

学习民法的方法大致有两种：其一，按照民法典的结构顺序进行学习；其二，从具体的事例（实有的或者假设的案例）入手学习民法。

梁慧星/著

民法学说判例与立法研究

CASES AND LEGISLATIONS OF CIVIL LAW

- 论法律解释方法
- 社会主义市场经济与民事立法
- 中国民法：立法史·现状·民法典的制定
- 中国反垄断立法的构想
- 我国民法是否承认物权行为
- 论我国民法合同概念
- 消费者运动与消费者权利
- 德国民法典关于债务法的修改

法律出版社



西南政法大學 學子學術文庫

民法學說判例與立法研究

CASES AND LEGISLATIONS OF CIVIL LAW

梁慧星/著



法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

民法学说判例与立法研究/梁慧星著. —北京:法律出版社,
2003.8

(西南政法大学学子学术文库)

ISBN 7-5036-4417-6

I. 民… II. 梁… III. 民法—法的理论—中国—文集

IV. D923.01-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 068145 号

法律出版社·中国

责任编辑/丁海俊

装帧设计/曹铖 胡欣

出版/法律出版社

编辑/法学学术出版中心

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/莱芜市圣龙印务书刊有限责任公司

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/11.375 字数/298千

版本/2003年9月第1版

印次/2003年9月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939687

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

客服热线/010-63939792

中法图北京分公司/010-62534456

网址/www.chinalawbook.com

中法图上海公司/021-62071010/1636

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-4417-6/D·4135

定价:25.00元

西南政法大学学子学术文库编委会

主 任：梁慧星 龙宗智

委 员（以姓氏笔画为序）：

方 向 王卫国 尹 田 江必新

李 林 李连宁 张广兴 张建田

张新宝 张智辉 青 锋 卓泽渊

贺卫方 顾培东 黄松有 夏 勇

梁治平 景汉朝

秘 书 长：方 向 茅院生

总 序

西南政法大学建校至今已历 50 寒暑,中间虽遭遇“文革”之乱,停办近 10 年,但仍有 10 万之众的莘莘学子前后就学于此,歌乐山魂培育浩然正气,嘉陵江水滋养人文精神。10 万毕业生活跃于神州大地,为国家法治大厦之建设添砖加瓦,贡献才智,已形成法律界广受关注的西南法律人群体,造就了西南法律教育与这里的毕业生独特的品格与精神。

在校庆 50 周年到来之际,西南政法大学北京校友联谊会与法律出版社联合推出“西南政法大学学子学术文库”,这是对我们的母校 50 华诞的献礼,是对这所中国法律教育与学术研究重镇所取得成就的一次检阅,同时,我们也希望这 50 部著作能够成为后来者在法学研究和法律教育的道路上继续跋涉的阶梯,此外,还希望通过这些著作,能够向读者昭示西南政法大学的传统与精神。

体现在西南教育过程中以及学子著述里和行为上的品格与精神首先是强烈的忧患意识。忧患意识是中国知识分子的一种生生不息的传统。“士不可以不弘毅,任重而道远。仁以为己任,不亦重乎?死而后已,不亦远乎?”曾参的话最能够表现中国知识人的那种强烈的忧患意识和责任感。不过,近代以降,由于引进了西方的学术与教育制度,知识人有了不同的专业,因此在忧国济世与专业追求之间会有某种紧张关系。但是,对于一种在这个国家的历史上未曾存在过的新专业人士的法律人,他们与其他领域的人相比,在当今的中国注

定要遭遇更多的坎坷。在人民共和国成立之后,法律教育很快就处在受抑制的状态。实际上,20世纪50年代前期如西南政法学院等政法学院的成立与其说是对法律教育发展的起点,不如说是限制法律教育的举措。因为每一所政法学院都是在合并若干所综合性大学法律系的基础上而建立的;政法学院的出现其实大大缩小了中国法律教育的整体规模。比规模更重要的变化是,“政法”这样的概念所预示的法律教育内容与目标与既有传统的断裂。

因此,在政法学院里的人,无论是教师,还是学生,一开始就处在一种压抑的心态之中。我们看当时涉及法律教育的主流话语,完全是排斥法治的。到了20世纪60年代,这种排斥愈演愈烈,终于导致法律教育的完全停滞。教师下放劳动,学校纷纷解散。在这样的情况下,法律界知识分子的忧患真正是刻骨铭心,难以排解。文革浩劫之后,法律教育虽然恢复,法治建设也逐渐提上日程,但是书本上法律理论与社会中的实际状况之间的巨大反差仍然是法律人经常面临的巨大痛苦。尽管位居西南,多少有些“处江湖之远”,但是这种由于专业的特殊性而加剧了的忧患意识却没有须臾少缓,甚至正因为与政治中心距离的遥远而更有所强化。

