

## 在這些神聖殿堂內\*

顏厥安\*\*

### 目次

- |                       |                           |
|-----------------------|---------------------------|
| 壹、為什麼是這個樣子？           | 三、區隔論與結合論                 |
| 貳、國王 <i>de facto</i>  | 肆、共濟會的精神                  |
| 一、以玫瑰之名               | 一、流動的劃界                   |
| 二、合法謀劃非法              | 二、服務於人類全體                 |
| 三、概念與法源               | 三、「批判不足論」：檢討調<br>整認識的既有框架 |
| 參、是故意的嗎？              | 四、少數說的論爭                  |
| 一、人禍責任無人擔             | 五、本土性與合理性的深層關聯            |
| 二、「本土出發論」與「本土<br>不足論」 | 伍、滿足歡欣前往更好國度              |

### 壹、為什麼是這個樣子？

王泰升教授《建構台灣法學》一書，又是一本台灣法律史領域的重要著作，而且是以台灣之法學知識的發展歷程為研究對象，是一部台灣法學知識史的大作。其主要問題意識在於：「我們現在所

\* 投稿日：2023年6月25日。〔責任校對：李友銓〕。

\*\* 國立臺灣大學法律學院特聘教授。

穩定網址：<https://publication.iias.sinica.edu.tw/12017032.pdf>。



碰到的法學，為什麼是這個樣子？」王教授認為，當前台灣法學界的主要論證方式，是直接根據外國法或比較法，進行國內法本身的法律論證。但是王教授認為應該首先立足於國內的政經社文狀況，發現問題所在，並據以論辯法規範涉及的利益與價值，再視需要來參考外國法的規範模式與理念。為了說明這種習於以外國法正當化本國法上主張的現象，在歷史上是如何發展而來，王教授花費極大心力，完成這本六百多頁的大著，非常令人敬佩。

筆者之前已經對王教授的法律史研究，基於自身的學術觀點，提出過兩次研習心得報告<sup>1</sup>。面對這本台灣法學史的重要作品，實在已經無能力再提出什麼新的想法，只能針對書中提出的幾個論點，再度由自身略可掌握的一些材料出發，寫下一些感想思緒，提供參考。雖然筆者多年來也對好些台灣現實上發生的制度相關問題寫下不少文字，不過在本土／外國二分法的觀察下，大概終究還是只能被定位在研究外國理論或外國法制的「身分／位置」，因此以下也只能從外國材料入手談起。

## 貳、國王 *de facto*

### 一、以玫瑰之名

英國是憲政主義體制與法治的發源國，美國則是歷史最悠久的民主國家。不過在這種「通說」的認知之外，這兩國的「優良體制」歷史道路其實是崎嶇詭譎，甚至充滿血腥鎮壓的。奴隸制在這兩國的歷史裡都有重要且悠久的地位，缺少了奴隸制與殖民主義貢

---

1 參見顏厥安，法律史研究中的理論問題——評王泰升：《台灣法律史的建立》〈導論〉部分，收於：王泰升、沈靜萍、陳鈺雄編，台灣法律史研究的方法，頁 17-31（2000 年）；顏厥安，此在是個大海——評王泰升之「臺灣法律史的提出及學科化」，中研院法學期刊，2019 特刊 1，頁 101-152（2019 年）。

獻的原始積累，這兩國（以及所有歐洲國家）大概都不會有現在的富裕與發達。

1215年的「大憲章」是奠定憲政主義體制與法治原則的重要文件，但是英國當然也不會因為一紙文件就立刻變成一個君主立憲的國家或政體。在這之後的幾個世紀，英國不但與法國進行了一場百年戰爭，英國中世紀最偉大的王朝「金雀花王朝」內部兩大家族蘭開斯特與約克，也開啟了一場歷時數十年的內戰。名門貴族惡鬥殺戮，尋常百姓也不免生靈塗炭。在此等劫難裡，大憲章也派不上什麼用場。

著名哲學家兼歷史家大衛·休謨（David Hume）寫道：「蘭開斯特黨羽以紅玫瑰為標誌，約克黨羽以白玫瑰為標誌。於是，這場內戰以兩朵玫瑰之鬥爭（the quarrel between the two roses）的稱號聞名全歐洲。<sup>2</sup>」然而當代史家丹·瓊斯（Dan Jones）卻指出：「『玫瑰戰爭』（the wars of the roses）的概念是一個讓人無法抵禦的誘惑。但果真存在一場玫瑰戰爭嗎？遺憾的是，答案是否定的。現代歷史學家漸漸開始明白，玫瑰戰爭的實際情況比這個好聽的名字複雜得多，也不可預測得多」<sup>3</sup>。

這場長期內戰爆發的原因當然相當複雜，簡明版的說法是認為，這是15世紀中葉英格蘭在無能且精神不太正常的亨利六世（蘭開斯特家族）統治下，王室權威幾乎完全崩潰所導致的災難性後果。而1460年，再也無法忍受的約克公爵理查逼迫亨利六世接受他為王位繼承人的做法，使得原本是王權治理的危機，轉變為一場合法性與正當性的危機<sup>4</sup>。在這之前的鬥爭，都是圍繞著亨利六世打

---

2 David Hume 著，劉仲敬譯，英國史，卷二（2012年）。（原譯文將該段英文譯為玫瑰戰爭）

3 Dan Jones 著，陸大鵬譯，空王冠：玫瑰戰爭與都鐸王朝的崛起，頁9（2018年）。

4 Dan Jones 著，陸大鵬譯（註3），頁11。

轉，把亨利六世當作標的，爭奪誰才是真正的國王保護者，約克公爵理查卻要自立為王儲。

理查在隨後的衝突中戰死，沒有當成國王。但是他的兒子愛德華四世在1461年的血腥戰爭後，成功登基為王。不過為了克服合法性與正當性的危機，這個登基還頗費了一番儀式程序的功夫。

3月3日，星期二，愛德華在約克家族位於倫敦的住所貝納德城堡召開會議。幾位主教和貴族表示支持他奪取王位。3月4日，聖保羅大教堂內唱起了《感恩贊》，內維爾主教在教堂外的十字架旁做了一次政治佈道，而愛德華在遊行隊伍裡騎馬前往威斯敏斯特宮。隨後，在大法官法庭（根據傳統，這裡是國王行使司法權力的場所，所以是國王意志施行的終極表現），「他在坎特伯雷大主教和英格蘭大法官與諸侯面前宣誓，要忠誠地、公正地守衛國家和法律，成為一位真正的、公正的國王」<sup>5</sup>。

不論是「正當性」(legitimacy)或「合法性」(legality)，都帶有法律(*lex*)的意涵在內，這是歐美或所謂西方文化的固有特色。因此即使要訴諸宗教，要仗勢武力，「法」的成分還是不能少。然而史家描述地再詳細，終究還是不可能談到一些法律的技術細節問題。

## 二、合法謀劃非法

1877年12月27日，一位名叫Alexander McSween的律師，在拉斯維加斯（不是現在的賭城，而是同名，位於新墨西哥州的小城）遭到San Miguel郡警長的逮捕，罪名是侵占(embezzlement)。依照資料顯示，警長是接到了聯邦檢察官Thomas B. Catron的電報指示

