法学方法论

杨仁斯/名

3

押加政法太常田历社



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

序 言

一、清末民初, 西学东新, 医学、工程学与法学相继发轫, 起点相若。顾 70 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 K·宁|レゾヅ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 傀儡,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。因之,望读者被阅时,由首至尾,循序渐进,较能

心顿神会。

五、著者从事司法工作,至年底满 20 载 (法训所一年半不计),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)、林专员月娥 (中文部分) 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 录

第一篇 引 论

第一章 第二章	诽韩案之启示 ····································	
	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

Я	, –	- 4	L	13	7 T	<u>u 3</u>	C 1	W	7) 72		72	5	- 7	57	47.7	Δ.	ディ	_ W	W		• • • •		(:) []
筭	<u> </u>	4	Ē	19	9 t	世乡	2 #	刃其	月初	9 9	引注	与	色章	ş ž	时》	去	学之	Ż	.识		• • • •	•••	(:	56)
第	5 =		t	自	l	1 12	į	귃	1	•••	•••	- • •		•••	•••	•••			• • •	•••	• • • •	•••	(6	52)
第	匹] #	ĵ	椒	念	法	÷	<u> </u>	自	曲	法	学	Ż	. 考	手	ž	•••		• • • •	• • • •	••••	•••	{6	(8)
第	£	1	Ė	裁	判	IŻ	准	立	法	机	能	,	•••	•••	•••	•••	••••	••••	•••	• • • •	•••	•••	(7	73)
第	六	章	İ	理	论	ij	i	与	实	践	Ż	结	合			•••	• • • • •	••••	• • • •	••••	•••	•••	(7	8)
								盆	ᅋ	숖		સ	<u>ل</u> ے کے	볼 :	空	蛙	论							
								71	`-	5 (4)	,	72	• 7		_	***	10							
第		章																						
	第		节		法	律	解	释	Ż	指	루.	理	\$			٠	••••		•••	٠	••••	•••	(9	6)
	第	Ξ	节		法	律	Ż	阗	释		•••	•••		•••	• • •	•••	••••	• • • •	•••	•••	• • • •	•••	(9	8)
第	_	章		狭	义	的	法	律	解	释	٠.,	•••		•••	• • • •	•••			••••	• • •	• • •	٠ (10	1)
	第		节		文	义	解	释	•••				, .	٠			••••					. (10	1)
	第	<u>-</u>	节		体	系	解	释				•••		•••		•				• • •		• (10	7)
		第	_ -	款		扩	张	解	释	•••		•••	•••		•••	•			• • • •			• (11	0)
		第	<u>_</u> .	款		限	缩	解	释		• • • •			•••				•••	••••	• • •		• (11	2)
		第	Ξ	款		反	对	解	释			•••		•••								• (11	4)
		•		款		当	然	解	释			•••	•••			•••			•••	• • •		(120	0)
		-																						

	第	Ξ	#	ī	法	意	無	释		•••	•••		• • • •		 .	٠	• • •	• • •	• • • •		•••	•••	(12	23)
	第	四	节	ī	比	较	角	释		•••				•••	٠			• • • •			•••	•••	(12	25)
	第	五	#	í	目	的	解	释		• • •	••••	• • • •	•••		•••		• • •	• • •	•	•••	•••	•••	(12	27)
	第	六	; 节	ī	合	宪	解	释					•••			• • •		•••		•••	•••		(12	29)
第	Ξ		•	社	会	¥	ř	魺	释			•••	• • • •	• • •			• • • •	• • • •	• • • •	•••	•••	•••	(13	(O
第	四	章		价	值	朴	充		•••	•••	•	•••	• • •		• • • •	• • •	• • • •	•••	•••	•••	•••	•••	(13	5)
	第		节	•	不	确	定	法	律	概	*	••	• • •	• ••	- • •	• • •		•••			•••	•••	(13	5)
	第	=	节		概	括	条	款	(诚	信	原	则)	•••			•••		•••	•••	•••	(13	8)
第	五	章		漏	洞	朴	充	•	•			• • •	• • • •	• • •	• • • •		• • • •	•••	•••	•••	•••	•••	(14	2)
	第		节		法	理	概	说	••		• • •	• • •						•••	•••	•••	•••	•••	(14	2)
	第	<u>-</u>	节		类	推	适	用	٠.	• • •		•••				• • • •		•••	•••		•••	•••	(14	6)
	第	Ξ	节		目	的	性	限	缩	••		• ••		• • • •			٠.,	•••	•••	•••	•••	•••	(15	2)
	第	7	节		目	纳	性	扩	张	••				• • • •				•••	•••	•••	•••	•••	(15	4)
	第	五	节		刨	造	性	补	充		•••			• • • •				•••	•••	•••	•••	•••	(15	7)
第	六	章		类	推	适	用	与	其	他	法	律	之	阐	释	方	法		•••	•••	• • • •	•••	(16	1)
	箒		节		类	推	适	用	与	类	推	解	释			•••	•••		•••	•••	• • • •	•••	(16	1)
	第	_	节		类	推	适	用	与	扩	张	解	释	•••	•••	•••	•••	•••	•••	•••	•••		(16	3)
	第	Ξ	节		类	推	适	用	与	反	对	解	释	•••	•••	•••	•••	•••		•••			(16	7)
	第	79	节		类	推	适	用	与	当	然	解	释		•••	•••	•••	•••	•••	•••	•	•••	(17	3)
第	七	章		利:	益	衡	量	••	•••	•••	• • • •	• • • •	••••	•••		•••	•••			• • • •	• • • •	•••	(17	5)
隹	۸.	查		法	律	行	为	Ż	解	释	方	法		•••	•••		•••	•••	•••		••••	•••	(18	0)

第五编 法学构成论

	习惯法	
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".[1]吾人则曾起而为法院同仁辩护,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) 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1000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,索有"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:"诽谤死人罪,死者之父母子女始有告诉权。"瑞士刑法第 175 条规定:"诽谤死人罪,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,固不符言而自明。"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,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,其实几百代子孙,均所不问,一概离死,有无不同,一概离死。其为告诉。对直系血亲,得为告诉。对直系血亲,得为告诉。对直系血亲,得为告诉。对直系生产,以其后人,因年代湮久,已无孝思,且不变所不论。或以其后人,因年代湮久,已无孝思,且不变所不论。或以其后人,因年代湮久,已无孝思,以往亦无户籍者本之制,举证困难,因此干余年后的人,因年代严久,且非无见,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,[3]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,甚或正 代子孙,苟能证明其血脉相连,仍难谓其非"直 不在保护之规范目的,端在保护之列。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 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,当以已身为始,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。

第二章 恶法亦法

法律为社会规范之一种,法官适用法律时,不得以 法律规定不明确、不完备或欠缺为借口,而不予受理, 更不得以此为拒绝裁判之理由。在刑事审判,采罪刑法 定主义,法无明文不为罪;在民事审判,依"民法"第 1条规定:"民事,法律未规定者,依习惯,无习惯者依 法理",均有受理、裁判之义务。1977年台再字第 42 号 判例称:"法院不得以法无明文规定而拒绝裁判"云云, 洵属的论。

然则, 法律之"善"或"恶", 法官有无审查之权? 一般而言, 法官为一司法者, 并非立法者, 不得借口法律为一"恶法", 而拒绝适用。盖法官苟动辄得以此为理由, 拒绝适用法律, 将使人民法律生活之安定破坏无遗, 甚而侵及立法权, 与法治主义之精神有违。

惟若贯彻前项主张,即会派生"恶法亦法""法律就是法律"等原则,致令法律僵化。如所周知,制定法律或修改法律之程序,至为繁杂,绝非短期间所能完成,因之,法律苟非"恶"至令人无法忍受之程度,法官仍

应运用法律之阐释方法,对此"恶法"加以阐释,使之适合社会之要求,俾能贯彻法律目的或社会目的。盖此时"法律"在外表上虽为"恶法",在实质上则非为恶法也。[4]

"恶法"一词,乍然见之,令人生厌,仿佛充满惨苛的意味。事实上,其在"法的安定性"上所扮演之角色,厥功至伟。设其不善之程度,人民犹可忍受,尚未与正义矛盾至极端,则法官即应运用法律阐释方法加以抒解,使之合于"法的目的性"。慎子曰:"法虽不善,犹愈于无法",在此范围内,仍有其正面的意义。

换言之,恶法亦法必须具有以下二种性质:其一,必须为法律,亦即法"不善"之程度,尚未与正义相悖过甚,运用法律阐释方法加以阐释,仍切合社会之变求,此时"恶法"不过徒具其为恶之外观而已,在实质上仍与其他"善法"无殊。苟法律之恶之程度,已恶行"无法",非运用法律阐释方法所能济事,不过徒具"法律"之形貌而已,应认"恶法非法",此际,法官不是应拒绝适用,且一般执法人员亦应拒绝执行,若犹昧著良知,忽视正义,遽予适用或执行,则适用或执行本身就是一种"非正义"的行为。[5]

举例言之,第二次世界大战末期,纳粹德国惨无人道,胡作非为,屠杀犹太人,射杀胡为,无所不用其极,其所颁布之"法律",殆恶于无法,与正义相悖可谓至于极端,故甚多有道德勇气之法官均拒予适用,其

下场当然受到各种不同之迫害。有一脍灸人口之案件, 迄今犹为人所津泽乐道,在 1945 年,有位纳粹官员专司"打击敌人"各种任务。有一天侦悉某妇与其夫在家藏匿犹太人,乃将该犹太人逮捕,其夫见状图逃,当场为该纳粹官员击毙。迨纳粹战败,某妇于 1951 年自诉该纳粹官员杀人,被告虽辩称:纳粹德国于 1945 年 3 月曾颁紧急命令,规定每一位德国武装人员,对于逃犯,负有不经审判即加射杀义务,其为执行公务,枪击自诉人之夫,实依"法"行事云云,却为西德联邦最高法院所不采,认紧急命令已与正义相悖,不再是"法律",仍对被告予以论罪科刑^[6]。

其二,此种"恶法"须具"法的目的性"。过分强调法律系一种"手段",虽有违法治主义,惟实质上,法律之制定鲜无目的,其目的为何,一言以蔽之,乃在督促人类朝着"人类本质存在"之"共通善"或"正义"而发展。法官在现实"法律拘束之下,仍有运用法律以达成目的之余地,故谓法律系一种达成目的之手段,实不为过。苟认"法律就是法律",法律本身即系目的,未免忽视法律之本质。^[7]

法官在解释法律行为时亦复如是,应以当事人所欲 达到之目的合理解释之,并以习惯及任意法规补充之, 至诚实信用原则则应自始至终介入其间,作为修正或补 充目的、习惯或任意法规等标准所决定之表示内容,庶 不失当事人之真意。换言之,法官解释法律行为时,应 依诚信原则,就当事人之意思表示内容,衡其所欲达到之目的、习惯及任意法规,以探求其表示应有之内容,为合理之解释或补充。^[8]

法律行为之解释,既在确定构成法律行为要素之意思表示之意义,则于意思表示不明确或不完整时,自须透过解释方法予以阐明或补充,始能获疑当事人已为表示之正确含义,或当事人所为表示之合理的意思。不仅如此,当事人表示行为所具意义,欠缺合理时,亦须变更其表示行为之意义,使之合理化。所谓"恶约亦约"云云,自不能任其存在。

并没收财产, 汝其三思之!"希洛克闻此, 脸色骤变, 所操利刃停在半空, 迟迟不能下。

以今之法律观点言之,违约割肉之约定,本违背公序良俗,应归于无效,固不待言而自明。惟在莎翁时代,能不受"恶约亦约"所拘,进而变更其表示行为之意义,使之合理化,则殊难得。虽威尼斯商人系一戏剧,然戏剧不外人生之反映,此剧多少涉及"诡辩",但瑕不掩瑜,习法者迄今犹津津乐道,良有以也。^[9]。

注释:

- [1] 见严灵峰, 郭寿华诽韩的文字狱评议, 刊中华文化复兴月刊 10 卷 7 期。萨孟武: (论诽韩的文字狱), 1980 年 9 月 15 日联合报 3 版。
- [2] 见拙著: (从法律观点论诽韩案), 1977年9月16日联合报3版: 〈再论诽韩案〉, 1977年9月20日联合报3版: 〈从证据法论刑案〉, 1977年10月3日联合报3版。
- [3] 参见抽著前揭文。
- [4] 见小池隆一: (法学通论), 第133页。
- [5] 见拙著: (从多氯联苯的中毒谈恶法亦法), 1980年1月4日联合报。
- [6] 同注五。
- [7] 此涉及各法学派之主张,其详容后述之。
- [8] 参见拙著:《阐释法律之方法论》, 第109页。
- [9] 关于此点,洪逊欣老师则持不同看法,彼谓:莎士比亚之作品"威尼斯之商人",虽系戏剧本,但若从法学或法的文化生活之角度观之,于其使法官准许债权人依约割债务人

体肉以抵偿债务,但欲以当事人未曾定明为依据,不准债务人因之伤害债务人之皮肤或使债务人流血之点上,不仅可视为滥用理论美名之适例,而且其演剧显有误导观众错认法学不外为诡辩术之虞。见氏著:《法理学》,第37页。

第二编 法学认识论



第一章 法学之任务

法律之解释及适用,虽均属司法活动,但二者并非同义。前者端在发现或形成一般法律规范,以为裁判之"大前提";而后者则以所发现或形成之一般法律规范为大前提,以事实认定为小前提,运用"演绎"的逻辑方式、导出结论,亦即一般所谓裁判。

在法律的解释过程中,如误为"阐释",即发生适用 法规错误的问题;而在法律的适用过程中,未用演绎的 逻辑方式,以三段论法推论,其裁判为不备理由,均足 为上诉或提起再审之理由。

裁判之大前提,为一般之法律规范,设法律有明文,一经依逻辑之三段论法推演,应可获得结论,固无何疑问。惟若具体事实之发生,无法律条文可直接适用,或虽有法律条文可为适用,但法律关系繁杂,需间接援用其他法条始足解决时,则须透过逻辑方式,加以归纳或演绎,始能觅出一般法律命题,此则有赖于"法解释学"(Jurisprudenz, Rechtsdogmatik)之钻研,始能济事。

法解释学亦称为"法学",几与"实证法学"同义,

宪法学、行政法学、民法学、商法学、刑法学、劳工法 学、民事诉讼法学、刑事诉讼法学、国际私法学、国际 公法学等,均属之。法解释学主要之任务,在于阐释法 律;与法社会学、法史学等属"法律的经验科学",端 在就法律社会现象,或法律的历史现象,为经验科学方面的观察研究,透过法律以实现社会统制,不可同日而 语。

法解释学或法学之钻研,有其悠久之历史,尤以私法学为然。在罗马共和末期,已有所谓"法学者"(Ju-risconsultus)开始活跃,以解答各种疑难法律问题维生。法学、医学及神学、并称为 The Three Professions,为当时三大传统之学问。[10]

良以在公元6世纪前,"罗马法"至为紊乱,有十二木表法、[11]罗马帝国扩张后参酌征服各地习惯编成之帝国法,亦有各皇帝之敕今,以及法学者之学说著作等,内容相当杂乱,究其实际,不过一堆法令之材料而已。迨东罗马帝国查士丁尼大帝(Justinian I 483~565BC),始下令编纂"查士丁尼法典"(Justinain Code),由 Codex(以前正式颁布之敕令)、Novella"查士丁尼在位时所颁布之敕令)、Intitutis(法学者之著作,类似法学概论教科书)、Digesta(学说汇编,有体系的编纂学者对法令之注释)等四部分构成,又称为"罗马法大全"(Corpus Juris Civils),罗马法之研究,遂渐萌芽。嗣经甚多法学者之整理、分析、注释,并以之为大学教材,罗马法始成为

"法学"之代名词, 渐成学问之一种。

至12世纪,法学者伊乃斯(Imerius),在意大利北部报罗那(Bologna)城首创法科大学,教授罗马法,并从事注释。因徒甚众,遍及各地,罗马法之研究乃蔚为风尚,全欧景从,世称此为注释法学派(The Glossators), [12]惟究其实际,此时对罗马法之研究,仅局限于字句之考证与释义而已,於具体案件无何补益。

洎乎 12 世纪后期 13 世纪时期,罗马法之研究,派别林立,最主要者有以"演绎法"分类析解罗马法内容之"罗马法评论派"(Commentator),及着重罗马法沿革研究之"罗马法沿革派"(Humanists),前者亦称为后期注释法学派,其着力之处,不仅限于法律之注释而已,即于具体案件应作如何解释,较合乎正义,亦加探讨,因而导引先期的注释法学步出象牙之塔,成为一种出世的法学。以是,此时法学者或法律毕业生,乃得以被争相延聘为法官、行政官、顾问等高尚职业。后者则开现代法学对法律全体现象加以研究之先河。

15世纪初,德国有甚多留意大利专攻罗马法之学生,学成归国,鉴于当时德国法典缺漏,未有一部统一之法典,且各地日耳曼习惯法,因地而殊,杂然并存,适用殊为不便,乃将罗马法引进。经数十载经营之后,先由行政官奉罗马法为圭臬,继则法院於具体案件竞相适用,年深月久,竟寝假成为德国法律主流,原有日耳曼法转屈居补充地位。

因之,至19世纪,德国之"法学著作",殆皆以罗马法为材料,由学者加以引伸而成之学说汇编。德国继受罗马法至此根深蒂固,"罗马法学"一变而为法学者所拥有之时髦利器,研究法学之人数与日俱增,法学者之地位日益提高,各家学说亦竞相鸣放。

同时,欧陆各国亦纷以罗马法及各家学说为素材,逐渐编纂完成法典,法学者转以对新法典加以注解,以分析新法典中之概念为风尚,^[13]彼等强调法典完美无缺,自满自足,无待外求。所谓"法源"也者,舍成文法而外,不复再有。法官于法律之解释与适用,仅能依逻辑推演,不能为目的考量或利益衡量,更无所谓法官造法之司法活动。就整个法学而言,不过系一门纯理论认识活动之学问而已,法官不能也无庸为价值判断。

"成文法万能主义""逻辑的自足性",在此时响彻云霄。于此情况之下,法官只须熟谙运用法律的技巧,用逻辑推演成文法所建立的"概念",即为已足,对法律所蕴含的"正义"全加否定,所谓"法之极,害之极",即指此而言。

德国学者耶令格 (Rudolf Von Jhering 1816~1892) 斥此等学风为"概念法学" (Begriffsjurisprudenz), 此名遂不胫而走。^[14]惟无可讳言, 概念法学者致力于国家成文法规所用辞句,构成形式论理的概念,在某种程度内确能维持法生活的安定,藉以保障人权,功不可没。然其摒弃法律之目的,忽视法生活之理想,未曾贯彻实证主义

之实质,将法律本身认为是目的,则不足取。

德国法官基尔息曼(Julius Von Kirchmann)于 1847年,发表一篇"法解释学之无学问价值性"(Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft)演讲中,抨击当时德国法学专注于"依概念而计算"(das Rechnen mit Begriffen),以纯粹形式逻辑推演法律,殊不足道,[15]基氏并谓:"设立法者更易三个字,则整个法学以及所有图书馆文献,不啻成为一废纸堆",一时震惊法界,竟相传诵。

由于当时法学者将罗马法奉为金科玉律,不敢增减一语半字,法学者之任务,只须将其阐释明确为已足,从未有对之"更动"的异念,而法官亦认为株守纯理论的逻辑推论,既尽本份,身为法官之基尔息曼竟甘冒大不韪,大放厥词,图思打破藩篱,自励胆大妄为。不旋踵间,基氏被当道指为异端,不仅"法解释学之无学问价值性"讲词被悬为禁书,且基氏亦被免职了。

实则,以今之眼光衡之,基氏所论,实不足惊异。 氏指出法学(即法解释学)与自然科学有别,此二者研究之对象,虽皆为"法则",惟自然科学法则,悉受因 果律所控制,既不可能有善恶之价值判断,亦无所谓目的观念。凡百事物,有其因必有其果,同其因必同其 果,故因果律亦具一致性、必然性。至法学研究之对象 虽亦为法则,然此"法则"为人类所创造,人之不同各 如其面,其个别性色彩至为浓厚,自不能有所谓一致性 或必然性。以是之故,习法者仅有"大脑",尚犹未足,必须扩其"心胸",展开"视野",使法学符合民俗,始能经世济民。否则,以南粮强就北辙,持方枘欲入圆鉴,其岂宜乎?

其氏此种论调,端在说明"法学"与"价值"间之关系,隐隐之间,已在传递"社会学"研究之讯息,此种观念,自不利于"统治",在当时社会,其被罢黜,应非偶然。自古及今,类如基氏之下场者,不知凡几,彼等非不知后果,不过有所为有所不为耳。

继基氏之后,耶令格于其〈法之目的〉(Der Zweck im Recht, 1877) 一书中, 主倡"目的法学"(Zweckjurisprudenz), 并以游戏笔法,写成〈法学戏论〉(Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, 1884), [16]对"概念法学"痛加批评,本书将有专章讨论,兹不赘。随之德国野尔立息(Eugen Ehrlich)之〈法之自由发现与自由法学〉(Freie Rechtsfindung und freie Rechtswis senschaft, 1903),康德罗兹(Hermann Kantorowicz)之〈为法学而战〉(Kampf um die Rechtswissenschaft, 1906)等书相继问世,而酿成德国自由法运动。[17] 其在法国,继撤来(Raymond Saleilles)之后,有叶尼(Francois Gény)出而提倡"科学之自由探究"(la libre recherche Scientifique),并主张自由法论非单纯之启蒙运动,法律本身有漏洞应不可免,法学者宜从法律以外去发现"活生生的法律",加以补充。在美国继诺曼(Nolmes 1842~1936)之后,则有社会法学派之庞德

(Roscoe Pound 1870~1964) 倡言: 法律的生命不是逻辑, 而是经验。均大有可观。

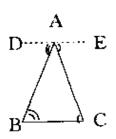
惟无可讳言,法律之解释在"概念法学"阶段,虽 难免将无生命的概念,置于无生命之机械逻辑里操作, 然其结论较具确定性及普遍性,则为不可否认之事实。 自由法运动后,虽赋予法律一种可贵的生命,透过解释 能使正义充满人间,颇能切合人类的需求,然由于解释 较为"自由",不问为"目的考量"、"利益衡量"或 "价值判断",均难免搀有主观的色彩。因此,法学了 为上确?有无客观性可言?如有仁智之见时,何 者为正确?有无客观的标准以为判断之准绳?法等所 看无客观的标准以为判断之准绳?法可 释法律时,其方法为何?在何种情况下为之始不致 行"突击性裁判"的感觉?此乃一门大学问,本书将为 您提供一标准答案,欲知其详,请看次章。

第二章 事物认识之客观性

吾人认识一种事物, 有无认识之客观性, 可自二角 度观之,其一可自认识主体观察其客观性,另一则自认 识之结果观察其客观性。[18] 就认识主体之客观性言之, "认识主体"认识一种事物时、自觉其能摒绝自我, 秉 持无私无我之原则, 客观平正, 不为"偏见""谬误" 所蒙蔽,固足曰认识主体具有客观性, 然欲臻此境界. 非透过深湛的道德修持,成就其高度的理性不为功,此 在"道德"层面,或有其可能,惟在实际上则根本无此 可能, 盖自以为公正无私的人, 辄怀有偏见。从心理之 角度言之, 人之有偏见, 往往深坦心底, 无从自觉也; 而自知识社会学之角度言,人之知识,亦难免受其所处 环境以及背景之影响,欲期其"客体化",无我无相, 亦强其所难。然无可讳言,认识者个人,尽可能将自己 客体化, 反复自省, 自我寻觅, 压抑偏见, 并加矫正, 在某限度内尚难谓无益,但期以此种克已反省的工夫, 摒除私见, 犹若身陷泥沼者, 自提其发, 而期自泥沼中 脱困也。

其次自认识结果之客观性言之,认识之客观性,既 系认识结果之真理性。真理苟普遍为大家承认,认识之 客观性,虽可能成立。然何为真理,言人人殊,殊难遽 下定言,或谓现实的忠实反映者,或谓与过去之知识可 协调整合者,或以实用主义为依归,能依命题将认识结 果行为获致令人满意之结果者、不一而足。碧海纯一曾 举三例言之。^[19]

其一, "三角形三内角的和等于 180 度", 此以欧几里得 (Euclid 300 B. C.) 几何学之方法即可证明之, 如图:



自A划一线 DE 与BC 平行,因角 B 等于角 BAD,角 C 等于角 CAE;角 BAD 加角 A 加角 CAE 又等于 180 度;故角 A 加角 B 加角 C,自亦等于 180 度。此项证明,以一定的前提(欧几里得定理群),用逻辑分析的方法,即可获得推论,故其具有高度的客观性。

其二,"富士山的高度是海拔3776公尺",此以三角测量或其他方法,即可测量,其结果亦具高度的客观性。

其三, "流经导体电流之强度, 与两端之电压成正比", 此亦可以电流计、电压计实地加以测定(欧姆定理), 亦具有高度之客观性。

就以上三例言之,第一例可以逻辑分析的方法加以证明,第二、三例则可以经验事实的验证方法加以解决。本此以论,认识之客观性,与其谓认识结果之客观性,毋宁认为理论认识结果具有"合理讨论之可能性"及"批判可能性"为愈。

要之、欲使理论认识结果具有"合理讨论之可能性"及"批判可能性",须用以下二种方法,始能获致。[20]

其一,逻辑的、形式的方法,亦即逻辑分析的方法。 只须以同样推论之前提为出发点,依据相同的推论规则,无论何人于何时何地为之,均可获致相同的结论, 例如数学、几何学、形式科学等,均属此类学问。

其二,经验的、实质的方法,亦即经验事实的验证方法。经验科学殆皆依此方法维持其客观性,所谓"经验"恒须透过吾人之感官加以观察认知,或"量"的感觉,如大小、长短、冷暖等,或"质"的感觉,如香、臭、酸、辣等是。惟一般而言,量的观察方法恒有客观,不易引起争论,在经验科学多以此法为之。而,不免观察方法则每因人而异,且会衍生久居芝兰之室,不觉其香,久入鲍鱼之室,不觉其臭之"错觉",其标准不易拿捏。

一般事物之认识, 所以能依逻辑分析的方法或经验

事实的验证方法,获致客观性,主要具有合理讨论之可能性以及合理批判的可能性。在同样认知之基础上,众人皆曰是,吾人不能独谓非;众人皆曰非,吾人不能独谓是。苟由于认知差异,则可导致"众人皆醉""唯我独醒"之结果,例如哥白尼(Nicdaus Copernicus 1473~1543)创立了"日心说"(地动说)认太阳为宇宙的中心,改变了1000多年来"地心说"(天动说)的假定,力斥地球为宇宙中心之说法,初期不为人所信,盖此乃认知差异有以致之也,及经伽利略(Galileo 1564~1642)等以天文观测及物理测试之法加以验证,始知哥白尼之说为是,即其一例。

然则, 法学是否亦可依此等方法经营, 使法律解释 具有客观性? 此乃一、二世纪来法学者所耿耿于怀者, 亦本书重心之所在也, 请依次看以下各章。

第三章 法学认识之客观性

法学或法解释学经法学者的长期经营,早已成为一门学问,各家学说或理论难免对立,甚至引起争执,理由针锋相对者有之,结论相异者有之,不一而足。惟法学既称之为学,自应具有某种程度之客观性,对人类一般生活之实践,始克有济。如百家争鸣,各是其说,则不成为学问。所谓"为学问而学问"(Scientia scientiae gratis),虽颇具浪漫思想,究已偏离学问之道。

学问非一人独能完成,须赖多数学者长期不断之研究,一再累积,始能期其健全发展或有所成就,设彼此所营同一学问,不能维持某程度之客观性,即不能发生累积作用,此一门学问之研究必然停滞不前,甚至萎缩。法学亦复如是,法学者一向以追求客观性为首务,并将法律阐释之客观性,悬为研究的基本课题,实此之故。

法律解释之客观性为何,论者不一其说,有先设定一般抽象的原理原则,在不同的法律解释中,符合此项抽象原理原则之解释者,其解释即具有客观性。惟此项

抽象的原理原则之设定,涉及哲学上一元论之立场或自然主义的演绎关系。不待言而自明。有持二元论之立场,认为无所谓绝对客观的法律解释,一切法律解释最后的判断,殆皆取决于主观的价值判断,或以利益衡量加以取舍,鲜有例外。

无可讳言, 法律解释之客观性, 与三权分立之思想 攸关綦切。在一个法治社会, 法律不仅系统治人民的工 具, 同时亦在约束统治行为, 使其不致侵及人民之基本 权利, 法律解释之客观性, 有助于此项法律之安定与公 平, 法学者对此锲而不舍, 实此之故。法律解释之客观 性, 究应持一元论, 抑或二元论, 始可获致, 虽系一值 得深思的问题, 惟目前各国法学者对此之探讨, 率皆另 起炉灶, 改从另一角度研究。

同时,自本世纪以降,各种法律的经验科学研究成果,如何被广泛的容纳,使法律解释得能提高其客观性,进而摆脱概念法学之阴影,俾可从社会科学中求得一稳固的基础,亦系当前法学者致力之所在。

如前所述,透过合理的公开的讨论与批判,对理论认识的结果,可获得认识之客观性。法学既亦为学问之一种,应亦不能独外,当亦可利用此法加以认识。惟法律科学与自然科学不同,其客体无论如何描绘,实不具自然科学之"客观性",此正为历来法学者胆怯之所在。

实则,社会科学或法学既为科学之一种,自亦具科学之性格,有其客观性之一面,绝不能摆脱逻辑关系,

而成其为科学。虽如所周知,自然科学端在求自然事物 之理、自然事物则悉受"因果律"所控制、既不可能有 善恶的价值判断,亦无所谓目的观念,在"因果律"的 概念之中、亦具事物整齐之"一致性",凡百事物,有 其因必有其果,同其因必同其果,倘无此一致性,既无 因果关系之可言,故"因果律"与"同一律"诚互相 通。归纳的基础是"因果律",演绎的基础则为"同一 律", 二者均系逻辑的主要方法, 亦即自然科学的方法。 因之, 自然科学家运用其理性智慧所设定的原则, 虽未 必皆为自然秩序中存在的真理,但其可以逐渐接近真 理,则属不争之论。而法律科学,则涉及"人"的问 题, 人之不同各如其面, 其个别性之色彩至为浓厚, 社 会秩序自亦不若自然秩序之具有"普遍性"、"必然性", 法学者运用其理性科研成果所设定之原则, 自亦难期其 能"放诸四海而皆准,行诸万世而不惑"。然无论如何, 却不能否定法律科学具有科学之性格。[21]

再者,自然科学研究之对象,为"自然现象",率可在研究者有计划的控制条件下,加以观察及发现,其结果之客观性自较易达到,而法律科学条件则较差,殊不易在有计划的控制条件下进行观察,事实上亦不被容许,因其涉及人之价值判断等诸问题,观察之结果与观察之对象间,每易发生互相干扰之情形,甚难臻于客观。

仅管如此, 法律科学既为学问之一种, 断不可放弃

客观性之追求,在科学性学说固应如此,在解释性学说亦不能独外。一言以蔽之,追求学问之客观性,必藉由公开讨论与批判,充分发挥"学问公器"之性格,其客观性始易形成。

日本学者加藤新平在其所著 (法哲学概论) 一书中, 称学问此种性格为 "间主观性" (intersubjective), 盖谓主观与主观间, 可藉由某一 "标准"沟通, 期臻一致也。法学者就某一法律问题所持见解, 除"主张"而外, 应附具"合理的理由"以为说明, 俾他人得以理解, 进而对其主张之是非对错, 以及是否正当? 是否具合理性 (reasonableness)? 提出公开讨论与批判。而讨论或批判者之主张, 自亦应附"合理的理由", 俾他人或原主张者更得对之讨论或批判, 学问之此种性格, 称为间主张性之"理解可能性"、"讨论可能性"及"批准可能性"。若法律见解之提出, 徒然空言主张, 未具理由; 或所附理由不合理 (即不依一般公认之标准提出理由), 或不为公开, 均不得谓为学问。[22]

因之,在讨论或批判的层面,如众说杂陈,所提出之理由又不循一定之"标准",难免有个人之恣意、偏见、利害或爱憎等搀杂其间,迷漫着"恶之主观性",自亦欠缺间主观之妥当性,于提高法学之客观性,当亦属无补。

在学问之领域, 无所谓绝对的权威存在, 无不可讨 论或批判者。任何主张, 任何见解, 无不可秉此"学问 上公开"之性格;容许各方讨论或批判,反复辗转为之,始可逐渐提高学问上之认识,以提高其客观性。学问之与"教条"不同,其理由即在于此。惟宜注意者,参加讨论或批判者若不依循"一定之标准"提出讨论批判,将各是其是,各非其非,无异在不同的层面上各说各话,其结果,客观性之目标仍无由以达。此标准之性质为何?一言以蔽之,即应具"科学性"。

"科学"一词,若就广义而言,包括形式科学以及经验科学二者而言,形式科学,主要是依据逻辑分析的方法加以演绎,而经验科学则端赖经验事实的验证方法而获致。凭此二者,科学乃具有客观性。一般事物之认识,依逻辑分析的方法或经验事实的验证方法为之,可获致客观性。法学或法解释学,如上所述,亦复相同,苟以此二方法或标准提出"主张",并附具合理的理由予以公开,必因其具"批判可能性"及"讨论可能性"而更能使其具客观性也。

法律之解释,以及裁判,应亦不能独外,在不违反"出版法"第33条规定:"出版品对于尚在侦查或审判中之诉讼事件,或承办该事件有关之诉讼关系人,不得评论,并不得登载禁止公开诉讼事件之辩论"之范围内,应尽量公开之,欢迎讨论及批判,于解释及裁判品质的提高,必大有助益。设自命权威,或斥讨论或批判,者为异端,将严重阻碍法学或司法的进步。不言可喻。

