



Contemporary Legal Methodology

現代 法學方法

新論



黃維幸 著

 三民書局



Contemporary Legal Methodology

現代 法學方法 新論



黃維幸 著

 三民書局

國家圖書館出版品預行編目資料

現代法學方法新論 / 黃維幸著. — 初版一刷. —

— 臺北市：三民，2014

面；公分

ISBN 978-957-14-5898-4 (平裝)

1. 法學 2. 方法論

580.1

103004772

◎ 現代法學方法新論

著 作 人 黃維幸

責任編輯 陳韻筑

美術設計 馮馨尹

發 行 人 劉振強

著作財產權人 三民書局股份有限公司

發 行 所 三民書局股份有限公司

地址 臺北市復興北路386號

電話 (02)25006600

郵撥帳號 0009998-5

門 市 部 (復北店) 臺北市復興北路386號

(重南店) 臺北市重慶南路一段61號

出版日期 初版一刷 2014年4月

編 號 S 586180

行政院新聞局登記證局版臺業字第〇二〇〇號

有著作權・不准侵害

ISBN 978-957-14-5898-4 (平裝)

<http://www.sanmin.com.tw> 三民網路書店

※本書如有缺頁、破損或裝訂錯誤，請寄回本公司更換。

■ 自 序 ■

Preface

約十年前，也就是在準備回臺前後的幾年，我除了繼續在美執業的商法及國際經濟法本行的研究及著作，以及有鑑於臺灣正處於民主轉型的情勢而加強原本就有研究興趣的憲法知識之外，我沒有想到對過去雖有關心的法哲學及法學方法，會有一天成了我的精力及時間專注的領域。但是，2005年返臺執教後不久，我已經深深了解臺灣法學界的根本問題之一是：法學基礎理論的薄弱及陳腐。在這樣不穩固的根基之上，企圖在個別法學領域有所提升，真宛如緣木而求魚；而個別領域表面上的熱鬧，不過看似外強而中乾。就像先賢培根 (Bacon) 早就說過：「如果你要樹多結果，改進樹枝沒有用，必得翻泥添土。」我於是開始構想一本法學方法的專著，試圖在最短時間內與苦心摸索、尚無成見、不盲信「大師」，對法學研究依然充滿熱誠與好奇的年輕法學者，在這相當空白的領域互相交流。之所以遲至今日，一方面是國科會的「專家」兩度認為我沒有資格（應該說是認為沒有生活補貼的必要），拒絕我的相關申請計劃，使我少掉結案期限的自律。他方面則是近幾年來，其他研究占用了我大部分的注意。本書雖是千呼萬喚始出來，我一則高興不必受一些「權威」在結案時，胡言亂語，自曝其短的「評審」，或委曲己見做不必要的妥協；再則更高興我在臺六、七年來對自己也是知識成長的一個記錄終能面世。

出版雖有遲延，我在本書盡量以過去臺灣法學界探討不足，或至少不是以本書的研究取向處理的法學方法議題做為闡釋的對象。你或許會奇怪我何以會有這種態度及評價？臺灣的法學界不是以「繼受」外國法學理論為法學研究進步的最高象徵，而對各種「深奧」的法學論述不都



是琅琅上口嗎？我想這是因為大家只以理所當然的努力「繼受」為務，卻很少進一步深究法律「繼受」的可能或什麼樣的可能的前置性問題。

「繼受」的法律及法學是外國文化及社會脈絡整體的一部分，既無法脫離其脈絡而了解，也不能切割脈絡而承受。不只如此，「繼受」法學方法的現象本身就代表自身傳統法哲學及法學方法的弱勢，至少是與「繼受法」不同。因此，從自身的文化及社會的基礎試圖了解充斥不同價值及意識形態的外國法律，絕對無法做到全部及真正的理解，最多只能有不同的領悟。同時，以本來就已是不同或扭曲的根基去了解「繼受」的法律，結果如果不是錯誤，至少是與真貨非常不同。所以德國思想家海德格 (Heidegger) 才會說：「不論有多少資訊都不是真知，即使課程及考試的必要使資訊有其實際的重要，資訊仍然不等於知識。就算這些資訊關係最必要的需求，有了資訊也非知識。只取得此種資訊及學到一些雕蟲小技的人，遇到了真正的情況還是迷惑不解，因為實際情況總是與貌似飽學的人所謂的實際不同，他永遠是個蠢蛋。為什麼？因為他沒有知識，因為要知，必得會學。」而以本就不同，甚至是曲解或冒牌的「繼受」方法及視野再如何努力研究「繼受」法，即使不出大錯，成效也極有限。

