

國立台灣大學法律學院法律學研究所

碩士論文

Graduate Institute of Law
College of Law
National Taiwan University
Master Thesis

「生命政治」視角下的刑事政策
—以反恐刑事司法「論述」為楔子

Criminal Policy from a “Bio-political” Perspective: with
Discussion on Anti-Terrorism Criminal Justice as Prologue

范耕維

Keng-Wei Fan

指導教授：李茂生博士

Advisor: Mau-Sheng Lee, Ph.D

中華民國 101 年 2 月

February, 2012

國立臺灣大學碩士學位論文
口試委員會審定書

「生命政治」視角下的刑事政策
— 以反恐刑事司法「論述」為楔子

Criminal Policy from a “Bio-political” Perspective:
With Discussion on Anti-Terrorism Criminal Justice as Prologue

本論文係范耕維君（R95A21069）在國立臺灣大學法律學系
完成之碩士學位論文，於民國 101 年 1 月 30 日承下列考試委員審
查通過及口試及格，特此證明

指導教授： 李義生

口試委員： 陳炳若

李義生

江云外

許恆遠

謝辭

「撰寫這本論文的意義為何？」這是直到下筆的此刻，我依然在思考的問題。打從這篇論文的第一個字產出開始，這個問題就縈繞腦中，可能是想爲了這些年台大的歲月留下一個紀錄，或者是帶著不自量力的自信想寫出一份對得起自己的論文，也可能僅是想將腦海中的那些字句堆砌成一疊足以畢業的紙張。雖然我也不認爲可以找到這個問題的答案，但在 Barthes 給予我的模糊指引中，唯一肯定的是對我——一個作者 (author)——而言，書寫這一個不及物動詞所能企及並非是超越文本或超越我所指的世界，作爲作者的我唯一能書寫的也僅是我自身。因此，這本論文的目的是或意義，我想也只能交由不同的閱讀者去賦予了，於我而言這本論文僅是在說一個故事——這些年人生與學習歷程的故事，而現在故事來到了最後的一頁。如果這個故事是一片有待開發的夜空，謝辭所代表的是筆者在這夜空中的指引，筆者深深感謝的每一位，都是這片夜空中的繁星，感謝您們使我得以訴說出這一個故事，也使這段旅程更有意義。

如果要尋找這個故事裡最重要的人，那必然是李茂生老師。至今我依然記得禮拜二連上四堂的刑分課，那是這個故事的開始、也是我人生的轉折。當時的我對於法律毫無興趣，尤其是刑法更令我厭煩到立下「將來要考研究所的話，絕對不考有刑法考科的組別」這樣的志向。但就從那個時候開始，我遇到了一門黑板上絕無樹枝圖、僅有鬼畫符，講義字字繁體中文連起來卻像火星文的課程。課堂上口沫橫飛的火雲邪神，談的不是刑法的文義解釋、也不會訴說著那些我根本不相信的快樂與公平正義，更多的是不同領域的知識與對法律力量的質疑。這些質疑的論調，在開頭令人感到充滿神秘感並富有魅力，但當我真正翻開一本本的書籍之後，腦袋中不停產出滿滿的疑惑，這些疑惑又帶來永遠都查不完的資料與念不完的書。在這不停越鑽越深的過程中，體會到的不是法律光明與正義的一面，而是對於法律力量正當性的質疑，而這種心情上的矛盾，同樣也伴隨著不停學習的動能。如果說李老師帶給我最初的改變是什麼，我想是讓我領悟到「不懂才要學」的真諦，以及對於每個問題更深一層的思考與質疑。如果有一天我能夠謹慎的使用法律或免於成爲一個「法匠」，我想這一切都源於李老師帶給我的影響。這個影響在兩年後讓我選擇了刑法組作爲另一個學習的階段（雖然最後寫出了一份不太刑法組的論文）；在擔任李老師助理的期間，讓我對於刑法又有了許多不同於大學時代的想法，也有機會認真地再重新進行對刑法的學習（可惜因爲忤逆老師不學日文使我不能學得更多哭哭）；與老師對於刑法外其他文本或思想的討論，則帶給我許多啓發、並讓我能夠修正思考上的盲點；有時甚至是在談話後的數月（或數年），自己才突然恍然大悟老師過去的某段論述與主張其道理何在，我想這樣的體驗可能會隨著自己之後人生歷練的累積而繼續發生。這也是老師令人折服之處。最後想要感謝老師的，還是一路上的包容與提點，特別是在無法順

利通過語言檢定的這段日子，老師沒有絲毫的責備，反而願意支持我每次令人慚愧的決定。回顧這一段接受老師指導的日子，腦海中立即浮現無數的文獻、無數次的討論、學分班助理時期的謝師宴（我都沾光白吃白喝酒）還有中午的愛鄉園肉絲炒麵，想起多年前報考刑法組的決定，覺得自己實在十分幸運，能夠投入李茂生老師的門下，向老師討教學習。對於李茂生老師的感謝，我想是不可能用這短短的段落去加以窮盡，最終僅能以一句簡單的「謝謝」來表達學生最深的敬意。

在此同樣要致上最深感謝的是，願意在百忙之中抽空擔任口試委員的每一位老師。江玉林老師對於論文許多問題的指正與批評，令我得到極為豐富的收穫。不論是引註的完整度、對於論文的清楚定位乃至對於 Michel Foucault 思想內涵與翻譯的建議，江老師嚴謹的要求都讓我感受到自身的不足之處，更使我了解必須修正的缺點以及未來努力的方向。無論是閱讀江老師的文章、或是口試過程中的討論，江老師的學養與治學態度都令我感到無比敬佩。對於想要繼續從事學術研究的我而言，江老師的言教與身教，可說是為我上了彌足珍貴的一堂課。同樣榮幸的是，這次口試能夠邀請陳妙芬老師擔任口試委員。在研究所後期旁聽陳老師的專題討論以及法律拉丁文等課程時，陳老師持續廣泛學習的態度與深厚的學術底蘊，都是我在研究與學習上的榜樣。在口試過程中，陳老師一針見血地指出，本論文於處理 Judith Butler、Gilles Deleuze 等思想家的相關討論時，論述完整性與書寫範圍拿捏上所面臨的問題，而這些確實都是我在論文的書寫過程中、甚至整個研究所的求學歷程中，最大的疑惑之一。陳老師提出的建議，不僅幫助我釐清這個疑惑，也讓我知道自己在論文中，對於若干思想呈現上的不足之處。陳老師對於西方政治哲學思想家的熟稔，不論是對於思想核心內容的理解、或是最新文獻資訊的掌握，除令我感到欽佩之外，也讓我更能釐清未來對於許多問題延伸學習的明確方向。而在口試前的最後關頭，很高興能夠獲得許恒達老師的回應、順利邀請老師擔任口試委員。在閱讀許老師的文章以及參與政大刑法週等研討會時，許老師觀察問題的深度與清晰的條理，在在令我留下極為深刻的印象。口試當天，許老師對於這本案亂繁雜的論文，竟能清楚地點出我所企圖表達的論述主軸，當時我的心中，實在是無比的驚訝與佩服。許老師所提出的問題與建議，不僅提供本論文在修改與思考上的清楚方向，也讓我對於諸多尚未完全解決的疑問，得以再次重新思索並釐清盲點。此外，許老師以過來人的身份，提供碩士論文寫作的經驗分享，更是意外的收穫。對於這本不成熟而充滿瑕疵的論文，非常感謝每位老師的撥冗閱讀。不論是對於這本論文的批評、或是對於這本論文的謬讚，老師們願意無私地分享自己的看法與所知，都令學生感激萬分。同時學生也感到自己是何等的幸運，能夠擁有老師們的建議，而得以在繼續求學的路途上，時時據以惕勵自己。

另外，也要感謝黃榮堅老師，黃老師是我刑法的啟蒙，不論是大學時代或研究所時期的課程，都從老師身上學習到許多—不論是學術上的思考或是老師的人

生態度。此外王皇玉老師在大學時代對於犯罪學的教導，開啓我對犯罪學與刑事政策學習的興趣，法研所時期也在王老師的課堂中閱讀了 David Garland 的著作，除了老師一向幽默詼諧的言談外，這些課程累積的所得，也帶給這本以刑事政策為主線的論文許多的啓發。

除了法律系的老師們外，也要感謝楊植勝老師在氣氛輕鬆的課程中，對於黑格爾法哲學的指導與討論，讓我得以對法哲學原理有初步的理解，也體會了哲學所嚴謹的翻譯態度與課程進行。感謝法協 Sonia 老師對於我法文的啓蒙與教導，讓我開啓對於法文的學習之路，也使本論文在資料上得以更廣泛的閱讀，並使內容更加的充實～merci bcp！另外也要感謝歐陽永樂老師允許旁聽義大利文課程，除了義大利文外，老師對於包括法律、文化等分享，也讓我獲益良多～Grazie！雖然多年未再接觸日文，但依然要感謝忠孝日語精準閱讀的小劉老師，老師上課幽默的言談與饒富趣味的政治言論，至今依然令我印象深刻，也希望他日能再重啓對於日文的學習(我忘記日文的謝謝怎樣寫了)。最後是感謝送佛計畫的美女老師、助教還有台大總圖的英文小老師，感謝妳們在托福考試上的協助，讓我可以順利度過畢業的最後一道關卡，在這之中也使英文能力進步不少(說起來還得感謝卓越的台大法學院呢科科)。

也感謝 B91 財法的好友們，從大學到研究所一路上的相處，我最要感謝的人就是認識近二十年的朋友老詹(根據氏著十年朋友理論，與老詹相識的基數為十年)，沒有老詹當初裝熟跑來問：「你有沒有看過這本規訓與懲罰？」跟找我一起修少年事件處理法，並且經常一同徹夜討論刑法問題(其實都是在打 MVP，在老詹直達車返回台北市後)，我或許不會踏上今天的這條路，這本論文恐怕也不會出現，這本論文某部分也是獻給老詹，與表達我對他的感謝，老詹不只改變了歐拉的人生，我想老詹也確實地改變了我的人生。另外也感謝摸摸、侖侖、阿梅主人、Q 哥、哈狗、馬神、馬蚤、樞璞、永鴻哥、二哥、三哥、大肥，雖然有時候會有爭執，但還是這些年在台大的回憶是非常珍貴的，一起辦宿營、一起去看棒球(看甲甲在面前打假球…)、跟侖侖馬神一次次的看中華隊贏球(雖然常常都是輸球啦，三哥：中華隊又不會贏~~~)、跟義憤摸摸還有老詹一起開讀書會(摸摸放強強鳥去天母吃洋蔥，然後他冬天就變溫暖了)、跟愛釣魚的永鴻哥一起在期末考時討論考古題、跟大家一起打法律杯籃球賽或壘球賽還有男四與醫體的打球時光(柏文腦袋撞到後變準還欺負學弟；冠軍賽看財法黑曼巴梅子主人 MVP 級的演出；Q 哥財法雷槍的神射；有一場沒一場的樞璞(全場七投零中外加四個麵包)打人後躲到最後面；自稱 J-Will 然後得意的機油三哥；大肥穿襯衫走人；猴子生氣脫眼鏡；紙老虎財法大頭目老詹跟他的策士樞 pu)、度過許多難忘的時光：每次出去玩都迷路的三兄、馬神跟摸摸的花蓮溫泉之謎(?)、老詹馬蚤侖侖(肚子當時變很大)的中部跳針之旅、樞璞爬玉山一直偷喝水跟吃消化餅、跟摸摸翹課去打網咖然後還跑去烏來玩、樞 pu 諸多白賊事蹟，做完壞事還會哭、老詹背著

大家徵友去擎天崗吃鹽酥雞結果機車壞掉（現在已經報廢了）、跟三兄一起在大肥家打電動（老詹打輸還摔搖桿…）、老詹在我家打電動打輸直接 rematch 的沒品傳奇、在猴子房間的電動時光（見證老詹顧酒後落淚的感人故事）、一起在踢足球（刁鑽的吉諾宗霖被歐拉指揮去撿球；跟他當時處於競爭關係的猴子比賽假摔；426 玖哲不停耀武揚威；還認識了以爲_____在我們班很光榮的阿拉伯人施忠志）、大家之間的隱藏針對（馬蚤與我；其他族繁不及備載）、摸摸跟老詹的象迷情誼（饒河街唱兄弟隊歌還偷買冠軍紀念 DVD 的老詹）、跟摸摸 Q 哥一起逛街聽摸摸發表歧視性言論，還有這幾天在研究室看到那本畢業紀念冊，想起跟馬神一起畢業致詞的回憶、大家一起做的智財宣導（摸摸洗衣機哥哥）、一起在社辦做畢業紀念冊（還抓包周政的任意偵查行爲）、一起開的民法與刑法讀書會（因此認識了在法圖打出昇龍拳且從不斥責我的主人）、一起搶救強執在社辦熬夜、跟猴子爬牆被警察抓。也要感謝佩珊，感謝那段日子裡帶給我的一切，讓我知道自己的不足與不成熟，也讓我成長與進步，這一聲謝謝是必須要表達的。還有畢業後出國的侖音，也是很棒的朋友，也恭喜你人生邁向另外一個階段，未來不論在國內外都事業有成。這段日子，雖然經常在跳針中度過（我自己也很會跳針），但這麼多年後想起來，或許就像老詹說的：「無限迴圈，也是一種幸福」，我想只有珍貴的回憶才可以不停的無限迴圈吧，在此僅以老詹最愛跳針的一句「樞璞好兇」爲這段旅程作結。

還有成功高中 302 的夥伴，每年過年這樣子打牌放炮，我們也就認識十幾年了，雖然我們的人生走上不同的路（好比有人外派又拿 38K），但固定的聚會永遠都可以讓人暫時忘記煩惱，記得國考時每周 Albert 跟老杜都會找我打球跟看電影，希望老杜這輩子可以原諒我，然後早日開出雪隧，也希望 Albert 能繼續完成我們未竟的夢想。當然也要感謝跟我同班非常多年的佳彥，從高中到研究所能一路同班也是一種緣份，感謝一路上的幫助，過去很多刑法問題的討論也讓我獲益匪淺，希望我們都可以在未來一帆風順（當然我是不會揭發你的真面目的）。還有每年過年都會來我家的小柯、李宜格與溫柏凱，希望打牌放炮打網咖的紀錄可以延續下去。還有很久不見的健倫，很懷念一起爬山的日子，還有那個夏天一起上山下海的真男人環島旅程跟我摔爆膝蓋的司馬庫斯與北橫之旅，到這塊土地的各處冒險真是人生非常深刻的回憶。最後，**每個故事裡都要有一個胖子，這個胖子就是被李茂生老師當掉刑總然後被二一的陳永葳（葳：蕪菁，就是大頭菜），雖然你都自肥，還是要祝你未來人生幸福。**很高興認識大家，這十幾年的友誼真是非常珍貴，想當初我們還只是把東西亂丟下樓的高中畢業生，這十幾年經歷了老杜反覆停車、颱風天烏來泡溫泉（差點死掉）、黃佳彥 xxxxxxxxx（消音）、放炮差點炸到自己人（每年都是）...等。總之感謝大家陪伴我走過這條路，套句隆哥他爸說的話：你們都是狀元阿（結果他兒子被陷害落榜）！希望大家在各行各業都是狀元。

109 研究室是我第一間研究室，那應該是我人生中最愜意與成長最多的日子，

雖然已經遷院了，但經過舊法社都會想起那一年充實的生活與 109 的夥伴。區區最要感謝人永遠都是是志強學長（馬三強爺、強強君、浩南哥），學長與我不相熟識時，就熱心的帶我讀書會準備研究所的考試，學長總是不計較付出的幫助我與回答我問題（喔，他會先打完鬼武者再幫），後來與學長一起準備國考，經歷那段每天一起分享考情跟吐苦水幹譙國考制度的日子，一起因為奇奇怪怪的理由得面對畢業挑戰，經常在不順時一起到處拜拜（學長確實農民曆達人，算好時辰安全搭到封閉前一天的貓纜，學長可以來一本農民曆三合一了），還有在遇到挫折時一起去饒河街或是去喝酒，現在很多事情因為學長司訓不能一起做，都感覺到很可惜，雖然也發生過不少北爛的爭吵（學長還為此用英文罵我，為了讓我練習托福真是用心良苦），但學長從大學到研究所的幫助，還有那段令人懷念的 109 歲月，學長真的是很好的朋友，也感謝學長帶給我很多人生的啟發跟幫助他人的熱忱，區區真的感激不盡。另外就是尊哥，那段一起天天喝咖啡吃下午茶吃愛鄉園跟和園（但尊哥還多了吃香喝辣跟狐假虎威）的日子真是相當愉快，也感謝尊哥跟我一起度過研究所修課的時光與面對老師無情的砲火（幸好有強強吸收大部分砲火，不虧是近年最強的李門主坦），看著尊哥從在 109 天天打魔獸世界到即將成為台灣的 Kent Zuckerber，期望你能完成你的夢想，我對尊哥能說的只有老師講過的兩個字：「謝謝」。此外波哥、叮噹哥、怪頭（笨湖學長；金筆常威）也都一同度過了 109 的歲月，謝謝學長們給予我的幫助，跟一同在那間小小研究室裡度過的歡樂歲月，謝謝你們。由於尊哥之故，要附加到這段的是我高中同校的文青喬治（與他的拍檔歐歐），一起去看電影跟靠北尊哥的日子相當有趣，希望你的戲劇生涯順利

除了 109 研究室的日子外，也要感謝很多學長姐的對我的啟發。感謝邦桓學長在大學時的照顧，舉凡選課買書或大小雜事，學長都給我很多的建議，學長可以說是我在大學時代的明燈。民法讀書會的顏帥學長（法學院朱孝天）也是除了強強君之外人生中的貴人，面對讀書會中的難題，學長總是義不容辭的提供幫助（而且他都不會說他要先打電動，這強爺真是@#S@#S%#S%），我敢說民法這一科是喝顏帥的奶水長大的（我至今難忘的「契類無物不侵」），不論是國考或求學的事情，學長也總是給我鼓勵與解答疑惑，沒有學長的民法讀書會，今天我也無法在這裡完成這份論文，對於他人無私幫助的精神，也是學長帶給我最大的啟發。另外在跟隨李老師學習的過程中，也感謝李門諸多學長姐們的照顧與啟發，從研一開始的求學過程中，煜偉學長、士軒學長、大山學姊求學的態度都帶給我這個不太認真的學弟學習的表率，此外撲馬學長從美國提供的書單，更是在論文卡關的時刻指引我思考的方向，宗閔學姊、長成學長、巧元學姊、文君學姊也都在研究所期間，給予我許多的協助與建議，能夠有幸給李老師指導，並得到學長姐們的幫助，是更為幸運的事情。除了李門的學長姐外，研一時使我熟悉刑法組生活的凱平學長、大學時總是回答我刑訴問題的之聖學長、一同打球與考預官的劭燁學長、指導我國考寫題的季偉學長、一同準備國考的依蓉姐、鮪魚學姊、苦行學

長、一起在學分班當助理的常威好友的宗穎學姐、家聚時總是帶給大家歡樂的馨寧學姐與木訥但帥氣的長恩學長，感謝學長姐們一路上的幫助，我才能順利的度過大學與研究所的日子。

另外，關於這本論文要感謝非常多的人，不論是熟識與否，許多人提供的幫助使我得以完成這份不成熟而粗糙的論述。最先要感謝的是一位（並非我朋友的）學弟的協助，感謝法學院藏書王徐正樺（體老／jackbobo）在資料蒐集上的幫助，若非體老的幫助，這本論文無法參考到如此豐富的文獻。感謝撰寫過程中的夥伴姚中，一同撐過那每個鳥鳴的日子，或許會是一生中少有的回憶，你所提供的諸多建議與啟發，都如同使這本論文得以書寫完成的每塊基石，在此致上最深的謝意。從論文發表到口試，最需要提出來感謝的人是曾深夜向我懺悔的李維，擔任我論文發表會的主持人與口試的紀錄（出於贖罪的心態），我深感李維絕非辦事不力的人，而是一個充滿責任感的學弟，能夠與李維在刑法讀書會相識，可以說是最幸運的事情（應該吧，雖然他都在背後中傷學長與放暗箭，且想將學長們送入忠烈祠），李維廣泛的閱讀與批判性的態度，在與我關於論文內容與形式上的討論中，都讓我有許多新的想法，也使這本論文得以更臻完善，李維讓我知道識人之明這個成語的寓意有多重要，作為謝詞我想今天就不靠天李維了，我很真心地感謝他這一年來各方面的協助（雖然老師說你論文太遲了，我對你還是很有信心啦）。在論文的校對工作上，致上最深敬意的是小郭（壞壞的兩津）、多馬、阿凱三人，感謝你們在校對工作上的幫助，與小郭、萬承皆在讀書會相識，小郭認真求學的態度令我敬佩，不論是文獻閱讀的廣泛與求知的熱忱，都常令我感到汗顏，但也對於能與小郭討論感到興奮，感謝你無比仔細地校對，仔細程度令我驚訝，除了最深的致謝外別無可說，祝福小郭未來求學或出國的路都一帆風順。多馬（壞壞的萬承）也是讀書會中令人感到敬佩的學弟，求學的熱忱與對社會議題的關心、社會弱勢的關懷（例如：爹豪），都讓我覺得以前真的是太鬼混了，希望你研究所的生活能順順利利。生物老師阿凱臨時上陣校稿，對此我也相當感謝，一同吃水餃的聊天與阿凱對於從其世代所為的台灣社會觀察，讓我充實不少見聞，無論是考試或論文，祝福你都能順利完成，言盡於此，再次感謝三人幫助校稿的辛苦，其聰敏勤奮更勝於我，一切文責當然由我自負。此外在技術層面上，必須感謝的是一直以來幫助我甚多的學弟德豪，在兵荒馬亂之際，幸虧有德豪擔負起關於文書製作上一切的工作，才使我得以無後顧之憂的書寫，一同吃南機場、熱炒（但你吃了藍色桶裝的奇怪東西）、陽明山撞邪與聽你口出暴言的日子，或許會是往後對論文不一樣的回憶，也希望你在人生中得以作為自己真正的主人。註腳部分要感謝怡嘉的大力協助，感謝對於註腳校正的幫助外，以前推薦給我的有趣日劇跟小說也是我 109 研究室日子裡有趣的回憶（好像有部日劇是跟恐怖攻擊有關吧，也觸發了這本論文的題目），雖然妳都視我為眼中釘，但我依然真摯的祝福妳可以找到自己喜歡的生活，我想對於開朗的妳而言人生也一定是會充滿笑臉的=)。說到註腳也不能忘記甲誠，感謝誠誠花費自己的時間教我小藍書的使用方式，帶你讀

書會的時候，發現你真的是很搞笑的人（以前都誤會你了，這個誤認真的嚴重），希望有機會可以跟你一起探索台灣，也祝福你之後的人生計劃一切順利。最後，我也要感謝（吃藥的）賴阿才、歐陽與卡卡，感謝你（妳）們在論文關於英文部分的協助，使我這個英文白癡可以順利解決論文程序上的種種障礙，也感謝阿才與歐陽在我托福之路許多的幫助，於此致上最深的謝意。

爲了避免段落過長，關於論文部分另闢一段感謝，政大（江門）熊大在我論文書寫最煩悶的日子裡，以他版面充實的文章，讓我度過每一個漫漫長夜，前往政大繳交口試本當天的談話，也讓我感觸良多，或許這也是我將來惕勵自己的方向，也祝你論文書寫順利。台大 Sandel 允中則是後生可畏的代表，雖然我對於動漫不甚了解，但允中幽默詼諧的言談（或一針見血的點破兩位某君）總是帶給我歡笑，但關於論文或學術上的討論又往往讓我感受到允中的認真，一同撐過那段見證公費榜首發瘋的夜晚或許是論文書寫中最不堪回首的特殊回憶，祝福你往後求學之路順利且充實，早上吵完架之後還是要搭理（無頭蒼蠅）某君阿。政大謙兄（我不要寫出你名字，幫你低調）對於人生與求學給了我諸多的建議，吃雞的時光往往讓我好好思索人生的道路，帶給不經世事的許多的啟發，希望謙兄可以繼續順利的完成論文與精神分析的研究。感謝侃學找我一同前往總圖練習口說，托福資料的提供讓我準備上順利不少，祝福你留學之路順利，往後關於經濟方面的知識還要向你多多請教。關於論文內容中的困境，也要感謝小布扮演人民觀審制台大法學院試行的同時，提供給我 Deleuze 文章的法文原本，讓我得以釐清許多苦惱的問題，與你在口試教室門外的談話，也讓我回家後反覆思考許多問題，祝福你能完成你對於學術的理想與知識的追求，另外要感謝宗謀學長對於我突兀的發問不吝於給予回答，特別是關於 Foucault 與 norme 關係的小小指點，讓我想清了論文中苦惱許久的問題，所謂打通任督二脈莫過於此，除了欽佩還是感謝。在這段論文撰寫的一年多時光裡，一起開讀書會的學弟阮壞與駱駱，前者身爲體老的哥哥，對於體老的諄諄教誨令人動容，論文苦悶的日子裡，一起在 1811 聊天跟吃晚餐的時光是最好的調劑之一，一起去清淨跨年（順便感謝一下阿亮，因爲你開車的謹慎與小心沒有開進樹叢，使我可以活著在這裡完成論文）、頂樓充滿回憶與故事的烤肉、法律杯吵架（阮：暗暗暗陰陽，我都還沒說你說什麼？；歐拉：暫停比賽!!!暫停比賽!!!），都是我研究所生涯難忘的回憶，在此也誠摯祝福你研究所生涯順利。後者身爲體老大學的摯友，感謝你借用我 1811 的座位作爲我寫論文到處晃盪的其中一個地點，駱駱批判性的言談與對其他學科的涉獵也常常讓我獲得許多收穫，在自由廣場與你跟唯寧的相遇，也讓我看到了充滿理想的力量，能帶你們讀書會也是一段與體老相關的緣分，這些都是我珍貴的回憶，值得我好好收藏，也請接受我的感謝與祝福。最後是在論文撰寫的過程中，與恒達諸位學長們的相遇是非常幸運的事情。石垣島之旅讓我在開始最後的畢業衝刺前充分的休息，那五天四夜的旅程發生非常多有趣的事情（主軸的環繞在某人身上阿ㄟㄟ），此外包括羅董的慶生會、在恒達的品酒、喝到爛醉的莫宰羊（真丟臉）、還差一

哩路的開票之夜，都是這段為畢業而戰的苦悶日子裡，有趣而鮮明的回憶，感謝志朋學長、羅董、很會喝啤酒的豪哥學長、外圍組織的胡宏文、好久不見的仲軒學長、正妹人妻佳瑩學姊，不論是在哪次聚會遇到大家，都讓我忘記了畢業種種的繁忙，這一點是令我印象深刻且一定要感謝的。

十七期二梯律訊是研究所生涯中很奇妙的際遇，短短的一個月卻變成長久的友情（短短一個月，我打錯名字大家就包涵一下）。除了現在正坐在我對面的瑋博（不選字啦）之外，最值得感謝的就是不停辦活動與維繫大家情感的老蔡，讓我的法律系旅程中多了一段饒富趣味的故事，雖然因為畢業事務繁忙而久未見面，但過去每次的聚餐、生日會、老蔡堅持要去夢時代的高雄墾丁之旅都讓我記憶猶新。跟 Q 哥並稱經濟法組三帥又喜歡露腹肌且背叛同班同學的疝氣 a 陶陶（第一帥）、高點裴勇俊愛吃海鮮粥又差點死過一次且照相都萬年同個姿勢的煞氣 a 伊台大（第三帥）、高點香取慎吾去六福村玩火山歷險前還要抓頭髮（匪夷所思）的謝友仁、二梯的冠軍彥君跟我忘記像哪個卡通人物的書瑜、家裡有鮑魚的君達、二梯梁赫群很娘廢話很多駕訓班教練都不想理他的阿烈、人妻 peggy、律訓人氣王穿白西裝跳舞的世界第一金勺勺、長得很像哈狗的建中與蔣文萱情侶檔、（我沒有討厭他的）廢翔、若蘭、迪迪、子薇、世勛、爽哥、建州、跟老詹認識很久（雖然想睡覺了還是要補上這句）的陳美美、從國考在法圖時就認識的 nini，感謝你們帶給我那一個月的回憶，祝各位道長或法官未來都順順利利，律訓的回憶會是我法研所旅程中非常值得紀念的一段。

Passion 應該是法研所期間最奇妙的經驗，除了寫論文那幾個月裡的比賽跟練球還有 play 成為了最大的調劑之外，正如老詹在 2006 年夏天時成立時所想不到的，這個球隊已經陪伴我走過五年的寒暑。除了使球隊運作順暢且錢花在刀口上的熱忱三核心：老詹、阿倫與老 B（老 B 的名言：選秀是不講人情的，至今也常留我心）之外，跟我一同組成跨年「四」兄弟的汪舜與地鼠，也讓我在 2008 年的新年留下了一個至今難忘的回憶，地鼠身為球隊的長者，總是跟我說「有些事情」不用認真，用錢買就好了，這種豁達的感情觀與人生態度給我很多的啟發，汪舜（熱忱瀧澤秀明）與盧煜（球隊 KEY MAN）組成的福和雙雄總是在打球時帶來歡樂，另外能與地鼠和汪舜一起欣賞好片 1895 更是難忘的記憶。此外包括臉像 KOBE 的老詹國中同學缺、純情且每場比賽都起衝突的家鋒、每天都放閃到我封鎖他 FB 的阿穗、好多年不見的 8A 版主阿匡學長、台大雙系草大器哥（萬才館草老詹）、早餐店長狄龍、很像眷村阿北的大郅、韓國人洽卡達、老詹高中同學反町與彼特，一起打了無數的比賽，也一起經歷了從網溪到溪口無數的 PLAY，這支球隊讓我認識了很多朋友，也讓我經歷了很多不一樣的事情，感謝大家讓我留下了這麼奇妙的一段回憶。

這段旅程中，也很幸運地認識了許多學弟妹。我特地將他擺在這段開頭的法

學院許孟哲公眾人物歐拉（他其實可以列在論文感謝對象與球隊，但爲了凸顯他特殊的地位所以放在這裡），感謝歐拉在寫論文的日子裡一同聊天度過漫漫長夜的日子，每當我經過成美橋，都會想起那段旋轉崩潰的日子裡，與歐拉聊天排遣的苦悶，跟歐拉一起打球接受指揮也是有趣的經驗，我永遠會記得球要給誰打、靠誰領先的，那一定是內線七成的（體老師父）歐拉，一起同隊打法律盃的回憶也是相當有趣且至今難忘的經驗，也祝福歐拉未來律師之路鴻圖大展。說到歐拉，就要說到他的好拍檔石宇，能認識傑出的成功學弟石宇是非常難忘的故事，還記得男四的假日聯盟，腰力十足的石宇永遠是固定出席的夥伴（歐拉的夥伴），祝福石宇能在司法官之路上順順利利，除了歐楊連線外，它們的搭檔莫魯、潮康、阿羅優（還有犯規十拿九穩的尊哥），都豐富了我在男四與醫體那些下午打球的回憶。此外也要感謝李門的學弟妹們一同經歷過的學習，謝謝經晟學長、康樂股長明芝、大師姊小嵐、感謝周政歐兄、小自、觀念很好的育駿，與你們一同學習讓我學到很多也增廣了自己的眼界。

撰寫論文的苦悶，會使人到處閒晃，學弟妹的部分要特別感謝在我晃蕩到 1811 時，沒有驅趕我的學弟妹們，感謝俗荒、酷可、曉恩、戴普、阿湯、寧寧、宇涵。另外也要感謝我的直屬學妹心印、民千與佳欣，很高興認識妳們，也希望有天老人家聚不會是我的嘴砲，能夠成真。財法四帥另外兩位難以分辨的帥學弟，我的律訓同學資元與表特版帥哥龍哥，也很高興分別在律訓與跨年的旅程中，一同分享了許多的回憶。另外在帶讀書會的過程中，很幸運地認識了很多的有趣的學弟妹，老詹失散多年的弟弟霏霏，一手組成的讀書會（都在聊天）是我帶過最歡樂的一個，一起去泡溫泉、度過我 26 歲生日的熱炒、跟我分享燙銀絲（不是玉米鬚）的經驗，跟你聊天的過程可以知道你有非常多的想法，祝福你肥肥宅宅的人生能遇到更多有趣的事情且一帆風順。另外在讀書會過程中認識了很害怕柏文的祖名、壞壞的體老（溫泉）摯友黃馬、試試水溫的成大榕園情報員且「我最幸福^^」的阿炮（甘我屁事啦~(丟石)）、判例小王子兼自走六法軒哥（丑）、什麼都能聊人很好的于豪、跟醫生很要好的 HAPPY 哥孟生，與你們的讀書會還有聚餐讓我在寫論文的日子裡依然充滿歡笑（我發現其實寫論文還蠻快樂的，都在玩），雖然不是成員，但永遠是話題對象的永政，希望你早日走上你的自由大道，也祝你未來人生順利。除此之外，與賽麒、熊、哈拉拉、老大王柏強一起的讀書會，則是在賽麒不停放閃（有夠ㄣㄣ）、熊不停嗆人中、老大不停提出獨門見解中，留下許多的回憶，在此我也要順便感謝除了熊之外的另外一個直屬學妹魯比，魯比確實製造我許多的困擾與磨練我的脾氣，對此也是萬分感謝（後面沒有了）。我也要感謝每一個我認識的讀書會學妹，從研究所的第一個讀書會開始直到畢業，只能說非常的幸運認識了優秀的你們，很高興能夠有機會認識每一個人，因爲你們與我的每一句討論與對話，往往讓我重新思考很多的問題，也讓我得以不停的精益求精且收穫良多，許多在讀書會外的回憶（例如陪我去買律訓西裝的瑤瑤、魔神與老曾；一起承受馬神蝦殼衛生紙地獄的黑 GIRL、陳萱；讀書會慶祝生日帶給我驚喜的金

門、益先、韋辰、偉家與我的直屬學弟柏翰）也讓我帶著滿滿的回憶走完這段旅程，由於時間與篇幅的關係，請原諒我無法一一列出，僅容我對於你（妳）們帶給我的收穫，致上最高的謝意。

我想這是真的到了畫下句點的時刻了，帶著這樣豐富的回憶與感謝結束這段旅程，雖然不捨但也毫無遺憾了，能夠走過這美好的旅程，最要感謝的是最重要的人，這本論文的完成，最應當感謝的人是我的父母，感謝我的父母親給予我的一切，我從未需要擔憂過任何生活上的困苦，也總是得到我所需要的協助，我能夠毫無後顧之憂的受教育並完成這本論文，都必須歸功於我父母們對我無私的奉獻，對於他們支持我的人生選擇與決定，與包容我的任性，除了將這本論文獻於我的父母，我能夠對他們說的也僅是一聲感謝，當然我也必須感謝這段日子裡陪伴我的貓仔與兔仔（我最近不太喜歡會在我家門口…的狗狗小花），因為你們的陪伴使我可以撐過這段時而苦悶且時而喪志的日子，每當在最艱難的時刻裡，你們雖然不會多說什麼，但我卻知道你們總在我身邊陪伴著我，雖然偶爾會幫我惹麻煩，但事後回想也都是生活中有趣的花絮，而我能說的依然是對於這一切的感謝，謝謝。

於 2012 年 2 月 10 日 鳥鳴的凌晨
於萬華家中

「生命政治」視角下的刑事政策

—— 以反恐刑事司法「論述」為楔子

摘要

「911」之後，美國開始其反恐戰爭，因而導致其刑事司法上嚴罰化、入罪前置化、刑事被告程序權剝奪等現象。此一反恐刑事司法背後的論述，實際上仍立於英美刑事政策論述的脈絡中，刑事政策背後「他者化」的社會意義並未改變，僅是對於嚴重犯罪類型的回應中，以「風險」作為論述主線的刑事政策展演出對高風險類型犯罪的高度控制策略。無論是在社會變遷的樣貌、刑事政策的發展以及立法走向都與美國相似的我國，上開的論述脈絡也同樣地呈現於台灣，我國《性侵害犯罪防治法》與相關法規中，無論是實體或程序面向對性侵害刑事被告的處遇，都可以同樣的論述主線與脈絡加以解釋。在這之中可窺見的是對犯罪人與犯罪類型的區分，以及對應於不同被告而產生不同嚴厲程度的處遇，與犯罪學、刑事政策論述與刑事司法間互為影響的關係。

此種論述與實踐的相互關係及對於犯罪人的處遇，可理解為 Michel Foucault 與 Giorgio Agamben 思想中，對於生命進行的「治理」。無論是 Foucault 以異質性要素交互的網絡關係加以理解的生命權力，或是 Agamben 對裸命棄置的主權權力，都呈現出治理與生命間的關係。本文進行兩種治理論述的比較後，選擇以 Foucault 的生命權力觀點作為分析視角。本文認為對於犯罪人形象與風險論述的結合，正是 Foucault 的 *Dispositif* 概念中的論述要素，而刑事司法的實踐面向則作為非論述要素，為了回應不同風險程度的犯罪類型或代表不同程度危險源的犯罪人，這些要素會策略性地於刑事司法終展演出其治理的方式，且在關照生命的論述中，刑事司法的實踐面向會進行對於個體的排除或矯治，於整體面向上則會使犯罪率或風險回到穩定的正常狀態。治理的結果會形塑出理想的個體形象與社會應有的常

態秩序樣貌，亦即在治理的運作中，會形塑出刑事司法中「人」的形象。本文的最終也會試圖於刑事司法的運作中，尋找面對一種被形塑的形象，是否存在任何的解放途徑，去反抗此種對於作為個體的人與整體的社會進行形塑的治理機制。

關鍵詞：911、反恐刑事司法論述、敵人刑法、二分論刑事政策、風險、他者化、
Michel Foucault、**Dispositif**、治理、紀律性權力、生命權力、生命政治、
Giorgio Agamben、*Okionomia*、裸命、例外狀態、人性製造機、*Homo Sacer*、
人權

Abstract

After 9/11, the United States began the War on Terror, resulting in phenomena of more heavy punishments in criminal justice system, pre-incrimination, and deprivation of procedural rights of criminal defendants. The discourse behind such counter-terrorism criminal justice, in fact, still stands in the context of the Anglo-American criminal policy discourse; the social meaning of “othering” behind the criminal policy has not been changed, and it is only, in the response to serious crime type, performing the highly crime-control strategies to the high-risk types of crime by the criminal policy taking “risk” as the main line of discusses. In Taiwan, where the appearance of social change, the development of criminal policy, as well as the legislative trends are similar to the U.S., the said context of discourse likewise is also present here. In Taiwanese *Sexual Assault Crime Prevention Act* and related regulations, whether on substantial or procedural aspect, the treatment of sexual assault crime defendants can be explained by the same context and main line of discusses. Among these, what can be seen is the discrimination of criminals and crime types, and the treatment in diverse degree of severity corresponding to different defendants, as well as the relationship of mutual influences between the criminology and criminal policy discourse, and the criminal justice.

The mutual relationship of such discourse and practice and the treatment of criminals can be interpreted as the "governance" of life in the thought of Michel Foucault and Giorgio Agamben. Both Foucault's understanding of the power of life through the interactive network relationship of the heterogeneous elements and Agamben's the sovereign power over the abandonment of bare life show the

relationship between governance and life. This article compares the two governance discourses, and chooses Foucault's viewpoint of the power of life as the perspective of analysis. This article considers that the combination of the image of the criminal and risk discourse is just the element of discourse in Foucault's *Dispositif* concept, while the aspect of criminal justice practice is regarded as a non-discourse element. In order to respond to crime types in different levels of risk and criminals standing for different degree of risk source, these elements will strategically perform their way of governance in the criminal justice, and in the discourse of life concern, the practical aspect of the criminal justice will carry out the exclusion or correction of individuals, and it will lead the crime rate or risk go back to a stable, normal state on an overall aspect. The consequence of governance will shape the ideal image of individuals and that normal order state the society ought to be, that is, within the operation of governance, it will shape the image of "human" in criminal justice. This article will eventually try to seek whether there is any means of liberation when confronting a shaped image in the criminal justice operation, resisting such governance mechanism shaping persons as individuals and the whole society.

Key words: 9/11, discourse on Anti-Terrorism Criminal Justice, Enemy Criminal Law (Feindstrafrecht), bipolar criminal policy, risk, othering, Michel Foucault · Dispositif, governance (government), disciplinary power, bio-power, bio-politics, Giorgio Agamben, *Okionomia*, bare life, state of exception, anthropological machine, *Homo Sacer*, human rights.

論文簡目

第一章 緒論	1
第一節 研究動機與問題提出.....	1
第二節 研究方法與視角.....	7
第三節 論文結構.....	11
第二章 「911」後反恐措施與相關法令—以美國法為楔子	15
第一節 授權動用軍事武力聯合決議與愛國者法案.....	16
第二節 軍事命令與關達那摩拘留營的出現與發展.....	32
第三節 對於軍事審判委員會相關議題的討論與批評.....	35
第四節 美國反恐措施的總結與延續性地觀察.....	55
第三章 敵人刑法、風險論述與刑事政策	60
第一節、工作方向—刑事政策面向的討論.....	61
第二節 一個觀察的起點—敵人刑法理論.....	63
第三節 觀察的工作：敵人刑法呈現的變遷.....	79
第四節 變遷背後的脈絡與論述主軸—風險與刑事政策.....	83
第五節 風險論述下的台灣現況與問題的提出.....	110
第四章 Michel Foucault 與「生命政治」視角	132
第一節 觀察視角的選擇.....	132
第二節 切入點一：「治理」(gouvernement) 與權力.....	144
第三節 切入點二：Foucault 的「措置」(Dispositif).....	149
第四節 Foucault 的計畫—「措置」、權力與主體.....	183

第五節 Foucault 的生命政治之謎－從「措置」重探	193
第六節 Foucault 思想中的「法」－以生命權力觀察	222
第五章 Giorgio Agamben 與 Michel Foucault 的生命政治對話－治理視角的確立	237
第一節 Giorgio Agamben 思想下的 <i>Dispositif</i>	238
第二節 Agamben 生命政治思維下的法與生命	254
第三節 Agamben 與 Foucault 之對話－分析工具的誕生	283
第六章 本文觀察：「治理」視角下的刑事政策	314
第一節 前言－筆者將要進行的工作內容	314
第二節 治理視角下權力技術與生命論述交織的運作	319
第三節 治理的最終……刑事司法論述中「人」的誕生	342
第七章 代結論－解放的起點與未來展望	345
第一節 作為結論：「個人面向」的反抗可能	346
第二節 更深的疑問：「規範面向」的反抗是否可能？	354
第三節 研究展望	360
參考文獻	362
附錄一：反恐行動法草案	376

論文詳目

第一章 緒論	1
第一節 研究動機與問題提出.....	1
第二節 研究方法與視角.....	7
第一項 視角說明－生命政治概要.....	7
第二項 採取視角的理由.....	10
第三節 論文結構.....	11
第二章 「911」後反恐措施與相關法令－以美國法為楔子	15
第一節 授權動用軍事武力聯合決議與愛國者法案.....	16
第一項 「911」後的相關決議、法令與政治決策.....	16
第二項 愛國者法案的整體架構.....	17
第三項 愛國者法案觀察重點.....	19
第一款 偏向刑法性質之規定－愛國者法案第八章（USA PATRIOT Act, Title VIII）.....	20
第二款 偵防程序與隱私權干預－愛國者法案第二章（USA PATRIOT Act, Title II）.....	22
第一目 秘密搜索（Sneak-and-Peek Search）.....	22
第二目 情資通訊監察權力之擴張.....	24
第三目 對於人民偵防措施的正反意見.....	26
第三款 對於移民人口的管制－愛國者法案第四章（USA PATRIOT Act, Title IV）.....	31
第二節 軍事命令與關達那摩拘留營的出現與發展.....	32
第一項 軍事命令的內容.....	32
第一款 軍事審判委員會（Military commissions）.....	32
第二款 拘禁外國人之權力－關達那摩拘留營的誕生.....	33
第二項 軍事命令的法源依據.....	34
第三節 對於軍事審判委員會相關議題的討論與批評.....	35
第一項 對於軍事命令之正反討論意見.....	35
第一款 支持軍事命令之看法.....	35
第二款 反對軍事命令之看法.....	37
第三款 錯誤的展望與灰暗的發展.....	39

第二項 Hamdi v. Rumsfeld 案.....	40
第一款 案件背景與爭議問題－對於美國公民的拘禁.....	40
第二款 判決結果.....	40
第三款 Hamdi v. Rumsfeld 案小結.....	45
第三項 Hamdan v. Rumsfeld 案.....	46
第一款 案件背景與爭議問題－非美國公民之長期監禁.....	46
第二款 軍事委員會審理之合法性.....	47
第一目 雙方主張與最高法院少數見解.....	48
第二目 偏向少數見解之其他意見.....	49
第三目 聯邦最高法院之多數意見.....	50
第三款 軍事委員會程序合法性問題.....	51
第四款 日內瓦公約適用問題.....	52
第一目 美國政府意見與 Hamdan 案多數意見之內容.....	52
第二目 判決外觀點的觀察與討論.....	53
第四節 美國反恐措施的總結與延續性地觀察.....	55
第一項 美國反恐措施特徵的整理與總結.....	55
第二項 暫時的小結與延續性的觀察.....	58
第三章 敵人刑法、風險論述與刑事政策.....	60
第一節、工作方向－刑事政策面向的討論.....	61
第二節 一個觀察的起點－敵人刑法理論.....	63
第一項 理論發展與概要.....	64
第一款 理論的提出與轉變.....	65
第一目 1985 年敵人刑法理論的發現.....	65
第二目 1999 年後的轉變.....	66
第二款 理論概要.....	68
第二項 理論基礎.....	71
第三項 何謂敵人－敵人的內涵與概念區辨.....	73
第一款「敵人」的概念區辨－Carl Schmitt 與 Jakobs.....	73
第二款「敵人」的內涵－市民／敵人的界線確立.....	74
第四項 小結－對於敵人刑法的觀察與提問.....	78
第三節 觀察的工作：敵人刑法呈現的變遷.....	79
第一項 置於英美刑事政策的變遷中的觀察的脈絡.....	80
第二項 從二分論刑事政策到敵人刑法理論－變遷的樣貌.....	81

第四節 變遷背後的脈絡與論述主軸－風險與刑事政策.....	83
第一項 起點：從二分論刑事政策開啓觀察.....	85
第二項 「刑罰－福利政策」的誕生與轉向.....	85
第一款 對於「刑罰－福利結構」的回顧.....	85
第二款 轉變的發生及其原因－自福利到懲罰.....	90
第一目 犯罪學與刑事政策上的轉變.....	91
第二目 變遷的樣貌.....	92
第三項 作為刑事政策論述主軸：「風險」.....	95
第一款 「風險」、「風險社會」及其概念之形成.....	95
第二款 風險論述與刑事政策的關聯.....	97
第四項 從風險論述重新檢視刑事政策的變遷.....	97
第一款 從矯治模式的轉變談起－風險概念與轉變的關係.....	98
第二款 風險概念作為論述主線與二分論刑事政策.....	100
第三款 風險觀點下的反恐刑事司法論述與刑事政策－以「敵人刑法」為例.....	103
第五項 風險、刑事政策與反恐刑事司法論述的脈絡－「他者化」脈絡... ..	107
第五節 風險論述下的台灣現況與問題的提出.....	110
第一項 納入論述脈絡與變遷的我國－上開論述與我國的連結.....	111
第一款 刑事政策與立法上的關聯性.....	111
第一目 我國的「寬嚴並濟」刑事政策.....	111
第二目 反恐行動法草案的擬定.....	113
第二款 「他者化」脈絡與台灣社會現象中的呈現.....	116
第二項 我國的現況與風險論述－性侵害犯與保安處分為例.....	118
第一款 性侵害犯於我國刑事司法中的特殊性與實體法規定.....	119
第二款 性侵害犯於刑事程序與執行中之相關規定.....	122
第三款 刑事司法體系外的論述.....	126
第三項 問題的提出.....	127
第一款 從「是否可刑訊」此提問開始：整理與觀察.....	127
第二款 第一部份的落幕－筆者的提問.....	130
第四章 Michel Foucault 與「生命政治」視角.....	132
第一節 觀察視角的選擇.....	132
第一項 生命政治與權力視角.....	132
第二項 未談風險的 Foucault？－可能的質疑與回應.....	135
第三項 筆者視角的切入點於 Foucault 思想中的位置.....	138
第四項 選擇 Foucault 思想作為分析視角的必要性－知識、權力與系譜學概	

說.....	142
第二節 切入點一：「治理」(gouvernement) 與權力	144
第一項「治理」的定位.....	144
第一款 Foucault 研究的關鍵概念.....	144
第二款 作為「指引」的「治理」－權力與自由.....	145
第三款 主體被形塑與解放的真正命題：「治理」.....	146
第二項 簡要的「治理」系譜考察－針對人口治理性的說明.....	147
第三節 切入點二：Foucault 的「措置」(Dispositif)	149
第一項 為什麼以「措置」(Dispositif) 作為出發點.....	150
第一款 翻譯的抉擇：「措置」一語的採用.....	151
第二款 以「措置」作為考察切入點的理由.....	153
第二項 什麼是「措置」(Dispositif)？－內容與定位.....	155
第一款 思想的轉折－「措置」的定位.....	155
第二款 Foucault 談「措置」：「措置」內容的初探.....	160
第一目「措置」的定位與功能：論述／非論述與「異質性」(hétérogène)	162
第二目「措置」的模型樣式－要素關係建立之「網絡」(réseau) ...	163
第三目 權力運作的戰爭模式－「措置」的「策略性」(stratégique)	175
第四目 小結.....	182
第四節 Foucault 的計畫－「措置」、權力與主體.....	183
第一項 線性概念的理解－Deleuze 談「措置」.....	183
第一款 Deleuze 的詮釋：線路的「措置」.....	184
第二款 線圈的面貌：哪四條線？.....	186
第一目「可見性曲線」(curves of visibility) 與「陳述曲線」(curves of enunciation)	186
第二目「力量之線路」(lines of force)	188
第三目「主體化之線路」(lines of subjectification)	188
第二項 Foucault 「措置」計畫的目的－權力與主體的揭示.....	191
第五節 Foucault 的生命政治之謎－從「措置」重探.....	193
第一項 生命政治論述的開端與生命權力樣貌的初探.....	194
第二項 紀律性權力 (pouvoir disciplinaire) 與規訓.....	197
第一款 紀律性權力是什麼？.....	198
第二款 從紀律措置 (Dispositif disciplinaire) 觀察紀律性權力.....	204
第一目 紀律化手段的出現與紀律措置原型的誕生.....	205
第二目 全景敞視主義、紀律的擴散：更完善的紀律措置模型.....	208

第三目 小結—紀律性權力與「措置」	210
第三項 治理性與生命權力	211
第一款 安全措施與生命權力的對象—「人口」	211
第二款 生命權力的機制—安全措施	214
第一目 安全措施的出現	215
第二目 安全措施中的紀律性權力、調節性權力	218
第三款 小結：治理性與生命權力（紀律與調節）的關係	220
第六節 Foucault 思想中的「法」—以生命權力觀察	222
第一項 前提：「排除理論」（Expulsion Thesis）正確嗎？	222
第二項 被捨棄的主權理論與「司法—話語」權力觀點	223
第一款 主權理論的權力觀點	224
第二款 「司法—話語（juridico-discursive）權力觀」	227
第三款 小結：向主權理論與「司法—話語」權力觀告別	228
第三項 Foucault 的立場與生命權力中的「法」	229
第一款 常規與法—法律作為整體常規與策略的一環	229
第二款 「措置」、常規與生命權力下的法	232
第五章 Giorgio Agamben 與 Michel Foucault 的生命政治對話—治理視角的確立	237
第一節 Giorgio Agamben 思想下的 <i>Dispositif</i>	238
第一項 Agamben 對於 <i>Dispositif</i> 的考察	239
第一款 向 Hyppolite 與 Hegel 的考掘—實證性（Positivity）	239
第二款 Agamben 的考察： <i>Okionomia</i> 與神學系譜	244
第二項 告別 Foucault—Agamben 詮釋下的 <i>Dispositif</i>	248
第三項 小結：Agamben 思想中 <i>Dispositif</i> 的樣貌與運作	251
第二節 Agamben 生命政治思維下的法與生命	254
第一項 語言與法律	255
第一款 Agamben 的語言哲學概說	255
第二款 語言、法律與例外狀態的關聯	257
第二項 作為「感應裝置（ <i>Dispositif</i> ）」的例外狀態	259
第一款 例外狀態之謎	259
第一目 例外狀態的吊詭：主權者與例外狀態的關係	259
第二目 例外狀態的位置—內外間的無差別地帶	260
第三目 例外狀態來源：必要性	262
第四目 主權與法律的力量（Force of Law 與 Force of Law ）	263
第二款 Agamben 的例外狀態	266

第一目 Carl Schmitt 的例外狀態開端.....	266
第二目 作為例外狀態原型的 <i>Iustitium</i>	268
第三目 Carl Schmitt 與 Walter Benjamin 的對張.....	270
第四目 小結：Agamben 的例外狀態樣貌.....	274
第三項 納入治理的活體：裸命與「聖牲人」(<i>Homo Sacer</i>).....	275
第一款 聖牲人與裸命 (<i>Bare Life</i>).....	275
第二款「感應裝置」的運作與裸命.....	277
第四項 例外狀態的擴散與人性製造機器.....	279
第一款「營 (<i>Camp</i>)」：現代生命政治之法.....	279
第二款 例外狀態的常規化.....	280
第三款 人性製造機器 (<i>anthropological machine</i>).....	281
第五項 Agamben 思想中的「法」與 <i>Nomos</i>	282
第三節 Agamben 與 Foucault 之對話－分析工具的誕生.....	283
第一項 共同的關注點與工作輪廓：「治理」與生命政治.....	283
第二項 Agamben 與 Foucault 的差異與對話－問題的切入點.....	287
第一款 對於切入點的概要說明.....	287
第二款 一切切入點的起源－對於生命政治起始的認知差異.....	289
第三項 差異重點－不同的權力論述型式.....	291
第一款 對於「生命」理解上的差異－理解的開端.....	291
第二款 核心差異：主權式權力與治理式權力.....	293
第三款 兩人交集下的具體案例－對「集中營」的觀察.....	295
第四項 接軌與整合？－「可不可以不接軌？何必要協調？」.....	299
第一款 生命與權力－可能的協調面向.....	299
第二款 本文觀點－Foucault 與 Agamben 思想的相互啓發.....	303
第一目 無法協調的主權概念與權力論述模式.....	304
第二目「無法也沒必要協調」的小結－兼論生命概念協調的不可能.....	306
第五項 分析視角的誕生：以 Foucault 思想為主線.....	308
第一款 權力運作的選擇：治理式權力論述與生命權力.....	309
第二款 權力與生命的關係－Foucault 觀點的可適用性.....	311
第三款 結語：Foucault 的治理視角與「人」的形象的誕生.....	313
第六章 本文觀察：「治理」視角下的刑事政策.....	314
第一節 前言－筆者將要進行的工作內容.....	314
第一項 釐清觀察內容：「人」形象的產生.....	314
第二項 觀察的脈絡－「治理」中的「論述」與「實踐」.....	316
第三項 觀察的對象：刑事司法背後的論述與刑事政策.....	317

第二節 治理視角下權力技術與生命論述交織的運作	319
第一項 權力技術與生命論述間難分的交互關連.....	320
第二項 環繞生命而發的「論述」	320
第一款 論述脈絡一：風險、安全與生命	321
第二款 論述脈絡二：對於良善生命的認定與他者的區分	324
第三項 治理的「實踐」行動－治理對象與技術的運作.....	329
第一款 對於治理對象的行動－紀律性與調節性權力的展現.....	329
第一目 對於個體的治理	330
第二目 對於整體的治理	336
第二款 治理行為的散布與擴張－極端措施與常態化的行為.....	338
第四項 批判對於治理的影響－治理的強化與再區隔.....	341
第三節 治理的最終……刑事司法論述中「人」的誕生	342
第七章 代結論－解放的起點與未來展望	345
第一節 作為結論：「個人面向」的反抗可能	346
第一項 Foucault 與 Agamben 給予的線索與啟發	347
第一款 自我技藝與關注自我的 Foucault	347
第二款 Agamben 帶來的啟發：言說	349
第二項 個人面向反抗作為起點－以刑事法為例.....	351
第二節 更深的疑問：「規範面向」的反抗是否可能？	354
第一項 以「人權保障」的論調出發－消極面向的理解.....	354
第二項 未來發展的可能方向－積極展望的人權論述.....	357
第三項 作為句點的疑問.....	359
第三節 研究展望	360
參考文獻	362
附錄一：反恐行動法草案	376

凡 例

- 1.本論文引註格式，就中文文獻部分，以台大法學論叢格式為藍本，外文文獻部分，則參考 THE BLUEBOOK (19th)。
- 2.本文引用文獻時，採用標楷體字體。
- 3.為避免內文中翻譯上的不一致，外國人名部分不轉譯為中文，而直接以外文方式呈現。

第一章 緒論

Quare siletis jurist in munere vestro?¹

—Giorgio Agamben

第一節 研究動機與問題提出

在談論撰寫本論文的動機並提出問題前，筆者想先自我辯駁一下在「911²」經過十年之後，且相關論著討論頗豐的狀況下，撰寫本論文並非是一個「炒冷飯」的舉動或反覆些老生常談的議題。論文撰寫過程中，美國各地正進行著對於該攻擊十周年的活動（如：紀念館的興建與開幕）與討論—不論是悲痛的追悼抑或陰謀論下將此事件視為騙局的質疑，顯而易見的是「911」並未退燒且對於這個事件的相關論述依然在繼續且蓬勃的進行。或許「911」的重要性並不僅止於爆炸的刹那或接下來對於全球政治的影響，而是來自於眾多的論述與相關措施的施行，這些論述不僅限於政治學領域，也包括法律與社會學等層面，且此些論述讓人們不停地回返至十年前全球螢光幕前那震撼的時刻（甚至將日後無數任何加以管制的行為或用以管制的措施與其相連接），讓一次人類歷史上其實並非獨一無二的建築物攻擊行為在結束之後卻像幽靈般的纏繞著全球十年的時間—每一次的政治決策或相關立法，都像是一次招魂的儀式：藉由撞擊影像的播映或是將決策法案與恐怖攻擊相連接，在震撼人心的呼籲或正反意見的對辯中，使這個幽靈又回到我們的腦海中且以仿若無所不在的形式環繞著我們。對此，本論文要做的並非一個除

¹ 英文為[Why are you jurists silent about that which concerns you?]，中譯為：「你們法律人為何總對那與你們切身之事保持沉默？」見：GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

² 須先敘明雖然大眾媒體與諸多文獻對於發生於2001年9月11日，於紐約世貿大樓（又稱：雙子星）的飛機撞擊攻擊，多稱呼為「911事件」或「911恐怖攻擊事件」。惟本論文中將以「911」做為用語。理由在於究竟該次撞擊是否屬於一個「事件」即有爭議，如Jean Baudrillard與Jacques Derrida對此攻擊是否屬於事件及事件定義為何即有爭議，Baudrillard認為其產生之震撼與影響，以及投入的諸多資源，即可將其視為一個事件，惟Derrida則認為這樣的攻擊行動，其實美國方面早可預料，這已背於事件難以預料之性質，故並非事件。因此以下皆以「911」做為對該次撞擊雙子星大廈行為的稱呼，此稱呼某程度也呼應了Derrida在相關訪談中所談到的：不論是「911」、「九一一」，或任何的語言呈現，代表的都是一種我們反覆喃喃自語的過程，在這之中讓這個日期或數字有了意義，也帶來更深一層的論述可能。

魅 (Exorciser) 的行爲，而是以此事件作爲一個切入點，釐清這個幽靈的面貌與召喚的過程，並使之呈現於法律層面的討論中，進而解釋這個現象的普遍性及其成因，因爲只有認清—而非逃避—我們面對的現況，才可能謹慎地決定應對的方式與策略。以下，筆者將從兩個面向提出筆者在法律學習過程中與對「911」的觀察中，所產生的研究主題與提問。

第一個切入的面向來自於法律學習過程中，對於刑事法學的理解。在法律的學習過程中，充斥著對於法律中的「人」或主體的規定，以此論文主要討論內容之一的刑事訴訟法爲例，在刑事程序法的相關討論中，經常強調法治程序的重要性，認爲刑事訴訟必須考量個人權利的價值，並於國家干預與個人的權利間釐清界線，使國家在追訴犯罪之餘，仍能提供個人有效的權利保護³。例如自憲法第 8 條對於人身自由的保護出發，刑事程序中的「被告」⁴在受到國家對其人身自由所爲之干預時，如羈押、拘捕等強制處分的實施中，爲確保被告的程序主體地位與基本權，會受到法律保留原則與比例原則之保護，若無明文授權與要件規定或不合比例時，該強制處分即屬違法。此外被告作爲刑事程序中之程序主體—作爲國家判斷刑罰權是否存在之特定對象，不論是學者或大法官解釋皆認其應屬憲法第 16 條訴訟權保障之對象，刑事程序中之程序設計或權利保障之措施，如：辯護權保障、緘默權保障或證據法相關法則之保障，其目的皆在於確保被告程序主體的訴訟上權利與其訴訟上地位。

從第一個面向進行觀察，也正是筆者上述提及的正面論述。在刑事程序中，程序主體的角色是正面的，或者說作爲刑事程序中的「人」，其形象內包含了諸多

³ 林鈺雄(2007)，《刑事訴訟法上冊》，頁 7-8，台北：元照

⁴ 須注意者，於我國刑事訴訟法中，關於被告的名稱包羅萬象：偵查程序中依照訊問者身分，區分爲司法警察訊問之犯罪嫌疑人與檢察官訊問之被告；審判中則爲被告，判決時爲受判決人；執行程序中則爲受刑人。惟筆者此處的被告則採最廣義之概念，亦即於刑事程序中，做爲國家刑罰權實施對象之該特定人即爲被告，故上開各名稱皆可納入廣義被告之概念中。相關內容詳見：林鈺雄(2007)，《刑事訴訟法上冊》，頁 152-153，台北：元照

權利的保障，並藉由這些保障更加確立其地位。但這也正是筆者學習刑事訴訟法乃至於刑事政策時最大的疑惑，一切看起來似乎這樣的完美：在刑事訴訟法中，甚至是背後刑事政策的制定，都認為不可以再放任國家權力為追求公共利益而無限擴權，仍須在顧及個人權利與公民自由的考量下劃定界線，是故作為刑事程序中的程序主體，就得以擁有這界限的保障。甚或如上段所舉的例子，這條界限的劃定與憲法基本人權的保障是有所連接的，亦有論者宣稱刑事程序乃是憲法的測震儀⁵。筆者的疑問在於這條論述的脈絡之後，是否存在一種反面論述的可能，當某犯罪人或刑事處遇之對象並無法納入程序主體中，或是不合於「人」的形象時，或者在法解釋上存在這種解釋空間時，則勢必存在某對象無法受到法律或憲法上權利保障的可能性，這個可能性也使筆者發想：是否所謂的程序主體可能是可藉由解釋學或是政策制定進而操作的形象？當這個人權保障前提的「人」的形象可操作時，則程序法上的權利保障或憲法上基本權與權力分立等論述，都可以架空而無法適用於特定遭排除對象的身上？而這個發想也在第二個面向中被更加強化。

第二個切入面向則是恐怖攻擊與反恐的部分。不僅是「911」，也包括之後諸多攻擊事件如：倫敦地鐵爆炸案、莫斯科杜布羅夫卡劇院人質事件等。面對這些事件的發生，不僅僅是遭遇攻擊的國家有其相應措施，世界各國也開始進行反恐法制的相關立法與政策面的調整，更甚者如美國對於伊拉克與阿富汗發動了其宣稱的「反恐戰爭」⁶。這些相關的立法措施－特別是刑事程序上的措施－相較於過去的法律規定或政策，對公民自由與基本人權產生較大的干預（或是放寬國家行為的界限），一方面有以國家安全與公眾利益為理由而支持者，但亦有自基本人權而發的質難與批評－一場公眾利益、國家安全與公民自由、基本人權間界限何在

⁵ 林鈺雄 (2007)，《刑事訴訟法上冊》，頁 20，台北：元照

⁶ 於論文完成的此刻，美軍已經撤出伊拉克。

的戰爭在反恐戰爭外另行開闢戰場。延續對於法律的學習，當筆者看到這些制度與政策的內容或制定理由時，一開始想的也是：「這些行為對於基本人權侵害太過分了，縱然是為了國家安全，也並非一個合理的界限」。

然而，當我注意到美國政府於古巴「關達那摩灣」(Guantanamo Bay)的拘留營⁷，其中關押相當多被「懷疑」為進行／支援恐怖行為的「非法戰鬥人員」，最令我驚訝的是這些人受到的監禁其實是未經普通法院合法審判，且審判方是一個正當性令人質疑的軍事審判委員會。在對於各國法制的研究初期，以美國的愛國者法案為例，或許其採用頗多例外手段（如：無令狀監聽、圖書系統管理監視），惟這些手段多在個別制度上進行，且對基本人權的侵害程度相較於該拘留營是較輕微的，僅是對於國家權力賦予較過往為寬的權限。但該拘留營則是一個包括國內法與國際法皆被完全「懸置」(Suspend)的狀態，所有正當法律程序、證據法則(如：傳聞法則)對於被拘留者與軍事審判程序皆失其效用，僅是用一個簡單的行政命令就可以在外界無法得知內部狀況的拘留營中掌握一群僅是犯罪嫌疑人的生命與未來。正是在這個制度中，讓筆者開始想起在第一個面向中提及的質疑：以往對於刑事程序的理解，總是有一個預先存在的程序主體，並由此而生諸多權利，且藉此權利與制度確保該主體地位，也就是一個正面論述的「人的形象」或積極的主體形象，但這個刑事司法論述中「人」的形象究竟是如何產生的？

在拘留營的狀況中，吾人可見一個完全將法律懸置，甚至將所有基本人權保障措施架空的制度，美國國內在國家安全需求高漲的氣氛中，仍有質疑存在。但綜觀這些批判與質疑：包括美國最高法院對於該軍事委員會的違憲判決、Bush 總

⁷ 筆者選擇用「拘留營」一詞，來自於美國政府對於該單位適用對象的解釋，美國政府不承認被拘留者的戰俘地位，故無法稱其為一般的「戰俘營」。又若以「集中營 (concentration camp)」稱之，又會有將號稱人權大國之美國比擬為往昔第三帝國與納粹，對此筆者自然是萬萬不敢。由於對該營地的討論，經常置於美國政府拘留權力 (detain power) 的正當性，且筆者為免對該場域的稱呼帶入過多評價，故僅表現出「拘留 (或拘禁)」此客觀事態，而稱其為「拘留營」。

統請國會對於「軍事委員會法」的立法、拘留營中非人道情形的虐囚行為曝光與學者的批判等。筆者發現不論實定法層次抑或政策面的論述之核心，仍環繞諸如基本人權、公民自由與權力分立打轉，依然是筆者所謂的正面論述法：存在某個人的形象或主體形象，進而討論應賦予其何等權利以確保其地位。又在美國國防部抑或對國家安全採取支持見解者的討論中，其正是順著正面論述的方式，藉由對於現行美國法與國際法的條文解釋，搭配刑事政策上風險控管的想法，限縮權利保障的適用範圍，進而合理化與正當化此等完全架空基本人權的措施。筆者的疑惑也由此而生：是否只要有民意基礎（國會授權），處理好行政權與司法權的分際，就可以進行這樣的拘禁行為？只要有給予相對充分的正當程序或證據法上保障就可以進行如此的拘禁行為？如果正面論述的方式會產生上述的後果，那是否當前以人權為主軸的論述方式有其問題點？且不僅是刑事程序法，包含刑事實體法上避免犯罪過分擴張的機制也可能反過來成為擴張處罰範疇的論述空間？這些對具體案例的疑惑強化了筆者在第一個面向中提到的法律學習上的疑問，或可說第二個面向的案例內容產生的疑問完全契合於第一個面向中筆者對當前刑事法與刑事政策中對人的形象論述方式的質疑：權力的制衡與基本人權保障等論述，是否提供了一個論述的空間，可藉此去區分何人屬於法律上應被保障之人？由此，是否刑事法中「人的形象」僅是一個被塑造出的產物？且正是在這些制度的設計與正面論述的方式中，使這樣的塑造方式更為強烈？是否法律上的「人」並非我們所預想的主動而積極，反而是被治理而塑造的被動形象？其背後又有什麼樣更深層的政治意義與社會意義？

此外筆者要強調上開的疑問是不分國界，可能普遍存在的問題。當筆者撰寫論文時常被問起：「台灣哪兒來的恐怖攻擊啊？」⁸，縱然台灣有反恐行動法草案但

⁸ 就在論文完成前，Osama bin Laden 的逃亡計畫曝光，而台北就是其中一站。台灣的確可能不會遭到恐怖攻擊，但會不會有知名的恐怖份子來台灣呢？這則新聞著時令發問者臉變的腫腫的。

能否立法通過，甚或有使用的一天也令人成疑。但誠如本段開頭所言，美國法的案例僅是一個最明顯的觀察案例，本論文並不是要做一個簡單的美國法制介紹而已，而是要探求潛藏在其刑事政策與刑事法背後的問題以及解答筆者上開的疑問，這樣的討論不會受限於台灣與美國之分。例如前美國總統 Bush 主張反恐措施所要因應的是一個緊急的狀態、一種無處不在而令人恐懼的恐怖活動模式，那麼跳脫恐怖攻擊的框架（如前述，本文僅是將恐怖攻擊與美國法制作為一個討論的典範案例），台灣也可能遇到一個緊急狀態或某種大眾安全感產生極大侵害的犯罪類型，那麼屆時出現與美國相同的立法模式或論述方式也是可能的狀況，甚至許多台灣政府的決策其實跟我所要討論的問題是相似的，例如對於社會中極端恐懼的性侵害犯採取重刑化與某程度剝奪其權利的作法。

最終，綜合上開的疑問與觀察，筆者要再次強調本論文並非著重於外國法制的介紹，亦非僅針對恐怖活動進行討論。筆者是以反恐法制與恐怖活動作為最易觀察的極端案例與筆者疑問的開端，就當前包括實定法與刑事政策部分，針對普遍存在於法律體系中的問題進行討論，試圖藉由這個討論去釐清潛藏於刑事法體系背後的權力操作模式與各種政策的社會意義。筆者就以以下的提問來簡短為本論文的研究動機作結，進而開啓整篇論文的討論：

「當前強調程序中主體與其基本人權所建構而成的體制與光明正向的傳統論述中，是否有其灰暗的面向存在，是否存在一個反面論述的可能？亦即法律中所規定的相關權利，是否存在操作與解釋的空間，而使我們成為被動、屈從的主體，甚或客體的形式？法律中「人」的形象究竟呈現何種樣貌？其又是如何被形塑與產生的？如果得以剖析這個形塑過程或制度背後的權力運作、社會意義，我們是否存有任何逃逸或對抗的可能？」

第二節 研究方法與視角

延續第一節的提問，筆者進行的工作是在目前對於程序主體與人權保障採取正面論述的主流中，點出其可能的問題點。須重申者，筆者並未否認對於確保程序主體地位或刑事被告保護的必要性，而是想對於「程序法與背後的刑事政策」以及「程序中的主體與人的形象」間的關係，進行異於傳統論述的觀察，分析此關係內涵的政治權力操作與社會意義，提出傳統論述可能潛藏的危機，尋找逆於傳統主流方向的新論述方式。對此或可將筆者討論的主題簡化為一種對於「權力（刑事政策、刑事法）」與「主體（人的形象、人權概念）」⁹之間關係的討論，且著眼於權力實踐過程中，其藉由策略性的論述逆向地去形塑「人」的形象或人權概念的可能。

對於上開的工作，筆者在研究方法上，除了以恐怖活動作為具體案例切入，並以現行反恐法制中的刑事程序與背後的刑事政策相關資料整理，作為分析的對象，更重要的是說清楚用以呈現分析結果所運用的工具或理論為何。對此筆者選擇了「生命政治」(Bio-pouvoir)的觀點作為對本文案例解讀之出發點，以生命政治做為觀察視角，以此解釋當代反恐法制與刑事政策的運作，並在確立此種運作機制的成立與探尋制度的社會意義後，尋找應改進的方向與應對的可能。以下筆者先簡單說明生命政治為何，再說明採取此視角的理由。

第一項 視角說明－生命政治概要

生命政治可以簡單說明為一種將生命納入政治治理中的技術，或用較為生動

⁹ 對此問題僅是一個較為粗糙的描述，蓋刑事法與刑事政策間的關係並非三言兩語可以交代清楚，且法律在對於權力運作的討論中扮演的角色也各有不同見解。惟就筆者當前想討論的問題出發，無論是最具體而直接適用於刑事被告的刑事法，或與其他領域、政治權力相關的刑事政策部分，二者間一來難以切割，當國家要針對某犯罪類型進行預防、規範與處理時，這兩者經常是有關連性與影響性；二來兩者所涉及者為國家刑罰權的成立、實行與其方式。故對此問題的粗糙描述上，筆者即將無論實定法或政策都解為屬於「權力」的範疇。

的方式描述：生命走入了政治的範圍中，成為治理的對象¹⁰。關於生命政治一詞的首度提出，可見於法國思想家 Michel Foucault¹¹於 1976 年「法蘭西學苑講座課程」(*Cours Au Collège De France*)《必須保衛社會》(*Il Faut Defender La Société*) 的最後一堂講課中，其後於同年之正式出版品《性意識史 I》(*Histoire De La Sexualité I : La Volonté De Savoir*) 最後一章中，Foucault 也提到了同一概念。Foucault 對此概念的描述，起於一種歷史上新型態權力—「生命權力」(*Bio-Pouvoir*)—的出現，它包含了兩部分：「對於人身體的紀律—人體解剖的政治學」及「對集體人口的調節—人口的生物政治學」，在此權力不再只是掌握人生或死，不在是一種「『令人死』或『使人活』」(*le droit de faire mourir ou de laisser vivre*) 的生殺大權，而是「『令人活』或『棄絕人於死』」(*un pouvoir de faire vivre ou de rejeter dans la mort*) 的新型態生命權力¹²。可以注意的是生命政治的概念正出現於上開的論述中，所謂的生命走入政治或生命被納入治理的範疇，對應者即為 Foucault 指涉的「對集體人口的調節—人口的生物政治學」：在人口統計學、公共衛生學、社會福利制度與諸種改善整體生存環境的知識與技術發展下，人類做為一種物種進入了政治權力的場域之中。

但 Foucault 對於生命政治的討論於七零年代結束時，也同時戛然而止，直至 1984 年其過世時皆未再提起。不過這個 Foucault 所起頭的討論並未隨著他的離去而一併消失，正如義大利思想家 Roberto Esposito¹³在其訪談中提到，對 Foucault 的生命政治概念研究並未因此消失，在義大利包括 Esposito 在內，如 Giorgio Agamben¹⁴與 Antonio Negri¹⁵等思想家，雖然各人論述脈絡有所差別，惟共通點皆

¹⁰ 筆者不擬在本段中就此一理論的發展過程或相關的爭論進行詳盡的爬梳與介紹，而僅是想將此概念做一個梗概性的介紹，說明採用此觀點進行分析工作的理由。至於詳細的內容則留待本論文的第二部分（第四章、第五章）再詳細的說明。

¹¹ 本論文中簡稱為：Foucault

¹² MICHEL FOUCAULT, HISTOIRE DE LA SEXUALITÉ I: LA VOLONTÉ DE SAVOIR 181-82 (1976).

¹³ 本論文中簡稱為：Esposito

¹⁴ 本論文中簡稱為：Agamben

以 Foucault 中斷的生命政治研究做為起點，並嘗試探詢與回應 Foucault 論述中隱含的問題¹⁶。本論文中，除做為起點的 Foucault 外，筆者亦將討論重心將置於另一位以生命政治而聞名的思想家 Agamben 之論述。

Agamben 於其著名的《聖牲人¹⁷ (*Homo Sacer*)》系列¹⁸與相關論文中，都呈現出對於 Foucault 思想回應的軌跡。在生命政治的議題上，於《聖牲人》系列的第一部—《聖牲人：主權權力與赤裸生命》(*Homo Sacer I: Sovereign Power And Bare Life*)—中，Agamben 將其論理立基於 Hannah Arendt 與 Foucault 之上，他認為 Arendt 關注了集中營問題，卻始終未能將極權主義之分析深入生命政治的向度中。此外，做為其討論起始點的 Foucault 雖然進入了生命政治的討論，卻忽略了對集中營的考察¹⁹。此後，Agamben 在對於 Foucault 生命政治路線的延續與對主權權力的關注

¹⁵ 惟本論文中礙於篇幅與行文，對於 Antonio Negri 及其著名的兩本著作《Empire》與《Multitude: War and Democracy in the Age of Empire》只能忍痛割愛而無法詳細討論之，此外於本文中若提及 Antonio Negri 時亦簡稱為：Negri。

¹⁶ Timothy Campbell, *Interview: Robert Esposito*, 36(2) DIACRITICS. BALTIMORE 49, 8 (2006), available at <http://www.after1968.org/app/webroot/uploads/esposito-campbellINTERVIEW.pdf> (last visited: Feb. 3, 2012).

¹⁷ 由於 *Sacer* 於拉丁文中同時具有神聖的 (sacred) 與受詛咒的 (damned) 兩種意涵，因此在翻譯 *Homo Sacer* 一詞時發生諸多的困難，國內翻譯版本諸多：如學者朱元鴻選擇翻譯為「受詛咒的人」而非「神聖的人」，著重於其宗教意涵，但其本身亦認為此翻譯無法充分涵蓋宗教意涵的複雜性。對此學者李茂生則翻譯為「神聖之人」，相似見解如薛熙平亦譯為「神聖之人」，其理由在於英譯本中皆將此字翻譯為 sacred (即神聖之意)，且 Agamben 在此系列中更強調的是此詞彙於政治與法律意義下的意涵，而較不著重宗教上之含意。本論文中筆者將採取異於二者之翻譯，譯之為「聖牲人」。筆者之理由有二：第一點，不論使用神聖或詛咒都無法完全表達 *Homo Sacer* 之意涵，若採其一都會有所偏差；第二點，自 Agamben 以無差別地帶作為其呈現主權運作裝置的立場出發，Agamben 所強調者為神聖與受詛咒間無可區分的狀態，亦即如 *Homo Sacer* 被置於該地帶時，其同時擁有二種性質，或可謂無法區分二種性質，故在中文上應將「神聖」與「被詛咒之人」皆表現於該名稱上為宜，是故筆者於本論文中選用「聖牲人」作為 *Homo Sacer* 的中文翻譯。上開文獻詳見：李茂生 (2009)，〈風險社會與規範論的世界〉，《月旦法學雜誌》，173 期；朱元鴻 (2005)，〈Agamben 「例外統治」裡的薄暮與晨暉〉，《文化研究》，創刊號，頁 209-212；GIORGIO AGAMBEN, *THE SACRAMENT OF LANGUAGE: AN ARCHAEOLOGY OF THE OATH* 37-8 (Adam Kotsko trans., Stanford University Press 2011) (2008).

¹⁸ 自 1995 年該系列第一部出版起，截至 2012 年為止，該系列目前已出版四部共計 6 本，最新一本為 2011 年之《聖牲人 4-1：絕對貧困：修院規則與生活形式》(*De la très haute pauvreté : Règles et forme de vie (Homo Sacer, IV, I)*)，未來該系列應會有繼續出版之可能，藉由本系列的持續產出，未來對於 Agamben 思想的全貌應會更為清楚，且其將繼續呈現出的希臘與羅馬時期研究也令人期待。

¹⁹ 對此批評，隨著 Foucault 相關講座文獻的整理出版，Agamben 也進行了相關的修正，對此筆者會於本論文第五章說明。

下，一方面考察了「裸命」(Bare Life)的概念，另一方面在權力的討論中引入了 Carl Schmitt²⁰的主權決斷論與例外狀態概念，並於同系列的第二部之一—《例外狀態》(*Homo Sacer II, 1: State Of Exception*)—中，在 Walter Benjamin²¹與 Schmitt 的對張中，修改例外狀態理論的內涵進而做為其生命政治理論與權力運作的基礎，簡言之，Agamben 係立基於 Foucault、Arendt、Schmitt 與 Benjamin 的基礎上提出其生命政治之理論，嘗試藉由與上開思想家們在思想上的對張，提出自身以例外狀態、裸命與「營」(Camp)做為論述主軸的生命政治視角，持續性地關注生命被納入治理之議題。

本論文中，筆者將以上開視角進行對於現況的分析。除了對於 Foucault 與 Agamben 兩位思想家生命政治部分的論述，進行文本內容的爬梳整理以釐清相關概念外，筆者也嘗試對二人的生命政治思想進行比較與討論，進而尋找或選擇一個適切分析現況的切入角度，相關詳細內容會於論文的第二部分（第四章、第五章）中說明。接下來，筆者簡要地說明為何選取生命政治作為回應筆者提問的視角。

第二項 採取視角的理由

第一個理由與前一節末尾的提問相扣。由於筆者探問的問題牽涉到權力與人的形象兩個面向，且著重於兩者間的關係：刑事被告的角色或刑事法中「人」的形象與刑事政策、刑事法之間的關聯。而生命政治的內涵，討論的正是生命被納入政治與治理的過程以及結果。將筆者問題與生命政治理論相互對照，筆者認為人的形象在當前刑事法中的呈現或形塑的過程，正是一個權力機制將生命納入其治理後，形塑與產出某種特定形象或具有特殊意涵身分的過程。因此，以生命政

²⁰ 本論文以下簡稱：Schmitt

²¹ 本論文以下簡稱：Benjamin

治視角來試圖分析刑事法中「人」的形象的問題，或是分析「權力」與「人」的形象的問題，是一條適切的取徑。

第二個理由則是涉及到筆者分析的對象。針對反恐相關法案的內容，筆者不僅限於考察條文的內容，也試圖尋找背後政策制定的走向跟影響因素，亦即對於刑事政策的整理。而刑事政策的部分，除了討論對於犯罪加以回應的對策（包括立法與執法等）之外，也可能有來自法律領域外的影響，例如政治上的權力運作或是政策走向背後的社會意義、社會結構的改變以及文化因素等等。筆者本身也認為權力運作的本身，不單單是法律理論可加以解釋的，將生命納入權力的治理與對於這個治理過程的分析，也需要探求背後政治或社會因素的影響。而 Foucault 與 Agamben 雖然關注點有異，但兩人在生命政治的論述中，都關切了包括歷史、政治與社會等因素的運作，且「法律」與這些因素的關係也都存在於兩人的論述中。綜合上述，爲了更清楚分析法律層面以外的其他因素，生命政治是一個良好的立足點，開展本論文的分析。

第三節 論文結構

其實在上面的提問與研究視角的介紹中，應該已經呈現出筆者論文的行文脈絡與結構，惟爲了盡清楚說明之義務，筆者還是簡要的做整體性的介紹：本論文出發點以美國法爲核心，觀察「911」後的反恐戰爭中相關之刑事程序規定與法律論述，特別是以著名的關達那摩拘留營與軍事委員會做爲典範，並藉由對這些法制的討論，一方面呈現其非屬個別國家法律之問題，而是普遍性的議題，另一方面則帶出筆者於研究動機末尾所爲之提問。接著藉由對於 Foucault 與 Agamben 理論的分析介紹，更進一步對提問做出回應，提出筆者對於權力與人的形象間關係的看法，並提出對應之策略。下述即爲本論文鋪陳之結構，本論文主要分成三個部份：第一部分是相關資料的整理與問題的提出（第二章；第三章）；第二部份是

分析視角的探論（第四章；第五章）；第三部分則是結論部分，包含自分析視角看現行制度、應對策略兩部分（第六章；第七章）。

第二章中筆者著重於法律層面的資料收集。首先交代「911」後美國反恐立法的歷程，並分就各種不同層面的立法進行介紹，最後聚焦於討論最熱烈的關達那摩軍事委員會與拘留營，此外也會簡單介紹我國反恐行動法草案內容，檢視二國間的相似性。針對關達那摩拘留營，第一步是對最高法院相關判決的整理，包括 *Hamdi v. Rumsfeld* 一案，以及 2006 年所為之違憲判決—*Hamdan v. Rumsfeld* 案的正反意見。第二步則是針對上開法律規定與相關判決，整理相關的學說討論與正反意見，進而析出美國反恐刑事司法背後的「論述模式」，並以之為楔子，作為筆者本論文中之後提問的準備。

第三章中筆者將對第二章中分析出出的刑事司法論述模式進行另一層次的解讀，討論相關規定背後刑事政策的演進與可能的影響因素。除了探詢與反恐相關的刑事政策理論（敵人刑法理論）其內容，也會提出現今刑事政策運作的關鍵角色：風險。進而分析刑事政策變遷中反恐論述與相關刑事政策的定位與背後的「他者化」脈絡。最終結合第二章與第三章的內容，筆者將對於實定法層面與刑事政策中的相關討論進行一個統整，並提出筆者的疑問：這些權力機制運作的方式為何？這些法律中之「人」的形象如何產生？權力與「人」的形象間其關聯性之樣貌與呈現方式為何？

第四章中將開始進行本論文觀察視角的介紹，筆者會再詳細地說明採用生命政治作為觀察視角之理由，之後如同多數生命政治研究者，以 Foucault 作為討論的起始點。本章重心置於 Foucault 於一九七零年代關於權力的工作上，分為三個部分。第一部分，尋找其權力工作的前因與後果，抓出 Foucault 的研究脈絡與計

畫。第二部分是對於兩個切入點－治理與 *Dispositif*－的討論：首先是自 1978 年《安全，領土，人口》此講座中，說明 Foucault 在所謂權力工作的時期，進行的是對於「治理」的考察工作，接著自 1976 年的講座《必須保衛社會》與正式出版品《性意識史 I》作為考察的核心，輔以相關訪談進而探問 Foucault 治理中知識與權力運作的模型－*Dispositif*－之意義為何，以此做為第二個切入點。第三部分，是在這兩個切入點上更具體地輔以 1970 年代法蘭西學苑講座與正式出版品的內容，以 *Dispositif* 的運作詮釋 Foucault 思想中生命權力的樣貌，以及與「人」的形象可能的關聯，最終並思考法律於 Foucault 思想中的定位作結。

第五章中筆者的視角將轉向另一位思想家 Agamben，同樣分為三個部分。第一部分是自 Agamben 對於 *Dispositif* 的回應與討論中，尋找其 Agamben 異於 Foucault 的權力論述模式。第二部分，則自其《聖牲人》系列中，具體地觀察其論述模式的操作，特別是例外狀態與裸命的關係。最後一部分，也是本論文最核心的部分，則是對兩人思想進行比較與對張：自兩人關注的共同問題出發，尋找其思想軌跡中的交會之處與差異之處，並從這些差異之處著手，比較其差異性並尋找二人思想有無協調的可能，最後提出筆者個人的詮釋：無法化約的二者思想，但可作為啟發筆者的觀點。最終，筆者將選擇 Foucault 的思想作為作為觀察視角的主線，用以描繪當代刑事司法背後的社會意義－權力對於「人」形象的塑造－的樣貌。

第六章是第三部分，也就是結論的前半段。將利用前述思想爬梳後所尋得的啟示與分析視角，試圖回應筆者最初的提問。筆者將描繪權力運作形塑「人」的形象的社會意義，並在其中以對生命為主軸的論述觀察其對權力運作機制的驅動以及延伸而出的治理機制－對於個體的分類與對整體的調節、治理技術程度上的差別與擴散－兩面向，描繪筆者心中形塑的論述方式與歷程。

作為結論第二部份的第七章，在前述權力與「人」的形象分析中筆者提出一個較為消極觀察的前提下，以解放的探問作為結論。於本章中筆者將於「個人層面」上尋找反抗的起點，作為筆者肯定的結論：個人反抗的可能性與方式，以及對個人反省與反抗的期待。另一方面則是在論文最終提出筆者對於「規範面向」上是否存有反抗可能的疑問。末尾則是更多的疑問以及未來對於這些疑問可能的研究展望。

第二章 「911」後反恐措施與相關法令—以美國法為楔子

“O Father, this is a prison of injustice. Its iniquity makes the mountains weep.
I have committed no crime and am guilty of no offense. Curved claws have I,
But I have been sold like a fattened sheep. ...”²²

— “To My Father” by Abdulla Thani Faris al Anazi.

在進入更深一層關於刑事政策與社會意義的討論前，本章將先對於 2001 年 9 月 11 日世貿中心攻擊（下稱「911」）後相關的反恐法案與措施進行介紹，作為本論文觀察與分析之案例。對美國法的觀察與介紹上，依時間順序自《授權動用軍事武力聯合決議》（Authorization for Use of Military Force, AUMF）、《美國愛國者法案》（USA Patriot Act）依序介紹，最終將本章介紹重心置於本論文觀察的核心案例：前美國總統 Bush 於 2001 年 11 月 13 日所發布之《軍事命令》（Military Order）與設立之「軍事審判委員會」（Military Commissions），以及最著名之軍事監禁處所—設於古巴關達那摩灣之軍事基地與拘留營。

除上開介紹外，本章也分就愛國者法案中相關規定與關達那摩拘留營問題加以討論，自實務與學說中支持與反對的觀點，分別審視這兩部分之立法妥當性，最重要的是觀察正反論述環繞的論述主軸與脈絡。實務見解部分除美國政府對於自身政策加以辯護的主張外，主要自美國聯邦最高法院對於關達那摩拘留營的判決出發，依序討論 2004 年的 Hamdi v. Rumsfeld 案與 2006 年最為著名的 Hamdan v. Rumsfeld 案。除了判決外，筆者分別自 Richard A. Posner²³的《並非自殺契約：國

²² 本詩出自關達那摩流出的詩抄（poem from Guantanamo），相關活動可見網頁：
<http://www.amnesty.org/en/news-and-updates/abdullah-guantanamo-poem-20071212>

²³ 本論文中簡稱為：Posner

家緊急狀態時期的憲法》(Not a suicide pact: The constitution in a time of national emergency) 與 Judith Butler²⁴“Guantanamo Limbo”一文中，觀察判決以外的研究者對於關達那摩拘留營與愛國者法案的不同立場與觀點：包括正當化反恐立法正當性的支持見解，或法律論述中對反恐立法的批判。最後筆者會針對美國法相關規定，歸納出規定基本架構與反恐刑事司法「論述」的內容，並以此為楔子，作為本文往後分析之對象。

第一節 授權動用軍事武力聯合決議與愛國者法案

第一項 「911」後的相關決議、法令與政治決策

2001年9月11日的美國時間7時58分至10時50分，四架民航客機遭到19名基地組織(AL-QAIDA)成員的劫持，其中兩架撞擊了紐約的世界貿易中心(亦稱：雙子星)，並造成兩棟建築物於兩小時內倒塌，隨後一架客機則撞擊了位於德州阿靈頓的五角大廈，另一則墜落於賓州，四架客機上皆無人生還。

在這美國歷史上自珍珠港事件後第二次本土遭受攻擊的事件後，由於在檢討反恐措施的過程中發現諸多無法有效查緝或防止的缺失，且美國人民因此事受到的強大震撼—包含恐懼、憤怒、不安—開啓了對於政府強化反恐措施的強烈訴求。美國政府開始一系列的修補反恐相關法案的漏洞以強化國家安全之維護，並進行對於恐怖分子的打擊與事前的預防。

國會參眾兩院的第一個措施是於同年9月18日通過了《授權使用武力之聯合決議》(Authorization for Use of Military Force Against Terrorist, AMUF)²⁵，該決議中的第2條(a)項授權美國總統得運用一切「必要且適當的武力」(to use all necessary

²⁴ 本論文中簡稱為：Butler

²⁵ Pub.L. 107-140, 115, Stat. 224, enacted 2001/09/18.

and appropriate force)「對抗」²⁶恐怖分子—包括所有參與九一一事件的國家、個人或相關組織，以及包庇相關組織或個人者，此一決議也正是日後成爲美國前總統 Bush 發布軍事命令與設立軍事委員會的依據。此外並於同年的 10 月 26 日公布了《美國愛國者法》(USA Patriot Act)，對此我們將在下個段落進行介紹。

除了相關決議與法規外，美國政府也在「反恐戰爭」(War on Terror; War on Terrorism)的口號下，於 2001 年以推翻「神學士政權」(Taliban)與逮捕 Osama bin Laden 爲由，發動阿富汗戰爭，且至今尙未結束。隨後於 2002 年又發布另一項「授權使用武力對抗伊拉克」之決議 (the Authorization for Use of Military Force Against Iraq Resolution of 2002) (應注意：此一決議與 2001 年的「授權使用武力對抗恐怖分子」爲兩個不同的決議)，以伊拉克藏有生化武器爲由²⁷，對伊拉克發動軍事行動並逮捕薩達姆海珊 (Saddam Hussein Abd al-Majid al-Tikriti)。至本論文寫作的此刻，這場美國政府口中的「反恐戰爭」，依然在持續性的進行當中。

第二項 愛國者法案的整體架構

現在我們把眼光拉回到法律的層面，其實世界各國都存有針對反恐的相關立法，不過正如開頭所說，本論文目的並非對於各國法規進行全方面的介紹，而僅是將反恐法制作爲一個開啓討論的案例或引子，且各國法制雖有些微的差異，但

²⁶ 須注意該決議使用的詞爲「對抗」(Against)而非「宣戰」(Declaration)，因此雖然該決議性質類似於宣戰，不過嚴格來說僅是「類似」於宣戰而非宣戰。自此可以發現一個弔詭：當 Bush 將以反恐爲目的的軍事行動稱之爲「反恐戰爭」時 (War on Terror)，其要發動的是一場戰爭，因此對於軍事行動的對象其應適用者應爲「宣戰」，惟綜觀 Bush 下達成立軍事委員會與在 Hamdan v. Rumsfeld 案中對於軍事委員會合法辯護的依據都是依此「對抗」性質之決議，因此產生了一場「不存在宣戰行爲的戰爭」，或可說是一場「以對抗的決議發動的戰爭(?)」。對此「對抗的決議=宣戰？」的疑問，學者間有諸多爭議，有認爲「決議等於宣戰者」，亦有認爲「二者不相等，因此宣戰應另有明確法律授權依據者」，對此筆者認爲，僅在法律要件的層次上進行論述過於形式，在這樣一個用語弔詭的背後，其實可以使我們查覺到一個藉由「戰爭隱喻」進行「治理」與「措置」的深層意義，對此筆者留待第六章再加以詳細說明。

²⁷ 惟在當時美國政府完全沒有證據支持伊拉克藏有生化武器之主張，且至今都未能在伊拉克境內發現伊拉克有生產生化武器之明確證據。

在放寬反恐執法手段或針對緊急狀態放寬刑事程序對於人民權利干預的性質上是大同小異的，因此以下僅針對最具代表性的美國反恐法制進行簡單介紹，惟最終的工作依然是這些規定背後的「論述」模式，而非實定法規與條文。以下讓我們先看一下愛國者法案的立法與其整體架構。

愛國者法案的完整名稱爲《使用適當手段來阻止或避免恐怖主義以團結並強化美國的法律使用適當之手段來阻止或避免恐怖主義以團結並強化美國之法案》(Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001)，一般多取該法案名稱之各字字首拼湊爲“USA PATRIOT Act”稱之爲《美國愛國者法案》(USA Patriot Act)。此法規爲聯邦法位階，於 2001 年 10 月 24 日通過，並由時任美國總統 Bush 於隔日簽署²⁸。須注意的是本法案並非一部單一完整的法典，而是一個綜合性立法的「包裹式法案」，針對現存的法律一如：《移民與國籍法》(Immigration and Nationality Act)、《銀行秘密法》(Bank Secret Act)、《洗錢防制法》(International Money Laundering Abatement and Antiterrorist Finacing Act of 2001)、《外國情報偵防法》(Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978, FISA) 中的一些規定，進行繁瑣而全面性的整合，以建制一個因應與防範恐怖行動的規範。

該法可分爲以下十章²⁹：第一章爲「強化國內安全以防制恐怖主義」(Enhancing Domestic Security Against Terrorism)，列舉了一些一般性的措施，包括賦予總統沒收恐怖分子資產的權利、成立反恐基金與增加對聯邦調查局 (FBI) 技術支援中心的經費等。第二章爲「強化偵防程序」(Enhanced Surveillance Procedures)，賦予執法機關更廣泛的監聽範圍與權限，且擴張對於監聽與電子通訊等資訊監測與搜索

²⁸ Pub.L. 107-173, H.R. 3525.

²⁹ Epic.org, <http://epic.org/privacy/terrorism/hr3162.html> (last visited Feb 1, 2012). 國內文獻可見：廖元豪(2002)，〈美國反恐怖主義相關法律措施之簡介與評論〉，《月旦法學雜誌》，80 期，頁 273。

的權力。第三章為「2001年消弭國際洗錢以及反恐怖主義財務法」(International Money Laundering Abatement and Antiterrorist Financing Act of 2001)，目的在強化不明資金流動的申報與管制，進而掌握恐怖分子之資金流向。第四章為「保護國界」(Protecting the Border)，強化對外國人出入境之管制，包括對外國學生之監測、可疑外國人之監禁，以及對於護照簽證之核發手續進行改良與管制。

上開章節之規範可以視之為美國政府對其宣稱的反恐戰爭中，對於人民權利干預擴大的一個開端，也在日後引發了一些討論，筆者將於下一段中對此部分進行介紹。接下來的章節中則較少進行結構性的修法措施：第五章為「移除偵查恐怖主義之障礙」(Removing Obstacles to Investigating Terrorism)、第六章為「對恐怖主義之受害者、公安人員，及其家屬給予補助」(Providing for Victims of Terrorism, Public Safety Officers, and Their Families)、第七章為「加強分享有關保護重要措施之資訊」(Increased Information Sharing for Critical Infrastructure Protection)、第八章為「強化對抗恐怖主義之刑法規定」³⁰ (Strengthening the Criminal Laws against terrorism)、第九章為「改善情報工作」(Improved Intelligence) 與第十章「其他」(Miscellaneous)，後面的六章雖有如刑法加重之規定，但比其前四章在程序上對於人權干預的嚴重性相對輕微，因此受到的討論也較少。

第三項 愛國者法案觀察重點

前面已經介紹過愛國者法案的立法模式與整體架構，於本段中筆者將針對與本論文想關注的部分進行討論，主要關注重點包括刑法的處罰範圍擴張與加重、偵防程序對於國家限制的放寬與對人民干預的加強、對移民人口的控管³¹。

³⁰ 此部分涉及到對於恐怖分子刑法規定的加重與前置化，於下開第一款中筆者將說明其內容

³¹ 除了這三者外，如洗錢問題與恐怖份子資金問題的處理，也是愛國者法案的規範內容，亦為我國反恐行動法草案中有加以引介者，惟此部分牽涉範圍甚廣，包括實體與程序部分皆有觸及，一方面顧及本論文之篇幅，另一方面本論文目的並非介紹與評論美國反恐立法，而僅是將其反恐立法作為一個引子，筆者重點在於尋找此刑事司法背後的論述模式，因此只能對於洗錢部分加以割愛，而

第一款 偏向刑法性質之規定－愛國者法案第八章（USA PATRIOT Act, Title VIII）

愛國者法案第八章的標題為“Strengthening the Criminal Laws against terrorism”，意即「強化對抗恐怖主義的刑法規定」，筆者先簡單說明本章中的重點架構，並輔以相關條文為例，最終再歸納這些條文的特點。

第八章規定內容針對者包括³²：對於「大眾交通系統的攻擊」（Attacks on mass transportation systems）、「生物武器」（Biological weapons）、「對恐怖主義的支持」（Terrorist support）、「網絡安全與網絡恐怖主義」（Cyberterrorism & cybersecurity），此外尚包括「罰則」（penalties）部分的加重，與對於恐怖主義「定義」（Definitions）上的改變和擴張³³。礙於篇幅關係，筆者無法就每個條文都詳盡的貼出，以下僅就條文藉由舉例的方式，提出筆者觀察到在偏向實體法部分中的一些特徵。

一、難以控制範圍或重大損害行為的納入

不同於傳統犯罪如謀殺，其指向特定個體的侵害。由於愛國者法案與反恐政策，針對者為以不特定多數人為對象，重點不在於造成特定個體侵害，而是以製造混亂與重大侵害為目的的恐怖行動。因此在愛國者法案第八章中，針對當前科

未能詳細介紹之。

³² Legal Information Institute[LII], <http://www.law.cornell.edu/uscode/18/175.html> (last visited Feb. 1, 2012).

³³ 愛國者法案中伴隨犯罪類型的擴張，也同步對恐怖主義進行重新定義，例如將恐怖攻擊定義中納入下開行為：破壞海港防禦系統、對於特定海域範圍內總統行政命令管理的人或通道進行攻擊、對於美國總統或國會議員的攻擊、對能源設施的攻擊等，除此之外尚有其他類型。惟筆者對此立法有所質疑：雖然對於條文的明確性與定義向來是對法律條文基本的要求，而在對於人民產生財閥效果的刑事法中，明確性的要求又受到更高度的重視。但此處的立法方式，一方面在恐怖活動本質上難以界定的狀況下，放棄明確寫出定義的方式，而改用列舉方式大量規定犯罪行為，有失明確性要求。另一方面，這樣的規定模式可能產生過於擴張的立法，例如攻擊國會成員，但也可能產生有所缺漏而無法有效納入恐怖活動的狀況。而這樣不明確的立法也賦予廣大的解釋空間，反而可能不當擴張了愛國者法案中刑法規定的適用，在原本就擴張的處罰基礎上，又再度擴張處罰的可能。

技進步與社會發展，容易產生大範圍與難以估算之損害的狀況如網路、大眾交通系統，皆進行修訂法條的工作。例如對於鐵路的部分，愛國者法案大量擴張了處罰的範疇，包括破壞，拆卸，放火的行為、使用毒素或生物製劑於火車上或大眾運輸設備造成人身傷害或死亡者、包括刪除或損壞的列車控制系統，集中指揮調度系統，鐵路道口預警信號等損害運輸系統運行者，由於這些行為會導致不特定大眾的重大死傷，故皆納入愛國者法案的修訂範圍內。

此外，除了對象上的修訂，對於手段上也將容易產生重大侵害的行為大量納入處罰範疇，例如對於生物武器的規範。愛國者法案中對於生物武器的規章做了擴張，凡非和平目的使用生物製劑、毒素與運輸系統者，立法上皆劃入生物武器的範疇中。此外，對於手段與對象上也做了結合，若是於大眾交通系統等處使用生物武器時，亦為處罰的範疇且罰則極重。

二、對於犯罪行為範圍的擴張與前置

為了保護大眾生命安全與國家安全，除了對於易於產生重大侵害者加以規範外，愛國者法案中對於犯罪行為也有前置化的現象，若以刑法的角度來看，可能將非屬正犯的類型都納入正犯的範疇中，此舉可能是為了有效控制恐怖活動造成侵害的風險，以及藉由處罰的加重杜絕更多人加入恐怖活動的行列。

例如對於支持恐怖活動者，包括窩藏恐怖份子的行為以及提供物資於恐怖活動者，以刑法觀點可能僅是幫助的範疇。但於愛國者法案中，上開行為皆被納入處罰範疇內，且以窩藏恐怖份子為例，其刑度更是可達十年以上之重刑。

三、嚴罰與重刑化現象

除了上開窩藏行為即可達十年以上刑度的例子外，我們所提過對於大眾交通

工具的破壞行爲，其刑度已達二十年的長度，且若破壞行爲確實造成生命的侵害時，更可達無期徒刑之程度。另外如生物武器的使用等，刑度也都是達到十年以上之刑度，由這些規定可知立法者除了大量擴張犯罪類型與前置犯罪成立的時點，也在刑度上同步進行擴張。

第二款 偵防程序與隱私權干預－愛國者法案第二章（USA PATRIOT Act, Title II）

除了關達那摩拘留營外，針對美國反恐政策中引發最多討論者當屬偵防程序的部分，愛國者法案第二章的偵防程序強化中包括：對於犯罪嫌疑者的通訊監察、各機關間對於有關恐怖主義犯罪或情報的偵查蒐集的資訊分享、對於反恐調查行動翻譯人員的快速雇用免受聯邦人事法規之拘束、遊動偵查權（Roving surveillance authority）³⁴、對於可能涉及恐怖活動外國人之搜索與通訊監察期間之延長、對於語音信箱資訊的監察³⁵、請求業者提供電信資料³⁶、攔截駭客通訊³⁷。以下即針對本論文較相關的部分進行說明：

第一目 秘密搜索（Sneak-and-Peek Search）

一般刑事訴訟程序中偵查機關進行搜索時，依普通法下之「敲門告知（knock and announce）」原則上應於事前告知，藉此對於人民之隱私權進行保障、節制國家偵查行爲之權利以避免濫權、導正偵查機關之紀律，除了使被搜索者知曉搜索之範圍，並可即時對於搜索票上記載問題提出質疑以保障自身權利。惟於愛國者法案中卻賦予搜索與逮捕令狀簽發相對於上開刑事訴訟程序要求－對於搜索物品

³⁴ USA Patriot Act, §206, 50 U.S.C. §1805

³⁵ USA Patriot Act, §207, 18 U.S.C. §2510

³⁶ USA Patriot Act, §220, 18 U.S.C. §2703

³⁷ USA Patriot Act, §217, 18 U.S.C. §2510

的限定與通告—之例外規定，且降低令狀核發門檻之要求³⁸：

一、例外的核發程序

一般的刑事程序中為合乎令狀原則，須由一般法院核發搜索票，且受搜索人針對一般法院核發之搜索票，有權於受調查時請求出示該令狀。惟須注意於愛國者法案的規範中，若屬《外國情報偵防法》(FISA)規定之特殊狀況，核發法院例外為「外國情報偵防法院」(Foreign Intelligence Surveillance Court, FISC)，且不同於一般法院之公開程序，由於 FISC 的審核程序為非公開，因此被搜索人例外地不可請求開示搜索票。

二、執行法令發出之例外

一般搜索行為原則上須通知，惟本法規定按照本條或其他法律條文所發出關於執行法令的通知，搜索與扣押任何構成侵犯美國法律的刑事犯罪證據時，若有條文所規定之特殊狀況，該必要通知可例外延遲發出，例外狀況如下：1.法院發現有合理的理由相信，若立即發出通知將會產生負面效果（包括：危害個人身心安全、潛逃、滅證、對證人產生危險、其他嚴重危害偵查程序或延誤審判程序之結果）、2.法令禁止扣押任何有爭執之財產：無線電、電子設備、儲存的無線電或電子信息，除非法院有合理理由認為有扣押之必要、3.法令規範通知的發出應於一合理期限內，但此一期限可由法院依正當理由加以延長。於上開狀況下，本法授權主關機關經法院允許後，可於搜索完畢後的相當時日再行通知被搜索人，此種可趁當事人不在場，進行搜索與扣押，而無須即刻告知當事人的狀況於一般刑事程序之法理下是難以想像的³⁹。

³⁸ USA Patriot Act, §213

³⁹ 對此問題，由於原本愛國者法案適用期限只到 2005 年結束，美國國會於 2005 年 7 月與 2006 年 2 月進行了兩次的修法，除了取消原本落日條款的規定外，對於搜索部分為免「延後」此不確定法律概念遭受濫用，修正原 213 條為執行後 30 日內應通知當事人，惟合理狀況下政府可向法院申請延長保密期間。

第二目 情資通訊監察權力之擴張

相較於秘密搜索，與搜索相類似皆屬對人民隱私權侵害，但是態樣上更為隱密且侵害更嚴重的通訊監察占了愛國者法案第二章條文的大部分，以下我們就來觀察面對反恐戰爭，愛國者法案對於通訊監察規範了哪些例外規定。

於愛國者法案中，即開章明義的規定對於無線電、言談與電子通訊中有關恐怖犯罪信息通訊監察的授權，對於與通訊監察相關之法規進行全面性的修補，監察則以合於本法關於恐怖主義與化學武器之犯罪行為定義之信息為對象⁴⁰。監察期間部分針對非美國公民身分之外國情報人員進行外國情報偵防有所規範，修改了1978年《外國情報偵防法》之規定將通訊監察與搜索期間自90天延長至120天，令狀則由45天延長到90天⁴¹。並在本法第214條、第216條與第225條等規定中，修訂了對於使用監察設備的程序規定與權力以及對於安裝該監察設備者於追訴程序上得豁免之規定。此外也允許政府向電信機構取得通訊內容，取得資訊的範疇也從擴張到包括通訊人、號碼、付費方式等，藉此強化對於恐怖活動的預防與掌握。而這些規定中學說上認為其有兩個面向是觀察的重點⁴²：

一、「情資蒐集」與「犯罪偵查」之模糊化

任何對於美國刑事訴訟制度的討論中都必然會提及美國憲法增修條文第4條，於該條針對搜索、扣押規定：「人民有保護其身體、住所、文件與財產之權，不受無理（unreasonable）拘捕、搜索與扣押，並不得非法侵犯，除有正當理由（probable cause），經宣誓或代誓宣言，並詳載搜索之地點、拘捕或搜押之人或物外，不得頒

⁴⁰ USA Patriot Act, §201, 18 U.S.C. §2516

⁴¹ USA Patriot Act, §206, 50 U.S.C. §1805

⁴² 廖元豪(2006)，〈多少罪惡假「國家安全」之名而行？－簡介美國反恐措施對人權之侵蝕〉，《月旦法學雜誌》，131期，頁40-43

發搜索票、拘票或扣押狀人民有保護其身體、住所、文件與財產之權，不受無理（unreasonable）拘捕、搜索與扣押，並不得非法侵犯，除有正當理由（probable cause），經宣誓或代誓宣言，並詳載搜索之地點、拘捕或搜押之人或物外，不得頒發搜索票、拘票或扣押狀」，針對搜索部分咸認在於保障人民之隱私權，故對於是否核發令狀，須在隱私權與國家追訴之公共利益之衡量下，具備「相當理由」足信其犯罪嫌疑始可核發。

惟在愛國者法案以之作爲修訂基礎的 1978 年《外國情報監察法》(FISA) 中，授權偵查機關聲請通訊監察之令狀時，僅須有相當理由足信受監察者爲「外國力量的機關單位」(An agent of a foreign power) 即可，無須證明到憲法增修條文中所要求的「有犯罪嫌疑」之程度。簡言之，傳統對於每個特定號碼監聽都須經過法院審核的作法已無法跟上科技的進步，因此在愛國者法案中對於有妨礙辨認身分之狀況，可將「任何特定人」作爲監察對象，以避免更換號碼或通訊裝置之行爲。此種針對「特定身分之人」爲通訊監察的立法模式被稱之爲「移動式監聽」(roving wiretaps)，其將監察對象由「特定線路」(phone to phone) 轉向「特定對象」(person to person)，其得以跳脫對於「個別犯罪嫌疑」要求的原因在於「情資的蒐集」不同於「犯罪的偵查」，單純的情資蒐集目的並非爲了起訴犯罪行爲，而是爲了監聽的機動性以有效防範恐怖攻擊，故在核發令狀的要求上將門檻進行了降低：針對「身分」而非「行爲」加以規定⁴³。

不過觀察 2001 年基於愛國者法案對 FISA 所爲的修訂，將聲請要件中的「獲取外國情資爲目的」(that a purpose of the surveillance is to obtain foreign intelligence information) 改爲「獲取外國情資爲重要目的」(that a significant purpose of the surveillance is to obtain foreign intelligence information)，可以發現到原本的低門檻

⁴³ USA Patriot Act, §206, 50 U.S.C. §1805

設計是對應於一個「非」關於犯罪偵查起訴的目的，但當目的被轉為對人民干預程度較高的「犯罪偵查」時，所適用的門檻卻依然是適用於針對「情資取得」的較低門檻，對於人民隱私權的干預出現保障不足的情形。用天秤作為描述，刑事訴訟制度的設計若是在於人民權利（如：隱私權）與公共利益（如：國家行為所追求之目的）的衡量，那麼在愛國者法案中原本的平衡已經受到了破壞，針對「反恐戰爭」這個特殊狀況，天秤例外的向公共利益與國家安全的一端傾倒。

二、對美國公民之無令狀監聽

2005年12月16日的「紐約時報」(N.Y. Times)中，James Risen 與 Eric Lichtblau 兩位記者以一篇名為“Bush Lets U.S. Spy on Callers Without Courts”的報導，揭發 Bush 總統秘密授權於「國家安全局」(National Security Agency) 對美國公民進行秘密且「無法院授權」(without the court-approve warrants) 的通訊監察之事實，且早自 2002 年開始，針對 Bush 總統授權監察且屬於 FISA 適用範圍內之「與蓋達或相關恐怖組織有連繫之人接觸之國際通訊」(international communications into and out of the United States of persons linked to al Quada or related terrorist organizations)，即進行通訊監察且未依 FISA 向法院聲請核准⁴⁴。此舉自然引發各方對 Bush 政府的批判，在下段中我們先觀察美國政府的辯護以及支持見解，再對批判見解進行討論。

第三目 對於人民偵防措施的正反意見

自尼克森水門案後即對於國家濫權秘密通訊監察相當敏感的美國，對於 Bush 總統授權的秘密通訊監察有採支持與贊同意見者，這些意見也適足以表現出對於國者法案中的偵防措施，在國家安全引領的擴權措施下，基本人權與公民自由的

⁴⁴ James Risen & Eric Lichtblau, Bush, *Bush Lets U.S. Spy on Callers Without Courts*, N. Y. TIMES, Dec. 16, 2005, at A16.

主張者之意見。

一、美國政府的辯護

對於擴張國家偵防措施與無令狀通訊監察的行為，在肯定見解部份我們先看美國政府的辯護為何⁴⁵：

(一)、AUMF 之授權

回到國會於「911」後做出授權 Bush 總統為對抗恐怖主義得為必要且適當武力之決議，國防部以此為依據，認為總統自然可用「必要且適當」手段對抗與防範恐怖分子，且此手段依司法實務與歷史觀點向來承認總統可不經法院之許可，而通訊監察正是武力對抗的必要手段，故 2001 年之 AUMF 可為正當依據。

(二)、總統之憲法固有權

美國總統基於其憲法為明定之三軍統帥及處理外交事務的「唯一機關」地位，享有源自於憲法之「固有權」(inherent power)，特別於戰爭時期擁有維護國家安全的任務與職權。反恐戰爭中收集情資，乃是附隨於維護國家安全的必要附隨權力，因此總統無須得到法院授權亦可為之。

(三)、FISA 之「其他法律」規定

基於前開理由該通訊監察並未牴觸 FISA，因為依照 FISA 規定於其他法律有規定時，從其規定。故 AUMF 即可該當該條文中之「其他法律規定」，且基於調和 FISA 與憲法賦予總統固有權之立場以免違憲疑慮，故此時應朝向有利於總統之方向解釋。

⁴⁵ DOJ letter, supra note 18, 6-41。相關中文討論可見：廖元豪(2002)，〈美國反恐怖主義相關法律措施之簡介與評論〉，《月旦法學雜誌》，80 期，頁 42-43

(四)、對於憲法增修條文第 4 條之解釋

美國政府認為美國憲法增修條文並未全面要求國際通訊監察須有法院核發之令狀，而僅要求「合理」(reasonable)即可，基於反恐所為的通訊監察目的重大，且監察犯為僅限於「與合理可信為恐怖組織成員」者之通訊，故合於合理性之要求。

二、反對意見與批判

對於上開為無令狀通訊監察辯護之理由，學說上有下開反對之意見。首先針對 AMUF 之授權，反對者即認為 AMUF 並非實施無令狀通訊監察之合法依據，理由在於其過於概括抽象不具備明確性，反之 FISA 具有法律明確性且相當具體，當出現衝突時，應優先適用具體且明確者，而非用抽象規定排除具體規定之適用。

針對修法歷程，原本的 FISA 與其後愛國者法案的修正中，雖有於「戰時」賦予總統十五日的無令狀通訊監察權，或於緊急狀況下國防部長可先行授權再於七十二小時內向法院補提聲請等規範，為並無「毫無限制」的無令狀通訊監察權限之賦予，故立法上允許的限度應以明訂於現行法中，不應由 Bush 總統授權無限制擴張。且所謂的總統固有權，適用前提應為「無法律規定」之情形，但自從 FISA 立法後，美國法院從未允許美國總統享有牴觸 FISA 進而授權無令狀通訊監察之權限。又 FISA 中所稱之「其他法律」應指該法本身的其他規定與刑事訴訟法既有的相關條文，不應任意擴張⁴⁶。

三、Richard A. Posner 的分析與針對反對意見之回應⁴⁷

Posner 對於愛國者法案對於公民自由進行限制的論述，於其《並非自殺契約：

⁴⁶ CRS Memo, supra note 17, at 37-40.

