

逃避人性

噁心、羞恥與法律

HIDING FROM
HUMANITY

DISGUST, SHAME, AND THE LAW

MARTHA C.

NUSSBAUM

台灣大學法學院教授 李茂生／交通大學科技法律研究所助理教授 林志潔／台灣大學法律學院副教授 陳妙芬／專文推薦

瑪莎·納思邦 著／方佳俊譯

國家圖書館出版品預行編目資料

逃避人性／瑪莎·納思邦（Martha C. Nussbaum）著 方佳俊譯
—初版—台北市：商周出版：家庭傳媒城邦分公司發行
2007（民96）面：公分。（人與法律：61）
譯自 Hiding from Humanity: Disgust, Shame, and the Law

ISBN 978-986-124-883-7 (平裝)

1. 法律 — 心理方面

580.167

96007850

人與法律 61

逃避人性

原 著 書 名 / Hiding from Humanity: Disgust, Shame, and the Law
作 者 / 瑪莎·納思邦 (MARTHA C. NUSSBAUM)
譯 副 責 / 方佳俊
總 編 資 資 / 楊如玉
任 編 資 資 / 陳珮妮

發 行 人 / 何飛鵬
法 律 顧 問 / 台英國際商務法律事務所 羅明通律師
出 版 / 商周出版
城邦文化事業股份有限公司
台北市中山區民生東路二段141號9樓
電話：(02) 2500-7008 傳真：(02) 2500-7759
E-mail : bwp.service@cite.com.tw

發 行 / 英屬蓋曼群島商家庭傳媒股份有限公司城邦分公司
台北市中山區民生東路二段141號2樓
書虫客服服務專線：02-25007718 · 02-25007719
24小時傳真服務：02-25001990 · 02-25001991
服務時間：週一至週五09:30-12:00 · 13:30-17:00
郵撥帳號：19863813 戶名：書虫股份有限公司
讀者服務信箱E-mail : service@readingclub.com.tw
歡迎光臨城邦讀書花園 網址：www.cite.com.tw

香港發行所 / 城邦（香港）出版集團有限公司
香港灣仔軒尼詩道235號3樓 Email : hkcite@biznetvigator.com
電話：(852) 25086231 傳真：(852) 25789337

馬新發行所 / 城邦（馬新）出版集團 Cite (M) Sdn. Bhd. (458372 U)
11, Jalan 30D/146, Desa Tasik, Sungai Besi, 57000
Kuala Lumpur, Malaysia. Email : citecite@streamyx.com
電話：(603) 9056 3833 傳真：(603) 9056 2833

封 面 設 計 / 王志弘
排 版 / 極翔企業有限公司
印 刷 / 章懋印刷事業有限公司
總 經 銷 / 農學社
電話：(02)29178022 傳真：(02)29156275

■2007年5月初版
定價 / 500元

Printed in Taiwan

Copyright © 2004 by Princeton University Press

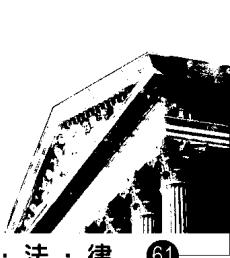
All rights reserved. No part of this book may be reproduced or transmitted in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying, recording or by any information storage and retrieval system, without permission in writing from the Publisher.

Complex Chinese translation copyright © 2007 by BUSINESS WEEKLY PUBLICATIONS,
a division of Cité Publishing Ltd.

