

# 人格尊嚴之法原則的科學解釋—以生物經濟學 補充法經濟學的觀點

蔣煌榮

2011年5月20日初版

2011年7月12日修訂

## 目次

### Abstract

### 中文摘要

- 1、前言
- 2、科學在法學解釋之應用
  - 一、研究方法與法學解釋概說
  - 二、哲學方法與法學解釋
  - 三、科學方法與法學解釋
  - 四、法經濟學方法與法學解釋
- 3、人格尊嚴原則之法學解釋與一般分析
  - 一、人格尊嚴原則的文化歧視
  - 二、人格尊嚴原則的內在邏輯矛盾
  - 三、人格尊嚴原則欠缺一致性
- 4、刑罰手段與人格尊嚴原則衝突的科學解釋
  - 一、刑罰手段的科學解釋
  - 二、人格尊嚴原則及其根源之科學解釋
- 5、結論
- 6、參考書目與文獻

中文關鍵詞：人格尊嚴、法學解釋、科學解釋、生物經濟學、法經濟學

Key Words: dignity, legal interpretation, scientific interpretation, evolutionary economics, law and economics

誌謝

無上甚深微妙法

百千萬劫難遭遇

我今見聞得受持

願解如來真實義

--『華嚴經』之「開經偈」

## Abstract

This paper is most concerned about how to interpret the (personality and) dignity in legal aspect, and try to compare the legal interpretation with the scientific interpretation of the dignity. I try to apply the theorem of evolutionary economics or biological economics in order to interpret the meaning of dignity as the methodology of scientific interpretation, and compare the scientific interpretation with the interpretation in law and economics. Just as many published legal papers had showed, the definition of the dignity in legal aspect is unclear, paradoxical, and disputing. All problems have mentioned above result from the defects of the methodology of legal interpretation (of the civil law system), so applying the theorem of evolutionary economics in order to interpret the meaning of dignity and understand it in law and economics is necessary.

The dignity does not mean personality and free will in name only, it really means ‘Don’t discriminate others whatever’. This meaning is derived from the scientific interpretation of the dignity, and result from the long-run evolutionary economics of Human Beings. So imaging that anyone should possess absolute dignity to exclude intervention of others or State, or to be superior to applicable constitutional principles is just a legal concept without root, not the truth or truths.

Moreover, the definition of the dignity in legal aspect seems to harm the completeness of the civil law system or the European continental law system. Any legal proscription or ‘permitted restrictions upon the content of speech in a few limited areas—such as obscenity’ could be thought disregard for the dignity to raise Constitutional problem, or that the benefits of its restrictions on the Government outweigh the costs at least ([extract from \*Brown v. Entertainment Merchants Association\*](#)). So it is necessary to clarify the definition of the dignity in legal aspect, and compare to the scientific interpretation and the interpretation in law and economics.

## 摘要

本文主要在探討人格尊嚴的意義，並比較此一法概念在法釋義學上的解釋與科學方法上之解釋的異同；所謂科學方法上之解釋主要是指生物經濟學或演化經濟學的解釋。不過，科學方法上之解釋並非可取代法經濟學解釋，而是僅僅作為法經濟學解釋的補充或方法論上的輔助研究法。是以，對照比較或融合演化經濟學的解釋方法與法經濟學的解釋方法亦有其必要。正如同一些法學者的見解，以法釋義學解釋人格尊嚴的意義，已衍生許多文義上的混淆、矛盾與爭議；這似乎顯現出大陸法系在方法論上的缺點，有待法經濟學方法與演化經濟學方法彌補或充實。

人格尊嚴的意義應非僅止於主體性與自主性而已，其實質內涵更有意義之處在於禁止不當或不法之歧視或仇恨；此一實質內涵在實證上可由人類學或生物演化的研究結果證實，且可由演化經濟學之理論推論得知。因此，建構或想像任何人擁有絕對的人格尊嚴，得以排除其他人或公權力之干預，或優先於國家或憲法原則，似為毫無根據的見解，亦不符合實證之研究結果。

此外，部分人格尊嚴的解釋或定義，似有架空大陸法理論的體系之虞；任何法律上的權利限制或「對言論自由的必要限制一如猥褻」，皆可被視為侵害人格尊嚴或有違憲之虞—或至少被視為政府的過度且無益之管制。故以生物經濟學補充法經濟學的觀點解釋人格尊嚴此一法概念的意義，確實有其必要。

## 壹、前言

學養俱佳的法學家很早就提出頗為先進之見解，認為科學之發現與法學之發現實有異曲同工之妙，且其本質並無區別；似有相互借鑑之必要<sup>1</sup>。事實上，法學家此一見解亦可說是法學上的發現；因為，從科學哲學的觀點來看，科學之發現確實與語言及概念之論證方法密切相關—例如作用力與反作用力、薛丁格(Erwin Schrödinger)的貓或奧伯斯佯謬(Olbers' Paradox)的概念之論證方式<sup>2</sup>，皆近似法釋義學方法。換言之，縱使法學屬於偏重規範科學(normative science)的論證方法，其論證原理亦與科學方法息息相關，或足為科學方法之參考—反之亦然(詳見本文后述)。由此可知，研究方法應摒除故步自封的門戶之見，廣納雅言以融會貫通；諾貝爾經濟學獎得主海耶克(F. A. Hayek)雖為法學博士，也曾對學術研究的方法提出過類似見解<sup>3</sup>—但他對獨尊自然科學方法頗有微詞<sup>4</sup>。

<sup>1</sup> 請參王澤鑑著，《民法學說與判例研究第四冊》，自刊，頁2至4、22(2004年10月)。法學或法律學必須使用各種科學方法做為研究方法，目前許多學者都已承認法學或法律學係屬社會科學之一門。Karl Larenz亦不否認法學的科學性質，而稱之為「規範科學」；請參KARL LARENZ著(陳愛娥譯)，《METHODENLEHRE DER RECHTSWISSENSCHAFT(法學方法論)》，五南圖書出版，頁87(2006年4月初版6刷)。請參陳志龍著，《辯證與法學》，翰蘆出版，頁6(2008年12月初版)。請參王澤鑑著，《法律思維與民法實例》，自刊，頁255(2007年9月11刷)。請參RICHARD A. POSNER著(蘇力譯)，《OVERCOMING LAW(超越法律)》，元照出版，頁56(2002年11月初版第1刷)。請參蘇力著，〈也許還需要距離(譯序)〉，《正義/司法的經濟學(RICHARD A. POSNER原著)》，元照出版，(2002年11月初版第1刷)。不過，法學家林東茂認為德國法學是指「法律學門或學科(legal discipline)」，不是指「法律科學(legal science)」；請參氏著，《刑法綜覽》，一品文化出版，頁4-9(2004年9月)。

<sup>2</sup> 舉例而言，地面上相對靜止的蘋果受到重力作用，其反作用力是蘋果吸引地球；因為(地面)支撐力與作用力(重力)抵銷，而支撐力之反作用力為下陷力，下陷力恰與反作用力抵銷。薛丁格(Erwin Schrödinger)的貓是以科學邏輯解釋量子化之介於量變與質變的臨界混沌狀態(chaos)，推導出「非生非死(或既生且死)」的語言邏輯矛盾，這似乎說明了客觀事物、人類認知與語言邏輯的侷限性或混沌—如同老子所說的「道可道，非常道」，亦印證全稱邏輯之可否證性。將麥芽糖或黏土視為液體，是科學邏輯和方法與法學邏輯和方法最為相似之處。歐伯斯佯謬由德國天文學家歐伯斯於1823年提出(1826年修訂)，是指若宇宙是穩恆態而且有限，則晚上應該是光亮而不是黑暗的；黑暗的夜晚是宇宙大爆炸理論的證據之一(即宇宙是非穩恆態、有限且無界)。請參維基百科網站，<http://zh.wikipedia.org/wiki/歐伯斯佯謬>，2011年3月28日造訪。

<sup>3</sup> 請參李愛年著，〈論環境法學的研究方法〉，《中國環境法學評論(2008年卷)》，人民出版社，頁12(2009年7月第1版)。

<sup>4</sup> 請參ROBERT PAUL WOLFF著(黃藹總校閱)，《ABOUT PHILOSOPHY(哲學概論)》，

所謂「生物經濟學」或「演化經濟學 (Evolutionary Economics)」是研究各種生物之類似「經濟人 (Homo Economicus)」的經濟行為與法則<sup>5</sup>，例如蜜蜂或螞蟻分工的組織與經濟行為、狼群或猴群的組織與經濟行為、企鵝或海豚的組織與經濟行為，甚至生物細胞的組織與分工之經濟行為…等，其共通的經濟行為與法則皆是生物經濟學的研究目標。根據 Becker 的研究，人類的文化選擇、達爾文的進化論、其他動物的自然選擇…等，皆可以適用經濟分析方法<sup>6</sup>。以生物經濟學的觀點檢視法律制度，法律制度不過是生物的經濟選擇所萃煉出來的行為準則；故可藉由經濟方法予以分析。本文即是以繼受德國法且被積極推廣的法概念—人格尊嚴原則—進行經濟分析，且是以生物經濟學補充法經濟學的方法，作為輔助傳統法釋義方法的主要研究方法。

## 貳、科學在法學解釋之應用

### 一、研究方法與法學解釋概說

凡是研究問題，必先依序觀察、記錄、蒐集資料、分析、假設、驗證，並週而復始反覆修正，以了解或探求問題或事物的本質；從問題的本質出發，方不至於指鹿為馬或郢書燕說。然所謂了解或探求問題的本質，不脫哲學之認識論與心理學之認知論<sup>7</sup>，以及科學（研究）方法論；故研究事物本質之法概念非從認識論、認知心理學和法學方法著手（或交互運用），難以克盡其功使其功德圓滿或自圓其說。

以司法院釋字第 93 號解釋為例，認為輕便軌道除係臨時敷設者外，凡繼續附著於土地而達於一定經濟上之目的者，應認為不動產。亦即，除土地以外之不動產的構成要件（或充要條件）應有二：繼續附著於土地，且達於一定經濟上之目的者。故凡屬非繼續定著於土地或未達於一定經濟上之目的者，如臨時工寮、戲臺、預售屋的樣品屋（或模型）、無法使用之未完工的房屋…等，均非不動產。

乍看之下，大法官似已用不確定法律概念—達於一定經濟上之目的者—釐定

---

學富文化出版，頁 168 至 173（2006 年 8 月初版）。請參林東茂著，前揭（註 1）書，頁 4-10。科學方法並非萬無一失的方法或尋求顛簸不破之真理的唯一管道，Karl Raimund Popper 認為知識的價值，只在於驗證命題、判斷或推論的錯偽—甚至無法證明為真；科學哲學家孔恩（Thomas Kuhn）更直言許多科學不過是經過考驗且形成慣性的典範（偏見）。不過，相較於傳統法學之過於依賴個人之經驗、直覺與法感—這些生物演化而來的直覺皆可用科學解釋但未必理性，科學方法與知識顯然更具有信度與效度—至少「較不易」流於恣意專斷或故意偏頗，而且能作為「證偽（fallibility）」的可靠手段或根據。

<sup>5</sup> 請參 MICHAEL SHERMER 著（閻佳 譯），《THE MIND OF THE MARKET：COMPASSIONATE APES, COMPETITIVE HUMANS, AND OTHER TALES FROM EVOLUTIONARY ECONOMICS（當經濟學遇上生物學和心理學）》，中國人民大學出版社，頁 3 至 6、16、109 至 111（2009 年 7 月第 1 版）。

<sup>6</sup> 請參 GARY STANLEY BECKER 著（王獻生、王寧 譯），《A TREATISE ON THE FAMILY（家庭論）》，商務印書館，頁 162、163、364、365（2007 年 10 月北京第 3 刷）。

<sup>7</sup> 學者李惠宗很早就提出將發展心理學研究認定的事實視為法本質；請參氏著，《教育行政法要義》，元照出版，頁 12（2004 年 9 月初版第 1 刷）。

動產與不動產的本質而功德圓滿了，在經濟交易上對質權和抵押權之標的物，應不至於再有爭議產生才是一—這似乎是法解釋方法與法本質論的完美結合。然而，滄海桑田星移物換，法律不得不與時俱進或與社會脈動連結；當事物本質影響法本質時<sup>8</sup>，亦會連帶使法解釋從法適用論、法解釋論到立法論逐一失效。亦即，法釋義學方法所建議的文義解釋、體系解釋、立法解釋、目的解釋...等，必須從根本的法本質論去認識法律解釋的前提，是先釐清事物的本質與客觀的（物理）事實狀態—小前提，然後依據規範目的（或立法政策）以法律語言所賦予之法律意義—大前提，使其被確信成為特定類型（或法律意義）的法律事實—結論。換言之，此與適用法律的三段論法相似—必須先認定法律事實（小前提），才能涵攝適用法律（大前提），得出法律評價（結論）。這一過程正好說明法律事實非僅為客觀事實—只是以客觀事實為前提，其實還包含法律評價—作為認定法律事實的結論。因此，在推論法律事實時，應避免先入為主的論斷，以免誤為循環論證。例如認為財產登記的目的，是為了因應動產與不動產之（物理）本質上的差別，而非（物理）價值上的差別；故在法本質論上推論財產登記制度乃不動產之本質（非動產之本質）。或者，將島嶼視為不動產，忽略可隨意漂流的天然島嶼或定著的人工島嶼，其事物本質並未全然等同天然島嶼。故若先將其歸類為「天然島嶼」，而將其視為不動產，即屬於循環論證的論斷。當然，若依規範目的一如不動產之相關規範—賦予之法律意義檢驗，認為人工島嶼有多項重要的事物本質等同天然島嶼，應將其評價為不動產，則無可厚非。

<sup>8</sup> 本文認為法本質論的法學方法，包含探討適用平等原則的事物本質（司法院釋字第 596 號解釋參照）、有關法律類型的選擇與適用之判斷、匹配與否之法律效果的判斷...等，乃是定性或定義法概念的前提或根本；例如規定航空母艦或人工島嶼準用不動產之相關法規或擬制為不動產，即屬在法本質論上界定航空母艦或人工島嶼之法本質為不動產，然後依立法論賦予一定的要件與法律效果。許宗力大法官在司法院釋字第 578 號解釋協同意見書所載：「公益所可能面臨危險的嚴重程度與危險發生的可能性等等，都涉及對立法者就事實之判斷」，本文認為其所謂「立法事實（之判斷）」即是指法本質（或事物本質）之一種。但學者蘇永欽認為物權概念是否從事物本質，還是法律效果歸納而得之爭議並無意義，而且認為以具備物權效力來定義物權概念似較妥當—似為由法律效果歸納而得；請參氏著，《民事立法與公私法的接軌》，北京大學出版，頁 203（2005 年 10 月 1 版 1 刷）。又學者李惠宗似認為法本質與事物之歷史演進及社會經濟現實有關；請參氏著，〈從法本質論談性交易行為作為一種職業自由—評釋字第 666 號解釋〉，《月旦法學雜誌第 176 期》，頁 144（2010 年 1 月）。國際法學者則認為一切之法概念乃源於文化，而後成為制度之規範；此一見解與所謂之「事物之歷史演進」相近，似可說明已開發國家的寵物（pet）文化演變出「寵物權」的問題。請參吳嘉生著，《當代國際法（上）》，五南圖書出版，頁 9 至 11（2008 年 9 月初版）。不過，本文認為文化的形成，亦屬廣義之社會規範或習慣的形成，故皆與生物經濟學有關；例如飼養寵物乃其主人設立門檻（飼養成本）及擴張活動領域（寵物活動領域為代理主人活動領域）的行為，此一行為有利主人故形成相互仿效（或競相）飼養寵物的文化。這種文化是否聯結生態保育運動，而衍生出動物保育人士主張之動物基本人道權利，不得而知；不過，動物基本人道權利之主張之所以得與人格尊嚴相關聯，應在於保障動物保育人士之主觀的（生態）情感或（人文）價值。建立墓碑或功德碑慎終追遠—即緬懷先人的文化，除了滿足宗族或家族的情感—一屬於心理學或神經生理學仍未解之領域—之外，亦可團結宗族或家族的力量—形成血緣的勾結或連帶，並且宣示相同或相近血緣的家族或宗族之活動領域及（建碑的）力量—如同黑熊在林木底下留下排泄物以宣示地盤不容侵犯一般。

又如以生物基因技術將野獸與人的基因合成半獸人—暫且不論是否合法或違反人格尊嚴，專門用在戰場上殺死敵人；此類殺人武器之半獸人，其法本質是屬人或物？若是人，當然應將其評價為法律主體—即視為「行為人」；若是物，則其將成為法律評價之客體，可能適用相關的動物法規。而將半獸人之本質評價為人或物，常與評價者之主觀價值觀有關；例如寵愛半獸人的主人可能傾向於將其擬制為人，而受到半獸人侵害的人則傾向於將其擬制為物。然而，此二種擬制皆是基於相同的客觀事實狀態—以「半獸人」作為小前提；之所以會產生不同的法律評價—擬制結果，除了前述的基於評價者之經驗而生的主觀價值觀以外，最重要的原因是建立在主觀價值觀之上的法規範與法語言之選擇偏好（preference of choice）—即將欲適用之法規範作為涵攝的大前提；這種立法政策或規範目的通常與心理學家所稱之「自利偏誤（self-serving bias）」<sup>9</sup>有關。

簡言之，寵愛半獸人的主人會以半獸人具有情感能力、行為能力、人格尊嚴，推論其本質應為人，具備人格的一切要件；其中，主人與半獸人建立的情感可能轉化為令人愉快的偏好（pleasant preference），應是主人寵愛半獸人的主因。而受到半獸人侵害的人則會以半獸人具有野性、獸性、危險性、不懂情感或慈悲、無法與人和平共存，推論其本質應為獸，不具備人格的主要要件。這也可以說明科技與法律的衝突，往往是法本質或事物本質之評價的衝突—可能同時攸關法本質的評價是否違反比例原則、法律上的平等原則、不當聯結禁止原則…等體系正義對立法權的拘束，而非僅是立法裁量之立法政策或行使立法權制定法律的問題<sup>10</sup>—應由立法論之上一位階的法本質論解決。先天基因突變而與半獸人的基因相同，且其行為舉止類似半獸人的「人」，或已婚之代理孕母（surrogate motherhood）所生之子女的「親生父母」是誰—即父母權（parental rights）的歸屬，也會產生類似法律爭議—此類爭議將比人造半獸人更為棘手。這是否意味著法本質論的極限也是法律的限度？若是如此，越此限度之外的法律爭議該如何解決？是否只能以社會實驗的方式制訂法律，藉由法律與社會的相互協調而共同逐步演化或一起進化，形成更趨完善的法社會與法制度？

再如，輻射（radiation）污染是否屬於環境法所管制之污染排放？或僅以原子能法管制已足？我國的輻射污染由原子能委員會依照「原子能法」管制，大多非屬環境保護署的權責範圍，故通常亦非屬於我國環境法的涵蓋範疇；因此，環境法學者未必會將原子能的相關法規視為環保法規（廢棄物清理法第2條第3項參照）。而且，有關核能電廠的環境影響評估之審查權責，亦因劃歸原子能委員會而引發爭議（原子能法第21、23條，原子能法施行細則第34至37條、核子反應器設施管制法第5條、核子反應器設施管制法施行細則第9、

<sup>9</sup> 請參 MICHAEL SHERMER 著（閻佳 譯），前揭（註5）書，頁68。

<sup>10</sup> 請參李惠宗著，《憲法要義》，元照出版，頁126、129、130、135、136、138、559（2002年10月初版第3刷）。李惠宗著，前揭（註7）書，頁70至78。



