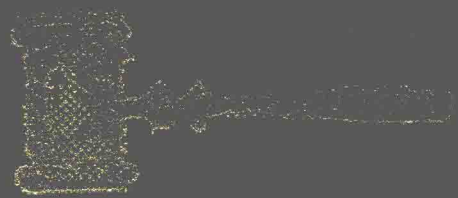




卷二 目錄



基礎法學叢書 3

法學方法論之探索

■ 楊 仁 壽 ■

2016 年

法學方法論之探索

著 作 人：楊 仁 壽
兼發行人

總經理：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—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

中華民國一〇五年五月初 版
中華民國一〇五年五月第一次印刷

有 著 作 權 • 請 勿 侵 害

精裝本定價新臺幣四百元整

序 言

一、孟子曾以「射箭」，啟示吾人一生如何追求理想。他說：「其至爾力也」（孟子·萬章下），指出射箭要想射至何處，祇要專心致志，努力不懈，即能射到。但更重要的是，端視吾人所選擇之「方法」如何？始能中的。因此孟子又說：「其中非爾力也」，要射到「紅心」，不能僅靠蠻力，仍需講求方法、功夫及分辨之能力等，始能神準。

二、法官裁判亦復如此，祇仰賴法律的概念及邏輯，專注於機械的三段論法，就想演繹出妥適的「結論」，充其量，僅能達到「形式的合理性」而已，那是遠有不足的。仍必須進而運用智慧，依據自己的學養、直覺、預感（洞察力的直覺閃現）、信仰或確信，始能探求到社會良識或通念，作出「實質的合理性」，深洽民心。

三、一、二百年來，中外法學巨擘，一直致力於法學方法論，期使法院的裁判，臻於至當，其故在此。彼等竭盡心力，奮力求索的過程，令人感佩。

四、本書以深入淺出方式，道出個中底蘊，區區微意，即在於此。祇因格於學力，汲短綆長，或未能盡善，但獻曝之心，熾熱不減，則是我的初心。

五、本書之成，要感謝一直臥病中之美麗的妻子，自始至終，無時不刻，都在成全我對真理的探索及追求。也感謝在成長過程所有師長的教言，永縈耳際。更感念我永不能忘懷先父母的育劬之恩，及生前不時的耳提面命，使笨拙的我，不致辱沒他們。欲報之德，昊天罔極，風木之思，豈有已時！

楊 仁 壽

二〇一六年二月十七日

目次

第一編 求索法學方法論之路

1. 末弘嚴太郎的脫胎換骨	一
2. 我妻榮的裁判觀	一〇
3. 川島武宜教授的蛻變	一八
4. 裁判「結論」的尋覓過程	二六
5. 完整的思考方法	三四
6. 裁判「結論先行」的秘訣	四三
7. 裁判思維的精隨	五二
8. 實踐哲學的復興	六一
9. 霍姆斯的裁判思維	七〇

第二編 日本「法學方法論」發展的過程

第一章 引言

第二章 戰前之法學方法論

10. 「法與現代精神」困學錄	七九
11. 龐德的成功之道	七八
12. 不信令譽喚不回的卡多佐	九七
13. 正義之路	一〇六
14. 法學方法論在裁判上的功能	一一五
15. 法官判斷的新思維	一二三
16. 萬丈高樓平地起	一三二
17. 判例與法源	一四一
一、法學方法論之生成發展	一五九
二、未弘嚴太郎之法學方法論	一六七

(一) 大正中期以前的概念法學·····	一六七
(二) 末弘理論重要的論點及基本構造·····	一六九
(三) 創造規範之應有標準·····	一七三
(四) 末弘理論之整理及其特徵·····	一七五
三、我妻榮之法學方法論·····	一七六
(一) 重要的論點·····	一七六
(二) 關於解釋方法之具體新方向·····	一七七
四、我妻榮與末弘嚴太郎理論之比較·····	一八三
第三章 二戰後法學方法論之三大論戰·····	一八九
第二節 第一次論戰·····	一八九
一、來栖三郎之法學方法論·····	一八九
(一) 來栖所提重要的論點及主張·····	一八九
(二) 來栖提出重要的論點之意義·····	一九一
(三) 法解釋之制定法的意義、轉換為擬制論·····	一九七