⁴⁷ Richard A. Posner 著，蘇力譯(2011)，《並非自殺契約：國家緊急狀態時期的憲法》，頁 33-52，北京大學出版社

國家緊急狀態時期的憲法（Not a suicide pact: the Constitution in a time of national emergency）》一書中，提出針對反恐立法其較上位的思考脈絡與意見。其意見始於對憲法價值的回應，蓋對於反恐立法的批評，多來自於過度干預公民權利違反憲法價值之論述。惟 Posner 認為憲法價值是動態的，不可能使用美國建國之初的憲法價值去質難現今的立法政策，也不可能過度重視公民自由而忽略對於大眾安全的維護，現今的立法政策應當從國家安全與公民自由的相互衡量中達成相互的平衡⁴⁸。

Posner 指出對於公民自由的主張者往往忽略了真正的歷史教訓，對於美國公民最大的威脅來自於再次的恐怖攻擊，且公民自由其實也來自於國家安全，因此不可能偏廢其一。另外針對恐怖主義對於國家安全的威脅是一種想像的說法，Posner 也予以回應：反恐措施對於公民自由的威脅也同樣是一種想像。除此之外，面對司法權的角色，Posner 一方面認為面對專業的國家安全議題，司法權可能非屬專業而難以進行判斷，或完全尊崇行政決定⁴⁹。另一方面，若司法的功用在於對行政權的約束，Posner 也以 Bush 政府未經授權截聽美國公民的外國通訊案件中國會對於愛國者法案的抵制作為例子，說明立法權亦可進行相同的功能而非懦夫。總結來說，Posner 對於反恐措施的立場是相當清楚的，既然憲法擁有動態價值而非一成不變，則面對緊急狀態時，不可輕言違反憲法價值。應當在公民自由與國家安全兩者的增減中，衡量其收益與付出，尋找一個合理的平衡點。若反恐措施僅需付出輕微的公民自由，卻可獲得高收益的國家安全與大眾利益時，其並非不合理之作爲。

⁴⁸ 相似見解如美國學者 Eric Posner 亦認為政策適用地域與對向會隨時間而改變，因此以，密集侵害人權但短暫的政策與長期的輕微人權侵害間比較為例，對於公民自由的干預孰重孰輕實際上難以精確衡量。見：Eric Posner & Adrian Vermeule, *Accommodating Emergencies*, IN THE CONSTITUTION IN WARTIME 55, 60-61(Mark Tushnet ed., 2005)

⁴⁹ 對此同上註提到的 Eric Posner 也認為爲了避免貿然終止行政機關決定導致狀況惡化，資訊較為缺乏的法院會傾向尊崇行政機關的決定，相關資料可見：Eric Posner & Adrian Vermeule, *Accommodating Emergencies*, IN THE CONSTITUTION IN WARTIME 55, 60-61(Mark Tushnet ed., 2005)

以無令狀監聽為例，於 2005 年的華盛頓郵報中，Posner 對於 Bush 總統此一授權無令狀通訊監察之行爲，採取較爲肯定的立場⁵⁰。其理由在於雖然大家都注意到 Bush 總統授權的無令狀通訊監察是在 FISA 的框架之外運作，因此產生對於隱私權受到侵害的疑慮。Posner 認爲或許可以有更好的做法，但在目前必須面對幾個問題：對於恐怖分子的防範措施上目前可標示出許多漏洞所在、相比如以色列或英國等早已開始進行反恐行動的國家有獨立於警察機關（對應於美國爲 FBI）的專責機關負責反恐的通訊監察等措施，美國則無此種特別專門的機構。因此縱使可能有隱私權干預，必須設想的是這樣的干預是否是合理的。

Posner 認爲相對於隱私權干預，政府的行爲所要追求的是對於恐怖分子的防範，而非對於恐怖事件的事後懲罰，因此在制度設計上必須注意到 FISA 針對的美國公民或法律允許永久居住者並不能涵蓋必須被監察者的範圍—FISA 的範圍針對反恐來說是過於狹窄的，蓋恐怖分子並不一定有明顯行爲或敵意，相反的可能潛在如鄰人般藏匿於我們之中，且恐怖分子在當前局勢中可以持有的是具有巨大毀滅性的武器。因此若是國內的通訊監察可以取得一些防範恐怖分子的有利資訊時，則其追求的利益是相當重大的。

回顧受干預的人民隱私權部分，無可否認人民的自由權、隱私權受到了干預。惟 Posner 認爲必須考量到干預的程度，他認爲其實此一通訊監察開端是由電腦、機器—其爲無感知的—進行對於地址或電話號碼的挑選，這樣機器收集的過程有可能會收集到有情報價值的資訊，且其實對於隱私權的干預是相當遙遠的，在如此有限度的干預中，進行重要資訊的收集，且是爲了追尋國家安全，應當是允許的。由上述可知 Posner 認爲在國家安全的考量下，考量到防範的是隱密且破壞性

⁵⁰ Richard A. Posner, *Our Domestic Intelligence Crisis*, WASH. POST, Dec. 21, 2005, at A31.

極大的恐怖行動，若相應之下的隱私干預是相對輕微時，則 Bush 總統授權的無令狀通訊監察應屬可允許的⁵¹。

第三款 對於移民人口的管制－愛國者法案第四章（USA PATRIOT Act, Title IV）

由於恐怖活動的性質與恐怖份子潛藏於社會中難以捉摸的特性相關，愛國者法案中對於人口流動部分也進行了管制，對此筆者自行區分了兩個區塊：拘禁、控管。

拘禁是美國反恐立法非常重要的一塊，之後提到的關達那摩拘留營也是這個區塊的議題。在愛國者法案中，為了避免恐怖份子或嫌疑犯的威脅，不同於通常程序的規定，對於拘留被告的權利顯著的放寬⁵²。入境外國人若有合理懷疑觸犯反恐規定或危害國安之虞者，可在其出境前加以拘留，拘留後七日應決定是否釋放，惟若釋放有危害國安可能者，可再拘留半年之久，不過半年後被拘留者可提出英語釋放之證據並要求司法部長審查拘留合法性，可注意到在愛國者法案中的規定，對於拘禁部分是設有限制，而非無限期拘禁，此外被拘留者也享有如人身保護令等權利而未予以限制之。

就控管的部分，對於出入境人士資料可提供於外國，且必要時可禁止特殊人士入境⁵³，此外出入境人士資料也應與相關系統加以整合，使執法機關可更快速執法與逮捕恐怖份子⁵⁴。其中相當特別的是針對外國留學生部分，擴大原有的外籍學生資訊蒐集系統，包括學生的地址、名冊等資訊都包括在內，且控管範圍也納入

⁵¹ Richard A. Posner, *Our Domestic Intelligence Crisis*, WASH. POST, Dec. 21, 2005, at A31.

⁵² USA Patriot Act, §412, 8 U.S.C. §1226a

⁵³ USA Patriot Act, §413, 8 U.S.C. §1202

⁵⁴ USA Patriot Act, §414, 8 U.S.C. §1365a

非正式的教育機構（如：語言學校、職訓機構與補習機構），尤其是因應「911」，特別對於飛行學校加以控管⁵⁵。

第二節 軍事命令與關達那摩拘留營的出現與發展

一連串的反恐立法之後，美國反恐戰爭的高潮除了對於伊拉克與阿富汗的軍事行動外，就是Bush總統於2001年11月13日所發布的「軍事命令」(Military Order)，這則軍事命令導致了當代反恐立法與相關政策中最為巨大的爭議問題。以下本文依序自該軍事命令的內容、法源依據進行一個簡單的介紹。

第一項 軍事命令的內容⁵⁶

Bush總統認為在其發布該命令的同時，美國正面臨一個極度緊急的狀況，受到包括蓋達組織在內諸多恐怖分子的攻擊⁵⁷，處於一場與恐怖分子相互對抗的戰爭狀態，因此必須同樣的以武力進行對抗，故發布此命令可以保衛美國與其國民之國家安全並確保有效的軍事行動⁵⁸，且為實現「急迫且重大的政府利益」(urgent and compelling government interest) 所必要⁵⁹。其主要內容可分為如下二點：

第一款 軍事審判委員會 (Military commissions)

本段中先說明對於受拘束對象的審判機關為何，之後再另闢段落說明受審判者之身分。根據該軍事命令，受拘束之人應由依軍事命令成立之軍事審判委員會進行審判，審判程序相關規定由國防部長發布之命令與法規規範，包括委員會的組成、審判之證據規範、檢察官行爲、預審程序與審判程序、辯護人資格等。由

⁵⁵ USA Patriot Act, §416, 8 U.S.C. §1372

⁵⁶ Military order of November 13, 2001, Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism, 66 Fed. Reg. 57833(Nov. 16, 2001), 3 C.F.R. 918 (2002).

⁵⁷ Military Order, 1(a).

⁵⁸ Military Order, 1(d).

⁵⁹ Military Order, 1(g).

此可知軍事委員會的程序規範，特別是細節部分皆由行政權下的「國防部長」來加以落實⁶⁰。

因此 Bush 總統當時發布的軍事命令僅包括以下的規定：一、軍事審判委員會同時判斷事實問題與法律問題，進行完整而公平的審判。惟就證據之部分降低其門檻，僅需達到「對一般合理之人，具有證明價值」(probative value to a reasonable person) 之標準即可⁶¹；二、有罪判決應基於出席委員三分之二同意為之，且出席委員應超過半數；三、處刑判決亦應基於出席之軍事審判委員三分之二同意，出席委員亦應超過半數⁶²；四、審判結果由「總統本人」審查，或由「國防部長經總統委派」進行審查⁶³；五、軍事委員會擁有「專屬管轄權」，故被告無權向其他法院－聯邦法院、外國法院或國際法庭－尋求救濟；六、由於面對的是國安問題，故美國聯邦法院刑事訴訟之一般證據法則皆排除其適用，包括證據排除法則、傳聞法則、公開審判原則的不予適用，以及未具結證言可作為裁判依據的例外規定，另外對於事涉國家安全或機密的案件，可排除被告於審理程序外⁶⁴，簡言之這樣的程序是不合於正當法律程序與最低程度程序保障的要求。

第二款 拘禁外國人之權力－關達那摩拘留營的誕生

軍事命令最重要的部分之一，即為授權國防部長得將「受軍事命令拘束之人」拘禁於國內或國外之適當地點。所謂「受軍事命令拘束之人」(individual subject to this order) 係指：「非美國公民依總統書面認定，有理由足信其屬蓋達組織成員，且曾從事恐怖活動傷害美國或明知而藏匿其成員者。」

⁶⁰ *Id.* sec.3.

⁶¹ Military Order, §4 (c) (3)

⁶² Military Order, §4 (c) (6) (7)

⁶³ Military Order, §4 (c) (8)

⁶⁴ Department of Defense Military Commission Order No. 1, §6 (B) (3), (D) (b)

基於此命令針對在海外或國內所逮捕之蓋達或相關組織之成員，將其無限期拘禁。又對於受拘禁者加以區分，海外所逮捕者多拘禁於最著名之古巴關達那摩灣美國海軍基地（下稱：關達那摩拘留營）；被逮捕者為美國公民身分時，不分其被逮捕地點皆認定為「敵方戰鬥人員」(enemy combatant)並拘禁於其他軍事基地。拘禁部分該軍事命令設有如下之限制：一、須依照人道方式處置，不得依據種族、膚色、宗教、性別、出生、財富或其他類似標準給予不利益之差別對待；二、提供適當的食宿、住所與醫療；三、合乎拘禁要件下，允許其擁有宗教自由。至於其他相關細節也同樣由國防部長加以規範。

第二項 軍事命令的法源依據

承上述可知軍事命令的內容與通常適用的正當法律程序有所偏離，且由行政權單方面制定規範，排斥立法權（國會）與司法權（法院）介入或審查的可能，不僅是在當時國會未明確授權設立此軍事委員會，從軍事命令規定中可知被告向其他法院請求救濟之權限也受到了剝奪⁶⁵。對此美國政府不僅是如上述的懸置了美國法律的適用，也將日內瓦公約對於戰俘規定的適用加以懸置，被告將遭遇的一切對待與程序皆完全繫於美國總統（或其委派之國防部長）一人之手。對此有何法源依據存在？美國政府有如下的主張⁶⁶：

- 一、憲法賦予美國總統的軍事統帥權（Commander in Chief）
- 二、國會「授權動用軍事武力對抗恐怖分子」之決議（AUMF）
- 三、《美國法典》（United States Code）第十章，第 821 條（軍事法院之成立，並不

⁶⁵ Military Order, §7 (b) (1) (2)

⁶⁶ 此外文獻上也有引用聯邦最高法院對於「以軍事法庭審判非軍人身分者」是否合憲問題之意見。包括 1866 年的 *Ex parte Milligan* 案、1942 年的 *Ex parte Quirin* 案與 1946 年的 *In re Yamashita* 案。前案發生於南北戰爭時期，後兩者則為二戰時期之案件，共通點皆在處理若聯邦法院可運作時或戰爭狀態已結束時，軍事法庭是否仍有審判權？案件是否應由普通法院審判而排斥軍事法庭？對這些案件聯邦最高法院皆表達軍事法庭仍有審判權的立場，軍事審判非軍人者應屬合憲，僅是如何畫定其界限以免過於擴張之問題。詳見：廖元豪(2002)，〈美國反恐怖主義相關法律措施之簡介與評論〉，《月旦法學雜誌》，80 期，頁 279-280

排除其他軍事審判庭之管轄權)與第 836 條(總統有權發布軍事審判之相關規定)。

第三節 對於軍事審判委員會相關議題的討論與批評

上一段中我們介紹了美國政府以國家安全與反恐戰爭為由，延續其一連串反恐立法（如：愛國者法案）及對外軍事行動後，於國家安全的大纛下對於基本人權干預最為嚴重的措施－關達那摩拘留營。以下我們依照時間順序進行，以對於軍事命令的批評做為開端，觀察於 2001 年立法後對於該軍事命令的質疑，接著再觀察 2004 年的 Hamdi v. Rumsfeld 案與 2006 年的 Hamdi v. Rumsfeld 案，從中與軍事命令發布之初相對應，尋找哪些當初的質疑真正的發生而又受到了哪些的糾正。

第一項 對於軍事命令之正反討論意見

早在軍事命令發布之初，對於軍事命令的合法性與妥當性爭議即有不少論述，以下我們先從支持立場的見解出發，再觀察反對立場的論述。

第一款 支持軍事命令之看法

一、「戰爭」的類比⁶⁷

第一個最常被支持者主張的理由即為軍事命令的背景是美國的反恐「戰爭」，自時任總統 Bush 宣布「反恐戰爭」(War on Terror)，戰爭就成為相關反恐立法的正當化基礎⁶⁸。既然進行的是對抗恐怖分子的「戰爭」而非「執法」，因此審判對象既然是戰爭概念下的「戰犯」，基於戰爭權屬於國會與總統之觀點，對這些戰犯的審判權限自然屬於總統與國會，依照軍事命令發布而組成之軍事審判委員會當

⁶⁷ 相關外國文獻整理，請見：廖元豪(2002)，〈美國反恐怖主義相關法律措施之簡介與評論〉，《月旦法學雜誌》，80 期，頁 280

⁶⁸ Sept. 20, 2001 - Bush Declares War on Terror, <http://www.youtube.com/watch?v=CSPbzitPL8> (last visited Feb 2, 2012)

然也是戰爭權不可分的權限之一，因此自然非屬一般執法狀況，法院之司法權當然例外地沒有審查的餘地。

依此理由為主張者皆認為若軍事審判屬於戰爭權的一部分，則戰爭時可下達「格殺無論」的軍事命令，自然在逮捕恐怖分子後可以送交由軍事委員會審判，如果這是一場反恐戰爭，戰爭或軍事行動的範圍又相當廣泛，故國會與總統自然可在其軍事行動的權限範圍內決定其懲罰手段，「軍事審判」當然是其中的手段之一，當國會宣戰開啓戰爭後，只要立法明文規定設立特別軍事審判委員會，當然可由此委員會進行案件審理。

二、對於恐怖攻擊案件迅速審判之要求⁶⁹

1996年奧克拉荷馬爆炸案後，Spencer J.Crona 與 Neal A.Richardson 兩位學者對於聯邦法院審判的觀察中，提出了“Justice for War Criminals of Invisible Armies: A New Legal and Military Approach to Terrorism”一文，該文中他們除了贊同上開第一個支持論據外，並提出第二個重要觀點：「迅速、確定且嚴厲」(swift,certain and severe)的審判。

他們以世貿中心爆炸案與二戰後的軍事審判進行對比：世貿中心爆炸案於聯邦普通法院進行審理時，傳喚 207 名證人，耗時五個月方才審判終結，反之二戰後對日本戰犯的審理，傳喚多達 286 名證人且有多達 3000 頁的證詞記錄，卻僅耗時五周即審結。認為軍事審判程序相較普通審判程序，擁有節省程序利益達成迅速審理的優點。

三、審理體制、程序與審判結果之影響

⁶⁹ Spencer J. Crona & Neal A. Richardson, *Justice for War Criminals of Invisible Armies: A New Legal and Military Approach to Terrorism*, 21 Okla. City U. L. Rev. 349 (1996)

此外上開兩位論者也提到普通法院適用的證據法則較軍事法院嚴格⁷⁰，當恐怖分子的犯罪行為證據確鑿或指證歷歷時，若可以因為證據蒐集或證據法則上瑕疵等程序面的瑕疵而忽略實體層面事實令其無罪開釋並不合理，因此採用軍事審判可避免此種錯放的情形發生。此外縱使戰爭法的戰犯因違反國際法可由國際法庭審判，惟既然「911」針對的是美國與美國人的攻擊，當然可以由美國法庭審理，更重要的是國際法庭對於死刑的成立較為嚴格且多半會妥協而排除死刑作為判決結果，這樣的判決可能性也是兩位論者認為應由美國審理本案的重要原因⁷¹。此外在審判庭體制的設計上，在普通法院審判之過程中，採取陪審團制及公開審理的結果，也將使對於案件審理居於關鍵地位的陪審員與審判法官暴露於人身安全的極大風險中，且其相較於軍人較為脆弱的防衛能力更使這種風險提高⁷²。

第二款 反對軍事命令之看法

一、不明確的要件解釋與對於「無罪推定」的侵害⁷³

不明確的要件解釋（例如：何謂戰爭與何謂恐怖行動？）向來是反恐法制討論的重點之一，對於這個部份我們將在下一章中從刑事政策與社會學等面向深入討論。不過在此我們從法律層次中就可以看見問題所在：憲法的討論中除了某規範是否合乎比例原則或合於手段目的關係外，也要求規範須具備明確性。

⁷⁰ 對此我們在上開段落也提到過，美國刑事訴訟法中諸如：傳聞法則、證據排除法則等嚴格的證據法則，在愛國者法案與軍事委員會成立之軍事命令中，皆例外的不予使用，對於證據法則的鬆綁在反恐立法中相當常見。

⁷¹ Spencer J. Crona & Neal A. Richardson, *Justice for War Criminals of Invisible Armies: A New Legal and Military Approach to Terrorism*, 21 Okla. City U. L. Rev. 382-93 (1996)

⁷² Spencer J. Crona & Neal A. Richardson, *Justice for War Criminals of Invisible Armies: A New Legal and Military Approach to Terrorism*, 21 Okla. City U. L. Rev. 381-82 (1996)

⁷³ 撇開不同法體系下對於無罪推定理解上的差異，相同的案例若於我國出現，於我國法中無罪推定原則作為刑事訴訟法中最為根本且極重要之基本原則，一名被告在刑事訴訟程序中被判決有罪之前，皆應推定其為無罪，控訴其之國家機關應盡力舉證推翻此一推定方可獲致有罪判決。惟以上開支持軍事命令的兩個理由為例，我們可以發現論述的前提都已經假設了：「被告是有罪之身」，只有當假設被告是有罪時，才會做出「因為證據法則寬鬆使之誤判為無罪」或「因為國際法庭慣例使之誤判而無法獲致死刑」這樣的論述，可以說這兩種理由背後代表的是一種「有罪推定」之思想，若於我國也同樣會發生違背無罪推定的問題。

惟支持軍事命令見解之論述中，皆著重於此處為軍事命令所稱之「戰爭狀態」而非「執法」，故總統與國會可藉由戰爭權獨攬大權，以軍事審判委員會之名排除司法權，可見「戰爭」概念在此處的關鍵地位。為這樣重要的要件卻缺乏一個明確之定義，簡言之國家可藉由對於缺乏明確性之戰爭概念恣意擴張解釋，同步地擴張戰爭權與軍事審判權限之範圍。美國學者 Daniel M. Filler 即從此角度出發認為此種欠缺明確性之要件可使國會與總統輕易規避憲法之程序保障來遂行己志。此外，Filler 也認為在美國憲法中，「推定無罪」應屬基本精神，若以上開 Crona 二人的見解出發，其前提都建立於對被告「推定有罪」的想法上，才會產生懼怕將被告無罪釋放的想法⁷⁴。

二、證據法則之有效適用疑慮⁷⁵

學者廖元豪也曾引用 Phillip B. Heymann 的看法，說明 Crona 二人見解的問題。Phillip 認為一味否定聯邦普通法院作為支持軍事審判之見解並不妥當，並以 1993 年世貿中心爆炸案為例，認為在該案中由普通法院進行審理，不但未發生支持軍事命令者所說的人身安全問題，該案中機密資訊皆有效確保並未外洩，且該案最終判決結果也有效懲罰犯罪。此外並非僅有軍事審判方可保護陪審團與法官之人身安全，普通法院之相關規定中，亦有處理組織犯罪案件中的證人保護計畫，可見以普通程序欠缺規範作為支持軍事審判可謂有所不察而有失論據。該論者認為 Bush 政府真正考量的並非法律問題而是政治問題，亦即若使恐怖分子在證據不足

⁷⁴ 中文相關文獻請見：廖元豪(2002)，〈美國反恐怖主義相關法律措施之簡介與評論〉，《月旦法學雜誌》，80 期，頁 281-282，英文期刊可見：Daniel M. Filler, *Values We Can Afford-Protecting Constitutional Rights in an age of Terrorism: A Response to Crona and Richardson*, 21 Okla. City U. L. Rev. 409-419 (1996)

⁷⁵ 筆者亦相當贊成此一觀點，若普通法院審判之相關規定已可有效處理關於審判程序資訊保密或人身安全之問題時，實際上毫無另立軍事法院審理之必要性，且證據法適用的寬鬆並非一個正當性的理由，蓋既然做出最嚴厲的控訴並獲致有罪判決，且恐怖行動所涉及之刑責極為嚴厲，必然需要最嚴謹的審判過程與合理的證據法則，怎可以證據法則過於寬鬆為由例外設立軍事法院？此種作法無異於是立於「有罪推定」的觀點進行論述，且既然案件需經嚴謹之審判，又怎可用案件無法迅速審畢作為另設軍事法院之理由？真正的重點根本不在於是否迅速，而在於是否合乎充分程序保障（包含證據法保障）與妥速審判之要求。

的狀況下於普通法院中獲致無罪或輕罪判決，由於該程序之公開性質將使全體大眾共見共聞，將嚴重打擊 Bush 政府對於恐怖分子之嚴厲控訴，且基於這些控訴對於人民產生極高基本權干預之立法也將受到極大的質疑與反對⁷⁶。

第三款 錯誤的展望與灰暗的發展

或許現在對於 2001 年到 2002 年間，當時法律學者們對於愛國者法案與軍事命令做出的展望進行評論是事後諸葛的，但這畢竟是下面要介紹的兩則聯邦最高法院判決產生的背景，所以仍須了解一下。當時的法律學者們雖然對於反恐法制抱持著不少懷疑，例如：「是否會採取秘密審判？」、「何人會成為軍事委員會審判的對象？」、「軍事審判與一般刑事訴訟規定及憲法保障有多大的背離？」、「權力分立之下司法權、立法權能否制衡行政權？」、「美國歷史上戰爭狀態中對於行政權尊重的慣例是否會影響權力分立制衡功能？」。但不少評論家依然認為美國作為一個人權與法治深入人心的國家，輿論批判及政治制衡的功能，應不至於使行政權可以過分的擴張產生與原則偏離過大的例外狀況。

這樣樂觀的展望在事後證明是一個美夢的幻滅，偏離原則的例外情況比學者口中的「不至太過離譜」嚴重許多⁷⁷，行政權逕行無令狀監聽的揭發已經率先戳破了這個人權與法治大國的形象。但最為嚴重的當然爾是被稱為「現代古拉格」的關達那摩拘留營，其任意綁架被認為是恐怖分子者且不需經合法公開之審判即無限期拘禁，許多的案件事後也被證明是嚴重的誤判，拘留營內不為人知的處遇狀況，在伊拉克「阿布格萊卜戰俘營的虐囚醜聞」(Abu Ghraib torture and prisoner abuse) 爆發後，也令人開始懷疑相同處境發生於關達那摩灣。我們可以說這不僅是一個人權保障或權力分立制衡美夢的破滅，這之中的歷史走向是更為晦暗的一旦發生

⁷⁶ 廖元豪(2002)，〈美國反恐怖主義相關法律措施之簡介與評論〉，《月旦法學雜誌》，80 期，頁 282

⁷⁷ 廖元豪(2002)，〈美國反恐怖主義相關法律措施之簡介與評論〉，《月旦法學雜誌》，80 期，頁 283

於以普世人權為其宣示價值的美國，這也促成了以下兩則判決的誕生。

第二項 Hamdi v. Rumsfeld 案⁷⁸

第一款 案件背景與爭議問題－對於美國公民的拘禁

開始進入本論文最核心的案例－對於非美國公民的拘禁－之前，在 2004 年針對「拘禁」一事已經出現第一則有所爭議的判決－Hamdi v. Rumsfeld 案。該案中與其他關達那摩拘留營被拘禁者不同之處，在於當事人 Hamdi 之身分為美國公民。其 1980 年出生於美國路易斯安納州，於 2001 年居住於阿富汗時遭到北方聯盟之捕獲，並於 2002 年 1 月被移送到美軍位於古巴關達那摩灣海軍基地之拘留營。在知曉其美國公民身分後，於同年 4 月移送至美國維吉尼亞海軍基地後轉至南卡羅萊納州，並認定其屬於「敵對戰鬥員」(enemy combatant)。

基於該項認定，美國政府主張在「未經正式起訴程序」之狀況下，對於 Hamdi 施以長期拘禁。2002 年 6 月時，Hamdi 的父親提出人身保護令之請求，指出 Hamdi 自 2001 年遭受拘禁後，被剝奪之權利包括：接見會面權、聘請辯護人之權利、得知其是否遭受起訴之權利等，此違反美國憲法增修條文第 5 條與第 14 條之保障⁷⁹。對此最高法院判決特別針對三項問題進行討論：一、行政權之拘禁是否要得到國會授權？；二、得否長期拘禁？；三、司法審查之必要性？，這些問題之核心皆置於「權力分立」的討論上，我們於下段說明⁸⁰。

第二款 判決結果

⁷⁸ Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507 (2004).

⁷⁹ Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507, 512 (2004).

⁸⁰ 對於此一問題由於涉及公法領域甚廣，與本論文偏重刑事程序之討論有所偏離，惟本案涉及可否長期拘禁與正當法律程序部分之問題，且為美國整體反恐法制討論不可欠缺之一部分，因此在介紹上本論文採取較精簡之方式，針對最高法院之爭點與判決進行介紹，若欲更深入了解本案中最高法院法官協同與不同意見，即正反意見間之角力者，請參 Hamdan v. Rumsfeld 案判決。

對於上開三個疑問，最終美國聯邦最高法院以 6 比 3 的比數作成判決。認定被拘留之美國公民，也應享有正當法律程序的保護與提出抗辯的機會，以下我們就順著上開三個問題來說明判決內容的概要⁸¹：

一、行政權之拘禁是否得到國會之授權－立法權問題⁸²

這個問題的核心在於我們前面提到的「授權使用武力決議」之範圍大小，認為本案中國會未授權者的立論依據在於 2001 年國會決議並沒有立法暫停人身保護令之保護，因此也未授權行政部門得拘禁當事人⁸³，另外任何拘禁行為的授權都必須來自於「國會之立法」(pursuant of an Act of Congress)，不可以以決議代替之⁸⁴。且該決議的內容為「授權使用武力」而非「監禁權力」。國會立法目的既然在於禁止行政權於戰爭時期以安全之名任意為行政監禁，故此決議自不應任意擴張自原本不包含之監禁權⁸⁵。

認為本案中國會已授權者之立論依據同樣在於該決議，且為本案多數意見的四位大法官所採取，其認為國會授權使用武力之決議自然包含拘禁之權利，因此對於 Hamdi 之拘禁有得到國會之授權，且行政部門擁有認定美國公民為敵對戰鬥員之權限，因此自然可認為 Hamdi 屬於敵對戰鬥員，再依照戰爭時可使用必要且合適武力之授權對 Hamdi 進行戰爭行為下之拘禁，以防止其回到戰場⁸⁶。最終角力後聯邦最高法院多數意見採取「已授權」之見解，並未否定行政拘禁之合法性，理由在於國會授權使用武力之決議已將拘禁權限包含在內，因此任何武裝衝突下

⁸¹ 本案多數意見由 O'Connor 大法官執筆，Rehnquist、Breyer、Kennedy 三位大法官加入此份意見。此外包括 Souter 大法官亦提出協同意見書，Ginsburg 大法官也加入此份意見。另有 Scalia 大法官與 Thomas 大法官提出不同意見書，前者有 Stevens 大法官加入該意見書。

⁸² 對此爭議，Thomas 大法官認為基於政府戰爭權力，最高法院應無專業進行判斷，基於國家利益應由聯邦政府全權決定，故本案應不受理。此意見也同樣彰顯出以「戰爭」作為國家行為正當性的論述根據，惟為彰顯出正反意見的對立，故對於不受理意見置於註解中呈現，併予敘明之。

⁸³ 此意見由 Scalia 與 Stevens 兩位大法官主張，見：Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507, 575 (2004).

⁸⁴ 此意見由 Ginsburg 與 Souter 兩位大法官主張，見：Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507, 543 (2004).

⁸⁵ Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507, 551 (2004).

⁸⁶ Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507, 520 (2004).

之逮捕、拘禁，皆被先推定為合法的⁸⁷。

二、行政權之拘禁是否可為長期拘禁

對於這個問題多數意見皆採否定說⁸⁸，認為行政權不可「長期拘禁」當事人。不過主張之理由各有不同。最基本的理由在於愛國者法案作為因應緊急狀況之立法，也僅授權其拘禁非美國公民七天時間⁸⁹，實無理由相信對於拘禁美國公民之授權會達到長期拘禁之程度，且自本案來看，審理本案時 Hamdi 已被拘禁達兩年之久，與七天相比實在無法找到合理解釋⁹⁰。

在第一個問題中認為「國會未授權」之論者，在此問題中認為自「盎格魯薩克遜」(Anglo-Saxon) 權力分立系統出發，該系統核心在於「不可因行政權之意志而長期拘禁任何人」。且強調人身保護令在歷史上之重要性，認為人身保護令來自於英國第二大憲章，為唯一普通法之令狀被納入美國成文憲法者，非有例外狀況不可暫停人身保護令之保護。因此此說同第一個問題中之立場，限縮 2001 年之授權使用武力決議的範圍，認為該決議範圍中根本沒有立法暫停人身保護令之保障。且應注意的是其認為一切的錯誤都是從第一個問題開始的，在第一個問題中多數說認為「國會已授權拘禁，僅是將人身保護令作為填補行政拘禁合法化遺漏的程序」，此說學者認為人身保護令不應作為一個填補保護的程序而已，相反的他應該是做為決定是否為合法行政拘禁的重要程序。因此我們可以說其一貫地認為縱使戰爭時人權應受限制，也應該是在憲法要求下公開且民主的經國會授權為之，因此行政權未經國會授權（且該決議授權範圍不包括拘禁）不可拘禁當事人，更甬

⁸⁷ 原本扣除 Thomas 大法官，對於是否有國會授權之意見是 4 比 4 的平手，惟最終 Souter 與 Ginsburg 大法官二人加入多數意見中，因而本判決的認定上對國會授權採肯定立場。

⁸⁸ 實際上九位大法官中仍有一位 Thomas 大法官持肯定見解，認為基於國家利益可由聯邦政府在戰爭時全權決定一切事務。本案相關細節等可參考：廖福特(2009)，〈即使戰爭，也要人權－Hamdi 及 Hamdan 判決評論〉，《歐美研究》，39 卷 4 期，頁 671-711

⁸⁹ 這是我們在介紹愛國者法案時有提及的，愛國者法案中對於拘禁部分，是有期間限制而非無限期拘禁。

⁹⁰ 此意見由 Ginsburg 與 Souter 兩位大法官主張，見：Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507, 544 (2004).

論長期拘禁的可能了⁹¹。

在第一個問題中採取「國會已授權」之多數見解論者認為縱使授權拘禁，也不等於授權「長期拘禁」⁹²。其認為縱然戰爭時期國家安全居於極重要之地位，且美國政府也主張反恐戰爭之特殊性在於無法用正式停火協議畫出明確的停止時點，但採此見解的論者認為美國政府之主張擴張解釋之結果，形同認為若該戰爭無法在兩個世代間結束，又為了避免 Hamdi 回到戰場上，似乎可無限期終身拘禁 Hamdi⁹³？對此其認定 Hamdi 主張美國政府不可以調查證據為由無限期拘禁之主張有其論據。惟多數說學者們卻就此打住未再討論對 Hamdi 已實施之兩年拘禁是否合法，話鋒一轉開始討論戰爭狀態是否持續的問題，認為長期拘禁之限度在於不可以超過實際戰鬥狀況，因此如果美軍依然持續駐紮於阿富汗，則戰爭狀態應屬延續中，則拘禁應屬適當且合理之武力且來自於國會之授權而屬合法⁹⁴，重點應置於是否給於其人身保護令與正當程序保障⁹⁵。

三、是否應受人身保護令與正當程序保障－司法權問題

此問題僅會發生於認為「國會已經授權」的多數見解論述中⁹⁶，接續上面兩個

⁹¹ 此意見由 Scalia 與 Stevens 兩位大法官主張，見：Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507, 558 (2004).

⁹² 對於上開「國會已授權」說之見解，筆者認為正凸顯出反恐戰爭中「戰爭」是否存在與否的一個疑問，這也是我們後續要討論的問題。在此僅就法律層次加以討論，如果「長期」需要繫於「戰爭狀態」之討論，那麼在反恐戰爭這種難以找到明確停止時點的戰爭中，這個長期其實是可以被無限制擴張到永久的，這也正是本案中多數見解的解釋困境：一方面其否定長期拘禁的合法性，一方面卻因為無法畫出明確停戰時點，僅能以美軍是否仍駐紮維持秩序作為一個參考點。這樣的狀況底下形同一面承認 Hamdi 享有不被長期拘禁之權利，卻又在無限制擴張「戰爭狀態」的論述中，使 Hamdi 拘禁的根據永遠存在－「永遠不超過戰爭之程度，理由卻是因為這場戰爭根本沒有限度」，此一論述形同賦予你權利卻用解釋方式使你永遠無法主張，這樣的權利是否真的存在令人質疑？

⁹³ Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507, 521 (2004).

⁹⁴ O'connor 大法官即指出在戰爭中的拘禁，會隨著拘禁的時間增加而使其正當性減少，又傳統戰爭下，戰爭結束時依照日內瓦公約第三公約規定，戰俘等也應釋放或遣返。惟在本案屬非常規的反恐戰爭中，至判決時該戰爭依然持續，故對於 Hamdi 的長期拘禁應屬國會授權的必要且適當武力行使。

⁹⁵ Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507, 522 (2004).

⁹⁶ 認為國會根本未授權拘禁的論述觀點下，既然否認國會之授權且確認拘禁之違法性，可以直接主張拘禁違法作為對當事人最大之保護。故此問題的出現是在承認國會授權拘禁的前提下，認為立法權已經授權於行政權之後，是否仍需經司法權審查進而保障當事人權利之問題，可以說見解是在

問題，認為國會已有授權拘禁且由於戰爭狀態依然持續故拘禁有理由的論者將重心放在拘禁是否經過司法權之審查：人身保護令與正當程序之審查。畢竟就算經過國會之合法授權拘禁敵方戰鬥員，在是否屬於敵方戰鬥員的審查上依然必須經過合憲之程序為之。縱使肯認須經合憲之正當程序，但一程序是否合憲，利益衡量下如何設定正當程序之標準亦有爭議，因此此段中有兩個問題：(一)、是否須經司法審查與正當程序保障？與(二)、「正當法律程序」(Due Process)問題：法律程序正當與否之標準應如何設定？

針對第一個問題，我們可以先注意到在「國會是否授權長期拘禁」的問題中，處理「特別情況下之人身保護」時，似乎多數意見採取一個對人身自由干預較為寬鬆的看法，這樣一個針對特別情況下例外做出的見解似乎有鬆動人身保護令此一基本原則的可能。惟多數意見最終並未放寬到例外排除人身保護令適用的程度，認為屬於正當程序基本原則之人身保護令在國會並未暫停其適用的狀況下，美國公民遭到逮捕不分狀況皆應享有人身保護令保障。

如何畫定正當程序標準的問題，美國政府主張由於此處為「戰爭狀態」且 Hamdi 被逮捕地點為戰爭區域，故應放寬審查標準，例如對於 Hamdi 是否屬於敵方戰鬥員的法院審查，即應降低門檻為「最低證據原則」(some evidence principle)，畢竟在戰爭時具有緊急時刻的特殊憲法利益，仍要求依照常規處理並不合理，不應於此時仍要求對個人的正當法律程序保護⁹⁷。對於美國政府的主張，多數意見中 O'conner 大法官認為要在不同利益中判定什麼是「正當」非屬易事，法院對此應有衡量的權責，且是否正當的衡量應能有效降低判斷錯誤風險並相對地增加公共利益，簡言之國家安全固然重要，但憲法賦予個人的正當法律程序保障也相同重

前兩個問題中先承認對於人民侵害合法，再於最後的問題中討論如何給予當事人一個權利保障的可能性。

⁹⁷ Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507, 527 (2004).

要⁹⁸。在戰爭區域被逮捕無法代表此人即支持或代表與美國敵對之團體。接著在審查標準上明確指出此時正是國家利益與個人權利進行利益衡量之時，且不可為追求國家利益而剝奪個人受正當程序保障之權利，本案之狀況可謂為美國對於正當程序之承諾受到最嚴酷挑戰之時，故能否達成一個利益衡量的平衡（憲法上的平衡）是最重要的課題⁹⁹。

面對這個課題，本案多數意見指出美國政府在海外之戰鬥目的正是為了追求人權之價值，因此同樣的態度自然也應適用於國內的司法審查，故當事人對於其是否屬於敵對戰鬥員發生爭議時，必須擁有了解控方主張與證據之機會，並應賦予其挑戰控方主張與證據之權利，且舉證責任上也應由政府提出明確證據證明當事人為敵對戰鬥員，不可降低證明門檻亦不可要求當事人舉證其非屬敵方戰鬥員。O’conner 大法官即指出，於「戰爭狀態」中確實可放寬對於證據法則等適用，但現實需求外仍應符合程序保障的要求，且妥當的程序也不致造成對軍事行動的過度侵害。因此，美國憲法基礎之權力分立依然必須維護，不可任意擴張總統之行政權導致此憲法根基的侵害¹⁰⁰¹⁰¹。

第三款 Hamdi v. Rumsfeld 案小結

我們可以在本案中作出一個小結，也可以作為本章最終整體觀察的一個引子，且應注意本案的當事人身分為「美國公民」：

⁹⁸ Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507, 531 (2004).

⁹⁹ Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507, 533 (2004).

¹⁰⁰ Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507, 535-36 (2004).

¹⁰¹ 對於此一判決學者有採贊同立場者，認為縱然行政權單方認定某人為敵人或叛國者，仍須經司法審查，此審查具有憲法上之必要性。且正是於這種緊急狀況導致正當程序與個人權利最可能遭受來自國家安全與恐怖行動的雙重威脅時，司法機關更應扮演其維護維護憲法價值的角色，而非作為政府剝奪人民權利的共犯，甚至導致政府作為與恐怖行動毫無二致之結果。見：廖福特(2009)，〈即使戰爭，也要人權—Hamdi 及 Hamdan 判決評論〉，《歐美研究》，39 卷 4 期，頁 671-711

一、權力分立是一切的原則，因此縱使行政權擁有戰爭權，也不等於可以免除司法權與立法權的制衡，必須在國會授權與司法審查的前提下，行政權下戰爭權的行使才有合法性與正當性。

二、國會授權的部分雖然有嚴格限縮的見解，但本判決中多數意見較為寬鬆，認為「授權使用武力決議」已可視為合法國會授權，因此本案中對於恐怖分子政府可為適當且必要之對抗行為，戰爭法下之拘禁行為當然包括在內而屬授權範圍。

三、司法審查部分多數意見認為不因「戰爭狀態」而例外免除，任何人都應受到司法審查與正當程序保障，至於達到正當程序保障之標準，其核心內涵在於國家利益與個人權利間的利益衡量，尋找此一衡量的平衡點達到權力分立之維護方為正當程序。

第三項 Hamdan v. Rumsfeld 案¹⁰²

2004 年的 Hamdi 案對於以軍事命令進行之監禁提出了質疑，惟須注意的是該案對象依然是「美國公民」，因此在緊急狀況與國家利益追求之餘，聯邦最高法院依然自權力分立與正當程序的角度提出了美國公民應享的權利保障。2006 年 Hamdan 案的出現，讓我們看見了這場反恐戰爭中更晦暗的一角：關達那摩拘留營中的「非美國公民（外國人）」的處遇。下面就對於 Hamdan v. Rumsfeld 案進行簡單介紹。

第一款 案件背景與爭議問題－非美國公民之長期監禁

雖然各方統計數據有所出入，但依照統計自 2002 年起，來自於 49 個國家共

¹⁰² Hamdan v. Rumsfeld, 548 U.S. 557 (2006).

計 759 至 770 人遭拘禁於關達那摩灣之海軍基地，且直至 2006 年仍有 300 至 450 人仍被拘禁於此¹⁰³，其中僅有 10 人依照法定程序遭到起訴，且應注意的是不論是美國、巴基斯坦或北方聯盟所逮捕者，其身分皆為「非美國公民」，這也正是與上面 Hamdi 案不同且無法處理之處，也是為什麼 Hamdi 案之後軍事命令與長期拘禁問題依然備受注目的原因，且更重要的是在 Hamdan 案中，美國聯邦最高法院第一次處理「以軍事委員會進行恐怖分子審判」的合法性問題。

本案當事人 Hamdan 為葉門公民，於 2001 年 11 月在美軍對塔利班政權的軍事行動中遭到逮捕，並於 2002 年 6 月移送至美軍於古巴關達那摩灣海軍基地之拘留營，並將之認定為「敵方戰鬥員」，依照 2001 年 11 月 Bush 總統發布之「軍事命令：「反恐戰爭中非公民之拘禁、待遇與審判」(Military Order: Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism) 由軍事委員會進行審判」¹⁰⁴。以下統整包括 Hamdan 主張、下級法院、上訴法院與聯邦最高法院等見解後，整理出本案主要爭議點，並依照其順序進行簡單介紹：

- 一、軍事委員會合法性問題
- 二、軍事委員會程序問題－美國刑事訴訟法停止適用之問題
- 三、日內瓦公約適用問題－國際法停止適用之問題。

第二款 軍事委員會審理之合法性¹⁰⁵

¹⁰³ 雖然現任美國總統 Obama 曾表示將關閉關達那摩灣的拘留營，惟於 2012 年開始之際，這個被稱為現代古拉格的區域依然存在，對於美國此行為的抗議行動與對受拘禁者的營救行動目前依然持續中，相關活動內容與主張網站甚多，以下為可參考的其中一個活動網頁：<http://bit.ly/AdQi8C>

¹⁰⁴ Military order of November 13, 2001, Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism, 66 Fed. Reg. 57833(Nov. 16, 2001).

¹⁰⁵ 應注意者，在本判決做成後，面對最高法院的判決，美國國會選擇了制定《軍事委員會法》(Military Commission Act)之方式，並對 Bush 總統原本下達設立軍事委員會之軍事命令進行修正，2006 年 10 月 17 日 Bush 總統簽署「軍事委員會法」。雖然看起來使軍事委員會得到了國會的授權，但其規定中有許多值得注意之事項。包括對於軍事委員會作為審判機關的規定、對於美國公民與非美國公民的區分、證據法則與舉證責任上對於被告的不利規定等，都藉由國會授權的方式進入法規中。相關規定可見：Public Law 109-336, 109th Congress, October 17, 2006.

於 Hamdan 案中，聯邦最高法院以 5 比 3 的比數作成判決，其內容包括聯邦最高法院擁有管轄權、軍事委員會並未經由國會授權因而違憲、軍事委員會的程序規定牴觸「統一軍法典」(Uniform Code of Military Justice, UCMJ) 與「日內瓦公約」(Geneva Conventions) 的審判規定。由於管轄問題與本論文關聯性較小，故此處僅處理軍事委員會的合法性問題與日內瓦公約的相關議題，以下即先就軍事委員會審判合法性進行簡單介紹¹⁰⁶。

第一目 雙方主張與最高法院少數見解

Hamdan 提出的第一個爭執即為軍事委員會審判合法性的質疑，Hamdan 主張人身保護令之保障且應由依照「統一軍法」(Uniform Code of Military Justice) 所設之軍事法院進行審判，理由在於軍事委員會並無國會法律之授權或「普通戰爭法」(common law of war) 作為其審判「共謀」(conspiracy) 戰爭罪行之依據。相反地 Bush 政府即抗辯當時的美國正在面對「戰爭狀態」，故總統可依照其戰爭權與統帥權成立軍事委員會，國會與法院並無干涉之可能，更何況 2001 年國會已藉由「授權使用武力決議」賦予其以「成立軍事委員會」作為必要且適當武力之手段。對於上開主張聯邦地區法院判定應由審判美國軍人之軍事法庭依照統一軍法進行裁判，採納 Hamdan 之見解。惟之後於上訴法院判決中推翻地區法院之見解，認為依據憲法賦予總統之軍事統帥權與國會「授權使用武力」之決議 (AUMF)，均已授權總統於戰爭時成立軍事委員會並授權其進行審判，故軍事委員會審理應屬合法且未牴觸權力分立¹⁰⁷。

¹⁰⁶ 本案除 Roberts 大法官因曾參與本案下級審而未參與決定的做成外，多數意見由自由派大法官 Stevens 主筆，另有 Kennedy、Souter、Ginsburg、Breyer 等大法官加入多數意見。此外另有兩份協同意見書，一份由 Breyer、Kennedy、Souter 三位大法官聯名發表，另一份則是 Kennedy 大法官提出，Souter 與 Ginsburg 大法官加入 (Breyer 大法官則是部分加入)。此外尚有 Scalia 大法官提出不同意見書，並有 Thomas 與 Alito 兩位大法官加入此份不同意見書 (但 Thomas 與 Alito 大法官也各自有不同意見書)。

¹⁰⁷ 廖元豪 (2006)，〈總統不得私設刑堂！－美國最高法院 Hamdan v. Rumsfeld 案簡介－〉，《月旦法學雜誌》，86 期，頁 273

聯邦最高法院對於 *Hamdan v. Rumsfeld* 案的審理中，贊成軍事委員會合法性之少數意見認為軍事委員會設立目的在於面對一場對抗恐怖組織的非傳統戰爭，故有其軍事上需求，且正因面對的並非傳統戰爭，戰爭狀態下之行政權在此領域中應有最大職權，司法權則無權力。簡言之贊成軍事委員會合法性之論述依據仍在於強調「戰爭狀態」與相應措施的必要性，並在這種緊急狀況中降低憲法上之要求¹⁰⁸。

第二目 偏向少數見解之其他意見¹⁰⁹

針對軍事審判委員會的問題，Posner 也認知到其背景並非一場真正的戰爭，故不足以回應軍事委員會的成立需求，此外他也不認為戰爭是此處支持軍事委員會的妥適論證。Posner 清楚指出問題並不在於戰爭或犯罪的區分上，而是在於緊急狀態（在此為全球恐怖主義）的出現。思考的脈絡不應是將恐怖主義放在犯罪或戰爭的框架中討論，而是質問這種情況為何會出現不同的體制，對此 Posner 認為軍事委員會審理的理由來自於足夠強大的國家安全利益。

但 Posner 認為軍事委員會也必須回應對公民自由限制的質疑。選擇軍事委員會進行審判的理由可能包括：避免陪審團存在導致的偏見與誤判（軍事委員會是不設置陪審團的）、國家安全祕密的保密等。不過軍事委員會的組成份子也可能帶來一個「捕獲者正義」的外觀，對此 Posner 認為不需要一概將名稱與組成人員加以對應，以紐倫堡大審為例：軍事審判的名稱下，組成員卻是平民法官。此外在程序上或可設計不同階段，如先交由普通法院決定某人是否為恐怖份子，若答案為肯定時才將其視為「非法戰鬥人員」並移送軍事委員會。

¹⁰⁸ *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557, 688 (2006).

¹⁰⁹ Richard A. Posner 著，蘇力譯(2011)，《並非自殺契約：國家緊急狀態時期的憲法》，頁 72-76，北京大學出版社

第三目 聯邦最高法院之多數意見

針對軍事委員會合法性之問題，多數意見指出了「國會並未授權」之問題。多數意見認為 Bush 政府與少數意見所之稱的「授權使用武力決議」僅表示可「動用一切必要且適當之武力」，但這段話根本無法推論出「設立軍事委員會」此一結論。此外縱使是經國會立法通過之統一軍法或拘禁人待遇法也都無法作為軍事委員會設立的授權依據¹¹⁰。

多數意見在此舉出 Conel William Winthrop 上校意見認為軍事委員會之設立須合於四項要件¹¹¹：(一)、受戰爭威脅時；(二)、僅管轄戰爭進行下之行爲；(三)、沒有戰爭法授權或占領狀態下設立軍事委員會，僅可審理違反戰爭法行爲之敵對戰鬥員或戰爭時期無法由軍事法院審理之我方人員；(四)、限制其管轄權緊急於違反戰爭法或軍事規章兩項罪名。且上開要件的設計，可說是避免軍隊權力超過憲法與法律規範授權範圍之門檻，不可任意破壞或逾越。惟本案審理時 Hamdan 已被限制人身自由達五年之久，且並無明確證據顯示其罪刑與 Osama bin Laden 有關或構成戰爭罪行，且亦無證據顯示在「911」之後有任何犯罪行爲，簡言之從罪刑、犯罪時間（須於戰爭狀態中）等觀察都無法合於要件。又起訴罪名之戰爭罪「共謀犯」更是一項未曾在美國法或國際戰爭法規與條約中出現過之規範。

除了針對軍事委員會未經授權且本案相關罪行皆無法該當要件外，多數意見更是根本性質疑 Bush 政府主張之「軍事需要」(military necessity) 論點，認為審理人員皆非戰爭中軍事將領任命，皆由已退休之非戰區將領任命，且時間點非屬戰爭威脅下而是在 911 已發生後的數年。縱使 Hamdan 有犯罪行爲，也不可能是由

¹¹⁰ Hamdan v. Rumsfeld, 548 U.S. 557, 595 (2006).

¹¹¹ Hamdan v. Rumsfeld, 548 U.S. 557, 599 (2006).

軍事委員會審理的戰爭罪行。其實在這個論點下我們已經可以發現美國國內或法律論述中已經開始質疑反恐戰爭的真實性，因為在當時武裝衝突業已結束，「未來可能發生」並不等於「已經發生」，因此如果當下戰爭威脅與軍事需求不存在，那麼軍事委員會可說是找不到一個設立的時空背景。最終多數意見結論認為軍事委員會未經國會授權，且國會也沒有授權剝奪最高法院之審理權限，因此本案中軍事委員會之審理非屬合法，應由一般法院或依照軍法設立之軍事法院審理方屬合法。

第三款 軍事委員會程序合法性問題

認為軍事委員會得到國會授權的少數意見，在這個問題上一貫地認為軍事委員會程序合法。相反的由於多數意見認為國會並未授權成立軍事委員會，且軍事委員會的程序規定不應由行政權（總統或國防部長）單方忽視「統一軍法」的規範¹¹²。

如我們在前面所說的，軍事委員會在設立時相關程序規定並不完善，尚有待日後總統或其委派之國防部長對細節部分進行規定，不過當時已有的規範中就可發現許多與現行原則不同的例外規定（如：傳聞法則的排除適用）。多數意見認為雖然美國政府主張面對的是國際恐怖主義的攻擊，因此在程序上應容許例外情形發生，惟多數意見認為此一理由不夠充分，因此軍事委員會之程序仍應合乎「統一軍法」之規定且不可與軍事法院產生不一致之程序運作。

此外多數意見也明白指出於 *Hamdan* 案中諸多程序上瑕疵：(一)、審判人員得以決定被告及其辯護人無法得知部分證據，亦即剝奪其閱卷權利；(二)、審判人員同意時可以提出任何證據；(三)、若被認定為「應保密資訊」(protected information)

¹¹² *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557, 623 (2006).

則被告與辯護人無法得知；(四)、Bush 總統的軍事命令中排除了當事人「事後審」的機會。基於這些瑕疵軍事委員會程序已嚴重違反公平審判原則。

第四款 日內瓦公約適用問題

日內瓦公約的適用問題尚包括國際法與公法領域之問題。惟筆者在此無法全面性檢討這些論點，故對於日內瓦公約的討論，僅想表達一種法律遭到懸置的狀態與導致此一狀態發生的權力運作與理由，進而作為往後觀察的對象。以下先簡單說明美國政府在日內瓦公約適用上的主張，再以 Hamdan 案中的多數意見與判決外的相關意見進行討論。

第一目 美國政府意見與 Hamdan 案多數意見之內容

Hamdan 一案中存在另一個重要問題：縱使軍事委員會的相關程序果真不須適用美國法下相關規範之要求，日內瓦公約也應該可以作為賦予如 Hamdan 等拘禁於關達那摩拘留營中之敵方戰鬥員權利保障的基礎。對此美國政府認為基於下列理由無須適用日內瓦公約相關規範，且其立場也得到少數意見的三位大法官支持¹¹³：首先美國政府主張蓋達組織並非日內瓦公約之締約國，且美國對阿富汗之軍事行動也非屬日內瓦公約所稱之國際武裝衝突，其戰鬥員亦屬「非法戰鬥員 (unlawful combatants)」而非「戰俘 (prisoners of war / POW)」，其行為屬非法且非文明，故無須適用日內瓦公約相關條款¹¹⁴。

對於日內瓦公約不予適用的問題，聯邦最高法院多數意見的說法中，多數意見之結論迴避了關於戰俘認定的問題，也恰好是美國政府主張不予適用公約的主

¹¹³ Hamdan v. Rumsfeld, 548 U.S. 557, 720 (2006).

¹¹⁴ 此外美國政府也提到被監禁者在性質上屬於「若未被監禁，則無法阻止其殺人」之類型，因此主張無限期拘禁之正當性，對此值得觀察的重點，本論文也會在本章後段與第六章中詳加討論。

要理由¹¹⁵。聯邦最高法院僅表示無須實質上決定當事人是否為戰俘，其仍受日內瓦公約第3條保障。此意見迴避對於戰俘與武裝衝突認定的爭議，從其他角度做出受拘禁者仍受日內瓦公約保障之結論。其解釋的關鍵在於日內瓦公約共同第3條之規定，應由能夠確保「文明人們所承認不可或缺的所有司法保障」(all the judicial guarantees which are recognized as indispensable by civilized peoples)之「正常組成法院」(regularly constituted court)進行審理與執行。

也就是說 Hamdan 案中多數意見將著力點放在審判程序的要求上，由此來尋求使 Hamdan 可受公平審判之機會。多數意見認為「正常組成之法院」指的是一般軍事法院，且排除任何的特別審判庭。其須由一國內依據既有法律與程序設立與組成，以本案美國為例，軍事法院才是國會立法授權之審判機制，軍事委員會僅有在特別需要時方可成為正常組成之法院，惟承前述多數意見業已否定此一特別狀況之存在，故此時無法適用軍事審判委員會。此外「文明人們所承認不可或缺的所有司法保障」應包含一切國際法承認的審判保障，多數意見將此要求與美國軍事法院之程序保障同視為審判程序保障之最低標準，並認為在 Hamdan 案中之程序保障連這個最低標準都無法達到，非屬合憲之程序，反面來說也藉此否決了 Bush 政府所主張的 Hamdan 屬於日內瓦公約適用例外的見解¹¹⁶。

第二目 判決外觀點的觀察與討論

除了最高法院判決外，學者廖福特也對於美國政府關於日內瓦公約不予適用的說法，有所觀察且提出有諸多意見，氏認為將問題重心置於蓋達組織與美國間的武裝衝突是不正確的認知。理由在於對於蓋達組織發動軍事行動，必然有軍事

¹¹⁵ Hamdan v. Rumsfeld, 548 U.S. 557, 630 (2006).

¹¹⁶ Hamdan v. Rumsfeld, 548 U.S. 557, 633-634 (2006). 對此國內有論者認為從擴大日內瓦公約適用範圍的角度出發，Hamdan 正是不折不扣的戰俘，當然應適用日內瓦公約的規定與受公平審判之保障，詳見：廖福特(2009)，〈即使戰爭，也要人權—Hamdi 及 Hamdan 判決評論〉，《歐美研究》，39卷4期，頁696-699

行動進行的地域－阿富汗，因此武裝衝突的認定應在阿富汗與美國之間，否則只要美國宣稱對某恐怖組織開戰，即形同其可以在全球暢行無阻發動軍事行動，各國仍必須容忍美國在其境內進行戰爭？因此既然雙方是美國與阿富汗自然屬於國際武裝衝突進而有日內瓦公約之適用¹¹⁷。依此推論 Hamdan 亦應屬於日內瓦第三公約第 4 條所稱之戰俘，受同公約第 84 條公平審判程序之保障－應由軍事法院審理戰俘，拘禁戰俘之國家也得以一般法院審判，但審判法院必須公平且獨立。此外依同公約第 102 條、105 條與 106 條，Hamdan 亦應擁有選任辯護人、傳喚有利證人與享有事後審之救濟機會。故本案中美國政府對於 Hamdan 之審判程序已嚴重違反美國亦參與締約之日內瓦第三公約之約定¹¹⁸。

此外 Butler 於“Guantanamo Limbo”一文中，也提出其觀察說明美國政府的論述脈絡，並提出與上開見解相似的論點。Butler 認為問題的發生來自於日內瓦公約對於戰爭的定義，使美國政府可將關達那摩拘留營中的被拘禁者解釋為一種「獨特」(Unique) 的狀況¹¹⁹，並進而正當化懸置公約適用的情形。由於恐怖主義的特性，這場反恐戰爭實際上是一場不會結束，且前線遍布各處而無地理政治界線的「無戰之戰」(this is a war that is no war)，這個特殊的狀況正是日內瓦公約所無法加以回應的。

Butler 指出日內瓦公約中對於戰俘的規定，有設定相關限制如屬於某民族國家、屬於某「黨派」(Party) 或與特定人有鏈結，但由於日內瓦公約的思考脈絡依然停

¹¹⁷ 相似論述亦有論者認為雖然在日內瓦公約的適用上，會有武裝衝突－國際與非國際；當事人－戰俘與平民，這兩組的變數存在，但僅是保障程度上的差異。只要有武裝衝突則必然有日內瓦公約之保障，詳見：廖福特(2009)，〈即使戰爭，也要人權－Hamdi 及 Hamdan 判決評論〉，《歐美研究》，39 卷 4 期，頁 696-699

¹¹⁸ 廖福特(2009)，〈即使戰爭，也要人權－Hamdi 及 Hamdan 判決評論〉，《歐美研究》，39 卷 4 期，頁 696-699

¹¹⁹ Butler 舉的例子是國會發言人 Dennis Haster 的評論，其認為這些被拘禁者並非軍事人員(military people)，其非屬任何國家，也未穿上制服，並未屬於任何的軍隊。由於它們是獨特的情況，是故需用獨特的方式來加以處理。Butler 認為正是「獨特」一字，暗示了法律適用的限制與例外地出現。可見：Judith Butler, *Guantanamo Limbo*, ISSUE OF THE NATION. 1, 3-4 (2001).

留在以國家作為區分或戰爭對象的路線上，因此對於上開提到的現今獨特現況是無法加以回應的。而美國政府也正是以此點，將被拘禁者解釋成非法戰鬥人員的身分，使其無法受到日內瓦公約的保障。另外，由於戰俘享有不透露情資的權利，美國政府的解釋方向將使被拘禁者無法主張這項權利，其保持緘默的權利也因而消失，對此美國可更易取得情報以維持其國家安全。

不同於聯邦最高法院的解釋方向，Butler 試圖自戰俘定義的問題出發來尋找解決之道。Butler 指出於日內瓦公約中，戰俘的定義不必然屬於正規軍隊（一個國家的軍隊），只需要是屬於一個與「衝突」(conflict) 有高度且「關聯」(contracting) 的「團體」(Party)，即可納入戰俘的範疇。如此一來即可將蓋達組織的成員與阿富汗產生關係，進而論證其擁有戰俘身分，而這樣的解釋方向也與上一段中提過的方向是相似的。此外 Butler 認為公約也授權一個法庭或審判，去介入與決定被拘禁者是否屬戰俘身分的議題，且優先於這一個決定，戰俘身分是應該被假定的，當戰俘身分被決定時，對被監禁者監禁權力將嚴格要求之¹²⁰。

第四節 美國反恐措施的總結與延續性地觀察

對於自愛國者法案到軍事審判委員會等美國反恐立法加以介紹後，筆者將於本節中，簡單地整理出美國反恐措施的幾個主要特徵，並將其作為第三章中的觀察對象，以此剖析反恐刑事司法背後的論述脈絡為何。

第一項 美國反恐措施特徵的整理與總結

一、國家安全名義與戰爭、恐怖主義的連結

不論是愛國者法案抑或軍事審判委員會與關達那摩拘留營，可以注意到美國

¹²⁰ Judith Butler, *Guantanamo Limbo*, ISSUE OF THE NATION. 1, 4-5 (2001).

政府在這些反恐措施的理由上，都有一個共同的主軸以正當化一切的行為。此外對於這些措施辯護的見解，也幾乎都是自同一個理由來說理：國家安全與公眾利益的角度。

以愛國者法案中無令狀監聽為例，支持者的角度多來自於美國正處於緊急狀態，且將恐怖活動的威脅提升到最高層次。因此對於過去無可想像的人權侵害，都可以在國家安全的重大需求與人權侵害僅是輕微支出的說帖下，找到正當化的可能。除此之外，這樣國家安全的思維在軍事命令或軍事審判委員會的主張中更是將其與「戰爭」加以連結，姑且不論戰爭的定義，美國政府的做法是以戰爭的說詞來代表著國家遭受的威脅，使人民產生大眾正面對一個無所不在敵人的恐懼或作戰思維，以下我們就藉由各個措施來觀察美國政府如何藉由這個連結，形塑出各種措施與法規。

二、實體法上的刑罰加重與處罰範圍前置化

在愛國者法案第八章中，可以觀察到對於刑法部分的處罰呈現加重的狀況，包括對於大眾交通系統的危害，或是使用如生物武器，針對大規模且難以控制危害範圍的犯罪類型，刑度都提升到十年以上，且當有傷亡出現時更是可達到無期徒刑的程度。上開都是在愛國者法案的包裹式修法中出現的修訂，其理由都來自與恐怖活動的連結，但仔細思考這些行為的處罰理由多來自於不確定範圍的危害，則縱使非恐怖活動所生，本來就具有處罰的正當性，因此刑度的提升明顯來自恐怖活動一事，惟若恐怖活動僅是象徵意義上的差別，實際的危害手段並無不同的狀況下，此加重的說理何在確實令人質疑，可能的理由恐怕又是以戰爭狀態或是國家安全處於緊急狀態作為理由了。

除了刑度的躍升外，另一個是處罰範圍的擴張，以支持恐怖活動為例，對於

該為直接導致犯罪結果的行為，或者以我們所學的刑法體系來說：並未造成法益侵害或連具體危險都無法產生的行為，卻將其直接納入處罰範圍並將刑度提高到二十年之譜。此犯罪行為的前置化，明顯的是藉由國家安全的重要性來達成行為範圍的擴張，又是一個顯例看出反恐立法背後的根源。

三、國家安全之名下的例外擴權

藉由戰爭與國家安全之名，政府權力尋找到擴張權力的缺口。昔日對於基本人權產生侵害的行為，都可以在此說帖下例外地被合法化。以軍事委員會為例，在權力分立的思維下，殊難想像將屬於司法權的審判權交由行政權來行使，使行政權可以自己審判被自己認定為恐怖份子身分者，惟在以緊急狀態或「必要之法」作為理由的主張中，司法權被認知為無法迅速的審判以維護國家安全，且司法權相較於行政權較難進行保密的性質，也與國家安全連結進而成為支持行政權例外擴張的理由。此外如愛國者法案中國家偵防權力的擴張，也都是明顯以國家安全與戰爭狀態作為理由，讓國家可以擁有比以往更廣大權力干預人權的例子。

此外，雖然權力分立的主張看似為有力的批評，但上開行政權例外擴張的作為，若是可以藉由立法權通過時，吾人可注意到一個明顯的危機：藉由立法權的行使，國家例外權力的擴張反而得到了正當性。易言之，權力分立作為如 Hamdi 案或 Hamdan 案中的論述主線之一，筆者認為這樣的論述不但不能抓到國家例外擴權的真正意義與問題所在，反而為侵害人權的例外擴張找到一個更具有正當性的理由，在這個狀況下究竟有無得到國會授權，其實並不是真正關鍵的問題。

四、國家安全之名下的程序法上權利限縮

除了對於人權侵害的措施發生了擴張，在國家安全的主張下，反恐措施中的基本權被干預者或被拘禁者，一方面面對嚴罰的後果，另一方面卻面對程序上權

利更爲限縮的窘境。以 Hamdan 案爲例，一方面藉由與國家安全的連結，強調普通法院在專業能力、保密能力與審理速度上的缺點。另一方面則是藉由對戰爭、被告身分等解釋，縮減美國法本身與國際條約對於被告的權利保障。上述操作使刑事被告一開始就處於對其不利的程序中。

更甚者，由於對普通法院缺點的強調加上訴諸國家安全的追求，諸如證據法則的適用或是訴訟程序中對於達成當事人武器平等不可或缺的受辯護人協助權利、閱卷相關權利都受到程度不等的剝奪與限制，產生先天不良又後天失調的審判程序。

五、對於不同被告身分的定義與處理

由於上開與國家安全的連接延伸出來的各種立法，其關鍵點都在於針對恐怖活動與恐怖份子而發，因此包括愛國者法案修訂部分即有對恐怖活動的定義，另外在 Handi 案與 Hamdan 案中，也可以發現到對於美國公民與非美國公民的區分，以及 Hamdan 案中在論述相關權利的限縮時，美國政府的主張也是環繞於被拘禁者的身分上（究竟是「戰俘」還是「非法戰鬥員」）。由此可知，對於反恐措施之中的處理對象，其實是藉由不斷的論述與定義，去切割出不同的身分，進而決定對其差異性對待的方式。除了規定上與判決中進行個人身分的區分，在愛國者法案中也對此進行了關於資訊控管或出入境控管的規定。

第二項 暫時的小結與延續性的觀察

截至目前爲止，雖然僅止於法律條文與判決層次的介紹，但筆者認爲上開反恐刑事司法的簡單介紹，已經可以分析出這些法律條文、判決與相關討論所著重者在於兩個面向上：

一、身分或程序地位的切分

由於恐怖活動所要處理者角色特殊，因此必須尋找將其異化與差別化的根據何在（例如：非屬特定簽約國家或不穿著制服，故非戰俘身分；非美國公民者出入境與學習資料的控管），且在區分出恐怖份子或潛在的危險社群與團體後，又可能因為其他要素（例如：國籍或職業身分）再進行其他的切割。如何找到區分的根據與正當性，以及對於區分的批評，構成了第一個討論面向。

二、針對不同身分而為的各種措施其妥當性

除了不同身分外，相對應的反恐措施更是最受關注的核心議題。國家安全的訴求下，法規修訂隱含著國家的擴權、監督的減少與對基本人權更大的干預（刑罰的加重與前置化；偵防程序限制的放寬；個人資料取得的擴張），討論的面向也就集中於在公眾利益與基本權利間，究應如何拿捏相關措施的界限，以及國家權力間制衡分立的問題。

對於上開的討論面相，筆者並不急著在此就提出本論文最核心的提問，為了清楚地呈現筆者的問題，對於上面的兩個面向，筆者將於下一章中在法律條文與判決的層次外考察與尋找這些反恐措施的形成，在政策面上有何理論加以支持以及這些理論論述的核心內涵所在，也就是筆者要從刑事政策的角度來分析包括美國的反恐法制在內的刑事司法背後的「論述」主軸。畢竟刑事司法的觀察點並非僅是實定法條文，也包含了背後刑事政策面向的論述，因此為了清楚的呈現問題，筆者就以這個反恐措施作為一個例子與「出發點」，將法律條文與刑事政策的面向一同呈現後，再來提出筆者的疑問與尋找解答疑問的分析視角。

第三章 敵人刑法、風險論述與刑事政策

“Nobody panics when things go "according to plan." Even if the plan is horrifying...But when I say that one little old mayor will die...well, then, everyone loses their minds.”

—The Joker in “The Dark Knight”

在第二章之中，藉由觀察「911」後美國反恐措施的立法內容並與我國反恐行動法草案進行比較，筆者從中整理出這些法規制定與討論最主要的兩個面向：對於身分的切分、對於刑事被告的處遇，且這二者間有其相關性。除了條文釋義與判決分析外，這些針對刑事被告而為的反恐措施，可以理解為國家對於犯罪的預防與控制，筆者想要探究的是現今反恐相關立法呈現出來的樣貌，背後存在著什麼樣的論述與考量，或是有何理論發展支撐這樣的立法走向。蓋唯有在實定法的規定與適用之外，了解這套實定法產生背後的思考模式跟論述方向，才可能更精確地提出筆者想要討論的疑問。

以下筆者會先對於本章進行的工作，做一個更清楚的說明，點出刑事政策的意義與本章工作的內容。之後以第二章的反恐立法與立法呈現的態樣為對象，進行刑事政策面的分析¹²¹，尋找可以解釋此種規範態樣的相關理論，並進而探討這些解釋方式或理論產生的過程與背景，去找出整個論述最核心的主軸與內涵為何。正如筆者所言，美國的反恐制度只是作為一個楔子或引言，筆者與探究的是背後刑事司法論述的面貌，以及這套論述與我國刑事司法間的關聯，「論述」才是筆者所與觀察與分析的重點。

¹²¹ 筆者將會在之後的論文中說明反恐法制僅是本論文最主要的一個切入點跟觀察對象，但並非唯一可觀察者。僅是因為反恐法制在近年出現一個快速且清楚可見的改變與發展，故作為一個觀察的出發點。筆者會在論文中指出除了恐怖分子外，在刑事法的規範中或刑事政策所討論的對象中，亦有許多犯罪類型或犯罪人的當前處理方式是可以相同的觀察方式加以解釋的，因此在論述本論文的觀察與解釋方向時，亦會以非屬反恐法制的案例進行舉例，這是要再三強調與說明的。

第一節、工作方向－刑事政策面向的討論

爲了瞭解反恐立法在內的刑事法規其所欲處理的犯罪問題，以及其對策的討論與選擇，了解刑事政策是不可或缺的一環，無論是刑事實體法或程序法，其與刑事政策都有著不可分的連動性。既然本章要進行的是對於法條規範背後立法目的或支撐論據的考察，亦即刑事政策面相討論的工作，則對於刑事政策的樣貌有基本的理解，應當是瞭解本章工作的前提。

刑事政策的定義自學者張甘妹之《刑事政策》一書中可見廣義、狹義之分，廣義係指「國家以預防及鎮壓犯罪爲目的所爲的一切手段與方法」；狹義係指「國家以預防及鎮壓犯罪爲目的，運用刑罰以及具有與刑罰作用類似之制度，對於犯罪人及有犯罪危險人所作用之刑事上諸對策」¹²²。從張甘妹的定義中可以發現刑事政策不同於刑事實體法的差異性，刑法的討論對象是某行爲是否成立犯罪而屬規範評價，惟刑事政策不論廣狹皆重於「國家以預防及鎮壓犯罪爲目的所爲的一切手段與方法」，其討論著重於「對於犯罪應對與對抗的方式、策略」。

刑事政策著重於「國家以預防及鎮壓犯罪爲目的所爲的一切手段與方法」可說是一個最初步的定義，但刑事政策的內涵實際上是隨歷史發展而演進的¹²³。以 Feuerbach 爲例，其思想中的刑事政策是刑法之外的學門並擔負「立法」的工作，而且是作爲實定法與政治力量的中介學門，政治力量僅能作用於此中介層次，實定法則自此層次以純法律陳述的方式呈現。而對之後的另一位思想家 Liszt 而言，刑事政策並非作爲犯罪的前提而存在，而是以犯罪後處遇爲主題。此外對 Liszt 來說，除了針對刑事立法外，Liszt 更強調刑事政策在刑事執行層面的重要性。最終，

¹²² 張甘妹(1979)，《刑事政策》，頁 4，台北：三民，1979 年版

¹²³ 本論文於此僅能就 Feuerbach 與 Liszt 的說法做簡單的介紹，重點在於表現出刑事政策欲處理的工作爲何。對於「刑事政策」此概念在歷史上的萌芽到發展，包括自 Hobbes 與 Beccaria 的觀點，到對於 Feuerbach 和 Liszt 詳盡的分析說明，學者許恒達有爲文進行相當精闢的介紹與分析，詳參：許恒達(2006)，〈刑罰理論的政治意涵－論「刑事政策」的誕生〉，《月旦法學雜誌》，137 期，頁 188-211

不同於 Feuerbach 對於刑事政策的中介定位（政治與法律間），Liszt 將刑事政策學科專門化並賦予其充分內容，使之與政治切割並使刑罰成爲獨立的「刑事政策問題」，一方面刑事政策作爲政治體系對犯罪的回應，另一方面又以法典化方式限制其發動，可說是在化約刑罰政治意義的狀況下，又使其可對政治穩定發揮貢獻¹²⁴。

對於上述關於刑事政策定義的部分，可注意到刑事政策與實定法部分確有其不同，其工作不在於判定犯罪與否，而是偏向立法的工作且指向「對於犯罪應對與對抗的方式、策略」。不論是 Liszt 或 Feuerbach 的思想，雖然二者間有其不同點，但都可以發現刑事政策針對的是刑事司法中立法與執行層次的問題，且刑事政策並非進行條文的解釋或釋義學之工作，其論述核心是對於某種犯罪類型的控制或整體政策走向進行討論：這些政策是如何形成的？這些政策以什麼樣的思維作爲論述的主軸？在特定論述脈絡下要如何制定相關政策。

誠如本論文第一章所言，第二章筆者的工作是對條文與條文規定重點的介紹，於第三章中筆者要以刑事政策的角度進行討論，若對刑事政策的著重面向已有了了解，則可知道本章想發掘的是條文（以及對於主體及處遇的規定）背後制定的脈絡爲何，或者說有無相關理論依據支持現行的走向等，以下就是本章依序要進行的工作：

一、以反恐立法作爲觀察對象，其具有對犯罪人進行區分，且於實體法上嚴罰、處罰範圍極端前置化、程序上剝奪正當程序的立法方式。對此筆者先以近年討論相當熱烈的「敵人刑法」理論作爲切入點，觀察「敵人刑法」理論作爲支持反恐立法的理論，其背後的理論根據爲何。

¹²⁴ 許恒達(2006)，〈刑罰理論的政治意涵－論「刑事政策」的誕生〉，《月旦法學雜誌》，137期，頁207-208

二、了解「敵人刑法」的論理方式與根據後，筆者試著從英美刑事政策走向的演變中，對於該理論的論述方式進行定位，筆者認為此種論述方式存於刑事政策發展長久的歷史脈絡中，「敵人刑法」或自七零年代以降的演變過程都是這個歷史脈絡反覆展演的面貌，這是一長久發展過程而非突然轉變的突發狀況。

三、分析出「敵人刑法」理論與刑事政策演變的關係與其定位後，筆者將試圖解釋近年刑事政策發展中，影響政策制定與立法的論述主軸為何，可以說是對刑事政策論述的歷史脈絡在現今展演的一個揭示。

四、對於上開英美刑事政策的演進，不論是美國法的制度或論述，筆者將說明其與我國刑事政策發展間的關聯性與牽連的痕跡，說明我國可能受到的影響或已經被納入此脈絡與論述中的情況，並以具體制度作為例證。最後針對此一於我國產生影響的論述進行觀察，包括論述的內容與實踐的面向都是筆者的觀察對象，並於第四章與第五章關於分析視角的說明完畢後，試圖在觀察中描繪筆者所觀察到的現象。

第二節 一個觀察的起點－敵人刑法理論

為了瞭解包括反恐法制在內，於「911」後刑事政策論述的主調，勢必要對刑事政策的轉變進行一個觀察，對此工作筆者選擇了對於反恐立法中國家擴權與嚴格對待犯罪人著稱的「敵人刑法理論」做為開端，針對此理論進行介紹。雖然說敵人刑法理論誕生於德國，而作為觀察對象與楔子的是美國的反恐制度，兩者背後法體系的立法原則等有所不同。惟如筆者於緒論所言，筆者要討論者並非這些制度中的條文內容，而是以其作為楔子，剖析其後所表彰的刑事政策論述樣貌為何，因此同樣作為近年來對於恐怖主義進行回應的條文與理論，雖然誕生於不同國家，為論述的形成與內涵、論述代表的刑事司法發展，應有其相同的主軸（這

也是筆者之後會說明的) 可做為一併觀察的對象。

另一方面此理論 Jakobs 於 1985 年時已提出，惟於 2001 年的「911」之後此一理論又再度受到重視與討論，蓋對於「911」後反恐措施與刑事立法的眾多論述中，敵人刑法理論可說是直接針對反恐法制的嚴罰立法與刑事程序的剝奪進行了觀察與討論，Jakobs 對於敵人刑法的討論即有提到以「911」作為觀察點¹²⁵。由此可知敵人刑法理論背後的論述與反恐立法間的關聯性，也強化筆者以此理論作為刑事政策論述觀察起點的基礎。筆者在本章中會對此理論的改變進行觀察，再自觀察中提出剖析與提問，以此理論作為引子觀察刑事政策整體性轉變的脈絡與基調為何。

第一項 理論發展與概要

其實在「911」發生前，早有諸多恐怖行動存在，如北愛爾蘭共和軍對英國政府的攻擊、赤軍連於 1960 年代起在德國境內的攻擊行動等，因此以英德二國為例，其皆早有反恐法制的建置。美國於 1993 年世貿中心爆炸案時，未有相關反恐法制的大規模立法，惟於 2001 年「911」之後出現的大規模包裹性與綜合性的反恐立法，相較於英德二國，美國於「911」後之全面性立法引起了如前一章所言之諸多人權疑慮¹²⁶。

¹²⁵ Günther Jakobs 著，徐育安譯(2003)，〈市民刑法與敵人刑法〉，許玉秀主編，《刑事法之基礎與界限-洪福增教授紀念專輯》，頁 29，台北：學林。除此之外，Luis Greco 即提到 Jakobs 對敵人刑法的討論中，曾以關達那摩拘留營的特定正當性基礎作為例子，見：Luis Greco 著，李立暉、陳志輝譯(2010)，〈Jakobs 的敵人刑法〉，《法學新論》，22 期，頁 4。此外如 Miguel Polaino-Orts 也提到大家對敵人刑法一致性的反應於 2000 年之後，其主因就在於學說討論上將「911」、關達那摩拘留營與敵人刑法牽扯在一起，由此也可發現敵人刑法理論與美國反恐討論間的關聯，見：Miguel Polaino-Orts 著，徐育安譯(2010)，〈以功能破除概念迷思：敵人刑法〉，《法學新論》，22 期，頁 36-37

¹²⁶ 相較於美國愛國者法案的包裹性與綜合性立法，以德國為例，雖然德國亦有恐怖行動發生與相關反恐法制的產生，惟經歷二戰歷史教訓的德國，為了避免賦予國家過大權力導致極權主義的再次興起，因此反恐法制的立法上皆是以基本法為框架，在基本法強調人性尊嚴等價值的防衛性民主體制下進行立法（包括：禁止秘密警察機構的設立、禁止對於人民政治活動參與的監視或控制），且為了避免威脅體制，將反恐交由特殊的憲法保護局的機關設置，且對於恐怖行動的追訴上仍遵循刑法規範，不過在程序法上則做了較多基本權利的限制。對此請見：林芝郁(2007)，〈「恐怖行動」刑

Jakobs 於「911」發生後，也開始主張建構「敵人刑法」的事實上必要性，且其想法—建構敵人刑法，與恐怖主義敵人相對抗—亦被引用為「911」後大規模反恐法制下剝奪人民基本權利之正當化基礎。以下我們先觀察敵人刑法理論的自 1985 年提出後的發展與 1999 年的轉變，再以 2003 年 Jakobs 之論文「市民刑法與敵人刑法」(Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht) 對此理論進行介紹¹²⁷。

第一款 理論的提出與轉變

第一目 1985 年敵人刑法理論的發現

1985 年 Jakobs 第一次提出了敵人刑法理論，藉由敵人刑法與市民刑法的概念，來畫出「法益侵害之前階段行為入罪化」的界線，其認為刑法可透過刑法基礎的行為人圖像來彰顯其特徵：一種是不受刑法干預其內在私領域的個人，僅在該個人行為對外干擾他人時法律才借入該領域，此種行為人圖像為「市民」；另一種是作為對法益保護的危險源而無私領域的個人，也就是「敵人」¹²⁸。

Jakobs 提出此一概念針對的是當時德國刑法下共犯的未遂可罰性問題，Jakobs 認為該立法是將共犯當作敵人而非市民。依上開理論，刑事法必須尊重市民私領域方有入罪之正當性，因此僅在行為客觀上產生對外干擾時方可產生刑事法的意

事責任之研究》，頁 68-72，國立台灣大學法律學系碩士論文。不過對於為何實體權力剝奪受到嚴格限制，相對地程序權力剝奪卻予以放寬，有論者提出質疑，並認為實際上權利屬實體或程序性質難以區分，詳見：林琬珊(2008)，〈論罪刑法定主義之社會機能——一個法律權力的反抗性論述〉，頁 73，國立台灣大學法律學系碩士論文

¹²⁷ 由於筆者對於德文閱讀能力的欠缺，於此關於敵人刑法的資訊，僅能借助包含相關演講與資料整理的二手文獻，或是對於 Jakobs 文獻的中文翻譯。雖然對於該理論的最新發展與更精緻的內容，恐有無法百分之百呈現的缺憾，惟筆者於此並非要對此理論進行討論，而是要藉此理論呈現出反恐刑事司法論述的樣貌與論述邏輯，因此一方面對於文獻的使用深感抱歉，但也必須說明現存資料對於本論文的可適用性。

¹²⁸ Miguel Polaino-Orts 著，徐育安譯(2010)，〈以功能破除概念迷思：敵人刑法〉，《法學新論》，22 期，頁 35-36

義或關連，且該客觀上干擾還必須搭配行為人的主觀思想，了解該行為的侵害面向進而建立主觀事實的刑罰基礎。據此 Jakobs 認為當時德國對於共犯未遂問題的處理，是將這些共犯作為不同於市民的敵人來處理，有處罰「思想」的情形發生。

延伸上開想法，Jakobs 將共犯問題的著眼點放到犯罪或恐怖組織上，這種社會法益之罪被 Jakobs 認為亦應納入敵人的範圍中，藉由此種前置化的處罰，使法益保護漸趨完善，這也呼應了 Jakobs 理論的一段話：「敵人刑法使法益保護完善，市民刑法使自由領域完善。」¹²⁹。

但在 1985 年此一觀察被提出時，值得注意的是當時的 Jakobs 對此提出的是一個「批判性」的看法，他認為敵人刑法只有作為「一個例外的緊急狀態刑法」時才可以被正當化。且提出此觀察的目的在於立法上混淆市民刑法與敵人刑法二者，敵人刑法最好與市民刑法保持距離，防止擴張的危險¹³⁰。

第二目 1999 年後的轉變¹³¹

¹²⁹ 這個想法的來源在於 Jakobs 對於法益的理解，其認為法益保護思想並非自由主義的，而是對於刑事入罪前置化負責的原因，也就是要竭力的去保護法益，但這也會同時限縮市民的自由空間。因此 Jakobs 對於法益理論採取否定的立場，他認為法益本身只能顯示出一個自然的面向，卻不足以達到刑法所需意義的門檻，因此如果要保存一個利益且用刑法來追求的話，刑法所保護的應該是規範效力的本身，規範效力不屬於自然的面向，其屬於意義與溝通世界的面向。我們可以看出 Jakobs 的作法是在除了自由領域受保障的市民之外，承認了有效的保護法益，國家針對特定個人有介入私領域行為必要，當該個人被認定為「敵人」時即可正當化此介入行為，而承認此一正當性的思想絕非自由主義的，且這樣的想法也是以規範論作為論述下的結果。詳見：Luis Greco 著，李立暉、陳志輝譯(2010)，〈Jakobs 的敵人刑法〉，《法學新論》，22 期，頁 45-46。此外筆者想提出一個問題：市民刑法應當也是要完善保護法益的，因此如果我們跳出 Jakobs 的脈絡時，什麼是市民的自由領域？其與法益的關係為何？這都是必須要講清楚的問題。

¹³⁰ Luis Greco 著，李立暉、陳志輝譯(2010)，〈Jakobs 的敵人刑法〉，《法學新論》，22 期，頁 46

¹³¹ 實則於 1990 年代，Jakobs 仍有許多作品提及敵人之概念與敵人刑法，惟如 Miguel Polaino-Orts 所述，這些作品並未獲得太大的迴響—無論是批判或贊同之反應。這也是為什麼在 1985 年後，筆者直接跳到 1999 年的原因，因為在對於敵人刑法研究的文獻中皆將 1999 年柏林會議上 Jakobs 的演講視為其對敵人刑法概念的一個轉折—將敵人刑法視之為一種普遍性存於刑法中之獨立要素。相關資料可見：林琬珊(2008)，〈論罪刑法定主義之社會機能—一個法律權力的反抗性論述〉，頁 74，國立台灣大學法律學系碩士論文；林芝郁(2007)，〈「恐怖行動」刑事責任之研究〉，頁 136-137，國立台灣大學法律學系碩士論文；Miguel Polaino-Orts 著，徐育安譯(2010)，〈以功能破除概念迷思：敵

1999年於柏林會議中，Jakobs發表的論文「刑法上當然之理所面對的當代挑戰」改變了其之前批判性的立場，Jakobs對於敵人刑法的概念加以精確化並走向極端化的路線。其將「人的形象」加以區分，進而描繪出敵人刑法的概念與特徵：其以「能否提供認知上最低限度保證，依循規範為行為」作為「有無人格」的區分標準¹³²。

依照上開標準判斷，若可合乎者即為具人格之人，亦即「市民」。反之，若無法合乎上開標準者，也就是行為被推測經常性地規避規範而無法提供最低限度保障者，即是「無人格」之「敵人」。敵人可以說是根本性偏離的犯罪人，依照Jakobs的說法，敵人可由以下三種方式造成對法律的經常性背離：一、透過態度：如性犯罪者或危險的習慣犯；二、透過職業生活：例如經濟犯罪、毒品犯罪或組織犯罪；三、透過與組織間的關係：如恐怖主義、反覆性的毒品或組織犯罪¹³³。

在效果上，市民刑法應遵循法治國原則，反之敵人應有不同於法治國原則的另一套規則進行處遇（但應注意敵人刑法仍是在「法律領域」之內處遇），其方式包括：前置化、廣泛的入罪化與程序保障的限縮¹³⁴。

最後應注意的是相較於1985年提出時僅限於適用在「緊急例外狀況」的批判性態度，Jakobs於1999年的論文中一改其批判性的態度並將理論精緻化外，更重要的是在適用範圍上不再將此理論例外使用於緊急狀態。此時的Jakobs將敵人刑法帶往極端的方向並擴張其適用範圍，敵人概念成為現代刑法中一個全面性且完

人刑法》，《法學新論》，22期，頁36-37

¹³² Miguel Polaino-Orts 著，徐育安譯（2010），〈以功能破除概念迷思：敵人刑法〉，《法學新論》，22期，頁37

¹³³ Günther Jakobs 著，徐育安譯（2003），〈市民刑法與敵人刑法〉，許玉秀主編，《刑事法之基礎與界限-洪福增教授紀念專輯》，頁27-28，台北：學林

¹³⁴ Günther Jakobs 著，徐育安譯（2003），〈市民刑法與敵人刑法〉，許玉秀主編，《刑事法之基礎與界限-洪福增教授紀念專輯》，頁30-32，台北：學林

整的獨立要素¹³⁵。

第二款 理論概要

1999 年的轉變在當時受到了諸多的批判，不過 2001 年「911」的發生導致了愛國者法案中對被認定為恐怖分子者的重罰與程序權利剝奪之立法、關達那摩拘留營的誕生後，似可作為上開反恐法制正當化基礎的敵人刑法理論又再度的成為注目的焦點，且也在昔日的批判聲中開始扭轉其劣勢尋得支持的聲音。對此我們以 2003 年「市民刑法與敵人刑法」一文來清楚說明敵人刑法理論之概要¹³⁶。

於 2003 年的論文中，Jakobs 延續 1999 年開始之立場，為敵人刑法建構出作為現代刑法中自成一體要素之特徵，並在論文開頭即強調敵人刑法與和其相對的市民刑法皆會存於刑事法中，二者鮮少會純粹地在現實中出現，反而經常是混合地出現，縱使是一個平凡的犯罪，在法院的判決中（市民刑法）也多少混雜了防範危險發展的輕微性措施（敵人刑法）於其中。因此敵人刑法與市民刑法二者雖然是兩個端點，但並非各自獨立的兩個刑法領域，反而可說是在一個刑法的脈絡下，兩個背道而馳的發展趨勢，以下我們藉由對兩個不同方向發展內容的觀察，來對敵人刑法作概要的介紹¹³⁷。

敵人刑法與市民刑法的區分，於論文的開頭 Jakobs 即點出以「刑罰的功能」作為區分的觀察點，認為市民刑法中的刑罰功能為「否定」，反之於敵人刑法中，刑罰的功能為「危險的排除」。於市民刑法中，對於行為人的否定仍是建立在將其

¹³⁵ Luis Greco 著，李立暉、陳志輝譯（2010），〈Jakobs 的敵人刑法〉，《法學新論》，22 期，頁 47-49，林芝郁(2007)，《「恐怖行動」刑事責任之研究》，頁 136，台大法律學系碩士論文

¹³⁶ 由於筆者在德文閱讀能力上的限制，筆者以下的介紹，是以學者徐育安的翻譯為主，若有理解上之錯誤，還請包涵與指教。

¹³⁷ Günther Jakobs 著，徐育安譯（2003），〈市民刑法與敵人刑法〉，許玉秀主編，《刑事法之基礎與界限-洪福增教授紀念專輯》，頁 15-16，台北：學林

當作具人格之人的前提下來對待，保留其人格地位而維持規範之效力；敵人刑法中則是將行為人的人格加以否定（而非對其行為進行否定），將之作爲單純的「危險源」加以鬥爭¹³⁸。

對此可謂市民刑法要達到的是刑法積極一般的預防目的，進而去避免規範被違反或法益被侵害，這也呼應了前面說到的：市民刑法功能在於對其行為違反規範的一個「否定」。至於敵人刑法則是在規範建立的觀點下（並無上開預防的目的），藉由對危險源強制排除等等的行為來建立規範，也就是前面論及的「危險的排除」。敵人刑法的做法是一種更爲前置化、廣泛入罪化的處理方式，因此依照前開論述，值得注意的是敵人刑法中的危險源排除，已經不是傳統刑法下對於犯罪結果（規範違反）進行觀察所得到的「行為危險」。如果說傳統觀點下著重的是對於犯罪結果（或其危險）的預防¹³⁹，敵人刑法下危險的排除所關注的是直接針對「行為的危險」。敵人刑法是一種極爲前置化的觀察，或可說是一種極端的預防主義，在尚未有與犯罪結果相關之規範被違反或侵害前，即非難該行為，且藉由對於該危險行為的非難去建立規範¹⁴⁰。這種極端前置化的觀點也容易導致對於行為人思想進

¹³⁸ Günther Jakobs 著，徐育安譯（2003），〈市民刑法與敵人刑法〉，許玉秀主編，《刑事法之基礎與界限-洪福增教授紀念專輯》，頁 28，台北：學林

¹³⁹ 相關討論有自「行為規範」與「裁判規範」觀點進行討論者，認爲前者規範對象爲一般市民，內容爲「命令或禁止」，屬於「義務賦予」之規則，目的在使市民期待他人也會遵守規範，使之安心地進行社會溝通，並期待自身生活利益可獲得確保，因此這是一種「指向利益保護的展望性規範」，不過基於展望性的性質其效果也是向將來發生作用，爲了避免對於已發生利益侵害無法處理的狀況，當出現違規可能時，爲了避免溝通秩序的破壞（導致期待的破壞與最終生活利益無法確保等），通常會有相對應的「裁判規範」，這是一種針對特定違規行為爲之的「權限賦予的回顧性規範」，藉由該回應來恢復行為規範（也就是恢復因犯罪而動盪的法和平性）並強化市民對法秩序的信賴與繼續性地進行溝通與生活利益的確保。這樣的運作方式正是傳統刑法或 Jakobs 口中市民刑法的論述脈絡，市民刑法就是在規範已經確立的狀況下，針對該規範代表的利益之侵害行為去加以否定與非難，恢復規範完整的狀態與完善未受干擾的溝通秩序。詳見：李茂生(2009)，〈風險社會與規範論的世界〉，《月旦法學雜誌》，173 期，頁 145-153

¹⁴⁰ 承上個註的觀點，敵人刑法的危險源排除並非針對已經出現的犯罪結果，而是爲了更廣大的風險控制與安全感的維護（這是本章第三節將論述的內容），強化市民對於法秩序的忠誠與信賴，進而針對特定的法和平性破壞（規範的違反）制定了「新的行為規範」，可以說是將原本「裁判規範回應行為規範」或「行為規範作爲初級規範；裁判規範作爲次級規範」的論述方式做了顛倒，危險源排除並非因爲該行為違反規範，而是因爲要藉由排除去確立一個（爲了維護原有規範）的新規範，這樣的「新行為規範」比起原本的規範將欠缺對法益內容的考量，甚至如學者李茂生所言是將「對於行為規範的確認」當成一個法益，這樣的作法將使規範範圍無限制擴張且對行為的非難無限地前

行處理或是著重人格危險性的傾向，用 Jakobs 的說法來看，敵人刑法事實上是更接近於警察法或行政法的，蓋其關注者為危險之排除¹⁴¹。

承上所述，Jakobs 對於敵人刑法此一「例外法」(Recht der Ausnahme) 提出了下開的典型特徵，其共通點在於對成爲危險源頭而被解除人格的敵人，進行處罰的前置化，共計有四個特徵¹⁴²：

一、刑罰範圍的大幅度提前

Jakobs 談到這是一種「將目光從已經發生的犯罪轉向將來會發生犯罪」的轉變，是一種以危險性作爲指標的預測性考察，和市民刑法回顧性考量不同，如：將行爲入罪時點，自可被觀察到之行爲轉變到行爲人有關犯罪罪剛開始之行爲（例：恐怖組織的成立）。Jakobs 所言：「對市民處罰其做過的犯罪；對敵人則是防範即將到來的犯罪」，或許是此特徵最佳的註腳。

二、處罰前置化，但刑罰並未等比例減輕

Jakobs 以恐怖組織首謀與殺人未遂的刑度進行比較，相較於後者對法益侵害危殆化或業已失控，前者對實際損害發生在時間上距離尚遠，但立法上卻相反地對前者課以較重法定刑，這是一種對危險防範的先發制人措施。

三、在包括恐怖主義、組織犯罪、性犯罪與經濟犯罪領域，轉向預防性立法

四、訴訟上程序保障的剝奪

置化與極度廣泛的入罪化。

¹⁴¹ 相關論述可見 2004 年 Jakobs 於日本立命館大學之演說，國內對該演說內容介紹參見：林琬珊 (2008)，〈論罪刑法定主義之社會機能——一個法律權力的反抗性論述〉，頁 75-76，國立台灣大學法律學系碩士論文

¹⁴² Miguel Polaino-Orts 著，徐育安譯 (2010)，〈以功能破除概念迷思：敵人刑法〉，《法學新論》，22 期，頁 38

例如爲了避免他人生命身體自由危險的狀況下，取消被告與律師接見通信之權利。

以上是對敵人刑法論述脈絡與標準最基本的介紹，以下我們先說明 **Jakobs** 形成此理論背後的哲學思想，再藉此將上開介紹的標準更爲深入的分析，說明「是否爲敵人」的判斷標準與其思想內涵爲何。

第二項 理論基礎

於 2003 年的論文中，**Jakobs** 提出了「敵人刑法」該理論背後之哲學基礎，也讓我們可以了解其論據與形成過程。**Jakobs** 將該理論的基礎立於「契約論」的觀點上，他以 **Rousseau** 的思想爲例，認爲契約論證立了國家的存在，若一個人違反了契約則無法再與其他人共處於法律關係中並享有契約的利益：「每一個破壞社會律法的做惡之人，就不再是國家之「成員」。」，因爲這樣的成員將將國家置於了戰爭狀態中，因此「將應負責之人處以極刑，因爲他不是市民而是敵人」。類似的觀點還有 **Fichte** 認爲連續不斷背棄市民契約者，不論是有意或是輕率，將嚴格地喪失作爲一個市民應有的權利，且是完全地失去權力。由上開契約論的觀點中，**Jakobs** 點出了「市民地位並非不可剝奪」¹⁴³。

惟應注意的是 **Jakobs** 提到其並不打算跟從 **Rousseau** 與 **Fichte** 的構想，理由在於二人的想法中對於合法市民與不法敵人做了過於極端的畫分，且 **Jakobs** 認爲縱使爲犯罪人也需要在法律秩序下保留其權利：「犯罪者擁有重新回到社會營正常生活之權利，對此，他必須無論如何要留存其在法律上作爲一個人的人格、一個市民的地位。並且他也負有彌補所犯錯誤的義務」，而上開的權利義務皆建立在「具

¹⁴³ Günther Jakobs 著，徐育安譯（2003），〈市民刑法與敵人刑法〉，許玉秀主編，《刑事法之基礎與界限-洪福增教授紀念專輯》，頁 20-21，台北：學林

有人格」此前提上，簡而言之犯罪人不會因為犯罪行為而隨意與社會脫離¹⁴⁴。

對此 Jakobs 採取了 Hobbes 與 Kant 的思想作為其論述根據。Hobbes 理論中，市民並不會損及國家的建構，因此其在適當範圍內原則性地保存了犯罪人的市民地位：市民不可自己放棄自身的市民地位，但對於破壞契約意圖回復到自然狀態的行為人—反叛者、內亂者—則視之為敵人：「因為此種犯罪本質在於，他是將服從予以事實上地取消，意味著倒退回到戰爭狀態。…以此種方式違犯者，並非作為臣民而是敵人，被處以刑罰」，可見相對於 Rousseau 與 Fichte 將犯罪人視為敵人，Hobbes 思想下僅有意圖回到戰爭狀態的內亂者才是敵人，筆者認為 Jakobs 的作法在此可以視為對於其契約論基礎所做的一個選擇，其並未拋棄契約論作為「敵人刑法」的根基¹⁴⁵。

此外 Jakobs 認為 Kant 對於國家權力的證立與限制，是將契約式的論述作為一種調節性的概念，且將課題轉移到自然狀態與國家狀態的界線之上。為了確保財產，每個人都擁有要求他人遵守市民的憲法的權能，若有人不願意遵守此要求，且此一「不斷威脅之人」縱使被施加逼迫仍舊無法使之進入市民狀態，即可將之作為不具人格者加以對待。Jakobs 總結 Kant 與 Hobbes 的想法，認為二人同時承認了市民刑法（針對不頑固且不具根本性的犯罪者）與敵人刑法（針對根本性的背離者）的存在，前者予以保留人格，而後者則加以剝奪¹⁴⁶。

承上述 Jakobs 先以 Rousseau 與 Fichte 的思想論證了「市民地位可予以剝奪」的論點，但由於二者思想的結論過於二分法，故接著 Jakobs 以 Kant 與 Hobbes 思

¹⁴⁴ Günther Jakobs 著，徐育安譯（2003），〈市民刑法與敵人刑法〉，許玉秀主編，《刑事法之基礎與界限-洪福增教授紀念專輯》，頁 21，台北：學林

¹⁴⁵ Günther Jakobs 著，徐育安譯（2003），〈市民刑法與敵人刑法〉，許玉秀主編，《刑事法之基礎與界限-洪福增教授紀念專輯》，頁 21-22，台北：學林

¹⁴⁶ Günther Jakobs 著，徐育安譯（2003），〈市民刑法與敵人刑法〉，許玉秀主編，《刑事法之基礎與界限-洪福增教授紀念專輯》，頁 23，台北：學林

想論證「保留具人格之犯罪人的市民地位，僅針對根本性背離者視之為敵人」。因此市民刑法中，權利為所有人擁有，但敵人刑法中權利僅屬於反對敵人之人享有，敵人只能遭受身體上強制與戰爭，這也可呼應前一項中提到的「市民刑法在於維護規範效力，敵人刑法則是在抗制危險」¹⁴⁷。

第三項 何謂敵人－敵人的內涵與概念區辨

瞭解了 Jakobs 思想背後的哲學根基後，我們再次將眼光轉回敵人刑法理論本身，第一項中我們說明了敵人刑法理論概要，在本項中我們更深入的談論畫分「市民／敵人」的界線，進而確立敵人形象的內涵。

第一款「敵人」的概念區辨－Carl Schmitt 與 Jakobs

曾有論者以批判性的立場認為 Jakobs 的敵人刑法概念，與 Carl Schmitt 的敵人概念是相互對應的概念，因此認為 Jakobs 的理論可能與 Schmitt 主張產生同樣的問題－違背法治國之權利保障。對此，在我們對 Jakobs 的敵人概念深入闡述前，我們先將其與 Carl Schmitt 的概念做一個區分。

Schmitt 於《政治的概念》一書中，以「敵友之分」的概念出發，認為產生政治性領域的首要前提並非「戰爭行為本身」，而是在於「敵人存在」之決斷。所謂的敵友之分是一個「政治性的」，且可解釋政治上種種行為與動機的區分。因此如 Miguel Poliano-Orts 所說的，Schmitt 的敵人概念是建立在非關規範性要素的判準之上，這裡的敵人是一種「他者」或「外人」的形象，且重點在於此概念是一個「政治意義，而非規範意義」的界定¹⁴⁸。

¹⁴⁷ Günther Jakobs 著，徐育安譯（2003），〈市民刑法與敵人刑法〉，許玉秀主編，《刑事法之基礎與界限-洪福增教授紀念專輯》，頁 24，台北：學林

¹⁴⁸ 由於本篇談及 Carl Schmitt 之敵人概念的目的，是在於釐清其與 Jakobs 敵人刑法理論中敵人概念的不同，對此問題其實可以從論述脈絡上即分出二者之差異性，故礙於篇幅與論文主題，於本論

所以我們可以發現到 Carl Shmitt 的敵人概念與敵人刑法是不同層次的問題，兩者立於不同的論述脈絡之下。Carl Shmitt 的敵人概念是一種他者的概念，是政治意義的判斷，他並非以規範的違反與否做為畫分敵友的標準。在本文中我們討論的 Jakobs 的敵人概念，則是一個針對犯罪人而發的概念，因此當我們判斷是否為 Jakobs 概念下的敵人時，其分界在於「是否具有人格」，而這個人格的具備與否是從「對規範違反」的觀點做觀察的，其脈絡與 Carl Shmitt 並不相同¹⁴⁹。分清楚二者的不同後，可以知道將二者相連的批判在概念上有所混淆不清，以下我們就從規範的觀點來觀察 Jakobs 口中的敵人，將其內涵與判斷方式予以精細化。

第二款「敵人」的內涵－市民／敵人的界線確立

現在我們知道 Jakobs 敵人刑法理論下的敵人，其自規範角度來進行觀察與定義。相對於市民，敵人作為一個「非人格者」存在，刑罰加諸於其身並非因為否定，而是針對「危險源的排除」，這也導致了對於敵人的處遇相當地前置化與擴張。如 Jakobs 於 2006 年「論合法性之前提條件」一文中所提出的，一個規範性的制度，要想引導當前溝通的話，必須要具備一個可以使人感受與認知的基礎，因此要判斷一個人有無人格，空洞地主張一個法律上人格是沒用的。以下我們就從規範的觀點來論述「敵人概念」的內涵與畫定出敵人形成的界限所在¹⁵⁰。

簡單的說在 Jakobs 對於敵人刑法的討論中，有三個概念是必須要掌握的：「規範、人格、敵人／市民」，整個理論的架構即是在這三個概念的迴路中建立。首先

文中即不就 Carl Schmitt 的「政治的概念」一書與其中的敵人概念做更詳細的介紹了，國內對此相關文獻可見：柯朝欽(2008)，〈敵人、戰爭與政治秩序：史密特（Carl Schmitt）論戰爭與政治秩序的形成〉，《思與言》，45 卷第 5 期，2008 年 4 月，頁 89-134

¹⁴⁹ Miguel Polaino-Orts 著，徐育安譯（2010），〈以功能破除概念迷思：敵人刑法〉，《法學新論》，22 期，頁 41-42

¹⁵⁰ Miguel Polaino-Orts 著，徐育安譯（2010），〈以功能破除概念迷思：敵人刑法〉，《法學新論》，22 期，頁 37-38

是規範，Jakobs 認為規範作為社會上具有拘束力的行為模式，是社會共同生活的條件，因此這可以做為之後人格畫分的準則。規範關係之效力並非從其本身而來，而是在大體上與社會形構彼此配合呼應而生，因此規範形成的原因在於大家一同藉由對規範的遵從，藉由其行為來建立「實踐的共同感」與共同遵守的秩序。且因規範會決定社會的型態，因此規範的設立就內含了公眾諸多的社會期待，合乎規範的行為本質上必須是現實上能被期待的，當我們在估算時，是以他人將會遵守與不破壞規範作出發點，必須在他人有合乎規範的期待可能性範圍內，也就是對規範有認識可能的基礎上，才是一個現實上可存在的規範，若欠缺認知上的確定性，那麼規範效力會被侵蝕而淪為空談。因此規範內容不僅行為的模式，同時也包含對行為的期待¹⁵¹。

如果一個在公眾彼此配合關係下形成了一個現實上可期待大家遵守的共識（即規範），那麼僅在眾人共同遵守規範時，才可以達成一個市民之間的和平關係，或可以說是一個理想的市民社會。若有人違法時，一個違法者表達的是對於規範反叛的態度，違法的行為會因此表現出對於社會共同生活條件或公眾共識的侵害。正因為規範內含了「社會共識、共同期待」，為了尋求一個公眾最大利益，我們會信賴想要一同創造理想社會的人，其必定會一同遵守規範來達成這個共識與目標。因此當我們要去區分市民與敵人時，其區分標準—人格的有無—即可從規範的角度來界定。

如果規範是一種為了追求理想社會，被期待應共同遵守的行為模式，那麼當我們界定所謂的人格時，也可以將對於規範遵守的期待做為「是否具備人格」的觀察點。因為從 Jakobs 自 1985 年迄今的論文中，我們可以觀察到 Jakobs 理論中

¹⁵¹ Miguel Polaino-Orts 著，徐育安譯（2010），〈以功能破除概念迷思：敵人刑法〉，《法學新論》，22 期，頁 38-39

規範的內涵包括了潛在行為人的行為模式與其期待，規範的內容中也包括了眾人對於規範的信賴，因此我們可知一個規範是必須為大眾所認知的，才能夠具有其最低之保障。故當我們用對於規範的態度作為人格有無的判準時，從敵人刑法的理論基礎我們可以得知，對於規範的違反不是單純且唯一的判準，如果一個規範的違反屬於不會破壞法治國的一般犯罪時，或是說該犯罪人依然願意對於理想社會的形成付出心力盡其市民責任時，因為他仍然遵守大眾的共識，且刑罰對其的否定也僅是補救規範效力所受侵害的方式，即便因為他的犯罪使期待落空，但我們仍可期待他之後會遵守共識¹⁵²，這個期待依然被堅持著時，我們即不會因其犯罪即將之視為敵人，其依然是「市民」－我們對其之期待依然有效¹⁵³。

反之當一個人對於規範擁有認知基礎，對於規範的遵守受到期待卻仍違犯時，如果其行為的狀況過於嚴重或使我們對他的期待「持續性」落空時，其違犯行為表現的是對「整體社會共識的拒絕」，當其行為表彰的是對於社會共同生活的拒絕參與，甚且以「毀滅法治國」為方針時，這樣的個人已經無法被論及規範的遵循與否了，我們對於將之視為具有人格者予以處遇的意願將會消失。因為一個規範效力的發生是建立在對於該規範遵守的期待之上，但這樣的對象無法使人期待其遵循規範，或更根本的說其根本不在這個規範（共識）形成的行列，故其欠缺「可令人感受到之安全性」。這樣的個體是一個對於規範根本性破壞的危險源，我們無法在其身感受到安全性，此時我們可以認為其不合於作為一個人格者的準則，其不再是法律上的人格者（縱使違犯規範，仍可期待其日後遵守，或藉由對之否定來重建或鞏固共識的「市民」），而是一個被「解除人格」(depersonalisiert)的敵人¹⁵⁴。

¹⁵² Miguel Polaino-Orts 著，徐育安譯（2010），〈以功能破除概念迷思：敵人刑法〉，《法學新論》，22 期，頁 43

¹⁵³ Günther Jakobs 著，徐育安譯（2003），〈市民刑法與敵人刑法〉，許玉秀主編，《刑事法之基礎與界限-洪福增教授紀念專輯》，頁 26，台北：學林

¹⁵⁴ Günther Jakobs 著，徐育安譯（2003），〈市民刑法與敵人刑法〉，許玉秀主編，《刑事法之基礎與界限-洪福增教授紀念專輯》，頁 29-30，台北：學林

以恐怖分子為例，正因其以推翻法治國為目的的犯罪行為或是其經常性地明顯違背法律，我們無法再期待其遵守規範，其無法提供認知上最低限度之保障而欠缺可令人感受之安全性，他將被視為「敵人」。此時刑罰處遇的目的即非對於規範效力破壞的彌補，相反地正因為已經無可期待，所以刑罰處遇將轉向防治的目的，亦即轉向「危險的消除」。如此便會產生如上述的可罰性擴張（擴張到預備階段），與處罰範圍前置化的立法方式，用以防範將來危險（而非制裁已有的規範違犯）的發生。理由在於當被視之為敵人時，其已脫離了市民社會的狀態而處於無規範的狀態中，在這個全然放任與極度鬥爭的狀態中，進行的是一場決定何為規範的戰爭，此時規範對立面即為敵人¹⁵⁵。

從上述論述中，我們可以發現敵人成立的前提，必須是我們對於其遵守規範一事已無可期待，且此規範的形成必須是對於大眾有認知基礎且有遵守之期待可能。對此我們可以對於敵人做出更精確的界定，所謂的敵人指的是「用他所有精神上與意志上的能力，出於自由意志而決定透過自身之在外行為自絕於社會系統之外」，意即敵人是「出於自主意志的選擇」去做出犯罪行為，且這些行為使我們無法對其遵守規範有所期待而建立對其之安全感，因此將之視為危險源¹⁵⁶。對於這樣的危險源，敵人刑法理論認為我們可選擇的是以激烈手段對抗之，使搖搖欲

¹⁵⁵ Jakobs 在精細化敵人概念的最終即以 2001 年的「911」作為例子說明，由於加入蓋達組織的行為人不同於一般犯罪的行為者（其不會被視為危險個體，雖然反應錯誤但仍具有人格），加入組織的恐怖分子對於法秩序的正當性是全盤性否定，且想毀滅此秩序，雖然其行為也是謀殺，但因為其犯行背後有著不同的意圖，因此一般的刑事正當程序在此時是不被期待適用的，必須對於此種作為危險源的恐怖分子採取必要措施，此時即為一場合法而有節制的戰爭，恐怖分子將被視之為「敵人」。以上可見：Günther Jakobs 著，徐育安譯（2003），〈市民刑法與敵人刑法〉，許玉秀主編，《刑事法之基礎與界限-洪福增教授紀念專輯》，頁 29-30，台北：學林

不過在此我們可以發現到市民與敵人的區分標準說來容易，在實際判斷上有其困難，且若以行為人的意圖或性格為判準時，是否有可能回到性格責任論之嫌？刑法的運作是否也會回到行為人刑法？更嚴重的是這種模糊而以公眾共識之名形成的模糊判準，更可能使我們不當且恣意的擴張「敵人」的範疇，使此理論成爲一種精密治理技術的實現，或是人格同一化的工具？這個提問的可能，涉及到刑事政策背後權力運作的解釋，也是在第四章開始筆者欲探尋的問題。

¹⁵⁶ Günther Jakobs 著，徐育安譯（2003），〈市民刑法與敵人刑法〉，許玉秀主編，《刑事法之基礎與界限-洪福增教授紀念專輯》，頁 29-30，台北：學林

墜的安全性被重新建立¹⁵⁷。

第四項 小結－對於敵人刑法的觀察與提問

總結上述對於敵人刑法理論的介紹後，我們可以發現到幾個關於此理論的特點¹⁵⁸：一、相對於市民，敵人刑法的作用是「**危險源的排除**」；二、敵人形成的原因在於無可期待其遵守規範，故「**解除其人格**」；三、敵人形成的前提在於「**可期待其認知與遵守規範**」，而其「**自主意志下**」選擇破壞規範；四、被解除人格是因為其違犯行為使我們認為「**已無法期待其作為市民而遵守規範**」，刑罰用以彌補規範侵害的功能已經喪失，僅能以「**預防的觀點**」以排除危險的方式為之，如：以破壞法治國為目標的恐怖分子；五、對於敵人，程序法上可能剝奪其正當法律程序相關權利保障，實體法上可能會將處罰範圍擴大而前置化¹⁵⁹。

「敵人刑法」的特徵顯現出了以下幾件事情：一、此理論並非論述該當何罪名為內容，而是以立法的走向與其背後論述的根據作為討論對象，這也對應於上

¹⁵⁷ Miguel Polaino-Orts 著，徐育安譯（2010），〈以功能破除概念迷思：敵人刑法〉，《法學新論》，22 期，頁 43-44

¹⁵⁸ Günther Jakobs 著，徐育安譯（2003），〈市民刑法與敵人刑法〉，許玉秀主編，《刑事法之基礎與界限-洪福增教授紀念專輯》，頁 38-39，台北：學林

¹⁵⁹ 應注意的是對於敵人權利保障的剝奪，Jakobs 認為敵人刑法僅是相對於市民刑法的概念，不代表可以逾越法律，因此對於敵人的預防性危險源排除行為，仍須「依法為之」，必須要給予敵人「最低限度的必要範圍內保障」，也就是說其相對於規範與市民仍享有最低限度的尊重與保障，簡言之 Jakobs 認為敵人仍有其潛在性人格的存在，敵人仍可能因為再度提供認知上的安全性，隨後再次地被視為法律上之人格者。Jakobs 的說法代表其敵人刑法理論已經認知到被視為敵人者有可能僅是一種身心撥離的存在－物質性的存在而無法與之溝通，但是 Jakobs 並未處理幾個關鍵的問題：

