

法源视角下“司法造法”问题

潘文煜

华东政法大学国际法学院, 上海

收稿日期: 2023年10月21日; 录用日期: 2023年12月28日; 发布日期: 2024年1月5日

摘要

“司法造法”的现实存在和司法机关的拒绝承认构成本文研究的逻辑起点。现行研究多聚焦于“司法造法”的存在形式、国内限制以及国际实现路径, 鲜见文章从法源视角综合国际法与国内法的“司法造法”实践分析。法源视角下的“司法造法”问题可以分为法律适用和习惯识别。前者涉及国内的个案造法和司法解释, 以及国际司法机构的条约演化解释。后者涉及国内习惯识别标准缺乏和国际习惯的肆意认定。就问题产生的原因, 主要可以归结为法条自身的设立滞后和言语概括属性, 以及习惯识别的证据和标准缺陷。为解决上述问题, 可以在国内法层面进行法源条款改造和民法案例群方法引入; 在国际法层面, 可以通过条约演化解释尊重条约上下文、目的和嗣后行为并强化例证运用的形式, 顺应国际法发展趋势开展“司法造法”。

关键词

司法造法, 法源, 法律适用, 习惯识别

The Issue of “Judicial Law-Making” from the Perspective of Legal Sources

Wenyu Pan

School of International Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Oct. 21st, 2023; accepted: Dec. 28th, 2023; published: Jan. 5th, 2024

Abstract

The actual existence of “judicial law-making” and the refused recognition of judicial authorities constitute the logical starting point of this study. Most of the current researches focus on the forms of existence, domestic restrictions and international realization paths of “judicial law-making”, and it is rare to find a practical analysis of “judicial law-making” that based on both international

law and domestic law from the perspective of legal sources. The issue of “judicial law-making” from the perspective of legal sources can be divided into the application of law and customary identification. The former involves judgments in individual cases, judicial interpretation, as well as the evolutionary interpretation of treaties by international judicial bodies. The latter relates to the lack of domestic customary identification standards and the arbitrary identification of international customs. The causes of the problems can be mainly attributed to the lag in the establishment of the law itself, the ambiguous nature of words, as well as the evidence and standard defects in customary recognition. In order to resolve the above problems, the transformation of legal source clause and the introduction of the civil law case group method can be carried out at the domestic level. At the level of international law, the evolutionary interpretation of treaties can be confined to respecting the context, purpose and subsequent conduct of treaties and strengthening the use of illustrations to carry out “judicial law-making” in line with the trend of international law.

Keywords

Judicial Law-Making, Source of Law, Application of Law, Identification of Custom

Copyright © 2024 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

1.1. 选题背景和意义

在人类社会早期，并没有法存在。在每个独立的社会团体中，由最德高望重或具有权威的人作为管理者，设定团体中成员的行为准则。随着物质经济生活的不断发展，社会交往关系变得日益复杂，对相对统一和更加稳定的行为规则需要促成了法的诞生。国内社会是如此，国际社会亦是如此。在现代民主社会结构中，有两种最基本的造法模式，分别是立法者造法和司法者造法[1]。所谓立法者造法是指由民选代表组成的立法机关，以民主的方式和程序进行集体造法。因其组成人员广泛的代表性和议案彰显的民意性，使其所创法律很少受质疑。而司法者造法却不是如此。

所谓司法者造法是指由司法机关创设法律规则。在传统的英美法系国家，因先例可作为法源的一种，上级法院中达成多数意见的判例对下级法院在审判类似案件时有约束力，且立法机关通常不会干涉属于普通法的领域，从而赋予了“司法造法”以正当性。故本文不予讨论。而在传统的大陆法系国家，因立法权通常专属于议会等立法机关，且对司法机关的要求经常是严格依法办案而非创制法律，所以司法机关常常会回避造法问题。在国际社会，国际司法机构对“司法造法”问题的探讨更是讳莫如深，有时宁愿宣称“法律不明”。¹这一方面是因为国际司法机构造法会使法官遭受“裁判引入个人政治倾向”的指摘。另一方面是因为国际法的效力依据来源于国际法主体间的协调意志。国际司法机构并非主要的国际法主体，其创制的规则很难说有国际法效力。

然而，无论是在传统的大陆法系国家，还是在整个国际法领域，“司法造法”现象都不可避免。美国学者格伦顿将大陆法系国家的“司法造法”概括为：“虽然传统的民法教条否认法官‘制’法和把司

¹国际法院裁判的“核武器咨询意见案”中，国际法院宣布：从国际法现状和法院所掌握的事实来看，法院无法断定一国在生死存亡关头以自卫为目的的核武器使用或威胁使用到底合法与否。Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion of ICJ, 1996.

