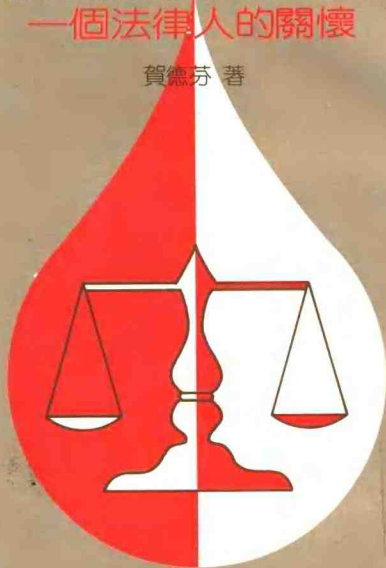


點滴在心頭

一個法律人的關懷

賀德芬 著



勁獅文化事業公司 印行



賀德芬 著

點 滴 在 心 頭

——
一個法律人的關懷

0110

勁獅文化事業公司 印行





行政院新聞局核准登記證局版臺業字第一〇二號

著者：賀 德 分

出版者：幼獅文化事業公司

校對：林 嘉 菁 莉

發行人：胡

臺北市重慶南路一段之1號三樓

臺北市漢中街五十一號

郵政劃撥〇〇〇二二二二二

印刷者：文群印刷有限公司

臺北市武成街一〇一巷八弄一號

基本定價：二元二角一分

中華民國七十七年九月出版

¥ 41.94

治教育，灌輸法治精神。不但提醒人民，他們該享有何等的基本人權，更教導人民，當權利受侵害時，如何循「法」的途徑向政府抗爭。整體來看，這一切活動所要彰顯的中心意義，其實就是對憲法的尊重而已。正如一個長期性電視節目的名稱所指：憲法——我們生存之所寄。憲法是美國立國以來最崇高的典章。

美國確是得天獨厚，在豐沃的土地上，擺脫掉傳統的專制包袱，卻承續了歐陸十八世紀政治理念的精華，得以將之實踐於憲法之中。然而，憲法多少是政治妥協下的產物，也必然深受制定時文化背景、經濟條件，甚至主事者利益的影響，再完美不過的法典，也會因時移勢遷而告與現實社會扞格不入。美國憲法亦然，其有限的八條條文，原就難稱完美。Charles A. Beard 就肯定著書 "An Economic Interpretation of the Constitution of the U.S."，探討美國憲法制定當初如何受利益團體的支配；當時，黑人權利僅只白人的三分之一等，都是無從掩飾的瑕疵。而許多憲法制度，諸如思想表達的自由、司法審核制度、總統任期的限制等，不是靠修正案加以補充，便是透過憲法詮釋和司法慣例逐漸形成。美國憲法也因之充滿生機，不斷成長充實，而社會需要環環相扣。所以，美國憲法今日能做視世人，所倚仗的並非憲法本身，而是兩百年來，美國政府和人民對憲法的維護和尊重，尤其是少數精英和民權鬥士，如馬歇爾 (John Marshall) 大法官，馬丁·路德·金 (M.R. King) 等人以睿智和勇氣所爭取而得的。今日慶祝立憲兩百周年，所頌揚的與其說是冷硬的憲法條文，毋寧更是蘊含於憲法基本精神內，有血有肉的生命力，和維護它、尊重它的努力吧！

自序

此度再履美國斯土，是因獲得傅爾布來特基金會的獎助，到哥倫比亞大學做一年訪問學人，距上次唸完書回國，已是整整九年有餘了。九年，是段不算短的時間，足以讓世界局勢、社會現象、以及個人心智產生重大變化。尤其我自從前駐留的寧靜的西北角，一下到了極端繁華複雜的紐約，縱使並非首度接觸，其間的文化震盪也還是難以避免的。只是美國終究並非自己的家園，又已過了好奇衝動的年少時期，即使面對和自己鄉土截然不同的社會現象，也難再激起熱情。反倒可以用冷靜客觀的態度來檢視昔日的美國印象，而在形形色色的印象中，或許是職業上的敏感，最讓我感慨而深思的卻只有兩件事。

