

學術專論

變遷社會中的 法學方法

黃舒凡 著

變遷社會中的法學方法



黃舒芃 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

變遷社會中的法學方法 / 黃舒芃著. -- 初版.

-- 臺北市 : 元照, 2009.09

面 : 公分

部分內容為德文

ISBN 978-986-6540-77-6 (平裝)

1. 法學 2. 方法論 3. 文集

580.7

98009578

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

變遷社會中的法學方法

1D146PA

2009年9月 初版第1刷

作 者	黃舒芃
出 版 者	元照出版有限公司 100 臺北市館前路 18 號 5 樓
網 址	www.angle.com.tw
定 價	新臺幣 380 元
專 線	(02)2375-6988
傳 真	(02)2370-3286
郵政劃撥	19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-986-6540-77-6

獻 給

我的外婆

序 言

我對法學方法論的興趣，源自於攻讀博士學位的階段。從撰寫博士論文的過程當中，我第一次深刻體會到：原來方法論不是一套虛無飄渺的抽象學理，而是可以非常具體地運用在實際法律問題推理上的知識寶藏。回到台灣以後，由於這份興趣與日俱增，再加上開始有投稿國際學術期刊的規劃，希望鎖定一個國際學術界共同關心的研究主題，所以我開始在法學方法論領域投入比較多的心力，也越做越感到興味盎然。日積月累的結果，就促成了今天這本書。

本書所涉及的三大主題，都是我這幾年來最關心的議題。其中，「法比較與法繼受」的相關研究是博士論文部分內容的延伸。由於我的博士論文觸及德國法與美國法的比較，因此「比較法」究應如何妥當運用，便成了必須先行澄清的問題；也正是透過這一點，促使我連帶思考台灣在繼受西方法制的過程中必須面對哪些方法論上的難題。至於另外兩個部分：「處於規範與現實交界的司法權」以及「科際整合趨勢下的法學方法」這兩個彼此密切關連的主題，則是我回國以來嘗試較深入耕耘的研究領域。透過對司法活動本質的方法論探索，我更進一步瞭解法學的特質，也因此希望日後能站在這些知識基礎上，運用更精緻而具說服力的分析，證明法學相對於其他學科的自主性。所以對現階段的我而言，本書的出版，不僅具有回顧過往的意義，也帶著展望未來的自我期許。

有幸走上法學方法論的研究道路，必須感謝許多學術前輩的啟發。從二十世紀初期的Hans Kelsen、Carl Schmitt、Roscoe Pound與Jerome Frank，到當代的Karl Larenz、Ernst-Wolfgang Böckenförde、Bernd Rüthers與Oliver Lepsius，這些人的著作不但持續充實、豐富我的知識，更在精神層次帶給我諸多的激勵。此外，如果沒有許宗力老師、翁岳生老師、王澤鑑老師、湯德宗老師、林子儀老師、顏厥安老師、黃昭元老師、蔡宗珍老師、蕭高彥老師、林三欽老師、王泰升老師，Stefan Koriath、Hasso Hofmann、Stanley Paulson、Oliver Lepsius與Joachim Lege等多位師長、前輩的提攜與鼓勵，中研院及中原大學的同事們多次的加油打氣，以及我的父母、家人與愛犬Joky無條件的關愛與包容，我恐怕無法堅持勇氣，在台灣從事這些相對冷門的研究。如果書中這些作品可以被肯定有任何的成果，我希望他們願意與我一起分享。

黃舒芃

2009年2月謹誌於德國慕尼黑

目 錄

序 言

變遷社會中的法學方法——導論	1
----------------------	---

I. 處於規範與現實交界的司法權

- 法律拘束與個案正義
——自由法運動對德國法治國傳統下立法與司法
權限分際問題的反思 7
- 正確之法或框架秩序？
——一個對「法官受法拘束」意義的方法論反省 39
- 「價值」在憲法解釋中扮演的角色
——從釋字第617號解釋談起 83
- 數字會說話？
——從大法官釋字第五八四號解釋談事實認定在
規範違憲審查中的地位 127

