



民国时期法律解释的理论与实践

Theory and Practice of Legal Interpretation
During the Republic of China

方 乐 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



民国时期法律解释的理论与实践

Theory and Practice of Legal Interpretation
During the Republic of China

方 乐 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

民国时期法律解释的理论与实践/方乐著. —北京:北京大学出版社,2016.7
(国家社科基金后期资助项目)

ISBN 978-7-301-27322-7

I. ①民… II. ①方… III. ①法律解释—研究—中国—民国 IV. ①D920.5

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第178552号

- 书 名 民国时期法律解释的理论与实践
Minguo Shiqi Falü Jieshi de Lilun yu Shijian
- 著作责任者 方 乐 著
- 责任编辑 李 铎
- 标准书号 ISBN 978-7-301-27322-7
- 出版发行 北京大学出版社
- 地 址 北京市海淀区成府路205号 100871
- 网 址 <http://www.pup.cn>
- 电子信箱 law@pup.pku.edu.cn
- 新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社法律图书
- 电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
- 印刷者 北京宏伟双华印刷有限公司
- 经 销 者 新华书店
- 730毫米×1020毫米 16开本 47.25印张 871千字
- 2016年7月第1版 2016年7月第1次印刷
- 定 价 99.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

国家社科基金后期资助项目 出版说明

后期资助项目是国家社科基金设立的一类重要项目,旨在鼓励广大社科研究者潜心治学,支持基础研究多出优秀成果。它是经过严格评审,从接近完成的科研成果中遴选立项的。为扩大后期资助项目的影响,更好地推动学术发展,促进成果转化,全国哲学社会科学规划办公室按照“统一设计、统一标识、统一版式、形成系列”的总体要求,组织出版国家社科基金后期资助项目成果。

全国哲学社会科学规划办公室

目 录 | Contents

引言 走进民国法律解释的世界 / 1

第一章 民国时期的法律解释、解释例与判决例 / 12

- 12 | 第一节 法律解释与解释例
- 16 | 第二节 解释例与判例
- 29 | 第三节 判例、判决例与判例要旨

第二章 民国时期的法律解释权 / 34

- 34 | 第一节 法律解释权的权力属性
- 80 | 第二节 法律解释权运行的社会空间
- 94 | 第三节 法律解释权运行的社会资源

第三章 民国时期的法律解释理论 / 144

- 145 | 第一节 法律解释理论的学者表述
- 191 | 第二节 法律解释理论之补证和印证
- 204 | 第三节 法律解释理论的学者争论
- 213 | 第四节 法律解释理论的学者共识

