

刑法與審判¹

黃榮堅 著

¹ 本書原於 2002 年出版，由國科會人文處總策劃、國立台灣大學出版、時報出版公司製作，目前於市面上已經絕版。經黃榮堅教授同意及授權，廢除死刑推動聯盟將本書文字重新整理、經黃榮堅教授審校，刊登於廢除死刑推動聯盟網站上，作為公眾教育非營利使用。

目次

出版緣起 我們在努力地彌補當年的遺憾 —— 朱敬一	03
處長序 啟迪青年思想，豐富文化資源 ——王汎森	05
作者序	06
前 言	07
第 1 章 刑法	09
第 2 章 審判	27
結語	32

〈出版緣起〉

我們在努力地彌補當年的遺憾

我的孩子在五、六年前曾有機會參與國科會生物處為高中生辦的「生命科學研習營」，接觸生命科學領域的前緣知識。這樣的機會確實增加他對生命科學的了解，無形中吸引他日後進入有趣的科學領域。五、六年前孩子曾對參與的研習營有些抱怨，指出「老師掛名、助理上課」、「主題拉雜、視野片段」等缺失。這讓我開始思考「如何辦好高中生研習營」這問題。一九九九年擔任國科會人文處長這段時間，終於有機會提出推動台灣第一個「人文社會科學營」的構想。這構想不但獲得國科會首長的鼓勵，也得到國內大多數人文社會科學教授學者支持。這些教授學者都有一個共同體認：人文社會學門的知識其實比生命、自然科學更需要及早奠基；必須讓學生有廣泛深刻的經驗體會，才能孕育厚實的人文學識基礎，將來也才可能在這樣的基礎上，開創大格局的學問。

著名的英國經濟學天才穆勒（John Stuart Mill），其學識淵博是經濟學界所公認。穆勒其實不只是經濟學者，更是政治、哲學的大思想家。他在非常年輕時就能寫出《自由之理》（On Liberty）這樣的經典大著，令學界震驚。我們不清楚為什麼穆勒能這麼年輕就有這麼深厚的功力，但是大家熟知的一些趣聞軼事，也許能提供若干線索。據說，穆勒的父親從小就常帶他四處散步，向他點點滴滴解釋街頭巷尾所觀察到的種種社會現象。大家也許都曾看到街頭小販攤位前等購排隊的長龍，但似乎只有穆勒的父親能告訴他：排隊長龍就表示小販商品的「需求大於供給」、「有漲價空間」、「會吸引其他小販前來競爭」；也能夠教導他「攤販與店面的差別在那裡」、「政府該不該管攤販」等理論思考。也許正是這種自幼可遇不可求的豐富環境，孕育了穆勒的寬廣知識基礎。

每當我想起穆勒的際遇，就有九分艷羨及一分嫉妒。有人覺得自己的音感很好，但小時候大家都窮，沒機會培養音樂素養。我們從小學到大學，每年都在讀國文、歷史、地理，但也許是考試壓力使然，沒有人真正引導我們進入文學、史學、哲學、政治、社會、經濟、考古、語言、心理、法律等領域；即使是「淺嘗即止」的微薄慾望也難以企及，遑論「體驗」人文世界的真善美。

那些過去是我們的遺憾。國科會人文社會科學營的開辦，則是我們對下一代所做的彌補。非常高興第一屆人文社會科學營圓滿完成。在時報出版公司大力支持下，我們將各位講員的主題內容加以擴充、加料、充實，成為一個個獨立單元，彙集成書。當初為人文社會科學營邀請講員時，就設定大概的規範：不希望營隊流於淺牒型介紹，也不希望每個主題變成片段專業知識的狹窄探討。我們的理想是期盼講員在寬廣的知識基礎上選擇一兩個方向，做稍微深入的解析，體會人文社會科學是如何「由面擇點、由點深入」。透過這樣的示例，也許更能讓高中生略

窺人文社會科學之堂奧，庶幾激發興趣、引導入門。

辦營隊很辛苦，找優秀講員很困難，要這些講員在百忙中將講稿擴充成幾萬字更是不易。現在，這些困難都已一一克服。這些年來，國科會與學界的教授學者確實是努力去「栽」，希望不久的將來，我們的社會能有所「收穫」。

中央研究院人文副院長 朱敬一

〈處長序〉

啟迪青年思想，豐富文化資源

最近，我讀到一本沉佚已久的小書：梁啟超的《松陰文鈔》。吉田松陰是日本幕府末年的激烈思想家，他本人啟迪了許多倒幕的志士，而梁啟超的戊戌變法之後流亡日本時，深深仰慕吉田松陰的人格、思想，所以精讀了他的文集，並鈔取了其中的精粹成為《松陰文鈔》。梁啟超在這本小書的序中說：吉田三十二歲就被處死，他的一生沒有一件事業是成功的，學問也不能大過於同輩人。但是梁啟超接著說學問、事業都是枝葉，「而有為事業學問之本原者，本原盛大則枝葉不必出自我，而不啻出自我」，吉田雖然一生無一不失敗，但是他的一種精神，他指出的方向，影響卻更大。梁啟超的話很深刻，但有些地方我不盡然同意。松陰所處的是個動盪無比的時代，他培養了一代青年，這些青年成為倒幕健將，我們仔細觀察他與這批青年的互動，可以發現他雖然一再強調不以純讀書為滿足，但是對帶有教養意味的學問，仍然非常強調。

我認為，今天台灣正好缺乏一批帶有教養意味的書籍。在專家與通俗之間，在藝術歌曲與流行歌曲之間，是不是還有一些國民基本叢書？我想到的是英國的Everyman's Library，是日本的岩波文庫，或以前商務的「人人文庫」或「現代民基本知識叢書」等。它們在不同國家、不同時代都發揮很大作用。

國科會人文處在朱敬一院士擔任處長時，創設了「高中生人文社會科學營」，從各地請來了一批傑出的人文社會學者對資優高中生進行深入淺出的講座，並決定將這些講座整理成小冊子出版，送給全國高中收藏，並開放市面流通。當朱院士提到這個構想時，我直覺認為這是一個國民基本素養叢書的雛相。最近高中營主任陳東升教授及時報出版公司策劃了「新視界文庫」，共計十九本書。我覺得這是一個可喜的消息，願意在此點出它的宗旨及意義。「高中生人文社會科學營」現在已進入第三期，講座也早已超過百人，我有兩個期望：第一是高中營可以長長久久，成為培育一代人文社會科學人才的搖籃。第二，希望能邀請更多學者加入這件出版工程，並儘量說服人文營中精彩的講者用謹嚴而通暢的文筆，將他們的演講整理出版，豐富我們的文化資源。

王汎森

國科會人文及社會科學處處長

作者序

社會大眾對於法律的第一印象，往往認為法律就是公平正義的化身，其中又以刑法為代表，因為刑法的功用在於處罰壞人、保護好人，因此壞人就是應該要被抓去關、應該要被槍斃處死，如此才能夠實現正義。然而大家對於何謂正義、何謂刑法、刑罰應該依循著何種標準，卻不見得有正確的認識。本書試圖以一些基本概念的介紹與舉例，希望能使大家就相關問題得到一個概略的印象，同時能建立思考模式的標準，讓大家以後在面臨類似問題的時候，可以抓住基本的方向，而不至於再陷入「刑法＝正義」或是「治亂世用重典」這些迷思當中。

公平正義是一把尺，這把尺集結了社會上大多數人利弊衡量後的結果，這把抽象的尺擺到實際個案中時，往往會得到不同的結果，但都被認為是所謂的「公平正義」，這也說明了它不是一個固定不動的概念，而會隨著人、時、地而變動。然這並非意味著公平正義本身不存在標準，這個具體的準則就是「比例原則」。

比例原則包含三個下位概念，分別是適當性（手段是否仍有效解決問題）、必要性（手段是否為最經濟者）、衡平性（手段與目的間利弊是否相當），事實上，不只是刑法，所有法律的制訂、政策的設計，甚至每個人在做決定時，都會運用到比例原則的概念。刑罰的使用是不是符合公平正義的原則，或者是不是能通過比例原則的檢驗，當然必須由刑罰的目的加以判斷，雖然大家最先想到的答案，可能認為刑罰是為了應報，但是刑罰的目的並不在於滿足報復的快感，尤其是這種快感可能帶來冤冤相報的惡性循環時，更非如此。刑罰的目的在於預防，在於要求人們不要做法律所禁止的行為，以免造成其他人利益的侵害。

值得大家深思的是，雖然刑罰具有預防的功能，但畢竟它是一個不得已的手段，是最後的手段，我們不應該等到問題發生了，才全部都丟給刑罰來解決，因為它解決問題的能力有限，況且，等到問題發生的時候，損害也造成了，這不是刑罰所能彌補得了的。就如同要解決青少年犯罪問題、減少輟學率、阻止青少年加入幫派，不是教他們什麼行為會構成犯罪、犯什麼罪要判幾年有期徒刑，而是根本上要健全青少年的人格教育，提供他們一個可以自在生活的空間，他們才不會再逃避學校、逃避社會。

當然，要改善整個社會的體質，必須要投入大量的成本和時間，沒辦法用速成的手段，但是我們非做不可。如果還一直停留在「大力整頓治安」、「掃黑掃黃行動」、「法治教育推廣」這些表面性、治標不治本的階段，刑法只會一天一天走向嚴刑峻罰的地步，而一部充滿重刑的刑法，只會麻木這個社會，使人們失去愛心，到時候只怕是判處再多的死刑，也無濟於事了。我們只能期待，透過教育、社會福利、政經環境改善等一點一滴的累積，讓大家有個安身立命的地方，不必動不動就搬出刑法，這才是刑法正面積極意義之所在。

前 言

正義是什麼？

其實，正義這兩個字到現在為止，沒有人能下個非常具體的定義，具體到能直接解決現實的問題。到今天為止，其實沒有人能給公平正義具體的定義，進而解決現實的問題。從事實的真相來看的話，人在什麼情況下會認為某個做法是符合公平正義的呢？大致來說，主觀上認為利益分配是他所滿意的，那麼這就是公平。從這裡可以看出來，正義在結果上是相當主觀的東西。因為每個人都會從自己的角度出發，但每個人的立場不一樣，所認定的結果也都不同。所以在現實的社會裡，沒辦法找出普遍而具體的標準，做為解決所有問題的尺度。因此，法律在追求公平正義的過程中，能夠做到的是在個案裡尋找比較具體的標準。如果一定要抽象地講普遍標準到底是什麼？那麼，大家能夠接受的就是以最大多數人的利益為利益，而這也是民主的社會普遍能夠接受的想法。

