

基礎法學系列 ◀

Methodenlehre der Rechtswissenschaft

案例式 法學方法論

李惠宗◎著



新學林

案例式法學方法論



李惠宗 著



新學林出版股份有限公司

案例式法學方法論／李惠宗著. -- 一版. --
臺北市：新學林， 2009. 10
面； 公分

ISBN 978 - 986 - 6419 - 44 - 7 (平裝)

1. 法學 2. 方法論

580.1

98017117

案例式法學方法論

作 者：李惠宗
出 版 者：新學林出版股份有限公司
地 址：台北市和平東路二段339號9樓
電 話：(02) 27001808
傳 真：(02) 27059080
網 址：<http://www.sharing.com.tw/>
總 經 理：毛基正 總 編 輯：田金益
責任編輯：林靜妙 版 權 部：林靜妙
製程管理：浩瀚

出版日期：2009年10月 一版一刷
郵撥帳號：19889774 新學林出版股份有限公司
劃撥金額1000元以上免郵資，未滿1000元每本加收郵資50元
定 價：470 元

ISBN 978 - 986 - 6419 - 44 - 7 (平裝)
本書如有缺頁、破損、倒裝，請寄回更換
門市地址：台北市和平東路二段 339 號 9 樓
團購專線：(02) 27001808 分機 18
讀者服務：law@sharing.com.tw
電子商務：gobuy@sharing.com.tw

翁序

近年來，台灣的法學發展，因為有年輕學者不斷的加入，在各個領域都有長足的進步，包括違憲審查制度方面，學者們對憲法解釋方法論的問題，亦常進行討論，足見台灣法學的觸角已逐漸從個別法領域，進展到基礎法學的思辯中，這是一個可喜的現象。

作者李惠宗教授所撰寫的「案例式法學方法論」就是這樣潮流下的一本著作。本書是一個新的嘗試，希望在法律問題的解決上，找到一個比較符合邏輯，且具有可操作性的辯證過程。本書認為，探討一個法律問題，須先有問題層次的概念，否則容易失去解決問題的邏輯性，蓋不同層次的問題，有不同的重點及思維方式。所有法律問題，皆可劃歸四個層次之一：法本質論、立法論、法解釋論及法適用論的問題，此種類型化的方法，有其獨到之處。本書雖以「法學方法論」為名，但不同於一般的法學方法論教科書或專書集中在法律解釋的論述，而把問題的視野拉大，從抽象法理的論述，到具體個案因果關係的判斷。

李惠宗教授於 1986 至 1990 年就讀台大法研所碩士班及博士班期間，均由本人擔任其論文指導教授。李教授後來考取教育部公費留學考試，遠赴德國慕尼黑大學師事公法學巨擘 Peter Badura 教授攻讀法學博士學位，於 1994 年學成歸國。返國後，持續發表有關憲法、行政法之論著，並撰有「憲法要義」、「行政法要義」、「教育行政法要義」及「行政罰法理論與實務」多本書籍。最近李教授深感法學方法論的重要，乃從本土個案中發掘具有意義的案例，撰寫多篇與法學方法論有關的論述，並以其案例為軸心，完成「案例式法學方法論」一書。本人嘉其勤勉，爰綴數語以為序。

翁岳生

2009 年 8 月 4 日

自序

本書有一個目標，二個心願。

一個目標是：台灣法學的發展應脫離外國法的殖民化，應有本土化的法學方法論。

二個心願是：第一，寫一本法律人看得懂及非法律人也可以讀的法理學，雖然本書不以法理學命名。第二，讓法律價值可以客觀化，具有可預測性，而不是可以被操弄的工具。

作者曾經想過：法律有沒有可能變成讓一般人可以親近的科學？法理學一定要連法律系學生看幾遍也看不懂的學問嗎？本書嘗試著讓法律變成一種可以親近的，可以作為一種邏輯思維工具。至於有沒有達成，就要由讀者作成評價。

法學如果只停留在法理學或法哲學的探討，法律便缺乏操作的能性，但如有只有技術的法解釋與操作，則法律很容易變成只是一種工具——可能是政治的工具，也可能是傷人的工具。

法律生於文明，也是維護文明的制度。但法律也可能受到誤用或濫用。法律的誤用不是由於「無知」，便是源於「缺德」。缺德只能透過共識的力量予以抵制，無知可以透過方法論獲得減緩。所以法學方法論有其功能界限，因為法學方法論只是認識法價值的工具，無法解決政治情緒，也無法排除故意的官商勾結或政治操弄。

