

文化際的刑法 II

• 赫 費 (Otfried Höffe)

五 文化開放原則

我們暫時的結論是：人權並非歐洲獨有的現象或西方的現象，而是包含了普遍性的東西，能被一體接受的。不過，「一體接受」指稱了一個演進的環節。由於西方成功地完成了這種接受，而其他文化則否，因此後者就顯得較為落後，而前者則顯然有驕傲之姿——歐洲／北美文化認為自己比其他文化優越，以至其他文化「自然地」反對以便自衛。

法律的演進果真假定了驕傲的憑證嗎？「西方」所理解的演進，並不是相較於其他文化而言，而是相較於它自己的過去。如果現代是驕傲的，那麼它首先是針對中世紀和古代；現代的驕傲，並不是像文藝復興時代攻擊古代那樣表現了一種普遍的驕傲。事實上，奴隸制的廢除和女性平等權，代表了相對於古代和基督教中世紀的法律進步。但也同樣可以有喪失和退步。相較於雅典，今天的民主所達成的政治參與，無論在質和量上都是瞠

乎其後的。

「西方」現在相信它已發現了〔普遍的〕元素，並戰勝了落後的法律制度，以致它可以自傲於其他文化。在這個假定下，唯一合理的結論就是：西方不僅認為自己優於自己的過去，而且也優於其他文化。從相對的、文化內部的和貫時的 (diachronous) 優越性裏面，產生了絕對的、超文化的、並時的 (synchronous) 優越性。但是，文化際的論述所需要的卻是謹慎。

當西方與其他文化在現代相會時，例如與中國和日本相會，發生了相互的啟發和相互的施受。西方要求另一方尊重人權，但是同時它也必須自問：純粹的、無誤的而且無須任何附加條件的人權真的存在嗎？或者反之，人權與西方之獨立而獨特的經驗、甚至或許和西方的特殊利益的相互糾結，並不是經常存在的？基於此理由，就有必要去假設一個糾結 (mixture)，假定所謂人權其實是與其他因素相糾結的。

雖然個別的所謂人權都可以從非

當西方與其他文化在現代相會時，發生了相互的啟發和相互的施受。西方要求另一方尊重人權，但是同時它也必須自問：純粹的、無誤的而且無須任何附加條件的人權真的存在嗎？或者反之，人權與西方之獨立而獨特的經驗、甚至或許和西方的特殊利益的相互糾結，並不是經常存在的？

普遍的因素來確立，但是糾結的假設並不需要任何基本的限制。不過，它卻確實需要盡量小心的詮釋。從糾結的假設，就導出了一個任務：解開糾結。根據分析化學的模式，我們把真正普遍的東西從特殊的東西裏分開，以便能找到真正的人權。只有經過這樣的工作，哲學家才能完成他們自希臘時代起就提出的任務：找尋普遍理性。這個任務使他們——即使他們只是現代歐洲人——得以像胡塞爾 (Edmund Husserl) 那樣自稱為人性的「公職」(functionaries) 或更好說：辯護者。

從人權之文化際的證成出發，就導向：這些權利，如果我們將之視為一種更高程度的自主，那麼它們必須也是其他文化所要求的。這樣就產生了一個嚴肅的問題：如何描述〔其他文化〕。下面這個例子說明了描述的重要，而且也提醒我們要更謙遜。早期的歐力諾刻 (Orinoko) 印第安人溺死新生女嬰。這個風俗迫使成年男孩加入各個全體(部落)，並且去偷外面的女孩，這種做法使歐力諾刻印第安人免於近親繁殖。後來他們被迫從傳統居住地區遷往安第斯高山區。由於那裏沒有河川，所以溺死女嬰這種殘忍的做法無法繼續了。結果，由於近親繁殖，現在他們就有比例過高的痴呆兒。

不只是憲法的立法者和作者必須在文化上開放——因為他們是由內向外來形構人權和刑法的，刑法法官也必須在文化上開放，才能在刑法訴訟中對於由典型文化衝突所引致的罪犯與被害予以公平的判決。即使在最重大的案件中，德國刑法也忠於這種對法律文化的開放態度。根據德國聯邦最高法院刑事上訴庭的一項判例^⑨，流