---

<sup>5</sup> Dan Jones 著，陸大鵬譯（註3），頁204。

進行逮捕。次年1月，McSween被移送到法院審訊，法官Warren Bristol聽訊後，就刑案部分裁定釋放了McSween，但是卻又同時針對McSween的財產核發了「扣押留置令」(attachment)，亦即命令執行機關扣押留置McSween的財產<sup>6</sup>。

當McSween終於回到「林肯郡」(Lincoln County, New Mexico)時，林肯郡的警長William J. Brady已經扣押了他的房子，然而依照當時的成文法(statute)，執行機關其實有義務先通知債務人，也就是McSween，讓他有機會提供擔保以免除對財產的扣押。更糟糕的是，McSween的朋友John Tunstall的商店也被查封扣押，理由是，Tunstall是McSween商業上的合夥人(partner)，而依循一個由英國普通法(English common law)導出的古老原則(因此是個「不成文法」吧)，債務人的財產若遭到扣押留置，該債務人之合夥人在合夥財產範圍內的財產，亦應加以扣押留置<sup>7</sup>。此一原則其實有點類似我國民法第668條：「各合夥人之出資及其他合夥財產，為合夥人全體之公同共有。」所奠基的法理，因此應該不難理解。

雖然依照法律史學者的研究，McSween比較像是Tunstall的律師，而不是Tunstall商業業務的合夥人，但是當時在林肯郡的狀況，如果運用我的理論語彙來說，當地法規範的「理由結構」已經大幅被「力量結構」給取代了，因此Tunstall一時也對警長Brady無可奈何，只能請求警長歸還幾匹明顯不屬於合夥財產的馬。警長答應了，於是Tunstall帶領著他所僱用的一批牛仔兄弟一起要將馬匹趕回Tunstall在幾十英里外的牧場。然而同時Brady警長「任命」的一批副手(deputies)(其中竟然包括了幾位逃犯以及與Tunstall有競爭關係商家的人員)卻也前往Tunstall的牧場，打算依照前述同樣的法理，扣押Tunstall所有的牛隻馬匹。就在這個過程中發生了對

---

6 Joel K. Jacobsen, *An Excess of Law in Lincoln County: Thomas Catron, Samuel Axtell, and the Lincoln County War*, 68 N.M. HIST. REV. 133, 135-36 (1993).

7 *Id.* at 139-40.

峙衝突，儘管Tunstall並未以武力抵抗，警長的副手們還是開槍射殺了Tunstall<sup>8</sup>。

這就是美國西部開拓史中，相當有名的「林肯郡戰爭」(Lincoln County War)的序幕。與Tunstall有競爭關係的商家，就是原本在林肯郡以近乎獨占地位經營著大型商品供應，俗稱The House的企業。而Thomas B. Catron，除了當時身分是聯邦檢察官外，更是新墨西哥自治區(territory，當時尚未取得州地位)實質上的「政治老大」(political boss)，控制著「聖塔菲第一國家銀行」(the First National Bank of Santa Fe)，此銀行也是The House的主要債權人。因此當Tunstall的營業大幅拉走了The House的客戶，導致其瀕臨破產時，保護The House的利益其實就是保護Catron自己的利益。一般相信，這整個「法律操作」應該就是Catron在幕後操盤的<sup>9</sup>。

對後世「歷史記憶」衝擊最大的人物，應該是當時年僅18歲的William Bonney，也就是後來俗稱的「比利小子」(Billy the Kid)。他是Tunstall所僱用的牛仔兄弟幫的一員，親眼目睹了Tunstall被殺害，後來也成為交戰一方的要角，帶隊殺害了不少人<sup>10</sup>。

Tunstall被殺害後，目睹的牛仔們並沒有立刻自行展開武力反擊，而是狀告到林肯鎮(Lincoln town)的「治安法官」(justice of peace) John B. Wilson處。依照當時的刑事訴訟法，Wilson有義務展開調查，並召集陪審團來審閱證據。他也這樣做了。經過陪審團的聽證調查，認定Tunstall確實是被謀殺的(而非遭到警長副手的合法擊斃)，並且確認了6名嫌犯(都是當時警長任命的副手)，Wilson因此開立了逮捕令(拘票)，並交給法警警官(constable)執行。但是Brady警長竟然逮捕了這位警官。Wilson只好另外任命了

---

8 *Id.* at 140-41.

9 *Id.* at 139, 141-42.

10 *Id.* at 141.

一位法警警官，並組成一支自稱為「保安隊」(The Regulators)的警隊。Wilson的任命是合法的，有爭議之處在於，這批保安隊的成員幾乎都是Tunstall之前僱用的人員或其朋友，當然也包括了比利小子。由這支保安隊來追捕之前郡警長的副手們，雙方似乎都具有合法權力，在當時的美國西部自然難以避免形成武力對抗的「戰爭」狀態。此狀態持續了兩、三年，造成不少死傷與動盪<sup>11</sup>。

為了因應這個局面，當時新墨西哥自治區區長（英文也是Governor）Samuel Beach Axtell親自前往林肯郡，並在1878年3月9日發布了一個聲明，這個聲明的主要重點有兩個<sup>12</sup>：

- (1) 任命Wilson為治安法官的任命是非法的，因此自始無效。Wilson法官開立的任何令狀都是無效的。
- (2) 基於(1)，在目前系爭個案中，除了Bristol法官簽發的令狀外，沒有任何其他令狀具備合法的執行力。而除了Brady警長以及其副手外，沒有任何其他自治區官員可以合法執行這些令狀。

此處已經涉及許多細緻的法律爭議問題，包括對新墨西哥自治區「組織法」(Organic Act)的解釋等等。Axtell區長的聲明裡，有關Wilson不具備法官資格的認定，一般較無爭議地認為，是一個錯誤的法律見解。即使有一些法律解釋與適用疑義，但是區長並無合法權力（行政權）直接解除一位形式上獲得合法任命者的法官資格。比較複雜的是，即使Wilson的法官資格有法律上的瑕疵，甚至可能自始無效，難道Wilson所核發的令狀與任命也都自始無效嗎？這牽涉到包括比利小子在內「保安隊」地位與執行公權力（追捕甚至射殺被通緝者）的合法性，當然是個至關重要的問題<sup>13</sup>。

---

<sup>11</sup> *Id.* at 142-43.

<sup>12</sup> *Id.* at 144.

<sup>13</sup> *Id.* at 145-49.

值得注意的是，在當時這也並不是一個新的法律議題。法律技術面來講，這涉及「法律上的官員」與「事實上的官員」這組區分。根據研究，1842年的Vermont最高法院就曾在判決中說<sup>14</sup>：

事實上的官員與法律上的官員（an officer, *de jure*, and *de facto*）的這組區分，已經廣為人知且在學理上穩固確認，此一區分會產生的法律效果也已經清楚地確定<sup>15</sup>。

判決裡並解釋說，法律上的官員，是透過合法程序任命而出任的官員；事實上的官員，則是雖然表面上擔任了官員，事後卻確認其並不擁有擔任該職位合法權利的人。關鍵就在於，即使僅為事實上的官員，其所為職務上的行為仍對所有相關當事人有效力<sup>16</sup>。1871年康乃狄克州最高法院在一個判決中也曾說過，依照其計算，在美國已經有超過150個判決引用了這個事實上官員的學說<sup>17</sup>。許多年以後，新墨西哥州最高法院在1918年的判決中是如此說明相關的「法理」（應該是非成文法）：

該原則是建立在政策和合宜性的基礎上的，如果在每個案件中，明明是在擁有公示權威官員或其程序下做出的決定，人民都還需要查核該官員的權力基礎，那麼沒有人的合法權益是受到保障的<sup>18</sup>。

---

14 *McGregor v. Balch*, 14 Vt. 428, 435-36 (1842), 轉引自 *id.* at 149.