惟为避免公开讨论或批判陷入无益的论争,无论是

阐释者,或提出讨论或批判者,均应严守"间主观性"之原则,分别视其学说究为科学性或解释性,依凭"逻辑分析的方法"或"经验事实的验证方法"等,提出"合理的理由"始为合格。自不待言。

然则,为求获取法学认识之客观性,所依凭"逻辑分析的方法"或"经验事实的验证方法",是否与认识事物之客观性之方法,同其意义,尤其在法律之阐释方面,恒须为"目的考量"或"利益衡量",此为"事物"之认识所无者,又将如之何?实在令人玩味。

第四章 从逻辑分析方面认 识法学之客观性

传统的法学者对于法学之研究,向重于"理论认识"方面,并藉"逻辑分析的方法"或"经验事实的验证方法",以提高其客观性。就逻辑的分析言,法学实具"教义学"之性格;就经验事实的验证言,法学则具"经验科学"之性格,此与法官须就法学上的认识应用到实际生活上者,尚有不同。换言之,法官系以法学之"理论认识"为基础,应用于"实际问题"上,兼有"实践"之性格。亦因为如此,法官之判决,不能不蕴"自的考量"、"利益衡量"或"价值判断"之色彩。

故本书于此,先言逻辑分析的方法,次言经验事实的验证方法,而后再述法学之实践性格,循序描绘,俾读者得获窥法学方法上"认识论"之全貌。

法学在理论认识上,如前所述,可藉由逻辑分析的方法,以获知其"恰如其实"之内涵,就此而言,法学也者,不啻一"形式科学",日本学者碧海纯一称法学此项性格,为教义学性(dognatisch),^[23]盖法学者以外在

权威所给与之命题、诸如立法机关所制定的法律条文或法院所著判例等、为机械的演绎操作、恰似教徒以圣经为依据、对人"说教"也。君不见教徒之说教、就社会所发生任何具体社会问题、靡不以圣经为出发点、说之、解决之、指引之耶、此既为教义学也。如完全循此逻辑分析的方法研究法学、到末了、将发展为"概念法学"、即令运用之结果、为命题所无、或与命题发生冲突、亦必牵强附会、曰法律固系如此也。其之不当、不符言自明。因之如何善用逻辑分析的方法、拿捏得宜、允属一桩艺术。

然则, 法学者为法学上之认识, 不在批评法律或其他实证法之是非对错, 而系将法律当成一个权威的 题, 资为解决实际问题之基础。此与其他经验科学不同, 盖其他经验科学如自然科学、社会学或经济学等, 仅将观察所得之法则命题, 当作假设, 未尝奉为金修正, 甚或扬弃, 有其充分的自主性。因之, 自然科学家里自然现象所发现之自然未则, 社会学家观察社会现象与发现之社会法则, 或经济学家利用许多经济现象所发现之经济法则等等, 研究者今日可视若至宝, 明日亦可产如敝屣, 随时可本于其确信而为更改, 有其选择之自由。

而法学者对于法律或其他实证法则不能持如是态度, 应认法律具有权威,有拘束性,不得任意加以修改。换 言之, 法学者应以法律规定为前提, 并就此导引出解决实际社会问题的法律见解, 俾法律知识或法律见解得以体系化, 成为一有体系的学科或知识。

欲臻此境界,势须将有权威之"法律命题"定于一尊,尽量使法律见解不与之抵触,并依逻辑分析的方法,提高其体系性。详言之,当某一法律命题可导出数种不同之法律见解时,究应以何者为是,首须视法律见解与法律命题间有无抵触?可否调和?与之圆通而无矛盾者,始为正确的法律见解。

准上以论, 法学者一方面须将法律奉为圭臬, 成为 权威的命题, 另一方面又恐其具浓厚的教义学性, 发展 成为"概念法学", 不免怒然忧焉。处此微妙且错综复 杂之境界下, 现代法学可谓深具独特性格, 亦因如此, 时遇无可言宣的杂题, [24] 诚非无因。

要之,逻辑分析的方法固可提高法学的客观性,对不同之法律见解,提供分辨优劣之标准,俾加取舍,有不可代替的一面;惟运用之际,仍应把握分寸,拿捏得宜,不能过分强调,否则,法律也者、不过逻辑之代官司,整个法律秩序的体系性,势将演成为整个法学唯一追求目标。甚至为维持法律之逻辑一贯性、体系性,就社会实际发生问题的解决,必然悍然不顾社会事实,无视社会或法律目的,而流于所谓概念法学,其岂宜哉。

吾人于此不能不指出, 法学之主要任务, 厥为透过

法律的适用,以实现法律目的或社会统制目的,倘过分强调法律之逻辑一贯性,以追求法律解释的客观性,无视法律目的或社会统制目的,将此项主要任务置之脑后,必将重蹈19世纪概念法学之覆辙,变成一"机械法学"。

概念法学著重于法律逻辑的一贯性,有助于法律的安定,有其不可磨灭的功劳,固无可争议,惟此亦正其致命伤之所在。盖为维持法律秩序之体系性,而不顾事实,牺牲社会统制目的或法律目的,诚至短视也。夫法律逻辑仅系手段,而非目的,为手段而牺牲目的,或将手段视为目的,均属舍本逐末之举,无怪今之习法者,每一提及概念法学,即有轻蔑之意味也。

19世纪前叶,概念法学在欧陆,尤其德、法等国可谓极一时之盛,其详容后专章讨论。兹姑以德国为例,德国自中世纪末期继受罗马法大全后,即时兴罗马法典学(Pandektologie),就罗马法加以注释分析,使之体系化。至萨维尼时代(Friedrich Karl Savigny 1776~1861),萨氏认为所有法律之形成,犹若习惯法之形成,先肇始于对惯和通行的信仰,然后由法学淬炼始于成,因而提倡历史法学,强调罗马法的重要性,[25]其本人虽非一概念法学者,惟已有此倾向。至其徒普希达(Georg Friedrich Puchta 1789~1846)更倡之甚力,[26]普氏试图将罗马法整理成一很有体系而层次分明的规范,将罗马法分为数层次,最上层为法律理念,整个法律秩序均须受

此一法律理念所支配,法学者之任务,仅能依循逻辑的演绎方法,分析各层次规范间之关系以及各种法律概念间之关系。法官亦仅能依凭机械的逻辑,运用法律,不能旁求。此种逻辑自足(logische Geschlossenheit)的观念,至温德夏特(Bernhanrd Windscheid 1871~1892)达到最高峰,其理论体系亦趋于精致。

此种逻辑自足的观念,导致法学者研究法学,非全部使用逻辑分析的方法不可,此虽足以提高法学的客观性,但未免忽视了法学的实践性格,实不足取。换言之,此种客观性,为一种"形式性",非吾人所欲追求的"客观性",此宜注意者也。吾人今言逻辑分析的方法,不可徒凭纯粹形式的逻辑,为机械的操作,而应注意法学的实践性格。

法学非理论科学,而系应用科学;非徒凭纯粹的理论认识,即足济事,而应统合理论与实践,透过法律的应用,始足满足吾人社会需求,达到社会统制目的。因之,吾人阐释法律,以逻辑分析的方法追求客观性时,断不可再重蹈概念法学之覆辙。若误将逻辑分析的方法当成法学上唯一认识的方法,或将其视为唯一提高法学客观性的方法,均难获窥法学堂奥。

以诽韩案为例,"刑事诉讼法"第234条第5项规定:"'刑法'第320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"。直系血亲一词,"民法"

第967条第1项仅规定"谓己身所从出、或从己身所出之血亲",就其年代未设何限制、如纯就形式上的逻辑推论,必然会导出:"只要系直系血亲,其充属几十代、甚或几百代子孙,均所不问,一概有告诉权"之结论。若从"刑法"第320条"诽谤死人罪"规定之目的言,则端在"保护死者后人之孝思",^[27]韩愈死后迄今业已逾1156年之久,业已"远也",其后人对之又有何"孝思忆念"之可言?再如有一人焉,在会客到门口悬一告示曰:"禁止带狗进入",苟不考虑其规范之目的,遽为反对推论、则熊虎之属,将准带入矣,其岂宜哉。

第五章 从经验事实方面认 识法学之客观性

在经验科学诸命题中,有甚多属于经验命题,具有"验证可能性"(Verifiability)或"确认可能性"(confirm ability),可透过经验事实的验证方法,验证或确认其"真理性"。法学为经验科学之一种,有甚多命题深具"经验命题"色彩,自亦得透过经验事实的验证方法,提高其客观性,此种研究方向,目前已成为20世纪法学之主流。"法社会学"之研究,迄今方兴未艾,可为明证。

所谓"经验事实的验证方法", 无非就社会现象或法律现象观察某种经验命题所得, 透过归纳的方法, 归纳成一般性之命题, 称为"假设"。嗣再透过演绎的方法, 将此一般性的命题导出各种命题, 并与经验事实一一验证, 苛若符合者, 即属正确之命题; 苟不符合者则予修正, 经过不断的观察、验证、修正, 以认识经验命题恰如其实之方法, 即属经验事实的验证方法。

举例言之, 孔子是人, 孔子死了; 孟子是人, 孟子

死了;老子是人,老子死了……,将此种个别的经验命题,以归纳法得一般性命题:"凡人皆会死",在未验证以前,此种一般性命题不过系一种假设而已。于是依此"凡人皆会死"之命题,导出"张三是人,也会死"、"李四是人,也会死"、"王五是人,也会死"等各种命题,经过了若干时日,果不其然,目睹"张三死了"、"李四死了"、"王五死了"等经验事实,经验证无误后,即足证明前此所假设之一般性命题"凡人皆会死"为真。

法学上有诸般命题, 事实上含有"经验命题"在内, 自亦可以此种经验事实的验证方法, 提高法学或法律解 释之客观性。

爱举世界闻名之 Brandeis Brief Case (Muller V. Orgon),加以说明,此例经常在有关论著中被引用,日本学者山田卓生于其所撰 (法社会学与法解释学)一文中,亦引以为据, [28] 叙述颇详。缘于 1908 年,美国奥勒冈州制定一限制女性劳动时间之法律,有一工厂老板 Muller 指为违宪,当时名噪一时之律师 Brandeis (其后为最高法院官)受奥勒冈州之委任,提出拥护州立法之答辩状。此案争点为限制女性劳动时间之法律,是否侵及联邦宪法所保障契约之自由,而构成违宪?证诸过去之先例,于此项州立法原至不利,Brandeis 氏乃不厌其详撰了百余页之的ief (诉讼摘要),提交最高法院。其中有关"先例"批判部分不过两页,其余则均为"活生生的事实"(liv-

ing facts),其内容略谓:男子之体格与机能不同,妇女苟长时间的劳动,依其特殊之身体构造,显属危险。且依医生之意见,妇女工作之耐久力,亦较男性为差,设过度劳动消耗其耐久力,对于妇女之健康将有所戕损。何况,劳动时间增长,相对的即减少家庭生活时间,显亦无视子女的教养以及国民的福祉。因之,劳动妇女无论结婚与否,宜予优裕的生活,俾能改善家庭生活,以谋世世代代体格与道德显著的增进。

最后,最高法院遂依 Brandeis 氏之见解,判决奥勒冈州立法,限制妇女劳动时间为有效,不生违宪的问题。由此案例可知,社会事实部分攸关诉讼之胜败甚巨,不可等闲视之。无可讳言,涉及法律目的或社会目的的争论,虽属高度价值判断的问题,不能遽依"学问"的方法证明其对错,惟若对目的无争论,对实现目的之有关事实有争论时,仍可以验证的方法加以验证,俾能对与"手段"有关之诸般事实有明确的认识,以助其提高客观性。

以 Brandeis Brief Case 为例, 男女之体格、机能、耐力以及过分劳动对家庭生活之影响等等, 均不难以观察验证的方法,证明其差异, 而获得解决。

再如"民法"第1077条规定:"养子女与养父母之关系,除法律另有规定外,与婚生子女同",故"养父母系养子女之直系血亲尊亲属,养父母之血亲,亦即为养子女之血亲",[29]1943年上字第2366号判例乃进而推

论:"养子女与养父母之关系,依'民法'第1077条之规定,既与婚生子女同,则养女对于养父母兄弟之子,亦与同祖之兄弟姐妹无异,依'民法'第983条第1项第3款之规定,自属不得结婚",原甚正确。

惟由于台湾历史上,有其独特的习惯,"户口簿"虽 记载为养女,在实质上则未尽如是,[30]换言之,"户口 簿"上所记载之养女,除单纯之养女外,尚包括"查某 娴"以及"童养媳"等情形在内。所谓"查某娴"系当 时女奴婢之俗称, 其地位等于富户之家俱, 可以自由买 卖,无人格之可言。洎乎1917年11月7日"台湾覆审 法院"判决称: "从令合意以他人为查某娴,拘束其终 身, 其合意乃为违反公序良俗之行为, 应属无效", 其 人格始被确认。嗣于1918年1月,"台湾总督府警察本 署长"乃以"本保第23号之2"令通达,命令各厅长毋 庸受理查某娴之户口登记。然多年陋俗, 殊难立绝, 殆 多假以"养女"之名义登记,此"养女"者"系指"查 某娴"而言,而"民法"之上"养女"也。又所谓"童 养媳",与中国大陆之童养媳同,在台湾地区称为"媳 妇仔", 其与养女之区别, 乃在于有否以之为结婚之对 象而定。申言之,有以之为结婚之对象者为"童养媳", 未以之为结婚之对象者,始为"养女"。惟因收养童养 媳之家庭,多为中流以下阶层,辄将"童养媳"误登记 为"养女", 其例甚多。

除此之外,台湾当时深受日本民法第734条规定:

"直系血亲或三亲等以内之旁系血亲间,不得结婚。但 养子与养方之旁系血亲间,不在此限"影响,亦有所谓 "婿养子缘祖"的风俗,所谓"婿养子"系女婿兼养子 之意,先为养子,从养家之姓,长大后再结婚,有继承 养家财产之权,其地位高于赘夫,情感亦颇浓厚,以此 形式而结婚者不乏其人。然在"户口簿"上殆均载为 "养子",其情形与"民法"上之"养子",亦属有间。

因之, 在台湾光复初期, 法官就此部分社会事实既 不甚明了, 且格于"民法"第983条近亲结婚禁止之限 制、大多宣告类此"养子"或"养女"与"养父母"之 子女结婚无效,嗣经民间多方反映,并经声请"司法院 大法官会议"解释后,始先后以释字第12号解释:"某 甲收养某丙, 同时以女妻之, 此种将女抱男习惯, 其相 互间原无生理上血统关系,不受'民法'第983条之限 制", 释字第32号解释: "所谓将女抱男之习惯, 系指 于收养同时以女妻之, 其间又无血统关系而言, 此项习 惯实属招赘行为,并非民法上之所谓收养。至被收养为 子女后, 另行与养父母之婚生子女结婚者, 自应先行终 止收养关系",释字第 91 号解释: "养亲死亡后,养子 女之一方无从终止收养关系,不得与养父母之婚生子女 结婚, 但养亲收养子女时, 本有使其与婚生子女结婚之 真意者,不在此限",此等错综复杂之问题,乃获得解 决。

似此"社会事实"若不为调查,一概将户口登记簿

上登记之"养子"、"养女"当成"民法"上之养子女,将会发生偏差之结果,此皆对事实认识部分,不够深切有以致之,倘能详细地调查研究,法律解释之客观性,必然可大为提高。

又法学上的学说,可分为科学性学说及解释性学说, 均包含甚多之经验事实,自亦具有验证性,不难以经验 事实之验证方法判断其是否正确,进而提高法学之客观 性。在科学性学说固无论矣,即在解释性学说亦因可以 验证经验事实,得能督促法官在"目的考量"、"利益衡 量"或"价值判断"时,趋于理智,亦有其正面的意 义。

目的不明晰之事例,如美国 Brandeis Brief Case 之例是,虽其目的不明确,惟其取舍属高度价值判断之问题,取舍之间,仍涉及周边事实之认识也。

以是之故,涉及目的选择之案例,法官于判决之际,亦宜于判决内叙说明确,俾他人对其目的之选择可以明了,进而可资讨论或批判其选择是否合理,当亦有助于提高解释之客观性。从而,当事人或法学者如能提供充分的社会事实,使法官能明了采取何种法律见解,做何目的选择,会导致何种社会结果,亦有其正面的意义。自本世纪以来,法社会学之研究或经验事实之调查研究,在法学界异军突起,实非无因。

良以法解释学之争论,虽大致为法律见解的对立,惟对事实本身苟未有充分之认识,则易导致法律见解之分歧。因之,如系对事实本身未有充分之认识而发生争论,必须根据经验事实的验证方法,以究其实在情形。设属目的本身的争论,则涉及高度价值判断问题,无从为验证,自不待言。

要之, 法学非纯粹理论认识的学问, 乃系混合理论与实践之一门科学, 法学之所以为法学, 必须透过法律之应用, 始能实现吾人之社会目的, 以满足人类在社会上各种需求, 其具有实践性格, 灼然至明。故法学乃为一门应用科学, 而非理论科学。因之, 多方吸收邻接科学诸如法社会学、法心理学以及法史学之研究成果, 以为应用, 乃成为今后法学研究迫切之课题。

注释:

- [10] 参见碧海纯一: (法哲学概论), 第 175、176 页。
- [11] 十二木表法只是把过去的古老习惯,变成具体的法律条文,对于人民的权利义务加以明确的规定,内容粗浅,刑罚残酷。嗣经不断修改,始成为保障人民自由与正义之条文。因其刻在十二块木板之上,在罗马市中心广场公布,故称为十二木表法。
- [12] 参见陈朝壁: (罗马法原理) 上册, 宋士骧序第1页。
- [13] 涂怀莹: (法学绪论), 第 239 页。
- [14] 洪逊欣、前揭书、第98页。
- [15] 洪逊欣, 前揭书, 第100页。
- [16] 如照德文直释、Scherz und Ernst in der Jurisprudenz 一书,应译为"法学上之玩戏与挚诚"较为贴切,如洪逊欣著: (法理学) 第100页即作如是译法。日本学者碧海纯一著(法哲学概论),则译为"法学戏论"颇为传神、见氏著该书第203页。本书从之,非故为标新立异也。
- [17] 洪逊欣、前揭书、第100页。
- [18] 碧海纯一、前揭书, 第178、179页。
- [19] 同前注。
- [20] 同前注。
- [21] 参见拙著:《阐释法律之方法论》, 第9、10页。
- [22] 参见加藤新平: (法哲学概论), 第72页。碧海纯一: (法学におはる理论と实践), 第251-254页。
- [23] 参见碧海纯一, 前揭书, 第184页。
- [24] 同前注。
- [25] 参见拙著:《阐释法律之方法论》, 第5页。
- [26] 参见碧海纯一: (法学におはる理论と实践), 第 17 页。

- [27] 参见"刑法"第312条立法说明。
- [28] 该文收编碧海纯一: **(**法学におはる理论と实践**)**, 第 47 50 页。
- [29] 参见 1945 年院解字第 3004 号解释。
- [30] 日据时代,台湾省人民身份,均应详细登载于"户口簿"中,系依施行台湾之"户口规则"(明治 38 年府令第 93 号,昭和 10 年府令第 32 号修正)实施,该规则纯为警察治安之作用而制定,性质上与日本本国之户籍法有别。户口簿之记载,虽有信凭力,惟依当时法院判例,当事人可举证推翻。
- [31] 参见碧海纯一: 《法哲学概论》, 第 189 页。

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

19世纪初期,欧洲大陆法学界,殆认为法律之解释与适用,是一种纯粹理论认识之作用,不仅无须搀杂评价的态度,且严格禁止法律之解释渗入评价之因素在内。此种趋势,演变至19世纪中叶,法、德等国遂为"概念法学"之阴影所笼罩,经19世纪末叶20世纪初期自由法运动后,始渐认为法学兼具理论认识与实践之价值判断二方面之因素在内,系一种兼具实践性质之认识活动。

为便于说明,本书拟先说明 19 世纪前叶法、德二国一般法学界情形,次述及概念法学,而后再介绍自由法运动之全貌,以有助于读者诸君得获窥法学底蕴。

法国至19世纪、所以会造成概念法学之风潮,主要基于以下二种原因:其一、受到孟德斯鸠(Momesquieu 1689~1755)及白卡雷(Cesare Beccaria 1738~1794)等启蒙思想家见解之影响。彼等认为法官系一种自动适用法律之机械。判决为"法律严格之复印",而法官则系

"宣告法律语言之嘴巴,须严格受法律之效力所拘束, 法官系无能力或无意志自行左右自己之生物",[32]其所以 如此者,乃孟德斯鸠等基于所创三权分立的理论,严格 禁止法官创造法律,认为创造法律属立法者之任务,而 法官之职责,则端在确认或发现法律,并将之适用于具 体之案件上。以是之故, 法官为判决时, 不能加入个人 之"利益衡量"、"目的考量"或"价值判断",仅得纯 为逻辑的机械操作。换言之, 法律解释之基本原理, 不 外在探究立法者明示或可得推知之意思,并依严格的逻 辑方法加以操作,如此而已。法典系"被写下来之理 性"(la raison écrite; ratio scripta), 其本身业已构成一个完 整自足的法源体系, 无须求诸其他法源补助, [33] 即或注 释书籍,亦在禁止刊行之列。盖法学者注释法律,难免 众说杂陈,如许刊行,有损法典权威也。以致后来拿破 仑乍睹注释书出现, 即觉其引为自豪之拿破仑法典将成 为过去,而大叹:"朕之法典报销矣!" (Mon code est perdu!) [34]

孟德斯鸠及白卡雷等思想家之见解,对法国大革命后法学,乃至法典编纂之影响,至为深巨。法国大革命之际,法国盛行"法典万能主义"思想,认为成文法驾一切,法院之任务,不过"照章行事"而已,无权创造一般性的规范,庶免侵及立法机关之权限,所谓判决不过系"法律严格之复印"云云,即指此而言,法官于判决时绝不能搀杂价值之评价,应恰如其实的反映法

律; 苟假法律解释或判例之名,增减法律规定之精神,即属逾"分",有损立法机关颁布成文法尊严,并破坏法律的统一性,应该加以禁绝。

不特此也,在此法典万能主义的思潮之下,"判决就是判决",无所谓"判例"存在。在一般性的规范之外,苟尚允许判例存在,不啻允许法官造法,法官不能也无权作此"荒谬"之事。普天之下,任何具体案件,成文法均能应付裕如,其无美不臻,永远不虞"缺漏",取之用之,绰绰有余,无须托诸判例或其他法源。

其二, 受自然法思想之影响。法国大革命前后, 自 然法思想正蓬勃发展, 彼等认为人类生而平等, 对生 命、自由及财产拥有天赋的权利。国家分官设职,正所以保障此等权利,并维护人与人之平等。革命成功后, 法国热烈展开法典编纂运动,正受此思想之影响,彼等 梦想编纂一种简易、单纯而明确之法典,人人均可阅 读,无须请教律师,即可了解自己之权利与义务,直接 上法庭。

此与法国大革命之前,犹存在之"司法贵族"(Aristocracy of the robe)制度,亦有关连。盖法国在大革命以前,"法官"职位既可购买亦可转售,更可为继承承方式。例如孟德斯鸠即以继承方式取得"法官"职位,10年之后,厌倦法官生涯遂转售了事。法官在其时属"贵族"之列,彼等经常支持电主追害农民、工人等,与地主沆瀣一气,引用法律适于具体案件时,经常作违背法律"原意"之解释,甚至至曲法律,以致法国大革命时,司法成为改革对象。该国人民认为对司法若不作适当之干涉,将足以侵犯人权,有违自然法思想。因之,立法必须求其完备、统一与明确。

盖法律苟不完备,则法官于处理具体案件时,必然运用"变通"的方式适用法律、此即在"制定法律"也;法律条文若互相冲突,矛盾互见,而不统一,法官有"选择"适用法条之自由,亦与"制定法律"无殊;再法条苟晦涩艰深,义至含混,法官亦必将赋予"意义",亦等于"制定法律"也。设有一于此,人民之天

赋权利、均有随时被侵犯之危险。

以是之故,法国大革命后,编纂法典即成为法国要务之一,彼等渴望一本涵盖万象,用词浅近易懂,人人可凭自己的理性去了解、认知之法典问世。人们随时可将之置于身边,摩挲玩味;亦可透过个别之法律规定,推断出支配整个法律之原理;更可依凭支配整个法律之原理,演绎到各个法律规定。1840年法国拿破仑法典,即在法学者所抱怀自然法思想,以及人类可凭其理性制定一完美无缺法典理念下完成。

由于法典万能而且至上,故一切问题均应在法典内觅其根据,法官无论碰到任何法律问题,亦均应透过严格的逻辑演绎加以解决,于是"概念法学"遂应运而生。同时,法国民法典第4条规定:"法官不得以法无明文为理由,拒绝裁判",其意原指法典万能,任何问题,均可于法典内觅及答案,无须考虑其他法源而言,其后竟被解释为法无明文时,法官可于法典之外,另觅根据,加以裁判,以致最后演成"判例"为法国民法典主要内容之一,自由法论思想萌芽之契机,岂系当时法学者所企及者也。

第二章 19 世纪初期德国法学者 对法学之认识

19世纪初期,德国犹无一部近代法典,可与法国拿破仑法典相颉颃,在社会上、经济上或政治上等方面,德国与法国固不尽相同。惟于法学方法方面,二国学风则颇为类似。[36]是时尝有学者建议,德国不妨步法国之后尘,惟为萨维尼所反对,萨氏认为法律无非系人类发展过程中历史之产物,在编纂法典以前,务须深彻了解日耳曼法及德国法学之历史发展过程,苟图以"自然法学"之思想制定法典、必然凿枘、未能切合德国之需要。

夷考德国法学之根源,实源自罗马法。德国虽系一日耳曼民族,早有日耳曼法,惟并非统一之法典,而系各邦所共同沿有之习惯法。至 12、13 世纪,德国开始继受罗马法,至 15 世纪研究罗马法蔚为风气,有甚多留学生负笈罗马,攻读罗马法,学成归国后,衣锦还乡,颇受重用,殆皆能在政府机关荣任高官,甚或充当法官,使有心之人趋之若鹜,因而甚多有志于此者,大

批涌至罗马攻读罗马法。久而久之,罗马法遂渐取代日耳曼法,成为德国各邦适用之法律。其所以如此者,与德国为东罗马帝国统治属地,大有关连,盖东罗马帝国既以"查士丁尼法典"为皇帝之法,自希其统治范围内之人民,一概奉行,此乃极为自然之事。故行政官或法官之任用,以熟谙罗马法者为主,乃势所当然。

然而,德国究非意大利,其本国尚有居于习惯法地位之日耳曼法,且德国风俗民情,与意大利亦不尽相同,自难将罗马法全盘移植,原封不动适用于德国各邦。因之,德国学者纷作"换骨"工夫,对罗马法加以解释、修正,使能适合德国之需要。经过长期换骨工作所变成之罗马法,与罗马法原貌自属有别,此种罗马法即系德国法学者所创之学者法。经过此种"罗马法代的惯用",至19世纪罗马法俨然已成为德国各邦适用之普通法。

因之,萨维尼(Savigny)主张德国法律之编纂,绝不能一味依据"理性主义"及"自然法思想"编成之法国法典为之,而应以在德国具有普遍效力之"学者法"为主,作全盘性之研究,并加注释。故萨氏一直被认为系"历史法学派"之代表人物,即此之故。其后经其徒普希达(Puchta)极力推行,至温德夏特(Windscheid)臻于圆熟,其所著"古典法学教科书"(Lehrbuch des Pandektenrechts),风行一时,世称此为"德国古典法学"(Pandektenjurisprudenz oder Pandektologie)。[37]

惟细究之,萨维尼、普希达与温德夏特三人,固为德国古典法学主流,然三人之见解,未必尽属相同。萨氏主张法律是成长的,非固定不变的。法律是民族精神之产物以及沿习的惯行,因民族的成长而成长,因民族的强大而强大,且亦因民族的丧失而归于消灭。故所有法律之形成,犹若习惯法之形成,先肇始于习惯和通行的信仰,然后由于法学淬炼,而底于成。法律之产生系由内在潜移默化的力量,而非由于任何立法者独断的意志。[38]

从萨氏之观点,可演绎出以下几点理念: (1) 法律系发现的,并非制定的,其成长之本质乃系一无意识的、自然的过程。职是之故,成文法与习惯相较,实居于次要之地位。(2) 当法律逐渐从初级社会甚易掌握之法律关系,演进至现代社会极端复杂之法律关系时,性之意识不再率直显露于外,而必须由通晓法术者。民之,而为阐发,法学者之任务即系将所发现之法律人而为阐发,法学者之任务即系将所段,法律人之法,法律人而为限度,法律人不同的民族而产生不同的民族而产生不同的民族而产生不同的民族而产生不同的民族而产生不同的民族而产生不同的民族而产生不同的民族而产生不同的民族而产生不同的民族而产生不可能放诸四海而皆准,行诸万世而不惑。[39]

就前述观点而言,萨氏认为法官之职责,在于发现法律,适用法律,绝不容以自己的智慧来创造法律。而法学之研究,系先研究法律素材(包括条文、规章、习惯法则等),发现原则,而后淬炼之、组织之。迨发现

新资料,应先审视是否能纳入此一系统,其能纳入者固勿论,其不能纳入者,或修正此一系统,或修正新发现之原则。如此反复为之,即为法学淬炼之全部过程。

至于普希达则偏于以逻辑的方法适用法律,普氏认为法律,尤其是罗马法系一有体系、有逻辑一贯性的法律,因之,其自始至终即试图将罗马法分析成许多之"法律概念"、"法律准则"或较为一般性的规定,透过分析、归纳及演绎等方法,导出一般原理原则,上下之间,俨然构成一个层次分明,十分有体系之"法律秩序"。遇到任何法律问题,只须将有关的"法律概念",纳入"法律准则"中,归纳演绎一番,即可获得解答,此与数学家以"数字"及"抽象的记号",按照公式,为纯粹形式的操作,殆无不同。[40]

至于温德夏特则极集德国古典法学之大成,更进一步将整个罗马法体系子以架构,温氏认为原始的罗"法美元缺,且层次井然,甚有体系,其中有甚多"去美元",且合乎公平原则,殊值得继承之。法律之,为在根据求立的概念,用逻辑推演,是全时所"存在"之间,则以探立法律的所"存在"之间,即为已足。一切解释,要由于法律的解释,即为已足。而法学者所致力者,亦集中于法律的解释,意识为依则。而法学者所致力者,亦集中异。彼等系将法之际,而法学者所入,即断的概念,而后为非常,有以为依则。而法学者派大同小异。彼等系将之建的一事一物,构成由定明晰的概念,而后将之建的逻辑体系,法官执法之际,尽往"概念堆"里取

之用之即已足够, 无须于"法条"之外, 另事他求。[40]

然则,温氏虽主张法律的任务在于探求立法者之意思,惟此之所谓立法者之意思,非仅指立法者明白表示之意思而已,即立法者所未预见之法律问题,亦应并予考虑、探究。设所得结论不违背原立法者之意思,亦包括在内。甚或法律有漏洞时,亦可透过理论构成的方法加以解决,将利益衡量隐藏在逻辑的外衣之内,若运用之结果,与立法当时之意思冲突矛盾,亦"牵强附会"谓立法的原意"固应如是"。[42]

准上以论,概念法学之产生,主要是源自德国古典法学,尤其是自普希达始,渐渐造成概念法学之倾向。惟萨维尼亦难辞其咎,其强调罗马法学的重要性,认为罗马法的概念很精密,任何问题皆可"依概念而计算"(Das Rechnen mit Begriffen), [43]以求得解答,实已种下概念法学的契机。

洎乎 1847年,基尔息曼(L. N. Kirchmann)首先发难,发表一篇爆炸性之演讲"法学无学问价值论"(Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft),大事抨击概念法学,引发强烈的反应。继之耶令格倡"目的法学"(Zweckjurisprudenz)、野尔立息之"法之自由发现与自由法学"、康德罗兹的"为法学而战"等书,如斯响应,酿成汹涌潮湃的"自由法运动",概念法学之阴影始渐为法学者所摆脱。

法学这一门学科自是渐被认为, 非仅系一种纯粹的

理论认识之活动,且兼具实践的性格,应包含实践的价值评断在内。法学对象之实证法,具有人为性、可变性、恣意性,必然有许多漏洞,法官应自由地根据科学方法,探求"活的法律"加以补充,始为尽职。

第三章 自由法运动

19世纪之德国古典法学(Gemeinrechtliche Jurisprudenz),认为罗马法之概念至为精致,任何问题,莫不可"依概念而计算"(Das Rechnen mit Begriffen),为形式逻辑演绎之操作,以求得解答。于为机械之操作时,应摒除权威,排除实践的价值判断,所获答案始能期其精纯。"逻辑崇拜"(der Kultus des Logischen)、"概念的支配"(le régne du concept)等表现,可说为概念法学之特色。[44] 嗣经耶令格(Rudolf von Jhering 1816~1892)予以痛击,激起自由法运动,概念法学始趋没落。

耶氏原亦属历史法学派嫡系,早期仍在历史法学影响下,从事罗马法研究,其不朽名著"罗马法的精神"(Der Geist des römischen Rechts, 3V ols, 1852~1865),仍未脱德国古典法学色彩,即其一例。^[45]泊乎 1870 年左右,始渐扬弃以前的治学方法,开始经营独自的"目的法学"(Zweckjurisprudenz),于 1877 年出版"法之目的"(Der Zweck im Recht),强调法律乃人类意志之产物,有一定之目的,故应受"目的律"之支配,与自然法则系

