

论司法中法律漏洞之弥补技术

刘祚伟

(厦门大学法学院 361005)

【摘要】司法作为法治体系中一重要环节,对解决社会纠纷,促进社会和谐有着极其重要作用,司法的功用不言而喻;法官作为司法的主体在适用法律中又往往面临诸多困难与挑战,“法律漏洞”就是其中的难题之一,但我国法官在填补法律漏洞中的表现并不乐观,于是如何发挥我国法官在法律漏洞填补中的积极性就成为思考之对象;至于如何应对该问题,又需要从立法、司法等各个层面来进行回答,本文试阐述之。

【关键词】法律漏洞;必然性;应对;注意的问题

一、法律漏洞的界说

“漏洞”一词原初的意思是“(说话、做事、方法等)不应有的不周密的地方,破绽”。而将这一层意思嵌入到法律中就可以认为是法律规范体系中所具有的不严密和欠缺属性。德国人拉伦茨认为“法律漏洞是一种违反计划的不圆满性”,又进一步的说到“法律漏洞并非未为任何规定,毋宁是欠缺特定——依法律的规定计划或整体脉络,得以期待——的规则,而此点如何强调都不为过”。他把立法者意欲通过法律而达到的调整目的和意图视为“计划”,而反过来该计划就可认为是立法者按其立法目的建构的法律体系。

由些而论,认为在整个法律秩序所能辐射的范围之内,针对某一事实行为的问题应由法律给予回答却因缺乏相关法律规范而使之解答失灵的法律体系的不严密即为法律漏洞。应当指出的是本文所指漏洞之法律,是就实在法而言而非自然法学意义上所指的“法”;法律规范用语的概括、抽象、界限不明以及立法者在一定领域有意识的不作规定,非属本文所论及的“漏洞”范围之列。

二、漏洞之必然性

法国民法典:“法官借口法律无规定,规定不明确不完备而拒绝审判者,得以拒绝审判罪追诉之”。由此可推出立法者们认为该法典是完美无缺的,是不存在漏洞的。所以法官是被禁止“司法沉默”的。

但不能忽略的是,立法主要是对当前亟待调控的生活事实和利益冲突给出答案,同时又对可预期的生活事实和行为模式给予作为或不作为的准则。首先,立法者的认知能力有限,不可能预知在远期内可能发生的一切潜在事情,要想做到让法律对千变万化并不断变动的社会生活总揽无遗是不可能的,“由于立法者的认知能力非至上性,造成的法律不能涵盖一切社会关系的情况,可称之为法律的不周延性”;其次,制定法以成文的形式固化下来,受语言文字本身的局限,仅仅依靠语词结构无法将多样化的客观事实世界穷尽,也即文字表征意义的包容性不足。另一方面来讲,文字又有多义性和流变性,即“语词的能指是无限的”,一个定义可以有多个层面或角度的指向,比如对“凶器”一词的理解,又或是“暴力”的阐明,无不遭遇诸如此类的困境。语词的意义中心是人所共识,但在边缘意义上却难以定论;社会的变动使法律难免会挂一漏万。“法律自公布之日起,就逐渐与社会渐行渐远”,换而言之,法律漏洞必然存在。

三、漏洞之应对技术

法律若要远离漏洞势必就要寻找一个能够填补漏洞的路径,而对于漏洞之填补,有的学者把它纳入法律解释的场域之中。实则漏洞之填补和法律解释有着很大的区别。法律解释以法律条款文义的可能射程范围为其界限,而法律漏洞的栖身空间却在解释界限之外。

在拉伦茨那里,法律漏洞的填补和法律解释被认为是同一思考过程的不同阶段,当法官续造在偏离文义之前是解释的控制领域;而当超越了定义的范围但又仍在立法者原本计划的目的范围之内的续造就具有了漏洞填补的属性,称之为“法律内的法的续

造”;又假使法的续造逾越了“计划”的界分,而在整体法秩序的基本原则范围内,则属于“超越法律的法官续造”也即拉伦茨在法整体秩序内把法的续造以“文义”与“立法计划”的基准划分为三个阶段,而后两个阶段就为本文所将要论述的漏洞填补。

(一)法律漏洞之应对的路径

1、从立法层面上看:立法者应当提高自身的立法技术和知识水平,对当前和未来的规则客体有一个充分估计和足够预测,重视法律的“开放性”,面面俱到是不可能,但应当把法律盲点降到最小程度;立法时应立足于全局和法律普适的特点,这也是对法“内在道德”的要求。

2、基于司法的立场:无论是初始漏洞还是嗣后漏洞,对于法官来说在个案的处理过程中应以以下两种方法进行应对:一是以现有法律规范为依托的“比附援引”;二是“创制”。

(1)“比附援引”是司法官在现有的实在法基础之上进行类推、扩大或是限缩的一种续造方法。包括类推适用,扩张适用和限缩适用。类推适用是当某一事实行为情况在现有的法律体系中不能得到法律评价时,可以求诸于最相类似的法律条款从中可以推导出可适用的法律规范并加以施用,但这里有一个“关节点”就是待决利益状态与法律已规定的某个利益状态是如此的相似以致于即使在法无规定的情况之下,也可以比附援引某一明示条款。

扩张适用系指当法律文义涵盖的内容不足以反映其立法意图需要调整的范围,为了贯彻立法意图而将其适用范围扩张到文义之外的相关内容,这是言不尽意文义表达的有限性和立法意图冲突不可调和时的一种填补方法。而限缩适用恰好与扩张适用相反,如果立法者所选择的语词字义超过了其意欲表达意图的范畴,就应当将意图计划之外的部分祛除,而只保留符合立法本意之内容,理论上也把这种情况称为“例外的漏洞”。

(2)法律创制。一般来讲,法官的职责在于司法,裁决争议,而不是立法,故应当严守分际,否则就有僭越之嫌。当漏洞穷尽前述多个方法仍不能弥补又无任何法律论据可以参考时,就需根据整个法律秩序的平等公平正义等一般性的理性原则和法律的精神来对个案进行处理。这在续造上,“创制”会走得更远一些。比如:我国民法通则对胎儿是否具有权利能力未作规定,只在继承份额中有所体现,权利能力以出生作为基准。而在瑞士的民法典中,如果胎儿出生为活体,即视为出生前即具有权利能力的条件;我国司法实践可不妨以拟制手段来弥补在这一方面的缺失。

四、应当注意的问题

本文对漏洞的必然性,以及法官在填补漏洞中裁量造法正当性都作了相应的论述,已存的法律具有必然的不完善性,所以法官也总是要有必要对法律作补充,笔者虽然鼓励法官在适用个案中应当充分发挥其主观能动性,但绝非是纵容其恣意。其次,底线要求,漏洞填补过程中,法官权力的行使不能逾越法律的基本精神和一般性的公正正义的标准,维护法律的整体秩序是其起码的准则,适当地续造不过是围绕司法基本职能的一种附带职能而已,“法官……凭靠过去与当今历史向他提供的资料进行工作……偶尔可以创制一种新的救济或辩护手段,但这须以正义要求采取这种措施为条件”。

【参考文献】

- [1]现代汉语词典(修正本),商务印书馆,1996年,第820页。
- [2][德]卡尔·拉伦茨.法学方法论[M].北京:商务印书馆,2003.
- [3][德]卡尔·恩吉施.法律思维导论[M].北京:法律出版社,2004.