

（本文章之寫作與發表由財團法人中華法學研究院贊助）

法學方法論的新視野（三） 法律美學：文化治理與法學方法論*

陳 妙 芬*

【目 次】

- | | |
|---|-------------------------------------|
| 一、導言：法律美學及方法論 | 六、法律美學：方法論的美學進路（aesthetic approach） |
| 二、文化治理的意義 | 七、「美學不歧視」原則及問題 |
| 三、文化治理與法學 | 八、個案的價值判斷（合目的性） |
| 四、法學是文化科學（Radbruch's Thesis on Jurisprudence） | （一）文化並存原則 |
| 五、法學方法論的三範疇：邏輯、倫理學、美學 | （二）時間差異原則 |
| | （三）美學判斷的優先性 |
| | 九、結論 |

一、導言：法律美學及方法論

「法律美學」一詞，最早出自新康德價值法學的代表－德國著名法哲學家羅德布魯赫（Gustav Radbruch, 1878-1949），1932 年他發表代表作《法哲學》（*Rechtsphilosophie*）的增修三版¹，新增以〈法律美學〉為標題的第十四章，這章僅有短短四頁，其重點在指出法律和藝術的關係，探討兩者在內容、形式與方法上的相似與互通。在這章精簡的論述中，他最突出的論點是：在法律論理中，「法感」（*Rechtsgefühl*）具有方法論的意義，因為法感不是片面和被動的感受，它是對於法律規則及原則的認知能力，或用康德美學的說法－「法感」是構成具體法

* 本文初稿曾發表於 2020 年 9 月 25 日東吳大學法學院第七回法理學研討會，在此特別感謝當時評論人莊世同教授的寶貴意見，此外，本文初稿的部分內容亦曾發表於台灣哲學學會 2020 年 12 月 19 日學術研討會，研討會論文題目為〈法律美學：探討「美學不歧視」原則及問題〉，這裡也要特別感謝當時評論人龔卓軍教授的寶貴意見，尤其是針對「空間」與時間的關係。謝謝這兩場研討會的專家學者和同學們對本文提供想法與意見。這裡所呈現的，為筆者研究及寫作《法律美學》專書計畫（進行中）的部分成果。

* 德國哥廷根大學（Georg-August Universität Göttingen）法學博士、哲學博士候選人，國立台灣大學法律學院副教授、東吳大學法律學院兼任副教授。

¹ Gustav Radbruch 的《法哲學》（*Rechtsphilosophie*）於 1914 年初版，1922 年的第二版僅是再刷，1932 年發表大幅增修的第三版，也是他生前出版的最後版本，這版本於 1999 年經由 Ralf Dreier 及 Stanley L. Paulson 重新編輯出版，並納入 Radbruch 生前修訂與注解的手稿，詳見底下註 4。

律知識的先天能力²。

這裡所謂「具體」法律知識，指的是個案中正確的法律判斷。在法學方法論中，法感即是認識「正確法」（*richtiges Recht*）的先天條件（必要而非充分條件）³，方法論僅提供一般通用的方法，當遇到個案還是需要經驗，徒有法感不足以自行，然而，一個缺乏法感（不知正確法）的法律人，遇到個案將缺少基本的分析與綜合能力，就如瞎子摸象，難以理服人。

以藝術為比喻，「法感」作為法律判斷的必要元素，就好比「空間感」是鑑識建築物的基本判斷要素。當然，這是筆者的比喻說法，實際上羅德布魯赫在 1933 年納粹極權全面掌控後，被迫解除大學教職，直到二戰結束過世前，從他留下《法哲學》後續修訂和注解手稿⁴，可見他生前未再深入論述法律美學。儘管如此，我們從他辭世前 1946 年發表評論納粹惡法的文章，可以明確看到他提出「法律效力的判斷公式」－也就是後來法院實務運用的「羅德布魯赫公式」（*Radbruch's Formula*），根據此一判斷公式，很明確地，「法感」是鑑別惡法非法的必要條件。

賦予「法感」方法論的意義，雖早已出現於古代修辭學中，但一向為自然法學所用，直到十九世紀法實證主義發達，對「法感」有了新的研究和解釋。歷史法學家是早期的法實證主義者，他們最早創立現代法學方法論，像是德國歷史法學派大師薩維尼（*Friedrich Carl von Savigny, 1779-1861*）便率先舉出：國家可以從習慣法和民族精神中演繹出最好的法律。如何演繹？薩維尼指出關鍵在於：尋找法律生成的內在力量，所謂力量指的是人民的法意識，跟集體的法感有關。

此外，今日大家熟悉的一句話－「法律不是單純的思想，法律是活的力量。」（*„Das Recht ist nicht bloßer Gedanke, sondern lebendige Kraft.“*），也是出自歷史法學和目的法學的開創者－德國民法學及法哲學家耶林（*Rudolf von Jhering, 1818-1892*）。1872 年耶林在維也納大學發表著名演講《為權利而奮鬥》，他強調：個人和群體為追求權利實現，不斷的努力奮鬥，才是真正促使法律進步的力量，所謂認識法律目的，必是由體認和基於「法感」（*Rechtsgefühl*）所得出的具體和

² 這裡所說的「先天能力」，為每個人天生擁有，所以另一位新康德法哲學家 *Rudolf Stammler* 也稱之為「自然的法感」（*natürliches Rechtsgefühl*）。既然是先天及自然的，何以會出現「缺乏法感」（底下會提到）的問題？這是因為「法感」並非天生純熟，可能因教育或其他原因偏失，或無法作用，如 *Stammler* 就認為「自然的法感」並不可靠；參考 *Rudolf Stammler, Die Lehre von dem richtigen Rechte* (Berlin: J. Guttentag, 1902), S. 146-149。所以精確地說，「法感」有賴自然人的先天能力，並擴及借助經驗和範例所（重新）鍛鍊出來的能力。

³ 比較 *Rudolf Stammler, a.a.O.,*.

⁴ 有關 *Radbruch* 的《法哲學》於 1999 年全新出版的背景和特色，參考 *Ralf Dreier and Stanley L. Paulson* 的主編前言，詳見 *Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie, Studienausgabe, 1. Auflage, hrsg. v. Ralf Dreier and Stanley L. Paulson* (Heidelberg: C. F. Müller, 1999), S. V-VIII。

正確判斷。耶林所指的法感，顯然是以個人為出發點，而非薩維尼式的集體法意識。耶林捨棄了集體模糊不清的法意識，轉向分析個人的法感，乃至個人為主體的權利意識，這是耶林的創見，在方法論上具有美學的意涵（強調美學的主體），後來羅德布魯赫也引用耶林的觀點。

這裡要特別說明，源自古拉丁文的「法」（*ius*，指自然法，或廣義的法律），此字亦有權利、正確、正當等意涵，因此包括德語和法語等語言使用「法感」一詞，亦可直接譯為「是非感」，而且這個詞也有「權利意識」的含義。由於「法感」指涉主體的感受，顯然與個人「感受」、「情感」和「感知」有關，法律美學探討感性之於思考的作用，這點跟其他美學是互通的，為了闡述難以定義的法感，羅德布魯赫和他極力推崇的耶林，都毫不猶豫地舉文學和藝術為例。不過，他們兩人在世時，其實是法學圈的少數異類。

自十九世紀以來，法實證主義與自然法學互相抗衡，在兩大陣營中並未出現法律美學的方法論，以至於「法感」似乎變成一個空洞詞彙。法學方法論在歷史法學家手上，逐漸演變為概念法學，開始流於形式主義，終至完全脫離了現代美學方法論。耶林晚期可能發現這種現象，於是轉向「目的法學」的研究，但尚未完成大作便離世。他的後繼者黑克（*Philipp Heck, 1858-1943*）等人發展出利益法學，雖一樣強調法感與價值的意義，但未重視美學方法，終究未提出明確和具體的方法論。同時，另一支截然不同的法實證主義興起，以凱爾森（*Hans Kelsen, 1881-1973*）的純粹法學為代表，他提出一套法律解釋的框架理論，在此「法感」更毫無用武之地。就法學方法論而言，純粹法學和利益法學並列為最具影響力的兩支學說，也都蔓延到英美和歐陸法系各地，直到二戰後才漸由價值法學（或稱原則法學）取代，法感的運用，重新被賦予方法論的意義。

價值法學的各家方法論，有一些分歧，但他們的共通點是肯定「價值思考」的重要性，起因就是面對二戰後「惡法亦法」或「惡法非法」的辯論－以 1958 年哈特與富勒的世紀辯論（*Hart-Fuller debate*）為起點。新興價值法學的論述，大多重拾戰前的新康德價值學說，並且以羅德布魯赫生前留下的著作為辯論焦點⁵，這是因為在新康德眾多代表學說中，西南價值學派承繼了康德的美學，對於法學方法論強調人（如司法者）為「判斷的主體」，具有較大的理論影響力。這支新康德價值學派，延續康德對情感與判斷力的研究，建立一套價值法學的原理，其重

⁵ 哈特與富勒的這場世紀辯論，就以 Radbruch 針對納粹告密者案的分析為中心，展開兩人意見交鋒。

點在指出⁶：專業的法律判斷所需要的知識，不是預先給定的、教條化（或稱釋義學式）知識，法律人要處理艱難案件與價值衝突，必須鍛鍊個人「法感」及衍生的「判斷力」，才能使個案判斷合於法律目的。

簡言之，價值法學的核心主張是：法律推理應符合「合目的性原則」。不過，法學者在使用「合目的性原則」時，很少關注這個概念的來源，對於康德及新康德美學也未多加闡述，因而有頗多誤用或疑問。我認為，主要困難是缺乏法律美學的研究，因為在 1979 年前後僅有極少數學者發表論文⁷，等到大約 2015 年後這方面研究才略見進展。2015 年，德國學界創立了新的《法哲學》（*Rechtsphilosophie*）學術期刊，並以「法律美學」為創刊號主題⁸，近年受惠於認知神經科學對「共感聯覺」（*synaesthesia*）研究進步，也開始有法學者將新研究用於分析語言、邏輯、法律及文化現象⁹。

