

法社会学视野中的法官造法 PDF转换可能丢失图片或格式，
建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E6_B3_95_E7_A4_BE_E4_BC_9A_E5_c122_485450.htm

法律不仅想成为用以评价的规范，而且欲作为产生效果的力量。当遇到成文法不明确时……法官必须运用他们一切的想象和移情的能力……他们必须努力懂得立法者所想解决问题。 内容提要：立足于立法中的理性主义与经验主义之争，分析立法中根深蒂固的缺陷，比较和区分两大法系中法官适用法律的不同方法与结局，系统阐释司法实践中法官解释和适用法律的几种状况，探析法官造法的必然性与限定性。 关键词：立法 造法 自由裁量权 法官 在法治进程中，把法律发展得重心压在立法上，完全指望立法机关开动立法机器，出台、制定或批发大量的法律、法规，希冀法官被动、机械地依赖和服从法律，这是不现实和不可能的。当法官面对法律的漏洞和缺陷时，他将如何适用法律？是成为机械运用法律的工匠，还是通过法律解释，自我创设可适用的法律和规则？[1]法官能否有一定的自由裁量权？法官将“法外”因素---带进或“插入”司法中时，其造法的依据和局限是什么？这是本文思考的主要问题，本文的写作方法多少运用了法律社会学[2]和现实主义法学[3]的方法，文中有很多不足或偏激之处，敬请各位批评、指正。 一、有为与无为：立法中的理性主义与经验主义之争 自近代以来，理性主义与经验主义之争始终伴随着人类的发展。以笛卡尔和卢梭等人为代表的理性主义者认为“人生来就具有智识和道德的禀赋，这使人能够根据审慎思考而形构文明”[4]在这种思想的支配下，17、18世纪盛行于欧洲大陆

的唯理主义，对成文法规则采取绝对的信奉，他们相信：法律是一种理性的社会秩序，法律是人在其理性和智识的作用下精心设计的结果，是人类可以驾驭的人为创造的产物，是人类能够积极、主动扩展的策略。只要人类制定出完善、周密、清楚的法律，把一切社会关系都置于法律的调整之下，构建出健全的法律体系，就能规范和奠定社会秩序。于是乎，西方资本主义国家非常重视立法工作，开动立法机器，指望通过大规模的立法活动，作到“法网恢恢，疏而不漏”，带动或推动社会的发展。这种观点被19世纪欧洲大陆的德、法等国非常推崇，概念法学或法典万能主义就是这种思想影响的结果，后来发展到极端，欧洲大陆国家无不希望制定一部完美的法典，巴不得写下生活所需要的一切法条，比如法国民法典的制订目的之一就是“希望预见一切，简化一切”，再如1794年的《普鲁士地方普通法典》就有17000多条，1832年俄国法律汇编也竟达42000多条，从那时开始，国家制定法或法典化极为普遍，法规的数量之多，内容之庞杂真是令人叹为观止。概念法学秉持理性主义信念，对人类的理性能力和语言力量深信不疑，他们强调法律的逻辑理性，坚持“成文法至上”和“法典之外无法源”。在这种观念的引导下，构建一个上下之间层次分明，层属关系结构严谨的“法律体系”是完全可能的，这一法律体系可以把世间万物需要法律规范的东西涵盖进去。成文法体系或法典是“被写下来之理性”，它不存在任何漏洞，人类制定的法律具有“逻辑的自足性”或“论理的完结性”，法官们探求法律意思，寻找法律理由，只需依“概念而计算”，或纯粹的逻辑推演，无须也不应当进行目的考量、利益衡量和价值判断，法官

完全可从一个“法律体系”中逻辑地推出所有法律规范，从而解决纠纷[5]。进入20世纪后，利益法学代表人物赫克最早推翻了概念法学所编造的法律无漏洞、法律具有逻辑自足性的神话。赫克认为：“即使是最好的法律，也存在漏洞。”“因为，其一，立法者的观察能力有限，不可能预见将来的一切问题，其二，立法者的表现手段有限，即使预见将来的一切问题，也不可能在立法上完全表现出来。”[6]以休谟、托克维尔为代表的经验主义更是认为“制度的源始并不在于构设与设计，而在于成功且存续下来的实践”[7]立法可以发现并记载这一切，但却不能凭空制造出一切，那种希望制定一个详尽无遗的法律制度，创制出一个崭新秩序的企图，是不符合现实的，它只会加剧现实的冲突，最终使得法律失却规范人事、服务人世的功用与价值。他们主张，法律的重心不在立法而在司法，不在于书面上的法律规定得如何漂亮，重要的是法律在现实社会中的运用和实践[2]。顺着这种思路，他们主张法治应当允许并且推崇对法律的目的理解，允许并推崇以此为根据得出具体的结论，在适用法律时不能仅以书本上的法律为限，重要的是要认识法律所涉及的利益和目的，在正义的天枰上对它们进行衡量，最后达到某种平衡。当实在法不清楚，或者当立法者不能按法律的要求审判案件时，法官应根据正义与公平的观念进行审判，根据其个人主观意志理解和创造法律，将自己的愿望、目的和价值“插入”法律之中，说白了法官应当拥有较大的自由裁量权，应当具有司法造法的功能，法官不仅运用法律条文，而且可以自由探求生活中的“法”，从法律之外，发现社会生活生成的“活法”。现代以来，中国持续的反传统、革命情结、战略

