

法律漏洞填补的司法论证

黄泽敏*

内容提要：法律漏洞填补的司法论证包括认定论证和填补论证两个部分。根据法律漏洞的两个构成性特征，认定论证由规则缺失论证和圆满性论证组成，对此可分别提出论证型式 α 和论证型式 β 。法律漏洞一旦根据论证型式得到认定，论证目标即指向漏洞的填补。法律漏洞填补在司法上有两条路径：规则引入（有规则填补）与规则创设（无规则填补）。填补论证分为引入论证和创设论证两种类型，对此可分别提出论证型式 I 和论证型式 II 及其附属论证型式。这两种论证在法律漏洞填补上存在竞争关系，最终还需确立一条填补论证原则 P，以避免选择之难题。

关键词：法律漏洞 司法论证 论证型式 裁判规则

法律漏洞填补是法学方法论的传统议题，也是立法和司法实践面临的常见难题。立法一般通过制定新法对法律漏洞进行填补。针对司法，学界业已提出一系列法律漏洞填补方法，但如何对法律漏洞的填补进行说理论证，还是尚未解决的理论难题。从结果来看，传统方法论倚重的法律漏洞填补方法也能为个案提供裁判规则。但是，究竟存在多少种填补方法，学界未能形成统一认识。^{〔1〕} 这些方法种类杂多，不同的法官面对同一类型的法律漏洞时，会选择适用自己认为适当的填补方法，导致同案不同判现象的发生，凸显了填补方法的选择、排序之难题，也为司法裁判的说理论证带来现实困难。说理论证是司法裁判的内生性要求，“司法如何填补漏洞”的问题因之转变为“如何通过司法上的论证说理对漏洞进行填补”的问题。对此作答，不仅是一种学理期待，更是一种现实需求。

* 华东师范大学法学院副教授。

本文为国家社科基金重大项目“新兴学科视野中的法律逻辑及其拓展研究”（18ZDA034）的阶段性成果。

〔1〕 梁慧星将法律漏洞填补的方法分为依习惯填补、依法理填补、依判例填补三类（参见梁慧星：《民法解释学》，法律出版社2015年版，第271页以下）。王利明将填补法律漏洞的方法分为类推适用、目的性扩张和目的性限缩、基于习惯法的漏洞填补、基于比较法的漏洞填补和基于法律原则的漏洞填补五种类型（参见王利明：《法律解释学导论：以民法为视角》，法律出版社2017年版，第583页以下）。其他分类和内容，参见〔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168页以下；〔德〕魏德士：《法理学》，丁晓春等译，法律出版社2013年版，第366页以下；舒国滢等：《法学方法论》，中国政法大学出版社2018年版，第403页以下。

一、论题之必要限定

（一）学说争议与本文立场

关于法律是否存在漏洞，理论上存在争议，本文持“肯定说”。自然法理论和实在法理论皆有否定法律存在漏洞的观点。例如，布莱克斯通的“法律发现说”认为，在人法之上还有神法和自然法，人类只能发现法律而不能创造法律，故法律不存在漏洞。^{〔2〕}凯尔森认为，如果法律没有规定，就表明了法律的消极态度，因而根本不存在法律漏洞这个概念。^{〔3〕}否定说不承认法律漏洞的存在，意味着司法上无漏洞填补之必要。然而，司法实践总会面临无法律规则可适用的情形，若坚持彻底否定的态度，司法将无法及时应对社会之发展变迁，法律的静态、封闭与社会的动态、多样性之间的不平衡也会引发司法权威削弱、社会矛盾激增等一系列不良后果。^{〔4〕}至少在司法语境下，对于法律是否存在漏洞，可持肯定说之观点。

关于司法是否应当填补法律漏洞，本文持“肯定说”，即认为司法应当对法律漏洞进行填补，但需恪守立法与司法之界限，以避权力僭越的造法之嫌。肯定司法应当填补法律漏洞的强势理由源于“不得拒绝裁判”的司法原则。^{〔5〕}否定司法应当填补法律漏洞的理由是司法不得僭越立法权。在我国司法体制之下，司法判例并非正式的法律渊源，无法作为未来待决案件的裁判依据，故司法填补之漏洞只具有个案拘束力，同立法意义上的漏洞填补有本质区别。加之立法的滞后性与纠纷解决的及时性之间的矛盾只能通过司法予以纾解，故有条件地承认司法应当填补法律漏洞，并无问题。

（二）法律漏洞的概念厘定

关于法律漏洞的定义，学理上仍见争议，但亦有通说。拉伦茨将法律漏洞定义为“违反计划的不圆满性”，^{〔6〕}认为“‘漏洞’一词已指出不圆满性。因此，只有当法律在特定领域中追求某种多少圆满的规整时，才有提及‘漏洞’的可能”。^{〔7〕}该定义被引入我国后，逐渐成为法律漏洞的概念通说。例如，黄茂荣将法律漏洞定义为“法律体系上之违反计划的不圆满状态”，^{〔8〕}梁慧星将法律漏洞定义为“现行法体系上存在影响法律功能，且违反立法意图之不完全性”。^{〔9〕}这些不同版本的定义，都是通过发展“违反计划的不圆满性”这一定义得来的，表述上的差异反映的仅是定义者对不圆满性标准的不同理解。在现代汉语中，“漏洞”是指能让东西漏过去的不应有的缝隙或小孔。^{〔10〕}“不应有”一词表达的是不完整状态。对于法律而言，“不圆满性”“不圆满状态”“不完全性”皆传递了应当设有规

〔2〕 参见〔英〕威廉·布莱克斯通：《英国法释义》第1卷，游云庭等译，上海人民出版社2006年版，第50页以下。

〔3〕 参见〔奥〕凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，商务印书馆2013年版，第224页。

〔4〕 参见吴丙新：《法律漏洞补充理论的三个基本问题》，《法制与社会发展》2011年第2期。

〔5〕 参见庄绪龙：《“法无明文规定”的基本类型与裁判规则》，《法制与社会发展》2018年第2期；《法国民法典》上册，罗结珍译，法律出版社2005年版，第31页。

〔6〕 参见〔德〕拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第251页。

〔7〕 同上书，第250页。

〔8〕 参见黄茂荣：《法学方法与现代民法》，法律出版社2007年版，第377页。

〔9〕 参见前引〔1〕，梁慧星书，第253页。

〔10〕 参见《现代汉语词典》，商务印书馆2012年版，第840页。

定而未设规定之义。^{〔11〕}正如王泽鉴对法律漏洞所作定义：“所谓法律漏洞，系指依现行法律规定之基本思想及内在目的，对于某项问题，可期待设有规定而未设规定之谓。”^{〔12〕}“可期待”一词既包含了“应有”之义，^{〔13〕}也反映了规定的缺失状态。

从上述定义中可析出法律漏洞的两个重要特征：（1）对于某一个案，欠缺可以适用的法律规定；（2）法律上应当有可以适用于该个案的规定。这两个特征是法律漏洞的构成性特征，决定着法律漏洞的认定标准。那么，如何理解其中的“法律”与“规定”？第一，“法律”“规定”应限定在实在法层面。自然法所具有的超实在、变幻莫测的特性排除了法律漏洞存在之可能，法律漏洞的讨论只能在实在法领域进行。第二，“规定”应限定为“法律规则”，其由构成要件和法效果构成。实在法类型多样、部门繁多，具体条文规定错综复杂。对于司法实践而言，欠缺可适用的法律规定，一般是指欠缺能够引起明确法效果的规范性法律条文，它可表述法律规则。非规范性条文只是对规范性条文构成要件的补充，最终也将与规范性法律条文一同构成适用于个案的法律规则。此种限定符合司法经验与认知，也有利于对法律漏洞填补的司法论证进行一般化讨论。

通过上述分析，法律漏洞的两个构成性特征被修正为如下表述：（1）对于某一个案，欠缺可适用的法律规则；（2）应当设有可以适用于该个案的法律规则。不论如何表述法律漏洞的定义，这两个特征都内涵于定义之中，是认定法律漏洞的必备标准。以下关于法律漏洞填补的司法论证将围绕此概念厘定分阶段展开。