（一）、Jakobs 所謂的「法」所指為何？如果其所言的法僅是我們所見通過立法程序之實定法規或各國簽署的國際法時，那麼以其舉例的恐怖分子為例，關達那摩拘留營內完全不受任何實定法保護的「非法戰鬥人員」實則已是完全被排除於法外並失去 Jakobs 所謂的法律最低限度保障，對此 Jakobs 勢必需要加以解釋其「法律最低限度保障」之界線所在。

（二）、Jakobs 對於所謂具有潛在性人格的敵人，可以將之重新拉回到市民領域一事，並沒有清楚的說明如何將之帶回到市民領域，這個問題包括了上述其對於「法」定義不清之問題，此外 Jakobs 似乎將帶回市民刑法領域賦予正面意義，惟是否這個重新納入治理的做法其實是一種更為精細的治理技術，或可說對於主體再次形塑的技術。Jakobs 未清楚說明的上開問題，也是筆者將在後續章節中試圖以生命政治之角度，對敵人刑法理論進行更進一步的理解，並將之細節精緻化的工作所在。

開提到的刑事政策面向；二、此理論討論了對於刑事被告的分類，以及此舉在政策制定上的根據，這對應了第二章提到的反恐立法討論重點之一：被處遇的對象（被告）；三、對應於不同對象，Jakobs 從對象本質的差異中，提出了不同的處遇方式，特別是詳論了分類為「敵人」者的處遇方式，這對應了第二章反恐立法的討論重點二。因此對於以美國反恐立法為典範的立法方式，「敵人刑法」可能不是唯一可茲支持的理論，但作為一個刑事政策面向的分析，「敵人刑法」可以作為一個極佳的觀察點，讓我們從對它的觀察中去分析相關刑事政策背後是否有共通的論述主軸，以及這個主軸為何。

在下一節之中，筆者將從刑事政策轉變的歷史加以觀察，指出「敵人刑法」於刑事政策演變中的定位。筆者將說明實際上對敵人刑法理論的觀察所歸納出的理論特點，大體上合於自 1970 年以降迄今之刑事政策轉變，僅是在「911」之後這個轉變被更加催化而走向更為極端的面相，或者說催化其快速的發展與對犯罪人的分類。因此敵人刑法雖非唯一可茲解釋近十年刑事政策轉變的理論，但絕對是一個極為鮮明的例子，藉由這個例子與下節中轉變歷史的對照，我們更可以爬梳出這個轉變背後的主因以及社會意義¹⁶⁰。

第三節 觀察的工作：敵人刑法呈現的變遷

作為「一個刑事政策論述」的敵人刑法，於「911」後引發熱烈的討論，呈上所述這些討論也可以發現其論述與英美刑事政策間的關聯性，因此當筆者試圖去觀察以敵人刑法理論為例的相關論述及與其論述相應的反恐立法，有什麼特別的樣貌呈現或與過去的刑事司法有何變遷，並以這個觀察來分析反恐刑事司法論述

¹⁶⁰ 因此，雖然在諸多介紹敵人刑法理論的文獻中都會指出對於此理論的批判意見，惟筆者認為敵人刑法理論既非唯一可解釋近十年刑事政策運作的例子，而僅是一個明顯重要的例子，更重要的應當是爬梳出整個政策轉變的主因與背後的社會意義，而一切的批判都應當針對這個轉變的要素與意義去進行批判跟討論，在下述段落中筆者爬梳轉變的歷史與意義時，仍會以敵人刑法穿插為例，具體說明這個轉變的意義與可能的批判之處。

與相關刑事政策背後的意涵。針對這個工作，筆者的作法是在第三節與第四節中，將敵人刑法理論置於英美刑事政策發展的線路中，觀察其變遷後，一方面尋找此變遷的意義，另一方面更深入剖析背後的論述方式與社會意義。

第一項 置於英美刑事政策的變遷中的觀察的脈絡

第一，由於此工作是作為下一節工作的前提，筆者想尋找「敵人刑法」理論所代表的思想走向在刑事政策演進中的定位與意義，而在「敵人刑法」理論的熱烈討論與「911」後蓬勃發展的反恐刑事司法論述之前，最具有代表性的刑事政策即為英美自八零年代起所進行的二分論刑事政策¹⁶¹。

此外，二分論刑事政策的發展正位於「從『刑罰－福利』走向嚴罰化」的過程上，二分論刑事政策的產生與內涵，都可以從英美刑事政策於當代的變遷中加以觀察，不論是其所因應的社會狀況，或是當時政策面的論述主軸等，二分論都提供了對於當代英美刑事政策變遷相當良好的著眼點。

因此，筆者想討論的既然是反恐刑事司法與相關刑事政策論述的意涵，且將其置於英美刑事政策發展的脈絡中來觀察，則首先要做的工作自然是觀察從二分論刑事政策以降，現今的反恐刑事司法論述與刑事政策發展所展現出的樣貌是什麼？是否有任何的變遷存在？如果有變遷存在時，這個變遷的意義為何？筆者一方面進行觀察，一方面也一一回應這些問號背後的提問，第三節中的工作正是在

¹⁶¹ 學者許恒達曾指出一個有趣的觀點，我國所採的二分論刑事政策走向是英美刑事司法上的產物，惟吾人所稱之「刑事政策」一詞實來自於德國，我國是以一德國式的概念操作英美刑事司法下的概念，對此值得討論刑事政策一詞的內涵為何，可見：許恒達(2006)，〈刑罰理論的政治意涵－論「刑事政策」的誕生〉，《月旦法學雜誌》，137期，頁188-190。於本論文中筆者實無法處理此問題，惟筆者可說明的是在本章中對於刑事政策的認知，是討論國家針對犯罪進行因應的立法與政策制定的內涵，亦即一個廣義的刑事政策概念，是故筆者對於英美產物的兩極化刑事政策，理解上也認為是國家針對某時期社會狀況與犯罪問題進行處理的立法方向，故仍屬本文中刑事政策觀點下可討論的問題

呈現變遷的樣貌，而分析與解釋的工作則留待第四節中，於英美刑事政策發展的脈絡中加以說明。

第二項 從二分論刑事政策到敵人刑法理論－變遷的樣貌

在開始說明「敵人刑法」與二分論刑事政策間的變遷前，首先釐清一下筆者所謂的變遷與何為二分論刑事政策這兩個關鍵。筆者所謂的「變遷」僅是「客觀外觀的改變」，簡言之筆者只是敘述看到的現象，制度上發生了什麼樣的改變（變寬鬆或嚴格？加重或減輕？），而不會賦予這個客觀的改變任何的意義，因為關於變遷背後的定位與意義，正是筆者想要去討論的問題：究竟變遷的背後是一種「論述脈絡本質上的重大改變與社會意義的轉向」，或者「僅是原本發展脈絡上因為「911」刺激而發生外觀上的改變」。

關於二分論刑事政策的內涵，依照學者謝煜偉的整理，是由「嚴厲刑事政策」（hard criminal policy）與「和緩刑事政策」（soft criminal policy）所組成。嚴厲的刑事政策針對的是「重大犯罪、幫派分子、藥物濫用者、累犯與恐怖份子」，其著重於強化刑法與刑罰的社會防衛機能，包括了刑事立法的「入罪化」、刑事司法的「從重量刑」與刑事執行的「隔離無害化」。反之，和緩的刑事政策針對的是「輕微犯罪、偶發犯與無被害人的犯罪」，其目的為減輕刑事司法體系的負擔，包括了刑事立法上的「除罪化」、刑事司法上的「除刑罰化」與刑事執行上的「除機構化」¹⁶²。

美國於「911」遭受的攻擊後其反恐刑事司法依照筆者的簡介，所呈現的狀況包括了實體法上的擴大入罪範圍、嚴罰與重刑化、程序法上證據法則的排除適用

¹⁶² 謝煜偉(2004)，〈二分論刑事政策之考察與批判——從我國「寬嚴並濟的刑事政策」談起〉，國立台灣大學法律學系碩士論文，頁 10-11

與程序上權利的剝奪（如：傳聞證據的允許使用、司法救濟權的剝奪）以及國家偵查行為中對於基本權干預合法性控制的放寬（例如：無令狀監聽的大量使用）。筆者認為以美國為例，對於反恐刑事司法制度的觀察中，相較於過去的二分論刑事政策，「911」之後確實存在了某種變遷，此一變遷代表的是「更為嚴密的監控以及對於過去二分論下嚴厲面向的犯罪人更為嚴厲的對待」。對於此變遷於整個刑事政策發展脈絡中的定位及背後的意義為何，筆者在此先不深談，讓我們先把眼光投注在變遷的內容上。

「更為嚴格的立法與處遇」是變遷的輪廓，關於細節的「轉變內容」的觀察部分，我們以敵人刑法理論作為例子來進行比較，更易於具體發現變遷的樣貌。於二分論刑事政策中，相對於和緩面向的嚴罰面向中，執行層面上可以發現對於象徵社會大眾心中極端危險源之犯罪人進行嚴罰與隔離無害化的現象，而這樣的現象無論從實際層面進行觀察（如：關達那摩拘留營中的無限期監禁）或「敵人刑法」理論中對非人格者之「敵人」入罪前置化與重刑化的論述，二者間確實有其關聯性。

然而，我們可以從程序法面相注意到一個差異點，對於象徵重大危險源的犯罪人處遇中，過去二分論刑事政策的論述下縱使處於嚴罰的一端，對於該犯罪人的刑事程序中，不論是以「因為刑罰效果過於重大，故須更嚴謹的程序保障刑事被告」作為理由，或是以「對於犯罪人進行無害隔離化的過程，需要如糖衣般的正當法律程序保障予以正當化」的方式論述¹⁶³，嚴厲面相仍會要求在刑事程序上賦予其正當法律程序的保障¹⁶⁴。惟於第二章中美國的反恐刑事司法中，可發現到

¹⁶³ 謝煜偉（2005），〈寬嚴並濟刑事政策之省思〉，《月旦法學雜誌》，126期，頁131-157

¹⁶⁴ 明顯的例子可以觀察現今的刑事訴訟程序，審判程序中對於屬於寬鬆面向的輕微案件，為了使被告與國家皆可節省不必要的程序成本，且易於使被告復歸社會，我們會採取簡易審判程序的方式，在程序法則或證據調查的要求上加以簡化。反之對於無法使用簡易程序的案件，特別是刑度在某標準以上而必須使用通常審判程序的案件，由於在面向上無法化歸為寬鬆面向，因此在審判程序的進

面對恐怖份子或嫌疑人，這些被視之為極端危險源的犯罪類型，賦予其嚴苛法律效果的同時，在程序上卻沒有賦予其正當法律程序之保障，反而是將許多證據法則與正當程序的規定排除適用，關達那摩拘留營中的被拘留者甚至失去受正當審判的權利保障，其已不僅是失去正當法律程序保障，而是連受審判的權利都被遭到剝奪¹⁶⁵。

若以「敵人刑法」為例來觀察刑事政策理論的發展，Jakobs 也談到在程序法時，也提到對於訴訟主體地位的剝奪，刑事被告成為敵人的過程¹⁶⁶。其同樣以關達那摩拘留營為例，Jakobs 認為這已非司法程序，而是以一個與行政權不予區分的程序來處理恐怖份子，他認為這已是一種面對敵人的「戰爭」程序，透過戰爭方式進行犯罪追訴¹⁶⁷。對此大家可以發現對於過去應予嚴罰的重大危險源型態之犯罪人，在刑事司法上「敵人刑法」主張比起過去賦予更為嚴苛的效果：除了實體法上的刑度加重與前置化入罪外，程序上的正當法律程序保障也予以剝奪。對此筆者認為與二分論刑事政策的論述進行比較，以「敵人刑法」為例的刑事政策已經存在了一個顯著的變遷，對於原本處於嚴厲面向的犯罪者，處遇上發生了更嚴厲化的變遷：將嚴厲面向犯罪人再次進行分類，以及給予更為嚴苛的對待（剝奪程序上保障）。

第四節 變遷背後的脈絡與論述主軸－風險與刑事政策

接續對於變遷的觀察，本節中將進行分析的工作。筆者將說明包括「敵人刑法」在內相似觀點的討論以及美國反恐立法的發展，**這些都是在原本刑事政策的**

行中，相應於其較為嚴苛的判決結果，程序上的要求也較為嚴格，必須通過嚴格證明或正當法律程序之要求，方可在合法的程序下賦予較重效果正當性。

¹⁶⁵ Department of Defense Military Commission Order No. 1, §6 (B) (3), (D) (b)

¹⁶⁶ Günther Jakobs 著，徐育安譯（2003），〈市民刑法與敵人刑法〉，許玉秀主編，《刑事法之基礎與界限-洪福增教授紀念專輯》，頁 31，台北：學林

¹⁶⁷ Günther Jakobs 著，徐育安譯（2003），〈市民刑法與敵人刑法〉，許玉秀主編，《刑事法之基礎與界限-洪福增教授紀念專輯》，頁 32，台北：學林

發展脈絡中，配合著社會發展、犯罪問題的改變等持續性回應的展演，其脈絡與論述本質並未發生改變，僅是在「911」之後爲了回應一個產生較過往更嚴重的結果的犯罪型態，在刑事司法的「外觀」上發生變遷¹⁶⁸。本節的分析工作，是對於前述這段結論的說明，筆者將自英美刑事政策變遷的介紹出發，著眼於兩點進行說明：其一是針對「個體」矯治的刑罰福利措施及其失敗與轉型；其二是隨著矯治主義退燒，而出現以環境控制、風險論述爲主關注「環境」與「安全」的刑事政策走向。

由於筆者的重點在描繪刑事政策轉變的歷程，故不會對刑事政策的歷史與轉變進行不同觀點下詳盡的分析，而僅是側重於對各觀點下可茲觀察的改變進行介紹：犯罪學觀點下對犯罪人思維的改變、刑事政策觀點下對於福利措施無效的氛圍與新的觀點，並輔以美國刑事社會學者 David Garland¹⁶⁹自文化論觀點對於刑事司法轉變的觀察，最終綜合這些觀察描述轉變的大體上樣貌。此外，筆者需再次強調以下的分析是以英美刑事政策與刑事司法的變遷作爲最主要的觀察對象，試圖剖析其背後的論述脈絡。對此，筆者的立場相當的清楚：論述的路線並未改變，僅是在「911」後將整個路線中呈現出的刑事司法樣貌更爲嚴厲化，並在回應當前的犯罪類型中，展演出更爲強大控制的面貌¹⁷⁰。而更進一步要探問的是：「如果論述的脈絡與路線皆未改變，那這個脈絡爲何？論述的路線又爲何？」

¹⁶⁸ 如前述所介紹的，不只是「911」，世界各國（包括美國在內）早已在這之前就遇到過不同的恐怖活動，因此「911」並非一個新的犯罪型態，毋寧說「911」僅是造成了一個較過往更直接而震撼人心的侵害（美國本土且是紐約市中心的大規模攻擊），這樣的衝擊導致了原本發展中的刑事政策走向展現出強化控制與更嚴厲懲罰的面貌（試想：美國一直以來都有反恐立法在進行，且對於立法正當性也有討論，但若非「911」，不會出現大規模如愛國者法案的立法，恐怕也不會出現如關達那摩拘留營這樣明目張膽且大規模的拘禁行爲）。

¹⁶⁹ 本論文中簡稱：Garland

¹⁷⁰ 應說明的是筆者在本章中，包括敵人刑法理論與本節關於刑事政策的轉變，都僅是做「現象描述」的工作，旨在於本章中點出觀察到的現象並提出問題，以確立本論文觀察的對象之內容。待本論文提出欲採用的分析方法後，始對於這兩章所提出的觀察對象與問題進行分析、解答與評論。

第一項 起點：從二分論刑事政策開啓觀察

前一節中筆者已經描述選擇二分論刑事政策作為觀察起點的理由，以及描述了觀察到的轉變現象。作為承接前後的二分論刑事政策，其誕生與實踐正可作為當代刑事政策運作絕佳的觀察出發點，一方面二分論刑事政策並非單純的矯治模式抑或正義模式的展現，而是一個混合了兩種思維的混合體。另一方面，自發展的軌跡觀察，也可以發現二分論的誕生，是在「矯治模式→正義模式」這樣的時間軸上，最終發展而成的結果。

因此以二分論刑事政策作為觀察點，我們可以一方面回溯自「刑罰－福利政策」至「嚴罰政策」的演進中，去觀察二分論誕生的思維，更可在這樣的推展中，觀察在二分論之後諸如「敵人刑法」理論或當今反恐法制背後刑事政策發展的起源軌跡與發展之關連性，也可以剖析出英美刑事政策背後的論述脈絡。以下就從一九七零年代以降的英美刑事政策－「刑罰－福利」政策－開始觀察的工作。

第二項 「刑罰－福利政策」的誕生與轉向

第一款 對於「刑罰－福利結構」的回顧

1970年一個信奉社會復歸、福利與犯罪學專門知識的矯治模式成型，這個主張正當程序與合比例懲罰的結構，我們稱之為「刑罰－福利結構」或「矯治模式」(rehabilitation model)¹⁷¹。這個結構下的刑罰措施強調「復歸式的介入」，而非著眼於負面與應報的懲罰模式¹⁷²。我們對於當時的刑事政策措施，包括不確定量刑的允許、社會調查與精神病學報告的使用、基於專家建定與分類的個別化處遇、針對病因與處遇效率的研究、結合犯人與其家屬的社會工作與以「再教育目的和

¹⁷¹ 謝煜偉(2004)，〈二分論刑事政策之考察與批判——從我國「寬嚴並濟的刑事政策」談起〉，國立台灣大學法律學系碩士論文，頁 65-66

¹⁷² 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》，頁 47-48，台北：巨流

釋放後復歸支援」為重心的監禁中¹⁷³，可以觀察到這個結構的內涵在於將犯罪人視為一種「須矯正者」或可說是一個「病人」¹⁷⁴。

在這個將犯罪人視為病人的結構中，由於重心在於強調個人的矯治與改造，因此對於監禁手段的採取居於一個較為反對的態度，社區處遇取代監禁可以說是這個時代的一個目標：少年感化院、訓練監獄與矯正設施優於傳統監獄的使用。且由於重心在於矯治而非懲罰，也使這個時期更重視專家的專業知識判斷：「尋找與了解犯罪的原因，遠勝於譴責犯罪」，一切的處遇方式都以專家的診斷作為前提，專家意見在刑罰制裁中扮演了極為重要的角色，專家的目標是解除個人苦痛與促進社會，而非實現正義與確立道德¹⁷⁵。當時所要作的不是將犯罪人隔離於我們的世界，而是尋找其犯罪原因並將之治療、矯治再回歸社會的樂觀思想¹⁷⁶。這個思想的誕生有其犯罪學的思維與社會結構之背景¹⁷⁷。

首先於犯罪學思想上，Garland 認為矯治主義是一種「現代主義式」的犯罪學，一種對於社會工程、國家能力與科學深具信心，可藉其改造社會條件與個別犯罪人的思想，其思想核心在於人的可完善性與科學理性¹⁷⁸。Garland 也提及這種想法

¹⁷³ 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》，頁 31-33，台北：巨流

¹⁷⁴ 須留意到的是將犯罪人作為「病人」的思維，其實並非「刑罰－福利」模式下的特別產物，以美國反恐立法為例，針對關達那摩拘留營的辯護中，Posner 就曾以精神病患的治療與收容作為類比的案例。對此筆者認為與其說「病人的形象」去區分不同刑事政策，不如以「病人」背後代表的意涵來說明會更加清楚，對於「刑罰－福利」思維下的「犯罪人＝病人」想法，其內涵在於犯罪人確實有某種特殊因素使其犯罪，因此衍生出以消除該因素為目的的矯治模式。反之於之後的「嚴罰思維」或現今的刑事政策思想中，「病人」無論是精神病患或犯罪人，其被著重者不在是導致其差異性的要素，而是其差異性代表的危險性與帶來社會不安的風險，因此衍生出的做法偏向於「無害隔離」的方式，所謂的治療也成為這些處遇背後的一種說帖。

¹⁷⁵ 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》，頁 47-48，台北：巨流

¹⁷⁶ 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》，頁 55，台北：巨流

¹⁷⁷ 筆者再次地強調，本論文僅是想藉由刑事政策演進來探詢當下刑事政策背後的論述主軸，故刑事政策演進的歷史並非本論文主幹，所以在介紹上會將包括犯罪學等不同觀點混合在一起進行介紹。

¹⁷⁸ 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》，頁 54，台北：

可看成啓蒙思想的嫡子，但又與 Cesare Beccaria 及 Jeremy Bentham 的啓蒙刑罰學相異。在後者的思想中，應報的懲罰強調罪刑須一致且成比例，對前者而言這樣的想法已然過時且具備反效果，主張矯治的現代主義式犯罪學認為罪刑成比例的機械化量刑表應由「合乎具體個案與特定問題的個別化矯治措施」所取代，簡言之縱使是合乎比例的懲罰也是過時的想法，這是一個「以治療取代懲罰」的犯罪學思維¹⁷⁹。

在此種矯正主義思維下的犯罪學中，犯罪行為代表的是一個「偏差而具有犯罪性」的行為，因此其背後應有某些社會問題存在，包括社會化不完全或個人性格對社會的適應不良，這些社會問題與犯罪者的性格構成了此種犯罪學的研究客體，也正是矯治的主要對象。由於犯罪人的形象是一個偏差者，因此判斷的重心置於「正常與病態」的分別，找出這個「偏差」或「犯罪人格」的個人特徵，是進一步對其進行治療的關鍵，也可以說這個時期的犯罪學針對的是「個人」，犯罪問題可被等同於「罪犯（犯罪人）問題」。因此對於罪犯產生原因的相關知識也成為犯罪學研究的重心—何種介入機制具有有效性？為什麼有效？何種人會成為罪犯？環境對於此個人的影響為何？

對於犯罪人形成原因的討論經歷諸多的演變，包括了心理學與精神醫學的研究，以及關於貧窮或家庭問題等，但應注意的是這些犯罪學理論的發展並不單一地著眼於貧窮，而是更廣泛的觀察「期望與成就間落差」的問題，我們可以說這

巨流

¹⁷⁹ 當然在社會思潮多樣性的前提下，現代主義式的犯罪學思想必然會遭遇反對者，因此實際的刑罰狀況仍是在「刑罰—福利」的矯治主義與古典應報思想間產生拉鋸，並於二者的妥協中形成實際上的刑罰。不過在這個時期（1970 年代初期），可以觀察到的是（特別是大眾的）嚴罰心態依然存在但遭到壓抑與隱藏，刑事司法專家的思維與大眾想法有著顯著的落差，但由於專家話語在此時期占據的主導地位，這些嚴罰論述在官方的論述中成爲一種禁忌而消失，但在大眾文化與常識中其依然潛在的存活著，直至 1980 與 1990 年代才再度的出現，甚至在今日成爲刑事政策的主軸，此部分留待筆者後述。對於「刑罰—福利」時期相關論述欲詳細瞭解者，可參考以下文獻：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》，頁 55-59，台北：巨流

些刑罰－福利政策的主張者所觀察到的犯罪可歸因於兩點：貧窮與剝奪¹⁸⁰。而對於這些原因的最佳解決方案就是繁榮的擴展與社會福利的有效供給，這同樣地又是刑罰福利主義必然的想法¹⁸¹。不過矯治模式將眼光著重於個別犯人，對於犯罪事件、犯罪產生的情境、被害者行爲等等的忽略也導致諸多的批判，而這種針對個別犯罪人進行矯治思想下相信刑事司法有效的思維，也在日後隨著社會背景的轉變與犯罪率的提升等，受到嚴厲的批判並促成刑事政策的轉向。

第二點，在社會背景上進行觀察，刑罰福利主義的誕生來自於樂觀主義的背景－相信社會改革與繁榮富裕將降低犯罪¹⁸²。在這個思維下自然會認為國家對於犯人具有照料的責任，刑事司法所從事的不再是控制、懲罰與壓抑，相反地刑事司法國家成爲福利國家，犯罪人增加了受照料者的身分，犯罪與偏差問題成爲了社會問題，需要以社會工作、公共供給與社會福利的改造加以回應¹⁸³。

此種樂觀主義的想法來自於一個特定的歷史脈絡與社會結構，最重要的就是福利國家的社會結構。由於將犯罪歸因於貧窮與剝奪，因此「刑罰－福利」主義針對的也正是這些問題最常發生的工業化、不平等的階級社會。依照 Garland 的說法，激發「刑罰－福利」主義的正是這種其所謂馬克斯式的秩序問題，不過在英美刑事政策的發展上，階級衝突與經濟崩潰的問題都採取了制度化處理的面向，

¹⁸⁰ 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》，頁 58，台北：巨流

¹⁸¹ 由此可以注意到的是雖然矯治主義下，將犯罪人看成一個偏差者，或粗略的來說是當成一個病人。但其實在犯罪學觀點下，「偏差者與病人」或「偏差與病態」依然是有分別的，因此針對偏差者的處遇上，並不是採去對病人侵入性或強制性的治療方式，這是在實際處遇上必須要注意到的現象。

¹⁸² 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》，頁 66-67，台北：巨流

¹⁸³ 不過也正因爲刑罰福利主義下社會復歸理想所針對者多爲個別犯罪人，如果我們將犯罪看成社會問題時，此種面向將無法有效處理犯罪問題，縱使尋找犯罪原因，也是一種事後針對犯罪結果去歸因的作法，針對已經定型的犯罪人進行處理的作法，而非尋找社會環境下促成犯罪的原因，或可能塑造下一代的社會過程，這樣過於著重個別犯罪人的作法將導致刑罰福利主義自我設限而適得其反。

雖然市場與私人的財富跟資本持續主導這兩國的社會發展，但這些力量在福利國家中某程度地受到約束，包括透過增加保障與資源重分配的社會保險與福利措施來緩合市場資本主義的風險與經濟衝突，諸多福利措施的實施將國家管制延伸到了工作場所與家庭，建立健康與安全的國家標準，這種國家的干預主義與風險分擔的作法，在當時產生了一個較為穩定且對於全國人口而言較有保障的經濟與社會秩序——一種要給人人平等權利機會與完整公民資格的福利國家的形成，不僅在歐洲也包括美國¹⁸⁴。

綜上，福利國家的形成與穩定的社會安全、經濟團結，這樣的時代背景產生的是一種「犯罪無過錯」的觀點，犯罪被視之為早期貧窮與剝奪遺留的痕跡而非對於秩序的威脅，刑罰—福利主義可以在這樣的背景下有效的發展，並以減輕這些社會問題為解決犯罪問題的方式，以援助、治療的方式對於繁榮社會下的不幸個人提供幫助¹⁸⁵。總而言之這樣的犯罪學與刑事政策思想立基於適當的物質條件，當社會足夠繁榮且充分就業，矯正主義可以擁有適合其發展的背景，這正切合了Garland所說的「刑罰—福利主義制度的發展與福利國家整體的發展是平行的態勢」¹⁸⁶。當然，當這個社會背景逐漸消失時，刑罰福利主義將面臨挑戰，這也可以為我們觀察近代刑事政策的轉變提供除了犯罪學研究外的另一個切入點。

最後，我們總結一下刑罰—福利政策的特點：這是一種將犯罪人視為「偏差者」進行「矯治」的政策，作為一種社會治理方式其仰賴福利國家社會的專門知識與統治技術，在這個政策中大眾傾向的嚴罰傳統被隱藏起來，專家或菁英所秉持的現代主義思維大行其道，理由在於這樣的治理方式擁有足夠的經濟繁榮與穩

¹⁸⁴ 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》，頁 60-65，台北：巨流

¹⁸⁵ 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》，頁 64-65，台北：巨流

¹⁸⁶ 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》，頁 65，台北：巨流

定支持福利措施，且中產階級精英除了安定的生活外可以得到某些好處—例如對專業知識者更爲信賴與有利的結構，且由專業知識掌握的這個治理方式。內容上包括一個充滿規範與制裁的日常環境，在其中藉由福利與教育機構施加「紀律」，並由家庭與社區等進行非正式的社會控制—藉由市民社會來達成控制個人並引導其守法的能力，這樣的作法可以將傳統監禁的處遇減少，藉由整體的社會控制於日常環境中使用「刑罰—福利措施」達成減少犯罪的目的，簡言之這是一個對於刑事司法效用抱持著信心與樂觀展望的想法的時代。

第二款 轉變的發生及其原因—自福利到懲罰

回顧了刑罰—福利政策及其樂觀的理想後，一個明顯的斷層出現了。矯治模式衰退，犯罪控制回到了以懲罰爲主軸，著重法與秩序的傳統思維，一個嚴罰的社會誕生—Garland 稱之爲「晚期現代性」(Late modernity)的社會¹⁸⁷，而 Zygmunt Bauman 稱其爲「後矯治時代」(Post-correction age)¹⁸⁸，復歸思想與成效受到了質疑，對於作爲復歸立基的社會型態受到懷疑，矯治犯罪者的樂觀氣氛漸漸褪去¹⁸⁹。

這個思想對於矯治模式產生反動，原本成熟、理性的現代主義式思維，轉而成爲復古與反現代的傾向，專家學者於犯罪學政策與大眾生活中的重要性降低，反現代的懲罰情緒又回到了前台，如前所述：被隱藏壓抑的大眾懲罰情緒，伴隨現代性矯治思維的退燒，又回到當代犯罪控制的舞台上。這個「由復歸走向懲罰」

¹⁸⁷ 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》，頁 104，台北：巨流

¹⁸⁸ Zygmunt Bauman, *Social Issues of Law and Order*, in THE BRITISH JOURNAL OF CRIMINOLOGY, VOL. 40 205-221 (2000).

¹⁸⁹ 以當時美國爲例，於 1984 年於美國由聯邦公布的《綜合犯罪控制法》(Comprehensive Crime Control Act)之中，法院於量刑時須考量「反應犯罪嚴重性」及「針對犯罪行爲科處正當刑罰」，且強調「對於犯罪行爲的有效嚇阻」，以保障公眾免於犯罪的進一步侵害爲目標，至於矯治機構或福利措施則被置於最後。此法典與刑事政策文獻中皆被認爲「矯治走向應報懲罰」的典範。相關論述見：謝煜偉(2004)，〈二分論刑事政策之考察與批判——從我國「寬嚴並濟的刑事政策」談起〉，國立台灣大學法律學系碩士論文，頁 66-67

的特徵被稱之為「正義模式」(Justice model) 或新古典模式。以下我們自犯罪學觀點的改變、刑事政策失敗主義的氛圍、社會背景的轉變與司法程序面向，簡介這個轉變的發生。

第一目 犯罪學與刑事政策上的轉變

於一九七零年代末期到一九八零年代，由於刑事司法中社會復歸措施失敗與犯罪率普遍上升的影響，「刑罰－福利」的走向開始受到挑戰，David Rothman 所主張的「失敗模式」成為當時刑事司法的氛圍。過去對於犯罪矯治的信心下，所偏重的資源配置、制度設計以強化矯治人員與機構的素質，並進而已一種進步與改革的觀點希望將犯罪原因消滅與導正犯罪人，但是在失敗模式的思維下，上開包括監獄處遇、社區矯正或觀護制度等措施皆被視為「一切無效」：其認為對於犯罪人的「治療是無用的」¹⁹⁰。

其帶來的影響是廣泛的，以對於「犯罪人」作為討論主題的犯罪學為例，對於「犯罪人」的理解最初多以「理性犯罪人」的樣貌加以呈現，犯罪人是在衡量諸多要素與利弊得失後，做出犯罪的選擇¹⁹¹。不過在此時出現了兩個值得注意的面向：第一個是一種「異者犯罪學」的出現，這種觀點否定犯罪人理性選擇的可能，而認為犯罪人本身就擁有劣根性存在，其擁有一種產生犯罪的邪惡本質，這種觀點不試圖尋找犯罪人可能的犯罪原因，而是直接歸納到個人特質上；第二個值得注意的點，如學者謝煜偉所言，理性犯罪人觀點下除了可以數理函數等方式加以計算的部分外，對於社會道德或個人與社會互動等無法估算的部分，理性犯罪人觀點實際上選擇了忽略的態度，因此在理性犯罪人觀點看似仔細探究犯罪人

¹⁹⁰ 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》，頁 83，台北：巨流

¹⁹¹謝煜偉(2004)，〈二分論刑事政策之考察與批判——從我國「寬嚴並濟的刑事政策」談起〉，國立台灣大學法律學系碩士論文，頁 95

成因的包裝背後，依舊是一種不加探究而忽視的態度¹⁹²，而在這兩個觀察面向上，可以注意到的是相較於昔日對犯罪人成因的探求，此種態度已經逐漸消失，這也造成刑事司法中對於犯罪問題處理方向的轉變¹⁹³。

除了犯罪人觀點的改變外，「Nothing works」的想法在大眾媒體的快速傳播以及政治輿論及治安議題的炒作下成為了當時刑事政策的氛圍。更重要的是如果衡諸當時的社會結構，包括了經濟危機以及「新自由主義」(neo-liberalism)與新保守主義的崛起，原本的社會政策與政府功能受到了質疑與轉變，福利國家下的社會保險與福利措施都被認為應轉交給自由市場，每個人都不應該探問國家可以給他什麼，而是他應該得到什麼，每個人都應該憑藉自身的能力為自身的行動與結果負責，此外為了達到自由競爭的公平與塑造良好的競爭環境，如何打造一個安全與低風險的社會也成為關注的重點¹⁹⁴，以 Liszt 對於刑事政策會理解為最佳的社會政策的角度出發，刑事政策與社會結構的改變與社會問題的處理關聯，都對於當時的英美刑事司法帶來了下一目中的變遷。

第二目 變遷的樣貌

矯治模式被宣稱無效後，伴隨上一段中各種論述的轉變，都指向了一種新的刑事司法型態。不過以今日的觀察來看，我們還是看的到矯治措施，這肇因於矯治模式並未完全的消失，而是以一種將正義模式論述灌注入矯治模式的方式繼續存在。這個正義模式論述引入矯治模式的過程中，一方面正義模式藉由其「公正

¹⁹² 謝煜偉(2004)，〈二分論刑事政策之考察與批判——從我國「寬嚴並濟的刑事政策」談起〉，台大法律學系碩士論文，頁 106-108

¹⁹³ 應予注意者，筆者在此強調的是兩種不同犯罪人理論實際上都對於犯罪人成因採取不重視的態度，這不代表筆者否定兩種觀點對於刑事政策的影響性，實際上這兩種不同觀點的犯罪人理論，一方面其忽視的態度正呼應了刑事政策的走向，另一方面在二分論的刑事政策中，兩種不同的犯罪人觀點也對於「嚴罰」與「寬鬆」兩面向的犯罪人認定與處遇方式產生影響力。

¹⁹⁴ 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》，頁 130-136，台北：巨流

應報」的觀念，主張矯治措施以犯罪人作為實驗與觀察對象可能產生人權侵害的疑慮，另一方面「公正應報」的概念也改變了「監獄」的定位與其在刑事政策下的功能。

首先，由於「正義模式」的公正應報觀念，過去法院於矯治模式下的裁量權限受到批判，導致了當時英美刑事司法制度發生自主性限縮的狀況，伴隨著專技人員角色的下降，司法權在裁量權限上也遭到縮減，也產生如量刑指導綱領制定、不定期刑廢除等狀況。另一方面，自 Martinson 提出「nothing works」的矯治無用論後，監獄的定位也開始產生爭論，於二分論的刑事政策中已可發現監獄定位不在著重於「矯治有效與否」的問題上，而是轉向「是否能對危險源加以隔離」的論點上，以英國社會學家 Charles Murray 為代表，其即主張對於犯罪的嚇阻與處理，監獄是此疑問的最佳解¹⁹⁵，簡言之在刑事政策的轉變中，監獄定位與體制也發生改變¹⁹⁶：從矯治場域轉為隔離的處所。

而這種刑事司法體系內監獄角色背後的思維，則與上一目中提到如社會結構的改變、社會問題發生等體系外因素有其關係。經歷波動的六零年代與經濟消退的七零年代中期後，在英美以 Reagan 與 Thatcher 政府的掌權為例，伴隨著新自由主義與新保守主義的興起，在最小限度國家思想下對經濟解除管制的同時，中產由於社會福利等減少，中產階級也同時地面對犯罪的恐懼，因此配合經濟開放而來的是對於犯罪的控制與秩序的追求，以利於形成一個便於自由競爭的社會場域

¹⁹⁵ Charles Murray, *The Ruthless Truth: Prison Works*, in LONDON TIMES (1997).

¹⁹⁶ 除了本論文提到的狀況外，在矯治模式消退後，於監獄體制的發展上在英美刑事司法中其實出現不少的變化，例如監獄的民營化等，惟與本論文觀察點較無關聯，故省略而不予說明，相關文獻可見：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》，台北：巨流；謝煜偉(2004)，〈二分論刑事政策之考察與批判——從我國「寬嚴並濟的刑事政策」談起〉，國立台灣大學法律學系碩士論文；安佳仁(2002)，〈美國監獄民營化之刑罰學分析—其發展、意涵與影響〉，國立台灣大學國家發展研究所碩士論文

¹⁹⁷。而此目標的追求，也使刑事政策或犯罪議題產生了政治化的現象，爲了迎合廣大民意，許多以塑造大眾恐懼或被害想像的政治語言頻繁出現，而上開此種以塑造被害情境的現象，其實也正對應了此時期刑事政策轉向的趨勢。

如 Garland 對當今刑事政策的描述，刑事司法中凝視對象已經由「犯罪者」轉向「被害者」，對於犯罪人成因的忽略其實也對應了上面提到在犯罪學上的轉變，在媒體力量與政治語言的催化下，對於被害人的凝視脫離了對於個體的關注而轉向集體氛圍的創造：人人都是潛在受害者的集體恐懼¹⁹⁸。接續此種轉向而生者爲「情境控制」或「情境預防模式」，一方面將社會整體作爲犯罪的被害人，對於任何可能造成社會秩序危害者進行控制（如：遊民、塗鴉），另一方面在此種氛圍下著重於環境的控制（如：無所不在的監視器、即時通報系統、指紋與 DNA 建檔記錄），且使恐懼的市民們爲了避免成爲受害者也開始擔負起防治犯罪的責任，並將潛在被害者的枷鎖加諸己身，這些改變代表了犯罪防治的擴張，也形成了 Garland 所謂「控制的文化」¹⁹⁹，刑事政策的走向也在此明顯走向了對於情境進行控制的「預防爲主」的模式。

在整個對策上與轉變中，我們可以觀察到對於刑事司法處遇對象的改變：犯罪人成因討論的趨弱，以及以犯罪預防與情境控制作爲處遇對象選擇的改變，以及處遇方式的轉變：以預防爲主的犯罪控制模式與情境控制。下一段中，筆者將提出對於這些轉變觀察的結論：「風險」作爲刑事政策發展與轉變的論述主軸。

¹⁹⁷ 安佳仁(2002)，〈美國監獄民營化之刑罰學分析－其發展、意涵與影響〉，國立台灣大學國家發展研究所碩士論文，頁 125

¹⁹⁸ 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》，頁 239-240，台北：巨流

¹⁹⁹ 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》，頁 244-250，台北：巨流

第三項 作為刑事政策論述主軸：「風險」

至此為止的段落中，筆者希望藉由對英美刑事政策理論的介紹與其變遷呈現出一個分析的對象，並觀察其中論述的主軸為何。於本段中筆者將點出扮演論述主軸之概念：「風險」(Risk)。筆者與本項中將先說明「風險」的概念，並以 Ulrich Beck²⁰⁰著名的《風險社會：通往另一個現代的路上》(Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne)一書中討論的「風險社會」(Risikogesellschaft)概念，說明「風險」與人類社會間的關聯。最終說明「風險」與刑事政策間的關聯，以開展本章最終的討論。

第一款 「風險」、「風險社會」及其概念之形成

「風險」的概念最早並非於刑事司法中誕生，而是作為一種對現代社會狀況的觀察而產生的社會學理論。伴隨著人類科技的急速發展，人類確實提升了生活的水準與擴張生活範圍。但是科技快速發展的結果，不論是該技術本身抑或其生產物，在快速發展的背後同時也代表危機的快速成長與危險的增加。這些危險包括了大規模污染的發生、核災與核能發展所帶來的潛在危機等，在這些科技發展帶來的危險與社會產生關連後，這些危險在現代社會中所代表的意義或應如何進行處理變成為一門重要的課題。對此於 80 年代中德國社會學家 Beck 便提出著名的「風險社會」概念，以此概念解釋科技發展與現代社會的關係，包括了核能災變、基因醫療科技對人類的威脅、巨大金額的金融風暴與經濟犯罪等都是其觀察的對象，此概念的主軸就放在「現代社會中科技高度發展使人類陷入集體不安全情境的狀況」：人類科技的發展與社會制度、規範的完善，使人類免於物質匱乏的困境，但是這種高度的生產力也伴隨了前所未有的風險與對人類的威脅高度的顯在化²⁰¹。

²⁰⁰ 本論文中簡稱為：Beck

²⁰¹ Ulrich Beck 著，汪浩譯，周桂田校訂（2004），《風險社會：通往另一個現代的路上》，頁 3，台

對 Beck 而言，社會於生產財富的同時，也系統性地伴隨風險的產生，對此其認為現代社會的關注議題將不再侷限於財富的分配，由於社會生產財富的同時也同時把風險的生產帶進社會中，因此「風險限制與分配的問題」反而更成為現代社會的首要議題²⁰²，在這個境況中「風險社會」就產生了，縱使人類未完全存在其中，也已來到面對此境況的過程中。

「風險社會」具有以下的特質：由於風險最初來自於科技發展，科技產生風險但又必須有新的科技去控制風險，兩者間產生相互作用與確認的關係，在這個不停生產的關係中，由於風險具有想像的性質而非百分百的經驗判斷，其判斷經常是由非經驗性的科學行之，因此有論者認為風險是一種「二手傳播的非經驗」，在這之中風險具有極強的「潛在性」，無須現實化即可快速地擴張，因此風險意識超越了階級的意識，並快速地將這種改變遍布了整個社會。且正因風險概念橫跨了自然與社會領域，使自然問題被吸納入社會之中，擴及於自然科學以外的政治、經濟、社會或法律等體制內，且在複雜的社會系統中產生更為龐大的影響力，這也導致公共領域與各種國家、社會機構都開始以風險作為描述與衡量問題的主軸，且此現象是跨越社會與國家的藩籬而具有普遍性的²⁰³。

另外正因風險並非純然立基於經驗上，在難以具體化與察覺的狀況下，產生了一個奇妙的現象：正因連科學家都無法完全掌握風險的成因與因應方式²⁰⁴，使得風險成為每個人都可以去感覺與意識到的概念，每個人都可以設想自己將受到

北：巨流

²⁰² Ulrich Beck 著，汪浩譯，周桂田校訂（2004），《風險社會：通往另一個現代的路上》，頁 14，台北：巨流

²⁰³ Ulrich Beck 著，汪浩譯，周桂田校訂（2004），《風險社會：通往另一個現代的路上》，頁 83-91、98，台北：巨流

²⁰⁴ Ulrich Beck 著，汪浩譯，周桂田校訂（2004），《風險社會：通往另一個現代的路上》，頁 23-24，台北：巨流

風險波及，但這種想像伴隨的是無力處理的不安感，因此當風險成爲社會議題的主題時，在這個論述中使外在風險成爲內在社會的不安，政策的主線因此皆集中於「風險控制」、「安全」之上。在這些特徵中，風險控制與安全感的維護成爲了人類社會發展中，必須去有效衡量與處理的問題²⁰⁵。且爲了處理此問題，伴隨的結果是政治干預範圍的擴大，甚至產生以法律與擴張生活領域之規範來防範危險的趨勢²⁰⁶。

第二款 風險論述與刑事政策的關聯

犯罪一方面作爲對於社會秩序破壞或侵害法益的行爲，另一方面作爲社會中必然存在的現象，且其類型也往往伴隨社會進步或改變而出現多樣化的情形，所謂的犯罪其定義會隨著當時社會狀況的不同而出現範圍上的擴張或限縮，因此我們可以說犯罪其實與風險是有其關聯的。我們可以將犯罪的發生視之爲某種風險，並加以處理，也可以對於某種特定風險，爲了進行控制而將其定義爲犯罪的類型。在此前提下，就如 Beck 提到針對風險與不安定感，藉由法律或規範擴張來加以因應的說法²⁰⁷，針對犯罪問題加以應對與擬定對策的刑事政策，實際上可以看成一種自刑事司法角度處理風險問題的面向²⁰⁸，或可說在刑事政策的本身就內含了對於風險處理的想法，這也是筆者選擇了以風險的角度來討論刑事政策面向的原因。

第四項 從風險論述重新檢視刑事政策的變遷

以下筆者將分析在刑事政策的轉變中風險概念扮演的角色，以說明其作爲刑

²⁰⁵ Ulrich Beck 著，汪浩譯，周桂田校訂（2004），《風險社會：通往另一個現代的路上》，頁 85-88，台北：巨流

²⁰⁶ Ulrich Beck 著，汪浩譯，周桂田校訂（2004），《風險社會：通往另一個現代的路上》，頁 92-96，台北：巨流

²⁰⁷ Ulrich Beck 著，汪浩譯，周桂田校訂（2004），《風險社會：通往另一個現代的路上》，頁 96，台北：巨流

²⁰⁸ 李佳玟（2005），〈風險社會下的反恐戰爭〉，《月旦法學雜誌》，118 期，頁 31

事政策論述主軸的理由。之後筆者將從風險的概念出發，詮釋從二分論刑事政策以降，風險概念對當代刑事政策的影響。

第一款 從矯治模式的轉變談起－風險概念與轉變的關係

如果我們對 1970 年代以降刑事政策的變遷做一個理解，以矯治為目的的「刑罰－福利」政策，在包括政治環境與社會背景的轉變下，伴隨著一股矯治無用論的風潮與犯罪學上諸如監獄失靈理論的提出，轉向了著重於應報的正義模式路徑。如前述在這條路徑的發展中，我們也可以觀察到嚴厲的面向與寬鬆面向的出現，英美刑事政策中二分論刑事政策於焉形成。對於 1970 年代以降的變遷，為了行文方便故稱此為「第一次的變遷」，之後於 2001 年後反恐浪潮中，二分論刑事政策於嚴格的面向上如前述走向更為嚴苛的處遇方式，此稱為「第二次的變遷」²⁰⁹，同樣地這些變遷僅是客觀外觀的改變，並非論述脈絡的轉變。

對於上開英美刑事政策變遷的理解下，我們回到本節中對於矯治模式失敗及轉向的描述。在「刑罰－福利」時期中，犯罪學與刑事政策的工作在於尋找犯罪人或犯罪成因，並加以矯治。其實這樣的觀點顯現的是當時的大眾對於科學與專家的信任，大家皆信任透過矯治安排與妥善的制度，可以將犯罪成因藥到病除，即使某種矯治方式失敗，也必然有其他方式達到解決犯罪問題之目標。

而之後「刑罰－福利」的失敗或所謂「nothing works」的想法，其實代表的正是一種對於犯罪原因的探尋與矯治感到無能為力與無可預測的情形，而這種對於犯罪未知或者如情境預防模式認為犯罪乃是普遍存在的想法，其實正是將犯罪視

²⁰⁹ 惟須注意這僅是以 1970 年代英美刑事政策作為討論起點且基於方便而為之區分，並非筆者認為歷史上刑事政策之轉變僅有兩次的區分。

為一種社會發展過程中產生出的「風險」²¹⁰。筆者認為這裡有兩種可能的解釋：第一種解釋，我們可以認為從這個時期開始，「風險」成為了刑事司法論述的主軸，對於風險的控制與安全管理成為刑事政策的走向；第二種解釋則是認為「風險」一直都是論述的主軸，僅是在「刑罰－福利」時期，犯罪被視為一種低度且可預測的風險，因此當時的大眾與專家都相信可藉由矯治相關制度設計來掌控並消除這個風險，直到失敗模式或監獄失靈等說法出現，才開始將犯罪視為是高度且難以預測的風險，並在刑事政策的擬定上出現轉向。惟不論採用何種解釋，「風險」都無疑地作為「刑罰－福利」時期後轉向的刑事政策其主要論述主線。

另一個可以作為觀察點的是歷史發展，刑事政策的轉向在歷史上與新自由主義與新保守主義意識高漲，特別是 Reagan 與 Thatcher 時期的社會與政治狀況有所關聯，我們也可以注意到 Beck 對「風險社會」概念的提出也是在一九八零年代，筆者認為這也是一個可觀察到風險與刑事政策間關聯越加強化的面向。在「第一次的變遷」中，伴隨著社會學上所謂風險社會的形成，風險與刑事政策的關係誠如 Garland 所言²¹¹：

今天復歸式方案已不再宣稱能夠表達刑罰體系的至高意識形態，甚至連任何刑罰措施的首要目標都談不上。…刑事司法措施在社會復歸上的可能性往往臣服於其他更優先的刑罰目標，尤其是應報、隔離無害化與**風險管理**等。

可說是更為密切且角色也更為吃重，甚至風險預防與安全管理成為了刑事司法的論述主軸²¹²，在 Garland 的理解中，風險管理與隔離無害化等被置於相同的論述中。總而言之，筆者認為「風險」確實在刑事政策的論述中找到其位置，且扮演論述主線的角色之一。

²¹⁰ 李佳玟（2005），〈風險社會下的反恐戰爭〉，《月旦法學雜誌》，118 期，頁 32

²¹¹ 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》，頁 37-6109，台北：巨流

²¹² 李佳玟（2005），〈風險社會下的反恐戰爭〉，《月旦法學雜誌》，118 期，頁 30-31

第二款 風險概念作為論述主線與二分論刑事政策

當風險成為了犯罪對策與刑事政策討論的主線後，的確於刑事政策領域中對於風險與實際上的危險間的關連有爭議存在²¹³，但對於風險以及相應的犯罪統計與精算成為刑事政策的關注焦點則是肯定的事實，這樣的特點也呈現在刑事政策的變遷中，適足以理解為當代刑事政策發展與論述的主線。

承前述對二分論刑事政策的定義，此政策強調的是將犯罪人區分為「嚴厲」、「和緩」二部分，針對被認定為嚴重犯罪人者施以嚴罰的待遇，如監禁此種「隔離無害化」的方式即為嚴厲端的處遇方式。反之針對輕微犯罪者，則是利用刑事程序中的微罪轉介機制，使其可以回歸社會中²¹⁴。以下筆者就簡單說明風險概念成為主軸後，刑事政策走向上的變化，並由這些歸納出的特點，輔以二分論刑事政策的制度內涵加以說明：

一、實體法上的犯罪範圍擴張與處罰前置化

在實體法的層面上，在風險作為法律與規範控制對象的前提下，風險概念的不安定性與不可知性對於實體法產生了處罰範圍擴張的現象。正如 Beck 提到風險社會的誕生伴隨著科技進步，人類面對科技的進步可能帶來的大規模傷害（包括以高科技進行犯罪行為帶來的大規模傷害、核電廠等高科技出錯時可能的大範圍損害），也急於尋找危險源頭並加以控制之²¹⁵，於法律中為了管理風險並追求新的、安定性的社會，實體法上會更注重異常、危險源頭的標示²¹⁶。並將之納入法益概念中，進而擴大處罰的範疇，且為了追求對危險源的有效控制，處罰的範疇也會

²¹³ 相關討論可見：李佳玟（2005），〈風險社會下的反恐戰爭〉，《月旦法學雜誌》，118 期，頁 32

²¹⁴ 謝煜偉（2005），〈寬嚴並濟刑事政策之省思〉，《月旦法學雜誌》，126 期，頁 131-157

²¹⁵ Ulrich Beck 著，汪浩譯，周桂田校訂（2004），《風險社會：通往另一個現代的路上》，頁 10-13、19-21，台北：巨流

²¹⁶ 李茂生（2009），〈風險社會與規範論的世界〉，《月旦法學雜誌》，173 期，頁 145-153

更加的前置化²¹⁷。

二、犯罪者與風險概念的操作²¹⁸

對於犯罪人的部份，由於刑事政策的論述重心已由其轉至被害人身上，刑事政策不再將其個別犯罪原因列為討論的重心，而是強調犯罪人本身的危險性以及如何發展控制此危險性的對策。這正對應於風險作為一個不安定且難以預測概念的特質，在風險論述下重點已經轉化為如何以制度設計降低犯罪行為的發生可能及危險，因此刑事政策所針對的重心，也變成不同犯罪人其代表的危險性與犯罪可能性，且在較不重視犯罪成因的狀況下，犯罪人過去的犯罪紀錄或人格特質轉而成為判斷其代表風險高低的判準。

若以二分論刑事政策作為觀察，更可清楚的注意到此點。對於「嚴罰」的部分，我們可以注意到處遇上會以較重的刑罰如監禁加以處理，理由在於其代表了較高的風險，而在矯治模式失敗後的今日，對於此風險既然不再使用矯治或治療的方式將其消除，則以將高度危險源「隔離無害化」使之無法對社會造成實害，自然是最有效的風險控制方式。除了處遇方式顯現出對於危險源的控管方式外，對於危險源的認定也凸顯出風險作為論述主軸的樣貌，我國刑法於法務部宣示採用二分論刑事政策後之累犯規定即為顯例。

以現行刑法第 47 條規定：「受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重本刑至二分之一。」來說明，該條文原本於 2006 年刑法修法時之草案中，納入美國「三振法案」之精神，對於

²¹⁷ 以刑法的公共危險罪為例，國內即有論文自風險概念出發討論刑法第 190 條之 1 對於毒物排放的犯罪，其法益與處罰範圍擴張的議題，筆者認為不單是 190 條之 1，關於核能外洩、危險物品的攜帶以及如「千面人條款」之討論，皆是同一脈絡下的問題。相關文獻可見：黃佳彥（2009），〈論刑法第一百九十條之一——從刑法機能角度觀察〉，國立台灣大學法律學系碩士論文

²¹⁸ 李佳玟（2005），〈風險社會下的反恐戰爭〉，《月旦法學雜誌》，118 期，頁 33

最輕本刑五年以上之特別累犯，於第二次、第三次再犯時，刑度上予以加重本刑之「二分之一」、「一倍」。雖然最終該草案並未成為現行法²¹⁹，惟當時法務部之修正理由中認為此制度是針對特別危險犯人予以隔離以保衛社會的說法，已經顯示出嚴罰中將危險源隔離的特點，此外該草案以犯罪人屢次犯罪作為加重之理由，顯然並未將加重理由置於其行為本身，而是置於該被告之危險性上，此種可謂是以危險性格衍生「人格責任論」之作法²²⁰，一方面背離刑法責任論之精神，另一方面也顯現出二分論刑事政策與風險論述下，以犯罪人人格特質作為判準並將認定為較大且難以預測之高度風險或危險源劃入嚴罰一端的做法，除此之外例如保安處分中對於性侵害犯之人身自由進行無限期限限制的立法，也是同樣論述下之產物。

除此之外，對於「寬鬆」一端的刑事被告處遇，雖然不採用監禁方式而是以「微罪轉介」為主，惟可注意到對於此種犯罪人回流社會後之處遇，多半仍採取社區監控等方式，無時無刻的進行風險的控管，這部分也可看出對於風險高低的評估後，對於犯罪人採取不同程度的風險管理措施的痕跡。

三、環境的控制與風險管理－犯罪風險的控制與受害者²²¹

針對地點、時間等環境因素，二分論中除了對於嚴罰端採取隔離監禁措施外，在寬鬆端風險論述的刑事政策更可顯現出此特點。在風險論述下，包括我們討論過的情境控制中，主要是找出較可能發生犯罪的環境狀態，此後採取如監視設施的裝設、安排人員定期巡查或對於相關犯罪器材的管制，這樣的作法背後意義在於藉由對環境的控制來降低犯罪人選擇犯罪的可能，並在此之中塑造一個使大眾感到安全的環境且在此環境中安全的發展自身的生活與競爭。其背後的核心仍是

²¹⁹ 對此筆者僅能說是萬幸.....

²²⁰ 許福生（2003），〈累犯加重之比較研究〉，《刑事法雜誌》，47 卷第 4 期

²²¹ 李佳玟（2005），〈風險社會下的反恐戰爭〉，月旦法學雜誌，第 118 期，2005 年 3 月，頁 33-34

對於風險的統計與精算，並將風險的預防與安全的概念相連結，塑造出一個低犯罪風險且高安全的環境。除此之外，應注意到雖然筆者區分成兩段，一個是針對較為宏觀的環境而發，一個是針對具體犯罪人或族群的危險性，但其實犯罪人與環境的控制二者間都是一種風險評估來決定刑事司法上對策的操作，二者間是可以共存且處於相互關聯的因素。

除了對於犯罪者或犯罪環境的關注外，在風險論述的刑事政策與「安全」連結的狀況下，二分論中呈現出對於受害者關注的特點也有其意義，我們可注意到在風險社會中大眾生活於不安感下，因此對於這種不安感的消除或是塑造都成為刑事政策的核心機制之一。如 Garland 就曾指出當代犯罪學的轉變之一就是將凝視的目光從犯罪人身上轉到了「受害者」身上，一方面觀察受害者的因子尋找被害原因，進而尋求降低該原因以減少被害風險，但另一方面對於這個被害因子的論述與傳播過程中，對於單一受害者的論述被放大為一種「潛在被害人」的氛圍，使社會大眾出現人人都可能被害的不安感²²²。誠如 Garland 的觀察，在這種暴露於風險的不安感中更可以有效的推廣刑事政策的措施與正當化對於人們的干預，在強硬對抗犯罪的措施中，呈現一種「大談保護大眾與風險管理」的「工具性」語調²²³。由這種對於被害人形象由個體轉向集體恐懼的操作裡，可以看到風險論述下刑事政策不單僅是風險的控制面向，其同時也扮演著風險與不安感生產的角色，而這一切都是為了更緊密的達到安全控管的工作。

第三款 風險觀點下的反恐刑事司法論述與刑事政策—以「敵人刑法」為例

²²² 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》，頁 192-194，台北：巨流

²²³ 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》，頁 191，台北：巨流

承上述筆者認為當代刑事政策背後發展的主軸在於「風險」之概念，並以「第一次變遷」作為「風險」概念成為論述主軸的例子。接下來筆者試圖以風險論述理解反恐刑事司法論述，並初步解答本章開頭對於反恐刑事司法論述與「911」後刑事政策變遷於刑事政策發展脈絡中的定位。

筆者認為無論是本文觀察到的第一次或第二次變遷，其實都與「風險」的概念產生關係，且與其關聯性越來越強並成為論述的主軸。簡言之在制度外觀的變遷背後，刑事政策本身論述並未發生本質上的改變。以二分論的兩個對應面向為例，縱使分成嚴厲與和緩兩個面向，但不論是對犯罪者的隔離無害化或者是對被轉介者的情境預防與監控，只不過是風險控制的不同展現方式，兩種機制皆由風險控制與安全的追求而發：一個是將危險源徹底排除，另一個則是對於留存於社會中的風險進行監控與避免其實現為真正的危險。如果說一九七零年代以降矯治模式的失敗代表的是風險扮演更為重要的角色，且伴隨著二分論的形成使風險概念更細緻地落實於整個制度中，那麼「911」之後嚴厲面相走向更為嚴厲的發展呢？風險論述下又可怎麼去解釋？

回到筆者上開提到關於風險論述於刑事政策轉變呈現的現象作為判斷標準，我們可以發現到風險論述在反恐措施中的痕跡。在刑法部分，以愛國者法案第八章與「敵人刑法」理論中對於刑法處罰範圍的擴張為例，在實體面向上為了達成危險源的標記與控制，處罰的範圍被加以擴張與前置到對恐怖份子支持或幫助的行為，且刑罰效果上都出現顯著的提升。此外，如 Jakobs「敵人刑法」或近來風行的客觀歸責理論等，也都顯現出為了對社會上的風險進行控制，故有將作為行為準則的行為規範設定為法益，使行為規範的內涵成為對行為規範確認的情形，或者有將特定行政規章設定為歸責的基準或是法益的內容²²⁴，這些受風險概念影

²²⁴ 於我國刑法公共危險罪章的相關觀察，可見：黃佳彥（2009），〈論刑法第一百九十條之一——從

響的實體法上規定，背後呈現出的是將刑法愈往行爲無價值路線發展或過於擴張法益概念與處罰範圍的現象²²⁵。

在犯罪人的部分，也可能針對特定背景或類型者，將其視爲犯罪的高風險族群，因此特別增加對其之干預措施²²⁶，例如「911」後美國政府開始各種監視設施與嚴密的海關檢驗²²⁷，在這些措施中美國政府又特別針對中東裔與伊斯蘭社群進行，包括嚴厲的驅逐出境作法及對於阿拉伯族裔增加盤查或臨檢的機會，或較輕微者對於留學生的資訊控管或控制簽證發放，這些做法就是在環境中增加對犯罪干擾的因子，使犯罪人理性衡量後放棄犯罪行爲；另外對於被視爲異者的犯罪人形象者，也可能強化對其之懲罰與隔離進而降低風險，例如關達那摩受到無限期拘禁的隔離無害化措施。由此可以見到美國政府在風險控制上層層區分的做法，且以社群或族裔直接作爲危險源認定的標準，而非以實際上之行爲作爲風險判斷之標準，此外對於被認定爲嚴罰端的異者，在處遇上如我們在談到關達那摩拘留營或「敵人刑法」時談到的，在嚴罰或無害隔離之虞，其甚至失去二分論中嚴罰者本應享有的正當程序權保障，或失去任何國際法上的權利保護。此外針對「環境」的部份包括在可能遭受攻擊的機場或重大公共設施都增加更多的警力以及更廣泛的緊急連絡網，若是遇到風險特別高的特殊活動時，相關的控制措施會更強化於特定時地。

環境部分的另一個觀察點就在於製造安全的需求與不安定感的創造，以「911」爲例：美國政府許多措施縱使備受批判但依然順利運行（如：無令狀監聽、放寬無令狀搜索扣押、關達那摩拘留營的設立與使用）的重要原因之一，即是在 Bush

刑法機能角度觀察》，國立台灣大學法律學系碩士論文

²²⁵ 相關批評可見：李茂生（2009），〈風險社會與規範論的世界〉，《月旦法學雜誌》，173 期，頁 145-153

²²⁶ 李佳玟（2005），〈風險社會下的反恐戰爭〉，《月旦法學雜誌》，118 期，頁 33

²²⁷ 最明顯者，就是如果要搭上去美國的班機，不但出入境都必須要經過嚴密的檢查，且非美國者更是要比其他旅客早到機場開始進行檢查程序，另外對於入境者也有採集生物資訊等措施以控制風險。

前總統「反恐戰爭」的口號中，藉由媒體的宣傳與政治辭令等，塑造每個人身旁都可能潛藏恐怖份子或每個人都可能突然收到炭疽熱病毒的論述傳播下，使人們接受風險控制與安全為理由的嚴密控制與自由干預。這也與風險論述下對於將被害者個體經驗擴張到集團恐懼的作法是不謀而合的。

根據上開觀察，筆者認為以風險作為論述主軸的刑事政策，其特徵與論述脈絡在「911」後美國的反恐刑事司法中依然清晰可見，或可謂以風險為論述主線的刑事政策發展依然繼續處於一個持續性的狀態，且如 Garland 針對「911」的觀察所言²²⁸：

不管 911 造成了哪些其他後果，它幾乎沒有改變犯罪與控制與保安在美國與英國的家庭、會議室、立法機關裡的發展。

Garlan 的觀察正是筆者所採之立場，「第二次的變遷」並非一突如其來的改變，其依延續著原本路徑前進，而未有任何本質上論述的改變，我們觀察到的刑事司法變遷或立法現象，僅是在「911」的催化下，針對當時社會環境與反恐議題，在原本及運行的風險論述下，將七零年代以降以風險為主軸的刑事政策與刑事司法發展之特徵更加明顯化與擴大化的現象，但本質上仍是風險論述的一個延續。對此或許 Garland 在 2006 年時為《控制的文化》(The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society) 一書中文版的序言中，回顧「911」造成的改變時的論述，正是這個立場最好的註腳²²⁹：

我在此書中描述為「控制的文化」的日常例行活動、根深蒂固的思考方式與制度性模式都沒有消失。相反地，在美國 2001 年 9 月 11 日…的恐怖攻擊慘烈經驗之後，這套獨特的控制招數大全已被運用到隨之而來的新問題與優先順序上面。

²²⁸ 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》，頁 ix，台北：巨流

²²⁹ 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》，頁 iv，台北：巨流

第五項 風險、刑事政策與反恐刑事司法論述的脈絡－「他者化」脈絡

現在筆者已經勾勒出一幅圖示，該圖示中風險作為刑事政策的論述主軸，在風險概念的操作中，雖然不變動刑事政策發展的脈絡與論述，但回應實際的社會變遷或犯罪，得以展現出不同樣貌的策略外觀，七零年代以降直到反恐戰爭中的變遷都在這個脈絡上加以詮釋。但一點應注意者，「風險」概念的提出是七零與八零年代的產物，而刑事政策的概念也是近代的產物，但對於犯罪的處理與控制是人類歷史一直存在的現象，因此在風險與刑事政策的論述脈絡背後，應當有一個更長遠發展的脈絡可把風險論述置於其中，筆者認為關於犯罪處理於人類歷史中是一種「他者化」的脈絡，而風險與刑事政策都是此一脈絡下的展演。

在此依然可由二分論刑事政策開啓觀察，當我們談到嚴厲與和緩的面向時，犯罪學的發展上除了日常生活情境理論外，同時也出現一種「他者犯罪學」的論述。此犯罪學認為犯人為邪惡的，其本質上異於我們其他人，因此犯罪人是邪惡且威脅我們安全的「他者」²³⁰，因此處理上應使這些犯罪人「放著腐爛」²³¹，遂行社會防衛。Garland 指出同樣是以控制犯罪作為目的，不同於情境控制承認犯罪的存在，試圖深入社會生活並於情境中進行控制，不擾亂社會事件的進行以追求秩序，「他者犯罪學」是一種從外部運作的控制，過度的懲罰與隔離無害化都是此思想下的發展²³²。

²³⁰ 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》，頁 245-246，台北：巨流

²³¹ John Dilulio, *Let'em Rot*, in THE WALL STREET JOURNAL, Jan. 26, 1994, A14. (1994).

²³² 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》，頁 247-248，台北：巨流

承接上述犯罪學的發展，刑事政策上 Garland 對於矯治模式變遷後的觀察中，發現到一種對於犯罪人與社會關係的變遷，矯治模式下認為對犯罪人的治療對於社會有正面的助益，反之變遷中開始出現對犯罪人更形嚴厲的論調，被害人與犯人利益被視為相對立的二者：「同情心與關切應轉移到無辜受害者身上，而非有罪的犯人」，大眾安全成為首要考量而凌駕於犯人權利的尊重²³³。這種發展搭配的是「汙名」的新價值，矯治模式下為了避免社會復歸的困難，因此汙名化行為必須謹慎考量而為，隨著矯治模式的失敗，「汙名」發揮其新的功能²³⁴。Erving Goffman 對於「汙名」的研究中，曾指出具有特定特徵者（如：生理上的異常）會易於遭到汙名化而生差別對待²³⁵。如果將 Goffman 的想法延伸到刑事政策中，則包含飲酒、塗鴉、流浪等失序的行為，都可以被認知為是異於正常秩序的特徵，且這些特徵都可能影響生活的品質，而產生將犯罪人「他者化」的現象²³⁶。

「他者化」的現象並非近代才出現的現象，這是需注意者。René Girard 對於「替罪羊」（le bouc émissaire）的考察中，即指出於中世紀黑死病盛行的時，對於不知情的病因無法描述的狀況下，當時的歐洲人民即以「瘟疫」一詞代替這個原因²³⁷，而這種恐懼強化了對替罪羊的尋找，Girard 引用同時代的詩篇《納瓦爾國王的審判》（Le jugement du Roy de Navarre），指出當時的猶太人被視為是一切的禍首，且將瘟疫連結到猶太人下毒的行為²³⁸。在 Girard 的描述中，我們可以發現在人類歷史的脈絡中，標示出一群異常的他者（這個異常僅是被我們認知與我們相異即可）的「他者化」現象即已存在，而任何的失序或災難都可以與他者的特質相連

²³³ 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》，頁 240-241，台北：巨流

²³⁴ 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》，頁 241-242，台北：巨流

²³⁵ 高夫曼（Erving Goffman）著，曾凡慈譯（2010），《汙名：管理受損身分的筆記》，台北：群學

²³⁶ 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》，頁 242，台北：巨流

²³⁷ René Girard 著，馮壽農譯(2002)，《替罪羊》，頁 28-29，台北市：臉譜

²³⁸ René Girard 著，馮壽農譯(2002)，《替罪羊》，頁 25-27，台北市：臉譜

結，而懲罰與刑事制度的發展也可以視為是對於他者進行處理，以回復生活秩序的策略。Foucault 也曾指出對於正常與否的區分，以及對不正常人的處理，作為權力與歷史上刑事制度展演的例子，這是第四章中筆者會一併說明的²³⁹。

拉回到七零年代以降的刑事政策與刑事司法發展中，Garland 提到對於特定犯人犯案後「他者化」的現象，犯罪人被視為與「我們」不同的「他們」，各種失序的行為與特質被認知為一種與我們相異的社會與文化區隔，且「他們」的文化沾染的暴力與毒品，標示出作為「危險的他者」的身分²⁴⁰。筆者對此想說明以下三點：

一、由 Girard 到 Garland 的觀察，我們可以注意到「他者化」脈絡長久的存在，在人類歷史中將特定人或族群加以差異化並標示的行為是不停反覆而為的，因此其並非當代刑事政策所獨有的特徵。

二、因此如 Garland 所觀察到的現象，如果結合本文已談過的「風險」論述。以風險作為論述主線進行刑事政策的發展，其實可以納入「他者化」的脈絡中，筆者認為作為近年才發展出的新概念，「風險」可以看成是「他者化」脈絡於當代的新策略或新呈現方式，正如中世紀歐洲的「瘟疫」，現代社會中與不安感相連的「風險」成為新的論述辭令，以風險為主軸的刑事政策發展，可看成是人類歷史發展脈絡中的一環，本質上的「他者化」脈絡則未變質。

三、相較於瘟疫，或許風險一詞背後有較為先進與科學化的判斷機制與方程式，惟筆者認為這無損於風險論述與「他者化」脈絡的關係，毋寧說這些新的風險判

²³⁹ MICHEL FOUCAULT, SÉCURITÉ, TERRITOIRE, POPULATION: COURS AU COLLÈGE DE FRANCE, 1977-1978 58-9 (2004).

²⁴⁰ 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》，頁 242-243.，台北：巨流

斷方式，正是一種更為精緻的「他者化」策略展現，藉由科學化的風險判斷（統計學、基因的分析等）使「他者」的捕捉更為強大且形象更鮮明，且對他者的處遇也更具有正當性²⁴¹。

如果說風險論述作為當代刑事政策發展的論述主軸，而風險與刑事政策也僅是「他者化」脈絡的一環，則此種差異化並不停產生新策略予以對待的現象，自然可用於觀察「911」後的反恐戰爭，美國對於伊斯蘭教社群與阿拉伯裔人口的控管，以及對於恐怖份子及嫌疑犯極度嚴厲的對待，除了以風險控管的角度理解，背後更深層的脈絡其實是一種「他者化」的展現。接著問題是：這條脈絡與相應的刑事政策發展，是否可以納入我國的討論中。

第五節 風險論述下的台灣現況與問題的提出

回顧第一章時說所說的，筆者在第二章、第三章的工作，亦即本論文第一部份的工作目的，在於呈現筆者對於反恐立法與刑事政策，自實定法以至刑事政策面向間的關係。而在本節中，筆者將就這段關係的特點，敘述其作為當代刑事司法的普遍性質，並從我國制度中去尋找筆者討論的論述於台灣的呈現，並於最終提出筆者本論文中所欲追問的問題。

不過上開刑事政策理論的介紹、變遷的說明、論述主軸的剖析與背後的脈絡，都是以英美刑事政策作為觀察對象，因此勢必要處理一個關鍵的問題：「英美刑事政策論述的分析與我國是否有所關聯」。以下筆者即先說明我國現況與英美刑事政策的關係，建立起一個連結，使筆者觀察的反恐刑事司法論述或英美刑事政策論述可適用於我國，再說明此脈絡下我國制度的內涵，以呈現作為筆者分析對象的

²⁴¹ 對於自然科學差異與社會科學中差別對待的關係，國內有精闢的文獻分析：李茂生（2003），〈論刑法修正草案第十條有關性交的定義〉，《台灣本土法學雜誌》，46期

刑事政策論述於我國與英美的普遍性與關聯性。

第一項 納入論述脈絡與變遷的我國—上開論述與我國的連結

相較於英美刑事政策的發展以及反恐法制的訂定，誠如前章所言我國並無其所遭遇到的此種大規模攻擊行動，或者說我國並無遇到同樣程度的危險或同種犯罪型態風險，但這並不代表我國刑事司法中就不存在與英美刑事政策或背後論述的關聯。以下筆者即自兩個面向說明我國與英美之間的關聯：第一個是立法層面的關聯，第二個則是社會現象中「他者化」論述的樣貌。筆者即立於這兩點上，說明我國的刑事司法發展與英美刑事政策論述間一併討論的可行性。

第一款 刑事政策與立法上的關聯性

本款中，筆者將從兩點說明我國與英美刑事政策間的關聯性，其一是法務部對於「寬嚴並濟」刑事政策的採用，其二則是目前僅止於草案階段的反恐行動法草案。

第一目 我國的「寬嚴並濟」刑事政策

作為本文對英美刑事政策觀察起點的二分論刑事政策，於我國則稱為「寬嚴並濟」的刑事政策²⁴²²⁴³，1999年宣示採取「寬嚴並濟」的刑事政策後，於2002年刑法修正草案中也明白宣示將朝此方向修法。在法務部資源有效運用的宣示下，為了處理「監獄過度負荷」、「司法資源有限」、「犯罪問題擴大」等問題，法務部的方向上決定減輕刑事司法機關與矯正機關的負擔，並將資源集中應用於重大犯罪

²⁴² 法務部新聞稿（1/7/2005），<http://www.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=26984&ctNode=28252&mp=001>（最後瀏覽日期：02/05/2012）

²⁴³ 關於名稱選擇與學說上認知的差異，此部分之考察，可見：謝煜偉(2004)，〈二分論刑事政策之考察與批判——從我國「寬嚴並濟的刑事政策」談起〉，頁10-11，國立台灣大學法律學系碩士論文

觀察法務部的方向，可見其亦區分為「嚴格的刑事政策」²⁴⁵與「寬鬆的刑事政策」²⁴⁶兩個面向²⁴⁷。且觀察其修訂方式，於實體法與程序法層面上皆以寬嚴並濟刑事政策的思維進行立法工作－刑法作為當為規範的制定，刑事訴訟法則作為整體程序運作的配套。對此我們可以觀察到一個「重刑化的實體法」與「微罪轉介的程序法」結合而成的刑事政策的誕生及與實定法中的實現：一方面對於重大犯罪者加以嚴罰，另一方面對於輕微犯罪者則藉由訴訟程序使之回流社會，寬鬆面向的資源節省，可使資源投注於對抗重大犯罪²⁴⁸。也就是說在實體法進行區分，對於較輕微（寬鬆面向）的犯罪者盡量於刑事程序中將其轉介回社會中，並使用其他方式加以矯治或控制，對於嚴重（嚴厲面向）的犯罪者則加重刑罰效果採取將其隔離監禁的措施，但為了強調此嚴罰正當性，在程序法上也轉為更嚴格或謹慎的程序以強調正當法律程序的精神²⁴⁹。

作為筆者解析刑事司法論述的英美刑事政策，其中的二分論刑事政策已於我國移植式的立法政策下引進台灣，一方面我國向來矯治模式發展薄弱甚至可謂不存在矯治模式的狀況下，加上台灣社會與政治辭令中普遍存有「亂世用重典」的思想，因此英美刑事政策發展中轉向嚴罰與危險源排除的思維，在我國也可能發

²⁴⁴ 法務部檢察司（1999），《法務部檢討暨改進當前刑事政策研究小組研究資料彙編》，頁 1

²⁴⁵ 嚴格面向的修訂包括了：廢除連續犯及牽連犯、緩刑效力不及於褫奪公權、提高數罪併罰執行上限暨死刑、無期徒刑減刑之刑度、自首改為「得」減輕其刑、提高無期徒刑之假釋門檻、建立重罪三犯及性侵害犯罪受刑人治療無效果者不得假釋之制度、建立完整之性侵害犯罪治療及預防再犯體系、罰金易服勞役之期限由六個月提高至一年

²⁴⁶ 寬鬆面向的修訂包括了：拘束人身自由之保安處分適用罪刑法定主義、限縮褫奪公權適用範圍、短期自由刑的轉向、未滿十八歲不得判處死刑或無期徒刑以符合國際公約

²⁴⁷ 法務部新聞稿（1/7/2005），<http://www.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=26984&ctNode=28252&mp=001>（最後瀏覽日期：02/05/2012）

²⁴⁸ 法務部檢察司（1999），《法務部檢討暨改進當前刑事政策研究小組研究資料彙編》，頁 2-3

²⁴⁹ 不過這種作法是否真的可以達到謹慎審判以求嚴罰正當性，則令人懷疑，蓋其有可能只是一個單純僅為了正當化嚴罰的包裝，抑或於程序中對於嚴罰犯罪人，法官可能早有心證或受輿論影響，要真正謹慎審判可能也並非易事。相觀批評可見：謝焜偉(2005)，〈寬嚴並濟刑事政策之省思〉，《月旦法學雜誌》，126 期，頁 153-157。

生相同的現象。另一方面，作為筆者分析對象的是美國反恐刑事司法背後的「論述」，且本文分析的重心也是尋找刑事政策背後的論述主線與脈絡，因此當英美刑事政策被引入我國後，雖然可能產生本土化的制度，惟背後的論述主軸依然是相同的，制度的外觀也僅是這些論述針對我國文化與環境應對而生的結果。在二分論刑事政策這個連接點上，可以發現到我國與英美刑事政策論述的關聯。

第二目 反恐行動法草案的擬定

除了千禧年前後關於寬嚴並濟刑事政策的引入與刑法修訂外，2002年法務部也在「我國目前雖非聯合國會員國，但對於共同維護國際和平之努力向不餘遺力，身為地球村之一份子，尤不能置身於世界反恐行動之外，自應積極配合建構相關反恐作為及完備法律制度，以與世界各國建立反恐合作關係。」的說辭中，研擬了台灣版本的反恐法案²⁵⁰。作為一個發生恐怖攻擊機率較低的國家，法務部此舉也引發討好他國的譏評²⁵¹，不過筆者認為姑且不論法務部當時立法立意為何，本文既然要以反恐刑事司法論述作為分析對象，則我國反恐法草案於比較法上相似程度如何，是否與筆者觀察的美國法論述間有其關聯性，是一個觀察重點。

由於本文工作在於解釋刑事司法背後的「論述」，筆者於此並不打算「逐條釋義式」地介紹反恐行動法草案每一條條文，或是對於這部混雜組織法、作用法與刑事法於一身的法規進行立法層次上的批判檢討²⁵²。本論文中僅對反恐行動法草

²⁵⁰ 法務部，<http://www.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=27404&ctNode=27518&mp=001>（最後瀏覽日：02/06/2012）

²⁵¹ NOWnews，立法院 15 日審查反恐行動法草案，在野立委質疑討好美國，<http://www.nownews.com/2003/12/14/304-1557279.htm>（最後瀏覽日：02/06/2012）

²⁵² 如果單獨觀察我國反恐行動法草案，可發現該法短短的二十數條條文，卻想把複雜而涉及範圍甚廣的恐怖行動相關規範都一網打盡，這也造成本法中組織法、作用法混雜，甚直連刑事處罰規定都規範於本法內。與美國愛國者法案相比對更可見我國立法的詭異之處，愛國者法案認為反恐法制複雜性不可能進行一部一網打盡的反恐法典制定，因此改為針對現有的法規進行修改。其實愛國者法案中諸如對於洗錢、通訊監察或搜索等等規定的修改性立法，在我國也是可行的做法，我國對於上開領域亦有洗錢防制法、通訊保障監察法、刑事訴訟法等可以加以處理，因此與其制定一部一網打盡（反而漏洞百出且體系雜亂）的反恐行動法，針對現有的法規進行一個修訂或許是較可行的方式。

案進行觀察，並將重心則置於與美國反恐法制中像似的部分，觀察二者的相似性。

面對難以掌握的恐怖行動，通訊監察是最有效但也是對於人民基本權干預最嚴重的手段，由於我國刑事訴訟法中欠缺對於通訊監察之規範，因此制定了通訊監察與保障法進行規範，且歷經大法官解釋 631 號與修法後形成現行法規，對於通訊監察設有嚴格要件限制，包括通訊監察書之令狀要求、僅有法官可核發令狀等規定。對此我們可注意反恐行動法草案的第 6 條，這是該法對於通訊監察門檻與要件之規定，由於面對的是傷害性更強大且攸關國家安全與重大公益的恐怖行動，在通訊監察的門檻上做了相當大的放寬：「監聽國際恐怖組織、恐怖份子的通訊，由國家安全局長核發通訊監察書，如通訊一方在我國境內且設有戶籍者，則須先經高等法院專責法官同意，但情況急迫者不在此限」。第一個值得注意的點是對於在我國境內有戶籍者與沒有戶籍者進行區分而異其處理，這樣區分本國人與外國人之目的何在值得討論，且這樣的區分也可以在美國反恐措施與 Hamdi 案中發現；第二個更值得注意的點在於「令狀核發機關的放寬」，大法官釋字 631 號解釋後已宣告檢察官核發通訊監察書應屬違憲，通保法第 5 條也因而修正限於法官有此權限，理由在於檢察官帶有部分行政權之性質且偵查工作的進行也會影響其對於令狀核發審查的嚴格與否。但在反恐行動法草案中不但放寬，而且是由完全代表行政權性質的國安局長進行核發，這樣行政權的過份擴張令人質疑其正當性，甚至有違憲之虞。且由情治單位進行令狀的核發，可說是將對於人民基本權干預合比例與否的審查工作，交由原本應由司法審查的被審查者來自行審查，對於人民未來可能的侵害不言可喻。最後本條同通保法依然保留了急迫狀況的無令狀權

不過更深入觀察反恐行動法草案或許可以發現我國這樣的立法並非偶然，單單在立法時就可明顯發現權責機關不明的狀況，一個權責不明的狀況下本法如何操作令人相當懷疑不說，在搭配上上開這種象徵意義大於實質意義的立法方式，或許可以說我國加入所謂的反恐立法或反恐戰爭在政治意義的考量上（如：追隨國際潮流、增加國際合作機會、爭取預算經費）遠遠大於對於建置完整反恐法制的追求，或許正如立法理由中說的：本法目的在於配合國際潮流。本法或許真的就僅僅是配合國際潮流吧。對於這些問題本論文並不打算處理，而僅是提出這些問題供日後筆者或其他研究者延伸討論之用。

限，對此事後應如何審查與追認、如何有效控制其監聽手段合法性、控制監聽合理範圍限制也都欠缺明確規定而有待日後討論²⁵³。

除了監聽外另一個可供觀察的面向為搜索行為。反恐行動法草案第 9 條第 2 項規定：「對於有事實疑為恐怖份子所在之住宅、建築物或其他處所，只要對於人民生命、身體、財產受有**迫切危害之虞**，非進入不能救護或防阻者，即得進入檢查。」該條文立法理由說明欄，謂係參考行政執行法第 36 條、第 40 條的規定，對於住宅、建築物或其他處所之進入檢查，以人民生命、身體、財產受有迫切之危害之虞，非進入不能救護者為限。對此完全與刑事訴訟法下進入屋內搜索行為需要法官核發令狀的原則背離，縱使刑事訴訟法第 131 條有緊急搜索的無令狀搜索例外規定，惟本條立法理由說明中完全忽略刑事訴訟法的相關要求，而僅是論述其參考點為行政執行法。退萬步言，就算參考的行政執行法，該法第 36 條與 40 條的規範是針對「迫切危害」的狀況進行處理，但注意本條基於預防危害的觀點，將之擴張到「迫切危害之虞」的情形，在解釋的空間上可以將對於人民的權利干預無限制的擴張。

除此之外本草案也有類似於愛國者法案的刑罰加重規定，與刑法上相同的犯罪行為，若被認定為恐怖活動時則刑度上會有所加重。從上面我們提到的通訊監察與搜索的權力擴張與實體法上的刑度加重，可以發現許多與美國反恐法制相似的規定存在，也存有相同的問題：對於人權的過度干預。不論我國或美國的立法都是針對國家安全與反恐的重大公益追求，因而在現行法制下將例外狀況加以擴張，以通訊監察無令狀例外為例，僅可能在公益追求遠凌駕於個人權利始可能允許此種行為，我國草案雖尚未通過，惟觀察美國法已經出現過的行政權濫權無令

²⁵³ 對於通訊監察的放寬，即有論者認為當我國已將通訊監察核發權加以限制時，反恐立法卻背道而馳擴張偵查者權限，對此有侵害人權之疑慮。詳見：李佳玟（2005），《台灣反恐怖行動法制之研究》，行政院國科會專題研究計劃成果報告，頁 4；陳清田（2009），〈反恐怖主義立法與關鍵議題之研究〉，《2009 數位內容暨公共事務學術研討會》，頁 474

狀監聽之爭議，即可發現此種濫權危機未來在我國未嘗不會發生（何況我國歷史上行政權濫權監聽的傳聞甚至是歷史事實確實發生過），此外包括搜索權限與通訊監察令狀核發的權限擴張也都是我國與美國共通的問題，由此可知在反恐法制的架構之下，這不是一個美國單一國家的問題，而是普遍性的問題。

雖然目前該草案仍屬未通過狀態，但真正需要注意的是一個普遍性的問題：反恐刑事司法論述中呈現出風險概念作為論述主軸的樣貌²⁵⁴，在以風險做為思考主軸的狀況下，美國的反恐刑事司法論述其實也呈現於我國刑事司法中，正如上述二分論刑事政策於我國的發展一般，反恐法草案或許只是一個政治議題或配合反恐熱潮的產物，惟其透露出仿效西方法律的做法以及其條文規定的模式，都呈現出英美刑事政策或刑事司法論述的發展，與我國的關聯性。

第二款 「他者化」脈絡與台灣社會現象中的呈現

上一節的末段，本文談到了風險與刑事政策的論述都可置入人類歷史中源遠流長的「他者化」。本文認為此論述脈絡於台灣亦可發現，故筆者所欲觀察的刑事司法論述與刑事政策發展，雖以英美刑事政策的觀察為楔子，惟此論述的適用亦可納入台灣，以下即以兩個例子說明台灣社會中「他者化」現象，惟其並非本文主題，故筆者僅是呈現現象並說明此脈絡於台灣發生的現實，而不會進行更深入的討論。

第一個案例為「外籍配偶」²⁵⁵，外籍配偶中特別以東南亞國家的配偶為例，

²⁵⁴ 李佳玟（2005），《台灣反恐怖行動法制之研究》，行政院國科會專題研究計劃成果報告，頁 1-28

²⁵⁵ 不過此處的外籍配偶指涉範圍並非以國籍為區分標準，而是多指涉「東南亞國家」的外籍配偶，例如廣告中常見的越南新娘。這也是筆者在學生時代有趣的經驗，對於外籍配偶的「他者化」現象中，特定被標示作為社會問題的外籍配偶，背後多代表貧窮、落後與知識貧乏，連帶論述其下一代的教育問題成為台灣發展的累贅。反之同為外國籍的歐美澳加等國家配偶，卻是先進的象徵，但國籍是否可作為區分標準令人懷疑。同樣的現象更可在網路世界中觀察，如台灣著名的電子公佈欄 ptt 上，即有一個名為「CCR」或「ㄘㄘ尺」的版面，其上最常出現的爭議即為「異國戀情是否限

當台灣社會對於族群或省籍的區分日漸趨緩或隱晦化時，意圖繼續尋求發展的台灣也同時面對國際環境的改變與競爭力下降的問題，雖然問題的來源眾多，但對於身分特殊（或外表明顯不同）的外籍配偶，則形成相關的論述將其指涉為台灣未來進步的問題²⁵⁶，甚至有要求外籍配偶不可以生育的「遺毒論」²⁵⁷。以天下雜誌中對於外配子女的一段討論為例²⁵⁸：

台灣必須實際面對的另一個現象是，十餘年來與東南亞女子成婚的人，不少是社經地位低，地處偏僻，甚至是身心障礙。例如澎湖居民可支配所得是全國最低，新女性移民者所佔比例最高，達 21%。加上多數外籍新娘在本國受教育的水準不高，又不懂中文，無法輔導下一代課業，影響他們上學、就業，很難如台灣一般人向上流動。「布衣可為卿相，木屋到白宮之路，對他們大概不太可能」…欠缺適當的輔導與豐富的教育資源，這些新移民的下一代，往往在起跑線上就不公平。未來他們在學校也易遭受排擠拒絕，容易成為中輟生，造成社會問題

這段論述中，外籍配偶原本國家的經濟狀況與其本國籍配偶的社經地位成爲了一個特質，當台灣的未來面臨挑戰時，外籍配偶成爲不一樣的「他們」，對其不利的言論被與我國的社會問題連接，一個「他者化」的現象在台灣發生。

另外一個案例則是世界各國皆會發生的「遊民」問題，遊民的聚集帶來的失

於與先進國家或白人」或「東南亞國家的伴侶是否屬於本版討論範疇」，亦有談到外國男性較有禮貌的論題時，將該外國籍人士進行範圍限縮的狀況，或許這僅是網路笑談而非嚴謹論述，惟這種思想與我國社會對於外籍配偶「範圍限定」的「他者化」現象實有異曲同工之妙。

²⁵⁶ 如有報告指出：「就外籍勞工而言，他們皆爲暫時性的移民，可以說是經濟與社會發展的結果，可能會造成國家進一步的發展以及改善經濟與社會條件；但亦可能促成國家經濟停滯與社會不公平。就外籍配偶而言，他們可經由婚姻和傳宗接代的關係取得移民條件，但由於語言、文化、價值觀等差距，對其個人會產生適應上的問題，對下一代「台灣之子」亦會產生教養方面的問題。」，見：朱蓓蕾，〈外籍勞工與配偶管理問題之探討〉，《國政研究報告》，

http://old.npf.org.tw/PUBLICATION/IA/094/IA-R-094-003.htm#_ftnref20（最後瀏覽日：02/01/2012）

²⁵⁷ 廖本煙：應查越娘有無遺毒，

<http://city.udn.com/v1/city/forum/article.jsp?aid=1583593&no=51040&raid=1624389#rep1624389>（最後瀏覽日：02/06/2012）

²⁵⁸ 楊瑪俐、楊艾俐等/著（2004），《新臺灣之子》，頁 154-163，台北：天下雜誌

序現象雖然並非犯罪行爲，但對於強調一個良好競爭環境與秩序的台灣社會，這種眼前的失序與混亂，即被視爲一種潛在的犯罪風險²⁵⁹。此外，雖然遊民的產生理由諸多，惟可見到論述是以強調其「遊手好閒」爲由，將懶惰與遊民畫上等號，並作爲對其進行驅趕與管理的正當化理由²⁶⁰。本文認爲「遊民」也是一個適切的案例，表現出風險與「他者化」脈絡結合下會產生的論述與相應的處理方式。以上二者都是台灣的「他者化」現象，也可見此一脈絡在台灣的土地上也是存在的狀況，則刑事司法中出現「他者化」的狀況也並非一件意外的事情了。

第二項 我國的現況與風險論述－性侵害犯與保安處分爲例

在「他者化」與風險論述的脈絡下，縱使我國並無如英美遭遇的大規模攻擊行動之恐怖份子存在，但如果我們將恐怖份子不特定爲某種行爲，而強調其作爲他者與風險的意涵：風險論述中對於大眾產生極大風險侵害與不安感的犯罪行爲。那麼在我國社會中以連續性侵害犯爲例，其爲台灣社會帶來的集團恐懼與風險程度，應可類比於使美國人民感到極度不安與無法確實做到安全與風險管理的恐怖份子。事實上，如果將英美刑事政策下的恐怖份子置於嚴罰的一端（從「911」後的反恐立法來看，也確實是如此），在台灣於二分論刑事政策實行後，最清楚被列爲「嚴罰端」或是所謂「敵人形象」的顯例絕非性侵害犯莫屬，縱使我國並沒有對連續性侵害犯開設台灣版的關達那摩拘留營或予其完全剝奪法律上程序保障的對待，但性侵害犯作爲台灣社會中最爲大眾討論與恐懼的犯罪類型，其代表之風險程度實可作爲風險論述與刑事政策之案例²⁶¹，以下筆者即以我國對於性侵害犯

²⁵⁹ 2012年初即有台北市議員表示：「過去幾年已槍決的死刑犯不止一位他們姦殺數名其中最最小三歲幼童和婦女的慘劇你們沒看到嗎」，爾後這則言論被指稱爲純屬憑空杜撰而無根據的謊言，不論該言論的真假（並非本文的重點），這段言論可以看到遊民被視之爲一種代表失序的風險，進而被「他者化」的現象。相關議題可見：應曉薇：遊民是治安威脅 作家嗆「無恥謊言」！，公視新聞議題中心，<http://pnn.pts.org.tw/main/?p=37283>（最後瀏覽日：02/06/2012）

²⁶⁰ 如台北市議員應曉薇即在台北市議會質詢時，表示：「重點是這些人惡劣到極點…大部分都是**好逸惡勞**的人聚集在該處當遊民，製造了許多髒亂」，見：2010年10月27日台北市議會質詢紀錄，<http://goo.gl/LE1j9>（最後瀏覽日：02/01/2012）

²⁶¹ 相似類比可見：李佳玟(2005)，〈風險社會下的反恐戰爭〉，《月旦法學雜誌》，118期，頁30、

在實體與程序上之規定做簡單的介紹與分析。

對此筆者在此要強調本文並非主張強制性交或性自主權侵害的除罪化（實在殊難想像），而是要從實體與程序規定中，彰顯出性侵害犯於我國刑事法中的特殊地位與形象，並以此與風險論述、「他者化」脈絡相連接，呈現出關於風險與刑事司法間的「論述」，實際上是普遍性存於英美與我國，故相關的問題都可置於同一脈絡下加以討論，最終這個「論述」也正是筆者所欲分析的對象。

第一款 性侵害犯於我國刑事司法中的特殊性與實體法規定

性侵害犯於我國刑事司法中居於一個很特別的角色，他的論述量與爭議都是最多的，從華岡之狼的假釋案件中我們更可以發現到，諸多犯罪中台灣社會大眾對於性侵害存有特別的恐懼，每當有主張者認為應還其自由或性侵害犯申請假釋時，其遭遇的障礙往往特別多，最常見的論調即為「每個人將可能成為下一個受害者」的說帖而主張將其繼續監禁，而這樣的作法實際上正是以風險論述為主線的當今刑事政策最常運用的方式，將對於被害者的注視投射為普遍性的集團恐懼，進而在風險控制與大眾安全的追求下，將性侵害犯的人身自由加以限制以維護社會的安寧。

於此筆者並非主張性侵害犯不需要處罰，蓋法益侵害原本即有受刑事法規範與評價的必要，筆者在此僅是想指出對於諸多法益侵害類型中，某種被最為嚴厲對待的類型，以下是我國刑法（下稱本法）中對性犯罪人保安處分之規定，從中我們可以注意到幾個特點²⁶²：

32

²⁶² 由於筆者此處工作僅止於對性犯罪人相關規定的簡單介紹，故相關立法歷程或評論在篇幅上恐不容許筆者多加詳述，相關論述可參考：李茂生(2003)，〈論刑法部分條文修正草案中保安處分相關規定〉，《月旦法學雜誌》，93期，頁101-113

刑法第 91 條之 1：

犯第二百二十一條至第二百二十七條、第二百二十八條、第二百二十九條、第二百三十條、第二百三十四條、第三百三十二條第二項第二款、第三百三十四條第二款、第三百四十八條第二項第一款及其特別法之罪，而有下列情形之一者，得令入相當處所，施以強制治療：

- 一、徒刑執行期滿前，於接受輔導或治療後，經鑑定、評估，認有再犯之危險者。
- 二、依其他法律規定，於接受身心治療或輔導教育後，經鑑定、評估，認有再犯之危險者。

前項處分期間至其再犯危險顯著降低為止，執行期間應每年鑑定、評估有無停止治療之必要。

一、處罰範圍的擴張

相較於舊法時代，現行法第 91 條之 1 對於性犯罪人的處罰範疇，多增加了第三百三十二條第二項第二款、第三百三十四條第二款、第三百四十八條第二項第一款及其特別法之罪，因此其處罰範圍上是擴張的。

二、由「刑前」治療改為「刑後」治療

現行法下將強制治療挪至執行期間將屆滿前為之，此外就裁判前之鑑定制度同樣移至此時點為之。

三、不確定的處分期間－絕對不定期刑的允許（？）

本法第二項中條文修正為「前項處分期間至其再犯危險顯著降低為止」，此模糊規定形同使被告面臨無限期監禁之可能性。

四、無犯罪而受保安處分之可能

於 91 條之 1 第一項第二款中，曾為性犯罪人者，有可能於刑後並未犯其他性侵害案件時，卻再次接受保安處分，出現未犯罪而有刑事處遇的狀況。此款所指的其他法律規定，應係性侵害犯罪防治法第 20 條、22 條與 22 條之 1 之規定。

從上開特點中，我們可注意到對性犯罪人之保安處分，若以風險論述的角度觀之，處罰範圍的擴張可視之為對於法益尋求更為周全的保護，實際上也正如愛國者法案中擴張修法之行爲，其表彰者為對風險控制範疇的擴大。此外就不定期刑的部分，其文字上所謂「前項處分期間至其再犯危險顯著降低為止」，在不明確的條文下，醫師勢必難以做出確定的鑑定結果，如此受刑人將面臨永遠不得離開監禁處所的命運，對此如學者李茂生即批評此措施目的實在於「保安目的（社會防衛）」，且不當使醫生擔負起此項工作，且當醫生鑑定且釋放後再犯時，對於醫生責任的課與或責難，都將使醫生不願背負社會責任而做出不予釋放的決定，則被告形同受不定期之人身自由拘束²⁶³，此制度有人權侵害之疑慮。

此種保安處分的規定方式，筆者認為一方面在不定期刑監禁的部分，可謂是將高風險的危險源（性犯罪人）加以無害隔離以控制風險的嚴罰措施，且以台灣社會為例，對於性犯罪人視為類似於「敵人」的狀況下，此種刑罰的擴張與加重正合於 Jakobs「敵人刑法」理論的精神。另一方面，雖然在保安處分中仍有矯治性質的條文，惟筆者認為這僅是一種矯治模式的包裝，實際上立法者充分表現了將性犯罪人在人格上視為絕對的危險源並加以排除的意思，特別是於同條第一項第二款中，對於未犯罪者的不定期刑監禁，更凸顯出以該人代表之危險性（而非其行爲）作為無害隔離理由之情形。

²⁶³ 李茂生(2003)，〈論刑法部分條文修正草案中保安處分相關規定〉，《月旦法學雜誌》，93 期，頁 110

以美國的反恐法制為例，關達那摩拘留營正當化論述的其中之一論調，即是將其與精神病患的非同意無限期強制治療加以類比，在此我國的保安處分中也可見到類似的操作，此外如同精神疾病病因的探尋，性犯罪中也同樣可藉由科學化的論述，來正當化無限期拘禁的狀況，因此我們應注意的是在風險論述為主的刑事司法中，可能存在的危機：以治療為名行無限期監禁之實。

第二款 性侵害犯於刑事程序與執行中之相關規定

除了保安處分中的規定外，在刑事程序中對於性犯罪人也多有限制，以刑法 91 條之 1 的保安處分為例，作為限制人身自由的宣告程序，僅須由執行刑罰的治療人員或主管機關進行評估報告，即可以單方裁定的方式宣告不定期刑之保安處分，此種影響被告權利甚大之程序卻如此草率，明顯欠缺了正當法律程序的保障，而未賦予當事人參與程序並陳述之機會²⁶⁴。筆者認為雖然此狀況未達如關達那摩拘留營中被拘禁者之處境，惟就程序權近乎無相關權利保障，而將是否不定期刑監禁交由行政機關的單方決定一事，實際上已與其處境相去不遠矣。

除了上開保安處分上中程序權的明顯剝奪外，對於性犯罪刑事被告於刑事程序中的限制，雖情況不如保安處分嚴重，惟亦可見於性侵害犯罪防治法中：

性侵害犯罪防治法第 16 條：

對被害人之訊問或詰問，得依聲請或依職權在法庭外為之，或利用聲音、影像傳送之科技設備或其他適當隔離措施，將被害人與被告或法官隔離。

被害人經傳喚到庭作證時，如因心智障礙或身心創傷，認當庭詰問有致其不能自由陳述或完全陳述之虞者，法官、軍事審判官應採取前項隔離詰問之措施。

²⁶⁴ 盧映潔（2005），〈我國刑法修正案有關增減刑罰及保安處分規定之探討與評析〉，《月旦法學雜誌》，121 期，頁 270

審判長因當事人或辯護人詰問被害人不當而禁止其詰問者，得以訊問代之。
性侵害犯罪之被告或其辯護人不得詰問或提出有關被害人與被告以外之人之性
經驗證據。但法官、軍事審判官認有必要者，不在此限。

性侵害犯罪防治法第 17 條：

被害人於審判中有下列情形之一，其於檢察事務官、司法警察官或司法警察調
查中所為之陳述，經證明具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必
要者，得為證據：

- 一、因性侵害致身心創傷無法陳述者。
- 二、到庭後因身心壓力於訊問或詰問時無法為完全之陳述或拒絕陳述者。

在程序面上可注意到我國性侵害犯罪防制法相關規定在「減述」的政策導向下，性侵害犯罪人對於被害人將失去面對面對質詰問的機會。自大法官解釋 582 號釋字後，對質詰問權一直被視之為憲法位階之權利，但於性侵害犯作為刑事被告的程序中，對於鑑定人或鑑定機關的詰問權保障卻更加的限縮，以性侵害犯罪防治法第 17 條為例，在原本刑事訴訟法傳聞法則與例外規定皆有適用的狀況下，本法又參照刑事訴訟法第 159 條之 3 的規定，而多增加了一項「傳聞例外」的規定，對於被告詰問權的保障更加的限縮²⁶⁵。此種傳聞法則適用範圍的縮減，以美國反恐立法為例，在有效控制風險與加快程序進行訴訟以避免更大危害發生的說帖下，證據法上之保障經常成為被剝奪的對象，本條同樣是停止適用傳聞法則而賦予證據作為傳聞例外之情形，惟在立法理由上則有所差異，我國法理由較偏重於被害人保護，應值注意。

²⁶⁵ 林鈺雄 (2011)，〈性侵害案件與對質詰問之限制－歐洲人權法院與我國實務裁判之比較評析〉，《台灣法學雜誌》，188 期，頁 58

誠然，此種性侵害犯罪人於程序法上之憲法權力出現被部分剝奪的情況，以「性侵害案件被害人身心創傷特別保護」是一個正當的理由²⁶⁶，惟就性侵害犯罪防治法第 16 條隔離訊問的適用上，我國實務卻出現反覆而變動的說理，有判決認為被害人仍有出庭之義務，僅在考量保護必要時，對於被告的詰問權加以限制（限制說）²⁶⁷，但亦有判決對於被告未賦予詰問機會之程序逕認合法，採去對性侵害案件被告權利剝奪的做法（剝奪說）²⁶⁸。對於究竟要「部分限制」或「完全剝奪」，學者林鈺雄即批評我國實務標準不一，且立法上授權規定模稜兩可，實務上易有恣意運作之可能²⁶⁹。

縱使我國對性侵害犯罪人僅有隔離或一次訊問機會的規定有被害人保護的限制的正當性，但筆者必須提出的擔憂在於美國反恐法制中對於恐怖份子的對待也並非一夕之間即全部剝奪權利，也是伴隨各種論述的強化與保護公共利益及安全的詞令中，漸進地剝奪其全部權利以至關達那摩拘留營的狀況，因此如果我們對性侵害犯罪繼續進行風險控制等論述時，必須謹慎避免走向完全剝奪其權利的狀況，或是在程序中設定更為明確的判斷基準與規定²⁷⁰。

最後我們注意到的是對於性犯罪人在執行層次上的處遇，下開辦法主要適用於對加害人施以科技設備監控：

²⁶⁶ 林鈺雄（2011），〈性侵害案件與對質詰問之限制－歐洲人權法院與我國實務裁判之比較評析〉，《台灣法學雜誌》，188 期，頁 57

²⁶⁷ 如最高法院 99 年台上字第 4087 號判決，詳細判決內容見：司法院法學資料檢索系統，<http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>（最後瀏覽日：02/06/2012）

²⁶⁸ 如最高法院 100 年台上字第 1133 號判決，詳細判決內容來源同上註。

²⁶⁹ 林鈺雄（2011），〈性侵害案件與對質詰問之限制－歐洲人權法院與我國實務裁判之比較評析〉，《台灣法學雜誌》，188 期，頁 58-61

²⁷⁰ 學者林鈺雄即主張未來對於性侵害案件被告的詰問權限制，可參考歐洲人權法院的判斷基準：一、是否存在限制詰問的充分與具體理由（包含證明）；二、被告防禦權是否受到相當保障（有無較可保障防禦權的替代手段）；三、在證明力層次上是否有其他證據加以補強與佐證。見：林鈺雄（2011），〈性侵害案件與對質詰問之限制－歐洲人權法院與我國實務裁判之比較評析〉，《台灣法學雜誌》，188 期，頁 65；林鈺雄（2011），〈對質詰問之限制與較佳防禦手段優先性原則之運用：以證人保護目的與視訊訊問制度為中心〉，《台大法學論叢》，40 卷第 4 期

性侵害犯罪付保護管束加害人科技設備監控實施辦法第 2 條：

性侵害犯罪付保護管束加害人（以下簡稱受保護管束人）經檢察官、軍事檢察官許可實施科技設備監控者（以下簡稱受監控人），依本辦法規定。

性侵害犯罪付保護管束加害人科技設備監控實施辦法第 3 條：

本辦法所稱科技設備監控，係指運用工具或設備系統輔助查證受監控人於監控時間內進出監控處所之情形，並藉由訊號之傳送，通報地方法院檢察署、地方軍事法院檢察署。

性侵害犯罪付保護管束加害人科技設備監控實施辦法第 10 條：

受監控人應遵守下列事項：

- 一、依指定之時間、地點接受科技監控設備之裝置、拆除。
- 二、依指定之時間及科技設備監控處所住居或活動。
- 三、依觀護人指示，配合科技監控設備之訊號，作必要之行爲或反應。
- 四、不得拒絕觀護人或警察之電話訪談、進入監控處所進行設備檢查、維修或查訪。
- 五、不得擅自或故意拆除、損壞、隱匿或阻斷科技監控設備。
- 六、不得從事其他影響科技設備監控之行爲。

在此規定中，可以發現縱使性犯罪人並非處於拘禁的狀態，實質上其仍是被監控的狀態，而其背後最主要的理由仍不脫風險的控制，此辦法的科技設備一方面凸顯了對於刑事被告的物化，另一方面則凸顯在環境中如何進行風險的控管。

從上開法規範中，可以發現到於我國性侵害犯作為一種高度風險或危險源的存在，甚至在已經處於嚴罰端的他們身上可以看到再次的分類，對於風險極高者將其視為異者，進而可依保安處分之規定加以無限期地隔離無害化，並以「棄民」

的方式永久隔絕之²⁷¹。而相對較低者縱使離開監禁場所，爲了有效控制該高度風險，依然必須使其個體受到無時無刻的監視進而控制風險，且我國社區通報等機制也一方面使整個社區警惕到風險的升高，二方面則是使機器與警務單位外，所有人都爲了控制風險與安全一同加入這個監視網絡中。性犯罪人赤裸裸呈現地是我國刑事政策中，風險論述呈現與發展的樣貌。

第三款 刑事司法體系外的論述

從上開實體法與程序法規定中，其實已經清楚呈現出風險論述於刑事司法中的影響性。而在無害隔離的風險控制外，更常見的是刑事司法體系外對於性侵害犯—特別是連續者—某種特殊的形象的形塑，包括媒體報導經常將性侵害塑造成突發地從黑暗中出現的形象，且暗示於社會的每個角落都可能發生（諸如：電梯之狼、樓梯間之狼），或是政府機關對於性侵害犯的受害者，在各種宣導與教育中都特別強調其形象：包括衣著、儀態以及特殊的時間地點。

這些刑事司法體系外的論述，即是 Garland 提到的由凝視犯罪人轉向被害人的現象，在凝視被害人的過程中，性侵害犯帶來的恐懼滲透入大眾的心中—即使我們多數人未曾經歷過，塑造出一個彷彿身旁每個人都是性侵害犯的潛在被害環境²⁷²。這種不安全感所連結的正是一種被性侵害的風險，爲了控制此種風險，一方面正當化了遍布於我國的刑事法條文中，爲求控制風險而生的相關規定。另一方面，包括無所不在的攝影機設置、四處加裝的燈光感應裝置，這些設備的裝設都表現出了以風險論述爲主線下，刑事政策中呈現出的情境控制與對於環境中風險管理的樣貌。

²⁷¹ 關於嚴罰面向的「棄民」論述可見：謝煜偉(2004)，〈二分論刑事政策之考察與批判——從我國「寬嚴並濟的刑事政策」談起〉，台大法律研究所碩士論文

²⁷² 除了晚上走夜路要小心，不要太晚回家以及不要穿的太暴露之外，也會強調性侵害犯由熟人所爲的案例，例如養父性侵、約會強暴。這些詞令形成了一個站在我們身邊的人（包括別人眼中的我們）都是潛在性侵害犯的氛圍。

總而言之，筆者並非認為我國已經有如美國關達那摩拘留營中被拘禁者一般完全懸置法律保障的犯罪人出現。但是同樣以風險管理、安全論述作為主軸的刑事處遇與立法方式，於我國性犯罪人的處遇上也可察覺到相似的軌跡（特別是在保安處分規定中）。或許在台灣對於大眾心中最恐懼而希望予以嚴罰的性侵害犯，相較於造成大規模死傷的恐怖份子，其代表的危險性依然相對較低，而我國也沒有將其處遇剝奪至如美國對於恐怖份子處遇的程度，但一方面慶幸，另一方面也必須謹慎地避免我們繼續走向與美國反恐立法相同的道路。而這個對比的觀察中，可以理解的是「風險」作為刑事政策論述的主軸，且於不同的時空中各自產生其實踐的機制。針對這條從風險論述到刑事政策與立法，直至實定法規的觀察，到此暫時告一段落，在下一段中筆者將提出個人的疑問，也作為第三章與第一部分的總結，也作為探求當代刑事司法背後深層社會意義的起點。

第三項 問題的提出

現在第一部份來到了尾聲，我們從美國與我國的反恐立法出發並了解條文之規定內容，接著於刑事政策面向進行了考察。但是這並不是一個結束，相反地這是本論文工作的開始：筆者將從前述的考察中，嘗試性地歸納出刑事司法包括立法與政策討論所著重的面向，並提出筆者於本論文中的發想與提問。

第一款 從「是否可刑訊」此提問開始：整理與觀察

在此筆者想先提出一個屬於刑事訴訟 ABC 的簡單問題：「刑求訊問是否絕對禁止的？」。對於刑事訴訟有所涉獵者看到這個疑問第一時間都可能做出肯定的回答，不論是我國刑事訴訟法第 98 條與第 156 條之規定，抑或我們所學習的刑事訴訟概念都告訴我們侵害任意性之刑求是禁止的，取得之證據也無證據能力。不

過如果面對的是一個可能導致重大公益侵害或人命傷亡的恐怖行動時，爲了拯救更多的人命是否還要絕對禁止刑求呢？

其實無論哪個國家，在反恐立法中「是否絕對禁止刑求」這個問題是存在的²⁷³，從包括刑事訴訟、國際公約這些討論中我們可發現禁止刑求要保障的是「人性尊嚴與人權的保障」，但反面來說「保護人民免於受到侵害」也應當是要保護的對象，因此在個案中刑求並非絕對禁止的，面對一個急迫重大侵害存在的個案恐怖分子的人性尊嚴與人權保障將未必是不可挑戰的真理，回歸到基本權衝突的論述下，衝突發生時最基本的要求在於不可偏袒任何一方基本權去做出全有或全無的認定，而是必須在雙方基本權間盡可能的調和與兼顧，在雙方傷害最小前提下做出適當調合，避免任何一方遭受過度傷害。依此論述脈絡下以反恐立法爲例：面對綁架人質或將造成社會大眾生命危險的恐怖分子，對其進行刑求（侵害其人權）以保障社會大眾平安生存的權利是有合理可能的，並非永遠都要對禁止刑求的鐵則低頭，緊急狀況下仍有例外存在。

上開問題其實僅是本論文第一部分討論的一個縮影，從通訊監察、無令狀搜索、關達那摩的人身自由拘禁直到對我國性犯罪人保安處分的觀察與正反意見的辯證，加上敵人刑法理論與風險論述下的刑事政策中，我們可以觀察到這套論述的著重點、脈絡與框架，而這個論述脈絡也正對應到筆者在第二章最終對於反恐立法著重面向的分析：

一、風險論述與面對特殊事態的回應

其實第二章最終筆者已經分析了當代刑事司法（以反恐立法爲例）的特點，

²⁷³ 美國法上討論如：Richard A. Posner (2010), 《並非自殺契約：國家緊急狀態時期的憲法 (Not a suicide pact: the Constitution in a time of national emergency)》，蘇力譯，頁 79-88，北京大學出版社。我國亦有就歐洲相關案例進行討論者：楊雲驊(2010)，《刑求絕對禁止？》，發表於 2010 年 3 月 17 日，第十七屆政大刑法周：對抗恐怖主義的立法與檢討

亦即對於刑事被告的分類及衍生的相異處遇模式。在我們簡單說明風險論述與刑事政策的關係後，可注意到無論是如我國性犯罪人保安處分的規定或是美國法下反恐立法的討論（無令狀監聽、程序權剝奪之拘禁、刑訊合法問題），其起點皆是對於某個特殊事態的回應與對策的擬定（恐怖活動、性犯罪問題）。

如果再仔細觀察，即可發現筆者之所以稱這些特殊事態為「緊急事態」，原因在於這些事件本身，多帶有高度危險性抑或是象徵著難以預測又高度破壞的風險（例如恐怖活動、性犯罪、摧毀法治國之作爲），故當此種風險難以預防而帶來強大的不安定感時，在立法政策上即有正當化的基礎進行異於一般規定的特殊立法。此外可注意的是這種風險與不安定感，一方面與現代社會科技的發展與流動密不可分，另一方面在政治活動上也可能藉由論述的方式來強化此種感覺，進而強化對安全的渴望，以賦予強化風險控制的論據。

二、從風險論述延伸對於刑事被告的類型區分

在以風險作為主線的對策擬定下，從美國反恐立法中即可見到對於刑事被告加以區分的行爲，而如「敵人刑法」理論也正是以行爲的危險性與破壞程度，進行對市民與敵人的分類。同樣的例子如我國刑事實體法中，對於性犯罪人的特殊分類，甚至在過去的刑法修正草案中有對於性犯罪人內部的再分類。這些依據特別特質進行區分的現象，也正存於「他者化」的脈絡中。

此外，分類與處罰的範圍也會隨著風險的高低或控制的必要性，而有擴張的可能。以我國刑法保安處分修法為例，也可以看到在風險的思維下，對於處罰範圍的擴大。或以美國反恐立法來看，爲了有效控制恐怖活動表彰的風險，將處罰範圍擴張及於支持或幫助者，對於入罪產生前置化的現象。

三、不同被告的相異處遇方式

由於不同區塊或分類的刑事被告代表了不同程度的風險，因此在作為風險管理與社會控制的處遇措施上，也產生了不同程度的對待方式，例如對於嚴重犯罪類型。以二分論刑事政策與我國保安處分為例，對於嚴罰端的刑事被告，可能採取不定期刑的監禁以達無害隔離的目的，另一方面也在程序權予以剝奪，將其權利干預與否交由單方行政機關之裁定，在證據上也擴張傳聞例外與限縮詰問權。反之對於較輕微的犯罪人，則是將之回歸社會，但又為了風險控制而在其身上裝置監視設備，以及在社會上藉由社區監控與大量監視設備裝置的方式來進行風險管理。

四、對被告人權侵害疑慮的反思

對於緊急事態與風險論述衍生而出的上開特點，背後往往以風險管理與公共利益的追求作為論述基礎。對此，在大部分的反對意見中，我們可以注意到其意見正對應了「公共利益—個人權利」這樣的對張與權衡，多以人權侵害的疑慮作為批評的著力點。

第二款 第一部份的落幕—筆者的提問

上開當代反恐立法與刑事政策間的觀察中，筆者除了現行條文外也自刑事政策的面向試圖深入探索立法背後的論述主軸，惟在上開特點被分析出後，筆者更想探問的是如果將法律與刑事被告，分別為視之為權力與運作的對象，則二者間是以什麼樣的「關係」來運作的。從傳統對於人權的論述來說，都是先說明刑事被告的程序主體性質，在這樣的形象下對於制度是否侵害人權以及是否賦予被告權利進行討論。惟筆者關注的是我們以何種方式去形塑出刑事被告在程序中的形象—刑事司法中「人」的形象，以及在立法對策與爭取人權的種種「論述」中，對於這個形象又帶來什麼樣的影響，簡單來說筆者想了解的不只是這套立法的政

策精神與法律面的特徵為何，而是著重於這個體制背後「權力」運作的樣貌及對於「人」的形象的形塑與關聯：

提問一：

刑事司法中「人」的形象，在相關的刑事政策論述與法規制定中，是如何出現的？背後的權力運作樣貌為何？

提問二：

將提問一作為前提，這個「人」的形象與相關人權論述的關係為何？在筆者揭示的權力視角會有什麼樣的解釋可能？

至於分析視角的選擇理由，以及該分析視角為何可以為筆者的觀察提供更為清晰的方向，筆者將於第四章的開端進行說明。

第四章 Michel Foucault 與「生命政治」視角²⁷⁴

我們可以說，令人死或使人活的權利被令人活或棄絕人於死的權力所取代²⁷⁵。

—Michel Foucault

第一節 觀察視角的選擇

本章中，筆者的工作在於開展對於第三章末尾提問的分析視角。首先說明選擇此一觀察視角的理由，並對可能的質疑進行澄清，之後則進入對於 Foucault 思想的介紹，以說明筆者觀察視角的探擷基礎。作為開端，本節的工作在說明筆者選擇生命政治作為觀察視角的原因，此外也試圖在 Foucault 的思想工作歷程中，去定位出筆者想借鏡用以分析的部分，並點出對於 Foucault 思想的兩個切入點：「治理」（gouvernement）與「措置」（*Dispositif*）²⁷⁶。

第一項 生命政治與權力視角

承接第一部份的介紹，如果筆者想要就最終的提問尋找一個觀察的視角，則必然得先處理兩個問題：其一是如何選擇一個夠全面的觀察視角，這牽涉到想觀察的對象包含什麼；其二是筆者提問中想觀察的是「權力」與「人的形象」的關係，因此選擇的分析視角必須能有效觀察這個議題其三是若筆者選擇 Foucault 視角，有何優點或充分理由說明筆者採用的必要性。在第一項中，筆者要回應的是

²⁷⁴ 對此筆者已於第一章簡介生命政治概念時有所說明，雖然當我們談到生命政治此概念時，Foucault 可能不是人類歷史上第一個提出這樣概念的人，且不同思想家對於生命政治一詞的內涵也各有不同解釋，但是可以肯定的是縱觀對於生命政治的相關文獻，其討論皆始自於對 Foucault 的討論—無論是批評、解釋或對話。可見 Foucault 對生命政治的概念發展與討論扮演著至關重要的角色，任何當代談論生命政治議題的文獻，都可以發現 Foucault 的影子型影不離的伴隨著閱讀者們。相關文獻包括 Agamben 的《Homo Sacer》系列、Negri 的《Empire》與 Esposito 的《Bios: Biopolitics and Philosophy》等著作皆以 Foucault 作為思想的開端或討論的對象。

²⁷⁵ 原文為“On pourrait dire qu'au vieux droit de faire mourir ou de laisser vivre s'est substitué un pouvoir de faire vivre ou de rejeter dans la mort.”，見：MICHEL FOUCAULT, HISTOIRE DE LA SEXUALITÉ I: LA VOLONTÉ DE SAVOIR 181-82 (1976)。

²⁷⁶ 對於 *Dispositif* 一字的中文翻譯，向來即未有定論，對此筆者將於下面的段落中進行說明，與此則直接將筆者選擇的中文譯名列出，以維持全文行文上的一致性。

第一個問題。

就刑事政策的討論來說，學者許恒達即指出刑事政策於德語中為「Kriminalpolitik」，若自「politik」觀察其英譯可解為包括：policy、polity 與 politics。而在我國（包括筆者上開第一部分的討論）向來多關注於 policy 的層面，因此著重於對應犯罪的策略研究，並將刑事政策問題解為如何立法與執法以應對犯罪的面向上²⁷⁷。惟筆者感到興趣的是關於 politics 的部分，其代表在 Kriminalpolitik 一字中同時存有隱晦的「政治意涵」，筆者認為犯罪問題並非僅限於法律層次，「某行為被劃入犯罪類型」一事本身就與政治權力難脫其關連，而以反恐立法或我國保安處分立法來看，「針對某犯罪擬定對策」一事的考量上顯然也與政治權力存有交互關係，所謂的刑事政策絕非僅是單純立法對策的制定²⁷⁸，而應試圖將之納入權力運作的論述中進行更深入的考察，因此筆者在選擇上也勢必要選擇一個能將政治意涵、權力運作考量進去的視角。

如果記得第二章最終筆者點出了反恐刑事司法論述著重的兩個面向：「刑事被告」與「相應的處遇」，以及第三章中自「風險」論述與「他者化脈絡」進行觀察時，也可以注意到這兩點在刑事政策演進中作為變化明顯的表徵，最終筆者所提問的重點也是聚焦於此，去探究刑事司法中「人」的形象如何被形塑，以及這些相應的處遇跟「人」的形象間的關係。其實這個關係的背後絕非僅是立法理由或法律上利益衡量的問題，兩者間的交互作用以及政治、社會的運作都必然內含於

²⁷⁷ 許恒達（2006），〈刑罰理論的政治意涵—論「刑事政策」的誕生〉，《月旦法學雜誌》，137期，頁 189-191

²⁷⁸ 以第三章中提到的 Feuerbach 與 Liszt 為例，雖然在二人設計「刑事政策」這個學門或為其定位的過程中，以 Feuerbach 試圖將刑事政策作為政治與立法中間的中介場域或如 Liszt 對社會政策與刑事政策的論述為例，雖然他們皆試圖將刑事政策作為一個獨立的場域，但政治上的論述實際上依然會影響到刑事政策的討論，且刑事政策在此情況下有可能成為國家對個人或社會進行控制的工具，實際上要將刑事政策的討論完全與政治加以脫離是困難的事情。因此筆者認為應試圖尋找一個能將立法對策與政治運作皆納入其中的視角，如此方可整體性且全面地理解刑事司法中，相關立法政策與犯罪對策的深層意涵或運作關係。

筆者的提問中，對於此種交互關係在筆者理解為一種權力運作的前提下，當筆者嘗試尋找解釋的視角時，也自然地會偏向「權力視角」的採擷²⁷⁹。

這也是筆者選擇 Foucault 的權力觀點作為分析視角的理由，Foucault 對於權力的解釋以《監視與懲罰：監獄的誕生》（*Surveiller et punir : naissance de la prison*）一書為例²⁸⁰，Foucault 在該書中即將刑事司法（監獄）與被告（犯人）間的關係作為權力論述的討論對象，且在該書對於權力的論述中，政治上與社會上等機制（例如：王權與刑事懲罰）的相關討論都被納入權力的討論範疇，就此點來說 Foucault 的權力視角確實適於處理筆者的提問，且其權力視角亦有對刑事司法的觀察，可為筆者之借鏡。且在同書中，Foucault 將監獄的權力運作擴散於整個社會的各機構中（例如：監獄中的規訓擴及於學校與軍隊之中）²⁸¹，此種將權力理解為無處不在，並嘗試由社會上各種不同論述與機制中使我們觀察到權力的論述，也呼應了筆者所要求的：「權力視角必須足以全方位地面對與論述所有問題，而非僅及於特定範圍或特定論述上」之要求。

不過以 Foucault 的權力視角進行觀察，也將面對一項質疑，於下一項中筆者即先回應此一質疑，論述 Foucault 權力觀點用於分析的可行性。之後筆者嘗試描

²⁷⁹ 惟應注意者！筆者在本論文後段會說明真正要採取的是「治理視角」，僅是在此尚未談到「治理」與權力、知識間的關係，故僅先粗糙的以權力視角稱呼之。對於 Foucault 與刑事政策分析連結，且稱呼為「權力」視角者可見：大衛·葛蘭（David Garland）著，劉宗為、黃煜文譯（2006），《懲罰與現代社會》，頁 254-283，台北：商周

²⁸⁰ 關於翻譯的說明：關於“*Surveiller et punir: naissance de la prison*”一書，於中譯部分翻為《規訓與懲罰：監獄的誕生》，中譯者曾說明其翻譯對象為英譯本，而英譯本之名稱為“*Discipline and Punish: The Birth of the Prison*”，英譯本之翻譯者曾於前言中說明其將 *Surveiller* 譯為 *Discipline* 乃是因為想表達出原著者 Foucault 的用意。不過於本論文中，筆者認為一方面參考法文原典作為書寫依據，故翻譯上即自法文原意翻為「監視」，另一方面英譯者的解釋固然有其道理，但英語世界的 Foucault 研究中經常強調 Foucault 「反抗者」的角色，而該書中的 *Surveiller* 確實表現出了規訓的意涵，但若過於強調 Foucault 此種形象而將 *Surveiller* 譯為與反抗相對的 *Discipline*，或許會使閱讀者在一開始時即預設了 Foucault 要討論一種壓迫或強制的想法，進而在閱讀上無法發現更多的意義與體會 Foucault 思想饒富趣味之處。此外，過於強調規訓一詞，恐也將忽略紀律性權力與規訓間的差異與交互關係。以下本文中關於該書皆中譯且簡稱為《監視與懲罰》，特別敘明之。

²⁸¹ MICHEL FOUCAULT, *SURVEILLER ET PUNIR: NAISSANCE DE LA PRISON* 244-48(1975).

