

大 學 用 書

法 律 之 演 進 與 適 用

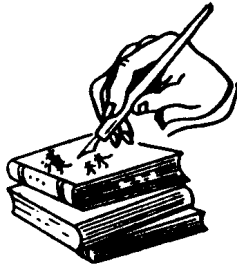
韓 忠 謨 等 著
刁 榮 華 主 編

大 學 用 書

法 律 之 演 進 與 適 用

韓 忠 謨 等 著
刁 榮 華 主 編

東 亞 法 律 叢 書



究必印翻・有所權版

編主華榮刁 書叢律法亞東

法律之演進與適用

基本定價：平裝伍圓
精裝柒圓

主編者 刁 榮 華

發行所 漢 林 出 版 社

台北市重慶南路一段50號三樓
電話 三七一九八七五
郵政劃撥一〇八八三二號

經銷處 各 大 書 局

中華民國六十六年八月初版
新聞局局版業字第一四九三號

前言

報載司法院在國人多年殷望之下，終於決定作全面之革新，聞之甚爲欣喜。

司法院根據憲法第七七、七八兩條之規定，爲行使司法權之最高機關，司法權之範圍涵攝民事刑事審判權、行政訴訟審判權、公務員之懲戒權、解釋憲法、法律及命令權。因此，司法權之行使確當與否，有如國之鎮石，人民權益之捍衛、官箴之維護、以及憲法及法律因時推移的適用，胥所以賴。目前因高等法院以下各級法院之改隸案尚未實施，因此，司法院之管轄僅涵蓋大法官會議、最高法院、行政法院、及公務員懲戒委員會四大機構，分掌各該類司法權之最高權力。四機構功能之發揮，非唯有助於司法院本身地位之愈趨崇隆，亦將益增國民共同之向心力。

多年來，司法院對憲法所賦予之職權，尚未完全發揮。在大法官會議方面，其法定權責除解釋憲法外，尚有統一解釋法律與命令之權，以消除同一法律與命令互不相同的見解，免於人民權利因法令之不同適用遭到不同處遇；而憲法之解釋，不獨對於憲法發生疑義之事項、及法律或命令有無抵觸憲法之事項可以解釋，甚至地方自治法規與憲法有無抵觸，亦可由大法官會議予以解釋。不過，大法官會議雖有如此重要權責，但其績效又如何呢？根據其歷屆解釋案件當可獲知梗概：第一屆七十九件，第二屆四十三件，第三屆僅廿四件。前後十八年，平均每年五點二一件，而第三屆的九年內，每年僅二點六六件。對於此種解釋案件遞減之現象，雖或可寬解爲：行憲之初，情況特殊，行憲既久，政治

社會愈趨穩定，行政部門制定法律規章亦更臻完滿，因而解釋案件乃逐年彌減。不過，法政兩界似並不如此認為。論者多以爲：其癥結在於大法官會議法之自我束縛。如給予人民聲請解釋憲法的條件太嚴，機關聲請統一解釋法律與命令的程序太繁，憲法解釋案決議時「少數否決多數」的未當，……等，似爲大法官會議功能並未充份發揮之更真實理由。對於此類指責，司法院本身亦不諱言，因此當可斷言，大法官會議功能未發揮當非向壁虛構之辭。但另一值得注意者爲，欲求大法官會議功能之加強，固仍應由大法官會議本身踴躍奮發，臨事出以良知良能，不瞻顧踟躕；但另一方面非屬大法官會議本身之客觀限制，即大法官會議法中之重要束縛，亦應予以破除。修正大法官會議法之權歸屬立法院，立法院當亦樂見大法官會議於束縛解除後，功能發揮之英邁姿態。