15 *Id.* “the distinction between an officer, *de jure*, and *de facto*, is well known and well established, and the consequences naturally arising from the distinction are equally well settled.”

16 *Id.* 有關此「事實上」官員的學說，亦請參考 Kathryn A. Clokey, *The de Facto Officer Doctrine: The Case for Continued Application*, 85 COLUM. L. REV. 1121, 1121-39 (1985).

17 *State v. Carroll*, 38 Conn. 449, 465, 9 Am. Rep. 409, 422 (1871), 轉引自 *id.* at 150.

18 “the principle is one founded in policy and convenience, for the right of no one claiming a title or interest under or through the proceedings of an officer having an apparent authority to act would be safe, if it were necessary in every case to examine the authority of such officer to its original source.” *State v. Blancett*, 24 N.M. 433, 448,



此一法理，簡單來說，就是基於法安定性以及對公共職位在公開表彰下所為行為的信賴保護，必須承認事實上官員所做決定的法效力。因為是立基於政策與合宜性之上，這個原則應該是個非成文法。

非常有趣的一點是，前引1871年康乃狄克州最高法院的判決裡，還提到這個學說最遠可追溯到英國1431年的一個案件，並繼而提到，

愛德華四世在1461年登基時，議會宣告蘭開斯特家族的幾位前任亨利國王是篡位者；但是為了避免造成公共利益廣泛受損，議會也宣告這幾位前任君主擁有事實上君主（*kings de facto*）的地位<sup>19</sup>。

是的，這裡指的就是前述愛德華四世奪權登基後，議會一方面宣告之前蘭開斯特家族諸位亨利是篡位者，另一方面為了避免公共失序，也宣告那些國王是「事實上的國王」。而這個法律技術面的歷史前例則是記載於Sir William Blackstone的著作當中<sup>20</sup>。

---

174 P. 207, 209 (1918), appeal dismissed, 252 U.S. 574 (1920), 轉引自 *id.*，類似見解亦可見於 *State v. Carroll*, 38 Conn. 449, 467, 9 Am. Rep. 409, 423 (1871), 轉引自 *id.*

19 *State v. Carroll*, 38 Conn. 449, 458, 459, 9 Am. Rep. 409, 415, 417 (1871), 轉引自 *id.* at 150, “In 1461, on the accession of Edward IVth, Parliament declared the previous Henrys of Lancaster usurpers; but, to avoid great public mischief, also declared them *kings de facto*. ...”.

20 Sir William Blackstone, *Of the King and His Title*, in COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND. BOOK I: OF THE RIGHTS OF PERSONS 183, 183-211 (1765). Blackstone 在相關段落是這樣寫的：“NEVERTHELESS the crown descended regularly from Henry IV to his son and grandson Henry V and VI; in the latter of whose reigns the house of York asserted their dormant title; and, after imbruing the kingdom in blood and confusion for seven years together, at last established it in the person of Edward IV. At his accession to the throne, after a breach of the succession that continued for three descents, and above threescore years, **the distinction of a king de jure [by right], and a king de facto [in fact] began to be first taken**; in order to indemnify such as had submitted to the late establishment, and to provide for the peace of the

### 三、概念與法源

王泰升教授在《建構台灣法學》一書中，對於「成文法」與「不成文法」這組「區分」在東亞法學圈的使用源流，有非常詳盡的分析討論，並且建議台灣法學界，

今後不宜將「成文法」當作指稱由立法或行政機關所產出之法規範的一個專有名詞，按該項特定意涵已超出「成文」的字義，在人言言殊下，徒然造成觀念或法學思考上的混亂，實為不必要的累贅。從而亦不必再視「不成文法」為專有名詞<sup>21</sup>。

王教授的這項研究貢獻良多，往後任何對「成文法／不成文法」問題有興趣者，也許都應該詳加研讀本書相關部分，並仔細考量是否接受王教授的建議。筆者對這個問題的看法如下。

#### (一) 概念的使用

哲學與法理學等領域對「概念」的使用已經有非常多的研究，也有不少中文文獻有所介紹闡述。王教授對於成文法／不成文法的討論，近似於一種以「指涉對象」為主要校正基準的觀念，這也是一種對「概念」使用以及其「意義」常見的認識方式。類比來說，王教授對於「成文法」使用方式的批評，類似於指出「鯨魚」不是

---

kingdom by confirming all honors conferred, and all acts done, by those who were now called the usurpers, not tending to the disherison of the rightful heir. In statute 1 Edw. IV. c. 1. the three Henrys are styled, 'late kings of England successively in dede, and not of ryght.' And, in all the charters which I have met with of king Edward, wherever he has occasion to speak of any of the line of Lancaster, he calls them 'nuper de facto, et non de jure, reges Angliae' ['late kings of England in fact and not of right'].」（粗體字為筆者所加。此版本的英文大致上已經調整為現代英文拼法，但是仍有少數保留較古早的書寫方式，例如 in dede 就是 in deed，事實上；of ryght 是 of right，法律上）。

21 王泰升，建構台灣法學——歐美日中知識的彙整，頁 405（2022 年）。原文部分文字為粗體字，引文略有調整。

「魚」類，「海馬」更不是「馬」的一種，繼續使用會造成觀念或思考上的混亂，因此不宜當作專有名詞繼續使用。

我比較偏向於認為，成文法／不成文法（不論是英文的 *written/unwritten law*，或德文的 *geschriebenes/ungeschriebenes Recht*）這組概念的主要功能是「啟發探索」（*heuristic*）性質的，讓法律的初學者或者甚至所有法律相關工作者都保持一種批判性的自我提醒，除了白紙黑字的法條或判決外，總是有某些不以或尚未以成文方式表達書寫的「法」需要被考慮。不論是指向習慣法、法理、原則、次級規則（*secondary rule*）、理性法、自然法、人權等等，都是可以反思討論的選項，這也包括徹底質疑「這些東西」可以成為法源的懷疑論。

這是否會造成「專有名詞」意義的不確定性與混亂呢？我認為即使是看似高度專業化領域的專有名詞，往往也有許多意義的不確定性以及使用上的混亂。這本就是語言或概念使用上的常態，如果要徹底消除不確定性，可能法學或所有人文社會科學都難以運作下去。

## （二）法源論與異議論

前面提到的兩個涉及政治、社會與法律的歷史事件經驗，相隔四百多年，相距幾千公里，事件的「性質」也南轅北轍，但是竟然可以透過「事實上官員／法律上官員」這組區分而關聯在一起。「對公共職位對外所為行為之信賴保護」，是個不成文，但是具備相當高合理性的法理原則，對司法機關的拘束力如此強，許多的判決反覆援引，將其稱為「不成文『法』」應該不為過，不然也不知道要如何稱呼。

