

## 法律解釋中的比較法論證： 方法論的反省與重構\*

陳冠廷、張永健\*\*

<摘要>

比較法是國內學界慣用的法學方法。學界對此方法的批評不絕如縷，但或許因為沒有提出明確的比較法的操作方法與理論基礎，並未動搖比較法的基本使用格局。運用法理學的思維工具，本文拆解比較法為兩大部分：借鏡應然價值、借鏡實然結果。本文主張，至少對理應促進法學理解的學術工作者，借鏡應然價值有三個步驟：（1）解析、萃取外國法（學）內含的價值理論；（2）探究該外國法（學）所內含之應然理論是否可採，若非完全可採，調整之；（3）在本國法之目的解釋步驟，套用前述應然理論，從其追

---

\* 兩位作者分工合作，共同撰寫論文，貢獻比率相同。感謝朱明希、歐苡均的研究協助。本文為2022年中研院法律所組群計畫「比較法方法論之反思」的部分研究成果。本文論點曾在德國漢堡大學法學院舉辦的「第二屆哈佛-漢堡大學法律論理研討會」、中研院法律所個人年度學術研討會、交大科法所教授學術論壇、政治大學法學院、成功大學法律系、北京大學法學院、中研院法律所「比較法方法論之反思」工作坊上發表，感謝匿名審查人、Matthias Armgardt、Carsten Bäcker、Ralf Michaels、Henry Smith、Lionel Smith、Holger Spamann、張文貞、倪貴榮、邱文聰、王鵬翔、楊雅雯、蘇彥圖、張譯文、陳思廷、林常青、張嘉尹、駱怡辰、張凱評、林榮光、邵允鍾、林執中、黃松茂、陳弘儒、許家馨、蘇永欽、戴昕、勞佳琦、曹志勛、趙宏、賀劍及許多其他與會學者的寶貴意見。

\*\* 陳冠廷：國立政治大學法學院博士生。第一作者。E-mail: 111651501@nccu.edu.tw  
張永健：美國康乃爾大學法學院 Jack G. Clarke 東亞法講座教授、Clarke 東亞法律與文化中心主任；美國紐約大學（N.Y.U.）法學博士。通訊作者。

E-mail: ycchang@cornell.edu

• 投稿日：11/07/2022；接受刊登日：09/06/2023。

• 責任校對：羅元廷、陳怡君、黃品樺。

• DOI: 10.6199/NTULJ.202406\_53(2).0001

求的價值出發，分析目的與手段關係，得出價值判斷所要求的特定規範內容。第一步是抽象化，第二步在同樣的抽象層次內分析，第三步則是具體化。當下學界不應繼續將外國法視為「認知權威」而不加調整，單純接受其價值。以比較法借鏡實然結果時，必須結合社會科學方法，運用恰當的研究設計作兩重因果推理，而非單憑直覺推斷。兩重因果推理的第一重理想上是實證研究，而第二重則是實然的理論推衍。主流的比較法論述習於自特定大陸法系國家取經，本文分析顯示：法系異同對借鏡價值或實然結果沒有必然的重要性。

關鍵詞：法律解釋方法、目的解釋、說服性權威、因果推理、功能性比較法、價值取代命題、重構命題

### ◆目次◆

- 壹、比較法學在臺灣
  - 一、比較法作為主流法學方法
  - 二、理念先行與結果取向
  - 三、反省與重構
- 貳、比較法作為一種（獨立）的法律解釋方法？
  - 一、Zweigert 和 Kötz 的功能性比較法
  - 二、法律解釋方法簡論：在拘束性與正確性之間
  - 三、從功能性比較法到目的解釋
- 參、比較法作為法學論述的重構：價值論理與因果推理
  - 一、價值論理
  - 二、結果推斷
  - 三、如何尋找比較對象？
  - 四、理念先行比較法逐漸退場
- 肆、結論

## 壹、比較法學在臺灣

### 一、比較法作為主流法學方法

本文想要理解、對話、挑戰的原則，是臺灣乃至於多數法學後進國家普遍使用的法學「方法」——比較法（comparative law）。比較法在中文世界由來已久，從清朝末年就有五大臣出國考察歐美先進國家法制<sup>1</sup>，從而確立了學習德國法的方向並路徑相依至今。若使用國家圖書館的資料庫<sup>2</sup>搜尋 100 學年度至 110 學年度的法律學門碩、博士論文，會發現在將近一萬本碩士論文中，於標題、摘要、關鍵字中使用「比較法」者共計 1081 本。若不限欄位，則使用「比較法」者有 3580 本論文。法律學門的 TCI 期刊論文資料庫中，2011 至 2021 年約 2000 筆出頭的 TSSCI 論文中，在標題、摘要、關鍵字中使用「比較法」有 78 篇論文。若不限欄位，則使用「比較法」者有 194 篇論文；但使用「美國法 or 德國法 or 日本法」者高達 346 篇論文。這些提到外國法內容、「比較法」一詞者，目的不同、取徑也容有差異，尚有待日後文獻梳理。但就筆者閱讀所見，非常多中文法學文章使用下列的比較法套路：A 國有法律條文（或相關的學說與實務見解）X，其內容如下……而我國法學中缺少了 X，故立法者應將 X 之內涵制定為我國法；或者，法院應

---

<sup>1</sup> 參見：王泰升（2018），〈臺灣法學發展史及省思〉，簡資修（編），《2014兩岸四地法律發展：法學研究與方法（上冊）》，頁88-92，中央研究院法律學研究所；鄧峰（2009），〈清末變法的法律經濟學解釋：為什麼中國選擇了大陸法〉，《中外法學》，2009第2期，頁165-186。

<sup>2</sup> 臺灣博碩士論文知識加值系統，<https://ndltd.ncl.edu.tw/cgi-bin/gs32/gswweb.cgi/ccd=72OQxW/webmge?mode=basic>（最後瀏覽日：07/12/2022）。

以 X 的內容闡釋本國法<sup>3</sup>。我國大法官解釋憲法時，頻繁引用外國憲法、外國法律、外國學理<sup>4</sup>；就連普通法院<sup>5</sup>也使用此一取徑開展法學論證。

既然有這麼多的論文都打著「比較法」的名號開展論述，那麼接下來的問題或許是：地球上約有 200 國，臺灣法學者都向「誰」取經？應向誰取經？1978 年時，民法權威學者王澤鑑教授，主張應該取法德國、瑞士、日本、法國、美國、英國<sup>6</sup>。這反映了當時已經有的看法（法學先進國名單），也（可能間接）影響了之後 40 年的法學者出國留學的志願選擇。此外，這

<sup>3</sup> 類似觀察，參見王泰升（2010），《具有歷史思維的法學：結合台灣法律社會史與法律論證》，頁 37，元照。

<sup>4</sup> 對於大法官援引外國法（學）的狀況，已有不少相關研究，參見：張文貞（2011），〈跨國憲法對話：大法官引用外國法的總體實證研究〉，黃舒芃（編），《憲法解釋之理論與實務（第七輯）（下冊）》，頁 438-517，中央研究院法律學研究所；李韶曼、張文貞（2022），〈大法官引用外國法的實證分析（1949-2021）〉，《第十三屆憲法解釋之理論與實務研討會論文》，中央研究院法律學研究所（主辦），臺北；楊智傑（2016），〈比較法方法與大法官個人意見書〉，《憲政時代》，42 卷 2 期，頁 165-207。

<sup>5</sup> 參見例如：最高法院 107 年度台上字第 267 號民事判決（RCA 案；引入外國公司法的揭穿公司面紗原則，指出 Technicolor 等公司應就 RCA 之侵權行為負責）；最高法院 91 年度台上字第 792 號民事判決（參酌英美法的公司人格否認理論，不認為此案中新成立之公司有獨立法人格）；最高法院 104 年度台上字第 1088 號民事判決（參照舊德國民法，解釋買賣契約的瑕疵擔保責任可以用特約排除）；最高法院 102 年度台上字第 1766 號民事判決（參照德國勞動契約終止保護法，就勞工對解雇合法性之爭訟設下期間限制）；最高法院 104 年度台上字第 358 號民事判決（為求符合英美懲罰性賠償制度原始精神，而目的性限縮解釋消費者保護法第 51 條的「過失」而限於「重大過失」）；最高法院 98 年度台上字第 1729 號民事判決（參照美國法，目的性限縮解釋消費者保護法第 51 條的「過失」而限於「重大過失」）；最高法院 96 年度台抗字第 47 號民事裁定（參酌德國民事訴訟法關於既判力範圍的規定，認為本案當事人之假處分應受既判力拘束，故駁回假處分）；最高法院 107 年度台上字第 2 號民事判決（參考美國證券法之詐欺市場理論，將舉證責任從善意投資人轉移至不法行為人）；最高法院 94 年度台上字第 2210 號民事判決（參酌英美法判例，目的性限縮解釋會計師法第 18 條之「利害關係人」）；臺北地方法院 88 年度勞訴字第 8 號判決（引用日本最高裁判所昭和四十三年秋北巴士判決，否定本案被告以工作規則單方對於勞動條件所為之不利變更）。

<sup>6</sup> 參見：王澤鑑（1996），〈比較法與法律之解釋適用〉，《民法學說與判例研究第二冊》，頁 13，自刊。

份名單之影響力，也可見於司法院大法官之憲法解釋。張文貞教授以大法官解釋理由書與意見書進行分析，即發現最常被引用的「三國」皆於前述名單中榜上有名，分別為德國、日本、美國<sup>7</sup>。

這份國家名單並不總是安全名單。在許多留美學人的經驗中，若論文引用討論了美國法制往往會遭審查人質疑：我國乃大陸法系，何以探討英美法系的制度？而討論德國、日本法制者則幾乎不會面對這樣的質疑。由此可窺得，臺灣法學社群對於比較法的想像有著兩項預設：第一，臺灣屬於大陸法系，而引用大陸法系國家法制比引用英美法系國家法制正當<sup>8</sup>。第二，在大陸法系中，要引用法學先進國作為比較對象。

## 二、理念先行與結果取向

由上可知，許多法學研究者以比較法為論述取徑，並以少數「法學先進國家」為取經對象。進一步言，法學研究者使用之比較法，依其關注之「標的」，可再分為兩種：**理念先行的比較法、結果取向的比較法**。

理念先行的比較法，或許更為常見。其論述步驟是：論者**觀察到外國有本國所無的法律規範、實務見解、學說等等，便將此等規範論據引入本國**，

---

<sup>7</sup> See David S. Law & Wen-Chen Chang, *The Limits of Global Judicial Dialogue*, 86 WASH. L. REV. 523, 557-58 (2011); Wen-Chen Chang & Jiunn-Rong Yeh, *Judges as Discursive Agent: The Use of Foreign Precedents by the Constitutional Court of Taiwan*, in *THE USE OF FOREIGN PRECEDENTS BY CONSTITUTIONAL JUDGES* 373 (Tania Groppi & Marie-Claire Ponthoreau eds., 2013); 張文貞 (2013)，〈司法院大法官解釋引用外國法及判決之實證研究：大法官留學背景作為引用的關鍵因素〉，張永健 (編)，《2011司法制度實證研究》，頁51，中央研究院法律學研究所。

<sup>8</sup> 這種選以「法系不同」而對於英美之制度加以反對、或有所保留之思維，在筆者所收過的審查意見中俯拾皆是，在個人言談中也不乏其例，但出版文字中較不容易找到。惟在完整紀載研討會內容之民事訴訟法研討會上，討論美國之證據開示 (Discovery) 制度時，曾記錄下了陳榮宗教授的如斯發言：「但在我們今天這種大陸法系的職業法官運作的審判制度來看，Discovery的理想可供參考，但真正要拿來用，恐怕有很多問題。」參見：陳石獅等 (1996)，〈事證開示制度 (Discovery) 與發現真實〉，民事訴訟法研究基金會 (編)，《民事訴訟法之研討 (五)》，頁121，財團法人民事訴訟法研究基金會。

以作為本國法之解釋指引甚至是未來立法方向。此種論述往往肯認其所引入的、來自先進法學諸國的法規範是可欲的（desirable）。例如：在 2000 年《民法》債篇修法前，德國有不完全給付的堅強學理與判決先例，但我國民法沒有。論者因而指出引入不完全給付的種種好處，並稱沒有不完全給付的規定是「法律漏洞」<sup>9</sup>。又如我國對於無效法律行為之損害賠償並不限於信賴利益之損害，然德國有之，故應加以採納<sup>10</sup>。美國各州信託法的受託人資格無太多限制，但臺灣《信託法》、《信託業法》限制重重，故論者主張鬆綁之<sup>11</sup>。

除純粹著眼於規範所乘載之價值外，法學者往往也會著眼於**法規範之相關「後果」（consequence）**。一種典型的論證方式，**著眼於本國社會中所發生的實際弊端，而法學者倡議透過援引某一外國法（包含相應之學說與實務見解）以解決此弊端。此一論述模式推斷外國法在外國所能導致的後果，在移植到本國社會後仍然相似。**例如：德國並未如臺灣一樣有嚴重醫療糾紛，蓋因鑑定和調解相結合的鑑調會在處理訴訟外醫療糾紛上有著高折服率，值得我國參酌<sup>12</sup>。又或者，當臺灣社會苦於面對轉型正義此一問題所產生的高度社會分歧與政治紛擾之際，南非以「真相與和解」而聞名全球之轉型正義堪稱國際楷模，因此其真相與和解委員會此一機制的成功經驗值得吾人參考借鏡<sup>13</sup>。又如論者認為臺灣因應高房價問題所制定之《住宅法》應多參照經

<sup>9</sup> 參見：錢國成（1978），〈不完全給付與物之瑕疵擔保責任〉，《法令月刊》，29 卷 6 期，頁 153-154。

<sup>10</sup> 參見：林誠二（2012），《民法總則新解：體系化解說（下）》，頁 236-237，瑞興。

<sup>11</sup> 謝哲勝教授對於受託人之「適當授權他人義務」之討論中，以美國法之謹慎投資人法則出發，指出該設計可使受託人「更加針對信託財產積極運用、更容易行使裁量權因應信託之旨趣做出專業判斷」。並指出我國信託法第 25 條之自己處理原則不合時宜，將該條但書之「有不得已事由得使第三人代為處理」擴張為「適當授權之義務」。參見：謝哲勝（2016），《信託法》，5 版，頁 166-167，元照。

<sup>12</sup> 參見：林鈺雄（2013），〈初探德國醫療糾紛鑑定調解會制度：兼論解決醫療糾紛之立法原則〉，《月旦法學雜誌》，217 期，頁 207-230。

<sup>13</sup> 參見：江子揚（2020），〈轉型正義南非模式的價值與啟迪〉，《黨產研究》，5 期，頁 63-112。

驗較為成功的日本《日本住宅品質法》<sup>14</sup>。又如，幾年前因國內諸多食品廠商之油品所引發之食安危機，亦有論者提供了歐洲或美國立法和判決之經驗作為借鏡<sup>15</sup>。從此等現象出發，並推測某些外國有、本國沒有的法律規定是背後成因，從而倡議引入外國法律規範。

此外，也有結合理念先行、結果取向的比較法。此種論述在肯認所欲引入之特定外國法規範有價值，進一步指出該規範於外國未產生非預期的不良後果（unintended consequence），故實施於本國時亦應如此。以司法院大法官作出的兩號社會矚目解釋為例，第一，圍繞在司法院釋字第 748 號解釋關於同性能否結婚的爭辯，除了同性婚作為自主決定權、婚姻家庭權的價值辯論之外，一個後果取向的插曲是辯論同性婚是否會導致「人獸交」<sup>16</sup>。支持同婚者的（可能）回應是：（1）外國實施同婚，沒有產生人獸交；因此（2）我國實施同婚，也不會產生人獸交<sup>17</sup>。第二，司法院釋字第 791 號解釋將通姦除罪化，除了刑罰謙抑原則、婚姻家庭權的價值辯論與外國法借鏡外，欲支持除罪的後果取向論據是：（1）歐洲許多國家廢除通姦罪，國民並沒有因此誤以為國家不再重視婚姻<sup>18</sup>；因此（2）我國廢除通姦罪，婚姻制度也不會因此禮崩樂壞<sup>19</sup>。

<sup>14</sup> 參見：張鈺光（2019），〈論日本住宅品質確保促進法與住宅紛爭專門處理機制：對我國建立住宅性能評估制度之建議〉，《台日法政研究》，2期，頁119-144。

<sup>15</sup> 參見：童子斌（2013），〈從歐洲經驗概觀我國近來食品安全問題〉，《台灣法學雜誌》，236期，頁1-13；邱文聰、張永健（2018），〈假作真時真亦假：論管制與處罰攙偽假冒食品〉，李建良（編），《2015行政管制與行政爭訟：食品安全的法律對策與法治實踐》，頁343-350，中央研究院法律學研究所（指出學界借鏡美國相關法制時存在誤解）。

<sup>16</sup> 關於人獸交的言論，參見自由時報（12/23/2014），〈反同性婚扯「人獸交」呂學樟遭各界猛轟〉，<https://news.ltn.com.tw/news/life/paper/841123>（最後瀏覽日：05/28/2024）。

<sup>17</sup> 參見：周佳宥（2018），〈奧、德同性婚姻法治發展與現況：兼論司法院釋字第 748號解釋後之同性婚姻立法途徑〉，《中華國際法與超國界法評論》，14卷，頁62-63。

<sup>18</sup> 參見：林慈偉（2018），〈同性婚姻釋字後的通姦罪解釋及其因應：從司法院釋字第554號到第748號解釋〉，《臺大法學論叢》，47卷特刊，頁1522。

<sup>19</sup> 參見：鄭昆山（2004），〈通姦犯罪在法治國刑法的思辯：評釋字第五五四號解

當然，上述兩種情況並不當然窮盡本土法學論述之所以援引外國法（學）的可能類型<sup>20</sup>。論者為釐清某些繼受而來之法律用語的可能意涵，也多會參照外國法（學）<sup>21</sup>。而當外國法被認為有拘束力（binding）時，論者自有參酌之義務<sup>22</sup>；但此種情況畢竟不是國內論者援引外國法（學）之大宗。也有少數論者進行比較法之研究是為了尋求新的法制靈感。就此而言，援引外國法（學）之舉動，仍以追尋較佳之法（解釋）為多，並可再區分為：（1）強調引入法規範本身有價值，或（2）著眼於引入之法規範所能實現之好結果。本文著重於反省此兩種類型的比較法。

### 三、反省與重構

前述爬梳是對國內比較法學之現況速寫。與西方法學社群略帶尊敬但又將之置於邊緣的處境相反<sup>23</sup>，國內的比較法論述是所有法律人自習法以來都曾聽聞，甚至是必須習得與操練的特殊法學論述方式<sup>24</sup>。不可諱言，這種努

---

釋），《月旦法學雜誌》，105期，頁224-225。本文在介紹完外國立法例以及外國廢除通姦罪的理據後，接續「檢視通姦罪應除罪化之必要」。

<sup>20</sup> 對法院援引外國法之可能情況的分門別類，see Christopher A. Whytock, *Foreign Law in Domestic Courts: Different Uses, Different Implications*, in *GLOBALIZING JUSTICE: CRITICAL PERSPECTIVES ON TRANSNATIONAL LAW AND CROSS-BORDER MIGRATION OF LEGAL NORMS* 45 (Donald W. Jackson et al. eds., 2010).