10 條參照)。1957 年的「歐洲原子能共同體條約」雖訂有輻射防護之規範，但該條約的核心並非管制輻射污染，而是推動核能與工業發展<sup>11</sup>。此即是忽略事物本質的雙（或多）重性—只見其經濟發展優勢，未見其環境損害性，故其規範目的有所偏頗，勢必修法或另以特別環境法規範輻射污染。可見未能釐清事物本質而窺見其法本質之全貌，可能導致偏頗立法；徒然浪費立法（或增加修法）的成本或社會成本。

不可否認，上述的論證方式似乎植基於法實用主義—著重在解決法規範之漏洞或矛盾；但因其亦符合法釋義學的釐清規範矛盾之要求，故應屬可採。其次，所謂的主觀價值觀其實隱含經濟人的理性選擇或考量—有用或有害；亦即，所謂的主觀價值觀通常是功利主義或至少是法實用主義的投射—即心理學家所稱之「自利偏誤」。故可說對事物之法本質的認定是一種評價，而此一評價其實隱含法實用主義的投射，是經濟人的理性選擇或考量。如果我們清楚這一點，對於涉及法本質的法律問題或法解釋爭議，在解決時似較能夠找到問題或爭議的核心，或許能減少研究的時間成本。

因此，進行法律解釋時，其前提無法省略；否則，可能為悖於法本質之解釋，有穿鑿附會之虞。其實，許多法律解釋都是在認定法律事實，但疏未進一步釐清事物的本質與客觀的事實狀態，即倉促以法律語言賦予法律意義。所以，當事物的本質與客觀的事實狀態隨時代而日新月異之後，許多原本周延的法律解釋就開始顯得左支右絀、與現實脫節了；這是許多法律解釋忽略其前提必然產生的結果。

## 二、哲學方法與法學解釋

哲學通常是泛指一切以邏輯辨證方法—含語言邏輯、符號邏輯、語意學、辯證法…等—研究現象、知識、倫理、社會價值、自然規律…等之有系統的學門，故其主要內容有知識論、形上學、倫理學三部分。哲學方法是以認知的的方法來瞭解及詮釋知識，常以客體之真假衡量其方法論之效度，進而判斷學說之價值。哲學派別之相互競爭或論戰，幾乎都是源於方法論的差異<sup>12</sup>；我國法學界是否有因此而產生類似論戰，不得而知。不過，美國法學界確實因為法哲學或法理學派別之方法論的認知不同，而有類似論戰<sup>13</sup>。而且，法理學（Jurisprudence）大量引用哲學概念之趨勢，在近數十年來似已成為無法逆轉之發展方向<sup>14</sup>。可見，適度釐清方法論之異同，並合理追本溯源其哲學上的理論根源，有其必要。

<sup>11</sup> 請參李建良著，〈歐盟環境法的演進與發展—從經濟合作到環境共榮〉，《法學叢刊第 220 期》，頁 89（2010 年 10 月）。

<sup>12</sup> 本文對哲學方法之見解滲入科學檢驗之概念，與學者略有差異；請參鄔昆如著，《哲學概論》，五南圖書出版，頁 65（1991 年 6 月初版）。

<sup>13</sup> 請參 H. L. A. HART 著（許家馨、李冠宜 譯），《THE CONCEPT OF LAW（法律的概念）》，法律出版社，頁 219（2006 年 6 月第 1 版）。請參 RONALD DWORKIN 著（信春鷹、吳玉章 譯），《TAKING RIGHTS SERIOUSLY（認真對待權利）》，上海三聯書店，頁 14 至 29（2008 年 8 月第 1 版）。

<sup>14</sup> 請參 H. L. A. HART 著（許家馨、李冠宜 譯），前揭（註 13）書，頁 218。

其次，法學方法相當重視法律邏輯之演譯與歸納法則，而法律邏輯之本源與哲學認識論的關聯相當密切。認識論又稱知識論，乃哲學的基礎內容之一，主要是探討人如何能及以何種方式（即如何）認識事實（或事物本質）並獲取知識<sup>15</sup>，以邏輯—含形式邏輯與符號邏輯—作為知識工具。其中，語言邏輯的推論形式與符號邏輯相同<sup>16</sup>，法律邏輯可視為語言邏輯之一支—儘管法學之價值判斷偏向倫理學。法律邏輯的特殊之處主要在於其獨特的「價值邏輯方法」，例如「斷案如神的司法官有資格專斷」，其語言邏輯是以「斷案如神」作為「有資格專斷」的必要條件。但如謂「司法官不宜（應）專斷」，可以說「司法官」是「不宜（應）專斷」的充分條件（或「不宜專斷」是「司法官」的必要條件），亦可以轉化為「價值邏輯方法」，說「非司法官得以專斷」；即以「不宜（應）」作為「得以」的反面價值邏輯。

以上學門之分類標準，多是著眼於研究工作之經濟（或效率），各類別的涵蓋範圍或彼此之間，容或有所重疊，並非截然分明。就法學上的類型化之分類而言，亦有類似情形。究其原因，乃因事物或問題本質多有量變與質變之模糊地帶，本非人力得以清楚劃分—如同光的波粒二相性（Wave-particle Duality）<sup>17</sup>與所有權的二重性（Duality of Ownership）<sup>18</sup>。

哲學家對於認識論的基礎，多僅及於主體（認知者）之詮釋方式與客體（認知的事物）之呈現方式<sup>19</sup>；尚未援引腦神經科學之生化理論，進行主體之認知心理與生理的研究。然而，按照腦神經科學之生化理論，主體之認知心理與其生理條件乃息息相關，且其機制乃認識論之基礎<sup>20</sup>。例如，因原因自由行為（如酒醉、吸毒、或與人互毆導致意識或視力偏差）而錯誤指認犯罪行為人（把老人看成少年），或因男扮女裝之行為人身上有濃厚之女性賀爾蒙（Female Hormone）的香水味，而堅決錯誤指認行為人應為美女不可能為男人；皆是生化反應影響腦生理反應，而使人陷於錯誤認知。古老的寓言故事所說之「瞎子摸象」，更加說明了人的認知或認識之盲點其實甚難避免。難怪著名的哲學家 Karl Raimund Popper 認為知識的價值，在於驗證命題、判斷或推論的錯偽—甚至無法證明為真<sup>21</sup>；科學哲學家孔恩（Thomas Kuhn）更直言許多科學不過

<sup>15</sup> 請參鄔昆如主編，《哲學概論》，五南圖書出版，頁 38 至 55（2004 年 1 月初版）。

<sup>16</sup> 請參鄔昆如主編，前揭（註 15）書，頁 58 至 68。

<sup>17</sup> 請參林東茂著，前揭（註 1）書，頁 4-13。

<sup>18</sup> 名義所有權又稱法定所有權；法定所有權在英國的信託法稱之為 legal ownership，實益所有權在英國的信託法稱之為 equitable or beneficial ownership，此二者稱為「所有權的二重性（Duality of ownership）」；see ANDREW IWOBI, ESSENTIAL TRUSTS, 3rd Ed., at 3（武漢大學原文出版，2004 年 6 月第 1 版）。

<sup>19</sup> 請參鄔昆如主編，前揭（註 15）書，頁 38 至 68。

<sup>20</sup> 請參 DANIEL DRUCKMAN 著（鍾從定、賴其助編譯），《DOING RESEARCH :METHODS OF INQUIRY FOR CONFLICT ANALYSIS(研究方法—量化與質化方法的探索)》鼎茂圖書出版，頁 7（2009 年 5 月 1 版）。

<sup>21</sup> 他認為科學理論不適用於普世，只能作間接評測。他也認為，科學理論和人類所掌握到的一切知識，都不過是推測和假想，人在解決問題的過程中不可避免地摻入了想像力和創造性，好讓問題能在一定的歷史、文化框架中得到解答。人們只能依靠僅有的數據來樹立這一科學理論，

是經過考驗且形成慣性的典範（偏見）<sup>22</sup>。

### 三、科學方法與法學解釋

目前許多學者都已承認法學或法律學係屬社會科學之一門，法學或法律學使用各種科學方法作為研究方法已是大勢所趨<sup>23</sup>。因為科學終究是較為可信及有效的認知與研究手段；科學哲學與方法通常具備系統化的方法論規則

（systematic & methodical rules），並能產生可信且有效的學說<sup>24</sup>—經驗法則，亦能驗證理論與真實之間的客觀匹配程度—盡量趨近真實（或真理），減少預測結果的誤差—即 Karl Raimund Popper 所說之可證偽之判準。眾所週知，除了法經濟學派大量使用科學方法研究法學外，美國司法實務上亦有大量使用統計科學的理論，作為判決依據的案例<sup>25</sup>。司法院釋字第 584 號解釋理由書據以認定「立法事實」（許宗力大法官之協同意見書參照）之主要論證為：「據內政部警政署所作計程車駕駛人曾犯上述之罪者八十六年之列管人數統計…於修法後，計程車駕駛人犯上述之罪者人數已呈現下降之趨勢。」亦是屬於統計科學理論的應用。惟其論證似有誤以敘述統計（descriptive statistics）結果作為推論統計（inferential statistics）的結果—此二者乃不同意義或本質之統計方法；且多數統計結果均含有「大數法則（The law of large number）」與「中央極限定理（Central Limit Theorem）」的意義—亦即不計個別差異與取平均數（Average）

然而，除此之外又不可能有足夠多的實驗數據，能證明一條科學理論絕對無誤；此即「全稱邏輯的可錯性」。故按語言邏輯，「所有皆是」的否證是「存在不是」；亦即，存在一匹黑馬即可證明「馬非白馬」—不是證明「白馬非馬」的套套邏輯（tautological）；修辭法學的套套邏輯（tautology），參閱 EVELINE T. FETERIS 著（張其山等譯），《FUNDAMENTALS OF LEGAL ARGUMENTATION: A SURVEY OF THEORIES ON THE JUSTIFICATION OF JUDICIAL DECISIONS（法律論證原理--司法裁決之證立理論概覽）》，商務印書館，頁 48（2005 年 9 月第 1 版）。其中，套套邏輯又稱為同義反覆，參閱 NEIL K. KOMESAR（考默薩）著（申衛星、王琦合譯）《LAW'S LIMITS—THE RULE OF LAW AND THE SUPPLY AND DEMAND OF RIGHTS（法律的限度--法治、權利的供給與需求）》，元照出版，頁 215（2006 年 6 月初版）。在邏輯學上，套套邏輯或套套言，其實用以表示邏輯的有效推論形式，但不能保證推論結果合乎真實或正確；參閱 A. H. BASSON & D. J. O'CONNOR 合著（劉福增譯），《INTRODUCTION TO SYMBOLIC LOGIC（現代邏輯引論）》，台灣商務出版，頁 48（1995 年 2 月修訂版第 1 刷）。「全稱邏輯的可錯性」原則所推演出的「真偽不對稱性」（真不能被證明，只有偽可以被證明），是波普爾哲學思想的核心。請參維基百科網站，<http://zh.wikipedia.org/wiki/卡爾·波普爾>，2011 年 3 月 28 日造訪。

<sup>22</sup> 孔恩（Thomas Kuhn）將許多經過科學方法檢驗的慣例或偏見稱為「典範」，請參 ROBERT PAUL WOLFF 著（黃藹 總校閱），前揭（註 4）書，頁 168 至 173。早期科學家認為光（波）的傳遞需要介質，認為宇宙充滿乙太（ether），或認為光（線）在空間中的軌跡必為直線，即是科學上的典型偏見。

<sup>23</sup> 同註 1。

<sup>24</sup> 請參 JANET M. RUANE 著（王修曉 譯），《ESSENTIALS OF RESEARCH METHOD: A GUIDE TO SOCIAL SCIENCE RESEARCH（研究方法概論）》，五南圖書出版，頁 13、14（2007 年 1 月初版）。

<sup>25</sup> 詳情請參閱兩本著作；MICHAEL O. FINKELSTEIN & BRUCE LEVIN 著（鍾衛 譯），《STATISTICS FOR LAWYERS 2<sup>nd</sup> ed（律師統計學）》，中國人民大學出版，（2008 年 7 月第 1 版）。HANS ZEISEL & DAVID KAYE 著（黃向陽 譯），《PROVE IT WITH FIGURES: EMPIRICAL METHODS IN LAW AND LITIGATION（用數字證明—法律和訴訟中的實證方法）》，中國人民大學出版，（2008 年 6 月第 1 版）。

或眾數 (Mode) 為代表，有忽略平等原則與比例原則之虞。正如同林子儀大法官在同號解釋的不同意見書指出之癥結：「數據的解讀是否合於統計數據原本之意涵？數據之間是否有對比判讀的意義？累、再犯率之合併統計數據是否足徵說明終身限制的有效性或必要性？」

### (一)、科學哲學

所謂科學哲學，按文義解釋應屬哲學之分支—以哲學方法解決科學問題。傳統哲學對認識論的詮釋，似乎偏向於先驗主義—認為一切知識本已存在而由人的先天理性發現；但依據現代生物醫學的理論，所謂的理性、知識都是認知主體之經驗所建構。根據人類或文化學家與動物學家的研究，人類之社會制度(含法、政制度)亦多源於經驗的建構<sup>26</sup>，甚至多少帶有社會實驗 (social experimentation) 的性質。由此可知，法哲學之實證法學派的論點與科學哲學有許多相似之處，而科學哲學此一理論亦可能有助解決法學上之「擬制理論」或「社會契約論」的困境—例如不知行為主體為何。

科學哲學上就曾經驗主義與先驗主義的論辯；前者認為知識 (含邏輯) 皆來自經驗，故未見過月亮者無法認知或描述月亮為何。後者則認為月亮乃客觀之存在，即使先天失明者亦無法否定月亮存在之事實；正如同大家普遍相信空氣中有二氧化碳存在，或人會呼出二氧化碳—雖然呼吸作用呼出的主要氣體可能是氮氣或氧氣而未必是二氧化碳。這類爭辯之所以發生，通常是因為彼此都誤解了辯論的客體—以為相同而其實不同。前者之辯論客體是「主體 (人) 的認知機制」，後者之辯論客體是「被認知之客體 (物) 的存在機制」。

而法釋義學與法哲學的關聯，除了邏輯方法與語言哲學之外，還有二者均採用相似的最小成本之語言或溝通的釋義體系，本質上是屬有效率的經濟選擇 (詳見本文之法經濟學方法)。因為法律語言之使用或法概念之傳達，不可能字斟句酌地凡字 (或詞) 必引經據典<sup>27</sup>，僅在避免混淆或有詳述必要時才會「必也正名乎」，去追本溯源或端正視聽，或與社會通念匹配以減少歧義或專斷之爭議。哈特 (Hart) 就認為一般人對法律概念其實多能掌握<sup>28</sup>，正足以說明一般法概念足以勝任其社會化之功能的原因—如上所述。

再如歐洲人權法院在解釋法規時，就是以詞語的通常涵義為準<sup>29</sup>；根據歐

<sup>26</sup> 請參 MICHAEL SHERMER 著 (閻佳 譯)，前揭 (註 5) 書，頁 16。請參 FRANS DE WAAL 著 (趙芊里 譯)，《CHIMPANZEE POLITICS: POWER AND SEX AMONG APES (黑猩猩的政治—猿類社會中的權力與性)》，上海譯文出版社，頁 45、46、144、145 (2009 年 6 月第 1 版)。

<sup>27</sup> 類似法學家所說的使用「形象 (Bilder)」，請參王澤鑑著，前揭 (註 1) 書，頁 14 (2004 年 10 月)。

<sup>28</sup> 請參 H. L. A. HART 著 (許家馨、李冠宜 譯)，前揭 (註 13) 書，頁 3。

<sup>29</sup> 請參 CLARE OVEY & ROBIN WHITE 著 (何志鵬、孫璐 譯)，《JACOBS & WHITE, THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS 3/e (歐洲人權法—原則與判例)》，頁 42 (2006 年 4 月第 1 版)。請參 H. L. A. HART 著 (許家馨、李冠宜 譯)，前揭 (註 13) 書，頁 14。Ronald Dworkin 有不同見解，請參 RONALD DWORKIN 著 (信春鷹、吳玉章 譯)，前揭 (註 13) 書，頁 19。

洲人權法院所適用的「維也納條約法公約」之第 31 條至第 33 條規定，可知國際條約甚至一般法律的解釋，均可遵循以下原則<sup>30</sup>：

- 1、善意解釋。
- 2、綜觀上下文全部（法條）的通常涵義。
- 3、參照規範目的或宗旨。
- 4、承上，仍有概念之涵義不清或難以確定時，應予補充解釋。
- 5、承上，仍有悖離事實或矛盾時，應予補充解釋。

換言之，與病患溝通並無必要將病患教育成醫生，法官行使闡明權（民事訴訟法第 199 條參照）也無必要將當事人教育成律師，或要求當事人應有律師水準—此應為「法官知法原則」的實質內涵之一（法官知法原則在程序法上可衍生法官之「移審義務」，司法院釋字第 595 號解釋理由書參照）。當然，法律上的論證或論辯除非必要，毋需凡字（或詞）引經據典；否則都將浪費社會成本—因為溝通成本早已包含在（法學）教育經濟（成本）內；民事訴訟法第 222 條所規定之自由心證的法定依據—經驗法則與論理法則，就是基於這樣的經濟學思考—合格的（專業）法官本身已投資的教育成本應可發揮論理與經驗的（司法）經濟效益，且隱含比較利益法則（comparative advantage）—包含李嘉圖（David Ricardo）的主張與學者張五常所強調的專業分工之優勢。

不過，基於法釋義學的理论細緻化與解決理論矛盾的特色（或特殊功能），有時難免遁入形上學的文字遊戲而有過度解釋之虞—亦即脫離法實用主義的目標<sup>31</sup>而淪為「冥想」或「清談」；例如討論權利與其限制，其實等同討論權利與其如何不受限制—類似馬克吐溫（Mark Twain）所說之「有些議員非善類等同有些議員是善類」。

## （二）、科學方法

所謂科學方法（scientific method）是研究科學事實（scientific fact）的方法，主要由十七世紀之英國法學家培根（Francis Bacon，1561—1626）所建立；他強調的科學方法是系統化蒐集資料，並觀察發生之現象、歸納整理所有資料以利分門別類做研究。亦認為科學是研究或釐清事物本質的優勢工具，而且有利發現真實<sup>32</sup>。大陸法學派（the civil law system or the European continental law system）的巨擘—法哲學家康德（Immanuel Kant），也是牛頓（Newton）古典物理學的研究者—雖然他調和自然因果律（causal laws）與道德律（moral law）的學說已受到行為心理學的挑戰<sup>33</sup>。馬克思（Karl Marx）

<sup>30</sup> 請參 CLARE OVEY & ROBIN WHITE 著（何志鵬、孫璐 譯），前揭（註 29）書，頁 36 至 39。

<sup>31</sup> Ronald Dworkin 就曾批評法官依法審判時，有過於拘泥語言學或法釋義學的傾向而流於教條主義；請參氏著，前揭（註 13）書，頁 18。