Published by arrangement through Bardon-Chinese Media Agency, Taiwan

著作權所有 翻印必究

ISBN 978-986-124-883-7



人·與·法·律

61

逃避人性
噁心、羞恥與法律

Hiding from Humanity

Disgust, Shame, and the Law

瑪莎·納思邦 (MARTHA C. NUSSBAUM) 著
方佳俊 譯

〈出版緣起〉

為中國輸入法律的血液

何飛鵬

衡諸中國歷史，法治精神從未真正融入政治傳統，更遑論社會倫理和國民教育。現代國家以人民為「理性之立法者」的立憲精神，在台灣顯然是徒具虛文。法律和國家的基本精神一樣遭到政客和商人的任意蹂躪，國家公器淪為權力鬥爭的手段，司法尊嚴如失貞的皇后，望之儼然卻人人鄙夷，我們的司法體制真的與社會脫了節。

近年來，台灣正面臨司法改革的轉捩點。然而長期以來，司法啓蒙教育被獨裁者的愚民政策所壓抑，使得國人普遍缺乏獨立判斷的法學教養，在面對治絲益棼的司法亂象時，失去了盱衡全體制度及其社會脈絡的根據。改革之聲高唱入雲，而所持論據卻總是未能切中時弊，不是見樹不見林，就是病急亂投醫，國家之根基如此脆弱，豈不危乎殆哉。

司法體制之矮化為官僚體制，連帶使我們司法人員的教育和考選，成為另一種八股考試，完全忽視了法律與社會互相詮釋的脈動。學生只知道死記法規和條文解釋及學說，成為國家考試的機器人；至於法的精神和立法執法的原則卻置之罔顧。如此國家所考選的司法人員知法而不重法，不是成為爭功諉過

的司法官僚，就是唯利是圖的訟棍。在西方國家裡，法學專家與司法人員由社會菁英與知識份子構成，不惟力執超然公正的社會角色，甚至引導風氣之先，為國家之中堅。在歐洲，在美國，法律的歷史和社會變遷是息息相關的，布藍迪斯（Louis Dembitz Brandeis）大法官曾說：「一個法律人如果不曾研究過經濟學和社會學，那麼他就極容易成為社會的公敵。」我們希望法律人能夠真正走出抽象法律的象牙塔，認真思考社會正義與價值的問題，這才是法的精神所在。

「人與法律系列」之推出，正是有感於法學教育乃至大眾法律素養中的重大缺陷，提出針砭之言，以期撥亂反正，讓法的精神真正在國人心中植根。我們想推薦讀者「在大專用書裡看不到的司法教育」，為我們整個司法環境中出現的問題，提供更開放的思考空間。選擇出版的重點，旨在：（一）譯述世界法學經典；（二）就我國司法現況所面臨的問題，引介其他國家之相關著作，以為他山之石；（三）針對現今司法弊病提出建言。系列之精神在於突破學校現有法律教育之窠臼，致力司法教育與社會教育之融貫。

就翻譯作品部分，計畫以下列若干範疇為重點：（一）訴訟程序與技巧；（二）法律與社會、政治的關係；（三）西洋法理學經典。

卡多索（Benjamin Nathan Cardozo）大法官說過：「法律就像旅行一樣，必須為明天作準備。它必須具備成長的原則。」對我們而言，成長或許是明天的事，但今天，我們期待

這個書系能為中國輸入法律的血液，讓法律成為社會表象價值的終極評判。

《人與法律》系列叢書之出版，要感謝司法界和學術界中有志司法改革與教育的各位先進，其中我們必須特別提到蔡兆誠律師，沒有他的推動，是不會有這個書系的。

(本文作者為商周出版發行人)

