

法学方法论

· 第二版 ·



杨仁寿 / 著



中国政法大学出版社

· 第二版 ·

法学方法论

杨仁寿 / 著



中国政法大学出版社

2013 · 北京

图书在版编目 (C I P) 数据

法学方法论/杨仁寿著. -- 2版. -- 北京:中国政法大学出版社, 2012.7

ISBN 978-7-5620-4382-9

I. ①法… II. ①杨… III. ①法学—方法论 IV. ①D90-03

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第148660号

- 书 名 法学方法论(第二版) Faxue Fangfalun
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京100088 信箱8034 分箱 邮编100088
<http://www.cupipress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
58908325(发行部) 58908334(邮购部)
- 编辑统筹 综合编辑部 010-58908524 dh93@sina.com
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 880mm×1230mm 32开本 11.625印张 255千字
- 版 本 2013年1月第1版 2013年1月第1次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-4382-9/D·4342
- 定 价 36.00元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由出版社负责退换。

第二版序

一、本书自1986年11月初版以来，虽已逾四分之一世纪，仍不乏卖相。当初撰写本书，原系一时即兴之作，只求将研究心得留存而已，孰意付诸剞劂之后，各方需求甚殷，再刷多次，殊出意料之外。

二、由于部分读者反映，其中若干判解已因法律变更，需加更易，乃逐一检视增删，以符时宜。同时，亦利用此一机会，增加若干章节，以飨读者。

三、最重要者，乃域内外学说对法学方法日愈重视，甚至以“法官法”称之。作为一个法律人，尤其是法官，苟能正视法学方法之理论认识及其实践门径，不仅能尽速登门入室，窥其堂奥，亦可节省摸索时光，乃至减却彷徨无助之情形。

四、吾生有涯，学亦无涯，治法必须讲究方法，非徒熟谙法条而已。撰述本书区区微旨，即在于此。至于销路与否，终非所计也。

五、本书第二版，承林参事鸿铭、张秘书云钦等兄精心校正，并此附志，以表谢意。

杨仁寿

2012年6月

序 言

一、清末民初，西学东渐，医学、工程学与法学相继发轫，起点相若。顾七十余年来，医学、工程学早自“医生”、“工匠”阶段起飞，进步一日千里；独法学犹邯郸学步，笼罩在概念法学阴影之下，良堪浩叹。

二、推其原因，固有多端。然最主要者，厥习法者多不知法学方法为何所致。夫工无利器，将何以善其事？此固不待智者而后知也。差幸，法学方法近经台大教授王泽鉴、黄茂荣诸先生刻意经营下，成绩斐然，丰收可卜，殊值敬佩。

三、著者公余之暇，辄以展阅碧海纯一、川岛武宜、石田穰、尾高朝雄及卡尔·拉伦兹（K·ラーレンツ）诸氏有关此类著作为乐，摩挲玩味之余，所得渐丰，屡萌握管效颦之念，以浇胸中块垒，终因公忙未果。近余暇较多，乃奋力完成。改改写写，又已经年矣。

四、本书首尾贯连，民刑兼顾，理论实务并重，内容新颖，台湾几不曾一见。因此，望读者披阅时，由首至尾，循序渐进，较能心领神会。

五、著者从事司法工作，至今年满二十载（法训所一年半不计，现已满四十三载），忙忙栖栖，庸庸碌碌，一

无所成。本书问世，或能稍纾汗颜一二。

六、本书承彭参事凤至（德文部分，现为“最高行政法院”院长）、林专员月娥（中文部分，现为“司法院”编纂）精心校正，内人郑慈美女士无限支持，始得顺利出版，并此附志，以表谢意。