絕對正義和相對正義

所謂相對正義或絕對正義都不是很嚴格的說法，所以意思也不是那麼確定。沒有一個普遍而又具體的標準可以用來解決全部的個案時，很難想像有所謂絕對正義的存在，或許這就是有人以相對正義來表達的意思。正義是探討出來的，不是固定不動的。根據個別存在的現實狀況去思考，選擇最有利的解決方式，這就是正義。現實情況不一樣，正義的選擇就會不一樣。嚴格來講，世界上沒有完全一樣的現實情況，所以正義的面貌也會千差萬別，這並不足為奇。舉個簡單的例子，教導學生時，有些人我會要求他多唸書多做練習，有些人則叮嚀他不要老跑圖書館，為什麼呢？難道用功唸書不是個穩定的正義模式嗎？當然不是，對於用功不足的同學，固然應該再加油，但是對於因為唸書而無法放鬆情緒，或是已經因為唸書而忽略其他生活樂趣的同學，再唸書有什麼用呢？

其實正義不會像蘋果一樣固定不變地在那裡。對於事情怎麼解決才對，才符合公平正義原則，本來就沒有一定的答案。人總是就一個問題費盡心思地去思考以及討論應該怎麼做，想出來的或討論出來的做法就叫做正義。正義是被討論出來的就是指這意思。拿美國的法律為例，這個州和另一個州的法律不一樣，這一點也不奇怪，因為兩個州的人民對相同事情有不同的價值觀點。不要說不同人對於相同事情有不同的價值觀點，就是相同的一個人，時間前後也會有不同的價值觀點和正義模式。大家或許會認為如此一來，公平正義就會變得很難捉摸，甚至很難加以維持。不錯，這就是公平正義的真面貌，它本來就是被討論出來的。到頭來真正重要的可能並不是答案是什麼，而是，是否大家都已經充分表達了意見，大家都已經有了互相了解的機會。如果解決問題的模式是固定不變、唾手可得的

話，那麼世界上還有什麼難題呢？

第 1 章 刑法

刑法是什麼？

簡單的講，刑法是法律中的一種，它是用來規定什麼樣的行為是犯罪，以及犯了罪以後，該給予什麼樣處罰的法律。譬如說偷竊、詐欺、殺人，刑法裡都有所規定，規定之後，接下來的重點是給予什麼樣的處罰，例如拘役、罰金或死刑等。因此，刑法是用以規定犯罪及其刑罰的法律。

一般人想到法律，都認為法律是神聖不可侵犯的。但是法律如果真的神聖不可侵犯，並不是因為我們把它規定為法律，因此必然是神聖的；如果是神聖的話，必然是因為這規定有其道理，也一定是因為這道理講得通。那麼，刑法是不是神聖不可侵犯呢？我們先想一下刑罰是什麼？刑法是來處罰人的，既然是用來處罰人的，為什麼它是神聖不可侵犯？這個處罰是誰對誰的處罰呢？人對人的處罰是神聖不可侵犯的嗎？自己在家裡有沒有被父母親處罰過呢？現在的小孩子比較幸福一點，父母親的管教可能比較開放。在二十、三十年前，或是我小的時候，爸爸媽媽打小孩子是很平常的事情（包括老師打學生在內），有時候，有不同的想法或做法的小孩子也會挨打。如果今天受到老師或者爸爸媽媽的處罰，特別是對於身體的處罰時，你覺得這是神聖不可侵犯的嗎？特別是當你認為這個處罰是沒有道理時，你還覺得人對人的處罰是神聖不可侵犯的嗎？

刑法最大的重點是它的法律效果。刑法所使用的處罰叫做刑罰，這是對人類衝擊特別大的一個處置，包括最嚴重的死刑，或自由刑（就是使人喪失自由），喪失自由可能是關一輩子，也可能關一定的年限，十年、二十年等，這些都是自由刑；除此之外，還有財產刑（罰金）、沒收及褫奪公權等，死刑、無期徒刑或有期徒刑等都是國家對於人民的處罰，對人民來講，是極度侵害的處置。在家裡或學校被處罰都是雞毛蒜皮般的處罰，例如沒有寫作業，便兩天不給零用錢或禮拜天不能出去等。但是相對的，刑法裡所規定的刑罰雖然也是處罰，但是這個處罰跟剛剛所講的兩天不給零用錢，或者禮拜天不能出去是千差萬別的。以最嚴重的生命刑來講，它剝奪了生命，更何況槍斃並不只是生命沒有了，連帶可能是媽媽失去了兒子，以及小孩子失去了爸爸，所以這是個後果很嚴重的處罰。

刑法和正義

對刑法有一個初步的認知之後，刑法跟公平正義什麼關係呢？前面提到，如果權利義務的分配是大家比較能夠接受的，這就是正義。那麼刑法規定在什麼樣的情況之下構成犯罪，以及會遭受什麼樣的刑罰，也是權利義務的分配。社會裡的成員做了什麼事，就必須承擔什麼樣的責任，這也是一種分配，所以當然有公

平正義的問題。既然刑法牽涉到社會上成員應該負擔的權利及義務分配，那麼刑法上該怎麼做才算符合正義的原則呢？關於正義的原則，如果所有社會上的問題只用單一公式來解決，其實是相當困難的。但就刑法所涉及的是國家對於人民的侵害來講，在法律學的研究上，某一個程度裡是可以辦到的，的確是有比較進一步的標準，而且這些標準並不只適用在刑法上，同時也適用在其他的法律關係上，特別是用在國家跟人民間的法律關係上。只要國家的行為會侵害到人民的利益，那麼其行為是否合於公平正義的原則，都會有一套比較具體的條件做為判斷的標準，包括國家透過刑法對於人民處罰，如對人民生命、身體或自由等利益的損害等，都得受到固定標準的檢驗。

國家行為的利與弊

國家跟人民之間有很多法律關係，而且國家做任何事情都會侵害到人民的利益。其實不只是國家，連日常生活裡，每個人做事情多少都會侵害到他人的利益。比如說，到學校上課有沒有侵害到你的利益？有沒有付出代價？當然有，不能在早上睡覺、看電影，這些都是你的利益。要緊的是，學生做了來上課的選擇後，相對的是付出一些代價。在這世界上，只要是人所做的事情都是如此，所以不要把決策看的那麼簡單。人們都說我們只做有利的事情，但是天下沒有絕對有利的事情。做任何決策都有其困難，比如說，現代生活常使用到空調，冷氣機的好處是讓溫度降低，但是，相對於室內溫度的降低，室外大環境的溫度卻提高了。再舉個例子，高雄淹大水的時候，大家會想為什麼不把排水措施做得更好一點？但是要把排水措施做得更好是必須付出代價的，應該花多少錢來做排水系統呢？關於這個問題，首先必須先設想水到底多大？這必須有一些水量資料的研究，研究結果會告訴我們多大的洪水每隔幾十年會出現一次，多小的洪水每隔幾年會有一次，接下來設定期待，亦即得預防到什麼程度？要用預防十年一次的大水做標準？還是用預防二十年一次的大水做標準？或者是用預防一百年一次的災難來做為標準？最好是一勞永逸，預防一百年或是一千年，但是一千年的標準要投資多少呢？而且一千年的標準所設計出來的排水設施什麼時候才會用到呢？要不要投資那麼多呢？這就是做決策時所面臨的情境，它必須考慮衡平的關係。天底下的事情有它的好處，但必然也有其壞處，這就是代價。因此說國家的任何作為都會侵害到人民的利益，道理就在這裡。

法律正義的標準：比例原則

在這樣的前提之下，符合公平正義具體的準則何在？符合公平正義比較具體的準則，在法律學上常常講到的名詞為「比例原則」。比例原則告訴我們，當國家作為會侵害到人民利益的時候，必須符合哪些標準，符合了這些標準，國家的作

為才是合法的。這些標準的內容就是比例原則，比例原則當成法律觀念來看好像是很有學問，其實在日常生活中多少都體會得到，它本來就是做事的基本準則。

比例原則有三個下位標準。第一是適當性，第二是必要性，第三是衡平性。適當性是要考慮到有沒有用，比如說，頭痛要吃藥的時候一定拿普拿疼或阿斯匹靈，不會拿避孕藥，因為沒有用，不適當嘛。國家在解決問題的時候也是一樣，對於提出來的對策要考慮到適當性的問題，例如高速公路時速限制在九十公里或一百公里所考慮的是安全問題的話，那麼對照德國的高速公路根本沒有時速的限制，卻又比我們更安全的事實，我們的時速限制是不是具適當性就值得再做研究了。

第二個標準是必要性。必要性也就是最經濟、成本最低的原則。必要性在日常生活當中常被考慮，譬如從家裡去上課，你會考慮計程車、公車、捷運、走路，或是腳踏車，這些都是有用的，都有適當性。考慮完了以後，其次是何者最經濟？說到成本，每一個人都有其考量，對學生來講，考慮的可能是錢；有的人考慮的是時間或體力，那麼他可能就搭捷運或計程車。但是不管怎麼樣，永遠都是尋找對個人而言成本最低的方式。國家的決策也是如此，例如對於處於地震與土石流地區居民而言，到底是要遷村或就地整建，成本高低也是考慮重點之一。

第三個標準是衡平性。衡平其實是平衡的意思，也就是划算不划算的意思，考量付出和獲得之間的關係。一般來講，頭痛吃阿斯匹靈可能是划算的，因為只要花幾塊錢頭就不痛了。但是也有可能不划算，例如阿斯匹靈會有副作用，如果胃不好有胃潰瘍，吃阿斯匹靈可能會胃出血，這麼一來，可能就不見得划算了。因為吃阿斯匹靈雖然有用，不再頭痛，也經濟，但是頭不痛了，卻換來胃出血，可能又不划算了。不能用大的去換小的，這是所謂的衡平性。至於國家的決策上，我們不能為了處理五百年才有一次的的水患，因此節衣縮食來防洪。對於五百年才會有一次的的水患，不值得做什麼防洪的工程，而是只能用其他方法避開，例如颱風來時選擇離開低窪的地區。

告訴乃論與非告訴乃論

既然司法旨在追求公平正義，那麼就維護社會秩序、社會正義的立場來看，為什麼告訴乃論的形式可以存在？首先得解釋法律概念的用法問題。所謂公訴，並不是和非告訴乃論相對的概念，和非告訴乃論相對的是告訴乃論，和公訴相對的是自訴。告訴乃論和非告訴乃論所要講的是，國家追究犯人刑事責任的時候，要不要以被害人或某其他特定人的告訴為要件。對於告訴乃論的犯罪，例如毀損罪或公然侮辱罪等等，如果被害人並沒有表示要追究行為人的責任，法院就不能判這些行為人的罪。同時，在被害人沒有表示告訴的情況下，檢察官也不能向法院起訴，要求法院判刑。簡單的講，有告才有論，這是所謂的告訴乃論。對

於非告訴乃論的犯罪，例如殺人罪或強盜罪等，即使被害人沒有表示要追究行為人的責任，檢察官還是要偵查或起訴，法院還是要追究這些犯罪行為。大致上，比較不嚴重的犯罪會被規定告訴乃論，而比較嚴重的犯罪被規定為非告訴乃論。