<sup>21</sup> 值得注意的是，法律用語多為評價性概念（evaluative concept），因而本身就包括評價因素。就此而言，如論者藉概念繼受取道外國法（學），進而宣稱此概念僅有特定一種理解方式為正途，亦可能隱含了正文所提及之價值判斷。惟此須就個別概念逐一判斷，無法一概而論。

<sup>22</sup> 本文第貳部分將有較詳細的討論。

<sup>23</sup> 此一學門在西方法學之現狀描述，出自耶魯大學法學院張泰蘇教授之語，參見：張泰蘇（著），肖焯霖（譯）（2019），〈比較法在現代中國的發展〉，《法制史研究》，36期，頁226。

<sup>24</sup> 學者陳昭如曾言：「不論是法律系的教科書或是大法官解釋，可以發現，比較法或是外國立法往往占據了非常重要的角色。一篇被認為是好的學術作品、好的大法官解釋或是好的立法，不可能沒有引用外國學者的看法、外國的立法議題，而且這邊所講的外國，是特定的外國：例如，德國、法國、美國（特別是在憲法的領域）。似乎一篇好的文章、好的立法，沒有這些比較法的參照，它的價值就大為減少。」參見：陳昭如（2009），〈在法律中看見性別，在比較中發現權力：



力無疑是臺灣法學過去得以逐漸茁壯之根基；可以說，吾人目前所熟知之憲政民主架構及相應的各種法律權利配套措施，很大程度是由法學前輩在資訊取得不易的艱困環境下，窮盡心血逐步種下的根基<sup>25</sup>。

但也並非人人都大方擁抱此種逕自以比較法開展論證的途徑。顏厥安教授曾提醒不應過於理所當然地接受外國法上的規範性主張，真正的關鍵是分析其以何種思考模式回應問題<sup>26</sup>。簡資修教授則直白地指出，援引外國法（學）若要言之成理，必須論證該外國法具有事物不可不然之原理原則（即事物本質）而不能僅是出自法制先進國或繼受母國；但國內實務與學說卻顛倒為之，僅因出自於法制先進國或繼受母國就認定其為事物本質<sup>27</sup>。游進發教授也曾批評以比較法之名，行純粹介紹外國法文獻與判決之實的現象，並倡議建立本土釋義學<sup>28</sup>。而李建良教授之反省則更直接，不但點出臺灣的法學論述仍習於追隨外國法制的思維慣性<sup>29</sup>，也批評部分國內法學論述將自身化作外國法（學）傳聲筒之弊病<sup>30</sup>。對於法學論著仍較多在引介、推薦外國

---

從比較法的性別政治談女性主義法學》，李炳南（編），《法的全球化與全球化的法》，頁181，揚智。學者葉俊榮更曾直言：「在臺灣幾乎沒有『比較法』這一學門，因為大部分的法學科目在本質上，都是比較法。」參見：葉俊榮（1999），《行政法案例分析與研究方法》，頁6，三民。

<sup>25</sup> 參見：孫健智（2007），《中華民國體制下的台灣民法學史：以戰後一代法學期刊為史料的考察（1949～1971）》，頁63，國立政治大學法律學研究所碩士論文（記錄了臺大法學院教師在戰後初期寫論文時取得法學資料的困難）。

<sup>26</sup> 參見：顏厥安（2004），〈財產、人格，還是資訊？論人類基因的法律地位〉，氏著，《鼠肝與蟲臂的管制：法理學與生命倫理論文集》，頁166-168，元照。

<sup>27</sup> 參見：簡資修（2020），〈法律繼受之漂移與超越：民法第184條權利之解釋視野〉，《高大法學論叢》，16卷1期，頁30。

<sup>28</sup> 參見：游進發（2021），〈民法研究方法論〉，《台灣法學雜誌》，415期，頁13。

<sup>29</sup> 參見：李建良（2023），〈梳理台灣公法的演進路徑與思維方法〉，《台灣法律人》，26期，頁96。

<sup>30</sup> 其所指出之病徵有三：「其一，於文章中無來由地引述某一或若干外國學者的見解。其二，引述某一或若干外國學者的見解，未加分說即直接當成自己的見解。其三，引述某一或若干外國學者的見解，並就該見解的正誤與其他學者進行論辯，焦點卻不在自己見解與他人見解的辯證，而是該外國學者見解的考究。」參見：李建良（2018），〈法學方法與基本權解釋方法導論〉，《人文及社會科學期刊》，30卷2期，頁243。

法規範與相關見解之景況，王泰升教授也曾指出法學者不可單純就規範論規範，而應該同時思索其實現的條件<sup>31</sup>。

然而，或因這些著作本非專為比較法議題所寫，致其批評或許受限於篇幅，而未能全面開展論述<sup>32</sup>，故往往也僅成為一種提醒，未能讓後來者有較明確的方法可供參酌以免重蹈覆轍。而這就是本文的撰寫動機<sup>33</sup>。

本文在前述文獻的基礎上，較為全面地反思比較法作為法律論證的應然基礎（normative foundation）：藉由簡述與分析法律解釋方法，指出應如何種開展比較法為一套完整法學論述<sup>34</sup>。本文將檢視以往學界未系統檢驗的論據，進而思索法學者、法院（包括一般法院與司法院大法官）進行比較法的可能合理性根據及相關限制。比較法的盛行，或許反映了過去法學界有所顧忌而不敢<sup>35</sup>、不願意、或沒有足夠能力建立自身的應然理論判準，於是只好訴諸泰西先進國家的困境。

當然，本文並不是倡導在制定或解釋法律時閉門造車，而是初步認為：**能夠在法學方法上得以證立的比較法論述，是以應然理論為核心，並在結果取向時結合社會科學。**用成語說，就是「他山之石，可以攻錯」，但「攻錯」

<sup>31</sup> 參見：王泰升（2009），《台灣法律史概論》，3版，頁321-325，元照。

<sup>32</sup> 當然，也存在著少數較有系統性的反省論述，並皆介紹了最為知名的功能性比較法。如：黃舒芃（2009），〈比較法作為法學方法：以憲法領域之法比較為例〉，氏著，《變遷社會中的法學方法》，頁245-279，元照；陳淑芳（2020），〈比較法之功能及其研究方法〉，鄧衍森、陳清秀、張嘉尹、李春福（編），《法理學》，頁255-270，元照；蘇凱平（2022），〈制定司法政策時如何參考外國法：以「蒐集法」與「功能比較法」為中心〉，《台灣法律人》，12期，頁97-116。對功能性比較法的論述則請參本文第貳部分。

<sup>33</sup> 就此而言，本文不反對參酌比較法，只是認為應更加細緻。與本文共享類似想法之作，參見：賴英照（2017），〈說理或詭辯：判決引用外國法的爭論〉，《中原財經法學》，38期，頁1-108。

<sup>34</sup> 若介紹外國法（學）並非用作本國法學論證的前提，則此種比較法文論不在本文反省之列。此類介紹無疑有實踐上（如國際私法或涉外事件中採用）與認識上（如拓展視野、增廣見聞）的寶貴意義，本文無意否認。此外，外國法（學）在提出時的歷史脈絡與文化，不但可有助於理解與重構外國法所蘊含的價值，也有助於把握因果推理所須控制的背景條件。對這兩項工作的說明，請參本文第肆部分。

<sup>35</sup> 參見：王泰升，前揭註1，頁122、124-125。

的方式不僅是單純理解外國法律，而是以一套評價論述指出其所援引外國法（學）的目標何以可欲，以及建立兩重因果推理去發現並應用可欲目標之實現機制<sup>36</sup>。第一重因果推理是 A 國有 X 法律，所以有 Y 結果。第二重因果推理是本國目前沒有 X 法律，但若改採 X 法律，就會從不是 Y 結果變為 Y 結果。因為法學本身沒有任何作因果推理的工具，故必須結合社會科學。

以下第貳部分將分別討論比較法的方法和法釋義學所使用之論述框架。在比較法學的領域中，批評既有方法與探索新方法者皆不勝枚舉<sup>37</sup>。本文為與既有國內文獻對話，將從少數較有系統性闡述比較法方法之國內文獻所謂的「真正的」、「未誤用」之經典思維模式——功能性比較法——開展論述<sup>38</sup>。功能性比較法的思維不但與不少援引外國法（學）的國內論者共享了尋求「較佳之法」的旨趣，亦提供了較有體系之框架；第貳部分的工作便是展現如何以功能性原則構建尋求「較佳之法」的論述框架。而在釐清比較法之旨趣後，本文接著探討這種論述如何能與法律解釋方法結合。緣於長期的法律繼受，比較法一直被廣泛使用，甚至被譽為「第五種」法律解釋方法。透過解析功能性比較法，以及分析法律解釋不同要素（文義、歷史、體系、目的）所服膺之抽象要旨，本文否定比較法作為一種獨立法律解釋方法之地位，並主張此種尋求較佳之法的比較法論述，如欲安置於本國法的解釋，則應以**目的解釋**進行論述<sup>39</sup>。

<sup>36</sup> 參見：張永健（2017），〈社會科學式的比較法研究：評Mark Ramseyer. 2015. *Second Best Justice: The Virtues of Japanese Private Law*. The University of Chicago Press〉，《中研院法學期刊》，20期，頁211-249；張永健（2024），〈比較法作為雙重因果推理：以修正民事訴訟法影響和解率的實證研究為例〉，《中研院法學期刊》，34期，頁81-152。

<sup>37</sup> 比較法學界對傳統方法（功能性比較法）的反省以及各種新趨勢之簡述，see Mathias Siems, *New Directions in Comparative Law*, in *THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE LAW* 852, 853-63 (Mathias Reimann & Reinhard Zimmermann eds., 2019); Yun-chien Chang et al., *Drawing the Legal Family Tree: An Empirical Comparative Study of 170 Dimensions of Property Law in 129 Jurisdictions*, 13 *J. LEGAL ANALYSIS* 231, 238-39 (2021).

<sup>38</sup> 參見：黃舒凡，前揭註32，頁252-253；陳淑芳，前揭註32，頁258。

<sup>39</sup> 本文並未主張所有的比較法都是目的解釋。反之，本文的主張是：比較法成為內

奠基於前階段的討論，第參部分試圖提出比較法作為法學論述所應具備的完整要素。既然尋求較佳法的功能性比較法，應被看作一種目的解釋之子類型，則其論述就必須包含「目的」自身是否有價值的評價論述，以及目的—手段機制是否有效的兩層分析。延續著前述分析，本文指出現有比較法的研究尚可改進之處有二：一者是應當正視規範背後的價值論述；再者應以雙重因果推理之分析框架，考察所引入的外國法是否為有效之目的—手段機制。第肆部分則為結論。

## 貳、比較法作為一種（獨立）的法律解釋方法？

繼受自德國法學<sup>40</sup>，法釋義學經常被認為是法學的典範核心<sup>41</sup>。但法釋義學所提供之「論述形式」（Argumentformen）<sup>42</sup>本身並不直接對法律問題提供答案。這套方法強調解釋法律者要在立法者劃定的框架內，參照各種解釋要素（即法律文義、法律體系、法規範目的、立法者意圖等）作出最佳解釋。在此種理解下，法釋義學的具體操作，是以某個給定的（given）法律世界存在為前提下，參與其中並試圖以一套可理解之理性方式，回答「法律所

---

國法解釋的一環，一般必須透過目的解釋，因為文義、體系、歷史解釋往往無法指向特定外國法（學），更不太能指向任一外國法（學）。

<sup>40</sup> 法釋義學如何成為德國法學的重要內涵，參見：黃舒芃（2020），〈什麼是法釋義學？：以二次戰後德國憲法釋義學的發展為借鏡〉，頁10-24，國立臺灣大學出版中心。對德國法學之繼受歷史，參見：王泰升（2015），〈臺灣法律現代化歷程：從「內地延長」到「自主繼受」〉，頁205-223，中央研究院臺灣史研究所、國立臺灣大學出版中心。

<sup>41</sup> 法釋義學常被認為是「固有意義」的法學。如：王澤鑑（2020），〈民法總則〉，增訂版，頁101，自刊（法釋義學，此指固有意義的法學，其主要內容包括對現行有效法律的描述、從事法體系的建構，以及提出解決疑難問題的建議）。法釋義學作為臺灣法學典範的討論，參見：張嘉尹（2020），〈法釋義學〉，鄧衍森、陳清秀、張嘉尹、李春福（編），〈法理學〉，頁363-407，元照。

<sup>42</sup> 王鵬翔、張永健（2019），〈論經濟分析在法學方法之運用〉，《臺大法學論叢》，48卷3期，頁807。

允許、限制、創設、禁止、授權<sup>43</sup>」究竟為何。就此而言，這不是在尋找「普世最佳」(global best)的解釋，而是尋找「地方最佳」(local best)的解釋。解釋法律者受到法律內容的拘束，不能擅自作主，逾越法律。在此種背景下，應該不難理解，比較法在許多法律繼受國的法學界中大行其道，但卻面臨最根本的正當性質疑：如果法釋義學的目標是在解釋本國法律，逕自參照外國法的應然基礎何在<sup>44</sup>？另一方面，後進國除了繼受特定的釋義學知識（即用以回答特定法律問題的素材）外，也繼受了解釋法律的方法<sup>45</sup>。故學者自然會參照例如德國的法學方法論教科書對法釋義學論證框架<sup>46</sup>的說明。確實，德國或臺灣學者都會在方法論的著作中提及比較法的相關議題，但兩者所面對的法律環境以及使用比較法的脈絡，則不盡相同。

---

<sup>43</sup> 本文用以表述法釋義學（者）所抱持之觀點，即是德國法理學者Robert Alexy所謂的參與者觀點。See ROBERT ALEXY, *THE ARGUMENT FROM INJUSTICE: A REPLY TO LEGAL POSITIVISM* 25 (Stanley L. Paulson & Bonnie L. Paulson trans., 2002) (1992).

<sup>44</sup> 引用外國法之相關疑慮整理，see Thomas Kadner Graziano, *Is it Legitimate and Beneficial for Judges to Compare?*, in *COURTS AND COMPARATIVE LAW* 24, 26-28 (Mads Andenas & Duncan Fairgrieve eds., 2015)；楊智傑，前揭註4，頁182-184；賴英照，前揭註33，頁20-32。

<sup>45</sup> 區分釋義學方法（即一般所謂的法學方法）和釋義學知識（即經由釋義學方法在特定法域中針對某一法律問題所給出的答案），參見：Peter A. Windel（著），黃松茂（譯）（2019），〈天啊，德國的法釋義學！：德國法釋義學有何之用〉，《月旦法學雜誌》，288期，頁160-161；雷磊（2021），〈法教義學：關於十組問題的思考〉，《社會科學研究》，2期，頁10-12。德式法釋義學的解釋方法於台灣法學界繼受史，參見：王泰升（2022），《建構台灣法學：歐美日中知識的彙整》，頁465-472，國立臺灣大學出版中心。

<sup>46</sup> 其他法學社群當然也有面對法律素材並產生法律知識的方法，如美國法學界在解釋憲法解釋時所開展的原意主義與立法目的主義之討論便是一例。就此而言，解釋方法本身較具一般性，有豐富的對話空間。本文為集中焦點，仍將集中討論釋義學之解釋方法。相關比較與對話，see Robert Summers & Michele Taruffo, *Interpretation and Comparative Analysis*, in *INTERPRETING STATUTES: A COMPARATIVE STUDY* 461 (Neil MacCormick & Robert Summers eds., 1991)；張嘉尹（2019），〈憲法解釋作為憲法續造：一個方法論的反思〉，《中原財經法學》，43期，頁1-38。

由於德國法學社群在論證法律解釋時較不會頻繁訴諸外國法<sup>47</sup>，故在一些早期成書、較具經典地位的法學方法論著作中，較少納入比較法此種解釋取徑<sup>48</sup>。此一狀況近來已有轉變；晚近成書的方法論著作中，開始會以一定篇幅討論比較法之議題，甚有提及比較法做為第五種解釋標準的見解<sup>49</sup>。惟這些前後期著作之差異，部分是緣於歐盟（法）的影響<sup>50</sup>。要如何處理一系列來自歐盟的法規範與指令，是當前歐洲各國的法律人都會面臨的問題；而

<sup>47</sup> 學者李建良所轉述德國公法學者Christoph Möllers的一段話或能略窺一斑：「德國行政法素來鮮少比較他法，毋寧多被作為比較的對象。大凡卓然有成的法秩序，恆處於自給自足的態勢，不易經受外來的調適壓力。」李建良（2016），〈導論：臺灣行政契約法的路徑依賴？：比較行政法方法論的局部反思〉，李建良（編），《2012行政管制與行政爭訟：行政契約之發展現況與前景》，頁50，中央研究院法律學研究所。此外，一份基於德國聯邦憲法法院30個年度（1951–1960、1971–1980、2001–2010）的實證研究指出，援引外國案例者每年都僅個位數。See Stefan Martini, *Lifting the Constitutional Curtain? The Use of Foreign Precedent by the German Federal Constitutional Court*, in *THE USE OF FOREIGN PRECEDENTS BY CONSTITUTIONAL JUDGES* 229, 241 (Tania Groppi & Marie-Claire Ponthoreau eds., 2013).

<sup>48</sup> 如知名法學者Karl Larenz的方法論大作中便無討論比較法作為一項解釋標準。參見：Karl Larenz（著），陳愛娥（譯）（2022），《法學方法論》，2版，頁337-364，五南。

<sup>49</sup> 如：Reimer, *Juristische Methodenlehre*, 2. Aufl., 2020, S. 186; THOMAS M.J. MÖLLERS, *LEGAL METHODS* 104 (2020)。這些文獻所提到的「比較法做為第五種解釋要素」，多是引用德國公法學者Peter Häberle。Häberle對此見解的簡要英文表述，see Peter Häberle, *Role and Impact of Constitutional Courts in a Comparative Perspective*, in *THE FUTURE OF THE EUROPEAN JUDICIAL SYSTEM IN A COMPARATIVE PERSPECTIVE*, 65, 66 (Ingolf Pernice et al. eds., 2006)。惟Häberle的見解也有受到如Christian Starck這般知名學者的反對。Starck反對Häberle過分強調比較法在法律解釋中的特殊性，並主張應將之置於目的解釋。Starck的觀點，參見：Christian Starck（著），林三欽（譯）（2006），〈公法上之法學比較〉，《法學、憲法法院審判權與基本權利》，頁44，元照。德國法學社群近來對比較法是否作為獨立解釋方法的一般性概覽，see Reinhard Zimmermann, *Legal Methodology in Germany*, 26 *EDINBURGH L. REV.* 153, 174 (2022)。在此感謝匿名審稿人的提醒，讓作者得以留意到晚近文獻對比較法的討論。

<sup>50</sup> See MÖLLERS, *supra* note 49, at 7-8.

探討這些非本國法與本國法之法律解釋的關係，也因此有其必要性<sup>51</sup>。在學者 Thomas M.J. Möllers 的方法論著作中，稱這種比較法的取徑為強制性比較法（compulsory comparative law）<sup>52</sup>。

然而，這種看待比較法的方式以及背後脈絡，並無法說明臺灣的法律人對於比較法的熱情：臺灣法律人並非基於外國法（學）對臺灣有法拘束力而援引之。就此而言，臺灣法律人所習慣的援引方式，毋寧是 Möllers 所稱的任意性比較法（voluntary comparative law）：臺灣法律人是相信這些外國法（學）能為當前的法律爭議提供較好的理據或結論，因此才加以援引<sup>53</sup>。此外，國內法學界從非常早期便有文獻開始主張比較法應該做為四項傳統法律解釋要素外的一項獨立解釋要素，且直到近期的文獻中仍可窺得此觀點<sup>54</sup>。

<sup>51</sup> 從國內法官的角度而論，如案件相關之歐盟法規範本就是有拘束效力的法規範，此時是否真的算得上「比較」法，或也容有討論空間。但正如 Möllers 所指出的，當國內法官在處理與歐盟法規範有關的問題時，出於規範和諧一致、避免同一套歐盟法規範的詮釋在不同地區相互矛盾的要求，也會使得法官必須參酌比較其他國家的法院對該歐盟法規範的相關見解。而從歐盟法官的角度而言，如歐洲聯盟運作條約（Treaty on the Functioning of the European Union, TFEU）中有提及「會員國間共享的一般法律原則」（general principles common to the laws of the Member States），使得歐盟的法官也必須借助比較法。See MÖLLERS, *supra* note 49, at 100-02, 105.

<sup>52</sup> See MÖLLERS, *supra* note 49, at 283. 對於這種強制性比較法（pflichtige Rechtsvergleichung），Reimer 在其方法論著作中也以歐盟法為例討論，參見 Reimer, (Fn. 49), S. 188 ff.

