一般認為的應報主義與預防主義之對立不恰當外，並且指出預防主義的內在困難，評量同意於證成懲罰中之地位，及它是否可以作為證成懲罰之必要條件。此外，本文反駁尼諾主張應報主義蘊含主觀主義、反駁奧迪版而尼諾採用的可責備與決定論相容論、反駁尼諾對性格理論的批評、反駁應報主義不能懲罰極惡的說法等。更重要的是本文指出在打破應報主義與預防主義的不當對立後，我們可以期待一適當安排應受、同意及效益的地位的理論。

關鍵詞：尼諾、懲罰、同意、證成、極惡、應報主義、預防主義

* 本文為國科會計畫「人權與正義－違反人權之懲罰（II-I, 93-2411-H-211-004-）」的成果。

** 華梵大學哲學系助理教授。E-Mail: kwc@huafan.hfu.edu.tw

投稿日期：二〇〇五年九月一日；接受刊登日期：二〇〇六年四月廿六日。

東吳政治學報/2006/第二十三期/85-114。

一、前言

很少有人理論與實踐兩者兼顧、緊密結合。阿根廷的法律教授，也是耶魯法學院的經常訪問教授尼諾（Carlos Santiago Nino）做到了。他一方面輔助阿根廷總統Alfonsín處理轉型期正義的問題，同時也將深刻反省實際問題之結果寫下來。他理解大量違反人權的、通常都涉及大量殺人的惡為極惡（radical evil），¹ 在《審判極惡》（Radical Evil on Trial）一書中探討懲罰極惡的種種問題，並分作歷史、政治、道德、法律四層面，架構相當完整（Nino, 1996）。依他的理解，Hannah Arendt認為我們不可能去懲罰極惡，甚至懲罰極惡是不道德的；所以人不能去原諒他們不能去罰的，也不能去罰那後來變成是我們不能去原諒的。他關心的是，有些人會理解Arendt為：道出無力感，以解釋幾乎不可能對國家支持的大量違反人權，去實現什麼正義，甚至也幾乎不能證成其懲罰。那麼到底是能還是不能？懲罰是可允許還是不可允許？「到底是能還是不能？」之問題涉及到政治，本文重點不放在此，僅檢討尼諾對懲罰極惡的道德證成的看法。此外，尼諾認為審判之道德證成，部分地依賴審判之合法性，沒有審判就沒有法律上的懲罰，因此如果要證成法律上的懲罰一定得回答審判之合法性問題。但是本文不打算處理處理合法性問題，也就不處理法律上的懲罰之證成，而處理作為其基礎的一般道德懲罰之證成。

懲罰之道德證成學說至少有兩大類彼此相競爭的看法：應報主義（retributivism）及預防主義（preventionism）。應報主義者大多認為一個人應該為其錯誤行為負責，這證成懲罰之應當。應報主義者同時審視加害者過去的所做的惡，來決定其相應份量的處罰，而不像預防主義那樣把處罰視為

1. “radical evil”一詞在某些宗教上有「根本惡」之義，但是一般在談到違反人權的大屠殺時，除非特別說它的某種宗教面相，否則就是說它是極端、極大的罪惡，所以這裡譯成「極惡」。

（未來）獲得社會善（social goods）之工具，由此來證成懲罰之應當。應報主義者會認為，既然違反人權是一種惡，便應該給予相應的處罰。尼諾反對應報主義，贊成預防主義，同時認為他自己提出的懲罰之同意理論可以將預防主義精緻化。所以尼諾對懲罰極惡之道德證成有破有立，本文在於檢討他的破與立。

文中用到的《審判極惡》是尼諾已經寫好，但是未正式出版的文稿。他若未猝死，有可能會修訂其內容後才出版。他的文不易懂，為使他的主張能清楚呈現，底下的重述部份，有一定程度的重構及我的解釋。

二、被用來證成溯及往咎的正義（retroactive justice）之應報主義對嗎？

尼諾有提到，當考量到現實社會中的人們的態度時，會發現同採應報主義的人們對是否該懲罰那些加害者的意見不同。受害者及人權團體認定違反人權的是加害者，所以該罰；而所謂的加害者自稱其行為有道德上的正當理由，所以不該罰（Nino, 1996: 136）。² 尼諾提到這些之目的不明，本文認為這應該不足以用來反對應報主義，至多只能用來說明為何懲罰大量違反人權的惡在現實上常常有其困難。³ 因為假定應報主義是對的，那麼人們應該分別檢視雙方對罪責的認定是否恰當，決定孰是孰非，而不是就著持應報主義立場的人有罪責認定上的歧見，就否定應報主義。同樣地，持預防主義立場的人也可能有罪責認定上的歧見，那麼這是否就得否定預防主義呢？

尼諾指出人可以用他的三原則去支持（support）應報主義（Nino, 1996:

2. Scanlon (1999: 260) 理解 Nino 這一部份的說法為：這表示應報主義與法治之間關係緊張。暗示這是應報主義的缺點。

3. 但是這些困難不是不可能克服的。尼諾對於政治上的困難及法律上不當辯解都有處理。本文不再深究。

136)。⁴ 但是他認為應報主義有嚴重的問題。說明如後：

(一) 應報主義與制定主義不相容 — 但是本文認為這只是某些版本的應報主義有制定主義所面對的困難

應報主義把懲罰理解作對不法行動之切當回應 (adequate response)。至於「切當」是何義？有些應報主義者認為切當性完全由法律系統決定。但是這樣的觀點預設一種法律之制訂主義 (a positivist theory of law)，亦即任何法律上的決定 (legal determination) 都是有約束力的。以此預設，則應報主義不再能評價及解釋法律系統，譬如 (不能解釋為何) 某一不法行動能用刑法去處罰，(因為法律系統本身需要再被證成) (Nino, 1996: 137)。⁵ 筆者認為預防主義者也可能那樣理解切當，所以，如果這樣的理解是個問題，這問題不會是應報主義所獨有的問題。

即使排除這一類的應報主義，尼諾認為仍有後面的困難。

(二) 應報主義預設有時用一惡去糾正另一惡是適當的

尼諾認為應報主義預設有時用一惡去糾正另一惡是適當的。尼諾理解下的應報主義者顯然認為一惡無論如何必須有應報，所以會主張有時用一惡去糾正另一惡是適當的。但是尼諾反對道：一惡加一惡不等於一善 (Nino, 1996:

4. 所謂三原則是：(1)人的自主性：規定後面價值：個人自由接受某天賦之理想典範，及採行基於那些理想典範而產生的生活計畫。(“establishes the value of the individual freely adopting ideals of human excellence and of life plans based on the[m]”) (Nino, 1996: 136)。原文誤植為 “based on then”) (2)人的不可侵犯：禁止僅為了擴張其他人之自主侵犯一個人之自主。(3)人的尊嚴：個人應根據他的決定、意圖及同意之表達而被對待，而決定、意圖及同意之表達是義務、責任及失去權利之依據。人的自主性原則決定人有權去做的事，決定權利之內容；人的不可侵犯原則屏蔽個人之利益，免遭群體或集體利益之侵犯；人的尊嚴原則允許個人同意他由前兩原則而來的權利受限 (Nino, 1991: 130-185; 1996: 136)。尼諾說可用三原則支持應報主義。但是這裡所謂的支持似乎只是指應報主義不違背三原則，與三原則相容，因為我們看不出來三原則怎麼支持應報主義。

