

## 經驗面向的規範意義\*

### —— 論實證研究在法學中的角色

王鵬翔\*\*、張永健\*\*\*

#### 摘要

法學（法釋義學）一般認為是規範之學，故關注經驗面向的法實證研究常受「非法學範疇」之譏。但規範論證是否可以完全抽離經驗陳述，以及法學範疇是否如此狹隘，則有再檢討之必要。本文梳理法學與實證研究的本質，主張兩者在至少兩個層面上相輔相成：法律的規範論證往往必須援引經驗事實（例如某法律手段是否有助於實現某法律目的或帶來某種結果）作為理由，而設計良好的實證研究能夠藉由因果推論，發現具有規範重要性的差異製造事

\* 投稿日：2014年12月17日；接受刊登日：2015年4月29日。〔責任校對：江奕穎〕。

作者順序依姓氏筆畫排列，不代表貢獻程度有別。

本文不同版本的初稿曾經先後發表於2014年6月18日中央研究院法律學研究所舉辦之「兩岸四地法律發展」學術研討會、2014年10月20日臺北大學法學院慕知學堂，以及2014年12月9日中央研究院法律學研究所個人年度學術研討會；作者感謝兩位匿名審查人、干學平、王怡蘋、林子儀、邱文聰、官曉薇、唐曉晴、許可、許家馨、章程、程金華、黃丞儀、蔣侃學、謝耿亮、謝暉、簡資修、蘇彥圖及其他與會來賓之寶貴意見，以及范皓柔之研究協助。本文一些哲學上的想法（尤其是理由論與因果關係部分）獲益於中正大學哲學系王一奇教授甚多，特此致謝。本文的部分內容屬於科技部計畫「法律中的因果性與規範性——一個基於差異製造的理論」（MOST 104-2410-H-001-028-MY3）的研究成果。

\*\* 中央研究院法律學研究所助研究員。

\*\*\* 中央研究院法律學研究所副研究員暨法實證研究資料中心副執行長。

穩定網址：<http://publication.ias.sinica.edu.tw/80708151.pdf>。



實。法釋義學有經驗面向，認識與描述有效的法律，亦屬法學範疇；而實證研究採用的社會科學方法，能拓展認識與描述法律之方式。本文將法實證研究分為三類：第一類檢驗「差異製造事實」是否存在，其發現可以直接作為支持或反對規範主張的理由。第二類檢驗法律的實效性，並刻畫制定、適用法律之制度性行為。第三類則是以實證方法來描述法律論證。

關鍵詞：法實證研究、法釋義學、差異製造事實、因果推論、實效、制度性行為、描述性的法律論證理論。

## 目 次

壹、前言	中的規範重要性
貳、經驗事實在規範論證中的角色——以比例原則為例	三、因果推論——法實證研究如何發現差異製造事實
參、法學的經驗面向	伍、既有本土法實證研究之規範意義
一、法學（法釋義學）的概念與主要任務	一、第一類：檢驗差異製造事實是否存在
二、法釋義學的經驗面向	二、第二類：檢驗法律的實效性與刻畫制度性行為
三、法實證研究作為法學的經驗面向	三、第三類：以實證方法描述法律論證
肆、經驗面向的規範意義	陸、結論
一、經驗事實作為規範性理由	
二、差異製造事實在法律論證	

## 壹、前言

從事法實證研究的學者，尤其採量化方法（quantitative methods）者<sup>1</sup>，常遇見之質疑是：法學研究所要解決的是「應然」層面的規範問題，實證研究處理的則是「實然」層面的經驗事實問題，從實然如何能導出應然？法實證研究如何有助於解決法學問題<sup>2</sup>？本文將嘗試回答此大哉問。

首先要說明的是，所謂「實證研究」（empirical study/research/analysis），係指有系統地觀察、蒐集經驗事實，並透過一定的方法對於蒐集到的資訊進行分析、推論，以回答研究者所欲探討的問題<sup>3</sup>。作為研究素材的經驗資訊，可以透過實驗、觀察、訪問、調查、爬梳檔案與文件等方式來獲得，而後予以分析<sup>4</sup>；研究者可以提出假設，或以既有理論嘗試預測答案，最後以統計方法分析數

- 
- 1 法實證研究包含了量化與質化（qualitative methods）兩種取向的研究。為使論述更為集中，本文僅關注量化研究。質化研究不在本文論述範圍內。這「不表示」質性研究「當然不能」適用本文之論據，但更精緻的論述必須另文為之。
  - 2 主張實然不能導出應然，實然推論不能作為規範論證的唯一基礎，參見黃舒芃，數字會說話？——從大法官釋字第 584 號解釋談事實認定在規範違憲審查中的地位，中研院法學期刊，1 期，頁 1-43（2007 年）。不同的看法（強調經驗事實在規範論證中的重要性），請比較邱文聰，被忽略的（立法）事實——探詢實證科學在規範論證中的可能角色兼評釋字第 584 號解釋，臺大法學論叢，37 卷 2 期，頁 233-284（2008 年）；亦請參考王泰升，具有歷史思維的法學：結合台灣法律社會史與法律論證，頁 30-38（2010 年）。與本文具有類似問題意識，也同樣強調法學中經驗與規範面向之緊密關聯的德文文獻，請特別參考 Niels Petersen, Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?, Der Staat 49 (2010), S. 435 (435 ff).
  - 3 See Peter Cane & Herbert M. Kritzer, *Introduction to THE OXFORD HANDBOOK OF EMPIRICAL LEGAL RESEARCH* 1, 4 (Peter Cane & Herbert M. Kritzer eds., 2010). Cane & Kritzer 認為，關於法律、法體系、法律現象的實證研究包含了各種不同的取向與工作，具體而言，它包括了法與社會（social-legal/law and society）研究、實證導向的法律經濟分析（empirically orientated law-and-economics）以及司法行為與政策（judicial behavior/politics）等三個次領域。
  - 4 See Kevin M. Clermont & Theodore Eisenberg, *Foreigners' Fate in America's Courts: Empirical Legal Research*, Inaugural Issue ACADEMIA SINICA L.J. 237, 240 (2007).

據，以檢驗假設成立與否或探究理論預測之精確性<sup>5</sup>。「實證方法」(empirical methods)<sup>6</sup>則是系統性蒐集、描述、分析數據(data)的技巧——數據是與世界相關的客觀資訊，它們可以透過代數運算操作，或比較其絕對或相對值的大小<sup>7</sup>。這些技巧包含了編碼、運算、統計、分類集合、過程追蹤(process tracing)、模式匹配(matching of patterns)等方法。實證研究關注大範圍、總體(aggregate)現象，而非個案<sup>8</sup>，此與具有優良傳統的「案例評釋」，有不同關懷<sup>9</sup>。

所謂「法實證研究」，其研究的對象素材乃是法律制度、法律體系、司法行為以及其他法律現象。法實證研究所採用的方法，雖然迥異於傳統的法學研究方法(例如法律解釋或案例評釋之方法)，但這並不表示法實證研究與法學所關切的主題完全無關。本文的主要目的，正是要指出經驗面向的規範意義，以回應前述質

---

5 See Lee Epstein & Andrew D. Martin, *Quantitative Approaches to Empirical Legal Research*, in THE OXFORD HANDBOOK OF EMPIRICAL LEGAL RESEARCH, *supra* note 3, at 901, 905-08.

6 法實證研究方法的介紹，中文文獻，參見黃國昌，法學實證研究方法初探，月旦法學雜誌，175期，頁142-153(2009年)；黃國昌、林常青、陳恭平，法學方法與實證研究(一)：資訊、變項及關聯性(上)，台灣法學雜誌，183期，頁127-141(2011年)；林常青、黃國昌、陳恭平，法學方法與實證研究(二)：資訊、變項及關聯性(下)，台灣法學雜誌，187期，頁109-118(2011年)；林常青、黃國昌、陳恭平，法學方法與實證研究(三)：關聯性與迴歸(上)，台灣法學雜誌，191期，頁66-79(2012年)；林常青、黃國昌、陳恭平，法學方法與實證研究(四)：關聯性與迴歸(中)，台灣法學雜誌，199期，頁73-84(2012年)；林常青、黃國昌、陳恭平，法學方法與實證研究(五)：關聯性與迴歸(下)，台灣法學雜誌，207期，頁102-113(2012年)。德文文獻中關於法實證研究方法的入門簡要介紹，亦可參考 Emanuel V. Towfigh/Niels Petersen, *Ökonomische Methoden im Recht*, 2010, S. 201-241.

7 See ROBERT M. LAWLESS ET AL., *EMPIRICAL METHODS IN LAW* 7 (2010); Lee Epstein & Gary King, *The Rules of Inference*, 69 U. CHI. L. REV. 1, 3 (2002).

8 See LAWLESS ET AL., *supra* note 7, at 10-14.

9 關於質化與量化研究能如何彌補傳統法學研究方法之不足，參見劉尚志、林三元、宋皇志，走出繼受，邁向立論：法學實證研究之發展，科技法學評論，3卷，頁8-14(2006年)。

疑。

本文首先將嘗試正面界定「法學」的概念，然後指出，雖然法學以解決規範問題為主要任務，但法學除了規範面向之外，也具有經驗面向，而法實證研究可視為法學經驗面向的重要一環，並且法實證研究的成果有助於解決法學所關心的規範問題。毋需否認，法學的主要工作——不論是對現行有效法的解釋，或是提出修改、制定法律的建議——是規範導向，但經驗事實的運用，在論證法學的規範命題時仍扮演了關鍵角色，而法實證研究正是發現法學相關經驗事實的重要方式之一。更確切地說，不論在解釋論或立法論的層面，實證研究成果都可能提供法律制度選擇與採取特定法律解釋的理由。因此，所謂「法學方法」不應過分侷限於傳統的法律解釋方法。在這樣的基礎之上，本文也將舉出一些實證研究的成果作為佐證。

本文結構與核心論點如下：為使讀者很快掌握本文核心論點，第貳部分以法律論證中廣泛使用的比例原則為例，簡要說明經驗事實在規範論證中的角色。

第參部分第一節先釐清法釋義學的主要任務，主張認識、解釋、體系化現行法，以及立法論，都屬於狹義法學之範疇。換言之，法釋義學不僅是分析與描述性的，更有提出規範主張之任務。接著，第參部分第二節說明法學的經驗面向包括兩個層面：認識及描述有效的法律，以及在法律論證中運用經驗事實的陳述。前者又可細分為（1）「描述性的法律論證理論」，例如過去十年來最高法院如何解釋某個刑法條文構成要件；以及（2）「制度性行為研究」，例如法官的性別或經驗是否影響慰撫金之酌定數額。關於後者，本文指出，在法律論證中運用經驗事實的陳述，則是法學規範面向與經驗面向最直接的交會點。第參部分第三節指出法實證研究（作為其中一種研究法學經驗面向的取徑）與前述兩種層面的法學

經驗面向之關連。

第肆部分是本文核心貢獻所在，是趕時間的讀者也不應跳過的章節。第肆部分集中論述第二個層面的法學經驗面向，即經驗事實如何有助於規範論證。第一節提出「差異製造事實」的概念，指出可作為規範理由的經驗事實乃是差異製造事實（可理解為因果事實）。第二節以法學規範論證中常見之目的論證與結果論證為例，說明兩者的前提均包括差異製造事實，此即法學經驗面向的清楚展示。第三節說明，量化之法實證研究透過各種統計方法以求作出因果推論。為便於不熟悉統計的法學讀者理解本文論點，第三節以淺白方式綜述多種法實證研究方法。第肆部分的關鍵論題，就是法實證研究能透過因果推論發現差異製造事實；而差異製造事實是法學規範論證不可或缺的環節；從而，法實證研究有助於法學規範論證。

第伍部分奠基於以上論述，將法實證研究分為三類：第一類檢驗「差異製造事實」是否存在，其發現可以直接作為支持或反對規範主張的理由。第二類檢驗法律的實效性，並刻畫制定、適用法律之制度性行為。第三類則是以實證方法來描述法律論證。本文論述對多數法實證研究工作者，甚至許多一般讀者，或許十分抽象，因此第伍部分綜述過去十年來臺灣許多法實證研究成果為例，作為印證。

## 貳、經驗事實在規範論證中的角色——以比例原則為例

法律人經常運用比例原則來論證規範命題，例如國家得否採取特定的立法措施來限制人民的基本權利。當司法違憲審查套用比例原則中的「適當性原則」，以審查某個立法措施是否適合達成目的

時，所謂「適當性」顯然是可驗證的事實。例如禁止藥商廣告處方藥品，是否有助於防止一般人胡亂服藥（司法院釋字第414號解釋之爭點之一）。

「必要性原則」所談的最「小」侵害手段，是相對於「較大」的侵害手段；而比較侵害程度之大小，也需仰賴經驗面向的事實才能判斷。例如要求菸商於菸品容器上標示尼古丁及焦油含量，比起完全禁止販售香菸，對菸商之財產權侵害較小（參見司法院釋字第577號解釋）。

「衡平性原則」（狹義比例原則）則在衡量目的與手段間的利弊得失，亦即立法目的之重要性是否足以正當化其對於基本權的侵害。若對某一基本權的侵害程度越高，則干預措施所追求目的之重要性也要隨之越高。不僅基本權受侵害的程度高低涉及經驗資訊，目的之重要性亦同；因為，之所以必須進行衡量，乃是由於兩者無法同時獲得完整實現，實現其一須以犧牲另一為代價。因此，目的之重要性高低取決於，倘若不採取干預措施，該目的將會受到多大程度的負面影響（其不被實現的程度高低）<sup>10</sup>。評估此種負面影響的程度高低，顯然也需要仰賴經驗事實的認定與判斷。例如，司法院釋字第603號解釋認為，強制錄存個人指紋資料，雖然足以達到「辨識迷失民眾、路倒病患、失智老人及無名屍體」之目的，但此種需要辨識身分的特殊個案甚少。即便不採取強制錄存指紋的立法措施，也不會對於辨識身分之目的造成重大損害（這是個經驗判斷）；因此，實現此目的之重要性程度並不高。但若強制錄存指紋，則個人資訊外洩風險極大（這也是個經驗預測），可能斫傷隱私。兩相權衡之後，大法官認為強制錄存指紋的規定「損益失衡，

---

<sup>10</sup> 以採取干預措施將對基本權所可能造成的侵害大小，不採取干預措施對立法目的所可能產生的負面影響程度，來評估基本權與干預目的之間的具體比重，此一作法的詳細說明可見 ROBERT ALEXY, A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS 406-07 (2002).

手段過當，不符比例原則」，從而認定立法者不得採取此項措施。

從上面的簡要論述可以看出，比例原則之操作——不論是適當性、必要性或衡平性的判斷——都必須有經驗面向的分析<sup>11</sup>。然而，若沒有清楚認識到規範論證中必備的經驗要素，就會使得比例原則的操作者，以「隱然假設某個經驗陳述是常識」或「此經驗陳述不證自明」的態度，跳過了必須細緻檢驗的經驗陳述<sup>12</sup>。以最近的司法院釋字第712號解釋<sup>13</sup>為例，解釋理由書謂：

立法者鑑於臺灣與大陸地區人民血統、語言、文化相近，如許臺灣地區人民依民法相關規定收養大陸地區人民，而無其他限制，將造成大陸地區人民大量來臺，而使臺灣地區人口比例失衡，嚴重影響臺灣地區人口發展及社會安全，乃制定系爭規定，以確保臺灣地區安全及社會安定……核屬維護重要之公共利益，目的洵屬正當。系爭規定就已有子女或養子女之臺灣地區人民收養大陸地區人民時，明定法院應不予認可，使大陸地區人民不致因被臺灣地區人民收養而大量進入臺灣地區，亦有助於前揭立法目的之達成。

11 對此亦可參照 *Petersen* (Fn. 2), S. 442-444.

12 操作比例原則所仰賴之經驗事實，其實就是司法違憲審查中的「立法事實」。但正如邱文聰的研究指出，國內學界討論立法事實問題時，多著眼於司法審查基準寬鬆，課予立法者對事實確定性或證明度的不同要求，而往往忽略了如何在規範論證中運用經驗事實的問題。例如，大法官解釋沒有注意到，規範論證所依據之經驗資料與待證之經驗陳述間的相關性；大法官也未能掌握實證研究的成果能夠用來論證規範命題的積極功能。對此請參見邱文聰（註2），頁237-238、256-257。

13 關於本號解釋之評析，參見李建良，兩岸關係下的人性尊嚴、收養自由與制度保障——釋字第712號解釋，*台灣法學雜誌*，250期，頁29-52（2014年）；廖福特，從人權角度評析釋字第712號解釋，*月旦法學雜誌*，231期，頁246-259（2014年）；廖元豪，我是人，我值得被收養——釋字第七一二號解釋忽略的「平等權」分析角度，*月旦法學雜誌*，239期，頁244-261（2015年）。



此段適當性原則的論述，意思是：若無臺灣地區與大陸地區人民關係條例之限制，已有（養）子女的臺灣人民會大量收養大陸地區人民，導致地區人口比例失衡，進而影響臺灣社會安全。姑且先不論人口比例失衡是什麼意思<sup>14</sup>，或大量收養大陸地區人民是否會導致失衡；也先不論社會安全如何會被前述現象影響（這些都是實然面的問題）；只要先問一個前提經驗問題：若無限制，已有（養）子女的臺灣人民會大量收養大陸地區人民嗎？

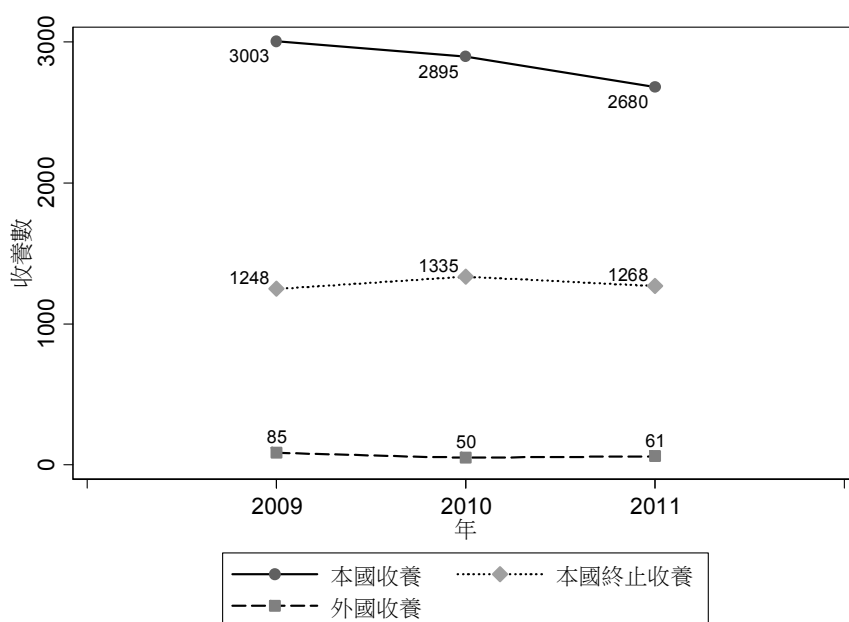
圖1是內政部所公布之本國人（終止）收養統計與外國人收養統計<sup>15</sup>，顯示每年國人收養臺灣人的數目都只有3,000上下<sup>16</sup>，收養「非臺灣人」的數目更是低到100以下。這極少數的外國收養數，大多數來自目前收養受重重限制的陸港澳。當然，因為內政部公布的僅為描述統計，並非有多重變數的原始數據，吾人無從得知「已有子」的臺灣人、「已有女」的臺灣人、「膝下猶虛」的臺灣人，收養行為有何不同（例如是否已有兒子的臺灣人比較不會收養）。我們不知道收養數目不高，是需求低還是供給少——若是前者，開放收養大陸地區人民不太可能衝擊臺灣人口結構；若是後者，則比較可能產生影響，但跨境收養所費不貲，會有多少人收養，難以預期。本文並不認為既有的數據已經足以作出明確推論，甚至可以說既有的數據隱然指向：收養制度開放不太可能造成人口衝擊。畢竟，收養並不是要約加承諾就確定，依民法第1079條以下規定，還需由法院評估養子女最佳利益等因素後認可。但司法院釋字第712號解釋卻以橫掃千軍的語彙，將此實證問題掃到一旁。大法官在本案對於適當性原則的操作，似乎並不適當。

14 人口比例失衡是指男女比例失衡？（因為重男輕女而大量收養男生？）還是本省人與外省人比例失衡？臺灣要有多少原生臺灣人才算是均衡？

15 內政部分別公布「人口身分變更統計」、「國人收養外國人及大陸地區人民、香港與澳門居民案件統計」，但沒有明確說明前者的數字是否包括後者。2012年以後的後者年度統計，至今沒有公布，原因不明。數據來源：內政部戶政司人口資料庫，[http://www.ris.gov.tw/zh\\_TW/346](http://www.ris.gov.tw/zh_TW/346)（最後瀏覽日：2014年6月23日）。

16 前註內政部統計顯示，1999年之後，就沒有年均4,000以上的收養數。

圖1 2009年到2011年收養數



資料來源：內政部戶政司人口統計資料。本文製圖。

以上是以比例原則的運用為例，具體說明經驗事實在法學規範論證中的角色。接下來，本文將從比較抽象的高度，闡述法學的概念與主要任務，逐步拓展、重建法學的範疇，說明法學的經驗面向，與經驗事實在規範論證中的角色，最後分類評述既有之法實證研究。請注意，本文有兩大主張：法學本來就有經驗面向，而非僅有規範面向；在法學固有的規範論證中，經驗事實往往有不可或缺的作用（請見「參、二、(二)」之圖3）。其中一項主張是否為真，並不仰賴另一項主張為真。因此，即便論者不認為法學有經驗面向，仍然需要嚴肅面對經驗事實的規範意義。

## 參、法學的經驗面向

從廣義的角度而言，任何關於法律的研究——例如，法律哲學、法律社會學、法律經濟分析、法律史等等——都可以看法學研究。換言之，只要研究主題（subject matter）與法律相關，無論所採取之研究方法（research methods）是經濟學、社會學、哲學或其他學門慣用的取徑，就可以稱為法學研究。如果對於「法學」採取這種廣義的界定，似乎沒有理由將法實證研究排除於法學之外。本文前言所引述的批評——實證研究不屬於法學研究、其研究取向不是法學方法、其研究成果也無助於解決法學問題——顯然並不是以此種方式來理解法學的範疇。為回應此批評，以下第一節先界定法（釋義）學的範疇。第二節說明法釋義學的兩種經驗面向。第三節論述法實證研究如何豐富法釋義學之經驗面向。

### 一、法學（法釋義學）的概念與主要任務

在繼受歐陸法（尤其是德國法）傳統的地區，「法學」（相當於德文的„Rechtswissenschaft“或„Jurisprudenz“）這個概念通常指的就是所謂「法釋義學」（Rechtsdogmatik，或譯「法教義學」）<sup>17</sup>。當

---

<sup>17</sup> 例如，德國學者 Robert Alexy 指出，按照法律人所通用的術語，法釋義學就是狹義與固有意義下的法學（Rechtswissenschaft im engeren und eigentlichen Sinne），見 Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 3. Aufl., 1996, S. 307. „Rechtsdogmatik“在英文中並沒有相應的詞彙，它有時被直譯為“legal dogmatics”（例如前引 Alexy 一書的英譯本就採取這個譯法，見 ROBERT ALEXY, *A THEORY OF LEGAL ARGUMENTATION* 250 (1989)，以下皆引用英譯本），但這很容易令人聯想到“dogmatic”這個形容詞的負面意涵，如獨斷、狹隘、自以為是、固守教條等等。為了避免誤解，有些歐陸學者在其英文著作中改用“legal doctrine”（see, e.g., ALEKSANDER PECZENIK, *SCIENTIA JURIS: LEGAL DOCTRINE AS KNOWLEDGE OF LAW AND AS A SOURCE OF LAW* 1-2 (2005)）或 “the doctrinal study of law”（see, e.g., AULIS AARNIO, *ESSAYS ON THE DOCTRINAL STUDY OF LAW* 19-24 (2011)）來指涉„Rechtsdogmatik“一詞的意思。就筆者之一所知，最早使用“the doctrinal study of law”一詞來指涉「法學」或「法釋義學」的歐陸學者，可能是丹麥的法理學家 Alf Ross, see ALF ROSS, *ON LAW AND JUSTICE* 10-11 (1959).

