

「罪與罰之外：經濟學家對法學的 20 個提問」閱讀心得

報告人：司誠正輔導員

一、前言：

眾所周知，千百年來，法學有著高貴而尊榮的傳統。歷來的碩儒巨擘，對法學有諸多精湛絕妙的闡釋。然而，毫無疑問，一九六〇年由美國芝加哥大學發軔的「法律經濟學」，是對法學提出截然不同的解釋。這本書有兩點特色。第一，明確標示出經濟分析的基本架構，利用「基本單位（個人）—行為特質（理性自利）—加總／均衡（穩定的社會現象）—變遷（權變）」的架構，一以貫之的處理諸多法學問題，包括闡釋最抽象，層次最高的核心—「正義」概念。第二，本書的理論是奠基於真實世界，明確提出「實證法學」的概念，並和傳統「規範法學」相對照。

本書作者除了從傳統法學的觀點，探討「罪」與「罰」的概念與時代變遷外，更巧妙的利用經濟學的概念和分析架構，以經濟學家的眼光，分析日益複雜的社會現象，提出日常生活中常見的 20 個社會現象，試圖從經濟學對人性的假設（每個人都是理性自利、效用極大化的）、從降低社會成本觀念、法律判決所造成的社會效果及各方利益的價值衝突等，提供現代習法者，面對日益複雜的人際關係及社會

現象，梳理出一套思維理哲俾供遵循，可謂是振聾啟聵，值得讀者反覆琢磨。

二、作者簡介：

熊秉元教授，著名法律經濟學家，台大經濟系畢業，美國布朗大學經濟學博士，曾於台大經濟系暨研究所任教 20 餘年，主要研究領域為法律經濟學和經濟學方法論。曾任香港城市大學商學院經濟及金融系高級研究員，及於司法官訓練所講座講授「法律經濟學課程」。熊教授授課採蘇格拉底問答式教學，啟發思維，深受好評；並受邀至新加坡國立大學、香港城市大學、西安交通大學等，擔任 EMBA 課程講座。2014 年由浙江大學以「千人計畫」引進擔任法律經濟中心主任，為兩岸四地華人社會第一位在法學院擔任講座教授的經濟學者。

三、閱讀心得：

（一）罪與罰之概念：

在古老的初民社會裡，「罪」與「罰」的概念大概是最早形成的。「罪」這個字眼，是由很多概念所充填。罪，意味著有人（或動物、事、物等）受了傷害；相對於原先的狀態，情況變得比較不好。

「罪」與「罰」之間，往往關係密切，「以牙還牙、以眼還眼」和「殺人、償命」，都是罪與罰直接對應的例子。大陸法系裡，對於「罪」的認定，往往參考兩個指標：主觀惡性是否重大，社會危害性是否重

大。如果同時符合這兩點，罪責重大，也就應該重罰。然而，這兩個指標，本身已隱含了價值判斷：行為者主觀上的「惡」、和行為在客觀上的「危害性」。至於甚麼是「惡」和「危害性」，基本上並不處理。由經濟分析的角度，可以利用「外部性」這個概念一以貫之。外部性就是一個人的行為，對其他人造成的影響。「罪」所指的，就是行為對他人造成負的、大的外部性。

對於罪行的懲處，就是「罪」與「罰」的後者。「罰」通常隱含幾個條件。第一，執行處罰的，是某種具有權威的主體。第二，對被處罰的人而言，「懲罰」之後，必然是帶來福祉下降。第三，被處分的原因，一定是與當事人的行為有關。第四，當事人對於違規的行為，應當承擔某種責任。義為：如果純粹為意外，可能善後需要賠償，但當事人本身不一定被懲罰。至於懲處的目的，可以簡單列舉如次：第一，遏止和預防：藉著處罰，可以產生示範效果，避免未來類似的犯行。第二，教育：藉著懲處，希望對當事人產生教化改過的效果，能重新做人，重回社會。第三，孤立和維和：藉著處罰，讓當事人無從再犯。而且，犯人在監獄裡，保護了社會上其他分子。第四，報應：此為初民社會以來最原始的邏輯，罪有應得，以眼還眼。第五，宣示效果：藉著懲罰罪行，對社會大眾展現是非分際。

（二）罪與罰並非永久不變：

罪和罰是人類社會一直存在的老問題。對於這兩者，千百年來哲學家政治學者法學界已有連篇累牘的討論。由經濟學的角度，可以稍稍提出幾點新義：外部性，是以中性的立場闡明「罪」本質。當外部性減少，罪的成分也降低。資源充沛之後，操作罰的機制愈益精緻；而且，報應的成份下降，對於罪犯也會設法維持尊嚴。最後，正義和罪與罰，都是工具性的概念，內涵與時俱進。