在法律教育以及法学研究方面,这种忧患意识与理性和开放的精神相结合,形成了西南法律人好学深思、平等讨论的尚智风气和不自盲从、不迷信的学术品格。尤其是复办后的一段时间,校园里面百家争鸣,学术墙报放言无忌,新论叠出,一些观点或论证,今天读来,或不免稚嫩,但是,在当时的舆论环境下,却颇有石破天惊之感。正是这样的校园风气,培育了西南法律人那可贵的怀疑和批判精神。

怀疑和批判不是一种情绪化的表达,而是建立在广阔而深邃的知识积累基础上的理性论证。最初,设置单科型政法学院的目标正是为了培养偏于技术化或工匠型的法科人员;不在一个综合性大学里,学生以及教师的知识视野就必然受到限制,批判精神便无从发育。然而,西南法律人的独特之处在于,他们意识到了这种教育体制的局限性,并且付出极大的努力,力求突破这样的局限性。图书馆里

的手不释卷,山荫道上的玄思妙想,宿舍卧谈中的唇枪舌剑,无不显示出这所专业略嫌单一的大学中的师生们不拘泥于法学一科、寻求超越的努力。这样的追求在我们的毕业生身上已经有多样化的体现:除了那些从事法律教育和法学研究的人们经常在作品中显示出他们多学科的知识修养之外,不少校友进入政坛,或从事着法律之外的业务而且胜任愉快,一些人甚至成为戏剧作家、旅行(作)家、诗人、哲学家。相信随着母校向综合性大学的不断迈进,我们的毕业生在这个特色方面将更加令人瞩目。

对于人而言,50岁已经是“知天命”的年龄。但是,就大学而言,50岁只能说是世界大学之林中的一颗幼树。尽管我们的母校已经形成了一种独特的精神和传统,在人才培养方面也取得了巨大的成就,但是,我们还需要为建设一所伟大的大学而作出艰巨的努力。作为校友,在献礼的同时,我们也表达对母校美好前景的衷心祝福,祝愿母校的优良传统不断发扬光大,祝愿我们的校园永远桃李芬芳,祝愿我们的校友人才辈出,在不断提升母校地位的同时,也为整个国家法治大业的成就作出更多的贡献。

邈邈学府,在蜀山中。孜孜弘道,惟我学子。

《西南政法大学学子学术文库》编委会

2003年8月6日

目 录

再版自序	1
序言	1
法解释方法论基本问题	1
论法律解释方法	20
社会主义市场经济与民事立法	51
中国民法:立法史·现状·民法典的制定	61
论经济合同法的修订	75
中国反垄断立法的构想	86
论制定道路交通事故赔偿法	94
我国民法是否承认物权行为	114
论产品制造者、销售者的严格责任	126
论出卖人的瑕疵担保责任	145
融资性租赁法律问题研究	177
论我国民法合同概念	232
论民事责任	241
消费者运动与消费者权利	252
雇主承包厂房拆除工程违章施工致雇工受伤感染 死亡案评释	264
道路管理瑕疵的赔偿责任 ——大风吹断路旁护路树砸死行人案评释	278
德国民法典债务法的修改	291
英国关于消费者安全的法律	326
法国 1985 年公路交通事故赔偿法	334

法解释方法论基本问题*

引 言

欲了解什么是法解释方法论,须先了解什么是法解释学。法解释学是从圣经解释及哲学的解释学衍生出来的一门古老的学问。但在历史上,法解释学长期依附于民法学。研究法解释方法属于民法学者的附带工作。晚近法解释学已有发展成为独立的学问领域之趋势。

关于什么是法解释学,有种种定义和解释。一般将法解释学定义为,确定现行法规范的意义内容,构筑规范体系的学问。^①我国学者史尚宽先生认为,所谓法解释学,乃是运用解释方法阐明成文法规范意义,理论上使其调和,组成体系的科学。^②上述解释,着重于法解释学阐释成文法规范意义及构筑规范体系的功能,似乎法的解释活动仅在于对成文法的认识理解,并未摆脱概念法学的影响。