<sup>53</sup> See MÖLLERS, *supra* note 49, at 284-86. 當然，德國甚或歐洲的法律人對比較法的關注，也不全然僅是基於強制性比較法下的適用義務而來。惟其脈絡仍和歐盟相關——特別是在歐盟整合的大勢所趨之下，興起了尋找、建構歐洲的共通法之浪潮。相關介紹，參見：陳惠馨（2019），〈作為法學方法論視角下的比較法〉，《法制史研究》，36期，頁257。

<sup>54</sup> 王澤鑑教授於1978年的著作便開始有此主張，參見：王澤鑑，前揭註6，頁20。在此之後，仍有不少國內文獻抱持此一觀點，將比較法作為一獨立解釋方法（或要素）之國內文獻，如：楊仁壽（1986），《法學方法論》，頁151-154，自刊；吳庚（2003），《憲法的解釋與適用》，頁536-539，自刊；王澤鑑（2019），《法律思維與案例研習：請求權基礎理論體系》，4版，頁213，自刊。此外，亦有部分大法官曾於意見書中提及比較法作為一種解釋方法，相關整理參見楊智傑，前揭註4，頁186。但此間亦曾有反對見解，如：陳愛娥（2004），〈繼受法國家中

本文並不將比較法看成一種獨立之法律解釋要素，而係將其安置於（客觀）目的解釋<sup>55</sup>；為說明這項頗具爭議性的宣稱，本文將用以下三節一一闡明此宣稱中所稱的「比較法」與「法律解釋要素」。第一節論述功能性比較法，因為其為部分比較法方法論文獻所謂的「真正的比較法」；其次，藉由分析法律解釋的四項要素，指出法律解釋之抽象要旨有二，即：法律之拘束性（binding）與正確性（correctness），並分別指出法律解釋中的個別要素所服務之抽象要旨為何。最後，延續對於法律解釋要旨之思索，得出結論——追求「較佳之法」的比較法最應被看作目的解釋之子類型。

## 一、Zweigert 和 Kötz 的功能性比較法

在眾多使用比較法方法的文獻中，有部分文論著墨於如何使用比較法。這批文獻皆指出比較法不能只是單純介紹外國法學，而開始論述比較法的方法，並介紹了目前比較法學界中最為人熟知的功能性比較法<sup>56</sup>，俾將「真正的比較法」引入本國學界。然而，這套較有體系之思考模式，至今仍甚少為臺灣法學社群引用和討論。

功能性比較法是比較法學界中最為人熟知，且至今仍有廣泛影響力<sup>57</sup>的方法。而對此一經典取徑之討論，國內文獻大都有援引比較法大師 Zweigert

---

的法比較：以憲法解釋作為觀察對象），《月旦民商法雜誌》，4期，頁14（指出論者援引外國法的論述應於目的解釋的脈絡中，並證成此立場）。

<sup>55</sup> 相似立場，如：Christian Starck，前揭註49，頁44；陳愛娥，前揭註54，頁14。

<sup>56</sup> 如：王澤鑑，前揭註6；黃舒芃，前揭註32；陳淑芳，前揭註32；蘇凱平，前揭註32。部分文獻雖非聚焦於功能性比較法，卻有意識地提及，如：葛克昌、鍾芳樺（2011），〈稅捐規避行為之事實如何認定（上）：以所得稅法第六六條之八為例〉，《月旦法學雜誌》，188期，頁167-168；陳清秀（2016），〈比較法之功能及其與行政法之關係〉，《月旦法學雜誌》，253期，頁86-87；黃丞儀（2021），〈建構「以人為主體」的比較行政法〉，李建良（編），《研之得法：中央研究院法律學研究所成立十週年文集》，頁484-487，中央研究院法律學研究所。

<sup>57</sup> See, e.g., MATHIAS SIEMS, *COMPARATIVE LAW* 15 (3 ed. 2022); 王文字（2012），〈國際比較法學會：學術傳承與二〇一二年臺灣大會主題評析〉，《月旦法學雜誌》，202期，頁6、21。



和 Kötz 二人的大作<sup>58</sup>。事實上，兩位學者於《比較法總論》<sup>59</sup>一書中所做出的闡釋，甚至有被認為是功能主義比較法中的最佳版本<sup>60</sup>。以下簡述其方法論。

按照 Zweigert 和 Kötz 的功能性比較法，在進行比較時，不應被論者自身法體系中的「概念」所束縛。各地的法律實質上都面臨著十分相似的問題，因此即便各國法律形式各異，但法律在解決社會問題時發揮之「功能」，應當十分相似。其書中的這一段話最能呈顯此一思維<sup>61</sup>：

「如果在功能上把法律看成是社會事實情況的調節器，那麼，在每個國家裡的法律問題都是相似的。人們能夠在世界上所有的法律秩序中提出同樣的問題，甚至在屬於不同的社會型態的國家或者處於完全不同發展階段的國家裡，適用同樣的標準。」

該段英譯為：

“If a law is seen functionally as a regulator of social facts, the legal problems of all countries are similar. Every legal system in the world is open to the same questions and subjects to the same standards, even countries of different social structures or different stages of development.”

功能性比較法的思維貫穿了 Zweigert 和 Kötz 之方法論核心，其甚至認為後續之方法大抵由此而來<sup>62</sup>。如前文所述，對於 Zweigert 和 Kötz 二人而言，各國法學現況的單純報導本身，只能稱得上是「描述性的比較法」

<sup>58</sup> 如：王澤鑑，前揭註6，頁9；黃舒芃，前揭註32，頁249以下；陳淑芳，前揭註32，頁264以下。

<sup>59</sup> KONRAD ZWIGERT & HEIN KÖTZ, AN INTRODUCTION TO COMPARATIVE LAW (Tony Weir trans., 3 ed. 1998) (1974).

<sup>60</sup> See e.g., Michele Graziadei, *The Functionalist Heritage*, in *COMPARATIVE LEGAL STUDIES: TRADITIONS AND TRANSITIONS*, 100, 102 (Pierre Legrand & Roderick Munday eds., 2003); GEOFFREY SAMUEL, AN INTRODUCTION TO COMPARATIVE LAW THEORY AND METHOD 65 (2014).

<sup>61</sup> See ZWIGERT & KÖTZ, *supra* note 59, at 46; 中文翻譯引用自：茨威格特、克茨(著)，潘漢典、米健、高鴻鈞、賀衛方(譯)(2017)，《比較法總論》，3版，頁83-84，中國法制出版社。

<sup>62</sup> See ZWIGERT & KÖTZ, *supra* note 59, at 34.

(descriptive comparative law)，而功能性比較法可超越此種模式，進而邁向「真正的比較法」<sup>63</sup>。而在具體比較工作中，首先，當比較法學者欲開展其研究時，不應僅以自身所處之法體系中的特定概念出發，而應當是問題導向——關注各地的法律在解決某一類問題時所設立之法規範；功能性比較法之目的，正在於避免研究者受限於自身所處之法體系出發的僵固視野，進而過於速斷地認為他國法律無相似之處可供探尋與比較<sup>64</sup>。唯以此般功能性比較法的觀點修正視角後，對於各地法律之「報導」(report)工作方可能順利地進行。報導的工作主要是如實詳述個別法域之法律現況，不加以批判與評價；按照 Zweigert 和 Kötz 的看法，此時仍未進入到比較的階段<sup>65</sup>。

報導完成之後的下一階段工作則是體系化<sup>66</sup>。如前文所述，各國的法律，在規範形式、概念用語上多所分歧，因此研究者必須建立起跨越各國法律的上位概念加以統整之。在此階段的工作中，可以再次看到功能性比較法的意義：正因不同形式的法規範大抵而言仍是在發揮相似功能以回應社會中所面臨的共通性問題，方有可能藉由建構上位概念以統合表面歧異<sup>67</sup>。舉例而言，比較物權法中往往對舉大陸法系中的「所有權絕對性」(absolute ownership)和普通法系中的「權源相對性」(relativity of title)，並進而認為兩大法系有根本不同。實則，「前無權占有人」告「後無權占有人」的糾紛在任何國家都會發生，只不過普通法系國家將此類糾紛與「有權占有人(物權人)」

<sup>63</sup> See ZWEIGERT & KÖTZ, *supra* note 59, at 6.

<sup>64</sup> See ZWEIGERT & KÖTZ, *supra* note 59, at 34-36.

<sup>65</sup> See ZWEIGERT & KÖTZ, *supra* note 59, at 43-44. See also Konard Zweigert, *Methodological Problems in Comparative Law*, 7 ISRAEL L. REV. 465, 471-72 (1972).

<sup>66</sup> See ZWEIGERT & KÖTZ, *supra* note 59, at 44-46; Zweigert, *supra* note 65, at 472-73 (1972).

<sup>67</sup> Yun-chien Chang & Henry Smith教授用「架構」與「風格」兩個名詞，描述比較物權法中的功能性原則。See Yun-chien Chang & Henry E. Smith, *An Economic Analysis of Civil Versus Common Law Property*, 88 NOTRE DAME L. REV. 1 (2012); Yun-chien Chang & Henry E. Smith, *Structure and Style in Comparative Property Law*, in RESEARCH HANDBOOK ON COMPARATIVE LAW AND ECONOMICS 131 (Theodore Eisenberg & Giovanni B. Ramello eds., 2016); 張永健 (2015)，〈物權的架構與風格：以不動產與動產抵押為例〉，《月旦法學雜誌》，241期，頁78-79。

告「無權占有人」的糾紛統合在權源相對性的法律概念下，而大陸法系國家則以占有返還請求權處理此類問題<sup>68</sup>。職是之故，研究者必須藉功能出發的體系架構，統合各種看似各異但在功能上十分相似的法規範或法學概念。

在體系化檢視後，方能開始評價的工作——亦即權衡評估各國法律制度之利弊得失。這是比較法的工作中不可忽略的一部分。然而，對 Zweigert 和 Kötz 二人而言，評價其實並不是比較法所專有，其使用的判準大體而言也是評估眼下數種應對問題的方案是否具備適當性（suitable）以及是否正當（just）。Zweigert 和 Kötz 因此認為，比較法學者所使用之評價判準，實則與法學者一般使用的判準並無二致<sup>69</sup>。

## 二、法律解釋方法簡論：在拘束性與正確性之間

法律解釋所需要考量的要素（或方法、準則），雖說未有共識，但一般咸認包括文義、歷史、體系、目的解釋<sup>70</sup>。

文義解釋一般被認為是法律解釋的起點<sup>71</sup>，是訴諸法律文字和用語以支持或證成某種主張的論述方式<sup>72</sup>。而歷史解釋是根據制定法律時的立法者的相關意圖，支持特定法律主張的論述；一般是參照立法史和立法資料。其論述方式，主要是透過爬梳立法史與立法理由，辨認出立法時所欲透過該法規範所實現之特定目的，或確認立法者是否有意以某種特定規範方式去實現其

<sup>68</sup> 關於此問題的進一步闡述，see Yun-chien Chang, *Theory of Relativity of Title* (Oct. 31, 2023), <https://ssrn.com/abstract=4619339>.

<sup>69</sup> See ZWIEGERT & KÖTZ, *supra* note 59, at 47.

<sup>70</sup> See, e.g., Winfried Brugger, *Concretization of Law and Statutory Interpretation*, 11 TULANE EUR. & CIVIL L. FORUM, 207, 234 (1996); 李惠宗（2018），《法學方法論》，3版，頁272，新學林；吳從周（2019），《民事實務之當前論爭課題：民事法學與法學方法第八冊》，頁7-8，元照；鍾芳樺（2023），〈法官依法裁判與德國法學方法論：對德國法學方法論的問題史反思〉，《輔仁法學》，65期，頁330。

<sup>71</sup> 王澤鑑，前揭註41，頁70。

<sup>72</sup> ROBERT ALEXY, A THEORY OF LEGAL ARGUMENTATION 235 (Ruth Adler & Neil MacCormick trans., 1989) (1978).

所欲之目的。在這種解釋方式下，應當盡量挑選出滿足於立法者意圖的解釋，或繼續選用立法者所意欲的規範方式去實現其目的<sup>73</sup>。

以上兩種解釋的共同特性，是論證的根據皆指向了立法者，並因而拘束了法律解釋。以文義解釋為例，文義解釋是以立法者所確立的文字為法律解釋的起點，但文義也是法律解釋的界線。一般認為法律解釋也為文義所限而不可逾越之，否則就已超越法律解釋<sup>74</sup>；故有所謂法律解釋「始於文義、終於文義」一說。而前述提到的歷史解釋，不外乎將立法者於過去所做出之決定，作為當前法律判斷之論述根據。可以看到，這兩種論證方式皆必須以承認立法者的權威為前提，並認為自身的解釋與活動受此拘束<sup>75</sup>。進一步言之，這種「受法拘束」的論述，並不是直接指出某一特定法規範之內容是否正當，而往往是仰賴於一項「獨立於內容」（content-independent）<sup>76</sup>之根據，即訴諸於立法者所具有的權威特性。而反過來說，也正是這種拘束特性，形塑了限制法律解釋之「範圍」：文義解釋與歷史解釋正是在承認了立法者權威的前提下，透過各種方式釐清立法權威對該特定法規範可能有意設下的範圍或邊界。是故，此二者也被稱為範圍性因素<sup>77</sup>。

<sup>73</sup> 這種歷史解釋又稱發生學解釋（genetic interpretation），see ALEXY, *supra* note 72, at 236-38. 而除了這種指向立法者的發生學式歷史解釋外，有認為尚應包含另一種歷史解釋：即探索過去學說實務對相關法律文本的理解。參見：張嘉尹，前揭註46，頁18。惟正如法理學者Aulis Aarnio所指出的，此種論述方式實則可看作一種體系解釋：在實務先例（precedents）不具法律拘束力時，這種論述方式著眼於讓不同時期法律見解的一致性。See Aulis Aarnio, *Statutory Interpretation in Finland*, in INTERPRETING STATUTES: A COMPARATIVE STUDY 123, 137-38 (Neil MacCormick & Robert S. Summers eds., 1991).

<sup>74</sup> 王澤鑑，前揭註41，頁70。

<sup>75</sup> See ALEXY, *supra* note 72, at 248（指出為確保受現行有效法之約束，因此文義與歷史上的立法者主觀意圖有其推定之優先性；反對此等論據者因而必須承受論證負擔）。

<sup>76</sup> 對此概念的討論，see H.L.A. HART, *Commands and Authoritative Legal Reasons*, in ESSAYS ON BENTHAM: JURISPRUDENCE AND POLITICAL PHILOSOPHY 243 (1982)；詳述此概念的國內文獻，參見王鵬翔（2012），〈獨立於內容的理據與法律的規範性〉，《中研院法學期刊》，11期，頁203-247。

<sup>77</sup> 黃茂榮教授明確指出範圍性因素（即文義、歷史因素）並不承擔正確性任務，其

由此可知，上述的解釋方法主要係以受法拘束為核心要素所開展。事實上，這項受法拘束的特性對法律人應不陌生，因為這是法學思維的起點。法學判斷有別於一般實踐推論之處，正在於其判斷還受到「法律存在」此一制度性事實所拘束<sup>78</sup>。但另一方面，法律自身也會做出正確性宣稱（claim to correctness）<sup>79</sup>；為實現正確性宣稱，法學必須努力使法成為理性的產物<sup>80</sup>。而法學的思維與判斷便是在承擔這兩項任務下開展<sup>81</sup>。而在解釋法律時，追求理性化與正確性的工作主要透過體系解釋與目的解釋，以儘量確保法規內容的合理性與正確性。故此兩項要素與前述提到的文義及歷史解釋有別，被學者稱之為內容性因素<sup>82</sup>。

體系解釋是立論於同一法體系中的不同法律規範之間的聯繫與關係。體系解釋所訴諸的理性化，是維繫不同法律之內容形式上的一致性；而形式上

---

謂：「有的判決將歷史因素當成一種工具，用以印證『依其他解釋因素獲得之結果的正確性』或排除『依其他解釋因素無法排除的疑義』。對歷史因素之這種應用方式、顯然已逸出它的範圍性功能。按一個解釋結果之正確與否的檢證任務，只得由內容性因素與控制性因素來達成。」參見：黃茂榮（2020），《法學方法與現代民法》，7版，頁618，植根。

<sup>78</sup> 此即為德國法理學者Robert Alexy所謂的特殊個案命題（The Special Case Thesis）。See Robert Alexy, *The Special Case Thesis*, 12 *RATIO JURIS* 374 (1999). 國內文獻簡介，參見：顏厥安（1998），《法與實踐理性》，頁141-142，允晨文化。

<sup>79</sup> 正確性宣稱是由德國法理學者Robert Alexy所提並藉此批判法實證主義。See Robert Alexy, *Law and Correctness*, 51 *CURRENT LEGAL PROB.* 205 (1998). 本文無意於此深究法實證——反法實證論的論爭。國內文獻介紹，參見：王鵬翔（2009），〈法概念與分離命題：論 Alexy 與 Raz 關於法實證主義之爭〉，《中研院法學期刊》，5期，頁229-289。

<sup>80</sup> 參見：顏厥安（2005），〈法效力與法解釋：由 Habermas 及 Kaufmann 的法效理論檢討法學知識的性質〉，氏著，《幕垂鴉翔：法理學與政治思想論文集》，頁150，元照。

<sup>81</sup> 此雙重面向如何貫通法學的一般性論述，see Matthias Klatt, *Integrative Jurisprudence: Legal Scholarship and the Triadic Nature of Law*, 33 *RATIO JURIS* 380 (2020). 以此雙重面向探討法學中的比例原則論述，參見：陳冠廷（2022），〈逸脫法學想像乎？以成本效益分析取代比例原則之商榷〉，蘇永欽教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會（編），《法學的想像（第四卷）：社科法學——蘇永欽教授七秩華誕祝壽論文集》，頁454-458，元照。

<sup>82</sup> 參見：黃茂榮，前揭註77，頁618。

的一致性有賴於與法規範彼此之間的和諧與不矛盾。此種不矛盾一方面可以從條文的編排進行考察，一方面則是條文在評價上的不矛盾。前者有賴於所謂的外在體系，即立基於法律的編排對法規範所形構的一套分類，如民法的五編制架構。這種分類（如物／債編之分）使得隸屬於特定編下的個別法規範，必須服膺於此編的一般特性（如債之相對性）。而評價上的不矛盾，則有賴於辨認出法律體系中業已蘊含之評價性原則，亦即從法體系中抽取出的若干評價性原則，也就是所謂的內在體系<sup>83</sup>。這些內在體系的原則如較抽象的法治國原則或社會國原則等，或較明確具體的維繫交易安全、保護未成年人。內在體系的原則協助解釋者判斷立法決定是否恣意，或藉此面對、思考價值衝突<sup>84</sup>。

目的解釋的基本論述構造大抵與歷史解釋相似，其論述亦是指認目的以及分析特定法規範是否（最）適於達成該目的<sup>85</sup>。但由於立法者所欲實現之（主觀）目的已可被歷史解釋所包含<sup>86</sup>，故目前學說上所稱者，多是指「立法者未必有充分意識」之客觀目的<sup>87</sup>，以試圖理性回應具體個案。進一步而言，在探究某一法規範之客觀目的為何時，論者毋寧是以「擬制的理性立法

<sup>83</sup> 參見：王澤鑑，前揭註41，頁16。

<sup>84</sup> 參見：黃茂榮，前揭註77，頁627。

<sup>85</sup> 目的解釋的論述形式，see ALEXY, *supra* note 72, at 240-43.

<sup>86</sup> See Robert Alexy & Ralf Dreier, *Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany*, in INTERPRETING STATUTES: A COMPARATIVE STUDY 73, 88 (Neil MacCormick & Robert S. Summers eds., 1991). 事實上，從其所發揮之作用觀之，主觀目的所指向者也確實是受法拘束的面向，這部分的討論參見：王鵬翔(2004)，〈目的性限縮之論證結構〉，《月旦民商法雜誌》，4期，頁25。

<sup>87</sup> Karl Larenz，前揭註48，頁350-357、362。See also Aarnio, *supra* note 73, at 141; ALEXY, *supra* note 72, at 241.

者 (fictive rational legislator) 理應 (不) 同意<sup>88</sup>」之方式開展其論述<sup>89</sup>。但，相較於指向立法權威的控制性因素 (文義解釋、歷史解釋) 以及僅具形式性之體系解釋，目的解釋往往更容易被論者將自身所欲之目的或價值放入其中而流於恣意。因此，如同法學者 Ingeborg Puppe 所言，目的解釋需有如下考量<sup>90</sup>：

- 所追求的目的本身必須被證明為正義、理性且有益。
- 所建議的規範解釋，必須是 (相當程度上完整而非僅是部分) 實現此目的之適合手段。
- 實現目的會造成的不利附屬後果 (nachteilige Nebenfolgen)，不可大於規範目的之價值。

簡言之，目的解釋追求實質正確性，因此論者必須掌握兩種意義上的「正確」<sup>91</sup>：一方面是價值判斷意義上的正確，即對於法規範目的及其他可能後果所做出之價值判斷合理正確；另一方面，是正確掌握法規範作為實現目的

<sup>88</sup> 如「擬制」一詞所呈現的，這種宣稱立法者所具有之理性並不以經驗上確實存在為必要，甚可能與現實相悖；故此舉實為法學者試圖藉此呈現最佳法律解釋所為之擬制。See Thomas Bustamante, *On the Argumentum Ad Absurdum in Statutory Interpretation: Its Uses and Normative Significance*, in LEGAL ARGUMENTATION THEORY: CROSS-DISCIPLINARY PERSPECTIVE, 21, 29-30 (Christian Dahmann & Eveline Feteris eds., 2013); 平野仁彥、龜本洋、服部高宏 (著)，劉武政 (譯) (2021)，《法哲學》，頁280-281，五南。

<sup>89</sup> 當然，這些原則可能從法律的內在體系中所得 (故稱內在原則)，在此可開展一項學理上的探問：內在體系究竟應置於體系解釋或目的解釋。相關討論參見：王鵬翔、張永健，前揭註42，頁811；賀劍 (2020)，〈物權法經濟分析的方法論之路：評張永健《物權法之經濟分析：所有權》及相關論文〉，《中研院法學期刊》，27期，頁275-277。

<sup>90</sup> Ingeborg Puppe (著)，蔡聖偉 (譯) (2023)，《法學思維小學堂：法學方法論密集班》，2版，頁172，元照。

<sup>91</sup> 歷史解釋 (即主觀目的解釋) 亦有類似結構。在闡述目的之環節，論者必須說明此一目的確為立法者所欲；而在機制之選擇則有兩種可能，一是指出解釋者在諸多歧異解釋方式中所挑選者，確為最能實現立法者所欲目的之選項；或者，解釋者指出某種特定之解釋方式所指向的機制本身，就是立法者所意欲。相關論述，參見：陳弘儒 (2020)，〈初探目的解釋在法律人工智慧系統之運用可能〉，《歐美研究》，50卷2期，頁313-315。

之機制 (mechanism)，俾便從眾多可能性中，篩選出適於實現法規範目的之選項。

### 三、從功能性比較法到目的解釋

前一節指出，法律解釋的特性是同時承受法律拘束與追求正確性兩項任務，而這些任務則會以不同的方式展現於法律解釋中。受法律拘束主要透過文義解釋與歷史解釋達成。而體系解釋多在確保諸概念與規範之間的一致性和無矛盾性，而涉及實質正確性的判斷工作則交由目的解釋實現。那麼準此，若比較法必須作為一種獨立的解釋方法，則是在追求何種（不同的）目標？