杨仁寿

1986年11月13日

目 次

第二版序	(1)
序 言	(2)
第一编 引 论	(1)
第一章 讞韩案之启示 \	3
第二章 恶法亦法与恶法非法 \	8
第三章 科学与非科学 \	14
第四章 专精与博通 \	25
第二编 法学认识论	(33)
第一章 法学之任务 \	35
第二章 事物认识之客观性 \	44
第三章 法学认识之客观性 \	47
第四章 从逻辑分析方面认识法学之客观性 \	52
第五章 从经验事实方面认识法学之客观性 \	58
第三编 法学发展论	(67)
第一章 十九世纪初期法国法学者对法学之认识 \	69
第二章 十九世纪初期德国法学者对法学之认识 \	74
第三章 十九世纪前后英美法学者对法学之认识 \	79
第四章 十九世纪前后日本法学者对法学之认识 \	90

第五章	自由法运动 \	101
第六章	概念法学与自由法论之差异 \	106
第七章	裁判之准立法机能 \	111
第八章	理论认识与实践之结合 \	115
第四编	法学实践论	(127)
第一章	法学之基本理论 \	129
第一节	研究法学之方法 \	129
第二节	法律解释之指导理念 \	133
第三节	法律之阐释 \	135
第二章	狭义的法律解释 \	138
第一节	文义解释 \	138
第二节	体系解释 \	143
第一款	扩张解释 \	150
第二款	限缩解释 \	151
第三款	反对解释 \	153
第四款	当然解释 \	158
第三节	法意解释 \	162
第四节	比较解释 \	166
第五节	目的解释 \	172
第六节	合宪解释 \	176
第三章	社会学的解释 \	180
第四章	价值补充 \	185
第一节	不确定法律概念 \	185
第二节	概括条款(诚信原则) \	187
第五章	漏洞补充 \	191
第一节	法理概说 \	191
第二节	类推适用 \	194

第三节	目的性限缩 \	200
第四节	目的性扩张 \	203
第五节	创造性补充 \	205
第六章	类推适用与其他法律之阐释方法 \	208
第一节	类推适用与类推解释 \	208
第二节	类推适用与扩张解释 \	210
第三节	类推适用与反对解释 \	214
第四节	类推适用与当然解释 \	219
第七章	利益衡量 \	221
第八章	价值判断之客观性 \	227
第九章	法律行为之解释方法 \	233
第五编	法学构成论	(257)
第一章	成文法 \	259
第二章	习惯法 \	267
第三章	法 理 \	273
第四章	判 例 \	278
第五章	学 说 \	287
第六编	附 录	(315)
一、	论权利滥用禁止原则之适用 \	317
(一)	事实摘要 \	317
(二)	判决理由 \	318
(三)	判决评释 \	320
(四)	权利滥用之问题点 \	322
(五)	权利滥用禁止原则之适用 \	323
(六)	结 语 \	327
二、	动机之不法 \	330
(一)	法律问题 \	330

（二）学说大要 \ 330

（三）公序良俗之价值补充 \ 332

（四）赌博之违反公序良俗性 \ 335

（五）动机之不法与不法之原因而为给付 \ 337

三、双方代理 \ 341

（一）法律问题 \ 341

（二）自己代理或双方代理 \ 341

（三）违反禁止自己代理或双方代理之效力 \ 343

（四）规范目的与概念法学 \ 344

（五）目的性限缩之操作方法 \ 346

（六）目的性扩张之操作方法 \ 347

四、民事法律问题二则 \ 350

（一）脱法行为 \ 350

（二）条件与期限 \ 354

重要参考书目 \ 359

杨仁寿简历 \ 361

第一编 引 论

第一章 诋韩案之启示

1976年10月间，有一郭寿华者以笔名“干城”，在“潮州文献”第二卷第四期，发表“韩文公、苏东坡给与潮州后人的观感”一文，指称：“韩愈为人尚不脱古人风流才子的怪习气，妻妾之外，不免消磨于风花雪月，曾在潮州染风流病，以致体力过度消耗，及后误信方士硫磺下补剂，离潮州不久，果卒于硫磺中毒”等语，引起韩愈第三十九代直系血亲韩思道不满，向台北地方法院自诉郭寿华“诽谤死人罪”。