一是今年九月十七日恰是美國立憲兩百周年。從八月中旬，各項傳播即已籠罩著慶祝歡愉的氣氛，當天在立憲的聖地——費城，更由雷根總統親臨主持聖典和遊行，這種種表象的粧點並不足眩人耳目，可貴的是各種活動的內涵，倒並未陷於歌功頌德的窠臼。除少數紀念性節目外，其餘大都就政府兩百年來執行憲法的功過進行嚴肅的檢討。或者對人權的保障加以贊賞，或者對行政權力的氾濫予以撻伐，毫不掩過飾非。而政府和傳播機構更是緊抓住此一機會，對人民進行法

另一件讓我感受頗深的是十月中旬，雷根總統提名鮑克 (Robert Bork) 法官出任大法官一職受挫之事。美國最高法院在原屬溫和派的鮑威爾 (Lewis Powell) 大法官退休後，保持著四比四保守與自由兩派旗鼓相當的均勢。未來新任大法官的意識型態勢必成爲主宰最高法院動向的決定力量，其重要性不言而喻。恰巧雷根總統明年又將卸任，如要維護其所力主的保守的道德價值觀，也惟有仰賴新任大法官來捍衛。因此，在幾經考慮之下，提名一向在判決及著作中都極端保守的鮑克，希望藉之繼續發揮其退職後的影響力。

這些年來，鮑威爾法官秉持中間立場，時而同意保守派意見，時而站在自由派一方。大致上，由於資深自由派大法官馬歇爾 (Thurgood Marshall) 領導下，自由派仍佔優勢。因此，如保障婦女優先就業機會的「肯定行動」，保障少數民族升遷，要求僱主保障婦女產後工作機會及生產期間的年薪假期、保護殘疾人士不受歧視、以及否決政府要求政治庇護申請人提出回國後會遭迫害具體證據等判決都能順利通過，維持著最高法院八十年來的正義感和自由精神。一旦鮑克出任大法官，勢必將其極端保守（他甚至主張過選舉權應以教育程度來量計，對少數民族甚爲不利）的意識帶入，影響往後最高法院的動向，進而會影響及整個美國社會隨之變化。不但上述判決有可能被推翻，連鮑克一向反對的隱私權的保障、墮胎合法化、公立學校禁止祈禱等已告確定的問題，恐都將再受考驗，使得奮鬥了幾十年才獲得的民權成果岌岌可危。

爲防最高法院因鮑克的介入，又恢復羅斯福總統時代，剛復保守的作風，民間各學術、政治團體都竭盡一切力量，掀起反對浪潮。當然，保守勢力也相對起而擁護。一時之間，媒體上、校

園裏、街頭間都熱鬧非凡，簽名、演講、遊說，各自使出渾身解數，希望影響參議院的投票。而在參議院一連數日的聽證中，由於民意反應的激烈，不敢掉以輕心，乃有從未有過冗長而劇烈的辯詰。參議員必須以審慎的態度來考量民意，最終還是以反對的民意居上風，參議員終不敢為迎合總統而違逆民意，以五十八對四十二票否決了鮑克的任命。

儘管大法官任命的不順利，有人批評是政治權力鬭爭的結果而不以為然。但以一個外國人的眼光，看見國會對民意的尊重、民意對行政的制衡，以及民意表達方式的理性、合法，是難以不對美國法治制度之燦然而動容的。這種民主、法治的極致表現，應是美國今日稱霸世界的主要原因吧！

回頭再看自己的國家，不消說大法官任命，絕不會因民意而受影響，甚至連憲法的完整性也已遭破壞。政府推行四十年的法治教育，似乎根植不深。人民的權利意識才剛萌芽，便競以脫法、違法的手段來爭取。司法威信墮落，自力救濟事件層出不窮。如果認為臺灣近兩三年的大幅度開放，隱含著危機，那麼，法治之不彰，民主之脫軌，應是最大的隱憂。然而，我們能因此收回已邁出的民主法治的脚步嗎？事實上，一旦人民淺嚐過民主法治的滋味，即使再荆棘滿佈、坎坷難行，這亦是條無可追悔，不容遲疑的不歸路，除了如過河卒子，勇猛向前，便再無選擇。更何況，民主、法治本是中國於今唯一可行的道路。