批評者認為法實證研究不屬於法學研究或無助於解決法學問題時，他們或許正是將「法學」理解為法釋義學<sup>18</sup>，這種理解方式，可稱為「狹義的法學」。本文以下之論述，即在嘗試指出：縱令對法學採取狹義之定義（法釋義學），法實證研究仍在法學中扮演一定的重要角色。

「法釋義學」並沒有一個廣為接受的清楚定義。但我們可以從法釋義學的任務出發，初步地掌握（狹義的）法學的性質。本文的出發點是三位歐陸學者Aleksander Peczenik（瑞典）、Robert Alexy（德國）、Aulis Aarnio（芬蘭）在1981年合著的經典論文*The Foundation of Legal Reasoning*，他們如此界定法釋義學的工作：

法釋義學的任務通常被界定為（i）對於法秩序內容的探究，以及（ii）法律概念與法律規範的體系化。這些任務也是彼此關聯的：法秩序的內容無法獨立於體系化的方法，反之亦然<sup>19</sup>。

---

18 張嘉尹在最近一篇論文中談到，由於德國法學界一向將法釋義學視為法學的核心或典範，過去以繼受德國法傳統為主的台灣，也仍以各個部門法的法釋義學作為法學教學與研究的主要內容。但他同時強調，「台灣的法學典範即是法釋義學」並不蘊含「法學應該要自我局限於法釋義學」；相反地，他借鏡於德國當代法科學理論（Rechtswissenschaftstheorie）對於法釋義學的反思，認為即便法學的核心意義是法釋義學，但為了滿足更高層次的理論需求與履行實務貢獻，法釋義學仍必須對於其他社會科學開放，尤其必須重視如何銜接採取內在觀點（參與者觀點）的法釋義學與採取外在觀點（觀察者觀點）的法社會科學（關於這兩種觀點的區分，詳見下文「參、三、」）。參見張嘉尹，*台灣法學典範的反思——從德國當代法科學理論的興起談起*，*世新法學*，6卷1期，頁1-38（2012年）。張嘉尹則在另一篇論文中，以憲法學為例，討論了兩者是否可能銜接與如何銜接的問題，參見張嘉尹，*憲法之「科際整合」研究的意義與可能性——一個方法論的反思*，*世新法學*，3卷2期，頁1-49（2010年）（以下簡稱：張嘉尹，*憲法之「科際整合」研究的意義與可能性*）。本文的工作，也可看作是對這兩個問題的具體回應。

19 Aulis Aarnio, Robert Alexy & Aleksander Peczenik, *The Foundation of Legal Reasoning III*, 12 RECHTSSTHEORIE 423, 423 (1981): “The task of legal dogmatics has generally been defined as (i) the investigation of the content of the legal order, and (ii) the systematization of legal concepts and norms. These tasks are interrelated, too: the

由於法秩序是由有效的法律規範所組成的，因此，法釋義學的任務基本上可以分為三個部分：第一，認識哪些規範是有效的法律（包括制定法、行政命令、行政處分、司法判決先例等等），這部分的工作就是通常所謂的「法源論」（doctrine or theory of the sources of law）。第二，法律解釋（legal interpretation），即探究法律規範的意義內容。第三，對於法律規範進行體系化的工作；所謂「體系化」（systematization），包括法律概念之間的位階次序、法律規範的效力階層結構，以及形成、發現一般法律原則<sup>20</sup>。簡言之，法釋義學的主要任務可界定為：有效法律的解釋與體系化（the interpretation and systematization of valid law）<sup>21</sup>。

從以上法釋義學的簡要界定，可知法學主要關注規範問題。首先，法釋義學的研究對象是特定法秩序中有效的法律規範；其次，解釋法律規範其實是在提出某種規範陳述或主張。例如，刑法第278條第1項規定「使人受重傷者，處五年以上十二年以下有期徒刑」，如果「砍斷他人左手拇指、食指與中指」這個行為為可被解釋為「使人受重傷」，那麼這個解釋就等於是在陳述下面這條規範：「砍斷他人左手拇指、食指與中指者，應處五年以上十二年以下有期徒刑」<sup>22</sup>。

---

content of legal order is not independent of the method of systematization, and vice versa.” 事實上，這種對於法釋義學工作的界定方式，可以溯及 Alf Ross 對法釋義學的看法，see ROSS, *supra* note 17, at 19.

20 下文「參、二、(一)」會指出，關於「體系化」有兩種理解方式：法律體系作為規範體系與作為程序體系。

21 See AULIS AARNIO, REASON AND AUTHORITY: A TREATISE ON THE DYNAMIC PARADIGM OF LEGAL DOGMATICS 75 (1997); PECZENIK, *supra* note 17, at 1. 關於法源論、法律解釋與體系化作為法釋義學的三項主要工作，詳見 AARNIO, *supra* note 17, at 131-85; PECZENIK, *supra* note 17, at 14-30。德國傳統的法學方法論，其內容基本上也包含了這三部分的工作，請參見兩本代表著作：黃茂榮，法學方法與現代民法，6 版（2009 年）；Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1995.

22 這個例子來自於最高法院 29 年上字第 135 號刑事判例，在這號判例中，最高法院其實是運用了某個經驗陳述作為採取這個解釋的理由，詳見下文「參、

不過，法釋義學並不僅限於認識有效的法律規範，或陳述實務上採取何種法律解釋（對規範體系的描述）；更重要的是，法釋義學往往會對於「法律規範應該如何解釋適用、法律規範應該如何修正、應該制定何種規範」提出建議，這些規範建議（norm recommendations）通常具有如下的形式：「基於某個（或某些）理由R，應該制定某條規範N，或者應對某條法律規範採取解釋I」<sup>23</sup>。例如，為了發揮袋地的土地利用價值，袋地之承租人或使用借貸人亦應享有鄰地通行權<sup>24</sup>。又如，因為利益之所在、危險之所歸，以及對物有事實上管領力者方有可能防止危險發生，民法第373條所稱之「交付」應僅限於現實交付和簡易交付<sup>25</sup>。

簡言之，除了認識有效的法律規範之外，法學的重要工作在於，提出理由來支持某個法律上的規範主張。這些規範主張除了按照現行法（*de lege lata*）<sup>26</sup>應該如何解決某個法律問題之外，也包括了立法論（*de lege ferenda*）<sup>27</sup>的建議——例如現行法應該如何修

---

二、(二)」。

- 23 參考 Aarnio et al., *supra* note 19, at 429。同樣著眼於這一點，顏厥安指出：「法學的主要工作在於：提出對法規範的主張、建議與論證（to propose claims, recommendations of, and argumentation for legal norms）……大多數的法律與法學工作者所最關心的議題都是透過對法規範的主張、建議與論證（證立）來表達：某甲是否擁有某權利、負擔某義務或責任，某規範是否應做某種修改或某種解釋，理由何在等等。」見顏厥安，規範建構與論證——對法學科學性之檢討，收於：規範、論證與行動：法認識論論文集，頁18（2004年）。
- 24 關於民法袋地相關條文之經濟分析，參見張永健，法定通行權之經濟分析，臺大法學論叢，41卷特刊，頁1321-1372（2012年）。
- 25 關於此問題之分析，參見例如：張永健，占有規範之法理分析，臺大法學論叢，42卷特刊，頁847-932（2013年）；黃茂榮，買賣法，5版，頁750（2010年）；楊芳賢，買賣，收於：黃立編，民法債編各論（上），頁156（2002年）。
- 26 *De lege lata* 字面的意思是“according to the law in force”，直接翻譯或可稱為「現行法論」，但傳統上常譯為「解釋論」。稱為「解釋論」並不精準，因為如前所述，依據現行法來解決法律問題，包括了「認識有效的法律」、「法律解釋」、「體系化」三方面的工作。換言之，解釋論只是 *de lege lata* 的一部分，故本文不會以「解釋論」來指稱 *de lege lata* 的工作。
- 27 *De lege ferenda* 字面的意思是“according to the law which is desirable to establish”。

正、是否應該制定某項法律措施。雖然法律人經常會區分關於現行法的主張（例如法律解釋與適用）與立法論的建議，但正如 Peczenik 所指出：「*de lege lata* 與 *de lege ferenda* 的區分不是截然的。法釋義學追求關於現行法的知識，但在許多情況下，它也導致法律的改變。因此，法釋義學看來同時是描述性與規範性的。<sup>28</sup>」法學方法論上的法律續造（法官造法）即為適例。在法律續造中，現行法的適用、解釋與立法論問題之難以區分，早已是法學家的常識。例如，在民法物權編修訂前，學說與實務即以促進土地使用效益為由，主張將民法第 787 條袋地所有人之鄰地通行權類推適用至承租人或其他土地利用權人<sup>29</sup>，這導致了日後民法修正時，增訂了民法第 800 條之 1 的準用規定。

除此之外，本文認為，基於以下的理由，將立法論的研究包含在法學（法釋義學）內，並無不當。首先，法釋義學著作（如教科書、註釋書、案例評釋等等）常常指出現行法的問題、提議可能的修正方向。許多實際上參與立法論工作（例如擔任修法委員）的法律學者，也不會認為自己所從事的是「非法學性質」的工作。

其次，如前所述，對現行法的解釋，也是在提出某種規範主張，而非單純描述性質。證成法律解釋的理由，經常會涉及立法政策的考量；尤其當法律規範容許不同的解釋可能，必須論證為什麼選擇其一而排除其他解釋選項時，更是如此。例如，為什麼應該將民法第 373 條所稱之「交付」解釋為只包括現實交付與簡易交付，

---

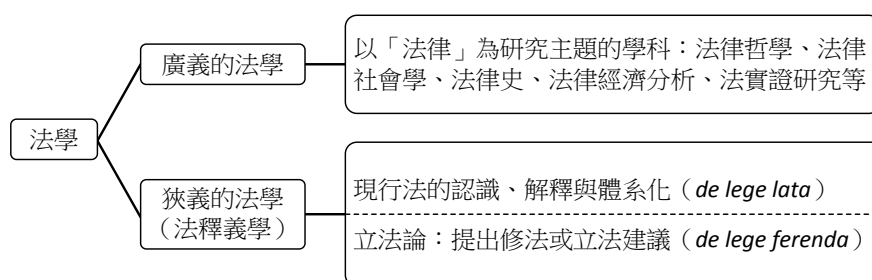
28 PECZENIK, *supra* note 17, at 4-5: “[T]he distinction between *de lege lata* and *de lege ferenda* is not clear-cut. Legal doctrine pursues a knowledge of existing law; yet in many cases it leads to a change of the law . . . . Thus, legal doctrine appears to be descriptive and normative at the same time.” 關於法釋義學兼具描述性與規範性，詳見下文「參、二、」。

29 參見王澤鑑，關於鄰地通行權之法律漏洞與類推適用，收於：民法學說與判例研究（七），2 版，頁 240-257（1993 年）；最高法院 79 年度第 2 次民事庭會議決議。

而不涵蓋占有改定或指示交付，乃是由於政策上應避免讓未直接占有而無法防範、控制標的物毀損、滅失風險並享有標的物利益者，出其意料地承受危險負擔的後果。事實上，解釋法律就是形塑或改變法律的內容。每一個法律解釋的結果，都會產生一條實證法所未明文規定的規範（例如：「砍斷他人左手拇指、食指與中指者，應處五年以上十二年以下有期徒刑」、「買賣標的物之利益及危險，除契約另有訂定外，自現實交付或簡易交付時起，均由買受人承受負擔」）<sup>30</sup>。正是在這個意義上，法律解釋與立法論之間具有連貫性，無法截然二分。

綜上所述，關於法學的概念、分類與主要任務，參見下圖：

圖2 法學的分類與主要任務



資料來源：本文製圖。

如前所述，法釋義學的規範面向主要在於：提出理由來支持法律上的規範主張，這些規範主張包括了現行法的解釋適用與立法論的建議。這樣的工作稱之為「法律論證」(legal reasoning/legal

<sup>30</sup> 例如，Alexy 就認為：「每一個解釋都改變了法律，因此是廣義的法律續造。」 („Jede Interpretation ändert das Recht und ist damit eine Rechtsfortbildung im weiteren Sinne.“)，見 Robert Alexy, Juristische Interpretation, in: ders., Recht, Vernunft, Diskurs, 1995, S. 71 (91).



argumentation)。本文關心的焦點之一即在於：經驗事實——特別是由法實證研究發現的經驗事實——是否能夠在法律論證中，作為支持某項法律上規範主張的理由？本文的答案是肯定的。但在回答這個問題之前，仍必須先對法釋義學的經驗面向作一些初步的說明（見下節），再闡述經驗事實如何能夠具有規範意涵（第肆部分），最後本文也會以臺灣既有之法實證研究為例，說明經驗事實之規範意義（第伍部分）。

最後，值得說明者，本文之訴求對象主要是臺灣的法學學術社群。本文所觀察到的現象，包括法實證研究數量有限，或質疑法實證研究的法學價值，是作者觀察臺灣法學學術社群所得，不當然代表其他國家也有類似現象<sup>31</sup>。

## 二、法釋義學的經驗面向

Alexy在其《法律論證理論》中認為，法釋義學是整合性學科，包括三個面向：經驗的、分析的、規範的。相應於這三個面向，Alexy將上述法釋義學的主要工作，區分為三種不同卻又彼此相關的活動：描述現行有效的法律、對於法律的概念與體系分析、提出解決法律問題的建議<sup>32</sup>。雖然Alexy沒有系統地說明法釋義學

31 一位匿名審查人指出，德國的「問題」就比臺灣輕微。這位審查人認為「德國對於法的探索實際上已有很大的擴張，早已不限於 law in books，而延展到 law in courts、law in business、law in regulation 等，因此就法律存在本身的經驗面向毫無疑問已經是釋義學（教科書、逐條釋義、論文、案例書）重要的一部份。我們的問題是，即使德國法學的經驗面向在範圍上仍無法與美國法學相提並論，對於台灣這樣的移植法學而言，迄今還把大部分精力放在處理『移植』的解釋問題，而跟不上德國法解釋學的成長，包括法律內容的廣泛調查，不同法域的方法意識，乃至補充法律的意願和能力，都有一段大的距離，這使得經驗面向的研究，在台灣始終要面對更大的『雞同鴨講』。」由於德國法學的發展不是本文主要關切的對象，因此，實證研究——如果這是審查人所指的「經驗面向」的話——是否以及如何成為德國法釋義學的重要部分，本文無法多作討論。

32 ALEXY, *supra* note 17, at 251-52. 關於這三個面向及其彼此關聯，亦可參見張嘉尹，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

的經驗面向，但他所稱的「經驗面向」包含兩個層面：(一) 認識以及描述有效的法律、(二) 在法律論證中運用經驗事實的陳述。以下兩小節分述之。

### (一) 認識及描述有效的法律

就第一個層面而言，所謂「認識及描述有效的法律」可以從兩個角度來看<sup>33</sup>。第一個角度是將「法律體系」看作是規範的體系 (legal systems as systems of norms)，所謂「有效的法律」，就是某個有權機關所制定的規範 (例如，立法院三讀通過，總統公布的制定法、司法判決、大法官解釋、行政命令與行政處分等等)。如果將法律單純理解為有權機關制定的規範所構成的體系，那麼認識及描述有效的法律，就不過是法典的重述或司法裁判的彙編，更抽象一點的工作，也只是有系統地整理出各種不同的法源依據。

第二個角度是將「法律體系」看作是一種程序體系 (legal systems as systems of procedures)，亦即制定、適用、解釋、實施法律規範的過程。從這個角度來看，「認識及描述有效的法律」的工作又可以分為兩種方式：

---

展談起，思與言，51 卷 4 期，頁 218-222 (2013 年)。關於法釋義學作為整合性學科及其經驗面向，see also Mark Van Hoecke, *Legal Doctrine: Which Method(s) for What Kind of Discipline?*, in *METHODOLOGIES OF LEGAL RESEARCH: WHICH KIND OF METHOD FOR WHAT KIND OF DISCIPLINE?* 1, 4-11 (Mark Van Hoecke ed., 2011).

<sup>33</sup> 以下區分規範體系與程序體系的想，來自於 ROBERT ALEXY, *THE ARGUMENT FROM INJUSTICE: A REPLY TO LEGAL POSITIVISM*, 24-25 (2002)。不過，它其實也相應於 Alf Ross 關於「法律的現象或行動中的法律」(the phenomenon of law or law in action) 與「法律規範」(the norms of law) 的區分。Ross 認為，「行動中的法律」與「法律規範」並不是兩個獨立存在的現象，而是現實的一體兩面。一方面，如果不藉助法律規範，我們無法將某些人類行動詮釋為制度性的法律行動；另一方面，Ross 認為「效力」指涉的是規範的拘束力感受與實際遵行的社會實效，故若不著眼於規範實際上被法院所適用、遵循的狀況，我們也無法斷定哪些規範是有效的法律；因此，這兩種觀察法律的角度其實是彼此預設的；see ROSS, *supra* note 17, at 11-19, 34-38.

第一種方式是將程序體系看作是說理論證的過程，然後去描述這個過程的參與者（例如立法者或法官）基於什麼樣的理由或論據去制定、適用、解釋規範。研究者甚至可以根據特定的理論興趣進一步研究這些理由或論據的性質，但重點是，並不評價這些理由或論據的好壞優劣；此種研究可以稱為「描述性的法律論證理論」（*descriptive theory of legal reasoning*）。例如：學者隨機抽樣地方法院判決後，分析出地方法院在計算民法第192條之扶養年數時，採用過八種計算方式；而年扶養費用也有「每人每月最低生活費」與「平均每人每月消費支出」兩種差異頗大的選項<sup>34</sup>。

第二種方式關注的則是程序體系當中制定、適用、解釋規範的制度性行為——簡言之，即立法、司法或行政行為，並試圖說明，哪些因素會影響這些制度性行為<sup>35</sup>，以及特定的立法、司法或行政行為產生什麼樣的效果影響。這樣的工作，基本上是將法律制定與法律適用行為看作是由一連串經驗事件所組成的因果鏈中的一環，其主要的理論興趣在於推論出立法、司法或行政行為作成的原因，並觀察或預測這些行為所導致的後果。

制度性行為之影響及效果，包括了法律規範（制定法、行政行為、司法判決）之實效（*efficacy*）。相對於以制定為導向的效力概念，實效研究關切的是：法律規範實際上是否被適用與遵守，被遵守與適用的範圍大小或程度多寡，不遵守時有多高的機率會被制裁，規範的實施結果是否、以及在多大程度內能夠達到制定規範的目的（例如汽車是否都沒有在紅線上停車，在紅線停車是否經常被拖吊，畫禁止停車的紅線是否達到紓解車流或維持交通安全的效果等等）；以及說明影響實效狀況的因素（例如，為什麼在某些地區

---

34 張永健，侵權行為的算數題——扶養費與薪資損失的計算，月旦法學雜誌，228期，頁109-118（2014年）。

35 例如：原告主張之賠償金額會對法官產生「定錨效應」嗎？詳後分析。

經常出現紅線停車，或者停在紅線上也很少被拖吊；或者找出為什麼某些路段畫紅線禁停之後，交通流量並沒有改善的原因)。實效狀況是經驗上可觀察到的事實或行為，它也是經驗研究的重要對象之一。例如：訴願法要求訴願審議委員會對行政處分作合目的性審查，去探究實際上某特定訴願委員會是否有切實做到，即為關於訴願法之實效的實證研究(詳後「伍、二、」)。

顯然地，如果將法律體系視為制度性行為的程序體系，那麼法釋義學中「認識及描述有效的法律」這項工作，勢必要走向實證研究<sup>36</sup>，至少也須大幅借助實證研究的成果<sup>37</sup>。在本文第五部分第二

---

36 一位匿名審查人指出：本文忽略了大陸法系與英美法系的根本差異，前者「法官只是法律之嘴」，後者「法律見於法官之嘴」；兩者對「規範 vs 經驗」問題有兩種極端態度，雖然實際上兩者都在趨中。另外也指出英國法學與美國法學之差異。

本文認為，確實，以法實證研究的發展而言，大陸法系與英美法系的二分法，似乎並非探討問題的最佳出發點。英格蘭法與美國(州)法有許多共同的根源，但英、美兩地的法學發展非常不同。美國大行其道的經濟分析，在英國是冷灶。法實證研究在美國已經使用了社會科學最前沿的工具，在英國以及其他國協國家或地區，則還在襁褓階段。姑且先用美國法學與德國法學作更深入對比：在(尤其是私法領域)強調案例法的美國，「認識及描述有效的法律」是非常重要的且一般而言(較德國)更困難的工作。美國的法官與律師，在處理財產法案件時，必須知道州的判決先例，其他州對類似案件的決定(可能被本州參考)，也要知道聯邦最高法院對跨州問題的判決先例。認識與描述既有的案例法，並進而預測新生事實會如何被法院適用，是法律實務工作的重心。是以，用實證的方法，處理大量的判決，來精準描述案例法，只是傳統案件彙編與整理很自然的下一步。而法官的裁量在案例法下比較大，學者、律師自然就會對影響法官決策的因素產生興趣，制度性行為(尤其司法行為)研究於焉誕生。

在高度法典化的德國與其他國家，法院判決當然也有其重要性；但有了法典作為出發點，加上法學理論對法官「應本分地適用法律」之制約，「認識及描述有效的法律」就變得相對簡單。而若法學家認為無論是實然或應然，法官只是法律的適用者，自然就不用太過在意制度性行為。不過，如同本文第五部分所引用的本土實證研究所示，即令法典是法律解釋與適用活動的中心，法官仍有一定自主空間。只要這樣的空間存在，法律如何被適用，法官以何種標準決定如何適用法律，就不是規範論述可以完全解答，而有實證研究的存在餘地。

至於在規範論證中適用實證研究發現，則共通於任何法系，請見下文論述，亦可參考 *Petersen* (Fn. 2), S. 439-446.

37 美國與北歐的法律現實主義者(Legal Realists)認為，法律的效力可以完全化

節，我們將舉出一些臺灣既有的法實證研究，進一步具體說明制度性行為與法律實效的實證研究的意義與成果。

## (二) 在法律論證中運用經驗事實的陳述

經驗面向的第二個層面關切的是經驗論據在法律論證當中的運用。Alexy指出：「幾乎所有的法律論證形式——如同幾乎所有的實踐論證形式——都會包含經驗陳述。<sup>38</sup>」論證法律上的規範主張時，經驗陳述經常是理由或論據的一部分。這些經驗性的論據包含了特定的經驗事實、個人行動、行動者的動機，乃至自然科學或社會科學的法則等等；它們可被歸類為不同的學門領域，例如經濟學、社會學、心理學等等。

不過，Alexy並沒有具體討論這些經驗陳述如何被安置到法律論證中，而只是以法律解釋方法（the canons of legal interpretation）

---

約為實效問題。代表者如 Oliver Wendell Holmes 的預測論：「我所謂的法律，就是對於法院實際上會作什麼的預測，而非其他貌似更重要者。」Oliver Wendell Holmes, *The Path of the Law*, 10 HARV. L. REV. 457, 461 (1897): “The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law.” 以及 Alf Ross 的主張：一個有效的法律體系，就是一組法官感受到具有社會拘束力且因此而遵循的規範；當我們說一條規範具有法律效力，指的是這條規範實際上被法官所適用，並且在一定條件下可以預期它會被法官所適用，see ROSS, *supra* note 17, at 29-52。倘若如此，「認識及描述有效的法律」的工作，將會與司法行為的實證研究密不可分。

Alf Ross 甚至認為，不僅法釋義學的命題——依 Ross 之見，此種命題的形式是「某條指令或規範是有效的法律」——是經驗上可被檢證的，因為它指涉的是作為經驗現象而可被觀察的社會事實，法釋義學也必須被看作是一門經驗性的社會科學，see ROSS, *supra* note 17, at 40: “[T]he doctrinal study of law must be recognized as an empirical social science.”。Alf Ross 關於法學的現實主義觀點與當代法實證研究有不少契合之處，某個意義上，可以說 Ross 為法實證研究在法學中的地位提供了哲學面的正當性基礎。對此我們將另文闡述。有興趣的讀者可參考 Jørgen Dalberg-Larsen, *Alf Ross and the Sociology of Law*, 48 SCANDINAVIAN STUD. IN LAW 39, 40-50 (2005), <http://www.scandinavianlaw.se/pdf/48-3.pdf>.

