



《高大法學論叢》

第 15 卷第 1 期（9/2019），頁 193-252

「知法」與「明理」 —基於「法官知法」之思辨

施奕^{*}

摘要

固然，現代法治國家乃是理性主義覺醒之後從宗教母體中一次最顯著的剝離，然而自從「法」這一權柄從上帝手中讓渡於民族國家後，「理」這一外皮也再一次的成為剝離的對象而漸次退散。「法」與「理」二者，在現代法律制度中，究竟應居於何種地位，二者又有何關係，法理是否是二者在法律實踐上唯一之結合點？實際上，不論法理（法、理、法理）在法律背後起到如何之作用，法理之用語在台灣現行法上僅見於《民法》（第 1 條）及《民事訴訟法》（第 377-1 條）。在中國大陸於 2017 年頒佈

* 天主教輔仁大學博士生。文章之修改，感謝匿名審稿人之寶貴意見，並參照香港大學法學院陳弘毅教授，中國法理學研究會副會長劉作翔教授于 2018 年 12 月 14 日在香港大學舉辦的第 14 屆東亞法哲學大會上對作者所作報告時提出之問題及建議作出修改。同時向編輯委員、校對人員對本文審閱及修改之辛勞致謝。

投稿日期：10/12/2018；接受刊登日期：06/14/2019
責任校對：趙雨柔、葉蕙禎

的民法總則中，固然在法源的界定上，一改舊制通則中「民事活動必須遵守法律，法律沒有規定的，應當遵守國家政策。」的規定，正式加入了習慣——「處理民事糾紛，應當依照法律；法律沒有規定的，可以適用習慣，但是不得違背公序良俗。」但仍然無法理之適用。王澤鑒先生在運用台灣民法第一條「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。」與大陸民法進行對比解讀時，特別加入了一句「所謂法理，乃指為維持法秩序之和平，事物所本然或應然之原理；法理之補充功能，在適用上包括制定法內之法律續造（如基於平等原則所作之類推適用）及制定法外之法律續造（即超越法律計畫外所創設之法律規範）」。¹與中國大陸之蹣跚相較，台灣之民法，早在民國 18 年即以法典化，並經過將近一個世紀的填補和完善，應當說已經萃然有成。就民法法源觀之，中國大陸由早前統制時期之「遵守國家政策」到如今之「可以適用習慣」，而先行者台灣則有「依法理」之訂定。是否（在民事立法與裁判中）「依法理」乃是更為法治、科學、先進的規定呢？司法判決是法律之生命，法、理（法理）在司法裁判上應當如何運用乃是其存在之最大證明，本文將結合上述引文說辭之出處（最高法院判決中被稱為「里程碑」之判決），綜合所涉法條之變化，實證的思考何為「法官知法」（最高法院於該判決中之意旨）並述「法」、「理」之功用。

Law Knowing and Inbeing Seeing

-Speculation on the “Judges understand law”

Shi-Yi**

Abstract

In spite of modern legal state is the outstanding detachment from the religious matrix since awakened rationalism, when the baton 「law」 was passed from God to Nation-states, the rationality has been the subsequently molt which fading in contemporary history. In modern legal systems, how can we place “Law” and “Rationality”, what is the relationship between them, then if the “Jurisprudence” will be the joint of “Law” and “Rational” in practice of law? Actually, whatever the role “Law”, “Rationality”, “Jurisprudence” played after the judgment, there was just two statements still in force in Taiwan--- Civil Code Article 1 and Code of Civil Procedure 377-1. In terms of the definition of law sources, the General Provisions of the Civil Law which promulgated in Chinese mainland 2017 casts aside the regulation of “civil activities shall be decided according to the law, and for those that are not regulated by the law, they shall be decided according to government policies」 in the old version of Civil Law, and officially adds “civil disputes shall be resolved in accordance with the law; or if the law is silent, customs may apply, but not contrary to public order and good morals.” in the new version. In Wang Zejian’s comparative analysis of

** PH.D.Candidate, Fu Jen Catholic University.

the “if there is no applicable act for a civil case, the case shall be decided according to customs. If there is no such custom, the case shall be decided according to the jurisprudence.” Different from the stumbling of the civil law in Chinese mainland, the codification of the civil law in Taiwan was realized in 18 years of the Republic of China and is of great value after nearly a century’s completing and improving. Looking from the sources of civil law, Chinese mainland changes from the “obeying government polices” in the early period of governance to today’s “customs may apply,” and Taiwan, as the forerunner, has the “be decided according to the jurisprudence”. Is it true that (in civil judgment) “be decided according to the jurisprudence” is a more legalized, scientific and advanced rule? Jurisdiction is the life meaning of law, this essay will start from the perspective of Wang Zejian’s explanation of jurisprudence, and then combine the source of the views (supreme court’s judgment), relevant thoughts of what “judges understand law” is concerning improvement as well as changes of items (the intention in the decision of supreme court), and functions of jurisprudence (Li) in or out of the law.

「知法」與「明理」

——基於「法官知法」之思辨

施奕

目錄

- 壹、緣起——最高法院判決中的「法官知法」
- 貳、從一則典型性案例出發的「法」、「理」
- 參、理應聯結「事理」及「人間理」的法理
 - 一、事物本質（事理）
 - 二、法理
 - 三、謀求共同行動的感召之「理」（合理化）
- 肆、法律解釋與法律續造之可能（侵權責任之視角）
 - 一、法律解釋與法律續造
 - 二、侵權責任下的法律續造——責任主體
 - 三、侵權責任下的法律續造——結果責任主義與故意或過失責任主義
- 伍、立法與司法之效用
 - 一、再次變動的證券交易法的第二十條
 - 二、立法與司法之理論邏輯
- 陸、結語——理法合致

關鍵字：理、法理、法律解釋、法律續造、侵權責任

Keywords: truth, jurisprudence, law interpretations, law creation,
tortuous liability

壹、緣起——最高法院判決中的「法官知法」

「按適用法律為法院之職責，根據『法官知法』之原則，法院應就當事人主張之事實，依職權尋求適當之法律規範，作為判斷之依據。而民法第 1 條規定：『民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理』，所謂法理，乃指為維持法秩序之和平，事物所本然或應然之原理；法理之補充功能，在適用上包括制定法內之法律續造（如基於平等原則所作之類推適用）及制定法外之法律續造（即超越法律計畫外所創設之法律規範）。」

以上為王澤鑒先生在解讀大陸 2017 年最新《民法總則》中論及法源及法律實踐時所述的一段話¹。台灣民法對法源之規定見於第一條，此即王澤鑒先生所言「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。」而在大陸《民法通則》中類似的第六條中規定「民事活動必須遵守法律，法律沒有規定的，應當遵守國家政策。」其中既無習慣，亦無法理之適用。雖然 2017 年新修的《民法總則》揚棄的規定了：「處理民事糾紛，應當依照法律；法律沒有規定的，可以適用習慣，但是不得違背公序良俗。」但仍無法理之適用²。實際上，固然兩岸之民法法制，乃

¹ 王澤鑒，〈民法總則的規範體系、解釋適用與教學研究〉，「北大民商法論壇」—《民法總則的規範體系、解釋適用與教學研究》講座，北京大學法學院主辦，2017 年 4 月 17 日，視頻內容見北京大學圖書館多媒體資源服務平臺，<http://media.lib.pku.edu.cn/index.php?m=content&c=index&a=show&catid=33&id=6207>（最後瀏覽日：30/12/2018），文字大綱內容見北京大學法學院，<http://www.law.pku.edu.cn/xwzx/ggtz/33653.htm>，（最後瀏覽日：30/12/2018）。

² 對於民法總則取消政策是否是一種揚棄的問題，在大陸引起廣泛爭議，其中以梁慧星教授的《民法總則絕對不能規定「政策」為「法源」》為反對政策之旗幟，而劉作翔教授則認為「國家政策」在法律漏洞的填補上具有一定積極意義。並認為「取消了國家政策，將會產生比較大的問

悉數繼受自歐陸法³（台灣民法此規定直接襲自 Eugen Huber 於 1907 年制定之瑞士民法典第一條⁴），但是在對於法理之態度，則殊有不同，而台灣民法第一條中所明文之「法理」，不僅不見於大陸新修之民總，亦未見於日本民法⁵。

與台灣法律關係甚密之德國民法於草案中本亦規定「法律未規定之事項，類推適用他規定，無他規定時，適用法律精神所生之原則」唯因遭當時重要學者以成文法應系「活的不成文法」，不應拘泥於法條之形式，且所謂由法律精神所生之原則亦嫌抽象，反增加法官擅斷之機會為由反對，而於德國民法第二草案中將其刪除⁶。而台灣民法第一條之立法理由，乃「民律草案第一條理由謂凡關於民事，應先依法律所規定，法律未規定者，依習慣，無習慣者，則依法律判斷之。法理者，乃推定社交上必應之處置，例如事親以孝及一切當然應遵守者皆是。法律中必規定其

題」。另外值得注意的是，在劉作翔教授的此篇文章中的五種司法中彌補法律漏洞的途徑和方法中，亦未論及法理。劉作翔（2017），〈司法中彌補法律漏洞的途徑及其方法〉，《法學》，第4期，頁51-60。

³ 台灣之民法典編撰，其中第一篇及第二篇系以 1900 年 BGB 為藍本，之後又參照了 1898 年的日本民法典，1881 年瑞士債務法典以及 1912 年的瑞士民法典。並在體例上採用了瑞士的【民商統一】編撰方式。參見民法改正研究會（2009），《民法改正と世界の民法典》，1 版，頁 410-411，東京：信山社。

⁴ 瑞士民法第一條：(1)凡依本法文字或釋義有相應規定的任何法律問題，一律適用本法。(2)無法從本法得出相應規定時，法官應依據習慣法裁判；如無習慣法時，依據自己如作為立法者應提出的規則裁判。(3)在前一款的情況下，法官應依據公認的學理和慣例。參見吳從周（2008），《民事法學與法學方法論》，頁 10，臺北：一品文化。

⁵ 在日本民法第二條所述的解釋基準為：本法，應於個人尊嚴即兩性平等之要旨下，予解釋。（この法律は、個人の尊嚴と両性の本質的平等を旨として、解釈しなければならない。）

⁶ 同前註 4。

先後關係者，以凡屬民事，審判官不得藉口于法律無明文，將法律關係之爭議，拒絕不為判斷，故設本條以為補充民法之助。」由此可見，台灣民法第一條所定之法理，其立法目的並非在於擴大法官之裁量權，更非便利法官續造法律，而是在建國早年（民國 18 年）為因應法規未健全難以涵蓋諸多民事爭議，避免法官「藉口于法律無明文，拒絕不為判斷」所為之便宜規定。除此顯見于立法理由所克服之法實證主義而承認制定法漏洞之外⁷，明文於第一條的「法理」同樣彰顯了分析法學派（法律），歷史法學派（習慣），自然法學派（法理）三大法學派在民法中的交融匯通⁸，在此目的之下，法理之適用及以「法官知法」所進行之相關「制定法內（外）之法律續造」活動，「理」應保持較為審慎的態度。

實際上，查諸王澤鑑先生「法理之補充功能，在適用上包括制定法內之法律續造（如基於平等原則所作之類推適用）及制定法外之法律續造（即超越法律計畫外所創設之法律規範）。」所言，乃最高法院法官為印證其「法官知法」而對法理所做闡釋，於最高法公開可見檢索案例中出現「法官知法」此語者共計三案——最高法院 102 年度臺上字第 73 號、101 年度臺上字第 2037 號、101 年度臺上字第 1695 號。然而在三案之中，102 年度臺上字第 73 號所涉之案情最終以請求損害賠償者涉及虛假交易、套用帳戶被認定並非善意相對人，使得該案止於事實問題未再上述論證基礎上更進一步⁹；而最高法院 101 年度臺上字第

⁷ 亦可參見蘇永欽（1999），〈民法第一條的規範意義〉，楊與齡主編，《民法總則爭議問題研究》，2 版，頁 18 以下，臺北：五南。

⁸ 王伯琦（1963），《民法總則》，1 版，頁 5，臺北：正中。

⁹ 最終在台灣最高法院 106 年臺上字第 19 號判決：「以上訴人名義買賣豐達股票之帳戶系爭證券帳戶實系訴外人即上訴人之兄李宗道於擔任證券

001695 號則止於本判決無後續進展（2018 年 9 月止）；惟最高法院 101 年度臺上字第 2037 號所涉之案並未出現最高法院 102 年度臺上字第 73 號案中的勾結交易、非善意相對人等「阻卻事由」，並經七次判決，前後曆兩次修法，跨越三階段證券交易法方於 2017 年結案，其中最高法院判決詞——「按適用法律為法院之職責，根據『法官知法』之原則……以該增訂之條文作為法理而填補之，俾法院對同一事件所作之價值判斷得以一貫，以維事理之平」¹⁰甚至被稱頌為「堪稱台灣最高法院判決針對法官造法見解之新典範與里程碑，對於台灣民法方法論之發展著有貢

