

「罪與罰之外：經濟學家對法學的20個提問」閱讀心得

一、前言：

- 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）—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，提供現代習法及立法者，面對日益複雜的人際關係及社會現象，梳理出一套理哲思維做為未來立法的遵循方向。

三、閱讀心得：

(一) 罪與罰之概念：(可歸責性、可苛責性)

- 在初民社會裡，「罪」與「罰」的概念大概是最早形成的。「罪」這個字眼，是動物的狀態，情況變得比較「罪」，意思就是對人(或先)受了傷害；相對於「罪」與「罰」，「罪」與「罰」之間，往往關係密切，「罪」與「罰」直接對應的例子。

• 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，是某人而具有權「主」處。
第二，對被帶定對為：但罰福與違如當擔能懲。
第三，原，責需要賠償，一人義償，有當，定。
第四，因當任要。三為應外一。
第五，後，原，責需要賠償，一人義償，有當，定。
第六，後，原，責需要賠償，一人義償，有當，定。
第七，後，原，責需要賠償，一人義償，有當，定。
第八，後，原，責需要賠償，一人義償，有當，定。
第九，後，原，責需要賠償，一人義償，有當，定。
第十，後，原，責需要賠償，一人義償，有當，定。

以上懲處的目的，對此人無效



- 這是最近發生在中國大陸真實的故事：



- 沒想到院子裡有隻伶牙利嘴的大狼狗，當下猛撲而上，利牙大口一陣撕咬。



- 秘魯警方宣布將狼犬收養為警犬，並頒發獎狀。



- 中國大陸這隻狼狗運氣和際遇就沒這麼好。事發第二天，警方就認定：既然有攻擊人類致死的紀錄，狗的兇性已被激發，不在再適合存活。因此，立刻把負責盡職的狼狗活活吊死。同一情形，中國大陸和祕魯警方的做法南轅北轍，清楚的表明了：不同的環境裡，同樣的事就是可能有不同結果。

（二）罪與罰並非永久不變：（目前的法律見解與未來的法律努力方向）

- 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。不妨，我們可從經濟學的角度切入，探討法官在處理個案時，所面對的兩個考量：回頭看，要善後；往前看，希望判決結果能對未來社會運作產生新的效果。

- 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。



肇事

喝酒者

只面對和承擔有限的風險

切割

責任

喝酒者：行為明確具體

茶壺持有者：

- 一、不尋常的風險帶到人群之中
- 二、未實施最小防範成本

- 同樣的道理，如果我開國民車（爛車），撞了豪車（瑪莎拉蒂、保時捷）



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。

(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。

(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：

- 一、涉及哪幾個法條？
- 二、法律上誰是強者，誰又是弱者？

經濟學者的思維方式，通常是：

- 一、涉及哪幾個利益（價值）？
- 二、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。

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。(略)

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：甲和乙因昏頭而步入愛情的墳墓
—結婚，生了小孩丙



結婚生子後，兩人因了解而決定各奔東西
一離婚



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。



<p>華人社會法院判決：</p>	<p>西方社會法院判決：</p>
<p>丙既然不是甲所生，理 當中止。</p>	<p>丙雖然不是甲所生，甲 仍要繼續付錢，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。</p>

又譬如：2015年，有兩位伊斯蘭教信徒，
受僱擔任駕駛運送酒類貨物。



公司調整（改派其他駕駛）成本低，員工調整成本高

公司調整（多僱用駕駛）成本高，員工調整成本低

如果公司有很多駕駛，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。兩相比較，公司調整成本低，員工調整成本高；在這種情形下，企業生存的價值，就要讓位給宗教信仰的價值。

如果公司只有兩位駕駛，而且運送貨物中就有酒類貨品；那麼要公司尊重員工的信仰（譬如多僱用駕駛），成本太高，兩位駕駛如果不願意載運酒類，可以到其他的公司去求職。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（典型的經濟學典範—利益至上）。

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：

- 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（法匠）。

- 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（心證已成）。第二，維持公平正義的審判，善盡一個法官的職責（讓證據說話）。

- 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，轉變成為以社會科學為基礎，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。

後記

- 從經濟學對人性的假設（理性、自利）、成本效益等觀點，漫談政府年金改革政策：

一、對人性的假設言：

- 目前政府年金改革政策，係針對軍、公、教、警、消等從業人員。從經濟學對人性的假設（理性、自利）言，被改革對象利益被剝奪，走上街頭抗爭，乃在情理之中。但政府運用特定媒體及御用政客，將輿論導向軍公教年金即將破產，若不改革，將全民受害。並將抗爭者妖魔化為既得利益者、貪得無厭之徒，藉此獲得廣大勞工支持，以取得政策之合法性及正當性。

- 但相對於近期內最可能破產之勞工年金卻隻字不提，亦未見提勞工年金改革之議，顯有「柿子挑軟的吃」之嫌。而對執政者言，只提軍公教年金改革而避談勞工年金改革之議，可獲得最大選票支持，亦符合經濟學對人性的假設（理性、自利）。

二、就成本效益言：

- 軍公教年金改革，短期內之效益為執政黨可獲得非軍公教人民最大的選票支持及暫時維持軍公教年金之運作，但付出之成本為喪失人民對政府的信賴（信賴保護原則），從國家長治久安言，顯為一不划算之交易。但就執政者而言，執政之利益又顯高於國家之利益，兩相比較，又顯為一划算之交易。立場不同，利益即不同，而國家不會為自己的利益說話，注定成為被犧牲的一方，能不令有識者嗟乎哉！

三、就供給需求言：

- 當下，網路流傳一則笑話：某地方政府招收清潔隊員10名，條件如次：國中以上學歷、男女不拘、需體能測驗（扛沙包跑步），無其他加給、保障，月薪約3萬元。公告後，吸引二百餘人報名應徵，大學以上學歷達70%，包含兩位博士，率取率5%。而募兵制廣告，志願役士兵：二等兵待遇新臺幣33,625元、一等兵待遇新臺幣35,230元、上等兵待遇新臺幣36,845元，還有結婚補助等五種，戰鬥部隊加給等九種。可謂待遇保障優於清潔隊員甚多。但弔詭的是，仍乏人問津，達成率不及50%。

- 經濟學的市場功能就是供需功能，當供給大於需求，價格就會降低，當需求大於供給，價格就會上揚。執政者在軍、公、教、警、消年金上做文章，當供給或需求失調的時候，市場價格就會混亂（市場失靈）。造成志願役軍人還不如清潔隊員的現象，也就不足為奇了。

報告完畢 謝謝聆聽

PS：謹以此報告 祝丹桂赴任愉快！