二、法律漏洞的认定论证

法律漏洞的存在并非直观可把握，^{〔14〕}其作为漏洞填补的前提，必须经过论证。根据上述对法律漏洞概念的厘定，若两个构成性特征得到证立，法律漏洞即可得以认定。相应地，认定论证可分为两部分：（1）规则缺失论证，即证立“个案欠缺可适用的法律规则”；（2）圆满性论证，即证立“应当设有可以适用于该个案的法律规则”。

（一）规则缺失论证

1. 规则缺失的三种类型

对于个案而言，“欠缺可适用的法律规则”的直观之义是“无法律规则可适用”，但这只解释了“欠缺”，而未解释“可适用”。法律规则可适用于某一案件事实，意味着该案件事实能够归属于该法律规则构成要件所指陈的事实类型。站在概念解释的立场上，不管归属是否经过价值论证，其都以可能语义为界限。归属的成功至少表征了一个潜在条件，即

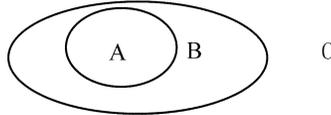
〔11〕 拉伦茨对法律漏洞的其他阐述也在一定程度上解释了“不圆满性”，如“不论个别的法律或者整体的法典，只有在非属‘法外空间’的问题上欠缺规则时，才有漏洞可言”，“只有在所牵涉的问题本身需要并且能被法律规整时，才有‘漏洞可言’”。参见前引〔6〕，拉伦茨书，第250页。

〔12〕 王泽鉴：《民法学说与判例研究》，北京大学出版社2015年版，第29页。

〔13〕 “包含”不是“等于”也非“表明”，“可期待设有规定”从文义上可解读为包括可期待存在规定（is）和可期待应当规定（ought）两方面内容。

〔14〕 例如，对于高空抛物致人伤亡一类案件的审理，在侵权责任法出台前存在同案异判现象。在2000年的“重庆烟灰缸案”和2001年的“济南菜墩案”中，法官均认为法律存在漏洞，而在2002年的“重庆鹅卵石案”和2007年的“广州瓷片案”中，法官不认为法律存在漏洞。参见曹磊：《法律漏洞补充行为的失范与规制》，《法学论坛》2019年第4期，第73页。

案件事实必定处于法律规则构成要件的可能语义之中。“欠缺可适用的法律规则”可通过“归属”“可能语义”获得正确的理解与把握。借鉴哈特的法律概念理论，概念的语义区域如下图所示：



图中，A 是概念的语义核心地带，B 是概念的语义模糊地带，C 是概念语义之外的区域。A + B 构成了可能的语义范围。在排除认知不能的前提下，一般通过感知经验即可判断对象处在哪一区域。例如，对于“水果”这一概念，直观上可断定“苹果”处在其概念的 A 区域，“番茄”处在 B 区域，“螃蟹”处在该概念的语义之外，即 C 区域。既然法律规则由概念构成，其适用范围也可被区分为 A、B、C 三个区域，案件事实也只能落在法律规则的 A、B、C 三个区域，无其他可能。对于“欠缺可适用的法律规则”的理解，可区分为三种情形：（1）案件事实处在某一法律规则的 A 区域。在该区域，一般可当然适用该法律规则。若要符合“无法律规则可适用”之义，则在逻辑上必须同时排除该法律规则本身被适用的可能以及其他法律规则被适用的可能。由此，可将“欠缺可适用的法律规则”的第一种情形描述为：案件事实处在某一法律规则的 A 区域，既无法适用该法律规则，也无法适用其他法律规则。（2）案件事实处在某一法律规则的 B 区域。在该区域，某一法律规则存在适用的疑难并不意味着该规则绝对无法被适用，其依然存在被适用的可能。为符合“无法律规则可适用”之义，同情形（1）一样，在逻辑上必须排除适用该法律规则的可能以及适用其他法律规则的可能。此种情形可被描述为：案件事实处在某一法律规则的 B 区域，既无法适用该法律规则，也无法适用其他法律规则。（3）案件事实处在任一法律规则的 C 区域。因处在可能语义之外，案件事实不具备归属于任何规则的可能，如首例“冷冻胚胎案”就遭遇到了此种难题。^{〔15〕}此种情形可被描述为：案件事实处在任一法律规则的 C 区域，无规则可适用。

2. 规则缺失论证的论证型式

针对上述规则缺失情形，可构造相关的论证型式作为规则缺失论证的论证结构。例如，可将第一种情形的论证型式表达为：

前提：案件事实 F 处在某一法律规则构成要件的 A 区域。

前提：案件事实 F 不能适用该法律规则。

前提：案件事实 F 不存在适用其他法律规则的可能。

结论：对于案件事实 F，欠缺可适用的法律规则。

该论证型式涉及一些隐含前提或例外。例如，从法理上讲，案件事实 F 处在某一法律规则构成要件的语义核心地带，则当然适用该法律规则。第二个前提在常态下无法确立，它是法律规则适用的例外，论证具有可废止性。离开对前提的种种假设，这种论证型式就不具有任何意义。隐含的假设可能成立，也可能不成立。只有对其进行批判性审查或评估，才能

〔15〕 参见沈新南、邵玉妹诉刘金法等监管、处置权纠纷案，江苏省无锡市中级人民法院（2014）锡民终字第 01235 号民事判决书。

保证结论的合理性。有效的评估方法是匹配相应的批判性问题 CQ (Critical Question)。^[16] 批判性问题的设置针对的是不能被直观证立的前提。以上述第二个前提为例,其相应的批判性问题是:存在何种理由论证支持案件事实 F 不能适用该法律规则?对批判性问题的应对与解决,能够全方位检验相关类型的论证是否可靠和完整,^[17] 它给回应者提供了合理怀疑的一切切入点,也向论证者提供了排除合理怀疑的主要切入点。^[18] 如果没有发现否定前提的足够理由,则可以根据论证型式得出结论。因此,批判性问题将作为本文构造论证型式的必要组成部分予以呈现。针对规则缺失的三种情形,可构造以下三个规则缺失论证的论证型式。

论证型式 $\alpha-1$:

前提:案件事实 F 处在某一法律规则构成要件的 A 区域。

前提:案件事实 F 不能适用该法律规则。

前提:案件事实 F 不存在适用其他法律规则的可能。

结论:对于案件事实 F,欠缺可适用的法律规则。

CQ₁. 法官、原被告双方对案件事实 F 处在某一法律规则构成要件 A 区域的判断是一致的吗?

CQ₂. 存在何种理由论证支持该法律规则不能适用于案件事实 F?

CQ₃. 法官、原被告双方对案件事实 F 不存在适用其他法律规则的可能之判断是一致的吗?

论证型式 $\alpha-2$:

前提:案件事实 F 处在某一法律规则构成要件的 B 区域。

前提:案件事实 F 不能适用该法律规则。

前提:案件事实 F 不存在适用其他法律规则的可能。

结论:对于案件事实 F,欠缺可适用的法律规则。

CQ₁. 法官、原被告双方对案件事实 F 处在某一法律规则构成要件 B 区域的判断是一致的吗?

CQ₂. 存在何种理由论证支持该法律规则不能适用于案件事实 F?

CQ₃. 法官、原被告双方对案件事实 F 不存在适用其他法律规则的可能之判断是一致的吗?

论证型式 $\alpha-3$:

前提:案件事实 F 处在任一法律规则构成要件的 C 区域。

结论:对于案件事实 F,欠缺可适用的法律规则。

CQ₁. 法官、原被告双方对案件事实 F 处在任一法律规则可能语义之外的判断是一致的吗?

