

法理學論文集

學術論文集

楊日然 著



元照出版

法理學論文集

楊日然 著

月旦出版社股份有限公司 出版

國家圖書館出版品預行編目資料

法理學論文集/楊日然著. --初版. --
臺北市: 月旦, 1997[民 86]
面; 公分.
ISBN 957-696-224-2(精裝)

1. 法律-哲學, 原理-論文, 講詞等

580.1

85012181

法理學論文集

作 者: 楊日然
發行人: 洪美華
出版者: 月旦出版社股份有限公司
地 址: 台北市羅斯福路三段171號9樓
電 話: (02) 3690258

登記證: 局版臺業字第5298號
電腦排版: 宇晨企業有限公司
製 版: 宏宜照相製版有限公司
印 刷: 華文印刷股份有限公司
初 版: 1997年1月

郵撥帳號: 17239354 月旦出版社股份有限公司
定 價: 精裝/新台幣800元

本書如有缺頁、破損、倒裝, 請寄回更換。

ISBN 957-696-224-2

出版感言

在整理日然資料的時候，發現一本《法理學論文集》，是日然生前自己將其發表在各類法學雜誌上的抽印合訂本。因為是來自不同雜誌的抽印本，橫行、直行的排版，參差其間，而且也只有一本。我想這些精心的寫作，能推廣給有興趣的同學們參考，也是很好的，同時可留給子孫們看看，讓他們知道，有這麼一位傑出的「阿祖」，警惕自己，不可以懈怠，應該努力向上、向善。因此興起重新統一排印的念頭。與黃建輝同學（當時是台大法研所博士班的學生，現在已是教授）商量，他很贊成，並邀約正準備留學德國的江玉林同學（台大法學碩士）支援，以抽印的合訂本為基礎，再蒐集些日然其他的研究寫作，以及演講時的紀錄等等。送請月旦出版社打印，經黃建輝、江玉林兩位同學數次校對後，再請日然生前好友，也是台大法律系的同學、同事，東京大學的前後期同學——林文雄教授複校並主編。現在已經完成付梓，對三位編校的熱忱與辛勞，致上最誠摯的感激！

日然一生探究法理學，從台大洪遜欣老師、日本東京大學碧海純一老師處，獲益匪淺。日然更盡其心智，將法理學闡述宣揚，嘗謂：能學通法理學，對所有複雜的人際法律問題，都可以迎刃而解。又因為他的邏輯分析能力很強，縝密且周延，所以能將玄奧的法理學，深入淺出的介紹給同學們。擔任大法官時，也是運用這些法學理論及法學人的公平正義精神，為一些聲請釋憲的案件，提供精闢而有分量的建議。

日然的論述、大法官會議的書面意見，以及大學、國科會委託審

查學術著作的意見……不僅在內容上一再推敲，求其完美、公正、客觀。且大多親筆書寫，其筆跡之工整端秀，實可作為小孩們的書法範本。例如其主持研究的「清末民初中國法制現代化之研究」第一章，那麼多字，字字一筆不苟，我由衷的驚嘆日然用於學術研究上的工夫之深，更欽佩他熱心認真的處事精神。然而，是否也因此需要更多的熬夜，傷了身體？我現在只能告訴小孩們，爸爸的成就，值得驕傲！但日以繼夜過分辛勞的負面後果，該引以為鑑，均衡有序的作息，維護健康，「留得青山在」，才有機會運用自己的智慧能力，貢獻給社會的可以更多。

為此，對自己課務及研究工作已經很忙碌的林文雄教授、黃建輝教授、江玉林同學，仍願分出很多時間來為日然編輯這本《法理學論文集》，更感到情深義重，無以言喻。只有再致以最虔敬的謝意，謝謝！

楊陳勤

民國八十五年十月三十日

（本文作者係楊日然教授夫人）

紀念日然

日然和我是南師同學，他高我一班，我則虛長一歲。在南師就知道他成績優異，可是因為我當時忙於課業及準備大學入學考試，所以彼此並無交往。

我進台大時，南師校友共有十位，每學期也和其他學校的校友會一樣，有迎新送舊的活動，雖然人少，可是十分親密。當時受日然照顧很多，他給我介紹家教工作，他從第四宿舍搬到第三宿舍時，將第四宿舍二十七室的床位讓給我，使我有機會認識一些品學兼優的室友，對我日後的求學過程，有重要的影響。記得北上第一年寒假要回南部過農曆新年，當時坐普通車要七、八個小時才能到，而且不容易買到票，那年由學生團體向鐵路局包車廂，我們一起擠上車時，日然先有座位，但有位同學用報紙佔許多位子，日然看我沒座位，立刻向那位同學抗議，要他讓一個位子給我。當時他為替我爭取座位所表現出來的嚴正態度，令我深受感動，也進一步瞭解到溫文儒雅、與世無爭的他，內心所涵蘊的正直與友愛。