至於所謂公訴或自訴所要講的，是由誰來向法院請求審判的意思。檢察官和法官雖然都是從事法律工作的人，不過性質是不一樣的。檢察官是代表被害人的意思，也可以向法院請求對於某某涉嫌犯罪行為人進行審判，而法官則是站在中立的立場進行審判工作。那麼，對於某某涉嫌犯罪行為人，如果是由被害人自己向法院請求審判，這叫做自訴，即自己向法院起訴之意，如果由檢察官向法院請求審判，這叫公訴，是檢察官向法院起訴的意思。對一般人而言，只要自己是某個犯罪的被害人，他可以自己起訴，但由於一般人不懂法律，而且不像檢察官有偵查的權限，所以要自行起訴往往有困難，因此會向檢察官提出告訴，由檢察官進行偵查和起訴的工作。因此，自訴和公訴是一組相對的概念，而告訴乃論和非告訴乃論是另外一組相對的概念。兩組概念所講的是不同的事情，公訴的犯罪不等於是非告訴乃論的犯罪，自訴的犯罪也不等於是告訴乃論的犯罪，所以不能相混。

那麼為什麼要有告訴乃論這樣的追訴制度，為什麼不是一有犯罪，國家就必然追究，而得視被害人告不告呢？告訴乃論的存在和前面所說的正義概念也有關係。不錯，司法是在追求正義，其實質意義不外乎在追求生活利益的保障。既然牽涉到利益的追求，那麼天下也沒有絕對的利益，而是要講究利益衡平的關係，如此才能真正追求到最大的利益。對於所有的犯罪，是不是不管性質、不管利害關係而一律起訴對整體而言是最有利的呢？這恐怕是有問題的。例如輕微的案件對於被害人造成的侵害不一定很大，有時候強制追究反而會造成被害人的困擾，例如家裡唸國中或高中的兒子偷了家裡的錢，父母根本不希望自己的兒子去坐牢，法律卻硬要判他偷錢的罪，反而搞得家人很難堪？

又例如強制性交罪（就是以前所說的強姦罪），現在已經改成以非告訴乃論為原則了，不過以前把強制性交罪列為告訴乃論，也不是百分之百沒有道理。這實在是既痛苦又為難的抉擇。就強制性交罪的被害人而言，無論是以告訴人的身分或是證人的身分出庭，都是再度面臨當時受害的經驗。現在把強制性交罪改成非告訴乃論罪，意思等於強迫被害人必須回憶這段痛苦的記憶，換句話說是對被害人二度的傷害。其次，在現實的社會裡，人們對於強制性交罪的被害人往往投以異樣的眼光，好像這是件不名譽的事情，因此強制性交罪的被害人為了維護自己的名譽，通常都不希望這件事被張揚出去。可是，當我們把強制性交罪改成非告訴乃論罪時也就是在張揚這件事了，迫使被害人感覺更加難堪。

從這個例子可以知道，並不是把所有的犯罪都規定成非告訴乃論就是有利而無害的。到底要規定成告訴乃論或非告訴乃論，分別存有不同的利害關係。那麼

現在為什麼又要把強制性交罪改成非告訴乃論呢？正因為強制性交罪的被害人自己考慮到名譽的問題，以及不願意受到二度傷害，所以很多強制性交罪的被害人，甚至是絕大多數強制性交罪的被害人，在受害之後都不了了之。這造成強制性交的犯罪行為變成司法風險中最低的。在其他的犯罪當中，被害人很可能會去告。甚至不是真的被詐欺的人，動不動也想要去告。獨獨就是強制性交罪的被害人，受害了以後自己默默承受，此舉等於鼓勵潛在的犯罪行為人犯更多的強制性交罪，因為他們知道這不需要坐牢。所以到底強制性交罪應該規定為告訴乃論，或是非告訴乃論，這都是痛苦的抉擇。如果我們不忍心被害人受到二度傷害，就應該把它規定為告訴乃論。然而考慮到姑息養奸惡性循環的結果，就該把它規定為非告訴乃論。現在對於這一個問題，法律上已經有一個處理，原則是規定為非告訴乃論，希望有個普遍的預防效果。至於被害人二度傷害的問題，再用其他的配套措施，例如開庭時對於被害人的特別保護，或是透過其他機制的輔導，希望能夠把傷害的程度降到最低。至於名譽上的問題，也只能透過教育的管道，讓被害人以及一般人有個比較健康的認知，在強制性交罪當中，就像其他的任何犯罪一樣，做錯事情的是加害人，而不是被害人。不名譽的人也是加害人，而不是被害人。這種觀念的改變，是需要一些時間，可是也不能不做。

死刑制度的檢驗

上述這些基本的標準可以用來判斷刑法本身符不符合正義原則。我們聲稱法律（包括刑法在內）是在追求正義，於是用這些特定的標準來檢驗，看看法律是不是真的在追求正義，不過前面說過，這個檢驗是必須就個別的刑法規定來看，不能說整個刑法都要合於比例原則。一般人在未聽到「比例原則」的概念之前，對死刑的考慮可能會非常零散。到底死刑應不應該存在？是不是符合正義的原則呢？

世界上有很多的國家都已經廢除死刑了，沒有廢除死刑的國家，也盡量讓死刑在實際的運作上不會真正地執行。這個問題在還沒廢除死刑的國家裡也引起很大的爭論，特別是一些比較保守的國家對死刑的廢除有相當大的疑慮。在台灣的調查發現，人民對死刑的看法是，同意廢除的大致上不會超過百分之三十，贊成死刑的約百分之七十以上。如果從剛剛所講的這些標準來看的話，死刑第一個碰到的問題是手段是否有助於目的的達成，第二，所採取的手段是不是最經濟的，第三，手段與目的之間是不是符合衡平的原則。

刑罰的目的是什麼？

死刑到底追求什麼？以手段和目的的關係而論，目的到底在哪裡？刑法把人槍斃或是抓去關到底有什麼好處？當我們在電視上看到犯人被抓去關，甚至被槍

斃，一般人的感覺可能是大快人心。那麼，這是不是刑法存在的目的呢？關於刑罰目的的問題，在學理上有很多探討，很多分析，不過大致上就是所謂的「應報」的觀念；另外一個想法是所謂的「預防」。

所謂「應報」，即以眼還眼、以牙還牙之意。不過「應報主義」其實並沒有把觀念完全講清楚。以眼還眼、以牙還牙，其實只是講一種做法，並沒有說明為什麼要這麼做，這麼做的好處何在，這個主張背後所要表達的可能是「應報」本身可以滿足心理上的需求。刑法把一個人抓去關，甚至把一個人槍斃，其目的就是讓大家從受刑人報應中獲得平復。第二個說法認為刑法存在的目的是為了「預防」，預防後人再做壞事，預防的結果就是生命、財產、身體或自由利益不再受到損害，這就是所謂的「預防主義」。

要判斷這兩個理論的對錯其實是很難的。因為必須要有共同的前提和相當精確的衡量尺度才行。事實上，報復上的快感和預防策略下的利益保護在具體問題的處理上並不是絕對的互相排斥，只是出發點不一樣，所以有時候在個案的做法上具體的抉擇會有出入。對於這兩個想法，目前學理上比較偏向「預防」。我個人也是比較偏向「預防」。不過，這不是絕對的對錯的問題，而是我比較喜歡把刑罰決策的基準放在預防上面。然而，值得關心的問題是將來如何減少犯罪，怎麼樣可以有好一點的生活，而不是把犯人槍斃了，心裡覺得舒暢。已經失去的東西是沒有辦法再挽回的。某甲殺死某乙，某乙死了，就算殺死某甲，某乙也不會復生。比較重要的是如何讓這種事不再發生。所謂應報主義的選擇著重於情緒上的滿足，但這對於問題的解決反是個障礙。舉個例子，很多小孩會尿床，父母親可能會認為這樣不乖，那麼要如何處理尿床這個問題呢？可以打他一頓，罵他「你為什麼要尿床？」，心理上的感覺是因為他不乖尿床嘛！所以先打他幾個耳光，然後對自己說：「這是個公平正義的原則，因為他尿床。」但另外一種方式是我們想一想，小孩子為什麼會尿床呢？我們該如何解決尿床的問題呢？或許這個小孩子有心理上或生理上的因素，如果能夠把原因找出來的话，甚至帶他去看醫生，那麼對將來或許有幫助。這兩種方式你會選哪一個？這就是剛剛所講的兩個重要途徑，一個選擇以眼還眼，以牙還牙；另外一個把原因找出來，然後按找出來的原因做處理。我們在解決犯罪問題也是如此，思考怎麼對未來是有幫助的，這就是所謂的預防。尤其是，在應報主義下得到情緒上的快感、卻帶來冤冤相報的惡性循環時，人們真的還要應報下去嗎？

也許有人會說，小孩子尿床是小孩子尿床，大人犯罪是大人犯罪，這是兩件不一樣的事，不能放在一起做比喻。各位的想法可能是，小孩子尿床是不得已的，但大人卻是自己要去犯罪的。其實，就犯罪科學對於事實的研究顯示，犯罪行為和環境是有相當密切關係的。除了與經濟情況有關外，和過去成長的背景也有關聯。大家一定也很清楚，一個人的人格或心理狀態和父母親的態度、學校同學的

文化影響，甚至是個人所交往的朋友均有很密切的關係。

其實影響人行為有比這更根本卻不為人所知的因素，例如我們所熟知的購物狂，到了百貨公司就控制不了自己，不管需不需要，看到東西就買，買回去可能穿不到也用不著，於是東西越堆越多，對於這樣的人，從傳統的道德尺度來看，一定會說他浪費，是敗家子、敗家女。然而，根據不久之前的新聞報導，對於這樣的問題，其實可以透過醫學的方式來解決，只要打一針，就可以在一定的時間內消除無限購物的慾望。因為之所以會有瘋狂購物的慾望，是身體內某些分泌物異常所造成的。從這小小的例子可知，到底是哪些因素在支配人的行為？是不是果真像我們所想像的人在客觀上是完全自由的？當然，要說人是不是自由這個問題，還需要花很多時間來釐清到底什麼是自由？不過我們先不要管這麼多，各位只要先想一個切身的例子，以吃宵夜為例，應該就可以理解人做事情不是那麼容易地隨心所欲而不逾矩的！我們都知道，吃宵夜不是個好習慣，因為晚上吃東西後會影響消化系統，而且熱量囤積的結果也會嚴重影響身材。但是，不吃宵夜又談何容易？理智上可能也會告訴自己不再吃宵夜，但是到了晚上十一點，又開始掙扎了，在冰箱前面走來走去，一邊告訴自己「不要吃！不要吃！」一邊卻在流口水。徘徊了三圈之後，終於還是打開冰箱。所以，看起來應該是很簡單的一件事，事實上並不見得如此。而人的行為往往是這樣。