血報仇並不被判為低劣的動機，儘管根據某些條文^⑩是應該那樣判的。根據同樣的理由，同一個法庭宣判一位出身土耳其東部的父親無罪，他與他的成年女兒發生性關係，但是這個關係發生在他的家鄉，而在那裏，這種關係並不構成刑事罪。

六 一個刑法理論的若干構成內容

假定了「人權」的概念和對它的證成之後，值得繼續列出一個刑法理論的若干構成內容，即使這裏並不能提出一個完整的理論。民族學家會立刻就捍衛相對主義。他們所研究的社會千差萬別，以致他們始終仍然懷疑「有普遍接受的義務」的假定。刑法對此提供了一個相反的例證。確實，處罰的形態依各個社會和時代而不同，但是一個社群——或以特稱代普稱 (pars pro toto)：國家——施行懲罰，並不是現代才首度出現的，而是中世紀、古代、東方古帝國、甚至更推遠的文化中就已經有的。我們的**第一個構成內容**：(國家)刑法懲罰的法律制度，證明了它具有社會文化的普遍性。

更且，不只是法律制度，而且對於大多數刑事犯罪的認定、從而應予懲處的認定，也都表現為普遍的。儘管在懲罰行為的細部決定上有特殊性，但是我們在當今幾乎所有文化中都找到了共同的刑事犯罪範疇：殺人和財產方面的罪、對通姦、性犯罪、縱火、變造度量衡、假冒、偽造文書等等的處罰。

刑事懲罰是一個非常重大的強制手段，因此我們不能簡單地假定它是傳統或習慣。我們必須提出正當合法

民族學家始終懷疑「有普遍接受的義務」的假定，刑法對此提供了一個相反的例證。確實，處罰的形態依各個社會和時代而不同，但是，刑法理論的第一個構成內容：(國家)刑法懲罰的法律制度，證明了它具有社會文化的普遍性。

性 (legitimation) 問題：刑事懲罰是否真的是國家的合法行為？對刑法的激進批判會回答「不」。根據歐斯特麥耶 (Helmut Ostermeyer) ⑨，犯罪行動代表的是攻擊。由於並沒有內在驅力驅使人攻擊，所以我們的社會和文明——它受到權力、成功和貪利的影響——要對這種攻擊負責。附帶一提：要求取消刑法絕不是新鮮事，精神病學家隆布羅所 (Cesare Lombroso) ⑩在一世紀以前就提出過這種要求了。我們的比較的社會的觀點當然並不具任何合法的暴力，因為我們知道有足夠多的文化並不是以「權力、成功和貪財」為引導的，卻仍然有着刑事懲罰的法律制度。

理論上更嚴肅的爭論，所討論的不是刑法的取消，而是懲罰的合法目的。各種見解可以簡化為三個基本形式。我們的**第二個構成內容**：報復 (retribution) 或在社會中改過 (即再社會化)，經討論後是懲罰的目的。

報復這個概念在被描繪成原始的報仇直覺之後，總是不斷身陷攻詰的火網之中。由於康德和黑格爾支持這個概念，所以刑法的座右銘總是「告別康德與黑格爾」。無疑地，任何法律制度如果表達了社會中的報仇直覺，並且將之包裹在合法性的外衣之中，那麼這種法律制度是我們必須反對的。

因此我們要釐清「刑事懲罰」這個詞的意義。刑事懲罰首先而且一般來說是一種惡，但是並非所有惡都是一種法律處罰。牙醫的治療也許很痛，但是它並不是「法律處罰」。最後，我們是自願去看牙醫的。任何由明示的決定所承認的懲罰，如果必要，都是由強勢團體所執行的——這是第二種定義。這也適用於任何「再社會化的高度自由權利」。人們通常相信：這種權

利可以去除懲罰的性質，因為在社會中改過是符合強勢團體的利益的，因而不能被看成是懲罰。這種利益的論證，只是去除了第一種定義中的惡的性質，而非第二種定義。強勢團體並不可能拒絕再社會化。結果——這也是**第三個構成內容**，再社會化代表了任何全面性的刑法理論的一個意義重大的元素。再社會化代表了一個必不可免的判準，尤其是在懲罰的執行方面，儘管它並不是全面性的刑法理論的唯一元素。