民國四十八年七月一日，我們一起參加司法官訓練所第四期受訓，共同生活了六個月。雖然日然於同年十二月底退訓，我也於翌年二月底離開，回到學校，可是那六個月時間，無論早餐前在植物園的散步，或晚餐後、自習前的休息，已足以使兩顆對學問、對人生充滿憧憬與熱情的心，分享了多少理想，交換了多少承諾。如今日然雖然走了，可是不會帶走我答應為他保存的那部分年輕歲月！

民國四十九年四月，日然赴日留學，也帶去我的東京大學入學許

可證，據說他一直替我申請延長，直到民國五十年十月我到德國留學始作罷。我在海德堡留學期間，曾遇東京大學西洋法制史教授久保正幡先生，得知日然在東大依然表現優異，久保教授曾推薦他獲得獎學金。五十五年春，他在東京大學，我在海德堡大學分別完成學業，又一起於同年八月返回母校服務。開始時，我們在法律系辦公室對面，共用一間研究室，從此攜手為實現我們在年輕時的理想而努力。台大的學術環境自由開放，使我們可以盡情發揮所學。我們醉心於教學與研究工作，只關心法學與法治的發展，從來不知疲累，也從未想過個人的處遇問題。

民國六十年起，日然開始兼任圖書館館長、系主任等校內行政職務，我也於六十一年七月起擔任司法院的工作。不過當時大法官的工作量不大，我的生活重心仍在校園中。角色的轉換並沒有改變我們的話題，我們每日念茲在茲、切磋研究的，還是只有法學與法治。

七十一年六月，日然被提名擔任第四屆大法官，以遞補洪遜欣老師的遺缺。日然是一位傑出的大法官，他尊敬這份工作，因而全心投入，他思考細密而且數理及語言邏輯造詣精深，因此他能像準確的偵測儀器一般，「測」出法規之間的矛盾和法律體系中的漏洞。又因為他曾在地方政府服務半年的經驗，使他的思想，不僅只在理論上見其崇高，且也能兼顧民意的趨歸。他曾參與的大法官解釋，自釋字第一七七號解釋起，至第三五〇號解釋止。這段期間正是社會轉型、大法官會議功能大幅提升的時期，難免會出現重大且具有政治色彩的案件，其爭論之劇烈，使大法官會議有時類似於戰場，而日然則是最親密的諍友與戰友。由於我們兩人的出身、教育背景相同，追求的理念一致，所以絕大多數的案件，我們都有共識，但是要如何充實理由，兼採相容見解，使一些原則性的想法，能為多數同仁認同，最後形成

解釋，常讓我們徹夜電話協商，無法成眠。釋字第二六一號解釋通過前一週星期五的全體審查會，經過一個半小時的激烈討論後，中間休息時，當天擔任主席的我忽然暈厥過去，驚動同仁緊急救護。感謝同仁熱心幫忙，尤其日然焦急地隨救護車送我到台大醫院，責無旁貸地代我處理已排定的學生論文口試等事務，讓我能安心靜養，很快恢復體力，而得於隔週出院，回到司法院繼續參與該號解釋的討論，終於順利通過，令我十分感念。而這號解釋討論過程中，南部的《民衆日報》突然刊出一則日然與我是這件聲請案的幕後黑手的消息（《民衆日報》/民國七十九年三月二十八日/三版），使我們莫名其妙，而不得不由我們二人具名去函更正（《民衆日報》/民國七十九年三月三十一日/三版），這是唯一一次我們因為無端被誣指而深感不快的事件。

司法院為大法官安排的每年一次例行體檢，一直在榮總進行，日然與我每次都一起去，因為有兩日朝夕相處的時間，也可互相照應。八十一年八月我們一起出國回來後，登記體檢較遲，而這一年開始，也可以在台大醫院體檢，我們便要求兩人一起在台大醫院檢查。但行政人員通知我們，該年年底之前無法安排兩人同時檢查，只能分開。日然堅持還是要兩人在一起，因而排到八十二年一月十七日下午報到，十八、十九日兩日體檢。十九日中午戴東原院長來看我們，下午只剩腹部超音波檢查與綜合說明，我做完就回家了。下午五時左右，大嫂陳勤來電詢問，始知日然被留下複檢，當時還不知道事態嚴重。同月二十八日中午，戴東原院長約司法院王甲乙秘書長、台大法學院戴東雄院長和我，在院長室集合各科主任與有關教授，為日然的病情作簡報，並說明日後治療的方式，我才知道，他的病情如此嚴重。他第一次接受化學治療時，我趕到台大醫院十三樓 A 陪他，我們還一起