设计都带有一点过分迷信和推崇理性主义的味道，从依法治国到依法治乡的提出，从府推进型法治的实施，从立法过分膨胀的势头中，从无法可依到现在齐全完备的法律体系，从“无法无天”到“法律爆炸”，立法所取得的成就巨大而辉煌，我们充分体会到了理性主义法治的主导性和影响性。当今法治社会，低估立法的作用都是说不过去的，法治国家需要立法机关制定或出台更多更好的法律，司法机关在适用法律的过程中也希望有法可依，有“具体、明确、肯定”的法律可循。但是，本文更为强调一种观点，以立法为中心的思路应当被以司法为中心所替代，或者说司法更是法治建设的中心和重点[8]。

二、主动与被动：两大法系中法官的有为与无为 如前所述，在理性主义思想的支配下，探求法律的意义就只能是探求立法者明示或可推知的意思，法官适用法律的过程是通过三段论的逻辑推论获得判决，法官必须严格按照三段论作逻辑推演，忠实或服从与法律，严格依法办案[9]，法官只能被动适用于已存在的法律，不能自由心证，不能造法，法官的一切执法活动均应以立法者已有的意思表示为依归，不允许随意变更或增减法律的意思，否则就是“逾份”，就是“越权”，使法律适应已经变化了的社会需要，这是立法机关的事，只有待立法的不断完善，通过立法途径才能解决。法律以外的一切因素，包括政治、经济、社会、道德及当事人利害关系，均属“邪念”，都应一概予以排除，法官好比自动售货机，他所能起到的作用就是担当好一个规范的简单套用者的角色，诚如拿破仑所期许的，法律可以变为简单的几何公式，任何一个能识字并能将两个思想连接在一起的人，都能做出法律上的裁决。从这个意义上讲，法院的

判决只能是法规的翻版，法官也只能是宣告或重复法规语言的嘴巴[10]，是一个必须严格接受法律效力的拘束的没有意志的生灵，或者说法官不过是一种“自动适用法律之机械”，判决是“法律严格之复印”。而所谓的法治就是要求法官严格按照立法机关制定的法律来实施治理社会关系的职能。这种理念或者说司法模式在大陆法系[11]的国家以及我国，能被大多数人接受或信服。理由很简单，由人的本性所决定，人有恶的方面，人有感情色彩，人们总希望“法治优于一人之治”，由立法机关制定一个不具有任何感情色彩，对人人都一致和平等的规则来制约人的欲望，这是我们人类的理想，是法治社会的追求，法官及其政府官员只有严格依照成文的法律而不是自己头脑中想象的“法外之法”才能避免其滥用手中的权力，才能实现真正的法治，法律的性质和地位决定了法律不容许在实践中因人、因事而异，进行人为的改变与变异。但是现实生活中的法官能作到严格的规则之治吗？立法真的能成为万能的主宰吗？早在古希腊时，柏拉图就提醒到：“法律绝不可能发布一种既约束所有人同时又对每个人都真正最有利的命令。法律在任何时候都不能完全准确地给社会的每个成员作出何谓善德、何谓正确的规定。人类个性的差异，人类事务无休止的变化，使得无论是什么艺术在任何时候都不可能制定出可以绝对适用于所有问题的规则。”[12]亚里士多德也意识到了人类预见力和表达力的有限性以及法律的这种特殊性。他说道：“法律始终是一种一般性的陈述，但也存在着为一般性的陈述所不能包括的情形，。。。。法律所考虑的是多数案件，亦即典型的和一般的情形，但法律对特殊的情况却无法加以说明；在独特的案件中

