

# 第19章

# 刑罰

教育與獎賞

偷竊行為與防盜

逮捕機率與罰金

嚇阻

杜絕

訴訟經費的負擔

在禮的社會裡，各個人只須依循禮的規範就可以完成人際之間的合作，社會的財富與生活品質也可以得到顯著的改善。隨著這些改善，市場交易與生產活動就逐漸蓬勃起來。然而，在市場活絡開來的社會裡，道德約束與社會規範就變得相當的脆弱。這正是上章討論的禮義之邦裡的情形。在這種情形下，個人可以發現有時採取不合作——即**違禮的行為**，反而可以為自己獲取更高的利益。此時，唯有依賴其他更強的約束力量，才能使社會秩序得以維繫不墜。

第二篇中提到過，任何形態的合作都可視為交易各方所同時達成的協議或**契約**。契約若要能夠成立，則不但合作各方必須都能夠自其中分享到利得，同時，達成協議的交易成本必須低於此利得。影響交易成本的因素甚多，其中一個重要因素是：契約是否易於**執行**。要契約能易於執行，則必須使違約者蒙受一定的損失；否則，任何一方都可能因顧及到對方違約所招致自己的損失而裹足不前。這一章裡，我們將刑罰視為社會對違約者所訂下的懲罰制度。

個人是否要避免懲罰是個人的行為選擇問題。如果有人選擇不去避免這類懲罰，他會被視為「**不合作的人**」。當法律規章公佈給大眾明白之後，選擇不合作就等於選擇了接受懲罰。因此，法律對犯法者的處罰可以視為合作者聯合起來處罰不合作者的行為。由此觀點而言，我們可以看出法律規章的內容確有其經濟因素的考慮。儘管法律並不能直接提升人們的生產技術，但其最終目的在於降低人們的合作障礙，並使合作利得能夠順利實現。因此，法律旨在**促進繁榮**，而並非在威嚇百姓。與刑罰有關的我國最早文獻《尚書 呂刑篇》曾明確地指出：

典獄非訖于威，惟訖於富。

在上一章裡暴露出禮義之邦裡的一些缺陷以後，本篇開始將致力於對這些缺陷尋求補救之道。在本章，我們的焦點將集中於對此種**求富**的法律理想的闡釋，並開啟我們對法治社會的經濟面討論。

## 教育與獎賞

在介紹刑罰以前，首先我們要指出，**教育**也可以減少不合作的偷竊與暴力佔取的行為。若不談人生哲學方面的傳授，從功用上來說，教育的內容可分類為教導學童如何在社會上與他人合作的**倫理教育**，以及傳授生產知識的**技能教育**。這分類有時也會有重疊，譬如語言與文字，除了是學童獲得與他人合作的溝通工具外，也是學童獲得他人與前輩之生產技能的學習工具。但一般而言，我們可以說：學童在倫理教育中被教導去認同現行的社會規範與法律。在小學課堂上，老師便不時地教導學生們那類行為是「對的」，而那些則是「不對的」。那些「不對的行為」通常與具有負的外部效果的行為一致。老師的教導以及家長的叮嚀，其目的都是希望以這些警惕來規範孩子們的行為，有時甚至於要他們多具備一點利他的態度。

技能教育則提供諸如勞作、商業、物理等知識，其目的在使下一代能習得一技之長，好自立謀生。因此，成功的技能教育會提升學童的生產能力，也從而增加他們選擇偷竊的機會成本。譬如：一位一小時工資率超過五百元的技術員是不會花一小時去偷取價值不到五百元的財物的。但技能教育在減少偷竊行為方面也有窮盡之時；許多犯法的人也都具有高等的教育學歷。在檢討如何降低社會的暴戾之氣與犯罪率時，往往有許多宅心仁厚之士都會指出教育是治本的唯一辦法。但是，從經濟分析的角度而言，我們要詢問的是：如何以最少的成本完成此既定的目標。教育是一種辦法，但絕不是唯一的治本辦法。當教育在潛移默化的功能達到極點之後，更多的教育投入都只是浪費資源而已。

同樣地，倫理教育在改變個人行為的成果也不盡理想。在上一篇，我們提過孔子也曾提倡過仁與信，但成果也不理想。因此，倫理教育往往都伴隨著**獎賞**與**懲罰**的方式。加入獎賞與懲罰的倫理教育，便不再是純粹以改造學童偏好的手段，而是以混合加重偷竊行為成本的手段，來影響學童的行為選擇。想想，我們在小的時候或多或少都曾經遭到父母或師長的獎賞與懲罰。受到獎勵時，心裡的高興自然不在話下；相反地，受到懲罰時，我們心裡的羞辱與悔恨以及皮肉的疼痛，往往叫人不得不痛哭流涕。也許，有時會因為獎賞太少或懲罰不痛不癢而使我們不在乎，依然我



行我素。大多時候，我們都會因為獎懲而改變行為。不過，在極端衝動的情況下，我們仍會失去理智或忘記獎懲的教訓，以致不能控制自己的行為。

## 偷竊行為與防盜

人們形成社會無非是希望能取得合作利得；但不合作的行為表現會使人們無法取得這利得。當不合作帶來的利益較大時，自私的個人當然會選擇此行為；反之，則否。由於教育並無法保障人們一定會合作，因而各個社會都存在刑罰制度去加重人們選擇不合作時的成本，以迫使他們放棄不合作的行為。刑罰就如同教育制度中的懲罰設計；它企圖以外在的因素改變不合作者的行為。如果遵守法律的人都是合乎經濟理性的，且他們以為不遵守法律的人也是合乎經濟理性的，則在保障自己的合作利益時，人們便會考慮如何使破壞合作者的利益降低。在昔日台灣社會，每當小偷被居民逮到後，常是在被打個半死才會送官府。這類私刑在今日仍未完全絕跡，只是人們愈來愈傾向直接將小偷送警局依刑法處置。換言之，刑法只是替代私刑來懲罰不合作的人的。那麼，它的運作成本是否較私刑的辦法來得低呢？它又依何種標準來訂定刑罰的輕重程度呢？