綜合上面所言，法律美學的方法論仍在發展中，重要研究出自 20 世紀令人耳目一新的新康德價值法學，因此很明顯地，在方法上強調個案判斷的「合目的性」原則，除此之外，21 世紀其他美學和科技（例如大數據資料科學，以及 AI 人工智慧等）的成果¹⁰，也對「合目的性」原則及其運用方法，帶來更新的理解及詮釋可能性。從筆者長期研究看來，可以肯定的一點是：當初在認知科學尚未發達時，康德及新康德的美學——像是對於想像力、語言符號、時間與空間意識的分析，許多不僅可透過語言分析哲學、認知科學及大腦神經科學的研究加以檢證，甚至提供了新科技重要的後設哲學基礎。大致而言，根據既有實驗證據，可以確定人類認知中的感性作用，有其真實性，因此法律美學在新康德的基礎上，可以預期未

⁶ 有關價值法學的背景及方法論，參考陳妙芬，〈價值法學：法體系及價值思考（上）〉、〈價值法學：法體系及價值思考（中）〉、〈價值法學：法體系及價值思考（下）〉三篇較完整分析，刊載於《植根雜誌》，第 37 卷，第 6, 7, 8 期（2021 年，6, 7, 8 月）。

⁷ 例如 P. H. Karlen, “Legal Aesthetics”, *The British Journal of Aesthetics*, Volume 19, Issue 3, 1979, pp. 195–212; John Costonis, “Law and Aesthetics: A Critique and a Reformulation of the Dilemmas”, *Michigan Law Review*, Vol. 80:355–461 (January, 1982); Adam Gearey, *Law and Aesthetics (Legal Theory Today)*, John Gardner (Series Editor), Hart Publishing, 2001。

⁸ 參考 Eva Schürmann, “Recht als Gegenstand der Ästhetik”, *Rechtsphilosophie*, 2015; Eva Schürmann and Jörn Reinhardt (Hrsg.), *Ästhetische Theorien des Rechts* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2020)。

⁹ 例如 Rostam J. Neuwirth, *Law in the Time of Oxymora: Synaesthesia of Language, Logic and Law* (Routledge, 2018)。大約 1980 年後大腦神經科學因腦造影技術問世，開始有大幅進步，對認知科學及哲學帶來重大影響，晚近因而發展出認知神經科學，這門研究有助於驗證過去以來美學的假設，參考 Georg Northoff, *A Guide to Philosophy and Neuroscience* (2014)；格奧爾格·諾赫夫著，《留意你的大腦：通往哲學與神經科學的殿堂》，洪瑞麟譯，鄭凱元審訂（台大出版中心，2016 年），頁 215, 484。

¹⁰ 後來其他的文化哲學和藝術理論，例如黑格爾美學講義（大部分出自學生筆記）、卡西勒（Ernst Cassirer）的文化象徵哲學、梅洛龐蒂的知覺現象學、呂格爾及高達美的哲學詮釋學等，都在某個程度上接受、試圖補充或回應康德美學的方法。

來的進展¹¹。

那麼，法律美學有何運用實例？有興趣的研究者要從哪裡切入？觀察二戰迄今的國際法和憲法理論，直到今天已建立的法律原則，包括多元文化和人權等，這些法律原則經由科技、文化和教育領域的民主化，逐漸推廣深入日常生活。但是，即使法律依民主程序訂立這些基本原則，實際上還是經常遭到侵犯和破壞，違法者也包括執行公權力的機關。人們寄望有力和良善的司法（包括國際司法），否則人權價值無法落實，變成只是立法者紙上談兵¹²，傳統法學思維也必須跟著改變，在傳統重視邏輯學和倫理學之外，還要納入美學，讓法學方法論更加完備。

簡言之，隨著資訊科技發達，21 世紀進入文化治理（cultural governance）時代，法學朝向跨科際發展，有關文化治理及法學方法論，成為法理學新興研究主題¹³，而文化治理與美學的關係更顯而易見。文化治理產生的法律紛爭，司法者如何判斷？法學方法論如何幫助司法者運用「合目的性」原則，如何對個案作出正確的法律推理（legal reasoning）？這是法律美學及方法論的核心課題。

對現今法學而言，「文化治理」仍是新的概念，底下第二節先簡要說明其意義。接著，第三節探討文化治理與法學的關係，第四節分析羅德布魯赫命題，說明新康德價值法學的方法論。第五節進一步指出法學方法論的三個範疇－邏輯、倫理學、美學，說明這三個範疇分別對應三種價值（知識的真、道德的善、藝術的美），三者有別又彼此相關。在第六節中，進一步深入探討方法論的美學進路。本文第二至六節，均為方法論的討論，第七節導入實例運用，說明既有方法論的不足之處，以美國憲法及著作權法已發展 120 年的「美學不歧視」（aesthetic non-discrimination）原則為例，探討傳統方法論的問題，接著於第八節提出筆者的觀點，最後第九節為初步結論。

二、文化治理的意義

首先，以法學的分科來說，通常我們稱「教科文」預算、教科文組織或教科

¹¹ 詳見本文底下 7.2 關於「時間差異原則」的討論。

¹² 近期民間推動相關議題，包括修憲以納入文化權利的保障，參考台灣文化法學會，「文化權利入憲策略規劃」說明會會議手冊，2022 年 5 月 3 日。此外，近年台灣仿照各國設立文化內容策進院，對於它的設置條例的討論，參考陳妙芬，〈「文策院」設立與文化基本法〉（自由時報，2017 年 11 月 6 日）。

¹³ 近期研究的問題及實例，參考 Brian Soucek, “Aesthetic Judgment in Law”, *Alabama Law Review*, Vol. 69:2 (2017, 381-467)。

文法律等，其內容涵蓋了前端冒險的科學實驗及發明、學術研究、族群文化及產業、藝術創造和所有基礎教育設施等等，如此多樣的人類社會行動及資產，概括地被納入中文「教科文」（對應於英文“education, science, and culture”）的概念底下，但實際法學研究並未反應教育、科學及文化三個面向的結合及關係－目前似乎教育歸教育，科學歸科學，而文化歸文化。這個現象除了反映在法制上－現行教育法、科技法及文化法被切分為不同法領域，而且也反映在法學研究上－教育法學、科技法學與文化法學似乎各自獨立，實用教材如「教育文化法規」彙編，尚未見納入科技法，教科書或專書呈現三方各自獨立¹⁴。

值得注意的是，進入二十一世紀以後，科技結合人文研究，進步神速，資訊、觀念及傳播媒介的快速發展，日漸衝擊法學思考，大致可歸結三個重點：(1)在法理論上，教科文法規的關係緊密，三者研究議題有不可切割的關係，(2)在方法上，三者有共通的價值邏輯和詮釋方法，(3)在實務上，三者都有國際性和跨科際的特色。

以 AI (artificial intelligence, 人工智慧) 科技為例，2009 年日本科學家發明機器人教師莎亞 (Robot teacher Saya)，成為全球公認的第一個機器人教師，同年韓國開始在學校中運用蛋型機器人語言助教，現今一般公司運用機器人進駐櫃檯服務，已隨處可見，2017 年沙烏地阿拉伯給予機器人蘇菲雅 (Sophia) 全球第一個公民權身分。甚至 2022 年 11 月甫發表就引起全球轟動的 ChatGPT，都廣泛激起了對於資訊和創作的進一步討論與爭議，例如涉及著作的原創性或抄襲等問題。對於科技與人工智慧發展，許多看法兩極，有的看好，有的唱衰，但各國競相發展科技，人工智慧發明在學術研究、教育、傳播、文化產業及藝術創作上運用普及，則是不爭的事實，相關教科文的法規連結，勢必將逐漸改變社會生活。

在國際法及國際組織中，教科文領域的連結已逾半世紀之久，而且持續反映新科技及觀念，2011 年後國際經濟合作組織 (OECD) 多次修改和新增「國際學生能力評量」(PISA, Programme for International Student Assessment) 指標¹⁵，近

¹⁴ 參考李仁森，《教育法與教育人權》(台北市：元照出版，2017)；許育典，《公民文化權、文化法制與古蹟保存》(台北市：元照出版，2017)；蔡明誠，〈智慧權與科技法〉，《月旦法學雜誌》，第 124 期(2005)，頁 99-110；牛惠之，〈『科技法律』與科技『治理』－研究生醫、安全與環境等跨科技法律議題之方法與省思〉，《月旦法學雜誌》，第 169 期(2009 年)，頁 142-155；交通大學科技法律研究所於 2004 年創立期刊《科技法學評論》，徵稿說明涵蓋主題為「智慧財產權法、網路網際與電子商務法律、資訊與通訊法律、生物科技與醫學法律、與科技相關之競爭法或國際經貿法、中國大陸與科技相關之法律、其他相關之新興科技法律」，詳見網址 https://law.nctu.edu.tw/?page_id=473。

¹⁵ 參考 OECD (2011), Education；比較國際與國內研究資料，參考蔡明學，〈從學習核心素養探究國際的教育政策發展之趨勢〉，《教育資料與研究》，第 107 期(2012)，頁 111-134。

年更強調教育的目標是終生學習（life-long learning），聯合國教科文組織（UNESCO）及歐盟等國際組織，近年陸續提出終身及全人教育計畫，各式科技媒體（例如虛擬影音教室、線上展場¹⁶）成為翻轉教育的載體。現今國際提倡各級學校朝向「未來學校」－就是出於資源及教育平等的理念，以使每個學生能成為終生學習的人，而老師的角色則是每天都在「建構未來」的人¹⁷。

由此觀察，科技與人文研究結合，使國際法及國內法皆產生改變，而最顯著的變化就出現在上述通稱教科文領域，亦即廣義的「文化領域」。追隨這股國際潮流，台灣政府除了通過人權兩公約施行法，舉行國家定期人權報告審查、邀請國外專家來台與政府和民間對話，同時也積極推動教科文政策，2019 年制定了《文化基本法》，宣稱推動教育改革及科技立法等，各類法規可說多如牛毛，即使法學專家都難以窺其全貌，更何況廣大受規範的其他領域專家、工作者及閱聽和消費大眾，法學在文化領域的基礎研究，仍有待耕耘。

由於「文化領域」涵蓋面極廣，因此，近年國際學界運用「文化治理」（cultural governance）的概念¹⁸，綜合對文化多樣性（cultural diversities）的理解－文化具有延續與創造性，跟個人和群體的經驗又相互連結，雖然，治理不能脫離法制，但法制化（legal institutionalization）只提供文化治理的形式，實際上文化權利與資源分配、國家與民間組織運作、以及社會意識形態，才是文化治理的內涵，或亦可概括地說，廣義的文化治理涵蓋三個面向－法制化、組織運作及意識形態，當然這三方面彼此關連。