5. 尼諾的意思難以理解。括號 () 中的文字為本文作者所加，以使文意可通。

137)。這裡涉及什麼情況，導致有兩惡之說？惡行是一惡，另一惡應該是指懲罰之惡。(1)如果是指以不該有的懲罰（一惡）去糾正一惡行（另一惡），尼諾是在攻擊稻草人。因為我們看不出為何應報主義者一定要不擇手段地使一惡有應報，導致以不該有的懲罰去糾正一惡行。應報主義者以恰當方式去懲罰，也不違背應報的精神，更不違背道德。(2)尼諾有他自己的懲罰學說，應該不會將所有的懲罰視為惡，因為惡事不可能有道德上的證成。所以，對此，我們想知道，就哪一義說懲罰是一惡呢？他應該是認為有些懲罰中之惡在於：妨礙被罰者之自主性。亦即只要犯錯者沒有了解到他的行為應該受罰，那麼懲罰妨礙被罰者之自主性。⁶ 尼諾在這裡可以區分當與不當的懲罰。當的懲罰不妨礙被罰者之自主性，不是惡；只有不當的懲罰才有惡。其實這樣的批評不僅及於應報主義，也及於預防主義。雖然尼諾認為他自己的同意理論的懲罰概念屬預防主義陣營，卻不會使得懲罰成爲一種惡，因為懲罰將基於犯錯者的自主同意做了某些事就該受罰。這一點將在本文第二節再檢討。

(三) 應報主義蘊含純主觀主義—但是本文認為應報主義可以不是純主觀主義

應報性的懲罰基於行為之可責備（*blameworthiness*），可避免預防主義（*preventionism*）之缺點，如無辜者受罰；不顧嫌犯有什麼免罪的理由（*excuse*）等（Nino, 1996: 137）。既然應報性的懲罰基於被罰行為之可責備，那麼所謂的加害者之主觀態度，亦即加害者之意圖，決定了其行為不對及可受罰。換句話說，加害者的意圖是其行為之可責備及可受罰之判準。因為我們往往因為行動者無某特定意圖，便認為所謂的加害者無罪（Nino, 1996: 137）。加害者只消否認有犯行之意圖，或許只消否認有犯行之意圖之必備知識，常常就

6. 與尼諾這一主張最接近的、可用來解釋尼諾的文句是“The evils relevant to the balancing discussed above are those which frustrate people’s personal autonomy. In other words, we should count as evil only the frustration of people’s interests or life plans chosen according to their personal ideals (Nino, 1996: 142)”.

可以免除責備。譬如，因於誤認某事實之存在，而沒有犯行之意圖，或因被脅迫，而沒有犯行之意圖（Nino, 1996: 137）。

尼諾認為應報性的懲罰基於被罰行為的可責備，而被罰行為的可責備由行動者或加害者之是否有犯行意圖判定，這導向純主觀主義之無底深淵（Nino, 1996: 137）。亦即在考慮一行為是否可罰時，我們不能看行為之結果，只能看意圖。譬如有殺人的決定就夠了，不能考慮是完成了的謀殺，還是謀殺未遂，也不能考慮某人之生命是否真的有危險；甚至也不能考慮一行動者是否完成某肢體動作（Nino, 1996: 138）。總之，這樣的純主觀主義，只以意圖為判準，不考慮行為，或者行為只是工具性的，次級的，只藉行為來斷定行為者的意圖（Nino, 1996: 137）。最後，只有在強而無爭議的證據下（譬如，行動者自發地承認有意犯行），證明有某犯行意圖之存在，才能施以應報式的懲罰（Nino, 1996: 138）。（而且，由於不計入行為之嚴重程度之差別，）希特勒所受的懲罰將與一般背書「終極解決」的反猶太人者無異（Nino, 1996: 138）。⁷

尼諾於此幫應報主義作了一應報主義者未必願意接受的擴張，因為上述有關意圖的說法本來就不是應報主義的根本特徵，亦即也許有應報主義者持上述主觀主義的看法，但是應報主義不必納入那種主張，仍可維持應報主義。更何況那是有問題的主張。說明如後：被罰之行為 V 之可責備不必然、也不只是由行動者或加害者之是否有意圖去做 V 來判定。被罰之行為 V 之可責備，是因為該行為錯，而該行為錯之判準不一定在行動者之意圖上。譬如為了救某人，而將另一人拉來擋子彈。拉另一人擋子彈，卻不因有救人的善意圖而變成對。詐欺者可以辯稱自己僅是為了餬口，但是詐欺之為錯卻不由詐欺者的意圖來判定。行動者之意圖在決定行為 V 之可責備上既非充分、也非必要。

7. 括號（）中的文字為本文作者所加，以使文意可通。沒有增補這樣的文字，原文的意思與前文的關聯不清楚。

認為應報主義蘊含主觀主義的人，可能是基於更深的理由，亦即認為行為V之為行為V，全靠是否有意圖去做V來決定，而與行為完全無關。但是真的如此嗎？譬如一個人用預藏的鈍器毆打另一人至頭破血流，再打至無聲息。而我們之認為兇嫌有謀殺之意圖，是因為他預藏鈍器，而且在被害人無抵抗之力時，仍繼續毆打。這表示：在許多情況，行為V是有意圖去做V之判準；而非倒過來。有某意圖而未實現之情況是有的。但是若有實現意圖之最佳機會時，仍未去實現，而且不是弱意志，⁸ 則我們有權否定該意圖之存在。總之，行為V之為行為V，不是全靠是否有意圖去做V來決定，而與行為完全無關。

所以，我們的確有以行為來判定某意圖存在的時候，而應報主義者不一定會主張行為在決定罪責時就一定只是工具性的、次級的，而意圖是首要的。尼諾認為即使應報主義者引入行為作為有某意圖之證據，應報主義者仍認為行為只是工具性的、次級的（Nino, 1996: 138）。這樣的指控不對。

尼諾應該是想到像無謀殺之意圖之致人死，使得致人死之行動者可免除謀殺之罪。⁹ 無論如何，若無意圖去做V則行動者無做V之罪，則也不因所做的V受罰。若可罰則必有意圖。要點在：意圖可以決定一行動是什麼行動，有意圖去做V，則所做的是V；無意圖去做V，則所做的不是V。另一方面，一行動V也決定行動者有意圖去做V。事實上行動V與意圖去做V有一種交互關係，但是尼諾很不重視這一點，以致只看到意圖可以決定一行動是什麼行動，以致認為應報主義蘊含主觀主義。此外，如果某行為之為某行為在概念邏輯上就不能脫離意圖，這樣我們就看不出效益主義者或預防主義者在檢別一行為時就可以不涉及意圖。應報主義之所以考慮意圖，另一點理由應該在於一行為者之是否知情、是否有意、是否自願，就決定了是否該受罰。這也是尼諾的同意理論的關切重點，應報主義關切這些時不會是純主觀主義，如

8. 假定真有弱意志。

9. 這不表示行動者一定不涉及其他較輕的罪。而在極端的情況，也可能完全沒有其他的罪。

同尼諾關切這些時不會成爲純主觀主義。

(四) 責備與決定論相容－但是本文認爲奧迪及尼諾都未能提出一個令人滿意的相容論

尼諾認爲應報主義部分地基於一觀點，亦即，個人之心靈狀態（意圖、決定、選擇）是個人唯一能控制的（Nino, 1996: 138）。怎麼說？因爲如果一個人不能控制他自己的心靈狀態，那麼他就不該受責及受罰。

但是決定論者認爲，即使是心靈狀態也是個人不能控制的因素之結果。這些因素包括文化性的社會化、經濟結構、神經化學程序及心理創傷（Nino, 1996: 138）。尼諾假定決定論正確，卻也承認責備之角色，換句話說，他認爲責備與決定論相容（Nino, 1996: 139）。如果懲罰及所關連的責備仍舊有意義，那麼尼諾需要解釋爲何在不假定一個人能控制他自己的心靈狀態之下，我們仍責備一個人之行爲。尼諾解釋如後：(1)責備能用來使一個人未來不致於做相似的事，這是責備之調控（manipulative）向度；(2)責備可以抒發情緒，這是責備之反應（reactive）向度；(3)責備有其描述性（descriptive）向度，集中於人與其行動（即做某事）之連結。這第(3)點到底該怎麼理解？觀察前後文之後，他是說，責備僅基於所謂的描述性面相便可成立，亦即只要某人之做某事可責備，便可以責備。尼諾指出此點是應報主義唯一能接受的，而且對應報主義者而言，它使得懲罰有意義。¹⁰