以"因果律"为基础,有其必然的因果关系、截然有异。故解释法律、必先了解法律究竟欲实现何种目的,以此为出发点加以解释,始能得其肯綮。目的也者,应悬为解释法律之最高难则,斯即所谓目的法学。彼另以游戏手法,撰述"法学戏论"(Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, 1884),嘲讽当时之法学者盲信逻辑,热衷于抽象概念的游戏,而忘却法律对实际社会生活所负使命,[46]似此情形,不啻生活在"概念的天国"之中,不知社会生活为何物,自于实际生活无所裨益。

耶氏更进一步认为法律是社会之产物,其之产生有一定之目的,故法律亦可谓为目的之产物。指导未来法学之"导引之星",必然是法之目的,其地位犹若北极星之于航海者然。准此,法律的解释必须配合实际的社会生活,不能偏离目的。法之目的,始为法学之基本指导原理。

耶氏"目的法学",虽脱胎于"概念法学",惟其有鉴于概念法学"架空",与实际的社会生活不相配合,乃对之痛加批评,自己批判本家,自甚具说服力,对当时法学界及以后学风,影响至巨,一些较为年轻的学者遂翕然从风,纷纷对传统法学或概念法学提出批评,或沥陈己见,此即所谓"自由法论"。

举其著者,如野尔立息(Eugen Ehrlich 1862~1922) 对自由法理论贡献颇巨,其主要著作(法之自由发见与自由法学) (Freie Rechtfindung und freie Rechtswissenschaft, 1903),强调法律每每因立法者之疏忽未预见,或情况变更,而发生许多漏洞,此时法官即应自由地去探求活的法律,以资因应。并另著有(法社会学的基础理论)(Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1913),强调法律的发展,须靠社会本身加以充实,不能仰赖立法或司法,亦名噪一时。

另有康德罗兹(Hermann Kantorowicz)于 1906 年著 (为法学而战) (Kampf um die Rechtswissenschaft)一书,提 倡自由法论之重要理论,亦有足观。

又法国法学界,在耶令格"目的法学"思想的影响之下,亦深受刺激,纷纷对传统法学提出批评,并展开独自的法学理论,被称为科学学派或自由法论(亦即一般所称自由法运动),此派学者以撒来(Raymond Saleilles 1855~1912)及叶尼(Francois Gény 1861~1956)二人最为著名。撒来为一直观的法学者,一生致力於法之解释与立法之指导原理、理想法与其共通性,彼认为法律固应与社会并行进化,同时亦不能忘却规范之本质,须求安定;故法律解释,必调和法律的进化与安定。[47]

叶尼则以经典之作(实证私法学之解释方法与法源) (Méthode d'interprétation et Sources en droit privé positif, 2vols, 1899)及《实证私法学之科学与技术》(Science et technique en droit privé positif, 4vols, 1915~1924)二书,详细展开自由法思想,其中《实证私法学之解释方法与法源》一书,引燃了法国自由法运动,为不可多得之一

部巨著。^[48]叶氏认为人类创造之实证私法,难期尽善尽美,必然有许多法律漏洞,绝未可如概念法学般,勉以逻辑的演绎方法补充,允应从法律之外去发现"活生生的法律",探求活的法律加以补充。惟所谓"探求",并非漫无限制,而系应以"科学之自由探究"(la libre recherche scientifique),自由地在社会生活中,探求活的法律。此种探求,系科学的研求(Scientifiquement),非为任意的判断。在自由法运动中,这种有科学基础之自由法论,始堪称之为"自由法学"(Freirechtslehre),其与非科学的自由法(Freirechtlerei),应有所区别。

经自由法运动冲击之后,德、美二国分别出现二位不世出之学者,殊值注意。其一为德国之海克(Philipp Heck 1858~1943),另一为美国庞德(Roscoe Pound 1870~1964)。二者虽均对传统的概念法学痛加批评,惟对自由法论者认为法官用法之际,可自由地从社会生活中发现法理、则多诟病、金以"法律的自由发现"之说,系一种"感情哲学",难免流于主观擅断,进而破坏整个法律制度。

海氏认为法律的实际作用比法律的抽象内容更为重要,法官不能仅凭逻辑的推理,应付社会的需要。为实现立法者之意旨,并满足生活的需要,法官必须摆脱逻辑机械规则之束缚。其于用法之际,可谓系立法者之"思想助手",不仅应尊重法条之文字,抑亦应兼顾立法者之意旨。对立法者疏未顾及之处,仍应运用其智慧,

自动审查有关各种利益,以谋平衡。换言之,海氏固亦认为因立法者之疏忽、未预料或情况变更,而有所谓法律的漏洞存在,惟法官于此情形,依然不能自由地发现活的法律迳为补充,而应就现存的实证法详加研究,以获窥"立法者所重视之利益"为何,加以衡量判断。此种思想、称为利益法学(Interessenjurisprudenz)。

庞德则提倡社会法学,于1980年发表"机械法学",彼认为社会法学之目的,便是研求适合现在实际生活的法律,法学者绝不能将法律与现实生活隔开,徒作抽象的研究对象,并批评过去的传统法学,为一种机械法学。究其实际,机械法学实与概念法学,二者虽二实一,不过名词不同而已。

准上以言,概念法学深具立法者万能与法典万能的思想,把法律与"法律社会的基础"、"法律的实在性"以及"法律制度的目的"隔离,以法条为基石,以注释为能事,致使法学成为一种无价值的学问,法官成为自动的机械。自由法论者,乃进而倡言法律的自由发现,然为人,非为神,不能信赖其自由判断,而不受拘束,故须以科学为基础,以免流于主观的擅断,此科学的基础为何,自由法论者使用各种不同的象征观念,如利益衡量(interesserenwaegung)、价值判断(Werturteil)、法律感情(Rechtsgefuel)或事理(Natur der Sache)等名词,以资标揭,俾法律与社会生活之事实,两相协调。准此,自由法学之实证色彩仍至浓厚,其与概念法学之

差异,不过概念法学是形式的实证主义(法条万能,立法者万能),而自由法学,则为实质的实证主义(利益衡量,价值判断),如此而已。

第四章 概念法学与自由法论之差异

概念法学与自由法论(包括利益法学)根本的差异, 依碧海纯一的看法,有以下五端,[49]颇有见地,兹介绍 如下: (1) 概念法学独尊国家制定的成文法, 特别是法 典, 亦即以国家的实证法为唯一的法源。而自由法论则 强调法律应为"科学之自由探求",法源除法典而外, 实际社会生活上"活生生的法律"亦系法源,而且是真 正的法源。(2) 概念法学强调法律体系具有"逻辑的完 足性"。而自由法论则认为法律有漏洞存在。(3)概念 法学对于法律的解释,偏重于形式逻辑的操作.排除法 官对具体案件的利益衡量及目的考量。而自由法论则强 调活的法律之探求,法官对于具体案件除运用逻辑的演 绎方法外, 亦应为利益衡量及目的考量。(4) 概念法学 否定司法活动的造法功能,自由法论则肯定司法活动的 造法作用。(5)概念法学认为法学系一门纯粹理论的认 识活动,法官无须为价值判断。自由法论则认为法学除 系理论的认识活动而外, 亦兼具实践的性格, 包括评价 的因素在内。兹再析述如后:

其一、自由法论者认为国家的成文法、并非唯一的 法源,尚有活的法律存在,此始为真正的法源。野尔立 息 (E. Ehrlich), 在其所著 (法社会学的基础理论) (Grundlegung der Soziologie des Rechts 1913) 一书序文中, 曾将全书根本思想勾勒点出,称:"法律发展的重心, 并非立法、法学或司法,而是在法社会本身",他认为 婚姻、买卖、赠与及其他许多制度, 在国家有成文法强 制以前业已存在,这些制度即系"活的法律"(lebendes Recht)、"社会团体的内部秩序" (die innere Ordnung der gesellschaftlichen Verbände),系法学者所欲探求、发现之制 度, 俾国家的成文规定不足时, 可以此"活的法律"或 "社会团体的内部秩序"为基础,加以补充。叶尼(F. Cény) 亦持同一看法, 提倡实际社会生活中活的法律之 自由的科学探求 (libere recherche scientifique), 亦即认国家 成文法不是唯一的法源, 社会上尚有许多活的法规范存 在, 支配着人类的实际生活。法学者之任务, 即在运用 科学的方法,自由地去探求活的法规范。

其二,自由法论者,对概念法学的"法律体系的逻辑完足性"(die ogische Geschlossenheit des Rechtssystems),亦多批判。概念法学者认为成文法系国家唯一的法源,成文法在逻辑上系完美无瑕的,此种思想,栗生武夫教授曾以"法学之神学性是如何开始的?"为题,加以评论。此种思想,乃源自中世纪的"注释学派"(Glossatoren)的解释方法,此派学者深受教士们解释圣经的影响,于

解释"罗马法大全"时,犹若教士们解释圣经(认为圣经完美无瑕,世上一切可能发生之事,悉可于圣经上找到答案),将"罗马法大全"奉为金科玉律,社会上任何法律问题,皆可于大全内找到正确答案。透过罗马法之继受,此种方法亦一并传到德国,成为德国古典法学的研究方法。

而"法律的完足性" (la plénitude du droit) 的思想, 恰亦存在于法国,认拿破仑法典系透过人的理性所制定 者,此法典无所不包,无美不臻,一切所有可能发生之 问题,皆可于此法典中寻获。因之,此"法典完美无 缺,"为唯一法源",内并有"禁止法官拒绝裁判"之明 文等三事,无形中亦促使法国采此解释方法,与德国同 其解释态度。

自由法论者则认为法律有漏洞(Lücke)是必然的,立法者于制定法律之初,若疏忽未预见,法学者竟强予"套用"法律、为不自然的思考操作,实有害无益,因之,若立法者疏未预见或嗣后情况变更,致发生漏洞,自应为"漏洞补充"(Lückenergänzung),此种补充,应依活的法律之科学的认识,自由地予以探求,自不待言。

其三,概念法学以"概念数学"(begriffsmathematisch)的方法,就法律之解释为逻辑演绎的操作,不为目的考述或利益衡量,甚至认为社会上可能发生的各种问题,只须将各种法律概念,如"数学公式"般的演算一番,即可导出正确的答案。此种方法,最为自由法论者所责

难,野尔立息(E. Ehrlich)称之为"法律的逻辑"(juristische Logik)。依此法律的逻辑,一切现实生活的法律案件,皆须依国家制定的成文法,为严密的逻辑演绎,以获得正确的结论。因之,法学的使命,亦仅限于成文法的解释而已。

野尔立息认为法律的逻辑,不能切合现代法学的要求。现代法学之使命,端在促进吾人之社会生活,因之,须将目的论的思考方法带进法学领域之内。换言之,法律的解释,必须容纳目的论的思考方法,才能得其肯綮。野氏更强调对于现实社会生活中错综复杂相益之认识,在现实的社会生活中,有甚多之利益互相交错,法学者必先对互相冲突的利益予以认识后,根据法律的目的加以衡量、决定,其任务始尽。法律的逻辑不过是达到此目的之手段而已,并非目的本身。

然则,自由法论者,虽对概念法学将逻辑的操作当成目的,予以非难,惟非意味着对法律的逻辑亦加排斥,反而认为逻辑的演绎方法,是一种发现法律的工具,未可须臾或离。仅认概念法学使用逻辑操作过于机械,并以之目的化,难予赞同,如此而已,此观初期自由法论之文献,对法学之逻辑演绎方法,未尝多加攻击,或一概抹煞,即可了然。

其四,概念法学禁止司法活动"造法" (Rechtsschöpfung),主要系认为法律本身完美无缺,因而 连带地亦要求法学所使用之方法,除严格的逻辑演绎之 外,不能有任何的"目的考量"或"利益衡量"。在此情况下法官之判决,不啻系"法律严格的复印"而已。然此不过"古典的三权分立理论"启蒙思想家之一切迷梦罢了,法官绝非"自动机械",亦非"法律的奴隶",任何案件难期尽同,或多或少总有新的成分存在,法官就含有新成分所为判决,即非"自动机械",而具有造法功能,自亦非法律的奴隶可比。

其五,法学兼具实践的性格,含有评价的因素在内, 绝非如其他经验科学,仅为纯粹的理论认识活动,即为已 足。概念法学忽视法学为一门"应用科学",忽视法学系 属高度价值判断的学问,致认纯粹以逻辑分析方法加以 认识,即属足够,自有所偏,其详当以专章讨论之。

第五章 裁判之准立法机能

自由法论者,认为法律有漏洞存在或有不明确之处,乃无可避免,因而承认法官在法律漏洞或法文不明确的范围内,可自由的创造法律,无异承认法官在一定的限度内,具有"准立法者"之作用,有权"造法"。^[50]除此之外,尚亦有许多独到的理论,支持此种见解。举其著者,如凯尔生(Hans Kelsen 1881~1972)之"纯粹法学"(reine Rechtslehre)、威利姆斯(Glanville Williams)的"语言与法律"(Language and the Law, 1945~1946),均其适例。

凯尔生创"法位阶说"(Stufentheorie des Rechts),认为一个国家之法体系,犹若一个圆锥形,法院之判决以及行政机关之处分等,皆构成此圆锥之底层,此种底层之法规范,与实际的社会相接触,而发生规范的作用。[51]底层之上的法规范为法律,法律之上的法规范则为宪法。宪法的规定具有高度的一般性或概括性,其用语较为抽象。法律的规定则较具体,其下层之法院判决或行政处分,则已与实际个案接触,不再含有抽象的成

分。从动态而言,依据宪法制定法律,固属"立法者";即依据法律而为判决,亦未尝不是"造法者"。二者在工作之性质上、原理上并无二致,同具造法的机能。所不同者,立法者制定法律时,拥有比法官较多的自由,如此而已。盖宪法多为概括或抽象的规定,立法者制定法律时,只须不抵触宪法,即符规定。而法律的规定则较宪法具体,法官造法的空间,自较狭隘也。准此以言,法官依据法律而为判决,乃在创造"下位规范",实亦具立法之作用。

从法律的创造以及具体化的过程言,下位规范的内容当然应受上位规范内容所拘束,惟此之所谓拘束,并非意味着毫无裁量余地,仅在依据上位规范创造下位规范时,其创造的"范围",须由上位规范加以规律而已。换言之,上位规范犹若一种"框"(Rahmen),法律的解释,即在认识此种"框"。在"框"内有许多造法的解释,即在认识此种"框"。在"框"内有许多造法的可能性,每一种造法可能性,只要符合上位规范的"框",即属合法。上位规范只是在指示此"框"内可"制定法律"、"作成判决",并未具体的指示须制定何种法律或须作如何之判决。在"框"内造法,仍拥有甚多之自由。

凯氏认为法律的解释,仅在认识上位规范的"框",或"框"内所包含许多的可能性,无从认识"唯一正确"的决定。概念法学认为依纯粹的理论认识方法,可认识唯一正确的解释或决定,凯氏指为不经,彼认为框

内所包含许多之可能性,具有同等价值,立法者或法官从中择一,并非理论认识的问题,而系实践政策上的问题,立法者既可择一立法,法官自亦可择一判决,故法官犹如立法者,有相对的造法权。所谓实践政策上的问题,一言以蔽之,即法官个人的"价值判断"或"政策衡量"。此种判断或衡量,须本诸法官良知的确信,其抉择之间,仅生当否的问题,尚不涉及合法与否的问题,[52]当不待言。

威利姆斯在所著〈语言与法律〉一书中,亦就传统法学理论所犯的谬误加以指责,彼认为构成法文的许多语言,或多或少总有不明确之处。语言的核心部分,其意义固甚明确,但愈趋边缘则愈为模糊,语言边缘之处的"边缘意义" (fringe of meaning; fringe meaning)^[53]一片朦胧,极易引起争执,而其究属该语言"外延"之领域内或其外,亦难确定。法律条文亦复如是,总有 borderline case 濒临法律边缘,究竟是否属该法律条文规范的范围,亦费斟酌。

此非立法者之疏忽,而系为任何语言所难免,只要系语言,即难免有此病,无论立法者作何等慎重选择"构成法文的语言",恒无从避免此种界限上之案件无时或生,在此模糊领域内法官所作判断,无论系划界限之工作,或判断其于界内或界外,均难谓非其不具立法之性格。这种 borderline case 的裁判,非字典上所表示之意义所能决定,而是在立法政策上,不得不赋予法官此种

划线及判断的工作。

传统的法学理论,由于迷信所有语言,均有其独自的固有意义 (proper meaning),故可以纯理论的认识方法加以认识,此种见解荀属正确,法学不沾具立法上性格,固有其可能。惟语言的意义,既系"记号使用者"所赋予者,并非"神"所创,欲臻斯种境界,不过系一种想象而已。因此,在解释的过程中,苟图排除政策上的考虑 (如利益衡量、目的考量等),根本不可能。就此点而言,威氏之见解与自由法论及纯粹法学之结论,似甚接近。[54]

综上以观,自由法论者认为法学并非属纯粹理论认识的学科,而系兼具实践评价的性格在内。纯粹法学产认在上位规范的"框"内,法官犹如立法者有相对产进法权,个人可为价值判断或政策衡量。威利姆斯亦进入在法文边缘的"模糊"之地,法官应作划界工作,或对不在法断。三者虽异途却同归,金以在法律有漏利或计不明确的范围内,裁判实具准立法的机能,带有创政的性格,其操作除纯粹理论的认识之外,亦兼含政策的及实践的决定。今日各种法学理论,对此尚无重大歧见,尤属可贵。

惟吾人不能不言者,裁判或法律的解释与适用,兼 具实践之性格,经各家的阐扬,虽业已明朗化,但此非 法学方法论任务之终了,而系其开端而已。当务之急, 乃如何使法官在所得"选择范围"中,能客观且妥适地 下最佳之判断。此又涉及"法社会学"的问题,而其之所以能萌芽、茁壮,可谓系自由法论最大之副产物也。

第六章 理论认识与实践之结合

如前所述,法学或法解释学兼具理论认识与实践性格,为一种"理论与实践的混合状态",名虽曰"混合",究其实际,可谓以"实践"为主,"理论"为从。法解释学不仅为实用法学(praktische Rechtswissenschaft)之一门学科,且为其最重要的部门。在19世纪末叶,法解释学可谓构成法学之全部,二者之外延大致趋于一致。在此时期之法学,一方面经营实践的活动,另一方面亦从事理论的认识活动,实系一种奇妙且独特的学问。

惟无可讳言,在此时期确亦有甚多人提出名不符实之主张,不但阻碍真正理论认识研究之发展,且一味架构欠缺科学基础的教条式法学,徒乱人心,言之诚令人扼腕之至。

关于此点,野尔立息(E. Ehrlich)曾在所著(法社会学的基础理论) (Grundlegung der Soziologie des Rechts 1913)一书卷头,加以责难。他将法解释学与医学及工程学作一比较,在以往并无医师及工程师,仅有"技术

的工人",工匠固不必言,即彼时之"医学生",充其量亦不过就生病的征候及其治疗法加以死背而已,惟曾几何时,此等现象皆已随"手工业时代"的消逝,成为过去。今之医师及工程师,皆已成为"自然的探求者",均可于各自的领域内,运用其理论研究的成果到实务上。

而法学耶? 言之可怜, 迟至 1912 年左右始行发展, 并建立以科学为基础的法学, 起步自嫌过迟。野氏为此将自己所建立之"法社会学", 当成一门纯粹理论认识的"理论科学", 而将传统的法学则看成一门实用法学, 图将法学作一突破性之发展。此种见解, 与野氏同时代的许多学者, 大体亦持同一看法。例如与野氏同并列为自由法论者的康德罗兹 (Hermann Kantorwicz), 于 1910 年在德国社会学研究大会演讲"法学与社会学"(Rechtswissenschaft und Soziologie), 即曾详论法学与社会学的关系, 康氏亦认为法社会学为"理论科学"; 法学(或法解释学)则属"应用科学"(applied Science; angewandte Wissenschaft)。[55]二者可为结合, 亦可分离。

二者主要不同之点,乃法社会学,以纯粹理论认识的方法探求,即可达成。其所研究者,虽为实际社会生活与法律目的之文化价值的关连关系,惟最终之目的仍在实践,仅在探求之际,须将"理论"与"实践之目的"加以隔离,如此而已。[56]而法学则以"理论认识"为基础、透过法律的"应用",以实践法律的目的。二者研

究方法,显然不同,但无论如何,"法学"以"法社会学"研究的成果为基础,从事"实证法"的研究与改进,使法学增加科学之气氛,已然为 20 世纪之法学开一生机,[57]则为不可否认的事实。

惟此二者,一以纯粹理论的方法为基础(理论科学),一将一度与"实践目的"隔离之理论认识,再度有意识的与实践结合,以完成其应用(应用科学),在其应用"理论认识"于实践的过程中,不仅以"实践"的"理论认识"为基础,且更以"理论认识""实践"之、其具有验证测试的作用,则不待言。

美国之庞德 (Roscoe Pound) 对此持论最为透彻,氏严格将"理论认识"与"实践"区别,而后再度把"理论认识"有意识的结合,其自称此为"社会工程学"(Social Engineering),为一种高层次的"社会统治技术",其立论不仅切乎实际,且富科学精神,故在现代法学中,称巨擘焉。[58] 庞德认法学为一种以社会统制为目的之应用科学,其情形犹若"实用医学"以生理学、生化学、解剖学、细菌学、工程学、物理学及化学等为基础,而应用其研究之成果同。

因之,欲期社会统治有效及有效率,势须以"科学"为基础,从事科学的社会统制活动。本书以为现代法学之科学的活动,至少包括以下数种:

 学、经济学等。均系以社会统治为对象而为研究之学科。在社会学之研究中,就与法有关连之社会事实为研究之主要对象,称为"法社会学",以此类推,"法人类学"、"法心理学"、"法史学"、"经济法学"等,皆在应行研究之列,并以之为法学之辅助科学。

"法心理学",如证人证言的可信性(credibility)之研究,于法官处理案件甚有助益,固不待言。而"法史学"(Rechtsgeschichte),则与过去的历史法学有别,盖历史法学为法解释学,而法史学则系指对往昔法律之研究而言,属理论认识科学范围。"经济法学",则因统治对象之社会事实中,绝大部分属"经济生活",此方面的知识,亦为法学所不可或缺者;不特此也,经济法学,系经济学与法学之中间领域,彼此攸关甚巨,尤不可忽略。[59]

其二,须对社会统治之符号技术加以认识。传统的法学,日本学者川岛武宜讥为"语言的技术",^[60]不仅将成文法视为一种"符号技术",并以之为唯一的研究对象,且其考察方法,是一种"教义学"或"神学"的,完全不以经验科学为其基础,虽不足道。然而,法律规范乃为达成社会目的或法律目的之"符号技术",吾人研究法学,应就符号技术予以研究,对于社会目的或法律目的亦应予以研究,不可忽视。

其三,须对逻辑学加以研究。19世纪初叶,为防止 法官恣意的擅断,以维持法律的安定性,将法律上之逻 辑演绎,奉为法学之唯一任务,致演成概念法学,引发了自由法运动,遭致法学者甚多的责难,指为"逻辑的盲信"。^[61]实则,逻辑为一门形式科学,任何推论都不能不讲求逻辑,其他科学如是,法学更应如是。

逻辑学可分为形式的推论之"演绎逻辑学"(deductive logic)与实质的推论之"归纳逻辑学"(inductive logic)二者。"形式的推论"(formal inference),系指以一定已知的命题为前提,进而推出一个必然的结论而言,例如是"p是q"为前提,必然可推论成"非p则非q"之结论,不论"p"或"q"是属任何内容的命题,前提在逻辑上必为结论所包含(imply)。类此"直接推论"或"演绎的推论",均属广义的"形式的推论"。至"演绎的推论",即从一般的命题、推成特殊的命题,则属狭义的"形式的推论",举例以言,"凡人皆会死"为一般命题,因张三是人,乃进而推论"张三会死",而成特殊的命题是。

至于"实质的推论"(material inference),则系指就逻辑上具有"可能性的命题",为经验事实的体验、将可能性中具有盖然性(probable)者推成结论而言。经验科学均以此种"推论",达成其任务。例如因"张三是人""李四是人""王五是人……"等个个命题,加以经验事实的观察,发觉"张三死了""李四死了""王五死了"……,而归纳出"凡人皆会死"之一般的命题,属狭义的归纳。至广义的归纳,除包括狭义的归纳之外,他如

基于历史的资料,以确定某特定事实之存否,例如苏格拉底之死,耶稣之诞生以及特洛依战争 (Troia war),皆属广义的归纳。

广义的归纳逻辑,在法律的运用方面,有二点殊值注意,(1) 法解释学在经验科学的认识范围内,与其他社会科学无殊,均应以归纳逻辑的方法为之,尤其在有关经验命题的验证方面,更不能忽略。(2) 诉讼上之"事实认定"(fact-finding),系指依据证据认定与法律有关连之事实而言,依"民事诉讼法"第222条第1项规定:"法院为判决时,应斟酌全辩论意旨及调查证据之结果,依自由心证判断事实之真伪","刑事诉讼法"第155条第1项规定:"论据之证明力,由法院自由判断",均采自由心证主义(Prinzip der freien Beweiswirdigung)。所谓自由心证,并非漫无限制,得随心所欲而为判断,仍须依"经验法则"为之,否则,即属违背法令。而经验法则,即须透过归纳逻辑的方法发现。此外,证言心理学、法医学等,对于诉讼上事实认定,亦均能提供科学的基础,要不待言。

社会科学可分为"应用科学"(如法学或法解释学、立法学、社会政策学)及"理论科学"(如法哲学、法经验科学)二者,法学方法论属法哲学部门,法社会学、法史学、法心理学、法人类学、经济法学等则属法经验科学。

今日法学或法解释学虽属应用科学, 惟仍须以理论

科学为其基础,尤其是甚多之经验科学及逻辑学。如将"科学"解为"理论的经验科学",则法学或法解释学并非科学。惟如将科学作广义解,包括应用科学在内时,则法学或法解释学具有"科学"的资格,不言可喻。因之,法学或法解释学是否为"科学",全属语言的问题。且纵令称法学或法解释学为"科学",其与医学、物理学、生物学、社会学、理论经济学等科学,在"科学"的意义上亦不相同,此不可不辨。

法学之所以具有"科学",乃因近世法学发展之趋向,已注意及邻接科学,并以其研究成果导入法学领域内。亦唯其如此,法学始成为一门科学法学。

以医学为例,医学亦有"理论医学"及"应用医学"之分,理论医学又称为基础医学,如生物学、内分泌学、免疫学等均属之。应用医学如临床医学是,为一种实践的活动,其目的在维持人们生命及增进健康,所有的争论,其本身具有高度的客观性。例如治疗肺结核,其是其所采手段,究采内引其根本的目的并无争执,只是其所采手段,究采内补的方法较优,会引发争论而已,此固须考虑手段之有效性、安全性,以及有无痛苦、有无副作用等诸问题。

而法学的争论,则非如此简单,不仅目的之选择极易引起争执,且目的认识亦费周章,例如刑法理论中刑罚观的对立(教育刑主义或预防主义)、判决离婚原因

的对立(有责主义或破绽主义)、民事诉讼上当事人主义的界限问题(当事人进行主义或职权进行主义)等,在涉及高度的价值判断问题,其小焉者,亦常须以评价态度始能决定;法律的解释、类推适用、习惯的援用等,更都须搀入评价的因素,凡此种种,可知法学的实践目的本身,原本系一件极易引起争论的问题。其与医学或其他科学不同,即在于此。

因之,吾人今日研究法学,不仅应认识其兼具实践之性格,且在理论认识与实践混合前,应将此二者严格隔离,使理论认识不受干扰,而后再有意识地结合二者,庶期其客观妥适。尤其应多方为法经验科学之研究,以其成果运用到法学上,俾有助于为目的选择时,趋于理智也。

注释:

- [32] 参见碧海纯一: (法哲学概论), 第192页。
- [33] 同前注。
- [34] 同前注。拿破仑在其有生之日,并未禁止别人注释。事实上,法典万能主义的观念,非自 19 世纪始,在东罗马帝国查士丁尼大帝编纂"查士丁尼法典"后,亦曾禁止法学者注释,其理由不外,(1) 此法典系其下令编纂、属于帝国的法典,若准注释,会损及其权威性、(2) 法典本身完整无缺,若有注释将减损其完美性,(3) 唯我独尊,认为法学者的素养低劣,注释必属粗品毫无价值。惟查士丁尼此项禁令未受到重视。拿破仑之所以乍睹有关法典的注释

书出现,大叹:"朕之法典报销矣!亦基于以下理由:(1)拿破仑认为法典清楚、完整而统一,任何注释均 属多余,(2)万一法典沦为学者挑剔的对象,其所期盼成为法国公民通行有效之唯一书籍,将告丧失,(3)希望法典超越一切。因此,拿破仑一心一意,只希望法学者歌颂:"我不知道何谓民法,只知有拿破仑法典!"

- [35] 破毁院嗣经多方改革,始回归司法,成为司法系统中的最高法院,对下级法院之判决、可废弃发回、对错误的法律见解,并给予正确的答案、其"非司法"之属性,业已不复见。
- [36] 参见碧海纯一、《法哲学概论》、第 193 页。德国在 19 世纪、尚非一个统一的国家、境内各郏林立、各邦有各邦的法典、如普鲁士有 1794 年之普鲁士法典、即其一例。
- [37] 至19世纪中叶,此派学者将此种古典法学发展至最高峰,在俾斯麦统一德国后,出版甚具影响力之"法学丛刊"(Treatise),以及编成1876年德国民法典、影响所及,几达整个大陆法系。
- [38] 参见拙著: (阐释法律之方法论), 第5页。
- [39] 同前注,第6页。
- [40] 参见碧海纯一: (法哲学概论), 第 193、194 页。
- [41] 参见拙著、前揭书、第7页、第8页。
- [42] 参见注 41, 第8页。
- [43] 参见碧海纯一: (法哲学概论), 第 193 页。
- [44] 同前注, 第203页。
- [45] 同前注。
- [46] 同前注, 第203页。
- [47] 撤来同时重视比较法学之研究,他认为比较法学之研究成

果,足以指示法律解释与立法之指导原理,撒氏曾于 1900 年提倡并召开"巴黎比较法学会",闻名于世。

- [48] 参见碧海纯一: 〈法哲学概论〉, 第 204 页。
- [49] 参见碧海纯一: (法哲学概论), 第 204 209 页。
- [50] 同前注, 第209页。
- [51] 同前注, 第85页。
- [52] 同前注, 第210页。
- [53] 碧海纯一释为"意义之裾",亦至传神,见氏著前揭书, 第211页。
- [54] 参见碧海纯一: (法哲学概论), 第212页。
- [55] 同前注, 第214号。
- [56] 同前注, 第215页。
- [57] 参见韩忠谟: (法学绪论), 第239页。
- [58] 同前注, 第241页。
- [59] 参见碧海纯一: (法哲学概论), 第 215、216 页。
- [60] 同前注, 第 217 页。川岛武宜: 〈科学としての法律学〉、 第 36 页, 1961 年版。
- [61] 参见碧海纯一: (法哲学概论), 第 217 页。

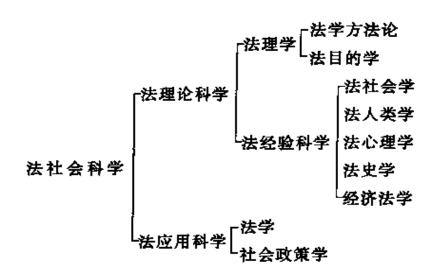


第四编 法学实践论

第一章 法学之基本理论

第一节 研究法学之方法

近世以来,以"法"为研究对象的学问,至为兴盛。 大别之,可分为理论科学与应用科学二者。理论科学又可分为法理学(或法哲学)及法经验科学。法理学中最主要者,厥为法学方法论及法目的学二者;法经验科学中最引人注目者,则为法社会学、法人类学、法心理学、法史学、经济法学等。而应用科学则以法学(或法解释学)及社会政策学为主。理论科学可以逻辑分析的方法或经验事实的验证方法,获窥其恰如其实之内涵。应用科学则以理论科学为基础,亦具有某程度之客观性。兹为便于了解,将之列表于后:



其中,以法学、法社会学及法理学最引人注目。法学又称为法解释学或法规范学,乃以法规范为其研究对象,以确定其法意,良以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,更须加以调和也。^[62]法学之终极目的,固在穷究法之目的,惟终不能离开法文字句,一旦离开法文字句,即无以维持法律之尊严及其适用之安定性,故法律解释之第一步固系"文义解释",而其终也,亦不能超过其可能之文义。^[63]

所谓不能超过其可能之文义,并非不能超过文义,而是指不能超文义之"预测的可能性"而言。论理解释的结果,与文义解释的结果,虽相抵触,如不逾文义"预测可能性"之范畴时,仍应从论理解释之结果。

故文义解释,在法解释上有其不可磨灭的一面,苟 无视于法文之文理,非仅失去法之安定而已,驯至将使 法律成为有名无实,所谓"法治"云云,亦必崩溃无遗。惟苟斤斤于此,一味专注于文义解释,忘却法解释之本来目的,必将流于文义概念之分析,"法之极,害之极",其为祸害,曷堪胜言。

以是之故,"概念法学"者,认制定法为万能,无待外烁,以形式的论理方式忠实检讨法文,构成其概念之体系,为法律学之任务,显属卑浅。此亦历史法学派或实证法学派式微之原因,盖此类学者胶柱鼓瑟,故步自封,奉法文字句为金科玉律,显无视法律的本来目的及社会发展的动向,则所谓法律云者,不过为治者之工具耳。此亦无怪现今之习法者,每一提及"概念法学",即有轻蔑之意味也。

"概念法学"或"法典万能主义",在19世纪初,甚合强权胃口,固极一时之盛,惟终究忽略法之目的,宛若无根之木,一遇外力,即告不支,故不二朝即为"自由法运动"者所取代,斯即为19世纪末叶20世纪初之自由法论。此派学者根本否定法律万能,认为拘泥于法文字句,将使法律僵化,必须兼顾人类社会生活及经济的层面,"自由"地发现法律之奥义,而后法律始克成为"活生生"的法律。