就學術分工而言，文化人類學或與其他社會科學，對文化治理的研究採取廣義的視角，亦即涵蓋上述三個面向，但也因為範圍較廣，容易忽略法規效力及實效，而這點正是值得注意的，近年聲稱跨科際與跨領域的法學研究，對此應特別有感。

據筆者觀察，法制化看似只是治理形式，但這裡的形式（form），並非表面、外形之意，而是認知法體系的先決條件（預設範疇）－經由法律建構的前提（例

¹⁶ 今年 Covid-19 疫情影響展覽場地，線上展場正好派上用場，例如「給火星人類學家特展」，參考洪儀真，〈給火星人類學家特展（二）：在限制之下，藝術家如何繼續創作？〉，《關鍵評論》（2022 年 9 月 5 日）。

¹⁷ 去年 2022 年聯合國教科文組織（UNESCO）就把年度的世界哲學日（World Philosophy Day）活動主題定為「未來的人」（The Human of the Future），對此討論參考陳妙芬，「未來的人 The Human of the Future: AI and art」，與 Prof. Brian Bruya 合作錄製，網路 Podcast “Clearing the Air”（哲學十分鐘），S6, E1（2022 年 11 月 17 日）。

¹⁸ 參考 Thomas Schmitt, “Cultural Governance as a Conceptual Framework”, Max-Planck-Institut Zur Erforschung multireligiöser und multiethnischer Gesellschaften Göttingen, Working Paper 11-02 (2011)。

如增訂文化權利，或明定行政裁量的客觀合理原則等），使跨領域學科之間能確立法規範的大前提，從而設定問題、開展論題（topics）。因此，就狹義的文化治理而言，指國家法律對於教育、科學及文化的規制（regulations），亦可通稱為教科文的法制化（legal institutionalization of education, science and culture）。

根據上述狹義的文化治理，教科文的法律體系，一方面包括制定法，在法釋義學的操作下，必須注意凱爾森（Hans Kelsen, 1881-1973）所說的制定法文義解釋的「框架」（interpretive frame）¹⁹，而另一方面亦包含「超制定法之法」－即經由「法理」（legal reasons）推論找出法體系的價值決定（法理念、正確的法）。後者所涉及的論理方法，在法學方法論為價值法學（德文為”Wertungsjurisprudenz”；法文為”jurisprudence des principes”，”jurisprudence des valeurs”；英文為”jurisprudence of values”，”jurisprudence of social values”）專長，但國內這方面的研究仍較稀少，底下第二節為說明文化治理與法學的關係，將強調價值法學的重要性，以便接著探討它日後發展為法律美學的軌跡。

相較於法釋義學，國內法學鮮少探討或引入價值邏輯，法學者多受概念法學影響，固然可能嫻熟概念操作，但可能疏於價值邏輯，或忽略法律推論是一種涉及價值的推理，因而反映於法解釋（或判決理由）的價值選擇，並非合乎方法的要求，因而法學者常被批評不善方法或邏輯不通²⁰。二十世紀中新康德學派，致力於把價值的思考及方法，引入日常語言之中，而德國新康德學派法哲學家羅德布魯赫（Gustav Radbruch, 1878-1949），則是將之引入法學的主要貢獻者。羅德布魯赫曾言－法學是一門「理解的文化科學」，他強調法學方法的價值邏輯，並從各種角度分析法學的性質及方法。

底下簡述法學方法論的演變軌跡，有助於了解後續因應文化治理的方法論（法律美學）。

¹⁹ 根據凱爾森的法解釋理論，在制定法文義解釋的「框架」內，亦容許多種不同的解釋及判決可能性；參考 Hans Kelsen, “On the Theory of Interpretation” (1934/1990), translated by Bonnie Litschewski and Stanley L. Paulson. *Legal Studies*, Vol. 10, No. 2 (July 1990: 127-135), p. 129。

²⁰ 如王澤鑑教授指出，「任何進步的關鍵都在於方法的進步。[...] 目前法律系學生尚普遍缺少適用法律的能力。學生在回答案例考試時，答案五花八門，根本沒有方法。我曾經看到答題內容完全沒有思維方法的高考試卷，學校將這些未經訓練的學生送上考場，現今的情形似乎沒有太大改變。」參考引自王澤鑑，〈請求權基礎、法之適用與案例研習〉，《月旦法學教室》（200期，2019年6月，頁14-29），論文摘要。此外，大法官每年釋憲約僅十餘件，社會質疑速度太慢，近日司法院長許宗力指出：「相較於美國最高法院、韓國憲法法院或其他國家，台灣大法官的解釋數量確實偏少，像美國最高法院一年就可以作成五、六十則以上判決，我們為何偏少？原因何在？很值探究。」參考引自許宗力，〈從大法官實務工作經驗看我國司法改革〉，《月旦法學教室》（200期，2019年6月，頁31-38），論文摘要。

三、文化治理與法學

法哲學與法學方法論，有不可分的關係，德國法學家拉倫茲（Karl Larenz, 1903-1993）在《法學方法論》中曾言－要了解法學方法，必須先了解法哲學的問題史。他的意思是說，法學方法之為方法，有它所要克服的現實難題，了解難題所生的思想脈絡，才能真正了解方法及其運用。

法哲學深入文化治理研究，是非常晚近才開始的，這與有系統的文化科學²¹及文化哲學（Kulturwissenschaften; Cultural Sciences; Philosophy of Culture）始自二十世紀初新康德學派，有密切的關係。因之人文學研究方法有「文化轉向」（cultural turn）之稱，即反省科學實證主義的後果，轉而強調文化與價值，法學所受影響可分為兩個階段：第一階段為 1970 年後法律詮釋學（legal hermeneutics）興起，因受哲學詮釋學影響，批判剛性實證主義及概念法學，修正方法二元論及形式推理，強調法律推理中人的認知因素（主觀因素），探討事物本質、法律語言、類比推理等方法，這個階段的代表者有德國刑法學及法哲學家考夫曼（Arthur Kaufmann, 1923-2001），拉倫茲後期也轉向詮釋學方法，他稱法學為「理解的科學」，並將法學方法論視為「法學進行詮釋學的自我反思」（„hermeneutische Selbstreflexion der Jurisprudenz“）²²；第二階段為現正發展中的法律美學，羅德布魯赫（Gustav Radbruch, 1878-1949）最早於 1932 年再版《法哲學》（*Rechtsphilosophie*）中提出「法律美學」的概念，他以簡短四頁加以說明，尚未深入發展。直到 1979 年後有少數學者發表相關論文²³，但約自 2015 年後才有明顯發展，如 2015 年德國學界創立了新的《法哲學》（*Rechtsphilosophie*）學術期刊，並以「法律美學」為創刊號主題²⁴。美學研究感官知識、感性在思考的運用及判斷力（Urteilkraft, the power of judgment），近年受惠於認知科學對共感聯覺（synaesthesia）研究進展，有助於認識「價值形成」，現已被用於分析法律論證內含的「價值衝突」（或矛盾）及解

²¹ 德文“Kulturwissenschaften”，一般直譯為英文“cultural sciences”或“sciences of culture”，但都與德文有差距，因德文“Kulturwissenschaften”涵蓋一般列為“humanities”（中文所稱「人文學」）的內容，在用語上須加留意，參考 Thomas Schmitt, “Cultural Governance as a Conceptual Framework” (2011), p. 7。

²² 詳見 Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1960/1991), 6. Aufl. (Berlin/Heidelberg: Springer Verlag, 1991), Teil II, Kapitel 1。

²³ 例如 P. H. Karlen, “Legal Aesthetics”, *The British Journal of Aesthetics*, Volume 19, Issue 3, 1979, pp. 195–212; John Costonis, “Law and Aesthetics: A Critique and a Reformulation of the Dilemmas”, *Michigan Law Review*, Vol. 80:355–461 (January, 1982); Adam Gearey, *Law and Aesthetics* (Legal Theory Today), John Gardner (Series Editor), Hart Publishing, 2001。

²⁴ 參考 Eva Schürmann, “Recht als Gegenstand der Ästhetik”, *Rechtsphilosophie*, 2015; Eva Schürmann and Jörn Reinhardt (Hrsg.), *Ästhetische Theorien des Rechts* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2020)。

決方法²⁵。

上述兩階段有一共通點，即承續以往價值法學的論點，強調價值為個人表達信念的客觀形式，亦即價值來源為個人的信念，但形成價值則取決於特定的文化規範（**cultural norms**），而不是偶然和恣意形成的。按新康德哲學及價值法學觀點，所謂文化，即是個人價值表達的總體，現今的文化治理強調文化多樣性，正是為了保障個人（以此進而保障族群集體）的自我表達與創造力。本文底下將探討文化治理及法學方法，但在此之前，有一個重要的問題，必須先釐清：對於文化治理，法規範的角色是什麼？我們可從兩方面思考此一問題，為方便討論，底下將這兩個面向分別稱為「法學定位問題」及「法律判斷的價值問題」。

就（一）「法學定位問題」，在科技發達的時代，法律的規範性甚至比以往更為重要，因為科技與人文結合，鼓勵和激發創造可能性，也衝擊原本法規範的適用問題，如網路世界中主權國家如何針對經濟行為（或甚至犯罪行為）介入規範。此外，在政治及資本主義經濟體制的影響下，法律管制也可能產生負面的效果，例如國家機器的監控被濫用，以及變相造成對政治異議和經濟弱勢者的壓迫及剝削等，因而嘗試去釐清（文化領域）法制化的意義，在理論上必定涉及法學的定位，亦即簡言之，站在法學者的角度，應如何看待法律與文化的關係？新康德學派將法學定義為文化科學，如底下第三節討論羅德布魯赫命題，有助於思考這些問題。

接著，就（二）「法律判斷的價值問題」，法學須將抽象理論，進一步轉換成能因應實務的方法論（法學方法論），這需要從複雜又龐大的文化領域，嘗試找出合適的視角（注意容納多元視角）以釐清國家法的體系與目的，也就是說，無論法學者面對通案或個案，視角的選取十分關鍵（或稱詮釋態度，**hermeneutic, or interpretive attitude**），攸關法學者是否適切地運用「法治國」及「文化國」等憲法的價值原則，以形成合法、正當及妥適的判斷（**judgment, Urteil**）²⁶。底下分析羅德布魯赫命題蘊含方法三元論（**Methodentrismus**），將指出在實然和（道德的）應然判斷之間，存在廣泛涉及文化規範（**cultural norms**）的價值判斷－例如法學所