當問及責備之理由時，人會把受責的行動者之行動及其意圖關連起來，例如說出「某人不該做某事，因爲某人做該事之意圖是惡的」（Nino, 1996: 139）。¹¹ 尼諾接受某人之出於意圖、決定或選擇做某事之現象，但是認爲

10. 第(3)點是是尼諾自己提出，而應報主義者也會接受。就此，尼諾與應報主義不完全對立。

11. 這是我參考上下文做的解釋，尼諾在這裡僅說：「責備描述某行爲與行動者之意圖、決定或選擇之關係」。他沒有清楚解釋他用的術語如「責備之描述性面相」、「描述人與意圖、決定或選擇之關係」、「描述行爲與意圖、決定或選擇之關係」。我們不清楚尼諾怎麼得到這難以理解的說法「責備描述...」。這裡所謂的描述性面相可以理解作指，某人之出於意圖、決定或選擇做某事。

不需要假定，某人做某事之意圖、決定、選擇不再受其他因素決定(Nino, 1996: 138-9)。之後有一個不明理由的大轉折，他說：「爲何責備不能只是承認一行動只是行動者的意圖、決定或選擇之產物，而無視意圖、決定或選擇之進一步原因？就像羅伯特·奧迪（Robert Audi）寫的：『我們的普通欲望及信念都不是那種因子，亦即那種外在於我們的行動，而我們一定要控制它們，才能控制我們的行動之因子。我們的普通欲望及信念是那種我們藉由它們才能表達理由的東西，及在某一義才能表達我們的本性。』所以，責備完全相容於決定論」（Nino, 1996: 139）。¹² 這一段文字沒有說明清楚爲何可以無視意圖、決定或選擇之進一步原因，也沒有說明責備與決定論怎麼會相容。

我們可將奧迪的想法大抵分成如後兩點理解：(1)我們不能毫無限制地控制行動背後的欲望及信念，但是我們仍可以控制我們的行動。¹³ 而我們之不能毫無限制地控制行動背後的欲望及信念，是因爲如果我們一定得控制行動背後的欲望及信念，就得藉其他行動去達到；而此種行動又有欲望及信念；此又得藉行動去控制；而此種行動又有欲望及信念；如此無限後退；所以控制是不可能的，所以我們不可能控制我們的欲望及信念（Audi, 1997: 164）。(2)我們不能毫無限制地控制我們的欲望及信念，但是我們可以基於反省特定欲望及信念而可能撤銷之（Audi, 1997: 164）。所以一個人對自己的個性（traits）仍負有三種責任，一是生成的責任（generative responsibility），對於已經產生的個性負責；二是阻卻的責任（retentional responsibility），對於自己察覺他人的義憤及受害感，而沒去努力改變個性的責任；三是預期的責

12. “Why couldn’t blame just acknowledge that an act was the product of the agent’s intentions, decisions, or choices, regardless of their ulterior causes? As Robert Audi writes, ‘Our normal wants and beliefs are not alien determinants of action which we must control in order to control it; they are that by virtue of which our actions express our reasons and, in some sense, our nature.’ For this reason, blame is fully compatible with determinism (Nino, 1996: 139).”

13. 奧迪原來的文字會誤導人以為他要論證：即使我們不能控制行動背後的欲望及信念，但是我們仍可以控制我們的行動。但是他的說明只能論證：我們不能控制行動背後的欲望及信念。至於我們仍可以控制我們的行動，奧迪於此是當作事實接受。但是在文章的稍早及稍晚他都認為我們有對自己個性之責任，這可以算作說明了「我們仍可以控制我們的行動」的意思。

任(*prospective responsibility*)，對於自己個性於未來該怎麼發展的責任(Audi, 1997: 160; 167)。尼諾顯然接受奧迪的上述想法，所以跟隨著奧迪而認為，一方面，我們的欲望及信念並非完全外於我們掌控的因子，責備一個人未盡到對自己個性的責任仍舊有意義。另一方面，我們不能毫無限制地控制我們的欲望及信念，這與欲望、信念受外於它們的事實所決定之假定一致(Audi, 1997: 164)。所以，責備與決定論相容。在決定論之下，仍可責備一個人的行為。

其實奧迪並沒有達到他所要論證的，說明如後：奧迪在第(1)點說明，僅為了控制一些欲望，我們不能、也不需要控制那些控制欲望的行動（在這裡指反省）。既然控制欲望已經可能，一定就沒有那種一個控制一個地無限後退。這在概念邏輯上就如此，不是能力的問題。可是這些都不蘊含我們不能去控制那些我們不能控制的、控制欲望的因素，因為奧迪所談的再控制全都是在可控制的層面，亦即他談的是我們不能、也不必去控制的、那些我們可以控制的、控制欲望的行動。而這些都不是決定論說的我們不能去控制那些我們不能控制的、控制欲望的因素。也就是說，奧迪論述的「不能控制」是說「不可能一直在控制」，這與決定論者所謂的「不能控制」不同。他的控制說並沒有安排不能控制的因素在內，以致他的說法並不相容於決定論，反而是不相容。換句話說，並沒有為決定論留一個空間，反而是擠掉了決定論。所以，也就不能主張責備與決定論相容。而尼諾跟隨奧迪，也就跟著錯。

主張責備與決定論相容後，尼諾問到，譬如如果意圖、決定、選擇不必然是行動者所能控制的，那麼我們為何還把它們當作責備之對象呢(Nino, 1996: 139)？這問題該如何理解？是在質疑決定論嗎？假定尼諾及應報主義者都認為責備與決定論相容，就不會再主張若責備可能則決定論不成立，而質疑決定論。這問題同時也不會對尼諾及應報主義者產生威脅。那麼尼諾想問什麼？尼諾提問題時應該不是在考慮決定論是否是個威脅，重點只是在質疑應報主義者將行動者之意圖、決定、選擇當作責備的對象。這樣去理解他的文，不造成他的思想的不一致。而尼諾心目中的正確責備，應該只是責備

一個人做錯事，並不責備一個人有不對的欲望或信念。尼諾的問題應該這麼說，如果意圖、決定、選擇不必然是行動者所能控制的，應報主義者為何還把它們當作責備之對象呢？

(五) 應報主義無法用性格理論去證成—但是本文認為尼諾未能成功地批評性格理論

只要應報主義者也像尼諾那樣主張責備與決定論相容，就不難回答這個問題，其答覆至少就在本文（四）提到奧迪指出人應為自己的個性負三種責任。譬如像奧迪那樣主張責備與決定論相容者，扣緊日常生活中的一些責備是在要求改善性格缺失，而此改善有再進一步涉及意圖、決定、選擇之改善，那麼，就著人可責成行動者改善性格，可證成應報主義者之責備行動者的意圖、決定、選擇。不過，尼諾卻未如此為應報主義者考慮，他應該是認為即使這樣回應仍有問題。他先考慮了應報主義陣營的一個薄弱說法。¹⁴ 然後考慮喬治·扶雷裘（George Fletcher）的性格理論。所謂「性格」是指個人的行為傾向（inclination）、特質（disposition）及一般能力（Nino, 1996: 140）。¹⁵

但是在批評性格理論之先，尼諾先指出性格理論之懲罰觀與應報主義本質相關：因為(1)性格理論者認為只當懲罰的輕重根據違法者所應受的來量度，這樣的懲罰才正義；(2)而違法者所應受的則根據他的性格（character）來衡量，亦即根據他是何種人來衡量（Nino, 1996: 140）。¹⁶ 尼諾認為性格理論之吸引力是在除罪之領域，因為我們會以人的正常及合理行為傾向、規律的反應方式及一般能力為標準，來衡量一個人根據其行為傾向作出的行為

