

法律与法的评价互动

——克劳斯-威廉·卡纳里斯《法律漏洞的确定》述评

杨旭

摘要：作为法学方法论领域的经典名著，卡纳里斯的《法律漏洞的确定》对我国具有重要借鉴意义。所谓“法律漏洞”，是指由法律和习惯法组成的实证法之违反计划的不完整性，而法律漏洞的“确定”则是有别于其“填补”的独立方法论层次。卡纳里斯的理论既具有鲜明的实务取向性，又具有超越具体部门法的普遍性。通过对法律漏洞的概念、漏洞确定的标准和工具、漏洞的种类、漏洞确定和漏洞填补的关系、漏洞填补的界限五大议题的深入研讨，本书完整勾勒出“法官在法律外续造法之前提与界限”。其中，跨越不同法秩序的普适性内容包括合理界定漏洞领域、细化漏洞确定方法、指明裁判说理框架、标示法官造法边界等，从而形成一套颇具可操作性的理论体系。在借鉴的基础上，还应对此予以批判性反思和本土化发展。例如，需价值填充的概念和概括条款是否构成法律漏洞、整体类推抑或归纳适用等问题不无探讨空间，而我国立法中的成文基本原则、法定主义条款等特色规定则具有重要的方法论意涵。如此，便能进一步推进法律漏洞确定理论乃至整个法学方法论的科学性与可操作性，从而充分实现法律与法的评价互动。

关键词：克劳斯-威廉·卡纳里斯；法律漏洞确定；法律外续造法；批判性反思；本土化发展

[中图分类号] D910.1 [文献标识码] A [文章编号] 2096-6180 (2023) 06-0138-18

引言

在法学方法论趋于流行和普及的当下，所谓“法律漏洞”对我国学术及实务界而言早已不再陌生。然而，一旦提及法律漏洞，最先被想到的往往是漏洞填补，漏洞确定作为重要的前提却尚未被充分关注。若不先行确定漏洞之存在，其填补根本无从谈起。所以极有必要追问的是：何谓法律漏洞？如何确定法律漏洞？法律漏洞之确定与填补的关系如何？法律漏洞填补的界限何在？这些问题构成法学方法论中最为核心之内容，对于司法裁判实务具有重要的指引和限制功能，

【作者简介】杨旭，法学博士，北京师范大学法学院讲师。

有必要予以妥当回答。

将目光回溯至 20 世纪 60 年代的德语法学，这些问题同样亟须解决。于此背景下，德国著名的民商法与法理论学者克劳斯-威廉·卡纳里斯（Claus-Wilhelm Canaris）于 1964 年首次出版其博士论文《法律漏洞的确定：法官在法律外续造法之前提与界限的方法论研究》，并于 1983 年在稍加修订后推出第 2 版^{〔1〕}（下称本书）。正如其在“第 1 版前言”中所强调，法律漏洞确定的“意义并非微不足道，甚至通常比漏洞填补问题更加重要，因为在确定漏洞时就已触及法官究竟是否有权续造法这个意义重大的判断”。^{〔2〕}这一法学方法论上的重要“发现”^{〔3〕}正是其“功绩所在”^{〔4〕}。

鉴于此，卡纳里斯的法律漏洞确定理论无疑对我国具有重要借鉴意义。恰如其弟子莱茵哈德·辛格（Reinhard Singer）所言：“假如不是被撰写成博士论文，其（如今）也（还）能被用作关于方法论的教科书，而且必定在一点上胜过其老师（卡尔·拉伦茨）的方法论：论证的强度和准确性。”^{〔5〕}那么，以下首先界定这部“法律漏洞教科书”的主题，然后阐发和梳理其研究旨趣、论述脉络及主要结论，最后指明我国借鉴此方法论学说的应有立场，期待能为更深层的思考奠定基础。

一、主题界定：结合“第 1 版前言”展开

正所谓“名正则言顺”。要准确理解卡纳里斯的法律漏洞确定理论，就必须先从本书的主题入手。如前所述，本书的主标题为“法律漏洞的确定”，副标题为“法官在法律外续造法之前提与界限的方法论研究”。这两个标题相互解明，再配合本书“第 1 版前言”中极为凝练的解说，便能提供重要的方向性指引。

（一）何谓“法律漏洞的确定”？

主标题“法律漏洞的确定”包含三个层次的含义：一是存在漏洞的是“法律”；二是所要确定的是“法律漏洞”；三是研究重点为法律漏洞的“确定”。由此延展出三组重要的基础概念，分述如下。

1. 法律、实证法和法（秩序）

本书所称“法律”即制定法（Gesetz）或者被制定之法（gesetztes Recht），系由权威的立法机关基于法定的权限与程序所制定，通常体现为相对具体的条文形式。所以其远远不限于《中华人

〔1〕 [德] 克劳斯-威廉·卡纳里斯：《法律漏洞的确定：法官在法律外续造法之前提与界限的方法论研究》，杨旭译，北京大学出版社 2023 年版。

〔2〕 [德] 克劳斯-威廉·卡纳里斯：《法律漏洞的确定：法官在法律外续造法之前提与界限的方法论研究》，杨旭译，北京大学出版社 2023 年版，“第 1 版前言节选”，第 1 页。

〔3〕 Reinhard Singer, Claus-Wilhelm Canaris-der “Entdecker”, in: Stefan Grundmann/Karl Riesenhuber (Hrsg.), Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler. Ein Ideengeschichte in Einzeldarstellungen, Band 2, 2010, S. 365, 366.

〔4〕 Heinz Wagner, in: AcP 1966, S. 355.

〔5〕 Reinhard Singer, Claus-Wilhelm Canaris-der “Entdecker”, in: Stefan Grundmann/Karl Riesenhuber (Hrsg.), Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler. Ein Ideengeschichte in Einzeldarstellungen, Band 2, 2010, S. 365, 366.

民共和国立法法》第7条以下规定的“法律”，还应包括宪法、行政法规、地方性法规、自治条例、单行条例等不同效力层级的规范性法律文件。

而“实证法”（positives Recht）则不限于此，除法律外还体现为不成文的习惯法，后者“以多年惯行之事实及普通一般人之确信心为其成立基础”且不得违背公序良俗。^{〔6〕}不过，成文的制定法和不成文的习惯法并未穷尽实证法的全部形式。因为卡纳里斯认为，“那些本身已具有法条的性质，并因此通常能直接涵摄的普遍性基本原理”也属于实证法，尽管这些规范性基本原理“在通常情况下是不成文的”，如德国法上的契约严守、无法律即无犯罪、债权合同形式自由、遗嘱自由等。^{〔7〕}

此外，“法”（Recht）与“法秩序”（Rechtsordnung）基本同义，主要由三部分组成：一是实证法中的规范（规定）；二是处于规范背后的法律评价；三是普遍法原则及法价值。^{〔8〕}由此清楚表明，卡纳里斯所持的法概念立场在根本上有别于法律（制定法）实证主义，而是具有鲜明的评价法学特质。更重要的是，如后文所述，法秩序这三大组成部分正是法律漏洞确定的核心标准。

2. 法律漏洞与法的漏洞

所谓“法律漏洞”即“法律中的漏洞”（Lücken im Gesetz）之简称，应当理解为制定法漏洞，而非法的漏洞。但由于卡纳里斯将适用补充性习惯法的情形归为解释领域，所以严格来说，其所称“法律漏洞”实为“实证法漏洞”，只是在后者的意义上被简化使用而已。^{〔9〕}就此而言，评论者将漏洞概念转述为“法秩序违反计划的不完整性”^{〔10〕}便有失妥当，正确的表述只能是“法律/实证法”违反计划的不完整性。那么，《中华人民共和国民法典》（下称《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”，便主要是对实证法不同组成部分的完整表述，而并未直接触及法律漏洞问题。

