

## 第十七章 法学方法论概述

### 第一节 法学方法论与法学研究方法

#### 一、何谓法学方法论

##### (一) 研究对象

法学方法—研究和预设法律的方法—什么是法律  
法律方法—法律应用的方法—实现法律和生成法律  
法律适用：

##### 1. 如何得到前提

#### 2. 如何从规范到事实

##### 规范与事实的**不对应性**

$T \rightarrow R$  (当具备T的要件时, 即适用R的法律后果)

$S = T$  (特定的案件事实S符合T的要件)

$S \rightarrow R$  (特定案件事实S适用T得到法律后果R)

**涵摄:**  $S = T$  (特定的案件事实S符合T的要件)

逻辑上的涵摄:

种概念

属概念

人

男人

女人

大人

小孩

法律上的涵摄:

障碍:

逻辑上的涵摄必须是同一条件的

案件事实: 陈述句——只有陈述, 没有应然判断

法律规范: 命令句

适用理由:

法律得到统一使用

案例:

1994年6月30日晚, 被告人宋福祥酒后回到自己家中, 因琐事与其妻李霞发生争吵厮打。李霞说: “三天两头吵, 活着还不如死了。”被告人宋福祥说: “那你就死去。”其后, 李霞在寻找准备自缢用的凳子时, 宋福祥喊来邻居叶宛生对李霞进行规劝。叶宛生走后, 二人又发生吵骂厮打。在李霞寻找自缢用的绳索时, 宋福祥采取放任态度不管不问不加劝阻, 致使李霞于当晚在其家门框上上吊自缢身亡。经技术鉴定: 李霞系机械性窒息死亡(自缢)。

论证

(1) 前提和结论之间能否有一种可以支持的关系

(2) 前提的可接受性

(3) 结论的可接受性

(二) 法学方法论与法律方法

	原文表述	基本问题	特征	适用国家
法学方法论	Methodenlehre der Rechtswissenschaft	价值判断的客观化	注重哲学思考倾向	大陆法系尤其是德国
法律方法	Juristische Methodenlehre Method of the law Judicial method	法律应用的技术和方法	注重实践思考倾向	英美法系

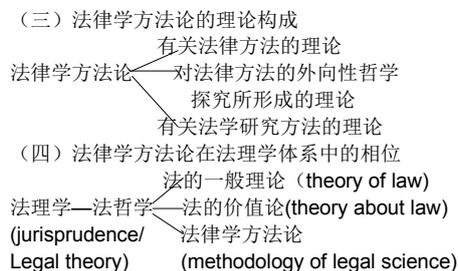
(三) 法学方法论的理论构成  
德国流派的“法学方法论”，可从以下三个层次缕析其内涵：  
1. 所谓的“法学” (Rechtswissenschaft)  
Recht(法、法律、权利)和Wissenschaft(科学)  
法学：法律学、法教义学、实定法学  
“以某种特定的，在历史中逐渐形成的法秩序为基础为界限，借以探求法律问题之答案的学问。”——拉伦兹  
法学之外的法学：哲学家、社会学家、经济学家等  
法学之内的法学由：法律家创造的概念、术语、技术和方法构成的知识

法哲学家拉德布鲁赫 《法律的不法与超法律的法》：  
第一，有法总是还好于无法，因为它至少还产生了法的安定性。  
第二，在法的安定性与正义之间还存有冲突。但正义和法的安定性之间的冲突是可以得到解决的，只要实在的、通过命令和权力来保障的法也因而获得优先地位，即使其在内容上是不正义的、不合目的性的。  
第三，实在法与正义之矛盾**达到如此不能容忍的程度**，以至于作为“非正确法”的法律必须向正义屈服。

“假使法学不想转变成一种或者以自然法，或者以历史哲学，或者以社会哲学为根据的社会理论，而想维持其法学的角色，它就必须假定现行法秩序大体看来是合理的。……它所关心的不仅是明确性及法的安定性，同时也致意于：在具体的细节上，以逐步进行的工作来实现‘更多的正义’。谁如果认为可以忽略这部分的工作，事实上他就不该与法学打交道。”  
——拉伦兹

法学的思维：  
思考现行法而非思考先验的、抽象的理想法。  
要守护着现行的法律制度不至于遭到破坏，大体上要假设其合理。  
**“让我们走入地狱的东西经常想使我们进入天堂”**  
——荷尔德林

2.“法学方法”  
法律适用中（法官形成判决过程中）有关法律解释、法律推理、法律论证的方法  
3.“方法论”  
法律适用和法律解释的有关法哲学、法理学的问题。  
二、什么是“法律学方法论”  
(一) 用以统合的“法律学方法论”  
(二) 法学研究的方法与“法律学方法论”



### (四) 法学方法论与价值判断

#### 三、为什么需要法学方法论

“有关法律方法的研究愈来愈多。就像人，如果终日为自省折磨，大多数情况下成为病人，而科学，如果总是抓住机会忙于研究自己的方法论，也常常是有病的科学；健康的人和健康的科学并不总是要太多地了解自身。”——拉德布鲁赫