繪出 Foucault 的工作計畫，並說明筆者要採擷為己用的是哪一個階段的 Foucault 思想，並說明筆者借其概念使用的理由與未來的分析計畫。

第二項 未談風險的 Foucault？—可能的質疑與回應²⁸²

其實以 Foucault 論述的觀點對於刑事司法進行分析並非一件陌生的事情²⁸³，不過許多將 Foucault 理論於刑事司法領域之適用，討論之範疇卻多集中於「規訓」的部分或是僅將對於 Foucault 權力概念的適用限縮於「規訓」的範圍內²⁸⁴。以第三章中談及的風險論述與刑事政策為例，近代刑事政策轉變中對於個別犯罪人的矯治已經轉向為對於犯罪人代表的風險與環境控制，筆者當時即點出這個轉變代表的是風險的整體衡量成為刑事政策運作的首要角色。這樣的轉變 Jonathon Simon 就曾描述為當代社會結構已經從 Foucault 所主張的「規訓社會」轉型成為風險社會²⁸⁵。不過從這個說法中，讓筆者產生了兩個疑問：第一、Johnathon Simon 似乎認為風險社會是一種 Foucault 論述中無法涵蓋的新型式社會結構，但 Foucault 真的沒談過風險或與其相關的概念嗎？；第二、這個轉變過程中規訓消失了嗎？還是規訓僅是改變其角色而已？對於第二個問題正是筆者在本章中對於 Foucault 生命權力要討論的問題，而第一個問題則是對於筆者選取 Foucault 的權力觀點可能

²⁸² 於本論文中，筆者對於 discipline 的中譯與理解並非規訓，這在本章中會說明，不過由於本項中筆者僅是要說明其他文獻對於 Foucault 理論的使用或看法，而在中文世界中又多將 discipline 翻譯為「規訓」，是故在此部分中基於「此段論述的目的性」，筆者就還是先將 Foucault 關於紀律性權力的部分，暫且以「規訓」稱之。

²⁸³ 以國外文獻為例，最典型的例子如 Garland 對於刑事司法的分析，自 1985 年《福利與懲罰》(Punishment and Welfare: The History of Penal Strategy)到《懲罰與現代社會》(Punishment and Modern Society: A study in Social Theory)，以及 2001 年的《控制的文化》(The Culture of Control)一書中，都可看到以 Foucault 視角進行觀察的影子。國內文獻的部分，關於刑事司法以 Foucault 理論進行分析者，學者李茂生對於監獄的討論有精闢的論述，可見：李茂生（1998），《權力、主體與刑事法：法邊緣的論述》，作者自版。

²⁸⁴ 同樣的狀況可以在 Garland 的著作中觀察到，Garland 對於 Foucault 權力觀點的運用，雖然於《控制的文化》(The Culture of Control)一書中曾經有略為提及 Foucault 生命政治中「治理性 (Governmentality)」的概念，不過扣除該部分，其餘部分對於 Foucault 權力視角的運用都偏重於「規訓」的運用與分析，也可以看出對於 Foucault 權力視角的運用上，在刑事司法的分析中似乎忽略了 Foucault 於 1976 年後法蘭西學苑中關於「生命政治」論述中「調節」與「正常化」等概念的運用，這也正是本論文試圖去補上的一個缺角。

²⁸⁵ JONATHAN, SIMON & MALCOLM, FREELEY, THE NEW PENOLOGY: NOTES ON THE EMERGENCY STRATEGY OF CORRECTIONS AND ITS IMPLICATIONS, *Crimonology*, Vol. 30, Iss. 4 449-474 (1992).

存在的質疑，對於以風險為論述主軸的現今社會與刑事政策，該權力觀點是否可有效地進行分析，筆者於下即先消除此一疑慮。

當 Foucault 在《性意識史 I》中談到生命權力的形式時，他提到這個照管生命為目的的權力從十七世紀開始以兩種基本形式自我發展²⁸⁶：第一種出現的形式以身體（le corps）為中心，包括對於身體的訓練、力量的開發、效能與服從性的增長，是一種以「紀律」為權力運作特質的「身體的政治解剖學」（anatomo-politique du corps humain）。稍晚於十八世紀則出現第二種權力的形式，它的對象是擁有生命機制與支撐「生命現象進程」（les processus biologiques）的「物種的身體」（le corps-espèce）為中心，包括了繁殖、出生率與死亡率、健康水平、壽命等。這個生命現象的照管是透過一連串的「干預」（interventions）和「調節控制」（les contrôles régulateurs）所進行，這是「人口的生命政治學」（bio-politique de la population）。這兩者的演變與關係在此筆者將先打住不談，於此需要注意的是在兩種權力形式中，第一種正是前面提到在許多刑事司法分析中會出現的「規訓形式」，而第二種正是筆者在第一章中已簡單介紹的「生命政治學」，Foucault 提出了一種對整體進行調節的新權力形式，也正在這個面向上，筆者認為 Foucault 的權力觀適切地作為對當代風險論述下刑事政策進行觀察的視角。

延續上開論述，針對 Johnathon Simon 提出的改變以及筆者提到對於分析視角上可能的質疑，筆者認為 Foucault 的視野從未侷限於對個體規訓的權力形式（也就是身體的政治解剖學），從 Foucault 提出的第二種權力形式—生命政治學—中可以看到他的視野也包含了「整體調節」的問題。對於這個整體調節的內涵，我們

²⁸⁶ MICHEL FOUCAULT, HISTOIRE DE LA SEXUALITÉ I : LA VOLONTÉ DE SAVOIR 181-85 (1976). 但請注意 Foucault 也特別在這段敘述中強調：「…然而，這兩種形式並非相對立的…這二者反而是藉由一個互相協調的一組關係的整體，將其一起相連接進而發展的兩個端點」，因此這兩個發展並非互斥而分離，相反地有其密切的關連，這也是筆者在本章對 Foucault 權力觀說明的重點：生命權力下兩種權力形式的發展，以及二者之間的關係，詳細的討論則在後面的段落中說明之。

可以注意到 1978 年到 1979 年的法蘭西學苑講座《安全、領土與人口》(*Sécurité, territoire, population : Cours au Collège de France, 1977-1978*)，該講座在開頭就呼應了生命政治的概念開啓討論，於 1978 年 1 月 11 日的第一堂課程中，Foucault 就點出了主權與規訓之後一種新的機制：“*Dispositif de sécurité*”，而此機制的核心正在於「安全」(*sécurité*)²⁸⁷，此後 Foucault 提到了包括犯罪統計學的誕生與刑罰領域的關鍵也都是環繞與此概念來運作。我們可以注意到在這堂課中，Foucault 在規訓之外找到了另一個可作為刑事司法分析的新權力形式，筆者認為 Foucault 的論述也適切地對應於著重整體協調與數據正常化的當代刑事司法：將犯罪視為正常會發生的情況，因此重點不再僅限於矯治個別犯罪人與尋找犯罪原因，而應更著重於從日常生活環境的安排、降低犯罪人選擇犯罪誘因中進行犯罪率的控制。

此外在 1 月 25 日的課程中，在 Foucault 開始介紹這種新權力形式的不同及其與規訓間的關係，並以對於疾病的應對（如：鼠疫、天花）作為範例解說這個權力形式的轉變後²⁸⁸。Foucault 在談論關於安全與新形態權力時，清楚的說到在將數字（疾病死亡率、犯罪率）拉回正常化數值的過程中，存在一個重要的概念：「風險」(*risque*)，且藉由對風險的討論人們可測定出什麼是「危險的」(*danger*)²⁸⁹。在此我們可以從 Foucault 的講課中，發現其權力思想中已包含了如風險、安全等

²⁸⁷ MICHEL FOUCAULT, *SÉCURITÉ, TERRITOIRE, POPULATION: COURS AU COLLÈGE DE FRANCE, 1977-1978 7-8* (2004) .

²⁸⁸ 在這節課中 Foucault 再次以天花作為例子解說新形式的權力運作，Foucault 提到天花的預防重點在於藉由統計學、接種疫苗等方式進行處理，且重點不再著重於每個個體的治療，而是承認天花必定有某程度死亡可能性的前提下，對於「整體人口」設定天花致死率的正常化數字（1:1.782），而疾病處理的重心也都集中於將天花死亡率拉回這個正常化數字處，這個例子中可以使我們注意到 Foucault 口中的新型態權力是一個針對整體的、人口的權力。此外 Foucault 也說明在這種情況下規訓依然是存在的，只不過是重心放在整體的調節上，但個別的規訓依然是這個整體調節的正常化目標達成不可或缺的一環，簡言之 Foucault 談完權力的形式改變後，也清楚的說明這個改變「並非取代的關係、規訓並非消失了」，而僅是重要角色改變的關係，規訓依然存在且扮演達成正常化調節不可或缺的一環。詳見：MICHEL FOUCAULT, *SÉCURITÉ, TERRITOIRE, POPULATION: COURS AU COLLÈGE DE FRANCE, 1977-1978 58-64* (2004) .

²⁸⁹ MICHEL FOUCAULT, *SÉCURITÉ, TERRITOIRE, POPULATION: COURS AU COLLÈGE DE FRANCE, 1977-1978 58-64* (2004) .

概念。簡言之，Foucault 的權力視角並不限於規訓，且也注意到了規訓社會發生的轉變，因此如對於風險的協調、分配與控制也浮現於其對權力的觀察中。

承上開論述，在風險成爲立法對策與政策擬定的主線後，對於欲以權力視角對當代刑事政策進行觀察的筆者而言，Foucault 的權力視角不僅如第一項中所言，能夠全面性地將刑事司法在法律層次外的政治權力運作等加以考量，另一方面在其生命權力的討論納入了「安全」與「風險」等概念後，對於當代刑事司法的分析來說，Foucault 的權力視角（特別是 1976 年後提出的生命政治）應可作爲一個妥適的觀察點，風險、安全、犯罪預防的當代刑事政策核心其實都可以涵蓋於這個生命政治學的觀察中。以下筆者即自 Foucault 思想的歷程中，說明筆者將擷取以作爲自身分析視角的部分，以及選取的理由。

第三項 筆者視角的切入點於 Foucault 思想中的位置

當 Foucault 在晚期進行對主體問題的研究時，其說明了主體的歷史形式乃是與「真理的遊戲（知識）」、「規範性的類型（權力）」具有一個組合的關係，而「真理（知識）」、「權力」與「主體」也成爲許多研究者認知爲 Foucault 思想歷程的三個主軸²⁹⁰。在 Foucault 思想的發展中，包括從考古學轉到系譜學研究以及對於主體的關注等，這三個主軸不停在其論述中發生關聯性但也在不同時期扮演了不同的比重，因此筆者也勢必要說明清楚要作爲分析視角的（或筆者偏重的）是何時期 Foucault 的論述。

誠如前述筆者的提問，本論文欲探究者爲法律規定、立法政策與刑事司法中「人」的形象的關係，筆者將此粗略描繪爲一種「權力」與「人」的形象間形塑

²⁹⁰ Frédéric Gros 著，何乏筆、楊凱麟、龔卓軍譯（2006），《傅柯考》，頁 1、146，台北：麥田，初版

的關係，是故筆者所採擷的 Foucault 視角也座落於其思想地圖中一九七零年代後期的部分，也正是為如 Frédéric Gros 等 Foucault 研究者劃入「權力與治理性」主題的區間²⁹¹。

自 Hubert L. Dreyfus 與 Paul Rabinow 兩人所著之《傅柯－超越結構主義與詮釋學》(Michel Foucault: Beyond Structuralism and Hermeneutics) 一書中，可以看到 Foucault 研究上的一個轉變：考古學到系譜學²⁹²，而七零年代正是此轉向的時期。Foucault 六零年代的研究著重於「知識」的形構，其試圖尋找處於同一時期的歷史中各種論述如何形成自身的一套規則與形成的條件，此時所進行的被稱為「考古學」的研究方式。雖然 Foucault 始終拒絕一個「結構主義」(structuralism) 者的身分²⁹³，但如果觀察結構主義的特質：將系統內各要素關係視為相互聯繫、同時並存的，研究上著重於同時要素的相互關係，而以「共時性」(simultanéité) 作為要素，則可發現考古學與結構主義間有其相似性。在此種研究取徑下，「主體」於結構中不具有其地位，或者說 Foucault 此時的研究予人一種「去主體」的形象：人的抹消，如同海邊的沙畫²⁹⁴。

不同於考古學研究時期，Foucault 於死前數年的研究被某些論者稱之為「主體的回歸」²⁹⁵，於八零年代開始的法蘭西學苑講座中可以察覺到這樣的現象：Foucault 開始藉由自我塑造、說真話等對希臘時期的研究，討論在其論述中曾一度消失的

²⁹¹ Frédéric Gros 著，何乏筆、楊凱麟、龔卓軍譯 (2006)，《傅柯考》，頁 95、139，台北：麥田，初版

²⁹² Hubert L. Dreyfus & Paul Rabinow 著，錢俊譯，曾慶豹校閱 (2005)，《傅柯－超越結構主義與詮釋學》，台北：麥田，再版。惟本書之中譯本在翻譯上偶有與原文不盡相符之處，故於本論文撰寫過程中，關於本書之理解及引文，為筆者參照原文之英文本調整後之結果，故與中譯本文字上會有部分出入，特此說明。

²⁹³ Frédéric Gros 著，何乏筆、楊凱麟、龔卓軍譯 (2006)，《傅柯考》，頁 83，台北：麥田，初版

²⁹⁴ MICHEL FOUCAULT, THE ORDER OF THINGS: AN ARCHAEOLOGY OF THE HUMAN SCIENCES 422(2002).

²⁹⁵ Frédéric Gros 著，何乏筆、楊凱麟、龔卓軍譯 (2006)，《傅柯考》，頁 143-148，台北：麥田，初版

「主體」。而此時的 Foucault 已經轉向到「歷時性」的「系譜學」研究，關於系譜學取徑來自於 Nietzsche，簡單說就是從「當下」的歷史出發並往前探求，且當探求對象偏向於片段或遭隱蔽的分析時，會遇到許多不同於傳統歷史敘事的取徑，最終會考查出一個或數個不同於傳統敘事的起源（如：Nietzsche 對於道德進行系譜學考察，將其起源追溯自強者、弱者間的怨憤，且其著重者在於慾望）²⁹⁶。而在作為考古學到系譜學過渡時期的七零年代，正是這樣的特徵使筆者選擇此時期的 Foucault 工作作為本論文的分析視角。對此筆者想由以下兩部分說明。

第一、於七零年代包括 1975 年到 1976 年的《必須保衛社會》（*Il faut défendre la société : Cours au Collège de France, 1975-1976*）與前述提及 1977 到 1978 年的《安全，領土，人口》以至 1978 年到 1979 年的《生命政治的誕生》（*Naissance de la biopolitique : Cours au Collège de France, 1978-1979*）三場講座中，可以發現 Foucault 藉由對歷史的系譜學考察，探索「治理」、「民族戰爭」的起源。在這之中 Foucault 談到過去考古學取徑下以「知識」為工作主軸的階段，其過於著重共時性的諸要素間形成知識形構的關係，卻忽略了實踐面向的議題，因此 Foucault 開始著重對於「權力」面相的討論，而本論文所要運用的也正是「權力視角」的分析。

第二、另一方面可注意到此時 Foucault 思想中的主體形象並非如八零年代之後，藉由自我技藝與不斷地對自我進行「質疑」(problematise)與「引導」(conduite)，或如「說真話」(parresia)建立的積極形象的主體。相反地，以《監視與懲罰》中的「紀律性權力」與「規訓」為例：Foucault 在權力的面向下，將人身（肉體）作為權力所作用的對象，並在這樣的關係中考察「權力怎樣被行使」(How is power exercised)²⁹⁷。此時 Foucault 並未清楚地說明主體的問題而是著重於「權力」的面

²⁹⁶ 關於「系譜學」部分，筆者之後會於選擇 Foucault 思想進行觀察的必要性與關於「措置」的網絡運作中加以說明。

²⁹⁷ Michel Foucault, *The Subject and Power*, in *POWER*, 326, 337 (James D. Faubion ed., Robert

相，但這裡可察覺到他對「權力」與「主體」的問題，已經有了一個討論的起始，對此我們從另一個角度觀察會更清楚。

Foucault 於七零年代末期提出了他對於「治理」的系譜學考察，如果注意到八零年代的工作，可以發現 Foucault 在討論自我技藝與引導時，其從 1981 年到 1984 年過世前所討論的主體建立工作，可以說是一種對於「自我」進行治理的過程，或者說「主體化」所表彰的是對自我的治理。如果從「治理」來觀察，可以發現在七零年代末期時 Foucault 所談的「治理」，是「治理術」與被治理對象的關係，對應於上一段也就是如規訓與人身的關係，我們可以看成是一種「對於他人的治理」，或者說是一種權力關係下個體肉身或整體人口「被指引」的過程（例如牧羊人對於羊群加以照護與指引的治理術與權力觀察）。而 Foucault 本人也於八零年代表示過往昔二十年的工作目的即在於「主體」²⁹⁸，因此筆者詮釋於七零年代的 Foucault 可以說在為往後工作的準備之路中，談的已經是「權力」在與被治理者的關係中，如何去形塑出一種消極、屈從而「被指引」的主體形態，而這也正是筆者在本論文中想討論的問題：刑事司法中的「人」的形象（如：程序主體、刑事被告），其與法律、刑事政策間的關係，以及此形象如何產生的過程。

最終，筆者簡單扼要說明本論文分析視角建立的相關文獻，承上開兩點，筆者對七零年代 Foucault 思想的切入點將放在“*Dispositif*”（這也是最重要的切入點）與「治理」（*gouvernement*）上。筆者將以 1976 年的《性意識史 I》與 1977 年的相關訪談為考察的中心點，並輔以 1982 年“*The Subject and Power*”一文，了解權力怎樣被行使。之後以上開已提過的 1976 年到 1979 年三次法蘭西學苑講座內容，了解權力在「治理」下被使用的樣貌：一方面往回考察 1973 年到 1975 年的法蘭西

Hurley trans., PENGUIN BOOKS 2002) (1994).

²⁹⁸ Michel Foucault, *The Subject and Power*, in *POWER*, 326, 337 (James D. Faubion ed., Robert Hurley trans., PENGUIN BOOKS 2002) (1994).

學苑講座及 1975 年的正式出版品《監視與懲罰》，尋找「規訓」與「紀律性權力」的樣貌；另一方面在 1976 到 1979 年的講座中尋找「生命權力」的內涵，並將前述的「紀律性權力」與「生命權力」的關係，在 *Dispositif* 的脈絡下釐清，於此即可詮釋筆者心中 Foucault 此時其權力視角的樣貌，最終以「法」在這之中的角色作結。

第四項 選擇 Foucault 思想作為分析視角的必要性－知識、權力與系譜學概說

上開筆者已說明採用 Foucault 思想進行分析的可適用性，下一個層次的問題則是，若 Foucault 思想可用，則「有無充分理由說明使用的必要性？」或「為什麼這是最適於本文的分析視角？」²⁹⁹。

第一個理由回到上述 Foucault 思想的可適用性討論，正如筆者指出 Foucault 的工作包含「真理（知識）」、「權力」、「主體」，此正適合分析筆者想討論的刑事司法論述、刑事政策與刑事司法制度間的關係，以及兩者互動者可觀察到的犯罪人或刑事被告形象。除了適於適用外，筆者認為 Foucault 大量的工作內容中，對於知識與權力間關係的清楚說明，以及針對個體與整體的權力區分，在暫不論其脈絡性的前提下，單以作為分析工具而言，其全面性的分析最適合於觀察筆者所討論的現象。

第二個（也是最重要的）理由，則是 Foucault 歷史工作中的「系譜學」觀點。雖然 Foucault 與 Friedrich Wilhelm Nietzsche 對於慾望與權力間的關係、對於權力

²⁹⁹ 一個現實面上的考量在於筆者才疏學淺，對於 Foucault 的粗淺理解已是對諸多理論中較為深入者，是故選擇上自當傾向對於 Foucault 思想的採用。（這當然是玩笑話）

重視程度有所差異³⁰⁰。惟在 Foucault 認為系譜學探索由權力與知識構成的想法下，取自 Nietzsche 的「系譜學」概念仍有其重要性，Nietzsche 的系譜學工作是對於既存歷史的質問與回應³⁰¹，Foucault 也挪用系譜學方法去考掘所有伴隨著開端的細節，他希望藉此方式使歷史自從屬狀態中解放，並擁有反對、抗拒一元、形式、科學的論述的嘗試³⁰²。

誠如緒論所言，對於法律中關於犯罪人或刑事被告的論述，都指向一種特殊的人的形象與其可擁有的權利，其形象可能來自犯罪學發展與刑事政策的討論，而其權利內涵則涉及公共利益與人權保障的討論，且對於不同的犯罪人，我們會討論其可擁有的權利：一個擁有權力的主動形象。惟如筆者質疑的，在刑事政策與犯罪學論述中，在刑事司法運作中，犯罪人與被告的形象可能是一種藉由風險高低與社會秩序去論述的形象，這個形象伴隨著某些特質被放大的「他者化」現象。簡言之，筆者立於當今以人權概念正面討論犯罪人的論述中，但筆者想考察最初刑事司法論述中「人」是如何產生的，並質疑是否可能存在被動而屈從的形象（被塑造的形象），針對此論述脈絡的考察，試圖尋找不同的觀察軌跡與細節，這種試圖將對於刑事被告形象理解從單一正面賦權論述中，進行解放與尋找相異論述可能的工作，正為 Foucault 系譜學考察的精神。

所以當筆者想以一個質疑與解放單一論述的精神，考察知識與權力間的關係時，承上開論述中，同樣談論知識與權力的 Foucault，也同時是系譜學觀點的 Foucault，都是最適於作為筆者分析視角的思維，如果想要考察一條不同的論述脈絡中知識與權力的關聯，則本文的觀察視角自然必須以 Foucault 的思想做為最優

³⁰⁰ 學者林淑芬即曾引 Wendy Brown 的觀察指出二人的差異，Nietzsche 有過分心裡化慾望的傾向，惟 Foucault 卻認為推動歷史者為廣義權力，而非慾望中的權力意志，因此系譜學探索並非慾望或理念構成，而是知識與權力構成系譜學的探索。詳見：林淑芬著（2004），〈傅柯論權力與主體〉，《人文及社會科學集刊》，16 卷 1 期，頁 128-129

³⁰¹ 對於系譜學詳細的定義與 Foucault 本人的挪用方式，本文會留待討論「措置」時再說明之。

³⁰² 林淑芬著（2004），〈傅柯論權力與主體〉，《人文及社會科學集刊》，16 卷 1 期，頁 128-129

先選擇。

第二節 切入點一：「治理」（gouvernement）與權力

本論文主要採擷的是 Foucault 於七零年代的工作，Foucault 於此時期關注權力的問題的同時，也正過渡向主體問題的探究，而使 Foucault 得以過渡的概念則是其在 1978 年提出的「治理性」（gouvernementalité）：治理他人須先了解自我的治理。因此「治理」可說是了解七零年代至八零年代 Foucault 工作不可或缺的關鍵，以下筆者即簡單說明之。

第一項「治理」的定位³⁰³

七零年代前期，對於「紀律性權力」與「規訓」的討論中，Foucault 將關注中心放在作為「被動登錄點」的個體與知識上，藉由系譜學研究去展示知識、權力與個體間的關係，在決定正常與否的權力中生產出被建構的主體，同時該決定標準則成為了作為真理的人文科學（知識）。在八零年代對於自我關注、自我技藝與主體的討論前，在七零年代後期對於生命權力的討論中，Foucault 揭示了「治理」的概念，他表示若再給 1978 年講座一個題目那絕非《安全、領土、人口》，他想談的應是「治理性的歷史」³⁰⁴。

第一款 Foucault 研究的關鍵概念

³⁰³ 不過，對於 Foucault 口中的治理性究竟是什麼一直是很困難的概念，包括治理術與治理的關係、治理的歷史等等，這都必須要花另外一本論文來完成他，在此筆者謹是將 78 與 79 年兩本與生命權力與治理皆息息相關的講座中，治理與生命權力相關連的部份作一個簡單的說明，並將生命權力與以其為主軸的社會形式說明並釐清 Foucault 可能的工作目標，故討論上僅簡單以之作為小結，先予說明。

³⁰⁴ MICHEL FOUCAULT, SÉCURITÉ, TERRITOIRE, POPULATION: COURS AU COLLÈGE DE FRANCE, 1977-1978 111 (2004).

Gros 認為這個概念的提出作為 Foucault 研究方向的過渡，以對於個體的治理性進行觀察，Foucault 在對修道院歷史的觀察中，發現告白不涉及錯誤的懺悔與告解，而是一種在導師前對於靈魂私密運動的閱讀，目的在於驅除「惡」各種方式的呈現，Foucault 認為這樣的服從朝向了自我治理的階段。在這個階段中，真理的考驗表現出了對於「他者」的服從，但也顯現出「自我」的自由³⁰⁵。在此可以看出「治理」一方面是真理、權力與主體間交互關係的概念，一方面扮演了 Foucault 思想中一種被建構主體與積極自我觀照形塑的主體間的關聯，其並非全然的壓迫而是包括了自由的要素，這也正是 Foucault 研究由七零年代末期延伸至八零年代的關鍵之一，也同時顯現出權力與「治理」間的關聯。

第二款 作為「指引」的「治理」－權力與自由

從上一款 Foucault 對於治理的考察中，我們發現到治理內涵的自由要素與其歷史，Foucault 對此指出了「治理」即是「指引」（conduct）。Foucault 認為 Conduct 一字有引導他人的意義，無論是在強制的機制上或是開放的範圍內，而「治理」從廣義地理解來看也不限於政治結構或國家治理，而是廣泛指涉「個體或群體行為被指引的方式」，例如：兒童治理、靈魂治理、社區或病人的治理³⁰⁶。由此可看出「治理」與「指引」的關聯，以及內涵的強制與自由性質。

如果說「治理」是一個包含真理、權力與主體的概念，那麼在此概念下的權力，其行使即在決定指引的方向與可能發生的後果，總之權力的運作會是「治理」的內涵且密切相關，其運作會呈現出權力不同的樣貌，如 Foucault 在 1978 年談到「治理」時表示的：「「治理」內含了一個由主權（法）、紀律與治理構成的三

³⁰⁵ Frédéric Gros 著，何乏筆、楊凱麟、龔卓軍譯（2006），《傅柯考》，頁 138-139，台北：麥田，初版

³⁰⁶ Michel Foucault, *The Subject and Power*, in POWER, 326, 340 (James D. Faubion ed., Robert Hurley trans., PENGUIN BOOKS 2002) (1994).

角形」³⁰⁷，而之後我們會談到的紀律性權力與調節性權力，都是在權力運作出的治理樣貌。而權力與「治理」間的相關性，也正表現於自由一事上。

Foucault 著名的權力觀點，即是將強制與反抗都視為是權力的內容，有權力處必有反抗，對此 Foucault 也在討論「治理」時談到當權力的行使，其對象必然是「自由」(Freedom)的，且也僅在自由的範圍內有效。Foucault 認為戴著鎖鏈的奴隸制並非一種權力關係，只有在強制與反抗、權力行使與自由的對張、交互作用中，權力關係方能加以呈現：一種永久的挑釁與較量³⁰⁸。於此「治理」、「指引」與權力關係，充分顯現其間的關聯性，我們也會在 Foucault 的系譜學考察中觀察到這件事情。

第三款 主體被形塑與解放的真正命題：「治理」

筆者認為正是在上開關係的呈現中，解釋了為什麼 Foucault 會在 1978 年時(正是他進行權力工作的主要時期)說明他實際上要進行的是「治理」的討論。Foucault 不論是談論權力加諸於個體產生的被形塑主體(作為客體的個體)，抑或是自我質疑與訓練而生的主體(作為主體的個體)，運作這個形塑過程者實際上為「治理」，而權力僅是其內運作的一環。

且權力在 Foucault 的思想中是無法反抗的，蓋反抗本身就作為權力關係的內容³⁰⁹，因此如果說 Foucault 真正想要去抗爭什麼，或是解放主體，他的對象都不該是內含了反抗的權力模組。Foucault 要去對抗與解放的—也是七零年代開始真正的工作主題—其實是「治理」，只有對於「治理」可以進行形式的抗爭，拒絕被

³⁰⁷ MICHEL FOUCAULT, SÉCURITÉ, TERRITOIRE, POPULATION: COURS AU COLLÈGE DE FRANCE, 1977-1978 111 (2004).

³⁰⁸ Michel Foucault, *The Subject and Power*, in POWER, 326, 340-41 (James D. Faubion ed., Robert Hurley trans., PENGUIN BOOKS 2002) (1994).

³⁰⁹ MICHEL FOUCAULT, HISTOIRE DE LA SEXUALITÉ I: LA VOLONTÉ DE SAVOIR 126-27 (1976).

以某方式治理，或是試圖用另一種自我技藝去對立於現存的治理。筆者認為內涵強制與自由的治理，才是真正能夠觀察出社會關係的概念（一個社會關係一定包含了開放與強制的部分交錯而成），因此筆者在進行對於 Foucault 思想的採擷時，必須要說明的是「治理」這個真正的工作面貌，而筆者欲觀察的刑事司法中權力、法與人的形象形塑之間的「關係」，這個問題點其實也正是「治理」的問題，因此與其說筆者使用的是權力視角，毋寧說應是採取「治理視角」。

第二項 簡要的「治理」系譜考察－針對人口治理性的說明³¹⁰

回到《安全、領土、人口》的課程中，這一年的 Foucault 的確將大多數的時間投注於治理的討論，包括了「基督教牧領權力」(pastorat)、國家理性與「警察」(police)、重商主義與重農主義的出現³¹¹。不過由於本論文主題還是在生命權力、生命政治上，因此僅簡單就之後會討論到與治理相關的部份說明。

以歷史作為觀察點的例子中，我們可看到 Michiavelli 與《政治之鏡》(Le Miroir politique) 的作者 Guillaume de la Perrière 的差別。在前者著名的《君王論》(The Prince) 中，將治理的重心放在「如何維護君主權力」的面向上，但在後者那裡「治理與君主做了切割」，包括君王、領主、教士、父親、導師皆可作為治理者：治理術是多樣性的技術，而君主僅是其中的一種模式而已。我們可以說後者的想法下，治理術具有多樣性與內在性，而異於 Michiavelli 相對於國家具有超越性、外在性與單一性的君主治理形象³¹²，這樣多樣性的想法也影響了如 La Vayer 建立了多

³¹⁰ Gros 將治理性區分為對人口與個體兩種，雖然筆者認為這樣的區分並不容易，惟 Foucault 於討論紀律性與調節形權力時也曾就對象進行類似的區分，且這樣的分類可以使筆者著重於對於整體治理的部分，故採用之：Frédéric Gros 著，何乏筆、楊凱麟、龔卓軍譯(2006)，《傳柯考》，頁 133-139，台北：麥田，初版

³¹¹ MICHEL FOUCAULT, SÉCURITÉ, TERRITOIRE, POPULATION: COURS AU COLLÈGE DE FRANCE, 1977-1978 373-77 (2004).

³¹² MICHEL FOUCAULT, SÉCURITÉ, TERRITOIRE, POPULATION: COURS AU COLLÈGE DE FRANCE, 1977-1978 95-102 (2004).

種類型的治理模式而與不同的學科產生連結：自我治理與道德、治理家庭與經濟學、治理國家與政治學³¹³。

在本章的後半段，筆者會說明 Foucault 思想下從主權、紀律到治理這樣的改變，這也是筆者挑選這個歷史切入點的原因。不同於 Michiaelli 思想下的治理談的是君主關切領土及其上臣民，並尋求一個臣民對法律（即君主權力）無誤服從的共善。Guillaume de la Perrière 的治理關注的正是「事物」：「治理是對是事物安排的正確措置，以致能夠導向合適的目的」，且這個事物並非對立於人，而是人與事物的綜合關係：人與其環境（財富、資源、疾病等都是）。因此對 Guillaume de la Perrière 而言事物的治理是多元的、非求取共善而各有其合適目的³¹⁴。或許用 Guillaume de la Perrière 的蜜蜂比喻會更加清楚：Michiaelli 君王論下的蜂王是用蜂針—也就是劍—來治理，這其實相似於 Foucault 所謂主權理論下的權力，他將君主權力等同主權與法的描述正對應馬基維利「主權—法律—劍」的觀點；反之，Guillaume de la Perrière 的蜂王則不是用蜂針或生殺大權來治理，而是用措置與導引。Guillaume de la Perrière 談論的主題是治理，而 Foucault 在此也是考察治理術的歷史，在此我們已可察覺以關照生命為內容的生命權力與 Guillaume de la Perrière 其治理思想間若隱若現的關連³¹⁵。

另外一個 Foucault 談論治理時的考察來自於國家理性與自由主義，Foucault 在此考察中說明「治理」運作上「合理性」（rationalité）的問題³¹⁶。Foucault 指出於古典時期，治理的合理性在於國家的和平與整合，當時各種要素的運作下「國

³¹³ MICHEL FOUCAULT, SÉCURITÉ, TERRITOIRE, POPULATION: COURS AU COLLÈGE DE FRANCE, 1977-1978 97-98 (2004) .

³¹⁴ MICHEL FOUCAULT, SÉCURITÉ, TERRITOIRE, POPULATION: COURS AU COLLÈGE DE FRANCE, 1977-1978 96-102 (2004) .

³¹⁵ MICHEL FOUCAULT, SÉCURITÉ, TERRITOIRE, POPULATION: COURS AU COLLÈGE DE FRANCE, 1977-1978 103-05 (2004) .

³¹⁶ Frédéric Gros 著，何乏筆、楊凱麟、龔卓軍譯（2006），《傅柯考》，頁 133，台北：麥田，初版

家」作為一種最合理的型態而存在³¹⁷。與國家理性搭配的包含二者：外交上的歐洲平衡與內政上的「警察」(police)³¹⁸，國家理性就在這兩者的要素交互作用中被呈現，從警察制度來看可以發現此時國家對於個體採取的是一個將人們行爲、溝通等，加以組織的作法，或可說是比較強調管制的³¹⁹，類似的作法在經濟上極爲「重商主義」。

但 Foucault 指出了十八世紀一種新的治理性出現了，伴隨著「重農主義」的思想，強調的不再是管制而是開放與流通，新型態的治理也強調對於國家干涉提出內在限制，因此治理所強調的點從「國家」轉向了「市場」，對於市場價格不再由國家強制規定，爲了產生真實的價格（真理），應由市場的真理來流通與調節，這個治理性代表的正是政治經濟學與自由主義的時代：國家的概念退居後位，以市場法則存在的社會共同體成爲治理的模式，國家僅在對市場律法尊崇的狀況下，以法治國家的形式存在³²⁰。在對於德國與美國自由主義的觀察中，Foucault 也認爲此時的治理不再是針對個體的規訓，相反的是針對環境加以管理。而在討論完生命權力後，我們會由切入點二的「措置」與此處的「治理」再次回顧此處所談的歷史。

第三節 切入點二：Foucault 的「措置」(*Dispositif*)

「權力」問題一直是 Foucault 迷人而又難解的議題，正如 Foucault 談到權力如何被行使的問題時談到的，對於這個「如何」(How)，其意義並非權力如何「表

³¹⁷ MICHEL FOUCAULT, SÉCURITÉ, TERRITOIRE, POPULATION: COURS AU COLLÈGE DE FRANCE, 1977-1978 294-301 (2004).

³¹⁸ 關於警察一詞的翻譯，及其內涵的理解，參考自：江玉林（2010），〈後藤新平與傅柯的對話—反思台灣日治初期的殖民警察政治〉，《中研院法學期刊》，7期，頁41-79

³¹⁹ MICHEL FOUCAULT, SÉCURITÉ, TERRITOIRE, POPULATION: COURS AU COLLÈGE DE FRANCE, 1977-1978 319-325 (2004).

³²⁰ MICHEL FOUCAULT, NAISSANCE DE LA BIOPOLITIQUE : COURS AU COLLEGE DE FRANCE 1978-1979 175-177 (2004).

現」自身，而是權力「如何被行使（exercised）」以及「當某些個體對他人行使權力時，發生了什麼？」³²¹。對於這個分析權力的問題，Foucault 也提醒我們從制度角度分析權力關係時，可能因為在制度中尋找權力解釋及起源，最終陷於以權力解釋權力的困境中，此外制度的作用來自於明顯或策略性的規則與機構，如果權力分析過份著重於此時，在後者中僅能觀察到法律與壓迫的調節。Foucault 認為制度的重要性是無可否認的，但他強調的是「立於權力關係中去分析制度，而非相反」，立足於制度外去對制度中內含的權力關係進行觀察。³²²

對於這樣的觀察，Foucault 再三提醒我們權力是存在於社會關係中，而非建構於社會之上的，因此在本節中筆者即試圖尋找這樣流動於社會關係中的「權力」，它究竟是什麼樣的運作模式（或者說：權力運作的模型），這應當是比了解如主權權力、紀律性權力或生命權力等不同表現方式更為前提而重要的問題。對於這個問題，筆者嘗試以 Foucault 的「措置」（*Dispositif*）作為切入點。惟「措置」的意義、定位與內涵一直是難解、艱澀（但吸引無數人挑戰）的問題，筆者將從文獻的爬梳中一步步的抽絲剝繭試探其意義。行文上首先說明為何要選擇以「措置」一詞作為切入點並指出於 Foucault 思想中的定位，接著自 Foucault 於七零年代後的著作與訪談內容、Gilles Deleuze³²³與 Agamben 等人對 Foucault 「措置」的詮釋之中，勾勒出「措置」的圖像。

第一項 為什麼以「措置」（*Dispositif*）作為出發點

以下將先釐清筆者選擇「措置」作為切入點的原因，並粗略的說明翻譯上中文詞彙的抉擇過程與結果。

³²¹ Michel Foucault, *The Subject and Power*, in POWER, 326, 336 (James D. Faubion ed., Robert Hurley trans., PENGUIN BOOKS 2002) (1994).

³²² Michel Foucault, *The Subject and Power*, in POWER, 326, 342-43 (James D. Faubion ed., Robert Hurley trans., PENGUIN BOOKS 2002) (1994).

³²³ 本論文皆簡稱：Deleuze

第一款 翻譯的抉擇：「措置」一語的採用

翻譯的問題向來是論及 *Dispositif* 一字時最困擾眾人的難題，關於 *Dispositif* 一詞要如何翻譯成中文，甚或是在法文轉譯為英文的過程中皆充滿爭議性，筆者認為要一開始就清楚說明翻譯的抉擇並非易事，蓋要理解一個詞彙翻譯的選擇不僅是辭源學上的爬梳（例如「布置」或「措置」的翻譯，有自 *Deployment* 與 *Dispositif* 的考察而來），必須要對該詞彙於論述者脈絡下可能的使用方式與意義有所了解後，方可能選擇出一個較相近於原文意義的中文詞彙，筆者誠摯地希望在這趟考察 *Dispositif* 之旅的最終再告訴大家我的選擇，不過為了行文的方便還是在此小段中先說明筆者最終決定的理由。

Foucault 於法蘭西學苑的講座與著作中數次使用 *Dispositif* 一字，而評論此概念的相關文章中，例如 Deleuze 的 “Qu’est-ce qu’un Dispositif ?” 與 Agamben 的 “Checos’è un dispositivo ?” 二文皆可觀察到對於法語、義語下 “*Dispositif / Dispositivo*” 的使用，惟我們如果觀察上開文獻的英文翻譯或英語世界的類似論著時，此字卻會被譯為 *apparatus*（例如 Agamben 該文在英譯本的標題即為 “What is an apparatus ?”），這也導致許多自英文翻譯為中文的過程中，對於此字翻譯為「裝置」，但是這個法文、義文轉英文再轉中文的結果是否有效表達 Foucault 或其詮釋者的意思，筆者採取懷疑的看法³²⁴。

首先在法語與義語中 *Dispositif / Dispositivo* 與 *Appareil / Apparato* 是兩組不一樣的字，後者其實相近於英語中 *Apparatus* 的意義，談的是裝置或器具，而前者則近於安排、布置的意義，這也是筆者認為英譯常一律以 *Apparatus* 或 *Social apparatus*

³²⁴ 這也讓筆者一度考慮全篇都用原文呈現，不過因為在 Foucault 與 Agamben 兩人對於 *Dispositif* 的內涵上有不同認知，為了行文方便且避免文章內容凌亂不堪（筆者已經用 word 試過了，馬上還原），故依然為中文翻譯。

來翻譯有其誤差的原因，蓋 *Apparatus* 比較趨近於一個靜態的個體的描述，但 *Dispositif* 在原意上並不是指涉靜態的某要素而已，他內涵有動態關係的性質，這也是筆者在抉擇時不採用「裝置」作為中文翻譯選擇的原因。

此外在法語中 *Dispositif* 若英譯有：device、plan of action、set up（這是在談法律時使用的）、system 等意思，由於筆者認為 *Dispositif* 一字有其動態性質，故 device 並不在筆者的選擇範圍內，此外於後文中筆者描述 *Dispositif* 於 Foucault 或 Deleuze 等人詮釋的過程中，可發現這個術語的採用非常強調其「實踐行動」的面向或是交互的網絡關係與其策略性的特質，簡言之 Foucault 重視的點，與其說是各該要素，毋寧說更重視各該要素間的關係與安排，即類似於 plan of action 或 set up 等較為動態的詞彙，因此國內翻譯中的「布置」³²⁵、「部署」³²⁶或「措置」³²⁷可能是較佳解。

此外考量 Foucault 強調此術語的策略性，筆者認為「布置」一詞雖有根據某目的加以安置的意涵，惟就字面以觀實難感覺出該策略性質，故割愛不採。此外對於諸多論者使用之「部署」一詞，自其法文意義觀之，「軍事行動」的意義應可指涉策略性質，惟就 Foucault 思想中對 *Dispositif* 的使用（也包括另外兩位思想家的觀察），*Dispositif* 所涵蓋的是一切人為範疇之事物，因此以軍事意涵較為強烈的「部署」為翻譯時，雖然已能接近該詞彙意涵，惟有過於著重策略性的感覺，而忽略各要素放置與交互作用的關係。對此筆者選擇「措置」來詮釋 *Dispositif* 於中

³²⁵ 使用「布置」翻譯者，可見：Alain Brossat 著，洪菁勳譯(2008)，〈傅柯的「布置」概念〉，《文化研究》，6期（增刊），頁 230-240

³²⁶ 使用「部署」翻譯者，可見：楊成瀚（2008），〈部署的系譜學及其不滿：評 Agamben《什麼是部署》（書評）〉，《文化研究》，6期（增刊），頁 241-247；陳世隆(2010)，〈傅柯「正常化社會」之研究—以我國 K 他命管制政策為例〉，頁 55，國立台灣大學法律學系碩士論文

³²⁷ 使用「措置」翻譯者，可見：江玉林（2006），〈司法圖騰與法律意識繼受—在正義女神與包青天相遇之後〉，《法制史研究》，9期，頁 275-291

文下的意涵，一方面此字彙於中文中有「處置、安排」之意³²⁸，可表現出各要素間交互關係的面向，又「措」有安排籌畫之意，可表現出策略性質，故或許此一翻譯仍未能百分百的表達其法文原意與 Foucault 採用的意思，惟筆者認為這是現今中文中可選擇的相對較佳選擇。對於這個翻譯的問題，在此僅能先打住，筆者認為在對 *Dispositif* 介紹的過程中，這個問題的面貌其實會更為清楚的。

第二款 以「措置」作為考察切入點的理由

承前所述，筆者將以 Foucault 貫穿各時期作品以至 1977 年到 1978 年講座《安全、領土，人口》中針對安全的治理核心—「安全措施」(*Dispositifs de Sécurité*)—中皆論及的「措置」概念作為對於 Foucault 生命政治討論的開端。以本節的工作為始，並於其後小節中自 Foucault 對於權力於社會運作中型態改變之論述，作為「措置」運作方式描述的例子。

以「措置」作為出發點的第一個理由，在於這個術語的使用可視之為是 Foucault 思想上的一個重要轉折。如 Agamben 所考察的，在一九六零年代末期 Foucault 寫作《知識考掘學》(*L'Archéologie du savoir*)一書時，尚未使用「措置」此一術語³²⁹，這個術語在 Foucault 思想發展中應有其特殊的意義與定位。此外在 Deleuze 對於 Foucault 「措置」的分析中，也認為「措置」的採用—從「知識型」(*épistémè*)³³⁰ 轉向「措置」(*Dispositif*)，是 Foucault 思想上的第一次危機與轉折，且將 Deleuze 所談的第一次轉折對應於 Agamben 在文獻上的爬梳，可以發現到「措置」術語的

³²⁸ 如《水滸傳》第一一八回中，即有「如有賊發，則措置無所不盡。」，其中措置即針對賊發，加以安排的意思，表現出各要素的放置與交互作用及策略性的面向。

³²⁹ GIORGIO AGAMBEN, WHAT IS AN APPARATUS: AND OTHER ESSAYS 3-4 (David Kishik & Stefan Pedatella trans., Stanford University Press 2009) (2006).

³³⁰ 對於此字的翻譯，本論文實已無多餘篇幅說明之，國內對此字翻譯有「知識型」(如：Frédéric Gros 著，何乏筆、楊凱麟、龔卓軍譯 (2006)，《傅柯考》，頁 133-139，台北：麥田，初版)、「知識結構」(如：林志明老師為《古典時代瘋狂史》所為之譯者導讀)。筆者認為在 Foucault 自身否認作為結構主義者之狀況下，未免混淆其工作性質，與尊重其意思，故選用前者。

使用，對應的正是 Foucault 將關注重心由知識的形構擴及於權力運作的轉折上，因此既然本論文對於 Foucault 的運用在於藉由其權力視角作為分析工具，那麼要充分的運用 Foucault 的理論就必須要抓到這個轉折的過程並對於「措置」的定位進行理解，這將在後面詳細說明之。

以「措置」談起的第二個理由，承前述此一術語的採用是 Foucault 思想上的一個轉折，在 Foucault 其後對於權力的分析中，我們可以從 Foucault 的講談中發現「措置」成為 Foucault 思想下權力運作的核心，例如在《安全、領土與人口》中，Foucault 就清楚指出了其討論的治理社會中，核心的機制正是「安全措施」（*Dispositifs de Sécurité*）³³¹：

治理術…(1). 透過制度、程序、分析、反思、計算與策略構成的整體，使得這種特殊且複雜的權力形式得以實施，這種權力形式的對象是人口，其知識形式為政治經濟學，而根本的技術工具則為「安全的措置」(*Dispositifs de Sécurité*)…

此外從 Foucault 歷來的論述中，我們可以發現到「措置」作為其論述的核心，不僅限於上開提到的「安全措施」，在其他的論述中也可以觀察到措置的影子，如 1973 年到 1974 年的法蘭西學苑講座《精神病理學的權力》(*Le pouvoir psychiatrique : Cours au Collège de France, 1973-1974*)中，Foucault 即使用「權力的措置」(*Dispositif de pouvoir*) 指涉精神病理學中權力關係各要素的組合與配置，其後 1975 年《監視與懲罰》與 1976 年的《性意識史 I》兩本正式出版品中，前者中 Foucault 雖無直接使用「措置」一詞，藉由懲罰、監獄與對犯罪人的編組、分類、控管等實踐過程中，Foucault 突顯出其思想下的權力運作方式，且同年的文章中，當 Foucault 談及過失犯的產生時，他明確使用了「法律的措置」(*Dispositif législatif*)一語³³²；後

³³¹ MICHEL FOUCAULT, SÉCURITÉ, TERRITOIRE, POPULATION: COURS AU COLLÈGE DE FRANCE, 1977-1978 111 (2004).

³³² MICHEL FOUCAULT, DITS ET ECRITS, TOME II 719 (1994).

者則延續《監視與懲罰》一書思維與其對權力的觀點，將性此議題重新加以問題化，且稱之為「性意識措置」(*Dispositif de sexualité*)³³³。因此，如同 Deleuze 分析「措置」時所說的，觀察「措置」的每條線與網絡，可以發現到其貫穿或彰顯出的正是 Foucault 所談論的三個向度：知識、權力、主體性³³⁴，可知於 Deleuze 詮釋下也將「措置」視之為貫穿整個 Foucault 思想的一個核心。這也是為何筆者要選擇「措置」作為切入點的第二個理由：了解 Foucault 論述的核心機制—即「措置」—並以之為切入點，才可以描繪出 Foucault 權力運作的模式並清楚地對其權力運作進行分析。

第二項 什麼是「措置」(*Dispositif*)？—內容與定位

在說明為什麼要選擇措置作為切入點後，我們已經找到了這張生命政治地圖的落筆點，接著就讓我們從 Foucault 的言談與書寫中，尋找這幅地圖繪製工作接著的運筆方向與勾勒出圖形的大體輪廓。以下將先說明「措置」作為 Foucault 思想之轉折，其定位為何？當時 Foucault 想要轉向「措置」的原因為何？接著說明 Foucault 自己是如何描述「措置」此概念。

第一款 思想的轉折—「措置」的定位

對於「措置」的使用在 Foucault 思想的研究上一直被視之為一個重大的改變，Deleuze 即認為「措置」的使用為 Foucault 思想歷程中的一個危機與轉折，Brossat³³⁵ 也在《傅柯的「布置」觀念》(*La notion de Dispositif chez Michel Foucault*)一文中，將「措置」的出現標示為 Foucault 研究角度的轉移與視角的轉變。因此，理解這個轉折的來由與發展對於我們勾勒「措置」的形式與定位是很有幫助的，至於這

³³³ 甚至我們可以看到於此書中，第四章的標題即為「性意識的措置」(*Le Dispositif de sexualité*)

³³⁴ Gilles Deleuze, *What is the Dispositif?*, in MICHEL FOUCAULT PHILOSOPHER (T. J. Armstrong trans., Harvester Wheatsheaf 1992) (1989).

³³⁵ Alain Brossat 著，洪菁勵譯(2008)，〈傅柯的「布置」概念〉，《文化研究》，6期(增刊)，頁230-240

個危機為何？轉折為何？又可以從哪些素材中觀察到？我們從 Foucault 自己的一段陳述出發³³⁶：

我的著作中所遺缺的，即是「論述政體」(discursive regime) 的問題，也就是適應於「陳述性遊戲」(enunciative play) 的權力效果。我將其與系統性、理論形式或某種像是典範的東西糟糕地混淆在一起了。在《古典時代瘋狂史》(Histoire de la Folie à L'âge) 與《詞與物》之間，在兩種不同的觀點之下，有著權力的問題，但其仍未被適當地定位。

從這段話中，可以注意到在 Foucault 考察知識、瘋狂與醫學等主題並建立「知識型」概念後，發現其理論中存在一個遺缺，這個遺缺指向了「權力」，或可以說是「權力與知識間關係」：對於延續知識而發的實踐活動，以及這個實踐活動反過來對於知識建構的影響。這也就是 Foucault 指出的「未被適當地定位的權力問題」。這樣的一個遺缺或許就是 Deleuze 所謂 Foucault 思想的危機，也在這樣危機中出現了轉折：為了適當地定位權力面向，於七零年代開始「措置」一詞誕生了。

的確於這段陳述中可以看出 Foucault 意識到了自己對於權力問題的遺缺，其藉由歷史研究方式，將知識得以形構的條件揭示後，卻未對權力問題有效的進行處理，但這個對於知識形構的關注，為什麼會欠缺對權力問題的處理以及 Foucault 打算怎麼樣修正這個問題，這段話中他並沒有說清楚。不過他留給了我們一些線索，我們就從這個線索—Foucault 提及的兩本著作—中進行觀察，或許更可以找出這個 Foucault 遺缺的所在與來由。1960 年其國家博士論文《古典時代瘋狂史》(Histoire de la Folie à L'âge)³³⁷中，我們可以觀察到 Foucault 對於瘋狂的討論分為兩個面向：其一是瘋狂的理解與定位，也就是瘋狂知識化的過程，即知識形構的面向；其二是延伸自瘋狂的知識，著眼於管理、隔離與區分等實踐性活動。針對

³³⁶ Hubert L. Dreyfus & Paul Rabinow 著，錢俊譯，曾慶豹校閱(2005)，《傅柯—超越結構主義與詮釋學》，頁 137，台北：麥田，再版

³³⁷ 論文中皆簡稱：瘋狂史

第一個知識形構的面向，接續於 1966 年的《詞與物》(Les mots et les choses) 一書中，如同該書副標指出的，Foucault 進行的是一個宏大的抱負—「人文科學的考古學」(Une archéologie des sciences humaines) 工作，Foucault 精細的討論了知識形構的過程，並產生了「知識型」的概念。

我們可以發現在《瘋狂史》中 Foucault 針對實踐性活動的部分，並未在之後《詞與物》中有更進一步的討論，依然處於晦暗不明狀態而未有清楚的描述，或許這正印證了 Foucault 上面自陳其未適當定位權力的問題。對於這個問題，Foucault 在 1977 年的一段訪談或許可以讓我們對於他所遭遇的問題看得更清楚些，首先 Foucault 談到了「知識型」是什麼，他認為在知識形構中發展出這個概念，是他進行對於話語及其秩序研究時運用的術語，本質上是一種「話語的措置」，或可說是話語配置的形式、一種整體陳述的形式，這個整體陳述形式以橫向的方式運作，從一個領域到另外一個領域—文化、自然史、經濟...等，因此可以在「知識」這一個平台上產生同質性的效果，其架構出科學性得以成立的基底，進而去畫出科學與非科學的界線、區別出真或偽的定義。簡言之，這個概念是固定於「話語組織與陳述規則」之上，且對應於 Foucault 於《詞與物》中的工作，可以知道在這個知識形構的研究階段，Foucault 進行的或可說是「科學」的工作³³⁸。

在 1977 年的同一個訪談中，Foucault 談完什麼是「知識型」之後，開始訴說他遇到的困難，知識考掘的「科學工作」以及「知識型」概念他眼前呈現出了一條「死路」。如上述這是一個固定於話語組織、陳述規則的概念，Foucault 認為他過於專注在諸多話語的分析，而定著於「話語」的平面之上：

普通文法的話語、Buffon 與 Linné 的自然史話語、十七世紀重商主義理論家的話語...，並且太注重在這些話語集體結構的假設研究上。

³³⁸ MICHEL FOUCAULT, DITS ET ECRITS, TOME III 298 sqq (1994).

可以發現到 Foucault 意識到原本知識工作的問題—過於注重陳述規則、話語結構，由此發展的「知識型」術語也因此有所不足，其涵蓋範圍上過於注重知識形構而未能同時包含「知識形構」與「實踐活動」兩部份。

察覺到對實踐活動面向欠缺關注的 Foucault，勢必無法在「知識型」的死路上走下去，依照 Foucault 的說法，他必須要發展一個可以更廣泛納入包括知識形構與實踐活動面向的術語，而非局限於話語、陳述中³³⁹：

我所要作的是試著呈現這個我所謂的「措置」，它是比「知識型」更為一般的情況。或可說「知識型」是話語的特殊措置，它與「措置」不同，「措置」是話語的與非話語的，「措置」的要素是更為「異質性」的。

由此可知 Foucault 由「知識型」到「措置」想作的是一個「走到話語與陳述之外」的工作。局限於對話語關注的「知識型」，或許可以由各種陳述與言談中，讓我們觀察某種知識（如：瘋狂、自然科學分類）如何形成，但僅透過話語、陳述進行觀察過於狹隘、單一，Foucault 認為我們必須向異質性開放，如同他談到「措置」是「話語的與非話語的」，Foucault 認為觀察的對象應走到話語外，除了論述層面更應包括非論述層面，這正是這段話中說到的「異質性」(l'hétérogène)。

除了觀察對象更擴張而具異質性外，「措置」更大的改變是關注這些要素它們如何的「運作」，對於多樣元素及其運作的觀察，可以使我們潛入較「話語」更深的層次中，將關注的層次納入這些元素運作中彼此關係延伸出的「實踐行為」(praxis)—包含了權力微觀運作中的「力量關係」與「論述的實踐」，這正是 Foucault 的權力問題，在此我們可以看到權力問題於「措置」中被加以定位了。

現在，我們已經知道 Foucault 產生的轉折與其原因，筆者想提出一個可行的

³³⁹ MICHEL FOUCAULT, DITS ET ECRITS, TOME III 298 sqq (1994).

詮釋來對於此轉折作一個小結：與其說 Foucault 「放棄」了「知識型」，從他認為「知識型作為一種話語的特殊措置」³⁴⁰、「知識型是一種策略的措置」等陳述中，不如說 Foucault 「措置」概念的發展，是爲了走出陳述與話語之外，將關注的內涵包括知識形構與實踐活動，而昔日「知識型」中對於話語、陳述的關注以及知識如何形構並不是真的消失了或被「放棄」了，它們依然會作為實踐運作的一環被納入「措置」之中³⁴¹，陳述、話語從唯一關注的對象成爲了「措置」概念中互相運作以張顯權力運作的一環了，「知識型」成爲了一種關於陳述、話語的「措置」型態。這個轉折的發生肇因於「知識型」雖然使 Foucault 可以針對特定時代進行考察，在知識非線性的預設下，考察其與特定時代的緊密關聯、演化的內容、演化背後的條件³⁴²，但知識不僅是在話語層次說出道理，知識應當有其實質效應——知識呈現出了什麼？讓我們看見了什麼？他的實踐又是以怎樣的形式安排於這個社會中？這個實質效應的納入，正是「措置」產生的轉折。現在 Foucault 把他的眼光擴及到了更多的異質性要素及其運作，權力問題被適當地定位了，或可說是一個概念可妥善的將其納入了：「措置」在 Foucault 思想中有一個較清楚的定位。接著就讓我們來探索「措置」的內涵爲何以及他是如何運作的，Foucault 又想用「措置」來進行什麼樣的工作³⁴³。

³⁴⁰ MICHEL FOUCAULT, DITS ET ECRITS, TOME II 301 (1994).

³⁴¹ 從我們熟知的 Foucault 「知識—權力 (knowledge / power)」運作圖示出發，一個說明的方式是在知識形構的研究時期—Foucault 採用「知識型」的階段，Foucault 當時關注的僅是「知識」的問題，但對於「知識—權力」關係中知識形構後的實踐活動（「知識→權力」）與實踐活動反過來對於知識形構的影響（「權力→知識」）則欠缺論述，因此 Foucault 發展「措置」概念想作的是將討論的範圍擴大，也就是他所謂觀察「運動」或「向異質性開放」的工作，用圖示來說就是將「→權力」與「←權力」這些面向納入其研究中，所以「措置」概念可以清楚的描述出 Foucault 「知識↔權力」運作的關係，在筆者的詮釋下「知識」問題依然在 Foucault 的討論範圍內，被放棄的毋寧說是「知識型」這個用語罷了。

³⁴² MICHEL FOUCAULT, DITS ET ECRITS, TOME II 301(1994).

³⁴³ 可說在這段中筆者作的是一個「回頭看」的工作，由 Foucault 前期的工作與概念中，去找出「措置」產生的來龍去脈，不過筆者要先講清楚：「措置」的故事並不是到這裡就結束了！後面的段落中筆者除了「站在當下」的分析「措置」是什麼外，也會嘗試「向前看」的將「措置」對於 Foucault 工作更之後的影響揭示出來，如此一來才可以對「措置」的定位有一個真正完整的理解。

第二款 Foucault 談「措置」：「措置」內容的初探

觀察到「措置」於 Foucault 思想中的發展轉折與定位後，下一步我們試圖勾勒出「措置」的樣貌與其運作方式。而在所有關於「措置」的論述中，最直接清楚針對此詞彙解釋的當屬 1977 年的一場座談：《傅柯的遊戲》(Le jeu de Michel Foucault)。當 Foucault 於訪談中被問及「性意識史 I」中「性意識的措置」(*Dispositif de sexualité*)，其「措置」意義為何時，他所作的回答。

筆者認為除了這個 1977 年的回答本身外，該問題所聚焦的對象—《性意識史 I》中的第四章（章名即為：性意識的措置）—也應該是我們觀察的對象，該章節於該書中占了三分之一的篇幅，Foucault 於其中詳細地說明他對權力的看法，甚至可以說這是 Foucault 首次最廣泛地發展「措置」概念的正式出版品。此外注意到同年法蘭西學苑講座《必須保衛社會》中 Foucault 對於權力運作亦提出其諸多洞見的話，若想要清楚勾勒出「措置」的樣貌，勢必須將 1977 年的回答搭配提問所針對的 1976 年《性意識史 I》及與同時間思考脈絡下的《必須保衛社會》作一個統合性的觀察。因此以下雖然筆者會從 1977 年 Foucault 的直接定義出發，但在描繪的過程中則會不停的回溯到這個術語被大量使用的 1976 年以及該年的 Foucault 思想中進行考察³⁴⁴。

現在話不多說，我們直接切入 Foucault 對於這個詞彙的定義來看看他是如何定義「措置」這一個術語，對於什麼是「措置」他作出這樣回答³⁴⁵：

我想在這個詞裡所標示出來的，**首先，是一種徹底異質 (hétérogène) 的整體 (集合)**，由論述 (discours)、制度 (institutions)、建築形式 (aménagements architecturaux)、規定的決斷 (décisions réglementaires)、法律 (lois)、行政措施

³⁴⁴ 這也是為何筆者在開頭談到本章工作計畫時，說到了要以 1976 與 1977 年作為起點的緣由。

³⁴⁵ MICHEL FOUCAULT, DITS ET ECRITS, TOME II 299(1994).

(mesures administratives)、科學言說 (enonces scientifiques)、哲學的、道德的與慈善的命題 (propositions philosophiques, morales, philanthropiques) 所組成一簡言之，所說的和未曾所說的。這些都是 *Dispositif* 的要素。*Dispositif* 自身，就是我們能夠在這些要素之間建立起來的網絡 (réseau)。

第二個，我想借由 *Dispositif* 標示的，正是各個異質要素之間所存在之關聯性的本質。因而，一種特定的話語，它在某一時期可以是一種制度的程序，在另一時期又反其道而行，成為某種要素，而這要素得以證成或掩蔽某個默不作聲的實作行為，或是作為該實作行為的二手再詮釋，讓該實作行為得以進入某個新的合理性場域。簡言之，在這些要素之間，無論性質上是論述 (discursifs) 的或非論述的，其間有一種變換位置與功能修正的交互作用，這種交互作用可以是千差萬別的。

第三點，透過 *Dispositif* 此詞，我所理解的是一個特定的歷史時刻中有它的主要功能的組合，此功能即針對緊急的需求 (une urgence) 而有所回應。因此，*Dispositif* 在戰略 (策略) (stratégique) 的功能上具備一種支配性 (主導性) 的性質。例如：此點可以使某種基本上屬於商業性的社會重新吸納、消化其認為過於龐大的遊民人口：對一 *Dispositif* 而言，這裡有一種作為陣列 (matrice) 的，策略性的強制行動，來逐漸變化為檢查—壓制瘋癲、精神疾病和神經症的 *Dispositif*。

從我們對「措置」的定位跟 Foucault 自己的描述中，其實對於「措置」的整個圖像已經有一個頗為清楚的輪廓，對此我們先看一段 Agamben 對這段話的摘要，這段摘要相當清楚的將 Foucault 的這段發言作了整理³⁴⁶：

³⁴⁶ GIORGIO AGAMBEN, WHAT IS AN APPARATUS: AND OTHER ESSAYS 2-3 (David Kishik & Stefan

讓我簡要地總結這三個觀點：

- a. 「措置」是一種在相同的主題下潛在地吸納—無論是語言的還是非語言的—諸如：話語 (discourses)，制度 (institutions)，建築 (buildings)，法律 (laws)，警務措施 (police measures)，哲學命題 (philosophical propositions) 等等的異質性集合／設定。「措置」本身是在這些元素間所確立的網絡。
- b. 「措置」總是具備某種具體的策略性功能，並總是坐落在權力關係中。
- c. 如此，「措置」看起來就是權力關係與知識關係的交錯。

這些陳述中我們可以觀察到兩點，第一點是回顧性質：「異質性」與「權力」等關鍵詞再次出現於論述中，這正是我們在先前討論「措置」定位時論及其作為 Foucault 思想轉折，將關注範圍進行擴張—論述與非論述、知識形構與實踐行動，創設出此一將權力適當定位之術語。惟於此筆者要談的是第二點：從這些論述中去描繪「措置」的樣貌。納入了實踐行動後的「措置」是如何運作的？如果「措置」可以適當地定位權力問題，那從「措置」中我們可以觀察到權力怎樣運作？以下我們分三個重點：異質性、網絡、策略性來說明。

第一目「措置」的定位與功能：論述／非論述與「異質性」(hétérogène)

首先，我們把重點放在「異質性」的面向上。「措置」內涵了諸多的要素以及這些要素彼此間的關係，從 Foucault 的言談中可知這些要素的內容具有「異質性」，他不再局限於話語、陳述中，為了有效的將關注點納入實踐行動，「措置」還內涵了許多非論述的要素—法律、行政措施，以瘋狂為例，科學的言談、陳述與話語。這些論述可以讓我們觀察到關於瘋狂的知識的形成（什麼是瘋狂、瘋狂在科學中的定位等），但對於瘋狂如何應對、處理（監禁或流放、單純隔離或醫療、讚頌如《瘋狂頌》或眼不見為淨）以及這些行動反身對於瘋狂知識形構的影響，這些正

是非論述要素加以表徵的，例如：瘋狂的科學是論述的部份，而處理瘋狂的場所如精神病院即是非論述的部份。

從「異質性」來看，Foucault 對於非論述要素的關注，補上了實踐行動的部份（「知識－權力」的權力面向），使整個「措置」體系能夠觀察的面向更廣，正如 Brossat 所言³⁴⁷：「Foucault 對於多樣性擁有更強烈的理解，我們可以由此發現「措置」的無限性…Foucault 傾向於呈現出極端多樣客體措置或安排措置…我們便得以衡量那些術語所延伸出的範圍…擴散的領域…」，「措置」的使用與異質性使其對於某個現象或問題的描述上更加完整、廣泛。

第二目「措置」的模型樣式－要素關係建立之「網絡」(réseau)

延續著「異質性」，接著我們來看「網絡」的部份。異質性的（論述與非論述的）要素依 Foucault 所言「措置」正是確立於其形成之「網絡」，這也是 Agamben 對 Foucault 訪談觀察中特別點出的部份。筆者認為此一「網絡」的形式是最重要的特點，其表現出「措置」的運作形式、與 Foucault 整體思想（包括權力、歷史觀）的關連，且同時讓我們釐清翻譯上的問題³⁴⁸。

以下我們就從 Foucault 的訪談與《性意識史 I》來針對「措置」形式進行說明，分成兩個部份：一、「措置」的「網絡」形式的重點：各要素間的安排與關連；二、「網絡」形式間的關係：非取代，而只是交互作用力量不同產生不同樣貌；三、對於 *Dispositif* 翻譯的再說明。以下我們分別來看，不過請注意這兩點間其實是息

³⁴⁷ Alain Brossat 著，洪菁勵譯(2008)，〈傅柯的「布置」概念〉，《文化研究》，6期（增刊），頁235

³⁴⁸ 此外在這個要素構成網絡的論述中，或許是一個從「措置」去對於 Foucault 思想軌跡進行挖掘的起點。對此部份我們會在後面加以說明。至於翻譯上的問題。第三個重點筆者在本章開頭時即以說明 *Dispositif* 翻譯上的困難與筆者的抉擇，以下筆者說明完前兩個重點時，相信為何選用「措置」即不言可喻了。

息相關的。

一、「措置」「網絡」的觀察與權力：各要素的安排與其間的關連

「措置」的形式如 Foucault 所言：「*Dispositif* 自身，就是我們能夠在這些要素之間建立起來的網絡（réseau）」，重點在於該網絡。但並非僅著眼於網絡中何有要素或各要素的位置，「措置」最強調的是要素間的交互作用：「在這些要素之間，無論性質上是論述的或非論述的，其間有一種變換位置與功能修正的交互作用，這種交互作用可以是千差萬別的」。對於這段 Foucault 的回答，我們如果看一下他在《性意識史 I》中論及「性意識的措置」時的論述會清楚抓到他談論的重點³⁴⁹：

我們可以將某種歷史的措置稱之為性意識，他並非某種遮遮掩掩難以捕捉的現實，而是一個廣大的網絡表面，在那裡對於肉體的刺激、對肉體享樂的強化、對於言說的鼓動、特定知識的形成、控制與反抗間的強化，這一切都根據知識與權力的戰略加以相連。

從這兩段論述中，我們可以看到 Foucault 的「措置」—以「性意識的措置」為例更清楚—指的是一整套異質要素構成的系統，這樣的系統建立關注了我們在上一點中談到的知識與權力兩個面向。這些異質性要素—對肉體的、言說的、知識的、力量的—彼此間的關係包括滑移變動的可能與交互作用的功能性效果，在這些關係之間形成的「措置」是一個「廣大的網絡表面」，也正是 Foucault 在訪談中說的第二點：「措置」是一種「網絡」。不過這個網絡我們應該如何進行觀察，它如何構成或者說在其內有什麼樣關鍵性的作用存在，這個部份筆者將試圖從 Foucault 的權力觀進行考察。

實際上，「措置」以要素交互關係的「網絡」方式呈現與 Foucault 的權力觀點

³⁴⁹ MICHEL FOUCAULT, HISTOIRE DE LA SEXUALITÉ I: LA VOLONTÉ DE SAVOIR 139 (1976).

是不謀而合的。首先在定位上「措置」術語的發展原初即是為了適當定位權力問題，將實踐行動納入分析中，因此「措置」這個力量網絡的形成，與 Foucault 對於權力的獨特觀察必然有所連接。說到權力的運作或觀察方法，並將之與「措置」連結，單看 1977 年的訪談是不夠的，因此讓我們再把眼光拉回 1976 年的《性意識史 I》第四章之中。於該章的第一節中 Foucault 就點出他的工作：「今後的研究關鍵是趨向於建立一門權力的分析學，而非權力的理論，趨向於確定由權力的關係所構成的特殊領域，及分析這個領域所需的工作」³⁵⁰，因此或許我們可說：當你探問什麼是「性意識的措置」時，你正在探問的是「性意識」是如何被某個特定時期的權力運作所加以呈現，成為該時的分析對象的主要樣貌。在這裡 Foucault 將「措置」進行的是一個權力運作的分析這樣的工作主題加以點出，也呼應了筆者在上一項中對「措置」的定位，以及筆者談論 Foucault「措置」所要從事的工作——尋求一個可茲使用的權力視角。

當 Foucault 談到「措置」作為一種確立於各異質要素間關係確立的網絡時，Foucault 正給了我們關於「措置」與其權力分析間關連性的提示，這個提示絕佳的切入點就位於「網絡」以及與《性意識史 I》中第四章第二節—「方法」(méthode)——之間的關係上。Foucault 在該節中延續第一節的「權力的分析工作」進而提出分析方法，對於權力的理解 Foucault 認為「權力應理解為僅是眾多力的關係，這些力的關係存於他們發生作用的那個領域」³⁵¹，這些力在不斷的對抗中改變它們、加強它們、換掉他們位置的規律，對他而言對於這些權力的觀察不應侷限於最高點³⁵²，也可以在邊陲觀察，因為重點並非權力包含了一切，而是翻轉為「權力來自一切的方面」：在任意兩點的關係間都會產生權力。在來自各方面的力的活動中，

³⁵⁰ MICHEL FOUCAULT, HISTOIRE DE LA SEXUALITÉ I: LA VOLONTÉ DE SAVOIR 107 (1976).

³⁵¹ MICHEL FOUCAULT, HISTOIRE DE LA SEXUALITÉ I: LA VOLONTÉ DE SAVOIR 121-23 (1976).

³⁵² 這也呼應了本節開頭筆者說到 Foucault 對於權力分析的方式，不應該在社會外尋找一個制高點的權力理論，而是要在整體的社會關係中尋找，詳見：Michel Foucault, *The Subject and Power, in POWER*, 326, 342-43 (James D.Faubion ed., Robert Hurley trans., PENGUIN BOOKS 2002) (1994).

透過其不均等而形成不同的—不連續的、局部且不穩定的—狀態。對於這樣的分析，Foucault 給出了其著名的權力命題³⁵³：

「—權力不是某種可以獲得、奪取或分享的事物，並非可以保留或喪失的事物；

它是透過無數的點，透過不均等的、運動力關係的變化而加以實現。

—權力的各個關係並非處於其他類型的關係之外（如：經濟、知識或性的關係），而是它們內在的事物；是於它們之中產生的分化、不均等與不協調的直接後果，但同時也是這些差異產生的內在條件；權力的諸關係並非具有簡單禁止、監督功能的上層結構，它們於自身發揮功能的範圍內具有直接的生產作用。

—權力是自下而上的。…統治者與被統治者間的二元對立並非權力諸關係產生的母體...應該認為在生產機構、家庭、團體與制度中形成並發生作用的大量的力的關係是造成社會差異的基礎。它們形成一股總體力量，穿過各局部的爭端並使對立的各方面聯合起來，反過來當然也對它們進行重新的分配、排列、平均...

—權力關係是意向性的，但不是主觀的。...不存在沒有一定方向跟目的的權力。但必須注意這不代表權力來自某個個體的選擇或決定；無須尋找保證權力合理性的最高機關...權力的合理性就在那些其效力範圍內十分明確的戰術的合理性。...這些戰術環環相扣、彼此呼應並傳播蔓延，在權力關係外尋找支點與條件，最終勾畫出整體的措置...

—有權力，就有反抗。...對於權力來說，反抗並非外在的。...確切地說，反抗只存在於權力關係的戰略範圍之內。但這並非意味著期僅是對權力關係的反擊或反動，最終僅居於永遠的被動地位、權力統治註定不斷失敗的對立面。...他門並非註定令人失望的誘餌或諾言，反抗是另一面，是權力中不可消除的對立面...最常見的是流動的、暫時的反抗點，其為

³⁵³ MICHEL FOUCAULT, HISTOIRE DE LA SEXUALITÉ I: LA VOLONTÉ DE SAVOIR 123-27 (1976).

社會帶來無休止的變遷與分化，打破統一並引起重新組合，穿過所有個體、分裂並重塑他們，在他們的肉體與靈魂上留下不可磨滅的痕跡。正像權力關係網絡最終形成穿越一切國家機器與社會機構而又不在任何一個部位停留的一種厚密的組織，反抗點的分布穿過社會上每個層次與每個人……」

這段命題完整的呈現 Foucault 眼中的權力，那麼如果「措置」要適當地定位權力問題，我們可以說 Foucault 試圖用以描繪特定時期、特定樣貌的「措置」，其勢必會將 Foucault 的權力分析命題納入其中。而從 Foucault 在 1976 年《性意識史 I》的上開命題與 1977 年訪談中談論的「網絡」加以對照，就可以印證這樣的說法。的確在「措置」中會存在許多的異質要素，但從 Foucault 的權力觀點與「措置」加以整合後，可以得知這些要素的確有其重要性，但**重要的點並非是一張標記有哪些要素的清單列表，而是要關注這些「要素彼此間的關係」**，這些關係將形成一個網絡的形式，至此「措置」與權力命題契合了，也讓我們看到 Foucault 如何藉由這個契合完成它當時設計「措置」術語的思想定位，另一方面也看到其將自身的權力觀點整合進他用以分析的術語之中。

如果「措置」與 Foucault 的權力命題相契合，而關注重心在於諸要素彼此間的關係。那從上面這段權力命題來為 1977 年 Foucault 的「網絡」說法進行一個內容的精細化時，要注意到在異質要素間的交互關係，不僅是**要素間的交互效應—「功能性的多重決定」(functional overdetermination)**，在這之後還包括使「措置」當中力量流動依賴的**戰略線更加完整的作用—「策略精密化的連續過程」(perpetual process strategic elaboration)**³⁵⁴。對此我們先來關注前者—「要素間

³⁵⁴ 用比較數學概念的想法來說明的話，好比說有個三角形有 A.B.C 三個點，我們要解決的問題就好像是要尋找這三個點之間最適當的關連性(A-B 的長度、B-C 的長度、A-B-C 的周長、A-B-C 彼此間力量關係的分配)，「措置」其實就是在談這些圖形要素如何排列與相互作用的問題，所

的交互效應－「功能性的多重決定」。

「要素間的交互效應－功能性的多重決定」此部分談的即為「網絡」的概念，其著重者包括了對於要素的特定安排以及彼此的關係，我們可以將它設想為一個「力場」的概念。「措置」著重的不是某個點，而是這個這個以網路形式所形成的樣貌、安排與場域，在其中是複數力量於點和點之間、力量線與力量線之間的爭奪與拉扯，Foucault 將「措置」依照底下我們將談到的系譜學史觀，鎖定其觀察於某個特定的時間點上，去捕捉當時這些力量間拉扯、對抗、爭奪的張力間呈現的特定運作樣貌。一個顯例就是 Foucault 對於「反抗」的討論，在上開權力命題的最後一個小段中 Foucault 談到了「反抗」，他不把反抗看成是一個外在於權力運作、網絡之外的概念，相反地反抗可以看成是對於往某方向運作的力量線的一個反動，Foucault 認為在兩點間會有力量的關係，筆者認為可以更擴充此命題認為且不限於一個方向的力量關係，而反向的力量可能可以壓過原本的力量走向，也可能失敗了但卻帶給原本的力量走向一些改變與重塑。從 Foucault 談反抗中可以注意到這個「措置」的網絡形式其實是相當廣泛的納入所有要素以及彼此間的力量關係，的確這些力量可能會有導向存在，但對於「網絡」形成以及要素交互關係的觀察，必須將各方面的力量都加以考量，這也是筆者將「措置網絡」理解為一個交互作用的「力場」關係的原因。

現在，的確是藉由無數要素間的關係進行權力的分析並構成了「措置」的網絡，但單是交互作用是不夠的，如 Foucault 於《性意識史 I》提到了「權力的意向性」、「權力是某社會中複雜戰略形式的名稱」，交互效應外存在某個力量的導向，

以說它牽涉的不僅是 A-B、A-C 彼此間靜態的關係（例如：座標與座標間關係、兩者的長度），還包括了向量的、動態的關係（A→B 或是 B→A、A-B-C 三者間向量的關係如何），在這個以向量動態觀察的過程中，我們尋找最能夠平衡各點卻又能達到最適當關連性的力量分配或要素分布，這樣的一個圖形描述就是迄今筆者對「措置」的一個理解，以及對於「措置」中要素間關係形式的描述。

也就是 Foucault 在《性意識史 I》中談到的權力作為一種戰略的形式，或是在訪談中提到「措置」通常針對某緊急事態去加以回應。在網絡力場中的諸多力量之線，其彼此的關係與作用並非漫無目的的混亂，相反地於「措置」中有一個使其當中力量流動依賴的戰略線更加完整的作用－「策略精密化的連續過程」，這也對應於 Foucault 權力觀中的「戰略」部分。不過此部份會與下面要提到的「策略」面向有所關連，因此我們就先擱置不談。

二、「網絡表現形式」之間的關係與 Foucault 的歷史觀－以《性意識史 I》為例

Foucault 的「措置」作為一種各要素間交互關係網絡的形式加以展現，且他著重於對「措置」中各要素間「力量」關係的關注，現在讓我們嘗試著更清楚的觀察這些要素之間、以及這要素交互作用所形成的某種措置形式之間的關係：它們是連續地取代彼此？抑或是僅是力量間強弱、方向的不同而在不同時期交織出不同的樣貌？而這也將牽連到 Foucault 獨特（也備受批判）的歷史觀點－系譜學觀點。以下我們即以《性意識史 I》中，Foucault 對於「聯姻的措置」(*Dispositif d'alliance*) 與「性意識的措置」(*Dispositif de sexualité*) 的關係進行具體觀察。

關於 Foucault 的歷史理論首先可以聯想到的是其對人文科學與知識的「考古學」，以及當時所發展出的術語「知識型」，依照我們對「措置」的定位，如果 Foucault 發展「措置」並不是完全摒棄「知識型」，而僅是將實踐行動與知識形構皆完整的納入一個術語之下，且將「知識型」看成一種話語陳述的特殊措置，那麼我們可以作一個猜想：Foucault 對於知識形構進行考古學時的歷史觀點，應該也會被納入「措置」之中，或者也可以說當「措置」用以表現當下社會的現象時，Foucault 史觀也可能呈現於這個表現中。因此如果要更清楚了解「措置」術語，Foucault 的歷史觀是一個可行的切入點，在此我們把觀察點著重於「系譜學」的部份³⁵⁵。

³⁵⁵ 對於 Foucault 的歷史理論向來充滿爭議，有贊成者亦有批判者，不過在此筆者謹是想藉由

Foucault 的系譜學方法承襲於 Nietzsche 的《道德系譜學》(On the Genealogy of Morals)，在該書中 Nietzsche 認為系譜學具有一種「譯解」(decipher) 的功能，依照 Nietzsche 觀點下的系譜學是一個「帶著新問題，且彷彿是以一雙新的眼睛，詳細考察這個龐大的、遙遠的且隱藏的如此好的道德之地」³⁵⁶，對於已經自然化與普遍化的道德價值，其建立的條件、發展與演進等進行探究並提出質難批判，如此方可認清那些看似理所當然或已普遍深植人心的道德與善惡其原初的暴力面目，這個工作的最終是一個長期、勇敢、不孜不倦與隱密的認真工作的果實。簡言之，系譜學工作包含了三個面向：(一)、挑戰已經普遍深植於生活中的價值體系—去翻轉其「既與性」(givenness)；(二)、質問之外，對於這些質問去提出假設性的回應；(三)、作為歷史進程的逆轉：挑戰人類的進步³⁵⁷。

這些 Nietzsche 系譜學的觀點對於 Foucault 的影響可以從 Foucault 的《尼采、系譜學、歷史》(Nietzsche, Genealogy, History) 一文中加以考察，Foucault 在該文中闡釋了系譜學的目的³⁵⁸：

系譜學家需要歷史來掃除源頭的虛幻，一如虔誠的哲學家需要醫師為他驅散其靈魂的陰影…歷史將不連續性引進我們的存在時，便覺得「有效」—當他離開我們的情緒、戲劇化我們的直覺，多重化我們的身體並使之與自己對抗。「有效的」歷史剝奪自我明確穩定的生命與自然，它也不會准許自己被嘲像千禧終點之沉默無聲的頑固傳送。

在 Foucault 這裡，系譜學關注的開始是一個充斥意外、斷裂性與不連續性、衝突、危險以及充滿變數的領域，這與傳統史學家關注一個歷史遙遠而純粹的源頭是不

Foucault 的力史觀點更清楚的描繪「措置」是什麼，因此特定爭點之後，僅談論與「措置是什麼？」這一個問題有相關的部份，至於 Foucault 歷史觀點的研究就僅能暫時割愛了。

³⁵⁶ Nietzsche, Friedrich 著，陳芳郁譯(2003)，《道德系譜學》，台北：水牛，三版

³⁵⁷ 林淑芬著(2004)，〈傅柯論權力與主體〉，《人文及社會科學集刊》，16 卷 1 期，頁 117-150

³⁵⁸ Michel Foucault, *Nietzsche, Genealogy, History*, in THE FOUCAULT READER (Rainbow ed., 1984).

一樣的作法。系譜學不追問「根源何在」，而是探詢「伴隨著所有開始的細節與其意外」，系譜學目的在於把歷史自從屬狀態中解放並「使其具有反對與抗拒理論性的、一元的、形式的與科學的論述嘗試」，對 Foucault 而言系譜學具有一種策略性功能，且呈現其不連續性，Foucault 藉由系譜學考察各時代各種機制的運作，進行一個對於「權力」的分析工作³⁵⁹。

當 Foucault 於《性意識史 I》中談起「性意識的措置」時，他首先談的是其先前的運作模式－「聯姻的措置」³⁶⁰：

我們也許可以承認，性的關係使所有的社會形成了「聯姻措置」：婚姻制度、親屬關係的固定與發展、姓氏與財產的移轉…

藉由 Foucault 這段對「聯姻措置」的描述，首先可以注意到「措置」作為 Foucault 對於各時代現象分析的關鍵工具，在特定的時代可能呈現的主題是「聯姻」或「性意識」，但他在分析這些現象時所使用的關鍵術語都是「措置」。接著，從 Foucault 強調聯姻措置來自性的關係中，可以回顧上一個段落談到的「措置」作為一種各要素間關係所形成的「網絡」，在此聯姻措置即是由各種環繞著性的關係的要素與多方面的運作與實踐中形成。最後，與上面談及 Foucault 歷史觀有關的部分，他談論「聯姻措置」所針對的是特定的時期所形成的一個特定的樣貌－在那個特定的時間點，藉由對權力的引導、反抗，與性的相交錯中所形成的特殊樣貌。

接著進入我們要談的重點部分，Foucault 開始說起「性意識措置」與「聯姻措置」的關係：

現代西方社會，尤其自十八世紀開始，發明確立了一個新措置，這一措置與聯姻措置相重疊，雖然不忽視它，但卻日益削弱其重要性。這就是「性意識的措

³⁵⁹ 在此應注意承襲自 Nietzsche 系譜學的 Foucault，與 Nietzsche 發生了一個關注目標的斷裂，Nietzsche 關注的是心理與慾望，相反地 Foucault 並不將慾望置於重心，他要觀察的是廣義的權力－如何運作及與主體的關係，權力與知識才是 Foucault 系譜學的關注重點。

³⁶⁰ MICHEL FOUCAULT, HISTOIRE DE LA SEXUALITÉ I: LA VOLONTÉ DE SAVOIR 140 (1976).

置」，與聯姻措置相似，它與性關係的雙方皆有連繫，但卻根據完全不同的模式。這二者可以完全地相對立，聯姻措置是圍繞著一套定義可行與禁止、合法與不法的規範系統所建構；性意識的措置則根據流動的、多型態的與臨時的權力技術發生作用。…如果認為性意識的措置已經取代了聯姻措置這是不正確的，有一天我們或許可以想像聯姻措置被性意識措置所取代。但事實上目前來說，即使有這個取代的趨勢，聯姻措置並沒有因此消失，也沒有失去其效用。事實上，從歷史的角度來看，正是環繞著聯姻措置且以之為出發點，性意識的措置才產生的。³⁶¹

在這一段描述中，可以發現「性意識的措置」與聯姻措置涉及了相同的要素與關係，但 Foucault 將之特定於某個特定的時期（十八世紀開始）所呈現出不同的權力與反抗的樣貌。可以注意到 Foucault 的論述下，這個相異模式的出現與過去的聯姻措置間有所重疊，這樣新模式的出現並非一個對於前者根本性的破壞或是 Thomas Kuhn 式的典範移轉，其至多是一個流動的權力關係在某個歷史時期形構出了一個不同的樣貌。

延續上開論述，例如 Foucault 對於「性意識的措置」就作出了與「聯姻措置」不同的定義與描述，其標誌著一個「同樣涉及性的關係卻產生完全不同權力樣貌的情形」。惟應注意對於聯姻措置的取代，並非後者對於前者產生一個完全或永久的廢止—單純的一個取代另外一個。相反地，原本的要素依然在特定的面向上繼續存在且彼此的關係依然在運作，其可能僅是減輕了原本聯姻措置中某些要素間的力量強度或增強、多樣化其他的關係，然後在這個特定的時期產生出如「性意識的措置」這樣的一種新的權力關係。

對此筆者認為 Foucault 「措置」的網絡形式，在 Foucault 系譜學歷史觀的前提

³⁶¹ MICHEL FOUCAULT, HISTOIRE DE LA SEXUALITÉ I: LA VOLONTÉ DE SAVOIR 140-42 (1976).

下，它所針對的是非連續性的或斷裂的某個特定時期，在某特定時期中對當時所有存在的要素與其間關係進行權力樣貌，此觀察中可能形成不同的權力樣貌。但要注意這個網絡中的要素與交互關係，並不會因為一個新的模式取代舊的（如：「性意識的措置」取代「聯姻措置」）而徹底的被消除，相反的交互作用的要素以及交互關係可能依然是存在的，僅是這些存在的要素作用的力量比重以及交互關係的力量有所增減或變化，因此相同要素、相同關係在不同的力道與張力拉扯、交互作用下形成了不同的樣貌（甚至原本的樣貌可能仍存在且發生作用，僅是其退居二線或影響力變小）—簡言之，並非徹底取代的關係，而僅是網絡樣貌彼此的取代與改變（但內在元素仍是相同的）³⁶²。由此我們可以發現「措置」並非建立於相互排除的力量場域，亦非抽象的歷史描述，而是針對特定時期的具體要素及其關連性去具體論述其展現出的該時期特定樣貌，此一部份不僅是更清楚說明了「措置」的網絡運作模式，且將之與 Foucault 的歷史觀加以連結。

三、對於 *Dispositif* 翻譯的再說明：網絡關係之後

了解「措置」的網絡關係後，我們暫時回到本節開頭要處理的翻譯問題，或許在網絡關係的理解下，可以更清楚選擇「措置」作為中譯名的理由，此外筆者觀察到另一種不同於字義解釋的取徑：向 Louis Althusser 處考掘 *Dispositif* 的意涵³⁶³。

³⁶² 用圖形舉例就很清楚了，例如可能由 A、B、C 三個點形成一個三角型，他們的交互關係中形成了一個 A-B、B-C、C-A 力量均衡的正三角型，而「措置」談的就是可能在某個特定時點作觀察時，這三個點依然存在，而三點間的力量線也依然存在，但可能施加於各點的力量改變，或是 A-B、B-C、A-C 的長度或向量發生了改變，好比變成了一個 3:4:5 的直角三角型或是 1:1:√2 的等腰三角形，這時候其實內部要素或環繞的重點都沒改變，但是權力關係呈現的是另外一個不一樣的樣貌了。同樣的例子在 Foucault 論述中，不僅存於《性意識史 I》的「性意識的措置」與「聯姻措置」，之後我們在生命政治中會再次看到 Foucault 談論生命權力時，對於「規訓」與「調節」在從「紀律性社會」轉型成為「治理性社會」時，所扮演的角色與定位，從「措置」角度切入時，也是一個相同的情況—並非完全取代的關係，僅是內部相同要素彼此張力或力量關係的改變與呈現的面貌不同而已。

³⁶³ Alain Brossat 著，洪菁勳譯(2008)，〈Foucault 的「布置」概念〉，《文化研究》，6 期（增刊），頁 236；Jeffery Bussolini, *What is a Dispositive?*, in *Foucault Studies*, No 10 93-4, 95-6 (2010), <http://rauli.cbs.dk/index.php/foucault-studies/article/view/3120/3294> (last visited: Feb 2, 2012)。其實這樣的取徑並不新潮，對於 Foucault 思想中 *Dispositif* 的考察，Agamben 即是將源頭追溯至其

對於 *Dispositif* 的翻譯或理解上，最常出現的比較對象正是「*Dispositif / Dispositivo*」與「*Appareil / Apparato / Apparatus*」這組對比，對於從字義出發的討論在本節的第一個段落就有說明。而這組詞彙的運用也可以在 Althusser 的論述中觀察到，於其〈意識形態國家機器〉（*Idéologie et appareils idéologiques d'État*）一文中，Althusser 先區分了國家政權與國家機器二者，後者又分為強制型國家機器與意識形態國家機器，Althusser 指出意識形態國家機器不同於前者，其並非以暴力發揮其功用，而是指涉一定的實體，以各具特點的、專門化的形式出現：宗教、教育、家庭、法律、政治、工會、文化與傳播媒介等類型，且認為是一種散狀系統的存在。Althusser 認為在馬克斯思想下國家作為國家機器，統治行為是以這些國家機器的方式進行，而在上開的討論中 Althusser 所使用的也都是 *Appareil* 這個字³⁶⁴，而在文中關於這些 *Appareil* 間的關聯與配置也是使用了 *Dispositif*。

從上開的論述來看 Althusser 與 Foucault 確實有其相似之處，不過兩人在脈絡上仍有其差異，Althusser 縱貫全文多在討論 *Appareil*，而 *Dispositif* 則出現甚少，在 Althusser 論述中其偏重的是對這些 *Appareils* 的奪取。反之 Foucault 所重視的則非 *Appareils*，對他而言 *Appareils* 可能僅是 *Dispositif* 的要素，其重視的是 *Dispositif* 的運作。而這樣的差異其實其來由自：對 Althusser 而言，國家機器是權力壓迫或上對下統治的工具，其著重於一個壓迫的權力形象，這是一個馬克斯式的觀點。

但在 Foucault 這裡卻不盡相同，Foucault 關心的並非鬥爭或權力壓迫的面向，相反地 Foucault 關注的是「權力」的面貌：怎樣被行使的問題。也因此 Foucault

老師輩的 Hyppolite 處，因此向 Althusser 處進行考察亦是一條可行的進路：包括考察法國戰後迄今的思想史、Foucault 與共產黨的關係、Foucault 與 Althusser 思想上的關連性等等，或可作為未來研究之展望，對於「措置」概念的形成與運作方式等也可能會有新的理解。

³⁶⁴ LOUIS ALTHUSSER, *IDÉOLOGIE ET APPAREILS IDÉOLOGIQUES D'ÉTAT*, LA PENSÉE, no 151, juin 1970 1-27(1970).

思想中的權力並非壓迫，而是生產性的，或者說是反馬克斯式的³⁶⁵。Foucault 將反抗也理解為權力中必然的現象（這是我們在上述治理部分與「措置」都談過的），因此雖然 Foucault 也談論監獄、學校、宗教處所等機關（或可稱為 *Appareil*），但他關注的是彼此的交互關係所觀察到的權力被運作的態樣，也就是 *Dispositif* 的問題。因此如 Foucault 說的「措置」就是各要素間「關係」形成的「網絡」，從 Foucault 對機構的描述來看：「在我們的社會中，真理的政治經濟是在控制下被生產及傳布，而非具排他性的，並且是處在一些重要的政治和經濟機構的支配下（大學、軍隊、書寫、媒體），這裡的機構是一種外在地占有個體的活動，具體的例子如精神病院、醫院等都是機關，而「措置」針對的並非這些機關，而是其配置與交互的關係。」，這段話對應了我們上述的討論。

因此讓我們再看一次 *Dispositif* 與 *Appareil* 兩字，雖然英文中經常將 *Dispositif* 英譯為 *apparatus*，但回溯至法語中可發現到 *Appareil* 與 *Dispositif* 實際上的差異，雖然 Foucault 在思想上確實流露出些許（但其應該不會承認）Athulsser 的痕跡，或許可以理解為兩人所觀察的機構是相似的，但是在討論的問題與偏重的面向上則有所差異，但也正在這個差異中，使筆者確立了 *Dispositif* 所強調的網絡關係及其與 *Appareil* 的不同，是故在翻譯上最終筆者依然捨棄如裝置或機構等靜態的概念，而取用了動態且帶有策略意味的「措置」。

第三目 權力運作的戰爭模式－「措置」的「策略性」（*stratégique*）

最後讓我們注意「策略」（*stratégique*）的面向。延續上面我們談到的「網絡」形式，其實這個網絡中各個要素的關係在不同時期或階段應如何界定其功能、策略，其針對的正是某個「緊急時刻的需求」去對應。「措置」不僅是要素間的交互

³⁶⁵ Frédéric Gros 著，何乏筆、楊凱麟、龔卓軍譯(2006)，《傅柯考》，頁 125-126，台北：麥田，初版

作用，還包含使這個力量活動所對應的戰略線更完整，更清楚針對某事態且使力量運作更符合針對該事態的作用，也就是在訪談中 Foucault 所點出的「策略」的面向：「我所理解的是一個特定的歷史時刻中有它的主要功能的組合，此功能即針對緊急的需求（urgent need）而有所回應。…戰略（策略）的功能上具備一種支配性（主導性）的性質。」。這個「網絡」具有形成某種協調作用與組合作用的能力，「措置」是以諸多「實用的目的」來進行布局的。以下我們分三個段落來探論「策略」的面向。

一、概說－有機體概念的排除、力量關係作為重點

針對「策略」面向討論前，應先予釐清一個點：此策略面向並非一種有機體式的概念。Foucault 本身並未用過「有機體」（Organism）式的比喻，因此理解「措置」時應該跳脫這個想法，它並非一種社會有機體的概念，對於緊急需求的回應也不應理解為某種有機體自我防衛或免疫的圖式³⁶⁶。那麼這個策略功能指的是什麼？Foucault 認為這個策略功能的特性，在於強調與呈現出力量關係的自我維持、強化、穩定化與擴張化，對於策略的強調是在突顯出力量關係間的強弱、拉扯與消長的運動軌跡。筆者認為從 Agamben 的摘要中將「措置」描述為具備某種具體的策略性功能，並總是坐落在權力關係中一事，搭配我們前面談的「網絡」概念，或可作一個簡單的描繪。

二、策略面向與 Foucault 的方法論－Deleuze 詮釋：去普遍性的「措置」

Deleuze 於“Qu'est-ce qu'un *Dispositif*”一文中，分析了 Foucault 對「措置」概念的採用，所顯現的是一種新方法論的採取：「對於普遍性的捨棄」。Deleuze 認為 Foucault 提出「措置」的概念，並強調其中各要素的交互關係，代表 Foucault 認識

³⁶⁶ 對此可以連想到的是 Roberto Esposito，其對於生命政治下權力運作的圖式採取的就是一個類似有機體的概念，其不同於 Foucault 的「措置」形式，Esposito 採用「免疫」作為生命政治運作的圖式，相關論述可見其著作：ROBERT ESPOSITO, *BIO: BIOPOLITICS AND PHILOSOPHY* (Timothy Campbell trans., Minneapolis: University of Minnesota Press 2008) (2004).

到了在「措置」中，知識與權力的成立基礎都具有變動的可能，各種要素在某個特定時刻、針對特定緊急需求所形成的實踐行動雖然有其意義，但在不同的時刻可能原本的需求消失、面對新的緊急需求時，知識形構與權力運作就必須重組而進行再「措置」。簡言之，並不存在一個具普遍性、任何時刻皆適用的「措置」態樣³⁶⁷：

普遍者無法解釋任何事情，反而是它自己需要被解釋，所有的線路都是變樣的線路，甚至沒有固定的共構。一體、全體、真實、對象、主體都不是普遍者，而是在既定的措置中呈現的特異過程。每個措置也是一個複數，以與上面同樣的過程運作而在形成中，與其他措置有所不同。

因此「措置」必定是不斷更動的，伴隨面對需求的不同而變動，這種摒棄普遍性且強調不同時刻與需求的流動性概念，正彰顯出「措置」的「策略」面向。

三、權力與策略面向的關連—從《性意識史 I》與《必須保衛社會》觀察

我們已經理解「措置」的重點在適當定位權力的問題，異質要素間彼此的交互關係即是力量的展現，且在「策略」的面向中這些力量彼此間應對著不同的需求或論述而產生拉扯、縮減、擴張化或穩定化，其針對者皆為力量亦即「權力」的討論。延續「網絡」面向中對 Foucault 權力命題的討論，在「策略」面相中我們繼續將它延續下去。在 Foucault 自身對於「權力」的言談中，最具代表性且又與「策略」面向最具有關連的當屬 1976 年的《性意識史 I》與同年的法蘭西學苑講座《必須保衛社會》。

於《性意識史 I》中，Foucault 談論權力命題時，不僅是談了要素間交互關係的網絡，他也提到了權力是人們賦予某一個社會中複雜的戰略形式的名稱，這也正是 Foucault 談到「措置」與力量時，談到了一種使「措置」當中力量流動依賴

³⁶⁷ Gilles Deleuze, *What is the Dispositif?*, in MICHEL FOUCAULT PHILOSOPHER, 159, 161 (T. J. Armstrong trans., Harvester Wheatsheaf 1992) (1989).

的戰略線更加完整的作用－策略精密化的連續過程。粗略來說「措置」中的力量流動裡，會有一個特定的面向去進行引導，使力量針對某個需要回應的點去進行措置。對於這種權力的戰略（策略）觀，Foucault 在《性意識史 I》有著明確的表達³⁶⁸：

選擇戰略模式而非法的模式（*modèle du droit*），並非理論偏好或推斷選擇，而是因為西方社會的基本特點之一，就是曾長期以戰爭、多種形式的戰爭作為其主要表現型態的力量關係，其逐漸進入政治權力的範圍。

對於這種 Foucault 口中權力的戰略模式，其實在對權力提出命題時就已經有所表示，其認為這代表了「政治是其他方式進行的戰爭」，或者說「力量的關係可以用戰爭的形式來表達」，在力量間的交互作用中，會形成不同的戰略關係。且 Foucault 這樣的想法並非突然出現，在《性意識史 I》中當他談起壓制的「法律－言說」（*juridico-discursive*）權力觀點的消退伴隨非以「法」為範式的新權力樣式誕生時，就可以發現到這個立場，不過若要追本溯源的話，那麼就一定要去看看同年（1976年）稍早的法蘭西學苑講座－《必須保衛社會》。

如果以《必須保衛社會》講座進行分界，此前的 Foucault 講座談論者如《不正常的人》，主要著重在「正常／不正常」的區分、「紀律性權力」與「規訓」，此後的《安全、領土、人口》及《生命政治的誕生》則明顯關注一種對整體人口進行正常化調節的生命權力形式。因此當 1976 年 Foucault 花了一整年的課堂談論「戰爭」此主題，卻於最後一章忽然出現生命政治的論述時，一個經常被探問的問題是：「《必須保衛社會》在 Foucault 思想的定位或意義何在？為什麼要花上一年的課程談論戰爭問題呢？」。如果我們能宏觀的注意到此時期的 Foucault 將重心放在「權力」問題，並與同年的《性意識史 I》一書對照，即可發現 Foucault 談戰爭並非天外飛來一筆，相反地他想要清楚強調一種新權力範式或解釋觀點的出現：

³⁶⁸ MICHEL FOUCAULT, HISTOIRE DE LA SEXUALITÉ I: LA VOLONTÉ DE SAVOIR 135 (1976).

Foucault 依然走在那對權力進行分析的路上而未偏離。

Foucault 於《必須保衛社會》一文中的權力分析模式分為兩種類型—「壓抑模式」與「戰爭模式」³⁶⁹。由於這個問題不僅涉及到「措置」的策略面向與權力的「戰爭模式」，也涉及到「法」在 Foucault 思想下的定位，對於 Foucault 思想下的「法」筆者將留待本章的最後探詢其於「措置」中的樣貌與在生命政治中扮演的角色時再詳加說明，於此筆者僅簡單將問題置於「戰爭模式」。Foucault 在《必須保衛社會》講座中先提到的是權力的「壓抑模式」，在此模式中權力被實體化且具備壓抑性格，成為可為人行使被運用的資產，Foucault 將這個模式與中世紀王室對於羅馬法運用的主張³⁷⁰及 Hobbes 的社會契約論加以連結，其共同點在於將權力的重心放在一個「主權者」的身上，以主權者作為權力的聚合中心：主權者如何建立其權力、主權的正當性³⁷¹，這個聚合中心如何將權力收納於自身，又如何發散

³⁶⁹ 江玉林(2000)〈主權、戰爭的系譜與權力論述—傅柯「捍衛社會：法蘭西學苑演講(1975-1976)」評述〉，《月旦法學雜誌》，64期，頁175-183。

³⁷⁰ 對此 Foucault 舉了兩個例子說明歐洲王室為了展示其君主權力正當性，而主張源自於羅馬帝國的延續性。Foucault 認為這樣的主張目的在於君王想尋求一個至高無上的主權權力，切斷與教廷或貴族的糾纏，建立一個對臣屬者完全的支配關係，而這個主張一方面試圖連結自身王權與羅馬正統的繼承關係，另一方面面對可能會導致延續性被中斷的歷史事件，則要與以竄改或重新詮釋，與這些造成王權威脅的論述進行戰爭。Foucault 的第一個例子放在宣稱「朕即法」的法王路易十四，向來法國王室皆將其君主政體的合法性論述為對羅馬帝國的合法繼承，並以西元486年法蘭克王朝君主 Chlodwig 率法蘭克人到羅馬統治的高盧作為論述此正當性基礎的歷史事件，認為在此事件中法國王室合法繼承羅馬於高盧藉羅馬法所實施的君主專制政體。

不過法國王室為了正當化其延續性，對於上開歷史事實必須不停加以重新編碼與詮釋，以正當化本身統治基礎與強化臣屬者對其信仰。這樣的一個編修勢必受到挑戰，Foucault 舉例談到了在《性意識史 I》中也提過的 Boulainvillier，Boulainvillier 批判法國王權的論述目的在降低貴族的身分，因此作為其正當化基礎的歷史事實也僅是一個扭曲。布氏認為是 Chlodwig 抵達高盧並接觸羅馬對於高盧的專制君主政體統後，被此種君主至高無上的權勢所吸引，因此圖謀擺脫法蘭克部族傳統對於君王權力的限制，Chlodwig 的方式包括著名的「索松瓦花瓶事件」，以及與基督教會、原為羅馬服務的高盧貴族結盟，並與法蘭克部族內貴族相對抗，一方面瓦解反對勢力，另一方面引進教會與貴族熟悉的羅馬政務及拉丁文，降低部族成員影響力。Boulainvillier 的說法中實施權謀伎倆者不僅限於 Chlodwig 本人，還包括幫助他的高盧貴族，一方面 Chlodwig 鞏固其君主權力，二方面高盧貴族取得原本羅馬帝國時期永有的特權，由此布氏認為歷史與政治的論述應以一種「戰爭模式」進行論述，而非單純以王室利用主權系譜建立自身正當性的論述，才可能使法國貴族在與王室的爭戰中奪回其權力。除了這個法國的例子外，Foucault 也談到了英國的例子，論戰的雙方則是維持英王君主專制地位的諾曼傳統與主張回歸盎格魯薩克遜法傳統者，不過礙於篇幅就請各位自行閱讀《必須保衛社會》了。

³⁷¹ Foucault 舉的例子中最顯著的即是 Hobbes 的著作《利維坦》。回顧上面 Foucault 講到個兩個

適用於權力的對象也就是臣屬者。

對於這種壓抑模式的權力觀，Foucault 於《性意識史 I》中認為其欠缺策略、吝惜手段、戰術貧乏且無力創造，只具有一種「否定」的力量，一種描繪框架工作，僅是反活力的而無生產力³⁷²。這樣的權力中總是被疑問「權力是什麼」與「從何而來」，在權力與君主、法連接的論述中，成爲一個被實體化可被讓與的對象。但 Foucault 權力觀是一種交互關係的網絡概念，這種網絡概念顯然並不將權力實體化，而是相反地將問題點改成「權力的作用」，在各要素的交互關係—權力與張力—中觀察到權力。在這樣「戰爭模式」的權力論述中，權力關係運作藉由戰術與戰略的應用，不斷以衝突或抗爭的形式，來強化或調整各種力量間所達成的不對稱張力狀態。

在此我們可以看到 Foucault 思想中的權力與戰爭的關係，其翻轉了 Clausewitz 「戰爭是政治的延伸」的說法，認為「政治是另外一種形式的戰爭」³⁷³。在針對某個事態回應的需求中，這個回應並非單調而欠缺活力的壓制或區分後加以禁制，相反的是在一策略爲主軸中，各力量關係以這個目標爲導向進行彼此的拉扯與爭奪，去決定力量的安排、大小與要素的配置，在這之中進行的是一場戰爭，在這戰爭中決定對於該緊急需求的回應模式—權力的展現樣貌。

例子，這種對抗君主專制的論述面對的最大對手即是《利維坦》，Hobbes 採取了拒絕戰爭的立場，並認為正是爲了防止戰爭與自然狀態，結束自然狀態中每一個人對每一個人的戰爭，透過國家或主權的建立，臣屬者們在戰爭與死亡的恐懼中，將自身的某部份權力轉讓給第三人，產生一個轉讓給主權者的契約，主權者因此擔負起確保其統治範圍內不受戰爭威脅的和平狀態。因此 Hobbes 跳出前註中 Boulainvillier 與法國王室的對抗論述，將主權的正當性基礎與羅馬正統性的延續論述脫鉤，君主主權來自於臣屬者的協議而建立，只要這個主權可以經過合法繼承就能永遠保存其正當性。在 Hobbes 論述下，使用征服這樣的議題挑戰主權論述將失其效用—Hobbes 將主權正當性由征服者勝利翻轉爲被征服者與之訂定的契約上，而非在於羅馬延續性相連。

³⁷² MICHEL FOUCAULT, HISTOIRE DE LA SEXUALITÉ I: LA VOLONTÉ DE SAVOIR 112-13 (1976).