刑罰不是為了報復

當然，講這些的目的，只是要讓大家理解，人往往是背負著業障而來的。有很多不同的因素在支配著人的行為，甚至也有很多我們完全不知道的因素存在。至於詐欺犯或殺人犯心中有貪有恨，貪與恨並不是他自己要的，而且對於已經種植在心中的貪與恨也是很難輕易消滅的，否則佛門弟子也不用修行一輩子卻也不一定成的了正果。所以，當我們對於人世間的因果關係觀察地越深入，也就越能了解別人，而對於世間的惡，與其執著於應報，與其急於從別人的痛苦中尋找快感，不如想想怎麼樣才是最有效且最不痛苦的預防對策，怎麼樣才可以解決犯罪的問題。不過也不要因此認為人不需要為自己的行為負責，也不要認為上帝才是最大的殺手。這是兩個不同層次的問題，從科學對於事實的研究來看，人固然是受到很多自己無法掌握的因素所支配，但是，從人存在的哲學角度來看，不管上帝發給人的牌是什麼，人的價值就在於他能夠試圖控制自己，並且用意志力實現理想，否則人就沒有存在的意義，而且也無從獲得快樂了；站在這基本立場，刑法才有最基本的資格要求人該怎麼做，以及在人違背刑法的時候可以施以處罰。

想清楚了之後，再回到死刑的問題。死刑的存在跟其他犯罪所附加的刑罰，像自由刑等一樣是為了預防，只不過死刑基本上所預防的都是特別重大的犯罪，像殺人罪、叛亂罪或製造、販賣毒品罪等。而所謂的預防，並不是說為了達到預

防的目的就可以無所不用其極。我們採取刑罰做為預防的手段還是要受到前面所說的比例原則的限制。我們要考慮的是，死刑的存在對於重大犯罪的預防，第一，有沒有用；第二，是不是最經濟；第三，有沒有符合衡平的原則。

死刑的適當性

死刑有沒有用？如果把犯人處死，是不是保證將來的生活一定比較好？在刑罰問題上所謂的有沒有用，並不是百分百有用叫有用，百分之一百沒有用叫沒有用。因為刑罰的使用在人類的歷史上從來不曾把犯罪降低到零，所以刑法的有沒有用，指的是對於犯罪率的降低。大家可能會想，人都會怕處罰，所以不管是用死刑或是處以拘役，只要一想到處罰，人們就不敢做壞事了。人會不會因為怕處罰，而不敢做壞事呢？這問題的答案是不一定的。這點在前面已經講過一些了，刑罰的輕重固然會影響犯罪的念頭，但是除了刑罰的輕重以外，還有很多因素在支配著。比如說，唸小學的時候，有些小朋友因不寫作業經常被老師打手心，可是打歸打，可能被打得麻痺了，不寫作業的小朋友還是不寫作業。我們為什麼挨打卻還是不寫作業呢？因為小朋友對算數、國語或甚至對所有上課的東西都不懂。為什麼不懂？可能是座位太後面，黑板看不清楚，可能是老師解釋不清楚，所以學生聽不懂，也很可能是學生只對運動有興趣，對課本中的東西不感興趣，所以心不在焉，諸如此類。小朋友被老師打手心，卻還是不寫作業，有時候是因為寫作業比打手心更痛苦，有時候是打了也寫不出來。

那麼，死刑對於重大犯罪的預防到有沒有用？會不會使犯罪率降低一點？關於這一點，許多犯罪學家做過研究，聯合國也有一些報告出來，這些研究報告大致上結果是，死刑對於重大犯罪的預防效果是很令人懷疑。其研究的方式大致上是以同一國家在死刑廢除前後的犯罪率來做對照，此外，社會、人文、經濟等等背景大致上相似的國家，以無有死刑來做對照。研究中所對照的結果顯示，死刑的存在並沒有減低重大犯罪的最低限度之可靠效果。這結果可能跟一般人的想法有所出入。不管大家怎麼質疑為什麼死刑會沒有用，事實的結果就是如此，對於數字本身所呈現的，我們也不能再用直覺來揣測事實，直覺會蒙蔽事實的情形太多了，就好像插在玻璃杯裡的筷子是曲折的一樣。比如，直覺總是認為，汽車駕駛人到陌生之處最容易出車禍，而事實上，根據研究統計的結果，最容易出車禍的地方是駕駛人最熟悉的地方，例如回家的路上。總之，除非我們能有客觀的研究指出死刑的存在對於犯罪的預防有最低限度之可靠的效果，否則只能相信這些研究。

關於死刑存廢的問題，我曾在報紙上看過記者訪問一些罪犯，問他們的看法。結果有的罪犯回答，如果沒有死刑，他們還有什麼不敢做的？記者有意得出一個結論說，死刑是不能廢除的。死刑一廢除，這個社會就會大亂。其實關於死刑作

用的研究，要以社會的整體事實現象為基礎根據，在方法上根本不能用一個人所說的話、所表達的情緒、所做的臆測，來取代整個社會事實。就這方法上而言，這位記者顯然沒有受過嚴謹的訓練。其次，如果一個人可以僅僅因為沒有死刑，便殺人放火什麼都敢，那麼其心態之殘酷可想而知。而心態殘酷的人，你是否相信他對於自己行為的最低限度的支配能力呢？其實我寧可相信，像這樣的人，不要說沒有死刑，就是在有死刑的情況下也照樣會殺人。不管我們怎麼推理，還是要尊重研究報告所呈現的客觀事實。既然死刑的存在對於罪犯的預防並沒有可靠的效果，就沒有理由使用死刑，這是適當性的概念。

死刑的必要性

第二個是關於必要性的問題。必要性就是考慮最經濟的方式。死刑付出的代價是什麼呢？其他的暫不說，死刑付出的代價至少是生命。人們常常認為，死刑的代價只是壞人的生命。但大家不要忘了，法律的適用並不是選擇性的，只要法律存在的話，每個人都是潛在的適用的對象。所以死刑存在所付出的代價威脅到的是我們每個人，特別是還涉及到誤判的問題，所以，死刑所牽涉的並不是只有壞人生命的問題。那麼，這個代價是昂貴或低廉呢？生命有多貴，每個人的看法不一樣，但是如果我們都認為世界上最後的財產就是生命，那麼無可置疑的，這是個相當昂貴的代價。那麼，如果不用死刑，難道還有其他方法可以維持治安嗎？尤其是治安不好的時候老是聽到「治亂世用重典」之類的話。大家從現在開始，必須學習比較精緻的思考，仔細推敲每一句話的真正涵義，所述說的是不是事實，以及某個主張的內容在手段目的關係上是否禁得起檢驗。

如果已經確定犯罪者是誰，而且證據也已非常確實，同時犯罪者也承認的話，為什麼不能判死刑呢？這些話講起來是容易，但是現實上談何容易？刑事訴訟上所要求的證據的強度固然是「無可置疑」的強度，但並無精確的標準，法官不可能承認沒有確實證據而下死刑的判決。因此，證據確實與否只是相對的概念，並且只是假設而已。至於被告的自白，也不一定是可靠的證據，因為被告的自白是否出於自由意志，是否被刑求逼供都是很難保證的。大家多少也知道，刑事訴訟定罪的歷史，其實也就是一部刑求逼供史。即使被告的自白是出於自由意志，其內容也不見得就是事實，任何難以想像的因素或動機都可能存在，像為人頂罪也會使得被告的自白與事實不符。此外如果大家有興趣看偵探小說的話，有本小說叫《繼女的秘密》，裡頭所寫的故事就是：女主角雖然自白說被害人是被自己殺死的，但是女主角也沒有搞清楚狀況，事實上被害人並不是被她所殺。因此被告的自白也不一定就是可靠的證據。更根本的問題是，對於任何一個所謂事實已經清楚之個案的死刑宣告，都建立在一個法律制度的前提上，亦即死刑制度的存在。只要此一死刑制度存在，那麼底下可能存在的宣告死刑的無數個案，沒有人敢說

都是沒有疑義的。至於說從經濟原則上來考量，固然終身監禁的受刑人，吃的用的都是納稅人的錢，但是我們要知道，畢竟被判死刑的人並不是多數的。對一個國家而言，要負擔這些人的生活，是用不了什麼錢的。相對的，國家放棄死刑所帶來尊重生命的示範效果，卻遠遠不是省下少數人生活費用所能相比的。這不是更經濟嗎？

治亂世用重典？

每當社會上有重大刑案發生，就會有治亂世用重典的聲音出現。還記得，在白曉燕事件發生後，長時間緝捕三嫌犯的過程當中，全國民眾人人自危。當時，民眾所想到的就是用重典治亂世，於是從行政機關到立法機關也都樂得扛著民意的大旗，對於刑法的規定一再修正、一再加重。法務部的想法、立法委員的想法，和一般人民的想法一樣，認為用重典可以治亂世，很多人都以新加坡為例，認為持有槍械就應該處死刑，並且認為，對於大量的重大犯罪，都應該處以死刑。但是，用死刑來遏止重大犯罪會有效嗎？世界上固然有些國家是刑罰偏重而治安也不錯的國家，但是我們也不能無視於，世界上有更多國家是輕刑罰而治安又很好的國家，例如歐洲，尤其是北歐各國。相反的，有很多人喜歡用美國做例子，說美國是先進的國家，卻也留有死刑的規定，而且有些州是廢止後而又恢復死刑的。然而，我們必須弄清楚，所為先進國家是什麼意思？曾有研究報告指出，美國的殺人犯罪率是排名世界第一的，至於我國，在世界上也是死刑出了名的國家，殺人犯罪率全世界排名第二。那麼接下來的問題就很簡單了：首先，一個刑罰很重而治安很好的國家，和一個刑罰很輕而治安很好的國家，應該選擇哪一個？這問題的答案，不言可喻。

其次，既然刑罰很重治安可以很好，而刑罰很輕治安也可以很好，那麼治安好壞的關鍵並不在刑罰輕重的區別上，這點也很清楚。我們要說的是，當國家所主導的社會環境已經把人民素質普遍地惡質化，那麼刑重刑輕都沒有辦法有效地改變現狀。相反的，如果國家幾十年所累積出來的社會環境足以普遍造化人民優良素質，那麼有沒有重刑都一樣。所以，人民的優良素質是人性化社會最好的保障。既然如此，重刑的意義在哪裡？事實上，以擄人勒贖而言，我國目前法律的規定已經是世界無出其右的嚴刑峻罰，卻還不能遏阻一再發生的擄人勒贖案件。相反的，其他沒有嚴刑峻罰的國家，卻少見有什麼擄人勒贖的事件。事實本身已經很明白的告訴我們，一個社會裡是不是經常有擄人勒贖的事件，是和嚴刑峻罰沒關係的。而一再動用重刑的國家，所呈現出來的卻是人民對於嚴刑峻罰的麻木。有許多人糊里糊塗地犯了罪，也糊里糊塗的被抓去關，或被槍斃。但還是又有另一批人糊里糊塗地犯了罪，也糊里糊塗的被抓去關，或是被槍斃，這樣的循環，變成一場永無止盡的悲劇。有誰會相信，把製造或運輸槍械者處死刑，就

