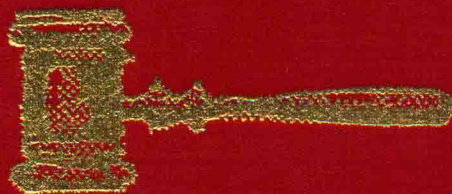


法學方法論之進展

—實踐哲學的復興

楊仁壽著





9 787770 196171

法學方法論之

進展

\$600

基礎法學叢書 2

法學方法論之進展 — 實踐哲學的復興

■ 楊 仁 壽 ■

2013 年

法學方法論之進展

— 實踐哲學的復興

著作人：
兼發行人：楊仁壽

總經銷：三民書局有限公司

地址：臺北市重慶南路一段六一號
郵政劃撥帳號：〇〇〇九九九八一五號

印刷者：文太印刷企業有限公司

地址：新北市中和區中正路九〇八號六樓
電話：(〇二) 二二二三—九四九七

中華民國一〇二年四月初版

有著作權・請勿侵害

精裝本定價新臺幣六〇〇元整

序言

一、本書發想於余任大法官時，嗣因先後奉調長公懲會、最高法院，為公務所羈，無從為繼。僅能利用公餘之暇，勤讀文獻。迨民國一〇一年二月十六日，屆齡退休，始克摒除一切雜務，專心致力於此，以償夙願。

二、隨著社會多元，原有「裁判型式」（要件↓效果），已不能因應整個社會所需，惟大學所授課程、立法所制定條文，仍相沿成習，陳陳相因，以致法律人祇知有此型式，不知有他。因而法律人出而致用，甚至掌理國家大政，不免囿於所學，乃至受制於所立之法，為「裁判型式」之觀念所羈，並以此為其唯一之運作方式，其不被縛手縛腳者幾希。

欲期其「有能」，不免憂憂乎其難矣。

三、事實上，行政、財政、經濟等部門，不能再拘於一格，應從觀念上、立法上、執行上亟謀改弦更張，以「管理型式」（手段→目的），為其主要運作方式，始能展其氣魄，大開大闔，以造福民生。立法及民意部門，應主要以「合意型式」為其運作方式，提高議事效率，庶期圓滿和諧。法學教育、立法條文及執法觀念，若仍泥於祇有「裁判型式」一型式，非惟國家之不幸，亦法律人之悲哀。

四、即使是「裁判型式」，亦應以「對話」為主，以「論證」為之，並輔以其他型式，非法官所可獨斷。否則恐龍之說，仍然壓頂；化石之名，永難洗刷。法律人最悲哀之事，莫過於不能用法，反為法所制，此不僅司法之不幸，亦為法律人之不幸。

五、切望本書之出，能掃此陰霾。使法律人在「裁判型式」下，能作名垂

千古之判決；在「管理型式」下，能開創國家新機運；在「合意型式」下，能立下宏規。

六、謹以本書，獻給我永遠思念的先父母，並感謝他們育劬及栽培之恩，以及感謝師長的教誨，與愛妻之鼓勵。

楊 仁 壽

二〇一二年十二月

目次

第一編 引論

第一章 法律人的志業·····	三
第二章 正義的追求及其不完美性·····	一三
第三章 中西學者追求之方向·····	二一

第二編 法學方法論在方法上的進展

第一章 法學方法論之發展·····	五五
第一節 法學方法論之濫觴·····	五五
第二節 法律實證主義與漏洞的問題·····	五八

第一款 薩維尼的法律實證主義·····	五八
第二款 康托羅維茲之自由法及主義主義的法律學·····	六一
第三款 埃爾利希法律學的邏輯之批判·····	六六
第三節 現代法學方法論之展開·····	七二
第一款 法的思考之邏輯·····	七三
第二款 對邏輯之不信與追求評價之合理性·····	七八
第三款 法的論證之理論·····	八〇
第二章 實踐哲學的復興·····	八九
第一節 法的論證實踐理性之任務及界限·····	八九
第二節 實踐哲學之復興與法學方法論·····	九四
第一款 實踐的論證——推論與討論·····	九四
第二款 法律學上評價之不可避免性·····	一〇三
第三款 法的論證與實踐理性·····	一〇八

第三章 麥考密克有關法的推論之理論·····	一一一
第一節 基本的考察框架·····	一二一
第二節 法的推論之構造·····	一二六
第一款 演繹的正當化·····	一二六
第二款 第二階段的正當化·····	一三二
第三款 批判的考察與再構成·····	一四五
第三節 實踐理性與法的推論·····	一五四
第四章 阿列克西有關法的討論之理論·····	一六五
第一節 基本的考察框架·····	一六五
第二節 一般實踐的辯論·····	一七六
第三節 法的論證之構造與辯論程序·····	一八八
第一款 內部正當化 (internal justification) ·····	一九〇
第二款 外部正當化 (external justification) ·····	一九三
第一目 解釋的規準·····	一九三

第二目 法教義學·····	二〇二
第三目 先例·····	二一一
第四節 法的辯論與一般實踐的辯論之關係·····	二一四
第五章 麥克密克之推論與阿列克西之討論兩理論之比較·····	二二九
第一節 兩理論之基本差異·····	二二九
第二節 法的論證之構造與實踐理性之作用·····	二三二
第三節 法的論證之合理性基準與實踐理性之性質·····	二四〇
第四節 兩理論與羅爾斯正義論之關係·····	二四三
第三編 法學方法論在理論上的進展	