## 第二节 法学方法论的发展及意义

### 一、法学的学科体系和法学方法论的定位

何为法教义学

dogma (1) 教理；教义；教条；信条

(2) 独断之见

阐释圣经及其启示所应严守的规则

法学方法论的宗旨：

即是在既定的法律框架内把案件解决掉，而不是去依靠法学外的学说解决问题。

### 二、法学方法论的发展和意义

## 第三节 法学方法论的主要内容

一是法律思维方式；  
二是法律运用的各种技巧；  
三是一般的法律方法

### 一、法律思维

与公共决策相关的四种思维方式及其特点比较

(一) 政治思维的特点

把政治上的利弊权衡当作思维的中心

(二) 经济思维的特点

经济上的成本和收益的比较

(三) 道德思维的特点

道德上的善恶评价

### (四) 法律思维的特点

合法性

不同思维方式的冲突

### 法律思维的基本规则

规则一：合法性优先于客观性

合法性：结论按法律的逻辑能推导出

客观性：裁判结论与案件的外在客观事实具有一致性

实事求是原则：

1. 未查明真相，不能下结论——公平有效解决纠纷

2. 无条件尊重客观事实——有条件尊重客观事实

3. 不能以虚拟的事实为依据下结论——可以甚至必须以虚拟的事实为依据

### 虚拟事实的技术：

法律推定：可以证伪

举证责任

不许证伪

### 法律拟制

4. 真相未查明，认识活动不能停止——司法调查活动受到严格限制

法定期限的限制

既判力的限制

当事人合法权利的限制

规则二：程序公正优先于实体公正  
 规则三：形式合理性优先于实质合理性  
 规则四：普遍正义优先于个案正义  
 规则五：理由优先于结论  
 规则六：以权利义务分析做为思考问题的基本逻辑线索  
 陷阱：  
 道德意义的权利义务和法律意义的权利义务  
 法律上性质不同的权利义务  
 在权利义务不确定的情况下，急于做出法律结论  
 对与本案有关的某些权利义务有所遗漏

## 二、法律技巧

“通过解释什么是先例，什么是附论，什么是判决理由，法官可以使法律朝一个方向发展，也可以朝另一个方向发展。法官和律师往往使用技巧，通过前言、先例、附论或相出一些其他招术……来进行法律推理，这便是做律师和法官是一种令人兴奋的职业的原因。因为你可以应用你的想象力和技巧。”

——美国法官万斯庭

## 三、一般的法律方法

法律发现  
 法律推理  
 法律解释  
 漏洞补充  
 法律论证  
 价值衡量

# 第十九章 法条理论

## 一、法条的概念

### (一) 法规范与法条

### (二) 法规范、法律规定与法条

法律概念 → 法条 → 法律规定 → 规范

民法通则第十六条：“未成年人的父母是未

成年人的监护人”

民法通则十一条：[未成年人定义

民法通则十二条]

民法通则第 章：监护人权利义务

不经过组合而孤立存在的法条并不能产生适当的规范功能，或它甚至根本无功能。

### (三) 小结：

#### 概念

首先是制定法中的一个一个的法条，其次当然也包括习惯法中的“条文”。

#### 目的：

使法律规定看来简洁明了

## 二、法条或法律规定的性质

### (一) 行为规范与裁判规范

### (二) 规范性和一般性

甲男和丙女在1978年生下乙男，于是乙是甲所生的或是乙是甲的儿子。

以事实为描述对象  
有真伪问题

称婚生子女者，谓由婚姻关系受胎而生之子女

规范  
无真伪问题

完整法条：法律事实+法律效果

## 三、法条的种类

### (一) 严格规定与衡平规定

划分依据：对主管机关的拘束力的强弱

严格规定：主管机关不享有判断或裁量余地

衡平规定：有判断或裁量余地

### (二) 任意规定与强行规定

划分依据：“当事人”是否能够依其意思或依其与相对人的合意拒绝规定的适用或修正其规定的内容。

### (三) 命令行为的规定与授权规定

#### (四) 完全法条

兼备构成要件与法律效果

误区：

认为完全法条就是一种不依靠、也就是不联合其他法条，就能发挥规范功能的最简单的法律规定。

例：

《合同法》第224条第2款：“承租人未经出租人同意转租的（构成要件），出租人可以解除合同（法律效果）。”

承租人 出租人 转租 解除合同

#### (五) 不完全法条

概念：不能够作为请求权依据的法条

作用：被用来说明、限制或引用另外一个法条或章节的规定

存在目的：基于立法技术上的考虑

1.说明性法条

一是描述性法条

详细说明应用在其他法条的概念或类型的法条

例：

《合同法》第117条第2款：“本法所称不可抗力，是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况”——对概念

《合同法》第251条第2款：“承揽包括加工、定作、修理、复制、测试、检验等工作”——对类型

#### 二是补充性法条

将一般用语具体化或类型化，或者更进一步充实其内容的法条。

例：

《合同法》第107条规定：“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。”

《合同法》第109、110条关于继续履行的规定

具体化

第111条关于采取补救措施的规定

第113条违约损害赔偿的规定

补充

第114条关于违约金的规定

第115条关于定金的规定

#### 2.限制性法条

当法条中所使用的语句涵盖范围太广，以至于把本不应该涵盖的事项包容进去时，常常需要通过另一法条对该语句进行限制，那么这种限制其他法条的法条，就属于限制性法条。

例：

《合同法》第2条第1款规定：“本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。”

同条第2款规定：“婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用其他法律的规定。”

目的：

(1)保证被限制性法条的文字语句简练、明确和优美，不致于臃肿、笨拙或让人难以理解；

(2)达到合理分配举证责任的目的

例：

《合同法》第113条第1款规定：“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。”

限制性法条将优先于被限制法条而适用

#### 3.引用性法条

有的法条或者在它的构成要件上指示参照另一法条，也或者在它的法律效果上，要通过参照其他法条后才能确定，这种法条在法学上称之为引用性法条，也叫指示参照性法条或省略性法条。