法判例作为一种法律渊源,然而现代民法愈来愈堂而皇之地承认立法对解释和运用法律的法官及行政人员的不可避免地依赖”[2]。这体现了大陆法系国家的立法者对“司法造法”现象的重视和将其作为立法材料的一种。同时,著名的英国国际法学者劳斯派特也曾指出:“‘司法造法’是任何社会中司法运作之永恒特征,国际社会概莫能外……只要不是采取故意无视现存法律的形式,‘司法造法’就是一种健康且无法回避的现象。”[3]结合上述大陆法系和国际社会的司法机构在实践中对“司法造法”问题的避讳,我们可以看到这样一种理论与实践的观点反差。那么,在现有的司法实践中,“司法造法”到底存在吗?若其存在,又是因为什么使其在司法实践中被频频否认呢?由于我国是传统的大陆法系国家之一,接下来国内法层面的司法实践分析将从我国开展。而在国际法层面,由于常设性国际司法机构的人员组成和任职身份相较于临时性国际司法机构更为固定,且不会出现律师身份和裁判者类案混同的情况,国际法层面的司法实践将从国际法院和 WTO 争端解决上诉机构展开。

1.2. 现有文献综述

1.2.1. 文献综述内容

从当前研究现状来看,学者们对国际法和国内法上“司法造法”的存在形式研究较多。也对“司法造法”在国内法上的限制和在国际法上的实现路径因素均有涉猎。本文接下来将从这几方面展开分析。

就国内法上“司法造法”的存在形式而言,周贇(2021)认为作为判决结论大前提的审判规范,并非立法规范运用而只能是法官造法结果。这是一种方法意义上的造法。法官可能在法律条文之外寻求道德、政策、习惯等规范资源综合运用构造审判规范,也可能通过法律解释对法律条文进行加工形成审判规范[4]。卡多佐大法官(1921)列举了如逻辑、历史、习惯、效用和为人们接受的正确行为标准等影响“司法造法”的要素[5]。刘克毅(2016)认为禁止“司法造法”主要是指禁止司法机关像立法机关那样主动、抽象立法,但并不反对司法机关在具体纠纷处理过程中的被动性、补充性立法。案例指导制度作为规范司法权行使的制度,既是法律解释机制也是“司法造法”机制[6]。何家弘(2003)认为造法是人类在发现法的客观规律和基本精神基础上开展的制造活动。英美法系国家更强调司法者造法的机制而大陆法系国家更强调立法者造法的功能。二者的发展历史呈现出殊途同归的趋势[1]。就国内法上“司法造法”的限制而言,李敏(2018)认为我国民事领域普遍存在为填补法律漏洞而存在的法官造法。法官必须同时满足两个前提条件才能创设规则,包括为填补制定法漏洞所必须和采用类推适用、目的性扩张或限缩等方式不足以填补法律漏洞。法官在造法过程中还负有参照公认学说和指导性案例开展说明论证,以民法基本原则为依据和不得违反民法体系性要求的义务[7]。薛军(2015)通过研究罗马法中市民法与裁判官法统合的过程,认为我国最高人民法院的“造法”功能应发生根本性转变,特别需要纠正通过司法解释来进行造法的体制[8]。

就国际法上“司法造法”的存在形式而言,Armin von Bogdandy 等(2011)认为国际裁判过程中法律规范的产生可以被理解为“司法造法”和公共权力的行使[9]。丁铎(2018)认为国际司法机构和仲裁机构在解释条约时有较大的自由裁量权。国际法官和仲裁员在通过创造性的解释规则进行规范建构活动时,需要受到先行条约解释活动的制约。客观性和合法性是条约解释与“司法造法”之间的界限[10]。毛俊响等(2021)认为欧盟人权法院在缺少《欧洲人权公约》授权或缔约国认可情况下,在部分判决中对缔约国施加新的义务或权利限制,构成“司法造法”活动[11]。张德瑞(2013)认为欧洲人权法院从司法克制主义向司法能动主义的立场转变,从容忍缔约国的独特性到追求社会人权标准的普遍理解,超出了僵化《公约》的束缚而进一步保障人权[12]。就国际法上“司法造法”的实现路径因素而言,罗欢欣(2018)认为在国际海洋法领域,很多重要规则都是国际法院“司法造法”的结果。国际司法机构“司法造法”的成效在于国家是否同意接受[13]。齐飞(2012)认为 WTO 争端解决机构的造法能力源于其常设性,可以独立于成员

国追求自身价值观。通过自身机构建设和法律技术手段增强造法能力[14]。张华(2019)认为国际司法裁决固有的创造性意味着“功能性司法造法”无法完全回避。由于突破争端当事方的法律预期和超越正常司法职能,国际法上的“司法造法”活动需要通过“解释和适用法律”之名予以合法化[15]。Niels Peterson (2011)认为国际法上的“司法造法”成功与否取决于法院是否对当时盛行国际社会利益结构做出反应。这比起论证说理是否有说服力更为重要[16]。