依照本文第壹部分所述，使用比較法進行法釋義學工作的學者所欲援引的外國法（學），大多是自身法秩序缺乏者。就此而言，這種援引工作，大多是基於該外國法（學）可欲，或該外國法（學）可達成可欲之目的。初步來看，這無疑是指向正確性的論述。

由 Zweigert 和 Kötz 的論述更可確定此點。功能性比較法認為，在面對著相似之個案與問題時，縱使各國法律有形式差異，但因法規範發揮的「功能」（即面對與回應之問題）相似，故可比較和相互參酌。在功能主義下，相似者是不同法域所面對的個案與問題，而不同者是各國表述解決方案之方式。風格各異的法規則可以萃取出類似之目的（或理據）。進一步而言，既然面對的問題相似，則所需面對的價值衡量（或者說，涉及之多重目的之衝突與權衡），也可能高度相似。亦即，**要操作 Zweigert 和 Kötz 式的功能主義比較法，就必須推定 (presume) 在價值衡量與目的設立之階段，各種法體系並未有太大差異存在**<sup>92</sup>。

在這種論述方式下，企圖透過援引、參照比較法所展開的法律論證，其論述方式不外是指出相似的問題 (Q)，在某 A 國已然可透過一條法規範 R1

<sup>92</sup> See Ralf Michaels, *The Functional Method of Comparative Law*, in THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE LAW 345, 375-77 (Mathias Reimann & Reinhard Zimmermann eds., 2019); Jonathan Hill, *Comparative Law, Law Reform and Legal Theory*, 9 OXFORD J. LEGAL STUD. 101 (1989). 本文第參部分詳盡分析與反思此種論述前提。



加以解決；換言之，R1 是在某些背景條件下適於實現特定目的（解決 Q）的規範方式。這種論述其實是關於「合目的性」之考量<sup>93</sup>，也就與目的解釋實乃共享了同一種論述方式。就此而言，**援用外國法（學）的比較法論述，實則可看作一種目的解釋之子類型。**

事實上，本文將比較法解讀為一種目的解釋，也相容於部分文獻將比較法視為「法理」的想法。民法學者王澤鑑在介紹比較法之方法與法律解釋之關聯時，也曾簡要提及比較法可視作「法理」，並指出在不違背本國社會與可相容於本國法的前提下可供參酌<sup>94</sup>。而如前文所述，文義與歷史解釋主要表現受法拘束的特性，而體系解釋通常不涉及內容的正確與否，而是關乎不同法規範間的一致性。就此而言，如要將比較法視作法理，則必須將之置於目的解釋<sup>95</sup>。

---

<sup>93</sup> See ZWEIGERT & KÖTZ, *supra* note 59, at 17, 47; 茨威格特、克茨，前揭註61，頁30、85-86。

<sup>94</sup> 王澤鑑，前揭註6，頁18。目前將比較法看法理之國內文獻，另參見：吳從周（2016），〈從指標性判決看民事法院的法官造法：以財產法案例為中心〉，葉俊榮（編），《變遷中的東亞法院：從指標性判決看東亞法院的角色與功能》，頁218-221，國立臺灣大學出版中心；吳從周（2007），〈論民法第一條之「法理」：最高法院相關民事判決判例綜合整理分析〉，《民事法學與法學方法第一冊：法理、集中審理與失權》，頁44-48，元照。

<sup>95</sup> 在此處理的是不具拘束力（non-binding）的比較法，亦即在沒有適用義務之下自行探討、援引外國法之情況。若外國法（或非內國法）也作為有拘束力的法，如歐盟相關法規範與指令之於歐盟各國的情境下，亦可能有體系解釋的討論。惟如前文所述，此種取徑並非臺灣法學社群運用比較法之脈絡，故本文略之。

## 參、比較法作為法學論述的重構：價值論理與因果推理

到此，本文分析了法學方法中的四項要素各自服膺的抽象要旨，並指出比較法乃目的解釋之子類型，因此論者援引外國法（學），大抵不脫是追求更高的理性或正確性。然而，法學的論證仍受到另一抽象要旨，即「受法拘束」之要求；因此，如同使用其他類型之目的解釋有其論證負擔<sup>96</sup>，援引本地所無之外國法（學）的論者，亦必須論述何以此種援引較佳<sup>97</sup>。本文以下嘗試指出這種論據得以完備的條件。若吾人接受前述討論，將（功能性）比較法看作目的解釋之子類型，則援引外國法的論述將包括以下兩種：一者是對於該目的是否可欲之論述，另一者是被援引之法規範如何滿足特定目的之「目的—手段」論述。前者依賴於援引者的價值判斷之合理性，後者則依賴於「雙重因果推理」。

本部分第一節探究導論中所言之「理念先行」的比較法，第二節則析論「結果取向」的比較法。第三節扼要探討選擇比較對象的標準後，第四節指出理念先行比較法在法學成熟後會逐漸消失，但結果取向的比較法長存。

### 一、價值論理

如前文所述，當臺灣法學社群援引某項外國法（學）以處理在地法學問題時，往往是以「某國如何如何」作為論述的起手式。這裡的「某國」往往指向特定的國家，即德日美等泰西先進諸國。這些國家的法規範似乎被認為有某種特別的地位或權威，因此往往可以在未討論被引入之外國法（學）的內容是否正當（just）及是否具備適當性（suitable）之前，就獲得初步認可。引用者通常認為，援引這些法學先進國的外國法（學）本身，即可充作一種

---

<sup>96</sup> See ALEXY, *supra* note 72, at 248.

<sup>97</sup> MARKKU KIIKERI, *COMPARATIVE LEGAL REASONING AND EUROPEAN LAW* 309-10 (2001).

理據<sup>98</sup>。而由於認為臺灣屬於大陸法系，因此引用的先進諸國中，引用大陸法系國家法制似乎被認為優於引用英美法系國家法制。

### （一）比較法、認知權威與價值取代命題

論者何以能未完整證立所援引之法規範內容的正當性，即可憑比較法的名義迂迴開展其法學論述<sup>99</sup>？如前所述，法律解釋的抽象要旨有二，即法拘束性與正確性。正確性是在論辦法規範內容主張與詮釋的合理性；而拘束性的特性則是不直接指出特定法規範內容之優劣，而以立法者權威這項獨立於法規範內容的根據開展其論述。但常見的比較法論述，雖說並不直接指出所援引之特定法規範內容的好壞或正當與否，但也並非是出於法拘束性的要求而不直接評斷法規範內容之優劣。這是以特殊的方式看待援引的外國法（學）。依本文之見，這種援引外國法（學）以回答正確與否此等價值判斷的方式，可大別為三種：

- (1) 以比較法遮掩價值判斷：援引外國法的規定，跳接憲法或法律解釋，以避免暴露解釋者自己的價值判斷<sup>100</sup>。

<sup>98</sup> 不少學者皆有類似觀察，如黃舒芃教授便曾提及「某些台灣法學者習於將之視為金科玉律，認為德國法釋義學的某項特定發展成果（通常是通說），甚至是某位德國學者的某種說法，就是一切的標準答案」。而王泰升教授則觀察到「審判實務上有時僅僅以諸如『德國通說』或『德國實務』等泛稱詞語一筆帶過。這般極其簡略的引用方式，雖然不免令人懷疑其內容的可信度，卻更能凸顯德國法對於臺灣法律人社群的影響。若其內容確為德國法通說，則這種隱含『無需多費唇舌』的引用方式，等於是將該德國法上的通說，視為是臺灣法律人社群的『基本法學知識』。若其內容並不確實，而僅是以德國法的論述為托言，以強化其法律論述的妥當性，則在此言必稱德國、以德國為重的現象中，不難察覺德國法對於臺灣法律人社群的『宰制』有多麼深沉。」參見：黃舒芃，前揭註40，頁235；王泰升，前揭註40，頁215-216。

<sup>99</sup> 當然，這種迂迴為之的可能因素頗多。除本文接下來所要探討者（將之視為說服性權威）外，也有部分學者可能如法律史學者王泰升所指出，是迫於過去臺灣尚未民主化的高壓政治情勢，故僅以迂迴方式批判與改進既有法制。且這般「迂迴」使用之比較法，仍起了批判改進之效。參見：王泰升，前揭註45，頁156-161。

<sup>100</sup> 學者林超駿便曾考察我國大法官解釋並指出，大法官雖形式上是以我國憲法條文為推論大前提，然實際上是以外國憲法學理論為依據，非但不是單純爬梳憲法文

- (2) 以比較法替代價值判斷：看到外國法與本國法不同，直觀認為外國法較優，本國法應該要改<sup>101</sup>。
- (3) 直接將外國法的結論作為支持特定價值判斷的理據：如最高法院 103 年度台上字第 713 號民事判決主張：「契約如有疑義時，應盡量避免作成偏向不利於債務人之解釋，以防對經濟弱者之權益造成損害（法國民法第一千一百六十二條參照，該規定乃事物本質之本然及應然，自可當成法理）。<sup>102</sup>」

援引者認定被援引的外國法（學）上的結論是可欲的，只是其論述方式並未直接以一套明確的評價標準來分析所欲援引之外國法（學）之內容好壞，而是以受援引者的一些特性（該國是法治先進國家，或我國曾大量繼受該國法等等）。這種使用比較法的論述方式，是藉由援引外國法（學）間接地增加論證的說服力。就此而言，**比較法的援引是以說服性權威（persuasive authority）<sup>103</sup>的方式現身於法學論述之中。**

---

本意義，更可謂以釋憲之名為「實質性修憲」。參見：林超駿（2004），〈試論大法官繼受外國法之特色與挑戰：影響繼受結果「質」的幾個關鍵〉，《臺大法學論叢》，34卷3期，頁87-91。

<sup>101</sup> 如前文所述之不完全給付「漏洞說」即為顯例，此番漏洞說在我國民法學中漸具支配地位，最終也影響了我國民法第227條之修法。近來民法學界對此之爬梳與反思，參見：陳自強（2013），《不完全給付與物之瑕疵：契約法之現代化II》，頁5-39，新學林。

<sup>102</sup> 本文引用此一判決，並非認為解釋契約時不用保護經濟弱勢。只是，何以此一價值判斷作為法理需仰賴法國民法？若法國民法無此規定，法院誰與歸？而判決中與法學文獻中的「事物本質（*Natur der Sache*）」論證，往往簡短並缺乏論證，更時有忽視重要背景條件，而認為某種規定放諸四海皆準者。對本判決如此使用比較法的批評，另參見：簡資修，前揭註27。同樣對於事物本質此一概念抱持警慎態度者，see MÖLLERS, *supra* note 49, at 230（指出如未能提出實質理據便套用事物本質此一概念，就是在套用蒼白的公式而已）；林更盛（2002），〈對於以「事物本質」作為法學論證的反思：一個方法論上的嘗試〉，黃宗樂教授祝壽論文集編輯委員會（編），《黃宗樂教授六秩祝賀：基礎法學篇》，頁235-296，學林（認為事物本質此概念時常過於簡短而不透明，應盡量減少使用）。

<sup>103</sup> 對此概念的一般性介紹，see MÖLLERS, *supra* note 49, at 90.

### 1. 認知權威

本文認為，將比較法看作說服性權威以代替實質論理，是不盡然充分（not sufficient）的論述方式<sup>104</sup>，雖然在一定條件下仍具初步的合理性。為理解這種說服性權威的特性，理解當中的合理性，並進而開展本文後續的論述，試舉一例以類比：筆者未曾受過專業醫學訓練，故對於吸菸是否致癌一事，未能基於自身的分析理解而肯定之。然而，筆者仍抱持吸菸致癌之信念，因如是我聞於某知名大學醫學教授；而該名教授的某些身分或地位（受過專業醫學訓練、並有醫學學位），使得筆者即便無法徹底理解箇中機制，仍初步（prima facie）認為吸菸致癌之說可信。

倘若以上類比能協助吾人掌握法學者援引外國法（學）的思考方式，那麼可以進一步說，作為說服性權威的比較法論述，其說服力是基於認知權威（Epistemic Authority）而來<sup>105</sup>。要將外國法（學）看做認知權威，依照一種拉茲（Raz）式理由權威論的表述，其合理性的證成條件<sup>106</sup>首先是：

<sup>104</sup> 楊仁壽大法官之見解與本文以下之觀點相近，其曾謂：「惟參酌外國立法例或學說，必須注意①對於外國立法例或學說，有充分之瞭解②應將所獲參考資料以及參考之理由，加以說明。法學既係一門學問，具有『問主觀性』，除應提出『主張』而外，更應提出『合理的理由』，俾他人得以理解，進而對之提出公開討論與批判，此種具有『理解可能性』『討論可能性』及『批判可能性』之性格，始屬學問。學者論文教科書固然如是。裁判書類亦應如此，才能期其進步。我國裁判品質，迄今不能盡如人意，主要是未符此類要求所致。」楊仁壽，前揭註54，頁152-153。

<sup>105</sup> See Lawrence B. Solum, *Legal Theory Lexicon 073: persuasive authority*, LEGAL THEORY BLOG, [https://lsolum.typepad.com/legal\\_theory\\_lexicon/2016/01/legal-theory-lexicon-073-persuasive-authority.html](https://lsolum.typepad.com/legal_theory_lexicon/2016/01/legal-theory-lexicon-073-persuasive-authority.html) (last visited Apr. 13, 2024).

<sup>106</sup> See JOSEPH RAZ, *The Justification of Authority*, in THE MORALITY OF FREEDOM 38, 38-69 (1986). 國內文獻介紹，參見：王鵬翔（2008），〈法律、融貫性與權威〉，《政治與社會哲學評論》，24期，頁38-39；陳冠廷（2020），〈法律規範性理論的「無心」之過？：以哈特與拉茲之理論為核心的反思〉，《中研院法學期刊》，27期，頁360-362。事實上，Raz闡釋實踐權威的過程中曾多次指出此與認知權威（其術語為理論權威）相似。而美國著名知識論學者Linda Zagzebski則是最明確以Raz觀點探討認知權威之特性者，see Linda Zagzebski, *A Defense of Epistemic Authority*, in EPISTEMIC VALUES: COLLECTED PAPERS IN EPISTEMOLOGY 275 (2020).

- **比較法的依賴命題：本國法學者在判斷一問題時所考量者，已然為某一外國法（學）的結論所包含。**

此外，除了本國法學者所需考量的價值皆已盡數包含外，要將比較法作為一種說服性權威，同時也立基於被援引的認知權威（即某法學先進國）可能具有較好的能力或專業。立基於前述命題的基礎上，便可看出認知權威所需預設的第二項命題：

- **比較法的通常證立命題：外國法（學）在考量此一問題時所做出的判斷，通常而言都較本國法學者判斷較佳，因而值得採信。**

以這兩項前提為基礎，進而信任外國法（學）所指向的結論，並非全然不理性。尤其是，在勞力、時間等相關思考資源有限，且面對各種不確定的情況下，在滿足權威的證成條件時把判斷工作「外包」出去，可能獲得不錯的結論，也減少了個人思維負擔。比較法作為說服性權威，是一種協助論證的中介。

以上簡述了援引比較法作為認知權威的可能合理性，以及其所仰賴的條件。但是，與前文所舉的醫學研究有所不同，法學研究除了涉及實然的事實層面<sup>107</sup>外，也包含了價值判斷<sup>108</sup>。因此，援引外國法（學）作為論證中介，便可能有以下兩種不同的方式。

一者，是僅將這種中介看成實現特定價值的工具。換言之，援引外國法（學）所指向的特定法律結論，通常可進一步實現了本國法學者已認可之價值。而要實現價值，則仰賴對其實現條件的考察。就此而言，援引外國法（學）所指向的特定規範內容，是將之看成「目的—手段」關係的合目的性機制<sup>109</sup>。在這意義上，援引比較法上的結論本身並不直接回答何種目的值得追求。

## 2. 比較法作為認知權威的前提

二者，除前述的「目的—手段」之借鏡外，外國法（學）所做出的結論中，也包含了何種價值（或目標）值得追求的宣稱，以及不同價值之排序的

---

<sup>107</sup> 對實然事實的討論，請參見本文下一節。

<sup>108</sup> 參見：王澤鑑，前揭註54，頁7-8。

<sup>109</sup> 對「目的—手段」之機制的討論，請參見本文下一節。

價值判斷。在此情況，當論者著眼於此而援引外國法（學）作為認知權威時，必須基於以下預設：

- **比較法的價值依賴命題：**本國法學者在判斷此一問題時所需要考量的價值，已然為某一外國法（學）的結論所包含。
- **比較法的價值通常證立命題：**外國法（學）在考量此一問題時所做出的價值判斷，通常而言都較本國法學者自身判斷較佳，因而值得相信。

對於援引外國法（學）作為論證中介者，援引的作用是透過論證中介以取代自身的價值判斷。因此，只有將前述兩項命題作為前提，將價值判斷的工作「外包」進而全盤接受外國法（學）價值判斷之舉，才有合理性。就此而言，論者無異是肯認了外國法（學）者具有如同醫師之於醫學判斷上的地位，因此才能藉由援引價值專家的判斷結論來取代自身的價值判斷。這種認為認知權威可取代本國法學者對價值進行認知與判斷的觀點，本文稱為**比較法的價值取代命題（Value Preemption Thesis）**。

比較法的價值取代命題是否成立，除涉及前述兩項命題（比較法的價值依賴命題與價值通常證立命題）外，還涉及了更複雜且未被法學社群所廣泛討論的道德認識論爭議：如價值判斷的性質是否與醫學一樣具知識（knowledge）的屬性、價值判斷是否有客觀性，以及是否存在理性的途徑去獲取此種知識等問題<sup>110</sup>。然而，即便擱置此種客觀價值知識是否存在的爭議，基於以下分析，仍有理由不接受價值取代命題。

在此設想，有位叫做小張的法學者，藉由援引某先進的甲國法（學）見解，指出了某種價值立場（如：保護經濟弱者）可採，進而得出了某項具體的法律上結論（如：避免作成不利於債務人之解釋）。這種價值判斷的結論或許不違背小張自身的價值判斷；但小張乃是基於該法學先進甲國的各種條件或聲譽，因此將甲國法（學）所蘊含的價值判斷（即保護經濟弱者）取代了自身對此複雜問題的思索。

---

<sup>110</sup> 不同哲學立場（如實在論、非認知論等）對此議題之可能影響，see Alison Hills, *Moral Epistemology*, in *NEW WAVES IN METAETHICS* 249 (Michael Brady ed. 2011).

可是，援引比較法作為說服性權威的論述雖然會指向了特定結論（conclusion），但論述本身並不具義務性。由於認知權威並非實踐權威，故並未直接創造義務。因此做為說服性權威的比較法論述並不直接拘束法律解釋者（特別是法官），僅是「得」（may）參考之。而既然無直接適用的義務，那麼小張為何選取特定某些國家（而非其他國家）就可被挑戰；或者反過來說，小張有可能需要交代「為什麼選取某權威而非另一權威的看法」<sup>111</sup>。這即是所謂的權威競爭問題<sup>112</sup>。按照價值取代命題，權威可以取代吾人的判斷；但若不同的外國法（學）有不同的價值判斷，且這些權威判斷彼此衝突，則哪個權威判斷應取代吾人自身的判斷？為什麼？而由於取代命題者阻斷了對於相關理據的思考，因此在回答這些問題時，援引者便需要後設（meta）的解決方案。

### 3. 法系

針對此一問題，援引外國法（學）的論者或許有套行之有年的解決方案——即藉由所謂的法系（legal family）相似性解決權威衝突。以民法學為例，論者可能認為，身為大陸法系的臺灣所應選取的權威，乃是同樣出自於大陸法系的德國、日本等國，而非英美。

然而，法系概念的提出並不是為了讓引用者基於法學的繼受系譜以解決權威衝突；故以法系遠近作為排除認知權威衝突的解決方案，似非如此理所當然。再以前文所介紹的比較法學者 Zweigert 和 Kötz 為例，二人於書中提出的法系分類，是為了讓 A 法系中的法學者進行跨法系的比較時，藉法系分類從其他法系（如 B 法系）中選出具代表性者（如 b1），並以此開展比較。簡言之，Zweigert 和 Kötz 是為了能省力、有效作跨國、跨法系的「國際比較法」（international comparative law）而劃分法系，並選取各法系之代表進行比較，進而展開更具普遍性的法學論述。法系概念的提出並非為了臺灣學界目前所習於從事之「國內比較法」（national comparative law）——亦

<sup>111</sup> See Frederick Schauer, *Authority and Authorities*, 94 VA L. REV. 1931, 1946-47 (2008).

<sup>112</sup> 認知權威的競爭與衝突問題，see Christoph Jäger, *Epistemic Authority, Preemptive Reasons, and Understanding*, 13 EPISTEME 167, 172 (2016).