常見有人以中國的民主，先天不足，後天失調，既有傳統沉重的專制包袱，又逢天災人禍，戰亂頻仍為今日各種怪現象的藉口，或者倡議放慢民主法治的脚步，其實既要鞭策自己步向民主

法治之途，便不應以任何理由來寬宥自己，而告怠惰。同時以今日臺灣人民經濟生活水準和教育程度而言，已不容再以小腳放大的心態來推行民主法治，唯有見賢思齊，努力矯正時弊，收頭換面的建立民主法治制度，才有達成此項目標的可能了。

西方式的民主誠然有其缺陷，美國社會更是有其本身問題，並非一概令人美豔。但其中對個人尊嚴的維護，政府運作的制度化，無論如何，是當前中國首當學習的。至於法治精神的培養，自有其深厚歷史背景和文化淵源，非一日一夜可竟其功，有待長期的教化和濡染。重要的是必須立即起而行，再也遲緩不得。這等推廣法治教育的工作，政府固然有責，對一個終身從事法學教育的工作者，不也是應該義不容辭的責任？

緣於對國家社會的關懷，以及法律工作者期盼建立民主法治社會的熱情，雖然明知自己艱澀的文字，缺乏行雲流水的本領。也感受到學者應否分神從事研究以外其他工作的壓力，仍然自暴其短以野人獻曝的勇氣，就在自上次回國後的九年內，陸續就當時發生的社會現實，在報端雜誌上，陳抒個人的法律意見。其中更有部分是在「女性」雜誌上所闢之專欄，撰寫的法律文字。自省當初敢於發表這些粗淺不成熟的意見，無非欲為法治的推動，多盡一分棉薄，盡心而已。能否產生效果，已非我等所能掌握和期盼的了。

這些文字發表之初，從未有過結集成冊的打算。只因年前幼獅文化事業公司總編譯何寄澎先生，希望我能出面編輯一套法律常識書籍，以普及法治教育，對這樣的心意正是法律人所感激不及的。遺憾的是，這一兩年內，不但我個人為許多自認是當急事務所纏身，其他朋友亦均忙碌不

堪，很難一時之間，聚集一處，從事一項有系統且龐大的工作。無奈之餘，只有搜集既有的文字，先行出版。而在編輯期間，又以我涉身臺大教授聯誼會的籌組事宜，身心俱疲。之後，匆匆離國，將編輯之事一再延誤。而今僥倖交卷，若能發揮稍許再教育的功能，是要深深感謝何崑澎先生和劉元陵小姐的。

賀德芬 謹序於民國七十六年十二月 紐約哥倫比亞大學

目 錄

第一篇

你為什麼要懂法律？.....	三
由人鬼聯姻談權利能力.....	六
訂婚真沒有法律效力嗎？.....	九
你有婚姻自主權嗎？.....	一二
同「姓」不婚？同「性」不婚！.....	一五
婚禮的形式.....	二〇
「合法」重婚的法律面.....	二三
不受歡迎的兒女.....	二八
經濟求獨立，女性才有真平等.....	三一

第二篇

談夫妻間的財產關係	三三
男女一樣好，法令也要配合！	三八
婚姻的悲劇	四四
父子關係可以脫離嗎？	四七
由「秋水長天」談兒女的監護權	五〇
丈夫的秘密	五三
請讓我們成為優雅的民族	五五
重建「法」的新形象	六一
法治精神應從根培養	六三
司法革新的起點	六五
待遇豈是司法風氣的唯一癥節	六七
為新聞局的法治觀念喝采！	六九
「朝令夕改」，可也！	七一

立法品質有待提昇.....	七三
隱私和知之權利的迷思.....	七五
和諧之外，還要理性.....	七七
行政監督的盲點.....	七九
為修改中的行政訴訟法進一言.....	八一
私慾不去則公道亡.....	八三
讓民意作後盾.....	八五
嚴管、重罰應從政府下手.....	八七
全民醫療保險是政府的責任.....	八九
該是行政「大」革新的時候了！.....	九一
談法律系課程，檢討專業科目調整方向.....	九三
教授資格審查須審慎為之.....	九八
為教授聯誼會作法律定位.....	一〇一
談「新聞記者法」的制定.....	一〇八