自然災害、檢疫措施，以及——對許多公民而言——稅收，都代表了被迫的惡。而刑事處罰則否。刑事處罰的發生，總是後於或由於一個 (嚴重的) 違法。一個謙遜的「事後」，以及何以該罰的真正理由。如果有「後與前」的反應，那麼懲罰總是在違法已然發生之後。正因為這個理由，懲罰才代表報復。「報復」這個字的字面意義是「報酬」 (consideration) 和「回報」 (repayment)，原先是指對於某些服務給予金錢的回報。因此這個字應該中性地、並且——也經常——正面地理解為回報 (reward)，和報仇沒有任何關係。反而，報復的環節——**第四個組成內容**——是「懲罰」這個字所必不可少的。此外，這種定義的觀點包含了一個重要的邏輯面相。報復的特性禁止了對無辜者的懲罰，這種禁止是至高的 (「絕對的」) 而毫無例外。全體的福祉是無可妥協的。

我們把防止生病的醫療措施稱作預防措施。國家的處罰也可以有預防效果，而且某個程度上是不可避免的。根據「罪刑法定」 (nulla poena sine lege) 原則，任何處罰所依據的規則都必須定義清楚並且為人所通曉。即使它是事後才定出來的，懲罰也總是包

報復這個概念在被描繪成原始的報仇直覺之後，總是不斷身陷攻詰的火網之中。由於康德和黑格爾支持這個概念，所以刑法的座右銘總是「告別康德與黑格爾」。無疑地，任何法律制度如果表達了社會中的報仇直覺，並且將之包裹在合法性的外衣之中，那麼這種法律制度是我們必須反對的。

含預防的力量：它可以阻嚇潛在的犯罪者。但是，就定義來說，回溯的性質總是優先的。就懲罰本身而言，它是一個反應 (reaction)、也就是報復；阻嚇只是一個 (當然，必然的) 副作用、一個值得歡迎的功效。「已懲罰，故法律未被違犯」(penitur ne peccetur) 其實永遠預設了另一句話：「已懲罰，因法律已被違犯」(penitur quia peccatum est)。

後於和由於違犯規則所引起的國際性行動，如果和刑法有關，那麼法律可以在許多方面有所修改——儘管它的報復特性是不能被消除的。因為這個理由，目前許多對報復理論的批評都已無足輕重了。由於對於違犯法律所作出的事後與事前的反應中有着各種選項 (alternatives) ——預防與再社會化，他們承認報復的概念——儘管不盡情願。

報復也不能依據另一個觀點而放棄——也就是依據懲罰的**程度**。這裏要求的是克服所有表象理論。知識論和語言哲學早已放棄了反映實在的觀點，刑法理論也應該採取類似的方式，它必須放棄「以眼還眼、以牙還牙」和「血仇血報」的原則。一百多年前論刑法的教科書有謂：「犯罪相面術應該表現在懲罰中」^②，這種說法已不可能被接受了。問題不在內容，而在形式概念。例如報復的原本意義就是由形式來的。任何人用金錢來報答一些服務，都是以一種基本上不同的通貨——即金錢而非服務——來付出的。重點只在於某種相應關係：懲罰的程度依行為的嚴重性來決定。為了阻嚇而過度地懲罰以便「殺雞儆猴」，或是在一些無須阻嚇的情況下懲罰得少些，兩者都不是合法或合乎「正義」的。另一方面，我們也要能夠允許：預謀計劃

的犯罪並且特別是一次性行為，可以免於受罰。我們——正當地——用來對待納粹罪犯的，也應該適用於其他罪犯：任何人基本上違犯了法律，就是有罪、就要接受與犯罪程度相符的法律懲罰。

這裏，我想提一下死刑問題。在我們的中歐文化裏，死刑是1763年托斯卡那 (Toscana) 在意大利法官倍卡力 (Cesare Beccaria) 的影響下首先廢除的。奧地利在1950年最高法庭和1968年軍事法庭之前，已實際廢除死刑。德國則更早在制訂新憲法時：「死刑自此禁止」(德國基本法第102條)。瑞士在1937年以後就不知死刑為何物了。只有瑞士軍事刑法保留了死刑，雖然只有在戰時。反對死刑顯然在當代主要的刑法中佔了優勢，但這就更讓人驚訝了：美國這樣崇奉人權的國家，竟仍然維持了死刑。