1.2.2. 文献述评

当前文献对于国内法上“司法造法”的存在形式和限制研究较多。就其存在形式而言,法官在具体判案中审判规范的建构离不开法条外规范资源的考虑和对法条本身的解释。法官在审判中必然会造法,因为造法是人类在发现法的精神之后创制具体规则的过程。与其说禁止的是整个“司法造法”过程,不如说禁止的是法官像立法机关那样主动和抽象的立法。就对“司法造法”的限制而言,一方面司法机关大规模、抽象性的造法功能应被取消。另一方面法官在个案中,只有在类推等常规方法均无法填补法律漏洞的情况下,才可以民法基本原则为裁判依据,兼将学说和指导案例作为说理依据创设法律。就国际法上“司法造法”的存在形式而言,现行研究多聚焦于将其定性为国际法律规范的产生过程、探索其与条约解释之间客观性和合法性的界限、缔约国同意的缺失和对普遍标准的追求等。国际法上“司法造法”的实现路径因素包括国家同意、常设机构的独立价值观、藉由“解释和适用法律”之名和是否符合盛行的国际社会利益结构等。

综上,我们可发现“司法造法”的过程总是伴随着对法律条文的解读和对司法机构功能的探讨。这恰恰源于两者在司法过程的地位,法律条文常常是裁判案件时所必须研讨的客体,而司法机构是在裁判案件中真正决定审判规范的主体。但现有研究缺乏从国内法和国际法的法源视角对“司法造法”问题进行分析,尤其是习惯作为“司法造法”过程的接入口。也鲜见文章综合分析两大领域“司法造法”问题存在的共同原因及总览性的解决办法。接下来本文将聚焦于以上层次展开分析。

2. 法源视角下对“司法造法”问题的分析

法源是法律适用者裁判的依据。《民法典》第10条规定:“处理民事纠纷,应当依照法律;法律没有规定的,可以适用习惯,但是不得违背公序良俗。”由此建立起了民事领域法律和习惯的两位阶法源结构。而《国际法院规约》第38条²所列举的诸项国际法院裁判依据也是国际法渊源的权威说明,即条约、国际习惯、一般法律原则和作为辅助渊源的司法判例以及各国权威公法学家学说。其中最重要的就是条约和国际习惯。因国际社会缺乏超国家立法机构,国家间成文法律的主要表现形式是条约。综上,我们可以总结出无论在国内法还是国际法领域,法律/条约和习惯都是主要的成文和不成文法律渊源。接下来,我们将从法源适用的角度来分析“司法造法”问题。

2.1. 法律适用问题

2.1.1. 国内法层面: 个案造法和司法解释

一般来说,“司法造法”可以分为两种形式,法官在个案中所创造的仅适用于案件当事人之间的特殊

²国际法院规约第三十八条:

一、法院对于陈诉各项争端,应依国际法裁判之,裁判时应适用:

(子)不论普通或特别国际协议,确立诉讼当事国明白承认之规章者。

(丑)国际习惯,作为惯例之证明而经接受为法律者。

(寅)一般法律原则为文明各国所承认者。

(卯)在第五十九条规定之下,司法判例及各国权威最高之公法学家学说,作为确定法律原则之补助资料者。

二、前项规定不妨碍法院经当事国同意本“公允及善良”原则裁判案件之权。

法律和由权威司法机构发布的具有普遍性效力的法律解释。前者可称为个案造法，后者可称为司法解释。

在司法实务中，法官个案造法的形式一般有两种情况。第一种是在具体法律规则缺位时，通过法律原则创设规则。例如，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，金融租赁公司凭借自身是金租实业公司的股东地位和两公司在人员、业务和财产上的混同，利用金租实业公司的非银行金融机构身份，规避了当时的金融融资政策，向建行金河支行借款，并将该资金用于向东方通信采购设备并融资租赁给四川通信公司。在此案发生之时，《公司法》还尚不存在公司法人格否认制度。³最高人民法院根据诚实信用原则和权利不得滥用原则，判处金融租赁公司应当对金租实业公司向建行金河支行的贷款承担偿还责任[17]。该判决结果在今天看来也是合理的。毕竟公司和股东分离是公司取得独立法人资格的前提，也是股东有限责任的基础。若在出现人格混同、恶意利用公司规避政策的情况下，仍然主张股东的有限责任，则极有可能严重损害债权人的利益，致使债权人承担了不合理的商业风险和注意义务。除了适用法律原则有效弥补规则缺位的好实证外，还有法官拒绝适用现存法律规则而转向适用法律原则的坏实证，这是法官个案造法的第二种情况。例如，在“张学英依与其同居人所立遗嘱诉遗嘱人之妻蒋伦芳给付受遗赠的财产纠纷案”中，立遗嘱人黄永彬立下书面公证遗嘱将部分财产遗赠给非婚同居者张学英，张学英要求按遗嘱继承财产时受到黄永彬之妻蒋伦芳的阻拦。尽管一审法院和二审法院都将该遗赠行为视为遗赠人的真实意思表示且认定合法，但都适用了当时有效的1986年《民法通则》第7条中关于公序良俗的规定⁴，认为此种遗赠行为因违反社会公德而无效[18]。两级法院都忽视了当时有效的1985年《继承法》第16条第3款的具体规定，即公民可以立遗嘱将个人财产赠给国家、集体或者法定继承人以外的人。在此种情形下，依具体规则裁判和依法律原则裁判的结果完全不同。依据“法官知法”的法律适用原理，法官明知现行法有具体规定却拒绝适用，转向使用法律原则的做法，实际上是意图通过法律原则限制具体规则的适用，属于造法范畴。此种造法有破坏当事人行为的合理预期之嫌，并不妥当。

