

法律漏洞的司法填补

——以我国指导性案例为例

高欢燕

华东政法大学法律学院, 上海

收稿日期: 2024年3月6日; 录用日期: 2024年3月14日; 发布日期: 2024年4月29日

摘要

随着社会生活的日益精细化、复杂化, 成文的法律规范越来越难以完全适应社会发展的需求, 法律漏洞的存在不可避免。法律漏洞理论经历了从概念法学到利益法学的确立以及违反计划的不圆满性这一认定标准的提出与细化。指导性案例在填补法律漏洞方面上具有独特优势, 然现实中指导性案例数量少, 法律漏洞填补方法运用不明显, 在填补法律漏洞的示范性上有待加强。本文试图通过对法律漏洞的理论梳理, 综合得出法律漏洞认定标准, 分析判断既存的民事、行政指导性裁判案件体现出的法律漏洞以及相关指导性案例中法官如何进行法律漏洞的填补, 以期提升后续类似法律漏洞出现时参照引用指导性案例的比例, 进一步发挥指导性案例的示范作用。

关键词

指导性案例, 法律漏洞, 认定标准, 漏洞填补

Judicial Filling of Legal Loopholes

—Taking Guiding Cases in China's Mainland as an Example

Huanyan Gao

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

Received: Mar. 6th, 2024; accepted: Mar. 14th, 2024; published: Apr. 29th, 2024

Abstract

With the increasing refinement and complexity of social life, it is difficult for written legal norms to fully meet the needs of social development, and the existence of legal loopholes is inevitable. The theory of legal loopholes has gone through the establishment of conceptual jurisprudence to interest jurisprudence, and the violation of the unsatisfactory nature of the determination of the

standard proposed and refined. Guiding cases have unique advantages in filling legal loopholes, but in reality, the number of guiding cases is small, the method of filling legal loopholes is not obvious, and the guidance in filling legal loopholes needs to be strengthened. This paper attempts to the legal loopholes through the theoretical combing, comprehensive legal loopholes identified standards, analyze the existing civil, administrative guiding decisions in the case of legal loopholes and guiding cases of how the judge to fill the legal loopholes, with a view to enhance the subsequent similar legal loopholes when the emergence of the proportion of reference to cite guiding cases, and to further give play to the demonstration role of guiding cases.

Keywords

Guiding Cases, Legal Loopholes, Determination Criteria, Loophole Filling

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

当今社会，由于法律自身的局限性以及社会生活的日新月异，法律在处理社会纠纷、解决社会问题时必然存在着着力有不逮的情况，法律漏洞的存在已然是理论界和实务届的共识。然法律漏洞的存在在成为通说前经历了很长的一段理论发展时期。在我国，司法解释在承担着细化与补充法律的作用，但是我国的司法解释具有与制定法类似的表达方式，因此仍然有抽象性与滞后性的弊端。对于法律与司法解释的缺点，指导性案例¹可以发挥弥补法律缺漏的功能。然而，当前我国指导性数量较少，明显运用漏洞填补方法填补法律漏洞的指导性案例数量更是少之又少，加之相关案例存在着说理阐释简短等问题，导致实务中法官援引指导性案例意愿不足、援引率低，制约着案例指导制度在填补法律漏洞方面示范作用的实现。

我国目前的指导性案例根据调整的法律关系的不同可以分为刑事类，民事类与行政类三种，在刑事类指导性案例中法官主要运用的是狭义的法律解释方法如文义解释，体系解释，历史解释，目的解释等方法，不会突破法条文义涵盖范围的约束，受罪刑法定原则的约束，司法裁判中要严格依照刑法的规定裁判，法官自由裁量的权限较小，更不存在实质上突破法律或创造规则的行为。因此填补法律漏洞的主要是民事、行政类指导性案例。据此，本文通过对法律漏洞的认定标准和法律漏洞填补方法在民事、行政指导性案例中的具体运用进行细致的梳理分析，探求实践中指导性案例如何发挥其法律漏洞的填补作用，以便今后实务中出现同类法律漏洞填补时法官援引相关指导性案例或者采用与其相同的漏洞填补技术，提升指导性案例在填补法律漏洞方面的指导、示范作用，让指导性案例制度发挥其创制时所期望实现的目的和达到的社会效果。