3. 论证评估:批判性问题的解决路径

(1) CQ₁ 的解决路径

批判性问题的设置基本上都源于前提无法直观确立,但也并非全然如此。就以上论证型式的第一个前提而言,案件事实 F 处在法律规则的何种区域,虽可通过经验感知予以断定,却会因缺乏说理论证而不具有可审查性。考虑到司法裁判存在认知偏差等可能,审查又不可或缺,因而确有设置批判性问题之必要。那么如何设置?与语义相关的问题往往取

[16] 沃尔顿、里德和马卡诺将论证型式的“批判性问题”研究归功于哈斯廷斯的博士论文。在哈斯廷斯之后,当代论证研究学者逐渐采纳了这种论证型式的研究进路。参见[荷]范爱默伦等:《论证理论手册》上册,熊明辉等译,中国社会科学出版社2020年版,第484页。

[17] See Frans H. van Eemeren & Rob Grootendorst, *Argumentation, Communication, and Fallacies: A Pragma-Dialectical Perspective*, London: Lawrence Erlbaum Associates, 1992, p. 98.

[18] 参见武宏志等:《非形式逻辑导论》,人民出版社2009年版,第465页。

决于一个语言共同体，但审查共同体每个成员的判断在理论上是不可能的。就个案而言，它涉及法官、原告、被告三方的判断。直观判断的内在面向，如真实性，没办法审查，但判断是否外在一致却是可以审查的。判断可能一致也可能不一致，为使论证结论具有可接受性，三方判断达成一致就成了最低要求。有必要对论证型式 $\alpha-1$ 、 $\alpha-2$ 、 $\alpha-3$ 的第一个前提设置一致性问题 CQ_1 ，从而对判断提出最低限度上的一致性要求，即若能在最低限度上保证法官、原被告的判断达成一致，则对应的前提成立。

以上三个论证型式的构造虽不相同，它们在 CQ_1 的解决路径上却能相互循环融通。对于论证型式 $\alpha-1$ ，若一方对案件事实处在某一法律规则构成要件之 A 区域的判断存疑，则意味着案件事实可能处在该法律规则的 B 或 C 区域。在排除认知不充分的前提下，若依然坚持对该法律规则进行漏洞审查，则进入论证型式 $\alpha-2$ 、 $\alpha-3$ 的一致性考量。对于论证型式 $\alpha-2$ ，若一方对案件事实处在某一法律规则构成要件之 B 区域的判断存疑，则意味着案件事实可能处在该法律规则的 A 或 C 区域。若依然坚持漏洞审查，则进入论证型式 $\alpha-1$ 、 $\alpha-3$ 的一致性考量。对于论证型式 $\alpha-3$ ，若一方对案件事实是否处在任一法律规则构成要件之 C 区域的判断存疑，则意味着案件事实可能处在某一法律规则构成要件的 A 或 B 区域。由于法官负有找法之义务，其在裁判文书说理中应当对存疑方所提之法律规则予以回应，以排除认知不充分的可能，避免形成法律选择上的争议点。对此，若依然坚持对该法律规则进行漏洞审查，则进入论证型式 $\alpha-1$ 、 $\alpha-2$ 的一致性考量。

(2) CQ_2 的解决路径

前提“案件事实 F 不能适用该法律规则”无法直观确立，对论证型式 $\alpha-1$ 、 $\alpha-2$ 的第二个前提提出了论证要求，即设置 CQ_2 。论证型式 $\alpha-1$ 、 $\alpha-2$ 的 CQ_2 在问题表述上一致，但解决路径略有不同。

对于论证型式 $\alpha-1$ 而言， CQ_2 的解决实际上也是对法律规则适用例外的回应。从法理上讲，案件事实处在某一法律规则构成要件的 A 区域，则当然适用该规则，其只存在两种不能适用的可能。其一，根据案件事实的归属论证模式，案件事实处在法律规则构成要件的语义核心地带，因价值不符而不能适用。对此，可通过案件事实归属的价值论证予以证立。^[19] 其二，案件事实同时处在另一法律规则构成要件的 A 区域，但另一法律规则与该法律规则相冲突，^[20] 导致两者都不能适用。需要说明的是，仅存在冲突并无法证明两者都不能适用，若通过冲突规则或其他方法能够解决冲突，则必定适用其中一个法律规则，这就与“缺乏可适用的法律规则”之义相违背。对于此种可能，可通过审查所有可能的冲突规则及解决方法予以确认，包括新法优于旧法、特别法优于一般法、上位法优于下位法以及利益衡量之方法等。^[21]

[19] 关于案件事实的归属论证模式和价值论证，参见黄泽敏：《案件事实的归属论证》，《法学研究》2017年第5期，第74页以下。

[20] 规则冲突不包括规则竞合等假冲突的情形。关于冲突与竞合的关系和区分，参见[德]齐佩利乌斯：《法学方法论》，金振豹译，法律出版社2009年版，第52页以下。

[21] 有学者将法律规则之间的冲突作为独立的法律漏洞类型，认为通过利益衡量方法解决个案法律规则之间的冲突属于法律漏洞的填补方法（参见前引[1]，舒国滢等书，第421页以下）。本文以为，在方法论上通过利益衡量之方法解决规则冲突，从而选择适用其中一个法律规则，与冲突规则的解决结果是一致的，故不将其作为法律漏洞的填补方法予以讨论。

对论证型式 α -2而言, CQ_2 的解决与以上不同, 路径上的差异源于案件事实处在法律规则构成要件的B区域而不是A区域。法律规则相冲突的一个必要前提是, 案件事实同时处在不同规则的语义核心地带, 即相冲突的规则都当然地可以适用。对于一个处在某一法律规则语义模糊地带的案件事实而言, 不可能存在另一个法律规则与该法律规则相冲突的情形。解决论证型式 α -2的 CQ_2 就无需考量规则冲突之可能, 通过案件事实归属的价值论证予以证立即可。

(3) CQ_3 的解决路径

确证前提“不存在适用其他法律规则的可能”是否成立, 其实就是确证案件事实是否处在其他法律规则构成要件的可能语义之外, 故可直观确定。如同 CQ_1 的设置, 对论证型式 α -1、 α -2的第三个前提设置一致性问题 CQ_3 , 从而对判断提出了一致性要求。理论上应当审查除该法律规则之外的所有其他法律规则, 但对于受案件审理期限所限的个案司法而言, 既不可能也不必要。与 CQ_1 的解决路径相似, 只需给予最低限度的一致性保证, 即保证法官、原被告双方对于案件事实不存在其他可能适用之法律规则的判断是一致的。若一方提出了其他可能适用的法律规则, 则应当通过审查确定该规则能否适用。若能适用, 则论证型式 α -1、 α -2的论证终止。若不能适用, 则规则缺失论证成立。

(二) 圆满性论证

以上批判性问题一旦解决, 规则缺失即获得证立, 但规则缺失论证的成立并不足以证立法律存在漏洞。法律并不调整人类社会的所有关系。无法律规则可适用未必意味着法律存在漏洞, 也可能是法律不应当对案件事实予以规范或调整。论证法律是否存在漏洞, 在规则缺失论证成立的前提下, 仍需论证法律是否应当对案件事实予以规范。

1. 论证型式

理论上, 对于案件事实是否应受法律规范的问题, 从道德、政策等不同视角出发, 可能得出不同的判断。就圆满性论证而言, 出于对法律安定性的维护以及对法官依法裁断案件之原则的坚持, 论证应当基于法律的内在视角展开。若以法律之外的标准衡量法律, 借此断定法律漏洞的存在, 则在司法上很难有漏洞填补的空间, 至多只能作超越法律之法的续造, 但这一任务原则上应由立法者完成。^[22]为圆满性所提供的论证, 应当是一个法律内的证成。支撑圆满性论证结论(法律应当对案件事实予以规范)的论证前提应当在法律内发现(即有法律依据), 此为论证的合法性要求。很多学者所讨论的新兴权利论证, 如对冷冻胚胎案中监管权和处置权的论证, 都有超越法律的证成嫌疑, 此种论证应在司法过程中受到控制。^[23]鉴别能够作为圆满性论证前提的法律依据并确定该法律依据的内容, 应当回