〈推薦序〉

情感與法律之間關係的論述

李茂生

只要上網以簡繁體的網域為限查詢一下 Martha Nussbaum，就可以知道這位美國芝加哥大學的教授在華語圈是多麼地有名，不過這也僅限於倫理學或政治哲學的領域，牽涉到法學時，頂多是少數法理學專家會留意到這位女士的存在。慚愧的是，我也是不知瑪莎·納思邦（Martha Nussbaum）存在的法學研究群的一員。當然我可以藉口說我專研的是大陸法系的刑法學，而輔助性的哲學知識也偏向於歐陸的論述，且人的精力是有限的，若不是我的學生翻譯了這本書並請我寫推薦文（主要可能是因為我的專攻是刑法學），則我可能一生都不會接觸到這位大名鼎鼎的瑪莎·納思邦女士的論著；不知美國名家的存在一事，實屬非戰之罪。但是這樣的辯解也只會透露出我偏狹的眼界與不用功之處。在看完譯文後，這種羞愧感更加深化，然而不服輸的彆扭又讓我對於本書有著不得不吐的不滿。以下我將忠實地在推薦文中表達我的羞愧與不滿，讀者就將我的羞愧當成是對於瑪莎·納思邦女士這本書的讚美，並將我的不滿當成是碰到趨近完美者時不完美的人的怨憤即可。

瑪莎·納思邦於本書的起頭開宗明義地論及慾望、情感與

心情這三種人類心理間的區別，並據此將論述限縮在會直接影響法律運作的人類情感。當然，聰明的瑪莎·納思邦沒有直接了當地立即深入她所欲談論的噁心與原始羞恥的情感，反倒是透過一般人較容易理解與接受的「憤怒」，展開情感與法律之間關係的論述。研習過法律的人應該立即會察知，於此所謂的「憤怒」不外就是義憤殺人罪中的「義憤」，並無意中就接受了瑪莎·納思邦所提出的觀點，此即所有的人類情感都會與對於事物的人類評價性認知有關，而這個評價性認知是被建構的（這點牽涉到我對於本書的一點小小不滿）。更巧妙的是，瑪莎·納思邦於討論憤怒時所提出的事例，其實僅是外表與憤怒有關，但實質上卻是與其後她所欲討論的噁心相關的案例。

之後的幾章論述，雖然由法律人的觀點而言，可謂是雜亂無章，有時討論立法，有時討論司法程序，甚至稍稍觸及矯治領域，表面上看似毫無章法可言，但事實上這僅是從法律人自以為是的觀點所為的膚淺觀察而已，瑪莎·納思邦於本書中所舉的刑事法的例子都只是些例證而已，其論述的主軸是在噁心與羞恥，而副軸則是差異、排除與污名化。

排除弱小、污名化奇特人氏，藉此彰顯與肯認「正常人」的存在一事，是很簡單的道理，人人都會說（我在教監獄學時，幾乎一整個學期都在說這件事情），不過能夠更深入地從精神醫學以及心理學的觀點闡明這種作為的原始根據，則是博學多聞的人才辦得到，而瑪莎·納思邦在本書的論述中正充分地展現了她的才華。她說我們這些健全的人因為懼怕人類的動

物性與必死性，於是產生噁心情感，並將這種情感投射到污穢、不潔的人（或人種）身上，同時我們也懼怕在一些人身上看到自己原初的脆弱性與不完整性，於是強裝堅強（其實是回歸子宮），並把一些依賴性高的人標示出來，排除於社會之外。在看多了傅柯（Michel Foucault）的身體與權力的規訓，以及亞干賓（Giorgio Agamben）的神聖之人、例外狀態等複雜難懂的論述後，這類簡潔的美式論述真的會有令人驚豔的感覺。

或許台灣對於同性戀、人獸交等議題不太熟悉（至少我國沒有將這種行為入罪化，而且就像人獸交的議題一樣，我們立即以簡單一語「學術自由」，即將它打入冷宮），但是在看到最近我們偉大的公民或公僕們對待漢生病患者的粗魯與冷漠後，應該會有些感受吧。而這樣的感受正是瑪莎·納思邦所企求的。

在論完人類的本性後，瑪莎·納思邦並沒有簡單地結束論述，她發揮了美國人樂觀的精神，提出了解決的方案。她說噁心的情感也有正面的意義，這種情感可以讓我們遠離危險，而原始的羞恥感也可以昇華到積極的、反省的羞恥感。據此，瑪莎·納思邦主張應該採取一些救濟的方案，諸如失業救濟、社會福利、反差別對待的法制等等，她期待這些方案能夠讓我們產生細緻的人際溝通，並且讓被我們人類的本性排除出去的「非健全者」得到機會能夠回到社會中。為展開論述，瑪莎·納思邦在最後一章，除再度確認法律規制的限度是彌爾（J.S.