法學論述裡經常有關於社會變遷的詞句：「社會日新月異，法律應該與時俱進」。然而，如何處理變遷，工具箱裡援引哪些概念來分析，卻似乎只得到很有限的關注。例如，如果我到夜市吃消夜，喝了兩瓶啤酒，起身時略有搖晃，不小心碰了旁邊的人一下。他一個踉蹌，手中的茶壺落地粉碎。如果他表明，茶壺是出自名家之手，一把值百萬元，我是否該負起賠償責任？由因果關係上看，我撞他，明確具體，毫無疑問；可是，至少有兩點考慮，我勿需承擔所有的賠償責任：第一，他把名貴茶壺帶到夜市，是把「不尋常的風險」帶到人群之中。第二，最小防範成本：他可以把茶壺放在盒子裡，至少有防護軟墊。因此，雖然是我導致茶壺毀損，卻未必要承擔全部的賠償責任。也就是：在「肇事責任」這個概念裡，「肇事」和「責任」可以切割開來，未必一定要合而為一。同樣的道理，如果我開國民車（爛車）撞了豪車（賓利、保時捷）交警鑑定是我的疏失，這是「肇事」的部分，在

「責任」的部分，也可以有類似考慮。目前，主流的法律見解，是根據交通責任鑑定，肇事者要賠償豪車的損失。如果肇事者確實無法負擔（家境不佳等），可以在執行階段彈性處理。然而，根據前面的分析，國民車撞豪車的案例裡，「肇事責任」也可以切割兩部分：「肇事」部分，是對交通事故的解讀。「責任」部分，是指賠償善後的認定。隨著豪車和超級豪車的出現，「肇事」和「責任」分開處理，似乎更符合情理：一方面，一般汽車駕駛人，只面對和承擔有限的風險，而不是豪車這種天外隕石般的風險。另一方面，豪車的擁有者，對於社會正常作息，帶來不尋常的風險，當然應該承擔某種責任。

（三）法學與經濟學之間的關聯：

社會現象，是由人的行為所組成；分析的基本單位是個人，而個人是有理性和自利這兩個特質；反映在行為上就是降低成本，眾多個人的行為匯總後，經過互動而形成均衡。當均衡面對內在或外在的衝擊時，會產生變遷。社會的典章制度，包括法律和司法體制，都可以看成是一種均衡。

1. 經濟學的分析架構，可以總結為四個環節：分析的基本單位—行為特質—加總和均衡—變遷。

2. 個人，是分析的基本單位：對經濟學者而言，個人具有兩個特質：理性和自利。

3. 經濟分析的架構，可以探討經濟活動，也可以分析社會、政治、法律等其他問題。

4. 經濟分析的性質，是實證的，讓證據說話：可以為法學理論提供穩健的基礎。

5. 對於法學裡的各種概念，也可以援用經濟分析的架構，探討內涵和邊際所在。

（四）利用經濟學的架構，探討法學問題：

在面對問題時，法學界人士的思維模式，經常是：涉及哪幾個法條？法律上誰是強者，誰又是弱者？相對的，經濟學者的思維方式，通常是：涉及哪幾個利益（價值）？環境裡相關的條件，又是哪些？價值判斷，通常不是只浮現在腦海裡的念頭。

1. 先了解社會，再了解法律。

（1）社會現象：A. 規則：（「降低成本」是人們行為的「主要驅動力」。生活裡，規則無所不在：走路開車，華人社會靠右；香港英國等地靠左。吃飯喝湯時，不能呼嚕作響；不能穿睡衣逛大街；不能家暴等等）。B. 風俗習慣：是民間所遵循和支持的規範（遊戲規則），風俗習慣一旦養成，往往代代相傳，是如假包換的「均衡」。C. 道德：人們心中，都有依些簡單自明的道德（倫理）觀念，經由理性的思辯，可以掌握這些理念和原則，並且成為法律的基礎。

(2) 官方的法律，和民間的「法律」之間有落差，所在多有，中外皆然。根據民法，子女繼承時男女一樣。然而，至少在相當長的一段時間裡，民間所接受的是：只有男生（兒子）可以繼承，女生象徵性分得一點點；長孫也可分得一份；長子，因為要供奉祖先牌位，也分得多一點。