特別重大的違法、重大的刑事罪，例如殺人，得到的是同等重大的懲罰。但是，由於報復不是從內容來了解而是從形式來了解，因此並沒有任何根據可以證成「血仇血報」這句話。如果我們以內容來理解報復，那麼舉證責任就在反對的一方。反對者必須指出：死刑或者並非全然在道德上合法，或者實際作用有限。但是，一旦我們知道報復只是形式意義的，那麼舉證責任就反過來了。任何法律體系，如果把保護生命當成它最首要的任務，那麼它就必須證明：何以一個法律體系如果不毀滅人命就不能保護人命？在這方面，經驗無法提供確證。依據考夫曼 (Arthur Kaufmann) ^② 之說，可能是因為「一個殺人者再犯的風險，通常比其他犯罪者為低」。此外，「廢除了死刑的各國中，統計顯示的並不是謀殺增加、而是減少」。第二

反對死刑顯然在當代主要的刑法中佔了優勢，但美國這樣崇奉人權的國家，竟仍然維持了死刑，這就更讓人驚訝了。任何法律體系，如果把保護生命當成它最首要的任務，那麼它就必須證明：何以一個法律體系如果不毀滅人命就不能保護人命？在這方面，經驗無法提供確證。

國家懲罰具有一個重要的文化功能，就是它取代了血腥的仇殺、冤冤相報和私人正義，如果刑事懲罰的制度要存在，那麼它就不能是任意的或令人膽喪心驚的形式，而必須由一個無私的第三者，也就是由權威的公眾權威來執行。

個命題不可以因為不斷改變的外在條件，而輕易被認為真。不過，我們可以希望少數仍然相信死刑的阻嚇效果的國家，會勇敢地從實際經驗中學習。他們的風險並不高，因為美國許多州也已廢除死刑了，而它們的經驗並沒有使它們恢復死刑。

還有一種意識形態的批判，把刑法視作社會報仇的制度。這種批判忽略了一個附加的定義要素。刑法是由立法者所制訂、由法官所應用、由各相關的行政部門來執行的，因此，這些被授予職權的各個部分都是負責的。**我們的第六個構成內容**：國家懲罰具有一個重要的文化功能，就是它取代了血腥的仇殺、冤冤相報和私人正義，它既不討好受傷一方的反應，也不討好家庭、朋友、鄰居和廣大公眾的反應。施行懲罰的權力，僅只在於（或許實際上不全然如此，但原則上）無偏私的第三者。國家懲罰因此是第二義的、更謙虛的——合法的或正義的。如果刑事懲罰的制度要存在，那麼它就不能是任意的或令人膽喪心驚的形式，而必須由一個無私的第三者，也就是由權威的公眾權威來執行。

但是，法律的處罰通常也會引起社會的或職業上的處罰。服刑之後，一個人會失去許多社會聯繫；工作難尋；家人通常也無端受到了懲罰。這種形態的附加處罰，既沒有被控制，也不被認可。因此它們雖是可預見的，但卻不是合法的。這也是何以有一個新的責任區——**我們的第七個構成內容**——出現：社會必須去除不合法的附加處罰。

再者，前面所說的社會的報仇直覺的形式，的確是存在的。它們不只導致附加的處罰，甚且經常當司法宣

判被告無罪後，它們還是要對被告加以懲罰。社會並不因為有明定而昭布的規則被違犯，就被託付以反應之責、也無須單憑檢閱事實就發動任何反應、更無須——就合法的制裁而言——堅持犯罪行為必須受到明定的與犯行相符的懲罰程度。因此，使刑法與「社會」——它到處受到偏見的損傷——脫離，再次證明是合道德的。

如果我們總結定義中的要素，那麼前面所說的懲罰是：(1) 一種惡，(2) 強迫加予某人，(3) 起於任何（重大）違法，(4) 由許多被授予職權的部門來執行，(5) 犯法行為中的受害者並不必然從中獲利——這是目前還沒有討論到的要素。