更令人感嘆的是落伍的「繼受」法學方法及法律觀根本與民主社會積不相容。在一個講求議論的民主體制下，法律及法律活動是說理及說服的過程。在法律活動中，我們自我定位，界定自己與他人及社會妥適的關係，進一步勾勒生活及生命的願景。每當法律訓練出身的總統登高一呼要「依法行政」；而同樣是法律人士的在野黨領袖也鼓吹它的孿生兄弟：「惡法亦法」。這樣的法律圖像，如此的法律視野，阻礙了我們的認識，限制了我們的想像。當一個社會的宰制性法律觀還停留在十七、八世紀的了解，它所鋪陳出來的法律景觀，如果不是法律的文化沙漠，至

少是法律的窮鄉僻壤。出於這樣的認識與體驗，一些「繼受」的什麼「主權者的命令」（奧斯丁）、「理性的要求」（格老秀斯）、「普世的命令」（康德）、「純粹的規範」（柯爾森）、「主要／補助規則」（哈特）、「理性的官僚制度」（韋伯），只會以觀念分析據說是法律「客體」。這些都已是「俱往矣！」法律活動的真義還要看民主的今朝。

我以上的批判，不只針對一般情況，更適用到自己。我認為真正的知識分子從來不會陷入自以為莫測高深的自戀狂，也絕對不會陶醉在大師泰斗的掌聲中。他知道以有限的生涯追求無垠的知識，任何成就都微不足道，更不用說是自以為發現了什麼顛撲不破的真理，值得莘莘學子奉為獨得之寶，不傳之祕。所以，我期待本書所能對你可能的幫助，最多是在你「懸樑刺股」的蠻幹當中，讓你有機會參考不同意見，或許你有朝一日因而真能達到「脫胎換骨」的境界也說不定。所以，就如奧籍分析哲學大師韋根斯坦 (Wittgenstein) 奉勸讀者對待他的理論一樣，要「如同用一把梯子去爬高，爬到了就可以把梯子摔了。」也就是說，你必須超越這些理論，然後才能從自己的角度認識世界，企求有所進步。

其實，尼采 (Nietzsche) 筆下神祕的查拉魯斯圖 (Zarathustra) 早已說過：

學生們！走自己的路！我也要走自己的路。

真的，我告訴你們要遠離我，拒絕查拉魯斯圖！

最好是以他為恥，因為他可能騙了你。

我沒有，也不會，存心騙你。但是，你一定要細嚼慢嚥尼采忠告背後誠懇的真意。

我這樣說，也不是要你全盤否定前人的成就或他人的協助。而是要你在前人及他人幫助的基礎上，做出有原創性的貢獻。我同時也要對成



書過程中所有提供我不同程度的砥礪的一些同事及朋友略表謝意。由於人數太多，我在其他場合也一再感謝大家一反臺灣學界很多人以為學研能夠單打獨鬥的錯覺，或可以自給自足的幻想，願意與我對話。我的朋友也許不曾想到：即使是象徵性的補助，也是極大的肯定；而任何程度的真誠的批評及建議都會促使我再思考、更細密，甚至真正了解自己想要傳遞的信息。有多位年輕的朋友曾對我說：我以前出版的《法律與社會理論的批判》影響了臺灣至少一代的法學研究。一方面，我不敢也不會如此高估我一本書的影響力。他方面，我必須說我沒有明顯的感覺。也許這是因為年輕朋友仍未掌權，仍然在「主流」的桎梏之下艱苦奮鬥。那麼，看起來我應更加努力才是。希望大家在本書出版之際，不吝繼續鞭策與鼓勵。

