

您的位置: 首页 >> 阅读文章

阅读文章

Selected Articles

使用大字体察看本文  
阅读次数: 339

## 法律解释学的方法

甲斐道太郎 疯克/译

### 1、法律解释的现代课题

#### 法律解释的诸生相

"法律解释学"这个词汇,通常是指关于"法律解释"系统性操作的学问<sup>1</sup>。而"法律解释"是指"以确定法规的规范意义内容为目的"<sup>2</sup>的作业,亦即,把制定法、习惯法、条理、判例<sup>3</sup>这些法源为素材,通过对它们进行解释性的操作,从而明晰被人们所认为的由这些法源所定立的规范内容。

但同样是法律解释,却因主体和目的的不同而具有不同的意义和方法。在这里我们主要以学者们的法律解释(这在语言上是最具普遍意义的"法律解释学")为限。学者们的法律解释,以明晰在裁判、行政等国家作用中,应该对国家机关及其工作人员的行为,亦即,在具体的案例中判决抑或行政处分,起基准作用的规范为目的<sup>4</sup>。由于笔者能力所限,因此,本文的论述只能被限定在私法尤其是民法的解释(不同的法律领域有自己不同的解释方法,这是无须多言的)里面,且主要是指裁判。

法官在对具体的事实做出判决的时候,也要使用一定的法律解释(这在"判决理由"中展开)。其目的也是为了明晰判决的基准(所谓的裁判规范),在这一点上,它和学者的法律解释完全一样。学者和法官关于法律解释的区别就在于,后者是把具体的事件放在眼前,在和这些具体事实关系的关联中进行;而前者却是在抽象的、一般的、且广义的、假设的事实关联中进行(学者们也经常会就个别的具体的案例进行法律解释,在这种场合就和法官们的法律解释没有实质差别了)。另外,前者还有致力于将其体系化的工作(有的人认为法官们的法律解释和学者们的完全不同,容后面详述)。

#### 现代法论和法律解释方法论

本书(天野和夫=片冈升编《现代法学入门》)从和"近代法"相区别的"现代法"的各个角度出发进行分析,谋求接近这些众生之相,然而,它们中的法律解释方法论究竟意味着什么呢?

在我国法学界,围绕着"现代法"的讨论是在1975年5月的民科法律部会春季学会的讨论会上正式展开的。作为这次讨论的资料,被东京的年轻人法律研究者团体oNJ研究会编纂成了"是否把握了作为国家垄断资本主义法的现代日本法"<sup>5</sup>。在此之后,这个讨论的发展主要通过民科法律部会的学会和集中培训来推动,其中,1973年的夏期集中培训和1974年的春季学会中设定了"现代法和法律解释"这样一个主题<sup>6</sup>。"现代法论和法律解释方法论"这个问题的意义就可以从这次争论中汲取出来,归纳起来就是如下所言。

也就是,上面所说的现代法论(争),是指要从总体上来把握现代日本的法律现象,并明了其本质,以科学认识为目的的非解释学的东西为其主流<sup>7</sup>。另一方面,在自昭和28年以降所展开的"法律解释"的争论<sup>8</sup>里面,法律解释这种法律家的行为不是一个事实认识,而是一个实践的行为,这种观点已经成了我国学界的共识。于是,民主的学者就会把通过现代法论所取得的对现代日本科学认识的成果活用到实践中去,法律解释就是其中一个非常重要的媒介,它所具有的实践性也就不得不变成了一个和现代法自身的特殊构造和本质相对应的东西。换句话说,也就是说现代的法律解释建立在对现代法现象的科学的分析之