第四章 民国时期法律解释的主体、内容及其程序的变换 / 221

- 222 | 第一节 大理院时期的法律解释
- 274 | 第二节 最高法院时期的法律解释

282	第三节 司法院时期的法律解释
318	第四节 “大法官会议”的法律解释

第五章 民国时期法律解释的原则 / 322

322	第一节 民国学者表述之概括
324	第二节 解释法定
356	第三节 解释适度
380	第四节 解释恒定

第六章 民国时期法律解释的方法 / 397

397	第一节 解释方法上的难题
399	第二节 文理解释
406	第三节 论理解释
444	第四节 类推解释与类比适用

第七章 民国时期法律解释的规范功能 / 455

455	第一节 说明
490	第二节 确证
551	第三节 补正
555	第四节 更正

第八章 民国时期法律解释的社会功能 / 567

567	第一节 法制(治)功能
606	第二节 社会功能

第九章 民国时期法律解释的风格与思维 / 647

647	第一节 法律解释的整体风格
657	第二节 法律解释的知识思维

第十章 民国时期法律解释制度的不良运作 / 693

693 | 第一节 法律解释制度不良运作的主要表现

708 | 第二节 法律解释制度不良运作的原因分析

结语 / 738

主要参考文献 / 740

后记 / 747

引言 走进民国法律解释的世界

近代中国的法律发展,主要在三个层面上同时生动展开:一是在制度领域,通过渐次开展的立法活动来创设和完善法律的制度规范与部门体系,建立起一整套社会生活与主体行动的法律规则和制度;二是在实践领域,通过常态化、大规模的执法、司法和普法活动来推行法律制度法规范、践行法价值法精神、孕育法意识法观念、营造法环境法氛围,贯彻落实法律规范对社会生活的全面改造;三是在制度与实践相关联的第三方领域,通过对来自现实生活中的法权要求所进行的规则设置与制度设计,以及同时又对这些制度和规则的实施效果所进行的反思,逐渐厘清法领域里的东方与西方、传统与现代、新与旧等诸多复杂的结构性关系,日益理解近代中国法律发展的整体图景与局部构成,日渐深切地体会到个体的法感受与族群的法命运之间的内在关联,逐步尝试着开始探索近代中国法律发展的方向道路,规划制定近代中国法律发展的时间表和路线图。由于法律解释活动依赖于已经制定出的法规范,既面向社会生动变化的法需求,更关注鲜活的社会法需求和已经制定出的法规范之间的相互关系,因此在大变革时代的近代中国,它既是关照和连接法律制度与社会生活的重要纽带,也是法律制度与社会生活相作用时的催化剂、相冲突时的软化剂、相龃龉时的润滑剂和相断裂时的弥合剂,进而成为推动近代中国法律发展的一股重要力量。

这一点,在民国时期表现得尤为突出。因为从1912年到1948年,在将近37年的整个民国时期里,整个社会一直都处在结构动荡与政权更迭,传统与现代观念相互纠葛碰撞,东西方思想文化相互冲击一回应并逐步融合,新旧力量往复激烈交锋的情境之中。与此同时,由于缺乏丰富的整合资源、包容性的整合空间和强大的整合力量,这一时期里的传统与现代之间的起承转合、西方与中国的直接对抗、新与旧的鲜明对比,对于当时的社会来说,所表现出的破坏性又是远远大于建设性的。换言之,囿于社会结构的松散、社会话语资源的混乱以及社会生活的动荡多舛,这些复杂性因素所形成的对立、对抗或者对比,以及由此所形成的观念性力量,虽然“加速了旧秩序的瓦解,却没有提供替代它的新秩序,这给中国人留下了在旧秩序废墟上构建新秩序的艰巨任务”^①。当然也正是因为此,我们看到,社会制度的不断变革、社会

^① 李鸿谷:《国家的中国开始:一场革命》,生活·读书·新知三联书店2012年版,第19页。

观念的反复回流、社会规范的往复实践以及社会生活的颠沛流离,都在这一时期不断地出现。然而也正是在这样一个动荡且压抑、松散且变革的整体社会环境之中,特别是当政治建构、制度建设与社会现实之间往往又会出现或近或远的偏离时,有关法律活动的制度表达与话语实践就会呈现出程度不等的紧张状态。这种紧张感不断地累积就会凝聚成一股巨大的张力,强烈地作用于整个法律世界并反作用于其所置身于其中的整个社会,从而使得民国时期的法律制度与社会现实生活之间很容易就出现因角力撕扯而造成的断裂。而这种断裂的存在,一方面又会不断激化社会矛盾,激发社会的反思性力量,进而质疑制度建构与实践的正当性、合理性乃至合法性;另一方面也会不断推动制度的继续变革与不断修正,从而增强制度回应社会现实及其合法性需求的能力。

这一现象在民国时期法律解释的制度与实践表现得更加突出和复杂。因为作为一种旨在弥补法律规范与社会现实生活之裂痕的制度性存在和实践性机制,民国时期法律解释的制度建设和实践运行不仅要充分回应来自西方的法律解释学理论与话语的全方面挑战,而且也要切实面对来自当时社会的观念认知与规范需求。但是,一方面东西方法律文化的差异性以及西方法律中国化或者中西法律会通融合的复杂性与艰巨性,另一方面民国社会的变革性以及社会结构的多样性和社会生活需求的现实性,都会加剧民国时期法律解释制度与社会现实生活之间的紧张与断裂。与此同时,如果我们再考虑法律解释活动自身的规律性,那么民国时期法律解释制度与实践的复杂性,就不仅表现在法律解释制度的目的与法律解释的话语之间,而且也表现在法律解释的话语与法律解释的具体实践之间。当然,所有这些情状或者因素的客观存在,都会加剧民国时期法律解释领域中表达与实践的背离。