公司營業員期間，提供予訴外人鄒興華買賣股票之用，即系爭證券帳戶乃為鄒興華使用之人頭帳戶，鄒興華所以使用系爭證券帳戶買賣豐達股票，系出於蘇名字之授意，為影響、操縱豐達公司股價而買賣，由蘇名字提供相關之內部訊息。鄒興華為企圖操控、影響市場之人，明知蘇名字就系爭財報有操作空間，對系爭財報「簽不定」（指豐達公司原來會計師就系爭財報不願簽證）亦了然於胸，益征其非修正前證交法第二十條第三項所稱「善意取得人」。（按依修正前證交法第二十條第一至三項規定，主張因財報虛偽、隱匿受損害而請求損害賠償者，需以財報有虛偽或隱匿情事，該買賣證券者因此等不實情事而受有損害，且受損害之人取得有價證券並應出於「善意」。）」

¹⁰ 「按適用法律為法院之職責，根據『法官知法』之原則，法院應就當事人主張之事實，依職權尋求適當之法律規範，作為判斷之依據。而民法第一條規定：『民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理』，所謂法理，乃指為維持法秩序之和平，事物所本然或應然之原理；法理之補充功能，在適用上包括制定法內之法律續造（如基於平等原則所作之類推適用）及制定法外之法律續造（即超越法律計畫外所創設之法律規範）。因此，證交法第二條既規定：『有價證券之募集、發行、買賣，其管理、監督依本法之規定；本法未規定者，適用公司法及其他有關法律之規定』，則有關因證券交易所生之損害賠償事件，在事實發生時縱無實定法可資適用或比附援引（類推適用），倘其後就規範該項事實所增訂之法律，斟酌立法政策、社會價值及法律整體精神，認為合乎事物本質及公平原則時，亦可本於制定法外法之續造機能，以該增訂之條文作為法理而填補之，俾法院對同一事件所作之價值判斷得以一貫，以維事理之平。」

獻！」¹¹。（然而是否如此，下文將予以詳述。）故，本文將選取此案為中心探討開展論述。

本案所涉之難點，除去案件事實查證以外，最為重要之問題乃是證券交易法相關條文在此案期間兩度修改，如何在不變之法律事實面前正確運用呈現三種樣貌之法律？看似不過是「個案審判法官可否將後來修正的法律規定，當做事實發生時『法理』予以適用的問題而已」，但是其中法官以「法官知法」及法理為核心，所進行的論證和判決，不僅涉及到法律的運用問題中重要的法律解釋（狹義）和法律續造¹²，更關乎現代民主法治國家中立法與司法之效用，而這些在法理之下，有關法律漏洞填補的「適用法律即是解釋法律，而解釋法律則是合於法律意旨的闡釋它」¹³此類法律運用技巧，「在現代社會結構複雜，經濟方式多樣所導致法律變動甚速」¹⁴的時代，存有比「知」道法律內容的「知法」更為重要的意義。本文將在之後的「貳」中陳述案件並結合案情梳理相關之「法」，在「三」中對個案判決中可做法律漏洞補充的「法理」意涵進行闡釋，在「肆」和「伍」對本案具體所涉之法律解釋與法律續造及司法立法問題進行展開。

貳、從一則典型性案例出發的「法」、「理」

最高法院 101 年度臺上字第 002037 號所涉之案之基本情況

¹¹ 吳從周（2015），〈獨任或合議—第二審審級制度的一個反思〉，政治大學法學院民事法學中心編，《兩岸民事法學會通之道》，1 版，頁 93，臺北：元照。

¹² 最高法院所謂「法官知法」、以及「制定法內之法律續造（如基於平等原則所作之類推適用）及制定法外之法律續造（即超越法律計畫外所創設之法律規範）」之論述。

¹³ 黃茂榮（2005），《稅法總論（第二冊）》，頁 5，臺北：自版。

¹⁴ 陳新民（2001），《法治國家論》，頁 4，臺北：學林出版社。

審理法院	案號	審理時間
台灣新北地方法院	095 年度金字第 000003 號	098/09/30
台灣高等法院	098 年度金上字第 000009 號	100/12/27
最高法院	101 年度臺上字第 002037 號	101/12/13
台灣高等法院	102 年度金上更（一）字第 000001 號	103/09/02
最高法院	104 年度臺上字第 002503 號	104/12/30
台灣高等法院	105 年度金上更（二）字第 000001 號	105/10/11
最高法院	106 年度臺上字第 000700 號 ¹⁵	106/08/09

歷審裁判

涉案主要被告/被上訴人：銳普公司；銳普公司董事長陳貴全；副董事長詹定邦；董事陸金正、蔡永祿、林純青等；監察人賴耀宗、陳彩連、陳昭廷、賴耀宗等。

涉案主要原告／上訴人：財團法人證券投資人及期貨交易人保護中心。

主要事由：銳普電子股份有限公司在董事長、副董事長等人的通謀下自民國 94.1 起持續通過虛假交易的方式掏空公司。為美化財務報表，製造銳普公司獲利甚豐之假像，乃製作不實之請購單，佯稱將由 Topforce 公司於境外直接出貨予正大公司等，再偽造 Topforce 公司之出貨單及正大公司等簽收字樣，由銳普公司支付貨款二億七千四百萬元予 Topforce 公司。銳普公司將

¹⁵ 該件監察人賴耀宗等對其因高等法院 105 年度金上更（二）字第 000001 號所負責任之上訴。

前揭虛偽交易等情事，登載於銳普公司 94 年第一季財務報告（下稱系爭財務報告）及同年三月至六月之營業收入資訊（下稱系爭營收資訊）中，誤導市場投資人之判斷。

投資人誤信系爭財務報告及營收資訊，自同年四月十日（即銳普公司依法應公告同年三月份營業收入日）起至同年七月二十日（即不法情事揭露日）止善意買進該公司之股票（以上期間下稱買入股票期間），並繼續持有至銳普公司營收爆增情形遭質疑致股價重挫後，始賣出持股或無法賣出而受有損害。

財團法人證券投資人及期貨交易人保護中心為維護投資人利益以證券投資人及期貨交易人保護法第 28 條，依民國（下同）95 年 1 月 11 日修正前之證券交易法第 20 條、民法第 184 條、第 185 條、公司法第 23 條第 2 項及民法第 28 條，訴請銳普公司及其董事長、董事，監察人等之連帶賠償。

由於此案進行期間所涉及的重要條文證券交易法第 20 條多次變動，故將變動情況清單如下，以便參照。

表 1：涉案期間證交法二十條變動情況

年	頒佈施行時間	內容
2015	中華民國一百零四年七月一日 總統華總一義字第 10400077141 號令修正公佈第 20-1 條條文。 中華民國 104 年 6 月 15 日修正 中華民國 104 年 7 月 1 日公佈	第二十條未變 修正第二十條之一（誠實義務及損害賠償責任（二）） 前條第二項之財務報告及財務業務文件或依第三十六條第一項公告申報之財務報告，其主要內容有虛偽或隱匿之情事，

	<p>下列各款之人，對於發行人所發行有價證券之善意取得人、出賣人或持有人因而所受之損害，應負賠償責任：</p> <p>一、發行人及其負責人。</p> <p>二、發行人之職員，曾在財務報告或財務業務文件上簽名或蓋章者。</p> <p>前項各款之人，除發行人外，如能證明已盡相當注意，且有正當理由可合理確信其內容無虛偽或隱匿之情事者，免負賠償責任。</p> <p>會計師辦理第一項財務報告或財務業務文件之簽證，有不正當行為或違反或廢弛其業務上應盡之義務，致第一項之損害發生者，負賠償責任。</p> <p>前項會計師之賠償責任，有價證券之善意取得人、出賣人或持有人得聲請法院調閱會計師工作底稿並請求閱覽或抄錄，會計師及會計師事務所不得拒絕。</p> <p>第一項各款及第三項之</p>
--	---

		<p>人，除發行人外，因其過失致第一項損害之發生者，應依其責任比例，負賠償責任。</p> <p>前條第四項規定，於第一項准用之。</p>
2006	<p>中華民國九十五年一月十一日 總統華總一義字第 09500002801 號令修正公佈第 20-1 條條文。</p> <p>中華民國 94 年 12 月 20 日修正 中華民國 95 年 1 月 11 日公佈</p>	<p>第二十條僅做一般性文字調整。</p> <p>增訂第二十條之一（誠實義務及損害賠償責任（二））</p> <p>前條第二項之財務報告及財務業務文件或依第三十六條第一項公告申報之財務報告，其主要內容有虛偽或隱匿之情事，下列各款之人，對於發行人所發行有價證券之善意取得人、出賣人或持有人因而所受之損害，應負賠償責任：</p> <p>一、發行人及其負責人。</p> <p>二、發行人之職員，曾在財務報告或財務業務文件上簽名或蓋章者。</p> <p>前項各款之人，除發行人、發行人之董事長、總經理外，如能證明已盡相當注意，且有正當理由可合理確信其內</p>

		<p>容無虛偽或隱匿之情事者，免負賠償責任。</p> <p>會計師辦理第一項財務報告或財務業務文件之簽證，有不正當行為或違反或廢弛其業務上應盡之義務，致第一項之損害發生者，負賠償責任。</p> <p>前項會計師之賠償責任，有價證券之善意取得人、出賣人或持有人得聲請法院調閱會計師工作底稿並請求閱覽或抄錄，會計師及會計師事務所不得拒絕。</p> <p>第一項各款及第三項之人，除發行人、發行人之董事長、總經理外，因其過失致第一項損害之發生者，應依其責任比例，負賠償責任。</p> <p>前條第四項規定，於第一項准用之。</p>
2002	<p>中華民國九十一年二月六日總統（91）華總一義字09100025050號令修正公佈第20條條文。</p>	<p>第二十條（誠實義務及損害賠償責任）</p> <p>有價證券之募集、發行、私募或買賣，不得有虛偽、詐欺或其他足致他人誤信之行為。</p>

	<p>中華民國 91 年 1 月 15 日修正 中華民國 91 年 2 月 6 日公佈</p>	<p>發行人申報或公告之財務報告及其他有關業務檔，其內容不得有虛偽或隱匿之情事。違反前二項規定者，對於該有價證券之善意取得人或出賣人因而所受之損害，應負賠償之責。</p>
1988	<p>中華民國七十七年一月二十九日總統（77）華總（一）義字第 0270 號令修正公佈第 20 條條文。</p> <p>中華民國 77 年 1 月 12 日修正 中華民國 77 年 1 月 29 日公佈</p>	<p>第二十條（誠實義務及損害賠償責任）</p> <p>有價證券之募集、發行或買賣，不得有虛偽、詐欺或其他足致他人誤信之行為。發行人申報或公告之財務報告及其他有關業務檔，其內容不得有虛偽或隱匿之情事。違反前二項規定者，對於該有價證券之善意取得人或出賣人因而所受之損害，應負賠償之責。</p> <p>原二十條為：募集、發行或買賣有價證券者</p>

由於該案牽涉較多事實問題，我們暫將焦點集中於最高法院由「根據『法官知法』之原則，法院應就當事人主張之事實，依職權尋求適當之法律規範，作為判斷之依據。而民法第一條規定：『民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理』，所謂法理，乃指為維持法秩序之和平，事物所本然或應然之原

理；法理之補充功能，在適用上包括制定法內之法律續造（如基於平等原則所作之類推適用）及制定法外之法律續造（即超越法律計畫外所創設之法律規範）。」之論述所涉之爭議最大的判決部分。最高法在本案中使用上述理由，對本案適用之法律證券交易法 20 條進行了續造，其理由大抵即為 95 年 1 月 11 日修正後之新法。事實上，在最高法之前不論新北板橋地院、高等法院始終皆以「95 年 1 月 11 日修正前之證券交易法第 20 條」作為裁判依據。（財團法人證券投資人及期貨交易人保護中心亦僅未主張適用修正後證券交易法第 20 條。）

