

靈魂不歸法律管 給現代公民的 第一堂法律思辨課

法律對人在內心究竟選擇自己要做天使或做魔鬼，
天生無能為力。

靈魂可能背叛法律，也可能超越法律，
在一樣的法律概念底下，
是人心中的善念或惡念決定了法律意義的質與量。

台灣大學法律學院
名譽教授

黃榮堅

著



商周出版
人與法律

靈魂不歸法律管 給現代公民的 第一堂法律思辨課

法律對人在內心究竟選擇自己要做天使或做魔鬼，
天生無能為力。

靈魂可能背叛法律，也可能超越法律，
在一樣的法律概念底下，
是人心中的善念或惡念決定了法律意義的質與量。

台灣大學法律學院
名譽教授

黃榮堅

著

推薦序 如果不會自動思索，那就閱讀吧！

陳欽賢

生長於戒嚴時代的我，從小對法律的認知就是「規定什麼事情不能做，什麼事情做了會被處罰」的東西。大一時進了法律系，雖然是當時倒數第一的志願，留美的老師第一堂課還是恭喜大家，說在美國都是念法律的人站在最重要的職位。聽了之後有點飄飄然，彷彿自己也即將成為控制核彈按鈕的那個傢伙。退伍後考上司法特考，實習時老師叫我當庭決定少年可不可以責付給家長一起回家，緊張之餘眼角瞄到少年和家長期盼的眼神時，心中蕩出一絲掌握權力的不安和快感。接著台灣出現第一位律師總統，法律系從此也成為社會類組的首選。而我，依舊靠著這門學科養家活口。

這整個過程，我從來沒有想過法律和追求幸福有關。

年少時認為法律是國家管控人民的機器之一，以為解嚴多年之後這個情況會獲得改變。但近幾年看電視新聞講到諸如遙控自拍機和Uber等新興事項，年輕的主播義正辭嚴地皺眉說道「竟、然、無、法、可、管」時，我的白眼就一路翻到背後，「那麼愛被法律天羅地網地管，你怎麼不搬去北韓住？你一定很懷念我小學時代的台灣厚？」因為那是個沒有法律也可以管你、限制你，甚至沒有法律你也不敢與眾不同的地方和年代。大家應該都知道有些事情無法可管，才是自由國度可愛和幸福的地方。希望事事有法可管，無非是期盼有個法律規定可以讓大家覺得安全或生活受到保護。

但法律的存在，真的能讓我們感覺到安全或幸福嗎？

我的生活和工作經驗中，法律不只常常沒能帶給大家幸福，有時還會帶給無辜和被主流社會忽視的人以及他們的家人痛苦。看到江國慶、徐自強、陳龍綺、蘇建和的名字像跑馬燈一樣滑過腦中；再往前一點，想想那位鄒族青年湯英伸，這些都是法律造成人民痛苦的印記。面對這一切莫名其妙的過程和結果，我們不禁自問：「我們念法律的目的是什麼？」我想，沒有人會說「念刑法的目的是要把無辜的人送進監獄」。大部分的人會說「要實現公平正義」，那種自小讀聖賢書在心中滋長而出的素樸公平正義。知道目的之後，或許可以接著問：我們現在的表現有沒有背離當初的目的？

這本書讀完之後，我一直問自己：如果我在開始當法官之前就讀過它，如果我早一點讀過它，這一條法官的路我會不會走得比較不坎坷一點？我會不會有更多的勇氣、更堅定的念頭去面對過往圈內的光怪陸離？我會不會早一點開始進行實務圈不鼓勵的獨立思考？我能不能早一些擺脫年輕的銳氣和氣盛？會不會讓我冤枉被告的可能性低一點？

我沒有答案，但我知道真的有可能。只知道現在看它，滿是感觸和會心一笑。

老師在書中提到了善良、靈魂、幸福和自由。坦白說，在此之前，我（或許有不少的人）壓根兒沒有想過前三個字眼和法律有關，於是開始思索，並且蒐尋記憶。

因為現實的需求和長時期的因循，使我們每年把許多「還沒有準備好當法官的年輕人」（包括當年的我）推上法庭指揮訴訟，因而造成了老師所說「這樣的年輕（或不年輕）氣盛，對法律上的公正性，不管是形式上或實質上都是致命傷」的情形。接下來，為了新陳代謝和出人頭地，每年又有一群「還沒有準備好當上級審法官」的人爭相往二審和終審法院擠。整個忙碌和競逐的過程中，我們常常忘記思索，因為根本沒有時間思索。於是，我們慣於用最高法院的判決先例解決問題，在判決中引用為「說明問題的理由」。然後，常常不再去

想法律應有的樣子，也常常讓法律的運用失去了靈魂。終於，我們成為陳瑞仁檢察官筆下的「不思考的（不好）法官」。

如果有人能提醒我們，用善良的心去思考，讓法律變得帶著靈魂，不致於成為「萬聖節賣給小孩的，笑鐵面心中無喜，哭鐵面心中無悲的神鬼面具」。或許我們就不會用「大陸地區的法治環境及刑事訴訟制度已有可資信賴之水準」這種只有極少數台灣人會相信的文字，作為終結兩位被告生命的其中一個理由。

台灣人民雖然常見自私與短視，但是善良。善良可能是台灣人最能夠安身立命的原因。除了每次重大災難後一定會出現的樂捐與志工潮，我們從二〇一五年高雄大寮監獄越獄失敗的囚徒（也就是世俗觀念中的惡人）決定放棄他的人生，也不願意再傷害任何無辜的生命就可以知道這一點。只有善良，我們這些「全糖法律人」才可能有勇氣突破師爺書吏的格局，我們才可能為人民而存在，而不是只為了既得利益的團體和價值而存在。

思索之後心存善良，或許我們真的可以讓法律為大家追求到幸福。

如果我們不能自動思索，那就閱讀吧！或許有那麼一天，我們真的可以成為一個自由的人，然後「不知不覺已經走在我們想去的路」上！

但其實我最想問老師的還是，梧州街隔著和平西路的對面那家蚵仔麵線老店還在開嗎？

本文作者為台南地方法院法官

推薦序 法律不是一切的解答

邱靖貽

法律對一般人而言，多少有些距離感，無論是大家不想和它扯上關係，或是由於它的生硬而覺得疏離，但其實不管你想不想談，法律問題每天都在你我的生活裡上演，每個人好像也都覺得自己可以評論上幾句。此時會出現一個很有趣的現象，大家一邊在說「我又不是念法律的，這麼專業的東西我怎麼懂」，但同時在無數社會新聞中會看到「這法官根本是恐龍、都亂判，難怪大家都不相信司法」一類的留言，那大家到底是很會還是很不會呢？

如同黃榮堅老師在書裡面所提到的，「許多人對不經思索的直覺宣稱為正義」，但果真可以只用情緒決定正義？在我們無意識或有意識地盲目的隨波逐流的時代，你要如何培養獨立思考的能力？或者，怎樣叫做「會獨立思考」？這本書談的不只是法律，它還談道德、談價值觀、談哲學、談文學、談身為人應該有的樣子和態度。你可能會疑問，法律系教授為什麼不好好專心談法律就好，講這麼多其他的東西要做什麼？如果讓我來回答的話，至少，對我來說，因為法律不是一切事物的答案，很多時候更可能往往給不出個真正「正確」的答案。

法律的極限，其中之一在於對事實認知的極限，我們是人、不是神，法官和檢察官也一樣，只能在最大用心程度下探求事實，而無法找出一個客觀上一百分的解答。法律真的不是萬靈丹，而生活要如何愉快得起來，不可能是靠法律，即使法律在某些時候提供我們解決問題的方式（或者說手段？），但到頭來能讓我們覺得愉快的，只能是我們自己的念頭，而不是法律或依據法律所寫出來的判決。因此，問題的根本並不純然在於法律如何制定：「既然對真實的理解是善良的前提，那麼如果我們心存善念，必然先會有求真的意願。或者倒過來

說，如果我們不在乎世界的真，那是因為我們不在乎世界的善，當然也更不在乎世界的美。」

人的一生好像很漫長，卻也似乎很短暫，我們都希望要活得快樂、過得幸福，但如果一直身陷於平庸的框架裡，恐怕也很難體會快樂幸福的真意。這本書讓我最最反覆思索的一句話：「自由的意思不等於就是和別人不一樣，自由的意味不顯示在特別有錢、特別有名或特別有地位上頭，而是人在做選擇的時候可以克服天性或外在環境給人的道德障礙。」這麼說來，自由的追求不會是唾手可得的，但世界上真正讓我們感受深刻的事物，不也都是如此？

一九九七年，我作為大一新鮮人的第一個學期，在學長姐的推薦下，我選了黃榮堅老師的刑法總則，教室裡很多像我這樣搞不清楚狀況、只知道慕名而選的新生，後來才發現還有不少覺得老師的課值得再次回味（不是因為被當而被迫回味）或從外校遠道而來旁聽的學生。同樣到後來我才知道，原來大家普遍覺得刑法很艱澀抽象，我之所以沒有產生這樣的感想，反而還對刑法滿有興趣的，其中的差異應該就在於我從一開始就是透過黃榮堅老師認識刑法的吧。

在讀這本書的時候，就好像回到當時的課堂上，或者更貼切的說，很像老師和我在閒話家常（但是屬於默默的蘊含很多智慧的那種，不是八卦或背後對人家說三道四的閒話），字裡行間無處不是老師的一貫風格。我想一個人的本質果然很難藏得住，老師花了幾十年的時間和法律為伍，藉由這本書所想要傳遞的基本概念，以一種很流暢的、彷彿內建在身體裡的，在侃侃而談間，用屬於老師極個人風格的方式呈現。

從書中不難發現，老師除了做了大量的閱讀，對社會事件、對時下流行、甚至對臉書留言（包括我個人的），都投注了高度的關心。就我而言，一位好的法律工作者（無論老師是否樂意接受這樣的稱謂）便應該如此，他不可能只抱著六法全書躲在自己的小房間裡，即便他可以把每個法條、相關實務見解和國內外各派學說都背得滾瓜爛

熟，一旦和現實生活脫節，他就很難是優秀的法律人，也很難做出讓一般人都聽得懂、聽得下去的論述。

不過我相信，和你是不是曾經接觸法律無關，這本書所帶給我愉快的閱讀體驗，你一定也感受得到。

本文作者為執業律師

作者序 帶著生命的感覺說法律

黃榮堅

該如何說一件事情，是一個重要的問題。我們小學上音樂課時都學過〈我是一隻小小鳥〉這首歌，歌詞最後說，我不知有憂愁，我不知有煩惱，只是愛歡笑。小孩子上音樂課，唱歌就像背書一樣，唸完歌詞，就算是唱歌。但今天回想起來，每一次聽到這首歌，越來越明顯的感覺到，這些音符要說的好像不是一隻不知憂愁與煩惱的小小鳥的事情，因為這旋律和〈火車快飛〉給人快樂的感覺完全不一樣，這裡這隻小小鳥透露出來的好像是一絲哀傷的心情。後來我開始學鋼琴彈到這首歌，樂譜上標註曲名是〈夜快車〉。我不知道這曲名是不是有在說什麼故事，不過至少應該不會離開音符背後的心情太遠，甚至有時候會讓我聯想到張秀卿唱的〈車站〉，但沒有那麼露骨的悲傷就是了。看來，把這旋律的心情在文字上用一隻不知道有憂愁與煩惱的小小鳥來做表達似乎不是很貼切。

我甚至經常想到一個問題：要告訴人家一件事情，文字是否一定是當下好用的表達途徑？電視上曾經有一個酒類廣告，內容講的是一個父親不知道要如何勸說自己那已經長大成人卻又令人傷腦筋的兒子。最後很神奇的是，父子兩個人靜靜坐下來小酌兩杯，都不必說什麼話，兩個人就忽然都想通了。廣告的結語是：溝通從分享開始。廣告好像把本來有一點道理的東西更加誇大，不過關於言語文字是不是真的好用的問題，禪宗裡許多智者不語的小故事也一再圍繞在這樣的懷疑上頭。童安格的〈其實你不懂我的心〉，歌詞本身說出許多經驗過情感忐忑的人的心事，但最打動我的心情的部分其實是第一段歌詞後沒有文字的間奏。〈荒城之月〉也是一首簡單而膾炙人口的曲子，它的曲名和旋律對應的傳神也不在話下，但如果把文字和旋律拆開來看，會讓你心情波動的是〈荒城之月〉這曲名帶來的想像，或是旋

律？這答案好像很清楚，因為當我在琴鍵上一個音符接著一個音符彈出來的時候，完全無須費力想像，早已全身雞皮疙瘩。

那麼我們該如何說法律？我很希望有高明的人可以像寫〈荒城之月〉或寫〈其實你不懂我的心〉一樣，寫一首述說法律是什麼的曲子，讓聽過的人馬上意會出法律的故事，馬上懂得公法上的法律保留原則，懂得刑法上的罪刑法定主義，也懂得民法上的契約自由原則，從此學生不必辛辛苦苦的在教室聽老師上課就可以懂法律。不過雖然有夢最美，但任何人用膝蓋想也知道，這樣的夢是只有哆啦A夢才做得出來的夢。於是我們只能回到層次現實一點的思考，如果最後還是要使用語言文字，那麼是要用怎麼樣的語言文字說法律？

一個語言或文字的意義指的就是我們使用到這語言或文字的情境，例如當我們眼睛看到桌上的水壺時會說「水壺」，當我們即使坐下來皮膚還是不斷冒出汗水時，我們會說「熱」。從這個角度來看，不管是對一個東西或一件事情，我們透過語言文字所要理解的應該是那東西或事情在這世界中現實的樣子，而不是對語言或文字本身的記憶。或者根本應該說，除了數學與邏輯，如果最後不是訴諸我們在這世界的經驗與感覺，我們沒有辦法理解任何東西和道理。說到法律，如果不是從我們作為一個人在這世界當中一百種快樂和一百種痛苦的感覺去說法律，所說出來的法律似乎也不是人本概念的法律。因此，在傳統的法律文字敘述之外，本書立意在帶著生命的感覺說法律。既然要帶著生命的感覺說法律，無法避免的也要帶著浪漫的期許說法律，只因為一旦去除浪漫，人的存在意義不完整，內心的自我也不會滿足。此外，也因為一個人只有兩隻眼睛和兩隻耳朵，人無法看盡人世間每一處幽微的角落，所以書中借用很多小說裡的故事和氣氛作為說理鋪陳的一部分，讓我們可以透過觀世音菩薩的千眼去關照人，去理解世界。

靈魂不歸法律管，意思當然不是說，既然法律不管靈魂的事，所以你可以放心做惡魔。靈魂不歸法律管，講的是現實層面的問題，也就是雖然法律某程度管得到人的外在舉動，但法律對人在內心究竟選

擇自己要做天使或做魔鬼，天生無能為力。靈魂可能背叛法律，譬如法律可以規定對駕駛人在高速公路違規走路肩的行為罰三千元，但有錢人可能就是有錢在可以不在乎那三千元，所以依然囂張走路肩。更嚴重的是，掌握法律權限的人可以自己制定法律或自己解釋法律，那麼一旦魔鬼掌握法律權限，任意扭曲正義，法律也拿魔鬼沒辦法。這世界上所有專制統治，所處的就是這種情況。相對的，靈魂也可能超越法律，例如法律並沒有規定麵包店要把當天沒有銷售完畢的麵包當愛心麵包捐給貧困者，但是有很多店家是這麼做。法律也沒有規定老師要自掏腰包買小提琴給學業上後段班的小朋友學琴，但也有偏鄉的老師是這麼做。簡單講，在一樣的法律概念底下，好人以法律正義之名做好事，壞人以法律正義之名做壞事，所以最後是人心中的善念或惡念在決定法律意義的質與量。

靈魂不歸法律管，那麼歸誰管？其實這問題的答案再簡單不過，就是歸你自己管。走到這地步，浮現的是道德訴求的重要性。或許這就是為什麼從古到今，人講不出來道德訴求的理論基礎（道可道，非常道），卻又放棄不了道德訴求的緣故。不過正因為道德訴求難以有理論基礎，道德純粹是一種身體語言，換句話說，這世界上追求整體社會真善美的大小動作都是道德。法律工作有道德問題，但其實各行各業，蓋房子的、賣餐飲的、修汽車的、行醫的、教書的、仲介的，沒有一個不是如此。到最後，不管哪一行哪一業，行業的意義決定於善良的用心，正如有人買到會漏水的房子，有人買到不會漏水的房子，有人吃到有塑化劑的布丁，有人吃到沒有塑化劑的布丁。可見重要的不是一個人做的是什麼工作，重要的是一個人善良不善良，這是我說法律人並不當然可以驕傲起來的道理。對我而言，「法律人」甚至根本不是這世界上一個重要的標籤。

我曾經大約有十年的時間住在楊梅的山上，到今天為止，我還一直記得一件事情。一個秋天的清晨，我到社區的運動場去溜直排輪。過沒多久看到一位五十來歲的婦女，穿著一般家居的衣服，手上拿了一個黑色大塑膠袋走到籃球場邊坐在椅子上。我猜不出來塑膠袋裡面

裝的是什麼東西，也不知道她一直坐在那裡是要做什麼，心裡一直覺得怪怪的，會不會她是有精神上的狀況。意想不到的，又過了十來分鐘，忽然看到她從大塑膠袋裡拿出來一顆籃球，有些不好意思地走進籃球場，直直站在籃框前直線方向開始投籃。她投出的每一球都離籃框很遠，我想她根本不可能會把球投進去的。不過她還是繼續投，就這樣投了五分鐘之後，她才又走回場邊，把球放進大塑膠袋裡，然後拎著塑膠袋離開。我很感動的是，不管她是誰，對她來講，要把球丟進籃框，需要一些力氣，更需要一些勇氣。雖然她從頭到尾沒有一球碰得到籃框，但不管如何，投出來的每一球和喬登投出來的每一球都一樣，是一條曲度完整的拋物線。拋物線是球的軌跡，也是生命的軌跡，最後總是要墜落地面，但至少曾經向上飛起。我們對於生命中許多美麗的事物，不也是這樣去追求的嗎？

我們每一個人所讀到的法條都寫著相同的文字，像是萬聖節時商店琳琅滿目賣給小孩的神鬼面具，賣的只是形式上的複製品。但笑鐵面心中無喜，哭鐵面心中無悲，讓人戴上了面具也不知道自己要演的是什麼戲碼。為了不想掉進如此的尷尬，我們只能從自己存在的意義去理解法律、適用法律、對待法律。當法律最後變得和我們自己的樣子相符的時候，我們才躲掉了「俗世的哀傷」

第一部 法律到底是什麼

第一章 法律圖像速寫

人心擺不平的，
法律也擺不平，
像愛情。
現實沒有辦法的，
法律也不會有辦法，
像假日塞車。

一、法律要做什麼

對於生活大大小小的事情，法律提供一個遵循的依據，生活才容易有所安排。

人與人衝突時的處理規則

我們要如何確認一個人存在的意義？最直接的方式就是讓一個人從這世界上消失，然後看看旁邊的人會有什麼感覺。電視劇裡最常使用這一招的是家庭主婦負氣離家出走，讓小孩上學時發覺沒有便當可以帶，也讓老公發覺自己不會做便當。東西也是一樣，大多數人是在搬家的時候發覺一半以上的家當早已經被自己遺忘。那麼法律呢？如果世界沒有法律這東西，可能現實上一大票人會失業，因為包括法官、檢察官、警察、律師、法務公務員、私人公司法務人員，或學校法律系的老師都是靠法律工作在吃飯的。不過不用擔心這個問題，因為就像台灣話說的「一枝草一點露」，這社會即使少了法律行業，還有其他行業可以做，所以這些人從一開始念的就會是其他科系，一開始就已經種番茄、開餐廳、做水電工，或甚至如我自己所喜歡的開卡車去了。不僅沒有不快樂，或許生命還更亮麗。不過相對的，社會沒有法律，對於全部人的影響是什麼？就是和一些思想家們一樣，可以悠閒自在過著有尊嚴的日子？

我搬家到南部才體會到，所謂「交通規則僅供參考」是怎麼一回事。以前在學校開實務判決研究課程，讀到大量因為車禍的過失致人於死罪判決時，心中無法理解，為什麼人開車會有辦法這樣撞來撞去？現在終於知道為什麼了。原來駕駛人不管男女老少普遍走的是自由風，行車唯一指導原則是佛陀最高境界的「心中了無罣礙」，所以愛怎麼開就怎麼開，愛怎麼彎就怎麼彎。闖紅燈、逆向行車，機車騎到八十幾公里時速都是常態。至於轉彎車應該讓直行車先行或斑馬線

上應該讓行人先行，多數駕駛人不玩這一套。他們不是不遵守交通規則，他們好像是不知道這世界上有一個叫做交通規則的東西，難怪有辦法自然心中了無罣礙。我從年輕開始開了幾十年的車子，只是這時候也徬徨得不知道要怎麼開車和怎麼走路了，因此我開始呼喚交通規則女神的出現。從此可見法律是處理社會生活問題所必需，因為它提供人們行為的指針。關於行車靠右靠左或誰先走誰後走的問題，如果不是有一致的約定，全部駕駛人輕則一路上要分分秒秒耗費精神去瞻前顧後、左躲右閃，重則發生事故、車毀人亡。因此即使不發生事情，癱瘓生活步調的代價在今天的社會中誰都付不起。你就可以知道，對於生活大大小小的事情，如果法律提供一個遵循的依據，生活才容易有所安排。當然，現實上的前提是人們願意遵守法律。

反過來說，法律也是生活經驗的產物，因為如果不是有大量的生活經驗做基礎，我們也不會知道要寫出什麼樣的法律來。正因為十字路口容易有車禍，所以我們約定在十字路口必須依照紅綠燈指示來通行；因為喝酒開車經常會肇事，所以我們約定喝酒後不能開車。關於上面所說行車靠右的例子，可能有人會想到一個問題，就是有些國家，像日本的車子並不是靠右邊走，那又是為什麼？對此，我曾經看過一個說法是，美國西部牛仔佩槍，槍是佩在右邊腰際，所以人在路上必須靠右，彼此的槍才不會相撞而發生衝突。日本武士帶武士刀是佩在左邊腰際，所以人在路上必須靠左，彼此的武士刀才不會相撞。至於東南亞的一些國家，古時候的人是把劍背在背上，走在路上不管靠左邊靠右邊，你的劍和我的劍都不會相撞，所以這裡的人在路上都很輕鬆自在，不必管交通規則的問題。這可能也是一個笑話，不過不管怎麼樣，所要傳達的意思也就是法律和生活開展的密切關聯性。同時我們從這裡也可以推論得出來，現實環境不同的社會可能會有不同的需求，會形成不同的法律或道德律。

生活中的規則並不都是像交通規則這樣簡單的技術性約定，而是有很多牽涉價值判斷思考在裡面。例如關於父母親離婚時子女監護權的歸屬問題，過去世代之爭議糾結在男女的不平權（為什麼小孩子是

父親方的財產？）現代則糾結在對小孩子而言，是大人的經濟情況比較重要，還是大人的愛心比較重要？又例如人過世之後的遺產歸屬問題，是因為死者為大，所以活人應該遵照死者意願，或是這裡也要依循公平的原則？此外，監獄受刑人應該受到什麼樣的待遇？因為他們自己犯了罪，所以一堆人交纏堆置在一塊侷促的地板上睡覺就是他們可以得到的待遇，或是應該像歐洲標準一般，所謂自由刑付出的代價就是自由，除此之外，生活空間或配備標準和一般人在家沒有兩樣？然而不管那個價值判斷問題有多麼困難，甚至即使是不可能的任務，理論上也終歸要有一個法律決定，因為即使不決定，事實上也是一個決定，而且是必須付出更沉重代價的決定。像是關於離婚後子女監護權的問題，如果不是法律可以做定奪，恐怕我們要永遠看到離婚的父母親一人一邊拉扯著嚎啕大哭中的小孩。

法律與道德的相同和不同

法律是社會問題的處理規則，同時提供人們生活中的行為標準。可是我們所說的道德律或倫理規範，例如不偷竊、不罵人、不欺騙等等，不也可以提供這樣的行為標準嗎？有關這一個問題，從做為行為標準的高度來看，大家都聽過一句話，法律是最低限度的道德標準，意思是道德是做人的更高標準，因此脫離純粹法律層次而言，你不只要做守法的人，你最好要做一個有道德的人。在這樣的邏輯關係上，假設一個社會是高度道德意識的社會，那麼除了處理開車靠左邊或靠右邊一類的技術問題以外，法律是沒有存在必要的。因為如果人用愛心相對待，有包容，有退讓，所有現實衝突都會消失於無形，就好像年輕人追求男女朋友的時候，閉著眼睛愛來愛去，大概都不會計較聖誕夜請女朋友吃大餐的花錢，或是早上五點鐘起床陪男朋友晨跑的犧牲美容覺。不過最後現實問題是相愛容易相處難，即使人有愛心與耐心，也往往禁不起歲月的摧殘。到了分手的時候，有人追討兩年來全部請女朋友看電影、吃飯和買生日禮物的錢，也有人帶著西瓜刀或硫

酸去實現人間最後的公平正義。如此，當人與人間的愛心消失的剎那，就也是法律女神出現的時候。

不過關於道德與法律的區隔，更重要的可能是規範作用的實效問題，也就是國家法律有它的強制手段，迫使人不得不就範。除了汽車超速行駛時所收到的新台幣三千元罰單是一種手段，迫使駕駛人放慢車速之外，其實整個法律體系最後現實上能夠發生效果所依賴的就是這樣的一個機制。舉民事關係的例子來說，欠債還錢是一個傳統的說法，也帶有規範的意義。如果債務人借錢卻不還錢呢？法律上的機制是，債權人可以提起訴訟，請求債務人還錢。等待法院宣判債務人應該還錢的判決確定後，如果債務人還是不還錢，債權人可以聲請法院強制執行。執行法院可以查封債務人的房子或車子等等財產，經過拍賣後把拍賣所得（扣除必要費用）用來清償給債權人。刑法規定也是一樣，理論上寄望的是因為小偷偷東西會被抓去坐牢，所以大家不敢偷東西，亂罵人會被抓去坐牢，所以大家不敢亂罵人。當然這裡講的只是一個法律體系上的設計機制，現實上有時候機制也會沒有著力點，例如債務人根本沒有財產可以讓人強制執行，或是企業大老闆掏空企業資產後偷渡出國去逍遙法外。

相對的，道德律並不像法律一樣具有處罰等強制作用的手段。遵守道德律的人純粹是因為自己心中願意遵守道德律，至於不願意遵守道德律的人則依然有恃無恐的不遵守，所以道德律規範實效相對薄弱。因此不奇怪的，有很多人上吃到飽的自助餐廳時會從吃到飽一路吃到驚，並且離去時桌上還留下滿坑滿谷吃不下的食物。為恐道德律規範實效薄弱，有些宗教說法講道德律時會敘述一些類似十八層地獄的故事，例如浪費食物者將來可能下地獄變成一頭吃廚餘的豬。這樣的敘事方式在強制作用上已經具有法律意味，只不過一旦人不相信地獄的存在，強制作用也跟著破功。倒是現代社會針對一些特定職業團體，例如律師、法官、醫師或建築師等等羅列的倫理規範，由於具備了一定的罰則，所以也相當程度產生了強制的作用，其中的倫理規範也因此脫離道德的色彩。

法律問題往往沒有標準答案

法律是用來解決人與人間現實利益衝突的依據，因此當事實本身不清楚的時候，法律規定即使想要給人一個公平的交代，也會無可奈何。例如甲和乙都出手毆打丙，但就是分不清楚，到底丙的脾臟破裂是被甲打出來的或是被乙打出來的，因此也就無法下論斷，到底是甲或是乙必須對丙的死亡負責任。事實真相是如此重要，但問題是如同本書後面章節會討論到的，對事實的探索必須從證據的呈現去做推論，換句話說，事實本身不像我們眼睛現在看到桌上的一顆蘋果那麼清楚，而是一種猜測，類似我們從空空的桌面上殘留的氣味猜測這桌子上曾經擺放一顆蘋果。由於人的嗅覺能力有限，不同的人可能猜測出不同的東西，也可能完全猜測不出來。總之對於桌子上是否曾經擺放一顆蘋果這個事實問題，不一定會有大家共同認可的答案。其實從這個角度來看，甚至有一些事實概念本身的意義就讓人存疑，例如死刑判決時經常被用來作為判決依據的被告有沒有所謂「教化可能性」的說法，如果我們夠誠實，那麼應該很清楚，人心隔肚皮，無論今天的科學有多麼厲害，有誰猜測得出來另外一個人五年後或十年後會不會變成什麼樣子？

那麼是否當事實清楚的時候，法律問題就會有清楚的答案？很多人認為法律就像數學問題一樣會有標準答案，但其實不是如此。伊恩·麥克尤恩（Ian McEwan）寫的《判決》（*The Children Act*），故事核心敘述的是大家耳熟能詳的案例：因為家裡的宗教信仰，父母親拒絕醫院裡的小孩接受輸血救命，那麼法官在面對醫院輸血動手術的申請，是要站在保護宗教自由的一邊，或是站在保護生命價值的一邊？加上故事裡法官費歐娜自身婚姻困境的平行，麥克尤恩想要讓人理解，法官為每一個案子做決定時舉棋不定的步步艱難。不過這裡就不談這故事內容，我們借用小說裡另外一個帶過的陪襯案件來說明法律理性功能極限的問題。費歐娜處理過另外一個關於連體嬰分割的案

子，當中如果兄弟兩個人不進行分割，結果是兩個人都活不過六個月；如果進行分割，雖然可以保住一個人，但卻要任憑另外一個人立即死去。法官在這樣的問題底下，外在面對的是社會群眾兩極情緒正義與惡毒批評的壓力，內在面對的是其實只有上帝自己才可能解開的生命取捨困境。費歐娜當時所做的決定是讓雙胞胎被送進手術室，上訴法院最後也同意費歐娜的判決意見，駁回雙胞胎父母親的上訴。費歐娜的同事紛紛前來向她道賀，問題是這帶著生命陰影的結局果真可以讓人高興得起來？

故事裡費歐娜的判決是從所謂必要性原則做主張：進行分割手術的目的不是為了殺死馬太，而是為了救馬可一命，因此符合「在特定情況下，為了避免更嚴重的後果發生，法律容許某些違反刑法的行為」的法律原則。但是我們想一下，這樣的思考在法律上真的就對嗎？就從費歐娜自己所說的「必要性原則」的定義來看，這裡可以容許犧牲馬太，必須是為了避免更嚴重的後果發生。因此問題是，動分割手術而讓馬太死去，這樣就比較不嚴重？費歐娜判決分割的想法顯然是，如果不分割，馬太本來也就活不過六個月。但問題又來了：六個月的生命是比較不嚴重的事情？生命的價值是用長度來計算的？對於這一個問題，德國或其他一些歐陸國家刑法可能會有不同的說法。德國刑法理論應該不會就這樣承認六個月的生命是比較不嚴重的事情，因此如果要說理性上的對錯，犧牲這條六個月的生命去救另外一個人的生命還是不對。只不過人在現實上對理性的服膺有時候有人性上的高難度（典型的例子是一個人在海難當中搶了另外一個人的救生圈讓自己活下去），所以我們對於這樣的錯誤行為可以理解。簡單講，是原諒這做法，而不是肯定這做法。那麼這樣的說法是否就可以顛撲不破？其實當然也不是，因為至少你還可以問一個誰也答不出來的問題：理性的標準是什麼？為什麼用一條六個月的生命換來另外一條可能幾十年的生命是不理性？