的确,“表达”与“实践”的背离或者矛盾(paradox)常常被看成是理解传统中国法律制度的一种视角。^①这一视角重点关注的“议题即是法律实践与成文法典的背离之处”^②。它所依靠的则主要是那些来自于司法实践的信息和材料,这些来自法庭的记录“不仅告诉我们法典与习俗间的冲突,也告诉我们法庭如何在二者之间斡旋;它们甚至可以成为我们了解一些在法律条文上不承认而实际存在的社会习惯和法庭实践的主要信息来源”^③。从立场上来看,这一视角的运用首先意味着,无论是法律的话语表达还是制度实践,它们都不仅会与传统中国法律的整体话语表达与制度实践密不可分,而且也会

① 参见黄宗智:《民事审判与民间调解:清代的表达与实践》,中国社会科学出版社1998年版,第1—2页;黄宗智:《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,上海书店出版社2007年版。

② 黄宗智:《法典、习俗与司法实践:清代与民国的比较》,上海书店出版社2003年版,第6页。

③ 同上书,第6—7页。

共同推动着传统中国法律集体迈向现代的创造性转换。^①其次,这一视角的运用也意味着,要全面理解传统中国的法律制度发展,掌握传统中国法律制度的实践逻辑,我们就必须深切地意识到,传统中国法律制度的话语表达是一回事,法律制度的实践是一回事,而两者结合起来则又是另一回事,并且“是一种不同于任何单一方面的逻辑”^②。最后,当然也是最重要的,从表达与实践相背离或者矛盾的角度出发来分析传统中国的法律制度,显然完全不同于从任何单一方面切入进去予以分析的孤立视角和片面展示,而是建立在两者相互关联的基础上的、一种关系性视角的整体分析和全面展示。

将这种关系性的视角引入对民国时期法律解释活动的全面考察,我们就必须要意识到,对于民国时期的法律解释而言,它同样在应然性的制度设计层面上说的是一回事,在实然性的运行层面上做的却是另一回事,而将两者联系起来则又会是第三番法律景象。但这并不意味着法律解释的制度性表达不重要,恰恰相反,它意味着较之于法律解释的官方正式话语及其制度的规范性表达,我们必须认识到民国法律解释的客观实践具有相当大的现实性或者真实性,也因此更富有时代特性和历史意义。与此同时,这也只是民国法律解释“嵌套性结构”的一个外在结构层。因为在这一层结构之中,还包含了一个更加紧张的内在性结构关系。这一关系乃是由法律规范与社会需求之间所构成。换言之,在民国时期的法律解释活动中,除了法律解释制度与法律解释实践之间存在着背离或者矛盾的现象外,法律解释所援引的法律规范与来自社会生活的法需求之间也存在着相互背离或者矛盾的现象。而这其实也就意味着我们在考察民国时期法律解释时,既要了解当时颁布的法规范法制度,也要了解当时社会的法观念法需求,更要将这两者紧密联系起来予以细致地整体考察。当然,如果我们把视野放得再宽一些,那么为了更好地考察和理解法律解释制度在民国时期的运行及其实效,了解民国时期的法律世界,我们就不仅需要关注这一时期法律解释的制度实践,也需要结合相关的判例以及法思潮、法知识和法观念,还需要了解更大范围里的民国社会与生活,进而更加综合完整地观察民国时期法律解释制度在表达与实践之间的巨大距离,以便清楚地看到这一时期法官个人化的智性努力是如何来弥补其中的断裂,以及法律解释是如何来调和法律制度与现实生活的法律需求之间矛盾的。

当然,在运用这一视角进行分析时我们同样要避免走向一个极端,即认为法律的制度与实践之间只存在着对抗或者对立,法律话语的表达与实践只可能是矛盾或者背离的。恰恰相反,我们不仅不能忽视这两者之间内在的一

^① 参见张晋藩:《中国法律的传统与近代转型》,法律出版社2009年版,第43页。粗体为本书作者所加。

^② 黄宗智:《连接经验与理论:建立中国的现代学术》,载《开放时代》2007年第4期。

致性,更要正视这两者之间外在的统一性。我们要承认,法律制度与实践的一致性或者统一性往往构成了传统中国法律发展进程中的一种普遍状态,或者是说常态^①;法律制度与实践的背离或者矛盾只是在非常有限的领域或者空间里才得以存在,它们只是近代中国法律发展领域中一个极为偶然的现象,只是个别情况。我们要清醒地认识到,强调这两者之间的对立,认为法律的制度与实践之间存在不可调和的矛盾,并非要就此否认两者之间的统一性,而是要通过此,既看到两者之间的联系,也看到两者之间的区别,并努力通过这种联系与区别的全面揭示来深入展现民国法律解释制度的整体面貌。而这其实也就意味着,我们在推进有关民国法律解释制度的研究时,既要关注这两者间相互关联与统一的构成要素,也要分析其矛盾的形成原因。与此同时,我们在分析民国法律解释的制度与实践中,也不仅要看到法律解释活动中的制度角色与规范性力量,而且还要看到其中的生活化因素和经验性判断。

