

# 法外空间说之证成

刘 帆

苏州大学王健法学院, 江苏 苏州

收稿日期: 2023年2月10日; 录用日期: 2023年2月23日; 发布日期: 2023年3月23日

## 摘 要

本文致力于证成法外空间肯定说的存在性。先以法外空间肯定说与否定说作为引入, 列举法外空间学说的肯定说与否定说, 并以法外空间肯定说中的法律无评价说为主体对其存在性进行论证。后以驳斥法外空间否定说的中逻辑缺陷说与概念模糊说的观点进行反证以及对法外空间肯定说的内在逻辑进行正面的分析论证, 并以空白罪状和兜底条款为例, 进而证立其存在合理性。

## 关键词

法外空间肯定说, 法外空间否定说, 存在性证成, 兜底条款, 空白罪状

# The Proof of the Extra-Judicial Space Theory

Fan Liu

Kenneth Wang School of Law, Soochow University, Suzhou Jiangsu

Received: Feb. 10<sup>th</sup>, 2023; accepted: Feb. 23<sup>rd</sup>, 2023; published: Mar. 23<sup>rd</sup>, 2023

## Abstract

This article is dedicated to proving the existence of extrajudicial space affirmations. First, the affirmation theory and negation theory of extralegal space is introduced as the introduction, the affirmative theory and negative theory of extralegal space theory are listed, and its existence is demonstrated by taking the legal non-evaluation theory in the affirmative theory of extralegal space as the main body. Then, the viewpoint of refuting the theory of the middle logical defect theory and the concept ambiguity theory of the negation theory of extralegal space is used to disprove it, and the internal logic of the extralegal space affirmation theory is positively analyzed and demonstrated, and take blank counts and fallback clauses as examples, and then its existence is justified.

## Keywords

Extralegal Space Affirmation, Extralegal Space Negation, Existence Proof, Blank Indictment, Cover Clause

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

“法外空间”这一命题古已有之，在古罗马时期便有学者认为：法律只对人类社会有效，人与神以及人与动物之间的关系并不属于法律管辖的范围。这一思想传统虽然古老却历久弥新，一直延续到了现代。但上述观点只是散见于各个法学家的理论之中，并未形成真正系统的学说，而真正提出法外空间学说的，则是德国法学家贝格博姆——在他的《法理学与法哲学》一书中，他对“法外空间”做出了如下阐述：“人类生存与活动的领域中存在有法律无法企及的领域，而那些法律所未能涵盖的领域，就属于法外空间。”根据贝格博姆的见解，承认法外空间的存在可以防止法律任意地扩充其涵盖范围，限制法律对于人们日常生活行为的干预，从而实现对自由的保障。法律对在这一领域内的行使自由的行为不加干涉，既不认为其合法，也不认为其违法。在贝格博姆的开创之下，法外空间学说应运而生，在接下来的时间内获得了长足的进步，并发展出了以下几个派别。

## 2. 法外空间肯定说

### 2.1. 法律空白说

法律空白说的内容实际上与贝格博姆所认为的法外空间的概念极为相似，持这一观点的学者认为，在法律的存在空间内，由于人类理性的有限性，法律对于这些行为是本质上无涉的，也即在法外空间内存在的行为和事物，无论它们是否有一些关涉法律的属性，它们本身的存在并不需要法律进行肯认。它们以其自身的属性与需要，在自身所处的范围内以其自身的逻辑体系进行行动。这类领域比较常见的是伦理、宗教等领域，即使一些伦理准则、宗教教义可能会演变为法律规则或是法律原则，但在当它们被纳入法律的体系之前，它们本身所规范的行为不会被法律所评价，也即法律与宗教行为、伦理行为无涉。但值得注意的是，这条“与法律有关——与法律无涉”的分界线并不是静止不动的，它随时处于变化之中，是一条动态的分界线。法律空白说的支持者始终认为：法律对法外空间的事务不加干涉，既不认为其是合法的，亦不认为其是违法的。