對於相同的問題，看來嚴謹的理論都會有各自不同的認定，所謂專家也往往無法彼此說服。特別再看到每當發生複雜爭議時，法院或

國會外面到場聲援兩派人馬的叫囂與謾罵，不能不讓人懷疑，果真人類的理性模式在現實上是那麼有用的東西？因此美國憲法學教授保羅·坎伯士（Paul Campos）在《法律狂》（*Jurismania: the madness of American law*）書上就高度懷疑用理性思維解決法律難題的可能性。我個人認為，坎伯士的眼光在法律人裡面是少有的銳利。舉例來說，德國記者湯瑪斯·達恩史戴特（Thomas Darnstädt）在最近出版的《法官的被害人》（*Der Richter und sein Opfer: Wenn die Justiz sich irrt*）書上嚴厲批判許多關鍵性的法律概念並沒有被下過定義，也沒有被學術清楚研究過，像刑事訴訟法上所說「嫌疑」或「高度嫌疑」等等的名詞就是。我們必須承認，達恩史戴特所指出的情況的確是事實。但是關於對「嫌疑」或「高度嫌疑」這樣的概念做出明確定義的期待，坎伯士也早就以「沒有合理懷疑」的概念做例子，認為一個清楚的標準是很難的，並且還以這個例子表明，事實上「陪審團解決困難的法律問題，就像是擲銅板一樣，而不是像那些技術官僚和世俗的神學家所想像的」。這說法好像給人危言聳聽的感覺，但坎伯士的意思就是，不然你還能怎麼樣？

法律是解決人際利害關係衝突的辦法，因此站在經濟效益的考量上，這辦法是依照利害關係的均衡性訂出來的。簡單講，我們要優先顧及比較大的利益。例如有一個人走到荒無人煙的山上，忽然身上血糖降低瀕臨休克狀態，趕緊偷摘幾顆路邊人家種植的小番茄來救急。基本上沒有經過同意就摘走人家種植的小番茄，這是竊盜。但這裡是為了解救生命，小番茄的利益就算不了什麼，因此法律也會同意這是所謂的緊急避難，不會構成竊盜罪。至於民法上要還農夫小番茄的錢，那是另外一個問題。可惜的是，天底下法律問題裡的利益對比並不永遠都像這裡一條人命和幾顆小番茄的關係這樣清楚。利益關係對比不清楚的情況就會形成法律難題，例如上面所說連體嬰分割的情況就是。這樣的問題不只出現在個案裡的具體關係上，也出現在立法問題上，例如我們鬧得沸沸揚揚的問題，勞工一週要修幾天假？怎麼修？是一例一休或是其他？在利益對比關係不清楚的情況，邏輯上問題自然不容易有答案。比喻來說，超商貨架上擺了一排製造日期完全

一樣的橘子果凍，你要挑哪一盒？有趣的是，有很多人到超商買果凍時還是要在貨架前面深沉哲學思考十分鐘，以便找出不同果凍之間的差別。這不是笑話，因為事實上有很多人，甚至應該說是大部分人堅定的相信法律問題都一定會有客觀公正的答案。坎伯士把這種一般人所期待的高度法律內在理性稱為「理性主義的女妖」。

法實證主義要求法律概念應該有一個可供檢驗的標準。不管從理論本身或從經驗角度來看，這樣的主張都有它重要的意義。因為如果不是如此，任何法律的操作最後都可以隨著個人的情緒遊走，有標準等於沒有標準。比喻來說，台灣諺語說媒人婆的話不能聽。為什麼呢？因為媒人婆所謂「貌似天仙」或「玉樹臨風」都是隨人家愛怎麼說就怎麼說的東西，所以等到洞房花燭夜發現新娘貌不天仙或新郎玉樹不臨風，都只能啞巴吃黃蓮。法律上的例子是早期對所謂流氓的檢肅，檢肅的標準是類似「藉端滋事」或「遊手好閒」一類的概念。從今天角度來看，如果拿這些概念作為法律標準，恐怕社會上全部上街頭對政府政策抗議的人，或只要不是朝九晚五的上班族就要人人自危了。因此法實證主義這種對理性、對概念精確性的要求是合理的，但問題是，一個概念必須精確到什麼程度叫精確？

我也曾經看過有說法認為，比例原則或社會最大利益概念都是沒有用的概念，因為這些概念操作起來都不精確（像利益大小的比較問題）。其實一個概念必須精確到什麼程度叫精確，最後的依據是，現實上有沒有更精準的標準可以取代？如果現實上必須有一個標準的存在，同時也找不到另外一個更好用的標準，那麼既存的標準就是一個最好的標準。舉例來說，刑法上對於傷害罪有重傷害和普通傷害的區分。從平等原則來看，這區分是有它的必要性，因為重傷害就要判重一點，普通傷害就要判輕一點才合理。不過這概念顯然會產生一個問題，傷害要有多重才叫做重？斷一指嚴重不嚴重？拇指？無名指？半指？三指？五指？要說概念不清楚，這也是概念不清楚。但如果因此根本廢掉重傷害和普通傷害的區別，明顯重傷害的可以輕判，明顯輕

傷害的可以重判，有比較好嗎？相同的道理，如果不是有類似比例原則或社會最大利益的概念，那麼更好用的概念是什麼？

「理性主義的女妖」的說法並不是要主張無理性主義。坎伯士寫《法律狂》的用意就在警示我們對法律理性的信仰不要走到極端或甚至失控的地步而已，一如坎伯士在書上最後所提出來的結論是中庸之道，是「司法的齋戒」。因此關於法律問題是否可以透過理性思維找到答案的問題，答案應該是，問題當中利益對比差異關係明顯的時候可以，問題當中利益對比差異關係不明顯的時候不可以。這道理類似台灣話所說，「真藥醫假病，真病無藥醫。」不過說實話，即使真藥只能醫假病，也已經功德無量。至於真病無藥醫，人必須學會接受，因為身上一堆插管也只是和自己過不去。

法律不是什麼都管

我們的生活到底要有多少法律上的照護才夠？這個問題邏輯上的答案自然建立在，人的願望有多大？如果人的思想已經成熟，應該不會寄望法律必須要統包一切大小事情的規範。例如我們大概不會需要法律對人的穿著打扮也做規定，以免有人妨害市容。因為即使人穿著不好看，也不會讓別人難過到哪裡去。不過很多時候，法律照護的不足是會讓人很敏感的。最簡單的例子是個人綜合所得稅的基本扣除額，每一個人十萬元出頭的基本扣除額，平均一個月不到一萬元，在今天的物價底下果真可能維持生活？健保給付用藥的範圍對大部分人來講固然不是問題，但是對許多罕見疾病者而言，那可能是會讓人破人亡的事情。

人可以有很多願望，但是法律保護永遠不完備，當中往往出在現實資源能力問題。我們固然也可以讓健保給付一切用藥或醫療，例如包括美容醫療，但這樣一來醫療費用是無底洞，因此最後總必須劃下一條停止線。德國至少在過去，大學教育可以說是沒有任何學費的，

但那是因為德國有強大的經濟實力，其他國家可能就沒有辦法這麼做。法律的不介入，也有時候是因為技術上的關係，換句話說，基於種種因素，法律介入也沒有用。例如關於用功念書的事情，幾乎沒有一個家長的最大心願不是自己的小孩用功念書。但事實上，藏在小孩身體裡面的基礎方程式就不是念書，而是一直玩一直玩，今天被老師打屁股的小孩明天還是不會交作業。因此我們也不可能寄望，訂定一條法律規定小孩必須用功念書，從此小孩就用功起來。相同的道理，不管事情有多重要，法律不會規定大人必須日行一善或一個月至少必須讀三本書。總之法律本身基本上會知道，沒辦法管的事情就不要去管。當然，如果忽略了這一層道理，有時候法律會管到不該管的事。像是法律規定通姦罪的問題，其實你很難想像外遇者和第三者是查過六法全書（看看通姦罪廢除了沒有）再決定他們今天要不要性交。

不過我們也不要以為，法律對人的照護就是越多越好。這裡牽涉到人的意義問題：人是被照顧得越多就越好嗎？或許我們想想看照顧小孩子的情形就可以體會一二。本書後面還會提到，台灣的家長對小孩子的養育概念很多是，小孩子只需要管背書和升學的事情，不需要管人生的事情。很清楚的這是讓小孩失能的教育，讓小孩子不會自己洗衣服、自己做飯、自己打掃房間、自己動腦筋，更不用說其他工作或幫助別人。從淺層來說，這樣的教育是導致小孩失能，從深層來說，是讓人失去人的存在價值。不只個人觀念如此，政府的觀念也是如此。台東森林公園裡有一個被早期當地神父稱為「國王的游泳池」的活水湖，長一千多公尺，寬一百公尺，深兩、三公尺，長年恆溫。但因為過去曾經發生有人溺水的事情，所以我兩年前去的時候還看到四周出現禁止游泳的告示牌。管理單位或許認為這樣就可以免去麻煩，顯示我們的政府和人民對做人的自我負責原則都還陌生。問題是，人生應該如此鬱卒與如此無法長進嗎？其實至少做家長的應該都會知道，小孩子從國中開始在很多事情上就已經對爸爸媽媽的細心呵護厭煩不已，為的只是自由。

法律不完備是當然的事情。不過既然法律是不完備的，所代表的意義就是，法律並沒有應許人一個完美的人生。或許有人認為，法律至少已經把重要的事情規定為法律，例如不能殺人、不能放火、欠債還錢、損害賠償等等，因此法律已經給人生活保障。至於其他事情例如待人要有禮貌、說話不要大小聲、不要騎機車逛夜市或菜市場，或甚至要常常洗澡以免臭氣薰人等等，對他人造成的影響反正沒有那麼大。如此看來，只要我們看管好法律範疇內的問題，大概就可以保住人們生活的基本幸福了。但果真法律已經可以提供人類生存幸福的基本保障？要回答這一個問題的最簡單設想是，法律為了防治噪音，已經有噪音管制法的規定。現在假設根據噪音管制相關法規，夜間鄰居持續噪音超過N分貝就會遭受行政處罰。再假設我們隔壁鄰居三更半夜持續三個鐘頭唱卡拉OK的音量一直維持在N減一分貝，唱的是一再破音的〈愛你一萬年〉那首歌，換句話說，是在法律管制範圍之外，那麼請問接受三個鐘頭N減一分貝音量〈愛你一萬年〉包圍的你，幸福嗎？

我在網路上看過好幾次的報導，內容提到有一個醫生不忍心離島居民缺乏醫療照護，於是乾脆自己買一條船，學開船，每個禮拜都開船到離島去為病患看病。這裡重要的是醫生的愛心，但其實法律沒有規定人要有愛心，更不可能規定醫生要自己買船開船去照顧離島的病患。就此而言，法律與美麗人生其實是脫鉤的。法律不介入愛心的領域，這並不是法律的錯，因為法律技術上本來就沒有辦法制約一個人內心的愛與恨。只不過純粹歸屬人們善良意願管領的事情，雖然法律沒有規範，但並非就是和美麗人生不相關的事情。簡單講，法律永遠不會具備完備性，那麼法律也構築不出完美人生。

在這樣的概念下，我們來看一個嚴肅的議題，就是關於訴訟誠實的問題。關於誠實，除了特殊情況，例如偽證、偽造文書、保險契約行為上的資訊隱匿等等，法律並不介入一個人誠實不誠實的問題。不過我們很快可以看到這樣的基本原則在法律現實範疇內的一些作用。這問題要從訴訟法上的證據原則說起，也就是法律訴訟上認定事實必

須有證據。我們可以理解，證據原則有其必要性，因為如果不需要證據就可以被定罪或是被認定欠債，我們任何人不知道哪一天都有可能被看我們不順眼的人誣陷入罪，或是被要求所謂欠債還錢。現實問題是，當事人或訴訟代理人在法律訴訟攻防上的說謊可以大幅度提高自己的勝訴機率，因此我們已經把否定對方所主張的一切事實當作訴訟攻防的第一個原則。

當不誠實成為一種現實法律文化，耗費的是全部人的資源，其中最嚴重的成本可能就是正義理念。設想你借給好朋友五百塊錢，既然是好朋友，你當然不會要朋友寫收據，因為不信任人的態度不免會傷人。不過好朋友借錢沒有寫收據，一旦好朋友不承認有借錢，你既要不到錢，也打不贏官司，這時候就輪到你傷心了，因為你這時候才發覺「愛我的人傷害我最深」。也難怪卡勒德·胡賽尼（Khaled Hosseini）在《追風箏的孩子》（*The Kite Runner*）裡的阿米爾在美國時要回想起他家鄉喀布爾的老習俗。當地人到麵包坊時折樹枝來當信用卡，樹枝上刻一條凹痕代表麵包師傅的一塊南餅。到了月底就按樹枝上的刻痕付錢，「就這樣。沒問題。沒證件。」其實我在德國念書的時候，到啤酒屋喝啤酒也是如此，服務生在紙板杯墊上用原子筆畫一條線就代表一杯啤酒。

現在的人學乖了，懂得凡事要有證據。我們可以理解，一些傳統的契約書寫有其必要性。像是商業契約或甚至只是租賃、搬家的事務，涉及複雜的細節事項，如果沒有白紙黑字，可能大家也記不清楚約定的內容。然而今天社會氛圍對於一個人生活證據的需求密度越來越高，已經到了無孔不入的地步。典型的例子是開車的人車上都裝設了行車紀錄器，因為闖紅燈的人不會承認自己闖紅燈；下級公務員和上級談論業務時會暗中錄音，因為事發後上級長官會否認當初的交辦內容。為了因應不誠實的文化，我們也逐漸習慣於證據文化。證據文化是有代價的，你繳了停車費或是繳了稅之後的單據要很煩又很累的長年保存好，我們街頭上無所不在的監視錄影已經把每一個人的隱私全部攤在陽光下。至於法律訴訟，法庭資源和當事人資源百分之八十

以上是耗費在證據問題的爭論上。然而最大重點是，在不誠實文化（訴訟上終極的事實否認）底下終究有很多公平正義要被落空，而且是在我們自己也心知肚明的情況下帶著一臉的笑意讓它落空。因此結論是，法律制度包辦不了人間的完美。既然如此，難免令人感到焦慮，那要怎麼辦？有關這一部分的疑慮，是本書最後一章要處理的問題。

二、法律現實上都有用嗎？

當法律規定和人性，或是和人的基本能力極限衝突的時候，法律的現實效益可能根本為零。

法律效果也要看現實條件

因為人的行為並不是被單一因素所支配，法律效益會受到我們已經看出來或我們沒有看出來的現實條件所左右，因此我們不能寄望法律的存在就當然可以發揮控制好社會秩序的效益。舉例言之，如果法律是魔法，照講刑法上規定的竊盜罪應該相當程度可以解決竊盜問題，但事實上我們日常生活對竊盜的擔心還是無所不在。我喜歡騎我的公路車在山海之間到處跑，既然是公路車，當然就不宜再加裝防盜鎖，以免影響單車重量和影響騎士的有型。問題是每一個單車騎士心中都會有單車被偷的陰影，所以不管到哪裡，吃飯、買飲料或甚至上廁所時都必須有車在人在、車亡人亡的心理準備，要和車子黏在一起。原來對竊賊或甚至一些僅僅是好奇的年輕人來講，公路車夢幻指數的百分之一就已經可以讓刑法竊盜罪的威嚴完全破功。

有一些法律效益問題和現實社會條件的普遍連結是很清楚的。大約五、六年前一個下著小雨的冬天晚上，我走過師大路與和平東路口，看到一部載滿柳丁的小發財車。因為發財車上一塊牌子寫著「七斤一百元」，於是我就靠過去買柳丁。就在我挑柳丁的時候，警察來開違規罰單了。對於發財車老闆的苦苦哀求，警察只回了一句話，「我不開罰單，你不會怕。」於是就開了罰單。當然，如果要講對錯，我們不能說警察可以不開罰單，因為雖然討不到生活的人很可憐，但是違規是事實。對於道路違規的行政罰，也是法律清楚的規定。只不過我一直在想警察說的「我不開罰單，你不會怕」那一句

話。如果我是賣柳丁的老闆，當我家裡的小孩沒有註冊費，甚至家裡的小孩沒有奶粉錢，那麼我要怕什麼？

講到現實處境問題，大家或許對一兩年前的一個社會事件還有印象。一個長期照顧腦麻兒子的父親在身心俱疲之餘，有一天和兒子發生情緒上的衝突。父親在車子上回頭問兒子說「我把你掐死好不好？」也同樣身心俱疲的兒子用清楚的意識說「好！」於是父親就把兒子掐死了。這一件事情在法律上當然是不容許人殺人，但我們也很難看著法律判這個爸爸殺人罪而覺得心安。如果不是國家把個別家庭根本負擔不起的重擔丟給個別家庭去處理，為什麼一個已經照顧兒子幾十年的父親卻又動手掐死自己的兒子？更重要的是，法院把腦麻兒子的父親判殺人罪，是否以後腦麻兒子的父親就不必，也不會再掐死腦麻的兒子？我想起在德國念書時學生宿舍裡住了身障同學的情形。德國政府照顧這些身障同學，除了從所住的宿舍經過大小馬路，一直到大學各教室或圖書館之間必需無障礙之外，三餐時間都會看到一位替代役男到宿舍樓層餐廳來為身障同學準備伙食。有時候身障同學想進城中心去看電影，我就看到一部輪椅小巴士來載他，也是由一位替代役男陪他一起到城中心去看電影。反過來看我們的替代役男，過去一、二十年來很多被用來服務大大小小的企業家，卻不可能被用來照顧弱勢者。你會發現，有時候犯罪問題並不是犯罪問題，而是經濟政策問題與其他社會政策問題。

有些法律本身不切實際

從人性的角度來看，當一個法律規定和人性，或是和人的基本能力極限衝突的時候，法律的現實效益可能根本為零，換句話說，即使規定了也不會有作用。其實法律本身的訂定有時候就已經把這一層道理考慮進去了，像是刑法上規定，十四歲以上的人才會構成犯罪。法律本身知道，小孩子是心性還不穩定的人，對他們施加刑罰，顯然強

人所難。至於未滿十四歲的人殺人、放火或竊盜怎麼辦？法律說可以對他們實施感化教育，理論上也就是要耐住性子、用愛心去教育他們，而不是處罰。除此之外，刑法也規定，對滿八十歲的人犯罪可以減輕其刑。這規定並不是基於一個簡單的敬老的意思，而是老年人的腦部結構可能退化或受損，往往已經沒有完整的思維和控制能力，行為類似病人的反應。由於刑罰是要處罰壞人，而不是處罰病人，所以法律規定可以從寬處理。

但法律規定有時候也會忽視這一層道理的存在，做了無效益，甚至是負效益的規定。其中一個明顯的例子就是對通姦罪的處罰，不過我們在其他章節會討論這一個問題，所以在這裡就不重複。除此之外，明顯的例子像是台灣早年票據法有對所謂空頭支票的刑罰規定，也就是發票人開了支票卻讓受票人無法兌現時要去坐牢。從法律的角度來看，如果一個人存心詐騙，刑法已經有詐欺罪的規定可以處罰詐騙者。在詐欺罪以外又規定對空頭支票的刑罰規定，表示即使不是故意詐欺，還是有罪。但這樣的規定合理嗎？如果不是故意詐欺，表示發票人是發票之後無力清償債務。如果對於無力清償債務也要當作犯罪來看待，那麼是不是對民法上全部的債務不履行也都要用刑罰來對待？我們每一個人，特別是生意人，本來都有經濟起起落落的風險。這一些經濟情況往往不是人所能逆料，因此對於空頭支票的處罰並不合理。後來由於社會上空頭支票滿天飛，造成犯罪統計數字上駭人的紅字，好像這社會裡有一半的人是不良民。並且票據犯罪被告大部分是根本不知情的老闆夫人，因為他們在公司登記上被掛名為負責人。這種種的怪異現象最後終於促使票據法廢除了對空頭支票的刑罰規定。其實廢除了票據法對空頭支票的刑罰處分，提醒個人生意上來往時注意對方信用問題，反而解除了空頭支票氾濫的問題。

使用毒品罪的規定也有相類似的情形。近年來的毒品相關法律規定，已經逐漸把使用毒品行為界定為一種疾病，換句話說，是出於生理或心理調適的問題，因此對於使用毒品行為也採取比較寬鬆的待遇，大致上只要能夠達到治療的目的，沒有必要看待為犯罪。但大家

可能無法想像，早期對於使用毒品，我們的法律不只規定為重大犯罪，而且曾經規定對毒品犯不得假釋，甚至最嚴重的是，使用毒品三犯唯一死刑。當然可以想見，如果使用毒品行為是一種疾病，那麼若非更多的經濟政策或教育政策，重刑除了激化毒品市場價格，甚至滿足毒梟的獲利之外，也不能改變什麼。

道高一尺也會碰到魔高一丈

法律規定了許多權利義務關係，並且也都列出違反規定時一定的法律效果，例如侵權行為的損害賠償，或是違規停車時的罰鍰。法律課本上常說，一個處罰規範同時也就是一個行為規範。這一句話的意思是，我們期待在法律的規範下，社會生活從此上軌道。但事實上發展出來的結果又如何？其實，法律規定的文字內容就只是對違反規定者施加一定的處分。法律文字並沒有說你一定不可以有侵權行為，或你一定不可以違規停車。這文字邏輯上的結果是，只要你錢夠多，準備好被連續開單處罰，你也可以大方的、長期的違規停車。這不是一個文字邏輯上的說法而已，事實上也是如此，像違規排放污染物的工廠不是就這樣做嗎？假設一個行政罰處的是新台幣一萬元的罰鍰，但工廠一次排放有毒廢水可以節省新台幣三萬元的成本，或罰鍰金額雖然高，但事情被發現的機率很低，那麼工廠的選擇可能是提撥好準備金準備接受罰鍰，同時大方的排放有毒廢水。相類似的例子，高速公路有很多取締超速的測速照相，但多數車輛是在出現照相的地方減速，離開之後又超速。可見只要不是人有尊重法律的意願，法律規定跟著就沒有意義。

一個適當的法律如果普遍不被遵守，反映出來的是守法意願的問題。我有很多次在台東鐵馬棧道騎車或走路的經驗，鐵馬棧道利用舊有鐵路改建，棧道兩旁綠意盎然，藍天底下平疇沃野，深受台東市民和觀光客的喜愛。問題是，雖然棧道和一般道路交錯的路口設有行人

專用的紅綠燈，但行人或鐵馬騎士在繁忙的交通中等到綠燈要過馬路時，汽車駕駛人卻幾乎沒例外的一部車接著一部車若無其事的闖紅燈，執意不讓綠燈的行人或鐵馬騎士通過。面對這樣一個只有硬體卻無軟體的怪異，我看過一個外國人站在路口氣得跳腳、破口大罵。鐵馬棧道路口的怪異現象只能說是駕駛人已經習慣闖紅燈，但這習慣改不過來同時也說明駕駛人沒有遵守法律的意願。

對於一個適當的法律而又普遍欠缺守法的意願，一方面是公民教育的問題，另一方面是法律執行面的落差問題。很多研究指出，法律執行的密度會關鍵性的影響法律的效益。其實這一個道理是很容易理解的，前面說的高速公路上的測速照相取締就是一個清楚的證明。只不過法律執行本身也需要成本，所以有時候執行上會有現實的困難。像是基於隱私權的保護，我們不可能每隔一公里就固定設置一個測速照相。但執行上的落差也可能是出於政治考量。我們在鄉下的城鎮中心可以看到，整條慢車道變成汽車的停車格，在二線城市可以看到，騎樓變成商店的賣場，在一線城市可以看到，人行道變成機車道。人民的守法意願不足，加上政府的執法意願不足，按照破窗理論的說法，最後的結局必然是積重難返。積重難返到了今天，演變成政治問題。在今天的社會生態下，對於常態性違法現象的導正影響到的是政治人物的選票，這也是為什麼我們社會會有那麼多怪異現象的原因。所以說法律執行面的落差問題，根本上還是公民教育的問題。

問題最嚴重的是政府本身的守法意願問題，因為政府本身的不守法已經赤裸裸的向人民宣示法律規範的無意義。政治人物藉著政治地位上的優勢，往往不畏懼法律規範的存在。例如地方首長以捷運建設用地徵收之名進行所謂聯合開發，剝奪地主的財產權，折損人民公共財，圖利自身特殊關係內的建商集團。又例如東部海岸線的飯店開發案，地方政府無視環境影響評估程序的問題，縱容財團在自然生態區大興土木，倚靠的也是政治實力上的賭注。即使法律上經過一連串訴訟程序最後確認其違法，也沒有任何政治人物因此負責或僅僅是感到不好意思。對於這樣的明目張膽，政治人物自有其法律上的詮釋來主

張自己所作所為的合法性。只因為法律文字必然某程度的抽象，法律的詮釋在正義理念上本來就是要容忍無窮盡的想像和主張，因此即使魔鬼帶著魔鬼的面具而來，程序上魔鬼也有權利對法律做詮釋。只不過既然是魔鬼詮釋，所詮釋出來的也是傷害整體社會利益的法律詮釋。雖然理論上政治掌權者所做的決定後來也必須面對法律的檢驗，但那通常是在已經造成傷害，或甚至傷害根本無法平復以後的事情了。這也再度顯示，對於法律一個符合正義理念的詮釋和執行，最後現實上還是要看執政者的善良意願。如果對依法行政或比例原則的詮釋結果是，傳承自老家的地主要眼睜睜的看著自己的土地一夕之間被政府圈走，也眼睜睜的看著所謂企業家在圈來的那一塊土地上蓋起高樓、賣起豪宅，那麼不禁要令人懷疑，果真依法行政或比例原則等等的法律概念本身就是如此偏執？或者那僅僅是被政治人物詮釋出來的偏執？

第二章 理想與現實的落差

當我十八歲上大學念法律系時，
覺得法律是神聖的東西，
因此法律人也跟著會有一點了不起。
但時間過去了，
我發覺好像不是如此。

一、名為正義的法律理想

公平概念的發展可以有兩個可能性，一個是公平的幸福，另外一個是公平的不幸福。

對公平待遇的期待

世界上的概念都來自於現象之間的相對落差，像是天色明與暗、樹木高和低。快樂和不快樂，或幸福和不幸福的感覺，理論上也應該如此，是從不同心理狀態的對比而來，例如吃一塊蛋糕的心情對比走路跌了一跤的心情。會讓人快樂的事情有無限多，會讓人不快樂的事情也有無限多，所以兩者之間的具體對比情境也有無限多。除了吃一塊蛋糕對比走路跌了一跤之外，也可能是刮刮樂中大獎對比鳥屎下到剛洗過和打過蠟的汽車引擎蓋上。至於所謂幸福的概念，我們大致上不會因為走路跌了一跤或是鳥屎下到汽車引擎蓋上就說自己不幸福。似乎幸福不幸福的概念是一種比較長期性與穩定性的快樂或不快樂的對比，例如職業、婚姻、健康或財富。不過不管是講快樂或講幸福，如果每一個人都受到一樣的待遇，例如每一個人臉上必然都會長七顆青春痘，或是每一部汽車每兩個月都必然會遭到鳥屎攻擊一次，那麼臉上長七顆青春痘或汽車遭受鳥屎攻擊的人或許比較容易釋懷。就好像沒有人會因為自己沒有和鳥類一樣長翅膀自在飛翔就自怨自艾，說是造化作弄人。因為，反正別人也沒有長翅膀。

在對於正義或法律正義概念的研究上，各種關於正義的定義講的大約都是公平、公正或平等的原則。有些書上更簡單直言，正義基本上就是平等。至於法律之前人人平等，也幾乎是每一個國家憲法針對法律所明白標示出來的基礎原則。為什麼呢？法律是以具體權利義務關係為內容的社會生活規則，換句話說，涉及包括正利益與負利益的利益分配問題。從人類經驗的角度來看，人對於利益分配最在乎的基

本原則是公平。所謂公平，大致上的意涵約略是無差別待遇。人在心理上高度無法忍受遭受負面的差別待遇，其中除了物質生活保障的問題，更重要的是遭受人格歧視的挫折感。因此在日常語詞的使用上，公平這一個語詞經常與正義並列，反映人們把正義概念核心直接指向無差別待遇意思的公平。

其實從社會整體最大利益總量的考量也告訴人要把公平當作正義的核心概念，因為除非社會內部差別待遇是基於更大額外利益的目的，否則社會內部歧視本身就會帶來傷害，連帶傷害社會整體利益總量。並且在技術上，儘管人是自私的動物，但有趣的是，我們每一個人自己也都知道一個事實，就是人性自私。在這樣的認知下，理性告訴人，如果每一個人都從自私的角度去界定自己的利益版圖，結局就是無止境的衝突。因此從人的理性思考處理利益衝突問題，現實上可行的標準只剩下一條路，就是平等待遇。在這樣的基本概念上，我們都熟知憲法上關於平等的基本原則就是，一個人不應因為男女、膚色、種族、宗教信仰等因素而受到不同的待遇。

可能有人懷疑，法律正義的內涵都是建構在利益分配問題上面嗎？像對犯罪的刑罰、行政法上的行政罰、民刑事訴訟法，或是很多組織法的規定，好像和所謂利益分配問題沒有關係。其實所謂利益分配並不都指向形式上清楚的財產利益分配，而是包括人所感受的各種不同利益，包括生命、身體、自由、財產、名譽、地位等等。因此包括惡法在內，任何法律都有其背後的利益盤算，剩下的問題就只在，哪些人獲得什麼利益和哪些人付出了什麼代價？以刑法上的過失致人於死罪為例，固然形式上的規定就只是對過失致人於死者處兩年以下有期徒刑，不過這一個規定背後涉及對生命利益的保護。因此相關利益分配問題的內涵就在於，人一方面有行動自由的利益，另一方面有生命的利益，那麼在二者可能產生衝突的情況下，例如開車不小心撞死人，駕駛人應該負起多大的自我約束的義務？法律對過失致人於死罪的刑罰越重，表示法律分配給生命利益越高度的比重，分配給行動者行動自由利益較低度的比重。最後這裡的正義問題是，兩年以下有

期徒刑是否是在潛在被害人的生命利益和潛在加害人的行動自由利益之間一個合理的比重？

無差別待遇都合理嗎？

但是，無差別待遇永遠就是合理的與正義的嗎？人們對公平最簡單的想像是，上帝在每一個人來到世界時都配給等量的糧食，並且在以後每一天的小孩時期也都是如此，直到他長大可以自食其力為止。不過我們也都馬上會發現，現實世界根本不是長成這個樣子，因為上帝一開始就給每一個出生的嬰兒不同的基因，有人機巧，有人驚鈍，有人俊秀，有人阿格力。上帝也把每一個出生的嬰兒丟到不同的家庭裡面，有人生在富貴之門，有人落於貧困之家。一個快速讓你覺察人生不公平的問題是，「如果可以選擇，你下輩子要做哪一國人？」對於這一個問題，你的答案果真可能是「隨緣」？顯然人從被生下來開始就一直不是被公平對待，而且經常是讓人一輩子難以翻身的不公平。印度裔作家羅尹登·密斯崔（Rohinton Mistry）在《微妙的平衡》（*A Fine Balance*）書裡面的收租人依伯瑞尹就控訴了，到底這輩子做錯什麼事情而要過著如此疲憊的人生？後來顯然他已經無法相信世上有公平這回事，於是開始在占卜師和算命師那裡尋找命運的答案、心中的歸依。這樣的現實讓人不勝唏噓，因此有人只好自我安慰說，人也可能是上輩子做錯了事情，所以這輩子來還債。

既然現實世界一開始就不公平，那麼公平正義的定義依然是人與人之間的無差別待遇嗎？假設社會上有十個人，公平正義的概念是把十塊錢平均分配給每一個人一塊錢嗎？理查·萊亞德（Richard Layard）寫的《快樂經濟學》（*Happiness: lessons from a new science*）對公平概念有很清楚與生動的論述。簡單講，人對自己所得到的東西有所謂心理適應現象。用馬拉松路跑做例子，一個人第一次用五個小時跑完全程馬拉松，他可能已經在大庭廣眾下不顧形象的淚流滿面、