在「林肯郡戰爭」的例子裡，反而是成文法以及執法機關被私有化（服務私人利益）、被濫用，導致無辜者被謀殺，引發嚴重的

武裝衝突。這種表面上「合法地」策劃出的「非法」行為，歷史上屢見不鮮，在台灣歷史上也頗常發生，由此產生的抵抗權或者公民不服從等「服從論／異議論」問題，反抗者往往援引不成文的「法／權利」來正當化自己的不守法行為。「法學緒論」之類課程也可以考慮把「法源論」與「異議論」結合，也許更能帶出討論的鮮活度。

雖然被概括地援引，但是「玫瑰戰爭」案例顯示的可能是另外一種法理討論。畢竟「事實上的國王／法律上的國王」這組區分，與僅僅是「事實上的官員／法律上的官員」，是完全不同層次上的問題。前者涉及相當於凱爾森（Hans Kelsen）「基本規範」（basic norm）層次上的置換，後者則只是實證法體系下的操作而已。

東亞各國繼受西方法的歷史過程裡，也都碰到了類似的問題處境，台灣也不例外，甚至到現在都仍處在基本規範的具體經驗指涉對象「不明」的奇特狀況下。對此，凱爾森的晚期理論也許有點啟發性。晚期的凱爾森認為，基本規範是一種「擬制」（fiction，或虛擬、虛構），連帶地，整個實證法規範體系的「規範性」（或拘束力）也都是在特定認知需求下所虛擬出來的觀念。而所謂「擬制／虛擬」，依照凱爾森的說法，就是「與現實狀況不符」的想像。

很弔詭的是，*de facto/de jure*都同樣具有「事實上」的狀態，只不過前者停留在事實狀態，法規範沒有將其「轉變」為法律上的狀態，後者則有。但是依照凱爾森晚期的理論，這個「轉變」其實僅僅是創造一種「擬制」，一種虛構，但「現實狀況」不會因此有任何的「改變」。

中華民國憲政體制，會不會就僅只是一種「擬制」，一種虛構，不論如何強調，如何運作，都無法改變現實狀況呢？如果「中華民國憲政體制」這個最重要的台灣本土「法事實」都只是虛構的，那這整個法學研究的「語言遊戲」要如何繼續下去呢？

「法事實」可以有許多不同的理解方式，不過一般至少有兩大類：法規範或體制本身存在（有效）的事實，以及與這類「法規範事實」相關的事實（facts about the law）。王教授想的似乎主要是第二類，但是也不太可能忽略第一類。虛構的事實，除了虛偽陳述外，通常出現在文學、電影等藝術領域裡創造出來的假想故事情節，因此閱聽人是知悉其非真實性。凱爾森這套理論帶來的則是另一種非常不同視角，認為所有的法規範性都是虛構的。這套理論乍聽顯得非常激進，但是如果對比各大宗教幾千年下來創造且（持續）能運作的體制規範，站在一個解除魔咒（disenchantment）的立場觀察，也就不難理解晚期凱爾森想要闡述的重點。

筆者不清楚這樣的討論，是否適合放在「法學緒論」之類的課程或書籍，不過起碼可以引導讀者思考理解，大部分（如果不是所有）法律相關的概念（區分）、陳述、主張或命題，都是不太確定，帶有爭議的。用理論一點的說法來講：「理由結構」與「力量結構」一定會在法律的「規範場」<sup>22</sup>（normative field）中相互擠壓，造成所有法律相關命題，都不免帶有「可擊敗性」（defeasibility）<sup>23</sup>的特性。

如果大致接受此點，那是否要取代放棄「成文法／不成文法」這組概念，可能沒那麼重要。倒是王泰升教授也非常強調的，要更為重視對台灣本土法事實的了解研究（也可說是對規範場的研究），確實是個該努力的工作重點。以下提出筆者對這個方向的一些想法。

---

22 筆者是轉用物理學的「場」或場論概念到規範領域，在規範場中，也是各種力量的交織。理由，其實也是一種「力量」。之所以獨立討論，一個簡約的說明是：理由訴諸「理性」的力量，而不是「因果」作用力。對這個區分當然可以提出不少質疑挑戰，不過此處暫時無法多做論述。

23 或可稱為可修正性、可廢止性。

## 參、是故意的嗎？

### 一、人禍責任無人擔

埃舍德（Eschede）是德國北方，下薩克森邦的一個城鎮。面積略大於升格前的老台南市，人口卻只有不到六千人。附近有南海德自然公園，因此也算是個有名的休憩景點。不幸的是，1998年6月3日在埃舍德附近發生了嚴重的高鐵出軌意外，造成101人死亡，105人受傷（70位重傷）。這是二戰後（聯邦）德國最嚴重的火車事故，也是全球最嚴重的一起高速鐵路災難。

幾乎正好25年後的今年6月2日，印度也發生一起嚴重軌道事故。三列火車因為信號故障相撞，造成292人死亡，一千多人受傷，是印度傷亡最嚴重的火車事故之一。依據媒體報導，印度總理莫迪（Narendra Modi）很快就宣布要「嚴厲懲罰」（punished stringently）那些應該對事故負起責任的人。然而德國媒體對莫迪的這種態度以及後續責任追究，抱持著悲觀無奈的看法。《南德日報》如此評論：

「有罪的人絕對不會被放過」，納倫德拉·莫迪週六在抵達事故現場後這樣說。然而，這首先意味著：他本人與此事無關，也不需要負起任何責任。糟糕之處就在此：似乎沒有人真的該負責，最多就是鐵路部門作為一個組織整體，做了錯誤投資，並在不該節省處精打細算。在這方面，25年前的德國與本週末在印度發生的兩場災難非常類似。都是人為的災難，但兩個地方都無人負責：這對倖存者與失去親友的人來說真是情何以堪的痛苦啊<sup>24</sup>。

---

<sup>24</sup> David Pfeifer, Die Schuldigen werden bestraft. Also niemand, Süddeutsche Zeitung, 04.06.2023, <https://www.sueddeutsche.de/meinung/indien-katastrophe-bahn-kolkata-modi-kommentar-1.5900280?reduced=true>.

報導的大標題也簡要地說：「有罪的人要被懲罰！意思是：沒人會被罰啦」(Die Schuldigen werden bestraft. Also niemand)。小標題也強調：「事故的原因不能僅歸咎於個人，而在於系統」(Die Ursache dürfte nicht bei einzelnen Menschen liegen, sondern im System)。

筆者也在不久前發表的一篇文章中提到，現代社會的「責任體制」很容易出現「個人主義的陷阱」(簡單說：在刑法上，抓小放大)，以及「組織的責任替代」(出事了，就由組織賠錢了事)<sup>25</sup>。很遺憾的，印度發生的火車慘案，讓德國媒體拿來與自己25年前的事件比較，得出了相當類似的判斷。

更令人難過的是，台灣也持續發生著類似的故事，偉大的法律體系因應之道也(只能)是抓小放大，賠錢了事。2018年10月的「普悠瑪號」事件，18人死亡，215人輕重傷。2021年4月的「太魯閣號」出軌事故，49人罹難，213人輕重傷。今年(2023)5月10日，台中捷運發生吊臂墜落軌道隔音牆，列車竟然照樣啟動，迎頭撞入吊臂，造成1人死亡，十餘人受傷。所有這些案件大概都是「抓小放大，賠錢了事」，而且刑事方面都僅成立「過失」責任。