席尔德的理论对法律空白说进行了更进一步的补充。席尔德认为法律的任务在于创设并保障使公民的自主决定成为可能的外在条件，而不是对所有的生活领域都横加干涉，基于这种对自主决定的尊重和保护，席尔德称之为“法律不能空间”。而在社会发展的过程之中，法律自身也处于不断地自省与创新之中，在不断纳入一些领域进入法律规范领域的同时，法律也会放弃对一部分事项的管辖，而交由其它规范方式进行调整。在这种基于放弃而形成的法律领域空间，席尔德将其称之为“法律放弃空间”[1]。实际上，以上两种法外空间的类型并未跳出法律空白说的本质——这些法律所无涉的领域，并不由法律规则对其范围内的行为进行调整。因此，席尔德有关这两种法外空间学说的划分实际上是依据“与法律有关——与法律无涉”的分界线的产生缘由从而对法律空白说进行的一种细分，而并未产生全新的观

点，故而在此将席尔德的部分观点纳入法律空白说的理论内容中，作为法律空白说的一大佐证。

国内学者对于法外空间学说的涉猎并不广泛，可供参考的观点大多也都留存于法律空白说之中：如王雷教授认为“平等民事主体之间的行为不是仅受民法调整的，某些民事法律事实实际上停留在民法调整范围之外的‘法外空间’，这些纯粹的生活事实不宜使用民法来进行调整[2]。”曹磊法官在对“悼念权”这一新型权利进行合法性论证的过程中，他认为法外空间属于法律不应介入而应当由其他社会规范调整的领域，在这一点上，曹法官的见解与法律空白说的观点高度一致[3]。张祖阳先生也认为一些生活事实，因为没有影响到他人的法益、社会公共利益，法律因此而没有介入该种生活事实的着力点；一些生活事实即使适用法律的强制手段，也无法达到预期的法律目的；还有一些生活事实即使通过司法人员的专业化行为，也无法管理得当。这些上述的生活事实应当被归入“法外空间”的领域之中[4]。尽管张祖阳先生对于具体的生活事实按照一定的标准进行了分类，然而其本质依旧契合“法律空白说”中“法律与这些行为无涉”的描述，因而也是对于法律空白说的一种肯认。雷槟硕、张斌峰教授支持法外空间说的存在，认为法外空间属于法律“不予规整”或法律“不欲评价”的范围，在这个特定的领域内，法律放弃对其的直接介入，因而事实上也属于法律空白说的范畴[5]。

## 2.2. 法律无评价说

法律无评价说的典型代表应当是德国法学家阿图尔·考夫曼。考夫曼先生对于法外空间说的内容做出了较大的扩充，他首先承认了法律空白说的存在性，依据他的说法，他认为法律对于一些生活事实行为为根本没有兴趣，这些法律没有规范的行止，应将其称之为“法律上空的”。而法外空间的概念，考夫曼先生将其定义为：法外空间是指“法律没有评价”的空间。法外空间所涉及的行为是由法律所规范的，但法律对于这些行为的评价既不能适当地评价为合法的，亦不能简单地评价为违法的[6]。在笔者看来，考夫曼先生的法外空间理论排斥了法律空白说对于生活事实行为的容纳，而借鉴了其结论，在已有的法律体系内设置了一个“不违法的——不合法的”中间状态，来应对传统法律体系所无法解决或以传统法律理论进行处理，会得到一个极度不合理甚至荒谬的结果。考夫曼还为法外空间说的情形设定了特定的范围，他认为法外空间的情形全然涉及紧急情况之案例：如自杀共犯、不罚的堕胎、紧急避险等。席尔德有关法外空间的理论内容中也保有一定的对考夫曼理论的赞同：他认为在明显超出日常生活范围的紧急情况和义务冲突构成了法律排除空间，在这个空间的内部，席尔德认为这些极端的情况不能为法律所规制，但法律本身也没有放弃对这些行为的规制，只是事实上，由于法律对于这些情况并不能准确地做出合法的或是违法的判断，因此并未对这些情形产生事实上的干预。在这一点上，席尔德与考夫曼的观点高度相似，都应当归属于“法律无评价说”的观点。