讓我們考慮以下的具體問題：

假設一個小偷撬開停在路邊的車子，並從中取走了價值2500元的音響。如果你是車主，且事後抓到這個小偷。請問你要他賠償多少錢才放他走。

也許，你會回答 3000 元；其中 2500 元補償音響損失，另外 500 元用來補償生氣或抓他的成本。可是，這個答案和一般的刑罰並不相同。刑罰往往要關這個小偷幾個月呢！除非一個人比小偷更孔武有力，否則他並不能禁絕該小偷的再犯案；此時，他可能只會要求補償。過度要求賠償的本身對小偷而言也成了強佔，它可能引起小偷的武力反抗。在竊賊與被竊者旗鼓相當、力氣相若的情況下，任何一方都並不能以脅迫力使對方屈服。法律的執法則不同。即使我的肌肉並不如強盜發達，但執行緝捕的司法警察所聚合的力量可以比強盜更大。

在現代司法體系下，不僅警察要追回贓物還給失竊者，法院還要送小偷進監獄。監禁小偷的原因是唯恐贓物不能完全追還而有所遺漏嗎？顯然不是的；因為，即使小偷當場被抓或遭竊的人也能及時追回失竊物品，小偷仍要被處以監禁。為什麼呢？如果小偷所受到的處罰只不過是補償失主的全部損失，則小偷並沒有太大的損失；他的損失只不過是他的偷竊成本。這個偷竊成本包括小偷因而必須從事正當職業的合法收入，以及他在準備偷竊時所花費的工具、策劃支出等等。當偷東西一定

會被抓到，且個人並不能從偷竊的行為本身得到充份的快感之，人們就不會偷竊；因為偷竊的利益為零而偷竊必須賠上一些支出。然而，當偷竊並不一定被抓到時，小偷所面臨的利害情況就不同了。小偷可能從銷贓得到較大的利益。如果法律只要求小偷將竊來的東西還給失主，則他偷竊其他人或是再偷竊此失主的行為可能仍然有利可圖。換言之，歸還竊物的懲罰並不足以避免偷兒再犯。

讓我們再以前例說明。如果小偷每偷竊十次中，一次失敗、七次成功、一次被捉到；則十次作案裡，他可以實得八套音響。即使銷贓時，每套音響只賣得 1000 元，小偷仍可獲利 8000 元；這個數目大約是目前台灣的中產階級一週的平均工資。只要一個人比較會偷，或被捕的機率較小，或銷贓的價錢更好，則偷竊比一般合法工作能賺到更多收入。只要小偷繼續偷竊，合作遵守法律的人群就要繼續遭受失竊的威脅。沒有人知道究竟誰是下個受害者；可以確定的是整個社會必然受害。從經濟分析的角度而言，只有提高小偷做案的成本，或減少小偷的偷竊利益，才能使一個理性自為的人減少犯案。

台灣的社會大概可以稱得上是偷賊猖狂。讓我們看看人們怎樣設法阻止偷竊行為的發生以保障自己辛勤的工作果實。首先，幾乎絕大部分的住家門窗都加上了重重的鎖和鐵窗。另外，有些人會在家中裝個暗藏的保險櫃，有些人到銀行租保險箱，甚至於有些人請保全公司裝上電子防竊系統；此外，許多大樓與社區都雇用社區警務人員或保全人員 24 小時維持門禁。這些是民間自發的**事前防備**竊盜辦法。另外，政府也提供其他事前防備辦法，例如警車不定時在街道巡邏等等。在**事後懲罰**方面：一旦發生竊盜案件，警察人員會展開調查與逮捕工作並將嫌犯移送法院；接著，在嫌犯自聘的私人律師或公設律師與代表社會的檢察官展開法庭上的舉證、攻防後由法官裁定是否有罪；若嫌犯被判有罪，則會被送往監獄服一定的刑期。我國目前只有公立的監獄，但在有些國家還有私立監獄。底下，我們就幾種事前防備偷竊的方式討論其效果。

#### （一）裝門鎖、加鐵窗、建圍牆

顯然地，如果從住宅外形看不出那家比較富裕，則偷兒們會減低偷竊成本並選擇鎖定未裝門鎖或沒加鐵窗的人家偷竊。裝門鎖或加鐵窗會讓偷兒轉移目標，從而降低自己被偷的機率，我們稱此為**以鄰為壑**效果。另外，安裝門鎖或加鐵窗使得偷兒必須先破壞門鎖或鐵窗才能進屋行竊。這些破壞活動是可以在白天觀察到或在黑暗中發出聲響的。由是，這些預防措施可以暴露出竊盜活動的進行，甚至於盜賊的面貌或行動特徵而有助於調查與逮捕。對於竊賊而言，這些措施使它必須運用更精巧的工具或偽裝，才能免於被發現以至於被緝捕盜案。換句話說，這些事前防備的裝置，具有增加偷竊成本，進而減少竊賊的效果。

#### （二）保險櫃、電子防盜系統



從住宅的外觀而言，竊賊並不能看出那家是否安裝電子防盜系統或保險櫃；故，這兩種裝備都不具備以鄰為壑效果。記得，「內有惡犬」的牌子不是給小偷看的；小偷自可聞有無吠聲而知。因此，屋主也不會在大門口佈告內有保險箱或保全系統。小偷必須進入屋內後才可以破壞電子防盜系統或保險櫃；因此竊賊在進入屋內的狀況下被發現的概率較破壞門鎖或鐵窗為低，故其減少竊賊的效果亦較低。保險櫃是比較難破壞的，並且需要精細的技巧才能打開它。小偷光顧後可能因此空手而歸。電子防盜系統被觸發以後不但會立刻發出警報，並且透過與保全公司或警察局的連線，可以迅速召來打擊人員。因此，雖然這些裝置並不能直接有效的減少竊賊，卻可以及時使偷竊活動中止。當竊賊屢次碰到這種防禦裝置時，偷竊就無利可圖。是故，這兩種裝置也可間接的減少竊賊。

### （三）加強警衛及巡邏

加強警衛及巡邏同樣地亦會增加偷兒進行偷竊的風險與成本，故亦能減少竊賊效果。在警衛巡邏當時，偷兒是沒機會下手的。這種預防方式的成效關鍵繫於不定時的巡邏或二十四小時的完整警衛；否則，竊賊只消觀察、得知警衛例行作息的空擋，依然可以找到適當時間行竊而無失手之虞。