筆者從台南維冠大樓倒塌，造成一百多人死亡，近百人受傷的工程事故案件開始，關心此類系統性災難的有責者範圍，以及是否可能在刑法上構成某種「故意」責任，尤其是「未必故意」(*dolus eventualis*)是否可能成立。此處當然不是要來討論相關法學學理，而是藉由這個案例類型，來談談我對「建構台灣法學」的看法。

## 二、「本土出發論」與「本土不足論」

如前所述，王泰升教授認為正確的法學研究方法，應該首先立足於國內的政經社文狀況，發現問題所在，並據以論辦法規範最終

---

25 參見顏厥安，黑格爾的法哲學與客觀歸責論，臺北大學法學論叢，124期，頁259-262(2022年)。

須處理的何種利益或價值應優先，此時出於需要，方參酌外國法的各種規範模式及其設定的理念。我把這個主張簡稱為「本土出發論」。

我相信大多數法學研究者，大致上都可以贊同王教授的這個「本土出發論」。比較納悶，值得反思的是：東亞國家繼受西方法與法學理論，似乎「自始」就是以這個方法在進行的，不然怎會不斷出現要考量「我國」（不論是哪一國）固有文化觀念，社會經濟狀況等等的說法與爭議呢？在各式各樣制度、法規、學理等的繼受學習過程中，應該也都持續出現「對涉及利益與價值」的辯論。所謂「經常直接根據外國法或稱比較法，進行國內法本身的法律論證」<sup>26</sup>，通常也不會完全架空「本土條件與利益價值衡量」。半個世紀以來，許多的新法、修法，判例／判決建立或改變，學說引進或調整等，幾乎沒有不從「本土出發」的方法著手，倒是也經常出現「過度遷就國內現況」的爭議<sup>27</sup>。

也就是說，「本土出發論」是一個已經實踐很久，而且應該沒有任何法學研究者會反對的方法。我相信王泰升教授也一定對此知之甚詳，因此我大膽推測，王教授想要強調之處在於：雖然普遍有「本土出發論」的方法意識，但是法學者對於「台灣本土的法經驗事實」的研究掌握還是太不足夠了，太粗淺了。這些經驗事實也尚未能轉化為法制建立、裁判或法學論述的重要論證依據。我把這個看法稱為「本土不足論」。

---

26 王泰升（註21），自序。

27 一個簡明的例子，是台灣民主化以後的修憲，屢屢以國情不同等「說法」來掩護現實政治利益交換，連李登輝自己後來都批評了他任內推動修憲造成的權責不明狀況。修憲有沒有立足於台灣的政經狀況，並辯論涉及的利益與價值？當然有，問題是，是台灣的「哪些」狀況，是台灣「哪些人／哪些部門」的利益與價值呢？另一方面，在「知識資訊」方面，即使到今天，台灣其實仍舊是嚴重缺少國際比較憲政體制的知識資訊與客觀評估。類似的狀況在許多法律領域都出現，具體的議題點就毋庸贅述了。



如果我的推測大致正確，那王教授想要強調的「本土不足論」，確實是個非常重要的見解，我也百分之百完全支持這個主張。不過在這個概括的主張之下，還是有一些比較細緻之處，值得進一步的討論。

### 三、區隔論與結合論

前面提到的一些軌道運輸事故以及台南維冠大樓倒塌事件，在刑事責任方面，如果暫時不談法人刑事責任爭議，一個重要的問題是：難道在這些事故當中，最多就只能追究某些個人的過失責任，而毫無成立某種故意責任的可能嗎？一個相當標準的思考當然就是指向成立「未必故意」的可能性，畢竟這是與「有認識的過失」最為「臨界」的故意類型。

但是在刑法學理上，並不是只有「未必故意」這個理論選項。在國內學界、實務界以及立法史上，還經常出現間接故意（*dolus indirectus*）以及不確定故意（*dolus indeterminatus*）的概念，且與未必故意常常混用，不少人將三者視為是同義概念。雖然不是研究東亞或台灣，國內學者徐育安教授做了一個與王泰升教授非常類似的工作：徐教授對這三個概念以及有條件故意（*bedingter Vorsatz*）在歐洲刑法學理文獻中的發展，做了一個相當深入精彩的「概念史」與「理論史」的爬梳，依照徐教授大作的摘要，

本文之目的即在於，將上述諸概念之歷史脈絡所進行的梳理，能夠還給這些故意類型一個本來的面貌，或許可以做為實務與研究之參考，至於用語之抉擇問題，則待日後凝聚共識。初步之結論如下，首先，間接故意與未必故意之間雖然確有傳承關係，但是兩者之實質意義內容仍有所不同。其次，不論是欲將確定故意與刑法第十三條第一項等同視之，抑或是欲以不確定故意對應第十三條第二項之內容，所得到的結論應該都是否定的，因為，用來對應的兩

者其各自的意義與範圍彼此有所出入。而文獻上將間接故意與不確定故意等同視之的見解，可以說是沒有依據的。第三，就上述文獻上所出現的這四種故意概念，我國刑法第十三條第二項的規定和未必故意之內涵應是最為相近的<sup>28</sup>。

讀起來雖然像是前述王泰升教授所講的，「直接根據外國法或稱比較法，進行國內法本身的法律論證」（直接套用論），但是我認為徐育安教授這篇文章也符合「本土出發論」的方法意識，因為這組概念的析辨在國內也討論許久，也有實務上的重要性，而如前所述，刑法定規範本身就是一種法事實（第一類）。

那麼「本土不足論」呢？假設徐教授在文章當中，先討論了例如前面提到的國內軌道事故以及維冠大樓倒塌等國內案例，這樣是否會讓該篇文章的「本土性」提高，更像是一篇採取「本土出發論」方法的文章呢？

我個人是相當懷疑的。因為如果討論了好些台灣案例，可以讓本土性提高，那要是同時也討論了德國、印度，或其他國家的案例，難道本土性又被沖淡了嗎？

我認為王泰升教授並無此意，王教授可能比較想強調的是第二類法事實重要性，因此案例如何適用特定西方法概念／理論，不是關心的重點，這類的研究反而更像是應該被批判的「直接套用論」。

不過王教授在此似乎預設了一種「區隔論」的立場，認為對本土法經驗事實的認識了解，可以完全區隔於「西方法制／法學理論」之外，獨立來進行。也就是先研究認識台灣本土法事實，進行

---

28 參見徐育安，間接故意理論之發展——兼論不確定故意、未必故意與附條件故意，東吳法律學報，21卷3期，頁71-108（2010年）。

利益與價值辯論，之後再到西方法學理論的百貨櫥窗挑選合適的理論。

筆者認為這種「區隔論」是不正確的，研究認識台灣本土的法事實，已經無法（完全）跳脫西方法制與法學的「認識框架」，因此兩者相互結合的「結合論」，才是比較正確的方法途徑。

透過「概念」與「理論」共同組成的認識框架，我們才能把直觀感知的經驗現象，轉化為可以較為精確思考分析的知識內容，並用以論述討論相關的利益與價值。這個對「結合論」觀點的陳述，當然仍舊蘊含了不少可爭議之處，此處無法闡述，以下僅先談幾點。

首先，前面之所以說「無法完全」跳脫，是因為除了西方法學理論外，還需要許多「西方人文社會科學」的理論，來豐富我們了解經驗世界的認識框架。其次，除了「西方」以外，難道不可能有其他或者本土的理論可以提供認識框架嗎？這當然是可能的，不過「有／沒有」其他理論，這個問題反而只能「本土／在地」地回答。這又分為兩個層次，一個是「實際上」有沒有這類理論；另一個則是，在繼受一百多年後，有必要或有可能完全放棄西方的理論嗎？