国内学者对于“法律无评价说”也有所涉猎，周光权教授认为在对自杀问题的定性方面可以利用“法律无评价说”进行参照。自杀行为因没有法律规范而缺少了其违法性前提而无法被认定为是违法的。但同样的，自杀的合法性根基也存在疑问，自杀行为是侵犯一个人人身权利的行为，若论及“合法”这样一种状态，那么普通人必然认为这是一个经法律确认的、正确的状态。但是自杀行为，在现今绝大多数的国家内都是不被认可和值得推崇的行为，因此，从这一点来说，自杀行为在很多国家和地区不会被认为是合法的，因此周光权教授认为引入法律无评价说的“既非合法的，亦非违法的”中间状态更符合自杀行为的定性[7]。李潇也赞同周光权教授的观点，认为自杀行为的定性依照传统的犯罪构成理论而言并不具有合理性，而以法律无评价说对自杀行为进行的性质认定则更加符合其在现实中所呈现的形态[8]。

## 3. 法外空间否定说

法外空间说虽然存有一些支持者，但学说本身也遭受了巨大的非议，与支持法外空间说的学者所截

然对立的是,相当一部分学者也认为“法外空间”这一概念并不存在或者并不能成立。反对法外空间说的观点,大体上可以分为两大类:

### 3.1. 逻辑缺陷说

逻辑缺陷说是对法外空间学说的理论基础而提出的质疑,该说的主要观点认为就由多种法律所构成的法律体系而言,尽管会出现法律上的漏洞和缺陷,但实际上并不会产生如前所述的法外空间所涉及的领域。关于这一点,拉德布鲁赫简明扼要地阐述了其中的本质:他认为法律秩序本身已经囊括了现实世界的方方面面,它规范了人类社会中的绝大多数行为,以法律的形式对这些行为产生了深远的影响,同时,社会中也仍然存在着另一部分行为没有被法律所规制,但这些行为虽然表面上没有为法律所规制,但法律也对这些行为产生了间接性的影响——法律正是通过不规定这些行为的后果来表达了自己对它们的态度。也就是说,对于既定的一个行为,法律无论如何都会保有对其的评价——对于已属于法律规范范围内的行为,法律本身会对其进行规制;而对于游离于现有法律体系之外的行为,法律也表达了对于这些行为排除法律影响的态度。因而,对于一个拥有比较完备的法律体系的国家而言,并不存有所谓的“法外空间”[9]。德国刑法学家绍尔与韦伯也指出,在刑法之中,一个行为的“违法性”只存在着“有”和“无”两种形态,因为行为是否违法,只是在于是否与整体法秩序相矛盾。因此,他们认为在“违法”与“不违法”之间是逻辑上的矛盾关系,是一种非此即彼的关系,所以法外空间说所意指的“既不合法又不违法”的状态根本不存在。

国内学者也有逻辑缺陷说的支持者,王钢教授虽然承认法外空间的存在,但也认为法外空间说的观点并不能用以佐证一些问题的处理。如紧急避险的情况因其已经落入了法秩序所规制的范围,故而应该将其理解为一个违法行为;而自杀行为的本质是自杀者对自身生命权的自主决定,倘若法秩序是以自由保障为最终的价值导向的话,承认自杀的合法性才是维护当事人的自由,所以应当秉持自杀行为的合法性,而不是以法外空间说来解释自杀行为的性质[10]。陈璇教授在论及生命冲突问题时,也否认了法外空间说的适用。她认为涉及生命冲突的问题,无论在哪个国家、哪种文化背景下都属于重要问题,法律不应对此不予置评。其次这些行为在现有的刑法体系内已经被给予了“违法性”,并不适用于“既不合法又不违法”的中间状态。最后,法外空间说的存在并不能顺利解决正当防卫的问题,甚至会造成法律规范的实质空洞,因而排除了法外空间说的适用[11]。周辉斌先生在批判曹磊法官有关悼念权的文章中认为悼念权作为一种新型权利,尽管没有被法律所明文规定,但也不能简单地被归入法外空间的概念范围之内,并且由于中国法治建设方兴未艾,对于法外空间的认定应归属于立法层面而非由司法层面进行认定,故而排除了法外空间说在新型权利方面的适用[12]。