<sup>32</sup> 請參 ROBERT PAUL WOLFF 著（黃藹 總校閱），前揭（註 4）書，頁 161、162。

<sup>33</sup> 請參 ROBERT PAUL WOLFF 著（黃藹 總校閱），前揭（註 4）書，頁 200 至 203。

就認為將經濟學、政治學、歷史學…等稱為科學，是一種至高無上的禮讚<sup>34</sup>。不過，這個原應屬於法學界的優良文化傳統，由於後來的大陸法學派過於沉迷在法釋義學的最小研究成本之效率中（詳見本文後述之法經濟學方法），而逐漸流於概念遊戲—造成法律科學的異化（alienation）<sup>35</sup>，導致少數英美法（the common law）學者詬病的「司法中心主義」之弊端<sup>36</sup>—脫離現實而無適用實益；於是英美法的法實用主義與法經濟學派，才在法學界形成沛然莫之能禦的優勢。本文認為大陸法學派與英美法的法實用主義或法經濟學派應是各擅勝場，有相互擷長補短的必要。

現代科學主要是指自然科學與社會科學；而其指涉之科學方法，顧名思義當然是指研究自然科學與社會科學的方法，其本質主要是邏輯和經驗。雖然Holmes認為在法學上經驗比邏輯更重要，但他還是認為法學方法主要是邏輯推理與類比推理（The training of lawyers is training in logic. The processes of analogy, discrimination, and deduction are those in which they are most at home. The language of judicial decision is mainly the language of logic.）。所以，他相當重視能客觀體現真實經驗的經濟學與統計學，與其在法學上之應用<sup>37</sup>；這一點恰可說明早期的英美法已注入相當的科學精神或意涵。

一般而言，科學方法是指有序且系統化地收集與分析資訊（類似法官調查案件事實），然後建立假設或模型以預測機制或結果（類似法官的醞釀自由心證），並驗證或調查其效果是否合乎事實<sup>38</sup>（類似法官涵攝適用法律作成判決）。

我國之程序法就相當注重科學方法，例如民事訴訟法第 221 條規定：「判決，除別有規定外，應本於當事人之言詞辯論為之。法官非參與為判決基礎之辯論者，不得參與判決。」乃為貫徹直接審理原則，而直接審理原則乃 Andrew Michael Spence（recipient of the 2001 Nobel Memorial Prize in Economic Sciences）之信號傳遞理論（Market Signaling）的應用—藉由法官親自觀察當事人並與其互動而取得有效信息（valid information）；同法第 193 條第 2 項（不得引用文件以代言詞陳述），刑事訴訟法第 159 條第 1 項、第 221 條，及行政訴訟法第 122 條第 3 項…等皆屬類似規定。此外，民事訴訟法第 222 條第 3 項明文規定：「法院依自由心證判斷事實真偽，不得違背論

<sup>34</sup> 請參 ROBERT PAUL WOLFF 著（黃藹 總校閱），前揭（註 4）書，頁 154、157、158。

<sup>35</sup> 馬克思（Karl Marx）援引十九世紀德國哲學家的概念—異化，用來說明事物發展出與其本身相衝突或矛盾的現象。請參 ROBERT PAUL WOLFF 著（黃藹 總校閱），前揭（註 4）書，頁 345。

<sup>36</sup> 請參葉俊榮著，《環境政策與法律》，月旦出版社，頁 16、43（1996 年 11 月 1 版 3 刷）。

<sup>37</sup> see OLIVER WENDELL HOLMES, JR, THE PATH OF THE LAW & THE COMMON LAW (FOREWORD BY J. CRAIG WILLIAMS, ESQ.), at 12, 17, 31 (2009).

<sup>38</sup> 請參 WILLIAM P. CUNNINGHAM & MARY ANN CUNNINGHAM 著（蔡勇斌、余瑞芳、白子易、莊順興 合譯），《PRINCIPLES OF ENVIRONMENTAL SCIENCE: INQUIRY AND APPLICATIONS》，2E（環境科學概論：調查與應用），麥格羅希爾出版，頁 7 至 23（2005 年 1 月初版）。

理及經驗法則」，在「辦理民事訴訟事件應行注意事項」第 88 點，明文規定：「論理法則係指理論認識及邏輯分析之方法；經驗法則則指本於通常經驗與特別知識經驗歸納所得之經驗，且不得違背各種專門職業、科學上或技術上之特殊法則。」刑事訴訟法第 155 條第 1 項，及行政訴訟法第 189 條第 1 項、行政程序法的 43 條等皆有類似規定。而且，若為違背論理或經驗法則之判決，在實務上即屬判決違背法令<sup>39</sup>。據此而論，我國之程序法甚至可說是絕對尊重科學方法，是以科學方法作為法官依法審判原則（憲法第 80 條參照）的實質內涵之一。

從科學方法論解析科學方法，可知科學方法不外定性分析（Qualitative Analysis）與定量分析（Quantitative Analysis）二種。定性分析通常在探尋性質之有無，而定量分析通常在調查或檢驗量變與質變之界線或臨界點，以及量變與其本身導致之變化與意義<sup>40</sup>；皆屬於實證科學（positive science）。一般而言，定性分析是定量分析的基礎；因為，定量分析必須以可量測的指標概念為標的，並以該指標概念的操作型定義為基準，而指標概念的操作型定義必須先做定性分析才能確定。例如「登載不實」是「主要的內容與客觀事實有不符之處」，而「過失（或故意）登載不實」除了可由當事人主觀的心理要素（意、欲）判別之外，還可以將登載內容切割成數部分，將不同內容的各部分給予不同之權重，從統計各部分不實內容的權重之比例，以定量分析在客觀上判斷是否屬重大過失，甚至判斷當事人主觀的心理要素—此即一般判決書上常用的經驗法則推理之「若謂不知（或無意）顯違常理」<sup>41</sup>。又如在證據法學評價證據力之理論，通常將確信或無合理懷疑之證據力，視為超過 90% 的可能性（但判決死刑之證據力應要求到達 100% 確信）；將優勢證據之證據力，視為超過 60% 的可能性<sup>42</sup>。再如法學界甚為通行的相當因

<sup>39</sup> 請參吳庚著，《行政法之理論與實用》，自刊，頁 743（2005 年 10 月增訂九版）。以及民事訴訟法第 468 條，刑事訴訟法第 378 條，及行政訴訟法第 242 條、第 273 條第 1 項第 1 款，26 年渝上字第 8 號判例，71 年台上字第 480 號判例，74 年台上字第 1556 號判例，74 年台上字第 1560 號判例。

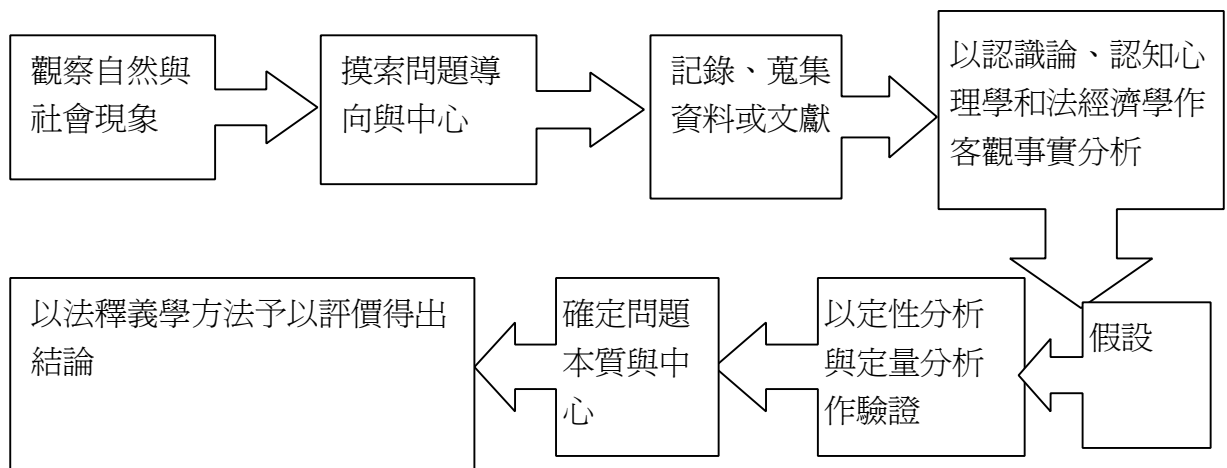
<sup>40</sup> 請參 DANIEL DRUCKMAN 著（鍾從定、賴其助編譯），前揭（註 20）書，頁 10。

<sup>41</sup> 這類判斷通常也可以應用「貝氏定理（Bayes' theorem）」，例如甲、乙同時前往警局認領同一只皮包，甲陳述皮包內容物只有三項吻合（比例為 0.3），有兩項不合（比例為 0.2），有五項遺忘（比例為 0.5）；乙陳述皮包內容物有五項吻合（比例為 0.5），有三項不合（比例為 0.3），有二項遺忘（比例為 0.2）；此時可應用貝氏定理確認甲、乙何人是（或皆非）真正失主。著名的實務案例如在「黑心起雲劑污染食品案」中，檢察官傳訊昱伸下游最大盤商協成化工公司翁姓負責人，翁說自己也是黑心起雲劑受害者。但檢察官質疑，其他廠商賣的起雲劑每公斤一百四十或一百五十元，昱伸只賣一百元或一百一十元，協成化工是國內大廠，對昱伸低於行情售價應有所警覺。請參何焜榮、簡慧珍報導，〈源頭仍是黑心貨 手調飲料「傻眼」〉，聯合報，2011 年 5 月 26 日。

<sup>42</sup> 因為評價證據力無法絕對客觀量化，但也不至於完全無法量化，如同各種主觀認定或衡量商品的價格匯集（或議價）而成或經由市場機制形成的客觀市場價格—商品「價值」難以衡量但可用「近似價格」客觀量化以呈現「客觀價值」之標準或概數；是以，有學者認為「表面證據力」約有 20% -30% 的可能性，「優越證據力」約有 50% -60% 的可能性，「有力（或確信）證據力」約有 80% 以上的可能性；請參黃國昌著，《民事訴訟理論之新開展》，元照出版，頁 159（2005 年 10 月初版）。

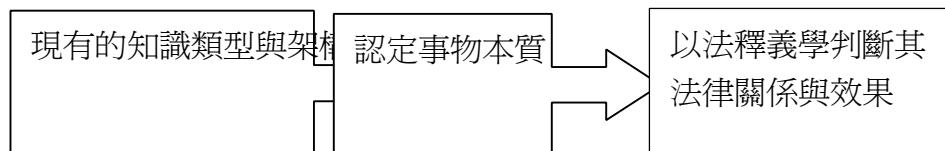
果關係理論，是以顯著提高「結果發生可能性」之（原因）行為，作為結果的相當條件；（林東茂，fn1，p1-83）其主要內涵就是採用統計科學的概念，認為若有超過 60% 的機率使特定的因素（factor）導致結果（result）發生，該因素即得視為結果發生之原因（cause）—視為（絕對）必要且相當（或相對）充分的條件。這說明法學研究借重科學方法，以作成具備法律效果的評價。以科學方法研究法學的基本架構如下圖所示：

圖一：科學方法研究法學的基本架構圖



簡單說，本文之研究方法是以前述的知識類型與架構作為大前提，以其他科學方法認定事實本質作為小前提，再以法釋義學方法將小前提涵攝入大前提得出結論。如下圖的研究法學之簡單方法架構圖所示：

圖二：研究法學之簡單方法架構圖



在司法實務上，司法院與法務部統計處的統計資料是否有可靠的信度（reliability）與效度（validity），以及法務主管部門是否依據嚴謹的統計數據進行科學分析，並據以檢討改進法務行政與檢察體制的調查統計方式，不但攸關法實證研究與其他依循政府統計為據的相關研究之正確性，更影響整個國家之司法與法務工作推展及犯罪偵查的成效。前大法官王澤鑑先生也有類似的看法，認為「一個國家開發的程度表現在對統計的重視、運用及統計資料之上。」<sup>43</sup>

科學能挑戰法律或與法律衝突之處，常常是發生在法本質論的層次；亦即，科學與法律的衝突多由法本質論解決，而法律問題的本質通常即是價值哲學或規範科學的具體應用—亦即有必要以價值哲學或規範科學解決法律問題。這一方面可說明（實證）科學與法律（評價科學）的明顯界線—在於（事物）

<sup>43</sup> 請參王澤鑑著，《侵權行為法第一冊》，自刊，頁 2（2005 年 1 月出版）。



客觀之本質與其評價之判準的差異，一方面也說明法律（評價科學）之推論、評價的判準以及相當因果關係理論的客觀性，率皆源於（實證）科學或必須以實證科學（的研究結果）為基礎—才不致於產生法規範目的與其本質悖離。此外，法律（評價科學）有助於評估科學發展的社會成本與外部性—通常在人文的主觀價值衡量，使其朝向人本價值取向以維護人類生存，並儘可能減低對整體社會環境（含人文價值）的衝擊或損害—這是源於人文價值的科學性質還是使人文價值有科學性質仍有待研究。

#### 四、法經濟學方法與法學解釋

法學家王澤鑑認為法律的經濟分析有助於評估法規範的實踐效果（或是否契合社會發展與時俱進），以及法規範對資源分配的影響—攸關平等原則的分配正義，故將法經濟學分析或理論列入規範目的解釋<sup>44</sup>；此一見解洞中肯綮、裨益良多，應值贊同。法經濟學方法可以評估法律制度的合理性，亦可用以比較英美法與大陸法的成本效益；當然亦可同時評估法律制度的合理性與成本效益。

其中，所謂「成本」通常是指「社會成本」或「交易成本」。「社會成本（social cost）」是由科斯（R. H. Coase）首先釐清的法經濟學概念，George Stigler 在其首先命名的「科斯定理（Coase Theorem）」中予以補充闡述為「在完全競爭市場中（零交易費用）的私人成本等於社會成本」。不過，科斯對科斯定理的見解與 Stigler 有些不同；他認為社會成本是生產要素在替代用途時能產生之最大價值，包含各種社會安排（市場和政府）的操作成本，不只可以衍生出 Stigler 所說之結果—零交易費用的私人成本等於社會成本。其中，所謂的交易費用（或成本）是指使用價格機制的成本（cost of using the price mechanism），或在公開市場上交易與開展業務的成本（cost of carrying out a transaction by means of an exchange on the open market），或市場交易成本（cost of market transactions），或簡稱市場成本（marketing costs）。科斯似乎不反對採用 Dahlman 的見解，認為具體化的交易成本包含搜尋與信息成本（searching and information cost）、議價成本（bargaining cost）、決策成本（making decision cost）、監督與執行成本（supervising and executing cost）<sup>45</sup>。所以，科斯定理的核心概念其實是交易成本，並非社會成本；無怪乎科斯認為 Stigler 所謂的科斯定理，並非完全等同他所提出的科斯定理。他所謂的「生產要素在替代用途時能產生之最大價值」，應是指在完全競爭市場中之生產要素的邊際價格（成本）等於其邊際產值—未受到負外部性（Negative Externality）的市場失靈（market failure）扭曲或減少其邊際價格或產值，所謂的替代用途應是指在符合最小機會成本（opportunity cost）時的用途；科斯解釋社會成本的這句話若有意義，應在於強調負外部性

<sup>44</sup> 請參王澤鑑著，《民法物權第一冊》，自刊，頁 26（2006 年 9 月）。

<sup>45</sup> 請參 R. H. Coase 著（盛洪、陳郁 譯校），《THE FIRM, THE MARKET, AND THE LAW（企業、市場與法律）》，格致出版社，頁 6、96、147、154、161（2009 年 6 月第 1 版）。

的市場失靈對社會成本的影響。因此，科斯所關注的社會成本問題，其實是指 Arthur Cecil Pigou 在其福利經濟學著作中所提出的負外部效果（Negative Externality）問題，並主張可用交易成本理論與產權（property right）理論解決。所以，社會成本的實質意義應是指減少 Pigou 所提出的社會福利（social welfare）之各種因素的價值—可用柏拉圖最優（Pareto Optimum）或希克斯效率（Karloldor Hicks efficiency）計算或檢驗。故可知，科斯對科斯的定理的想法主要是認為「交易成本會減少社會福利或悖離柏拉圖最優與希克斯效率，無交易成本之（自由）市場經濟能達到柏拉圖最優與希克斯效率。」簡言之，社會成本 = 私人成本 + 交易成本。Ulen & Cooter 以更簡潔的方式定義侵權法的社會成本  $SC = wx$ （預防事故成本）+  $p(x)A$ （預期的事故損害）<sup>46</sup>；其中， $wx$ （預防事故成本）= 私人成本， $p(x)A$ （預期的事故損害）=（發生事故的）交易成本。

Posner 認為英美法之藉由法官形成先例（precedent）的制度—即服從先例原則（stare decisis），是以先例累積（accumulation of precedents）達到與成文法相同的法律制度作用。而且從經濟學的觀點解釋，認為由此得到的成果—先例集（body of precedents）—是一種資本財的儲存（stock of capital goods）<sup>47</sup>。由此可知，英美法是將部份立法權授權給司法權執行—即所謂法官造法。先不論這樣是否有違憲政主義之三權分立原則—可由賽局理論說明；就以經濟學理而論，也會令人質疑是否有違比較利益法則（comparative advantage）—這是法經濟學家應說明而未說明的說理義務之欠缺。不過，基於法律制度的市場機能，英美法行之多年且能與大陸法系並駕齊驅—甚至部分超越，必有可觀與合理之處未受到相當之重視—非違反可靠的科學定理；由「存在必有存在之理」的實證科學之基礎命題（或學說）觀之可知如此。本文見解如下：

#### （一）、是否有違比較利益法則

Posner 認為成文法的立法成本較高，且通常含有較大的爭議成本；故英美法的法官造法有一些成本優勢<sup>48</sup>。

1、所謂立法成本太高，可能是由於立法失靈或民主（選舉）失靈，而立法失靈又可能導因於政治角力或協商成本過高。但諾貝爾經濟學獎得主 Kenneth Arrow 早就以無懈可擊的數理模型證明民主（選舉）失靈事屬必然—稱為「Arrow's impossibility theorem」，並因此獲得諾貝爾經濟學獎<sup>49</sup>。故在共和民主國制度下，民主（選舉）制度只能盡量改善，使其無違國民民主權原則（憲法第 2 條參照）。據此推論，英美法之法官造法—不論是否

<sup>46</sup> See ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, LAW & ECONOMICS, 5th ed., at 336—338 (2008).

<sup>47</sup> 請參 RICHARD A. POSNER 著（蔣兆康譯），《ECONOMIC ANALYSIS OF LAW（法律經濟學）》，五南圖書出版，頁 473 至 481（2010 年 8 月初版）。

<sup>48</sup> 請參 RICHARD A. POSNER 著（蔣兆康譯），前揭（註 47）書，頁 476。

<sup>49</sup> See N. GREGORY MANKIW, PRINCIPLES OF ECONOMICS, 5e, at 491 (2009).