次就最高法院而言，其依據法院組織法第二十二條作最高之民刑案件審判管轄，因此，最高法院之位高權重自屬毋庸置疑。依我國現制，雖以最高法院爲法律審，其職責在糾正下級法院判決之違法，但依民刑訴訟法之規定，最高法院仍具事後調查事實之職權，因此，最高法院無異亦兼負事實審查之職責，其開庭審判傳兩造當事人言辭辯論自非毫無必要。不過，卅年來最高法院因種種因素，並未實施言辭辯論審判，而僅憑書面審查。此一情況自然導致文書來往，案件久懸之情形，非唯積訟難決，抑失去最高法院法律審糾正下級法院判決欠當之最高旨趣，自更難企及人民權益之維護。有鑑於此，司法院毅然決定最高法院開言辭辯論審判，對法律關係複雜，引用法律條文有疑之案件等，逕以言辭辯論代替書面審查，其革新勇毅，自當予以喝采。此一言辭辯論審判之實施，除及於最高法院外，司法院亦將擴及行政法院，用以祛除行政法院多年所蒙「駁回法院」之稱號。

根據我國行政訴訟法，行政法院爲唯一之行政訴訟審判機關，既無上級法院，亦無分院之設置規定，人民因行政訴願不得直而提起行政訴訟，若經行政法院判決，即無上訴或抗告餘地。由此可知，行政法院實爲人民與政府雙方訴訟行爲之最高審判機關，其與人民權益之關係，實非尋常。行政官署措置不當，有損人民權益，必循行政救濟以求得直。但我國行政救濟體制尙有欠缺，訴願獲平反者百不及一，因而各級訴願機關權官相護之惡名，加以時代進步，行政權力擴張，官署及人民關係更臻密切，政府無過失之行爲亦常造成人民權利之侵害。因此近年來侵權行爲案件日增，行政法院乃成民間仰望之所在。

有關行政救濟體制之健全，固非匪數言所可知其梗概。但行政法院此一最高裁決機關之倡導，當可有助各級訴願機關之進步。多年來，訴願機關迄未開辦言辭辯論，各類案件多作程序駁回，甚或援引行政規章擅爲斷決，而國家賠償法之制定亦僅初露端倪，因而當此關鍵時刻，行政法院開辦言辭辯論，作爲訴願機關之表率，當可促使行政部門作更大之改進，則人民權益之可獲致更多保障，當爲必然。

最後，有關公懲會之功能，最爲多人所共同認定的是：公懲會由於六類懲戒處分標準未訂，因而常致公務人員違法失職事輕而處分重，違法失職事大而處分輕之不合理現象。此一現象難免肇致公務人員之怨懟，因而使公懲會之存在之原始目的爲之失真。此一現況，監察院在多次糾彈案件移付懲戒時，亦多有所感，並力促改進。因此，公懲會之改進事項雖夥，但要之則從訂定懲戒處分標準始。

最近，司法院易長，戴炎輝、韓忠謨分以民刑法家之學者身份主持司法院，力謀司法功能之再造，並一一列舉有待改進之事項，此一作風如能貫徹到底，更求進步，必將使司法院面目一新，而在國人心心目中的地位份量，亦將大為改變。

说 明

应法学界和广大法律工作者的要求，我们选印了一批港台出版的法律图书。由于法律本身有鲜明的阶级性，书内有些内容与无产阶级专政针锋相对，为利于教学、研究单位参考，我们未予删减，仅对政法单位发行，供研究使用。

法律之演進與適用目錄

基礎法學

一、司法程序與法律演進之關係·····	韓忠謨	一
二、司法功能與人權保障·····	查良鑑	一〇
三、中國司法制度的幾個問題·····	張知本	一六
四、法學思想上的幾個問題與層面·····	張文伯	二六
五、論現代法學之理論基礎·····	涂懷瑩	四二
六、法律關係論·····	梅仲協	六四
七、法律本身應否有政策性質存在·····	李肇偉	八八
八、論近代法律趨向·····	陳瑋直	一〇二
九、當前法律思潮問題·····	管歐	一一二
一〇、法律人七要·····	潘維和	一二六