38 ALEXY, *supra* note 17, at 232: “[A]lmost all legal – just as almost all practical – argument include empirical statements.”

當中所包含的一些經驗論證作為例子。例如，在文義解釋當中，關於語言使用規則的確定；在歷史解釋或主觀目的解釋中，發現立法者意旨或立法過程的資料；在比較法解釋中，關於外國法制的實施狀況；在目的解釋或後果導向解釋當中，判斷採取某個解釋是否能夠達成某種目的，或者預測採取某種解釋或實施某條規範會導致何種後果；這些都屬於經驗面向的論述<sup>39</sup>。

事實上，在法律論證或法律解釋中訴諸經驗論據，法律人並不陌生。從上文所舉的幾個法律解釋的例子就可以清楚看出這一點。例如，「使人受重傷」的解釋之所以包含「砍斷他人拇指、食指與中指」這樣的行為，首先是由於刑法第10條第4項第4款關於「重傷」的定義：「毀敗一肢之機能者，屬於重傷」，但更重要的是基於「失去拇指、食指與中指，則手（一肢）之功能即已喪失」這個經驗陳述；如果不訴諸這個經驗陳述，我們無法作出上述的解釋。同樣的，像「將鄰地通行權的主體擴展至袋地承租人與使用借貸人，才能夠達到發揮袋地經濟效益目的」，或「只有對物有事實管領力的直接占有人才有能力防止標的物危險之發生」，也屬於經驗陳述或主張——至少這些主張必須訴諸經驗論據才能檢驗其是否成立<sup>40</sup>。

如前所述，法律論證——提出理由來支持法律上的規範主張——乃是法學規範面向的主要工作，在法律論證中運用經驗事實的陳述，即為規範面向與經驗面向的直接交會點（參見下圖3）。出現於此交會點的重要議題是：經驗事實——尤其是法實證研究所觀

39 *Id.* at 245. 對此亦請參見下文「肆、二、」的論述。

40 關於經驗論據在規範具體化（Normkonkretisierung）中扮演重要角色，請參考 Petersen (Fn. 2), S. 444-446。在法律論證中經驗陳述的運用及檢驗（特別是統計推論與機率論的法學應用），亦請參考 Hans-Joachim Koch/Helmut Rüßmann, *Juristische Begründungslehre*, 1982, S. 283-346（本書是德語文獻中少數詳盡探討此一問題的重要著作，可惜在因襲傳統方法論之德國法學界，未受到應有重視）。

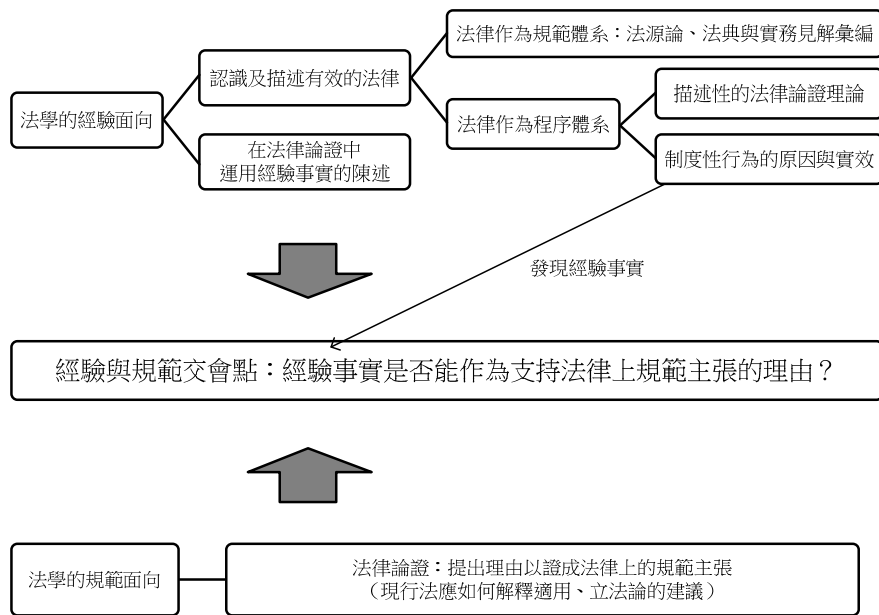
察發現的經驗事實——是否能作為法學規範論證的理由？

在下文第肆部分處理此一議題之前，宜先於下一節扼要討論法實證研究與法學經驗面向之間的關聯。但請注意：本文關於法學經驗面向的分類，只是讓讀者清楚理解的方便法門，不代表彼此之間毫無關聯。雖然經驗與規範面向的直接交會點在於「經驗事實作為法律論證的理由」，但此種經驗事實（詳見下文關於「差異製造事實」的論述），往往是由制度性行為的實證研究所發現，如前所述，探討制度性行為的原因與實效，正屬於「認識及描述有效法律」的重要部分。換言之，「認識及描述有效的法律」這個面向包含了將法律體系視為程序體系的實證研究，特別是實效研究，此類研究能夠作出因果推論，發現作為法律論證理由的經驗事實（差異製造事實），因此也會具有規範意義<sup>41</sup>。因此，本文標題「經驗面向的規範意義」所稱之「經驗面向」，必須以整體的方式來理解。

---

41 就此而言，「如何發現差異製造事實」和「運用差異製造事實作為規範論證的理由」可視為兩種不同的工作，前者屬於「認識及描述有效的法律」中制度性行為的實證研究，後者則是「經驗事實在法律論證中的運用」，但彼此仍有緊密關聯（詳見本文第肆部分的論述）。同理，本文第伍部分區分的幾類實證研究（檢驗差異製造事實是否成立、檢驗法律的實效性與刻畫制度性行為）也互有交錯：實效研究與制度性行為的實證研究，可能發現具有規範重要性的差異製造事實（參見下文「伍、一、」）。

圖3 法學的經驗與規範面向



資料來源：本文製圖。

### 三、法實證研究作為法學的經驗面向

讓我們轉向法實證研究與法學經驗面向之間的關係。按照法實證研究權威學者Theodore Eisenberg的看法，法律議題的經驗分析（empirical analysis of legal issues）可以分為兩大類<sup>42</sup>。第一類是自然科學或社會科學的經驗分析在法律個案中的運用，例如當事人可以運用自然科學或社會科學的實證研究成果，來支持其所提出的主

<sup>42</sup> See Theodore Eisenberg, *Empirical Methods and the Law*, 95(450) J. AM. STAT. ASS'N 665 (2000); 黃國昌 (註6), 頁144。



張，或者法官可以使用這些實證研究成果作為證據或甚至判決理由的一部分。這個類型相當於法學之經驗面向的第二個層面，亦即經驗論據在法律論證當中的運用。具體的例子如前一節所述：語意學或語用學的研究成果可以作為文義解釋的重要依據；生理學家關於四肢的生理構造研究，可以讓我們判斷什麼叫作「毀敗一肢之機能」，以確定「砍斷他人左手拇指、食指與中指」是否屬於刑法所謂的「重傷」；關於土地使用效益的經濟分析可以作為讓袋地使用人同樣享有鄰地通行權的依據。

第二類的經驗分析則是運用實證方法（資訊收集與統計分析），來描述法律體系的運作過程，這是一般理解的「法實證研究」所進行的工作。這樣的工作相當於法學之經驗面向的第一層面，亦即描述、觀察、分析法律體系如何運作。如前所述，它包括了描述性的法律論證理論與制度性行為的實證研究，即分析影響立法、司法或行政行為的因素，與觀察或預測這些行為的效果。

非常有意思的是，Eisenberg指出：「藉由提供對於法律體系如何運作的精確描述，法律實證分析不只能夠影響個別案件，而且還能夠影響更大的政策問題。因為關於法律體系的錯誤印象乃是司空見慣，故實證研究能著力處不少。<sup>43</sup>」按照這個看法，法實證研究的發現與成果，可以影響法院判決與立法政策<sup>44</sup>。姑且不論實證研

---

43 Eisenberg, *supra* note 42, at 667: “[B]y providing an accurate portrayal of how the legal system operates, empirical legal analysis can influence not only individual cases, but also larger policy questions. Much room for progress exists, because misperceptions about the legal systems are common.”

44 例如：在有系統性的法實證研究之前，一般認為，美國法中的懲罰性賠償金（punitive damages）由陪審團恣意決定。但 Eisenberg 教授幾篇法實證研究顯示，懲罰性賠償與財產上損害賠償的數額有線性關係。See Theodore Eisenberg et al., *The Predictability of Punitive Damages*, 26 J. LEGAL STUD. 623 (1997); Theodore Eisenberg et al., *Juries, Judges, and Punitive Damages: An Empirical Study*, 87 CORNELL L. REV. 743 (2001); Theodore Eisenberg et al., *Juries, Judges, and Punitive Damages: Empirical Analyses Using the Civil Justice Survey of State Courts 1992, 1996, and 2001 Data*, 3 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 263 (2006); Theodore

究如何發揮這樣的影響力，問題是，對於法律（釋義）學者而言，實證研究（Eisenberg的第二類經驗分析）成果在法律論證中能夠扮演什麼樣的角色？

如前所述，法釋義學的工作不只是在描述有效的實定法規範，還會提出關於立法論與現行法的規範主張：例如「應該制定什麼樣的法律」、「現行的法律規定應該如何修正」、「法律規範應該如何適用或解釋才能獲得正確的判決結果」等等；更重要的是，法律學者必須提出理由來證成（justify）他所提出的規範主張。可以說，法學的規範面向是一種證成（justificatory）的工作，就此而言，法律學者與立法者和法官一樣，都是從參與者的角度（the participant's perspective）來進行法律論證。

但是法實證研究並不關心證成的面向，而毋寧是站在觀察者的角度（the observer's perspective），從社會科學研究者的觀點去歸納出在法律運作過程中出現的行為規律性，並對這些行為提供因果說明（causal explanation），或至少點出須進一步探究的相關性（correlation）<sup>45</sup>。就此而言，法實證研究從事的是說明性（explanatory）的工作——例如觀察法官（或陪審團）的族群出身是否會導致其經常作出有利於特定族裔的判決；若是，則可能由法官的族群出身來預測其判決結果——但這並不表示族裔背景就可以作為法官判決當事人勝敗訴的理由<sup>46</sup>。我們推測，證成與說明之差

---

Eisenberg & Martin T. Wells, *The Significant Association Between Punitive and Compensatory Damages in Blockbuster Cases: A Methodological Primer*, 3 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 175 (2006). 此種研究結果，對立法者是否該限縮懲罰性賠償金之案件適用範圍，或設定賠償上限，有重要意義。

45 相關性和機率因果關係的說明，見下文「肆、一、」關於「差異製造事實」的論述。

46 美國的實證研究顯示，陪審團成員的種族組成，會影響不同種族的被告被判死刑的機率。See John J. Donohue, *The Death Penalty*, in ENCYCLOPEDIA OF LAW AND ECONOMICS (2013), [http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1129&context=john\\_donohue](http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1129&context=john_donohue).

異，或許就是某些法釋義學者認為法實證研究無助於解決法學問題的原因之一，因為影響司法判決的因素，未必就能作為證成司法判決的理由。

本文並不否認，由於這樣的觀點區分，法釋義學與法實證研究有不同的研究任務（research agenda），甚至有不同的研究取向——非常抽象地說，前者關切的是什麼樣的理由可以證成法律上的規範主張；後者關切的則是影響法律制度運作的因素，以及法律制度運作的效果。但這並不足以推論出，法實證研究的成果與法釋義學所要解決的問題完全無關。如果其他學科（語言學、生理學、經濟分析）的經驗研究成果都能夠運用於法律論證，以描述、觀察、分析法律體系實際運作狀況為主的法實證研究，其研究發現是否也能運用於法律論證，從而有助於解決法學所關注的規範問題？

邱文聰曾經提出過同樣的問題。他區分兩種觀點的法實證研究：「外在觀點的法學實證研究」（external approach of empirical studies about law）與「內在觀點的法學實證研究」（internal approach of empirical studies of law）。「外在觀點」相當於本文所稱之「觀察者觀點」，外在觀點的法學實證研究是描述性的，探討「法律所處的經驗現實是什麼、法律與此一經驗現實彼此間的互動關係、法律達成特定目的之實效、司法行為實踐的經驗現況等問題」<sup>47</sup>。「內在觀點」相當於本文所稱之「參與者觀點」，內在觀點的法學實證研究「寄望藉由實證研究回饋到『規範性問題』的解答」<sup>48</sup>。邱文聰指出，法學作為一種研究「規範」的學科，以及法律實踐具有的論證特性經常表現在規範性的價值評斷，因此，「有無可能在法學中進行『內在觀點的法學實證研究』（亦即實證研究之結果在法學的規範論證中，可否做為支持或反對某一論證的理

---

47 邱文聰（註2），頁235。

48 同前註。

由)」，即成有待回答的根本問題<sup>49</sup>。

本文認為，的確有可能進行所謂「內在觀點的法學實證研究」，為了回答其所涉及的關鍵問題——「法實證研究的成果在何種條件與範圍內，有助於解決法釋義學所關注的規範問題？」、「在法律論證中，法實證研究的結果可否作為支持或反對某一論證的理由？」，本文第肆部分以稍具哲學性的方式來闡述經驗事實（實然）和規範命題（應然）之間的論證關聯，再以此出發討論法實證研究所可能具有的規範意涵。

## 肆、經驗面向的規範意義

### 一、經驗事實作為規範性理由

如前所述，法學的規範面向，其主要工作在於提出理由來證成法律上的規範主張<sup>50</sup>。可以用來證成某個規範主張的理由，稱為「規範性理由」(normative reasons)。現在的問題是：經驗事實是否能夠作為證成規範主張的理由？其實，在日常生活中，我們經常訴諸經驗事實來支持對於自己或他人提出的規範主張。例如：「為什麼你應該戒菸？因為吸菸有害身體健康」、「為什麼我們應該不開車

49 同前註。邱文聰更認為，「此一根本問題的回答，將影響法學實證研究取徑的伸展與活動範疇，也反映出在此法文化社群對於法律是什麼的定位」。

50 法學所提出的規範主張包括了法律規範應該如何制定、修正或適用的主張，這些規範主張可稱為二階的規範主張 (second-order normative claim)，它們有別於「應該採取何種行動」的一階規範主張 (first-order normative claim，例如「不應該在室內公共場所吸菸」、「某甲應對某乙負損害賠償責任」)。為了簡化討論，本文將暫且忽略一階與二階規範主張的區分。另外值得注意的是，提出法律解釋，既可以看作是二階的規範主張 (例如「刑法第 278 條第 1 項的『重傷』在解釋上應該包括『砍斷他人左手拇指、食指與中指』」)，同時也是在提出一階的規範主張 (「砍斷他人拇指、食指與中指應處五年以上十二年以下的有期徒刑」)。

上班？理由是開車會提高空氣污染」。這些事實（「吸菸有害健康」、「開車提高空氣污染」）雖然屬於實然層面的經驗事實，但它們能夠作為支持規範主張的理由。這種可以作為規範理由的經驗事實，本文稱為「具有規範重要性的事實」（normatively significant facts）<sup>51</sup>。

當然，主張「實然不能導出應然」者會認為，這些經驗事實之所以具有規範重要性，仍要預設應然層面的前提。例如，「開車會提高空氣污染」之所以能夠作為不開車上班的理由，是因為應該降低空氣污染；如果身體健康不是值得追求的目標，那麼「吸菸有害身體健康」也不會構成應該戒菸的理由。

上述說法或許有部分的正確性，但必須強調：單單指出某個目標值得追求，或應該實現某個狀態，並沒有辦法發揮行動指引的作用。光從「保持身體健康是好的」這個評價陳述，我們無法知道該怎麼作才能保持身體健康；同樣地，單從「應該降低空氣污染」這個應然命題，也無法推論出，究竟要採取什麼樣的行為或措施才有辦法降低空氣污染。當我們要決定，在數個可能的行為選項中（「抽菸／戒菸」、「開車／不開車」）應該採取哪一個時，我們必須判斷，哪一個行為選項才能達到想要追求的目的或促成應該實現的狀態（「抽菸有害身體健康，戒菸才能保持身體健康」、「開車會提高空氣污染，不開車有助於降低空氣污染」），這樣的判斷顯然是經驗性的，其成立與否需要經驗論據的檢證。

---

51 依哲學家 Derek Parfit 之見，「具有規範重要性的事實」有別於「規範性事實」（normative facts）。後者指的是一個為真的規範主張所陳述的事實，例如「你不應該吸菸」；前者不是規範性事實，而是能夠證成規範主張、使得某個規範性事實之所以成立的經驗事實或自然事實，例如「吸菸有害身體健康」雖不是規範事實，卻是一個具有規範重要性的事實（它是你之所以不應該吸菸的一個理由）；see 2 DEREK PARFIT, ON WHAT MATTERS 279-80 (2011)。就此而言，本文所謂「經驗面向的規範意義」指的是：實證研究作為法學的經驗面向，能夠發現具有規範重要性的事實。對此請參照本文「肆、三、」。

由此可以進一步說明，什麼樣的經驗事實具有規範重要性，從而能夠成為支持規範主張的理由。本文的看法是：作為規範理由的事實是一種「差異製造事實」(difference-making facts)<sup>52</sup>，它指出採取某個行為或措施會對某個結果的發生與否或發生機率造成差異，不論這個結果是某個值得追求的目標、某個應該實現的狀態，或甚至是某個偏好或欲望的滿足<sup>53</sup>。

例如：「吸菸有害身體健康」是差異製造事實，它指出吸菸與否對身體健康所造成的差異：如果你戒菸，就不會導致身體健康受到損害。「開車會提高空氣污染」這個差異製造事實，顯示少開車會造成的差異：減低空氣污染。又例如，「開車上班會增加油費開銷」也是差異製造事實，它指出開車和不開車上班的差別：不開車上班可以節省油費開銷。若比較想節省金錢而不是節省時間，那麼「開車上班會增加油費開銷」就是不要開車上班的一個理由。顯然地，差異製造事實才能夠發揮行動指引的作用——我們可以運用差異製造事實來考慮是否要採取某個行動或措施，以促使或避免某個結果的發生。

關於差異製造事實，有兩點補充說明。首先，「差異製造」不一定是全有或全無的必然性宣稱（例如吸菸必然會導致身體健康受

---

52 “Difference-making facts” 這個專技性的術語，很難找到適切的中文翻譯。一位審查人建議譯為「製造差異的事實」，但這很容易被誤以為是某種會對結果發生與否造成差異的事實，亦即下文所述的“difference-maker”（「差異製造者」）。然而，會造成結果差異的行為、事件或事實（例如「張三吸菸」）有別於“difference-making facts”（例如「張三吸菸會導致他罹患肺癌」）。為了避免混淆，只好姑且將“difference-making facts”直譯為「差異製造事實」。

53 將理由視為差異製造事實的主張，可稱為「基於差異製造的理由論」(difference-making-based theory of reasons)，參照王一奇，理由與提供理由的事實，收於：謝世民編，理由轉向：規範性之哲學研究，頁 105-140（2015年）；Peng-Hsiang Wang & Linton Wang, *Rules as Reason-Giving Facts: A Difference-Making-Based Account of the Normativity of Rules*, in PROBLEMS OF NORMATIVITY, RULES AND RULE-FOLLOWING 199, 200-03 (M. Araszkievicz et al. eds., 2015).

到傷害)，而可以是結果發生機率高低的差異。例如，跟不吸菸相較，吸菸會增加幾成的罹患肺癌機率；或者，不開車可以降低多少程度的空污比例。抽象地說，採取選項A跟不採取A相比，會使得結果C的發生機率上昇（例如，採取A則C出現的機率為80%，不採取A則C出現的機率只有50%），那麼就可以說，採取A會對C的發生造成差異<sup>54</sup>。簡言之，所謂「差異製造」可以是概然性的<sup>55</sup>。

其次，差異製造事實的成立與否，仰賴於某些背景條件（background conditions）。背景條件有別於差異製造事實：背景條件並沒有指出差異，但它卻是差異製造事實（理由）要成立所必須具備的條件<sup>56</sup>。例如，「汽車使用石化燃料」這個事實並沒有直接顯示開車會造成何種差異，我們無法單憑這個事實來考慮，是否不要開車上班以避免某些負面效果，但「汽車使用石化燃料」卻是使得「開車會提高空氣污染」這個差異製造事實得以成立的背景條件；如果你開的是電動車，那麼開車並不會造成空氣污染提高的差異（雖然它可能仍會造成其他差異，例如耗電增加）。又如，「菸草含有尼古丁」是使得吸菸會對身體健康造成差異的背景條件，由於菸草含有尼古丁，所以吸菸會導致傷害身體健康。但是「菸草含有尼

54 這其實就是機率因果關係的基本想法：以  $P(C|A)$  代表「在 A 的條件下，C 發生的機率」，則「A 是造成 C 的原因」可被刻畫為  $P(C|A) > P(C|\neg A)$ 。關於差異製造與因果關係，詳見下文。

55 值得強調者，迴歸模型等統計結果，也都是機率性質的陳述：例如「法官是男性時，相對於法官是女性時，被告獲判有罪的機率增加 5%」。

傳統法學一直有拒卻機率陳述之傾向，往往使用「全有全無」的論稱，像是有罪、無罪，有因果關係、無因果關係。但差異製造（或因果關係）可以是概然性的：「A 是 C 的原因」不等於「A 必然導致 C」。因此不能要求說，唯有證明了  $P(C|A) = 100\%$ ，才確定因果關係存在。批評目前學說實務在建構民、刑事責任之因果關係時不當忽略機率論想法，參見黃維幸，現代法學方法新論，頁 136-167（2014 年）。

56 文獻上常見的例子是：磨擦火柴（因）導致燃燒（果）。但這個因果陳述要成立需要一些背景條件：例如「空氣中含氧」、「火柴盒是乾燥的」、「火柴含有磷的成分」、「當場風速不會過大」等等。如果這些條件不具備，則「磨擦火柴導致燃燒」這個因果陳述不會成立。但通常我們不會將空氣含氧等條件稱為「原因」，而稱之為「背景條件」。

古丁」這個事實，它本身無法發揮行動指引的作用，因為它並沒有告訴我們，吸菸會造成什麼樣的差異結果。

我們可以說，「背景條件」本身不是理由（差異製造事實），但它是一種「給予理由的事實」（reason-giving facts）<sup>57</sup>。當我們陳述某個差異製造事實時，我們通常預設背景條件已經滿足，但在不少情況下，關於採取某個行為或措施是否能夠產生某種差異的爭論，往往也會涉及背景條件是否已經滿足的問題。例如，「死刑能夠嚇阻潛在犯罪者」常被用來作為支持死刑制度的理由。但這個主張（差異製造事實）要成立，需要一些背景條件，例如，媒體會大幅報導死刑案件、重大罪行被求處死刑的起訴與定罪率等等。背景條件同樣是經驗事實，其成立與否，同樣需要實證研究的檢驗。

提出「差異製造」這個概念，旨在刻畫因果關係。如果某件（或某類）事情（行動、事件、現象等等）會對另外一件（或另一類）事情的發生與否或機率高低造成差異，那麼可以說：前者就是後者的原因（cause）。換言之，某件事情的原因，就是使得這件事情（結果）發生與否（或影響其發生機率高低）的差異製造者（difference maker）<sup>58</sup>。用上面的例子來說：你之所以身體不健康，

---

57 關於「理由」與「給予理由的事實」的區分，參見王一奇（註53），頁111-113；Wang & Wang, *supra* note 53, at 202-03.