直接或間接經由選舉產生法官—亦存在民主（選舉）失靈的情況。換言之，民主（選舉）失靈很難作為成文法的造法成本較先例法高的原因—至少從邏輯上推論是如此。所以，成文法的造法成本與先例法比較是否較高的原因，應從其他方面著手—例如英美法的法官人事制度成本、審判制度成本、成文法的立法成本之綜合比較。但在比較之前應先從實證統計科學證實成文法的立法成本較高，否則顯難說明三權分立的比較利益如何變化。至於立法失靈導致的立法成本太高，未必能解釋英美法之法官造法的成本優勢；因為，英美法之法官造法的自由度太高—其所造之法較欠缺法安定性，未必能因此產生外部效益。換言之，可能產生造法失靈—徒法不足以自行。

2、所謂爭議成本太高，應是指成文法的法官解釋成本、適用法律成本或審判成本太高。否則，按理說成文法的法安定性一般優於先例法，成文法的爭議成本應該較低才對。故 Posner 所謂的爭議成本太高，應是指出現法律失靈（或與現實脫節），且法官無法適時、適度造法的情況。由於強調法明確性與法安定性所造成的法律僵固性，確實是成文法的致命傷之一；因此，成文法並不反對法官填補法律漏洞的造法。而且，成文法還有一些不確定的法律概念，授權（甚至鼓勵）法官進行類似先例法的造法運動—例如形成判例<sup>50</sup>。就此而論，成文法制度亦有酌採法官造法制度，很難以此推論成文法爭議成本太高。如前所述，在比較之前應先從實證統計科學證實成文法的爭議成本較高；否則即屬前提錯誤之推論。

## （二）、是否有違三權分立原則

現代之三權分立說創自法國學者孟德斯鳩（Montesquieu，1689~1755）。孟德斯鳩有一本著作—『法意』，又稱為『萬法精義』；這本書是根據英國的政治慣例提出三權分立學說，主張把國家的憲政權力分成立法、司法和行政三權。三權分立說雖直接受到英國政制的啓示，與英國學者洛克（Locke，1632~1704）分權學說的影響，但事實上英國的三權分立並不明確，國會掌有較大權力。且洛克所主張的三權分立僅係立法、行政、外交三權之分工原則，孟德斯鳩才進而倡導權力制衡之說<sup>51</sup>。由此可知，三權分立原則之主要功能或精神，在於三權之分工與制衡；而我國之權力分立原則，係規定在憲法第五章至第九章。

### 1、權力分工合作

三權分立原則能夠將國家的權能分工或使其合作，原因在於政府權力的本質是屬公共服務，其產出大多可歸類為勞務商品的一種。而勞務只要不具一身專屬性（或有權限替代性），由他人代勞或彼此約定相互承擔乃事

<sup>50</sup> 請參王澤鑑著，《民法總則》，自刊，頁 59（2006 年 8 月）。請參蘇永欽著，前揭（註 8）書，頁 165。

<sup>51</sup> 請參張其昀著，《中華百科全書》網站，<http://ap6.pccu.edu.tw/Encyclopedia/data.asp?id=1539&htm=01-180-0180> 三權分立.htm，2011 年 3 月 28 日造訪。

理之常。換言之，服務業或公共服務通常易於分工或合作。尤其，分工愈細其責任範圍愈小，特定業務範圍與業務量均可能減少；不但有利於比較利益，而且可能因減低事物複雜度而降低執行業務之邊際成本。其次，不同的業務之間只要具備互補性或存在尋租 (rent-seeking)、套利 (arbitrage) 空間，就容易形成聯合壟斷或勾結—正向的結果稱為合作。例如行政官員兼任 (或勾結) 法官，可以架空立法權；如同球員兼任 (或勾結) 裁判—顯然皆有尋租、套利空間。不過，行政權兼任 (或勾結) 立法權或司法權兼任 (或勾結) 立法權，則有可能但未必一定會有尋租、套利空間。以實證法為例，授權行政機關訂定行政命令或法官修補法律漏洞之造法，皆有相當正向之功能，而且可說是有相當之必要性；因為皆與專業之比較利益及發現真實之最低資訊成本有關。換言之，行政權兼任 (或勾結) 立法權或司法權兼任 (或勾結) 立法權，可以產生專業之比較利益與減低發現真實之資訊成本。例如由環保署訂定環保行政命令，或由法官以修補法律漏洞之造法解決個案或形成判例。

## 2、權力分立制衡

如前所述，行政官員兼任 (或勾結) 法官，可以架空立法權，形成權力獨大或獨裁的結果；行政權兼任 (或勾結) 立法權或司法權兼任 (或勾結) 立法權，則有可能但未必會有尋租、套利空間。因此，權力分立制衡的關鍵在於將行政權與司法權分離。故不論英美法的法官造法制度，或大陸法系的授權行政命令—例如空污費徵收辦法 (其瑕疵已由司法審查修正故無架空司法權) 以及法官修補法律漏洞之造法，應皆無有違憲法之權力分立原則之虞。惟仍須注意者，是防範行政權兼任 (或勾結) 立法權或司法權兼任 (或勾結) 立法權的可能套利空間；前者例如立法機關大量授權行政機關制訂行政命令，規範人事制度與預算法制之細則，或制定明顯有利行政機關尋租 (rent seeking) 之人事制度與預算法制，行政機關藉機濫權或怠惰—如行政法人與 BOT 制度 (行政法人法第 2 條之立法理由第 2 點、鼓勵公民營機構興建營運垃圾焚化廠作業辦法第 4 條參照) 都可能有規範漏洞而備受爭議。後者的隱憂主要在於立法機關怠惰導致司法權獨大，例如遲不制訂法官法、檢審分立法制 (或交互詰問制度) 近幾年才逐漸落實、證據法則在近幾年才有明顯進步、在押嫌犯之律師協助權才剛放寬、鑑定制度仍未完善以致判決欠缺一致性…等，或是立法機關為了政治獻金或尋租的權力而為特定利益團體量身訂做法案，在司法的被動本質所產生的怠惰之下一放棄利用個案促使司法審查立法權違憲的機會，導致法體系敗壞或形成為特定人而設的法律漏洞到處充斥—例如具有「遮蔽 (弊) 效果」的陽光法案、無嚇阻效果或處罰條款的財產申報法、各種優惠特定階級的稅捐抵減辦法或獎勵投資條例。(釋 585、325 參照)

### (三)、可觀與合理之處

Posner 之所謂資本財的儲存不妨視為是實現法安定性，以降低審判成本達成訴訟經濟的方式—如此才符合成本分析的經濟學理。而且如前所述，授權行政機關訂定行政命令或法官修補法律漏洞之造法，可以產生專業之比較利益與減低發現真實之資訊成本。而英美法制度之大量依賴法官造法，與大陸法系之判例法制度，其實僅有立法權之實踐程度（或量）的區別，並無實質差異。但是，不論英美法系或大陸法系，只要是民主政體，皆有一定之三權分立的界線—雖然這些界線會隨時代或社會情況有少許的游移不定或模糊。

### 叁、人格尊嚴原則之法學解釋與一般分析

#### 一、人格尊嚴原則的文化歧視

人格尊嚴（dignity）原則<sup>52</sup>已經由大法官解釋而在我國法律上確立—成為憲法位階的法原則（司法院釋字第 400 號、第 656 號參照）；雖然大法官的解釋並不清楚—多只是援引德國的見解針對個案解釋；不過，台灣法學界似乎把這個仍有爭議的法概念當成顛撲不破的真理。因此，婦女之就業歧視可以用侵害人格尊嚴來解釋（憲法增修條文第 10 條第 6 項參照），未經同意而採集嫌犯之體液亦可以用侵害人格尊嚴來解釋<sup>53</sup>，檢察官要求被告「罰站」接受訊問也是屬於涉及侵害人格尊嚴的爭議；甚至有較激進的學者主張，父母（適度）體罰小孩也可以用侵害人格尊嚴來解釋；當然，（人道的）死刑爭議之主要爭點也是人格尊嚴；以維護健康為由禁止回教徒齋戒或拒食豬肉、禁止東南亞國家人民吃「鴨仔蛋（即將孵化的鴨子胚胎）」、禁止法國人製造鵝肝醬、禁止俄國人製造魚子醬、國際媒體 CNN 批評或報導台灣小吃的豬血糕與皮蛋為「亞洲最噁心的食物」、以畜牧法准許宰殺狗或貓（畜牧法第 3 條的鹿與兔被列為家畜可能因寵物文化有所變革）...等，皆有侵害人格尊嚴之虞。人格尊嚴這個人云亦云的法概念這麼好用，簡直成為法學界的「綜合維生素（multiple vitamin）」—補充每天的活力，或新興的「法學研究市場」—創造更多法學研究的「經濟效益」。

美國法學界就有學者對人格尊嚴的濫用與人云亦云（或不知所云），提出適用的限制與較清楚的概念分析<sup>54</sup>。儘管如此，人格尊嚴這個人云亦云的法概念還是引發許多問題；其中，最嚴重的還是有關文化歧視的問題。從法社會學（legal sociology）<sup>55</sup>的觀點檢視法律制度，法律乃是社會集體之文化價值的具體表現<sup>56</sup>；否則，法律將成為社會菁英遂行壟斷或獨裁的規格標準—如同科技

<sup>52</sup> 請參蔡維音著，〈人性尊嚴作為法概念之出路〉，《法律與生命科學第 3 卷第 3 期》，頁 11（2009 年 7 月）。

<sup>53</sup> 請參李惠宗著，前揭（註 8）文，頁 142。

<sup>54</sup> 請參蔡維音著，前揭（註 52）文，頁 11。

<sup>55</sup> 請參朱景文主編，《法社會學》，五南圖書出版，頁 4、28（2006 年 9 月初版）。

<sup>56</sup> 請參林東茂著，前揭（註 1）書，頁 1-22、4-5。請參吳嘉生著，前揭（註 8）書，頁 9 至 11。請參朱景文主編，前揭（註 55）書，頁 5、104。學者張維迎更認為法律與社會規範的本質相同—都是規範（norm）且為社會制度的主要形式，其差異主要在於法律是「規則明確的正當

業以特殊產品規格設立門檻來造成壟斷或排除競爭，結果是徒法難以自行或法不責眾，導致法律失靈<sup>57</sup>。因此，否認一國的法律制度或認為特定國家的法律制度較為落後，縱然未涉及文化歧視亦難謂無基於誤會或優越感的文化偏見。人格尊嚴此一法概念，正好體現這樣明顯的文化衝突；這樣的文化衝突在國際上，往往成為強權干涉他國內政的藉口—例如國際廢死刑運動與派軍隊直接處死恐怖份子<sup>58</sup>、叛國罪與參政權、言論自由或表現自由與公然猥褻罪的人權爭議。

本文的重點並非討論人權的爭議，或西方帝國主義遺緒所稱的極權主義國家如何被其人民愛戴或鄙棄的原因—雖然這原因或許可以解釋為體制壓力與社會思變的行動能量皆未達到質變或相變（Phase Transformation）的臨界點

（Critical point）；但仍必須說明各國的法律制度—包含所謂的極權主義國家—都可能是該國內部各方利益折衝下的結果，亦是該國延續文化傳統與改變文化的暫時均衡狀態—可能未符合柏拉圖效率（Pareto efficiency）但符合希克斯效率（Karl Dor Hicks efficiency），縱使有過度限制而侵害人權的法制度存在，其法制度（雖被唾棄）亦有被了解的必要<sup>59</sup>—如同將現代民主人權強行引進二十世紀初的納粹德國未必可行一樣。畢竟，化學反應需要時間來完成—即使有催化劑，生物演化也需要時間來完成—即使經由人類配種，人類文明或文化的發展或演進—包含各種社會規範與制度，更不可能一蹴可幾；人權理論若意圖超

---

暴力」，文化的衝突多以法律的衝突體現；請參氏著，《信任、信息與法律》，三聯書店，頁 23、26、34、44（2006 年 9 月第 2 版）。許玉秀大法官在司法院釋字第 624 號解釋的部分協同部分不同意見書中所謂之「只有誘導行為動機的行為規範，而沒有行為違反的制裁效果規範，任何規範都會因為欠缺強制力而形同具文；規範必須透過制裁規範保障自己的存在。」即是強調法律的「正當暴力」之本質。

<sup>57</sup> 請參張維迎著，前揭（註 56）書，頁 26、27。

<sup>58</sup> 請參梅新育著，〈賓拉登死亡不等於西方天下大定〉，中時電子報，2011 年 5 月 4 日。

<sup>59</sup> 例如一部落內共有三戶人數與武力相當的人家—甲、乙、丙，該部落生產落後且資源匱乏，每年生產食物總量只夠養活兩戶人家。甲、乙的戶長是兄弟，與丙戶長的血緣關係較薄弱；故甲乙會傾向協議以聯合方式排除丙之生存權，丙則必須訴諸武力，最後引發內戰。戰敗後的丙之遺族，可能淪為甲、乙之奴隸—而取得甲、乙已戰死之族人的食物，於是此一部落出現合法人口買賣的法律制度—類似美國南北戰爭前的狀態。在面臨生存的底限或恐慌之社會，生存的主要問題已非利益分配，而是（生存）權利爭奪；此時，保障基本權的法制度將失效，取而代之將是更原始、能保障強者生存的法制度—例如極權主義。若財政許可，（福利預算不計入之）福利國家的政權維持成本可能遠低於極權主義的政權維持成本；亦即極權主義的政權是以履行極辛苦的條件在維持—例如全面監控、濫捕、屠殺、血腥鎮壓、平息各種國內暴動。縱然是民主體制—例如由五戶相當之人家選出酋長的部落，以賽局理論模擬的結果，血緣關係親密的兩戶人家亦有可能合縱連橫，以民主方式產生極權體制或法制度—例如德國納粹時代。這種社會所存在的道德兩難—總有一群人必須犧牲或餓死，或短暫（數年）之侵害人權的政治均衡狀態，難以僅用法學的基本權衝突或（政府應負之）義務衝突理論解決，似已超出法制度或理論解決問題的極限—人權主義或人格尊嚴原則當然失其附麗；通常只能藉由超過臨界條件的革命（或血腥）力量實現社會正義—如甘地的不合作運動或法國大革命。國際人權組織若只有口惠，不積極協助極權國家成就可保障人權的經濟條件，對極權國家的譴責無異故意（或無意）抱薪救火。換言之，社會國原則或社會權的保障—甚至其他防禦權的保障，只有在客觀上具有可分配（或不虞匱乏）的國家資源之條件存在，才有意義；否則，只是畫餅充飢的天堂地圖。反面案例請參郭篤為報導，〈瓜國緝毒檢察官 慘遭毒梟肢解示眾〉，中國時報，2011 年 5 月 26 日。

越自然（甚至人工配種式）的演化，採取人工排序式的演化觀點建構理論，無異於跳脫現實編寫自由遐想的人權（演化）理論。所以，發揚人權主義必須研究人權的歷史發展，才能瞭解其發展基礎—才不至於天馬行空捏造或想像毫無所本的理論。許多號稱人權主義的強權國家，在整個二十世紀（一百年）的人權紀錄其實並不怎麼光彩，例如歷史上最著名的種族隔離措施發生在美國和南非，澳大利亞、羅得西亞、德國、印尼等國家也都發生過種族隔離行為。倡導民權運動的小馬丁·路德·金恩（Martin Luther King, Jr.）與許多美國有色族群，在 1970 年代仍然受到美國政府的粗暴欺壓，金恩更在 1968 年被刺客開槍正中喉嚨而死，年僅 39 歲。另依世界衛生組織在 1994 年出版的『世界健康衛生年鑑』，美國黑人的平均壽命與青少年的存活率遠低於第三世界；Amartya Sen（recipient of the 1998 Nobel Memorial Prize in Economic Sciences）將此種現象歸咎於「成熟的民主國家之不充分的民主對黑人的剝削」，（sen（劉楚俊譯），development as freedom（經濟發展與自由），先覺出版，p41 至 43、189，2001 年 11 月初版）。

其實，若從自然法<sup>60</sup>的基本權觀點來看人權爭議，未必有必要引用人格尊嚴此一法概念；換言之，人格尊嚴此一法概念未必有用。例如性別歧視或階級歧視的問題，只要以違背公序良俗解釋或（基於平等原則）立法禁止歧視，以維護法和和平性即可，無須引用人格尊嚴；逼供或虐待嫌犯等強制作為，只要以違反正當法律程序或侵害訴訟防禦權解釋即可—如美國法，無須引用人格尊嚴；侮辱或誹謗罪犯當然亦可適用刑法之妨害名譽罪（或侵權法）的規定，更無須引用人格尊嚴；檢察官讓被告「罰站」接受訊問，是誤用早被揚棄的「特別權力關係理論」，涉及違反「特別法律關係理論」應適用的比例原則（甚至平等原則），非屬人格尊嚴的爭議；合乎人格尊嚴的生活權（社會救助法第 1 條、第 2 條與強制執行法第 52 條參照），只要解釋（或進一步立法擬制）為對國家有執行力的請求權—乃國家之債務或義務，非屬國家之救濟或施捨（應修訂社會救助法第 44 條、身心障礙者權益保障法第 71 條 2 項、老人福利法第 12 條 4 項，並比照行政執行法第 4 條但書及第 11 條規定），亦無須引用人格尊嚴—但應注意強制執行法第 52 條可能衍生（或導致）之政府承擔債務的風險或矛盾；人格尊嚴這種「綜合維生素」可能不是營養品、不是藥，更不可能是營養藥—無法提供解決法律爭議的活力或療效。司法院釋字第 641 號解釋適用「實質正義」以代替比例原則，雖有大法官樂觀其成為「創新之違憲審查標準」（李震山和許玉秀大法官的協同意見書參照），然亦是類似適用人格尊嚴原則的標新立異之舉，是否能「帶入更多可能成為違憲審查標準之憲法理念」，尚有待考驗。因為，更多違憲審查標準之憲法理念若是有益於解決法體系之瑕疵或矛盾，且更為具體明白而有助於解決法釋義之模稜兩可或相互扞格，自然有精緻化法（理論）體系之功。否則，違憲審查標準之憲法理念在百家爭鳴之下，難保不

<sup>60</sup> 請參吳嘉生著，前揭（註 8）書，頁 1、2。

會有黃鐘毀棄之虞。

難怪，美國法學者不得已將人格尊嚴定義成自主性與主體性<sup>61</sup>，這可能是比大法官的解釋更清楚且爭議較少的解釋。尤其，若主張人格尊嚴的概念是比憲法原則更高位階（適用）的概念—效力高於憲法原則但適用順序排最後，這樣就能以法學方法階層論限制人格尊嚴的外延及避免濫用—不失為比大法官解釋更為睿智的法解釋。而且，還可以作為保障基本權之理論基礎—以人本主義之主體性推論出人格伸展所必要的自主權利應受保障，同時擴增對基本權保障之範圍與密度—以合乎現代政治的民主與自由潮流。亦即，人格尊嚴原則與基本權一樣，皆是先於國家而存在的法概念（或法地位），且人格尊嚴原則是基本權共同的基礎內涵之一。否則，所謂的自主性與主體性就語意學而言，其實與「個人自由」相去不遠，所涉及的範疇簡直遍佈所有的法概念—權利與其限制，反而使已經將法釋義學精緻化的理論體系，被架空而模糊了。例如，類似猥褻的表演或從事性交易皆與當事人的自主性及主體性有關，據此將（限制或允許）這類行為列為侵害人格尊嚴的爭議，企圖解決類似「善良風俗」等有關社會通念的不確定法律概念，可能增加司法院釋憲（工作）的負擔；雖未必有限縮法官（修補法律漏洞或補充解釋）造法的空間或增加立法成本之虞，然似已架空憲法及其以下位階的法原則，未必是妥當的法釋義方法（詳見本文後述）。

綜上所述，縱然美國法學者對人格尊嚴的解釋更為睿智，亦無法排除涉及文化歧視或文化偏見的爭議；例如體罰是近代西方「自認進步後」揚棄的傳統文化（e.g. Spare the rod and spoil the child），但仍為（被認為落後的）東方家庭所秉持的（孝道或家法）傳統文化—如「棍棒出孝子」或「不打不成器」；將新加坡的鞭刑、化學去勢<sup>62</sup>、死刑、公然猥褻罪或（適度）體罰均視為違反人格尊嚴，就多少帶有強權的文化歧視或文化偏見。若非如此，或者人格尊嚴原則並無涉及任何的文化歧視性質，此一原則及其衍生而出的法原則與法制度應無文化區別，何須制定「原住民族基本法」？原住民族基本法第 30 條何須規定：「政府處理原住民族事務、制定法律或實施司法與行政救濟程序、公證、調解、仲裁或類似程序，應尊重原住民族之族語、傳統習俗、文化及價值觀，保障其合法權益，原住民有不諳國語者，應由通曉其族語之人為傳譯。政府為保障原住民族之司法權益，得設置原住民族法院或法庭。」制定原住民族基本法除了政治考量之外，顯然亦有宣示抑制強勢族群之法律歧視本質，所造成的族群或文化衝突的意義；旨在積極適用平等原則之分配正義以維護各族群和諧。