簡而言之，當偷竊的利益愈大而失手的風險愈小時，一個自為而不存心與眾人合作的人會更傾向於盜竊他人的財產。我們分析的幾種防盜方式或者在提高偷兒失手的機率，或者在使其空手而歸上提供一些增加偷竊成本的功能。如果這些防盜措施都是無用的，則人們又怎麼會花費不少的財力在這些措施上呢！由此觀之，我們可以推論絕大多數的人都以為偷兒的行為，必定如我們所分析的，是建立在利益與成本的計算上。同理，個人、家庭或公司、行號的防盜裝置投資，也必然是基於成本利益的計算。究竟是否要在家中安裝保險櫃或電子防盜系統，決定於個人有何寶物、財產。除非寶物太多或體積太大；否則，一般而言，寄存首飾、房契、土地權狀等重要財產於銀行或信託公司的保管箱可能是最安全、省錢的辦法。鐵窗既不美觀，耗費也不小；此外，它還有最大的缺點：在失火時，把自己困在火災現場。這是我們在防盜之時不可不深思的。

## 逮捕機率與罰金

在現代的刑法中，制裁犯罪行為的方法大致有三種：罰金、徒刑、與死刑。讓我們先以罰金為例，來討論什麼程度的懲罰才足以嚇阻潛在的犯罪行為。再以前例說明。假設小偷可以從音響得到 2500 元的利益。再假設小偷本來就是無業遊民且做案的成

本小到可忽略。請問你以一萬元的罰金是否可以使小偷不再偷竊？再請問十萬元的罰金是否太重了些？在一些商號裡，我們可見到處置順手牽羊的行情是所竊取商品價格的十倍罰金。在這裡，行情的意義是指十倍的賠償可以民事和解而不送交警方處理。這個行情是由什麼主要的因素決定的呢？為什麼是十倍而不是百倍，也不是兩倍呢？

前節的討論裡建議此與**逮捕機率**有關。讓我們稍為詳細地檢查。假設逮捕機率是百分之十，則計算可得**罰金行情**為兩萬五千元。以偷兒的立場而言，偷竊被罰的期望值剛好是罰金乘上逮捕機率，即兩千五百元。這個期望值代表此潛在罪犯所必須面臨的利益減損，或稱**犯罪成本**。如果此潛在罪犯是個**風險中立者**，即他只考慮期望值而不考慮風險或機率的本身，則簡單的計算可以知道偷竊並沒有任何淨益：偷竊的利益與犯罪成本恰恰相抵。這個假設的例子正好反映出行情的意義：使竊賊的行動徒然無利可得。如果致力於逮捕也必須耗費一些支出，則在此計算方式下，失竊者仍然有一些損失的。我們不必在此深究防盜與逮捕支出是否應該一併列入損失再折算罰金。不過，值得一提的是，這種私下的行情也是違法的。只有民事案件才可以私下和解；刑事案件是不可以私了的。

這個例子已經顯示出：若要能改變潛在罪犯行為，則罰金的期望值必須至少等於偷竊的利益。當逮捕機率小於一時，罰金必須高於偷竊的利益。此外，逮捕機率愈小，罰金就必須愈高。無疑的，罰金的高低代表懲罰的輕重。我們的說明顯示出改變逮捕機率或懲罰輕重是可以影響自為者的行為選擇。若要使偷竊行為消彌，懲罰的期望值必須至少等於潛在的犯罪利益。這個例子自然的引導我們去考慮究竟什麼是**嚴刑峻罰**（一般儒家嚴厲批評法家的論點）。是不是罰金高過損失就是嚴刑峻罰呢？還是說罰金大於犯罪利益與逮捕機率倒數之乘積才算過重的刑罰？顯然的，前面的例子已顯示出罰金必須考慮逮捕機率才能使罪犯改變行為。

人類早就瞭解到許多事件的發生有不同的原因。即使還不知道事件發生的因果關係，但某些或然性也是可以觀察到的。宗教、巫鬼、命運等是古代文明裡的重要活動；因此，我們很難否定古人知道機率的觀念。實際上，他們不但已具有這種觀念，更清楚地以文字方式保留下來。《商君書 畫策篇》言：

國皆有禁姦邪、刑盜賊之法，而無使姦邪盜賊必得之法。為姦邪盜賊者死刑，而姦邪盜賊不止者，不必得也。必得，而尚有姦邪盜賊者，刑輕也。

從這段文字所提及的「必得」、「不必得」，我們可知商鞅已具有**逮捕機率**的觀念。

此外，**商鞅**對刑罰還有另兩種深入的認識：逮捕機率不可能高到等於 100%，以及刑有重輕之別。讓我們再藉前例來說明商鞅的貢獻。如果抓逮到音響竊賊的機率是 100%，而罰金為 2499 元。在這些假設下，小偷每次的偷竊行動可以是**明目張膽**而



非鬼鬼崇崇的。扣掉必然的處罰後，小偷仍然可以得到1元的淨利。記得，我們曾假設此小偷作案的成本可以忽略不計。因此，雖然淨利只為區區一元，其竊盜行為卻是穩賺不賠的，遠剩於經營任何合法事業。小偷不費任何代價賺了一元，失竊者賠了一元。自為的人當然選擇當小偷而不當冤大頭，不是嗎？

## 法家與嚴刑峻罰

從春秋時代秦國的商鞅變法開始，所謂的法家進入了中國歷史的舞台。《管子》、呂不韋的《呂氏春秋》分別載有許多先秦的法家思想。戰國末年的韓非則被稱為集法家大成的人物。然而，法家卻遭受到後世儒生的嚴厲詆毀。其中的原因，除了法家看來專在為君主設計權謀、主張嚴刑峻罰外，就在於韓非主張的「以吏為師」。不過，法家的嚴刑峻罰未必是對一般百姓不利的，且他們也要求皇室、官員在法律

前一律平等。「刑不上大夫」是《禮記》裡的話，而非法家的主張。民國六十年代初期，在湖北省出土了一批秦二世時的木簡，稱為雲夢秦簡。從這些秦簡上的律令看來，不但關於先秦的文獻記載得以大致佐證無誤，而無須再過度疑古，甚且可以讓我們了解秦已非常講究司法程序與驗屍技術。這些當是法家的功勞。