14. 鳩拿生·葛樂佛（Jonathan Glover）論述「行動者與其意圖同義」。尼諾認為「那似乎不對，因為人的意向性太表面及短暫以致不構成行動者」。另外，「行動者與其意圖同義」的說法其實有語病，因為只有語詞與語詞同義。大概是想說「責備行動者之意圖與責備行動者相當」吧。

15. 「性格」一辭在此包括規律的反應方式（disposition），並不妥當，因為有些規律的反應方式很普遍，以致不認為構成一個人的性格。像是對於突然的飛來物，人會舉手去擋，或不自覺閉上眼睛；手觸電就立刻縮回等。這些不構成一個人的性格。只有個人獨特的傾向及慣常反應方式構成一個人的性格。

16. 尼諾還提到第三點，由於不切合本文論述，就略去。

是否不得不出合理期待的範圍，如果可以，就可除罪。譬如當一個人受脅迫（duress）而違法，我們認為可以免除罪責，這是因為在脅迫之下，我們不能合理地期待他還有其他的行為可能性。如果一個人因精神失序（mental disorder）而受某種心理強制驅使，我們也不能合理地期待他的行為會符合法律規範（Nino, 1996: 139）。既然性格理論之懲罰觀與應報主義之懲罰觀本質相關，批評性格理論之懲罰觀也就批評了應報主義之懲罰觀。

他的批評可分成三點如後敘述：(1)性格理論不能避免主觀主義。因為評估行為者之道德性格，就是評估他的特質、傾向、能力，而這些又表現於欲望、信念、情感，乃至於意圖、決定、行動上。

(2)同時因為性格理論的主觀主義立場，責備只落在意圖、決定、選擇上，完全無關於隨此而來的行為或不行為。這導致，未產生外在傷害、僅是出於惡意的表達，就得懲罰，並且任何不具體表現出行為者善意之辯解都不使得免罰（Nino, 1996: 140）。

(3)尼諾認為性格理論下的國家涉入至善論（perfectionism），亦即會贊同德行的某些理想典範作為責備之標準，責備就是斷言一個人的道德性格未及那個理想典範。但是一個自由的國家既然遵守個人自主之原則，讓人可以自由選擇他的理想典範，就不應該進行這種責備或讚美（Nino, 1996: 140-1）。

第(1)點批評粗了些。如第(1)點所言，評估性格會涉及欲望、¹⁷ 信念、情感，乃至於意圖、決定、行動，這當然不是只涉及意圖。這裡也就沒有尼諾所擔心的只以意圖為判準，不考慮行為的純主觀主義。有關主觀主義的討論請見本文（三），於此不再贅述。

第(2)點其實是批評了一個弱的性格理論。性格理論可以增強到免除這個批評。譬如，責備並不只落在意圖、決定、選擇上，還包括行為。惡意尚未施行有可能不罰或根本不罰。這些說法之引入都不影響性格理論之核心特徵，像一個人該為自己的性格負責等。

17. 未必一定是道德方面的性格。

對於第(3)點，性格理論者未必以至高境界的德行爲其標準，僅以人的正常及合理行爲傾向、規律的反應方式、一般能力及該有的道德表現爲標準，來衡量一個人根據其行爲傾向作出的行爲是否超出合理期待的範圍，就不會有過高的標準。也允許每個人有他自己的理想典範。但是這樣的典範不該是一種不道德的罪惡，所以國家仍持一個人該有的道德表現作爲標準去衡量一行爲是否該責備。合理的自主一定不可能包括自主地不道德。

(六) Arendt 之認爲不可能原諒及懲罰極惡 (radical evil) ，是因爲她採取應報主義的立場－但是本文認爲應報主義仍能懲罰極惡，不一定導致不可能懲罰極惡之結論

尼諾認爲 Arendt 對懲罰極惡抱持應報主義的立場，才得到不可能原諒及處罰極惡的說法。怎麼說？(1)我們需預設人們互動及溝通之架構才能責備誰違反人權。那些違反人權的人把他們的受害者看成是次人類，我們很難想像他們能被納入人們互動及溝通之架構，因爲加害者否定其受害者。所以，對加害者之適切反應是停止責備的態度。這近似於對待精神失序者之態度，我們不是因爲精神失序者失序，而是因爲精神失序者推翻了責備加害者的互動架構，超出了人道之範圍 (pale of humanity) (Nino, 1996: 141)。

(2)Arendt 也質疑懲罰及赦免極惡之可行性/是否可能 (viability)，因爲據應報主義，責備及應報性懲罰一定得比例到所犯的惡之大小。那麼殺死六百萬人的極惡與一般的謀殺，兩者該受的懲罰如何能區分開呢？何況人還主張廢除死刑及不可虐待囚犯 (Nino, 1996: 141)。

(3)根據前面的論述，應報主義的責備一定需要評估行動者的性格。Arendt 也問到 Eichmann 那樣的人的性格。如果 Eichmann 的個性充滿仇恨、殘暴，我們還可以就著他應該爲自己的個性負責而責備他。但是他並沒有特別仇恨那些受害者；他極尊重既有的秩序、法律及規定；還知道康德的定言令句，知道自己沒有服從它；他組織大量殺人的技術層面事項，在於提升自己的事業，不在傷害他人，傷害他人是他自己事業提升之後果而不是手段。最後，

Arendt 認為 Eichmann 的態度是平凡的邪惡 (Arendt, 1977)。尼諾問到，我們要責備非充滿恨意的、非殘酷傾向的、平凡的個性嗎？就此，應報主義顯然不適合極惡之懲罰 (Nino, 1996: 142)。

對於上述三點，應報主義不是不可能回應。對於第(1)點，如果加害者真的精神失序，只能認定不罰，因為加害者無法為他的行為負責。不這麼主張的人才會認為應報主義者認定的不罰是不對的。可是我們看不出這不這麼主張的人有什麼充分的理由。因為：精神失序者之該被治療，在平時精神失序者未造成傷害時即如此，若是已造成傷害，只是亡羊補牢。精神失序者之該被治療，如同一個生病的人該被治療。如果後者不是懲罰，則前者也不是懲罰。精神失序者之該被強制治療及隔離，如同嚴重傳染病患之該被強制治療及隔離，如果後者不是懲罰，則前者也不是懲罰。

加害者將受害者看成是次人類，這有沒有可能不是精神失序，而是超出人們互動及溝通之架構，以致無法責備那些加害者呢？有些美國人將黑人看成是次人類，但是那些不將黑人看成是次人類的人仍舊責備那些將黑人看成是次人類的人，而這樣的責備帶來效果，也有意義。現在歧視黑人的情況果然比過去減少得多。既然如此，這裡沒有超出人們互動及溝通之架構。同樣地，去責備那些違反人權而把受害者看成是次人類的人也是有意義的。

此外，如果有人堅信某某種族低等，而說「某某種族低等」，而我們說「那不對」，事實上雙方理解彼此意見，也知道彼此意見相左，這表示彼此在互動及溝通中。如果所謂的互動及溝通要到能以論述說服對方，或者以其他方式令對方接受己見，那麼這樣的標準過高。有的時候彼此不接受對方意見，雖無折衷方案，但是雙方願意避免衝突；有的時候以折衷方案收場。這顯然也是互動溝通的型態，沒有超出互動溝通的架構。有的時候彼此不接受對方意見，無折衷方案，也無意避免武力衝突。我們說，這是不該或最不好的方式，而不是說這裡超出互動溝通之架構。而且「這是不該或最不好的方式」之說法是有意義的。如果這裡超出互動溝通之架構，我們不能用「這是不該或最不好的方式」去責備歧見的雙方。

對於第(2)點，假定我們對一般謀殺的懲罰已至上限，而罪與其罰之比例相稱是任何懲罰理論不該放棄的原則，那麼這裡無法達到罪與罰之比例相稱不是應報主義獨有的問題，因為沒有一種懲罰理論可處理這樣的極端狀況。