<sup>61</sup> 請參蔡維音著，前揭（註 52）文，頁 14。

<sup>62</sup> 有學者認為經受刑人同意而執行的去勢非侵害人格尊嚴，本文認為應依其手段判斷，不可一概而論。例如精神異常的受虐狂強烈要求醫師不必麻醉，直接以手術刀給予閹割，因難保無傳遞歧視或仇恨之信息，即屬同意而執行的殘酷去勢手段；請參林山田著，《刑法通論上冊》，自刊，頁 100（2008 年 1 月增訂 10 版）。



而將類似阿拉伯國家的酷刑視為違反人格尊嚴<sup>63</sup>，似為任意擴張解釋人格尊嚴原則—使其等同或取代（人格權、防禦權之）基本權保障或比例原則與不當聯結禁止原則（之禁止酷刑原則），已非定位為憲法原則之上位概念（例如釋字第 656 號解釋李震山）。

## 二、人格尊嚴原則的內在邏輯矛盾

以法經濟學的觀點而言，人格尊嚴原則是使基本權的（主觀價值）保障完全達到柏拉圖效率；但保障（客觀價值）柏拉圖效率必須以一定的經濟條件為基礎，故基於經濟現實通常只能保障（客觀價值）希克斯效率。再者，若法規範與制度的本質是一種生物長期演化的結果所衍生的群居規則（詳見本文后述），法律（或社會規範）以及各種法概念（例如人格尊嚴或基本權）之成立一包含社會契約（理論），即是以「群居的人類社會」為前提。換言之，只有魯賓遜一個人的荒島不需要法律—改自張五常先生所言，討論何謂人格尊嚴或基本權亦無意義；反之，基於人類社會群居的共同利益，社會契約、法律（或社會規範）之成立有其正當性—可以作為分配資源與指導社會行為的共同準則。準此，所謂「人格尊嚴或基本權乃先國家而存在」之理論，即使在原始的部族社會亦屬有待商榷；因為在只有一個人的荒島或（足供人類生存的）自然資源不虞匱乏（即無外部性故無需產權制度）的鬆散部族社會，國家既未成型亦無任何公權力—故任何人皆無需面對國家—之下，何來先國家而存在的人格尊嚴或基本權或相關概念—基於法實證主義（Legal Realism）的觀點而言？至多可以套用（人類文明所建構的）形上學，說先國家而存在的人格尊嚴或基本權屬於自然權利，乃隨自然萬物而生；但如此的學說如同聖經所說之「自然萬物乃上帝所創造」，或愛因斯坦（Albert Einstein）反駁（以波耳為首的）哥本哈根詮釋（表明自然法則中存在著一種根本的隨機性）所說之「我不相信上帝會擲骰子」—無法證明真或偽亦無法合理解釋或反駁。亦即，先國家而存在的人格尊嚴或基本權理論，並非以「群居的人類社會」為前提；（該理論）其主要功能在於得之以之作為凌駕法規範或社會契約之上的法理，據以確實優先保障「人本價值」不會在社會契約中被宰制或流失。尤其，符合形上學的「我在故能思」之（直覺的）自然因果律或辯證法—如同主張先有形成權才能行使形成權；因此，據該理論得主張事後參與締結或終止多方當事人的社會契約，類似相對人（或被保險人）事後參與（或繼受）締結（或終止）已生效的特定保單或（團體保險）契約（保險法第 47 條、第 59 條第 2 項與勞工保險條例第 12 條參照）；或者，例如申請歸化入他國籍或拋棄本國籍（國籍法第 3 條第 1 項、第 11 條第 1 項參照）。

不過，先國家而存在的人格尊嚴或基本權理論，可能同時動搖或否定社會契約或法規範的正當性（包含如何解釋惡法非法、法律溯及既往的問題）；例如，基於（部分或一些）不法者們的自主性與主體性，被其否定的法規範如何具有

<sup>63</sup> 請參林山田著，前揭（註 62）書，頁 100。

約束或強制不法者們的正當性？為解決此類問題的法理爭議，似有必要修正形上學之「我在故能思」的辯證法，將其改為「規律在宇宙誕生時隨即存在，只是有待知識發現」或「閃電與雷聲幾乎同時發生只是先後到達」一意即**人格尊嚴或基本權乃社會契約之主要內容，在社會契約成立時才有存在意義**一符合以「群居的人類社會」為前提。換言之，縱使得主張**人格尊嚴或基本權應有優先法規範或社會契約之法效力**，據以確實優先保障「人本價值」不會在社會契約中被宰制或流失；亦不得以之作爲否定社會契約之公益規範或性質的依據一類似謝在全大法官於司法院釋字第 579 號解釋協同意見書中所謂之「唇齒條款」的關係。

以仿照形上學辯證法之法學方法而演繹出（或套用在）先國家而存在的人格尊嚴或基本權理論，可能忽略了「部分基於直覺的形上學辯證法之前提」的脆弱；例如，依據道家的形上學辯證法：「無生有，有生陰陽，陰陽生萬物。」乍看之下似乎沒有破綻，而且還可套用愛因斯坦（Albert Einstein）的質能互換定理（ $E=MC^2$ ）以及生物的有性生殖爲依據一基於自圓其說把無性生殖解釋爲陰陽同體。但是，「無」與「有」乃人類所建構之相對概念一屬於全有全無律之一種，以形上學辯證法而論，兩者應同生同滅；而且，類推「薛丁格（Erwin Schrödinger）的貓」之理論，不排除存在既有（生命）且無（生命）的狀態。簡而言之，何以非「有生有、無生無」？「無生無」之「生」究何所指？既有且無在概念邏輯上、實證上或科學上肯定屬於矛盾嗎？50% 的證據力是屬於有證據力還是無證據力？因基因突變而完全欠缺性器官的人有無性別一非男且非女？違反善良風俗的確定判決一例如對依法適度懲戒少年的父母科處罰金一是否合乎公序良俗？**人格尊嚴、基本權與社會契約何以不是同時成立而存在一非同時存在而成立？非以「群居的人類社會」爲前提之人格尊嚴或基本權理論與社會契約論如何不失其附麗？**

其實，愛因斯坦（Albert Einstein）反駁哥本哈根詮釋的科學哲學，是以「宇宙按照（上帝的）規律誕生」作爲自然因果律一旦似乎偏向認識論上的先驗（A priori）主義，而哥本哈根詮釋的科學哲學，是以「宇宙誕生的同時及過程（隨機在大數法則上）顯現（上帝的）規律」作爲自然因果律一旦似乎偏向認識論上的經驗主義，此二者孰是孰非本文無能論斷一包含「宇宙先存在才有（宇宙學）規律產生」之學說；不過，此類爭辯類似「**人格尊嚴或基本權與社會契約之存在先後**」的爭議，皆有探求形上學之（合真理的）因果律，以排除內在邏輯之矛盾的積極意義。然而，形上學方法亦有「思而不（研）學則殆」之處，並非萬無一失一其所根據或衍生之因果律亦非放諸宇宙（四海）皆準；其適用範圍與限制仍有待各方先進窮經皓首。基於實用主義的立場，對於類似雞、蛋相生的矛盾爭議，不妨採取（可預見）有利人類（社會制度）之（柏拉圖）經濟效率的觀點限制討論範疇，並且斟酌實證科學的證據爲佐證，以免淪爲各言爾志或瞎子摸象。

新加坡的鞭刑、化學去勢、死刑或（適度）體罰，其實帶有刑罰替代或刑罰選擇權（可修訂刑法第 57 條與刑事訴訟法第 289 條第 3 項）的意涵—以法學界普遍認同的個人責任原則而言；例如鞭刑、化學去勢有替代自由刑的效果—可視為社會文化的保留與創新；死刑若不排除可讓受刑人選擇無期徒刑，則隱含受刑人之刑罰選擇權的意涵—可視為社會文化的保留<sup>64</sup>。將父母體罰小孩視為違反人格尊嚴原則，其實益主要是限縮解釋民法第 1085 條之懲戒權，並與民法第 1090 條之禁止濫用親權條款匹配；不過，卻同時造成民法第 1084 條之教養權的實質內涵—親子倫理—產生質變（子女地位可能已與父母地位相當甚至更高），隱含否定自然法與立法權所評價之「父母為子女最佳利益決定者」的規定（民法第 1060 條、第 1085 條、第 1086 條第 1 項、第 1089 條第 1 項前段參照），並不符合生物界普遍（雖非全然）存在的「無條件之血緣利他」的事實（或基因本質）<sup>65</sup>—即傳統所謂之「虎毒不食子」或「天下無不是之父母」—而且，使得原本已形同具文的民法第 187 條第 2 項（監護權的免責條款）更具爭議—是否因限制親權的管教手段而限縮其實質管教責任？為避免監護權的免責條款之爭議，應否不予考量父母的實質管教責任範圍？直接適用同條第 3 項的衡平法（深口袋負責條款）是否更為妥當？是否有架空社會秩序維護法第 10 條的管教責任之虞？有無以「清官能斷家務事」取代私法自治原則—即家庭（族）內部成本外部化—的積極社會主義傾向？是否違反貝克的家庭經濟學理論<sup>66</sup>？據此衍申，父母贈與兒子的財產多於女兒，（如此重男輕女）有無違反平等原則（或公序良俗）？女兒得否訴請法院確認該額外之贈與無效或請求父母補償（額外之贈與）？法院駁回女兒之訴有無侵害其人格尊嚴（或平等的子女身分權）？體罰一直是社會文化傳統之保留—尤其是傳統文化的家法（可援引民法第 1126 條為依據）之莊嚴肅穆的程序，未必無補充國法之價值<sup>67</sup>，若使

<sup>64</sup> 依據個人責任原則與法明確性原則（罪刑法定主義），即使排除受刑人得選擇無期徒刑，根據經濟學上的理性預期理論（或經濟人假說）—司法院釋字第 602 號解釋理由書所言之「為一般受規範者所得預見」，亦難謂死刑非受刑人之自主選擇；請參林東茂著，前揭（註 1）書，頁 1-24。個人責任原則即司法院釋字第 687 號解釋理由書所言：「基於無責任即無處罰之憲法原則，人民僅因自己之刑事違法且有責行為而受刑事處罰，法律不得規定人民為他人之刑事違法行為承擔刑事責任。」當然，此一原則在民事的責任制度上亦可適用—將「刑事處罰」改成「負責損害或民事賠償」即可，但有連帶責任之情形為例外。同理，在追究行政責任或獎勵行政績效時亦可適用此一原則，惟可能應以相應職權之機關為責任單位—非個人，且亦有連帶或連坐責任之情形—基於職權相應與權責相符的行政（分工與分層）原則。

<sup>65</sup> 請參鄭也夫著，〈對張維迎信任理論的幾點商榷〉，前揭（註 56）書，頁 252。公職人員利益衝突迴避法（第 3 條）、現行（程序）法規有關（利害關係人）的利益迴避條款，與民法第 1138 條規定之遺產繼承人順序，以及國稅局在實務上推定二親等內之借貸為贈與，皆是根據血緣利他的評價。因為，非血緣利他之借貸，通常會依據資金的市場價格訂立借據並約定利息；血緣利他通常為無條件利他，即使有訂立借據並約定利息，亦可能屬於通謀虛偽意思表示。準此以觀，依據民法第 1077 條第 2 項變更養子女與本生父母及其親屬間之權利義務，養子女與本生父母及其親屬間仍有適用「利益迴避法規」之餘地；立法准許拋棄血緣關係或身分，將衍生迴避「利益迴避法規」之法律漏洞，增加立法成本且不利訴訟經濟。

<sup>66</sup> 請參 GARY STANLEY BECKER 著（王獻生、王寧 譯），前揭（註 6）書，頁 162、163。

<sup>67</sup> 台灣已經進步到少年與母親爭吵而辱罵母親為「妓女」，母親打少年幾巴掌被科處罰金；

受罰人有選擇權則屬處罰選擇權之保障。

禁止家庭（適度）體罰的原因，大部分是以「否定無條件之血緣利他」為前提—僅承認親子間為「有條件利他」或「互惠利他」，或認為體罰是基於親子間的「有條件利他」或「互惠利他」—非屬無條件之血緣利他。從法經濟學的觀點分析，體罰是以（武力）直接嚇阻的手段達成教育目的（或傳達強烈的教育信號），省略（教育）成本較高之教育心理的諮商與診斷程序，故為傳統家庭減少教育成本的投資（子女）方式—但亦可能屬於所謂之無條件利他（或投資）；（體罰）其（家庭）功能主要是建立或維繫（家庭）價值或目標的誘因或激勵（incentive）制度—如同法律與社會道德（價值）一樣<sup>68</sup>。故禁止體罰等於要求父母提高教育或管教子女的投資成本<sup>69</sup>，同時限縮或瓦解（傳統或中下階級）家庭（可能僅存）的誘因制度—即 Becker 所說之「子女的相對價格上升會導致其需求減少」或「子女（肯受教）有貢獻會導致其需求增加」<sup>70</sup>，結果可能使父母（無法或無能承受成本增加而）從無條件利他轉為有條件利他，造成管教的內部成本外部化—尋求政府或社會協助，或是造成家庭拒絕增加管教投資（或撤資）；傳統或應有的家庭功能受到衝擊而部分瓦解。

此外，根據語言學家李伯曼（Philip Lieberman）的研究，說話是較有效率的傳遞信號模式；是以較有效率的「教育傳輸方式」是言教—即所謂諄諄教誨，但對一般受教者而言，效果較好的教育方式可能是身教—尤其是身教者本身已具備足夠的「教育資本」且能對受教者長期地潛移默化。換言之，言教的教育投資成本比身教少，適度體罰是在衡酌增加適量的教育成本達成教育目的與效率，並藉此觀察受教者的反應（或傳遞信號）作為估計教育投資（方式與成本）的參考—無法對言教或適度體罰做適度反應的受教者其學習能力較差；而且，長期潛移默化的受教時間成本較高，在短期之教育成效不顯著—短期的邊際收益較少，大多數父母會將此類學習（受教）成本歸為本身投入的教育投資成本。在禁止體罰之下若口頭勸誡的管教效果不彰時，表示已無可採之管教手段可管教的子女屬於不易管教，而不易管教的子女通常亦傳遞給父母「投資無助於回收報酬」的信號—類似「不得棍棒應非孝子」的推論，或這類子女將來可能成為龐大負債—例如「啃老族」，使得父母或多或少採取「自我防禦性的管教計畫」—類似醫生的防禦性醫療之心態。因此，基於防範少數的家庭暴力而過度

---

請參孫友廉、蔣永佑報導，〈誤會媽媽交男友 少年罵母「妓女」挨摑 媽媽被告傷害 管教過當 判罰3千元〉，蘋果日報，2011年5月14日。過度溺愛的結果，女童自三年級開始，稍有不如意就對母親發飆，甚至拳打腳踢，連外婆也遭殃，有次甚至拿柺杖鎖打母親，當時警方獲報到場處理，曾口頭勸說女童，沒想到她竟認為警察沒用，從此不把警察放在眼裡；請參吳世聰、林恕暉報導，〈最小加害人 母遭11歲女家暴 崩潰通報113〉，自由時報，2011年6月24日。其實，處罰父母通常亦不利於其子女，父母子女在同一家庭內通常是關係緊密的利害關係人--不論其親子關係是否融洽。

<sup>68</sup> 請參張維迎著，前揭（註56）書，頁33、79、81。

<sup>69</sup> 請參 GARY STANLEY BECKER 著（王獻生、王寧 譯），前揭（註6）書，頁173。

<sup>70</sup> 請參 GARY STANLEY BECKER 著（王獻生、王寧 譯），前揭（註6）書，頁164、165。

限制父母的管教（懲戒）權，反而助長（或鼓勵）消極不行使管教權，似為以偏蓋全的思維，且亦不符合司法謙抑原則—此一原則可以公共選擇（public choice）理論為依據；王和雄大法官在司法院釋字第 573 號解釋的協同意見書所言：「國家之法律制度既不可能是絕對之真理，尤其是民主主義多數決原理僅屬相對主義之產物，更無法產生絕對之真理，則國家對於宗教，理應以『寬容與謙抑』之態度為之，若必欲以法律壓倒一切，國家概括所有之方式來處理宗教之事務，不是對宗教之扼殺，即是必然產生與宗教之對立。」可視為愷切中肯解釋司法謙抑原則的見解，值得深思。以美國最高法院（Supreme Court of The United States）在 2011 年 6 月 27 日宣告禁止「暴力遊樂器（violent video games）」之法律違憲（unconstitutional）為例（[Brown v. Entertainment Merchants Association](#)），雖然法官主要是根據美國憲法的第一修正案（the First Amendment），主張暴力遊樂器業者享有言論自由（the basic principles of freedom of speech. . . do not vary），但從法經濟學的觀點而言，毋寧說是在維護（言論市場與商品的）交易自由且尊重親權的私法自治。（California also cannot show that the Act's restrictions meet the alleged substantial need of parents who wish to restrict their children's access to violent videos. . . . Moreover, as a means of assisting parents the Act is greatly overinclusive, since not all of the children who are prohibited from purchasing violent video games have parents who disapprove of their doing so. The Act cannot satisfy strict scrutiny.）或許美國最高法院並未確實意識到這個案例的多元意義—言論市場與商品的交易自由，或有意識到而認為重點仍在於言論或表意自由（California's legislation straddles the fence between (1) addressing a serious social problem and (2) helping concerned parents control their children. Both ends are legitimate, but when they affect First Amendment rights they must be pursued by means that are neither seriously underinclusive nor seriously overinclusive. As a means of protecting children from portrayals of violence, the legislation is seriously underinclusive, not only because it excludes portrayals other than video games, but also because it permits a parental or avuncular veto. And as a means of assisting concerned parents it is seriously overinclusive because it abridges the First Amendment rights of young people whose parents (and aunts and uncles) think violent video games are a harmless pastime.）；不過，其對本案的整體解釋終究體現了言論市場與商品的交易自由的重要，在合乎比例原則範圍內才能限制—尤其應確定其限制是屬必要而非越俎代庖，且不應悖離平等原則。司法院釋字第 580 號解釋文：「基於個人之人格發展自由，個人得自由決定其生活資源之使用、收益及處分，因而得自由與他人為生活資源之交換，是憲法於第十五條保障人民之財產權，於第二十二條保障人民之契約自由。」可資參照。

根據研究，消極不行使管教權（或監護）比起適度體罰對子女的身心傷害更

大，這可以從單親家庭的子女之身心健康較差的結果得到印證—子女的幸福與父親的投入密切相關<sup>71</sup>（亦與母親有關）。據此推論，家暴中的子女可能同時受到過度體罰與無人監護的雙重打擊—因實施家暴者多為父親；隔離少年於原生家庭之外或收容少年於觀護所的措施（少年事件處理法第 26 條參照）形同剝奪其家庭生活，其所造成的傷害—累積性的增強傷害<sup>72</sup>—比適度體罰或鞭刑更嚴重。換言之，若公權力僅（被動或主動）干涉親權介入親子互動，對家庭教育與親職教育卻無提供相對應的支持或輔導系統，將使一般或初次為人父母者無所適從（或遇人不淑）；如同對少年犯進行感化教育只有處罰，卻無有效的感化或教育措施，導致少年犯變本加厲成為重罪犯，形同國家只享受施展公權力（始亂）的威風，卻不負收拾善後的責任（終棄）。

