

论“法官造法”模式的界限与方法

——卡尔·拉伦茨《法学方法论》第六章
《法官从事法的续造之方法》读书笔记

王欣彤

复旦大学法学院，上海

收稿日期：2023年6月25日；录用日期：2023年7月6日；发布日期：2023年9月14日

摘要

卡尔·拉伦茨认为，在司法实务中，法官的首要任务不仅是从事法律解释，还需要进行法律漏洞的填补。然而，法官对于法的续造并不是无限制的，需要有一定界限和原则的约束。法律内法的续造界限在于，依据法律条文和以此法律条文为基础的潜在含义进行法律漏洞的填补，且填补需符合立法者目的、与法律评价一致。从事超越法律的法之续造，则要在法秩序之内、法漏洞之外进行特殊性的考量，以防止司法专制。法之续造活动的桥梁在于法官，法官的综合素质和职业伦理衡量着司法活动质量与效力，同时也决定着法官造法过程的能动性。

关键词

法官造法，法之续造，法学方法论，自由裁量权

The Limits and Methods of “Judicial Lawmaking”

—On Reading Karl Larenz’s *Law Methodology*, Chapter VI:
The Methods of Judges Engaging in the Development of Law

Xintong Wang

Law School, Fudan University, Shanghai

Received: Jun. 25th, 2023; accepted: Jul. 6th, 2023; published: Sep. 14th, 2023

Abstract

Karl Larenz believes that in judicial practice, the primary task of judges is not only to engage in statutory interpretation, but also to fill in legal loopholes. However, judges' development of law is not unlimited and requires certain boundaries and principles of constraint. The limits of the development of law inside itself lies in filling legal loopholes based on legal provisions and the underlying meanings based on these legal provisions, which is required to be in line with the legislator's purpose and be consistent with legal evaluation. The development of law beyond itself requires special considerations within the legal order and outside legal loopholes to prevent judicial dictatorship. The key between the development of legal activities is judges, which means that the comprehensive quality and professional ethics of judges can measure the quality and effectiveness of judicial activities, and also determine the initiative of judges in the legal process.

Keywords

Judicial Lawmaking, Development of Law, Law Methodology, Discretion

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言：法官对法的续造是一种法律解释方法

“法律是治国之重器，良法是善治之前提。”《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》明确指出了良法在治国理政中的地位。不禁反问，善治的前提仅仅是“良法”就足够吗？其实不然。法律的生命力在于实施。“良法”是教义学层面的法律条文和法律字句，而在司法实践——易言之，在法学实务当中，“良法”的教义学层面和实践层面仍然有一定的距离，在这一段距离中搭建起桥梁的便是法官的司法过程，是法官对于“良法”的解释与灵活应用。卡尔·拉伦茨认为，在司法实务中，法官的首要任务不仅是从事法律解释，还需要进行法律漏洞的填补[1]。在承认法院具有填补法律漏洞权限的基础上，法官应当如何进行法律漏洞的填补？是机械教条地运用法律条文进行法律解释，还是具有一定的自由裁量权[2]？

法官承担着司法实践中法律解释与运用的重任，通过排除主观的价值判断，采用客观的三段论逻辑推理的方式来尽量客观地裁判案件，这是古今中外毋庸置疑的法官断案方式。具体而言，就是以查明的案件事实作为大前提，所依据的法律条文为小前提，逻辑推理得出判断[3]。在实际案件中，大前提往往是较为明晰的，但作为小前提的法律会存在漏洞或者空白的情况，而法官是不能以“无法可依”作为借口来拒绝判案的，“法官对法的续造”便由此而来。

拉伦茨所谓的“法官对法的续造”，又称为“法官造法”或“司法立法”，应当被认为是一种法律解释的方法。“法官造法”与“法律解释”并非同等概念，但也并非截然不同，“法官造法”和“法律解释”应当被视为同一过程的不同阶段。在首次出现法律空白或漏洞的情况下，法官倾向于运用法律解释，而纯粹的法律解释又可以被视为一种续造，当然这是后话；第二阶段，是法律内法的续造，而第三阶段，则是超越法律的法律续造[1]。此三阶段并非严格意义上的区分，因此，从广义解释论来看，法官对法的续造以法律解释为基础，但本身也是一种对法律的解释。