例：

《合同法》第89条规定：“权利和义务一并转让的，适用本法第79条、第81条至第83条、第85条至87条的规定。”

第79条，第81条至83条：债权转让

第85条至87条：债务转让

目的

(1) 在立法技术上，使立法避免繁琐重复或防止挂一漏万；

(2) 在法律的适用上，具有授权司法机构进行法律补充的功能，只不过这种补充是法律计划内的补充。

- 同用性法条——“亦同”“适用”“有同一效力”  
《合同法》第155条规定：“出卖人交付的标的物不符合质量要求的，买受人可以依照本法第一百一十一条的规定要求承担违约责任”  
**拟处理的案型与被引用之法条所规范的案型，其法律事实或者在性质上相同，或者被假定相同**
- 准用性法条——“准用”“参照”  
《合同法》第184条规定：“供水、供用气、供用热力合同，参照供用电合同的有关规定。”  
**拟处理之案型与拟引用之法条所规范的案型，其法律事实在性质上是不同的，但却又有类似的情形，从而基于平等原则的考虑，对其相似之处进行相同的处理。**

#### 4. 拟制性法条——“视为”

##### 概念：

明知拟处理的案型与其拟引法条所处理之案型在构成要件上有很大的不同，通过拟制将不同的案型当成相同，然后据之作相同的处理

##### (1) 隐藏的引用

将不同构成要件的规定，用引用的方式完成拟制，使被引用的法条的法律效果，适用于具有不同构成要件的案型。

##### 例：

《民法通则》第11条第2款规定：“十六周岁以上不满十八周岁的公民，以自己的劳动收入为主要生活来源的，视为完全民事行为能力人。”

隐藏的引用与准用性引用

- ① 表见拟制——维持原有规定的继续性外观  
《合同法》第45条第2款规定：“当事人为自己的利益不正当地阻止条件成就的，视为条件已成就；不正当地促成条件成就的，视为条件不成就。”
- ② 推定式拟制——立法者自己也不肯定系争的两个案型是否相同  
一是未为意思表示，但拟制为有某种意思表示存在  
《合同法》第48条第2款：“相对人可以催告被代理人在一个月内予以追认。被代理人未作表示的，视为拒绝追认。合同被追认之前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。”  
二是未为意思表示，但拟制为有某种意思表示存在  
《合同法》第78条：“当事人对合同变更的内容约定不明确的，推定为未变更。”
- ③ 引用性拟制——为简化法条结构  
《合同法》第15条第2款：“商业广告的内容符合要约规定的，视为要约”。

#### 2. 隐藏的限缩

通过拟制，限缩被引用法条的适用范围的法条

《合同法》中如第117条第1款：“因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任，但法律另有规定的除外。当事人迟延履行后发生不可抗力的，不能免除责任。”

《海商法》第267条第1款规定：“时效因请求人提起诉讼、提交仲裁或者被请求人同意履行义务而中断。但是，请求人撤回起诉、撤回仲裁或者起诉被裁定驳回的，时效不中断”

四、法条或法律规定间的竞合关系

## 第二十章 法律解释

### 第一节 概述

#### 一、法律适用的步骤

——认定事实

——寻找相关的（一个或若干个）法律规范

——以整个法律秩序为准进行涵摄

——宣布法律后果

#### 1. 认定事实——即证据的认定

人证 物证

对证据的判断

(1) 合法性判断

(2) 真实性判断

(3) 意义的判断

(4) 证据力的判断

法官对事实的认定不同于哲学上的客观真实  
自由心证  
法定证据制的缺陷

2. 寻找相关的法律规范

- (1) 不确定概念
- (2) 有法律规范
- (3) 法律漏洞

3. 以整个法律秩序为准进行涵摄

(1) 演绎推理

所有希腊人都是白人  
亚里士多德是希腊人  
亚里士多德是白人

案例:

A和B发生了争执。在相互语言攻击之后，A用他的工作鞋踢向B胃窝，而A的工作鞋是非常坚硬的，如果用来踢人的身体，肯定会造成伤害。造成了B的胃壁破裂。检察官根据刑法人身伤害的条文向法院起诉A。