2. 法律漏洞的存在与认定

2.1. 法律漏洞的存在：从概念法学到利益法学

由于现实世界的纷繁复杂以及人类理性的有限，规制人们行为的法律规范无法充分适应社会需求，从而总有法律漏洞出现的情况。但是，这一看起来理所当然的认识却并非自始便被接受与认可。在德国

¹ 本文以我国最高人民法院发布的指导性案例为研究对象。

法学方法论史中，法律漏洞理论的正确立经历了从概念法学到利益法学的演变。

概念法学是不认同法律漏洞的存在，在概念法学代表人物普赫塔看来，从法律概念出发可以自然而然地推导出法律规则，并且，就算在疑难案件中不存在能够与事实直接涵摄的法律规则，也能通过对法律概念的逻辑演绎解决无规则对应的情形。概念法学自诩建构出了一个封闭无漏洞的体系，法官在司法裁判的过程中只需严格依循体系内衍伸出的法律规则就足以解决案件纠纷，而无需考虑社会与政治因素的变化。到了十九世纪后期，自由法运动开始对“法律的逻辑体系自足，法秩序无漏洞”观点进行批判，法律漏洞被最终承认。自由法学认为：概念法学充斥着对制定法僵化教条的崇拜，而忽视了其他影响案件裁判的因素，应当充分赋予法官自由裁量的权力，用生活中的“活法”进行裁判。^[1]对自由法而言，它是国家法(制定法)的补充，同时也是填补制定法漏洞的来源。埃利希与康特洛维茨主导的自由法运动坚决反对概念法学的主张，从批判概念法学入手，阐发了一种“自然法复活”的理想，认为制定法无处不存在漏洞，并主张在国家法之外还存在许多类型的法，在制定法之外还存在自由法，而自由法才是法官裁判的依据。后来的利益法学同样批判了概念法学的形式主义，其代表人物赫克明确表示概念法学的建构主义是一种“颠倒程序”，同时，还否定了自由法学的极端情形，主张通过利益衡量的方法来填补法律漏洞。也正是从利益法学开始，法律漏洞填补理论真正走向成熟。赫克将利益法学视为一种司法裁判过程中的方法论，驳斥了概念法学的逻辑推论，他认为概念法学所持的“认知教义”将法官限制于一种理解性的活动，法官必须认识法律规范并将案件事实逻辑地涵摄于规范，必须根据认知逻辑的规则来适用法律，而不得评价，更不能自我创造。从利益法学开始，法律漏洞填补理论得到了进一步发展，它摒弃了自由法学在填补法律漏洞时过于依赖法官自由意志的弊端，开始探究法官在判决时应该遵循的原则。

从法学流派的演变中能看出，学界对于法律漏洞是否存在这个基本问题的认识经历了从无到有的一个过程。显然，自动售货机式的判决和金字塔式的法律规则创制都有明显的硬伤：概念法学所主张的通过对概念的逻辑演绎建构出的“概念金字塔”并非一个圆满的体系，法律总是存在漏洞的，只有法官才是法律的贯彻者；自由法学过于强调法官的主观意志，而轻视了法律规范的约束。是司法过程并非“自动售货机”那样简单，法条主义对司法行为的程式化想象并不符合司法的真实状态，司法实际上是充满创造性的高度智慧化的活动。诚然，实在法以外的资源和法官的主动性对法律漏洞的填补起到重要的作用，具有一定的现实可行性和合理性，但终究没有经过检验。但是法律漏洞存在的主张却逐渐成为主流和公认的观点，迄今为止，我们已经完全摒弃了概念法学所谓的“无漏洞体系”之梦，接受了制定法漏洞的存在。

