

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

10. 「法與現代精神」困學錄	七九
11. 龐德的成功之道	八八
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

第二編 日本「法學方法論」發展的過程

一五三

第一章 引言

一五三

第二章 戰前之法學方法論

一五九

- 一、法學方法論之生成發展
 - 二、未弘嚴太郎之法學方法論
- 一五九
- 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
第一節 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·····	二一〇
三、來栖三郎與川島武宜理論之比較·····	二一〇
(一) 法解釋的複數性及「框架」之問題·····	二一〇
(二) 法解釋之實踐性、法的價值判斷之主觀性或客觀性·····	二一二
(三) 法解釋之科學性·····	二一五
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·····	二二四

(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」刑事部部长（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，未弘嚴石說道：「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
否有罪？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！」

未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，立即對未弘嚴石還以顏色，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。

未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題方法加以追問。

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此之判決為主軸。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，都得講清楚說明白，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。

這種教育方法，在老師提示、點化之前，學生所接觸到的是毫無加工的案例，由彼等依「直覺」作初步的推論之後，始對之做理論性的批判，給予學生有自我反省的機會。其作法，端在要求學生能夠自動的了解理論。此種美式的法學教育，與末弘嚴太郎所習於理論性的教導以及演繹的應用，可以說是全然不同的教育方法。

末弘嚴太郎曾私下比較，日式的教育方法，誠然可以增加知識的份量，但卻不能培育學生自動思維的心與力，一旦直接碰到具體的事件，根本無法以自己所擁有的知識予以適用，以及全然不能發揮其所潛在「直覺的判斷」的「決定」之力。

這時末弘嚴太郎才恍然數年前，留美的高柳賢三私下向他說，美式的教育方法，「類似禪修的教

育方式，老師祇給予公案，沒有教導。一味讓你思考所給的公案，這樣一面給予公案，一面給予提示，讓自己去領悟，這就是禪修的本旨。案例研究法就是與此同樣的教育方法」。當時末弘嚴太郎聽了不甚了了，到此刻他才大徹大悟。

參、末弘嚴太郎受益良多

末弘嚴太郎自是之後，在美一面觀察美式教育方法的實際，另一方面注意該種教育方法的理論，自承受益甚多，尤其讀了朱爾·亨利·彭加勒(Jules Henri Poincaré, 1854-1912)所著「科學與方法」(Science

et Methode) 一書後，更印證其然。彭加勒在該書中，對「邏輯」與「直覺」的作用作了鞭辟入裏的說明：「邏輯和直覺各有其必要的作用，二者缺一不可。唯有邏輯能給我們可靠性，它是證明的工具；而直覺則是發明的工具」。「在所有的道路中，哪一條路會最迅速地把我們引向我們的目標呢？誰將告訴我們選擇哪一條呢？這必須具有探索者本領，直覺就是這樣的使我們具有一覽遙遠目標的本領。」

「邏輯告訴我們走這一條路，保證不會遇到障礙；但是它不會告訴我們哪一條路能達到目的。為此，我們必須從遠處瞭望目標，教導了我們瞭望的能力是直覺。沒有直覺，幾何學家便會像這樣的作家：他祇是按語法寫詩，卻毫無思想。」「發明即是辨認、選擇；邏輯祇能提供所有組合或結構，要在其中作出明智的選擇，則必然要靠直覺」。

末弘嚴太郎廢寢忘食，一口氣讀完了「科學與方法」後，幾乎雀躍三丈，恨不得馬上回到他老爸身邊，向末弘嚴石懺悔說：「老爸，您真是優秀的名法官！您是老練的法學家！就具體的事件，一定要有直覺，獲得結論後，再依三段論法的演繹！我誤會您了！」

之後，末弘嚴太郎回過頭再看以前讀不懂的書，一夕之間，居然「一理通，百理融」了。霍姆斯 (Oliver Wendell Holmes, 1841-1957) 說：「普通法審判的特徵之一，就是首先得出判決結論，然後才決定原則」，佛蘭克 (Jerome New Frank, 1889-1957) 說：「從某種意義上來說，各種各樣的判斷（包括判決），都是帶著一個或明或暗的既有結論出發的。一個人通常以這一結論為出發點，然後努力尋

找能夠證明這一結論的依據」，以及瓦塞爾斯特羅姆（Richard A. Wasserstrom）將法律之適用過程，分為發現的過程（Process of discovery），即法官如何獲得判決的結論，以及正當化的過程（Process of justification），即法官如何公開地證明該判決是正當的等等，一下子豁然了解了，這些至理名言，不再似懂非懂了。

肆、體驗與直覺是知識的根柢

末弘嚴太郎學成歸國後，迫不及待地向末弘嚴石報告：「爸爸，您以前所說裁判並不是透過邏輯演繹，而是依直覺自然而生的話，我一切都明白了。在先前我認為理所當然的法學教育方法，一味祇教理論，怠於使學生依直覺『洞察』案情，僅對之作理論的批判，毋乃太偏，那真是不行的！」。

末弘嚴石點稱道：「這就對了，我並沒有說深奧艱澀的理論，是要你了解：如果達到知識的極致，直覺與理論自然臻於一致。這祇是從我長期以來的體驗，有感而發。因之，你為人之師，在教導他人子弟，千萬不可輕視直覺的價值，要特別對學生，培養他們的『直覺力』，引導他們主動學習」。

自是之後，末弘嚴太郎在教學上，一直重視直覺教育，以培養學生的直覺力，為其畢生致力所在。他曾舉游泳為例，一個人想學習游泳，即使讀破萬卷游泳書籍，而不依直覺與練習予以體驗，最後必然仍是一個十足的旱鴨子。如以實踐及直覺所得知識，輔以理論性的批判，即可瞭然其原理，其技術