[22] 超越法律之法的续造原则上应交由立法者完成, 除非立法者长期不能发挥作用, 以致产生一种真正的法律紧急状态(参见前引[6], 拉伦茨书, 第252页以下)。此时, 司法实际上取代了立法角色, 其完成的工作已非单纯的漏洞填补, 故本文不予讨论。

[23] 刘小平认为, 对监管权和处置权的证成依赖于更具一般性的权利论证, 而非对冷冻胚胎法律定位的论证(参见刘小平:《为何选择“利益论”——反思“宜兴冷冻胚胎案”一二审判决之权利论证路径》,《法学家》2019年第2期,第151页)。然而, 基于依法裁判的要求, 现行法律规定依然是证立或推定新兴权利的强势理由(参见王方玉:《新兴权利司法推定:表现、困境与限度——基于司法实践的考察》,《法律科学》2019年第2期,第22页以下)。不过, 在没有法律规定作为依据的情况下, 司法是否可以进行超越法律之证成, 理论上存在争议。本文认为, 新兴权利的证成本质上也是填补法律漏洞, 应当满足最低限度之法律内证成的要求。

到原初问题进行考量，即判断法律应对案件事实予以规范的实质根据是什么。王泽鉴对于法律漏洞的定义表明，判断对某个案件事实或某项问题应否予以规范的根据，是现行立法的基本思想及内在目的。这也符合拉伦茨提出的判断法律漏洞存在的标准，即“须以法律本身的观点，法律的根本规整意向，借此追求的目的以及立法者的计划为准”。^[24]问题的关键在于，什么是法律规定之基本思想及内在目的？什么是法律本身的观点？什么是法律的根本规整意向、追求的目的以及立法者的计划？这些表述之间是否有细微而本质的差异？要确立圆满性论证的论证型式，需要对规范的实质根据有相对明确的认识，也就需要厘清这些不同表述对应到法律依据之中到底意指什么。

法律有其规范的范围或对象，但世界上不存在绝对相同的事物，法律需以类型化的方式对事物加以规范。例如，刑法中关于盗窃罪的法律规范，是在规范那些虽在个案意义上不同但都符合盗窃罪规定的事实。然而，类型有层次之分，整体意义上的刑法相对于规定了盗窃罪、故意伤害罪等具体罪名构成要件的法律条款而言，其任务就是将不同罪名涉及的事实类型再进行类型化处理，直到犯罪（行为）这一层次为止。于是，论证法律应对案件事实予以规范，一条可行的进路就是论证案件事实是否属于法律所规范的对象。只要法律所规范的对象具有实在法上的依据，就可以为圆满性提供一个最低限度上的法律内的证成，其相对确定的论证型式可构造如下：

论证型式 β ：

前提：法律所要规范的对象是 A。

前提：案件事实 F 属于该法律所要规范的对象 A。

结论：该法律应当对案件事实 F 予以规范。

CQ₁. 《XX 法》的哪些具体条文表明其所要规范的对象是 A？

CQ₂. 存在何种理由论证支持案件事实 F 属于对象 A？

2. 论证评估：批判性问题的解决路径

CQ₁ 的设置决定了该论证型式是否对圆满性论证提供了一个法律内的证成。若不存在具体的法律条文依据，论证型式 β 或许会成为“超越法律”之法的续造。对于个案司法，所谓法律应否规范该案件事实，一般指某一部法律应否规范该案件事实。大多数法律法规都会在总则或基本规定部分明确其规范或调整的对象。论证型式 β 有一个基本的论域限定，即将“法律”限定在某一部法律法规之中。鉴于语词之直观性，CQ₁ 的结论可以通过表述《XX 法》第 X 条直接确立。

CQ₂ 的设置提出了论证要求，因为前提“案件事实 F 属于该法律所要规范的对象 A”无法直观确立。证立该前提并非易事，依照一般的论证进路，需先定义对象 A。对此，法律基本上都作出了相应规定，如保险法第 2 条解释了什么是保险活动。难点在于，即便具体条文解释了对象 A，也可能无法达到直观断定案件事实 F 是否属于对象 A 的程度，这就迫使论证处于对外开放的状态，理论上也无法控制涉及 CQ₂ 的论证能否在法律（体系）之内完成。尽管如此，由于 CQ₂ 的论证被控制在论证型式 β 之中，且对象 A 受制于条文的可能语义边界，能否在法律（体系）之内完成论证以及是否还需要进一步的法律依据支撑，并不影响

[24] 前引 [6]，拉伦茨书，第 251 页。

圆满性论证是一个法律内的证成。唯了解“法定对象的本质”，充分展现裁判者的认知智慧方可解决上述问题，故无需构造新的论证型式。

（三）从认定论证到填补论证

法律漏洞的学理认定通常离不开对法律漏洞类型的讨论。^[25]若对上述法律漏洞进行类型化处理，可将区域A下的漏洞命名为隐藏漏洞，^[26]其认定论证的论证型式为：论证型式 $\alpha-1$ + 论证型式 β 。区域B下的漏洞可被命名为模糊漏洞，其认定论证的论证型式为：论证型式 $\alpha-2$ + 论证型式 β 。区域C下的漏洞可被命名为显明漏洞，其认定论证的论证型式为：论证型式 $\alpha-3$ + 论证型式 β 。

认定论证肯定了法律漏洞的存在，并将进一步的论证目标指向了漏洞填补。不论何种类型的法律漏洞，它们在法律规则可能语义的意义上都分享了共同的填补目标：提供一个可以适用的法律规则。通常情况下，法律规则为个案提供了裁判所依据的规则，或者说，法律规则与裁判所依据的规则相重合。在法律存在漏洞的情形下，二者在一定程度上是分离的，裁判规则的来源或许不再局限于法律规则。鉴于立法与司法有所分工，裁判者应当确立的是一个对当下个案具有规范效力的裁判规则。当这样一个裁判规则得以确立，个案意义上的法律漏洞填补即告完成。普遍意义上的法律漏洞填补则属于立法的工作范畴。

纵观传统方法论上的法律漏洞填补方法，从逻辑上讲，为个案提供裁判规则只有两种可能的路径：（1）引入其他规则作为裁判规则，即有规则填补。有相当一部分的法律漏洞填补方法从属于这一路径。例如，“目的性扩张”通过扩张某一法律规则的适用范围使之成为当下个案的裁判规则；“援引习惯”通过援引习惯规则使之成为当下个案的裁判规则。（2）创设一条全新的裁判规则，即无规则填补。在无其他既存规则可引入的情况下，裁判者唯有创设全新的裁判规则才能填补司法意义上的法律漏洞。从属于这种方式的法律漏洞填补方法有“依法律原则”“依法理”等。对于填补论证而言，以上两种路径对应于两种论证类型：（1）引入论证，即关于引入其他规则作为当下个案裁判规则的论证；（2）创设论证，即关于创设个案裁判规则的论证。

三、法律漏洞的填补论证 I：引入论证

（一）引入论证的两个子类型

规则的引入首先需要解决规则的来源问题。社会规则的种类繁多，如风俗习惯、道德规则、宗教规则等，法律规则只是其中一种类型。并非所有的社会规则都可以被引入作为

[25] 国内外的很多学者都曾提出法律漏洞的分类及其认定方法，并非所有的漏洞分类都与漏洞认定具有司法上的论证关联，如认知的漏洞与未认知的漏洞，原始漏洞与后发漏洞等，皆属此类。

[26] 学界有些关于隐藏漏洞的定义可能引发误解。有学者认为隐藏漏洞是指“某种事件，依法律所使用语词的意义，已被法律所涵盖，但依立法者及准立法者意思，本不应该被法律所涵盖”（参见前引[1]，梁慧星书，第262页）。按此定义，若区域A的规则缺失论证成立，即可认定法律存在隐藏漏洞，“泸州二奶继承案”及类似案例也就成为隐藏漏洞的代表案例。事实上，不管何种类型的法律漏洞，至少都意味着有对法律进行填补的必要，即存在所谓“不圆满性”。“泸州二奶继承案”虽明确排除了继承法规则的适用，却不需要特别规定予以调整，即圆满性论证不成立。隐藏漏洞之所以是法律漏洞，原因就在于，排除原本适用的法律规则后，仍需要“相应地以一个特别规定加以规定”（参见前引[8]，黄茂荣书，第433页）。与侵权责任法制定前所发生的“高空抛物致人伤亡案”相类似的案例才是隐藏漏洞的代表案例。