「懲罰」這個概念現在可以就前面所說「三種懲罰目的」來做一評定了。這個評定的工作可以導引出某種東西，而後者——儘管有些無趣——則可以供為**第八個構成內容**——可稱之為「統一理論」(unification theory)。「報復」這個字，可以用來描述法律懲罰的基本結構，而一個懲罰的程度所依之原則也同時確定下來了。不過，並沒有足夠的規定來描述懲罰的類型，或者（更不足以）確定執行的類型。在這方面可能需要一些別的觀點。它們或許可以補充報復的概念，但無論如何不能修正或取消它。在報復的框架下，難以同時兼容阻嚇和改過。阻嚇有助於刑法的普遍目的，即保持法律秩序。如果一件違法的事無法避免掉，那麼就要盡全力預防違法者再犯，並為他或她提供在社會上和職業上恢復名譽的新機會。

為了證成，且讓我們考慮一下國家所具有的權利。主要任務是清楚的：國家要對法律秩序負責。這裏不只指派了一個法律權力。國家的任務

在於這種責任。國家被要求完成這項任務。國家不只是被容許、而是被課以義務去對內對外保護法律秩序。合法性的策略因此是規範性的：如果需要有刑事懲罰來保障法律，則國家有權力去施行懲罰；但如果刑事懲罰妨礙了、甚至破壞了法律的保障，則國家就無權力施行懲罰。

法律體系這個複雜的結構，由兩大類——不是窮盡的但是主要的——規則組成。兩者都與強制的權力有關。但是，強制的類型——這是命令理論 (theory of imperatives) 這個長久主導的法學理論所忽視的——卻千差萬別。一類的規則界定一些條件，在這些條件下某些行為可以是有效的法律行為。相關的規則——主要是民法的規則——在於程序和形式的規定，這些規定界定了人們如何得到和賣出他們的財產、如何結婚離婚、一種意志如何成為法律上有效的等等。如果所要求的法律行為不被遵守，則這些規則是具有強制性的；行為會變成無效，儘管並沒有處罰發生。

另一類規則就有所不同了。它不由形式規定構成，而是由禁制構成，不服從它，就會牽涉到刑事懲罰制度。第一類的規則本質上是假設性的。一個人要採取怎樣的法律行動的問題，法律不予追問，只是將之留給強勢團體解決。人的意志在此是自由的，「私人自主」在這裏是主要的。但是，如果一個人要這樣，那麼他就會受形式規定的限制了。另一方面，刑法則是無條件地實行的，無論一個人要或不要，都禁止殺人、偷竊、偽造文書等等。

任何刑事懲罰的合法性都必須首先說明：何以那樣的行為是無條件禁止的？以及何以刑事懲罰對於實行這

種無條件的禁制是必要的？這裏不是適當的地方來詳細討論這個合法性的兩階段，只要指出合法性的相應的核心應已足矣。第一步證明了：上述禁制是合法性宣稱的背面。因為任何人都具有生存的權利，因此不得殺人；同樣，財產權也應該存在，所以禁止偷竊……等等。原則上，每一個人都在相關的禁制中得利——**第九個構成內容**。這種禁制不只在集體的意義上、而且也在分配的意義上，服務了公共福祉。他們不只有功效上的意義，而且有正義的意義，這部分是因為它們首度使行動有其能力，部分是因為它們使法律有其能力。

但是，在一些特例上，不遵守禁制可以是對一些人較有利的。為了防止有些人不付出應付的代價而享有法律體系的好處 (直接說，就是為了對抗法律體系中的搭便車者)，所以國家保留了一個障礙、一種處罰，它對於那些不遵守禁制的人來說代價過高，高過由不遵守所得的好處。更準確地說：預期的損失，也就是：預期的處罰、可能被傳喚和被懲罰所帶來的結果，一定要比較高。假定一個人的行動是自願而有意向的，那麼他知道違法是不值得的，法律秩序也就被保障了。明顯會遇到的反對是說：這個假定通常都不是真的。事實上，許多犯罪行為都是發生在情緒高漲、頭腦發昏的時候。這個事實可以是減刑的合法理由，有時甚至可以是赦免的理由。刑事程序的最重大任務之一，就是去決定究竟有沒有這種減刑的條件情況。就此而言，刑法懲罰與報復制度、或是與「本能的阻罰」不同處在於：它以應有的細心主動地探究案例的事實，然後才宣布懲罰，而也提供答辯和免罪的機會。