本书亦有提及“法的漏洞”。卡纳里斯以此指称“虽然存在法律问题但不可能给出法律答案的情形”，也就是不可填补之漏洞。^{〔11〕}例如，法律就某特定事务规定选举，却不对选举方式和被选举人的查明作进一步规定。^{〔12〕}申言之，“法律漏洞”只是实证法中的漏洞，能通过“超越法律的

〔6〕 王泽鉴：《民法总则》，北京大学出版社2009年版，第63页。

〔7〕 [德] 克劳斯-威廉·卡纳里斯：《法律漏洞的确定：法官在法律外续造法之前提与界限的方法论研究》，杨旭译，北京大学出版社2023年版，第78页。对于此类不成文的规范性基本原理，卡纳里斯进一步指出，其作为实证法的组成部分也可能存在漏洞，例如在强制缔约的情形，便是对合同自由这一基本原理作目的性限缩。参见该书第137-138页。当然，这种理解是否妥当，不无探讨空间。

〔8〕 [德] 克劳斯-威廉·卡纳里斯：《法律漏洞的确定：法官在法律外续造法之前提与界限的方法论研究》，杨旭译，北京大学出版社2023年版，第40-43页。

〔9〕 [德] 克劳斯-威廉·卡纳里斯：《法律漏洞的确定：法官在法律外续造法之前提与界限的方法论研究》，杨旭译，北京大学出版社2023年版，第15-16页。

〔10〕 Heinz Wagner, in: AcP 1966, S. 354.

〔11〕 [德] 克劳斯-威廉·卡纳里斯：《法律漏洞的确定：法官在法律外续造法之前提与界限的方法论研究》，杨旭译，北京大学出版社2023年版，第153-156页。

〔12〕 Ernst Zitelmann, Lücken im Recht, 1903, S. 28-29.

法”加以填补，而“法的漏洞”则是法本身的漏洞，充其量只能以恣意的方式被消除，或者根本不能被消除。^{〔13〕}更重要的是，法的漏洞已超出法律漏洞确定的范围，而是其填补之界限问题。

3. 法律漏洞的确定与填补

法律漏洞的确定（Feststellung）有别于其填补（Ausfüllung）。前者指向法律漏洞在规范意义上存在与否的判断，后者则是以存在漏洞为前提对法律加以补充。即便二者在实际的方法论操作中可能合二为一，但必须从概念上予以严格区分。因为一方面，正如前述卡纳里斯所言，漏洞确定“甚至通常比漏洞填补问题更加重要，因为在确定漏洞时就已触及法官究竟是否有权续造法这个意义重大的判断”。那么只有严格区分此二者，才能充分考虑法官续造法的权限之有无，而不是径直允许法官从事原本并无权限的所谓“漏洞”填补。另一方面，漏洞之确定和填补的区分也是方法论上重要的分析工具，有利于理论构造的清晰性和统一性。例如，罪刑法定原则要求禁止（不利于被告人的）类推适用。不过，此处的禁止类推并不意味着法律漏洞不存在，而是虽“存在漏洞，但却例外地禁止填补”^{〔14〕}。如此，不但能简化漏洞确定所需考量的因素^{〔15〕}，而且有助于缩小不同部门法在方法论上的差异性。

（二）何谓“法官在法律外续造法之前提与界限的方法论研究”？

如果说主标题旨在界定本书的研究对象，那么稍显繁琐的副标题则主要揭示“法律漏洞的确定”在整个法学方法论体系中的定位。其中，“法官”和“方法论研究”相结合指向作为方法论核心内容的司法裁判理论，“法律外续造法”进一步聚焦于裁判理论中的漏洞领域，而“前提与界限”表明法律漏洞确定之于该领域司法裁判所具有的功能，并使本书的内容得以合理延伸。

1. 法学方法论中的司法裁判理论

卡纳里斯在“第1版前言”中指出，“本书的副标题还强调另一点：其涉及的是方法论研究”，而“非法哲学或者实证法研究，尤其不是宪法研究”。^{〔16〕}尽管如此，本书也并未忽略法学方法论与法哲学、实证法之间的密切关系。拉伦茨曾于其1960年出版的《法学方法论》第1版“前言”中颇具洞见地指出：“所有法学方法论皆基于或者至少包含一种法理论。其必然呈现双重面向，即一面朝向法教义学及其方法的实际运用，另一面朝向法理论并借此最终通往法哲学。这种双重观察方向既是方法论的困难之处，又是其独特的魅力所在。”^{〔17〕}据此，卡纳里斯进一步指出，本书“同样以特定的、尤其是关于法之本质的法哲学观念为基础，同样牵涉特别的、历史且具体的法秩

〔13〕 Karl Engisch, Der Begriff der Rechtslücke. Eine analytische Studie zu Wilhelm Sauers Methodenlehre, in: Festschrift für Wilhelm Sauer, 1949, S. 85 ff., 102.

〔14〕 [德] 克劳斯-威廉·卡纳里斯：《法律漏洞的确定：法官在法律外续造法之前提与界限的方法论研究》，杨旭译，北京大学出版社2023年版，第32页。

〔15〕 黄茂荣：《法学方法与现代民法》（第5版），法律出版社2007年版，第441-442页。

〔16〕 [德] 克劳斯-威廉·卡纳里斯：《法律漏洞的确定：法官在法律外续造法之前提与界限的方法论研究》，杨旭译，北京大学出版社2023年版，“第1版前言节选”，第2页。

〔17〕 Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1960, Vorwort, S. V.

序，尤其是特定的、由宪法所塑造的法官总体之形象”。⁽¹⁸⁾如前所述，本书所持的法概念论立场在根本上有别于法律（制定法）实证主义，这一问题已进入法哲学领域；所谓“特别的、历史且具体的法秩序”无疑是德国（当时的）现行法，而法官形象的最典型特征为德国《基本法》第20条第3款确立的著名公式，即“法官应受法律和法约束”。

既然说到“法官”，便意味着本书涉及作为法学方法论最核心内容的司法裁判理论。要构建一套完整的方法论体系，至少应当包括如下五大板块：一是关于法学及其方法论的基础理论；二是法源理论；三是概念、法条和规范理论；四是广义的法律适用理论；五是法的体系建构理论。⁽¹⁹⁾其中，广义的法律适用理论即为司法裁判理论，既包括法律解释与规范续造，又包括案件事实认定，还包括狭义的法律适用（如司法三段论）。然而，司法裁判理论并非孤立地存在，而是与其他板块存在紧密联系。正因为如此，本书也重点关注法源理论中的习惯法、规范理论中的法原则及法价值等。无论如何，这些内容均围绕作为法官裁判活动之重要组成部分的法律漏洞确定而展开。

2. 法律外续造法与法之发现的三个阶段

何谓“法律外续造法/法律外的法之续造”（*Rechtsfortbildung praeter legem*）？卡纳里斯在“第1版前言”中明确指出：“此处并不涉及法官续造法的全部领域，而只涉及传统上被称为‘法律外’的法之发现或者‘法律补充’的范围，从而区别于‘依据法律’的法之发现或者‘法律解释’以及‘违反法律’的法之发现或者‘法律修正’。”⁽²⁰⁾据此，便可以将相关术语之间的关系作表1梳理。