以上是我們以經濟分析來說明商鞅的思想。不過，商鞅畢竟並沒有明確的以個人行為來解說。讓我們再看看稍晚的韓非子，是如何清晰地呈現出這種以個人行為選擇來論刑罰的觀點。

《韓非子 五蠹篇》中說：

故明主峭其法，而嚴其刑也。布帛尋常，庸人不釋；鑠金百鎰，盜柘不掇。不必害，則不釋尋常；必害手，則不掇百鎰。

顯然，韓非子已把犯罪行為與預期的利害連在一起。利雖小，只要沒有預期的損失，則短小的布或微量的錢也會被偷走。相反的，即有百鎰的利益，只要一定被逮著而手受到重刑的處罰，則大盜也不會偷取。由此可知，古代法家學者在討論刑罰時的立論，是與現代經濟分析相通的。

從經濟分析方法出發，以上的討論顯示出要能有效的扭轉個人偷竊的行為，必須注意到罰金的大小與逮捕機率兩個因素。在我國古代裡，法家的商鞅和韓非深切的注意到此，而竟然為一般儒家嚴厲的抨擊為嚴刑峻罰的始作俑者。不過，從歷朝各代的史料中，我們實際上可以發現陽儒陰法的儒家官吏實際上並未偏離法家的刑罰主張。也許讓道歸道、德歸德、禮歸禮、與法歸法而互不糾纏，才是我們該採取的態

度。在結束本節之前，讓我們指出，古今中外的刑罰並不以罰金為主要懲罰方式。儘管如此，以上侷限於罰金的討論對下一節所探討的徒刑與死刑依然是極有用的。

## 嚇阻

用罰金的方式來調高罪犯被捕後的損失，並藉由此方式軋平利益與成本的關係，是上節討論的重點。稍為抽象一點來說，有效調節行為的辦法就是在改變兩活動間的相對價值或成本。在市場中，物品的價格上升，則消費者的需求量會下降；類似地，若物品的生產成本上揚使得利潤降低，則生產者會減少其供給量。增加非法行為的罰金或提高對此行動的逮捕機率，也就是提高了非法行動的成本。自為的人經過計算後就會少從事於犯罪的行動，甚至於可能完全不再幹違法僥倖的勾當。因此，此種懲罰方式的效果是表現於使潛在罪犯**選擇性地減少**犯罪活動，而非表現於犯罪能力的降低。這種效果，我們稱為**嚇阻效果**。

罰金並非唯一的懲罰方式，其他的方式也可以具有嚇阻效果，如一定監禁期限的**徒刑**。監禁期間罪犯不但活動的自由降低了，也不能營利謀生。從財貨上或精神上而言，被監禁的罪犯的效用都無疑地會顯著降低。由此來看，潛在的罪犯是必須考慮計算這種失手的效用損失的。換句話說，監禁也提供嚇阻力。除此外，具有限制活動性質的監禁也直接地限制了罪犯的再犯罪能力。對於犯罪能力的限制或使喪失犯罪能力，我們稱為對犯罪能力的**杜絕效果**。因此，罰金只具備嚇阻效果，而不具杜絕效果。相反的，監禁、肉刑大致上都同時具有嚇阻與杜絕兩種效果。這一節與下一節裡，我們將進一步分別探討嚇阻與杜絕的刑罰輕重問題。

在罰金的討論裡，我們曾經得到罰金的額度必須與所侵害的利益或罪行的嚴重度成正比，並與逮捕機率成反比。然而，罰金的嚇阻力必定是要在**有金可罰**的條件下才能發生的。偷竊、銷贓、揮霍大致是偷兒的三部曲；如是，當警察或法院以罰金形式制裁偷兒時，不可避免的經常會發現落網的竊賊竟然兩袋空空。即使在爾虞我詐的商場裡，蓄意侵佔對方財務的人也往往可以用不同方式脫產而不受罰金所嚇阻。這說明了罰金為何通常最多只不過是數萬元，且多與交通或營業違規等案件有關而已。因此，現代的主要刑罰方式是監禁。不論貧富，監禁都是令人不快的。這種看起來在身份、地位上一律平等的刑罰方式不必然具公平的直接意義。從經濟效果而言，它的功能僅在於讓任何一位罪犯都會因而效用大減，即在於它具有的嚇阻力。

在固定的逮捕機率下，監禁期間愈長，則其嚇阻力就愈高。讓我們考慮一件以電腦轉帳方式竊用別人存款的案子。假設歹徒失手被逮捕時已經將所竊取的款項完全以洗錢方式輸送國外，而再也無法追還。再假設他竊取了一億元新台幣。既然已無



任何財產在名下，罰金對他是根本不可能發生效力的。那麼需要監禁幾年才能嚇阻類似的行為呢？依前面的討論，這個問題的解答當然與逮捕機率有關。如果這種案子愈難偵查出，則徒刑的刑期必須愈長。但是，我們也僅知於此，而無從得知確切的刑期年限。不過，如果其他條件不變，我們還可以知道：如果經過監禁後釋放的人再犯罪，則表示原來的刑期並不足以嚇阻此人再犯罪。因此，針對累犯，刑罰上通常會施以加重的刑期。同樣的，我們也不知究竟刑期要加重多少才能發生嚇阻力。如果我們知道罪犯每被監禁一個月的效用損失相當於十萬元。則在十分之一的逮捕機率下，偷竊千萬元而又揮霍殆盡的小偷就必須服 83年又 4個月的刑才能被完全嚇阻。放眼世界各國，並沒有對偷竊處以這麼重的刑，這也就難怪小偷差不多都是累犯而又四處猖獗了。當然，每個人對自由的偏好是不同的。對於愈偏好自由的人而言，他願意付出更多的錢財來免掉牢獄之災。因此，較短的刑期就可嚇阻此類人。正由於我們不知道罪犯對自由的主觀偏好，我們才無法客觀地確定刑期的長短。

