

馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集

Essays in Honor of the 80th Birthday of Professor Herbert Han-Pao Ma

法律哲理與制度

On Theories and Institutions of Law

—基礎法學

馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集編輯委員會



元照出版

馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集

Essays in Honor of the 80th Birthday of Professor Herbert Han-Pao Ma

法律哲理與制度——基礎法學

On Theories and Institutions of Law—Theories of Law



馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集編輯委員會 編輯

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

法律哲理與制度：基礎法學：馬漢寶教授八秩
華誕祝壽論文集 / 馬漢寶教授八秩華誕祝壽
論文集編輯委員會編輯. -- 初版. -- 臺北
市：元照，2005〔民94〕

面：公分

ISBN 986-7279-48-4（精裝）

1. 法律－哲理，原理－論文，講詞等

580.107

94022661

馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集

法律哲理與制度——基礎法學

IN08GA

2006年1月 初版第1刷

作者 馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集編輯委員會

出版者 元照出版有限公司

100 臺北市館前路 18 號 5 樓

網址 www.angle.com.tw

定價 新臺幣 800 元

訂購專線 (02)2375-6688 轉 503 (02)2370-7890

訂購傳真 (02)2331-8496

郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 986-7279-48-4

序

馬教授漢寶先生字襄武，安徽省渦陽縣人，民國十五年（1926）農曆十一月二十七日生於湖北省漢口市。民國九十五年（2006）欣逢先生八秩榮慶，海內外部分門生後輩仿照先生六秩及七秩華誕時之例，相約廢除俗禮，各獻所著文一篇，集之成帙，定於民國九十四年（2005）末出版預為祝壽。

是集得文五十五篇，係以先生在法學方面致力之範疇為依據而分為「基礎法學」、「國際私法」及「公法理論」三部分，並以「法律哲理與制度」為名，委由元照出版公司出版。對撰文之學者專家，於此謹致誠摯之謝忱。集文既成，負責編輯者仍本前例，不能無一言為序。

先生一生以教學為志業，宏育英才，遠及多國，堪稱能實踐「誨人不倦」及「有教無類」之古訓者。此雖為各界所已聞，仍擬以先生在兩方面之經歷為對象，述其梗概以為文集之介，或亦有益於後學。

先生尊翁壽華（木軒）公，畢業於清季末葉最早之現代化法律學校，河南法政學堂，民國元年起即任各級司法官及首長。漢寶教授尊父意，亦習法，先入上海國立復旦大學法律系肄業（民國三十三年至三十六年，1944-1947），後轉入台北國立台灣大學法律系，於民國三十九年（1950）畢業，為台灣光復後該校第一屆畢業生。

先生自台灣大學畢業，即因成績冠全級為傅斯年校長留校擔任助教。以自幼習用英語文，奉校命於民國四十一年（1952）與美籍教授陶遂（Gray L. Dorsey）合授「憲法原理」於政治系。民國四十四年（1955）起，自講師至教授，在台灣大學法律系講授憲法、法學緒論及國際私法等課程，計四十餘年。其間並在台灣大學法律研究所講授國際私法專題研究、西洋法律思想專題研究及在中興大學、輔仁大學、東吳大學、文化大學等校法律研究所兼授法律哲學專題研究、法理學專題研究及國際私法專題研究。自民國五十三年（1964）起，以後四十年間，先後在美國哈佛大學及其法學院從事研究，在美國西雅圖華盛頓大學法學院、奧地利維也納大學法學部、香港大學法學院、加拿大英屬哥倫比亞大學法學院、美國紐約市哥倫比亞大學法學院、美國聖路易華盛頓大學法學院、中國北京大學法學院，擔任客座或訪問教授；並曾在奧地利國家科學院（Osterreichische Akademie der Wissenschaften）、法國國家學術院（Collège de France）擔任講座及受聘為美國哈佛大學法學院東亞法律研究所首任「李多慈傑出學人講座」（First Lecturer, Jules and Chen Ing Chang Ritholz Distinguished Lectureship）。凡所講所授之課題均關中西法律思想與制度，尤置意兩者之比較與融貫。至教學期間，先後奉總統命擔任考試院考試委員十年（民國六十一年至七十一年，1972-1982），司法院大法官十二年（民國七十一年至八十三年，1982-1994），並承總統聘為中央研究院評議員十八年（民國七十三年至九十一年，1984-2002）。雖或任重或事繁，但傳道、授業、解惑之工作從未中輟。