2.2. 法律漏洞的认定：“违反计划的不圆满性”的破与立

我国学者对法律漏洞理论既有的实务视角的相关研究中，法律漏洞的分类标准及其补充方法多有论述，但对法律漏洞认定标准的相关研究比较少。在解决了法律漏洞是否存在这个本源性问题以后，我们需要对于这个具有基础理论意义的前提性问题进行研究。

德国学者在他们的著述中对法律漏洞的认定标准作出了简要回答：“欲判断是否确有此类漏洞存在，须以法律本身的观点、法律的根本规整意向、籍此追求的目的以及立法者的‘计划’为准。法律漏洞是一种法律‘违反计划的不圆满性’。”^[2]这是关于法律漏洞认定的最经典的理论，影响深远。受此观点影响，黄泽敏认为，法律漏洞的认定论证可分为规则缺失论证与圆满性论证。^[3]张祖阳却对不圆满性的标准进行了深入思考并提出质疑，他认为虽然将“违反计划的不圆满性”作为法律漏洞的认定标准是具有正当理由的，但是，该认定标准存在两点缺陷：^[4]一是不全面。法律没有必要对所有的生活事实都提供答案，对于法律对其保持沉默的领域，往往已经存在其他能达到解决争议效果且高效、低成本的标准

或规范，例如根据惯例或村规民约即可实现解决。若依据“违反计划的不圆满性”这一标准，法律保持沉默的对象就被认为是法律漏洞。而这部分被认定为法律漏洞显然不合适，法律不是百科全书，也不必包揽社会生活的方方面面、细枝末节。二是没有说明“其所以然”。提及这一认定标准的学者拉伦茨、考夫曼等都未能就其为什么可以作为法律漏洞的认定标准作出系统的、令人信服的论证。缺失正当性理由的法律漏洞认定标准难以普遍地为人们所接受，也无法为后续法律漏洞的填补提供正确的理论指导。

梁慧星也认为，法律漏洞的认定需要对制定法进行价值评价，一方面该生活事实应当属于法律调整范围，另一方面法律缺乏相关规定或规定不合适即可认为存在法律漏洞。^[5]

综上所述，本文认为，完整的法律漏洞认定标准应该经过两个阶段：第一阶段是将不需要得到法律规整的法外空间以及法律刻意对其保持沉默的生活事实排除出法律漏洞的范围，法律规范生活事实，但不是一切生活事实都受法律的规整。拉伦茨指出，“只有在不属法律无涉空间的问题上欠缺规则时，才可能存在漏洞”，因此应当区分法律的调整范围与法外空间，法外空间是法律调整范围之外的行为，如人的思想，观点，情感等，这些是法律无法予以规范的，又如人际关系，社会交往等，这些行为一般只是纯粹的生活行为，而没有设立，变更，终止一定的法律关系的意思表示行为，不具有产生法律效果的目的性，不属于法律的调整范围，对于法外空间而言，为了给予人们充分的自由空间，不适合法律涉及，因此不存在法律漏洞。“只有在所牵涉的问题本身需要并且能被法律规整时，才有‘漏洞’可言。”法律刻意对其保持沉默的生活事实也应该被排除出法律漏洞的范围。这种生活事实主要存在于反对解释之中。反对解释，即为“行为时之法律无明文规定者，不处罚该行为。”^[6]第二个阶段也就是将经过排除之后的仍认为是存在法律漏洞的案件与“违反计划的不圆满性”这一标准进行对比确认，该标准由三个部分构成：不完整性、不一致性和不圆满性。