“法官对于法的续造”自拉伦茨论述以来，不断发展，其原因不言自明。随着社会发展，立法者在立法活动中难以预料到未来复杂的现实，在制定法律的时候也没有必要将所有待考虑的情况全面、清晰地纳入[4]。同时，立法中的模糊性问题本身就是难以避免的，因此，为了维护司法道德性和避免立法与司法之间的脱节，“法官造法”在司法实践中发挥着举足轻重的功能。除了弥补法律上的漏洞以外，“法官造法”通过赋予法官以造法的权力来强化司法权的地位，促进立法、司法和行政等权力的平衡，增强法律的权威[5]。

然而，法官对于法之续造并不是无限制的，需要有一定界限和原则的约束。因此，第二部分将论述法官进行法之续造的权限与界限，第三部分主要介绍自由裁量权背景下法官造法的几项原则，在列举法官造法的一些基本方法之后，最后笔者会结合中国的司法实践阐述“法官造法”在中国的困境和发展进路。

2. 法官进行法之续造的权限与界限

长久以来，人们对于存在法律漏洞时法官享有的造法权限并无争议[1]。明晰了法官享有的造法权限之后，新的问题随之产生，即法官造法的界限何在？拉伦茨不断追问，法官在进行“法外能动”的时候，如何独立于法律之外而不脱离法律来获得一个正当的裁判结论呢？以“违反法律计划的不圆满性”为一个能动的边界，拉伦茨将法律的续造分为法律内法的续造和超越法律计划之外的法的续造。

2.1. 法律内法的续造

法律内法的续造，又被称为法律漏洞的填补。何为法律漏洞？可以从“法律”和“漏洞”两个词语来看。首先，拉伦茨认为，法律不仅仅包括法律规范，还包括部门法。而漏洞是指物体不应该有的瑕疵或者缝隙，影响了物体本身价值或者功能的发挥。因此，法律漏洞是指法律处于其不应该具有的不完整或者不圆满的状态。拉伦茨将“法律漏洞”置于《法官从事法的续造之方法》这一章节之下论述，认为法律漏洞是法官造法的前提，“法律漏洞”不包括整个法体系的漏洞和所谓的“法外空间”。之所以排除法律体系的漏洞，是因为他认为该种不圆满的瑕疵状态只有在特定领域和特定状态中才有“漏洞”可言，对于法律体系整体秩序则不能如此表述[1]。此外，拉伦茨还排除了“法外空间”的问题。此处的逻辑是，法官造法的前提是存在法律漏洞，而法律漏洞的前提是存在供法官裁判所用的法律条文。而法外空间是法不予调整的范畴总称，或因为现有法律仍没有能力调整，抑或是留与康德所说“头顶的星空和心中崇高的道德法则”予以价值评判。

2.2. 超越法律计划之外的法的续造

如果单纯超越了填补法律漏洞的界限，则进入到“超越法律计划之外的法的续造”的范围之内。需要注意的是，超越法律之外的法官造法虽然在“法律之外”，但是仍然在“法秩序之内”，所以并不等同于前述的“法外空间”，仍然需要遵循相关的法律原则[1]。探究超越法律计划以外进行法律续造的原因，拉伦茨提出三点：鉴于法律交易、鉴于“事物的本质”以及鉴于法伦理性原则。法律交易上的需要多体现于德国民法典当中，彼时仅仅通过民法典中诸如担保让与、收款授权或期待权的规定无法直接作出判断，通过分析案件背后——或立法原本的目的以及其最终会影响到利益相关方，来作出裁判，同时又不得抵触现行法的架构[1]。这并非易事。博登海默等学者认为，“事物的本质”涵盖了事物的本身属性、自然界的各种现象和社会生活中后天形成的各类文化规范[6]。“事物的本质”表明事物彼此间相互排斥、对立，这便给法律裁判者们提出了更高的要求，即针对不同的案件作不同的处理，以实际情况为准绳。高标准意味着高难度，在法律计划之外、法律秩序框架之内，透过事物本质针对个案进行法益

衡量、公平裁判，考验着法官的伦理道德水准和专业水准。

综上，不难得出法官造法的界限所在。法律内法的续造界限在于，依据法律条文和以此法律条文为基础的潜在含义进行法律漏洞的填补，且填补需符合立法者目的、与法律评价一致。而从事超越法律的法的续造，则要在法秩序之内、法漏洞之外进行特殊性的考量，以防止司法专制^[1]。