法律體系這個複雜的結構，由兩類規則組成，兩者都與強制的權力有關。一類規則界定在哪些條件下某些行為可以是有效的法律行為。另一類規則是由禁制構成，不服從它，就會牽涉到刑事懲罰制度。

七 重新檢視個案一

討論完了道德原則後，我們回到前面所說的塞內加爾人的個案，來衡量犯罪者與受害者的利益。一些基本問題立刻出現了。為了簡化，我跳過一些附帶的課題（這些課題是任何敏銳的法官都會緊追不捨的），一些與受害者所受影響有關的一些問題：如果判決有罪，這個女孩是不是會無人供養、從而落入更糟的處境？如果見報，則這個女孩是不是會被指責？不過，以下問題是無可避免的：

首先，犯罪者和受害者是不是只在德國短暫停留？如果是，則他們可以被看作旅客，而他們的私事則不必過份干預。但是，在這個假設的狀況裏，他們在德國至少也有幾個月。而已知的情況是：他們可能已待上了數年甚至數十年，這就出現了刑法政策的問題：怎麼樣是對年輕的塞內加爾女孩比較好的：用他們原來社會中的（所謂）較低的刑事保護，抑或用他們可能長期居住（甚至不能排除一輩子居住的可能）的社會中較強的刑事保護？

其次，十六歲的女孩或許在家鄉已經被視為成年？法官們的看法大約就是如此，所以他們可以把被告的錯誤視為行為之不當本性（*wrongful nature of the act*），這樣就不必因為行為疏失而受到刑事處分。（這只有對案件中犯罪的某些部分有效，但是很難適用在這個案例上，因為犯罪者知道他是與一位「未滿十八歲者」發生性行為。）如果有任何法律錯誤，那麼必須假定：被告之所以與被監護者發生性關係，只是因為他相信她已成年。因為成年標準的問題是非常基本的，所以對一個在德國住了很久的人，除非能更進一步證明〔他不知道成年標

準〕，否則就不能說法律有錯誤。至少，這個錯誤可以被看成是可避免的。而法律對於可避免的事情的要求，根據通常的法律見解，無疑是很高的。一個法律教科書上的例子：即使一個食人族剛剛降落機場，他也不能去吃機場的行人、然後宣稱這是行為之不當本性所造成的錯誤。刑法的專斷假定是：他必定可以知道。此外，法官犯了錯誤（就犯罪部分而言）：在塞內加爾，一位十六歲的女孩只有是已婚的，才達到法定成年。

第三，被告與父母之間的協議究竟細節如何？或許父母已經（實質上或精神上）支付過了？這樣被告就多取了一份。

第四，如果我們還是在討論習俗，那麼問題是：在習俗這個框架下，究竟「自願的服從」有多自願？猶待一提：服從的自願性並不能免除刑責，因為在不自願的情況下，犯罪固然「應受處分」（德國刑法第174條），但是或許任何的暴力或嚴重的威脅或「強制」（德國民法第240條）也應該一併考慮進去。更且，我們也不能只單單假定自願性，因為行為發生在一個特定習俗的框架下，而這個習俗的框架正好限定了行為的選項。確實，所有的習俗都限制了行為的可能性。但是，就這個習俗而言，它的限制卻遠遠超出了大多數習俗所共通的基本形式。性事上的服從，其實只是對供養的回報而已。在此觀點上，交換的正義——別人如何對我，我即如何對人——是有其重要性的。被告宣稱：被害者相信（唯有？）性事上的服從才是對他的報償。這樣，自願性只是在非自願（即：必須報償）的情況下才出現的。

第五，這種習俗具有怎樣的（刑事）法律地位？塞內加爾的法律體系是

在習俗這個框架下，究竟「自願的服從」有多自願？猶待一提：服從的自願性並不能免除刑責，因為在不自願的情況下，犯罪固然「應受處分」，但是或許任何的暴力或嚴重的威脅或「強制」也應該一併考慮進去。

以法國法律體系為範本的，也就是以一個非常接近德國法律文化的法律體系為範本的——而就德國法律文化而言，任何刑法的例外，如果訴諸全然相異的法律文化，則它的訴求都將是最強的。在法國新刑法中(第227條、27條)，一位受害者如果年過十五、但卻因未婚而未達成年標準，則藉由與她的權威關係而與她發生性關係，也仍是要懲處的。即使在塞內加爾所施行的是法國舊刑法，但是它的331-1條也和德國刑法第174條第(1)2款相同，包含了一個排除條款(即除非已婚)。