激動不已。但是第二次跑全馬，如果不是出現個人最佳時間，可能他就激動不起來了。不是因為他跑第二馬時變得比較不幼稚，而是因為心理適應的關係，也就是相同成績在第二次的心理刺激自然下降。物質的獲得也是一樣，增加所得所帶來的快樂指數會隨著既已擁有的增加而持續下降，就好像我第一次到日本吃到真正的日式豬排時心中驚為天人，但是第二次、第三次以後，雖然天人依舊，但我並沒有驚。因此《快樂經濟學》接下來的核心主張是，相同的一塊錢帶給一個窮人的快樂大於帶給一個富人的快樂，所以從更大社會快樂總量的目標來看，把這一塊錢分配給窮人是最有效益的做法。在這裡，分配上的差別待遇似乎相當可以撫慰人心，並且也沒有人會指責說差別待遇是不公不義。也是在這樣的概念底下，我們並不會對每一個國民課徵一樣的稅，因為如果富人與窮人繳納一樣的稅，富人納完稅後過的還是開名車、住豪宅、吃龍蝦的生活，而窮人納完稅後卻沒有錢可以吃飽飯。不僅如此，重點是富人開名車心中也已經無感，而窮人衣食無著卻是椎心之痛。如此經過快樂指數的加加減減，無差別待遇應該並非正義概念所要的公平方式。

我們可以再看一個最多數人關注的問題：是否每一個工作都應該領一樣的薪水？如果每一個人不管工作內容如何都領一樣的薪水，那麼人自私的天性導致的結果是，社會上需要投入較多成本的工作，不管是高勞力或高勞心，大概都少有人願意去做。當然對於這一個問題也有另外一種說法是，社會上有很多人，每一個人都可以根據自己的興趣或甚至理念去選擇工作，到最後各行各業都有人做，而且每一個工作崗位上的人是因為興趣或理念而來的。不過現實往往殘酷，各行各業都領一樣薪水的社會結果會是如何，不是一個簡單邏輯的問題，而是牽涉複雜人性因素的問題。至少社會現實最簡單的例子是，做醫生的除了基礎教育的大量時間、金錢、力量的投資外，進入醫院以後經常不眠不休的苦勞，卻又要被病患家屬提告跑法院，甚至直接遭遇拳腳相向，那麼如果醫生的收入是和各行各業全部一致，我們社會果真還會有足夠的醫生？我們是否準備好要接受欠缺醫生的社會，或者至少準備好要接受欠缺專業與熱情的醫療體系？有關這一個現實問

題，其實今天醫療領域所謂五大皆空，只剩美容醫療獨夯的現象已經給我們答案了。

我想到我服兵役時分發部隊的事情。服兵役的男生在訓練中心受完軍事訓練後，根據抽籤結果被分發到不同部隊。籤抽出來時，有人欣喜若狂，因為事少離家近，睡到自然醒。但是也有人呼天搶地，因為分發離島兩年，人在天涯海角，任他貌若金城武，歷史上還沒有人可以對抗女友兵變的天數。雖然我受訓時一位軍法科的同學在馬祖北竿兩年看海的日子裡練就一手優美動人的古典吉他，但是如果他可以選擇，相信他也不會選擇要去離島，因為他也遭遇兵變，不知道古典吉他要彈給誰聽。從這樣的理解來看社會分工的待遇問題，採取無差別待遇薪資的結果可能是大家只願意做某一些工作，不願意做另外一些工作，或者只能專業性不足的做某一些需要高度專業性的工作。於是在許多社會生產或甚至許多基本制度的停滯下，大家都很難生活下去。因此關於薪水問題，最後依循的不可能就是形式平等原則，而是相當程度的市場機制。

公平的標準是什麼

我們從上面的說明可以知道，公平作為法律正義的核心概念，並不是為公平而公平。包括人們對公平正義的想法，任何理念的存在都是為了追求整體社會的最大利益，因此對於理念的定義必須符合最大社會利益原則。在這樣的前提下，真正的公平並不等於無差別待遇，所以法律上傳統學說對公平概念也有一個很聰明（或也有一些狡猾）的定義就是，「相同情況相同處理，不同情況不同處理」。在這裡，實質公平的概念已經完全否定掉形式公平的意義了。不過，「相同情況相同處理，不同情況不同處理」這樣一個法律上對實質公平的定義就馬上清楚有效的處理了公平概念相關的問題嗎？對於實質公平的定義，重點問題是，所謂相同情況或不同情況，如何區分？所謂情況相

同或不相同，理論上決定於某一些基準項目的比較。例如有人認為，因為都是人（單純以人做為比較基準，只要是人，就是情況相同），所以生存權、自由權、訴訟程序上的辯護權，甚至犯罪人的基本居住權都要受到保障。但是相對的，也有人認為，雖然都是人，但是人有分好人和壞人（除了以人做為比較基準項目外，加上以人的「品質」做為比較基準，所以「好人」和「壞人」情況不同），所以應該有不同處理，壞人不應該受到生存權、自由權、辯護權或居住權等等的保障（因此涉案嫌疑人都應該被羈押，或是犯罪人的居住空間應該被壓縮到無法平躺睡覺的地步，甚至例如菲律賓總理杜特蒂所認為的，煙毒犯者根本不是人，所以人民對疑似煙毒犯者可以私刑）。從此可以看得出來，公平與否的評斷，最後問題在做為差別待遇之原因項目（好人與壞人、吸毒與不吸毒者的區別）的重要性與否。如此，如果沒有更具體的檢驗標準，單單依賴學說上對公平的定義，結果往往是一方反覆強調區別因素不具重要性，另一方反覆強調區別因素具有重要性。因此實質上，關於公平爭議問題的認定還是要回到比例原則的思考，亦即思考採取差別處理的手段目的關係正當與否，才比較不至於陷入循環論證的局面。

最後必須釐清的是，在整體社會最大利益的角度，差別待遇或無差別待遇之間其實往往不是、甚至大部分情況下不是兩分法的關係，而是多大幅度差別處理和多大幅度無差別處理的量的問題。像是我們社會上的大企業家面對工人對勞資關係公平待遇的抗爭時，最常提出的一個答辯就是「要先把餅做大」、「要先發展經濟，才有辦法提高待遇」。這一句話的具體意思是，如果沒有辦法藉著低工資提升競爭力、提升產值，公平待遇的最後結果也是大家公平的不幸福。這樣的說法就下述邏輯而言也沒有錯：公平概念的發展可以有兩個可能性，一個是公平的幸福，也就是均富，另外一個是公平的不幸福，也就是均貧。如果我們可以做一個簡單的選擇，我們會選擇一個人人都有蘋果機、家家戶戶都有機器人可以供使喚的社會經濟，而不會選擇一個全部小孩子都很公平的沒有鞋子可以穿的社會經濟。只不過事實上必須注意，某程度公平的待遇不必然和經濟產值之間呈現互斥的關係。

誠如法國經濟學家米歇爾·阿爾貝（Michel Albert）在《兩種資本主義之戰》（*Capitalism vs. Capitalism: how America's obsession with individual achievement and shortterm profit has led it to the brink of collapse*）書上所說，德國人工作時間最短，工資最高，但是德國的出口競爭力並未受到影響。

關於公平和產值或競爭力的關係，《快樂經濟學》書上也做了經濟學角度的說明。固然把一塊錢分配給窮人的快樂比富人更大，但是如果不斷這樣下去，例如不斷提高稅率，會鈍化整個社會生產的誘因，結果是「蛋糕的尺寸就縮小了」，換句話說，全部的人都沒有好日子可以過。於是經濟學家提出了建議，就是在達到完全平等的狀態之前就應該停止提高稅率，最好的時間點是在「蛋糕縮水的損失剛好可以抵過進一步重分配的獲利」。如果我們可以用通俗文字做敘述，那麼這社會最大的幸福總量是建立在適度的公平和適度的差別待遇上，而不是持續社會總財富的除法算數而已。從比例原則的角度來說，如果社會財富平均分配的結果是大家都要過難過的日子，顯然也違背衡平性。因此米歇爾·阿爾貝在書上也指出，雖然德國、日本、瑞士和北歐國家採取的是所謂萊茵經濟模式，但是這些國家奉行的依然是市場經濟、私有制和企業自由經營。

二、我們看到的法律現實

法律領域裡的思想價值已經不是在創新什麼，而是在不斷喚醒人們去回憶些什麼。

法律本身不一定是正義

按照一般認知，法律是對大多數人有利的東西，例如上面所說，訂定一個交通靠右走的法律規定，大家都方便，或是民法訂定有關父母對於子女的扶養義務，讓小孩子的生存得到保障，讓後代可以繁衍。再講一個有趣的例子，例如德國長久以來的商店關門法。德國一般商店不是你高興開門到幾點鐘就可以開門到幾點鐘，也不是你想二十四小時營業就可以二十四小時營業。至少我還在德國念書的時候，包括百貨公司或大賣場在內，大致上每一天晚上六點鐘要關門，星期六開半天（除非是所謂長星期六），星期天不准營業。有人可能要懷疑，這到底是什麼法律？不是干涉營業自由與消費自由，在阻礙經濟發展？其實這個法律的考慮是更深層的東西，也就是避免不公平的經濟結構，避免弱勢者生存品質受到威脅。因為如果是可以在時間上無限制的營業競爭，那麼顯然越大的企業越有辦法進行二十四小時以及全年無休的營業行為。講得更具體一點，小生意人或是基層勞工，星期假日也都沒有可以停下來休息的機會。

但法律是人寫出來的，人的知識不完美，人的品格也不完美，因此要寄望人類社會沒有惡法會出現，顯然不可能。最典型的例子當然是德國納粹時期的無數法律，包括在優生學概念底下對猶太人的大屠殺，也都是所謂「依法行政」的結果。從這裡可以知道，法律固然講的是正義，但這是從理念層次在講的話，換句話說，現實不必然如此，甚至往往不是如此。學生們在課本上讀到很多法律上的基本原則，例如憲法上的民主原則、法律保留原則，刑事法上的罪刑法定主

義、證據認定事實原則、罪疑唯利被告原則，或甚至是行政法上德國對性工作者平等保障的基本規定等等。對於這些基本原則，學生們大抵視為稀鬆平常的道理接受下來，好像人間自始是樂園。殊不知，經典法律概念的由來類似我們社會早先的人取名字的哲學。很多人的名字當中會出現金、木、水、火、土這些字，其實是按照五行的觀念，缺金補金，缺土補土。相同的道理，人類社會經驗少了民主，就要補民主，少了自由，就要補自由，所以經典法律概念其實是人類歷經悲慘世界的產物。今天法律文字規定罪刑法定主義，表示人類社會歷經了獨裁者罪刑擅斷帶給人民朝不保夕的恐懼。甚至憲法上視為無庸置疑的對生命基本權的宣示，背後至少也承載了年長者在不同的地方對歷史上像德國第三帝國、柬埔寨波布政權、台灣二二八事變等屠殺風暴的悲慘記憶。總之，法律上經典原則的存在表示人類社會的法律無時不可能反自由、反民主、反生命、反一切經典原則。

或許有人認為人類社會的惡法應該是過去的事情，近代的法律應該已經處於改良後的理想狀態。但是，這樣的想法顯然是太天真了。到了千禧年代，人類社會依然有法律對女性單獨上街者處以鞭打，或對犯通姦罪者用亂石打死。二〇一六年十月十八日法新社的一則新聞報導是，印尼班達亞齊省有一位未婚女子因為與男朋友過於親近的關係而慘遭鞭刑，照片裡顯示女子事實上在第五下鞭刑後已經痛不欲生的表情。即使二〇一七年也到來，今天我們還可以看到菲律賓新任總統以「煙毒犯還算是人嗎？」為理由所懲處的大量極刑，也容許人民對所謂煙毒犯者可以動用私刑，甚至明目張膽地宣稱自己可以和希特勒一樣屠殺三百萬人。這一些例子都不斷提醒我們，不正義的法律在人類社會裡永遠不會過時。

不正義的法律之所以維續長久可能是因為社會存在利害關係立場的拔河，換句話說，是特定階級在固守其既得利益，所以蓄意不修正。例如與台灣稅賦政策關係重大的產業稅負問題，從最早所謂促進產業升級條例以及藉著不同名目的翻修，核心意義都在對大企業的稅賦減免。我們前面說過，進一步加稅或減稅的問題牽涉到整體社會最

大幸福總量的技術問題，所以加稅不一定對，減稅也不一定對。但是像台灣長久以來對資本家藉著所謂促進產業升級或是產業創新之名，在國家稅負上走劫貧濟富的政策，除了對資本家的減稅本身外，更嚴重的是促進資本家炒作房地產，結局是讓資本家在過去幾十年來財富累積達到空前的巔峰，類似華爾街現象的百分之十的人掌控百分之九十的社會財富卻意猶未盡。相對的多數人民，特別是22K定錨效應之後的年輕人買不起房子、租不起房子，甚至要省吃儉用才能勉強支撐自己一個人過日子，更不用說結婚生子。

問題更嚴重的是，不正義的法律之所以維續長久，也可能是大部分人們根本不知道法律的不公平與不正義，也就是無知造成不正義。班達亞齊省在清真寺外對情侶執行鞭刑的時候，台上台下的人群高舉手機猛拍攝，似乎大家都樂在其中，你也不可能吹哨子叫大家不能樂在其中。菲律賓總統對使用毒品者殘酷行刑，甚至人人可以動用私刑，卻也贏得百分之九十以上的民意支持。二〇一六年的印度國會通過針對所謂光榮處決（或名譽殺人）的新立法，對於社會上盛行的父親兄長等以「不守婦道」為理由殘殺家裡女兒或姊妹的殺人行為不再像過去法律普遍容許的免於刑罰，可見不合理的觀念至少在過去也被習以為常。但不要以為類似的情況不會出現在我們身上，像台灣早先民法對於婚姻的相關規定，原則上妻是以夫之住所為住所。又像對強制性交罪的構成，按照刑法的規定，只有對婦女的強制性交才構成強制性交罪，換句話說，男性是不受強制性交罪所保護的。可見即使是一個自認進步的社會裡，很多事情也並沒有被看清楚。

到了今天，對於性工作者的法律規範問題也是一個明顯的例子。德國訂定專法保障性工作做為一種職業選擇的自由，並且特別強調因為性交易所產生的債權可以做為民事請求權的基礎。反觀我們的法律，對於性交易行為依然處於尷尬的立法態度，也就是立法字面好像不完全禁止性交易，但是落實層面上卻可以說是採取完全禁止性交易的策略。如果性工作者還可以免於受罰，只能說是因為執行上的睜一隻眼閉一隻眼，而不是容許。問題是我們從來沒有在法律整體系統上

認真檢討過，為什麼不能有性交易？今天德國法律文字規定對性工作者的平等保障，表示性工作者歷經過遭受社會歧視的創傷，而在今天的台灣社會，這樣的歧視在法律上以及現實上都繼續存在。因此特別對於可能存在的無知所造成的不正義，我們只能隨時自我警惕，今天的法律不見得就是公平與正義的化身。

執法者可能扭曲法律

既然法律是用來處理社會問題的準則，那麼理論上訂定了一個正義的法律，社會就會正義起來。但我們巡視人類社會經驗，很快就可以知道，事實上不是如此。《微妙的平衡》書上描寫的是印度底層人民在混亂世界裡的故事。除了難以跨越之種姓制度下的階級隔離外，一九七五年代的印度社會是一個什麼樣的社會？我們會想到那是一個貪汙腐敗的國家，但是一個國家可以貪汙腐敗到什麼樣子？底層人民無家可歸，只能到處露宿街頭、露宿火車站、月台上，甚至軌道旁。但是這樣也不行，因為幾乎每一寸可以平平躺下來睡覺的土地都被某一些國家公務人員，像是火車站長或警察圈地收費圈走了。那麼一個人總不可能有辦法永遠不睡覺吧？不過那好像也不是問題，因為人死了自然會倒下去。除了圈地以外，國家機關各種層級人員還可以為企業家圈人，被圈走「安置」在類似工作營裡的市民重獲自由的唯一管道是交付贖金。

一個現代國家的法律自然不會規定公務員可以貪汙、可以為企業家或為自己圈地或圈人來牟取暴利，問題是現實如此。不只在印度，也包括我們自己所在的地方。我們除了不時看到有關公務員貪汙案件的新聞報導外，縣市政府首長藉交通建設或促進產業之名為企業家徵地蓋豪宅或養地，是一種大規模的圈地。至於替代役被分發到企業（研發？）或店家（賣鍋貼？）去挹注私人的生產營利，是一種大規模的圈人。顯然法律怎麼規定是一回事，法律怎麼解釋、怎麼適用、

怎麼執行是另外一回事。完整來說，法律的執行包含的層面很廣。行政機關必須依法行政，這是法律的執行。法院必須依據法律為訴訟做裁判，也是法律的執行。不管是司法或行政，總之法律的作用與意義具體存在於個案中的適用，因此我們可以說，法律的解釋、適用與執行才是法律的生命，而所謂正義與不正義，最後指的都是一個個案或很多個案的正義不正義的問題。由於文字意義先天上都具備相當程度的抽象性，因此法律文字本身大致上都有解釋的空間。結果是一個法律真正落實下來的正義或不正義，和執行法律者的看法或態度有關係。

相對於立法的不正義，法律執行層次上的不正義往往不會引起多數人的注意，因為執行的不正義大多出現在個案裡面，所以只有當事人會有感覺。最簡單的例子是，如果法院做了一個錯誤的判決，那麼直接受害者就只有訴訟裡的原告或被告。當然一個法律案件判決的對錯牽涉到複雜的事實與法理問題，所以所謂對錯都不見得會有絕對的答案。在這樣背景底下，我們大多不會急著把一個所謂錯誤的判決標示為不正義，畢竟正確的判決本來就是有一定難度的。真正的問題應該是當法律的錯誤理解或錯誤執行變成是一種被堅持的慣例或制度的情況，像我們後面談到的司法實務過去對強制性交罪的解釋就是一個典型的例子。早先實務一向認定，只要被害人沒有激烈抵抗的動作就表示性交是出於被害人的意願。這樣的固定解釋導致的結果是，事實上被害人遇到凶殘的加害人都不敢反抗，於是被害人接受性交都被認定是出於意願的性交。我們很容易看出這結論的荒謬，因為這等於是法律鼓勵加害者，你越凶殘，你就越不會被判有罪。

關於法律執行的問題，我們再看社會秩序維護法對於性交易處罰規定的例子。社會秩序維護法第八十條規定，對從事性交易的行為處新台幣三萬元以下罰鍰，但如果符合九十一條之一第一項至第三項之自治條例規定者不適用之。簡單講，如果性交易行為是在地方政府所規劃可以從事性交易的地區內，就不會被處罰。從立法形式來看，我們的立法並沒有完全禁止性交易行為，好像我們社會也有足夠的文明

可以容許性交易的存在。但事實上，我們看不到有地方政府設置管理辦法、規劃可以從事性交易的地區。結果是，性交易行為透過地方政府的行政怠惰，從合法又被轉化為不法，被完全禁止與被完全處罰。顯然這樣的結果是違背立法意旨的，因為立法意旨是要讓性交易工作者有一條路可以走，而不是無路可走。我們可以理解，地方政府是在民意壓力底下規劃不出可以從事性交易的地區，但姑且不論性交易工作者工作權保障落空的問題，至少我們沒有理由再透過行政處罰讓性工作者為地方政府和社會的不負責任負責任，這是法律應該做得到的下限。因此對社會秩序維護法第八十條規定合於法理的解釋應該是，在地方政府已經設置管理辦法、規劃可以從事性交易地區的前提下，在規劃地區外從事性交易行為者處新台幣三萬元以下罰鍰。

新聞上常出現的一個熱門爭議是關於警察執行盤查的問題。警察可不可以在車站看到行人腳穿拖鞋、眼神怪異，就要求拿出身分證供查核？對於這問題，基本上可以理解的是，盤查是為了治安的目的。但是對於腳穿拖鞋、眼神怪異者進行盤查的效益關係是什麼？先不論定義模糊的問題，由於腳穿拖鞋或所謂眼神怪異者的幅員太廣，而真的做壞事的人也不見得要穿拖鞋或眼神怪異，因此這種標準的盤查對治安效益命中率過低，相對而言，也就是人民犧牲的自由成本過高。當然也有人認為，只要自己沒有做錯事情，把身分證拿出來有什麼關係？這樣的說法固然是出於善意，不過也是個人角度的說法。換成整體社會角度來看，如果法律體制上（而不僅是個案），警察在路上僅僅因為路人的拖鞋或眼神就可以要求路人拿出身分證，路人拿不出身分證，就要被帶回警察局，這已經是警察國家的做法，換句話說，是用警察恣意決定人民的權利空間。

警察盤查是否合法的問題論述，答案並不是在警察勤務條例裡去找一個規定警察可以盤查的條文作為所謂的法律依據，因此就可以自稱合法。這裡牽涉到一個基本問題就是，什麼叫做有法律依據？一般人往往只知道法律形式，以為只要有一個條文數字就是一個法律依據，卻遺忘了法律解釋，甚至遺忘了法律文字的問題。我們在這裡先

借用一個個人權利關係的規定做例子來說明，就是我們社會早期父母親對子女的教育懲戒權觀念問題。很多人認為父母對子女施加體罰是天經地義的事情，例如打耳光等等，卻不知道這樣的舉動已經構成傷害罪。重點在基本觀念：由於一個人的權利都是以另外一個人或一些人的負擔為代價，因此即使是法律上明文規定的權利，權利基本上都有界線的問題，像言論自由並不等於人有任意開口罵人的自由，行動自由並不等於人有極速飆車的自由。同理，傷害性的體罰對於小孩子所造成的傷害根本已經違反教育的意義，所以並不在教育懲戒權的範圍之內。

關於警察盤查是否合法的問題，雖然警察勤務條例規定警察勤務上可以巡邏或臨檢，可以執行取締或盤查等等，但這也不表示警察勤務上的盤查就沒有界限問題。因此在比例原則的檢視下，解釋結果可能是有些個案裡的盤查合法，有些個案裡的盤查不合法。我自己也有一次一開始讓我感覺莫名其妙的被盤查經驗。當時我走在住家附近的巷子裡，有兩個騎機車的警察迎面過來停在我身邊問我有沒有帶身分證。我身上是帶著身分證，但法律上我沒理由要把身分證給他看，於是我就拒絕了。我接著問他為什麼要看我的身分證，他說因為據報十幾分鐘前附近巷子裡發生搶案，有一個和我類似穿排汗衫、短褲，戴棒球帽、背著斜背包的年輕人在附近搶劫路人。聽他這麼說，我才把身分證給他看。當然，他把我六十幾歲的老人看成年輕人這一點是讓我心存感激很久，不過重點不在這裡，而是他告訴我，搶劫者的外型和我接近，因此警察並不是沒有具體緣由的就看上我。相對的，如果僅僅因為在火車站有人腳穿拖鞋或所謂眼神怪異就進行盤查，應該是過度了。我想，具體個案合法與否的認定難免會有灰色地帶，並且有時候往往警察和人民對具體事實認知有差距，但這一些出入都還可以透過溝通來處理。真正問題嚴重的是基本法律概念的問題，如果主管機關以為形式上援引警察勤務條例的條文就足以作為盤查合法性的論據，那麼可能整個執法體系，特別是相關主管與教育單位的法治觀念還有待導正。否則無助於治安，不僅人民受累，也徒勞基層員警疲於奔命。

國家在法律執行上的不正義，問題之所以嚴重是因為人民像小蝦米要對抗大鯨魚，無論自己人權再怎麼被侵吞，卻往往無奈。令人懷念的已故作家史迪格·拉森（Stieg Larsson）在千禧三部曲裡《直搗蜂窩的女孩》（*Luftslottet som sprängdes*）書上所描述的，是瑞典國家安全機構裡的集團基於個人利益思維對無辜人民所進行的迫害與追殺。故事最後法庭正反角色的豬羊變色，以及法官高聲宣示「沙蘭德小姐，我撤銷妳的失能宣告就表示妳和其他公民擁有一模一樣的權利.....」都讓讀者覺得大快人心，原因正在於此。不過男主角布隆維斯特和女主角莎蘭德應該還算是幸運，他們是能力絕世的駭客，可以在全部電腦主機間神出鬼沒向惡勢力去討回自己人生的公道，更根本的是國家首相自身所展現出來「捍衛瑞典民主不受真正的或推斷的反民主威脅」的決心，簡單講，這國家並沒有到達民主機制失靈的階段。

最終極的法律執行不正義應該是民主機制的完全失靈，也就是假民主的問題，是在最高領導人作用下形式民主國家的全面性不民主。我們知道，如果用最嚴格的標準來看民主政治的現實，世界上並沒有絕對的民主國家。但問題在，即使是以所謂接近民主的標準來看，民主也不是人類社會經驗中的常態。說穿了，選舉程序選出來的總統事實上也可以進行反民主的統治，因此民主並不只是一個像國會、法院或選舉等的簡單形式，而是統治者及其附庸者心中的民主素養。威廉·道布森（William J. Dobson）在《獨裁者的進化：收編、分化、假民主》（*The Dictator's Learning Curve: Inside the Global Battle for Democracy*）裡就舉了俄國的例子：俄國領導人普丁所創造出來的體制代表著二十一世紀獨裁制度的最新演進，國會只是普丁統治機器的附件之一，是免讀法案的「民主機構」，也就是法律提案送到國會，除了文字枝節問題外就是原案通過。簡單講，這個國家裡領導人的專斷可以主宰一切而無阻。

如果法律正義所指的就只是法律文字的形式規定，那麼其實今天世界上再怎麼極權專制或思維落後的國家，大抵也都在法律上自我規

定為民主、自由、社會公益，以及尊重人權的國家。問題是現實上是另外一回事，要不然我們今天為什麼還要在教科書上不斷闡釋這一些基本原則的價值？正因為全世界統治者的天然情緒往往選擇專制與傲慢，所以我們必須在社會或學校教育上不斷喚醒人們對自由與民主基本價值的記憶。法律學作為一門社會科學不同於自然科學的是，自然科學所提供的價值永遠不會從現實當中衰退或消失。例如理工科學實驗室設計出來一部高性能高安全的汽車，那麼這一部理想中的汽車在現實中就會永遠存在。汽車只會越做越好，不會越做越壞。但是相對的，法律領域所訴求的自由、平等或民主等等基本價值，即使被寫在課本裡面，在現實生活的實踐當中卻反覆遭受人性的試探、否定與反撲。因此如果不是人們每一天反覆地喚醒對基本價值的記憶，這些基本價值會以驚人的速度在我們的周遭快速流失。我們可以說，法律領域裡的思想價值已經不是在創新什麼，而是在不斷喚醒人們去回憶些什麼，像是民主、正義或人性尊嚴。

民主決定出來的不一定是正義

民主國家最簡單的意思是：人民是國家的主人，所以全部國家的事情必須依循人民的意思來推展。由於人性基本上是為了自己利益設想，因此理論上民主機制下的法律與任何社會政策應該會反映出整體社會的最大利益與最正義做法，更不應該會有所謂惡法出現。但是我們在現實上看到，民主並沒有在每一件事情上保證正義，保證社會最大利益的實現。民主甚至可能在正義的選向上反其道而行。這樣的發展，第一個層次涉及民主制度本身落實技術可能性的問題。雖然抽象的講，民主制度底下是人民在決定法律，是人民在寫法律，但是我們檢視一下我們實際生活經驗，我們絕大多數人並沒有真的在寫法律，而是透過所謂民意代表在制定法律（實際運作上通常是先透過行政機關的作業）。至於一般人民，往往對法律陌生，或者也根本不在乎法律怎麼寫。我們從此可以看得出來，那些直接在寫法律的人的用心很

重要。寫法律的人是好人，寫出來的法律就是善法，寫法律的人是惡人，寫出來的法律就是惡法。由於人性的自私，民意代表和國家執政者所思想的不一定是普遍人民的意願，而是個人背後的企業財團或政黨利益、或僅僅是個人怠惰的利益。固然近年來民間團體對立法決策有比較積極的參與與施壓，其中有檯面上的民間團體，亦有私下各種不同立場的遊說團體。但是施壓者立場各異，並不是任何政黨、民間團體或個人所思維的都當然是社會最大利益。加上，財力雄厚的企業體或政黨挾著現實資源供給的優勢，對於作為民意代表或民選首長之法律決策者的左右力道可能立竿見影。因此在民主國家裡，最後重點在於人民自己選舉出什麼樣的人在主導法律的制定，其中最險峻的情況當然是上面所說的假民主。

第二個層次涉及人民的意識問題。不管人民要不要參與公共政策的形成，或是投票時要怎麼投，總之都是人民的選擇，因此嚴格來講是人民的意識在決定社會的型態。從這樣的背景來看我們社會的正義概念，要觀察的是我們社會大眾會在什麼樣的情況下使用「正義」這兩個字？對於這一個問題，我們清楚看到，人們往往未經思索的對自己直覺為「對」的事情宣稱為正義。一個最鮮明的例子是，訴訟案件經過法院判決後，勝訴一方一定會說這是「遲來的正義」，敗訴一方一定會說「司法已死」。你有看過勝訴一方氣急敗壞的宣告「司法已死」，或敗訴一方興高采烈的說這是「遲來的正義」嗎？對於死刑等等的議題，更可以看得出來，一般人難以擺脫情緒的主宰。當然這一來，你就會發覺問題大了，因為正義變成好像是一個可以不經思想檢驗、完全任由情緒決斷的東西。雖然也有研究顯示，人類的直覺來自於對過去生存法則的記憶，但經過環境巨大的變遷，過去的生存法則不當然等於今天的生存法則。更重要的是，由於人性自私，人類歷史上的生存法則也不等於正義。

對於複雜世界的認知往往不是一件簡單的事情，對於載負價值判斷問題的正義認知更是如此。葛雷易克（James Gleick）寫的《混沌：不測風雲的背後》（*Chaos: Making a New Science*）書上敘述了人類想

要認知這世界的艱辛過程，那過程有時是山窮水盡疑無路，有時是柳暗花明又一村。書名中文副標似乎給人對知識可靠性的一線希望，因為所謂不測風雲的背後總應該不會又是不測風雲，否則也無所謂背後不背後了。但這會不會某程度就只是一個正面思考的激勵而已，因為在知識世界的曲曲折折裡，我們似乎還難以確定，要怎麼看待我腦袋裡的想法和怎麼決定我行動上的做法？

有時候我們會對專業有所懷疑。我有一次去麵攤吃麵時拆開免洗筷，一根竹屑刺進了拇指。我在拇指腫脹了兩天後去看醫生，醫生當場用小手術刀為我取出竹屑。由於當時傷口流血，事實上也看不出來是不是已經把竹屑取出來，但醫生還是幫我把拇指又包紮起來。我自己也很懷疑這樣是不是已經把竹屑取出來，因為傷口還是腫脹疼痛。不過因為這是醫生的專業，我想也可能傷口的疼痛純粹是因為腫脹還沒消退而已，所以也沒有多說什麼。不過幾天之後，傷口化膿成熟破裂，我終於看到當初刺進拇指裡的那一根竹屑又跑出來，顯然前幾天是白挨一刀。從這個例子的事後來看，似乎當初我應該相信的是自己，而不是專業。問題是在絕大多數情況下，關於醫療的問題是醫生幫我們處理好的，因此我在想，所謂對專業的懷疑是什麼意思？是對這一個醫生能力的懷疑，或是對整個醫學理論的懷疑？其實醫生沒有把拇指裡的竹屑取出，應該是醫生個人不夠細心，不能說是醫療理論系統的問題，因為醫療理論系統並沒有要醫生粗心。相對的，特別是對於所謂疑難雜症，醫院裡穿梭走道上的草藥說客、市場上的攤商、計程車司機都可能給你一些偏方。但是從知識論的角度來看，我們果真可以相信這一些醫學院以外的祕方？雖然我們從《混沌：不測風雲的背後》書上的敘述也可以知道，每一個科學理論到了明天都可能被推翻，但是不管如何，這些理論至少總是一定限度以上謹守著基本方法論所探索出來的結果，而不是靈光一閃的天啟。

對於正義的探索也是如此，依賴的是相對具有客觀性的方法，而不可能僅僅是用情緒決定正義。但民主的特質就是，不管富有或貧窮，也不管聰明或不聰明，每一個人都有講話的權利，都有選擇的權