²⁵ 例如 Rostam J. Neuwirth, *Law in the Time of Oxymora: Synaesthesia of Language, Logic and Law* (Routledge, 2018)。

²⁶ 關於法治國與文化國的關係，以及對文化國原則的研究，詳見陳妙芬，〈文化國的原則與實踐〉，刊於《憲政基本價值》，蕭高彥主編（中央研究院人文社會科學研究中心出版，2009），頁 151-185。以往法理學和法學方法論的著作，沒有針對文化治理的研究，但其實早期楊日然教授提到的「整合法學」（或稱綜合法學），已粗具某些方法論的思考，對此初步分析可參考陳妙芬，〈人權與價值衝突－法律文化研究的基本問題和方法〉，《法律的分析與解釋》，楊日然教授紀念論文集（台北市：元照出版，2006），頁 185-208。

稱「合目的性」，這類判斷大多涉及美學判斷—例如著作是否為原創？數位科技輔助蒐集資訊和撰寫論文是否合宜？合理使用和剽竊抄襲的區分？凡涉及評鑑和審查程序時，對評價一件或多件作品（包括商標、專利及著作、研究計畫、學術論文、設計案和各類標案內容等）的標準？如何要求正當法律程序？在極廣泛的文化治理，美學判斷具重要性、甚至優先性。本文底下探討方法論的美學進路，將提供研究及運用原則的方法。

這裡先就上述兩點，簡要說明法律與文化生活的相互影響。

法規範，不同於其他社會規範，就法的強制力而言，它是外加於人民身上的，不必然能約束人們的想法、意圖、信念。但法規範若成為文化規範的一部分－或實際上先有文化規範再形成法規範，例如以美化管理的理由，禁止遊客在車站大廳逗留或席地而坐，這類規範便具有法律和文化上的特殊意義。或如文化資產法對於文化資產（古蹟）的認定，法律並未（也無法）預先訂定具體的規制內容，必須與時並進地因文化演變，而漸次地制定及修訂實體及程序規定，尤其當社會成規與政治經濟力量介入時，法學見解及法律判斷的不確定性，就變得十分明顯，因此有學者認為，目前行政裁量（關於判斷餘地）的理論及方法，難以符合法律可預期性的要求，換言之，法規範是否為理性？有無根據論理方法？還是為多數決形式的主觀決斷？另以現行大學法授權大學自治而履生妨害教師學術自由（如透過評鑑、升等、各類審查、分級給薪等自定辦法）的爭議為例，近年司法判決及學者提出諸多疑慮²⁷，歷年司法院大法官所作憲法解釋也屢生不一致等情況，都有待討論釐清。

法律及憲法解釋的衝突，在在顯示法律解釋與推理，需要主體的想像力、價值選取與判斷，但過去無論支持或反對法實證主義者，多半認為「法律給予行動理由」（*"law gives reason to action."*）為不爭的社會事實，但這個看法在文化領域中，似乎並不成立，反倒實際情況是—「行動給予法律理由」（*"action gives reason to law."*）。後面這句話的述詞「給予理由」（*"gives reason to X"*），所指給出理由的主體（*subject*），其實就是文化領域中的行動者，如立法者及文化部門官員、不同階段法律程序中的專家代表、倡議團體與行動者，當然也包括律師及法官。如前所述，法制化為文化治理提供形式，而實質上的法律判斷是：透過審議和裁量而形成的規範性判斷。如此在程序中形成的具體法規範，必然是一種價值選擇的結果，若用凱爾森的說法，即法律解釋有各種方法上的選擇，作出任一具體的

²⁷ 參考李仁森，《教育法與教育人權》（2017），頁 340-342。

解釋都帶有一種政治性決定。

以價值法學的觀點來說，法律所涉及價值的判斷，則是文化規範的一種表現，這支法理學及其法學方法論遲至二十世紀初萌生，在方法上受新康德哲學影響，主要研究來自西南價值學派，本文底下以羅德布魯赫為代表加以探討。

四、法學是文化科學（Radbruch's Thesis on Jurisprudence）

在 1914 年初版、以及 1932 年改寫再版的《法哲學》書中，羅德布魯赫提出著名的主張，底下稱為「羅德布魯赫命題」，並簡稱為(RT)。

(RT)：法學是文化科學，或精確地說，它是理解的文化科學（*verstehende Kulturwissenschaft*）。

了解此一主張的歷史背景，有助於我們檢視此命題的內容。²⁸新康德哲學對文化的探討，部分傳承了康德美學方法，對法學影響深遠，而德國著名法哲學家羅德布魯赫（Gustav Radbruch, 1878-1949）就是一位新康德學派的法哲學家。如前面導論提到，羅德布魯赫最初提出「法律美學」的概念，雖限於時局戰亂等因素而未能繼續發展，但他致力將法學定位為「文化科學」（*Kulturwissenschaft*），並且說「法哲學是真正的哲學，不是一種模仿。」（“*vera nisi fallor philosophia, non simulate.*”）²⁹，獨到見解啟發不少後人³⁰。

這裡「文化科學」的意涵為何？回答這個問題，必須回顧二十世紀初興盛的新康德哲學，以及當時羅德布魯赫接觸最深的海德堡大學的學圈，因為他所說的「文化科學」，指的是一切與價值有關的知識，介於道德與自然科學之間。法學的特性，就在探索介於道德和自然科學之間的「涉及價值的」事物，這些廣大事物被泛稱為「文化」。羅德布魯赫的主張（命題），並非獨創，因為探索「文化科學」是新康德哲學家（尤其是其中的價值學派）致力發展的，羅德布魯赫也是其中一員。

新康德哲學對法學有非常重要的影響，這裡僅簡要說明。在德國啟蒙哲學家

²⁸ 有關背景詳見陳妙芬，〈價值法學：法體系及價值思考（上）〉（2021年），同註6，頁237。

²⁹ Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie* (1932), 8 Aufl., hrsg. v. Erik Wolf und Hans-Peter Schneider (Stuttgart: K. F. Koehler Verlag, 1973), S. 208.

³⁰ 例如影響 Ralf Dreier 和 Robert Alexy 等後代的法哲學家，參考 Brian Bix, “Robert Alexy, Radbruch's Formula, and the Nature of Legal Theory”, *Rechtstheorie*, 37 (2006), pp. 139-149。

康德（Immanuel Kant, 1724-1804）逝世之後，直到大約 1860 年左右興起「回到康德」（批判地閱讀康德）的哲學運動，因當時康德研究主要出現在德國大學教授的著作和講學，並以馬堡大學和海德堡大學為重心，兩地學者圈的研究重點不同，而逐漸形成兩大支派（或稱兩支學派）：一支是以先驗知識論和邏輯實證論為主的馬堡學派（包括維也納學圈），而另一支是以人文社會科學和價值哲學為主的西南學派（也稱巴登學派，包括海德堡學圈）³¹。羅德布魯赫曾擔任威瑪共和國的司法部長，他參與社會民主黨，對於司法改革頗有貢獻，他於擔任公職前及卸任後 1926 年到 1933 年期間在海德堡大學任教，成為此地新康德西南學派在法哲學領域的代表。³²

對西南學派來說，承繼康德哲學的方法二元論（Methodendualismus）還是不可動搖的，也就是堅守在語言使用上（包括形成推論）不可混淆表述「實然」與「應然」的語句，主張清楚區分兩種不同性質的語言範疇。對法學來說，法規範屬於「應然」範疇的語句，那麼從個案事實（「實然」語句）既不能直接推論出「應然」語句，那法律判斷要如何形成？在事實的基礎上，若要形成規範性的推論（判斷），則必須對事物形成某種評價，也就是以「價值」為中介，這就形成一個介於實然與應然之間的「價值」範疇。文化生活的領域，反映了人們的價值，這些價值的存在，必須經由人的「詮釋」才能加以理解，而且通常其詮釋容納多元和多樣可能性，可見這與我們認識自然或道德的事物，在方法上有極大差異。

羅德布魯赫認為，耶林晚期轉向研究「法律的目的」（purposes of law; Zweck des Rechts），用意就在克服歷史法學派和黑格爾的方法一元論（Methodenmonismus）：一方面薩維尼的歷史法學演變成過於強調民族情感，另一方面黑格爾又過度強調理性。³³羅德布魯赫贊同耶林，強調支持康德的「方法二元論」的優點，並且藉由上述引入「價值範疇」來加以補充，而形成新康德的「方法三元論」（Methodentriismus）。所以，這裡要指出的是，羅德布魯赫對法學的性質，提出上述命題：法學是文化科學，必須以方法三元論所分析的「價值詮釋」為基礎，才能較精確地加以討論。

³¹ 對此分析參考 Ralf Dreier and Stanley L. Paulson, "Einführung in die Rechtsphilosophie Radbruchs", in Radbruch (1999), 同註 4, S. 236-237。另一位重要的新康德法哲學代表則是 Hans Kelsen，Radbruch 和 Kelsen 的法哲學和方法論不同，兩人受二戰前後新康德哲學的兩支不同學派影響（西南學派及馬堡學派）。

³² 有關這裡的研究脈絡，筆者近期的研討會論文〈新康德法哲學的方法論：純粹法學和價值法學〉（東吳大學法學院第十七回法理學研討會，2023 年 4 月 14 日）加以處理，仍有待補充。

³³ 參考 Radbruch (1999), 同註 4, S. 29。

有了上述方法論的背景，接下來就可以針對「法感」與「價值」的關係，作更精細的探討，這正是羅德布魯赫在《法哲學》書中開展的一個重要主題，也就是從文化科學的眾多面向—例如從法律人的心理學探討思辨理性與良知，又從美學探討法律修辭學的運用，非常深入地分析「法感」在法律論理的作用。這裡從新康德的方法三元論，就比較容易理解：羅德布魯赫將「價值」詮釋為主體的感受，因此價值是相對的，但同時觀察文化生活中的多元價值，不會簡單地將文化看成只是個人價值總和，這時「文化」被理解為某種客觀上存在的現象。以往法學對價值的研究，有的走向偏於將價值理性化，有的走向偏於主觀化，這兩種看來都有問題。對新康德法哲學來說，美學是分析和詮釋法感（以及價值）的重要方法，底下就法學方法論的三個範疇—邏輯學、倫理學、美學，簡要加以分析，以便說明美學與其他方法的關係。