台灣法律文化最可悲的現象是，擁有權力者一直誤認為「只要擁有權力，沒有什麼不可以訂定的。」台灣法律文化發展最大的瓶頸點在於缺乏哲學體系及方法論的支持。有鑑於此，本書希望在這個領域中，發揮一些些的功能，但目前看到的只是小小的一塊磚瓦而已。

本書避免透過翻譯的方式，直接以發生在台灣本土案例，讓我們有自己的法學論述方法，也避免只是以紹述外國法學家的法學思想為目標，因此本書放棄法哲學史的論述，透過大量生活上的案例，闡釋法學方法上的法理念、立法政策、法解釋學及法適用的問題。

本書的寫作，要特別感謝黃鴻隆會計師，他是彰化地區最大的會計師事務所——誠品會計師事務所的負責人，雖然他必須坐著輪椅執行職務，但他樂觀、豁達以及熱情，讓我很感動。也由於他「多聞闕疑，慎言其餘」以及「每事問」的習慣，使我倍感壓力：「如果我沒有自己的法學體系以及法學方法，遲早會被他問倒的。」於是我也部分擷取其提問問題的精華，納入本書之中。本書之草成，部分也應歸功於黃會計師的激勵。

另外要特別感謝蘇亦洵法官助理，本書初稿完成之後，其協助通篇精實校對，並提供實務上諸多見解，以充實本書內容。

更要感謝的是，內人 不 時 來噓寒問暖，使本書有充分的餘裕，時常於夜半時光中，於法學原理有自得其樂的發現。

最後要感謝新學林出版社總編田金益及副總編林廷遙，在本書還沒有「鼻目嘴」的時候，就願意與我簽訂出版契約。透過出版社同仁努力，讓本書可以在我達「知天命」之年，作為對自己的交代。

李惠宗

2009年9月4日

凡 例

本書引用法規簡稱

入出國	入出國及移民法
人團	人民團體法
三七五	耕地三七五減租條例
土地	土地法
大法官法	司法院大法官審理案件法
土稅	土地稅法
大量解僱	大量解僱勞工保護法
土徵	土地徵收條例
大學	大學法
公平	公平交易法
公投	公民投票法
公服	公務員服務法
公寓管理	公寓大廈管理條例
公懲	公務員懲戒法
水污防治	水污染防治法
水利	水利法
戶籍	戶籍法
民	民法
平權	平均地權條例
犯保	犯罪被害人保護法
刑	刑法
合作社	合作社法
刑訴	刑事訴訟法
有線電視	有線電視法

自來水	自來水法
行訴	行政訴訟法
老福	老人福利法
兵役	兵役法
戒嚴	戒嚴法
決算	決算法
災防	災害防救法
私校	私立學校法
身障	身心障礙者權益保障法
兒少	兒童及少年福利法
兩平	兩性工作平等法
姓名	姓名條例
性騷	性騷擾防治法
所得	所得稅法
法規標準	中央法規標準法
空污	空氣污染防制法
社維	社會秩序維護法
促參	促進民間參與公共建設法
促產	促進產業升級條例
保險	保險法
建築	建築法
家暴防治	家庭暴力防治法
消防	消防法
消保	消費者保護法

破產	破產法
能管	能源管理法
財劃	財政收支劃分法
健保	全民健康保險法
商品標示	商品標示法
區畫	區域計畫法
商標	商標法
商檢	商品檢驗法
國宅	國民住宅條例
國家公園	國家公園法
國教	國民教育法
國產	國有財產法
國籍	國籍法
專利	專利法
強執	強制執行法
教師	教師法
規費	規費法
通訊保障	通訊保障及醫療法
都計	都市計畫法
勞保	勞工保險條例
勞基	勞動基準法
就服	就業服務法
就保	就業保險法
稅法通則	地方稅法通則
稅稽	稅捐稽徵法
著作	著作權法

訴願	訴願法
集遊	集會遊行法
溫泉	溫泉法
農劃	農地重劃條例
預算	預算法
漁業	漁業法
監督寺廟	監督寺廟條例
廢清	廢棄物清理法
廣電	廣播電視法
噪管	噪音管制法
憲	中華民國憲法
憲增	憲法增修條文
選罷	公職人員選舉罷免法
遺贈	遺產及贈與稅法
營秘	營業秘密法
環基	環境基本法
總統選罷	總統副總統選舉罷免法
殯管	殯葬管理條例
醫師	醫師法
醫療	醫療法
簽章	電子簽章法
藥事	藥事法
獻金	政治獻金法
警使	警察職權行使法
警械	警械使用條例
警察	警察法