58 Christopher Hitchcock 認為，幾種常見的因果關係理論都可以被「差異製造」這個概念所涵蓋，see Christopher Hitchcock, *Causation*, in THE ROUTLEDGE COMPANION TO PHILOSOPHY OF SCIENCE 361, 363-68 (Martin Curd & Stathis Psillos eds., 2d ed. 2014)。例如，哲學家休謨（David Hume）的規律性（regularity）理論將兩類事情之間的因果關係化約為：在某一類事情（原因）發生後，規律地伴隨著另一類事情（結果）的發生；換言之，在一定的條件下，原因 A 的發生與否，會造成結果 C 是否經常隨後發生的差異。機率性的因果關係理論，則可以理解為：原因 A 的出現會對於結果 C 的發生機率造成差異，A 的出現會提高 C 發生的機率。反事實條件（counterfactuals）的因果關係理論主張，我們可以藉由「倘若 A 沒有出現，則 C 是否仍會發生？」這種假設性的思考，來判斷 A 是否為造成結果 C 的原因。在最接近現實世界的狀況下，倘若 A 沒有出現，C 就不會發生（或發生機率降低），則 A 與 C 之間即具有因果關係。換言之，此種理論乃透



是因為你有抽菸的習慣；倘若你戒菸，就會比較健康。空氣污染之所以愈趨嚴重的原因之一，是由於我們開車代步；如果不開車，那麼空氣污染的程度將會下降。要發現某件事情是否會對另一件事情的發生造成差異，主要是經驗層面的工作，而實證研究的任務之一，就是要檢驗差異製造事實（甚至包括背景條件）之存在與否。例如，透過實驗統計發現，吸菸者比起不吸菸者罹患肺癌與心血管疾病的機率較高；或者透過觀察實測發現，以汽車代步比例愈高的地區，當地的空氣品質就愈差。

實際上，差異製造事實可以用來提供因果說明（causal explanation）<sup>59</sup>。當A這件（類）事情對於C這件（類）事情的發生會造成差異，那麼可以說：A是導致結果C發生的原因；換言之，A說明了為什麼C會發生。例如，居民普遍開車代步，說明了為什麼當地的空氣污染嚴重；抽菸的習慣，說明了為什麼你的健康狀況不佳。這種因果說明方式稱為「正規說明」（canonical explanation）。

進一步而言，差異製造事實作為規範性理由，它與規範命題之間的證立關係也可以看作是一種說明關係：藉由指出一個行為會造成什麼樣的差異，差異製造事實對於為什麼應該去作（或不作）這個行為，提供了一種結果論或目的論的說明（consequentialist or

---

過比較「A 出現」（實際情況）與「A 不出現」（反事實的可能情況）這兩個不同狀態，是否會對C之發生與否（或發生機率）造成差異，來說明因果關係。可操作性（manipulability）的因果關係理論則從行動的角度來說明因果關係，它認為原因是可被用來導致結果的手段。如果行動者可以透過操作某件事情，來改變另外一件事情的狀態，那麼前者就是後者的原因，例如在冬天打開窗戶導致室溫下降。這同樣可以透過差異製造的想法來理解：行動者的介入與否（打開窗戶或讓窗戶維持關閉）造成了某個結果（室溫下降）是否出現的差異。

關於各種因果關係理論的簡要介紹，see STEPHEN MUMFORD & RANI LILL ANJUM, CAUSATION: A VERY SHORT INTRODUCTION (2013).

<sup>59</sup> 或許也可以將差異製造事實稱為「因果事實」（causal facts）。關於差異製造與因果說明，see, e.g., Michael Strevens, *The Causal and Unification Approaches to Explanation Unified – Causally*, 38 NOÛS 154, 154-76 (2004).

teleological explanation)。例如，對於為什麼應該戒菸的一個可能說明是，因為吸菸會造成傷害身體健康的差異，為了保護健康，所以應該戒菸。之所以應該少開車，是因為開車會提高空氣污染；為了降低空氣污染，因此應該少開車。

結果論或目的論之說明（運用差異製造事實作為某個規範命題的理由），有別於前述的正規說明。在正規說明（某件事情對於另一件事情的發生造成差異）中，說明項（*explanans*）是差異製造者，即作為原因的事件、現象或行為（例如抽菸、開車），被說明項（*explanandum*）則是結果的發生（例如健康受損、空氣污染加劇）。但是目的論或結果論的說明則是一種「逆轉說明」（*inverted explanation*）：藉由「一個行為會造成某種結果差異」這種差異製造事實，我們反過來說明「為何應該採取（或不採取）這個行為」，以達成某個目的或促使／避免某個結果的發生。在逆轉說明中，說明項是差異製造事實（抽菸有害健康、開車提高空氣污染），被說明項則是為什麼應該採取某個行為（應該戒菸、應該少開車），而這個行為恰恰是正規說明中作為說明項的差異製造者。

「正規說明」與「逆轉說明」這兩種不同的說明方式，或許可以回應前述法實證研究無助於解決規範問題的質疑：「法實證研究頂多只能找出影響法律運作或制度性行為（例如司法判決）的原因，但這些原因未必就能作為規範論證的理由」<sup>60</sup>。這個質疑基本上是對的，但它忽略了重點：原因不是理由，因果事實（*causal facts*）才能作為理由。差異製造者是導致某個結果發生的原因，但能夠用來證成規範命題的理由，是差異製造事實，而不是差異製造者。例如，假設會導致法官作出有利或不利特定族裔判決的原因（差異製造者），是其族群出身。或許「法官的族群出身」（例如「法官是白人」這個事實）無法作為支持何種規範主張的理由；但

---

60 見上文「參、三、」。

是，如果「白人法官會導致作出不利於非裔族群的判決」這個差異製造事實成立，那麼這個差異製造事實將可以作為支持某些規範主張（例如，合議庭的法官或陪審團的組成應該考慮到族群分配比例）的理由。

以下我們將指出，法律論證——不論是立法論或解釋論的論證——經常運用結果論或目的論的說明方式，來證成法律上的規範主張。如前所述，在這種論證方式，差異製造事實扮演了關鍵角色，它構成了是否應該實施某種法律制度、制定某項法律規範、或採取某個法律解釋的規範理由。法律論證中所運用的差異製造事實，其成立與否，以及背景條件是否滿足，正是法實證研究的重點之一。

## 二、差異製造事實在法律論證中的規範重要性

經驗事實的規範重要性，最清楚地顯現於目的論證與結果論證。以下將指出，這兩種論證方式具有類似的結構，它們都必須訴諸某種差異製造事實來證成法律上的規範主張<sup>61</sup>。

### （一）目的論證

目的論證經常出現在法律解釋方法中的目的解釋（包括客觀目的解釋與主觀目的解釋），以及法律續造中的類推適用（目的性擴張）與目的性限縮。但除了目的解釋之外，在決定各種解釋方法的優先順序時，所訴諸的也是某種目的論證。例如，相對於其他解釋方法，文義解釋之所以具有初步（*prima facie*）的優先性，乃是為了尊重立法者的決定，或者較能達到法安定性與可預測性的目標<sup>62</sup>。

61 強調經驗論證或經驗研究在目的論證與結果論證中的關鍵地位，可參考張嘉尹，憲法之「科際整合」研究的意義與可能性（註 18），頁 29-31；Petersen (Fn. 2), S. 440-442.

62 對此可參照 Alexy (Fn. 30), S. 90。或許可將此種關於解釋方法順序的目的論證稱為「後設的目的論證」（meta-teleological argument）。

目的論證的運用並不僅限於法律解釋，也及於立法論證。立法者之所以制定某項法律或採取某個制度措施，通常是為了達到特定的政策目標或實現某種價值。例如，為了保護國民身體健康，所以制定菸害防制法。法律學者也經常以是否能達到某個目的為理由，提出修法或立法的建議。例如，為了提高國民對於司法判決的信賴度，應該實施參審制；由於死刑不能達到嚇阻犯罪的目的，所以應該廢除等等。如前所述，訴諸比例原則當中的「適當性」原則來審查某個立法措施是否為達成目的之適宜手段，也屬於目的論證的運用。

目的論證——不論是立法論或解釋論的——之形式可以刻畫如下<sup>63</sup>：

- (1) 目的Z應該被實現。
  - (2) 採取手段M有助於實現Z（倘若不採取手段M，則無法達成Z）。
- 因此，應該採取M。

Z代表某個政策目標、價值、原則或者值得實現的狀態。M則可以是採取特定的法律解釋、制定某項法律規範、實施某種法律制度等等。此處的前提（2）也可以是下面這個形式：

- (2') 倘若採取手段M，反而無法達成Z。

63 Alexy 曾用比較形式化的方式來表達，目的論證的形式是：

- (1)  $OZ$ （應該實現Z）
- (2)  $\neg M \rightarrow \neg Z$ （如果不採取M，則無法實現Z）
- $OM$ （應該採取M）

對此參見 ALEXY, *supra* note 17, at 237-38。但請注意，(2) 以古典邏輯之實質蘊含條件句（充分／必要條件）來表述「手段—目的」之間的因果關係，並不妥當。理由有二：一方面，如前所述，因果關係可以是概率性的；另一方面，從差異製造的觀點來看，因果關係可能必須透過反事實或虛擬條件句（counterfactuals or subjunctive conditionals）來表達。

準此，則相應的結論將是「因此，應該不採取M」。

目的論證的大前提，即應該追求或實現某個目的，是規範性的前提。確定規範目的，有時是經驗性的問題，例如立法者的主觀目的為何，可以從立法過程或立法史的資料當中去探求。但更多時候，要確定某個目的是否值得追求或應被實現，是價值判斷與取捨的問題（例如尊重吸菸者的自由與保護國民健康孰輕孰重；國民對於司法判決的信賴度與尊重司法專業的正確性，何者才是應該追求的目標），基本上，實證研究不會多過問這些價值問題<sup>64</sup>。

然而，一旦對於所應追求的目的有共識，目的論證是否能成功地證成法律上的規範主張，就只取決於前提（2）或（2'）是否成立。（2）或（2'）是經驗性的前提，它所陳述的其實就是差異製造事實——採取某個手段M會對目的Z之實現造成差異。例如，採取參審制是否能夠提昇國民對於司法判決的信賴、死刑制度是否能達到嚇阻犯罪的效果。如前所述，如果沒有這種差異製造事實，我們無法直接從「應該實現某個目的」推論出「應該（或不應該）採取某個法律解釋、制定某項法律規範或實施某種法律制度」。差異製造事實的成立與否，需要經驗論據的支持，而法實證研究的重要工作之一，正是要提供這樣的經驗論據（參見以下「伍、一、」）。

值得注意者，如前所述，「差異製造」可以是概然性的。在許

---

64 另一個相關但不完全相同的問題是：目的有無獲得實現，是否永遠可以量度？大哉問。當目的是諸如「犯罪率下降」時，量度縱有犯罪學已知的種種困難，仍然在本質上可以量度。但若目的是「保障人權」，又該如何量度人權保障程度，以探知手段是否有助於達到目的？這本身是一個大題目，我們在此能提供的簡短回答是：量度更具體化後之目的。以訴願制度為例，若抽象地宣稱訴願制度建置之目的是為了保障人權，固然沒錯，但無論是實證研究者或規範論者都難以具體辯論。行政法學者於是提出「合目的性審查」等作為更具體的訴願制度設置目的。因為訴願決定書全部公布上網，訴願審議委員會是否有進行、何種強度的合目的性審查，就變得更容易量度，從而可以有實證研究切入之餘地。參見註 117 所引文獻及相關正文討論。

多情況下，實證研究的成果並不能確定，採取某個手段M就必然能達成某個目的Z，而只能告訴我們，採取M能夠達成（或無法達成）目的Z的機率是多少。目的論證中的經驗性前提（即手段與目的關聯）的不確定性，會影響其支持結論的程度。例如，倘若研究發現，採取M則Z的實現機率為90%，這就能相當有力地支持「應該採取M」的結論。相對地，如果發現，採取M則Z的實現機率不到50%，此時可能就比較難以說服我們為什麼應該採取M——當然，這取決於是否有比M更能達成Z之方案，M和其他方案能否同心協力，以及採取M或其他方案之成本與實現Z所獲效益之多寡。當經驗前提不確定時，要如何適當地作出法律決定，不是本文所要處理的議題。在這裡要強調的只是，由於目的論證需要經驗性前提的支持，且此種經驗性前提可以是關於機率的陳述，關於機率高低的實證研究發現，會影響到論證的說服力。

## （二）結果論證

所謂「結果論證」，指的是以採取某個解釋、實施某項規範或制度所可能產生的後果、影響，來說明為什麼應該（或不應該）採取這個解釋或實施這項規範或制度<sup>65</sup>。例如，以開放曾犯罪者駕駛計程車可能造成危害乘客安全的結果，來論證應該禁止有某些犯罪前科者開計程車為業（司法院釋字第584號解釋<sup>66</sup>與林子儀大法官之不同意見書參照）；或者，以給予最高法院選案權可能促使其關注重要案件、提出重要見解為理由，來支持修法賦予最高法院選案權（討論詳後「伍、一、」）。

與目的論證不同之處在於，結果論證當中的「結果」，未必就

---

65 著眼於法律解釋，則結果論證就是通常所謂的「後果導向解釋方法」。但如同目的論證一樣，結果論證不僅限於法律解釋，也及於立法論證（例如立法效果的評估）。在 Alexy 的法律論證理論中，結果論證是證成規範主張的一般形式之一，見 ALEXY, *supra* note 17, at 198-200.

66 關於本號解釋運用統計推論之缺失，參見黃維幸（註55），頁167-172。

是某個規範目的獲得實現的狀態，而可能是實施規範或制度所帶來的附隨效果。但結果論證和目的論證一樣，都必須運用某種差異製造事實（因果關聯）作為論據。結果論證的形式可以刻畫如下：

- (1) 採取某個措施M會導致某個結果F。
  - (2) 結果F是好的（或者：(2'）結果F是不好的）。
- 因此，應該採取M（或者：應該不採取M）。

結果論證和目的論證其實具有相同的結構，只不過大小前提的順序相反。結果論證的前提（1）是陳述因果關聯的經驗性前提，它也是一種差異製造事實——採取M會對結果F是否發生或發生機率造成差異。前提（1）的成立與否是實證研究的對象。（2）則是評價性的前提，它表達了對於某個特定結果之好壞與否的評價判斷。實證研究雖然不能過問評價判斷；但和目的論證一樣，如果欠缺實證研究所提供的論據來支持（1），單從關於結果好壞的評價性前提，無法推論出是否應該採取某個措施<sup>67</sup>。

---

<sup>67</sup> 在傳統的法學方法論中，結果取向的解釋通常不被當作是「典型」的解釋方法。但實際上，在歷史解釋與比較法解釋當中，經常運用結果論證。這種論證的一般形式可以刻畫如下（ALEXY, *supra* note 17, at 239-40）：

- (1) 在過去某個時點 T1（某個國家 S1），曾採取某種解釋或某個法律制度 M。
  - (2) 在 T1（在 S1），採取 M 導致某個結果 F。
  - (3) F 是個好的（不好的）結果。
  - (4) 現在的時點 T2 與 T1（本國 S2 與 S1）具有相似的背景條件，可以預期，在 T2（在 S2）採取 M 會出現同樣的結果 F。
- 因此，在 T2（在 S2），應該（不應該）採取 M。

在這樣的論證中，（3）是評價性的前提，（2）和（4）則是陳述差異製造事實的經驗性前提。要判斷過去或外國採取某個措施是否導致了某種後果，以及現在或本國的條件下採取同樣的措施是否也會發生類似的結果，同樣需要實證研究的檢驗。由這一點可以看出，歷史解釋與比較法解釋同樣需要實證研究的支持，而且需要更多、更複雜（跨越不同時刻、空間）的實證資料作為佐證。

### (三) 綜合比較與結合運用

不過，目的論證與結果論證在實際運用過程上仍有些微的差異。在運用目的論證時，論證者通常已經確定所應實現之目的為何（例如充分發揮袋地之經濟效用，以促進物盡其用之社會整體利益<sup>68</sup>），並且假設手段與目的之間的因果關聯（差異製造）成立（例如，將鄰地通行權的主體擴展至袋地承租人與使用借貸人能夠達到發揮袋地經濟效益目的），然後來論證某個規範主張（「應將鄰地通行權的主體擴展至袋地承租人與使用借貸人」）。對於目的論證來說，實證研究所扮演的角色，通常是事後檢驗作為假設的經驗性前提是否成立，此時所進行的實證研究，通常對於規範目的為何已經有清楚地認識，其研究的主旨在於檢驗，目的論證中所假設的手段與目的之間的差異製造關聯是否成立，因此其研究成果的規範意涵比較清楚。

但在結果論證中，往往是實證研究先行，亦即實證研究先發現某個措施會導致何種結果，然後再透過對於結果的評價，來論證是否應該採取這個措施。先行的實證研究可能並不確定（也無法預知）所觀察到的結果會被如何評價，因此其研究成果的規範意涵相對而言比較模糊。但如果要以此指責實證研究無助於規範論證，恐有速斷之嫌。因為，在這個情況下，實證研究的發現之所以沒有清楚地顯現其規範意涵，是由於結果尚未受到充分評價，或者結果的好壞與否仍有爭議，而不是實證研究本身的問題。

在法律論證中，目的論證與結果論證經常會結合運用。抽象地說，這個結合的論證形式如下：「採取某個措施M能夠達到某個值得實現的目的Z，但它同時也會導致某個不好的後果F。」在這種情形下，究竟是否應該採取M，主要取決於目的與後果之間的取捨衡

---

<sup>68</sup> 最高法院 75 年台上字第 947 號民事判例與 79 年 5 月 29 日最高法院第 2 次民事庭會議決議參照。



量 (trade-off)：究竟是要為了達成目的，而忍受其伴隨的負面效果，還是為了避免負面效果的發生，而放棄實現目的？

例如，禁止有犯罪前科者開計程車，或許能夠達到保護乘客安全之目的，但也限制了有前科者的職業選擇範圍（當然，也可以反過來說：開放有犯罪前科者開計程車，可以保障其職業自由，但也可能有危害乘客安全的後果。因為目的論證和結果論證的結構相同，因此採取哪種描述方式並不重要）。究竟要開放或禁止，取決於保障職業自由與保護乘客安全兩者孰輕孰重。不少論者認為，衡量是價值判斷的問題，實證研究無法過問，也無助於解決<sup>69</sup>。

然而，此種看法低估了實證研究對規範論證的可能貢獻。首先，如前所述，採取某個措施究竟是否能夠達成特定目的、或導致何種結果發生，往往需要實證研究支持。不僅如此，實證研究成果有可能降低規範評價論證的複雜度。例如，假設實證研究成果發現，採取M能夠達成目的Z，但不會造成負面結果F（或者，採取M其實不能達成Z，但會導致負面效果F），其實就不必再去涉及困難的價值衡量。

其次，縱使目的與後果之間的取捨涉及衡量問題，亦即要去評估相衝突的原則、目的或價值孰輕孰重，但如同本文第貳部分所述，運用狹義比例原則時，關於目的實現之重要性高低（如果不採取系爭手段，會對所要實現的目的造成多大負面影響），以及系爭手段的負面效果大小（對基本權造成的侵害程度），也都必須仰賴經驗事實的認定與判斷。就此而言，實證研究成果可以提供價值衡量判斷所需的經驗論據。

再者，目的與後果間之取捨，往往也要仰賴其實現的機率來判斷。實現機率高低，會對兩者間之權衡產生某種加權效果。例如，

---

69 代表性的見解，參見黃舒芃（註2），頁25-28。

認知到措施M達成目的之機率只有10%，但造成負面效果的機率卻有80%，或措施M達成目的之機率為80%，但產生負面效果的機率只有10%，顯然對決策者是有意義之資訊。特別是當目的與後果在評價上具有同樣重要性，或者兩者之間孰輕孰重難以確定時，究竟要選擇達成目的之手段，或為了避免負面效果而放棄採取該手段，往往就取決於前述實現機率的高低<sup>70</sup>。目的達成或結果發生的機率，是實證研究（特別是量化的實證研究）的重要對象；如果機率因素在價值取捨衡量中扮演一定的角色，沒有理由低估實證研究在評價或規範論證中的重要性。

最後須強調，陳述因果關聯的經驗性前提，在許多規範論證中，被當成經驗法則，或想當然爾。但這不表示沒有實證研究的存在空間。不同人所認為「理所當然」的結論不一定相同；不少經驗法則可能彼此矛盾，或者只是特定時空的產物。法實證研究若能否證經驗法則，或證明法律人的經驗直覺有誤，固然甚有貢獻；但法實證研究若能證明某種未經嚴格檢驗之經驗法則確實為真，也是強化了吾人之信念，似不應逕以「早為吾人所知」一筆抹煞其貢獻。

### 三、因果推論——法實證研究如何發現差異製造事實

#### （一）因果推論的基本難題

論述至此，本文已經論證了因果說明、差異製造事實與規範論證之關係，下一步則是闡述法實證研究如何發現差異製造事實，亦即實證研究如何進行因果推論（causal inference）的問題。

首先必須指出，以差異製造為基礎的因果關係理論，往往訴諸所謂「反事實的」（counterfactual）想法來掌握「差異製造」的概

---

70 機率資訊對選擇判斷的影響，在日常生活中俯拾皆是。例如服用某種藥物可治療重大疾病，但也會產生嚴重的副作用。此時是否要服用該藥物，往往就取決於發揮成效的機率與導致副作用的機率之間的比較。

念<sup>71</sup>。例如「吸菸會對身體健康造成差異」的意思是：「倘若不吸菸，那麼身體將會比較健康」。又如，「開車會造成空氣污染程度提高的差異」，其實是在比較「居民開車」（事實狀態）與「居民不開車」（反事實狀態）這兩個狀態下的空氣品質差異：在大部分居民都開車的情況下，空氣品質不佳，倘若居民大都不開車，空氣品質將會更佳。但這種刻畫因果關係的方式，會面臨的問題是：在現實條件的限制下，我們通常無法「創造」反事實的狀態來測試某個因果宣稱（*causal claim*，亦即關於差異製造事實的陳述）是否成立。

舉例來說，我們要如何回答「性別是否會造成薪資的差異」這個問題？設想以下作法：首先，創造一個職場，隨機地找一個就業者，賦予一個性別（比方：「男性」），讓他進入這個職場，觀察他的薪資；然後，我們讓時光倒轉，賦予這個就業者另一個性別（「女性」），讓她進入同樣的職場，再觀察她的薪資。如果我們觀察到，在這兩個狀況中，薪資的確有所差異——比方說，就業者為男性的狀態所獲得的薪水比為女性的狀態更高，則可肯定推論：性別會導致薪資差異。

但受限於現實條件，顯然無人能採取上述作法來推論出「性別會造成薪資差異」：我們無法創造出上面那樣的職場，我們不會也不能為了研究去改變一個人的性別，更不可能讓時光倒轉。實證研究者只能觀察到現實的狀況（例如一個男性就業者的薪資多少），但無法觀察到反事實的狀況（例如該男性就業者若為女性，其薪資將是多少）。由於經驗上不可能同時觀察到現實狀況與對照的反事實狀況，我們無法證實「倘若一個男性就業者是女性的話，他會獲得比較低的薪資」這樣的主張；因而也難以驗證究竟性別是否為造

---

71 當代哲學界關於差異製造原則與反事實的因果關係理論的討論，源自於 2 DAVID LEWIS, *PHILOSOPHICAL PAPERS* 159-269 (1986)，入門性質的簡要介紹請見 MUMFORD & ANJUM, *supra* note 58, at 51-62.