就文化治理而言，法學本身反映文化價值，應是毋庸置疑的，若將上述觀點再加以衍伸，甚至可說，若沒有文化科學內涵的法學，也就沒有真正的文化治理可言，因為表象上治理（法制化）將是一種權力主宰統治（rule by dominance），而非反映人文與法治精神的規範或規制（rule by law and regulations）。因此，新康德法哲學的分析，重視法學方法論的三個面向，缺一不可，由此也顯示出美學對於價值判斷（論理和表述）的重要性。

五、法學方法論的三範疇：邏輯、倫理學、美學

法學方法，最早源自古代的文藝理論及修辭學，法學者發展法學方法論，則是十九世紀之後的事，而且基本方法並無特別獨創，仍是沿襲理解文藝及修辭的原理，這是因為對於法律的認識及解釋，必然經由法律語言，而法律的語言、文本、判決、論證等，在性質上也是人所生產的作品，法律整體亦體現為文化價值。³⁴

古代的方法學，最為人熟知及影響深遠的，應該是古希臘亞里斯多德的《工具論》（*Organo*），其中探討邏輯學和修辭學。經由中世紀亞里斯多德主義經院哲學的努力，這支哲學傳統確立了推理的基本原理。

所謂推理，意指當人被某個對象吸引，專注於某一問題，對某一點好奇，欲探求真相，這就是廣義的推理（reasoning）。接著，推理分為兩類：形式邏輯、非形式邏輯。形式邏輯的推理，以亞里斯多德《工具論》流傳下來的三段論法為基

³⁴ 新康德學派的著名社會學家 Georg Simmel（1858-1918）也將法律制度稱為「客觀文化」。

礎，而非形式邏輯的推理，則以修辭學為基礎，在法學上運用更廣，但也更困難。邏輯和修辭都是關於判斷的形式（form），如一般所知，邏輯是判斷的基本技藝（Kunst; art），對藝術和科學，有相同的意義³⁵，而法律判斷必是結合邏輯與經驗的綜合性判斷（價值判斷）。簡言之，邏輯的形式為－由前提到結論的推理，而修辭的形式為－比喻、勸說、論證，這兩類形式構成基本的法學方法。

在古代、中世紀和近代封建體制，最公平的法律審判，必須訴求公眾智慧的判斷，但這只能順隨因緣，難以全面用於所有人身上，很多案件得不到公平審判。

公平審判，法律之前人人平等，成了現代法學最重要的指引，因此，現代法學家知道－唯有訴諸方法，才能使所有個案得到一樣合理的對待。對於個案的法律判斷，顯然僅靠邏輯是不足的，還需借助倫理學的方法－當然，不同的倫理學的學說（例如康德與邊沁就代表兩種不同學說）有截然不同的論理模式，而如何將論理中說明價值理由，就有共同的方法，也就是美學的論題開展和修辭。所以，美學方法的重要性，在於她有獨立的形式和實質，並不受倫理學歧異的影響。簡言之，「法感」作為美學的要素，也與倫理學有關，但它在許多複雜或艱難案件中，常必須藉由論題術和修辭等方法，也就是法律解釋者要正確和妥適地表述其價值理由（例如原則論證），必須適切地使用方法才能達到個案的「合目的性」判斷。底下簡要加以說明。

使用論題（Topos，複數為 Topoi；topics）為源自修辭學的說理方法－將人們平日熟悉的一般觀點，加以延伸、發揮，得出新意以獲取論證的效果。在修辭學上，這方法被歸為“inventio”（發明），西賽羅的演說雄辯以此著稱，所以有所謂西賽羅的「論題術」。

一個「論題」（Topos），就是一個思考的出發點，由此開始串聯其他的思考點，這一點一點的連結，構成一個完整的視域：看見處理的問題小山。這個視域如果很廣，當然就有更多解決問題的方向，儘管受限於時間和精力，我們通常會將問題限縮在一定控制範圍內，以便能找出最便捷的解決之道。所以，舉出大家都知曉和接受的一些原則或通則，常能大大減低論理的負擔。例如說舉出「結果考量」，但這不能流於空白格式或表面詞藻，否則就無法證成理由與結論，所以必須借助論題術和修辭學的運用。

論題術，也是非形式邏輯的推理，它保持運用三段論法，但有技巧地使用歸

³⁵ 哲學家胡賽爾創立現象學方法，他在《邏輯研究》書中闡述「邏輯判斷」是一門技藝，為藝術和實踐哲學共通的方法，參考 Edmund Husserl, *Logische Untersuchungen*, Band 1 (Halle: Max Niemeyer, 1913), § 4。

納和演繹。按亞里斯多德在《工具論》中的演示，需利用思考的反覆辯證，從一個提問到另一個問題，一層一層地展示自己的論點，最終使自己的主張獲得穩定的支持。現今法學方法論對此欠缺重視，有一些複雜的脈絡背景，這裡僅能略述。

法學追求科學理性和客觀性，因十九世紀後期概念法學（*Begriffsjurisprudenz*; *conceptual jurisprudence*）³⁶興盛而趨於極端化，法釋義學和法理論的走向，在兩百年後的今天，依然可見其驚人影響³⁷。1945年二戰之後，新一代自然法學復興，但概念法學依舊強大，許多由極權轉型為民主的國家，仍時常出現與現實脫節的立法者，法官裁判亦不乏令人瞠目結舌的例子，甚至2008年以後，台灣社會還出現了所謂「恐龍法官」的一種通稱，這或許是形容概念法學者最生動的譬喻³⁸。

在實務上，人民對司法沒有信心，成為社會最大問題之一。政府在體制上也力求改變，像是在原有「司法官學院」之外，2013年正式成立「法官學院」，2018年通過憲法訴訟法，2019年最高法院創設大法庭，同年律師公會也創立「律師學院」，以至2020年初司法院召集成立「人權與兒少保護及性別友善委員會」，2020年七月立法院通過「國家人權委員會」提名。一連串體制內革新，能否立竿見影？有待時間考驗，而最關鍵、也是最根本之處，還是法學者的思維。思考與方法，影響人的判斷及行動。

討論法學方法論的發展，不能輕忽概念法學，如我們一般所知，它的意義主要在追求法律的科學性，將之發揮極致。在批判或修正之前，有必要更深入了解：

為何概念法學？

首先，究竟什麼是概念法學者？顧名思義，這指的是－「以概念的形式邏輯來解釋法律」的法律人。這支學說創立於十九世紀，代表為普赫塔（*Georg Friedrich*

³⁶ 「概念法學」一詞，最早出自利益法學派代表黑克（*Philipp Heck*, 1858-1943），黑克以此形容普赫塔、早期的耶林及文德帥特（*Bernhard Windscheid*, 1817-1892）的理論；詳細背景參考 *Karl Larenz* (1960/1991), S. 49。此外，晚近英美法理學界也以「概念法學」（*conceptual jurisprudence*）一詞形容幾位法實證主義代表－包括 *H. L. A. Hart*、*Joseph Raz*、*Brian Leiter* 等學者的法理論，但此一討論脈絡完全脫離上述德文用法，可能造成若干誤解；有關英美學界的用法及討論，參考 *Kenneth Einar Himma*, *Conceptual Jurisprudence: An Introduction to Conceptual Analysis and Methodology in Legal Theory*, *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law* (2015) 26: 65-92。

³⁷ 美國法理學家 *Brian Bix* 亦指出，概念法學追求法律的「科學」，它所指的科學（“science”）是較廣義的，相當於德文的“*Wissenschaft*”（科學、有系統的知識），詳見 *Brian Bix*, “*Conceptual Jurisprudence and Socio-Legal Studies*”, *Rutgers Law Journal*, Vol. 32 (2000: 227-239), p. 227, fn. 2。

³⁸ 台灣出現「恐龍法官」一詞，約始於2008年白玫瑰運動期間，因切中司法要害，此後就成為社會常用名詞，連拍攝美國史上第二位女性大法官 *Ruth B. Ginsberg* 的紀錄片《不恐龍大法官》（原名為“*RBG*”，是 *Ruth B. Ginsberg* 的姓名縮寫），中文片名也採用這個詞，可見影響之大。

Puchta, 1798-1846），連青年時期的耶林都曾大力支持³⁹，後來耶林轉而反對概念法學，並發展了目的法學（Zweckjurisprudenz, jurisprudence of purpose）而傾向價值法學。

反對概念法學的理由不一，其中最重要的，就是反對它把法律帶往封閉的不歸路，變成自築城牆、與外隔絕，削弱法學者判斷的能力與勇氣，以至最嚴重時，自甘成為極權國家機器的打手，例如前面提到的，那些曾為納粹與法西斯政權服務的法學者，不勝枚數，其中不乏望重士林的法學教授及司法官員。

概念法學的養成方式，早已為人詬病。研究顯示，法學者若以為法律是中立、客觀、公平和一致的，或期待建立公正獨立的司法，就能解決紛爭、實現美好社會，這一切恐怕只是謊言。因反對過度概念化的法學思維，十九世紀耶林提出目的法學，強調法律判斷中的價值思考。

同樣強調價值思考的，出現在二戰後知名的法哲學案例－洞穴奇案和電車難題，學者透過虛構案例，演練各式可能判決結果，闡述價值衝突與解決方法。⁴⁰

法哲學虛擬案例「洞穴奇案」，講的是人食人的案例：探險隊因遭遇山難、受困於洞穴，五個隊友最終為保存多數性命，在所有隊友同意下，以抽籤決定吃掉其中一人。這是 1949 年美國法理學家富勒（Lon L. Fuller, 1902-1978）在一篇論文中提出的虛構案例，此後引發眾多討論，洞穴奇案變成經典的法理學公案⁴¹。

此外，「電車難題」是道德哲學課的常用教材，它最早的案例版本是 1951 年德國刑法及法哲學家文澤爾（Hans Welzel, 1904-1977）提出的－描述一輛火車行駛途中，原定軌道前方突然出現人群，軌道員為保全人群性命，緊急轉換火車軌道至另一方向，導致少數人迴避不及而喪命。這個思考刑罰哲學的虛擬案例，後來被英國哲學家芙特（Philippa Ruth Foot, 1920-2010）改編，才變成今日坊間流傳的版本。⁴²

這兩個著名的法哲學案例，跟我們在民法、刑法或行政法等法律教科書中常見的案例演習，有何不同？

³⁹ 普赫塔曾在慕尼黑大學授課，後來到柏林大學接任薩維尼退休後的講席，影響學生極廣，其中最著名的學生就是耶林。耶林在柏林大學取得博士學位後，曾在瑞士和奧地利講學，1868 年在維也納的演講〈為權利而奮鬥〉（"Der Kampf ums Recht"）使他一舉成名，1872 年開始在哥廷根大學任教，在這裡展開了關於目的法學的研究。

⁴⁰ 有關方法論的背景，參考陳妙芬，〈價值法學：法體系及價值思考（上）〉，同註 6，頁 217-218, 221。

⁴¹ Lon L. Fuller, "The Case of the Speluncean Explorers", *Harvard Law Review* (The Harvard Law Review Association, 1949), 62 (4): 616-645.