表1 法之发现/续造的不同阶段

	依据法律的法之发现（法律解释）		
法之发现	法律外的法之发现（法律补充）	法律外的法之续造（漏洞领域）	法之续造
	违反法律的法之发现（法律修正）	违反法律的法之续造	

基于表1，此处对相关术语作三点说明：第一，所谓“法之发现”（*Rechtsfindung*），既非仅限于通常所称“寻找法律依据”意义上的“找法（条）”，又不能完全涵盖司法裁判活动的整个过程，而是专门指称其中的特定阶段。具体而言，司法裁判活动主要包括三个阶段：一是从现行法秩序出发构造可供适用的法规范（构造大前提）；二是认定案件事实并判断其能否被归

(18) [德] 克劳斯-威廉·卡纳里斯：《法律漏洞的确定：法官在法律外续造法之前提与界限的方法论研究》，杨旭译，北京大学出版社2023年版，“第1版前言节选”，第2页。

(19) 对于相关法学方法论教材及课程之基本框架所作对照分析，参见雷磊：《域外法学方法论论著我国大陆传播考略——以欧陆译作与我国台湾地区作品为主线》，载《东方法学》2015年第4期，第16-18页。

(20) [德] 克劳斯-威廉·卡纳里斯：《法律漏洞的确定：法官在法律外续造法之前提与界限的方法论研究》，杨旭译，北京大学出版社2023年版，“第1版前言节选”，第1页。

入法规的构成要件（形成小前提）；三是根据归入与否得出法效果应否发生的结论（推论）。其中，第一个阶段即“法之发现”。^{〔21〕}换言之，所要被发现的“法”并非个案中的法，而必须是具有普遍性的法规范。就此而言，所谓“法律外的法之发现”即漏洞领域的方法论操作处于构造大前提的阶段。^{〔22〕}

第二，所谓“法之续造”（*Rechtsfortbildung*），即法律解释以外的法之发现。拉伦茨指出，“制定法解释与法官的法续造不应被看成本质截然不同的两种活动，而应被视为同一思维进程的不同阶段”，因为只要“是第一次的制定法解释或者偏离了以前的解释，那么这一由法院进行的简单的制定法解释就已经是一种法续造了”。^{〔23〕}尽管并未从根本上反对法律解释与法之续造的区分，但这一认识必定会导致漏洞领域和法律解释之间界限的模糊化，未必可取。其实，拉伦茨意在强调法律解释与法之续造均包含相当程度的创造性因素。但为此，完全不必径直将法律解释归入法之续造的范围，而只须指明二者均属于“法的创造”（*Rechtsschöpfung*）^{〔24〕}即可。在此意义上，法之续造便已涵盖前述卡纳里斯所称“法官续造法的全部领域”，而法律解释则不属于此，那么“法之续造”便构成“法之发现”的下位概念。据此，“法律外的法之续造”与“法律外的法之发现”同义，均可以被用来指称漏洞领域的方法论操作。

第三，漏洞领域呈现出法律与法的评价互动。作为“法律外的法之发现”或者“法律外的法之续造”，漏洞领域已超出法律规范的可能文义，所以处于“法律外”。按照评价法学的基本立场，规范文义背后是法律评价即具体的价值判断，而此价值判断又基于法原则、法理念等价值标准作出。那么，漏洞领域的方法论操作便主要包括两类，即要么基于法律评价对规范文义加以补充、扩张、限缩或者改造，要么从价值标准出发作出价值判断，并据此创设新的法规范以补充法律。但不论如何，其并未从根本上违反现行法的价值决定，所以不同于“违反法律的法之发现”或者“违反法律的法之续造”。换个角度而言，法相对于法律具有双重功能：一是批判功能，“法官以超实证的法衡量法律，并在有些情况下将矛盾作为‘法律之不法’而予以抵制”；二是补充功能，“法官必须以不成文的法补充和续造成文的法律”。^{〔25〕}前者已进入法律修正范围，只有后者才属于漏洞领域。于此情形，法律与法并不存在根本性抵触。如果说“漏洞概念系基于法律与法的紧张关

〔21〕 此外，也有学者将“法之发现”仅限于漏洞领域的方法论操作。参见〔德〕阿图尔·考夫曼：《法律获取的程序——一种理性分析》，雷磊译，中国政法大学出版社2015年版，第25-27页。然而，既然本书已将法律解释作为“依据法律的法之发现”包含在内，那么不难得出，卡纳里斯是在更广的意义上使用“法之发现”。

〔22〕 不过，由于法律适用的三个阶段联系密切，本书在分析实务中的例子时也不乏详细描述案件事实和较为完整的个案裁判。

〔23〕 〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》（全本·第6版），黄家镇译，商务印书馆2020年版，第460页。

〔24〕 与此类似的表述，参见〔德〕托马斯·M.J. 默勒斯：《法学方法论》（第4版），杜志浩译、李昊等校，北京大学出版社2022年版，第191页（“法创造行为”）。

〔25〕 〔德〕克劳斯-威廉·卡纳里斯：《法律漏洞的确定：法官在法律外续造法之前提与界限的方法论研究》，杨旭译，北京大学出版社2023年版，第22页，脚注95。有关法相对于法律之双重功能的详细探讨，参见Jörg Neuner, *Die Rechtsfindung contra legem*, 2. Aufl. 2005, S. 5 ff.

系”⁽²⁶⁾，那么化解之途便是二者之间的评价互动。

或许正因为如此，卡纳里斯指出，“本书尝试通过相应地宽泛理解漏洞概念而完全超出这一范围”，即“传统上被称为‘法律外’的法之发现或者‘法律补充’”的领域，尤其要将“诸如经由司法判决形成新的法律制度以及借助‘普遍法原则’的法之续造这些深具现实意义且远远未被澄清的问题领域”包含在内。⁽²⁷⁾也就是说，本书虽然延续传统术语，但在含义上却有实质扩张，从而使法律漏洞确定具有更重要且广泛的意义。

3. 前提与界限

所谓前提和界限分别指向不同层次：前者即法律漏洞在规范意义上是否存在，处于漏洞确定的层次；后者涉及尽管存在漏洞却不允许补充法律之情形，处于漏洞填补的层次。二者联系密切且功能一致，共同划定法官在法律外续造法之完整的权限范围。因此，本书便有必要超出“法律漏洞的确定”而适当延伸至漏洞填补层次。尽管如此，正如卡纳里斯所言，“漏洞填补的问题本身并非本书的主题”。⁽²⁸⁾那么很明显，本书无意涵盖法官在法律外续造法的全部方法论问题。

二、内容概览：研究旨趣、论述脉络与主要结论

明确本书的研究对象及其在整个法学方法论体系中的定位后，便可以对卡纳里斯的漏洞确定理论予以全面且细致的考察。为此，有必要先对本书的研究旨趣作整体观察，从而揭示其理论目标；然后具体从两个方面着手，以完整呈现本书的精华所在：一是探寻其铺陈展开理论体系的基本脉络，二是梳理其于此脉络中所得重要结论。

（一）研究旨趣

综览全书，不难发现其主要具有两大最为突出之特色：一是鲜明的实务取向性；二是超越具体部门法的普遍性。这正是卡纳里斯建构法律漏洞确定理论的旨趣所在。

1. 实务取向的法律漏洞确定理论

卡纳里斯在“第1版前言”中已明确指出，其“实践目标”在于“通过研究漏洞概念以及漏洞确定的可能性去澄清允许法官补充法的前提”，并“尝试在此方面提出一些实用的方法规则，给予法官以必要的帮助，并指明不可免除之限制”。⁽²⁹⁾据此，其首要目标在于贯通学术与实务，并为司法实务操作提供有效的指引。

(26) Karl Engisch, Der Begriff der Rechtslücke. Eine analytische Studie zu Wilhelm Sauer's Methodenlehre, in: Festschrift für Wilhelm Sauer, 1949, S. 85 ff., 85.