中文引用簡稱

○○法§159Ⅱ②	表某法規之第 159 條第 2 項第 2 款。
(2005. 2. 4.)	位於法規名稱之後，表該法規公布之西元年月日之日期。
82 判 886	表行政法院之判決（民國紀元）年度及字號；如未特別註明，表(前)行政
94 裁 2642	法院或最高行政法院判決或判例或裁定。（括號內或註腳使用簡稱）
北高行	台北高等行政法院
中高行	台中高等行政法院
高高行	高雄高等行政法院
72 台上 704	表最高法院 72 年度台上字第 704 號判決或判例＊
民§144	表民法第 144 條。
行政罰法§14	表行政罰法第 14 條。
釋 491	表司法院大法官解釋字號。（簡稱，用於括號內或註腳）
頁 27/45(以下)	用於學術期刊論文之引用。「頁」後的數字，第一個數字（27）表示所引 用論文在該雜誌中的首頁，第二個數字（45）表示本書所引用之觀念，出 現在該頁（或以下）。
【○○○○案】	表案例名稱或司法院大法官解釋案名，此些案名係作者所附加。

德文用語簡稱

aaO.	am angegebenen Ort	前揭文
Art.	Artikel	第某條
Aufl.	Auflage	第某版
Bd.	Band	第某卷
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts	德國聯邦行政法院裁判集
ff.	Folgende	某頁以下
Fn.	Fussnote	註解
GG	Grundgesetz	德國基本法
Hg.	Herausgegeben	編著
Komm.	Kommentar	注釋書
Rn.	Randnummer	邊碼
S.	Seite	第某頁
Vgl.	Vergleiche	請參閱
Vorb.	Vorbemerkungen	法條注釋之前說明

本書導讀

法律問題是一種是非對錯判斷的問題。

本書認為，要探討一個法律問題，須先有問題層次的概念，否則容易失去解決問題的邏輯性及客觀性，蓋不同層次的問題，有不同的重點及處理方式。所有法律問題，可以落到下列四個層次之一，並無例外：法本質論、立法論、法解釋論及法適用論的問題。所擬尋求解決的法律問題，首先必須先確認係屬何一個層次的問題，才用那一個層次的方法去尋求解決。茲將各個層次的問題，略述如下：

一、法本質論

法本質論旨在探討特定法領域的基本原則「是否存在」及其「法的效力」如何的問題。此一層次問題的探究結論，可作為檢討立法是否正確的憑據，亦即法本質論常是探究某些法則是否可以成為「具有法規範效力」的命題。此一領域常涉及到「法的發現」，是一種具有創造性的發現。

由於此一領域問題的探討，常會成為法理學（法哲學）的主要領域，故此部分的探討往往會形成法律學派。法本質論所探究的問題，往往是超法律規定的本身，旨在尋求法倫理上具有絕對性的命題。某些法律制度目的的探求或憲法是否隱含文義所未明文指涉的權利，亦屬法本質論的問題，例如隱私權是否為憲法所保障的基本權？同性戀者是否組成家庭的權利？人是否有「變性」的自由及權利。又例如修

憲是否應該有界限？法安定性是否可以成為法律制度的內涵等問題。透過比較法以及時勢潮流的觀察與體現，可以更精確地探討出法之本質。由於法本質論的問題，往往具有高度的「開放性」，沒有固定或唯一的答案，甚至某些的政治哲學理念（例如權力分立、國民主權）也會變成法理的一部分。

此一部分，本書區分為三大領域，其一是形式法律概念的問題，探討那些規定具有法的形式效力，例如被宣告違憲但定期失效的法律，行政機關是否仍可執行？法院是否可以作為再審的理由、大學的宿舍借用規則是否具有法規範（據以開除學生學籍）性質等問題。

其二是，法律應該具有何種實質內容的問題，本書稱為「實質法」的內容，法律應該把道德或經濟效率納入規範，如果法律不具有「道德內涵」，是不是法律？但「道德」又是什麼？

其三要研究的是，如何尋繹人類歷史經驗所應該具有「共通善」的法律命題，例如「法律的生命是經驗，不是邏輯」的命題是否存在？

透過法本質論的發現，我們就可以掌握檢證「法律規定」是否正確的鑰匙，換言之，對於特定問題，法本質論雖然沒有唯一的答案，但仍然可以「發現」較可被接受的「道理」。一般所謂的「法理」，就是「法本質論」的發現。我國司法院大法官所從事的「憲法解釋」，不單單是「法解釋論」的問題，而是透過「憲法解釋」發現「法的本質」，故其解釋的結果，在法律缺乏基本權實現的具體規定下，應可作為人民權利的基礎。