裁判规则。当法律存在漏洞时，法律规则的缺失不意味着裁判规则的确立可以脱离法律体系的束缚，从而将任一社会规则适用于个案司法。司法裁判的可预期性以及裁判规则的合法性诉求，要求被引入之规则至少在最低限度上能被现有的法律体系所容纳。法律体系与其他社会规范体系必须被严格区分，如若不然，风俗习惯、道德规则等就会落入由“活法”或自然法等构成的最为广义的法体系之中，这将消解法律漏洞这一概念的存在意义。基于这一要求，当法律存在漏洞时，可被引入作为裁判依据的规则主要有两种类型。

第一，符合法律规定的其他社会规则。具有法律上的明确规定，是法律之外的其他社会规则进入法律体系的唯一正当合法途径，也是其他社会规则被引入作为裁判规则的唯一可能途径。例如，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。该条明确了在裁判规则缺失的情况下，习惯可以作为弥补法律漏洞的裁判依据。^[27]

第二，语义非相关的法律规则。对于个案而言，即便其处在其他任一法律规则的可能语义之外，仍然存在适用语义非相关的法律规则的可能。例如，传统方法论中的类推与目的性扩张的作用结果，是将法律规则扩展适用于依其字义并未包含的其他案件事实。^[28]但是，作为法律漏洞填补方法的类推是法律规则类推而非判例类推。有学者在类推方法之外引入依判例填补的方法，即通过将当下个案与先决判例类比，从而适用判例之中的裁判规则以填补法律漏洞。这一做法看似是引入既存之规则，可作为一种独立的引入类型，实则不是。先决判例中的裁判规则如果也是对法律漏洞的填补，那么援引该案例并非填补，只是一般意义上的案例类比适用。如果先决判例中的裁判规则只是对既有法律之解释，援引该案例的实质亦是语义相关的其他法律规则的引入而已。

根据来源规则的不同类型，引入论证可进一步区分为：（1）其他社会规则的引入论证；（2）语义非相关的法律规则引入论证。

（二）其他社会规则的引入论证

1. 论证型式

立法通常不会引入某一条具体的社会规则进入法律适用体系，而是引入某一类型的社会规则，如习惯、国际惯例等，并且经常是附条件地引入。例如，民法典第10条规定了“不得违背公序良俗”的适用条件。将某一社会规则作为个案的裁判规则，前提是该社会规则的引入符合特定的法律规定。除此之外，案件事实还应处于该社会规则的语义核心地带。与法律规则的适用方式不同，法律规则语义模糊地带从属于法律规则本身，其造成的不确定性能够被法律体系所容纳。这主要体现在，处在法律规则语义模糊地带的案件事实一旦适用该法律规则，就应当符合该法律规则的价值目标，而根据融贯性要求，最优价值目标的选择被严格限制在法律体系之内。^[29]换言之，法律规则语义模糊地带的适用能够通过案件事实之归属论证获得法律内的证成，其他社会规则则不然。其他社会规则的价值目标不受法律体系或法律价值的束缚，其语义模糊地带在适用过程中会向法外体系无限制开放，

[27] 参见刘作翔：《回归常识：对法理学若干重要概念和命题的反思》，《比较法研究》2020年第2期，第113页。

[28] 参见前引〔6〕，拉伦茨书，第274页；前引〔1〕，克莱默书，第171页；前引〔1〕，舒国滢等书，第419页以下。

[29] 参见前引〔19〕，黄泽敏文，第90页以下。

从而模糊法律的边界，与法律体系的安定性相冲突。因此，即使案件事实处在该社会规则的语义模糊地带，也不能将该社会规则作为裁判规则予以适用。只有结合这一前提，才能将某一社会规则引入并作为个案的裁判规则。与此相应，其他社会规则引入论证的论证型式可构造为：

论证型式 I-1：

前提：法律规定了社会规则类型 R 可在法律规则缺失的状态下有条件地予以适用。

前提：某一社会规则 r 属于该法律规定的社会规则类型。

前提：当下案件事实 F 处在社会规则 r 的语义核心地带。

结论：社会规则 r 可被引入作为个案的裁判规则。

CQ₁. 规定了社会规则类型 R 可在法律规则缺失状态下有条件地予以适用的具体法律条文是什么？

CQ₂. 存在何种理由支持社会规则 r 属于法律规定的社会规则类型 R？

CQ₃. 社会规则 r 是真实存在的吗？

CQ₄. 法官、原被告双方对案件事实 F 处在社会规则 r 语义核心地带的判断是一致的吗？

2. 论证评估：批判性问题的解决路径

(1) CQ₁、CQ₂ 的解决路径

CQ₁、CQ₂ 的设置涉及合法性审查。不是所有的社会规则都能被法律体系容纳，合法性审查的唯一内容是，其他社会规则的司法适用是否具有法律依据。这不仅涉及具体法律条文的查找，还涉及相关社会规则的引入是否符合法律规定的判断问题，相关合法性审查可以分解为 CQ₁ 和 CQ₂ 两个问题。CQ₁ 不涉及说理论证，一旦发现了具体的法律条文，前提即刻确立，CQ₂ 则提出了论证说理要求。由于法律规定的是某一类型社会规则的适用条件，CQ₂ 论证的核心是，某一社会规则是否属于该社会规则类型。这表面上看与案件事实的归属论证相似，即论证案件事实是否属于法律规定的事实类型，实则不同。案件事实归属所涉及的法律规定是具有特定逻辑结构的法律规则，即由构成要件（事实类型）和法效果两个逻辑要素组成。有关其他社会规则适用的法律规定不具有该逻辑结构，严格来讲，其缺少了法效果这一构成要素。某一社会规则即使属于法律规定的社会规则类型，也不会产生任何法效果。个案中的具体法效果，不是基于该法律规定所确定的，而是基于这一社会规则所引致的后果来确定的。法效果这一逻辑要素是构造案件事实归属之价值论证的必要组成部分。某一社会规则是否属于该社会规则类型的论证，适用一般的逻辑涵摄模式，即先定义社会规则类型的概念，然后确定其全部概念要素是否在某一社会规则概念中全部重现，可表述如下：

论证型式 I-1-C2：

前提：社会规则类型 R 被概念要素 a₁、a₂、a₃ 定义。

前提：某一社会规则 r 包含 a₁、a₂、a₃ 等要素。

结论：某一社会规则 r 属于社会规则类型 R。

由于法效果这一逻辑要素的缺失以及其他社会规则的非法律属性，如果无法通过涵摄模式确定某一社会规则是否属于该社会规则类型，则应当作出否定性结论，而不进一步求助涉及价值等要素的规范论证，也无进一步设置 CQ 的必要。该论证型式可作为解决 CQ₂ 的辅助路径。

(2) CQ₃、CQ₄ 的解决路径

CQ₃ 的设置涉及真实性审查。除法律之外的其他社会规则往往具有不成文的特点，也没有规范化的表现形式，这就导致司法引入存在真实性风险，需要审查某一社会规则是否真实存在。关于某一社会规则是否存在的说理，在目前的一些裁判文书中是缺失的。例如，在张有福、张会英与澄江县凤麓街道办事处揽秀社区等确认合同无效纠纷案的二审民事判决书中，法官根据习惯认定原告主张《房屋买卖契约》无效的理由不成立，却未对习惯的真实性作出说明，构成裁判说理上的论证缺陷。^[30] 与规范论证不同，证立所引入的其他规则是否真实存在，涉及真假证明，与一般的案件事实证立共享论证路径，即通过证据证明真实性。例如，其可以通过文本上的记载进行证明，也可以通过实证调查发现规则之相对普遍性予以证明。