3. 我国指导性案例中的法律漏洞认定

3.1. 不完整性

3.1.1. 完全没有法律规范加以调整

以指导性案例 15 号“徐工机械公司诉川交工贸公司等买卖合同纠纷案”²为例。首先判断相关案件所涉事实是否属于不需要得到法律规整的法外空间或者法律刻意对其保持沉默的生活事实。本案中原告徐工机械公司认为被告三个公司之间出现人格混同的情况，因此需对原告公司主张的货款承担连带清偿责任。《公司法》第 20 条第 3 款仅规定公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任应当对公司债务承担连带责任的情况，即出现法人人格否认情况下股东应当承担连带责任，而没有规定该公司的关联公司是否应当承担连带责任。被告三公司出现的人格混同情况事实上对原告公司债务的偿还产生了不利影响，对于侵犯原告利益的事件(公司之间出现人格混同)，法律应该进行调整以保护原告公司的可得利益，但是对该事件法律并没有规定公司之间出现人格混同的情形以及对应的法律后果，因此在该指导性案例中，存在法律漏洞，该法律漏洞是由于存在需要法律规制的情况而现有法律体系中完全没有相应规范加以调整的不完整性导致的。

3.1.2. 法律规范缺少必要的构成要素

魏德士认为，“一个完整的法律规范首先要描写特定的事实类型，即所谓的法定的事实构成，然后才赋予该事实构成某个法律后果，例如赔偿义务、刑罚、和权利让与……因此，事实构成和法律后果之间的连接是完整的法律规范的首要的、最重要的内容。”^[7]完整的法律构成要件 T 包括明确的权利或义务(m1)；明确的权利人、义务人(m2)；具体的侵害行为(m3)；具体的危害结果(m4)；侵害行为与危害结

²最高人民法院指导案例 15 号“徐工集团工程机械股份有限公司诉成都川交工贸有限责任公司等买卖合同纠纷案”。

果之间存在因果关系(m5); 侵害行为存在过错(m6)——故意或过失; 侵害行为具有违法性(m7)——或是违法行为或是犯罪行为; 不存在免责事由、抗辩事由或其他例外规定(m8)。[4]以著名的北雁云涛案为例, 首先根据排除性要素, 公民的姓名是公民对世的一种身份识别的象征, 也是个人社会生活的重要起点, 根据法律漏洞的排除性标准, 这是法律值得管、管得着、管得了的事项, 同时确实有相关法条对公民选择姓名权作出了具体的规定, 因此其不属于法外空间。但是关于姓名选择权的范围规定确实存在法律上的漏洞。相关法条仅规定了公民原则上应当随父姓或者母姓, 并规定了在父姓和母姓之外选取姓氏的几种情形: (一) 选取其他直系长辈血亲的姓氏; (二) 因由法定扶养人以外的人抚养而选取抚养人姓氏; (三) 有不违反公序良俗的其他正当理由。少数民族公民的姓氏可以从本民族的文化传统和风俗习惯。”在本案中, 相关法律没有规定公民不能选取哪些姓氏, 只规定不能违反公序良俗原则, 但是哪些情形是不违反公序良俗原则的情形法律并没有接着列举, 因此存在着本案中根据父母喜好进行选取的姓氏是否能被涵盖进公序良俗原则的判断要件的缺失, 是该规范的例外规定(m8)不完整, 相应具体情形判断要件缺失造成的法律的漏洞。

3.2. 不一致性

不一致性是指法律规范之间相互矛盾或法律规范之间的价值判断相互矛盾, 即对该生活事件虽有规范加以调整, 但是规范之间相互矛盾。

在指导性案例 21 号³中, 原告内蒙古秋实房产公司开发的经济适用房住宅小区未修建地下室的行为, 根据《人民防空法》以及《人民防空工程建设管理规定》的相关规定, 其应该修建战时可用于防空的地下室, 对其不修建地下室的行为应当征收“防空地下室易地建设费”一百多万元, 但是根据国务院《解决城市低收入家庭住房困难的若干意见》第十六条规定: 经济适用房免收各种行政事业性收费, 对于该公司合法的建设行为所建成的经济适用房小区应该免收此项费用, 此时, 不同的法律规范之间产生了一致的评价效果, 根据《人民防空法》以及《人民防空工程建设管理规定》应该对原告房产公司征收费用, 但是根据国务院《解决城市低收入家庭住房困难的若干意见》应该免除原告房产公司的费用, 相互矛盾, 法律规范之间的一致性导致了法律漏洞的产生。