由於案件發生於民國 94 年 3 月到 8 月間，故於「本件發生時間為 94 年間，自應適用 95 年 1 月 11 日修正公佈前之法律。」中所謂的之前法律實際上指的內容可能包括中華民國 77 年 1 月 12 日修正，中華民國 77 年 1 月 29 日公佈的「有價證券之募集、發行、私募或買賣，不得有虛偽、詐欺或其他足致他人誤信之行為。發行人依本法規定申報或公告之財務報告及財務業務檔，其內容不得有虛偽或隱匿之情事。違反第一項規定者，對於該有價證券之善意取得人或出賣人因而所受之損害，應負賠償責任。」及中華民國 94 年 4 月 29 日修正，中華民國 94 年 5 月 18 日公佈的第二十條（誠實義務及損害賠償責任）「有價證券之募集、發行、私募或買賣，不得有虛偽、詐欺或其他足致他人誤信之行為。發行人申報或公告之財務報告及其他有關業務檔，其內容不得有虛偽或隱匿之情事。違反前二項規定者，對於該有價證券之善意取得人或出賣人因而所受之損害，應負賠償之責。委託證券經紀商以行紀名義買入或賣出之人，視為前項之取得人或出賣人。」幸二者條文除新增「視為」等內容之外並無相異，故在本處是否跨法適用上不存在爭議。

然而在中華民國 94 年 12 月 20 日修正，中華民國 95 年 1 月

11 日公佈的證券交易法中，就出現了相當大的變動，並且加入了第二十二條之一（見表 1）。實際上在本案最初的台灣板橋地方法院民事判決 95 年度金字第 3 號中，是認為不應當適用新法的——「雖 95 年 1 月 11 日修正公佈之現行法增訂第 20 條之 1 第 1 項，規定違反第 20 條第 2 項之賠償義務人除發行人外，尚包括其負責人、其在檔上蓋章之職員，然此新增規定自公佈日施行適用，本件發生時間為 94 年間，自應適用 95 年 1 月 11 日修正公佈前之法律」¹⁶。但是，最高法院推倒了此種認定方式，並且認為可以適用新法，其理由為：「按適用法律為法院之職責，根據『法官知法』之原則，法院應就當事人主張之事實，依職權尋求適當之法律規範，作為判斷之依據。而民法第一條規定：『民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理』，所謂法理，乃指為維持法秩序之和平，事物所本然或應然之原理；法理之補充功能，在適用上包括制定法內之法律續造（如基於平等原則所作之類推適用）及制定法外之法律續造（即超越法律計畫外所創設之法律規範）」。因此，證交法第二條既規定：「有價證券之募集、發行、買賣，其管理、監督依本法之規定；本法未規定者，適用公司法及其他有關法律之規定」，則有關因證券交易所生之損害賠償事件，在事實發生時縱無實定法可資適用或比

¹⁶ 亦可參閱板橋地方法院民事判決 95 年度金字第 3 號判決主文：本案案發時於民國 94 年度，按當時證券交易法第 20 條之規定，「有價證券之募集、發行、私募或買賣，不得有虛偽、詐欺或其他足致他人誤信之行為。發行人依本法規定申報或公告之財務報告及財務業務檔，其內容不得有虛偽或隱匿之情事。違反第一項規定者，對於該有價證券之善意取得人或出賣人因而所受之損害，應負賠償責任。」已明定申報或公告之財務報告及財務業務檔，其內容不得有虛偽或隱匿之情事。違反第一項規定者，發行人應負賠償責任。此規定並未及于董監事或業務主管，原告以 95 年度新修正的增訂條款來向銳普公司董監事求償，為不合法。

附援引（類推適用），倘其後就規範該項事實所增訂之法律，斟酌立法政策、社會價值及法律整體精神，認為合乎事物本質及公平原則時，亦可本於制定法外法之續造機能，以該增訂之條文作為法理而填補之，俾法院對同一事件所作之價值判斷得以一貫，以維事理之平。查七十七年一月二十九日修正之證交法第二十條第二項、第三項，於規範募集、發行、私募或買賣有價證券之誠實義務及損害賠償責任之主體範圍與舉證責任分配，雖規定不盡明確，惟參酌九十五年一月十一日修正之同法第二十條之一第一項，業已規定：「前條第二項之財務報告及財務業務檔或依第三十六條第一項公告申報之財務報告，其主要內容有虛偽或隱匿之情事，下列各款之人，對於發行人所發行有價證券之善意取得人、出賣人或持有人因而所受之損害，應負賠償責任：一、發行人及其負責人。二、發行人之職員，曾在財務報告或財務業務檔上簽名或蓋章者」；第二項規定：「前項各款之人，除發行人、發行人之董事長、總經理外，如能證明已盡相當注意，且有正當理由可合理確信其內容無虛偽或隱匿之情事者，免負賠償責任」；第五項規定：「第一項各款……之人，除發行人、發行人之董事長、總經理外，因其過失致第一項損害之發生者，應依其責任比例，負賠償責任」，及七十七年一月二十九日修正之同法第三十二條第一項、第二項，並就公開說明書記載為虛偽或隱匿行為其責任主體及舉證責任分配設其明文規範，則上開增修之規定，經斟酌其立法政策、社會價值及法律體系精神，應系合乎事物本質及公平正義原則，為價值判斷上本然或應然之理，自可引為法理而予適用。是以適用修正前證交法第二十條規定之損害賠償責任時，在解釋上，自應援引上開新法第二十條之一規定之趣旨及民法第一條之規定，將發行證券公司（發行人）負責人，包括董事長、總經理與公司法第八條所稱當然負責人之董事及職務

負責人之監察人、經理人，均涵攝在該條第三項所規定之責任主體範圍之列，以維護證券市場之交易秩序及保障投資人之權益；並就發行人及發行人負責人，其中關於董事長、總經理部分采結果責任主義（無過失主義），課其縱無故意或過失，亦應負賠償責任。至其他應負賠償責任之發行人負責人即公司法第八條所稱之董事、監察人、經理人部分，則采過失推定主義，由其舉證證明已盡相當注意，且有正當理由可合理確信其內容無虛偽或隱匿之情事者，始得主張免負賠償責任，以與證交法第一百七十一條第一項第一款之罪系采故意之刑事責任有所區隔；另基於責任衡平之考慮，於法院認定發行人及發行人負責人之董事長、總經理外之其他負責人，或曾在財務報告或財務業務檔上簽名或蓋章之發行人職員應負責任時，尤須考慮導致或可歸屬於被害人損失之每一違法人員之行為特性，及違法人員與被害人損害間因果關係之性質與程度，進而依其責任比例之不同以定其賠償責任，參照該增修條文之立法理由益明。」（此續造意見亦於第二次發回重審之台灣高等法院 105 年度金上更（二）字第 1 號所采，並在判決中全文引用並加注「本件最高法院 101 年度臺上字第 2037 號判決發回意旨參照」¹⁷。）

參、理應聯結「事理」及「人間理」的法理

「所謂法理，乃指為維持法秩序之和平，事物所本然或應然之原理。」並得依「法理之補充功能」為「制定法內之法律續造（如基於平等原則所作之類推適用）及制定法外之法律續造（即超越法律計畫外所創設之法律規範）」¹⁸。

¹⁷ 台灣高等法院 105 年度金上更（二）字第 1 號。

¹⁸ 台灣高等法院 101 年度臺上字第 2037 號判決。

民法第一條所謂之法理，在多數人看來只是法理而已，卻似乎忽略了「理」背後的含義以及在整個社會認同中的作用。如果說法這一概念確實可以從立法機關制定的法條文中獲得明確認知的話，那麼理這一概念也可以從法理學教科書和論著中清晰的獲得麼？司法中的條理和司法判決中的說理，並非簡單的只是法理而已，儘管它在學者眼中確實是「不甚清楚」¹⁹和「很難對法理學進行定性描述」²⁰的，但它至少應當具備三部分內容，第一是事物本質之理，第二是法理，第三是謀求共同行動感召之社會理（自然理、法理與人間社會理）。

一、事物本質（事理）

條理亦稱理法（Natur der Sache），我民法稱法理，乃多數人所承認之共同生活原理也²¹。

在具體展開理與法的討論之前，我們應當在理所最直接表現的「事物一般規律」中做一個暫時駐足，因為它涉及到王澤鑑先生及最高法院在論及法理中的一個關鍵——「事物本質」。也正因為在最高法院的判決中僅僅用「則上開增修之規定，經斟酌其立法政策、社會價值及法律體系精神，應系合乎事物本質及公平正義原則」一筆帶過的對其進行論述，所以這個抽象名詞的釐清才顯得頗有必要。

系統性的對事物本質進行闡述並且賦予其在法學上重要地位

¹⁹ 民法第一條所稱法理，所指之內容究竟為何，在我國學者間見解不僅分歧，而且解釋實不甚清楚。李模（2000），《民法總則之理論與實用》，頁 20。轉引同前註 6。

²⁰ 〔英〕鄧尼斯・勞埃德著，許章潤譯（2007），《法理學》，頁 12，北京：法律出版社。

²¹ 鄭玉波（1980），《民商法問題研究（一）》，國立台灣大學法學叢書編輯委員會編，三版，頁 14，臺北：三民書局。

的應屬德國的考夫曼，在總結了拉德布魯赫，Maihöfer，Stratenwerth，Baratta，Fechner，Schambeck 等人對於事物本質的觀點後，他將「這些意見統一起來」並認為，「立法以及法律發現（司法）都是一種法律規範與生活事實的調適，一種當為與存在對應、同化的過程。但這種過程的前提在於：有一個使規範與事實獲得一致的『第三者』存在，亦即在當為與存在之間有一個調和者存在。我們需要一個同時能代表特殊與普通，事實與規範的構造物。這個調和者就是法律理由，就是意義，它不僅存在於法律中，也同時存在於生活事實中，法律理解意謂著在意義中產生對應，意謂著『事物本質』。」²²。由此可見，事物本質的重要性，其乃是溝通當為與存在的橋樑，通過事物本質，法律規範與生活事實才有可能結合起來，這也是考夫曼對法所下的定義——「法是當為與存在的對應。」中的關鍵連接點。

由於規範與生活事實本身是孤立的兩端，他們二者要想結合起來就必須進入一種關係，在考夫曼看來，這種關係的首要要求就是「它必須符合事物」²³。而基於對這種符合事物的適用說明也「就是我們所稱的『解釋』：探求規範的法律意義」²⁴，然而這種意義無非如傳統法學方法論所說的，僅隱藏在制定法中，隱藏在抽象而廣泛的意義空洞的法律概念中，相反地，為了探求此種意義，我們必須回溯到某些直觀的事物，回溯到有關的具體生活事實。「沒有擬判斷之生活事實的『本質』，是根本無法探求『法律的意義』的」²⁵。當然，考夫曼之所以在他的著作中格外

²²（德）考夫曼著，吳從周譯（1999），《類推與事物本質—兼論類型理論》，頁7，臺北：學林事業。

²³ 同前註，頁89。

²⁴ 同前註。

²⁵ 同前註。

強調事物本質，乃是因為事物本質是類型化的乃至類推思維（甚至於法律思維）的關鍵，但是這也進一步反證了事物本質在判決中的意義。「法官的判決不僅必須正確評價法律規範的意義，也必須正確評價生活事實的意義，事物本質的意義，亦即：法官必須在法律規範所意涵的類型性中掌握生活事實。」²⁶因為只有司法者對事物本質有較好的掌握，才有可能很好的理解立法的精神（立法本身是一種類型化），有一個正確的法律思維去解決實際問題。

二、法理

禮字，法（刑）字，實（是）理字²⁷。

在現代法學中所謂法理，似應承認，其在整體法學中是處於一個基礎性、本源性、規律性的位置，是「對人謂法律的社會現象進行的最基本、最理論化層面的分析。」²⁸由於其研究的是法學的根本問題，具有類似哲學，高度抽象概括性的性質，所以也多被稱為法哲學。²⁹現代對於法理之定義亦基本如此，「法理通常指「事物的當然之理」或法之一般原理，實際上就是我們所說的法的基本精神。」³⁰法理所揭示的規律正是整個法學學科背後的支點，但法理是否得義如其文的表述為法的理論呢？

確實在法的一般理論和法學方法論之層面上，「法哲學」與

²⁶ 同前註，頁 115。

²⁷ 朱熹（1987），晦菴集卷 48，《文淵閣四庫全書》，1144 冊，頁 436，上海：上海古籍出版社。

²⁸ 〔美〕Richard A. Posner 著，蘇力譯（2002），《法理學問題》，序言頁 2，臺北：元照。

²⁹ 〔日〕田中成明（2011），《現代法理學》，頁 1，東京：有斐閣。

³⁰ 孫國華、朱景文（2004），《法理學》，頁 271，北京：中國人民大學出版社。

「法理學」接近同義³¹。但在實際上法理學與法哲學在內涵上並非完全同一，其側重點也有所不同。鄧尼斯·勞埃德認為（法律）「科學所關注的是經驗性的、可觀察的事實與事件，而哲學所關注的則是某些終極性的結構問題」³²，就 20 世紀以來受實證主義（positivism）的影響而科學化的法律而言³³，這實際也是對法理學在語源上最初概念的一種回歸，田中成明對法理學與法哲學的重要區別所作的闡明——其基準在於二者對正義論的態度和處理，具有相當實踐意義。亦即，法理學應當側重於對於這些「經驗性的、可觀察的事實與事件」的處理，而這一點，也正是法理與「事物本質」的天然結合點。