作者 2012 年 12 月 5 日謹識於牛津旅次。

現代 法學方法

Contemporary Legal Methodology

新論

目次

	自序	
	Preface	
第一章	導論	001
	Introduction	
第二章	法律與科學	025
	Law and Science	
第三章	法律推理：推斷	057
	Legal Reasoning: Abduction	
第四章	流於浮濫的類推適用	097
	Legal Reasoning: Analogy	
第五章	因果理論與實務的困境及突破	135
	Causation	
第六章	分割事實與法律的謬誤	185
	Law as Fact and Fact as Law	
第七章	判例的拘束力與解釋	219
	Precedents	
第八章	宰制女性法學方法 I	259
	Feminist Legal Methods I	
第九章	宰制女性法學方法 II	303
	Feminist Legal Methods II	



第十章	憲法與民法的糾纏：新聞採訪與隱私的衝突 與平衡—兼評 689 號解釋 Legal Rhetoric: Privacy v. Freedom of the Press	337
第十一章	法律與社會科學的對話：兩岸關係與主權 Law and Social Sciences: Sovereignty	375
第十二章	哲學視野下的法律倫理 Transplantation of Legal Ethics	421
	附 錄 Appendix	
1.	法界的集體早發性痴呆症	453
2.	吳淑珍當然是公務員	455
3.	華人與狗不准入內	457
4.	誰說法律絕對不能溯及既往	459
5.	大法官竟不敢消滅貪腐	461
6.	奧妙推理 法律人不食煙火	463
7.	無罪「推定」不是「真正」無罪	465
8.	總統職權 不只寫在憲法	467
9.	精神分裂的娼嫖罰而不罰	469
10.	如此的「憲法守護者」	471
11.	主權迷思 當務實面對	473
12.	宇昌案的「左傾」幼稚病	475
	後記、書目、及展望 Epilogue and Suggested Further Reading	477
	索 引 Index	489

第一章

導論

Introduction

我們評論一本著作時，問題常常出現在第一章，甚至是第一頁，因為作者沒有檢驗的假設大都在最開頭。尤其是困難不在作者說了什麼，而是沒有說出來的東西。而且不是作者有意識地假設了什麼，而是他下意識地假設了什麼。(It often happens...that in criticizing a learned book...one's whole trouble is with the first chapter, or even with the first page. For it is there, at the very outset, where the author will probably be found to slip in his assumptions. Farther, the trouble is not with what the author does say, but with what he does not say. Also it is not with what he knows he has assumed, but with that he has unconsciously assumed.)

ALFRED NORTH WHITEHEAD, SCIENCE AND THE MODERN WORLD (懷德海,《科學與現代》)

認識事物本身是漫長而複雜的過程，尤其必須先掃除掩蓋它的成見。([T]he movement toward the matters themselves is a long and involved process which, before anything else, has to remove the prejudices which obscure them.)

MARTIN R. HEIDEGGER, HISTORY OF THE CONCEPT OF TIME: PROLEGOMENA (海德格,《時間觀念史芻論》)

幾年前出版了《務實主義的憲法》一書^①，褒貶不一。其中有一個意見是說該書僅是收集發表過的論文成冊，不成「體系」。這當然是不了解問題取

① 黃維幸,《務實主義的憲法》,新學林,2008年。

向的研究方法的偏見。由於本書也包括有些過去發表（但做了必要的修改）的論文及評論，也許我應該對法學上自認有所謂「體系」的存在，先做一點澄清。

我從不了解，也不認為臺灣法學界只會呼口號的任何「體系」論者知道什麼叫做「體系」。如果說一本書的內容應該前後連貫，相互呼應，那是沒錯，也是傳統上寫作的基本要求。但是，如果說一本書必然要先建立一定的框架，然後在這個框架之內填充資料才算是「體系」發展，那不僅是偏見，更是謬論。或者，以為歐幾里德幾何既然可以由幾個簡單的基本原則，甚至只用點、線、面的觀念就開展出一個體系，則其他領域如果要成為科學當然也必須形成像數學那樣的體系。只是，也許除了幾何學以外，我們從來沒看過什麼人寫書運用這樣的「體系」，或寫出如此的「體系」。