公法學

一、憲法對於法官獨立審判之保障問題·····	洪力生	一三七
二、客觀的違法性與主觀的違法要素·····	周治平	一四八
三、故意論·····	洪福增	一七〇
四、罰金刑之改造·····	林紀東	二二九
五、繼續犯之類型·····	梁恒昌	二三九
六、刑法第二百十四條之犯罪審認問題·····	徐軍	二五一
七、論血親之獨立告訴權·····	陳綱	二五五
八、刑事訴訟上所採之原則·····	刁榮華	二五九
九、談軍司法審判與訴訟程序之簡化·····	褚劍鴻	二七三
一〇、行政法上國家賠償責任綴要·····	城仲模	二七九

私法學

一、現行民法與中華文化之柄鑿·····	張鏡影	二九一
二、出賣人之瑕疵擔保責任·····	錢國成	三二〇
三、分期付款買賣與所有權之歸屬·····	劉得寬	三三八
四、物品運送之損害賠償·····	曾世雄	三四八
五、應有部份與抵押權·····	鄭玉波	三六七

六、民法上之相鄰權·····	黃棟培	三九五
七、同時婚之研究·····	林榮耀	四一七
八、公司債與股份性質上之差別·····	柯芳枝	四二五
九、評我國現行之家事裁判制度·····	林菊枝	四三五
一〇、私法的公法功能·····	鄭健才	四五二

一 司法程序與法律演進之關係

韓忠謨

一、司法程序的作用與功能

司法程序 (Judicial Process) 就是司法機關依訴訟程序適用法律以解決當事人之爭端的程序。這不是指每一具體的訴訟程序，而是從廣泛的範圍，就法院如何解決爭端，如何形成法律見解，如何引導法律進化而言，比諸訴訟當事人言詞辯論、書狀撰寫、證言陳述等程序 (Procedure) 要廣泛的多。我們知道，不論係以判例或成文法為主體之國家，建立其法秩序時，均要經過司法程序 (Judicial Process) 這樣的過程所顯示出來的法律才是活法 (living law)，否則僅是死法 (letters written on the paper)。因而不論在英美法或大陸法上，這種司法程序對法律發展之貢獻至深且鉅。但我們如何知道司法程序對法律發展貢獻甚大呢？那就是司法機關一定要適用法律，而適用法律一定要解釋法律。無論是適用成文法典或援引判例，遇到當事人爭執之點，一定要經過邏輯推理，運用這邏輯推理去衡量當事人的爭端，從而決定適用如何的法律，這種過程就是解釋法律。在一般國家解釋法律都以司法裁判的方式為之，也就是法官根據邏輯推理考量當前爭執之點，依據法律而為的一種闡明。如同西方國家（包括日本）所說法律解釋就是法官在裁判書內所為之具體判斷。

我國除判例外，尚有「解釋」，這是我國獨特的制度，也是清末變法的附產品。蓋幾百年來我國

均適用固有法，直到清末才接受西洋法制，如商事法、民法、刑法等，而在當初的民事實務也僅限於大清律例民事有效部份。民國變法，下級法院人員法學智識淺薄，各地方初級審判，從縣知事到法院倉促間均不足以應付裕如。尤其是過渡期間，縣長兼理司法，借重承審員擔任實際審判，修養更是不夠。因而每每以快郵代電假設案例，將所遭受法律上之疑難，呈請核示而送到上級法院請求解釋。北京大理院爲應下級法院審判需要，遂發表其意見，無形中就成爲法律解釋。一直到十六年政府奠都南京，最高法院及司法院相繼成立還是如此。民國三十六年行憲以後，情形才見好轉。新憲法明文規定法院須依自己之職權獨立審判（除非在不同系統之機關對於適用法律發生疑難才可請求統一解釋，否則一律不准），然而我們始終仍有「解釋」存在，如司法院大法官會議有統一解釋法律之權，對各級法院均有影響。究竟這種解釋對法律進化有何影響力，是一個值得注意的問題。

二、解釋對法律進化的影響力

在我國一般說來，法律解釋除了司法院解釋外，還有法院個案解釋（判例），其之解釋原則當然視法律形態而定。如刑法因遵守罪刑法定的原則，不得受刑法法規之拘束，然而在一般國家刑法法律解釋之影響，仍不可忽視。譬如：西德刑法受了新理論的影響，共犯的觀念從絕對從屬變爲有限度從屬；錯誤理論強調「違法性錯誤」與「構成犯罪事實錯誤」，不採用「事實錯誤」與「法律錯誤」的區分方法，這都是多少年來，法律解釋所成之觀念。但因刑法需受罪刑法定主義之拘束，刑法解釋對法律成長、進化之影響，究屬有限。其他法律之解釋影響法律進化，則頗爲顯著。譬如以憲法爲例