3. 自由裁量权背景下法官造法的原则

类推适用、目的性扩张以及目的性限缩是法官用于填补法律漏洞、进行法律内法的续造之三种常用方法，而超越法律的法的续造则需要法官创设规则。但是，无论何种类型的法之续造，都要遵循一定的原则。其中最为重要的当属整体性裁判原则、个案法益衡量原则和目的论扩张原则。法官造法，本质是将司法权的一部分让渡给法官本身，形成一定程度上的“自由裁量权”。而当我们提到“自由裁量权”这个问题时所提及的法官造法的背景，则往往意指法官在自由裁量实践中通过创新的方式裁断案件^[7]，也即德沃金认为的“在强烈意义上使用”的自由裁量权。

3.1. 整体性裁判原则

尽管拉伦茨认为法官进行法律续造需要依据“事物的本质”——强调了个案裁判在法之续造中的重要性——但我们也不能否认整体性审判原则。整体性审判原则要求法官尽可能将法律视为一种有始有终的整体。司法活动应当是对整体性法律内涵的解读，每一项司法活动都不能违背从过去一切成文法和先例当中孕育而出的原则。因此，法官将法之续造运用于司法裁判时需要遵循的职业伦理是：既要保障、不漠视个人的权利，又要向着维护社会公平正义的目标而努力。

3.2. 个案法益衡量原则

衡量不同主体的多项冲突法益是法官进行司法裁判的核心内容，而司法裁判的结果必然是一种权利让渡另一种权利，暂且不论冲突权利的存在合理性与否，以维持一种基本的法律公正状态。那么，如何来赋予各个法益“重要性”尺度便是进行法之续造过程的核心所在。此处的“法益衡量”，并非数理化学科中客观量化的大小，而是一种价值评判，这种评判的困难点在于，法官并没有一个一般化的标准去援引，也无法像读取图表一样去确定不同法益的位阶，而是需要依据具体情况进行具体分析^[1]。“个案之中进行法益衡量”究竟是一项原则还是一种法官造法的方法，其实是一个两可的问题。因为“个案法益衡量”原则其实也内蕴着其他被人们普遍认知的“价值秩序”，比如相较于财产性利益，人们的生命和人格尊严具有较高的地位——这在大陆法系和英美法系国家都是毋庸置疑的。但是在大多数情况下，涉及的两种冲突法益是位阶相近或相同的，因此无法作明晰的衡量结论，比如个人自由权和国民健康权的冲突、新闻自由和联邦共和国的安全利益冲突等等，于此拉伦茨提出更细化的原则是：法官应当在两种程度之间比较并综合考虑后，通过采取比例原则、最轻微侵害原则或尽可能微小限制原则等方法以衡量法益，从而作出一项相对公平的判断^[1]。这两种程度则是指“应当保护的法益被影响的程度”和“假如某种法益必须让步时其将会遭受损害的程度”。

3.3. 目的论扩张原则

依照目前对法官进行法之续造的认识，原则上法官有权基于目的的考量来进行法之续造是广受认同的一类观点，但是此做法的前提规则是：“(法官)能清楚地确定法律的目的，并且，假使不为此等修正，则法律目的在部分事件中即不能完全实现，不可避免将发生严重的评价矛盾或明显的不正。”^[1]司法裁判依照规定的目的来加以修正，包括目的论限缩和目的论扩张，但是在司法实践中目的论扩张原则运用较为广泛，其作用与类推适用较为相近，因其将一项规则扩大适用于原本无法包含的案件事实当中，且

其目的必须合法。当然，一旦禁止类推适用，目的论扩张原则便不复存在[1]。拉伦茨援引联邦最高法院裁判的“遗孀索要赔付金案”便很好地证明了目的论扩张原则在司法裁判中的运用。在本案中，原告(死者的遗孀)请求超过死者所付扶养义务限度以外的赔偿金，而按照德国民法典第八四四条第二项的法律条文法院是无法支持原告此项请求的。然而，联邦最高法院法官通过目的论扩张原则进行了法之续造，立法者并未完善考虑扶养请求权人丧失的生活保障赔付金期限，因此推定赔偿义务延长到被害人推定的生存期，从而判决原告胜诉[1]。

4. 法官进行法之续造的方法

4.1. “判决先例”与立法之外的规范资源

拉伦茨认为，“判决先例”对于法官造法有着重大的意义，其可以增进法律的权威性、确定性和可预测性，将法官的自由裁量权限制在同一类案件的审判系列流中，防止法官的独断专行，是司法能动最生动的诠释之一。一方面，概念法学过度强调法律的安全价值及法官在适用法律中的机械性作用，其主张法官应当摆脱机械规则的束缚，而在填补法律漏洞方面发挥能动性；另一方面，由于受到自由法学、法社会学派等关于主张法官造法、发现“活法”等理论的影响，在司法实务中，判例的作用日益加强，呈现出一种积极鼓励法官发挥能动造法功能的趋向，而法院的判例也逐渐成为法的渊源[2]。