利。甚至現實上的極致就是，投票人在投票時並不需要講出投贊成票、投反對票或投幾號候選人票的理由，總之是愛怎麼投就怎麼投。不過也正因為是人民在決定社會，當人民的認知品質是好的，社會存在的品質就是好的，當人民的認知品質是不好的，社會存在的品質就是不好的。從這裡可以看得出來，民主本身固然就是價值，但民主有兩種，一種是有在念書的民主，一種是沒有在念書的民主。從這裡也可以看得出來自我教育在民主社會裡的重要性，甚至應該說，念書是一個人對民主負責的方式。

第三章 法律思想怎麼想

世事複雜，
所以聰明才可能善良。
但我們沒辦法讓自己瞬間從智商九十變成智商一五〇，
唯一補救之道是一個人坐下來靜靜思索如何善良，
就是現在。

一、事實探索是正義的基礎

證據和事實的連結永遠必須依賴人的判斷，可能因為人的先天思想盲點或其他因素而出錯。

事實弄錯了，正義跟著錯

法律的意義在追求整體社會的最大幸福，但法律本身只類似一個通往人們認為理想狀態的方程式系統，如果不是這系統在現實上的套用，本身只剩下沒有靈魂的框架。不過就像人類會認為地球是平的，也像我們小時候以為DDT是人畜無害的，法律應用的問題主要存在於世事複雜而難以辨識。一旦沒有事實背景的正確認知，法律方程式運作的結果就不會是原本所追求的理想狀態。因此社會最大幸福的具體確認和這世界上每一個角落的現實具有絕對的相關性。在這樣的背景下，如果法律人透過學院階段訓練，熟悉種種法律文字的形式規定，卻無法從正確的事實基礎，特別是社會幽微的角落去確認法律應有的作用，結果是在追求社會最大幸福的方向上做了負價值的引領。設想一下，如果一個路過車禍現場好心救人的人，只因為他生性內向緊張、在訊問應答時講話結結巴巴，就被當作肇事者，被判決構成過失致人於死罪，或者法院把偽造的借據當真，判決甲要還乙一百萬元，那麼法律現實上的意義是善良還是不良？

我們再看另外一個可以說是極經典的難題，也就是關於強制性交罪的問題。從今天法律的核心意義來看，強制性交罪之所以成為犯罪，是因為行為人剝奪了被害人的性自主權。比較狹義的性自主權所指的是，一個人面對性行為的時候，有決定要不要的權利。因此一個普遍的說法是，違背相對人的意願所進行的性交行為是強制性交。現在問題來了，我們怎麼知道事實上當事人的意願是什麼？當然有時候這問題的答案是很清楚的，例如相對人已經清楚說不，或甚至相對人

已經有抗拒的動作。但問題是，難道人家沒有說不，或是沒有抵抗的動作，就表示人家願意？我們的經驗告訴我們，當強盜拿著刀子抵住我們腰際，要我們把手上的金錶拔下來交給他的時候，我們多數人也是不吭一聲，乖乖的把金錶交給強盜。但這是出於被迫不得已下所做的決定，而不是無緣無故出於意願把金錶交給強盜。相同的道理，強制性交罪的被害人往往也是出於心中最高度的畏懼，所以根本不敢說不，也不敢有抵抗的動作。很遺憾的，在強制性交罪章大幅修法之前，實務對強制性交罪的認定標準之一正是：如果被害人沒有激烈抵抗，就表示被害人是同意性交。你可能不敢相信，這麼大的司法體系會有這麼不近情理的經驗法則，但這是事實。

不過修法之後並不見得根本問題就消失了。在性交相對人沒有說是，也沒有說不的情況下，我們要如何認定相對人心中的意願如何？對此，除了no means no的說法之外，保守派的標準是only yes means yes，亦即必須相對人明白以言詞或行動說是，才算是相對人有性行為的意願。同時，此一理論不承認對性行為的默示同意，例如相對人比較暴露的穿著或是受邀到家裡來過夜，或是時下出現的「撿屍」不能因此就被認定是對性行為的同意。當然，保守派清楚的表達出來保護被害人的態度，不過要說因此就為所謂違反意願與否的問題提供了一條清楚的界限，恐怕也不盡然。

從刑法的角度來看，強制性交罪的核心概念必然是對被害人自主利益的侵害，因此犯罪的構成必然建立在壓迫被害人自由意願的事實基礎上。如上所說，一個人的意願藏在一個人的心深處，外人往往很難讀心。因此，圍繞在「違反其意願」的概念，不管是哪一個試圖建立一個簡單有效之判別公式的學說，可能都過於樂觀。保守派對only yes means yes的理解，除了口頭清楚的說「是」之外，顯然也必須包含透過行動來表達「是」的意思，否則天底下的性行為恐怕很大多數都會被視為犯罪。如此，保守派的觀點事實上也已經某程度的接受了默示同意的概念。既然如此，那麼解讀行為語言的模糊地帶依然是根

本問題，亦即怎麼樣的行動可以被解讀為是的意思，怎麼樣的行動不可以被解讀為是的意思？

對於性這種東西與人之間事實關係的理解，困難在於人有百百種，甚至一個人在不同時空背景變化下的心情也有百百種，因此我們無法對任何人千篇一律的去確認，性這種東西和一個人心情之間的作用關係是什麼？強制罪或強制性交罪在保護被害人的自由基本權利，這樣的基本概念是沒有錯。但對於性概念相關的事實問題是，執著於情慾歡愉者的心情可能是，如果當事人之間的性遊戲可以帶來歡愉（例如火車包廂內的性愛派對），甚至包括強迫與虐待，也是當事人自由選擇出來的一種方式。這種當事人之間透過性愛的歡愉模式的選擇，沒有理由被法律強制一致化。當然這一個問題可能會被拿來和刑法第二七五條的加工自殺罪做對照，也就是按照法律規定，縱使得到被害人的同意，或甚至是基於被害人的要求，殺死被害人還是構成殺人罪。在這樣的邏輯下來推演，似乎帶有強迫與虐待意涵的性愛歡愉模式也應該被法律所禁止或處罰。不過必須思考的是，後者之所以依然被定位為犯罪，是因為法律對生命的評價遠遠超過當事人的自主權利，所以對自主權的尊重並不足以去化侵害生命行為的負價值。至於前者，如果性愛遊戲不足以去化遊戲當中強迫或虐待的負價值，莫非法律有把握，性愛遊戲者最終的歡愉是假的？

台灣影劇前一陣子跟著風潮流行起「壁咚」的遊戲。壁咚是帶著壓迫力道的告白方式，動作是把一個女生逼到牆壁，忽然伸手頂住牆壁，好像把女生困住，然後在女生驚訝或不知所措之餘，說出諸如「在妳說喜歡我之前，我不會讓妳逃跑的……」一類肉麻或不要臉的話。也有很多女生表明，不是只有男生可以對女生壁咚，女生也可以對男生壁咚，不過這是另外一個問題。重點是到底這樣做好不好，或是對不對？從形式來看，既然壁咚是把人困在牆邊做告白，理論上當然有妨害自由的嫌疑。因為既然是告白，表示人家還沒有表明要接受你，那麼在以自由為本質的感情世界裡，你怎麼可以讓人家在壓力的情境下表態？但所謂壁咚最主要的意思也就是出其不意，至於這算不

算強制，可能因為當事人情境差異而很難說。如果是被自己屬意已久的對象壁咚，被咚者心中有的可能不是壓力，而是小鹿亂撞。在這種幸運狀況下，如果壁咚者還先詢問被咚者「我可以把你壁咚嗎？」那就不知道壁咚是要咚什麼了，就好像你衝著「古早味黑糖剉冰」的口碑開了一個多鐘頭的車到恆春古城去吃黑糖剉冰，卻又很大聲的跟老闆點了一碗無糖的黑糖剉冰一樣頭殼壞去。反過來說，一個人八字沒一撇就亂壁咚，應該就屬於非容許風險的惡意壁咚。

因此到底壁咚對不對的問題，答案是不一定。應該說，該咚就咚，不該咚就不能咚。當然這境界很高，也很難。對於當事人而言，除了有人惡意壁咚以外，由於有人聰明有人遲鈍，所以理論上也可能有人是過失壁咚（不該咚而亂咚），或（已經不是法律問題）令人扼腕的過失不壁咚（應該咚而未咚）。不管怎麼樣，我們在這裡並不是要討論愛情的問題，而是要說，事實認知作為法律方程式中的前提，不僅是在個案應用上，也在法律理論形成或立法策略上有最關鍵的重要性。

關於特定性愛是否就是一場遊戲的問題，答案上不能快速給予否定，但相同的道理，也不能快速給予肯定。不久之前輔仁大學校園發生性侵事件後，社會科學院院長在學術研究的名義下進行多數人同時在場的開放性討論，卻忽視可能因此擴大被害人的心理傷害。事件後來引起社會軒然大波，也導致社會科學院院長的解職。分析起來，關鍵似乎在院長對事件當事人心理事實認知的執著，以至於也形成問題定位的誤差。在法律規範的角度上，此處的校園性侵事件已經不是要在學術上討論性態度的價值問題，而是要處理當事人可能受傷的問題。在這一個脈絡底下的事實問題是，並非每一個人都會像「格雷的五十道陰影」裡的男女主角一樣玩遊戲，如果當事人心理事實上不是在做遊戲，而是已經被強制，那麼學術上所謂「不要自己踩到被害人的位置上」的主張都無濟於解脫被害人被強制與心理上受傷害的事實。或許這是院長學術上強烈主張的立場影響了他對事實認知的客觀性，甚至因此違反了法律本身對事件處理的標準程序規定。

我們以為的事實不一定是事實

我們從江國慶被誤判死刑的事件不難得知，包括法官在內的人都可能誤認事實。其實受過法律訓練的人應該都知道，對事實的確認是困難的事情，因此我們也沒有把握說，一個案件裡所確認出來的事實就真的是事實。為什麼事實的確認有那麼困難？姑且不論，即使事實在我們眼前上演，我們也會誤認事實（例如插入水中的筷子所呈現出來的曲折影像），更何況法院裡的案件，可以說沒有一件案情事實是活生生在法官眼睛前面上演的。法官對案情事實的確認，是透過證據去推論出來的，也就是依靠證人的證詞，還有依靠一些物證，再根據所謂經驗法則，去猜想事實應該是怎麼樣。這整個過程，證人所講的話可能因為證人自己在事發當時緊張的關係，所以看錯。可能因為時間過去，所以證人記憶出錯。也可能證人受到利誘、威脅或誤導，所以說錯。至於物證的方面，雖然我們聽過一句話，就是「證據會說話」，或是「讓證據自己說話」。但「證據會說話」這一句話只是舉證者主觀上的表態，自認對事實主張已經提出無法被推翻的完美證據。事實上，表態歸表態，證據和事實的連結永遠必須依賴人的判斷，所以可能因為法官作為一個人的先天思想盲點，或因為其他人任何意想不到的因素而出錯。

我曾經讀過一個國外真實個案的報導，那是在一個侵入住宅的殺人案件當中，鑑識人員在現場留下的一個可樂罐子上採取到疑似加害人的指紋，並且查出指紋所有人有暴力犯罪事件紀錄，因此立即聯想到相同一個人的再度犯罪。還好也很快被查出來的是，在侵入住宅案件發生的同時，指紋所有人正在監獄裡面服刑，而可樂罐子上面的指紋是受刑人在監獄裡的工廠作業時所留下的指紋。從這個角度來看，受刑人在監獄裡面服刑也算是幸運，否則沒有強有力的不在場證明，恐怕沒有人知道結局會是如何。其實這樣的例子是舉不完的，二〇一七年三月份發生的女模命案，一開始被檢警懷疑也是涉案人的另一女

模在臉書上遭受幾萬則謾罵與詛咒的留言。後來經過進一步調查，發覺包括主嫌和被害人家屬在內的幾個人分別出於蓄意或疏忽，對監視影像的確認錯誤，檢方立即撤銷對女模的羈押。案情逆轉的同時也造成所謂臉書史上最大的刪除留言逃亡潮，但逃亡者刪除留言不一定是因為不好意思，而是害怕反過來被告。

我看過不久前一個地方法院刑事庭的詐欺案判決。案件裡被告的存摺和提款卡都在詐騙集團手上，所屬帳戶是詐騙集團用來提款的帳戶，因此被告當然被懷疑是詐騙集團的成員。檢察官訊問被告關於存摺和提款卡的下落，被告說是放在車上遺失，接著改口說是放在媽媽那裡，媽媽否認之後又改口說是放在前妻那裡。前妻也否認，被告最後又說是交給代辦貸款的某經理，並且提供了經理的聯絡電話。電話號碼經過向反詐騙單位查詢，也查不出異狀。由於被告（害怕講出實情會被家裡的人罵）前三次謊話連篇，檢察官也不再相信被告第四次的說法，把被告起訴。到了法院，法官用電話號碼查出電話申請人，再用申請人的名字查出他在全部檢察署的起訴不起訴紀錄，才發現某經理是詐騙慣犯，取得本案被告存摺和提款卡也是詐騙。這樣的案子碰到一個有耐心的法官算是被告幸運，但重點是，關於事實真相的釐清，既然有人幸運，就表示也會有其他人在其他案子裡是不幸運的。

德國記者湯瑪斯·達恩史戴特在《法官的被害人》書上敘述了一些被冤判的個案，並分析當中走向錯誤的過程。讀者讀這本書的時候可能會感覺法官愚蠢，難以理解為什麼法官沒有辦法把案情看清楚。問題是讀者看的是從作者角度以文字呈現清楚案情發展和清楚證據背景的書，法官調查案情時面對的卻是卷宗內事實不清楚的案情和意義不確定的證物，所以過度放大法官的無知也並不公允。相對的，美國學者亞當·班福拉多（Adam Benforado）的《不平等的審判》（*Unfair: The New Science of Criminal Injustice*）書上從心理學和神經科學的觀點說明法官的視角如何受限，可以讓人理解，那是法官作為一個人先天上可能存在的盲點。當然法官可能偷懶，可能不聰明，甚至也可能故意或接近故意的扭曲司法正義，但如果不是制度因素有所

更張，那麼換另一些人或換另一些法官去坐在法官的位置，不見得會更聰明，也不見得會更勇敢，因此大數據下的結果很可能還是一樣會有很多誤判。

對於法律問題基礎事實的確認，本來就大多是經過應用基本通識的推論過程而來的，換句話說，所依賴的主要是思想。我們根據海關沒有出境紀錄，可以推論出現在國外的通緝犯是偷渡出境。我們根據毒品反應的鑑定報告，可以推論被告曾經使用毒品。因此個人親身經驗的有限性本來就是常態，一個沒有毒品經驗的法官要判販毒罪，一個沒有貪汙經驗的法官要辦貪汙罪，或是一個沒有感情經驗的檢察官要辦通姦罪，也都不是問題。不過由此也可見通識教育，特別例如理則學、哲學、社會學、經濟學、政治學、心理學，或甚至反映現實人生的文學等等的重要性。德國作家妮娜·葛歐格（Nina George）寫的《巴黎小書店》（*Das Lavendelzimmer*）裡男主角佩赫杜的情人瑪儂有感而發：世界的統治者應該要被迫領取讀者執照，等他們讀了一萬本書後才有資格了解人類與人類行為。所謂統治者，指的是掌權的人，那麼做法律判斷工作的人當然也是統治者，當然也應該讀一萬本書。

由於現實事理複雜，不管如何通識，還是有很多基礎事實的探究是個別法官所無法勝任的，因此必須透過專業研究者才能提供比較完整可靠的資訊，例如彈道比對、槍枝殺傷力、毒物反應、醫療常規、被告的心理障礙，或是涉及證人證詞可信度的心理分析等。這時候制度上的輔助系統是必要的，例如鑑定機構的鑑定、專家證人的意見，或是確認標準的設定（例如透過法定指認標準程序來避免證人可能的盲點）。對於這些高度技術性的專業領域，法律學院裡的教學很難代庖，但有漏失的是，學生在考試制度等功利思維作用下大多不在乎法規範以外的知識學門，法律學院也不怎麼重視哲學、心理學或社會學等等最基本的通識課程。甚至例如基於市場競爭（降價求售）的考量，各大學刑事法研究所的招生考試紛紛廢考犯罪學與刑事政策，意思是學生應該有的法律概念就是只要管法條，不必管事實，只要管怎

麼把人關進監獄，不必管怎麼不把人關進監獄。這一些，是法學教育層次上的問題。

求真是一種善良的意願

法律規範基本上是從善良的意願出發，問題是如同前面所說，一旦我們誤會事實真相，套用法律判決的結果其實正好背離善良，可能好人也會被抓去關，可能偽造的借據也可以變出有效的債權。但是另一方面，由於人不是神，所以追求事實真相有先天上的艱難。這樣的困境的確令人頭痛，但是再去譴責人所表現的低能已經沒有意義。剩下的只是面對問題的態度問題，因為只有態度可以彌補人的低能問題。那是帶著慈悲意味的態度問題：既然對真實的理解是善良的前提，那麼如果我們心存善念，必然先會有求真的意願。或者倒過來說，如果我們不在乎世界的真，那是因為我們不在乎世界的善，當然也更不在乎世界的美。

所謂我們不在乎世界的善與美，這一句話的意思是，我們社會從小到大的主流價值觀就是追求自己的文憑和職位，至於社會上其他人的存在並不是自己的問題，連帶著，甚至自己的心靈問題也不是自己的問題。這個價值觀決定了台灣家長和學校的教育模式。於是我們看到台灣的教育在第一個層次上就是把小孩子從現實生活隔離開來，換句話說，小孩子只要管念書，其他都不管。第二個層次是在小孩子只管念書的範疇裡面又把小孩子從思想過程隔離開來，換句話說，小孩子念書的方法是只管背書（背答案），不必傷腦筋去思想課本文字背後的真實世界問題。在這樣的堅強社會共識底下，對於任何問題的標準教育流程是大人寫答案給小孩背答案，考試的評分模式也是如此。長久下來的惡性循環是，一旦我們社會約定好記憶之學是分配分數與分配物質利得的基準，自然沒有人對這世界有關真實與善良的問題會有興趣。

現實裡我經常看到我們小孩子的情況是，即使學校離家裡很近，或是小孩已經長大，都還是由父母親開車、騎機車或騎腳踏車接送到學校。我還有好幾次在台北精華學區附近看到外傭帶著小孩去上學，看不下去的是，小孩都不必自己背書包，而是外傭替小孩背書包。外傭不只替小孩背書包，外傭一隻手抓住只顧低頭滑手機的小孩，另外一隻手還要幫小孩拿著直升機的美勞作品。這是台灣社會教育觀念的寫照，所謂愛小孩就是不讓他吃苦，但這好像是從小教他只管自己辛苦不辛苦，不管別人辛苦不辛苦。簡單講，是教他窮盡一切的自私。我只能說，這一隻手牽小孩、另一隻手提美勞作品、背上還要替小孩背書包的外傭才是「吃得苦中苦，方為人上人」。至於那小孩，重點不只是失能，而是恐怕他從此對別人的切身之痛什麼都不想知道。想像一下這種態度養成的連結，如果一個檢察官或法官面對亟欲辯駁的被告說「我不想知道」，那會是怎麼一回事？

二、沒有邏輯就不是思想

思想規則除了就是思想規則之外，更深遠的意義是在形成一個人的獨立觀點。

邏輯是思想的遊戲規則

美國大法官霍姆斯說過一句話，「法律的生命不在邏輯，而在經驗」，從此法律人對這一句話朗朗上口。然而先不論這裡所謂經驗是什麼意思，我們很難想像沒有邏輯卻可以有法律學。法律學問無論是在抽象法律的訂定或是具體個案上的法律適用，都是從一定的事實基礎加上合於邏輯規則的推論去尋找問題的答案。雖然邏輯只是思想時的推論規則，這些規則本身並沒有生命的存在，但這些推論規則是思想效率所依賴的基礎，因此也是探求正義的途徑所不可或缺的工具。應該說，沒有邏輯，法律不會有生命。「法律的生命不在邏輯，而在經驗」這一句話的意義其實是在強調對法律事實背景認知的重要性，也是警惕法律人不要變成一個法律文字匠，而不是說邏輯不重要。但如同在我們社會經常看到的，這一句話經常被濫用，許多人對不經思索的直覺宣稱為正義，所持理由也是「法律的生命在經驗」。

這裡所謂邏輯作為論理規則，只是一個簡單的說法而已。完整的來講，這裡所要強調的是，思想必須有思想方法。所謂思想方法，是透過人類經驗所得到的，當我們在討論問題或思想問題的時候，想要有效率的得到比較為大家所共同認可的答案時所應該遵守的一些法則。這些法則包括對文字應該有可實證的定義、要從前提推論出一個結論時應該要合於理則學上的理則、事實命題與價值命題要做區分、歸納時應有足夠的歸納基礎等等，以及對一個具體議題的討論必須先確認，得到結論的途徑（標準）是什麼？總之，缺少基本推理規則，雙方爭議不太可能會有共同接受的結論，甚至反而增加彼此的對立。

其實思想規則除了就是思想規則之外，更深遠的意義是在形成一個人的獨立觀點。我這裡要說的是更嚴肅的問題。教學與考試政策大多把教育變成單純的記憶之學，結果是學生沒有想像力，在面對問題需要啟動思維機制的時候，腦袋反射出來的僅僅是沒有現實關聯性的文字記憶。許多研究生寫論文時艱難困頓好幾年而無從下筆，最後寫出來的也是沒有核心論點的大本剪貼簿。主要問題出在沒有邏輯上的敏感度，因此欠缺述句（概念）之間的連結路徑，以至於面對龐大的、立場互同或互異的資訊時，除了無法主張對錯，更無法連結出新的語句或看法。我們看到甚至包括專家所寫的很多論文是理論文字的複述，內容永遠是在抬舉德國什麼理論說什麼、某某偉大的哲學家說什麼，或美國什麼法院判決說什麼，好像是粉絲團舉著手板報到按讚，圍著偉大的哲學家、學說或判決手舞足蹈的繞圈圈，接下去就沒事了。即使有時候論文列舉甲說和乙說之外也列舉了所謂的折衷說，似乎是自己面對甲說和乙說時也做了某一種立場的論斷與選擇，但其實所謂的折衷說也只是在抄襲別人所說的折衷說。其中根本被遺忘的重點是，那麼你自己怎麼說？

在人文科學領域裡，如果問題可以只引用一個哲學家說的話、一個理論、一個實務上的判例，或甚至是一個法條當依靠就算是有處理，都不需要連結到現實面利害關係的正反辯證，世界上還會有所謂的問題嗎？因此問題當然不應該被如此天真的處理。德國小說家費策克（Sebastian Fitzek）所寫的《獵眼者》（*Der Augenjäger*），第二十四節前面引述的兩句話讓人看了覺得驚喜。第一句話是康德說的，「如果他殺了人，那麼他就得償命」。第二句話是甘地說的，「如果每個人都以眼還眼的話，整個世界的人都會成了瞎子。」讓人覺得驚喜的並不只是作者很聰明的把兩個偉大哲學家衝突意象鮮明的兩句話擺在一起做對照，正好也代表了刑罰意義問題兩個對立的基本觀點，而是小說如果好看，好看的地方會是在他如何透過故事情節去鋪陳概念上處於兩極的兩個哲學述句在現實世界裡共生的形式。果不其然，故事裡的好人不見得是好人，故事裡的壞人也不見得是壞人。說來是真真假假的世界讓人捉摸不定，但可以確定悲慘的是，大家以為的壞

人就在好人們不分青紅皂白的衝動底下被害喪命，因此「壞人」是真正的被害人。說來是很多人都瘋了，但是「各自有不同的理由，認為自己的所作所為都是對的」。甚至很諷刺的，不管是好人講的話或壞人講的話，總之那是一句有深度的話，「我有時候真的搞不清楚我們誰是醫生誰是病人」。這種對正義影像的忐忑心情也算是故事曲曲折折的對兩位哲學家說話境界的一種連結：他們的視角不一樣，一個身處塵埃瀟盡的天堂，一個站在煙霧迷漫的地上。總之如果不是有人生經驗上種種矛盾的聚會，故事不會是精彩的故事，思想也不會是深刻的思想。

以廢死的討論做例子

關於死刑應否存在的議題在我們社會上的討論，我們可以看到在網路上最常出現的反廢死說詞是，「如果被害人是廢死者的家屬，你看他還會不會主張廢死？」「這些假人權者一直在保護加害者的人權，那麼被害者的人權在哪裡？」「如果這些窮凶惡極者可以不被判死刑，是不是我們也都可以殺人放火？」「殺人者死，是天經地義的道理。」也有宗教界巨擘主張「有死刑才符合因果報應法則」等等，甚至經常有人不惜以「殺死你全家人，看看你還會不會主張廢死？」相威脅。整體而言，我們看不到論述途徑，看不到死刑存在理由的呈現。難怪阿爾貝·卡繆（Albert Camus）在《思索斷頭台》（*Réflexions sur la guillotine*）書上說，「我們殺掉犯人，只是因為我們幾百年來都是這麼幹……」

可能有人以為，他們講了那麼多話，不是就在講理由嗎？問題就出在，講理有講理的規則，並不是人嘴巴講話，就是講理。我們對於許多馬路上的言語交鋒，像是停車場上搶停車位時的叫陣，或是正在百貨公司一樓專櫃買東西的元配眼角掃見小三手提大包小包親密依偎著自己的老公隨著手扶梯緩緩升上二樓雲端時，三步併做兩步的衝上

前去互槓「不要臉！」只能稱之為吵架，但是不能稱為講理。我們從此也可以知道，要人講理有多麼困難。其中最難的就是情緒如何擺平的問題：你要如何期待元配或小三可以心平氣和的考慮「不要臉！」這句話說出口邏輯不邏輯的問題？因此如果要講思想方法，那麼在實踐層面上恐怕要把情緒控制的學習納入最重要的部分。

上述關於支持死刑存在的各種說法，基本上與有效的論理模式毫不相干，或者至少是一種說理上的跳躍。「殺人者死」這一句話在東西方社會都自始存在，除了像哲學家康德講過之外，中國古代歷史上也有「殺人者死，傷人及盜抵罪」的記載。「殺人者死」這一句話對後來的人起了根深柢固的制約作用，也就是人們自然而然以「殺人者死」作為殺人者死的理由，不再從根本去思考，為什麼「殺人者死」？殺人者死，一命償一命，形式上看起來是對等，甚至是公平，問題是這裡的對等或公平的意義是什麼？

我想起一個學生在臉書上寫的東西，她說有鄰居大刺刺的帶著所飼養的狗到她家門口的盆栽上去尿尿，她覺得這樣的人很奇怪，要怎麼辦？有朋友回說，「就照樣到鄰居門口去把他尿回來啊！」我們在這裡發覺到，人最直覺的想法還是以牙還牙。但是姑且不論，要照樣到鄰居門口去把他尿回來，現實上真的還滿困難的（自己去？還是叫狗去？自己去是難看，叫狗去，狗會懂得要尿對仇家嗎？）重點是，到鄰居門口去把他尿回來並不會解決什麼問題，反而只是惡化了什麼問題（從此以後除了我家門口臭以外，他家門口也臭，而且臭味會飄過來）。當然臉書上寫這些東西都只是開玩笑而已，但我們生活當中事實上卻也充滿了不是開玩笑的類似做法。一個年輕人因為殺貓引起公憤，出庭的時候在法院門口遭受所謂愛貓人士施暴。愛貓人士施暴所持理由是這個年輕人對生命殘酷、沒有愛心。問題是，從虐貓者身上去把他殘酷回來，我們自己是否有愛心？這正是丹布朗（Dan Brown）所寫《失落的符號》（*The Lost Symbol*）裡忠誠的蓋洛威牧師對道德狂熱者的感慨，「耶穌的名號在各種權力鬥爭中被綁架為盟

友……他們宣揚自己的毫不容忍當作信念的證據……人類終於完全摧毀了耶穌曾經代表的一切美好。」

「有死刑才符合因果報應法則」的說法並沒有清楚呈現出其論述內容。佛教上經常講的因果報應的觀念，有它不同面向的意義。因果關係的觀念某個角度可以幫助人從所遭遇的痛苦中得到某種程度的解脫，因為受苦的人體悟到，今天的際遇事實上有它一路過來的緣由，而不是強加在我們人身上的東西，心裡自然會變得比較舒坦。此一觀念也可以在教育層面上勸人為善，亦即告訴人們，善有善報，惡有惡報，所以要行善。到此為止，因果報應說法的用心是可以讓人理解的。問題是，如果此一觀念要和死刑政策問題連結在一起，就必須要按照思想方法來縝密處理了，因為這裡所牽涉到的是國家殺人。

以所謂因果報應為理由而主張死刑的存在，首先必須釐清，此處「因果報應」概念是在講一個因果循環的事實或是在講一個人們相互之間應該一報還一報的價值？如果是前者，那麼很清楚的，一個事實述句在思想方法上並沒有辦法導出一個價值述句（例如小孩子常常吃炸雞這一個事實並不能做為小孩子應該常常吃炸雞的理由）。因此即使因果循環是事實，也導不出來國家政策上應該有死刑的結論。如果是後者，那麼「因為因果報應，所以殺人者死」這一句話的根本沒有講出來，做為前提的「應該因果報應」的理由是什麼？所以這一句話的內容其實是「因果報應」和「殺人者死」的循環替代而已，是「因為A，所以A」的論述模式。

涉及死刑的案件，很多人出於同情心指責廢死者冷血，指責廢死者不是親身受害，所以沒有體會被害者的心情。固然一個人站在被害人家屬的情境，情緒上也很可能亟欲報復，不容易接受放過加害者一死的觀念。問題是被害者難以平復的情緒和死刑應否存在的價值問題要從什麼角度去產生聯結關係？我用比喻的方法來說明：一個被劈腿的男生情緒上也可能亟欲報復，甚至也真的帶刀帶槍去尋仇。但是我們必須想一想，被劈腿男情緒上亟欲報復也不應該是他可以一刀殺死

情敵的理由。或許在這一個例子當中，大家比較可能會同意，被劈腿男一刀殺死情敵之前應該想得更多更遠才對。

我們再來看看被害者人權的問題。所謂加害人人權或被害人人權的對立概念，不僅未依循有效論理模式，其中更充滿了定義問題。亦即，加害人和被害人指的是誰？以及，人權的標準是什麼？固然在一個具體的個案當中，例如甲殺死乙，我們會說甲是加害人，乙是被害人。但是當我們在制定一個政策的時候，並不是針對已經特定的甲或已經特定的乙在制定的，而是針對將來每一個可能出現的甲（加害人）和每一個可能出現的乙（被害人）在制定的。事實上，我們每一個人不知道哪一天都有可能在自己所想像好的生命軌跡之外變成當事人甲，或變成當事人乙。因此法律政策思維上，加害人或被害人的地位是浮動的。對於一個國家而言，並沒有選擇要保護加害人或保護被害人的問題，因為不管是加害人或被害人，只要是國民，沒有誰是不應該被保護的。

對於規範的建立，重點不在於用特定個人角度的利害觀點作為其人權的標準，而是國家對於抽象的加害人和抽象的被害人的合理責任分配模式，也就是怎麼樣才是作為一個同時具有潛在加害人與潛在被害人雙重身分的社會人最可以接受的遊戲規則？模擬我們訂定交通法規的情境，固然日常生活當中的我們，可能自己開車時會站在駕駛人的陣營裡謾罵馬路上行人的不長眼睛，而自己走在馬路上逛街時卻又會立刻跳到行人的陣營指責駕駛人的粗暴。然而假設我們現在是立法者，那麼理智的你馬上會發覺，我們在生活當中隨時都可能是行人，也隨時都可能是駕駛人。因此對一個只偏好行人的交通規則或是只偏好駕駛人的交通規則，結果都是荒謬的，因為你不是因為身為駕駛人而感覺無奈，就是因為身為行人而遭受霸凌。合理的作法應該是均衡路上行人與汽機車駕駛人之舒適、安全與效率的遊戲規則，例如汽機車駕駛人在路口禮讓行人先行，但是行人也儘量快速通過。其實這一些都是古老的哲學家們早就告訴過我們的思考方法，也就是用普遍性