自由法学将沦为形式的论理奴隶之概念法学,注入新生命,使法解释学呈现新的契机,功不可灭,尤以此派学者高唱以社会学方法阐释法律,别树一帜,更难能可贵,亦因此使社会学之兴起,提供一条研究的宽敞大

道。

法社会学究属何界说,截至目前为止,固迄无定论,惟其以社会学的观点,检讨法之发生、变动及消灭,据以发现社会的因果法则,以探究立法旨趣,则属研究法社会学者的不二法门。在人类社会生活中,隐隐之间,有一规范性质存在,以使人类营社会生活之生成发展,有其潜在的"内面的秩序",苟称此为"第一次规范",则所谓成文法云者,不啻即系第二次规范。第一次规范活生生地存在社会之中,吾人苟加探求,均可于实际社会中"感觉"其存在,其对于第二次规范居于指导的地位。

吾人营社会生活,不能过着毫无秩序的社会生活, 故须制定成文法,以维持最低的秩序,而成文法也者, 无非择"社会的惯行"中,必须遵守者,垂为明文而 已。法学的任务,实不应仅研究成文法为已足,而应研 究、探寻居于指导地位之活生生的法律,据以论断成文 法之善恶臧否。

概念法学将人类制定之法律,视为完美无瑕,而法社会学则认为成文法背面深藏之"第一次规范",始为法律之本色,此种本色唯于自然的生成社会中,始能求之。故社会现象的实态调查,诸如农、渔村惯行的发现,工厂劳动实态的调查,必须加以重视,而后透过此种调查,掌握到"实际"的法律,始能获窥"成文法"的机能,从而有助于"成文法"之解释,亦必须采此途

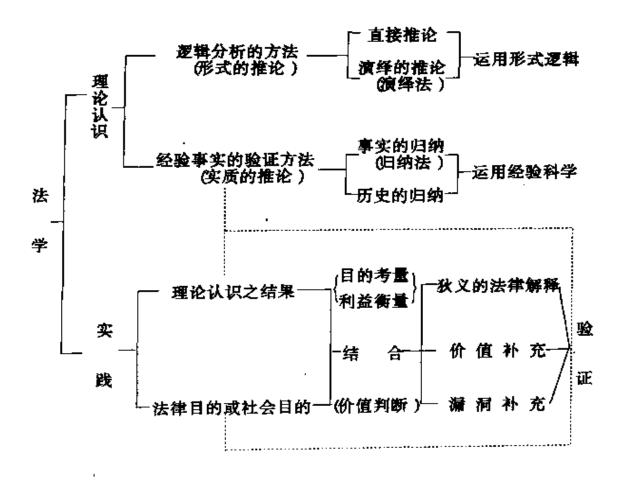
径,第二次规范始不至与第一次规范背道而驰,成为 "恶法"。

至于法理学则在探究法的本质,何谓"法"?何以法须有强制力?何以必须遵守"法"?"法"与"权力"的关系为何?斯即法理学的根本课题。至宪法、民法、刑法等个别之法律,或罗马法、德国法或英美法,不过各国现实存在之法律而已,其内容为何?则非属法理学之领域。换言之,法价值理念及法概念之探究与确定,与法源之研究固系法理学课题之一,即法学方法论亦系法理学的重要任务,而法学方法论、乃系综合对于法之"体"、"用"所为研究之成果,藉以确立法学研究之合理方法、而检证法之妥当性。

然则,吾人今日研究法学,又应以何方法为之?一言以蔽之,应以理论认识为基础,为实践的应用。先将"理论认识"与"实践"隔离,以逻辑分析的方法或经验事实的验证方法予以"认识",再有意识的予以实践,并根据验证的测试作用,以观察此项"认识"是否合乎社会需要。

逻辑分析的方法,属"形式科学"的范畴,以形式的推论为主;经验事实的验证方法,属"经验科学",以实质的推论为主。形式的推论包括"直接推论"及"演绎的推论";实质的推论包括"事实的归纳"及"历史的归纳"。至实践的应用,则应以此为基础,并藉验证的测试,予以修正。在实践的过程并须为目的考量或

利益衡量,此则涉及法官之价值判断。兹列表如下:



第三节 法律解释之指导理念

法律的解释,可使法律具体化、明确化及体系化, 良以法律殆为抽象的原则,其概念不确定者,宜予具体 化,以维护法律的安定;如其规定不明确,易引起疑义 或争议时,亦必须加以阐明,使之明确化。法律之间有 互相矛盾或抵触之处,尤须藉诸解释方式,阐释其正确的含义使之臻于统一。惟法律是一种理性、客观、公正而合乎目的的规范,如为维护法律的安定,而将法律的理想加以牺性,亦必然使法律的解释沦为形式的逻辑化,自难促成正义的实现。因之,解释法律必须兼维法律之安定与理想,而后法律的功能始能充分发挥。

故一般的妥当性,遂成为法律解释的指导理论之一, 吾人依据法律文字以逻辑推论的方式阐释法律时,务必 顾及一般的妥当性,此种指导理念,每每涉及"立法精神"或"立法者之意思"。惟所谓"立法者之意思",并 非指立法者立法当时之意思而言,而系应依立法者处于 今日所应有之意思,而为阐释。

社会现象日新月异,立法者又非万能,苟发生立法当时所未料及之事件,自须衡量现行环境及价值判断之各种变化,以探求立法者若于今日"立法"时,所可能表示之意思,始能掌握法律的"一般妥当性",因之,由此理念所派生之另一指导理念,即系解释之现在性。

又立法者并非万能,设由于立法技术欠周,文字粗略,以致法文不明、错误乃至彼此抵触,苟必待修正法律,在短时间恐难克奏肤功,基于解释现在性之要求,必须创造最合乎目的性的论理解释,始足因应,故解释之创造性,亦成为法律解释之指导理念,尤不待言。

最后,解释法律必须注意其社会性,亦即就具体事件阐释法律时,应顾及具体的妥当性,直视社会的实际

需要,把握现时具有生命的社会诸事象,始不至架空,并为人乐于接受。尤其在社会发生剧烈之变迁时,原来的法律目的与现在社会目的之间,不相一致,有相当距离时,法官更应本诸社会学的解释,加以阐释,始克不辱所命。

第三节 法律之阐释

法律之阐释,亦即广义的法律解释,包括以下三端:(1)狭义的法律解释;(2)价值补充以及(3)漏洞补充,三者虽均属广义的法律解释,惟其义不尽相同,不官混为一谈。

狭义的法律解释,系指于法律规定不明确时,以文义、体系、法意、比较、目的或合宪等解释方法,探究法律远规之规范意旨在澄清法律疑义,使法律之义明确化。若社会发生剧烈变活为社会发生剧烈更须为社会实际不可以是一个重要,则有复数解释之一种解释。解释法律时,应先为文义解释,有复数解释之一种解释方法,惟无须每一种解释方法,惟为其他解释方法,惟无须每一种解释方法,即为已足。

例如 1967年台非字第 45 号判例称: "'戡乱时期贪污治罪条例'第 9 条规定, 犯本条例之罪情节轻微, 而所得财物在 3 000 元以下者, 适用有较轻处罚规定之刑

法或其他法律,系指犯本条例第 4 条至第 6 条各款之罪,情节轻微而其所得在 300 元以下者,始有其适用,此征诸同条例第 12 条规定之意旨及本条例法条编排体例自明。易言之,犯本条例第 11 条第 1 项、第 2 项之罪者,无论其情节之轻微及行贿财物之多寡,均应适用同条例第 11 条之规定处断,并无同条例第 9 条之适用",即运用法意解释及体系解释二种解释方法。

有疑义者,若数种解释方法所支持之结论,竟不相同者,究应以何者为据?通说认为法律解释是一个以法律目的或社会目的为主导之思维过程,每一种解释方法,各具功能,但亦受有限制,并非绝对。每一种解释方法之分量,虽有不同,但须互相补足,共同协力,始能获致合理结果,俾可在个案中妥当调和当事人利益,贯彻正义之理念。[64]

价值补充,介乎狭义的法律解释与漏洞补充之间, 乃系对不确定法律概念及概括条款之一种解释方法,民 法上有些概念,赋予法官斟酌一切情事予以确定者,谓 之不确定法律概念,盖此等概念,于法律本身未予确定 也,举其著者,如民事法上之重大事由、显失公平、相 当期间或相当数额,以及刑事法上"或其他非法之形 法""或以他法""居于类似""或其他麻痹方法"等是。 又有些条款,仅就原则概括的规定,赋予法官就具体案 件公平衡量,妥善运用者,称为概括条款,如诚实信用 原则、权利不得滥用原则等皆属之。 此种不确定法律概念或概括条款,法律本身极为抽象,须于具体的个案中予以价值判断,使之具体化,而 后其法律功能始能充分发挥,此种透过法官予以价值判 断,使其规范意旨具体化之解释方法,谓之价值补充。

漏洞补充系指法律对于应规定之事项,由于立法者之疏忽、未预见或情况变更,致就某一法律事实未设规定,造成"法律漏洞",应由司法者予以补充而言。法律规定不明确,系属法律解释的范畴;而法律欠缺规定、则系补充问题。

法律漏洞须出于立法者无意的疏忽,苟立法者有意不为规定或有意不适用于类似情况者,则并不造成漏洞,不生补充的问题。漏洞补充,非在法律规定文字内运用"解释法律的方法"所能填补,须由法官探求法律目的,加以"创造"。"法官造法"即指漏洞补充而言。

第二章 狭义的法律解释

第一节 文义解释

狭义的法律解释方法有六,即文义解释、体系解释、 法意解释、比较解释、目的解释及合宪解释,藉以探究 立法旨趣。此外,另有社会学的解释,偏重于社会效果 的预测及社会目的的考量,其重要性亦日受重视。体系 解释、法意解释、比较解释、目的解释及合宪解释,合 称为论理解释。典型的解释方法,是先依文义解释,而 后再继以论理解释。非如此者,为非典型的解释方法, 仍不失为解释方法,惟论理解释及社会学的解释,始于 文义解释,而其终也,亦不能超过其可能之文义,故如 法文之文义明确,无复数解释之可能性时,仅能为文义 解释,自不待言。

传统的法学,将成文法视为一种"符号技术",并以 之为唯一研究的对象,法律本身即为目的,故为文义解 释时,每多故步自封,不足为训。其实,法律条文有 限,社会事实无穷,不能就每一事项,纤细无误的予以规定,故条文字句每多抽象晦涩,必须加以阐释,始得明确。阐释时不仅应尊重法律之安定性,抑亦应注意其现在性,俾法律能适应社会生活,发挥规范之作用。

文义解释,指依照法文用语之文义及通常使用方式而为解释,据以确定法律之意义而言。盖法律系社会生活之规范,为全体社会构成分子而设,故须以通常意义而为解释也。惟此仅为原则而已,苟法文之用语,与一般用语迥然不同时,仍须以其特有意义而为解释,固不待言。[65]如法律上之"人""法律行为""无效""撤销""善意""恶意""视为""推定"均有其特殊意义。不仅如此,同一法律中苟使用同一用语,或此一法律与他法律使用同一用语,若别无特别理由,亦宜作同一解释。[66]

一般而言,单以文义解释,尚难确定法文的真正意义,盖仅为文义解释易拘泥于法文字句,而误解或曲解法文的意义也。通常情形,尚须就法律与法律之间的关系、立法精神、社会变动情事等加以考虑,藉以确定法文的意义,此即生论理解释的问题。

法律条文可谓由"字句"组成,欲明确"确定"法律的意义,必先了解其用词遗字,确定其字句的意义,始能竟其功。惟仅为文义解释,只可谓其具有某程度之真理,亦即为解释之起点而已。[67]

在日本大正期间,大审院曾著一有名之"狸貉异同"

判例, [68] 颇饶趣味,且具学问价值,可供参考。缘日本 狩猎法施行规则规定,狸之猎期,始自每年之 12 月 1日,终至翌年 2 月底为止,某猎户于大正 13 年 2 月 29日(当年为闰年),于山林中见二狸,急射之,狸惊避岩穴,猎户大喜,取石塞其口,以防逃脱,始扬复而回。迨 3 月 3 日,重归前址,除其石,枪击其内,复驱大咬逃出之狸。事为警所悉,乃移送法办,旋为检察官提起公诉。于法院审判时,被告力辩其捕狸之日,系 2 月 29日,非为 3 月 3 日。且其所捕之兽,系貉而非狸云,第一、二审法院经请动物学家川濑博士鉴定结果,认狸与貉同属一物,乃据以论罪科刑。经被告上诉大审院撤销原判,改判被告无罪。其判决理由称:

被告利用自然之岩穴,对于狸加以围封,事实上对之业有支配之力,已遂所谓"先古"无主物之行为,与狩猎法,之所谓"捕获",自属相当,原审拘泥文义,谓必实际控管,尚有未合。是该捕获行为既已于13年2月29日完成,与狩猎法施行规则第2条所定狸之狩猎期间所为,不相违背。至3月3日驱犬杀狸一节,殊难以此为完成捕获行为,应解为遂行其适法之捕获行为,而后处分已获之狸。被告被诉于狩猎禁止期间捕狸之事实,难谓有据。

次查本案被告所捕之兽,有十字形斑纹,被告所在地方"宇都宫",向称之为"十字文貉",鲜有人名之曰"狸"。虽学理上,狸与貉同属一物,然此系具有动物学

知识之人,始可得知。抑按之习俗,"狸""貉"同称,自古并存,衡诸常理,两者当有所别,若以此"貉"亦在不准捕获之列,则狩猎法中,狸字之下,允应将"貉"亦附带提及,兹仅书"狸"字,罚及信"狸"与"貉"有别之人,即欠公允。本件被告因确信其非狸而捕获之,难谓有何不法可言,应予依法谕知无罪,以免策抑。

类此案件,如在台湾地区发生,关于狸貉误以为不同部分,或能认被告无犯罪故意,惟关于"捕获"行为之认定部分,恐亦将为文义所囿也。

又如"戡乱时期贪污治罪条例"第10条第1项规定:"犯第4条至第6条各款之罪者,其所得财物,应予追缴,并依其情节分别没收或发还被害人","被害人"一语应作何解,始符法意,不无疑义。尤其对公为贵人。尤其对公为罪,此等行贿人,是对当人。若从"文义"言,公务员对当人"文义"言,公务员对当者人",发展义。若从"文义"言,公务员对当者人",要求期约或以受贿赂、第5条第3款之犯罪行为决。其他不正和第4条至第6条第1项所定"犯第4条至第6条公子字、政策、公司,则该条所谓"被害人",自980年台上,交付贿款人",1980年台上,交付贿赂人",1980年台上,交付贿赂与收受贿赂具有"对合犯"之性质,交付贿赂与收受贿赂具有"对合犯"之性质,交付贿赂与收受贿赂互有密切关系,交付贿赂之人,亦侵及国家之官

箴,自非被害人,法律尚无保护之必要。因之,1981年度台非字第31号刑事判决纠正称:"本件被告虽系利用职务上之行为收受贿赂,但交付贿赂之人,亦系意图不法而为给付之人,并非被害人"云云,殊值称道。

就以上二例言之,"捕获""被害人",乍看起来, 似均有二"解"、实则非是。所谓"复数解释之可能 性", 必须依照凯尔生 (H. Kelsen) 所创"框"(Rahmen) 之理论而为界定、在"框"内有"复数解释之可能性" 者,始足当之。所谓"框"者,即法律也。"捕获"一 词之内涵, 以事实上 有支配力为已足, 宇都宫地方法院 及东京高等法院将之解为"实际控管",已逸出"框" 外,不能算"框"内合法之解释,故无"复数解释之可 能性"可言。又"戡乱时期贪污治罪条例"第10条第1 项所规定之"被害人",系指因公务员犯该条例第4条 至第6条各款之罪而被害之人而言,如公务员借势或借 端勒索、勒征、强占、强募财物或诈欺之者均属之。对 公务员职务上行为行贿之人,已侵及国家之官箴,自非 属该条项"被害人"之列。换言之, 1980 年度台上字第 4121 号判决将之解为亦在该条项被害人之列,实已逸出 "框"外也。

依加藤氏言, 法律规范之事项, 如在"框"之中心, 最为明确, 愈趋四周, 愈为模糊, 几至分不出框内或框 外。法文之文义, 亦系如此, 其文义必在"框"之朦胧 之地, 始有复数解释之可能性也。 文义解释之结果,有复数解释之可能性,亦即在 "框"内有二种或二种以上之解释可能时,即应依论理 解释(即体系、法意、比较、目的及合宪等五种解释) 及社会学的解释,始能解决,其详当于次节以后述之。

文义解释与理论解释或社会学的解释之关系,可得 而言者,如下:

其一, 法律解释, 应以文义解释为先, 有复数解释 之可能性时, 始继以论理解释或社会学的解释, 就法文 文义上可能之意义, 加以限定之操作。

其二,论理解释或社会学的解释结果,与文义解释结果相抵触时,如不超过文义或立法旨趣之"预测可能性"时,仍从论理解释或社会学的解释结果。换言之,在此场合,虽超出文义的"字句",亦属无妨,但限制。例如"刑法"第320条第1项以他人之"动产",之限制。例如"所法"第320条第1项以他人之"动产",如实体,动产虽为有体物,惟析其内涵,以具有"改改性及管理性为已足。今如有人窃取他人之"瓦斯""冷气"、"蒸气"等热能,因此等热能亦具可动性及管理性,即使将"动产"扩张解释(论理解释之一种),强起过"动产"二字之文义,惟不超过"动产"二字之文义,惟不超过其"预测可能性",自仍为法之所许。

第二节 体系解释

以法律条文在法律体系上之地位,即依其编章节条项款之前后关连位置,或相关法条之法意,阐明规范意旨之解释方法,称为体系解释。此项解释方法能维护整个法律体系之一贯及概念用语之一致,在法解释上确具价值。盖每一法律规范,系属一个整体,其条文之解释,自亦应本诸论理的作用,就整个体系构造加以阐释,以维护各个法条之连锁关系。

上下位法律体系的各种关连,虽亦可谓为整个法律秩序之体系性,惟此属合宪解释范畴,非此之所谓体系解释。利用体系解释方法,使法条与法条之间,法条前后段间,以及法条内各项、款间,相互补充其意义,或心一完全的规定,确具意义。换言之,就各个法条观之,其规定或不完整,或彼此矛盾,而有所谓"不完全性"或"体系违反",惟透过此项解释方法,均不难使之完整顺畅而无冲突,此乃属体系解释之功能。

举例言之,"民法"第535条规定:"受任人处理委任事务,应依委任人之指示,并与处理自己事务为同一之注意。其受有报酬者,应以善良管理人之注意为之",吾人依前后段之法意,得知受任人如"未受有报酬",即依前段之规定,"与处理自己事务为同一之注意"处理委任事务,如欠缺此项注意,即有具体过失。惟"民

法"第544条第2项规定:"委任无偿者,受任人仅就重大过失,负过失责任",二条之间显有矛盾,设受任人处理委任事务,有具体过失时,应否负责,即有疑义。1973年台上字第1326号判例为此将之体系化,称:"委任关系中之受任人,依'民法'第535条前段之定,虽未受有报酬,其处理委任事务,仍应与处理自己事务为同一之注意,亦即对于具体之轻过失仍须负责,同法第544条第2项之规定,如解为此种受任人仅以重大过失为限始负责任,则与同法第535条之规定未免抵触,故应参照同法第223条,认为此种受任人除与处理自己事务为同一之注意,欠缺此种注意,即应就具体过失负责外,如显然欠缺一般人之注意而有重大过失,仍应负责"。

惟法律体系仅属法律之外在形式而已,利用体系解释如过于机械,拘泥于此项形式,忽视法的实质目的或法意,亦非妥适。例如 1969 年台上字第 3812 条 判例称: "'海商法'第 100 条第 2 项规定之损害赔偿请求权,仅对于运送物之毁损或一部灭失有其适用,对定部现实失不适用之,此观同条第 1 项第 1、2 款规定于前以上诉人不得请求被上诉人以金钱赔偿,并 100 条第 2 项规定已罹消灭时效,不无误解。"此号判例以第 100 条第 1 项第 1 款规定:"提货前或当时,受领权利人已将毁损灭失情形,以书面通知运送人者。"第 2 款

规定:"毁损灭失不显著,而于提货后3月内,以书面 通知运送人者"之法意,均指运送物之毁损或一部灭失 之情形、据而推论第 2 项所定"受领权人之损害赔偿请 求权、自货物受领之日或自应受领之日起1年内,不行 使而消灭"、于运送物之毁损或一部灭失之情形,始有 其适用。实则, 此项推论并非正确, 至少犯以下三点错 误: (1) 前述第1、2款规定之情形,均为第1项但书 之规定,并非本文,此观该项规定:"货物一经有受领 权利人受领, 视为运送人已依照载货证券之记载. 交清 货物。但有下列情事之一者,不在此限。"云云甚明, 欲利用项与项间为体系解释,应以"本文"为之,盖但 书为例外规定, 苟为体系解释, 必适得其反也。(2) 第 2 项法文"货物受领之日"指货物一部灭失及毁损之情 形,"应受领之日"指货物全部灭失之情形,文义至为 明确,无须为体系解释。(3)此条系于1962年修正 "海商法"时增订,其立法说明,谓系参酌美国海上货 物运送条例之规定而为增订, 而美国海上货物运送条例 第3条第6项第3目与海牙规则同,征诸海牙规则会议 文献,"应交付之日",系指运送物全部灭失之情形。[69] 此则判例似宜尽速变更。

又如 1982 年度台上字第 4149 号民事判决称: "依'土地法'第 36 条、第 37 条第 1 项及第 48 条以下条文对照以观, 第 68 条第 1 项所定之登记错误、遗漏或虚伪, 应系指第一次总登记所发生者而言。如当事人之抵

押权设定登记,非于第一次总登记时所办理,纵因地政 事务所 登记 错误,亦不得依该条请求。"此号判决以 "土地法"自第 48 条以下, 其章名曰"土地总登记"第 68条第1项亦在该章之内、参照第37条第1项规定: "土地登记、谓土地及建筑改良物之所有权与他项权利 之登记", 可知他项权利之登记, 不适用第 68 条第 1 项 之规定。实则"土地法"第2编第3章"土地总登记", 自第 48 条以迄第 71 条、第 68 条固在该章之内,但该章 所规定之事项,并非尽系"土地总登记",如第51条规 定。"土地总登记,由土地所有权人于登记期限内检同 证明文件声请之。如系土地他项权利之登记,应由权利 人及义务人共同声请", 第 62 条第 1 项规定: "声请登 记之土地权利, 公告期满无异议, 或经调处成立或裁判 确定者、应即为确定登记、发给权利人以土地所有权状 或他项权利证明书",均包括"他项权利登记"在内, 法院欲以章名为体系解释、未查明该章所有条文是否仅 规定土地总登记,遂行为之,自亦欠妥。[70]

体系解释,除此之外,尚包含扩张解释、限缩解释、 反对解释、当然解释等数种解释方法,兹分款说明之。

第一款 扩张解释

扩张解释,系指法律规定之文义,失之过于狭隘,不足以表示立法之真义,扩张法文之意义,以期正确适用而言。例如 1935 年上字第 1670 号判例称: "烟灰含

有鸦片余质,仍可吸食抵瘾,纵仅出售烟灰,亦无解于贩卖鸦片之罪责",将鸦片之内涵,析为"可吸食抵瘾",遂将"刑 糙",因之鸦片之烟灰,既仍"可吸食抵瘾",遂将"刑 法"及"戡乱时期肃清烟毒条例"上之"鸦片",作扩张解释,认亦包括"烟灰"在内。又如 1959 年台上字第1362 号判例称:"上诉人既不否认将系争土地之一部借与他人搭盖竹屋,即系非自任耕作,自与将耕地一部转租之情形无异。按诸'耕地 375 减租条例'第16条规定"转租"之内涵,析为"非自任耕作",将第16条规定"转租"之内涵,析为"非自任耕作",因之,将耕地借与他人使用,既系"非自任耕作",因之,将耕地借与他人使用,既系"非自任耕作",作扩张解释,认亦包括"将耕地借与他人搭盖竹屋"在内。均其适例。

此二判例,虽甚简短,但至少业将作扩张解释之法 文文义内涵,析述出来,使人一阅而知,仍有可圈可点 之处。

扩张解释,虽亦有目的上之考虑,但与目的性扩张不同,不能混为一谈。目的性扩张,属于漏洞补充之一种,后将详述。兹为比较起见,先言其意义。所谓目的性扩张,系指对法律文义所未涵盖某一类型,由于立法者之疏忽,未将之包括在内,为贯彻规范意旨,乃将该一类型包括在该法律适用范围内之漏洞补充方法而言。因目的性扩张,系将原不为文义所涵盖某一类型,包括於该法律之适用范围之内,亦属漏洞补充的一种。在刑

事法上,目的性扩张,已远超文义之外,有违罪刑法定主义之原则,自非所许,故分辨何者为扩张解释,何者为目的性扩张,至为重要。至在民事法上,二者虽均为法所许,然二者理由不同,法官在制作判决书,更不能混为一谈。要之,扩张解释必析其文义之内涵;而目的性扩张,则应述其扩张之"目的",故亦有分辨之必要。

扩张解释与目的性扩张区别之所在、端视是否在文义之"预测可能性"之内,如依照碧海纯一之"射程"理论言,在文义射程之内者,为扩张解释。如所扩张之文义,非原有文义所能预测,已超出射程之外,则已不能为扩张解释,仅能为目的性扩张。换言之,扩张前及扩张后文义之内涵相同者,应为扩张解释。文义内涵不同者,不能为扩张解释,如有贯彻规范意旨之必要,则应为目的性扩张。

第二款 限缩解释

限缩解释,系指法律规定之文义,过于广泛,限缩法文之意义,局限于核心,以期正确适用而言。例如1962年台非字第76号判例称:"'刑法'第2条所谓有变更之法律,乃指刑罚法律而言,并以依'法规制定标准法'第2条之规定制定公布者为限。行政法令纵可标准法'第2条之规定制定公布者为限。行政法令纵可标准,第2条之规定制定公布者为限。行政法令纵可依据为刑罚法律同等之效力,但因其并无刑罚之规定,究难解为刑罚法律,故如事实变更及刑罚法律外之法令变更,均不属本条所谓法律变更范围之内,自无本条之适

用"。又如1974年台上字第543号判例称:"'农业发展条例'第22条之规定,旨在防止农地细分",而禁止原物分割,用收农地使用上更大之效用。系争共有耕地,既经原审命变卖分配价金,"尚不发生农地细分之情事",共有物之分割方法,依"民法"第824条规定,有"原物分割"及"变卖分配价金"等,惟因"农业发展条例"第22条规定,"旨在防止农地细分,变卖分配价金,尚不发生农地细分情事",而原物分割则会发生农地细分,故将"农业发展条例"第22条所规定不得分割之"分割",作限缩解释,局限于"原物分割"。

限缩解释,虽亦有目的上之考虑,但与目的性限缩不同,不能混为一谈。所谓目的性限缩,系指对法律文义所涵盖之某一类型,由于立法者之疏忽,未将之排除在外,为贯彻规范意旨,乃将该一类型排除在该法律适用范围外之漏洞补充方法而言。因目的性限缩,系将原为法律文义所涵盖之类型,剔除其不合规范意旨部分,使之不在该法律适用范围之列,故亦 属漏洞补充之一种。

限缩解释与目的性限缩,在民、刑事上均为所许,故一般学者殆不将之区别。实则限缩解释,系消极地将文义局限于其核心部分,而目的性限缩则系积极地将不合规范意旨部分予以剔除,使之不在该法律适用范围之列,二者理由仍有所不同。在实务上,如文义可为切割、直接分类时,多采限缩解释,将其文义局限于核心

部分。若不能将文义予以切割分类,则以目的性限缩为之,例如"民法"第106条禁止自己代理之规定,法文曰:"代理人,非经本人之许诺,不得为本人与自己之法律行为",纯为保护本人而设,设代理本人与自己订立赠与契约,由自己将物品赠与本人,并无利益冲突之弊,自为法之所许,此时此种类型,不能从条文文义上予以切割分类,故宜作目的性限缩。

扩张解释与限缩解释,一取周延意义广泛部分为解释,一取其意义核心部分为解释,法官非可任意为之,而应考虑法律目的,使整个法律秩序得以体系化,故均为体系解释之一种。

第三款 反对解释

反对解释,系指依照法律规定之文字,推论其反对之结果,藉以阐明法律之真意者而言,亦即自相异之构或要件,以推论其相异之法律效果而言。例如"刑法"第1条规定:"行为之处罚,以行为时之法律有明文、即为"行为时之法律无明文",亦即法无明文不为罪,成则至者,不处罚其行为",亦即法无明文系。1944年上字第827号判例称:"行为之处罚,以行为时之法律有明文规定者为积,为'刑法'第1条所定,同法第2条第1项所谓行为后法律有变更者,适用裁判时之法律,必以行为时之法律有变更者,适用裁判时之法律,必以行为时之法律,必以行为时之法律,必以行为时之法律,必以行为时之法律,必以行为时之法律,必以行为时之法律,必以行为时之法律,必以行为时之法律,必以行为时之法律,必以行为时之法律,必以行为时之法律,必以行为时之法律,必须明文为前提,若行为时并无处罚明文,辄凭

裁判时之法律,以绳该项法律实施前之行为,微特其适用法则无凭准据,抑亦与刑法不溯既往之原则,根本相违",即本斯旨而为阐释。又如"民法"第222条规定:"故意或重大过失之责任,不得预先免除",1972年台再字第62号判例,作反对解释曰:"债务人因欠缺善良管理人之注意而发生之轻过失责任,依'民法'第222条之反面解释,非不得由当事人依特约予以免除",亦属之。

作反对解释时,应将其所以为反对之理由,载诸裁判书类,方足使人信服。反对解释之法理,为"相异之事件,应为相异之处理",故应尽可能将相异之处表明,例如1959年台上字第1362号判例称:"被上诉人取得系争土地之所有权,乃基于'政府'机关之权力关系,并非依法律行为而取得,依'民法'第758条之反面解释,既无须登记已能发生所有权之效力,则其以上诉人转租为原因诉请还地,于法并无不合",业将"基于'政府'机关之权力关系,并非依法律行为而取得"表明,足使阅者知其相异之处,较诸前引1972年台再字第62号判例为佳,自不待言。

又目的性限缩所本诸之法理,虽亦为"相异之事件, 应为相异之处理",惟"漏洞补充"所剔除之部分,已 在"文义"之外,而反对解释推论之结果,则在反对文 义"射程"之内,是两者不同之处。

同一法条可为扩张解释,亦可为反对解释时,应先为

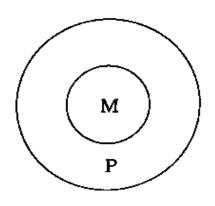
扩张解释,例如"禁止吸食鸦片",若先为扩张解释,鸦片之烟灰,亦在禁止之列,合乎规范意旨。若先为反对解释,则吸食烟灰,不在禁止之列,自甚不恰当也。

反对解释,有一定之限制,并非任何法条均可为之,例如"刑法"第 18 条第 1 项规定: "未满 14 岁人之行为,不罚"。不罚之情事,"刑法"第 12 条第 1 项、第 19 条第 1 项、第 21 条至第 24 条等均设有规定,非徒未满 14 岁人之行为而已,该条既未将之悉予列举,自不得为反对解释。

德国学者库鲁格(U. Klug)就此曾以逻辑的技巧加以处理,颇为脍灸人口。彼认为某一法律规定,可否作反对解释,应视其构成要件与其法律效果间之"行文",暨其相互间之逻辑关系加以决定。[71]为便于说明,吾人仍依本书所设之例,将一法律条文之法律要件称为 M,法律效果称为 P, [72] 其条文结构,即为 M→P,如"民法"第72条规定:"法律行为,有背于公共秩序或善良风俗者"为法律要件,"无效"为法律效果。

依库氏之见解, 法律条文 M→P 之结构, 从逻辑上言, 不外乎以下三种:

其一,外延的包含 (extensive Implikation),亦即有 M 就有 P 之情形。自逻辑上言,M 法律要件乃为 P 法律效果之 充分条件。如以下图示之:

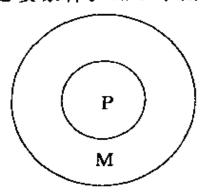


P 为大圈, M 为小圈, M 圈为 P 圈之部分, 故有 M 必有 P, 惟 P 未必尽系 M, 可能是 M, 亦可能在 M 之外, 因此,不能为反对解释。从法学上言,只有法律要件被 充分的列举时,始能成为一个有效的逻辑法则,而得为 反对解释。白马是马,不能反对解释为"非白马不是 马",盖马之颜色有多种,非只白马而已,其反对解释 自不能成立。"劳动基准法"第11条规定:"非有下列 情事之一者, 雇主不得预告劳工终止劳动契约", 在讨 论时,论者有谓宜依草案规定:"有下列情事之一者, 雇主得预告劳工终止劳动契约"。较妥,认此二者反对 解释,其结果并无不同。事实上雇主得预告终止劳动契 约者, 散见"工厂法"、"矿场法", 非徒"劳动基准法" 而已,如准依草案规定为反对解释,对劳工生活之保 障,将更为不周,有违制定"劳动基准法"之本意,笔 者乃以"白马是马与非白马不是马"为题,力斥其 非,[73]拙见终被采纳,该条卒改依"非有下列情事之一 者,雇主不得预告劳工终止劳动契约"之形式立法,而

得排斥相关法律之适用。

以是之故,法律要件并未把所有可能生该法律效果之情形,悉予列举,仅为例示,或仅就其中部分而为规定,只可曰法律要件系法律效果之充分条件,非为必要条件,不可为反对解释。换言之,P将M之外延包含,非将一切必要条件,悉予列举,苟为反对解释,即不合乎逻辑法则。