CQ₄ 与论证型式 α 中的 CQ₁ 一样涉及一致性审查，故不赘述。由于论证对象不同，其他社会规则的非法律属性使得其在解决的结果取向上有所区别：在排除认知不充分的前提下，一旦无法达成一致判断，其他社会规则将无法被引入作为个案的裁判规则。

(三) 语义非相关的法律规则引入论证

1. 论证型式

对于语义非相关的法律规则引入论证，某一法律规则作为当下个案的裁判规则，其外在的显著特征就是案件事实处在该法律规则的可能语义之外。例如，在民法总则施行前，民法通则第 13 条规定，不能辨认自己行为的精神病人是无民事行为能力人，由他的法定代理人代理从事民事活动。“植物人”显然处在“精神病人”的可能语义之外，即从文义出发不能将植物人解释为精神病人。在以往的司法实践中，法官将民法通则第 13 条适用于植物人，以填补法律漏洞，如谢自勇与曾宪杰机动车交通事故责任纠纷案即为典型。该案二审判决书对此种适用进行了论证。^[31] 该论证既有类推方法的痕迹，也糅合了目的性扩张。从类推方法的角度看，论证的一个关键理由是植物人与无民事行为能力的精神病人在本质上相似或相同。从目的性扩张的角度看，该论证是为了保护无民事行为能力人的合法权益。不论哪种方法，论证的结果就是“植物人”与“不能辨认自己行为的精神病人”一同属于“无民事行为能力人”，即肯定了两者存在某种共性，而这种“共性”恰恰是该条文调整对象的核心内容。据此，可以效仿论证型式 β 的构造路径，即通过论证案件事实是否属于法律规范的对象，来得出是否应当对其予以规范的结论。但是，与论证型式 β 中的对象不同，某一法律规则的真正规范对象不是通过构成规则的语词直接确立的，而是通过认识事物属性、规范目的等加以发现的。为避免混淆，以“事实类型的本质”而非“法律规范的对象”对其命名。引入此类法律规则作为个案的裁判规则，有必要确立的前提就是案件事实符合该

[30] 参见云南省玉溪市中级人民法院（2018）云 04 民终 42 号民事判决书。

[31] 论证内容为：“我国现行立法虽然没有对植物人的行为能力及补正作出具体明确的规定，但司法实践中往往将植物人认定为无民事行为能力人，并以对无民事行为能力人的监护来补正植物人的民事行为能力，本案中谢自勇的植物人状态已经医学鉴定部门鉴定，其无意识辨认能力，在精神状态、行为意识、行为能力和判断能力上与 $\times \times$ 人相似，即没有判断能力和自我保护能力也不知其行为后果，完全没有意识和行为能力，本院结合医学诊断和医学鉴定结论的基础上，直接参照适用《中华人民共和国民事诉讼法》第 13 条规定，认定其为无民事行为能力人，由其法定代理人代理民事活动，由此符合我国立法本意，有利于保障当事人尽早行使合法权利。”参见湖南省常德市中级人民法院（2018）湘 07 民终 206 号民事判决书。

法律规则所规范之事实类型的本质。于是，语义非相关的法律规则引入论证型式可构造为：

论证型式 I-2：

前提：案件事实 F 处在某一法律规则的可能语义之外。

前提：案件事实 F 符合该法律规则所规范之事实类型的本质。

结论：该法律规则可作为当下个案的裁判规则。

CQ₁. 有何种理由论证支持案件事实 F 符合该法律规则所规范之事实类型的本质？

2. 论证评估：批判性问题的解决路径

理论上讲，第一个前提与论证型式 α 一样涉及一致性审查。由于漏洞填补以漏洞认定为前提，在认定论证中，规则缺失论证已经保证该前提得以确立，故不再对其设置批判性问题。

在论证型式 I-2 中，CQ₁ 提出了论证要求，论证的关键在于对事实类型本质的把握。事实类型的本质并非一成不变。例如，“汽车”这一事物类型，其本质既可以是交通运输工具，也可以是竞技比赛工具，甚至是工业艺术品。但是，关于 CQ₁ 的论证并不因此就完全处于开放状态。事实类型本质的变化与发展取决于一定条件。第一，法律规则所规范之事实类型的本质镶嵌于该法律规则之中，对其把握必受制于该法律规则的目的。第二，在论证上，对事实类型本质的把握要通过语词加以描述，适用该法律规则意味着案件事实符合其所规范之事实类型的本质，这就衍生出了形式上的条件，即案件事实在逻辑上能够被该事实类型的本质所涵摄。第三，有些案件事实即便经解释符合上述事实类型本质的形式和目的要求，因其违背法律原则或基本法律价值，也不能适用该法律规则。以虐待罪与幼师虐待儿童事件之间的适用关系为例。1997 年刑法关于虐待罪的规定是：“虐待家庭成员，情节恶劣的，处……。”有学者将“家庭成员”这一事物类型的本质解释为“具有监护关系而非亲属关系的成员”，从而认定立法者设立虐待罪的目的，是从刑法上对有监护关系而不履行其监护义务，并给被害人造成肉体或精神痛苦的行为人的行为一种否定的评价。^[32] 但是，该解释并不符合司法实践中的普遍做法，甚至有违罪刑法定原则。经以上分析，对于 CQ₁ 可构造以下论证型式：

论证型式 I-2-C1：

前提：案件事实 F 在逻辑上能够被该事实类型的本质所涵摄。

前提：赋予案件事实 F 以该法律规则之法效果，符合该法律规则之目的。

前提：赋予案件事实 F 以该法律规则之法效果，不为法律原则或基本法律价值所否定。

结论：案件事实 F 符合该法律规则所规范之事实类型的本质。

因满足以上三个条件，该论证型式能够保证 CQ₁ 的解决符合最低限度之合理性，故不再设置批判性问题。

四、法律漏洞的填补论证 II：创设论证

若无规则可引入，法律漏洞的填补就只能依赖规则的创设。为了将规则的创设严格锁定在司法权界限内，避免涉及溯及力等问题，根据法律体系的“规则—原则”构造模式，^[33]

[32] 参见任彦君：《论我国刑法漏洞之填补》，《法商研究》2015年第4期，第102页。

[33] 参见雷磊：《适于法治的法律体系模式》，《法学研究》2015年第5期，第14页。

证立规则的规范性理由应当且只能源于具有实在法地位的法律原则。^[34]

（一）法律原则规则化的路径反思

在司法实践中，适用法律原则裁断个案被认为是处理法律漏洞的普遍做法。传统观点认为，法律原则只有具体化为规则才能予以适用，只有规则而非原则才能作为直接裁判的依据。^[35] 法律适用的一般逻辑是规则适用的逻辑，其遵循以下形式：

$$\begin{array}{c} T \rightarrow Q \\ S = T \\ \text{——} \\ S \rightarrow Q \end{array}$$

其中，T 是规则的逻辑前件（构成要件），Q 是规则的逻辑后件（法效果）， $T \rightarrow Q$ 是规则的形式表达，S 是案件事实。 $S = T$ 表达案件事实归属于构成要件指陈的事实类型。对于个案，逻辑上需要先证立一条可适用的规则，否则无法得出判决。由于法律原则在规范内容上不预设任何具体确定的事实状态，也不指定具体的法律效果，有学者立基于阿列克西的法律原则理论，尤其是“竞争法则”部分，认为适用法律原则解决个案，应当先将法律原则规则化，再将该规则适用至当下个案，从而得出裁判结论。^[36] 本文认为，此种观点值得商榷。