成薪資差異的原因。這個問題稱為「因果推論的基本難題」(the fundamental problem of causal inference)<sup>72</sup>。

## (二) 控制的隨機實驗

儘管如此，實證研究仍發展出不同的方法來處理因果推論的基本難題。粗略地說，這些處理方法背後的基本設想是：雖然我們無法「創造」出反事實的狀態，但我們仍可以在現實條件下「模擬」(simulate)反事實的狀態，來作為對比觀察的對象，以進行因果推論，從而發現差異製造事實<sup>73</sup>。

典型的方法是「控制的隨機實驗」(controlled randomized experiment)。醫學上經常使用此種方式來測試新藥或新療法的效果。在此種實驗中，足夠數量的受試對象被隨機分為兩組(實驗組與控制組)。隨機區分乃是為了確保這兩組對象具有高度相似性。當其他條件皆一致(例如兩組受試對象的性別平均分布、平均年齡相近、生活習慣沒有顯著差異等等)，這兩組之間只有一個變項不同，例如實驗組投以某種藥物X，控制組則投以安慰劑(由於兩組對象是隨機區分的，因此其中一組可說是在「模擬」另一組的反事實狀態，例如控制組是在模擬「倘若患者沒有服藥」的狀態，反之亦然)。若實驗結果發現兩組之間有效果差異，例如實驗組的存活率比控制組來得高，則可以說：X造成了患者存活率提高的差異。由此基本上可推論出，投治藥物X和存活率之間具有因果關係，即服用X具有治療該種疾病的效果。

控制的隨機實驗也可見於某些法實證研究。例如在設計精良的

---

72 See LEE EPSTEIN & ANDREW D. MARTIN, AN INTRODUCTION TO EMPIRICAL LEGAL RESEARCH 6 (2014).

73 關於因果關係的反事實理論與社會科學實證研究中因果推論的詳盡技術性討論，see STEPHEN L. MORGAN & CHRISTOPHER WINSHIP, COUNTERFACTUALS AND CAUSAL INFERENCE: METHODS AND PRINCIPLES FOR SOCIAL RESEARCH (2007).

模擬審判中，將參與的受試者隨機分為兩組，一組採用全體一致決的投票規則，另外一組則採取多數決，再透過某種調查方式發現，比起後者，前者對參與審判的經驗感到更滿意<sup>74</sup>。另一個例子則是在美國作過的下述實驗：讓一群受試者觀看犯罪演出（例如一段模擬殺人劫財的錄影帶），再將其隨機分成A、B兩組，去指認一排人當中哪一個是加害人。這兩組的區別僅在於，A組會事先告知「犯罪嫌疑人有可能在這排人當中，也可能不在其中」，B組則未被如此告知。實驗結果發現，如果加害人的確在其中，這兩組受試者指認的正確比例沒有多大差別。但如果加害人未在其中，則B組指認錯誤的比例要比A組高得多。換言之，在這個情況下，告知與否會造成指認錯誤率的差異：沒有事先告知「犯罪嫌疑人有可能在指認對象當中，也有可能不在」，會導致指認錯誤率提高。這個因果推論成立的背景條件則是：在沒有告知的情況下，受試者很可能已經假定加害人就在這排有待指認的對象當中，並且會認為他們的工作就是去指出這些人當中誰最像加害人<sup>75</sup>。

### （三）基於觀察式數據的因果推論

控制的隨機實驗雖然常被視為發現因果關係的黃金律<sup>76</sup>，但並非唯一的方法。在大多數的情況下，法實證研究所要探討的問題很難用「現場實驗」（field experiment）的方式來回答<sup>77</sup>。例如，實際上不可能把刑事被告隨機分配成兩組，一組可以請律師辯護，另一

74 關於此種實驗的本土應用，參見本文「伍、一、」之說明。

75 關於這個實驗，請見 LAWLESS ET AL., *supra* note 7, at 17-18。更有意思的是，美國司法部根據這個實驗結果，作出「應告知目擊證人『犯罪者有可能在，也有可能不在指認對象當中』」這樣的規範建議。

76 See Herbert L. Smith, *Research Design: Toward a Realistic Role for Causal Analysis*, in HANDBOOK OF CAUSAL ANALYSIS FOR SOCIAL RESEARCH 45, 57 (Stephen L. Morgan ed., 2013).

77 Cf. *id.* at 58. See also Jonah B. Gelbach & Jonathan Klick, *Empirical Law and Economics*, in OXFORD HANDBOOK OF LAW AND ECONOMICS (Francesco Parisi ed., forthcoming).

組不行請律師，再來觀察有何效果差異。也不可能為了研究法官性別如何影響就業性別歧視的案件結果，而將同一個（組）案件，隨機分配給一組男性法官與一組女性法官同時進行審判，再比較結果有何不同。即使以模擬方式作實驗，也不一定能複製真實世界的條件<sup>78</sup>。例如在前述指認犯罪者的實驗中，實驗者已經知道誰是「犯罪者」（扮演凶手的那一位），也知道他是否在受試者指認的那一排人當中；但在現實環境中，我們往往無法確定真正的犯罪者是誰，也不一定知道他是不是就在被指認的對象當中。我們頂多只知道，要指認的對象有犯罪嫌疑而已。

因此，大部分法實證研究通常不是運用實驗所產生的資料數據，而是分析現實世界所能獲得的觀察式數據（*observational data*）——例如法院實際作出的判決、就業市場中勞方的薪資所得等等<sup>79</sup>。法實證研究分析觀察式數據之目的，在於作出推論（*inference*）；所謂「推論」，乃是從已知的事實（蒐集、編碼、統計過的數據資料）來推測尚未知道的事實。例如在就業性別歧視案件中，將蒐集到的案件編碼後，透過統計分析，來發現「合議庭有女法官」與「原告勝訴率」之間是否有相關性。或者，分析就業市場實際薪資的數據，觀察到性別不同的確會造成薪資差異<sup>80</sup>。事實上，在控制的隨機實驗中，研究者也是從所觀察到的事實（實驗組與控制組的存活率分別為何）來推論出實驗前未知的事實（藥品具有療效）；所不同者只在於，在分析觀察式數據的實證研究中，研究者並沒有介入觀察對象（作為推論基礎的已知事實）的運作。因此，接下來的問題是，實證研究如何以觀察式數據為基礎作出推

---

78 這涉及實驗能夠反映現實世界到何種程度，透過實驗所作出的推論結果如何能夠推廣成為關於現實經驗世界的有效陳述，這個問題稱為「生態效度」（*ecological validity*）。See EPSTEIN & MARTIN, *supra* note 72, at 7 n.23; LAWLESS ET AL., *supra* note 7, at 39.

79 觀察式數據的觀察型實證研究之定義，see EPSTEIN & MARTIN, *supra* note 72, at 8.

80 Epstein & King, *supra* note 7, at 29; Epstein & Martin, *supra* note 5, at 914.

論——特別是能夠發現差異製造事實的因果推論？

與控制隨機實驗類似的一種方式，是找出可供比較的對照組（the comparison group），透過對比觀察來發現差異製造事實<sup>81</sup>。例如，我們可能沒有辦法將甲地的居民隨機區分為「開車」與「不開車」兩組，以檢驗開車是否為造成當地空氣污染嚴重的原因。但或許我們可以找到另一個人口規模、工廠數量、自然環境、植栽比率都相似的乙地，唯一相關的差別只在於，乙地的居民大多以自行車代步。如果對比觀察發現，乙地的空氣品質顯然更好，那麼我們也可以合理地推論：甲地居民開車造成了當地的空氣污染。

這種對比兩組觀察數據的方法也可見於法律實證研究當中。例如，要檢驗某個路段的速限規定是否會影響該路段的車禍發生比率，可以對照另外一條道路狀況（車流量、路寬、彎度、路面平坦程度等等）相似，但速限規定不同的路段，來觀察兩者車禍發生率是否有所差異。如果發現速限較低的路段，車禍比率也會較低，則或許可以認為，速限規定會造成車禍發生率的差異<sup>82</sup>。

然而，就像進行控制隨機實驗有其實際困難，並非每個問題都能夠找到恰當的對照組，以資對比分析。因此，大部分的法實證研究仍必須在欠缺對照組的條件下，分析既有的觀察數據，先找出變項間的相關性，再進一步嘗試作因果推論；茲說明如下。

---

81 關於運用對照組的方法，see LAWLESS ET AL., *supra* note 7, at 33.

82 與此類似的方法是「迴歸不連續法」（regression discontinuity）。迴歸不連續法比較兩群團體之表現是否不同；而團體之界分是某個外在、武斷的區分標準造成。例如：Ryan Bubb 教授想知道政府政策或法定制度是否影響人民行為，就比較非洲加納和象牙海岸兩國邊界的人。兩國邊界在 20 世紀初劃定時，有約一半是依據武斷的直線，將不少同一種族的人劃分到兩個不同國家。研究當時，兩個國家、同一種族的人的習慣物權法仍然相似，但法定的財產權制度以及農業政策卻大不相同。利用武斷國界造成的不連續，即可探究農業政策是否影響農民的人力資本投資，以及立法制訂的財產權制度是否影響實務（前者答案為是，後者答案為否）。See Ryan Bubb, *The Evolution of Property Rights: State Law or Informal Norms?*, 56 J.L. & ECON. 555 (2013).

一般而言，因果關係是介於兩個變項——自變項（independent variable，又稱「說明變項」explanatory variable）X與應變項（dependent variable）Y之間的關係，例如投藥與否和存活率高低、速限高低與車禍發生率、性別與薪資高低、合議庭是否有女性法官與原告勝訴率等等。從觀察數據中要選擇何者是自變項，何者為應變項，變項如何賦值，屬於實證研究的研究設計與資料編碼的問題，在此不多贅述<sup>83</sup>。在數據分析階段，要探討X與Y之間是否具有因果關係，第一步工作是運用統計方法（例如迴歸分析）來檢驗兩個變項之間是否具有相關性（correlation）：Y是否經常伴隨X的出現而出現，或者是否隨著X的數值不同，Y的數值也會相應變化<sup>84</sup>。例如，抽樣統計發現，合議庭有女法官，則原告的勝訴率就會隨之提高；或者統計全國各路段發現，速限越低的路段，車禍發生比例越少；速限越高的路段，則車禍發生比例越多。這種發現相關性的統計推論，是一種「描述推論」（descriptive inference）。

然而，兩個變項之間有高相關性並不代表就具有因果關係（例如，統計發現「身高越高者，體重越重」，但這並不代表身高就是造成肥胖的原因）<sup>85</sup>。之所以如此，主要有三種可能因素：第一，

---

83 有興趣的讀者可以參考 Epstein & Martin, *supra* note 5, at 905-12 的簡要介紹。

84 精確地說，迴歸模型的描述結構為「自變項 X，平均而言對於應變項 Y 有何種程度與方向之影響」（詳見 LAWLESS ET AL., *supra* note 7, at 289-334; EPSTEIN & MARTIN, *supra* note 72, at 173-92）。例如以特徵迴歸模型（hedonic regression model），嘗試發現房屋面積與房價之影響。房屋面積是自變項，其係數表彰房屋面積每增加一平方公尺對房價的平均影響。而當某個案／觀察值之房屋面積特別大或特別小時，係數所表彰之平均影響，與該個案中的房屋面積之實際影響，就會有落差。當樣本數夠大時，可以使用諸如 quantile regression model 來發現該自變項在不同數據分布端點（如 10 百分位、75 百分位）對應變項的不同影響。

85 甚至有因果關係也不代表會有高度相關——因為相關性量度的是線性關係，而因果關係可能產生非線性關係，但在此暫不討論這個複雜問題。See HOWELL E. JACKSON ET AL., ANALYTICAL METHODS FOR LAWYERS 539-41 (2003). 此外，關於法實證研究中相關性與因果推論問題的德文簡要介紹，亦可參考 Petersen (Fn. 2), S. 447-451; Towfigh/Petersen (Fn. 6), S. 202-212.



因果方向如何確定的問題；第二、共同因（common cause）問題；第三、干擾因素（confounding factor）的影響。所幸，這些問題基本上都有克服之道，茲簡略分述如下。

首先，在部分問題中，因果關係的不對稱（asymmetry）——如果X是造成Y的原因，那麼Y就不會反過來是X的原因——可以解決因果方向不確定之疑慮。從差異製造的觀點而言，所謂「不對稱性」指的是：X的出現會造成Y出現機率之差異，但反之則不成立。例如：假設發現，是否有女法官參與審判與原告勝訴率有相關性；法官的性別組成可能會影響原告勝訴率，但勝訴率的升降不可能反過來改變法官的性別組成，由此即可推定，「是否有女法官參與審判」是說明原告勝訴率變異的可能原因。

不對稱性通常也可透過時序優先性（temporal priority）來解釋：原因出現在結果之前，但結果不會發生在原因出現之前；因此，可以根據出現順序的時間先後，來判斷何者為因，何者為果<sup>86</sup>。例如，有可能平均溫度越高，導致某地冷氣裝置比例高，也可能因為冷氣裝置比例高，排放熱氣於外，使得該地平均氣溫升高。但如果研究者發現，早在家家戶戶安裝冷氣之前，當地平均氣溫即已呈現上昇趨勢，則「高平均溫度導致高比例冷氣裝置」，應是較為合理的推論。事實上，透過原因先於結果的時序優先性來確定因果關係，是實證研究中常見的作法。例如，比較同一路段的車禍發生率在速限降低前後的差異，若發現在速限降低後，車禍發生率才有明顯下降，通常即會推斷，「車禍發生率下降」是速限降低的結果。

此外，運用「工具變項」（instrumental variable）亦為實證研究解決「雞生蛋、蛋生雞」問題的方法。例如犯罪學研究發現高犯罪

---

<sup>86</sup> 關於因果關係之不對稱性與時序優先問題，簡要介紹可參見 MUMFORD & ANJUM, *supra* note 58, at 28-29.

率地區有比較多的警察，但高相關性無法告訴我們是警察多導致犯罪（莊子云：「聖人不死，大盜不止。」），還是罪犯多的地方會加強警力。要知道孰為因孰為果，就需要借重工具變項。舉例而言，好的工具變項可以影響警力，但不會直接影響犯罪，只會藉由警力的變動而影響犯罪率。學者曾選擇「美國各州的消費稅率變化」作為工具變項。消費稅率些微增加，不太可能直接影響殺人放火的頻率；但州政府稅收增加往往就會多聘警察、維持治安。故若發現消費稅率上昇，犯罪率就下降，則可證明警力增加有助於打擊犯罪<sup>87</sup>。

其次，「共同因」問題指的是：兩個現象經常伴隨出現，也未必就具有因果關係，它們之所以經常伴隨出現，或許是由另一未被量度的變項所造成——此變項稱為「共同因」。換言之，這兩個現象其實都是結果<sup>88</sup>。例如，我們可以觀察到，一旦氣壓計指針上昇，則天氣就會隨之乾爽，但前者顯然並非後者的原因。相反的，兩者之所以伴隨出現，背後共同原因是氣壓高低。

解決共同因問題的一個方法是，透過介入操作自變項X，來觀察應變項Y是否有相應的變化。換言之，如果操作自變項X的數值並不會伴隨Y的數值改變，則X就不是造成Y之狀態（或數值）改變的差異製造者，從而不能認為是導致Y的原因<sup>89</sup>。以上例而言，就

---

87 林明仁教授確實如此發現。See Ming-Jen Lin, *More Police, Less Crime: Evidence from U.S. State Data*, 29 INT'L REV. L. & ECON. 73 (2009). 關於工具變項與迴歸不連續法，深入淺出的介紹，參見例如林明仁，大哉問，大哉答——推薦序，收於：Daron Acemoglu & James A. Robinson 著，吳國卿、鄧伯宸譯，*國家為什麼會失敗*，頁 13-24（2013年）。關於工具變項與因果推論的問題，see also MORGAN & WINSHIP, *supra* note 73, at 187-217; Julian Reiss, *Causal Instrumental Variables and Interventions*, 72 PHILOSOPHY OF SCIENCE 964 (2005).

88 關於共同因問題，簡要說明見 Hitchcock, *supra* note 58, at 363.

89 這個想法來自於基於差異製造之因果關係理論的一個類型，即前註 58 提到的「可操作性的因果關係理論」。此種因果關係理論的研究，see JAMES WOODWARD, *MAKING THINGS HAPPEN: A THEORY OF CAUSAL EXPLANATION* 25-93 (2003). 關於可操作性的因果關係理論的統計討論，see Jeremy Freese & J. Alex

算將氣壓計指針往上拉，天氣也不會跟著變得乾爽。因此，氣壓計指針上昇，不是造成好天氣的原因。

如前所述，分析觀察式數據的實證研究，研究者通常無法透過干預觀察數據的方式來確定因果關係；即便如此，研究者仍然可以藉由妥當的研究設計（提出合理的理論假設、選擇適當的變項）、數據蒐集與合適的對比觀察，來避免基於共同因現象的謬誤因果推論。用一個虛構的簡單例子來說明：假定有研究發現，甲地的冰淇淋消費量與侵入住宅竊盜發生率具有高度相關性——冰淇淋消費量越高的季節，此類案件就越多。但由此推論出「吃冰淇淋是造成住宅遭到侵入竊盜的原因」，顯然相當荒謬<sup>90</sup>。

或許無法以直接干預冰淇淋消費量的方式（例如強迫喜歡吃冰淇淋的當地消費者不要吃冰淇淋），來觀察當地侵入住宅竊盜的案件量是否仍然居高不下（若是，則可證明吃冰淇淋並不是導致侵入住宅竊盜案件增加的原因）；但可以質疑，這個研究的觀察範圍與對象太過狹隘，未控制其他可能作為原因的變項，也沒有觀察到其他地方是否有類似的情形。例如，在冰淇淋消費量提高的同時，當地的啤酒消費量、甚至泳裝銷售量也增加；或者，觀察其他地方發現，同樣的季節裡，冰淇淋消費沒有增加（該地少有冰淇淋店），但侵入住宅竊盜的案件數不相上下。如果將這些變項納入考量，我們需要更有說服力的理論假設，來說明這幾個變項（冰淇淋、啤酒、泳裝銷售量）與侵入住宅竊盜發生率之間的關係。

在此一假設例子中，比較合理的說明或許是：真正具有因果重

---

Kevern, *Types of Causes*, in HANDBOOK OF CAUSAL ANALYSIS FOR SOCIAL RESEARCH, *supra* note 76, at 29; Kenneth A. Bollen & Judea Pearl, *Eight Myths About Causality and Structural Equation Models*, in HANDBOOK OF CAUSAL ANALYSIS FOR SOCIAL RESEARCH, *supra* note 76, at 312-13.

<sup>90</sup> 由於這是不可靠的因果推論，基於此一推論所作的規範主張「為了防範侵入住宅竊盜，所以應該少吃冰淇淋」顯然也是不合理的。

要性的因素，其實是「氣溫」。由於氣溫升高，人們就會多吃冰淇淋、多喝啤酒、到海邊戲水消暑，同時也會增加戶外活動的頻率，從而讓闖空門的竊賊更有機可乘，導致發生更多侵入住宅竊盜的案件。換言之，「冰淇淋消費量提高」與「侵入住宅竊盜發生率提高」，其實都只是氣溫升高帶來的結果；前述研究之所以作出不合理的因果推論，乃是由於其研究設計不當忽略了「氣溫」這個（共同因）變項之故。

最後，即便分析觀察數據發現兩個變項之間具有相關性，但如果沒有排除干擾因素（*confounding factor*），仍無法作出可靠的因果推論。所謂「干擾因素」，乃是可能潛在影響自變項對應變項作用的其他變項。例如，雖然統計發現，男性就業者的平均薪資較高，但樣本中的男性就業者，其平均年資或教育程度也都比女性來得高。如果加入「年資」或「教育程度」作為自變項，就會發現，其實年資越長（或教育程度越高），薪資才會隨之越高，由此則可推論：並非性別，而是年資或教育程度才是造成薪資差異的原因。

在隨機控制實驗中，透過將實驗對象隨機分配為兩組，通常可以保證實驗組與控制組除了自變項數值不同（例如投藥與否）之外，其他條件一致，從而儘量排除干擾因素。例如，或許男女對所投藥物反應不同，但由於實驗組與控制組的性別分布是平均的，性別因素即會被抵銷掉。但在運用分析觀察數據的實證研究中，要排除干擾因素，儘可能地達到其他條件一致，以作出有說服力的因果宣稱，則需要運用一些統計技巧；其中最常用的一種，就是「複迴歸模型」（*multiple regression model*）<sup>91</sup>。

---

91 對一般不熟悉實證研究方法的法律人而言，複迴歸模型的操作看來相當複雜，故以下僅能以極端簡化的方式述其梗概，有興趣的讀者可以參考以下的入門介紹：LAWLESS ET AL., *supra* note 7, at 312-19; EPSTEIN & MARTIN, *supra* note 72, at 193-222。本文「伍、一、」中引用的許多本土實證研究，多有使用複迴歸模型，亦可供參考。關於變項、統計推論、控制隨機實驗和因果關係的德文入門介紹，亦請參考 *Towfigh/Petersen* (Fn. 6), S. 202-212。

一元迴歸分析，只關注一個自變項 $X$ 與應變項 $Y$ 之間的相關性。複迴歸模型則考慮多個自變項 $X_1 \cdots X_n$ 與應變項 $Y$ 之間的關係。納入複迴歸模型中的變項，就「被控制」(controlled)了，意思是：當迴歸模型計算 $X_1$ 對 $Y$ 之影響時，已經把其他變項 $X_i$  ( $2 \leq i \leq n$ )對 $Y$ 之影響排除，故 $X_1$ 之係數 (coefficient) 與統計上顯著性 (statistical significance) 的判斷，單單顯示了 $X_1$ 本身對 $Y$ 之影響<sup>92</sup>。換言之， $X_1$ 之係數之詮釋，就是「在 $X_i$  ( $2 \leq i \leq n$ )等條件一致或不變的情況下， $X_1$ 數值的變化會對 $Y$ 之數值有何種程度或方向的影響」。複迴歸模型中的所有自變項之詮釋，皆是如此。

再以就業薪資歧視為例，薪資可能同時受到性別、年資、教育程度等要素之影響，但這三種變項並不總是完全統計上獨立 (亦即，相關係數不是0)。如果使用只有一個自變項的迴歸模型，逐一檢視這三種要素對薪資之影響，結果即可能產生偏差。因為男性可能平均教育程度較高，故在此種一元迴歸模型中，性別自變項的係數，會吸收了教育程度對薪資之影響；研究者看到數值很大的係數與統計上顯著之結果，就可能誤以為就是性別導致薪資差異，但實際上是性別與教育程度聯合起來導致薪資差異，但一元迴歸模型無法容許研究者將兩者之影響分開。

而在複迴歸模型中，性別、教育程度、年資都是自變項，此時「性別」這個自變項之係數，就單單反應性別對薪資之影響，且已經把教育程度和年資對薪資之影響排除 (或說控制住)。如果迴歸分析發現，若平均年資與教育程度相當，男性就業者的平均薪資仍比女性業者來得高，則由此推論「性別造成薪資差異」，即較為可信。由小見大，法學者在以經驗事實為基礎作規範推論時，若不

---

92 當然，如果有其他重要變項沒有被放到模型中，而該變項又和  $X_1$  高度相關，則  $X_1$  之係數所反應者，仍然摻雜了此缺漏變項之影響。此種問題統計上稱為“omitted variable bias”。

能全面掌握可能影響應變項的諸多因素，而只以一、兩個面向與某種結果的相關性就遽然作出因果推論，即嫌速斷<sup>93</sup>。

在無法進行控制隨機實驗的情況下，複迴歸模型常被視為發現因果關係的次佳方法<sup>94</sup>。但要運用複迴歸模型，從觀察式數據作出有說服力的因果推論，仍有賴於妥當的研究設計與執行，例如相關變項是否都納入考量。但研究設計與執行是否妥當，並無放諸四海皆準的標準，沒有一個統計指標、量表或操作手冊能夠告訴實證研究者，哪些變項是相關的、哪些變項該受到控制。運用複迴歸模型之研究設計與執行的妥當性，仍有賴於研究者的良好判斷、與學術社群的檢驗<sup>95</sup>。

#### (四) 因果推論作為差異比較的統計推論

以上所介紹的幾種因果推論方法，不論是控制的隨機實驗、對照組的對比觀察（例如迴歸不連續法<sup>96</sup>）、運用時序不對稱性、工具變項或複迴歸模型，其實基本上都是藉由比較兩個描述推論（統計推論）的差異，來進行因果推論，從而發現差異製造事實。例如，投藥組的平均存活率，比投安慰劑組的平均存活率來得高；速限降低前後的車禍發生率有何種程度差異；相較於消費稅率未增加前，消費稅提高後，犯罪率下降；同樣年資、教育程度的女性就業者，比男性就業者的平均薪資更低；就業性別歧視案件中，有無女性法官參與合議審判，原告勝訴率有何不同等等。

---

93 關於美國種族就業歧視訴訟中，對此問題的統計方法爭論，參見黃昭元，論差別影響歧視與差別對待歧視的關係——評美國最高法院 *Ricci v. DeStefano* (2009) 判決，中研院法學期刊，11 期，頁 27-32 (2012 年)。

94 關於迴歸模型是適切的因果推論架構，可參考 Steven L. Willborn & Ramona L. Paetzold, *Statistics Is a Plural Word*, 122 HARV. L. REV. FORUM 48, 56-60 (2009)。

95 Epstein & Martin 強調，「研究設計」(research design) 妥適，是作因果推論之關鍵。See EPSTEIN & MARTIN, *supra* note 72, at 193-94. 關於研究設計與因果推論的專文分析，see Smith, *supra* note 76, at 45-73.