邏輯經驗論主要人物卡納普 (Carnap) 的理論現在已經無人問津，而他在企圖整合科學的嘗試中，也曾提出用邏輯結構建立包括人文社會科學的「體系」^②。他認為文化的「客體」(objects) 雖然不同於數學或物理，但卻也可以從基本概念及關係發展更上層的陳述，最後提昇成邏輯完整的「體系」^③。至於什麼是文化的「客體」？他認為最基本的文化關係表現在「文件」(documentation) 及「現象」(manifestation)。而文化「客體」可以是單一事件、集體事件、團體、制度等^④。從這些較低層的「客體」可以逐漸向上發展為一個體系。對這種夢想，法國邏輯學家 Blanché 有一個簡單而率直的宣告：認為科學畢竟講究的是假說之下的演繹 (hypothetico-deductive)，歐幾里德式的體系化過程中，總結定理的武斷及從絕對的公理「涵攝」導出正確結果，只不過是幻想^⑤。

② See generally, RUDOLF CARNAP, THE LOGICAL STRUCTURE OF THE WORLD AND PSEUDOPROBLEMS IN PHILOSOPHY 《世界的邏輯結構及哲學的假議題》(Rolf A. George trans., 2003).

③ *Id.* at 2, 39, 47.

④ *Id.* at 39-40.

所以尼采就說：如果以為複雜的情況及想法能夠整理為一種「體系」就比較接近真理，是自欺欺人。他進一步說：「主張有秩序，有安排，有系統才能呈現事物的本質，而相反的無序，混沌，無法計量則只能搔到假的或不甚了解的世界的表象，是照著『模範公務員』（暗指康德）的偏方賣弄學問而無法檢驗的道德偏見⑤。」尼采說他對體系論者避之唯恐不及，因為將分歧的具體判斷整合為抽象一致的「體系」是知識不誠實的道德妥協⑥。為什麼是知識的不誠實，因為在抽象化的「系統」整合之中（或中共最喜歡說的「總結經驗」），必然會扭曲、妥協各個具體情況的不同，勉強「總結」成抽象的「普世」。德國現代思想家海德格 (Heidegger) 也說：「科學〔做為一種對象〕研究是特殊的秩序化體系，而體系化同時影響了秩序。把世界看成一個〔有結構的〕圖像，體系宰制思想及其他。然而，當體系看俏，卻永遠有將體系淪落為捏造及拼湊的膚淺的可能⑦。」他的意思是說：以體系成就研究的秩序，又以秩序建構體系。在體系的宰制之下，可能產生實際上是東添西補的大雜燴。

法律史上一個最強調「體系」的流派當屬十九世紀以薩維尼 (Savigny) 為主的德國歷史法學派⑧。可是，如果仔細研究，而不盲目地將口號當現實，

⑤ ROBERT BLANCHÉ, *L'AXIOMATIQUE* 《公理體系》107 (2^e ed. 1999). 並參閱本書第三章註14 及其本文。

⑥ Quoted in JUNLIAN YOUNG, *FRIEDRICH NIETZSCHE: A PHILOSOPHICAL BIOGRAPHY* 《尼采：哲學傳記》544 (2010).

⑦ See, FRIEDRICH NIETZSCHE, *TWILIGHT OF THE IDOLS* 《偶像的黃昏》26, in *TWILIGHT OF THE IDOLS AND THE ANTI-CHRIST* 35 (R. J. Hollingdale trans., 2003) ("I mistrust all systematizers and avoid them. The will to a system is a lack of integrity.") (此處尼采顯然把書名改裝自其原來崇拜的華格納的歌劇「諸神的黃昏」)。

⑧ Martin Heidegger, *The Age of the World Picture*, in MARTIN HEIDEGGER, *THE QUESTION CONCERNING TECHNOLOGY AND OTHER ESSAYS* 《科技問題論叢》(hereinafter *Technology*) 141 (William Lovitt trans., 1977).