所有伤害他人身体的人都应当受到惩罚  
造成他人胃壁破裂的人，就是伤害他人身体的人。  
造成他人胃壁破裂的人，就应当受到惩罚

(2) 涵摄

大前提：伤害他人身体

小前提：胃壁破裂

伤害他人身体——伤害了身体的外部完整性——伤害了身体的自然状态——伤害他人身体

二、法律解释的意义

找法的结果

有法—明确其内容意义—狭义  
 法律漏洞—创设规则  
 不确定概念—价值补充

三、法律解释的必要性和可能性

1. 法律的本性

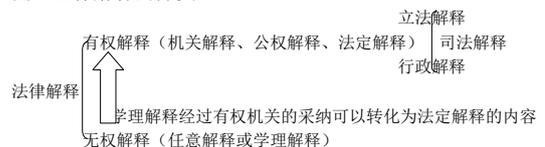
2. 社会生活的复杂性

(二) 可能性

1. 私法的本性

2. 法官

四、法律解释的分类



### (一) 立法解释

- 1.解释者——立法者
- 2.解释的根据——立法权
- 3.针对性——社会一般关系
- 4.效力——法律
- 5.性质——立法

例：

全国人民代表大会常务委员会关于《中华人民共和国刑法》第九十三条第二款的解释（2000年4月29日）

### (二) 司法解释

- 1.解释者——最高院
- 2.解释的根据——司法权
- 3.针对性——社会一般关系
- 4.效力——法律
- 5.性质——准立法

例：

最高人民法院关于适用刑法时间效力规定若干问题的解释（1997年9月25日 法释[1997]5号）

### (三) 裁判解释

- 1.解释者——法官
- 2.解释的根据——对本案的裁判权
- 3.针对性——个案针对性
- 4.效力——仅及于双方当事人
- 5.性质——判决

### (四) 学说解释

- 1.解释者——法学者
- 2.解释的根据——无权
- 3.针对性——个案针对性
- 4.效力——无效力

## 第二节 法律解释的方法

### 一、文义解释

根据法律条文的文义来解释法律条文

案例：日本偷电刑事案件  
商品产地案件

规则：

- 1.首先采用文义解释
- 2.法律条文所使用的词句通常的意思和法律上的意思不同，应该按照法律上的意思进行解释
- 3.如果法律无定义，应参考教科书及最高人民法院的解释。
- 4.如果说采用文义解释的结果有两种解释意见，就需要采用其他的解释方法。

## 二、体系解释

根据法律条文在法律体系中的位置及前后关系决定他的含义、内容、适用范围、法律效果。

案例1：

民法通则第122条规定，因产品质量不合格，造成他人财产、人身损害的，产品制造者、销售者应当依法承担民事责任。

该责任系过错责任还是无过错责任？

文义解释：过错责任

体系解释：无过错责任

《民法通则》第106条第2款：一般过错责任

第121条国家机关和国家机关工作人员的侵权责任

第123条高度危险作业的侵权责任

第124条污染环境造成损害的责任

例2：

《消法》第41条：经营者提供商品或者服务，造成消费者或者其他受害人人身伤害的，应当支付医疗费、治疗期间的护理费、因误工减少的收入等费用，造成残疾的，还应当支付残疾人生活自助具费，生活补助费、**残疾赔偿金**以及由其抚养的人所必需的生活费等费用。

残疾赔偿金是精神损害赔偿

还是直接的可得利益？

局限性：

容易拘泥于形式而忽视法律的实质目的  
台湾民法典权的性质问题  
质权 典权 留置权

(一) 扩张解释

根据：文义<法律本义

案例1：

民法通则93条：没有法律上的根据，为避免他人利益受损失，进行管理或服务，叫做无因管理，无因管理人有权要求受益人偿付由此而支付的**必要费用**。

《最高人民法院关于贯彻〈民法通则〉若干问题的意见》：民法通则第93条规定的管理人或服务人可以要求受益人偿还必要费用，包括直接支付费用、以及在该活动中受到的实际损失。

案例2：

民法通则127条：饲养的动物造成他人损害的，动物饲养人或者管理人应当承担民事责任；由于受害人的过错造成损害的，动物饲养人或者管理人不承担民事责任；由于第三人的过错造成损害的，第三人应当承担民事责任。

民法通则第131条，关于过错相抵的规定，受害人对于发生也有**过错**的，可以减轻侵害人的民事责任。

(二) 限缩解释

文义>立法本意

案例：诽韩案

台湾刑法：

第312条“侮辱与诽谤死者罪”，规定“对于已死之人，公然侮辱者，处拘役或三百元以下罚金；对于已死之人，犯诽谤罪者，处一年以下有期徒刑，拘役或一千元以下罚金。”

第314条规定“本章之罪，须告诉乃论。”

台湾刑事诉讼法：

第234条规定：“刑法第312条之妨害名誉及信用罪，已死者之配偶、直系血亲、三亲等以内之旁系血亲、二亲等以内之姻亲或家长、家属，得为告诉”。

台湾民法：

第967条规定：“称直系血亲者，谓己身所从出，或从己身所出之血亲”。

(三) 当然解释

举重明轻，举轻明重

“禁止攀摘花木”

案例1：

德国的拍卖场举手

德国民法典第118条的规定：非诚意的意思表示无效

案例2：

台湾“国王大饭店”案件

台湾民法第796条：

土地所有人建筑房屋逾越疆界者，邻地所有人在越界建筑当时发现，可要求拆屋还地或照价购买。

“土地所有人建筑房屋逾越疆界者，邻地所有人如知其越界而不即提出异议，不得请求移去或变更其建筑物。但得请求土地所有人，以相当之价额，购买越界部分之土地，如有损害，并得请求赔偿。”

(四) 反对解释

将一个法律条文反过来运用

《合同法》第52条规定：合同内容违反法律、行政法规的强制性规定的无效。

《民法通则》第120条规定，侵害姓名权、肖像权、名誉权和荣誉权，可以判决精神损害赔偿

逻辑：若M——P，则非M——非P

法律条文的适用范围必须是封闭的：

一是明确定义

不当得利的构成要件

## 二是完全性列举

《著作权法》第5条：本法不适用于三类作品：第一类，时事新闻；第二类，法律、法规及其官方译本；第三类，历法、数表。

### 案例：

被告广西《煤矿工人报》未经原告同意从原告的报纸摘登一周电视节目预告表。按照国家版权局和新闻出版署的规定及已经形成的行业惯例，一般报纸可以无偿摘登广播电视报刊所刊载的两天（当天和第二天）的节目预告，如需摘登整周的节目预告，应当与广播电视报协商。该案中，被告长期无偿摘登原告一周的电视节目，因此原告向法院起诉要求判决被告停止侵权行为并赔偿损失。