在司法实务中，相较于法官个案造法，影响更大的是最高人民法院通过司法解释的方式进行大规模“司法造法”。根据我国现行法规定，法律解释权专属于全国人大常委会。根据2015年施行的《立法法》第45条规定，法律解释权属于全国人大常委会且其有权进一步明确法律含义和明确新情况出现时的法律依据。同时，根据1981年施行的《全国人民代表大会常务委员会关于加强法律解释工作的决议》中第1、2条的规定，凡关于法律、法令条文本身需要进一步明确界限或作补充规定的，由全国人民代表大会常务委员会进行解释或用法令加以规定；凡属于法院审判工作中具体应用法律、法令的问题，由最高人民法院进行解释。尽管从制定主体角度来看，全国人大和全国人大常委会制定的文件效力相同，但依据“后法优于前法”的法理，《立法法》的规定应优先于决议，因而最高人民法院没有对法律做出一般性解释的权力。但在实践中，最高人民法院往往会借司法解释之名，行设立一般规则之实。例如，1995年生效的《担保法》第54条第2项规定，同一财产向两个以上债权人抵押的，在都没有登记的情况下，先按照合同生效的时间先后清偿，顺序相同的再按债权比例清偿。而2000年最高人民法院出台的《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第76条又提到，就同一动产向两个以上债权人抵押时，若当事人均未办理登记，则各抵押权人按债权比例清偿。两者的规定明显不一致。同时，该司法解释在措辞中并未提到人民法院是否“支持”的意向，其造法意图十分明显。⁵通过司法解释修改法律的行为影响了法的可预见性和安定性。

³公司法人格否认制度最早出现于2006年施行的《公司法》。而本案宣判于2005年。

⁴第七条【禁止权利滥用原则】民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益，破坏国家经济计划，扰乱社会经济秩序。

⁵现行有效的司法解释往往会在每个条文之后列明人民法院应当“支持”或“不支持”，或根据对应法条处理。从体例结构上看明显不同于立法条文。

2.1.2. 国际法层面：条约的演化解释

条约演化解释是指对条约文本的内涵做出随着时间变化的解释，意图将时间要素引入条约的解释方法。与国内的“司法造法”活动相似，国际司法机构依据条约开展的“司法造法”可以分为两种形式，或创设个别规则或创设普遍性规则。前者意为国际司法机构仅对争端双方存在分歧的双边条约内容进行偏离缔约国缔约时原意的解释。这种规则创造形式仅对个案中的当事国有意义。例如，在国际法院裁判的“哥斯达黎加诉尼加拉瓜案”中，国际法院基于双边条约中“商业”措辞的一般性术语性质和条约的无限持续性特征，认定缔约国在最初缔结条约之时存在将该术语演化的意图，因而应根据争端发生时该术语的含义进行解释。⁶后者意为国际司法机构在国际争端解决中通过演化解释多边条约的形式创设了普遍约束的规则。例如，在WTO“中美出版物市场准入案”中，上诉机构认为中国在其无限持续的、具有继续义务的多边条约即《服务贸易总协定》承诺表中使用了“录音产品”和“分销”的通用性术语，应采用演化解释方法更新条文含义。⁷从这两个案例中，我们可以明显发现演化解释的使用贯穿于“司法造法”的国际实践中，超出了条约缔约国缔约时的共同意图，并影响其权利义务。

条约演化解释的正当性可以追溯到胡伯的时际法理论。胡伯在“帕尔马斯岛仲裁案”中指出：“在考虑特定案件的后续阶段适用何种法律制度时，必须区分权利创造和权利存在时的法律。创设权利的行为应服从于权利产生时的法律，而权利存在或不断表现的行为，应遵从法律演化要求的条件”。⁸这也进一步意味着依据条约所创设权利的有效与否取决于条约签订时缔约国的共同意志，而条约所创设的权利内涵却可以随着客观情势的变化而演化。一般而言，当事国要求明确权利内涵的时点往往是双方就此权利产生争议之时，通常也是提交国际司法机构要求解决之时。从上述案件中，我们可以看出国际司法机构在运用演化解释方法时起码会考量条约的“一般性术语”和条约的永续性，但仅这两个要素是否就能判断缔约国缔约时存有对条约术语进行演化解释的规范性预期仍有待商榷。然而，从最广义的“司法造法”角度来看，国际司法机构，哪怕没有超出条约缔约国的规范性预期，起码确认了条约术语的全新含义。这恰恰是国际司法机构在运用自身裁量权影响案件的处理结果。