法律常常不能做到公正。” [13]到了现代，美国著名大法官、法学家卡多佐先生对法律的确定性更是持否定态度，他说到“这声音很崇高，说得也很漂亮精细；但是，这从来也不过是部分的真实。”他承认“随着岁月的流逝，随着为越来越多地反思司法过程的性质，我已经变得甘心于这种不确定性了，因为我已经渐渐理解它是不可避免的。我已经渐渐懂得：司法过程的最高境界并不是发现法律，而是创造法律。”他表示“没有一个有生机的法律制度可以通过这样一个过程得以演进，也没有一个名副其实的高级法院的法官--只要还配得上他的职务--会如此狭隘地看待他任务的功能。如果这就是我们的全部天职，那么我们对它就不会有什么智识上的兴趣。。。” [14]显然，卡多佐认为法官不可能完全成为一个表达立法者意图的工具，也不可以固守一切过去性的创造。著名法学家卢埃林也坚持这种理论，他认为，法律只是死的文字，“一条特定法律的意义，要在考察活的现象---行为---以后，才能表现” [15]。因此“法律的中心不仅是法官对有关的普通人发生影响的作为，而且任何国家官员以官方的资格所作的行为也是法律的中心”。他把这种理论发扬光大，主张----所谓法律是指一系列单个判决而言；昨天的法律没有拘束法官今天判案的力量，同样，今天的判决也不能拘束明天处理性质相同案件的法官。“从现实主义来说，法律在这种情况下不是一个，而至少是三个” [16] 在经验主义、现实主义甚至后现代主义 [17] 看来，任何法律概念、法律术语及其规则都不可能表述得完美无缺、明白无误，它总是或多或少地会存在某些不完善或缺陷，存在某种程度上的不明确或不肯定，存在某种程度上的争议 [18]。这样的道理可

归纳为，立法者立法时的预见力和表达力是有限的。在制定法律时，立法者是人不是神---它无法预见和穷尽所有的可能和变化。立法者不可能处处都思虑周全，另外，立法者在立法时，他不可能将其预见到的东西在立法上完全表现出来。法律永远不可能达到“逻辑自足的”境界，法律一直有，以后还会有这样或那样的缺陷；法律一旦规定，便具有相对的稳定性。它无法完全涵盖和穷尽运动与变化着的社会行为及其现象，无法完全与运动和变化着的社会存在以及社会意识相吻合。法律的滞后性使得任何法律都不可能突破当时历史条件所限，对今天或者明天的社会行为及其现象作出完全的预见和规范[19]；司法过程不可能是一部自动售货机，只要投进一定的事实便能产生应适用的法律规则和裁判的结果；更为可怕的是，人类制定的法律有可能是“恶法”。如果恶法只代表了少数人的利益，如果我们的法官只知道机械地适用法律，而且是适用这些该死的“恶法”，其效果和破坏力就可想而知了。因此，在司法实践中，法官是接受僵死的规则来限制自己，还是主动创造规则来改变社会，是以追求法律的价值为目标，还是盲从于做法律的奴隶，就成为考验人类智慧的一个焦点，成为两大法系法官适用法律时可能会持的两种不同的理念以及将会出现的两种不同结局。本文的基本看法是，指望立法机关颁布一个涵盖一切问题的法律规则体系并以此来解决一切问题是不可能的，企盼立法者为法官制定一个完美无缺的包揽解决一切纠纷的法律体系，这是梦想[20]。以所谓我们不属于英美法系为理由，回避、搪塞中国法官没有造法的功能是不现实的，无论什么法系的法官，面临的问题总是相同的，公正、平等地解决纠纷是法官的基

本职责。在刑法中，受罪刑法定原则的限制，刑事法官只能严格依照法律规定来认定犯罪，而不能超越法律的规定，这是基本的，而在民事案件中，法官解决纠纷时不应一味追求死板、呆滞的书面之治，而应根据个体的多样性，适应人类活动的复杂性，给予法官一定的自由裁量权。

三、扩张与限制：司法实践中法官造法的两难选择

我们继续进行探讨，在法律适用的过程中存在着三种可能性，一是有可适用的法律规范---而且这一规范是具体、明确和肯定的，当出现这种情况时，法官必须执行严格的规则主义，对号入座，依法办事；二是没有可适用的法律规范，比如法律存在空白，法律规定含糊不清，法律之间相互矛盾；三是有可适用的法律规范----但这一规范有问题、有缺陷，如果法官“硬性”适用，就与社会正义相背离。当出现第二种和第三种情况，法官该如何办呢？法官如何从不完善的、有缺陷的法律体系中为具体案件找到适当的法律理由，如何在有缺陷的法律体系中将纠纷解决好呢？矛盾的解决不能用取消矛盾的方法来实现，消解立法与司法二者之间的紧张关系，必须以能动的司法来化解这种紧张关系，从而实现正义。

