

# 法学方法论

◆ 杨仁寿 / 著



中国政法大学出版社

# 法学方法论

杨仁寿 著

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

法学方法论/杨仁寿著. - 北京:中国政法大学出版社,1999.1

ISBN 7-5620-1758-1

I.法… II.杨… III.法学-方法论 IV.D80-03

中国版本图书馆 CIP 数据核字(98)第 39242 号

责任编辑 张 越

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 河北〇五印刷厂

---

开本 850×1168 1/32 7.5 印张 144 千字

1999 年 1 月第 1 版 1999 年 1 月第 1 次印刷

ISBN 7-5620-1758-1/D·1718

印数:0,001-5000 册 定价:15.00 元

---

社址:北京市海淀区西土城路 25 号

邮编:100088 电话:62229803 或 62229563

声明:1. 版权所有,侵权必究。

2. 如有缺页、倒装,由本社发行科负责退换。

## 序 言

任何成文法相对于迅速发展的社会生活而言，都不可避免地具有滞后性和不完善性，法律漏洞是在所难免的。如何通过法律的解释而填补漏洞，实为当代法学家，尤其大陆法国家的法学家所普遍关注的课题。为此，近几十年来，法律解释学应运而生。而我国台湾著名法学家杨仁寿先生的《法学方法论》可以说是一部系统阐述法律解释学的力作。

1998年5月，我和赵中孚教授应台湾东吴大学法学院的邀请，第一次赴台湾访问。临行前，中国政法大学出版社丁小宣先生请我留意台湾学者的作品，并能在访台结束后，帮助推荐几部佳作，尤其是关于论述法学新问题的作品在该社出版。在台湾访问期间，我对此十分留意。后经东道主的安排，我有幸与杨仁寿先生会面，交流有关民法学问题。杨先生渊博的学识，深邃的观点，敏捷的思维给我留下了极为深刻的印象。与杨先生的交谈使我获益良多。我和赵中孚教授承蒙杨先生热情款待，我们也深表感谢。临离别祖国宝岛之前，杨先生向我们馈赠了他的大作《法学方法论》一书。我仔细地拜读该书后，发现该书不仅已初步构建了一门实用而又新型的学科即法学方法论的体系和框架，而且在中国大陆法学者有关法律解释学的论述的基础上多有创新和开拓。本书逻辑严密，见解深邃，立

意深远，实为一部精品佳作。由于法律解释学的研究在中国大陆尚处于起步阶段，本书的面世会给我们带来不少的启迪和新意。

我作为学界晚辈，才疏学浅，为法学界前辈作序，实感惶恐不安。但杨仁寿先生挚意要求，推辞不过，聊作数语，以示对杨先生之敬意和对本书在中国大陆面世的祝贺。

王利明

1999年4月于美国哈佛大学

# 目 录

## 第一篇 引 论

- 第一章 讲韩案之启示 ..... (3)
- 第二章 恶法亦法 ..... (9)

## 第二编 法学认识论

- 第一章 法学之任务 ..... (17)
- 第二章 事物认识之客观性 ..... (24)
- 第三章 法学认识之客观性 ..... (28)
- 第四章 从逻辑分析方面认识法学之客观性 ..... (34)
- 第五章 从经验事实方面认识法学之客观性 ..... (40)

### 第三编 法学发展论

第一章	19世纪初期法国法学者对法学之认识	(51)
第二章	19世纪初期德国法学者对法学之认识	(56)
第三章	自由法运动	(62)
第四章	概念法学与自由法学之差异	(68)
第五章	裁判之准立法机能	(73)
第六章	理论认识与实践之结合	(78)

### 第四编 法学实践论

第一章	法学之基本理论	(91)
第一节	研究法学之方法	(91)
第二节	法律解释之指称理论	(96)
第三节	法律之阐释	(98)
第二章	狭义的法律解释	(101)
第一节	文义解释	(101)
第二节	体系解释	(107)
第一款	扩张解释	(110)
第二款	限缩解释	(112)
第三款	反对解释	(114)
第四款	当然解释	(120)