，中國憲法上本來有一廣泛的範圍，讓法院可以應用法理來加以解釋，如憲法二十三條、一七一條、一七二條等是。如果司法機關能夠加以注意，而適當運用其解釋權，自可促進社會進步，對民主、法治秩序有莫大影響；可是，到目前中國司法機關對憲法所賦予之職權，竟未充分運用。反觀美國憲法一七八四年頒布，當時祇有七個條文，每條的文字雖然很長，但內容甚簡，後來社會情勢擴張、變遷，憲法所未涉及者，自有加以補充之必要，故有二十一條補充修正案（Amendments），但整個內容與大陸法系國家憲法相比較，仍是不很周密。然而迄今二百年以來，該憲法雖規定甚不完備，但司法機關能夠將憲法所賦予之權，完全獨立運用。如果著名之判例 *Marburg v. Madison*，在這判例前，根本沒有一個成文條文，承認司法機關可以解釋憲法，藉此衡量立法機關之立法是否違憲。然而從這判例後，美國司法機關對於任何機關之立法是否違憲，便有加以審察之權（judicial review），正如馬歇爾首席大法官（Chief Justice Marschell）說“Where the will of the legislature expressed in its statutes is opposed to the sovereign will of the people as declared in Constitution, the judge should give effect to the Constitution and not to the statutes”就是說，憑著他的法理見解，認為憲法表示主權者的意見，各州立法機關僅表示一般民意；一般民意與憲法最高人民總意相抵觸時，應尊重憲法表示之人民總意，換句話說各州制定的法律，僅是一般的代議機關之立法意思，即立法機關的意思，如與憲法有所抵觸，法院應承認憲法的效力。這種解釋，就是司法機關負起憲法解釋之權（the authority to rule upon the constitutionality of the legislative enactments）。自馬歇爾解釋憲法後，美國憲法內容就不

斷發展，法治也就一天天地進步。這完全是靠法律解釋而不靠成文法條之一例也。另外，美國憲法雖有一條保障人權，強調法律之前人人平等之條文。但首先，黑人仍不能得到憲法保障，認為黑人非人，現在的情況雖好，但仍很有問題。尤其南方黑人與白人不得同坐一車，同住一公寓，不能同享一個餐館的服務等等。這種社會歧視，仍很利害。因此美國聯邦最高法院基於社會觀念的改變，在黑人的待遇方面想要干涉各州的立法，但却發生一個問題：聯邦法院是否有權干涉各州立法？這在美國憲法上是找不出一個條文可依憑。譬如南方各州禁止黑人進入專為白人服務的餐館。在從來的判例見解上，認為祇要那些為黑人使用的餐館，在膳食的品質及設備供應等方面，都可能與白人使用的餐館有同樣的水準，此不算是社會歧視，何況美國聯邦權力依靠憲法規定，憲法所沒有規定者，當然保留予各州。所以表面上看起來，聯邦政府幾乎是無權干涉，但是，美國聯邦法院却有幾個判例認為美國聯邦為了解除「種族隔離」desegregation 用聯邦法律來干涉各事務，此舉並不違憲，因美國憲法內規定聯邦有權制定各州商業往來（interstates' commerce）的法律，現在某些州規定黑白人有其應坐之車次，可吃之餐館，而不能互相往來，影響各州間的商業交往莫此為甚，聯邦立法禁止各州行此隔離措施，是根據憲法上interstates' commerce clause而來，所以聯邦立法並不違憲。諸如此類事件係根據憲法上原有的規定，用很技巧的方法來加以解釋，就把很重大的社會問題，輕而易舉的解決了，却從沒有人說要修憲，這不能不說是非常奇妙的事。可見，司法解釋可促進憲法的成長，而憲政發展，民主政治就可進步。由此更可了解司法解釋對法律進化的影響。