二、立法論

立法論主要在探討政策如何「變成」法律，法律的內容是否符合

「法理」等問題。

立法者以民意代表的地位，受人民付託，代表著國民意志，透過法律之制定，以落實憲法所創立的價值秩序。故法律的制定，其本質任務乃是透過民主程序，就社會基本秩序作理性的規劃，故法律有「具體化憲法價值秩序」的功能；如果憲法沒有明文就某些「價值」予以明文化，則立法者甚至有「創造價值」的權限。

立法論因此旨在檢討法律的制定是否符合法的本質或符合憲法所揭示的價值秩序。雖然基於不同的規範目的，立法者可以採取不同的立法例，但無論如何，法律規定應符合該法律本身所達成之目標，亦即法律規定內容應保持體系上的一貫。理論上立法者應是最具理性的哲人。立法的思維，必須能體現整體時代的精神並有全盤的綜觀，不應只是對現實世界單純事件的反應，而應以建構理性的制度為其職志。但「徒法不足以自行」，法律的功能是有限的，社會秩序及各種價值的實踐，法律只是擔任其中的一部分，法律秩序也透過風俗、輿論等獲得維繫。儘管如此，如果人群社會沒有法律作為定分止爭的客觀標準，社會最基本的秩序，斷無法建立。故曰：「法律不是萬能，但沒有法律萬萬不能。」藉由立法的決定，人民各種行為的客觀價值乃獲得確立，立法者有頗大的裁量空間，稱之為「立法裁量」。除非立法有違反其界限之情況，否則縱使立法決定有不適當，例如已違反比例原則及平等原則等憲法原則而被宣告違憲無效者，否則該法律仍屬有效之法律。一般論證上所稱，法律規範應依據各國國情不同而作不同規範，係指立法論的問題。如果說某一個問題係屬「立法論」的問題，也意味著，只能透過「立法」或「修法」而獲得解決。

由於立法論的層次旨在討論，法律及法律所授權的法規命令是否違憲的問題，故必須考慮的問題有三個層次：一是法律政策的擬議及

落實、其次為立法體系及技術層次的問題，第三則為違憲審查制度的問題。例如國民換發身分證，可否規定以按捺指紋為要件？亦即戶籍法第 8 條規定：「(I.) 人民年滿十四歲者，應請領國民身分證；未滿十四歲者，得申請發給。(II.) 依前項請領國民身分證，應捺指紋並錄存。但未滿十四歲請領者，不予捺指紋，俟年滿十四歲時，應補捺指紋並錄存。(III.) 請領國民身分證，不依前項規定捺指紋者，不予發給。」其中第 3 項規定，以「按捺指紋」為前提始發給身分證，是否會構成隱私權之過度侵害？此一規定經司法院大法官釋字第 603 號解釋認為係屬違反比例原則的立法，此即為立法論範疇。司法院大法官透過法本質論的「發現」，肯定憲法保障「資訊自主權」，藉此一概念檢證前述戶籍法的結果，認定該規定係屬「違憲」。

三、法解釋論

法解釋論則就法律規定所具體形成的體系加以闡釋。法解釋論在解釋的目標來說，有主觀說與客觀說的區別。主觀說認為，法律解釋旨在尋繹出立法者主觀的意思，但客觀說則認為，法解釋應脫離立法者主觀的意志，以探求法律客觀的意旨。通說認為，法解釋論應採客觀說。

不論採主觀說或客觀說，法律解釋必須以法律所使用之文義作為出發點，頂多只發生法律漏洞填補的問題。在法律適用的三段論法中，法解釋論係屬大前提的任務，亦即正確地解釋法律。不確定法律概念部分也是法解釋論的問題，必須就該法律概念釐清其核心意涵的要素，再於具體案型判斷是否符合該意涵要素。

法律解釋必須符合立法之目的，否則即會發生錯誤解釋的問題。但如果立法不當（不符合憲法意旨或立法體系不一貫），則非法解釋論

所能解決者。

法解釋論，除了探討解釋方法之外，也包括「發現法律漏洞及填補法律漏洞」。此外，一般不確定法律概念的判斷，也會涉及法解釋論。除了法解釋外，不確定法律概念的判斷另外涉及「涵攝」的程序。