法学是以法律现象为研究对象的学问。一般社会科学乃以社会现象之实态为研究对象。除研究对象不同外,二者的差异还在于:一般社会科学仅限于对社会现象之实态的考察,及认识发现其规律性,此外并不担负其他任务。而法学则不同,一方面以现行法为研究对

* 本文原载于《中外法学》1993年第1期

① 矶村哲编:《现代法学讲义》,有斐阁选书,第44页。

② 史尚宽:《民法总论》,第36页

象,同时以构成对人类社会生活有效的规范体系为其任务。为了使现行法适合于法的目的,担当着对现行法进行解释的工作。进行这种解释工作的法学,被称为法解释学。日本学者尾高潮雄指出,法解释学的作用不仅在于理解法,而且常常起着造法的作用。在这个意义上说,法解释学与作为理论科学的一般社会科学有很大的差异,属于一种独特的实践科学。^①

法学已经分化为三类:其一为经验的理论法学,如法社会学、比较法学、法史学;其二为思辨的理论法学,如法哲学;其三为实用法学,即法解释学。^②所谓实用法学,是以为立法及法律解释等法律实务提供必要技术为目的的学问。法解释学作为科学的实用法学,并不以法律解释本身为目的,而是以裁判的先例为素材,以预见将来的裁判为目的。日本学者川岛武宜指出,法解释学的任务在于究明规定法官裁判活动的诸要因,即裁判活动的经验法则。^③石田稔进一步指出,法解释学以构成裁判的具体判断规准,并将其向法官传达,以制御法官的价值判断为主要目的。^④

关于法解释学与法解释方法论的关系,德国学者和日本学者的解释有差异。德国学者将法解释学归结为一种方法论,认为法学方法论是对法律解释适用的方法论,与法解释学为同义语。但在日本,法解释学的内容比较广泛。^⑤按照石田稔的见解,法解释学的内容包含下述三种作业:第一,明确成为裁判的大前提的法命题的作业,即法源论;第二,明确从作为裁判大前提的法命题,构成具体判断规准的方法的作业,即法解释方法论;第三,依法解释方法的规则,从裁

① 尾高潮雄:《法》,动草书房,1983年版,第81~82页。

② 加藤一郎编:《民法学的历史与课题》,东京大学出版会,1982年版,第32页。

③ 川岛武宜:《市民的实用法学的方法与课题》,转引自《民法学的历史与课题》,第8~9页。

④ 石田稔:《法解释学的方法》,青林书院新社,1980年版,第75~76页。

⑤ 加藤一郎编:《民法学的历史与课题》,第4页注4。

判的大前提构成具体判断规准的作业,即法的构成。^① 无论依何种解释,强调法解释方法论为法解释学之基本内容,应不为过。

所谓法解释方法论,可以理解为以什么样的方法构成裁判的具体判断规准更好的议论,简而言之,即关于法解释方法的理论。^② 法解释方法论不具有发现认识客观存在的经验科学的性质。因为用什么样的方法构成裁判的具体判断规准最为妥当,属于政策问题,属于价值判断问题。因此,法解释方法论,具有实践性和政策性。

一、法适用与法解释

关于法律之适用,法解释学上所使用的基本概念为 Subsumtion。所谓 Subsumtion,通常译为归摄或涵摄,指将待决案件事实置诸于法律规范构成要件之下,以获得特定结论的一种逻辑思维过程。若以法律规范(T)为大前提,以待决案件事实(S)为小前提,以特定法律效果之发生为其结论,则此法律适用的逻辑结构可表示如下:

$T \longrightarrow R$ (具备 T 构成要件者应适用 R 法律效果)

$S \longmapsto T$ (待决案件事实符合于 T 构成要件)

$S \longrightarrow R$ (该待决案件事实应适用 R 法律效果)^③

概括言之,所谓法律的适用,指将法律规范适用于具体案件以获得判决的全过程。按照概念法学的理解,法适用过程为通过三段论法的逻辑推论获得判决的过程。法官须严格按照三段论法作逻辑推演,遇有法律条文意义不明,只能探求立法者明示的或可推知的意思。法律以外的因素如经济、政治、伦理等的考虑,均属于“邪念”应一概予以排除。将法官视为适用法律的机械,判决之获得犹如文件复印。^④