韩愈第三十九代
孙自诉他人诽谤
韩愈

经台北地方法院审理结果，认“自诉人以其祖先韩愈之道德文章，素为世人尊敬，被告竟以涉于私德而与公益无关之事，无中生有，对韩愈自应成立诽谤罪，自诉人为韩氏子孙，因先人名誉受侮，而提起自诉，自属正当”，因而判郭寿华诽谤已死之人，处罚金三百元。郭寿华不服，提起上诉，经台湾高等法院判决驳回，该案遂告确定。

这件判决，在当时曾引起学术界极大的震撼，指为“文字狱”^[1]，吾人则曾起而为法院同人辩护，谓法院此件判决，尚属公允^[2]。至今思之，未免可哂。平心而论，此号判决仍在“概念法学”（Jurisprudence of conceptions）

法官在“概念法学”的阴影笼罩下，作一糊涂判决。吾人在报章上竟亦推波助澜，撰文回护，殊为可哂。自是之后，潜习法学方法，已有十载矣；今著本书，亦属一得也。

阴影笼罩之下，审判者一味专注于概念逻辑，只知“运用逻辑”，为机械的操作，未运用智慧，为“利益衡量”，才会闹此笑话。

韩愈死于公元824年，死后一千一百五十二年有人指其“曾在潮州染风流病，以致体力过度消耗”，于其第三十九代孙之“孝思忆念”是否仍有所妨碍，颇有疑问。

法官机械的推论

按刑法第三百一十二条第二项规定：“对已死之人，犯诽谤罪者，处一年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罚金”，第三百一十四条规定：“本章之罪，须告诉乃论”，刑事诉讼法第二百三十四条第五项规定：“刑法第三百一十二条之妨害名誉及信用罪，已死者之配偶、直系血亲、三亲等内之旁系血亲、二亲等内之姻亲或家长、家属，得为告诉”，固然规定“诽谤死人罪”，该死者之直系血亲有告诉权，且法律对“直系血亲”一词之涵义，仅于民法第九百六十七条第一项规定：“称直系血亲者，谓己身所从出，或从己身所出之血亲”，并无年代之限制。因此，前述判决乃据以推论：韩思道有告诉权。

从旧律看直系血亲

然则依我旧制，对“血亲”之范围，素有“九族”限制之规定。如尧典称：“克明俊德，以亲九族”，礼记曰：“亲亲以三为五，以五为九，上杀下杀，而亲毕矣”，亦即以己身为准，上减下减，各减至四世，服尽亲亦尽，再往上下减，仅属“观念上”之直系血亲，非为“法律上”之直系血亲。我旧律本此认为：凡“服”所不及者，在礼制上不认为“直系血亲”，在法律上亦不算直系血亲。如唐、宋、明、清律，均以此揭示“本宗九族五服正服之图”，即其明证。质言之，旧律所规定直系血亲之范围，仅限于“本宗九族”，即高祖父母、曾祖父母、祖父

母、父母、己身、子、孙、曾孙、元孙，逾此范围，即非属“法律上”之直系血亲。

就各国立法例而言，对直系血亲亦均设有一定的限制，如法、西、比、秘鲁、智利、墨西哥、阿根廷及日本等国，认六亲等内之直系血亲，始为直系血亲。德国刑法第一百八十八条规定，诽谤死人罪，死者之父母子女始有告诉权。瑞士刑法第一百七十五条规定，诽谤死人罪，如死者已死亡逾三十年以上者，不罚。

从各国立法例看
直系血亲

以此而观，无论依我旧制或各国立法例，相距三十九代之血亲，非法律上之直系血亲，故不待言而自明。我民法制定之初，“中央政治会议”于“亲属法先决各点审查书”第三点，称：“亲属不规定范围”，其理由为：“法律所以定亲属范围者，乃因亲属相互间有时发生一种法律关系，在事实上不可漫无限制，故规定之以资适用耳。然而各种法律关系，其情形各有不同，即规定之范围，亦应随之而异，则虽强为概括之规定，而遇有特种法律关系，例如民事上之亲属禁止结婚，亲属间之扶养义务及继承权利，刑事上之亲属加重及亲属免刑等类，仍以分别规定其范围为合于实用，故亲属之范围，无庸为概括之规定”，由此一立法过程观之，刑事诉讼法第二百三十四条第五项未就直系血亲设限制，显系立法上之疏漏，为一隐藏的漏洞。