本书有关民国法律解释制度研究的主要材料,是大理院时期所颁布的2012个解释例、最高法院时期所颁行的245个解释例和司法院时期所制作的4097个解释文。这些解释例的全文来自郭卫所编辑的《大理院解释例全文》(上海会文堂新记书局1932年版;台北成文1972年重印)^②和《最高法院解释例全文》(上海会文堂新记书局1946年版)以及台湾“司法院”秘书处所编辑印行的《“司法院”解释汇编(1—5册)》(台湾1989年版)。与此同时,为了使有关民国法律解释的研究更加的完整和丰富,笔者还注意使用与这些解释例相匹配的判决例文或者判例要旨,以便佐证法律解释活动的运作逻辑。这些判决例文或者判例要旨来自郭卫编辑的《大理院判决例全书》(上海会文堂新记书局1932年版)^③和台湾“最高法院”判例编辑委员会编辑的《最高法院判例要旨(民国16年—民国83年)》(台湾“最高法院”1997年版)中涉及民国16年至民国37年中最高法院所做判例的要旨。黄源盛教授最近整理出版的《影印大理院民事判例百选》(台湾五南图书出版公司2012年版)、《大理院民事判例辑存—总则编》(台湾元照图书出版公司2013年版)、《大理院民事判例辑存—亲属编》(台湾犁斋社2013年版)、《大理院民事判例辑存—承继编》(台湾犁斋社2013年版)、《大理院民事判例辑存—物权编》(台湾犁斋社2013年版)、《大理院民事判例辑存—债权编》(台湾犁斋社2013年版)和他所编辑的《大理院刑事判例全文汇编》(未刊稿),自然也是本书研

① 参见梁治平:《清代习惯法:社会与国家》,中国政法大学出版社1996年版,第37页。

② 参见郭卫编著:《民国大理院解释例全文》,吴宏耀、郭恒点校,中国政法大学出版社2014年版。

③ 参见郭卫编:《大理院判决例全书》,吴宏耀、郭恒、李娜点校,中国政法大学出版社2013年版。

究时的重要参考材料。除此之外,笔者参与整理并在九州出版社2012年出版的《辛亥前后南京司法判案实录》(1—10卷)、在法律出版社2013年出版的《民国时期江苏高等法院(审判厅)裁判文书实录》(1—10卷)和本人多年查阅并积累下的中国第二历史档案馆、江苏省档案局所藏的最高法院时期的判决书等司法档案,也构成了本书研究的辅助性材料。

面对这些史料或者文本,该如何进行阅读或者诠释,很显然不仅决定了本书研究的结论,而且也制约着这一论题研究的可能意义。因为在一定意义上来说,“方法决定结论”,而“眼界又决定境界”。“方法是研究者向研究对象所提出的要求,及研究对象向研究者所呈现出的答复,综合在一起的一种处理过程。所以真正的方法,是与被研究的对象不可分的。”^①这样,为了能够更加客观而真实地展现民国时期的法律解释活动,本书的研究主要采取文本分析的方法。所谓文本分析的方法,指的主要是一种“探索、调查和检验文本中出现的态度、思想、模式和观点的分析方法的集合”^②。因而,虽然这一方法依赖于历史文本,但这并不意味着对历史文本的分析只是一种单一性的方法;恰恰相反,它是同时容纳了多种方法于一体的方法论集合,是一种融合了符号学、叙述学、文本社会学、互文—对话理论、结构主义、新批评法等多种方法论资源在内的、力图从文本及其符号的表层进入到文本及其意义的内部世界的综合性进路。^③笔者期望通过对民国时期法律解释例文文本进行全面而系统的解读,通过对这些解释例文的内容予以综合性的方法诠释和多样性的社会关照,并借助于民国时期的法律解释理论以及法律解释制度的运行机理,将相类似的条文予以统计整理,并将其中的主要信息以表格的方式清晰地表现出来,进而在展示民国法律解释活动全景的基础上,提炼和归纳民国时期法律解释活动的规律。