不再會有那麼多人製造或運輸槍械？或者就不再會有那麼多人殺人？

我國槍砲彈藥刀械管制條例訂於民國七十二年，在七十四年做了第一次的增修，七十九年做第二次增修，八十五年第三次增修，而才隔一年，八十六年又進行了第四次的增修。這樣對刑法一次又一次加重刑罰的增修，在世界上可以說是獨一無二的。每次修正時的社會背景都一樣，都是治安惡化。而每次修正時，立法者、行政機關和國人所抱持的願望也都一樣，都希望經過重罰規定以及執行，從此可以解決治安問題。然而殘酷的事實是，每次修正之後，大家的願望都再次落空了。槍枝越來越氾濫，殺人的事件越來越多，擄人勒贖的案件也屢增不減。活生生的事實擺在我們眼前，想要用重刑解決治安問題，可說是緣木求魚。而到現在，槍砲彈藥刀械管制條例的修正，已經不知道到底修正到第幾次了。如果容許我們用比喻的說法，這樣的刑罰，一如抗生素的濫用。我們任意使用抗生素來對付病菌，到頭來，當所有的病菌都產生了抗藥性之後，空氣中飄散的都是無藥可治的病原，這時也就是我們浩劫的開始。

犯罪有犯罪的原因。基本上，對於犯罪的形成，一方面要歸責於犯罪人自己意志的問題，另一方面也要問問影響犯罪人行為的背景因素。否則，把犯罪完全理解為道德訴求的問題，則犯罪是永遠沒有辦法得到適度解決的。舉一個現今社會上非常嚴重的犯罪類型，即強姦犯罪的問題來做說明。民國八十六年十一月二十六日，《中國時報》上曾經有一位梁姓美國法庭資深臨床心理師指出，性犯罪者的成長背景，有四至五成的人在小的時候有被性侵犯的經驗，大多數的性犯罪者受過身體虐待，並且常常是在成長的過程沒有適當的男性模仿對象，沒有學到適當的身體接觸，或是見過強暴或身體暴力等等影響心理的經驗。其實，這也是一般研究性犯罪的觀察結果。與其說性犯罪是為了滿足性需求，不如說是為了填補人格上的空白，如果理解了這樣的事實，那麼，單純的刑罰是不是有效的解決管道呢？

治安是內政績效的指標

社會上是不是經常有擄人勒贖的案件，是不是有很高的犯罪率，主要是和該國的內政表現有關。所為內政，指的是教育、經濟、社會福利、勞工政策、住宅、司法、文化、政治、交通等等。至於治安，其實也就是內政作為的成果反應而已。也難怪研究犯罪學的人常說：最好的社會政策就是最好的刑事政策。因此，如果一再強調掃黑，一再強調刑罰，而不管其他根本性的社會政策，恐怕只是一種轉移焦點不負責任做法。

治安沒有捷徑，從教育到經濟，從住宅到交通，無一不是影響治安的因素，其中，教育絕對是目前最重要的刑事政策的一環。曾有個拿西瓜刀亂砍人的國中生被問到為什麼要這麼做，他的答案實在令人心驚，也令人心痛。他說，反正自

已是爛命一條。我們必須想想，為什麼這個人成長的地方會讓人覺得自己是爛命一條呢？特別是我們的中小學教育課程設計以及一般父母親對於小孩子的課業的態度，大多會迫使孩子對於真正的人生感到陌生，讓孩子不知道這個世界上還有什麼令人愉悅的事情，不知道還存在著什麼價值！但是主宰著孩子世界的大人們，包括決策者、家長，卻從來沒有對孩子們鬆手，更沒有讓他們生活的快樂一點、自然一點。我記得大約四、五年前，教育部曾在政策上積極想把輟學的孩子找回學校，想把孩子找回來當然沒錯，問題是，這些孩子就是因為不喜歡學校才離開的。那麼，如果學校的教育生活內容沒有改變，恐怕根本留不住孩子。

更嚴重的是，整個社會風氣中，對於一半以上的孩子人格多少有歧視與侮辱的性質。一般人及父母往往從孩子小的時候，就按照其背書的能力和聽話的意願，把孩子分成好孩子和壞孩子，而且也按照這樣的標準，把孩子貼上標籤，給予不同的尊重和待遇。如此的觀念和做法，並沒有真正善待每個孩子。大人所建立的觀念已經忽略了做為一個人，其最大的價值就在於能夠善待自己與善待別人。而孩子將來要能如此，就必須從大人那裡體會到善待自己與善待別人的感受。或許我們對孩子並無惡意，但是根深蒂固的觀念使我們在做法上不自覺的有了偏差，我們必須記住，孩子的健康和快樂才是利己利他人格的最大的保證。只要擁有這種人格，不管他走哪一行、做什麼事，都有益於人類社會。至於書念的好不好，和他會不會是個善良而快樂的人，並不能劃上等號。如果我們沒有這種認知，在錯誤的觀念下，放棄了二分之一的所謂不會唸書的孩子，等於透過價值判斷的眼光和做法，把二分之一的孩子全面性、制度性地塑造成為社會的邊緣人，一旦社會上有二分之一的社會邊緣人存在，恐怕邊緣與中心地帶就要易位，這麼來，所謂掃除暴力及黑道又要從何掃起呢？

在教育體系中把每個孩子都帶上來，這是中研院李遠哲院長提出來的一個想法，也是針對治安問題切中要害的想法。我們知道，在教育體系當中要善待每個孩子，要把每個孩子都帶上來，是必須投下驚人的經費的。但是，如果我們今天不投下這些經費，將來勢必用十倍百倍的經費來收拾殘局，而且還不見得能夠收拾得了。想想看，當社會上出現了像陳進興這樣的人，雖然最後將他繩之以法，但是繩之以法又如何呢？能夠彌補整個社會以及所有犧牲者所受到的傷害嗎？目前社區聯防已經變成現實上不能不做的事情，不過社區聯防的成本絕對不低，並且只能被動的在某個程度內保護特定社區的安全。這個事實應驗了一個原則：從上游解決問題，成本最低，也最有效，遇到下游解決問題，成本愈高，也越無效。所以有句話說，與其把錢用來蓋監獄，不如把錢用來蓋學校，這道理是值得我們深思的。孩子即使只會打籃球，也總比只會犯罪更好吧！這麼做所花費的成本，不只比上面所說的犯罪過程以及事後處理犯罪問題的成本更低、更有效，而且還更令人愉快。

教育之外，經濟上的薪資結構、勞工、住宅以及社會福利的問題，其重要性也是不言可喻。一個無法合理安排生活的社會環境，是沒辦法使人有合理的行為反應的。財產分配的不公平會使很多人試圖用非常態手段來解決生活應有的尊嚴，事實上，從人的尊嚴來看，在這個世界上，聰明的人和不聰明的人的生活應該差那麼多嗎？資本家對於國家的整體資源就可以予取予求嗎？國家不能透過賦稅以及社會福利政策做一些自由經濟市場先天上沒有辦法做的事情嗎？有很多大人由於沒辦法合理的安排自己的生活問題，因此也無法合理的安排孩子的生活，以致製造了成人的犯罪，也製造了青少年的問題，當社會變得如此令人不安，即使是富有的人，擁有財富也已經失去意義。

治安，就是國家內政績效的指標，但治安並不是個獨立的問題。治安的真面目是教育、經濟、政風、交通與社會福利等問題，因此，治安實在沒有捷徑。當我們想到要用重典來治亂世的時候，其實也就是用重典也沒辦法治亂世的時候。我們必須想想，在社會結構性因素上如何去做，否則一隻手製造暴力因子，再用另一隻手來消滅暴力，不僅是人民納稅的錢以及被告的生命的浪費，而且也過於殘酷。因此，要講經濟原則，重刑並不是好的方法。對於死刑問題，人民可以情緒化，政府不能情緒化。人民可以高喊死刑，政府不能跟著高喊死刑。政府應該可以看得出來，問題的癥結出在哪裡，近來法務部提出幾年內要廢除死刑的構想，我個人認為這是個負責任的做法。

死刑的衡平性：誤判的問題

第三個是衡平性的問題，這也是在死刑上引起非常大爭論的地方。衡平性的意思是說，我們現在付出什麼代價，然後獲得什麼。前面提過，我們付出了生命的代價，而且每個人都是潛在的付出代價的人，用這些去換來重大犯罪率的減低划不划算？也就是說死刑能不能換得治安的保證？對於這個問題，我們一直是持懷疑的態度。不過這個問題，姑且先擺在一邊，先就付出與獲得之間的衡平問題來談，這就回到了前面提到的問題：一般人會認為，被判死刑的生命是壞人的生命，不是好人的生命，如果用壞人的生命去保護好人的生命，有什麼不可以？但是，在這個世界上誰是好人，誰是壞人，是很難切開來說的，有的人會說，經過法院三級三審，如果判定是殺人罪，難道還不能說是壞人嗎？我要強調的是，這其中牽涉到很多問題，當中最嚴重的就是誤判。只要存在誤判的話，死刑的難題就一直難以解決。判決錯誤在司法審判上其實是經常發生的。近來有些國外的實證研究，對於過去判決死刑且已經執行過的案子，在科技進步產生新的證據方法之後，重新用新的證據方法做標準，再做一次檢驗，特別是用 DNA 比對的技術再做比對，結果發現過去的死刑判決有很多很多屬於誤判。在台灣也有很多例子，很早以前在豐原有件殺人案，找到了三個兇手。破案以後，獎金也發了，警官也

都升官了，但是到後來又宣布，這個案子又找到了真正的兇手。奇怪，現在找到了真正的兇手，那麼原來的兇手是怎麼回事？死刑案也會誤判，並不是只有壞人才會被誤判。所謂誤判，正因為沒有做壞事而被判刑才叫誤判，而且每一個人都有可能被誤判。只要這個制度存在的話，每個人都有可能被誤判。那麼在會產生誤判的情況之下，你覺得死刑應不應該存在？我們接不接受死刑呢？

對於誤判，有人可能馬上會有聯想：事實上會誤判的，也不只是死刑的案件，其他任何的刑罰（有期徒刑或無期徒刑）也可能誤判。如果我們害怕誤判，為什麼法院還可以繼續判決呢？各位要了解，決策的時候要考慮利與弊，這就是衡平性的原則。如果我們因為害怕誤判，就完全不要判決或訴訟制度，這樣的結果可能反而更嚴重，社會上完全沒有仲裁者來定紛止爭。因此，雖然會有誤判，我們還是接受訴訟制度的存在。那麼發生誤判該怎麼辦呢？誤判還是有其限度的，限度就在前面所提的比例原則裡。法院裡做判決的是法官，但法官不是神，是人，因此一定會有錯誤的判決發生，但若完全廢除訴訟制度的話，社會會更亂，因此必須考慮衡平性及必要性的問題。