### 3.2. 概念模糊说

概念模糊说反对法外空间说的理由较为简单,持这种观点的学者认为,法外空间学说概念本身并不明晰,每一个支持法外空间学说的人,对于法外空间的阐释也各不相同,无法达致一个相对统一的观点和意见。而且更进一步而言,“法外空间”这个名词本身就存在着指代不明的问题,究竟什么样的事物可以被“法外空间”所涵盖,这仍然是一个悬而未决的问题,如果单凭“法律的沉默”来规制“法外空间”的内容,十分容易产生理论内容变动不一的情形,这种内涵和外延上的不确定性不仅会造成“法外空间”本身的不稳定性,也会加剧对法的安定性的影响,进而对已产生的法秩序造成破坏。因而,概念模糊说的支持者们对法外空间说的本质结构进行了攻讦,否定其存在的价值。

## 4. 法外空间肯定说存在性的证成

首先要说明的是本文的讨论范围,在前文中我们介绍了两种内容不同的法外空间学说:一是法外空

间肯定说，二是法外空间否定说。由于本文在开头处引出的问题是对于艰难案件的处理新思路，而法外空间肯定说提供了这种新的解决方案，所以本文的论述主体应当为法外空间肯定说，论证其存在和理性。而法外空间否定说作为与之对立的观点，下文中将逐一反驳否定说的各项观点。法外空间肯定说中存在法律空白说和法律无评价说，而针对于对艰难案件的解答，法律空白说只是相对界分了“与法律有关的”和“与法律无涉的”事实状态，并未对于艰难案件的处理提出确切的主张。法律无评价说依照其理论基础，事实上是建立在法律空白说的理论之上，而对艰难案件之法官应采取的处理方式提供一套可操作的方案体系。因此，下文所论及的法外空间说，皆指向法律无评价说。由此，我们以法律无评价说为主体，对法外空间否定说的各项观点逐一反驳并进一步证明法律无评价说的存在合理性。

## 4.1. 对逻辑缺陷说的回应

### 4.1.1. 逻辑缺陷说的自身弊病

事实上，逻辑缺陷说自身亦存在着致命的缺陷。以拉德布鲁赫的观点为例，他认为只要有一个现实的法律体系，那么它已经对世界上的一切事物作出了评判——在它所涉范围内可以作出“合法的”或是“违法的”评判，而对于它未曾涉及的行为，法律的态度是排除它的影响。就这一点而言，拉德布鲁赫的观点无疑是片面的：一部具体法律的制定，必然有其限定的范围与关涉的事物，对于法律未曾关涉的事物，不可否认的是其中有一部分是法律所排除自身影响的行为，比如在一部刑法中，不会对人们早餐吃什么加以规制(这里排除一些极其罕见的情况，比如在早餐之中吸食毒品)。但这并不意味着刑法对于一切不被自身规制的行为都排除自身的影响，以高空抛物行为为例，刑法对于情节严重的高空抛物行为会加以惩处，这是刑法对于自身关涉范围内行为的评价。但是对于情节不严重的高空抛物行为，刑法就放弃了对它的影响么？显然不是，一个行为在被定性之前，它本身的状态在事实上是清楚的，而在法律上则是未决的。在法官裁定这个行为的性质之时会通过使用不同的法律进行对比来达致一个较为精确的结论。此时，无论使用的是何种法律，这些法律在法官进行的比照过程中，无法排除对这个行为的影响，假如一项法律自始至终都排除了对这些行为的影响，那么法官就无法准确地对行为进行定性(抑或是每一个行为都明确地对应着一个确定的法律状态，但这并不符合现实生活中纷繁复杂的现象)。许多行为的构成复杂性让法官定性时并不水到渠成，在法律间犹豫徘徊是一件很正常的事情，如果一项法律完全排除了对某一行为的影响，法官对案件的评判就会陷入定型的困境，这并不有助于法官对于艰难案件的审理。所以，法律在对待与法律无涉的行为时，其态度并不能简单地概括为“排除对该行为的影响”。