⑨ 關於 Savigny 及其學派參閱例如 Mathias Reimann, *Nineteenth Century German Legal Science* 《十九世紀日耳曼法科學》，31 B.C. L. REV. 839 (1990); Luis Kutner, *Legal*



歷史法學派的「體系」即使有可能，但事實上並沒有實現，也沒有具體實現的方法。歷史法學派所謂的「體系」不外是說以清晰的法律觀念組成內部邏輯一致的規範的整體¹⁰。但這種說法只不過是一種宣言，實際上如何達致？用薩維尼自己的話說：「可以用幾何的術語說明一種完美的體系。只要知道部分資料，每個三角形的其他都能推算出來；知道兩邊及角度就知道整個三角。同理，法律也有基本原理像幾何的點，據之可以得出其餘¹¹。」只是，法律史上似乎還沒看過如此神奇的法律「體系」建構。歷史法學派奉為主臬的查士丁尼大帝編纂的羅馬法，其不成「體系」、只是收集法學家的意見，也是眾所周知。如果說因為大陸法的民法典都模仿羅馬法債、物、身分這樣的分類，或是某些地方有由幾個下位觀念更顯抽象化的作法就是所謂「體系」，那幾乎什麼都可以說成「體系」。

從義大利的人文主義者韋科 (Vico) 看來，法律的「體系」建構，在歷史上已經證明是徒勞無功。他指出有人在法律研究鼓吹「體系」，但是先賢（指古希臘羅馬）早知其困難而且不可能，因此放棄理論的體系建構的迷夢，而求助於常識的處理¹²。意思是法律不是邏輯的「涵攝」，而是論辯的藝術 (the

Philosopher: Savigny: German Lawgiver《法哲學家薩維尼》，55 MARQUETTE L. REV. 280 (1972); Munroe Smith, *Four German Jurists*《四個日耳曼法學家》，10 POL. SCI. Q. 664, at 666 (1895); Ernst Freund, *Historical Jurisprudence in Germany*《日耳曼歷史法學》，5 POL. SCI. Q. 468 (1890).

¹⁰ Reimann, *supra* note 9, at 849. 這裡討論的「體系」建構，不同於將法律制度以哲學或社會學的角度視為一種社會制度、一種系統或體系 (system) 的問題。關於後一種分析參閱例如 HANS KELSEN, *GENERAL THEORY OF LAW & STATE*《法律與國家總論》110 (2005); JOSEPH RAZ, *THE CONCEPT OF A LEGAL SYSTEM*《法律體系論》(1970).

¹¹ Quoted in Reimann, *supra* note 9, at 881. Savigny 雖然攻擊鼓吹編纂德國民法典的 Thibaut，後者卻也是 Leibniz 幾何式「體系」論的信徒。參閱 M. H. Hoeflich, *Law & Geometry: Legal Science from Leibniz to Langdell*《法律與幾何：從萊布尼茲到藍岱爾的法科學》，30 AM. J. LEGAL HIST. 105 (1986).

¹² GIAMBATTISTA VICO, *ON THE STUDY METHODS OF OUR TIME*《現代方法論》12 (Elio

art of rhetoric)。而現代德國學者韋格 (Viehweg) 也指出法律活動大都是論辯的藝術，因此從問題出發，環繞不斷出現的問題來解決問題。體系導向如果可能，是在已然知道問題是什麼才有得講求「體系」。不但如此，圍繞問題解決，則適當的體系脈絡即會顯現¹³。

從上所述，想像法律論述有「體系」化的必要及可能已是荒唐，以為確實是已然發生的實在更是無稽。我的目的主要並不在辯解或許是自己的無能，而是也許能使你安心：沒有什麼嚇唬人的「體系」值得你去傷腦筋。不過，本書以問題為中心的論述方法倒也顯現其不得不然的「體系」。本書一開始就以傳統的論辯法 (rhetoric)，在歷史詮釋的視角下，將法學界法學方法的問題「定調」 (invention)¹⁴ 為有意識或潛意識受到陳舊的科學典範扭曲，而緊抱「法科學」 (legal science; Rechtswissenschaft)¹⁵ 或「形式法學」 (legal formalism)¹⁶ 的毛病 (第二章)。指出法界不知法律推理主要不是「涵攝」 (deduction)，而是「推斷」 (abduction) (第三章)；不了解法律活動主要是說理及說服的藝術，而非科學的論證。從而解釋如何正確認識與「推斷」功用有關的類推 (analogies) (第四章)，並破除法律邏輯適用的傳統「因果」關係的神話 (第五章)，和從法律到事實的迷信 (第六章)，以及從「法源」概念

Gianturco trans., 1990).

