「法與現代精神」困學錄

文／楊仁壽

壹 初讀「法與現代精神」

第一次接觸到佛蘭克（Jerome Frank, 1889~1957）所著「法與現代精神」（Law and the Modern Mind），是在民國61年間，任職台北地方法院推事的時候。我清楚的記得我在衡陽路「新公園」（現二二八公園）前，原「三省書局」的舊址「文士書店」書架上，瞥見日本學者棚瀨孝雄與棚瀨一代共同翻譯的「法與現代精神」一書時，欣喜若狂，不管看得懂或不懂，立時就買了下來。

由於當時我的日文根柢不佳，加上在刑二庭辦理刑事審判，忙得焦頭爛額，沒辦法全神貫注閱讀該書，所以三番兩次從書架上拿了出來，勉強讀了幾頁，不懂就是不懂，不免廢然望書興嘆，就放回了書架。心下常暗自嘀咕：「天下竟有這麼難懂的書，究竟著者有問題，還是譯者有問題！」試讀了幾次後，最後都以廢然告終，纔知是自己有問題，只好將之束諸高閣了。

當時我的想法是：佛蘭克與霍姆斯（Oliver Wendell Holmes, Jr., 1841~1935）、盧埃林（Karl Nickerson Llewellyn, 1893~1962）等人並列為美國現實主義法學（American Legal Realism）的大師，必然言之有物，該書不可能「天馬行空」，胡思亂寫；棚瀨孝雄與棚瀨一代，也是日本名家，留美碩彥，不可能亂譯（棚瀨孝雄，京都大學法學部教授；棚瀨一代，國際基督教大學心理學家），況且該譯書在日本再刷多次，風行一時。一定是我自己功力太差，纔難以卒讀吧！

有一天，當時「司法行政部」民事司孫森焱幫辦造訪寒舍，看到我書架有這一本書，不經意地說：「這本書很難懂！」我當時很窘，幾乎無地自容，我怎麼買了看不懂的書？我深信以他的功力，必然能看懂，而且已熟讀該書，否則不會做這樣的斷言。

一直到62年底奉調到「財務法庭」，纔有餘裕耐心一頁一頁地閱讀該書，先則囫圇吞棗，繼則得一模糊印象，最後纔慢慢理解其中奧義。當時我之所以請調到財務法庭，係因罹患急性肝炎，為了讓疾病早日復原而出此，想不到有此意外收穫，真是謝天謝地。

原來在57年12月到61年9月間，我任職於台北地檢檢察官，我的長官先則焦沛澍，繼則褚劍鴻兩位首席。由於褚首席經常指分重大案件給我辦，我都能劍及履及，週詳調查證據，緊密開庭，快速依法結案，起訴或不起訴書類也都能鉤玄提要，交待得一清二楚，因此甚獲他賞識，時受嘉許。

61年間，褚首席奉調長台北地院，我正休假返屏，他不問我是否願意，就報請「司法行政部」，將我調至院方，派在刑二庭辦理刑事審判。當時辦案傳統：「案重初供」，沒有類如現在刑事訴訟法第159條之2規定的證據法則。在當時除非有明確的證據，可以推翻被告在警訊時的自白外，即使疑雲重重，也莫如之何。

再加上我當檢察官有年，深知部分不肖警察人員的習性，所以對部分警訊筆錄的真實性，常無信賴感。因此只要分到被告在警訊時自白，而在司法警察官或司法警察將案件連人犯一併移送或報告，由內勤檢察官訊問時翻供的案件，我就傷透腦筋，即使是晚上睡夢，案情一直縈繞腦際。如果經詳推細敲，仍不得實情時，就不敢結案。於是案件愈積愈多，開庭愈密愈長，而新案源源不絕而來，壓力可說沉重已極。

經與同儕討論，他們卻說：「案重初供，這是經驗法則，何必自討苦吃！」但我欠缺這種灑脫的心情，一直無從釋懷，依然被案件壓得喘不過氣來。我自信在做對的事，因為我當檢察官時，辦過不少警察變造筆錄及貪瀆的案件，甚至把當時某一分局刑事組（第三組）刑警，先後羈押四、五員（當時台北市尚未改為院轄市，刑事組僅有九人），轟動一時，之後被首席勸止，說已足以儆效尤了，我纔沒繼續偵辦其他員警。若完全採「案重初供」的做法，怎能對得起當初投入司法行列的私衷呢！