先生教澤非但廣被列邦子弟，而對國內各方面人才之培訓亦不後人。先後在司法人員訓練所、外交人員訓練所、土地改革訓練所、外貿人才培訓中心等處擔任專業課程多年。同時，為協助推動國內學術之發展，促進國際間學術之合作，復曾兼任行政院國家科學委員會諮議委員、教育部學術委員會常務委員、蔣經國學術交流基金會諮議委員、中山學術基金會學術著作獎審議委員會委員。更值一提者，民國七十四年（1985），先生集合全國大專院校國際私法教授與學者成立國際私法研究會，並被推為會長。該會以交換教學經驗與研究心得為宗旨，多年來經常舉辦研討會、專題演講，並在各會員努力之下，迭有書籍出版，皆有助於提升國內國際私法學之研究、教學與師資之培育。

此外，民國八十七年（1998），為提倡文化及教育事業多盡一份力量，乃以馬府自己之力，成立「馬氏思上文教基金會」，嗣即以此基金會與國立台灣大學法律學院合作，在該院設「馬漢寶法學講座」及「馬漢寶訪問學者講座」，定期舉行學術演講並發表論文。自民國九十二年（2003）始，已有法學講座教授林文雄先生與王澤鑑先生兩位。自民國九十三年（2004）始，已有訪問學者加拿大之彭德（Pitman B. Potter）教授及瑞士之勝雅律（Harro von Senger）教授兩位。

上述學術講座之設立，可謂開國內風氣之先，有足多者。民國八十九年（2000），先生在台灣大學法律系任教滿五十年，法律學院鄭重其事，舉辦「春風化雨半世紀～馬漢寶教授教學五十週年」慶祝活動，並以金質紀念獎牌相贈，其上刻有下列文字：

這是對一位傳道、授業、解惑的師表的肯定與崇仰！

也是對一位誨人不倦、有教無類的師長的肯定與祝福！

更是對一位執教上庠、講學三洲、經傳五校，以謙沖之懷、如玉之德，

陶冶溫潤千萬顆青年學子心靈達半世紀之久的偉大師表的肯定、崇仰與祝福！

馬教授漢寶先生任教上庠滿五十週年誌慶

門牆逾一萬 讀萬卷書 行萬里路

絳帳垂半百 享百年壽 作百世師

國立台灣大學法律學院全體 敬賀

二〇〇〇、五、二十四

編輯者咸以為此段文字最足表述漢寶教授畢生之志業與成就，且可兼申祝嘏之敬，故謹錄之以為本序之結語。

馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集編輯委員會
中華民國九十四年（2005）十二月

目 錄

序 馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集編輯委員會

◎ 基礎法學

(作者依筆劃排序)

- 法律的合法性與正當性
——兼談我國法官的法律智慧 王寶輝... 1
- 維根斯坦、法律、智慧財產權 王敏銓... 25
- 韋伯的法律與資本主義論及其應用 江耀國... 47
- 法理學考古初探
——從當代知識社會學談起 江玉林... 61
- 天主教教會法 (Canon Law) 之研究 成鳳樑... 87
- 類推適用與民事實務
——最高法院有關消費者保護法類推適用
之判決見解試評 朱漢寶... 117
- 現行法中之道德管制及其正當性 何建志... 139
- 凡庸之惡
——「法」學者寬克彥與增田福太郎 吳豪人... 177
- 專利權保護之法理正當性 何愛文... 201
- 回歸法律原則
——債法方法論上之大轉向? 邱聰智... 239