---

第三节	法意解释 .....	(123)
第四节	比较解释 .....	(125)
第五节	目的解释 .....	(127)
第六节	合宪解释 .....	(129)
<b>第三章</b>	<b>社会学的解释 .....</b>	<b>(130)</b>
<b>第四章</b>	<b>价值补充 .....</b>	<b>(135)</b>
第一节	不确定法律概念 .....	(135)
第二节	概括条款 (诚信原则) .....	(138)
<b>第五章</b>	<b>漏洞补充 .....</b>	<b>(142)</b>
第一节	法理概说 .....	(142)
第二节	类推适用 .....	(146)
第三节	目的性限缩 .....	(152)
第四节	目的性扩张 .....	(154)
第五节	创造性补充 .....	(157)
<b>第六章</b>	<b>类推适用与其他法律之阐释方法 .....</b>	<b>(161)</b>
第一节	类推适用与类推解释 .....	(161)
第二节	类推适用与扩张解释 .....	(163)
第三节	类推适用与反对解释 .....	(167)
第四节	类推适用与当然解释 .....	(173)
<b>第七章</b>	<b>利益衡量 .....</b>	<b>(175)</b>
<b>第八章</b>	<b>法律行为之解释方法 .....</b>	<b>(180)</b>



## 第五编 法学构成论

第一章	习惯法 .....	(205)
第二章	判例 .....	(210)
第三章	学说 .....	(217)

# 第一编 引 论



## 第一章 诽韩案之启示

1976年10月间，有一郭寿华者以笔名“干城”，在“潮州文献”第2卷第4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39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”。

经法院审理，认为“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300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”，<sup>[1]</sup>吾人则曾起而为法院同仁辩护，谓法院此

件判决，尚属公允。<sup>[2]</sup>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）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 1152 年有人指其“曾在潮州染风流病，以致体力过度消耗”，于其第 39 代孙之“孝思忆念”是否仍有所妨碍，颇有疑问。

按“刑法”\* 第 312 条第 2 项规定：“对已死之人，犯诽谤罪者，处 1 年以下有期徒刑、拘役或 1 000 元以下罚金”，第 314 条规定：“本章之罪，须告诉乃论”，“刑事诉讼法”第 234 条第 5 项规定：“‘刑法’第 312 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”，该死人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 967 条第 1 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。因之，前述判决乃据以推论：韩思道有告诉权。

然则依旧制，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

---

\* 本书中加引号的法规称谓均为台湾地区现行法律，如、“刑法”、“民法”等（编者注）。

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。旧律认为：凡“服”所不及者，在礼制上不认为“直系血亲”，在律例上亦不算直系血亲。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，如法国、西班牙、比利时、秘鲁、智利、墨西哥及日本等国，认六亲等内之直系血亲，始为直系血亲。德国刑法第 188 条规定：“誹谤死人罪，死者之父母子女始有告诉权。”瑞士刑法第 175 条规定：“誹谤死人罪，如死者已死亡逾 30 年以上者，不罚。”

以此而观，无论依旧制或各国立法例，相距 39 代之血亲，非法律之直系血亲，固不待言而自明。“民法”制定之初，于“亲属法先决各点审查书”第 3 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，既规定之范围，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於实用，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234条第5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。

法官适用“刑事诉讼法”第234条第5项之际，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，其亲属几十代，甚或几百代子孙，均所不问，一概有告诉权”“‘刑事诉讼法’第234条第5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。或以其后人，因年代湮久，已无孝思，且以往亦无户籍眷本之制，举证困难，因此千余年后的的人，不能为千余年前的人的名誉，告到法院去，虽非无见，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，<sup>[3]</sup>自易受非议。

法官蹈此错误，不仅是初任法官，即便老手，亦有此病，推其原因，乃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，后当详叙，兹先浅言之，即法律文义所涵盖的某一类型，由于立法者之疏忽或不及预见，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234条第5项言之，该条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 234 条第 5 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 234 条第 5 项并非专就某人而定，自应求其普遍客观，经参酌旧制及各国立法例，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，系立法者之疏忽或不及预见，“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。