以上的討論可能會略有些誤導之處，讓我們再進一步澄清。雖然我們曾經提及罰金與所侵害的利益成正比的關係，實際上現代對竊盜罪的刑罰輕重程度並不與所竊的物品價值有關。一般頗為搶劫數百元與搶劫數百萬元而蒙受同等程度刑罰制裁感到不公平。除非在竊盜之前即已能分辨所偷、所竊之價值為何；否則，實際的非法所得就像摸彩一樣的不確定。就事前來看，其違法罪行並沒有輕重、大小的不同。這就是為何刑罰並不以贓論罪的原因，而僅在不同類型的罪行之間訂定懲罰的輕重。當然，這些罪行的分類裡已經隱約地考慮其利得的不同。所以，從這個層面來看，我們的經濟分析仍然適用無誤。

如前所述，當罰金與逮捕機率的乘積高過犯罪利得時，經濟人是不會選擇犯罪的。那麼，何不將所有罪行的制裁懲罰都訂在極刑呢？如此，不是所有較輕的違法活動都可被嚇阻了嗎！這樣的見解在罰金方式下是行不通的；因為，罪犯可能毫無財產而不受嚇阻。如果無期徒刑或死刑代表極刑，亦仍然不可行。

如前所論，較高的懲罰可以用來嚇阻較重的罪行；既然如此，則原本只打算犯下較輕罪行的潛在罪犯當然也不會犯此招來較重懲罰的罪行。那麼，為何我們說不分罪行而一致處以極刑適不可行的呢？讓我們以實例詳細說明。假設強盜罪與強盜加殺人罪的懲罰都是死刑，那麼一位原本只想劫財的潛在罪犯，即使殺了被害人，也不影響他被捕後的懲罰輕重程度。然而，他卻會計算到殺人滅口可以直接消除被受害者指認的危險，從而降低自己被逮捕判刑的機率。因此，此潛在罪犯當然要選擇最小預期犯罪成本的殺人滅口。故，在同樣的極刑懲罰下，搶劫案件的頻率或許可能降低，但被劫殺的案件比率卻會增多。類似地，如果強暴罪與強暴加殺人罪或

綁票罪與綁票加殺人罪都一併處死，則受害者不但要失財、失身，更要喪失了性命。

利用經濟分析中的**邊際概念**，我們可以比照地稱殺人為搶劫、強暴、勒贖等罪行的邊際罪行。當懲罰皆為死刑時，邊際罪行並沒有得到對應的邊際懲罰，邊際嚇阻力就無法展現出來。在吃到飽的自助餐廳裡，客人多吃一碟名貴的生魚片並不需要額外付費；於是，名菜總是一端出來就被爭先恐後的掃光。如果餐廳把收費訂高一點，則前來消費的食客會減少一些；那些不被高價嚇阻的食客將大多會是「大胃王」。其原因在於邊際餐點並沒有要求支付邊際餐費。這個類比顯示出為何潛在罪犯會在邊際上犯下殺人的重罪；歸根結柢，原因在於邊際罪行缺乏邊際嚇阻力量的壓制。

近幾年來，台灣社會的治安狀況與以前相比確實較差。鐵窗文化防不住猖獗的小偷；搶劫勒贖時有所聞；甚者，傳說中的開山刀、彈簧刀等做案工具也因技術進步而為十字弓、左輪、黑星手槍所取代。在「亂世用重典」的呼聲中，許許多多劫匪與勒贖犯都做了法槍下的亡魂。這種對治安要求的迫切心態是可以理解的；然而，它的手段與懲罰輕重卻失了分寸。當邊際嚇阻力為法官所忽略時，我們從經濟分析可知更大的災難是不可避免的。事實上，正如經濟分析所預測的，近年來我們看到層出不窮的荒山棄屍、無名屍、甚至於四肢分割、首身分離的刑案。這些並不一定是因為凶嫌變得更殘暴，而可能是刑罰上沒有給他們稍微鬆手的機會。熱情的心如果不能受到冷靜的腦的支配，則受害的並不是那些罪犯，而是生活在此恐懼陰影下的每一個人。

自邊際嚇阻概念的角度而言，法家是可以被批評為嚴刑峻罰的。法家學者往往過於強調**重刑止姦**，而未能進一步強調到（至少沒有直接文字紀錄）邊際嚇阻的觀念。然而，法家也並不一定全然沒考慮到什麼才是適當的懲罰。韓非子與商鞅都曾討論過**刑去刑**的理想。被譏為雜有法家理念的**荀子**也曾說：

人之情為欲多，而不欲寡；故，貴以為厚，罰以殺損也。

又說：

刑稱罪則治，不稱罪則亂。

這兩句話正顯示出賞罰的**量化觀念**以及刑罰要適當。

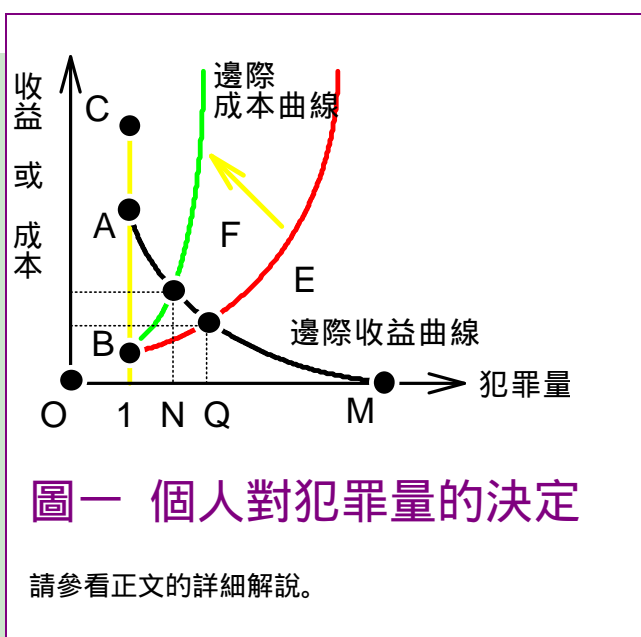
懲罰有度的目的在減少犯罪。加入可能遭致懲罰的考慮後，如果罪犯在計劃做第一項犯罪行為時發現收益大過成本，則他便會去做。就犯罪行為言，其收益指個人從事犯罪行為的預期非法所得；其成本含有兩項：(1) 個人計劃與執行犯罪的成本；(2) 個人犯罪後面臨被逮捕與被判刑的成本。因此，加重懲罰可以提高個人從事犯罪