原則作為檢驗道德律的標準。簡單講，不同立場間「將心比心」的設想可以幫助我們比較接近處理問題的合理尺度。

三、法律的基礎方程式：比例原則

對國家行為合法性的三個下位階檢驗標準是適當性、必要性與衡平性。

比例原則是什麼意思

在法律學的範疇裡，一個特殊重要的處理問題的思想方法是比例原則的應用。我們的法律包括民法、刑法、公法等等多如牛毛，從純粹知識的角度來看，你可以不去看這全部的法律，因為太累人。但是如果你還想用最簡單的方式來理解全部法律問題處理的原理，那麼不妨理解一下比例原則的概念。比例原則是公法學上所強調的，當國家的行為（法律的訂定或執行）可能侵害到人民的利益時所必須要依循的行為準則。國家的行為會侵害人民利益？我們很簡單可以想到貼身的例子像是，國家對人民課稅傷及人民荷包，路邊畫紅線禁止停車限制駕駛人自由。不僅如此，其實如果要講得徹底，國家有什麼行為是不會侵害到人民利益的？你可能會想說，社會局對低收入戶者的補助或是對失親老人的照顧，讓窮人有錢可以過日子，總不至於有害。其實不然，讓窮人有錢可以過日子固然是好事，不過這要花人民的納稅錢。

比例原則要求對國家行為的三個下位階檢驗標準是適當性、必要性與衡平性。「適當性」意指國家採取的手段行為對其所追求的目的應具備效益關係，例如划獨木舟對於水庫的水質保護並無影響，那麼以水質保護為理由而禁止在水庫划獨木舟，是一個欠缺適當性的限制。「必要性」意指國家為追求目的所選擇的手段在各種可能選項當中是成本最低的一個選項，例如汽車違規停車但並未影響行車動線與安全的情況下，罰單之外的汽車拖吊徒然製造行政作業和駕駛人往返領車的成本，因此欠缺必要性。「衡平性」意指國家為追求目的所選

擇的手段，其成本和所追求目的利益之間必須不失衡，換句話說，不能得不償失，例如我們技術上也可以為了治安的理由，在全國公共場所滴水不漏的裝設錄影機，但因此付出的全部人民隱私權的犧牲就不符合衡平性原則。

比例原則是一個基本法則，更是公法學上國家行為的準則，並且說起來道理也不難，不過國家機關做事，對比例原則思維的關照似乎並不是永遠那麼自然。多年前一些地方政府機關以招商的名目徵收人民土地，開發為所謂工業區供廠商設廠。姑且不論在過去諸多徵收土地的例子，事實往往是主管機關與廠商企圖透過徵收程序讓廠商取得土地，以設廠名目掩飾土地取得本身（變更地目、興建豪宅）之利益。即使是單純的設廠問題，在鄰近已開發工業區已經有足夠土地可供廠商設廠，那麼政府為了招商目的而另行徵收私人土地或甚至強拆房屋是沒有必要的。雖然廠商考量的是獲利多少的問題，因此在沒有更便宜土地可以取得的情況下，廠商也不會願意進駐既成的工業區。但即使如此，被強制徵收的土地或是被強拆之房屋的家價值必須被考慮進去，因此只為了廠商企圖更大的經濟利益，強制徵收人民的家園或強拆人民的房屋，犧牲掉往往是依賴住家者所僅存的家價值，並不符合衡平性概念。

又例如政府早年在不動產景氣低迷的時候屢屢推出對購屋貸款的補助，名義上固然是幫助購屋族，特別是讓無殼蝸牛可以有自己的房子。然而招致質疑的是，從台灣近幾十年來的房價來看，購屋族的問題並不是出在貸款，而是出在一輩子，甚至是兩、三輩子根本不可能負擔得起的高房價。因此即使購屋貸款可以幫助購屋族買到房子，實際上的反作用卻是在幫助建商撐高房價，並且以此套牢購屋族一輩子。姑且不論政府打的主意可能是把人民的納稅錢轉化為建築業者的暴利，這樣的做法其實讓住屋者一步一步失去居住的基本權利，或者一輩子成為沒有尊嚴的屋奴，弊大於利的結果顯然也不符合衡平性原則。

如果要說比例原則是公法上特有的概念，或甚至要說是法律上特有的概念，我看並非中肯的說法。與其說我們從公法學上學到了比例原則的概念，不如說是公法學從人類生存經驗中學到了比例原則，換句話說，那原本就是有效率的生存方式。不相信嗎？出生嬰兒從哇哇落地之後沒幾天就開始用他的比例原則在生存了。嬰兒從出生開始就會哇哇大哭，我們說那是嬰兒的天性，哇哇大哭是「天然哭」。問題是沒幾天後，哇哇大哭可能是嬰兒換取母親懷抱的（符合比例原則的）手段了。嬰兒也懂得歸納，每當開始大哭後，媽媽就會來抱他，所以大哭是有效（具備適當性）的手段。在嬰兒全部可能施展的手段當中，大哭是最簡單省力的動作，所以大哭換取媽媽的懷抱，是最經濟（具備必要性）的手段。最後，以一分鐘的大哭換取媽媽給半個鐘頭舒服的懷抱，自己消耗兩個卡路里的熱量，媽媽消耗五百個卡路里的熱量，還會鍛鍊出粗壯的媽媽手臂，嬰兒的哭算來算去是划算的算盤（具備衡平性）。所以對於嬰孩出生三天以後的哭，我個人稱之為「陰謀哭」。雖然講「陰謀哭」是比較不好聽，不過那真的是人類走向利益狀態的基本法則，所以你也不能不承認，這是一種理性的思維方式。

死刑制度在比例原則的檢驗

當我們用比例原則做為標準來檢驗死刑制度存在的正當性時，第一個碰到的問題是，刑罰的意義是什麼？關於法律責任的意義問題，民事責任和刑事責任有很重要的不同面向。基本上，民事責任可以彌補過去的損害或矯正其他不合理，讓未來回歸公平、可接受的生活狀態。例如甲打破乙的馬克杯，因此賠償乙一個馬克杯，於是乙將來又有馬克杯可以用。或例如小孩子在父母親離婚後的監護權歸屬於爸爸，卻遭受爸爸和同居人的虐待，於是透過改定監護人的民事程序可以讓小孩子從此在媽媽那邊得到幸福的照顧。總之民事法上的措施都很清楚的是對彌補損害具有建設性的做法。但是刑事責任呢？刑事責

任對於過去犯罪行為所造成的損害顯然於事無補，因為即使把殺人犯抓去關或甚至抓去槍斃，被害人死還是不能復生。既然如此，刑事責任的意義必然成為一個複雜難解的問題。

土耳其作家阿赫梅特·烏米特（Ahmet Ümit）在《伊斯坦堡死亡紀事》（*İstanbul Hatırası*）小說裡的醫生納米克是伊斯坦堡這歷史城市保衛聯盟的要角，也是死亡事件當中的頭號嫌疑犯。不管人是誰殺的，小說裡的醫師納米克在奈克死亡後說出「我並不喜歡他」、「因為他是個混蛋」這樣的話，多少顯現出來他對為惡之人死亡的價值態度。他所說的，「這個人死了，並不代表他不再是一個混蛋。」「如果罪惡在死去的那一刻都將被救贖，那麼正直的人所做的那些善良行為又該怎麼解釋？他們又該怎麼做？」「罪惡不會因死亡而獲得救贖，古爾曼探長，只有善行能夠赦免一個人所犯下的罪刑，只有當你的善行多過你所犯下的罪惡，你才能夠得救。」也顯示了某一種角度的人生觀。想一想，我們在刑法學上爭論了最久的刑罰意義問題不就是在這人生觀選擇上頭的差異嗎？

法律學上有關刑罰目的最主要的兩個學說，一個是應報理論，另一個是預防理論。前者簡單講是以眼還眼、以牙還牙的意思，後者簡單講是殺雞儆猴的意思。我們就姑且借用醫師納米克所說的話來思考這一個理論問題。我認為納米克所說的話顯示了正面負責的人生觀，因為他心中關注的問題一直是，世界要怎麼變得更好？在這樣的思考下，我們會發覺，即使讓做壞事的「混蛋」去死，受傷的世界還是受傷的世界，混蛋依舊是混蛋，所謂的贖罪其實也沒有贖罪，那麼讓「混蛋」去死，除了就是滿足我們想要他去死的願望之外，意義是什麼？這是應報理論從來沒有真正回答過的問題。雖然大多數人是用身體行動和言談表情傳達了心中的想法：死刑滿足我們想要他去死的願望，這就是意義。但是事實問題是事實問題，價值問題是價值問題。價值概念上的根本問題是，站在讓世界變得更好（或至少不會更壞）的人生觀立場，滿足我們想要他去死的願望的意義是什麼？

從預防理論的角度來看，過去的已經過去，刑罰可能剩下來的意義是透過刑罰的警惕作用確保未來世界的生活秩序。未來世界的生活秩序是一個美好的願景，因此刑罰制度為犯罪人找到的最後正面意義是讓他作為社會願景祭壇上的一頭羊、一頭牛或一隻雞，也就是說以受刑人為犧牲。如果我們要讓一個「混蛋」去死，也必須是在這樣的意義底下才可以讓一個「混蛋」去死。然而就在這樣的意義底下來檢驗，我們就果真可以讓一個「混蛋」去死？

刑罰在比例原則上的問題，首先觸及效益性的思考。關於刑罰的效益，由於因果世界的混沌，沒有人敢說刑罰就是有效益或是沒有效益，而只能說是一種不穩定或是隱晦不明的效益關係。人可能對加在自己身上的處罰會有所在意，例如駕駛人遇到測速照相時會減速。但是人的行為很清楚的也不是全然決定於法律上有沒有處罰的規定，例如你今天沒有打人或罵人，並不是因為法律有傷害罪或公然侮辱罪的處罰規定，而是你也不知道為什麼要打人或罵人。相對的，真的動刀殺人或開口罵人的人其實自己很清楚，法律上對殺人或罵人有處罰的規定。從此也可以看得出來，要預防犯罪，社會生活教育和社會生計規劃是根本之道。只不過社會生活教育和生計安排是更艱鉅的工程，並且最終（像幾個北歐國家）也不可能使犯罪從此完全消失，所以我們的社會又寄望於刑罰的加持，總之是我們社會為了追求零風險人生不惜一賭。但即使如此，在死刑問題上比較弔詭的是，國家祭出最嚴重的犧牲，也就是用殺人的方法來告訴人民說不可以殺人，那麼作為自身擁有最強大資源可以解決問題的國家，其行為語言本身在生命價值定位上所傳遞的訊息是什麼？這種用殺人來解決問題的示範在教育上的意義是不是在教導更多的殺人？

至於衡平性問題的思考上，第一個問題是，犯罪人是否對於犯罪必須負全部責任，以至於必須用他的生命為犧牲？或者犯罪人其實也只是整體社會結構當中的一個元素而已？換句話說，整體社會結構才是完整的犯罪原因所在？這一個問題更深處講的是意志自由的問題：人是用他的自由意志在面對所處環境做行為反應，或者其實是DNA在

決定一個人面對所處環境時的行為反應？如果真相是前者，邏輯上簡單的結論是行為人必須自己負責。如果真相是後者，邏輯上簡單的結論是整體社會結構，或者說上帝必須負責。對於這一個問題的討論著述多到沒有邊際，不過不管如何，自然科學的研究無法給什麼說是或說不是的清楚答案，應該也永遠不會有答案。對於人自由不自由的問題，最後只有哲學性的文字會試著給一個說法，換句話說，其實都不是讓人可以安心接受的具備足夠客觀性的說法。既然如此，我們似乎沒有理由可以那麼篤定的說有人該死。至於今天還存在的其他種種刑罰，充其量也只不過是基於一個折衷性的假設，也就是人不絕對自由，也不絕對不自由（也因此刑法上認為人應該負責，但是責任有限）。這樣的假設性說詞是出於不得不，因為我們已經找不到其他現實上可能的做法。

衡平性問題思考上的另外一個極端嚴肅的問題是死刑的誤判。我們前面已經說過，由於人先天思考能力以及善良意志的有限性，司法會有誤判。那麼我們是否可以接受為了司法目的而存在的死刑誤判？有一種說法認為司法誤判本來就會存在，所以我們也不能因為死刑可能誤判就反對死刑制度，否則全部司法都不能存在了。不過這樣的說法正也偏離了比例原則的思考，比喻來說，我們可能花一百元買大樂透試運氣，這可以說是容許風險，但我們應該不會賣掉全部家產去買大樂透試運氣。相同的道理，民事誤判的犧牲大多是財產，刑事有期徒刑或無期徒刑誤判的犧牲是自由，要說這樣的誤判是叫人相忍為國，其實已經讓人感到沉重，然而死刑誤判卻是要一個無辜的人平白為國捐軀。這樣真的好嗎？也有很多人認為，至少我們可以把哪些清清楚楚殺了人的人判死刑，或者如過去一些法務部長的做法，在政治敏感時期抓幾個所謂人性泯滅的死刑犯來執行死刑，好像這一來執行槍決就會有充分的正當性。但問題是，是否我們的法律制度接下去要設計把死刑犯做區分，一種是清清楚楚的死刑犯，一種是不清清楚楚的死刑犯，或者一種是人性泯滅的死刑犯，一種是人性未泯滅的死刑犯？

第二部 思維浪漫看法律

第四章 一個自然人的法律想像

我經常很想忘掉全部的法律，
因為我想把世界看清楚。

一、法律的幸福連結

幸福之所以落空，原因不外是對幸福途徑的誤判。

人生的最大課題：幸福

我對生活的基本反省標準一直是，幸福嗎？我也是用這樣的標準來看待法律這東西在我生活中應有的呈現。法律如果不是思想，而是一般人所說的工作，或當前社會標準所要求的工作形式，像是用我們的身體去開會、去開庭、去寫書狀、去上課、去申請研究計畫、去投論文等等，那麼我快樂得起來嗎？

我們社會上有人投資股票，有人投資不動產，有人追逐學術，有人追逐嫁入豪門。結果一向躊躇滿志的總會理事長，可能在電視新聞揭露公司掏空案醜聞時連夜潛逃出境終其一生。一個嫁入豪門的貴婦，昔日同窗稱羨其光鮮亮麗的時尚名媛形象，卻也在老同學聚會中說了一句耐人尋味的話，「我這一輩子所花的錢沒有一毛錢是自己賺來的。」那一句話聽起來好像是在炫耀自己天生好命，但也好像不是，而是半夜醒來時在心靈底層慢慢滲出的遺憾與恐慌。自從愛情電影裡海邊踏浪的男女主角總是把兩顆串起來的愛心畫在沙灘上，很清楚的也注定了人所有的愛情很難永恆。不只不永恆，而且是在三秒鐘之內隨著一陣浪花推擠過來就消失了無痕。總之這世界上沒有一勞永逸的圓滿，所以男主角送完巧克力要送鮮花，送完鮮花要送鑽石，送完鑽石要送豪宅。可惜現實上能夠這樣送東西的沒有幾個人，而且最後的真相還是，能夠這樣送東西的人大概也長得不怎麼樣。

儘管如此，達林·麥克馬洪（Darrin M. McMahon）在《幸福的歷史》（*Happiness: A History*）書上敘述了人類對幸福路徑的種種想像。既然關於幸福的問題可以被寫成那麼厚一本書，可以想見對幸福

的追尋應該是一個相當複雜的過程。至少從現實來看，應該有很多人從一出生開始，幸福的追尋就注定是一個艱鉅的工程。印度裔作家羅尹登·米斯崔在《微妙的平衡》書上描述了印度社會四種階級人的命運。奴隸階級的小孩進入上層階級小孩學校去偷看圖畫書被發現後慘遭鞭打，因為奴隸階級小孩混淆了自己所處的階級，打亂了智慧長者所說這世界「通往幸福的道路」，所以「褻瀆了神明」。從此以後，這小孩通往幸福之路被注定要以生命作代價。問題是，如果幸福的追尋必須是如此艱辛，那麼人還幸福得起來嗎？

不管幸福的方向在哪裡，我們看到這社會裡幸福沒有到手的人高度同質性的拚命往前衝撞。從小孩子念幼稚園開始，父母親為小孩子報名進入「潛能開發班」。小孩子長大，甚至成家立業了，為自己設定的職志也沒有變，就是各行各業中的業績或地位排名。台灣大學幾年前甚至政策性的規劃所謂菁英學程，教授開課的內容是讓學生以自己是菁英為名向企業募款供自己玩登山活動。各大學對教授的評鑑標準則是類似超商鼓勵消費計算點數以兌換公仔的個人論文累積遊戲。我們的高等教育從追求「卓越」、追求「頂尖」，追求「邁頂」，一直到追求「偉大」，透過種種資源分配手段夢想的也是排名。姑且不論這世界上的排名天生具有排他性，所以除了得到第一名的人之外，每一個人都是魯蛇。即使排名在相對前面的人，幸福看來已經到手，卻又發覺自己到手的好像不是幸福。也難怪有人要認真的問你，「你快樂嗎？」

記得十幾年前有一次我在研究室工作時，突然有一個學校外的考生打電話進來問我：老師，我要怎麼樣才能考上國家考試？我給他一個標準答案，就是用功念書。這個答案顯然對他沒有幫助，所以他又問了，「我的意思是，要怎麼樣才能一下子就考上國家考試？」當時我也不知道要怎麼回答他的問題。我旁邊的助理聽著我們的問答，在我旁邊咕噥說「就跟他說拜拜啊！」當然我不能這樣說，不過我想到每一次在國家考試閱卷時都會有一個感覺，其實考生當中至少有一半的人是無心念法律的。所以在電話裡面，我很想告訴他再想想看，自

己對念法律是不是真的有興趣？但我也了解他的詳細情形，不能隨便給建議，好像是建議他快速放棄念法律，於是最後只能告訴他再用功。只是我也不知道，這個答案對嗎？因此也讓人覺得可惜的是，台灣二、三十年來把技術職業教育概念毀滅殆盡，最後造成理論與實務系統兩頭皆空的窘境，社會再也找不到精緻的各行各業的存在。

但是聖經上不是告訴人說，只要你尋找你就會得到嗎？學校裡的老師要小朋友讀偉人的傳記，意思是小朋友也可以走向偉人之路。很多法律系的學生在師長的期待下用功準備考試，後來也如願以償的通過了國家考試。國內近年來開始瘋馬拉松運動；在教練或團友的激勵下，跑不進時間的人經過一陣子苦練，終於有一天在達成目標時喜極而泣，激動得趕緊上臉書昭告天下諸親友或其實根本不是親友的人說「我做到了！」而且在終點舞台前拍照留念還要比YA的動作，似乎是自己正在印證人類「因夢想而偉大」的故事。美國沃爾瑪公司贊助的減肥計畫不也是讓很多人完成不可能完成的任務、實現不可能實現的夢想？

如果你還是對幸福的追求沒有把握，那也沒有關係，今天社會上有很多鼓舞人心的東西可以讓你積極起來，那就是對「人生不設限」概念的投資。因為人生不設限，男生當兵的時候總會碰到班長要求你一次做五十一下伏地挺身，理由是你昨天已經可以做五十下，所以今天只增加一下是很人性的要求。按照這種人性的要求，當你兩年後退伍的時候，一次伏地挺身可以做足七百八十下。人生不設限，大家最清楚的一個例子是升學補習班開設的保證班，保證雞犬可以升天。相類似的，無視於國內中小學教育資源的極度貧乏，高教政策編列五年五百億預算，企圖把我們大學在世界排名上往前推擠。五年過去了，沒有顯著成效也沒有關係，因為這表示編列預算還不夠多，還可以繼續加碼加到效果浮現為止。我們才驚覺，只因為「人生不設限」的想像如此迷人，這昂貴價格所買賣的就是「人生不設限」想像的本身。在投資顧問公司「前進鑽石島」投資說明會上，台下穿戴閃亮的特選賓客聽著台上西裝筆挺、頭髮油亮的營業經理手持麥克風的高分貝喊

話，「前進海外，錢進口袋！」至於小資者的幸福遊戲則像是彩券廣告所說的，「一券在手、希望無窮」，儘管買樂透彩中大獎的機率比被雷打中的機率還要低。

最後因為人生奧祕難解，有人試圖用科學來解釋神學，也有人試圖用神學來解釋科學。用科學來解釋神學，如果是出於科學家之手是可以理解的，因為背後至少算是一種知識的熱誠，就像丹布朗在《天使與魔鬼》（Angels & Demons）裡頭所描述科學家的研究一般。用神學來解釋科學，如果是出於神職人員之手，也是可以理解的，因為背後是對被釘在十字架上的上帝的虔誠信仰。但特異的是，近來世界各地有營利機構打著類似宗教的名義販賣五花八門的神奇教義，一邊偽宗教，一邊偽科學，把定位不清的語言或遊戲變成一種神奇的知識商品，說是可以救人、可以救世界。儘管這跨界魔術擺明了是要拒絕人類最基本的知識方法論，但依然招徠社會名流或泛知識階層在內的崇拜者跟隨，他們認為自己重金買的是人生獨門祕笈。也難怪《巴黎小書店》裡的書店主人佩赫杜說，他在賣書生涯裡不得不趕走一些不計代價想要取得這些（解釋了數百萬人前世今生命運）所謂神祕天書的收藏家。我覺得書中的書店主人是聰明，而且善良。

如果幸福是一種讓自己感覺舒適愉快的狀態，那麼我們很難想像會有人自始放棄對幸福的追求。至於幸福之所以落空，原因不外是對幸福途徑的誤判。雖然從統計來看，多數人會認為財產、健康、感情、名譽或地位等等是幸福的要素，但是這一些因素對於幸福的因果關係大抵是相對的，既不全然是必要條件，更絕對不會是充分條件。再加上，每一個人本身情況和外在環境背景的對應都有些一樣，也不完全一樣，所以幸福的方法有時可以借用（吃臭豆腐要加泡菜、吃法國麵包要加生菜、吃蛋餅要加九層塔不加菜），但別人的方法對自己也不永遠有效（並不是任何身材的人穿緊身運動衣都像運動員穿緊身運動衣一樣好看）。所以對幸福的追求到最後只能人人各顯神通，看看能不能在自己和環境對應關係的理解上聰明一點。不過講到聰明不聰明的問題，就很傷感情。赫曼·赫塞（Hermann Hesse）寫的《流浪

者之歌》（*Siddhartha*）裡的悉達塔從年少時起心裡就很清楚，人可能愛上一塊石頭和一棵樹，人不會愛上像「輪迴」或「涅槃」這樣的文字，但是他的老朋友伽文達卻終其一生都在尋找智慧者的箴言而忘了自己的存在。顯然沒有人不想要自己聰明一點，但是難題在，人要怎麼聰明起來？

即使人聰明，最後總是聰明不過老天爺，所以有人說，年紀越大就越會清楚看到命運的影子。漢娜·肯特（Hannah Kent）的《凜冬將至》（*Burial Rites*）書上女主角愛妮絲（雖然年紀只有二十幾歲）對生命最後的回顧是，「隨便哪個婦女都知道，一條線一但經過編織，就固定在那裡了。撫平錯誤的唯一方法是將一切拆解攤開。」相類似的，德國教授徐林克（Bernhard Schlink）寫的《我願意為妳朗讀》

（*Der Vorleser*）小說裡的女主角韓娜，文盲是她自我心中永遠的陰影。韓娜年輕時進入西門子公司，後來公司有意升她任小主管職務時，她為了恐怕別人發現自己是文盲而拒絕，轉而當納粹祕密警察至西門子公司徵召女性擔任守衛時去應徵並且被雇用，但從此以後也開啟了她自己無法預料的命運。其實女主角心中對自己是文盲這件事存有陰影，這很難說是什麼人格上的缺陷，就好像有人不喜歡自己頭髮的粗或細一樣。但是蝴蝶效應會捉弄人，在她歷經後來一切遭遇，最後在法庭上時問了自己一句話，「所以.....我是否不該加入西門子？」這一個在嘴唇旁邊近距離空氣裡低頻迴盪的問句流露出女主角對人生的無奈，就只是當年找了一個西門子的工作就可以讓人生走上不歸路。問題在，為什麼是如此？誰曉得會如此？

在冥想中脫離俗世的哀傷

不管幸福或不幸福，總之過去的都已經過去了，所以對當下世界的想像和對自己心情的擺布是最後唯一重要的事情：心定下來就會幸福，它是很單純的東西，是感覺一棵樹、一枝草、一陣風、一個聲

音，和一道水中晃動的光影。如果不是這樣，我們對幸福的發現難免永遠要慢半拍。或許如此，我常夢見我在飛翔。一開始我也不知道，為什麼自己一再出現的夢境就是飛翔。後來腦海裡浮現了一個連結，原來那是白天在帛琉、在船帆石、在香蕉灣時身體細胞漂浮在水面上的感覺。到了晚上，躺在床上的身體細胞依然記憶著水面上沒有負擔的自我，藉著空氣中的精靈回到陽光照耀的綠色森林，讓皮膚掠過清涼的微風，俯視滿山滿谷閃爍的碎鑽。一次的飛翔、兩次的飛翔、很多次的飛翔……如果你問我的身體細胞，最想停留在什麼樣的世界裡？他的回答應該不是法律世界，而應該是：水世界，海洋裡。

我也喜歡旅行，因為那是我日常生活中某程度良心衝突情境的冷酷處理模式。我不只喜歡旅行，我喜歡所有悠閒的生活方式。我幾乎每一天早上起來都會重複相同的心理掙扎：到底是要先工作或是要出門去運動、跑步或游泳？早晨時光不管是用來工作或運動，都是最有效率的，因此時間用來運動，擔心會排斥工作，時間用來工作，擔心會排斥運動。然而在掙扎之後，即使心裡多少帶著不安，我大多選擇運動。悠閒與晃蕩對我具有難以抗拒的魔力，所以不管是什麼時候，身體都感覺到散漫的需求。哲學家約哈諾·史特拉斯爾（Johano Strasser）在《生活或生存》（*Leben oder Überleben*）書上說，在狩獵或採集的時代，人們能每天只花二到四個小時的時間在工作。我不知道，是否也是從老祖先開始一直被埋藏在身體裡面的程式晶片作祟，否則為什麼我身上細胞如此安心於最懶散的原始人生活方式，在山水之間走動，除了覓食之外就是好奇與觀望？

我有一次去聽波伽利的演唱會，他在一開始的字幕自白裡說，歌聲像愛一樣，是生命裡自然所包含的一部分。其實除了波伽利所說的歌聲以外，生命裡應該還有太多不可或缺的東西；讀一本小說，寫一點心得，畫一張素描，彈一首鋼琴曲，在水波裡滑翔，在蜿蜒的海岸公路上巡航，騎鐵馬遇到下雨時躲到小店裡喝一杯咖啡，和家人講一些類似「綠豆哪裡人？」等等無聊的腦筋急轉彎遊戲，有什麼是人生可以或缺的東西？只是奇怪的，對於人生所不可或缺的東西，如果所

代表的是喜歡的意思，那麼我再怎麼數，都不會數到法律工作這種東西。不過真正讓我放心墮落的，讓我放心的不帶手機和電腦上路去旅行的，應該是一些古老哲學家的思想。

《幸福的歷史》書上介紹了古老哲學家有關幸福的一些想法，當中按照今天似乎已經被遺棄的哲學說法，對於人的良好教育必然包括對於慾望的節制，也因此柏拉圖筆下的《饗宴》對於充滿感官逸樂的「低級娛樂」多所批評，也對於和粗俗享樂主義相連結的民主雅典謹慎迴避。當然，要把這一個道理對應到生活現實，有一個基本的問題就是，我們的現實生活當中，什麼是低級娛樂以及什麼是真正的善？特別是，我所習慣的學術活動是低級娛樂或是真正的善？這一個問題的核心，其實也就是在為學術這種東西做意義定位：學術應該是什麼？是一個人靜靜地思想旅程，還是很多人一起積分評比的拜拜活動？對這一個問題的思索，我經常會連想到哲學家亞里斯多德和他的老師們之間路線差異的說法。雖然後人在理解亞里斯多德和柏拉圖思想的對照時，簡單說就是後者從理想中去形塑現實，而前者則著力於從現實中去建構理想，不過重點是，前者的終局觀點似乎依然回歸到蘇格拉底與柏拉圖的思路：唯有純粹沉思才是最接近於神，也最幸福的人生。

今天的現實問題是，閒暇在商業社會裡會讓人有罪惡感，因為商業人認為閒暇是懶惰蟲的存在狀態。還好哲學家尤瑟夫·皮柏（Josef Pieper）在《閒暇：一種靈魂的狀態》（*Leisure: The Basis of Culture*）書上為思想工作做了平反。今天我們社會所說的懶惰大抵上是從商業的角度在講的，指的是缺乏經濟（或其他任何功利）野心的意思。至於思想工作，如果不是帶來有形利益，就不算工作，也就是懶惰。但其實古代所說懶惰的意思是指一個人不想成為他自己真正的樣子，「不肯和他自己的存在相符」，以至於心中只有一種「軟弱的絕望」，一種「俗世的哀傷」。從這個角度來看，沉思默想才是真正生命的工作，商業社會裡的工作狂熱才是真正的懶惰。

借用現代人露絲·詹德勒（J.Ruth Gendler）在《關於美之必要》（*Notes on the Need for Beauty*）書上的筆觸來說，人是用眼睛裡面的光去看見外面的光，所以看的本身其實就是和世界的交談；它所使用的語言是信念、懷疑、謹慎、警覺和驚奇。因此雖然亞里斯多德對於沉思以外的各項德行認為「只能帶來次等的幸福」，不過我懷疑，既然唯有沉思才是終極的善，那麼沉思以外的「各項德行」究竟依然屬於「次等的幸福」，或者根本是走在遠離幸福方向的路上，甚至也和「徹底奴性」下的低級慾望沒有差別？想到這裡我就放心許多，因為一個麻木的身體如果不是從現代人生活中未曾歇息之排名獎項的饗宴中抽身離去，顯然不是安排靈魂的適切方式。於是，就去旅行吧！反正旅行時已經人在遠方，就只聽從身體基因的使喚，可以斷然不理會現代文明的評鑑。

二、從人變成法律人的感覺

莫非法律這東西只是一個沒有靈魂的形式，因此所有人類社會善惡美醜都和法律學無關？

看見色彩鮮明的正義？

近年來大學入學甄試時，很多申請進入法律系的學生所提出的書面資料上，關於申請念法律系的動機會敘述到一段家庭境遇，類似遭受詐騙集團詐財以致家破甚至人亡，因此希望自己可以像社會新聞上出現的檢察官一樣摘奸發伏，將壞人繩之以法、伸張正義。我猜想這可能是補習班給的標準答案，意思好像是壞人臉上會有「壞人」兩個字的刺青，正義也天生就清楚得像桌上的一顆蘋果，不會被誤認為橘子。所以正義的事情也很簡單，就是把臉上有「壞人」兩個字刺青的人挑出來打入十八層地獄去剝皮、下油鍋。總之正義的圖像是如此色彩鮮明又活潑動人，以至於年輕人們即使此身化為千萬碎片也要勇敢迎向前去。但是我就不解，為什麼自己從以前到現在不時對做為正義載體的法律感覺情怯？記得在律師考試放榜那一天回到家裡，媽媽拿了三千塊錢給我，我搞不清楚是怎麼一回事時，她告訴我說「這三千塊錢你拿去做一套西裝」。原來媽媽心裡想的是，這小孩從現在開始在社會上可以是一個像樣的人了，所以要穿西裝。我才知道，原來我還沒通過考試的時候，不是我人長得帥不帥的問題，而是我根本不像是一個人。所以我在想一個問題，怎麼樣才算是一個像樣的人？其實家裡大人不知道，我只是一個散漫的小人物，我不喜歡鎂光燈，我只想做一個透明人，去除身體的全部重量自由穿梭在人間。

雖然律師的工作是屬於自由業，但是在我做律師的時候，也不感覺它自由。先不講和當事人應對，或是面對一些頤指氣使的法官或檢察官時的耐心問題，有一次我因為當事人的案件要到法院去找法官問