但是這也不必像 Arendt 那樣結論到「懲罰極惡是不可能的」，因為懲罰極惡是可能的，通常我們至少讓犯行者接受一般的謀殺之懲罰，或判數百年、千年的監禁。所以，「無法比例到所犯惡的大小那樣去懲罰極惡」不蘊含「懲罰極惡是不可能的」，至多蘊含「對極惡之懲罰總是不夠」。僅就著對極惡之懲罰總是不夠，而說「對極惡之懲罰總是不適當」，並沒有錯，但是要注意：(a)有去執行怎麼罰都不夠的罰與不去罰對比，前者道德，後者不道德。單單用「不符合比例原則」或「沒有公平對待所有的受罰者」去質疑極惡之懲罰之不足，而未注意到這裡涉及極端情況，是有所不足。(b)單單只說「對極惡之懲罰總是不適當」，而未澄清這僅是就著對極惡之懲罰總是不夠而說，就易誤導人以爲懲罰極惡是不可能的。應報主義者只消主張「除了已經超過懲罰上限之極惡無法給予比例的懲罰外，其他懲罰都應比例於其惡。而對極惡應該給與最極刑」便可。

對於第(3)點，尼諾的問法「我們要責備非充滿恨意的、非殘酷傾向的、平凡的個性嗎？」並不公平，首先，Eichmann 的惡在其個性上並非典型的窮凶極惡，而是普通常見的惡，用「非充滿恨意的、非殘酷傾向的、平凡的個性」去說並不準確。其次，更重要的是，這不是罰不罰普通常見的個性的問題，主要是罰其惡行。個性之矯治另行處理。

以上檢視了尼諾對懲罰理論中的應報主義的批評，底下檢視他的懲罰之同意理論。

三、懲罰之預防主義之精緻化－懲罰之同意理論

預防主義主張，如果懲罰能有效而經濟地防止社會發生相較於懲罰中之惡而為較大的惡，那麼此懲罰是合法的。這裡所主張的也稱明智保護社會之原則（principle of prudential protection of society）。這原則還必須滿足四條件：(1)有效：懲罰必須成功地避免惡。¹⁸ (2)經濟：懲罰產生最少的惡。(3)平衡：包含於懲罰中的惡少於被避免的惡。(4)包含：因受罰而受之惡一定得在平衡中被計入（Nino, 1996: 142）。¹⁹

尼諾認為惡在於：²⁰ 妨礙個人的自主性。而因為人的傾向、特質（disposition）、意圖、信念與欲望只會傷害自己的利益，不會直接傷害他人的利益，所以在描述法律以懲罰來防止的事時，這些因素不會有地位。譬如，法律應該防止某人死，而不是防止一個人去殺另一人之希望或欲望（Nino, 1996: 142-3）。

尼諾指出，對懲罰之純功利主義證成（懲罰僅作為手段，以對他人有利）康德派的批評是對的。但是欲對此缺陷修正，不需回到應報主義，只需把預防主義再精緻化。這精緻化就是尼諾的懲罰之同意理論（Nino, 1996: 143）。²¹

見於契約、婚姻、侵權行為（torts）及政治代議（political representation）中之責任及利益的分配，即使不平等，也可以因為承擔責任者同意承擔而被

18. 指「避免未來的惡」或「避免未來較大的惡」。

19. 因為尼諾似乎認為凡懲罰皆為惡，所以用「懲罰中之惡」一語。詳見本文的討論。不主張懲罰是一種惡，預防主義之精神仍可以後面的敘述維持：如果懲罰能防止（未來）社會發生相同的惡，那麼此懲罰是合理的。依此版本，第(2)、(3)、(4)條件都不必要。

20. 尼諾並未限定清楚此惡是指哪種惡，但是由後文可知，這裡的「惡」至少不泛稱任何惡。此惡多半是指「行為的惡」或「法律懲罰上的惡」，或者就是指「妨礙個人自主性的惡」。尼諾主要是想說法律只應懲罰妨礙個人自主性的行為的惡，至於沒見諸行為的惡念不罰。

21. 此理論的詳細說明及辯護見 Nino (1983; 1991: 256-98)。

證成。在許多情況行動者僅採取某一種行動（像登上公車或計程車、在餐廳點菜、在拍賣時舉手、自超市的架上拿下東西），便隱默同意有某種義務或責任。這並不需要行動者明說願意承擔某種規範性後果（反映於義務或責任），只需要行動者知道某種規範性後果是其行動之結果（Nino, 1996: 143）。

這種隱默同意也適用於刑法，而說明為何犯行者需擔負責任。只要法律有尊重人權，是在合法的機制下制訂，並考慮到明智保護社會之原則，那麼我們可以說，行動者因有意犯罪而同意承擔罪責，知道那罪有某些必然的後果。責任及利益之不平等分配是因為行動者當犯罪時，同意應負罪責（Nino, 1996: 143-4）。

但是Scanlon認為Nino的嚴格型同意適用於契約情況，不適用於損害及侵害的情況，因為損害及侵害時，犯錯者不一定知道損害及侵害賠償法，及法律上自己得承擔賠償之風險。而在契約情況，簽約者雖不一定知道他自己放棄的某些法律權利的內容，但是他知道自己放棄了某些法律上的權利。這時簽約者有同意什麼（Scanlon, 1999: 264）。這樣的批評在法律條文多的國家的確成立，一般人大多不知道法條內容為何。不過Nino可以回應到，犯錯者不一定知道錯誤行為的特定法律後果，只需知道會有法律後果即可。²²

（一）在尼諾的同意理論中，同意是證成懲罰之必要條件

Scanlon針對尼諾的同意理論，指出有機會避免損害的行動者之所以該受罰，不在於他當時知道自己行為的規範性後果，而在於他更早就已經知道自己行為的可能後果及可採行不同的行為去避免損害（Scanlon, 1999: 266）。²³ Scanlon在此卻不是否定同意的地位，而是說明他所理解的同意理論中的同意

22. 在實際操作上，每一個被告都以同意作為必要條件，則法庭審理窒礙難行，因為被告可辯稱他不知道有某某法條，以致無任何同意。一般都認為對法條的無知不是除罪的理由，此點 Ronald B. Standler (1998) 有提到。

23. 這裡是本文對 Scanlon (1999: 266) 第一段的解釋。文本晦澀，不易讀出這個意思。主要是依 Scanlon (1999: 267-8)，再回過頭來解釋第 266 頁。

的地位，因為他認為同意只是證成懲罰的必要條件，而非充分條件（Scanlon, 1999: 266）。更清楚地說，有機會避免損害的行動者之該受罰，不在於他當時知道自己行為的規範性後果，而在於他當時知道自己行為的規範性後果之下，他更早就已經知道自己行為的可能後果及可採行不同的行為去避免損害。而尼諾雖然沒有明說同意作為必要條件，但是他有一段完整說法暗示這一點：「若施行懲罰是一有正當理由的責任，而且施行懲罰的權利是合法的，而且懲罰剝奪的是可以讓渡的權利，而且懲罰是防止社會遭受更大傷害的必要、有效手段時，那麼個體之已經自由同意，使他自己有義務受罰（在知道同意就一定得放棄免責之下，而自願如此），而懲罰他之初步道德證成也就有相關的法律力量。」（Nino, 1983: 299; Scanlon, 1999: 266）。於此，預設了好幾個條件，同意才證成懲罰。所以，同意不是證成懲罰之充分條件。