³⁷³ MICHEL FOUCAULT, IL FAUT DEFENDRE LA SOCIÉTÉ: COURS AU COLLÈGE DE FRANCE, 1975-1976 18-19 (1997).

四、策略面向在「措置」圖式中的定位之描繪

Brossat 曾指出「措置」的策略面向指的並非作為一個可以被某個人、團體、階級所掌握用以實現某目標、處理某問題的「器具」(instrument)，這樣的說法近似於不要將「措置」設想為有機體的論調，二來可以觀察到 Foucault 與馬克思主義的區分，他並不將「措置」理解為一種奪取國家政權後使用的國家機器概念³⁷⁴。對此可以確定的是「措置」並非一個預設好且將不合乎目標者予以修正或排除的框架。

所以我們還是要回到網絡結合策略的方向來思考，「措置」的確要針對某個問題進行處理而具有策略性，這個策略的含意 Foucault 解釋為「為了達到特定目的」，在這個意義上把權力理解為一套有效執行與維持權力的方式³⁷⁵，但這並非預設一個框架或作為某個器具、裝置來使用，而是在各個要素針對問題處理的運作中，讓各要素間發生交互的作用，分配各要素產生的力量多寡、占據的比重大小，但會動態地在每一次交互關係中為了達到穩定的秩序狀態、緊急事態回應的有效性，也就是在權力的作用與可能發生的（他人）行為的範圍內，討論適於權力關係的策略。而策略性的調整這些交互作用的力量關係，用 Brossat 的方式來說：「措置」是一種為了回應緊急狀況而出現與特定時刻的「一種訓練」³⁷⁶。

對於權力策略性調整的觀察，我們可嘗試由 Foucault 關於權力與反抗的關係設例。對 Foucault 而言反抗是作為權力內一部分而存在的，反抗處於權力關係的核心且作為其永恆的條件，每一種權力關係都含有一個對抗的策略，Foucault 認為這雙方擁有各自的特質且構成彼此的極限，在權力關係的拉扯與張立中，反抗策

³⁷⁴ Alain Brossat 著，洪菁勵譯(2008)，〈傅柯的「布置」概念〉，《文化研究》，6期（增刊），頁 235-236

³⁷⁵ Michel Foucault, *The Subject and Power*, in POWER, 326, 346 (James D.Faubion ed., Robert Hurley trans., PENGUIN BOOKS 2002) (1994).

³⁷⁶ Alain Brossat 著，洪菁勵譯(2008)，〈傅柯的「布置」概念〉，《文化研究》，6期（增刊），頁 236

略也成爲權力的界線，總之在權力關係與策略間存在一個連結與倒轉，在針對特定事態與目的的狀況下，諸要素間的力量關係會存於這連結而不停拉扯與形成權力的樣貌³⁷⁷。

第四目 小結

現在我們已經大體上的分析完了 Foucault 口中的「措置」的樣貌，其內涵指向了「知識／權力」的圖式，不僅是知識形構還兼及實踐行動的面向：權力的適當定位。惟其並非固定不變的關係或框架，相反地具有「可塑性」的性質。在論述／非論述等異質性要素間產生交互的網絡關係，這些關係於社會實踐的面向會產生許多力量流動的現象，使秩序化的穩定狀態得以成立，在穩固的形式中加以運作。但由於各要素間交互關係的動態性質與「措置」的機動性，這些元素與力量關係需要回應不同的緊急事態，在不同策略的出現與應對中去變化與形構，所以在穩固的權力行使中可能產生無預期的效果而具有不可決定性，此時必須對於這些無預期狀況進行回應而使力量運作的新穩固秩序產生，在權力的面向上以此循環不停的運作，且與知識形構也同時產生新的關連性並又再次重新定位新的權力實踐行動。簡言之，「措置」是一個動態概念、一個循環的過程：「不停的交互作用設法產生穩固秩序，但又出現無預期狀況而須再次的回應。」，Foucault 對於這個過程稱爲「「措置」的策略填裝」，而這樣不停運轉與回應導致了「措置」的非連續性與非共時性，如果說「措置」作爲一種描繪社會特定時點現象的術語，那其內涵正呼應著 Foucault 系譜學式的歷史觀。

承上對「措置」的描述，其因而具備樹狀的增生能力：由大到小、巨觀到微觀、巨大措置驅動特殊的微措置，策略性地運作這些異質性要素不停產生穩固秩

³⁷⁷ Michel Foucault, *The Subject and Power*, in *POWER*, 326, 346-47 (James D.Faubion ed., Robert Hurley trans., PENGUIN BOOKS 2002) (1994).

序、無預期效果，於「知識」與「權力」的交互關係中、於回應與再回應中不停策略性校調其要素間當下適當的網絡力量關係³⁷⁸。現在了解了「措置」的內涵與意義，以及其在 Foucault 思想下的位置及與 Foucault 思想脈絡的關連性後，「措置」可以作為一個對任何特定時點的當下，進行一個力量運作描繪的術語，它具有可觀察性的工具性質，但 Foucault 是否只是想將之作為分析或觀察的工具？以下我們稍微分析這個問題，以使 Foucault 「措置」的考察之旅有個完整的終點。

第四節 Foucault 的計畫—「措置」、權力與主體

上一節中我們試圖理解 Foucault 思想核心機制—「措置」，包括它的起源與定位，也從《性意識史一》與相關訪談中勾勒「措置」的樣貌。接著我們要探問一個問題：完整定位知識與權力問題的「措置」概念作為 Foucault 思想的核心為前提，Foucault 僅僅是想分析一個社會境況或從要素的彼此交互中看到權力運作嗎？在 Foucault 的思想全盤計畫中，「措置」圖像中 Foucault 是否試圖進行他下一步的工作？

第一項 線性概念的理解—Deleuze 談「措置」

為了回答這個提問，我們先以對於 Foucault 詮釋頗多的 Deleuze 出發。蓋於上一節中我們已從 Foucault 的著作、言談中勾勒出 Foucault 口中的「措置」形式，從其強調了「網絡」的形式以及期間的交互作用關係，筆者認為我們已可勾勒出「措置」的圖像。惟若想更清楚地以一個圖像的方式來理解 Foucault 思想中「措置」的概念進而回答「Foucault 後續計畫是什麼？」這個問題，則對「措置網絡」

³⁷⁸ 以 Foucault 曾舉之例說明，「監禁的措置」(*Dispositif d'emprisonnement*) 中，它原本討論通向監禁、框架化、成為有價值的程序，措置的過程中卻產生了無預期的新概念—過失犯身分的形成，為了回應這個新狀況，監禁措置必須策略性地回應以避免這個新狀況未能有效處理可能導致穩固秩序的破壞，所過失犯身分被加以考量，監禁措置的諸多要素會重新校調以（策略性地）適應這個新概念，例如將之運用於政治目的中。

描述最為清楚，可作為這圖像製圖指引者當屬 Deleuze 於 1988 年所著的“Qu’est-ce qu’un *Dispositif*?”一文³⁷⁹。本文中 Deleuze 以其一貫風格，採取「線圈」的描述方式對於 Foucault 的「措置」進行分析，筆者認為 Deleuze 此文不同於 Agamben 翻轉了 Foucault 的概念，在工作上較趨近於對於 Foucault 概念的描繪，雖然我們閱讀後可能仍將之理解為一種 Deleuze 詮釋下的 Foucault（而非 Foucault 的再現），但無論如何這幅線圈理解下的地圖繪製將使我們可嘗試以另一種觀點更清楚地體悟「措置」含意並思考 Foucault 計畫的後續工作。

第一款 Deleuze 的詮釋：線路的「措置」³⁸⁰

本文中 Deleuze 一開始即點出「措置」構造貫穿了 Foucault 整個思想歷程，將之詮釋為 Foucault 思想發展的中心要素³⁸¹。Deleuze 這樣的詮釋方式，正如他所言的³⁸²：

…要在社會措置中解開這些線路的糾結，就像是要畫一張地圖，進行製圖工作，測量未知的地界，這時候我們必須把我們自己置放在這些線路之間，這些線路不僅僅組成了社會措置，同時也穿越了社會措置，被置放在社會措置中。

可以說像是一幅地圖的繪製，在「措置」的詮釋中—觀看景像中進行描繪，讓我們理解 Foucault 自知識到權力以至主體的想法—完成這趟 Foucault 思想之旅，這也是筆者談論完「Foucault 談措置」後，想要點出 Foucault 談措置的目的與發想前，特別將「Deleuze 論 Foucault」作為一個中間站的原因，一方用 Deleuze 的目光使我們更看清「措置」，另一方面尋找 Foucault 思想之旅中「措置」想要達到的終點

³⁷⁹ 此篇文章的引用，由於資料查詢時僅尋得英譯本，故對此無法將法文與英文交相對照，若在詮釋上有所歧異，還懇請見諒。

³⁸⁰ 筆者須說明，由於本論文在篇幅上不可能進行對 Deleuze 思想的深入介紹，故此處僅是想藉由 Deleuze 的評論，更清楚地從圖像的角度觀察 Foucault 措置的概念樣貌，是故對於 Deleuze 思想的詳盡介紹就只能暫時割愛不論了，這是必須要先說明清楚的。

³⁸¹ 此點也是筆者當初選擇「措置」作為對 Foucault 權力分析的切入原因，Deleuze 對於 Foucault 的詮釋更是加深了筆者以此作為切入，將「措置」作為 Foucault 權力運作模型的想法。

³⁸² Gilles Deleuze, *What is the Dispositif?*, in MICHEL FOUCAULT PHILOSOPHER, 159, 159 (T. J. Armstrong trans., Harvester Wheatsheaf 1992) (1989).

何在。

在這篇文章的一開頭，Deleuze 就以線路的形容說出他心中的措置是什麼，我們可以將其與 Foucault 口中的「措置」作一個對照³⁸³：

…但什麼是措置呢？首先，它是糾纏、多線路的整體。每條線路都有不同的性質。在措置當中的線路並不指向完整的系統，而是有其個別特定的指向，通常不會被放到更穩條件當中的痕跡，有時候這些線路會交錯在一起，有時候又會彼此分離。每一條線路都會被打破，而改變方向，產生分岔與分歧，注定要漂流、轉台。可見的對象，可以被提出的闡述，力量的施用，多維向量與張量的主體位置。這也就是 Foucault 所區分出來的三大向度：知識、權力、主體性，這些論題的輪廓並非一次可以得出，而是具有各種系列的變數，交互影響、交互補充。這三大方向的時時處於危機之中，因為 Foucault 經常發現新的向度、新的線路…

將「措置」的重點置於各要素間的關連性—可能交錯，也可能彼此分離，也可能改變方向；交互影響、交互補充—正呼應了「網絡」的形式。「…可見的對象，可以被提出的闡述，力量的施用，多維向量與張量的主體位置…」可見於 Deleuze 詮釋下，「措置」的內容也包括了闡述與其之外的力量面相，呼應了 Foucault 希望以「措置」涵括實踐行動的目的，以及具有向非論述開放的「異質性」³⁸⁴。此外他也指出了線路針對特定的指向，或許我們可以詮釋為某種「策略」的性質。總之，在 Deleuze 開頭的這段詮釋中，處處可以發現對於 Foucault 思想的再現，以「線圈」的圖式更清楚的描述 Foucault 的「措置」。

³⁸³ Gilles Deleuze, *What is the Dispositif?*, in MICHEL FOUCAULT PHILOSOPHER, 159, 159 (T. J. Armstrong trans., Harvester Wheatsheaf 1992) (1989).

³⁸⁴ 此外 Deleuze 在本文開頭就談到了「多維向量與張量的主體位置」、「…Foucault 所區分出來的三大向度：知識、權力、主體性…」等主體性的問題。的確主體性也是 Foucault 思想中極為重要的主題，甚至「主體性」的討論（包括主體塑造、解放）都是 Foucault 設計「措置」概念可能的目的與未來的走向，筆者在此主要先說明「措置」的樣貌、形式，說明完畢之後在最後一節中筆者會在說明「措置」在 Foucault 思想上未來可能的走向，或是 Foucault 當初設計「措置」可能的最終計畫目標為何。

總而言之，Deleuze 提醒了我們「措置」確實是 Foucault 爲了納入實踐行動以描述「權力」面向的發明，但他並不僅是針對權力，相反地其橫跨了整個 Foucault 的思想歷程－包括我們已經談過的對於「知識」時期的轉折與修正，即將談論的「措置」最終目的所在：「主體」問題，線路模式的描述生動地表現了「措置」的樣貌，接著我們來看看 Deleuze 口中的「線路」長的是什麼樣。

第二款 線圈的面貌：哪四條線？

呼應著 Foucault 的三大主題：知識、權力、主體，Deleuze 陳述中的線路分別是：「可見性曲線」(curves of visibility) 與「陳述曲線」(curves of enunciation)、「力量之線路」(lines of force)、「主體化之線路」(lines of subjectification)。以下我們就分敘之將其與 Foucault 整個思想加以對應，更清楚地勾勒出「措置」圖式。

第一目「可見性曲線」(curves of visibility) 與「陳述曲線」(curves of enunciation) ³⁸⁵

Deleuze 認爲：「社會措置首先的兩個向度就是可見性曲線與陳述曲線。...讓我們看與說。」，它們分別指稱了「看」與「說」的問題群組，亦即「知識」形構條件的分析。「可見性曲線」處理的是「看、視覺」的問題，如 Deleuze 所說的：

可見性無法被回溯為一道光的普遍來源，因此說他落在預先存在的對象上。它是由光的線路所形成，造成了各種可變的形狀，無法與這裏所說的措置相分離。每一種措置都有他結構光的方式，在這種方式中光線墜落、模糊、散佈，配屬出可見與不可見者，讓對象產生，使對象存在或消失。...

我們可知它並非單向度談論光照在什麼對象上，而是談論「光」與「視覺」的關

³⁸⁵ Gilles Deleuze, *What is the Dispositif?*, in MICHEL FOUCAULT PHILOSOPHER, 159, 160 (T. J. Armstrong trans., Harvester Wheatsheaf 1992) (1989).

係，「光線」與「視線」交互作用產生的結果。其指涉者包括繪畫也包括建築，前者的例子如《詞與物》中 Foucault 對於「宮娥圖」的討論，藉由畫中呈現的角色位置與其觀看的方向，以及畫中並未出現（但卻在觀看這一切）的君主可能的存在位置，於這些視線的分布與運動方式的展演中，Foucault 分析出特定時期（古典時期）宮廷的視覺性秩序如何配置，這正對應於其知識形構之討論。至於後者顯例即為「監獄」，這就等我們談到「規訓」、「監視」的權力形式時再談論之³⁸⁶。

延續 Deleuze 所言：「措置同時也在陳述的政體中被發現。」，接著的問題在於什麼是陳述的曲線³⁸⁷：

…乃是各種變數的「配置」(distribuent / distribute)，**科學或文學類型、法律狀態和社會運動，都可以透過它們所引發的陳述政體而被明確的界定。他們並非主體和客體，而是必須被可見者與可陳述者所界定的政體和體制，也包含中間的飄移、變形與突變。在每一個措置中，各種線路突破門檻，以此他們被視為美學、科學、政治等等。**

如果還記得我們討論「措置」定位時談到的另一個術語：「知識型」，其作為一種特殊的話語、陳述措置，Foucault 想使用此規則系統探究知識的形構，Deleuze 在「陳述曲線」裡談到科學的界定與將之視為某種科學正是在討論此事，「說」與「陳述」並非一種純粹知識空間內的的線性演化，而是隨著各時代—文藝復興、古典時代、現代階段—的知識型基礎土壤不同而有所差異。總之在「可見性曲線」與「陳述曲線」的交錯中，在「看」與「說」構成的關係中，產生了「知識」的總體。

³⁸⁶ 譬如像監獄措置就像是一個光學機器，用來看，而不被看見的。如果措置具有歷史特性，主要在光的政體中被發現

³⁸⁷ Gilles Deleuze, *What is the Dispositif?*, in MICHEL FOUCAULT PHILOSOPHER, 159, 160 (T. J. Armstrong trans., Harvester Wheatsheaf 1992) (1989).

第二目「力量之線路」(lines of force)³⁸⁸

正如 Foucault 當初發展「措置」概念時的目的，將關注的重心納入實踐行為並適當地定位權力問題，Deleuze 討論完可見性與陳述曲線後，在兩條軸線交繞的過程中，帶出了下一條線路－「力量之線路」：

…Foucault 所關心的是搜尋出這些力量線。這就是權力的向度，這是內在於措置的第三個空間向度，對於措置來說是可變的。就像權力，他的形成外於知識。

Deleuze 對於力量線路的描述，也可以使我們看到 Foucault 口中要素間交互作用的「網絡」樣貌一點對點間的線路，線路的聚合與分離以及由此而生的彼此間的張力、聚合與發散：

…這些力量線由一個特異點跑向另外一個特異點。他們會修正先前的曲線，他們劃出切線，填滿一條線與另一條線之間的空間，在看與說之間從事一種遊走其間的活動，就像是在和詞與物之間作一種不停的穿梭之箭，…發生在一個點與另一個點之間的任何關係中，在措置中可能穿越任何區域。雖然不可見不可說，他卻與其他力量線緊密交織，但卻可以分開。…

除了看到力量線路與權力的面向，一方面我們看到了力量線路產生於「看」與「說」、「可見」與「陳述」間的交繞，來自於對「知識」面向的延續發展；而更重要的另一方面，Foucault 或 Deleuze 點出了這個緊密交織的力量網絡，可能正爲了下一個主題進行論述的準備工作，Foucault 思想計畫的最終：「主體」。

第三目「主體化之線路」(lines of subjectification)³⁸⁹

³⁸⁸ Gilles Deleuze, *What is the Dispositif?*, in MICHEL FOUCAULT PHILOSOPHER, 159, 160 (T. J. Armstrong trans., Harvester Wheatsheaf 1992) (1989).

³⁸⁹ Gilles Deleuze, *What is the Dispositif?*, in MICHEL FOUCAULT PHILOSOPHER, 159, 160-61 (T. J. Armstrong trans., Harvester Wheatsheaf 1992) (1989).

在本文中 Deleuze 點出了第四條線路的存在，這條路線指向了可能是 Foucault 工作的最終計畫所在，承前述這也是本論文希望去探求的問題，Deleuze 稱此線路為：「主體化之線路」(lines of subjectification)，在這條線路上有兩個不同面向的發展。

第一個面向在本論文中是極為重要的，在這個面向之上，包括可見與陳述線路、力量線路交織纏繞的過程中，於特定的知識平面上、於社會中，「主體」被加以建構，例如法律條文下的行為者；監獄、學校或精神病院中的被管理者。在這個主體化線路的第一個面向上，Foucault 對於「什麼是人？」這個問題似乎正回應著他在《詞與物》最後一章中關於「人消逝」的陳述³⁹⁰，對於「什麼是人」或人如何成為主體的提問，Foucault 不採取人具有本質的觀點或是主體先驗性的前提來討論，相反地 Deleuze 認為 Foucault 是以「主體化」(subjectification)的作用來進行討論，過去從知識到權力、從知識型到「措置」、從可見與陳述線路交纏了力量線路，他進行的是反向的觀察一個「主體被加以建構」的過程，跟由此而生的（臣服的）主體。至此，在主體化線路裡 Deleuze 為我們點出了 Foucault 談論「措置」可能的最終目的——也對應著他 1980 年後的工作：對於主體的討論³⁹¹。

從第一個面向來看，Foucault 對於主體進行的是一個相當悲觀的分析——人僅能在知識論述與權力作用中，消極地被分配、置放，在知識論述出的主體意義中被加以建構。在這個看似無法突破的線路網絡中，Foucault 面對了其思想上另一次的危機與轉折，在這之中 Deleuze 認為：「最後，Foucault 發現了主體化的線路...這個向度的出現起因於 Foucault 思想的一個危機，就好像對他而言必須要重新繪製社會措置的地圖，為他們找到一個新的轉機，以便讓他們免於被鎖定在牢不可破

³⁹⁰ MICHEL FOUCAULT, THE ORDER OF THINGS: AN ARCHAEOLOGY OF THE HUMAN SCIENCES 420-22 (2002).

³⁹¹ 其實 Deleuze 如此的詮釋，與筆者在本章第一節中所說的內涵上相去不遠，故也可看出在 Deleuze 思想下，他也注意到了 Foucault 思想中屈從地作為客體的個體的存在。

的力量線之中…」由此產生了主體化線路的第二個面向：一個積極的面向³⁹²。

Deleuze 認為 Foucault 主體化線路第二個面向，相對於被建構主體的悲觀面向，是一個積極的面向，Foucault 遭逢了一個看似無法突破的線路網絡的危機中，而 Foucault 意圖在主體化的線路上反過來尋找逃逸與繞過的可能³⁹³：

他提到打破線路的時候，意思或許是越過他和繞過他 (Bypass)。對於力量線的跨越，或許是在他轉向自己、迂迴繞路、變得模糊和走向地下，或者是這種力量轉向了自身作用在自身或影響到自身的時候，而不是他進入到與另外一種力量形成線性關係的時候。自我的向度並不是預先存在給定的，好像我們可以發現現成的自我。主體化之線乃是一個過程，是社會措置中主體性的產物：他的形成由來與措置本身所允許他可能存在的狀態。這是一條逃脫線。他逃脫先前的線路，也逃脫他自己。自我並不是知識也不是權力。他是個體化的過程，影響到團體也影響到他人，由權力的關係而形成實體，被建立為知識的構成形式…

在主體化線路的第二個面向上透露了 Foucault 最終計畫：如何繞過主體被建構的網絡，利用一個具積極性與創造性的自我技術。

對於這個 Foucault 的逃逸或繞行路線，在本論文的最後一章中會論及，在此我們僅簡單的說明 Deleuze 的觀點，同樣是以線路的方式說明：「Foucault 雖然談論到歷史積澱的線路，但也談論到毀壞的線路、斷裂的線路。」、「這些措置由下列要素組成：可見性與陳述線路、力量線路、主體化線路，分離線路、裂縫線路、斷裂線路，彼此交錯且相互混同，某些線路複製了、引發了其他的線路。」，可以注意到 Deleuze 提出了幾個特別的線路—「分離線路」(lines of splitting)、「裂縫線

³⁹² 這個部分 Deleuze 詮釋下，也轉而注意到在八零年代後積極而以自我技藝或說真話鍛鍊自我的主體。

³⁹³ Gilles Deleuze, *What is the Dispositif?*, in MICHEL FOUCAULT PHILOSOPHER, 159, 161 (T. J. Armstrong trans., Harvester Wheatsheaf 1992) (1989).

路」(lines of breakage)、「斷裂線路」(lines of fracture)。我們知道在主體化線路的第一個面向中，知識與力量交織出一個網絡，Foucault 選擇以「繞過」(Bypass)的方式來突破，無非是因為任何試圖以力量關係去打破此網絡的作為，都可能僅是形成另一新的力量關係，最終還是封閉於力量型成的線路關係或網絡中³⁹⁴。因此 Deleuze 詮釋的這些線路並不是一個「破壞」的功能，Deleuze 認為 Foucault 想進行的是一個以自我為中心的工作：「使力量折返自身，自行敞開而逐漸隱蔽」，以自我為中心轉化出主體化作用積極化的面向，如同在《性意識史 II》中 Foucault 探問的：「人如何**使自己成為**道德主體？」，這些線路扮演的就是一個主動的自我技術的角色，表現出在建構主體的權力網絡中的主體化作用如何具有創造性，在線路交織中找到一個裂縫、斷裂與將自身分離的可能。

從 Deleuze 的詮釋中，不同於下章中將 Foucault 概念轉變的 Agamben，Deleuze 以線路與力量的概念對 Foucault 進行了一個更清楚的詮釋，並將「措置」作為貫穿 Foucault 整個思想歷程的關鍵，且為我們探究 Foucault「措置」目的為何提供了一個觀點：對「主體」建構與解放的探問。

第二項 Foucault「措置」計畫的目的—權力與主體的揭示

Deleuze 對於「措置」的詮釋中不僅是描述了「措置」的樣貌，更重要的是將「措置」作為 Foucault 整個思想歷程中的關鍵點，且在最終帶出了「主體化線路」將「措置」導向 Foucault 晚期的工作—「主體」。因此在他的詮釋下，Foucault 建構「措置」術語的工作導向或計畫包含了兩部份：一、討論主體建構的過程—一個被動面向；二、主體逃逸這個建構的過程—一個積極面向。筆者認為 Deleuze 提出了相當重要的洞見，不過為了更確認 Foucault 想做的是什麼，我們來看看 Foucault

³⁹⁴ Gilles Deleuze, *What is the Dispositif?*, in MICHEL FOUCAULT PHILOSOPHER, 159, 161-62 (T. J. Armstrong trans., Harvester Wheatsheaf 1992) (1989).

自己怎麼說。

在開始說明前，筆者要先跟各位做一個提點，或許在閱讀 Foucault 思想的過程中，他在不同時期使用了不同的進路進行問題的討論，包括了以規訓進行觀察、包含了紀律與調節兩個面向的生命權力、1978 年提出的治理等概念。「措置」如我們前面討論過的，實際上貫穿了這些觀察的面向，因此當我們探問：Foucault 的「措置」計畫最終目的為何，實際上也正是在探問 Foucault 對於權力的討論目的為何。對於這問題 Foucault 自己在“*The Subject and Power*”一文中為我們做了回答：「過去二十年，我研究的中心議題並非權力，而是主體」³⁹⁵。

該文的第一部分中 Foucault 談到了「主體的問題」(The question of the subject)，他將過去與「措置」息息相關的那些工作分成三個階段：第一個階段是「知識」研究的階段，這是一種給予自身科學地位的調查模式；第二個階段指向了臨床醫學與監獄，這是一個進行區分的模式（正常／不正常）；第三個階段是人類如何將自己變成一個主體，其指向了《性意識史》的工作³⁹⁶。Foucault 認為人類是經由這三種客體化的模式，給建構為主體。接著他也談到了五種的反對運動，在這些反抗中皆環繞著「我是誰」的問題，這些反抗都質疑著個體的地位，若回想 Foucault 對於權力與反抗的觀點，在此 Foucault 將主體與權力再次的串連在一起，如同他所說的：「這是一種將「個體」(individual) 變成「主體」(Subject) 的權力」³⁹⁷。

在此我們可以看到「措置」這樣一個模型在 Foucault 計畫裡可能的位置，如果這個術語貫穿了 Foucault 的思想歷程：知識、權力、主體，那麼作為將權力適

³⁹⁵ Michel Foucault, *The Subject and Power*, in *POWER*, 326, 327 (James D.Faubion ed., Robert Hurley trans., PENGUIN BOOKS 2002) (1994).

³⁹⁶ 姚人多(2000)，〈論 Foucault 的《主體與權力》〉，《當代》，150 期，頁 129-133

³⁹⁷ Michel Foucault, *The Subject and Power*, in *POWER*, 326, 330 (James D.Faubion ed., Robert Hurley trans., PENGUIN BOOKS 2002) (1994).

當定位的「措置」，既然 Foucault 對於權力問題探問的最終是想強調現代社會中藉由權力運作將每個個體在不同的特定時期以不同的方式塑造為主體，則「措置」的最終計畫可以說是 Foucault 爲了討論主體問題而作的工作。如本章開頭筆者所觀察的，八零年代之後的 Foucault 開始談論主體化的問題，藉由自我技藝、自我質疑、說真話等環繞著主體的積極面向進行討論：一個作為（非屈從）主體的現代個體。在此可以發現到作為貫穿 Foucault 整個思想歷程的 *Dispositif*，其實可以充分的揉合知識、權力與主體三者，對應前一節關於「治理」的簡介，治理中各種權力的行使方式，或者是行使方式中所呈現出的主體態樣，其實正是以 *Dispositif* 作為論述的核心而呈現出的「權力被怎樣行使」的樣貌³⁹⁸。

回到本論文的工作上，筆者想考察的是當代刑事司法中法律等權力運作與其中「人」的形象間的關係，且筆者想著重於對於「被形塑」面相的討論，因此筆者前述會將分析視角著重於七零年代的 Foucault 工作上，下面就從「措置」出發對於 Foucault 在該時期內對於生命政治的工作做一個介紹。

第五節 Foucault 的生命政治之謎—從「措置」重探

現在對於「措置」的輪廓已經有了清楚的了解：貫穿 Foucault 思想下知識、權力、主體間交織運作的模型。「措置」作為 Foucault 思想發展的技術路線圖，其將權力運作技術納入其中並安排要素位置與其間的交互作用、張力。因此不論探討權力運作的模式、如何形塑出主體、如何繞過這個網絡，都可以自「措置」

³⁹⁸ 例如在治理中強調「自由」或「流通」的概念時，在權力的運作過程中可能會使「國家」不在適切地呈現為一個治理適切的樣貌（或權力適切被行使的方式），因此轉為「市場」成為權力被行使的方式，在這之中關於主體的形象也可能產生改變，例如 Foucault 談到治理與市場、企業的關係時，所呈現出的「經濟人」（*homo oeconomicus*）的樣貌，這都是在以 *Dispositif* 作為運作模式的狀況下，各元素間相互拉扯對張而呈現出的樣貌，而 Foucault 想做的不是分析現在的制度是什麼，而是想在對這些制度的考察中，找出背後論述的模式以及制度（例如：治理術）的歷史起源。上述例子可見：MICHEL FOUCAULT, *NAISSANCE DE LA BIOPOLITIQUE : COURS AU COLLEGE DE FRANCE, 1978-1979* (2004).

切入。作為本論文分析視角的生命政治，其討論是生命被政治納入且「治理」的過程，筆者在本章中將以「措置」的角度重新審視生命政治的概念與內容，如此也可以更清楚的瞭解 Foucault 思想中生命政治的樣貌。

於 1976 年提出了生命政治一說的 Foucault 所要談論的其實是整個生命權力的問題，其內涵不僅限於 1976 年開始討論的「生命政治學」：整體性地針對人口進行的調節性權力，也包含了對於個體而發的、紀律性的「政治解剖學」，筆者認為 Foucault 的生命權力論述中，紀律性權力與規訓的面相並未消逝而被取代，因此對於這個生命權力的討論勢必要兼顧整體，不可將時間僅劃定於 1976 年之後的討論中。成前述於本節中筆者會將眼光放在 Foucault 從「科學」工作進入「政治」工作後的時期，亦即其離開了「知識」的論述踏入「權力」討論的整個七零年代進行考察。

這個由「措置」切入對生命權力考察的工作，筆者將從生命權力的介紹出發，說明生命政治內涵的兩種權力樣貌與運作方式，將其權力技術運作的「措置」樣貌呈現出來。最後一個部份中，筆者則要說明「法律」(loi) 在 Foucault 思想中的定位，及以「措置」觀點觀察生命權力的兩種樣式時，法律在其中扮演的角色。

第一項 生命政治論述的開端與生命權力樣貌的初探

延續本章開頭對於 Foucault 生命政治的簡單介紹，可以發現他要談的是一種新的權力形式：生殺大權或主權形式的褪去，在知識與權力的調節中，生命走入了政治領域，出現以之為中心的權力形式。因此對於生命政治的理解最佳切入點，就還是得回到對 Foucault 「權力」，或精確的說是對於「生命權力」的觀察上。對

此我們從 1981 年 Foucault 在一段訪談中對於「權力」的表態來看起³⁹⁹：

在權力技術上有兩項重大的革命：**紀律與調節**的發現，解剖政治與生命政治的改良。自 18 世紀開始，生命成為了權力的對象，生命 (vie) 與身體 (corps)。... 權力成為唯物主義的，其本質上不再是主權—法律 (juridique) 的，而是必須與身體、生命這些真實的事物進行交涉。

Foucault 表示了一種新的權力形式出現於十八世紀，在這時生命與身體走入了權力的場域，因此目前可以肯定的是「生命現象」成為這個權力運作的重心。不過由於 Foucault 交織使用「生命權力」(bio-pouvoir) 與「生命政治學」(bio-politique)，因此一個疑問產生了：「究竟這兩個詞彙的關係為何？」。如學者柯朝欽就曾對此提問：「生命政治到底只是「人口的生命政治學」(bio-politique de la population)，還是連同身體規訓在內的管理生命的「生命權力」(bio-pouvoir)？」⁴⁰⁰。

這個問題正是探索「生命政治之謎」時的關鍵之一，也是筆者挑選「措置」作為切入點的理由，不過筆者認為必須等到我們藉由「措置」這個權力收束器進行生命權力的考察完畢時，才可能為這個問題提供一個完整的回答。因此，在此僅能先給各為一個粗糙的回答或假設，以開展我們的考察之旅。

如果回顧《性意識史 I》的第五章「死亡的法與對生命的權力」(Droit de mort et pouvoir sur la vie)，也是 Foucault 開啓生命權力或生命政治討論最有名的那個段落，可以發現 Foucault 的論述與 1981 年的這段談話的對應性與關連性。該章中

³⁹⁹ Michel Foucault, *Les mailles du pouvoir*, dans édition établie sous la direction de Daniel Defert et François Ewald, avec la collaboration de Jacques Lagrange, *Dies et écrits II 1976-1988*, Paris:Garllimard, pp. 1455-1465. Text no. 297 (2001).

⁴⁰⁰ 柯朝欽(2005)，〈生命政治與主權決斷—「治理性」與「例外狀態」之比較〉，《當代》，212 期，頁 40

Foucault 提到了不同於傳統主權式生殺大權的新權力形式於十八世紀誕生⁴⁰¹：「我們可以說，令人死或使人活的權利被令人活或棄絕人於死的權力所取代」，這遙相呼應了 1981 訪談中提到的生命成為權力的對象，權力不再是「主權—法律」的，相反地須與身體、生命等真實事物相交織，如果過去的權力（也可以看成是法）關注「死亡」(mort)：「對於是否使你死亡的那個決斷」。那麼這種新形式的權力關注的則是「生命」(vie) 與「包括如何生存、生命應該存在的形式」，這些都擴及為權力的對象。接著 Foucault 談到這個管理生命的權力形式本身以兩種形式發展⁴⁰²。

第一種出現的權力形式以「身體」(le corps) 為中心，包括對於身體的訓練、力量的開發、效能與服從性的增長，是一種以「紀律」為權力運作特質的「身體的政治解剖學」(anatomy-politique du corps humain)；稍晚於十八世紀則出現第二種權力的形式，它的對象是擁有生命機制與支撐「生命現象進程」(les processus biologiques) 的「物種的身體」(le corps-espèce) 為中心，包括了繁殖、出生率與死亡率、健康水平、壽命等。這個生命現象的照管是透過一連串的「干預」(interventions) 和「調節控制」(les contrôles régulateurs) 所進行，這是「人口的生命政治學」(bio-politique de la population)，且這兩種技術中標誌著不再是殺人，而是自各方面包圍生命的權力。這段討論也與 1981 年 Foucault 談到「紀律與調節」的權力技術重大革命對應在一起。

雖然 Foucault 對生命權力有時會將其關注於調節的面向，但從上面的這個對

⁴⁰¹ MICHEL FOUCAULT, HISTOIRE DE LA SEXUALITE I : LA VOLONTE DE SAVOIR 181-182 (1976).

⁴⁰² 但我們也可以注意到，Foucault 特別在這段敘述中強調：「…然而，這兩種形式並非相對立的…這二者反而是藉由一個互相協調的一組關係的整體，將其一起相連接進而發展的兩個端點…」，這也是我們後面要跟大家說明的 Foucault 的生命權力下兩種權力形式的發展，以及二者之間的關係。在此我們只是要點出「為什麼要以生命政治作為觀察視角」這個問題，詳細的討論則在後面的段落中說明。可見：MICHEL FOUCAULT, HISTOIRE DE LA SEXUALITÉ I: LA VOLONTÉ DE SAVOIR 182-185 (1976).

應來看，筆者暫且提出一個較為粗糙的看法：「生命權力是一個較為上位的概念，它代表的是一種不同於昔日「主權—法律體系」與主權理論，而是新的且以生命為對象的權力。由於 Foucault 的權力是一種交互關係交織而成的網絡形式，因此可以設想在生命權力下有兩種力量交織運作（包含力量針對的對象、力量欲達的目的、力量表現的形式）—紀律性與調節性，其形成當今生命權力的面貌。而 Foucault 口中針對「整體」、「人口」進行調節的「生命政治學」正指涉於生命權力下「調節性」的面向。」

這是對生命權力的一個初探，現在我們至少勾勒出其面貌：「以生命為對象的權力」及「包含了紀律性與調節性的面向」。以下我們就沿著紀律性與調節性的力量作為論述的順序—這同時也是 Foucault 思想發展的歷程，筆者將以「措置」作為權力形象描述的出發點，從其內的各要素交互運作中，去觀察在紀律性與調節性論述中權力最終指向的主要樣貌—「紀律的措置」或「安全的措置」，並討論兩種力量形式間的關係，最終勾勒出生命權力與二者的關係，也可以將 Foucault 生命權力與生命政治的關係釐清並初步解答生命政治之謎。

第二項 紀律性權力（pouvoir disciplinaire）與規訓⁴⁰³

⁴⁰³ 對於 discipline 一字的翻譯與理解，在筆者學習與撰寫本論文的過程中皆傷透了腦筋，中文文獻經常選擇的翻譯是「規訓」，而法文中就 Discipline 一字較為接近的中譯為「紀律」，若實質地從文獻的內容觀察可以發現其描述的是藉由各種機制對於個人以特定的常規加以規制與訓練，對此學者陳世隆從 Foucault 於《安全、領土、人口》中的定義出發：「在紀律那裏，我們從常規開始，並且透過依循常規而遂行的訓練、調教，我們得以接著區別出正常與不正常」（Dans les disciplines, on partait d'une norme et c'est par rapport à ce dressage effectué par la norme que l'on pouvait ensuite distinguer le normal de l'anormal），氏認為可將 discipline 解為整套權力的運作而譯為「紀律性權力」，而將權力運作以達目的的過程即 normation 譯為「規訓」。自筆者角度觀之，筆者認為 norme 所代表者為治理與權力運作過程中，對於個體或整體加以形塑的「標準」，故 normation 應可以解為「達成此一標準」的過程性概念，而 discipline 是以這個標準為始的一連串權力運作，故筆者贊同陳氏之見解，於本論文中也將 normation 中譯為「規訓」，而將 discipline 中譯為「紀律性權力」。相關文獻中文可見：陳世隆(2010)，《傅柯「正常化社會」之研究—以我國 K 他命管制政策為例》，頁 12，國立台灣大學法律學系碩士論文，法文部分請見：MICHEL FOUCAULT, SÉCURITÉ, TERRITOIRE, POPULATION: COURS AU COLLÈGE DE FRANCE, 1977-1978 65 (2004)。

當 Foucault 揚棄了僅關注死亡而將法與權力畫上等號的「主權—法律」論述或主權理論的權力觀點⁴⁰⁴，並將生命劃入權力的關照範圍時，於生命權力中 Foucault 論述了一種對個體為之，而以「紀律」為其內容的「政治解剖學」的權力⁴⁰⁵。惟紀律性權力實際上於七零年代初期就出現於 Foucault 的論述中，關於紀律性權力的工作分為三部分：一、說明紀律性權力的型態；二、以《監視與懲罰》一書切入，自「措置」的觀點來看什麼是紀律性權力；三、探尋紀律性權力中最基本的力量—「常規」(norme)，及其與法律的關係。前兩者將在本款中說明，因為這主要關涉權力運作的部份，第三個問題則留待本節的最後一項中與 Foucault 思想中的法、常規與權力一起說明。

第一款 紀律性權力是什麼？

對於什麼是「紀律」(discipline)，其考察範圍依照學者林志明的畫分落於 1971 年《知識意志(La volonté de savoir)》到 1976 年《必須保衛社會》這一個範圍內⁴⁰⁶。對此我們從 1973 年到 1974 年的法蘭西學苑講座《精神醫療權力》來具體說明紀律性權力，該講座在 Foucault 眼中被視為其《瘋狂史》的延續，且於此講座中 Foucault 闡述了紀律性權力的樣貌，並以療養院中的權力等進行說明。因此該講座可以看成是對紀律性權力觀察的良好起點，且以此連接到 1974 年到 1975 年的《不正常的人》與《監視與懲罰》中，架構出 Foucault 對於權力分析與紀律性權力的論述⁴⁰⁷。

⁴⁰⁴ 這個部份由於會牽涉到 Foucault 對其思想下的法、權力與常規的關係，因此在此筆者謹是點出生命權力誕生的來龍去脈，詳細論述會於之後說明。

⁴⁰⁵ MICHEL FOUCAULT, HISTOIRE DE LA SEXUALITÉ I: LA VOLONTÉ DE SAVOIR 183 (1976).

⁴⁰⁶ 林志明(2005)，〈權力與正常化—由《精神醫療權力》邁向《非正常人》〉，收錄於黃瑞祺主編《再見 Foucault》，頁 169，台北：松慧

⁴⁰⁷ 另外附帶一提的是與「措置」的關係，Foucault 在這年的講座裡已經意識到知識外有更深層的權力運作，因此僅關注「論述」是不夠的，應使用「措置」這個術語：「權力的措置作為論述實踐的生產者」(Le Dispositif de pouvoir comme instance productrice de la pratique discursive.)。可以發現在這年 Foucault 的論述中已經出了「措置」的用法，且其目的就在定位權力問題，因此筆者認為 1974 年的講座可以看成是 Foucault 對於權力問題分析的一個觀察起點：對「措置」、權力分析、紀律性權力的觀察皆然。

第一目 從君主權權力到紀律性權力

我們先說明 Foucault 怎樣從君主權力轉向紀律性權力論述後，再來看 Foucault 對於後者的描述，而於《精神醫學權力》中 Foucault 點出了紀律性權力（*pouvoir disciplinaire*）與君主權力運作（*pouvoir de souveraineté*）的差別⁴⁰⁸：

一、權力運作模式的分析（*analyse modale*）⁴⁰⁹

Foucault 從「徵收」（*prélèvement*）出發進行觀察，他認為君主權力的運作首先表現於徵收之上，而在君主的徵收與「花費」（*dépense*）背後，代表的是擄掠、戰爭，這中間呈現的是一個不平等的關係。相反地紀律性權力卻以「整個身體，以及全部的時間」作為不同的徵收對象，Foucault 以十七世紀的軍隊為例，為了達成軍隊的紀律化，任何士兵的身體與舉止無時無刻都受到紀律的管轄，Foucault 認為在此紀律性權力是一種「細小但持續的壓力」，這與君主為了因應戰爭而藉由徵方式臨時組成的部隊有其相異之處⁴¹⁰。

二、權力產生的分析（*analyse génétique*）⁴¹¹

Foucault 認為君主權力的運作上，經常會回溯到過去某個奠基性的時刻，例如神授的天命、戰爭的勝利、或是一段臣服的歷史去建立正當性，而這個正當性的論述會透過儀式、典禮、故事的敘說等方式，不斷地重現與回顧。這其實與《必須保衛社會》講到西方王室會將其君主權力正統與羅馬正統的承繼連結的觀察是

⁴⁰⁸ 對於下開的分類，筆者參考自學者林志明之文章：林志明(2005)，〈權力與正常化—由《精神醫療權力》邁向《非正常人》〉，收錄於黃瑞祺主編《再見 Foucault》，頁 175-176，台北：松慧

⁴⁰⁹ MICHEL FOUCAULT, LE POUVOIR PSYCHIATRIQUE: COURS AU COLLEGE DE FRANCE, 1973-1974 44-8 (2003).

⁴¹⁰ MICHEL FOUCAULT, LE POUVOIR PSYCHIATRIQUE: COURS AU COLLEGE DE FRANCE, 1973-1974 53 (2003).

⁴¹¹ MICHEL FOUCAULT, LE POUVOIR PSYCHIATRIQUE: COURS AU COLLEGE DE FRANCE, 1973-1974 45-9 (2003).

有所關聯的。相反地，Foucault 認為紀律性權力的運作是完全相異的⁴¹²：

主權是暴烈地在作用著，但它只是在某些時候，以戰爭、示範性的懲戒和儀禮的形式間隔地作用著；紀律性的權力則不然，它會不斷地在最起始的時候就介入作用...透過監控、獎賞、懲戒及壓力間的交互作用，紀律性權力甚至是在事情尚未發生前便在作用，它是具有預防性的、比司法低位階（*infra-judiciaire*）權力。

因此紀律性權力會不停指涉到一個最佳的狀態，例如一個士兵的正確姿勢，且不需要回溯到過去特定的時點，紀律性權力是從一個零點開始自動運作，並藉由循序漸進的練習使紀律得以在時間軸上細分其成長和完滿並保障權力運作的順暢，其實在「措置」的觀念中，權力正是以這樣不停隨著每個時刻的經過，不停的拉扯與運作而達到其穩定的狀態與目的⁴¹³。

三、權力的「外觀分析」（*analyse morphologique*）⁴¹⁴

君主權力內部各種關係並沒有共同的衡量單位，其並無一個普遍一致的外觀，例如領主和佃農間的關係便無法與教士與俗民間的關係相整合。但紀律性的權力在外形上則具有「連續性」與普遍一致的「同質」性。

四、權力的主體分析（*analyse de la subjectivité*）⁴¹⁵

⁴¹² MICHEL FOUCAULT, *LE POUVOIR PSYCHIATRIQUE: COURS AU COLLEGE DE FRANCE, 1973-1974* 53 (2003).

⁴¹³ 這一段論述裡，其實 76 年《必須保衛社會》中所揭示的那些關於權力壓抑模式的放棄與戰爭模式的採取的觀點已經若隱若現，Foucault 強調著權力不再是單調的上對下，或一個君權壓抑著臣服者。相反地，權力是無所不在的，我們只能藉由權力的運動中去觀察其存在，權力是非壓抑而充滿活力的，其積極的形塑著主體。總之，關於權力的積極面以及網絡化的性質，都已經在 1974 年的講座中出現，如果我們發現到 1974 年 Foucault 也點出為了彌補權力論述的問題，要改採用「措置」的術語，那麼這一切的關連也就非常清楚了。

⁴¹⁴ MICHEL FOUCAULT, *LE POUVOIR PSYCHIATRIQUE: COURS AU COLLEGE DE FRANCE, 1973-1974* 45-9 (2003).

⁴¹⁵ MICHEL FOUCAULT, *LE POUVOIR PSYCHIATRIQUE: COURS AU COLLEGE DE FRANCE, 1973-1974* 46 (2003).

Foucault 認為在君主權力關係中，作用對象幾乎從未是個人個體化的身體，而是作用於群體（如：家庭）或者個人的某個層面（如：人們是市民或某人的子嗣等），在這樣的圖示中只有權力的施行者（君王）才是一個個體化的身體。但紀律性權力則相反，它必然作用於個人的身體，作為一種針對個人進行的詳盡觀察、監控與對個體化身體的訓練。

另外，我們也可以發現在《精神醫學權力》中，Foucault 認為關於人的科學的論述，其功能正是把法律上的個人和紀律中的個人連結起來，使我們相信法律個人的具體、真實、自然內容，即是由政治技術所切割及建構的紀律性個體⁴¹⁶。這部分其實正呼應了 Foucault 關於權力與主體間的工作，例如 Deleuze 所觀察到的由各種線路去形塑出一種被形塑的主體型態。Foucault 的工作，正是要去討論知識與權力的交互關係，例如理想形象的個體如何在權力中被加以形塑，以及如何形塑正常的人或不正常的人，而畫出正常／不正常的正是紀律性的權力，這與隨後 Foucault 隔年的講座《不正常的人》是一個相連接的工作。筆者認為當我們將 1973 年到 1975 年講座的工作找到關聯時，或可理解 1975 年《監視與懲罰》一書的論述背景何在了：這幾年的論述都環繞著紀律性權力而發，並使 Foucault 繼續其權力性質與主體形塑的工作。

第二目 紀律性權力的特質

於此我們已知 Foucault 對於紀律性權力的論述，是與過去君主權力不同的權力模式，Foucault 揭示了權力的非壓抑性與生產性、權力與 Foucault 歷史觀的接合、紀律性權力的對象為「個體」。接著於《精神醫學權力》中，Foucault 點出了紀律性權力的三個特點⁴¹⁷：

⁴¹⁶ MICHEL FOUCAULT, LE POUVOIR PSYCHIATRIQUE: COURS AU COLLEGE DE FRANCE, 1973-1974 59 (2003).

⁴¹⁷ 此處參考學者林志明之觀察，並參酌筆者的閱讀心得加以修改，相關文獻請見：林志明(2005)，

一、使用「書寫」作為其特殊的工具⁴¹⁸

書寫在此代表的是「廣義的記載」(enregistrement)，Foucault 認為「書寫」作為一種監控的工具⁴¹⁹：

它首先是用來確定所有發生的事、一個個人所作的和所說的全部，都被記錄和登記；接著它可以用來由下而上傳訊，最後還可以使這個訊息可以時時為人所利用，因而確保無所不視的原則

這樣的監控可以擴及到所有的制度中：教育、學校、軍隊。書寫也帶出了紀律性權力的重要效果：「快速地反應」。且與上一目中提到的權力模式轉變相對應，「書寫」所代表的正是無處不在且無時無刻發揮其細微影響力的權力，其預設或投射出一個相對於身體而又連繫於身體，屬於「靈魂」的領域。

二、全景敞視 (panopticon)

紀律性權力具有一種「統包性格」(globalité)，在之後我們提到 Foucault 口中的「全景敞視」(panopticon) 時可以發現這個性質，在其中個人的身體必須絕對且持續地被監控，這個監控包括時間的兩極化管制、書寫所造成的個人化，以及持續的處罰壓力⁴²⁰。

三、規律性⁴²¹

〈權力與正常化－由《精神醫療權力》邁向《非正常人》〉，收錄於黃瑞祺主編《再見 Foucault》，頁 176-178，台北：松慧

⁴¹⁸ MICHEL FOUCAULT, LE POUVOIR PSYCHIATRIQUE: COURS AU COLLEGE DE FRANCE, 1973-1974 50-3 (2003).

⁴¹⁹ MICHEL FOUCAULT, LE POUVOIR PSYCHIATRIQUE: COURS AU COLLEGE DE FRANCE, 1973-1974 50(2003).

⁴²⁰ 對此學者林志明認為 Foucault 於此時尚未提出「最有效的監控乃是監控式目光的內化」的說法，也就是在可見／不可見之間進行的規訓，可以說對於「靈魂」的概念此時於 Foucault 思想中尚在萌芽階段，尚未成為《監視與懲罰》中著名的身體「監牢」的說法。可見：林志明(2005)，〈權力與正常化－由《精神醫療權力》邁向《非正常人》〉，收錄於黃瑞祺主編《再見 Foucault》，頁 177，台北：松慧

⁴²¹ MICHEL FOUCAULT, LE POUVOIR PSYCHIATRIQUE: COURS AU COLLEGE DE FRANCE, 1973-1974 55-6

Foucault 將紀律性權力的作用對象設定為「個人」，這是一種對於「個人身體」的「微觀物理學」⁴²²。個人的位置是被明確決定的，權力機制可以規律運作於系統中（例如：學校中的考試、競試和年級），而這樣的權力也可以運作於其他不同的系統中：學校和社會階層的劃分、民間體系和軍事體系間的科層轉換。針對這種「自始自終且細微無處不在」、「適用於任何制度中」、「針對個體」的紀律性權力，Foucault 提出了其帶有的雙重性質⁴²³：

簡而言之，紀律性的權力具有**雙重的性質**，它是非正常化的，也就是總會把某些個人置於一旁、使他們成為異常人、不可化約者。但就在此同時，它又總是正常化的，總是會發明新的收編體系、總有辦法重新確立規則。這種常規(norme)在失序(anomie)中的永恒工作，乃是紀律性體系的特性。

Foucault 注意到紀律性權力須有某個常規或標準，但在這個規則中必然存在「剩餘者」(résidu)，也就是無法分類與置放的元素（例如：「那些逃過監控的人、那些無法進入一個措置體系中的人」），這些無法為紀律性體系所吸收的人會成為「邊緣人」，這可以使我們觀察到紀律性權力中必然存在的「正常／不正常」概念：紀律性權力本身必然產生其邊緣，也就是那些無法為它所吸納的元素。但 Foucault 也提醒我們，針對這些非正常人（如精神病患），又會設置另一種「針對非紀律者所設的紀律」（discipline pour les indisciplinés），進而形成了另一種正常化的權力（精神醫療的權力作為正常化權力），在這之中雙重性產生了，藉由這個權力，由紀律分離出的非正常者又被正常化。

在知道這些轉變以及 Foucault 賦予的特點後，紀律性權力的面貌已經呈現出

(2003).

⁴²² 林志明(2005)，〈權力與正常化—由《精神醫療權力》邁向《非正常人》〉，收錄於黃瑞祺主編《再見 Foucault》，頁 177-178，台北：松慧

⁴²³ MICHEL FOUCAULT, LE POUVOIR PSYCHIATRIQUE: COURS AU COLLEGE DE FRANCE, 1973-1974 56(2003).

來。現在就以 Foucault 於《安全、領土與人口》中第三堂（1978 年 1 月 25 日）要開始講述生命權力前，給予我們的清楚答案來回應何謂紀律性權力一問⁴²⁴：

第一點，紀律分析和分解個體、地點（lieux）、時間、姿勢（gestes）與行為這些元素，使它們變的可見且可進行修改，Foucault 稱為「紀律的框格」(quadrillage disciplinaire)；接著，根據目標將這些元素進行分類與定位⁴²⁵；第三，紀律會建立最理想的序列與相互協調的配置⁴²⁶；第四，紀律確立了進一步訓練與持續控制的程序。從這幾點看來，紀律是作出一個劃分：適合的／不適合的；無能力的／有能力的，也就是區分出「正常的（normal）／不正常的（anormal）」。

由此可見紀律性權力的運作最初是設置一套依據某個特定結果的理想模式（即一個指引的標準與常規），從而促使人們的行為、舉動都可以合於這套理想模式，若合乎者為正常，反之為不正常。以下我們就以「紀律措置」出發，從「措置」切入紀律性權力中來同時說明二者。

第二款 從紀律措置（*Dispositif disciplinaire*）觀察紀律性權力

Foucault 於 1974 年已將精神病理學中權力關係各要素的組合與配置稱為「權力的措置」(*Dispositif de pouvoir*)，「措置」的身影開始出現於 Foucault 的論述中，「措置」作為一個權力線路的收束器，它將 Foucault 考察到的科學形成、制度實踐、權力的運作都收束於其中，形成一個知識與權力交互運作且具備戰略性質的網絡模型，進而指涉出其主要的權力樣貌正是畫分「正常／不正常」的「紀律性權力」。既然「措置」作為 Foucault 的權力模型，那麼針對紀律性權力或規訓最有

⁴²⁴ MICHEL FOUCAULT, SÉCURITÉ, TERRITOIRE, POPULATION: COURS AU COLLÈGE DE FRANCE, 1977-1978 58-9(2004) .

⁴²⁵ Foucault 舉例：為了達成最佳效果，什麼樣的行為方式是最佳的？最好的持槍方法與充填彈藥姿勢為何？最適合某項工作的工人應該是什麼樣子？怎麼樣的孩子最適合取得某種成果？詳見：MICHEL FOUCAULT, SÉCURITÉ, TERRITOIRE, POPULATION: COURS AU COLLÈGE DE FRANCE, 1977-1978 58-9(2004) .

⁴²⁶ 如：如何將一些動作相互串連起來，如何分配士兵在操演中措置？學生如何被層級化與分類？

名的著作自然指向了《監視與懲罰》，以下我們就藉由對該書的爬梳，一方面觀察 Foucault 如何使用「措置」來整理他看到的論述與實踐脈絡以進行權力分析，另一方面也在這個觀察中，藉由「措置」理解紀律性權力如何運作⁴²⁷。

1975 年《監視與懲罰》一書中 Foucault 如其子標題地考察了監獄的誕生，在這之中其敘述了歷史中肉體懲罰的高峰到消失、隱蔽的監獄的出現、對於個體每個細節與姿勢的矯正機制以及一種新監視技術－「全景敞視」(panopticism) 的出現。可以說本書包括兩個部分：「紀律化的調教手段」(紀律性權力打造馴服個體的技術) 以及「紀律的擴散」(紀律性權力在整體社會的擴散)。於此我們將關注重點放在「紀律措置」出現的全景敞視主義段落中，觀察「措置」、「紀律性權力」與上面兩種實行技術的關係。

第一目 紀律化手段的出現與紀律措置原型的誕生

《監視與懲罰》一書中，Foucault 指出不同於對麻瘋病的處理，十七世紀末瘟疫出現帶來的大規模死亡與混亂失序，成爲一個當時權力運作無法回應的緊急事件，因此權力必須重組其力量關係⁴²⁸。Foucault 指出過去對麻瘋病的處理是單純的標記與之後的放逐與禁閉、單純的隔離與任其自生自滅，例如收容總署或對瘋狂的大禁閉。但對於鼠疫產生了完全不同的技術⁴²⁹：

⁴²⁷ 這個部分有點抽象，筆者認爲 Foucault 想用「措置」將知識與權力分析納入，成爲一個比昔日「知識型」更理想的分析工具，不過當要說明什麼是「措置」時，雖然可以找出其定義跟模式，但這樣的描述很類似於描述法律要件或大前提而流於抽象或概念化，要讓大家最好理解的方式還是直接探詢 Foucault 談過的「措置」以及當時出現的權力運作，所以筆者認爲一方面我們可以爬梳 Foucault 描述某種「措置」時，其內部線路的安排與運作進而理解所謂的「措置」是如何形成與運作的，另一方面則是可以藉由對於各種權力機制的運作，去對應我們談過的「措置」內涵，使大家知道「措置」這個權力技術線路裝置的具體樣貌。其實兩個討論面向是相輔相成的，舉例言之就像是我們研究了排水管跟爐心的安排後，說出：「這是輕水式核電廠」，那麼以後當有人說到「輕水式核電廠」時，你就可以跟她說明裡面的管線跟反應爐是怎樣配置與互相作用了。

⁴²⁸ 這段話中其實已經可以看出「措置」的幾個特徵出現了，特別是針對緊急事態，權力必須重組其拉扯與對張的網絡關係，關於策略性與網絡的特徵都可清楚觀察。

⁴²⁹ MICHEL FOUCAULT, SURVEILLER ET PUNIR: NAISSANCE DE LA PRISON 230(1975).

這是種封閉的、被割裂的空間，處處受到監視。在這個空間中，每個人都被鑲嵌於一個固定位置上，任何細微的活動都受監視，任何情況都被記錄下來。權力根據一種連續的等級體制統一地運作，每個人不斷被探勘、檢查與分類，然後分類到各種範疇中—活人、死人、病人。所有這一切構成了紀律措置的一種微縮模式。

Foucault 認為這是一種新形成的技術，爲了避免鼠疫的擴散與產生混亂，開始對於每個個人進行定位與管理，包括姓名、年齡、身體狀況等等最精細的個人資訊都被納入此一登記體制中，而權力的實踐行動也就針對這些個體而發，這是一種輕密的切割技術⁴³⁰：「嚴格的劃分、個人化的分配、深入的組織監視與控制，以及實現權力的強化與網絡化」。對於個體的實踐行動包括了監視與空間隔離，將城市設定爲一個「封閉」的空間⁴³¹。每個個人必須按照其登記資訊與分類，居於被切割畫分的特定區域中受到監視，此外若有健康狀態的改變則須報告，若對於上述的管理機制有所違反時則有懲罰相對應，以控制鼠疫疫情。

這種新技術的實踐面向包括了：分類與分區後的監視、違反規定的懲罰與詳細的檢查。在《監視與懲罰》中 Foucault 曾論及三種指向紀律化的手段正符合我們對這個新技術的描述：「分層監視」(la surveillance hiérarchique)、「正常化懲罰」(la sanction normalisatrice)、「檢查」(l'examen)⁴³²。如果回到我們對「措置」的描述，就會記得實踐的樣貌會由各要素形成的網絡中力量關係來決定，也會因此

⁴³⁰ MICHEL FOUCAULT, SURVEILLER ET PUNIR: NAISSANCE DE LA PRISON 231(1975).

⁴³¹ 使用城市與疾病進行對權力分析的描述，是 Foucault 相當常見的舉例方式，等到生命權力中，我們會再次看到這樣的行爲，屆時我們再將 Foucault 關於城市與疾病的例子應用於我們的論文之中。不過，另一個可以注意的點在於 Foucault 的舉例相當著重於「空間」的層面，不過如法國思想家 Paul Virilio 的論述，現代科技下的世界與權力關係，除了空間之外的「時間」或「速度」(speed) 層面也是一個可以納入思考的觀點。此點也值得我們日後進行權力分析時，在具體問題的考量上納入之，相關論述請見：朱元鴻(2004)，〈戰爭，知覺與思維的模式〉，《文化研究》，40 期，http://www.cc.ncu.edu.tw/~csa/oldjournal/40/journal_book_38.htm (最後瀏覽日：02/02/2012)

⁴³² MICHEL FOUCAULT, SURVEILLER ET PUNIR: NAISSANCE DE LA PRISON 172-196(1975).

呈現出治理技術工具的主要指向或面貌，亦即「措置」的樣貌。而在 Foucault 眼中依其系譜學史觀所特定的該時點，權力技術所指向的都是一種「紀律性」形式或「規訓」的面向，也無怪乎 Foucault 會稱此為「紀律措置」。

此外，Foucault 也化約該三種手段為兩個特點：「個體化」(individualisation) 與「可見性」(visibilité)。在「個體化」的面向上 Foucault 向來認為紀律打造個體，如果與我們對鼠疫控制的技術相對照，就會發現這些指向紀律性的權力技術（分類、分區、監視與懲罰），它們針對的都是特定的個體（病人、死人或活人），這也就是 Foucault 生命權力中所謂「紀律」的面向：對「個體」的政治解剖學。因此，我們可以下一個小結：**紀律性權力所針對的就是「個體」**。至於「可見性」的部分，Foucault 以分層監視說明時，也提到了「紀律的運作必須用一種透過凝視而予以「約制」(contraigne) 的「措置」為前提，在此種措置中，使監視成為可能的技術導致了權力的後果，或反向地強制的手段使得其所施加的對象清楚可見」，對於這個部份我們留到下一目時再說明之。總而言之，在權力的實踐上，這個新技術已經不是單純的隔離，而是更精密的分類與對個體的規制。

為了適當定位權力問題而發展的「措置」並未遺忘了「知識」，我們要記得「措置」是一個論述與非論述的異質集合，且權力不僅是作為知識的實踐行動面向，它也反身地重新去形構知識，既然如此我們觀察「紀律措置」時當然不能忽略知識與論述的面向。在「紀律性權力」中其以「二元區分」與「強制管理」作為形式，不過不同於昔日對瘋狂僅是單純二分為「瘋狂／理性」的處理，當權力技術面對其二分法的匱乏，無法再將罪犯、病人或失業者一律劃入瘋狂中而稱其為「瘋人」，搭配上同時代醫學與科學的發展，以及上面提到紀律化手段的精細化與對個體越來越細緻的作用，權力反身地影響知識的面向：對於正常／不正常的二分動作。這個過程正與上述以提到權力雙面性與剩餘者存在的論述是扣連的，當知

識面向被影響且同步地產生細緻的發展後，在這對正常與否的二元區分更細緻的發展中，延伸出的權力實踐行動自然也配合不同對象，變的更加精細與多樣。

總之，我們在上面對於鼠疫應對技術的描述中，可以看到「措置」的相關要素及其作用都已基本具備：**Foucault**「措置」工作的線圈或軸線（登記、書寫與分類的知識技術、分區、監視的權力實踐、被分類且舉止接受到控制的主體）、「措置」所具備的特質－策略面向（作為緊急事件被回應的鼠疫）、異質性要素（疾病概念和分類產生（論述）及監視和分區管理的技術（非論述））、網絡（上開各種知識技術與權力技術要素交互作用形成的一個紀律性權力模式與具體的紀律化手段），這之中形成的權力模式即為「紀律措置」。不過這僅是其最初的原型，接下來隨著 Foucault 對 Bentham 的「圓形監獄」(panopticon) 進行討論，Foucault 將紀律性權力與「紀律措置」更擴張於整個社會中。

第二目 全景敞視主義、紀律的擴散：更完善的紀律措置模型

Foucault 對於全景敞視主義的討論中，他認為紀律性社會中紀律的擴張是具有關連性的，Foucault 對紀律擴散進程的描述中第一個進程是「紀律機能的反轉」，他認為過去的紀律體制目的是減弱危險或控制失序、疾病，但紀律體制後來成為積極的角色並強化對個體的可利用性，這是一個由消極轉為積極、由壓抑到具有生產性功能的轉變，最明顯的例子就是紀律從對鼠疫的控制，後來我們可以見到其擴散於學校、軍隊、監獄等體制中去生產馴化的個體。第二個是紀律性機制的「蜂巢分蜂」(essaimage)，這是紀律性機制的「去機構化」(désinstitutionnaliser)，或者說紀律離開了封閉的堡壘自由流通，且大規模的嚴密紀律被分化為柔順的控制手段，更利於流通、傳遞，可以說紀律從封閉機關中走出來且擴散到所有的機構與設施中被加以運用，這也是上開段落中提到過由君主權轉向紀律性權力時發生的轉變。第三個是「國家化」(l'étatisation)，意即透過集中化的警察組織與國

家理性的發展，藉由持續性與無所不在的監視，使所有事物成為可見⁴³³。

對於 Bentham 的全景敞視監獄有印象的人，一定都記得他的結構，其結構正對應 Foucault 所說的：「權力是可見但無法確知的」⁴³⁴，犯人由於牆面失去橫向的可見性，犯人僅能看見的是中心塔的部分，但卻僅能為塔中之人觀看但無法看見塔中，這樣的空間結構成功操作了「可見性／不可見性」，使「可見性」成為一個有效的捕捉器，並形成了一個更有效的管理⁴³⁵。Foucault 即認為這樣的紀律機制已經離開過去對於肉體的控制，而是在「肉體、表面、光線、目光的某種統一分配上，體現於一種安排上，這種安排的內在機制可以產生制約每個人的關係」⁴³⁶，超越了肉體性的管理監禁，在對可見性的操作中，權力的「可知／不可知」成為一種「精神對精神的權力」，一種在虛擬的、精神層面上的監視⁴³⁷。

這個監視技術的改變正呼應我們提到的紀律擴張的轉變，由於這種監視技術的有效性與脫離監禁範疇後對於其他機關的可適用性，紀律性與規訓的技術被放入了其他諸多機關中（如：學校、軍隊），紀律措置於此脫離監禁的範疇，開始被運用在教育學（如：青少年教育）、醫學（對於藥物的研究）、經濟學（對生產方式的研究）中，這樣新的實驗條件與紀律措置的擴張也反過來影響了「知識」的層面，擴張了知識取得的途徑：「隨著權力的進展，知識也取得進展。在權力得以施展的事物表面，知識發現了新的認識對象」⁴³⁸。

於此我們看到了權力交互運作的擴大，且在這之中伴隨著對象的不同以及實

⁴³³ 上開進程的整理分類，參考自：陳世隆(2010)，《傅柯「正常化社會」之研究－以我國 K 他命管制政策為例》，頁 30，國立台灣大學法律學系碩士論文

⁴³⁴ MICHEL FOUCAULT, SURVEILLER ET PUNIR: NAISSANCE DE LA PRISON 235(1975).

⁴³⁵ MICHEL FOUCAULT, SURVEILLER ET PUNIR: NAISSANCE DE LA PRISON 234(1975).

⁴³⁶ MICHEL FOUCAULT, SURVEILLER ET PUNIR: NAISSANCE DE LA PRISON 235(1975).

⁴³⁷ MICHEL FOUCAULT, SURVEILLER ET PUNIR: NAISSANCE DE LA PRISON 240(1975).

⁴³⁸ MICHEL FOUCAULT, SURVEILLER ET PUNIR: NAISSANCE DE LA PRISON 238-39(1975).

行場域、技術的調整，權力與知識的交互作用中彼此互相產生進展，可以說在這些權力交互作用中所形成的正是「紀律措置」，但其已經不像其原型僅限於鼠疫控制，而是伴隨紀律的擴張，整個社會的知識、權力運作模式都成為「紀律措置」，其範圍伴隨著不同時間的演進產生了擴張，而這也是「措置」的特徵展現⁴³⁹。另外一點的改變在於其功能上，由於新的技術輕便且經濟效益，紀律性權力與規訓離開疾病與犯罪控制的消極面向，走進其他機構後的紀律性權力與規訓產生了積極性意涵，在軍隊操練、生產效能、知識傳遞與教育中強化了社會的運作，筆者認為這正是前面提到關於「紀律機能的反轉」，另外也因為其適用對象的多樣性與使用範圍的擴張，呼應了我們提到的第二個轉變－紀律性機制的蜂巢分蜂⁴⁴⁰。

第三目 小結－紀律性權力與「措置」

延續上面的說法，於此稍微統整紀律性權力的運作，及其與「措置」的關係。針對新的、不同的緊急事件與新的策略，包括知識（分類、二元分化的建構）與權力（建築形式、可見性的安排）等諸多異質性要素，也會因而開始其交互關係並隨策略去穩定或影響這個關係，也就是「措置」的權力關係會不停的重構，從對瘋狂到對鼠疫的防治中，我們看到了這個過程，這僅是一個原型，但已經足以使我們理解「紀律措置」的運作，以及其中那些指向紀律性的規訓過程而使其以紀律為措置主軸的力量關係，還有他的對象：「個體」。

當然更重要的是當我們觀察整個社會的面向時，一個局部疾病控制的權力運作，由於其內涵的有效性與經濟性，其可作為這個社會整體運作的要素之一，接

⁴³⁹ 除了監獄、鼠疫控制之外，關於這個權力擴張（蜂巢分蜂）的例子，在 1973-74 的《精神醫學權力》中，我們也可以看到 Foucault 論述療養院裡的權力機制，以紀律性權力的方式運作，最終如何擴張於社會其他機制的運作之中。且在這個論述下 Foucault 也說明了精神醫學與紀律性權力間，知識與權力交互作用的一個面向，例如從瘋狂的科學，將之運用到對於不正常孩童的矯治上，這樣的機制擴散於整個社會。

⁴⁴⁰ MICHEL FOUCAULT, SURVEILLER ET PUNIR: NAISSANCE DE LA PRISON 244-48(1975).

著影響到其他的要素，並在社會中將這個紀律性內涵擴散於整個力量關係，因此影響知識層面與權力運作（當然其擴散某程度也是藉由知識與權力運作），且這個力量關係不僅是朝向紀律性轉變，包括紀律性的內涵也在對象、場所、實施手段的多樣化中，產生了功能上的轉化－積極的訓練個體，而非再侷限於消極的疾病與犯罪控管。

可以說我們再次看到了「措置」作為權力技術線路裝置的作用，他不僅是小範圍的，而是可以用來解釋整個大範圍的權力運作模式，簡單來說「措置」是一種水平方向的、網絡的權力分析模式，且彰顯出 Foucault「權力來自各處且無處不在」的觀點⁴⁴¹。從「紀律措置」的描述中，對於「紀律性權力」與「規訓」的基本樣貌已經有所認知，我們也知道從「措置」作觀察時它們是怎麼樣去運作以及形成「紀律措置」，且對於「措置」的具體運用也有了初步的理解，接著我們就進入最後的生命權力部份。

第三項 治理性與生命權力

現在讓我們回到生命權力這個主題，如前所述於 1976 年 Foucault 提出了這個新的權力形式，一種以生命為對象的權力。下面我們就來說明生命權力的內容：「調節性權力」、「安全措施」、「人口」，以及其與「治理性」的關係，最後我們依然從「措置」的角度來看這個兼具紀律與調節的權力形式為何，也讓我們為「措置」的考察工作進行最後一次的具體說明。

第一款 安全措施與生命權力的對象－「人口」

如果說到生命權力的起源，大家都一定會想到《性意識史 I》，但如果要說起

⁴⁴¹ MICHEL FOUCAULT, HISTOIRE DE LA SEXUALITÉ I: LA VOLONTÉ DE SAVOIR 122 (1976).

Foucault 對生命權力最詳細的說明，那一定是 1978 的法蘭西學苑講座《安全、領土與人口》，在第一堂的第一句話 Foucault 就表明他這一年要討論對象是「生命權力」(bio-pouvoir)⁴⁴²，接著 Foucault 延續著對「法律－主權」、「紀律」的介紹，提出了他所關注的第三種權力形式，也確實說明了其權力形式、對象以及核心機制：「安全措置」(*Dispositifs de sécurité*)⁴⁴³。

如同前述簡介「治理」相同的理解，Foucault 提到生命權力內涵包括了紀律與調節兩種權力，紀律的部分我們在上一項中已經對其內涵進行說明了，至於其與調節的關係筆者也會在安全措置中說明，所以在此重點就放在「調節」的部分。如果紀律指向了對個體的政治解剖學，那或許可以將 Foucault 在《性意識史 I》提到的以「調節控制」(*les contrôles régulateurs*)進行的「人口的生命政治學」(*bio-politique de la population*)，理解為一種調節性權力。且承上述紀律性權力進行的是對「個體」的區分，其進行的是區分「正常／不正常」的工作及後續如積極馴化該個體細節、姿勢的紀律性全力實踐與規訓過程，但從 Foucault 對於調節性權力的描述中，我們可以先抓到一個梗概：其針對者不再是個體，而是「整體」⁴⁴⁴。

對於這個與調節連結的整體，從 Foucault 於 1978 年講座《安全、領土、人口》最終的摘要的開頭提到：「這個講座所涉及者，乃是將人口概念與可確保其調節作用的機制置於核心焦點，這樣的政治性知識的起源。」⁴⁴⁵，由此可知調節連結的

⁴⁴² MICHEL FOUCAULT, SÉCURITÉ, TERRITOIRE, POPULATION: COURS AU COLLÈGE DE FRANCE, 1977-1978 3 (2004).

⁴⁴³ MICHEL FOUCAULT, SÉCURITÉ, TERRITOIRE, POPULATION: COURS AU COLLÈGE DE FRANCE, 1977-1978 7-8 (2004).

⁴⁴⁴ MICHEL FOUCAULT, SÉCURITÉ, TERRITOIRE, POPULATION: COURS AU COLLÈGE DE FRANCE, 1977-1978 22-3 (2004).

⁴⁴⁵ MICHEL FOUCAULT, SÉCURITÉ, TERRITOIRE, POPULATION: COURS AU COLLÈGE DE FRANCE, 1977-1978 381 (2004).

整體即為「人口」，且《必須保衛社會》的最後一堂講座裡，Foucault 提到「人口」是生命政治中的重要人物，是「法」(droit) 理論與紀律性權力不認識的對象，由此更可發現 Foucault 將「人口」設定為生命權力專屬的對象⁴⁴⁶。如果還記得 Foucault 談論權力的目的在於主體工作的話，從上開「調解」與「人口」的專屬連結，即可發現生命權力所形塑的政治主體就是人口，對此 Foucault 在 1 月 18 日那天也清楚表示：「人口作為一種政治主體」(La population comme sujet politique)⁴⁴⁷，那什麼是人口呢？這問題我們先從《必須保衛社會》尋找它的出現，再回到《安全、領土、人口》中釐清人口概念。

1976 年 3 月 18 日《必須保衛社會》的最後一堂以生命政治論述的出現而聞名，這一天的 Foucault 異於整年談論的戰爭與權力主題，突然地轉向生命權力的論述⁴⁴⁸：

19 世紀的一個基本現象，我們或許可稱之為權力負起照管生命的責任...那便是對生命體的照管，某種生命現象的國家化 (une étatisation biologique)，或至少是某種引向生命現象國家化的趨勢。

Foucault 點出了一種以生命為內容的權力，其將紀律性權力納入並重構一種新形式的權力，其關鍵在於出生率、死亡率、再生產率與人口的繁殖，Foucault 在對於十八世紀生育政策、公共衛生、救助機制的考察中發現了三個重點：一、人口概念；二、人口現象中發生「偶發事件」(événements aléatoires)；三、生命政治中的機制包括「統計學評估」(estimations statistiques)、「預測」(prévisions)、「總體測量」(mesures globales)，在其交會中的權力運作為對生命的「調節」⁴⁴⁹：

⁴⁴⁶ MICHEL FOUCAULT, SÉCURITÉ, TERRITOIRE, POPULATION: COURS AU COLLÈGE DE FRANCE, 1977-1978 228-231 (2004) .

⁴⁴⁷ MICHEL FOUCAULT, SÉCURITÉ, TERRITOIRE, POPULATION: COURS AU COLLÈGE DE FRANCE, 1977-1978 45 (2004) .

⁴⁴⁸ MICHEL FOUCAULT, IL FAUT DEFENDER LA SOCIÉTÉ: COURS AU COLLÈGE DE FRANCE, 1975-1976 223 (1997).

⁴⁴⁹ MICHEL FOUCAULT, IL FAUT DEFENDER LA SOCIÉTÉ: COURS AU COLLÈGE DE FRANCE, 1975-1976 220 (1997).

它完全不在細節的層面上考慮個人，相反地透過總體機制，來獲得總體平衡化與有規律的狀態，簡言之這是對生命，對作為物種的人的生理過程承擔責任，並在其身上保障一種調節，而非紀律。

對於 Foucault 觀察的重點我們在此先僅著眼於人口。首先人口不同於個體而屬於一個整體性的概念，但要注意這個整體並非僅是指涉許多的人或個體的集合體，傳統的主權論述下，人口是提供主權者稅賦、軍隊與勞役的來源，其作為服從命令的個體的集合，Foucault 指出此後於重商主義的時代，人口被視為一種生產力的來源與國家力量的基礎，在國家理性關注國家力量的增強下，人口成為由紀律性權力與規訓的歷程，加以有效分類、訓練並分配於適當區域、場所去努力生產的生產性力量，因此人口仍是作為順服個體集合的形式呈現⁴⁵⁰。

但隨後人口觀念產生了改變，人口不在是個體的集合，其擁有一種內在的自然性，不再是主權者權力直接施予的對象，相反地它是以一個「整體變量」的概念來存在⁴⁵¹，且具有自身轉變、增減等內在規律性的自然現象⁴⁵²：在生命政治的場域中，把生命的現象藉由某些觀點或視角去觀察，進而描繪出一種生命的樣貌。這些機制包括統計學分析、治理思維、風險評估等，最明顯的例子就是我們提過的出生率與死亡率、公衛政策等，我們藉由這些機制去觀察出一些曲線或比率，這個整體的可變量就是「人口」⁴⁵³。

第二款 生命權力的機制—安全措置

⁴⁵⁰ MICHEL FOUCAULT, SÉCURITÉ, TERRITOIRE, POPULATION: COURS AU COLLÈGE DE FRANCE, 1977-1978 70-1 (2004) .

⁴⁵¹ MICHEL FOUCAULT, SÉCURITÉ, TERRITOIRE, POPULATION: COURS AU COLLÈGE DE FRANCE, 1977-1978 73-4 (2004) .

⁴⁵² MICHEL FOUCAULT, SÉCURITÉ, TERRITOIRE, POPULATION: COURS AU COLLÈGE DE FRANCE, 1977-1978 74-5 (2004) .

⁴⁵³ MICHEL FOUCAULT, SÉCURITÉ, TERRITOIRE, POPULATION: COURS AU COLLÈGE DE FRANCE, 1977-1978 45-6 (2004) .

以下我們先從措置的角度出發，去理解安全及安全措施。接著再從措置角度切入，從安全措施與生命權力之中、紀律性與調節性權力的關係，為「措置」作一個回顧。

第一目 安全措置的出現

《安全、領土、人口》中除了生命權力之外，另一個 Foucault 於第一堂開始就不斷提起的概念，則當屬「安全措施」。Foucault 的「措置」作為這時期 Foucault 工作中權力技術線路的配置器，因此可以說他想在此談的是以照管生命為內容的權力，將這些權力線路收束在一起時，這些要素間作用彼此交織成一個指向「安全」的「措置」形式。

Foucault 提出新的權力形式—生命權力，並在這之中察覺到一種對整體調節的運作形式，在上面討論人口時，我們也說到這個調節性權力或生命權力的析出，來自 Foucault 對十八世紀出現的統計學、風險評估機制出現的考察，要注意的是這些與調節相連接的新機制，其出現來自於在人口層面上出現了一些必須回應的偶發事件，如果記得「措置」特點者就一定記得它具有回應緊急事態的策略性功能，並在這個回應中對於現有但無法回應現況的權力線路（配置、力量大小與拉扯）進行重組（當然也會對於「知識」的部分產生影響），去指向一個新的面向與形成一個可回應新狀況的權力運作機制，如果紀律性權力與規訓產生的最原初是作為緊急事件的鼠疫，那接著在人口層面上發生了什麼偶發事件需要讓權力線路又重新組構呢？

以疾病作為舉例的 Foucault 在癩瘋、鼠疫之後，拉出來的是天花的疫情控制，簡言之天花作為一種現有策略之權力措置無法回應的「偶發事件」或緊急事態。如果對癩瘋採取區分與隔離的「排除機制」(exclusion)，接著的鼠疫是採取個體的

調查、登記與分類，接續分區監視與管理的「分區管理」(quafrillage)而對應紀律性權力⁴⁵⁴。那在天花防疫中，採取了對發病率、致病率、死亡率、整體人口感染比例與牛痘接種風險等的評估。

Foucault 認為對於天花的觀察原因包括了：第一、天花在十八世紀是極嚴重的傳染病，整體人口來說死亡率是 1/7.782；第二、天花疫情的強大爆發性，於十七世紀到十八世紀出的倫敦，以五到六年一次的頻率爆發；第三、種痘技術的發現，暫且解決天花問題。簡言之天花地觀察中，可以觀察到緊急事態（權力行使的目的）、知識與權力間的關係。對於這個天花疫情的成功回應，Foucault 提到了兩個重點：第一個是「統計工具的產生」，我們可以開始作各種措施的風險評估與機率計算；第二個是對於「歉收問題的處理態度」，重農主義者對於歉收問題採用非預防而是支援的方式處理，也就是從歉收問題本身相關因素去對歉收現象回應，這跟牛痘並非隔離天花病毒，而是利用接種技術誘發病原並誘發抗體的作法相似⁴⁵⁵。在這之中 Foucault 一方面重申了這種觀點是將感染者與健康者看成一

⁴⁵⁴ MICHEL FOUCAULT, SÉCURITÉ, TERRITOIRE, POPULATION: COURS AU COLLÈGE DE FRANCE, 1977-1978 11-2 (2004).

⁴⁵⁵ 另外一個可茲觀察的例子關於「安全的空間」，其涉及了城市建造的形式。Foucault 談到安全措施時，提到四個特徵：「安全空間」(les espaces de sécurité)、「安全的正常化」(normalisation)、「偶然性的處理問題」(le problème du traitement de l'aléatoire)、「人口作為安全機制的主體與客體」。安全空間中，Foucault 提到主權關注領土、紀律性權力關注個人、生命權力則覆蓋於人口現象上。他認為以「城鎮」(ville)可觀察到此差異。他第一個講到 Richelieu 這作城鎮，其以羅馬軍營構造為模型，根據對稱的長方形來建造，再以相互平行、垂直的街道距離不同，將其分割為不同大小的長方型區塊，且依照社會階級、財富差異進行個體分類後安置於不同的區塊中，當然商業活動與居住機能的街道形式有所不同，故也置於不同區塊。Foucault 認為在這之中我們可以看到階層原則、權力關係彼此的精確交流，這種區分、分類後管理的方式對應的即為「紀律」(discipline)。

反之在 Nantes 這作城鎮，為了解決過於擁擠的問題以便騰出空間進行經濟管理，法王路易 15 的建築師 Vigné de Vigny 則以類似心臟的概念來改建，他的作法是拆除牆堵並拓寬門廊，以及貫通中心幹道，一方面可以增加流通避免疫氣聚集達到衛生目標，拓寬可以增加物流確保經濟流通，另一方面這種作法也可能導致不安全的人事物進入城鎮中。Foucault 認為在此觀察到「流通／傳播」的安排問題，這是一種調節的作法：不再是完全消滅危險因子，而是在風險概念下承認其存在，於調節機制中試圖將正面因素極大化，危險因子極小化並尋求一個平衡的或最大利益的結果。這種指向風險評估與調節的作法，正是我們談調節性權力或生命權力中人口的生命政治學時討論的。可見：MICHEL FOUCAULT, SÉCURITÉ, TERRITOIRE, POPULATION: COURS AU COLLÈGE DE FRANCE, 1977-1978 13,17-23 (2004).

個整體：「人口」，然後關注整體中的一些曲線（發病率、死亡率），藉由畫出常態曲線找到正常標準，接著對於不同區塊的觀察中（例如：不同年齡、不同居住地），若是發現該區塊的曲線異常時（例如：三歲以下孩童感染與致死率特別高），即要設法將曲線拉回常態，Foucault 由此之中析出了「安全」的概念。

在此我們可以為「安全措置」進行描繪了，Foucault 認為其包括三個面向：第一、一連串的「偶發事件」（*événements probables*）；第二、「成本計算」（*un calcul de coût*）；第三、「理想均值與可接受界線的確定」（*fixer d'une moyenne considérée comme optimal et puis fixer des limites de l'acceptable*）⁴⁵⁶。正是在為了回應天花這樣的偶發事件之中，原本以紀律為主軸的權力運作無法有效的回應，重構的權力運作有其策略性的方向—解決天花問題。在這個策略作為導向的前提下，需要新的疾病處理知識來發揮作用，各異質要素間的交互作用中的力量比重將著重點指向另一個面向：對於整體的評估。對於統計的使用與風險的評估成為權力運作的主軸，不在使用隔離等方式，而是在看似自由的流通方式裡控制天花問題，統計與風險評估必須探求常態的曲線作為標準，並在各不同區塊中皆將曲線拉回常態，權力分析中的權力呈現了新的樣貌而於此中作為其運作機制（或技術線路配置）的「措置」自然會把重心指向風險評估、整體的衡量而不再侷限於個體的分類矯正與監視上，可以說措置的樣貌由紀律轉向了安全：「安全措置」成為了新的主軸、新的權力運作技術線路樣貌。

且在安全措置的內容與以人口為對象的前提下，Foucault 基於人口的自然性，其認為安全措置中權力的流動等，也不再是以主權禁制或紀律性權力擴散且細微地監視、矯正的形式為主軸。相反地，「自由」的概念（或者說知識）進入了治理中，安全措置強調的是尊重事物的運作與流通，但國家在最小限度中進行管治

⁴⁵⁶ MICHEL FOUCAULT, *SÉCURITÉ, TERRITOIRE, POPULATION: COURS AU COLLÈGE DE FRANCE, 1977-1978 6-7* (2004).

理，其作為一種類似遊戲規則的性質⁴⁵⁷，目的僅在確保或創造自然運作（遊戲的正常運作），且避免其偏離常態（在自由運作中，不會偏離運作的常軌），而不再是對於不正常的矯治或事物的禁制⁴⁵⁸，這是安全措置的樣貌。

第二目 安全措置中的紀律性權力、調節性權力

「紀律，它並沒有被消除」(Quant à la discipline, elle non plus n'est pas éliminée) Foucault 提醒我們⁴⁵⁹。如果回顧我們談「措置」時說的，作為一個權力技術線路，「措置」僅是彰顯特定歷史時點，各該要素作用間形成的力量網絡其主要形式及指向如：聯姻措置／性意識措置、紀律措置／安全措置。當時我們就提過了這些型式的改變間，其實並不是某種要素對另一種要素的取代關係，而僅是要素彼此間配置關係或力量拉扯，由於因應緊急事件與策略導向的改變，導致了「措置」的樣貌不同而已。於生命權力中，從安全措置進行觀察時，可以清楚觀察到這個狀況。

所以 Foucault 也提醒了我們這件事情，我們不應把權力以演化的角度理解，或者說應該跳脫時序性的思考理解 Foucault 的權力與作為其機制的「措置」：並不是主權權力被紀律性權力取代且完全摒棄，接著又被生命權力取代與完全摒棄這樣的理解。正如第二節中討論 Foucault 的治理時，他一方面請我們放下演化觀點的古老理解，另一方面強調在「治理」是由「主權(souveraineté)－紀律(discipline)－治理管理(gestion gouvernementale)」的三角(triangle)所構成⁴⁶⁰。因此「安全措置」的出現只是技術線路主軸方向的改變，但「司法審判的結構」

⁴⁵⁷ MICHEL FOUCAULT, NAISSANCE DE LA BIOPOLITIQUE : COURS AU COLLEGE DE FRANCE 1978-1979 175-177 (2004).

⁴⁵⁸ MICHEL FOUCAULT, SÉCURITÉ, TERRITOIRE, POPULATION: COURS AU COLLÈGE DE FRANCE, 1977-1978 360-64 (2004).

⁴⁵⁹ MICHEL FOUCAULT, SÉCURITÉ, TERRITOIRE, POPULATION: COURS AU COLLÈGE DE FRANCE, 1977-1978 110 (2004).

⁴⁶⁰ MICHEL FOUCAULT, SÉCURITÉ, TERRITOIRE, POPULATION: COURS AU COLLÈGE DE FRANCE, 1977-1978 111 (2004).

(jurudico-légale) 或紀律性權力並沒有因此被取消，以「措置」來觀察是再清楚不過了。

對此我們以 Foucault 談論竊盜犯罪為例會更為清楚，Foucault 認為處理竊盜問題會有三個階段的調校：第一，單純用禁止、誡命的方式訂定犯罪構成要件與效果；第二，除了前者外，在犯罪發生前進行一連串的監視、控制，並對於犯罪者施以強制勞動、教化與矯治等懲罰技術；第三，最終不論是懲罰法律的施行或是矯治性措施的實施，我們都會把問題轉關注到「這類型的犯罪平均率為多少？」，在此之中會將前兩個階段都吸納近來，在進行風險評估與考量時，會綜合考量立法的成本、實施懲罰的成本、對於犯罪率的影響與關係、這些措施的效果與成本的比例，最終的工作在於「我們要如何知道如何將某種犯罪類型（例如竊盜）維持在社會上、經濟上都可接受的界線內，維持在某一個平均值附近，且這個平均值對既定情況下的社會機能而言是理想的」，這是一段表現出安全措施特點的論述，且可作為跳出取代關係了解的良好例子⁴⁶¹。

因此在「安全措施」中，紀律與立法活動都是存在的。紀律性措施早已出現在法規之中，且懲罰系統中藉由立法、條例與命令等，將「安全」的想法滲透到所有機制中，使以安全為導向的權力運作與措置可以有效的啟動，且如 Foucault 說的「我們得訴諸在安全機制底下滋生並確保其運作的整套紀律性機制」，在安全措施中被其權力指向影響的立法與紀律性機制也反過來促使安全的達成，立法活動與紀律性措施也更具有活力而蓬勃發展著，只不過是這些發展與交互的作用中主軸當下是指向了安全。對此，我們一方面拋開了時序性、取代性的權力理解，並清楚觀察這些機制間彼此交互作用的關係，而重要的是以此為例我們再次看到了「措置」的網絡、策略面向及其如何在生命權力的論述中具體運作。

⁴⁶¹ MICHEL FOUCAULT, SÉCURITÉ, TERRITOIRE, POPULATION: COURS AU COLLÈGE DE FRANCE, 1977-1978 5-7 (2004).

第三款 小結：治理性與生命權力（紀律與調節）的關係

現在「措置」、「治理」與生命權力三個本章最主要的概念都說明完畢，最後的工作就是將三者的關聯性說明清楚。我們就先從以下的這段話出發⁴⁶²：

關於「治理性」這個字，在我理解下指的是這三件事：第一、一個由制度、程序、分析與反省、計算、策略所組成的整體（ensemble），此一整體使的這個形式上非常特別—儘管也相當複雜—的權力運作成為可能：以人口作為主要標靶、以政治經濟（l'économie politique）作為主要知識理路、以安全措施作為基本的技術工具。第二、一種長久以來存在且貫穿西方文明的趨向、力量線（lignes de force），不斷地朝向我們稱為「治理」的權力類型，相對於主權與紀律及其他權力類型處於優勢地位，且一方面形成了一系列特別的治理機構（appareil）的發展，另一方面則導致了一系列知識（savoirs）的發展。最後，我認為對於這個詞彙，可以理解為一個進程，或者說是一個進程的結果，中世紀的司法國家（l'Etat de justice）藉此轉變為十五、十六世紀的行政國家（l'Etat administratif），並且逐漸地「治理化（gouvernementalisé）」。

在上面這段話中，Foucault 清楚地揭示了本章兩個切入點與生命權力間的密切關聯。筆者認為在 Foucault 關於真理、權力與主體的工作中，「治理」（不論是針對個體或是整體）是由這三者交織而成，討論如何在各種要素的拉扯或對張中、強制或自由中，指引出一個個體的形象或是整體的面貌，亦即「主體」的樣貌（無論是被形塑的或是自我解放的），而作為治理技術工具的「安全措施」這段話，呈現的是「措置」在層次上與「治理」是相近的，如果說「治理」是指引與主體間關係的外在呈現（例如：國家或市場），那麼作為其技術工具的「措置」就是

⁴⁶² MICHEL FOUCAULT, SÉCURITÉ, TERRITOIRE, POPULATION: COURS AU COLLÈGE DE FRANCE, 1977-1978 111-12 (2004)

內在線路的運作模型，各種異質性的要素針對特定目的，如何在網絡關係中去形成一個穩定的關係，這個內部的線路運作正是「措置」要呈現的。

至於包含了紀律性與調節性兩種權力形式的生命權力，其所代表的正是在上面「治理」與「措置」中，內部的權力運作態樣，但「治理」的呈現還是要依靠生命權力以及相關的知識，在「措置」的線路模型中加以運作與對張，才能夠呈現出來，且在這個呈現中使我們知道治理的模式與具體展現，以及其中主體的形象。

以 1978 年到 1979 年的講座《生命政治的誕生》為例，隨著政治經濟學的發展，自由主義代表的開放與流通成爲論述主線，因此對整體風險的評估衡量與常態的穩定成爲重要導向（當然還是有對個體的管制），因此相關的知識以及紀律性、調節性權力的運作都會以整體的常態化與風險管理做爲論述主線，朝向維持市場穩定的目的發展其關係，這個「安全措施」的形式呈現的「治理」樣貌也正是維持一個政府對經濟干預最小，但法律上對於市場遊戲規則卻更加明確的市場形象：在自由中加以引導的「治理」。也正是在這樣對於環境與個體的指引中，誕生了 Foucault 所謂「經濟人」的形象⁴⁶³。

以上是筆者於本論文中，要做爲原則的一個分析視角，姑且稱其爲「治理視角」，筆者將以此視角觀察當代刑事司法中，法律、刑事政策、政治權力與刑事司法中「人」的形象之間的關係。不過在這個分析前，筆者要藉本章最後一節，說明 Foucault 思想中，作爲分析關鍵的「法」的角色爲何。

⁴⁶³ MICHEL FOUCAULT, NAISSANCE DE LA BIOPOLITIQUE : COURS AU COLLEGE DE FRANCE 1978-1979 175-177 (2004).

第六節 Foucault 思想中的「法」－以生命權力觀察

法律 (loi) 在 Foucault 的思想中是居於什麼樣的位置，或者是在生命權力中的角色，是欲將法律作為分析內容之一的筆者必須要處理的問題，也是許多 Foucault 研究者最好奇的問題。只有理解法律在 Foucault 思想中的位置，才可以找到其施力的支點所在，也才可能為未來在法律中尋求對抗治理的可能性尋找一個起點。其實在前面談起生命權力的出現或是戰爭模式的出現時，都已經若隱若現的指出了 Foucault 生命權力中「法」的位置與功能：壓抑模式的消退與戰爭模式的出現、主權社會的褪去與治理社會的出現。

其實當我們談論 Foucault 的生命權力時，都無可迴避其先前主權權力的樣式，筆者採取顛倒的順序無非是為了先將最重要的生命權力樣貌說明清楚，不過若要釐清 Foucault 與法律的關係，則勢必最終還是要從 Foucault 對主權權力的觀點開始說明，本節中除了上開已使用過之文獻外，筆者另將以“Foucault and Law: Toward a sociology of law as governance”及“Foucault’s Law”二書做為參考的方向⁴⁶⁴。

第一項 前提：「排除理論」(Expulsion Thesis) 正確嗎？

1994 年 Hunt 與 Wickman 的“Foucault and Law”一書出版，並成為英語世界對於 Foucault 思想中法律定位研究的重要著作，該書中二人提出了著名的「排除理論」。該理論主張 Foucault 漠視法律且積極地將法律排除於現代性之外，Foucault 思想中並無一個「法律理論」(theory of law) 的存在，簡言之：Foucault 並不談法

⁴⁶⁴ 此二書皆為英語世界的 Foucault 研究中，對於法律的部分有較多篇幅進行研究者，前書為 Alan Hunt 與 Gary Wickham 於 1994 年出版，惟當時法蘭西學苑的紀錄皆未出版，後書為 Ben Golder 與 Peter Fitzpatrick 所著並於 2009 年出版，主要針對法蘭西學苑講座出版後的資料，試圖重新詮釋 Foucault 思想中「法」的位置。詳參：ALAN HUNT & GARY WICKMAN, *FOUCAULT AND LAW: TOWARDS A SOCIOLOGY OF LAW AS GOVERNANCE* (1994). ; BEN GOLDER & PETER FITZPATRICK, *FOUCAULT’S LAW* (2009).

但 2009 年 Fitzpatrick 與 Golder 二人卻對這個徹底拒卻法律形象的 Foucault 理解做出了質疑，於“Foucault’s law”一書中，兩人爬梳了法蘭西學苑講座的内容與其他出版品，並歸納出「排除理論」論點的根據以及他們的主張。二人認為排除理論觀點的理由，往往來自於 Foucault 於七零年代對於權力的理解，Foucault 於當時將法與主權理解為一種以禁止為原則的壓抑的、消極的權力，這是一種非現代性的產物，相反地現代性的權力是一種生產性、創造性且持續性的權力⁴⁶⁶。

但在對於 Foucault 論著的考察中，二人發現法律並未在其思想中消失或剷除，以《性意識史 I》為例，Foucault 就曾指出法律（law）的運作機能更像是「常規」（norme），而司法制度也日益被整併進入以調節為機能的機構（行政或醫療）之中，因此法律似乎仍與權力間存在某種互動⁴⁶⁷。似乎法律並未消失，而是以另一種形式存於 Foucault 的論述裡。對筆者而言，自「措置」的角度來看，Foucault 強調過這些不同時代的關注點，彼此間並非取代而完全消失的關係，從上開《性意識史 I》的理解中，筆者也認為法律並未為 Foucault 所拒卻與排除，相反地「法」正以另外的方式與權力發生關連與扮演特殊的地位。

第二項 被捨棄的主權理論與「司法—話語」權力觀點

如果我們從《安全、領土、人口》中 1978 年 2 月 1 日那一天來作一個回溯，Foucault 在那天談起治理時說到了一個斷裂⁴⁶⁸：「主權而言，達到目標的手段正是法律自身，但對治理而言，運用的則是策略而非法律（loi），或者說將法律使用到

⁴⁶⁵ ALAN HUNT & GARY WICKMAN, *FOUCAULT AND LAW: TOWARDS A SOCIOLOGY OF LAW AS GOVERNANCE* 55-6 (1994).

⁴⁶⁶ BEN GOLDER & PETER FITZPATRICK, *FOUCAULT’S LAW* 11-5 (2009).

⁴⁶⁷ BEN GOLDER & PETER FITZPATRICK, *FOUCAULT’S LAW* 15-24 (2009).

⁴⁶⁸ MICHEL FOUCAULT, *SÉCURITÉ, TERRITOIRE, POPULATION: COURS AU COLLÈGE DE FRANCE, 1977-1978* 102-3 (2004).

最大化也是一種策略」，在這之中我們可以發現 Foucault 並未拒絕談「法」，法在其權力論述中依然居於一個位置，但並非擔當「作為所有政治思考指導綱領」的角色，法不再是等於權力自身，Foucault 反對的是「主權理論」並在其思考下拒絕一種權力的「主權－法律」論證與解讀。

當我們在這條回溯之路上駐足於 1976 年時，即可發現那一年的 Foucault 就已經展現了上述對「法」的思考態度，讓我們再次投注眼光於《性意識史 I》第四章與《必須保衛社會》。如同上一次關注他們時所說的，這一年的 Foucault 其實相當重要的論述了他眼中主權權力的褪去或權力壓抑模式的改變，為其 1978 年到 1979 年關於生命權力與治理的講座開啓了一條路線的起點。以下我們就從 1976 年的 Foucault 口中，爬梳其眼中現代社會中的「法律」。首先讓我們先看一下被 Foucault 所揚棄的主權理論⁴⁶⁹。

第一款 主權理論的權力觀點

回到《必須保衛社會》講座中，前面我們提過該講座中 Foucault 要討論的依然是權力的問題並區分了兩種的權力分析模式，依照學者江玉林的分類分成⁴⁷⁰：

「壓抑模式」與「戰爭模式」。前者將權力實體化為可以繼承之事物並著重於壓抑的性格，Foucault 並以歐洲王室以繼承羅馬法為正當性基礎及 Hobbes 的社會契約論來說明；後者則著重於權力的作用，強調其非單調的壓抑，而是具有不同的關係與多樣性，其以戰略、戰術的戰爭樣式來調整各種勢力達成的不對稱張力關係，

⁴⁶⁹ 請注意！此處筆者指出 Foucault 所揚棄者為「主權理論」，意即將權力與法的關係上，全然地把法等同於權力的一種主權式權力論述。但這並不表示 Foucault 完全揚棄了主權式權力於現代社會終存在的可能，或者是說法律消失於現代社會中。無寧說 Foucault 反對的是（100%）的將法等於權力，但法依然可以在現代社會中作為策略的一環而存在，這只要觀察現代社會的治理中依然存在這廣泛的立法活動即可得知，且 Foucault 本身也承認在生命權力中，立法活動有時反而更加的旺盛。因此在此想清楚說明 Foucault 揚棄的對象並非「法」、「主權」，而是揚棄「主權理論」。

⁴⁷⁰ 江玉林著(2000)，〈主權，戰爭的系譜與權力論述－傅柯「捍衛社會：法蘭西學苑演講（1975-1976）」評述〉，《月旦法學雜誌》，64 期，頁 175-183。

包括了支配關係的強化與臣屬者的反抗，不同於前者的哲學與法律論述，Foucault 認為在戰爭模式的發展中，其觀察的是包括如民族對抗的政治與歷史論述。在此我們來觀察前者。

對於主權理論的描述的著眼點可以放在 1976 年 1 月 14 日《必須保衛社會》的第二堂，延續先前的說法，「壓抑模式」中 Foucault 談到歐洲王室將羅馬法正統繼承作為統治權力正當性基礎的論述，而這牽涉到他對於「法」(droit) 與「權力」(pouvoir) 思考的原則，他感到有一件事情是不可忘記的：中世紀以降西方社會的想法中，「主權－法律」的思想 (la pensée) 主要圍繞著「君主權力」(pouvoir royal)，正是為了因應君主權力的需求及利益，作為其工具或正當化 (justification)，建立起了現代社會的主權－法律體制，可以說「西方社會的法即是君主命令的法 (le droit en Occident est un droit de commande royale)」。⁴⁷¹ 之後 Foucault 也提到了羅馬法，中世紀開始的羅馬法復興中重構了羅馬帝國覆滅後崩解的主權－法律體制，他認為這體制的形成圍繞君主並滿足其要求與利益，成為建構君主權力、專制與絕對權力的基本工具之一。之後當這個為君主服務的體制擺脫君主權力的控制時，該時的問題就變成關於「君主權力的界線」(le limites de ce pouvoir) 與「特權」(prérogatives) 的問題。由此可見當時西方法律體制的核心是君主權力，包括他的權力以及界線的問題，Foucault 將他口中的「主權－法律體系」與「君主權力」連結在一起：君主權力與法律相連，而法律也劃定了君主權力的界線，整個體制的核心或一切問題都關乎於「君主」－「我相信整個西方主權－法律體制的核心人物就是君主」(je crois que le personnage central, dans tout l'édifice juridique occidental, c'est roi) ⁴⁷¹。

清楚地主權理論中，Foucault 將君主權力與法 (droit) 作了連結－「君主權

⁴⁷¹ MICHEL FOUCAULT, IL FAUT DEFENDRE LA SOCIÉTÉ: COURS AU COLLÈGE DE FRANCE, 1975-1976 23-6 (1997).

力＝法」，法的角色就在於確定君主權力的合法性，而君主統治權是其中的核心問題，法就是圍繞著它建構體制，依照 Foucault 的說法：「法律（droit）系統與司法審判（judiciaire）領域是多型態的統治關係（rapports de domination）、奴役技術（techniques d'assujettissement）的永久媒介（véhicule permanent）」。⁴⁷²對他而言，法（droit）應如此看待：其非關於合法性確定此面向的問題，而是關乎其所執行的奴役程序那一方面的問題。由此可見法的權力與君主權力是網綁在一起的，其機能在於統治與奴役，也就是作為君主展現其權力的工具。

主權理論的論述如前所述與 Hobbes 的社會契約論有其關聯，在《利維坦》中每個個人為了避免自然狀態，將其自然權利的一部分交出給主權者，藉由雙方的合致中簽訂社會契約並互負遵守義務，統治者的權力及來自此契約。Hobbes 式的想法正與主權理論將權力視為一種可承繼的實體化事物相似，統治者所頒布的法其效力正來自於此繫於社會契約而來之權威。而在《必須保衛社會》中 Foucault 也多次提到了「利維坦的靈魂」即表示「主權」。或許我們可以這樣理解：這個可以由多數人轉讓的權力，正如同一把公共之劍，Foucault 所闡述的「主權－法律」指涉的正是利維坦手中的這把利劍與權杖，其代表的是掌握生殺大權的絕對權力與表現出權力的壓抑性。那麼當 Foucault 告訴我們應當尋找外於「利維坦」或主權－法律的權力模式時，可以說：一方面，Foucault 所關注的依然是「權力」問題；另一方面，他希望我們放下這把利劍（或是蜂王放下蜂針），揚棄「主權－法律」的權力模式。

這樣的看法在同一天講座的後半段中也可以找到印證，當 Foucault 整理完歐洲政治歷史上的主權理論角色後⁴⁷²，他認為主權理論這些歷史階段所討論的問題，

⁴⁷² Foucault 整理了四種角色：一、「主權理論」參照的是封建君主政體實際上的權力機制；二、「主權理論」作為合法化偉大官僚君主政體的正當化基礎；三、「主權理論」於十六、十七世紀的宗教戰爭時期，作為政治鬥爭工具－可能用以支持王權，也可能反過來限制王權；四、十八

遍及社會整體而涵蓋了「權力的一般性機制」，在這之中我們看到 Foucault 關注的重點：權力。之後他更對應著上面離開利維坦的論述，要我們拋棄這個權力觀，不過在知道 Foucault 的觀點前，我們先回到《性意識史 I》那裡去看到 Foucault 想拋棄的這個權力模式的完整樣貌⁴⁷³。

第二款 「司法－話語（juridico-discursive）權力觀」

《必須保衛社會》中對於權力的描述，也在同年的《性意識史 I》中留下了痕跡。在該書第四章的第一節「對象（enjeu）」中，Foucault 從性的壓抑出發試圖對權力進行分析，但分析前他認為首先要拋棄「司法－話語的權力觀（juridico-discursive）」。這種權力觀具有五種特點：否定的關係、規則的籲求、禁律的循環、檢查的邏輯、措置的統一。

Foucault 認為這種權力觀實際上就是與「法」相連接的，基本上就對應於「主權－法律模式」的權力，只以法律（loi）所表述與禁止的機能作為中心，一切如我們上面說的導向統治與使對方屈從的目的。他認為這樣的權力機制相當有限且僅會說「不」，欠缺對策略的使用與創造性－永遠僅是故計重演，手段單調僅具否定面像的力量⁴⁷⁴。

對於這個現象，Foucault 認為確實曾有論者想將法自君主權力中分離－使政治與法律分離，但權力的描述卻依然無法脫離「主權－法律式」的論述，這有歷史的原因存在：一方面，西方歷史上君權是如法律系統（système de droit）般的建立起來，透過法律理論反映，且以法的形式發動其權力；另一方面，對於王權的批

世紀時，盧梭等人那成爲一種替代君主政體的模式－議會民主，在法國大革命時期作為另外一種角色存在。

⁴⁷³ MICHEL FOUCAULT, IL FAUT DEFENDRE LA SOCIÉTÉ: COURS AU COLLÈGE DE FRANCE, 1975-1976 26-32 (1997).

⁴⁷⁴ MICHEL FOUCAULT, HISTOIRE DE LA SEXUALITÉ I: LA VOLONTÉ DE SAVOIR 109-114 (1976).

判依然無法與法切割，對於君主權力的批判重點放在其凌駕於法律之上，反而更確立「法律作為權力形式」的觀點，將權力鎖於法律形式實施的框架之中。簡言之，Foucault 認為在「司法－話語」權力觀中，權力分析的方式終究無法擺脫君主權力的陰影，依然籠罩於「法－權力－君主權力」之中，而他認為這樣的分析或權力模式過於否定、消極而欠缺生產性、創造力。當然，如我們前面提到 Foucault 對於他的權力技術線路器－「措置」－定義時強調的策略、戰略面向，Foucault 冀求的是一個具生產性的權力分析與論述模式，因此 Foucault 提點了我們：「我們始終未將國王的頭砍下」，在這之中 Foucault 告別了法等同權力的論述：「不再以法作為模型或範本」，去尋求我們後來看到的著重於權力作用的分析模式⁴⁷⁵。

第三款 小結：向主權理論與「司法－話語」權力觀告別

Foucault 對於將法等同權力之分析方式的揚棄看來已經是相當確定的事情，當他提點我們未將國王的頭砍下時，其實正呼應著《必須保衛社會》中未能走出利維坦之外。因此 Foucault 要我們試著去放下利維坦圖式中利劍，或者在權力分析中砍下國王的頭或除去蜂王的針，Foucault 要作的正是標題所言的－也是他在 1976 年 1 月 21 日的講座開頭邀請大家一起做的：向主權理論與「司法－話語」權力觀告別。捨棄這些將權力分析局限於法律形式的作法，不再將法作為權力的模型或範本，告別壓抑模式那僅是否定而消極無創造性的權力觀，Foucault 要轉向一個具有生產力的觀點。

不過在繼續接下來的工作前，我想須提醒的是雖然 Foucault 之後開始進行其對於紀律性權力、生命權力的討論，且認為這些權力的內涵與主權關係不相容：「與描述主權理論的權力機制相對立，且根本性異質」，或者他表明了：「想要研究權力，就必須把「主權的法律政治理論」拋棄」、「主權的主權－法律模式，我認為

⁴⁷⁵ MICHEL FOUCAULT, HISTOIRE DE LA SEXUALITÉ I: LA VOLONTÉ DE SAVOIR 116-119 (1976).

不適合作為權力關係多樣性的分析方法」。但這僅是代表了 Foucault 談論的重心為「權力」，他也僅是強調我們不該再強調壓抑的權力分析思維，而應自「主權—法律」的權力模式中離開。如同 Foucault 在諸多論述中不停談論著法，法並未在 Foucault 的言談中消失，或者他的目光也未曾離開過法，甚至在 Foucault 那裡法是他進行權力分析時重要的切入點之：在戰爭模式中法扮演了重要的戰略位置。筆者認為 Foucault 希望我們做的並非是完全的拒卻法的概念，他要告別的僅是壓抑的「司法—話語」權力觀⁴⁷⁶。

第三項 Foucault 的立場與生命權力中的「法」

Foucault 的權力技術線路裝置—「措置」—已經呈現在我們面前，而我們也知道 Foucault 要我們向「權力=法」的主權理論或「司法—話語」權力觀告別，因此我們的最後一個工作，就是理解 Foucault 眼中的法居於什麼位置，同時也就知道其與「措置」的關係或是在「措置」中的定位。

第一款 常規與法—法律作為整體常規與策略的一環⁴⁷⁷

看到這裡或許會有人提出疑問：「如果主權權力與法連接，他是以禁制或命令的方式行使。我們前面提到的紀律性權力或生命權力中的個體解剖學，紀律性的機制不也是在正常／不正常的區分中，試圖強制肉體朝向正常的一面嗎？二者真的如 Foucault 所言有所不同嗎？」，這個提問其實適切的作為此處的切入點。

⁴⁷⁶ 李俊增(2009)，〈法律、規訓與治理——現代權力關係中之法律形式〉，《政治與社會哲學評論》，30期，頁19-20

⁴⁷⁷ 關於常規(norme)在 Foucault 思想下的定位，以及其與紀律性權力或生命權力間的關係，這是可以完成另外一本論文的命題了。由於筆者在本論文想做的是從「措置」去描繪生命權力的工作，因此恐無法詳細的處理 norme 這一個在 Foucault 思想下佔據重要位置的概念。對此，國內已有詳盡的論文曾討論此問題：陳世隆(2010)，〈傅柯「正常化社會」之研究—以我國 K 他命管制政策為例〉，台灣大學法律研究所碩士論文

回到上一款的小結中，Foucault 強調他要拋棄的是一種以「否定性」為內涵的主權－法律論述模式，而強調要尋求一種具有「生產性」的權力，他認為在這種權力中其與法律的關係並非依靠法律方可運作權力，毋寧說權力是將法律隱藏在其運作之中，而紀律作為生命權力中的一環，有時也確實得依靠法律來實現，但我們可以注意到在規訓與紀律性權力中，其權力運作最終會生產出一個柔順的肉體：積極而具生產性的面向。且法律並非此權力唯一的樣貌，而僅是其中的一個行使要素。從這個例子中，我們可以發現到 Foucault 想使用的權力分析模式，也粗略的觀察到了法律在其權力分析模式圖像中的作用。

若是想要更精確的了解 Foucault 權力分析下的法，那最好的方式還是直接從 Foucault 自己於《性意識史 I》的第五章的論述出發，以下的段落不僅承接了 Foucault 對於生命權力的論述，也表現出了其思想下法律的樣貌⁴⁷⁸：

生命權力 (bio-pouvoir) 發展的另一個結果，是常規作用 (le jeu de la norme) 取得日益增加的重要性，其代價是犧牲法律的主權－法律體系 (système juridique de la loi)。法律不能不武裝起來，他的最佳武器就是死亡；對於違法者，法律透過這種絕對的威脅－至少會是最後手段－加以答覆。法律永遠涉及了主權者手中的劍 (glaive)。但一個以照管生命為己任的權力，需要的是持續、調節與修正的機制。這不再是關注主權範圍所引起的死亡了，而是在價值與效用的範圍內安排生命。此種權力的工作是定性、估測、評價、層級化，而非顯露其致命的光澤；它也不是要畫分臣服者與主權者之敵人的界線，它是環繞著常規進行布置的工作。我並非要表示法律 (loi) 的消失或司法審判制度的日趨消失，而是要表示：法律條文的運作機能更像是常規了，且司法制度日益被整編進入一個尤以調節 (régulatrices) 為其機能的機構中 (醫療、行政...)。一個正常化社會乃是以生命為中心的權力技術發展的歷史結果。與十八世紀之前

⁴⁷⁸ MICHEL FOUCAULT, HISTOIRE DE LA SEXUALITÉ I: LA VOLONTÉ DE SAVOIR 189-190 (1976).