当然,不仅由于任何有关历史文本的阅读都需要置身于其所处的特定时空和社会背景之中,而且又因为历史文本看似客观,但其从本质上来说也是经由诸多主—客观因素相混合而共同建构起来的,因此,任何有关历史文本的诠释性理解从本质上来说就都会是一种视域及方法论的融合,并且这种视域以及方法论的融合也有助于对历史文本意涵进行完整阐释。

一方面,任何一种法律制度都是一定社会关系的反映,而社会关系又往往总是存在于一定的历史条件下。这样,在研究民国时期的法律解释制度之

① 徐复观:《研究中国思想史的方法与态度》,载韦政通编:《中国思想史方法论文集》,上海人民出版社2009年版,第117页。

② H. C. Anderson, “From unstructured Text to Valuable in Sight Leveraging Text Analytics to Meet Competitive Intelligence Needs”, *Competitive Intelligence Magazine*, Vol. 11(1), 2008.

③ Antonin, Scalia, “Textualism and the Constitution”, In Bruce Miroff, Raymond Seidelman, Todd Swanstrom, *Debating Democracy: A Reader in American Politics* (Seventh Edition ed.), Boston, MA: Wadsworth Cengage Learning, 2010, pp. 288—294.

时,无疑也就离不开对民国时期的政治经济、思想文化和社会心态等历时性因素的考察,并且只有将民国时期的法律解释制度与这些因素紧密结合起来进行关照,才能够对民国时期的法律解释制度不仅知其然,而且知其所以然。而这其实也就意味着我们在诠释民国时期法律解释的例文时,要适度地将法律文本(即“法律解释例文”)与法律事件(即“法律解释活动”)诉诸于此一时期的社会情境与话语系统之中,要采用语境论的进路,既要尽可能充分地“还原”,将法律解释制度与解释文本放置在当时生产力和生产关系制约下的社会条件上来看;毕竟,任何一种制度都不能超越时空或者一切社会条件,也不是一种抽象的价值选择或者精神现象的产物。^①也要充分地“移情”或者予以同情式的理解,将自己尽可能地安置在当时的社会情境之中来进行认识。

另一方面,历史事实尽管俱在,且数量无穷,但仍有相当一部分事实是“照例沉默不语的,而即使一旦开口又往往相互矛盾,甚至无法理解”^②。因此,要想客观而完整地描述历史,除依靠历史档案外,还需要对历史有一定的想象力。“所谓历史想象,是史学家将自己放入历史之中,进入历史的情况,进入历史的时间,进入历史的空间,然后由此想象当时可能发生的一切。”^③换言之,要理解历史文本,虽然必须要在视域的互融之中达致历史文本与当下读者、文本的历史性符号记载与当下社会里的知识信息之间的相互交流与沟通,然而即便如此,历史文本的完整意涵仍然无法全部被挖掘和揭示出来,还需要借助于诠释者对历史的想象来完成历史文本的信息补充与信息甄别。因为相较于法律解释活动—事件发生时所处的社会场景以及其所蕴含的丰富信息,法律解释文本所记载的历史信息,仍是有限,毕竟历史留给后人的线索不仅太过稀少,而且质量参差不齐。这样,如果不借助于一定的历史想象力,就不能将有关历史的蛛丝马迹串联起来,形成历史的大致轮廓。^④而这其实也就意味着,面对民国时期的法律解释文本,要对其展开更具广泛意义也更具完整性的理解,就必须要将其与民国时期的社会观念、社会意识、社会思潮、社会文化等因素紧密关联起来,同时也要将其与其他法律制度以及政治—经济制度、社会—文化制度等因素紧密关联起来,以便能够在更加完整而真实的民国社会场域中来对其展开全方位的理解,进而使得经由这种理解所产生的知识信息能够更具客观性、普遍性和真实性。