II. 科際整合趨勢下的法學方法

- 社會科學研究的民主意涵
——美國法律唯實論的民主觀及其啟示 173

• Dogmatik und Interdisziplinarität im Verfassungsrecht: Zum Rezeptionswandel in der taiwanischen Verfassungsrechtswissenschaft.....	201
【中譯文】憲法中的釋義學與科際整合 ——論台灣憲法學繼受典範的變遷	227

Ⅲ．法比較與法繼受

• 比較法作為法學方法 ——以憲法領域之法比較為例.....	245
• 法治（Rule of Law）或法治國（Rechtsstaat）概念 在台灣繼受	281

著作目錄.....	301
-----------	-----

變遷社會中的法學方法

——導 論——

簡單地說，法學方法論的核心議題，在於探究法律問題的推理方式。若從較狹義的觀點出發，法學方法論關心的主要就是「法適用」的方法，亦即著眼於探討：法適用機關究竟是站在何等基礎上，又是根據什麼樣的標準，將其所理解到的抽象法律內容，適用到具體的法律案件當中，以能作出正確的裁判。因此，司法機關的權限行使，往往順理成章地成為法學方法論最核心的研究對象，從而，法律與法官之間的關係，就變成了法學方法論最經典的討論主題。

由於我的博士論文旨在探討立法者與司法違憲審查機關兩者之間的權力衝突與權限分際問題，所以在寫作過程中，經由大量文獻的引導，自然而然地便發掘了德國法學方法論傳統對於「法適用」與「法制定」的區分在這個權力分立問題上可以貢獻的著力點，也從此對於司法活動本質的探究，產生濃厚的興趣。因此，回到台灣之後，我花了三年時間，分別針對在德國法學方法論發展歷程中占有舉足輕重影響力的自由法運動（Freirechtsbewegung）、評價法學（Wertungsjurisprudenz），以及問題導向的主題思維（Topik）等三種思潮，進行了「法學方法論三部曲」的系列研究，為此撰寫了三篇陸續刊登在德國法學期刊*Rechtstheorie*的文章。與此同時，我也開始嘗試結合方法論、思想史及法釋義學的研究，同步地將「三部曲」的成果向外延伸，從而分別針對美國法律唯實論、立法形成空間的證立，以及Alexy原則理論當中所主張的形式原則等論題，撰寫數篇英文及德文文章加以探討（以上著作之具體題目及發表刊物，都請

2 變遷社會中的法學方法

參見本書所附之著作目錄）。後來，我將「三部曲」其中的兩篇文章重新組織、改寫成中文，並運用這些方法論的研究心得，檢討釋字第584號與第617號這兩號大法官解釋。這四篇文章，於是共同構成了本書的第一部分：「處於規範與現實交界的司法權」。

以上這「三部曲」，不但使我有機會接觸大量的方法論文獻，深刻體會到十九世紀末至二十世紀中期這段時間法律思想的精彩辯證，也從這些文獻當中，意外發現許多當代理論與發展趨勢的思想源頭，從而對於當代許許多多的爭議本質有更進一步的體悟。如前所述，在法學方法論的主題導引之下，這「三部曲」的研究，主旨都在探索「法」與「法官」之間的互動，也因此都著眼於探討「法拘束」與「個案正義」這兩者之間的緊張關係。對自由法運動的研究，讓我瞭解德國法學傳統重視「法律作為拘束法官之憑藉」的基本特色，更從中發現：在德國法強調區分「應然」與「實然」的思想背景下，「論證」與「動機」二者的區分有其特殊意義，從而，所謂拘束司法活動，指的並不是監控法官個人的思想或審判動機，而是拘束其判決本身、拘束其論證過程。我認為，這種對於「怎麼想」和「怎麼做」的區分，非常有助於澄清當代許多涉及司法權限範疇的權力分立難題，也成為我重新評價自由法運動的歷史地位，以及檢討Alexy理論的重要基礎。翌年對評價法學的研究，則使我對法學新康德與新黑格爾主義之間的精彩交鋒大開眼界，也讓我見識到Hans Kelsen與Karl Larenz各自深厚的論證功力。Larenz的論述使我深入感受新黑格爾思想「辯證」思維的吸引力與危險性，也因此幫助我更進一步理解Kelsen主張「規範」與「現實」、「上位規範（法律）」與「下位規範（司法裁判）」之間必須保持距離的意義何在。透過這項研究，我一方面逐漸確立自己偏向新康德主義的思想立場；另一方面也奠定了未來三年以「規範與現實間的關係」作為核心