(27) [德]克劳斯-威廉·卡纳里斯：《法律漏洞的确定：法官在法律外续造法之前提与界限的方法论研究》，杨旭译，北京大学出版社2023年版，“第1版前言节选”，第1页。

(28) [德]克劳斯-威廉·卡纳里斯：《法律漏洞的确定：法官在法律外续造法之前提与界限的方法论研究》，杨旭译，北京大学出版社2023年版，“第1版前言节选”，第1页。

(29) [德]克劳斯-威廉·卡纳里斯：《法律漏洞的确定：法官在法律外续造法之前提与界限的方法论研究》，杨旭译，北京大学出版社2023年版，“第1版前言节选”，第1页。

这尤其体现在本书对诸多具体问题的解决思路当中。以对法外空间之界定为例，卡纳里斯并未停留于抽象的理论探讨⁽³⁰⁾，而是使其接驳诉讼法中的消极诉讼前提。也就是说，法外空间“应该被用作特殊的消极诉讼前提之基础”，而且“其任务在于挑选出法秩序从根本上拒绝发表意见的情形”，那么就“只有那些从被分配给特定诉讼法之法律领域的立场上看不重要的生活事实”才属于法外空间。⁽³¹⁾这一界定思路将抽象的理论问题转化为具体的教义学制度，颇有“四两拨千斤”的功效。正如卡纳里斯自己所指出的那样，该“解决方案具有双重优势，其不但能够让所涉情形的重要难题从外观上得以显现，而且能够使这一概念通过借鉴可诉性的诉讼前提获得教义学保障，从而在实践中可以被使用并获得清晰的界定”。⁽³²⁾

于此方面，本书格外令人瞩目之处还有，其对于德国实务中遍及宪法、民法、刑法、行政法、诉讼法、经济法、国际法等几乎所有部门法的诸多经典例子展开深入分析，并由此提炼和展示丰富的方法论规则。恰评论者所言，“诸多例子使其阐述充满活力，并表明体系性思考和方法论研究并不必然在于抽象的、几乎与世隔绝的思想说教，而是本来就只有在鲜活的法律实务研究中才能经受住考验”。⁽³³⁾由此，法学方法论与部门法的密切联系清晰可见。

2. 超越具体部门法的普遍方法论

尽管如此，本书依然致力于构建超越具体部门法的普遍性方法论。其实，方法论的普遍性与其部门法关涉性之间的矛盾始终困扰着学术界。拉伦茨指出：“对方法论的阐释，即便不是仅仅也主要取向于民法。这自然出于作者专业方向的缘故，但也并非不具有实质意义。如果我没弄错的话，方法论运动如今在民法领域最为激烈。”⁽³⁴⁾在论证为何聚焦于“民法方法论”时，扬·夏普（Jan Schapp）认为，这“将更加接近研究对象，才能获得所要之结论”，因为“法的方法论并不接纳具体法领域之重要结构，从而会扼杀掉其主题中一些好的部分”。⁽³⁵⁾其言非虚。但以此观念为基础，只能构建以部门法（民法）为原型的方法论。

相较而言，本书虽然也侧重民法，但却更好地解决或者至少显著弱化了此种矛盾。应当承认的是，这在很大程度上归因于“法律漏洞的确定”这一本身就更具普遍性的议题，但卡纳里斯自身的理论贡献亦不容忽视。既然能够在同一个理论框架下对诸多部门法实践中的例子加以整合与

〔30〕以刑法为原型对法外空间概念的法理论界定，参见〔德〕阿图尔·考夫曼：《法律哲学》（第2版），刘幸义等译，法律出版社2011年版，第243-245页。在考夫曼看来，所谓“法外空间并非意指‘法律没有规定’，而是指法律没有评价”，参见该书第244页。

〔31〕〔德〕克劳斯-威廉·卡纳里斯：《法律漏洞的确定：法官在法律外续造法之前提与界限的方法论研究》，杨旭译，北京大学出版社2023年版，第27页。

〔32〕〔德〕克劳斯-威廉·卡纳里斯：《法律漏洞的确定：法官在法律外续造法之前提与界限的方法论研究》，杨旭译，北京大学出版社2023年版，第27页。

〔33〕Ekkehard Schumann, in: *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1967, S. 168.

〔34〕Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1960, Vorwort, S. V.

〔35〕Jan Schapp, *Methodenlehre des Zivilrechts*, 1998, Vorwort, S. V.

阐述,就已直观地展现其漏洞确定理论的普遍性。⁽³⁶⁾更深层次的缘由则在于卡纳里斯在概念区分基础上所提出的精细化分析工具。以罪刑法定原则下的禁止类推为例,倘若认为于此情形根本不存在漏洞,那么漏洞确定理论将因不同部门法之间的重大差异而走向分崩离析。但如前所述,卡纳里斯严格区分漏洞之确定和填补两个层次,并将禁止类推归为漏洞填补之界限问题,从而避免对漏洞确定理论的统一性产生直接影响。由此,其方法论的普遍性得以大幅度提升。

(二) 论述脉络与主要结论

如果说本书还有第三大突出特色,那便是卡纳里斯借助细致的概念区分和精巧的内容安排所构建的精致理论体系。因此,有评论者称赞道,“他在秩序井然的思考工作中以高度清晰性发展其思想,用歌德的话说,它们自我吟唱”。⁽³⁷⁾下文先呈现全书的整体脉络,再梳理具体脉络与主要结论,从而对这部“法律漏洞教科书”作进一步考察。

1. 整体脉络: 全书的三条主线

本书分为“法律漏洞的概念”“漏洞确定的标准和工具”“漏洞的种类”“漏洞确定与漏洞填补的关系”和“漏洞填补的界限”五部分。稍加梳理,不难发现其中蕴含三条较为清晰的主线。

第一条主线最为直观,按照各章的编排顺序依次展开。本书首先界定法律漏洞的概念(第一章),从而确立法律外法之发现即漏洞领域的范围和边界;再以此为基础进入全书的主体部分即“法律漏洞的确定”这一核心议题,具体包括漏洞确定之标准和工具(第二章)和漏洞的分类(第三章)两部分(其中第二章详细讨论诸多源于各部门法的例子,为后文的进一步方法论反思提供了丰富的实践素材);然后从漏洞确定向漏洞填补延伸,着力探讨二者之间的关系(第四章);最后完全转向漏洞填补,集中剖析其界限问题(第五章)。

第二条主线以法律漏洞的种类(第三章)为核心,此部分处于承上启下的枢纽位置。乍看之下,紧接在概念界定(第一章)之后探讨分类问题似乎更合常理,但本书的顺序安排恰恰是经过深思熟虑的,因为只有先行理清漏洞确定的各种标准,才能据此对漏洞予以更为合理的分类。⁽³⁸⁾也就是说,漏洞确定之标准和工具(第二章)决定漏洞分类的依据,从而使拒绝裁判漏洞(Rechtsverweigerungslücken)、目的性漏洞(teleologische Lücken)与原则及价值漏洞(Prinzip-und Wertlücken)的“三分法”成为可能;确立漏洞的分类后,对漏洞之确定与填补的关系(第四章)和漏洞填补的界限(第五章)之阐述均区分不同种类的漏洞而进行。

第三条主线聚焦于类推适用,处于更为具体的层次。类推适用首先被用作界定法律漏洞概念的重要例证,其意义在于划定法律解释与法之续造的界限(第一章第一节总述部分);基于此,类推适用构成以积极平等原理并连同法律评价为标准而确定漏洞的工具(第二章第二节之下);但类

(36) 与此类似的观点及做法,参见 Dirk Looschelders und Wolfgang Roth, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung. Zugleich ein Beitrag zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen von Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung, 1996, S. 3.