自然更加洗鍊。亦即體驗與直覺方是知識的根柢，末弘嚴太郎經過了這一番美國磨練之旅，終於對法學融會貫通，日後成了日本法學的巨擘。

伍、直覺隨著豐厚的學養而提升

直覺並不是單純的第六感，也不是天來的妙音，而是隨著經驗與學養的累積，達到一定的程度，才會與日俱豐，因此吾人必須多看、多歷練、多學習，直覺的靈敏度方能期其提升。如將裁判做「分解動作」，或有「結論」與「判決理由的邏輯推演」之分，或有「發現的過程」與「正當化過程」兩個過程，但實際上卻常彼此「流動」，甚至一氣呵成，這就須憑平常的鍛鍊。

受過軍事訓練的人都知道，舉槍射擊時，首先要面對目標，然後舉槍、托肩、瞄準、扣板機，一道道程序的「基本動作」，不得有誤。可是作戰時，時機稍縱即逝，不是你痛殲敵人，即為敵人所射殺，哪有餘裕去做那些「分解動作」。裁判雖可分「結論」與「邏輯過程」，但一個學驗俱豐的法官，在審判過程，幾乎透過直覺：何種「結論」，經得起「邏輯演繹」，何者經不起；何者為法律所許，何者為法所不許，一切都判然於胸。

以是之故，所謂「直覺」，不是恣意，而是以豐厚的法學教養為基礎，有異於一般人僅具法的淺薄知識之法的直覺。但為慎重計，吾人仍應如末弘嚴石所說，以直覺得結論後，應再翻閱法條、判例、

學說，以補自己學養之不足。

（刊一〇二年六月十三日，一六四九期，司法周刊）

2. 我妻榮的裁判觀

大二上繼承法時，陳棋炎老師經常講「我妻」之見解如何又如何，同學們暗自稱奇，這位陳教授怎麼「言必稱太太」，有時是稱讚，有時卻批判，大家頓時滿頭霧水，前一、二節課不便發問，就忍了下來。

上過幾節課後，陳老師依然故我，講他的「太太」。最後有位同學再也沉不住氣，舉手發問道：「老師，師母是不是也教繼承法？她有沒有著作？我們想買來參考！」陳老師聽了頓感到奇怪，當下回答說：「內人不是學法律的，目前是家庭主婦，沒有什麼著作啊！」然後反問道：「你怎麼會有這樣的問題呢？」

大家越聽越奇，坐在前幾排的同學就異口同聲的說：「那麼老師怎麼經常說『我妻』的見解如何又如何？」陳老師聽了當堂啞然失笑，莞爾的解釋說：「我妻榮，是日本有名的學者，他在日本民法及法學方法論的領域上，在二戰以前可以說是集該二領域的大成者，同時在戰後也是該二領域的奠基者，在日本享有很高的崇隆地位。我妻是他的姓，他與內人非親非故，扯不了任何邊！以後你們討論法律問題，也可以說我妻之見解如何又如何！」

大家聽了頓時轟然大笑。在民國四、五十年代，資訊非常貧乏，老師講課，大多印發講義，偶有教科書，就算不錯了，要想買日本書籍來參考，不但沒能力看，而且也沒必要買。所以我對我妻榮的印象，在大學時期就僅止於此。

壹、在書籍中「認識」我妻榮

當上了法官，由於辦案的需要，勤習日文，日語能力比在學校時好一些，所以一有空閒，就往「三省書局」（後改為文士書局）泡，漸漸養成買日本書的習慣，手上一有餘錢，多花費在買日本書籍上。眼看三省書局或文士書局，從衡陽路搬到博愛路，從樓下搬到樓上，從大街搬到小巷，因閱讀日文的入口越來越少，所以它的門面也越來越小，最後居然關門大吉，改成卡拉OK店了。

回顧這一段買日本書籍的日子，令人回味無窮。當時經常光顧文士書局的，還有曾華松大法官，他讀書甚勤，「學富五車」，所以他由地院推事、庭長而高院推事、行政院評事、庭長而大法官，一點也不令人意外。而我則勤於買書不看書，把餘錢花個精光。他當大法官時，有一天來秘書長辦公室跟我閒聊，提到文士書局的老闆對他說：「我這個書局，就是靠你和楊仁壽支撐下來的！」說完我們倆不勝唏噓。台北地區如果還有一間以賣日文法律書籍為主的書局，該有多好！

在那一段時間，我買了不少有關我妻榮的書，諸如岩波書店刊行的「民法講義」（八冊）、有斐閣

發行的「近代法における債權の優越的地位」及「我妻法學の足跡」、一粒社發行的「民法案內」(十冊)及「追想の我妻榮」、與日本評論社發行的「法律における理窟と人情」等，始對我妻榮有某程度的了解。尤其在法學方法論方面，受益甚多。

我妻榮(1897-1973)的父親我妻又次郎是山形縣米澤中學的英文教師，母親則是同縣師範學校的第一屆畢業生，為米澤市與讓小學教員。我妻榮於一九〇三年入米澤與讓小學，一九〇九年入米澤中學，一九一四年進入第一高等學校。一九一七年考入東京帝國大學法學部，一九一九年一月考取高等文官行政科考試，一九二〇年大學畢，其人生規劃，原擬服公職向仕途求發展，後經老師鳩山秀夫(1884-1946)一再勸進，留校做鳩山秀夫的「助手」(助教)，一九二二年晉升助教授(副教授)。一九二三年以民法研究為題，經文部省選拔赴美國、法國及德國研究，一九二五年歸國，一九二六年與在歸國所乘輪船上結識也是歸國留學生之鈴木綠女士結婚，一九二七年僅三十歲，即接替鳩山秀夫的教授職，成為當時東京帝大最年輕的教授，一九四五年就任該校法學部部长(法學院院長)，一九七三年十月二十一日病逝，被追授國家最高榮譽「勳一等旭日大綬章」。

貳、見賢思齊，不免不自量力

我當時拜讀我妻榮的著作之餘，雖覺駑鈍，但深受啟發，尤其看他在一九二五年(昭和二十七年)