2. 讓證據說話。

3. 法律的功能未必是追求公平正義，而是處理價值衝突。

社會變遷，意味著人們的價值觀也會慢慢變化，由價值觀的變化，也可襯托出法律的重要意義之一：法律未必是追求公平正義，主要是處理價值的衝突。例如：甲和乙相戀結婚，生了小孩丙，成婚生子後，兩人不和，決定離婚。離婚後，甲（男方）對乙（女方）付贍養費；而且，基於親子關係，甲對小孩丙支付教育及生活費用。甲有探視權，和丙保持親子關係。然而甲慢慢覺得，無論長相或性情，丙都不像自己的孩子。因此將毛髮送作 DNA 鑑定，發現確實不是自己所親生，甲即向法院遞交申請，希望終止親子關係，同時停止繼續付教育及生活費用。在華人社會裡，百分之 90 以上的法院判決都認為，丙既然不是甲所生，理當中止。然而，在西方社會裡，法院的判決：甲要繼續付錢，即使有 DNA 鑑定結果，仍以小朋友的利益為利益，面對甲和丙的權益衝突，選擇後者；寧願讓甲受委屈，也不會傷害小朋友。

友。又譬如：2015 年，有兩位伊斯蘭教信徒，受僱擔任駕駛運送貨物。但是，基於宗教信仰，他們拒絕載運酒類物品，結果被僱主開除。他們向司法機關投訴，最後，「聯邦就業機會平等委員會」作出裁定：公司可以調整工作，讓其他駕駛載運酒類，他們可以運送非酒類貨品。對於他們的損失，公司要賠償他們 24 萬美金。關於保障信仰自由，這個實際案例當然很有啟發性。然而委員會的裁定，其實還有意在言外的含意。在這個案例裡，公司有很多駕駛，要調整任務並不困難。也就是說，公司尊重信仰所增加的成本，是可堪負荷的。可是，如果這家公司只有兩位駕駛，而且運送貨物中就是有酒類貨品；那麼要公司尊重員工的信仰（譬如多僱用駕駛），成本太高。相反的，兩位駕駛如果不願意載運酒類，可以到其他成千上萬的僱主去求職。兩相比較，公司調整成本高，員工調整成本低；在這種情形下，宗教信仰的價值，就要讓位給企業生存的價值。法律的功能之一，是在處理價值的衝突。對一個社會而言，沒有哪一種價值是絕對的；對於任何價值的保障和維護，是相對於其他價值。

4. 法律的功能，過去是以除弊為主，今後則是興利為主。

過去懲罰罪行以「除弊」的考慮，已經漸漸的被「興利」的考慮所取代。譬如，高速公路處罰超速，重罰酒駕，股市處分內線交易，人為操縱股價等等，與其說是除奸懲兇，不如說重點在於維持正常秩

序，人則各得其所、共存共榮。

四、結論：

人際互動，自然需要遊戲規則；商業活動，更需要各式各樣的規範。然而，這些規則，很多時候是像靠左走或靠右走一樣，是在許多可能的規則之間選擇其中之一。一旦眾人接受，就可以有效交往互動。也就是，現代社會的諸多法律和各種規則、與原始社會的律法之間，已經有很大的差異。過去的律法（處理燒殺擄掠等），主要的功能在除弊。現代社會的諸多律法，主要功能在興利；希望能促進人際交往的流暢，以增進社會的福祉。

司法有關的專業（法官、檢察官、律師、警察等），往往有濃厚的道德情操；自認為是追求公平正義，是捍衛社稷的長城。然而，道德是一種工具，而且有兩面刃的特性。以道德自持，可以降低運作的成本，還能享有心理上的成就感；另一方面，道德的情操，也可能意味著自矜自是，拿著雞毛當令箭。在現今社會，每個專業都有自己的專業倫理，也有各自的專業尊榮。司法是眾多專業之一，以更持平的心境從事，或許更能可長可久，也更有益於司法專業。法官在聽審時，可以有兩個情懷：第一，惡有惡報，正義伸張。第二，維持公平正義的審判，善盡一個法官的職責。第一種情懷，自我的定位是實現公平正義的使者、或是正義的化身。第二種情懷，法官的自我定位是專業

人士，恪守法官的專業倫理。司法運作的各個崗位，都有專業倫理，公平正義自然得到彰顯。兩種情懷之間，顯然有微妙的差別。

長久以來，法學已發展出自己高貴尊榮的傳統，自給自足，勿庸外而求也。不援引社會科學。法學已有幾千年的傳承，可以自成體系。然而，對法學而言，援引社會科學，意味著「典範轉移」，由道德哲學為基礎，轉變成以社會科學為基礎，也有很多理論都不受影響，但是法學這個學科的性質，已由規範轉為實證。上述的轉變，對於法律人而言，都值得駐足沉思：第一，法律的功能，未必是追求公平正義，而是在處理價值衝突。第二，法律的功能<過去是以「除弊」為主；今後，可能「興利」才是重點所在。