(37) Wilhelm Herschel, in: Arbeit und Recht, 1966, S. 180.

(38) Heinz Wagner, in: AcP, 1966, S. 355.

推适用的意义并不限于目的性漏洞之确定，而是在全部三种漏洞的情形均可能成为漏洞填补之工具，从而形成“可能”“必然”和具有“具体化功能”的三种类推（第四章）；同样以漏洞的“三分法”为基础，还能对禁止类推及相关难题予以更精细的探讨（第五章）。

2. 具体脉络与主要结论

何谓法律漏洞？基于漏洞之普遍语言用法与特殊法学任务，卡纳里斯采取“违反计划的不完整性”这一经典定义^{〔39〕}，进而将法律漏洞界定为“实证法（即在可能文义范围内的法律以及习惯法）中以有效的整体法秩序为标准的违反计划之不完整性”，换言之，“如果法秩序在整体上要求某一规整，但在可能文义界限内的法律以及习惯法却并未包含，那么就存在漏洞”^{〔40〕}。具体而言，一方面，所谓“不完整性”应以法律规范的“可能文义”而非“法律评价”作为界定标准，那么处于规范文义之内的类推（引致性类推、开放列举规定和作为解释工具的类推）、需具体化的法律概念与概括条款^{〔41〕}、补充性习惯法等情形并非“不完整”，不属于漏洞领域；另一方面，所谓“计划违反性”应以“有效的整体法秩序”而非“法律之内在目的”等作为界定标准，所以法律“有意义沉默”（法外空间、反面推论）、其他法律沉默的情形（“法律完整性的沉默推论”）以及补充性合同解释并不违反计划，也不属于漏洞领域。由此，便通过广义的漏洞概念划定法律外法之发现的最外部边界。

法律漏洞的概念并不直接就是漏洞确定的方法。正如卡纳里斯所言，“要在个案中充当漏洞确定的可供使用之标准，这一定义还是太宽泛也太不确定”。^{〔42〕}为此，便有必要探讨确定法律漏洞的标准和工具（第二章）。基于法秩序的三大组成部分，卡纳里斯归纳出三组重要情形：第一组情形的标准为实证法规定并结合禁止拒绝裁判的要求。既然实证法就某个生活事实创设法律问题，却并未同时给出答案，那么禁止拒绝裁判就要求法官补充法律。这在开放的规范漏洞、开放的规整漏洞、法律程序范围内的问题、“完全法律”的情形缺少制裁以及逻辑和目的性规范冲突等情形尤为典型。第二组情形的标准是处于规范背后的法律评价，通常基于积极或消极的平等原理，即“对相同情形应予相同处理，对不同情形应予不同处理”的正义诫命。相应地，类推、当然推论、目的性限缩、目的性扩张、目的性改造等便不仅被用于填补漏洞，而是也构成漏洞确定之重要工具。第三组情形的标准为普遍法原则及法价值。二者之获取途径均主要有三，即从实证法中获取

〔39〕 然而，也有评论者指出，这其实并非普遍的语言用法，而只是“几位学者令人怀疑的表述方式”，而真正的语言用法是“作为序列之事物或者连续性设想的关系之中断”。参见 Wilhelm Herschel, in: *Arbeit und Recht*, 1966, S. 180.

〔40〕 [德] 克劳斯-威廉·卡纳里斯：《法律漏洞的确定：法官在法律外续造法之前提与界限的方法论研究》，杨旭译，北京大学出版社 2023 年版，第 24 页。

〔41〕 在卡纳里斯看来，需具体化的法律概念与概括条款不但符合不完整性，而且也不符合计划违反性。参见 [德] 克劳斯-威廉·卡纳里斯：《法律漏洞的确定：法官在法律外续造法之前提与界限的方法论研究》，杨旭译，北京大学出版社 2023 年版，第 13-14 页。后文对此论证有进一步的批判性反思。

〔42〕 [德] 克劳斯-威廉·卡纳里斯：《法律漏洞的确定：法官在法律外续造法之前提与界限的方法论研究》，杨旭译，北京大学出版社 2023 年版，第 40 页。

(归纳方法于此具有重要意义)、回溯法理念和回溯“事物本性”。此三种途径之间并非彼此排斥,而是可能在具体情形中彼此协作。倘若由此获得之普遍法原则及法价值并未在现行法秩序中得到充分实现,便存在法律漏洞。

法律漏洞确定的标准决定其种类(第三章)。此前已有各种关于漏洞分类的学说,但这些学说要么混淆法律补充与法律解释、法律修正的区分,要么虽属妥当但难以对漏洞确定形成直接的方法指引。不同于此,如前所述,卡纳里斯依据漏洞确定之标准,将法律漏洞区分为拒绝裁判漏洞、目的性漏洞和原则及价值漏洞。而存在其中一种漏洞,便构成法律外法之发现的前提。这一漏洞“三分法”具有极其重要的意义,其不仅有助于揭示漏洞之确定与填补的关系,而且指明了划定漏洞填补边界之困难所在。

对于漏洞确定和填补的关系(第四章),以往的主流学说将二者视作两种完全彼此独立的操作。但在卡纳里斯看来,这仅仅适用于拒绝裁判漏洞,而目的性漏洞与原则及价值漏洞却并非如此。在拒绝裁判漏洞的情形,漏洞确定和填补完全分离,即便涉及类推也只是数个潜在的填补工具之一,因此称为“可能”类推。在目的性漏洞的情形,漏洞确定和填补通常具有统一性,所以只要涉及类推便构成唯一的填补工具,因此称为“必然”类推。当然推论、目的性规范漏洞等情形也与此类似,但若是通过目的性限缩确定隐藏的规整漏洞,由于并非总是在两个非此即彼的法效果之间作出选择,所以会出现漏洞之确定与填补彼此分离的现象。在原则及价值漏洞的情形,漏洞之确定与填补通常既非完全分离,又不具有统一性,而是通过据以确定漏洞的原则及价值为其填补指明大致方向。在此基础上,不仅需要理清新制度对现行法体系的教义学归属,而且要将其与实证法评价及具体规定相协调,才能完成漏洞填补。于此情形,若涉及类推,则其承担“具体化”功能。