的社會相比，我們進入了一個主權－法律（juridique）的衰退期，我們不應被法國大革命後全世界出現的那些憲法或被制定、修正的法規、無休止而吵雜的立法活動給迷惑，因為正是在這些形式中，使本質上是正常化的權力（**un pouvoir essentiellement normalisateur**）為人們所接受。

伴隨著 Foucault 權力分析方式的觀點，主權－法律模式（juridique）消褪了，但注意到在 Foucault 口中法律的運作並未消失，甚至可能更加的蓬勃，對此我們必須了解：探問如果 loi 或 droit 並未消失，那麼所謂的其他形式指的是什麼？⁴⁷⁹

我們知道 Foucault 認為「法」（無論是 droit 與 loi）依然存在，甚至發展的更加活躍，那最關鍵的探問莫過於是：什麼樣的存在方式可以使 Foucault 作出如斯的觀察。對此 Foucault 曾給出他的答案－「常規」（norme）⁴⁸⁰：

我們已經進入了某種形態的社會，其中的法律權力（pouvoir de loi）不是正在衰退，相反地融入了一種更為整體性的權力之中：大體上說來就是常規（norme）…這就是此種社會的特徵－不再是本質上與法律（loi）相關連的「主權－法律型社會」（société juridique）。我們正在轉向為一個基本上與常規相關連的社會。

在此或許我們無法清楚而有足夠篇幅的描述什麼是 Foucault 思想下的常規（norme），但我們可以想像成在以禁制為內涵的法律之外，有一種範圍更為廣泛的秩序或判準存在，而法律僅是作為其內的一種形式爾。在法律（loi）與常規（norme）間並非對立的關係，與常規對立的是「主權－法律體系」（juridique）。

⁴⁷⁹ 但要注意在 Foucault 口中主權－法律體系只是衰退而非完全的消失，在《必須保衛社會》中 Foucault 提即了紀律性權力與主權理論兩者理論上應無法共存或互動的，但以司法醫學作為例子，主權理論在為權力關係修飾這麼面向上尋找到存活的理由。因此在 Foucault 的權力分析下應注意到主權－法律體系與主權理論依然健在，僅是衰退罷了。

⁴⁸⁰ Michel Foucault, *L'extension sociale de la norme, dans* édition établie sous la direction de Daniel Defert et François Ewald, avec la collaboration de Jacques Lagrange, Diets et écrits II 1976-1988, Paris: Gallimard 74-79. Text no.173

常規扮演的應該是 Foucault 紀律性權力與調節性權力的標準，無論何者都是以常規為基底而施展：依照標準成為正常的個體、依照標準回到正常的常態比率。法律雖然不再等於權力，但法律仍可作為權力的一部分類同於常規般運作，甚至可將其想成權力策略性運作中或網絡中的一環，法律可在其中進行常規的作用，如 Foucault 說言以「那些憲法或被制定、修正的法規、無休止而吵雜的立法活動」的樣貌產生其作用。

第二款 「措置」、常規與生命權力下的法

現在讓我們把最後的拼圖給拼上，以結束這一個章節⁴⁸¹。就我們所知，Foucault 思想中法不再等同權力，而僅是作為權力運作中的一個要素，對 Foucault 而言真正重要的概念是「常規」；另一方面，對 Foucault 而言關於權力—各異質要素以及其安排、交互力量關係與導向，他用以描述這些權力技術線路運作以及與知識關係的術語則是「措置」。無論如何，我們都可以觀察到 Foucault 思想中一個對於「法」的明確態度：伴隨主權理論的揚棄，在常規中或「措置」中都會有法的存在，Foucault 依然談法，且法可作為常規的一部分、「措置」中的一項異質性要素或某力量關係的端點而存在。因此作為整個章節的最末，筆者將探問常規與「措置」的關係為何，並以權力與法作為一個觀察點作一個粗略的發想。

雖然無法詳細說明 Foucault 思想中的常規為何，但我們還是可以從《必須保衛社會》中看到 Foucault 對於生命權力與常規的連結：「有一種元素，它在紀律與調節間循環，它以同樣的方式作用於身體和人口，既導致對身體紀律的控制，又導致對生物學復多的可能事件的控制，這個兩者間循環的元素就是「常規」

⁴⁸¹Sir Andrew John Wiles 曾在解出費馬最後定理時作結：「我想我就在這裡結束。」，在寫作本段的同時 Dirk Nowitzki 也說：「It's TIME!」。或許筆者的工作依然未盡完滿，而且也微不足道，但當這段開始書寫時，筆者的心情也是感受到對於 Foucault 生命權力、法、措置與治理的考察工作，似乎也該到暫時畫下一個句點的時刻了。

(norme)」，且 Foucault 也給了我們一個指引⁴⁸²：「在正常化社會 (la société de normalisation) 中，紀律的常規 (norme) 與調節的常規 (norme) 垂直相交」。由這幾段話中，Foucault 提示我們權力與常規的連結，且可以分別由紀律性與調節性權力中，去粗略理解常規對它們的關係。

但應注意的是在紀律性權力與調節性權力中都有「常規」(norme) 的存在，但兩者間有何差異呢？依照我們前述說法，紀律性權力與調節性權力的展演與對象都是不同的，對此國內有文獻在書寫上採取更為精確的方式，針對紀律性的部分將 norme 理解為「規範」，亦即對於個體正常與否與如何矯正的區分標準，而將調節性權力中的 norme 理解為「常態」，也就是對於整體需拉回的正常狀態⁴⁸³。對此精細的區分，筆者採取相當贊同的立場。惟此處筆者並未做此區分的理由，在於筆者僅是想說明 Foucault 思想中作為治理中指引標準的 norme 的樣貌，無論是「規範」或「常態」都是指引標準在不同對象上的展現，是故筆者僅是將 norme 作為與法律比較的概念，想呈現出 Foucault 思想脈絡中的角色，由於這個標準所尋求的是個體應有的合於正常規範的樣貌與整體風險處於常態的情形，是故對於這個普遍適用的標準，筆者就稱之為「常規」(避免使用「規範」也是為了避免與對個體的規範產生混淆)，是故上一段翻譯中筆者就將 norme 都翻譯為「常規」，但關於其實際上不同的運作樣貌 (規範／常態)，閱讀本文時還是需要釐清一下的。

如果要看得更清楚，在《安全、領土與人口》1月25日的講座中，Foucault 向我們說明了紀律性權力與調節性權力的差別外，他也跟我們說明了常規與這些權力的關係，可以使我們更釐清上開筆者所談的內容與翻譯問題，我們來注意這

⁴⁸² MICHEL FOUCAULT, IL FAUT DEFENDRE LA SOCIÉTÉ: COURS AU COLLÈGE DE FRANCE, 1975-1976 225 (1997).

⁴⁸³ 陳世隆(2010)，〈傅柯「正常化社會」之研究—以我國 K 他命管制政策為例〉，頁 15，台灣大學法律研究所碩士論文

兩段話，第一段話是這樣的⁴⁸⁴：

「在紀律的正常化 (*la normalisation disciplinaire*) 作用中，最首要而根本的並非正常／不正常的區分，而是常規 (*norme*)⁴⁸⁵。也就是說具有一種最原初的規定性 (*prescriptif*) 的性質，透過與常規的關連，正常／不正常的判斷和區分方有可能。…我認為在紀律性技術中發生的 *normation* 要比 *normalisation* 來的重要的多…」

第二段話是這樣的⁴⁸⁶：

「這裡存在一個系統—我認為，這與我們得觀察到的紀律系統是相反的。在紀律中，是由常規出發，且透過依循常規而進行的訓練、調教 (*dressage*)，我們可以據此區分正常與不正常。然而，在此我們正常與不正常的定位圖 (*repérage*)、不同的正常性曲線 (*courbes normalité*) 的定位圖，而 *normalisation* 的運作則建立在使不同的正常性分布互相影響，且使得最不適當者被重新導引 (*ramené*) 向適當者。…比其他更正常、更適合的分布。這樣的分布被視為是常規 (*norme*)⁴⁸⁷。這是一種在不同正常性之中的活動。正常的先出現，接著自其中推演出常態。…所以我想表示：此處的問題並非是 *normation*，嚴格意義來說應是 *normalisation*。」

這兩段話中，前者針對的即為紀律性權力，而後者為調節性權力⁴⁸⁸。的確這

⁴⁸⁴ MICHEL FOUCAULT, SÉCURITÉ, TERRITOIRE, POPULATION: COURS AU COLLÈGE DE FRANCE, 1977-1978 58-9 (2004).

⁴⁸⁵ 可以注意到這邊的常規，如果要仔細區分，其實就一種對於正常與否區分的展現，也就是所謂「規範」的形式，一種以規範樣貌呈現的「標準」。

⁴⁸⁶ MICHEL FOUCAULT, SÉCURITÉ, TERRITOIRE, POPULATION: COURS AU COLLÈGE DE FRANCE, 1977-1978 60-1 (2004).

⁴⁸⁷ 反之在這段中，可以注意到 *norme* 談的絕對不是個體正常與否、如何矯正等等問題，而是對於整體的一個調節機制，要調節到如何的標準是常態且合適的，代表的是一種對整體進行最低限度管理的標準化，因此這個 *norme* 要區分的話，當然應該要理解為「常態」會更為適當。

⁴⁸⁸ 實際上 Foucault 本身在這些概念發展的初期，經常是混用 *norme*、*normation*、*normalisation* 這幾個字的，不過筆者的重點在呈現這些概念最終的關係，是故對於其文字使用上的歷史脈絡考察，就無法在篇幅有限的論文中呈現了，國內關於此問題詳細的考察可見：陳世隆(2010)，〈傅柯「正常化社會」之研究—以我國 K 他命管制政策為例〉，台灣大學法律研究所碩士論文

兩種權力的內容上有所不同，但可以注意到這些權力的作用都是由「常規」(norme) 作為起點開始的。例如紀律中，首先是由「常規」(norme) 去畫出二分的正常與不正常，依據此常規，紀律性權力可以建立一個對於合於常規的主體塑造的訓練、調教程序，在此之中 Foucault 使用的詞彙 normation，其實指的就是把某個體放在正常／不正常這個二元畫分，使之符合常規 (norme) 的要求而成為正常者，且 Foucault 也提到這個 normation 與他之後在調節性權力中使用的正常化詞彙—normalisation—不同，或許可以說這個紀律性權力下的 normation 指的就是依循常規塑造正常個體的歷程，也就是所謂的「規訓」⁴⁸⁹。

反之於調節性權力中，對於合於 norme 而加以正常化的術語，Foucault 使用了 normalisation 這個字，可以注意到在調節性權力中 norme 不再談個體的正常／不正常，而是在整體中界定出「正常」(normal) 曲線，然後去定義出接近該正常曲線的一種常態，而由此延伸出使曲線往常態移動的這個正常化操作即為 normalisation，或可稱之為「正常化」。既然何種權力的作用都是來自於 norme，筆者認為在 Foucault 的思想中或許我們可以把 norme 視為是一種標準（不論個體中的正常標準或整體層面的正常化常態標準），根據權力行使的態樣與對象的不同，這個 norme 會有如 normation 或 normalisation 不同的指向出現。

如果回到上一節最終對於生命權力、「措置」與「治理」在層次上的分析，現在我們可以將「法」與「規範」(norme) 給放進這個架構中。筆者認為作為外在呈現方式的「治理」，其背後所代表的意義其實是「指引」(conduct)，而「措置」是內在的知識、權力的線路運作模型，那麼當有特定的目的或事態要加以回應時，這個回應的目的（或要達到的目標）其實就是以「常規」(norme) 的方式

⁴⁸⁹ 對此翻譯，筆者曾參考相關文獻，有自權力與權力作用的角度出發，而認為應將 normation 翻譯為「規訓」者，筆者亦相當贊同此見解，詳見：陳世隆(2010)，〈傅柯「正常化社會」之研究—以我國 K 他命管制政策為例〉，台灣大學法律研究所碩士論文

呈現，也就是說規範扮演了那個回應事態後應達到的「標準」。在這樣的架構下，生命權力中無論調節或是紀律性的部分，都會由這標準去發揮其不同態樣，在權力的交錯作用中，去實現特定目的與形塑出主體樣貌，而「法」所扮演的正是在這個交錯的關係中，或者說「措置」的運作中，扮演其中一個要素的角色，例如做為提供某個形成常規標準的法律內容，或是某個立法或依法行政行為等以權力的方式來用「法」，而法也扮演了一種生產性的角色，去生產出合於治理標準的個體與合於常態風險的整體。

以刑事司法為例，為了針對特定的犯罪類型加以處理，這個治理的目的會指向該犯罪，在這之中會有一個標準去強調犯罪率的常態或可接受程度，依照這個標準（或稱「常規」），「法」可能在於法律的內容或是執行的力量，在法與其他要素的交錯間，一方面使犯罪人受到紀律性權力的規訓而正常化，另一方面藉此將犯罪率調節回到常態的正常化程度，這是筆者在本章中最後的結論，也是筆者「治理視角」的運作方式。

第五章 Giorgio Agamben 與 Michel Foucault 的生命政治對話－治理視角的確立

現代民主所想要展演人的自由與幸福之處——「**赤裸的生命**」——正標示出了它的屈從⁴⁹⁰。

——Giorgio Agamben

在上一章中，對於生命政治我們以 Foucault 思想作為一個開端。本章中筆者將延續著 Foucault 的生命政治思維，討論另一位當代重要思想家 Agamben 對於生命政治的觀點。Agamben 於 1942 年出生在羅馬，並以關於 Simone Weil 思想之論文獲得羅馬大學授予法哲學博士學位，其曾參與了 Martin Heidegger 自 1966 年到 1969 年間於南法拉朵（Le Thor）的講座，並於 1978 年擔任義大利文版《班雅明全集》的編譯工作，1980 年後則於包括巴黎國際哲學院（Collège International de Philosophie）等在內之各校進行教學工作。Agamben 思想核心在於對語言哲學之思考，並以此為中心擴及於美學、文學、政治學與倫理學等領域，並於這些研究中與包括 Heidegger、Benjamin、Derrida、Foucault 及其他思想家的對話進而形成其各時期之作品。

本論文中著眼者為 Agamben 之政治思想部分，Agamben 從美學、詩學跨進政治哲學的轉向發生於 1990 年《即將到來的共同體（The Coming Community）》一書，於當時義大利政治發展欠缺社會行動的背景下，Agamben 與同時期義大利政治哲學研究之氛圍相同，採取了抽象思維的方式於本書中自語言學等角度，以對於 Jean-Luc Nancy 與 Maurice Blanchot 關於「共同體」（Community）概念的解構，開啓其政治哲學之研究。此後使其受到注目並帶起討論熱潮者，為 1995 年開始出

⁴⁹⁰ GIORGIO AGAMBEN, HOMO SACER: SOVERIGN POWER AND BARE LIFE 9-10 (Daniel Heller-Roazen trans., Stanford University Press 1998) (1995).

版的「聖牲人系列」(*Homo Sacer*)，其中的第一部《聖牲人：主權權力與裸命》一書使其備受注目，本書中 Agamben 開啓其對生命政治之討論，並於該書前言中即提及 Foucault 關於生命政治之思想。爾後其聖牲人系列各本著作之討論與鋪陳⁴⁹¹，甚至是闡述其方法論的“Che cos'è un dispositivo”一文中，都可以看見 Agamben 與 Foucault 一個似有若無的對話，這兩人間關於生命政治的對話或者是批判，正可以勾勒出筆者本論文工作—「以生命政治觀點對當代刑事政策加以剖析」—中分析視角的樣貌。延續著前一章對於 Foucault 思想的介紹，於本章中我們先介紹 Agamben 的思想，並於最終爬梳這場 Agamben 與 Foucault 的對話，探詢二者間是一個延續亦或是一個徹底改變的關係，以及二者間有無整合為一套論述之可能，進而為筆者分析刑事司法的「治理視角」做一個最後的定型。

第一節 Giorgio Agamben 思想下的 *Dispositif* ⁴⁹²

在本章的開頭，筆者將先自 Agamben 於 2006 年發表的一篇文章“Che cos'è un dispositivo”談起，從這篇文章的英譯標題“*What is an Apparatus*”之中，我們可以發現到 Agamben 想要討論的正是在上一章開頭時，談到的“*Dispositif*”一字的字義問題。如果大家還記得，在前一章中筆者談論的重點正是在 Foucault 概念下 *Dispositif* 的意義及其運作，而在這篇文章中 Agamben 所討論的對象正是 Foucault 於 1977

⁴⁹¹ 聖牲人系列的後續著作包括：《聖牲人 II,1,例外狀態》(*Homo Sacer II,1: State of Exception*) (1995)、《聖牲人 II,2,統治與榮耀》(*Homo Sacer,II,2: Le Règne et La Gloire*) (2007)、《聖牲人,II,3: 誓約的考古學—語言的聖物》(*Homo Sacer,II,3: Le Sacrement du Langage—Archéologie*)、《聖牲人,III: 奧許維茲的殘餘—證人與檔案》(*Homo Sacer,III: Remnants of Auschwitz: The Witness and the Archive*) 等書，我們可以在這些書籍中，都尋找到 Agamben 於政治思想上，將 Foucault 作為其對話者或思想對手的一些痕跡，也可以讓我們思考 Agamben 的角色—Foucault 的追隨者？Foucault 不忠實的信徒？Foucault 的挑戰者？—為何。

⁴⁹² 原本筆者在本節中想要藉由 Agamben 對於 Foucault 思想中 *Dispositif* 的討論，進行 Agamben 生命政治討論的整體脈絡之餘，也想在本節中將 Agamben 自語言學、形上學與美學的基本概念作一個爬梳，以方便使閱讀者了解 Agamben 「為什麼在這裡，他會這樣子推論？」。惟在下筆後發現這是個可以另寫一本論文的題目了。而指導教授李茂生老師的一句話：「你這本論文又不是在作 Agamben 專題研究！？」，真是瞬間打醒了筆者，因此筆者在寫作策略上將環繞著 Agamben 與其生命政治的論述主軸進行討論，僅在相關之處需要用到 Agamben 語言學輔助理解時，始將之帶入本文中加以說明。

年的訪談中對於 *Dispositif* 所下的定義，我們也可以此作為觀察 Agamben 與 Foucault 思想關係的一個切入點：兩人的 *Dispositif* 概念有無區別，Agamben 對此字的使用是否等同 Foucault 的措置 (*Dispositif*)？若有區別則於二者生命政治思想下又各自扮演怎樣的角色，Agamben 思想下的 *Dispositif* 應如何理解／如何譯為中文為宜？筆者在此先賣個關子，以下我們就從 *Dispositif* 作為起點出發，來一步步揭露這些問題的答案。

第一項 Agamben 對於 *Dispositif* 的考察

第一款 向 Hyppolite 與 Hegel 的考掘－實證性 (Positivity)

Agamben 於“*Che cos'è un dispositivo*”一文開頭就以柏拉圖之於理念 (idea) 等例子，清楚的點出了術語問題於哲學中的重要性——一個思想的詩意時刻，而於本文中其工作正是在處理「術語的問題」⁴⁹³：*Dispositif*。Agamben 提出了一個假設：*Dispositif* (或英語中的 apparatus) 於 Foucault 的思想中，特別是 Foucault 於 1970 年代起所關注的「治理術」與「對人的治理」之中，是一個具有決定性的技術術語。Agamben 在這個假設之上，開啓了對於這個術語於 Foucault 思想中定位與意義的考掘，並作為告別 Foucault 重新詮釋此術語的準備⁴⁹⁴。

⁴⁹³ Agamben 以以下的這段話表達「術語問題」的重要性：「哲學中，術語問題很重要。就像我最尊敬的一位哲學家曾經說過的那樣，術語乃思想之詩意的時刻。這不是說，哲學家必須，總是需要對他們 (使用的) 技術性術語作出定義。柏拉圖從未定義過理念 (idea) — 他最重要的術語。相反地，其他人，像 Spinoza 和 Leibniz 那樣的哲學家，則更喜歡為他們的術語作出更有幾何學色彩 (more geometrico) 的定義。」詳參：GIORGIO AGAMBEN, *WHAT IS AN APPARATUS: AND OTHER ESSAYS 1* (David Kishik & Stefan Pedatella trans., Stanford University Press 2009) (2006).

⁴⁹⁴ 這也正是本論文在爬梳 Foucault 著作與講座時所進行的一個假設：*Dispositif* 作為貫穿 Foucault 思想的重要術語。筆者於前一章中即表明對於 *Dispositif* 的理解的關鍵性，在於此術語或許是 Foucault 自知識至權力以至主體所有論述運作的核心機制，欲了解 Foucault 論述中各要素的相互關係與運作方式，甚至將之作為筆者以權力視角分析當代刑事政策的工具，都必須去勾勒此術語的圖式。這也是筆者為何在前一章自 Foucault 與 Deleuze 詮釋後，於本章中要再次談論 Agamben 的原因：筆者作為一個尚不成熟的研究者，在大膽 (無知?) 地對於此術語分析的嘗試後，以一位當代著名思想家的同樣工作作為對筆者自身術語理解的輔助與工作成果的檢驗應有其意義，特別是 Agamben 與筆者不同取徑的考掘方式，及考掘工作後嘗試開創自身詮釋新局的作法，更是令筆者感到自身之不足，或許在此章對於 Agamben 的介紹不僅是筆者對自身的檢驗與批判，更重要的是以此章節對於影響筆者研究所生涯的此一思想家的一個致敬——若非 Agamben，則筆者恐無法無缺

Agamben 於文中首先回顧了 Foucault 在 1977 年於《Foucault 的遊戲》此訪談中對於「措置」(*Dispositif*) 所為的陳述，Agamben 認為 Foucault 雖然沒有作出完整的定義，但在此訪談中仍然作出了一些近似於定義的論述，這些論述中可以觀察到 Foucault 詮釋下 *Dispositif* 一詞具有以下的特點，Agamben 是這樣說的⁴⁹⁵：

讓我簡要地總結這三個觀點：

- a. *Dispositif* 是一種在相同的主題下潛在地吸納—無論是語言的還是非語言的—諸如：話語 (discourses)，制度 (institutions)，建築 (buildings)，法律 (laws)，警務措施 (police measures)，哲學命題 (philosophical propositions) 等等的異質性集合／設定。*Dispositif* 本身是在這些元素間所確立的網絡。
- b. *Dispositif* 總是具備某種具體的策略性功能，並總是坐落在權力關係中。
- c. 如此，*Dispositif* 看起來就是權力關係與知識關係的交錯

不同於 Deleuze 對於 Foucault 「措置」分析的取徑，Agamben 試圖自 Foucault 作品中考察這個術語的可能來源⁴⁹⁶。對此 Agamben 將考察起點置於 Foucault 關於「知識」的工作階段，其以《知識考掘學》一書為例認為 Foucault 當時仍未開始使用「措置」此術語，不過不同於筆者或 Foucault 自己提及的「知識型」，Agamben 關注的是 Foucault 對於「實證性」(positivité / positivity) 此一術語的使用，他認為此術語於字源學意義上近似於「措置」，且 Foucault 同樣沒有對此進行定義。在探問 Foucault 對此術語使用的由來時，Agamben 將這個考察指向了 Foucault 的老師之一—Jean Hyppolite⁴⁹⁷和其著作《黑格爾歷史哲學史導論》(Introduction à la

憾地享受此一思想的「詩意時刻」。

⁴⁹⁵ 此部分請見第四章，或詳參：GIORGIO AGAMBEN, WHAT IS AN APPARATUS: AND OTHER ESSAYS 2-3 (David Kishik & Stefan Pedatella trans., Stanford University Press 2009) (2006).

⁴⁹⁶ Agamben 表示：「現在，我想首先在 Foucault 的作品中，接著在更廣闊的歷史語境中，對此術語的譜系加以審查並作一個簡要的回顧。」，可見：GIORGIO AGAMBEN, WHAT IS AN APPARATUS: AND OTHER ESSAYS 3 (David Kishik & Stefan Pedatella trans., Stanford University Press 2009) (2006).

⁴⁹⁷ 本論文中皆簡稱：Hyppolite

philosophie de l'histoire de Hegel)，且認為在這個指向中考掘到 Foucault 思想之起源⁴⁹⁸。

Hyppolite 此著作的第三部分有一個這樣的題目：「理性與歷史：實證性以及命運的觀念」(Raison et histoire: Les idées de positivité et de destin, Reason and History: The Ideas of Positivity and Destiny)，關注的重心為對 Hegel 於伯恩 (Bern) 與法蘭克福 (Frankfurt) 時期 (1795-1796) 兩部著作—《基督教的精神及其命運》(The Spirit of Christianity and Its Destiny) 與《基督宗教的實證性》(The Positivity of the Cristian Religion)—的分析。可以注意到在後者的標題中，出現了實證性 (positivity) 此一 Agamben 考察的術語，我們也由此切入。

Hyppolite 詮釋下的 Hegel 思想有兩個核心概念：「命運」(Destiny) 與「實證性」，特別是「實證性」的位置正座落於「自然宗教」與「實證宗教」間，了解二者的區分有助於理解「實證性」，也可以探尋 Agamben 為何將 Foucault 的「措置」根源探詢於此。「自然宗教」涉及人類理性與神性間某種立即且普遍的關係，它是自然的，而「實證宗教」或「歷史宗教」則非自由的，它指的是某個特定歷史時期的社會從外部強加於個體並使之內化的信條、法則和儀式的整體，故具有束縛的性質⁴⁹⁹⁵⁰⁰。Agamben 認為在這種意義下，Hyppolite 展示了「自然」與「實證」的對立，如何地對應於「自由」與「義務」的辯證、「理性」與「歷史」的辯證，接著 Agamben 開始將他對於 Hyppolite 的考掘與 Foucault 對「措置」的採用進行連

⁴⁹⁸ GIORGIO AGAMBEN, WHAT IS AN APPARATUS: AND OTHER ESSAYS 4 (David Kishik & Stefan Pedatella trans., Stanford University Press 2009) (2006).

⁴⁹⁹ 羅伯·史登 (Robert Stern) 著，林靜秀、周志謙譯 (2011)，《黑格爾與《精神現象學》》，頁 227-241，台北市：五南

⁵⁰⁰ Agamben 在文中為了描述何謂「實證宗教」而舉了一個例子，他提到 Hyppolite 徵引了 Hegel 的一個段落：「暗示著某種或多或少透過對靈魂的限制得到表達的情感；這些情感是作為誠命結果和服從結果，無需伴隨任何直接功利而直接完成的行動。」。在此之中我們可以注意到其非自由而束縛的性質，但也可以注意到這個束縛某程度上內化的性質與情感的樣貌。詳參：GIORGIO AGAMBEN, WHAT IS AN APPARATUS: AND OTHER ESSAYS 5 (David Kishik & Stefan Pedatella trans., Stanford University Press 2009) (2006).

結⁵⁰¹。

這個連結工作始於 Hyppolite 對於青年 Hegel 口中「實證性」的理解，Hyppolite 認為「實證性」是 Hegel 給予歷史要素的命名，「實證性」像某種外在力量強加給個體的法則、儀式和制度那樣為人所承載，但也可以說這些東西又在信仰和情感的系統中加以內化。Agamben 認為 Foucault 勢必對於 Hyppolite 的這段詮釋感到興趣，且正是在這之中預示了「措置」的出現。Agamben 將這段詮釋與 Foucault 連接在一起，認為 Foucault 借用了「實證性」並在日後發展成「措置」，並在同樣的決定性問題—「作為生存存在的個體與歷史要素間的關係」(the relation between individuals as living beings and the historical element)—上採取了自己的立場⁵⁰²：如果 Hegel 的工作在尋求兩個要素的協調，那麼 Foucault 的工作不僅異於 Hegel 尋求的協調，他也不去強調二者間的衝突，**Foucault 最重要的工作在於對實證性（或「措置」）在關係、機制(mechanisms)與權力的「遊戲」中運作的具體模式的探究。**

從 Hyppolite 那裡考掘到 Foucault 「措置」的起源以及 Foucault 想要藉此進行的工作後，Agamben 繼續進行其對 Foucault 的詮釋工作（某程度上是為自己將進行的對話進行準備）。如同 Deleuze 以及本文進行的假設，Agamben 也認為「措置」作為 Foucault 思想中的核心技術術語，且同於前一章中筆者對「措置」的詮釋，Agamben 也自 Foucault 思想特色中，認為「措置」並非特指某種特定權力技術的特定術語，且使用上也並非特定指向如瘋狂、安全或監禁，相反地我們可以在各

⁵⁰¹ GIORGIO AGAMBEN, WHAT IS AN APPARATUS: AND OTHER ESSAYS 4-6 (David Kishik & Stefan Pedatella trans., Stanford University Press 2009) (2006).

⁵⁰² 這裡的「歷史要素」需要說明一下，Agamben 認為這裡的歷史要素談的是：「那些制度、主體化程式以及法則的集合/設定，在這些制度、程式和法則中，權力關係變得具體而微」，Agamben 的這個解釋正可對應於 Foucault 的工作。Foucault 想談論的正是權力的問題，且如前一章中我們談過的 Foucault 權力概念，一方面其作為一種塑造主體的方式，另一方面其是一種交互作用中可見的、微觀的物理學，Agamben 這段詮釋可說是與 Foucault 的想法相當相似。詳參：GIORGIO AGAMBEN, WHAT IS AN APPARATUS: AND OTHER ESSAYS 6 (David Kishik & Stefan Pedatella trans., Stanford University Press 2009) (2006).

種異質要素彼此交互作用的網絡中都看到權力的運作，而這個運作的普遍性模式即為「措置」。Agamben 也作出了相似的詮釋，認為「措置」如同 Hyppolite 與 Hegel 的「實證性」之廣度相仿，作為一種「一般性」(general) 的概念⁵⁰³：

在 Foucault 的策略中，「措置」逐漸佔據了為其所定義為「普遍的」(the universals, les universaux) 的術語的位置。如同你們所知道的，Foucault 總是拒絕處理被他稱為「普遍的」的一般範疇或心智的建構，諸如：國家、主權、法律和權力等。但這並不代表在他的思想中不存在具備某種普遍特徵的操作性概念。事實上，「措置」就是在 Foucault 策略中取代普遍性的那種東西：它不僅僅是這樣或那樣的警察措施 (police measure)、這樣或那樣的權力技術，甚至也不是通過這些東西的抽象得到的那種一般性 (generality)。相反，正如他在 1977 年的那次訪談中所宣稱的：「措置」是「可以被確立於這些要素之間的網路」。

由此我們可以發現在 Agamben 詮釋中，「措置」在 Foucault 思想下扮演一種普遍性角色，且作為一種各要素交互作用中形成的網絡形式。

在「措置」作為普遍性概念的前提下，Agamben 從字義的分析中繼續進行對 Foucault 的詮釋，其檢視了法語中 *Dispositif* 一字的意義包括了三層的含義：(1). 嚴格司法的意義：「*Dispositif* 是審判的一部分，包括與意見分離的決斷。」也就是決定或指定（援用）某個法律條款的判決部分；(2). 技術的意義：「機器或機制的一部分，以及機制本身的組織方式」；(3). 軍事用法：「與計畫一致的，為某項計畫而安排的手段的集合/設定」也就是「整體戰略配置方式」。他認為在 Foucault 的「措置」中這三個涵義都包括在內，據此 Agamben 作出對 Foucault 思想中「措置」的詮釋：

「措置」…指的是那些實踐和機制（既有語言的也有非語言的、司法的、技術的以及軍事的）的集合/設定，這些實踐與機制的目標，在於應對緊急的需要

⁵⁰³ Agamben 在此先釐清了一個觀念，他認為雖然 Foucault 的工作中，總是拒絕去處理那些 Foucault 稱為「普遍」(the universals) 的事物，例如國家、主權、法律與權力，但 Agamben 強調這並不代表 Foucault 思想中不存在一般性的篇章。詳參：GIORGIO AGAMBEN, WHAT IS AN APPARATUS: AND OTHER ESSAYS 7 (David Kishik & Stefan Pedatella trans., Stanford University Press 2009) (2006).

並取得差不多是直接、即時的效果⁵⁰⁴。

接續上一段提到的「網絡」形式，在這一段中 Agamben 從法語字義中作出了呼應 1977 年 Foucault 訪談的詮釋：「「措置」具有策略性的目的以回應某種緊急或特別情況，且其網絡型式來自於異質性要素間之交互關係。」

第二款 Agamben 的考察：*Okionomia* 與神學系譜

目前為止對於 *Dispositif*，Agamben 都僅止於對 Foucault 思想進行一個詮釋與再現的工作，藉由對於 Hyppolite 與 Hegel 的考察提供一個對於 Foucault 「措置」更清楚的定位與解釋。不過誠如本章開頭筆者強調的，處處在字裡行間留下 Foucault 足跡的 Agamben 或許並非一位 Foucault 的「忠實追隨者」，Agamben 更接近的是以「對話者」的角色出現⁵⁰⁵。其最終目標並非追隨或延續 Foucault 的工作，而是在對話中翻轉、改變 Foucault 的概念建立自身的工作，以下我們將會見到這個轉變的開始。

延續對 Foucault 的詮釋，Agamben 探問：「這些實踐或思想的策略是什麼，現代術語起源其中的那個歷史語境又是什麼？」⁵⁰⁶。在上一章中我們看到 Foucault 在其生命政治講題中開啓了對於「治理型社會」與「治理術」的討論，且「措置」正是其中運作的核心機制。而 Agamben 對於這個探問的自我回應也似乎與 Foucault 對話般地選擇了「治理」作為考察點，不過 Agamben 的考察不同於 Foucault 將生命政治定時於十七、十八世紀開始，而是著眼於西元二到六世紀，在這個考察中我們可以窺見 Agamben 開始逸脫 Foucault 的路線。

⁵⁰⁴ GIORGIO AGAMBEN, *WHAT IS AN APPARATUS: AND OTHER ESSAYS* 8 (David Kishik & Stefan Pedatella trans., Stanford University Press 2009) (2006).

⁵⁰⁵ 雖然說在現實上兩人已經是無法對話的狀態了…但我們還是可以把 Agamben 不停考掘 Foucault 思想並加以評論的做法，看成是 Agamben 試圖進行的一種對話。

⁵⁰⁶ GIORGIO AGAMBEN, *WHAT IS AN APPARATUS: AND OTHER ESSAYS* 8 (David Kishik & Stefan Pedatella trans., Stanford University Press 2009) (2006).

Agamben 將自己的研究方式定義為一種「經濟的神學譜系」(a theological genealogy of economy)研究⁵⁰⁷，於其中將 *Dispositif* 的前身追溯至西元二世紀到六世紀時一個具有神學與經濟學意涵的術語：*Okionomia*。*Okionomia* 在希臘語中其意義為「家政學」，討論的是住所 (oikos，也就是「家」) 的一般性經營與管理⁵⁰⁸。且所謂的 *Okionomia* 並非某種認識論的典範，而是一種面對某個問題或特殊境遇時，所創制的一般性實踐活動。這個術語在神學話語中的引入，有其特別的背景⁵⁰⁹。

在基督教神學史上「三位一體論」是一個關鍵的問題，這個神形象的三重本

⁵⁰⁷ Agamben 此項研究取徑自政治神學的研究方式，於 2007 年出版的《統治與榮耀：治理與經濟的神學系譜》(Le Règne et La Gloire: Pour une généalogie théologique de l'économie et du gouvernement) 中，Agamben 於該書的第一段裡，即就政治神學進行說明，並將神學系譜用於分析統治 (Règne)、*Okionomia* 與榮耀 (Gloire) 之間的關係。若觀察此處論文所討論之“Che cos'è un dispositivo”一文，其內容即在於對 *Okionomia* 的初探，以及解釋 Agamben 對於治理概念的理解，實際上本文與 2007 年出版的該著作間有著密切的關係，筆者認為或許 Agamben 即是在本文 (實際上此文來自於更早的一次講談) 中揭示其研究方式與對於治理的討論方針，其後於 2007 年的出版品中將其神學系譜取徑以及對 *Okionomia* 和其他概念的關係做更進一步的闡釋。詳細內容可見：GIORGIO AGAMBEN, LE RÈGNE ET LA GLOIRE: POUR UNE GENEALOGIE THÉOLOGIQUE DE L'ÉCONOMIE ET DU GOUVERNEMENT 17-39 (traduit de l'italien par Joël Gayraud et Martin Rueff, Editions du Seuil 2008) (2007).

此外筆者須說明，於本文中針對“Le Règne et La Gloire: Pour une généalogie théologique de l'économie et du gouvernement”一書的譯名，雖然於日譯本部分翻為《王國與榮耀》(另英譯本亦翻為 Kingdom 即「王國」)，惟就義文原本與法譯本來看，其用字為 Regno (義文) 與 Règne (法文) 皆指涉了「統治」一事，此外該書中實際上也並未討論王國，而是著重在對「統治」的討論上，故筆者於本論文中就本書皆暫譯為《統治與榮耀》。

⁵⁰⁸ 在此我們遭遇到了「家政」這個術語，前一章的註腳中筆者提及過在 Foucault 的生命政治思想中，一個可能錯身而過而未對話的思想家：Hanna Arendt。Arendt 於其《人的條件》(The Human Condition) 一書中，曾談論過私領域的家政、家計如何跨入或被納入公領域的政治之中，這個生命關照走入政治的過程一直是 Foucault 所關切的。在本章中我們再次看到了作為生命政治的談論者，Agamben 於“*Homo Sacer I*”一書中即提及受 Foucault 與 Arendt 之影響，其方法論的追溯中也論及了家政學的概念，且我們將會發現 Agamben 的考察也著眼於家政學與治理間的關係與其擴散的過程。筆者認為關於家政學以及 Foucault、Agamben 與 Arendt 間對此問題討論的關連性，是未來相當值得探問研究的對象，不過礙於篇幅與時間等因素，在此筆者只能先擱置等待日後再研究了。

⁵⁰⁹ 此部分牽涉神學甚廣，不過由於筆者在本論文中要進行的工作是對於 Foucault 與 Agamben 二人論述中權力與主體運作形式的比較，因此對於神學部分的論述僅將對於理解 Agamben 工作有助益者引入，而未能完整的介紹(否則這恐怕又是另一本論文了不是嗎?)，若欲知詳情者可見 Agamben 之文本：GIORGIO AGAMBEN, WHAT IS AN APPARATUS: AND OTHER ESSAYS (David Kishik & Stefan Pedatella trans., Stanford University Press 2009) (2006).

性（聖父，聖子，聖靈）的提出是受到質疑與引發爭論的。當時教會中主張「上帝一體論者」（monarchians）反對於基督信仰中重新引入多神或泛神論，主張單一上帝之治理。爲了平息這樣的爭論，諸多神學家如 Tertullian、Irenaeus、Hippolytus 等提出了 *Oikonomia* 這個術語滿足他們的需要。他們的論證中指出：上帝，就其存在與實質而言，當然是單一的；但就其 *Okionomia*—上帝管理祂的家／居所、祂的生命／生活以及祂創造的世界—而言，祂卻是三位的。這些神學家區分了「神學」與「經濟」、「存在」與「行動」，就如同好的父親會把某些功能和義務的執行委託給自己的兒子，但同時又不會喪失自己的權力，我們可以看成上帝託付基督這項「經濟」—人類歷史的行政與治理。在這個理解下，「*Okionomia*」成爲一個特別化的術語，專指聖子耶穌的「道成肉身」，以及救贖和拯救的經濟⁵¹⁰。從此 *Okionomia* 成爲了一種透過其可使三位一體的教義和世界的神恩治理的觀念於基督教信仰中實現的「措置」。

在這個 Agamben 的「經濟的神學系譜研究」下，他考察了西方基督教文化中 *Okionomia* 的使用起源，例如在「亞歷山大的克萊門」（Clement of Alexandria）那裡，*Okionomia* 就已經與「神恩」（Providence）的概念一起出現並開始指示世界和人類歷史的「救贖治理」（redemptive governance），在此 *Okionomia* 與治理產生了連結。這也解釋了 Agamben 於《聖牲人 II，2：統治與榮耀》（Homo Sacer, II, 2: Le Règne et La Gloire: Pour une généalogie théologique de l'économie et du gouvernement）中，其對於治理的討論要從經濟的神學系譜開始考察，也正是在這個考察中 Agamben 發現將 *Okionomia* 與 *Dispositif* 連結的歷史證明，例如在西賽羅（Cicéron）那就可以看到 *dispositio* 與 *Okionomia* 的連結，此外在拉丁教父的作品

⁵¹⁰ 對此 Agamben 即考據了 Gnostic 宗派中，基督被稱作「經濟的人」（ho anthrōpos tēs oikonomias），詳見：GIORGIO AGAMBEN, WHAT IS AN APPARATUS: AND OTHER ESSAYS 8-10 (David Kishik & Stefan Pedatella trans., Stanford University Press 2009) (2006).

中 *Okionomia* 也都被翻譯為 *Dispositio*⁵¹¹。而這個拉丁術語 *Dispositio* 在法語中即為 *Dispositif*，因此如上面我們談到的，在 Agamben 的論述脈絡下 *Dispositif* 一字也就承擔了神學中 *Okionomia* 的複雜語義領域⁵¹²。那麼接著的問題在於：依照這個論述脈絡，Agamben 思考中的 *Dispositif* 的目的為何？其運作形式為何？與 Foucault 比較有何異同？

在此我們先回應第一個問題，前章中我們指出了 Foucault 的「措置」，一方面展現權力運作的方式，另一方面指出這個運作中「主體」的產生，以及面對這個境況應如何解放。而在 Agamben 的 *Dispositif* 也同樣指涉了「主體」的問題：

Dispositif 這個術語指的是這樣一種東西—在其中並通過它，人們才對在存在上缺乏任何功能的、純粹的治理活動有所了解。這正是為什麼 *Dispositif* 必然永遠暗示著某種主體化的過程，也就是說，其必然生產主體。

且 Agamben 更進一步的認為 *Dispositif* 不僅是與 Hegel 的「實證性」、神學系譜的 *Okionomia* 具有關連，它也與 Martin Heidegger 晚期提出的「集置」(Ges-tell) 相關。Agamben 認為除了詞源學上的相應外⁵¹³，在內容上當 Heidegger 於《技術與轉

⁵¹¹ GIORGIO AGAMBEN, *LE RÈGNE ET LA GLOIRE: POUR UNE GENEALOGIE THÉOLOGIQUE DE L'ÉCONOMIE ET DU GOUVERNEMENT* 44 (traduit de l'italien par Joël Gayraud et Martin Rueff, Editions du Seuil 2008) (2007).

⁵¹² 對此 Agamben 認為 Foucault 的「措置」具有神學上的關連性。對此問題 Agamben 確實由神學的觀點來考察 *Dispositif*，而在 Foucault 那裡包括《性意識史 I》與相關訪談中對於「措置」的描述似乎並沒有神學的色彩在其中。不過如果我們回想《安全、領土與人口》中，Foucault 對於治理術進行歷史的考察時，其亦曾提及過基督教文化中的「牧羊人權力」，其也是一種將神恩具體化由現世的神父等實行的權力。如果依照筆者的詮釋，認為「措置」作為 Foucault 思想的核心或治理的核心機制技術術語此一觀點，或許 Foucault 的「措置」的確跟神學有其關聯性，只是時至今日這個關連性已經不是那麼明顯而已。對於 Foucault 在神學面向上的未予著重，由於並非本論文可處理之問題，故在此不予說明，惟 Agamben 對此有相關的批評與討論，詳細論述可見：GIORGIO AGAMBEN, *LE RÈGNE ET LA GLOIRE: POUR UNE GENEALOGIE THÉOLOGIQUE DE L'ÉCONOMIE ET DU GOUVERNEMENT* 173-178 (traduit de l'italien par Joël Gayraud et Martin Rueff, Editions du Seuil 2008) (2007).

在此脈絡下或可理解 Agamben 在《統治與榮耀》中從神學系譜考察政治經濟學的原因，可能正是意圖對將政治經濟學視為治理性社會理路的 Foucault 進行對話或概念的改變、翻轉。相似的論述可見：Jeffery Bussolini, *What is a Dispositive?*, in *Foucault Studies*, No 10 85-107 (2010), <http://rauli.cbs.dk/index.php/foucault-studies/article/view/3120/3294> (last visited: Feb 2, 2012)

⁵¹³ Agamben 自語源學的觀點來看這與 *dis-positio / dis-ponere* 是對應的，因為德語的 *stellen* 與拉丁語的 *ponere* 也是對應的

向》(Die Technik und die Kehre)一書中，描述「集置」在日常用法中就意味著「裝置」(Gerät)，這個術語的意義在於對人定序，在定序的模式中暴露真實的布置，這樣的內涵與 Foucault 的「措置」相似且皆共同回指 *Okionomia*，對此 Agamben 認為其表彰了一種意涵⁵¹⁴：

回指 *Okionomia* 意指管理、治理、控制、以一種看起來有用的方式引導人類的行為、姿勢和思想的實踐、知識的身體、措施、制度的集合/設定。

將此與前面提到的「主體生產」相連，可以發現到在 Agamben 脈絡下的 *Dispositif* 所談論的也是某種機制，政治主體即誕生於此機制之中，就此部分與 Foucault 思想下的「措置」談論的可說是相似的主題。

不過我們還有第二個問題，也是本論文的核心問題：Agamben 思想下的 *Dispositif* 與 Foucault 的「措置」其運作方式相同嗎？這個問題也將牽涉到 Agamben 思想下的生命政治運作方式，以及筆者將以何中文詞彙指涉 Agamben 思想下的 *Dispositif*。

第二項 告別 Foucault—Agamben 詮釋下的 *Dispositif*

接著我們要回應第二個問題了：Agamben 詮釋下的 *Dispositif* 如何運作。在“Checos'è un dispositivo”一文的第六段中，Agamben 已經先給了我們的問題—Foucault 與 Agamben 的 *Dispositif* 詮釋相同嗎？—一個簡單明瞭的答案：Agamben 請我們拋棄 Foucault，進入一個新的詮釋⁵¹⁵：

⁵¹⁴ GIORGIO AGAMBEN, WHAT IS AN APPARATUS: AND OTHER ESSAYS 11-2 (David Kishik & Stefan Pedatella trans., Stanford University Press 2009) (2006).

⁵¹⁵ 對此 Agamben 提到其研究方式在於針對某文本、背景中指認 Ludwing Adreasvon Feurbach 所說的「哲學元素」，或某文本、背景在什麼樣的特定時刻與位置，最容易被詮釋者強化、最具有潛力進一步發展的問題：「我常用於我的研究裡的方法，其原則之一，在於從文本中（一如我研究所處的脈絡）辨識出 Feurbach 所言之哲學要素，也就是具發展能力之點，某個可以推進的處所或是場合。不過當我們在這個層面上詮釋或開展某位作者文本時，總是會有個時刻，讓我們得知，繼續堅持詮釋學最基礎的法則而與之無所扞格，已是不可能的事情了。這點意味著對所研讀之文本的開展，已經到了不可判定處，無法區辨作者與詮釋者。」。對此 Agamben 提到對於 Foucault 的 *Dispositif*

…這點意味著對所研讀之文本的開展，已經到了不可判定處 (indécibilité)，無法區辨作者與詮釋者。儘管對詮釋者而言這是一個特別幸福的時刻，但他也必須瞭解，該是放棄他賴以分析，就其本身不斷拓展其反思的文本的時候了。那麼，最好放棄 Foucault 作品的文獻脈絡，好讓 *Dispositifs* 置於新的脈絡下。

緊接著一個重要的問題出現了，Agamben 要我們告別了 Foucault，但他將提出什麼樣的運作形式呢？在同樣的第六段中，Agamben 很快地回應了這個問題，其詮釋了 *Dispositif* 並將「存在」(l'être) 進行一個普遍而大量的區辨，進行了一個分類⁵¹⁶：

一方面是活體 (les êtres vivants / living beings，或稱為實體 substances / substances)，另一方面則是 *Dispositifs*—在其中活體持續不斷地被捕獲。所以，一方面是(回返重拾神學的術語)受造物之存有性 (l'ontologie des créatures)，另一方面則是對 *Dispositif* 的經營 (l'oikonomia des *Dispositifs*)，此一經營傾向於治理 (gouverner) 或引導受造物臻至善境 (vers le bien)。

由上段此可知此分類區分為兩大整體、兩大類別：「活體」(les êtres vivants) 與“*Dispositifs*”。接下來的問題是在這個分類下 *Dispositif* 如何的運作，以及其與

的詮釋中，他來到一個詮釋者與作者無法區分的狀態，這樣的時點可以從 Agamben 於其 2002 年歐洲研究院的講課：《什麼是典範》(What is a paradigm?) 中進行一個觀察，網址請見：<http://www.egs.edu/faculty/giorgio-agamben/articles/what-is-a-paradigm/> (最後瀏覽日期：2011/01/17)

該次講課中他提到作為哲學元素的發展力相當近似於 Benjamin 口中「散布於凡俗時間中的彌賽亞時間碎片」概念，由此這個時間點正是在尋找英國詩人 Samuel Taylor Coleridge 於“Biographia Literaria”中談的「作者的無知」(writer's ignorance)，去探尋文本中那個「寫作的終極藝術」(supreme art of writing)，那一個具有潛力發展(作者刻意不說、刻意不進一步去發展)並等待讀者自行發揮、詮釋與發現端倪的部分，使讀者比作者本身更好地了解它。由此可知 Agamben 在對 Foucault 「措置」概念的閱讀與詮釋中，所要開展的是一個比 Foucault 更好地了解「措置」的可能，也可以說 Foucault 對「措置」始終晦暗不清的言談似乎是刻意地安排，等待著一個更好的詮釋，這樣的態度下更可確定 Agamben 並非僅是追隨 Foucault 的想法，而是對同一詞彙、相似問題的研讀中，開創一個闡釋的新局。

⁵¹⁶ GIORGIO AGAMBEN, WHAT IS AN APPARATUS: AND OTHER ESSAYS 13-15 (David Kishik & Stefan Pedatella trans., Stanford University Press 2009) (2006).

Foucault 的想法有無差異。對此問題的回應可以說是 Agamben 本文中最為核心的一個段落，對於「活體」與「*Dispositifs*」的關係、*Dispositifs* 如何運作以及 Agamben 討論 *Dispositifs* 的最終目的為何(其生產了什麼)，Agamben 都給予了我們解答⁵¹⁷：

進一步擴展這個在 Foucault 那裡已經十分龐大的 *Dispositif*，我按字面地將 *Dispositif* (以某種或是其它方式) 稱為所有捕捉、引導 (d'orienter)、決定、攔截、型塑、控管或確保活體姿態 (gestes/gestures)、行為、意見與論述的能力。因此不僅是監獄、瘋人院、全景敞視機制 (le panoptikon/the panopticon)、學校、懺悔、工廠、紀律、法律措施等，這一類與權力明顯接合的地方，還有筆、書寫、文學、哲學、農業、香菸、導航器、電腦、行動電話等。還有將語言本身加進來也未嘗不可，它可能是最古老的 *Dispositifs* 了，在數千年前，某個靈長類，也許無法瞭解這東西帶來的後果，卻不慎地為其所俘虜了。

因此有兩種類別：活體 (或稱實體) 和 *Dispositifs*。在兩個分類之間，作為第三類的是主體 (les sujets/subjects)。我認為主體源自於活體與 *Dispositifs* 的關係 (ce qui résulte de la relation)，可以這麼說：主體來自於在活體與 *Dispositifs* 間持續不間斷的鬥爭。當然，如同在古代形上學裡那樣，實體與主體似乎是彼此覆蓋而混同的，但不完全是這樣—這種部分的重疊是不完全的。例如，在此意義上相同的個體 (une même individu/the same individual)、相同的實體，可以是多重主體化 (subjectivation) 過程發生之處：行動電話使用者、網路顧客、故事作者、探戈舞愛好者，反全球化活動者等等。在我們的時代裡 *Dispositif* 不斷地成長，其對應著也在不斷擴散的主體化過程。這種局面可能會產生一種印象，就是我們這時代所特有的主體性範疇正在動搖，並失去其一貫性；但倘若我們願意細究，與其說這是某種抹消或超克，毋寧說，這是某種散播過程，將不斷伴隨所有個體/人格同一性出現的隱匿真身之作為 (dimension

⁵¹⁷ GIORGIO AGAMBEN, WHAT IS AN APPARATUS: AND OTHER ESSAYS 16 (David Kishik & Stefan Pedatella trans., Stanford University Press 2009) (2006).

demascarade)，發揮至極致。

第三項 小結：Agamben 思想中 *Dispositif* 的樣貌與運作

承接上開這段關鍵的陳述中，以下筆者整理出 Agamben 思想下 *Dispositif* 的特點，對於釐清 Agamben 的工作以及其與 Foucault 的差別也有所幫助：

一、首先關於討論的主題、工作部分，如同前章中「Deleuze—Foucault 式」分析，Agamben 對於 *Dispositif* 的分析中，他所分出的「活體」與「*Dispositif*」兩種類型中，依其所說的：「因此有兩種類別：活體（或稱實體），和 *Dispositifs*。在兩個分類之間，作為第三類的是「主體」（les sujets / subjects）」，可以知道最終其處理的也是主體的問題，在這一面向上其與 Deleuze 的觀察是相同的。至於其如何進行此一討論我們下面再說明。

二、接著是 Agamben 詮釋與「Foucault—Deleuze 詮釋」面向（或關注點）的差異。不同於 Deleuze 詮釋中偏重於「線圈配置」與「力量分配」關係的描述，其類似於 Foucault 的描述，Agamben 在對於神學與 *Okionomia*、青年 Hegel 與 Heidegger 的考察中特別著眼的是某種裝置對於活體的「支配、擺佈的關係」，在此理解下我們接著描述 Agamben 如何詮釋 *Dispositif* 進行其對主體的討論工作，以及應如何翻譯 Agamben 詮釋下的 *Dispositif*。

三、Agamben 在“Che cos'è un dispositivo”一文中對於 *Dispositif* 進行討論的目的，筆者認為在於清楚說明其方法論，將其延伸使用於生命政治的論述中。從 Agamben 的論述中分析，其區分「活體」與「*Dispositif*」以及產生的主體化過程後意圖進行

的工作，如其所點出的⁵¹⁸：

我認為主體源自於活體與 *Dispositifs* 的關係（ce qui résulte de la relation），可以這麼說：主體來自於在活體與 *Dispositifs* 間持續不間斷的鬥爭。…*Dispositif* 並不僅僅是偶然的故事（意外的遭遇）—人們於其中偶然地被捕捉。相反地，*Dispositif* 植根於使「人」走出我們歸入醒目的智人門類之內的動物範疇的「人化」程式。

Agamben 想設立一個論述的模型：將「活體」與 *Dispositif* 結合，這個結合正是「主體」產生的過程，而此模型就展現於《聖牲人》系列中。Agamben 想討論的是生命政治中，當代政治主體產生的過程，而這個過程所依靠的正是他在此系列工作中討論的「裸命（活體）」與「例外狀態（*Dispositif*）」的結合。觀諸本文成於 2007 年，Agamben 某程度上可能想藉由本文回應當時已出版的《聖牲人 I：主權權力與裸命》與《聖牲人 II, 1：例外狀態》二書，並繼續開展其工作。

四、如果將活體置於 *Dispositif* 內，產生政治主體是 Agamben 設計出的模型，那居於關鍵地位的 *Dispositif* 如何運作勢必是最核心的問題，筆者認為此部分不僅是 Agamben 開拓新工作的起點，也是他將昔日工作一如：對「潛能」的討論、Benjamin 與彌賽亞主義的研究—融入其方法論的一個關鍵點，惟此部分筆者打算之後再說明，在此僅簡單闡述 Agamben 詮釋下的 *Dispositif* 與翻譯問題：

（一）、在 *Dispositif* 中清楚浮現了 Agamben 踏出告別 Foucault 的那一步，他試圖「進一步擴展這個在 Foucault 那裡已經十分龐大的 *Dispositif*」，因此其詮釋下的 *Dispositif* 範圍將比 Foucault 更為擴充⁵¹⁹：「不僅是監獄、瘋人院、全景敞視機制…這一類與權力明顯接合的地方。還有筆、書寫、文學、哲學、農業、香菸、導

⁵¹⁸ GIORGIO AGAMBEN, WHAT IS AN APPARATUS: AND OTHER ESSAYS 16-17 (David Kishik & Stefan Pedatella trans., Stanford University Press 2009) (2006).

⁵¹⁹ GIORGIO AGAMBEN, WHAT IS AN APPARATUS: AND OTHER ESSAYS 16 (David Kishik & Stefan Pedatella trans., Stanford University Press 2009) (2006).

航器、電腦、行動電話等，還有將語言本身加進來也未嘗不可」。在 Agamben 思想下的 *Dispositif* 無所不在，任何一樣工具都可以作為 Agamben 詮釋下的 *Dispositif*，並在與活體的結合中產生一個主體化過程⁵²⁰。

(二)、如果「Foucault—Deleuze 詮釋」下的 *Dispositif* 是一個許多要素間交互作用而生的網絡，在前章中將之翻譯為「措置」的話，那在 Agamben 這裡 *Dispositif* 呈現了另外一個面貌：它像是某種裝置與機器（當然在其詮釋下，它可以就是一種機器），在 Agamben 那裡這樣的機器被稱為「例外狀態」，其內有不同的設定或線路，當此機器開啓時⁵²¹，居於其中的一個人（或活體）會被這個機器加以感應，決斷其是否可通過機器的檢驗，而這個決斷正是其思想中當代政治主體產生的方式。

(三)、我們可以說在其詮釋下的這台 *Dispositif* 機器，我們僅知他是台機器而無法知曉內部的設定為何，只有在這個開啓、納入活體、產生政治主體的過程中，藉由與這個 *Dispositif* 的「關係」(relation) — 納入或是排除 — 才能理解權力與我們主體的關係和這台機器的形象。因此若要筆者選擇一個中文的詞彙形容 Agamben 的 *Dispositif*，那麼「機器」、「探測機」、「裝置」或「感應器」都是可行（但也無法完整描繪）的選擇，由於 Agamben 的 *Dispositif* 強調的已經不是那個交互作用之網，因此我選擇最初與「措置」相對的詞彙：「感應裝置」，作為

⁵²⁰ 在此最有名的例子就是 Agamben 談到的「行動電話」，他認為我們可將行動電話看成其詮釋下的 *Dispositif*，當我們（作為活體）與手機結合時，如同這個時代無處不依靠手機的我們，生活中各處都需要手機，人與人的連絡關係越來越與手機（其實是一切現代科技下的通訊設備）連接在一起，在此 *Dispositif*（手機）中以一個個號碼代表的我們，以號碼或與手機的關連成為當代政治主體的樣貌。由此可見到 Agamben 那無處不在的 *Dispositif*。詳見：GIORGIO AGAMBEN, WHAT IS AN APPARATUS: AND OTHER ESSAYS 16 (David Kishik & Stefan Pedatella trans., Stanford University Press 2009) (2006).

⁵²¹ 這個機器的開啓，帶來的結果就是我們於 Agamben 著名的例外狀態理論中所看到的「無差別地帶」，也正是在此地帶中，我們可以看見「主權者」與其力量，並在此機器中產生出當代的政治主體，當然這個機器可以是醫療機關（如 Agamben 談論安樂死與人體實驗）、集中營、關達那摩拘留營。詳細內容我們會在後面詳述，在此只是略為描繪此一機器運作的樣貌及與 Agamben 思想的對應。

我對 Agamben 思想下 *Dispositif* 的翻譯抉擇⁵²²。

(四)、因此這個「裝置開啓」與「活體納入」的過程，以及機器感應的決斷—納入或排除—之中，誕生了 Agamben 思想下的政治主體，這是一個主體化的過程，且在這個過程中感應排除的對象並不是遭到單純的排除。筆者於後段中將會談到：正是在這個機器加以排除或棄置的過程中，確認此「感應裝置」的正常運作，藉由此關係可進行對於這個主體化過程的樣貌，且藉此過程（Agamben 的用法將會是：納入性的排除）可以重新的修改這個裝置的設定與決斷結果之條件，並在之後的運作過程中再次進行相同的動作。這台 Agamben 論述中的機器運作最有名的例子即是其生命政治的討論，承前述即「裸命」與「例外狀態」的關係。現在我們知道了一個抽象的機器運作方式，接下來我們就從《聖牲人》系列出發，具體的觀看 Agamben 如何運作這台「感應裝置」與產生政治主體，並了解「法」在其思想中可能的定位。

第二節 Agamben 生命政治思維下的法與生命

Agamben 的生命政治思想與其哲學（潛能）、神學（彌賽亞）思想有相當大的關連性，不過一方面不可能有篇幅全部都討論，另一方面筆者在此對 Agamben 思想進行討論的目的在於對 Foucault 思想的一個對張跟討論，筆者試圖自 Agamben 的論述中更加充實自生命政治角度觀察刑事司法的分析，是故本節中對於 Agamben 生命政治思想的討論，將以《聖牲人》系列為主並著重於「生命納入治理」觀察，且從與法律相關的例外狀態進行討論。

⁵²² 須注意兩點：一方面這也會與英文翻譯時選用的字彙「apparatus」相吻合，或許譯者也正是看出了 Agamben 描繪的形象與意圖，而捨棄直接用法語的 *Dispositif* 或英文中相近的 *deployment*，而譯為 *apparatus*（總之我們只能這樣將就的理解）；另一方面要注意這個「裝置」與 Althusser 那裡散布於各處的機構、裝置的國家機器概念上並不相同，Althusser 的裝置較近於作為一個整體關係中的一個點、一個機構，但 Agamben 的「感應裝置」是一個極大化的概念，其不再強調各要素間的交互作用，而是認為任何一個物品都可作為形塑政治主體的「感應裝置」，其權力的運作是強調於裝置與個體間的運作與關係的觀察。

由於上節中已經說明 Agamben 對於「治理」的論述，因此本節中首先自法律與語言的關係出發，說明作為 Agamben「感應裝置」的「例外狀態」(state of exception) 及其權力運作方式。接著說明被納入治理的「生命」其態樣，亦即「裸命」(Bare Life) 的部分。最終說明此種治理模式在空間上的擴張：「營」(Camp) 與例外狀態的常規化。並於最後簡要說明「法」在 Agamben 思想下的位置。

第一項 語言與法律

以下先簡單說明 Agamben 思想下與法律相關的語言哲學部分，接著再從「宣誓」(oath) 為例，說明 Agamben 的語言思維與例外狀態的關係。

第一款 Agamben 的語言哲學概說

作為「感應裝置」的例外狀態，其原本為一法學理論，故要了解例外狀態的意義，前提必須了解 Agamben 對於法律的看法。對此 Agamben 曾指出「法律」與「語言」間的「本質上的親近性」⁵²³，而將語言哲學作為其法學思想的基礎，因此我們就先了解他對於語言的看法。

他認為「事物（非語言）乃是語言的預設」，當語言想指稱某個事物，必須先將自身與事物區分，且將事物預設為已經存在的東西，如此方可指稱。另外也要將自身預設為已經存在（名稱的存在），才可以使用這個名稱去指稱事物，也就是說語言本身與事物本身都是事先存在的。對於 Agamben 而言，語言的重點在於名稱與事物的「關係」，也就是名實之間的「命名」問題，這個問題與法律中「規範」如何獲致作為其內容的事實是相關的。對此 Agamben 認為事先的分離是事後命名

⁵²³ GIORGIO AGAMBEN, *HOMO SACER: SOVERIGN POWER AND BARE LIFE* 20 (Daniel Heller-Roazen trans., Stanford University Press 1998) (1995).

的可能性條件，語言的存在必須維持分離－連結的關係，而此關係的維持要依靠語言的核心能力：「不指稱」(not-denoting)作為指稱的前提。一個字擁有「指稱」(denote)一個現實狀況的能力，在於他在不指稱中也能有意義⁵²⁴。

而所謂的不指稱指的就是將指稱懸置，這時因為現實事物跟名稱分離，所以會形成一個無所指涉的（空的）名字：「empty name」，Agamben認為empty name代表的就是事物與名稱分離的關係，而語言就是這個關係的預設。如果以規範來看，規範的有效性就來自於當法律被懸置時，在無法指涉現實事物中，作為一種指涉的「純粹潛在性」(pure potentiality)而有效⁵²⁵。

因此懸置在語言中有其重要性，懸置適用可以撤回對現實事物的指稱，使語言與事物分離，或如Agamben所說的將事物「排除」於語言外，而「懸置」在法律上所代表的正是例外狀態，在此意義上例外狀態乃是在尋求「語言（法律）的內外」、「語言（法律）與事實」的界限⁵²⁶。所以Agamben認為這個語言的懸置所產生的分離，這個「排除」其本身就代表了一種「連結」：把它們分離之後，反而才讓我們看到它們間的連結。Agamben認為這個排除與分離並非使事物失去與語言的關聯，相反的是將其藉由排除而置於例外狀態中，藉由這個分離的動作把事物「置於外邊」(taken outside)，並使其等待命名，而另一邊則是等待充實內容的empty name，Agamben稱此關係為「例外」(relation of exception)，「法律的力量」(force of law)就在於法律能和外部保持關係的能力，而事物就是透過排除於

⁵²⁴ GIORGIO AGAMBEN, HOMO SACER: SOVERIGN POWER AND BARE LIFE 20 (Daniel Heller-Roazen trans., Stanford University Press 1998) (1995).

⁵²⁵ 關於潛在性的討論，是Agamben取徑自Aristotle的潛能概念(potentiality)，其代表的是具有做與不做的潛力，也就是一個工匠的潛能表現在他能夠工作與能夠不去工作上，也就是擁有「潛在做」(potential to be or do)與「潛在不做」(potential not to be or do)，換言之潛在性也就是「非潛在性」。相關討論詳見：GIORGIO AGAMBEN, HOMO SACER: SOVERIGN POWER AND BARE LIFE 45-7 (Daniel Heller-Roazen trans., Stanford University Press 1998) (1995).

⁵²⁶ GIORGIO AGAMBEN, HOMO SACER: SOVERIGN POWER AND BARE LIFE 21 (Daniel Heller-Roazen trans., Stanford University Press 1998) (1995).

外而被納入，這也是之後 Agamben 很愛使用的「含括性排除」(inclusive exclusion) 的概念在語言哲學上的顯現：透過排除的方法包含進來。

更進一步說明，「含括性排除」的排除其實是放置在例外狀態中，藉由這個實為放置於外的排除來建立關聯，因為要指涉某事物，規範就必須一方面預設，另一方面又於被排除分離之事物建立關係 (Agamben 稱之為「非關係」(the nonrelational) 的關係)，所以排除作為一種關係：將某物包含進來的關係的形式⁵²⁷。Agamben 認為在例外狀態中，事物的棄置 (abandonment) 來自於語言的懸置，但被棄置者是用不適用與撤離的方式，持續與規則保持關係。可以發現 Agamben 從語言哲學出發所強調的都是：例外是透過不指涉 (不適用) 的方式來指涉 (適用)，藉由排除來包含，藉由棄置來建立語言 (法律) 與事物 (事實) 間的關係⁵²⁸。

第二款 語言、法律與例外狀態的關聯

把上面的討論拉到法律中來說明時，可以發現 Agamben 所謂法律與語言的本質親近性，雖然說判決時是將事實涵攝法令來適用，但在命名與立法的層次，卻是來自於規範與事實的分離：藉由例外，藉由法與事實的分離，反覆的使事實被排除，才使法規獲致具體的內容，Agamben 也認為法律正表現出「含括性排除」的連結⁵²⁹，在此之中，後面將提到的例外狀態即是法規能獲取內容與適用於現實的首要條件—規則自例外而生。而例外狀態這個預設了法內、法外或規範、事實者，其實本身就位於這之間一個無法區分內外的地帶—無差別地帶。而所謂的主權決斷，就是處於這個例外狀態的所在，藉由決斷以懸置法律，一次次的更新

⁵²⁷ GIORGIO AGAMBEN, HOMO SACER: SOVERIGN POWER AND BARE LIFE 21-8 (Daniel Heller-Roazen trans., Stanford University Press 1998) (1995).

⁵²⁸ 對於這樣的關係，Agamben 曾有以 Nancy 的棄置概念：“ban”，來加以描述。詳見：GIORGIO AGAMBEN, HOMO SACER: SOVERIGN POWER AND BARE LIFE 28-9 (Daniel Heller-Roazen trans., Stanford University Press 1998) (1995).

⁵²⁹ GIORGIO AGAMBEN, HOMO SACER: SOVERIGN POWER AND BARE LIFE 26 (Daniel Heller-Roazen trans., Stanford University Press 1998) (1995).

外與內、包含與排除、*nomos* 與 *physis* 間的「門檻」(threshold)，而生命在其中被原初地排除於法律之外，而又保持著關聯⁵³⁰。

一個可以將例外狀態、法律與語言連結的例子即是審判中的「宣誓」(oath)，在刑事程序中宣誓代表著所言為真，且若所言為假時會受到懲罰。宣誓可說是作為一種「宣成性言說」(the performative)，其並非描述某個事實，而是發話本身產生事實上效力⁵³¹，在法律中後續的判決與相關事證認定都要依照此一事實而為。Agamben 認為宣成性言說的特質在於其「自我指涉」，它不再對外在事物或法條文字進行指涉，而是單純指涉自身(言說本身)，其懸置了語言一般的「指稱功能」(denotation)。

除了懸置指稱外，Agamben 還注意到在宣誓中，以希臘的 *horkos* 為例，其還指涉了發誓時的信物，該信物對於說謊者具有「譴咒的力量」(*perjurer*)，故可做為保證。若以現代刑事程序來說，除了宣誓某事實外，在訴訟法中也會有「具結」與刑法上的偽證罪來對於具結後說謊者進行處罰。對此 Agamben 提到了宣成性言說除了指稱性的懸置外，還會將言說本身與外在事物相連結。而在這個懸置中，宣誓其法律上的效力，即來自語言中對其所言指向事實效果的預設。對此 Agamben 就曾與例外狀態類比，認為例外狀態也正是在懸置法律中，進行規範與事實間的預設，並於其中擁有某種法律的力量。宣誓與例外狀態都可說是其語言哲學於法律中的展現⁵³²。

⁵³⁰ GIORGIO AGAMBEN, *HOMO SACER: SOVERIGN POWER AND BARE LIFE* 27 (Daniel Heller-Roazen trans., Stanford University Press 1998) (1995).

⁵³¹ 對此 Agamben 於《聖牲人》系列的二之三《語言的聖物：誓約考古》中有非常詳細的考察自希臘與羅馬以降關於宣誓的歷史，詳見：GIORGIO AGAMBEN, *THE SACRAMENT OF LANGUAGE: AN ARCHAEOLOGY OF THE OATH* (Adam Kotsko trans., Stanford University Press 2011) (2008).

⁵³² GIORGIO AGAMBEN, *THE SACRAMENT OF LANGUAGE: AN ARCHAEOLOGY OF THE OATH* 54-6 (Adam Kotsko trans., Stanford University Press 2011) (2008).

第二項 作為「感應裝置 (*Dispositif*)」的例外狀態

延續上述語言哲學與法律間的簡單介紹，本項中筆者將說明 Agamben 的生命政治論述中與「法」最具關連性之「例外狀態」。以下將先說明主權與例外狀態的關係，接著自以例外狀態理論聞名的 Carl Schmitt 及 Walter Benjamin 的對張中，了解作為 Agamben 「感應裝置」的例外狀態如何形成與運作。於本項中，筆者主要援用《聖牲人 I：主權權力與赤裸生命》（本論文中簡稱：聖牲人）與《聖牲人 II, 1：例外狀態》（本論文中簡稱：例外狀態）二書作為整理與討論之基礎。

第一款 例外狀態之謎

Agamben 於其《例外狀態》第一章中舉出各國的例外狀態或緊急命令制度，其特點皆在於當遭逢重大緊急狀態時，國家即會宣告例外狀態並於此決斷中透過不受限的權利試圖回復或建立正常的法秩序。但究竟例外狀態是在法律之外或之內一直是一個疑惑，此外例外狀態的正當性基礎何在，以及法律的力量在例外狀態中的觀察，都是這款中筆者將進行的工作。

第一目 例外狀態的弔詭：主權者與例外狀態的關係

一般規範的使用立基於正常、日常的生活框架上，但為了面對一般法律規範無法因應的緊急事態，Schmitt 建構了例外狀態理論，藉由宣告例外狀態的主權者之決斷，此宣告會懸置「實證法規範」進而創造一個非日常態樣的法秩序，但法學意義的秩序依然存在，進而去保障境況的整體性即「整體的法秩序」。但在例外狀態中，這個主權者的決斷卻弔詭地彰顯了一事：法律的創造其實不需要立基於法律⁵³³。

⁵³³ 薛熙平(2006)，〈例外狀態：阿岡本 (Giorgio Agamben) 思想中的法與生命〉，頁 16-17，國立政治大學法律學系碩士論文

這個弔詭正是 Agamben 利用 Schmitt 理論建立其「感應裝置」的起點，Agamben 認為⁵³⁴：

主權的弔詭在於主權者同時外在與內在法秩序這個事實…若主權者為法秩序賦予其宣告例外狀態權力者，也因此得以懸置法秩序自身的效力，那麼『主權者站在正常有效的法體系之外，卻仍屬於法體系，因為正是他必須要決斷是否憲法要被整個（in toto）懸置』…

在這段觀察中，Agamben 點出主權者弔詭的位置，當他透過法秩序的授權來合法懸置法秩序，這暴露出主權者同時內在（法秩序授權）與外在（懸置法秩序）的弔詭，Agamben 由此即探問主權與法律的關係究竟為何？

對此 Agamben 提到例外狀態的主權者其立於一個正常有效的法秩序之外，因為一般日常法秩序此時已經無法因應緊急狀態，但應注意到主權者仍是立於一個「非日常態樣的法秩序」之中，Agamben 對於主權者做出了一個描述：「我，主權者，在法律之外，宣布沒有事情在法律之內」，如果了解例外狀態的目的在於恢復原有法秩序的話，即可知道在這段描述中，主權者是立於「實定法規範」（loi）之外，但後面的法律指涉則是「整體法秩序」（droit）。就此，主權者在 Schmitt 思想下應作為整體法秩序的界限，其立於法秩序與失序的分界上，其明確決定何者構成安全與秩序，何時他們受到了擾亂⁵³⁵。如果從例外狀態立於失序與法規範懸置一點來看，或許例外狀態處於法秩序與失序的界限上。

第二目 例外狀態的位置－內外間的無差別地帶

對於例外狀態懸置實證法以維持法秩序的狀況，呈現出其同時立於法外與法

⁵³⁴ GIORGIO AGAMBEN, HOMO SACER: SOVERIGN POWER AND BARE LIFE 15 (Daniel Heller-Roazen trans., Stanford University Press 1998) (1995).

⁵³⁵ 薛熙平(2006)，〈例外狀態：阿岡本（Giorgio Agamben）思想中的法與生命〉，頁 18，國立政治大學法律學系碩士論文

內的弔詭，對此弔詭有論者認為例外狀態仍處於法內，也有論者認為例外狀態處於法外。對此二說，Agamben 指出其皆存有問題：由於例外狀態措施多須經由國會事後追認，若未為之則會失效，因此前說的問題在於若例外狀態是在法內，則何須國會追認且有失效的規定；反之後說的問題在於一個法外的例外狀態，若被立法批准，也僅能向後生效，何來溯及既往之可能⁵³⁶。

這樣弔詭的例外狀態來自於「法律的懸置」，因此例外狀態的運作是位於一個法律被懸置的「無法地帶」：其非法律，蓋法律已被懸置，但其也非（與法律無關的）事實，蓋其運作範圍繫於法懸置的範圍大小。這樣因為懸置而產生空缺的狀態，其實與前述語言哲學中規範懸置的狀況是相同的，而在法律上來說，例外狀態其實是一個既非法外，但也非法內的無差別地帶，或稱「無區分」(indistinction) 的「門檻」(threshold)，它位於法內與法外的界限上，代表著失序與秩序的界限，區分著法律與事實的中間地帶。

例外狀態之所以作為一個中間地帶或門檻，成為一個內／外、法律／事實的無區分地帶，一方面構成界限，另一方面也是法律連接到事實的門檻。這是因為原本法律作為規範的有效適用建立秩序之上，用以規範現實，但例外狀態所面臨的是法律無法處理現實的境況，此時必須依靠實存的意志決斷（Schmitt 的決斷）才能維持與重整秩序，重新創造一般法規得以適用的正常狀況，所以在例外狀態中出現了法的內外、法律與事實難以區分，並且相互過渡的「拓樸關係」(topological relation)。這是一個事實與法律糾纏難分，且既是分離又維持著非關係性的關係的一個無差別地帶，而 Agamben 論述的基底正是上一項中提到的語言哲學：事物（事實）與名稱（法律），之間的指稱被懸置（主權者懸置法律）所形成的「含括性排除」與無差別地帶（一個無區分但又相互過渡的門檻）。

⁵³⁶ GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 23-9 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

第三目 例外狀態來源：必要性

對於例外狀態懸置實證法以保存法秩序的樣貌，Agamben 曾以拉丁法諺加以說明：「必然性中沒有法律」(*neccessitas legem non habet / necessity has no law*)。對此 Agamben 沿著歷史的進程說明兩種解釋方法⁵³⁷。

第一種解釋方向為「必然性不承認任何法律」。Agamben 考察了中世紀時期 Thomas 的《神學大全》(*Summa theologica*)，Thomas 說到一般狀況下，若臣服於法律不會產生危險，則臣服之人無權解釋法律，但緊急危險發生時，若一般人無法請示主權者，此時必要性會帶來豁免的力量，因為必要性並非臣屬於法律。Agamben 認為這樣的解釋，來自於對「人類共同福祉」(*common well-being of men*) 的追求，對應於 Thomas 認為法的力量來自於法律為人類共同福祉所制定的想法，所以當法律無法追求共同福祉時，將失其效力。這樣的想法與古典自然法契合，法律是人類共同福祉的展現，因此必然狀態僅是一個個案，在個案中才取消法律的適用⁵³⁸。

第二個解釋方向為「必要性創造自己的法律」。相對於前述必要性是在法律成立之後，作為「事後的豁免力量」，在 Hobbes「自然狀態」作為法秩序的起源的想法下，我們知道 Hobbes 強調法秩序必須避免復返到自然狀態中，此解釋並作為法律發展與解釋的基礎，Agamben 認為此時必要性是在原初就被包含於法律中，作為「事前」自我創造的要素，必要性的角色是法秩序存在的基礎，代表著國家對於自我的保存。

⁵³⁷ GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 24 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

⁵³⁸ GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 25-6 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

接著 Agamben 提到了義大利法學家 Santi Romano，Romano 認為不可認為法秩序是化約為法律（成文法）的，因為在法秩序中還內含了「必要性」此一更重要的規則。他以革命為例，革命作為一種事實而不受現有法律的拘束，如果必然性沒有法律的話，則其可創造法律。Romano 更點出了包括戒嚴與革命都是一種在既存法律外，但本身卻合乎某種不成文法或法秩序的現象，而這正是必要性的表現⁵³⁹。

如果我們拉回到開頭 Schmitt 對例外狀態的解釋，面對可能為政治力所挪用的必要性，Schmitt 筆下的主權者正是利用必要性（維護法秩序），以宣告例外狀態，並懸置實證法規的適用。對此 Agamben 卻指出這個看似由主權者所為的必要性決斷，本質上是一種「無可決斷」。Agamben 認為在例外狀態之中，除了前述可由必要性（事實）來創造法律，反過來在法律懸置的狀況下，法律也轉化成事實，所以例外狀態顯示出的是一種對於何者為法律、何者為事實的無可決斷⁵⁴⁰。Agamben 的說法某程度來自 Benjamin 的觀點，這是之後要說明的。在此僅須注意到這樣無可決斷的狀態，對應了前述對例外狀態的描述：法律與事實難以區分的地帶、一道法律與事實交織而相互轉化的門檻。下一步我們試著來看看這個地帶中法律力量如何的展現，或者說與事實交織。

第四目 主權與法律的力量（Force of Law 與 Force of Law）

前述對於例外狀態起源與正當性的探索中，可以注意到例外狀態中兩個重要的要素「法律力量」與「主權」，但這兩者的關係為何，及在例外狀態中法律力量

⁵³⁹ GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 27-8 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

⁵⁴⁰ GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 28-30 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

如何呈現，則是本段要處理的問題。

Agamben 對於主權的考察包括了 Pindar 的《*Nomos Basileus*》一詩，並從中指出主權作為正當化最暴力的，主權的法是結合法律與暴力的。此外他也考察了 Hobbes 思想中的主權，Agamben 指出 Hobbes 思想下的人民並非畏懼於主權者的暴力統治，相反地是來自於「沒有主權者可能導致的威脅」，因此 Hobbes 思想也呈現出暴力與法律（自然與法）無可區分的狀況，在法律中包含著一個虛構而非真實的自然狀態。而在這些思想中，作為法律與暴力間的過渡者即為主權⁵⁴¹。

對 Agamben 而言，例外狀態並不是一個沒有法的自然狀態，主權者宣告例外狀態代表的是將法懸置而開啓一個無法地帶。這是因為主權本身就是法律與暴力無法區分的地帶，所謂的自然狀態也正是透過主權被納入法律之內，納入的方式來自於前述提過的「語言的潛能」，例外狀態中法律有轉為自然的潛能，因此一方面自然狀態的暴力被法律排除，另一方面又潛在地被含括於法律中，作為法律的基礎。因此當主權宣告例外狀態時，也就顯示出了過渡的狀態：一個無差別地帶。

除了主權之外，在例外狀態中另一個關鍵的著眼點是「法律的力量」，或者說「法律的效力」(force of law)。Agamben 首先釐清 force of law 的意義，**force of law** 指涉的並非「法律」，而是法律的「效力」：法律拘束人類行為的能力⁵⁴²。Agamben 以行政機關授權命令說明，以例外狀態為例，若該命令具有 force of law 則可抵觸現有法規發生效力，這代表了法律形式與法律效力的分離。拉到例外狀態中來觀察時，Agamben 即指出在為了維持法秩序而懸置實證法的例外狀態中，呈現出的

⁵⁴¹ GIORGIO AGAMBEN, *HOMO SACER: SOVERIGN POWER AND BARE LIFE* 30-7 (Daniel Heller-Roazen trans., Stanford University Press 1998) (1995).

⁵⁴² GIORGIO AGAMBEN, *STATE OF EXCEPTION* 37 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003). Agamben 在此說明 force of law 最初等同於 efficacy，但在法國大革命之後，兩者發生的分離。Force of law 代表如憲法、法律與命令間的「位階關係」，反之 efficacy 強調的是有效法令產生法律效果的能力。

是「擁有法律效力但卻沒有實際效力的法律」與「一個擁有實際效力，且宣稱其有法律效力的政治力」，對於後者 Agamben 稱之為“force of law”，也就是「無法的法的效力」(a force of law without law)。這個效力是一個法律的「虛構」(*fictio*)，藉由維持暴力與法律的關係，在實際上不受限於法律的狀況下，無論是革命或戒嚴的建立事實上的秩序。

因此 force of law 是一種將規範與事實加以連結的力量，也就是處在規範與其適用的連結上。Schmitt 理論中例外狀態與主權者所扮演的就是這樣的一個角色，在法律與法律適用的斷裂中，保持其間的連結⁵⁴³。Agamben 對此的說明更是呈現了這一點⁵⁴⁴：

正如語言與世界之間，在規範與規範的適用之間並沒有任何內在連結，可以使一方直接自另一方導出…由此，將規範與現實加以連接的不可能任務，以及由此建構出的正常範疇，乃是透過例外的形式而實現，以及透過預設它們間的連結…

在例外狀態這個無法區分的門檻上，一方面呈現出的是法律與事實產生了分離，在實證法規的懸置中，顯現出一個宣稱具有法效力的 force of law，這個力量明顯的作為一個法律的虛構，呈現出例外狀態作為法秩序預設與虛構的本質。但另一方面對應語言哲學的討論，這樣法秩序的預設或虛構，正是為了建構法律與事實連結的關係，亦即對於規範的適用，Agamben 認為必須要懸置其適用以製造一個例外，在其中 force of law 對規範與事實的連結進行預設，這也回應最初規則自例外而生的說法。

而這樣一個無法律效力的事實上效力，也呈現出對於語言實踐的面向，

⁵⁴³ 對此 Agamben 即試圖由 Schmitt 的任務獨裁與主權獨裁說明之，為此處尚無法以此為例，詳見：GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 33-6 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

⁵⁴⁴ GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 40 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

Agamben 在此又將之與語言哲學連結，他提到這樣規範與事實的連結，表現出連結來自語言的實踐⁵⁴⁵：

…一個通道 (passage)：自一個擁有單純「虛擬指涉」(virtual reference) 的一般命題，至一個對現實片段的具體指涉 (concrete reference) (…語言與世界「現實關係」(actual relation) 的問題)。…

Agamben 以審判為例，審判中會存在預設的有效法規範，作為一種語言的假設，也會存在一個判決的宣告，作為落實該假設的發言行為，進行對於現實的指涉。因此法律中的程序與規定，都是為了使法律與事實加以連結而設計的機制⁵⁴⁶。總結來說，例外狀態與 force of law 所呈現的是一個事實上的力量，藉由這個力量產生規範與事實之間的連結。

第二款 Agamben 的例外狀態

在對於 Agamben 的語言哲學及其對於例外狀態的討論後，接下來我們先自 Carl Schmitt 的理論出發，接著以 Benjamin 與其的對張進行觀察，於最後勾勒出 Agamben 如何將例外狀態作為其「感應裝置」：「治理」的裝置。

第一目 Carl Schmitt 的例外狀態開端

Agamben 對於 Schmitt 例外狀態思想軌跡的爬梳始於《論獨裁》⁵⁴⁷。於該書中 Schmitt 將獨裁者理解：非君主，而是受主權者委託執行任務之人(如：發動戰爭)。Schmitt 將獨裁區分為「任務獨裁」與「委任獨裁」二者。前者是爲了保衛現存法

⁵⁴⁵ GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 39 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

⁵⁴⁶ GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 39-40 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

⁵⁴⁷ 由於此處尚無中譯本可資參考，礙於筆者欠缺德文閱讀能力，此處僅能整理相關討論之內容，詳見：薛熙平(2006)，〈例外狀態：阿岡本 (Giorgio Agamben) 思想中的法與生命〉，國立政治大學法律學系碩士論文；柯朝欽(2006)，〈例外狀態的統治與救贖：論 Agamben 的兩種例外狀態模式〉，東海大學社會學研究所博士論文；柯朝欽(2005)，〈生命政治與主權決斷－「治理性」與「例外狀態」之比較〉，《當代》，212 期，頁 36-55。

秩序而宣告例外狀態，後者則是爲了建立新的法秩序而宣告的例外狀態。

所謂的「任務獨裁」來自於古羅馬的獨裁制度，當國家受到威脅時，由主權即「憲制的權利」(*pouvoir constitué*) 賦予其任務，暫時宣告例外狀態以懸置現行法但不廢除，在解決危機回復法秩序後重新恢復其適用：透過對「法規範」(*norms of law*) 的懸置，再透過「法實現的規範」(*norms of the realization of law*) 排除危機重造法規範可實現的環境。「委任獨裁」則是自法國大革命中觀察到的類型，其受「制憲權力」(*pouvoir constituant*) (革命中人民) 委託，目的不在於保護既存的法秩序而是建立新的法秩序與政體，對於舊有法律的廢除以創造新法秩序的可能性條件。在這樣的觀察中可以注意到 Schmitt 的工作在於建構關於例外狀態的一般理論，任務獨裁可能不是來自實證法規範的授權，且可能藉由民意的力量轉爲主權獨裁，在此也不受既存實定法規範的限制。

不同於《論獨裁》的工作目的，以及將獨裁者與主權者區分的作法。《政治神學》中，Schmitt 將工作轉向了自例外狀態中推導出「主權」的工作，其將獨裁的論述轉向了「主權」：「主權者決斷是否出現極端的緊急狀態，並決斷應如何將之清除」。在這段陳述中可以看見其將主權與獨裁某程度的混合，主權者不僅宣告例外狀態，且自行擔任獨裁者決定例外狀態中的具體措施。

在兩本書的轉變中，Agamben 觀察到例外狀態理論弔詭的起因。主權者的決斷在《政治神學》中扮演著連接例外與法秩序的要素，但這個決斷的目的在保障法秩序並回到正常情況，由此可看出法規範、決斷等都是法秩序的要素。Schmitt 就是在這個懸置法律以確保法秩序的弔詭問題上，發展出主權者的概念來解決弔詭性，且將二者加以相連：主權者作爲決斷例外狀態之人。主權者作爲一個「界限」的存在，其站在正常法體系之外，但卻仍屬於法體系，進而決定決斷權的行

使⁵⁴⁸。

因此，Schmitt 理論中的主權者是立於正常／例外這組區分之上，並擁有宣告這個區分的權力，主權者的位置處在正常與例外之間，且例外可以說是一直包含於正常狀態中，等待主權者宣告的那刻。接著，筆者將從 Agamben 對羅馬時代的考察與 Benjamin 與 Schmitt 的對張中，為 Agamben 的例外狀態理論勾勒出面貌。

第二目 作為例外狀態原型的 *Iustitium*

Agamben 除了對於 Schmitt 的考察，他也回到了羅馬時代並提出其認為是現代例外狀態原形的制度－「懸法」(*Iustitium*)⁵⁴⁹。羅馬時代當國家出現危機時，共和國的「元老院」(Senate)即會發布「元老院終極命令」(*senatus consultum ultimum*)，要求包括「執政官」(consul)、裁判官、護民官，甚至是公民採取保衛國家的必要行動，可以說這個指令基礎在於宣告「動亂」(*tumultus*)－緊急狀態的發生，之後便會進一步的發布 *Iustitium*⁵⁵⁰。有文法學者認為 *Iustitium* 在字源上近於 *solstitium* (太陽的至點，如：夏至)，因此在法律上應意味「法律的停滯」，也顯現其「懸法」之面貌。

對此 Agamben 引用了 Adolph Nissen 的研究認為 *Iustitium* 是不同於「法律假期」(court holiday / Gerichtsferien) 或「國喪」(public mourning) 的制度，其代表的是「法律的停擺與懸置」，並且解除規範官員行為的所有法律限制，使其可充分運用必要手段面對緊急狀況。甚至在 Nissen 的例子中公民也被解除了法律的限制：「*Iustitium* 懸置了法律，經由這個方式所有法律規定都停止運作。沒有一個羅馬

⁵⁴⁸ GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 35 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

⁵⁴⁹ 此翻譯參考自《例外狀態》一書中譯本中，譯者薛熙平之翻譯。

⁵⁵⁰ GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 41-2 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

公民，無論是官員或私人公民，具有法律上的權利與義務」，一位私人公民 Scipio Nasicay 在執政官不願對抗 Tiberius Gracchus 的狀況下基於元老院終極命令宣稱：「凡希望得到國家安全的人，就跟我來吧！」，並殺了 Gracchus，西賽羅因此認為這個公民：「其彷彿也是一位執政官」。對此 Agamben 也點出了在元老院終極命令中，其實就內含了 *tumultus*，且將其作為 *Iustitium* 的唯一原因，這個特徵在例外狀態中我們也似曾相識⁵⁵¹。

Agamben 在對 *iustitrium* 的考察裡發現了法律懸置中權力的流動性與不確定性之外，他更強調例外狀態與獨裁的不同：古羅馬的獨裁是一個由執政官選出的特殊官員，並被授予大權 (*imperium*)，反之 *Iustitium* 中沒有創設任何新的官職，權力的來源是單純的停止一切法律的適用，而非如獨裁般來自於 *imperium* 的賦予。Agamben 主張 Schmitt 例外狀態理論根源的獨裁理解或是將 *Iustitium* 理解為「準獨裁」是一種誤導而混淆例外狀態的本質，進而可能產生對此理論研究的侷限。*Iustitium* 作為一種於其中並無新官署創設，官員權限並非被賦予 *Imperium* 而是來自懸置一切法律的限制，如果獨裁代表了權力的滿盈，那麼例外狀態指涉的應是法律被懸置的無法狀態⁵⁵²。

Agamben 基於上開的認知，認為將例外狀態解釋為權力的充盈、國家的自我保障、法實現的規範、制憲權或決斷都是一種謬誤，因為例外狀態所表彰的應該是一種「無法」的狀態⁵⁵³。但 Agamben 也認為正是在這些謬誤中，透過虛構的方式，法秩序得以將例外狀態含括入其內或維持其間的關聯。Agamben 認為⁵⁵⁴：

⁵⁵¹ GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 41-6 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

⁵⁵² GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 47-8 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

⁵⁵³ GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 50 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

⁵⁵⁴ GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 51 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

在例外狀態中所涉及的「法的空缺」(jurudical void)似乎是法所完全無法思考的；但另一方面，這個無法思考的對象卻仍然對法秩序而言具有決定性的「策略關聯性」(strategic relevance)，以致於必須不惜一切代價避免其逃離。這段話中他表示例外狀態的無法狀態，正是法秩序必須盡力維持其關聯的對象。理由也相當清楚，從上開對於語言哲學思想與例外狀態特點的考察中，我們知道 Agamben 認為語言及法律的效力都來自於例外的設定，規範對事物適用或名稱指稱事物這些動作的懸置，使事物被排除於規範外，但卻維持著非關係性的關係，法規範也在這樣的關係中獲致其內容，而這中間運作的機制正是作為門檻、無差別地帶的例外狀態。

第三目 Carl Schmitt 與 Walter Benjamin 的對張

除了對於羅馬時代的歷史考察外，另外一個影響 Agamben 例外狀態思想者，當屬其於《例外狀態》一書中，用來與 Schmitt 對張的 Benjamin。Benjamin 於其著名的《暴力的批判》(Critique of Violence) 中即說明暴力批判的任務在闡明暴力與法、正義的關係⁵⁵⁵，且提出了兩組暴力的形式：「制法暴力」(law-making violence) 與「護法暴力」(law-preserving violence)⁵⁵⁶：

神話、制法的暴力，我們可稱之為「治理的」(governing)，都是有害的。同樣有害的是服務著它的護法、「受治理的」(governed)暴力。「神聖暴力」(divine violence) 是神聖祭典的標誌與封印，但並非其手段，可被稱為主權暴力。Agamben 認為如果體察這兩組暴力的內涵，即會發現與 Schmitt「憲制權力」與「制憲權力」間的相似性，此外 Benjamin 於本文文末用來等同主權暴力的「純粹暴力」(pure power)，也與 Schmitt 於《政治神學》中提出的主權者「決斷」相當類似，

⁵⁵⁵ WALTER BENJAMIN, CRITIQUE OF VIOLENCE, IN ONE-WAY STREET, AND OTHER WRITINGS 132, 132 (Edmund Jephcott & Kingsley Shorter trans., London: Verso 1979)

⁵⁵⁶ WALTER BENJAMIN, CRITIQUE OF VIOLENCE, IN ONE-WAY STREET, AND OTHER WRITINGS 132, 154 (Edmund Jephcott & Kingsley Shorter trans., London: Verso 1979)

故其認為可以將《政治神學》視為對於《暴力的批判》的回應，也在這之中看見兩位思想家的對張與其例外狀態理論的差異。

在 Benjamin 的思想中，個人對於事物的追求，必然受到法律的制約，對此他認為法秩序將暴力排除在個人可以支配的範圍外並加以獨佔，並非以成就法的目的為目標，而是為了「確保法律自身的存在」，因為可以掌握暴力而脫離法律支配的個人將處於法外，且將表彰出暴力在法外而不受支配的現象，這將威脅法律的存在。對此 Benjamin 認為法律對於暴力的譴責，其實是因為當暴力被允許作為追求目的的手段時，將難以維護法律與以其為目的之制度⁵⁵⁷。

Benjamin 認為當我們觀察觀察法律情境中產生的具體矛盾時，以階級鬥爭中的罷工為例，可以發現權力存否的判斷是一種「掠奪性暴力」(predatory violence) 的存在⁵⁵⁸。例如戰爭是一種掠奪性暴力，而和平儀式則代表一種權威的建立與認可，此認可會使人民與權力間建立新關係並認定為新法律，而無論其正當性基礎。Benjamin 認為這種以追求為目的的暴力以「制法」為導向，故稱為「制法暴力」(lawmaking violence)。另外在對徵兵制的觀察中，Benjamin 提到軍國主義為了法律目的而被適用，使市民服從於法律，因而產生「護法暴力」(lawpreserving violence)，兩者所呈現的是權力機能上的二元性⁵⁵⁹。

對於這個二元性的觀察，Benjamin 提到了近代國家的「警察」制度。對國家而言，警察制度作為一種實現國家目的的重要權力機制，暴力的二元性在警察身上出現了結合：一方面為了達成法律目的而存在的處分權限作為護法暴力；另一

⁵⁵⁷ WALTER BENJAMIN, CRITIQUE OF VIOLENCE, IN ONE-WAY STREET, AND OTHER WRITINGS 132, 135-6 (Edmund Jephcott & Kingsley Shorter trans., London: Verso 1979)

⁵⁵⁸ WALTER BENJAMIN, CRITIQUE OF VIOLENCE, IN ONE-WAY STREET, AND OTHER WRITINGS 132, 136-7 (Edmund Jephcott & Kingsley Shorter trans., London: Verso 1979)

⁵⁵⁹ WALTER BENJAMIN, CRITIQUE OF VIOLENCE, IN ONE-WAY STREET, AND OTHER WRITINGS 132, 137-8 (Edmund Jephcott & Kingsley Shorter trans., London: Verso 1979)

方面警察在權限內卻也自行設定法律目的，主張其命令擁有的法律效力，而成爲一種制法暴力⁵⁶⁰。面對這樣的法律暴力，Benjamin 稱爲「神話暴力」(mythical violence)，他並尋求一種絕對外於法律或超越法律暴力的可能，並寄望其可以瓦解制法暴力與護法暴力間的辯證循環，其稱之爲「神聖暴力」(divine power) 或「純粹暴力」(pure power)(若是在人類場域中則爲「革命暴力」(revolutionary power)) Benjamin 認爲這種單純處於法外的暴力，如開頭所言將難見容於法秩序，Benjamin 的任務即是確認此種暴力形式在現實中存在，此形式的最高程度展現即爲革命的形式，由於其並非二元的暴力形式，而是超越性地「廢除」法律，此可揭開歷史的新序章⁵⁶¹：

打破這個由法的神話形式所維持的循環，廢除法律與其所依靠與依靠他的所有力量，最後「廢除」(depose) 國家權力，建立一個新的時代

相對於 Schmitt 的例外狀態理論，在《暴力的批判》中 Benjamin 使用了「危急場合」此類似於例外狀態的用語，但真正重要的是對於「決斷」一詞的使用，這個詞彙的使用也被 Agamben 認爲是兩人對弈的理由之一。不過相對於 Schmitt 將決斷視爲是主權者可行使以區分出例外的力量，Benjamin 認爲決斷是「對於一切法律問題最終的「無可決斷」(undecidability)」⁵⁶²：

法律，其肯認在由地點與時間所確定的「決斷」中，有一個賦予其批判性評價主張的形上學範疇……這將會把焦點投向那有趣而一開始令人沮喪的發現：一切

⁵⁶⁰ Benjamin 認爲這種權力二元面合而爲一是一種恥辱，因爲警察頒布的法規不足以成爲法律，且這樣以勝利來佐證的制法暴力下，護法暴力應受到拘束而非爲自身設立新目的，在這個狀況下他認爲國家與法律體制本身已經無法確保原本想貫徹的目的，對於與法目的不一致的警察制度的使用正標示出國家的無能，不能透過法律來貫徹國家原本具體目的下，只好使用警察以難以捉摸的形式如鬼魅般的滲透入人民生活中，這種透過警察超越法律監督人民的作法是一種暴力極致的墮落，詳見：WALTER BENJAMIN, CRITIQUE OF VIOLENCE, IN ONE-WAY STREET, AND OTHER WRITINGS 132, 140-2 (Edmund Jephcott & Kingsley Shorter trans., London: Verso 1979)

⁵⁶¹ GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 53 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

⁵⁶² GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 53-4 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003)., WALTER BENJAMIN, CRITIQUE OF VIOLENCE, IN ONE-WAY STREET, AND OTHER WRITINGS 132, 141, 147-48 (Edmund Jephcott & Kingsley Shorter trans., London: Verso 1979)

法律問題最終的無可決斷性。

而這樣的觀點，在上一項的最終也出現於 Agamben 的例外狀態之中。因此，「決斷」一事顯然成爲一個極佳的觀察點，理解 Schmitt 與 Benjamin 兩人間的差別。

針對《暴力的批判》中 Benjamin 想尋找純粹暴力的存在，以破壞制法暴力與護法暴力間的循環，Schmitt 在《政治神學》中做出了改變，他改變了原本憲制權力與制憲權力的論述，而是改以「決斷」進行論述：並非憲制，亦非制憲，而是懸置憲法。Schmitt 透過懸置憲法以保存法秩序，在例外狀態中混和兩種權力，使違法的措施合法化，但也同時維持原本憲法的存續⁵⁶³。Schmitt 的論述成功的將 Benjamin 想用來打破二元暴力循環的純粹的、失序的暴力放回法秩序中，且將純粹暴力中立化爲主權理論，用主權論述使兩種權力更加的緊密接合。因此，可以說例外狀態是 Schmitt 的一個裝置，藉由將純粹暴力放回法秩序中，法外的無可決斷又翻轉成爲法秩序的界限，而主權正可在此界限上進行最終決斷，不可能性成爲了主權決斷的必要性基礎⁵⁶⁴。

如果說第一回合是 Benjamin 對《論獨裁》的評論，那第二回合 Schmitt 於《政治神學》中用主權理論進行了回應，面對 Schmitt 將純粹暴力與無可決斷翻轉爲一個賦予主權決斷必要性的做法，Agamben 指出 Benjamin 於《德國悲劇的起源》(The Origin of German Tragic Drama) 開始了第三回合的回應。相對於 Schmitt 積極而具有超越性的主權概念，Benjamin 的想法在筆者看來是一種悲觀而消極的解釋面向。在這一回合中藉由暴君、烈士與陰謀者之間的關係，在陰謀中主權力量與實踐產生了分離：當主權權力與統治的能力產生了斷裂與對立，主權者陷入無能去決斷的狀態，其無法做出決斷，此時例外狀態對其而言是無可決斷的。

⁵⁶³ GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 64 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

⁵⁶⁴ GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 54-5 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

回到 Schmitt 的例外狀態理論中，Schmitt 思想中的主權者是一個超越性的角色，其超越了例外與正常的區分，擁有對此進行決斷的力量，其可決斷例外狀態。反之在 Benjamin 這裡，主權者並非超越的位置，而是彰顯出「內在性」，Benjamin 思想下的主權者是內在於例外狀態中而無可決斷，其處於一個無可決斷的「劇變」(catastrophe) 中，這個劇變捕捉了生物的範疇與法秩序。不同於 Schmitt 的例外狀態將失序與法秩序相連，Benjamin 指出了一個法秩序與失序間「絕對無可決定」(absolute indeterminacy) 的地帶⁵⁶⁵。

第四目 小結：Agamben 的例外狀態樣貌⁵⁶⁶

從歷史的考察到 Benjamin 與 Schmitt 的對張，最終我們要呈現 Agamben 對於 Schmitt 理論的翻轉與創立自身的例外狀態理論。首先要說明的當然是兩人間對於主權者、法秩序與例外狀態間的關係⁵⁶⁷。

Schmitt 對於主權理論的設計，是透過主權者的決斷來開啓例外狀態，主權者是超越例外與正常區分的存在，可說主權者先於例外狀態，其位於法律與事實、失序與法秩序的界限上，且例外狀態中依然存有主權與法秩序，主權者的目的就在於回復法秩序。不同與此，Agamben 的例外狀態作為其權力運作的裝置，可以說已與法秩序相切割，例外狀態是一個無法地帶，且 Agamben 賦予例外狀態相較於主權者的優位性，不再由法律賦予主權者權力，這是一個無可決斷的狀態。

⁵⁶⁵ GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION 57 (Kevin Attell trans., University of Chicago 2005) (2003).

⁵⁶⁶ 其實到此處，對於 Agamben 與 Foucault 間的一個比較工作，已經到了起點了，不過為了完整性，我們還是忍耐一下，將生命政治部分論述完畢。

⁵⁶⁷ 柯朝欽(2006)，〈例外狀態的統治與救贖：論阿岡本的兩種例外狀態模式〉，頁 10-11，東海大學社會學研究所博士論文

筆者認為在 Agamben 將 Schmitt 主權者與例外狀態的關係翻轉後，不再由主權者開啓例外狀態，而是以作為無差別地帶的例外狀態具有優位性，且例外狀態正代表 Agamben 思想下權力與主體關係運作的「感應裝置」，在該裝置的開啓中我們才可以窺見被置入其內的活體，以及更重要的是看見權力技術線路的配置、運作，並在該運作中觀察到主權者的形象。至於運作的方式，我們在底下繼續的說明之。

第三項 納入治理的活體：裸命與「聖牲人」(*Homo Sacer*)

「感應裝置」中必須要置入活體，方可使我們觀察到政治主體的生成，於 Agamben 理論中，此一活體正指向了「生命」。對於生命不停地進行解釋與區分，正指出了「感應裝置」中加以擄獲的法的載體。以下我們就從 Agamben 對羅馬法中「聖牲人」(*Homo Sacer*) 的討論出發，接著將眼光拉回現代，去觀察作為載體的生命與最佳的觀察點：「裸命」(*Bare Life*)。

第一款 聖牲人與裸命 (*Bare Life*)

Agamben 於《聖牲人》一書中，首先就指出了古希臘時代生命一字的多樣性，指涉生命的單字有二：bios 與 zoē，前者是一個人或群體特有的生活方式，而後者則是指活著的存有 (*living being*) 的活的事實。在希臘時代由於有「家」(*okios*) 與「城邦」(*polis*) 的區分，且家被排除於城邦之外，卻又同時構成城邦的基礎。而生命的起源正在家之中，以這個角度來看家與城邦的比較正相對於「生命」與「善的生活」的而存在，兩者的差別在於存在的本質不僅只是生命，生命僅是生存著，存在則來自於善的生活。Agamben 認為城邦（政治場域）是透過將生命排除的方式，進而納入治理，這也正是在前兩節中筆者提到的「含括性排除」與例

外狀態⁵⁶⁸。

對 Agamben 而言政治一直都是以納入生命加以治理的「生命政治」，而治理的機制也正是例外狀態，在生命政治的治理中一方面生命作為被控管與計算的客體，另一方面也試圖將其發展為政治主體，而我們所談論的人權等也都是以生命本身作為起源與載體，Agamben 認為在這之中作為觀察對象的正是這些治理技術匯流的「裸命」⁵⁶⁹，而生命政治所進行的工作就是不停地進行 bios 與 zoē 間的辯證：「從 bios 中分離出 zoē，而又將 zoē 政治化成為 bios」。在這之中主權者也不停施展其權力，進行著例外化裸命的動作⁵⁷⁰。

Agamben 最初回溯的是羅馬法中的 *Homo Sacer*，此概念來自於 *sacer esto*，是「十二木表法」(Twelve Tables) 中記載的一種刑罰⁵⁷¹。其作為一種可以被殺但不會犯法，不得獻祭或犧牲之人，其僅能透過被排除的方式而包含於法秩序中，也就是「含括性的排除」。Agamben 認為 *Homo Sacer* 同時遭到了人法與神法的排除而作為二者的例外，因此以其為例建構起主權權力與生命的關係。對他而言，在現世的法秩序中 *Homo Sacer* 被「宣告為不適用任何的法律規定」這本身就是一種刑罰，代表了他人對他的行為也不再適用法律，一個不受法律制裁者相反地也不受法律的保護，可以說在法律意義下其已非生命的概念。若以 Agamben 回溯至希臘時代對於生命的區分即 bios 與 zoē 來看，被宣告為 *Homo Sacer* 者僅是單純物種生命的存在，也就是 zoē。因此其死亡僅是單純物種生命的死去而與法律無涉，殺害他自然也不會犯下殺人罪。

⁵⁶⁸ GIORGIO AGAMBEN, *HOMO SACER: SOVERIGN POWER AND BARE LIFE 1* (Daniel Heller-Roazen trans., Stanford University Press 1998) (1995).

⁵⁶⁹ GIORGIO AGAMBEN, *HOMO SACER: SOVERIGN POWER AND BARE LIFE 9* (Daniel Heller-Roazen trans., Stanford University Press 1998) (1995).

⁵⁷⁰ GIORGIO AGAMBEN, *HOMO SACER: SOVERIGN POWER AND BARE LIFE 11* (Daniel Heller-Roazen trans., Stanford University Press 1998) (1995).

⁵⁷¹ GIORGIO AGAMBEN, *THE SACRAMENT OF LANGUAGE: AN ARCHAEOLOGY OF THE OATH 37-8* (Adam Kotsko trans., Stanford University Press 2011) (2008).

Homo Sacer 所代表的是一個欠缺權利與法律上地位或政治意義的生命，其處於人法與神法皆不適用處，其實也正是所謂的例外狀態中，此時被剝除了生物學上生命外其他一切意義的身體，即 *Homo Sacer* 的狀態就是裸命。但應注意的是裸命雖然不是具有法律上地位的人，但其仍非真正的動物，毋寧說是作為一個人與動物間單純人種生命的存在。

第二款「感應裝置」的運作與裸命

不同於 Foucault 將生命政治連結到十八世紀開始，將對生命關照納入權力運作中的生命政治思維。Agamben 認為自有人類以來政治即是以生命政治的樣貌存在，且其運作也並非將生命「納入」治理的做法。相反地，Agamben 認為裸命所產生之處正是我們所提的無差別地帶—例外狀態—之中，他認為藉由將裸命加以排除於法秩序外進而納入治理的「含括性排除」，正構成了最原初的政治結構，在其中主權權力的操作即是於例外狀態中析出裸命的形式，於這個人／非人的無差別地帶中，藉由對某生命的「主權棄置」使其成為裸命，正是在棄置中、被置於法秩序外的棄置邏輯中清楚的看見了生命與主權連結的構造，其仍被納入了治理。因此不同於 Foucault 對現代性的觀點，Agamben 認為現代性並非生命政治的誕生，而是生命政治幽微擴散的基進化。

對於 Agamben 而言，現代民主體制中生命政治的基進化，代表其以不再如從前對於 *zoē* 加以解放，這也正是 Agamben 所說的，現代政治不斷地嘗試將裸命轉換為「生命的形式」（*form-of-life*），試圖在 *zoē* 中尋找 *bios*：其想要在裸命上，展現出人的自由與幸福，卻也在同一個身體上，標示出了它的屈從⁵⁷²。現代民主

⁵⁷² G. GIORGIO AGAM BEN, *HOMO SACER: SOVERIGN POWER AND BARE LIFE* 9-10 (Daniel Heller-Roazen trans., Stanford University Press 1998) (1995).

政治中的人民一方面做為政治主體，一方面卻也成為了受宰制的客體。

以植物人、安樂死、腦死、人體實驗等為例，Agamben 認為科學或法律上對於這些人進行是否為人的定義時，其實是在進行對於裸命的標示與確認，由於這些人在大腦活動或身體機能上的喪失，其已失去「政治主體」的地位，或者說不再是政治意義中的生命，其已是裸命的形式，而加諸於其上的法律或科學評價，在這個生與死的無差別地帶中，決定將其視之為活著而需醫療的人，或是被棄置而進行移植工作的單純肉體，而決定的醫學機制或法律體制正扮演著主權者的角色⁵⁷³。

除此之外，Agamben 也曾以一戰後的難民加以說明裸命與生命政治的關聯，Hannah Arendt 於《極權主義的起源》（The Origins of Totalitarianism）中曾有篇章為「民族國家的衰弱與人權的終結」，Arendt 描述在民族國家興起後的歐洲，一戰後出現許多少數民族其無法被納入民族國家的範疇，其只能於歐陸上流離失所，由於欠缺國籍因而不具備公民身分，Arendt 觀察到失去公民權的難民表徵出的是人權與公民權的斷裂，無國籍且無公民身分的難民僅存的是一個單純的出生事實，其作為一種裸命的存在，誠如 Arendt 所言：「這個世界在抽象的赤裸裸的人類身上，沒有發現一點事情可謂神聖」⁵⁷⁴，棄置為裸命正標示出了主權的作用，也更顯現出生命作為政治運作的基底要素，而 Agamben 也認為現代的人權已經轉變為將人類的出生（裸命）直接立為主權基礎，進而銘刻入民族國家法權的生命政治技術展現⁵⁷⁵。

⁵⁷³ GIORGIO AGAMBEN, HOMO SACER: SOVERIGN POWER AND BARE LIFE 135-36 (Daniel Heller-Roazen trans., Stanford University Press 1998) (1995).

⁵⁷⁴ Hannah Arendt 著，林驥華譯(2009)，《極權主義的起源》，頁 401-413，台北：左岸文化

⁵⁷⁵ GIORGIO AGAMBEN, MEANS WITHOUT END: NOTES ON POLITICS 20-21 (Vincenzo Gineti & Cesare Cesarino trans., Minnesota: University of Minnesota 2000) (1996)., GIORGIO AGAMBEN, HOMO SACER: SOVERIGN POWER AND BARE LIFE 132-33 (Daniel Heller-Roazen trans., Stanford University Press 1998) (1995).

第四項 例外狀態的擴散與人性製造機器

對於例外狀態及其與生命間的關係已經釐清後，本節最後要討論的是作為「感應裝置」的例外狀態的空間化，以及常規化。最終筆者將自 Agamben 於 2003 年出版的《開展：人與動物》（Open: man and animal）一書中，說明人性製造機器於筆者理解下與生命政治之關係。

第一款「營（Camp）」：現代生命政治之法

在上開的難民問題中與二戰德國所設的集中營裡，Agamben 觀察到了裸命的現象，例如在納粹的集中營中，Agamben 觀察到在其中出現了一種被稱為「穆斯林」（*der Muselmann*）的個體，其公民身分已遭剝奪，生命完全由管理集中營的黨衛軍任意的命令決定其生死，其仍生存但已為營中的恐怖所淹沒因而放棄生存意志地成為單純的行屍走肉而無法言語，其呈現為裸命的狀態，表徵出作為納粹生命政治的最終載體⁵⁷⁶。除了集中營外，Agamben 也提到歐洲的難民營，經常作為集中營的前哨站進行剝奪公民身分的工作。在這之中出現了一個空間，作為絕對的主權空間，也標示出了民主與集權的過渡地帶，Agamben 稱其為「營」(camp)⁵⁷⁷。

Agamben 認為營乃是「例外狀態常規化時被開啓的空間」，不同於過往例外狀態的暫時性特徵，這是一種空間化的例外狀態，其持續性的存於正常狀態中。營作為正常狀態中所包含的例外，為了免於例外與正常的混淆，故須將例外限定於

⁵⁷⁶ GIORGIO AGAMBEN, REMANTS OF AUSCHWITZ: THE WITNESS AND THE ARCHIVE 41-86 (Daniel Heller-Roazen trans., Zone Books: New York 2002) (1999).

⁵⁷⁷ GIORGIO AGAMBEN, HOMO SACER: SOVERIGN POWER AND BARE LIFE 174-76 (Daniel Heller-Roazen trans., Stanford University Press 1998) (1995)., GIORGIO AGAMBEN, MEANS WITHOUT END: NOTES ON POLITICS 22 (Vincenzo Ginetti & Cesare Cesarino trans., Minnesota:University of Minnesota 2000) (1996).