第六，習俗的概念允許我們介入一個傳統的、父權的社會、一個伊斯蘭社會(塞內加爾的例子裏，90%的人

信仰伊斯蘭教)。由於我們已經知道這些社會如何評價處女，因此這種習俗當然對女孩存有強烈偏見。這種大環境應該會讓我們對這樣的觀點存疑：有一個異文化，在我們尚未對這個異文化有任何了解之前，不適宜對它有所置喙。反過來，在塞內加爾，一如在其他伊斯蘭教地區，我們可以期待強有力的習俗，但同時又在一個較弱的基礎上建立刑法的例外。

第七，我們可以考慮：罪行中無可推卸的部分，「強姦」，是不是不能適用的——因為確實有真愛存在。但是，訴諸塞內加爾的習俗就正好反對了這一點，因為訴諸的是實際或傳統，而非強調全然個人性質的愛。



歸功於啟蒙和解放，一種自由派的刑法已經在(西方的)現代性中取得了主導地位，它幾乎完全滌除了「區域文化」(包括宗教和習俗)而回歸到刑法的核心。例如，不再把自殺、同性戀、「不正當性關係」、以及異教、弑君和批評國家當作刑事罪。相反地，是更加顧及人類尊嚴的權利。

八 例二：一個文化際的刑法

我們的研究顯示：不同文化的接觸，並不立刻就會使外人訴諸他們自己不同的(法律)文化。不過，專家們說，有些非洲人、印度人等等培養了一種雙重道德來對待非西方文化。如果其他文化要求更多的責任，他們在西方就訴諸他們自己的文化；而如果在本國，他們就訴諸歐洲習俗。為了簡化，我們假定：上面這個問題應該以有利於被告的方式來回答，這樣，核心問題就仍然是：當與其他文化關聯時，法律體系的強制力量究竟可以有多大？

如果問題只在克服任何實際刑事判決上的所謂文化偏見，那麼問題是很簡單的。現代社會都正在擺脫文化偏見的餘毒。在這個意義上，現代社會已經一點點地洗清了它們的刑法，例如，不再把自殺、同性戀、「不正當性關係」、以及異教、弑君和批評國家當作刑事罪。許多刑事犯罪，尤其是那些傷害生命和身體的，都不再立基於任何文化偏見了。相反地，顧慮的更且是——幾乎到處都被承認的——人類尊嚴的權利。沒有哪個已知的法律文化不以過失殺人為刑事犯罪的。

當然，在若干特殊的條款中，文化偏見仍是明顯的。但是在各種不同的啟蒙流派的基礎上，現代法律體系已把這種偏見一步步排除在刑法之外了。歸功於啟蒙和解放，一種自由派的刑法已經在(西方的)現代性中取得了主導地位，它幾乎完全滌除了「區域文化」(包括宗教和習俗)而回歸到刑法的核心。文化偏見的餘毒容或仍然存在，但是它們已非普遍的現象，而只是個例。

且回到我們的例案：德國刑法對依賴的少數所提供的性保護，果真可以戴上「文化偏見」的大帽子嗎？其實(Prima facie)不然。在適當的保護下，文化偏見——諸如父權社會中不承認婦女和兒童是具有平等權利的法律主體的這種態度，毋寧是被克服了。

對未成年女性的保護，並不是對德國人或居住在德國的人的特別照顧、甚或對歐洲人或西方人的特別照顧。它照顧到所有法律主體：本國人和外國人一體適用。問題也不在西方實際狀況中的任何自由權利——儘管其他文化或許仍會懷疑(這種權利是不是只有西方才有)。反而，青年人的性自由，表現了某種基本而普遍的東西。兒童與青少年時期的性發展，對成年人的獨立和責任感是非常重要的，因此還是要予以限制。這種保護是符合人類尊嚴的。