但重要的是，法解釋論不能取代立法論，亦即法律規定如果不適當，除非有矛盾立法或法律漏洞，否則也無法透過法解釋論解決立法論的問題。立法論的問題，必須透過修法或廢法解決，不是透過法解釋論處理。

四、法適用論

法適用論則屬個案應如何使用證據並正確地依據因果關係，以判斷個案爭執問題的正確性，一般法院判決裁量及行政裁量的問題乃屬法適用論的問題（但立法裁量則屬立法論的問題）。在法律適用的三段論法中，法適用論係屬「小前提」證據與「結論」作成判決或行政處分的範疇。法適用論旨在追求個案法律涵攝的正確性。法適用論值得研究的領域，例如特別法優於普通法、法條競合應如何適用，包括司法裁量及行政裁量、證據法則、因果關係理論等問題。

以上四個層次的問題，皆有其不同的論述方法，如果是法解釋論的問題，就不應以法本質論方法論述，否則就會有方法論上謬誤的問題。但同一個問題，既可在立法論，也可能在法本質論探討，那就要先將所討論的問題，作正確的定位，才能進行正確的討論，也才有希望找到客觀的答案。

茲舉例列表說明如下：

	例一	例二	例三	例四	例五
法律問題之層次	死刑之存在，是否符合法理？	司法院大法官受理憲法解釋案件時，是否具有「緊急處分權」？	同性戀者，是否有權請求組成家庭，收養小孩之權？	事實婚姻是否應予保護？	人體器官或商業廣告是否屬於「財產權」保障的範疇？
爭點	死刑存廢論的問題。	司法權的本質論。	人格發展自由權與國家保護義務的範圍。	婚姻本質論及一夫一妻價值論。	財產權概念的要素。
法本質論	我國司法院大法官解釋認為，死刑之存在，係屬合憲。（但德國聯邦憲法法院認為違憲。）	司法院大法官釋字第 585 及 599 號解釋採取肯定見解。	學界討論甚夥，但尚無大法官解釋。	司法院釋 647 認為，「在必要時，事實配偶亦應加以保護。」	司法院大法官採取「制度性保障」的觀念（包括財產的存續保障及價值保障）
立法論	立法者採取「死刑存續論」，個別刑法規定中，有（相對）死刑的規定。	法律沒有規定。	我國法律沒有規定，是否會產生「保護不足」的違憲問題？	民法有重婚無效的規定，配偶有通姦及重婚，他方得請求離婚。	土地法§14 有規定「不得私有之土地」
法解釋論	子女出養後殺害本生父母，解釋上是否仍屬殺直系尊親屬？亦即刑法 272 條所稱直系血親尊親屬，「解釋上」是否仍包括法定及本生之尊親屬？	由於法律應規定而未規定，乃形成法律漏洞，可由適用法律之機關，透過正確的法學方法填補法律漏洞。	無規定，故無從解釋，故此一問題，不涉及法解釋論問題。	離婚請求事由的個別解釋。	某些的法律地位是否具有財產權的地位，可以透過解釋論闡述之。
法適用論	個案上，判斷凶刀血跡是否與犯罪嫌疑人 DNA 吻合等證據及因果關係等問題。	無。	無。	個案證據問題。	個別財產侵害的救濟。

上表所列的問題，可以清楚看得出來，有些問題是立法論的問題，有些是法本質論的問題，論述方法不盡相同，其結論亦將有所不同。讀者若能把握不同層次問題的論述，就能有較為客觀的問題解決方案。

目次

翁序.....	①
自序.....	③
凡例.....	⑨
中文引用簡稱.....	⑪
本書導讀.....	⑬

第一篇 法本質論

第一章 法是什麼——形式法.....	3
第一節 法規範的意義.....	4
第二節 法規範制定權.....	12
第三節 法之構成.....	15
第二章 什麼是法——實質法.....	25
第一節 法律內涵的構成因素.....	27
第二節 法律命題的成立.....	69
第三節 法律命題的選擇.....	82
第四節 經典性法律命題.....	85
第三章 法效力論.....	87
第一節 法效力來源之理論.....	88
第二節 法規範實效性的內涵.....	90
第三節 法規範生效之要件.....	94
第四節 法律效力的內容.....	102