96 見前註 82。

質言之，因果推論就是關於差異的統計推論<sup>97</sup>，亦即比較兩個描述推論的差異，以發現因果關係（差異製造事實）<sup>98</sup>。為了簡化討論，暫且假定X為只有1與0兩個值的自變項，例如，X=1代表「投藥」、「速限降低」、「就業者為男性」、「合議庭中有女性法官」；X=0代表「投安慰劑」、「維持原速限」、「就業者為女性」、「合議庭中沒有女性法官」。Y則代表應變項「平均存活率」、「車禍發生率」、「平均薪資」、「原告勝訴率」等。發現差異製造事實的因果推論——請注意，這是非常簡化的方式——基本上可被刻畫為以兩個描述推論為前提的對比三段論（comparative syllogism）<sup>99</sup>：

在其他條件皆一致的情況下，

DI<sub>1</sub>： X=1，則Y的值為V<sub>1</sub>。

DI<sub>2</sub>： X=0，則Y的值為V<sub>2</sub>。

結論：X對Y產生的影響效果為V<sub>1</sub>與V<sub>2</sub>之間的差異。

對比三段論的結論，則像是「投藥的效果是提高了50%的平均存活率」、「降低速限後導致車禍發生率減少三成」、「合議庭中沒有女性法官，會使得原告平均勝訴率下降20%」、「性別對薪資造成的差異是，男性就業者平均薪資比女性就業者高五千元」等等。

抽象地說，如果透過對比三段論發現，當其他條件不變，隨著X值的不同（1或0），Y的值亦會隨之有所變異（升高或下降），原則上即可推論出「X是一個差異製造者，X會對Y造成某種程度的結

---

97 Epstein & Martin, *supra* note 5, at 917: “[A] causal inference is just a statistical inference about a difference.”

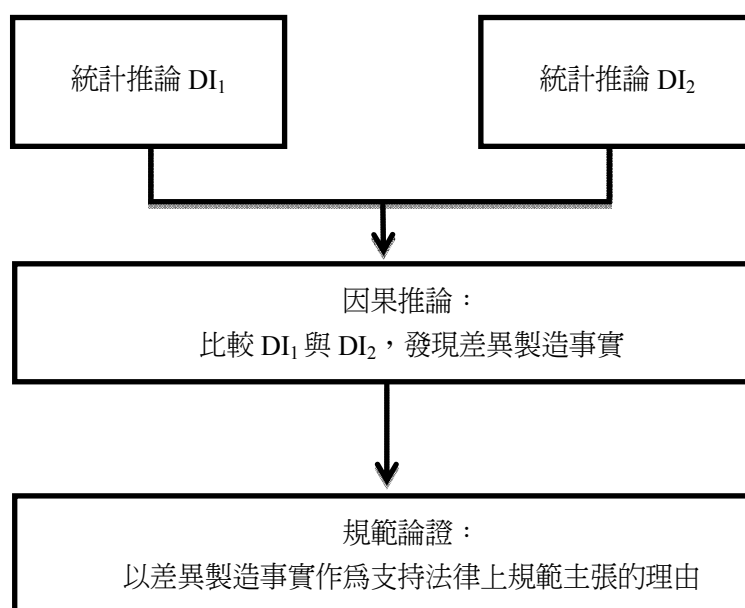
98 *Id.* at 913: “In fact, a causal inference is the difference between two descriptive inferences”; see also EPSTEIN & MARTIN, *supra* note 72, at 12.

99 關於對比三段論所涉及的哲學問題，特別是反事實因果關係的知識論問題，see Linton Wang & Wei-Fen Ma, *Comparative Syllogism and Counterfactual Knowledge*, 191 SYNTHÈSE 1327, 1328-47 (2014).

果差異」。

整體而言，從因果推論到規範論證的過程，參見下圖：

圖4 從因果推論到規範論證



資料來源：本文製圖。

惟關於因果推論與運用差異製造事實之規範論證，仍有幾點值得注意：

首先是差異製造事實的規範蘊含問題。作為原因的差異製造者，有些是可以人為干預或操作的變項，例如投藥與否、制定某項法律或政策（降低速限、增加合議庭女性法官比例），但有些不是（例如性別、天氣狀況）。在前者，差異製造事實之規範蘊含通常相



當清楚，而可以直接作為支持規範主張的理由，例如患者應該服藥，因為本藥具有療效；降低速限有助減少車禍發生率，因此應該降低速限；為了確保就業歧視案件的判決結果不受性別偏見影響，合議庭應該要有一定比例的女性法官。目的論證與結果論證中具有規範重要性的差異製造事實（採取某個法律解釋、制定某項法律、實施某種制度能夠達到某個目的，或導致某種結果）即屬於此類（參見本文第肆部分第二節）。

當原因變項（如性別、氣溫）無法人為干預操作時，例如「性別是造成薪資差異的原因」、「氣溫上昇導致侵入住宅竊盜案件量增加」，若要藉助此種差異製造事實進行規範論證，必須相當謹慎。例如，「為了提升薪資水平，女性就業者都應該去變性」和「為了減少竊賊闖空門，因此應該將夏季氣溫降低」顯然都是荒謬的論證。比較合理的規範論證或許是：「為了改變男女同工不同酬的現象，應該要求雇主不分性別同工同酬」、「為了避免住宅被侵入竊盜，夏天出門要提高注意門戶安全」。當然，此種差異製造事實也有可能作為實施某項法律政策的規範基礎，例如：應該制定勞工性別平等法、入夏後應增加警力巡邏。但法律制定或政策實施是否能達到預期的效果（如消弭男女同工不同酬、降低侵入住宅竊盜發生率），同樣需實證研究檢驗。

其次是因果推論本身的不確定性問題。因果關係可以拆解成「因導致果」（causes produce effects）及「果繫於因」（effects depend on causes）；兩者不總是同時成立<sup>100</sup>。舉例而言，吸菸導致身體健康不佳，但身體不健康的原因未必總是因為吸菸。迴歸模型所發現之因果關係，通常都只觸及「因（可能）導致果」。如果有多個原因能夠同時說明結果，則研究者應該將可能的說明變項盡可能納入考量，並且控制相關變項的影響，以檢驗除了所關注的原因

---

100 See Freese & Kevern, *supra* note 89, at 28.

之外，是否還有其他可能的原因會影響結果之發生。如前所述，這涉及控制隨機實驗與迴歸模型之研究設計與執行的妥當性。一般而言，若系爭問題已有長足的理論研究或長串的實證研究，則找出其他可能的原因，並進而控制其影響的可能性即會提昇；否則，仍必須仰賴先行研究者的良好判斷，再由後續研究進行補充或修正。

更重要的是，因果推論（對比三段論）中作為前提的描述推論，都是機率性質的統計推論，所得到的結論也因而屬於「平均而言」的機率因果關係。熟悉「若P則Q」或「充分、必要條件」等邏輯推演的法律人，要謹記社會現象通常不會如此黑白分明、因果清晰。例如在新藥實驗中，不是實驗組的人全部生還，控制組（使用安慰劑）全部魂歸西天；而是兩組的生存率（幾乎都是大於0%但小於100%）有統計上顯著或不顯著之差異。同樣的，速限降低後，車禍不會絕跡，就業性別歧視案件的原告碰到全由男性法官組成的合議庭，也不全然都是敗訴，更不見得只要有女法官參與，就一定勝券在握。「機率上充分」(probabilistically sufficient) 與「機率上必要」(probabilistically necessary)<sup>101</sup>——表示其所宣稱之充分或必要條件，容許少數之例外——已經是社會科學研究者能作的最強宣稱。

總括而言，實證研究進行因果推論所發現的差異製造事實，大部分屬於統計機率上的差異（採取某個措施，會提高或降低特定結果的發生率）；由於現實條件的限制與人類知識的侷限性，很少有實證研究會宣稱，其研究設計與執行結果能夠保證所關注的變項之間具有確定的因果關係。不過，大自然與人類社會的奧秘，本來就很難被一個人或一個小團隊全面解密。科學研究（包括實證研究）可以透過逐漸累積證據（如在不同地區不同法院也發現類似結

---

101 *Id.* at 33.

果)，小心控制相關變量<sup>102</sup>，及輔以相關理論之研究<sup>103</sup>（如研究發現之相關性可以被既有的經濟學、心理學理論解釋），均可增強因果推論之可信度——就此而言，因果推論不只是純粹統計問題，也要仰賴良好的科學判斷<sup>104</sup>。因果推論無法做到100%確定，不表示研究者應該放棄作因果推論，因為許多公共政策之擬定，需要以因果關係為基礎；研究者之職責是作更好的實證研究，使其因果推論更堅實<sup>105</sup>。

因此，法實證研究論文之讀者，不應該因為論文之研究方法是量化取向，就一概否定其規範意義，因為設計得宜的法實證研究，可以作出合理的因果推論，從而發現了有規範意涵的差異製造事實。確實有些法實證研究的方法仍有可改進之處，但那是個別研究的問題。批判性的讀者，仍必須深入剖析其方法失當之處，才能做出公允之個別評價，而此評價不應該蔓延到其他法實證研究論文。就像是一篇糟糕的法釋義學文章，不應株連其他運用傳統釋義學方法的論文。值得強調者，尤其在量化研究中採用的統計方法，往往超越一般不熟悉量化方法者之直覺，故批判性的讀者，必須小心，毋以想當然爾的質疑，抹煞了一篇可能有貢獻的法實證研究論文。

最後，法實證研究的成果，在社會科學研究的典範之下，有「否認可能性」（falsifiable）。即使是在當下設計最精良、數據最完

---

102 強調控制相關變量，see, e.g., D. James Greiner, *Causal Inference in Civil Rights Litigation*, 122 HARV. L. REV. 533, 573 (2008).

103 強調理論（或稱 causal inference framework）的重要，see, e.g., *id.* at 556-57; Epstein & King, *supra* note 7, at 61-63.

103 Epstein & King, *supra* note 7, at 37.

104 David H. Kaye & David A. Freedman, *Reference Guide on Statistics*, in REFERENCE MANUAL ON SCIENTIFIC EVIDENCE 83, 94-95 (Federal Judicial Center ed., 2d ed. 2000); Daniel L. Rubinfeld, *Reference Guide on Multiple Regression*, in REFERENCE MANUAL ON SCIENTIFIC EVIDENCE 179, 184 (Federal Judicial Center ed., 2d ed. 2000).

105 Epstein & King, *supra* note 7, at 37.

整的實證研究，都可能將來被新的統計模型、更多的海量數據推翻其研究發現。實證研究的因果推論，都是在「未被推翻前」有作為規範論據之意義，奠基在差異製造事實上的規範論證，也必須跟著經驗科學的新研究發現一齊調整。社會科學的研究，就是在社群共同努力之下，不斷堆積新的證據，逐漸理解人的行為與制度運行的結果。否證可能性，不應該成為概括否定實證研究價值之理由。

### 伍、既有本土法實證研究之規範意義

2013年，知名的美國法實證研究新秀Joshua Fischman發表一篇擲地有聲、對法實證研究者宛如暮鼓晨鐘的長文，呼籲法實證研究者要將「實然」(is)和「應然」(ought)再度結合<sup>106</sup>。Fischman指出，實證研究要幫助規範論證，必須注意下列幾點：第一，選擇與規範問題有關之研究，並將實證研究背後蘊含的價值判斷說清楚。第二，依問題而選擇實證方法，而非選擇實證方法後，再決定問題意識。第三，明白論述實證研究如何能幫助規範論證。第四，思索特定情境下的實證研究如何能有一般性的意涵<sup>107</sup>。Fischman雖然重視實然與應然結合，但文章沒有說明如何結合。本文前四部分即是具體的回答。

Fischman進一步指出，重要的實證研究，能引導法律改革<sup>108</sup>，或能描述重要的、與法律有關的現象，或有助於理論之發展<sup>109</sup>。奠基於前文之論述，本文將法實證研究分為三類，與Fischman之分類

---

106 See Joshua B. Fischman, *Reuniting 'Is' and 'Ought' in Empirical Legal Scholarship*, 162 U. PA. L. REV. 117, 117-68 (2013).

107 See *id.* at 154.

108 法實證研究的政策意義之簡要說明，See Theodore Eisenberg, *Why Do Empirical Legal Scholarship*, 41 SAN DIEGO L. REV. 1741, 1742-46 (2004).

109 See Fischman, *supra* note 106, at 157-58.

略為不同。詳言之，第一類實證研究檢驗差異製造事實是否成立，對應到本文第參部分第二節所探討之「在法律論證中運用經驗事實的陳述」。而第二、三類實證研究則對應到本文第參部分第一節所探討之「認識及描述有效的法律」；參見表1。第三類實證研究以實證方法描述法律論證；換言之，是以系統化的數據蒐集與分析方法，提出「描述性的法律論證」。第二類實證研究則檢驗法律的實效性與刻畫制度性行為。

表1 實證研究類型與法學理論對應

法學理論路徑	實證研究類型
在法律論證中運用經驗事實的陳述	第一類：檢驗差異製造事實或其背景條件是否成立
認識與描述有效的法律	第二類：檢驗法律的實效性與刻畫制度性行為
	第三類：以實證方法描述法律論證

資料來源：本文製表。

以下，本文為三類實證研究，一一撮要舉例。但請注意，一篇法實證研究論文，往往嘗試回答多個問題。各問題可能屬性不同，因而一篇法實證研究論文可能橫跨兩種或三種實證研究類型。例如，如果實效研究關切的主題是，法律規範或制度的實施是否以及在多大程度內達到了預期的效果或目的，其研究對象即為檢驗差異製造事實，而可同時歸入第一類實證研究。同樣的，制度性行為的實證研究關切立法、司法、行政行為會受到哪些因素影響，如果這些因素對制度性行為所造成的影響會受到一定的評價（例如法官判決結果不應受到性別或族裔因素所左右），那麼制度性行為的實證研究也可能發現具有規範重要性的差異製造事實；因此，第二類實

證研究的成果也會有相當程度的規範意涵。由於三類法實證研究對法學都有貢獻，硬要將某篇文章貼上某類實證研究之標籤，並非本文所欲。本文所列出者，僅為幫助讀者理解三類實證研究有哪些具體的本土法律問題，已經被法實證研究者挖掘出來，不在於爭辯某篇論文是屬於某一類實證研究。限於篇幅，本文當然不會窮盡地回顧所有臺灣的法實證研究。

### 一、第一類：檢驗差異製造事實是否存在<sup>110</sup>

當法律社群關於值得追求之目的或結果之評價有價值共識，實證研究所發現的差異製造事實可直接用於規範論證——應該採取可以達到目的之措施，或應該採取導致（或避免）結果發生之措施。此種研究成果，或可作為修法、變更既有判例的前導理論，或作為捍衛現行法的左右護法。

當法律社群仍有價值分歧，實證研究所發現的差異製造事實仍可為不同立場的論者所援引，且可直接作為支持其各自規範主張的論據基礎。例如，實證研究發現「採取某個制度或措施M會產生特定的結果F」，但法律社群對於F之好壞仍有爭議；對F給予正面評價者，會以前述的發現作為應該採取M的理由；對F給予負面評價者，也能以此作為不應該採取M的理由。此時實證研究的成果雖然無法確定地支持應該或不應該採取M，但在此情況下，實證研究規範論述力道較弱，並非實證研究本身所致，而是價值辯論尚未到硝煙散去的時刻。

此外，如本文第肆部分第一節所述，差異製造事實的成立，經常仰賴某些背景條件。但背景條件並非永遠不證自明，要研究差異製造事實是否成立，往往必須先確立背景條件是否已滿足。背景條

---

<sup>110</sup> 由於研究背景條件是否滿足，乃在於檢驗以其為前提之差異製造事實是否存在。故以下對於第一類研究就簡單以「檢驗差異製造事實是否成立」稱之。

件同樣是一種經驗事實，關注背景條件之法實證研究，本文也將其分到第一類實證研究。

以臺灣既有之法實證研究為例：2000年民事訴訟法修正後，當事人必須在訴訟準備程序中開示證據。1996年到2006年間地方法院的「訴訟和解率」變化顯示，除了訴訟標的在600萬元以上的案件外，其他案件之和解率在各地方法院都在2000年以後上昇。證據開示所揭露之資訊，使雙方皆能更實際地評估案件勝敗之可能，故導致和解率上昇<sup>111</sup>。民事訴訟中是否應該採取證據開示制度，是清楚的規範命題；而在民事案件中，促使當事人更常自願解決紛爭，而且是奠基於真實證據上的紛爭解決，應該是多數人能夠贊成的價值。此實證研究顯示的差異製造事實是：實施證據開示制度能夠促成當事人更常自願解決紛爭，故可作為支持應該採取證據開示制度的理由。

2003年民事訴訟法修法給予最高法院選案權之效果（民事訴訟法第469條、第469條之1參照），有學者隨機抽樣1996年到2008年間5%臺灣最高法院的案件，以檢驗2003年修法之影響，發現：在修法前，最高法院就已經擴張使用「未具體指責原判決有何違背法令之處」而程序駁回上訴，頻率並有上昇趨勢（修法後最高法院程序駁回之例稿文字轉變，難以辨識以前述理由駁回之頻率是否增加）。上訴人勝訴率與最高法院實體駁回率，在修法前後都沒有統計上顯著之差異。此外，最高法院判決中的實質說理長度以及撤銷發回判決中論述「有原則重要性之法律見解」者也沒有顯著提昇<sup>112</sup>。促使最高法院關注在重要案件，且集中心力在提出重要見

---

111 See Kuo-Chang Huang, *Does Discovery Promote Settlement? An Empirical Answer*, 6 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 241 (2009).

112 See Theodore Eisenberg & Kuo-Chang Huang, *The Effect of Rules Shifting Supreme Court Jurisdiction from Mandatory to Discretionary — An Empirical Lesson from Taiwan*, 32 INT'L REV. L. & ECON. 3 (2011).

解，應該是多數民事法學者之共識。本研究發現2003年之修法沒有達到立法時所預期之結果差異（促使最高法院關注重要案件，提出重要見解），這樣的發現提供了學術社群檢討最高法院作法或立法者制度設計方式（修法賦予最高法院選案權）的規範論證彈藥。

共有物分割時，避免製造畸零地，妨礙土地利用，應該是大多數法律人的共識。原物分割可能會產生畸零地，而變價分割不會。不過，最高法院長期強調原物分割優先；2009年民法第824條修正，又明確偏好原物分割（可惜修法理由沒有明確闡明為何要偏好原物分割，僅說現行分割方式「過於簡單」，故仿造德國等立法例修正）。是故，新立法與最高法院均偏好原物分割，可能使下級法院沒有考慮具體情境就判決原物分割，導致畸零地增多。有學者隨機抽樣四分之一2008年至2010年間全國各地方法院之分割共有物判決，發現2009年修法並未增加地方法院使用原物分割之頻率；而且，在原物分割會產生畸零地時，法院會傾向採用變價分割。本研究發現，差異製造事實並未成立；亦即，修法並未導致地方法院大幅採取原物分割，地方法院採取原物分割時也有考慮製造畸零地的負面效果。故從文義看可能產生的不良後果，實踐中並未發生；故2009年修正之民法第824條，及最高法院相關判決，目前不應給予負面的規範評價<sup>113</sup>。

依據處分權主義，在損害賠償或不當得利訴訟中，法院判給原告之金額，必須在原告主張之範圍內。但在原告主張之範圍與舉證之程度內，法院必須依照法律之標準訂給付數額，此應無太大爭論。行為心理學所稱之「定錨效應」，用白話說，法律之標準不夠

---

113 不過，修法理由稱舊法「過於簡單……實務上亦頗為所苦」，似有言過其實之嫌。學者之實證研究亦發現，在舊法時代，地方法院就已經運用幾十種不同之分割方式，似乎並未被簡單的舊法所羈絆。詳細請參見張永健，共有物分割判決之實證研究，收於：張永健編，2011 司法制度實證研究，頁 221-264（2013年）。



明確（慰撫金案件中之痛苦如何量化？相當於租金之不當得利案件中之年息如何釐定？），法官在下判決時，除了受案件客觀事實影響之外，也下意識地受到「原告聲明金額或年息」之影響。此種定錨效應，已經有無數心理學實驗驗證存在<sup>114</sup>。有學者研究臺灣地方法院在無權占有他人土地所生之相當於租金之不當得利案件中<sup>115</sup>，法官之判決決策，發現法官年資在約11年以下時，此種定錨效應確實存在。實證研究所發現的因果關聯，即「原告在訴訟聲明中提出明確金額主張，會對資淺法官的判決產生不當影響」，對於有意主張在訴訟聲明階段剔除明確金額主張者<sup>116</sup>，是其規範論據之實證基礎；對於法官過於年輕的相關批評，也是初步的支持證據。

以公法研究為例，不少學者主張行政救濟環節中的訴願制度，其目的主要有三項：行政自我控制與審查、迅速經濟解決紛爭（並減輕法院負擔）、合目的性審查<sup>117</sup>。有學者抽樣內政部2006年至

---

114 See, e.g., DAN ARIELY, PREDICTABLY IRRATIONAL: THE HIDDEN FORCES THAT SHAPE OUR DECISIONS 25-48 (2008); DANIEL KAHNEMAN, THINKING, FAST AND SLOW 119-28 (2011); Chris Guthrie et al., *Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases*, 93 CORNELL L. REV. 1, 19-21 (2007); Jeffrey J. Rachlinski et al., *Heuristics and Biases in Bankruptcy Judges*, 163(1) J. INSTITUTIONAL & THEORETICAL ECON. 167, 171-73 (2007); Chris Guthrie et al., *Inside the Judicial Mind*, 86 CORNELL L. REV. 777, 787-94 (2000); Andrew J. Wistrich et al., *Can Judges Ignore Inadmissible Information? The Difficulty of Deliberately Disregarding*, 153 U. PA. L. REV. 1251, 1286-93 (2005); See Birte English & Thomas Mussweiler, *Sentencing Under Uncertainty: Anchoring Effects in the Courtroom*, 31(7) J. APPLIED SOC. PSYCHOL. 1535 (2001).