即在解釋、解決內國法律問題時以此追本溯源地援引外國法<sup>113</sup>。就此而言，如要利用此等法系分類要求 B 法系的其他國家 (b2、b3) 將 b1 作為認知權威後，逕以此排除其他相競爭的權威 (如 a1、c1)，便必須提供額外論證。

本文推斷，企圖藉法系分類來解決認知權威的說法，大抵認為相同法系之法域的價值判斷也會更加相似<sup>114</sup>。因此，相比於來自不同法系 (如英美法) 的認知權威，同樣來自於大陸法系的德國、日本等認知權威，或許更能儘量含括吾人在價值判斷上所需要面臨的諸多考量，進而更可能滿足價值依賴命題。然而，目前論者所援引者大多是立基於數十年 (甚至上百年) 前的法系分類；這套分類如何得出，以及直接套用到特定的法學次領域中回答「是否相似」此一問題是否堪用，不能無疑。近來學者編碼世界 156 個法域 (來自 149 個國家) 的物權法內容，並以機器學習 (machine learning) 演算法重新分類國家的法系歸屬<sup>115</sup>。結果發現，以物權法內容而言，世界兩大法系一邊

<sup>113</sup> Zweigert & Kötz將比較法重點放在跨國、跨法系比較法的想法，請參酌以下這段話：“Though great process has been made, most German work in comparative law even today still starts from a particular question or legal institution in German law, proceeds to treat it comparatively, and ends, after evaluating the discoveries made, by drawing conclusions- proposals for reform, new interpretation- for German alone. This same is doubtless true of comparative studies in other countries. This activity could be called national comparative law. What we must aim for is a truly international comparative law which could form the basis for a universal legal science.” ZWEIGERT & KÖTZ, *supra* note 59, at 46. Zweigert對比較法的想像以及發展相應方法之文獻介紹，*see* Ulrich Drobnig, *Konard Zweigert (1911-1996)*, in *PRIVATE LAW DEVELOPMENT IN CONTEXT: GERMAN PRIVATE LAW AND SCHOLARSHIP IN THE 20TH CENTURY* 204, 208-11 (Stefan Grundmann & Karl Riesenhuber eds., 2018); 張永健 (2022)，〈法實證研究方法論：實證比較法的五種取徑〉，《月旦法學雜誌》，326期，頁80。

<sup>114</sup> 如蘇永欽教授近年來針對英美／大陸法系之分的討論，便認為兩大法系之間的鴻溝之所以仍未消弭，部分便是出於兩大法系背後的基本理念大相逕庭，進而影響其論述風格與制度安排。或可謂是這種看法的當代表述。參見：蘇永欽 (2023)，〈為什麼匯流未能改變法系？：從基本理念到制度文化看兩大法系間的鴻溝〉，林信和教授七秩榮慶暨榮退論文集編輯委員會 (編)，《法學思索與社會實踐—華岡法律人的志業：林信和教授七秩榮慶暨榮退論文集 (上冊)》，頁41-100，新學林。

<sup>115</sup> *See* Chang et al., *supra* note 37; YUN-CHIEN CHANG, *PROPERTY LAW: COMPARATIVE*,

是德國與法國法系，另一邊是俄羅斯、中國等受社會主義影響的大陸法國家、北歐國家、英美法國家。亦有研究指出，競爭法領域中並不存在明顯的法系差異<sup>116</sup>。此等量化比較法的研究，挑戰了傳統二分或四分的法系分類，也凸顯了法系內成員的異質性。因此，縱令承認傳統學說的法系分類仍堪處理認知權威衝突，但在同一法系甚至是同一法域之中，依然可能看到結論與價值判斷皆大相逕庭的學說與實務見解。論者若企圖逕用過去的法系分類來解決認知衝突，則至少需要意識到此一方便法門的侷限。

#### 4. 法學的工作在促進理解

但這不是取代命題的最根本困境。回到前述例子，假設還有另一位立場與小張完全相反的法學者名叫小韓：小韓不贊同小張的結論（避免作成不利於債務人之解釋），因為小韓並不肯認保護經濟弱勢的價值，而認為私法自治才是王道。因此，小韓不只提出了與小張相反的結論，也以自身的價值論述挑戰了小張論證當中所蘊含的價值判斷。那麼面對小韓的挑戰，此時的小張應如何是好？

對小張而言，其論述的可能理據是「因為這是某法學先進國甲所言」。雖然小張給出了價值判斷上的結論，但在這論述過程中只引用了「權威」的意見，而不是直接由作為理據的價值本身出發<sup>117</sup>。因此，當小張需要面對結論有異的小韓時，除非決定自己思索此事而放棄權威的取代功能，否則並沒有辦法基於同樣類型（即出於價值）的理據來針對小韓的挑戰進行回應<sup>118</sup>，

---

EMPIRICAL, AND ECONOMIC ANALYSES 26-27 (2023); Han-Wei Ho et al., *Machine-Learning Methods*, in CAMBRIDGE HANDBOOK OF COMPARATIVE LAW 177 (Mathias Siems & Po Jen Yap eds., 2024).

<sup>116</sup> See Anu Bradford et al., *Do Legal Origins Predict Legal Substance?*, 64 J. L. & ECON. 207 (2021); Yun-chien Chang et al., *Colonial Experiences and Contemporary Laws* (Working Paper, 2023).

<sup>117</sup> See Hills, *supra* note 110, at 259.

<sup>118</sup> 當然，若小張所援引的權威真的滿足依賴命題與通常證立命題，則相關價值（保護弱勢、私法自治）都應在其考量之列，且其考量可能較小韓為佳。小張或可以此方式回應小韓。惟小張如能以此方式回應，則其必須對權威的考量有所理解（知道權威大抵考量了什麼，且知道權威考量較佳），因此也取消了權威所具有的取

進而反擊小韓的論述。就此而言，即便小張所給出的法律結論中所蘊含的價值判斷可能是正確的（即保護經濟弱勢者是值得追求的目標），但由於小張無法基於與價值相關的理據推論出相應的結論，因此無法指出此一判斷從何而來；換言之，小張並未對此判斷有所理解（understanding），因而缺乏了回應相關挑戰的能力<sup>119</sup>。

至此，是否將某外國法（學）看作認知權威的相關考量大抵浮現。將外國法（學）看作認知權威以取代評價論理的理據，乃是降低認知負擔；若援引的對象可靠，也更有機會減少錯誤的價值判斷。但在權威衝突時，取代命題並無法給出正面解決方案；而以法系遠近作為篩選機制的作法，也尚有斟酌餘地。此外，將外國法看成認知權威，意味著其結論可取代吾人的價值判斷，因此缺少了對於相關價值的理解，無法論述價值判斷的結論從何而來。至此，關鍵問題是，對法學的發展而言，應如何看待認知權威，進而決定被援引的外國法（學）在法學論述當中的角色？

首先最關鍵（但乍看之下頗為弔詭）的是，採納比較法此一認知權威的作法，在多重意義上不應被視為「反理性」；毋寧說，這是法學者有意回應法的正確性宣稱，甚而針對法律爭議給出較為理性的答覆。質言之，若否認法學判斷中所涉及的價值問題可被理性探究，即根本毋須依賴於認知權威此等中介來做出法學判斷。將認知權威運用於價值判斷之所以可能且有需要，其實正是因為法學者（還願意）相信其所作出的價值判斷可以（或可能）理性分析<sup>120</sup>。而正因能將認知權威放入理性的架構中，才可能進一步從「有限理性<sup>121</sup>」的角度來理解援引外國法（學）此一認知權威的作用：判斷者因為各種條件限制而僅能以有限理性的方式回應問題時，將外國法看做認知權威

---

代特性。

<sup>119</sup> 本文對知識（knowledge）與理解（understanding）的區分和對理解的強調，主要參酌並稍加修改自哲學家Alison Hills的討論，see Alison Hills, *Moral Testimony and Moral Epistemology*, 120 ETHICS 94, 110 (2009).

<sup>120</sup> 如：王澤鑑，前揭註54，頁7-8。

<sup>121</sup> 對有限理性的一般說明，see BRIAN H. BIX, *A DICTIONARY OF LEGAL THEORY* 26-27 (2004).

來回應與處理不確定性與認知過載——特別是，價值問題相對於「事實」似乎更容易被認為有高度不確定性——是法學者用以處理價值爭議的次佳（second-best）解方。

但若嘗試以法學的整體發展進行較為後設的思量，則促進理解（understanding）一事確實構成了法學發展的關鍵。簡言之，在未能充分掌握眼前法律問題之方方面面之前，基於有限理性而援引（甚至是全盤接受）外國法（學）作為認知權威，或許不只是次佳解方，往往還可能是唯一解方。而試圖克服有限性、多添「餘力」的方式，除仰賴部分的客觀條件（如經濟基礎、社群規模）改善外，一個關鍵要素便是促進理解的能力。說白了，既然還願意相信法學中的價值判斷可被理性處理，則重要的下一步自然是自我培力，增強自身對於相關價值之理解。而此過程便是逐步揚棄「僅依靠外國法（學）的價值判斷」，進而開始分析應以何種理論面對本土法學問題<sup>122</sup>。事實上，試圖以更完整、理性的方式來思索法律爭議，正是法律學術工作（有別於法律實務）的任務。易言之，對法學（至少是法律學術工作）而言，培養理解的能力是此項工作所追求的德行（virtue）。法學者不能僅僅滿足於藉由認知權威而「知其然，不知其所以然」<sup>123</sup>。

<sup>122</sup> 學者張嘉尹有類似看法，其謂：「……模仿固然有時節省時間，而且模仿的對象如果很精巧的話，短期間看似可以加強法學的概念精確性與論證的詳盡度，但是長期而言並非解決之道。倘使法學的表面興盛只是基於借助外援，遇到問題總是藉助外國法律學說中的概念與學理，而欠缺自身的醞釀與思考，不但所能提供的解決方案無法針對本土案件量身訂做，對於法學本身而言，不但無法落地生根，更會剝奪長遠的發展的契機，而難以擺脫『繼受法學』的發展階段」。張嘉尹（2013），〈法釋義學與法學的多元化：從《思與言》五十年所反映的臺灣法學研究發展談起〉，《思與言》，51卷4期，頁204。

<sup>123</sup> 有趣的是，哲學家Hills指出理解如何有別於知識進而構成一種德行時，正是以法官為例。See Hills, *supra* note 119. 而除前述較出自實用的考量外，對理解的強調同樣可以從提出理據（reasoning-giving）的角度加以把握。提出理據除用以說服他人認可自身之判斷外，同時也間接承認自身判斷可能容有錯誤。因此，這種提供理據供檢視的方式，不僅讓相關判斷變得更可靠，或藉此改善其品質、增進於人民對於相關法律決定的遵從，亦是對於法律判斷之可課責性（accountability）的一種期待。而這一切似乎都要以理解（亦即「知其所以然」）此一能力作為前提方可達成。可以說，本文目前只針對法律學術工作（而暫時未包含法律實務工

本文的初步結論是：本文並不反對研究、援引外國法（學），特別在具有高度不確定性的價值判斷問題上，將外國法（學）視為認知權威在認知層次上亦有部分合理性。但本文指出，將外國法（學）看成認知權威無助於本國法學者理解價值判斷與相關論理，而提升理解不但是更根本地直面造成有限理性之種種條件，更可謂是法律學術工作的核心。因此，即便本文認可這種說服性權威所可能具備的合理性，但仍認為在法學論述中不應以外國法（學）取代自身的評價論述<sup>124</sup>。

## （二）比較法之於價值論理：初步論述框架

本文雖批評了既有文獻使用比較法的論述方式，但並不認為閉門造車、不聞問外國法（學）是最佳作法。確如 Zweigert 和 Kötz 所言，比較法研究亦能對於評價之工作帶來啟發<sup>125</sup>；故援引外國法學做為參照之真正關鍵在於：**對於外國法（學）的援引本身，所需參照者不只是其特定結論（如是否應避免作成不利於債務人之解釋）本身，而是何以得出此結論的若干考量**<sup>126</sup>。

本文論點若能廣為接受，則法學研究的取徑與法學論文的撰寫風格均會隨之調整。每個條文、每部法律之目的解釋，**都以應然理論為核心**，並由此應然理論推導出解釋者的價值判斷。解釋法律者由外國法、判決、學說中萃

---

作）來探討理解的重要性，甚至還只是個較為「保守」的宣稱。相關討論，see Mathilde Cohen, *The Rule of Law as the Rule of Reasons*, 96 ARCHIV FÜR RECHTS- UND SOZIALPHILOSOPHIE 1 (2010)（指出不論是從形式或是實質法治而論，提出理據都構成法治理念之核心）；Daphna Lewinsohn-Zamir et al., *Giving Reasons as a Means to Enhance Compliance with Legal Norms*, 72 U. TORONTO L.J. 316 (2022)（以實驗指出，提出理據或有助於提升人民對法規範的遵循）。

<sup>124</sup> 類似觀點，參見：賀劍（2021），《案例評析與法律評註：從民法學寫作切入》，頁24、108，北京大學出版社（其認為對於外國法的援引不應是掉「洋書袋」而是考量該外國法有無說服力；如非出於說服力的考量，則在本國法解釋的情境下甚至無須出現外國法的相關論述）。

<sup>125</sup> See ZWIEGERT & KÖTZ, *supra* note 59, at 47（認為比較法的研究可作為法學者的豐富素材庫以供法學者參照）。

<sup>126</sup> 以Solum的分類來說，這便是將說服性的來源從認知權威轉移至實質的理據。See Solum, *supra* note 105.

取應然理論的養分，豐富了自身的應然理論，然後再套用到本國法的解釋。換言之，本文倡導**三步驟的價值判斷借鏡方法**：**(1) 解析、萃取外國法(學)的應然理論內容與分析步驟**；**(2) 闡明該外國法(學)所許諾之價值判斷是否可採，若非完全可採，如何調整**；**(3) 在本國法之目的解釋步驟，套用自身的應然理論，從追求的價值出發，分析目的與手段關係，得出價值判斷所要求的特定規範內容**。再換言之，第一步是抽象化(從具體到抽象)，第二步在同樣的抽象層次內分析，第三步則是具體化(從抽象到具體)。相對於傳統比較法往往是從外國法(學)的具體結論跳到本國法的具體解釋，**三步驟的價值判斷借鏡方法才能真正推進本土法學中的應然理論發展**<sup>127</sup>。

以下說明上述步驟的細部架構。一般而言，從外國法(學)上所得到的特定結論，大抵是直接指出特定構成要件及法律效果之法律規則(rule)。而這些法律規則事實上是各種具有最佳化誡命(optimization commands)型態的法律原則(principle)彼此衝突並經過衡量之後所得出的安排<sup>128</sup>。因此，有意參照外國法(學)以支持特定法律上結論者，所需進行的第一步乃**重構命題(Reconstruction Thesis)**<sup>129</sup>。重構命題的基本觀點是，原以規則形式所表述者，可「解壓縮」還原為若干法律原則；而也正是藉此重構，方可一一呈現外國法(學)在考量特定法律問題可能蘊含的若干價值<sup>130</sup>。事實上，

<sup>127</sup> 三步驟方法的靈感源自於芝加哥大學的社會學大家James Coleman的定鼎之作。Coleman以Max Weber知名的新教倫理導致資本主義興起的理論為例，批評Weber沒有說明理論機制。Coleman認為比較嚴謹的三步驟論述，是先說明新教的宗教教義如何影響新教徒的價值，第二步說明價值如何影響教徒的經濟行為，第三步再說明經濟行為如何導致資本主義興起。See JAMES S. COLEMAN, FOUNDATIONS OF SOCIAL THEORY 8 (1990).

<sup>128</sup> 本文對法律規則與法律原則的論述大抵依循德國法理學者Robert Alexy, see Robert Alexy, *On the Structure of Legal Principles*, 13 *RATIO JURIS* 294 (2000); ROBERT ALEXY, *A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS* 44-69 (Julian Rivers trans. 2002) (1985); 國內文獻介紹，參見王鵬翔(2007)，〈規則、原則與法律說理〉，《月旦法學教室》，53期，頁74-83。

<sup>129</sup> 重構命題的論述，see Peng-Hsiang Wang, *Are Rules Exclusionary Reasons in Legal Reasoning?*, in *ON THE NATURE OF LEGAL PRINCIPLES* 41, 41-42 (Martin Borowski ed. 2010).

<sup>130</sup> 對外國法進行重構時或可面臨一項問題，即論者可能對於以法律規則形式所表述

這種重構工作不外就是對於該外國法的徹底「會通」，亦即學者李建良所說的「深及他國法制之規範脈絡及其由生之法秩序，尋求生活秩序轉換成法規範秩序的過程與根由」<sup>131</sup>。不過，與一般的重構略有不同的是，由於目前所參酌的外國法（學）並非本國有效法規範，因此解壓縮後發現外國法（學）出於形式原則（formal principle）<sup>132</sup>的考量——例如「基於法安定性而維持法規範之決定」<sup>133</sup>、「尊重（立法）權威決定」<sup>134</sup>等——無庸於本國法律解釋時繼受。換言之，第一步驟的工作重點是重新刻畫出外國法（學）斟酌的實質價值<sup>135</sup>。

---

的外國法所欲乘載、實現的法律原則或目的存有分歧甚或高度爭議。然而，這種「規範目的縫隙」並非重構外國法時所獨有，論者對於本國法的「目的」進行重構時亦可能面對相似狀況。對「規範目的縫隙」概念的闡述，參見：顏厥安（2004），〈公共理性與法律論理〉，《政治與社會哲學評論》，8期，頁15。

<sup>131</sup> 參見：李建良（2021），〈法學的必要性與問題性〉，李建良（等著），《研之得法：中央研究院法律學研究所成立十週年文集》，頁325，中央研究院法律學研究所。

<sup>132</sup> 當然，這取決於對形式原則的理解。如Alexy近年在改寫權衡公式（weight formula）時加入不確定性要素，並指出此即形式原則在衡量中的位置。其大意是，衡量除要考慮原則自身的重要性之外，尚需評估原則的確定性。如越發確信該原則可落實，則在衡量中的地位越高；反之，若越不能確定，則在衡量中的地位越低。Alexy就此重新布置形式原則在衡量中的意義。See Robert Alexy, *Formal Principles: Some Replies to Critics*, 12 INT'L J. CONST. L. 511, 513-15 (2014). 對不同版本形式原則的分析與整理，see Peng-Hsiang Wang, *Formal Principles as Second-Order Reasons*, in RECHTSPHILOSOPHIE UND GRUNDRECHTSTHEORIE. ROBERT ALEXYS SYSTEM 429 (Martin Borowski et al. eds., 2017).

<sup>133</sup> See Robert Alexy, *Legal Certainty and Correctness*, 28 RATIO JURIS 441 (2015).

<sup>134</sup> 指出形式原則表彰法之權威性者，see Jan-Reinard Sieckmann, *The Dual-Nature Thesis: Which Dualism?*, 33 RATIO JURIS 271, 278-79 (2020).