实际上,法律的适用并非简单的三段论推理。在能够作三段论逻辑推理之前,首先须探寻可得适用之法律规范,即所谓“找法”。

① 石田穉:《法解释学的方法》,第76页。

② 同上,第81页。

③ 王泽鉴:《民法实例研习·基础理论》,1981年版,第116~117页。

④ 加藤一郎:《民法的论理与利益衡量》,有斐阁1974年版,第5页。

找法的结果有三种可能:其一,有可得适用的法律规范;其二,没有可适用的法律规范,这种情形即存在法律漏洞;其三,虽有规定,却因过于抽象,须加以具体化。若出现第一种可能,即存在可适用的法律规范,则应进行下述作业:通过各种解释方法,确定该法律规范的意义内容;将该法律规范区分为构成要件及法律效果;再将构成要件区分为若干具体要素;审查待决案件事实是否符合该法律规范构成要件之全部要素,若符合,方可依 Subsumtion 得出判决。若出现第二种可能,即存在法律漏洞的情形,则应进行漏洞补充。若出现第三种可能,即属于不确定法律概念或一般条款,则应进行价值补充。待漏洞补充或价值补充得到可适用法律规范之后,方能继续进行区分构成要件及法律效果等作业。^①

从法律规范的探寻即找法开始,直到可依 Subsumtion 进行三段论推演之前的整个活动过程,属于广义法律解释。而确定法律规范意义内容的作业,则属于狭义法律解释。换言之,广义法律解释包括狭义法律解释、漏洞补充和价值补充。为了解决具体的案件,必须获得作为大前提的法律规范。这种获得作为判决大前提的法律规范的作业,亦即广义的法律解释。^②

由上可知,法律解释乃是法适用之不可欠缺的前提,要得到妥当的法适用,必须要有妥当的法律解释。^③关于法律解释的必要性,我国台湾著名学者王泽鉴先生指出,凡法律均须解释,盖法律用语多取诸日常生活,须加阐明;不确定之法律概念,须加具体化;法规之冲突,更须加以调和。因此,法律之解释乃成为法律适用之基本问题。法律必须经由解释,始能适用。^④

法律解释以解释者身份的不同,可区分为三种:(1)裁判的解

^① 王泽鉴:《民法实例研习·基础理论》,第116~120页;杨仁寿:《法学方法论》,1987年修订版,第119~121页。

^② 矶村哲:《现代法学讲义》,第85页;杨仁寿:《法学方法论》,第119页。

^③ 矶村哲:《现代法学讲义》,第89页。

^④ 王泽鉴:《民法实例研习·基本理论》,第125页。

释,指法官于裁判案件时所作解释;(2)学说的解释,指学者在学术著作、论文及教科书中所作解释;(3)当事人的解释,指具体诉讼案件当事人及其代理人所作解释。其中,裁判解释和学说解释为法解释学上所说的典型的法律解释。须说明的是,裁判的解释对于所裁判的案件当事人来说,具有法律的效力;而学说解释即使是通说或多数说,亦不具有法律的效力。^①

裁判解释有下述特点:(1)法律的拘束较强。法官于裁判时,负有严格遵守法律的义务,非如学者解释法律那样自由。按照概念法学的理解,即便是“恶法”,法官亦应适用,因为判断某项法律之属于恶法或良法,并非法官的职权。但在实际上,法官亦往往通过种种手法,回避“恶法”之适用。(2)紧迫感。法官面对的是具体待决案件,无论其性质及难易,均不容回避,且有时限的限制,非如学者解释针对想象的事实关系,有充分的自由。(3)便宜性。法官所作解释不必列举详细理由,重要的是结论之妥当性;而学说解释,毫无疑问须有详细的理由。相比之下,裁判解释具有便宜性。^②

比较起来,学说解释有如下特点:(1)抽象性。学术著作、论文和教科书中所展开的解释论,针对具体事例的较少,大都属于抽象的一般性的议论。(2)理论性。学说解释往往展开充分的论述,更着重于解释的理由即理论构成。(3)相对自由性。学说解释当然不能无视法规、背离条文,但与法官的解释相比,有相对的自由。学者往往借解释批评现行法的缺失,批评判例的失当,并为法律修改提供建议。正因为如此,学说解释担负着对现行法令、判例进行整理,对现行法状态作批判检讨,提出应有法的建议,及指导判例的任务。^③实际上,法官解释往往直接采纳学者的解释。

德国法学家萨维尼(Savigny)曾对法律解释以高度评价,他说:

^① 山田卓生:《法解释的主观性》,《民法学的历史与课题》,第100~103页。

^② 同上,第100~102页。

^③ 同上,第102~104页。

“解释法律,系法律学之开端,并为其基础,系一项科学性之工作,但又为一种艺术。”^①

二、法解释的创造性

所谓法解释的创造性,是指法律解释具有造法的作用。法律解释并非单纯对法的理解活动,也有造法的作用,具有立法的延长的性质。^②

在罗马法时代,若干权威学者被授予解答法律问题的资格,称为解答权。拥有解答权的学者对法律的解释,具有法律效力。这一时期,学说解释成为法源之一,被称为学说法。^③ 通过解释造法的例子极多。例如十二表法规定,家父三次出卖家子,该家子即从家父权下获得自由。该规定之本意在对家父以惩罚,使之丧失家父权。后经解释,家父欲使家子获得解放,可依该规定,由一值得信赖的友人做买受人,以要式行为假装三次出卖,成为一种解放方式。同时又对“家子”作限制解释,对于家女、孙男只须出卖一次。这样,通过解释,使十二表法原来的规定变成一项崭新的制度。^④ 因此,罗马法被称为法学者创造的法。

人类历史进入 19 世纪,随着欧洲各国的法典编纂,导致法律实证主义的勃兴和自然法学的衰微。法律实证主义发展到极端,沦为概念法学,在法、德、日本等大陆法国家占据支配地位,对英美普通法国家亦有影响。概念法学极力否认法律解释的创造性。按照概念法学观点,法官适用法律须严格依三段论法,仅能做机械的逻辑推演;遇有疑义时,则探求立法者主观意思,一切解释均应以立法者意思为依归;法律之外的一切因素,包括政治、经济、社会、道德及当事人利害关系,均属“邪念”应一概予以排除,不允许有任何利益衡量和价

① 转引自王泽鉴:《民法实例研习·基础理论》,第 125 页。

② 尾高潮雄:《法》,第 95 页。

③ 柴田光藏:《罗马法学》,碧海纯一等编:《法学史》,东京大学出版社 1981 年版,第 38~39 页。

④ 柴田光藏:《罗马法学》,《法学史》,第 55~56 页。

值判断。^①

概念法学否认法解释的创造性,主要原因在于:(1)整个19世纪是欧洲主要国家资本主义稳定发展时期,资本主义市场经济要求可预见性和可计划性,要求具有尽可能高的确定性和安全性的法律秩序。概念法学以法律的安全性为最高价值,为了确保这一安全性价值,不惜牺牲妥当性价值,不容许法官借法律解释以变更或增减法律规定,这正反映了处在稳定发展时期资本主义的本质要求。(2)受孟德斯鸠等启蒙思想家的影响,“三权分立”被奉为绝对准则,立法属于立法者的专职,严格禁止法官创造法律。在“三权分立”理论支配之下,法官被视为适用法律之机械,判决犹如复印,仅能靠逻辑推论。法律解释的功能仅限于探求立法者明示的或可推知的意思。如果以法律解释之名增减或变更法律规定,即属“逾份”,应严加禁止。(3)由于欧陆各国相继制定法典,使法律实证主义发展到极端,形成“成文法至上”、“法典之外无法源”、“法律体系逻辑自足性”等观念,使法解释学陷入僵化,风行法典崇拜和法律逻辑崇拜,迷信成文法完美无缺,认为仅靠对法律概念作逻辑推演,即可能解决一切案型。^②

相对于19世纪来说,20世纪是一个剧烈动荡和变革的世纪。人类社会经历了世界性的严重经济危机,两次世界大战,及科学技术的飞速发展,机械化电气化工业交通事业的勃兴,大型企业及跨国企业的出现,伴随而来的是严重的交通事故、产品缺陷致损、医疗事故、环境污染公害及核子损害等层出不穷的新问题。这就要求承认成文法的局限性,要求赋予法官较大的裁量权,要求弹性解释法律,要求承认法解释的创造性,要求法解释学自身的变革。因此,20世纪形

^① 山口俊夫:《法兰西法学》,《法学史》,第198页;加藤一郎:《民法的论理与利益衡量》,第5页。

^② 主要参考碧海纯一等编:《法学史》,第140~150、192~200页;加藤一郎:《民法的论理与实践》,第5~16页;杨仁寿:《法学方法论》,第63~75、85~90页;徐国栋:《民法基本原则解释》,中国政法大学出版社1992年版,第156~160页。