- 法律解釋……………黃茂榮… 319
- 審理家事事件整合心理諮詢模式之初探
——以台灣台北地方法院家事法庭股試
行之經驗為例……………彭南元… 391
- 論法之理想因素……………楊奕華… 487
- 知識產權專業教育制度及課程設計之探討
——以台灣政治大學知識產權研究所
為例……………劉江彬、葛孟堯… 507
- 建立時效停止制度之立法芻議……………劉宗榮… 529
- 比較法的援用與解釋問題……………鄧衍森… 553
- 描繪台灣身分法基礎教育的實然面貌
——一個法社會學研究的初步嘗試……………劉宏恩… 569
- 以經濟分析突破概念法學的困境
——兼回應熊秉元教授的幾個觀點……………謝哲勝… 607
- 朝鮮朝初期刑事法之基礎與
中國傳統法律思想……………韓基宗… 639
- 黑格爾法律哲學之研究……………韓毓傑… 651
- 從社會利益說 (Theory of Social Interests)
論信徒得否請求返還宗教奉獻金……………蘇銘翔… 681
- Stratagem Prevention Through Law in the
People's Republic of China……………Harro von Senger… 697
- 馬漢寶教授簡歷

◎國際私法

- 論國際私法中關於反致之適用 王海南... 1
- 論涉外民事法律適用法第6條
與當事人意思自主原則..... 李子文... 35
- 國際商事仲裁協議之運用及發展趨勢..... 吳光明... 81
- Lex Mercatoria在仲裁上之適用 李復甸... 107
- 大陸關聯企業法制之研究..... 何曜琛... 131
- 兩岸仲裁判斷執行實例與展望 李永然、鍾元珽... 191
- 涉外破產之域外效力問題..... 李沅樺... 207
- 論國際私法上之先決問題..... 林秀雄... 255
- 外國法人國籍與認許之分析
——以涉外民事法律適用法第二條為範圍 林誠二... 271
- 生物科技在WTO之研究課題 洪德欽... 289
- 人口販運之國際規範初探..... 高玉泉... 347
- 美國有關外國國家放棄管轄豁免的
理論與實踐 陳純一... 365
- 世界文化遺產的法律規範..... 陳榮傳... 387
- 債之移轉之準據法 廖蕙玟... 411

- 國際私法中區際法律衝突之研究……………賴來焜… 429
- 文化認同與國際私法……………賴淳良… 463
- 馬漢寶教授簡歷

◎公法理論

- 「民之父母」與先秦儒家古典憲政思想初探
——從上博楚竹書簡文談起……………李念祖… 1
- 歷史·國家·行政·法律
——歐洲近代前期行政法史汎論……………李建良… 49
- 普通法傳統下的第一個憲法法院
——南非憲法法院……………吳志光… 101
- 論國際投資之徵用與財產人權……………何明瑜… 131
- 中央政府再造與組織法制變革……………林明鏘… 153
- 我國地方自治團體之資訊公開法制化芻議……………紀振清… 189
- 行政程序法的理念與立法……………翁岳生… 229
- 再論機關的法人化……………許宗力… 247
- 資訊揭露與公司治理……………陳志龍… 269
- 大法官是否有發布暫時處分之權限與「真
調會條例」合憲性問題意見書……………陳春生… 305
- 憲政僵局與釋憲權的運用
——檢討機關忠誠的概念問題……………陳新民… 345
- 淺論法律扶助和訴訟救助之關係……………張文郁… 395
- 宗教團體的宗教自由與商業行為……………張永明… 417
- 美國不當勞動行為裁決機制之研究……………焦興鎧… 459

- 一般法律原則與行政法實務..... 葛克昌... 491
- 淺論德國法上之警告性裁判..... 楊子慧... 515
- Law, Economic Regulation and Political
Change: Comments on Selective Adaptation
in Mainland China and Taiwan..... Dr. Pitman B. Potter... 561
- 馬漢寶教授簡歷