一個空間中，此時營成爲了法秩序持續捕捉例外狀態的場域，例外狀態中的主權決斷在營之中常態化的實現了⁵⁷⁸。

這樣的現象時至今日，當我們觀察關達那摩拘留營時，即可看到在正常狀態下存在的一個場域，其中法律皆完全被懸置，被拘禁者失去其一切之權利而成爲裸命的狀態，在其中一切都依照軍事委員會的審判或管理者的行政命令決定其生或死（甚至出現非人性化的虐囚），原本緊急狀態下的主權適用，在關達那摩拘留營中已經成爲了一個常態化的實現，這正是 Agamben 「營」的實現。

第二款 例外狀態的常規化

Benjamin 於《歷史哲學題綱》的第八命題中，對於例外狀態做出了下列的論述⁵⁷⁹：

被壓迫者的傳統教訓我們說，**我們生活在其中的所謂「例外狀態」並非甚麼例外，而是一種常規。**我們必須具有一個同這一觀察相一致的歷史概念。這樣我們就會清楚地認識到，我們任務是帶來一種真正的緊急狀態，從而改善我們在法西斯鬥爭的地位。

最初的例外狀態多以戒嚴的形態出現而與戰爭結合，之後針對國內暴動也會以例外狀態的方式加以處理治安問題，對此可以注意到例外狀態的轉變，例外狀態在政治活動中可藉由虛擬的方式加以開啓。Agamben 以威瑪共和爲例，面對經濟危機的狀況下，威瑪憲法第 48 條將其與軍事危機加以等同，之後希特勒公布的「國家與人民保護令」更是全面性的在德國展開例外狀態的體制，之後設立的集

⁵⁷⁸ GIORGIO AGAMBEN, *HOMO SACER: SOVERIGN POWER AND BARE LIFE* 170 (Daniel Heller-Roazen trans., Stanford University Press 1998) (1995).

⁵⁷⁹ Walter Benjamin, *On the concept of history*, in *SELECTED WRITING VOLUME 4*, 389, 392 (Edmund Jephcott trans., Howard Eiland and Michael W. Jennings ed. 2003)

中營更是例外狀態成爲常規的顯例。我們可以發現到在現代政治中，經常會自發性地虛擬與創造例外狀態，這使例外狀態不再是緊急狀態的例外措施，反而成爲常規化的狀態。以反恐戰爭作爲緊急事態，而設立的關達那摩拘留營又是一個顯例。

第三款 人性製造機器（anthropological machine）

2003年 Agamben 於《開展：人與動物》（Open: man and animal）一書中，首先從一章末日圖像說起，在該圖中出現了「動物人」的形象，爲了彰顯人類的特殊性，人類食用這些想像中的生物，而這些被人類化的動物也表現出了「非人」的形象⁵⁸⁰。在依然未達歷史終結的人類歷史中，Agamben 提到了一個被不停提起的問題：人與動物的區分。從生物學家到哲學家的討論，從語言到存在作爲區分的標準，人們不停地從各角度探問此問題，並進行著人與動物區分的辯證。Agamben 認爲正是在這不停的區分與辯證中，產生了「人性製造機器」⁵⁸¹。

人性製造機器的運作方式，冀求在生物學與哲學等知識中，正面的從內部建構人性的標準，在生產出「人」的同時也生產出了「非人」的樣貌，Leland Durantaye 即認爲在 Agamben 從事生命政治工作的階段中，2003年本書關於人與動物的區分，應與 Agamben 的生命政治思維有其關連⁵⁸²。以法律上的死亡爲例，對於腦死病患是否要視之爲死亡，在醫學與法學上有諸多的討論，這些討論會成爲人性製造機器的正面列表，而不合於列表被排除的正是一種非屬政治意義下人類的形象，也正是裸命。當這台機器論述的內容越是細緻時，也將產生更多的裸命，我們可以將人性製造機器視爲是例外狀態中主權者的表現。而人性製造機器的運作，除了

⁵⁸⁰ GIORGIO AGAMBEN, THE OPEN: MAN AND ANIMAL 1-3 (Kevin Attell trans., Stanford University Press 2004) (2002).

⁵⁸¹ GIORGIO AGAMBEN, THE OPEN: MAN AND ANIMAL 33-8 (Kevin Attell trans., Stanford University Press 2004) (2002).

⁵⁸² LELAND DURANTAYE, GIORGIO AGAMBEN: A CRITICAL INTRODUCTION 324-334 (2009).

對於醫學上的腦死外，監禁場域內的被監禁者或是國際難民在爭取人權時，也都發揮其作用，在決定是否為人的同時，也生產出一群權利被加以剝奪的裸命。

第五項 Agamben 思想中的「法」與 *Nomos*

雖然 Agamben 在例外狀態的討論上，是以法律與語言的親近性作為切入點，但正如第一節所說的，Agamben 認為可作為「感應裝置」的範圍非常廣泛，不僅是法律，手機或任何科技產品在今日都可以作為其思想中的感應裝置。若再觀察上一項中對於生命政治基進化的描述，主權與裸命間的「感應裝置」運作也不再限於 Agamben 與本論文最主要關注的法律中，在醫療機構、軍事組織或任何一個空間中，都會出現主權與裸命間「含括性排除」的運作，簡言之「感應裝置」可存於任何一處。因此筆者認為，在 Agamben 思想下的法 (*droit* 或 *loi*) 都可以看成是「感應裝置」的一種，也就是對於生命治理的技術裝置之一。

另一個在 Agamben 思想中與法有關的用字是 *Nomos*，以《聖牲人》的最後一個段落為例，該段落的標題即為「營作為現代生命政治之法」(*The Camp as the “Nomos” of the Modern*)，那麼在這裡 *Nomos* 又該如何解讀呢？對此國內關於 Agamben 的相關論文皆將該字翻為「法律」或「秩序」，其表彰的是法秩序而非特定的實定法規，如果從 *Nomos* 在希臘的意涵出發，包括了：律法、成規或具有拘束力之習俗等意思，則翻譯成「法律」或「秩序」皆無不可。不過應注意到 *Nomos* 於希臘代表的是與 *physis* 相對的詞彙，指涉的是對於普遍的全體的規範（適用於城邦），而非針對特定個人⁵⁸³。

如果自 Schmitt 處進行觀察，也可發現於《大地法》一書中也使用了 *Nomos* 代表該處的「法」，於該處 *Nomos* 主要是與空間的估量、分配相關，進而形成與

⁵⁸³ 朱元鴻(2005)，〈Agamben「例外統治」裡的薄暮與晨暉〉，《文化研究》，創刊號，頁 211

奠定人類社會法秩序的基礎。對此筆者認為 Agamben 在討論完「營」於現代的普遍化後，由於「營」所指涉的也是一個空間化的例外狀態，故此處 Agamben 或許與 Schmitt 相同欲借用此字來比喻其概念。

因此，若法律僅是作為「感應裝置」之一，而例外狀態是作為一個無法地帶的話，作為例外狀態空間化的營也應當是一個無法地帶，故 Agamben 以 Nomos 來進行的應當是一個比喻，比喻這些「營」之中主權權力與裸命間的「含括性排除」，已經成為了現代的秩序，或者說成爲一種在無法地帶最普遍的「法則」，在這個秩序中對於整體的人口（對應於古代的城邦）進行析出大量裸命的法則。

第三節 Agamben 與 Foucault 之對話－分析工具的誕生

這一節可以看成是第二部分的句點，也是對 Foucault 與 Agamben 考察之旅的終點，於此筆者將提出分析視角的選擇並於下一章進行分析。本節中首先將點出 Foucault 與 Agamben 二人在關注面向上的共同點與進行工作的相似性，接著回到 Foucault 與 Agamben 的文本中，爬梳二人論述中的歧異點，並藉由這些歧異點描繪 Foucault 與 Agamben 相似的工作中，究竟在論述方式與對權力的詮釋上有何歧異。最終筆者將探問二人的思想是否有匯聚之處，他們究竟有什麼不同，而這些不同是否有互補的可能，以及最重要的工作在於說明筆者應如何使用這兩位思想家對於權力、主體與生命政治的論述，來進行對於當代刑事政策與刑事程序的分析。

第一項 共同的關注點與工作輪廓：「治理」與生命政治

作為 Foucault 對話者的 Agamben，若要探尋其交會之處當屬 1995 年《聖牲人》

一書，在該書的導論中 Agamben 將其工作起源之一標示於 Foucault 的生命政治⁵⁸⁴。Foucault 思想中作為現代門檻者正是生命被納入政治之中的過程，亦即生命政治的出現，Foucault 認為現代已由「領土國家」轉向「人口國家」(State of population)，且生命成為政治關注的重點，並轉為一種「對人的治理」(government of men)。延續著導論，於同書的第三部分「營」作為現代生命政治典範的第一個段落中，Agamben 再次將 Foucault 於 1976 年《性意識史 I》第五章中對於主權權力轉向生命權力的論述提出，並點出 Foucault 從事的是我們已提過的「主體化工作」⁵⁸⁵。暫且不論 Agamben 這些與 Foucault 連結論述的目的何在，也不論 Agamben 扮演的是追隨或反對者的角色，至少我們可以看到兩人關注的共同點起始於生命政治，當然也包括了關於權力、主體的議題。

如果試圖描繪兩人工作相似性的輪廓，或者說一個最粗略的外觀、框架，筆者認為兩者進行的都是一個「政治」工作與「治理」的論題，兩人的討論都指涉一種以生命作為治理核心的政治形態。回顧《安全、領土、人口》中 Foucault 對其工作的釐清，Foucault 說明他真正想探究的是「治理術的歷史」，即「治理」的論題。筆者對於 Foucault 的討論中，也可以發現「治理」運用安全措置作為運作的線路分配並將個體與整體作為實踐對象，且筆者也說明了「治理」與生命權力間的密切關係，正是在權力轉為以生命為對象的過程中，權力運作使社會轉為治理為主的形式，而「措置」代表的正是「治理」中的各要素的運作模式。

若觀察 Agamben 口中的權力運作模式，所使用的也是 *Dispositif* 一字（筆者翻譯為「感應裝置」），且 Agamben 一方面同於 Foucault 將此字連接到權力的運作與生命（活體）、主體間的關係，以進行其生命政治的論述，另一方面在 Agamben

⁵⁸⁴ GIORGIO AGAMBEN, HOMO SACER: SOVERIGN POWER AND BARE LIFE 3-6 (Daniel Heller-Roazen trans., Stanford University Press 1998) (1995).

⁵⁸⁵ GIORGIO AGAMBEN, HOMO SACER: SOVERIGN POWER AND BARE LIFE 119-125 (Daniel Heller-Roazen trans., Stanford University Press 1998) (1995).

對 *Dispositif* 的考察中，亦將此字的起源指向了 *Okionomia*，即古代對家的治理（或家政學），由此可見 Agamben 對於生命政治、權力的討論也同樣指向「治理」的論題。

除了「治理」的討論外，從 Foucault 與 Agamben 對生命、權力與治理的論述中，可以發現兩人想進行的也是相似的工作：「主體」的形塑。Foucault 於” *The Subject and Power*” 中揭示了其討論權力的工作其實是為了進行「主體」工作，對於「措置」與「治理」的討論，最終皆在探論主體如何被指引與形塑的過程，對於指引中產生屈從式的主體樣貌或積極的主體樣貌進行考察，並將七零年代的工作與八零年代相連結，開啓其一九八零年後關於主體詮釋的工作⁵⁸⁶。而 Agamben 對於 *Okionomia* 與 *Dispositif* 的討論，最終也是著眼於「感應裝置」與活體的關係，該關係在權力運作中被形塑為主體，究竟該關係運作與權力運作的樣貌為何即吾人應如何觀察的問題⁵⁸⁷，且可注意到在 Agamben 觀點中的主體也是一種較為消極而被建構的面貌⁵⁸⁸，其亦由此探問如何停下這個「感應裝置」、如何褻瀆之以作為反抗的可能途徑。由此可以看到兩人關於治理與權力的討論，最終都指向了「主體」這一問題。

因此，筆者認為 Foucault 與 Agamben 在包括治理、權力與主體等政治工作上產生了交會，這個主題也是兩人工作最粗略的輪廓（當然在細部上有諸多差異）。在《聖牲人》系列與 Foucault 七零年代以降包括《性意識史 I》與相關講座的工

⁵⁸⁶ Michel Foucault, *The Subject and Power*, in *POWER*, 326, 326 (James D. Faubion ed., Robert Hurley trans., PENGUIN BOOKS 2002) (1994).

⁵⁸⁷ GIORGIO AGAMBEN, *WHAT IS AN APPARATUS: AND OTHER ESSAYS* 16 (David Kishik & Stefan Pedatella trans., Stanford University Press 2009) (2006).

⁵⁸⁸ Esposito 曾於訪談中提到他認為 Agamben 的生命政治是一個「否定性且悲劇性的基調」(Where Agamben accentuates the negative, even tragic tonality of the biopolitical phenomenon...)，詳細訪談可見：Timothy Campbell, *INTERVIEW: ROBERTO ESPOSITO*, in *Diacritics*. Baltimore: Summer 2006. Vol. 36, Iss. 2; pg. 49, 8 pgs, (2006) <http://www.after1968.org/app/webroot/uploads/esposito-campbellINTERVIEW.pdf> (last visited: Feb 3, 2012)

作中，兩人都談論著一種生命被納入政治中治理的形式，並以兩人各自詮釋下的 *Dispositif* 描繪此治理背後權力運作的方式，並試著觀察權力與主體的關聯及主體被形塑的過程，這也同時為二人未來探問如何解放的工作進行準備。故兩人可說是在權力、主體與「治理」的路線上產生了交會，其討論的核心也正契合於筆者想討論的問題，在刑事司法論述下，權力如何形塑「人」的形象及其間的關聯為何。因此在對於這個問題或者說現象的觀察上，筆者的分析視角也清楚的確立為一個「治理視角」。

第二項 Agamben 與 Foucault 的差異與對話－問題的切入點⁵⁸⁹

雖然兩人討論的主題與工作相同，但在論述上卻存在著不小的歧異，不論之後筆者是要選擇其一作為分析工具抑或協調二者，都必須以了解兩者論述的歧異為前提。筆者將指出四個切入點進行觀察：一、對於集中營的論述；二、對於 *Dispositif* 的描述；三、兩人對於生命政治中「生命」理解的差異；四、兩人對於生命政治於時間點上的差別。不過筆者在此僅點出這些問題的層次，以及筆者討論的範疇，詳細內容則留待下面段落詳述。

第一款 對於切入點的概要說明

延續《聖牲人》一書第三章的內容，在 Agamben 與 Foucault 交會於生命政治後，Agamben 一方面訴說與 Foucault 相似的話語，認為以生命為核心的權力運作與生命政治出現。另一方面 Agamben 則是踏出與 Foucault 發生歧異的第一步，他認為 Foucault 洞察了醫療機構與監獄，但卻忽略了極權主義與可謂當代生命政治典範的「集中營」(concentration camp)⁵⁹⁰。不過，當 1999 年 Foucault 法蘭西學苑講座《必須保衛社會》出版後，該講座的最後一堂課中，Foucault 一方面提出了生命權力與生命政治的概念，另一方面也談論了種族主義、極權政體與集中營的問題⁵⁹¹。由此可見 Agamben 於 1995 年對 Foucault 的批評，於 1999 年出版的講座中 Foucault 可說已進行了回應：「我（在此指的是 Foucault）其實是有談論過極權與集中營的」。不過筆者認為並非考掘到 Foucault 也談過集中營即將問題就此打住，

⁵⁸⁹ Foucault 於 1984 年 6 月過世，而 Agamben 對於生命政治的發想則是自 1995 年的《聖牲人》開始的，*Dispositif* 的討論與新開展則更是 2006 年才正式出版（實際上的談論於 2005 年的座談會中就已經存在）。因此這段對話與其看成兩個人的對話，不如說是 Agamben 不停的與 Foucault 作品相遇並進行回應。由於 Foucault 法蘭西學苑的講座紀錄依然在整理中而未完全出版，因此 Agamben 的這個相遇、對話的過程依然是不停的繼續中，或許我們可以看成是 Agamben 的喃喃自語，但也可以想成 Agamben 不停藉由重新詮釋的 Foucault，對每一次新出版講座就重新塑造（復活？）一次的 Foucault，進行一種跨越時空的對話。

⁵⁹⁰ GIORGIO AGAMBEN, *HOMO SACER: SOVERIGN POWER AND BARE LIFE* 120-21 (Daniel Heller-Roazen trans., Stanford University Press 1998) (1995).

⁵⁹¹ MICHEL FOUCAULT, *IL FAUT DEFENDRE LA SOCIÉTÉ: COURS AU COLLÈGE DE FRANCE, 1975-1976* 225-234 (1997).

相反地，正是在兩人對於集中營的談論中，反而成爲了一個具體的例證，去對應出兩人關於生命政治、生命形式以及權力對於生命進行治理時的不同形式。也就是說，集中營反而成爲了觀察 Foucault 與 Agamben 權力論述差異的最佳、具體著力點，或者說一個最好的具體例子⁵⁹²。

第二個切入點與第一個切入點是相關的，二者對於 *Dispositif* 一字的運用上雖都著眼於權力運作、主體形成與其間的關係（筆者認爲 Foucault 還更關注於真理與知識）。但於第四章與第五章中對兩人關於 *Dispositif* 詮釋的介紹，以及兩人藉由 *Dispositif* 闡釋生命政治的考察中，可以發現到兩人產生了顯著的歧異。正如 Agamben 要我們告別 Foucault 走向新的詮釋⁵⁹³，正是對於 *Dispositif* 的相異解釋中開展了兩人對權力模式的不同論述模式，這個差異也連結到下一個切入點中會說到的對於生命理解的差異。因此，第二個切入點可說是本論文的重點，也是對於兩人差異理解最重要的一個著眼點，筆者將在下一項中藉由 *Dispositif* 的詮釋分析兩人不同的權力論述模式加以詳述之，最後並以集中營作爲具體的比較例證。

既然兩人談的都是對於生命治理的論題，那麼談完了權力的運作，無可避免地將著眼於生命的問題。延續著第二個切入點中對不同權力模式的討論，第三個切入點談到兩人生命政治論述中位於權力運作中的「生命」。無論 Agamben 或

⁵⁹² 對於集中營此議題，另一位思想家 Esposito 也曾指出集中營作爲一個生命政治議題的重要性。甚且可在納粹的集中營問題上看見生命政治與死亡政治間的關係。Esposito 也認爲在 Foucault 對於集中營問題吉光片羽的點出後（筆者認爲指的正是《必須保衛社會》此講座），Agamben 對於集中營的論述非常出色且有重要性的，由此可知集中營在生命政治問題討論中的重要性，此外對於 Foucault 與 Agamben 都曾經對集中營有所討論一事，也受到其他思想家的重視，惟礙於論文篇幅，對於 Esposito 的討論本論文無法加以詳細說明，相關訪談與文獻可見：Timothy Campbell, INTERVIEW: ROBERTO ESPOSITO, in *Diacritics*. Baltimore: Summer 2006. Vol. 36, Iss. 2; pg. 49, 8 pgs, (2006) <http://www.after1968.org/app/webroot/uploads/esposito-campbellINTERVIEW.pdf> (last visited: Feb 3, 2012), ROBERT ESPOSITO, *Bíos: BIOPOLITICS AND PHILOSOPHY* 110-145 (Timothy Campbell trans., Minneapolis: University of Minnesota Press 2008) (2004).

⁵⁹³ GIORGIO AGAMBEN, *WHAT IS AN APPARATUS: AND OTHER ESSAYS* 13-6 (David Kishik & Stefan Pedatella trans., Stanford University Press 2009) (2006).

Foucault 都談到生命成爲權力治理對象⁵⁹⁴，不過兩人思想下中的「生命」意義，也伴隨兩人權力運作模式相異的論述而產生歧異，因此在討論上除了權力運作外，勢必要觀察兩人思想中政治與生命的連結，以及權力對於生命的運作，才更能清楚拼湊出兩人的差異，簡言之第二個與第三個切入點也是扣連在一起的。關於「生命」的論述，有論者認爲這是 Foucault 思想能將 Agamben 思想納入之處⁵⁹⁵，對筆者而言這是值得深思之處，因此會放在對於權力運作模式論述完畢後，以「生命」作爲橋梁連結到兩人的協調或不協調問題上。

最後一個切入點來自於對生命政治觀察中，生命與政治連接的時間點之差異，這個差異或許對筆者僅是要觀察刑事司法的工作影響是較小的，惟筆者認爲正是這個差異開啓了上開三個切入點的討論，Foucault 與 Agamben 的論述正是在這個生命政治的起點上延伸出根本性的差別。下一款中筆者就先對第四個切入點簡單說明，並藉此說明其他三個切入點間的關聯性。

第二款 一切切入點的起源－對於生命政治起始的認知差異

在生命政治（或 Foucault 口中的生命權力）誕生的時間點上，Foucault 於《性意識史 I》中認爲其對應於現代性的門檻，於十七、十八世紀時權力的形式不再以掌控生殺大權的主權形式出現，相反地生命走入了權力中產生了「生命權力」的形式，而在生命權力的圖示中除了對個體的紀律性權力外，也出現了以人口爲對象的調節性權力與生命政治學⁵⁹⁶。Foucault 的生命政治的誕生發生於十七、十八世紀，並標示著「生命權力」的出現，權力運作內容發生了一個轉向，其範圍擴

⁵⁹⁴ MICHEL FOUCAULT, HISTOIRE DE LA SEXUALITÉ I: LA VOLONTÉ DE SAVOIR 181-82 (1976), GIORGIO AGAMBEN, HOMO SACER: SOVERIGN POWER AND BARE LIFE 1-2 (Daniel Heller-Roazen trans., Stanford University Press 1998) (1995).

⁵⁹⁵ Mika Ojakangas, *Impossible Dialogue on Bio-Power: Agamben and Foucault*, in *Foucault Studies*, No 2 11-4 (2005), <http://rauli.cbs.dk/index.php/foucault-studies/article/view/856/874> (last visited: Feb 2, 2012)

⁵⁹⁶ MICHEL FOUCAULT, HISTOIRE DE LA SEXUALITÉ I: LA VOLONTÉ DE SAVOIR 181-85 (1976)

張而納入了對生命關照，權力的樣貌也成爲以「主權－紀律－管理治理」交互論述的生產性、持續性權力，而非再侷限於禁制且壓迫的主權式（或司法－話語）論述中。

但在 Agamben 的《聖牲人》與後續文章中，可以察覺到 Agamben 將其生命政治論述根本的方法論，指向了 *Dispositif* 並回溯於希臘時代的 *Okionomia*，且在其論述中生命走入政治並非在十七或十八世紀發生，也沒有一種生產性權力的出現。相反地，在對 *Okionomia* 的考察及其將生命政治原初模型回溯到 *Homo Sacer* 與希臘、羅馬時代的工作裡，生命（裸命）作爲裝置的捕獲對象而成爲主權的載體，對 Agamben 而言這並不是一個生命於十七、十八世紀走入政治的圖示，其思想下的現代性也並非生命權力的誕生⁵⁹⁷。反之對 Agamben 而言，政治自始至終即與生命先連接並以生命作爲治理的對象：政治一直都是「生命政治」。現代性也並非生命政治的出現，而是透過了民主革命等帶來的生命政治基進化，意即原本政治就是對生命進行主權棄置並解析出裸命的一套傳統主權論述（政治一直都是生命政治，生命一直都是治理的對象），現代性僅代表在現代民主政治中主權者與裸命愈加混合的現象，或可說是裸命幽微擴散的狀況。

雖然僅是對於生命政治誕生時間點認知的差異，但筆者認爲正是這個差異導致了兩人對於生命政治的內容、權力運作的方式、現代性的樣貌爲何等產生分歧。一個明顯的差別就是 Foucault 思想出現一個生命走入政治的新局，與權力形式轉變的過程，反之 Agamben 並沒有一個生命走入何處的樣貌，權力形式也並未發生本質的改變。因此在這個兩人對於生命政治誕生理解的差異下，筆者認爲此差異正是一切問題最根本的出發點。以下筆者就以時間認知差異（第四個切入點）作

⁵⁹⁷ GIORGIO AGAMBEN, *HOMO SACER: SOVERIGN POWER AND BARE LIFE 1-2* (Daniel Heller-Roazen trans., Stanford University Press 1998) (1995)., GIORGIO AGAMBEN, *WHAT IS AN APPARATUS: AND OTHER ESSAYS 8-10* (David Kishik & Stefan Pedatella trans., Stanford University Press 2009) (2006).

為出發點，在這個差異的認知下可以察覺兩人對於治理中權力運作的差異（第二個切入點）、對於治理中作為對象的生命認知的差異（第三個切入點），以及這些差異在具體案例－集中營－中的展現（第一個切入點），簡言之以第四個切入點作為開頭，其他的三個切入點可說是交互扣連而相關的。

第三項 差異重點－不同的權力論述型式

延續上開切入點讓我們將 Foucault 與 Agamben 對於權力運作的模式作一個比較，這也是本論文最重要的工作之一⁵⁹⁸。筆者將以生命政治中治理的對象－「生命」－作為討論的起點，從兩人對於生命一詞理解的差異開始，進而觀察不同的兩種權力論述：「主權權力（主權式）論述」與「生命權力（治理式）論述」⁵⁹⁹。

第一款 對於「生命」理解上的差異－理解的開端

既然生命政治的治理核心指向「生命」，兩人對於治理中權力論述模式的差異，也都源自於對生命不同的理解。Agamben 回溯至希臘時代對於 bios 與 zoē 的區分作為討論的起點，並提出關於「裸命」（bare life）與「生命形式」（form-of-life）的區別，從我們對 Agamben 生命政治中「感應裝置」的介紹裡，可發現「感應裝置」做為一個「門檻」、「無差別地帶」，在其中主權決斷何者棄置而作為裸命的存在，Agamben 式的論述是一種以區分、排除為基礎，以畫定界線並決定何者遭到棄置的論述邏輯，筆者認為這是一種否定性的邏輯，Agamben 思想中對生命的理

⁵⁹⁸ 本論文的工作在於以治理視角（生命政治視角）觀察當代刑事政策之社會意義，而在生命政治的論述中，最重要的即是以生命為核心的權力運作之樣貌，因此筆者在決定要採用何者的論述模式或是兩者皆用而互相啟發之前，都勢必要對二人生命政治中權力運作的模式進行一個比較，才有向後探詢分析工具並進一步進行分析。

⁵⁹⁹ 由於筆者認為兩人在生命納入治理的基礎上，是以不同的權力觀點討論這個治理的內容，因此筆者必須要為兩人的權力運作模式做出區隔。由於 Agamben 明顯是以主權論述作為架構，故稱之為「主權權力模式」或「主權式論述」，反之 Foucault 部分則相當困難，生命權力的內涵包括了紀律性與調節性權力，要全部寫出來也未免太長，考量到 Foucault 特別將生命權力與治理相連結，筆者除了「生命權力模式」外，就姑且稱其為「治理式論述」。

解必須藉由這個邏輯來窺見（同樣地對於 Agamben 權力運作模式的論述，也是下一款中要說明的切入點，也是在這個邏輯上可以觀察的）。

於此我們先把重心轉向 Foucault「生命」概念與 Agamben 的差別，並以之作爲揭開兩人權力論述模式歧異的起點。相較於上述 Agamben 區分「裸命」與「生命形式」的作法，Ojakangas 明確指出這種區分與決斷的論述是 Foucault 所「拒絕」的，Ojakangas 認爲 Foucault 的「生命」是一種「綜合性概念」(synthetic notion)⁶⁰⁰。什麼是綜合性概念呢？對此 Ojakangas 作出了一個可茲深化的論述，氏認爲 Foucault 的生命概念是與裸命相對立的，Foucault 不同於 Agamben 回溯到 Aristotle 並將生命視爲多樣類型、可分類狀態的做法，對 Foucault 而言生命是一種單義且內在於其自身的概念⁶⁰¹，這相異於 Agamben 將生命認知爲具有「本質上差異」的作法，相反地生命的意義在於其內部，作爲一個「綜合性概念」的生命是「一般的」(la vie en général)⁶⁰²，差異僅是程度上與強度上的差別，或可說是「量的差異」。簡單地來說，Foucault 不是用排除、棄置、否定與區分的方式來認知生命，相反地在具有生產性且多樣性的 Foucault 權力觀點中，生命是正向地藉由論述與非論述的交織而形構。

承上所述做一個小結，對於 Agamben 而言並不存在這種單義且綜合性的生命概念，相反地如何看見生命或者說對於生命的理解，必須藉助的是一個決斷與區

⁶⁰⁰ 其實在這裡，兩人權力論述的差異已經是呼之欲出了，剩下的陳述也僅是將諸多論者對 Foucault 的「生命概念」進行簡單介紹來深化論述而已。詳見：Mika Ojakangas, *Impossible Dialogue on Bio-Power: Agamben and Foucault*, in *Foucault Studies*, No 2 11-2 (2005), <http://rauli.cbs.dk/index.php/foucault-studies/article/view/856/874> (last visited: Feb 2, 2012))

⁶⁰¹ 對此 Ojakangas 以「內在性」結合 Deleuze 與 Agamben 對於 Spinoza 的詮釋進行說明：「…在生命政治的時代，不存在超驗性：實體（生命整體）與其不同的模式（生命的形式）兩者之間完全不是獨立的，而是無限的，或者是「無政府的」，種種模式自身的整體性，只有在力量的強度與程度差異才有所差異」，詳見：Mika Ojakangas, *Impossible Dialogue on Bio-Power: Agamben and Foucault*, in *Foucault Studies*, No 2 12 (2005), <http://rauli.cbs.dk/index.php/foucault-studies/article/view/856/874> (last visited: Feb 2, 2012)

⁶⁰² MICHEL FOUCAULT, *HISTOIRE DE LA SEXUALITÉ I: LA VOLONTÉ DE SAVOIR* 185 (1976).

分，也就是在「主權棄置」的邏輯中，方可觀察到裸命的出現。Agamben 式的生命政治體現於這個 bios 與 zoē 的分離（或者說「裸命」與「生命形式」的分離），從「含括性排除」的論述裡了解此一區分與排除時，在那個被排除的「像是裸命的事物」（something like a bare life）之上，正可使我們看見 Agamben 思想中的生命⁶⁰³。反之於 Foucault 概念中，生命並不是在區分中被看見，而是在不停的論述與實踐中使生命的樣貌更為清楚，Foucault 的論述主軸是「流變」，或者說是「存在的流變」（becoming of beings），在論述與變化中展現生命形式的多樣性：生命作為一種綜合性的概念⁶⁰⁴。在對「生命」理解歧異的切入點說明完畢後⁶⁰⁵，筆者認為差異性的關鍵其實在於兩人本質上對於權力運作模式理解的差異，也正是筆者先前提到的第二個切入點的部分。

第二款 核心差異：主權式權力與治理式權力

延續上一個切入點，正是在兩人對於治理對象理解的差異上，可以更清楚觀察到兩種不同權力論述模式的出現。筆者認為在生命政治的討論中，有兩個面向

⁶⁰³ GIORGIO AGAMBEN, *HOMO SACER: SOVERIGN POWER AND BARE LIFE* 153 (Daniel Heller-Roazen trans., Stanford University Press 1998) (1995).

⁶⁰⁴ Mika Ojakangas, *Impossible Dialogue on Bio-Power: Agamben and Foucault*, in *Foucault Studies*, No 2 11-3 (2005), <http://rauli.cbs.dk/index.php/foucault-studies/article/view/856/874> (last visited: Feb 2, 2012)

⁶⁰⁵ 其實這個生命與權力連結、權力論述方式差異的討論中，一個可以觀察的面向是兩人對於「語言」論述的差別。對 Agamben 而言「語言哲學」一直是其生命政治論述的根本，其主權式論述某程度源自於其對語言潛能（potentiality）的關注，其於例外狀態、裸命等論述裡不停與語言、潛能產生連結，Agamben 也將這個語言哲學的結構延伸到其對於解放路徑的探求裡（包括了停止否定性辯證的論述、回到 Infancy 的狀態與對於潛能的關注、以閒息／無為作為與「裝置」的對應）。相反地雖然 Foucault 於七零年代後對於語言的論著並不豐富，但其實回到「科學」工作時期的 Foucault，包括《知識考古學》一書中對於話語、陳述、檔案（Archive，此概念後來被 Agamben 於《奧許維茲的殘餘》中再次拿出來討論）的討論，以及《詞與物》中對於科學與話語、陳述的關係的討論，如果 Foucault 使用「措置」的出發點在於適當定位權力問題，其仍將話語、陳述視為特殊的措置而存在其思想中，那代表 Foucault 對語言或知識的想法仍可能影響其生命政治中的討論。筆者就借剛討論完的生命概念來觀察，在生命權力中 Foucault 對於生命的理解形式—綜合性概念，其實可與他在《詞與物》中的陳述產生關連：「這是一個由對生命概念由「分類」（taxonomic）朝向「綜合性」（synthetic）的轉變，其於十九世紀，在按時間先後順序的想法與科學中，由一個活力論者的復甦所指出、表明」（詳見：MICHEL FOUCAULT, *THE ORDER OF THINGS: AN ARCHAEOLOGY OF THE HUMAN SCIENCES* 269(2002).)。或許關於兩人對語言的理解，是對兩人思想考察未來可採的一條路徑，但這也僅止於筆者個人的猜想。

是值得思考的，其一是生命如何被納入治理之中，也就是關於生命與政治間的「連結如何發生」的問題，或者說生命在何時以何種方式走入政治中，並使權力運作的主軸過渡至生命的面向。其二則是處於政治中的生命，其以什麼樣的方式被治理，對此關注的是「在連結中的治理方式」。那麼在此，當筆者要切入對於兩人關於權力運作方式的差異時，所著重者正是第二個面向「治理方式」的問題⁶⁰⁶。

Foucault 對於生命權力的論述，建立於一個權力模式轉變的前提上：生命與政治的關係原本以「生殺大權」的方式存在且僅是決定其生或死，爾後生命走入了政治的範疇中，如何維持生命成爲了主題，關注點放在了「生命」上⁶⁰⁷。對於 Foucault 此種論述有論者認爲可看成是一種「生命的生產」⁶⁰⁸，將生命置於權力運作後誕生的生命權力，在其核心機制「措置」的運作中，藉由各種異質性要素的交互作用來形塑生命應有的樣貌。簡言之對 Foucault 而言生命與權力的關係是被「放置於內」的，其不採用「否定」式的論述方式，而是正面地藉由生命權力中異質性要素的結合、強調權力如何以各種不同的形式滲透並塑造生命，這與 Foucault 思想下的權力拋棄了壓抑性的模式，轉向一種持續性、生產性的模式也有其關聯，而這樣的權力論述特點，也表現在其對於生命的認知上，不同於 Agamben 區分 *zoē* 與 *bios* 的作法，Foucault 思想中的生命是一種綜合性的概念。所以，Foucault 的權力運作形式顯然並非「主權式」的（否定的、壓抑的或掌握生殺大權的），而是融合了包括主權、紀律、管制治理等權力運作線路，在與知識的交互運作中而正面形成權力技術線路的配置，這個配置也指引著主體的形塑。如果說 Agamben 代表了主權權力或主權式的論述，那麼 Foucault 相對於其即爲生命權力論述，或者

⁶⁰⁶ 對於第一個面向的部分，不論是在 Foucault 或 Agamben 的論述中，雖然都注意生命被納入治理的現象，但兩人的論述中都欠缺了對第一個面向的討論，亦即二人都沒有說明究竟權力是在什麼樣的背景或以什麼樣的方式，轉變爲以生命作爲對象的樣貌，筆者認爲這或許也是未來在歷史部分可以加以考察的一個重點。

⁶⁰⁷ MICHEL FOUCAULT, *HISTOIRE DE LA SEXUALITÉ I: LA VOLONTÉ DE SAVOIR* 181-82 (1976).

⁶⁰⁸ ROBERT ESPOSITO, *BÍOS: BIOPOLITICS AND PHILOSOPHY* 32-44 (Timothy Campbell trans., Minneapolis: University of Minnesota Press 2008) (2004).

稱之為一種「治理式權力」的論述方式。

接著來觀察 Agamben 的權力運作模式，在他將生命作出本身與形式的區分與強調主權棄置邏輯與裸命連結的前提下，Agamben 對於生命的觀察並非正面描繪而是一種「否定性」的觀察。主權權力是以否定性的邏輯運作並於該決斷裡使我們看到生命的樣貌，我們可以稱 Agamben 在生命政治中談到的權力為「主權權力」。如果觀察 Agamben 思想中不同於 Foucault 定義的「感應裝置」(*Dispositif*)，可以發現其與 Foucault「措置」所強調的面向已有不同，「感應裝置」是在開啓為一個門檻、一個無差別地帶時，使我們窺見感應裝置內部的線路配置樣貌：無差別地帶中，主權藉由棄置的決斷使我們看到裝置生產出的裸命，但又維持與這個被排除出的裸命間的連結，一種藉由排除來加以納入的「含括性排除」治理方式。如果我們將稱 Foucault 為「治理式權力」，那麼 Agamben 無疑地可稱之為「主權式權力」的論述方式，且 Agamben 論述相較於 Foucault 關注權力如何滲透生命加以生產與治理，他更關注的是生命與政治間那個排除、納入與浮現的「(非)連結」關係。

第三款 兩人交集下的具體案例—對「集中營」的觀察

最後我們回到兩人歧異的第一個切入點上做個小結，以曾被 Agamben 誤為 Foucault 未談論的「集中營」出發是絕佳的具體觀察點。對於將「營」(Camp)視之為當代生命政治典範的 Agamben 而言，作為現代性代表的生命政治幽微擴散，指涉的正是作為「感應裝置」的「營」，其在例外狀態的常規化中開啓且散布於各處，並開啓一個例外狀態成為常態的空間。Agamben 認為自身對於 *Dispositif* 擁有更加擴張的觀點，在這個擴散中「主權者是那個對其而言每個人皆為潛在的聖牲

人，而聖牲人是那個對其而言每個人都是主權者」⁶⁰⁹，那麼作為「營」最初原型的集中營，即可看出 Agamben「主權式權力」論述的樣貌：作為無差別地帶的集中營中，由於其為一個無法的地帶，在其中納粹軍官可以對猶太人進行屠殺，正浮現了一個主權者與裸命間的關係，在裸命被棄置而納入治理的「含括性排除」裡我們可以看見生命的樣貌與主權的決斷，更重要的是生命如何與政治產生連結、被納入治理中。

同樣是對於納粹與集中營的討論，Foucault 的論述一方面釐清許多關於生命權力的問題，另一方面卻帶來些許的疑惑。Foucault 於 1976 年 3 月 17 日於《必須保衛社會》的最終一講中論及了集中營的問題，在以關照生命生命權力形式出現後，Foucault 卻以對「納粹」的觀察提出了疑問，他認為納粹是自十八世紀以降，關於新權力機制的「高度」(paroxysme) 發展。無論是紀律性權力或生命權力都滲透了納粹的社會，沒有一個國家在紀律與調控上比納粹更為緊密與堅決。但這個生命權力極度展現的社會，卻同時極度地展現出古老的主權權力，或者說殺人的權力。殺人的權力穿透了整個社會並被賦予國家及納粹「衝鋒隊」(SA) 與「黨衛軍」(SS)，甚至所有人藉由舉報等方式，對於其鄰人的生命都握有生殺大權⁶¹⁰。對此 Foucault 提出了一個弔詭的現象：如果說現代生命權力展現於提高生命的價值與延命避險，為何又同時並存了殺人的權力——不僅是對於敵人，也包括對於公民殺害的權力？亦即在「令人活與棄人於死」的生命權力中，權力如何能「令人死」(le pouvoir de la mort) 及其如何運作⁶¹¹？

為了辨明兩人在權力運作上的差異，必須處理這個 Foucault 論述中的弔詭，

⁶⁰⁹ GIORGIO AGAMBEN, HOMO SACER: SOVERIGN POWER AND BARE LIFE 9-10 (Daniel Heller-Roazen trans., Stanford University Press 1998) (1995).

⁶¹⁰ MICHEL FOUCAULT, IL FAUT DEFENDRE LA SOCIÉTÉ: COURS AU COLLÈGE DE FRANCE, 1975-1976 230-31 (1997).

⁶¹¹ MICHEL FOUCAULT, IL FAUT DEFENDRE LA SOCIÉTÉ: COURS AU COLLÈGE DE FRANCE, 1975-1976 226-27 (1997).

對此筆者認為有兩種可能的論述方向：第一，納粹與集中營的出現，代表的是一種主權權力復辟的現象，權力再度以生殺大權的形式運作；第二，納粹與集中營的出現，依然是生命權力的運作，其死亡權力的展現，僅是生命權力運作下的結果。對於這個問題，若採前者則會使 Foucault 的權力觀點在此問題上與 Agamben 類同，反之後者則依然是與 Agamben 相異的處理模式，對此筆者認為採取第二個解釋較為合理，以下筆者就自 Foucault 於同一天的講演說明理由。

觀察的重點在於 Foucault 對於這個弔詭所提出的關鍵詞彙：「種族主義」（racisme）。Foucault 於此將生命權力與種族主義加以連結，種族主義是一種「應當生與應當死的斷裂」（la coupure entre ce qui doit vivre et ce qui doit mourir）⁶¹²，在人類的生物學連續中出現了對於種族等級的區分，且這個區分正與過去「戰爭關係」（la relation guerrière）的論述是相似的：「為了生存，就必須屠殺你的敵人」（pour vivre, il faut bien que tu massacres tes ennemis）。不過 Foucault 提醒我們種族主義的區分並非軍事或戰爭關係，相反地種族主義是以一種全新的方式與生命權力運作相容，而使這個戰爭關係下的論述轉為：「如果你想生存，其他人則必須死」（si tu veux vivre, il faut que l'autre meure）⁶¹³，可以說此時形成的是一種「生物學類型的關係」（une relation de type biologique）。在生物學論述下，戰勝並非目的，相反地目的在於消除低等種族進而保全整體的健康與生存（或純粹的健康），這個消除對於生命威脅的方式，Foucault 認為是對於「人口」（population）內或外危險的消除⁶¹⁴。

從上開觀察中，筆者可以指出兩個重要的理由說明將此弔詭理解為生命權力

⁶¹² MICHEL FOUCAULT, IL FAUT DEFENDER LA SOCIÉTÉ: COURS AU COLLÈGE DE FRANCE, 1975-1976 227 (1997).

⁶¹³ MICHEL FOUCAULT, IL FAUT DEFENDER LA SOCIÉTÉ: COURS AU COLLÈGE DE FRANCE, 1975-1976 227-28 (1997).

⁶¹⁴ MICHEL FOUCAULT, IL FAUT DEFENDER LA SOCIÉTÉ: COURS AU COLLÈGE DE FRANCE, 1975-1976 228 (1997).

展現（而非主權權力復辟）的理由：第一點，Foucault 談到權力運作中，對於低等種族的消除時，其指向的是該種族對於整體人口在生物學上的威脅，於此可以發現到 Foucault 生命權力中調節對象－「人口」－的出現，而對於生物學上危險的控制，也可以理解為是調節性權力下對於「風險」管制的呈現，於此與生命權力的論述是相符合的；第二點，如果只著眼於集中營內的狀況，或許會單純理解為主權權力的展現，但如果從整體德意志人口的角度來看，死亡的權力並不局限於集中營，相反地是流動性地貫穿整個社會，另一方面納粹依然鼓勵德意志（特別是純種）民族的生育與相關的福利與保險措施，因此整體上納粹社會依然呈現出關照生命的樣貌，毋寧說對於生命的關照與殺人的權力是同時並存的，筆者認為這種權力的多樣性面貌正是生命權力此種生產性性質權力的展演。此外如果從 Hitler 對於猶太人的「最終解決」（final solution）與對於「德意志人民生存環境的摧毀」（destroy the German people's own living conditions）亦可看出，此處呈現出的是以生物學關係作為主軸的論述，其權力實踐依然以對於生命的關照與風險的消除為出發，而當敗局已定時，將毫無希望的德意志民族與猶太人一般地加以消滅，並期待新且純種的德意志民族的重生，就變成了生命權力運作的最終樣貌，但其呈現卻是完全以死亡為面向的權力（或如 Foucault 說的「自殺國家」），筆者認為從生物學論述與權力實踐的面向觀察時，才可擺脫將死亡與主權權力連結的印象，將 Foucault 思想下納粹與集中營問題理解為生命權力吊詭的展演。

因此，在對 Foucault 與 Agamben 關於納粹與集中營的分析中，可以看出雙方在權力模式論述上的差異性。Agamben 將其理解為例外狀態的展現，在其中呈現出裸命（猶太人）遭主權權力棄置的現象。相反地 Foucault 的治理式權力論述，一方面呈現出其與「論述要素（種族主義）」的關聯，隨著生物學關係而發展其實踐面向，另一方面在實踐面向上，當種族主義論述尋求以消滅低等種族來維持生存時，權力指向實際上是對於人口危險的控管，筆者認為這依然是生命關照的方

式，但從生命權力與「措置」的角度出發，這個死亡權力的展現或許不要武斷地認為是主權權力又取代了生命權力⁶¹⁵。若以 Foucault「措置」的觀點—非取代而是交互作用的力量分配改變—來進行觀察，筆者認為 Foucault 依然是以生命權力作為論述脈絡，只是在風險管理的層面上必須使用殺人方式時，治理中並未消失而僅作為策略性存在的主權要素再次的被賦予極大的力量與比重，在環繞生命的論述中以偏向「生殺大權」與「死亡」的樣貌來運作生命權力，這同時彰顯了風險調控與主權、法的交互運作。這個弔詭僅是權力展演的樣貌，Foucault 依然是以治理式論述的方式對此問題進行討論與觀察。

第四項 接軌與整合？—「可不可以不接軌？何必要協調？」

Foucault 與 Agamben 的歧異已經清楚呈現於我們的眼前，但在兩者的歧異中是否存在著某種相互協調的可能，一直是近來熱門討論的議題⁶¹⁶。本項中筆者將先介紹這些試圖協調 Agamben 與 Foucault 二者思想的觀點，描述幾個可能的協調面向，最終再提出筆者之結論：**相互啓發而非化約、協調的二人**，並揭示筆者所採的立場。

第一款 生命與權力—可能的協調面向

由於兩人權力論述的差異，可以說自權力與生命的連結中作為歧異之開端，因此 Ojakangas 即先自「生命」的面向，尋找協調二者的可能。其認為 Agamben 論述脈絡下將生命回溯至希臘時代分為 *zoē* 與 *bios*，且於當代生命政治的運作中，

⁶¹⁵ 如在 2011 年 11 月 Gros 教授訪台的演講中，一方面 Gros 表示主權僅是減弱而非消逝的立場（其以歐盟的成形與市場作為主要治理形式為例，表示國家主權依然扮演了較弱的權力），另一方面他提到集中營作為 Foucault 生命權力的論述案例，其並非死亡政治的出現，相反地是一種生命權力行使到最終「弔詭」式的呈現，或可認為 Gros 也認為集中營與權力死亡面向的展演，依然是生命權力運作下的展現。

⁶¹⁶ 例如著名網頁《Foucault Studies》於 2011 年即有一期的專題是討論 Foucault 與 Agamben 間的關係，請見：<http://rauli.cbs.dk/index.php/foucault-studies/issue/view/400/showToc>

藉著無差別地帶中主權棄置的邏輯去區分出「裸命」與「生命的形式」(或 zoē 與 bios),並在此前提下試圖尋求的「bios 僅是其自身的 zoē」(a bios is only its own zoē) 作為解放途徑。在這個理解下, Ojakangas 提出了一種協調二者的路徑,其認為裸命是屬於主權秩序的產物—僅在藉由析出 zoē 與 bios,且藉由「含括性排除」來構成出「生命形式」而行治理的論述邏輯中才會出現裸命的樣貌,那麼在 Foucault 所謂「生命政治的時代」(era of bio-politics)中,生命都已經達到了 Agamben 所追求的對於現代政治病理學的治療方式, Ojakangas 認為政治已經由主權棄置的邏輯中解放出來。Ojakangas 的理解方式在於將 Foucault 生命權力概念中的「生命」理解為 bios 或「生命的形式」的樣貌,此時權力不再進行區分與棄置,相反地是對生命的多樣化以及對「生命的形式」的養育與生產⁶¹⁷。

筆者認為 Ojakangas 所提出的這個協調邏輯,建立在將「生命權力」(Bio-Power) 與「主權權力」(Sovereign Power) 兩種論述立於完全對立的狀況,並將前者中的生命形式理解為 bios,後者則是區分為 zoē、bios 二者,並將兩者間解為「由主權權力走向生命權力」的過程,在這個主權權力走向生命權力的脈絡下,區分邏輯的論述被以生產為邏輯的論述取代(或者說否定與壓抑的論述,被以生產為主的論述取代),自然會出現一個 Agamben 式主權論述的結束:“a bios is only its own zoē”,及由生命權力論述為主的 Foucault 論述加以取代的說法。筆者認為這樣的協調方式將權力的演進理解為主權權力的消退與由生命權力加以取代,顯然是非常「Foucault 式」的論述⁶¹⁸,對此筆者將在下款中提出個人看法並反對此種將 Agamben 思想化約為 Foucault 思想一部分的方式。

除了對生命理解的差異外,在兩人權力、主體的討論裡最為清楚的對張當屬

⁶¹⁷ Mika Ojakangas, *Impossible Dialogue on Bio-Power: Agamben and Foucault*, in *Foucault Studies*, No 2 14-5 (2005), <http://rauli.cbs.dk/index.php/foucault-studies/article/view/856/874> (last visited: Feb 2, 2012)

⁶¹⁸ MICHEL FOUCAULT, *HISTOIRE DE LA SEXUALITÉ I: LA VOLONTÉ DE SAVOIR* 181-82 (1976).

「權力論述模式」的差別，對此差別於許多論著中可以發現試圖協調的痕跡。本節開端我們也提過「治理」可以說是兩人共同面對的問題，兩人也都在「治理」的基礎上對於權力、主體進行論述，因此對二人的協調也多以「治理」作為起點，但應注意這些工作多指向「Foucault 式詮釋」的協調方式。Foucault 對於治理的討論與生命權力相連接，一方面治理的組成中並未排除「主權」而是「主權—紀律—管理治理」的三角形，另一方面作為治理核心機制的「措置」其特點之一在於對「緊急事態」回應的策略性質。正是在這兩方面中 Ojakangas 發現將二人協調的可能，其一為 Agamben 的治理也與權力相連結，僅是在論述方式上偏向於「主權式論述」，其二為 Agamben 主權式論述中權力運作的「感應裝置」，其原型即為「例外狀態」：一種緊急事態中出現的狀態，在其中開啓環繞生命的權力運作。Ojakangas 即立於這兩點上觀察 Foucault 與 Agamben 並試圖協調二人，Ojakangas 的第一步是針對 Foucault 治理中依然存在的主權與 Agamben 的主權式權力相結合，而這樣的接軌模式，其實正與上述 Ojakangas 試圖將 Agamben 對於裸命與主權權力使用「Foucault 式」論述加以協調處於同一脈絡⁶¹⁹。

Ojakangas 的第二點著眼於「例外」的面向⁶²⁰，兩人的權力論述模式都內含作為回應對象的「緊急事態」，包括 Agamben 的「例外狀態」與 Foucault 的「措置」中都有這樣的特徵。對此 Ojakangas 認為 Agamben 主權式論述中過於重視「例外狀態」的效應，而忽略了 Foucault 思想中「常規」(norme) 的面向。如果結合我們上面提到兩者權力論述之差別，Agamben 關注的是生命被含括性置於外的治理關係、Foucault 則是關注被置於內的生命與治理的關係，Ojakangas 以 Foucault 式詮釋認為在「常規」(norme) 中：「例外 (exception) 並非被置於外 (ex-capere)」，

⁶¹⁹ Mika Ojakangas, *Impossible Dialogue on Bio-Power: Agamben and Foucault*, in *Foucault Studies*, No 2 5-28 (2005), <http://rauli.cbs.dk/index.php/foucault-studies/article/view/856/874> (last visited: Feb 2, 2012)

⁶²⁰ Mika Ojakangas, *Impossible Dialogue on Bio-Power: Agamben and Foucault*, in *Foucault Studies*, No 2 15-7 (2005), <http://rauli.cbs.dk/index.php/foucault-studies/article/view/856/874> (last visited: Feb 2, 2012)

而是被帶回來 (*in-capere*)。例外僅是常規 (*norme*) 的延伸」⁶²¹，Ojakangas 此一想法實際上也落於上開他對兩人「生命」、「權力」概念的協調方式，正因 Ojakangas 將 Agamben 的 *zoē*、*bios* 之分理解為主權權力的產物且將裸命與主權式權力論述連接，反之將 Foucault 的生命權力論述視為新的權力形式，在新形式中 Foucault 對生命如何被權力納入與治理則對應於 Agamben 的 *bios* 概念，且將治理式權力論述與 *bios* 連接，使 Agamben 論述被看成當今生命政治時代的生命權力運作中的極端狀況或者被新生命權力所取代者。配合其協調生命概念的想法，對於「例外」的理解中 Ojakangas 自然認為在生命權力的時代裡一切皆以 Foucault 的「常規」(*norme*) 出發並關注被置於內的生命與權力運作與治理的關係，簡言之其認為 Agamben 式的例外是外於生命的或者一種主權權力的產物，而現今生命內在於常規 (或者說常規本身就蘊含對於緊急狀態的指引) 的狀況，是生命權力的產物，Ojakangas 在緊急事態的面向上又再次將 Agamben 的思想嵌入 Foucault 論調中⁶²²。

除了 Ojakangas 試圖尋找兩人思想的協調處，Judith Butler 於 2004 年對於關達那摩無限期拘留評論的文章“Indefinite Detention”中，雖然 Butler 也提及了 Agamben 「例外狀態」的概念，但筆者認為綜觀全文仍是以相當「Foucault 式」的詮釋進行討論，因此也是一個對兩人思想協調的觀察範式。Butler 於該文中認為關達那摩拘留營與 Bush 軍事命令成立之軍事審判委員會，都是一種「治理性」(*Governmentality*) 的表現⁶²³。但不同於 Ojakangas 將例外狀態視為一種在常態律法秩序中無可避免的極端狀態進並與生命權力相結合，筆者認為 Butler 關注的是 Foucault 治理性權力中依然存在，但僅作為策略性存在的主權 (法律) 要素，Butler 在文中將「法律懸置」與「例外狀態」解為僅僅是「一個宣稱、一個論述、一個策略、一種展演、

⁶²¹ 可以注意到，不同於 Schmitt 將法秩序與例外狀態連結，Agamben 的例外狀態是一個主權者無可決斷的無法地帶，因此 Ojakangas 這段話也明顯地指出了其 Foucault 式論述的基調。

⁶²² Mika Ojakangas, *Impossible Dialogue on Bio-Power: Agamben and Foucault*, in *Foucault Studies*, No 2 16 (2005), <http://rauli.cbs.dk/index.php/foucault-studies/article/view/856/874> (last visited: Feb 2, 2012)

⁶²³ Butler 於此使用了 *governmentality* 一字，其實就凸顯出其 Foucault 式論述的立場了，請見：JUDITH BUTLER, *PRECARIOUS LIFE: THE POWER OF MOURNING AND VIOLENCE* 51(2004).

一個治理性技藝、一系列知識的政治實踐」，因此對她而言例外狀態並非任何關於更深層層次的極限問題或極端狀況，僅是作為治理術實踐的一部份的「一種新型的治理型態」(an innovative modality of government)⁶²⁴。因此從 Foucault 治理中法律做為策略的要素之一出發，Butler 詮釋下的例外狀態與懸法僅是「作為策略之律法的工具性操作」(instrumental manipulation of law as a tactic)，這是由「策略與戰術的一個散佈組合」所構成的權力樣貌⁶²⁵。正如其強調治理式權力「不從一個單一的來源獲有意義與目的」，不存在一個一致的主權式主體，而例外狀態是一種「以律法之名而行的類法 (paralegal) 世界」，在 Butler 中其立場清楚的呈現。

且這個「散佈組合」正連結到了 Butler 對於治理「常態化」(normalization) 的論述，Butler 將 Agamben 對現代性的門檻理解為生命政治的擴散相契合，生命政治技術幽微地擴散於整個社會，每個物件都可以成為感應裝置的論述：「主權者是那個對其而言每個人皆為潛在的聖牲人，而聖牲人是那個對其而言每個人都是主權者」，如果 Butler 將法的懸置與 Agamben 的裝置皆理解為 Foucault 「治理」策略的一環，那麼這個感應裝置的擴張被其理解為 Foucault 式治理的常態化也就不足為奇了。

第二款 本文觀點—Foucault 與 Agamben 思想的相互啟發

以下作者將說明自身立場，並以此立場開啓下一項之結論。的確在 Foucault 與 Agamben 思想的交會中，由於關注了相似的問題，加上 Agamben 將生命政治的討論中置入諸多近年的事件，因此當論者們觀看 Agamben 又回顧 Foucault 時，多有試圖協調二人者：有本於 Foucault 作為論述主軸者，將 Agamben 視之為 Foucault 的延續者或追隨者之角色，以 Foucault 觀點詮釋 Agamben 思想；亦有認為 Agamben

⁶²⁴ JUDITH BUTLER, *PRECARIOUS LIFE: THE POWER OF MOURNING AND VIOLENCE* 54-5 (2004).

⁶²⁵ JUDITH BUTLER, *PRECARIOUS LIFE: THE POWER OF MOURNING AND VIOLENCE* 56 (2004).

僅是精細化 Foucault 的想法，因此將 Agamben 觀點試圖協調而置入 Foucault 論述中者⁶²⁶。不過針對上一款中試圖協調二人思想的論述，其共同發想皆在於「應如何協調 Foucault 與 Agamben？是否可能整合兩人的論述？」，筆者將分別自權力與生命的觀點回應此發想，並提出筆者翻轉後的提問：「**為什麼一定要協調 Foucault 與 Agamben？是否存在協調不可的必要性？若否則應以何種態度面對二人的思想？**」。

第一目 無法協調的主權概念與權力論述模式

首先來看權力論述的模式。在 Foucault 以「措置」作為運作機制的生命權力中，其強調的是各異質性要素間的交互作用，在環繞生命進行論述與對各要素的安排與彼此力量拉扯中，權力會指向其運作模式：紀律與調節，在這個交互作用裡「主權」並未消失，僅是不再與權力畫上等號，但其依然作為策略的一環運作。Agamben 與 Foucault 同樣將權力運作指向某個緊急事態，因此將 Agamben 的主權式論述放置於 Foucault 權力運作中「主權」或「緊急事態」的位置，即成為一種協調的走向。惟筆者認為這樣的協調方式過於注重「主權」二字，反而忽略兩人概念中對於主權詮釋的差異以及權力論述方式的根本差異。

的確兩人都談論主權，且主權在 Foucault「生殺大權」或 Agamben「主權棄置」的想法中都代表了一種二分法下，對生命進行抹消或是加以棄置的決斷與否定，「決斷」與「否定」的論述正是主權的特色在此並無疑義。但接著在「主權」的內容上即生歧異，Foucault 生命權力的運作模式，是一種具有生產力的權力交互運

⁶²⁶ 例如我們上面看到 Ojakangas 的觀點中，就認為 Agamben 試圖尋求的解放路徑中，其尋求的生命模式：zoē 與 bios 不區分的狀態或相等的狀態，其實就是 Foucault 生命權力論述中的生命，或是認為 Agamben 與 Foucault 的權力運作都針對著某種緊急狀態，而 Foucault 的生命權力中也沒有揚棄主權概念，因此 Agamben 的主權論述應該鑲嵌入 Foucault 思想中，而將之精細化。類似觀點如 Judith Butler 即將 Agamben 思想中居於關鍵地位的「懸法」，以 Foucault 式的詮釋將之解為法在治理中，作為「措置」策略性一環的展現。

作，並非將權力等同於法，而以「否定」作為權力運作的單調樣貌，因此在 Foucault 思想中法僅是「措置」中的一環，而作為整體交互作用的一個要素，對 Foucault 而言真正重要的是作為標準的「常規」(norme)，「法」(loi) 僅作為權力或常規的彰顯、效應與工具，可說在 Foucault 思想中的主權指涉者即為「法 (loi)」，且法所代表的是禁止的力量，因此 Foucault 會認為具有生產性且非壓抑的生命權力是現代權力的樣貌，而壓抑與否定的主權權力業已消退，其僅是以策略或要素的形式存於現代權力中。

但在 Agamben 的主權式論述裡，「感應裝置」作為其權力運作模式，裝置開啓代表的是「無差別地帶」的出現，如果我們以《聖牲人》的最終章作為例子，則 Agamben 的裝置對應的即是「營」(Camp)。第一點要注意的是 Agamben 的確論述「營」即為當代生命政治典範與作為 *Nomos*，但要注意此處 Agamben 並非以我們談論的實證法 (loi) 作為主權決斷的標準或唯一展現方式，在 *Nomos* 與 loi 並非相同的概念的前提下，Agamben 思想下用來比喻的 *Nomos*，毋寧是作為一種包含了政治與法律交織而成的上位概念，且在對於生命棄置或切斷連結中使我們觀察到其存在，而法律 (loi) 僅是作為這個主權決斷彰顯的感應裝置之一（例如安樂死中，即是以醫生的決斷而非法律的決斷呈現主權式論述的樣貌）。因此如果我們將 Foucault 思想圖式中的法律等同於主權，並作為一種消極與否定的存在，則 Agamben 思想呈現的是，法律是「感應裝置」其中的一種呈現方式，雖然其主權式權力是以二分與排除的方式加以論述，但這個棄置邏輯並非僅有法律可以展現，其主權概念是一個交織了法律與政治運作的產物，且對 Agamben 而言所有的物品（不僅限於法律）都可以是其主權式權力展現的感應裝置時，Agamben 已經產生出一條與 Foucault 不同的論述，如此要強將 Agamben 的主權權力以等同法的方式協調入 Foucault 的論述中顯有困難。

另一點可注意的是相較於 Foucault 處的主權代表一種單調與否定的力量，Agamben 的主權論述雖然是以「棄置」為其展現方式，但這個棄置代表的「含括性排除」中其實是藉由將生命「置於外部」來產生概念內包或將其作為治理的一環，如果統合其「人性製造機器」的想法，則 Agamben 的主權式論述並非僅是單純的否定，而是在棄置中帶有某種概念生產的樣貌。在這個理解下，Agamben 的「主權」或許不再僅是單純的壓抑與否定，伴隨著其對於感應裝置跟主權權力的擴張作為現代生命政治基進化展現的想法，Agamben 遠離 Foucault 後的論述脈絡上要普遍化地將 Agamben 的主權式論述與 Foucault 生命權力中的主權要素加以協調整合並不容易。

除了對於主權的認知與論述脈絡兩人已經走向不同思維外，一個根本性的關鍵還是回到兩人權力論述模式的差距上，若 Agamben 的主權權力論述並非僅是小格局的對應於 Foucault 口中消褪的主權，而是一個擴散式的理解與不同的想法，則兩人的協調已經處於「相當困難」的狀況。那麼當兩人都各自架構出一個大型論述時，在最上位的層面（權力論述形式）中，Agamben 棄置與否定的權力展演形式在不論其運作效果是否具有生產性的前提下，這種二分與否定的權力展演，其實與 Foucault 亟欲告別的「司法—話語」言說是非常相似的一種展演方式，將權力形容為多樣要素的網絡運作與極具生產性的 Foucault 論述，在最上位的層面中，已經顯示出兩人的協調在根本上「客觀不能」的處境。

第二目「無法也沒必要協調」的小結—兼論生命概念協調的不可能

除了權力面向外，我們也看到 Ojakangas 試圖協調二人的「生命」概念，認為 Foucault 思想中的生命作為一種「複合性的概念」具有正面與生產力，正對應於 Agamben 生命區分下的 bios，因而認為 Foucault 思想適切地成為 Agamben 生命政治解放路徑的解答—Foucault 式詮釋中，將權力演進展演為 Foucault 的權力論述在

後取代在先的 Agamben 式論述⁶²⁷。惟筆者認為基於下開理由認為二者依然是難以協調的。

第一個理由，Foucault 與 Agamben 對於生命的理解實與其對於權力不同論述模式相連結，因此如果兩人的權力論述處於無法協調的狀況，則要將與此連接的生命論題加以協調亦非易事。第二個理由，Agamben 所希望的解放路徑是停止於 bios 與 zoē 間的糾纏，但直接將其等同於 Foucault 概念下的「生命」(例如：Foucault 思想下的生命就是 bios)並不妥適，的確如 Ojakangas 的論點可將 Foucault 的生命權力內涵解析為「對生命的關照：「愛」(Love)」⁶²⁸。進而生命權力的運作是爲了追求更好的生命，但我們無法忽略的是當 Foucault 討論生命權力與治理時，其工作也是在考察治理術的歷史，進而尋找治理自我與從權力網絡中解放的可能，縱使將 Foucault 的生命權力內涵理解爲「愛」，也無法擺脫其中建構出屈服主體形象—紀律性的個體與常態性的整體—的面向，且在《必須保衛社會》中，Foucault 也承認生命權力中死亡的權力存在的弔詭現象，筆者認為要將 Agamben 思想下的 bios 直接對等於 Foucault 的生命，過於直觀而武斷。第三，在 Foucault 關於生命權力的論述中，其亦於《必須保衛社會》的最後一講中提到「種族主義」與生命的關照結合時，產生一種生命權力的弔詭面貌，筆者認為此面貌中殺人權力的展演正是異質性要素結合後治理式權力中主權要素的顯現，因此當 Foucault 生命權力與種族主義結合時，其中也留存了一個「對生命觀照」轉向「死亡產生」的狀況，筆者認為在這樣的論述中，將 Foucault 的生命權力視爲 Agamben 主權權力的解放或將 Agamben 論述嵌入 Foucault 式論述中，進而可完全與主權式論述永久切割的答案是一個不盡理想的描述與協調方式，兩人的想法難以有相互取代的關係。

⁶²⁷ Mika Ojakangas, *Impossible Dialogue on Bio-Power: Agamben and Foucault*, in *Foucault Studies*, No 2 11-2 (2005), <http://rauli.cbs.dk/index.php/foucault-studies/article/view/856/874> (last visited: Feb 2, 2012)

⁶²⁸ Mika Ojakangas, *Impossible Dialogue on Bio-Power: Agamben and Foucault*, in *Foucault Studies*, No 2 17 (2005), <http://rauli.cbs.dk/index.php/foucault-studies/article/view/856/874> (last visited: Feb 2, 2012)

如果自權力與生命觀點的考察中，都存在根本性無法協調的鴻溝，那麼筆者認為與其不停將 Agamben 視為 Foucault 思想的追隨者或延續者，不如推翻此一前提地認為 Agamben 僅是在 Foucault 的論題上，發展出自身的觀點與理論，其更接近於一個對話者甚至是反動者的角色，如此一來也不需要再尋找二人協調的可能⁶²⁹。相反地回應此段開頭筆者的探問：「是否一定要協調二人？可否不協調二者？」，對此筆者認為兩人對於生命政治的論題都有其獨特的觀察立場，如果能夠抓住此論題的核心：治理、權力、生命（個體）、主體，那麼這兩人思想的對張中，將其化約為某方的詮釋或協調整合都略嫌可惜。互為啟發與激盪或許是未來對於二位思想家思想研讀時更為適當的做法。

第五項 分析視角的誕生：以 Foucault 思想為主線

現在這條漫漫長路來到了最後的終點，Foucault 與 Agamben 的差異已經呈現於我們面前，縱使有論者探詢將二人協調、縫合的可能，但筆者認為 Foucault 與 Agamben 的對張間存在著根本性的差異，毋寧說是在一個相似（但不同）的工作輪廓中，用完全相異的方式各自描繪著生命政治、權力與主體的議題。因此筆者認為二位思想家間不存在以其中一位思想完美取代或吸納、化約另一位思想的可能，而是在不同的描繪觀點中，以不同方向進行觀察、不同方向進行詮釋，產生相互啟發的作用，並使分析視角更為清楚與豐富才是較妥當的進路。

由於筆者的工作在於對我國刑事司法背後論述的現象描述與分析，因此筆者

⁶²⁹ 同樣在 2011 年 Gros 於中研院的演講中，即有提到 Agamben 生命政治的工作目的與 Foucault 並不相同，Agamben 著眼的是生命政治的運作如何導致現代極權政體的出現，這與 Foucault 進行的是一個關於指引與主體的歷史與哲學問題是不相同的。對此筆者亦深感贊同，兩人的工作目標不同下，必然有不同論述脈絡，硬是尋求整合二人太過於牽強。筆者亦認為 Foucault 的工作僅是一個現象的描述與歷史的考察，而 Agamben 除了與極權主義結合進行觀察外，也力求一個解放與反抗的路徑，兩人在角色與定位上都有不同的發展與難以完全縫合的歧異。

認為在兩人思想的相互啓發中，用以觀察的治理視角有三個重要的觀察點與選擇的理由：第一，權力的運作、第二，權力與生命間的連結、第三，連結的結果—「人」的形象的誕生。這其實就是 Foucault 與 Agamben 兩人工作的最粗略輪廓：治理中，權力的運作以及被納入其中作為運作對象的生命間之關連，以及最終對於主體的形構。對此筆者採取的是「以 Michel Foucault 思想為主，但部分輔以 Agamben 思想做為『啓發』⁶³⁰」的立場，以下即沿著上開三個觀察點說明理由。

第一款 權力運作的選擇：治理式權力論述與生命權力

第一點是關於「權力的運作」。筆者認為無論是 Foucault 「措置」形式中，對於生命權力運作的描述方式—治理式論述，或 Agamben 「裝置」形式中，以主權式論述所描繪的主權權力，兩者的論述都極具啓發性，且由於筆者分析者為近年的刑事政策，故二人生命政治誕生的時間點之爭，對於筆者的分析影響較小，惟為何筆者要選取 Foucault 作為分析的主線呢？在兩位思想家的論述中，都注意到權力運作中對於緊急事態加以回應的性質，但 Foucault 對於權力在回應中的論述模式，卻是筆者認為可更全面性地進行觀察的部分。詳言之，Foucault 在其「措置」中對於異質性要素的網絡關係理解，可以充分地涵蓋刑事司法中包括犯罪學與刑事政策的論述（知識層面）與各種運作機制間的互相影響與關係，且這些關係的複雜性包含的要素甚廣，Foucault 的治理式權力論述與「措置」概念較可使筆者對其中的複雜關係進行釐清。

雖然 Agamben 對於生命政治幽微擴散的基進化也提出其精闢的觀察，惟筆者認為其主權式權力論述方式對筆者的現象分析而言，仍有其限制。Agamben 主權

⁶³⁰ 所謂啓發的立場，筆者必須說明清楚。於此筆者並不打算採取主權權力來進行分析，而是要採用 Foucault 治理式權力的方式來分析現象，只是在觀察的過程中，對於某些現象的描述，由於時間點在於近年的關係，Agamben 可能會有更貼近近況的觀察與解釋，筆者對此會參考 Agamben 的意見，但會試圖以生命權力與治理式權力模式來進行解釋。

式權力論述的優點，在於對分類、棄置與排除上令人讚嘆的分析，以及將其權力運作的感應裝置加以擴張到各個物品與論述上的想法。但對筆者工作卻有兩個問題，第一點是對於筆者往後欲更深一步進行對於「論述」進行分析的「知識」工作上，Agamben 的感應裝置雖然及於「論述」，但著重於排除的論述，對於背後知識與論述的形構迄今卻較少分析（可能也並非其工作重點），對筆者往後工作形成一個限制。第二點，Agamben 雖然擴張於各種物品都可作為感應裝置而納入主權權力模式的運作，但一方面以「營」此一空間化方式的論述，是否能有效及於各種現象的分析令筆者懷疑，此外純以排除棄置的邏輯來檢討權力，雖然對於棄置的運作分析精闢，但就權力對生命的滲透與其間的關聯部分，卻未能如 Foucault 般提供一個適於分析的說法。第三點延續第二點而來，Foucault 對於生命權力的論述相較於 Agamben 的主權式權力，其對個體與整體的權力運作有詳細的說明與考察，Foucault 的觀察對於描述刑事司法中包含對個體處遇與對整體進行調控的現象，筆者認為較能提供全面的現象分析，此部分也是筆者認為 Agamben 未能提供筆者較為全面分析視角的主因之一。

雖然筆者最終採擷了 Foucault 的論述作為分析主線，惟 Agamben 對於筆者而言仍提供了一些啟發。Agamben 對於例外狀態常規化的描述，以及筆者對其「人性製造機器」的詮釋，都使筆者留意到刑事司法中權力運作機制的擴散，對此啟發了筆者對於權力運作中，在論述上製造緊急狀態以遂行治理的作法，且這樣的做法也使筆者注意到治理機制自小處擴及大處的現象，縱使筆者不採其主權權力論述，依然帶給本文極大的啟發。另外在關於人性製造機器的部分，對於人性清單的產生與人的形象的辯證，也使筆者在討論關於論述與時間的關係時，有一個更細緻的觀察面向去進行討論，對於刑事司法背後「他者化」的論述脈絡可以進行更仔細的討論，也是另一個重要的啟發。

第二款 權力與生命的關係—Foucault 觀點的可適用性

第二個理由著眼於兩位思想家權力與生命的連結，不論是採取 Foucault 將生命放入政治中的觀點，或是 Agamben 主權棄置的觀點，都可以觀察到治理與生命的關係。延續上開對於 Foucault 權力論述的選擇時的理由，在此筆者要說明為何在對權力與生命的連結觀察後，選擇治理式權力的理由。

對於筆者所分析的現象，其特徵包括了對於人的定位與區分，以及隨後的處遇，而其後刑事政策的論述則是「他者化」與排除的脈絡。對此，Agamben 對於生命進行區分與棄置的主權式論述看似切合，惟一方面筆者認為 Agamben 與 Foucault 的權力在論述上難以縫合，因此在對於生命與權力的連結上，自筆者的立場自然只能以 Foucault 論述作為觀察脈絡。另一方面，Agamben 對於裸命與棄置的論述雖然與刑事政策中「他者化」與排除的脈絡相似，但筆者認為 Agamben 析出裸命的權力運作與作為感應裝置的例外狀態，或是做為例外狀態空間化的「營」，對於如集中營或關達那摩拘留營或許可適切的分析，但主權式權力與生命的連結中，對於關於將個體形塑或以整體形式呈現的生命樣貌中權力與生命的運作關係，甚至是知識形構中對於生命的論述，這些筆者同樣關注且刑事司法中的重要現象，主權式權力與生命的連結中，都略有不足，簡單說排除與棄置邏輯對於刑事政策的分析角度過於單一。惟筆者認為，就 Agamben 例外狀態常規化之下，對於生命以裸命方式析出的治理方式，雖然筆者不採主權式權力的論述模式，但 Agamben 對於這些生命在現代社會各個角落，被以相似的方式加以排除與棄置的觀察，依然帶給筆者諸多啟發，也可以在以治理式權力的分析中試圖觀察同樣現象的發生與否。

確立對於 Foucault 生命權力作為觀察視角後，必須面對的問題在於將現代權力運作解為對生命關照的生命權力中，是否能如 Agamben 主權論述一般觀察到排

除現象，換言之除了權力滲透入生命的治理外，刑事司法論述中「他者化」與排除的脈絡，是否同樣可以在治理式權力中進行觀察呢？筆者對此採取肯定立場，理由則又要回到 1976 年 3 月 17 日《必須保衛社會》最後一堂課關於「種族主義」的論述中。在 Foucault 的論述中，種族主義在生命權力中的運作，藉由他人死以保障自己生存的生物學論述，確保了生命權力治理中的死亡功能⁶³¹，顯然古老的死亡權力在生命權力中依然可以尋找到它的位置，因此關於排除的現象，依然可以在 Foucault 的治理式權力模式與生命權力中進行分析，這一點是筆者得以確立採取 Foucault 的治理進行觀察的主因。

此外，筆者想指出 Foucault 的種族主義適於作為對刑事司法論述分析的理由，立基於其思想中「種族主義」的理解。Foucault 提到種族主義「並非是一種實際民族的種族主義」（non pas le rascime proprement ethnique），但是一種「進化」（évolutionniste）式的種族主義或「生物學」（biologique）的種族主義⁶³²。筆者認為 Foucault 的種族主義於此並非限於傳統理解的特定族裔，相反地是一種從生物學觀點理解的種族，關注的不是某種血統或族裔，而是對於生存延續或威脅的理解。Foucault 的觀察中，其提到十九世紀開始權力論述與生物學理論的結合，廣義的進化論觀念整體不僅是作為用科學外衣隱藏政治論述的方式、生物學術語改寫政治論述的方式，而是關於對殖民關係的思考、犯罪、瘋狂與精神疾患現象的思考方式⁶³³，也就是在因應這些問題中，人們以生物學觀點下對於生存的延續與消除威脅的觀點進行理解，而其中「犯罪」（criminalité）也成為 Foucault 觀察中的對象，因此對於刑事司法中「他者化」與排除的觀察，Foucault 的治理式權力論述同樣地可以發揮其觀察的功能。

⁶³¹ MICHEL FOUCAULT, IL FAUT DEFENDER LA SOCIÉTÉ: COURS AU COLLÈGE DE FRANCE, 1975-1976 230-31 (1997).

⁶³² MICHEL FOUCAULT, IL FAUT DEFENDER LA SOCIÉTÉ: COURS AU COLLÈGE DE FRANCE, 1975-1976 233 (1997).

⁶³³ MICHEL FOUCAULT, IL FAUT DEFENDER LA SOCIÉTÉ: COURS AU COLLÈGE DE FRANCE, 1975-1976 228-29 (1997).

第三款 結語：Foucault 的治理視角與「人」的形象的誕生

確立了 Foucault 關於權力與生命間的論述作為筆者分析刑事司法論述與實踐的方式後，筆者要在結語說明的是從第四章對於 Foucault 思想的考察中，Foucault 關於論述與非論述要素間的網絡運作，權力與生命間展演出的生命權力與治理式權力論述樣貌，所要討論的正是「治理」的論題，或者說是「指引」的論題。筆者也說明過所欲採取的正是七零年代末期 Foucault 關於被形塑與被指引的主體形象（或作為客體的個體形象）的想法來進行分析，因此可以說筆者的「生命政治」視角，更精確來說是兼具對論述與非論述、知識與實踐的「治理」視角，這是筆者要說明清楚的。

回顧筆者在第三章最終提出的問題，究竟在刑事司法的論述中，特別是以風險為主軸的論述及其延伸出具體的處遇措施中，刑事司法論述中「人」的形象是如何被形塑的。以下筆者就依據所採取的立場，以 Foucault 的「治理」視角（或精確說是七零年代末期為主的視角）來討論在刑事司法中論述與權力對於不論個體或整體是如何的滲透，如何地形塑出一個合於標準的個體與整體的形式，另一方面又如何展演其排除的權力樣貌。以下筆者即以第一部分中釐清的刑事司法論述為對象，藉由第二部分所討論的治理視角，進行一個現象的觀察與描述，或可謂筆者的工作是一個更清楚釐清現象的工作，或者是一種把話說得更清楚的工作吧。

第六章 本文觀察：「治理」視角下的刑事政策⁶³⁴

“ To them, **you're like a freak like me**. They just need you right now. when they don't, they'll cast you out **like a leper**. Their morals, their code...It's a bad joke. ...You'll see. I'll show you. When the chips are down, there civilized people... they'll eat each other”

—The Joker in “The Dark Knight”

第一節 前言－筆者將要進行的工作內容

結束了前兩章中從 Foucault 以至 Agamben 的討論，這個章節開始本論文的第三部分，也就是最後的結論部分。本章將從治理視角，對於刑事司法背後的社會意義與權力運作進行提出個人的觀察。以下筆者將先簡單回顧前面四個章節（兩個部份）進行的工作，藉此進入本章的分析工作中，並為最後一章的結論作準備。以下筆者先簡單回顧前面的工作，接著點出筆者下一步的工作，以及想要觀察的對象與分析的問題點。

第一項 釐清觀察內容：「人」形象的產生

開始進行細部的分析工作前，筆者先將整個分析最粗略的結果與輪廓進行一個勾勒，也可以藉此將要較為仔細論述的重點先指出。第二章中筆者曾提及對於當代反恐立法的批判之一即為「誰是恐怖份子」的定義難題，如 Habermas 就曾以「政治上具有切實可行的目標被授予政治的內容」作為標準區分普通犯罪行為與恐怖行動⁶³⁵，或如美國與我國的法案中都試圖「正面」定義恐怖份子⁶³⁶。筆者認

⁶³⁴ 雖然本論文的標題是「生命政治視角」，惟如第四章與第五章中筆者說明的，筆者所欲使用的是「治理」此一最上位的概念，故於本章的標題上，筆者即正名為「治理視角」。應該說選用「生命政治視角」作為標題，是因為此概念較為人所知，看到標題即可知曉筆者以 Foucault 思想做為討論起點，故以行銷手法進行題目的選擇。

⁶³⁵ BORRADORI, JOVANNA, PHILOSOPHY IN A TIME OF TERROR: DIALOGUES WITH JÜRGEN HABERMAS AND JACQUES DERRIDA, 53-8 (2003).

⁶³⁶ 我國反恐行動法草案第 2 條：「本法所稱恐怖行動，係指個人或組織基於政治、宗教、種族、思想或其他特定信念之目的，從事計畫性、組織性足使公眾心生畏懼，而危害個人或公眾安全之行為。」

爲一方面「政治內容」或如我國反恐行動法草案的定義方式，只是用另一個不明確詞彙去定義恐怖行動此一模糊的詞彙，另一方面對於明確性的批評則未觀察到重點，因爲無論如何恐怖份子都不可能定義清楚，或者說任何的犯罪人都不可能找到完美的定義，這種定義本身就是浮動的，或者以「他者化」脈絡進行理解時，被區分的他者本來就是隨社會背景與時空變遷不停發生改變。

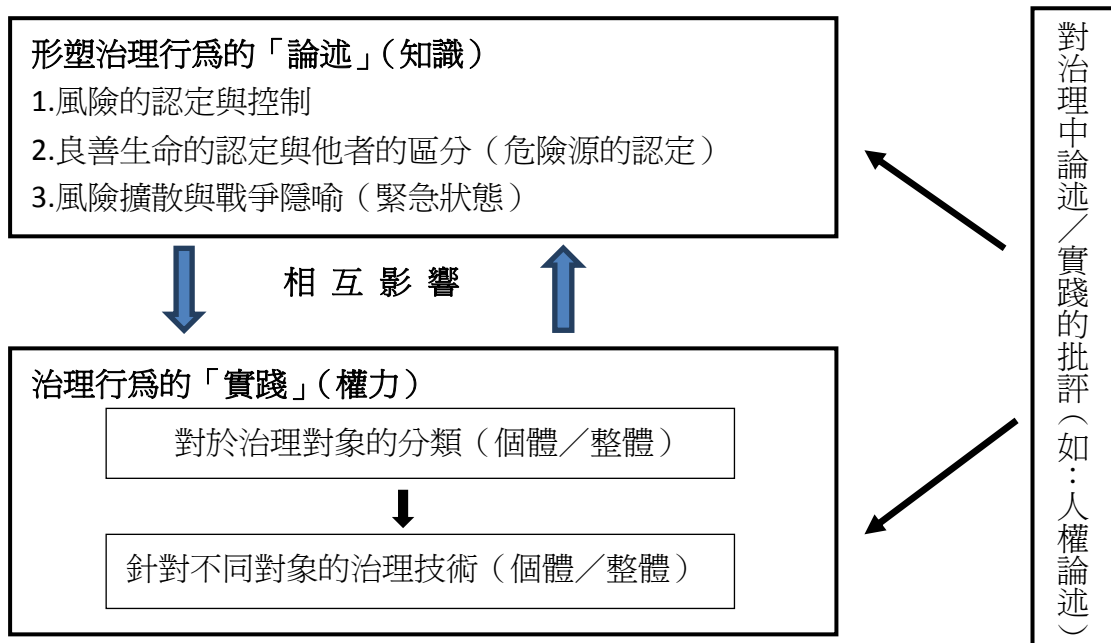
本文認爲問題不在刑事司法中的定義問題，反恐刑事司法呈現出的真正問題在於其背後的「論述」中，有某個體或群體因爲其行爲，被解釋爲恐怖行動，導致在法律上嚴苛的處遇。這種論述的具體展現正是「他者化」脈絡下不停差異化與區分的行動，他者的形象在美國是某些伊斯蘭基本教義派組織的成員，在我國則是性侵害犯。因此當我們談論誰是恐怖份子因而給予較爲嚴苛的對待，或於刑事政策面向上視之爲敵人並剝奪其權利時，根本問題將不再是界定「誰是恐怖份子」的明確性問題而已。真正的問題在於這套機制背後針對社會某個個體或社群的治理行爲：某種知識與權力交互運作下，不停尋找社會中某個對象，藉由論述尋找其特質，並定格畫入「他者」的形象中（「恐怖份子」或「敵人」的稱號中），並正當化刑事司法中的對待。

第三章中，筆者將刑事司法與刑事政策的運作，理解爲人類歷史上的每個階段都存在的「他者化」脈絡。正如 René Girard 所觀察的替罪羊一般，「他者化」脈絡中都有特定時點、地區的「恐怖份子」與「敵人」在誕生，其權力或似人般之對待也遭到剝奪，且在排除這些人的過程中去維護法秩序⁶³⁷。因此筆者觀察重點不在於爲每個社會裡的敵人其擁有的名稱去進行合於憲法明確性的定義，而是去觀察這個區分敵人的論述方式，筆者認爲縱使是合於憲法明確性定義的訴求，某程度上也是強化這個不停區分個體的論述或動作之一，因此要了解的是這個論述

⁶³⁷ René Girard 著，馮壽農譯（2002），《替罪羊》，北京：東方

中實踐過程和被區分的個體間形塑的關係，與這個個體其受對待方式的機制與動作。Agamben 對其「感應裝置」進行的舉例絕佳地點出了這樣的境況，他說到在充滿各種安全與監視設備，且這些設備作為無處不在的「感應裝置」的時代中，或許最像恐怖份子的正是每一個「平凡的普通人」⁶³⁸。Agamben 的這席話可說是本章工作最貼切的註腳，在這個治理技術幽微擴散或滲透社會每個角落的時代，每一個人都潛在地作為被治理與評價的個體，也正是在治理中「人」的形象被加以形塑—作為「他者」的「敵人」、「恐怖份子」甚或「非人」形象也一同產出⁶³⁹。

第二項 觀察的脈絡—「治理」中的「論述」與「實踐」



(※. 圖一)

接續第一部份對於刑事司法論述的分析與第二部分分析視角的選擇，本文的觀察對象，可看成是「權力運作」(區分的實踐行動、區分後的處遇)，以及驅使

⁶³⁸ GIORGIO AGAMBEN, WHAT IS AN APPARATUS: AND OTHER ESSAYS 22-3 (David Kishik & Stefan Pedatella trans., Stanford University Press 2009) (2006).

⁶³⁹ 其實 Agamben 這樣的論述，也正對應到其生命政治論述中認為當代生命政治典範即為「營」，而現代性代表的是這個典範的幽微擴張，因此在這個社會中各處皆存在營與無差別地帶，且在其開啓中，任何人都是潛在的論述者、主權者，但任何人都都可能是潛在的裸命。

這個實踐行動背後的「知識、論述」（他者形象的塑造、風險的認定）彼此的交互作用與結合，以 Foucault 式的說法則是「知識」與「權力」在「治理」中的交互運作。當人（無論是個體或社群）被置於這個機制中，可看成生命走入了治理中，論述與實踐會勾勒出刑事司法中「人」的形象（人與非人、人之中也會再分層），並依照不同的形象決定其處遇方式。以上圖為例，本論文觀察的重點如下：一、權力技術運作的樣貌：對個體與對整體的運作；二、論述的重心：風險、安全與生命；三、論述與權力技術之間的交互作用；四、交互作用中治理技術的擴散。

筆者將觀察的對象又區分為兩個部分：第一、刑事司法中最開頭的立法的過程中對於法律中「人」的區分，包括刑事政策或實定法規中的區分，伴隨此區分的結果是不同的處遇方式，這也是筆者最初提問時問到的，如何形塑出刑事司法中「人」的形象。第二、但伴隨這些處遇的實行，會遭遇到與立法時相反的意見，也就是批判性的意見，以刑事司法為例最常出現的就是對於人權侵害的疑慮，這個「批判論述」是否可能對於「人」的形塑產生影響，也是觀察的重點之一。簡言之，筆者對於刑事司法中「人」的形塑的觀察是包含兩部分形構而成的：論述與處遇形成第一組力量，批判形成的再論述形成了第二組力量。

第三項 觀察的對象：刑事司法背後的論述與刑事政策⁶⁴⁰

了解筆者觀察視角的內容與分析脈絡後，本文緊接著交代觀察對象為何。學者江玉林對於以 Foucault 權力觀點分析警察政治的作用時，曾說明 Foucault 的權力分析與對歐洲警察制度的系譜考察有其自身獨特的「問題化」（*problematiser*）脈絡，若抽離該脈絡而逕自用於對日治時期警察制度的考察，容易有將 Foucault

⁶⁴⁰ 本項的書寫感謝口試過程中口試委員江玉林老師的提點，江老師點出了以 Foucault 的思想進行分析時，必須清楚的界定觀察的對象為何，蓋於不同的國家其不同的刑事司法制度中，必然有其不同的歷史脈絡與社會背景，因此指名清楚觀察對象是相當重要的事情，以免與 Foucault 的理論背道而馳。相關論述詳見：江玉林（2010），〈後藤新平與傅柯的對話－反思台灣日治初期的殖民警察政治〉，《中研院法學期刊》，7期，頁46

思想去脈絡化、工具化、抽象化的困境，與其歷史思維相背離，而每個人為的措置與我們作為「人」的型態都有自身獨特的問題化脈絡、歷史、文化與社會條件⁶⁴¹。因此本文在分析上，勢必要將分析對象說明清楚。

且當筆者所欲分析者涉及我國刑事政策與刑事司法時，也可能面對是否以「西方偏見」或「帝國語言」進行分析的懷疑⁶⁴²。對此懷疑，亦有學者認為這是一種以各種可能的偏見來體察偏見、分歧的權威來辨識權威的「識字」過程⁶⁴³。針對此一問題⁶⁴⁴，筆者簡要地以三點說明之，並同時揭示筆者所欲分析的對象為何。

第一點，本論文中討論過者包括美國反恐刑事司法的「論述模式」與我國對於性侵害處遇的模式，本文自二分論（或寬嚴並濟的）刑事政策進行觀察，可發現上開制度與二分論刑事政策背後的刑事政策發展間的關聯性，筆者認為雖然未能更細緻進行論述，惟二分論刑事政策的引入中可見到我國刑事政策走向與美國間的繼受關係，雖然實際運用勢必發生差異與斷裂，惟背後的「論述模式」應屬相似。

第二點，筆者所欲討論者應為我國現象，惟著重於刑事政策與刑事司法背後

⁶⁴¹ 江玉林（2010），〈後藤新平與傅柯的對話－反思台灣日治初期的殖民警察政治〉，《中研院法學期刊》，7期，頁46

⁶⁴² 蘇哲安（John Solomon）（2006），〈「復興」還是「復辟」？：論當前歐陸理論的限度與突破——〈保羅復興〉一文引起的省思〉，《文化研究》，3期，頁236-240

⁶⁴³ 且該論者也認為所謂西方偏見的批判，本身也是立於一個偏見的位置，繼續代理著西方的偏見與帝國的語言，詳見：朱元鴻（2006），〈保羅政治的些許側景：回應蘇哲安〉，《文化研究》，3期，頁243

⁶⁴⁴ 這個疑問也是筆者在自大學時代到書寫論文過程中，最大的疑惑之一。我們所學的法律制度來自西方制度，教課書中也常見以美國或歐洲角度理解我國制度，不僅是法律制度，包括社會學與哲學也都有這樣的現象。究竟筆者該以什麼樣的眼光去看待西方思想？縱使不認為這是一種文化或語言殖民的過程，對於西方理論適用於本土分析時，該如何分析才能切合我國現況，以及此種分析是否又過度忽視理論形成與分析對象各自社會與文化背景的差異？以法律制度為例，面對本土問題，動輒以美國聯邦最高法院判決或是歐洲人權法院判決的思維進行分析是否妥適？（相同現象也發生在美國判決思維理解歐陸案例，反之亦然）。這些疑問，除了是本論文書寫過程中時時壓在心頭的大石，也是未來必須去設法面對的難題。

的「論述模式」上：亦即「刑事政策論述與實定法規定間的關係、實定法規定中呈現出對於主體區分與差別對待的現象」。而此論述模式根據筆者前述，亦非僅限於我國所獨有，相反地於作為楔子之美國反恐刑事司法背後亦存在相似的「論述模式」，此外論述模式背後所呈現的「他者化」脈絡，更是人類歷史上共同存在的現象，筆者也曾在台灣社會觀察中點出此脈絡於台灣存在的現實。故筆者應可以此「論述模式」作為分析對象，惟筆者仍將以台灣現況為具體案例，在不足之處再引用美國案例作為說明⁶⁴⁵。

第三點，雖然 Foucault 所觀察的西方歷史脈絡與我國有別，除了前述理由說明本文工作可行性外，另一方面筆者認為 Foucault 思想中呈現出對「人」的指引、知識與權力間交互影響、人在「措置」與「治理」中呈現的形象，應是人類世界普遍存在的現象，故雖有去脈絡化的嫌疑，但在我國刑事政策發展與西方有所關聯的前提下，以 Foucault 思想中對於權力與知識理解的架構來進行對普遍存在的刑事司法「論述模式」的分析，應屬可行的工作，這也是筆者在第四章說明對於 Foucault 思想進行採擷工作時已說明者。

第二節 治理視角下權力技術與生命論述交織的運作

以下先說明治理技術與論述間的關係，在兩者交互作用難以切割的前提下，本章將兩者書寫於一節。接著先說明以「生命」作為核心的論述內容，接著介紹以此論述為基礎延伸出的治理技術，一方面觀察此一治理技術如何反向影響論述的內容，另一方面觀察在此交互作用中，治理技術在整個社會的遍布與擴散。

⁶⁴⁵ 本文認為既然已經呈現出我國刑事政策與英美刑事政策間繼受的關聯性與發展脈絡的相似性，應可（不成熟的）嘗試以背後的論述模式作為分析對象，而非對特定某國的刑事司法條文或判決進行分析，如此也或可在技術上避免出現「國籍不明」論文的現象。

第一項 權力技術與生命論述間難分的交互關連

承接上一章最終筆者談到的觀察視角以及本章前述的工作輪廓，當代刑事政策社會意義中的權力技術內容與驅動其運作的論述主軸，以及兩者間的關係都是必須分析的對象。不過筆者在本文決定將二者混合為一節進行討論而不區分，理由在於當筆者選擇 Foucault 的治理式權力作為觀察視角下，二者間實際上是難以區分的。在 Foucault 治理概念中，作為治理內技術線路配置的概念即為「措置」，而「措置」正由論述與非論述的異質性要素交互作用而構成，不僅是話語、陳述等論述去形成權力的實踐行動，權力的運作中亦反向地去影響知識形構與論述的內涵。這也是筆者於（圖一）中所呈現的，借助 Foucault 對知識與權力精闢理解的同時，也必然的採擷了 Foucault 對知識與權力二者間交互影響的觀點。

以下在觀察權力技術如何進行區分以及形構「人的形象」之前，筆者將先說明其論述的著眼點：「生命」，再以此驅動核心出發討論延伸出的治理技術，且分成兩面向進行：第一、環繞生命的論述所產生針對「個體」的治理技術運作；第二、針對「治理技術」觀察其程度上之差異，以及其於社會中的擴散。

第二項 環繞生命而發的「論述」⁶⁴⁶

筆者認為以風險作為論述主線的刑事政策與由此而生的實定法規中，其論述的核心概念環繞著一個重要的對象：「生命」。一切環境的生成與風險的控制，包括環境的塑造與對於個體的控管，都環繞著生命的保護進行論述，風險的衡量中所指涉的也都是針對生命的風險。

⁶⁴⁶ 在筆者撰寫論文的過程中，其實還有一個想探問的問題，也就是討論權力與人的形象彼此關係的形塑過程中，扮演著重要角色之一的「論述」或者說「知識」的來源。由於篇幅與工作能力的關係，本論文僅能說出心中認知的論述主軸，但在「知識」面向上這樣的論述主軸是如何形成的，其實是筆者很有興趣的議題，諸如刑事實體法中的「法益」或是程序法中的「人權」，都不是一個先驗性的價值，而是一個應去質疑與討論的「知識形構」過程，不過礙於本論文的工作範疇，對此僅能留待日後討論了。

本文將此論述分爲兩方面：第一，以關照生命的角度出發，權力運作冀求的是形成一個能夠安全生存的環境，強調對於（對於生命的）危險源的控制，包括隔離無害化的排除、矯正消除風險因子與將危險的統計數字調整到正常的曲線都是這條論述脈絡的實踐；第二，延續對於危險源排除與維持生存的脈絡，對於危險源的定義與區分是更進一步的論述，此論述包括對於生命的良善、美好的期待（或可說「對於人性的期待」）。前條論述與凝視對象置於他人（侵害生存的高度風險與危險源），後條論述則凝視自身，但也同時進行與他人間的比較（什麼樣的人是好的、我是好的人，而某人是危險源）本文認為兩條論述脈絡是一體兩面而交互影響的，交互形成了以生命爲主軸的論述：在凝視他人同時也觀察自身，並與自身發生關連而進行比較；證立自身良善同時，也找出代表對生存產生危險的標準，並以此標準找尋危險源或高度風險，在這套論述下發展出不同的實踐策略。

第一款 論述脈絡一：風險、安全與生命

Foucault 對於生命權力關照生命的討論中，曾提出死亡面向的弔詭權力展現，其於生命權力中置入「種族主義」的論述⁶⁴⁷，且將「種族主義」理解爲「生物學類型的關係」（une relation de type biologique）⁶⁴⁸。Foucault 認爲他談的「並非是一種實際民族的種族主義」（non pas le rascime proprement ethnique），但是一種「進化」（évolutionniste）式的種族主義或「生物學」（biologique）的種族主義⁶⁴⁹。由此可以發現 Foucault 生產性的治理性權力中，以排除方式來維持生存的展演方式，筆者認爲其「種族」概念強調的是一種「對生命生存維持或威脅」爲判準的概念，

⁶⁴⁷ MICHEL FOUCAULT, IL FAUT DEFENDER LA SOCIÉTÉ: COURS AU COLLÈGE DE FRANCE, 1975-1976 227 (1997).

⁶⁴⁸ MICHEL FOUCAULT, IL FAUT DEFENDER LA SOCIÉTÉ: COURS AU COLLÈGE DE FRANCE, 1975-1976 228 (1997).

⁶⁴⁹ MICHEL FOUCAULT, IL FAUT DEFENDER LA SOCIÉTÉ: COURS AU COLLÈGE DE FRANCE, 1975-1976 233 (1997).

且根據 Foucault 的分析，這種論述於社會主義國家（如蘇聯）即曾用於處理精神疾病、**犯罪**等問題上⁶⁵⁰。因此當筆者分析當代刑事政策對犯罪處理的現象時，也試圖尋找當代對於「生命維持」的概念－風險與安全⁶⁵¹。

因此筆者將第一條環繞生命而發的論述重心置於「安全」之上。從刑事政策中以風險作為判斷主軸的論述主線到 Foucault 口中以安全作為「措置」主線的權力，可以看到「風險」與「安全」成為治理的論述主軸。現代社會中，社會大眾冀求一個安全的生活環境以維持自身的生存，並在良好的秩序中繼續追求經濟發展與公平的競爭。因此破壞秩序的行爲，在論述上即會被指向一個對我們的生命維持產生干擾的行爲。這種對於生存與安全的企求，形成的論調即是對風險的控制與危險源的排除，如果從刑事政策的發展進行觀察，可分為兩部分。

第一個部份是對於被害者的凝視，第三章曾提過在刑事政策中的轉變，過去矯治主義曾凝視犯罪人並試圖去探尋犯罪的原因，爾後刑事政策將凝視對象轉向被害人，藉由對於被害者的凝視，將其被害情事（犯罪行爲）加以放大，塑造出人人皆可能為潛在被害者的氛圍（集團恐懼），進而強調對於風險控制的重要性⁶⁵²。第二部份是對於加害者的凝視，雖然刑事政策不再以矯治主義作為主流，但在風險論述之下對於加害人的凝視卻未曾停過，一方面觀察重大的危險源試圖將其隔離於社會外⁶⁵³，另一方面對於回歸社會後的犯罪者，以風險控制為名強調情境預

⁶⁵⁰ MICHEL FOUCAULT, *IL FAUT DEFENDER LA SOCIÉTÉ: COURS AU COLLÈGE DE FRANCE, 1975-1976* 233 (1997).

⁶⁵¹ 類似想法如 Butler 提到 Bush 在反恐戰爭中，對於 Bin laden 即提出所謂“Dead or Alive”的口號，筆者認為這也是相通思維下的產物，詳參：JUDITH BUTLER, *PRECARIOUS LIFE: THE POWER OF MOURNING AND VIOLENCE* 84 (2004).

⁶⁵² 例如在華岡之狼假釋與否的討論中，即可見到受害者形象擴張因而令台大校方與師生擔憂與反對的例子，請見：〈華岡之狼申請假釋，台大生反彈〉：<http://www.epochtimes.com/b5/3/7/7/n339154.htm>（最後瀏覽日：02/07/2012）

⁶⁵³ 例如對於高風險代表的華岡之狼，在假釋之路上即受到極大的反彈，其代表的正是隔離無害化的思維，請見：〈「華岡之狼」多位專家論：再犯率高不宜假釋〉：<http://www.epochtimes.com/b5/3/7/7/n339271.htm>（最後瀏覽日：02/07/2012）

防（如：電子腳鐐等科技設備）⁶⁵⁴。除了對於犯罪者與被害者的凝視外，另一個關注的對象則是犯罪行爲。

犯罪行爲代表的是對於現存規範、秩序的破壞，或者以刑法來說即爲侵害法益的行爲，但法益作爲一種可加以形構的「知識」，卻可能在治理的論述中將其保護範圍加以擴張，連帶在刑法處罰範圍也更加前置化。以「911」爲例，Jean Baudrillard 與 Derrida 都曾對其作出評論，的確在「911」是否屬於「事件」一事上兩人有所爭議⁶⁵⁵。但撇開該哲學上的爭議與脈絡，在兩人的論述中都可以看到他們對於「911 的分析」可帶給本論文的啓發之處：對 Derrida 而言，「911」與我們對其恐怖攻擊的稱呼，到最後只是因爲帶來了過大的震撼，而使我們反覆重複著 911 的數字，但僅是無意義的不停重複而深化於內心⁶⁵⁶，Baudrillard 則以其象徵概念討論了 911，並認爲重點在於作爲資本主義象徵的雙子星被摧毀所帶來的震撼。

這些思想家帶來的啓示是：一個恐怖攻擊或重大的犯罪行爲，其重大與否並無量化的標準，重大與否是來自於對我們的震撼與感受，以本論文的脈絡來說就是對於生命安全、風險與秩序破壞的震撼，當秩序與安全的象徵遭到破壞時，對於我們的影響也是對於危險源的想像另一個重要的來源，而這樣的情緒與論述也會成爲治理技術發展的基礎與利用的工具⁶⁵⁷。我國《性侵害犯罪被害人保護管束加害

⁶⁵⁴ 如我國性侵害犯罪被害人保護管束加害人科技設備監控實施辦法第 3 條：「本辦法所稱科技設備監控，係指運用工具或設備系統輔助查證受監控人於監控時間內進出監控處所之情形，並藉由訊號之傳送，通報地方法院檢察署、地方軍事法院檢察署。」，於華岡之狼獲假釋後爲了控制其犯罪風險，故要求其配戴電子監控設備，請見：〈華岡之狼獲假釋 台法務部實施電子監控〉：

<http://www.epochtimes.com/b5/7/9/14/n1834266.htm>（最後瀏覽日：02/07/2012）

⁶⁵⁵ 對於「911」，Baudrillard 就認爲產生這樣多的媒體評論與人力動員，其當屬一個事件，但對 Derrida 而言其則認爲這是一個早可預料的行爲，故非屬一個事件，對此爭議於此不加贅述。詳見：JEAN BAUDRILLARD, *THE SPIRIT OF TERRORISM* 3-4 (Chris Turner trans., New York/London: Verso) (2002)., BORRADORI, JOVANNA, *PHILOSOPHY IN A TIME OF TERROR: DIALOGUES WITH JÜRGEN HABERMAS AND JACQUES DERRIDA* (2003).

⁶⁵⁶ BORRADORI, JOVANNA, *PHILOSOPHY IN A TIME OF TERROR: DIALOGUES WITH JÜRGEN HABERMAS AND JACQUES DERRIDA*, 85-90 (2003).

⁶⁵⁷ 例如 Baudrillard 就舉例認爲雙子星的傾倒，其實就與紐約地下鐵的塗鴉一般，輕重不同的行爲卻都是急於被政府清除的對象，原因在於背後的意涵是「對於紐約市中心秩序產生最核心的侵害」，

人科技設備監控實施辦法》就是一個顯例，性自主法益固然重要，惟如生命與身體法益等亦相當重大，但除性侵害外卻鮮見其他犯罪人被要求配戴電子設備進行監視，此一治理方式背後透露的是對於性侵害犯人較大的恐懼，而恐懼來源的無所不在形象、高度再犯率都是其代表高度風險的論述內涵，也延伸出對其相對嚴格的處遇方式⁶⁵⁸。

第二款 論述脈絡二：對於良善生命的認定與他者的區分

將風險與危險源認定與生命維存（維持與保存）加以連結是第一條論述脈絡，第二條脈絡是「如何去標記出危險源」。當我們凝視某個對象時，如何論述其為應予排除的危險源、如何認定其代表著潛在而必須加以控制的風險，刑事政策中我們提過的「敵人刑法」理論是極佳的觀察案例。「敵人刑法」中進行的就是一個區分的動作，將原本已屬嚴厲面向的犯罪人進行再次的區分，切割出一塊屬於法外的「敵人」，Jakobs 的理由是敵人漠視了社會的規範且以推翻規範為目的，因此不需要再給與其規範的保護。這個「對於規範的漠視與想推翻法治國」的認定，即為敵人認定的標準。依照上一款的第一條脈絡，敵人象徵的是對生命維存的危險，但如何去論述出此危險的存在或樣貌，即屬第二條脈絡要談的。

同樣以台灣的性侵害犯出發，大法官解釋 584 號可作為一個觀察案例，該號解釋針對的是 1999 年 4 月 21 日修正公布之道路交通管理處罰條例第 37 條第一項規定：「曾犯故意殺人、搶劫、搶奪、強盜、恐嚇取財、擄人勒贖或刑法第 221 條至第 229 條妨害性自主之罪，經判決罪刑確定者，不准辦理營業小客車駕駛人執業登記。」在對於犯罪人的恐懼下，當我們與前科犯共處一個密閉空間時，恐懼

詳見：JEAN BAUDRILLARD, THE SPIRIT OF TERRORISM 74-5 (Chris Turner trans., New York: London: Verso) (2002).

⁶⁵⁸ 愛國者法案第八章之中，對於恐怖份子支持者與協助者的加重規定也是一個為控制高度風險，而將處罰範圍極度前置化與擴張的顯例。

感更是膨脹到無以復加的地步，而性侵害犯毫不意外的被規範於此條中。不同於其他各條文，對性侵害犯的恐懼擴張於我國刑法第 222 條第 6 款中將利用職業小客車犯性侵害的犯罪中，該條文在刑度上予以加重⁶⁵⁹。

584 號解釋中大法官對於該條文作出了台灣社會中不太令人意外的合憲性解釋，不過筆者認為可關注的是許玉秀大法官不同意見書中的一段話⁶⁶⁰：

聖經裡頭向婦人丟石頭的故事，總是能牽動人類內心底層的矛盾，有悲憫，也有恐懼。直到二十世紀初葉以前癲瘋病患的故事、二十世紀以來愛滋病患的故事，以及去年春天記憶猶新的 SARS 傳染病來襲時，台北市立和平醫院前的歇斯底里，都是一樣。**人類面對無能力解讀的危險時，第一個念頭就是和可能帶來危險的人劃清界限。**

這段話清楚的表現出了人類歷史上不停進行的區分行爲，也正是第三章中筆者於刑事政策背後所析出的「他者化脈絡」，將異化的他者加以排除或與我們切割的行爲。此份不同意見指出了畫清界線的行爲，也指出了被畫分者的形象：「使我們對於安全美好生命的想像產生失去的恐懼者。」

沿著第一條脈絡，爲了生命的維存，必須控制風險與排除危險源，Jakobs 對於敵人的定義中，也將敵人設定爲欲摧毀法治國者，考量到 Jakobs 想避免的是回到 Hobbes 式的自然狀態⁶⁶¹，筆者認爲敵人也可以解釋爲對於生存的危害。無論是對於敵人的區分或是刑事司法中特定的刑事被告進行區分，疑問在於這個標示、認定、排除的動作是如何做出的？背後推動的力量爲何？回到刑事政策與刑事司

⁶⁵⁹ 筆者認爲這又是一個跟刑法精神不合的條文，不管是在哪個場所性侵害都應該是一樣嚴重的事情，但爲了抑制性侵害的風險，我國刑法立法上又再次將性侵害的加重處罰範圍脫離法體系的擴張，一方面可以看見對於性侵害的恐懼，二方面也可以看見性侵害犯在我國社會中最接近於敵人角色的跡象。

⁶⁶⁰ 本段資料引自司法院大法官網頁：<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/>（最後瀏覽日：01/15/2012）

⁶⁶¹ Günther Jakobs 著，徐育安譯（2003），〈市民刑法與敵人刑法〉，許玉秀主編，《刑事法之基礎與界限-洪福增教授紀念專輯》，頁 21-23，台北：學林

法在人類歷史中「他者化」脈絡的形象，Garland 就曾描述刑事政策中，將暴力、塗鴉、吸毒或游手好閒者視為與「我們」不同的「他們」，將其失序行為與安全社會的相異之處標示為某種特質，進而標示出作為「危險他者」的身分⁶⁶²。筆者認為定義敵人與他者形象確實建立在某種特質的尋找，反過來其實是在為自身定義什麼樣的標準與要件符合者可以作為良善的生命，或對於正常與秩序進行定義。這個反向的力量與第一條脈絡中對於風險與危險源的標示互有關聯，並產出界定他者或不正常者（危險源）的判準，這種藉由觀察劃分不正常人概念的作法，也正是 Foucault 紀律措置中呈現的樣貌⁶⁶³。

對於刑事司法論述中標示異常特質的他者化現象，與刑事政策和社會大眾的「情感」有所關連，涉及了情感與法律的關係。Martha C. Nussbaum 即曾於其《逃避人性》（*Hiding from Humanity*）一書中對法律與情感的關係進行討論，並著眼於「噁心」與「羞恥」兩種情感⁶⁶⁴。其中特別啟發本文者是「噁心」此一情感，Nussbaum 認為噁心的最初起源是對某種「引起我們情感上反感之物」逃脫與看不見的渴望，噁心也體現巫術中關於不淨的觀念，以及對純潔、不朽、擺脫動物性的渴望。這些噁心的對象通常以「污染物」的形式出現，主要是動物與由動物產生的東西，例如：排泄物、體液、屍體等。對這些污染物的觀看與接觸中，人們會聯想到自身的動物性和必死性，因而產生噁心的情感，例如我們會排斥如廁完不洗手的握手行為、女性月事來臨時賦予其許多的禁忌等⁶⁶⁵。在情感（噁心）如何產生的論述下，Nussbaum 認為噁心並非侷限於這些面向，反之人類歷史中常可見到「投射式噁心」，正常人透過噁心此一機制，進而排除特定群體或個人如：同性戀、猶太

⁶⁶² 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》，頁 242-243，台北：巨流

⁶⁶³ MICHEL FOUCAULT, LE POUVOIR PSYCHIATRIQUE: COURS AU COLLÈGE DE FRANCE, 1973-1974 56(2003).

⁶⁶⁴ Martha C. Nussbaum 著，方佳俊譯（2007），《逃避人性：噁心、羞恥與法律》，頁 58-124，台北：商周

⁶⁶⁵ Martha C. Nussbaum 著，方佳俊譯（2007），《逃避人性：噁心、羞恥與法律》，頁 147-156，台北：商周

人、低下階級者或重大犯罪人⁶⁶⁶。這樣一種噁心的情感以及投射式噁心，在 Nussbaum 將情感與法律連結的前提下，其認為正常人有時透過各種論述來製造法規範中正常人的樣貌，也就是我們講到的「對於正常人或市民要件與定義的設定」，藉由將動物性的擁有投射到某些族群和個人，使得他們無法成為完整意義的人格體，正常人對他們感到噁心並逃避而不敢面對他們：拒絕可能的汙染⁶⁶⁷。當法律將這些個體的權利剝奪殆盡時，正常人由於逃避面對或設想這些噁心的個體本來就是要遠離的，因此並不會因此感到愧疚，甚至正常人會因為與動物性連結的噁心個體被排除而感到安全的到來。如當性侵害犯被法律剝奪其權利或不當對待時，更多的時候我們看到大眾是出於除之後快的情感希望將其排除於我們的生活秩序外，或覺得這些人過於噁心與反人格而對其視而不見。這是一個很好的對應於 Nussbaum 想法的例子，很多時候各種負面的評價與法律的連結並非必然，而是主流論述藉由對特定論述或大眾情感的操作（如對噁心的論述）去生產出來的，在這些論述中界定某些大眾亟欲隔離的特質並將擁有特質者「他者化」⁶⁶⁸。

除了 Nussbaum 之外，回到 Agamben 帶給筆者的啟發，於人性製造機器的討論中，也提到生物學家不停的尋找人與動物的區分，且設法為人類尋找定義，而哲學方面也不停進行人為何的辯證⁶⁶⁹，其認為這些試圖在動物與人之間找到差別並設法正面定義人的作法，產生了一種「人性製造機」⁶⁷⁰。人性製造機想為人類證明其於自然中沒有的特徵，把人懸掛於天空與大地間、人類與動物間，人總是不停想增加內在於人的要件而試圖略多或略少進行對於自身的定義，例如人總是

⁶⁶⁶ Martha C. Nussbaum 著，方佳俊譯（2007），《逃避人性：噁心、羞恥與法律》，頁 175-185，台北：商周

⁶⁶⁷ Martha C. Nussbaum 著，方佳俊譯（2007），《逃避人性：噁心、羞恥與法律》，頁 163-164，台北：商周

⁶⁶⁸ Martha C. Nussbaum 著，方佳俊譯（2007），《逃避人性：噁心、羞恥與法律》，頁 255-256，台北：商周

⁶⁶⁹ GIORGIO AGAMBEN, THE OPEN: MAN AND ANIMAL 5-22 (Kevin Attell trans., Stanford University Press 2004) (2002).

⁶⁷⁰ GIORGIO AGAMBEN, THE OPEN: MAN AND ANIMAL 37 (Kevin Attell trans., Stanford University Press 2004) (2002).

說人類才有語言或死亡，或是人才擁有理性的說法，都是這類將自己與動物作出差異，為自身增加內在定義的方式⁶⁷¹。因此在 Agamben 的感應裝置—無差別地帶—中，人總是須經由含括式排除的方式一步步地界定什麼是「人」，這就是人性製造機的運作方式：藉由定義動物性並將之排除；但在排除之後又再將之含括進來，成為人性列表上人的定義之一，此後再繼續不斷區分的循環方式。

從 Nussbaum 與 Agamben 的說法中，雖然兩人的立場各有不同⁶⁷²，但都可以觀察到關於人性觀察的共通點。在社會上每個人都會被安插於不同的位置上，而這樣的區分都建立在我們對於人的區分、人與動物的區分上，藉由對於我們排斥的動物性或情感上拒絕的事物，將其論為一種應從人身上排除的東西，不僅是觀看那些我們覺得噁心的人，也觀看自己：希望自己不要被汙染，也希望自己身上不要有同樣的汙點⁶⁷³。在這樣的討論中，如 Nussbaum 談到的投射式噁心，刻意的塑造論述中對於特定族群進行汙名化的論述⁶⁷⁴，正是筆者提到「他者化」脈絡的展現，一方面藉由科學研究等方式正面尋找犯罪人的特質，另一方面則藉由對自身（正常人）的定義，取反面證立出那些只有犯罪人才擁有，而自身避之唯恐不及的特質，最終差異化出某種犯罪人的特殊形象與正當化對其處遇⁶⁷⁵。

⁶⁷¹ GIORGIO AGAMBEN, *THE OPEN: MAN AND ANIMAL* 49-62 (Kevin Attell trans., Stanford University Press 2004) (2002).