3.3. 不圆满性

不圆满性是指现实情况中采用法律规范提供的答案、解决方案不具有实质合理性、不符合实质正义的情形。不完整性、不一致性与不圆满性之间的逻辑关系是, 法律规范的不完整性、不一致性导致了法律后果的不圆满性。[4]因此, 前述不一致性、不完整性所包括的最高院的指导案例中体现的案件事实也都是不圆满性的体现, 无需对不圆满性进行额外的举例说明。在指导性案例之外, 最经典的是不圆满性案例是“泸州遗赠案”,⁴黄永彬与张学英婚外同居的行为违反了公序良俗原则, 但是根据《继承法》第十六条第三款的明确规定, 公民的遗嘱内容自由, 其赠予张学英财产的遗嘱因符合法律规定而生效, 本案中也不存在《继承法》第二十条规定的无效情形, 这就引起了社会大众的不满。毫无疑问的是, 婚外同居违反了《婚姻法》的规定, 违反了公序良俗原则, 但若仅以此为依据, 认为婚外同居衍生出的婚外遗赠是无效的民事行为明显存在一定问题。但若直接判决遗嘱有效则又可能会鼓励一些不良的社会风气, 不符合传统的道德观念和善良风俗, 超出了一般大众的可接受程度, 因此, 此时也出现了法律漏洞。

4. 我国指导性案例中的法律漏洞填补

指导性案例在发挥法律漏洞填补功能方面的示范性还有待加强, 通过分析审判实践中已经存在的指

³最高人民法院指导案例 21 号“内蒙古秋实房地产开发有限责任公司诉呼和浩特市人民防空办公室人防行政征收案”。

⁴参见泸州市纳溪区人民法院民事判决书, (2001)纳溪民初字第 561 号; 泸州市中级人民法院民事判决书, (2001)泸民一终字第 621 号。

导性案例在填补法律漏洞方面的具体做法可以强化对指导性案例适用的支持与引导。本文将通过分析所找到的具体民事、行政指导性案例，分析其中漏洞填补方法的具体运用，为后续实务中法官处理类似的疑难案件提供指导性案例的标准化指引。根据填补方法的不同，大致可以分为类推适用、目的性扩张、目的性限缩和法律原则运用四类。

4.1. 类推适用

类推是指法律对某一事项没有规定，而对与其性质相同的另一案件类型有相关规定，因而将该事项适用于其相关规定的情况。^[8]拉伦茨认为“将某一事实构成对应的法律规则应用到应做相同评价的事实构成上”就是制定法的类推，评判该事项与法律规定的事项类似的标准是需要在对法律评价有决定意义的方面一致，需要法官进行价值判断。^[9]当法律出现明显漏洞时，即法律应当规定而没有相关规定的情况，一般用类推适用的方式填补法律漏洞。

在指导性案例 6 号⁵中，被告工商局对原告开办的电子阅览室进行检查时发现内有未成年人在上网玩游戏的情况，同时原告不能出示经营许可证和营业执照，被告依照相关规定作出没收其 30 余台电脑的行政处罚，原告向法院诉请确认工商局的行政处罚行为违法，并撤销行政处罚，返还被没收的电脑。在该案例中对于行政机关没有经过听证程序直接作出没收财产行政处罚的行为是否违法并没有法律明确规定，看似是一个缺乏法律规范而导致的法律漏洞，但是在实际处理的过程中并没有采取法律原则的适用进行缺位的法律条款的补充。本案中，最后采取的是一个举轻以明重的类推适用结果。《行政处罚法》第 42 条没有明确规定“没收财产”是否属于可以举行听证的情况，但是没收财产应当属于与上述规定类似的对行政相对人权益产生重大影响的行政处罚行为。通过比较可以发现，没收财产的行政处罚与《行政处罚法》第 42 条中较大数额罚款等规定具有实质上的相似性，而且没收财产比较大数额罚款侵犯相对人权利的程度更大。根据举轻以明重的推理方法，相对较轻的行政处罚都需要告知当事人有举行听证的权利，那么程度更重的处罚更应当告知当事人可以举行听证程序。因此没收财产的行政处罚应当类推适用上述规定举行听证，被告工商局没有举行听证即作出行政处罚的行为违法，应当予以撤销。