法律的合法性與正當性

——兼談我國法官的法律智慧

王寶輝*

目 次

壹、問題的提出

貳、法律的善與惡——法律的倫理判斷

一、倫理問題——貓與訪客的故事

二、法律的倫理判斷

參、靜態判斷

一、法律與社會的對應關係——法律合法性與正當性之內在必然關係的靜態觀察

二、案例分析

肆、動態判斷

一、法律與社會的相對關係——法律合法性與正當性外部衝突關係的動態觀察

二、案例分析

伍、結語——法律善惡的相對性

壹、問題的提出

法律理論究竟是出於偏狹主義（parochialism）的多元論證，或者是一種朝向客觀本質主義（essentialism）的論證，2005年 William A. Edmundson 以法律為不同時空的人類制度論述其爭點所在¹。然而，作為規範人們日常生活的法律，有關法律理論的建

* 中國文化大學法律系副教授。

¹ The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory, edited by Martin P. Golding and William A. Edmundson (Blackwell Publishing, 2005) P. 12.

構，如果建立在假設的觀點而為純思維性的論述，會不會成為一種理論遊戲，有失科學性，令人質疑。十九世紀科學主義排除價值理念於科學領域，儘管如此，一個半世紀以還，甚至觀察人類法律史的發展，價值理念寓於具體法律規範之中，如同理性在自然科學發展中所起的作用，人類的理性在調和法律的合理規範，起了相當的作用，既不失偏狹，也不是純思維，可以證立。

1994年Roger Scruton重申哲學在於探索人間一切事務的最終的，以抽象形式所表述的真理，但全部真理可能僅僅是相對的²。2000年Daniel Wikler在探討使用基因科技——基因改良（genetic enhancement）或其他基因工程（genetic engineering）進行基因干預（genetic interventions）促進某種特定「完美主義」（perfectionism）的美好社會論述時，指出並無絕對客觀的正義標準，而是一種多數人的正義選擇³。此一觀點，與1926年Will Durant認為科學在於解決具體事務的方法，哲學則在探討各種事物的價值及理想成分，追尋人生永無止息的終極意義⁴，以及二十世紀初葉Rudolf Stammler提出以「社會理想」為鵠的⁵，論述社會生活在於追求理想的美好社會，懸為具體法律規範的終極目的，而其內容是可變的，正當性是相對的。思想脈絡並非出於同源，然而其思想方法在探討法律合法性及正當性或合理性問題時，使用此一方法，可以避免無謂的悖論。

社會生活中發生以物易物以達互通有無之目的，或以貨幣為媒介交換物資，應以無瑕疵的物品或相當的對價進行交換，其間寓有

² Roger Scruton, *Modern Philosophy* (Penguin Books, 1994) PP. 3-7.

³ 蕭郁雯譯，《從機會到選擇：遺傳學與正義》，台北：巨流，2004年，頁1-29、385-388（原著Allen Buchanan, Dan W. Brock, Norman Daniels, Daniel Wikler, *From Chance to Choice: Genetics & Justice*）。

⁴ Will Durant, *The Story of Philosophy* (New York: Pocket Books, Simon & Schuster, Inc., 1953), Introduction.

⁵ Rudolf Stammler, *The Theory of Justice*, translated by Isaac Husik (New York: Augustus M. Kelley Publisher, first published 1925, reprinted 1969) PP. 152-155.

「互惠」(reciprocity)的相互利益乃交易的基本法理⁶。法律的具體規定，亦即法律規範的要件事實(requirements of law)得因交易方式的具體變化及要求而不斷的修正增刪，但公平合理的強制交易方法，其目的乃在於達成交易的互惠，法律的合法性，永遠是以正當性為基礎的。中世紀St. Augustine (354-430)及St. Thomas Aquinas (1225-1274)，認為違反「神律」(lex divina)的法律可以不服從⁷，甚至二次大戰後的德國法學家Gustav Radbruch (1878-1949)，即宣稱違反人性的法律，不堪稱為法律⁸。我國當代知名法學家馬漢寶教授對於西方的法律如何更有效的施行於日益趨於工業化與都市化的台灣，以應對新的社會經濟問題，早在1971年即指出「應該以中國固有的禮之原則或基於天理人性的原則作為最後的根據。約言之，我們的建議，如果利用現代西方法學的理论，就是以自然法為準，從事協調特定社會的活法與實證法」⁹。可見實證法的合法性，不僅係以正當性為基礎，最終仍應以正當性進行修正，用以調和理想的社會生活。