115 參見張永健、陳恭平、劉育昇，無權占有他人土地與相當於租金之不當得利：實證研究與政策建議，政大法學評論，已接受刊登（2015年）；Yun-chien Chang, Kong-pin Chen & Chang-ching Lin, *Anchoring Effect in Real Litigation: An Empirical Study*, paper presented at 2014 European Law and Economics Association Annual Meeting (Sep. 19, 2014).

116 美國有許多州採取此種制度（其訴訟費用是固定金額），原告僅能主張「某某人侵害我身體健康，主張依民法第195條規定請求其支付慰撫金」，但不能明確指出其所欲之數額。

117 參見蔡志方，論行政訴訟先程序之免除——以臺灣法制為探討中心，收於：台灣行政法學會編，行政調查之建制與人權保障：行政訴訟之前置救濟方法與程序，頁251-255（2009年）；蔡志方，訴願制度，收於：翁岳生編，

2009年近900件訴願案件，以檢驗內政部訴願會決定案件之態樣。研究發現訴願決定書甚少記敘「合目的性審查」之內容；假若訴願會有詳盡記載其檢驗行政處分合法性與合目的性之論理，則這是訴願會極少作合目的性審查之證據<sup>118</sup>。此外，內政部訴願會當時純由法律人組成，研究亦發現，案件涉及法律以外之專業知識時，內政部訴願會傾向尊重原處分機關之事實認定，而幾乎都駁回訴願<sup>119</sup>。尤其是後者，帶有因果推論（涉及法律以外之專業知識，是造成內政部駁回訴願的原因），又凸顯了訴願實務上未必盡到立法或學理對訴願制度之要求與期待，亦即實施訴願制度無法達到前述行政自我審查的主要目的，這樣的發現亦足以作為檢討改革現行訴願制度的理由。

有些實證研究所發現之經驗事實，是否能立刻成為立法或司法解釋之準則，某程度取決於法律社群對相關規範價值的共識。例如，學者招募279名自願者，隨機將之分到不同組，進行模擬陪審審判，發現：在經過思辯過程後（相對於思辯過程前），陪審員認為「錯判有罪」比「錯判無罪」更糟的比率上昇，陪審團的無罪開釋率也上昇。相較於「多數決」，「一致決」下的陪審團成員較願意改變原始的投票傾向，也對討論與判決結果有較高的評價（但若採一致決，而陪審團無法作成一致決定，則對一致決程序之評價反而比對多數決程序之評價更低）。但整體而言，無論採取一致決或多

---

行政法（下），3版，頁271（2006年）；陳清秀，論行政訴訟之先行程序：兼論課予義務之訴願，收於：台灣行政法學會編，行政調查之建制與人權保障：行政訴訟之前置救濟方法與程序，頁446（2008年）；陳淑芳，獨立行政機關與訴願制度，收於：權力劃分與權限歸屬，頁170-173（2011年）。

118 此項發現也可歸類於第二類實證研究，因為是檢驗訴願制度的實效性。為簡化論述，合併於此論述。另有研究行政院以及通訊傳播委員會之訴願會審理通訊傳播委員會之行政處分，發現兩個訴願會均從未以合目的性審查方式撤銷原處分。參見孫德至、司徒嘉恆，國家通訊傳播委員會訴願制度實證研究（2007-2009年），中研院法學期刊，10期，頁269（2012年）。

119 參見張永健，訴願制度運作成效之實證評估架構——以臺灣內政部2006-2009年訴願案件為例，北大法律評論，14卷2輯，頁344-388（2013年）。

數決，「西瓜偎大邊」效應與「傾向無罪開釋」效應都存在；此與先前西方實驗結果一致。學者因此建議臺灣採行人民參審相關制度時應採一致決<sup>120</sup>。該論文從實然發現推導出之應然政策建議，是否合理，取決於論者預設之規範價值。若認為無罪推定是刑事程序最核心的價值，且應該超越合理懷疑才應判刑，則參審制採取全體一致決，能降低有罪率，應有助於實現規範價值。不過，若認為刑事程序的核心價值在於發現真實，則在還不知道一致決與多數決何者較能發現真實時，即無法依據此研究成果作任何政策建議<sup>121</sup>。

與前述研究類似，有學者研究強制辯護政策，而其背後的規範價值似乎尚乏社群共識。2003年之後，刑事強制辯護案件之被告辯護律師是隨機分給法院公設辯護人與法律扶助律師（以下稱「法扶律師」），而非全部交給公設辯護人。政策上並決定逐步讓公設辯護機制退場。2004年到2007年的全部地方法院之刑事案件中，在控制了案件類型與嚴重程度後，這兩類辯護人所經手的案件審判平均刑期相當。然而，相對而言，公設辯護案件的定罪率較高，但刑期較短，原因很可能是公設辯護人與法扶律師的誘因不同所致<sup>122</sup>。若論者認為重點是發現真實，此類實證研究並沒有告訴讀者，哪一種制度更能關該關的、放該放的（但有任何研究能做到？）。但若認為無罪推定的理念導出「有無罪比刑期長短更重要」的想法，且「只要辯護制度合理，無罪率越高越好」，則讓公設辯護機制退場的政

120 See Kuo-Chang Huang & Chang-Ching Lin, *Mock Jury Trials in Taiwan — Paving the Ground for Introducing Lay Participation*, 38 L. & HUM. BEHAV. 367 (2014).

121 此外，模擬審判與真實審判仍有差異：在真實審判中，採行一致決的陪審團，被強制要作出決定，否則無法解散。在此模擬審判中，並沒有預設做出決定之時間，實驗者也無法限制陪審員之行動自由。在實驗情境下採取一致決規則而又自願達成一致決者，自然對一致決之評價較高。但如正文所論，此研究乃台灣第一個模擬審判，有筆路藍縷之功。後續研究，在巨人的肩膀上，更能深究人民參與審判的各種行為態樣。

122 See Kuo-Chang Huang et al., *Does the Type of Criminal Defense Counsel Affect Case Outcomes?: A Natural Experiment in Taiwan*, 30 INT'L REV. L. & ECON. 113 (2010).

策，應給予正面的規範評價。

最後，有些研究並未直接針對差異製造事實，而是關注其背景條件，也就是前述「給予理由的事實」。例如學者利用「2011年臺灣人民法律紛爭解決行為模式的實證研究調查」資料，發現司法院即將推動試行的觀審制，參與意願在不同的人口族群間有顯著的差異，特別是高社經背景的族群參與意願較高，女性參與的意願較低<sup>123</sup>。若對比美國的陪審團多半是低社經背景者參與（且有憂心此影響決定品質），則此發現對政策決定者或許是一則喜訊，雖然無法成為強烈支持或不支持參審制之論據。再者，若觀審制經立法院通過後實施，並發現特定社經背景或性別的觀審員，較常作出「合乎真相」（真相如何獨立被發現，暫且不論）之決策；假若合乎真相又是某些規範論者最重要的價值，則此差異製造事實，與學者已經研究之參與意願研究結合，即有豐富的規範意涵——亦即參與意願的研究成果可能發現觀審制較能作出合乎真相決策之背景條件。

## 二、第二類：檢驗法律的實效性與刻畫制度性行為

法律的實效性與制度性行為（如法官判決行為、行政首長決策行為、立法者的立法決定）的研究相互牽連，難以截然二分。本文的區分方式是：法律的實效性研究關注的是法律所意圖管制、規範的對象，是否受法律之影響而改變行為，或是否守法。最為人熟知的例子是死刑是否有嚇阻作用。而制度性行為關注的是制訂、解釋、適用、操作法律者，其決定為何，以及其行為決定受到何種因素之影響。例如美國學者發現，陪審團所決定的懲罰性賠償數額，

---

123 See Kuo-Chang Huang & Chang-Ching Lin, *Rescuing Confidence in the Judicial System: Introducing Lay Participation in Taiwan*, 10 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 542 (2013). 利用「2011年台灣人民法律紛爭解決行為模式資料庫」釐清人口社經結構對諮詢決策的影響，see Kuo-Chang Huang et al., *Do Rich and Poor Behave Similarly in Seeking Legal Advice? Lessons from Taiwan in Comparative Perspective*, 48 LAW & SOC'Y REV. 193 (2014).

與財產上損害賠償之數額呈線性關係<sup>124</sup>。懲罰性賠償之設計，是為了嚇阻廠商污染，故研究陪審團的決策並非實效性研究。陪審團是決定事實（包括賠償金數額）的決策者，它到底是亂判一通，還是脈絡有跡可尋，就是制度性行為的研究範疇。

第二類實證研究不見得發現了差異製造事實，也不一定回應特定的價值辯論<sup>125</sup>。法實證研究如同其他社會科學研究，無法在實驗室中創造完整的驗證條件，故無法隨心所欲探究任何有興趣的問題；很多時候，為了探究具有重大規範意義的問題，只能先從已有數據的面向著手。藉由知識的漸次累積<sup>126</sup>，逐步刻畫法律實際運作的經驗面貌。

不管是法律的實效性或制度性行為，往往都有既有的實然理論。在實證研究大舉進入法學之前，有幾種主要的跨領域法學方法。法經濟學（law and economics）、行為法經濟學（behavioral law and economics）、公共選擇理論（public choice）、法社會學（sociology of law）等等，就是此種「混血」路徑的代表。有些有明

---

124 See, e.g., Eisenberg & Wells, *supra* note 44. Eisenberg & Wells 發現的線性關係，是將懲罰性賠償與財產上損害賠償各自取自然對數後呈現之線性關係。對於此種作法之批評，可參見 Jeffrey J. Rachlinski, *Does Empirical Legal Studies Shed More Heat than Light? The Case of Civil Damage Awards*, *RATIO JURIS* (forthcoming April 2015) (Manuscript at 10-13), DOI: 10.1111/raju.12072.

125 請注意：「不見得」發現差異製造事實，不代表「絕不會」發現差異製造事實。如上文與下文所述，第二類實證研究的成果也可能具有一定的規範意涵，而與第一類實證研究有交集之處。

126 本文並不認為，知識的累積是線性的過程。典範的轉移可能使得一大票知識失去意義，整座圖書館的藏書盡成廢紙（關於法釋義學或法學知識的典範變遷，see AARNIO, *supra* note 17, at 185-99; AARNIO, *supra* note 21, at 247-73）。以量化方式累積數據，必然也受到數據的侷限與既有統計方法的侷限。但舊的法實證研究會被新的法實證研究正名為非，是由人類從事科學研究必然發生的現象，這不應該使得關心規範論證者，一律將實證研究成果貼上「真實性堪疑」、「基本無用」的標籤。See also Theodore Eisenberg, *The Origins, Nature, and Promise of Empirical Legal Studies and a Response to Concerns*, 2011 U. ILL. L. REV. 1713, 1730-31 (2011); LAWLESS ET AL., *supra* note 7, at 15.

確的雙親，像法社會學是法學與社會學的後代，法經濟學是法學與經濟學的小孩。行為法經濟學則是「三人行」的成果：認知心理學先強娶了經濟學，變成「行為經濟學」，再結合法律經濟學，誕生了行為法經濟學；換言之，這是心理學、經濟學、法學的三位一體。公共選擇理論是經濟學、政治學、法學共同的關懷。這些交叉學科都從各自的角度，在法學的研究範疇內，提出各式理論，如法官的決策行為<sup>127</sup>。經過半世紀的理論發展，到法實證研究興起時，過去50年來的理論是否有證據支持<sup>128</sup>，變成新顯學<sup>129</sup>。因此，第二類實證研究除了可以認識及描述有效的法律之外，也可以同時檢驗其他學科提出之實然理論（這也是Fischman強調，但本文未完整開展之法實證研究貢獻）。

本節先描述法律實效性之實證研究，再介紹既有之制度性行為實證研究。在公司法、金融法相關之公開數據不少，可能成為未來臺灣實證研究重點研究領域。已有學者發現法律上具有獨立性的公司薪酬委員會成員，有三分之一與公司內部人具有「社交關係」，因而對公司法要求薪酬委員會成員有法律上獨立性是否能導致合理薪酬劃上問號<sup>130</sup>。投資人保護法賦予投資人保護中心（公設財團法人）代表投資人提起證券團體訴訟的權利，有實證研究評估其實效性，發現此種證券訴訟高度倚賴刑事程序、仰仗和解金以賠償投資人損害、訴訟時間冗長<sup>131</sup>，是否能有效保證投資人權益，仍有疑慮。

127 See generally RICHARD A. POSNER, HOW JUDGES THINK (2008).

128 因此，法實證研究與其他「法與社會科學」研究方法，並非競爭關係，而是互補關係。See Eisenberg, *supra* note 126, at 1719.

129 例如：Judge Richard Posner 就在合著的新書中，檢驗其註 127 書提出之理論，是否有證據支持。See RICHARD A. POSNER ET AL., THE BEHAVIOR OF FEDERAL JUDGES: A THEORETICAL AND EMPIRICAL STUDY OF RATIONAL CHOICE (2013).

130 參見林郁馨，公開發行公司經營者薪酬決定機制之實證分析——兼論薪資報酬委員會新制，中研院法學期刊，14期，頁284（2014年）。

131 參見林郁馨，投資人的諾亞方舟——投資人保護中心與證券團體訴訟之實證研究，月旦法學雜誌，229期，頁75-97（2014年）。

依司法院釋字第579號解釋，徵收補償與被徵收之損失必須相當。2012年土地徵收條例第30條第1項修正前，依該法，被徵收人所獲得之補償為公告土地現值與「加成補償」。此種補償，是否與被徵收人之損失相當？若認為相當補償就是市價補償（此點當時學界未有共識），則學者實證研究發現多數2000年到2009年間土地被徵收者所獲得之補償低於市價<sup>132</sup>，即顯示憲法之當為要求，並沒有落實在徵收補償實務中。

有研究比較兩種機制之實效性。臺灣勞資爭議之解決有兩種協調機制：「政府協調」與「民間協調」；由勞工聽取政府有關人員說明後，選擇其中一種協調程序。運用2005年至2007年所終結之協調案件紀錄與涉入爭議之勞工之電訪調查，學者發現：絕大多數之勞工，並不瞭解兩種程序彼此間之差異；同時，主管機關亦多未履行說明程序差異之義務。爭議金額越高、勞工學歷越高、有爭議經驗，會使得勞工更傾向採取政府協調機制。兩種程序雖不影響和解成立之機率，但在和解成立時，卻顯著影響勞工的獲償率——政府協調案件之獲償率高於民間協調案件之獲償率3至9個百分點。換言之，民間協調機制所產出於政府協調機制相當之和解率，是以勞工作更多讓步來達成<sup>133</sup>。

既有的制度性行為研究，以對大法官或一般法院法官之研究最多。有發現司法院大法官的留學國背景對其在意見書中引用外國法律與判決，有顯著之影響<sup>134</sup>。有發現司法院大法官的多樣性（不同

---

132 參見張永健，土地徵收補償之規範標準與實證評估，東吳法律學報，22 卷 4 期，頁 27-64（2011 年）。

133 參見黃國昌、林常青、陳恭平，勞資爭議協調程序之實證研究——以「政府協調」與「民間協調」之比較為中心，中研院法學期刊，7 期，頁 209-267（2010 年）。

134 參見張文貞，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 66-72（2013 年）。

時間由不同總統提名)，導致更多違憲解釋採用附期限失效之方式為之<sup>135</sup>。

另有學者利用臺灣最高法院民事上訴案件判決，研究「訴訟資源」(party capability)與「法院偏好」(court preference)對最高法院處理案件之影響。最高法院案件審理流程分成「形式審查」(最高法院有裁量以上訴不合法而裁定駁回)與「實質審查」(判決上訴有無實體理由)前後兩個階段，進一步以樣本選擇模型(sample selection)來控制最高法院的形式審查裁量權對判決結果所造成的選擇偏誤(selection bias)。發現訴訟資源多寡所影響的律師代理效果(聘請單獨執業律師或大律師事務所的法務團隊；是否聘請比較有在最高法院上訴經驗之律師)，呈現在「形式審查」階段。但只要法官認為合法而進入第二階段的實質審查，這些效果都將消失。不過，在形式審查階段，最高法院偏袒政府(相對於企業或一般自然人)，除了政府能動員的訴訟資源較多外，也和法院偏好有關——最高法院法官將自己視為政府的一環<sup>136</sup>。

此外，臺灣地方法院身體健康侵害慰撫金判決之實證研究，亦發現法官酌定之慰撫金數額，受被害人受傷程度與醫療費用之影響。詳言之，身體健康受損程度越重、法院允許被害人請求加害人支付之醫療費用越高，慰撫金越重。此實證研究發現之事實是，身體健康受損程度輕重會對法院判決之慰撫金多寡造成差異<sup>137</sup>。對地

135 參見葉俊榮，違憲政治——司法院大法官附期限違憲解釋的實證分析，收於：張永健編，2011 司法制度實證研究，頁 1-31 (2013 年)。

136 See Kong-Pin Chen et al., *Party Capability versus Court Preference: Why Do the "Haves" Come Out Ahead?—An Empirical Lesson from the Taiwan Supreme Court*, 31 J. L. ECON. & ORG. 93 (2015).

137 參見張永健、李宗憲，身體健康侵害慰撫金之實證研究——2008 年至 2012 年地方法院醫療糾紛與車禍案件，臺大法學論叢，已接受刊登 (2015 年)。瞭解此種法官行為，對監督法官者，有助於達成同案同判的法治(rule of law)理想。對律師、當事人，法官判決見解明確、穩定有助於法安定性，並可促進當事人和解等等持此種見解者。關於同案同判與法治之關連，see JOHN



方法院死亡慰撫金之實證研究則發現，同一案件中若有不同親屬主張，法官給的慰撫金數額是「配偶 ≥ 未成年子女 ≥ 父母 ≥ 成年子女」；且法官會因為擔心給予被告過重之賠償負擔而減少慰撫金數額<sup>138</sup>。

2009年民法新增第796條之1<sup>139</sup>，賦予法院在越界建築糾紛中，有考量雙方當事人利益與公共利益後，例外不拆越界房屋之裁量權。有學者觀察2009年至2012年底，三年餘間全部（157筆）解釋適用該條之地方法院判決，發現當法院以民法第796條之1作為排除所有物返還請求權之根據時，最關鍵之因素是越界面積低（實務上越界面積多在100平方公尺以內）、越界比率少（實務上越界比率多在20%以下）、越界非出於重大過失<sup>140</sup>。

有些研究關注律師與當事人的制度性行為。有研究2000年到2006年間地方法院的一般訴訟案件，發現原、被告雙方均有律師代理時，和解率最低；雙方均無律師代理時，和解率最高；一方有代理者，介於其間。此現象產生的原因，並非如一般猜想，乃律師主導是否和解，且律師不願意和解所致。恰恰相反，絕大多數律師收取固定、包審的律師費，和解有助於減少律師的工作量；數據顯示，是當事人決定和解與否（律師費因為無論如何都要付，所以不是主要考量因素）。事實上，是當事人一開始對進行訴訟與否的可

---

RAWLS, A THEORY OF JUSTICE 208-10 (rev. ed. 1999); RICHARD A. POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 336-39 (8th ed. 2011).

138 參見張永健、何漢葳、李宗憲，地方法院生命侵害慰撫金判決之實證研究，民事實體法實證研究工作坊，中央研究院法律學研究所法實證研究中心主辦（2013年11月8日）。

139 民法第796條之1：「土地所有人建築房屋逾越地界，鄰地所有人請求移去或變更時，法院得斟酌公共利益及當事人利益，免為全部或一部之移去或變更。但土地所有人故意逾越地界者，不適用之。前條第一項但書及第二項規定，於前項情形準用之。」

140 參見張永健，越界建築訴訟之實證研究，中研院法學期刊，14期，頁319-373（2014年）。

行性評估，影響了當事人是否聘請律師。有無聘請律師對原告勝訴率沒有統計上顯著影響，有聘請律師的被告勝訴率較高。這並不能代表律師代理增加勝訴率，而同樣是當事人選擇的結果：被告理性評估主張之強弱以決定是否聘請律師，有望勝出的案件聘律師，沒望的案件則不聘<sup>141</sup>。

另外，有學者以2005年至2007年勞資協調程序與後續訴訟程序之數據，發現：爭議金額在和解成立與否及進行訴訟與否扮演了重要的角色。爭議金額低時，和解率高，和解不成後的訴訟率低；爭議金額高時，和解率低，和解不成後的訴訟率高。爭議金額居中時，因而很可能不能和解，也沒有爭訟。傳統法律經濟學理論認為，被告願意和解的前提是，原告若和解失敗很可能採行訴訟以解決爭議。作者之前述發現因而指出傳統理論並沒有獲得實證分析之支持<sup>142</sup>。

### 三、第三類：以實證方法描述法律論證

傳統的判例研究或個案研究，是微觀層次的描述法律論證；實證研究分析大量判決或其他法律活動，則是巨觀層次的描述法律論證<sup>143</sup>。舉例而言，除了前述扶養費用計算之研究外，有學者研究在職災補償訴訟中，法院以何種方式詮釋因果關係（條件關係或某種

---

141 See Kuo-Chang Huang, *How Legal Representation Affects Case Outcome: An Empirical Perspective from Taiwan*, 5 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 197 (2008); 黃國昌，律師代理對民事訴訟結果之影響——理論分析與實證研究間之激盪，中研院法學期刊，1期，頁45-104（2007年）。

142 See Kuo-Chang Huang et al., *An Empirical Investigation of Settlement and Litigation — The Case of Taiwanese Labor Disputes*, 7 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 786 (2010).

143 不過，Cane & Kritzer 指出，案例分析與經驗研究並非絕對截然二分，有許多研究處於兩者之間，例如檢驗判決或案件的社會、經濟、政治脈絡及其運作（這在質性研究中相當常見）；法官判決本身也提供了法實證研究（例如司法行為研究）所需的資料數據，see Cane & Kritzer, *supra* note 3, at 5.