⁴² Philippa Ruth Foot, "The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect", *Oxford Review* (Number 5, 1967). 亦參考陳妙芬，〈價值法學：法體系及價值思考（上）〉，同註 6，頁 222。

常見法律教科書，為了說明法律的解釋適用，使用大量案例。例如通常先簡要地敘述當事人甲乙丙丁等之間的關係，精簡交代事實經過，然後導入法律規定的內容，接著展開專業分析與討論，目的在於提供各領域（或更廣的）法律知識。⁴³

反觀上述法哲學的案例，不僅詳盡敘述當事人處境，還交待時空背景，更會提及當事人的意圖、行事動機。除了洞穴奇案、電車難題，其他膾炙人口的虛構案例，像是威尼斯商人（契約與誠信原則）、安提岡妮（法律衝突）等，每個案例都涉及多元及價值衝突，對這些案例的法律判斷，將美學的感性與想像力運用於思考中，方能進行反思性（批判性的）價值判斷，因此，上述著名法哲學家費心設計案例，並提供多樣解答可能性，為的就是激發想像力。使用案例演練，一直是法學方法的重點，這點在歐陸法系和英美法系皆無不同。

如前所述，美學跟法學的淵源已久，只是長久被概念化的科學所淹蓋，回溯方法論的歷史，可知法學兼具科學性與藝術性，最重要的表現就是法學方法。隨著科技與人文研究的進展，法學方法在以往邏輯和倫理學之外，亦比以往更加重視美學。

六、法律美學：方法論的美學進路（aesthetic approach）

法律美學的概念，首先出現在 Radbruch 的《法哲學》增訂三版第十四章“*Ästhetik des Rechts*” (1932) 中，一般研究法律風格或修辭的學者，尚未將法律美學視為獨立的研究領域，當時羅德布魯赫指出：「法律可以為藝術所用，藝術亦能為法律所用。」他的意思是說，法律是文化現象，跟其他文化一樣，有具體的表達形式：法律形式包括語言、動作、服飾、象徵、建築等形式⁴⁴，即我們平日接觸到的法律語言、執法行為、法袍、司法象徵、司法建築等等。

自古藝術創作就常取材自法律議題，例如古希臘詩人索福克勒斯（Sophocles,

⁴³ 案例演習的教學法，在台灣行之有年，亦是法律課程主軸，但如王澤鑑教授指出，「任何進步的關鍵都在於方法的進步。[...] 目前法律系學生尚普遍缺少適用法律的能力。學生在回答案例考試時，答案五花八門，根本沒有方法。我曾經看到答題內容完全沒有思維方法的高考試卷，學校將這些未經訓練的學生送上考場，現今的情形似乎沒有太大改變。」參考引自王澤鑑，〈請求權基礎、法之適用與案例研習〉，《月旦法學教室》（200期，2019年6月，頁14-29），論文摘要。此外，大法官每年釋憲約僅十多件，社會質疑速度太慢，近日司法院長許宗力指出：「相較於美國最高法院、韓國憲法法院或其他國家，台灣大法官的解釋數量確實偏少，像美國最高法院一年就可以作成五、六十則以上判決，我們為何偏少？原因何在？很值得探究。」參考引自許宗力，〈從大法官實務工作經驗看我國司法改革〉，《月旦法學教室》（200期，2019年6月，頁31-38），論文摘要。

⁴⁴ 參考 Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie* (1932), Kapitel 14 (“*Ästhetik des Rechts*”), S. 103。

c.a. 496-406 BC) 在他的悲劇作品《安提岡妮》中，描述殘酷的死刑執行儀式，探討人為法律與自然法的衝突；又如莎士比亞在《威尼斯商人》裡，描寫法庭辯論的戲劇性，烘托出法官判案兼顧公平與誠信的艱難。除了法律文學之外，在電影發明後，以聳動的司法案件為題材的影片眾多，法律電影早已是普及的法學入門教材。

法律為藝術所用，確實很常見，但反過來，藝術如何能為法律所用呢？

儘管羅德布魯赫對此沒有仔細說明，推敲他的文意，似乎是指法律要追求論理形式及實質上的正確性和妥適性（合目的性），以成就法律的藝術性，例如藉由充實感性和文學修辭的方法，使法律的呈現達到真、善與美。淬鍊法律為一種志業，而不僅只是表面地解決一時紛爭，這裡他強調法律美學，一方面與他主張社會民主的法治理論有關，另一方面受現代美學（分析「美學主體性」，源自康德美學）影響，底下簡要說明。⁴⁵

十八世紀德國哲學家鮑姆加登（Alexander Gottlieb Baumgarten, 1714-1762）在 1735 年的《沈思錄》（*Meditationes*）一書中，第一次提出「美學是獨立的哲學學科」主張，接著自 1750 到 1758 年間，Baumgarten 致力寫作《美學》（*Aesthetica*），這本書成為啟蒙美學的第一部代表作。人們當時就注意到這支哲學研究，將影響及改寫人看待世界與自我之間的關係，後來經過康德哲學的運用，美學方法便從此植入包括法學在內的學問。

十八世紀的「美學」（aesthetics）－通稱現代美學，研究感官知識、感性在思考的運用（以及判斷力），也有人將她譯為「感官論」或「感性論」。因美學與藝術的想像力與創造力相關，也有人將她與「藝術哲學」混為一談，或將她局限於藝術哲學的範圍。這裡要特別指出的是，現代「美學」的用語及定義，不限於狹義的藝術領域，根據現代美學創始者鮑姆加登的定義，「美學，是感官知識的學問」（*"Aesthetica est scientia cognitionis sensitivae."*），而且美學範圍涵蓋「人文學的理論、底層的認識論、美的思考藝術、類比推理的藝術」（*"theoria liberalium artium, gnoseologia inferior, ars pulcre cogitandi, ars analogi rationis"*）⁴⁶。

繼鮑姆加登之後，康德在代表作《純粹理性批判》（初版 1781，亦稱第一批判）提出「先驗感性論」（*Transzendente Ästhetik*），他指出當時只有德語使用「美學」（*"Ästhetik"*）一詞，並認為首創此字的鮑姆加登的美學理論有不足之處。

⁴⁵ 有關這裡的研究和說明，部分參考引述自陳妙芬，《法哲學：自然法研究》（新北市：聯經出版，2021 年），尤其頁 45，註 8。

⁴⁶ 參考 Baumgarten, *Aesthetica* (1750/1758), Frankfurt/Oder, 1750-58, Prolegomena, §1。

⁴⁷此後康德完成《實踐理性批判》（初版 1788，亦稱第二批判），直到 1790 年完成構思已久的《判斷力批判》（第三批判），此時他原先傾向心理學的觀點（反對鮑姆加登）有所改變，也因此使美學與前兩部批判著作的關係更明確。⁴⁸

《判斷力批判》建立了康德美學及影響，雖然康德與鮑姆加登觀點仍有差異，但同樣認為美學以感性經驗為基礎，就現代美學而言，美學可被簡要定義為「關於判斷力的學問」。康德舉醫生和法官的判斷力為例，說明判斷力的養成需要各種範例（Beispiele, examples），範例就像嬰孩的學步車一樣，幫助缺乏自然的判斷天賦的人，將已知的規則或原則與經驗連結，學習用於個案的判斷。⁴⁹雖然後來黑格爾使用美學概念，指稱藝術哲學，但他也指出，美學（"Ästhetik"）原來指的是研究感官（Sinn）、知覺（Empfinden）的學問。⁵⁰

現代美學使法理學的自然法論傳統，在十七世紀後起了極大變化，在方法論上，展現與人性論密切的結合，並逐漸將自然法轉化為自然權利。以往封建的法律僅有特權的概念，特權不是權利，權利概念即源自現代美學的主體哲學。如我們現在所知，權利為依附於主體（有權利之人）的概念，因此，對權利的理論而言，主體的權利意識成為定義權利最重要的元素。亦即有意識所在，才有權利。

權利意識，在民事契約或刑事案件中，並不難確立，但是在傳統法學之外則不然。

國家以大量的行政立法和政策，加上國家法的法典化趨勢，權利固然普遍被接受為一種法律用語，但在邊沁和法實證主義的倡議下，英美普通法系留下法律權利的概念，原來權利具有的道德意涵（或稱道德權利）日益消失，不過二戰後法治國及人權的發展，重新重視道德權利或自然權利，今日國際法及國內法所討論的文化權利，即是一例。權利為法學的建構（juridical construction; juristische Konstruktion），法學方法論旨在探討 – 做成正確的法律解釋，所應依循的方法及理由，簡言之，就是法律判斷的理論。根據上面的美學進路，法學方法即是理解法律的藝術，依賴經驗，但經驗並非唯一知識來源。按美學所談的判斷，包含邏輯推論及經驗兩部分，即大部分皆屬康德所稱的先天綜合判斷（synthetical judgment

⁴⁷ 參考 Immanuel Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, hrsg. v. Raymund Schmidt, 3. Aufl. (Hamburg: Meiner, 1990), Erster Teil, A21/B35 註解。

⁴⁸ 參考 Kant, *Kritik der Urteilskraft*, hrsg. v. Karl Vorländer, 5. Aufl. (Leipzig: Meiner, 1922), Einleitung des Herausgebers, S. X-XI。