法院的誤判如果是民事案件，牽涉到財產的問題，假設法院判決錯誤，判決錯誤的判決內容是什麼？例如某甲應該給付某乙新臺幣五千元。五千元也是錢，當然有關係。但問題是，為了訴訟制度的利益，雖然這五千塊錢判錯了，但我們得接受。這為的是一個更大的利益。如果判決錯誤的結果再嚴重一點，法院誤判把人抓去關了兩年。這樣嚴不嚴重呢？說嚴重也嚴重，說不嚴重也不嚴重。說嚴重的化，高中也才唸三年，兩年都已經快畢業了！但是，說嚴重也不嚴重，兩年跟十年、二十年、一輩子比起來，也只不過就是兩年。如此一來，訴訟制度的存在就有非常大的好處在。所以，一個人如果被誤判兩年，我們說，那也就算了。大家就只好相忍為國吧！但是現在問題又來了，如果誤判了死刑，你能不能接受？這已經不是相忍為國而已，這是為國捐軀了！為了訴訟制度的存在，所以我們容許誤判，但容許到什麼程度呢？誤判到把一個人的生命剝奪掉，你能不能接受？如果沒辦法接受的話，那麼死刑的存在就有問題。而且死刑的存在不是只針對某個人，大家可能將死刑聯想到特定的人，譬如強盜殺人犯。但是國家的政策、法律體制不是只針對某個人而設的，江洋大盜如果能夠被槍斃的話，一定有一個前提，就是必須要有死刑制度。不可能沒有死刑制度，卻想槍斃某某人。既然是制度，就必須要考慮到全面性的利害關係。所以，大家得深思，為了降低犯罪率，是否就容許無辜的生命被槍斃？

犯罪是什麼？

什麼是犯罪？這是刑法裡的重點問題。刑法在告訴我們，怎麼樣的行為是犯罪？從個別的條文來看，有殺人、強盜、詐欺、竊盜等等，不過所有犯罪行為共

同的特性是什麼？

犯罪有兩個基本要素，一個稱之為「不法」，另一個稱之為「罪責」。「不法」是指一個人侵害別人利益之意，破壞利益叫「不法」。譬如說殺人就是侵害別人的生命利益，竊盜就是破壞別人的財產利益，公然侮辱就是破壞別人名譽上的利益，妨害自由就是破壞了別人自由的利益。總之，「不法」——破壞利益是犯罪的第一個基本要素。不過，並不是只要破壞利益，就是不法。世界上的事沒有那麼單純的，例如，停車場只剩下最後一個車位，你停了之後，有沒有侵害到別人的利益呢？你是不是妨礙到他人的自由呢？要講最原始利益的破壞一定是有。不過，人在現實的世界裡，做的事情或多或少都會侵害到別人的利益，所以所謂破壞利益，要加「過度」兩個字上去，所謂「過度」是沒有辦法接受的意思，假設說，別人已經把車子停在裡面，但為了自己要停車，而把別人的車子拉出來，再把自己的車子停進去，那麼，我們認為是太過分了。因為搶來搶去的結果，大家都不安寧。所以，什麼是犯罪？大致上的說法，犯罪即是侵害別人的利益，而且是超過限度地侵害別人的利益，如殺人、竊盜、放火等統統都是。

犯罪固然是一個人過度地破壞別人的利益，但是反過來說，過度破壞別人的利益就一定構成犯罪嗎？其實也不盡然。這就是接下去要談的，構成犯罪的第二個要素「罪責」。如果只要傷害別人的利益就構成犯罪，那麼七歲的哥哥打五歲的弟弟，把弟弟打得頭破血流有沒有侵害到弟弟的利益？當然有啊！有沒有過度？當然是過度了啊！只是為了搶一張色紙而已，哥哥怎麼可以把弟弟打得頭破血流？哥哥也知道這樣子會痛。請問，這個七歲的小孩會不會被抓去關？不會。為什麼不會呢？很簡單嘛，我們原諒他。人在什麼時候做錯事情大人會原諒他？這個問題用術語來講的話，就是沒有「期待可能性」。我們不能期待哥哥不去打弟弟，因為他是小孩子，很難去控制自己的行為嘛！因此現象上所呈現出來的結果是，這個世界上每個做哥哥都是這個樣子。也因為沒辦法要哥哥不要打弟弟，大家都這樣子，所以我們原諒他。大家都這麼做，往往表示人性是這個樣子，所以無法期待哥哥七歲的時候要孔融讓梨、五歲的時候要站在河邊看魚兒往上游等等。由此看來，刑法的判決其實不像大家所想像的那麼冷酷。刑法上對於犯罪與否的問題，不只會考慮一個人所做的事情是否破壞了人家的利益，也會考慮到，這一個人做這一件事情，是否有值得原諒的地方。如果有值得原諒的理由，刑法還是會原諒人的。

這個值得原諒的理由是根據對於人性的觀察，或者簡單的說，是從人類行為統計出來的。如前面所講的，根據統計的結果，這個年齡的小孩子當哥哥的大都會打弟弟，所以小孩子的行為在刑法上應該被原諒的，也因此刑法上（刑法第十八條）用十四歲這個年齡做為小孩子行為被原諒的標準。當然十四歲這個數字事實上對不同小孩子成熟度的判斷而言不是百分之一百精確，但是至少你知道條文

用意在此。除了小孩子之外，刑法也會原諒心神喪失、或者心智不正常的人等等。除此之外，在某些特殊的情況下做錯事，刑法也會原諒他，因為在他的處境之下，無法期待他不去做錯事。例如媽媽聽到孩子跌到水塘裡去了，心一急，衣服燙到一半，電熨斗一丟衝出去要救她的小孩，結果電熨斗把衣服燒起來使得房子失火，燒死了鄰人。電熨斗使用不小心，燒掉房子使人傷亡，當然不對。但是刑法會考慮到天下的媽媽都是這樣子，一聽到小孩掉到水裡，當然顧不得其他事情，這也是以前發生過的例子。這都是考慮在個別的情況下，對於這樣的行為，刑法會不會原諒他。所以犯罪兩個基本要素，一是過度破壞他人利益，第二則是不可原諒，須這兩項加起來方構成犯罪。

下載 MP3 檔案的例子

所有的犯罪都是以上述兩個要件為構成要素。那麼以下載 MP3 的事件為例，是不是如檢察官所說的，或教育部官員、企業界律師所說的構成犯罪呢？從結論來看，如果下載 MP3 檔案構成犯罪，那麼滿街的人都在犯罪，家家戶戶都有人犯罪，甚至公家機關電腦裡也到處有犯罪的蹤跡。我的助教去幫我買《長假》的 VCD 的時候，他說：「老師，你要買正版的還是盜版的？正版的要一千多塊，盜版的一百九十九塊，保證幫你買到。」我想一想，正版的可能會比較清楚，所以我說：「就買正版的，比較清楚，好不好？」但是他很懷疑地說：「老師，你真的要買正版的嗎？」我說：「沒有錯啊！買正版的比較清楚啊！有什麼錯嗎？」結果他說：「老師，只有七歲小孩才會買正版！」我說：「奇怪啦，難道有錢也是一種錯誤？」他說：「老師，這不是你錯不錯的問題，而是買正版會被人家笑，而且會笑掉大牙！」原來是這樣子！當然，有些對刑法基本觀念不是很理解的人便義正嚴辭地認為對錯有一定的標準，錯就是錯，並不會因為有很多人都這麼做就不是錯。下載 MP3 是比較複雜的問題，重點並不是很多人都下載 MP3，因此就不構成犯罪，而是說，下載 MP3 檔案是不是侵害了別人的利益？這會牽涉到著作財產權的問題，著作財產權所牽涉的是，著作產生以後，其他人是否就不能模仿呢？這在學術上爭論很多，答案並非如同以商業利益取向的媒體所報導的，著作被創造出來之後，其他人就不能拷貝。道理上並不是這樣，特別是在刑法的領域裡，若是認為有著作權就不能拷貝，拷貝的話就要抓去關，這想法恐怕和法律理念相去甚遠。

犯罪得第一層意義是某行為侵害到別人的利益，所以法律才加以禁止。而立法者透過侵害著作財產權的重製罪所要保護的利益的性質，和其他一般刑法上的犯罪不一樣。一般犯罪所要保護的利益是一個既存的利益，例如殺人罪的生命法益、傷害罪的身體法益，或是竊盜罪的財產法益等，都是因行為侵害了既存的利益，所以被處以刑罰。然而著作權法第九十一條所規定的重製行為，所謂權利人並不會因為行為人的重製行為而失去什麼利益。依立法者的想法，有人重製，就

不會有人去買有版權的商品，於是權利人就賺不到錢。因此，關於著作財產權的利益之爭，所爭的就是價格的問題，基本上是財富分配的問題。權利人希望商品能賣錢，而且是越多越好。相對的，使用者希望用最少的錢獲得商品，且最好是不花錢。然而在自由市場中，商品價格取決於供需的關係，需求高，商品價格自然提高，生產者利益也跟著提高；需求低，商品價格自然降低，生產者的獲利也跟著減少。而決定商品需求高低的因素很多，包括使用者對於商品的基本喜好、使用者本身的經濟情況、商品的價格，以及商品供給面的多寡，商品供給越多，使用者選擇的可能性越多，對於其中特定商品的需求就越低，也越不願意花錢購買，價格也跟著降低。商品價格以及獲利能力在自由市場中必然是如此決定出來的，簡單講，是由人性決定。對於著作物而言，認為它一定能夠賣到錢，或是說一定能賣到多少錢是沒有道理的。

著作財產權，或是使用者付費的說法，也只是用「套套邏輯」的方式創造了奪取財富的工具而已，並非著作物天經地義地擁有財產權。想想最簡單的例子，如果某人穿著好看，其他人模仿或甚至欣賞，是不是也要付錢呢？某人剪了個好看的髮型，其他人看到了，也跟著剪相同的髮型，是不是也要付錢呢？答案很明顯，沒有人願意付錢，而且也沒有道理要人家付錢的。因為眼睛一看就學得到的東西，而且，模仿也不會使人有所損失的話，有誰願意付錢？網路上的音樂檔案，或是其他任何著作物，道理也一樣。既然（透過模仿過程）供給面有無限多，而且，重製也不會拿走別人什麼東西，自然沒有人會有花錢去取得正版光碟的需求。當然正版的光碟音質會更好，但是一考慮到價格問題，除非對於音質有強烈的需求，否則聽音樂的人還是沒有買正版光碟的慾望，因此他賣不出去也是合理的。相對的，如果正版光碟的價格降低，需求可能會慢慢增加，反而還可能會形成穩固的市場，可以有更多的獲利空間。無論如何，音樂創作最後能不能賣錢，以及能賣多少錢，在自由市場中完全取決於供需關係，這種決定的機制，來自於人性的必然，除非我們說這是錯誤的人性，否則並沒有所謂錯誤的價格。創做出來的商品沒有人要買，企業家必須自己檢討一下，是不是價格定得太貴了，就如同種了一果園的西瓜，卻賣不到高價，果農也只能賤價求售，如果真的做不下去，只好關門。消費者不願意拿錢出來買的價格問題，是沒有理由用到刑罰的。