相當因果關係)<sup>144</sup>。有研究地方法院如何詮釋民法第787條之「通行必要」與「無適宜之聯絡」<sup>145</sup>。有發現在誹謗案件中，法院近年來在刑事案件越來越常採用對言論者較寬鬆的故意過失程度標準<sup>146</sup>；而在民事案件中，誹謗的慰撫金數額主要受到原告與被告之收入與相對社會地位影響<sup>147</sup>。有分析所有的連動債糾紛判決，發現高等法院對客戶簽章是否表示銀行當然已經盡到說明義務，採取兩種見解（簽名免責說與實質審查說）<sup>148</sup>。

第三類實證研究應該是新手入門的試金石。只要有實證研究的基本概念，就可以有系統地整理判決或其他法律文本，從而積累法學知識。有志者，盍興乎來？

## 陸、結論

法學的主要功能與角色在於作規範論證，但經驗事實往往是規範論證中不可或缺的一環；不少法實證研究可以發現或驗證法學規範論證所需之經驗事實。不過，法學並非僅有規範面向。法學的經驗面向除了發現可作為規範理由的經驗事實（即「差異製造事

---

144 參見邱文聰，職災賠補償訴訟之因果認定：以因果理論的檢討為核心的實證考察，個人年度學術研討會，中央研究院法律學研究所主辦（2014年6月3日）。

145 參見張永健，袋地通行權判決之實證研究，月旦法學雜誌，216期，頁211-227（2013年）。

146 參見許家馨，民刑誹謗二元體系之形成與分析——以「故意過失」為中心的實證研究，收於：張永健編，2011司法制度實證研究，頁179-185（2013年）。

147 See Yun-chien Chang, Han-wei Ho & Jimmy Chia-shin Hsu, *Non-pecuniary Damages for Defamation, Personal Injury, and Wrongful Death: An Empirical Analysis of Court Cases in Taiwan*, CHINESE J. COMP. L. (forthcoming 2015).

148 參見陳肇鴻，連動債糾紛的司法實踐——2009至2010年間相關判決之研究，中研院法學期刊，10期，頁181（2012年）。

實」)，也包括了認識與描述有效的法律，尤其是制定、解釋、適用法律之制度性行為以及法律的實效狀況。無論對於法官、律師、當事人、學者，有系統地瞭解法律解釋、適用的態樣，以及立法者與解釋、適用法律者背後的可能驅動原因，都有意義——它可以作為推動立法或司法改革的基礎，作為決定如何判決的準則，或成為是否和解或訴訟的重要考量。興盛於美國、萌芽於臺灣的法實證研究，帶入統計方法與其他社會科學的思維，大大有助於我們認識與理解法律體系的實際運作。

本文嘗試提供法實證研究的理論基礎，並辨正法實證研究的法學價值。展望將來，由部門法內之具體問題出發，析論具體議題之差異製造事實，並以實證研究方法驗證可作為規範論證之理由的差異製造事實是否成立，乃是法學實證研究（甚至法學研究）能否進一步向上提昇之關鍵。

## 參考文獻

### 1. 中文部分

- 王一奇（2015），理由與提供理由的事實，收於：謝世民編，理由轉向：規範性之哲學研究，頁105-140，臺北：臺大出版中心。
- 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，臺北：元照。
- 王澤鑑（1993），關於鄰地通行權之法律漏洞與類推適用，收於：民法學說與判例研究（七），2版，頁240-257，臺北：自版。
- 李建良（2014），兩岸關係下的人性尊嚴、收養自由與制度保障——釋字第712號解釋，台灣法學雜誌，250期，頁29-52。
- 林明仁（2013），大哉問，大哉答——推薦序，收於：Daron Acemoglu & James A. Robinson著，吳國卿、鄧伯宸譯，國家為什麼會失敗，頁13-24，新北：衛城。
- 林郁馨（2014），公開發行公司經營者薪酬決定機制之實證分析——兼論薪資報酬委員會新制，中研院法學期刊，14期，頁245-317。
- （2014），投資人的諾亞方舟——投資人保護中心與證券團體訴訟之實證研究，月旦法學雜誌，229期，頁75-97。
- 林常青、黃國昌、陳恭平（2011），法學方法與實證研究（二）：資訊、變項及關聯性（下），台灣法學雜誌，187期，頁109-118。
- （2012），法學方法與實證研究（三）：關聯性與迴歸（上），台灣法學雜誌，191期，頁66-79。
- （2012），法學方法與實證研究（四）：關聯性與迴歸（中），台灣法學雜誌，199期，頁73-84。

- (2012), 法學方法與實證研究(五): 關聯性與迴歸(下), 台灣法學雜誌, 207期, 頁102-113。
- 邱文聰(2008), 被忽略的(立法)事實——探詢實證科學在規範論證中的可能角色兼評釋字第584號解釋, 臺大法學論叢, 37卷2期, 頁233-284。
- (2014), 職災賠補償訴訟之因果認定: 以因果理論的檢討為核心的實證考察, 個人年度學術研討會, 中央研究院法律學研究所主辦, 2014年6月3日。
- 孫德至、司徒嘉恆(2012), 國家通訊傳播委員會訴願制度實證研究(2007-2009年), 中研院法學期刊, 10期, 頁225-279。
- 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, 收於: 張永健編, 2011司法制度實證研究, 頁33-84, 臺北: 中央研究院法律學研究所。
- 張永健(2011), 土地徵收補償之規範標準與實證評估, 東吳法律學報, 22卷4期, 頁27-64。
- (2012), 法定通行權之經濟分析, 臺大法學論叢, 41卷特刊, 頁1321-1372。
- (2013), 土地徵收補償: 理論、實證、實務, 臺北: 元照。
- (2013), 占有規範之法理分析, 臺大法學論叢, 42卷特刊, 頁847-932。
- (2013), 共有物分割判決之實證研究, 收於: 張永健編, 2011司法制度實證研究, 頁221-264, 臺北: 中央研究院法律學研究所。
- (2013), 袋地通行權判決之實證研究, 月旦法學雜誌, 216期, 頁211-227。
- (2013), 訴願制度運作成效之實證評估架構——以臺灣內政部2006-2009年訴願案件為例, 北大法律評論, 14卷2輯, 頁

- 344-388。
- (2014)，越界建築訴訟之實證研究，中研院法學期刊，14期，頁319-373。
- (2014)，侵權行為的算數題——扶養費與薪資損失的計算，月旦法學雜誌，228期，頁109-118。
- 張永健、陳恭平、劉育昇 (2015)，無權占有他人土地與相當於租金之不當得利：實證研究與政策建議，政大法學評論 (已接受刊登)。
- 張永健、何漢葳、李宗憲 (2014)，地方法院生命侵害慰撫金判決之實證研究，民事實體法實證研究工作坊，中央研究院法律學研究所法實證研究中心主辦，2013年11月8日。
- 張永健、李宗憲 (2015)，身體健康侵害慰撫金之實證研究——2008年至2012年地方法院醫療糾紛與車禍案件，臺大法學論叢 (已接受刊登)。
- 張嘉尹 (2010)，憲法之「科際整合」研究的意義與可能性——一個方法論的反思，世新法學，3卷2期，頁1-49。
- (2012)，台灣法學典範的反思——從德國當代法科學理論的興起談起，世新法學，6卷1期，頁1-38。
- (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。
- 許家馨 (2013)，民刑誹謗二元體系之形成與分析——以「故意過失」為中心的實證研究，收於：張永健編，2011司法制度實證研究，頁147-220，臺北：中央研究院法律學研究所。
- 陳清秀 (2008)，論行政訴訟之先行政程序：兼論課予義務之訴願，收於：台灣行政法學會編，行政調查之建制與人權保障：行政訴訟之前置救濟方法與程序，頁433-474，臺北：元照。
- 陳淑芳 (2011)，獨立行政機關與訴願制度，收於：權力劃分與權限歸屬，頁163-186，臺北：元照。

- 陳肇鴻(2012), 連動債糾紛的司法實踐——2009至2010年間相關判決之研究, 中研院法學期刊, 10期, 頁161-223。
- 黃茂榮(2009), 法學方法與現代民法, 6版, 臺北: 植根。
- (2010), 買賣法, 5版, 臺北: 植根。
- 黃昭元(2012), 論差別影響歧視與差別對待歧視的關係——評美國最高法院*Ricci v. DeStefano* (2009)判決, 中研院法學期刊, 11期, 頁1-63。
- 黃國昌(2007), 律師代理對民事訴訟結果之影響——理論分析與實證研究間之激盪, 中研院法學期刊, 1期, 頁45-104。
- (2009), 法學實證研究方法初探, 月旦法學雜誌, 175期, 頁142-153。
- 黃國昌、林常青、陳恭平(2010), 勞資爭議協調程序之實證研究——以「政府協調」與「民間協調」之比較為中心, 中研院法學期刊, 7期, 頁209-267。
- (2011), 法學方法與實證研究(一): 資訊、變項及關聯性(上), 台灣法學雜誌, 183期, 頁127-141。
- 黃舒芃(2007), 數字會說話? ——從大法官釋字第584號解釋談事實認定在規範違憲審查中的地位, 中研院法學期刊, 1期, 頁1-43。
- 黃維幸(2014), 現代法學方法新論, 臺北: 三民。
- 楊芳賢(2002), 買賣, 收於: 黃立編, 民法債編各論(上), 頁1-216, 臺北: 元照。
- 葉俊榮(2013), 違憲政治——司法院大法官附期限違憲解釋的實證分析, 收於: 張永健編, 2011司法制度實證研究, 頁1-31, 臺北: 中央研究院法律學研究所。
- 廖福特(2014), 從人權角度評析釋字第712號解釋, 月旦法學雜誌, 231期, 頁246-259。
- 廖元豪(2015), 我是人, 我值得被收養——釋字第712號解釋忽略的「平等權」分析角度, 月旦法學雜誌, 239期, 頁244-261。



- 劉尚志、林三元、宋皇志（2006），走出繼受，邁向立論：法學實證研究之發展，科技法學評論，3期，頁1-48。
- 蔡志方（2006），訴願制度，收於：翁岳生編，行政法（下），3版，頁265-349，臺北：元照。
- （2009），論行政訴訟先程序之免除——以臺灣法制為探討中心，收於：台灣行政法學會編，行政調查之建制與人權保障：行政訴訟之前置救濟方法與程序，頁239-312，臺北：元照。
- 顏厥安（2004），規範建構與論證——對法學科學性之檢討，收於：規範、論證與行動：法認識論論文集，頁3-35，臺北：元照。

## 2. 外文部分

- Aarnio, Aulis. 1997. *Reason and Authority: A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*. Hampshire: Ashgate.
- . 2011. *Essays on the Doctrinal Study of Law*. New York, NY: Springer.
- Aarnio, Aulis, Robert Alexy, and Aleksander Peczenik. 1981. The Foundation of Legal Reasoning III. *Rechtstheorie* 12:423-448.
- Alexy, Robert. 1989. *A Theory of Legal Argumentation*. Oxford: Oxford University Press.
- (1995), Juristische Interpretation, in: ders., *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, S. 71-92.
- (1996), *Theorie der juristischen Argumentation*, 3. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- . 2002. *The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism*. Oxford: Clarendon Press.
- . 2002. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press.

- Ariely, Dan. 2008. *Predictably Irrational: The Hidden Forces That Shape Our Decisions*. New York, NY: Harper.
- Bollen, Kenneth A., and Judea Pearl. 2013. Eight Myths About Causality and Structural Equation Models. Pp. 301-328 in *Handbook of Causal Analysis for Social Research*, edited by Stephen L. Morgan. New York, NY: Springer.
- Bubb, Ryan. 2013. The Evolution of Property Rights: State Law or Informal Norms?. *Journal of Law and Economics* 56:555-594.
- Cane, Peter, and Herbert M. Kritzer. 2010. Introduction. Pp. 1-7 in *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, edited by Peter Cane and Herbert M. Kritzer. Oxford: Oxford University Press.
- Chang, Yun-chien, Kong-pin Chen, Chang-ching Lin. 2014. Anchoring Effect in Real Litigation: An Empirical Study, paper presented at 2014 European Law and Economics Association Annual Meeting (Sep. 19, 2014).
- Chang, Yun-chien, Han-wei Ho & Jimmy Chia-shin Hsu. Forthcoming. Non-pecuniary Damages for Defamation, Personal Injury, and Wrongful Death: An Empirical Analysis of Court Cases in Taiwan. *The Chinese Journal of Comparative Law*.
- Chen, Kong-Pin, Kuo-Chang Huang, and Chang-Ching Lin. 2015. Party Capability versus Court Preference: Why do the “Haves” Come Out Ahead? — An Empirical Lesson from the Taiwan Supreme Court. *Journal of Law, Economics & Organization* 31:93-126.
- Clermont, Kevin M., and Theodore Eisenberg. 2007. Foreigners’ Fate in America’s Courts: Empirical Legal Research. *Academia Sinica Law Journal Inaugural Issue*:237-282.
- Dahlberg-Larsen, Jørgen. 2005. Alf Ross and the Sociology of Law. *Scandinavian Studies in Law* 48:39-50, <http://www.scandinavianlaw.se/pdf/48-3.pdf>.

- Donohue, John J. 2013. The Death Penalty. In *Encyclopedia of Law and Economics*, [http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1129&context=john\\_donohue](http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1129&context=john_donohue).
- Eisenberg, Theodore. 2000. Empirical Methods and the Law. *Journal of the American Statistical Association* 95(450):665-669.
- . 2004. Why Do Empirical Legal Scholarship. *San Diego Law Review* 41:1741-1746.
- . 2011. The Origins, Nature, and Promise of Empirical Legal Studies and a Response to Concerns. *University of Illinois Law Review* 2011:1713-1738.
- Eisenberg, Theodore, John Goerdt, Brian Ostrom, David Rottman, and Martin T. Wells. 1997. The Predictability of Punitive Damages. *The Journal of Legal Studies* 26:623-661.
- Eisenberg, Theodore, Paula L Hannaford-Agor, Michael Heise, Neil LaFountain, G. Thomas Munsterman, Brian Ostrom, and Martin T. Wells. 2006. Juries, Judges, and Punitive Damages: Empirical Analyses Using the Civil Justice Survey of State Courts 1992, 1996, and 2001 Data. *Journal of Empirical Legal Studies* 3:263-295.
- Eisenberg, Theodore, and Kuo-Chang Huang. 2011. The Effect of Rules Shifting Supreme Court Jurisdiction from Mandatory to Discretionary — An Empirical Lesson from Taiwan. *International Review of Law and Economics* 32:3-18.
- Eisenberg, Theodore, Neil LaFountain, Brian Ostrom, and David Rottman. 2001. Juries, Judges, and Punitive Damages: An Empirical Study. *Cornell Law Review* 87:743-782.
- Eisenberg, Theodore, and Martin T. Wells. 2006. The Significant Association Between Punitive and Compensatory Damages in Blockbuster Cases: A Methodological Primer. *Journal of Empirical Legal Studies* 3:175-195.

- English, Birte, and Thomas Mussweiler. 2001. Sentencing Under Uncertainty: Anchoring Effects in the Courtroom. *Journal of Applied Social Psychology* 31(7):1535-1551.
- Epstein, Lee, and Gary King. 2002. The Rules of Inference. *The University of Chicago Law Review* 69:1-133.
- Epstein, Lee, and Andrew D. Martin. 2010. Quantitative Approaches to Empirical Legal Research. Pp. 901-925 in *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, edited by Peter Cane and Herbert M. Kritzer. Oxford: Oxford University Press.
- . 2014. *An Introduction to Empirical Legal Research*. Oxford: Oxford University Press.
- Fischman, Joshua B. 2013. Reuniting ‘Is’ and ‘Ought’ in Empirical Legal Scholarship. *University of Pennsylvania Law Review* 162:117-168.
- Freese, Jeremy, and J. Alex Kevern. 2013. Types of Causes. Pp. 27-40 in *Handbook of Causal Analysis for Social Research*, edited by Stephen L. Morgan. New York, NY: Springer.
- Gelbach, Jonah B., and Jonathan Klick. Forthcoming. Empirical Law and Economics. In *Oxford Handbook of Law and Economics*, edited by Francesco Parisi. Oxford: Oxford University Press.
- Greiner, D. James. 2008. Causal Inference in Civil Rights Litigation. *Harvard Law Review* 122:533-598.
- Guthrie, Chris, Jeffrey J. Rachlinski, and Andrew J. Wistrich. 2000. Inside the Judicial Mind. *Cornell Law Review* 86:777-830.
- . 2007. Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases. *Cornell Law Review* 93:1-43.
- Hitchcock, Christopher. 2014. Causation. Pp. 361-370 in *The Routledge Companion to Philosophy of Science*, 2d. ed., edited by Martin Curd and Stathis Psillos. Milton Park: Routledge.

- Holmes, Oliver Wendell. 1897. The Path of the Law. *Harvard Law Review* 10:457-478.
- Huang, Kuo-Chang. 2008. How Legal Representation Affects Case Outcome: An Empirical Perspective from Taiwan. *Journal of Empirical Legal Studies* 5:197-238.
- . 2009. Does Discovery Promote Settlement? An Empirical Answer. *Journal of Empirical Legal Studies* 6:241-278.
- Huang, Kuo-Chang, Chang-Ching Lin, and Kong-Pin Chen. 2014. Do Rich and Poor Behave Similarly in Seeking Legal Advice? Lessons from Taiwan in Comparative Perspective. *Law & Society Review* 48:193-223.
- Huang, Kuo-Chang, Kong-Pin Chen, and Chang-Ching Lin. 2010. Does the Type of Criminal Defense Counsel Affect Case Outcomes?: A Natural Experiment in Taiwan. *International Review of Law and Economics* 30:113-127.
- . 2010. An Empirical Investigation of Settlement and Litigation — The Case of Taiwanese Labor Disputes. *Journal of Empirical Legal Studies* 7:786-810.
- Huang, Kuo-Chang, and Chang-Ching Lin. 2013. Rescuing Confidence in the Judicial System: Introducing Lay Participation in Taiwan. *Journal of Empirical Legal Studies* 10:542-569.
- . 2014. Mock Jury Trials in Taiwan — Paving the Ground for Introducing Lay Participation. *Law and Human Behavior* 38:367-377.
- Jackson, Howell E., Louis Kaplow, Steven M. Shavell, W. Kip Viscusi, and David Cope. 2003. *Analytical Methods for Lawyers*. New York, NY: Foundation Press.
- Kahneman, Daniel. 2011. *Thinking, Fast and Slow*. New York, NY: Farrar, Straus and Giroux.

- Kaye, David H., and David A. Freedman. 2000. Reference Guide on Statistics. Pp. 83-179 in *Reference Manual on Scientific Evidence*, 2d. ed., edited by Federal Judicial Center. Washington, D.C.: Lexis.
- Koch, Hans-Joachim/Rüßmann, Helmut (1982), *Juristische Begründungslehre*, München: C. H. Beck.
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm (1995), *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York: Springer.
- Lawless, Robert M., Jennifer K. Robbennolt, and Thomas S. Ulen. 2010. *Empirical Methods in Law*. New York, NY: Aspen.
- Lewis, David. 1986. *Philosophical Papers Vol. 2*. Oxford: Oxford University Press.
- Lin, Ming-Jen. 2009. More Police, Less Crime: Evidence from U.S. State Data. *International Review of Law and Economics* 29:73-80.
- Morgan, Stephen L., and Christopher Winship. 2007. *Counterfactuals and Causal Inference: Methods and Principles for Social Research*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Mumford, Stephen, and Rani Lill Anjum. 2013. *Causation: A Very Short Introduction*. Oxford: Oxford University Press.
- Parfit, Derek. 2011. *On What Matters Vol. 2*. Oxford: Oxford University Press.
- Peczenik, Aleksander. 2005. *Scientia Juris: Legal Doctrine as Knowledge of Law and as A Source of Law*. New York, NY: Springer.
- Petersen, Niels (2010), Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?, *Der Staat* 49, S. 435-455.
- Posner, Richard A. 2008. *How Judges Think*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- . 2011. *Economic Analysis of Law*. 8th ed. New York, NY: Aspen.

- Posner, Richard A., Lee Epstein, and William M. Landes. 2013. *The Behavior of Federal Judges: A Theoretical and Empirical Study of Rational Choice*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Rachlinski, Jeffrey J. Forthcoming 2015. Does Empirical Legal Studies Shed More Heat than Light? The Case of Civil Damage Awards. *Ratio Juris*. DOI: 10.1111/raju.12072.
- Rachlinski, Jeffrey J., Chris Guthrie, and Andrew J. Wistrich. 2007. Heuristics and Biases in Bankruptcy Judges. *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 163(1):167-186.
- Rawls, John. 1999. *A Theory of Justice*. Revised ed. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Reiss, Julian. 2005. Causal Instrumental Variables and Interventions. *Philosophy of Science* 72:964-976.
- Ross, Alf. 1959. *On Law and Justice*. Los Angeles, CA: University of California Press.
- Rubinfeld, Daniel L. 2000. Reference Guide on Multiple Regression. Pp. 179-227 in *Reference Manual on Scientific Evidence*, 2d. ed., edited by Federal Judicial Center. New York, NY: LEXIS Pub.
- Smith, Herbert L. 2013. Research Design: Toward a Realistic Role for Causal Analysis. Pp. 45-73 in *Handbook of Causal Analysis for Social Research*, edited by Stephen L. Morgan. New York, NY: Springer.
- Strevens, Michael. 2004. The Causal and Unification Approaches to Explanation Unified – Causally. *Noûs* 38:154-176.
- Towfigh, Emanuel V./Petersen, Niels (2010), *Ökonomische Methoden im Recht*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Van Hoecke, Mark. 2011. Legal Doctrine: Which Method(s) for What Kind of Discipline?. Pp. 1-18 in *Methodologies of Legal Research: Which Kind of Method for What Kind of Discipline?*, edited by

- Mark Van Hoecke. Oxford: Hart Publishing.
- Wang, Linton, and Wei-Fen Ma. 2014. Comparative Syllogism and Counterfactual Knowledge. *Synthese* 191:1327-1348.
- Wang, Peng-Hsiang, and Linton Wang. 2015. Rules as Reason-Giving Facts: A Difference-Making-Based Account of the Normativity of Rules. Pp. 199-213 in *Problems of Normativity, Rules and Rule-Following*, edited by M. Araszkievicz et al. New York, NY: Springer.
- Willborn, Steven L., and Ramona L. Paetzold. 2009. Statistics Is a Plural Word. *Harvard Law Review Forum* 122:48-61.
- Wistrich, Andrew J., Chris Guthrie, and Jeffrey J. Rachlinski. 2005. Can Judges Ignore Inadmissible Information? The Difficulty of Deliberately Disregarding. *University of Pennsylvania Law Review* 153:1251-1345.
- Woodward, James. 2003. *Making Things Happen: A Theory of Causal Explanation*. Oxford: Oxford University Press.



## The Normative Significance of the Empirical Dimensions:

### On the Role of Empirical Studies in the Doctrinal Study of Law

*Peng-Hsiang Wang\* & Yun-Chien Chang\*\**

#### **Abstract**

Conventionally, the doctrinal study of law (“*Rechtsdogmatik*” or “*Rechtswissenschaft*”) is regarded as a normative discipline. As a result, empirical legal research is often considered an external approach, or even non-legal scholarship. In this article, we contest this position. After re-examining the nature of the doctrinal study of law and that of empirical legal research, this article argues that the empirical and the normative dimensions intertwine in at least two perspectives. First, empirical facts—for instance, whether a regulation is able to achieve a given statutory goal or bring about certain consequences—are often employed as normative reasons in legal reasoning, and a carefully designed quantitative empirical research can tease out normatively significant difference-making facts by means of causal inference. Second, the knowledge and description of valid or effective law fall within the domain of the doctrinal study of law, as such descriptions and observations of law are empirical in nature. By employing social scientific methods, empirical legal studies broaden the ways to understand and describe the law. This article classifies empirical legal research into three types: the first identifies “difference-making facts”; the second explores the effectiveness of law and delineates institutional

---

\* Assistant Research Professor, Institutum Iurisprudentiae, Academia Sinica. Dr. iur., University of Kiel.

\*\* Associate Research Professor & Deputy Director of Center for Empirical Legal Studies, Institutum Iurisprudentiae, Academia Sinica. J.S.D., N.Y.U. Law.

behaviors; and the third systematically describes how legal arguments are used in practice.

KEYWORDS: empirical legal studies, the doctrinal study of law, difference-making facts, causal inference, efficacy, institutional behaviors, descriptive theory of legal reasoning.