进一步,面对历史文本或者历史事件,如果我们的阅读行为或者诠释性

① 参见苏力:《语境论——一种法律制度研究的进路和方法》,载苏力:《也许正在发生:转型中国的法学》,法律出版社2004年版,第233—266页。

② [美]柯文:《在中国发现历史——中国中心观在美国的兴起》,林同奇译,中华书局2002年版,“前沿”,第41页。

③ 杜维运:《史学方法论》,台湾三民书局2001年版,第471页。

④ 参见盛洪:《中国与西方是如何分道扬镳的?》,载《读书》2014年第5期。

活动要得以顺利地进行,按照德国学者哈贝马斯的说法,我们就必须要“把自己安置在其他的情境之中,(因为)我们要理解他人,(首先)我们将认识他人”,毕竟“安置自己不是以我们自己的判准应用在他人身上,而是尽力以他人的眼光来审视他人”。而这其实也就意味着,面对历史文本或者历史事件,我们要从中获得意义,就必须要先理解;而要理解,就必须要通过阅读者身份的转换性解读来实现。这样,面对民国时期的法律解释活动或者法律解释例文,我们就不能生硬地以今论古或者以此概彼,也不能以一种简单的化约主义(reductionism)来剪裁。我们需要将有关法律解释的规则与活动历史化,同时也需要将有关法律解释的历史生活化,以期在这种历史化和生活化的交融中达到文本在“互视”中“求通”、在“转换”中“求解”的状态。与此同时,我们还需要将历史文本适度地去历史化,尝试着将历史拉回现实,将“历史”与“今天”更紧密地勾连起来,让“以今论古”的情况更多且更深入地发生,让“历史”与“今天”产生激烈的碰撞,以期让这种文本在“历史”与“今天”的紧凑型对话中产生时代的意义。

当然,在对法律的历史性文本进行意义阐释之时,我们还要充分地意识到,尽管在理解这些法律解释的历史文本时,即便我们努力做到充分的移情,尽可能达致视域的交融,还是难免会受限于自身现有视域或者知识储备,也可能会无法彻底摆脱因由认知主体的身份多元以及角色跨跃所带来的认同上的尴尬,然而这些矛盾性因素的存在对于我们的认识而言,并非都只是消极的,它们也可能会带来积极性的作用。^① 因为,我们若是能够对过去认识得更多以及对自身了解得更清晰,那么透过这种身份的兼职与视域的融合,我们所能得到的对历史文本的理解也必定会更加真实。^② 更重要的是,它们的存在也意在提醒我们,在有关法律解释历史文本的理解活动中,如何做到视域的融合,又如何处理好“时代意见”和“历史意见”之间的关系,^③以及

① 德国诠释学家施莱尔马赫主张理解活动应当采取“心理移情”之法,要求在舍弃主体自身的主体性的同时,以文本为中心进行视域的转换,以此达到理解的客观性及其知识目的。然而伽达默尔却强调各视域间实际上是不可通约的,相反,读者的前见是知识生成的合法性来源,是无法摒弃和卸载的知识行李。因而在他看来,理解活动中最为务实性的做法,乃是适时导入对读者诠释时自身独特情境的反思,从而做到文本本位的诠释视域与读者本位的诠释视域的两相融合,以促使文本的意义再造。正因为此,在伽达默尔看来,“前见”不会成为理解的负担,反而会促成文本再生的必要条件。参见洪汉鼎:《理解与解释——诠释学经典文选》,东方出版社2001年版,第35—56页。

② [英]伊恩·沃德:《法律评判理论导引》,李诚予、岳林译,上海三联书店2011年版,第226—229页。

③ 参见钱穆:《中国历史研究法》,三联书店2001年版,“前沿”、第6—7页。“历史意见,指的是在那制度实施时代的人们所切身感受而发出的意见。这些意见,比较真实而客观。待时代隔得久了,该项制度早已消失不存在,而后代人单凭后代人自己所处的环境和需要来批判历史上以往的各项制度,那只能说是一种时代意见。时代意见并非是全不合真理,但我们不该单凭时代意见来抹杀以往的历史意见。”钱穆:《中国历代政治得失》,生活·读书·新知三联书店2001年版,第6—7页。