从另一个角度来说，一个行为是否被法律所规制是十分不确定的，一个特定行为的法律性质，也可能受时代、经济、文化、社会背景的变动而产生的变化，而法律对一个行为接纳的形式与其说是一种“全有——全无”的模式，不如说是一种渐进式的接纳：当一个行为与法律毫不相干的时候，法律对该行为几乎不产生影响。但当该行为逐渐被人们所深刻认识之时，它可能会被纳入到法律所考量的规制范围之内，即使此时该行为尚未被正式划分入法律领域之中，但此时人们会以法律中较为相近的行为特质去对该行为进行考量，甚至以该法的基本准则、思维模式对其进行审视，此时法律已经对该行为产生了实质性的影响，但该影响并不是一个深刻且相对固定的影响，它会随着法律逐渐对该行为进行接纳而演变为一个确切且深远的影响。以醉驾入刑为例，尽管醉酒驾驶电瓶车并未为刑法所明文规定，但是人们在醉酒后是否会选择进行电瓶车的骑行仍会受到刑法中关于醉酒驾驶机动车规定的的影响，有些人会对醉酒驾驶电瓶车产生抵触情绪，甚至放弃在醉酒之后进行电瓶车的驾驶。而当一个行为逐渐被法律所剥离，直至完全与法律所分隔之时，法律对该行为的影响也是逐步削弱的。甚至在法律不再对该行为形成特定的影响之时，人们对于该行为的评判仍会参照之前法律之规定，进而对人的行为选择产生影响。综上所述，拉德布鲁赫所言及的法律对行为的影响，并不是单纯的“存在——排除”的二元存在状态，因此，逻辑

缺陷说本身的存在基础并不成立，其说服力存在欠缺。

此外，国内三位教授王钢、陈璇、周辉斌皆对法外空间说的实际使用提出了质疑，但并未否认法外空间说的存在。在这一点上三位教授对法外空间说的存在达成了一致的观点：尽管在特定的司法领域中，法外空间说无法进行有说服力的适用，但是法外空间说本身的存在是不可否认的。事实上，三位教授对于法外空间说适用的否认也仅仅局限于特定的几个司法领域：如自杀、对生命的紧急避险、悼念权的司法认定等。事实上，法外空间说在其他行为方式上的运用并没有遭到否认，甚至在一定程度上表达了对其存在的认同。

#### 4.1.2. 讨论对象的偏差

在拉德布鲁赫的论述中，他所主张的逻辑缺陷，全然针对于法律空白说的逻辑，实际上对于法律无评价说的评判并未产生，依此来驳斥法律无评价说并不具有针对性。至于绍尔与韦伯对于法外空间说的质疑——在法律体系内部是否存在“无评价的空间”——这个问题将在下文中法律无评价说的自身逻辑中加以阐释，在此不着更多的笔墨。

### 4.2. 对概念模糊说的回应

#### 4.2.1. 体系之内的范式

概念模糊说事实上也指出了法律空白说的一大弊病：学说的概念内涵并不清晰，产生了实际的运用与讨论上的困难。事实上，若以法律空白说为主体进行讨论，会产生上述难点：即“法律的”和“非法律的”这条界限始终不会那么明晰。特别是当有着不同学说主张的人在一起进行讨论时，法律空白说所制造的对话难度不容忽视——例如，在两个秉持着不同法律信念的人进行商讨时，若谈及“公共政策”的法律属性，一人认定其为“法律上的”，另一人认定其为“非法律上的”，那么双方如果采取法律空白说对该公共政策上的行为进行定性，势必会造成语义上的混乱而导致商讨本身难以为继。而法律评价说则无此疑难，皆因其所涉之行为完全处于法律的范围之内，商讨之双方只需按现行的法律体系所涵盖的内容来进行讨论，那么其适用范围也就明确在法律体系之内。但对于法律空白说而言，即使确定了法律体系内的各个法律部门，而对“法律的”与“非法律的”之间的界限仍有所争议，以至于每一次适用法律空白说都会以确立这条界限为前提，甚至会由此而产生争议。因此，我们以法律无评价说进行讨论，可以避免这种概念上的混杂。