然而，側重實際處理「經驗性的、可觀察的事實與事件」的西方法理概念，或者說著重於將理與法結合在一起的做法，實際上在中國漢代以前就已經開始了它的實踐，這種由國家設立的解

³¹ 究現代法理學（jurisprudence）之語源，來自拉丁語 *iuris prudentia*，最初原指羅馬關於法及法使用相關的實用性知識（法律的知識與法律的技術），漸次才是被視為哲學一支的與法律諸多原理相關的體系性一般理論。早期 2、3 世紀時的羅馬法律學者 Gnaeus Domitius Ulpianus 認為「*iuris prudentia* 是將人事和神事的知識，進行正（確）或不正（確）的識別」。而在現代的英美及歐陸，都有不特別區分的將法理學與法哲學、法理論進行混用的傾向。自黑格爾的《法哲學原理》使法哲學這一概念在世界上廣為傳播以來，「英國分析法學派的早期代表人物奧斯丁的講演被命名為《法理學或實證法哲學講演集》Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law，當代美國法理學家博登海默把自己的代表作定名為《法理學—法律哲學與法律方法》Jurisprudence (Lence-The Philosophy and Method of the Law)，美國法學家克利斯蒂把一本供法學院研究生使用的教材取名為 Jurisprudence, Text and Readings on the Philosophy of law，都充分表明法理學與法哲學實際是同一學術範疇。」參見張文顯（1996），《二十世紀西方法哲學思潮研究》，頁 5-6，北京：法律出版社。

³² 鄧尼斯·勞埃德著，許章潤譯，同前註 20，頁 16。

³³ 參見 Richard A. Posner 著，蘇力譯，同前註 28。

決實際問題的人，正是現代法官的原型，可見理與法之間的緊密關係。《漢書·藝文志》雲：「法家者流，蓋出於理官。信賞必罰，以輔禮制。《易》曰：『先生以明罰飭法。』此其所長也。及刻者為之，則無教化，去仁愛，專任刑法，而欲以致治。至於殘害至親，傷恩薄厚。」其中理官，即為古時對法官之稱謂，意即法家這個流派乃是源於對「信賞必罰，以輔禮制」的法官（的思想與行動的總結）。假如理官這一稱謂確實不廣為人知的話，但自漢以來設置的古代最高法院「大理寺」，（民國初年之北洋政府亦襲此「大理」）應為我們所耳熟能詳。

固然，理之概念在宋代之後被注入的新的內容，漢時分立的「律設大法，禮順人情」³⁴也由「朱理學」而融匯於「理」。宋代儒家進一步強化了理上的人倫概念，將傳統中「禮」之概念與「理」進行了同化。「禮者，理也」這一觀念，實為二程、張載以來理學家的共識³⁵。同承此說的朱熹認為「道即理也，以人所共由而言則謂之道，以其各有條理而言則謂之理。其目則不出乎君臣、父子、兄弟、夫婦、朋友之間，而其實無二物也。」「禮即理也，但謂之理，則若未有行跡之可言，制而為禮，則有品節文章之可見矣」³⁶。理在朱熹看來，已成為一個涵蓋一切自然、社會、人生、事物規律、法則的本體概念，它統攝仁、義、禮、智、信之五常，彰顯君臣、父子、夫婦、兄弟、朋友之間的倫理

³⁴ 范曄（2009），卓茂傳，《後漢書》上，頁295，長沙：嶽麓書社。

³⁵ 呂祖謙（1987），《東萊外集 1 卷》，頁368，上海：上海古籍出版社。「禮者，理也。理無物而不備，故禮亦無時而不足」。張栻（1999），〈答呂季克〉，《南軒集 26 卷》，頁916，長春：長春出版社。「所謂禮者天之理也，以其有序而不可過，故謂之禮。」

³⁶ 轉引自鄧克銘（1993），《宋代理概念的開展》，頁118，臺北：文津出版社。

關係。而這種理（或禮）實際上乃出自「皆出於自然之理。」也就是說，人間之禮、理，在宋代朱理學取得正統指導地位之後，亦同時被專門強調的融入到了之前的理官、大理寺等具體處理「經驗性的、可觀察的事實與事件」的司法審判中所依據的法理之中去了。（此即人間理、禮融入法理）

這種歷史上理內涵的發展變化，也體現了隨著事物發展變化，法亦應異其規定內容的特質（也因此影響到法理之內涵）。並且，因為應當著力於處理「經驗性的、可觀察的事實與事件」，法理與之前的事物本質之理，實際上被完美的串聯起來了一法在一定程度內反映全體之理之部分內涵時，法仍有其存在上之正當性，法為理之具體體現，法也必須以完全實現理為其應有之內容。從而，法理，乃成為具有反映某一時地中既存之事物條理與法所應用之理念的總和概念，它需要經過「系統的觀察、思維與驗證法的全部，以獲得可被證明的認識」³⁷。

三、謀求共同行動的感召之「理」（合理化）

「蘇格拉底使用兩種類型的辯證法：一種導向真理；另一種總是在普遍接受的意見範圍內而導向（政治上的）一致」³⁸。這裡的「導向真理的一致」應當是法律在運用中（不論狹義解釋或續造中）最為值得思考的意義，蘇格拉底的辯證法通過問答的方式讓我們發現自己認知中的矛盾，並通過對話溝通和自我思考完善這一認知，這也與蘇格拉底所提倡的「美德即知識」一致，因為理智和反思的思辨能力是一種美德，而完善的知識和認知正有

³⁷ （德）伯恩·魏德士著，丁曉春、吳越譯（2013），《法理學》，頁 13，北京：法律出版社。

³⁸ 參見（美）施特勞斯著，何地譯（2006），《論僭政——色諾芬〈希耶羅〉義疏》，頁 56-57，北京：華夏出版社。

此而生。它意味著法官應當在「理智和反思的思辨能力」這種美德之下，對適用的法規則做出體系性的思考，對具體個案做出全面的觀察，依據自己的法律知識進行符合憲法價值的裁判。

固然法乃是具有多種之語意內涵，例如富勒的「法是使人類服從於規則之治的事業」，又或霍爾姆斯的法律預測論「我所稱的法律就是關於法院實際上將如何做的預言，而不是其他更矯飾的東西」。但如「以作為社會實踐將法稱之為法實踐的話，那麼法實踐將作以公務員的法實踐與市民的法實踐兩分。…司法之實踐是從訴之提起到判決或和解等的裁判官實踐」³⁹之觀點出發，旨在付諸實踐的法將在理論上和事實上都將成為「公共決定實踐的一種形態」。

「決定，乃是在實行可能的全部選擇支中選擇一個或者數個，或者在全部或者擇其一部中定以順序。而以過程性言之，其至少涉及決定者、被決定者與選擇支三者」⁴⁰。一如法之權利與義務，每一個決定都無可避免的涉及被決定者，所以行使決定權的個體應當在過程中對此進行一定程度的釋明，而法實踐作為一種公共決定的實踐「權力」（本身 official 之語即含有義務之義⁴¹）更具有此種之「義務」。人作為目的動物，是以其複雜的思維和目的決定行動的，這種思維和目的出自自己意志。與類似的動物行為不同，作為社群動物的人可以使用語言表達這種思維和目的，通過語言與同類進行溝通，將自己做出決定過程中的（表現出的意志）思維和目的傳遞給他人以及社群從而達成共同行動，並且，正是這種共同行動，使原先的個體、家庭逐漸擴大成

³⁹ 宇佐美誠（1993），《公共的決定としての法--法実践の解釈の試み》，頁54，東京：木鐸社。

⁴⁰ 同前註，頁57。

⁴¹ 同前註，頁82。

為一個社會共同體。而在這種構建共同行動的過程中，在傳遞自己意思的思維和目的的方法裡，最為重要的就是獲得他人的理解，而這就是理由存在的意義，在一個謀求共同行動的社會中（人是一個謀求共同行動的動物，不論是積極地或是消極的），每個個體或集群的行動都負有說明理由的必要（不論是明示或默示），並以此獲得其餘社會人的理解和支持。隨著集體行動的次數和頻率的增加，共同行動的方向和目的逐漸成為廣為認可並藉此形成一種判斷的衡量標準，這就是價值或秩序。集團（集體）之應有姿態，即以正確構造的觀念作為正義價值之投影⁴²。在這樣的共同正義（僅僅是該集群中認為的共同正義）價值體現下，原先的集群（集團、集體）也將成為一種互相認可和接受的共同體—社會，而這種述理能力和衡量標準的共通性和包容性，也就是一個共同體的核心價值，它也構成了整個集體中共同行動的秩序。

在這種共同體中，每個個體、每次行動的理由並非被要求一致，唯能夠被包容在該共同體整體價值中，即具有正當性和共同性，就能夠被實施（此即為自由），但是如果期待「反復適用」、「廣泛適用」上的實施，就要求這種正當性必須被普遍接受，而由此而來的共同性同樣是行動的另一個必要條件，「合理性歸根結底就是通過論證演說促進自願聯合和獲得認可的力量的中心經驗。通過吸取這種中心經驗，不同的參與者克服了自己最初僅僅是主觀的見解，並且借助合理的股動起來的信念的共同性，同時也借助客觀世界的統一性，以及他們自己生活聯繫的內在主觀性得以確立」⁴³。正因為我們處在一個社會共同體中，所

⁴² 太田勝造（2013），〈法と正義の相互作用—人間進化における適応の観点から〉，《法社會學第一法と正義の相克》，78號，頁39。

⁴³ （德）哈貝馬斯著，洪佩鬱、蘭青譯（1996），《交往行動理論》，頁25，重慶：重慶出版社。

以說理是可謂無處不在的，就法律實踐而言（本文重點指稱的司法審判），說理更是重點，觀及判決書形式，判決不過寥寥數語，然而判決理由卻往往連篇累牘，其中不僅包括事實上的法律運用，還有整個的推理過程的陳述，以及對於具體事物的認識和判斷，他必須以這些作為理由來獲得社會的理解和支持，這種程度的「合理性（reasonableness），在關於民事訴訟中的損害賠償和刑事訴訟中的量刑中都常被論及」⁴⁴。

需要加以說明的是，截止目前的共同行動理由和價值，甚至「正義」都只是一種中性的概念，是一種未加注入特定實質理念的概念，它無涉于富勒的「道德使法律成為可能」之主張，或許應當說僅僅與 Friedmann 在他的《Law and Social Change》中認為的「法治（the rule of law）僅僅意味著「公共秩序之存在」⁴⁵具有同向性。「它意味著有組織的政府借助各種合法支配的工具和管道來運作。從這個意義上說，所有的現代社會都生存在法治之下，不論它是法西斯國家、社會主義國家還是自由國家」⁴⁶。

如果說上一種「普遍接受的意見範圍內而導向（政治上的）一致」的重點在於認識到法秩序、法邏輯、法理由存在的必要性，那麼如何在這種一致的「法治」基礎上，能夠最終形成「導向真理的一致」呢？「在法律和法律程式中，合理性是首要的優點；但除它以外還有別的優點。如果沒有智慧、同情和正義感的話，僅有合理性就似乎可能讓我們有理由去做真正無理的事。」⁴⁷

⁴⁴ 合理性一詞原文為適理性並加注（reasonableness），宇佐美誠，同前註 39，頁 81-82。

⁴⁵ Lon L. Fuller, THE MORALITY OF LAW, 107(Revised ed.1969).

⁴⁶ *Id.* at107.