行為的成本，使他不願從事第一件犯罪行為。然而，犯罪行為有程度上的差異，也可能會重覆再犯。假若在當前的懲罰制度下仍有一些人願從事第一件犯罪行為，那麼，他是否會再多做幾件呢？不論再做的案子與第一件完全相同，或如前面討論邊際嚇阻力時的更重的案子，其決定標準在於邊際收益與邊際成本的相對大小。

讓我們以圖形的方法重新示範一下刑罰的經濟分析。令下頁圖一的橫軸為犯罪數量，其數值表示犯罪的輕重或大小。由於收益構成所得，而且所得的邊際效用遞減，故個人從事犯罪數量的邊際收益曲線是一條遞減的曲線。但在犯下第一件罪時，個人的邊際收益是從零跳上去的，如圖中的 O1BAM 曲線（圖中並未直接標出此曲線，請讀者按點連接。）相對地，邊際成本曲線則是由零跳上去的 O1BE 曲線，是一條遞增的曲線。這是因為罪犯被逮捕的機率及被逮捕後判刑的程度，都會隨著他犯罪的數量遞增的緣故。由於在第一件犯罪的邊際收益大過邊際成本，圖一所內代表的人一定會選擇犯下第一件犯罪案。

現在讓我們比較三種增加懲罰的方式。如果加重懲罰只是改變所有犯罪的懲罰程度，但未改變各種犯罪量的邊際成本，則此改變後的邊際犯罪成本曲線將變為 O1BACE 曲線；其中 1BA 部份顯示第一件犯罪的邊際成本增高，BE 部份則表示其他件犯罪的邊際成本不變。由從 1B 增至 1A 可知第一次犯罪的人數會降低，但嚇阻不了一個會犯第一次犯罪的人再犯的可能，或避免他選擇犯更重之罪的可能。這是因為邊際收益與邊際成本的大小都未曾改變。其次，若所有的懲罰都訂在一樣高的水準，則邊際成本曲線會是 O1A1NM 曲線；結果讓所有罪犯都會選擇最高的 M 之犯罪量。若提升不同犯罪量間的邊際懲罰，如將犯罪之邊際成本曲線移動為 O1BF 曲線，則結果將使犯罪量 OQ 下降為 ON。



加重懲罰可以提高個人的犯罪成本使他不願從事第一件犯罪行為；但是，過於深峭的處罰則可能使合法的人們受到更大的傷害。懲罰不是一味地加重就好。當罪犯被逮到的機率不是百分之百時，儘管一致加重懲罰可能會降低犯罪的人數，但受害人所受到的傷害可能會更大。這個問題還可以依照邊際嚇阻力的原則加以避免；但是，另外還有一個問題就更棘手。就如同罪犯不可能全被正法，無辜的人也不可能全然不會被冤枉。社會上的人是形形色色的，每人所願與所能承擔的風險都不相同。擔

憂被冤枉的人可能要付出極大的成本來避免被誤認、誤判為凶犯。此外，也有故意誘人入罪的惡劣行為需要加以防範。當刑罰加重時，對這類冤枉與遭人邁陷的防範成本也就會同時增加。在此考慮下，合作的人便不會把懲罰加重到使無犯罪的情況。在餐廳或閒談時，有時我們會聽到這樣的對話：「社會那麼亂，都是一些為非作歹的流氓所造成，政府應把他們統統捉起來槍斃。」另一人答道：「他們罪不致死。」這裡所稱的罪不致死，可能是他個人主觀認定的懲罰程度，也可能指刑法上所明訂的懲罰程度。然而，就整個合作者的觀點而言，以「統統捉起來槍斃」來降低罪犯以達到無罪犯的情境，未必對自為的合作者最為有利。

在第二篇中，我們討論過兩人的最佳設防程度仍會容忍對方的偷竊。其原因是多保護一單位財物免於被偷的邊際成本可能會大過被偷的邊際損失。同樣地，一個合作的社會在決定減少犯罪案件發生的刑罰時也必須做一些容忍。其緣由並不在於憐憫罪犯，而是人間事事有成本。

## 杜絕

除了嚇阻效果外，監禁、古代的肉刑也都具有使罪犯喪失再犯罪能力的杜絕效果。本節不再分析宮刑、別刑與大辟等三種古代肉刑的嚇阻力量，而將專注於分析它們的杜絕效果。

「**刑期無刑**」是中國古代的刑罰理想。這個理想是建立在**完全嚇阻**的假設上。當所有的潛在罪犯都能被刑罰制裁所嚇阻時，沒有一件刑罰會發生。因而，刑罰中的各個輕重不同的制裁條例，也不會被實際援引、施行。然而，刑期無刑只是一個理想。嚇阻的刑罰制裁理論乃基於人是理性的假設。當一個人因為衝動而失去理智思考與計算能力時，嚇阻的制裁方式是不能達到效果的。此外，我們也沒有先驗的證據去排除某些人在某些情況下是不能被嚇阻的。這些考量凸顯出使潛在罪犯喪失犯罪能力的制裁方式的重要性。本節裡，我們詳細討論如何制裁不可嚇阻的犯罪行為以發揮杜絕效果。

杜絕的制裁方式有許多種：監禁、去勢、砍頭等等。為什麼古代裡有流刑、斬首，而現在大多以監禁方式執行杜絕效果呢？為什麼精神異常的人犯下某些罪行卻又不必服刑呢？首先，讓我們考慮一個不被嚇阻的人計劃犯很輕微的罪，譬如說只是單純的喜歡戴上鬼面具在街角嚇唬人。假設被嚇唬的人只是感覺不快，而不至於被嚇得魂不附體。此時，他所造成其他人的損失很小。假設此人在裝鬼活動以外，完全是一位從事社會合作的人，並且他在合作中所帶來的貢獻要比使別人不快的損