十二月出版的「近代法における債権の優越的地位」序文中，堅定自己所立下一生之計畫，即(一)撰寫出自己專業領域的講義或教科書，(二)選擇一個自己最感興趣，又覺最重要的題目，作為自己終生研究的工作。我心中相當的悸動，一直告訴自己：大丈夫當如是也！

無可置疑的，我妻榮他的確已執行了他的兩項計畫，一是他已撰前述「民法講義」及「民法院內」兩套巨著，構成了二戰後日本民法基石的體系書。儘管這兩套書缺少了「侵權行為」、「親屬法」、「繼承法」，但那是他於一九七三年十月十八日因罹患急性膽囊炎，住進國立熱海病院，不幸於同月二十一日逝世所致。何況，他曾以其他形式出版過該三方面的書籍，祇是不在該二系列之內而已。所以他指導的弟子之一星野英一教授，就曾擊節說出：「我妻師這套條理清晰的體系書，在日本固沒有第二套，在世界上似也絕無僅有」的豪語。

二是他選擇「資本主義發展中的私法變遷」，作為其終身致力研究的目標。他所撰述的「近代法における債権の優越的地位」「私法の方法論に関する一考察」等，則代表其此部分的力作。

我看了之後深受感動及啟發，竟不知天高地厚，想也東施效顰，立下終身計畫。同時為期吾道不孤，就不加思索地在六十八年七月二十七日出刊的第九一七期司法通訊社論（當時我經司法行政部聘為該刊社論主筆之一），以「讀孫著『民法債編總論』有感」為題，寫下我的心聲（其詳請參看拙著「千磨萬擊還堅勁」一文，編入民法研究基金會編，孫森焱前大法官八秩華誕祝壽論文集「民事法之

思想啟蒙與立論薪傳」，曰：

「一般司法官每以案件繁多，不勝負荷為詞，鮮少進修，遑論著作。孫森焱先生此一著作問世，不啻對此一藉口者一大挑戰。孫氏在撰述期間，均任極繁鉅之職務，彼竟不畏艱辛，三更燈火五更雞，奮力完成，為研究學問的人樹立良好典範。足見事在人為，只要專心致志，朝斯夕斯，念茲在茲，終將有成。我們希望大家在閱讀孫著『民法債編總論』之餘，應會油然而生『舜何人也，予何人也，有為者，亦若是』的氣概，然後定下心來，找一門自己有心得的學科，努力鑽研，多方涉獵，為司法界放一異彩！」「我們閱讀孫著『民法債編總論』之餘，認此書也許會給與司法官一種新的啟示，賦予司法官一種『方向』，故樂於推介，以表達我們內心的期盼。」

今日想起來，覺得當時未免太不自量力了。但是持一顆熾熱的赤子之心，想效「野人獻曝」，「呷好逗相報」，倒是不能抹煞的。之後，我倒也身體力行，撰述了一系列的海商法著作，以及「法學方法論」和「法學方法論之進展——實踐哲學的復興」等書。敝帚自珍，午夜摩挲之餘，似乎也認為不違初心。

參、我妻榮的崛起

平心而論，我妻榮的著作之中，使我後來致力於撰述裁判書類的思考方法，是受到他的「私法の

方法論に關する一考察」一文の影響。我認為這篇宏文對法官如何思考及撰述裁判書類太重要了，這祇要看也是我妻榮的弟子之一川島武宜所撰「私法の方法論に關する一考察」——我妻榮法學および今日の法律學にとつての意義について——（刊載於一九七四年六月二十一日号 No.563 ジュリスト）指出：「我認為『法律的構成』以及基於此之『法的推論』，即使在今日，仍是駕馭裁判的重要工具之一」，以及在『法的推論』共同研究のための基礎理論」一文（ジュリスト No.554 号）所稱：「或許，從我妻法學中獲益最大的是法官，……至少從我所接觸的法官那裡得知，法官在判決理由的書寫方法方面，受到了我妻法學的極大影響」等語，不難思過半矣。

川島武宜所稱之「法律的構成」或「理論的構成」，在裁判上就是「判決理由」，亦即所謂「三段論法」，以法律為大前提，以案件所認定的事實為小前提，透過歸攝的邏輯推理得出最後的結論。整個歸攝部分，就成為判決理由。

我妻榮的老師鳩山秀夫所處的時代，即明治三十年代（一八九七年），在日本正是德國法學全盛時期，這時整個日本法學的氛圍，幾乎籠罩在「如非德國法，即非法律」之下，鳩山秀夫與川名兼四郎（1875-1914）及稍後的穗積重遠（1883-1951），並稱為東京帝國大學法律學系的台柱。他們深受德國概念法學的影響，認為「法解釋」就是對客觀法規的客觀認識，以及客觀推理的產物，因此，法律的解釋，只有「唯一正解」。法官的判決，祇要以現行法之抽象的、一般的法規為大前提，以所應判

斷的具體事實為小前提，透過邏輯的推演得出結論，這種「直線的思考」，就夠了，既不須考量相關的社會生活關係，更不必理會國民的法意識。

等到末弘嚴太郎（1888-1951），於一九二〇年歸國後，撰文大事批判鳩山法學的偏差，認為日本「德國概念法學」集大成之鳩山秀夫，對法律的「確實性」與「妥當性」，都祇有在「實在的法律」中求之，既不能獲得正確的答案，又偏離國民感情，完全無視於「外在於法律」之國民意識與社會評價，這樣的法學教育根本無濟於世道人心。類此批判，一波又一波，緊隨而來，使鳩山秀夫毫無招架之力，長期陷入痛苦的深淵之中。因此自大正十三年（一九二四年）就不再有學術論文出現，最後終於大正十五年（一九二六年），黯然辭去東京帝國大學教職，那時他年僅四十二歲，風華正盛，就把教授職位傳給了自己心愛的弟子我妻榮。