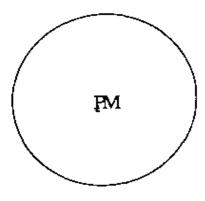
其二,内涵的包含(intensive Implikation),亦即无 M 即 无 P 之情形效果之必要条件。如以下图示之:



M为大圈, P为小圈, P圈为 M圈之部分, 故有 M固有 P, 无 M则无 P, 自可为反对解释。从法学上言, 法律要件既已一一列举, 别无遗漏, 为反对解释, 自合乎逻辑法则。"海商法"第 45 条规定: "主管机关依法查阅船舶文书时, 船长应即送验", 主管机关查阅船舶文书, 有依法者, 有不依法者, 舍此而外, 别无其他情形存在, 依法查阅船舶文书, 为船长应即送验之必要条件。如为反对解释, 则主管机关未依法查阅船舶文书,

船长自毋庸送验,可谓合乎逻辑法则。"民法"第92条第2项规定:"被诈欺而为之意思表示,其撤销以意思表示"以为之意思表示"被诈欺而为之意思表示"为之意思表示"对别,有"被诈事,不一而足,如为之意思表示"对别,有"被诈事,不一而足,如为之意思表示,其撤销观之,"非被责意思表示,其撤销观之,"非思表而"。盖表示,有"被为之原则,仍可适用由"。是不是,为一个人。一个人,对对别,是一个人,对对别。是一个人,对对别,是一个人,对对别。是一个人,对对别,是一个人,对对别,是一个人,对对别,是一个人,对对别,是一个人,对对别,是一个人,对对别,是一个人,对对别,是一个人,对对别,是一个人,对对别,是一个人,对对别,这个人,对对别,是一个人,对对别,是一个人,对对别,这个人,对我们,并维护社会秩序之安力,并维护社会秩序之安力,并维护社会秩序之意思。"这个人,并维护社会秩序之意思。"

其三,相互的包含 (gegenseitige Implikation),亦即有M有P,无M无P,MP相重叠之情形。自逻辑上言,M法律要件,乃为P法律效果之充分条件及必要条件。如以下图示之:



M圈与P圈, 殆几重叠, 可为反对解释, 尤不待言。"民法"第12条规定:"满20岁为成年","成年即为满20岁",20岁、21岁、22岁……, 莫不是"满20岁",亦莫不是"成年"。此条反对解释,即未满20岁为非成年,非成年即系未满20岁。"满20岁"与"成年"重叠,斯即为相互的包含。

由上可知,并非任何法律条文,可为反对解释。法律条文可否为反对解释,乃取决于"法律要件"与"法律效果"间,是否具有"内涵的包含"及"相互的包含"的逻辑关系而定。亦唯有在此等关系之场合,反对解释与类推适用始发生竟合情形。更在外延的包含关系下,既不许反对解释,自不会发生与类推适用始发生竟合之情事。质言之,法律条文准否反对解释或类推适用,彼此不相妨,各有其运作原则,毫无关联性。

第四款 当然解释

当然解释,指法文虽未规定,惟依规范目的衡量,其事实较之法律所规定者,更有适用之理由,而迳行适用该法律规定而言。唐律规定:"诸断罪而无正条,其应出罪者,则举重以明轻,其应入罪者,则举轻以明重。诸断罪皆须引律令格式正文,违者笞二十",所谓举重以明轻或举轻以明重,即系当然解释之法理。桥梁禁止计程车之属通行,则大卡车更不待言矣;公园禁止折花攀枝,则摘果伐干更在禁止之列。

陆海空军"刑法"第83条规定:"抢夺财物者,处死刑、无期徒刑或10年以上有期徒刑",虽未就强监罪为规定,惟在刑法上抢夺之处罚,较强盗罪为轻,则抢夺既予处罚,强盗更不待言,故1974年台上字第2629号判例,认陆海空军"刑法"第83条规定之抢夺财物罪,包括强盗罪在内,即举轻以明重也。又"民法"第697条第2项规定,合伙财产应清偿合伙之债务或划出必需之数额后,各合伙人始有返还出资请求权,此系"清算后"之情形,如在"清算前",当然亦不得请求。1943年上字第5252号判例称:"合伙人中之一人,若在清算人未将合伙财产清偿合伙债务,或划出清偿所必需之数额以前,即向清算人请求返还出资及分配利益,并非法之所许,其未经清算者,更不待论。"即本当然解释而为阐释。

当然解释与类推适用间之分辨,极为几微,间有认当解释,亦为类推适用之一种者,^[74]实则不然。当然解释,亦为类推适用之一种者,^[74]实则不然。当然解释属直接推论,其思维过程,乃一经带进,即导出结论,无须借助于其他命题。盖任何法律均有其目的,其创,其实现实,是一个别规定或是一个别型,而多数规定的,一个整个,而多数规定的。。[75] 带法律仅就个别立法旨趣之规范目的。[75] 带法律仅就个别立法旨趣而形成一完整之规范目的。[75] 带法律仅就个别立法旨趣而

为规定,某一事实虽乏规范明文,惟衡诸该条立法旨趣,尤甚于法律已为规定事项,自更有适用余地,此时即应为当然解释。而类推适用则为间接推论,必须衡诸全体立法旨趣,认尤甚于法律个别规定或相类似时,透过M是P(大前提),S与M类似(小前提),故S是P(结论)三段论法,始克完成推论使命。

再当然解释之"射程",系以"立法旨趣"之预测可能性衡量,非如扩张解释以"文义"之预测可能性衡量,其射程虽较远,惟仍在立法者可能衡量之范围内,盖立法者制定法律,为求法律之简洁,不可能也无庸就某一规定之全部事实,悉于列举,桥梁既禁止通行计程车矣,则大货车、大卡车更不待言,将来可能发明诸如此类之车或其他"名称",当然亦概在禁止之列,凡此,皆在立法者衡量范围,具有"立法旨趣"预测可能性之性质。而类推适用,则法律未规定之事项,乃出诸立法者之疏忽未预见或情况变更而生,基本上是一种漏洞。

在民事法上作此分辨,只在说明(判决理由)上有 其意义。而在刑事法或公法上则有严格区分之必要,盖 当然解释为刑事法或公法上所许,而类推适用则法所不 许也。

因之,在民事实务上,若发现某事项已逸出立法旨 趣之预测可能性之外,殆均为类推适用,不敢迳为当然 解释。

第三节 法意解释

法意解释,又称为历史解释或沿革解释,系指探求立法者于制定法律时所作价值判断及其所欲实践的的,以推知立法者之意思,而为解释之方法。因此,立法史及立法过程中所参考的一切资料,遂成为法意解释主要之依据。惟所谓立法者之意思,并非指立法者当时之意思,而系指依当时立法者处于今日所应有为时之意思,应依社会现有的观念,就立法有的观念,就立法意解释,应依社会现有的观念,就立法资料的价值予以评估,而不能以立法当时社会所存的观念评估,其解释之目的,系在发现客观之规范意旨,而非探求立法者主观之意思,此即为立法意思之现代化及客观化。

故严格言之,立法过程中之一切记录、文件、立法理由书等资料,不过是法意解释时参考的资料而已,必须经价值判断,始可了解法律意旨之所在。立法者意思之探求,有助于"文义解释"之理解,并加以界说,故其具有"范畴性功能",可划定文义解释的"活动范围",以进行其解释活动,俾文义解释不至离谱,自不待言。

例如"刑法"第62条规定:"对于未发觉之罪自首而受裁判者,减轻其刑。但有特别规定者,依其规定",所谓"发觉"一词意义云何,涉及"立法本旨"的探

求,如自首减刑之立法本旨,系为"奖励犯罪者悔过投 诚"、则只消私人(被害人或被害人以外之人)知悉其 事并知其人, 纵公务员尚不知犯罪之事实, 或虽知有犯 罪事实而不知犯罪人为何人、则应认已"发觉"。如立 法本旨除此之外, 另方面亦"为免搜查逮捕, 株连疑 似, 累及无辜", 则尚不得谓已"发觉"。遇此情形, 自 须查考立法资料,并予评估,以发现客观之法律规范意 旨,并加阐释。1931年上字第1721号判例称:"查刑法 (旧) 第38条之所谓发觉,系指该管公务员已知犯罪事 实并知犯罪人之为何人而言, 至被害人以及被害人以外 之人知悉其事并知其人,而该管公务员犹未知之者,仍 不能不认为合于该条所谓未发觉的规定, 盖该条之立法 本旨自首减刑, 系为奖励犯罪者悔过投诚, 而一方为免 搜查逮捕 株连疑似,累及无辜,就此观察,其所谓发 觉,并不包括私人之知悉在内。"即本法意解释而为阐 释。又如 1951 年台上字第 766 号判例称: "'民法'第 873条第2项所称之抵押权,虽系指已登记之抵押权而 言, 然该项立法意旨, 系在保护债务人, 免其因一时之 急迫而蒙重大之不利。故对于未登记之抵押权所为流质 契约之订定,亦属无效",则显已将立法意思予以现代 化及客观化, 颇足称道。

法意解释,所以又称为历史解释或沿革解释,系指依立法之历史或沿革资料,以发现客观之规范意旨而言,其所着重者毋宁系方法也。

第四节 比较解释

比较解释,系指比较参酌外国立法及判例学说,作为诠释本土法律之参考资料,以实践其规范目的之解释方法而言。比较解释,非仅比较二国或二国以上之条文,且更须比较其判例学说,始能获窥法文本意,以适应时代潮流。

无可讳言,台湾地区法律尤其"民法",多系继受德、瑞、日等国立法例而制定,而"商事法"则颇受美国法之影响,以该等国家立法例及学说判例诠释法律,常可使法文欠明了之处,获得澄清。不仅如此,现今社会环境,与立法当时若已有相当距离,亦可藉助比较解释,获窥法文之应有意义。

在刑事法上,由于采罪刑法定主义,以此解释方法,较属罕见。惟在民事判决,则恒常见之,如 1984 年度台上字第 4214 号判决称:"查船务代理业者代理运送人签发载货证券,为各国海运业签发载货证券常例之一(参见 1924 年"海牙规则"第 3 条第 3 项),'海商法'第 97 条及第 98 条第 1 项虽仅规定由运送人或船长签发载货证券,惟于'航业法'第 43 条第 1 款、第 42 条第 1 项,则亦规定甲种船务代理业有代理船舶运输业签发载货证券之权,此与前述海运常例正相吻合。故船务代理业者代理运送人签发载货证券时,苟已表明代理之意

旨,并标明系载货证券,即系海运提单",乃系参酌 1924年"海牙规则"而为判决,即其一例。

惟参酌外国立法例或学说,必须注意(1)对外国立法例或学说,有充分之了解,(2)应将所获参考资料以及参考之理由,加以说明。法学既系一门学问,具有"间主观性",除应提出"主张"而外,更应提出"合理的理由",俾他人得以理解,进而对之提出公开讨论与批判,此种具有"理解可能性"、"讨论可能性"及"批判可能性"之性格,始属学问。学者论文教科书固应如是,裁判书类亦应如此,才能期其进步。现实裁判品质,迄今不能尽如人意,主要是未符此项要求所致。

1979年台上字第196号判例称: "'海商法'第113条第3款以失火为运送人之免责事由,系指非由于运送人或其履行辅助人之过失所引起之火灾而言。'海牙规则'(1924年载货证券国际统一公约)就此明定为不可则责于运送人事由所引起之火灾,复明文排斥运送人事的引起火灾之适用,且不仅在于火灾之引起,更及于火灾之适用,且不仅在于火灾之引起,更及于火灾之防止。'海商法'虽未具体规助人之过失行为,不包括在免责事由之内,亦即运送人和自己的责任,相互比照,自可明了。是运送人来明和人之免责条款而主张免其责任",此号判例由于对1924年"海牙规则"未有充分之了解,致误以为因运送人之

履行辅助人之过失所引起之火灾,运送人亦须负责,实属遗憾。[76]

第五节 目的解释

要之,法律规范目的在维护整个法律秩序的体系性, 个别规定或多数规定均受此一目的之支配,所有之解 释,绝不能与此目的相违。透过目的解释,各个法律条 文间之"不完全性"或"不完整性",均能完整顺畅而 无冲突。 目的解释与法意解释,同在阐明规范意旨,只不过一从整体之法律目的解释,一从个别规定之法意探求;一从法律目的着眼,一从历史沿革出发,如此而已。惟如社会急遽变迁,社会目的与法律目的不同时,则应以社会学的解释为之,始能切合社会之需要。盖目的解释,乃属论理解释之一种,重在法律之安定性,在社会承平时,固扮演着重要角色,惟在社会急遽变化时,则宁以具体的妥当性为主导,始合乎公平正义也。

目的解释之实例,1943年永上字第38号判例称: "公务人员于作战期内借端强募财物者,'惩治贪污暂行条例'第2条第4款固已定有罚则,但本条例既为惩治贪污而设,则凡犯本条例之罪者,其行为自以图利私人为必要,若其借端强募并无图利私人之意思,除其程度应解犯'刑法'上之罪名,依'刑法'处断外,要难遽认为构成本条例之犯罪"。

又"实施耕者有其田条例"之目的,依该条例第 1 条第 1 项规定系"实施耕者有其田",亦即以征收出租 与他人耕作之土地,而放领与现耕农民为其目的,因之 其对象以"出租耕地"为限,如"自任耕作之土地",则无适用之余地,1954年台上字第 144 号判例称:"'实 施耕者有其田条例',系以征收出租与他人耕作之土地, 而放领与现耕农民为其目的,即以出租耕地为对象。若 自任耕作之土地,则无适用之余地,此观该条例第 6 条 至第 8 条各规定自明",本则判例以该条例第 6 条至第 8 条 "各个规定",分析整合"实施耕者有其田"一词之涵义为"以征收出租与他人耕作之土地,而放领与现耕农民",而后加以阐释,实值称许。

第六节 合宪解释

合宪解释,系指以较高或"宪法"规范之意旨,而 为解释位阶较低法规之方法而言。在法秩序中,"宪法" 位阶最高,其次为法律,再次为命令,因此关于法令之 解释,位阶较低者,应依位阶较高之规范意旨为之,期 能实践位阶较高之规范目的,使法秩序若金字塔,上下 井然有序。

合宪解释,系以高位阶之规范,阐释低位阶法规之含义;目的解释,系以某一位阶某法律之整个规范目的,阐释各个法律规定之含义;而法意解释,则以立法史及立法资料等探求各个法律规定之立法意旨,阐释各该条法律规定之含义。三者层次各有不同,解释方法亦殊,是宜注意者也。

第三章 社会学的解释

社会学的解释,与体系解释相同,系以法文之文义解释为基础,当文义解释结果,有复数解释之可能性时,进一步地确定其涵义,使之明确的一种操作方法,均须在文义解释可能之文义范围内作成。其与体系解释不同之点,乃体系解释在确定文义的涵义时,须考虑法律条文间各种关连关系,使条文的体系完整,不生矛盾或冲突情事;而社会学的解释,则偏重于社会效果的预测及其目的之考量。[77]

在实用法学上,社会学的解释系在自由法运动以及法社会学诞生后,始为法学者所运用。经野尔立息(Eugen Ehrlich)、康德罗兹(Hermann Kantorowicz)等氏的阐扬之下,将社会学的方法应用到法解释学上,几已成为一种风尚,普遍地被运用。日本在第二次世界大战之后,从事此种方法的研究者,无论在质或量的方面,也呈现一片蓬勃之气。[78]

当文义解释的结果,有复数解释的可能出现时,苟不超出文义,严格言之,每一种见解,均为合法之解

释。究以何者为当,非属理论认识的问题,而系政策性之问题,倘涉及社会效果的预期或目的考量,法官即应为社会学的解释,苟不为此项解释,即难辞其咎。

举日本大审院时代"一厘事件"为例,[79]缘日本枥 木县有烟农某, 因私制烟草, 被诉违反烟草专卖法, 并 扣押其私制烟草重约 7 分、价值 1 厘。初由宇都宫地方 裁判所,以犯罪证据不足为由,判决无罪。嗣经东京控 诉院改判有罪,并处罚金 10 元。后经大审院撤销第二 审之判决改判无罪。此案涉及烟草专卖法上"烟草", 究应以"物理学"之观念解释? 抑应以"共同生活"之 观念解释? 而有不同的结论。如从物理学之观念解释, 即使私制烟草一分,亦应构成犯罪(至是否微罪不检 举,或判免刑,系属另事)。如从共同生活之观念解释, 则不能构成有罪。所谓从共同生活之观念,实指社会学 的解释而言,[80]日本大审院依此而判决, 其理由称:"凡 于纯然物理原则, 而断物界现象, 并观察事物者, 其有 无之间, 界限至明。故虽秋毫之末, 苟有如上之事实, 则必常视为'有',而不以事涉零细,视其为'无'也。 惟于公民共同生活关系立场而观察事物时,则又不得以 物理之观念为准据、由此见地而言,则人类非行之零细 事项,除特殊恶性之行为,须予以计算外,而以任之不 问为常态,此无他,盖于此种行为,实无过问之必要, 苟问之, 反致蒙受损失。较之付诸不问之害恶为大故 也。此诚一般公民共同生活关系上所承认之观念。是以

当解释刑法及其他刑罚法时, 当考虑究应从于物理学之 观念、抑从于共同生活之观念、若依前者、则虽如粒 栗、滴水之微、倘于刑罚法有禁制侵害法益之明文,而 侵害之者、则无须考虑其为任何场合、均得适用该法、 以执行其刑罚。然刑罚者, 究非专为前述零细之场合而 设,虽任何人亦皆不得争执,盖刑罚法者,系规定共同 生活条件之法规,以维社会秩序为唯一之目的。所以当 其解释之时,应准乎所表现之共同生活观念,而不得从 乎物理观念。由是于零细之违法行为, 除认为犯人有危 险性之特殊情况下而予以执行外,如于共同生活观念之 刑罚制裁下, 认定无要求法律以保护其法益时, 即无需 临之以法。人情如此, 立法之旨趣遂不得不存乎其中, 故于无危害共同生活之零细不法行为付之不问者,非为 犯罪检举上之问题,实刑罚法解释上之问题,任之不 问,实合于立法精神,及解释法例之原理也! 从而于此 种违法行为,虽具有刑罚法条文规定之物的条件,亦可 断定不能构成有罪, 因其行为零细, 且并无危险性也。 况犯罪能否构成, 乃属法律问题, 其分际无须介入物理 性, 而应取决于健全共同生活上之观念, 除此之外别无 他道可循。就本案所认定之事实言之, 被告急纳之烟草 不过 7 分, 如不顾费用及手续之繁苛, 而强以诛求, 则 违背税法之精神、宁若付之不问为愈也。况被告之所 为,除怠纳零细之烟草之外,实别无任何危险状况之存 在,业经原判决述明,核被告所为,并不构成犯罪。"

等语, 而备受赞扬, 实一难得之判决。

社会学的解释之操作方法,大抵可分二步骤: (1) 首须对每一种解释可能产生的社会效果,加以预测。以一厘事件为例,私制烟草 7 分,如以物理学的观念解释,认业已构成犯罪,将之判刑,于世道人心是否有益?不顾费用及手续之繁苛,而强以诛求,是否违背税法之精神? 凭藉经验事实加以预测后,再就另一种解释,即以共同生活之观念解释,是否亦有同样情形?如若不然,两相比较,害恶孰大? (2)确定社会统制目的,并由此目的予以衡量各种解释所生之社会效果,何者最符合该目的,若认为任之不罚,合乎社会统制目的,即应依共同生活之观念予以解释。

社会学的解释,用之甚广,举凡"目的解释""价值补充",殆皆参酌此法为之。惟本书以为法律目的未必与社会统制目的同一,而"价值补充"又介乎"解释"与"漏洞补充"之间,^[81]故本书仍分别论述,并将社会学的解释中,有关目的解释及价值补充部分割舍,另成不同之体系。

虽然如此,法学之研究须借助于社会学的解释者,仍为数甚多,尤其法律词句难免有 fringe meaning 出现,更有所谓 border - line case 存在,诸如此类,单以"文义解释"或"论理解释"(尤其是体系解释)阐释,仍不足以济事,尚须借重社会学的解释,始克解决。故社会学的解释,在法解释学上不仅有其必要,且亦使法解释

学呈现新的契机, 使法解释之途, 不致因之而穷。

例如"民法"第1052条第1项第3款"不堪同居之虐等",第10款"犯不名誉之罪"等判决离婚之事由。意义不甚明确,即令依照法文之用语及通常使用方式而为"文义解释",很难推出一定的意义。即或以整个法律体系构造原理而为"体系解释",亦有隔靴搔痒之叹。最后仍不得不"依社会道德观念"、[82]"依社会上一般观念"决定之,[83]亦即应视社会上一般人的通念或价值判断而定。而社会上一般人的通念或价值判断,则非透过社会学的解释无从得之。

如前所述,社会学的解释,偏重于社会效果的预测及社会目的之考量。如社会目的明晰确定,则社会效果的预测,有其目标,每一种解释可能产生的社会效果,何者最符合该目的?何者最为有效?均不难预测,其取舍之间,自具有相当的客观性。而且这种社会效果的预测,属于经验事实的探求,以社会事实的调查为根据,亦具有科学性,自然切合时代潮流的需要。至于如有数目的发生竞合时,则属目的选择的范畴,应为"利益衡量",才能解决,自不待言。

第四章 价值补充

第一节 不确定法律概念

法律概念之功能,在于规范其所存在之社会行为,为贯彻其规范的功能,不仅不应忽略其规范目的,且应赋予规范使命,使其"带有价值",期臻至当,惟有些概念,恒需由审判者于个案中斟酌一切情事始可确定,亦即需由审判官予以价值判断,始克具体化,谓之不确定的规范性概念或不确定法律概念。另有些条项,仅就原则的概括规定,必由审判官于具体案件中公平裁决,其规范功能始能具体显现,称此为概括条款。

不确定的法律概念,在民事法上如重大事由、显失公平、相当期间或相当数额等是;在刑事法上如"或以其他非法方法"、"或以他法"、"其他相类情形"、"或其他麻痹方法"等是。概括条款如诚实信用原则、权利不得滥用等皆属之。其主要功能,在于使法院能适应社会经济及伦理道德价值观念之变迁,而使法律能与时俱

进,以实践其规范功能。

法院就不确定的规范性概念或概括条款予以价值补充时,须适用存于社会上可以探知认识之客观伦理秩序、价值、规范及公平正义之原则,不能动用个人主观的法律感情^[84]。应知,人类并不是为规范而规范,规范本身并非人类追求的目标,而是利用规范追求公平正义,因此必须予以价值补充,始克实现此项伦理的要求。

法官将不确定的法律概念具体化,并非为同类案件确定一个具体的标准,而是应 case by case,随各个具体案件,依照法律的精神、立法目的,针对社会的情形和需要予以具体化,以求实质的公平与妥当。因之,法官于具体化时,须将理由述说明确,而且切莫引用他例,以为判断之基准。

关于具体化之事例,在民事法上如 1961 年台上字第88号判例:"被上诉人为上诉人之养母,上诉人动辄与之争吵,并恶言相加,肆意辱骂,有背伦常之道,已具有'民法'第1081 条第1 款及第6 款情形,自得构成各止收养关系之原因",即系就"重大事由"所为之具体化。1985 年度第一次民事庭会议决议:"依'民法'第254 条规定,债务人迟延给付时,必须经债权人定相当期限内催告其履行,而债务人于期限内仍不履行时,债权人始得解除契约。债权人为履行给付之催告,如未定期限,难谓与前述'民法'规定解除契约之要件相符。

惟债权人催告定有期限而不相当(过短)时,若自催告经过相当期间,债务人仍不履行者,基于诚实信用原则,应认已发生该条所定契约解除权"。其法律见解固甚正确,[85]惟犯下二个错误:(1)本件为不确定法律概念之具体化,不能援引诚信原则,(2)期间相当与否未述说明确。

在刑事法上具体化之事例,如 1954年台上字第 404 号判例: "甲男乘酒兴侵入乙女卧室,于其熟睡施以奸 淫,是对于妇女乘其心神丧失相类之情形,不能抗拒而 奸淫之, 原判决依'刑法'第225条第1项论处, 尚无 不合", 认对于熟睡妇女施以奸淫, 与心神丧失"相 类"。又同院 1939 年沪上字第 25 号判例: "'刑法'第 225条第1项之罪,以对于妇女,乘其心神丧失或其他 相类之情形,不能抗拒而奸淫之为构成要件,如果加害 人使用某种方法, 致使妇女不能抗拒, 以实施奸淫之行 为, 当然成立同法第 221 条第 1 项之强奸罪。被告向某 女实行奸淫之前,向称菩萨已来,浑身都要看过,勿得 声张, 致其有所畏慑, 听任指挥, 即系以他法致使不能 抗拒,与乘其不能抗拒而为奸淫之情形不同",则认向 妇女"称菩萨已来,浑身都要看过,勿得声张,致其有 所畏慑, 听任指挥"、系以"他法"致使不能抗拒之一 种。

第二节 概括条款 (诚信原则)

"民法"第148条第2项规定:"行使权利,履行义务,应依诚实及信用方法",斯即所谓诚实信用原则,一般简称为诚信原则,为实务上最重要之概括条款,不仅具有补充、验证实证法之机能,抑亦为法解释之基准,^[86]为法律伦理价值之最高表现,学者称之为"帝王条款",所谓"情事变更的原则"、"权利滥用禁止的原则"、"暴利禁止的原理"、"一般恶意的抗辩"、"禁反言的原则"等,莫不源于诚信原则,亦莫不受诚信原则的支配。

诚信原则源自罗马法,其之初也,适用于恶意之抗辩,其后渐次发达,在强调契约自由之下,认此乃系道德观念法律化的具体表现,其适用范围由债之关系而成为行使一切权利义务的最高指导原则,其对大陆法之贡献,犹若衡平之于英国法,罕有其匹。"民法"原系仿照德国民法体例,于债编第 149 条规定: "行使权利,履行债务,应依诚实及信用方法",嗣于 1982 年修正时改列于总则编,成为全部民法关系之概括条款,实符世界最新之立法例。[87]

诚信原则虽以社会伦理观念为基础,惟其并非"道德",而是将道德法律技术化,盖道德之本质为"自律的",而诚信原则则具"他律"之性质,基于法律与道

德之相互作用关系,而成为法律之最高指导原则。且诚信原则之内容极为概括抽象,乃属一白纸规定,其虽为客观的强行规范,但内容却可因社会变迁而赋予新的意义。其较诸其他法律原则,具有上位的概念。

诚信原则适用之结果,可创造、变更、消灭、扩张、限制约定之权利义务,亦可发生履行拒绝权、解除权及请求返还之拒绝权,更得以之为撤销法律行为或增减给付之依据,或成立一般恶意之抗辩,德儒 Hedemann 谓:"诚信原则之作用力,世罕其匹,为一般条项之首位",徇属至言。[88]故于具体案件,不必直接诉诸此项帝王条款,而以其次或再次之法律原则,加以援引即可,必无其他法律原则可为援引时,始可直接予以适用。

诚信原则具有公平正义之象征,不仅可广泛适用于权利之行使与义务之履行,而且对于法律的伦理性与当事人间利益的均衡性,具有促进与调节的作用,其具有(1)为解释、补充或评价法律行为的准则,(2)为解释或补充法律的准则,(3)为制定或修订法律的准则等三项功能。[89]故其与法解释方法,关系自属非浅。

一般而言, 法律条文均极为抽象, 于适用具体案件时, 必加以阐明确定, 此乃属前述"狭义的法律解释"之范畴, 为此项法律之解释时, 必须受诚信原则的支配, 始可维持公平正义。法律有欠缺或不完备, 而为漏洞补充时, 亦恒须以诚信原则为最高准则加以补充, 其造法始不致发生偏失。以是之故, 法院解释法律或补充

漏洞时,隐约之间,必以诚信原则善加阐释,推陈出新,俾法律之适用臻于妥适合理。

然则, 援用诚信原则时, 务须注意以下各点。[90]

- 1) 就某一具体事件,适用某法律规定或援用诚信原则,如均能获致同一结论时,应迳行适用该法律之规定,不得援用诚信原则,而置该法律规定于不顾。盖诚信原则为一至高无上的指导原则,立法者于立法时,苟以明确的文字,将其精神表现于法条规定之上,若舍此不顾,迳行援用诚信原则,将使法律之尊严受到损害。
- 2)适用法律时,必其价值隐晦不明时,帝王条款始能出而指导,断不能于价值判断甚明时,动辄授用诚信原则,致法律欠缺稳定。
- 3) 补充法律漏洞时,如其漏洞能迳行以"漏洞补充方法",如类推适用、目的性限缩或目的性扩张等加以补充,而其补充结果,与援用诚信原则可获致同一之结论时,亦不得援用诚信原则,致与此等补充方法密连之法律,遭到蔑视。
- 4) 援用诚信原则结果, 苟导致与法律规定相反的结论, 亦不在被允许之列, 盖于此情形, 苟亦被允许, 则解释法律者, 将可借适用诚信原则之美名, 而为所欲为之解释也(惟以诚信原则验证法律之善恶, 并资为修改之依据, 则为所许也)。
- 5) 以类推适用、目的性限缩或目的性扩张等漏洞补充方法,补充漏洞的结果,如与援用诚信原则获致相反

的结论时,诚信原则之援用亦应予"软化",不得再予援用,以免损及与补充方法密连之法律之尊严。

6)若援用诚信原则结果,与判例生龃龉时,判例应依法定程序予以变更。

例如 1969 年台上字第 2929 号判例称: "媒介居间人固以契约因某媒介而成立时为限,始得请求报酬,但委托人为避免报酬之支付,故意拒绝订立该媒介就绪之契约,而再由自己与相对人订立同一内容之契约者,依诚实信用原则,仍应支付报酬。又委托人虽得随时终止居间契约,然契约之终止,究不应以使居间人丧失报酬请求权为目的而为之,否则仍应支付报酬",即其一例。

第五章 漏洞补充

第一节 法理概说

法律规范对于应规定之事项,由于立法者之疏忽未 预见,或情况变更,致就某一法律事实未设规定时,审 判官应探求规范目的,就此漏洞加以补充,斯谓之似情况 者,或者有意不为规定,或有意不适用类似情况 者,即不造成漏洞,不生补充的圆。漏洞充主,体系主反",俾法律所 功能,乃在消除法秩序中的"体系违反",俾法律所 求的"价值",可充分圆满地获得实现。漏洞补充,一 言以然,在大陆法系国家,其判例的效力虽不若英美 国所具权威,惟无可否认,其亦具造法的功能。1968年 台上字第1091号判例称:"'民事诉讼法'第496条第1 项第1款所谓适用的法规显有错误,应以确定判决表 项第1款所谓适用的法规显有错误,应以确定判决表 项第2数,存为限,若在学说上诸说并存, 无法规判解可据者,不得指为用法错误",将法规、判 例、解释三者并列, 尤可见判例在现存法律体系上之地 位。

判例之内容,或出于狭义的法律解释,或出于价值补充,其造法功能并不太显著,唯在漏洞补充,始为明朗化。盖在狭义的法律解释或价值补充,法官的权限,不过就"法律内部的事项"而为阐释而已,而所谓"漏洞"乃属"法律外部的缺漏",其补充即令由法官以"解释"或"裁世"为之,仍不足以济事。必须透过"造法的运动",始能圆满填补。[91]法官为价值补充,系由于立法者之授权,依具体情况而为衡量;而漏洞补充,则系依"民法"第1条"依法理"而为填补。

所谓法理,乃指法律之原理而言,亦即自法律根本精神演绎而得之法律一般的原则。法律系社会规范之一种,以公平正义为其最高指导原理,而调和社会生活上相对立之各种利益为其任务,故法律精神与社会"通念",息息相关。惟社会现象变化无穷,法律无从规范虚遗,且法律有时而尽,其漏洞苟不予填补,法律的规范目的即无由以达。自有授权审判官运用法理加以补充,以贯彻实践法律的规范目的之必要。

"民法"第1条规定:"民事,法律所未规定者,依 习惯。无习惯者,依法理",明定"法理"为法源之一, 惟究其实际,法理之援用,实指法律之补充而言,其在 具体化以前,并不生规范的作用,不能据为个案裁判之 依据,必须藉由补充的方法,获得具体的规范,始可发 生规范的作用。法理的具体化的工作,必须仰赖学说或实务长期努力的工作,始克完成。瑞士"民法"第1条规定:"法律问题,在文字上及解释上,法律已有规定者,概适用法律","法律所未规定者,依习惯法。无习惯法者,法院应遵照立法者所拟制定之原则予以裁判","于此情形,法院务须恪遵稳妥之学说及判例",实可据为法理补充之最好注脚。

法理若存在法律规定本身者,如"民法"第2条规定:"民事所适用之习惯,以不背于公共秩序或善良风俗者为限",第148条第1项规定:"权利之行使,不得违反公共利益,或以损害他人为主要目的",即成为"概括条款",法院可依具体情况而为衡量,系属价值补充的问题而非漏洞补充。在此场合,法院迳行适用此等法律规定而予具体化即可,于此情形,不再认系"民法"第1条之"法理"。

法理乃自法律规定的根本精神演绎而出,在法条中 虽未揭示演绎而得之法律一般的原则,惟经学说判例的 长期经营,却已渐为人所熟知。其所常见者,如契约自 由原则,过失责任主义,私有财产应予保障,自己责任 原则,信赖原则,权衡原则,等等皆属之。

举例以言, "民法"第169条规定之表见代理, 第298条规定之表见让与, 乃以"信赖责任"为其立法基础; "民法"第149条之防卫过当, 第787条第2项之袋地所有人必要通行权,均植基于"权衡原则"。法理一