¹³ THEODOR VIEHWEG, TOPICS AND LAW: A CONTRIBUTION TO BASIC RESEARCH IN LAW 《議題及法律》19–21 (W., Cole Durham, Jr. trans., 5th ed. 1993).

¹⁴ 關於論辯中的 invention，參閱例如 CICERO, DE INVENTIONE TWO BOOKS ON RHETORIC 《論辯術二冊》，in CICERO II 《西塞羅全集第二冊》 (H. M. Hubbell trans., Loeb Classical ed. 1949).

¹⁵ See, e.g., Duncan Kennedy, *The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber's Sociology in the Genealogy of the Contemporary Mode of Western Legal Thought* 《去除形式邏輯法律推理的迷障》，55 HASTINGS L. J. 1031 (2004).

¹⁶ See, e.g., Richard H. Pildes, *Root of Formalism: Forms of Formalism* 《形式法學的根源》，66 U. CHI. L. REV. 607 (1999).



來分析先例拘束力的無聊（第七章）。然後進一步將這些基本的認識以女性法學方法加以展示（第八、九章），以論辯的方式處理「新聞自由與隱私」的糾纏（第十章），並批判法律本位主義及概念法學對主權的運用（第十一章）。最後再以科學之外的法學倫理議題印證以「繼受」方式吸收外國「法科學」，甚至倫理觀念的幼稚（第十二章）。所以，許多後來的論述仰賴及開展前面的主張。如果有什麼「體系」，這就是本書的「體系」。

本書雖然不鼓吹或佯裝有什麼想像中的「體系」，也不依照任何外國教科書對法學方法議題現成的「體系」安排，不代表它是學究們想要詆毀的一部雜亂無章的大雜燴¹⁷。本書有幾個明顯的中心思想貫穿全書。如上所述，其中之一就是批判在其他法律先進國度的法學界也許已不是新聞，在臺灣的法學界卻還緊緊擁抱，捨不得放棄但事實上已遠遠落於形勢之後——你說是美國過去的「形式法學」也好，或法國傳統式的「逐條釋義」法 (exegesis)¹⁸ 也罷，或德國傳統的「法科學」或其後的「概念法學」 (Begriffsjurisprudenz)¹⁹ 也行——在我看來，很大一部分都是受十七、八世紀機械自然科學觀所影響的特殊法律意識形態。這種意識形態可以有很多不同的講法。例如，有學者把傳統的「形式法學」定義為：法律是一個完整一致的科學規範及制度的體系，可從一些基本原則以邏輯的演繹推演出不論後果如何，但每次都相同的

¹⁷ 雖然也許無法期待自以為是的「正統」「體系」論者會了解，我再引海德格的一段評論供參：「唯有以數學的形式才有所謂『體系』可言。與此形式不同，也不同于相對應的以確定為真理的思維模式，基本上因而沒有體系，也不成體系，但卻非武斷及混亂。只有以為體系為正統，才有認為不成體系就是混亂的餘地。」MARTIN HEIDEGGER, CONTRIBUTIONS TO PHILOSOPHY (FROM ENOWNING) 《為哲學添輝》45 (Parvis Emad and Kenneth Maly trans., 1999). 在海德格轉換傳統思維模式的努力中，「體系」思維正是必須克服的舊模式。Id. at 56.

¹⁸ See, e.g., Andre Tunc, *Methodology of the Civil Law in France* 《法國民事法律方法》，50 TUL. L. REV. 459, 470 (1976).

¹⁹ See, e.g., Reimann, *supra* note 9, at 837.