2.2. 习惯识别问题

2.2.1. 国内法层面：习惯识别缺乏标准

所谓习惯是指特定地域、行业或者族群约定俗成的通行做法^[19]。在现行民商法中，“习惯”、“惯例”和“公序良俗”等用语承载习惯规则的可能性较大^[20]。如上文“遗赠案”中的法官便曾利用“公序良俗”来判案，但未对何为“公序良俗”进行论证，降低了裁判的说服力。此种情形在司法实践中并非个例。根据最高人民法院发布的《关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》第7段规定，民事案件中缺少法律明确或最相似规定的，法官可以依据习惯做出裁判，并合理运用法律方法对裁判依据进行充分的论证和说理。由于到底有无习惯法规则存在以及规则的内容到底是什么，最后均由法院来决定。习惯已成为“司法造法”的一个重要渠道。法官在判案中对前述问题的忽视使得“司法造法”的可接受度下降。由于当下多数民事习惯已被列入立法，而根源于商事主体自治的商业习惯有更强大的生命力，本文以商事习惯举例。在“淮安苏诚商贸有限公司等诉福建八建建筑工程有限公司买卖合同纠纷再审案”中，苏城公司意图论证加价结算条款并非普通的违约金条款，而是钢材交易所决定的特殊条款。其陈述了钢材价格高昂且波动剧烈，以及交易数量大的市场特点。加价结算条款不仅包含了资金占有利息，

⁶Case Concerning the Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment of ICJ, 2009.

⁷China-Measures Affecting Trading Rights and Distribution Service for Certain Publication and Audiovisual Entertainment Products, Report of the Appellate Body, WT/DS/AB/R, 2009.

⁸Island of Palmas (Netherlands v. United States), Reports of International Arbitral Awards, 1928.

也包含了填补价格变动的差损和资金流动的商业经营利益。再审法院依据此商事习惯而改判。⁹然而，法院最后并未论证此商事习惯的真实性和内容，而是将其视为当事人约定的一部分。这也恰恰是当前习惯法识别肆意的“司法造法”问题。

2.2.2. 国际法层面：国际习惯法的肆意认定

作为国际法的渊源，国际习惯法在缔约国之间缺少明确有效的条约之时，起着补充规则的作用。因国际习惯法的不成文性，其个案适用往往依赖于国际司法机构的判断，也即国际习惯法的识别。当前就国际习惯法的构成要素而言，已达成了要求实践要素的国际惯例和心理要素的法律确信的通说。然而在实际运用中，国际司法机构形成了仅侧重一方要素的考察，抑或是仅仅“宣称”国际习惯法存在的奇特现象。

国际习惯法的肆意认定在国际法院的判决中尤为明显。例如，在2012年裁决的“国家的管辖豁免案(德国诉意大利)”中，国际法院详细的从国际公约、国内立法和国内司法判决等国际惯例证据的角度，推断出一国对其武装部队在武装冲突中实施的对另一国领土的侵权行为仍然享有司法豁免的国际惯例。而对于法律确信，法院只是简单的从实践推断、缺少相反判例以及国家声明的角度确认该要素存在。¹⁰虽然在实践中欲证明国家间的反复一致行为是否出于其内心的法律义务感较为困难，但国际法院对法律确信要素的判断未免有些简陋。在1986年裁决的“尼加拉瓜诉美利坚合众国案”中，国际法院仅从美国和尼加拉瓜参加的国际组织及会议的宣言和决议中，推断出双方均承认不干涉原则属于国际习惯法规则。¹¹而对于不干涉原则的国际惯例和内涵界定上显得有些模糊其词，未明晰其证明过程。甚至在某些情况下，国际法院都不证明国际习惯法的具体构成要素，而径直“宣称”其存在。例如，在2012年裁决的“领土争端和海洋划界案(尼加拉瓜诉哥伦比亚)”中，法院径直“宣称”《联合国海洋法公约》第74条和第83条所载的海洋划界原则和第121条所述的岛屿法律制度体现了国际习惯法。¹²法院这种未经论证便直接识别国际习惯法的行为，既减损了裁判结果的合理性，也使得相关国际习惯法的内容仍存疑问，有损国际法规则的可预见性。无论是侧重国际习惯法的单个具体构成要素，还是径直“宣称”国际习惯法的内容，都体现了国际司法机构对国际习惯法的肆意认定，构成“司法造法”的实践问题。