的研究方向。而「三部曲」最後一個階段所進行的Topik研究，除了讓我意外發現Kelsen關於「（法律）授權」的看法與Topik代表人物Theodor Viehweg對個案導向的主張兩者之間在思想上的連結性，更幫助我對法釋義學的功能有了更深一層的體悟。有別於傳統重視法釋義學強化體系功能的見解，透過Topik的觀點，我體會了法釋義學其實更具有促進個案正義的面向與意義，而這樣的體會也使我更加確信：所謂「法釋義學只重視概念堆砌」、「法釋義學漠視社會現實」等說法，都是對法釋義學的嚴重誤解，也是一種不能確實把握法釋義學真正意涵的表現。

前述這些對於司法權的方法論研究，對我有很重要的意義。這些文章不僅一再幫助我彙整、釐清自己對於司法權性質的看法，也因為在寫作過程中必須不斷面對並處理法體系性與個案正義之間的衝突及協調問題，使我越來越意識到「規範vs.現實」這個法學基本問題的意義與重要性。在「數字會說話？」這篇文章中，我第一次嘗試較完整地討論大法官處理事實問題的權限範圍，藉以反省大法官在釋字第584號解釋的推論過程裡對於事實性要素的運用方式，也因此開始對當前相當流行的「法學科際整合」風潮，產生進一步觀察與檢討的動機。本書第二部分「科際整合趨勢下的法學方法」當中所收錄的兩篇文章，都是切入法學科際整合問題的嘗試。其中，第一篇「社會科學研究的民主意涵」，旨在呈現科際整合的發展趨勢在美國普通法背景下的生成背景；而第二篇「憲法領域中的釋義學與科際整合（Dogmatik und Interdisziplinarität im Verfassungsrecht）」，則希望透過指出台灣憲法學界繼受典範的變遷趨勢，反省台灣法學界主張科際整合可能的盲點所在。後來，根據這些分析所得，我更進一步針對美國憲法理論與實務的科際整合趨勢，進行比較完整的考察。這項研究的階段性成果，將發表在國際法學期刊ARSP上（請參見本書所附之著作目錄）。透過對美國、德國及台灣相關發展的觀察，

4 變遷社會中的法學方法

這些初步的研究已使我確知：科際整合路線不論在德國或美國，都不是毫無異議地被照單全收，更非直接了當地被認為是法學進步的象徵。相反地，究竟社會科學所貢獻的資源及研究成果，能夠在法律問題的推論上扮演何等角色，又有什麼樣的侷限，是法律人在大聲呼籲「法規應與社會現實密切結合」的同時，不能迴避的難題。然而這個層次的反省，卻似乎鮮少出現在台灣當前大力推廣法學科際整合的發展潮流之中。

我發現，極力鼓吹法學科際整合的主張，往往對法律的社會功能，抱持著一套帶有內在矛盾的想像。這些主張一方面高估法律，認為法律當然具有、也必須具有解決所有社會問題的能力；但另一方面，在面對實際問題的時候，卻又低估法律，認為法律是萬萬不能，所以主張法律問題的解決必須一再仰賴其他學科的奧援。在探究這整個發展趨勢的過程中，我越來越體會到：當我們越高估法律處理社會問題的能耐，我們就越容易遺忘法律的真正功能，也連帶容易誤解、扭曲法規範的內涵。這一番體認，不但促使我更想進一步探索法學相對於其他學科的獨立性與自主性究竟何在，也讓我更加感受到自己所知仍極為有限，從而時時自我警惕來日必須更加虛心、努力地耕耘。