（一）、关于法律漏洞的解决

在法律适用的过程中，法官如果发现法律没有明文规定，此种状况我们暂且称为法律缺乏或者法律漏洞，当面临这种状况时，需要法官对相关的法律规定或规则，对有“缺乏”或“漏洞”的法律规定进行推论或解释，发掘或引申出相应法律规定或规则的深层含义和隐含意思，消除法律的“缺乏”，填补法律的漏洞。有人绝对不同意这种观点，他们认为，法官如碰到这种情况，其办法是应当把“球”踢给立法机关，这显然不是唯一的、最佳的解决办法，因为，立

法机关过多地修改法律必然会损害法律的价值，在现实生活中，因既得利益集团的阻挠，因立法步骤的缓慢和麻烦，因社会转型的不确定因素增加，完全指望通过更新立法的内容来获得司法公正是现实的，可以说，指望立法者制定的法律规范---不但在现在-----而且在将来都能正确地对应于现实生活的每一类关系，这简直需要像神一样有无限智慧和完美德性的立法者，否则，以人的有限的认知理性，是无法把握住现在和将来所发生的一切？本文所持的立场是-----必须把眼光放在司法本身上-----必须重视研究法官立法的可能性和必要性，我们的理由如下。从理论上说，社会中出现的冲突与纠纷如果得不到及时解决，那么社会机体就会溃烂，若要有一个健康的、文明的社会，就必须让每一个冲突与纠纷都得到及时、合理的解决，指望立法机关尽快拿出一个“包医百病”的法律，是不现实的也是没有必要的。法院是解决社会冲突与纠纷的最主要、最权威、最公正的机构，是解决纠纷的最后一道屏障，到法院诉讼是解决社会冲突与纠纷的最强有力、最常用的途径，法院审判的本质在于解决各种社会冲突与纠纷。所以，法官对社会中出现的各种冲突和纠纷，本身就负有神圣的不可推卸的责任。作为法官，他不能因为欠缺规范而将其解决纠纷的职责搁置一边，在成文规范完全欠缺或者较少的情况下，法官不能毫无作为。我们设想一下，当当事人把纠纷提交到法院，而法院竟以没有法律规定为依据，或法律存在漏洞而驳回诉讼，这将对当事人和社会有着多么不利和负面的影响。在法律漏洞成为不可避免的情况下，法官造法很有必要，否则，法官在大量纠纷面前束手无策，大量的社会冲突与纠纷得不到解决，这样的法院和法官

多少是令人失望的，而民众一旦对法律的失望是通过对法院的失望表现和宣泄出来，这种危害就有可能扩大和加剧。所以，拉伦茨先生认为，不得拒绝审判的法官，无论如何有义务去解释法律，并且在法律有漏洞时，有义务去补充它，德国学者科因也指出，如果一个起诉的请求权的基础事实未为立法者所考虑到，那么，法院固然可以以该诉不能获得法律依据为由，予以驳回，但它可能因此违反正义和衡平裁判的义务，法律存在和法院存在的意义淡然无存[21]。我赞同一些学者的看法，现代社会中的法院不能躲在抽象的法律公正的词语后面无所作为，当社会冲突与纠纷提到法官面前时，法官不能推说它无能为力，把“球”踢给立法机关，“通过司法实现正义”不是一句空洞、漂亮的口号，法院、法官必须对自己职业的艰巨性和高贵性有所认识，有所作为，否则它就会丧失社会的合法性基础。那么，法官该如何造法呢？这让我想到了德沃金和丹宁的观点，德沃金认为，法律并非仅仅是指规则系统，法律还包含原则与政策，也就是说法律除了规则之外，还有隐藏在规则背后的原则和政策，所以，法官在适用法律的过程中，更要善于发现隐含在规则背后的内容，即所谓的“隐含法律”[22]。这些“隐含法律”可能是一些抽象的原则，也可能是一些不言而喻的事实，也可能是一些经过合理推理的结论，只有发现了这些“隐含法律”，法官才能够清晰地分辨哪些案件是类似案件，哪些案件是非类似案件，从而达到相同情况相同对待的基本要求。如他所言，法官追求法律的整体性就象多名作者创作一部系列小说一样，每一位作者都力图做到使作品如一位作者所著。法官在理解和适用法律时，也应采用系列小说的思维方法去思