方面具有补充法律的功能,另方面亦可兼供为审查法律是否为一"善法",而具督促作用。

法理自其存在的态样,可分平等原则、规范目的、 法理念及事理四种。所谓平等原则,系指"相类似之事件,应为相同之处理","不相类似之事件,应为不方法;所有。前者导出"类推适用"之补充方法;所称然,前已言之,兹不再赘)。前者因案件具有"差异性",而应为明规范目的,系指为贯彻立法旨趣,所谓规范目的,系指为贯彻立法自趣,并除于该法律之适用范围外,或用之义所未涵盖之类型,排除于该法律之适用范围外,或用之义所未涵盖之类型,包括于该法律之适用,或用之义所未涵盖之类型,包括于该法律之适用,或用之义所未涵盖之类型,包括可以,有对方,则为"自的性限缩",只不过一从"差异性"言,一从规范目的言而已,后者则为"目的性扩张"。

目的性限缩与目的性扩张,系指将某项法律规定之适用范围加以限缩或扩张,以贯彻其规范意旨而言;而限缩解释或扩张解释,则系将"法律概念"局限于或扩张其核心意义。在前者,属于漏洞补充,将法律文义所涵盖或未涵盖的类型,排除在外或包括在内;在后者,属狭义的法律解释,将法文的意义缩小或扩张,以符立法之真义。

另有依据法理念及事理,就现存实证法毫无依据之 类型,创造其规范依据,名之为"创造性的补充",如 创"担保信托"、"管理信托"及"让与担保"等,即其适例。创造性的补充,有谓系"补正的解释",有谓系"渐进的解释",不一而足,本书以为如将法律之解释作广义解,如此称呼,固无可厚非,然却不足以显示其造法性,且易与狭义的法律解释混淆,故不采之。

第二节 类推适用

类推适用,系就法律未规定之事项,比附援引与其性质相类似之规定,以为适用。类推适用系基于平等原则之理念,而普遍为法院所使用,"相类似之案件,应为相同之处理"之法理,^[92]为类推适用之基本原理。

法理也者,乃指法律之原理而言,如前所述,其乃 出自法律根本精神演绎而得之法律一般原则。所谓法律 根本精神,一言以蔽之,乃系欲确保社会制度或保障其 健全发达,在法律上所需要之精神。法律因有根本精 神,故法律秩序必有其统一性,因之,法律就某事件之 规范若如此,则对其他相类似之事件,亦宜为同一之规 范,为相同之处理,始能适合社会通念,俾能实现法律 生活之公平及维护法律秩序之安定。若法律就此未设规 范,自应援引类似规定,加以适用。

关于类推适用, 法律苟已定有明文, 即无漏洞可言, 自不生补充的问题。如"民法"第 187 条第 4 项、第 347 条、第 398 条、第 772 条、第 831 条均已设有准用

规定, 法院迳加类推适用即可, 与兹所谓具有造法作用之类推适用, 尚有不同。^[93]

以是之故,法院为类推适用时,首须就法律所未设之规定,确认其究为有意的不规定,抑系立法者之疏忽、未预见或情况变更所致,如系前者,不生补充的问题,且就一般而言,法律的沉默,系有意的沉默而非无意的疏忽,因之在不能确定法律之未设规定,系出诸立法者之疏忽、未预见或情况变更以前,不能率将法律有意的沉默误为无意的疏忽。其次,必须探求法律规范旨,觅出彼此相类似之点,建立可供比附援引之共通原则,而后将其一类型之法律效果,适用于另一类型之上,类推适用于焉始大功告成。

进一步言,类推适用所补充之漏洞,必为公开的漏洞。法律依其规范意旨,原应积极地设其规定,而未设规定,谓之公开的漏洞;若依其规范意旨,原应消极地设限,而未限制,则属隐藏的漏洞。[94]公开的漏洞,则类推适用补充之,隐藏的漏洞则由目的性限缩补充之。

实务上运用类推适用的方法以填补法律上漏洞之事例,虽屡见不鲜,惟其运用的过程,则至为简略,甚或语焉不详,例如1974年台上字第2139号、1953年台上字第1349号及1960年台上字第1927号判例,仅泛言"具有同一之法律理由",1957年台上字第422号判例仅称"性质上得类推适用",1934年上字第489号、1979年台上字第777号判例甚至均仅称"应类推适用"。即

予"补充",自难昭折服。按类推适用虽曰取决于其 "类似性",但类似与否仍非求助于价值判断不为功,苟 其运用的过程,不书于判决,鲜能使人获悉其价值判断 是否客观,自不足以昭信服。

类推适用之运用,依德国学者库鲁格(U. Klug)在1951年所著"法学上逻辑"(Juristische Logic)一书中,认应具三项特点,始足当之。日本学者碧海纯一另加一特点、计为四项, [95] 兹述之如次:

其一,类推适用系属间接推论(mittelbarer Schluss)之一种。逻辑上之推论,可分为直接推论与间接推论。以一个命题为前提,将特定案例事实归摄(Subsumtion)进去,而导引出特定之结论,斯即为直接推论。举例言之,所有S是P,故某S亦为P,其思维过程,乃一经带进,即导出结论,无须借助于其他命题。至于间接推论则须以二个命题为其前提,始能导出结论。一般三段论法,凡M是P(大前提),S为M(小前提),故S是P(结论),必须经由"S为M"这一命题为之穿针引线,始能导出结论,固为间接推论。即类推适用,M是P(大前提)、S与M类似(小前提),故S是P(结论),亦须经由"S与M类似"这一命题为之媒介,始克完成其推论的使命,自亦属间接推论。尤不待言。

其二,类推适用乃系由"特殊到特殊""个别到个别"之推论。在逻辑上之推论,有(一)由"一般到特殊"者,如演绎是。凡人皆有死,斯为一般原则,孔子

是人,进而推论至孔子有死,而至"特殊"结论。此种演绎法为一般三段论法之推论,与类推适用尚有不同。有(二)由"个别到一般"者,如归纳是,孔子是人,孔子有死;孟子是人,孟子有死;老子是人,老子有死……,此均为个别之命题,进而推论至"所有人皆有死",一无例外,斯即归纳法之推论。

而类推适用则有别于"演绎""归纳"之推论,乃由"特殊到特殊","个别到个别",其前提须为"个别"命题或"特殊"命题,非以一般命题为前提。质言之,一般三段论法之大前提"凡 M 是 P",有一"凡"字,系"所有"之意思,一无例外,为一"全称";而类推适用之大前提,则为"M 是 P",无一"凡"字,M 乃一"个别"或"特殊"之法律要件,此牵涉到"反对解释"之问题,后当专章讨论彼此间之关系。

其三,类推适用所获致之结论,并非绝对可靠,仅能得一不太确实之结论而已,有时甚至导出错误之结论。一般三段论法,其前提为"真",故其所导出之结论,亦莫不"真",而类推适用其所依据的前提,并非一般命题,而是"个别"或"特殊"的命题,其类推的基础又涉及人的价值判断,故其结论只有盖然性而已,难期确实可靠。因之,其结论宁重妥当与否,无须计及真伪。

举例 言之,地球上有人类居住,火星上之气候、温度、变化、地形构造及其他条件,与地球类似,苟因之

推论火星上亦有人类居住,即非绝对可靠,仍有待太空 科学家进一步证实,其结论甚至可能与推论相反,故不 太可靠。

其四,类推适用系基于"类似性质"或"类似关系"所为之推论。类推适用在传统三段论法上之格,为"M是P(大前提),S与M类似(小前提),故S是P(结论)",故"类似性质"或"类似关系",系类推适用的基础。如前所言,类推适用乃由特殊到特殊,个别到个别,"依类而为推论",凡适于某法条之案例,使之亦适用于同类之另一案例。惟无可讳言,在法学上鲜有二件案例完全相同者,其人、时、地、事、空间或法律状况设有一不同,仅能曰"类似",而非"完全相同"。至须至如何相同之程度,始得谓"类似",则系一件颇耐人寻味的问题。

设有一甲案,法律对之有明文规定,分析其构成要件,有A、B、C、D、E、F数点。兹发生乙案,析其构成要件,有C、D、E、F、G、H数点。则甲乙两案之构成要件有C、D、E、F四点相同,其余不同。苟C、D、E、F为甲乙两案之"重要性质",则甲乙两案具有类似性,若非"重要性质",则不具类似性。如"鹿有四脚, 5有四脚,故马鹿相类"之推论,乃对马鹿之"重要性质"有所误认所致,殊不足为训。

依"类似关系"所为经验科学上之类推, 恒要求结论具有"真实性", 而根据"类似性质"所为法学上之

类推适用,则重在其结论之"妥当性",其究为真,为 伪,则所不问。因之,法律之容许性与目的论上之妥当 性,乃为判断二个案例间是否类似之不可或缺的要素。

举例以言,火星上有人类存在,固因其气候、温度变化、地形构造及其他条件与地球类似,而予类推,但此种经验科学上之类推,仅在未被证实以前之"假设"阶段,始被允许。其类推结论是否可靠,乃有待于太空科学家运用经验事实加以验证,一经证实有或无人类居住,即不发生类推的问题。又如从月球之表面观之,其所具有某种地形学上之形成物,与地球上之火山相仿,乃据以类推认月球上该种形成物,亦为火山性之起源,此项推论之真伪,自亦有待月球地质学家或地球物理学家运用经验事实加以调查验证,[%]其所着重之点,毋宁是结论之真伪。

至法学上之推论,端视其结论之"妥当性"及"合目的性"而定,德国法学者 Karl Engisch, 在其于 1956 年所著 Einführung in das juristische Denken 一书第 142 页中,曾设例称:西德刑法第 226 条之一之规定: "得被害者同意加以伤害者,除非该同意违背善良风俗,其行为阻却违法",而于妨害自由一章,则无同样规定。今设有某甲为使某乙专心读书,得某乙之承诺,将某乙反锁于屋内,使某乙于数小时内不能进出,是否构成妨害自由?依 Engisch 之看法,在此场合,应类推适用德国刑法第 226 条之一之规定,认阻却违法不为罪。依罪刑法定主

义之理论,刑法固不能类推适用,此附援引入被告于罪,但苟比附援引之结果,可贯彻法律目的,并于被告有利,则并不禁止也。[97]其详当于本编第六章再行细述。

第三节 目的性限缩

目的性限缩,系指对法律文义所涵盖的某一类型,由于立法者之疏忽,未将之排除在外,为贯彻规范意旨,乃将该一类型排除在该法律适用范围外之漏洞补充方法而言。目的性限缩的基本法理,系非相类似之事件,应作不同之处理,可将不符规范目的之部分排除在外,俾仅剩的法律意义更为精纯。[98]

目的性限缩所补充之漏洞为隐藏的漏洞,依法律规范意旨,原应就某类型消极地设其限制,而未设限制时,即构成隐藏的漏洞,必透过目的性限缩的剔除作用,将原须设限排除之部分,一举而廓清,使该法律恢复原规范意旨的原貌。故法院为目的性限缩的补充时,必须将原文义所涵盖的类型,加以审视,分为合乎规范意旨之类型,与其外之类型,而后依限缩的剔除作用,将不合乎规范意旨部分的类型,排除在该法律的适用范围之外,其补充的过程始告完成。

除、斯即目的性限缩。

目的性限缩,在逻辑上有几点,亦殊值注意: (1)目的性限缩,系属间接推论之一种。其命题为凡 M 是 P (大前提), M, 非 M (小前提), 故 M, 非 P (结论),是一种典型的三段论法。(2)目的性限缩的推论,是演绎而非归纳,亦即由一般到特殊。以前例而言, "民法"第 106 条虽已设二个例外,然二个例外即已言明,则仍无碍其原则为"全称"之性质。(3)目的性限缩系就法条之规范意旨而为考量,亦即端视法律目的而分其类型,将不合规范意旨部分予以剔除。(4)目的性限缩,因可贯彻法律目的,并于被告有利,故于刑事案件亦可为之。

1970年度台上字第 4401 号民事判决称:"被继承人一面以自己之立场,将其财产以死亡为原因,赠与被上诉人,一面又以被上诉人之法定代理人身份,代被上诉人允受赠与,此种双重行为并无对价关系,于未成年之被上诉人并无不利,依照当时有效之日本民法及适用台湾地区习惯,与"现行民法"第 77 条、第 106 条但书之规定,自属有效成立",[100]即目的性限缩之适例也。

第四节 目的性扩张

目的性扩张,系指对法律文义所未涵盖的某一类型,由于立法者之疏忽,未将之包括在内,为贯彻规范意

旨,乃将该一类型包括在该法律适用范围内之漏洞补充方法而言。是目的性扩张,乃将原不为文义所涵盖之类型,包括于该法律之适用范围之内,其属漏洞补充,至为显然。

目的性扩张,系透过其包括作用,将原须涵盖的部分并入,使该法律无形中达到原规范意旨之目的。故法院为目的性扩张的补充时,必须将原文义所未涵盖的类型,加以审视,如发现该类型与文义所涵盖的类型,出诸同一规范意旨,即依扩张的包括作用,将该文义所未涵盖而合乎规范意旨之部分类型,包括在该法律的适用范围之内,以完成其漏洞补充。

目的性扩张与扩张解释不同、前者,系将原未为法律文义所涵盖的类型,摭其合乎规范意旨部分"包括"在内,使所包括之类型逾乎文义,故其亦属漏洞补充之一种。而扩张解释,则因文义失之过狭,不足以表示立法之真义,乃扩张法文之意义,以期正确适用,属狭义的法律解释之范畴。如前所述,目的性扩张之结果,已在文义"预测可能性"之外;而扩张解释,则仍在文义"预测可能性"之内,斯乃二者区分界限之所在。

举例言之, "票据法" 第 139 条第 1 项规定: "支票 经在正面画平行线二道者, 付款人仅得对银钱业者、信 用合作社或经财政部核准办理支票存款业务之农会, 支 付票据金额", 其立法意旨, 主要系在"保护一般公众 之利益", 藉明受款人之来龙去脉及其款项之去处, [101] 从该条项所定"付款人仅得对银钱业……支付票据金额"一语观之,可知平行线支票,仅得对银钱业者支付之,其提示人亦仅以银钱业者为限,并不包括"银钱业者向其本身为提示"之情形在内,而将此种情形包括在内,实亦合乎立法意旨,自应透过目的性扩张之包括作用、将此部分并入,同受该法律的规范。

目的性扩张,在逻辑上亦有几点,殊值注意: (1)目的性扩张,亦属间接推论之一种,其命题为凡 M 是 P (大前提), M 亦为 M (小前提),故 M 是 P (结论),仍系一典型之三段论法。(2)目的性扩张之推论,是演绎而非归纳,亦即由一般到特殊。以前例而言,平行线支票之提示,苟与"保护一般公众之利益"之本旨相符者,均应受该规范之支配。(3)目的性扩张系就法条之规定意旨而为考量,亦即将原文义所未涵盖而合乎规范意旨之类型,予以包括,以完成其漏洞补充。

1962年台上字第 581 号判例称: "平行线支票,依'票据法'第 193 条之规定,固仅得对银钱业者支付之,其提示人亦仅以银钱业者为限,否则不生提示之效力。惟平行线支票倘遇当地并无其他行库,或行库本身恰为付款人时,则行库受委托后,一面居于提示银行之地位,向其本身为提示,一面将该支票予以进帐或因空头而不能进账时,则居于付款银行之地位而为拒绝付款之证明,俾便追索权之行使,核与上开法条规定之精神尚无抵触",即目的性扩张之适例也。

第五节 创造性补充

创造性补充,系指依据法理,就现存实证法毫无依据之类型,创造其规范依据而言。良以法律有时而尽, 又不能从上述三种漏洞补充方法觅其依据,如认有必要加以规范时,唯有依据法理念及事理,创造规范,以济 其穷。

尤以社会结构变迁,经济发达,让与担保、信托行为等在社会上迭所常见,在学说之阐扬下,已成一重要 类型,自宜斟酌法理念及事理,加以补充。

居于立法者之地位,予以补充也。故法官为"创造性补充"时,仍应以维持整个法律秩序体系性之基本要素为出发点,不能凭空创造。法官为创造性补充时,理由务必详尽,俾他人可一望而知,究在法律秩序之体系内,抑或超出体系,以为讨论或批判之素材。

举例以言,"民法"并无关于信托行为之规定,亦无 信托法之颁行, 惟经学说的长期经营, 社会上已普遍有 此行为存在,且与"民法"之精神无违,故法院仍迭次 造法予以承认,理论逐步臻于成熟,如1973年台上字 第 2996 号判例称"'民法'并无关于信托行为之规定, 亦无信托法之颁行,通常所谓信托行为,系指信托人将 财产所有权移转与受托人, 使其成为权利人, 以达到当 事人间一定目的之法律行为而言, 受托人在法律上为所 有权人,其就受托财产所为一切处分行为,完全有效。 纵令其处分违反信托之内部约定,信托人亦不过得请求 赔偿因违反约定所受之损害,在受托人未将受托财产移 还信托人以前,不能谓该财产仍为信托人之所有",开 始肯定信托行为之存在,继之1977年台再字第42号判 例称:"按因私法上法律行为而成立之法律关系,非以 '民法'(实质民法)有明文规定者为限,苟法律行为之 内容,并不违反公序良俗或强行规定,即应赋予法律上 之效力, 如当事人本此法律行为成立之法律关系. 起诉 请求保护其权利,法院不得以法无明文规定而拒绝裁 判。所谓信托行为,系指委托人授与受托人超过经济目

的之权利,而仅许可其于经济目的范围内行使权利之法 律行为而言。就外部关系言, 受托人固有行使超过委托 人所授与之权利:就委托人与受托人之内部关系言,受 托人仍应受委托人所授与权利范围之限制。信托关系因 委托人信赖受托人代其行使权利而成立, 应认委托人有 随时终止信托契约之权利"、续阐明信托行为之内外关 系, 近又以1985年度台上字第272号民事判决称:"信 托的让与担保(即担保信托)与'民法'第87条第2项 所谓虚伪意思表示隐藏他项法律行为者不同, 前者系债 务人为担保其债务, 将担保物所有权移转与债权人, 而 使债权人在不超过担保之目的范围内, 取得担保物之所 有权, 债务人如不依约清偿债务时, 债权人得依约定方 法取偿, 纵无约定亦得迳将担保物变卖或估价, 而就该 价金受清偿, 债权人与债务人有关担保信托之约定, 乃 均出于真正之效果意思而为表示,其内容应就契约之内 容全部决之。而后者系虚伪意思表示之当事人间, 隐藏 有他项真实之法律行为, 就所为虚伪意思表示而言, 因 双方当事人故意为不符真意之表示,欠缺效果意思,依 '民法'第87条第1项前段规定,其意思表示无效,双 方当事人仅得就隐藏之法律行为而为主张, 无复援用所 虚伪意思表示之余地。故信托的让与担保,其担保物之 让与、虽超过其'经济目的'(担保),其让与行为仍为 有效, 与虚伪意思表示隐藏他项行为, 其虚伪意思表示 无效, 迥乎不同", 更进一步澄清担保信托与虚伪意思

表示之关系,均甚难得。

第六章 类推适用与其他 法律之阐释方法

第一节 类推适用与类推解释

类推适用系法律漏洞的补充方法之一,与"类推解释",系属狭义的法律解释之一种,仅在文义之可能范围内阐释法律之涵义者,截然有别。[102]台湾地区学者多将之混为一谈,以为系属一事。实则前者乃本诸"相类似之案件,应为相同之处理"之法理,[103]依逻辑之三段论法推演而成。其推论公式为:M法律要件有P法律效果(大前提),S与M法律要件类似(小前提),故S,有P法律效果(结论),[104]苟非透过此项推论,无法获致结论。而后者则仍在文义之范围内作成解释,仅于解释法文用语之文义时,用体系解释之方法,类推其他法条用语之涵义加以阐释而已,无须透过三段论法加以推

举例言之,结婚系发生身份关系之行为,依"民法"

第983条第1项第2款规定,八亲等内之旁系血亲,辈 份不相同者, 不得结婚。如违反此项亲属结婚之限制 者、依同法第986条第2款规定、应属无效。而收养亦 为发生身份关系之行为, 基于伦理的要求, 荀收养八亲 等以内之旁系血亲为养子女、而辈分不相当者、自亦宜 使之无效。惟由于立法者之疏忽, 就此未设规定, 自应 类推适用关于结婚无效之规定, 加以补充, 方符相类似 案件相同处理之原则,此即所谓类推适用。1960年台上 字第1927号判例称:"结婚与收养子女同为发生身份关 系之行为,关于结婚无效及撤销违法结婚之规定,在收 养无效及撤销违法收养时, 亦有同一之法律理由, 自应 类推适用。故收养八亲等以内之旁系血亲为养子女,而 辈份不相当(包括辈份相当)者,于结婚依'民法'第 983条第1项第2款及第988条第2款之规定,既应认 为无效,则此种违反伦理观念之收养,自亦无效力之可 言",洵厲至当。

又依"民事诉讼法"第 568 条、第 570 条、第 572 条、第 574 条、第 575 条及第 582 条等规定,均将"婚姻无效"与"确认婚姻不成立"之诉并举,并于同法第 573 条加以区别,可见二诉并非同一。惟"现行民法" 所规定之"婚姻无效",乃自始、当然、确定的不生效力,无待法院以形成判决"宣告无效",其婚姻始属无效。因之,今设有人焉,依"民法"第 988 条之规定提起"婚姻无效"之诉,法院不得以:确认之诉,除确认 证书真伪之诉外,仅得以法律关系为诉讼标的,结婚行为为身份上之契约,不得为确认之诉之诉讼标的为由,驳回其诉。而应类推"确认婚姻不成立"之诉而为解释,认"婚姻无效"之诉,乃指婚姻有"民法"第988条无效原因之"确认婚姻不成立之诉",而为确认之判决,[105]此种类推,只须用解释方法,即能达到阐释之目的,无须借助三段论法推演,[106]是为类推解释。

第二节 类推适用与扩张解释

类推适用与扩张解释区分之界限安在, 向为学者争

论之焦点所在,惟大多数学者如一圆一亿、牧野英一、柳川昌胜等人认为:扩张解释乃系对法文直接所表示内容之认识,而类推适用则系对法文间接所表示内容之认识,[108]此与本文前述所云类推适用并非直接推论,乃系间接推论,正相契合。

吾人阅读法律,当知法文用语之文义,愈近核心, 其义愈为明确,甚易把握。反之,愈趋边沿,其义愈益 模糊,拿捏殊属不易,惟仍有赖法官运用智慧以"狭义 的解释方法"加以阐释。至如已逾越其范围,则非此的 解释方法所能济事,须以类推适用等漏洞补充方法加以 填补,始克完成其阐释之使命。因之当一件 borderline case 濒临法律边缘,犹该当刑事法律构成要件时,仍应 运用扩张解释的方法加以解释,若已超出边缘,逸出完 运用扩张解释的方法加以解释,若已超出边缘,逸出法 律构成要件之外,则属类推适用的范围,为法所不连 故吾人阐释刑事法律而为扩张解释时,必须斟酌至再, 不能逾此雷池半步,以免被认为假扩张解释之名,行类 推适用之实,而贻罗职之讥!此界限的划分,涉及法官 个人法律哲学修养,恐非本书所能交待。

日本旧刑法 (施行至明治 41 年), 只设处罚窃取"物"之规定, 而无处罚窃取"电气"之条文, 在其施行期间, 日本曾发生一件窃取电气案件, 第一、二审法院, 均解释电气非为物, 判决被告无罪。经检察官上诉至大审院, 因鉴于法文不备, 乃改变物之观念, 撤销原判决改判被告有罪, 其理由称: "窃盗罪之窃取, 系指

称:"渔业法"第45条规定应处罚者,为投放药品饵饼或爆裂物于水中,以麻醉灭害鱼类,与被告以电流投放水中捕鱼不同,原判用类推解释,谓二者结果无异,适用该条处断,显非适法"云云,认将药品解为包括"电流"在内,已逸出文义"射程"之外,应属类推适用而非扩张解释。[110]

至"刑法"第266条第1项之"公众得出入之场所",学者向解为不特定之公众,可以随时出入之场所而言。[111]本此以论,旅馆内公用部分如大厅、走廊等,

固属公众得出入之场所,惟旅客所租用之房间,苟旅客 闭门深锁,不特定之公众,无从随时出入,骤视之似很 难导出此等房间, 亦为公众得出入之场所。因之数人在 旅馆房间内赌博, 尚难遽以赌博罪相绳, 惟此等见解将 足使嗜赌之徒、相率成风、岂系所宜。"司法院"为此 乃表示其法律见解称:"按旅馆以出租房间于不特定之 人使用为营业, 系属公众得出入之场所, 其所出租之房 间,无论关闭与否,皆为构成旅馆之一部分,纵旅客租 用同时, 对该房间有监督权, 定为侵入窃盗加重处罚之 条件,乃属另一法律关系,要于旅馆为公众得出入之场 所之本质,并无所异。故旅馆中之出租房间,仍难谓非 公众得出入之场所之一部分, 其于该房间内为赌博财物 之行为, 自应构成'刑法'第 266 条第 1 项之赌博罪 名"等语,[112]此等阐释,既非类推适用,亦非扩张解 释,而系对"公众得出入之场所"之本质的再认识,是 官注意者也。

第三节 类推适用与反对解释

反对解释,系指自相异之构成要件,以推论其相异之法律效果而言,此即所谓以反对之法则,而适用于反对之事实也。"相异之事件、应为相异之处理",可导出两种阐释法律之方法,其一乃出于立法者之疏忽或所不及预见,不能于法律条文可能之文义范围内形成大前

提,须透过"漏洞补充"的方法加以填补始克达成,此即为"目的性限缩";其二则出于立法者有意的沉默,其大前提仍可自法律条文之文义推论而得,斯即为反对解释。反对解释乃体系解释之一种,在体系解释中占有举足轻重之地位。[113]

一言以蔽之, 目的性限缩, 系指法律文义所涵盖之 某一类型,由于立法者之疏忽或所不及预见,未将之排 除在"规范意旨"之外,为贯彻规范意旨,乃将该一类 型排除在该法律适用范围外之漏洞补充方法。换言之, 目的性限缩所补充之漏洞为隐藏的漏洞, 依法律规范意 旨, 原应就某类型消极地设其限制, 而未设限制时, 即 构成隐藏的漏洞,必透过目的性限缩的剔除作用,将原 须设限排除之部分,一举而廓清,使该法律恢复原规范 意旨的原貌。故法院为目的性限缩的补充时,必须将原 文义所涵盖的类型, 加以审视、分为合乎规范意旨之类 型、与其外之类型、而后依限缩的剔除作用、将不合乎 规范意旨部分的类型, 排除在该法律的适用范围之外, 其补充之过程即为完成。[114] 至反对解释则属体系解释之 一种。以法律条文在法律体系上之地位,即依其编章节 款之前后关连位置,或相关法条或法条本身之法意,阐 明规范意旨之解释方法, 斯即为体系解释。此种解释方 法能维护整个法律体系之一贯及概念用语之一致, 在法 解释上有其不可磨灭之功能。盖每一法律规范,系属一 个整体, 其条文之解释, 自亦应本诸论理的作用, 就整

个体系构造加以阐释,以维护各个法条之连锁关系。依此解释,法条与法条之间,法条前后段间,法条内各项、款间,可互相补充其意义,组成一完整的规定。而反对解释乃限于法条前后段,或一法条项与项间,或法条本身所为之体系解释方法。[115]

举例言之,"海商法"第51条第1项规定:"船长非为支付船舶之修缮费、救助费,或其他继续航行所必要之费用,不得为下列行为:(1)为金钱之借人。(2)将货载之全部或一部变卖或出质。"就此反对解释可解为:船长如为支付船舶之修缮费、救助费或其他继续航行所必要之费用,得为金钱之借入或将货载之全部或一部变卖或出质,盖立法者为使条文简洁,无需将法意正反两面俱予规定,此即系就法条文义本身所为之反对解释。

又如"民法"第92条第1项规定:"因被诈欺或被协迫而为意思表示者,表意人得撤销其意思表示。但诈欺系由第三人所为者,以相对人明知其事实或可得而知者为限,始得撤销之",第2项规定:"被诈欺而为之项规定:"被诈欺或被协迫而为意思表示"二种情形,而第2项(就"被诈欺而为意思表示"为规定,依第1、2项之法意,及第2项之反对解释,自可获致"被协迫而为意思表示,其撤销得以之对抗善意第三人"之结论。

再如"海商法"第117条规定:"运送人或船长如将货物装载于甲板上,致生毁损或灭失时,应负赔偿责

任。但经托运人之同意或航运种类或 商业习惯所许者,不在此限",前段为原则规定,但书为例外规定。"海商法"为保护经济上处于弱者地位之托运人.乃设原则规定。惟例外于经托运人之同意或航运种类或商业习惯所许者,亦许运送人或船长装载货物于甲板,盖在此等情形,托运人无虞受到经济上强者之压迫也。法律之利用原则规定为原则,尽可能适用原则规定为原则,尽可能适用原则规定,以适用原则规定为原则,尽可能发挥无遗。因之法律之普遍性及安定性的功能,始能发挥无遗。因之法律之普遍性及安定性的功能,所能为扩张解释。可其与例外规定之构成要件不合,即应就例外规定为反对解释,使之适用原则规定,俾有助于法律之安定。

仅无利益冲突之弊、抑符"民法"保护本人法意之本旨也。1970年度台上字第4401号民事判决称:"被继承人一面以自己之立场,将其财产以死亡为原因,赠与被上诉人,一面又以被上诉人之法定代理人身份,代被上诉人允受赠与,此种双重行为并无对价关系,于未成年之被上诉人并无不利,依照当时有效之日本民法及适用台湾地区习惯,与"民法"第77条、第106条但书之规定,自属有效成立"云云,[116]其判决理由容有可议,但其就此类型能为目的性限缩,则颇值称道。

论者虽有将反对解释与目的性限缩混为一谈,[117]谓反对解释不属"解释"范畴,而系法律适用之问题者,实拘泥法文之形式所致,盖立法者有意的沉默,无非在求法律的简洁,反对解释既可自法文的构造,迳如阐释,非如目的性限缩,端在补充法律隐藏的漏洞,以弥补立法者之疏忽或不及预见之处,自难相提并论也。因之 Karl Engisch 就反对解释虽下定义曰:"从相异之的,也是要件,而导出相异之法律效果之推论",认与其谓为反对解释,毋宁谓为反对推论为愈,惟仍未脱体系解释之对解释,毋宁谓为反对推论为愈,惟仍未脱体系解释之 范畴,[118]故吾人仍认称之为反对解释较佳。

类推适用与反对解释之关系,可从 Gustav Radbruch 氏在其所著"法学入门"一书中所设之例见之, [119] 某会客室门口悬一告示曰:"禁止带狗进入",如予类推适用,熊与狗同为动物,狗既已禁止进入,熊更不待言,亦在禁止之列。如予反对解释,则狗系狗,熊乃熊,自属有

别, 兹既仅禁止带狗进入,则熊自不在禁止之列。换言之,类推适用与反对解释在同一法文内,恒生竞合,究 应如何处理,颇属不易。

本书以为:在一条条文,可为类推适用,亦可为反对解释时,应先检视其适用之案例,与法律要件有无类似性?为类推适用是否合乎法律制定之目的(合手类推适用是否合乎法律制定之目的(合手类推适用之法则,应先为类推适用。盖类理而为适用,以符统一性或平等的要求,苟先为处理。以符选一性或平等的要求,苟先为反对解释,则类推适用无异即为其所排斥,自非所许。以G.Radbruch氏所举之例而言,会客室"禁止带狗进入。方者否实现,应先为反对解释,则能可迳行带入矣。因之,应是不测之危险"禁止带狗进入会客室"之规范目的在,诸应是,或党是不测之危险,或就为维持会客室之清洁卫生,或自己起其他人之不快,对维持秩序等等,如有其中数个或一个目的,为贯彻规范意旨,能自亦在禁止之列,应先为类推适用,使带能进入。

类推适用与反对解释,各有其不同之阐释使命,类 推适用重在妥当性,而反对解释则重在安定,惟当法律 秩序之安定与法之妥当性,不能兼顾时,须先考虑法之 妥当性,不能牺牲法之妥当性,而就法律秩序之安定, 此乃阐释法律之基本要求。

第四节 类推适用与当然解释

当然解释系指依规范目的衡量,某事实较之法律所定者,更有适用之理由,而运行适用该法律之解释有法面言。当然解释属体系解释之一种。任何法律均贯彻是监狱,解释法律不能偏离其立法旨趣,且应以别规定法旨趣,是重要目的。立法旨趣,乃个别规定法旨趣,较为其体,而多数规定所整合的"全体见别规定法旨趣,较为抽象。个别的立法旨趣为实验证的。[120]苟识之法皆趣,而多数规定所整合的。[120]苟识之法皆趣,而多数规定,其重要之规范明文,惟衡地。为立法旨趣,尤甚于法律明文规定,自更有适然解释。上于法旨趣,并在攀枝,则摘果伐干更勿论矣,自亦在禁止,当然非正自行车通行,当然亦禁行汽车,无待垂之可。禁止自行车通行,当然亦禁行汽车,无待垂之,而后始禁止行车。

当然解释,亦有谓为类推适用之一种者,^[121]然其无待间接推论,即能达到阐释目的,其非类推适用,不待言自明。二者之区别,恒须审视是否在立法旨趣预测可能性范围之内,例如军人及其家属在应召前承租耕地之田地或房屋,在股役期间如无其他耕作或收益之田地与房屋时,出租人不得收回,"军人及其家属优待条例"

第9条、第10条定有明文。而关于建筑房屋承租之基地,在军人服役期间,可否任出租人请求拆迁,法无明文。法院为贯彻法律保护军人及其家属生活之本旨,从"其有报于军人之生活或居住尤甚",而类推适用前揭法条之规定。[122] 系以为建筑房屋承租之"基地",不租之规分建筑房屋承租之"基地",不租在之基地,在军人服役期间,龙应有保护之必要,并以虽军人服役期间,龙应有保护之必要,并以虽二者就结论言,虽实是一。在民事法领域内,区分实益不大,惟在刑事、国差之毫厘,谬以千里,例如文字或图画,其法则或义等。 (例) 对路电视所传递之符号,较之或。图画,更为具体,兹有人以闭路电视散布猥亵之动作,则当然解释,认有"刑法"第235条之适用,而以科处,不能认此为类推适用,而判决无罪也。