## 还应考虑该条与其他条文的关系

《合同法》第9条规定：当事人订立合同应当具有相应的权利能力和行为能力。

《合同法》第48条关于无权代理的规定：代理人无代理权；未经被代理人追认

《合同法》第32条规定，采用合同书形式订立合同的，自双方当事人签字或者盖章时合同成立。

可以做反对解释吗？

## 三、立法解释

对一个法律条文解释时，要从法律的起草和制定过程中的资料，来分析立法者的意思

案例1：铁路供水案件

案例2：

民法通则第123条：从事高空、高压、易燃、易爆、放射性、高速运输工具等对周围环境有高度危险的作业造成他人损害的，应当承担民事责任；如果能够证明损害是由受害人故意造成的，不承担民事责任。

**免责事由是否包括不可抗力？**

局限性

## 四、目的解释

以立法目的作为根据

案例1：宣告死亡制度的申请人顺序

案例2：

一个8岁男孩，爬到被告配电室房顶上捡玩具，被裸露高压电缆头吸附击伤致残，请求损害赔偿。按照规定标准，该裸露高压电缆头距屋顶的高度不应低于2.2米，实际安装时是1.8米，后改造时又被降低到1.2米。该配电室未设置隔离栅栏及危险标志。受害人是先爬上与配电室屋顶水平距离仅0.5米的第三任违章建筑平房屋顶，再跨过0.5米的水平距离到配电室屋顶的。

民法通则第123条规定，周围环境有高度危险的作业，造成他人损害的，应承担民事责任，如果能够证明损害，是由受害人故意造成的，不承担民事责任。

立法目的：不在于对反社会性和违法性为之制裁，而在于如何尽可能地控制危险，减少损害的发生，以及在发生损害后如何尽可能合理分担所发生损害。

适用123条的两个原则：

**报偿理论**

**危险控制理论**

**供电公司、安装公司、违章建筑施工队**

## 五、比较法解释

用某一个外国的民法判例来解释本国某一个法律条文

消法49条的双倍赔偿

## 六、合宪性解释

以宪法阶位较高的法律规范解释阶位较低的法律规范的法律方法。

案例1：天津塘沽区工伤概不负责案件

案例2：台湾单身条款

两项功能：

其一，参与法律解释内容的决定。

其二，控制法律解释的结果，使其不逸出宪法所宣示的基本价值判断范围之外。

合宪性：高阶位规范解释低阶位

目的：某一规范的目的或整个法律的目的

立法：立法意旨

## 七、社会学解释

### 案例1：

1908年美国俄勒冈州制定一项限制女性劳动时间的法律，被一厂主穆勒提起诉讼，指为违宪。由著名律师布兰代斯担任俄勒冈州辩护律师。此案争点为：限制女性劳动时间的法律是否侵害联邦宪法所保障的契约自由？

布兰代斯“辩论概要”：

1.因妇女特殊身体构造，长时间劳动对女性有危害。体格和机能，男女不同，除表现于解剖学、生理学上的不同外，医生一致认为，女性的耐久力即筋力、神经力、不断的注意力与适应力，均比男性弱。因此，过度劳动对女性的健康更为有害。

2.因女性肉体体格之故，由于近代产业所产生的越来越大的紧张感，女性比男性受到更大的影响。如机械运转越来越快，每个劳动者操作机械的台数越来越多，多数操作同时进行，工艺越来越复杂，这些变化对劳动者造成极大的紧张感。

……

案例2：高雄伪造人民币案

“伪造**有价证券**”

人民币是有价证券吗？

各种方法适用顺序：

梁慧星：

- 1.任何法律条文的解释，均必须从文义解释入手。
- 2.只有在采用文义解释出现了复数解释结果时才用论理解释。
- 3.在作论理解释时，体系解释和立法解释方法——扩张解释或限缩解释或当然解释——目的解释——合宪性解释
- 4.倘若经采用论理解释各种方法，仍不能确定解释结论，可进一步作比较法解释或社会学解释。
- 5.所作解释，不得完全无视法条的文义。
- 6.经解释存在相互抵触的解释结果，且各种解释结果均言之成理，持之有据时，则应进行利益衡量或价值判断，从中选出具有社会妥当性的解释结果，作为解释结论。

## 法律解释的目标

作品有自己的生命吗？

方法论的任务影响了目标的设定

意思表示

契约

票据行为

主观说

客观说

折衷说

## 法律漏洞补充方法

(一) 依照习惯补充法律漏洞的方法

(二) 类推适用

法官受理的案件在法律上未有规定时，采用类似案件的法律规则裁判本案

同一 相同 类似

案例1：大厦命名权

大厦 大厦命名权

自然人 自然人姓名

法人 法人名称

案例2：天津泥人张案件

死者姓名权

(三) 目的性扩张

文义<立法目的

案例1：器官异位

案例2：精神病患者自杀案

(四) 目的性限缩

文义>立法目的

案例1：禁止自己代理案件

案例2：侵犯著作权案

《著作权法》第32条第2款的规定是：“作品刊登后，除著作权人声明不得转载、摘编的外，其他报刊可以转载或者作为文摘、资料刊登，但应当按照规定向著作权人支付报酬。”

(五) 反对解释

将一个法律条文反过来运用的法律漏洞补充方法

例:

《合同法》第52条规定: 合同内容违反法律、行政法规的强制性规定的无效。

若M——P, 则非M——非P

适用范围:

一种是法律条文采取定义的方式, 明确规定了构成要件

另一种情形是法律条文采用了完全性列举的方法

例:

《著作权法》第5条:

本法不适用于三类作品: 第一类, 时事新闻; 第二类, 法律、法规及其官方译本; 第三类, 历法、数表。

(六) 比较法方法

案例:

广州的法院审理的敬修堂股份有限公司诉黄花印刷社电话费纠纷案。原告从1995年开始使用密码电话。1990年11月间原告电话费剧增, 经查电信局人工国际通信详细清单电脑记录证明, 在此期间有人利用原告电话密码, 从被告的电话机先后打出22次国际长途电话, 造成原告电话费损失3650.10元。向法院起诉要求被告赔偿电话费损失。被告以未查出打电话的人为由, 不同意承担赔偿责任。

《法国民法典》1384条第1款规定: 任何人应对其所照管之物造成的损害负赔偿责任。

(七) 直接适用诚实信用原则

与公平原则的区别

(八) 法官直接创设法律规则

案例: 北京市朝阳区法院裁判的吴祖光侵权案件

## 第二十一章 法律推理

### 第一节 法律推理概述

推理

演绎推理: 如果张三的行为构成侵权, 那么张三应当承担侵权责任; 张三的行为构成侵权, 所以, 张三应当承担侵权责任。

或然性推理: 地球是太阳系行星, 地球上有大气层、有水, 有适中的温度, 有生物。

火星是太阳系行星, 火星上有大气层、有水, 有适中的温度。因此, 火星上有生物。

前提	推理规则	结论
真	有效	真
真	无效	真假不定
假	有效	真假不定
假	无效	真假不定

#### 一、法律推理的概念分析

Legal Reasoning

Legal Logic

推理: 1. 从已有的判断得出一个新的判断

2. 通过辩论、通过运用论据来证明论题的真实性

法律理由和正当理由的区别

规则 原则

是法律理由的依据

合法性 正当性

## 法律推理和法律解释的区别

### 二、法律推理的活动分析

#### (一) 实践性

案例：彭宇案

#### (二) 理性

判词摘录：

1. “**根据日常生活经验分析**，原告倒地原因除了被他人的外力因素撞倒之外，还有绊倒或滑倒等自身原因情形，但双方在庭审中均未陈述存在原告绊倒或滑倒等事实，被告也未对此提供反证证明，故根据本案现有证据，应着重分析原告被撞倒之外力情形。人被外力撞倒后，一般首先会确定外力来源、辨认相撞之人，如果相撞之人逃逸，作为被撞倒之人的第一反应是呼救并请人帮忙阻止。本案事发地点在人员较多的公交车站，是公共场所，事发时间在视线较好的上午，事故发生的过程非常短促，故撞倒原告的人不可能轻易逃逸”。

2. “**从常理分析**，其与原告相撞的可能性较大。如果被告是见义勇为做好事，更符合实际的做法应是抓住撞倒原告的人，而不仅仅是好心相扶”。

3. “如果被告是做好事，**根据社会情理**，在原告的家人到达后，其完全可以言明事实经过并让原告的家人将原告送往，然后自行离开，但被告未作此等选择，其行为显然与**情理**相悖”。

4. “从现有证据看，被告在本院庭审前及第一次庭审中均未提及及其是见义勇为的情节，而是在二次庭审时方才陈述。如果真是见义勇为，在争议期间不可能不首先作为抗辩理由，陈述的时机不能令人信服。因此，对其自称是见义勇为的主张不予采信。”

5. “被告在事发当天给付原告二百多元钱款且一直未要求原告返还。原、被告一致认可上述给付钱款的事实，但关于给付原因陈述不一：原告认为是先行垫付的赔偿款，被告认为是借款。**根据日常生活经验**，原、被告素不相识，一般不会贸然借款，即便如被告所称借款，在有承担事故责任之虞时，也应请公交站台上无利害关系的其他人证明，或者向原告亲属说明情况后索取借条（或说明）等书面材料。但是被告在本案中并未存在上述情况，而且在原告家属陪同前往医院的情况下，由其借款给原告的可能性不大；而如果撞伤他人，则**最符合情理**的做法是先行垫付款项。被告证人证明原、被告双方到派出所处理本次事故，从该事实也可以推定出原告当时即以为是被被告撞倒而非被他人撞倒，在此情况下被告予以借款更不可能。综合以上事实及分析，可以认定该款并非借款，而应为赔偿款”。

## 二、法律推理的历史分析

神明裁判（“捞沸判”）——半理性的专断的

思想来源：亚里士多德的辩证推理学说

市场经济的公平竞争

形式主义的推理

理性重建的推理

——对形式主义推理的批判

例：公园禁止车辆入内

童车？电动车？救护车？坦克？

后果论的推理

## 三、法律推理的定义分析

1.推理主体的广泛性

2.权威性并非法律推理的最本质的特征

**核心：**

**为行为规范或人的行为是否正确或妥当提供正当理由**

3.法律推理不等于形式逻辑

## 四、法律推理的功能分析

(一) 证成功能：为结论提供正当理由

(二) 解决争端和社会控制的功能

(三) 预测功能

### 五、法律推理的基本分类

形式推理——以一定的已知命题为前提，进而推出一个必然的结论。（直接推理、演绎推理）

直接推理：前提：p是q

结论：非p则非q

演绎推理：大前提：凡人都会死

小前提：张三是人

结论：张三会死

实质推理——逻辑上具有“可能性的命题”（归纳推理、类比推理和其他形式的非逻辑推理）

## 第二节 演绎推理

一、演绎推理的逻辑结构

二、法律规范推理

《刑事诉讼法》第111条规定：“人民法院有义务保证被告人获得辩护”