在阿列克西的法律原则理论中，竞争法则部分的一个核心观点是，在适用法律原则时，不管是原则与规则的冲突还是规则的缺失，本质上都是原则之间的竞争。法律原则适用的关键在于确立优先条件，使某一原则在竞争关系中优先适用。竞争法则的技术性表达是：如果原则 P_1 在条件 C 下优先于原则 P_2 ，并且 P_1 在条件 C 下产生法律后果 Q，那么一条以 C 为前件、以 Q 为后件的有效规则就得以适用，即 $C \rightarrow Q$ 。该条件 C 扮演了双重角色，其既是优先条件又是规则的构成要件，即逻辑前件。^[37] 阿列克西通过 Lebach 案清晰展现了竞争法则下原则到规则的演化过程。^[38] 该案涉及人格权保护原则和新闻报道自由原则之间的冲

[34] 根据规则创设规则的无规则填补有两种可能。其一是反对推理，其适用条件是法律规则构成要件是法效果的必要条件（参见前引〔1〕，舒国滢等书，第 408 页以下）。然而，如果符合该条件，实际上根本无法律漏洞存在。于此大多并无“违反计划的”或者依法律目的可予认定的法律规则的不圆满性。一个合理的反对推理可能只是使法律漏洞显示出来（参见前引〔6〕，拉伦茨书，第 266 页以下）。其二是整体类推，即从整套的法律规定中归纳出一般性的法律思想、一般性的目的或法律原则，适用于缺少明确规则的情形（参见前引〔1〕，克莱默书，第 175 页以下）。但是，整体类推的归纳结果既然是一般法律原则而非规则，就个案司法填补而言，该方法的适用过程本质上依然等价于根据原则创设规则。

[35] 参见舒国滢：《法律原则适用中的难题何在》，《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2004 年第 6 期，第 19 页；庞凌：《法律原则的识别和适用》，《法学》2004 年第 10 期，第 41 页以下；陈林林：《基于法律原则的裁判》，《法学研究》2006 年第 3 期，第 9 页；彭诚信：《从法律原则到个案规范——阿列克西原则理论的民法应用》，《法学研究》2014 年第 4 期，第 107 页。

[36] 参见上引彭诚信文，第 92 页以下。

[37] See Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Right*, trans. Julian Rivers, New York: Oxford University Press, 2002, pp. 53 - 54.

[38] Lebach 案的基本案情为：ZDF 电台播出了名为“Lebach 之士兵谋杀”的纪录片。本片涉及一起刑事犯罪，即犯罪人杀害了位于 Lebach 联邦部队军火库中四名熟睡的士兵，并偷走了武器以供进一步犯罪之用。在该片预播期间，其中一个被认定为次要罪犯而被立刻释放出狱的人，看到了该片中其照片并配有姓名，以会危及其再社会化为由，主张 ZDF 的播放行为侵害了其在德国基本法第 1 条第 1 款和第 2 条第 1 款下的基本权利，请求法院停止该播放行为。两级地方法院拒绝了该诉讼请求，原告便诉请宪法法院废止地方法院判决。参见上引 Alexy 书，第 54 页。

突。优先条件(C)是:一项重复的关于严重罪行的报道,不具有时事信息之利益且危及罪犯的再社会化。在该条件下,人格权保护原则优先适用,产生的法律后果(Q)是播放行为被禁止。根据竞争法则可形成 $C \rightarrow Q$:若一项重复的关于严重罪行的报道不具有时事信息之利益,且危及罪犯的再社会化,则应当禁止播放。

认为法律原则规则化的重点就是找寻或确立优先条件,继而形成规则裁断个案的观点,建立在对“规则”“优先条件”的错误认知之上。以彭诚信所讨论的严桂英与史传宝一般人格权纠纷案为例,假设该案确立的规则是:当毁损、隐匿他人或本人之亲人骨灰而造成他人精神受损,且该损害基于人的通常道德价值应受保护时,该行为应为法律所禁止。^[39]根据竞争法则,其中优先条件C,即规则的构成要件(逻辑前件)是:毁损、隐匿他人或本人之亲人骨灰而造成他人精神受损,且该损害基于人的通常道德价值应受保护。法律后果Q,即规则的法效果(逻辑后件)是:该行为应被法律禁止。然而,“毁损、隐匿他人或本人之亲人骨灰而造成他人精神受损,且该损害基于人的通常道德价值应受保护”无法成为规则的构成要件,规则构成要件描述的是事实类型。对于抽取自个案的规则有一个基本的判断,即抽取自个案的规则当然适用于该个案。换言之,该个案必然处于所抽取之规则构成要件的语义核心地带,能够在逻辑上进行直接涵摄,故优先条件不能包含应然命题。

实际上,优先条件不是解决具体个案的优先条件,而是某一法律原则优先适用的条件。阿列克西将Lebach案涉及的优先条件具体划分为四个事实要素(未包含应然命题):一项重复的(F_1)关于严重罪行的(F_2)报道,不具有时事信息之利益(F_3),且危及罪犯的再社会化(F_4)。规则的形式化表达 $C \rightarrow Q$ 也可表达为 $F_1 \text{ and } F_2 \text{ and } F_3 \text{ and } F_4 \rightarrow Q$,即符合这四个事实要素的报道会被禁止。这四个事实要素是个案经去个体化后形成的一般化事实,优先条件C的本质其实就是案件事实,而Q是某一原则优先适用所得的裁判结论,其本质是案件原被告的诉讼请求或主张。对于Lebach案,Q是人格权保护原则优先适用所得的裁判结论,其本质是本案原告的诉讼请求。当证立该案件事实应当适用人格权保护原则从而支持原告主张时,该案件事实就作为人格权保护原则优先适用的条件而被确立,即在该案件条件下,^[40]人格权保护原则优先适用。

法律原则本身不会冲突,它们只有结合个案,在各自支持的主张相互冲突时才会发生冲突。只有当择一主张作为个案的裁判结论时,法律原则的冲突才得已解决。对于个案的解决,在逻辑上它只存在两种可能,即案件事实(F) \rightarrow 原告主张(Q_1),或者案件事实(F) \rightarrow 被告主张(Q_2)。不管选择何种可能,其结果就是选择了该案件事实下所将适用的某一法律原则,而该案件事实也即成为该法律原则优先适用的条件。规则和优先条件是根据法律原则解决个案的结果而非前提。只有当案件事实根据法律原则 P_1 或 P_2 得出某一裁判结论时,案件事实作为法律原则 P_1 或 P_2 优先适用的条件才得以确立。

[39] 该案基本案情为:原告(二审被上诉人)严桂英(与被告是母子关系)、史传珍(与被告是妹兄关系)与史传芬(与被告是姐弟关系)因被告(二审上诉人)史传宝未经原告许可擅自将其父史有田的骨灰从殡仪馆取走,致使该骨灰无从下葬并妨碍了原告对亲人的悼念,请求判令被告返还骨灰并下葬于指定墓穴,同时赔偿一定的精神损失费。法院最终依据民法通则第5条之规定及公序良俗原则支持了原告的诉请。参见上海市第二中级人民法院(2010)沪二中民一(民)终字第971号民事判决书;前引[35],彭诚信文,第94页以下。

[40] 参见前引[37],Alexy书,第53页。

（二）无规则填补：法律原则的规则创设论证

1. 论证型式

对于法律漏洞的无规则填补而言，它需要处理的一个论证问题是，在法律规则缺失以及法律原则无法预先规则化的情况下，如何论证一条规则的创设。根据上述分析可知，一旦证立某一案件事实可根据某一法律原则得出裁判结论，则该案件事实就作为优先条件被确立，由优先条件和裁判结论构成的规则也就相应被证立。论证一条规则的创设，等价于论证个案根据某一法律原则得出裁判结论。在案件事实（F）之下，原被告之间主张的对立意味着，法律论证将涉及多个法律原则（P）之间的竞争，即支持原告主张的法律原则 P_1 与支持被告主张的法律原则 P_2 之间的竞争，^[41] 而不只是单一原则的独立适用。如果其中一方胜出，则以该方主张作为后件的规则成立。规则创设的论证型式可表述如下：