肆、區分實質的判斷與法律構成

我妻榮「臨危受命」，其對末弘嚴太郎猛烈批判「鳩山法學」，一直進行痛苦的反思，痛定思痛之餘，終於覓出一條吸納了末弘法學，同時也在鳩山法學的基礎上形成嶄新的日本法學之綜合大道。亦即他在「概念法學」式的思維下，尋求一個從實際的結論出發，尋覓求得何為法律判斷的依據。亦即把被視為判斷生成過程的三段論法，視為穿在法律的判斷上的外衣。

我妻榮對「法的思考」，分為二階段，其一為對事實和價值考察之實質的判斷，二為對法的思考的形式構成。從法院的判決而言，前者為「判決的結論」，後者為「判決理由」；前者可達成「判決的妥當性」，後者可確保「法律的確實性」。本來在他的老師鳩山秀夫思考方法中，由於欠缺考察社會事實與價值判斷，以致沒有第一階段實質的操作，這部分他吸收了末弘嚴太郎的思考方法，而且青出於藍而勝於藍，因末弘嚴太郎雖也強調要將社會因素考慮在內，但卻沒有意識要將此與「法律的構成」區分，兩者仍若即若離，糾纏在一起。但我妻榮卻將價值判斷，亦即「結論」先行。

但為恐法官思考天馬行空，恣意的下「結論」，於是我妻榮認為理論構成這一階段，仍須以三段論法邏輯的推演，來確保裁判一致性以及預測的精確性。這一階段的判決理由，在判決之前，是拿來檢驗或修正「結論」是否合法正確，如不合乎法律，就要修正結論，直到二者契合為止。如二者契合之後，即可成為判決理由，亦即判決理由祇是用來說服當事人及大眾的工具而已。這種形式的理由一旦成為「法律的外衣」，就可與先前所下實質上的「結論」互相結合。換言之，我妻榮把「結論先行」的實質裁判（價值判斷），與將之披上「法律的外衣」的法律構成，區分成兩個階段並加以充實，顯然較之末弘法學及鳩山法學更推前一大步。

（刊一〇三年三月十四日，第一六八七期，司法周刊）

3. 川島武宜教授的蛻變

壹、本文緣起

民國七十三年春，我奉調到最高法院當實任推事，辦理民事審判事務，每月受配民事事件二十二件，第一、二星期各分八件，第三星期分六件。當時，整個法院的氣氛，大家都在「埋頭苦幹」「案牘勞形」，每個月統計報表一下來，幾乎每股都能結清當月民、刑事案件。未結案件欄幾乎都掛零，即使偶有未結案件，也都是個位數，在下個月也都必然會結掉。

在這樣的氣氛之下，每位推事早上一見面，看到的都是「牽紅絲」的眼睛，大家心裡都有數，每人前一天晚上都在拼命看卷、寫判決、查文獻，非到金雞唱曉，絕不罷休。說穿了，無非受到了「自尊心」的驅使，每個人「輸人不輸陣，輸陣歹看面」，如此而已。在評議時，大家都真槍實刀，槍槍見血，刀刀見骨。如果偶而思考不週，不但無還手之力，而且連招架也都甬談了，最後祇好「唯唯受教」，退下評議桌，重新改寫。

如是「磨練」了幾個月之後，新手就逐漸變成「熟手」，學會了「竅門」，都能侃侃而談；引經據

典，也都能讓「攻手」知難而退，或使承辦推事連聲贊同。評議的功能可以說在這樣「你來我往」「討論再三」中，充分的發揮出來；個人的學養，也因而獲得提升了。

大家這樣拼命的結果，每個人幾乎都「功力陡增」，每個月前三個星期，就把案件結光。所餘的第四個星期，甚或第五星期的時間，都是屬於自己的。絕大部分的同事都窩在辦公室裡「博覽群書」，以長見識。

那一段時間，我則正在「瘋」日人川島武宜著作集（全十一卷），利用公餘之暇，手不釋卷，「生吞活剝」地「翻遍」。看完之後，意猶未足，趁友人赴日之便，煩請代購川島武宜的「科學としての法律學」「ある法學の軌跡」等書，益發覺得日本學者治學之嚴謹，以及用力之勤，令人心折。

川島武宜（1909-1992）是日本著名的民法學者之一，在系譜上比較接近末弘嚴太郎（1888-1951）所開創的「實用法學」，其終身所致力的目標，是希冀將「實用法學」建立一個「科學」的地位。本文於此擬敘述川島武宜在民法學之途，如何脫胎換骨的經過，以供讀者了解其奮鬥的心路歷程。

貳、從川島武宜首次判決研究報告慘遭痛責說起

川島武宜於昭和七年（一九三二年），畢業於日本東京帝國大學法學部德國法學科，隨即被任命為「助手」（助教），在我妻榮（1897-1974）教授指導之下，從事民法學的研究。當時助手的義務之

一，必須出席「民事判例研究會」，並輪流分擔判決研究報告。

川島第一次輪到的報告是，大審院（日本最高裁判所的前身）昭和六年（一九三二年）十月三十一日民事第二部之判決（民事判例集第十卷第十二號第九八二頁），該號民事判決之事實大抵如下：

A 為租佃耕地之所有人（地主），為供自己的債務之擔保，將該耕地讓與 B，亦即作讓與擔保。該耕地仍繼續由佃戶 C 繼續耕作。可是債期屆滿，A 未清償其對 B 所負債務，B 為對 A 之債權強制執行，乃將 A 讓與擔保之耕地上所種之稻子，聲請假扣押。於是該耕地之佃戶 C，以其對該耕地上尚未收割之稻子有所有權為由，對 B 提起第三人異議之訴。

上述事件之問題點，非常簡單，就是被假扣押之耕地上尚未收割的稻子，是否為 C 之所有物？如果是 C 之所有物，則對不屬於 A 所有之稻子，自不許 B 假扣押。C 對該未收割之稻子，係援用日民法第二百四十二條規定：「不動產之所有人，取得作為其不動產之從附合物之所有權，但他人因權原而使該物附屬之權利，不受影響」之但書，作為其對該稻子有所有權之根據，因自己承租該耕地種稻，所以對被假扣押之稻子，有正當權原，從而該未收割之稻子，自有所有權。