无因管理

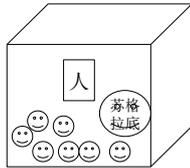
三、事实推理

某县法院审理了这样一起故意杀人案，被告刘某被指控“用鼠药掺入死者食用的苞谷粩内，导致被害人黄某死亡。”在确认这一案件事实为真的根据中，就有证人李某的如下证词：“黄某确实是吃了苞谷粩致死的。我同黄某在一起吃苞谷粩，吃的时候我们就觉得有点怪味，只是当时我们都很饿，也就顾不得这些，大家吃了不少。”

### 四、法律规范与案件事实之间的对应——“目光的往返流转”

#### 五、局限性

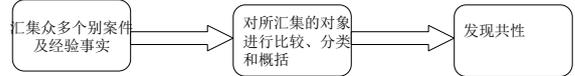
前提的真实性不能通过逻辑本身提供，而是需要由经验来决定



## 第三节 归纳推理

一、归纳推理

具体方法：



完全归纳推理

1+2+3+.....+98+99+100=?

简单枚举归纳推理

科学归纳推理

二、局限性

## 第四节 类比推理

一、概念

A（类）事物具有a、b、c、d等属性；

B（类）事物也具有a、b、c属性；

因此，B（类）事物也具有d属性。

标准：1.重要性问题——不确定性

例：

你的要求：10岁的孩子晚上十点睡觉（第二天不用上课）

6岁的孩子晚上八点睡觉

6岁孩子提出反对，要求10点睡觉

反对的理由：10岁和6岁都是儿童

两个相似点

第二天都不用上课

你的理由：年龄小的孩子需要更多的睡眠时间

你认为：年龄上的不同重要于他们之间的任何相似点

2. 类比推论的可接受性与被分析的情况的数量成正比

二、类比推理在反驳中的作用

反驳的方法：

前提假，结论假，论证方式假

类比推理：说明论证方式假

案例：

“超现实主义的反政府影片”之权利保护问题

美国宪法第一条修正案（权利法案）规定：“国会不得制定关于下列事项的法律：剥夺言论自由或出版自由；或剥夺人民和平集会和向政府请愿伸冤的权利。”

三、普通法中类比法律推理的运用

步骤：识别：寻找判例

区别：发现相同点和不同点并判断重要程度

案例

1: A为马的所有者，B盗窃，C善意购买，A起诉C以便要回马

2: A为马的所有者，B欺诈，A起诉B以便要回马

3: A为马的所有者，B欺诈，C善意购买，A起诉C以便要回马

4: A为马的所有者，B欺诈，C善意购买，D购买，并且D曾听说此欺诈，A起诉D以便要回马

四、类比推理的成因探讨

(一) “同类情况同等对待”正义原则的基本要求

(二) 法律漏洞的存在

(三) 案件的家族相似性

## 疑难案件及其处理

## 一、什么是疑难案件

(一) 一般语境中所指的疑难案件

**Hard Case**

**(Hard cases make bad law)**

热点案件，就像疑难案件一样，制造坏的法律（**Great cases, like hard cases, make bad law**）

——霍姆斯

**Hard Case:**

- 法官思维过程、认识上的困境  
——难于判决的棘手案件
- 判决结果的困境：不具有正当性  
——不正义的案件

(二) 司法裁判、法律论证角度对疑难案件的精确界定

德沃金的《原则、政策与程序》：

- 1. “唯一相关的制定法或先例是不明确的”案件
- 2. “不存在直接相关的学理权威”的案件。
- 3. “出于某种理由，法律如法律人所说的那样尚未确定”的案件

1.“唯一相关的制定法或先例是不明确的”案件——规则模糊  
(1) 单一法律规则的存在  
(2) 但内容，通常是其所包含的概念并不清楚  
(3) 并且无法通过文义解释来认定个案是否具备规则构造中的事实要件

- “不得携带武器参加和平集会”  
——硫酸是不是武器？
- “大型运输工具不得进入风景区”  
——坦克算不算大型运输工具？

2.“不存在直接相关的学理权威”的案件——规则空缺

规则空缺分三种情况：

(1) “法律的有意沉默”

构成“法外空间”

如纯粹的情感、道德、内心信仰问题

(2) “违反法律目的的不圆满性”，

法律应当予以规范却没有规范，或虽有一般规定，但欠缺期待中的具体规则。

(3) 在极端的情形中，法律不但没有设定具体规则，甚至连规范目的付之阙如

(2) “违反法律目的的不圆满性”

①依据法律目的，应当予以规范却没有规范  
法律存在规范意图，但欠缺具体规则  
——构成“开放的漏洞”

大多数基本权利规范都是法律原则

美国的格瑞斯沃尔德诉康涅狄克州案件

宪法第九修正案：本宪法对某些权利的列举，不得被解释为否认或轻视由人民保留的其他权利。

背景：

美国二十世纪六十年代“性革命”

性自由化改革

基本案情：

格州计划生育协会：为已婚人士提供有关避孕方法的信息、指导和医学建议

被控违法：“任何人，为避孕而使用药物、医疗器械或工具的，应被处以不少于50美元的罚款或60天以上1年以下的监禁，或同时处以罚款和监禁。”