庭期的事情，由於並不是正式的開庭，所以我一本我自由人的路數，輕鬆的穿了牛仔褲和T恤就到法院去。在通往法院辦公室的通道上，我出示當事人的傳票請問法警，某某股法官辦公室要怎麼走？法警看了看印有股別的傳票後問我說：「你是被告喔？」我說我不是被告，我是辯護律師，結果法警還是一臉狐疑的樣子。我不知道，為什麼我只不過穿著輕鬆一點，就要被看成是被告？重點是，那一張傳票上寫得很清楚的，案由是強姦罪。因此我也覺得怪怪的，他問我是不是被告，那是什麼意思？但是我從此心中倒是很篤定，法律工作有法律工作的社會文化，我應該不適宜做這些法律工作。但問題是，如果我不適宜做法律工作，那麼法律對我做法律工作的人來講算是什麼樣的存在？

我從十八歲那一年進入大學念法律系開始，這一輩子所做的事情都和法律有關係。當然一個人一輩子要做很多事情，也儘管許多事情可能擠壓出你人生記憶中最閃亮的鏡面，諸如你小時候開始練習騎腳踏車，經過一陣子左支右撐、跌跌撞撞之後，某一秒鐘忽然發覺自己可以腳不落地的往前滑行。但這一些事情都不會連接上別人的關注，因為別人顯然不會在乎這些不現實的事情。當你念大學的時候，人家問你父母親的問題一定是，你兒子念哪一所大學，是前面的大學還是後面的大學？念的是什麼系，是有出路的系還是沒有出路的系？就這一個角度來講，我從小還算幸運的是，我媽媽從來不會管我有沒有寫作業，更不會管我要念什麼科系。倒不是我媽媽走開明路線，而是我媽媽從我小時候起就把我看破了。所謂看破，意思是不只看穿，而且是不抱任何希望的死心。不管這樣是好還是不好，總之我因此從大學開始按照聯考成績分發念法律系，後來當兵時在軍法處服務，同時擔任軍法教官。通過國家考試，做過律師的工作。出國留學念法律，大學任教教法律，一直到我退休為止。因此我說我這一輩子所做的事情都和法律有關係。不過我要說的是，那又怎麼樣？你可能認為我和法律沾染了一輩子，血管裡汨汨流動的都是法律的血液，心臟脈動敲打的節拍是我對法律的謳歌，總之你認為我愛死法律了。其實這問題你不說還好，你一說，我真的會愣住。如果你說我是日式豬排控，那麼

自從我第一次到日本京都伊勢丹百貨地下街吃到真正的日式豬排，我就腦筋百分百清楚的知道我這輩子是日式豬排控，因為這也是我後來每次去日本的主要目的。但如果你說我是法律控，真的只會讓我困惑和頭痛。事實上，我在大學當教授的最後一段日子裡經常憂鬱，憂鬱自己到底是在做什麼。

這社會幾十年來的法律體系和法學理論密度急遽堆高，大量外國理論被精緻的帶到國內，像是刑法上的犯罪概念跟著法益理論在走，沒有講得出來的傷害，就沒有所謂的犯罪，因此媒介性交易或使用毒品罪的正當性都開始受到挑戰。民法上的離婚制度某程度逐漸從過失原則走向破綻主義，肯認了愛情無關對錯的道理，因此當情人的眼眸裡再也折射不出最後一絲絲眷戀或僅僅是同情，自己心中即使有千百個不願意，也只能眼睜睜看她上斜四十五度角抬起下巴，踩著喀喀作響的普拉達高跟鞋，頭也不回的大步離去。在種種法律理論的引領下，學生的視野跟著大幅開展。法律制度上，刑事有刑事的認罪協商，所以定罪並不是不能談條件的，民事也有民事的債務協商，所以欠債也不一定要還錢。諸如此類，大抵上是現實因素逼得人不得不在困難的環境底下去尋找出路。監獄人滿為患，現實上自然不得不放人，或者至少在假釋、緩刑、緩起訴的條件認定上不能不放寬。給刷爆信用卡的債務人一個打折清償的機會，總比銀行連半毛錢都收不回來來得好一些。

雖然法律密度急遽堆疊的趨勢被視為社會法治化的象徵，也是進步文明的標示，但是人類果真在法律天羅地網的綁架底下還可以自在過活？被法律框住的生活果真是被框在一個美麗善良的願景裡？幾十年過去，走在台北高樓林立的東區街上，大樓外的金屬牆面在夕陽餘暉的斜照下競相閃爍著刺眼的亮光。大樓底下一部橘色的跑車驕傲地盤踞著人行道，引擎蓋上的火鳥圖好像趴在地面上睡覺或其實已經死去的什麼不祥生物。再轉一個彎，衣裳雲影徐徐移動，空氣中慵懶的對話聲從身邊緩緩流過，流出一條上層社會的河，好像克里斯多夫·拉許（Christopher Lasch）在《菁英的反叛》（*The Revolt of the Elites*

and the Betrayal of Democracy) 書上的一句話：「『遊手好閒』的階級既包括流浪漢和乞丐，也包括銀行家和投機商人」。我在想，這樣的光景難道不是離開我們心中桃花源的影子越來越遠？雖然對政治運作原理有所理解的人一定會說，這一切並不能說就是法律的問題，然而既然今天人類社會一切形式都是在法律架構下所運作出來的結果，那麼這樣的說法背後存在著什麼意思？莫非法律這東西只是所有人類價值思維學問末端的技術體系，只是一個沒有靈魂的形式，因此所有人類社會善惡美醜都和法律學無關？

法律好像是一張面具

心情上存著對法律意義的懷疑，我有時會有一個很現實的想法：我從小住在萬華，梧州街隔著和平西路的對面有一家號稱專業的老蚵仔麵線店。麵線店賣的麵線料好實在，所以客人經常大排長龍。每一次我從前面走過，總是看到客人大快朵頤時心滿意足的表情。我想，如果做人可以像這一家蚵仔麵線店的老闆一樣，應該就算是有價值的人了，因為他有辦法用手煮的蚵仔麵線贏取很多人臉上滿足的笑容。回想我自己所做的法律工作，上課時除了講到笑話的地方以外，不會看到學生興高采烈。至於寫論文，你只會想到學生讀論文時皺著眉頭的样子，不可能會有好像正在吃蚵仔麵線一般幸福的表情。因此賣蚵仔麵線的老闆做的是很實在的工作，他的麵線讓客人眼睛一亮、嘴巴帶著笑意說好吃。而我呢？翻來覆去做的是法律工作，但法律是什麼？大家都說法律很重要，很有意義。我的確也很難想像一個沒有法律的世界，但那會不會只是人們習慣了法律的存在而已？會不會這東西存在的只是像商店在萬聖節時賣給小孩子琳琅滿目的神鬼面具一般，笑鐵面心中無喜，哭鐵面心中無悲，賣的是沒有靈魂的形式？

所謂形式算是一種傳達意思的工具，例如用送禮物或按時買消夜給男女朋友的方法來傳達愛情，或例如國內學術界習慣採用學者發表

在期刊的論文點數作為學者的標價公式。但也因為如此，形式不等於實質，甚至反而也變成欺騙別人和欺騙自己的工具。近來社會上不時爆料的學術論文造假風波其實不是新聞，至於一篇論文在近親集團裡大家相互掛名搭便車領取大量學術名利獎項，在某些科學領域更已經成為一種文化傳承。大家都說是要追求卓越，只是可能很多學術工作者誤解了或根本拒絕了學術工作的內涵。一如戀愛中的男女想要獲取愛情而遊走於花錢送玫瑰花或吃燭光晚餐等等的簡易包裝，學術工作也可以這樣做。還好相愛容易相處難，空洞的愛情很快就讓人感到厭倦。但比較不幸的是，虛假的學術饗宴卻永遠讓人樂此不疲。

和虛假相對的是實質，是有實際作用的一些東西，但也是藏在人間某一個角落裡的魔鬼或天使。問題是不管是魔鬼或天使，我們往往看不清楚他的面孔，只能用心摸索。用心很難，但是除了這一條路以外，這世界上沒有第二條路可以走。我頭痛的時候常會想要喝一杯咖啡，看看能不能緩解頭痛。當中有幾次神奇的經驗讓我幾十年過去依然念念不忘，像是阿里山上那一杯有機咖啡，或是日本柳川渡船頭那一杯甚至是免費招待的咖啡。冬天傍晚的冷冽裡，我剛抵達阿里山上時就感覺高山症來襲，帶著焦慮的心情忍耐著痛苦。正在不知如何是好的時候，看到路邊的攤子前面掛著「阿里山有機咖啡」的牌子，就買了一杯咖啡坐在路邊慢慢喝。很神奇的，我才喝了兩口，馬上感覺到有機咖啡因在我密密麻麻的細胞和血管裡無孔不入的來回穿梭，好像電玩裡面的蟒蛇把身體內沿路上一個個有毒的蘋果吞噬乾淨。兩分鐘之內我頭痛不見了，身體輕鬆了。我不知道，生活當中喝了那麼多的咖啡，為什麼這一次的咖啡會給人魔術般的經驗？我們最常聽到的說法是咖啡豆品質不一樣，但所謂品質不一樣是什麼意思？是建立在什麼我們可以認知和控制的因素上，例如咖啡豆新不新鮮、產地、濕度、溫度、品牌或濾泡時間？當然一般說法會說是很多因素都有關係，不過那又會回到找不到關鍵因素的情況。

這麼久的時間過去了，我也不知道神奇咖啡的答案是什麼，所以只好說那因素也或許就只是曇花一現的心情，只是一個祈求解脫身體

痛苦的真誠意念而已。當人的能力終究沒有辦法讓自己解脫痛苦的時候，只有神可以化身為蟒蛇來幫忙你。但問題是，神在化身為蟒蛇之前的形式是什麼？如同上面所說，我們不知道魔鬼與天使的面孔長成什麼樣子，在複雜的世界裡，神也是沒有形式的。我後來又上了幾次阿里山，想要再去造訪那神奇的咖啡，但那咖啡攤卻也真的像八仙過海裡的仙人一般從人間蒸發。回頭看，法律也是一種形式，但相同的道理，神也不會固定的以我們所看到的法律形式出現。我必須說，和法律相互沾染了數十年，我根本不確定我擁抱在懷裡的到底是天使還是魔鬼。想到這裡，我會驚慌起來：會不會我幾十年來所走的路，意義都只是在準備讓我有一天從法律世界遁逃出去？

三、如果法律像文學

要對應這樣的人生，不只自然科學的語言貧瘠，法律科學的語言也貧瘠。

法律懂得愛情嗎？

法律上對通姦罪的除罪化問題爭議了很久，我們社會上二、三十年前對通姦罪規定存廢議題討論時所存在的正反面說法，到了今天為止也依然原貌呈現。政府單位對於通姦罪規定的存廢問題（和死刑存廢的問題一樣）最後決策上的說理基礎就是民意，亦即總有將近百分八十的人反對廢除通姦罪。理論上關於通姦罪立法的根本問題是，對通姦罪的刑罰有什麼意義？我們派警察，外加徵信業者破門時的閃光燈去抓通姦者，因此就穩固了某一些人的愛情或婚姻？我們想要用法律去製造愛情和撲滅愛情的火焰，但是有辦法嗎？德國法律在超過半個世紀之前已經廢除通姦罪，德國國會當時為了決定要不要廢除通姦罪的規定，做了一個專案調查，並且提出調查報告。報告的結論是，通姦罪的存在對婚姻的維護並沒有正面作用，相反的，通姦罪的告訴除了往往是出於「卑劣」的動機之外，事實上只有加速婚姻破裂的作用。德國國會基本上根據這樣的事實關係廢除了通姦罪。國會報告講得很仔細，說理方式是根據我們後面會談到的比例原則思考模式，一個層次接著一個層次的問題檢驗來進行的。

我總覺得，德國國會報告的說法還算是客氣。其實人自然喜歡的是自己心中可愛的東西、可愛的事情和可愛的人。人看人，可愛的人是自然可愛，不可愛的人不會因為裝可愛就真的變可愛。簡單講，人性角度上愛情都是在講條件，因此人要可愛，必須有實力。《格雷的五十道陰影》小說裡的女主角史迪亞愛上孩提時受虐而心靈千瘡百孔的男主角格雷，史迪亞因為不捨男主角自覺不配被愛而心如刀割，決

定即使忍受男主角的吃醋、跟蹤、束縛甚至虐待也要使盡全力把他從陰暗中拉出來。故事聽來精采甚至感人，問題是除了揮之不去的心理創傷，甚至某種角度也有恐怖情人的意味之外，你知道男主角是怎麼樣的一個人嗎？一旦你知道男主角是怎麼樣的一個人，或許故事裡的愛情本身就沒有那麼奇特了。原來男主角是一個又高又帥身材又好的企業男，更要命的是他每一個鐘頭的收入就可以買一部紳寶的轎跑車。我在想，如果這一個恐怖情人不高、不帥、身材不好，又沒錢，那麼這恐怖情人還可愛嗎？

所謂條件講的不一定都是物質條件，也可能是心靈層次的東西。道格拉斯·甘迺迪（Douglas Kennedy）在小說《五天》（*Five Days*）裡的男女主角談好要離開各自婚姻，攜手重新尋找希望，當中致命的吸引力是在於他們可以一起談修辭、談文學、談電影、談音樂、談歷史。不過不管如何，既然愛情都是在講條件，則誠如吉莉安·弗琳（Gillian Flynn）在《控制》（*Gone Girl*）書上背叛婚姻的女主角愛咪所說，「如果我知道不管如何，對方都會愛著我，那麼一來，挑戰性何在？」「我覺得大家錯得離譜，其實愛情需要許多條件。兩個相愛的人，必須永遠呈現自己最好的一面……無紀律的愛情代價慘重。」事實上也正因為出於選擇上的自由，愛情才變成是可貴和迷人的東西，所以我們根本無法去說什麼人應該要愛什麼人或不能愛什麼人。然而現實中絕大多數人所寄望的是「不管你怎麼樣，我都會永遠愛你」的愛情。當如此廉價的愛情成為我們社會的愛情標準，一旦男主角或女主角移情別戀，馬上引來旁觀者各種形式的道德數落或當事人帶刀帶硫酸的報復。其實世界上是可以有「不管你怎麼樣，我都會永遠愛你」的愛情，不過要搞清楚，這是從給予者的角度在講的話，而不是從接受者的角度在講的話。也就是說，愛情是一個人只能給而不能要的東西。如果背叛者真的是狼心狗肺或瞎了眼睛，那也是背叛者自己必須去面對的事情。因此社會主流對感情出軌的譴責或懲罰並不當然有正當性。

這是一個令人困惑的問題：果真人們對於愛情緣起緣滅的希望都可以寄託在法律規定上頭？《西臺古墓死亡紀事》（*Patasana*）書裡除了大部分在敘述現時驚悚離奇的殺人事件外，另外平行描繪的是久遠年代一段令人傷心的愛情故事。故事裡兼具智慧與勇氣，女神一般美貌的雅希莫妮卡被迫成為庇西里斯王的妃子，然而終生所愛的卻是當初在神妓會初識的年輕男子，也是後來宮廷總書吏巴塔薩納。後來在宮廷重逢時，神廟裡的女子已不再表情羞澀，取而代之的是「褐色眼眸中燃燒的火焰」。巴塔薩納和雅希莫妮卡當然都知道，與庇西里斯王的女人發生關係的人，都將受到世間極刑的處罰，但是兩個人依然選擇對抗眾神與法律的禁忌，從此「拋棄殘酷、充滿欺騙與狡猾的世界」，回歸做為真愛的信徒。雅希莫妮卡懷孕被發現之後，為保護心上的男人，從寢宮窗台朝岩壁一躍而下，「宛如一隻折翼的雌鷹」。巴塔納薩傷痛之餘，從此展開了對庇西里斯王的報復。

小說是小說，小說故事總是淒美絕倫，至於世間真實感情是非恐怕是還是一場大戰。不過重點是，不管一個人的感情是所謂對或錯，即使像是與庇西里斯王的女人發生關係的人必將受到世間極刑的處罰，一旦巴塔納薩與雅希莫妮卡不再將對眾神與法律的背叛認為是犯錯，那麼褐色眼眸中燃燒的火焰不會熄滅，要想回去作為眾神與法律的順民，恐怕也回不去了。從男女主角的勇氣回頭看我們法律上依然存在的通姦罪規定，諷刺的來說，可能是因為我們社會上多數人沒有勇氣與高度去面對愛情的挑戰之外，也沒有看過小說，所以依舊寄望於把男女情愛的緣起緣滅架構在法律的強制上。我也聽過一個十足生動的說法：我們是依靠帶著槍的警察在保護我們的愛情。

《西臺古墓死亡紀事》的故事思緒和德國國會廢除通姦罪規定的調查報告所表訴的道理沒有兩樣，都在說明強制規範在感情世界的無力。國會報告的比例原則說理實質上正確，並且形式上對法律人來講可能也才是有客觀意義的論述格式。但如果考慮到法律最後意義畢竟是在能夠滲透，甚至左右人們現實舉止坐臥的動念，那麼法律文字的有感 and 無感應該是重要的問題。因此關於人們使用文字的作用，英倫

作家愛倫·狄波頓（Alain de Botton）在《哲學的慰藉》（*The Consolations of Philosophy*）書中藉著古哲學家塞內卡（Seneca）的想法做了如下的敘述：「論證就像一條鰻魚：儘管已合乎邏輯，但除非用比喻和風格將其固定，否則仍有可能從心靈虛弱的理解力中溜走；我們需要隱喻導引出那些看不見也摸不到的感覺，否則很容易遺忘它們。」

人生像法律講的那麼簡單嗎？

一個人的意志力可以有多強大？《我願意為妳朗讀》小說的核心觸及了這個問題。女主角韓娜應徵了納粹集中營的守衛並且被雇用，到了後期在集中營的工作包括，為了讓集中營空出位置以收納新人進來，她必須篩選出一些人轉到奧許維茲集中營去，而被送去奧許維茲集中營的女性，結果是被殺害。現在問題是，韓娜該不該為這些被篩選出來送去奧許維茲集中營而慘遭殺害的女性負起殺人罪的責任？其實類似問題在德國後來的歷史上也一再被提起，甚至應該說這已經是刑法上討論責任概念時一個經典的案例問題。德國統一後開始進行一系列對東德先前駐守柏林圍牆衛兵的刑事審判程序，這一些衛兵因為開槍射殺企圖翻牆投奔西德的東德人民，被控訴構成殺人罪。雖然被控訴的衛兵們對此提出了開槍是出於上級命令的抗辯，但是對於這一類案件，德國法院還是判決構成殺人罪。構成殺人罪的理由是，衛兵也知道自己是在殺人，而且是沒有理由的、違反法律的殺人。至於，納粹政權下的衛兵有沒有可能對抗納粹組織的命令，選擇善良與正確的不開槍？有罪判決已經清楚認定這不是問題。

小說裡一個情節精采的地方是，韓娜在法庭上兩次反問法官相同的問題：在事件當時的情況下，「你會怎麼做？」「你還有什麼辦法？」對於韓娜的問題，法官第一次的回應是：「有些事情，個人就是不能被牽連進去，只要不會賠上性命或肢體，就必須與之保持距離。」第二次的回應則是沉默。結果和後來東德衛兵柏林圍牆射殺案

判決相同，韓娜被判有罪，終身監禁。法官所說的話，意思應該就是人可以用自己的意志力去選擇善良、對抗邪惡。法官說的自然是一個理性的說法，問題只在於現實裡小人物的能耐可以有多大？這一個問題在法院的判決文字裡可以雲淡風輕的交代過去，但是現實人生的痛不是嘴巴怎麼說的問題，現實人生的痛是痛在骨肉上，掙扎是掙扎在心深處。如果我們自己是守在柏林圍牆的衛兵，我們的善良意志會有多強？我開槍不開槍？如果我們自己是韓娜，我們會不會拒絕提出篩選名單？

我想起另外一部來自真人真事拍成的電影《辛德勒的名單》，當中男主角辛德勒醫師也是收到篩選名單的任務，但辛德勒想辦法盡量減少篩選數量，減少猶太人被殺害。辛德勒雖然盡量減少篩選數量，但總不是減少到零。那麼如果按照韓娜事件的邏輯，辛德勒對於被篩選出來送上死亡列車的猶太人而言也是要負殺人罪的責任。但後人的評斷顯然不是如此，反而視辛德勒為英雄，因為還是會回到一個相同的問題：要不然是要怎麼樣？不過既然我們不視辛德勒為罪人，那麼為什麼小說裡的韓娜或柏林圍牆的衛兵是罪人？我們知道這是一個難題，在轉型正義概念底下，德國法院不能不堅持對犯錯者有罪的判決，因為如果不是有清楚的真相與責任，人類文明無法前進，社會難以多少避免再一次的浩劫。但另一方面，在人性考量上的問題是，人在面對魔鬼的誘惑或脅迫時可以有多少勇氣撐住自己做一個道德強人？對於這樣陷入兩難的問題，似乎不是理論說詞可以簡單解答的。

法律上對人類意志極限的思考，理論上也不是沒有，例如從憲法上尊重人性尊嚴的宣示，一直到刑法上強調的責任原則都是。基於這樣的原則，法律對於人做不到的事情不能用刑罰來強求他做到。儘管如此，德國法院對諸多柏林圍牆的射殺案件都做了有罪的判決。我無意說這是違背責任原則的判決，我只能說德國人這個民族是理性高度壓過感性的民族，因此也架構起邁向理想世界的心理準備。只不過如果要說這樣的理性選擇是像判決理由所說的那麼自然，好像那是一個

不會有內心拉扯的過程，只要順水推舟自然就會漂流到終點，那麼難免會讓讀判決的人不勝唏噓。

我們不敢說，如果徐林克是做判決的法官，他會判被告有罪還是無罪。但只要他是用小說對人性觀察的密度和筆觸來做有罪或無罪的論斷，無論判決下來是有罪或無罪，都讓人比較容易心甘情願的接受下來，只因為我們知道法官已經因為窮盡對人生夢想與無奈間張力的思索而心力憔悴。小說中男主角對韓娜的說法是：「我想同時理解韓娜的罪行，又想譴責它……在我試著理解它時，我會覺得自己無法譴責它，而它是一定要受到譴責的……我想賦予自己兩種任務：理解和譴責……但是要做到兩者是不可能的。」我要怎麼說這些句子呢？好像也沒有辦法去說什麼，只能一直沉浸在一個深沉的思索，不過也已經滿意了。

要用什麼文字描繪人生？

近來大家熱烈爭議關於法律白話文的問題。法律文字的確是越清楚易懂越好，但雖然有人經常舉像是「要非不能謂非」這樣複雜的用字為例，批評文言文讓人搞不清楚到底是在說什麼，我覺得從實際情況來看，不管是學說或實務，今天的法律文字大致上不會文言到哪裡去。事實情況是，即使是白話文寫的東西，看的人還是會看不懂。但是看不懂一個東西，原因不一。首先理論上，專業的東西本來就是外行人不懂，所以才叫做專業。針對專業問題的討論文字，同時要求要能夠讓外行人一看就懂，本身是矛盾。固然近來也開始有讓外行人可以理解的所謂科普著述，但那畢竟不可能是在講高端的化學或物理。一般人也知道隔行如隔山，因此沒有人會要求化學家或物理學家一概要用外行人看得懂的文字或方程式來表述這世界的原理。其次在現實生活上，一般人對於自己不懂化學方程式或物理文字都不會介意，因為人在生活中只要懂得按照醫生囑咐吃藥或懂得拿遙控器開電視就好

了。但法律文字的情況會有一些不一樣，法律文字處理的是人與人間生活衝突的問題。由於每一個人都有生活經驗，這領域裡沒有人是絕對的專家，也沒有人是絕對的外行。因此在法律或其他道德律作為社會人行為規範的目的上，對於每一個人的思想溝通變成現實上必須的工作，這也是為什麼法律文字問題處境艱難的原因。其實不管如何使用淺顯易懂的文字，要讓外行人也可以看懂法律文字，邏輯上只有一種可能性，就是外行人某程度熟悉法律思維模式，換句話說，是外行人某程度的內行化，以便和所謂白話後的專業敘述相銜接。但在效益和成本的考量上，要使法律外行人某程度內行化，根本上是國民教育政策的問題，難以完全寄託在法院的判決文字上。因此我個人在乎的問題不是法律文字能不能讓一般人一看就懂，而是法律文字有時候連專家也看不懂，或看不下去。

羅素·雅柯比（Russell Jacoby）在《最後的知識分子》（*The last intellectuals: American culture in the age of academe*）書中批判了大學教授們的學術文化。他指責（人文科學領域的）學者喜歡用外行人看不懂的語言或無法理解的方式來做表達。書中進一步認為，「專業而莫測高深的語言可能是個庇護所或必須物，但也可能是種藉口和逃避。」雅柯比的指責還算是客氣，指責的是專業者不理人的驕傲。其實更不堪的情況是，專家們可能自己也說不出問題在現實世界裡的來龍去脈，只好在學說的文字形式裡沉浮。因此法律文字讓人看不懂，問題並不在白話或文言的技術問題，而是在思想不清楚。學術文字如此，判決文字也是如此，大多是因為道理想不清楚，所以文字寫不清楚，有時候則是用論文或判決書的厚度來取代清楚的說理。因此法律文字要讓人看得懂，這境地的到達只能是每一個專業者在思想工作上一點一滴慢慢累積起來的事情。

如果人生重新來過一次，我或許會念文學系。我一直認為，人透過文學所理解到的世界最清楚，文學所呈現的人生最鮮明。我曾經讀到不記得是哪一位文學家講的話，他說「這世界上最精確的語言是詩歌」。對於這一句話，可能有很多法律人會覺得不服氣。想想看，光

是刑法上所說的「散播猥褻物品罪」，法律人就會質疑當中「猥褻」這兩個字是概念不清楚的字眼（是三點全露叫做猥褻嗎？那麼露兩點呢？還要看表情？什麼樣的表情？眼神要渙散？怎麼樣算是眼神有渙散？到底是什麼嘛？）甚至有人說它是違背刑法文字應該有的明確性原則，是違憲的條文，也因此有勞大法官去論斷。如果要像法律人這種計較方式來看一般文學敘述裡頭的遣詞用字，法律人顯然會說那是不精確的文字，更不用說念自然科學的人來看更是如此。像是歌詞「你去想一想，你去看一看，月亮代表我的心。」請問那是在說什麼？是向你明示愛情像月亮一樣，要用晶瑩閃亮的鑽石來展現你的誠意？或是向你暗示今天的燭光晚餐要吃月亮蝦餅？

那麼為什麼我喜歡「這世界上最精確的語言是詩歌」這一句話？其實這裡的基本問題是，所謂精確是什麼意思？從字面來看，語言精確是語言的描述符合於客觀事實，並且即使到了細微枝節處的描述，也都符合客觀事實。語言的描述是否符合客觀事實，要依賴現實的驗證。對自然科學者而言，大江大海裡每一滴水分析出來的都是兩個氫原子和一個氧原子的組合，所以 H_2O 是一個描述水的精確語言。不過不要忘記，這裡人們之所以滿足於 H_2O 作為一個精確的語言，是因為物理學家只關注物理的世界，而不及於其他。假設有一個小孩子到了速食店吵著要喝加味汽水，媽媽回應的方式是向店員點了一杯水，然後告訴小孩子說，水也好，汽水也好，都一樣是 H_2O ，那麼對小孩子心中的嚮往來說，這個 H_2O 的表達顯然不精確。當然自然科學家可以再憑其專業，分析出加味汽水的成分，譬如說是 H_2J_2O 好了，並且精確的寫出結構來。但是在具體人生的世界裡，這也很可能不精確，因為這裡的事實是男主角想要喝一杯心上人親手調出來的加味汽水 H_2J_2O ，而你給的卻是隔壁超商賣的包裝 H_2J_2O 。看來自然科學世界的語言是精確，但是其精確是針對自然科學所關心的有限世界在講的。至於要描述完整人生，人生像跑馬燈一樣輪流上場的是形形色色的悲傷、憤怒、歡樂、淡然、虛榮、忌妒、貪婪、驕傲、滿足、恐懼、愛慕或無奈。那麼你可以想見，要對應這樣的人生，自然科學的

語言可能就貧瘠了。不只自然科學的語言貧瘠，法律科學的語言也貧瘠。

刑法第五十七條「科刑時應以行為人之責任為基礎，並審酌一切情狀……」的量刑規定可以說是完全暴露出刑法在真實人生應對上的困窘。文字上講「審酌一切情狀」，已經是對一個人之艱難處境的最細微關照，因為概念上已經沒有比一切更一切的境界了。問題是，如此的細微關照在現實上可能被關照到什麼程度？其實所謂「審酌一切情狀」可以說是帶著夢幻色彩的用語，因為既然講一切，講的是無邊無際的世界，但是法官不是觀世音菩薩，究竟要如何抓住無邊無際的東西？也難怪法官在判決書的理由敘述上乾脆直接寫明「爰審酌一切情狀」這些字眼來表明心中已經走過所謂一切考量的過程。我們也不能因此說法官就是只出一張嘴，因為要不然是要怎麼辦？針對「應審酌一切情狀」的要求，事先系統性（可以沒有遺漏的做出一張檢查項目列表）的審酌一切情狀是客觀上不可能。所以我說，人生有多難，量刑問題就會有多難。法律上「應審酌一切情狀」的規定在現實上最後的功能就是作為當事人上訴時的上訴理由，也就是當事人接到判決書後，憑藉個人偶然一閃的靈光，在茫茫大海中去鎖定原判決任何一個可以被標示為思考疏漏的地方，再加以放大後來主張原判決不合法，再接下來就交給法官去做認定。

我們從這裡也可以知道，國內外都有實務或學說想要設計出一套計點的公式，透過電腦計算加加減減就可以得到公平的量刑裁判。這種構想至少對大多數傳統的犯罪類型來說，應該是把人生想得太淺層了。近來一個更極端的預測是，包括律師和法官在內的法律專業工作，都是二十年內可能消失的行業，因為有機器人的「大腦」可以取代。如果你要問我說，這件事有沒有可能？那當然至少在某程度內有可能，問題只在於我們對正義所要求的深度和廣度是什麼？如果我們可以接受，判決不需要做過於瑣碎的價值判斷，那麼判決的確可以由機器人來代勞。不過用機器人替代法官做判決的理由不是因為機器人比人聰明，而是成本問題考量。人的體力沒有辦法負擔大量案件持續

性的高精密度思考，所以為了避免法官過勞死（過於勞累另一方面當然也會回過頭來影響判決的正確性），現實上不得不在某些範圍的案件內以及在某些判決理由的精密度上犧牲純粹正義理念來做妥協。

就判決文字而言，專業語言還是必要的，因為那畢竟是做法律判斷時的法定標準。但是專業語言系統基本上是停留在某程度的抽象模式，對具體個案而言的關照密度永遠是不夠的，換句話說，專業語言系統並未對眼前的人生故事進行完整密度的檢視，因此法官把法律或判例文字簡單套用在具體個案上的作法不見得就是客觀。相對的，唯有用大量的非法律語言來接受或拒絕法律或判例文字的適用，這才使法律語言變成有內容、有真實生命的東西。司法機關多年來進行許多研究計畫，希望透過判決意旨系統化整理，提供法官判決時一致性的依循和引用。儘管判決意旨系統的形成具有高難度，但所謂裁判穩定性是一般人民對公平正義的想像，因此計畫追求的是現實上的意義。然而實質上，正義之路是不會太廉價的。法律規範世界的穩定性最後依賴的是法官對個案正義思維的抉擇，而不是法律或判例文字快速的形式引用，更不應該是為了個人考評目的的插旗表態動作。如果法官心思不夠敏銳，在具體個案判決援引判例文字時無視於個案中存在的差異因素，那麼法律或判例文字所追求的正義概念在個案中轉化出來的結果其實恰好是正義的背叛，並且所謂實務見解的一致性也只是幻影。