法律要件，除部分純技術性的程序要件外，多以倫理準據為基礎，這毋寧是H. L. A. Hart (1907-1992)所描述的「法律效力的最

⁶ Bronislaw Malinowski, *Crime and Custom in Savage Society* (New York: The Humanities Press Inc. 1951) PP. 24-27, 46-49.

⁷ Giorgio Del Vecchio, *Philosophy of Law*, translated by Thomas Owen Martin from the eighth edition 1952 (The Catholic University of America Press, 1953) PP. 47-52.

⁸ W. Friedmann, *Legal Theory* (New York: Columbia University Press, fifth edition, 1967) PP. 350-356.

⁹ 馬漢寶，《法律與中國社會之變遷》，論文集，國立台灣大學法學叢書編輯委員會，1999年，頁20。1983年馬教授在論述《法律與科技發展》時，引述Melin Kranzberg指出如何能在保障人權，伸張正義之原則下，有效進行科技發展，問題不在人類能否控制科技，或科技是否控制人類，而端在人類能否控制自己。請參同論文集《法律與科技發展》，頁137。科技發展影響人類社會生活，製造原子彈是科技問題，而如何使用原子彈，甚至將原子能源使用於改善人類日常生活品質提升人類生活水平，可能涉及倫理判斷及科技行為規範等法律事項，馬教授在30年前對於法律應追尋社會理想以探求法律正當性基礎的論點，放眼台灣30年來司法見解，以及台灣法律的發展，信而有徵。

終判斷明顯地體現了正義的原則或實質的道德價值」¹⁰。Ronald Dworkin在探討1882年Elmer's Case繼承權疑難案件中，引述Earl法官在該案的司法見解，對於法規文本與法規應有所區分，指出真正的法律應係法規本身¹¹。法律的文本或條規文字只不過是一種表述規範的符號，或者可以說是法律穿戴的衣服，應非法律本身。法律因對應於特定社會生活的要求而形成，自當因應社會的變遷而成長，如同一個人從出生到年老不斷社會化，持續適應不同的社會而改變生活理念，甚至世代遞嬗，不能適應的，就從地球上消失。可見，法律的合法性與正當性應該是一致而不相牴觸的，認為合法性即為正當性的論點，於法律規範內容與倫理判斷準據不生扞格之情形，是可以證立的。也祇有在這種情形下可以證立，則法律的合理性與正當性，就比較沒有討論的空間及必要。法律規範內容寓含公平、合理，法律的本質向來被描述為正義，即所謂“no law is unjust”，R. Scruton即以「正當性」（legitimacy）等同正義概念¹²，這正是人們對於法律的通常看待，也是最起碼的要求及期待。

然則立法的疏漏或習慣法形成過程的侷限性，以及社會變遷的結果，包括生活條件、政治、經濟結構的變遷，時代價值理念及其他改變社會文化、生活方式的因素，往往影響法律適用的結果。Dworkin指出法律是一種社會現象，其錯綜複雜、功能及效果決定於其結構的特質，而法律實務不同於其他社會現象，具有爭論性¹³。Richard A. Posner則以實用主義方法提出「雜物袋」（grab bag）資為法律實踐推理（practical reasoning）的方法¹⁴。可見，法律的適用，如何求得正當合理而符合人們的期待，以達成法律為維

¹⁰ H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford University Press, first Published 1961, reprinted with corrections, 1972) PP. 195-207.

¹¹ Ronald Dworkin, *Law's Empire* (The Belknap Press of Harvard University Press, 1986) PP. 13-15, 18-19.

¹² Roger Scruton, 前揭書, PP. 424-428.

¹³ Ronald Dworkin, 前揭書, P. 13.

¹⁴ Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence* (Harvard University Press, 1990) P. 73.