<sup>135</sup> 正如註34所提到的，在重構這些外國法所考量、所乘載之價值時，對於外國法相關歷史脈絡與文化背景之研究無疑能提供寶貴的助益，是十分重要的參考依據。如知名比較法學者James Q. Whitman便是基於其法律史和豐富比較法之積累，考察出歐洲法與美國法在保護隱私背後之價值有別（歐洲：個人於社會生活中的體面與尊嚴；美國：以家宅領域為核心對抗國家之自由）。See James Q. Whitman, *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty*, 113 YALE L. J. 1151 (2004). 國內文獻介紹，參見：蘇永欽（2021），《公法與私法之匯流》，頁190-196，元照；陳冠廷（出版中），〈反思通姦除罪化及釋字第791號解釋相關之隱

然而，即便藉由重構命題重新展開外國法（學）所涉之相關價值，並不意味必須同意外國法（學）的價值判斷以及其相應的安排。例如美國制憲者基於其歷史經驗而給予言論自由極高權重，德國基本法立法者基於納粹體制的慘痛教訓而有違憲政黨的制度，其他國家不當然該照單全收。

再以死刑是否合憲此一高度爭議之問題為例，部分國家（如匈牙利）基於過往專制經驗而認為生命權具有絕對性，甚而否認生命權可與任何價值進行比例原則之衡量。而有些國家（如南非）雖未賦予生命權絕對高度，而是從禁止酷刑的角度進行比例原則之操作，但認為僅有在政府能證立死刑嚇阻效果大於無期徒刑時，才能通過比例原則的審查<sup>136</sup>。換言之，在展示相關價值並反思後，本國法的法律解釋者得以闡述何以自身之價值判斷與外國法（學）有別，進而得出與外國法不同的價值判斷——這便是第二步驟所要進行的評估與衡量<sup>137</sup>。

做完第二步驟之後，借鏡外國法的法律解釋者尚未完成論證任務。第二步驟獲得的應然理論，無法永遠直接套用到本國法的解釋。關鍵原因是，本

---

私權論述：從James. Q. Whitman〈兩種西方隱私文化〉一文談起〉，《憲政時代》，48卷2期。

<sup>136</sup> See Jimmy Chia-Shin Hsu, *Right to Life and Capital Punishment in Transnational Judicial Dialogue*, 16 ASIAN J. COMP. L. 311 (2021). 許家馨教授認為，即便是立場看似較和緩的南非模式，其合理性亦非無疑：一者，應報的重要性被過分低估；再者，按南非模式的比例原則來探討是否過嚴，則凡是刑法中「最嚴厲」刑罰，都可能因無法直接證明其嚇阻能力高於次一嚴厲的刑罰，而未能通過比例原則。許教授此篇大作的論證，就是第二步驟的核心工作。

<sup>137</sup> 為避免價值判斷流於恣意，故論者必須提出論據以確保判斷之合理性。就此而言，透過一套整全而井然有序的應然理論（如：Rawls的正義論）做為評判與論述依據，當有助於闡述其合理性，自是一途。之所以僅稱其為「一途」，蓋因此舉（藉一套整全而宏觀的應然理論以回答法學問題）本身尚可爭議。相關討論，see Cass R. Sunstein, *Incompletely Theorized Agreements*, 108 HARV. L. REV. 1733 (1995)（認為此類整全的應然理論往往饒富爭議，使用此類論述不見得能解決爭議而恐徒生困擾，故無必要時應有意識地盡量避免，使相關爭議在較具體的層次上達成不完全理論合意即可）。But see Ronald Dworkin, *In Praise of Theory*, 29 ARIZ. ST. L. J. 353 (1997)（認為這種論證提升本因當下的論證層次與概念已不足以回應爭議。Sunstein所述無異是迴避論證的義務，或迴避爭議案件）。



國法體系並非真空，而已為特定原理原則（如一般咸認的憲法之價值秩序<sup>138</sup>、民法之私法自治原則<sup>139</sup>）——亦即所謂的內在體系——所貫穿。內在體系是法律解釋者套用應然理論之限制，也是第三步驟的核心工作。如前所述，目的解釋是以「擬制的理性立法者理應同意」的方式開展論述；就此而言，基於避免價值判斷流於恣意的內在體系思維，毋寧旨在減少客觀目的解釋之恣意性，進而指出此一擬制的理性立法者將追尋法之整全性（integrity），故其理應同意之客觀目的並不外於法體系所蘊含之整體評價<sup>140</sup>。職是之故，論者應優先從法所許諾之價值出發<sup>141</sup>，思索是否應當採納特定外國法（學）所乘載之價值<sup>142</sup>。

另一方面，對系爭法律問題所做出的價值判斷，往往也與特定價值的實現（或減損）程度有著高度相關。縱使本國法律的解釋者與外國法（學）有意實現類似的目標（以及該目標所乘載之特定價值），但由於若干事實條件的差異，使得該價值得以在外國落實的可能性及落實過程中所需付出的代價，與在本國落實的情況或許有別；而這些因素對吾人判斷外國法是否值得

<sup>138</sup> 憲法價值秩序之闡述，參見：張嘉尹（2012），《憲法學新視野（一）：憲法理論與法學方法》，頁1-36，五南。

<sup>139</sup> 民法諸基本原則之闡述，參見：王澤鑑，前揭註41，頁34-35。

<sup>140</sup> 此種對於擬制理性立法者的整全性理解，see Ralf Poscher, *Legal Construction between Legislation and Interpretation*, in *RELATIONSHIP BETWEEN THE LEGISLATURE AND THE JUDICIARY: CONTRIBUTIONS TO THE 6TH SEOUL-FREIBURG LAW FACULTIES SYMPOSIUM 41*, 57-58 (Jan Von Hein et al. eds., 2017).

<sup>141</sup> 此種優先性是將論述繫於法律解釋（即受法拘束）之關鍵。參見：張嘉尹，前揭註138，頁161；黃舒芃，前揭註32，頁108-118；鍾芳樺，前揭註70，頁331-334。也正因如此，故無論解釋者所談論之價值是否援引自外國法（學），皆必須對此優先性示以尊重。至於優先性的權重高低，可能會因法領域之不同因而各異（如刑法可能基於罪刑法定原則，必須賦予此等優先性極高之權重）。

<sup>142</sup> 但即便是從法體系中的若干價值出發開展論述，也不當然排除各種應然理論。若以「概念／概念觀」（concept/conception）這組語彙來理解，法體系所許諾之價值大抵是非常抽象的概念（如司法院釋字第499號解釋所謂自由民主憲政秩序）；縱使在最抽象的層次上認可之（同意追求民主），但對此抽象概念之理解（何謂民主？民主有何價值？）則需賴於概念觀（如闡釋民主真諦的各種理論）。「概念—概念觀」的區分，see JOHN RAWLS, *A THEORY OF JUSTICE* 5 (rev. ed. 1999).

參考，有關鍵影響。在此情況下，論者在思考是否參照或採納某種外國法（學）時，可謂有「結果考量」<sup>143</sup>。而若要進一步考察特定價值是否實現（或是否減損）的問題，便需涉及下一節所介紹之因果推理。

## 二、結果推斷

許多文獻運用比較法的視角，是借鏡外國法施行結果，而非僅參考其價值判斷。然而，此等文獻絕少使用社科法學方法，探究特定外國法規範與施行結果之關係。Zweigert 和 Kötz 廣受讚譽的《比較法總論》的洞見是：法社會學與比較法不但可以彼此學習，而且已經使用了大體相同的方法<sup>144</sup>！以下，本節分析如何使用社會科學方法於比較法之論述。

### （一）比較研究與因果推理

在開始介紹比較法所需之因果推論思維前，先提及其他學門比較法律現象時採用的方法，應當對於同樣需要「比較」的法學社群頗有啟示。知名政

<sup>143</sup> 值得注意的是，關注結果本身不當然意味著在價值論述上必然採效益主義。事實上，縱使是以義務論作為其理論標籤的Rawls也曾明言：「所有值得吾人關注的倫理學說在判斷正確與否時皆會考慮結果；不如此之人只能說是瘋狂非理性。」（All ethical doctrines worth our attention take consequences into account in judging rightness. One which did not would simply be irrational, crazy.）see RAWLS, *supra* note 142, at 26. 故關鍵在於，論者在評判是否正當時，是否有一套原則去評判何種結果方為可欲（比如說，僅有憲法秩序中所許諾的、以保障基本權為核心之相關價值所推導出的相應之結果，才應被考量；而非如效益主義一樣認為只要被人們所偏好的結果就一律稱善）。關於憲法解釋的結果考量論述，參見：張嘉尹，前揭註138，頁33-34、104-120；顏厥安，前揭註130，頁30。指出並非所有結果考量皆為效益主義的中文文獻，另參見：張永健（2023），《法經濟分析：方法論20講》，頁160，北京大學出版社。

<sup>144</sup> ZWIEGERT & KÖTZ, *supra* note 59, at 10 (“After the discussion in recent years of the relation between sociology of law and comparative law, it now seems to be generally agreed that the two disciplines not only have a great deal to learn from each other but also use much the same methods.”).

治學者 Ran Hirschl 研究比較憲法時，就提出幾種深受因果推論思維影響的比較方法<sup>145</sup>：

1. 最接近案例比較 (the most similar cases)：其他變數不變或相似，關鍵變數有變或不同，比較關鍵變數的差異是否可說明不同結果。
2. 最大差異案例比較 (the most different cases)：關鍵變數不變或相似，其他變數改變或不同，以檢驗關鍵變數是否可造成特定結果。
3. 典型案例比較 (prototypical cases)：無法大規模比較國家時，以原型國家彼此比較。
4. 最難成立的案例比較 (most difficult cases)：無法大規模比較國家時，先挑其中可能最難成立某種制度和某種結果者來研究。若其關連存在，則先初步推定 (prima facie) 關連存在。
5. 離群值比較 (outlier cases)：挑選某種常見又無法被既有理論說明的現象或是例子挑戰既有理論，並試圖構築新理論。

以歷史學而言，耶魯大學法學院張泰蘇教授的 *The Laws and Economics of Confucianism: Kinship and Property in Preindustrial China and England* 雖然非常謹慎地宣示該書的研究方法是質性、個案研究 (qualitative and case study-based)<sup>146</sup>，但該書刻意挑選不同時期的中國與英格蘭地區，正是因為其社會背景相似、發展程度相差不多；但兩地有無儒家社會規範的差異，導致在英格蘭，對債權人有利的抵押權大行其道；而在中國，對債務人有利的典權繁榮興盛。此種比較正是前述 Hirschl 的「最接近案例比較」。同樣地，芝加哥大學彭慕蘭 (Kenneth Pomeranz) 教授的經典著作《大分流》(*The Great Divergence*)<sup>147</sup>，也是以 18 世紀末至 19 世紀初長江三角洲與英格蘭

<sup>145</sup> See Ran Hirschl, *On the Blurred Methodological Matrix of Comparative Constitutional Law*, in *THE MIGRATION OF CONSTITUTIONAL IDEAS* 39 (Sujit Choudhry ed. 2007). 國內學者對此的介紹與反思，參見：黃丞儀，前揭註56，頁482。完整運用五種比較方法，說明比較律師制度的研究該如何進行，see Ching-Fang Hsu & Yun-chien Chang, *Lawyering in the Private Sector*, in *OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE JUDICIAL BEHAVIOUR* (Lee Epstein et al. eds., 2023).

<sup>146</sup> See TAI-SU ZHANG, *THE LAWS AND ECONOMICS OF CONFUCIANISM* 33 (2017).

<sup>147</sup> See generally KENNETH POMERANZ, *THE GREAT DIVERGENCE: CHINA, EUROPE, AND THE*

地區的經濟發展程度、遭遇的成長困境等等有著「驚人的相似之處」(surprising resemblance)出發，以英國意外取得北美洲殖民地，中國卻沒有海外地盤此等契機，解釋為何英國發生產業革命。此種彭慕蘭教授所稱之「交互式比較」(reciprocal comparison)，也和前述 Hirschl 的「最接近案例比較」出於同樣的精神。

簡言之，比較研究是藉由對比不同案例試圖找出關鍵之變因(factor)，幫助研究者釐清其所感興趣之特定結果係肇因於何種因素，並進而展現其運作機制<sup>148</sup>。就此而言，若法學者亦在意於特定的結果是否得以產生(以及為何產生)，則比較法中涉及的因果推論研究設計與侷限，應受到更多重視<sup>149</sup>。

## (二) 從功能性比較法到因果推理

本部分第一節指出，比較法是說服性權威，且是認知權威。換言之，援引外國法(學)的論述之所以言之成理，依賴於兩項預設：一是從外國法(學)所得出的結論包含了吾人所應考量者；二是從外國法(學)所得出的結論，大致上優於吾人自身的判斷。但除了價值判斷之外，其判斷同時也需考量價值如何得以落實；此一過程必然包含了「什麼樣的背景條件可以使得價值得以落實」的推論。於是，援引外國法(學)作為一認知權威，除價值的依賴命題外，尚須包含以下命題：

**比較法的背景條件依賴命題：本國法學者在考量此一問題時，對於特定價值得以實現所需要考量的背景條件，已然為某一外國法(學)的結論所包含。**

比起價值依賴命題，背景條件依賴命題是否成立，對於援引外國法(學)以指向特定法律結論之論者，更為關鍵。畢竟，外國法(學)所指向的特定法律上結論係立基於該國自身社會的背景條件，而殊難想像其判斷會考量到

---

MAKING OF THE MODERN WORLD ECONOMY (2000).

<sup>148</sup> 賀欣(2021)，《街頭的研究者：法律與社會科學筆記》，頁33-37，北京大學出版社。

<sup>149</sup> 張永健，前揭註36(雙重)。

他國借鏡者的背景條件。就此而言，一旦缺少了背景條件依賴命題的支撐，則援引外國法（學）作為一項認知權威的合理性的問題便更受挑戰<sup>150</sup>。這項挑戰和前一節的價值取代問題不同，其所指向的是實現特定價值或目的之機制（mechanism）；或以法學者所習慣的術語，即手段是否能達成目的（即是否合目的性）。本文以下提出詳盡的比較法操作步驟，即是篩選合目的性機制的一般性思維框架。這套思維框架認為，指出某種被援引的外國法（學）可實現特定目的，不啻是對於該外國法（學）與特定目的之實現做出因果宣稱<sup>151</sup>；職是之故，所有藉由外國法（學）之援引來支持某項特定法律上結論的論述，其目的與手段關係的評估中，都必然包含了以下主張的雙重因果推理。

基本上，所有具結果取向的比較法論述，都必須作兩重實然的（positive）理論推導（例如套用法經濟分析），及 / 或作法實證（empirical）研究（例如以統計方法研究數據作因果推論）<sup>152</sup>，以說明：（1）在甲國，X 因得 Y 果。（2）在我國，X 因也得 Y 果。比較法學者往往只看到 X 在前、Y 在後，就推斷 X 導出 Y；或者在沒有明確理論支持時，看到 Y 就認為是 X 的功勞。實則，在甲國，X 不一定導出 Y，或者，是因為「背景條件」（background condition）Z 存在，才使得 X+Z 導出 Y。若我國不存在 Z，則即使移植了 X 也不會有 Y。古書上說的「橘越淮則為枳」正是這個道理。

具體而言，本文認為，著眼於結果的比較法，其推論步驟應有以下三步：

- 第一步：作外國的因果推理<sup>153</sup>，證明 X 法導致 Y 果。

<sup>150</sup> 事實上，學者或已對此有所警覺，這也是學者何以認為日本法或可供吾人借鏡的一項可能因素——日本與台灣同為東亞社會，因此若干背景條件可能較相似，因而可供參考。參見：王澤鑑，前揭註6，頁18。

<sup>151</sup> See Christopher A. Whytock, *Legal Origins, Functionalism, and the Future of Comparative Law*, 2009 BYU L. REV. 1879 (2009).

<sup>152</sup> 參見：顏厥安，前揭註78，頁161-162（扼要指出參考外國法經驗的社會科學原因）。

<sup>153</sup> 以較哲學性的術語表述，發現因果關係可稱為發現「差異製造事實」（difference-making facts）。對此概念之說明，see Peng-Hsiang Wang & Linton Wang, *Rules as Reason-Giving Facts: A Difference-Making-Based Account of the Normativity of Rules*,

- 第二步：作本國的因果推理，推斷從 X'法轉為 X 法，導致從 Y'果轉為 Y 果（或轉為 Y 果的機率上升）。此處的推理自然必須考慮背景條件的影響。
- 第三步（或第零步）：論述 Y 果何以稱善。

比較法學者也必須謹記：X 不當然是主要實體法的條文、訴訟制度，而可能只是例如健保制度計算醫師點數的細部規則<sup>154</sup>。因果推理並不容易，是當下量化社會科學（如經濟學）的典範。因果推理的研究設計一直在進化，但法學中卻沒有任何理論工具可以提供支援。因此，在這部分結合社會科學，無可避免。符合嚴謹量化社會科學因果推理的（政策）研究，當然不容易。學者、政策決定者縱令不能每一次有法學難題就作到高標的因果推理，但至少能由知道標準何在，認識到己身推論的限制與侷限<sup>155</sup>。

### 三、如何尋找比較對象？

若比較法的題中之意在於借鏡價值或借鏡因果機制，則大千世界 200 餘國，應該向誰取經？若法律解釋標的在立法時有參照特定國家法制，則比較該國在我國立法前的法律解釋與學說，有助於歷史解釋<sup>156</sup>。但應注意，被參

---

*in PROBLEMS OF NORMATIVITY, RULES AND RULE-FOLLOWING* 199 (M. Araszkiwicz et al. eds., 2015); Yun-chien Chang & Peng-Hsiang Wang, *The Empirical Foundation of Normative Arguments in Legal Reasoning*, 1 EUR. J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 69 (2024); 王鵬翔、張永健（2015），〈經驗面向的規範意義：論實證研究在法學中的角色〉，《中研院法學期刊》，17期，頁234。對外國法進行因果推理之具體操作，參見：張永健，前揭註36（雙重）。

<sup>154</sup> 美國學者Mark Ramseyer考察日本醫療法議題時，便關注到日本健保的點數制度會給予從事基本醫療照護之醫生較高之給付，而醫生從事複雜醫療照護所獲得的給付則相對較低。See J. MARK RAMSEYER, *SECOND-BEST JUSTICE: THE VIRTUES OF JAPANESE PRIVATE LAW* 73-74 (2015). 國內文獻介紹，參見：張永健（2017），前揭註36，頁221。

<sup>155</sup> 另一方面，即便是理念先行的比較法研究，也不當然因此可忽略因果推理。特別是，引入某種外國法（學）後是否會產生不良的副作用，往往也需要藉由因果推理方可窺得。

<sup>156</sup> 以此方式論證之晚近國內文獻，參見：李建良（2023），〈國家賠償責任體系的微觀與巨視：從最高法院111年度台上大字第1706號裁定析論歷史思維的法學方

照國不總是德國、瑞士、日本，也不總是德式大陸法系國家。作者之一張永健編碼 2007 年到 2010 年間修正的民法物權編的修法理由書後發現：日本、德國、瑞士法的條文固然是最常被列為修法理由中的參考對象的前三名，但南韓、義大利、加拿大魁北克省、奧地利、荷蘭民法也都明確被法務部修法小組列為特定條文的參考對象<sup>157</sup>。如本文所指出的，歷史解釋作為一項法律論理的根據（grounds）繫於立法者權威；故只有實際為立法者所參照對象的法律解釋與學說，方適宜作為歷史解釋的素材。除非能以嚴謹的訪談或口述歷史證實法務部修法小組或立法委員還有參照其他國家法律，否則若 A 條文的修法理由僅言及參照義大利民法，則 A 條文的歷史解釋就只能參照修法前義大利民法的解釋與學說。而論者若認為其他國家如德國、日本在規範此一法律問題上的見解有值得參照之處而應優先於修法理由所提及之該國法，則其參酌德日諸國之法律解釋與學說所做出之推論，便是目的解釋。

如果參照外國法的原因，在於觀察法律制度與效果的因果機制，則到底向哪一國取經，重點在於比較對象能否作第一重因果推理，而不在於比較對象是否先進，或者我國之前是否繼受比較對象的法制，更不在於比較對象是否為大陸法系國家。目前國內主流的比較法論述，因為我國制度大體繼受於德、日，強烈傾向於只參照德式大陸法國家。

然而，由上述 Hirschl 的研究設計可知，「最相似」只是其中一種作因果推理的設計。看似差異極大也可是比較的原因。例如作者之一張永健與美國芝加哥大學法學院的 William Hubbard 教授，有一篇文章比較我國民事訴訟與美國聯邦法院的民事訴訟結果。兩國的民事訴訟制度、訴訟環境、律師角色定位與收費方式等等面向，可謂差異極大。但該論文發現，在消費借貸訴訟，兩國的訴訟結案趨勢相當類似（和解率極低、原告勝訴率極高），而

---

法》，《台灣法律人》，27期，頁149-153；李建良（2023），〈語言、法源與法系：《建構台灣法學》的知識論與方法論〉，《中研院法學期刊》，33期，頁334-335。

<sup>157</sup> Yun-chien Chang, *The Evolution of Property Law in Taiwan: An Unconventional Interest Group Story*, in *PRIVATE LAW IN CHINA AND TAIWAN: ECONOMIC AND LEGAL ANALYSES* 212 (Yun-chien Chang et al. eds., 2016); 張永健，前揭註113，頁73。

且此種結果與各該國其他民事訴訟的結果不同(也與主流的法經濟分析理論預測不同)<sup>158</sup>。因此，這顯示了前揭民事訴訟制度的差異，對於此種類型訴訟的結果並不重要。假設某位研究者以同樣的研究視角，比較臺灣與德國的消費借貸訴訟，並發現兩國極為相似，該研究者無從得知到底是訴訟制度類似導致如此，還是消費借貸訴訟的特殊性造成此種結果。就此而言，過往的比較法研究過度窄化了比較對象，多在「法系的同溫層」中尋求參照對象，可能錯過了許多有意義的比較契機。

如果參照外國法是為了借鏡價值理念，則或許所謂法學先進國家是合理的參照對象，因為該國法學有悠久傳統，對於重要問題有長期的研討。但是，法學先進國家畢竟與後進國仍有不同。若著眼於減少在借鏡價值的第二步中調整應然理論的困難，則在適當的議題中應該參照具有同樣殖民背景的國家，例如南韓<sup>159</sup>；或參照有同樣威權轉型經驗的國家，如：東歐國家與南非<sup>160</sup>。在此，某外國是否為大陸法系國家本身的重要性仍低，是否曾為法制參照對象也不總是決定性因素。其價值理論是否能發人深省，是否能貼近參照者的法制經驗與社會脈絡（以減少調整應然理論的思維負擔），才是重點。

---

<sup>158</sup> See Yun-chien Chang & William H.J. Hubbard, *Speedy Adjudication in Hard Cases and Low Settlement Rates in Easy Cases: An Empirical Analysis of Taiwanese Courts with Comparison to U.S. Federal Courts*, in SELECTION AND DECISION IN JUDICIAL PROCESS AROUND THE WORLD: EMPIRICAL INQUIRIES 73 (Yun-chien Chang ed. 2019).