隐私权是否包括在第九修正案内？

善良风俗  
权利滥用  
不合理危险

②虽有一般规定，但欠缺期待中的具体规则  
并非没有规定，而是将该一般性规定适用于本案将产生不适宜的后果——隐藏的漏洞

美国宪法上的达拉斯市诉斯坦林案件  
Dallas, City of v. Stanglin

③法律不但没有设定具体规则，甚至连规范目的付之阙如——“超越法律的漏洞”

- 美国宪法上的同性恋结婚案
- 著名的罗伊诉韦德案 Roe V. Wade

小结：规则空缺的三种情形

- 开放的漏洞：法律具有规范意图，但缺少具体规则
- 隐藏的漏洞：具有一般性规定，但不适宜于本案
- 超越法律的漏洞：即无规则，也无规范意图

(3) “出于某种理由，法律如法律人所说的那样尚未确定”的案件

规则冲突与规则悖反

### ①规则冲突

不同的规则对同一案件事实作出了冲突的规定，且不能用冲突法则予以解决，处于同一位阶

宪法上的表达自由规则与人格权（名誉权）规则的冲突

### 德国的吕特事件案件

基本案情：

1950年9月20日，“德国电影周”开幕  
汉堡市新闻协会主席的埃利希·吕特  
导演维特哈兰：“纳粹官方导演”

争议点：

基本法第5条第1款：对表达自由的保障

基本法第5条第2款：凡“一般法律”（**allgemeine Gesetze**）之规定即可构成对表达自由的限制。

民法典第826条关于“故意违背善良风俗而造成损害”的规定

### ②规则悖反

存在适用于个案的单一法律规则，但规则的适用结果，却有悖于规则的设立目的，甚至无法让人接受

著名的艾尔马案件（**Elmer**）案件

美国宪法上的**Sherbert v. Verner**案件

失业救济法：申请人必须具备工作的能力和随时准备并愿意接受合适的工作；但如果，申请人拒绝接受就业部门或雇主提供的合适的工作，又没有正当理由的话，就不能得到失业救济金。

总结：疑难案件的四种情形

- 规则模糊
- 规则空缺：开放的漏洞  
隐藏的漏洞  
超越法律的漏洞
- 规则冲突
- 规则悖反

## 二、疑难案件的解决方案

### （一）规则模糊

目的论解释方法

目的性扩张，价值填充

根据法律目的，对“武器”、“大型运输工具”作扩张性解释

案例1：

器官异位

民法通则131条过失相抵

### （二）规则空缺

#### 1. “开放的漏洞”之填补——类推适用

同一  
相同  
类似

(1) 间接推论，其推论过程为：

“M是P（大前提），  
S类似于M（小前提），  
所以S是P（结论）”

(2) 在外观上，类推适用是一种“从特殊到特殊”、“由个别到个别”的推论，

它既不是“从一般到个别”的演绎，  
也不是“由特别到一般”的归纳；

(3) 在实质上，还整合了从特殊事物推论到一般事物的步骤，即归纳。

(4) 类推适用的局限:

由于类推适用之小前提系个别特殊的命题 (S类似于M), 因此其结论并不具有绝对的真实性和有效性, 而只能说具有某种程度的盖然性和妥当性。

刑事案件对类推适用的限制: 男性强奸案

错误的类推适用案例:

霍姆斯的 *Buck v. Bell* 判决:

(该案赞成对低能者实施强制性绝育)

为了公共福利可以要求公民服兵役 }  
为了公共福利可以强迫公民种牛痘 } →

国家有权要求低能者绝育

(5) 类推适用的分类:

一般类推: 以一个特殊规则为大前提

整体类推: 以数个具有相同或相似构成要件、法律效果的规则为大前提

后者显然更具有妥当性

(6) 类推适用的案例

大厦命名权案例

自然人 法人 大厦

泥人张案例

侵犯死者姓名权

美国的格瑞斯沃尔德诉康涅狄克州案件

1. 争议焦点: 已婚夫妇是否具有使用避孕工具的“自我决定权”或“隐私权”(privacy) 构成开放的漏洞

2. 典型的整体类推

大前提: 数个类似规则

- 第一, 第一修正案的“言论自由”含有保护结社隐私的法律效果
- 第二, 第三修正案的“士兵在和平时期未经主人同意不得驻扎任何住宅”的规定则含有保护个人住宅隐私的法律效果
- 第三, 第四修正案“人民的人身、住宅、文件和财产享有安全而受无理搜查和扣押的权利”包含有保护相关领域隐私权的效果
- 第四, 第五修正案的禁止“自证其罪”条款也包含着对相关领域隐私权保护的法律效果。

小前提: 本案待决事实与上述规则之要件具有相似性

结论: 已婚夫妇具有使用避孕工具的隐私权, 属于一般隐私权的范围

2. 隐藏的漏洞之填补——目的性限缩

(1) 基于法律规范目的之考量, 对一般性规定作限缩解释, 将该案件事实排除于一般性规定的涵盖范围

(2) 限缩解释已损及法律文义的“核心范围”, 因而不属于文义解释 (缩小解释)

(3) 具有创设与原规定根本不同的新规则之性质

(4) 目的性限缩之案例

• 禁止自己代理

• 《著作权法》第 32 条第 2 款的规定是: “作品刊登后, 除著作权人声明不得转载、摘编的外, 其他报刊可以转载或者作为文摘、资料刊登, 但应当按照规定向著作权人支付报酬。”