之後，Scanlon 認為不必強調同意之地位（Scanlon, 1999: 268）。他對尼諾理論提出兩個問題，第一個是犯錯者通常因為相信自己並未違法，或者相信自己道德上有正當理由，而未想到是否違法，以致行為時並不知道自己的行為的規範性後果，亦即不知道自己必須擔負法律上的懲罰。那麼他們之該受罰是否還依於他們知道自己行為的規範性後果（Scanlon, 1999: 267）？本文認為這是犯錯者及他人在認知違法行為上的不同而引起的問題，並非真正批評到同意理論，因為同意理論者仍可主張行為者之知道某類行為的規範性後果，亦即知道某類行為必須擔負法律上的懲罰，這就形成證成懲罰之必要條件。至於他的行為是否屬那一類，可以再辯論。這是實際的操作問題，同意理論不負責提出一行為是否屬於該受罰的那一類之判準。

Scanlon繼續問第二個問題：如果他們之該受罰不依於他們知道自己行為的規範性後果，依於什麼（Scanlon, 1999: 267-8）？²⁴ Scanlon指出依於犯錯者其實有公平的機會去避免違法，去避免受罰。需要澄清的是第二個與第一個問題只是表面相關，因為第一個問題是在認知違法行為上的不同而引起的

24. 原來於 Scanlon (1999: 267) 第二段的提問不清楚，本文依其文脈解釋第二問題為如此。

問題，那麼這就不會導致「同意不能證成懲罰」之結論。那麼第二個問題其實可以獨立於第一個而提出。第二個問題其實早在Scanlon（1999: 266）就已提出於（1999: 267-8）則加了清楚說明。Scanlon顯然也給了第二個問題一個答案，但是理由呢？Scanlon沒有清楚說明。

尼諾不致於認為一個人在別無選擇之下犯錯，就仍得受罰。尼諾在證成懲罰時應該是預設犯錯者在行為時是有選擇的。回想本文前面提過的尼諾基於後面兩點認為責備與決定論相容：「(1)我們不能毫無限制地控制行動背後的欲望及信念，但是我們仍可以控制我們的行動。…(2)我們不能毫無限制地控制我們的欲望及信念，但是我們可以基於反省特定欲望及信念而可能撤銷之（Audi, 1997: 164）。所以一個人對自己的個性（traits）仍負有三種責任」。本文（四）如此，尼諾當然可以將「犯錯者其實有公平的機會去避免違法，去避免受罰」併入考量，而在他的理論中明說出來。

Scanlon 看到一點：同意只是必要條件；但是沒看到他自己提出的「犯錯者其實有公平的機會去避免違法，去避免受罰」也只是必要條件。同為必要條件，這裡不該有強調這個不強調那個之問題。從擁護同意理論的角度看，Scanlon 雖然沒有打倒尼諾的說法，但是澄清了同意作為必要條件，並且使同意理論的某些面相被明說出來。所以他們的說法可以合起來成為：若施行懲罰是一有正當理由的責任，而且施行懲罰的權利是合法的，而且懲罰剝奪的是可以讓渡的權利，而且懲罰是防止社會遭受更大傷害的必要且有效的手段時，而且犯錯者其實有公平的機會去避免違法，去避免受罰，而且犯錯者之已經自由同意，使他自己有義務受罰（在知道同意就一定得放棄免責之下，而自願如此），那麼施行懲罰者有初步的道德證成去施行懲罰犯錯者。

（二）預防主義對處理極惡之損益評估

那麼對於大量違反人權的、通常都涉及大量的殺人的極惡，預防主義如何處理？對於審判違反人權者所帶來的遏阻及效益有些質疑如後，(1)違反人權之政府常常來自軍事政變，審判及懲罰違反人權者，可能可以遏阻政變，

因而遏阻之後的違反人權，但是這可以透過只審判及懲罰政變者以遏阻政變而達到。(2)穩定的民主政治未必靠懲罰違反人權者，盟國的的勢力也扮演一個角色。(3)審判及懲罰違反人權者可能導致民主政治崩解，因為有些勢力害怕審判的結果，就去瓦解民主政治（Nino, 1996: 145）。

尼諾以他自己的預防主義立場必須更具體地說明懲罰極惡之可能效益明顯超過可能傷害。尼諾認為要深入分析極惡審判之效益，就得深入到極惡之因，也就是極惡在地發生的因素，像是尼諾的國家阿根廷當時的一些弊病（Nino, 1996: Chapter 2）。這當然是對的，但是本文不再跟隨。僅將尼諾提到的 Judith Shklar 提出的三點列舉，因為這些似乎都是比較一般，而沒有那麼地依於特定時空的效益：(1)審判將使得殘酷的行爲的性質及範圍變得清晰，因為極權主義政治藉著混淆及誤導價值及事實而茂盛。譬如德國近年來的納粹主義就藉著否認大屠殺之歷史事實而起。(2)無私的審判促進以法治理。因為無私與合法的審判，與過去的加害者之漠視法律，或法庭之漠視被告的辯護、漠視證據的充分等對照之下，以法治理自將勝出。(3)審判可以減少私人報復。尼諾補充兩點：(4)審判恢復並建立那些被侵犯人權的受害者（作為法定權利的持有者）的尊嚴，因為人們在法庭上尊敬及同情地聽了他們的苦楚，群眾公開討論惡行，官方也譴責加害者的惡行，並認定真相。(5)審判促進公眾的審議（public deliberation），對抗那些削弱民主政治及大量違反人權的極權主義傾向。所有的公眾的審議都可對抗極權主義傾向，但是以極權主義傾向為主題的公眾審議效果更佳。審判發掘出的真相成為公眾的議題，導致自我檢查，人們開始問「老爸，這些事情發生的時候你在哪裡？」。而公眾的討論是受害者情緒的宣洩口，促進受害者恢復自尊，也促進了公眾團結（Nino, 1996: 146-7）。

審判極惡也不是只有效益，毫無不利。尼諾提到(1)審判有損及民主政治穩定性的風險，可能導致更多的違反人權。也可能在社會上造成激烈的對立及敵意。(2)審判也可能違反以法治理的某些原則，像是禁止懲罰過去沒有立法去罰的行爲之原則，導致審判自身的合法性反而被質疑。(3)審判會造成加

害者之（應得的法律懲罰之外的）傷害。²⁵ 在某些情況，這樣的傷害相對於加害者過去所做的傷害小得多，但是在某些情況又相對大些，像是加害者之親人或親戚或同事會因為夥伴關係而連帶被責備（Nino, 1996: 147-8）。

上述一般性的利益傷害之分析是否完整，在政治考量上重要，人可以繼續補充，但是這些在衡量應報主義及預防主義上並非核心，因為(1)人看不出這裡的分析一定只屬於預防主義者，因為應報主義者也可以作同樣的分析，而不妨礙他主張應報主義。應報主義者不需否認對違反人權事件之審判會有的效益，更不需否認帶來更大的傷害是不道德的。詳見本文(四)1.的討論。

而且(2)當論及效益時，往往有其它方式會產生相同效益甚至更大效益的狀況，而這其它方式或許是較輕的懲罰，甚或與懲罰無關。譬如，成立一種不以懲罰為目的、只以真相及赦免為目的的真相與和解委員會（**Truth and Reconciliation Committee**），也會使得殘酷的行爲的性質及範圍變得清晰，也可促進公眾的審議；卻降低民主政治不穩定的風險，也不違反以法治理的某些原則；而以法治理的精神就由教育及其他方式慢慢實現；至於受害者的自尊則以其他方式一定程度的恢復與建立。舉這樣的例子當然不是為了評估這種方案的可行性，而是想突顯後面問題：假定較高效益、較低傷害是證成懲罰的首要原則，當找到一方式，使得不罰才會得到較高利益、較低傷害時，罰或不罰有些明顯該罰的行爲，可能變得有爭議而無解，因為：不罰而遭到的批評是，它違背正義，對社會造成某種傷害；罰而遭到的批評是，它違背較高效益、較低傷害的效益原則。這裡沒有精確的方法可以計算出精確的損益。是一個效益主義內部的老問題。若不以較高效益、較低傷害為首要原則，應報主義的立場就會較勝出。