法官造法的第二种典型方法是，在立法之外寻求可以构造司法决策大前提的规范渊源，如图 1 所示：

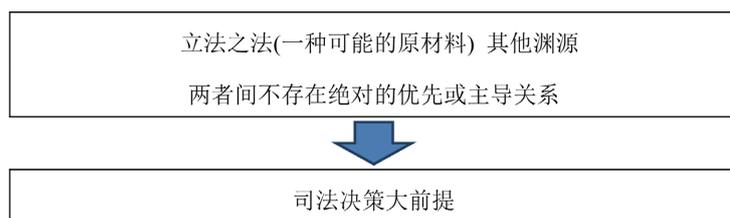


Figure 1. Path for constructing the premise of judicial lawmaking beyond Legislation

图 1. 在立法之外构造司法决策大前提的规范渊源路径

这种情形下的法官造法其实仍然可以细分为两种情况。这两种情况下立法之法和其他法律渊源援引的比例不同，正如弹簧一般，此消彼长，运用得好则锦上添花、雪中送炭；运用得不好则易枉法裁判。第一种方法以立法之法为主，需要适当结合其他渊源[8]。比如我国的《厦门经济特区促进两岸区域性金融服务中心建设条例》(2013 年)第 50 条¹中对于“民间借贷”的认定。如果法院受理了类似的个案，显然就无法仅仅援引正式的立法之法，而必须采用民间习惯等非正式渊源，这就造成了术语认定上的龃龉。其他的术语典型者如“公序良俗”“正当防卫”“不当得利”“合理怀疑”等，其内涵界定较为模糊，且教义学解释往往生涩难懂，此时则必须依赖判案的法官援引立法之法以外的渊源加以法律续造，明确具体案件发生的语境。第二种，是司法决策以其他渊源为主、立法之法为辅。这主要发生在依据立法之法作出的司法决策明显无法符合社会普遍的正义观念的情况下。必须明确的是，法官此处可以援引的法律渊源，包括除现行法和先行判例以外的所有其他社会规范，比如非正式的民间法规范、半正式的社会规范以及非规范但具有规范性的学说、学理、人类理性、人情常理、社会公理、是非正义观念等等，个中裁量之度的把握，似乎又回到了前述原则的内容。

¹《厦门经济特区促进两岸区域性金融服务中心建设条例》(2013 年)第 50 条市、区人民政府应当依法履行地方金融监管职责和风险处置责任，理顺监管体制，建立健全小额贷款公司、融资性担保公司等具有融资功能的非金融机构以及民间借贷的地方监管体系。

4.2. 我国司法实践中的法官能动性造法

我国正处于社会转型的关键时期，法治与法制也在蓬勃发展。然而，成文的法律也存在着一一定的局限性，尽管各项修正案应运而生，但是法律的天然滞后性要求法律本身具有足够的弹性和灵活性，以适应千变万化的社会生活。“法官造法”的模式在我国司法实践中发挥着重要的作用，也有着广泛的运用，但是我国在理论上似乎迟迟未对其合法性进行定义。只能说明，目前在我国法治进程中，推进法官造法模式存在着一定的困境。只有克服这些困境，才能完善庭审制度、促进司法公平。

我国是世界上第二大经济体，注重经济发展和新经济模式的开辟，在这样的背景下，民商事纠纷数量在我国司法实践中居高不下，这也导致我国现行法虽然没有明文认可法官造法的正当性，但是在司法实务中却仍然存在。在常态的法官造法中，法官往往不说明判案的依据而直接创设规则，通过原理或原则来进行个案中的目的论扩张。比如在公司法人人格否认制度于我国确立之前，法院即在“四川通信服务公司与四川金融租赁股份有限公司及中国建设银行成都市金河支行、四川金租实业有限公司借款担保纠纷案”中以援引诚实信用原则和权利不得滥用原则并辅以说理，判定金融租赁公司应当对该笔贷款承担偿还责任[9]。而异化的法官造法包括直接适用民法原则或一般条款，以及通过司法解释而造法[10]。但是这仍然存在着较大的争议。这是因为，最高人民法院仅限于针对特定法律问题发布具体司法解释，却不享有针对一般问题发布抽象解释的职权，更没有通过司法解释创设规则的权力。因此我国暂时并没有通过司法解释进行法官造法的案例。