更多▲

特聘导师

法学所导航

走进法学所

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

博士后流动站

学友之家

考分查询

专题研究

五四宪法和全国人大五十周年  
纪念专栏

最新宪法修正案学习与思考

公法研究

电信市场竞争政策

证券投资基金法

法律与非典论坛

上,与此同时,相反的,作为法学者的实践也应该要制造出应然的现代法。为了实现这一切,确立法律解释的方法就是现在我们最大的诉求。

本文若能对上面方法的确立有所帮助,实感荣幸,但由于目前我们还只处在刚刚提出问题的阶段,因此,本文也就只能起到对问题点的整理和一些若干启示的作用。

## 2、法律解释的目的

### 裁判规范的定立

刚才我们已经在上文将法律解释的目的限定为了确立作为国家机关尤其是裁判行为基准的规范(所谓的裁判规范)。这至少表明法律解释是以“法治主义”的思维方式为基础的,具体说来就是通过预先确定国家权力的行为基准或者“边界”,来抑制国家权力的恣意(而这又必须要以“三权分立制度”的有效性为前提)。作为法治主义一个极端形态的“概念法学的实证主义”<sup>9</sup>把法官的判决形成规定为了如下的过程:以法规为大前提,该事件中的事实为小前提,通过三段论法(所有的人都会死=大前提、苏格拉底是人=小前提、苏格拉底也会死=结论,诸如此类的形式逻辑推理法)的推理得出判决的结果。众所周知,自由法学对此进行了猛烈的抨击<sup>10</sup>。其结果是,通过固定上面三段论大前提的法规,来严格约束法官判决之形成的想法,在今天已经很难再得到支持了<sup>11</sup>。

在今天的法律解释学看来,制定法总会有很多的缺陷<sup>12</sup>,而且,由于事过境迁作为法律规范对象的社会关系总在不断出现新的情况,因此,法规就无法再保持它的“封闭体系”了,它只能积极地去应对现实社会关系的变化发展,不断新的法律,从而使自己成为一个“开放的体系”。于是,人们也就大体承认了如下的事实,亦即,法官在进行现实裁判的时候,未必要受既存法律的拘束,而是在遵循具体事实的基础上,直接从事实中创造出新的法律。

### “利益衡量论”的立场

在今日的我国,上面的想法又被推进了一步,其中有人就坚决主张既存的标准不应该成为法官裁判形成的拘束,而要尽可能的留给法官以自由裁量的余地。他们深受美国现实主义法学尤其是杰罗姆·弗兰克(Jerome New Frank)<sup>13</sup>的影响,极力弱化法律在现实判决形成过程中的拘束力,甚至是完全将其否定。另外,他们还认为,在裁判之前定立拘束力的基准本身就是件非常困难的事情,因此,法律解释的方向也应该是着眼于这种裁判的现实适用。这种学说认为,在对现实发生的事情通过裁判来解决的时候,对于构成该事件内容的事实,应该抛开法律理论或者法律构成,通过实质的利益衡量来得出结论。在今天的法律状况下,更是应该通过这种方式来得出结论,至于这个结论必须要和一定的法规相结合,亦即法律构成,其实根本不具有或者不该具有重要的意义<sup>14</sup>。这显然就是“利益衡量论”的主张<sup>15</sup>。

站在这样的立场上,学者们以确立裁判的基准为目的的法律解释的意义岂不是全部被否定了吗?<sup>16</sup>

对于法律解释,从过去到现在一般会认为,法官和学者的并没有什么实质的区别,只不过前者关于现实的、具体的事实,而后者则采用了一种抽象的、一般的方式而已;法官可以直接把学者的解释结果适用到现实的案件中去做出判决。

然而与此相对,最近有人却主张,法官在“判决理由”中所展开的法律解释,实际上只不过是他们把自己通过直觉所得出结论(判决),用好象是从既存的法律中推导出来的那样来说明,依此使其具有一种“正当性论证”的合法化外衣<sup>17</sup>。采取这种立场的学者认为,以前大多数法学者所采用的法律解释学,与其说他们是服务于“附加理由中的法律论”的法学,不如说是以“叙述法院中何者成为裁判的基准,以及在此基础上来预测将来的判决为目的的法学”<sup>18</sup>。

利益衡量论的主张是上面学说的延伸。亦即,利益衡量论认为,虽然法官的判决是用各种各样的法律理论或者法的逻辑构成来说明,但是真正决定该判决的却是对该事件中的事实所做的实质的利益衡量。法官不应该在这样那样的理论或者构成里面隐藏自己的实质的利益衡量,而应该将其明示,以此来接受社会的评判,并应明确自己对该结论所应承担的责任。进而他们主张,在这种意义上,所谓的判决就不再是从既存的法规或者理论中演绎推理而来,而应该从事实中归纳得来,而这无非就是利益衡量论<sup>19</sup>。