⁴⁷ （英）麥考密克、（奧）魏因貝格爾著，周葉謙譯（2004），《制度法論》，頁 248，北京：中國政法大學出版社。

這裡的合理性實際上就是蘊含在法律條文、法律體系之中的內在邏輯合理性，它只要求法律具備其存在理由的邏輯自恰性。它與實質理性的關係就如哈特所言的「自然條件和規則體系之間的這種關聯，不是以理性為媒介的」⁴⁸。但是，如果我們需要避免在合理性的法律表觀之下「做真正無理的事」，就必須正確的運用理性（尤其是過程化／程式化的理性）。

而理性作為「人運用概念、判斷和推理的能力，它有別於感覺、意志、情緒等心理活動。」⁴⁹它本質上一種方法，是一種實踐性的能力，不論絕對理性主義或是相對理性主義（實踐理性主義），社會科學理性或是自然科學理性，其實質都是一種思辨能力，一種對於事物的理智和反思的精神。而這種存在於、再現於人思辨判斷事物時的「合理化」過程，也正是法實證主義的旗手哈特所稱的司法者（在行使其自由裁量權時必須具備）的美德（characteristic judicial virtues）「這些美德應表述為：在權衡選擇時保持公正和中立；考慮可能影響到各方的利益；並致力於適用廣為接納的普遍原則作為合理的推論基礎」。唯有通過對這三者的綜合思考過程才可能盡可能保證司法者做出一個「無法被證明是最正確的判決」的時候，依然能夠不妨礙它成為「讓人可以接受的判決」⁵⁰。

肆、法律解釋與法律續造之可能（侵權責任之視角）

法官所選擇的方法，會成為他贊成或反對特定法律內容的先決判斷⁵¹。

⁴⁸ H. L. A. Hart, THE CONCEPT OF LAW, 193 (2nd ed.1997).

⁴⁹ 馮契（1992），《哲學大辭典》，頁 1410，上海：上海辭書出版社。

⁵⁰ H. L. A. Hart, *supra* note 48, at 205.

⁵¹ 吳從周（2011），《民事法學與法學方法—概念法學利益法學與價值法學》，

一、法律解釋與法律續造

（一）法實踐與法律解釋（方法）

如果法律要適用在具體的個案裡，它就需要解釋。⁵²在司法實踐中，法官在進行三段論推理時必須藉由「民法方法論」尋找一個大前提，即適用該具體案件之法律。「為瞭解決具體案件，必須獲得作為裁判大前提的法律規範。這種獲得作為裁判大前提的法律規範的作業，法解釋學上稱為廣義法律解釋。」⁵³（民法）法律解釋，「在德國及台灣，稱為法學方法論，但在日本，同樣內容仍在民法解釋學名下進行討論。另有學者稱之為民法解釋學方法論。……民法解釋學……亦可稱為民法解釋學方法論或民法方法論…三者為同意語。」⁵⁴之所以（民事）法律之解釋學，甚至被普遍稱為「民法方法論」，正因為解釋在法律實踐中所具有的舉足輕重之地位。

一者，任何一次法律的具體適用，都意味著一個法律概念從抽象到具體的轉化過程。固然，為近現代法制之發展奠定基礎的概念法學在事實上主張法律概念乃由上下層屬之框架構建性而形成「邏輯自足性」，其主張通過邏輯推演即可補足所謂之「法律漏洞」，故而認為法秩序上並不存在漏洞（立法構成上是一種具體到一般，而司法上之一般到具體的運作不過是它的逆流，此即P.HECK之顛倒論）。但事實上有限之法律概念本不可能囊括世間萬物，更毋論概念們都像是如耶林在《法學的概念天國》裡戲謔一般是「完美的，沒有瑕疵的，理想的」「是與現實世界毫無

頁410，北京：中國法制出版社。

⁵² H. L. A. Hart, *supra* note 48, at 204.

⁵³ 梁慧星（1999），《民法解釋學》，頁273，臺北：五南。

⁵⁴ 同前註，序言。

關聯的抽象思想和理念的領域。它在邏輯上是自然產生的，它從自身發展而來，並且因此回避與塵世的任何聯繫。」⁵⁵。故而，在每一次概念（如危險、違法性、重大事由、顯失公平等）與生活的實際結合中，都不得不面對一次痛苦的轉生。

二者，如薩維尼所言「法律自制定公佈之日期，即已漸與時代脫節。」⁵⁶，因社會之需要而被制定的法律本身即是社會經濟現狀之客觀反應，它必須以社會的客觀現實為基礎，固然在立法上應當也可能具有一定前瞻性，但社會新生問題的複雜多樣性，往往難於為當時之立法者所預見，更為核心的是，這種前瞻性的適度性，卻無論如何也不可能期待它超出法律本身的「安定性」之特質。從而，在面對因時代而生之各種新問題時，法律必須在新狀況下進行一定意義上的重生。

三者，固然每一部制定法都承載著立法者「完美無瑕」的崇高理想，但它終究只代表著法學工作者們的理想而成為一部「應然法」，立法者不僅無法預見未來社會的多樣性，甚至在面對當下複雜的社會客觀現實時，也難於事無巨細的考慮到所有可能發生的問題而做出完全、正確的立法規制一切。因此，這種存在於制定法（甚至法秩序）中的「違反計畫之不完整性」，仍然需要通過解釋（廣義）以實現法律之生命力。

以上之三原因⁵⁷，或單獨或綜合的構成了法律在實踐中的障

⁵⁵ （德）耶林著，柯偉才、於慶生譯（2009），《法學的概念天國》，頁 9，北京：中國法制出版社。

⁵⁶ F.K.V. Savigny, *Grundgedanken der Historischen Rechtsschule*, 3. Aufl., 1965, S.13. 轉引自黃建輝（1988），《民法上之類推適用》，頁 1，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。

⁵⁷ 關於原因亦有各種學者之表述，如「（一）立法者思慮不周；（二）在法律上有意義之情況的變更；（三）立法者自覺對擬予規範之案例的瞭解還不夠，而不加規範。」參見黃茂榮（2009），《法學方法與現代民法》，增訂六版，頁

礙，而這種「法律在法實踐中的不完全性」（排除了立法政策上的考量）可以廣義的稱之為「法律上的漏洞」⁵⁸。作為解決此問題的無可回避之過程，法律解釋有必要甚至於必須成為一種方法論指導法律的實踐。「從歷史發展來看，民法方法論就如同一般法學方法論一樣，特別受到 R. V. Jhering 及 P. Heck 的影響，經歷到由概念法學、利益法學到價值法學的發展過程，沉澱在特別著重於『目的論』方法與利益衡量、價值判斷的思維支配上。」⁵⁹。而兩岸現代民法學之先驅王澤鑑教授亦師從於價值法學派之代表 Karl Larenz 教授，受其影響，「民法解釋學在台灣的理论發展走向，與德國通說有著極高的重疊性，Karl Larenz 或者說價值法學的民法方法論思想，堪稱在台灣具有支配性地位。」⁶⁰。

（二）法律解釋與法律續造之二階

以價值法學為中心所呈現的現代民法解釋學，在法實踐過程中擺脫了舊制度下固化的法形式，並且敞開了一扇旨在追尋法內在理想為目標的大門。在打開這扇門的同時，「法官應受制定法約束」的圭臬，也「已經在 Larenz 的方法學說成形後，逐漸退居方法論討論的邊緣地位。」⁶¹。

在法實踐過程中的法律解釋與法律漏洞的填補（法內及法外

636，臺北：自版，。

⁵⁸ 關於法律漏洞之定義，有諸多見解，可參考王澤鑑之觀點「所謂法律漏洞，系指依現行法規規定之基本思想及內在目的，對於某項問題，可期待設有規定，而未設規定之謂。」王澤鑑（2009），《民法學說與判例研究（第二冊）》，頁24，臺北：自版。黃茂榮之更為簡要的定義亦足概之「法律漏是指法律體系上違反計畫之不圓滿狀態。」黃茂榮，同前註57，頁559。

⁵⁹ 吳從周（2013），《法源理論與訴訟經濟》，頁5，臺北：元照。

⁶⁰ 同前註，頁9。

⁶¹ 吳從周（2011），《民事法學與法學方法—概念法學利益法學與價值法學》，頁414，北京：中國法制出版社。

續造），皆是法律適用過程中的尋法活動，亦即 Karl Larenz 之法律發現構造論：法律解釋（可能的字義範圍之解釋）、法律補充（即「解釋性」的方法或稱制定法內的法律續造），以及超越法律的法之發現（制定法外的法律續造）⁶²。一般而言，法律解釋之方法亦以德系四解釋為通說，即文義或語言學之解釋，倫理或體系之解釋，主觀或歷史之解釋，客觀或目的之解釋。在面對簡單社會現象時，這四種不同的解釋方法或許能夠較好的因應之，然而，在面對複雜社會現象時，卻同樣可能因四種解釋方法而產生不同的法解釋。在四種解釋的效力上，難以單獨界定，此時就應當「每一種解釋方法的分量，雖有不同，但須相互補足，共同協力，始能獲致合理結果。」⁶³。

法律續造之概念來自於德國——「德國民法立法者乃將法律不足之處，委諸學說及實務依一般法律原則及事物本質，進行法律續造。」⁶⁴。或謂之「當擬處理之案例依據法理念斟酌其蘊含之事理，認為有加以規範的必要，而卻在實證法上縱使經由類推適用，或目的性擴張，亦不能找到其規範依據時，便有根據法理念及事理，試擬規範的必要。此種做法即為這裡所稱之「創制性的補充」」⁶⁵。其在司法上的定義可以被做這樣的定義，即法官在案件審理過程中，當法律存在漏洞和缺憾而不能為該當案件提供裁判依據時，或雖有依據但可能導致裁判結果不公正或違反憲法原則時，法官可針對該當案件進行法律性考慮並構造出新的法律規則的司法活動。

⁶² 後兩者亦可被合併成為法律補充。參見黃茂榮，同前註 57，頁 663。

⁶³ 王澤鑑（1999），《法律思維與民法實例》，頁 290，臺北：自版。

⁶⁴ 楊日然（1984），〈民法第一條之研究〉，鄭玉波主編，《民法總則論文選輯（上）》，頁 218，臺北：五南。

⁶⁵ 同黃茂榮，前註 57，頁 752。

解釋作為對被解釋的作品的闡釋說明，它表明了作品各部分之間以及他們與世界其他各方面之間的相互關係和聯繫。一般而言之解釋，大多出於我們為說明、或是揭示、或是展現解釋物件的涵義（meaning）時重新找回和闡明原意（the original）的過程。這一點無疑是普遍且重要的，但是當我們究由內容仔細思考此前立法者所立法之實質目的之時，是否做過這樣的思考——「一項立法之所以有拘束力，並不是因為它的內容有什麼特殊之處（並非當然正義或必然正確），而是因為頒佈它的人或機關被賦予了立法權。」⁶⁶。在我們對法律這一「獨立於它創制的個人背景」而依其「公共涵義」起作用的「文化物體」進行解釋（狹義客觀解釋）的時候，我們始終面對的情況是如何將其較好的適用於具體之現狀。所以解釋在這裡就具有了獨特的發現意涵，如果我們將解釋定義為重尋原意（狹義主觀解釋），那麼顯然它「在這個資訊如此之多、傳播如此之快的現代社會」⁶⁷中是無法生存的，所以，重尋原意必然是法律解釋中的一種，而且是只最基本的一種（最基礎之解釋）。在重尋原意解釋之外，必然的存在兩種解釋，其一為創新性解釋，按照牛津大學約瑟夫·拉茲教授的定義「它是對一個熟悉的涵義的一個富有啟發性的明喻，一個令人為之動容的表述，一個大膽前衛的陳述，會令人醍醐灌頂、茅塞頓開，因為它將一個人們熟悉的觀點用一個如此新穎而有震撼力的方式表達出來了。這種新穎性，表達的新穎性，是可能的，也是富有魅力的」⁶⁸。而另外一種解釋可以被稱為革新性解釋，這種以賦予作品或法律以「新的涵義」的走的更遠的解釋

⁶⁶（以色列）約瑟夫·拉茲，張卓明等譯（2006），〈無須注重原意的解釋〉，（美）安德雷·馬默編，《法律與解釋》，頁206，北京：法律出版社。

⁶⁷ 劉翰（1994），《法學與法制》，頁249，北京：社會科學文獻出版社。

⁶⁸ 約瑟夫·拉茲，張卓明等譯，同前註66，頁206。

方式，只要他符合於將所指出的聯繫或類似，「在人們、社會或者其他的一般理論或一般真理看來是有（時代）意義的。」⁶⁹。那麼，這種解釋就是一種法律續造。

儘管法律解釋確有詳盡的方法和處理衝突的手段，法律續造也有各種定義或表述方式，但在價值法學為「法官應嚴格受制定法約束」鬆綁之後，法律解釋也隨之獲得了更大自由。因為實際上，「法律解釋與法官的法的續造並非本質截然不同之事，毋寧應視其為同一思考過程的不同階段。」⁷⁰。其不同之處，乃在於法律續造更超脫於法體系，更應受價值之考量制約。惟如同 Larenz 批判其母體利益法學時所尖銳論及的，「作為決定性的價值要以何種方式被賦予法官以及立法者，他們如何能夠獲致具體的評價標準。」⁷¹，如果說立法者可以現代多數民主作為船帆航行於價值之海的話，那麼司法者在面對價值這片汪洋的時候，似乎仍然難覓其「具體的評價標準」之槳。