失要大。不論是切掉帶面具的手、砍掉帶面具的頭或是無限期的監禁，社會裡的其他人將損失了此人可帶來的合作貢獻。顯然的，在這些假設下，杜絕此人裝鬼可減少略感不快的損失，卻失去此人在其他方面的合作貢獻。如果刑罰是合作者對不合作者的懲罰，則合作者是不會要求杜絕裝鬼活動，因為這種制裁反而降低合作者的利得。由此分析得知，對此種作弄行為的最好處治辦法是「容忍它」。從機會成本的角度而言，杜絕此人而使其合作貢獻不能實現是刑罰制裁的成本。上述的例子顯示出，當杜絕成本大於可能得到的利益時，最好的辦法是不去杜絕。人的生活並不是全然快樂的，不去杜絕下的偶爾驚嚇、不快只不過是一種計算後的選擇結果。讓我們再假設不可嚇阻的罪犯完全不能提供任何合作貢獻。此時，如果實施杜絕制裁的本身也必須付出成本，且此成本大於杜絕後所能避免的損失則我們仍然會得到選擇不去杜絕的結論。杜絕的取捨與杜絕的成本息息相關。以現代而言，監禁的杜絕方式是要耗費很大成本的。監獄設施、人事、管理與伙食等支出並不是微不足道的。這就是為什麼一些精神病患的輕罪並不至於身陷囹圄的原因。

是否採行杜絕制裁決定於杜絕的成本與利益；採取何種方式杜絕決定於不同方式的相對杜絕成本。古代裡，連一般百姓都難得有舒適的居住建築，當然也就不會採取高成本的監禁杜絕方式。流放罪犯到邊疆的辦法不但省掉了監禁成本，還可以得到開發邊疆的好處。但是古代更普遍的是殘酷的鞭笞、去勢、凌遲處斬等肉刑。大體上看起來愈重的罪愈偏向於遭受死刑的永久性杜絕。其原因可能與嚇阻的刑罰原則有關；記得，在嚇阻制裁的考量上，罪重則刑重。但是，其原因也有可能是直接與杜絕刑有關的。以下讓我們詳細探討最適當的杜絕刑。

為什麼有些罪只遭致手或足、生殖器官的切除，而有些罪會受到死刑的處置呢？被砍掉主要手臂的鬥毆者，還可以用另外一隻手打更報時。但是，被處死的鬥毆者就不行做任何有貢獻的事了。也就是說，砍掉一隻手臂與死刑是兩種不同的杜絕制裁方式。前者在於局部的使犯罪能力喪失；後者則使全部的行為能力喪失。一位散佈妖言的嚼舌根的人被切除了舌頭後還能種田、紡紗。一位牽涉強暴或姦情的罪犯被去勢以後還可以打鐵、糊紙傘。換句話說，這些不可嚇阻罪行的實行是與某些器官不可分割的。如果罪犯的其他器官，譬如說手、腦、心等等，都不至於顯示出不可由主人控制，則全身杜絕的死刑不就傷害了無辜而又可以利用的器官？以術語而言，上兩例中的全身杜絕成本遠大於局部器官的杜絕成本。

杜絕成本是會隨著科技而改變的；因而，隨著時代的改變，杜絕的方式也會發生變化。隨著造紙、印刷技術的進步，思想、言論可以較小的成本透過紙張、書籍傳佈得更遠，以至於影響更多的人。原來口頭對君王淫亂或政策的不滿，可能只會影響很少的人而被罰割舌頭。明、清兩代裡，文字獄就成了令人毛骨悚然的杜絕懲罰。這個歷史變化並不與杜絕的經濟分析相背。在造紙、印刷技術進步的時代裡，

杜絕舌根並不能使動手疾書的行為能力喪失。單純杜絕書寫能力的辦法也不能發揮杜絕效果，因為行為人還可以口述並找人代抄。所以，明清兩代裡在箝制言論思想上的手段比古代更為變本加厲。儘管那種黑暗不自由的社會是我們所厭惡撻伐的，經濟分析卻可顯示出當時的「嚴刑峻罰」手段並非任意非理性的。

不太重的鞭笞、棍夾等肉刑雖然並不會永久性的使肢體傷殘，卻也具有暫時性剝奪行為能力的效果。手銬、腳鐐也常被用來限制嫌犯或獄囚的施暴或脫逃能力。除了這些執法上或刑罰上的暫時杜絕方法，其實在醫療裡更存在許許多多暫時性與永久性的杜絕技術。只不過醫療中所杜絕的是病菌的感染、擴散或疼痛的感覺。壞死的器官、惡毒的腫瘤迫使醫生與病人不得不接受器官切除的手術。這種永久性的器官杜絕目的正在委屈求全以保存未來生命的利得。對折斷的四肢上石膏的目的在暫時維持器官免於受到再傷害而得以康復。麻醉又可以分為局部如口腔、半身或全身；其目的也無非在於暫時杜絕神經系統的運作。這些例子不僅提醒我們杜絕的方式有許許多多的變化型態，更提供我們一個簡單的分類方法來檢討刑罰上的杜絕方式。

以上的討論顯示出我們可以將杜絕方式做以下的分類。表一中，我們將執行杜絕方式的特徵分為時間與部位。縱行的時間特徵又可分為暫時性的與永久性的；橫列的部位特徵則可分為局部的與全身的。依此分類，我們可以看出死刑是永久性的全身行為能力杜絕方式。去勢、刖足、割舌頭等則是局部的永久性杜絕。另外，有期徒刑是暫時的對全身行為能力的限制。近來香港以電擊強暴犯生殖器官的辦法，俗稱打籐，則是暫時性的使局部器官失去行為能力。經由此分類架構，我們可以發現無期徒刑的終身監禁與死刑都是對於全身行為能力的永久杜絕。

那麼，為什麼要有此二種不同的懲罰方式，又為什麼近來要求廢除死刑的呼聲高漲呢？顯然的，如果社會裡合作的人並不賦予不合作的罪犯任何生命價值，則死刑的杜絕成本不過是一些電流、瓦斯、或子彈的成本而已；相反的，終身監禁的成本就很高。在選擇全身的永久性杜絕制裁方式時，合作者會決定以死刑方式為之。所以，對廢除死刑主張的一種理解就是合作者認為延續罪犯的生命也具有很高的價值。不過，這種價值是很難分析、陳述的。當一個人的凶殘是永久性的不可嚇阻，且其會運用全身器官來侵犯他人時，他與合作者之間是沒有交換價值的。他對自己本身的長壽價值必然是主觀的，而不能為