考，他应该把以前的决定看作是他必须解释和延续的一部长篇小说的一部分，从完整性的角度，以自身的理论知识和价值观念为基础，做出尽可能正确与合理的判断。丹宁针对法官碰到的这种情况是这样引导的“法官不要按照语言的字面意思或句子的语法结构去理解和执行法律，他们应该本着法律语言词句背后的立法者的构思和意图去行事。当他们碰到一种在他们看来符合立法精神而不是法律词名的情况时，他们就要靠寻求立法机构所要取得的效果的方法来解决这个问题，然后他们再解释法规，以便产生这种预期的效果。这意味着他们要填补空白，要理直气壮地、毫不踌躇地去填补空白” [23]。最高人民法院公报在1999年4期收入的《田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证学位证行政诉讼案》，负责审理该案的北京市海淀区人民法院在判决书中认为：“在我国目前情况下某些事业单位、社会团体虽然不具有行政机关的资格，但是法律赋予它行使一定的行政管理职权。这些单位团体与管理相对人之间不存在平等的民事关系，而是特殊的行政管理关系。他们之间因管理行为而发生的争议不是民事诉讼而是行政诉讼。尽管中华人民共和国行政诉讼法第25条所指的被告是行政机关，但是，为了维护管理相对人的合法权益，监督事业单位、社会团体依法行使国家赋予的行政管理职权，将其列为行政诉讼的被告适用行政诉讼法来解决他们与管理相对人之间的行政争议，有利于化解社会矛盾、维护社会稳定。”“本案被告北京科技大学是从事高等教育事业的法人，原告田永诉请其颁发毕业证学位证，正是由于其代表国家行使对受教育者颁发学业证书学位证书的行政权力时引起的争议，可以适用行政诉讼法予以解决。”此案的判决

可以看成是我国法官按照法律的原则和精神进行判案，并以此克服条文僵化机械保守倾向的例子。在本案中，法官通过精巧的法理论证既规避了法条的缺陷，又维护了法律的原则，同时，在个案中实现了法的正义，这可看成是法官自由裁量权的正确行使[24]。法官是个具体的人，在执法的过程中不可避免地要体现价值判断[25]，因为人类不是为规范而规范的。法官在适用法律的过程中，已经不可能被动、消极地理解外显的法律，有时必须“与时俱进”地积极阐释和挖掘法的真谛。法官适用法律的创造性价值体现在：其一是补充法律漏洞；其二规避恶法的存在；其三实现个别正义。在司法实践中，法官积极地阐释挖掘法的真谛往往是通过以下几种办法来完成他的创造性工作，第一，依据宪法的精神来解释和补充[26]；第二，依据法律中的基本原则进行解释和补充[27]；第三，依据立法的目的和精神进行解释和补充[28]；第四，依据公共决策进行解释和补充[29]。可见，法官适用法律是对未显现法律的“重构”，是在“整体性”法律既定的框架下和范围内，对法律进行深层次的、建设性的诠释与发现。

（二）关于法律冲突的解决 消除法律的冲突或抵触，对互相矛盾的法律规定或规则进行选择，有时可以依靠形式推论或逻辑分析，比如下位法服从上位法，普通法服从根本法，一般法服从特别法来加以解决。但有时还要诉诸于法目的理性及价值理性，要依靠目的考量、利益衡量和价值判断与选择[30]。以法国为例，19世纪以来，法国虽然经历了几个不同的政治制度，但民法典基本没有多大变化，法典虽然没有变化，但执行法典的法官们在理解法律的内容时却静悄悄地发生了变化，这些变化无不是法国的法官们在适用法律时，

对昔日的法律进行了巧妙的、善意的“偷梁换柱”。为了说明司法中法官们“偷梁换柱”的惯性与德性，我选取一个大家都较为熟悉的全国颇有影响的首例二奶持遗嘱与原配争遗产案来进行讨论。被告泸州市纳溪区人蒋伦芳与丈夫黄永彬于1963年结婚，婚后感情甚好。1996年，黄永彬认识了原告纳溪人张学英，并与张同居，后黄于病危时留下遗嘱将其财产分两部分，一份留给妻子，另一份给与其同居的张学英。丈夫死后，由于妻子拒绝分配财产，“第三者”遂将“原配夫人”推上被告席，依据《继承法》第十六条“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”，请求法庭判给其按遗嘱应得的6万元。此案经泸州市纳溪区法院两次开庭审理后，于2001年11日开庭宣判，泸州市纳溪区法院经审理认定公证无效，并直接引用《中华人民共和国民法通则》第七条关于民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益的规定，认定黄永彬立下的给张学英的财产遗赠无效，一审判决驳回原告张学英的诉讼请求。在本案中，虽然《民法通则》第58条中规定的七种无效民事行为中，并未包括“违反社会道德”一项，纳溪区人民法院的法官显然在这里进行了“偷梁换柱”，对《民法通则》作了扩大化解释，认定公证无效。法官在此所依据的原则为《民法通则》第七条关于民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益的规定，推翻了具体法律即《继承法》第16条之规定。在该案或更多的民事案子中，我们注意到，法官们已经不是简单地对号入座、依法办案了，现实生活中的法官们在自觉和不自觉地将自己愿望和目的“插入”到制定法中，也就是说将法官的主观因素变形、转嫁到法律中[31]，从法社会