B 對此則抗辯稱，A 將該耕地讓與擔保後，C 繼續承租該地，依民法第六百十二條：「承租人非經出租人承諾，不得讓與其權利或轉租租賃物」「承租人違反前項之規定，使第三人進行承租物使用或收益時，出租人得解除契約」，未得 B 之同意，因此 C 不能以對 A 之租賃權對抗 B，從而 C 基於不

得對抗之租賃權，不能對抗 B 之未收割稻子的所有權。

第一審及第二審審理的結果，均判決原告 C 勝訴。於是，擔保權人之假扣押債權人 B 上訴到第三審，大審院援用從來的「大審院判例」：未得出租人同意之轉租，在轉租當事人間，與出賣他人之物的買賣同樣，債權契約雖然有效，但上述之轉租，並不能對抗出租人。因而廢棄原判決，將該事件發回原審。

川島武宜在第一次判例研究報告時，贊成大審院判決的結論，其贊成的理由是，日本民法第二百四十二條之規定，係依「地上物屬於土地之部分」(Superficies solo cedit)之法諺，而作具體的規定，德、法等國民法也都依此法諺發展出來。日本民法既然繼受此一法原則，則在原則上，地上物自應與土地所有權同其命運，但如果有第二百四十二條但書所規定之「權原」，則另當別論。本件 C 並無得對抗 B 之「權原」，一向為判例所承認，因此，本件 C 對尚未收割的稻子，不受第二百四十二條但書規定的保護。

川島武宜依「地上物屬於土地之部分」之法諺，從德國法之立法例作比較法的研究，相當認真翻閱所有能夠讀到的文獻作了報告，暗想會得到與會教授們的喝采。孰意剛報告完畢，就招來末弘嚴太郎一陣痛責：「如此毫無價值的判例評釋，真荒謬透頂！不妨讀讀大正十年（一九二一年）以來『判例民法』的序文。作這樣判例研究的人，居然還敢作法律學的研究，還是早點離開為妙！」

川島武宜受到如此嚴厲的叱責，其自稱當場無地自容，留下深刻的印象。事後問及同為助手之鈴木竹雄（1905-1995），據鈴木竹雄說：「末弘老師聽了報告之後，顏色大變，非常憤怒。」

參、話說啟發川島的末弘嚴太郎

這裡交代，末弘嚴太郎父親末弘岩石，是當時大審院刑事部長，課子甚嚴，末弘嚴太郎在進入東京帝國大學法科之前，就擁有相當多的法學知識。一九一二年畢業於該大學，一九一四年擔任該大學法科副教授，一九一八年出版「債權各論」，一路上受到代表德意志流法學老師川名兼四郎的影響，所以所著「債權各論」一書，始終擺脫不了當時流行的概念遊戲。可以說在一九一八年留學美國之前，是一位徹頭徹尾的德意志流學派的法學者。

末弘原擬到德國留學，因第一次世界大戰爆發，日本為山東半島的利益，與德國發生衝突，遂參加協約國，向為同盟國之一的德國宣戰。末弘改往美國留學，使他在學問上受到很大的衝激。在此之前，末弘所致力法律學，是從抽象的原理出發，透過演繹邏輯的推理，達到具體的結論。然而他到美國留學之後，所接觸到的法律學，則是 case by case，從一個一個具體的問題出發，透過歸納邏輯達到抽象的原理。末弘留學美、法三年，回國後已儼然成為另個人，大肆抨擊當時日本學者無視法院的判決，祇知埋首在法典和外國法律書籍，以概念的精確和邏輯推理的一貫性而自豪，簡直愚笨到極點。

末弘劍及履及，一九二一年與穗積重遠及東京大學法學部青年學者創立了「民事判例研究會」，其在「判例民法」的序文裡，指出以下數點：

一、無視判例是不可能理解現行法律的。

二、立法機關制定的是法律的外牆，大審院的判例是圍牆裏的內容。

三、就事實而言，大審院也是法的創造者，法絕不僅僅是由立法機關所制定，也有由大審院所制定，賦予內容。

四、抽象是立法機關立法的特色，而判例法的具體則體現它的本色，判例若沒有事實，則作為法律創造者之大審院，根本沒有充分地發揮其本能。

五、大審院的職責，不僅僅是一個獨立具體的事件的判斷者，為了發揮其作為具體法律創造者的職責，應於作出判斷的同時，將成為判斷基礎之事實，一併明示，如此法律纔真正有其活生生的內容。

六、民事判例研究會的目的，在於理解認識具體的法律，因此必須做到1.努力詳細蒐集裁判中之事實關係；2.將法院對此事實作出的判決，作一簡短的摘要；3.給予評釋。評釋的主旨不同於學者們的批判判例，主要是在於探尋該判決與先前判例的聯擊，以及說明與此一問題相關的具體法律變遷與其內容逐漸充實的過程。當然不妨附加報告人之意見，但儘可能注意不作脫離具體事實的抽象議論。

末弘這樣的見解，按照我妻榮的說法，簡直對當時的法律學界「猶如炸彈一般」，震天駭地，大

審院遂從善如流，將「大審院判例集」中，從前所無判決認定之事實概要，自此也開始加以記載了。

肆、第二次報告，屬於概念法學，仍未獲肯定

話說回來，川島武宜的研究報告，祇在「地上物屬於土地之部分」法諺及德、立法例打轉，其被創立人末弘嚴太郎叱斥，事有必然。不過那句「無論如何，你是不行的，不要再研究法律學了！」讓川島武宜灰心喪志，經過二、三天的思考之後，向我妻榮表明心跡，「我似乎沒有做學問的能力！」我妻榮安慰說：「末弘老師盛怒之下，難免出言隨性，說過就忘了，千萬別氣餒！車到山前必有路！」川島武宜聽了再振作起來，約一個月後他作第二次報告，他改弦更張報告說，在其時 A 將耕地所有權已移轉於 B，而為讓與擔保，無須得到民法第六百十二條第一項所規定之同意。想不到報告甫畢，仍然受到末弘嚴太郎指責，認為不行，須再研究。