在类推适用时，必须注意第一，判断没有相关法律适用的标准。类推的前提是对于某一事项没有相关的法律可以适用，对于如何判断没有法律可以适用需要遵循一定的标准。在没有相关法律可以适用时，不可以强行类推，否则会破坏法的安定性和可预测性。第二，相似点的判断。判断待决案件事实与法律事实构成之间的相似点是决定是否类推适用的关键。主要是判断是否有影响类推的实质性的区别，在判断两者实质上的区别时不在于表面上是否相似，而在于背后的价值判断与法律原则，因此，在判断相似点实质上是否类似时是一个主客观相结合的过程，既需要分析事实构成要件，又需要进行充分的价值判断。

4.2. 目的性扩张

目的性扩张是对法律未包含的案件类型，由于其符合该法律规范的立法目的，将其也归入该法律规范的调整范围内。^[8]目的性扩张与扩张解释不同，前者是该案件类型已经超出了法条文字的涵盖范围，依照该法条的目的将其也归入该法条的调整范围，后者是法条字面文字表达无法涵盖文字的真实范围，该案件类型仍然在法条文字的范围之内，通过扩大解释的方法将其包含进来。目的性扩张在适用的过程中应当遵循法条的规范目的，不能脱离法条的目的范围。

在指导性案例 29 号⁶中，被告旅行社非法使用原告的简称“天津青旅”，使公众在搜索原告的企业

⁵最高人民法院指导案例 6 号“黄泽富、何伯琼、何熠诉四川省成都市金堂工商行政管理局行政处罚案”。

⁶最高人民法院指导案例 29 号“天津中国青年旅行社诉天津国青国际旅行社擅自使用他人企业名称纠纷案”。

名称以及简称等关键词时，被误导点击打开被告公司的网站，通过混淆行为损害了原告的合法权益。企业简称是否应当受法律保护相关法条没有明确规定成为本案的难点。《反不正当竞争法》第五条以及相关司法解释规定经营者不得擅自适用他人企业名称，被告擅自使用原告的企业简称为自己谋取利益，是不正当的竞争行为，但是该条并没有规定简称也是其保护对象。法院经审理认为“天津青旅”作为原告名称简称，经过多年的使用与宣传已经与其“天津中国青年旅行社”的名称产生明显的联系，具有一定的知名度，其简称应与全称一同受到保护，通过目的性扩张将企业简称纳入相关法条的保护范围。利用他人企业简称使公众产生误认从而为自己谋取利益的行为违反了反不正当竞争法的规定，应当被禁止并赔偿损失。

4.3. 目的性限缩

目的性限缩是指法律规则的文义过宽，某种案件类型虽然符合该法条的文义，但是并不符合该法条的目的调整范围，从而应当将该案件类型排除在该法条的适用范围之外的情形。目的性限缩一般适用于隐蔽型漏洞，由于法条文义表达的局限性，法律规则的文字本身并不能完全表明该法条的立法目的，如果按照规则的意义与目的，对某种案件类型应当作出限制规定而没有进行限制，这种情形就属于隐蔽型漏洞。