学的观点看，这种现象听起来很恐怖，但又是避免不了的，因为法官在解决一个纠纷时，涉及到的因素非常复杂和众多，如法律的文字、逻辑、立法目的、利益平衡、风俗习惯、社会议论和其他与相关社会因素等等，显然，在进行具体的判决时，不同法官的知识背景、法学理论、生活常识、政策风向等等构成了法官进行判决时加以考虑或利用的“资源”。当法官究竟作出何种解释和判决时，只能依据他对各种资源的使用情况来平衡，在这里，绝对客观的、公正的解释或判决是不存在的，有的只是相对合理的解释与判决。波斯纳认为，事过境迁，法官寻求法律解释客观性努力是白费的，法官不可能与立法者在同一立场上理解法律。在解释中有许许多多的因素控制着解释者，文化、时间、地域等等都将成为影响法律解释的“变量”，他举例说“当一个人阅读他多年以前写的什么东西时，有时他也许会有另外一个人的感觉，这时他的想象重构也许会失败。”[32]特别是解释者关于共同生活的背景，共同文化传统，价值观念，信仰等诸多不同，通过法律解释来重构法律即寻求法律的客观内容简直就是不太可能的事情。按波斯纳的理路，法官在处理案件时，实质是没有必要关注我们的解释能真实地反映了立法者或宪法的创制者的意图，而是要更多地考虑解释的社会效果，在众多的的解决方案中，通过解释要达到什么样的目的，哪一个结果是最佳的？换句话说，法官不是法律的发现者，而是法律的创造者。法官发现法律，寻找法律并适用法律的过程---是创造性地适用法律的劳动过程。此时，“解释者对于已经存在的法律规范不是机械、静态第理解其含义，而时本着“与时俱进”的原则，以动态的眼光考察其含义，适应社

会、经济、文化的发展而不断充实新的内容、抛弃陈旧的内容”。[33]法官根据社会生活发展的需要，把经济、政治、哲学方面的要求及时补充到法律中去，法律的生命力因法官的创造而延伸，法律这部作品因法官的补充完成而大放异彩，这种机制保障了法律的发展随时代与时俱进。这样说来，仅仅依靠逻辑理性不能完全理解和把握法律，法官还需要从实践理性和价值理性出发，理解法律，寻找法律的真谛。我们无法确保法官就像一架绞肉机，上面投入条文和事实的原料，下面就自然或自动地输出判决，保持法律的原汁原味，我们无法确保法律如埃利希所说的是一个数学问题或运动员的游戏，“如果将法官总是努力追求的唯一正确的答案，而不是在个人的价值和偏好的影响下运用裁量权这样一种描述当真，那就是一个错误，法官的个人价值与偏好都是由气质和有选择的生活经验决定的，而不是由仔细思考过的，在一定程度上自我选择的司法哲学决定的”[34]。这说明在司法实践中，法官面临的问题已经不是被动、机械地适用法律，单纯面对书本上的法律、法规，而是如何确保法官进行的推论或解释更为适当，确保法官造法是妥当或正当的。（三）关于法律是不义的“恶法”时的解决在适用法律的过程中，法官有时会处于这样的境地：面对具体案件，存在明确的法律规定或规则，但是，如果将该规定或规则直接适用于此案，明显悖于情理，造成显失公平和公正，此时，法官不得不面对这样的困境与难题：是----不论死活----将该规定或规则直接适用于此案呢？还是以适用该规定或规则会导致对公平正义否定为由----拒绝适用或者正当背离该规定或规则呢？法官如何在“直接适用”与“正当背离”之间进行衡量作出选择