伍、第二次報告——著名的第一〇三號事件評釋

到了第三次報告，川島武宜可說費盡心血，使出渾身解數，大小註不計其數，一一按「判例民法」序文中所要求的事項，篤實踐履，終於獲得通過了，那就是昭和六年（一九三二年）第一〇三號事件有名的評釋。不過末弘嚴太郎連一句「蠻好的！」也不說，祇輕描淡寫的說：「到此一程度，可以過

關了！」讓川島武宜為之氣結。事後末弘嚴太郎告訴他，第三次報告的結論雖與第二次報告同，但第二次報告簡直是概念法學，應引以為戒。

陸、二十年後—末弘的遺澤

末弘嚴太郎於昭和二十六年（一九五一年）亡故，川島武宜親到末弘府弔唁，末弘夫人拿了一本書致贈川島說：「末弘老師臨危交代，如果川島君前來致祭，記得將此書致贈，作為紀念品。就請你笑納吧！」川島武宜回家拆開一看，原來是美國現實主義法學者佛蘭克（Jerome Frank, 1889-1957）所著「法與現代精神」（Law and the Modern Mind）。

據川島武宜說，他早已拜讀是書，但相當艱深，不易了解。既然末弘如此鄭重相贈，無論如何，一定全神貫注，務必了解而後已。依川島的經驗，該書與奧地利精神醫學、精神分析的創始者佛洛伊德（Sigmund Freud）的「精神分析」之理論有關，其讀了佛洛伊德的書籍後，回過頭來再讀佛蘭克的「法與現代精神」後，纔充分的了解，其對末弘的理論，也在一夕之間，豁然貫通了。

（刊一〇一年十一月二十二日，第一六二二期，司法周刊）

4. 裁判「結論」的尋覓過程

壹、山口良忠法官之餓死

日本法官在裁判上的思考方式，自從我妻榮（1897-1973）提出二階段的步驟：先分析具體個案，作實質上的判斷，「結論先行」後，再形式地將之披上「法律的外衣」的「法律的構成」（法律的三段論法）。幾已成為日本實務界裁判的主流，迄今仍風行不輟。

祇是具體個案「結論」的獲得，隨著社會潮流的進展，其「獲得」的方法一變再變。從法官的「直覺或直觀」（末弘嚴太郎）、「全人格的判斷」（我妻榮）到「豐富的常識或社會良識」（橫川敏雄），都不外在求「結論」的妥當性，以防法官個人的「恣意」介入其間。

其實前述三者，如略加推究，祇是所站「角度」不同，以致「說法」稍異而已。法官的「直覺」，仍應出自其個人豐富的學驗；「全人格的判斷」，必須摒棄其個人的偏執判斷；而「豐富的常識或社會的良識」，則不離「人情練達」「通曉世故」。三者實可相通，一以貫之。

但在日本昭和二十二年（一九四七年）十月十一日，發生了日本東京地方裁判所山口良忠法官因

營養不良而病逝的消息，震驚了日本社會。普遍認為日本的法官仍然「常識」不足，前述三種「說法」仍有待補強。

依據當時朝日新聞報導：山口法官堅信日本所公布的「食糧管理法」，雖然是「惡法」，但既然制定為法律，國民即有服從的義務，縱然因此死亡，亦在所不惜云云。他的哲嗣亦著文回憶當時的情境，指出：他父親山口法官常為「食糧管理法」煩惱不已，他一直認為食糧管理法是惡法，因身為司法人員，故不吃從黑市買來的「闇米」，認為此舉乃是審判包括違反「食糧管理法」等案件在內的全體法官所應遵行的，不能有例外。

最令人感到莫名其妙的是，山口法官竟然認為自己祇要不買黑市米，自己不吃黑市米，就對得起被認為惡法之「食糧管理法」。其不僅對違反該法的被告，一一予以論罪科刑，而且自己也九次回到故鄉佐賀，「帶回」黑市米，自己不吃，而分給親友和家人食用，一直到營養不良而病倒，纔開始吃黑市米，但已經太遲而死亡。

當時片山首相夫人，聞悉此事，居然亦向來訪的新聞記者說：「山口夫人其實可以在住宅庭院種植地瓜，提供家用」，更令人啼笑皆非。她以為法官住居之所，都像首相官邸一樣大，有寬敞的庭院可供種植地瓜。這與晉惠帝聞老百姓餓死，竟說：「何不食肉糜！」一樣，其白痴程度，似不在晉惠帝之下。

在這種視聽混淆，是非不明的情況下，法官所應具有的豐富常識或社會良識，就顯得不可或缺。我曾於民國八十四年九月二十日第七四二期司法周刊「社論」，以「法官不能徒有知識而無常識」為題，提出我對此事的看法：

「今年四月十六日，日本朝日新聞社以『追求法官的理想圖像』為題，抨擊日本的司法改革，到『戰後五十年』，仍與理想有一段距離。細閱其內容，雖係針對日本法官多所指摘與期待，但對同屬『制式』考試出身的我國法官，不啻也是當頭一棒。

如所週知，人民的訴訟權，是人民的基本權利之一，為因應此項權利，而後始有司法制度，故司法之存在，端在滿足人民訴訟的需要。可是這篇社會卻指出，歷經『制式』考試出身的日本法官，雖有『知識』，卻多欠缺『常識』，凡有舉措，每遠離國民法律感情，『遺世而獨立』，忘了法官所以存在的理由。