(三) 對尼諾學說之內在批評

尼諾認為他精緻了懲罰之預防主義。本文認為(1)如果尼諾批評應報主義

25. 括號（）中的文字為本文作者所加，以使文意可通。

是某種主觀主義，那麼隱默同意（*tacit consent*）應該也被批評，因為如果意圖之現象有認定上的困難，那麼隱默同意之現象也有。尼諾自己立場不一致。

(2)同意概念之引入是想指出行動者已經同意某一類行為須負法律責任，而負責之概念明顯來自應報主義。我們沒有充分的理由認為，引入同意理論就精緻了預防主義，而沒有精緻應報主義。至少同意理論並不明顯導生自預防主義。而且，尼諾將預防及同意兩種理論放在一起，那麼至少必須處理後面的問題：到底利益傷害評估及同意負責這兩個證成懲罰之理由孰輕孰重？為何這兩種理由沒有彼此競爭的關係？

(四) 對尼諾學說的外在批評

1. 應報主義（或義務論）與預防主義（或效益主義）這兩塊的界線有一交融段

(3)如果當事人已經接受或熟悉相關的道德規範，也知道什麼行為涉及什麼規範，說他在行動時有隱默同意，正確；如果當事人不接受或不熟悉相關的道德規範，如何能說他在行動時有隱默同意？如果尼諾承認當事人無隱默同意，而仍須負責，他就仍是應報主義立場。即使尼諾承認當事人因隱默同意，而須負責，只要同意負責作為判準優於效益作為判準，他至少不是預防主義的立場。

本文認為考量懲罰後果當然必要。應報主義者，或者義務論者，對於利益過度恐懼。應報主義不需否認處罰可以防止未來相同的罪行，不需否認保護社會之必要性。理由是：防止未來發生相同的罪行是道德上應該的。應報主義者，或義務論者沒有理由拒絕。那麼本文這裡是不是效益主義呢？到底這是利益考量，還是道德考量？到底利益考量與道德考量之界線如何？

針對效益主義，本文認為應該要考慮在評估利益與傷害時是不是還有其他考量不以利害作為判準，卻仍是道德的考量。如果促進最大利益是不道德時（例如，在一小島上的全部島民集體欺騙其中一個最富有的島民），還能去做嗎？顯然不能單純以促進利益作為一行動道德與否之判準。有時候，促

進最大利益與道德無關（例如，一小島上的一半小孩都用一隻紅螞蟻跟另一半小孩換一隻黑螞蟻），那麼為何有時候促進最大利益竟然會與道德相關？顯然不能以促進利益作為一行動道德與否之判準。如果造成較大傷害是道德的（例如，以火箭彈將一輛要開砲轟死一個無辜者的一車坦克惡徒炸死，以阻止他們傷人），就不能去做嗎？即使不單純以是否造成傷害作為一行動道德與否之判準，而以此傷害是否防止更大的傷害作為道德與否之判準，這個例子仍否定這樣的單一判準之可行性。即使加入「促進更大的利益」也無法消解這困難。更重要的是，上述例子都顯示，道德與否不是單純依憑於（*supervenient*）較大利益、較小傷害的性質。既然如此，沒有理由在道德考量時只看損益。由此，難怪會有後面的老批評：至於懲罰，當然不能僅以懲罰是否防止更大的傷害作為為何要懲罰之理由，否則會有懲罰無辜者以防止傷害的可能。也會有尚未施行，僅有犯意言論的階段就逕予懲罰的可能。所以在證成懲罰上，保護社會一定不是首先的理由，而是其次的。²⁶ 應報主義提到的當事人應為其錯誤負責，並沒有錯。尼諾用犯行者同意行為之規範性後果去說明犯行者應為其錯誤負責，其實已經在他的學說中併入應報主義的要素，只要同意作為判準優於效益作為判準。

2. 就算有同意一行為或不行為之規範性後果，也不是在每一件事都能說明懲罰之應當，那麼同意到底有多重要？

(4)如前面(一)節所澄清同意只是證成懲罰之必要條件，還需其他條件配合才能證成懲罰。犯行者之同意，並不能真正說明懲罰之應當，除非至少原來之同意受罰是同意：未完成一件不違背道德、不違背人權、不違法的事而必須受罰。譬如，黑幫老大要求每一個份子去殺十個人，沒完成就剁一隻手，大家齊聲呼諾。在這裡，要求每一個份子去殺十個人是一件違背道德又違法的事。假定有一個份子沒有去殺人，去懲罰他怎麼會是道德！屬下該服從的

26. 康德 (Kant) 在《道德底形上學》中認為應報是首先的原則，而效益是其次的。但是他未說明所以然。Corlett 發揚及採行康德學說，卻也未能說明所以然 (Corlett, 2004: 45)。

僅是合乎道德、合理的命令。去懲罰一個沒有去做違背道德的事的人當然不道德。這不會因為屬下曾經明說允諾，或是因為屬下隱默同意「必須服從老大的命令，否則剝手」而有所改變。後面的例子也相似：班長要每個士兵去強暴婦女，沒有去做的就槍斃。而接受高利貸者至少也是因為原來之同意受罰是一件不合理的事，所以法律不去追討接受高利貸者欠下的債務，反而取締高利貸。

同意到底有多重要？無法確定當事人是否同意自己行為之某種規範性後果，是否違反受罰者的自主？甚至我們假定黑道份子已決定接受黑道規範，若不服從命令就該被剝手。現在第三者卻對沒有去殺人的人說，那規範不當，你不該被罰，這不是妨礙黑道份子的自主性嗎？或反過來，第三者對有去殺人的人說，那規範不當，你該被罰，這不也是妨礙黑道份子的自主性嗎？「一個人應該自主地去做不道德的事」是邏輯上不可理解的事，因為一個人應該做的是道德的事。如果一個人自主地做違背道德的事，他人有義務去阻止。如果這樣是違反自主違背道德的人的自主，這樣的違反不是不對，而是對。同意理論的自主概念只未脫離守諾之單一道德規範，卻脫離其他的道德規範，因為它允許人自主地做違背道德的事而不受罰，而且禁止人去罰自主地做違背道德的事。這樣的自主性與任意性的差別不大。

同意在此到底扮演什麼角色？我們的確會說，因為某某人之前已經同意某一類行為該罰，所以他現在做了該罰的事就該被罰。譬如，兩個人玩某種遊戲，雙方同意輸的人得罰做一樣菜。買賣雙方約定買方於收到貨三日內付全額款項，若有違背，每延一天願意加繳多少多少錢。由前面提到的黑幫例子可知，在所同意的規定及其罰則都沒有違背道德的情況下，這樣的同意才可接受。同意表示雙方的任一方啓用某種規定。但是這不必然能證成該規定，以及違反規定後的懲罰，因為若規定違背道德，懲罰依然該被拋棄。道德仍然凌駕在規定之上，是懲罰之道德正當理由之來源。我們提出「因為你同意了」，是想說對方不可以反悔，違背承諾。這是藉證成不可以反悔，來證成

懲罰。²⁷ 但是這種證成不是在每一件事都適用。「當事人或雙方都同意了」並不一定在每一件事都表示「懲罰在道德上有正當理由」，因為若整件事違背道德，仍將使得懲罰在道德上無正當理由。

3. 不是在所有情況沒有同意承擔某種規範性後果就不需負責

(5)此外，為什麼某人該負責，為什麼某人有責任之問題是否一定要基於同意呢？因為，如果當事人矢口否認他曾有任何形式之同意承擔某種規範性後果，是否就不需負責呢？人未必總有辦法找到當事人隱默或明說同意之證據，²⁸ 尤其是假裝服從社會規範不等於同意它們。對於這樣的矢口否認，本文看不出一定是不需負責，至少不明顯在所有情況不需負責。尊重個人自主當然是個好原則，但是要到什麼程度？