呢？所谓衡平就是指法官在适用法律的过程中，如果将该规定或规则直接适用于此案，明显悖于情理，其结果将造成显失公平、公正，法官基于对法律历史、社会习惯或惯例的考查，基于对法律意图、目的、价值取向的考量，基于对社会利益或社会效益的衡量以及社会公共政策或社会公平正义的价值选择和价值判断等等，对法律的有关规定或规则“制定”一个例外，或者说为其拒绝适用，背离该规定或规则找到一个正当理由，软化和缓解法律的严格性，回避、淡化法律规定或规则的不足，因而，衡平是“由于法律的一般性而有缺陷时对法律的补救”或如亚里斯多德所说的，当法律因其太原则而不能解决具体问题时，对法律进行的一种补正。比较法学家埃尔曼所言：“至少从亚里士多德开始，如何根据正义的考虑减轻现行法律可能带来的严酷与不公正就已成为法律理论与实践面临的一个问题。”[34]亚里士多德认识到“公平虽然就是公正，但并不是法律上的公正，而是对法律的纠正。其原因在于，全部法律都是普遍的，然而在某种场合下，只说一些普遍的道理，不能称为正确。就是在那些必须讲普遍道理的地方，也不见得正确。因为法律是针对大多数的，有时难免弄错。。。。。。既然立法者说了一些笼统的话，有所忽略和出现失误，那么对这些缺点的矫正就是正确。如若立法者在场，他自己会这样做；如若他知道了，自己就会把缺少的规定放在法律中。所以公平就是公正，它之优于公正，并不是优于一般的公正，而是优于由于普遍而带来了缺点的公正。纠正法律普遍性所带来的缺点，正是公平的本性。这是因为法律不能适应于一切事物，对于有些事情是不能绳之以法的，所以应该规定某些特殊条文。对于不确

定的事物，其准则也不确定。” [35]从亚里士多德开始，如何根据正义的考虑减轻现行法律可能带来的严酷与不公正就成为法律理论与实践所面临的一个问题。在英国的法制史上，甚至还独创了作为独立法律渊源的衡平法。这正是因为当时英国的令状制度的僵化和保守，不但难以保障人们的权利，而且它的适用还造成新的不公正，因此，先是国王，后是国王良心的代表者大法官们，依据道德和良心来作出判决，从而实现生活中的正义。必定有人会站出来反驳或担忧，中国的法官素质太低，他们只能照本宣科，而且照本宣科还常常念歪了经，再容许他们擅自解释法律，这不是要形成法官擅断么？是的，对于法官来说，其职责是执行立法机构制定的现存法律，而不是迎合或迁就对高层次的道德理想的揣测。如果认为法律在道义上是恶的、不公平的，法官可以过其他办法去采取符合良心的行动。否则，法律秩序更会面临土崩瓦解的危险。“如果没有规则引入社会，那么整个法治大厦就会颠覆，规则是构建法治社会最有用的工具之一，没有规则就不会有法治社会” [36]，在中国现有条件下，我们不宜过分强渲染法官“造法”的价值，一方面，这是由我国法治所处的特定历史阶段和我国的成文法传统所决定的，是提高司法权威的需要，与西方法治发达国家相比，我国正处于建设法治的初始阶段，需要的是树立法律的绝对权威和严格的执法和司法[37]。另一方面，我们根本缺乏适用判例法的经验和复杂的技术，我们不能不顾国情和我国法官的水平，而片面鼓吹法官造法的“好处”以破坏法制的统一，影响法治建设[38]。因而，对中国目前来说，在法律适用的过程中法官造法的推行----必须慎而又慎----必须注意到任意超越法

律所带来的危害和危险,在法官素质水平有待于普遍提高或判例法不作为法律渊源的前提下,大力培养和加强“严格的规则之治”,发挥制定法作为理顺和调整社会关系主要手段的主导作用,如沙弗尔所说“在发展中国家应尽可能地运用详细的规则,以替代模糊的法律标准”[39]我们唯一可做的有意义的工作就是,从制度上和法官的素质提升上把将法官的任意性降到最低限度,进行程序上的保障和限定。那么,如何防止法官自由裁量权的滥用或者胡乱造法呢? 1、尊重规则----有限的自由。卡多佐大法官认为“尽管法院一定要行使自己的判断,但这决不意味着每个法官认定是过分的、不符合明显的立法或者是基于法官不能赞同的某些道德观念之上的立法都是无效的”[40]。这表明,法官的自由裁量权并非是真的很“自由”,它必须尊重规则,他必须以“传统为知识根据的裁量,以类比为方法,受到制度的纪律约束,并服从社会生活中对秩序的基本需要”,只有在严格的规则不明确时才可以进行漏洞补救,以及只有在含义不明确时才可以进行补充性的抢救。当宪法和法律可以解决实际问题时,必须忠实或服从规则,只有当法官发现现有法律无法适用,或一旦适用,裁决将显失公正时,法官才可以创造新的规则。因而,法官造法的前提是有严格限定的。它绝不能超越制定法,不能超越司法解释。法官“造法”的实质是为了追求正义而实现法律目的或精神不得已而为之的一种特殊的做法,是适用法律的一种特殊形式。法官在适用法律的过程中,公平、正义等价值观念、公众期待、社会习惯、现行政策、人大监督等等都是法官在行使裁量权、在造法过程中必须考虑的因素,而所有这些因素,会在一定程度上保障或限制