法律上每一個案件的公平正義不會固定在法條文字裡面，不會固定在判例文字裡面，不會固定在一切的形式裡面，因此只能不斷在個案裡用心尋找。但人們卻希望透過簡單辨識系統的操作，例如法律文字形式的快速展現，就可以達成對公平正義的追求。人們寄望越深、越急，所設定的文字系統就越僵化。癥結可能在於人們以形式上的公平作為正義概念的化身，以及包括專家與一般民眾對安全感的急促需求，以為只要對於人生不要想太多，人生就安穩下來了。然而正義果真可能如此廉價？不管這問題在一個又一個故事裡的答案是什麼，對於這問題的探索，文學的視角比法律學的視角更精緻、更有深度。因

此如果我們還覺得世界複雜，還覺得正義失落，還覺得法律終究無法擺脫技術的糾纏與限制，最後是文學在回答我們腦袋裡的疑惑，彌平我們心中的傷口。

第五章 法律不是世界的全部

自從法律變成法律之後，
法律就和道德殊途，
但如果不是人在爭論是非時還帶有幾分善良意願，
法律社會恐要淪為殺戮戰場。

一、除了法律，還有道德

要用道德理論去說服人善良起來，到頭來幾乎是一個不可能的任務。

說不清楚的道德理論

對於道德理論有很多人持懷疑的看法，例如波斯納（Richard A. Posner）在《道德與法律理論的疑問》（*The Problematics of Moral and Legal Theory*）書中至少就質疑了兩個地方。他的第一個質疑是道德述句難以普遍化，因為每一個人所處的情況不同，所以我們沒有辦法為每一個人每一種情況訂定相同的道德規範，就好像我們不能為葷食的獅子和素食的山羊訂定相同的行為標準一樣。另外一個質疑是道德教育無法透過理論述說去產生教育的作用，因為從經驗的角度來看，可以使人從內心接受善行感召的是某些活生生人格者，像是宗教者的善行，而不是學院裡、書本上的道德理論。這一些對道德理論的質疑，相當程度都有它的道理。

從下面的角度來看，道德述句難以普遍化應該是不爭的事實。舉例來說，基本上誠實是一個原則，因為說謊會掩蓋事實，事實被掩蓋後接下來的行動決定在客觀上會是一種價值的偏差，例如老師誤會小朋友偷東西而處罰他，或小朋友考試作弊拿好成績而獎賞他。但由於人畢竟活在現實生活當中，而誠實在有些現實情況下反而會帶來傷害，例如一個喜愛足球的小孩碰上一個只有升學主義的父親，每當小孩去玩足球回家被發現後都會慘遭毒打。由於這裡誠實的結果會帶來顯然背離正義原則的結果，誠實義務是值得懷疑的。我自己有一個經驗，家母八十歲的時候在臺大醫院動了一個膝關節手術，她在手術前幾天拿了一個五萬塊錢的紅包交代我拿去送給醫生。我萬分為難，我知道躺在床上的老人家急需的是心安，她也聽不懂什麼依法行政等等

不應該送紅包的道理。但這紅包要怎麼送？何況當時法律實務上的見解，公立醫院的醫師是公務員，收受紅包要構成貪汙罪。於是最後我把五萬塊錢的紅包放進自己口袋，告訴家母說我已經把紅包送出去了。說來我這也是侵占，但老人家求心安得到心安，醫生求尊榮得到尊榮，窮苦的我求錢財得到錢財，憲法上所揭示的平等原則也被我保住了，結果是皆大歡喜，這不算是兼具大慈悲和大智慧的抉擇嗎？

人類經驗中誠實美德的悲慘連結往往牽涉到一個人身處錯誤社會中的自我防衛手段：面對非人性的價值系統，誠實是有困難、有危險的。台灣早先在威權統治的司法情治系統底下，被告在警備總部裡承受讓人生不如死的刑求逼供，別說是要對別人誠實，連要對自己誠實說自己無罪都難以做到。《凜冬將至》裡負責教導愛妮絲的年輕牧師有一個任務是向長官報告愛妮絲受教的情形，用法律概念來講就是愛妮絲犯罪後的態度問題。故事裡愛妮絲面臨的是死刑，但在她所犯的殺人罪裡，是不是應該由她來負責任，或甚至她有沒有殺人的意思，都是很大的疑問。只不過案件被害人正好是長官的摯友，因此在暗黑刑法時代裡穿著大紅官服的長官充滿臆測的刑罰論和充滿驕傲的教誨論迫使被告只能乖乖的走上斷頭台。至少從今天的角度來看，故事裡一個緊張的問題是，固然愛妮絲在最後的日子裡依然拒絕懺悔與禱告，牧師是否應該秉持「善良美德」向長官據實陳述，以至於讓她喪失最後一絲絲法律上可能死裡逃生的機會？雖然牧師理論上是可以不改誠實美德的向長官報告愛妮絲拒絕懺悔與禱告，然後依然在道理上據理力爭一切原委，就像故事裡神父實際的做法一般，但那要看你所面對的現實是什麼樣的現實。如果現實裡的長官不聰明，似乎牧師的選擇也不聰明。如果現實裡的長官不善良，似乎牧師的選擇也不善良。

即使是當代，同性戀或僅僅是年輕男女戀愛在民智未開的社會裡也必須遭受所謂善良社會的指責、撻伐、排擠、刑罰或甚至亂石打死的對待。在那樣的社會情結裡，宗教者祭出教義上的說法，非宗教者搖擺著道德者的姿態，落得沒有做錯事情的人要承擔苦難。從以上幾

個例子來看，對於道德教育中的誠實守則可能就會有現實上的種種爭議，因此質疑者對絕對道德律的質疑是有他的認知背景的。但儘管如此，道德律難以普遍化的問題應該不是道德教育困境之所在。關於道德律能不能有例外，已經是一個古老的問題。絕對論者認為正因為人窮盡一切力量，甚至捨棄生命於道德的實踐，才顯示道德價值的真義，因此監獄裡的受刑人即使碰到監獄大火也不應該逃離監獄。相對論者認為人在面臨問題的時候應該把一切現實因素都考慮進去，判斷出最好後果的做法，因此面對盜匪的追殺，如果說謊可以保住善良人的一條命，那就說謊。兩個理論看來是對立，但如果我們可以把絕對理論的意思理解為對實踐道德律的態度宣示，把相對理論的意思理解為確認道德律的技術標準，兩個立論似乎也不是真正的對立。

道德教育的效益牽涉到道德述句精緻度的問題：這世界上本來就沒有絕對的誠實、絕對的勇敢、絕對的正直、絕對的奉獻等等，因為我們不知道這些美德的絕對等級長成什麼樣子。現實上更難以想像所謂絕對美德的下場如何，因為前人已經講得很清楚，「人不自私，天誅地滅」。由於人天生有不同的基因、環境與教育，要驅動善念善行時所遇到的障礙也都不一樣，所以每一個人具體行動的道德標竿很難一樣。比喻來說，身體瘦弱的人沒有辦法和身體強壯的人捐一樣多的血。道德律訴求於具體行動表現的是意義上的定向，而不是形式上的定量。我們無法從一個人捐多少錢、捐多少血，或是在公車上有沒有讓座去論斷他的道德成績。比喻來講，如果我們可以解讀一個人大腦皺摺的意義，那麼只要我們從皺摺中解讀出他在善良用心上留下了一絲絲曾經掙扎過的痕跡，應該都是道德，就像是一個一向數學考鴨蛋的小孩子有一天數學考了兩分一樣值得讚賞。

因此道德理論所剩下最困難的問題應該是我們很難回答，為什麼做人要有道德？道德是一個人利他的真實意願，道德訴求所訴求的是一個人對抗人類在求生存的歷史過程中所逐漸演化出來的自私基因。這好像我們對一個天性喜歡烹飪的人要求他變成喜歡數學，而且是要他「真心誠意」的去變成喜愛數學的人。其實如果一個喜歡烹飪的

人可以輕易的從內心深處說變就變成一個喜歡數學的人，那麼他原來喜歡烹飪的基因應該是誤會一場。再接下來是我們要怎麼去回答「為什麼」的問題？為什麼人應該要喜歡數學，而不是烹飪？相同的問題，為什麼做人應該要有道德，要為別人設想，要愛人？這一個問題比上面所說的愛情問題更困難千百倍。關於愛情的問題，我們或許還可以很淺層的說因為劈腿會使舊人傷心落淚，也或許還可以隨俗的奉勸人不要劈腿等等。然而這裡的問題是，我們為什麼要在乎舊人傷心落淚？當然有人會玩文字遊戲說這就是愛，但是問題依然不變，為什麼我們要去在乎舊人傷心落淚？

一個具有比較高水準道德意識的社會，絕大部分人的生活成本都會比較低，但如果我們因此寄望透過道德社會來降低自己的生活成本，那麼還是站在自己的利益關係在說話，還是自私，而不是道德的本質。相類似的是心理學上有一種說法，也就是當一個人幫助他人的時候，大腦會自動分泌一種愉快激素。其實如果說這就是助人的理由，助人的美德其實也是一種自私。我們也看過像是道德者會得到別人的尊重，或送玫瑰者手有餘香等等說法，不過說來說去，總之都是出於利己的心計，因此其實也已經遠離道德的精神。

黔驢技窮之餘，或許我們最後會說，在一個道德的社會裡，自己和其他人同時會受益。既然自己與他人同時受益，不管從利己的角度或是從利他的角度來看，不都是很好嗎？但是關於利益問題，大部分現實情況是人與人之間利益的排擠關係，像是很多人在搶搭高鐵自由席車廂的有限座位。即使有時候好像看不出來有利益排擠關係，例如大家開車上高速公路都排隊，都不走路肩，就大家都省時間，但其實在賽局理論底下，要大家都守約定並沒有那麼容易，所以人並非就可以如意的從自己的道德得到比較大的好處。有時候效果正相反，乖乖排隊在車流裡等待上下交流道的駕駛人經常看到走路肩的車輛從旁邊呼嘯而過。總之只要人放不下對自己利益的精算，要聽見道德的聲音就有困難。像是我們眼前看到幾乎全世界政商菁英勾結對整體社會資源的完全宰制，那也是因為人心裡的私利滿足感可能遠遠超過道德社

會分配給每一個人的紅利，並且他們也覺得自己握在手裡數不清楚的鈔票是更牢靠的幸福。

其實道德只有身體語言

要用道德理論去說服人善良起來，到頭來幾乎是一個不可能的任務。我們只能說，道德訴求就只是在表達一個願望而已，好像一個從馬拉松路跑得到快樂的人慫恿他的朋友們也去跑馬拉松，所能說的就只是「要不要一起去跑馬拉松？那感覺不錯喔！」如果一個人不肯放棄對道德概念的堅持，那也是一種單純的意願表達或甚至信仰，沒有什麼理由，至於所謂十八層地獄事實上也不存在。但這算是道德概念已經撞牆了嗎？

丹布朗在《天使與魔鬼》裡面的結局讓人驚奇，也讓人心情輾轉反覆而無法脫離。頂尖科學家和可能成為教宗的幾個樞機主教被殺死，從這兩種人之間的連結，人們不免要開始想像，科學家研究的東西是要如何去碰觸宗教信仰的世界？對於這一個問題，邏輯上有兩個可能的答案，一個是科學家透過對世界的複製證明了上帝的存在，另外一個是科學家透過對世界的複製證明了上帝的不存在。這一個問題的答案決定故事裡惡魔（殺人犯）的藏身處，但問題在人們就是一直搞不清楚，科學家複製世界到底證明了什麼，也因此故事情節一直莫測高深。然而如果人們還要在這個問題上打轉，就讓他們去打轉吧！我總覺得小說裡的要角之一，教堂總司庫的想法是真聰明：姑且不論理性角度本身的方法論問題，也就是怎麼樣才算是，以及怎麼樣可以算是神的存在或不存在是被證明出來了，重點是不管科學家想要用科學的方法證明的是什麼，一旦神變成是可以被證明或必須被證明的東西，一旦神被納入理論的範疇，那麼神還是神嗎？神的使者一路穿過叢林、爬過荊棘，鮮血的本身不就已經是神存在的證明？用我們近代周遭的故事來說，作家范毅舜在《公東的教堂》書上描述外國神父在

台灣東海岸用心照顧偏鄉地區居民的長年故事，看過後你可能會對神的存在問題有一些想法。就像我第一次造訪屏東萬巒的萬金聖母天主教堂，看到附近幾條街道家家戶戶壁上的十字圖像和門前一些聖經故事的造景，覺得有趣和訝異。但再看過早年神職人員在當地奉獻的故事記載之後，才知道那其實也沒有什麼好訝異的，原來當時村民們是從神職人員身上相信神的存在。既然神不屬於證明概念的範疇，那麼相同的問題是，道德概念的意義是必須要在理論上被證明的嗎？

我記得有一次經過瑞芳要去山城小旅行，在鎮上一條小巷子裡發現藏著一家幽靜的咖啡店，於是我心情愉快地坐在角落裡享受午後的悠閒時光。引起我注意的是，店裡提供的咖啡特別標示了「本店使用公平交易咖啡」。在這樣的小鎮和小店裡看到這樣的字眼，我回想起幾十年前在德國波昂參加獎學金基金會舉辦的研討會，討論的主題是世界上最南北國家差異的問題，當中被關注的焦點是在非洲的情形。其實公平交易咖啡類似鑽石市場上「無衝突鑽石」的概念，「衝突」的意思如同電影《血鑽石》裡面結局時附加文字的說法：來自非洲的鑽石背後經常隱藏著某種資本主義者對於當地社會利害關係的操弄，最後是以無數非洲平民的生命犧牲做代價。因此為了確保鑽石產出的過程並未帶有殺戮的血腥，所以有所謂「無衝突鑽石」的認證機制。不過不管這機制是玩真的還是玩假的，鑽石是鑽石，咖啡是咖啡，咖啡又有什麼衝突不衝突的問題呢？實際情形是，取代了糧食的種植，非洲土地被大量的用來種植棉花與咖啡。說來這也是法律上所保障的土地所有權人的自由，不過卻導致大量非洲人死於飢餓，因為非洲人不可能吃棉花或咖啡豆來填飽肚子。我們會問，為什麼非洲大地不能用來種植麥子或玉米？原來大部分土地控制在少數本土資本家的手裡；對於資本家而言，種植糧食賣給貧窮的非洲人民，營利有限，但是把棉花和咖啡豆外銷到流行穿純棉衣服和喝咖啡的歐美社會去，透過全球化的價格機制，可以獲利數十倍。說來這是法律所保障締約者的契約自由，不過卻也是非洲糧荒的由來。全球化底下所形成的價格對應機制是，非洲人一卡車的棉花只能換取歐洲人所產出的一顆西藥。至於最後做工做死或是飢餓餓死的人當然不是歐美的資本家，也不是非

洲本土的資本家，而是無數的非洲平民。研討會最後有趣的是，好像好萊塢的影星們在《血鑽石》電影上演後不再佩戴鑽石出席奧斯卡金像獎典禮一般，我們在研討會的第二天，學員們聽過了一連串有關非洲社會現況的報告後，早上十點和下午三點休息時間所提供的咖啡就沒有人再去喝一杯了。似乎關於道德的東西，沒有道德理論也可以讓人變得有道德。

道德教育特別需要的是身體行動本身。我曾經問我一個在建築業做了幾十年的朋友一個問題：為什麼台灣蓋的房子住不到多久就經常會出現漏水、壁癌、龜裂或是地板脫落等等的問題？是不是我們的技術有問題？他告訴我說，就他所念過的書，台灣的土木工程結構教科書所寫的內容，所教的蓋房子的方法，和日本的土木工程結構教科書所寫的是完全一樣的。差別是，日本人蓋房子是按照教科書上所教的方法在蓋房子，而台灣人蓋房子並不按照教科書上所教的方法在蓋房子。我們從此可以知道，道德教育是身體行動的事情，但也正因為如此，一旦社會處在無道德狀態，道德教育自然變得困難重重，會呈現道德教育的向下螺旋現象。更嚴重的問題是，學校用書本講道德，學生下了課馬上就碰到生活經驗上的矛盾。例如老師課堂上告訴小朋友要遵守交通規則，但是放學的時候一大堆開車搶著接送小孩的爸爸媽媽們卻在小朋友面前大剌剌的違規卡位、並排、堵住馬路、堵住人行道。這種教育與現實生活間矛盾的結果是，書本上不強調道德教育還好，書本上越是強調道德教育，經過現實生活文化的對照，對學生所形成的強烈心理效應是雙重標準，似乎道德本來就僅僅只是另外一個世界，是書本與考試的東西，至於不道德，反而才應該是現實生活的正軌。

大約十年前開始，法律人考試加考法律人倫理的科目，它的意思好像是，法律人並不怎麼有倫理概念，所以用法律人倫理的選擇題考試來帶動法律人倫理的教學，寄望法律人因此開始有倫理概念起來。其實關於倫理和道德的概念關係，有的人是通用，有的人認為倫理和道德不一樣，例如倫理偏向規範的外在約束作用，道德強調規範的內

心自發功效。不管這種文字定義上的問題，從效益的角度來看，對於所謂倫理問題的處理，使用附帶一定懲處作為強制手段的規範是一般人認為至少是短期內直接有效的方式，因此在法律人倫理問題的處理上有律師或法官倫理規範等等的規定出現。不過姑且不論倫理問題比法律問題更難有所謂標準答案，更多的硬性規範對法律人而言，意義上好像就是又多了一些需要遵守的法律而已，和道德概念也沒有什麼關係。至於如果這些法律人倫理概念的呈現只是軟性的道德訴求，那麼還是會回到前面所說道德教育的困境。

對於道德問題只能用人的身體語言去面對，因此真正問題在每一個角落裡點點滴滴的道德勇氣。對法律系學生來講，現在用功念書也是一種道德。想想看，如果你將來要做一個動刀的外科醫師，那麼負責任的你，現在是不是也應該用功把解剖學學好？法律系的學生何嘗不是如此？當然，每一個有過道德衝突經驗的人都會知道，道德勇氣在現實上並不是簡單的事情。學生要用功念書就要能夠抗拒很多魔鬼的誘惑，包括冬天早晨的被窩、殺得難分難解的電玩、臉書上沒有營養的八卦，還有晚上和學長或學妹（原本說是要談法律的）談心等等。但是不管如何艱難，這就是道德的內涵。至於法律職場上的個別問題不勝枚舉，法官可能出於某種負面情緒而羞辱原告或被告，可能在當事人面前羞辱律師，可能在將近職務調動或退休的時候惡意積案。如果要說有什麼會是最嚴重的情況，那應該是出於政治或其他任何動機的圖利或枉法裁判。不過這一些道理上的是非對錯對任何人來講應該都很清楚，不必再多說。檢察官的工作掌握第一線的生殺大權（法官某種程度也是如此），可能因此形成驕傲或輕忽的態度。這樣的年輕（或不年輕）氣盛，對法律上的公正性，不管是形式上或實質上都是致命傷。至於如果檢察長官基於政治利益利用檢察一體的指揮吃案或指揮做案，那是非對錯也很清楚。律師方面，可能為了勝訴無所不用其極，可能為了賺錢勉強訴訟，可能對訴訟草率了事，甚至也可能侵占或背信等等。簡單講，道德作為一種身體語言，歸根究柢就是一個人對手邊的事情當下發善念的意思。這種轉機在人類平庸的身體細胞上很難發動起來，但是要講社會提升，也沒有第二條路可以取

代。事實上我們看到一大堆法律人在各個工作崗位上戰戰兢兢發揮他們的良知在對抗形形色色的壓力，表示那還是可以做到的事情。

二、檢回失落的自由

自由的堅持之所以可貴，是因為這在現實裡往往需要有十足的勇氣與意志力。

自由就在拒絕平庸

法國哲學家沙特的思想核心在於人的選擇自由：人和物不一樣的地方在於，前者可以自由選擇自我的存在狀態，但是後者的存在狀態是被擺布的，因此自我選擇的行動是人的存在意義所在。舉例來說，一張碗的樣子是被人做出來，一張碗在日常生活裡的歷程大抵上也是被人用來裝飯或裝食物，我們有時候會說這就是一張碗的本質。如果碗也有生命，相信它對於自己這樣的命運也無可奈何。甚至一隻被飼養的豬也是一樣，雖然有生命，牠的命運幾乎是完全被決定好的。但是相對的，人並不一定要屈從於命運的安排。地心引力讓人舉步維艱，歲月的摧殘也讓人核心肌群日漸鬆弛，但是我們看到馬拉松的跑者在披星戴月的苦練下，有的從開始的六小時成績跑進五小時，有的從三小時十五分艱難的跑進三小時零八分，總之不管怎麼樣，都顯示了人對宿命的反抗。如果不是一個人可以決定自己的圖像和自己的世界，那麼人的存在還有什麼特色，或是可以讓人最終對自己感覺滿意和愉快的呢？

我們前面提到過，小說《五天》裡的男女主角約定好要各自離開自己的伴侶，一起尋找人生的新希望。講起來這是婚姻中的外遇，所以在現實世界裡很可能遭受道德的譴責。不過姑且不論道德上複雜的問題，女主角蘿拉對自己的選擇從來沒有後悔過。因此如果要詮釋沙特的哲學，借用蘿拉追逐愛情的故事可能更生動百倍：「個人生命微不足道，儘管如此，每個人仍得盡力真正活過一趟.....每個人的生命都是一部小說。或許不願承認，但我們確實比想像中更能獨斷掌控這

個故事該如何發展、改變，或者維持平庸。」至於對那可以談文學、談音樂、談電影、談歷史的優質男生，蘿拉所下的定位是，「李察曾有過快樂的機會，但他選擇相信非得穿上苦行者的粗毛襯衣。」你有沒有注意到，蘿拉是用「苦行者」這個名詞來描述那些逃避自由的人？可見一個人走自己的路雖然會感到孤獨與焦慮，但是真正讓人從內心深處快樂起來的也是一個人走自己的路。最後蘿拉去找她的心理醫師談話，醫師告訴她的是，「這怎麼會是你的錯？」我想，這是一個專業醫師深刻的評斷：即使追逐夢想要讓人遍體鱗傷，又有什麼關係？人生怕的只是生命的空白。

平庸是任何人類社會的共同特徵，這是存在主義哲學觀點下必然的想法。不過不管哲學不哲學，只要我們有心，也很快可以從現實環境當中去舉出無數平庸得荒謬的例子。要說台灣社會追求平庸文化，可能很多人會覺得奇怪。這二十年來我們的大學不是就瘋狂流行追求卓越嗎？問題是我們後面很快會談到的，對排名或經費的奪取其實展示的正好就是赤裸裸的平庸概念。從實質意義來看，台灣社會是一個不怎麼講究品質的社會，簡單講，就是在現實當中不會有提升的想法和做法。用生活當中最平常的例子來說，我們人住的大部分的地方，甚至在都市也整理不出來讓人和腳踏車可以安全行走的道路。吃的方面除了在家裡吃飯外，我們使用的都是釋放塑化劑傷害健康的塑膠餐具。對這樣的事情，我們政府機關不管，我們學校和餐廳廠商簽約時不管，小吃攤老闆跟著不管，連每一個自己身體受害的人也不管。更嚴重的例子是中南部民眾戴口罩對付不了PM2.5，在冬季的半年裡天天要吸入致癌的空氣。空氣問題難纏，政府直接把空氣品質標準降低，也降低人民幸福的標準。最後或許是絕望，除了環保團體和少數想到家裡小孩而心生不忍的年輕爸爸媽媽外，大部分人不在乎空氣毒不毒的問題。再就個人行動情況來看，每到跨年晚會、中秋烤肉、放天燈一類活動過後，或甚至平常經過墾丁萬里桐海岸線沿路看到的滿地垃圾，顯示我們為了亂丟垃圾或所謂浪漫的「基本權利」，心中沒有環境問題。這一切都已經是台灣文化的重點特色，也都可以說明我們幾十年來對於最基本的公共生活條件已經沒有願景。至於我們在國

外所看到的都市建築美學或小孩子的善美教育等等，就更不用說了。我想起家母在世時照顧她的印尼外傭曾經問過我一個問題，她說：「先生，你們台灣人那麼有錢，為什麼你們要把房子蓋那麼醜？」我一時也回答不出來，但後來想一想，應該那也是一種平庸的哲學使然。

我們從小到大一直被教養成極度平庸的樣子。出於一個功利的基本態度，小孩社會除了以成績（或大人社會以業績）代表生命價值以外，生命價值所剩為零，因為成績或業績已經保證現在或未來換取金錢等物質資源的可能性。不管是業績或成績，講的是純粹的投資報酬率，因此對於念書這種東西，最經濟的方法似乎就是記憶與複述，理解的程度上則是只要能夠通過考試就好。至於個人的觀察與邏輯思考說明，在考試制度基於社會壓力所謂公平原則所形成的評分標準下，可能沒有意義。簡單講，在「公平原則」的包裝底下，我們喜歡一個簡單的利益分配制度，就是所謂標準答案。因為在標準答案的模式底下，所謂學習會變得最輕鬆、最不需要用心，至於學習或考試的社會意義，已經無關緊要。

或許是對生存環境的不安造就了人們的功利思想，大家對於所謂標準答案的概念不僅相安無事，而且引以為公平概念的經典。問題是，我們透過考試與教學要教全部學生的就是逃避自由嗎？事實上在這種逃避自由的全民共識底下，沒有人快樂得起來。我們的學生修的科目比以前多，而且琳琅滿目。在每一個科目裡，學生都必需接收前所未有的大量資訊。我們的學生為了準備國家考試，晚上很普遍的還要上補習班。但是越來越明顯的，學生對於學院裡所講授最基本的東西，不再有好奇或興奮的表情，取而代之的是敷衍、無神與緊張。學生考卷當中已經看不到自我的生命力，看不到可以令人感動的敘述文字。這麼多年來，我最想告訴學生的是，考試制度有考試制度的技術問題，但即使考試制度技術瞧不起你，你卻不能瞧不起你自己。相同的道理，我最想告訴法官的是，司法制度有司法制度的技術問題，但即使司法制度技術瞧不起你，你卻不能瞧不起你自己。

佛洛姆（Erich Fromm）寫的《逃避自由》（*Escape From Freedom*）書上提到人們可能為了安全感，為了取得最通俗與廉價的認同，逃避來自自我判斷的抉擇與責任。結果人安全是安全了，但所剩下的也只有空洞般的人格。人並不是永遠不可以逃避自由，相反的，逃避自由跟著大家一起走有時候是符合經濟法則的。例如你到了一個陌生的夜市去，你不知道什麼東西好吃，你也不可能每一樣東西都吃，這時候的辦法可能就是找很多人排隊的小吃去吃。畢竟相同社會裡的人味覺感受可能差不多，再說吃小吃吃錯了也不會怎麼樣，所以你高興排隊就去排隊。我以前經常在和平東路附近夜市看到有一家專賣可什麼餅的，雖然我不知道那種東西到底有什麼好吃，但這一點也不減人們瘋狂排隊。難怪曾經有新聞報導了一個調查報告，說台灣人對於排隊的忍受度（我已經覺得不可思議的）平均到達四十分鐘。問題是，思想這種東西不同於那什麼麗餅的，思想代表一個人存在的意義。對於這樣的東西，我們如何選擇只跟著大家排隊？

選擇邪惡也是一種自由？

法國作曲家比才寫的《卡門》裡有一段精彩的對話。卡門說：「我不願受人折磨，更不願被人左右。我要的是自由，做我想做的事。」堂·何塞問：「妳是魔鬼嗎？」卡門回答：「是。」意思是，既然人的存在意義在於人的自由選擇，那麼人不可以選擇邪惡來彰顯自己的存在意義嗎？其實存在主義也在這樣的邏輯路徑上延展出「只要我喜歡，有什麼不可以？」的意味，成為沙特哲學思想遭受批評的地方。這種背離道德概念的意味也清楚的出現在土耳其文學之父艾哈邁德·哈美迪·坦波納（Ahmet Hamdi Tanpınar）寫的《寧靜的心》（*Huzur*）裡蘇亞德的身上。蘇亞德在一群人到了博斯普魯斯海峽時「扔了一隻小狗到海裡去，只因為他太樂在自己的生活中」。他的說法就是，「對於那些超越善惡度日的人，為什麼不行？」「我的主角根本無意負責，他想要自由，一旦達到後他就變成半人半神。」

我這一年多來經常從屏東三地門騎著鐵馬走沿山公路到山海交界的枋山海邊喝咖啡。一八五縣道沿著中央山脈南端的大武山而行，夏天到來，大武山高高低低忽遠忽近一路相伴，腰際還經常纏繞著絲帶狀的白雲。路的兩邊看去如果不是平鋪到山腳下一兩公里遠的大片鳳梨田，就是包圍著掩蓋視線的蓊鬱樹林。每當田裡收成後，還有白色的鳥群緩緩的來回盤旋覓食。但煞風景的是，到了週末時「雄壯威武」的重機車隊就插著旗子、夾著震耳欲聾的噪音向山靈、向大地用力宣告他們來了。重機車隊的特色除了噪音之外就是蛇行，特別是在像北宜公路或上武嶺、合歡山的山路上，遇到前面有汽車擋路時，重機英雄能屈能伸，不是佯裝成小綿羊去和腳踏車騎士競相走路邊，就是化身為不知道在捍衛什麼的捍衛戰警一路逾越雙黃線逆向超車。當然要說自由這也是自由，因為重機騎士選擇了自我存在的方式：儘管其他用路人都要皺起眉頭，卻也清楚看出重機騎士在一片灰色世界裡的閃亮。但問題是，是不是只要自己做選擇，就證明了自己所塑造的是一個自由人的意象？不管這是否就是沙特所要說的自由，自由的意思真的是這樣嗎？

自由的意思是自己做選擇，是自己不接受擺布。這種自由的堅持之所以可貴，是因為這在現實裡往往需要有十足的勇氣與意志力。例如一個高中生在全班同學都選擇了所謂有出路的科系時，他還要對抗整個家裡爸爸、媽媽，甚至叔叔、伯伯、姑姑、阿姨們的反對，選擇了自己喜歡的體育或藝術科系。不過自己做選擇，並不是永遠會碰到困難與壓力，例如你到麥當勞去點餐，選擇到底要點牛肉堡或鱈魚堡的時候，相信你不會碰到有店員會給你施壓。又例如高中生在選填志願的時候，如果自己從小就冰雪聰明的喜愛發財，所以出於心裡千百個「我願意」，選填了一個有出路的科系，那麼整個家族包括阿公阿嬤都會笑得合不攏嘴的說他是乖孫子。在這種順流而下的情況，根本無所謂自由不自由的問題，因為無生物也可以順流而下。比喻來說，如果你一到麥當勞的櫃台前就氣急敗壞、倒在地上滾來滾去大聲嗆說「我堅持不要牛肉堡！我堅持要鱈魚堡！」可能全部店裡的人都會覺得你腦袋有問題。因為不需要你堅持，麥當勞的店員本來就沒有不讓

你點鱈魚堡，更沒有說你點鱈魚堡他就要把你怎麼樣，因此你對鱈魚堡的堅持其實並沒有任何一絲絲可以自以為了不起的地方。

那麼在涉及道德問題的現實裡，自由的價值是如何呈現的？這裡首先要確認的是，道德概念的起源在於對抗自私的人性。當然關於人性自私不自私的問題，複雜的理論談不完，不過法律規定的存在本身大致上已經可以做清楚的印證。整個法律系統高密度的在規定人際利害關係衝突時要怎辦，甚至法律規定了也運作了以後，衝突的戲碼依然越演越烈，從這裡也可以知道人對利益的基本態度是如何。由於人性自私，所以在面對道德問題時，順流而下的選擇就是自私，例如幼稚園的小朋友會搶玩具，大人上菜市場買水果也會從新鮮飽滿的顆粒開始挑起，更不用說有人上了高速公路選擇走路肩，或是自己慶生嗨翻天，卡拉OK一路歡唱到天亮。這一些隨著自私人性順流而下的選擇並不符合自由價值的理念，因為順流而下是物的哲學，而不是人的哲學。在道德議題上，只有對抗自私的基因，才顯示出人的自由意象。