成了对概念法学展开猛烈批判的所谓“自由法学运动”。如德国学者耶林(Rudolf Von Jhering)将概念法学讥为“法学游戏”,并提倡目的论法学。在耶林的影响下,爱尔里希(Eugen Ehrlich)和康托罗维奇(Hermann Kantorowicz)倡导自由法学,认为法律每因立法者之疏忽而未预见,或情势变更而发生许多漏洞,此时法官应自由地去探求活的法律,以资因应;主张法官有法律变更权能,应进行法的自由发现。法国科学学派的首倡者惹尼(Francois Gény)和撒莱(Raymond Saleilles)认为,人类创造的实证私法,难期尽善尽美,必然有许多漏洞,绝不应像概念法学那样仅作逻辑推演,而应从法律之外去发现“活生生的法律”加以补充。认为法律应与社会并行进化,法律的安定性价值和适应性价值同等重要,法律解释必须调和二者。^①

自由法学运动的贡献在于,承认法律有漏洞,承认法律解释的创造性,将法解释学从陷于极端僵化、保守的概念法学的禁锢中解放出来并推进到一个新的境界。但自由法学因矫枉过正,从一个极端走向另一个极端,因主张法官自由发现法律及极度轻视法典的权威,而必然损及法律的安定性。且法官亦为常人而非神,亦有其缺点和能力的局限,若任其自由发现所谓活法,亦恐难确保判决的妥当性。

值得特别重视的是德国学者赫克(Philipp Heck)所首倡的利益法学。利益法学同自由法学一样,承认即使最好的法律也存在漏洞。赫克将概念法学派斥为保守分子,因为概念法学把法官的工作局限于论理的作业,无法律规定的项被视为立法者不予保护的诸利益因而落入“法空虚的空间”,导致法律公正性丧失,使须受保护的得不到保护。同时,赫克亦不赞成自由法学所主张的任由法官自由发现法律即由法官自由裁量补充法律漏洞。因为法官亦为常人,限于自己的经验及人生观,不可能为生活所要求的安定性提供保障。按

^① 主要参考碧海纯一等编:《法学史》,第169~170、201~204页;尾高潮雄:《法》,第84~85页;杨仁寿:《法学方法论》,第77~90页。

照利益法学的观点,法官有补充法律漏洞的权限,但不能仅凭法官自己的价值判断,而应受立法者各种意图的拘束。利益法学认为,法官绝非一种自动机械,他们应是所适用的法律规范的一个创造者,是立法者的“助手”。法官通过“从属的命令补充”方式补充法律漏洞,并对法律多数委托授权及白地委任规定为价值认定,通过解释确定其妥当界限,而且在一定条件下可对现存法律规定予以订正。^① 利益法学企图兼顾法律的安定性价值和妥当性价值,属于一种折衷的立场,其充分肯定法律解释的创造性,同时以立法者价值判断拘束法官的自由裁量,指明了法解释学的发展方向。因此,第二次世界大战后,利益法学及其发展形态的价值法学对实务和理论产生了很大影响,几乎成为当代法解释学的主流。

依现今通说,立法机关之立法权性质,已由过去的专属立法权转变为优先的立法权,而司法因而取得对立法机关所制定法律之补充权,亦即在法律补充意义上的候补立法权。这种司法机关的候补立法权,具有两个特征,即候补性和针对个案性。^② 按照日本学者末弘严太郎的解释,立法机关制定法的“外围”而由法院决定其“内容”。^③ 美国的卡图佐法官(Cardozo)在比较法官与立法者在法形成上的作用之后说,实际上,法官与立法者一样,同样在被许可的范围内进行立法活动。当然,与许可立法者的范围相比,法官被许可的范围较小。法官只在填补法的间隙的程度内进行立法,其次在全无法律规定的场合进行补充。^④ 日本学者山田卓生将法解释的创造性概括为三种情形:其一,法律漏洞的补充;其二,恶法的回避;其三,不明确法律规定及一般条款的价值补充。^⑤

① 津田利治译:《利益法学》,庆应义塾大学法学研究会丛书,第13~15、32~34、97~99页。

② 黄茂荣:《法学方法与现代民法》,台大法学丛书1982年版,第380页。

③ 转引自加藤一郎编:《民法学的历史与课题》,第106页。

④ 同上,第106~107页。

⑤ 山田卓生:《法解释的主观性》,《民法学的历史与课题》,第107~108页。