新加坡的鞭刑、化學去勢或體罰，若依比例原則尚未到達酷刑的程度且未違背人道主義，將其視為侵害人格尊嚴，唯有在人格尊嚴原則被視為比例原則的上位原則時，法體系才無內在的邏輯矛盾—無違比例原則而有違人格尊嚴原則；但仍無法排除語意學（或釋義）上的矛盾—無違人道主義<sup>73</sup>，以及（更符合主體性與自主性的）刑罰選擇權有違人格尊嚴原則的矛盾。而且，上述所謂之法體系無內在的邏輯矛盾，仍應以得合理解釋「何以無違比例原則卻有違人格尊嚴原則」為前提。否則，所有通過憲法第 23 條之司法審查的法律—包含司法院釋字第 617 號解釋所載之「未為過度之封鎖與歧視」，皆有可能因違反人格尊嚴原則，而成為所謂的「悖離憲法基本（或最高）價值的法律」；例如法院駁回被告因輕微感冒而請假的聲請、警察的路邊盤查或臨檢（取締）、處罰騎機（或腳踏）車未戴安全帽以減少事故成本、政府在路邊廣設監視器

（supervising monitors）、裁定少年收容於觀護所、強制隔離法定傳染病或精神病患、對自願者進行臨床藥物試驗、限制勞工或教師罷工、限制學生罷課、隨地強徵空氣污染防治費、隨垃圾袋徵收清潔費、行政機關依法徵收土地、限制（或允許）污水排放、禁止（或取締）原始部落獵殺保育類動物維生的傳統、以動物保護法及防制疫病為由准許野貓或野狗安樂死、以動物保護法禁止宰殺牛或羊（動物保護法第 12 條第 3 項參照）、禁止在本國使用非法定貨幣交易、禁止或處罰記者公然或秘密跟拍他人、准許記者公然或秘密跟拍他人、限制受刑人的表現自由或通訊自由…等，以上皆可能違反人格尊嚴原則—可謂琳琅滿目令人目不暇給。

法學家王澤鑑即認為人格（權）縱然受到侵害，若（衡量法益）未逾越比例原則即無不法可言<sup>74</sup>；亦即是以逾越比例原則作為侵害人格（權）的必要條件。

<sup>71</sup> 請參 ANTONY W. DNES & ROBERT ROWTHORN 著（王世賢 譯），《THE LAW ECONOMICS OF MARRIAGE AND DIVORCE（結婚與離婚的法經濟學分析）》，法律出版社，頁 116、121（2006 年 6 月第 2 刷）。

<sup>72</sup> 請參 ANTONY W. DNES & ROBERT ROWTHORN 著（王世賢 譯），前揭（註 71）書，頁 118、119。

<sup>73</sup> 請參林山田著，前揭（註 62）書，自刊，頁 99。請參林東茂著，前揭（註 1）書，頁 1-23。

<sup>74</sup> 請參王澤鑑著，前揭（註 50）書，頁 140。

因此，若人格尊嚴原則的重要內涵之一是合乎比例原則的人道主義——將人道主義定義成「減少所有的人之主觀、物之客觀痛苦的必要作為或不作為義務」，且以比例原則為其主要內涵，另將衍生出比例原則凌駕其他憲法原則的法體系矛盾。

即使以主體性與自主性之人格尊嚴原則檢驗各類「權利之限制」——包含死刑，皆難當然合理推論權利之限制有違人格尊嚴原則——死刑與安樂死（或自願放棄救治）皆非當然屬於「剝奪權利」；死刑若考量其刑罰選擇權的意涵，亦無侵害人格尊嚴之可能——反而是尊重受刑人之刑罰選擇權的人道主義。據此而論，人格尊嚴是（法體系的）內在邏輯矛盾的法概念，似屬德國法學界所特立獨創之便宜法律術語，或對納粹罪行祈求救贖的告解<sup>75</sup>。

將新加坡的鞭刑、化學去勢、死刑或體罰皆視為侵害人格尊嚴，或認為拒絕死刑犯留後、強制遺傳性精神病患結紮（或節育）皆無侵害人格尊嚴<sup>76</sup>，以法社會學的合理解釋是人格尊嚴已成為文化歧視或文化偏見——甚至文化武器；就好像白領階級一面高談闊論鄙夷藍領屠夫之「非人道宰殺牲畜（動物保護法第 10 條第 5 款參照）」（或抨擊死刑不人道），卻一面在杯觥交錯間大快朵頤屠夫為他們準備的山珍海味（或享受正義伸張後的安居樂業）。

### 三、人格尊嚴原則欠缺一致性

一致性包含內在的（內涵與邏輯）一致性，以及外在的（外延與體系）一致性；前者是指表現內涵的文義（或語意）與內在邏輯皆一致——例如主體性和自主性與強調權利（非義務或責任）和利益（包含主客觀的有價值）一致，後者是指與其內涵匹配的外延（或概念）和涵蓋之範疇皆一致——例如主體性和自主性可包含保障基本權利和利益請求權。具備一致性的人格尊嚴原則，不應容忍任何（不合理的）歧視行為或制度存在；甚至，連合理的歧視行為或制度也應受到人格尊嚴原則的嚴格檢驗。然而，一般不當歧視行為似僅有行政罰與民事責任，與刑法之妨害名譽罪比較，是否有法益保護失衡的問題——使妨害名譽入罪化違反罪刑相當原則或比例原則<sup>77</sup>？

就不當歧視之法本質而言，應屬侵害人格權（或人格法益）進而侵害當事人的生存權、工作權——包括尊嚴生活、免於恐懼、職業自由、表現自由……等。憲法之人格權的概念是指權利主體所生之身分、資格或能力<sup>78</sup>，屬於憲法第 22 條明文保障之其他權利；其具體外延（或主觀的請求權基礎）可由民法第 18 條、第 19 條、第 194 條與第 195 條類比推論而得——包含生命權、身體權、健康權、名譽權、信用權、姓名權、肖像權、隱私權、著作權、自由權、貞操權、身分權、人格尊嚴（或應受尊重）權、不受歧視權、不受利用（或不為工具）權……

<sup>75</sup> 另一種廢死刑的說法與保護納粹有關，但與人格尊嚴無關。請參黃瑞明著〈痛恨死刑？德國推廢死的底細〉，聯合報，2011 年 3 月 8 日。

<sup>76</sup> 請參李惠宗著，前揭（註 10）書，頁 82（2002 年 10 月初版第 3 刷）。

<sup>77</sup> 請參林山田著，前揭（註 62）書，頁 92。

<sup>78</sup> 請參吳庚著，《憲法的解釋與適用》，自刊，頁 305、306（2004 年 6 月第 3 版）。

等。不過，為避免人格權之概念被濫用或侵權法之濫訟，民法第 195 條第 1 項在原則上是採列舉主義，故非屬列舉內容所包括之人格尊嚴（或應受尊重）權、不受歧視權、不受利用（或不為工具）權…等，應以受到不法侵害且情節重大者，始有主張得為請求權之依據之餘地<sup>79</sup>。

既然攸關人格尊嚴的不受歧視權如此重要，何以非屬民法第 195 條第 1 項之列舉內容所包括？何以刑法不處罰不當歧視行為一是屬於立法裁量權的適度衡量之結果嗎？有無違反憲法第 7 條規定的（法律上）平等原則<sup>80</sup>？以刑法的謙抑原則或法經濟學的社會成本效益理論一例如區別歧視與否的交易成本耗費過鉅一可以圓滿解釋嗎？若否，是否意味法律本身固有的歧視性質可保障特定階級的利益或租值（rent）？或是不處罰本身支持的歧視文化一以免減損特定階級的權威或正當性？若是，是否意味法律本身並無歧視性質？或者固有的歧視性質已具備（時效短暫的）實質正當性一例如修訂前之民法第 1002 條規定的「妻以夫之住所為住所」、第 1059 條規定的「子女從父姓」？果真如前者一法律本身並無歧視性質，各國對人格尊嚴的自主性與主體性應有相當的一致性一至少應顯現法學家林東茂所說的「主觀的共鳴」；既是如此，何以各國對攸關自主性與主體性之表現的猥褻罪標準（或新聞自由、性交易合法化）不一？這是否該以文化差異與偏見或歧視解釋？果真如後者一歧視性質已具備實質正當性，亞洲國家對公然猥褻罪的嚴格取締或刑罰，應具有正當性；例如男藝術家以裸露巨大生殖器（或主要性徵）諷刺閹割焦慮或陽具崇拜文化，得以嚴格取締或科處刑罰；甚至男芭蕾舞（Ballet）舞者穿著隱約可見巨大生殖器的舞衣表演或上街，也得以依法禁止一只適當保留適合小生殖器的舞衣之表演；據此推論，胸部過大的女芭蕾舞舞者亦得以依法禁止穿著舞衣公開表演，人體彩繪、內衣展示、裸體繪畫…等皆得以依法採取事先審查制。在表現自由與公然猥褻罪的人權爭議上，原則可以依法使表現自由退讓。既然如此，應無所謂公然猥褻罪的人權爭議才是一因具備實質正當性的法律歧視規定已決定表現自由的界線。

據人類學者的研究，人類穿衣服除了可以保暖、防禦身體（以免受傷害）之外，還可以「名正言順」發展原始社會的非共產主義之（類似自由市場經濟）規則一促進交易與生產，用衣服私藏獵物或個人所得一創造出原始的「個人隱私」，並利用隱藏或公開信息的賽局策略發現或操縱部分物品的價格一在交易

<sup>79</sup> 請參王澤鑑著，前揭（註 50）書，頁 136 至 139。

<sup>80</sup> 法律上平等原則是指拘束立法權的平等原則，與法律下平等原則之拘束司法權不同；請參李惠宗著，前揭（註 10）書，頁 129（2002 年 10 月初版第 3 刷）。即司法院釋字第 687 號解釋理由書所言之「憲法第七條規定平等原則，旨在防止立法者恣意對人民為不合理之差別待遇」，以及「系爭規定對公司負責人施以刑事制裁，旨在維護租稅公平」。以及許玉秀大法官之部分協同意見書所載：「立法者本身也同樣必須受到自己所架設的價值所拘束，並不能濫用選擇的自由，也就是不能濫用所謂的立法裁量或立法形成空間，對於相同的目的，恣意地選擇不同的手段，導致人民不知如何面對法律的禁止或要求。亦即立法者有義務維持設定的法律價值一致，使法律的內部體系趨於一貫，否則就是違反體系正義，而牴觸平等原則。」



時隱藏或發現物品的真實價格。據此而論，裸體原本與猥褻行為或概念無關，人類利用衣服蔽體的程度或衣服（價值）的優劣來操縱有關「個人身價」的信息，應是「兩性文明」進一步演化的結果。從生物經濟學與法經濟學的觀點分析公然猥褻罪，公然猥褻行為的本質是一種生物競逐交配權的賽局；生物會以類似妨害風化或猥褻行為的方式傳遞（求偶）信號（signal）—類似孔雀開屏或母猩猩展示紅屁股，以競逐（或引誘）交配權。這類行為在高度倫理化的人類社會中，已屬不當性別競爭行為—噴灑香水、搔首弄姿或釋出 Hormone（賀爾蒙）的氣味…等除外—只適合原始時代，極可能導致錯誤的信號示意

（signaling）<sup>81</sup>而使人會錯意，引發（至少兩性或兩家族）社會紛爭或衝突—陳列或販售猥褻物品給成人不在此限應另行討論（司法院釋字第 617 號解釋參照）。而且，人類的文明已經演化到對這類直接表露性慾的行為予以非難，並將其視為發動性攻擊的準備行為—引發超過臨界點或理性控制的亢奮性慾；套用大陸法系之刑法理論而言，這類行為是製造風險或自冒風險（林東茂，1-85、1-90）且伴有「社會危險性」的（抽象危險）行為（亦屬擇偶時可能令人反感之求偶技巧未進化的拙劣行為）。因此，按照法益理論的說法，這是侵害社會法益的犯罪。

從法經濟學的觀點而言，重要的社會法益必然將其（部分）重要的內涵具體（轉）化為社會的重要禮教—例如社會風化（或善良風俗）與四維八德（之禮教）的對應，從而成為一般人民社會化過程中的（做人處世）投資（或教育）成本之大部分，其社會功能主要是形成（對應社會法益的）社會共識或社會通念以維繫社會價值—例如維繫經濟秩序（或出於義利之辯）之誠信原則對詐欺或虛偽的非難，幫助法安定性以減少社會（交易）成本。司法院釋字第 617 號解釋理由書所載：「關於性言論、性資訊及性文化等之表現方式，有其歷史背景與文化差異，乃先於憲法與法律而存在，並逐漸形塑為社會多數人普遍認同之性觀念及行為模式，而客觀成為風化者。」與人類學之研究結果及演化經濟學理論相當契合，其見解可謂博觀而約取、厚積而薄發，足為典範。換言之，侵害重要的社會法益之所以入罪化的主因，在於浪費了多數人社會化的龐大投資成本，以及破壞法安定性；最終通常反映在引發嚴重的社會問題，造成社會（輿論）聲浪致使立法者不得不迎合民意，使部分違反禮教或社會規範（social norm）的行為被入罪化（符合憲法第 2 條之國民主權原理）。亦可見傳統之禮教有其重要性<sup>82</sup>—除了魯迅所詬病的「吃人禮教」或「禮教失靈」之外，多少都具有傳遞社會價值與個人尺度（價值）的信號以避免誤會或糾紛的意義，且有防止重要的社會法益被（惡意或無知）任意侵害之功用。但公然猥褻與藝術或商業廣告之間顯然不易區別，不過因公然猥褻行為入罪化的結果，三者間應

<sup>81</sup> 請參張維迎著，前揭（註 56）書，頁 38。請參王則柯著，《對付詐欺的學問—信息經濟學平話》，中信出版社，頁 116（2001 年 12 月 1 版）。

<sup>82</sup> 請參張維迎著，前揭（註 56）書，頁 13、33、40。

有合理區別之必要。

按刑法第 234 條第 1 項規定，所謂猥褻是指與性行為有關，一切足以挑起人的性慾或滿足行為人的性欲，使一般人產生羞恥感（pudor）之有傷風化的行為。其中，從精神或心理層面衡量所謂的性慾，是指產生性生理反應之想像或心理慾望；從生理學或腦神經心理學來看，所謂的性慾是指產生性生理反應之腦部生化反應，通常可由 FMRI 等儀器觀測到特定的腦部或腦波活動。而所謂強姦，應適用刑法第 221 條第 1 項規定，是指以違反被害人之意願所為之強制性交行為。其中，所謂的性交可參酌刑法第 10 條第 5 項規定，是指意圖滿足性慾或舒解性衝動為目的，所為之有關性器官或性活動的行為；所謂的性衝動，是指性賀爾蒙（或內分泌）所驅動之腦部的生理反應，因而產生強烈的性慾。亦即，當行為人的腦部在客觀上欠缺「性聯想之反應或活動」，即欠缺性犯罪的不法意識；

總而言之，妨害風化或公然猥褻皆屬不確定法律概念，多數法學者認為應以「社會通念」為斷；而所謂社會通念究何所指<sup>83</sup>，與社會文化實在難以脫離關係—正如所謂之「善良風俗」。司法院釋字第 617 號解釋理由書即有精闢見解：「關於性言論、性資訊及性文化等之表現方式，有其歷史背景與文化差異，乃先於憲法與法律而存在，並逐漸形塑為社會多數人普遍認同之性觀念及行為模式，而客觀成為風化者。社會風化之概念，常隨社會發展、風俗變異而有所不同。然其本質上既為各個社會多數人普遍認同之性觀念及行為模式，自應由民意機關以多數判斷特定社會風化是否尚屬社會共通價值而為社會秩序之一部分，始具有充分之民主正當性。」認為各國（地）之善良風俗應（或宜）屬相同，實為枉顧不同文（明）化之不同歷史發展與現實的一廂情願。因此，這類概念的法理若是以人格尊嚴原則為基礎，或必須衡量與人格尊嚴原則的衝突為基礎，那麼，人格尊嚴原則即有必要考量社會文化差異而修正；否則，難以擺脫其文化偏見或歧視的內在矛盾。其次，按司法院釋字第 517 號解釋，立法機關探求部分不確定法律概念之涵蓋範圍—例如孝道的社會通念或文化價值，於此範圍內依比例原則行使立法裁量權，形成具體規範（訓示）或制訂法規予以特別限制—例如民法第 1084 條第 1 項之孝順（訓示）條款，乃屬依憲政主義之權力分立制衡原則限制司法裁量權（或法官造法），似亦無違憲之虞（司法院釋字第 617 號解釋亦足供參照）。例如公然猥褻入罪化或管制猥褻出版品、資訊、媒體，在無違比例原則之下皆應屬於立法裁量權之範圍；甚至在合乎比

<sup>83</sup> 法學家王澤鑑認為所謂社會通念，乃多數人關於正義或社會價值的共識，亦為法官適用或解釋法令的參考標準，有助排除偏見而保障法安定性；參閱氏著，前揭（註 1）書，頁 249（2007 年 9 月 11 刷）。按司法院釋字第 617 號解釋所謂：「為維持男女生活中之性道德感情與社會風化，立法機關如制定法律加以規範，則釋憲者就立法者關於社會多數共通價值所為之判斷，原則上應予尊重。」可知所謂社會通念亦可指涉「社會多數共通價值」，或實證法上之「立法者關於社會多數共通價值所為之判斷」。

例原則之範圍內，以行政罰處罰性工作者以維護傳統社會價值（或社會法益），亦未必屬於違憲。

依照陳新民大法官在司法院釋字第 683 號解釋的部分不同意見書，基於「憲法委託（Der Verfassungsauftrag）」（或「委託立法」）之要求，在立法者違反憲法委託的情形下—即消極不作為之違憲，釋憲者（大法官）雖有填補立法怠惰的義務—即保衛憲政的司法造法，其必要條件似僅限於發生嚴重的積極怠惰之完全不作為或輕微怠惰、疏忽—即所謂的「規範不足」—之情形。若立法者已經進入了「法規制定的判斷階段」，通常即有權依據立法形成自由（裁量）權，誕生新法規或決定法規的修訂。釋憲者的司法審查僅為對（合乎國民主權原則之有民意基礎的）立法者之決定的事後合憲性確認—宣告違憲與否，且其釋憲是以合憲性解釋為原則—除非有確定違反憲法原則的合理解釋，以免破壞權力分立的憲政體制（或秩序）。許宗力大法官在司法院釋字第 579 號解釋的不同意見書亦認為：「大法官只有在涉及違憲時才有表示意見之餘地，如果純粹是政策不當問題，由一個職司釋憲的司法機關發出政策檢討的呼籲，就有逾越權限之嫌疑了。」所以，立法者決定以行政罰處罰性工作者其實無違平等原則<sup>84</sup>—僅有是否違反比例原則與不當聯結禁止原則的問題；而且，從生物經濟學的觀點檢視，處罰性工作者是一種迫使「轉業（或改換職業）」的誘因制度—在允許多妻制的國家不排除「逼娼從良」促使婦女為妾以增產報國，有助於保護多數為女性的性工作者之生育能力與品質—避免感染性病及不利（生育）後代，在能達成（促使轉換正當職業之）規範目的且未逾比例原則的前提下，符合憲法第 153 條第 2 項、第 156 條之規定。司法院釋字第 666 號解釋似應再斟酌是否已藉由司法解釋形成且確立限制立法裁量權的標準及正當性，或司法權是否有侵犯立法裁量權（或許宗力與林子儀大法官在司法院釋字第 687 號解釋之部分不同意見書所言之「僭越立法權」）之虞。