博士論文階段的訓練，使我深刻體會追本溯源的重要性，及以偏概全、忽視不同法秩序間差異的危險性。雖然對於法學科際整合的理解程度尚屬薄弱，但前述這些研究仍再三提醒我：在不同法秩序背景之下，「科際整合」也會有不同的發展軌跡與呈現態樣。本書第三部分「法比較與法繼受」，恰恰與此脈絡思考相互呼應。它一方面闡述了「比較法」追尋不同法秩序間差異來源的方法論精神，揭示出「科際整合」這一類的亮眼呼籲背後所預設的制度背景與所潛藏的運用限制；另一方面也希望指出：台灣在繼受西方法制的過程中，必須留意什麼樣的方法論課題。

從方法論的角度來說，「比較」與「繼受」是兩個不同的課題。前者著眼於「忠實呈現差異」，後者著眼於「忠實仿效」。然而，在台灣討論脈絡之下，兩者往往被混淆使用，甚且經常將「比較」誤認為「繼受」，將「繼受」誤認為「比較」。所以，當論及不同國家法制或個別法律思想的「比較」時，台灣許多討論屢屢基於各自的論述目的，太快以自我本位的方式，評述不同制度彼此間的優劣，從而忽略各個制度、理論或思想之間原有的背景差異，及各自所本的問題意識與立論基礎；然而另一方面，在探討台灣「繼受」外國法制的過程中，許多討論卻又傾向以「比較」、或者「本土化」之名，拒絕完整的繼受。本書所涉及的三個方法論主題：司法權、法學科際整合，以及法比較與法繼受，在台灣討論脈絡之中，往往都摻雜了此等認知，也因此往往稀釋了許多（外國或我國）法律思想的精華。事實上，如果我們能完整而仔細地關照一個思想、一套方法或一系列制度發展的前因後果，我們就能避免對於諸多概念與理論的誤解或扭曲，避免用泛政治化的態度來詮釋特定法學思想，也更能確知台灣與各個外國法制之間，究竟處在什麼樣的相對位置。就這個意義而言，「比較」與「繼受」的區辨，不僅可以使我們更瞭解別人，也能使我們更瞭解自己。我相信，真正的「本土化」，是從這裡開始的。

在探索法學方法論的世界裡，我始終能從Hans Kelsen的著作當中，得到豐富而深刻的啟發。他對於應然與實然關係的精闢見解，也為我帶來決定性的影響。接觸越多的方法論著作，越能體會Kelsen的相關研究何以能夠歷久彌新。近年來，由於Kelsen的理論透過青壯學者Matthias Jestaedt與Oliver Lepsius的帶領，而有在德國法學界復甦的趨勢，益使我在研究過程中，常能有一種悠遊自在的幸福感。這種可以不斷從當代文獻之中發掘、印證自身觀點的樂趣，是筆墨難以形容的。此外，藉由閱讀方法論的一手著

6 變遷社會中的法學方法

作，我也從Hermann Kantorowicz、Hermann Isay、Karl Larenz、Theodor Viehweg、Niklas Luhmann等多位學者精彩的文字當中，學到精緻分析法律問題的技巧。特別是Larenz的作品，每每能恰如其分地提醒我善用「區辨『同中之異』」與「歸整『異中之同』」這些對我而言最奧妙而受用的法學專業技能。單是回顧這「三部曲」的相關研究帶給我的知識饗宴，就讓我覺得一切都很值得。這也是出版本書的意義所在。

法律拘束與個案正義

——自由法運動對德國法治國傳統下 立法與司法權限分際問題的反思

目 次

壹、前 言	肆、對漏洞理論的批評與辯護：純粹法學與自由法運動的交鋒
貳、「解釋」或「漏洞填補」？ ——自由法運動的漏洞理論	伍、兼顧法律拘束與個案正義的漏洞填補——代結語
參、作為法適用活動的漏洞填補	