第七章 利益衡量

利益衡量系自由法运动后,利益法学派(Jurisprudence of Interests)所喊出的口号,彼等认为法律的实际作用比法律的抽象内容更为重要,法官于用法之际,应自命为立法者之"思想助手",不仅应尊重法条之文字,抑亦应兼顾立法者之意旨。对立法者疏未虑及之处,应运用其知慧,自动审察各种利益,加以衡量。[123]其中,以德国之海克(Philipp Heck)对此主 张最力,成为德国第二次世界大战前一股主流。

换言之,法官在阐释法律时,应摆脱逻辑的机械规则之束缚,而探求立法者于制定法律时衡量各种利益所为之取舍,设立法者本身对各种利益业已衡量,而加取舍,则法义甚明,只有一种解释之可能性,自须衡量现行环境及各种利益之变化,以探求立法者处于今日立法时,所可能表示之意思,而加取舍。斯即利益衡量。换言之,利益衡量乃在发现 立法者对各种问题或利害冲突,表现在法律秩序内,由法律秩序可观察而得之立法

者的价值判断。发现之本身, 亦系一种价值判断。

加藤氏亦如凯尔生 (Hans Kelsen), 创有"框"之理论, 氏认为法律规范之事项, 苟在"框"之中心, 最为明确, 愈趋四周, 则愈为模糊, 其色彩由浓而薄。几至分不出框内或框外, 此等法律事实, 是否为法律之规范所及, 暖昧不明, 自须由法官予以利益衡量, 始克明朗。盖立法者于制定法律时, 殆就"框"中心之事例而为设想, 此乃一般之原则也。[127]

加藤氏曾举航空器空中失事, 致殃及地上无辜之第

三者,发生死亡之事例,以为说明,[128]由于日本无类如"民用航空法"第67条之规定,因之,死者家属就飞航人员无故意或过失所遭致之损害,不能依侵权行为有关规定,向航空器所有人或飞航人员索赔,若任之不管,对第三者不平孰甚,盖航空器具有"坠落危险性",不言可喻,苟许其飞行,又不令负损害赔偿责任,何以杜悠悠之口?然从另一方面言,若令负无过失责任,则航空器所有人鲜有不遭破产之厄运者,亦非所宜。惟航空器所有人鲜有不遭破产之厄运者,亦非所宜。惟航空器所有人可能利用责任保险制度,将此项危险分散于航空器之利用者,即令课航空器所有人以无过失责任,亦不致因此阻碍航空事业之发展。

因之,一旦发生类此事例,必须衡量(1)航空器所有人分散危险之可能性,(2)航空器飞行所具有"坠落可能性",(3)地上第三者对航空失事可否闪避以防被害之方法等等利益状况。加藤氏审查斯三种利益结果,认由航空器所有人负担无过失责任,与社会正义相符,其作此价值判断之依据,系认航空器具有坠落可能性,与土地上工作物之危险性具有类似性质,而类推适用土地上工作物所有人责任,亦颇符合法律目的。[129]

再则,星野英一亦提出类似见解,^[130]认法律就某一法律事实是否设有规定暧昧不清时,法官应作适合立法旨趣之解释,亦即依类推适用、反对解释或目的性限缩等方法为之,无从依此等方法处理时,始委诸法官之独自的价值判断。^[131]

星野氏亦举 "A 法律要件生甲法律效果"以为说明。A₁、A₂ A₃ ······是否均能生甲法律效果,端视 A 之构成要素,有 PQRS 诸要素,无 WXYZ 等要素,今判断 A₁ 是否生甲法律效果,则应分析 A₁ 之利益状况,苟含 PQRS,不含 WXYZ,则 "A₁ 为甲",殆无可疑。苟 A₂ 之利益状况经分析结果,含 PQYZ,不含 WXRS,应进而分析生甲法律效果之重要要素为何,苟属 PQ,则 A₂ 与 A 亦 具类似性,本诸 "相类似之事件,应为相同之处理"之原则,"A₂ 仍为甲"。再就 A₄ 之利益状况分析之,苟 A₄ 含 WX,不含 PQ,则 "不相类似之事件,应为不同之处理",A₄ 即不能生甲法律效果,因之"A₄ 非为甲"。

依此而论,星野氏所谓利益衡量,仍未离"类推适用"、"反对解释"等方法,与加廉氏之见解,可谓不法高。因之,彼等所谓利益衡量,若依本书之阐释之阐释,然重,无非先为狭义的法律解释,继则漏补充,末中的结判断等而已。实则利益衡量不未享,在目的考量或利益,恒应为价值判断,初不必限于何种阐释方法已穷,始得为之。加廉、星野二氏之见解,仍非肯綮之论也。

拟附带一言者,法官所持之"价值判断",究应站在 法律家之立场为之,抑应以一"外行人"之立场为之, 不无疑问。近人恒以法官为一法律专家,在法律技术方 面,例如逻辑的推论,法律概念上义蕴以及沿革之了解等,固应由其为之,而"利益衡量"或"价值判断",则宜自"外行人"之立场为之,始能切合社会需要,[132]本书甚以为是,观诸英美陪审制度以及德国之审判制度除内行法官之外,恒要求外行法官参与,不难思过举也。因之,法官为价值判断时,应以社会通念为务,随时要求自己以谦虚之心为之,不得我行我素也。奥地利民法第7条规定:"依自然法则判断之",瑞士民法第1条第2项规定:"依自居立法者所应行制定之法规判断之",诚已一言道破,"立法者"非法律家,"自然法则",亦非只法律家始可尽悉也。

第八章 法律行为之解释方法

法律行为以意思表示为基础, 意思表示则系表意人 将其内心期望发生一定法律效果之意思,表示于外部之 行为,二者并非一事。惟意思表示为法律行为不可欠缺 的要素,故法律行为之解释,乃在确定构成法律行为要 素之意思表示之意义。意思表示不明确或不完整时,必 须透过解释方法予以阐明或补充,始能获窥当事人已为 表示之正确含义,或当事人所为表示之合理的意思。

当事人表示行为所用之言语、举动暖味不明,有待确定其表示行为之意义,固系表示不明确;即当事人所为表示有特别意思者,如称"一万元"为"一元",当事人对之有争议时,亦属之。又表示行为之"表示力"有不完全者,固属意思表示不完整,即当事人表示行为所具意义,欠缺合理时,变更其表示行为之意义,使之合理化,亦属之。意思表示不明确,使之明确,属意思表示之解释;意思表示不完备,使之完备,属意思表示之解释;意思表示不完备,使之完备,属意思表示之补充。前者可减少争议,后者可使意思表示之无效减至最低程度。

意思表示解释之客体,为依表示行为所表示于外部之意思,而非其内心之意思。盖当事人为意思表示时,格于表达力之不足及差异,恒须加以阐释,至其内心之意思,既未形之于外,尚无从加以揣摩也。故在解释有"对话人"之意思表示时,应以在对话人得了解之情事为范围,表意人所为表示行为之言语、文字或举动,如无特别情事,应以交易上应有之意思而为解释,如以与交易惯行不同之意思为解释时,限于对话人知其情事或可得而知,否则仍不能逸出交易惯行的意义。

"民法"第98条规定:"解释意思表示,应探求当事人之真意,不得拘泥于所用之辞句",反面言之,即不得拘泥于所用之辞句,致失表意人之真意。狭义的法律解释,侧重于法律文义之客观性与安定性,而解释意思表示则端在探求表意人为意思表示之目的性及法律行为之和谐性,解释契约,尤须斟酌交易上之习惯及经济目的,依诚信原则而为之。德国民法第157条规定:"契约之解释应斟酌交易上习惯,依诚实信用原则为之",可供参考。

本此以解,法律行为之解释方法,应以当事人所欲 达到之目的、习惯、任意法规及诚信原则为标准,合理 解释之。[133]解释时,应将目的列为最优先,习惯次之, 任意法规又次之,至诚信原则则自始至终介入其间,作 为修正或补足目的、习惯或任意法规等标准所决定之表 示内容,庶不至失当事人之真意。换言之,应依诚信原 则,就当事人之意思表示内容,衡其所欲达之目的、习惯及任意法规,以探求其表示应有之内容,为合理之解释或补充,斯即法律行为之解释方法。诚信原则,而法律行为则为当事人行使权利或履行义务之具体方式,自亦应以之作为解释之原则,其有不明确者,固应依诚信原则而为解释,其有背于诚信原则者,亦应以之为修补之准据(包括修正及补充二者)。[134]

当事人为法律行为之目的,即其为法律行为所欲达成之期望,乃当事人真意所在、系决定法律行为内容之指针。若当事人意思表示之内容,暧昧不明或前盾时,应使之明了调和,使符当事人之目的。苟当以为当事人的相反为有,应依习惯或任意法规解释或补之,则以为当事人有不欲依其习惯或任意法规规定之意思。

各行各业固有其习惯,各地亦有其习惯,如不违反强行规定或违背公序良俗,自得作为解释当事人真意之准据,1939年院字第1879号解释称:"解释意思表示,应探求当事人之真意,不得拘泥于所用之辞句,'民法'第98条定有明文。地方习惯,自足为探求当事人真意之一种资料。如果该地习惯,出典不动产多书立卖契,仅于契尾载有原价到日归赎,或10年、20年期满听赎

等字样,则除有特别情形,可认为当事人之真意,别有所在外,自应认为典权之设定,不能拘泥所有卖契之辞句,解为保留买回权之买卖契约",是为此项论据之注脚。

当事人依私法自治之原则,固得以契约排除任意法规之适用,惟当事人就任意法规所规定之事项未表示其意思,而当地就此亦别无习惯时,则其法律行为之内容自须就任意法规规定之内容而为决定,至当事人是否明悉任意法规规定之内容,在所不问。表意人之意思表示不明时,不惟可以任意法规规定之内容诠释之,即其意思表示内容有欠缺时,亦可以之补充其不足。

解释法律行为,除当事人就其意思表示别有含义,如通谋虚伪意思表示或心中保留等情形外,应尽量使其为有效之解释,盖法律行为内容之不能、不确定或违法,非当事人之所欲,非其真意所在,此即所谓"法律行为有效之原则"。除此之外,更应通观全文,并斟酌立约当时之情形,以期不失立约人之真意,更不能拘泥字面或截取书据中一、二语,任意推解,致失真意。

至契约内容,如系一定型化契约,应依以下原则解释之:

其一,作成者不利解释之原则(Contra proferentem)。 契约内容欠明了或条款不清时,应作不利于作成者之解 释,此乃本诸公序良俗所为之阐释,盖为保护经济上之 弱者,惟有将不合理或不当之处,稍加压抑,始能谋其

权衡也。

其二,严格解释免责约款之原则。此与"作成者不利解释之原则",同为保护经济弱者之双刃,此原则之适用,虽重在免责约款,然并不限于此,即在其他不利于经济上弱者之条款,亦应本此原则而为解释。

其三,符合真意解释之原则。定型化契约上之文字,除印刷而外,有以手写者,有以打字者,亦有以印戳而为之者,与事先印就之印刷条款抵触时,应优先适用手写、打字或印戳条款。盖印刷条款系事先印就,其后于具体个案如复以手写、打字或印戳条款变更印刷条款内容之意思,自应优先适用手写、打字或印戳条款也。

其四,习惯或惯例适用之原则。当事人订立契约时,如有以习惯或惯例为契约内容之意思时,自当适用习惯或惯例,惟此等习惯或惯例,应解为仅具补充契约之效力,于契约无明文时,始有其适用,若该契约业已明定,即令有相反之习惯或惯例,亦无适用之余地。

其五,参考关连事物解释之原则。解释契约时,应 就缔约有关情况加以考虑,始能符合当事人之真意。

其六,同种限制解释之原则。在解释法律或契约之文义时,"同种限制"(ejusdem generis)解释之原则,经常被援用以界定"用语"之涵义。法条或约定为"例示"之规定或约定时,恒殿以"概括"之用语,解释此种概括之用语时,应受例示用语之限制,不能以其作最广之意义而为解释,而应与例示用语作同种解释。例如

解释"战争、骚乱或其他一切原因"(War, disturbance or any other cause),就概括规定"其他一切原因"(any other cause) 诠释时,应斟酌例示规定"战争""骚乱"之用语,以界定其意义。亦即"其他一切原因",非泛指其他一切原因,而应指与"战争""骚乱"相类之其他一切原因而言,"战争""骚乱"乃系一人为因素。因之,"冰害"(ice)不在其内。[135]

其他,(1)必须考虑契约全体意旨,(2)除有明显的反对意旨外,应以合乎文法之方式而为解释,(3)必须依通俗之意义解释字句,惟遇有专门用语时仍须以专门之意义解之,(4)解释文义,必受使用之文理限制,(5)明示的用语优先于默示之内容而适用之等,亦应予参考。[136]

解释意思表示,原则上系属事实问题,属事实审法院之职权,事实审法院解释意思表示,纵有不当,亦不生适用法规错误之问题,[137]惟如事实审法院解释意思表示有违当事人所欲达到之"目的"之时,即构成适用法规错误的问题,可为上诉第三审之理由。

法律行为解释之事例,例如 1941 年上字第 337 号判例称"典权人以不能维持其额面价格之地方银行兑换券支付典价者,虽其典契系以所付兑换券之数额表明典价,而探求普通当事人之真意,其典价之数额仍应以所付兑换券,按支付时市价折合'国币'之数为准。本件上诉人因加找典价,支付被上诉人之旧滇币 450 元,据

称当时旧滇币每百元抵现金 80 元, 共折合现金 360 元云云, 如果属实,则现在被上诉人回赎典物,应按加典时旧滇币之市价折合法币返还,方与当事人立约之本旨相合",本则判例,认当事人之真意,系指"普通当事人之真意",即以平均的合理人之理解可能性为主而探求之,颇富启示性。

注释:

- [62] 参见王泽鉴: 《民法基础理论》(民法实例研习业书第 1 册), 第 125 页。
- [63] 参见高野竹三郎、岩志和一郎合著:《法学之基础》、第 15 页。
- [64] 参见王泽鉴,前揭书,第 155 页。黄茂荣: 〈法学方法与现代民法〉,第 284 页,亦同此看法。惟黄氏又称: "文义因素首先确定法律解释活动的范围,接着历史因素对此范围再进一步加以确定、同时并对法律的内容,即其规定总旨,作一些提示。紧接着体系因素与目的因素开始在这个范围内进行规范意旨的发现或确定工作。这个时候,合宪性因素也作了一些参与。最后,终于获得了解释的结果。于是再复核一下看它是否合乎宪法的要求",似又主张就六种解释方法一一验证无误,其解释始可谓成为定论、此在理论上固有其可能、但于具体事件、恐永远办不到。
- [65] 楠木英隆: 《法学概论》、第113页。
- [66] 楠本英隆, 前揭书, 第114页。
- [67] 牧野英一: (现代之文化与法律), 第 496 页。王泽鉴氏进而渭,文义是法律解释之开始,但也是法律解释之终点,易言之,即法律的解释于文义,不能超过可能的文义,否则即超越法律解释之范围,进入另一阶段之造法活动。解释法律应尊重文义,始能维持法律之尊严及其适用之安定性。洵属精癖之论。参见氏蓍前揭书第 130 页。
- [68] 见日本大正 14年 6月 9日判例,本案为大正时期名法官大 冈所判,故又称为大正大冈案。

[69] "海商法"第100条第1款所列情事,系属但书内容之一, 此就该项但书规定:"但有下列情事之一者,不在此限" 云云观之甚明。换言之,此原系第1项之例外规定,初不 能涵盖第1项所规定事项。不仅如此,该条第2项规定: "受领权人之损害赔偿请求权,自货物受领之日或自应受 领之日起1年内,不行使而消灭",曰"受领权利人之损害赔偿请求权",而不曰"前项受领权利人之损害赔偿请求权",而不曰"前项受领权利人之损害赔偿请求权",亦难谓1、2项间有必然之关系。本则判例迳以第 1项但书规定之文义,认第2项规定之损害赔偿请求权对 全部灭失不适用之,在逻辑上似欠周延。

按"海商法"第100条,系1962年修正时所增订之条 文,其立法理由称"货物既经有受领权利人提出,且于提 货前或当时并无任何异议者,则运送人之责任自应予以解 除。 惟 若 受 领 权 利 人 已 将 毁 损 灭 失 情 形 于 提 货 前 或 当 时 以 书面通知运送人者,托运人或有受领权利之人,自仍保留 其赔偿请求权,以待日后之行使、故本条特参照美国海上 货物运送条例第1章第3条第6款'依提单有受领运送物 权利之人,除在卸载港于提货前或当时,将毁损灭失及其 性质、以书面通知运送人或其代理人外, 货物一经提出, 视作运送人已依照提单所记载将货物交付之表面上证据, 但货物毁损不显著者,应于提货后 3 日内以书面通知之。' '提货人得于提货时,在收受货物证书上,背书注明毁损 或灭失. 以代通知', '收受时货物已经共同检验或查验 者,得不以书面通知货物之情状。''货物提取后,或自应 提货之日起算、1年内不提起诉讼者,运送人对于毁损灭 失之赔偿责任免除之, 但如不依本条规定, 通知明显或隐 藏之毁损灭失者、托运人仍有自提货后,或应提货日起,

1年内提起诉讼权''不论毁损灭失已否确实,或有发生毁损灭失之虞时,运送人与受货人应相互尽力与对方查验检点之便利'加以增订。惟按'民法'第623条之规定,此类请求权之时效应为2年,兹为促使有请求权者早日行使其权利,故第2项仍从美国海上货物运送条例之规定,订为1年"。

而美国海上货物运送条例与 1924 年海牙规则及英国 COCSA,内容殆几相同。大陆法系国家如西德、法国以及日本等,亦均继受海牙规则之实质内容,其规定形式与内容未尽相同,惟精神仍然不变,此就法国 1966 年海上运送法第 3 条、德国 1972 年商法、日本 1957 年国际海上货物运送法第 12 条及第 14 条之规定观之甚明。

征诸海牙会议文献,海牙规则第 3 条第 6 项第 3 目原 仅规定货物交付日,为其期间之起算点,嗣经讨论结果, 于原案复追加"应交付之日",俾运送物全部灭失之情形, 亦能有所兼顾,日本国际海上货物运送法第 14 条且特以 括弧定明;"运送人就有关货物之责任,自货物交付之日 (全部灭失者,自应交付之日)起1年以内未受裁判上之 请求时,归于消灭。但运送人有恶意时,不在此限。"亦 可证明1年期间,并未将"全部灭失"之情形排除在外。

"海商法"第100条第2项规定:"受领权利人之损害赔偿请求权,自货物受领之日或自应受领之日起1年内,不行使而消灭。"系"民法"第623条"关于货品或旅客之运送,如因丧失、损伤或迟延而生之赔偿请求权,自运送终了或应终了之时起,2年间不行使而消灭"之特别规定,在海上货物运送,依特别法优于普通法之原则,自应优先于"民法"第623条之规定而适用。该项所谓"受领

权利人"、系指依"海商法"之规定有向运送人受领运送物权利之人而言,载货证券持有人固属受领权利人,即在未签发载货证券之场合,或托运人迄未将载货证券转让第三人时,托运人亦属受领权利人。此与海牙规则限于以载货证券或类似之权利证明文件为证之运送契约,始有日本国际海上货物运送法如出一辙、盖所以杜运送人责任之为截货证券为借口而逃避其强制责任,维护运送人责任之均衡也。惟此并未违背海牙规则,因海牙规则制定之本旨,乃在规定运送人之最低责任,兹规定未签发载货证券亦并予适用,系在加重运送之责任,与其精神自不相违背。

关于期间之起算,第100条第1项将"自货物受领之日"、"自应受领之日"并列,前者系指运送物毁损或一部灭失情形。后者则专就"全部灭失"之情形而设之规定。所谓"自货物受领之日",如货物数量庞大,绵亘数日者,以最末日为准。如受货人息于受领货物或拒绝受领货物时,依法将货物寄于港埠管理机关或合法经营之仓库者,以寄存日为货物受领之日。

又输入许可证上之"受货人"、持"担保提货书"前往 提货,或换取小提单 (delivery order)前往提货时,如该输 入许可证上之"受货人"、事后取得载货证券,成为"受 领权利人",固以其实际受领货物之日为起算日。惟如其 事后并未取得载货证券、则其并非真正之受领权利人,于 此场合、运送人对载货证券持有人所负损害赔偿责任,其 起算点应类推适用"全部灭失"之情形,以自"应受领之 日"起算。

所谓"自应受领之日"系指依约定或依习惯应行受领

货物之日而言,其情事应依具体事实定之。惟"迟到"之报害赔偿请求权,应以事后运送物实际受领之日为起算日,不能以"应受领之日"为准,因如以应受领之日为起算日,势必发生期间业已进行,而损害犹未发生情事,殊有违情理。

又该项所定期间、充为时效期间、抑为除斥期间、颇滋疑问。实务上一直认系时效期间、惟在采海牙规则国家之学说判例、则均认系除斥期间、其所以如此者、主要系各国有关此条均明定行使权利方法限于裁判上之请求,且不允许类如时效中断制度存在,有以致之。"海商法"第100条第2项并未有类似规定、欲做同样解释、恐有困难、将来在立法上似可加以澄清。

[70] "土地法"第68条固规定于"土地法"第3章"土地总登记",而第4章"土地权利变更登记"对此又无准用之条文,如参照同法第36条、第37条第1项而为解释,虽集不能解为因登记错误、遗漏或虚伪,而须由地政机关货售责任者,以第一次总登记所发生者为限,惟苟。是解,将导致不公之结果,1985年度第二次"民事庭会议"乃决议称:"所谓土地登记,依'土地法'第37条第1项规定,系指土地及建筑改良物之所有权与他项权利之登记。观之同法第51条及第62条等规定,该土地总登记。观之同法第51条及第62条等规定,该土地总登记。观产时规定关于他项权利之登记事项,参照'土地营记、亦并规定关于他项权利之登记事项,参照'土地营记、加州'第12条之规定,可见'土地法'第68条条边谓登记,并不限于土地总登记。故若因登记错误、遗漏或论为致受损害者,无论其为总登记或土地权利变更登记、该地政机关均应依'土地法'第68条负损害赔偿责任。"洵属的论。

- [71] 参见碧海纯一: (法哲学概论), 第 160、161 页。
- [72] 实则 U. Klug 将法律要件称为 P. 法律效果称为 Q, 此与逻辑上惯用语相吻合, 参见劳思光: 〈思想方法论五讲〉, 第 85、86 页。本书为期用语一贯, 仍以 MP 相称。
- [73] 参见 1983 年 11 月 12 日, 《联合报》, 第 2 版。
- [74] 参见我妻荣: (新法律学辞典)、第 1179 页。
- [75] 参见拙著, 前揭书, 第47页-51页。
- [76] 关于运送人法定免责事由,美国海上货物运送条例第 4 条第 2 项所列 17 款情形,与 1924 年海牙规则第 4 条第 2 项所定、内容完全相同。"海商法"第 113 条所列运送人 17 款免责事由,与之亦几如出一辙,仅有若干款次先后顺序更易,以及一、二名词移植时,未穷究海牙规则或美国海上货物运送条例的实质内容,致发生误译情事,如此而已。如第 17 款中 Any other cause arising without the actual fault or privity by the carrier 之句,如译成中文,应为"非由于运送人之实际过失或知情",其意实指"非由于运送人自己之故意或过失"而言,"海商法"竟逐译成"非由于运送人之故意或重大过失",大失原意,即其适例。

值得注意者,海牙规则乃系运送人与货主长期对抗所获致妥协的结晶,其内容充满妥协色彩,第4条第2项所列17款运送人免责事由,乃系货主为换取"免责约款禁止",对运送人所作让步。此17条款内容,原系载货证券中经常被列举之免责条款,其后美国哈德法案(The Harter Act)以及英国殖民地法搜集罗列,原封不动列为法定免责之事由,1942年海牙规则又一字不易地予以列入,其事由暧昧者有之,重复者有之,立法技术,洵至拙劣。

虽然如此,英美法系国家继受海牙规则时,对之仍多

抄袭,如英、美、漠、纽、加等国之 COGSA 是,此殆为判例国家所使然。惟大陆法系国家,无论另订单行法规或修改商法,均重加整理分配,仅保其实质内容而已,如法国1936 年海上货物运送法第 4 条、德国商法第 607 条及第 608 条、日本国际海上货物运送法第 3 条及第 4 条是。

依据此等大陆法系国家学者见解,认为海牙规则第 4 条第 2 项所列 17 款事由,可归成二类:其一,第 1 款及第 2 款系属运送人之受雇人过失事项(火灾固亦属不可扰力者,惟此非本款规定旨趣所在),原属运送人责任范围,惟为减轻运送人责任,特规定为免责事由。其二,第 3 款至第 16 款所列事项,原本即属不可归责于运送人之事由,其因此所致运送物之毁损灭失,当然不属运送人之责任范围。海牙规则所以对此特予明定,其旨在于举证责任之分配。换言之,运送人苟能举证证明各款中之一款之事实以及运送物之毁损灭失,系由于该事实所致,其举证责任即属已尽,被害人若不能证明运送人或其受雇人未尽第 3 条之注意,运送人仍可不必负责,此可就第 17 款但书、专就该款举证责任规定甚明。

至海牙规则第 4 条第 2 项第 17 款,并非其余各款之概括规定,而系专就运送人商业上应为必要之注意及处置所为反面总括的规定。此一款与第 3 条不仅重复,且易滋误会,故法、德、日等国之运送法规乃予删除,并就举证责任另设规定。

"海商法"于1962年修正时,并未如德、法、日等国 先将海牙规则的实质内容予以消化,即囫囵吞枣,迳予移 植,纳入旧有法制体系,故有些法条之运用,尚难以固有 传统方法加以诠释,否则差之毫厘,谬以千里。"海商法" 第113条第3款及第17款,即有此一情形。如 就此条与海牙规则第4条第2项及美国海上货物运送条例第4条第2项对照,实不啻此等条文文字之"再现"。其中,仅海牙规则及美国海上货物运送条例第4条第2项第2款规定"火灾,但系由于运送人之实际过失或知情者,不在此限","海商法"第113条迳将之改列为第3款,并简洁规定成为"失火"二字,以赅括其意而已。至第17款,则"海商法"之规定(误译部分站不具论),与COGSA同款前段,并无二致。

准是以观,"海商法"第113条第17款规定:"并非由于运送人或船舶所有人之故意或重大过失,或其代理人、受雇人之过失所发生之毁损或灭失",实系指运送人已尽第106条及第107条商业上注意义务而言;如运送人自己有故意或过失,或其履行辅助者有过失,运送人即有商业上过失,不能依第17款规定主张免责。此款乃专就商业上过失而设之规定,与其他各款并不生概括或例示之关系。本则判例竟将之与第3款参互发明,进而谓失火兼指非由运送之人履行辅助人之过失而引起之火灾,不无误会。

按海牙规则第 4 条第 2 项第 2 款规定 "火灾,但系由于运送人之实际过失或知情者,不在此限",并不包括运送人之受雇人之故意或过失在内,此项问题于 1923 年海事外交会议委员会全体会议中,已被确认在案,且成为采海牙规则国家之通例,殆已系不刊之论。"海商法" 第 113 第 3 款将之浓缩成 "失火" 二字,虽语意欠明,亦不宜做相反之解释,致加重运送人之责任。

又运送人自己之故意或过失,是否包括运送人之高级

职员在内,向有狭义说与广义说之分,英国学说判例及北欧诸国采狭义说,认为经理人、董事会及船舶经理人等始属之。其在美国则采广义说,认为除此之外,船舶在陆上有管理权限之法人职员 (managing officers) 之过失,亦属运送人自己之过失。广义说为海运界之晚近通说。盖苟不作如是解,其在大公司无不由高级职员营运,小规范海上运送人则率由自己为之,对小规模之海上运送人至为不公平也。

- [77] 参见碧海纯一: (法哲学概论), 第152页。
- [78] 同前注, 第153页。
- [79] 参见大审院明治 43 年 10 月 11 日判决。1985 年度台上字第 4225 号判决指出:"行为虽适合犯罪构成要件之规定,但如无实质之违法性时,仍难成立犯罪。本件上诉人擅用他人之空白信纸一张,虽其行为适合"刑法"第 335 条第 1 项之侵占罪构成要件,但该信纸一张所值无几,其侵害之法益及行为均极轻微,在一般社会伦理观念上,尚难认有科以刑罚之必要。且此种行为,不予追诉处罚,亦不违反社会共同生活之法律秩序,自得视为无实质之违法性,而不应绳之以法"等语,亦有类似意味在内。
- [80] 社会学的解释,有称之为目的解释者,实则二者未尽相同,目的解释之"目的",系指法律目的而言,许多法律之制定,有其欲实现之目的,固多与社会目的相符合,然如法律施行已久,社会目的业已改变,此二者即不相符,故本书仍兼采之。再者,社会学的解释不仅偏重于目的考量而已,即社会效果的预期,亦属社会学的解释范畴,就此而言,社会学的解释较目的解释为广也。惟碧海纯一氏将民法上一些"不确定规范概念",应如何价值补充,亦

划入社会学的解释范畴之列 (见氏著法哲学概论第 153 页 所举之例)。本书不采之。

- [81] 徳儒 Uyterhoeven 氏将法律之阐释、分为狭义的法律解释 (Auslegung)、法 形 成 (Rechtsfortbildung)、漏 洞 补 充 (Lückenfullung) 三种,认为狭义的法律解释,系在探究立法者所熟虑的利益而为法律之适用;而法形成暨漏洞补充,端在就立法者所未感及的新利益状况,加以衡量补充。至 法形成必须完全顾虑到法律的价值判断,漏洞补充则兼及"价值","事理"二者,又系法形成与漏洞补充不同之处,则又属另一区分之法。参见石田穰: (法解释学の方法),第 15 页。
- [82]参见1974年台上字第1444号判例:"为人父者奸及生女, 殊属违背伦常,灭绝理性,依社会道德观念,自为人所共 弃,耻与相近。"本件被上诉人奸淫其生子倘属实情,则 为其母者即上诉人所受精神上之痛苦,自难谓非受不堪同 居之虐待,依"民法"第1052条第3款规定,上诉人非不 得据以请求离婚。
- [83] 参见 1957 年台上字第 1701 号判例: "'民法'第 1052 条第 10 款所谓不名誉之罪,系指社会上一般观念皆认为不名誉之犯罪而言,例如窃盗、诈欺、侵占及奸淫等罪是,被上诉人所犯者为收买汽油之罪,虽两度被判徒刑 3 月、2 月不等,然其价购汽油既系用以代人洗涤衣服,维持生活、显难与犯不名誉之罪同视。"
- [84] 参见王泽鉴:《民法基础理论》(民法实例研习丛书第1册),第185页。
- [85] 实务上间有认为债权人为履行给付之催告,如未定相当之期限,虽声明解除契约距其为催告之时,已经过相当长之

期间,亦难谓与前述"民法"规定解除契约之要件相符,如1982年度台上字第1937号判决是,惟期限"相当与否",原系由法律赋予法官裁量权,如将之转嫁于债权人,并以之为契约解除权之发生要件,诚与立法原意大相刺谬,故本件决议认所定期限虽不相当,但若自催告后经过相当期限,仍应认该条所定契约解除权业已发生,诚一大突破。

- [86] 参见石田穰, 前揭书, 第111页。
- [87] 1907年瑞士民法第2条第1项规定: "行使权利及履行义务,应依诚实及信用方法为之",使诚信原则具有划时代之意义,嗣1930年12月2日德国最高法院又创一判例称:"诚实信用的原则,对于一切法律,包括公法,皆得适用之",日本于战后修正民法,亦信瑞士民法体例,增订第1条第2项称: "行使权利及履行义务,应依信义及诚实方法",已将诚信原则扩大成为指导法律行为,实现公平正义之崇高原则。
- [88] 参见常盘敏太:《信义诚实之原则》,东京商大法学研究, 第198页。
- [89] 参见施启扬: (民法总则), 第 394 396 页。
- [90] 参见石田穰, 前揭书, 第127-137页。
- [91] 德儒 Uyterhoeven 氏将法律之阐释, 分为狭义的法律解释 (Auslegung)、法形成 (Rechtsfortbildung)、漏洞补充 (Luckenful ung) 三种, 认为狭义的法律解释, 系在探究立法者所熟虑的利益而为法律之适用; 而法形成暨漏洞补充, 躺在就立法者所未虑及的新利益状况, 加以衡量填补。至法形成必须完全顾虑到法律的价值判断, 漏洞补充则兼及"价值", "事理"二者, 又系法形成与漏洞补充不同之处。参见石

田穰、前揭书、第15页。

- [92]参见石田穰、前揭书、第36页。
- [93]漏洞补充,必须由于立法者之疏忽,未预见,或情况变更 所造成的缺漏,始可加以补充,故补充之大前提,必须其 规定有缺漏。若法律为避免规定之重复繁杂,已就事项中 一主要事项设有规定,而将类似之其他事项,准用其他类 似之规定、斯已无缺漏可言。
- [94] 参见石田穰, 前揭书, 第29页。
- [95] 参见碧海纯一, 前揭书, 第156页。
- [96] 同前注, 第157页。
- [97] 同前注。
- [98] 参见拙著前揭书、第71页。
- [99] 参见"民法"第106条立法理由。
- [100] 对"民法"第106条禁止自己代理之规定,应作目的性限缩、就法定代理人单纯赠与无行为能力人之案例类型。 再设例外,使其法律行为仍生效力、盖其无利益冲突之弊,并符现行民法保护无行为能力人之法益。
- [101] 参见刘鸿坤: 《最新修正票据法释义》, 第 245 页。
- [102] 法律之阐释、包括狭义的法律解释、价值补充以及漏洞补充三种,其详请参阅拙著:〈阐释法律之方法论〉。
- [103] 参见石田穣: (法解释学の方法), 第 36 页。
- [104] 参见碧海纯一: 〈法哲学概论〉, 第 156 页。
- [105] 参见杨建华:《婚姻无效之诉与确认婚姻不成立之诉》,司法周刊第249期。氏认为确认婚姻不成立之诉,应分为两类,(1)为以婚姻有"民法"第988条无效原因之确认婚姻不成立之诉;(2)为上述法定无效原因以外之确认婚姻不成立之诉。前者乃"民事诉讼法"所称"婚姻无效",