Mill) 的傷害原理外，另駁斥彌爾的功利原理以及人本的真理，而改採羅爾斯 (John Rawls) 的非真理的合理選擇論調（雖然在論及女性主義的議題時，她好像也對羅爾斯的議論頗有微詞）。

確實，社會契約論中所討論的參與者是自由平等獨立的，其前提已經排除了不自由、被差別對待以及依賴他人而存活的人，這不外是一個差異與排除的論述，殊不可採，但是細膩的人際關係以及單純的救濟真的可以取代救贖嗎？真的可以期待我們將來會容忍不傷害他人的異端（完美的、想像中的人類之外，必然存在的必死的、依賴的人類）存在嗎？

我也曾經在討論死刑問題時，利用了積極的羞恥感，企圖讓人們能夠理解到死刑的荒謬，甚至提出令其他論者嗤之以鼻的極端論調：讓判死刑的司法人員自行去執行死刑。我認為只有在自己手上結束一個生命時，才會感到深層的、積極的羞愧。不僅如此，我甚至設計了一套不講愛而只講贖罪的少年司法。然而，死刑的暫時停止執行僅是為了國際觀瞻的利益，而且曾幾何時，那套少年事件處理法已經失去了光環，淪陷在功利的泥淖中。台灣人與美國人都是人，瑪莎·納思邦真的能夠在處處充滿超人、蝙蝠俠、蜘蛛人等人類的完美性論述，以及崇拜鋼鐵雄師般意志的美國，實現其羅爾斯式的美景？抑或，這只是再一度的吸食鴉片過程？難道二十世紀八〇年代後，刑事政策領域中社會復歸模式已經蕩然無存的事實，對瑪莎·納思邦而言，是個毫無意義的社會事實？再度地強調社會復歸或

再社會化的努力的必要性一事，真的能改變現狀？

誠如瑪莎·納思邦所言，人類的情感是奠基於對於事物的人類評價性認知，而羅爾斯所主張的也不是真理而僅是合理的選擇。難道這些認識與選擇不是一種建構，一種被語言所支配的創造物？或許傅柯所談論的勞動與性的規訓僅是一種表象，更深層的還有人性的問題，不過人性也是一種語言的產物，所以真正讓查拉圖斯特拉感到無奈的應該是語言的結構吧。

數年前我寫過一篇有關後現代犯罪學的文章，文中介紹了日本的戎橋事件。一個大阪的流浪漢因為在另一位流浪漢身上看到自己未來的影子，於是將他擲入運河中凍死。當事實真相公諸於世後，令我無限感慨的是日本法官的良心判決。這位法官在毫無論述的情形下，做出了原諒行為人、也深刻反省日本現況的結論。他將語言的結構、共同主觀的結構 *epoché* 起來了，他應該是憑藉著無法用語言表達的純粹主觀，做出了這個充滿了道德意涵的判決（語言）。啊！深層的人性不僅是存在於健全人身上，也同時存在於非健全人的體內，而唯一的救贖或許是透過文學或藝術，甚至是透過無法理解的判決中，所展現出來的、無法用語言表達的奇妙共感。這個共感的發揮或許正是德希達（Jacques Derrida）於《法的力量》（*Force de loi*）一書中，最後所談及的可以與法的暴力對抗的純粹的暴力。