对于裁判的上述事实认识正确与否我们暂且不论,但如果真如上述所言,那么学者们的法律解释的意义就变的十分可疑了,这是谁都无法否认的。因为,学者们在进行法律解释的时候,通常是先假定一个在现实生活中可能发生的事实,然后,再从这个事实中推导出自己所认为正确或者妥当的判决,并进而主张由此而定立的基准为“应然的法律”。这样,它就全面否定了判决形成的三段论法则的构造或者是演绎的

逻辑推理，而变成了一个纯粹的归纳逻辑，也就同时在逻辑上否定了学者们法律解释的意义。

### "容忍限度论"的场合

下面我们再来看一下被建立在利益衡量论之上的解释论和其它学说所广泛认同的"容忍限度论"。

容忍限度论认为，在判断一个不法行为是否具有违法性（或者不法行为自身）的时候，应当在综合比较衡量被害的样态、程度，以及加害行为的样态、公共性等诸要素的基础上，通过判断该事件中的被害是否超过了"容忍的限度"来决定<sup>20</sup>。但是，主张这种学说的学者，只列举了在判断容忍限度的时候所应考虑诸要素，而没有表明在对它们进行比较衡量时所应遵循的基准。

众所周知，法律判断是一个价值判断，因此，即使站在容忍限度论的立场上，在形成具体的法律判断的时候，也应当在各种应该考虑的要素上面加上一定的价值以后再进行衡量比较，如若不然，就难以形成法律判断。容忍限度论者，把这个价值判断的一切都委托给了法官（加藤一郎说："现在我们必须承认，法官所认为是法的东西就是法。"<sup>21</sup>。但至少我们无法看到，在裁判以前自己所认为正确的法律（价值）判断基准，会给法官的判断施加多少影响（作为现在容忍限度论最强烈的拥趸者--野村好弘氏的主要业绩就在于他整理了很多判例，从中分析出了形成这些判断的诸要素，并由此对个别的判决进行了批判）。

只要坚持贯彻容忍限度论者所主张的归纳逻辑，那么，即使能够产生对个别具体判决的事后批判，也只会产生设定事前基准和自己逻辑之间的矛盾。因此，利益衡量论或者容忍限度论，越坚决贯彻自己的逻辑就越会使自己变成"非解释学的法学"。

### 对裁判的作用

预先设定的基准，在现实的判决形成过程中是否具有拘束力？如果有，其程度又如何？关于这些问题，我们没有任何实证资料（我国的讨论大多建立在美国的法学成果之上，对于我国裁判过程的实证研究几乎没有，这是实情）。但在我国确实存在法官通过一种直觉或者灵感作出判决的情形，而在判决理由中所展开的法律解释只不过是证明其正当性的逻辑（附加理由的交流）而已<sup>22</sup>。虽说如此，但决不能就此认为法官的判决形成是件完全自由斟酌之事。就连强调非解释学法学之重要性的川岛教授也承认"对裁判作用"的重要性<sup>23</sup>。

断了事前所定立的基准对法官终究没有拘束力的想法，如果这是迫不得已的状态或者宁愿是一种人们所希望的状态而加以肯定<sup>24</sup>，自当别论，但只要你认为即使在民法领域，为了保护国民的权利也决不能放任国家权力的滥用，而必须要在可能的限度内给权力限定一个边界<sup>25</sup>的话，那你就肯定会对毫无法律约束的裁判加以批判，并致力于对能够有效的约束裁判的法律解释论的确立。

把法律解释学的目的定义为"对裁判的评价、批判和指导"<sup>26</sup>，是学者们"地位高于法官的一种自我感觉"<sup>27</sup>。即使这是不妥当的，法学者们也应该自觉地把通过法律解释所获得的在自己的价值判断看来是正确的规范作为"应然法"来确立，使其在法官的裁判过程中发挥一定的控制作用，并且还要把这个当作自己一项任务和责任来看待<sup>28</sup>。