最后是漏洞填补的界限(第五章),主要涉及不可填补之漏洞和不允许填补之漏洞(如禁止类推、禁止归纳等),也因不同类型的漏洞而有所区别。在拒绝裁判漏洞的情形,不可填补之漏洞尤其重要,但不存在禁止类推的问题。在目的性漏洞的情形,不存在不可填补之漏洞,但禁止类推的问题尤为典型。有必要澄清的是,例外规定、严格的法技术性规定等并非依照其本性便当然反对类推,而列举原则往往也只意味着禁止通过归纳方式得出普遍法原则。质言之,真正恰当的解释规则是,“有疑问时拒绝接受禁止类推”。⁽⁴³⁾再者,目的性限缩也存在类似问题。无论如何也不允许因目的性限缩而导致规范甚至完全被废止,涉及期间等问题的法技术规定在特定方向上排除目的性限缩,另外还有法定的目的性限缩禁止。在原则及价值漏洞的情形,既可能存在不可填补之漏洞,又可能出现禁止类推和禁止归纳等,恰好处于前两种漏洞的中间位置。至此,法律外法之发现的界限也得以廓清。

(43) [德]克劳斯-威廉·卡纳里斯:《法律漏洞的确定:法官在法律外续造法之前提与界限的方法论研究》,杨旭译,北京大学出版社2023年版,第163页。

三、立场确立：借鉴、批判及本土化

基于上述梳理和分析可见，卡纳里斯的法律漏洞确定理论确实已在“论证的强度”上超越拉伦茨的方法论。恰如学者所指出，本书“历经六十余年的岁月洗礼和学术沉淀，现已成为法学方法论领域的经典名著”^{〔44〕}，其意义不容小觑。那么问题在于，我国借鉴这一重要的方法论学说究竟应当采取何种立场？

（一）卡纳里斯方法论学说中的普适性内容

不同于部门法教义学理论受制于本国的实证法规定，法学方法论学说在很大程度上具有跨越不同法秩序的普适性，而卡纳里斯的法律漏洞确定理论尤其如此。甚至可以说，对于几乎所有奉行“法官受法律和法约束”的现代成文法国家而言，其中的诸多方法论观点均具有直接借鉴意义。前已反复指出，本书最为核心之主张在于，旗帜鲜明地将法律漏洞确定界定为独立的方法论层次，从而在概念上将漏洞的确定与填补予以严格区分。这一基础性概念区分不但充分凸显出法官在法律外续造法的前提这一重要议题，而且为澄清和解决诸多方法论难题提供了清晰的思考框架和分析工具，从而有助于形成超越具体部门法的普遍性方法论。在此基础上，以卡纳里斯的法律漏洞“三分法”为线索，便能形成一套颇具实践操作性的完整理论体系，主要包括（但不限于）以下四个方面。

其一，合理界定漏洞领域。如前所述，卡纳里斯采取广义的法律漏洞概念，从而将拒绝裁判漏洞、目的性漏洞和原则及价值漏洞全部归为法律外的法之续造领域。相对于此，拉伦茨关于“法律内的法之续造”（*Gesetzesimmanente Rechtsfortbildung*）和“超越法律的法之续造”（*Gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung*）之区分^{〔45〕}在国内最具影响力。二者之间的主要区别在于，是否将基于法伦理性原则、事物本性等标准续造法的情形纳入漏洞领域。之所以如此，实则根源于对法律漏洞概念中计划违反性这一关键特征的不同理解：拉伦茨以法律内在目的为标准，而卡纳里斯则以整体法秩序为根据。正如后者所言，这本质上是“术语之合目的性问题”，但既然从方法论操作和法官造法权限两个方面，均不能提出将基于法律内在目的以外之标准续造法的情形排除在外的充分依据，便应将整体法秩序作为判断计划违反性的标准，从而确立更为宽广的漏洞领域。^{〔46〕}如此一来，法律解释、法律补充（漏洞领域）和法律修正三大领域的区别也更清晰。

其二，细化漏洞确定方法。国内关于法律漏洞问题的研究存在重“填补”而轻“确定”的倾

〔44〕 [德] 克劳斯-威廉·卡纳里斯：《法律漏洞的确定：法官在法律外续造法之前提与界限的方法论研究》，杨旭译，北京大学出版社2023年版，“推荐序”（申卫星执笔），第1页。

〔45〕 [德] 卡尔·拉伦茨：《法学方法论》（全本·第6版），黄家镇译，商务印书馆2020年版，第460-461页。

〔46〕 [德] 克劳斯-威廉·卡纳里斯：《法律漏洞的确定：法官在法律外续造法之前提与界限的方法论研究》，杨旭译，北京大学出版社2023年版，第20-23页。

向，所以尚未就漏洞确定提供一套切实可行的操作方法，在此背景下，便出现了转而借助“违反计划的不完整性”之概念确定法律漏洞的做法。⁽⁴⁷⁾然而，正如卡纳里斯所言，“要在个案中充当漏洞确定的可供使用之标准，这一定义还是太宽泛也太不确定”⁽⁴⁸⁾，尤其是其中的计划违反性特征。倘若据此确定法律漏洞，要么流于空泛的表面论证，要么产生无比沉重的论证负担。因为要充分证成计划违反性，就必须不厌其烦地逐一探讨相关的不完整性既不属于法政策错误，又不属于法外空间和应予反面推论的情形，且不属于穷尽一切漏洞确定工具后方可进行的基于法律完整性之沉默推论。但这明显是毫无必要的“绕路”，而且不具有可操作性。与此不同，按照卡纳里斯的法律漏洞“三分法”便不必如此繁复，而只须以法律规定本身、法律评价和普遍法原则及价值等为标准，再辅之以相应的漏洞确定工具，便可以直截了当地完成法律漏洞之存在与否的判断。

其三，指明裁判说理框架。根据相关规定，法院应当“说明裁判所依据的法律规范以及适用法律规范的理由”，并且“反映推理过程，做到层次分明”。⁽⁴⁹⁾毋庸置疑，这对于落入法律漏洞领域的司法裁判而言尤其重要，而本书恰恰能为此提供一套清晰且完备的说理框架。在拒绝裁判漏洞的情形，首先应指明某个规定有所缺失或者数个规定之间存在不可调和的冲突，若不加以补充便会违反禁止拒绝裁判的要求；紧接着，便需要在各种可能的填补工具中选取最为恰当的续造路径。在目的性漏洞的情形，首先应探明相关规范之目的与宗旨，然后论证若不对规范文义予以扩张、限缩或者改造，便会违反积极或者消极的平等原理，或者有悖于该规范之目的及宗旨；倘若涉及隐藏的规整漏洞，则可能还须另行完成额外的漏洞填补操作。在原则及价值漏洞的情形，首先应论证某个原则或价值虽属于现行法秩序的组成部分，但未能在实证法上予以充分实现；然后以此为基础，在数个实现该原则或价值的可能性中选择最契合既有体系的填补方案，并结合法律的评价与规定而实现该原则或价值的规范化。

其四，标示法官造法边界。对此，国内鲜有全面探讨。在严格区分法律漏洞之确定与填补的基础上，卡纳里斯将法官在法律外续造法的边界分为两个层次。一是“前提”问题。只有先行确定存在法律漏洞，法官才可能有权补充法律，否则便落入极其例外的“违反法律的法之续造”领

【47】例如有判决指出，法律漏洞“是指违反立法计划导致法律规范的不完整性”，所以“是否构成法律漏洞应视此种未规定的事项是否违反了法律规范的目的”，而在“不当得利法律关系中，如一旦构成不当得利即不问过错一概由受益人负全部返还义务……违反了不当得利调节财产价值不当移动的规范意旨和价值指向”，所以“现行法律未就原物毁损、灭失或者因其他法律或者事实上的原因返还不能时，受益人应当返还的不当利益的范围作出规定……构成法律漏洞”，参见最高人民法院民事判决书（2017）最高法民再287号。但其实，这种从法律漏洞概念出发的说理方式更多是一种表面论证，尽管其已经有意识地将抽象的“立法计划”替换为较为具体的“法律规范的目的”，但可惜并未由此作实质性展开。