二、川島武宜之法學方法論·····	一九九
(一) 川島武宜重要的論點·····	一九九
(二) 第二期「作為科學的法律學」·····	二〇〇
(三) 第三期「市民的實用法學」·····	二〇五
(四) 論戰中之爭論·····	二二〇
三、來栖三郎與川島武宜理論之比較·····	二二〇
(一) 法解釋的複數性及「框架」之問題·····	二二〇
(二) 法解釋之實踐性、法的價值判斷之主觀性或客觀性·····	二二二
(三) 法解釋之科學性·····	二二五
第二節 第二次論戰·····	二二一
一、加藤一郎與星野英一之法學方法論·····	二二一
二、加藤一郎之利益衡量論·····	二二三
(一) 利益衡量論基本之思想·····	二二三
(二) 輕視法規、理論構成及判斷規則的拘束力·····	二三四

(三) 「利益」或「利益衡量」之思考框架·····	二二七
(四) 被信賴積極之法官圖像，與「說服」之觀念，及市民的 法律家圖像·····	二二九
三、利益衡量論之論戰·····	二三一
(一) 論戰爭點之整理·····	二三一
(二) 關於判斷基準之欠缺·····	二三二
(三) 關於欠缺利益分析，以及價值選擇之原理上的標準·····	二三四
(四) 關於「歷史進步之方向」等之基準·····	二三八
(五) 關於價值判斷之客觀性·····	二三九
第三節 第三次論戰·····	二四三
一、論證之觀點·····	二四三
二、平井宜雄之法學方法論·····	二四六
(一) 分析角度與具體之建議·····	二四六
(二) 一般論證與法的論證·····	二四七

三、與從來解釋方法論之比較檢討·····	二五五
----------------------	-----

(一) 平井對戰後解釋方法論之批判·····	二五五
------------------------	-----

(二) 連續及發展方面·····	二五五
------------------	-----

(三) 對抗方面·····	二五七
---------------	-----

第四章 結語·····	二六七
-------------	-----

第三編 雜說我妻榮所著「關於私法方法論之一部分考

察」(私法の方法論に関する一考察)·····	二七一
------------------------	-----

序言·····	二七一
---------	-----

一、現代私法學者之苦惱·····	二七一
------------------	-----

二、裁判中心之考察·····	二七七
----------------	-----

第一章 裁判中心之考察方法·····	二八〇
--------------------	-----

三、裁判中心之意義·····	二八〇
----------------	-----

四、涉及的三個問題·····	二八六
----------------	-----

第二章 法律應實現之理想的問題·····	二九一
五、普遍妥當之價值概念？·····	二九一
六、具體的價值標準之必要性·····	二九四
七、三個重要的標準·····	二九七
第三章 研究以社會現象之法律為中心之問題·····	三〇九
八、問題之地位·····	三〇九
九、研究之可能性·····	三一—
十、與經濟上因素之關係·····	三一七
十一、其他之因素·····	三三四
十二、法律之理想的活動·····	三三七
十三、結語·····	三四二
第四章 法律的構成之技術問題·····	三四五
十四、問題之地位·····	三四五
十五、以現行法為基礎之法律的構成是什麼？·····	三四六

十六、法律的構成係裁判中不可或缺的要素……………三五三

十七、法律的構成與具體的妥當性……………三六五

十八、法律的構成之技術……………三六九

十九、結語……………三七六

第四編 附錄……………三七九

1. 亞里斯多德之盲點……………三七九

2. 教我誨我，不厭不倦……………三八八

3. 狂狷年少時……………三九六

重要參考書目……………四〇五

著作人簡歷……………四〇九

著作人著作一覽表……………四一三

第一編 求索法學方法論之路

1. 末弘嚴太郎的脫胎換骨

壹、末弘嚴石與末弘嚴太郎的對話

民國六十一年底，我在台北地院刑二庭辦理刑事審判時，強迫自己在每晚，至少要騰出一小時以上，瀏覽閒書或雜文，以吸收「養分」。有晚不經意間，在日本ジュリスト雜誌上，看到中野次雄（曾任大阪高裁長官，於一九七五年退休）所寫一篇文章中，引述末弘嚴石（1858-1922）與其長子末弘嚴太郎（1888-1951）之間一段對話，忽然被吸引住了，至今仍深印腦際。

這對父子對話時間，約在一九一四年。那時，末弘嚴石是日本「大審院」刑事部部長（庭長），從事刑事審判已數十年，是相當老練的名法官；末弘嚴太郎則甫自東京帝國大學畢業不久，因受到老師川名兼四郎（1874-1914）的提攜，擔任該校法科副教授。兩人在某天晚飯後，東拉西扯，閒聊法