在指导性案例 21 号⁷中，被告呼和浩特市人民防空办公室认为原告内蒙古秋实房产公司开发的经济适用房住宅小区未按照《人民防空法》以及《人民防空工程建设管理规定》的相关规定修建战时可用于防空的地下室，决定对其征收“防空地下室易地建设费”一百多万元，原告秋实房地产公司不服遂诉至法院。法院认为虽然国务院《解决城市低收入家庭住房困难的若干意见》第十六条规定了经济适用房免收各种行政事业性收费，但是直接适用上述规定免除被告的易地建设费显然不合理。《规范》立法目的是保障国家防空安全，保障居民人身安全，根据《防空工程建设管理规定》第四十八条应当修建防空地下室的建筑，因地质，地形等原因不宜修建的，经人民防空主管部门批准可以不修建，但必须缴纳易地建设费，由人民防空主管部门易地修建。被告应当修建防空地下室而不修建，违反了《规范》的立法目的，是违法行为，根据建设部等七部委《经济适用住房管理办法》第八条的相似规定：调整对象应当是合法的建设行为，因此应当对上述规范的适用范围作出限缩，本案中原告不适用上述免收行政事业性收费的规定，不应当免交易地建设费。

在适用目的性扩张和目的性限缩时必须注意首先要明确法条文义范围，目的性扩张适用于法条文义过窄而对其进行限缩的情形，而目的性限缩适用于法条文义过宽而对其进行限缩的情形，法条的核心文义的涵括范围判断非常重要，不准确的判断会导致错误适用目的性扩张和目的性限缩造成的错误的判决结果。其次要探寻立法目的。不论是目的性扩张还是目的性限缩，其适用的前提是规则背离，规则背离就是某一案件类型有明确的法律规则可以适用，但是适用该规则会出现不合理的结果，违背公平正义，难以实现该规则预期实现的立法目的，从而对该法条进行扩张或限缩，并且这种扩张和限缩不属于文义的范围之内。

4.4. 法律原则的适用

运用法律原则填补法律漏洞可以分为两种情形，第一种是对于某种案件类型没有明确的法律规则可以适用，可以通过对原则的阐释与具体化以论证裁判结论，比如北雁云漓案。在北雁云漓案⁸中，父母为其取名“北雁云漓”导致派出所拒绝登记，根据相关法律规定判断所取名字是否合法存在困难。此时，

⁷最高人民法院指导案例 21 号“内蒙古秋实房地产开发有限责任公司诉呼和浩特市人民防空办公室人防行政征收案”。

⁸最高人民法院指导案例 89 号“‘北雁云依’诉济南市公安局历下区分局燕山派出所公安行政登记案”。

法官根据立法目的和公序良俗原则结合本案的情况进行了具体的阐释。一方面子女跟随父母姓氏有利于提高社会管理效率，如果人人都可以随意选取姓氏或者创造姓氏将会增加社会管理成本，造成社会秩序的混乱，不利于社会公共秩序的维护，损害的是社会公众的利益。另一方面姓氏体现着血缘传承与伦理秩序，是中华传统文化的集中体现，子女跟随父母的姓氏符合传统文化以及主流道德观念，如果公民随意选取姓氏或者创造姓氏将会冲击传统文化以及伦理观念，违反善良风俗以及社会公德。原告取名“北雁云依”属于创设姓氏，原告父母认为该名字取自中国古典诗词，寓意父母美好祝愿的理由是个人的喜好，具有随意性，违背了公序良俗原则，因此不应当支持原告的请求。

第二种是虽然有具体的规则适用，但是适用此规则会出现违反公平正义的结果，与原则不符，法官可以基于正当裁判的目的优先适用原则，但是应当充分论证优先适用原则的理由。^[10]根据法律漏洞理论，当法律规则与法律原则存在冲突时，如果直接适用法律规则会导致不正义，此时也是一种法律漏洞，法官可以用法律原则矫正法律规则从而填补法律漏洞。