答案²⁰。也有學者認為以潘德克敦式的民法為代表的「法科學」主張：法律活動以抽象原則適用到具體事實，基本上是邏輯推演；法律是完整沒有縫隙的「體系」；無法做成法律命題的事件與法律無關；人的行為不外是適用或違反法律²¹。至於「概念法學」則是就法律概念以邏輯的方式組成沒有漏洞的獨立「體系」²²。這種意識形態的政治哲學前提是保護傳統個人主義的個人自由意志。而其衍生的法律適用是對法律文字以「釋義」(dogmatic)或我們所說的「說文解字」，加上三段論法的「涵攝」，達到一致的解釋。

不論上述這種主張在歷史上發生了什麼作用，好像特別值得臺灣的法學界「繼受」、「保留」，如今有大陸法的學者對這一類的法學思潮有如下的批判：「英國的實證分析法學，德國的概念法學，法國的注釋法學都以形式自由、法的確定性、法的安定性、法的穩定及一致，做為法治的最高價值。法律乃是封閉、一致、完整的體系。而抽象及普遍適用 (general/universal) 的國會法乃是最高的法源。法官是法律的傳聲筒，沒有制法的能力，這種看法是教科書常常採為法律虛構故事的著例²³。」我在本書第二章對「科學的法律」的檢討雖是在看到此種評論之前，但基本上與之吻合。

本書另外一個與批判「形式法學」相關聯的中心思想是指出法律本位主義（尤其是只會朗誦法律抽象觀念的法律本位主義）的謬誤。由於誤以為法律是「體系」完整，自成一格，所以在個人的層次上，法律人士唯法律是問的訓練，以及只能在法言法的能耐，常常使我們變得非常乏味。法律人士不僅談吐之中充斥行外人不大了解也沒有興趣的法律言語和口號，而且有時連一篇短短的感言都只能寫成訴狀的形式。在我教學的過程裡或法律的實踐中，

²⁰ Pildes, *supra* note 16, at 608-09.

²¹ Kennedy, *supra* note 15, at 1041.

²² Reimann, *supra* note 9, at 859.

²³ RAIMO SILTALA, A THEORY OF PRECEDENT: FROM ANALYTICAL POSITIVISM TO A POST-ANALYTICAL PHILOSOPHY OF LAW 《論先例》3-4 (2000).



法律討論時我最常遇到的主張或反應是重複抽象原則，好像複誦抽象原則就必要而又充分地解釋或解決了問題。不僅如此，好像論者及聽者對所謂「原則」有一定的共識及一致的了解，乃至於引述一個「盡在不言中」的抽象觀念，就可以簡單或簡潔地處理一個議題²⁴。所以，每當學生以一句「違反誠實信用原則」的萬用丹回答我在上課時的發問，我就知道他或她的病情不輕；而每次我聽到其實是飽學之士來一句「依照權力分立」、「根據法治國原則」、或「由程序正義看來」，我心裡就不由得湧起「又來了一個書呆子」的警戒。

如果考慮法律人士在民主社會各方面的顯著責任，在法言法的單軌思考常常在社會及公共的層面上，呈現不切實際，甚至是僵硬危險的主張。數學／哲學家懷德海說得再好不過：「現代知識領域的專精……以可用的知識等同專業知識，只對附從於專業知識的有用領域有偏狹的認識……這種情勢有成為單軌心態的危險。在單向的軌跡上前進，只不過是在一堆固定的抽象裡打轉。單軌固然避免旁鶩，卻也以抽象抽離了其他有關的注意。但是，沒有一種單向的抽象可以妥適地了解人生²⁵。」

以法律本位做學問並進一步參與民主社會的公共議論，本已是難有的論，險象環生。如果法律中心的分析又基於錯誤過時的哲學假設和科學觀念，那麼，兩相結合就會產生致命的謬誤。不論法界自己有無意識到，這種現象是法學界現存主流成見的反映。這種謬誤是我在第二章討論「科學的法律」及陳腐的法律科學觀或科學假設的重點。有道是：「一個時代的思想受到教育階層的主流宇宙觀的影響……而過去三個世紀來的主宰思潮是科學。人既有地域的偏狹，又有時代的短視。我們可以自問：近代的科學觀是否是此種偏狹及短視的極佳例證²⁶？」

²⁴ 參閱本書第四章第 127 頁及第九章第 315-316, 325 頁對以抽象大名詞做斷言式宣示做為問題的回答的批評。

²⁵ ALFRED NORTH WHITEHEAD, *SCIENCE AND THE MODERN WORLD* 《科學與現代世界》196-97 (1925) (粗體為作者所加)。