奇妙的是，去年我的一位已經畢業多年、而這幾年來幾乎都沒有任何學術上往來的學生也寫了一篇文章，名為〈灰色靈魂，被害・法律・救贖〉。我評審了這篇文章，並且也因為這

篇文章的取徑與我上述的文章頗為相似，但內容上卻是比我的文章更加地紮實，所以給了最高的評價。

這篇論文以本文敘述文學，用註釋應證法律論述的書寫方式，利用極短的篇幅說明了對於同一事務，文學與法學的敘述上差異以及互通的可能性；手法雖然不見得會被傳統的法學研究者接受，但是只要細心詳讀幾次，相信有心人士會發覺這種對應方式的意見表達，正是彰顯出文學與法學交互排斥但又相互影響的現實。

該文大量地簡略引用德國、法國以及義大利三國最先端的哲學家的論述，這會造成閱讀以及理解上的困難度，一般讀者應該是無法理解該文的精義。但這是讀者的問題，而不是作者的問題，終究這類的論文在台灣僅是小眾論述，是無法一般化、普遍化的。以一個小眾的觀點而言，該文的作者成功地表達了法律暴力的現實，然後利用系統論的觀點，巧妙地將現象學中有關共同主觀與純粹主觀的論述，轉化為救贖之途，其中的轉折巧思，令人激賞。

該文認為法律暴力排除所有的其他力量，強將人類的思維與行動納入法律系統的二元區分中（該文所舉例子是加害與被害的區分），這會妨礙到人類終極的純粹主觀的作用，妨礙到自我透過對於他者的對應而尋覓（文學上的、真正的）自我的可能性；而法律語言的妥協，亦即修復性司法的創設，其實僅是一種表面上的退讓，事實上並無法大量地提供自我他人在純粹主觀層面進行刺激與思維再製的機會。

以上這類的論述，以目前台灣的法律論壇的程度而言，大概也只有該文作者能夠明確地表述出來吧。連我也僅能在刑事責任判斷（該文中所謂的決斷）與司法良心的層面予以論述，而無法將這類的觀點擴張到所有與法律系統運作有關的人（或角色），或許這是因為我無多少的文學素養所致。

也正因為如此，當我看到該文作者透過文學作品而將海德格的「現世存在、死亡的不安」與自他的相互刺激與思維再製（自我的發覺或確認）連鎖在一起時，會感到非常不舒服。難道只有針對死亡的議題時，自他才有可能「共振」，亦即雙方都可以互相刺激、互相獨立地自我再製，進而形成一種不可言喻、不用言語的溝通（共振）？雖然該文作者在論述的途中，突兀地將死亡的議題模糊化（本文與註釋的本質上切割），而表明只要自我有過（除死亡外的）類似的人生經驗，則自己的人格的自我再製即有可能發生，但是我於最後仍舊認為這是一種永無止境的期待，而且亦僅是期待而已。

雖然我真的不喜歡這篇文章，但是又不得不承認，這篇文章或多或少觸動了少眾的深層悲哀。或許也是因為這種莫名的悲哀，我一直到最近還是寧願一味地將相關論述的可能性寄託在作為權威者、權力者（能將法律的效力予以懸置的人）而存在的「法官」身上。當個縮頭烏龜也無所謂，不然在語言的結構下，「我」要如何愉悅地生存下去？