其他，如拿破崙法典頒布於一八〇四年，迄今百餘年，德國民法頒布於一八九六年，迄今也有七

十多年，社會情勢變遷很大，尤以現代是高度工業社會，這些民法均未修改，如何使個人權利義務關係獲得保障，可以說是全賴司法機關之善於運用解釋。我國民法係民國十八年國民政府奠都南京，陸續將總則、債編、物權編頒布施行。爲時才四十餘年，但現在各方面均要求修改民法，時機是否早些？以刑法來說，因其注重成文法，無法則無罪，遇到情勢變遷，而無可資適用的法條是會有阻礙的，故要處罰就要增修法律，但民法則不發生這種問題，並非法條無規定，法院就毫無辦法，依民法第一條規定，最後可歸結到法理（General Principles of law），不難運用自如。因而法官應有高深法律修養，知道過去文化歷史，了解未來情勢需要，運用解釋的方法去解決法律問題，不能因芝麻小事，動輒以法無明文，就束手無策。尤其是我國民法有一部份是「超前的法律」。所謂「超前的法律」就是我們現在的社會情況並未進步到民法規定的條件。因在民初，抄襲西方法律，加諸我們的社會，有許多地方不是很成功的，譬如：親屬法、繼承法，在本省與大陸並無二樣，都是家族制度、宗祧繼承，與西洋個人主義的親屬繼承法不同。如今，我們的社會仍是幾代同堂，家族的團結力量很大，而不是各自爲政，雖然現時法律已在形式上已經有所改變，但實際上社會觀念仍未改變，父母在堂，作兒女仍須拿錢回去孝敬。又如繼承法明定財產繼承。當初立法原意是要求做到男女平等，可是現在社會上有幾許是如此做到呢？因而從我們民法是超前法律而言，如果說要修改民法，豈不又要修改回復過去的觀念呢？我們既有超前法律，自應任其自由發展，在過渡期間靠制判例和法官解釋來解決法律問題，比靠成文法條還要好些。因爲法律就是要反映社會情況，促成社會進步，我們應該格外注重法律解釋，現在司法界一向不把自己神聖任務看重，而著重成文法條文義的推敲，遇到事情，均以修

改法條或法無明文不好辦爲搪塞，這種觀念不知在現在中國社會蛻變時期應如何適應？這就是我們的法學教育，沒有注意法理的灌輸，而一味死扣條文，有以致之。任何文明國家的法律制度不能全以成文法條爲依據，我們要求法律向前演進，必須要使法理能在司法者的心目中生根，而不能單靠立法院所通過的成文法條文。大家不要忘記，我們所需要的是一個活的法律（living law），這就是司法程序有助於法律發展的一個重大關鍵。

三、解釋法律的方法

法律解釋的重要性已如上所述，則法律解釋的方法如何？在刑法解釋，一般以文義解釋爲主，但現在刑事法上却不能全靠這種解釋，也要靠歷史解釋（historical interpretation），以探求立法原意，而不能單憑文義內涵，但類推解釋——即依時代之需要而爲比附援引，則不能適用於刑法。譬如刑法規定在車站、埠頭竊盜應加重處罰（刑法三百二十一條第六款）。但現代航空站之運輸之頻繁並不亞於車站、埠頭，如小偷在航空站竊取行李，能否比照車站、埠頭處罰呢？在法條上明明規定是車站、埠頭，所謂車站就是陸路運輸公共車輛上下之所；埠頭是水路航行公共運輸供人上下之處，並未言及在航空站竊取應加重處罰，又依當初立法原意僅限於車站、埠頭，且本條文係沿襲德國刑法（一八七一年頒布），那時航空站尚未發達，立法原意亦不包括及之，故不能依歷史解釋。但如按時代精神解釋，依據法理應可類推適用，惟依罪刑法定主義之精神是不可以類推適用的，蓋人民無法預知其行爲是否將來應受處罰，要處罰則必須修改刑法。而民法是否必須如此呢？我想或許刑法以外之