表一 杜絕刑的分類

		時	間
		暫時性	永久性
部 位	局部	打籐、手銬 腳鐐、警棒	刖刑 宮刑
	全身	有期徒刑	無期徒刑 死刑



合作者知曉。因此，這個理解頂多能以自為合作者的不忍人之心來解釋。如果合作者憫人之心主觀價值大於無期徒刑的監禁支出，則無期徒刑是一個合於經濟原則的制裁；反之，則否。

比較可能的理解方式有三。第一，逮捕、審判並不能免於錯誤。不論此錯誤的機率多小，只要其不為零，則合作者本人就會蒙受到死刑的威脅。由此而言，廢除死刑是為謀求自利的減少萬一無辜被判死刑的巨大損失。不過，儘管廢除死刑，無辜的個人仍然要蒙受很大的終身監禁傷害。第二，正如我們無以得知適當的嚇阻力究竟是多少，我們也幾乎無從得知一個罪犯是否永久性的不能被嚇阻。一個在衝動下毆人置死的少年，並不一定不能隨年紀增長而成熟的控制情緒。死刑將造成永不可匡正的錯誤判斷。在此種考慮下，徒刑與假釋的辦法有其優點。第三，即使是不可嚇阻的強暴犯，死刑不僅剝奪了他的生殖能力，更剝奪了他的生命。然而，此強暴犯可能除了「寡人有疾」外，還具有高超的科技能力或領導、管理能力。從經濟原則而言，死刑的成本太大，更佳的替代方式是廢除死刑恢復宮刑。不過，這是經濟分析的觀點；一般主張廢除死刑的人士，同時也反對斷人後嗣的宮刑。

以上的討論顯示出刑罰制裁問題的關鍵在於：一、合作者與罪犯的關係界定，二、不能確定罪犯，以及罪犯是否可被嚇阻。宮刑、死刑是否殘酷取決於第一項關鍵的解決。如果刑罰制裁僅是為了合作者的利益，則殘酷與否是不相關的，除非他們具有強烈的悲憫之心。死刑、徒刑的取捨有待於第二項關鍵的解決。它們牽涉的是在不確定的實際世界裡，如何減少錯誤、匡正錯誤。在這個問題上，經濟分析是有助於抽絲撥繭釐清癥結的。刑罰方式由肉刑到徒刑為主的轉變固然有其經濟因素；但是，它總是侷限於人的思考與認識。我們對杜絕制裁方式的分析提供以下的嶄新思考。針對不確定因素所帶來的不當制裁，以及可能的含冤受難，被遺忘的歷史中的肉刑建議我們多思考在暫時性、局部性的杜絕制裁技術上多做創新。暫時、局部的手部麻醉可以減少順手牽羊與慣犯偷竊造成合作者的財務損失。打籐或對生殖器官的針灸、點穴、麻醉可以減少強暴犯危害的頻率。這類新的科技有些已經為醫療人員所採用，更有效的技術則需要創新發展的努力。只有在這些暫時性、局部性的制裁方式成功發展出來後，我們才能降低刑罰的殘忍性，以及改善因不確定性而產生的威脅。

## 訴訟經費的負擔

最後，我們極簡略的討論一下罪犯一旦被逮捕後的訴訟問題。若可以賄賂法官，則罪犯與告訴人為了能於審判中求得勝利便會展開競送禮物的行

為。這會是一個囚犯的困境的對局：雙方不論勝敗都要付出不少成本，結果會如「鷸蚌相爭，漁翁得利」的肥了法官。

亞當史密斯曾在《原富》中提到早期的法官是無給職，其收入由訴訟雙方各別送禮；於是，雙方便展開競送禮物的行為。他認為人們在長期下總會發展出一套解決此困境的制度，**無償審判**便是因此發展出來的制度。他說到：

當租稅賦課成為必要時，人民乃規定裁判官不能收贈物。...對裁判官制定給與定額的薪俸，...同時賦稅也可以補償君王的損失而有餘。從此，審判就稱為無償的審判。

雖然人民已不必再支付法官（審判人）的薪俸，但在我國，司法黃牛與賄賂行為仍時有所聞。

除審判外，監獄的管理亦存在經費負擔問題。當然，要求受刑人支付監獄的管理費會剝奪到受刑人家屬的生計。因此，監獄常要求受刑人以勞動生產支付管理費。但為避免受刑人遭受剝削，此一方式的施行宜注意到其權益。

在目前的司法制度中，申請民事審判雖然不必支付法官的薪俸，但仍需支付訴訟費。訴訟費的支付方式不同，有雙方各自負擔，也有由敗訴者負擔。雖然不同訴訟費支付制度對降低犯罪率的效果會有些差異，但在減少訴訟案件的目的則一；因為，聘僱私人律師必須花費金錢。如果敗訴者必須付勝訴一方的訴訟支出，或者敗訴者被判以巨額的懲罰性賠償，則兩造都可能在訴訟中投入大量的資源以求勝訴。對於沒有什麼財富的人而言，這種訴訟之爭的過程是不利於他的。在民事糾紛上，此並不造成太大的問題；因為，不富裕的個人可以採取謹慎的態度來避免陷入糾紛。然而，在刑事案件方面則完全不同。殺人嫁禍的闊少爺可以輕易的讓無辜的一般百姓蒙受不白之冤。俗話說：「有錢判生，無錢判死」就是指的這種不公平。因此，現代的刑事訴訟程序中對被告提供公設辯護律師的保障。當然，公設律師的費用是由稅收中撥付的。



## 分組討論

---

1. 某甲說：「刑罰制裁的嚇阻力完全發揮時，就能以刑去刑」。某乙回答：「但是，嚴刑峻罰還是不人道。」請你為雙方指點迷津。
2. 大陸人劫機來台的案件層出不窮。請討論如何才能根除這種事件的發生，並說明你所依據的理論。
3. 好的公設律師為了追求更高的所得，遲早都會出去開設私人的法律事務所；因此，窮人即使被指派公設律師，打贏官司的勝算仍很低。請加以討論。
4. 請比較：(1)家家戶戶用鐵窗保護自己的財產，(2)國家雇用警力將小偷鎖在監獄裡，兩種不同辦法的成本大小。
5. 為了尊重老師、學生、以及學術自由，警察或情治人員不得進入校園。這種辦法的成本為何，又如何才能實現「尊重」的理想。
6. 宣導不違規停車並增加違規停車的罰金，就可以改善停車秩序。同意，不同意；請說明。