以“泸州遗赠案”⁹为例，该案虽然不是指导性案例，但是在法律原则的适用上值得我们研究学习。本案的争论焦点是黄永彬与张学英婚外同居的行为是否影响黄永彬内容为赠予张学英财产的遗嘱的效力，法官的立场是黄永彬将财产遗赠给婚外第三者的行为违反了公序良俗与社会主流道德，法院对此类行为不予认可。许多人基于维护婚姻道德与家庭伦理的立场对此表示赞同，认为法院的做法符合中国传统的主流道德，端正了社会风气。然而也有许多人对该判决结果不满，认为财产处分自由不应随意受到公权力干涉，主张遗嘱自由应当得到尊重，他们提出了几点质疑：第一，他们认为婚外同居与遗嘱行为是两回事，因婚外同居的行为而去否定遗嘱行为是不合理的；第二，判断遗赠行为是否有效时，只应当考虑该法律行为是否符合法定构成要件，而不应当看动机；第三，在继承法上有具体法律规则法院不适用而采用比较模糊、不好明确的原则性规定是有问题的；第四，法官这是以道德代替法律，忽视了具体的法律规范，存在法官跳出法律框架续造法律的不受限制的风险。

对该判决的认同与否体现了价值观的差异，因为在此类案件中，法院不得不作出一定的价值判断，而法律技术是服务于道德立场的。但这种情况存在很大的不确定性，一般情况下如果有合适的规则可以适用就应当慎重适用法律原则，首先，如何判断适用法律规则会导致不正义也没有确切的判断标准。其次，法官需要将法律原则具体化，结合具体案情，探求立法目的与社会主流价值观念，进行充分的利益衡量，综合考量后再作出判断，才能作出系统的、有说服力的论证。

5. 结语

综上，本文在已有关于法律漏洞的存在与认定标准的研究基础上，进行了对于我国民事、行政指导案例案件中法律漏洞存在的认定以及法律漏洞填补方法运用的分析。需要指出的是，本文只是出于方便写作和清晰阅读的目的才将某个指导性案例划归到某一填补方法中，实际上，很多指导性案例在法律漏洞填补方法的运用时并不是全有或者全无的，在法律漏洞补充的思维中存在着你中有我，我中有你的关系，很多时候法官在释法说理时也是综合运用多种法律思维和漏洞填补理论才能达到案件处理的最佳效果。同时，在运用方法进行法律漏洞填补时，必须注意运用的限制条件和运用的限度才能达到令大众信服的社会效果。如利益衡量，在利益衡量过程中带有明显的价值判断性质。这种价值判断应当服从于法律制度确定并保护的价值秩序，如果涉及位阶相同的权利间的冲突，则取决于应保护法益被影响的程度，取决于假设某种利益须让步时，其受害程度如何，最后尚须进行综合考量适用比例原则、最轻微侵害手段等进行妥善处理。本文限于篇幅和研究进度，对于研究中发现的指导性案例法律漏洞填补的过程中存

⁹ 参见泸州市纳溪区人民法院民事判决书，(2001)纳溪民初字第561号；泸州市中级人民法院民事判决书，(2001)泸民一终字第621号。

在着说理部分简略、案件事实简短等影响类案判断和援引比例的问题未能进行分析探讨，期待之后可以进一步研究来助力案例指导制度更好地发挥指导示范作用。

参考文献

- [1] 顾祝轩. 制造“拉伦茨神话”——德国法学方法论史[M]. 北京: 法律出版社, 2011: 22.
- [2] 卡尔·拉伦茨. 法学方法论[M]. 陈爱娥, 译. 台北: 五南图书出版公司, 2001: 283.
- [3] 黄泽敏. 法律漏洞填补的司法论证[J]. 法学研究, 2020, 42(6): 62-79.
- [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] 梁慧星. 民法解释学[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1995: 264.
- [6] 杨仁寿. 法学方法论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1999: 114.
- [7] 伯恩·魏德士. 法理学[M]. 丁小春, 吴越, 译. 北京: 法律出版社, 2003: 63.
- [8] 黄茂荣. 法学方法与现代民法[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001: 393-400.
- [9] 卡尔·拉伦茨. 法学方法论[M]. 黄家镇, 译. 北京: 商务印书馆, 2020: 479-481.
- [10] 于莹. 民法基本原则与商法漏洞填补[J]. 中国法学, 2019(4): 285-302.