3. 法源视角下“司法造法”问题产生的原因

3.1. 法条的设立滞后和言语概括

法律条文所处的规范世界与案例问题所处的现实世界并不处于相同层次。无论是国内的法律条文，还是国际上的条约，都存在于案例问题产生之前。成文法的不易改动性使得立法滞后与现实需求之间的错位始终存在。通常国内法的修改往往要历经数年，而国际条约的修改更是以数十年计。现代社会日新月异的发展使得很多情况的发生均超出立法者立法时的设想。而根据法官不得拒绝司法的一般法理，法官必须对新问题依法裁判以解决纠纷。所以司法机关才会通过将时间要素引入条约解释、在个案中转向法律原则的形式解决纠纷。当然，法官毕竟不是立法者。现代国家的立法程序往往历经数轮草案修改、听证以及公开征求意见，能体现出最广泛的民意。而法官个人在个案中的一些社会利益考量很难称得上全面，也很难被认为是对当事人之间利益的恰当分配。所以法官在个案造法的举动才会受到批判。当然，可能也有人会说现在司法解释的形成和发布程序也在一定程度上向立法靠拢，但大陆法系的司法机关毕竟未被授予立法权，由其创设实践中的纠纷解决规则并不恰当。

其次，法律自身的概括性言语特点使得其内在含义并不可能清楚确定。法条首先是语言，而语言作

⁹ 参见江苏省高级人民法院(2014)苏商再提第0011号民事判决书。

¹⁰ Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy), Judgment of ICJ, 2012.

¹¹ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. USA) (Merits), Judgment of ICJ, 1986.

¹² Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Columbia), Judgment of ICJ, 2012.

为人类符号的一种存有多变性的特征。例如，如果问起我国刑法第 264 条盗窃罪中“盗窃”的含义。可能所有法律人都会不加怀疑的认为是“以非法占有为目的，秘密窃取公私财物数额较大或者多次盗窃公私财物的行为”。但此种含义并非固定，因为这只是几乎所有刑法学教材的公认观点，刑法典本身没有对此进行定义。随着社会的发展，“盗窃”的公认含义依然可能会变化。法官只有不断结合新的情势，赋予法律术语新意义，才能保证其内涵与时俱进。当然，我们需要警惕的是，法官在与时俱进中需要考量什么因素，又如何去论证自身结论的合理性。

3.2. 习惯识别的证据和标准缺陷

无论是国内法院还是国际司法机构的案例，我们都可以发现法官在论证习惯是否存在及其内容时，均存在说理性不足的问题。

首先，此问题的出现源自习惯的证据难以搜寻。在国内法院，大部分涉及习惯的案件都囤积在基层和中级人民法院。由于这两级法院的案件数量多且法官水平层次不齐，个案法官或是当事人想从先前案例中寻找习惯存在的证据十分困难。或许在商事领域还能找到一些行规、协会制定的模板合同等等文件证明交易习惯的存在。但因制定主体本身的权威性不足，行规和模板合同的合法性和真实性本身也需要论证。常常出现行规或协定内容恶意损害市场竞争秩序的情况。例如，2017 年国家发改委指导山西省发改委对省内电力协会组织达成的直供电价格垄断协议作出处罚，原因是该行规带有垄断性质。¹³ 在国际法院，法官往往需要参考许多国家的国内立法、国内判决和对外言论等等才能决定是否存习惯。工作量巨大，且还需确保证据自身的广泛性和代表性。

其次，习惯的识别缺乏强制标准。一方面国内立法对习惯识别根本没有做出进一步规定，这使得法官在识别习惯时未免显得有些随意。事实上在学界，关于习惯识别的标准早已达成通说。如何认定习惯法一般需要满足两个构成要素，长时间与多年惯行的事实和形成法律确信[21]。另一方面，哪怕在国际法层面，国际习惯的双重构成要素即国际惯例和法律确信的标准已经明确，但国际法院在适用时依然存在肆意的情况。这主要是因为国际司法机构普遍缺乏有效的等级体制，极易出现不同国际司法机构对同一问题采用冲突看法的情况，致使国际习惯法规则是否存在有些模糊不清。例如，在 1986 年裁判的“尼加拉瓜诉美利坚合众国案”中，国际法院认为“个人行为归因于国家”需要达到“有效控制标准”，也就是说本案中美国对反武装部队军事行动的控制程度要达到等同于美国政府的一个机构或代表美国政府的行为。¹⁴ 而在 1999 年裁决的“塔迪奇案”中，前南斯拉夫国际刑事法庭的上诉庭认为“个人行为归因于国家”需要达到“整体控制标准”，也就是说一个有组织性和等级体制的团体所做出的行为可以归因于国家，只要该团体是在国家的整体控制下，哪怕不听从国家的命令。¹⁵