⁴⁹ 參考 Kant, *Kritik der reinen Vernunft* (1781/1990), A134/B173。

⁵⁰ 參考 G. W. F. Hegel, *Vorlesungen über die Ästhetik I*, Auf der Grundlage der Werke von 1832-1845 neu edierte Ausgabe, 2. Aufl., Frankfurt/M. 1989, S. 13。

a priori)。簡單說明如下。

首先區分兩種判斷語句：

（一）分析判斷，為語句所表達出的邏輯判斷，無須依賴經驗。

例如，單身漢，是未結婚的男人。

五角形，有五個角組成。

上述例子都是自然語言的表達，因主詞本身，即包含了述詞的意涵，因此無需借助經驗，亦不借用任何公式，一樣可表達出如底下的分析形式：

$$A=A$$

$$A \neq \neg A$$

（二）綜合判斷，為依賴經驗的判斷。

例如，人都會死。

下雨天，馬路上會溼。

身體是有重量的。（康德舉的例子）

上述綜合判斷，表達的是經驗所得知識，不是分析邏輯的知識。分析邏輯之所以可能，是因為人有一些天生的認知能力，如將先天能力加上經驗則能產生「先天綜合判斷」。法律判斷若為先天綜合判斷，則邏輯有效性和價值客觀性，能有足夠的保證，因此將法律事實與規範加以涵攝時，能呈現出有效且妥適的法律推理。換言之，精確觀察法律語句和推理，當具備分析及綜合判斷兩部分，以完成論理證明。

如熟練上述語句分析及推論，則能進一步深入方法論的兩大難題：法律的悖論（paradox），以及法律的矛盾（oxymoron）。這兩大問題，一方面是規範性語言本身的問題，另一方面跟法域分割及發展時間差異有關，在此無法詳述。簡言之，筆者長期研究法律美學，注意到研究關注的問題：法律常為帶有矛盾的「規範性語句」－這可能跟實證法本身有關，更經常反映在法律論理的不足或矛盾，價值法學雖影響實務，但若非只被當成口號－價值衡量，要不就是實際運用困難，實際上未被重視，因此法學方法論雖強調價值多元或文化多元等原則，但實際上

缺乏論理，造成僅有原則口號，卻常產生論理與結論之間自相矛盾，或呈現散亂及流於空洞的推論。

接下來要說明的是，對於法律美學的探討及其方法運用，並非局限於歐陸法學，康德及新康德哲學的影響是全球性的，美國實用主義哲學及美學就深受其影響，美國大法官及著名法哲學家霍姆斯（Oliver Wendell Holmes, 1841-1935）就是一位實用主義的法哲學代表。本文限於篇幅，底下僅以 120 年前霍姆斯提出的「**美學不歧視**」原則為例，說明他的論證被廣泛運用於文化治理的案例（以著作權法為主，但不限於此）。筆者對此研究仍在進行中，新近國際上討論甚多，進一步討論有待日後補充。

七、「**美學不歧視**」原則及問題

「這是一件危險工作，若讓僅受過法律訓練的人，把自己構作成判定圖像繪畫價值的最終審判法官，自外於最細微和最明顯的許多限制。」（“It would be a dangerous undertaking for persons trained only to the law to constitute themselves final judges of the worth of pictorial illustrations, outside of the narrowest and most obvious limits.”）- Justice Oliver Wendell Holmes (1903).⁵¹

「**美學不歧視**」（aesthetic non-discrimination, or aesthetic neutrality）原則，最早於 1903 年由美國法哲學家及聯邦最高法院大法官霍姆斯（Oliver Wendell Holmes）在“*Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*”⁵²一案判決中提出，他認為針對一個爭議作品的文化價值或藝術性，不適宜由法官做判斷，亦不是法律所能決定，因為將藝術性的判斷交由「只受過法學訓練」的人做最後決定，這是十分危險的。這個原則又稱「**美學中立**」原則，雖然最初是用於智慧人格權及智財權的個案爭議，但至今仍是通用於文化治理的原則論證（就方法而言），廣泛及深刻地影響美國及其他各地法學，包括台灣在內。⁵³

受「**美學不歧視**」原則的影響，綜觀新時代的科技與人文研究結合，進步神速，教育、科學及文化領域所生產的著作或作品，例如人工智慧協助產出學術論文、藝術創作的多工再製、文化資產的擬像保存等，這些產出的原創性及價值，

⁵¹ 參考引自陳妙芬，〈價值法學：法體系及價值思考（下）〉，同註 6，頁 294。

⁵² *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.* 188 U.S. 239, 23 S. Ct. 298, 47 L. Ed. 460. (1903)。

⁵³ 1903 年此一美國憲法判決有重要意義，對此案及時任大法官 Holmes 所主筆的理由書分析，詳見陳妙芬，〈價值法學：法體系及價值思考（下）〉，同註 6，頁 293-301。

經常造成爭議不休，保持對美學品位的中立，基於美學不歧視原則的理由推論，仍有重要意義，但在實際運用上卻必須精準，否則易使「文化內容」(cultural content) 的價值，因缺乏可靠可信的美學判斷，從而變成人云亦云，或現實角力的工具。

有鑑於此，2005 年聯合國教科文組織 (UNESCO) 大會通過、2007 年施行的《保護及促進文化表達多樣性公約》(*Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*) 的第四條將「文化內容」定義為：「『文化內容』，指源於或表達文化身分的象徵意義、藝術層面及文化價值」。

根據上述國際公約的定義，「文化內容」有三個美學元素：象徵意義、藝術層面、文化價值，這三個元素結合並構成「美學判斷」。「文化內容」，因此成為國際法所訂的一個法律美學概念 (a legal-aesthetic concept)，而長期通用的「美學不歧視」原則如何根據公約而運用，成為現今法學方法論的重要課題，美學的判斷力因此對法學者來說，勢必成為不可或缺的一種能力，否則面對愈來愈多元和多樣的發明與創造，實務上的判斷及論證將遇到兩個問題 – 論證空洞，以及反向歧視（即以不歧視某方為由，卻導致歧視另一方的後果）。

簡言之，「文化治理」的重點為 – 保障與個人身分表達有關的「權利」及其創造的「文化內容」，在法學方法上，藉由美學判斷來確立某物為「文化內容」為最核心、也最困難的任務，因為這將涉及法律上的合理權利及期待 – 例如合理及公平的資源分配、獎補助、工作權保障，甚至牽涉對個人或團體創作人格及作品的肯認 (recognition)，底下就文化治理的特性，提出美學判斷的三個基本原則，其中有關文化內容所涉及的「空間」要素，因這方面的討論較少，有待未來予以補充。

八、價值的判斷（合目的性）

（一）文化並存原則

「法律永遠先於科學。」（"Das Recht ist der Wissenschaft ewig voraus."）這句話出自十九世紀普魯士王國的檢察官及法學家 Julius Hermann von Kirchmann。⁵⁴ 法律的存有不是科學所能掌握，因此 Kirchmann 所言，意在提醒我們 – 最佳的法學

⁵⁴ Julius Hermann von Kirchmann, "Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft" (〈法學做為科學之無價值性〉)，Vortrag, gehalten in der juristischen Gesellschaft Berlin (Berlin, 1848)。

貢獻，就是提供立法者必要的知識和方法，但切不可忘記，法學本身不能立法。

就狹義的文化治理，法學方法首要面對法源的問題，前述《保護及促進文化表達多樣性公約》的定義條款，揭示了概括性的定義，但實際操作解釋卻非易事，由於研究尚缺，目前台灣實務上並未適用此一定義，當然這跟台灣與國際組織和國際法仍有脫節有關，未來仍須補充研究。

按新康德法哲學（尤其價值法學）的分析，社會中存在習慣法，在習慣法及制定法之外，亦存在自然法及法理。如一般法學者皆知：法律的來源（簡稱「法源」）依形式分為兩大類：成文法源，以及不成文法源。成文法源主要為制定法，不成文法源為習慣法和自然法。此外在艱難個案中，若無法適用成文法和不成文法，則必須透過法律論理的方法，創造出新法，此時法學方法運用的間接法源，包括判決先例、法理、學說、國際法、比較法等。

上述所有法源的存在，遠早於任何系統性的科學知識，它們本就發揮實際作用，無待法理論的承認。因此說法律先於科學。二十世紀丹麥著名法學家洛斯（Alf Ross, 1899-1979）甚至提出，法律源自「文化」。他所指的文化，並非一般社會文化現象，而是一種真實存在的「法律理性」⁵⁵，這點與羅德布魯赫的觀點亦有相通之處。

以國際法上保障「文化多樣性」為原則，在法律論理上，無論民間或官方均主張保存文化資產與文化古蹟，不使其因社會發展而流失，同時也採取促進新生文化的措施。但政策與實際效果未必相符，實際上產生不同文化價值相互競爭的情況，如樂生院保存及捷運開發的例子。

在法學方法上，按照上述分析，法律判斷的價值問題，涉及文化的規範性判斷，遇到文化價值難以用相同標準加以衡量，即有不可共量（*incommensurable*）或不可比較的（*incompatible*）文化價值，由於文化認同也反映個人身分的表達，在價值論理上，文化價值或認同彼此無從比較，理當並存。所以就文化治理，法律美學的第一個主張，可以稱為文化並存原則，以美學不歧視原則為前提，實務上能夠促使文化兼容保存，當然是一般認為最理想的狀況。

然而，在遇到艱難個案的情況，若必須為價值取捨，則美學的時間觀將扮演重要角色，可做綜合判斷的參考依據。

⁵⁵ 參考 Alf Ross, *On Law and Justice*, ed. Jakob v. H. Holtermann, translated by Uta Bindreiter (Oxford University Press, 2020)。

（二）時間差異原則

文化的存續是時間性的，愈久的文化雖未必愈佳，但不可否認的，依存於其文化的人群既然存在已久，並且長期形成其身分認同及表達，而後來新的文化創造可能性，當然也涉及另一群人合理的權利和期待，當出現兩者或更多不同價值的競爭，這時以論理解決爭議－根據價值邏輯，可能遇到阻礙，也就是不同主張均基於不同信念，依照一般方法依舊無法達到一致結論，那麼在文化並存原則的考量之外，有必要考慮時間差異原則，也就是以存在的時間感為依據。時間感為美學判斷的單一元素，例如當新酒與陳年老酒相比，或當新建築案與古建築相比，倘使除了時間感因素，兩方其他條件皆相同的話－也就是綜合美學判斷無分軒輊的情況下，此時差異的時間感即為決定性因素。這點說明為何拆除老街，或是像拆除百年馬崗漁村一案，會遭到劇烈抗爭，文化治理必須顧及人民的存在感受，而不是將抗爭當成（非理性的）敵對。