回頭看重機的例子，其實人類的天性裡並沒有被安排好要厭惡重機，正相反的，由於重機的速度、噪音，加上重機也是財富的象徵，種種雖然廉價卻也引人注目的效果讓重機騎士從心底愛上這種出風頭的方式，難怪重機廣告的訴求是，「一個人一輩子總要有一部屬於自己的重機」。如果這背景裡頭沒有人性的小蟲在心中鑽動，廣告商應該也不會愚蠢到要做這種價值概念的訴求。但不管廣告商怎麼想，真相應該是，當一個人考慮到大家的生活環境問題而決定不騎重機，才是一個成功對抗重機吸引力的人，一個自由的人，當然也才是一個頭上有光圈、身上有魅力、存在有意義的人。簡單講，自由的意思不等於就是和別人不一樣，自由的意味不顯示在特別有錢、特別有名或特別有地位上頭，而是人在做選擇的時候可以克服天性或外在環境給人的道德障礙。所以中世紀阿拉伯哲學家肯迪（Al-Kindi）講得太好了，「奴隸只要能支配他的欲望，就是自由人。自由人只要屈服於自己的享樂，就是奴隸。」

或許是我們社會廣泛的誤會了「自由」的意思，因此也誤會了「卓越」的意思，一邊喊著「追求卓越」的口號，一邊把排名作為一個人的存在意義指標。一個人從小到大，從成績到業績，甚至連學術和教育政策講的也只有排名。根本問題是，排名的本身就只是把別人擠到後面去，這在人的存在價值上是正面還是負面？去過土耳其的人應該也都去過伊斯坦堡的聖索菲亞大教堂，大教堂和其他神廟或古蹟一樣，除了千年之後依然無法匹敵的建築技術之外，更令人著迷的是在伴隨教堂起起落落的歲月裡流動的人間歷史。歷史或許已經遠去，但《伊斯坦堡死亡紀事》裡說，「歷史是鮮血寫成的」。小說裡博物館館長雷耶·拉巴金告訴我們關於大教堂的故事，原來她也不相信統治者是「希望在教堂中帶領著他的人民更接近上帝」，原來「神廟和其他的教堂讓它們的建造者得以永垂不朽，使它們得以在人群心中建立排名和地位，即使那些如出一轍的統治者為了實現自己夢想中的計畫，毫無憐憫地折磨著人民。」更不堪的是，查士丁尼建造大教堂另外一個私人動機是要讓他自己的愛人西奧朵拉永垂不朽，所以夫人名字的首個字母也被刻在柱子的上方。看來一件事情實質上的意義和形式上給人的感覺往往有很大的落差，下令建造聖索菲亞大教堂的查士丁尼其實並沒有成功擺脫魔鬼的控制而成為一個偉大的自由人。諷刺的是，這也不只是一個歷史故事而已，我們自己現在也一直在重複著歷史故事。和聖索菲亞大教堂的故事相像的，在社會最重要的整體經濟上，我們用壓榨勞工血汗的低薪去換取在全世界名列前茅的所謂競爭力排名。甚至在最後作為社會良心的學術校園裡，也有人打著追求卓越的旗幟，利用評鑑制度或投票制度的遊戲把比自己優秀的人排擠出門。

三、法律外的善良

道德概念的最終意義不在指責，而是不管對自己或對別人，如盧梭所說，只是一個人理性的自我立法。

生活不是百分百的輸贏關係

按照《法律狂》書上所說，不要寄望法律有那麼強大的理性功能，意思也就是不要寄望法律對公平正義都會有一個清楚的輪廓。至於我們不能對法律的理性功能寄望太多，具體的意思是要怎麼做？坎伯士的結論是，他也不能建議說要怎麼做，否則又會落入他自己所批判的對於高度理性的迷信。可能有很多人對這樣的結論不滿，因為這好像對問題也沒有什麼幫助。但真的有什麼更好的辦法嗎？理論上如果大家都不過度堅持自我心中所認定的正義，或不過度迷信法律的理性功能，那麼訴訟自然減少。想一想，根據民法的規定，父母在子女出生登記前還無法約定子女要從父姓或母姓的時候，那麼就在戶政事務所抽籤決定。事實上這已經是民法明白對法律理性原則的放棄，換句話說，立法者也知道這問題在正義概念上的辯論辯不出什麼結果來，所以不必再辯論。有趣的是，既然法律上已經規定子女姓氏問題無法自行約定時，到了戶政事務所去還是要抽籤，那麼為什麼不能自己在家裡就抽籤算是解決？道理再往下想，很多利害關係處於灰色地帶的事情，為什麼不能在私底下和解，而必須有一個全有或全無的結論？不過這種對法律謙虛的期待或許現實上是不切實際的，因為法院案源的急速膨脹突顯兩件事情，一個是社會人對彼此包容性的減低，另外一個是人對法律理性的迷信。這一些態度或信念的東西好像人們愛上珍珠奶茶或臭豆腐一般，一旦愛上是不容易輕易動搖的。但無論如何，如果不是人們相互之間多一些包容的意願，即使法律設計出什麼制度，問題終究難以根本解決。

在個人自身的角度上，即使是為了正義而奮鬥，人也很快會考慮到成本問題。例如隔壁的小張踩了妳男朋友送給妳的小狗的小腳，小狗的小腳受傷，妳的心也碎了。請問妳要不要為小狗和為自己伸張正義，再花六萬塊錢請律師想辦法證明小狗小腳受傷加上證明你心碎，到法院去告他醫藥費外加精神上損害賠償？法律上當然可以，問題是現實上划算嗎？小張的問題也是一樣，如果狗主人不算獅子大開口，似乎也不會為了省小狗醫藥費花錢請一個律師去應戰。但如果這裡的成本不是個人的成本，而是以納稅人的錢作為成本，似乎就不容易被考慮到。我們社會近來都注意到公平正義與司法資源的緊密關聯性。不管我們如何敘述公平正義的理念，也不管法官或檢察官如何有追求公平正義的理念，現實上的問題是，案件數量的壓力是公平正義客觀上的障礙。因此在這一個角度上出現最直接的聯想就是透過訴訟範圍的限制來減少案源，換句話說，法律可以少管一點。這些意見有一部分是承襲早先的個別問題討論，例如學說上已經點名過的通姦罪、墮胎罪、賭博罪、妨害名譽罪、使用毒品罪，或個人使用目的之複製的所謂侵害著作權等的犯罪類型。學說上主張除罪化的理由大致上是，這些犯罪類型在比例原則的檢驗下有立法正當性的疑慮。理論上這一些廢除法律的建議都值得做考慮，因為所涉及的都是實質正義的問題。不過在這裡，司法減量只是附帶效益而已，不是目的。

針對司法減量的一些建議包含把輕微的犯罪改成自訴（被害人無法借助檢察官的幫忙，必須自己或請律師蒐集證據到法院去打官司。）如此一來可以讓自訴者因為本身必須負擔相當的成本而放棄訴訟。這樣的建議也有它的道理，並且也值得考慮。只不過如果採取這樣的路線，我們同時必須知道天下沒有白吃的午餐，所以總是要付出代價。這裡所謂代價不是指當事人要花錢請律師打官司，而是正義概念的折損。邏輯上對於我們刑法上還存在的犯罪規定，如果制度上只能自訴，現實上的意義是有錢人才可以主張正義。固然民事訴訟的當事人也是花錢請律師才有辦法打官司，不過民事訴訟基本上牽涉的就只是利益分配的問題，但刑事訴訟的意義更在直接臧否作為一個人的行為價值問題。這種社會上行為價值的共識問題，適合建立在個人的

財力基礎上嗎？誠如亞當·班福拉多在《不平等的審判》書中（同時也特別是針對陪審團制度）根本的批判：在花錢打官司的系統下，「富人和窮人的差異只會愈來愈大」。我們這裡無意就微罪自訴或陪審團等等的問題做主張，只不過不管做什麼選擇，我們心理要有準備，法律制度的設計現實上必然有代價，而代價之大可能超乎想像。

關於法律謙虛，另外一個嚴肅的議題是關於訴訟誠實的問題。特別在民事訴訟的部分，在當事人進行主義底下，原告被告的輸贏都決定在當事人自身的攻防能力，於是當事人在勝訴目的下不免使盡一切手段，也就是除非對方可以提出證據，否則一概否認到底。其實法律基本上沒有規定誠實義務以及違反義務時的處罰，並不是在基本價值判斷上接受不誠實，而是因為人性上難以期待。因此，法律上的證據原則規定邏輯上也不等於教人要放棄誠實的道德。在誠實義務清楚的情況下，例如被告有向人借錢，被告先動手打傷人，或原告早就收到被告還錢等等，站在道德高度上都沒有不誠實的理由。這一些原則問題應該也不能借用「專業倫理」之名予以扭曲。所謂專業倫理根本上還是屬於倫理學的概念，社會利益考量依然是基本精神所在，因此除非在專業問題背景上有特殊社會利益考量，否則倫理學的基本原則還是基本原則。律師不能違背當事人的信任和委託，這固然也是律師必須遵守的原則，然而這個原則並不會導出訴訟必須不誠實的結論，因為誠實原則問題從律師接案開始到後來，一直是必須被考慮到、被談論到的東西。如果律師知道自已的當事人的確向人借了錢，那麼應該告訴他還錢。如果律師知道自已的當事人先動手打傷人，那麼應該辯護的方向也不是自已的當事人沒有打人。不過另一方面附帶一提，既然我們把這問題定位在涉及人性的層次，對於訴訟誠實也只能算是一種道德上的期待。近來討論相關議題時，也有認為應該在妨害司法概念底下訂定被告不實陳述的犯罪類型，這樣的主張似乎並不適當。除非訴訟法上既有的人證、物證等事實調查機制被認為是一個基本上無效益的機制，否則對被告不實陳述的入罪欠缺必要性。特別是刑法，基本概念在規範道德的低標，而不是高標。

最後是關於輿論裁判的問題。我們今天都生活在嚴密法律框架的社會裡，因此每一個人都是或多或少的法律人，也都有面對法律的態度問題。講起打官司這回事，我們上面說過，沒有一個被判敗訴的人會說司法有正義，也沒有一個被判勝訴的人會說司法已死。那麼很清楚的，一般當事人心中對於司法正義的標準並不見得客觀。更嚴重的問題可能是對司法的社會集體正義風潮。從法律角度來說，民主社會裡人民有思想自由，有言論自由。但從道德角度而言，言論必須思考言論的作用問題，包括善意言論也是如此。因此，如果我們認為當下民主社會裡的民意必然是司法大小問題的最終依據，那麼可能必須同時想到，幾百年來人類許多學術理論研究、實務見解累積以及社會經驗的血淚史都形同毫無意義。那麼當中被拋棄掉的是什麼？我們上面已經說過，科學理論應該謹守基本方法論，而不是靈光一閃的天啟。對於正義的探索也是如此，依賴的是相對具有客觀性的方法，而不可能僅僅是用情緒決定正義。因此民主固然是一種價值，但是它的現實效益還要看我們能夠怎麼去負責。就民主和司法的關係而言，人民需要就自己的情況去考慮對司法應有的尊重問題。我們經常看到，法官讓犯罪嫌疑人交保立即引起輿論一片撻伐。其實大部分人不知道，法律制度上的羈押有它的意義和要件，並不就只是要把「壞人」關起來的意思。幾年前的白玫瑰運動是一個更清楚的例子，民意的壓力造成司法的進退失據，也形成一些法理矛盾的實務新解。這在政治作用上多少是滿足了人民的情緒，但扭曲基本法理思維，所謂追求公平正義的代價也可能就是公平正義。

最後的理性在中庸之道

關於社會衝突的問題，很多人都會談到中庸之道。除了《法律狂》書上最後提出來的結論是中庸之道以外，《剪裁歧見》（*Conspiracy Theories and Other Dangerous Ideas*）書上最後的立場選擇也是中間路線，同時也為權衡概念所遭受的批評打抱不平。卡繆的

《反抗者》一書最有趣的地方應該不在他所說的反抗的意義，因為反抗者支持反抗是當然的事。令人訝異的是，反抗者回過頭來主張中庸之道，給人感覺好像那反抗的熱情已經消失了一般，或許這也是同為存在主義者的沙特和卡繆決裂的理由。問題是，所謂中庸之道到底是什麼意思？果真像是班·歐克里（Ben Okri）寫的《魔幻年代》（*The Age of Magic*）裡的人物吉謨所說的，「就是會從眾的那種傢伙……對上帝或撒旦來說都沒什麼用處。永遠走中庸之道，永遠得過且過」？

中庸之道的意思就是站在兩極的中間嗎？用《法律狂》一書做例子，中庸之道的主張有它細緻的背景，也就是法律概念本身在現實世界對應關係上經常存在的灰色地帶。以我們上面提到連體嬰分割的例子來說，很多情況下的利害關係對比是處於均衡狀態，因此要說哪一方是對或錯都很難，結果會是大量爭論還是徒勞無功。雖然坎伯士說自己對於法律理性困境的問題不會有具體的做法主張，以免自己也掉入無限理性的迷信，但他卻也提出大膽的主張（如果這不只是一個比喻的說法），也就是不附理由或只附票數比的判決。法律人顯然對這樣的主張不太可能接受，因為站在法律的立場講法律，法律本身不可能捨棄理論，否則法律學的意義根本不存在。所以書上的核心命題也就只是期待人們不要過度迷信理性功能，換句話說，書上所說的都無關法律體系內做法的主張，書上所說的只是法律體系外一種破除迷信的心理建設。至於這種破除迷信的實際效益可能是廣泛的，例如減少訴訟或增加和解的可能性，以及即使敗訴也可以用比較平常心來看待（不會動不動就批判法官是恐龍法官），或放棄上訴。

哲學家們的中庸之道是針對社會衝突在講的，意思是決策時不選擇站在兩個極端中任何一方的立場，而採取雙方利害關係上折衷的作法。問題是，採取中間立場的意義是什麼？舉例來說，如果某甲起訴向某乙請求損害賠償十萬元，我們果真不管如何就要判決某乙賠償五萬元了事？或是關於量刑問題也有一種主張認為，量刑原則上就是要量中間刑，例如對於竊盜罪五年以下有期徒刑的規定，量刑普遍基準就是二年六個月？我們應該很快會拒絕這樣的做法，因為不知道這麼

做的理由在哪裡，甚至應該說這是一種理念的放棄，也難怪所謂中庸之道的說法會招致許多的批評，批評走在中庸之道的人沒有骨氣。

理論而言，中庸之道並不是數字概念上二分之一的意思，而是比例原則的意思，因此中庸之道也可能出現形式上激烈的手段。最簡單的例子是刑法上所說正當防衛的情形：當黑道兄弟拿一把刀砍殺拒繳保護費的攤商時，旁人如果沒有矯健的身手可以制伏他，那麼中庸之道可能就是也拿一把菜刀從後面砍殺黑道兄弟。我們上面提到過專制政權的問題，其實也就在對抗專制或現代國家假民主的議題上，學理上有公民不服從的概念，甚至德國基本法也有抵抗權的規定。對於公民不服從的標準有不同的說法，大致上都會提到非暴力原則。但從嚴謹的定義角度來看，非暴力並不是抵抗權的要件。比喻來說，我們大概不可能為正當防衛設下一個要件，說任何情況下都不可以有暴力手段。抵抗權的問題相類似，問題重點在比例原則。一旦國家民主機制失靈，體制內的救濟機制失靈，只能訴諸體制外的抵抗，那麼符合比例原則的抵抗手段，包括可能出現的暴力都是合法的。對於公民不服從的標準之所以往往強調非暴力原則，是因為暴力通常是無效的方法，甚至只有負效益，而不是無論如何當然不可以使用暴力。反過來說，對於抵抗權的承認也不等於在任何情況下使用暴力抵抗都具備正當性，更不是對自己不認同的事情就可以抵抗。

卡繆說，「殺人除了會繼續殺更多人之外，不會帶來其他。」這樣的主張固然來自他對歐洲社會經驗觀察所得，但理論上他所要處理的不是反抗不反抗的問題，而是其他。對於正義的主張必須知道，正義本身不是目的，正義是為幸福概念而存在。如果正義本身的定義是社會最大利益狀態，理論上正義是不容許打折的，也沒有所謂中庸之道。問題只出在，現實當中人們所說的正義或實現正義的做法果真符合社會最大利益狀態？換句話說，不是立場中間不中間，溫和不溫和的問題，而是聰明不聰明的問題，是比例原則底下效益性、必要性和衡平性的問題。像所謂愛貓人士以愛心之名或正義之名在法庭外對殺貓者的圍毆（或鄭捷案的類似情形），除了打傷一個人來滿足自己心

裡光榮切割的情緒之外，並不會有社會上的正義效益，或正相反的，其實是在製造不義。

因為理解人性，所以心存悲憫

《凜冬將至》書上描寫的大致上是十九世紀初冰島史上最後一位被送上斷頭台犯人的故事。女主角愛妮絲在生命最後的寒冬時光裡對生命做了控訴，「上帝曾有機會釋放我，但因了唯有祂本人方知的緣故，祂把我打入悲慘命運。我曾掙扎，但災難橫梗了我的上下裡外，命運的劈砍不留任何餘地。」她在上斷頭台前最後一句話是，「我覺得他們不能動手。可以叫他們等一等嗎？他們非等等不可。」這話聽來令人傷心，因為我們無心，所以一直看不到別人的命運與世界，就像我們無法理解自閉症的小孩一般。

愛心當然不會輕易的就從人心裡跑出來。要如何去愛，更不是人一開始就有的能力。書上那位被派在女主角愛妮絲生命即將結束的日子裡教誨她的年輕牧師，在愛妮絲走向斷頭台的一路上始終緊緊扶持著她顫抖的身體而不曾放手。不過在一開始的生澀階段裡，年輕牧師也是承襲傳統一味要求愛妮絲懺悔與禱告，好像那就是她的救贖之道。難怪對於這樣的教誨，愛妮絲心裡的失望與諷刺是：「可憐的男孩，回去牧師寓所吧，回去讀你寶貴的書吧.....。」後來如果不是牧師和家庭女主人瑪嘉烈在一點一滴的時光流轉裡細細聆聽愛妮絲的吐訴，也找不出來那生命裡被塵封的真實故事。其實瑪嘉烈一家人有很長一段時間對家裡被迫收留殺人犯充滿了恐懼、憤怒與排斥。這一家人一開始把愛妮絲當女巫般看待，不站在她旁邊，不和她說話，也不看她，於是愛妮絲只能獨處在暗黑的漩渦裡。不過到了最後一天愛妮絲被送上斷頭台的時候，收留家庭裡的姊姊第一次叫出愛妮絲的名字，女主人瑪嘉烈也抓緊了愛妮絲不斷呼喚，「我在這裡.....我的孩子。我的孩子。」如同我們上面說過的，法律形式上沒有規定人要相

信、包容與忍耐，法律也沒有辦法規定人間要有愛。但人生如果可以美麗〈恰似花朵〉，那就少不了這一些東西。

做好人做好事是一件說簡單也簡單，說不簡單也不簡單的事情。說簡單，是因為這只是一念之間的事情，就好像計程車司機載著急急忙忙趕到醫院的乘客後，發現後座上一包裝在牛皮紙袋裡的錢，當下不需要有什麼思想就把牛皮紙袋送回醫院或警察局。不過人有百百種，碰到的問題情境也有百百種，並不是所有關係對錯問題的選擇都可以如此輕鬆。小說《倒數殺機》（*The Tipping Point*）裡描述當事人的心情說，「做該做的事幾乎都會帶來痛苦」。原來故事裡的醫師男主角遭受一個恐怖的要脅，如果他不在為總統進行手術的手術台上故意不著痕跡的致總統於死，那麼取而代之的是他自己女兒的一條命。結果醫師的良知「全部化為烏有，宛如被強浪沖垮的沙堡」，他背叛了醫師的職責，選擇向勒索屈服，著手於全部致總統於死的動作。雖然危機最後瞬間解除，總統倖免於難，不過醫師還是因為殺人未遂罪名而進入牢籠。說來殺人未遂已經是重罪，醫師也因為違背醫師倫理被撤銷了醫師執照，不過醫師對自己所做所為的表白是，「我不是聖人、不是烈士、不是恐怖分子、不是瘋子，也不是殺人犯……我是個父親。那就是我的故事。」那麼我們可以如何看待這樣的故事和責難這樣的父親？道德概念的最終意義不在指責，而是不管對自己或對別人，如盧梭所說，只是一個人理性的自我立法。

全部的悲憫情懷當中，最艱難的是包容，因為這裡不僅是對命運坎坷者的同情，這裡所等待消化的是我們對異己的憤怒。包容不是遺忘的意思，要人遺忘過去也沒有意義，因為至少，人事實上不可能遺忘過去，除非是出於少有的運氣，例如因為車禍腦部受傷失憶。石黑一雄（Kazuo Ishiguro）寫的《被埋葬的記憶》（*The Buried Giant*）裡，蟄居山上的母龍所吐出來的迷霧讓全村莊人失去昨天之前一切愛恨情仇的記憶，不過不知道是幸或不幸，這也讓人們可以融洽相處。因此接下來對村民的考驗是，一旦戰士為村民除去母龍，人們恢復記憶之後是否可以帶著過去的怨恨與傷痛和平共存下去？書中主角一對

恩愛老夫妻都是聰明人，他們在迷霧消散之前心裡已經準備好「願意記起不愉快的回憶，即便那會讓我們流淚或氣得發抖」，畢竟有陰影的愛情才是完整的愛情。老夫妻也彼此承諾，無論在迷霧散去之後記憶起什麼，都不會改變此時此刻心中對彼此的感覺。但現實不是小說，現實世界裡並沒有母龍和迷霧，因此遺忘或不遺忘並不是人所能和所必須處理的事情。真正人要處理的事情只剩下包容與否的選擇。這是人生最後的艱難，不過也因此，書上老夫妻的故事給人帶著淒涼的美感。

在包容的概念底下，反抗的用意不是報復，而只是為了讓情況更好。拉岡警示世人，人在模仿他人奪取他人慾望中實現自己。《微妙的平衡》書上有一段也是描述這樣的事情：納若揚反抗階級傳統而翻身到裁縫業之後，他的母親第一個反應就是不讓自己的兒子為「低下的人」做衣服。納若揚因此對他的母親說，「你們為什麼要送我去學裁縫……因為上層階級待我們不好，而你們現在的行為就像他們一樣。」因此卡繆也指出了許多反抗者的心態：「不服從的人推翻奴隸身分，要和主子平等，之後想換自己當主子……讓主子立刻淪為他們的奴隸。」我們必須回想一下，會不會我們一切的努力所期待的只是媳婦熬成婆？《寧靜的心》書上也描述了穆塔茲在歷經困頓、紛擾與悲傷的歲月後的體會：人類往往只看到自己的存在，也認為生活的一切都在自己掌握之中，因此「就像希特勒一樣，你要不跟我們一夥就是反對我們，要不是世界帝國就是最黑暗的死亡。」但是這種「『只有我能讓事情變好』的想法，透過極端的報復轉移到他人身上……一扇可怕的門展開了，障礙移除了，外頭只有無盡的災難。」

悲憫不只是對別人包容，也是對不同面向的自己的包容。這意思好像是要教人放棄對錯好惡的意思，好像是要讓人回歸平庸無趣的人生，但其實並不是如此。重點是，人不在心情上學會包容，結果就會比較好嗎？《魔幻年代》裡的人物吉謨與勞歐是鮮明的對照，吉謨是意志論的信徒，要用堅強的意志來擺脫他所謂中庸之道的人生，結果是以一連串人生厭惡清單來安慰自己。他既討厭高眇的男人，也討厭

有自信的矮男人，既無法忍受夢想家，也無法忍受沒有想像力的人。這樣的態度「讓他的生活充滿了矛盾的尖刺」，「也等同背棄了人生中的快樂」。相對的，勞歐認為太多的意志「也可能為了不對的理由，不計任何代價，以不對的方式，完成不對的事情」。但現實上人都會受到惡魔毒素的困擾，讓人變成是「過度入戲的發狂演員」，因此如何拿捏是一個困難的課題。故事尾巴的一個插曲是勞歐發現，當他們眼睛盯著教堂的方向走去的時候，好像越走離教堂越遠，反而是在不小心之間才來到隱藏的城鎮中心，也靠近了教堂。於是勞歐最後的體會是，「最好的觀看方式就是不去看」。

「最好的觀看方式就是不去看」，這想法在邏輯上怪怪的，因為不知道那到底是叫人要看還是叫人不要看。我想起我學射箭時的事情。有一次我正聚精會神瞄準箭靶，教練告訴我射箭時不要想太多。於是我就不想太多的又放出幾支箭，沒想到教練又告訴我說，「我只是叫你不要想太多，我沒有叫你要亂射！」我一時心裡圈圈叉叉，這是什麼跟什麼？不過時間過去了，自然慢慢清楚那是怎麼一回事。我也想起我還在念大二時跟一位九十幾歲的老師學打坐的光景。他告訴我們說，守住靈台穴深處的時候，世界的極小等同於世界的極大。我當時對這種矛盾的說法覺得很新鮮，只是所有實踐的東西真的都經過練習才慢慢清楚那是怎麼一回事。比起射箭和打坐，顯然人生更難，人生的練習不僅工程浩大，代價也往往昂貴。更根本的問題應該是，有誰能夠像想像中的人生練習曲一般劃出一個全輪廓的人生藍圖來做練習？所以，想那麼多或許也根本不切實際。

《魔幻年代》裡的幾個人物是在旅途美景的轉換中回到初始狀態，重新接觸到原來的自我。雖然魔鬼也在幾個人回到初始狀態時出來擾人，但人如果見不到魔鬼，恐怕也遠離不了魔鬼。對很多人來講，現實上不一定有機會經常旅行，不過世界的極小本來就同時通往世界的極大，所以不管你是貧窮還是富有，是左派還是右派，是原告還是被告，至少可以做一些最單純的心情旅行。能夠打坐當然很好，但最簡單並且有效的方法可能是運動。可以走路一小時就走路一小

時，可以跑步兩小時就跑步兩小時。運動是安靜的和持續的運動，最好像《練習曲》當中的年輕人一般，帶著吉他（一本畫冊、一罐肌樂、幾條能量棒），騎著鐵馬沿著台灣海岸線繞一圈。在晨光與星光的交替裡用眼睛看，在九百公里的風吹下用腳踩踏。安靜的持續的身體運動是很奇妙的東西，可以讓人很具體的接近自我的原始心情，讓人重新看世界，讓人不緊張，讓人忘記報復的心緒，總之讓魔鬼不容易占領我們的身體。或許因為某程度的放下，我們真的是不知不覺已經走在我們想去的地方的路上。

後記

哲學教人把事情徹底想清楚，把事情想清楚以後才会有心情上長遠的快樂。或許那是因為透過清楚的理解，人的自我才會得到平衡與安穩。人對於過去只剩下記憶，因此所謂自我指的是我們的手、腳、眼睛、鼻子、嘴巴和特別是腦袋在這世界上劃過的軌跡，而不是手、腳、眼睛、鼻子、嘴巴和腦袋本身。腦袋劃過的軌跡所浮現的自我包括這世界一草一木，包括我們身邊的人，甚至不在身邊的每一個人，縱使經驗裡每一個個體在無垠的時空裡反射出來的可能只是浮光掠影。因此如果不是透過對一草一木和對每一個人的處境詮釋出合理的緣由（為什麼一塊石頭會在那裡？為什麼風要往這裡吹？為什麼那個人生活會那麼辛苦？）自我也跟著穩定不起來。

現代社會裡，人在細密的法律織網裡過活，因此對法律人而言，法律與人之間相互關係的一個合理詮釋更是讓自我可以感覺安心的原因。從這個角度來看，或許有許多人對法律這東西關懷的角度是值得疑慮的，因為那種對法律關懷的角度很可能只是物質上的自利，換句話說，法律的意義就只是人在叢林社會時隨身的利刃與鋒芒。對念過一點法律的人而言，理解事情的道理往往以口說的形式取代心靈的真實感覺和冷靜的思考工作，用白話來說，好像人生只要辯論贏了就是贏了。說來這也是一種不誠實，而且後果嚴重，就是用自己的嘴巴辯贏自己的靈魂。對一般社會人而言，呈現這種現象最清楚的就是對正義概念的反應，勝訴者永遠讚頌公平正義的到來，敗訴者永遠咒罵司法的死亡。至於在各種社會議題的爭辯，雙方人馬在享受各種羞辱、謾罵與恐嚇的快感之後帶來的只是對立的擴大。這樣的正義定位模式，於公是我們永遠找不到這社會共通的出路，於私是自我從哲學的喜悅遠離。如此，法律最後的結果直接或間接都是讓人遠離快樂，那麼我們還要法律做什麼？

不管你念的是什麼科系，做的是哪一個行業，我一直認為快樂是人生的第一個原則。在長久的法律教學生涯裡，我最在乎的問題不是學生的法律念得怎麼樣，而是學生是否在自己的生活裡感覺快樂。因此對法律系學生、任何嘗試接觸法律的人，或根本不是法律人而言，很重要的問題是，包括念書、考試、抗爭、打官司和種種社會生活行為，接觸法律對一個人的作用是什麼？熱心於法律的人在完全的法律印象統治底下或許本質上就難免於心情上的困頓、衝突甚至仇恨。因為很現實的，訴訟的結果不是勝訴就是敗訴，簡單的統計上注定自己心中的正義期待有一半機率要落空。一個社會裡大大小小的事情，如果永遠有一半的機率是要對正義期待落空，這社會會變成是怎樣的一個社會？所謂正義的追逐者，心情會是怎樣的一個心情？我們或許必須另外尋找出路，或許法律上對正義的標準答案之外，還有一些做人價值觀上更重要的東西。

買飲料的時候，店員經常會問，是全糖、半糖、微糖還是去糖？按照這標準，人也可以分成全法律人、半法律人、微法律人和去法律人。今天社會現實裡不太可能有去法律人，因為至少人走在路上闖紅燈的時候，警察會來開單。除此之外，理論上上述正義失落症候群在全法律人身上的狀況應該是最嚴重的，半法律人次之，微法律人又次之。半法律人和微法律人聽來好像是要背離法律為非做歹的意思，但其實不是，而是要從道德的角度去思考法律的存在意義，從道德的角度去衡量行為的價值。簡單講，法律上利益分配的道理不在贏，而是今天的我，明天的你，今天的你，明天的我，所期待的是不管是誰掉到相同的位置都會有相對合理的待遇。例如賣鳳梨酥的商店有提供客人試吃，所以我們可以大方試吃，但請不要試吃吃到飽。即使是付費享用的包肥餐，也沒有必要為了吃夠本，從吃到飽一路吃到驚。例如房屋買賣是契約自由的事，但請不要炒樓炒得社會上多數人變得一窮二白，只剩下投資客們自己穿金戴銀開名車，講話又特別大聲。例如一些大型的醫院，營利固然是常態，但請不要開設其實是權貴門診一類的東西，讓窮人連健康也更窮。

絕對自私的行事風格或許會幫助人得到很多現實上的好處，或甚至僅僅是驕傲的感覺，但被委屈的是自己的靈魂。因此我想說的是，對法律這東西的定位方式不應該太粗俗與太自私。儘管法律現實上不一定神奇，但也可以神奇。雖然法律現實上可能邪惡，但也可以不邪惡。最後重要的是你的高度決定法律的高度，所以你對法律的詮釋也是你對自己的詮釋，換句話說，這也是做人自我定位的問題。如果人的類型有快樂不快樂的問題，那麼對待法律的態度也有快樂不快樂的問題。簡單講，法律只是技術，只是工具，比這更重要的是帶著善念的靈魂。

這本書的寫作緣起於我前年退休後在政治大學給法律新鮮人的一場演講，後來在商周出版的邀約下，把演講內容擴張改寫成書，希望能在今天法律架構的社會裡提供給每一個多多少少的法律人一個認識法律價值問題的線索。對我自己而言，把法律這東西的世界關係想清楚就是一種哲學的工作，也讓我對曾經走過的路做一個完整的驗證，給自己一個此後可以快樂起來的依據。對於幾十年來我上過課的每一個學生，我此時心中充滿感激。感謝出版社給我的機會，以及編輯同仁給我許多創意上的幫助，讓我經常可以在睡夢中接收到從伏流裡冒出來的靈感。了結這本書的寫作之後，我應該可以放心的開啟另外一個新的生活、新的故事。

二〇一七年六月