了法官自由裁量权的胡乱行使。“如果任其自由行使，如果它变成一种法官用来将个人的信仰和哲学强加给政府的其他部门的借口，它就阻碍了进步，并造成人们对法院的不信任和怀疑”[41]。

2、增强判决书的说理性。就现实而言，无论法官如何适用法律、理解法律，无论法官如何判决，要求法官必须在判决书说理部分中清楚地说明其适用法律的理由和依据，我国人民法院的判决书在写法和样式上几十年来皆为事实陈述、法律适用、判决结果三大部分组成，沿袭着“查明”、“根据”、“认为”、“判决”的模式，按肖扬院长的说法，是千案一面，缺乏认证推理，看不出判决结果的形成过程，缺乏说服力，说理性不足。很是让人茫然无措。参照其它一些国家的做法，必须有一个形式上的约束[42]。法官在面对有争议的重大案子时，必须给予答复，并说明理由。要使当事人赢得清清楚楚，输得明明白白。使裁判文书无懈可击，令人折服，使当事人知道自己胜在哪里，败在哪里，知道法官为什么这么判而不那样判。如能做到这点，就不仅起到了宣传法律、教育公民自觉守法的作用，而且，在一定程度上减少法官在审判中的不公正行为，有效地防止司法腐败，确保裁判文书真正成为向社会公众展示法院文明和公正司法形象的载体。

3、引入判例制度。我们注意到，自19世纪以来，大陆法系法官无权造法的做法有很大的改变，两大法系在逐渐靠拢。一方面，在概念法学过度强调法律的安全价值及法官在适用法律中的机械性作用，受到各学派批评与责难。这些学派主张法官为实现立法者的意旨和社会的实际需要，应当摆脱逻辑的机械规则的束缚，法官在填补法律漏洞方面应发挥其能动性。另一方面，受自由法学、法社会学派

关于主张法官造法、发现“活法”等理论的影响，在实务中，判例的作用日益加强，呈现出一种积极鼓励法官发挥其在填补法律漏洞方面的造法功能、发现社会生活中的活的法律的趋向，法官以个人的司法解释方法来弥补法律规定的不足，已经起到了十分明显的效果[43]，法院的判例也逐渐成为法的渊源。采纳判例的主要意义在于：增进法律的确定性、安全性和可预测性，限制法官的自由裁量权，防止法官独断专行[44]。从我国目前的实际情况来看，必须承认“每个法官都在他的能力限度内进行立法”的事实[45]，必须承认法官的自由裁量存在很大空间，通过判例对法官的自由裁量权进行适当的限制，其效果是明显的，判例对法官的自由裁量权限制的效果表现在：一方面，按照遵循先例的要求对于相同或相似的情况，必须适用相同的规则，判决的结果应当大体保持一致。一旦先例建立起来，则法官在制度中受先例的拘束，从先例中领悟解决同类问题的法律思维模式和方法，促使相同案情得到大体相同的裁判。另一方面，在遇到“法律漏洞”和法律缺陷的情况下，法官可以依据先例确立的规则作出裁判，根据对法律的解释填补漏洞[46]。

4、加强法官职业道德建设，建立违法责任追究制度。在我国审判人员素质偏低，法官滥用自由裁量权、徇私枉法相当普遍的情况下，如何保证审判人员的公正性和廉洁性，这是一个不容忽视的问题。“法官是法律帝国的王侯”，法官是一种职权和职责相统一的职业，法官的素质高低、能力大小、阅历深浅、品质好坏成为影响法官判决和造法的关键，如果在行使审判权过程中，出现滥用职权、导致错判就必须受到严格追究，这是为防止司法专断所必要的，也是现代司法文明的体现。

加强法官职业队伍建设，健全和完善法官内部制约机制，让法官“优者上、弱者下、劣者离”，通过规范司法人员在具体司法程序中的司法行为，通过培育精英型、学者型的法官，通过加强人大和社会舆论的监督，能确保司法行为的合法性，能为限制法官自由裁量权奠定基础。 文章出处：北大法律信息网 作者简介：田成有 西南政法大学法学硕士 现为云南财贸学院副院长 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com