建立客觀的電視節目審查制度·····	一一一
評錄影帶及第四台的管制·····	一一八
電影分級制度的聯想·····	一二〇
文化建設應有具體辦法·····	一二二
為我們的古文物請命·····	一二五
從我們的假日活動想起·····	一二八
也談保護消費者·····	一三〇
消費者保護的立法趨向·····	一三三
賀消基會成立五周年·····	一四〇
專利制度所面臨的實際困難·····	一四二
選舉豈應是參政的唯一道路？·····	一四八
為定型化契約把把脈·····	一五〇
反仿冒政策的檢討·····	一五二

第

一

篇

你為什麼要懂法律？

每當別人問起我學的是什麼的時候，我總是怯怯的，小聲的回答一聲「法律」。而對方也總是毫無例外的做出驚訝的表情，口裏雖嘖嘖稱羨，心裏卻一定在想著又是一個兇悍潑辣、令人望而生畏的女孩。自己也曾氣惱，法律不是維持人間公平正義的守護神嗎？有什麼不能理直氣壯的呢？

原來，我國自三十六年行憲開始，到避禍臺灣，才真正實行民主政治。經過五千年帝制的壓力，人民在「日出而作，日入而息，帝力於我何有哉」的生活態度下，只要安分守己，「訟則終凶」。法律是紹興師爺，刻薄寡恩的專利品，豈是善良老百姓所樂於接觸的？這種觀念深深影響及一般人民的心理，逼我自己潛意識裏都擺脫不了這種陰影，想想真是愧對當年選讀法律的豪情壯志。

那麼，法，在民主法治的社會裏，究竟是什麼呢？在學理上，我們說是「具有國家強制力的社會規範」。說穿了，法律不過是在社會生活中，不分貴賤貧富，每個人都該一律遵守的生活規範。就如同球賽、牌戲中必須遵守的規則一般。它不但在國家存在以前，就已經爲了要規律各種

社會團體的生活，而以自然法的形態存在。在國家經過一定立法程序制定出法律以後，也還有許多不成文的規範存在各種社會組織、大小團體和家庭生活之中。法，跟道德規範、宗教教條基本上是相同的，只不過更要具體，且只管束人類外部的行為，違反時，國家將給予制裁的力量罷了。

在目前科學發達，人際關係頻繁，分工細密的社會裏，法規不但在數量上相應的大量增加，也較道德、宗教等其他的社會規範更具重要性。就像在窮鄉僻壤或山中，隨便你怎麼走路都無人干涉。但在大都市裏，卻必須遵守各種交通規則，才能行得通。要求每個國民都知曉所有法律的內容，固然有其必要，但也幾乎是不可能的。不過法律既經合法公佈，國民就有遵守的義務，不能以不知法律而不罰。同時，日常生活上的任何瑣碎事務都和「法」脫離不了干係，大至納稅、服兵役、受義務教育，小至看電影、買東西、租房子，無一不是法律所規範的行為。只是既無糾紛發生，便順其自然，也就不曾體會出其法律上的意義。所以，不能了解多如牛毛的技術法規固是無可厚非，對人民的權益也無多大影響。但至少和人民權利義務關係最密切的「民法」、「刑法」卻是現代國民所應具備的最起碼的法律知識了。

刑法所規定的大都以倫理法規為基礎，本於傳統的道德觀念，風俗習慣和是非判斷，一般人尚不至於乖離太遠，如殺人越貨，內亂外患，貪污納賄，都是較易分辨，知其利害的行為。但也有無知少年因不知法律而誤蹈法網的情形發生。民法則缺少「是」與「非」的判斷，規定的是私人間財產上及身分上的權利義務關係。如對法律缺乏基本了解，根本無從決定應該何去何從。況且做為一個民主法治國家的國民，不僅以善盡義務為已足，更應積極挺身維護該享的權利，這不