<sup>159</sup> See, e.g., Yi-Li Lee & Wen-Chen Chang, *Mixed Constitutions in East Asia: South Korea and Taiwan as Examples*, 16 LAW & ETHICS. HUM. RTS. 273 (2023); Jiunn-Rong Yeh & Wen-Chen Chang, *The Emergence of East Asian Constitutionalism: Features in Comparison*, 59 AM. J. COMP. L., 805 (2011); Wen-Chen Chang, *East Asian Foundations for Constitutionalism: Three Models Reconstructed*, 3 NAT'L TAIWAN UNI. L. REV. 111 (2008)；葉俊榮、張文貞（2012），〈東亞憲政主義的興起及發展：主要的特徵〉，《憲政時代》，37卷4期；李怡俐（2016），〈當代轉型正義的制度與規範脈絡：兼論南韓與臺灣的經驗比較〉，元照。

<sup>160</sup> See, e.g., Cheng-Yi Huang, *Judicial Deference to Legislative Delegation and Administrative Discretion in New Democracies: Recent Evidence from Poland, Taiwan, and South Africa*, in COMPARATIVE ADMINISTRATIVE LAW 466 (Susan Rose-Ackerman & Peter Lindseth eds., 2010).



即使參照、比較外國法的原因，不在於本文著重的借鏡價值或借鏡因果機制，而是在尋找靈感與啟發，則比較越多國，越可能獲得啟發；參照法制設計越不一樣的國家，越可能獲得啟發。換言之，過分仰賴法系分類的追本溯源、限縮於該法系中的母法（*Mutterordnung*，英譯為 *parent system*）<sup>161</sup>作為其參照對象，甚至只醉心向「阿嬤」（*a-má*）<sup>162</sup>學習，反而可能是啟發最少的路徑。作者之一張永健新近出版的英文專書 *Property Law: Comparative, Empirical, and Economic Analyses*，比較世界 156 個法域的物權法規範，發現在我國慣常比較參照的對象國之外，有許多國家（例如葡萄牙）之民法有出人意表、發人深省的不同規範方式<sup>163</sup>。在世界上找尋靈感的法律解釋者，如果只看規範內容與模式相似的德國、日本，反而可能犯了心理學上所言之「確認偏誤」（*confirmation bias*）<sup>164</sup>，過度重視與我國現有法制經常參酌的德國、日本法，進而錯失了以比較法研究擴大法學視野之契機<sup>165</sup>。要克服確認偏誤的作用力，或許必須大量比較規範內容與特徵不同的國家，才能壓抑認知失調，更客觀地分析數種不同規範方式的良窳，使法學者用以解決問題的資源更加豐富<sup>166</sup>。

<sup>161</sup> 如註113所示，Zweigert和Kötz的目標是跨法系比較研究。而在此一過程中，母法概念之提出，便是其用以指稱某法系中經常被他國所繼受而較具有代表性者。See ZWEIFERT & KÖTZ, *supra* note 59, at 41.

<sup>162</sup> 阿嬤（*a-má*）一詞出自一篇對許宗力院長的訪談。在訪談中，許院長曾提及多位教授鼓勵他赴德求學。其中，許宗力院長生動地指出，王澤鑑教授鼓勵其赴德的說法，便是指出學法律就要去「阿嬤伊兜」（*a-má-in-tau*，即奶奶她家）。參見王泰升、曾文亮訪問，羅其祥紀錄（2011），〈許宗力教授訪談紀錄〉，王泰升、曾文亮訪問，羅其祥、吳俊瑩、王志弘、林政佑、陳慶鴻紀錄（編），《台灣法律人的故事》，頁413，元照。

<sup>163</sup> See CHANG, *supra* note 115, at 349（1967年葡萄牙民法典關於附合的規範結構，非常近似從諾貝爾經濟學獎得主發表於後的理論與之後產生的理論文獻）。Property Law: Comparative, Empirical, and Economic Analyses一書的中文簡介，參見：張永健（出版中），〈《物權法：比較、實證、經濟分析》——對臺灣學說實務的啟示〉，《月旦法學雜誌》，351期。

<sup>164</sup> See, e.g., DANIEL KAHNEMAN, THINKING, FAST AND SLOW 80-81 (2011).

<sup>165</sup> 比較法研究所具有之擴大視野之旨趣，see ZWEIFERT & KÖTZ, *supra* note 59, at 15.

<sup>166</sup> 簡述比較法研究做為解決問題之貯備（*supply of solution*）的功能，see ZWEIFERT

#### 四、理念先行比較法逐漸退場

在成熟的法學體系中，理念先行的比較法會逐漸退場，但後果考量的比較法則永遠有用處。在理念先行的比較法中，按照本文提出的三步驟的價值判斷借鏡方法，理想上，當本國學界對某法律議題之目的（或值得追求的結果）爭論不休，會借道外國學界的討論，繼受或修改後納為己用。但本國學界的爭論，應當起源於學者以合於本國法脈絡下的應然理論，論證現行法（或其主流解釋）不可欲。但若已經有此種本土合用的應然理論，何以仍要外求「舶來理論」？舶來理論或許展現了不同視角，有助於避免本土理論掛萬漏一，但比較借鏡的「增值」必然不高，而且會隨著本土法學的發展而邊際增值遞減。當借鏡外國法的成本高於效益時，也是本土法學粲然大備的那一天。

不過，許多法學後進國的本土應然理論仍在草創階段，因此，遇上法學問題的「第一動」就是尋求來自外國的認知權威解惑，或者是單純比較本國與外國法規範後，推定與外國不同的規範就不可欲。也因此，第一節提出的三步驟的價值判斷借鏡方法，並沒有加上第零步——以合於本國法脈絡下的應然理論，論證現行法（或其主流解釋）不可欲。

相對地，無論某國的應然理論發展多麼完備，也無法回答實然問題（X 規範能否導致 Y 結果）；而實然理論即使高度發展，也頂多能提出理論預測，而無法在 X 規範實際發生效力前作實證研究，探究其效果。因此，參考他國實施 X 規範產生的結果，仍無法被應然與實然理論替代。此即為何後果考量的比較法，永遠不會貶值或退場<sup>167</sup>。

---

& KÖTZ, *supra* note 59, at 15.

<sup>167</sup> 這種對於法律實際「作用」（effect）特別予以強調之思想的哲學背景，參見：顏厥安（著），松田惠美子（譯）（2013），〈法概念と自然主義：台湾の民主化問題に関する法理学からの考察〉，《名城法学》，63卷3期，頁279。

## 肆、結 論

作為一篇反思之作，本文試圖指出國內既有的比較法研究在方法論上的空缺，並以部分文獻所強調之功能性比較法為基礎，闡述這套論述方式與既有之法律解釋方法的關聯。本文主張，以功能性比較法所進行的比較法，其重點在於尋求「較佳之法」，因此應被看作目的解釋的子類型。而目的解釋之論述須確保價值判斷與目的手段機制的判斷合理正確。而本文接著指出，欲援引外國法（學）之價值論述者，必須透過三步驟，先抽象化再具體化，闡述該價值目的何以可欲，及如何透過解釋現行法而落實（並評估其他可能後果是否不可欲）。此外，欲援引外國法（學）之目的與手段關連者，必須進行雙重因果推理，探究外國法規範是否達成所欲實現之目的，以及借鏡外國法是否能達成相同結果，並考察實施此一法規範是否會產生非預期後果<sup>168</sup>。

本文雖未將比較法看作一種獨立類型的法律解釋方法，但這並非輕視比較法在法律解釋的重要性與複雜性。事實上，由本文論述可知，將比較法用於法學論述中，實則更廣泛地觸及了法學推論中所須著重之諸多要素。本文的工作毋寧是統整這些要素，並提出相對清晰之論述骨幹以供參酌。當然，由於這種看待比較法的方式，所涉較為廣泛，因此本文之比較法論述框架在細節處或仍有不少「漏洞」，就留待未來之研究加以填補<sup>169</sup>。

<sup>168</sup> 本文從功能性比較法的觀點出發之論述，雖主要置於法解釋論之脈絡，但對於立法論當然也有助益。無論是借鏡外國法（學）而提煉出理論，或借鏡後果而發現外國的制度會導致特定的好結果，都可能在現行法下無法全面套用理論，或者無法將現行法解釋為與外國相同的制度。透過立法或修法，方更有機會完整引入前揭理論或制度。況且，正如法理學者Aleksander Peczenik所言，「法解釋論與立法論並非截然二分」（[T]he distinction between *de lege lata* and *de lege ferenda* is not clear-cut）。功能性比較法供立法參酌的討論，參見：蘇凱平，前揭註32；Peczenik的論述，see ALEKSANDER PECZENIK, *SCIENTIA JURIS: LEGAL DOCTRINE AS KNOWLEDGE OF LAW AND AS A SOURCE OF LAW* 4-5 (2005)。

<sup>169</sup> 如作者之一張永健的民事訴訟法之比較研究，便詳述並具體操演了本文所提及之雙重因果推理。參見：張永健，前揭註36（雙重）。

## 參考文獻

### 一、中文部分

- Karl Larenz (著), 陳愛娥 (譯) (2022), 《法學方法論》, 2 版, 五南。
- Ingeborg Puppe (著), 蔡聖偉 (譯) (2023), 《法學思維小學堂: 法學方法論密集班》, 2 版, 元照。
- Christian Starck (著), 林三欽 (譯) (2006), 〈公法上之法學比較〉, 《法學、憲法法院審判權與基本權利》, 頁 41-61, 元照。
- Peter A. Windel (著), 黃松茂 (譯) (2019), 〈天啊, 德國的法釋義學!: 德國法釋義學有何之用〉, 《月旦法學雜誌》, 288 期, 頁 154-167。  
<https://doi.org/10.3966/102559312019050288011>
- 王文宇 (2012), 〈國際比較法學會: 學術傳承與二〇一二年臺灣大會主題評析〉, 《月旦法學雜誌》, 202 期, 頁 5-21。
- 王泰升 (2009), 《台灣法律史概論》, 3 版, 元照。
- (2010), 《具有歷史思維的法學: 結合台灣法律社會史與法律論證》, 元照。
- (2015), 《臺灣法律現代化歷程: 從「內地延長」到「自主繼受」》, 中央研究院臺灣史研究所、國立臺灣大學出版中心。  
<https://doi.org/10.978.98604/49938>
- (2018), 〈臺灣法學發展史及省思〉, 收於: 簡資修 (編), 《2014 兩岸四地法律發展: 法學研究與方法 (上冊)》, 頁 45-170, 中央研究院法律學研究所。
- (2022), 《建構台灣法學: 歐美日中知識的彙整》, 國立臺灣大學出版中心。  
<https://doi.org/10.978.986350/6324>
- 王泰升、曾文亮訪問, 羅其祥紀錄 (2011), 〈許宗力教授訪談紀錄〉, 收於: 王泰升、曾文亮訪問, 羅其祥、吳俊瑩、王志弘、林政佑、陳慶鴻紀錄 (編), 《台灣法律人的故事》, 頁 405-430, 元照。

- 王澤鑑（1996），《民法學說與判例研究第二冊》，自刊。
- （2019），《法律思維與案例研習：請求權基礎理論體系》，4版，自刊。
- （2020），《民法總則》，增訂版，自刊。
- 王鵬翔（2004），〈目的性限縮之論證結構〉，《月旦民商法雜誌》，4期，頁16-29。
- （2007），〈規則、原則與法律說理〉，《月旦法學教室》，53期，頁74-83。
- （2008），〈法律、融貫性與權威〉，《政治與社會哲學評論》，24期，頁23-68。<https://doi.org/10.6523/168451532008030024002>
- （2009），〈法概念與分離命題：論 Alexy 與 Raz 關於法實證主義之爭〉，《中研院法學期刊》，5期，頁229-289。
- （2012），〈獨立於內容的理據與法律的規範性〉，《中研院法學期刊》，11期，頁203-247。
- 王鵬翔、張永健（2015），〈經驗面向的規範意義：論實證研究在法學中的角色〉，《中研院法學期刊》，17期，頁205-294。
- （2019），〈論經濟分析在法學方法之運用〉，《臺大法學論叢》，48卷3期，頁791-871。[https://doi.org/10.6199/NTULJ.201909\\_48\(3\).0001](https://doi.org/10.6199/NTULJ.201909_48(3).0001)
- 平野仁彥、龜本洋、服部高宏（著），劉武政（譯）（2021），《法哲學》，五南。
- 江子揚（2020），〈轉型正義南非模式的價值與啟迪〉，《黨產研究》，5期，頁63-112。
- 吳庚（2003），《憲法的解釋與適用》，自刊。
- 吳從周（2007），《民事法學與法學方法第一冊：法理、集中審理與失權》，頁1-104，元照。
- （2016），〈從指標性判決看民事法院的法官造法：以財產法案例為中心〉，收於：葉俊榮（編），《變遷中的東亞法院：從指標性判決看東亞法院的角色與功能》，頁201-236，國立臺灣大學出版中心。

- (2019), 《民事實務之當前論爭課題：民事法學與法學方法第八冊》，元照。
- 李怡俐 (2016), 《當代轉型正義的制度與規範脈絡：兼論南韓與臺灣的經驗比較》，元照。
- 李建良 (2016), 〈導論：臺灣行政契約法的路徑依賴？：比較行政法方法論的局部反思〉，收於：李建良 (編)，《2012 行政管制與行政爭訟：行政契約之發展現況與前景》，頁 1-61，中央研究院法律學研究所。
- (2018), 〈法學方法與基本權解釋方法導論〉，《人文及社會科學期刊》，30 卷 2 期，頁 237-277。
- (2021), 〈法學的必要性與問題性〉，收於：李建良 (編)，《研之得法：中央研究院法律學研究所成立十週年文集》，頁 321-352，中央研究院法律學研究所。
- (2023), 〈梳理台灣公法的演進路徑與思維方法〉，《台灣法律人》，26 期，頁 95-96。
- (2023), 〈國家賠償責任體系的微觀與巨視：從最高法院 111 年度台上大字第 1706 號裁定析論歷史思維的法學方法〉，《台灣法律人》，27 期，頁 135-156。
- (2023), 〈語言、法源與法系：《建構台灣法學》的知識論與方法論〉，《中研院法學期刊》，33 期，頁 307-345。
- 李惠宗 (2018), 《法學方法論》，3 版，新學林。
- 李韶曼、張文貞 (2022), 〈大法官引用外國法的實證分析 (1949-2021)〉，發表於：《第十三屆憲法解釋之理論與實務研討會》，中央研究院法律學研究所 (主辦)，臺北。
- 周佳宥 (2018), 〈奧、德同性婚姻法治發展與現況：兼論司法院釋字第 748 號解釋後之同性婚姻立法途徑〉，《中華國際法與超國界法評論》，14 卷，頁 45-74。

- 林更盛（2002），〈對於以「事物本質」作為法學論證的反思：一個方法論上的嘗試〉，收於：黃宗樂教授祝壽論文集編輯委員會（編），《黃宗樂教授六秩祝賀：基礎法學篇》，頁 235-296，學林。
- 林超駿（2004），〈試論大法官繼受外國法之特色與挑戰：影響繼受結果「質」的幾個關鍵〉，《臺大法學論叢》，34 卷 3 期，頁 73-164。  
<https://doi.org/10.6199/NTULJ.2005.34.03.02>
- 林慈偉（2018），〈同性婚姻釋字後的通姦罪解釋及其因應：從司法院釋字第 554 號到第 748 號解釋〉，《臺大法學論叢》，47 卷特刊，頁 1513-1564。  
[https://doi.org/10.6199/NTULJ.201811\\_47\(SP\).0002](https://doi.org/10.6199/NTULJ.201811_47(SP).0002)
- 林誠二（2012），《民法總則新解：體系化解說（下）》，瑞興。
- 林鈺雄（2013），〈初探德國醫療糾紛鑑定調解會制度：兼論解決醫療糾紛之立法原則〉，《月旦法學雜誌》，217 期，頁 207-230。  
<https://doi.org/10.3966/102559312013060217013>
- 邱文聰、張永健（2018），〈假作真時真亦假：論管制與處罰攙偽假冒食品〉，收於：李建良（編），《2015 行政管制與行政爭訟：食品安全的法律對策與法治實踐》，頁 327-402，中央研究院法律學研究所。
- 孫健智（2007），《中華民國體制下的台灣民法學史：以戰後一代法學期刊為史料的考察（1949~1971）》，國立政治大學法律學研究所碩士論文（未出版），臺北。
- 茨威格特、克茨（著），潘漢典、米健、高鴻鈞、賀衛方（譯）（2017），《比較法總論》，3 版，中國法制出版社（簡體字版）。
- 張文貞（2011），〈跨國憲法對話：大法官引用外國法的總體實證研究〉，收於：黃舒芃（編），《憲法解釋之理論與實務（第七輯）（下冊）》，頁 483-517，中央研究院法律學研究所。
- （2013），〈司法院大法官解釋引用外國法及判決之實證研究：大法官留學背景作為引用的關鍵因素〉，收於：張永健（編），《2011 司法制度實證研究》，頁 33-84，中央研究院法律學研究所。

- 張永健（2015），〈物權的架構與風格：以不動產與動產抵押為例〉，《月旦法學雜誌》，241 期，頁 77-87。
- （2017），〈社會科學式的比較法研究：評 Mark Ramseyer. 2015. *Second Best Justice: The Virtues of Japanese Private Law*. The University of Chicago Press〉，《中研院法學期刊》，20 期，頁 211-249。
- （2022），〈法實證研究方法論：實證比較法的五種取徑〉，《月旦法學雜誌》，326 期，頁 59-78。<https://doi.org/10.53106/1025593132604>
- （2023），《法經濟分析：方法論 20 講》，北京大學出版社。
- （2024），〈比較法作為雙重因果推理：以修正民事訴訟法影響和解率的實證研究為例〉，《中研院法學期刊》，34 期，頁 81-152。
- （出版中），〈《物權法：比較、實證、經濟分析》——對臺灣學說實務的啟示〉，《月旦法學雜誌》，351 期。
- 張泰蘇（著），肖焯霖（譯）（2019），〈比較法在現代中國的發展〉，《法制史研究》，36 期，頁 213-248。
- 張鈺光（2019），〈論日本住宅品質確保促進法與住宅紛爭專門處理機制：對我國建立住宅性能評估制度之建議〉，《台日法政研究》，2 期，頁 119-144。
- 張嘉尹（2012），《憲法學新視野（一）：憲法理論與法學方法》，五南。
- （2013），〈法釋義學與法學的多元化：從《思與言》五十年所反映的臺灣法學研究發展談起〉，《思與言》，51 卷 4 期，頁 199-231。
- （2019），〈憲法解釋作為憲法續造：一個方法論的反思〉，《中原財經法學》，43 期，頁 1-38。
- （2020），〈法釋義學〉，收於：鄧衍森、陳清秀、張嘉尹、李春福（編），《法理學》，頁 363-407，元照。
- 陳弘儒（2020），〈初探目的解釋在法律人工智慧系統之運用可能〉，《歐美研究》，50 卷 2 期，頁 293-347。  
[https://doi.org/10.7015/JEAS.202006\\_50\(2\).0006](https://doi.org/10.7015/JEAS.202006_50(2).0006)



- 陳石獅等（1996），〈事證開示制度（Discovery）與發現真實〉，收於：民事訴訟法研究基金會（編），《民事訴訟法之研討（五）》，頁 79-138，財團法人民事訴訟法研究基金會。
- 陳自強（2013），《不完全給付與物之瑕疵：契約法之現代化 II》，新學林。
- 陳冠廷（2020），〈法律規範性理論的「無心」之過？：以哈特與拉茲之理論為核心的反思〉，《中研院法學期刊》，27 期，頁 345-406。
- （2022），〈逸脫法學想像乎？以成本效益分析取代比例原則之商榷〉，收於：蘇永欽教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會（編），《法學的想像（第四卷）：社科法學——蘇永欽教授七秩華誕祝壽論文集》，頁 441-459，元照。
- （出版中），〈反思通姦除罪化及釋字第 791 號解釋相關之隱私權論述：從 James. Q. Whitman〈兩種西方隱私文化〉一文談起〉，《憲政時代》，48 卷 2 期。
- 陳昭如（2009），〈在法律中看見性別，在比較中發現權力：從比較法的性別政治談女性主義法學〉，收於：李炳南（編），《法的全球化與全球化的法》，頁 179-192，揚智。
- 陳淑芳（2020），〈比較法之功能及其研究方法〉，收於：鄧衍森、陳清秀、張嘉尹、李春福（編），《法理學》，頁 255-270，元照。
- 陳清秀（2016），〈比較法之功能及其與行政法之關係〉，《月旦法學雜誌》，253 期，頁 69-90。
- 陳惠馨（2019），〈作為法學方法論視角下的比較法〉，《法制史研究》，36 期，頁 249-260。
- 陳愛娥（2004），〈繼受法國家中的法比較：以憲法解釋作為觀察對象〉，《月旦民商法雜誌》，4 期，頁 5-15。
- 游進發（2021），〈民法研究方法論〉，《台灣法學雜誌》，415 期，頁 13-30。
- 童子斌（2013），〈從歐洲經驗概觀我國近來食品安全問題〉，《台灣法學雜誌》，236 期，頁 1-13。