筆者認為，不可能，也沒必要完全放棄西方的理論。而且我也認為，其他替代的或本土的理論，也不太可能從零開始，也必須以某種方式建立在西方的理論基礎之上。支持這個主張主要有兩個論據：何必放棄一套已經發展得相當複雜，但是具備相當高合理性的理論傳統呢？更重要的是，這套理論傳統內部，也已蘊含著不少自我批判修正的潛力。後面這個論據其實也指出，**一步一腳印地逐步批判修正西方理論**，可能是發展本土或其他替代理論的較佳途徑。這也意味著前述「結合論」方法的合理性<sup>29</sup>。

---

29 這裡當然也有深層的「東方主義」(Orientalism)問題需要思考析辨，限於篇幅無法多談，可以先參考 Vivek Chibber, *Orientalism and Its Afterlives*, 4(3) CATALYST:

如果這種觀點是正確的，那前引徐育安教授的文章，不但有「本土出發論」的方法意識，其實也不太能說有「本土不足」的缺點。如前所述，是否多引用一些台灣的案例，與研究的「本土性」高低無關。差別可能在於，當王教授可能看到文章中似乎只討論許多「西方」理論時，我看到的則是，徐教授努力從當年歐洲理論發展史的脈絡，去研究釐清「台灣本土」理論的概念糾結，正如同王教授花大力氣從日本、中國等等「概念史」脈絡中，嘗試釐清「成文法／不成文法」這組概念的糾結一般，兩者並沒有什麼根本的差異。也可以說，所謂的「西方法學理論」，經過了百餘年的繼受與實踐，也已經成為本土法文化與法學理論的一部分了。這當中當然也引出了另外的思考面向。

## 肆、共濟會的精神

### 一、流動的劃界

徐育安教授的論文，並不是只討論了德國（德語）的理論史，還廣泛地闡述引用了亞里斯多德、聖湯瑪斯·阿奎那斯，以及幾位義大利與西班牙刑法學者的理論。今天從台灣的觀點，這些都是西方的、歐美的理論，就「本土／台灣vs.西方」的這一組分區來說，都歸屬於同樣的一邊。但是文化、國家、區域或宗教等等的「劃界」區隔經常是流動變化的。在歐洲的歷史上，曾經區隔指出希臘文化是「異教」的，路德新教是「異端」，更不用說對犹太以及伊斯蘭的鎮壓排擠。歐洲「各國」彼此的對立排斥與戰爭，更是歷史悠久，境況慘烈。美國建國初期曾強烈厭惡「不列顛」，美國歷史上也經常出現對「歐陸」（continental）事物的懷疑。

即使通常認為，歐美法律與法學都是繼受自羅馬法，1846年日耳曼重要的「法蘭克福日耳曼語言文學家大會」會議裡，除了德國語文以及歷史學向度外，也包括了強調日耳曼法，排斥羅馬法的主張<sup>30</sup>。針對法學部分，哈伯瑪斯（Jürgen Habermas）指出，

和老一代的歷史主義法學家一樣，他們也拒絕理性法，把法學史當作是「唯一一條真正能夠認識我們自身狀況的途徑」而加以開拓（薩維尼）。但和薩維尼不同的地方在於，他們強調「民族的法律與法學家的法律」之間的對立關係。他們認為，法律作為民族精神的表現，在每一個民族那裡都會有不同的形態；接受外來法律，將會破壞建立在自己民族習俗基礎上的法律文化。這種法學上的民族精神學說，在討論當中主要遇到了三個難題：(a)法學家們無法處理成熟的羅馬法的優勢地位問題；(b)他們所面對的一些傳統的日耳曼法律制度只有在特殊的現代經濟條件下才能被繼承下來，這在他們看來必定會有悖論色彩；(c)但最主要的還在於，他們無法用自身的法律歷史資源來為民主法治國家提供正當性證明<sup>31</sup>。

這種主張也並非曇花一現，Otto von Gierke到19世紀末時，仍舊認為德國新的民法典太受到羅馬法個人主義觀念的影響，主張要帶入更多日耳曼法社群主義的精神<sup>32</sup>。甚至納粹政權也曾決議要掃除德國法中羅馬法的成分<sup>33</sup>。這些歷史經驗都可讓我們了解，即使歐美內部也有巨大的分歧與劃界。

30 可參考 Jürgen Habermas 著，曹衛東譯，何謂民族？——三月革命前時期精神科學中的政治自我理解：以 1846 年日耳曼語言文學家法蘭克福大會為例，收於：後民族格局：哈伯瑪斯政治論文集，頁 3-34（2002 年）。

31 Jürgen Habermas 著，曹衛東譯（註 30），頁 16。

32 請參考 Ewan McGaughey, *Otto von Gierke: The Social Role of Private Law*, 19 GER. L.J. 1017, 1017-1116 (2018). Originally published in German as *Otto von Gierke, Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, 1889.

33 詳細請參考 MICHAEL STOLLEIS, *THE LAW UNDER THE SWASTIKA: STUDIES ON LEGAL*

## 二、服務於人類全體

賴德布魯赫 (Gustav Radbruch) 曾經在一篇文章中，一開始就指出，共濟會運動，自始就表彰出英國精神，而且是英國民族特有的理性與非理性要素的混合。雖然並不擁有特定清楚的，目標導向的運動議程，但是共濟會引導出來的精神要素，例如人道主義與寬容，在18世紀啟蒙運動的時代精神裡，也逐步實現了巨大的改革，其中相當重要的一個成果就是對中世紀流傳下來的刑法體制之改革<sup>34</sup>。

賴德布魯赫指出，德國的共濟會一開始並未參與到這個改革運動，一直到一位重要的刑法學者Daniel Nettelbladt (1719-1791) 出現，才改變了這個狀況。賴德布魯赫指出，如今除了在討論「間接故意」的理論史脈絡，已經沒有什麼人還記得Nettelbladt是當年刑法改革的代表性思想家<sup>35</sup>。

是的，Nettelbladt確實是「間接故意」論的重要發展者之一，徐育安教授也在文章中的一個段落提到了他，不過沒有提到他在刑法改革上的貢獻以及曾經是德國共濟會的重要領導人。賴德布魯赫也是在專門闡述共濟會會員及思想如何推動了德國刑法體制與理論改革的文章中，才提出了此點。當時是二戰後的1946年，賴德布魯赫在文章前言裡，引用另外一位德國重要共濟會成員Gustav Stresemann在1926年演講裡的說法，強調指出，雖然上帝創造了不同的血統、語言、文化、族群、國家，但是並不是要大家相互區隔對立，

---

HISTORY IN NAZI GERMANY (Thomas Dunlap trans., University of Chicago Press 1998) (1994). 國社黨在1920年的綱領第19點，就曾提出，“We demand that Roman law, which serves a materialist world order, be replaced by German common law”.

<sup>34</sup> Gustav Radbruch, *Das Strafrecht der Zauberflöte*, in: Kaufmann (Hrsg.), *Gustav Radbruch Gesamtausgabe*, Bd. 4, 2002, S. 283 (283).

<sup>35</sup> Radbruch (Fn. 34), S. 286.