### 市民运动和法律解释

接下来，作为学者们法律解释的另一个机能或者目的，必须要和各种市民运动联合起来考虑。为了确立或者保护在宪法或者劳动法等领域中的基本人权或者劳动基本权，就必然会展开与国家权力或者资本相抗争的国民运动。因此，这些法律领域中的法学者就会以各种各样的形式和这些运动发生联系，从中汲取自己的实践课题和解释的方向。而且，据说他们还会通过确立作为这些运动一种武器的法律理论特别是各种人权或者劳动基本权，来作出自己的贡献，取得了很高的实践成果。在这些法律领域，法律解释和运动之间是一种相互依存相互支持的关系，离开了和运动之间联系的法律解释几乎毫无意义。

与此不同，民法主要解决私人之间的利益纠纷，即使是在具有社会法品格的土地租赁法、房屋租赁合同法，虽不能说完全没有通过集团的运动来确立租赁人的权利这种情况存在（土地租赁人之间联合或者房屋租赁人之间联合的活动），但它与法解释之间的关系并没有受到人们的重视，从全体来看运动和法解释之间的关联也没有成为一个问题。但是，在所谓高度经济增长政策之下，在公、私企业的活动所引发的公害、缺陷产品、日照侵害等场合，被害者一般为多数，且他们与加害者相比，明显是社会经济能力的弱者，因此，就越来越多的出现了如下情景：被害者团结起来开展强有力的运动，并且获得了市民们的广泛支持。于是，即使是在民法领域，如果涉及的是公害、制造物责任、日照侵权等问题，那么，也应该像在

宪法、劳动法等领域一样，必须考虑法律解释和运动之间的关联。

一般而言，民法是通过相互间自由、平等之商品所有者=市民所构成的市民社会的法，这种法律关系的当事者的立场之间具有一种互换性的品格（今天是买主，明天是卖主）。但与此相对，上面的公害等事件的当事者之间却没有这种互换性。这就使得在进行关于此的法律解释的时候，就不可能再把当事者之间的利益对立看作是对等的东西来比较衡量，而是要从两个在根本上就是互不相容的异质的利益或者价值之间做出选择，这就必须先进行一个所谓的“优先的价值衡量”<sup>29</sup>。因此，依照这种基本的价值选择，所认为必须要保护的各種权利（环境权、健康权、日照权等）就不再单单是一个私法上的权利了，而具有了一种人权的意义。这些权利不仅仅是民事诉讼上请求的基础，而且还具有支持各种市民运动的机能<sup>30</sup>。

可见，法律解释不仅仅是对裁判发生作用，而且还必须要为各种市民运动做出自己的贡献。在这两种场合，法律解释的内容虽没有什么本质的区别，但就其表现的构成和着力点而言，还是有差别的<sup>31</sup>。因此，今天的民法学者在进行法律解释的时候，就必须要考虑市民运动所产生的影响。

### 3、法律解释的方法--序说

如果我们按上面所说的来考虑法律解释的目的，那么，法律解释就是：（1）基于解释者的价值标准得出正确的或者说希望的结论（判决）；（2）而且，还必须要让尽可能广泛的人（尤其是法官）来认同。法律解释的方法就是实现这种解释的东西，但在这里我们无法展开对解释技术的详细论述，而只能指出其中的几个重要问题。

#### 利益状况的分析

法是为了解决一定社会关系中所发生的纷争亦即利益冲突时，所定立的标准。因此，在进行法律解释的时候，首先就应该明确该社会关系中诸个对立的利益。在此基础上，再对它们进行比较衡量，最后做出何者应该优先被保护的决断（今天，已经几乎没有人再否定法律解释中利益衡量的重要性了。这必须要和“利益衡量论”区分开来<sup>32</sup>）。但在这种场合，不能仅仅把这样那样的利益平板地列举出来。而是还应该要明确该这些社会关系抑或诸利益在现代日本社会特殊=现代构造中（比如，现代日本社会被称做国家垄断资本主义社会）所拥有的意义，并在不断流动变化的现代社会中找到其合适的位置。比如，在公害诉讼中，当居民的环境等利益和加害行为的公共性发生冲突的时候，这个公共性更多的代表了现代国家垄断资本主义体制下的社会总资本的利益；而居民的环境利益则更多的带有一种体制批判的意味<sup>33</sup>。因此，为了能够很好地进行上述利益状况的分析，关于社会历史发展地科学认识就是必不可少的。可以这么说，现代法论，通过对存在于这样那样法律制度或者法律理论基础之下的利益状况所进行的科学分析，为法律解释提供了不可缺少的判断资料。