二、侵權責任下的法律續造——責任主體

以本案而言，修正前證券交易法二十條僅籠統規定「違反前二項規定者」，未細化為修正後之「發行人之董事長、總經理」，以此觀之此一規定應為明顯之法律漏洞（立法者本應規範細化，卻未曾為之。）針對此一明顯漏洞，最高法所採取的方式乃是依法理之補充功能，進行續造，依最高法「法理之補充功能，在適用上包括制定法內之法律續造（如基於平等原則所作之

⁶⁹ 同前註。

⁷⁰ 參見（德）拉倫茲著，陳愛娥譯（2004），《法學方法論》，一版，頁 246，北京：商務印書館。

⁷¹ 吳從周（2011），《民事法學與法學方法—概念法學利益法學與價值法學》，頁 441，北京：中國法制出版社。

類推適用)及制定法外之法律續造(即超越法律計畫外所創設之法律規範)。」之陳詞,其顯然認定自己行為乃是一種法律續造而非法律解釋,因為在舊條文中(不論是中華民國77年1月29日公佈的中華民國94年5月18日公佈的第二十條)都僅僅做了籠統概括的立法,「其在有價證券之募集、發行、私募或買賣,不得有虛偽、詐欺或其他足致他人誤信之行為。發行人申報或公告之財務報告及其他有關業務檔,其內容不得有虛偽或隱匿之情事。違反前二項規定者,對於該有價證券之善意取得人或出賣人因而所受之損害,應負賠償之責。」最高法院認為私募或買賣有價證券之誠實義務及損害賠償責任之主體範圍與舉證責任分配確實「規定不盡明確」,並且認為95年1月11新法第二十條之一的「增修之規定,經斟酌其立法政策、社會價值及法律體系精神,應系合乎事物本質及公平正義原則,為價值判斷上本然或應然之理,自可引為法理而予適用」,雖然最高院的陳述在這裡並沒有將九十五年的新法作為裁判依據的意思,而只將其認為是續造的說理部分,但是如我們這個依據法理的「續造」按其前述做一個責任主體和責任性質(舉證責任分配)的區分會更明顯一些,法院最終認定在責任主體上「將發行證券公司(發行人)負責人,包括董事長、總經理與公司法第八條所稱當然負責人之董事及職務負責人之監察人、經理人,均納入在該條(七十七年舊法)第三項所規定之責任主體範圍之列,」而在責任性質(舉證責任分配)上亦當然採取九十五年之標準認定「並就發行人及發行人負責人,其中關於董事長、總經理部分採結果責任主義(無過失主義、絕對責任),課其縱無故意或過失,亦應負賠償責任。至其他應負賠償責任之發行人負責人即公司法第八條所稱之董事、監察人、經理人部分,則採過失推定主義,由其舉證證明已盡相當注意,且有正當理由可合理確信其內容無虛偽或隱匿之

情事者，始得主張免負賠償責任」。

如果說對「違反前二項規定者」之責任主體，得因民法第 184 條、第 185 條關於一般共同侵權行為之規定，以及公司法第 23 條關於忠實義務及善良管理人義務，民法第 28 條⁷²關於董事等人之連帶規定為體系及目的解釋等綜合考慮解釋或「依一般法律原則及事物本質」續造為「發行證券公司（發行人）負責人，包括董事長、總經理與公司法第八條所稱當然負責人之董事及職務負責人之監察人、經理人」，乃屬於「制定法內之法律續造（如基於平等原則所作之類推適用）」確有其理由，然而最高法院在適用責任性質上之認定—「並就發行人及發行人負責人，其中關於董事長、總經理部分採結果責任主義（無過失主義、絕對責任），課其縱無故意或過失，亦應負賠償責任。」似已為其所謂「制定法外之法律續造（即超越法律計畫外所創設之法律規範）」，然則此制定法外之法律續造是否確如其所言乃「依法理」，「符合事物本質」之續造呢？

就民法 184 條而言，其對法官之續造其實已有相當之指引，「違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負賠償責任。但能證明其行為無過失者，不在此限。」該第二項實際上「賦予了司法者創造行為義務的正當性，使侵權行為法上的行為義務得隨時適應社會價值體系的變遷，而有所變動，此種情形，在立法者未能及時反應時，尤具意義。基於民法第 184 條第一項第二句，司法者不僅系適應社會價值體系的變遷而創造出新的行為規範，並且也隨著社會價值體系的變遷而淘汰了落伍的行為規範。」⁷³。

⁷² 法人對於其董事或其他有代表權之人因執行職務所加於他人之損害，與該行為人連帶負賠償之責任。

⁷³ 王千維（2000），〈由民法第一百八十四條到民法第一百九十一條之三〉，蘇永欽等編，《民法七十年之回顧與展望紀念論文集（一）——總則·債篇》，

本案中最高法院對「違反前二項規定者」確係結合「致生損害於他人者」，並綜合諸法律解釋方法（民法學方法論）及社會價值體系所為之（法內）續造，應值得肯定。

亦即，法院在法實踐過程中所進行之法律續造，至少應當妥善的運用法律解釋以及「解釋性」的方法或稱制定法內的法律續造」的各種方法，如「得依法律規定中的目的，得借與法律評價一致的方法」進行「個別及整體的類推、回歸記憶體於法律中的原則，目的論限縮及目的論擴張及其他以目的論為根據的法律更正。」⁷⁴從而思考和尋找符合法秩序的答案。如本案中關於主體之續造，得結合民法 184 條、185 條、公司法第 23 條等進行權衡。但是，司法者在對成文法所未明確的內容進行續造的同時，仍然應當妥善的在「理智和反思的思辨能力是一種美德」之下進行，如在本案侵權之責任中，在歸責原則的續造上則顯然與責任主體的續造上並非一致。

三、侵權責任下的法律續造——結果責任主義與故意或過失責任主義

繼續觀察最高法在法理之帷帳下所為之法律續造，亦即其在對董事長、總經理部分所採之「結果責任主義（無過失主義、絕對責任）」，課其縱無故意或過失，亦應負賠償責任。」所謂結果責任主義亦即無過失侵權責任，在德國法稱為危險責任，在英美法稱為嚴格責任。在台灣，民法上之侵權行為多採過失責任原則，即因自己行為不法侵害他人權益時，須由故意或過失始須負損害賠償責任，一般而言，被害人對加害人之過失應負舉證責

頁 126-127，臺北：元照。

⁷⁴ 同前註 70，頁 298。

任，此即為民法 184 條之意，而出於對被害人之保護，民法上亦有推定過失責任之規定，見諸民法 187-191 條。

就過失主義與無過失主義而言，固然以過失主義為原則，而無過失主義一般「均由法律明定」⁷⁵，實際上，以歷史之演進過程觀之，在過失責任佔據民法上之主導地位前，行為人對其行為所生損害，雖無故意過失，亦應負責之原因責任主義或結果責任主義本即已為古代羅馬法及德國日爾曼法所采。惟在現代為促進資本主義產業之發展免除個人及企業之發展顧慮改採過失主義為原則，但因近代大型企業之發展（例如鐵路、汽車、飛機等高速交通工具，核能、火電、礦業等可能大規模致害之系統）而產生人類歷史上從未有過之危險或公害，故而近代之民法對以過失主義為原則加以檢討修正後普遍認為「此種危險既系由於經營企業所生，自應由企業負擔損害賠償責任……因而產生修正過失責任原則，將舉證責任轉換，甚至採取無過失責任主義」⁷⁶。（實際上，在民法第 28 條中所規定之企業法人責任，亦可視作如此之無過失主義，法人對於其董事或其他有代表權之人因執行職務所加於他人之損害，與該行為人連帶負賠償之責任。）

按台灣目前實行無過失責任之特別行為，見於公路法第 64 條第一項「汽車或電車運輸業遇有行車事故，致人、客傷害、死亡或財、物損毀、喪失時，應負損害賠償責任。但經證明其事故發生系因不可抗力或因托運人或受貨人之過失所致者，不負損害賠償責任。」所規定之汽車或電車運輸者責任；大眾捷運法第 46 條第一項「大眾捷運系統營運機構，因行車及其他事故致旅客死亡或傷害，或財物毀損喪失時，應負損害賠償責任。」所規

⁷⁵ 王澤鑑（2011），《侵權行為法》，再版，頁 669，臺北：自版。

⁷⁶ 曾隆興（1984），《現代損害賠償法論》，頁 6，臺北：自版。

定之大眾捷運系統業者責任；民用航空法第 89 條「航空器失事致人死傷，或毀損他人財物時，不論故意或過失，航空器所有人應負損害賠償責任；其因不可抗力所生之損害，亦應負責。自航空器上落下或投下物品，致生損害時，亦同。」所規定之民用航空器所有人責任；核子損害賠償法第 18 條「核子設施經營者，對於核子損害之發生或擴大，不論有無故意或過失，均應依本法之規定負賠償責任。但核子事故系直接由於國際武裝衝突、敵對行為、內亂或重大天然災害所造成者，不在此限。」所規定之核子設施經營者責任；原消費者保護法第 7 條第 2 項「從事設計、生產、製造商品或提供服務之企業經營者應確保其提供之商品或服務，無安全或衛生上之危險。」所規定之產品責任。

以此觀之，無過失責任之適用，多為「個別危險之物、設施或活動，並未采概括條款。」唯 1994 年制定之消費者保護法並無相當之危險，而有無過失責任適用之產品責任為例外。然則該無過失責任於中華民國 91 年 12 月 27 日修正時已然做出修改，增加「從事設計、生產、製造商品或提供服務之企業經營者，於提供商品流通進入市場，或提供服務時，應確保該商品或服務，符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性。」亦即，經營者對於產品之責任，可以合理安全期待之科技或專業水準進行抗辯，可見產品責任與上列無過失責任之不同⁷⁷。

⁷⁷ 然而在中國大陸，亦有類似之無過錯責任之規定，如《中華人民共和國產品質量法》第四十一條：「因產品存在缺陷造成人身、缺陷產品以外的其他財產（以下簡稱他人財產）損害的，生產者應當承擔賠償責任。生產者能夠證明有下列情形之一的，不承擔賠償責任：（一）未將產品投入流通的；（二）產品投入流通時，引起損害的缺陷尚不存在的；（三）將產品投入流通時的科學技術水準尚不能發現缺陷的存在的。」以及《中華人民共和國消費者權益保護法》第四十八條、四十九條。但，皆無所謂「其無過失」者，法院對其得減輕其賠償責任之規定。

而在本案中，最高法院在審理證券欺詐這一侵權行為時，乃以法律續造之方式，對證券交易市場中的「董事長、總經理部分」之欺詐行為課以與類似大眾捷運、航空器、核子設施相同的絕對責任——結果責任主義（無過失主義、絕對責任），課其縱無故意或過失，亦應負賠償責任。」不僅難稱合理，更難言為當然之理。實際上，在當今日益複雜的社會中，寄希望于法官進行適度的法律發現以彌補成文法之缺陷本無可非議，在近世以來也確實頗受提倡「（其）難以彌合其與個案之間的縫隙，因而主張縮減成文法的權威，擴大法官的自由裁量，希望法官自由發現法律，以彌補成文法典的缺陷」⁷⁸，但仍保持相當之應謹慎而為。

確實，一個事後法的出現，難免會給之前的案件一種「當然正確」的暗示，即會影響法官對於法律的適用，而法官似乎更可以此作為其免於仔細衡量判斷的理由，正如此案中所謂的「自可引為法理適用」，似乎事後法因此變成了理所當然的法理，但是卻怠惰的去思考這樣一個問題—法律並不是法理，一時通過之法律更非法理，它甚至可能只是多數人的暴政。「從本質上說，合理性是一個過程，而不僅僅是一個結果。」⁷⁹。與我們所強調的程式價值一樣，真正在司法裁判中得以運用的法理應該是一種理性的思考方式，是一個在適用客觀標準時，對多種方案進行的「理智和反思」反復質疑論證，是能夠「把一切不斷地引向一個目的，（而）這唯一的目的就是把成為美德的東西叫做正義。」⁸⁰的內在。