【48】〔德〕克劳斯-威廉·卡纳里斯：《法律漏洞的确定：法官在法律外续造法之前提与界限的方法论研究》，杨旭译，北京大学出版社2023年版，第40页。

【49】《最高人民法院关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》（法发〔2018〕10号）第二点第2分句和第三点第2分句。

域。⁽⁵⁰⁾ 甚至可以说,“若无漏洞,不得续造!”二是“界限”问题。即便确定存在漏洞,也不当然容许法官续造法,而是必须进一步判断其是否属于“不可填补的漏洞”或者“不允许填补的漏洞”(即禁止类推等情形)。前者之所以“不可填补”,是因为法官在此难以创设出不会流于恣意的普遍性规则,实属“不能”。后者之所以“不允许填补”,是源于法之安定性等额外考量的专门禁止,实则“能”而“不得”。广义而言,“不允许填补的漏洞”还包括不允许以特定方式填补的漏洞,即禁止归纳的情形。其要义在于,禁止通过归纳的途径将例外规定提升为通常规则,从而违反法秩序的根本性决定。如前所述,法律漏洞“三分法”对划定法官造法的边界亦具有重要指引作用。

(二) 批判性反思

然而,方法论借鉴并不等于全盘照搬,而是应予“有思考地接受”。所以对于本书中的诸多观点,也应当秉持批判性立场予以反思。而且,不论最终结论如何,这种必要的反思均有助于将相关问题的研讨引向更深层次,从而推进法律漏洞确定理论乃至整个法学方法论的发展与进步。

1. 需价值填充的概念、概括条款与法律漏洞

卡纳里斯认为,需价值填充的概念和概括条款不构成法律漏洞。因为一方面,此类情形虽然(至少部分)缺少法定评价,但依然存在法律规定,因此不具有不完整性;另一方面,历史上的立法者有意使规定不那么确定,且赋予其“极富意义的任务”,即能够将“个别正义意义上的适当性纳入考虑”并服务于“引入法外评价”,因此也不符合计划违反性。⁽⁵¹⁾ 然而,这两方面理由均不乏可议之处。其一,于此只是预设以可能文义作为界定不完整性之标准,但此前论证却仅以类推适用的情形为例⁽⁵²⁾ 展开,因此并不能被当然地转用于需价值填充的概念和概括条款。而且,卡纳里斯在界定不完整性时,从提问方式上便已局限于在缺少规范文义和缺少法定评价之间进行非此即彼的选择⁽⁵³⁾,从而忽略了二者缺少其一即构成漏洞这种复合标准的可能性。其二,假如承认缺少法定评价的情形与缺少法律规定的情形一样也构成漏洞,那么历史上的立法者有意如此的事实也只能说明,需价值填充的概念和概括条款在立法当时便构成有意的漏洞。在此前提下,所谓“极富意义的任务”也只能被用于澄清,立法者究竟为何在此留下有意的法律漏洞,而不是从根本上排除二者构成法律漏洞的可能性。⁽⁵⁴⁾ 如此看来,确有必要对此展开深入反思。

〔50〕对这一问题的详细探讨,参见 Jörg Neuner, *Die Rechtsfindung contra legem*, 2. Aufl. 2005.

〔51〕〔德〕克劳斯-威廉·卡纳里斯:《法律漏洞的确定:法官在法律外续造法之前提与界限的方法论研究》,杨旭译,北京大学出版社 2023 年版,第 12-14 页。

〔52〕《德国民法典》第 463 条第 2 句虽然依其文义仅针对恶意隐瞒瑕疵的情形,但基于“相同问题应予相同处理”的积极平等原理,依然可以类推适用于恶意虚构有利性质的情形。参见〔德〕克劳斯-威廉·卡纳里斯:《法律漏洞的确定:法官在法律外续造法之前提与界限的方法论研究》,杨旭译,北京大学出版社 2023 年版,第 6 页。

〔53〕例如,卡纳里斯明确提出,“总归也可以想象的是,直到从法律中无法提取对特定情形的评价之处,才称作不完整性,而不是在法律不包含明确的规定之处就已经如此”。参见〔德〕克劳斯-威廉·卡纳里斯:《法律漏洞的确定:法官在法律外续造法之前提与界限的方法论研究》,杨旭译,北京大学出版社 2023 年版,第 5 页。

〔54〕与此处类似但有所区别的批评意见,参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》(第 5 版),法律出版社 2007 年版,第 383-385 页。

2. 整体类推抑或归纳适用

国内既已普遍接受的认识为,所谓“整体类推”(Gesamtanalogie)或称其“法类推”(Rechtsanalogie),是指“从数个将不同构成要件系于相同法效果之法律规定中推导出‘普遍法原理’,并将其适用于法律并未规定但在评价上同样适合的构成要件”。⁽⁵⁵⁾但对此,卡纳里斯持不同见解,认为此种方法论操作“并不涉及从特殊到特殊的推论,而是从特殊到普遍的推论”,即“不涉及类推而是归纳”,理由主要有四:其一,在类推的情形,“只应当比较两个构成要件,而回溯立法宗旨仅仅是实现这一目的之工具”,但“在归纳的情形,普遍思想的抽取本身就是方法操作之目的”;其二,“类推限于对另一个完全确定的构成要件予以相同对待,而归纳获取的普遍法原则对不特定多数情形均主张有效性,但在查明该原则的视野下尚不能终局地概览”;其三,“类推的方法论难度主要限于查明立法宗旨,并将其‘适用’在应予同等处理的情形,而归纳还会产生额外的问题,即是否涉及普遍法原则,而不再是一系列特殊的构成要件,这才是真正的难题所在”;其四,“不同于法类推需借助数个规定,法原则有时能从单个规范中被提取出来”。⁽⁵⁶⁾这一较为详细的论证不无道理,但国内已有学者提出反驳⁽⁵⁷⁾,因此有必要作进一步研讨。

(三)本土化发展

如前所述,法学方法论往往具有跨越不同法秩序的普适性,但这并不排除特定实证法规定也可能具有重要的方法论意义,例如法源条款(《民法典》第10条)、参照适用条款(《民法典》第467条等)。那么,我国实证法上具有方法论意涵的特殊规定便能为相关方法论操作提供支持,从而推进所借鉴方法论学说的本土化发展。

1. 成文基本原则作为漏洞确定之标准

我国立法的一大重要特色在于,部分基本原则已经被成文化,如《民法典》第3条至第9条就明文规定了权益保护、平等、私人自治、公平、诚实信用、公序良俗及环境保护等。这些成文化的基本原则虽然会引发基本原则与概括条款的区分难题⁽⁵⁸⁾,但也无疑能够为包括法律漏洞确定在内的法律外法之续造提供坚实的现行法依据。⁽⁵⁹⁾因为一方面,裁判规范意义上的平等原则包含

(55) Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl. 1991, S. 384; [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》(全本·第6版),黄家镇译,商务印书馆2020年版,第482页;[奥]恩斯特·A. 克莱默:《法律方法论》,周万里译,法律出版社2019年版,第175页;[德]托马斯·M. J. 默勒斯:《法学方法论》(第4版),杜志浩译、李昊等校,北京大学出版社2022年版,第381-382页。