有一些著作財產權的刑罰規定，事實上是要保護擁有著作財產權的企業家能夠從廣大的消費者身上獲取暴利。如果透過市場機能來決定合理的利潤，價格自然會在自然市場中被運作出來，著作財產權的刑罰規定之所以制定，正因為其所追求的是以消費大眾為犧牲而違背自由市場機制的暴利，簡單的講，是用刑罰做為干預市場價格的工具。對於這樣欠缺正當性的法律，世界上沒有一個國家敢真的用到極致，沒有人敢說個人使用目的之拷貝著作物是構成犯罪的。到頭來對於所謂著作財產權的保護主張，除了贏家通吃的基本價值觀念使然外，大多數國家

都是基於現實貿易利益而形成的妥協結果。對於大多數的社會利益而言，這是一個負數，而不是正數。至於台灣，更沒有必要以人民的自由市場的價格利益為犧牲，而自願做為經濟掠奪主義者的先驅。

因此就刑法的解釋而言，所謂著作權財產權的保護是有其界線的。世界各國承認會構成犯罪的重製行為，大致上僅限於營利性的重製，而不包括個人使用的重製。我國如果考慮到貿易的利益，所應該採取的立場，頂多也如此就夠了。對於法院的法官或檢察署的檢察官而言，就個人未經授權而下載檔案的行為要做無罪判決或不起訴處分，理由也很好寫，即自由市場機制利益顯然大於少數企業家個人的暴利，所以從前面所說的「不法」的基本意義來看，這樣的行為顯然屬於合理使用的範圍，不可能構成犯罪。

不可原諒的侵害行為才叫做犯罪

所謂犯罪，第一必須是一個人做錯了事情，第二則還要再加上這件事是不可原諒的。是不是做錯事情，要從事情的利害關係來考量。像前面所舉的例子，為了個人使用而下載 MP3 檔案，在利害關係的事理上，並不算侵害別人的利益；反過來講，這本來就是著作權人所應該要接受的，所以下載 MP3 檔案不是犯罪行為。至於一個人做錯事情可不可原諒，要看行為人在當時情況下法律的要求。如果的確是做不到，刑法也不強求。例如小孩打架打傷了人，刑法也不會說他構成傷害罪。我們只是讓各位了解，刑法所說犯罪的構成，其思考的方向為何？怎麼樣的行為可能會構成犯罪？怎麼樣算是公平正義的原則？

第 2 章 審判

審判的意義

以上所解釋的是刑法是什麼、刑法處罰那些行為。這些規定在法條上，大致上都成文地寫出來。但法條光是寫出來，到底有沒有用呢？交通法規裡規定騎機車在有些地方必須分兩段左轉，人們有沒有分兩段左轉呢？不一定，有時候有，有時候沒有。看到交通警察就有，沒有看到交通警察的時候，就直接一段轉過去了。為什麼會這樣？因為不具強制效力的關係。而強制的效力主要是來自於處罰。如果警察站在那邊，明目張膽地一段左轉的話，一定會被逮到罰六百元或一千兩百元。有強制力的話就會害怕，不敢違法，這個道理大家懂了以後，就會明白刑法上所規定的犯罪行為，如果只有法條也是沒用的，接下來一定要執行。執行的話就必須要審判。條文不會因為寫出來，就發生效力。審判的意義就是讓刑法所定規範能夠發生實際上的效果。

法官依據法律獨立審判

法官做審判的工作，其特性是依據法律獨立審判，這是憲法上的規定。所謂依據法律獨立審判是個很重要的原則。這個原則的意思是，法官判決對錯的時候，只看法律的臉色，不看長官的臉色，也不看政治的臉色，當然也不看各個單位行政首長的臉色。第二，法官依據法律獨立審判的原則，所要表達的是法官跟檢察官的分立。最近幾年來司法改革以及刑事訴訟法的修正，有很重要的一部分是放在審檢分立上。審檢分立即避免球員兼裁判的意思，如果法官跟檢察官的立場沒有分開的話，可能會造成法官跟檢察官聯合起來打擊被告。照理講，被告是被人家控訴的一方，另外一方是原告。原告可能是被打的那一個人，所以他控告這個打人的人傷害罪，然後請求仲裁者（也就是法官）以中間的立場，不偏不倚地來裁決。裁判者必須不偏向原告、也不偏向被告，才能作公平的審判。

回顧過去的制度，審檢的立場不是分得很清楚的情況下會有什麼結果大家都知道，檢察官的地位就類似原告，在此情況之下，檢察官跟被告在法官面前的地位應該是平等的，都是等候裁判的一方。如果檢察官跟法官的地位是同等的，那會變成原告本身也同時身兼裁判，結果當然是判被告有罪，當然不利於被告。所以訴訟制度變革的結果，就是要讓檢察官跟被告站在相同的地位，如果有機會到法院去的話，大家可能也會注意到，以前的檢察官是跟法官坐在一起，坐在法官前面那個高高的桌子後面；而現在檢察官位置移下來了，前面那個大桌子就只有法官，檢察官現在跟被告是對等的。所謂審檢分立就是為了避免球員兼裁判的情形發生。

審判的內容：調查事實

刑事判決是決定被告是不是構成犯罪，如果構成犯罪的話，到底要關多久。就行使職權過程當中，法官最重要的事情有兩個，一是事實的調查，二是法律的適用，也就是法律解釋的問題。

事實的調查在審判中是非常難的部分，因為事實的調查必須依據很多經驗法則，必須要有證據，必須要推理。法官判決的時候，從來不是因為親眼看到某甲殺某乙，所以判決某甲殺某乙而構成殺人罪。法官根據兩方的陳述、書面資料，以及證據加以斟酌。在這種情況之下，事實的調查當然沒有那麼簡單，所以，有個觀念必須弄清楚，我們常常認為事實只有一個，且事實非常清楚。可是事實上審理案件的過程中，答案不是只有一個，事實也不是非常的清楚，法官是用推論的方式，從某些存在的事實推論到另外一個事實，這是事實的調查的實際形況。因此事實的調查很可能發生錯誤，比如說犯罪現場的情狀在事後往往被有意無意的破壞掉，根本找不到可做判斷的資料，有時候憑著現有的資料和科技，也不一定能夠判斷事實的真相。例如某人頭上有傷口，那麼，到底是被人打傷，或是跌傷，這很難講，法醫鑑定的時候，也不一定能夠百分之百地確定原因。又如聲紋比對的問題，錄音帶裡的聲音是不是某某人講話的錄音，送到不同的鑑定機構會有不同的答案。

所以，事實調查的部分有很大的困難。這要依賴經驗法則及科技的進步求證，科技越進步，我們所了解的事實也就越接近所謂真正的事實。DNA 比對還不成熟的時候，要證明強暴的行為，可能要看現場留下什麼其他證據，譬如有沒有體毛、精液或其他個人的物品，犯人身上有沒有被抓的傷口，有沒有其他證人聽到什麼聲音，然後再調查他們過去有沒有利害關係等等。DNA 比對的技術成熟之後，現在所有強制性交罪一定要有 DNA 比對的報告出來才可靠，才會任惟被告構成強制性交罪。可是證據其實是一種推論，DNA 比對的符合是不是就證明有強制性交呢？其實嚴格的來講也不是，因為陰道所留下來的精液頂多只能證明精液是某某人的，卻無法證明就是強制性交所留下來的，因為非強制性交也會留下精液。如果要證明這是強制性交所留下來的精液，就必須還有其他證據。而更根本的問題是，DNA 的比對會不會有錯誤呢？還是會有，只不過在統計上錯誤的可能性非常低。DNA 的比對既然也不是百分之百可靠，為什麼可以做為證據？這點必須在此說明，天下沒有百分之百可靠的證據，如果要求的是證明力是百分之百的話，那麼，世界上沒有任何事情可以被證明的。所以這也是個政策的問題，如果要求百分之百可靠才可以做為證據的話，那麼所有的案件都沒辦法破。相對的，要求證據可靠度越低，就越可能冤枉好人而侵害人權，因此這是價值上的取捨問題。但是隨著科技的進步，我們對證據的要求會越來越嚴格。

審判的內容：適用法律

審判，除了事實的調查之外，另外一部分是適用法律。就是要判斷這樣的事實算不算構成某一個法條中的犯罪。這就是法律解釋的問題，也是大學法律系學習的重點。法條解釋的部分，大部分的人都以為法律就是要記得很多法條，就是會用法律。其實，如果記得法條就可以用法律的話，那麼國中生最會記法條了，因為他們的腦袋瓜最適合記憶，甚至國小的學生可能更行。其實，法院裡的法官也沒有記得很清楚。法官寫判決書的時候，有哪個是不需要看法條的？我自己要解決問題的時候也要看著法條，然後再行理解。

其次，要解決問題並不是憑法條文字的本身，是要憑對於法律的解釋。法律文字本身的意思並不清楚，即使清楚，有時其解釋結果跟字面所理解的意思是有出入的。而法律的解釋，最重要的就是在這此。尤其，法律是要用來解決現實的問題，但是文字本身跟現實永遠有差距，因為法律一旦被制定出來，永遠跟社會現實是處於脫離的狀況，永遠不符合社會現實。所以這時得視對法條的理解能力，以及用法條來解決社會問題的能力。因此學法律不是記法條，而是理解法條本身解決問題的基本原理是什麼，這就是所謂法律解釋。法官所做的也就是這些工作，第一，把事實調查清楚；第二，看法條的應用解釋。

早年發生的一件受暴婦女殺夫案，女主角為什麼跟她丈夫結婚呢？其實是還沒結婚之前被丈夫強暴，後來經過當地民意代表的撮合等，便以結婚為解決問題的手段。婚後，丈夫不時對她有暴力的行為，而且不只對她，也對她的妹妹及父母親和小孩都有暴力行為，她丈夫甚至會把小孩的頭壓到洗衣機裡去。在這樣的情況之下經過了好幾年，女主角受不了了，於是在某天晚上把丈夫殺了。那時這個問題在社會上引起很大的震撼，這樣算不算是殺人罪？算不算正當防衛？是不是為了保護自己，以及保護她的孩子和家人所採取的防衛行為？這也就是法律解釋問題所在，怎麼解釋才符合公平正義？尤其在一九九五年的時候，妻殺夫的事情，不只是在台灣，在很多地方都湊巧地發生很多同樣的案件。

那時大家一直在討論家庭暴力的問題，婦女在家庭受到長期的凌辱，最後受不了了，做出殺死或傷害丈夫的行為。這算不算正當防衛？這樣的案子是法律解釋的問題之一。在美國類似的案件曾經被判無罪，不過用的是不同的理由，是以心神喪失為理由判無罪，這也是法律解釋的一種。在台灣算不算是正當防衛？判決的結果，法官說這不算正當防衛，換句話說，她還是殺人，要關五年六個月。我記得很清楚，判決那天記者問法官說：「如果是這樣的話，那麼被告長期受到凌辱、妹妹被強暴、孩子被打、父母親被打，要怎麼辦？」結果法官說：「循法律途徑解決！」循法律途徑解決，大家覺得這有辦法解決嗎？這算是公平正義嗎？這就是我所謂的，審判的第二部分是應用法律，就是把法律裡所規定的某個概念運用到個案上。女主角殺人能不能解釋成正當防衛，這就是法律解釋的工作。如果