此篇社論並舉日本東京地方裁判所山口良忠法官為例，認日本法官頗多不食人間煙火；『遠離社會常識』的化石，比比皆是；狂妄自大，自以為是之徒，亦所在多有。語多嚴峻，毫不留情。如以之加於我國法官，恐怕我們更無地自容了。

據指出，日本戰後糧食奇缺，如不吃黑市米，無以維生，乃是『常識』，可是日本卻制定了『食糧管理法』，對買賣黑市米者科以一定的懲罰。但大家為了苟延殘喘，幾乎無人不買黑市米，無人

不吃黑市米。

山口良忠明知『食糧管理法』是惡法，自己不吃黑市米也罷了，卻九次回到故鄉佐賀買黑市米，帶回東京給家人食用。買黑市米情節比吃黑市米嚴重，他居然以為自己不吃，買給家人吃無所謂。等到自己因營養不良而病倒，卻又以為既然病了，吃黑市米也不犯法，而開始吃黑市米。可是一切已太遲了，終於日本昭和二十二年十月十一日因營養不良而病逝。

但這也無可厚非，怪的是山口良忠法官卻又於遺書中寫道：『食糧管理法雖然是惡法，但既經制定成為法律，即應予服從，自己高興為此而餓死』，偏偏要留名。因此，社會對山口良忠法官的死，有正反兩面的評論。而這篇社論卻認為：『山口法官不知世間事！』此種說法，雖未必是持平之論，卻頗足供我國法官同仁三思。

社會對法官的期盼至殷，不僅須無缺點，而且須潔身自愛，一以貫之，更須人性化，不能矯世干名，想必中外皆然。山口法官之死，距今雖已五十載，所作所為或有可圈可點之處，卻難免受議論，身為法官者豈可不慎哉！」

貳、來栖三郎在私法學會中感性的報告

山口良忠法官餓死之事，日本法學界受到一陣又一陣的抨擊，咸認為裁判「結論先行」，固然正

確，但其所由出之泉源，不論是法官的「直覺」、「全人格的判斷」或「社會良識」，都出自法官個人的學養，甚為主觀，若法官有所偏執，實難期待其能維護正義。

於是學者間的座談會一開再開，但討論來討論去，卻沒獲得具體的結果。最後日本國立東京大學法學教授來栖三郎（1912-1998），再也按捺不住，在昭和二十八年（一九五三年）十一月所召開的「日本私法學會」總會第十二次會議時，大聲嘲諷說：「法律家是何等的神氣啊，常常將自己的解釋，以有客觀性自詡。……」（其詳請參見本書四三頁至五一頁，拙作「裁判『結論先行』的秘訣」，司法周刊一〇三年八月八日第一七〇八期）。

來栖三郎當時的發言，震撼當場。根據參加該次會議的清水誠教授說：「當時聆聽所受到的感動，讓我終身難以忘懷。記得當時滿場的觀都深受震撼，整個會場一片寂靜，鴉雀無聲」，唄孝一教授亦稱：「一九五三年日本私法學會的研究報告中，對法律家的批判，是他此生所遇到最令人感動，銘記於心的一刻」，連法學大家我妻榮作總結時，亦情不自禁地稱讚來栖三郎的嘲諷之語，讓人無法忘懷！

來栖教授是一位性情中人，他的學生曾追述說，有一次在課堂上，來栖老師提到一九六九年阿波羅號太空船登月一事時，一直感嘆：「在自然科學領域，祇要努力以赴，就可以登上月球。可是，我們法學研究，無論如何費心盡力，卻無法寸進！」說罷，就恨恨拂袖而去。這事傳遍東大，大家視為逸事一則，與他終身未娶，同為大家所津津樂道。

參、來栖二郎奮鬥的歷程

來栖三郎，一九一二年生於台灣新竹市，一九二〇年入「新竹小學校」，一九二六年畢業後，以優異的成績考上「台北高等學校」尋常科，一九三〇年「直升」台北高等學校「高等科」，一九三四年考入東京帝國大學法學部法律學科，一九三六年畢業後，師從穗積重遠（1883-1951）研究民法，並被進用為助手（助教）而留校，一九三八年晉升為副教授，一九四八年晉升教授。來栖專攻民法解釋、家族法及契約法的研究。

他在二十世紀五十年代，發表一系列有關民法解釋學的論文和講話，尤其一九五〇到一九五一年連續在「法學協會雜誌」發表「法の解釈適用と法の遵守（一）、（二）」，一九五三年發表「法律家」（末川博先生還曆祝賀論文集「民事法の諸問題」）以及一九五四年在「私法」雜誌上發表「法の解釈と法律家」（以上三篇論文均收錄於「來栖三郎著作集1」），引發日本法學界極大的迴響，第二次世界大戰後日本第一次法解釋論戰，即因此三篇論文而引起戰火。

此一論戰，基本上圍繞以下四個命題而展開，即：

（一）法解釋並非客觀的僅有「唯一正解」，承認有複數解釋的可能性；即使自己認為此係正確的解釋，但也不過是從複數解釋中選擇其一而已。

(二) 這一選擇受到自己個人的價值判斷的影響。

(三) 自己主張為正確的解釋，乃係其自己認為應該作如是解，而加以實現。亦即此乃在現實上，為了使法有其應有的姿態，必須作此主張。

(四) 法解釋的爭議與政治問題相關時，其解釋的結果，不僅是因「法」的緣故，而且對此亦應負擔政治上的責任。

來栖認為，若任由法官號稱以個人的「直覺」、「全人格的判斷」或「社會良識」，作為產生裁判的「結論」，很容易產生假借權威，將法官個人的主觀，以客觀的名義予以主張的「權威主義」，此種思考，很難排除法官個人的恣意。所以作上述三篇論文加以批判。至於因而引起論戰，則非其本意之所在。

肆、來栖教授壯志未酬

據來栖教授委託美國教授問卷調查所得，採陪審制的英美國家，在民、刑事具體個案，就裁判「結論」的獲得，如讓陪審團與法官分別就同一案件作判斷時，僅約有八成的「結論」相同，尚有二成的落差。即使日本「制式」考試出身的法官，相當優秀，也難以超出英、美等國法官的素質，也因此法官自己就「結論」的判斷，不免與一般「社會具有健全常識之通常人」群體的判斷，至少有兩成的差