论证型式 II：

前提：在案件事实 F 下，法律原则 P_1 支持主张 Q_1 。

前提：在案件事实 F 下，法律原则 P_2 支持主张 Q_2 。

前提：法律原则 P_1 胜过法律原则 P_2 或法律原则 P_2 胜过法律原则 P_1 。

结论：规则 $F \rightarrow Q_1$ 成立或规则 $F \rightarrow Q_2$ 成立。

CQ₁. 存在何种理由论证支持在案件事实 F 下法律原则 P_1 支持主张 Q_1 以及法律原则 P_2 支持主张 Q_2 ？

CQ₂. 存在何种理由论证支持法律原则 P_1 胜过法律原则 P_2 ，或法律原则 P_2 胜过法律原则 P_1 ？

2. 论证评估：批判性问题的解决路径

（1）CQ₁ 的解决路径

原则能否支持主张并非总能获得直观判断，需要设置 CQ₁ 加以论证。法律原则表达的是法律所欲求之价值，主张（Q）表达的是一种诉求，其内容一般以描述性概念组成，本质是应然判断（价值主张）而非实然判断（事实主张）。例如，在严桂英与史传宝一般人格权纠纷案中，原告主张的内容是“请求判令被告返还骨灰下葬于指定墓穴”，亦隐含“被告应当返还骨灰下葬于指定墓穴”之意，主张反应了主张者的价值诉求，具有价值指向。在无规则依据的情形之下，为使主张者的主张具有合法性支撑，主张者所诉求之价值必须与表现法律价值的法律原则重合。论证法律原则是否支持主张，实际上就是论证主张是否符合法律原则。

在如何论证主张符合法律原则的问题上，又会遇到类似休谟难题的困境。法律原则一般由价值概念构成，如诚信、公平、自由、公序良俗等，而主张本质上为应然判断，除去“应当”，其基本上由描述性概念构成，如“被告返还骨灰下葬于指定墓穴”的主张。判断主张是否符合法律原则，实际上是判断应为之内容是否符合法律原则，即“被告返还骨灰下葬于指定墓穴”是否符合公序良俗。前者是行为事实，后者是价值。鉴于事实与价值之间存在鸿沟，一个事实陈述无法单独推出价值主张，论证策略上只能通过解释法律原则，使之向下延伸呈现出其所欲涵盖的事实类型（W），进而令主张与之相符合。对此，可以采纳王琳的诠释路径，解释某一法律原则的具体内涵。^[42] 围绕“符合”构造一个基本的论证

[41] 有时候支持或否定主张的法律原则不只一个，参见林来梵、张卓明：《论法律原则的司法适用——从规范性法学方法论角度的一个分析》，《中国法学》2006年第2期，第126页。

[42] 参见王琳：《论法律原则的性质及其适用——权衡说之批判与诠释说之辩护》，《法制与社会发展》2017年第2期，第98页以下。

型式应是可行的,其表述如下:

论证型式 II - C1:

前提:在案件事实 F 下,法律原则 P 被解释成 W。

前提:在案件事实 F 下,主张 Q 的应为之内容符合 W。

结论:在案件事实 F 下,法律原则 P 支持主张 Q。

该论证型式下的论证活动已经处在法律的安定性与开放性之临界地带,很难再往前推进,但其至少赋予了“支持”以最低限度的合法性,故不再设置批判性问题。

(2) CQ₂ 的解决路径

CQ₂ 的设置理由与 CQ₁ 相同,但它的解决指向法律原则之间的权衡论证。法律原则只有涉及个案才可能存在竞争和冲突,权衡只有将个案纳入考量才能进行。对此,阿列克西的权衡法则提供了一条可能的路径。权衡法则可以分解为三个步骤:第一步先确定某原则的受侵害程度;第二步确定满足与此原则相冲突的彼原则的重要程度;第三步将第一步确定的受侵害程度与第二步确定的重要性程度相比较。^[43] 该权衡的本质是比较受侵害程度,即如果某一原则受侵害程度高于相冲突的另一原则,则前一原则胜出。量化分析未必精确,但足以表明这一路径确实并非个案无涉地、单纯地权衡法律原则,而是从个案对法律原则造成的侵害程度进行权衡、比较,只不过落脚点在法律原则。当落脚点在个案时就会形成另一条可能路径,如利益衡量。对此,也可分解为三个步骤:第一步确定适用某一原则所产生的个案利益;第二步确定适用与此原则相冲突的彼原则所产生的个案利益;第三步将第一步确定的个案利益与第二步确定的个案利益进行比较,如果适用某一原则所产生的个案利益大于适用另一原则所产生的利益,则前一原则胜出。这条路径也存在类似第一条路径的难点:其一,个案利益仅指当事人具体利益,还是包括社会利益、集体利益、制度利益等其他利益类型,存在争议。其二,个案利益的衡量,到底是通过量化分析还是定性比较,亦无定论。^[44] 尽管如此,仍然可以围绕“侵害程度”和“个案利益”构造两个论证型式以指明法律原则权衡的基本路径,其表述如下:

论证型式 II - C2 - 1:

前提:在案件事实 F 下,法律原则 P₁ 受到的侵害程度为 D₁。

前提:在案件事实 F 下,法律原则 P₂ 受到的侵害程度为 D₂。

前提:侵害程度 D₁ > D₂。

结论:在案件事实 F 下,法律原则 P₁ 胜过法律原则 P₂。

论证型式 II - C2 - 2:

前提:在案件事实 F 下,适用法律原则 P₁ 所产生的个案利益为 I₁。

前提:在案件事实 F 下,适用法律原则 P₂ 所产生的个案利益为 I₂。

前提:个案利益 I₁ > I₂。

结论:在案件事实 F 下,法律原则 P₁ 胜过法律原则 P₂。

理论上,两个论证型式的区别只是构造的落脚点不同,它们本质上应当是相同的。对

[43] 参见前引 [37], Alexy 书,第 401 页。

[44] 参见蔡琳:《论“利益”的解析与“衡量”的展开》,《法制与社会发展》2015 年第 1 期,第 141 页以下。

于同一案件，不管使用哪个论证型式都会得到相同的衡量结果。由于论证型式无法做到精确量化，只能择其一适用，以避免结论相冲突。至于对它们的选择、具体展开、适用以及批判性问题的设置和解决，与采纳何种“侵害程度”理论、“利益”理论密切相关。这些内容已然超出本文论域，故不予讨论。

行文至此，对于创设论证（无规则填补）与引入论证（有规则填补）而言，尽管它们回避了传统方法论的方法选择难题，二者在法律漏洞填补上依然具有竞争关系。考虑到法律体系的安定性以及司法裁判的可预期性，有规则填补因其规则的稳定性，将优先于无规则填补。由此可对上述法律漏洞的填补论证补充确立一条论证原则 P：穷尽规则引入（引入论证），方可无规则填补（创设论证）。

Abstract: The closing of legal loopholes is a traditional topic of legal methodology as well as a common problem in legislation and judicial practice. Judicial argumentation on the closing of legal loopholes includes two parts, i. e. , the identification argumentation and the closing argumentation. According to the two constitutive characteristics of legal loopholes, the identification argumentation is composed of the rule-deficiency argumentation and the soundness argumentation. The former is aimed at proving the lack of applicable legal rules while the latter is aimed at proving that the case should be regulated by legal rules. For these two argumentations, argumentation scheme α and argumentation scheme β can be put forward respectively. Once legal loopholes are identified according to the identification argumentation, the goal of the argumentation changes into the closing of the loopholes. Logically speaking, there are two judicial approaches to the close legal loopholes, that is, rule introduction (closing with other rules) and rule creation (closing without any rule). Correspondingly, the closing argumentation can be divided into two types, i. e. , introduction argumentation and creation argumentation, and two argumentation schemes, namely argumentation scheme I and argumentation scheme II, and their subsidiary argumentation schemes that can be proposed respectively. These two argumentation schemes are in a competitive relationship with each other in the closing legal loopholes, and ultimately a principle of closing of argumentation, namely principle P, needs to be established to avoid the difficulty of choice.

Key Words: legal loopholes, judicial argumentation, argumentation scheme, legal rules