於是我愈來愈感厭倦，飲食乏味，尿水越黃越熱，我知道我病了，到台大醫院掛急診，驗血的結果，GOT及GPT等指數破千，遂遵醫囑立刻住院。在住院期間，暗自發誓，有朝一日，我一定建議修改刑事訴訟法。這一點，在我當司法院秘書長時，經翁院長大力贊同之下，整個證據章，作較徹底的翻修，可以說實現了當初的誓言。同時，於67年4月1日，我不管是否會觸怒當局，在聯合報撰述「痛論警察機關的『約談』及『交保』」一文，也激起極大的回響，我在長官們鄭重警告下，專欄封筆了半年。這是後話，表過不提。

在台大醫院躺了一個月後，肝炎指數已降到了40之下，出院之後，我向褚院長請求調辦民事審判，不獲允許，改派我在刑三庭辦理刑事審判，不到半年，肝炎指數又蠢蠢欲動，開始破百，醫師提醒如再不休息，可能會變成慢性肝炎，那就不好醫治了。於是我拜託同期學長糜洛沛兼官長，向褚院長備言一切，終於獲准，把我調到財務法庭辦理財務案件的裁定及執行，經過近一年的休養，肝疾始獲完全痊癒。在這段期間，是我司法生涯最快樂的時光，看了不少日文書籍，「法與現代精神」，我一看再看，居然也給摸熟了。不過好景不長，姜豪兄適患腎疾，亟需靜養，他透過張春榮兄要求我跟他調換職務，經褚院長同意後，我得償宿願，調到民三庭辦理「土股」民事審判事務，開始了我民事審判的生涯。

貳 判決的二階構造

佛蘭克將「法律的適用」過程，細分為二，一為「發現的過程」（process of discovery），另一為「正當化的過程」（process of justification）。發現的過程，是指法官實際上如何獲得判決的「結論」；正當化的過程，則指法官如何將其所獲得的結論，證明其是正當的，使之具有說服力。

佛蘭克認為此二種過程，不祇是法官的判決而已，即令係任何需要經過價值判斷的事務，莫不皆然，他說：「從某種意義上來講，各種各樣的價值判斷，都是或明或暗，從一個既有的『結論』，作為出發點，然後努力尋找能夠證明此一結論的依據」。

就法官的判決而言，判決「結論」和「正當化」的二階段構造，人們可以清晰地看出法官的「思維」，是如何的「生成」與「展開」。因有生成，而知其「結論」；也因有展開，始知其「說服的理由」。法官「結論的發現」，是判決的第一步；法官判決理由的形成，纔是判決的完成。僅有判決的結論，尚不足以擔保所獲得的結論，具有正當性。仲裁判斷，一般都僅有結論，而無判斷理由，即或有之，亦殘缺不全，難以窺知其判斷結論的正確性和合理性，所以原則上不許對之聲明不服，此乃出於雙方當事人的約定，其中不免具有若干的射倖性。如果所選出之仲裁人，知識、經驗或品格不健全，但一方或雙方既然願打或願挨，也都是自己識人不明所致，祇能徒呼負負，是不容他人置喙的。

西諺有云：「若不知該如何行事，那麼即使知道該做什麼，亦是徒勞」（Parum proficit scire quid fieri debet, si non cognoscas quomodo sit facturum），法官僅知道判決的二階構造，不過認識到其前行的目標和方向而已，要獲得正確的判決，尚須精通如何發現判決結論及對之正當化的各種技術及方法，纔能駕輕就熟。

參 「結論」發現的過程

法官的學養愈豐富，「結論」的發現就愈快速。佛蘭克相信法律的適用過程中，主導性的先決因素，是法官個人的直覺和預感。法律的規定，應擺在其後階段。他非常認同何奇森法官（Hutcheson, J.）的看法：「判決在事實上是依據直覺和預感進行的，而非依據邏輯推論」，「邏輯推論祇是在書寫判決意見時，纔有適用之餘地，那不過是一紙法官自己證明判決是正確的書面論證，並且使判決二階段能夠得到批評者的認可」而已，亦因為如此，佛蘭克常被認為是過激的法現實主義者。