#### 价值基准的明确化

决定各种利益中的何者应当受到保护的，无疑就是解释者的价值判断<sup>34</sup>。正是这个价值判断，决定了解释者的解释（或者是从复数的解释中进行选择），因此，解释者就有明确自己价值基准的必要。

而对“利益衡量论”最强烈的批判就正是这个价值基准的无法明确<sup>35</sup>。与此相对，星野英一氏则明确表明了自己的“新自然法论”立场<sup>36</sup>，坚持价值绝对主义。这是他和主张通过历史价值作出判断的“近代法学派”（渡边、广中氏等）的共通点，而与主张价值相对主义的加藤一郎氏相对立<sup>37</sup>。在对这样的价值基准进行明确化的时候，对其意识形态的批判就成了必然。笔者曾指出星野氏的价值论欠缺历史的视角<sup>38</sup>。尽管我仍然认为对价值基准的确认应该建立在关于历史的科学认识的基础上来进行，但这决不是说仅仅是从过去的历史发展中确定未来客观的历史发展方向（所谓的确定“历史的进程”），然后沿着这个方向来定立价值基准。价值基准的确立虽然“要立足于历史认识，但在逻辑上却是和它绝缘的，基准的设定者……应当在主体价值判断”的基础上来设定<sup>39</sup>。我想说的是，我们决不能懈怠、疏忽对自己所设定的价值基准，在社会的历史发展进程中究竟会处于何种位置，起到何种作用，进行所谓的“价值的历史验证”。而且，为了能使自己所选择的价值能够在现实社会中实现，就必须预见将来历史的发展方向，使其能在未来的社会发展中发挥主体性的约束作用。现代法论为这样价值的历史验证提供了一个不可缺少的科学认识。

#### 概念和逻辑

从一定的价值基准出发，对一定社会关系中相互对立的诸利益作出优劣的判断，是法律解释中最基本的工作，但仅仅只有这些还称不上是法律解释。除此之外，这种利益衡量还应该形成能够对含有同一利益状况的复数事件共通适用的判断基准，这被川岛武宜氏称为“语言的技巧”<sup>40</sup>。

我们现有的法律，都是通过语言的技巧来表现，特别是民法中所使用的语言技巧有很多是建立在自遥远的罗马法以来的法律传统（通过制定法、习惯法、法学、裁判实务来形成）的基础之上。法律解释也必须要用这样的传统语言技巧来表现。

虽然语言技巧终究不过是手段而已，而并不能左右实质的利益衡量，但为了能使实质的利益衡量通过裁判变成现实，就必须给其加上合适的表现形式。为此，首先就要确立合适的概念构成。所谓概念就是和上面我们所说目的--定立能够适用于含有共同利益状况的复数事实的判断基准这样的目的--相适应的东西，然而，却不是完全被固定不动的，它应该与基于现实社会关系发展变化而不断变化的利益状况相适应，具有柔软性的品格。通常会不断地"通过'事实'对'概念'进行清洗"<sup>41</sup>。这个"事实"无疑就是一个社会科学所认识的东西。

其次，法律解释还必须要有固定的逻辑构成。没有逻辑性的法律解释，没有任何说服力。在对现实社会关系所内含的诸利益进行分析、将含有共同利益状况的社会关系进行类型化、形成概念构成抑或权利构成的时候，归纳逻辑的作用自不待言，然而将这些作为判断基准发挥作用的时候，演绎逻辑就会发挥作用。但是，那种把概念构成抑或权利构成绝对化，一旦形成以后就只具有纯粹演绎机能的想法也是错误的。在进行法律判断的时候，通常向"事实"的反馈也不能忘记，现实中的法律判断应该建立在演绎逻辑和归纳逻辑的辩证统一的基础之上。