⁷⁸ 楊仁壽（1987），《法學方法論》，頁11-12，臺北：自版。

⁷⁹ （以色列）巴倫·巴拉克著，林長遠譯（2001），〈司法自由裁量權〉，信春鷹編，《公法第3卷》，頁473，北京：法律出版社。

⁸⁰ （希臘）柏拉圖著，王曉朝譯（2001），《柏拉圖全集（法律篇）》，頁963，北京：人民出版社。

伍、立法與司法之效用

一、再次變動的證券交易法的第二十條

證券交易法的第二十條這一「命途多舛」的條款並沒有就此停步，它在 2015 年又做了一次新修，即中華民國 104 年 6 月 15 日修正，中華民國 104 年 7 月 1 日公佈的最新現行版本，這個版本中對此前的認定標準和歸則原則再次做了修改，它將原先第二十條之一中「前項各款之人，除發行人、發行人之董事長、總經理外……第一項各款及第三項之人，除發行人、發行人之董事長、總經理外，因其過失致第一項損害之發生者，應依其責任比例，負賠償責任。」修改為「前項各款之人，除發行人外，如能證明已盡相當注意……第一項各款及第三項之人，除發行人外，因其過失致第一項損害之發生者，應依其責任比例，負賠償責任。」，也就是說將原先認定的與發行人負有同等級責任的董事長、總經理的無過失絕對責任降低為了推定過失責任。按此次修正之立法理由，謂之「美國證券交易法第十八條與日本證券交易法第二十四條之四及第二十四條之五對於財務報告之虛偽或隱匿系規定，發行人之董事長與總經理僅負推定過失責任，而非絕對賠償責任。顯見我國證券交易法第二十條之一有關財報不實之規定，對於董事長與總經理之責任顯然過重，而有礙企業之用才。三、為避免過苛之賠償責任降低優秀人才出任董事長及總經理等高階職位之意願而有礙國家經濟發展，爰提案將董事長與總經理之絕對賠償責任修正為推定過失責任。」

實際上，與 104 年修正證券交易法第 20 條之一時立法機關通過「有礙國家經濟發展」、「顯見我國證券交易法……」等理由詳細論證此前董事長與總經理絕對責任制之不妥相比，在 94

年對本條進行修正時之立法理由卻僅為寥寥數語「一、本條新增。二、照黨團協商條文通過。」難以窺見其確定責任之實質依據。是否關於此責任的爭議在立法過程中出現過較大爭議？然而，查諸修正之證券交易法的歷次立法會議，亦幾乎未見與會人員對於修正後 20 條之 1 第三項之責任認定方式有任何反對意見，僅蔡英文就之後的比例責任問題提出專門（反對）意見……「這是本席第一次看到具體條文中規定了比例責任制，比例責任制是英美法的概念，而我們的法院和法律體制中並沒有這個習慣，因此這項規定要在我們的法規結構中有效執行，恐怕要再斟酌。」⁸¹。然而亦未對絕對責任問題提出任何質疑。

在本案中，立法上有意或無意的忽視（或言法律漏洞），並沒有在司法中得到正視，在最高法院 101 年度臺上字第 002037 號所論述的「法理，乃指為維持法秩序之和平，事物所本然或應然之原理」、「系合乎事物本質及公平正義原則，為價值判斷上本然或應然之理」之判斷，並「理所當然」的將 95 年 1 月 11 修正後之證券交易法第 20 條適用於修正前之案中，課董事長、總經理以結果責任主義（其縱無故意或過失，亦應負賠償責任。）。然而，「在 20 條之一增訂之前，此一顯較當時法律規定嚴格之發行人、發行人之董事長及總經理均負無過失責任的責任形態，在學說及實務中均未曾見。」⁸²。更何況，101 年時該 95 年 1 月 11 日修正之後法或許已非當然之理，實際上，在證券法上起步較晚相對落後的中國大陸業已在（將近）十年前由最高人民法院的法釋〔2003〕第 2 號《最高人民法院關於審理證券市

⁸¹ 見立法院第 6 屆第 2 會期財政委員會第 4 次全體委員會會議。

⁸² 參見邵慶平（2014），〈證券交易法的法律變更與續造〉，《月旦裁判時報》，26 期，頁 65。

場因虛假陳述引發的民事賠償案件的若干規定》中規定「發行人、上市公司、證券承銷商、證券上市推薦人負有責任的董事、監事和經理等高級管理人員有下列情形之一的，應當認定為共同虛假陳述，分別與發行人、上市公司、證券承銷商、證券上市推薦人對投資人的損失承擔連帶責任：（一）參與虛假陳述的；（二）知道或者應當知道虛假陳述而未明確表示反對的；（三）其他應當負有責任的情形。」顯見對於相關人員並非採取絕對的結果責任制。固然，各種「外國法」之是否得引為法理適用以補充法律漏洞未必盡如最高法院五十九年臺上字第一〇〇五判決所陳，但最起碼作為一種反對將事後法當然適用於前案的理由，應非全無是處。

二、立法與司法之理論邏輯

立法是使法律理念與將來可能的生活事實調適，司法（法律發現）是使法律規範與現實的生活事實調適⁸³。

就立法與司法而言，雖然其目的同樣為「生活事實調適」，即兩者所追求的總體價值目標是一致的，即都是為了維護社會秩序、保護合法權益、制裁違法行為、實現社會的公平和正義。但是二者卻仍有相當之不同，就基本價值而言，立法乃是側重於「確立」社會秩序，而司法則為「維護」社會秩序，但司法上的這一維護需要以立法上所確立的內容為基礎；就二者之實施主體而言，立法乃是「集體智慧」、代表「民主民意」之立法機關經過特定的民主程序進行廣泛討論之後所為，而司法則是由特定的司法人員獨立完成的；就二者所規範的對象而言，立法所規範的是社會中具有普遍性的行為，而司法所涉及的對象是社會中相對

⁸³ 考夫曼著，吳從周譯，同前註 22，頁 38。

特殊性的具體行為；就二者的效力而言，立法是一種具有「普遍性約束力」的法實踐，而司法是一種具有「特定強制力」的法實踐。

與相對靜態普遍性的立法相比，司法本身就是一種「特殊性」的法實踐，它需要在具體生活事實中維護法秩序，它需要由特定的人獨立完成對具體生活事實的裁判，它需要對特殊的具體生活事實（相對於守法的一般秩序而言需要進行司法裁決的違法行為是特殊罕見的），它需要對具體生活事實加諸強制力。司法的這種始終面對「具體生活事實」的特性決定了其與立法的根本不同，「法律乃是部分地不確定或不完整的」⁸⁴，甚至於一個具體的法律規則都很難說是完善的，因為要求專注於法律知識的法官們在面對層出不窮的新事物時能夠用固定的法律作為畫筆繪出一張關於新事物的完整法律圖像實在是一件非常困難的事情。所以如哈特與邊沁所主張的，應當給與法官「針對法律的這種特性行使其有限的造法裁量許可權以填補法律的漏洞」（哈特），「（法官）他就必須行使他的裁量權為該案件造法，而非僅僅適用於已存在的法律」（邊沁）⁸⁵。

法律是一種抽象的語言表達，本不可能面面俱到對所有行為作出規範，也難以期待其用有限的文本對這些行為作出詳盡的描述。首先，以法規則中最基本之法律概念為例，在具體法律條文中常常出現對於法律概念或無定義或一筆帶過之法律概念，舉「人生不可避免之惟死亡與稅收」中而具普遍性之稅言之，不僅其概念「在成文法上罕有對租稅進行定義的」⁸⁶、甚至於這種古

⁸⁴ H. L. A. Hart, *supra* note 48, at 272.

⁸⁵ 王澤鑑，同前註 58，頁 24。

⁸⁶ 金子宏（2007），《租稅法》，12 版 1 刷，頁 8，東京：弘文堂。

老的事物「迄今為止，租稅的法律概念，可以說尚未有理想的定論」⁸⁷。即便在稅中細化定語為所得稅之「所得」此一「核心概念」時，仍然長期存在著源泉說、淨資產增加說、市場取得說等爭議，以至於被稱為「企業所得為何？此一質問幾乎等於變色龍之顏色為何之質問，良以所得與變色龍之顏色同，均因外界之條件如何而左右，可以微細的濃淡差異，而由此一極端，變向另一極端。所得或財產的內容，亦因納稅人之不同，而千差萬別。」⁸⁸。因此，即便再簡單的法律規則，也會經常遇到適用上的困難，而這些都很難直接進行適用。（當然，在最為善變之稅法上，即便對解釋適用有經濟觀察法之特色，但由於其作為一種侵害性規範，對其概念規則之解釋與適用，仍應格外重視法之安定性。⁸⁹）。

其次，因為法律規則究其根本是立足於社會關係之上的描述和整理，在社會關係較為簡單，市場交易並不繁雜，科技變化緩慢的早期，（立法而得的）法律規則尚且能夠較為全面較清晰的用有限的文字對其進行表述，亦即在法律實踐中（司法上）可以相對簡單的直接適用於具體個案中，但是在日新月異的電子時代，相對固定的法律卻很難跟上摩爾定律的步伐⁹⁰，電腦性能的高速有積體電路的電子元件作為載體，但是法律的載體卻仍然是古老的語言文字，隨著高速的資訊技術進步傳統法律也面臨巨大的問題，隨著市場主體將視野拓展到更複雜的、更具有擬制抽象

⁸⁷ 新井隆一著，林燧生譯（1984），《租稅法之基礎理論》，頁1，臺北：財政部財稅人員訓練所。

⁸⁸ 鹽崎潤著，鄭玉波譯（1965），《論租稅通告之任務與機能》，《日本租稅法論文集》，頁25，臺北：中國租稅研究會。

⁸⁹ 金子宏（2007），《租稅法》，12版1刷，頁100，東京：弘文堂。

⁹⁰ 吳志攀（2015），〈「互聯網+」的興起與法律的滯後性〉，《國家行政學院學報》，3期，頁40。

性的「關係」中去，我們也會發現法律規則的直接適用面臨著更大的問題。例如在面對期貨交易這種「並無實際商品交割買賣，而是利用期間價格變動而從中獲利，從而需要對商品價格變動預測有高度知識，且具有高危險性的投機性買賣」的現代新型交易時，法律勢難予以周全之規定，如何運用相對固定之法律規則保護人民之基本權利、維護自由意志和社會秩序，則確實需要法官在具體司法活動中發揮主觀能動性。在日本最高法院昭和六十一年所作出的判時一一九六號一零二頁之判決⁹¹中，即肯認二審所支持之五十二歲家庭主婦根據「違反民法上公序良俗」⁹²所為之請求，認為經業者反復勸誘之「不適格」顧客雖「自願」簽訂的此類期貨委託契約亦得請求無效並得主張損害賠償責任，從而駁回業者之上訴。日本最高法院關於此案之認定，實際上是一種對公序良俗概念的「活用」，亦即擴大的「著重於契約締結過程中的不正當性」（反復勸誘）而非機械性的以「顧客在選擇簽訂委託契約時」的自願為視點，此種「以善良風俗為方法而結合某一特定的他人為行為標的」的背俗侵權⁹³的過程化思考值得重視。

所以，法官在司法上的一定程度裁量權（制定法內之法律續造（如基於平等原則所作之類推適用）），甚至於「造法裁量許可權（制定法外之法律續造（即超越法律計畫外所創設之法律規範））」是應當被提倡的，否則（立法上的）法律在面對具體生活事實時的困境就無法得到解決。「法律是一種抽象的規範，只

⁹¹ 該案例參見後藤卷則（1998），〈公序良俗〉，「森泉章先生古稀祝賀論集」刊行委員會主編，《現代判例民法學の理論と展望—森泉章古稀祝賀論集》，頁30-42，東京：法學書院。

⁹² 日本民法第90條公の秩序又は善良の風俗に反する事項を目的とする法律行為は、無効とする。

⁹³ 蘇永欽（2002），《走入新世紀的私法自治》，頁337，臺北：元照。

有法官的判決才使立法機關的命令轉化為強制公眾履行的義務。法官賦予法律以真實而具體的外觀。因此我們可以說，法律最終定格在法官賜予它的形式。」⁹⁴。正因如此，司法者不僅僅是一個照本宣科的宣判者，他更應當是一個能動的法律實踐者，當我們面對的社會日益繁雜多變的情況下，當我們為克服立法缺陷而將如此重要的職能賦予司法者的同時，他應當更加認識到「實質意義上的法治國家，就是司法國家」⁹⁵，他應該能動的、理性的、實事求是的賦予法「性格」。

就法治國家而言，司法權可謂是人民權利的最後一道防線，因為國家權力（立法及行政）上的多數人暴力，實際上已經剝奪了個人的具體選擇權，人民只能司法裁判中尋求其在具體生活事實上的保障，「由於司法權存在，使在行政、立法上居權力服從關係之人民，得以擁有法律上防禦權。此種防禦能力，藉由法院權力保障形式或程式，而具有約束力。」⁹⁶。只是，法官在行使這項光榮而沉重的裁量權的時候，必須像一個審慎的立法者一樣，通過反復的思辨，斟酌各方面因素思考出多種可能的解決方案，像一個民主的立法者一樣，在這些合法的方案中進行有意識的思想鬥爭，最終選出一個最佳的解決方案，而專斷擅行的以事後法作為當然、唯一的選擇顯然是不恰當的，對於立法權而言，這種不假思辨的盲從同樣意味曲解意味著一種侵害。如同立法者應當依據嚴格的立法程式完成立法一樣，司法者在確實需要進行法律之外的續造時，即便這一過程並未有如立法程式「經提案、