后者则为"确认婚姻不成立",殊值称道。日学者碧海纯一认类推解释篇"体系解释"范畴(狭义的法律解释,分为文理、体系、法意、比较、目的及合宪等6种解释,均不能逾越文义可能之范畴,后5种解释合称为论理解释,其详请参见拙著前揭书)。

- [106] 日本学者田中诚二,在所著(法学入门)第 258 页中,举"类推解释"一例,亦至传神。兹转述如次:日本民法第 416 条第 1 项规定:"损害赔偿之请求,以赔偿因债务不履行通常所生之损害为其标的",此乃就债务不履行所生损害赔偿而设之规定,至于侵权行为所生之损害赔偿、则未有明文,于第 709 条以次各条仅日在如何之场合,应负损害赔偿之责任,如此而已,至于赔偿之范围,则付之阙如,于是氏乃运用"类推解释"之方法,将第 709 条以次各条之"损害赔偿",亦解为"通常所生"之损害,斯即类推债务不履行所生损害赔偿之解释。
- [107] 参见碧海纯一: (法哲学概论), 第 158 页。
- [108] 同前注。
- [109] 参见日本明治 36 年 (れ) 738 号判例。嗣后日本修正刑法时、于其第 245 条规定: "电气关于本章之罪,视为财物", 无待扩张同法第 235 条 "财物"之解释, 已能直接解决窃取"电气"之问题, 惟随着时代进步, 瓦斯、蒸气、冷气及其他热能等, 亦 具有可动性及管理性, 如有窃取之者, 似仍有待诸"扩张解释", 始能济事。
- [110] 参见 1950 年度台非第7号判决。嗣"渔业法"于 1970 年 4月 30 日修正,已于第 51 条规定:"非经该主管机关核 准,不得以下列方法采捕水产动植物:(1) 使用毒物或麻 醉物。(2) 使用炸药或其他爆炸物。(3) 使用电气或其他

麻痹之方法",第58条规定:"违反第51条各款规定之一者,处1年以下有期徒刑,并科1000元以下罚金",以杜争议。宜注意者,在刑事法领域内,类如"渔业法"第51条第3款"或其他麻痹之方法",乃一进步之立法,在方法论上,认此为不确定的规范性概念,需由法官予以"价值补充",始克具体化。有关价值补充方法,请参阅拙著前揭书,第55、56页。

- [111] 参见韩忠谟:(刑法各论),第351页;陈朴生:(实用刑法),第607页;赵琛:(刑法分则实用)下册,第568页。
- [112] 参见 1959 台院参字第 377 号致"行政院"函。
- [113] 目的性限缩, 请参见拙著前揭书第 71、72 页; 体系解释 亦请参见前揭书第 35 页。
- [114] 同前注。
- [115] 同前注。
- [117] 参见石田穰, 前揭书, 第39至41页。
- [118] 参见碧海纯一, 前揭书, 第159页。
- [119] 参见碧海纯一译: 《法学入门》, 第 182、183 页。
- [120] 参见拙蓍前揭书第 47 至 51 页。
- [121] 参见我妻荣编:《新法律学辞典》, 第 1179 页。
- [122] 参见 1960 年台上字第 1825 号、1965 年台上字第 2051 号 判例。
- [123] 参见拙著:《阐释法律之方法论》、第13页。

- [124] 参见石田穣: (法解释学の方法), 第83页。
- [125] 日本国宪法第 76 条第 3 项规定: "裁判官依其良心,独立行使职权,仅受本宪法及法律之拘束"均其适例。
- [126] 参见加藤一郎: **(法解释**学における理论と利益衡量**)**, 第 25 页。
- [127] 同前注, 第35页。
- [128] 此例不适用于台湾地区,盖"民用航空法"第67条业已明定,"航空器失事致人死伤,或毁损动产不动产时,不 论故意或过失,航空器所有人应负损害赔偿责任。其因不 可抗力所生之损害,亦应负责。自航空器上落下或投下物品,致生损害时亦同"以足因应类此事件也。
- [129] 参见加藤一郎, 前揭书, 第28页。
- [130] 参见星野英一、民法论集"民法解释论序说",一卷 8页。
- [131] 参见星野英一、民法论集"民法解释论序说补论——若 干の批判た答えこ"、一卷 61 页。
- [132] 同注八, 第7页。
- [133] 参见史尚宽: 《民法总论》, 第 416 至 423 页。
- [134] 修正的解释,参见石田穰、前揭书,第 171 以次各页; 补充的解释,参见同著,第 183 以次各页。
- [135] 参见 Tillmans V. Kautsford 一案判词, 拙著"载货证券解释之原则"(四), 航运贸易第448期, 第4页。
- [136] 同前注。
- [137] 参见 1975 年台再字第 140 号判例。

第五编 法学构成论

		•

第一章 习 惯 法

成文法、习惯与法理,为法律之三大渊源。在18世纪以前,各国几以习惯法为主要法源,一则法典未满,二则社会关系单纯。迨19世纪,各国法典纷纷制定,在"法典万能主义"思潮影响下,成文法为法律之全部内容,对习惯法固多方歧视,更根本否认法理可为法源。洎乎20世纪以后,社会情况复杂,且变化甚巨,成文法不能适应实际需要,习惯法与法理之地位因而日趋重要,判例及学说,亦成为补充的法源。

成文法与法理,本书于前编业已详述,兹不再赘, 兹就习惯法、判例及学说分述之。

"民法"第1条规定:"民事,法律所未规定者,依习惯。无习惯者,依法理",第2条规定:"民事所适用之习惯,以不背于公共秩序或善良风俗者为限",虽均有"习惯"二字,实则二者内涵不同,第1条之"习惯",系指习惯法而言,第2条之"习惯",则兼指"习惯法"及"事实上习惯"而言。

王泽鉴氏就此有精癖之论,谓:"'民法'第1条系

仿自瑞士民法第1条,其所称习惯、系相当于瑞士民法 之 Gewohnheitsrecht。瑞士民法除第1条使用 Gewohnheitsrecht 一语,其余条文,似再未使用之。'民法'第1条以外 条文所谓之习惯、在瑞士民法上多称为 Brauch, Ortsbrauch, Kaufmännische Übungen 等,在德国法上称为 Handelsbrauch (HGB 346), 仅指交易上惯行,并不具有习惯法之 意义。再就'民法'第207条第2项而言,系仿自瑞士 债务法第314条第3项, 所称商业上习惯, 即系瑞士债 务法上之 Üblich (即 Übung 之形容词), 亦根本不具有习 惯法之意义。由是观之, 吾人认为'民法'第1条以外 条文所称习惯, 仅指事实上习惯而言, 因法律之特别规 定而具有优先效力。至于'民法'第2条所称'习惯', 则似可采广义解释, 认为兼指习惯法及事实上习惯而 言。易言之,即无论习惯法或事实上习惯,违反公序良 俗者,均无适用余地。因此所应明辨者有二: (1)民 事, 法律所未规定者, 应适用习惯法, 此际习惯法有补 充法律之效力。(2) 法律明定习惯(事实上之惯行)应 优先适用, 此际仍依法律之规定而适用习惯, 习惯本身 并不具法源之地位。",[138]洵属的论。

是则,"民法"第2条规定之习惯,乃指第1条之习惯法及散见各条之习惯而言,^[139]其他未经援用之习惯或有违公序良俗之习惯,仍不属该条之"习惯",更非同法第1条之"习惯法"。

习惯法与习惯之区别标准,论者向不一其说,大别之,

有(1)意思说(Willenstheorie),(2)确信说(Überzeugungstheorie),(3)惯行说(Gebrauchstheorie),(4)国家承认说(Gestattungstheorie)四种。实务上一向认为:习惯法之成立要件有四:(1)人人有确信以为法之心,(2)于一定期间内,就同一事项反复为同一之行为,(3)法令所未规定之事项,(4)无背于公共秩序及利益,^[140]乃兼采诸说。在实质上,固以多年惯行之事实及普遍一般人之确信心为其基础;在形式上,仍须透过法院之适用,始认其有法之效力。法院如认其有背公序良俗,即不认有法之效力。^[141]

换言之,习惯一经法院适用,认其具有"法的效力",即为习惯法。而法院审查之标准,除审查其是否为习惯之外,悉以"民法"第2条之规定:"民事所适用之习惯,以不背于公共秩序或善良风俗者为限",为其依据。

准此而论,习惯与习惯法之区别,可得而言者,(1)习惯为"事实",依"民事诉讼法"第277条规定,主张该习惯之人负有举证责任。[142]习惯法则为法律,其为法院所知者,应依职权迳行适用,若为法律所不知,依"民事诉讼法"第183条规定,以其适用为有利益之事人,负陈述并举证之责任。(2)习惯为社会之惯行,习惯法则为法院所承认。(3)习惯须当事人援用,法官是否以之为裁判之大前提,仍有斟酌裁量之余地。习惯法则法官有适用之义务,设不予适用,其判决当然违背

法令。

习惯法虽亦为"法",惟"民法"不认其有"破"成文法之效力,依"民法"第1条规定:"民事,法律所未规定者,依习惯。无习惯者,依法理",仅于法律未规定时有补充之效力而已,而所谓法律未规定者,系指法律无明文规定,且依现存之法条解释,仍不知其法意之所在而言。[143]因之,其与成文法之关系,亦有如下:(1)习惯法不违反强行规定或任意规定之下,具有补充之效力,(2)当事人如有以习惯法为其法律行为内容之意思者,仍可排除任意规定之适用,(3)习惯法违反强行规定时、不生补充之效力。

再者,习惯法之适用,依"民法"第1条规定,系在法理之前。所谓法理指自法律根据本精神演绎而得之法律一般的原则而言,一方面具有补充法律的功能,另方面亦兼供审查法律是否为一"善法",而具督促使用。而习惯法之适用又以不背良俗为限,二者调依可谓不致发生矛盾或不公情事。因之,本书以为依证理导出之漏洞补充方法,如类推适用、目的性限缩、目的性扩张以及创造性补充,须于习惯法适用之后,犹有漏洞,始有补充之余地。[144]

成文法具有一般性的拘束力,而习惯法则较弱,在 当事人援用习惯,经法院认有"法的效力"之具体案件,习惯法固亦具拘束力,惟在其他案件,若习惯法为 法院所不及知,将使习惯法之效力受到戕损。本书以为 习惯法可发挥甚大的社会统制力量,对社会秩序的安定与维持,有不可磨灭的贡献,故于习惯法形成后,宜汇编成册,或就有关习惯法之形成案件,"著成判例",当能使其"补充法源"的角色功能,发挥极致也。

值得反省者,法院尚无一肯定习惯有"法的效力" 之判例(信托行为系误排),殆多为反面之判例,实嫌 保守。

第二章 判 例

判例在英美等采不成文法主义国家,有所谓"先例拘束原则"(stare decisis),其重要性较诸制定法(Statute law),尤为重要。[145] 所谓先例拘束原则,一言以蔽之,类似之案件须作类似之判决是已。在英美等国,固亦有所谓制定法,并优先于判例法(case law)而适用,惟在法源上,仍以判例法为主,制定法不过补充 Comman law而为制定者而已,仍居于补充的地位。

第在大陆法系国家, 判例的地位则反是, 仅居于补充的法源地位而已, 主要法源仍以成文法为主。虽然如此, 判例具有相当大的社会统制作用, 则属无可置疑之事。尤其在法院的长期运作下, 判例殆已成为补充法源之重要来源。

中国判例制度,肇始于民初成立之大理院,时法制初创,"法有不备,或于时不适,则藉解释,以救济之。其无可据者,则审度国情,参以学理,著为先例",[146]于1919年12月刊"大理院判例要旨汇览正集",迨1924年12月又出版"续集"。自1934年春第一次刊行

判例要旨以来, 迄 1983 年 4 月, 先后公布 6 次, 其体裁沿袭大理院之判例, 以迄于今。至判例"著作"过程, 依据"处务规程"第 30 条规定: "各庭庭长认其本庭裁判, 应著以为例者, 应命书记官摘录要旨, 送交文书科汇办, 并将裁判书印本分送各庭庭长推事", 第 66 条规定: "各庭撰摘之判例要旨, 应由文书科书记官随时注明标目、年度、庭名及裁判号数、关系法令, 至相当件数时, 编辑成册, 分送各庭庭长推事, 民刑事科书记官及各书记科书记官", 另由判例编辑委员会, 由院长(主任委员)召开民事或刑事判例会议议决判例初稿, 送请"司法院"核定公布之。经核定之判例, 亦得经"司法院"变更判例会议决议变更之。[147]

判例在未变更以前,依 1971 年台再字第 170 号判例: "'民事诉讼法'第 496 条第 1 项第 1 款所谓适用法规显有错误者,系指确定判决所适用之法规显然不合于法律规定,或与'司法院'现尚有效及大法官会议之解释,或本院尚有效之判例显然违反者而言",显具相当于法规之效力。大法官会议释字第 154 号解释理由,亦援引"法院组织法"第 25 条及"行政法院处务规程"第 24 条规定,认"最高法院"及"行政法院"判例,在未变更以前,有其拘束力,可为各级法院裁判之依据。

是判例虽未如成文法具有一般的拘束力,惟事实上 具有甚大的拘束力,几相当于法规之效力,其所以如此

者,不外下列三端:[148]

- (1)基于法律安定性的要求。法院创设判例,俾嗣后受理之同类案件,均可依同一意旨而为裁判。此不惟为维持法律的公平、树立司法威信所必须,且为现行经济体制下基本的要求。
- (2) 审级制度的节制作用。审级制度有匡正违法失当之裁判,及统一法令见解之功能。经公布之判例,即为历审法院裁判之准绳,下级审法院自不得轻易为相反之裁判。
- (3) 诉讼经济的要求。当事人为交易行为时,可依 判例所示意旨为依归,即如涉讼于法院,法院亦可循判 例所示而为裁判,自可消弭纷争于无形,与疏减讼源亦 有关连。此外,各庭间之法令见解,亦可借此谋求统 一。[149]

判例,截至目前为止(1927年至1979年),虽已累积至相当数目,民事有5365则,刑事有4803则,^[150]惟终究属补充的法源,其数目难与英美法系国家相比拟。而且,编辑判例时,又煞费苦心,将有关判例编列于相关法条之后,同一判例涉及数法条时,并同时分列于各有关法条内,检阅至为方便。故法官于具体案件援用判例时,殆多目为抽象的一般规定,以之为大前提,事实为小前提,而导出结论,几已将判例视同法规。

实则, 判例与事实不可分, 在英美法系国家固系如此, 在大陆法系国家亦无不同, 观诸欧日等国判例汇

法官就具体案件援用判例时,应依"类推适用"的方法予以操作,始能期其至当。[151]要之有 M 事实而著成 P 判例 (大前提),今 S 案事实与 M 事实相类似(小前提),故 S 案得援用 P 判例(结论),必须经 S 案事实与 M 事实类似这一命题,为之媒介,始克完成援用判例之使命。舍此事实,又何得援用?

至于 S 案事实与 M 案事实至如何程度始为相类似,恒视 S、M 两案之"重要要素"是否相同而定。举例言之, M 案之构成要素, 有 PQRS 诸要素, 而 S 案之构成要素有 PQYZ, 苟 PQ 属"重要要素",则 S 案与 M 案相

类似,反之则不相类似。马有四脚,鹿有四脚,因马鹿之四脚非重要要素,如作"马鹿相类"之推论,日本人骂之为"马鹿"(傻瓜之意),诚非无因。

"重要要素"如何认定,向为学者争论之焦点所在,有以"事物本质论"(Natur der Sache)衡量者,认为判断二事件是否类似,应视其事物之本质是否"符合"而定,此大都为自然法论者所主张,彼辈谓任何事物均有其客观存在之本质,可以客观的予以发现,此即为事物之本质,苟二事件之"事物本质"相符合,即属相类似。惟此乃一厢情愿的看法,"本质"也者在物理或化学上,或可以科学方法分析而得,但在法学上则殊无明确之概念。因之,晚近以来,主张以"重要要素"或"重要性质"来判断二事件是否相类似者,大有人在。[152]

而"重要要素"或"重要性质"为何,亦颇耐人寻味,有谓二事件之事实间具有相同价值之性质属之,有主张依归纳方法就各种生活关系予以类型化,其属同类型者属之,不一而足。何谓相同性质?是否属同类型?在涉及价值判断之问题,殊难有一客观之标准。

本书以为:"重要要素"或"重要性质"之认识,本质上乃涉及人的价值判断,故法律之容许性与目的论之妥当性,为判断二个案例是否类似之不可或缺的要素,此不仅涉及法官个人之法律哲学修养及对法律目的之了解而已,甚至与其对社会之人生观亦有关连。

在成文法国家,判例每难脱离法条而单独存在,故在援用判例之同时,可迳为法律之适用。惟在英美法国家、其援用判例之过程,则较复杂。盖判例法国家,其所形成之判例,角度恒非相同,甚或互相交错,故在辨别类似之多数判例,首须将此等有关判例,透过归纳方法,归纳出一个一般性的规范(ratio decidendi,为具有拘束力之判决理由,与无拘束力之旁论 obiter dictum 有别),而后再以此一般性的规范为大前提,依三段论法予以演绎,以获得结论,论者谓英美法判例系归纳与演绎之结合、[153] 诚非过言。

英美法国家,辨别两事件之事实是否类似,恒运用"辨别异同的技术"(art of distinguishing),以避免受"先例拘束原则"之拘束。换言之,彼等就具体案件是否应予类推,恒先从目的论上考量,若认援用判例所获结论合乎法律目的,即强调二案件事实之"重要要素"相同,反之,则不然。故该等国家法官于援用判例与创造判例间,具有高度之技术性,此与大陆法系国家法官,以法律容许性与目的论上之妥当性,为判断二个案例间是否类似之不可或缺的要素,实有异曲同工之妙。[154]

宜注意者,今之英美学者,已渐将判例体系化、合理化、当成研究之课题,如魏摩尔(John Wigmore)之英美证据法,即此中之佼佼者。日本自大正时代以降,末弘严太郎、穗积重远诸教授提倡判例之研究,尤不遗余力,认判例研究及体系化为学者重要任务之一,此固受

自由法论排斥成文法万能主义,暨强调判决具造法作用之洗礼,而另一方面亦受美国朗雷尔 (C. C. Langdell) 所倡判例法则之"法学教育法"之影响。[155]台湾地区目前亦开始注重判例之研究,如台湾大学每月最后星期六下午兴办之"民商法判例研究会",即其一例。

第三章 学 说

学说犹若判例,并无形式的拘束力可言,惟在实质上则颇具影响力。学说影响力之程度、范围或根据,恒因各国法律制度或法律领域而异。

在古代罗马,罗马帝国第一任皇帝奥古斯丁 (Augustus 63B. C. ~14A. D), 曾将"皇帝权威所拥有之解答权" (Jus respondendi ex auctoritate principis) 赋予著名的法学者,使彼等有权为法令之解释,彼等之学说遂有特别的形式上拘束力。[156]

在19世纪的德国,罗马法已取代日耳曼法,而具有普遍性,日耳曼法反而退居习惯法地位。罗马法大全成为德国形式上的法源,法学者对罗马法之解释,成为实质上的法源,具有甚高的比重,历经一世纪之努力,将学说成文化,终于公元 1897 年公布德国民法典,于1900 年施行,学说在 19 世纪的德国可谓扮演着主要角色。

法国在大革命后,编纂民法典为学者之要务,法学者抱怀自然法思想以及人类可凭其理性制定一完美无缺

法典之理念下,于 1840 年完成拿破仑法典,法学者贡献厥伟。迨法典完成后,由于彼等深信法典万能,拿破仑又不乐见法典注释出现,学说的地位始成附庸。惟 19世纪后半,自由法运动萌芽,学说之重要性又与日俱增。

至于在美国,学说虽不能作为法源,惟在判例整理上,较诸英国更为积极,不但将之分类,且使之条文化,已蔚成风气,学说的地位已大为提高。

在日本亦至重视学说,可得而言者有三,(1)日本法律之主要内容,可谓继受自欧陆,其母法系国乃以德国为神,以法国为形,该国法律深受母法系国学说之影响,自不在许下。因之,德、法等国之学说,经常被引以为据。(2)日本法律之起草者,大多为大学之教援,因之彼等之著作以及法律见解,自亦经常为人所援用。(3)撒开学说与立法结合而被重视不谈,学说本身亦具有实质的价值,尤其在为法官提供裁判之资料上,功尤不可灭。

其在台湾地区,与日本大同小异,尤其自史尚宽、 王泽鉴诸氏,透过比较法研究,常有妙论出现,学说对 实务之影响,已日益增大。史、王二氏先后辉映,相继 著书立说,源源提供私法裁判资料不绝,使法院裁判日 渐生辉,尤令人敬佩。

法学上的学说,可分为理论性学说(科学性学说) 及解释性学说(实践性学说)二种,[157]前者属理论上的 认识作用,为"法的认识",属"经验科学",可透过逻辑分析的方法或经验事实的验证方法加以验证,以断其真假。后者则出诸实践意欲的作用,为"法的创造",以一定目的为其为前提,重在妥当与否。[158]

德国法哲学者赖德铺路(Gustav Radbruch 1878~1949)曾指出:法律的解释具有双面性格,即"理论性要素"与"实践性要素"、"认识性要素"与"创造性要素"、"再现性要素"(reproduktiv)与"生产性要素"(produktiv),"科学性要素"与"超科学性要素"、"客观性要素"与"主观性要素"。[159]理论性学说正系解决法律的"理论性"、"认识性"、"再现性"、"科学性"、"客观性"一面;而解释性学说则系解决法律的"实践性"、"创造性"、"生产性"、"超科学性"、"主观性"一面,必二种学说发达,法学始能进步。

理论性学说系一种社会现实存在的法之认识活动,并非创造法律,而系观察法律,此与自然现象的认识活动,正具同一性格。例如关于天体运行,尽管有"日心说"(大动说)之争,妨不足管,好不说"人争,妨不足使天体运行发生变化,亦不能期其为何,以而已。战前德意志帝国究为"君主政体",为"共和政体"?学说不一,亦不过增加吾人对该国已不过增加吾人对该国已来不过增加各人对该国已来不过增加各人对该国已来不过增加各人对该国已来不过增加各人对该国的法律形态予以认识而已,初不因学者主张和政体,即认系共和政体。例如台湾地区"公务员"贪

污未能绝迹,其原因何在?台北市交通何以紊乱如斯,其主因为何?等等,学说本身仅能帮助吾人了解而已。此等理论性学说如学者间争执不下,可透过理论认识方法或经验科学的调查研究,客观地合理加以解决。如前例,纵令宗教法院抬头望天,见太阳徐徐移动,称"那不是在动吗!"(Eppur, Si Muovel!),硬指哥白尼胡说八道,仍敌不过"天文观测及物理测试"之验证。又希特勒即令以枪口指众庶,曰:"德国系一民主自由之共和国",亦不能因此语使德意志帝国"君主政体"被认为"共和政体"。又盲目爱国者纵令大声疾呼,说:"台湾地区、公务员、无人贪污,台北市交通秩序良好。"喉咙喊破、亦不能改已存在之事实。

解释性学说,其本质则为"实践",例如使不明确的法律明确(狭义的法律解释),将抽象的法律具体化(价值补充),就有漏洞的法律加以填补(漏洞补充),均属之。此类学说如有二种以上不同见解,端视法律目的是否明确,如目的明确,则纯属手段之有效性问题,亦即欲达到目的,采取何种见解最为有效,仍可为事实的判断,就此而言,其尚有某程度的客观性,自不待言。惟如法律目的不明确,尤其社会剧烈变迁时,法律目的与社会目的恒有相当距离,则目的之确定或选择,系一实践或政策的问题,自难客观地加以解决。

目的(法律目的或社会目的)之确定或选择,既属价值判断问题,难免见仁见智,甚或争论盈野,学说充

斥,例如前述"诽韩案"、"刑事诉讼法"第234条第4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、二亲等内之旁系血亲、二亲等内之旁系血亲、二亲等内之对。不是不可以不是,我看来不是一个"直系",是否应有我不住"权威机关"(立法机关或司法机关,在一个"以及人",是一个"以及人",是一个"以及人",是一个"以及人",是一个"以及人",是一个"以为人",可以是一个"一个人",可以是一个"一个人",这个"一个人",这个"一个人",就是一个一个人,这个人之。又如窃取他人之。对解在个,所有争论均成为无意义。又如窃取他人之。其实是一个"一种人",是一个人,就不是一个人。

虽然如此,法官为目的考量或利益衡量时,究不能 徒凭一己之恣意,肆所欲为,仍应参酌学说之见解,加 以援用,俾能从中获知何者合目的 性?何者有具体妥当 性?何者可维持法律秩序之安定性?如何取舍?对此法 源仍应予重视,仅学说之争论在"权威机关"决定之 后,任务已达,须为退位而已。

本此以论,解释性学说,苟不就法律之目的性、妥当性及安定性等加以论列,徒凭学者一己之私见"胡说",实属无意义。而理论性学说,苟不以逻辑分析的方法,或经验事实的验证方法为其论断之基础,空言主

张,亦等于"白说",于法学 亦无何裨益。此等学说,不过徒具其名而已,非此之所谓学说。

法官于办理具体案件时, 苟不知援用学说或未为援用, 固愚昧无知; 即予以援用, 而无能力分辨孰为理论性学说? 孰为解释性学说? 何者为胡说? 何者为白说? 亦徒有法官之名而已。1956 年台上字第 346 号判例称: "扶养方法, 在'民法'第 1120 条仅定由当事人协议定之, 不能协议时, 由亲属会议定之, 至经亲属会议仍不能议定时, 究应如何办理, 虽无明文规定, 惟参酌立法先例及学说, 应解为由法院予以裁判方为适当", 立法先例及学说为何, 未有交待, 不免使人突兀之感。

注释:

- [138] 参见王泽鉴:《民法实例研究丛书》第二册"民法总则", 第 27 页、第 28 页。
- [139] 习惯之有优先效力者,例如"民法"第 68 条、第 307 条、第 314 条、第 372 条、第 429 条、第 439 条、第 466 条、第 468 条、第 537 条、第 570 条、第 579 条、第 592 条、第 632 条、第 776 条、第 778 条、第 785 条、第 786 条、第 790 条、第 793 条、第 800 条、第 834 条、第 838 条、第 846 条、第 915 条等是。
- [140] 参见大理院 1913 年上字第 3 号判例。
- [141] 1928 年上字第 691 号判例称:"习惯法则应以一般人所共信不害公益为要件、否则从属旧有习惯、亦难认为有法的效力",1929 年上字第 1346 号判例称:"亲房拦产之

习惯,不惟旧律有明文禁止,且足长亲房把持措勒之风,于社会经济毫无实益,不能认为有法之效力",1930年上字第1710号判例称:"卖产应先尽亲房之习惯,有背于公共秩序,不能认有法之效力",1941年上字第131号判例称:"卖产应先问亲房之习惯,有背于公共秩序,不能认有法之效力",1941年上字第191号判例称:"现行法并无认不动产之近邻有先买权之规定,即使有此习惯,亦于经济之流通、地方之发达,均有障碍,不能予以法之效力"等,均认为习惯有无法的效力,均应经承认,可见一斑。

- [142] 参见 1935 年上字第 1432 号判例: "习惯法则之成立,以习惯事实为基础,故主张习惯法则以为攻击防御方法者,自应依主张事实之通例,就此项多年之惯行,为该项地方之人,均认其有拘束其行为之效力之事实,负举证责任。如不能举出确切可信之凭证,以为证明,自不能认为有此项习惯之存在"。
- [143] 参见 1940 年上字第 20 号判例。
- [144] 实务上向认漏洞补充为法理之作用之一,如 1933 年上字第 748 号判例称:"有同一或类似之法律理由时,应认同一或类似之法律效果,为法理上所当然。依旧法所立之嗣子女,固非与民法上之养子女全然同一,而其以他人之子女为子女,则与养子女无异,故民法亲属编施行后发生之终止嗣子关系事件,应就民法关于终止收养关系之规定,类推适用"云云,即其一例。此判例要旨甚佳,惟乎重编时,删去部分词句,不知何故。
- [145] 参见碧海纯一: (法哲学概论), 第 163 页、第 164 页。
- [146] 参见孙森淼, "判例中前后不同见解之比较研究", 载于

(1986年度研究发展研究项目研究报告)第6页。

- [147] 同前注第6页。变更判例之程序至为严格,依该院民刑 事庭会议及民刑事庭总会议规则第 9 项规定:"遇有与以 往判例见解不同, 但为新法令精神或社会现况所需要, 得采为新见解, 俾作为变更判例之先行程序。此类案件, 应依其性质,分别由民刑事庭会议进行讨论。于经出席 人过半数之通过后,再由民、刑事庭总会出席人 2/3 以 上通过、再呈请'司法院'院长召集变更判例会议",可 知,变更判例并非易事,截至目前为止、仅于1977年6 月1日、变更1号判例而已。亦即1966年台上字第1789 号判例原为:"本件车祸系计程车与卡车司机驾驶不慎肇 事、依'司法院'院字2383号解释、无共同过失之侵权 行为, 法院仅得就各该司机应负过失责任程度之范围内, 令其与雇用人连带赔偿", 经"司法院"于1977年6月1 日召开变更判例会议决义变更,其理由谓:"民事上之共 同侵权行为(狭义的共同侵权行为,即共同加害行为, 下同), 与刑事上之共同正犯, 其构成要件并不完全相 同,共同侵权行为人间不以有意思联络为必要,数人因 过失不法侵害他人之权利,苟各行为人之过失行为均为 其所生损害之共同原因, 即所谓行为关连共同, 亦足成 立共同侵权行为。1966年台上字第 1789 号判例应予变 更。至前大理院 1916 年上字第 1012 号及 1931 年上字第 1960 号判例,则指各行为人既无意思联络,而其行为亦 无关连共同者而言,自当别论(见1977年6月1日 (1977) 院台参字第 0578 号令例变字第 1 号) 云云,可 供参考。
- [148] 同前注第7页,据孙氏云,此系杨日然教授之发言意思。

因立论精癖, 特录述之。

- [149] 事实上,各庭间法律见解之统一,不限于判例,依该院民刑事庭会议及民刑事庭总会议会议规则第 5 项规定:"每次开会之议案,原则上由各庭以庭衔提出。院长亦得就两庭裁判见解不同,或裁判所持见解与通说有异以及有其他求取见解一致之必要时,提出议案","民刑事同类事件之案件,如各庭见解不同,或认有变更以往已有之先例(非判例)或民、刑事会议决议之必要者。承办庭应将不同之见解提案讨论。经大会决定后,承办庭于当日评议,将主文公告之","各庭承办发回更审复上诉之案件,其见解如与更审前本院裁判所持见解有异时,应由承办庭先提案讨论之",实亦具此项功能。
- [150] 参见判例要旨、1983年5月出版,第4页(例言之十)。
- [151] 参见碧海纯一, 前揭书, 第 165 页。
- [152] 神田博司, 法学における"事物の本性"の理论, 收编 民事法学の诸相, 第 179 页以下。
- [153] 参见碧海纯一, 前揭书, 第165页。
- [154] 同前注。
- [155] 同前注, 第167、第168页。
- [156] 参见碧海纯一: (法哲学概论), 第 166 页。无可讳言, 罗马法在古代并非一部严谨而具有逻辑的法典, 如前所述, 其内容不外乎: (1) 过去皇帝颁布之教令, (2) 查士丁尼大帝所颁布之教令, (3) 过去法院判决之先例, (4) 法学者之学说等四部分所构成, 其后来之所以变成 甚有体系, 乃是经几千年来, 新旧注释法学派学者整理而成, 虽后来演成概念法学, 然其功劳仍不可抹煞。
- [157] 参见官泽俊义,法律学における"学说",收编法学の方

法, 第125页以下。

[158] 宫泽俊义, 前揭书, 第 126 页。

[159] 同前注第 127 页。

[160] 詞前注第 130 页。

重要参考书目

1. 法哲学概论 碧海纯一 2. 法学における为理论と实践 碧海纯一 (编) 3. 法哲学论集 碧海纯一 4. 法律家の理论 江口三角 (译) 5.サウィニー法学方法论 服都荣三 (译) 6. 科学としつ法律学 川岛武宜 7. 法社会学にわける法の存在问题 川岛武宜 8. 民法解释学の诸问题 川岛武宜 加藤新平 9. 法哲学概论 10. 法解释学の方法 石田穰 11. 法学论争史 长谷川正安 12. 法学の方法 长谷川正安 13. 价值相对主义法哲学の研究 原秀男 14. 我妻荣法学の足迹 有斐阁 15. 裁かれろ裁判所 (上下) 古賀正义 (译) 加藤一郎 16. 法解释学におけろ论理と利益衡量 田村五郎编译 17. 概念法学への挑战 渡边洋三 18. 法社会学と法解释学

19. 法律の社会构造

尾高朝雄

20. 法と事实

尾高朝雄

21. 法と现代精神

棚濑孝雄/砌濑一代译

22. 现代法社会学讲义

黑木三郎 (編)

23. 民法解释论序说、补论

星野英一

24. 法社会学

世良晃志郎

25. 法の解释と法律家

来栖三郎

青任编辑/景 经 於而设计/王 新





ISBN 7-5620-1785-1/ D-1718 定 价: 15.00 元