"不断立足于对明确的价值基准的自觉展开中，一边又不断形成固定的概念和逻辑，只有这样的解释才会具有强有力的说服力"<sup>42</sup>。

注释：

1 与此不同，也有人将其理解为是"以法律解释为对象"的学问，请参照川岛武宜《作为科学的法学》120页；渡边洋三《法社会学和法律解释学》23、39页。

2 矶村哲："法律解释学"载末川博编《民事法学辞典》（下）1822页。

3 关于它的法源性，请参照石田穰："判例研究的方法"载法学协会杂志90卷9号1163页以下。

4 学者们的法律解释也有不同的目的，关于此可参阅甲斐"试论关于法律解释的讨论"甲南论集第9集→本书一。

5 关于现代法的论争可参阅前田达男"国家垄断资本主义--现代法论和社会法讲座"《科学和思想》14号。以后出版的有长谷川正安的《现代法入门》。

6 这次成果可参阅《法的科学》2号、3号；法律时报46卷1号。

7 长谷川前揭202--203页。

8 关于这场争论可参阅，渡边洋三前揭；碧海纯一"战后日本法律解释论之探讨"载恒藤先生古稀纪念《法律解释的理论》→同编著《法学里的理论和实践》35页以下；甲斐"法和解释"新法学讲座《法学的基础理论》（本书二）。

9 关于此，请参照矶村哲：《社会法学的展开和构造》3页以下。

10 矶村哲："概念法学"载《民事法学辞典》（上）178页；同"自由法学"同881页。

11 关于此点，请参阅加藤一郎：《民法中的逻辑和利益衡量》4页以下。

12 关于"法律的漏洞"可参阅石田穰："法律解释方法的基础理论"载法学协会杂志92卷1号70页以下→同著《法律解释的方法》29页以下。

13 弗兰克：《初审法院》古贺正义译；《法和现代精神》棚濑孝雄=一代译。

14 加藤前揭、星野英一："民法解释论序说"→同著《民法论集第一卷》。

15 另外可参阅水本浩：“民法学中的利益衡量论的形成和成果”载民商法杂志62卷6号以下。

16 下面的问题已经在甲斐：“关于民法中的‘利益衡量论’”载法律时报46卷1号（本书五）中论述过了。

17 川岛武宜：“法律交流中的符号技术”、中元=野村：“裁判中的语言构成”，共同收录在川岛编《经验法学的研究》。

18 川岛武宜：《作为科学的法学》135页、同《民法总则》35页。

19 作为对归纳逻辑得特别强调有高崎尚志的“所谓的‘环境权说’和容忍限度论”载环境法研究1号。

20 加藤一郎编《公害法的生成和展开》，高崎前揭。

21 加藤一郎：《民法中的逻辑和利益衡量》34页。

22 川岛武宜：《作为科学的法学》250页以下。

23 川岛前揭162页。

24 加藤一郎前揭；星野英一前揭和此立场相近。

25 甲斐：“民法解释学的课题”载法哲学年报1967年《法的解释和运用》28--29页→本书四；广中俊雄：《民法论集》386页。另外，关于强调和法律解释方法论相关联的作为民主主义原则的三权分立原则的文章可参阅石田前揭法学协会杂志92卷1号74页→《法律解释的方法》13页。

26 广中前揭386页。

27 星野前揭61页。

28 广中前揭386页。

29 请参阅大阪律师会环境权研究会《环境权》237页。

30 关于公害诉讼和居民运动之间相互支持的关系，可参阅都留重人：《公害的政治经济学》176页以下。

31 长谷川前揭207页。

32 参阅水本前揭民商法杂志63卷4号25页。

33 请参照都留前揭183页以下。

34 川岛：《作为科学的法学》14页以下。

35 渡边洋三：“社会科学和法律解释”前揭《法的解释和运用》；广中前揭386页。

36 星野前揭49页。

37 ジュリスト増刊“法律解释”9--14页、45--46页、227页。

38 甲斐前揭法律时报46卷1号50--51页→本书五。

39 广中前揭387页。

40 川岛：《作为科学的法学》31页以下。

41 末弘严太郎：《物权法》（一粒社版）上，自序5页。

42 光中俊雄: "法律解释o适用和'范围'论"载ジュリスト550号17页→同著《法社会学论集》329页。

来源: 一塌糊涂

[返回](#)

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址: 北京市东城区沙滩北街15号 邮编: 100720