从立法资料看直
系血亲

立法有漏洞

法官于适用刑事诉讼法第二百三十四条第五项之际，设未发现此条未就“直系血亲”加以限制，系属漏洞；或虽发现是漏洞，未能运用阐释法律方法中“目的性限缩”加以“补充”，即会导出：“只要系直系血亲，其究属几十代，甚或几百代子孙，均所不问，一概有告诉权”

法官不知填补

“刑事诉讼法第二百三十四条第五项规定，诽谤死者罪，已死者之直系血亲，得为告诉。对直系血亲之亲疏，并未设何限制。其为几十代，甚或几百代子孙，均所不论。或以为几十百代后人，因年代湮久，已无孝思，且以往亦无户籍誊本之制，举证困难，因此千余年的人，不能为千余年前的人的名誉，告到法院去，虽非未见，但‘恶法亦法’，法官无权迳行摒弃而不用，如法院遇到此种案件，擅自为不受理之判决，其判决当然违背法令”等结论^[3]，自易受非议。

法官蹈此错误，不仅是初任法官，即斲轮老手，亦有此病，推其原因，乃我法律教育向来不重视“基础法学”所致。“法学绪论”、“法理学”固属“基础法学”一部分，惟对法律之阐释方法，多略而不提，或仅言其梗概，聊备一格而已，以致身为法官者，对此讳莫如深，欲其正确适用法律，自属强求。甚至终其一生，亦未尝闻“目的性限缩”一词，自难期其能补充漏洞。

目的性限缩

目的性限缩，后当详叙，兹先浅言之，即法律文义所涵盖的某一类型，由于立法者之疏忽、不及预见或情况变更，未将之排除在外，致其所涵盖的类型，逾越规范意旨，超出规范目的，此部分自不能纳入规范范畴，应予剔除，使该法律恢复原规范意旨的原貌，此种剔除不符规范意旨部分之方法，称之为目的性限缩。

顾名思义，目的性限缩，乃从规范目的上积极地剔除与之不合之文义，非如“限缩解释”或“缩小解释”，消极地将法律概念局限其核心意义，二者不可同日而语。

以刑事诉讼法第二百三十四条第五项之规定言之，该条款项仅泛言诽谤死人罪，已死之人之“直系血亲”得为

告诉，苟从法律文义言，“己身所从出，从己身所出”，斯即直系血亲，法律对此既未加限制，其为几十代，甚或几百代子孙，苟能证明其血脉相连，仍难谓其非“直系血亲”。惟如前所述，诽谤死人罪之规范目的，端在保护后人之“孝思忆念”，设其年代湮久，后人对之已无孝思忆念，即不在保护之列。因此，法官承办此类案件，首应将“直系血亲”分二类型，其一为“法律上”之直系血亲，亦即后人对其先人尚有孝思忆念者，其二为“观念上”之直系血亲，其先人已属“远也”，后人对之已无孝思忆念者，然后依目的性限缩，将“观念上”之直系血亲剔除在刑事诉讼法第二百三十四条第五项之适用外。

后人对其先人之“孝思忆念”，虽事涉主观，但刑事诉讼法第二百三十四条第五项之规定非专就某人而定，自应求其普遍客观，经参酌我旧制及各国立法例，当以己身为始，数及上下各四代，始与该条“直系血亲”规范目的相当，逾此范围即属观念上之直系血亲，纵或有加以诽谤者，亦不具告诉权。必作如是阐释，始属允妥。

今之法官，就具体案件为裁判时，恒以维护正义为己任，惟其本身之学养，苟尚停滞于传统的概念法学阶段，此项使命即无从达到。不仅如此，设认法律漏洞之出现，系立法者之疏忽、不及预见或情况变更，“立法的应归于立法”，认非从立法补救不可，而无视或不知其本身之职责，均难谓于职守无亏。

法官必具有法学方法之素养，始为适格。