但佛蘭克另指出：判決是從假設性或暫時性的結論，進行回溯推理（backward reasoning）的結果，卻常為各界所忽略，他並不是逕認為法官的直覺或預感，就是判決的「結論」，而僅僅是：此乃判決「假設性」或「暫時性」的結論而已，尚須受到法律邏輯嚴格的檢驗，如果檢驗的結果，不合乎法律的規定（在英美法指先例等），該項直覺或預感，即應將之棄置不論，另起爐灶。

換言之，法官有義務將其「直覺」或「預感」，透過法律的邏輯，將自己假設性或暫時性的結論，與所謂法律規範中廣為社會所接受的「社會通念」及「一般性命題」銜接起來，此項「直覺」或「預感」至此纔能確定下來。如其不然，法官找不出二者間的聯繫關係，或者無法為假設性或暫時性的「結論」，找出令人滿意的合適論據，即遽下定論，「除非法官是獨斷獨行的專斷者，或是恣意的瘋子」，纔有此不經之舉。所以日本學者譽為「日本法學大正十年轉向」的促成者末弘嚴太郎（1888~1951），一直視佛蘭克所著「法與現代精神」為稀世之珍，臨終時將之傳給川島武宜（1909~1992）（參見拙作「川島武宜教授的蛻變」一文，刊101年11月22日第1621期司法周刊），可見其對該書重視之一斑。我國學者每以該書論述過於偏激，而失之交臂，殊屬可惜。

佛蘭克的直覺和回溯推理的觀點，係從「心理學」和「發生學」發展起來的，想要了解其理論的精微奧義，如從奧地利精神醫學、精神分析的創始者佛洛伊德（Sigmund Freud, 1856~1939）有關「精神分析」的書籍入手，更加能領略其真諦。

杜威（John Dewey, 1859~1952）曾就此有所闡釋：「思考」實際上是從「一種或多或少有些混沌的情景出發的，與其所指向的結論相較，它是模糊、含混的」，在分析事實與法律的過程中，大前提和小前提是試探性地，並且是相互觀照而形成。「我們通常從某一結論的模糊預期出發，然後依有關的原則或材料，用來證實結論」等語，可謂一語中的。

肆 正當化的過程

判決分「發現的過程」和「正當化的過程」，其實仿自科學哲學上「邏輯實證主義」（logical positivism），對科學研究之客觀性的分析方法，亦即在科學探索的過程，總是先得出一種假設，即科學發現（發現的過程），然後根據科學方法加以檢驗，即科學證明（證明的過程）。但此與判決同中有異，不能不辨。

在自然科學的領域內，由於科學家考察的對象，係無生命、無意志的事物，其間不涉價值判斷，祇要其能詳考週邊的因素，其檢驗的結果，就愈為精確。而法官的判決，其「結論」本身的獲得，則係一種價值判斷，而判決的「正當化」與否，又端視是否合乎公民「總意」的法律以為斷。二者在性質上根本難以比擬。

因此，佛蘭克把傳統的三段論法：R（rule，法律規則）×F（fact，案件事實）＝D（decision，判決），視為一種「神話公式」。此一公式祇能在案件事實≦（小於或等於）法律規則時，纔能操作，若在案件事實＞（大於）法律規則時，根本無能為力。故他提出「現實公式」：S（stimulus，圍繞法官和訴訟的各種刺激因素，不僅祇法律規則而已）×P（personality，法官的個性、學養等）＝D（decision，判決），以解決案件中的任何情況，包括案件事實＞（大於）法律規則時，可以採用類推適用，或類如目的性擴張等其他法學方法。

佛蘭克認為採R×F＝D的傳統方式，過於機械及虛假，認為法官係有血有肉的普通人，他擁有人們應有的常識（社會的通念），亦有其習慣和先見（pre-judge，前理解等學養），他將其所發現的「結論」，予以「正當化」時，除依據法律規則外，尚須考慮見容於社會的通念，此主要在檢驗假設性或暫時性的結論，同時也是一種事後合理性的工作。如果一件判決，祇贏了法律，而輸去了社會的認同，他不過是欠缺「法感」的專斷者而已。

（作者為前最高法院院長）

法源法 www.lawba 委任律師、裁判金額、歷審裁判 服務 TEL:02-2 JUDICIAL 司法 訂閱 辦法 本刊每 全年 費用新臺 如蒙 請郵政 帳 5005 帳 司法院