對人類貢獻最大的方式是，在各自的民族根源基礎上，追求靈魂與精神的至高成就，並讓這些成就超越國族疆界成長茁壯，使其能服務於人類全體，一如那些已在人類史留名的各國偉大人物所做出的貢獻。如果在精神領域能讓各國族與人們相互連結，那麼只要有意願以此方式服務於人類全體，各國及其人民也可在政治領域一同奮鬥<sup>36</sup>。

這當然不是學術語言，不過彰顯了共濟會嚮往的，超越國族疆界的普世進步價值精神。以地理、領土、族群來劃界，是一種方案；以「認識框架」所奠基的價值原則來區辨，也可以是一種方案。德國18世紀的共濟會成員，對於人道主義、經驗主義等啟蒙思想要素來自英國與法國這個歷史事實不以為意，反積極將其轉為德國刑法改革的精神動力。19世紀中葉以後的一些法學家，倒是基於追求德國統一的目的開始警告，不要將太多羅馬法的個人主義要素置入日耳曼法。以台灣經驗來看，如果沒有「性騷擾」這個重要的「法學上發現」，協助我們看到了父權體制壓迫結構的權力關係，我們可能還是繼續用男女授受不親之類的禮教或傳統倫理視角來看最近爆發的許多事件。事實上，即使已經有了好幾部「成文法」，如果沒有好好了解相關的西方理論，很多人還是持續以傳統觀點來「看」這些台灣本土的法事實。

### 三、「批判不足論」：檢討調整認識的既有框架

因此在「本土出發論」、「本土不足論」之外，我倒是覺得可能

---

36 Radbruch (Fn. 34), S. 285, „Der wird der Menschheit am meisten dienen, der, wurzelnd im eigenen Volke, das ihm seelisch und geistig Gegebene zur höchsten Bedeutung entwickelt und damit, über die Grenze des eigenen Volkes hinauswachsend, der gesamten Menschheit etwas zu geben vermag, wie es die Großen aller Nationen getan haben, deren Namen in der Menschheitsgeschichte niedergeschrieben sind. So verbinden sich Nation und Menschheit auf geistigem Gebiet, so können sie sich auch verbinden im politischen Streben, wenn der Wille da ist, in diesem Sinne der Gesamtentwicklung zu dienen.“

還需要某種「批判不足論」來持續檢討檢視我們觀察各種法事實的「認識框架」，這也包括批判檢視各種西方法體制與學說。例如當我們景仰肯定美國第四任聯邦最高法院首席大法官約翰馬歇爾（John Marshall）開創了司法違憲審查時，也不要忘了他是一個蓄奴且販賣奴隸獲利的傢伙，而美國內戰（南北戰爭）前的法學主流，包括最高法院的許多判決，都在支持奴隸制。

那麼疆界在哪裡，區隔彼此的界線要怎麼劃呢？

筆者認為，與其用看似簡明清楚，實則相當模糊的「本土／台灣」vs.「西方／歐美」，倒不如在進步價值導引下<sup>37</sup>，盡可能理性論辯所關切的議題與主張，不斷地嘗試檢討調整「認識的既有框架」（epistemological framework pregiven），而不必自始就以二分法鎖定縮減了可能的思考空間。

#### 四、少數說的論爭

這樣是否會再度疏忽，看不到台灣本土的法事實呢？除了前面提到的，所謂必須「在各自的民族根源基礎上，追求靈魂與精神的至高成就，並讓這些成就超越國族疆界成長茁壯，使其能服務於人類全體」可以參考外，還有一個思考的盲點需要進一步釐清：有一些源自於其他國家，只被極少數在地人物接受的價值觀念或認識方式，是否就「因此」不具備本土性或在地性呢？是否就因此不具有規範或價值論證的「理據力量」，不能拿來說明證立所欲追求的體制或學說呢？

如果依照一些「本土經驗事實」，同婚在台灣的支持度是不高的，更不用說有壓倒性多數民意反對廢除死刑。如果以王泰升教授

---

37 此處立刻引起的一個質疑當然是：為何要以「進步價值」來導引呢，用保守價值不行嗎？此處能給的初步回答是：基於相互平等尊重，且能接受「可批判性」與「可修正性」的觀點，都可提出作為指引。



「本土出發論」的「字面」意義來看，不無可能得出，既然絕大多數民意反對，那根本就走不到要去「參酌外國法的各種規範模式及其設定的理念」的階段，因為沒有需要。

我把這一組問題稱為「少數說論爭」，意思是要究問：不被多數人接受，僅屬少數人的價值觀與意見，就因此沒有論述價值，就缺少在地性與本土性嗎？

就歷史經驗事實來看，絕大多數情況下，少數說確實是被打壓排除，或者當作空氣，不予理會。理由之一往往就是：你們這些外邦人的意見，我們為什麼要理睬呢？但是另一方面歷史也顯示，不少重要的改革也都起自於少數人的意見與觀點。台灣自己的歷史就不缺乏這樣的經驗。

因此「少數說論爭」的勝出方，往往會是少數說。意思是，學說意見或體制本身「是否合理」，才是關鍵。支持者是多數或少數，並不重要。

然而，如果用這個角度接著追問：那少數說是否也具備本土性？可能就有點尷尬了。因為少數說即使有合理性，多數派也仍舊可以振振有詞地說，「我們」多數人才能腳踏實地的「代表」這塊土地上人民的意見，「我們」才是本土派！這種觀點往往又延伸為：本土與否取決於多數與否，與意見是否合理無關。而在民主社會裡，不是應該採納多數本土派的意見嗎？美國南方州的白人很長一段時間就是用這一種方式來捍衛自己的族群觀點，這種說法也不能說完全不對。

我的觀點則是認為本土並不需要，事實上也不可能只有「一種」意見觀念，因此本土派的意見可以是複數，可以是多元並存呢。問題是，這樣一來，「本土」的這個形容詞，到底要指涉什麼呢？

## 五、本土性與合理性的深層關聯

經過前面的討論可以看到，「合理性」的重要性優於「本土性」。然而，本土出發論或本土不足論其實還包含了這樣的一個觀點：「本土性」與「合理性」有著一種深層的關聯性，缺少了對這個關聯性的理解，任何合理性的論述，都會有所「不足」或缺陷，都會淪為抽象空洞的主張。

這在理論史上當然不是個嶄新的主張看法，甚至可以說是相當悠久且強勢的理論觀點，差別在於如何關聯、何種關聯，以及如何研究思考。可以參考的著作或理論典範非常多，王教授累積的龐大研究成果當然也是其中之一。不過無可否認，即使多數人都同意某種版本的「本土出發論」與「本土不足論」，對於如何發展研究的想法仍有，而且勢必持續會有重大分歧。不少學者可能傾向認為，廣泛深入研究台灣本土案例，搭配引進一些西方理論與比較法即可。王泰升教授不同意此點，強調要多研究「第二類」的法事實。

我同意王教授的基本想法，只不過基於「批判不足論」的觀點，認為還需要運用引進不少的理論，以求突破對於（兩類）法事實的既有觀察視角，嘗試建構發展新的認識框架。簡要地說，一般實證法學（法釋義學）操作是以「歸類法」為主，也就是訓練法律人看到一個社會事實後，有能力判斷這個事實應該「歸類」到哪個概念之下，例如判斷這是一個買賣契約，那是動產，某個行為符合竊盜構成要件……等等，以求「得出」所要配給這個事實的「法律效果」。