## 肆、刑罰手段與人格尊嚴原則衝突的科學解釋

在學說上，人格尊嚴原則是屬於多義的概念—包含新加坡的鞭刑、化學去勢、死刑、公然猥褻罪或體罰，均得被視為違反人格尊嚴原則。因為目前之人格尊嚴原則所涵蓋的外延族繁不及備載，人格尊嚴原則與刑罰之衝突的情形甚多，難以逐一列舉討論。礙於篇幅，本文以下僅討論化學去勢與人格尊嚴原則之衝突，以及禁止酷刑與人格尊嚴原則之衝突，作為以科學解釋的觀點，討論刑罰與人格尊嚴原則衝突的代表案例。

### 一、刑罰手段的科學解釋

反對化學去勢的刑罰有兩種說法，一種是基於司法精神醫學<sup>85</sup>的考量，認為

<sup>84</sup> 請參司法院釋字第 666 號解釋之許玉秀大法官的部分協同意見書，以及陳新民大法官的協同意見書。

<sup>85</sup> 有關罪犯的腦神經之科學研究結果，可作為適用刑罰的參考。例如，對於反社會人格（APD）的暴力罪犯，是否應以其大腦功能的缺失而減輕或免其刑責，按較新的腦神經科學之研究結果，

化學去勢將使受刑人的犯罪手段轉趨殘暴；另一種則是認為化學去勢違反人格尊嚴。前者引發一個刑罰論上的爭議—刑罰的本質或目的是什麼；後者則引發法哲學上的爭議—人格尊嚴的法理是什麼。

### (一)、刑罰論的科學解釋

按教科書上的通說，刑罰理論包含報應說、一般預防說、特別預防說<sup>86</sup>。報應說源於自然法，是以「善行善報、惡行惡報」為原則；一般預防說即法經濟學的「威嚇理論」，強調適度刑法可以減低犯罪率，應是以 Becker 的法經濟犯罪理論為基礎<sup>87</sup>；特別預防說是強調刑罰的教育或改善功能，認為刑罰應有助於改善罪犯的預期行為。

其實，從動物學家與人類學家幾十年前的研究，已經知道法規範與制度不過是群居動物的生物經濟學中的一環，用來減低生物維持生存或改善生活的群居成本；即使群居的低等動物（如螞蟻或蜜蜂）亦有類似法律制度的群居規則<sup>88</sup>—與人類的差別可能在於蜜蜂不會宣稱「為了正義要對抗邪惡的捕蠅草」。法律制度的主要功能就是有效維繫社會制度、降低紛爭與交易成本或適當分配利益<sup>89</sup>，可以說是以司法之各種成本產生司法能量，以減少社會的不一致性所導致的亂度或熵（entropy）增加—合乎熱力學第二定律<sup>90</sup>。所以，刑罰的本質或目的是維繫已存在的法律制度與重要法益，或減低維持生存與改善生活的群居成本—簡單說叫「社會成本（social cost）」。

源於自然法的報應說在古代的冰島、古代的中國、美國建國初期都很盛行—應是部落社會與封建社會初期的世界潮流，對於維護社會和諧有相當幫助—能減少一些社會成本。不過，難免有過度遵循進化論的物競天擇原則，導致社會經常出現「鬥雞賽局」<sup>91</sup>的失控現象，而引發大小戰爭或家族（包含類似異血緣家族的黑道）火拼<sup>92</sup>。

---

多持保留的態度；並肯認個人責任原則在刑法的地位應予維持。不過，有關大腦功能的缺失，應到何種程度始可減輕或免其刑責，仍有進一步研究的可能。see BRENT GARLAND edited, NEUROSCIENCE AND THE LAW (MARK S. FRANKEL foreword), at 59- 68, 217 (2004). 學者黃榮堅對於行為論的研究，主要亦是採取心理學及神經生理學的理论為主；參閱氏著，《刑法問題與利益思考》，中國人民大學出版，頁 37 至 40（2009 年 3 月第 1 版）。有關司法精神醫學的定義，請參張麗卿著，《司法精神醫學》，元照出版，頁 7 至 11（2004 年 9 月第 2 版第 1 刷）。

<sup>86</sup> 請參林東茂著，前揭（註 1）書，頁 1-18。林請參山田著，《刑法通論下冊》，自刊，頁 413 至 419（2008 年 1 月增訂 10 版）。

<sup>87</sup> 請參曲振濤、楊愷鈞 著，《法經濟學教程》，高等教育出版社，頁 166（2006 年 9 月 1 版）。

<sup>88</sup> 請參 MICHAEL SHERMER 著（閻佳 譯），前揭（註 5）書，頁 16、30、146。請參 RICHARD DAWKINS 著（趙淑妙譯），《THE SELFISH GENE（自私的基因）》，天下文化出版，頁 129（2011 年 5 月 10 日第 2 版）。

<sup>89</sup> 請參蘇永欽著，前揭（註 8）書，頁 1。

<sup>90</sup> 本文認為司法能量減少社會的不一致性主要表現在法明確性與法安定性上；請參陳宜生、劉書聲著，〈熵與經濟和社會〉，《談談熵》，牛頓出版，頁 112、131、133、193 以下（1996 年 12 月 20 日初版）。

<sup>91</sup> 請參張維迎著，《賽局理論與信息經濟學》，茂昌圖書出版，頁 64（2001 年 9 月 1 版 2 印）。

<sup>92</sup> 請參山田著，前揭（註 86）書，頁 399、400。有關黑道組織或類似異血緣家族的黑道，請參 MICHAEL FRANZESE 著（吳書榆 譯），《I'LL MAKE YOU AN OFFER YOU CAN'T

一般預防說應是屬於政治組織更為健全的群居社會—包含封建帝制與民主政治社會，健全的政治組織有執行公權力的機關，可成為公正的第三者—例如「類封建部落」的酋長或長老會，能設計出比「以牙還牙」的報應說更為精緻的刑罰體系，亦有雛型的獄政管理—如自由刑或勞役刑，顯現「政府」已有能力獨占刑罰權<sup>93</sup>。這樣的刑罰體系當然更具有法和平性—可避免相互毀滅的報復循環，更能兼顧各方利益—適當處罰（加害人、家族）與（為被害人、家族）伸張正義，避免紛爭擴大以減少社會成本；更重要的是藉此建立刑罰權的正當性以鞏固政府（或統治）權力。據此，可知早期政治（組織）社會之刑罰權的正當性，來自於其具備解決社會紛爭的效率—包含符合現代法經濟上之正義、公平或希克斯效率（甚至柏拉圖效率）。

特別預防說大概與人類的科技文明發展有關；隨著科技文明的進步—如行為科學、神經心理學、精神醫學的發展，人類已經了解部分犯罪行為有可能給予強制治療或教育而改善。此外，改善受刑人（或罪犯）通常可以改善一個家庭，這樣的外部效益顯然大於純粹給予報應或對社會的威嚇效果。不過，過度的特別預防可能減低一般預防的外部效益—使犯罪率應減而未減，反而增加社會成本。

#### （二）、特殊刑罰手段—化學去勢的科學解釋

如果「化學去勢將使受刑人的犯罪手段轉趨殘暴」這個判斷為真，那表示受刑人的再犯可能性相當高，而且這類受刑人已經是「危險人物」；這樣的判斷已經隱含「行為刑法」轉向「行為人刑法」的意義—類似「毒品危害防制條例」第 20 條第 2 項規定之「有繼續施用毒品傾向者」。

其次，在不考慮變態心理學之下，按生理醫學上的研究可知，化學去勢將使受刑人的睪固酮（Testosterone）濃度下降，有助於減低受刑人的性焦慮或性衝動，使其回復平靜。如此情況—尤其考量到化學去勢與治療性焦慮的相似度，若仍將使受刑人的犯罪手段轉趨殘暴，表示刑法有從「行為刑法」轉向「行為人刑法」的必要，亦表示現有的刑罰理論對這類的受刑人都無用—即無威嚇效果亦無改善可能。因此，這類的受刑人縱使不施以化學去勢，亦難保證其犯罪手段不會轉趨殘暴，或很難預測其犯罪手段何時會轉趨殘暴。果真如此，對這類的受刑人施以化學去勢配合強制監控與強制治療，可能才是最佳的處遇措施—尤其考量到化學去勢（之刑罰手段的本質）可能只是加強性犯罪的治療劑量或頻率之治療手段。

當然，若性工作者已合法化為服務業之從業人員<sup>94</sup>，讓性侵犯得同意從事性服務業（發揮專長而自由發展其人格）以免除去勢之刑罰，並將其所得抵償所科處的罰金，是最符合各種刑罰理論—可能還包括報應理論—的刑罰；

---

REFUSE: INSIDER BUSINESS TIPS FROM A FORMER MOB BOSS (黑道商學院：我會提出讓你無法拒絕的條件)》，三采文化出版，(2010年03月26日)。

<sup>93</sup> 請參林山田著，前揭（註 86）書，頁 400。

<sup>94</sup> 請參李惠宗著，前揭（註 8）文，頁 146。

雖然這可能衍生另一個爭議—以科處鉅額罰金代替自由刑是否縱容有錢人犯罪或違反刑罰理論（甚至正義的法哲學）。不過，從法經濟學的觀點檢討刑罰的必要性、目的與手段之選擇，這樣的爭議未必無解，例如：被害人為性工作者且同意加害人付出相當之賠償金和解，或被害人急需手術費救家人而同意加害人付出相當之賠償金和解，或被害人希望加害人給付鉅額賠償金幫助公益（救助更多不幸者）而同意和解；其中，所謂和解是指刑事訴訟法（第七編之一）第 455-2 條第 1 項規定的協商程序—於審判外進行協商，經當事人雙方合意且被告認罪者，由檢察官聲請法院改依協商程序而為判決。

刑事協商程序是仿照美國法的認罪協商制度（plea bargaining）而來，主要是以法經濟學的效率或訴訟經濟為法理。此一制度的法理爭議在於國家刑罰權可否讓渡給當事人處分？當事人和解的效力可否及於刑事程序或審判程序或判決結果？如何防止被害人被錢收買而出賣刑事處分權的外部效果？如何防止被害人被脅迫而讓渡刑事處分權的外部效果？

按刑法第 74 條第 2 項規定，命罪犯賠償被害人是屬法院職權—其本質類似併科之罰金，尚未涉及上述諸多問題。刑事訴訟法第 253-2 條第 2 項（命罪犯賠償被害人）是屬檢察官職權，且須經被告同意—其本質類似民事賠償金（同法第九編第 487 條之附帶民事訴訟參照），有將外部成本內部化的效果（犯罪被害人保護法第 4 條參照）；故亦與前述諸多問題無明顯關聯。然而，刑事訴訟法第 451-1 條第 2 項（簡易程序）與第 455-2 條第 1 項規定的協商程序相當類似，主要差別在於簡易程序的犯罪事證之證據力已達無合理懷疑之程度—且相當注重被告之自白。協商程序與簡易程序在形式上雖皆屬於檢察官職權，但實質上已有「賦予當事人處分權」的內涵，似乎有偏向美國法之當事人進行主義的趨勢，故已影響原本繼受德國法之我國之刑事訴訟法體系，有必要釐清其與前述諸多問題之法理關聯或矛盾。

本文認為依據當事人進行主義的法理，賦予當事人刑事處分權符合憲法第 2 條之國民主權原理，與憲法第 16 條之保障訴訟基本權的實質內涵。而且，符合刑罰之目的與功能，可以同時達成一般預防與特別預防的效果。惟有關如何防止被害人被脅迫而讓渡刑事處分權的外部效果，應善用刑法第 74 條之緩刑宣告與第 75 條之撤銷緩刑宣告，或增訂「事後撤銷條款」以免受限於一事不再理原則，而成為縱容罪犯的法律漏洞。

## 二、人格尊嚴原則及其根源之科學解釋

基於人道主義（或人格尊嚴）酷刑應予禁止，那麼，人格尊嚴的法理是什麼？若是基於正義的要求，那麼，正義的法理是什麼？從前述可知，化學去勢不是酷刑，應無違背人格尊嚴。若化學去勢是酷刑，當然違背人格尊嚴，則有必要研究人格尊嚴的法理是什麼。

如果所有的法原則都源於正義的法哲學，那麼毫無疑問，人格尊嚴就是源於正義的要求。有關正義的理論或爭議，已經汗牛充棟而眾說紛紜，本文毋庸贅

述。若人格尊嚴是源於正義的要求，兩者之間的關聯是什麼？才是本文應該探究的問題。

若從法釋義學研究人格尊嚴與正義的關聯，實在很難擺脫捉襟見肘的窘境；頂多只能牽強附會一番，然後試圖自圓其說。因為，正義似乎已是法學上的終極公設（axiom）—無法再探究其源由。於是，法哲學家們各有一套解釋正義為何的說法，但鮮見法哲學家們解釋正義的來源是什麼或其上位概念為何。故從法釋義學研究人格尊嚴與正義的關聯，除了釋義上的困難之外，可能還必須面對如何解釋正義之正義的挑戰—或說明此挑戰不存在的原因。

不過，法釋義學原本就是人類建構用來方便解決法規矛盾、綜觀法學脈絡的象牙塔，自然有其遠見的侷限；在象牙塔的侷限內鑽研，終究還是鑽不出象牙塔。因此，只好從生物經濟學來尋求解釋或理論的圓滿；從生物經濟學來看，人格尊嚴與正義的關聯或源頭，皆與減低生物維持生存或改善生活的群居成本有關—因為這攸關「種族的延續」且為「自私的基因（the selfish gene）」所控制<sup>95</sup>，乃避免亡（國）族滅種的救亡圖存之道。

從黑猩猩政治學的研究可知，正義其實是多義的概念—包含維持族群和平、抑強扶弱、弭平紛爭、平均分配食物（形式平等）、救濟貧弱（實質平等）…等；黑猩猩的首領通常是正義的維護者—才能團結內部抵禦外侮<sup>96</sup>。亦即，正義是指有助於族群和諧發展與生存的（利他或利群）行為，所歸納出來的抽象概念<sup>97</sup>。從生物經濟學來看，正義的（利他或利群）行為有助於減低生物維持生存或改善生活的群居成本（這可以從早期以電腦（computer）或人工智慧（AI）模擬生物的互動反應之賽局而得知，生物最佳的互動反應策略是利他行為—可稱為「善良優勢」或「人性本善」。自私的基因喜歡選擇「利他者」來利己，並使自己「利他」被喜歡來利己—形成有乘數效果（multiplier effect）的（利他或利群）良性循環；其次是選擇以牙還牙（tit for tat）<sup>98</sup>。

人格尊嚴與正義的關聯就在於「禁止仇恨同（族）類或散播仇恨」，酷刑或凌虐本身即是帶有蔑視或仇恨同（族）類的意味，強迫回教徒養豬或只供應其豬肉、鄙視東南亞國家人民吃「鴨仔蛋（將孵化的鴨子胚胎）」、對嫌犯粗暴、以猥褻行為反社會（價值）或羞辱對方、惡毒的言語詆毀、言語侮辱或嚴重歧視與霸凌當然也是；因此會在族群內（或之間）散播仇恨的意念或信息—如古蘭經（Koran）所記載之「猶太人對待穆斯林，表現嫉妒、仇恨和蔑視」即為嚴重的族群衝突（甚至世代仇恨）。這種意念或信息只會破壞內部團結—如同

<sup>95</sup> 請參 RICHARD DAWKINS 著（趙淑妙譯），前揭（註 88）書，頁 105 至 112。請參 GARY STANLEY BECKER 著（王獻生、王寧 譯），前揭（註 6）書，頁 162。

<sup>96</sup> 領袖的基本職責是思考並採取行動維護族群和平，支持弱勢者以防止內部衝突升高，如此才能展示領袖保護族群之成員的能力與意願，獲得成員的擁護愛戴；請參 FRANS DE WAAL 著（趙芋里 譯），前揭（註 26）書，頁 45、46、144、145。

<sup>97</sup> 請參 MICHAEL SHERMER 著（閻佳 譯），前揭（註 5）書，頁 19、20。

<sup>98</sup> 請參 MICHAEL SHERMER 著（閻佳 譯），前揭（註 5）書，頁 19 至 21。請參 RICHARD DAWKINS 著（趙淑妙譯），前揭（註 88）書，頁 323 至 325。

破壞生物本身的免疫系統（immune system），當然增加生物維持生存或改善生活的群居成本—至少破壞合作賽局而損及比較利益（comparative advantage）；甚至引發自相殘殺的報復循環。如此解釋不但可說明人類為何禁止侮辱先人或毀損屍體—因為皆有關係家（宗）族的共同血統或團結利益<sup>99</sup>，以及死者生前同意之器官捐贈為何無違人格尊嚴原則；還可以說明人格尊嚴與正義的概念一樣—都是有助於族群和諧發展與生存的行為之多義的概念，所歸納出來的抽象概念。許多原住民族（或家族、宗族、望族、部族、國族、民族）多保有類似「禁止仇恨同（族）類或散播仇恨」之禁忌或族規，例如舊約聖經（Old testament）利未記（Leviticus）就有記載：「不可欺壓你的鄰舍，也不可搶奪他的物」、「不可在民中往來搬弄是非，也不可與鄰舍為敵，置之於死」、「不可報仇，也不可埋怨你本國的子民，卻要愛人如己」、「若有外人在你們國中和你同居，就不可欺負他」、「和你們同居的外人，你們要看他如本地人一樣，並要愛他如己」，或古蘭經所記載之「你們自相殘殺，而且把部分同族的人逐出境外，你們狼狽為奸地對付他們是犯法的行為。你們只遵守經典的部分律例，你們之中做此事者，將在今世中受辱，在復活日被判最嚴厲的刑罰。真主絕不忽視你們的行為。」據此而論，要求一般人在公共場所禮讓老、弱、婦、孺得優先使用公共公物；或將媒體、表演或藝術（包含芭蕾舞）依社會通念（或文化價值）予以分級（管制）—司法院釋字第 623 號解釋參照，同時兼顧觀眾（之嫌惡感和欣賞慾）與表演者之權利—即拒絕或接受表意之自由與表意自由；或適當管制（甚至禁止）性交易之行為人、場所與方式，兼顧性工作者之權利與成人（或身障者）的性需求，皆無蔑視或散播仇恨之虞—類似流行歌曲之「讓懂你的人愛你」，較不易衍生法律歧視特定行為（人）或文化之非議。反之，即使僅以行政命令或給付行政之補充立法的公物利用規則（或行政規則）限制人民的微小權利（司法院釋字第 614 號解釋參照），若其規定內容涉及嚴重歧視，就有可能散播仇恨而違反人格尊嚴原則；例如規定本國低收入戶、外籍勞工與寵物皆不得進入公園，或規定本國低收入戶、外籍勞工在公園應先禮讓他人使用廁所、椅子、涼亭…等相關設施。