法官認為解釋的結果是正當防衛，那麼女主角是無罪的；如果法官認為女主角不是法條中所講的正當防衛，那麼便是有罪了，如同判決結果的殺人罪。法院審判基本上是做這些事情，而審判本身會有誤判，但是為了訴訟制度的利益，我們在某個程度內容許其存在。同時對於誤判，法律制度盡量設法以三級三審的方式做為救濟，如果第三審維持原來的判決，基本上便確定了。若是覺得還是不對，在特定的要件之下，刑事訴訟程序裡有再審或非常上訴設計，不過那是比較專業的問題了。

陪審團制度

陪審團制度很難用好不好來答覆，不過我們倒是可以去了解，陪審團制度有什麼好處及付出的代價。關於陪審團制度的目的，學說上也有很多的說法，例如增加人民對司法的信賴感、貫徹主權在民的原理、反應社會環境的法律價值觀，以及增加人民對於司法程序的透視等等。不過對於這種種的說法，是不是都言之成理，以及是否果真可以達成如此的效益，都還有討論的空間。

例如以民主為理由來主張陪審，是不是一個好的理由呢？除非我們要的是民主的感覺，否則民主也有民主的技術。如果我們認為，專業審判是最有效率的，那麼在政策上的決定就應該交給專業法官去做，這也是民主的一種，所以民主似乎不是主張陪審制度的堅強理由。其次，影響裁判品質的因素很多，如果說陪審制度考慮到職業法官審判過於教條且與一般社會價值觀脫節，這樣的理由可能過於抽象或牽強，因為，除非法律教育本身就是一種反教育，否則我們很難想像，一般人所憑藉的法感，反而比受過長久訓練的職業法官在規範意義及規範技術有更深入的認知，認為法官與一般社會法律價值觀脫節的人似乎也不客觀。即使法官不特別地了解所謂一般社會生活，至少也不是特別不懂得一般社會生活的人。我們也很難想像，除了年齡因素以外，在專業法官以外另外找一些人來審判，而這些正好就是特別了解一般社會生活以及一般社會法律價值觀的人。

因此我個人認為，比較能成為陪審制度的理由就是為了彌補職業法官的弱點，這個弱點或許是職業法官面臨機構體系下的壓力（例如升遷考核標準）、政治力對於法官獨立審判的障礙，以及在現實社會文化下，伴隨法官權位而產生的威權的問案態度等等。這些職業法官可能存在的弱點，理論上並不是沒有其他解決的方法。不過所謂其他解決方法，可能是一條相當遙遠的路。因此，人們會想到以直接陪審來解決問題。因此，關於陪審制度的理由，與其說是職業法官知識或價值認知層面的不足，比較可以接受的說法是審判工作態度上的弱點，包括問案的態度、處理問題的謹慎與用心、對於來自機構體系甚至是政治力干涉的抗拒力等等。非專業的審判者，由於只是陪審，比較可以避免職業法官在特定機構體系、特定地位以及長期特定工作下的壓力或誘惑。

簡單的講，透過陪審制度，所希望能夠影響審判品質的作用是在審判工作的態度上，而不是在審判工作知識本身。另一方面，陪審制度的實施必須付出代價。最大的代價是我們要用一些沒有法律專業知識、事實上也往往更不具一般生活經驗、並且其他專業的領悟力也不及於職業法官的人來參與審判。單就這一點的作用而言，陪審員的引進是會降低審判品質的，並不具提升的作用，也因此，在陪審制度運作的時候，勢必要對於陪審員進行審判前以及審判中不同形式的教育訓練，這些教育訓練，當然需要大量的資源，也可能延滯訴訟，更何況，臨時教育訓練的結果，從實證上的研究來看，陪審員對於陪審員手冊的內容其實是理解不夠的，而且審理時也沒有發問的能力。以上所說的是關於陪審制度的優缺點，所剩下來的就是選擇的問題了。

結語

刑罰不是萬靈丹

最後做個簡單的結論。刑法處罰一個人，希望他不再犯罪，這是個基本概念。但是事實上刑法並不一定可以達到這個目的。人的行為模式決定的因素不是只有是否會被處罰而已。大家都能理解，經濟不景氣時，財產犯罪如竊盜會增加。其實人的行為不只取決於國家有沒有動用刑罰，最近科學家對於人類基因的研究認為，人類的性格或行為模式都受到基因強而有力的支配。對於心中有貪念有恨的人而言「其實我也是千百個不願意啊！」如此一來，如果我們一直認為，刑罰是處理犯罪行為有效的手段，恐怕是個不切實際的想法，因此刑法並不是萬靈丹。

要解決犯罪行為是多角度的，在刑法以外，有更重要的因素，如教育、經濟，甚至還有其他生活中的要素都會影響行為模式。人之所以會有和善或怨恨的心態，其因素是非常多的。除了全面提到的經濟、教育等等之外，天也會，天氣熱的時候脾氣會暴躁，人們就會吵架，會互相傷害，這也都是因素啊！甚至交通狀態也會影響人們的行為模式，塞車時人們也會變得暴躁。大約十年前的臺北市，馬路下過雨就坑坑洞洞，男朋友騎摩托車載女朋友，馬路到處是坑洞，閃過來也不是，閃過去也不是，壓到坑洞摩托車就跳起來，坐在後面女朋友跳了幾次後，就跟男朋友開始吵架了：「我已經開始懷疑你是不是還真的愛我！」如果是這樣，以什麼態度跟社會相處、跟別人相處，因素是非常多的，而決不是依賴處罰來決定。就如同父母教育孩子要怎麼樣才能教好呢？難道依賴的就是處罰嗎？恐怕不是吧。電視廣告有句話是這樣子講：「溝通，要從分享開始！」心理學的研究也告訴我們，當父母跟孩子喪失了親密和友善的關係時，他們從此再也不可能影響小孩了。所以大家可以思考，在這個社會裡，什麼事決定行為模式中最有效的因素？刑法並不是萬靈丹，他其實只是最後不得已的做法而已。

法治教育

對於法治教育前景，我的看法是必須改變方向，否則前景黯淡。當然，所謂的法教育可以有多種不同的內容。如果法治教育的內容是民法或憲法的基本常識，那麼這是有意義的，也是我贊同的。在開放的社會中，即使是國中生或高中生，也經常會和其他人發生財產上的權利義務關係，例如像打工，民法的基本常識可以幫助他們保護自己。至於憲法，由於憲法有很重要的一部分是在講人民的基本權利，界定人民和國家之間最基本的權利義務關係，所以憲法的基本常識也能讓大家了解在面對國家的時候，權利和義務最基本的立場是什麼。因此，民法的基本常識也好，憲法的基本常識也好，對於國中生或高中生，也有切身的利害關係，是他們應該知道的。但是反觀目前的法治教育，目標好像都是在呼籲他們

不要犯罪。於是教育的內容就成了刑法教育，而且刑法教育的內容也不是從孩子主體性的角度出發，只是告訴他們偷竊要判幾年，吸食毒品判幾年等。講的難聽一點，簡直像在防賊。這樣的法治教育尊重孩子嗎？會有用嗎？我必須說，孩子會不會犯罪並不是法律教育的問題，更不是刑法在法條的教育問題，而是做人的教育問題。談到做人的教育，多數人對於做人的教育也一直有嚴重的誤解。一個人要怎麼做人，要怎麼對待別人、對待社會，最重要的並不是學校書本上的文字教育，而是生活當中的教育。這一點，似乎連教育或司法機關都搞錯了。提到青少年犯罪問題的對策就提到法治教育，於是找了一些法律專家告訴青少年什麼行為構成犯罪，什麼行為不構成犯罪。事實上，三十年前的小孩能夠說得出來的法律常識並沒有今天的小孩多，但是三十年前的孩子卻沒有那麼多的犯罪。

以今天來看，很多為青少年犯罪辯護過的律師告訴我，犯罪的青少年所懂得法律常識比一般青少年多得太多了。那麼，青少年犯罪是因為不具法律常識嗎？答案很清楚，我們必須承認，青少年犯罪和一般人犯罪一樣，並不是不懂得法律，而是不懂得做人。做人是一種生活的態度，不僅是知識。生活的態度，要在生活中學習，而不僅是在書本上。如果做父親的開車時走路肩，那麼孩子所認知的就是可以走路肩的世界。做母親的到了郊外亂丟垃圾，那麼孩子所認知的就是可以亂丟垃圾的世界。當然，影響更普及的是電視上政治人物的態度和一般市民的行為。所以，人格教育的場所和時機是無所不在的。

而問題嚴重性在於社會上所充斥的是損人而不利己的文化，是物質上不斷掠奪的文化。當這樣的文化產生示範作用的時候，人們互相傷害的行為就變成一種惡性循環了。簡單的講，我們每個人都在學習，同時，我們每個人也都在教育別人。因此，每個人都應該謹慎行事，特別是，當我們知道自己的兒女正在模仿我們的時候，我們該怎麼做。我們應該把法治教育和人格的教育區分開來，該身教的時候就身教，可以言教的就言教。身教的部分很難用言教來取代。至於專家學者對於國中或高中生的法治教育不應該是消極的人格法治教育，不應該是預防犯罪的法治教育。必須從另外角度出發，積極地幫助他們開展自我生活的法治教育，甚至是學術性的法治教育。

善念的傳遞是最重要的

最後以一小段故事做為結束。有名的女作家蕭麗紅寫了好幾本膾炙人口的小說，其中有一本《千江有水千江月》。《千江有水千江月》裡有這麼一小段故事，故事的女主角貞觀和外公回到了家門口時，發現隔壁的阿伯在偷摘瓜，而摘瓜的阿伯並未發現他們。貞觀正不知如何是好的時候，就被阿公拉著拐出小巷口，走到前街來。而「外公躲那人的心，竟比那摘瓜的人所做遮掩更甚！」「外公不以阿啟伯為不是，除了哀矜之外，是他知道他一家中十口，有菜就沒有飯，有飯就沒

菜；曬鹽的人靠天吃飯，落雨時，心也跟著浸在苦水裡……」

我講這段故事的意義，並不是在說阿啟伯犯不犯罪的問題，在此，講犯罪不犯罪已經沒有什麼意思了。重點是外公理解人間的窮困，而在人格上對阿啟伯的疼惜與愛心，這種人對人的疼惜與愛心是可以教育傳遞的。而這種教育的傳遞會比刑法對人的影響更深入、更有效。就像小說裡寫的，「她是應該記下，往後不論自己做了母親、祖母，她都要照這樣，說給世世代代的兒孫聽，讓她們知道先人的處世與行事是怎樣寬闊餘裕！」寬厚來自於愛心，而當人們認識了愛心這種東西以後，就不會傷害人。當然，法律，特別是刑法，在現實上是無法超越人類文明主流的層次。社會上的人不相信愛心的時候，現實上就很難產生有愛心的法律。所以，真正要提升人類生活品質要依賴的是教育，特別是宗教。透過教育所累積而成的人格，才能根本性的改善整個社會的體質，才能不用過度依賴刑法去達成對於公平正義的追求。