(56) [德]克劳斯·威廉·卡纳里斯:《法律漏洞的确定:法官在法律外续造法之前提与界限的方法论研究》,杨旭译,北京大学出版社2023年版,第81-84页。

(57) 纪海龙:《法律漏洞类型化及其补充——以物权相邻关系为例》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2014年第4期,第81-82页。

(58) 于飞:《民法基本原则:理论反思与法典表达》,载《法学研究》2016年第3期,第89-102页;于飞:《基本原则与概括条款的区分:我国诚实信用与公序良俗的解释论构造》,载《中国法学》2021年第4期,第25-43页。

(59) 方新军:《内在体系外显与民法典体系融贯性的实现》,载《中外法学》2017年第3期,第577-580页;韩世远:《民法基本原则:体系结构、规范功能与应用发展》,载《吉林大学社会科学学报》2017年第6期,第9-10页;于飞:《民法总则法源条款的缺失与补充》,载《法学研究》2018年第1期,第44-48页。

“对相同情形应予相同处理，对不同情形应予不同处理”的正义诫命之要求，由此出发并结合相关规定背后的具体评价，便能对大多数目的性漏洞予以确定及填补。那么，类推适用、目的性限缩、当然推论等法之续造工具已为现行法所明确肯认，因而对相关操作之合法性便不容置喙。另一方面，在原则及价值漏洞的情形，要以特定的普遍法原则及价值作为漏洞确定之标准，不但应消极地论证其与现行法的价值决定不相矛盾，而且应积极地论证其“源于特殊的效力基础”而构成现行法的组成部分。⁽⁶⁰⁾ 对此，成文基本原则恰恰贡献卓著。因为只要能直接基于此或者通过其下位原则间接地追溯于此，便无须另行通过实证法、法理念或者事物本性展开繁复论证。可见，基本原则的成文化并非仅仅停留于单纯的宣誓，而是可能直接在现行法上为法律漏洞的确定提供标准，从而深度融入法律外法之续造的方法论操作，由此出发，便可以发展出更契合我国立法体例的法律漏洞确定方法。

2. 禁止类推、禁止归纳与法定主义条款

我国立法的另一大显著特色为现行法上多处明文设定了法定主义条款。例如在《民法典》中，第 179 条第 2 款针对惩罚性赔偿、第 518 条第 2 款针对连带债务、第 1166 条针对无过错责任等，均要求“法律规定”。⁽⁶¹⁾ 此类条款往往在解释上陷入一种两难的困境，即要么将其理解为单纯的概括引致规定从而不具有实质的规范意义，要么认为其中包含禁止类推从而难以适应纷繁复杂且不断演进的生活事态。而卡纳里斯关于禁止归纳与禁止类推的区分恰恰为此提供了另一种可能的解释方案。究其实质，禁止类推意味着“立法者在此命令法官对法律上类似的情形予以不同处理”，即“强制其违反平等处理这个法理念的最上位诫命”，而之所以如此，是因为法的安定性诫命“在此与平等原理发生修正性反作用”，从而“使禁止类推正当化”。⁽⁶²⁾ 反观《民法典》的前述规定，其对法的安定性之追求并未如此强烈，以至于在具体情形中能够推翻平等原理。此类法定主义条款与其所指向的具体规定相结合，相当于对例外情形予以示例性列举的立法技术。据此，其并不禁止相关具体规定的类推适用，而只是禁止以归纳的方式获取普遍法原则，从而将例外规定提升为通常规则。假如承认这一解释方案，那么第 179 条第 2 款、第 518 条第 2 款、第 1166 条及其他类似条文中的“法律规定”就应当既包括法律的“直接规定”，又包括基于类推适用的“间接规定”。

四、结语

法学的精髓在于方法。法律漏洞领域的方法论操作虽然已超出规范可能文义，但仍处于现行

(60) [德] 克劳斯-威廉·卡纳里斯：《法律漏洞的确定：法官在法律外续造法之前提与界限的方法论研究》，杨旭译，北京大学出版社 2023 年版，第 80、150-151 页。

(61) 相关讨论，参见朱晓峰：《论〈民法典〉对惩罚性赔偿的适用控制》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2020 年第 11 期，第 68-69 页；张平华：《〈民法典〉上的惩罚性赔偿法定主义及其规范要求》，载《法学杂志》2023 年第 4 期，第 58-63 页；张定军：《连带债务发生明定主义之反思》，载《法学研究》2023 年第 2 期，第 154-171 页。

(62) [德] 克劳斯-威廉·卡纳里斯：《法律漏洞的确定：法官在法律外续造法之前提与界限的方法论研究》，杨旭译，北京大学出版社 2023 年版，第 163 页。

法秩序的框架内，呈现出法律与法的评价互动。在此方面，卡纳里斯的《法律漏洞的确定：法官在法律外续造法之前提与界限的方法论研究》堪称典范。本书从广义漏洞概念出发，在严格区分漏洞之确定与填补的基础上，以拒绝裁判漏洞、目的性漏洞和原则及价值漏洞的“三分法”为线索，搭建起一套颇具可操作性的精致方法论体系，从而完整勾勒出“法官在法律外续造法的前提与界限”。这部经典的“法律漏洞教科书”必定能够大幅度推进国内方法论思考的广度和深度，对于学术研讨和司法实务均具有重要借鉴意义。然而，方法论借鉴绝非全盘照搬，而应予批判性反思和本土化发展。如此既有助于推进关于法律漏洞确定方法的普适性学说，又能对我国立法中的特色规定予以妥当的方法论阐释。更重要的是，只有将方法论不断在教义学研究和司法裁判实务中予以全面地践行、观察、比较、批判与发展，才能避免在墨守成规和恣意开拓之间游走和徘徊，从而持续增进法律漏洞确定理论乃至整个法学方法论的科学性与可操作性。

Evaluation Interaction Between Statute and Law

—A Review of *Determination of Legal Loophole* by Claus-Wilhelm Canaris

YANG Xu

Abstract: As a classic work in the field of legal methodology, Claus-Wilhelm Canaris' *"Determination of Legal Loophole"* has important reference significance for China. The so-called "legal loophole" refers to the incompleteness of positive law (i.e. Statute and customary law) which violates the legislative plan, and the "determination" of legal loopholes is an independent methodological level different from its "filling". Canaris' theory not only has a clear practical orientation, but also has universality beyond specific departmental laws. Through in-depth discussions on the concept of legal loopholes, the standards and tools for determining loopholes, the types of loopholes, the relationship between loophole determination and loophole filling, and the boundaries of loophole filling, this book fully outlines the premise and boundaries for judges' *Rechtsfortbildung Praeter Legem*. Among them, the universal content that spans different legal orders includes reasonably defining the scope of loopholes, refining the methods of determining loopholes, indicating the framework of judicial reasoning, and marking the boundaries of judge's legal creation, thus forming a highly operational theoretical system. On the basis of reference, critical reflection and localized development should also be given to this. For example, there is room for discussion on whether the concepts that require value filling and general clauses constitute legal loopholes, and on the controversial issue of whether overall analogy or induction. However, the distinctive provisions such as written basic principles and legalism provisions in China's legislation have important methodological implications. In this way, the scientific

and operational nature of the theory of determining legal loopholes and even the entire legal methodology can be further promoted, thus fully realizing the evaluation interaction between statute and law.

Keywords: Claus-Wilhelm Canaris; Legal Loophole Determining; Rechtsfortbildung Praeter Legem; Critical Reflection; Localization Development

(责任编辑: 王乐兵 汪友年)