如何处理对历史文本的知识敬意和批判反思之间所形成的巨大张力^①。以上无不应当成为本书在方法论上要始终关照并谨慎处理的问题。

更进一步,事实上,任何有关历史文本的文化研究,其中的一个重要特点就是承认阅读实践以及思维制造或者“知识生产方式的位置性(positionality)。承认此点就意味着打破知识的普遍性,而强调历史和文化的特殊环境造就了话语的叙述和知识的形成”^②。因为阅读者所处的时空背景、话语情境以及所受的知识训练,都将构成他们在考察任何知识对象时的前在理解。^③而这种前在性的理解在方法论上还可能造成的问题,主要表现在以下两个方面:一是我们一定只能将因由前在理解所造成的那些零散性的表述,置放于某种事先已预设好的规范机制和话语模式当中来加以建构;二是我们也会不自觉地预设当下甚至以西方为论述核心的某种规范机制作为思考的出发点,甚至将其作为言说的终结点。但是,这并不意味着这种跨时空域的阅读及其结果是缺乏普遍性意义的。因为一方面,为了尽可能地避免因由视域转换所带来的普遍性减弱的问题,我们可以采取的一个可行做法,便是将传统中国法律发展的主体性尽可能地凸显出来,将传统中国社会中的法规范经由自我而“概念化”“符号化”,力求以不失真的角度来还原传统中国法规范机制的实象,而不须依附于预设的当下甚至是在西方的规范架构下来检视。^④而这其实也就意味着,当我们在面对这些法律解释的民国文本时,我们既要尽力以当时之法律解释理论和话语表述逻辑来对其进行基础性的诠释,以便还原其本来之面目,进而提升叙事言说以及结论归纳的客观性与可信度;同时也要适度地以当下之法律理论对其进行补正、印证或者再诠释,以展现这一分析及其结论在当下的可能意义。而另一方面,虽然经由时空的累积,文本的语词意义与文本的精神意义有着不同的命运^⑤,但是作为视域及其方法的“历史意见”却要在理解的活动中努力开启具有开放性的“时代意见”。而这其实也意味着,如果我们把法律的本质看成是人类生活本身^⑥,把法律制度看成是人类生存与发展的规范理性,那么经由这一制度的传承及其

① 参见郭晓东:《对历史的温情与敬意》,载《读书》2003年第10期。

② Ien Ang, “Can One Say No to Chineseness?” in Rey Chow (ed.), *Modern Chinese Literary and Cultural Studies in the Age of Theory: Reimagining a Field*, Durham: Duke University Press, 2000, p. 283.

③ 参见〔德〕伽达默尔:《真理与方法:哲学诠释学的基本特征》,洪汉鼎译,上海译文出版社2004年版,第35页。

④ 参见颜厥安:《法史学的传承、方法与趋势——戴炎辉先生九五冥诞纪念国际学术研讨会》,转引自张永铨:《法律继受与转型期司法机制——以大理院民事判决对身分差等的变革为重心》,台湾政治大学2004年法律学系硕士学位论文,第12页。

⑤ 参见〔法〕利科尔:《诠释学与意识形态批判》,载洪汉鼎主编:《理解与解释——诠释学经典文选》,东方出版社2001年版,第464页。

⑥ 参见〔德〕萨维尼:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,中国法制出版社2001年版,第24页。

实践的累积所形成的传统,便是“一个社会的文化遗产,是人类过去所创造的种种制度、信仰、价值观念和行为方式等构成的表意象征;它使代与代之间、一个历史阶段与另一个历史阶段之间保持了某种连续性和同一性”^①。

“历史在照亮着昔日的同时也照亮了今天,而在照亮了今天之际又照亮了未来。”^②这样,所谓的历史,其实既是过去史,也是当代史,更是未来史。因此,对于仍然处于现代化进途中的当代,当我们回顾民国时期的法律解释理论与实践,尝试着对民国时期法律解释的历史文本进行理解、对法律解释活动提供知识诠释之时,欲得宽阔性的意义世界,显然就必须抛弃知识的对立立场,尝试着去与法律解释的知识史和解。唯有此,我们才能在历史的言说中发现现在,也能在以现在的话语言说过去的文本的过程中发现历史,进而接续法律解释的知识传统与实践的历史脉象。与此同时,尽管“如果不克制现代思想之影响而进入历史现场,难以接近并理解历史真相究竟如何”,但是,视域之融合与知识之穿越的“幸运之处则是,在足够长的时间线索里,有条件将当事人彼时彼刻信息碎片拼集成形,并以历史演变的结果而重新审视曾经事实的价值”。^③而这或许便是对民国法律解释的理论与实践进行研究的知识意义所在。

从研究的结构与内容上来看,本书包括引言和结语,共十二个部分:

引言部分交代本书研究的问题意识、研究方法与内容结构。

第一章首先是对民国时期的法律解释、解释例与判决例的概念予以界定。在有关法律解释与解释例,解释例与判决例,判决、判决例与判例要旨这三对关系的清理中,重点对民国时期的法律解释活动予以初步的勾勒并对解释例与判决例之间的关系予以详尽的说明,这便于我们在限定研究对象的同时,确保对民国时期法律解释问题研究的深入推进。

第二章关注民国时期的法律解释权。在民国政治权力结构与法律运行环境中,我们对法律解释权的性质予以讨论,着力分析民国时期法律解释权的权力属性以及法律解释权运行的社会空间与社会资源,以期通过此来揭示民国时期法律解释权运行的社会机理,展示民国时期法律解释权运行的理论逻辑。

第三章研究民国时期的法律解释理论。通过对民国时期法律解释理论的梳理与提炼,尤其是着重对十二种在笔者看来具有代表性理论表达背后的争议予以争点整理以及对其共识予以展示,力求充分展现民国时期法律解释理论的表述逻辑。与此同时,为了更好地观察并把握民国时期的法律解释理论,笔者还扼要的引介了三位生活经历与教育背景都经历了民国的法学家们

① [美]希尔斯:《论传统》,傅铿、吕乐译,上海人民出版社1991年版,第3页。

② [美]卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆2002年版,第31页。

③ 李鸿谷:《国家的中国开始:一场革命》,生活·读书·新知三联书店2012年版,第197页。

(林纪东、郑玉波和管欧)有关法律解释理论的表述,以期通过他们的理论言说来确证我们有关民国时期法律解释理论的梳理是具有代表性的同时,进一步厘清民国时期法律解释理论发展的脉象。

第四章探讨民国时期法律解释的主体、内容及其程序的变换。在这一章中,笔者将主要围绕着民国时期法律解释的四个阶段(大理院时期、最高法院时期、司法院时期以及大法官会议解释时期),对有关法律解释的主体、内容及其程序从制度规范的角度予以展开。与此同时,笔者还将参酌不同时期的法律解释实践,来初步揭示各自时期有关法律解释制度的运行机理与实践逻辑。

第五章研究民国时期法律解释的原则。主要围绕着解释法定、解释适度与解释恒定这三个原则,并结合法律解释之实践来展开。在笔者看来,解释法定之原则包括了四个方面的内容:依法解释、法不禁止即自由、法无明文规定不为罪以及法不溯及既往。而解释适度则包括解释态度上的适度(即“不绝对”与“不擅断”)、解释方法上的适度以及解释内容上的适度。解释恒定则既包括横向上的恒定性解释,也包括纵向性的恒定解释。最后指出这三个原则之间相辅相成,各自都以彼此为存在之前提与基础。

第六章关注民国时期法律解释的方法。从民国时期法律解释的方法论实践出发,本书将民国时期的法律解释方法首先划分为“文理解释”与“论理解释”;其次是将论理解释之方法予以进一步的细分,认为其包括目的解释、体系解释、当然解释、扩张解释、狭义解释、反向解释等在内。最后对类推解释与类比适用在民国时期法律解释实践中的体现予以说明,并就民国时期法律解释方法之整体所需补充之内容予以六点说明。

第七章讨论民国时期法律解释的规范功能。主要围绕着民国时期法律解释的实践中,法律解释如何发挥说明、确证、补正与更正这四项功能来展开。就说明功能之发挥,又主要包括法律解释发挥说明法条之内容的功能、说明以往法律解释之内容的功能、说明判决(例)之内容的功能、说明判(决)例和解释例之内容与关系的功能、说明解释例与解释例的内容与关系的功能、说明解释例与法条之间关系的功能,等等。就确证功能之发挥,主要包括法律解释对法律解释例的内容与效力的确证、对判(决)例之效力与内容的确证等。就补正功能之发挥,主要是法律解释补正法规范之不足以及对先前法律解释的再解释。而更正功能之发挥,则主要是法律解释更正与撤销先前的法律解释,或者更正先前的判决例、判例或者先例的适用,以及时更正解释例与判决例的适用。

第八章讨论民国时期法律解释的社会功能。主要围绕着民国时期法律解释的法制功能与社会功能来展开。就法制功能之发挥而言,主要包括统一法令之行使、确立法源、形成法规则、践行法原则以及提请修法动议这五个方