⁹⁴ Sussman, *The Courts and the Legislative Branch*, 3 MISHPATIM 213 (1971) 轉引自前註 79。

⁹⁵ 翁岳生（1982），《行政法與現代法治國家》，頁 392，臺北：自版。

⁹⁶ 葛克昌（2009），〈行政救濟之法治國家要求〉，葉俊榮編，《法治的開拓與傳承》，頁 194-195，臺北：元照。

19 人程式委員會審定、一讀、二讀、三讀」等之明確規定，但仍然應當有一個合理的檢證過程，試問司法者將一個原先沒有的更嚴苛的證明標準以依法理為由提前適用於舊案，之後這樣嚴苛的證明標準又因為不合理為立法機關所廢棄，此時法院該如何解釋他當時所認定的「經斟酌其立法政策、社會價值及法律體系精神，應系合乎事物本質及公平正義原則，為價值判斷上本然或應然之理，自可引為法理而予適用。」呢？

陸、結語——理法合致

不論民法中理這一概念是否在民法條文中被切實之引為法源，其在本質上就確實具有著事物本質、法律邏輯、合理化的意味。只是我們在迫切引進西方（法律）知識的 19 世紀初，把本身存在於我們對於法理解的中的「理」連同洗澡水（某些封建禮俗）一起倒掉了，在變法圖強的壓力下也疏於對西方的法治思想內核深加品讀。固然，在那個現代知識匱乏，法律落後的時代這種「金鐵主義」或確有其必要性，只是因此而來的對「理」的忽視卻始終沒有回暖，這裡的「理」實際上就是羅曼·赫爾佐克（Roman Herzog）在他國家法論著中提到的「世間と人間についての知識」（世間和人間的知識）綜合的三理合一，惟有瞭解世事的人才能夠在具體實踐中理解和運用好法律，村上淳一進一步加注認為只有在這樣的技術下「司法」的合理性才有可能隨之而來⁹⁷。

而法理之內涵及運用不僅在民國十八年至今一百零七年間的九十年間未見釐清，日益擴張的學說以及固化的法律條文反而使得裁判者在面對變化多端的民事爭議時愈加無所適從，而這時，

⁹⁷ 村上淳一（1996），《現代法の透視図》，頁 113，東京：東京大學出版會。

模糊不清的法理便成為了司法裁判上的「尚方寶劍」。從邏輯的角度看，裁判不公正的根源在於思維的不全面－「法律的帝國並非由疆界、權力或程式界定，而是由態度界定。」⁹⁸。在司法者無法得由民主獲得如立法者之正義價值，無法經由明文的程式獲得正當性的情況下，他在進行法律續造時應以在態度（即運用妥適、具有合理程式之內在思維方式）上有相當謹慎之注意為首要過程，應綜合考慮「事物本質（法理乃事物當然之理）」、「法律傳統（含立法目的）」、「民間習慣（習慣法乃至實在法事實上的母親）」、「他國立法（尤其為繼受母國）」，而非當然選取某一時點或特定之方法，或將後法適用於前事之簡單續造。亦同民法第一條中加入法理之初衷，之所以提倡給予法官一定程度內的法律續造功能，乃是為彌補立法上的不足，更好的維護人民權利以期為制定法加入一流活水，而並非機械式或自由式的進行續造。

所謂，「知法」，如果我們僅僅將其作為知道、掌握法律而對法律進行實際適用的話，那麼在當今這個形式法已趨於完備的互聯網資訊科技時代之下，或許在不遠的將來一個完善的資料庫和法律機器人就足以履職。然而，就像兩千多年前的羅馬法一樣，我們在理解和適用法律之際，必須始終「將人置於所有法的中心」⁹⁹，如果我們堅持以人的立場出發，強調人的本質和人的發展，那麼只有「明理」才是「適法」之根本。老子道德經有謂，「知常曰明」¹⁰⁰，此種「明理」之基礎即為「知常」，意即

⁹⁸ （美）Ronald Dworkin 著，李常青譯（1996），《法律帝國》，頁 367，北京：中國大百科全書出版社。

⁹⁹ （意）Sebastiano Tafaro 著，婁愛華譯，〈羅馬法中的人與家庭〉，《法律科學》，2015 年 3 期，頁 190。

¹⁰⁰ 王弼著，樓宇烈校釋（2008），〈老子道德經註校釋〉，頁 36，北京：中華

唯有通過對符合事物本質的常理的明，才可能進一步的明法理，明人間理。更何況，「知識完全確定的時代還沒有到來，特別是在法律領域中」¹⁰¹，無論在法律條文中是否有「得依法理」之明文，唯有勿「溺於知見」的用一杆「法官明理」的天平，去配合那一柄「法官知法」的長劍，才能穿透萬象，在司法裁判中繪製一幅完整的司法女神像。

書局。

¹⁰¹ 王曉（2010），〈法律類型理論和類推方式研究〉，張曉光編，《法律邏輯的理論與實踐》，頁 268，北京：學林出版社。

參考文獻

一、中文部分

- 巴倫·巴拉克著，林長遠譯（2001）。〈司法自由裁量權〉，信春鷹編，《公法》第3卷，頁449-492。北京：法律出版社。
- 王千維（2000）。〈由民法第一百八十四條到民法第一百九十一條之三〉，蘇永欽等著，《民法七十年之回顧與展望紀念論文集（一）》，頁103-175。臺北：元照。
- 王伯琦（1963）。《民法總則》。臺北：正中書局。
- 王弼著，樓宇烈校釋（2008）。《老子道德經註校釋》。北京：中華書局。
- 王曉（2010）。〈法律類型理論和類推方式研究〉，張曉光主編，《法律邏輯的理論與實踐》，頁257-268。臺北：學林出版社。
- 王澤鑑（1999）。《法律思維與民法實例》。臺北：自版。
- 王澤鑑（2009）。《民法學說與判例研究（第二冊）》。臺北：自版。
- 王澤鑑（2011）。《侵權行為法》。臺北：自版。
- 朱熹（1987）。《文淵閣四庫全書》，1144冊。上海：上海古籍出版社。
- 考夫曼著，吳從周譯（1999）。《類推與事物本質—兼論類型理論》。臺北：學林事業。
- 伯恩·魏德士著，丁曉春、吳越譯（2013）。《法理學》。北京：法律出版社。
- 邵慶平（2014）。〈證券交易法的法律變更與續造〉，《月旦裁判時報》，26期，頁60-66。

- 吳志攀（2015）。〈「互聯網+」的興起與法律的滯後性〉，《國家行政學院學報》，3期，頁39-43。
- 吳從周（2008）。《民事法學與法學方法論》（第一冊）。臺北：一品文化。
- 吳從周（2011）。《民事法學與法學方法—概念法學利益法學與價值法學》。北京：中國法制出版社。
- 吳從周（2013）。《法源理論與訴訟經濟》。臺北：元照。
- 吳從周（2015）。〈獨任或合議—第二審審級制度的一個反思〉，董世明、許政賢編，《兩岸民事法學會通之道》，頁63-95。臺北：元照。
- 呂祖謙（1987）。《東萊外集1卷》。上海：上海古籍出版社。
- 拉倫茲著，陳愛娥譯（2004）。《法學方法論》。北京：商務印書館。
- 哈貝馬斯著，洪佩鬱，藺青譯（1996）。《交往行動理論》。重慶：重慶出版社。
- 施特勞斯著，何地譯（2006）。《論僭政——色諾芬〈希耶羅〉義疏》。北京：華夏出版社。
- 柏拉圖著，王曉朝譯（2001）。《柏拉圖全集（法律篇）》。北京：人民出版社。
- 約瑟夫·拉茲著，張卓明等譯（2006）。〈無須注重原意的解釋〉，德雷·馬默主編，《法律與解釋：法哲學論文集》，頁195-223。北京：法律出版社。
- 耶林著，柯偉才、於慶生譯（2009）。《法學的概念天國》。北京：中國法制出版社。
- 范曄（2009）。卓茂傳，《後漢書》上。長沙：嶽麓書社。
- 孫國華、朱景文（2004）。《法理學》。北京：中國人民大學出版社。

- 翁岳生（1982）。《行政法與現代法治國家》。臺北：自版。
- 張文顯（1996）。《二十世紀西方法哲學思潮研究》。北京：法律出版社。
- 張汝倫（1999）。《歷史與實踐》。上海：上海人民出版社。
- 張岱年（1982）。《中國哲學大綱》。北京：中國社會科學出版社。
- 張栻（1999）。《南軒集 26 卷》。長春：長春出版社。
- 梁慧星（1999）。《民法解釋學》。臺北：五南。
- 陳新民（2001）。《法治國家論》。臺北：學林出版社。
- 麥考密克、魏因貝格爾著，周葉謙譯（2004）。《制度法論》，北京：中國政法大學出版社。
- 凱爾森著，沈宗靈譯（1996）。《法與國家的一般理論》。北京：中國大百科全書出版社。
- 博登海默著，鄧正來譯（1998）。《法理學：法律哲學與法律方法》。北京：中國政法大學出版社。
- 曾隆興（1984）。《現代損害賠償法論》，臺北：自版。
- 馮契（1992）。《哲學大辭典》。上海：上海辭書出版社。
- 黃建輝（1988）。《民法上之類推適用》。國立台灣大學法律學研究所碩士論文。
- 黃茂榮（2005）。《稅法總論（第二冊）》。臺北：自版。
- 黃茂榮（2009）。《法學方法與現代民法》，增訂六版。臺北：自版。
- 新井隆一著，林燧生譯（1984）。《租稅法之基礎理論》。臺北：財政部財稅人員訓練所。
- 楊仁壽（1987）。《法學方法論》。臺北：自版。
- 楊日然（1984）。〈民法第一條之研究〉，載鄭玉波主編，《民法總則論文選輯（上）》，頁 206-220。臺北：五南。

- 葛克昌（2009）。〈行政救濟之法治國家要求〉，葉俊榮編，《法治的開拓與傳承》，頁 193-205。臺北：元照。
- 劉作翔（2017）。〈司法中彌補法律漏洞的途徑及其方法〉，《法學》，2017 年第 4 期，頁 51-60。
- 劉翰（1994）。《法學與法制》。北京：社會科學文獻出版社。
- 鄧尼斯·勞埃德著，許章潤譯（2007）。《法理學》。北京：法律出版社。
- 鄧克銘（1993）。《宋代理概念的開展》。臺北：文津出版社。
- 鄭玉波（1980）。《民商法問題研究（一）》，國立台灣大學法學叢書編輯委員會編，3 版。臺北：三民書局。
- 蘇永欽（1999）。〈民法第一條的規範意義〉，楊與齡編，《民法總則爭議問題研究》，2 版。臺北：五南，頁 1-40。
- 蘇永欽（2002）。《走入新世紀的私法自治》。臺北：元照。
- 鹽崎潤，《論租稅通告之任務與機能》，載鄭玉波譯（1965）。《日本租稅法論文集》，頁 21-35。臺北：中國租稅研究會印行。
- Sebastiano Tafar，婁愛華譯（2015）。〈羅馬法中的人與家庭〉，《法律科學》，3 期，190-200 頁。
- Ronald Dworkin 著，李常青譯（1996）。《法律帝國》。北京：中國大百科全書出版社。
- Richard A. Posner 著，蘇力譯（2002）。《法理學問題》。臺北：元照。

二、日文部分

- 民法改正研究會（2009）。《民法改正と世界の民法典》。東京：信山社。
- 田中成明（2011）。《現代法理學》。東京：有斐閣。

村上淳一（1996）。《現代法の透視図》。東京：東京大學出版會。

太田勝造（2013）。〈法と正義の相互作用－人間進化における適応の觀點から〉，日本法社會學會，《法社會學－法と正義の相克》，78 號，頁 30-62。東京：有斐閣。

金子宏（2007）。《租税法》，12 版。東京：弘文堂。

後藤卷則（1998）。〈公序良俗〉，〈森泉章先生古稀祝賀論集〉刊行委員會主編，《現代判例民法學の理論と展望－森泉章古稀祝賀論集》，頁 30-42。東京：法學書院。

宇佐美誠（1993）。《公共的決定のとしての法－法實踐の解釈の試み》。東京：木鐸社。

三、英文部分

H. L. A. Hart (2nd ed. 1997). THE CONCEPT OF LAW. New York: Oxford University Press.

Lon L. Fuller (1969). THE MORALITY OF LAW: REVISED EDITION. New Haven: Yale University Press.