4. 法源视角下“司法造法”问题的解决办法

通过以上对“司法造法”问题存在及产生原因的分析，我们可以发现有一些问题源自法律文本自身不可避免的缺陷，故不予讨论。而另一些问题可以通过对法源条款改造、引入案例群方法等予以修正。

4.1. 国内法层面：法源条款改造和案例群方法

4.1.1. 法源条款改造

这点主要是针对国内法源条款。因为国际法层面并不存在统一的立法机构，其法源条款是公认而非

¹³ 参见《首例直供电价格垄断协议案被依法查处》，载国家发展和改革委员会新闻中心，https://www.ndrc.gov.cn/xwdt/xwfb/201708/t20170803_954601.html?code=&state=123, 2023 年 10 月 21 日访问。

¹⁴ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. USA) (Merits), Judgment of ICJ, 1986.

¹⁵ Prosecutor v. Du [Ko Tadi], Judgment of ICTY (Appeal Chamber), 1999.

创设的结果，对其进行改造的难度较大。首先，对于习惯的适用。我国可以参照《瑞士民法典》第1条第2、3款的规定进行改造，即无法从本法得出相应规定时，法官应依据习惯法裁判；如无习惯法时，依据自己如作为立法者应提出的规则裁判。在前款情况下，法官应参酌公认的学理和实务惯例^[22]。该条款一方面认定了习惯的法源地位，另一方面对“司法造法”提出了透过立法者视角的标准，并参考学理和实务惯例的要求。尽管法官法在我国并非正式法源且法官并不具有立法者身份，但因当前习惯法的认定已主要依赖于法官^[23]，我国法源条款可以引入法官在识别习惯时应参照学理和实务惯例，以加强说理的说服力。

4.1.2. 民法案例群方法的引入

此方法可以帮助国内法律适用的改进，因为该方法广泛适用于不确定法律概念以及概括条款的确定。民法案例群方法首先要求获取回应实践中新问题的先前裁判作为比较基础。然后，从要点相似的数个个案判决中提炼出可一般化的法律命题。此时的案例群已经成为某种意义上的法律规范。最后，将已经形成的案例群涵摄于新的待决案例，如果能够适用便可直接采用案例群结论。当然法官也可能因为新情形的出现对案例群进行更新^[23]。此方法可在国内以指导性案例的模式明确法律条文的意义和替代司法机构的大规模造法行为。

4.2. 国际法层面：尊重条约文本和国际实践

4.2.1. 条约演化解释尊重条约的上下文、目的和嗣后惯例

就条约演化解释而言，单单考虑条约术语的通用性以及条约自身的无限持续性是远远不够的，极易导致法官自由裁量权的滥用和对缔约国规范性预期的破坏。鉴于《维也纳条约法公约》是对条约解释的习惯国际法编纂，因而可以从《公约》第31条规定的条约解释通则入手¹⁶，在对条约术语进行演化解释时，考虑条约的上下文、目的和宗旨以及嗣后惯例来进行内涵拓展。通过利用条约的上下文和签订目的来探索缔约时的规范性预期范围；通过搜寻嗣后惯例来作为缔约方间新规则形成的客观证据，以此来对运用条约演化解释的“司法造法”行为进行限制，从而使得造法结果更易被争端当事国接受。

4.2.2. 强化例证运用并顺应国际法发展趋势

如上文所述，国际司法机构在运用国际习惯法裁判案件时，往往欠缺充分的论证。因国际习惯法的部分要素如法律确信确实难以证实，本文认为国际司法机构可以多增加一些其他国际司法判决、国内立法、国际会议和国际组织决定等例证，最起码针对国际习惯法的国际惯例要素明确证实。当然，在欠缺例证的情况下，国际司法机构还会径直创造一些嗣后才达成国际共识的习惯法规则。例如，在国际海洋划界领域，国际法院首先在1969年“北海大陆架案”中，确定了大陆架划界应适用“公平原则/相关情况”规则。在此后一系列涉及海洋划界的纠纷中，通过对该规则不断修改，逐步演化成了“三步走划界法”，有获国际司法机构认可和形成国际习惯法的趋势^[24]。当然国际司法机构的此种造法行为仍需符合国际法的发展趋势，避免判决脱离嗣后国际实践的情形。

5. 结语

本文从法源视角研究了国际法和国内法上均存在的“司法造法”问题。自法律诞生以来，便存在立法者造法与司法者造法两种模式。立法者造法是现代民主社会的基本造法模式。而司法者造法却仅在英美法系国家被承认。大陆法系国家和国际社会均拒绝承认司法者造法的正当性。但事实上，“司法造法”

¹⁶ 第三十一条 解释之通则：一、条约应依其用语按其上下文并参照条约之目的及宗旨所具有之通常意义，善意解释之。……三、应与上下文一并考虑者尚有：……(乙)嗣后在条约适用方面确定各当事国对条约解释之协定之任何惯例……