探訪當時也在住院的韓忠謨老師，日然表現得沈著冷靜如常。事後，他送我下樓，一起等電梯到，他眺望著醫院外的風光說：這個世界是這麼美好！第一次聽到他的感嘆，實在令我心酸。不久後，八十二年度台大法律系的謝師宴在富都大飯店舉行，餘興節目時，他忽然拉著我到大家的前面，一起唱我們小學時代唱的驪歌，由他突如其來的動作，我知道他內心的感觸，他似乎已作好了道別的準備，我卻實在不能接受這樣的事實。

由立法院各政黨分別聲請之司法院釋字第三四二號解釋審查中，日然的病情已甚為嚴重，我不忍他為工作多操心，但每次與他討論案情時，他的眼光就炯炯發亮，所以我還是到台大醫院病床旁，和他討論解釋文與理由書。八十三年四月八日通過該號解釋當日，日然的發言雖使該號解釋充實不少，但看著他乾癟的身形，聽著他細弱的聲音，我的心痛如針刺，熱淚直往內流。隨著他體力的急速衰退，他漸漸不能每次都參加大法官會議；可是假如告訴他有重要原則待表決時，他仍會勉強起床，邁著病弱但一如往昔沈穩的步伐，出席開會，直到六月三日釋字第三五〇號解釋通過以後，他再也不能離開病床；六月三十日，他還與我以筆作最後一次交談，不到半個月，日然便安祥地走了。他對工作的執著態度，真是「鞠躬盡瘁，死而後已」的忠實寫照。

日然去世已將近兩年，紀念他的活動大致可分為二方面，一為設置獎學金，另一為出版紀念論文集。

與日然相知相愛四十多年，也是他南師同學的大嫂陳勤，在悲慟之餘，為了紀念日然提攜後進、發展法學的心志，所以捐贈八十萬元給義和文教基金會設置楊日然教授法理學紀念獎學金，獎助日然曾任教的台大、中興、東吳三校的法律研究所基礎法學組優秀研究生暨全

國法理學優秀碩士或博士論文。大嫂另捐八十萬元予台大法律學系成立楊日然教授紀念獎學金基金專戶，獎助大學部成績優良學生。如今獎勵辦法已公布實施，研究生部分並已完成第一次頒獎，大學生部分，將於今秋進行頒獎。

紀念文集方面共分三冊，分別為《楊日然著：法理學導論》、《楊日然著：法理學論文集》、《法理學論叢—紀念楊日然教授》。《法理學導論》係由張志銘教授帶領日然的門生，就日然法理學原稿及上課時之筆記，逐章研討，全書共分七章；第一、二章由張志銘教授負責，第三章由賴玉梅、何愛文負責，第四、五章由黃建輝、阮文泉負責，第六章由詹文凱、黃建輝負責，第七章由成鳳樑負責。此項工作自民國八十三年八月開始進行，迄八十五年元月完成初步研討後，由各章負責人修正，再進行第二次研討，最後編排章節綱目，提出全書付梓。本書是日然法理學理念的體系展現，結構嚴謹，內容豐富，可預見將成為國內法理學的重要論著。《楊日然著：法理學論文集》是由林文雄教授召集，黃建輝、江玉林兩位日然的門生協助蒐集日然生前的論著彙整出書。此書內容遍涉法理學領域，包括法學思潮、法律理念、法律解釋學以及制度研究、實務研討等要目，可謂鉅細靡遺，論證精闢，研析深入，充分顯示日然在學術上之造詣。《法理學論叢—紀念楊日然教授》，則由我邀集日然的門生撰寫紀念性論文，彙集成冊。編撰會議在八十四年元月召開，決定各撰寫人員分別提出有關法理學的論著乙篇，應特別注重論文的學術性，本書已於今年三月截稿，不久即可出版。

生命雖然短暫，貢獻卻可永恆。我很為日然高興，這麼多摯愛、尊敬、感激他的人，把思念化為力量，一步步完整而謹慎的實現了他的心志與願望。相信他為人、為師、為大法官的風範，終將代代相傳

而不朽，足可告慰日然在天之靈！我有幸與日然數十年相交，情同手足，共同奮鬥，相互砥礪，度過了一大段艱苦而充實的人生，如今我的失落，只有在全神貫注、幾乎忘掉自我的片刻，才有可能得到暫時的解脫。