即使侵害或損害之際他未同意應負相關法律責任，事後了解到這是合理規範，也就應負起該負的責任。為什麼呢？在大部分的情況，我們認為一個在社會中成長的成年人已經有足夠的年歲去了解及學習道德規範，除了「人若侵害或損害他人，則至少應盡力負相關法律責任，否則就不公平」的道德規範外，還包括：「要好好做人」或「要做一個好人」這一類的老生常談的基本道德規範。所以，成年人已經沒有正當理由去推托自己應負的責任。

設想有些智力無礙的人在犯錯後，被諄諄告誡某些行為為什麼是罪，不應該再犯。他們要嘛給一些假承諾，要嘛不明顯有同意承擔某類錯誤行為之規範性後果。總之，沒有任何隱默或明說的同意。下次又犯同樣的錯。我們能忍多少次、該忍多少次？一般言，我們給予犯小錯者機會；常常還不只一次。如果犯的錯不是小錯，而是大錯，又如何呢？這樣的人的犯行就不必承擔規範性後果嗎？我們仍去罰他，因為累犯聽懂告誡就行，重點不在他是否

27. 其實即使是沒有罰責的事，人也可以引用對方之同意，來證成對方之必須履行及不可反悔。

28. 損害者的日常行為未必顯示他已經隱默同意自己的損害行為應該有法律上的後果。例如，某人遭到侵害或損害，就會報警處理，並認為損害者應擔負法律上的後果；而別人遭到侵害或損害，他也可能會如此認為；但是這些無法讓我們推論出：他隱默同意如果損害者是自己，他應擔負法律上的後果。因為他可能自私地認為不應擔負法律上的後果，儘管他的理由有多薄弱，有多麼容易被駁倒。

同意。他必須學會為其惡行負責，或者他必須負責學會為其惡行負責。某些形式的懲罰有時候就是一種啓蒙，而且懲罰是一種比口頭告知不可以做什麼更為嚴峻的命令。

人可能會在這裡反對，認為「一方將自己認定或論證的善惡加諸到另一方，而未獲另一方的同意」的問題在怎麼知道自己認定或論證的善惡是真正的善惡呢。本文認為如果這是一個問題，同意理論也有這個問題，因為怎麼知道兩方都認定或論證的善惡是真正的善惡呢。人或許認為兩方認定或論證的比一方認定的好。若更多的人有錯誤的善惡認定或論證，並因此施行懲罰，怎麼會好！

但是懲罰者及犯錯者彼此有不同價值信念時怎麼辦？一般言，不是嚴重錯誤的行為，我們可以不去罰；嚴重的，我們還是會去罰。即使懲罰者及犯錯者彼此有不同價值信念時仍舊如此。譬如，有的父母認為孩子無論如何應該要聽父母的話，因為小孩是我生的，我養的；或者如果沒有聽我的話去嫁給有錢、標準父權的色男人，我就不給她吃飯；或者如果沒有聽我的話去下海，我就不養她。而女孩也聽進了。這是存在於家庭中的規範。特別是，我們知道那規範是惡規範。家暴法就直接介入這種父權暴力家庭，對施暴者加以懲罰。理由呢？自主或無知都不表示可以違背道德。不同道德觀下的自主，或不同道德觀下的無知可以獲得罪責的減輕，但是不一定會免罰。不是只有完全不妨礙被罰者之自主性的懲罰，才算是適當的懲罰。

簡單地說，如果訴諸隱默或明說同意作為懲罰的必要條件，則在許多明顯該罰的情況我們必須束手：不同的生活圈中的道德規範不盡相同，對法律規範的知識也不盡相同，就沒有隱默或明說同意我們所知該罰的情況；即使生活圈相同、對法律規範的知識也相同，有些情況找不到令當事人受罰的隱默同意。

但是若某人不知道自己所做違背道德而該被罰，我們能罰他嗎？同意理論使得個人認定成為關鍵，導致是否應該受罰相對於行動者，是某種相對主義及主觀主義，損及「某某應該受罰」這樣的判斷之客觀性。「那麼是否可

以不要這客觀性呢？」，日常生活中常以「每個人都有自己的看法，沒有正確答案」去處事的人如此建議。那麼，法律與道德崩解，因為每個人都有自己的看法，沒有正確答案。而且「每個人都有自己的看法，沒有正確答案」，是一種自我毀滅的話，因為別人會質疑，既然沒正確答案，為何那看法正確！

四、結 論

某些犯罪者辯稱自己對情況不了解，純粹服從上級命令，一種常見的反應是「真的對情況不了解嗎？」因為成年人對於社會道德規範已經有相當程度的理解，官員對於法律規範也有相當程度的理解，人們生活在這些規範之中，對規範至少有隱默之知，而這種知表現於相關的行為上，而且常有隱默的同意。尼諾的同意理論抓到這個面相。對於嫌犯用自己對情況不了解來為自己除罪，只要證據充分，就可以用他其實有隱默同意去回應。

尼諾對應報主義抱怨最深的恐怕是應報主義未實現人的尊嚴原則，而代以他的同意理論，並顯示他的自由主義色彩。可能正因為如此，他幾乎是不遺餘力地批評應報主義。不過這應該是過度劃清界限了吧，因為同意理論一定程度地併入了應報主義的「負責」概念，而同意理論與預防主義之結合反而是強硬湊合。此外，更重要的是，本文指出在打破應報主義與預防主義的不當對立後，一理論可能適當安排應受（*deserving*）、同意及效益的地位。

對於極惡之審判，尼諾顯然不會同意「不可能！」之說，在道德上當然該懲罰極惡，否則冤魂嚎神鬼泣、正義滅是非濁。但是在懲罰的道德理由上，如何面對種種質疑而說服自己及他人，是必須努力去做的。相關的損益問題、法律問題、政治問題更須去分析、去處理。作為一位先行者，尼諾做到了。

參考書目

- Arendt, Hannah. 1977. *Eichmann in Jerusalem—A Report on the Banality of Evil*. New York: Penguin Books.
- Audi, Robert. 1997. *Moral Knowledge and Ethical Character*. New York: Oxford University Press.
- Corlett, J. Angelo. 2004. *Responsibility and Punishment*. 2nd ed. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers.
- Nino, Carlos S. 1983. "A Consensual Theory of Punishment." *Philosophy and Public Affairs* 12, 4: 289-306. Also in John Simmons et al. eds. 1995. *Punishment*: 94-111. Princeton: Princeton University Press.
- Nino, Carlos S. 1991. *The Ethics of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Nino, Carlos S. 1996. *Radical Evil on Trial*. New Haven: Yale University Press.
- Scanlon, Thomas M. 1999. "Punishment and the Rule of law." in Harold Hongju Koh, and Ronald C. Slye. eds. *Deliberative Democracy and Human Rights*: 257-271. New Haven and London: Yale University Press.
- Standler, Ronald B. 1998. "Differences between Civil and Criminal Law in the USA." <http://www.rbs2.com/cc.htm>. Latest update 19 October 2002.

Nino on Punishing Radical Evil—Some Considerations

Wei-Cheng Kung^{*}

Nino's doctrine of justifying punishment is examined in this article. He speaks against retributivism, espouses and refines preventionism with his consensus theory of punishment. While evaluating and refuting his doctrine this article explains why the prevailing popular contrast between retributivism and preventionism is not adequate. It argues against preventionism, explores the status of consensus, and sets its limits. Moreover, this article rejects Nino's thesis that retributivism entails subjectivism, rebuts a version of compatibilism about blameworthiness and determinism proposed by Audi and followed by Nino, opposes Nino's critics on the theory of character, as well as demolishes the thesis that retributivists cannot punish radical evil, etc. Finally, this article points out that breaking the inadequate opposition between retributivism and preventionism may lead to a theory which properly give deserving, consensus and social utility the roles they deserve.

Key words: Carlos Santiago Nino, punishment, consensus, justification, radical evil, retributivism, preventionism

* Assistant Professor, Department of Philosophy, Hua Fan University.