關鍵詞：法律拘束、個案正義、法學方法論、自由法運動、純粹法學、法治國、解釋、漏洞

壹、前 言

自十九世紀以來，德國在法治國（Rechtsstaat）思想的籠罩之下，將立法權視為領導整體國家法秩序的核心，認為立法者方才足以作為捍衛個人自由的屏障，也因此認定立法者所制定之法律必須發揮支配並拘束其他國家權力之功能¹。據此，在德國法治國傳統下所蘊生的權力分立結構，明顯從「法律作為法秩序核心」出發，進而分別對行政權與司法權，衍生出「依法行政」與「依法審判」的要求。從而，「受法律拘束之行政」與「受法律拘束之司法」便分別成為界定行政權與司法權本質暨其權力界限的判準，而其中司法權更因為具有消極、被動的特質，在德國早期法學方法論傳統的認知當中，被冠以「法律的嘴巴（Mund des Gesetzes）」之封號，藉以象徵司法審判「不帶任何主觀意志色彩，只在個案中機械性地傳述法律意旨」的特性，及其對應於立法權之分際²。

不過，傳統上對於法官作為「法律的嘴巴」或者所謂「涵攝的自動機器」的角色認定，至遲在十九世紀後期，便已遭受諸多根本性的挑戰。換言之，在司法審判過程中，法官是否「只是」或甚至「只能」從事一種單純機械性的邏輯推演任務，而不被容許摻入任何個人意志要素，已隨著德國法學方法論傳統之發展與

1 關於法治國思想所凸顯出來的這項不同於英美Rule of Law傳統的特質，詳見Fikentscher (1975: 133 ff.); Kriele (1988: 109 ff.; 1971: 49-50); Lepsius (1997: 208-213); Fraenkel (1981: 196 ff.). 關於立法者作為法秩序核心在德國法傳統下的意義，可進一步參見Jesch (1961: 92 ff.); Badura (1987); Lepsius (1999: 124-125); Schuppert (1998).

2 關於德國司法權定位在早期（十九世紀）的發展與爭議，可參見Ogorek (1986).

演進而逐漸受到質疑³。在這股思想典範轉移的潮流當中，德國自由法運動（Freirechtsbewegung）在十九世紀末至二十世紀初期對司法權本質的反省，乃至於在這基礎上對立法與司法權限分際問題所提出不同於以往的觀點，無疑具有相當重要的意義，因為自由法運動之主要訴求，即在於根本性地突破過去對於法官活動的看法，指出在司法審判過程中，法官意志要素的必然性與必要性，藉此反對「司法審判等於邏輯涵攝」的主張。然而更值得注意、且往往被忽略的是，在對司法活動本質如此革命性的觀點之下，自由法運動卻並未連帶試圖顛覆法治國傳統對於「法官依法審判」的要求。相反地，從本文的角度看來，自由法運動最特殊而重要的貢獻，正在於它在主張法官自由意志、甚至法官創造性與獨立性之必要的同時，揭示「法官依法審判」的要求如何在這樣的前提之下得到落實。換句話說，不同於一般的理解與批評⁴，自由法運動反而意在透過對司法活動本質的重新理解與界定，指出法官應如何在「法律拘束」與「個案正義」這兩項誠命之間，求取一個符合其任務本質與權限分際的平衡。由此看來，自由法運動對於司法本質、及司法與立法兩權之間權力分立問題的看法，不論對當時情境或現今發展而言，都具有不容低估的啟發性意義與探討價值⁵。

3 對此發展參見Hwang (2005: 129-134)。

4 由於強調法官在審判過程中的意志判斷，使得自由法運動每每被認為是一套呼籲司法裁判的「感覺」導向，進而導致法律對法官的拘束蕩然無存的思考模式。學者Karl Larenz因此將自由法運動視為德國法適用傳統發展下的例外，從而價值有限（Larenz, 1991: 62）；Bernd Rüthers更基於對自由法運動的負面評價，而斷言自由法運動對法官意志自由之主張已然過時（Rüthers, 1999: Rn. 610）。

5 基於前述理由，當代德國學界對自由法運動的評價褒貶不一。儘管批評眾多，仍有論者肯定自由法運動對於德國法學方法論發展趨勢的深遠影響。例可參見Vallauri (1971: 52)。