不過，最近終於在態度上有了稍微的軟化。雖然很早就接觸了亞干賓的《神聖之人》（*Homo Sacer*）與《奧許維茲的殘餘

者》（*Remnants of Auschwitz*）等的論述，但是始終無法理解其中有關人的潛在力的論述，所以感受也不是很深刻。一直到最近讀了亞干賓於二〇〇三年所書寫的《開展：人類與動物》（*The Open: Man and Animal*）的日譯本後，觀點才有所轉變。於《開展》一書中，亞干賓除了再度強調動物性與人性之間的分隔線並不是那麼地明確，其間存在著被人性排除出去，失去法律保障的赤裸裸的生存（神聖之人或動物人），一種「被開展的人性排除於外，但又於外部包攝了內部的人性，且不屬於閉鎖的動物性」的純粹的存在。動物人或神聖之人無法走向任何一個極端（動物或人），而僅能漂流在人性與動物性之間的場域中。在古代，人類透過神話等方式於外部標示出動物人（不是人也不是動物，而是生存於人類的旁邊，被人類愉悅地食用的想像中生物），並藉此而彰顯出人性的特殊性。但是在近代，人們利用了強而有力的「人性機器」，亦即生物學、哲學、政治學等道具，直接從內部建構起人性的內涵。至此，大量被人性所排除出去的神聖之人或動物人即不斷出現，人性機器愈是精緻（在這種意義下，瑪莎·納思邦的細膩的人際關係、互相尊重，甚至於積極的羞恥情感下所產生的憐憫等都是一種人性機器）則神聖之人或動物人就會愈多，當然人類的悲劇也會不斷地大量發生。亞干賓認為只有利用班雅明式的（或胡賽爾式的）中止判斷，將理性與語言這種人性的標竿用括弧括起來，不然根本不會產生救贖。亦即只有「不為」才有可能「有為」（老子說聖人不為大，所以能成其大），只要放棄或限制人性機

器，則人類即可發揮潛在力。

小小的一本書，而且是在論述權力者之作爲的《例外狀態》(*State of Exception*)出書前的一年多所出版，簡潔地讓我理解了我的學生的論述，亦即不僅是對於必死性的恐懼的共感，而是對於所有的人性事務，都能進行所謂的超脫語言桎梏的反省。同時《開展》這本書也讓我理解了我所設計的少年事件處理法的盲點，此法的根本應該不在於明示出來的基於積極羞恥感的救濟或基於滿溢而出的情感（滿足感）的愛護，反倒是在於被隱藏起來的基於無爲所達成的人性禁制的懸置；以往我都是兩者並重，甚或較偏好於前者，根本就忘懷了混沌與複雜秩序之間的重點應該在於混沌。

瑪莎·納思邦女士的這本書，處處充滿了羅爾斯或哈伯瑪斯(Jürgen Habermas)的樂觀，但是我仍舊應提醒讀者，在讀完這本書，並且充滿幹勁地想要改變這個世界、想要實現積極的政治作爲之前，先停下來。尼采在告別華格納、叔本華，結束前期創作，產出後期的《查拉圖斯特拉如是說》(*Also Sprach Zarathustra*)、《善惡的彼岸》(*Jenseits von Gut und Böse*)以及《道德系譜學》(*Zur Genealogie der Moral*)前，曾寫了一本小書名爲《人性，太人性的：一本獻給自由精靈的書》(*Menschliches, Allzumenschliches*)。或許我們在進入美式樂觀論述後，心中仍舊要保留些許抗拒人性時的悲觀情緒吧。

（本文作者爲台灣大學法律學院教授）

〈推薦序〉

客觀理性的背後——從人性的剖析到律法的觀照

林志潔

二〇〇七年初，我在國立交通大學開設了一門通識課「Love, Sex and Law」，中文課名叫「愛情的法律學分」，我將這門課分為財產篇、婚姻篇、分手篇、性愛篇等主題，就不同議題所涉及的法律進行探討。我的聽眾是一群理工科為主、男生居多、樸實敦厚但沒有任何法學背景的大四學生，我希望這門課能讓他們在踏出校園前，對愛情、性以及相關的法律具備基礎的認識。

當我們的主題即將進行至「性交易與法律」的議題時，我預備邀請日日春公娼協進會的工作人員來播放廢公娼及抗爭經過的紀錄片，若有時間，我也打算舉辦一場小型的座談會。然而，就在我向學生宣布此計畫的隔週，一張未署名的便條紙從教務長室轉到通識中心主任，又從通識中心主任轉到我手中，紙上寫著：「教務長您好，本校有門通識課『愛情的法律學分』，老師要請日日春的妓女來演講，讓人感到不適，請教務長轉告老師。」

我相信世界上任何一位認真教學、想帶給學生不同觀點的