⁶⁷² 比起 Agamben 希望以「無為」(desœuvrement) 方式停止人與動物的辯證進而停下人性製造機的作法，Nussbaum 相當積極樂觀的認為溝通中我們可以發現到其指出的問題點，以自由主義的思維溝通出人性的面貌。詳見：Martha C. Nussbaum 著，方佳俊譯（2007），《逃避人性：噁心、羞恥與法律》，頁 470-508，台北：商周

⁶⁷³ Martha C. Nussbaum 著，方佳俊譯（2007），《逃避人性：噁心、羞恥與法律》，頁 163-164，台北：商周

⁶⁷⁴ Martha C. Nussbaum 著，方佳俊譯（2007），《逃避人性：噁心、羞恥與法律》，頁 175-185，台北：商周

⁶⁷⁵ 當今的刑事政策中例如對於性侵害犯、美國對於恐怖分子的排除，就是藉由強調其身上的非人性、殘虐等特質，甚至使用基因或大腦研究等科學化的論述，論證其擁有非正常人的特點，最終正當化對於其剝奪權利的處遇方式。而這樣的論述方式，或許也是為何當美軍在伊拉克「阿布格萊卜」(Abu Ghraib) 的虐囚事件曝光時引起了奇妙的反應，某部份的人表示對於這種照片引起的輿論批評感到大驚小怪，因為這些被虐者是手沾美國血的恐怖份子（其實有些連嫌疑都沒有），在這種言論者可以看到的就是對於非人者不具備人定義後可以任意對待的思維。此外情緒的另一類型則是驚嚇，因為當他們將殘虐、非人道作為邪惡的動物性而加諸於恐怖份子時，卻發現真正實行這些行為的是自己，在這個對於動物性排除而建立人性製造的機制中，這是相當矛盾的事情，唯一的說詞僅

最後，我們再次將眼光投射在性侵害犯身上，刑法與大法官解釋的內容充分顯現出性侵害犯代表的特質，筆者認為相較於生命法益之侵害，二者在輕重上難分軒輊，在計程車上殺人成功的可能性也是較高的，或者說讓一位殺人前科的更生人載運我們，也應當是一樣的危險，但對於性侵害犯在犯罪地點與空間上的加重，對其工作權的限制卻是明顯較重的。除了社會大眾對於性侵害犯普遍厭惡的氛圍，也包括媒體上性侵害犯再犯率較高的論調⁶⁷⁶，加上對於性侵害犯罪被害者的凝視與製造集團恐懼的氛圍，都顯示出一種對於其特質的放大、對性侵害極度的厭惡與避之唯恐不及、對於良善自身與性侵害犯隔離的「他者化」論述，正是在這些論述中，刑事司法的實踐上出現不同的處遇模式，這也是下一項要說明的內容。

第三項 治理的「實踐」行動－治理對象與技術的運作

爲了尋求（永遠追尋不到真正安全的）安全生存環境，環繞著生命維存的論述與控管風險、標記危險源的論述不停產生，這些話語、陳述中接續著或反身影響這些話語的是無數的實踐行動。以下我們同樣以我國性侵害犯作爲主要案例，觀察上開論述在實踐面向的展演，也就是治理技術的運作方式。

第一款 對於治理對象的行動－紀律性與調節性權力的展現

以生命爲主軸的論述在關照其使之安全的論調，接續的是實際上的權力實踐，也就是治理的行爲。在下一段中筆者會討論治理行爲的擴張與滲透，不過在本段

能用是對方非人，且行爲在先，故可用如此對待來進行辯解。。相關論述可見：蘇珊·桑塔格（Susan Sontag）著，陳耀成譯（2004），《旁觀他人之痛苦》，頁 150-168，台北：麥田；蘇珊·桑塔格（Susan Sontag）著，黃燦然譯（2011），《同時：桑塔格隨筆與演說》，頁 165，台北：麥田

⁶⁷⁶〈再犯率高？性侵累犯出獄，監委籲持續治療〉，<http://pnn.pts.org.tw/main/?p=8527>（最後瀏覽日：02/07/2012）

裡要先著眼於對於治理對象的治理方式。如果回到 Foucault 生命權力或治理式權力的脈絡，治理會呈現兩個不同的面相：針對個體展現紀律性權力的面向，此外針對整體展演調節性權力的面相來調節控制。以下筆者也同樣以對個體／對整體兩個不同面向，觀察刑事政策中治理技術的呈現樣貌，此外也應注意對於個體與整體的紀律性與調節性權力，彼此之間並非處於一個取代的關係，相反地在生命權力中對個體的紀律性權力與規訓依然是存在而發揮作用的⁶⁷⁷。

第一目 對於個體的治理

採用 Foucault 的治理式權力模式與生命權力進行分析下，須注意的是主權、紀律、管制治理等不同面向的權力依然是存在的，因此法律作為一般性禁止規範以主權權力樣貌出現的狀況依然存在。惟在本段中筆者想著重的是對於個體進行紀律性權力展演與規訓的觀察，先予敘明。依照 Foucault 的想法，紀律性權力的特徵在區分「正常／不正常」，並對於個體進行引導與正常化的過程，也就是使之合於「常規」(norme)的「規訓」(normation)，法律在紀律性權力中扮演的並非禁止與壓抑的論述，而是生產性的角色；法律作為常規施展的策略之一，進行柔順且規律個體的生產⁶⁷⁸。以下筆者即以此觀點，嘗試分析二分論刑事政策與我國性侵害相關法規中，紀律性權力與規訓的展現。

「他者化」脈絡下的刑事政策，對於犯罪人依照其危險性進行「分類、定格」，是接續上開關於危險源與風險控管論述，權力最初步的展演。如果治理技術與論述是交互作用的，那以生命為主軸的論述裡曾強調過的危險源與風險的認定，以及其產生的原因在此都會發生作用。筆者認為不同的犯罪行為上存在不同的個體

⁶⁷⁷ MICHEL FOUCAULT, SÉCURITÉ, TERRITOIRE, POPULATION: COURS AU COLLÈGE DE FRANCE, 1977-1978 110 (2004).

⁶⁷⁸ 李俊增(2009),〈法律、規訓與治理——現代權力關係中之法律形式〉,《政治與社會哲學評論》,30期,頁15-20

與治理方式，分爲輕與重、寬與嚴是最簡單的區分標準，惟應注意輕重與寬嚴的界線都會伴隨著我們對於人性與危險的論述而有浮動的狀態，也就是會有所變動，因此關於輕重的分別並非一個精緻的標準，惟爲了行文方便還是暫且先以嚴厲與寬鬆做一個分別。嚴厲（重的面向）以美國爲例指涉者如關達那摩拘留營的被拘禁者、以我國爲例則性侵害犯當屬之，而寬鬆（輕）指涉的是其他依然享有充分權利且可被置於社會中者。筆者認爲區分的方式其實就是藉由生命維存的論述去論述哪些特質是我們想予以隔離或排除的，並將這種特質連結到對於特定犯罪人與犯罪行爲上，並隨其威脅大小—危險源大小的量差—給予不同的對待，而這個分類也會隨權力技術的實行與論述的交互作用產生改變。

以二分論中嚴厲的面向來觀察論述與實踐行動的運作模式是最好的著眼點，或許正如 Foucault 說的，我們應該要觀看那些邊陲的、底層的對象—權力不僅是由上到下的，因此本文也試圖去關注這些處於最邊陲，對於權力觀察最能夠清楚呈現的對象或作爲「他者」的個體—性侵害犯、恐怖份子。嚴厲面向的犯罪人所代表的形象，正是對於我們生存或社會秩序極大的威脅，因此會在論述中形成某些特質可與風險或危險源加以連結，以進行對代表危險源犯罪者或嫌疑人的判斷。以美國「911」後關達那摩拘留營中關押者的來源多爲中東地區居民或伊斯蘭社群爲例，雖然部分確實來自於蓋達組織或屬於在阿富汗戰場上所尋獲的嫌疑恐怖份子，但 Butler 提醒我們在這個分類與標示中，有一種以特定宗教或族群連接到生存威脅的論述正在出現⁶⁷⁹，對於蓋達組織分子的拘禁後，可能會出現將伊斯蘭社群視之爲恐怖份子的來源，而將伊斯蘭教或阿拉伯裔作爲一種可能危險源的判斷標準，如此又使危險源認定的論述（或著說知識）加以改變與擴充，也連帶影響到對更多伊斯蘭社群的侵害與干預（權力實踐面向）。除此之外，Butler 對於關達那摩拘留營的觀察中也提到，美國政府的發言人正是將這些人以「精神病患」類

⁶⁷⁹ 對此 Butler 主張族群或宗教被納入人性產生的論述是相當危險的，請見：JUDITH BUTLER, *PRECARIOUS LIFE: THE POWER OF MOURNING AND VIOLENCE* 77 (2004).

比而施以無限期拘禁⁶⁸⁰，另一方面則是不停強調其被「視為」(deem) 危險源，雖然其並未犯罪但是相當危險，拘禁可防止其上街殺人的風險發生，因此藉由危險源量化下的高危險程度，對其懸置一切法律程序保障而施以無限期拘禁的處遇⁶⁸¹。

此外，在嚴厲的面向上，以英美刑事政策為例觀察時，對於反恐法制及其背後刑事政策的脈絡，筆者曾指出「911」後出現更嚴苛化的變遷，二分論政策之下對於嚴罰面向賦予正當法律程序保障的包裝，在反恐立法中對於恐怖份子不僅是實體上嚴罰與處罰前置化，連這些程序法上保障也遭到剝奪。簡單地說，如果過去對於危險源的量化區分將犯罪人間畫出二分線的話，現在於嚴罰面向中又再進行了一次畫線的動作，如果我們以敵人刑法的用語來說就是法內的犯罪者與法外的敵人，昔日被隔離無害化的區塊被更進一步的區分，一群受到更嚴苛對待的個體出現了。對此可觀察到我們對於個體進行量化與定格時，其背後與生命維存相連的風險論述。在風險論述作為主線的情況下，原本浮動的界線又出現再次的區分動作，對於無法控制且嚴重威脅生存的風險，在無法納入社會中的前提下，只好對該個體進行隔離無害化的治理措施，同時筆者想指出的是這樣的運作方式與論述雖然是針對個體而發，但在降低整體風險並使犯罪率得以穩定回到常態數值的效果上，也可看見對於個體治理與整體治理間難以區分且非為取代的性質。

我國雖然目前沒有如美國的種族或宗教問題⁶⁸²，但一來對於特定社會階層者容易與性侵害加以連結⁶⁸³，二來對於遷移至台灣的新住民或外籍勞工，也都有可

⁶⁸⁰ JUDITH BUTLER, *PRECARIOUS LIFE: THE POWER OF MOURNING AND VIOLENCE* 73-74 (2004).

⁶⁸¹ JUDITH BUTLER, *PRECARIOUS LIFE: THE POWER OF MOURNING AND VIOLENCE* 75(2004).

⁶⁸² 不過可注意的是隨著新住民的增加，或者大量外籍勞工在台工作，相關的論述未來也可能對刑事政策或犯罪學產生影響，惟相關的他者化論述於我國已經出現。

⁶⁸³ 例如前面提過的新聞，即有台北市議員將因姦殺而被判死刑的死刑犯，與愛滋病患、遊民連結在一起，可以說是將三種我國社會的邊緣人，結合成一個三位一體的狀況，更充分顯示出對於台灣社會，威脅我們生存的社會內敵人的樣貌為何。

能在刻板印象中被畫入這個論述裡。總而言之，我國也同樣存有將某些族群的特質與對社會秩序與生存威脅連接的狀況，作為我國社會內敵人的性侵害犯，由於其特質與作為敵人與他者的形象，在性侵害犯個體的處遇上即有諸多差別對待：重刑化與前置化、程序上權利的剝奪。以《性侵害犯罪防治法》（下稱：該法）為例，該法第 16 條與第 17 條對性侵害刑事被告的詰問權加以限縮，且該限縮除了部分限制的作法外，我國最高法院甚至有採完全剝奪立場者，將大法官釋字 582 號後視為「憲法上」權利的被告詰問權加以剝奪，此外也對於同樣涉及詰問權侵害的傳聞例外規定擴大適用，就此程序權的剝奪已與敵人刑法所觀察者類同。此外，我國刑法第 91 條之 1 對於性侵害犯罪受刑人施以保安處分之規定中，該處遇期間為「前項處分期間至其再犯危險顯著降低為止」一不明確期間之規定，又於刑法第 77 條關於假釋規定中，對於性侵害犯設有「犯第九十一條之一所列之罪，於徒刑執行期間接受輔導或治療後，經鑑定、評估其再犯危險未顯著降低者。」不得假釋之規定⁶⁸⁴。上開規定以「華岡之狼」一案為例，於我國社會擔心安全受到威脅的輿論下，搭配上性侵害犯再犯率高的論述，作為高危險源的楊姓受刑人，實際上得以「病人」形象無限期受人身自由之限制，此種作法與美國政府對於恐怖份子之監禁類同，背後所呈現的皆是對於無法紀律化或降低風險的個體，施以隔離無害化的治理方式。

同樣是性侵害犯，對於危險性較低的犯罪者，雖未遭到隔離無害化的對待，惟對於這些個體加以區分的治理技術仍相當明顯。我們以《性侵害犯罪防治法》

⁶⁸⁴ 中華民國刑法第 77 條：

「受徒刑之執行而有悛悔實據者，無期徒刑逾二十五年，有期徒刑逾二分之一、累犯逾三分之二，由監獄報請法務部，得許假釋出獄。

前項關於有期徒刑假釋之規定，於下列情形，不適用之：

一、有期徒刑執行未滿六個月者。

二、犯最輕本刑五年以上有期徒刑之罪之累犯，於假釋期間，受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，五年以內故意再犯最輕本刑為五年以上有期徒刑之罪者。

三、犯第九十一條之一所列之罪，於徒刑執行期間接受輔導或治療後，經鑑定、評估其再犯危險未顯著降低者。

無期徒刑裁判確定前逾一年部分之羈押日數算入第一項已執行之期間內。」

第 8 條與第 20 條為例，第 8 條中要求「醫事人員、社工人員、教育人員、保育人員、警察人員、勞政人員、移民業務人員」於執行職務時知有疑似性侵害犯罪情事者，應立即向當地直轄市、縣（市）主管機關通報，此外於第 20 條⁶⁸⁵、第 22 條⁶⁸⁶、第 23 條中⁶⁸⁷，可注意到對於「有期徒刑或保安處分執行完畢」者，其已非

⁶⁸⁵ 性侵害犯罪防治法第 20 條：

「加害人有下列情形之一，**經評估認有施以治療、輔導之必要者**，直轄市、縣（市）主管機關應命其接受身心治療或輔導教育：

- 一、有期徒刑或保安處分執行完畢。但有期徒刑經易服社會勞動者，於准易服社會勞動時起執行之。
- 二、假釋。
- 三、緩刑。
- 四、免刑。
- 五、赦免。
- 六、緩起訴處分。
- 七、經法院、軍事法院依第二十二條之一第三項裁定停止強制治療。

前項規定對於有觸犯第二條第一項行為，經依少年事件處理法裁定保護處分確定而法院認有必要者，得準用之。

觀護人對於付保護管束之加害人，得採取下列一款或數款之處遇方式：

- 一、實施約談、訪視，並得進行團體活動或問卷等輔助行為。
- 二、有事實足認其有再犯罪之虞或需加強輔導及管束者，得密集實施約談、訪視；必要時，並得請警察機關派員定期或不定期查訪之。
- 三、有事實可疑為施用毒品時，得命其接受採驗尿液。
- 四、無一定之居住處所，或其居住處所不利保護管束之執行者，得報請檢察官、軍事檢察官許可，命其居住於指定之處所。
- 五、有於特定時間犯罪之習性，或有事實足認其有再犯罪之虞時，得報請檢察官、軍事檢察官，命於監控時段內，未經許可，不得外出。
- 六、得報請檢察官、軍事檢察官許可，對其實施測謊。
- 七、得報請檢察官、軍事檢察官許可，對其實施科技設備監控。
- 八、有固定犯罪模式，或有事實足認其有再犯罪之虞時，得報請檢察官、軍事檢察官許可，禁止其接近特定場所或對象。
- 九、轉介適當機構或團體。
- 十、其他必要處遇。

第一項之執行期間為三年以下。但**經評估認有繼續執行之必要者**，直轄市、縣（市）主管機關得延長之，最長不得逾一年；其**無繼續執行之必要者**，得免其處分之執行。

第一項之評估，除徒刑之受刑人由監獄或軍事監獄、受感化教育少年由感化教育機關辦理外，由直轄市、縣（市）主管機關辦理。

犯性騷擾防治法第二十五條之罪之加害人，準用第一項之規定。

第一項評估之內容、基準、程序與身心治療或輔導教育之內容、程序、成效評估等事項之辦法，由中央主管機關會同法務部、國防部及行政院衛生署定之。

第三項第三款採驗尿液之執行方式、程序、期間、次數、檢驗機構及項目等，由法務部會商相關機關定之。

第三項第六款之測謊及第七款之科技設備監控，其實施機關（構）、人員、方式及程序等事項之辦法，由法務部會商相關機關定之。」

⁶⁸⁶ 性侵害犯罪防治法第 22 條：

「加害人依第二十條第一項規定接受身心治療或輔導教育，經鑑定、評估其自我控制再犯預防**仍無成效者**，直轄市、縣（市）主管機關得檢具相關評估報告，送請該管地方法院檢察署檢察官、軍事檢察署檢察官依法聲請強制治療」

屬上開提到最嚴厲須隔離無害化的危險源，惟仍將這些性犯罪者進行不同程度危險源的區分，包括「無繼續執行之必要者」、「有繼續執行之必要者」、「無成效者」三種，且分別給予不同的對待，如對於有繼續執行必要者有治療與輔導機制，且有相關考核機制，其危險程度可能會發生改變為無執行必要而停止執行，但也可能因危險程度更高（如執行無成效）而依法聲請強制治療，且依該法 23 條規定，這些性侵害犯的資料須呈報且納入控管中。筆者認為這些輔導措施，本質上就是對於被認定為尚有改造機會者的紀律措置，希望經由規訓的歷程使之成為正常的個體，惟當正常化失敗時，該危險程度提升的結果即可能因強制治療而又落入隔離無害化的層級中⁶⁸⁸。

嚴厲面向的性侵害犯中，我們可以看到對於不同危險程度犯罪人進行區分與定格的現象，且因為不同區分而施以不同處遇方式，包括規訓以尋求正常化與將經歷規訓歷程後無法正常化者隔離。附帶一提的是關於二分論的寬鬆面向，寬鬆面向中微罪轉介的機制，其向來的問題就是將犯罪人原樣的放回社會導致其再次的犯罪，且這種再犯的行為反而貼附了劣根性或有危險繼續成長的標籤於其身上，以此正當化對其加重處罰的措施⁶⁸⁹，對此最明顯的觀察即為我國刑法累犯草案中

⁶⁸⁷ 性侵害犯罪防治法第 23 條：

「犯刑法第二百二十一條、第二百二十二條、第二百二十四條之一、第二百五條第一項、第二百二十六條、第二百二十六條之一、第三百三十二條第二項第二款、第三百三十四條第二款、第三百四十八條第二項第一款或其特別法之罪之加害人，有第二十條第一項各款情形之一者，應定期向警察機關辦理身分、就學、工作、車籍及其異動等資料之登記及報到；其登記、報到之期間為七年。

犯刑法第二百二十四條、第二百五條第二項、第二百二十八條之罪，或曾犯刑法第二百二十七條之罪再犯同條之罪之加害人，有第二十條第一項各款情形之一者，亦適用前項之規定；其登記、報到之期間為五年。

前二項規定於犯罪時未滿十八歲者，不適用之。

第一項、第二項之加害人於登記報到期間應定期或不定期接受警察機關查訪及於登記內容變更之七日內辦理資料異動。

登記期間之事項，為維護公共利益及社會安全之目的，於登記期間得供特定人員查閱。

登記、報到、查訪之期間、次數、程序與前項供查閱事項之範圍、內容、執行機關、查閱人員之資格、條件、查閱程序及其他應遵行事項之辦法，由中央警政主管機關定之。」

⁶⁸⁸ 同此觀點可見：李俊增（2009），〈法律、規訓與治理——現代權力關係中之法律形式〉，《政治與社會哲學評論》，30 期，頁 22

⁶⁸⁹ 謝煜偉（2005），〈寬嚴並濟刑事政策之省思〉，《月旦法學雜誌》，126 期，頁 131-157

表現出的立法思維。因此微罪轉介的使用，毋寧說是用以正當化犯罪人作為危險源進而得施以較重處罰的策略，且在微罪轉介又再犯的過程中，個體代表的危險程度又會出現浮動與變化，這是在二分論中可予以注意者。

第二目 對於整體的治理

不同於對個體的治理，Foucault 生命權力中談到的調節性權力，即為針對整體進行調控的權力，而調控的對象即為由一系列變數所構成的「人口」⁶⁹⁰，風險概念的提出也正對應於生命權力的提出。另外就 Foucault 所言，在治理中技術工具是以「安全」作為導向的「安全措置」，這些都呈現出當代以風險作為論述主軸，且以追求安全與適於競爭、生存環境的刑事政策，適切於作為 Foucault 治理與調節性權力的觀察對象。

調控的論調在刑事政策中是清楚可見的，以風險論述為主的刑事政策與當前的犯罪學中，以情境控制或理性犯罪人的思考為例，其著眼點在於將犯罪視為一種正常的現象與理性的選擇，因此在重點是對環境的控制進而降低犯罪的誘因或被害的可能。從 Foucault 的角度來看，這即為一種將「管制」與「自由」揉合進行治理的形式，在流通中設定規則進行整體的調控⁶⁹¹，Agamben 於“On Security and Terror”一文中也提到了對於 Foucault 的觀察，治理的安全措置強調者並非禁閉與抑制，而是在開放中介入與引導以進行控管⁶⁹²。以美國反恐為例，愛國者法案第四章關於移民人口資訊控管即為顯例，在移民與出入境人口必然存在的狀況下，處理方式並非使人口流動停止，而是在使人口正常流動與維持正常競爭環境

⁶⁹⁰ MICHEL FOUCAULT, SÉCURITÉ, TERRITOIRE, POPULATION: COURS AU COLLÈGE DE FRANCE, 1977-1978 45-6 (2004)

⁶⁹¹ MICHEL FOUCAULT, NAISSANCE DE LA BIOPOLITIQUE : COURS AU COLLEGE DE FRANCE 1978-1979 175-177 (2004).

⁶⁹² Giorgio Agamben, *On Security and Terror*, on FRANKFURTER ALLGEMEINE ZEITUNG, SEP. 20, 2001 (Soenke Zehle trans.) (2011).

中，藉由對出入境人口資料的掌握、留學生資料的控管、特定族群的控管，掌握整個群體中恐怖攻擊發生的可能風險與機率，並設法藉由資料的掌控進行控管措施將該風險降低，這即為一個以人口為對象，掌握各種變數的治理方式。此外學者吳建昌也曾以美國針對性犯罪之《梅根法案》(Megan's Law) 為例，說明英美刑事政策的建構過程中，從對於性侵害犯罪人個體的規訓，轉向管理犯罪的風險因子，藉由社區資訊流通的機制，使性犯罪人在被標示的狀況下，理性認識到在監控下應規避再犯風險⁶⁹³，這顯示在英美刑事政策中對於性犯罪，也已經呈現出管制治理的面貌。

相較於對於個體的紀律性權力展演與正常化的規訓過程較為豐富的規定，我國關於調節性權力與管制治理的條文則相應的較少。若以我國的性侵害犯作為例子說明，調節性權力要做的毋寧是藉由統計、風險管理的運用，將性侵害的犯罪率拉回到常態的曲線上，或者說將性犯罪的風險加以降低。學者吳建昌以刑法第 91 條之 1 為例，氏認為該條的「再犯危險顯著降低」中，「危險」在實質操作上是結合統計分析的風險評估與管理，藉由診療性侵害犯的過程以問卷方式評估其再犯機率與傷害嚴重性，此工作以「數字」為參考資訊，著眼於整體性侵害犯罪人在接受某種處遇後的再犯風險與機率，未來則應試圖發展再犯風險評估量表，氏認為這種估量表而為的統計與再犯機率評估，是依常規而運作的機制⁶⁹⁴。筆者贊同此一看法，且欲補充說明者，由本法 91 條之 1 進行觀察，可發現本條不僅是針對整體風險進行評估，同時也是針對個體進行人身自由限制的規定，這正對應了前述對個體與整體的權力運作皆存於治理式權力中的說法，要將整體人口中的犯罪風險與比率降低或回到常態化，依然必須借助對於個體的紀律性權力，以正常化犯罪人的方式，降低再犯機率進而在整體風險上將風險降低。相似的狀況也包

⁶⁹³ 吳建昌 (2008)，〈人性的呼喚：治理理性台灣性侵害防治政策〉，《科技、醫療與社會》，6 期，頁 76、84-89

⁶⁹⁴ 吳建昌 (2008)，〈人性的呼喚：治理理性台灣性侵害防治政策〉，《科技、醫療與社會》，6 期，頁 76、82-86

括《性侵害犯罪防治法》第 20 條至第 23 條的規定中，藉由通報與輔導機制，雖然是個體的紀律性權力展演，惟同時仍有調控風險的功能存在，這種紀律與治理管制、紀律性權力與調節性權力交織運作與「措置」的態樣，正是 Foucault 治理視角帶來的觀察面向。

第二款 治理行爲的散布與擴張—極端措施與常態化的行爲

承接上述對個體與整體治理的說明，在此筆者要補上的是這整套社會治理的最後一塊拼圖：「治理技術的擴散與常態化」，這也是 Agamben 帶給本文的啟發之一。爲了清楚觀察這整個機制，我們選取了被區分最清楚且變化最劇烈的極端狀況進行分析，不過這最後一塊拼圖想說明的是，極端的狀況的發生其實伴隨的是一個常態化的過程：治理的技術並不是瞬間走到極端，相反地是一個「程度有別的進程」，在遍布整個社會的過程中，治理技術由小處開始逐漸擴張而成爲常態，當眾人已經因爲治理技術常態化而無所覺時，最極端的狀況發生也就不意外了。對此，觀察的方向可著眼於治理技術本身由小到大的過程，以及居於此常態化中心的「戰爭隱喻」論述⁶⁹⁵。

回到美國反恐法制的介紹中，關達那摩拘留營並非筆者直接呈現的狀況，相反地其作爲一種極端狀態出現之前，911 之後愛國者法案首先制定的是一連串對於人民權利干預的行爲，包括對於無令狀搜索的放寬、整體通訊監督網絡的設立，以及無令狀通訊監察的發生。這個過程呈現的正是治理技術常態化的過程，從對於人民基本權的干預爲起點，但這些干預某些是無所查覺的，某些則是較爲輕微的，這些干預清楚的擴張行政權的範疇，而不停懸置法律與司法審查的權力，其指向了一種治理技術的強化與範圍的擴張，最終在這些基本權一點一滴的流失與

⁶⁹⁵ 蘇珊·桑塔格 (Susan Sontag) 著，黃燦然譯 (2011)，《同時：桑塔格隨筆與演說》，頁 153-157，台北：麥田

干預中，最為極端的（行政權掌控的）軍事審判與剝奪一切法律上之人應享有權利的關達那摩拘留營不意外的誕生。

或許這樣的干預過於輕微或無法察覺加速了其常態化，但無所查覺的反面我們確實看見了諸多論者於無令狀監聽發生時開始的批判，不過當這些批判皆環繞著人權不應被國家安全為理由剝奪時，如 Posner 等論者所主張的國家安全論述也應運而生，其主張憲法並非自殺契約而僅在公共利益與國家安全等憲法確立的基礎存在的前提下，方有憲法基本人權存立的必要，此種論述中由於一場戰爭將要摧毀憲法所確立的基礎，因而為了戰勝必須犧牲基本人權的保障，進而正當化無令狀監聽等嚴重的基本權干預，不僅是無所查覺促成了常態化，環繞著人權與國家安全論戰延伸出了「戰爭的隱喻」，藉此正當化治理技術的行動且使其擴散於整個社會中⁶⁹⁶。

什麼是「戰爭的隱喻」，Agamben 於《例外狀態》中即以 Franklin D. Roosevelt 的「新政」(New Deal) 舉例，當主權者要進行關鍵的決斷時，在二十世紀「戰爭的隱喻」(metaphor of war) 是經常使用的詞令，例如將其行為比喻為軍事戰爭指揮官，接掌對抗大蕭條的非常權力⁶⁹⁷。以「911」後 Bush 口中的「反恐戰爭」(War on Terror) 為例，當其動詞使用「對抗」(Against) 而非「宣戰」(Declaration) 時，筆者認為二者是否相等的論戰實無意義，重點在於此以治理技術中有權論述者論述了一個「戰爭」的情況，並藉此取得無限制的授權與正當化一切治理技術。正如 Susan Sontag 談論「911」時的洞見，這場戰爭是「被揭示的而非被宣布的」，因此其如同對毒品⁶⁹⁸、疾病、貧困的戰爭一般，都僅是一個「戰爭的隱喻」⁶⁹⁹：「一

⁶⁹⁶ Richard A. Posner 著，蘇力譯（2010），《並非自殺契約：國家緊急狀態時期的憲法》，頁 33-52，北京大學出版社

⁶⁹⁷ Giorgio Agamben, *State of Exception*, trans. by Kevin Attell, University of Chicago. 21-2 (2005)

⁶⁹⁸ 如我國就曾發動「反毒戰爭」，見：〈反毒大作戰 跨部會整軍〉，

<http://www.libertytimes.com.tw/2002/new/aug/25/today-c2.htm>（最後瀏覽日：02/07/2012）

個隱喻而非真實」。一場真正的戰爭有其開始與結束，相反地戰爭的隱喻則是無限期的延長⁷⁰⁰，在這之中對於人民的干預與正當化的授權也同步無限期延長，如果以 Sontag 的觀點出發，筆者認為 Bush 對於反恐戰爭使用「對抗」而非「宣戰」或有其意義：「這僅是場以戰爭之名行治理之時的「對抗」，而非一場實際存在的可宣之戰」。這個「戰爭隱喻」的論述在今日得到了證明，當下 Osama bin Laden 已死之際，美國反恐法制的諸多措施仍未解除且關達那摩拘留營依然繼續於古巴海灣矗立著，「隱喻」所帶來的是可以不停代換的戰爭對象，以其作為論述基礎的治理行為也可以無限期的擴張與常態化。這樣的作法如果回到我們對於權力的分析時，其實正是 Agamben 與 Foucault 所強調的緊急事態：Foucault 口中策略性回應的緊急事態或是 Agamben 口中虛擬的例外狀態。

「戰爭的隱喻」在權力的運作中是有其重要性的，其可喚起大眾對於生命維存與安全的追求，進而正當化權力行使與治理行為⁷⁰¹。且如前所述，治理行為對權力的干預或虛擬例外狀態的開啓都是漸進式而有程度上的增強，例如從無令狀監聽到關達那摩的出現即為顯例。如果還記得前述大眾媒體與科技發展對於刑事政策的影響的話，那在此我們可以注意到這樣戰爭隱喻的操作在今日科技發達的時代中是更加的強化：過去 Foucault 談到紀律與安全時給予我們的是「空間」上的權力措置，現今的科技時代裡法國思想家 Paul Virilio 則是將現代科技與「速度」的概念結合進入這個論述中⁷⁰²。Virilio 即認為我們為了安全的追求，不停的增加監視設備，但其實在不停增加的科技設備與監視設備中，人們反而於這個社會中更

⁶⁹⁹ 蘇珊·桑塔格 (Susan Sontag) 著，黃燦然譯 (2011)，《同時：桑塔格隨筆與演說》，頁 165，台北：麥田

⁷⁰⁰ JUDITH BUTLER, *PRECARIOUS LIFE: THE POWER OF MOURNING AND VIOLENCE* 79 (2004).

⁷⁰¹ 在筆者書寫論文的當下，另一個有趣的議題也展現類似的樣貌，即台灣總統候選人正為有無所謂的「九二共識」進行爭論，其中一方的候選人即是以空洞的九二共識與承認此共識才可換取台灣與中國的和平為論述主軸，塑造出不支持可能帶來的經濟上或政治上不利益，甚至是「不和平」，這也是一個以恐懼運作於政治權力中的本土案例。

⁷⁰² PAUL VIRILIO, *SPEED AND POLITICS: AN ESSAY ON DROMOLOGY* 72 (Mark Polizzotti trans., Semiotext 2006) (1977).

加的疏離與陌生，且增加的監視設備反而在安全的追求中強調了戰爭已經不再位於國境或邊界，而是存於生活的公共環境中⁷⁰³，加上科技進步下大眾傳播的影響：快速地將如 911 的災難畫面傳送到眼前、反覆不停撥放雙子星被撞擊的畫面，這都導致公眾更加的疏離與不安感的增加，進而形成一個防衛機制與監視設施包圍的城市空間，因此當我們追求安全時反而只是一次次地在永不停止的戰爭隱喻中產生更多的不安全感，陷入為了追求安全而製造不安全感的循環中⁷⁰⁴。戰爭的隱喻正是在這樣的方式中結合了生命、安全，一步步地在以安全之名而製造更多的不安感中，將治理行爲的範圍越加綿密地滲透與擴張，也將其干預的程度日漸的提高。

第四項 批判對於治理的影響－治理的強化與再區隔

另一個需要注意的面向是批判的部分，在對反恐立法的整理中，可以發現到許多以人權疑慮所爲的批判。這些批判確實是立意良善，但筆者要指出的是在批判的過程中，一種使治理更加強化的危險，也就是筆者本章開頭提過的，除了立法上形塑法律中「人」的形象的軸線外，另外一條軸線是在對立法的批判中出現的，批判可能使得論述再次的改變與重整，這些重整後的論述會再次產生新的權力實踐結果。對此一個很好的提問正是 Butler 所說的，處理反恐立法中的人權問題時，都必然涉及到「什麼是人」的問題⁷⁰⁵。

當人權疑慮的批判出現時，對於什麼樣的個體是人，故可享受人權的提問會再度出現，這個提問背後代表的可能是對於「人」這個形象再一次的切割，相關的論述也可能重整人性的性質而使處遇機制發生改變。以美國反恐判決中的 Hamdi

⁷⁰³ PAUL VIRILIO, CITY OF PANIC 10, 51(Julie Rose trans., New York: Oxford 2005) (2004)., PAUL VIRILIO, OPEN SKY 61(Julie Rose trans., London. New York: Verso 1997) (1995).

⁷⁰⁴ PAUL VIRILIO, CITY OF PANIC 10, 68-93(Julie Rose trans., New York: Oxford 2005) (2004)., PAUL VIRILIO, THE ORIGINAL ACCIDENT 20(Julie Rose trans., polity 2007) (2005).

⁷⁰⁵ JUDITH BUTLER, PRECARIOUS LIFE: THE POWER OF MOURNING AND VIOLENCE 91 (2004).

案來說明，原本不區分公民身分而一律剝奪程序上保障的人權侵害，於 Hamdi 案判決中被加以質疑，這個質疑使美國聯邦最高法院重新思考何者應得到權利保障的問題，最終在人性列表中加入了一個新的單位：美國公民。在隨後的 Hamdan 案中可以注意到，拘留營中的被拘留者之所以被懸置美國法保障的理由之一，即在於其所在地與其公民身分，當 Hamdi 尋求到保障的同時，新的人性清單被放入論述機制中進行新一次的重整，新的分割界線畫出的結果是使更多無法合於該清單者落入更為悲慘的境遇中，處遇機制也藉由法院等論述在權力運作中被加以合理化。同樣的問題也發生在為性侵害犯爭取假釋的過程中，這個爭取的過程勢必帶入了不僅是法律上人權的想法，對於再犯機率的醫學上資訊，也會被整合進入論述中，對於性侵害犯進行再次的分類，決定何者被無限期拘禁，何者則是假釋但帶著電子監視系統存活於這個社會。

第三節 治理的最終…刑事司法論述中「人」的誕生

現在，筆者要說明觀察的最終結果。不停交互運作的論述與實踐中，所追求的是生命的維存，論述中不停塑造的是一種應當存在的生命樣貌，一種屬於「我們」的正常樣貌，在個體的正常樣貌與整個社會犯罪風險的常態化中，可以維持一個良好的競爭環境與追求更美好生命的機會。但在這個論述與實踐的交互運作中，也將會析出一群不合於常規的「他們」，而犯罪人往往即屬於這個範圍內，他們擁有不合於常規的特質，可能是嚴重的犯罪行爲，也可能僅是輕微的失序舉止，惟在追求安全社會的論調中，任何的失序都可能成爲對秩序的傷害與生存安全的障礙，因此刑事司法會不停地進行論述，從對於個體的正常化到對於整體風險的常態控管，一次次畫出「人／非人」或「敵／友」的界線，這個界線上，我們可以看見的是刑事司法論述模式中「犯罪人」的誕生，一種作爲「他者」且於刑事司法中受有差別對待的「人」形象的產生。

看起來治理的對象即為這些「他者」，或許我們會認為我們幸運的作為人而享有權利保障，但反面地說正是在此一機制中「人的形象」被建構了。「他們」與「我們」是一個流動的過程與界線，這是論述與實踐交互運作中，不停對於犯罪人形象重構必然的現象，因此當劃出界線區分出刑事司法中「他者」的樣貌時，同時也在產出「人」作為一個正常的個體，以及進而達成合於常態的整體數據曲線的標準時應有的樣貌。「(正常)人的形象」代表的是一個合乎常規的正常個體、一個常態數據裡的低度犯罪風險，正是在權力對於某個個體使之合於正常與常態的過程中，使「人的形象」被建構而成。這種安全背後代表的並非一種積極、主動的「人」的形象，相反地是在追求生命維存與安全的論調中「被動地」形塑出的樣貌：成為一個屈從的形象，一個常態的數字。

我們追尋著一個夢想：「每個人都合於一個標準時，當那些不合標準的人被排除時，當所有差異都消失時，這個世界再也沒有爭執與戰亂，也沒有階級差別與貧窮，我們即可獲致一個完美且安全的生活環境」⁷⁰⁶，但這段追求的過程，正是不停推動著對於「合於常規的人的形象」的論述產生與重整的過程，追尋中權力技術也不停地運作，且我們永遠追尋不到這一天的到來：只要持續地追求社會安全或可供自由競爭的低風險環境，當一群「他者」被塑造出時，正如台灣社會從將落後且未受教育者的形象由「原民」轉向「外配」的過程中，社會的弱勢反而往往成為社會競爭力降低下的替罪羔羊與承擔責任的他者。「他者」的塑造帶來的不是停止差異化與一個無所差異的大同世界，唯一確定到來的是一一次次「人」的形象的產生與下一批「他們」的出現：愛滋病患、遊民。

以 2012 年初的社會議題為例，當「住在公園」與「遊手好閒」相連接，當這

⁷⁰⁶ 想想看例如電影「天外魔花」中，那種全部的人類都變成變體人的結果。在某個過程裡，每個人都變成了一樣的樣貌，沒有爭執、戰爭、殺戮的「美好世界」！但每個人都僅是一個毫無主動性、服從單一思維、單一標準的個體，試問：這樣的存在，是否仍可稱之為生命呢？這樣的「人」與我們所冀求具有超越性的「人」是合致的嗎？

個連接延伸到對於萬華地區發展遲緩的責任時，「遊民」作為競爭力下降的替罪羊角色，在以清除髒汙（骯髒的遊民）為內涵的噴水政策後，未來是否是「不勞動者不得食」在犯罪類型中的復辟？是否遊民作為「他者」形象後，將成為追求安全與生存的台灣社會中，法律下一步索求生命的對象？在遊民與死刑犯、愛滋病患莫須有的連結後，成為下一個如重刑犯一般被隔離無害化的對象？而他們所犯下的只是帶來一種失序的象徵，只是這象徵背後代表的是城市的進步、發展的未來，與不會落入「他者」形象的階級眼不見為淨的暢快跟自我滿足。這正是生命與治理揉合的結果，刑事司法論述中「人」的形象的誕生，反過來說也正是治理中合於常規的「人」的誕生。而在不停的論述與權力實踐中，新的形象都將不停的誕生，而我們都將難以掙脫這樣的結構，這是本論文觀察到的現象——一個悲觀而消極的治理與法律運作，但或許看清現象代表的是尋找一絲自由與解放的希望。

第七章 代結論－解放的起點與未來展望

並非一切都是壞的，但一切都很危險，這同壞還不完全是一樣。如果每件事都是危險的，那我們總是可以做一些事。所以我立場並不是導向冷漠，而是導致一種超越和悲觀的行動主義⁷⁰⁷。

—Michel Foucault

這本論文的書寫即將來到終了時刻，以反恐刑事司法與刑事政策論述作為楔子，該論述中對於人的區分與不同的處遇，筆者試圖在 Foucault 與 Agamben 的思想中整理出一個對於當下的現象（與其來源）可釐清與描述的治理視角，並藉此視角描繪了當代刑事政策「論述」的樣貌，毋寧說是一個較為批判性的觀察。筆者認為當代的刑事政策在本質上依然是一種差異化、「他者化」的論述脈絡，僅是在深層的社會結構變遷、科技的進步、新思想與論述的提出之中，將這些外在的改變重新整合入此脈絡裡，並於當代的刑事政策論述與實踐中，呈現出適於當下社會的治理模式，或者說更為精細的權力展演方式。這也是筆者於治理視角中所欲呈現的樣貌，治理中關於論述與實踐的部分會有交互影響而改變治理實際措施的外觀，惟在內涵上依然是同一套論述的脈絡與架構在運行。

如果說面對的是一個長期的歷史脈絡，以及一個會伴隨外在改變而不停相互影響的論述與實踐關係，這個現象的觀察似乎也僅是異於一般對於刑事司法光明地社會秩序維持觀點，以及人權保障追求的正面論述，進而提出一個較為晦暗而反向的考察，而未能（也無力）提出任何解放或反抗的論述與計畫。對此筆者必須強調幾點並說明結論的鋪陳脈絡：

⁷⁰⁷ Hubert L. Dreyfus & Paul Rabinow 著，錢俊譯，曾慶豹校閱(2005)，《傅柯－超越結構主義與詮釋學》，頁 296，台北：麥田，再版

一、本論文如序言所說，最主要是對於刑事政策背後論述的考察，因此進行的是一項現象描述與觀察的工作，或可說工作的重心在於「把話說得更清楚」這一個面向上。因此本論文大部分的篇幅皆以分析出刑事政策背後的論述、說明分析視角與分析工作為主。

二、對於結論的定位，也是筆者反覆思量的問題，如果僅是就此打住則有論述不完全之嫌，惟面對治理的架構要提出一個縝密的反抗與解放計畫也並非易事，因此筆者於結論部分仍會提出針對當代刑事司法論述及其治理，應如何試圖去解放或反抗的思考起點，也作為未來繼續深化論述的方向。

三、以下筆者將從個人面向的反抗出發，說明個人於治理中可能的解放途徑與刑事司法中可能的具體實現，接著以筆者對於規範面向更深一層的疑問與未來研究展望為本論文作結。

第一節 作為結論：「個人面向」的反抗可能

如果說要進行反抗，則筆者須先說明清楚的是反抗的對象為何，或有論者會以 Foucault 式的論述，認為本論文既然以 Foucault 思想作為分析主線，則權力即內涵了反抗，或者反抗會被吸納於權力中，因此筆者的反抗論述先天上即不可能。對此筆者的反抗對象並非權力，誠如前述本論文採納的是「治理視角」，權力僅是作為治理中的一環，Foucault 治理中的技術線路「措置」也不僅內含權力，因此依照本論文的思想主線，反抗或解放的對象也應當是「治理」而非「權力」，這是必須說明清楚的。

不過，誠如筆者分析下的刑事政策現況，刑事司法作為治理的一環，「人的形象」不停被生產且越來越細緻刻畫形塑的處境，彰顯出治理中各種論述與權力實

踐緊密且不停因應緊急事態而重整的關聯。此一處境中的反抗是悲觀的，但這並不代表筆者要選擇一種虛無而消極拒絕反抗的作法，承前所述本論文的結論在定位上即是想尋找一個對此景況反抗的思考起點（會對於當代刑事政策的反省起點）。Foucault 曾於訪談中說過⁷⁰⁸：「並非一切都是壞的，但一切都很危險，這同壞還不完全是一樣。如果每件事都是危險的，那我們總是可以做一些事。所以我立場並不是導向冷漠，而是導致一種超越（hyper-）和悲觀的行動主義」，或許 Foucault 的態度正是本論文工作的註腳。以下筆者即從 Foucault 與 Agamben 的思想中，試圖去尋找一些反抗起點的線索，並指出筆者的結論。

第一項 Foucault 與 Agamben 給予的線索與啟發

筆者主要採取 Foucault 思想作為分析主線，惟 Agamben 對於治理的精闢分析亦提供筆者不少啟發，且相異於 Foucault 的論述下也帶出了另一條不停的反抗路徑，因此筆者於下即分就二人的解放途徑加以說明，並尋找筆者反抗計畫的可能思考起點。

第一款 自我技藝與關注自我的 Foucault

回到第四章對於 Foucault 思想的爬梳中，從「治理」的角度出發，如果七零年代末期筆者所採擷的分析工具中，揭露的是一種對於個體加以「指引」的形塑。那麼 Foucault 八零年代開始的「主體」工作中，對於自我的技藝訓練與指引，可能是尋找線索的起點。筆者曾在借 Deleuze 呈現 Foucault 「措置」的過程中，談到 Deleuze 認為 Foucault 「措置」線路中隱藏著斷裂之線等以作為其逃逸的可能，但對筆者而言這個「逃逸」（fuite）的說法，似乎又帶著過於濃厚的 Deleuze 詮釋色彩。因此由 Foucault 之口尋找其立場，或許是較妥適的作法，而這個線索又指向

⁷⁰⁸ Hubert L. Dreyfus & Paul Rabinow 著，錢俊譯，曾慶豹校閱(2005)，《傅柯－超越結構主義與詮釋學》，頁 296，台北：麥田，再版

了 1980 年其闡釋主體工作的” The Subject and Power” 中⁷⁰⁹：

也許今日的目標不是去發現我們所是，而是去拒絕我們所是。我們必須去想像且建立我們所是，以擺脫政治的「雙重枷鎖」(double bind) — 也就是現代權力結構同時地個體化與整體化。…結論是我們時代的政治、倫理、社會與哲學問題，並非嘗試去從國家與國家機構中解放個體，而是從國家與和國家相連接的個體化作用二者中解放個體。我們必須拒絕這種幾世紀來強加於我們的個體性，來促使新主體形式的產生。

在這一段陳述中，筆者認為 Foucault 確實指引了一種主體的積極面向，但與其說 Foucault 提出了一條解放當代主體或人的形象塑造的路，他或許只是點出了對於主體另外一個觀察面向：一種作為主體的個體。從《主體解釋學》(*The Hermeneutics of the Subject: Lectures at the College de France 1981-1982*) 中 Foucault 所觀察的柏拉圖模式、希臘化與羅馬帝國時期模式、基督教模式、笛卡爾模式等各時代修身技藝的方式，其指向的都是一種「自我關注」的面向，或者《傅柯說真話》中他考察了古希臘時代「說真話」(parrhesia) 時，這種自我技藝的訓練，都可以發現到 Foucault 的主體工作都指向了自我的面向，或者說一種「美學」取代「權力」的「倫理工作」⁷¹⁰。如果說「治理」代表的是「指引」，那這些工作都相當偏向於「個人面向」的指引，可以說在外部的論述與權力實踐塑造一種「被指引」的「人」的形象的同時，Foucault 強調了自我治理的方式來「指引」出一種積極的主體樣貌，去解放形塑「被指引」主體，不過歸根究柢 Foucault 的線索都是較為「個人面相」的解放或反抗路徑。

⁷⁰⁹ Michel Foucault, *The Subject and Power*, in POWER, 326, 336 (James D. Faubion ed., Robert Hurley trans., PENGUIN BOOKS 2002) (1994).

⁷¹⁰ 筆者參考中文文獻：Michel Foucault 著，鄭義愷譯(2005)，《傅柯說真話》，台北：群學；英文文獻：MICHEL FOUCAULT, THE HERMENEUTICS OF THE SUBJECT: LECTURES AT THE COLLEGE DE FRANCE 1981-1982 (G. Burchell trans., New York: Palgrave-Macmillan 2005) (2001).

第二款 Agamben 帶來的啓發：言說

雖然筆者最終採用 Foucault 的治理視角進行分析，惟 Agamben 思想仍是一個提供啓發的方向，蓋筆者在分析視角中依然有部分想法來自於 Agamben 的啓發。Agamben 思想中除了「潛能」外另外一個關鍵詞非「彌賽亞」(messianic) 莫屬⁷¹¹。在 Agamben 的權力論述中最重要者即是該「感應裝置」，因此 Agamben 對治理的解放路徑即停止該裝置的運作。以「法」爲例，Agamben 於《例外狀態》中即認爲要打破制法暴力與護法暴力的循環論證，延續 Benjamin 透過純粹暴力（神聖暴力）破除此循環進而救贖生命的作法，其認爲對虛擬的例外狀態常規化的對抗途徑即爲將之翻轉爲彌賽亞的到臨，亦即法律的完成與活性的去除，卸除了暴力作用的法律，僅是個法律的遺骸，留下純供研究的謎般形象，像兒童拆玩的那些廢棄無用的東西⁷¹²，筆者認爲 Agamben 要尋求的是生命與權力間秩序的切斷，使法不再進行對生命的索取，如果套用到本論文中的觀察，即是使刑事政策與刑事司法對於人的區分與形塑運作加以停止。

不過此種彌賽亞主義的想法在現實世界中筆者認爲並非是一個可實現的作法，畢竟現實面上我們無法期待與接受一個不存在任何規範形式的人類社會，且筆者認爲 Agamben 所要尋求這樣一個「完成的法」的形式，也不能簡單化約爲 Agamben 認爲人類世界不需要規範這樣的想法。相反地或可將 Agamben 詮釋論爲仍然存在規範於社會中，但僅是將規範與生命間的連結加以解消，抑或尋求一個解消的可能時刻，不過實際上如何操作在給予筆者啓發之餘，也同時帶來極大的疑惑。對此相較於前開「巨視」彌賽亞的作法，或許可以發現一種「微視」彌賽亞的策略，意即在個人的層面上，特別是個人的決斷中，當個人認知到權力機制（例如：法或規範）對於生命綿密地滲透、支配與對人的形象進行生產、塑造時，個人無論

⁷¹¹ LELAND DURANTAYE, *GIORGIO AGAMBEN: A CRITICAL INTRODUCTION* 366-67 (2009)., CATHERINE MILLS, *THE PHILOSOPHY OF AGAMBEN* 107-131 (2008).

⁷¹² 朱元鴻(2005)，〈Agamben「例外統治」裡的薄暮與晨晦〉，《文化研究》，創刊號，頁 203

是進行一個決斷或一個權力的施展中，對於自身倫理面向的反省。

這樣微視的彌賽亞並非無為的，這也是筆者認為將 Agamben 的作法解釋為絕對的「惰性」或「消極無為」是一種不妥的詮釋，Agamben 並非要我們停止任何的論述或言說。相反地，Agamben 在其倫理面向上就曾提過言說的可能，當其觀察奧許維茲集中營時曾提出一個對於生命、權力的新觀點，於《奧許維茲的殘餘》一書中，他認為二十世紀生命政治的特徵將不再是「使其死」或「使其生」，而是「使其倖存」(to make survive)⁷¹³。當代生命政治中權力的決定性活動並不製造生或死，而是構成了反覆無常又潛在無限的倖存狀態，其終極目標就是在活的存有與言說存有、zoē 與 bios、人與非人之間製造「倖存」。因此集中營中的穆斯林，就如同現今重度昏迷依靠維生系統的病人一般，其倖存的狀態不只是展現了權力的效果，亦揭露了權力神秘的密碼，或者說一種權力試圖製造其最終的秘密：一種從每一證言的可能性當中分離出來的倖存，一種從人口統計學、人種學、國家與政治認同孤立出來的「絕對生命政治實體」(biopolitical substance)，具有絕對的「不可見證性」(unwitnessable)，也就是生命政治中權力「不可視」(invisible)的一面。

上開的形式從納粹的集中營直到現今醫學中的人體實驗與植物人問題，都清楚地顯現。對此 Agamben 以集中營為例，認為如果有人結合了事件的獨特性與不可言說性，而把奧許維茲變成一個絕對隔絕於語言之外的真實，或者說切斷構成證言的穆斯林：語言的不可能性與語言的可能性之間的聯繫。那麼他們便是無意識地重複納粹的手段。正如 Levi 在《滅頂與生還》序言寫的⁷¹⁴：

然而戰爭可能結束，我們已經贏了對抗你們的戰爭，你們當中沒有人會留下來

⁷¹³ GIORGIO AGAMBEN, REMANTS OF AUSCHWITZ: THE WITNESS AND THE ARCHIVE 41-86 (Daniel Heller-Roazen trans., Zone Books: New York 2002) (1999).

⁷¹⁴ GIORGIO AGAMBEN, REMANTS OF AUSCHWITZ: THE WITNESS AND THE ARCHIVE 41-86 (Daniel Heller-Roazen trans., Zone Books: New York 2002) (1999).

作證，但即使某個人能生存下來，世界不會相信他。也許會有懷疑、討論、歷史學者的研究，但不會有確切的答案，因為我們將會毀滅證據與你們。即使某個證明應保留，且你們當中的某些人生存下去，人們將會說你們描寫的事件過於殘暴不仁，不足以相信…我們將會是決定集中營歷史的人。

Agamben 認為奧許維茲並非不可言說的，在這之中我們可以發現其倫理面向存在著「言說」的可能。如果拉回到關達那摩拘留營的觀察中，則依然偶有訊息流出的該拘留營，並非一個完全不可視的狀態，或許反而為我們留下了一個契機：讓我們依然有機會救贖其中的拘禁者，讓我們有更多言說的可能。

第二項 個人面向反抗作為起點—以刑事法為例

延續上開 Foucault 與 Agamben 給予的線索，筆者認為不論是對於自我的關照，或是個人的倫理反省與言說，都屬於「個人面向」的解放路徑。筆者認為這樣的個人解放是有其重要性的，且適足以作為反抗與解放的起點，或者對於當代刑事政策論述的反省起點。於個人的立場上，筆者須說明的是每個人都有其選擇的可能性，你可以選擇順從於這個網絡的建構⁷¹⁵，但也可探問「我們是否有一條解放之路存在，可以對於這個網絡產生反動？」的問題。筆者的目的並非廢除刑事法規或停止刑事政策的適用，且現實面上也不可能達成這種目的，筆者的工作是要追尋一個「保留選擇可能性」的可能，在「治理」中從論述或實踐的面向上，以個人作為反抗的起點，尋找一個減少對於人的形塑，進而使人們擁有較多選擇可能性的機會。若以 Foucault 的說法來看，筆者要做的是在「指引」中，盡量地保存由自我指引的機會與可能性。

⁷¹⁵ 駭客任務這部電影中，第一集裡出賣人類的光頭，他的台詞就是：我寧願被母體告知我吃的牛排有多美味，也不想再回去真實世界裡吃噴。筆者認為重點不在於何人治理，因為治理本身都是一種主體形象的建構，重要的是作為有選擇權的主體（不論你是人類還是機器），最核心的都是那個「選擇的可能」。

更細緻地說，筆者的立場有兩點可說明：第一點，筆者認為個人面相的解放並不著重於何為道德或善的行為抉擇，而是強調一種對於現況的理解後做出個人行為的選擇，其與普遍的道德或共善並無連結；第二點，筆者認為這個個人面相的解放強調的是「選擇的可能性」，因為解放必須要有解放的對象與脫離的壓迫，但筆者認為所謂的壓迫也僅是個人對處境的解讀，因此沒有任何一個標準的答案，此處的解放並不強調從某種壓迫境況中走出，而是強調對於自我行為的反省與選擇，或者說要解放的是「一定要有一個正確選擇」這樣的想法，因為正是單一選擇的指引促成了對人的形塑，因此真正的選擇是來自個人對自我的反省與指引。

對於這樣個人面向的解放，如果放回我們所談論的刑事司法中，那麼於刑法或刑事程序法中都可以找到這樣的設計，或可說是反抗的著力點與起點。如學者李茂生即認為在刑法中可以於責任論的最終納入一個純粹主觀的判斷，於該點上作為主權者的法官可以跳脫語言的論述而進行一個個人面向的倫理反省與決斷⁷¹⁶。其實這樣的時點也存在於刑事程序中，如果我們認清作為狹義刑事程序的審判程序僅是一個行禮如儀的儀式的話，這個過程的審判者（法官）並非一個實際上的見聞者而僅是儀式的主持者。是故不論我們是否承認真實可被發現此一命題，審判程序進行的是一個結合各種事實與論述進而將共同主觀加以重申的儀式或僅僅作為一個過程，那審判者的工作就是在最後將重申的事實藉由其被授予的權力賦予制度上的意義與權威，而最終的「判決」其實正是審判程序的重心，或者說一切儀式的進行也僅是為了引出這個最終的決斷時點。

如果說筆者的出發點是尋找一個個人反抗的出發點，而我們所談的個人倫理反省指涉的是認識所有處境後，進行個人面向的反省與抉擇，或以通俗用語稱其

⁷¹⁶ 李茂生(2007)，《監獄學講義》，2007年版，下載網址：
http://www.law.ntu.edu.tw/chinese/03/professor/Mau_sheng_Lee.html（最後瀏覽日：04/18/2011）

為「司法良心」的話，那麼在這整個行禮如儀的過程中，應被置於的正是判決的時間點上，個人的反抗可能正建立於審判者個人於判決此一決斷時點上。此外，判決不僅是程序法的最後決斷時點，同時也是刑事實體法中關於責任論判斷的最終階段，因此判決正處於實體法或程序法中個人決斷的交點上，審判者會在其判決、責任論最終的自我判斷上取得一個這樣的反抗時點，且筆者認為藉由法官判決所宣示的精神，除了代表審判者的反省與判斷外，帶給共同主觀的震盪與觸發的討論，也賦予整個刑事司法論述一個重整的可能。所以如果將當代刑事司法的整個運作，看成是權力對於人形象的建構過程，在此之中個體被支配、滲透與屈從於權力，那麼在這個權力機制中我們可以指出一個個人面向的反抗支點，權力者可以說真話、可以言說真相，可以脫離一切語言論述進行自我的關注與抉擇，雖然言說是 Agamben 帶來的啟發，但筆者認為言說也同樣的是一種自我的關注與反省，且言說也會為刑事政策論述與實踐帶來改變的可能。

以性交易為例，過去我國社維法採取「罰娼不罰嫖」的立場遭致諸多的批評，對此大法官於 666 號解釋中，自「平等原則」出發進行論述，宣告該法違憲⁷¹⁷。惟此論述的結果，卻使法律的修訂朝向「娼嫖皆罰」的立場發展⁷¹⁸，由此可見論述也可能在治理的重整中，帶來更強大的壓迫。對此，桃園地院的一則判決中，即有法官對於俗稱的「三七仔」藉由對現行社維法的解釋做出無罪的判決⁷¹⁹，於此我們可以看到一個個人層次的反省與對於現行治理的反抗與解放。而該法官目前也繼續提出相關的釋憲案，此外近來亦有縣市開始合法化性交易之行爲⁷²⁰，在

⁷¹⁷ 參考自：司法院大法官，http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01.asp?expno=666（最後瀏覽日：02/05/2012）

⁷¹⁸ 相關新聞如「娼嫖皆罰，性交易政策退縮，性勞盟籲兩黨勿密室協商」，見：苦勞網，<http://www.coolloud.org.tw/node/64405>（最後瀏覽日：02/05/2012）

⁷¹⁹ 相關新聞如「裁定三七仔不罰// 法官：沒設性專區 娼嫖不應罰」，見：自由電子報，<http://www.libertytimes.com.tw/2011/new/dec/17/today-t3.htm>（最後瀏覽日：02/05/2012）

⁷²⁰ 宜蘭縣政府法規資訊網，http://law.e-land.gov.tw/public/act/act_2.asp?todo=FullText&type=New&no=%A9y180-10&mod=0（最後瀏覽日：02/05/2012）

這個例子中個人的反抗也帶來論述的重整，雖然發展結果可能不同，但我們也確實可以觀察到一個朝向非壓迫路線發展的實踐面向，而這樣的發展在未來是否可作為筆者反抗起點的例證，並有更長遠的發展也值得觀察。

第二節 更深的疑問：「規範面向」的反抗是否可能？

最後，筆者想以一個對於未來的探問作為本論文的結束，在個人的面向上，可以尋找到刑事司法中一個反抗的起點，當筆者觀察個人的反抗時，個案中進行反省與決斷可以除了該案外，也可能對於整體刑事司法論述與刑事政策產生些許的影響。如果說對於論述與知識形構的影響可以帶來權力實踐的改變，則對於「治理」的反抗，是否有可能在更廣泛的「規範面向」中，從對論述的改變上著手，藉由法規的修訂等方式來進行反抗，使治理中對於「人」的形象的形塑得以停止？本節中僅是一個疑問的提出，筆者無法給出一個確切的答案，這也是必須先說明清楚的。

第一項 以「人權保障」的論調出發－消極面向的理解

如果活在人類社會內要不理會作為遊戲規則的成規是不可能的事情，在規範必然存在的前提下，是否有可能同樣以論述的改變作為起點，在規範面向上停止對於人的區分、形塑與「他者化」的動作？對於這個疑問，筆者以刑事司法論述中的「人權保障」作為一個觀察點，蓋人權保障一直都是刑事程序制定的基本原則之一。筆者發現到對於人權論述中其實隱含著對於「人」的討論：只有人才可能討論人權保障，或論述的進一步可能。以 Agamben 的觀點來看，那麼在這個生命被細密地連結於治理的當下，當我們不停訴諸人權，可能正不停地驅動著人性製造機，且在 Agamben 所說的「現代民主所想要展演人的自由與幸福之處－赤裸生命－正標示出了他的屈從」此段話中，我們可以看到權力的操作不停尋求幸福

的生命形式，並塑造為作為人的主體。但反面正是在這樣的論述中使人成為了客體，例如對於腦死、安樂死或人體實驗對象，正是在這樣的論述中使其成為「動物人」而脫離於法律之外⁷²¹，此時其僅可能作為生物性的死亡而無法律權利上的動盪，因而我們可以對其進行任何的醫療或實驗行為。

更重要的是當我們主張人權時，我們經常凝視著正是那些作為裸命的個體，當我們主張人權或身為人應有的尊嚴與對待時，其實是以一種「代言」的方式代替裸命為之，但其中的弔詭正在於作為裸命其實是沒有在我們的常態秩序或法律概念裡擁有發言的權力，但其卻親身經驗了作為裸命的感受，反之主張人權或人性尊嚴的我們擁有權力發言卻未曾經歷過作為一個裸命的形式，這種結果在過往的歷史中不停出現：當我們為其進行代言（不可能的證言）時，這些人權或人性尊嚴的概念被帶回到我們的社會中並對現行秩序與規範產生重構，最後人權落實於我們這些「人」的身上，但對於那些例外狀態中被棄置為裸命的「非人」卻沒有落實的可能，其作為真實的體驗者不但無法證言也無法得到人權保障的對待，而這個概念內包的過程將產生的是下一次「人／非人」在「感應裝置」中的區分。

對於這個問題 Agamben 曾經於《開展：人與動物》的最終提出其看法，其自 Benjamin 對於「純粹暴力」的思考出發，認為要依此來脫離法律的神話進而救贖生命，在此思想下制法暴力和護法暴力都被比擬為神話暴力，純粹暴力則是近似於神聖暴力作為一種超脫於立法、護法之外的暴力，其目的在於打破神話暴力－制法與護法暴力的交互循環。因此可以說純粹暴力要做的是廢除與「不確立」，Benjamin 曾於《歷史哲學題綱》（*Theses on the Philosophy of History*）第八題綱做了這樣的陳述⁷²²：

⁷²¹ GIORGIO AGAMBEN, *HOMO SACER: SOVERIGN POWER AND BARE LIFE* 9-10 (Daniel Heller-Roazen trans., Stanford University Press 1998) (1995)

⁷²² WALTER BENJAMIN, *On the Concept of History*, in *SELECTED WRITING VOLUME 4*: 389, 392 (Edmund

被壓迫者的傳統教訓我們說，我們生活在其中的所謂「例外狀態」並非甚麼例外，而是一種常規。我們必須具有一個同這一觀察相一致的歷史概念。這樣我們就會清楚地認識到，我們任務是帶來一種真正的緊急狀態，從而改善我們在法西斯鬥爭的地位。

此處的「真正的例外狀態」可以看成是透過純粹暴力來破除法西斯暴力下的緊急狀態，Agamben 延用 Benjamin 的說法將此「真實的例外狀態」與其思想中的兩大關鍵詞「潛能」與「彌賽亞」加以連結，認為這正是彌賽亞主義的結構，於彌賽亞到來時，將同時完成法律的完滿與廢止：「讓法律達到完滿（原初未失落的狀態）的時候，又同時達到廢除所有的法律關係」。在這個成全法又廢除法的弔詭中改變了法律與生命的關係，生命將得到救贖而復原進而擺脫過去法律的治理或者說廢除其連結，這將使得生命回復到一種純粹的「潛能」狀態，以「無為」(*désœuvrement*) 的方式展現這個潛能能力⁷²³。

如果回到我們對 Agamben 方法論討論時談到的「感應裝置」，那麼當人與動物的辯證也是在這個裝置中運作時，其實此裝置即為「人性製造機」。那麼對 Agamben 而言繼續試圖建立人性形象僅是繼續使此裝置運作，因此根本之道在於用「無為」的方式停下機器，使所有事物都進入懸置與中止的無差別狀態（類似於「安息日」意義上的「不作爲」，使萬物的辯證停頓）⁷²⁴。當機器停頓時人所有的身分、形象皆被懸置，人藉由否定自身動物性而定義的「人的形象」也被懸置，停止人和動物之間的辯證進而人性製造機也會停止運作—停下對於動物性與人性的定義，以及對於裸命的捕捉⁷²⁵。

Jephcott trans., Howard Eiland and Michael W. Jennings ed., 2003).

⁷²³ GIORGIO AGAMBEN, *THE OPEN: MAN AND ANIMAL* 85-7 (Kevin Attell trans., Stanford University Press.2004) (2002).

⁷²⁴ GIORGIO AGAMBEN, *THE OPEN: MAN AND ANIMAL* 85-92 (Kevin Attell trans., Stanford University Press.2004) (2002).

⁷²⁵ LELAND DURANTAYE, *GIORGIO AGAMBEN: A CRITICAL INTRODUCTION* 333-34 (2009)

對於上開 Agamben 的說法其實在筆者念書時一度曾經是很迷人的，就如 Durantaye 談到 Agamben 的「無為」時，認為這並非「惰性」，而是一種具有「潛能」的狀態⁷²⁶。Agamben 將其語言哲學中拋棄否定性辯證並尋求一種「潛能」狀態的說法導引入其生命政治中，在揭露一切人權論述與人道主義可能的幽暗面後，要我們一起尋求這樣停止辯證且充滿潛能的無為狀態。但是這個迷人的說法在後來令筆者產生了一些疑問，首先是我們真的有可能在規範面向上達到這樣生命與法連結的切斷與停頓辯證嗎，或許這僅可能在個人面向上可以完成。另外一個更根本的問題在於拋棄人權論述的不可能性，在這個生命被法律深深滲入的世界，或許可以期待有朝一日這個連結的切斷，但在當前人權與人性尊嚴已經深植入法律論述中幾乎是不可能的狀態，如果我們無法找到一個新的論述走向，或者我們無法放下對於人權的依戀，那麼在 Agamben 式的作法過於個人面向與消極的前提下，在規範面向上無法割捨人權的我們，唯一的展望或許是尋找一個「對於人權論述的新論述方式」。

第二項 未來發展的可能方向—積極展望的人權論述

對於如何尋找新的人權論述，或可參考一些較為積極的人權論述，Butler，在其對於 911 與關達那摩拘留營的觀察中，Butler 發現到一種對於人權追求的困境，亦即對於恐怖份子的某些特質以使其屬「非人」的論述，對此 Butler 並不若 Agamben 式悲觀的認為對於人辯證的論述會產生人性製造機的看法。相反地 Butler 認為美國政府在反恐戰爭中的論述中其實包含了非常多對於伊斯蘭社群的歧視，如果要作一個類比，即與 Foucault 在談論集中營時所談的將「種族主義」論述與生命權力相結合的討論是相似的：在追求關照生命的同時，將論述為危害我們生命的種族加以排除或展現出殺害的權力面向。因此 Butler 主張人權的積極面向在於拋棄這樣的論述，而去設法追求國際的或普世的人權與義務，並進而對國家主權的治

⁷²⁶ LELAND DURANTAYE, GIORGIO AGAMBEN: A CRITICAL INTRODUCTION 330-31 (2009).

理行為做出限制⁷²⁷，其實這種積極的作為，也可以看成一種停止對於人進行更細緻區分的說法，而是在最大範圍上將人類做不區分的動作，對於人類內部以生物學或種族主義論述加以辯證與區分方式的停止。

除了 Butler 之外，另一可茲觀察的對象為法國政治哲學家 Jacques Rancière，其於《歧異》(La méésentente) 的第六章「在其虛無主義時代的政治」中也談及了「人」、「人權」與「人道主義」的問題。不同於 Agamben 對於人權與人道主義的批判態度，Rancière 採取了相當積極的觀點。同樣對《人權宣言》的關注裡他看到的是一個「平等」的世界被銘刻於中，平等成為政治的內涵，但其認為不能僅是單純的宣稱，而是要揭露宣稱與現實的差距並以之作為扭轉的動力去使宣稱產生現實的效力⁷²⁸，而這樣的討論也適用於「人權」上，Rancière 觀點下的人權並非先驗性的，而是要去爭取與驗證的，於“Who is the subject of the Rights of Man”中其揭示了此積極性意涵：「在規範名義上擁有人權者，透過行動展現他們在現實中其實不具有人權，其人權不得實現」。Rancière 於該文中認為「人權」具有兩個層次對應上面我們提到其對平等的想法，其一是作為一個規範的文字，其二是對規範加以驗證—「被宣稱有權力者爭取其不具有的權力而使之落實，無權力者去爭取其被宣稱應有的權力」，在此過程中其確立其「人權」與政治主體的地位⁷²⁹。

此外對於人道主義的討論上，也不同于 Agamben 而採取了積極的觀點，Rancière 也同樣有注意到人道主義背後可能的虛偽面向—取消當事人爭取政治資

⁷²⁷ JUDITH BUTLER, *PRECARIOUS LIFE: THE POWER OF MOURNING AND VIOLENCE* 89-100 (2004).

⁷²⁸ Jacques Rancière 著，劉紀蕙、林淑芬、陳克倫、薛熙平譯(2011)，《歧義：政治與哲學》，頁 270-272，台北：麥田，城邦文化

⁷²⁹ Rancière 最常舉的例子是法國大革命其間 Olympe de Gouges 的名言：「若女人有資格站上斷頭台，她們就有資格進入議會中」，女人如果可以因為反革命被處死，代表其於政治上具有地位擁有「人權」或「公民權」，其也可平等的參政。同時藉由這段發言，實際上的展示了女人擁有參與政治的發言權與論述能力，藉由反面與正面兩層的論述去爭取自身應有的權利。請見：JACQUES RANCIÈRE, *Who is the subject of the Rights of Man?*, in *SOUTH ATLANTIC QUARTERLY* 103: 2/3, SPRING/SUMMER 2004, 297, 303 (2004).

格與能力的作為。其提到人道主義的聲援與支持是毫無爭議的行為，但有爭議者為其人道救援等行為的實際操作，因為這些被救援者同時作為人權／人性的失去者與擁有者，因此人道主義者往往有兩個選擇：「代理」或「賦權」(empowerment)。Rancière 在此與 Agamben 注意到相同的問題：代理，當人道主義者往往傾向後者時，其樣貌並非使受救援者主張與驗證其權力，反而是向其輸出人權，這使被救援者反而成為無言且沉默的受害者，未能積極爭取與驗證其權力，更甚者若有人借人道主義之名藉由代理取得管理權時，人道主義將轉變為一種「人道干預」⁷³⁰。

第三項 作為句點的疑問

從刑事程序法中最為重要的論述之一，也就是人權保障出發，雖然在個人面向上的反抗是可行的，且也具有改變論述與權力實踐的可能性。但筆者認為期待個體式的反抗之外，是否可能在規範面向上尋找根本性改變規範運作的可能，仍是未來值得討論的方向。

承接上開對人權消極與積極的理解，或許當刑事程序不可能放下對人權的依戀，而且在法律論述中也無法停止對於「人」的區分時，Agamben 式的無為論述是一條不可行的道路，那麼積極的理解對於筆者在未來的討論或疑問的解答是更有幫助與啟發的，對此筆者無法在當下給予任何一位閱讀者－甚至包括我自身－答案，因此作為本論文結尾的是一個更深遠的提問－對於規範面向上反抗可能的提問。而這個提問作為結尾的同時，於筆者而言卻也是另外一個研究的起點⁷³¹。

⁷³⁰ JACQUES RANCIÈRE, *Who is the subject of the Rights of Man?*, in *SOUTH ATLANTIC QUARTERLY* 103: 2/3, SPRING/SUMMER 2004, 297, 308-9 (2004).

⁷³¹ 於口試中，筆者也承認對於停止區分的不可能，而口試委員許恒達老師也適時地給予建議，如果區分是一個必然，那麼是否可能「使區分空泛化」。許恒達老師的建議對於筆者而言相當的珍貴，筆者也認為在積極人權論述的啟發與現實上不可能停止區分的前提下，如何藉由法律解釋學將法律規範中的區分予以保留的同時，將其空泛化或避免過多的差異化現象與被排除者的產生，也可能是規範面向的反抗上，未來可以討論的方向。

第三節 研究展望

結束了這本論文的一連串探問，其實在每個自我尋找解答的過程中，伴隨的是更多問號的產生？每當筆者發想一個反抗的可能時，更多的是反抗被吸納進權力與論述的運作中，於兩者關係的重整後使治理技術更爲綿密堅實的悲觀想法。或許筆者能做的也僅是繼續的探問更多的問題，本論文或任何的論述至少代表著在這個「人」的形象被權力加以建構而生命不停屈從於各種論述、評價的社會中，個人在龐大權力運作前，或者說這個充滿虛像的社會中，對於自我最真實的一個肯認，並在個人的吶喊與觀察中去確認自身的反省與一次次的決斷。這或許也正是這本論文最初書寫的意義，縱使所有制度或一切的治理技術不一定是壞的，但這一切的確有某種值得反省之處，或如 Foucault 說的危險之處，而筆者能做的是發現其中的危險與肯認自身的選擇可能性，這個選擇的實現即是觀察與行動—書寫、論述與未來無限的可能。

另外關於人的形象的問題，其實這個命題是粗糙了些，在撰寫論文但時間也不夠的過程中，究竟主體可否區分其性質？我們個人面向上如果作爲一種倫理主體，那麼我們所討論的權力去塑造而成的可稱其爲政治主體嗎？在不同權力的運作間是否可區分出諸如法律主體、政治主體的分別？當如 Agamben 式論述中裝置是由法律與政治交織而成時，我們是否可輕易定義該產出主體的性質？法律、政治、倫理彼此間的關係爲何又要如何的區分呢？或者我上面這些問題所談的區分其是否可能？是否有必要區分？關於主體的問題在每一個問號裡都浮現更多的疑問，或許主體是一個既迷人又惱人的問題吧？猶記得曾被問過一個問題：「我們動輒侃侃而談各種主體，但究竟何爲主體？」，或許這是一個筆者現在無法回答的問題，這可能需要花上更多的時間作爲前進的方向，也可能這個問題永遠也無法得到解答，但在這條路徑前進的過程中，或許可以一點點的找到些線索，或者，至少在書寫與論述中去肯認我自身的主體，這或許是一個可能的答案。

除了關於主體的問題，另外對於本論文中提到的「法益」、「人權」、「公共利益」或訴訟法中常侃侃而談的「發現真實」，這些都是「治理」中與權力運作交互的論述或知識面向的論題，筆者或許觀察到了治理中「人」被形塑的現象，也已談論了治理之中權力與論述間交互運作與關聯，但究竟關於「犯罪學」與「刑事政策」這些論述是如何形成的，或者說在知識的工作上他們是如何形成一個概念、一個被加以討論的學科，以及如何在知識形構的概念中去了解到各種刑事司法中原理原則的形成、犯罪人與犯罪行為標準的形成。這些關於知識形構的工作是本論文中無法處理的面向，但要使筆者的分析與觀察更為清楚與完整，知識形構的工作將是必然要面對也必須處理的問題，這也是筆者本論文之後未來最確切而具體處理的思考與研究方向。

參考文獻

Michel Foucault 相關參考文獻⁷³²

Foucault, Michel

- 1975 *Surveiller et punir: naissance de la prison*, Paris Gallimard, 1975.
Discipline and punishment, trans. Alan Sheridan, New York: Random House, 1977.
《規訓與懲罰：監獄的誕生》，劉北成、楊遠嬰譯，台北：桂冠，1992。
- 1976 *Histoire de la sexualité I: La volonté de savoir*, Paris: Garllimard, 1976.
The History of Sexuality Volume I: An Introduction, trans. Robert Hurley, New York: Pantheon Books, 1978.
《性意識史，第一卷：導論》，尚衡譯，台北：桂冠，1990。
- 1980 *Power / Knowledge*, ed. C. Gordon, New York: Pantheon.
- 1982 “The Subject and Power”, in *POWER*, ed. James D. Faubion, trans. Robert Hurley and others, Penguin Books.
- 1984 “Nietzsche, Genealogy, History”, in *The Foucault Reader*, ed. Rainbow.
- 1997 *Il faut défendre la société: Cours au Collège de France, 1975-1976*, Paris: Garllimar, 1997.
Society Must Be Defended: Lectures at the Collège de France, 1975-1976, trans David Macey, New York: Picador, 2003.
- 2001 “Les mailles du pouvoir”, dans edition établie sous la direction de Daniel Defert et François Ewald, avec la collaboration de Jacques Lagrange, *Dies et écrits II, 1976-1988*, Paris: Garllimard, pp.1455-1465, Text no. 297.
- 2001 ”Le jeu de Michel Foucault”, dans edition établie sous la direction de Daniel Defert et François Ewald, avec la collaboration de Jacques Lagrange, *Dies et écrits II, 1976-1988*, Paris: Garllimard, pp.299-329, Text no.206.
- 2002 *The Order of Things: An archaeology of the human sciences*. London and New York: Routledge Classics.
- 2003 *Le pouvoir psychiatrique: Cours au Collège de France, 1973-1974*, Paris: Garllimard, 2003.
Psychiatric power : lectures at the Collège de France, 1973-1974, trans. Graham Burchell, New York: Palgrave Macmillan, 2009.
- 2004 *Sécurité, territoire, population: Cours au Collège de France, 1977-1978*, Paris: Garllimard, 2004.

⁷³² 由於此部分同時使用法語、英語與中文文獻，故一體整理於參考文獻之最初，此外筆者列出者為筆者所使用者，故不會將同一本書的所有語言版本皆全部列出。

Security, terror, population: lectures at the Collège de France, 1977-1978,
trans. Graham Burchell, New York: Palgrave Macmillan, 2007.

《安全、领土与人口：法兰西学院演讲系列 1977-1978》，钱翰、陈晓径译，
上海人民出版社，2010。

2004 *Naissance de la biopolitique: Cours au Collège de France, 1978-1979*, Paris:
Garllimard, 2004.

The Birth Of Biopolitics: Cours au Collège de France, 1978-1979, trans.
Graham Burchell, New York: Palgrave Macmillan, 2008.

2005 *The Hermeneutics of the Subject: Lectures at the College de France 1981-1982*,
trans. Graham Burchell, New York: Palgrave-Macmillan, 2005.

中文文獻

Arendt, Hannah

2009 《極權主義的起源》(The Oringins of Totalitarianism)，林驥華譯，台北：左
岸文化。

Beck, Ulrich

2003 《風險社會：通往另一個現代的路》，汪浩譯，周桂田校訂，台北：巨流。

Brossat, Alain

2008 〈傅柯的「布置」概念〉(La notion de 《dispositif》 chez Foucault)，洪菁勵
譯，《文化研究》，第六期(增刊)，頁 230-240。

Chomsky, Noam

2004 《權力與恐怖：後 9/11 演講與訪談錄》(Power and Terror: Post-9/11 Talks and
Interviews)，John Junkerman、竹井正和主編，王菲菲譯，台北：商周。

Dreyfus, Hubert L. & Rabinow Paul

2005 《傅柯－超越結構主義與詮釋學》(Michel Foucault: Beyond Structuralism and
Hermeneutics)，錢俊譯，曾慶豹校閱，台北：麥田，再版。

Evring, Goffman

2010 《污名：管理受損身分的筆記》(Stigma: Notes On The Management OF Spoiled
Identity)，曾凡慈譯，台北：群學。

Garland, David

2005 《懲罰與現代社會》(Punishment and modern society: a study in social theory)，

劉宗爲、黃煜文譯，台北：商周。

2006 《控制的文化：當代社會的犯罪與社會秩序》(The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society)，周盈成譯，台北：巨流。

Girard, René

2002 《替罪羊》(Le Bouc Émissaire)，馮壽農譯，台北：臉譜。

Greco, Luis

2010 〈Jakobs 的敵人刑法〉，李立暉、陳志輝譯，《法學新論》，第二十二期，頁 45-60。

Gros, Frédéric

2006 《傅柯考》(Michel Foucault)，何乏筆、楊凱麟、龔卓軍譯，台北：麥田。

Foucault, Michel

2005 《傅柯說真話》(Fearless Speech)，鄭義愷譯，台北：群學。

Jakobs, Günther

2003 〈市民刑法與敵人刑法〉，《刑事法之基礎與界限-洪福增教授紀念專輯》，許玉秀主編，徐育安譯，台北：學林，頁 15-39。

Negri, Antonio & Hardt, Michael

2004 《帝國》(Empire)，韋本，李尚遠譯，台北：商周。

Nietzsche, Friedrich

2003 《道德系譜學》，陳芳郁譯，台北：水牛，三版。

Polaino-Orts, Miguel

2010 〈以功能破除概念迷思：敵人刑法〉，徐育安譯，《法學新論》，第二十二期，頁 33-44。

Posner, Richard

2010 《並非自殺契約：國家緊急狀態時期的憲法》(Not a suicide pact: the Constitution in a time of national emergency)，蘇力譯，北京大學出版社。

Rancière, Jacques

2011 《歧義：政治與哲學》(La méésentente)，劉紀蕙、林淑芬、陳克倫、薛熙平

譯，台北：麥田，城邦文化。

Sontag, Susan

- 2004《旁觀他人之痛苦》(Regarding the Pain of Others)，陳耀成譯，台北：麥田。
2011《同時：桑塔格隨筆與演說》(At the same time: Essay and Speeches)，黃燦然譯，台北：麥田。

Stern, Robert

- 2010《黑格爾與《精神現象學》》，林靜秀、周志謙譯，台北：五南。

Nassbaum, Martha

- 2007《逃避人性：噁心、羞恥與法律》(Hiding From Humanity: Digest, Shame, and the Law)，方佳俊譯，台北：商周。

朱元鴻

- 2004〈戰爭，知覺與思維的模式〉，本文為 Paul Virilio 所著之《欺瞞的戰略》的編者序，頁 7-28，台北：麥田。
2005〈阿岡本「例外統治」裡的薄暮與晨晦〉，《文化研究》，創刊號，頁 197-219。
2006〈保羅政治的些許側景：回應蘇哲安〉，《文化研究》，第三期，台北：遠流。

朱蓓蕾

- 2005〈外籍勞工與配偶管理問題之探討〉，《國政研究報告》，
<http://old.npf.org.tw/PUBLICATION/IA/094/IA-R-094-003.htm> (最後瀏覽日：02/06/2012)

江玉林

- 2000〈主權，戰爭的系譜與權力論述—傅柯「捍衛社會：法蘭西學苑演講(1975-1976)」評述〉，《月旦法學雜誌》，第六十四期，頁 175-183
2006〈司法圖騰與法律意識繼受—在正義女神與包青天相遇之後〉，《法制史研究》，第九期，頁 275-291。
2007〈憲政國家的權力建築學——從傅柯與厄斯特萊希對於規訓概念的討論談起〉，《現代性的政治反思》，蔡英文、張福建主編，頁 333-358，台北：中央研究院人文社會科學研究中心政治思想研究專題中心。
2007〈法律、權力與共通福祉—從 SARS 防治及紓困暫行條例談起〉，《科技發展與法律規範雙年刊. 2007：公衛風險的法律建構》，邱文聰主編，中研院法律所籌備處法學專書系列之五，頁 59-97。
2010〈後藤新平與傅柯的對話—反思台灣日治初期的殖民警察政治〉，《中研院法學期刊》，第七期，頁 41-79。

安佳仁

- 2002 〈美國監獄民營化之刑罰學分析—其發展、意涵與影響〉，國立台灣大學國家發展研究所碩士論文。

沈志中

- 2004 〈解構事件與 911 創傷〉，《當代》，第二零七期，頁 42-55。

法務部檢察司

- 1999 《法務部檢討暨改進當前刑事政策研究小組研究資料彙編》

李茂生

- 1998 《權力、主體與刑事法：法邊緣的論述》，作者自版。
- 2002 〈後現代犯罪學的啓示與少年事件處理法〉，《當代刑事法學之理論與發展——蔡墩銘教授榮退感念專輯》，頁 493-574，台北：學林，初版。
- 2003 〈論刑法部分條文修正草案中保安處分相關規定〉，《月旦法學雜誌》，第九十三期，頁 101-113。
- 2003 〈論刑法修正草案第十條有關性交的定義〉，《台灣本土法學雜誌》，第四十六期，頁 144-154。
- 2007 《監獄學講義》，2007 年版，電子資源，下載網址：
http://www.law.ntu.edu.tw/chinese/03/professor/Mau_sheng_Lee.html
- 2007 〈情感與法律之間關係的論述〉，本文為 Martha C. Nassbaum 《逃避人性》的推薦序，頁 6-14，台北：商周。
- 2009 〈風險社會與規範論的世界〉，《月旦法學雜誌》，第一七三期，頁 145-153。

李佳玟

- 2005 〈風險社會下的反恐戰爭〉，《月旦法學雜誌》，第一一八期，頁 30-40。
- 2005 《台灣反恐怖行動法制之研究》，行政院國科會專題研究計劃成果報告。

李俊增

- 2009 〈法律、規訓與治理—現代權力關係中之法律形式〉，《政治與社會哲學評論》，第三十期，頁 1-59。

吳建昌 (2008)，〈人性的呼喚：治理理性台灣性侵害防治政策〉，《科技、醫療與社會》，第六期，頁 69-110。

林山田

- 2005 《刑法通論（下冊）》，自版：九版。

林志明

- 2005 〈權力與正常化—由《精神醫療權力》邁向《非正常人》〉，收錄於黃瑞祺主編《再見傅柯》，頁 165-200，台北：松慧。

林芝郁

- 2007 〈「恐怖行動」形式責任之研究〉，國立台灣大學法律學系碩士論文。

林鈺雄

- 2007 《刑事訴訟法》，台北：元照，五版。
- 2011 〈對質詰問之限制與較佳防禦手段優先性原則之運用：以證人保護目的與視訊訊問制度為中心〉，《台大法學論叢》，第四十卷第四期，頁 2324-2389。
- 2011 〈性侵害案件與對質詰問之限制—歐洲人權法院與我國實務裁判之比較評析〉，《台灣法學雜誌》，第一八八期，頁 53-74。

林琬珊

- 2008 〈論罪刑法定主義之社會機能——一個法律權力的反抗性論述〉，國立台灣大學法律學系碩士論文。

林淑芬

- 2004 〈傅柯論權力與主體〉，《人文及社會科學集刊》，第十六卷第一期，頁 117-150，台北：中央研究院中山人文社會科學研究所。

周桂田

- 2000 〈風險社會之政治實踐〉，《當代》，第一五四期，頁 36-49。

姚人多

- 2000 〈論傅柯的《主體與權力》〉，《當代》，第一五零期，頁 126-133，108-133

柯朝欽

- 2005 〈生命政治與主權決斷—「治理性」與「例外狀態」之比較〉，《當代》，第二一二期，頁 36-55。
- 2006 〈例外狀態的統治與救贖：論阿岡本（Giorgio Agamben）的兩種例外狀態模式〉，東海大學社會學研究所博士論文。
- 2008 〈敵人、戰爭與政治秩序：史密特（Carl Schmitt）論戰爭與政治秩序的形成〉，《思與言》，第四十五 卷第五期，頁 89-134。

許福生

2003 〈累犯加重之比較研究〉，《刑事法雜誌》，第四十七卷第四期，頁 1-36。

許恒達

2006 〈刑罰理論的政治意涵－論「刑事政策」的誕生〉，《月旦法學雜誌》，第一三七期，頁 188-211。

黃佳彥

2009 〈論刑法第一百九十一條之一保護法益－從刑法機能角度觀察〉，國立台灣大學法律學系碩士論文。

曾淑瑜

2007 〈評雅各布斯的敵人刑法〉，《華岡法粹》，第三十七期，頁 23-46。

張甘妹

1979 《刑事政策》，台北：三民。

陳世隆

2010 〈傅柯「正常化社會」之研究－以我國 K 他命管制政策為例〉，國立台灣大學法律學系碩士論文。

陳清田

2009 〈反恐怖主義立法與關鍵議題之研究〉，《2009 數位內容暨公共事務學術研討會》。

楊成瀚

2008 〈部署的系譜學及其不滿：評阿岡本《什麼是部署》(書評)〉，《文化研究》，第六期(增刊)，頁 241-247。

楊雲驊

2010 〈刑求絕對禁止？〉，發表於：第十七屆政大刑法周：對抗恐怖主義的立法與檢討，2010 年 3 月 17 日。

楊瑪俐、楊艾俐等／著

2004 《新臺灣之子》，台北：天下雜誌。

廖元豪

2002 〈美國反恐怖主義相關法律措施之簡介與評論〉，《月旦法學雜誌》，第八十

期，頁 272-283。

2006 〈多少罪惡假「國家安全」之名而行？—簡介美國反恐措施對人權之侵蝕〉，《月旦法學雜誌》，第一三一期，頁 37-49。

2006 〈總統不得私設刑堂！—美國最高法院 Hamdan v. Rumsfeld 案簡介〉，《台灣本土法學雜誌》，第八十六期，頁 271-275。

廖福特

2009 〈即使戰爭，也要人權—Hamdi 及 Hamdan 判決評論〉，《歐美研究》，第三十九卷第四期，頁 671-711。

盧映潔

2005 〈我國刑法修正案有關增減刑罰及保安處分規定之探討與評析〉，《月旦法學雜誌》，第一二一期，頁 256-272。

薛熙平

2006 〈例外狀態：阿岡本（Giorgio Agamben）思想中的法與生命〉，國立政治大學法律研究所碩士論文。

謝煜偉

2004 〈二分論刑事政策之考察與批判——從我國「寬嚴並濟的刑事政策」談起〉，國立台灣大學法律學系碩士論文。

2005 〈寬嚴並濟刑事政策之省思〉，《月旦法學雜誌》，第一二六期，頁 131-157。

蘇哲安（John Solomon）

2006 〈「復興」還是「復辟」？：論當前歐陸理論的限度與突破—〈保羅復興〉一文引起的省思〉，《文化研究》，第三期

外文文獻

Agamben, Giorgio

1993 *The Coming Community*, trans. Michael Hardt, Minnesota: University of Minnesota.

1998 *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life*, trans. Daniel Heller-Roazen, Stanford University Press.

1999 *Remnants of Auschwitz: The Witness and the Archive*, trans. Daniel Heller-Roazen, Zone Books.

1999 *Potentiality*, trans. Daniel Heller-Roazen: Stanford University Press.

2000 *Means without end: notes on politics*, trans. Vincenzo Gineti & Cesare

- Cesarino, Minnesota: University of Minnesota.
- 2001 “On Security and Terror”, trans. Soenke Zehle, on *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, Sep. 20, 2001.
- 2004 *The Open: Man and Animal*, trans. Kevin Attell, Stanford University Press.
- 2005 *State of Exception*, trans. Kevin Attell, University of Chicago.
- 2005 *The Time that Remains: A commentary on the Letter to the Romans*, trans. Patricia Dailey, Stanford University Press.
- 2008 *Le Règne et La Gloire: Pour une généalogie théologique de l'économie et du gouvernement*, traduit de l'italien par Joël Gayraud et Martin Rueff, Editions du Seuil.
- 2009 *What is an Apparatus: and other essays*, trans. David Kishik & Stefan Pedatella, Stanford University Press.
- 2011 *The Sacrament of Language: an Archaeology of the Oath*, trans. Adam Kotsko, Stanford University Press.

Althusser, Louis

- 1970 “Idéologie et appareils idéologiques d'État”, *La Pensée*, no 151, juin.

Arendt, Hannah

- 1958 *The Human Condition*, Chicago: The University of Chicago Press.

Baudrillard, Jean

- 2002 *The Spirit of Terrorism*, trans. Chris Turner, New York.London: Verso.

Bauman, Zygmunt

- 2000 “Social Issues of Law and Order”, in *The British Journal Of Criminology*, Vol.40.

Benjamin, Walter

- 1979 “Critique of Violence”, in *One-Way Street, and Other Writings*, trans. Edmund Jephcott & Kingsley Shorter, London: Verso, p.132-154.
- 2003 “On the concept of history”, in *Selected Writing Volume 4*, ed. By Howard Eiland and Michael W.Jennings, trans. Edmund Jephcott, p.389-392.

Borradori, Jovanna

- 2003 *Philosophy in a time of terror: Dialogues with Jürgen Habermas and Jacques Derrida*, Chicago and London: The university of Chicago press.

Butler, Judith

2002 "Guantanamo Limbo", in *Issue of Nation*.

2004 *Precarious Life: The Power of Mourning and violence*, New York: Verso.

Crona, Spencer & Richardson, Neal

1996 "Justice for War Criminals of Invisible Armies: A New Legal and Military Approach to Terrorism", in *21 Okla. City U. L. Rev.*

Deleuze, Gilles

1992 "What is the dispositif?", in *Michel Foucault Philosopher*, trans. and ed. T.J. Armstrong, Harvester Wheatsheaf.

Dilulio, John

1994 "Let'em Rot", in *The Wall Street Journal*, Jan. 26, 1994, A14.

Durantaye, Leland

2009 *Giorgio Agamben: A Critical Introduction*, Stanford: Stanford University Press.

Esposito, Robert

2008 *Bíos: Biopolitics and Philosophy*, trans. Timothy Campbell, Minneapolis: University of Minnesota Press.

Golder, Ben & Fitzpatrick, Peter

2009 *Foucault's Law*, New York: Routledge.

Hunt, Alan & Wickman, Gary

1994 *Foucault and Law: Towards a Sociology of Law as Governance*, London: Pluto Press.

Jeffery, Bussolini

2010 "What is a Dispositive?", in *Foucault Studies*, No. 10, p.85-107.

2010 "Critical Ecounter Between Giorgio Agamben and Michel Foucault: Review of Recent Works of Agamben", in *Foucault Studies*, No. 10, p. 108-143.

Mills, Catherine

2008 *The Philosophy of Agamben*, McGill-Queen's University Press.

Murray, Charles

1997 “The Ruthless Truth: Prison Works”, in *London Times*, Jan.12.1997.

Ojakangas, Mika

2005 “Impossible Dialogue on Bio-Power: Agamben and Foucault”, in *Foucault Studies*, No 2 , p.5-28.

Posner, Eric & Vermeule, Adrian

2005 “Accommodating Emergencies”, in *The Constitution in Wartime*, ed. Mark Tushnet.

Posner, Richard

2005 “Our Domestic Intelligence Crisis”, in *WASH.POST*, Dec.21 , 2005, at A31.

Rancière, Jacques

2004 “Who is the subject of the Rights of Man? ”, in *South Atlantic Quarterly* 103: 2/3, Spring/Summer 2004, p.297-310

Risen, James & Litchblau, Eric

2005 “Bush Lets U.S Spy on Callers Without Courts”, in *N. Y. Times*, Dec. 16, 2005, at A16.

Simon, Jonathan & Freeley, Malcolm

1992 “The New Penology: Notes on the Emergency Strategy of Corrections and Its Implications”, in *Criminology*, Vol. 30, Iss.4, p.449-474

Virilio, Paul

2006 *Speed and Politics: An Essay on dromology*, trans. Mark Polizzotti, Semiotext.

1997 *Open Sky*, trans. Julie Rose, New York: Verso.

2005 *City of panic*, trans. Julie Rose, New York: Oxford.

2007 *The Original Accident*, trans. Julie Rose, Cambridge: polity.

網路資源

法務部新聞稿

<http://www.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=26984&ctNode=28252&mp=001>

法務部

<http://www.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=27404&ctNode=27518&mp=001>

司法院法學資料檢索系統

<http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>

司法院大法官網頁

<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/>

2010年10月27日台北市議會質詢紀錄

<http://goo.gl/LE1j9>

Legal Information Institute[LII]

<http://www.law.cornell.edu/uscode/18/175.html>

Epic.org

<http://epic.org/privacy/terrorism/hr3162.html>

報紙新聞

反毒大作戰 跨部會整軍

<http://www.libertytimes.com.tw/2002/new/aug/25/today-c2.htm>

再犯率高？性侵累犯出獄，監委籲持續治療

<http://pnn.pts.org.tw/main/?p=8527>

華岡之狼獲假釋 台法務部實施電子監控

<http://www.epochtimes.com/b5/7/9/14/n1834266.htm>

「華岡之狼」 多位專家論：再犯率高不宜假釋

<http://www.epochtimes.com/b5/3/7/7/n339271.htm>

華岡之狼申請假釋，台大生反彈

<http://www.epochtimes.com/b5/3/7/7/n339154.htm>

應曉薇：遊民是治安威脅 作家嗆「無恥謊言」！

<http://pnn.pts.org.tw/main/?p=37283>

廖本煙：應查越娘有無遺毒

[http://city.udn.com/v1/city/forum/article.jsp?aid=1583593&no=51040&raid=1624389#r
ep1624389](http://city.udn.com/v1/city/forum/article.jsp?aid=1583593&no=51040&raid=1624389#r
ep1624389)

立法院 15 日審查反恐行動法草案，在野立委質疑討好美國，
<http://www.nownews.com/2003/12/14/304-1557279.htm>

附錄一：反恐行動法草案

條文	說明
<p>第一條</p> <p>為防制國內、外恐怖行動，維護國家安全，促進國際反恐合作，共維世界和平，特制定本法。</p> <p>本法未規定者，適用其他法律之規定。</p>	<p>一、明定本法立法宗旨及法律適用。</p> <p>二、二〇〇一年九月十一日美國遭受恐怖份子攻擊，造成重大傷亡，恐怖主義行動已成為全球愛好和平者共同之敵人。同年九月二十八日聯合國安全理事會第四三八五次會議通過第一三七三號決議，呼籲各國緊急合作，防制及制止恐怖主義行為，為得以將參與資助、計畫、籌備或犯下恐怖主義行為或參與支持恐怖主義行為者繩之以法，各國應在國內法中明確規定恐怖行動為嚴重犯罪，加強情報合作，並在行政和司法事項上合作，以防止犯下恐怖主義行為外，更鼓勵通過雙邊或多邊協議，共同合作制止恐怖主義行動。聯合國各會員國紛紛依該決議迅速採取一些反恐作為或制定相關法律。我國目前雖非聯合國會員國，但對於共同維護國際和平之努力向不餘遺力，身為地球村之一份子，尤不能置身於世界反恐行動之外，自應積極配合建構相關反恐作為及完備法律制度，以與世界各國建立反恐合作關係。</p>
<p>第二條</p> <p>本法所稱恐怖行動，係指個人或組織基於政治、宗教、種族、思想或其他特定信念之目的，從事計畫性、組織性足使公眾心生畏懼，而危害個人或公眾安全之行為。</p> <p>本法所稱恐怖組織，係指三人以上，有內部管理結構，以從事恐怖行動為宗旨之組織。</p>	<p>一、明定恐怖主義行動、恐怖組織及恐怖份子之定義。</p> <p>二、參考一九七一年之「美洲國家組織關於防止與懲治恐怖主義行為公約」(Convention to prevent and punish the acts of terrorism) taking the form of crimes against persons and related extortion that are of international significance)、一九七七年「制止恐怖主義歐洲公約」(European Convention on the suppression of terrorism)、二〇〇</p>

<p>本法所稱恐怖份子，係指實施恐怖行動或參加、資助恐怖組織之人員。</p>	<p>一年美國「提供阻絕恐怖主義所需適當手段以鞏固美國法案」（Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism）（簡稱美國愛國者法案）（Patriot Act）等國際相關反恐怖公約對於恐怖行動之定義，訂定本條有關恐怖行動、恐怖組織及恐怖份子之定義，以為執法依據。</p>
<p>第三條</p> <p>為防制恐怖行動，行政院應召集政府相關部門成立反恐怖行動專責小組，統籌規劃下列事項，以執行反恐怖行動任務：</p> <ul style="list-style-type: none"> 一、指揮體系。 二、情報蒐集。 三、人員訓練。 四、武力使用。 五、防護措施。 六、國際合作。 七、災後重建。 八、其他相關事項。 <p>對於前項任務，各政府相關部門及地方自治團體應積極配合辦理。</p>	<p>因應國際反恐怖行動，大都設立專責單位，爰規定由行政院應召集政府相關部門成立反恐怖行動專責小組，統籌規劃並執行相關反恐任務，各政府相關部門及地方自治團體積極配合辦理。</p>
<p>第四條</p> <p>國家安全局負責統合協調辦理反恐怖情報資訊之蒐集及處理，並應將國際間已認定之恐怖組織、恐怖份子，或疑為恐怖組織或恐怖份子之資訊，及其他必</p>	<p>一、美國發生九一一事件後，經檢討情報未能有效統合為其中關鍵因素，而依據國家安全局組織法第二條及第十七條之規定，國家安全局負有統合國家安全情報之責，故反恐行動有關情資，應由國家安全局負責統合、研判及提供反</p>

<p>要之情報資訊，適時提供反恐怖行動專責小組、情治機關及相關權責單位；各該機關或單位對國家安全局所提供之恐怖行動情報資料應予保密，非經國家安全局同意不得公開。</p> <p>各情治機關應主動針對國內外恐怖行動蒐集相關情報資料，即時送交國家安全局；其他政府機關蒐獲涉及恐怖行動之相關情報資料者，除依權責處理外，應即送交國家安全局，不受其他法律有關保密規定之限制。</p>	<p>恐怖行動專責小組、情治機關及相關權責單位。</p> <p>二、 為避免恐怖行動危害國家及全體人民生命財產，是除情治機關應有主動蒐集報送國家安全局之義務外，行政、立法、司法、考試、監察各級政府機關如業務上獲悉恐怖行動情報資料，亦應即時主動報送國家安全局，不受其他法律有關保密規定之限制，例如外交部蒐獲國際恐怖組織資訊，衛生署、環保署、原子能委員會發現特殊病毒或異常疫病、生化毒劑、核能事故等與恐怖組織有關之異常徵候，檢察官、法官於案件偵審中、海關於海關檢查中發現恐怖行動情資，自應報送國家安全局綜合研整，以利情報統合研判及研擬對策，有效防制恐怖行動。</p>
<p>第五條 國防部應就部隊能力，適度編組整備，支援反恐怖行動。</p>	<p>為明確國軍在支援反恐怖行動之任務，及賦予編裝整備之依據，爰訂定本條。</p>
<p>第六條</p> <p>為避免國家安全遭受恐怖行動危害，而有監察恐怖組織、恐怖份子通訊之必要者，得由國家安全局局長核發通訊監察書。</p> <p>前項通訊之一方在境內設有戶籍者，其通訊監察書之核發，應先經最高法院檢察署之檢察官同意。但情況急迫者不在此限。</p> <p>前項但書情形，國家安全局局長應即將通訊監察書核發情形，通知最高法院檢察署之檢察官補行同意；其未在二十四</p>	<p>一、 查反恐怖行動，事先預防重於事後制裁，通訊監察為必要手段，爰參考通訊保障及監察法第七條訂定本條。</p> <p>二、 另在恐怖攻擊事件中，除實施通訊監察外，於急迫情形有阻斷限制恐怖份子通信之必要，爰賦予國家安全局局長在處理重大恐怖攻擊事件之需要時，為避免人民遭受緊急危難，得命阻斷或限制相關通信。</p>

<p>小時內獲得同意者，應即停止監察。</p> <p>為處理重大恐怖攻擊事件之需要，避免人民遭受緊急危難，國家安全局得命阻斷或限制相關通信，並應即時通報行政院反恐怖行動專責小組。</p>	
<p>第七條</p> <p>為防制恐怖份子利用網際網路進行恐怖行動，電信事業應使其通信系統之軟硬體設備具有保存及提供網際網路跨境連線通信紀錄之功能。</p> <p>前項網際網路跨境連線通信紀錄，係指網際網路資訊發送點至目的點間之國際連線通信紀錄。</p> <p>於有事實疑為恐怖份子利用網際網路進行恐怖行動時，電信事業應依治安機關之請求，就特定之網際網路範圍位址，保存並提供通信紀錄。</p> <p>前項通信紀錄之保存期限為九十日；必要時，得延長之，其延長期間不得逾九十日，並以一次為限。</p> <p>因執行第一項業務所需軟硬體設備建置、維護及其他必要成本之費用，得請求治安機關支付。其費額由交通部會同內政部、國防部、法務部及行政院海岸巡防署定之。</p>	<p>一、查反恐怖行動，事先預防重於事後制裁，在網路領域之危害更是如此。為防範恐怖分子對我國網路之攻擊、破壞、干擾及入侵等作為，及利用本國網路作為攻擊他國網路之跳板，有保存相關網路跨境資料以供相關單位調查防範之必要，爰參照通訊保障及監察法第十四條第二項，規定電信事業應使其通信系統之軟硬體設備具有保存及提供網際網路跨境連線通信紀錄之功能及義務，以應治安機關之需求，而訂定第一項、第三項；至本法所稱治安機關，係指依法令有偵查或調查犯罪職權，或關於特定事項，依法令得行使偵查或調查犯罪職權之機關（參考香港澳門關係條例施行細則第十七條）。</p> <p>二、何謂網際網路跨境連線通信紀錄，需加以定義以利執行，爰訂定第二項。</p> <p>三、有關通信紀錄之保存期限，參考美國 18 USC.2703 以九十日為限，必要時得延長一次，爰訂定第四項。</p> <p>四、第五項規定電信事業因執行第一項業務所需軟硬體設備、建置時程及費用，得請求治安機關支付。其費額由交通部會同內政部、國防部、法務部及行政院海岸巡防署相關治安機關定之。</p>

<p>第八條</p> <p>對於有事實疑為恐怖份子者，治安機關於必要時得予留置調查，並應即時通報行政院反恐怖行動專責小組。</p> <p>前項留置期間，不得逾二十四小時。</p>	<p>查反恐怖行動，事先預防重於事後制裁，對於有事實疑為恐怖份子者，應賦予治安機關留置檢查權限，爰參考臺灣地區與大陸地區人民關係條例第十八條及行政執行法第四章即時強制第三十六條，賦予治安機關留置權限訂定第一項，並於第二項明定其留置期間，以應付反恐怖行動之需要。</p>
<p>第九條</p> <p>對於有事實疑為恐怖份子所使用，或承載有恐怖份子之車、船、航空器或其他交通工具，治安機關於必要時得檢查，並應即時通報行政院反恐怖行動專責小組。</p> <p>為防止恐怖行動之發生，對於有事實疑為恐怖份子所在之住宅、建築物或其他處所，治安機關於人民之生命、身體、財產受有迫切危害之虞，非進入不能救護或防阻者，得進入檢查，並應即時通報反恐怖行動專責小組。</p>	<p>查反恐怖行動，事先預防重於事後制裁，對有事實疑為恐怖份子使用或承載之車、船、航空器或其他交通工具，治安機關如必要時得為檢查；對於有事實疑為恐怖份子所在之住宅、建築物或其他處所，得進入檢查，但為保護人民住宅隱私權，以人民之生命、身體、財產有迫切危害之虞，非進入不能救護或防阻者為限，爰參考行政執行法第四章即時強制第三十六條、第四十條之規定訂定本條，以應付反恐怖行動之需要。</p>
<p>第十條</p> <p>對有事實疑為恐怖份子所使用作為從事恐怖行動之動產、不動產及其他財產，最高法院檢察署檢察總長、行政院海岸巡防署署長、法務部調查局局長、內政部警政署署長，為防制恐怖行動之發生而認有必要時，得為扣留或禁止處分之命令，並應即時通報行政院反恐怖行動專責小組。</p> <p>前項扣留或禁止處分之命令不得逾一月；有繼續扣留或禁止處分之必要者，得延長之，其延長期間不得逾二月，並</p>	<p>按反恐怖行動，事先預防應重於事後制裁，爰參考行政執行法第四章即時強制第三十八條之規定，對有事實疑為恐怖份子所使用作為從事恐怖行動之動產、不動產及其他財產（如有價證券等），最高法院檢察署檢察總長、行政院海岸巡防署署長、法務部調查局局長、內政部警政署署長，得為扣留或禁止處分之命令，爰訂定本條，以應付反恐怖行動之需要。</p>

<p>以一次為限。</p> <p>依第一項扣留之財產，除依法應予沒收、沒入、毀棄或應變價發還者外，其無繼續扣留之必要者，應即發還；於一年內無人領取或無法發還者，其所有權歸屬國庫；其應變價發還者，亦同。</p>	
<p>第十一條</p> <p>對有事實疑為恐怖份子利用帳戶、匯款或通貨以外之其他支付工具從事恐怖行動者，最高法院檢察署檢察總長、行政院海岸巡防署署長、法務部調查局局長、內政部警政署署長，為防制恐怖行動之發生，而認有必要時，得對該工具為禁止或限制付款、轉帳、提款或交付等金融交易之命令，並應即時通報行政院反恐怖行動專責小組。</p> <p>前項禁止或限制命令不得逾一月；有繼續禁止或限制之必要者，得延長之，其延長期間不得逾二月，並以一次為限。</p>	<p>參考一九九九年之「制止向恐怖主義提供資助之國際公約」，得對於有事實疑為恐怖份子所使用作為從事恐怖行動之資產，加以凍結，以有效防杜恐怖行動之發生；美國愛國者法案 SEC311 條，亦規定對涉及重要洗錢之地區、金融機構、或國際交易行為採取特別措施，爰參考上開公約及相關法制訂定本條。</p>
<p>第十二條</p> <p>以恐怖行動犯本法以外之罪者，加重其刑至二分之一。</p> <p>前項之罪，不適用告訴乃論之規定。其查獲之供犯罪所用之物及犯罪所得，不問屬於犯人與否，均沒收之。</p>	<p>一、為有效及從嚴追訴恐怖行動，爰參考國際相關反恐怖主義公約，及聯合國安全理事會第一三七三號決議 2(e)：「決定所有國家應在國內法中明確規定此種恐怖主義行為是嚴重刑事罪行」，於第一項將恐怖行動依所犯之罪處罰外，並加重其刑至二分之一。</p> <p>二、依第二條第一項之規定，恐怖行動犯罪，足使公眾心生畏懼，是縱其所觸犯之刑法及或特別刑法罪名，為告訴乃論，亦應排除適用。</p> <p>三、為澈底防制恐怖行動，對其犯罪所用之物及犯罪所得，不問屬於犯人與</p>

	否均沒收之。
<p>第十三條</p> <p>參加恐怖組織者，處五年以上有期徒刑，得併科新臺幣一億元以下罰金。</p> <p>資助恐怖組織者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣一千萬元以下罰金。</p>	<p>參考組織犯罪防制條例第三條、第六條規定，明定參加或資助恐怖組織之犯罪及刑罰。</p>
<p>第十四條 中華民國人民在中華民國領域外犯前二條之罪者，不問其犯罪地之法律有無處罰規定，依本法處罰。</p>	<p>一、明定中華民國國民在我國領域外犯本法之罪為我國刑法效力所及，以排除刑法第七條之適用。</p> <p>二、除參考根據聯合國安全理事會第一三三號決議 2(e)：「決定所有國家應在國內法中明確規定此種恐怖主義行為是嚴重刑事罪行」外，另參考下列國家根據該決議所提之報告，日本報告中提及：如果日本政府依據國際條約有義務懲罰犯有刑法所涉罪行者，日本法院便可審判這些罪犯，不論其國籍如何或住在何處，也不論其犯罪地點在何處；德國報告中提及：德國人在國外犯下之罪行原則上須按照德國法律處罰；法國報告中提及：一八八一年七月二十九日法第二十三條有關懲處公眾煽動罪犯之規定，涵蓋實施恐怖主義行為，不論此項行為是在法國還是在外國實施；及美國愛國者法案 SEC.377，亦規定在美國轄區外犯罪管轄之相關規定。</p>
<p>第十五條</p> <p>犯第十二條第一項、第十三條之罪，視為洗錢防制法第三條第一項所定之重大犯罪、通訊保障及監察法第五條第一項所定得發通訊監察書之罪，除本法另</p>	<p>查恐怖行動犯罪之偵辦，常需涉及對於洗錢防制及通訊監察，然本法第十二條第一項及第十三條之犯罪罪名及刑度有不符洗錢防制法、通訊保障及監察法所列之罪名範圍者，爰將第十二條第一項、第十三條之罪擬制為上開二法之重</p>

<p>有規定外，適用通訊保障及監察法相關規定。</p>	<p>大犯罪及得發通訊監察書之罪，明定於本條，俾得適用洗錢防制法、通訊保障及監察法，以免發生執法漏洞。</p>
<p>第十六條</p> <p>犯本法之罪自首，並提供相關資料供調查，因而查獲其他恐怖組織、恐怖份子或因而防止恐怖行動犯罪之發生者，得免除其刑；於偵查或審判中自白，並因其自白而查獲其他恐怖組織、恐怖份子或因而防止重大恐怖行動犯罪之發生者，減輕其刑。</p>	<p>為鼓勵恐怖份子勇於自首自白，協助緝獲恐怖組織，爰參考槍砲彈藥刀械管制條例第十八條、組織犯罪防制條例第八條之規定，訂定本條。</p>
<p>第十七條</p> <p>電信事業違反第七條之規定者，由交通部處新臺幣五十萬元以上二百五十萬元以下罰鍰；經通知限期改善而仍不改善者，按日連續處罰，並得廢止其特許或許可。</p>	<p>對於違反執行保存及提供通信紀錄義務之電信事業應予處罰，以達規範效果，爰參考通訊保障及監察法第三十一條之規定訂定本條。</p>
<p>第十八條</p> <p>任何人獲悉恐怖份子，應舉報之。</p> <p>因檢舉而破獲恐怖行動者，應給予檢舉人檢舉獎金。其辦法由內政部擬訂，報請行政院核定。</p>	<p>查恐怖行動之犯罪特性之一，即在造成被害人以外之政府及民眾恐慌，與一般犯罪主要針對害人個人不同，因此任何人皆有可能為恐怖行動之被害人，爰規定任何人皆有舉報義務，其獎勵辦法，由內政部研擬，陳報行政院定之。</p>
<p>第十九條</p> <p>為防制國際恐怖行動，政府或其授權之機構依互惠原則，得與外國政府、機構或國際組織簽訂防制國際恐怖行動之合作條約或其他國際協定。</p>	<p>查各國反恐怖行動之法律規範或宣言，僅是防杜或制裁恐怖行動之基礎，並不足以建立完整的適用體系，國家間之動態合作才能真正形成懲治恐怖主義罪刑之嚴密法網，爰參考組織犯罪防制條例第十五條、洗錢防制法第十四條之規定，訂定本條。</p>
<p>第二十條</p>	<p>明定本法之施行日期。</p>

本法自公布日施行。	
-----------	--