#### 4.2.2. 特定的适用情况

依据考夫曼对于法外空间说的定义，法外空间全然涉及危难状况的特殊情形。因此，法外空间说的适用并不是在法律领域内全然适用的，也就是说它并不适用于每一个司法案件的判决，而只是解决其中的一些特殊情形。我们提出的质疑应在于哪些特殊情形可以被纳入法外空间说的评价体例之中，而非对法外空间说本身的存在性提出质疑。事实上，在一个具体的国家的特定时期内所产生的司法案件中，归属于法外空间的案件类型是不会发生改变的。在一个国家的社会生活总体上区域问题，已经形成了一套稳定运行的法律体系之时，法外空间的概念外延是与法律体系的稳定性所共存。此时，在这个信奉相同法律体系的共同体内部，人们对于某一特定案件是否属于法外空间领域将会达成高度的共识，即使并不是共同体中的每一个人都产生相同的想法，但那些专精于法律的人士会给所有人提供一个可行的方案，如果该方案没有遭到大多数人的反对，那么可以说代表了绝大多数人默示的认同。因此，对于法外空间说而言，完全可以通过立法或者司法判例等方式(由该国的法律文化传统而定)，在法律体系相对稳定的情形下，确立一套明晰可辨的法外空间的判断体系，以避免概念内涵的含混所造成的“向法外空间逃逸”的问题。在这种理论构架下，完全可以消解法律空白说所带来的弊端，以明确的概念外延来应对现实之中产生的案件。

## 5. 法律无评价说的自身逻辑

总体而言，法律无评价说的存在前提是法律有所规定。在这种前提之下，法律无评价的形态主要分为以下两种：

### 5.1. 法律有规定，但法律放弃评价

这种情形建立在法律有规定的基础之上，并且此一情形于一个拥有高度成文法体系的国家并不少见，以中国现有的法律为例，其具体表现形态为(以刑法为例)空白罪状。我们可以以刑法第 133 条<sup>1</sup>为例进行参照，其具体内容为：违反交通运输管理法规，因而发生重大事故，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役；交通运输肇事后逃逸或者有其他特别恶劣情节的，处三年以上七年以下有期徒刑；因逃逸致人死亡的，处七年以上有期徒刑。其中，该条对于交通肇事行为的性质认定并未作出实质性的评价，而是以“违反交通运输管理法规”作为衡量的依据，这种参照性的规定并不明文载于刑法之内，也就是说，刑法在评判有关交通肇事行为之时，并仅以刑法自身的评价标准作为参照，而是借用了交通运输管理法规作为评价的尺度[13]，刑法于此处放弃了在刑法范围内对交通肇事行为的二次定义，但评判该行为的参照对象仍然被保留在整体法律的框架之内，因而是法律放弃评价的具体表现之一。这种放弃评价的情形并不局限于刑法，在其他基本法律中亦有体现——如民法典第 71 条<sup>2</sup>之规定：法人的清算程序和清算组职权，依照有关法律的规定；没有规定的，参照适用公司法律的有关规定。公司法第 18 条<sup>3</sup>之规定：公司职工依照《中华人民共和国工会法》组织工会，开展工会活动，维护职工合法权益。公司应当为本公司工会提供必要的活动条件。公司工会代表职工就职工的劳动报酬、工作时间、福利、保险和劳动安全卫生等事项依法与公司签订集体合同。公司依照宪法和有关法律的规定，通过职工代表大会或者其他形式，实行民主管理。这些法条尽皆表现出了法律放弃评价的情形，但不同于法律空白说那样完全独立于法律体系之外，而是出于法律整体性的考量，尽可能减少在一个法律体系内部，不同法律之间对于同一事物的不同规定所造成的矛盾。法外空间说于此存在的意义是保持法律体系内部的稳定，所以出于对法律稳定性的考量，法外空间说保有其存在的价值。