陳勤嫂約我略作數語紀念日然，以代替序。回首前塵，往事歷歷，特此爲記。

翁岳生

民國八十五年四月十二日

（本文作者係司法院大法官）

編 者 序

楊兄日然，專攻法理學，從日本東京大學榮獲法學博士後，即回母校台大法律系任教，擔任法理學、法學方法論等課程，並在中興、東吳大學兼課，作育英才無數。其間因深受政府當局器重曾受聘擔任台大法律系系主任暨台大法律學研究所所長，亦曾再兼任台大圖書總館館長，展現行政才華，服務台大，貢獻良多。其後，楊兄更受總統提名任命為司法院大法官，為我國憲政之奠基與發展，竭盡心力，迄逝世為止，誠為一代法學家之典範也。

楊兄天資聰慧好學，沉默寡言，嚴於律己，寬於待人，道德文章素為本系同仁所敬重。然出任大法官後，仍兼任大學教職，難免過分忙碌，以致於至今法理學講義猶未出版，且法理學論文集亦未付梓，是為我法理學界所引以為憾者。現余受嫂夫人陳勤女士之付託，將楊兄論文整理編為一冊出版。茲簡介楊兄論文集之內容及特色如下：

楊兄之論文集共有二十七篇文章，包括論文、演講、介紹與翻譯，概可分為四大類。第一類者為法律思想之研究，其中又可分為西洋法律思想者有七篇；中國法律思想者有六篇。第二類者為法學方法論之探討有三篇。第三類者為法律實務之研討有五篇。第四類者為雜文，即上述三大類以外之論著、介紹或翻譯有六篇。各類論文題目，詳如論文目錄。楊兄畢生論著除學位論文及法理學講義外，可謂殆已網羅齊全在此矣。

觀其論文篇目可見本論文集體大思精，楊兄不但致力於法學理論之探討，並且亦不忘法律實務問題之解決。尤其有數篇論文不僅介紹

外國法律解釋理論之方法與發展，並且將之應用於法律實務中之具體問題。由此似可窺見楊兄非常重視法學方法論中，法律之解釋與適用，而此亦形成其法理學風格之一大特色。

此次楊兄論文集之出版，不但可作為懷念楊兄法學之才華，並可藉此激勵後輩晚生不忘楊兄研究之成果。余更希望有志於基礎法學研究之士能繼續發揚楊兄之成果，共同為我國法理學之建設，奉獻心力，斯為楊兄之願望，亦為余努力之目標，願與有志者共勉之。

楊兄論文集能順利出版，實由嫂夫人心願之發動及黃、江兩君之協助。負責搜集楊兄論文及校對者乃楊兄最後指導之博士黃建輝君及碩士江玉林君。至於索引則將由黃建輝、江玉林二位共同擔任。黃、江二位熱心奔走，盡力襄助，均值吾人感念，是為之序。

林文雄

民國八十五年七月中旬

謹記於台大法律系研究室

（本文作者係本書主編）

第一章 法律思想研究/1

一、西洋法律思想

1. オリヴァ・ウェンデル・ホームズと
ロスコ・パウンド 3
2. 法律学における超經驗的思考方法の
無意味性について 23
3. 現代分析哲學對於法理學之影響 47
4. 法哲學における現實主義と理想主義の相克 89
5. 為經驗法學進一言 111
6. 美國實用主義法學的哲學基礎及其檢討(一) 119
美國實用主義法學的哲學基礎及其檢討(二) 171
7. 法學上利益衡量 243

二、中國法律思想

1. 中國固有家產制度與傳統社會結構(譯) 253
2. 荀子在我國思想史上之地位 271
3. 清末民初中國法制現代化之研究 277
4. 韓非法思想的特色及其歷史意義 297
5. 從先秦禮法思想的變遷看荀子禮法思想的特色
及其歷史意義 375
6. The Dynamic Relations between Law and Morals
in Chinese Traditional Legal System 447

第二章 法學方法論/463

1. 民法第一條之研究 465

2.戰後日本憲法解釋學的諸傾向及其檢討	481
3.憲法解釋之理論與方法	503

第三章 法律實務探討/513

1.判決之形式妥當性與實質妥當性	515
2.我國特別權力關係理論之檢討	559
3.判決的合法性與妥當性	603
4.憲政改革程序	609
5.我國憲法上政黨之地位及其禁止	635

第四章 其他論著/643

1.現代福利國家的概念(譯)	645
2.我國基礎法學之現況與展望	669
3.The Organization and Function of the Council of the Grand Justices in the Republic of China	685
4.法學教育：現代角色的反省與展望	705
5.家庭制度與企業的經營	719
6.中華民國大法官會議の組織と機能	729

人名索引/754

第一章

法律思想研究