- 賀欣(2021),《街頭的研究者:法律與社會科學筆記》,北京大學出版社。
- 賀劍(2020),〈物權法經濟分析的方法論之路:評張永健《物權法之經濟分析:所有權》及相關論文〉,《中研院法學期刊》,27期,頁231-292。
- (2021),《案例評析與法律評註:從民法學寫作切入》,北京大學出版社。
- 黃丞儀(2021),〈建構「以人為主體」的比較行政法〉,收於:李建良(編),《研之得法:中央研究院法律學研究所成立十週年文集》,頁475-502,中央研究院法律學研究所。
- 黃茂榮(2020),《法學方法與現代民法》,7版,植根。
- 黃舒芃(2009),《變遷社會中的法學方法》,元照。
- (2020),《什麼是法釋義學?:以二次戰後德國憲法釋義學的發展為借鏡》,國立臺灣大學出版中心。<https://doi.org/10.978.986350/4078>
- 楊仁壽(1986),《法學方法論》,自刊。
- 楊智傑(2016),〈比較法方法與大法官個人意見書〉,《憲政時代》,42卷2期,頁165-207。
- 葉俊榮(1999),《行政法案例分析與研究方法》,三民。
- 葉俊榮、張文貞(2012),〈東亞憲政主義的興起及發展:主要的特徵〉,《憲政時代》,37卷4期,頁389-436。
- 葛克昌、鍾芳樺(2011),〈稅捐規避行為之事實如何認定(上):以所得稅法第六六條之八為例〉,《月旦法學雜誌》,188期,頁165-181。
- 雷磊(2021),〈法教義學:關於十組問題的思考〉,《社會科學研究》,2期,頁9-22。
- 鄧峰(2009),〈清末變法的法律經濟學解釋:為什麼中國選擇了大陸法〉,《中外法學》,2009第2期,頁165-186。
- 鄭昆山(2004),〈通姦犯罪在法治國刑法的思辯:評釋字第五五四號解釋〉,《月旦法學雜誌》,105期,頁213-227。

- 賴英照（2017），〈說理或詭辯：判決引用外國法的爭論〉，《中原財經法學》，38期，頁1-108。
- 錢國成（1978），〈不完全給付與物之瑕疵擔保責任〉，《法令月刊》，29卷6期，頁153-154。https://doi.org/10.6509/TLM.197806\_29(6).0001
- 謝哲勝（2016），《信託法》，5版，元照。
- 鍾芳樺（2023），〈法官依法裁判與德國法學方法論：對德國法學方法論的問題史反思〉，《輔仁法學》，65期，頁279-385。
- 簡資修（2020），〈法律繼受之漂移與超越：民法第184條權利之解釋視野〉，《高大法學論叢》，16卷1期，頁1-41。
- 顏厥安（1998），《法與實踐理性》，允晨文化。
- （2004），〈公共理性與法律論理〉，《政治與社會哲學評論》，8期，頁1-46。https://doi.org/10.6523/168451532004030008001
- （2004），《鼠肝與蟲臂的管制：法理學與生命倫理論文集》，元照。
- （2005），《幕垂鴉翔：法理學與政治思想論文集》，元照。
- 蘇永欽（2021），《公法與私法之匯流》，元照。
- （2023），〈為什麼匯流未能改變法系？：從基本理念到制度文化看兩大法系間的鴻溝〉，收於：林信和教授七秩榮慶暨榮退論文集編輯委員會（編），《法學思索與社會實踐—華岡法律人的志業：林信和教授七秩榮慶暨榮退論文集（上冊）》，頁41-100，新學林。
- 蘇凱平（2022），〈制定司法政策時如何參考外國法：以「蒐集法」與「功能比較法」為中心〉，《台灣法律人》，12期，頁97-116。

## 二、日文部分

- 顏厥安（著），松田恵美子（譯）（2013），〈法概念と自然主義：台湾の民主化問題に関する法理学からの考察〉，《名城法学》，63卷3期，頁286-268。

### 三、英文部分

- Aarnio, A. (1991). Statutory Interpretation in Finland. In N. MacCormick & R. S. Summers (Eds.), *Interpreting Statutes: A Comparative Study* (pp. 123-170). Ashgate.
- Alexy, R. (1989). *A Theory of Legal Argumentation* (R. Adler & N. MacCormick, Trans.). Oxford University Press. (Original work published 1978)
- (1998). Law and Correctness. *Current Legal Problems*, 51(1), 205-221. <https://doi.org/10.1093/clp/51.1.205>
- (1999). The Special Case Thesis. *Ratio Juris*, 12, 374-384. <https://doi.org/10.1111/1467-9337.00131>
- (2000). On the Structure of Legal Principles. *Ratio Juris*, 13, 294-304. <https://doi.org/10.1111/1467-9337.00157>
- (2002a). *The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism* (S. L. Paulson & B. L. Paulson, Trans.). Clarendon Press. (Original work published 1992)
- (2002b). *A Theory of Constitutional Rights* (J. Rivers, Trans.). Oxford University Press. (Original work published 1985)
- (2014). Formal Principles: Some Replies to Critics. *International Journal of Constitutional Law*, 12(3), 511-524. <https://doi.org/10.1093/icon/mou051>
- (2015). Legal Certainty and Correctness. *Ratio Juris*, 28(4), 441-451. <https://doi.org/10.1111/raju.12096>
- Alexy, R., & Dreier, R. (1991). Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany. In N. MacCormick & R.S. Summers (Eds.), *Interpreting Statutes: A Comparative Study* (pp. 73-122). Ashgate.
- Bix, B. H. (2004). *A Dictionary of Legal Theory*. Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oso/9780199244621.003.0001>
- Bradford, A., Chang, Y.-c., Chilton, A., & Garoupa, N. (2021). Do Legal Origins Predict Legal Substance? *The Journal of Law and Economics*, 64, 207-231.

- Brugger, W. (1996). Concretization of Law and Statutory Interpretation. *Tulane European and Civil Law Forum*, 11, 207-250.
- Bustamante, T. (2013). On the Argumentum ad Absurdum in Statutory Interpretation: Its Uses and Normative Significance. In C. Dahmann & E. Feteris (Eds.), *Legal Argumentation Theory: Cross-Disciplinary Perspective* (pp. 21-43). Springer. <http://doi.org/10.2139/ssrn.2017472>
- Chang, W.-C. (2008). East Asian Foundations for Constitutionalism: Three Models Reconstructed. *National Taiwan University Law Review*, 3(2), 111-141.
- Chang, W.-C., & Yeh, J.-r. (2013). Judges as Discursive Agent: The Use of Foreign Precedents by the Constitutional Court of Taiwan. In T. Groppi & M.-C. Ponthoreau (Eds.), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges* (pp. 373-392). Hart.
- Chang, Y.-c. (2016). The Evolution of Property Law in Taiwan: An Unconventional Interest Group Story. In Y.-c. Chang, W. Shen, & W. Y. Wang (Eds.), *Private Law in China and Taiwan: Economic and Legal Analyses* (pp. 212-244). Cambridge University Press.
- (2023). *Property Law: Comparative, Empirical, and Economic Analyses*. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781009236553>
- (2023, October 31). *Theory of Relativity of Title*. <http://doi.org/10.2139/ssrn.4619339>
- Chang, Y.-c., Chilton, A., Garoupa, N., & Versteeg, M. (2023). Colonial Experiences and Contemporary Laws. Working paper.
- Chang, Y.-c., Garoupa, N., & Wells, M. T. (2021). Drawing the Legal Family Tree: An Empirical Comparative Study of 170 Dimensions of Property Law in 129 Jurisdictions. *Journal of Legal Analysis*, 13, 231-282. <https://doi.org/10.1093/jla/laaa004>

- Chang, Y.-c., & Hubbard, W. H. J. (2019). Speedy Adjudication in Hard Cases and Low Settlement Rates in Easy Cases: An Empirical Analysis of Taiwanese Courts with Comparison to U.S. Federal Courts. In Y.-c. Chang (Ed.), *Selection and Decision in Judicial Process Around the World: Empirical Inquiries* (pp. 73-109). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781108694469.004>
- Chang, Y.-c., & Smith, H. E. (2012). An Economic Analysis of Civil versus Common Law Property. *Notre Dame Law Review*, 88(1), 1-55.
- (2016). Structure and Style in Comparative Property Law. In T. Eisenberg & G. B. Ramello (Eds.), *Research Handbook on Comparative Law and Economics* (pp. 131-160). Edward Elgar. <https://doi.org/10.4337/9780857932587.00013>
- Chang, Y.-c., & Wang, P.-H. (2024). The Empirical Foundation of Normative Arguments in Legal Reasoning. *European Journal of Empirical Legal Studies*, 1(1), 69-88. <https://doi.org/10.62355/ejels.18070>
- Coleman, J. S. (1990). *Foundations of Social Theory*. The Belknap Press of Harvard University Press.
- Cohen, M. (2010). The Rule of Law as the Rule of Reasons. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 96(1), 1-16.
- Drobniq, U. (2018). Konard Zweigert (1911-1996). In S. Grundmann & K. Riesenhuber (Eds.), *Private Law Development in Context: German Private Law and Scholarship in the 20th Century* (pp. 204-215). Intersentia.
- Dworkin, R. (1997). In Praise of Theory. *Arizona State Law Journal*, 29, 353-376.
- Graziadei, M. (2003). The Functionalist Heritage. In P. Legrand & R. Munday (Eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* (pp. 100-128). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511522260.005>

- Graziano, T. K. (2015). Is it Legitimate and Beneficial for Judges to Compare?. In M. Andenas & D. Fairgrieve (Eds.), *Courts and Comparative Law* (pp. 25-53). Oxford University Press. <https://doi.org/10.4324/9780203705551-3>
- Häberle, P. (2006). Role and Impact of Constitutional Courts in a Comparative Perspective. In I. Pernice, J. Kokott & C. Saunders (Eds.), *The Future of the European Judicial System in a Comparative Perspective* (pp. 65-77). Nomos.
- Hart, H. L. A. (1982). *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Philosophy*. Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198254683.001.0001>
- Hill, J. (1989). Comparative Law, Law Reform and Legal Theory. *Oxford Journal of Legal Studies*, 9(3), 101-115. <https://doi.org/10.1093/ojls/9.1.101>
- Hills, A. (2009). Moral Testimony and Moral Epistemology. *Ethics*, 120(1), 94-127. <https://doi.org/10.1086/648610>
- (2011). Moral Epistemology. In M. Brady (Ed.), *New Waves in Metaethics* (pp. 249-263). Palgrave Macmillan. [http://doi.org/10.1057/9780230294899\\_13](http://doi.org/10.1057/9780230294899_13)
- Hirschl, R. (2007). On the Blurred Methodological Matrix of Comparative Constitutional Law. In S. Choudhry (Ed.), *The Migration of Constitutional Ideas* (pp. 39-66). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511493683.002>
- Ho, H.-w., Huang, P. C.-C., & Chang, Y.-c. (2024). Machine-Learning Methods. In M. Siems & P. J. Yap (Eds.), *Cambridge Handbook of Comparative Law*. (pp. 177-208). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781108914741.012>
- Hsu, C.-f., & Chang, Y.-c. (2023). Lawyering in the Private Sector. In L. Epstein, G. Grendstad, U. Šad, & K. Weinshall (Eds.), *Oxford Handbook of Comparative Judicial Behaviour*. Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780192898579.013.22>

- Hsu, J. C.-S. (2021). Right to Life and Capital Punishment in Transnational Judicial Dialogue. *Asian Journal of Comparative Law*, 16, 311-337. <https://doi.org/10.1017/asjcl.2021.22>
- Huang, C.-Y. (2010). Judicial Deference to Legislative Delegation and Administrative Discretion in New Democracies: Recent Evidence from Poland, Taiwan, and South Africa. In S. Rose-Ackerman & P. Lindseth (Eds.), *Comparative Administrative Law* (pp. 466-481). Edward Elgar. <https://doi.org/10.4337/9781849808101.00038>
- Jäger, C. (2016). Epistemic Authority, Preemptive Reasons, and Understanding. *Episteme*, 13(2), 167-185. <https://doi.org/10.1017/epi.2015.38>
- Kahneman, D. (2011). *Thinking, Fast and Slow*. Farrar, Straus and Giroux.
- Kiikeri, M. (2001). *Comparative Legal Reasoning and European Law*. Kluwer Academic Publishers. <https://doi.org/10.1007/978-94-010-0977-5>
- Klatt, M. (2020). Intergrative Jurisprudence: Legal Scholarship and the Triadic Nature of Law. *Ratio Juris*, 33(4), 380-398. <https://doi.org/10.1111/raju.12301>
- Law, D. S., & Chang, W.-C. (2011). The Limits of Global Judicial Dialogue. *Washington Law Review*, 86(3), 523-578.
- Lee, Y.-L., & Chang, W.-C. (2023). Mixed Constitutions in East Asia: South Korea and Taiwan as Examples. *Law & Ethics of Human Rights*, 16(2), 273-294. <https://doi.org/10.1515/lehr-2022-2008>
- Lewinsohn-Zamir, D., Zamir, E., & Katz, O. (2022). Giving reasons as a means to enhance compliance with legal norms. *University of Toronto Law Journal*, 72(3), 316-355. <https://doi.org/10.3138/utlj-2021-0034>
- Möllers, T. M. J. (2020). *Legal Methods*. C. H. Beck.
- Martini, S. (2013). Lifting the Constitutional Curtain? The Use of Foreign Precedent by the German Federal Constitutional Court. In T. Groppi & M.-



- C. Ponthoreau (Eds.), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges* (pp. 229-252). Hart Publishing.
- Michaels, R. (2019). The Functional Method of Comparative Law. In M. Reimann & R. Zimmermann (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (2 ed., pp. 345-389). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780198810230.013.11>
- Peczenik, A. (2005). *Scientia Juris: Legal Doctrine as Knowledge of Law and as A Source of Law*. Springer.
- Pomeranz, K. (2000). *The Great Divergence: China, Europe, and the Making of the Modern World Economy*. Princeton University Press. <https://doi.org/10.2307/j.ctt7sv80>
- Poscher, R. (2017). Legal Construction between Legislation and Interpretation. In J. V. Hein, H. Merkt, S. Meier, A. Bruns, Y. Bu, S. Vöneky, M. Pawlik, & E. Takahashi (Eds.), *Relationship between the Legislature and the Judiciary: Contributions to the 6th Seoul-Freiburg Law Faculties Symposium* (pp. 41-68). Nomos. <https://doi.org/10.5771/9783845280493-41>
- Ramseyer, J. M. (2015). *Second-Best Justice: The Virtues of Japanese Private Law*. The University of Chicago Press. <https://doi.org/10.7208/chicago/9780226282046.001.0001>
- Rawls, J. (1999). *A Theory of Justice* (Rev. ed.). Harvard University Press.
- Raz, J. (1986). *The Morality of Freedom*. Oxford University Press. <https://doi.org/10.2307/2219586>
- Samuel, G. (2014). *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*. Hart Publishing.
- Schauer, F. (2008). Authority and Authorities. *Virginia Law Review*, 94, 1931-1961.
- Sieckmann, J.-R. (2020). The Dual-Nature Thesis: Which Dualism? *Ratio Juris*, 33(3), 271-282. <https://doi.org/10.1111/raju.12295>

- Siems, M. (2019). New Directions in Comparative Law. In M. Reimann & R. Zimmermann (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (2 ed., pp. 852-874). Oxford University Press.  
<https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780198810230.013.48>
- Siems, M. (2022). *Comparative Law* (3 ed.). Cambridge University Press.  
<https://doi.org/10.1017/9781108892766>
- Solum, L. B. (2024, April 13). *Legal Theory Lexicon 073: persuasive authority*. Legal Theory Blog, [https://lsolum.typepad.com/legal\\_theory\\_lexicon/2016/01/legal-theory-lexicon-073-persuasive-authority.html](https://lsolum.typepad.com/legal_theory_lexicon/2016/01/legal-theory-lexicon-073-persuasive-authority.html)
- Summers, R., & Taruffo, M. (1991). Interpretation and Comparative Analysis. In N. MacCormick & R. Summers (Eds.), *Interpreting Statutes: A Comparative Study* (pp. 461-510). Ashgate.
- Sunstein, C. R. (1995). Incompletely Theorized Agreements. *Harvard Law Review*, 108(7), 1733-1772. <https://doi.org/doi:10.2307/1341816>
- Wang, P.-H. (2010). Are Rules Exclusionary Reasons in Legal Reasoning? In M. Borowski (Ed.), *On the Nature of Legal Principles* (pp. 37-48). Steiner Verlag.
- (2017). Formal Principles as Second-Order Reasons. In M. Borowski, S. L. Paulson, & J.-R. Sieckmann (Eds.), *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie. Robert Alexys System* (pp. 429-448). Mohr Siebeck.
- Wang, P.-H., & Wang, L. (2015). Rules as Reason-Giving Facts: A Difference-Making-Based Account of the Normativity of Rules. In M. Araszkievicz, P. Banas, T. Gizbert-Studnicki, & K. Pleszka (Eds.), *Problems of Normativity, Rules and Rule-Following* (pp. 199-213). Springer.
- Whitman, J. Q. (2004). The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty. *The Yale Law Journal*, 113(6), 1151-1221.  
<https://doi.org/10.2307/4135723>

- Whytock, C. A. (2009). Legal origins, Functionalism, and the Future of Comparative Law. *Brigham Young University Law Review*, 2009(6), 1879-1906.
- (2010). Foreign Law In Domestic Courts: Different Uses, Different Implications. In D. W. Jackson, M. C. Tolley, & M. L. Volcansek (Eds.), *Globalizing Justice: Critical Perspectives on Transnational Law and Cross-Border Migration of Legal Norms* (pp. 45-63). State University of New York Press.
- Yeh, J.-R., & Chang, W.-C. (2011). The Emergence of East Asian Constitutionalism: Features in Comparison. *The American Journal of Comparative Law*, 59(3), 805-839. <https://doi.org/10.5131/AJCL.2010.0021>
- Zagzebski, L. T. (2020). *Epistemic Values: Collected Papers in Epistemology*. Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oso/9780197529171.001.0001>
- Zhang, T. (2017). *The Laws and Economics of Confucianism*. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781316493328>
- Zimmermann, R. (2022). Legal Methodology in Germany. *Edinburgh Law Review*, 26(2), 153-193. <http://doi.org/10.3366/elr.2022.0759>
- Zweigert, K. (1972). Methodological Problems in Comparative Law. *Israel Law Review*, 7(4), 465-474. <http://doi.org/10.1017/S0021223700003794>
- Zweigert, K., & Kötz, H. (1998). *An Introduction to Comparative Law* (3 ed.) (T. Weir, Trans.). Oxford University Press. (Original work published 1974)

#### 四、德文部分

- Reimer, F. (2020). *Juristische Methodenlehre* (2. Aufl.). Nomos. <http://doi.org/10.5771/9783845281926>

## How to Do Legal Interpretation with Comparative Law: A Methodological Reflection and Reconstruction

*Kuan-ting Chen & Yun-chien Chang\**

### Abstract

Comparative law is a prevalent legal method. While it is subject to constant critiques, perhaps because no standard operating procedure or new theoretical foundation has been offered, comparative law studies are still conducted in the usual way. Using jurisprudential analytical tools, this article divides comparative law into two parts: borrowing normative values and borrowing positive outcomes. This article argues that, at least for academics whose jobs are to promote understanding of the legal system, the process of borrowing normative values should involve three steps: (1) distilling a normative theory from foreign law and jurisprudence; (2) explaining why the value judgments in the normative theory is desirable, and, if not, how to adjust; and (3) finally applying the (revised) normative theory in the interpretation of domestic laws, via the teleological interpretation approach. The third step includes analyzing the means-ends relationship and thus how best to achieve the normative goals. In short, the first step is abstraction, the second step is reasoning at the same abstract level, and the third step is concretization. Academics should no longer consider foreign law and jurisprudence as epistemic authority and accept them at face value. In addition, when borrowing positive outcomes, academics should use social-scientific methods in conducting double causal reasoning, rather than relying on their intuition. More specifically, the first causal reasoning is ideally empirical, whereas

---

\* Kuan-ting Chen: doctoral student, National Chengchi University.

E-mail: 111651501@nccu.edu.tw

Yun-chien Chang: Jack G. Clarke Professor in East Asian Law & Director of Clarke Program in East Asian Law & Culture, Cornell Law School. J.S.D., N.Y.U. Law.

E-mail: ycchang@cornell.edu

the second causal reasoning is positive and theoretical. The mainstream comparative law studies are accustomed to look at laws and jurisprudences from specific civil-law countries such as Germany, Japan, and France, while this article reveals that membership of legal families does not necessary matter when borrowing normative values and positive outcomes. Whether a foreign country's legal system is subject to a proper research design for causal reasoning and whether a foreign country's jurisprudence advances helpful normative discussions are more important for comparative purposes.

**Keywords: statutory interpretation methods, teleological interpretation, persuasive authority, causal reasoning, functional comparative law, value preemption thesis, reconstruction thesis**