距。因此，以法官個人的「直覺」或「全人格的判斷」固不必論，即以法官個人所能理解的「社會的通念」，仍不能獲得社會上具有健全的常識之通常人，接受到無合理的懷疑（reasonable doubts）之程度。

因之，來栖在其有生之年，一直強調國民的價值判斷對法官裁判制約的重要性，也就是法官下裁判的「結論」時，必須充分考慮國民的立場，以及國民的接受程度。他可以說在日本的法學者當中，首次把市民的判断，納入法官進行裁判「結論」的第一人。

來栖教授雖意會到法官下裁判「結論」時，應該從社會上具有健全的常識的通常人群體中，尋求與之相應妥當的結論。但終其一生，想不出「制約」的方法來，即於一九九八年抑鬱而歿。這恐怕是其於一九八三年獲得日本學術界最高地位和榮譽的「日本學術院院士」榮銜時，料想不到的結果。

其後，針對及此，加藤一郎（1922-2008）的「利益衡量論」，平井宜雄（1937-2013）試圖探求法思考與法『論證』之合理性的活動，將裁判的結論劃歸「發現的過程」（process ofcovery），而與「正當化的過程」（process of justification）同列為論證不可或缺的過程；以及不久之前日本所採「裁判員制度」，都與來栖教授「壯思未酬」的未竟之業，不無關連。

（刊一〇三年十一月七日，第一七二一期，司法周刊）

5. 完整的思考方法

壹、「前理解」的侷限性

我國的法學教育，著重於演繹的思考，恆依據抽象的法律條文，析其概念及構成要件，透過邏輯的推理，達到具體的結論。在這種嚴密演繹思考的法學教育薰陶之下，不免培養出「記誦」的學問來。從大學一年級開始，老師一上講台，就滔滔不絕地講他的法學理論，一直到下課鈴響為止，也都不外這種「灌輸性」的教育。其中，能穿插幾個實例的，已算是「學有專精」的老師了。

法學教育如此，國家考試乃至法官養成教育，也都側重於此，要求這種「積習」出身的法官，能夠擁有相當學養，克盡厥職，這就要靠法官本身的造化，才能獲致了。他必須多閱讀，肯研究，不斷學習，細心體驗，用功磨練，纔能逐漸積累得之。當然如有良師益友的指導與砥礪，更易收事半功倍之效。

這種「學養」，德語稱之為「前理解」(Vorverständnis)，非常傳神。前理解越豐富的人，他就越能盡職。凡法官擁有相當的知識及經驗時，他的理解才成為可能，辦案纔能得心應手。因此，前理解

的概念，並不意味著「學養」的完畢，而是「學養」的事先擁有，以此出而致用，方能有一個「好的開始」。

但儘管一個人天縱英明，「胸藏千古史，腹蘊五車書」，面對瞬息萬變，繁複無窮的社會及人事，其「前理解」仍有一定的侷限性，非靠彼此間的互補與激勵，根本難饜社會所需。這正如林紀東老師所說的名言：「法條有限，人事無窮，欲以有限之法條，規範無窮的人事；以機械不變之法條，控馭變動繁複無常的社會」，勢所不能。這在在需要有一套完整的法學思考方法，加以輔助，纔可補「前理解」的不足。

貳、論證與論述的相輔相長

民國七十三年間，我初到最高法院服務，參加第一次民事庭會議時，面對前輩們深奧精微的發言與討論，整個人幾乎被震嚇住了。有的法官發言內容，從論證結構的觀點出發，從規範（法條）而推論而證立；有的從論述結構的角度立論，從事實而衡量而證成。真是百家爭鳴，不一而足。如發言法官的「證立」或「證成」被推翻了，法官全不以為意，有的從善如流，改贊成反對的見解；有的就已見加以補強，以實其說。似乎很少人堅持己見，一再重複述說，浪費寶貴的會議時間。

如果會議期間不夠，可以有第二會期、第三會期乃至多會期，一直到焦點集中，幾乎到了大多數

人認為可以「證立」及「證成」的程度，而主席錢國成院長亦見討論成熟了，才付諸表決。這樣的會議，對資淺的法官而言，無疑是最佳成長、磨練的機會，很少人會錯過此種良機。

尤其錢院長主持會議，深具「睿智」，非到時機成熟不付表決。他如認為尚有討論的空間，就會一再「曉諭」，非至大家完全了解問題的前因後果，絕不罷休。有一次，鄭健才庭長認為錢院長已「磨」得差不多了，還無付表決之意，就舉手發言：「院長啊，在課堂裡，您是我們的老師。在開民、刑事庭會議，您是會議主席，只有在表決可否同數時，纔有決定權，該適可而止了吧！」錢院長一點也不以為忤，笑著說：「沒成熟的瓜，不要摘。摘了會酸會澀，還是忍著吧！」引發了大家一陣「會心」的微笑。由此也可窺知民、刑事會議「慎重」的一斑。

原本民、刑事庭會議的決議，祇是最高法院「內部」供統一各庭的見解之用而已，既然是國家最高審判機關，如果類似案件的法律見解不一，使訴訟當事人不知孰是孰非，是人民所不樂見的，所以統一各庭的法律意見，對於具有「憲法」所賦予獨立審判職權的各審判庭而言，這是非常不得已的辦法，畢竟大家都已經參與討論及表決了啊。

這種決議的效力，原本僅是「暫定的」事實上的拘束力而已，各獨立審判的審判庭事後如果認為決議的見解，不盡妥適，仍隨時可以提議，經過民刑事庭會議的討論及表決，加以推翻。豈知一、二審法院認為此種決議具有參考的價值，要求最高法院將此「內部」的決議錄，也能印給持有，以供翻