既然對於一個人自己的文化要一體保護，那麼就存在一個內在於人權中的衝突。無干擾的性發展的人權，和保存自己文化的人權，是相抵觸的。如果抵觸的情況很嚴重，我們就必須找出一種優先性的規則，來決定哪一種人權應該在衝突中優先被滿足。一種文化，如果它不能提供對這個優先人權的保護、或是保護不夠充分，那麼就可以根據人權而被批判。這樣，塞內加爾的習俗(如果有的話！)就可以用它道德上的正當合法性(legitimacy)來予以檢視。但是，任何特定的檢視，都不應該冒用文化開放性之名或以建立複多文化之名，而使法律體系低於它的道德要求。

這裏要附帶提一個與刑法通常沒有直接相關的課題。根據我們的法律知識，用法律的形式平等，並無法滿足人權上所要求的女性平等。例如，

一種文化，如果它不能提供對優先人權的保護、或是保護不夠充分，那麼就可以根據人權而被批判。這樣，就可以用道德上的正當合法性來檢視某種特定的習俗。但是，任何檢視，都不應該冒用文化開放性或建立多元文化之名，而使法律體系低於它的道德要求。

教育上的平等也要求機會的平等，而這也是——如上所述——社會民主所要求的。另一方面，許多移民的第二代女子都會在智力、音樂和職業的發展機會上受到嚴重妨害。根據德國民法第1666條規定，如果一個兒童的福祉受到傷害，則可以指定監護人、並且可以與家庭隔離——儘管這種做法只有當法庭的其他較溫和手段無效時才能正當地採用。把兒童從家庭中隔離出來，是非常嚴重、而且通常有極其負面影響的，所以我們除非不得已，總要儘量避免。另一方面，如果一個法律文化認為機會平等是民主與人權所必需的，因而宣稱這是公眾的責任，並「不予評論」就「接受」明顯與機會平等相反的做法，那麼，這將會是一個矛盾。在這個問題上，顯然有一個法律政策的任務，是我們的法律體系中的刑法所拒絕的（是因為缺乏自我覺察嗎？）。只有在謹慎地診斷過問題後，才能決定究竟該怎麼辦。但是，方向應該是清楚的。在這些問題上，一個法律體系必須為移民所接受，以便使他們能更向新的法律文化開放。

現在我們可以回答本文標題的問題了。如果刑事犯罪可以用普遍的論據來證成（尤其是用人權的論據——大多數的犯罪都可以如此來證成，尤其是在那些自由派的法律體系下），那麼，一個跨文化的施行懲罰的權力，也就是一個文化際的刑法，無疑是存在的。理由不在於：外人理應服從一個法律體系。理由也不在於：否認外人有任何特權可以被刑法宣告無罪。最後，理由甚至主要也不在於：社會有自我保護的這種（相當合理的）利益。理由在於這樣一個事實：從刑法的觀點，其實根本不存在極端的外

人：也幾乎找不到甚麼樣的法律文化是本質上相異的，以至它們不知道有甚麼可以用人權來予以證成的犯罪。而如果真有這樣的文化，那麼它的成員只要出了國門，我們也一樣可以要求他們承認〔我們對犯罪的認定標準〕，因為相關的犯罪確實是可以由人權來予以證成的。這樣的文化際的刑法，因此強化了文化間法律論述的實際運作。我們所努力獻身的理想，別的文化也有；我們所遭逢的傷害，別人亦感同身受。

蔡慶樺、孫善豪 譯

註釋

⑩ Edmund Husserl, *Die Krisis der europäischen Wissenschaften und die transzendente Phänomenologie. Eine Einleitung in die phänomenologische Philosophie*, ed. Walter Biemel (Haag: Martinus Nijhoff, 1962), 15.

⑪ BGHSt. 22, 77

⑫ § 211 II of the German Criminal Code; cf. BGHSt. 2, 63.

⑬ Helmut Ostermeyer, *Die bestrafte Gesellschaft* (Munich, 1975).

⑭ Cesare Lombroso, *Criminal man* (1911; reprint, Montclair, N. J.: Smith, 1972).

⑮ A. F. Berner, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (Leipzig, 1876).

⑯ Arthur Kaufmann, "Todesstrafe", in *Staatslexikon*, 7th ed., vol. V (Goerres Gesellschaft, 1989), 484.

赫 費 (Otfried Höffe) 德國杜賓根大學 (Universität Tübingen) 哲學教授