### 5.2. 法律有规定，但法律无法评价

这种情况在一个法律体系高度成熟的国家内部也有存在，多表现为立法者对未来社会的一种前瞻和预测。众所周知，法律的滞后性自其颁布实施之日起就已经存在，并将伴随这部法律的“一生”，立法者常为法律的稳定性在立法之初为法律留下了预创设的空间，这一现象的典型代表即为法律中的兜底条款。

以我国现行法律为例，兜底条款在其中仍有颇多存在：如刑法第 225 条第 4 项<sup>4</sup>之规定：违反国家

<sup>1</sup>《中华人民共和国刑法》第一百三十三条：违反交通运输管理法规，因而发生重大事故，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役；交通运输肇事后逃逸或者有其他特别恶劣情节的，处三年以上七年以下有期徒刑；因逃逸致人死亡的，处七年以上有期徒刑。

<sup>2</sup>《中华人民共和国民法典》第七十一条：法人的清算程序和清算组职权，依照有关法律的规定；没有规定的，参照适用公司法律的有关规定。

<sup>3</sup>《中华人民共和国公司法》第十八条：公司职工依照《中华人民共和国工会法》组织工会，开展工会活动，维护职工合法权益。公司应当为本公司工会提供必要的活动条件。公司工会代表职工就职工的劳动报酬、工作时间、福利、保险和劳动安全卫生等事项依法与公司签订集体合同。公司依照宪法和有关法律的规定，通过职工代表大会或者其他形式，实行民主管理。公司研究决定改制以及经营方面的重大问题、制定重要的规章制度时，应当听取公司工会的意见，并通过职工代表大会或者其他形式听取职工的意见和建议。

<sup>4</sup>《中华人民共和国刑法》第二百二十五条：第二百二十五条：违反国家规定，有下列非法经营行为之一，扰乱市场秩序，情节严重的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处违法所得一倍以上五倍以下罚金；情节特别严重的，处五年以上有期徒刑，并处违法所得一倍以上五倍以下罚金或者没收财产：(一)未经许可经营法律、行政法规规定的专营、专卖物品或者其他限制买卖的物品的；(二)买卖进出口许可证、进出口原产地证明以及其他法律、行政法规规定的经营许可证或者批准文件的；(三)未经国家有关主管部门批准非法经营证券、期货、保险业务的，或者非法从事资金支付结算业务的；(四)其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为。

规定,有下列非法经营行为之一,扰乱市场秩序,……(四)其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为;民法典第1091条<sup>5</sup>第5项之规定:有下列情形之一,导致离婚的,无过错方有权请求损害赔偿……(五)有其他重大过错;反不正当竞争法第6条<sup>6</sup>第4项之规定:经营者不得实施下列混淆行为,引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系……(四)其他足以引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的混淆行为。通过这些条文,我们可以看出立法者在立法时主动留下法律空缺为日后应对社会变化而预留解释的空间,这并不是法律上的缺位,而更趋近于一种法律上的预设来填补立法者理性上的有限性。在这些兜底条款之中,我们可以发现其中存在大量的有关“其他……”法律行为的表述,以刑法第225条第4项为例,其“违反国家规定,有下列非法经营行为之一,扰乱市场秩序,情节严重的(或特别严重的)”的表述可以对应“法律有规定”之部分,而第4项之表述实际上是一种具备相对明确性的表述。也正因其相对明确性,法律亦未对此做出相应的评价,故而造成了法外空间的存在。尽管兜底条款的存在对于法律的明确性而言是一种不可避免的损伤,但它为法律的稳定性与填补法律的疏漏提供了不可或缺的帮助。同时,由于立法者与司法者所处立场的差异,即使都共享着建设法治国家的理念,二者对于法律的定位与运用也会秉持着不同的观点,因而立法者会有意设置一些兜底条款以应对上述情况所造成的立法与司法之间的偏差,也可以填补法律上的漏洞,纾解理性认识非至上性所带来的困境,从而达到立法者的初衷<sup>[14]</sup>。总之,法外空间在兜底条款处的存在佐证了其对于法律体系稳定性不可或缺的作用。