所以，人格尊嚴的主要本質之一就是避免引發紛爭的信號示意（signaling）行為之概念，與正義的概念殊途同歸且有相同功能—同生物的群居規則一樣都是由（適應各種現實條件下）最適生存策略演化而來的結果。至於學者所稱之人格尊嚴的主體性與自主性，僅在作為衡量是否對當事人造成過度貶抑的社會評價或地位的方法之一時，才有研究實益—因這同樣與蔑視或散播仇恨有關。例如激進份子的政治主張若涉嫌刑法第 101 條第 2 項規定之「陰謀犯暴動內亂罪」，或刑法第 153 條之公然煽惑犯罪或違法，究竟應如何保障其言論或表現

<sup>99</sup> 請參鄭也夫著，〈對張維迎信任理論的幾點商榷〉，前揭（註 56）書，頁 252。不過，西藏人的「天葬」似乎是一種處理先人屍體的特殊文化儀式，據科學家考究的結果，認為此種儀式是當初為了抑制屍體產生疫病或傳播疫病而衍生出來的。



自由，就有適度審酌其人格尊嚴的主體性與自主性，依法審判以昭告天下「政府同時保護國家利益與人民權利」之必要。否則，往往挑起其支持群眾（或族群）的仇恨，引發反政府之政治效應，後果不堪設想—社會成本相當大。

同理，我國爲了避免少數民族與多數民族之間的文化衝突，引發更多的內部矛盾與社會問題，特別制定「原住民族基本法」。並在原住民族基本法第 23 條規定：「政府應尊重原住民族選擇生活方式、習俗、服飾、社會經濟組織型態、資源利用方式、土地擁有利用與管理模式之權利。」第 30 條規定：「政府處理原住民族事務、制定法律或實施司法與行政救濟程序、公證、調解、仲裁或類似程序，應尊重原住民族之族語、傳統習俗、文化及價值觀，保障其合法權益，原住民有不諳國語者，應由通曉其族語之人爲傳譯。政府爲保障原住民族之司法權益，得設置原住民族法院或法庭。」這不但是積極適用平等原則（憲法第 7 條參照）之分配正義，以實現維護各族群文化與和諧的憲法基本國策（憲法第 166 條、第 168 條參照），而且符合所謂第三代基本（人）權之住民自決權理論—亦屬積極保障人權之表現。雖然這無形中等於承認法律本有文化歧視性質，以及基本（人）權或人格尊嚴在原住民自治範圍內，可能依其傳統文化被剝奪—例如部落允許的搶婚或搶親（或綁架女方）、重婚、變相賣子（童養媳）或私刑；導致基本權理論在發展上的矛盾有待積極調和—主要是如何適度限制住民自決權（例如禁止非洲或中南美洲原始部落獵殺保育類猴群維生的傳統）以避免法律歧視或與自然基本權的衝突。尤其，若考量不論大國或其境內之少數族群的法律制度與其他社會制度，皆應屬於住民自決權所保障之範疇—源於基本權之平等本質，大國與其境內少數族群之法律制度的緊張或衝突，更是有待住民自決權與自然基本權理論積極解決的矛盾。準此，他國（公法人）或國際組織以維護人權之名義，涉嫌或遂行干涉別國之內政的目的，已有侵害別國的住民自決權之虞。其干涉行爲縱然師出有名—無違國際公法或慣例，亦應受到較爲嚴格之檢驗、審查與限制—主要是基於住民自決權理論；否則，即形同以保護人權之名侵害人權—欠缺實質合法性與正當性<sup>100</sup>。

地球上的人數已將突破七十億人，人類早就是地球上最大的動物族群且沒有天敵，因此陷入不同（人）種族、國家相互競爭的局面。亦即，人類最大的敵人是自己；這可能將改變不同人種的生存策略，因而演化出不同的文化或生活制度，最後造就不同的生活規則或法律制度—例如資本主義、社會主義、君主立憲等不同的憲政主義，及其最高的指導原則—例如正義。尤其，先國家而存在的基本權理論，是否得以「強調個人自由的人格尊嚴原則」作爲補充，因而帶領人類達到天下爲公或走向世界大同？還是遵循人格尊嚴原則的實質內涵，服膺於基本權之社會義務理論<sup>101</sup>，而化解法學上的相關爭議與矛盾以達到天下

<sup>100</sup> 當然，本文此一論點的前提，是住民自決權已可確定被實踐在受干涉國之法制度的制定與施行之下。

<sup>101</sup> 請參王澤鑑著，前揭（註 44）書，頁 17。德國經濟憲法的創始者們就認爲「社會倫理」的概念有其迫切性，故德國基本法第 20 條明文規定「德意志聯邦共和國是民主的社會主義國家」；

為公或促進世界大同？抑或是會更加妥協—甚至將退縮為（愛）國家主義（patriotism or nationalism）的一部分，而陷入種族主義戰爭（Racism War）或所謂「反恐戰爭（Counter-terrorism War）」的漩渦？將是「法學的正義取向」未來可能面臨的重大挑戰或威脅。

## 伍、結論

我國學養俱佳的法學家很早就提出頗為先進之見解，認為科學之發現與法學之發現實有異曲同工之妙，且其本質並無區別；似有相互借鑑之必要。以生物學的觀點檢視法律制度，法律制度不過是生物的經濟選擇所萃煉出來的行為準則；故可藉由經濟方法予以分析。研究事物本質之法概念非從認識論、認知心理學和法學方法著手，難以克盡其功使其功德圓滿或自圓其說。

目前許多學者都已承認法學或法律學係屬社會科學之一門，法學或法律學使用各種科學方法作為研究方法已是大勢所趨。因為科學終究是較為可信的認知與研究手段；科學哲學與方法通常具備系統化的方法論規則（systematic & methodical rules），並能產生可信且有效的學說—經驗法則，亦能驗證理論與真實之間的客觀匹配程度—盡量趨近真實（或真理），減少預測結果的誤差—即 Karl Raimund Popper 所說之可證偽之判準。除了法經濟學派大量使用科學方法研究法學外，美國司法實務上亦有大量使用統計科學的理論，作為判決依據的案例。

一般而言，科學方法是指有序且系統化地收集與分析資訊（類似法官調查案件事實），然後建立假設或模型以預測機制或結果（類似法官的醞釀自由心證），並驗證或調查其效果是否合乎事實（類似法官涵攝適用法律作成判決）；我國之程序法就相當注重科學方法—例如民事訴訟法第 222 條第 3 項之明文。學者王澤鑑認為法律的經濟分析有助於評估法規範的實踐效果（或是否契合社會發展與時俱進），以及法規範對資源分配的影響—攸關平等原則的分配正義，故將法經濟學分析或理論列入規範目的解釋；此一見解洞中肯綮，應值贊同。

人格尊嚴（dignity）原則已經由大法官解釋而在我國法律上確立—成為憲法位階的法原則。從法社會學（legal sociology）的觀點檢視法律制度，法律乃是社會集體之文化價值的具體表現。因此，否認一國的法律制度或認為特定國家的法律制度較為落後，縱然未涉及文化歧視亦難謂無文化偏見；人格尊嚴此一法概念，

---

請參賀先蕙、楊少強、蕭勝鴻 報導，《商業周刊第 1222 期》，商周媒體集團出版，頁 101（2011 年 4 月 25 日）。德國的經濟法學者 Rolf Stober 則認為德國基本法第 20 條第 1 款（項）及第 28 條第 1 款（項）—即社會國原則，主要在否定自由放任（市場）的夜警國家，適度限制個人經濟自由以維護公益及促進社會經濟平衡。請參 ROLF STOBER（謝立斌 譯）著，

《WIRTSCHAFTSVERFASSUNGSRECHT UND WIRTSCHAFTSVERWALTUNGSRECHT（經濟憲法與經濟行政法）》，商務印書館出版，頁 298、299（2008 年 5 月第 1 版）。而 Utz Schliesky 則認為社會國原則非屬個人主觀權利或基本國策，應是約束立法權的制度性保障—立法機關有義務依此原則制定法律形成人民的主觀權利且建立社會保障體系，以消除放任的市場經濟所造成的嚴重貧富差異（之機會不平等）。請參 UTZ SCHLIESKY（喻文光 譯）著，《ÖFFENTLICHES WIRTSCHAFTSRECHT（經濟公法）》，法律出版社，頁 105（2006 年 6 月第 1 版）。

正好體現這樣明顯的文化衝突。其次，人格尊嚴原則存在內在邏輯的矛盾，而且欠缺一致性，是否有必要將其視為法原則，不無研求之餘地。

從生物經濟學來看，人格尊嚴與正義的關聯或源頭，皆與減低生物維持生存或改善生活的群居成本有關—因為這攸關「種族的延續」且為「自私的基因（the selfish gene）」所控制。減低生物維持生存或改善生活的群居成本的基礎，在於「禁止仇恨同（族）類或散播仇恨」，酷刑或凌虐本身即是帶有蔑視或仇恨同（族）類的意味—凌辱或霸凌當然也是，因此會在族群內散播仇恨的意念或信息。所以，人格尊嚴的主要本質之一就是避免引發紛爭的信號示意（signaling）行為之概念，與正義的概念殊途同歸且有相同功能—同生物的群居規則一樣都是由最適生存策略演化而來的結果。

不過，地球上的人數已將突破七十億人，人類早就是地球上最大的動物族群且沒有天敵，因此陷入不同（人）種族、國家相互競爭的局面。亦即，人類最大的敵人是自己；這將可能改變不同人種的生存策略，因而演化出不同的文化或生活制度，最後造就不同的生活規則或法律制度，及其最高的指導原則—例如正義。

## 陸、參考書目與文獻

### 一、中文書籍

- 王澤鑑著，《法律思維與民法實例》，自刊，（2007年9月11刷）。
- 王澤鑑著，《民法物權第一冊》，自刊，（2006年9月）。
- 王澤鑑著，《民法總則》，自刊，（2006年8月）。
- 王澤鑑著，《侵權行為法第一冊》，自刊，（2005年1月出版）。
- 王澤鑑著，《民法學說與判例研究第四冊》，自刊，（2004年10月）。
- 王則柯著，《對付詐欺的學問—信息經濟學平話》，中信出版社，（2001年12月1版）。
- 曲振濤、楊愷鈞著，《法經濟學教程》，高等教育出版社，2006年9月1版。
- 吳庚著，《憲法的解釋與適用》，自刊，（2004年6月第3版）。
- 吳庚著，《行政法之理論與實用》，自刊（2005年10月增訂九版）。
- 朱景文主編，《法社會學》，五南圖書出版，（2006年9月初版）。
- 李惠宗著，《教育行政法要義》，元照出版，（2004年9月初版第1刷）。
- 李惠宗著，《憲法要義》，元照出版，（2002年10月初版第3刷）。
- 吳嘉生著，《當代國際法（上）》，五南圖書出版，（2008年9月初版）。
- 林山田著，《刑法通論上冊》，自刊，（2008年1月增訂10版）。
- 林山田著，《刑法通論下冊》，自刊，（2008年1月增訂10版）。
- 徐祥民主編，《中國環境法學評論（2008年卷）》，人民出版社，（2009年7月第1版）。
- 張維迎著，《信任、信息與法律》，三聯書店，（2006年9月第2版）。
- 張維迎著，《賽局理論與信息經濟學》，茂昌圖書出版，（2001年9月1版2印）。

- 張麗卿著，《司法精神醫學》，元照出版，(2004年9月第2版第1刷)。
- 陳志龍著，《辯證與法學》，翰蘆出版，(2008年12月初版)。
- 陳宜生、劉書聲著，《談談熵》，牛頓出版，(1996年12月20日初版)。
- 黃國昌著，《民事訴訟理論之新開展》，元照出版，(2005年10月初版)。
- 黃榮堅著，《刑法問題與利益思考》，中國人民大學出版，(2009年3月第1版)。
- 鄔昆如著，《哲學概論》，五南圖書出版，(1991年6月初版)。
- 鄔昆如主編，《哲學概論》，五南圖書出版，(2004年1月初版)。
- 葉俊榮著，《環境政策與法律》，月旦出版社，(1996年11月1版3刷)。
- 蘇永欽著，《民事立法與公私法的接軌》，北京大學出版，(2005年10月1版1刷)。
- Antony W. Dnes & Robert Rowthorn 著(王世賢譯)，《The Law Economics Of Marriage And Divorce (結婚與離婚的法經濟學分析)》，法律出版社，(2006年6月第2刷)。
- A. H. Basson & D. J. O'connor 合著(劉福增譯)，《Introduction To Symbolic Logic (現代邏輯引論)》，台灣商務出版，(1995年2月修訂版第1刷)。
- Clare Ovey & Robin White 著(何志鵬、孫璐譯)，《Jacobs & White, The European Convention On Human Rights 3/e (歐洲人權法—原則與判例)》，(2006年4月第1版)。
- Daniel Druckman 著(鍾從定、賴其勛編譯)，《Doing Research :Methods Of Inquiry For Conflict Analysis(研究方法—量化與質化方法的探索)》，鼎茂圖書出版(2009年5月一版)。
- Eveline T. Feteris 著(張其山等譯)《Fundamentals Of Legal Argumentatin: A Survey Of Theories On The Justification Of Judicial Decisions(法律論證原理—司法裁決之證立理論概覽)》，商務印書館，(2005年9月第1版)。
- Gary Stanley Becker 著(王獻生、王寧譯)《A Treatise On The Family(家庭論)》，商務印書館，(2007年10月北京第3刷)。
- H. L. A. Hart 著(許家馨、李冠宜譯)，《The Concept Of Law (法律的概念)》，法律出版社，(2006年6月第1版)。
- Hans Zeisel & David Kaye 著(黃向陽譯)，《Prove It With Figures : Empirical Methods In Law And Litigation (用數字證明—法律和訴訟中的實證方法)》，中國人民大學出版，(2008年6月第1版)。
- Janet M. Ruane 著(王修曉譯)《Essentials Of Research Method :A Guide To Social Science Research (研究方法概論)》，五南圖書出版，(2007年1月初版)。
- Frans De Waal 著(趙芋里譯)，《Chimpanzee Politics :Power And Sex Among Apes (黑猩猩的政治—猿類社會中的權力與性)》，上海譯文出版社，(2009年6月第1版)。
- Karl Larenz 著(陳愛娥譯)，《Methodenlehre Der Rechtswissenschaft (法學方法

- 論)》，五南圖書出版，頁 87 (2006 年 4 月初版 6 刷)。
- Michael O. Finkelstein & Bruce Levin 著 (鍾衛 譯)，《Statistics For Lawyers, 2nd ed (律師統計學)》，中國人民大學出版，(2008 年 7 月第 1 版)。
- Michael Shermer 著 (閻佳 譯)，《The Mind Of The Market : Compassionate Apes, Competitive Humans, And Other Tales From Evolutionary Economics(當經濟學遇上生物學和心理學)》，中國人民大學出版社，(2009 年 7 月第 1 版)。
- Neil K. Komesar (考默薩) 著 (申衛星、王琦合譯)，《Law's Limits—The Rule Of Law And The Supply And Demand Of Rights (法律的限度—法治、權利的供給與需求)》，元照出版，頁 215 (2006 年 6 月初版)。
- R. H. Coase 著 (盛洪、陳郁 譯校)，《The Firm, The Market, And The Law (企業、市場與法律)》，格致出版社，(2009 年 6 月第 1 版)。
- Richard Dawkins 著 (趙淑妙 譯)，《The Selfish Gene (自私的基因)》，天下文化出版，(2011 年 5 月 10 日第 2 版)。
- Richard A. Posner 著 (蔣兆康譯)，《Economic Analysis Of Law (法律經濟學)》，五南圖書出版，(2010 年 8 月初版)。
- Richard A. Posner 著 (蘇力譯)，《Overcoming Law (超越法律)》，元照出版，(2002 年 11 月初版第 1 刷)。
- Richard A. Posner 著 (蘇力譯)，《The Economics Of Justice(正義/司法的經濟學)》，元照出版 (2002 年 11 月初版第 1 刷)。
- Ronald Dworkin 著 (信春鷹、吳玉章 譯)，《Taking Rights Seriously (認真對待權利)》，上海三聯書店，(2008 年 8 月第 1 版)。
- Robert Paul Wolff 著 (黃藿 總校閱)，《About Philosophy (哲學概論)》，學富文化出版，(2006 年 8 月初版)。
- Rolf Stober (謝立斌 譯) 著，《WIRTSCHAFTSVERFASSUNGSRECHT UND WIRTSCHAFTSVERWALTUNGSRECHT (經濟憲法與經濟行政法)》，商務印書館出版，(2008 年 5 月第 1 版)。
- Utz Schliesky (喻文光 譯) 著，《ÖFFENTLICHES WIRTSCHAFTSRECHT (經濟公法)》，法律出版社，(2006 年 6 月第 1 版)。
- William P. Cunningham & Mary Ann Cunningham 著 (蔡勇斌、余瑞芳、白子易、莊順興 合譯)，《Principles Of Environmental Science : Inquiry And Applications , 2e (環境科學概論：調查與應用)》，麥格羅希爾出版，(2005 年 1 月初版)。
- 二、英文書籍
- Andrew Iwobi, Essential Trusts 3rd ed., 武漢：武漢大學原文出版，(2004 年 6 月第 1 版)。
- Brent Garland edited ( 2004 ), Neuroscience And The Law (Mark S. Frankel foreword ), New York: Dana Press.
- N. Gregory Mankiw (2009), Principles Of Economics, 5e, U.S.A.: South-Western.

Oliver Wendell Holmes, JR(2009), *The Path Of The Law & The Common Law*  
( Foreword By J. Craig Williams, Esq. ), U.S.A. : Kaplan Publishing.

Robert Cooter & Thomas Ulen (2008), *Law & Economics*, U.S.A.: Pearson Education,  
5th ed..

### 三、期刊論文

李建良著，〈歐盟環境法的演進與發展—從經濟合作到環境共榮〉，《法學叢刊第  
220 期》，(2010 年 10 月)。

李惠宗著，〈從法本質論談性交易行為作為一種職業自由—評釋字第 666 號解  
釋〉，《月旦法學雜誌第 176 期》，(2010 年 1 月)。

蔡維音著〈人性尊嚴作為法概念之出路〉《法律與生命科學第 3 卷第 3 期》(2009  
年 7 月)。

賀先蕙、楊少強、蕭勝鴻 報導，《商業周刊第 1222 期》，商周媒體集團出版，(2011  
年 4 月 25 日)。

### 四、報紙與網路

黃瑞明著，〈痛恨死刑？ 德國推廢死的底細〉，聯合報，2011 年 3 月 8 日。

梅新育著，〈賓拉登死亡不等於西方天下大定〉，中時電子報，2011 年 5 月 4 日。

郭篤為報導，〈瓜國緝毒檢察官 慘遭毒梟肢解示眾〉，中國時報，2011 年 5 月 26  
日。

何焜榮、簡慧珍報導，〈源頭仍是黑心貨 手調飲料「傻眼」〉，聯合報，2011 年 5  
月 26 日。

孫友廉、蔣永佑報導，〈誤會媽媽交男友 少年罵母「妓女」挨摑 媽媽被告傷害 管  
教過當 判罰 3 千元〉，蘋果日報，2011 年 5 月 14 日。

吳世聰、林恕暉報導，〈最小加害人 母遭 11 歲女家暴 崩潰通報 113〉，自由時報，  
2011 年 6 月 24 日。

張其昀著，《中華百科全書》網站，

<http://ap6.pccu.edu.tw/Encyclopedia/data.asp?id=1539&htm=01-180-0180> 三權分立.htm，  
2011 年 3 月 28 日造訪。

維基百科網站，<http://zh.wikipedia.org/wiki/歐伯斯佯謬>，2011 年 3 月 28 日造訪。

維基百科網站，<http://zh.wikipedia.org/wiki/卡爾·波普爾>，2011 年 3 月 28 日造訪。