我則認為，法學思考研究可以更側重「類型觀察法」，也就是嘗試思考分析，既有體制與理論是依據如何的原理／原則，把社會現象「類型化」為不同的法律概念範疇，並探索這些類型彼此的「流動性」以及可能可以如何重構這些類型。如前所述，這是一種對「認識框架」的認識論批判分析，這個分析也必然包含著對「知

識」的歷史與社會條件的分析（例如為何會把著作權看作財產權，而不是證照。甚至可以思考，所有的財產權會不會都是一種證照制度呢？）。就此點而言，我認為除了批判不足外，恐怕還是持續需要加強對歐美或其他國家理論、歷史經驗等的研究了解，也就是一種「學習（仍）不足論」的態度。不過此點在此已無法多所討論。

## 伍、滿足歡欣前往更好國度

英國「玫瑰戰爭」的殘酷，也許莎士比亞的劇作《理查二世》描寫得最為傳神，

為了上帝的緣故，讓我們席地而坐，來談談帝王之死的淒慘故事吧；

有的被廢黜了，有的在戰爭中陣亡了，有的被他們廢黜的幽靈纏死了，

有的被他們的妻子毒死了，有的在睡夢中被殺死了，全都是被害死的——

因為死亡在箍住國王太陽穴的空王冠裡建立了它的朝廷<sup>38</sup>。

賴德布魯赫所寫的「魔笛裡的刑法」（Das Strafrecht der Zauberflöte），指的就是就是莫札特譜曲的歌劇《魔笛》。莫札特也是德國共濟會一個分會的會員，而賴德布魯赫認為這部歌劇彰顯了啟蒙運動思潮對刑法改革影響的幾個主要要素，包括人道主義以及人性尊嚴。其中尤其是下面這段，由大祭司薩拉斯妥（Sarastro）演唱的詠嘆調，可認為是主張以教化刑取代復仇的刑法思維：

---

38 轉引自 Dan Jones 著，陸大鵬譯（註3），正文前之頁6。

In diesen heil'gen Hallen (在這些神聖殿堂內)  
Kennt man die Rache nicht. (復仇不為人所知)  
Und ist ein Mensch gefallen, (若有人跌倒墮落)  
Führt Liebe ihn zur Pflicht. (愛會引導他了解自身責任)  
Dann wandelt er an Freundes Hand (而友誼之手將帶領他)  
Vergnügt und froh ins bess're Land. (滿足歡欣前往更好國度)

兩相對照，反差何其大。實在很難想像在那種被死亡箍住的空王冠朝廷體制下，會萌芽成長出啟蒙運動精神，又輾轉透過共濟會的人道主義理想，影響促進了德國刑法改革。歷史道路崎嶇，如果愛德華四世為篡位後統治便利，建構出的英國本土法學教條「事實上的國王」，可以在幾百年後影響到原本根本不存在的殖民地與國家，那法學與法制的發展豈不更為詭譎難測。也許所有對基礎法學有研究興趣者，除了研讀王泰升教授的著作外，更應體會王老師長期深入研究的精神動力。從事基礎法學研究，往往感到寂寞孤立被邊緣化，不過如果實證法學研究經常因為法律修改而變成廢紙堆(Makulatur)，基礎法學作品形成的故紙堆在無人聞問滿布灰塵之餘，也許可以有些不同的命運。因此，

我們必須堅定地相信，真實事物的特性即在於，當其時代來臨時，就會發揮穿透的力量，也只有在此等時刻，它才會現身……<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> *G.W.F. Hegel, Werke in 20 Bänden mit Registerband. Eva Moldenhauer/Karl Markus Michel (Hrsg.), Bd. 3: Phänomenologie des Geistes, 1970, S. 66, „Wir müssen überzeugt sein, daß das Wahre die Natur hat, durchzudringen, wenn seine Zeit gekommen, und daß es nur erscheint, wenn diese gekommen, ...“.*

## 參考文獻

### 1. 中文部分

Dan Jones著，陸大鵬譯（2018），空王冠：玫瑰戰爭與都鐸王朝的崛起，北京：社會科學文獻出版社。[Jones, Dan. 2014. *The Hollow Crown: The Wars of the Roses and the Rise of the Tudors*. London: Faber & Faber.]

David Hume著，劉仲敬譯（2012），英國史，卷二，長春：吉林出版。[Hume, David. 1778. *The History of England Vol. 2*. Carmel, IN: Liberty Fund.]

Jürgen Habermas著，曹衛東譯（2002），何謂民族？——三月革命前時期精神科學中的政治自我理解：以1846年日耳曼語言文學家法蘭克福大會為例，收於：後民族格局：哈伯瑪斯政治論文集，頁3-34，臺北：聯經。[Habermas, Jürgen (1998), *Die postnationale Konstellation: Politische Essays*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp.]

王泰升（2022），建構台灣法學——歐美日中知識的彙整，臺北：臺大出版中心。

徐育安（2010），間接故意理論之發展——兼論不確定故意、未必故意與附條件故意，東吳法律學報，21卷3期，頁71-108。

顏厥安（2000），法律史研究中的理論問題——評王泰升：《台灣法律史的建立》〈導論〉部分，收於：王泰升、沈靜萍、陳鈺雄編，台灣法律史研究的方法，頁17-31，臺北：學林。

———（2019），此在是個大海——評王泰升之「臺灣法律史的提出及學科化」，中研院法學期刊，2019特刊1，頁101-152。

———（2022），黑格爾的法哲學與客觀歸責論，臺北大學法學論叢，124期，頁181-271。

## 2. 外文部分

- Blackstone, William, Sir. 1765. Of the King and His Title. Pp. 183-211 in *Commentaries on the Laws of England Book 1: Of the Rights of Persons*. Oxford: Clarendon Press.
- Chibber, Vivek. 2020. Orientalism and Its Afterlives. *Catalyst: A Journal of Theory & Strategy* 4(3): 8-33, <https://catalyst-journal.com/2020/12/orientalism-and-its-afterlives>.
- Clokey, Kathryn A. 1985. The de Facto Officer Doctrine: The Case for Continued Application. *Columbia Law Review* 85:1121-1139.
- von Gierke, Otto (1889), *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Heidelberg: Springer Verlag.
- Hegel, G.W.F. (1970), *Werke in 20 Bänden mit Registerband*. Eva Moldenhauer/Karl Markus Michel (Hrsg.), Bd. 3: *Phänomenologie des Geistes*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Jacobsen, Joel K. 1993. An Excess of Law in Lincoln County: Thomas Catron, Samuel Axtell, and the Lincoln County War. *New Mexico Historical Review* 68:133-151.
- McGaughey, Ewan. 2018. Otto von Gierke: The Social Role of Private Law. *German Law Journal* 19:1017-1116.
- Radbruch, Gustav (2002), *Das Strafrecht der Zauberflöte (1946)*, in: Kaufmann (Hrsg.), *Gustav Radbruch Gesamtausgabe*, Bd. 4, Heidelberg: C. F. Müller, S. 283-298.
- Stolleis, Michael. 1998 (1994). *The Law under the Swastika: Studies on Legal History in Nazi Germany*, translated by Thomas Dunlap. Chicago, IL: University of Chicago Press.