## 6. 结语

综上所述,法律无评价说无论是其自身逻辑还是对其的攻讦,甚至是现行法律体系之中都有其存在的依据,我们可以说法外空间的存在性不容置疑。所以,我们面对于法外空间的存在,更应该谨慎地处理法外空间所给予我们的创设空间,在使用法外空间时注意同一性和同理性的结合,既要用好法外空间所提供的裁量空间,又要严格控制法外空间的适用情形,防止法官向法外空间逃逸。在未来用好法外空间的案件裁量会为法治社会的构建搭起坚实的地基。

## 参考文献

- [1] Vgl, S. (1978) Die strafrechtsdogmatischen Konsequenzen des rechtsfreien Raumes. 449, 570, 631.
- [2] 王雷. 情谊行为、法外空间与民法对现实生活的介入[J]. 法律科学(西北政法学报), 2014, 32(6): 42-51.
- [3] 曹磊. 习惯在“法外空间”的规范效用[J]. 法律适用(司法案例), 2017(20): 55-60.
- [4] 张祖阳. 法律漏洞的认定标准、正当理由及认定方法[J]. 华东政法大学学报, 2021, 24(2): 145-154.
- [5] 雷槟硕, 张斌峰. “禁止法官拒绝裁判”义务的规范构造[J]. 南京社会科学, 2020(10): 95-100.
- [6] [德]阿图尔·考夫曼. 法律哲 [M]. 刘幸义, 译. 第二版, 北京: 法律出版社, 2011: 122.
- [7] 周光权. 教唆、帮助自杀行为的定性“法外空间说”的展开[J]. 中外法学, 2014, 26(5): 1164-1179.
- [8] 李潇. 参与自杀行为刑法定性问题研究[D]: [硕士学位论文]. 济南: 山东大学, 2015.
- [9] [德]古斯塔夫·拉德布鲁赫. 法学导论[M]. 舒国滢, 译. 北京: 商务印书馆, 2012: 136.
- [10] 王钢. 法外空间及其范围 侧重刑法的考察[J]. 中外法学, 2015, 27(6): 1544-1572.
- [11] 陈璇. 生命冲突、紧急避险与责任阻却[J]. 法学研究, 2016, 38(5): 130-152.

<sup>5</sup>《中华人民共和国民法典》第一千零九十一条:有下列情形之一,导致离婚的,无过错方有权请求损害赔偿:(一)重婚;(二)与他人同居;(三)实施家庭暴力;(四)虐待、遗弃家庭成员;(五)有其他重大过错。

<sup>6</sup>《中华人民共和国反不正当竞争法》:经营者不得实施下列混淆行为,引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系:(一)擅自使用与他人有一定影响的商品名称、包装、装潢等相同或者近似的标识;(二)擅自使用他人有一定影响的企业名称(包括简称、字号等)、社会组织名称(包括简称等)、姓名(包括笔名、艺名、译名等);(三)擅自使用他人有一定影响的域名主体部分、网站名称、网页等;(四)其他足以引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的混淆行为。



- 
- [12] 周辉斌. 论法外空间的司法认定[J]. 现代法学, 2020, 42(4): 3-18.
- [13] 陈兴良. 刑法的明确性问题: 以《刑法》第 225 条第 4 项为例的分析[J]. 中国法学, 2011(4): 114-124.
- [14] 刘杨东. 刑法兜底条款研究[D]: [博士学位论文]. 上海: 华东政法大学, 2015.