现象存在于任何民主社会之中。“司法造法”的现实存在与司法机构的拒绝承认构成本文的逻辑起点。从现有文献来看,学者们侧重研究“司法造法”的存在形式以及国内法上对“司法造法”的限制和国际法上“司法造法”如何实现。鲜见从法源视角综合国际法和国内法研究“司法造法”问题。就法源而言,我国主要涉及法律和习惯,而国际法主要涉及条约和习惯。两者的重合使得“司法造法”问题的综合分析得以成立。法源视角下对“司法造法”问题的分析可以分为法律适用和习惯识别两个层次。就法律适用问题而言,国内法上存在法官个案造法和司法机构普遍的司法解释;国际法上存在条约的演化解释。就习惯识别问题而言,国内法上法官在识别习惯时缺乏标准,而国际司法机构也存在对国际习惯肆意认定的情况。以上问题产生的原因主要可以分为法条的设立滞后和言语概括,以及习惯识别的证据和标准缺陷。对此,在国内法层面,可以通过法源条款改造和民法案例群方法的引入,解决习惯识别标准缺乏以及个别或大规模造法的问题。在国际法层面,可以通过条约演化解释尊重条约的上下文、目的和嗣后惯例,解决演化解释考量不全面的问题;通过强化例证运用和顺应国际法发展趋势的方式,解决国际习惯的肆意认定问题。尽管本文已做上述研究,但依然存在“司法造法”问题产生原因分析不全面、理论深度不够等缺陷。希望后来的研究者能在此基础上作进一步的延伸。

参考文献

- [1] 何家弘. 论法官造法[J]. 法学家, 2003(5): 134-143.
- [2] [美]格林顿, 等. 比较法律传统[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1993.
- [3] Lauterpacht, H. (1958) *The Development of International Law by the International Court*. Stevens & Sons Ltd., London, 155-156.
- [4] 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): 173-182.
- [5] 本杰明·内森·卡多佐. 司法过程的性质[M]. 北京: 商务印书馆, 1997.
- [6] 刘克毅. 法律解释抑或司法造法?——论案例指导制度的法律定位[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2016(5): 192-200.
- [7] 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): 100-109.
- [8] 薛军. 民法典编纂与法官“造法”: 罗马法的经验与启示[J]. 法学杂志, 2015, 36(6): 23-32.
- [9] Von Bogdandy, A. and Venzke, I. (2011) *Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers*. *German Law Journal*, 12, 979-1003. <https://doi.org/10.1017/S2071832200017193>
- [10] 丁铎. 国际法上条约解释与司法造法之界限问题浅析——兼评菲律宾南海仲裁案[J]. 南海法学, 2018, 2(2): 113-124.
- [11] 毛俊响, 郭敏. 欧洲人权法院“活的文件”判例法的发展、性质及出路[J]. 中南大学学报(社会科学版), 2021(5): 65-78.
- [12] 张德瑞. 论欧洲人权法院的“司法造法”[J]. 法学评论, 2013, 31(5): 100-108.
- [13] 罗欢欣. 国家在国际造法进程中的角色与功能——以国际海洋法的形成与运作为例[J]. 法学研究, 2018, 40(4): 53-68.
- [14] 齐飞. WTO 争端解决机构的造法[J]. 中国社会科学, 2012(2): 147-163.
- [15] 张华. 反思国际法上的“司法造法”问题[J]. 当代法学, 2019, 33(2): 137-149.
- [16] Petersen, N. (2011) *Lawmaking by the International Court of Justice—Factors of Success*. *German Law Journal*, 12, 1295-1316. <https://doi.org/10.1017/S2071832200017314>
- [17] 奚晓明. 民商事审判指导第 1 辑[M]. 北京: 人民法院出版社, 2005.
- [18] 最高人民法院中国应用法学研究所. 人民法院案例选 2002 年第 2 辑[M]. 北京: 中国法制出版社, 2002.
- [19] 刘贵祥. 《民法典》实施的若干理论与实践问题[J]. 法律适用, 2020(15): 3-17.
- [20] 李可. 现行民法中“习惯”分布规律与功能特征[J]. 暨南学报(哲学社会科学版), 2020, 42(3): 97-109.
- [21] 王泽鉴. 民法总则[M]. 北京: 北京大学出版社, 2009.
- [22] 艾姆尼格, 姜龙, 等. 《瑞士民法典》之法官与法律的关系[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2013, 31(3):

195-201.

[23] 刘亚东. 民法案例群方法适用的中国模式[J]. 环球法律评论, 2021(1): 101-116.

[24] 张华. 国际海洋争端解决中的“司法造法”问题——以“南海仲裁案”为例[J]. 当代法学, 2017, 31(5): 142-152.