第一章 價值相對主義之再認識·····	二五三
第一節 基本的主張內容與其方法論的基礎·····	二五三
第二節 主張內容之批判的檢討·····	二五八
第一款 價值或規範的終極性、多元性及等價性·····	二五九

第二款 重新認識價值相對主義之方法論的基礎	二六三
第二章 價值相對主義之突破	二六九
第一節 現代正義論之問題狀況與背景	二六九
第二節 正義之二原理	二七四
第三章 實踐的理論之探索	二八三
第一節 超越實證主義或形式邏輯學的知識層次	二八三
第二節 日常語言學派	二八五
第三節 新的推論與實踐的辯論理論	二九〇
第四章 實踐的論證之對話的合理性基準	二九七
第一節 實踐知識之實踐的論證	二九七
第二節 對話的合理性基準之基本概念	三〇四
第一款 共同觀點之相互諒解與理性合意之形成	三〇四
第二款 理想的論證狀況	三〇八
第三款 語用論層次與程序過程之重視	三一

第三節 實踐的論證之制度化·····	三一四
--------------------	-----

第五章 法之支配的再認識·····	三一九
-------------------	-----

第四編 法學方法論在類型上的進展

第一章 現代法的全貌·····	三二七
-----------------	-----

第一節 多元的法模式之觀點·····	三二七
--------------------	-----

第二節 法化、非「法化」與反「法化」之論證·····	三三〇
----------------------------	-----

第二章 法的三類型模式·····	三三五
------------------	-----

第一節 裁判型法、管理型法或自治型法·····	三三五
-------------------------	-----

第一款 法的三類型模式之意義·····	三三五
---------------------	-----

第二款 法的三類型之相互關係·····	三四三
---------------------	-----

第二節 裁判型法與近代西歐法·····	三四七
---------------------	-----

第一款 裁判型法之特質與該制度之形態·····	三四七
-------------------------	-----

第二款 裁判型法與近代西歐法之關係·····	三五〇
------------------------	-----

第三款 近代西歐法之裁判型法，與管理型法及自

治型法之關係……………三五三

第三節 自治型法……………三五六

第四節 管理型法……………三六〇

第三章 現代之法狀況與對應……………三六五

第一節 合法主義、法道具主義或非正式主義……………三六五

第一款 合法主義 (legalism) ……………三六六

第二款 法道具主義 (legal instrumentalism) ……………三六八

第三款 非正式主義 (informalism) ……………三六九

第五編 法學方法論在實踐上之進展

第一章 裁判過程之實踐……………三八三

第一節 近代裁判觀之形成與展開……………三八三

第二節 自由法運動及利益法學的裁判觀……………三八八

第三節 社會學的法學及現實主義法學的裁判觀·····	三九一
第二章 法之適用的實踐·····	三九七
第一節 法之適用過程及法的三段論法·····	三九七
第二節 法的三段論法之界限及其意義·····	四〇二
第三節 認定事實·····	四〇六
第一款 認定事實之特質·····	四〇六
第二款 認定事實與證據·····	四一〇
第三款 證明責任·····	四一三
第四節 法之解釋·····	四一五
第一款 法的解釋與繼續形成·····	四一五
第二款 法解釋的目標及標準·····	四二三
第三章 法解釋理論論戰的實踐·····	四二一
第一節 二戰後日本之法解釋論戰·····	四二一
第一款 論戰的主要爭點及基調·····	四三一

第一目	來栖三郎提出之問題·····	四三三
第二目	法解釋的主觀性及客觀性·····	四三五
第三目	川島武宜的法律學論·····	四三七
第四目	預見的法律學與判例研究·····	四三九
第五目	教義學的法律學再評價·····	四四一
第二款	利益衡量之崛起·····	四四三
第一目	加藤一郎與星野英一主張之內容·····	四四三
第二目	利益衡量的批判·····	四四五
第二節	現代法解釋理論的展開·····	四四八
第一款	歐美法學方法論之新趨勢·····	四四八
第二款	法與經濟學之研究·····	四五〇
第三款	德沃金的司法的決定及法解釋理論·····	四五三
第四款	作為完整性的法與構成的解釋理論·····	四五七
第五款	德沃金之司法的決定及法解釋理論可供	

我國深化法學的參考.....	四六一
----------------	-----

第三節 法政策學與訴訟類型論.....	四六四
---------------------	-----

第一款 平井宜雄之法政策學.....	四六四
--------------------	-----

第二款 平井宜雄之論證的法律學.....	四六九
----------------------	-----

第四章 法的思考及論證之實踐.....	四七七
---------------------	-----

第一節 法的思考.....	四七七
---------------	-----

第一款 法的思考之基本特質.....	四七七
--------------------	-----

第二款 司法裁判之制度的框架及相關的特質.....	四七九
---------------------------	-----

第三款 法的思考與要件↓效果圖式.....	四八三
-----------------------	-----

第四款 法的思考與法的判斷.....	四八七
--------------------	-----

第五款 法的思考與形式邏輯學.....	四九〇
---------------------	-----

第六款 法的思考與經驗科學.....	四九一
--------------------	-----

第七款 法的思考之轉向.....	四九四
------------------	-----

第二節 實踐的論證.....	四九七
----------------	-----