4.3. 我国法治进程中法官造法模式的困境与出路

正如拉伦茨在《法学方法论》一书中指出，“判决先例”是司法能动最生动的诠释方法，在英美法系国家，判例是法律的主要渊源之一，是法官进行法之续造的重要方式之一。正因如此，英美法系国家才会普遍推行承认判例法渊源的存在，从而顺利进行法之续造，而我国属于大陆法系国家，判例一般不具备法律上的地位。我国的司法必须以立法机关通过的法律为准绳，这种与英美法系冲突的形成是我国推行法官造法的困境之一。当代社会呈现出复杂多元的特点，案件在适用法律与争议焦点等方面的界限日渐模糊，结合世界范围内显著的全球化趋势，我国法治进程中法官造法模式的困境将被放大。毋庸置疑的是，英美法系与大陆法系各有优缺，两大法系突破各自的局限，各取所需，互相弥补，共同作用是解决我国困境的有效出路。我国也应当积极吸取其他国家在法之续造上的经验，如果条件允许，可以适当引入判例制度，有条件地承认判例的法律效力，从而为司法立法模式在法治进程中的设立、运用提供前提。当然，近年来出现的案例指导制度，譬如最高检最高法每年都会出台公报案例，虽然其性质上并非“判例法”或法官造法模式，但是其一定程度上承认了以个案来诠释的法之续造方法的理论意义，也是中国法治进步的一种体现。

此外，我国是社会主义国家，在我国的权力配置体系中，全国人民代表大会是最高的权力机关，行使立法权，而行政、司法机关需要向人大负责、受人大监督。我国法治进程中法官造法模式的困境之二体现在，如果在司法活动中采纳法官造法的模式，承认司法层面造法行为的合法性，司法权势必会对立法权有所冲击与扩张，甚至可能会引起权力配置体系的失衡[5]。此时，司法权与立法权之间的冲突也是我国实行法官造法模式的另一大困境。因此，需要考量的就是立法权和司法权之间的界限乃至位阶的问题。

最后，法之续造活动的桥梁在于法官，法官的综合素质和职业伦理衡量着司法活动质量与效力，同时也决定着法官造法过程的能动性。我国司法裁判的核心是法官，法官已经并且将继续发挥着引导司法裁判的积极作用，这就要求我国在推进法治建设的过程当中，加强对法官的培训，注重培养法官的职业道德，提高法官的执业水平。如此，才能在法律适用实践中实现公平与正义，在法律续造的过程中发挥

造法主体的积极功能。

5. 结语

自拉伦茨提出法官从事法之续造的方法以来，法官造法逐渐成为英美法系司法实践中不可分割的重要方法。任何法律都是存在漏洞的、不完整的且不断处于完善中的体系，由于法律修善和司法实践存在一定的非同步性，法官便承担了在个案中进行必要时的法之续造责任，也被称之为“法官造法”。此种法的续造基于法官内心的一杆“秤”，是对基本公平正义观念的衡量，而这种公平正义观又源于对整个法律体系所承载价值的感应和把握。

参考文献

- [1] [德]卡尔·拉伦茨. 法学方法论[M]. 陈爱娥, 译. 北京: 商务印书馆, 2003: 246-298.
- [2] 田成有. 法社会学视野中的法官造法[J]. 现代法学, 2003(3): 79-86.
- [3] 石东洋. 论基层法官的法律诠释[J]. 法律适用, 2012(11): 105.
- [4] 胡国梁. 论裁判过程中的法律方法[J]. 政治与法律, 2014(11): 73.
- [5] 李泽. 司法立法模式在中国法治进程中的意义[J]. 求索, 2011(12): 149-150.
- [6] 胡君. “事物本质”作为法官造法边界之批判[J]. 社会科学家, 2009(5): 77.
- [7] 曾莉. 自由裁量论研究——以德沃金自然法学和包容性实证主义法学中的自由裁量论为视角[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2009(2): 23.
- [8] 周赞. 法官造法: 作为大前提之审判规范的本质[J]. 甘肃社会科学, 2021(4): 175.
- [9] 奚晓明, 主编. 《民商事审判指导》第1辑[M]. 北京: 人民法院出版社, 2005: 192.
- [10] 李敏. 论民事裁判中的法官造法[J]. 中国社会科学院研究生院学报, 2018(1): 103-104.