簡言之，在無涉綜合性（非就完整作品）的美學判斷的案例，文化內容的時間性涉及人民的文化認同及切身存在感，因此國際法就文化資產（*cultural heritage*）保護等議題，在論理上特別強調納入時間差異原則。

（三）美學判斷的優先性

如前面分析，「文化內容」為《保護及促進文化表達多樣性公約》（*Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*）的正式用語，根據定義，「文化內容」包含三個美學元素：象徵意義、藝術層面、文化價值，這三個元素結合並構成「美學判斷」。顯然，「文化內容」所需的價值判斷（針對作品）是一項美學的綜合判斷，必須在個案中依循前述有關價值的邏輯和論理來加以討論，通常因文化見解歧異及複雜，實務上有時使用論題術和修辭等方法，進行觀點交換與討論。

以教育法為例，因台灣現行法制及觀念仍較為傳統，將教科文法域加以切割，大學法及教師法等被歸為教育法，依大學自治的立法授權和各校教評程序，在實際運作上，教師和研究人員在科技研發、學術著作的自由及相關權利等，經常產生爭議而造成行政救濟和訴訟層出不窮。按「學術自由」為教育、科技和文化新生的力量泉源，而「文化內容」當然包含學術性著作成果。但學術若受制於狹隘的教育法

規範底下，學術發展將極為可慮。如學者研究指出，「我國大學以三級教評會對大學教員人事之審議制度，亦背離大學自治之人事自治應由『教授會』行使之宗旨。特別是由不同專業領域所組成之校教評會，實無審查不同專業學門教師之升等、聘任等人事案之專業能力，此種制度只會徒增大學教員人事之紛擾。」⁵⁶。

文化治理偏以依賴審議模式，以做成專業評量和規範性判斷，這種情況不僅出現在教育法領域，同樣發生在科技法和文化藝術法等法領域中，以國科會（或科技部）的計畫審查制、學術倫理調查等機制為例，其組織運作就屢遭批評不透明。此外，文化藝術領域的工作者申請各項獎補助的程序，在文化治理的臂矩原則下（政府不介入文化），國藝會等中介組織也採取相似運作模式，同樣也可能導致審議合理性的問題。

以文化資產保存法為例，如學者研究指出：「在現行古蹟保存法制下，為了解決古蹟在法條文字『歷史、文化價值』等定義上的高度不確定性，立法者將詮釋與涵攝法律的工作，交由專家組成的委員會處理，呈現了一種專家參與的治理模式。甚至不僅是在立法與行政層次，在事後的司法審查上，我國的司法實務也體現了對於專家的偏好。認為由具有『學識素養與經驗』的專家，依照『專門學術上獨立公正之智識』，而為『具有高度之專業性、經驗性之判斷』，不應該由法院事後推翻審議委員會的決定，而認為有判斷餘地的適用。〔...〕若是司法實務針對古蹟作成判斷時，未考量古蹟的特性，〔...〕只是在作成個案判決時，套用習用的『判斷餘地』公式，就自然會導致前述審查密度不一，以及審查形式化的情況，也無法解決個案中的困難，進而導致法安定性的可能弱化。」⁵⁷

以上文化法學者的觀察，其實反映的是文化治理的整體困境。上述法律美學的概念「文化內容」，涵蓋了教科文法域，無論古蹟或學術性著作等事物，其實大多都具備文化內容的元素。針對個案古蹟或著作等審議，按上述國際法的明文規定，應強調美學判斷的優先性，因內容的文化價值、藝術層次及象徵意義，必然是依靠對作品的綜合性價值判斷，涉及美學的理由。

九、結論

現代美學的突破進展，有一段漫長歷程，從中世紀末至文藝復興時期的科學

⁵⁶ 參考李仁森，《教育法與教育人權》（2017年），頁275。

⁵⁷ 參考許育典，《公民文化權、文化法制與古蹟保存》（2017），頁203-204。

和藝術，促成批判性的主體哲學，進而發展出美學現代性，也有稱之為美學主體性，這新興科學和藝術觀念得以深入人文社會科學，而研究感官知識和判斷力，就是現代美學的特色。⁵⁸

雖然早在十九世紀初，薩維尼開始建立法學方法論時，即運用了現代美學所提出的想像力（*Einbildungskraft*），用於描述實證法的法體系及方法論，但直到十九世紀末新康德學派透過修正方法二元論，以及羅德布魯赫的方法三元論，才將美學方法運用於價值分析。在此之前，法學並未真正重視文化，直到十九世紀末到二十世紀初，因教育普及與社會民主運動的影響，歐陸法學逐漸發展「文化」的概念，就是以新康德的法哲學為代表，漸漸改變法學的方法論思維。

儘管因兩次世界大戰，不少新康德學者的研究講學被迫中斷，加上法學受法律形式主義的影響，新康德價值學派的方法論沉寂一時。不過，二戰結束之後，新康德價值法學（或稱原則法學）有了後續發展，逐漸開花結果。其中，最知名的當屬西南學派的羅德布魯赫（*Gustav Radbruch*），他在二戰前就提出法學為文化科學的構想，修正方法二元論，主張包容法實證主義與非法實證主義的法概念，探討介於「實然」和「應然」之間的「價值」範疇（「方法三元論」，*Methodentrilateralismus*），事實上在二戰結束後，對此討論日增，方法三元論廣泛地影響當代的法學方法論，無論英美法學或歐陸法學，均大量聚焦於法律推理（*legal reasoning*）中的價值論證、解釋衝突、規範縫隙、道德困境及艱難選擇等議題，與價值及「法感」相關的美學研究，益形重要。

在二十世紀後期，認知科學仍緩步發展，法學方法論長久以來多只重視邏輯推論，忽略感官經驗，從而窄化了知識的來源。所幸美學研究，受惠於 2016 年以後認知神經科學對「共感聯覺」（*synaesthesia*）的研究進展，連帶地，可預期認知科學的進展將帶來法學方法論的突破。

美學的「共感聯覺」（“*synaesthesia*”，又譯為「聯覺」或「共感」）⁵⁹，在法學方法上並不完全陌生，例如使用「法感」一詞，指稱「正義感」或「是非感」。自古以來，法學也如音樂一樣，使用數學的幾何和階梯式想像。古代數學哲學家 *Pythagoras* 以數字 1, 2, 3, 4, 5, 6..，指稱音樂的八度音階，這是最古早提出「共感聯覺」的代表，後來另一著名的例子，則是柏拉圖在《法律篇》中，以黃金線操持

⁵⁸ 有關現代美學的方法、對法學及現代「自然權利論」的影響，詳見陳妙芬，《法哲學：自然法研究》（新北市：聯經出版，2021 年），序言，頁 8-9, 25-32。

⁵⁹ 晚近藝術理論亦有關於「共感聯覺美學」（*synaesthetics*）研究，參考邱誌勇，〈虛擬實境中藝術中的「本體論事件」與「共感聯覺美學」〉，《現代美術學報》，第 36 期，頁 59-78。

木偶的隱喻，說明了法律的最高藝術，在於（如神一般）實現理性平衡的極致⁶⁰。感官的連結，科學技術進化影響下的身體與知覺，經由訓練能使感知的領域擴大，加以技術與創新連帶地產生虛擬物，使承載價值的物件與價值本身，均有重估的必要。因此法律的知識論與方法論，勢必要與時俱進。

2015 年，國外幾位學者發起創立了跨領域的新期刊《法哲學》（*Rechtsphilosophie*），創刊號主題為「法律與美學」⁶¹。在歐美近期出版的法理論中，明顯地納入了法律美學，相關的詞彙屢屢出現，顯示新時代的法學正在演進當中⁶²，以往實務主要受概念法學或形式主義影響，而常被批評欠缺價值思考及推理和判斷力，這般處境或將有所變化。

從筆者近年研究，觀察法學方法論的演進，最醒目的變化出現在教科文的法學領域，教育、科學和文化三者法域有不可切割的特性，三者亦有相通的價值邏輯和方法，同時也都具國際性和跨科際特色。所以本文特別指出，國際法對於國內法的衝擊，將是預期未來研究重點方向。例如，依照 2007 年施行的《保護及促進文化表達多樣性公約》（*Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*）所創的法律美學概念－「文化內容」，現今談論文化治理，其核心議題在於如何保障「文化內容」（包括與之對應的權利和資源），針對文化內容的美學元素（象徵意義、藝術層面、文化價值）所做的「價值分析與判斷」，對於形成法律判斷至為重要，應被重視，以確保法律規範的效力判準，不因涉及文化內容而有差別對待（反向歧視），否則將背離法治國與文化國的原則和基本要求。

本文在有限篇幅內，提供法律美學研究的觀點，以著作權法相關的「美學不歧視」原則為例，嘗試指出，文化治理、價值法學及美學之間的關係，其實相當重要，需要研究和教學並進，期使法學者真正理解為何法學是一門文化科學。最後要指出，在台灣有關文化治理的觀念，尚在萌芽階段，模仿他國立法或政策時，難免出現許多問題，但透過法學方法論，必要時能積極和正確地補充法律的漏洞，

⁶⁰ 詳見 Plato, *Nomoi*, 644d,e。另外參考，Plato, *Timaeus*。

⁶¹ Eva Schürmann, “Recht als Gegenstand der Ästhetik”, *Rechtsphilosophie*, 2015; Eva Schürmann and Jörn Reinhardt (Hrsg.), *Ästhetische Theorien des Rechts* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2020).

⁶² 參考例如 Sonja Buckel, Ralph Christensen und Andreas Fischer-Lescano (Hrsg.), *Neue Theorien des Rechts*, 3., neu bearbeitete Auflage (Mohr Siebeck, 2020)。對某些著名文學與藝術理論耽於「美」的價值、並將美學導向為「美」的知識與應用，亦有新近研究提出批判，例如 Mark Canuel 主張重讀康德美學論「崇高」與「社會正義」的關係，參考 Mark Canuel, “Doing Justice in Aesthetics”, *Representations*, Vol. 95, No. 1 (Summer 2006), University of California Press, pp. 76-104; M. Canuel, *Justice, Dissent, and the Sublime*, Johns Hopkins University Press, 2012。

形成規範性的判斷，因此本文簡要提及三個國際法上廣泛重視和發展的原則，期使在既有制度未盡完善又難以改變前，對於法學方法論的重視及運用，能夠避免教科文議題相關的「法律論證」空洞化，甚或因論理錯誤，變相淪為政治權力的配角。