律，談到學者與法官對法律的看法，末弘嚴石說道：「一般說來，你們學者祇一味的、徹底的專注於法律的理由，動不動就窮根究理，這與我們當法官的有極大的差異。我們承辦某一案件，於仔細閱讀卷證之後（日本大審院採書面審理），暫時完全將道理擺在一旁，在腦海裡自然地產生裁判，被告是否犯罪？如屬有罪，其刑度若干？想了一段落之後，再對照法條，以及判例與學說的看法，纔給予理由。這樣在我們腦海中自然而生的裁判，卻每每發現與該等理由若合符節。而你們或許認為裁判，係以三段論法的演繹推理，從理由中推演出結論。這種做法，祇有初出茅廬的法官才會採行，像我們絕不幹那種事兒。在大學裡雖然以三段論法的方式，教導學生，那是若不以此教法，學生可能不懂法律，可以說是祇為了教育的方便，纔出此下策。但在實際的裁判，卻反其道而行，三段論法不過在『腦中裁判』之後，說服當事人的工具而已！」

末弘嚴太郎聽了之後大奇，這樣的想法，毫無道理，簡直是天方夜譚。暗自嘀咕道：老爸畢竟是過了氣的法官，沒再吸收新知識了，一切祇有依「直覺」裁判，什麼「名法官」或「老練的法官」，恐怕祇是過譽之詞罷了。因此，立即對末弘嚴石還以顏色，道：「老爸，您那種憑直覺的裁判，並不是依據法律裁判。先對案件心存預斷之後，再找出理由之類的，真豈有此理！」當場加以非難。

末弘嚴石卻毫不以為忤，笑著答道：「如果不以此直覺裁判，就不能成為名法官。無論如何，理由必須合乎從直覺而生之『結論』，我們從直覺而生的判斷，自然而然的必會合乎道理，如不採此作

法，是不行的！」

末弘嚴太郎越聽越糊塗，心下暗道：「老爸，畢竟沒有學問！」就沒有再提出反駁。這一場飯後對話就到此結束。當初末弘嚴太郎從一高、東京帝大畢業，不到兩年，就從助手升到副教授，正志得自滿，意氣揚揚，聽到他老爸那一席話，可以說完全聽不下去。

貳、美式的案例研究法

一九一八年末弘嚴太郎公費留美，開始接觸到「案例研究法」(case method)，一切感到新奇。這種教育方法，老師從頭開始不做任何講解，學生們依照老師預先指定的案例課本(case book)，在上課之前做充分準備、熟讀。所謂案例課本，是以教學之目的，蒐集判決先例，加以適當選擇、分類的書籍。其中，幾無任何學理的說明。學生們雖然事先按照老師指定的範圍熟讀，但根本沒有該等法學的預備知識。上課時，老師依照名簿指名學生，就案例書本所列印之判決文，質問其事件之原委、爭點，以及法院作如何之判決，其理由為何，是否正確，一直以蘇格拉底的問案方法加以追問。

當然，於此情況下，生疏不熟練的學生沒有能力作適當的答覆，於是老師開始逐一的向其他學生追問，如學生回答不完全，再追問其他學生。在這當中，學生在問與答中，自然而然的，慢慢悟出當該事件之特性及判決主旨，而老師對學生，祇有在適當的時候，提示在理解上所必要的關鍵點，並沒

有作特別的講解，僅給予學生自行領悟的機會，幾乎無主動的教導。

這種教育方法，雖隨著老師們的學識、能力及方針等有某程度的差異，但在大致上可以說大同小異，讓學生以領悟代替教學，乃係案例研究法的精髓所在。

末弘嚴太郎在昭和七年（一九三二年）六月，改造雜誌十四卷六號的「法窗雜記」中，追述這一段體驗時，指出其剛接觸到這種教育方法時，一直懷疑在此種教育方法下，學生們是否能夠獲得「理論的」及「系統的」法學知識，他在日本原先所獲得的教育，老師們無不以學理及原理原則，來加以講授，而後作為說明的手段，不過或多或少舉出若干實例，予以引導說明而已。而其所講授理論乃至舉例說明，亦率以演繹的方法為之。

然而美國的教學，卻自始即以具體的事件及對之判決為主軸。學生們依老師的指導，祇能從具體的事件中，自行尋出理論及抽象的原理原則。與末弘嚴太郎先前所受之教育，大相逕庭，所以末弘嚴太郎到美國留學之初，驚異不置，久久不能釋念。

根據末弘嚴太郎的觀察，在美國不僅法學教育如此，即其他一切的教育，也都採「主動的」自我領悟為主。不像日本的教學，老師們採獨斷的灌輸，從理論到展開乃至應用的說明，都得講清楚明白，對學生而言，可以說徹頭徹尾的被動。從孩提開始，已習於此種教育方法的末弘嚴太郎，對案例研究法不免驚呼連連。一時之間，難以接受。幾個月下來，纔慢慢地發覺到它的特點。