

# 司法对法律体系的完善

江必新<sup>\*</sup>

---

**内容提要：**人民法院的司法活动对完善法律体系具有不可替代的独特作用。司法通过作用于法律体系的微观向度、调适过程、法与社会联系的建立、成文法固有缺陷的克服来完善法律体系。完善的具体方式包括司法解释、法律解释、指导性案例、司法审查、司法建议、参与和配合立法、送请有权机关审查和裁决、提出法律案等。对于通过司法完善法律体系，需要树立正确的理念。

**关键词：**司法 法律体系 司法解释 司法审查

---

人民法院作为法律实施的主力军，在中国特色社会主义法律体系形成后，所肩负的使命更加重大，所承担的任务更加突出和紧迫。一方面，人民法院要切实做到严格公正执法，确保宪法和法律得到有效实施；另一方面，人民法院也有责任在职能范围内发展和完善法律体系，确保一体遵守的法律是良善之法。

## 一、通过司法完善法律体系的独特作用

人民法院的司法活动对完善法律体系的独特作用主要表现在以下四个方面。

### （一）立法与用法的隔阂需要司法予以消解

法律体系的基本作用是实现“有法可依”，为推行和实现法治、形成良好的法治秩序创造前提。但有法可依，不仅要求法律从无到有，而且要求所立之法须是“可用之法”。所立之法与可用之法之间的隔阂，是抽象规范的一般性与现实生活的个别性之间的差异，是过去所立之法与当下发生事实的时间之距，是有限的法律在无限复杂多变的社会现实面前露出的破绽。要把一般性的法律适用于具体案件或事项，离不开司法消除其间的差异；要把过去制定的法律适用到现在的实际生活中去，离不开司法弥合其间的距离；要把有限的法律与无限复杂多变的社会生活及时有效对接，离不开司法缝补其间的破绽。可见，只有通过司法消解立法与用法之间的隔阂，才能塑造出真正可用之法，切实做到“有法可依”，最终实现法律体系的价值。

### （二）守法与变法的抵牾需要司法予以化除

我国仍处在深刻变革的历史进程中，依法治国已经成为共识和治国方略，在这种情况下，变法的要求与守法的要求同时存在，在一定范围内难免方凿圆枘。化除其间的抵牾，更多要靠司

---

<sup>\*</sup> 中南大学法学院教授。

法。司法裁判机关在具体个案的裁判活动中，基于法律适用的立场所进行的规则创制和规则调理，内含了健全法律体系所必然要求的法律生成机制，塑造了对于社会法治秩序形成至关重要的法律的弥散能力，〔1〕使法律能适应时势流变并且保持其连续性。对于转型中国社会的法律体系的完善来说，这种调和法律体系变与不变的矛盾的机制和能力至关重要。

### （三）法规范与法品格的融通需要司法予以勾连

如果法律体系形成期的主要任务是实现有法可依，那么法律体系完善期的主要任务则是实现有良法可依。法律之“良”，是对法规范品格的总要求，即实现作为规范的法与真、善、美品格的融通。法规范与法品格固然可以通过立法者的努力而无限接近，但实现二者的最终融通，还得靠司法。“法律是一种阐释性的概念”，〔2〕如果缺少法官通过阐释的勾连，法规范就难说有其“真”——法律内容的合规律性，有其“善”——法律价值的合目的性，有其美——作用于法律体系内部的科学和谐统一的法律形式的合科学性。〔3〕

### （四）规则因素与人的因素的结合需要司法予以成就

人类并非完美无缺，有其难以克服的局限和弱点，故需创制规则进行自我调控，使人的行为服从规则治理；规则并非圆满自洽，不足以自成，亦不足以自行，需要人的因素介入和引导，使规则富有生命力并得以持续和兴旺。法与人的关系，而非法与法的关系，是法律体系中的元关系，这一点决定了法律体系不只是法律规范的简单堆砌，它必须提供能够使规则因素与人的因素有机结合并实现功能互补的触点。因而，也就需要司法激活这些触点，使规则与人的结合成为现实，并保持其间始终存在一种合理的张力。

对于完善法律体系来说，司法不仅不可或缺，在一定程度上还具有相对于立法的比较优势。法律体系形成后，要面对细枝末节的小问题、难以解决的老问题以及尚未预料到的新问题。对于这三类问题而言，司法方式显然更具优势。第一，从经济性上考量，“对法律所做的任何一种废、改、立的活动，和通过司法对法律的完善相比较，都是成本相当高昂的活动”，因此，“启动立法程序（哪怕是立法解释程序）来完善法律之细枝末节，往往是费力不讨好的行为”。〔4〕第二，从风险性上考量，“在我国完善法律体系比构建法律体系更为艰难，因为，完善法律体系有赖于许多敏感和关键的领域突破陈规、深化改革”。〔5〕相比之下，立法更能从根本上解决问题，但也容易尾大不掉，以此攻坚于敏感和关键领域难以解决的老问题，一旦失败，整个社会将为之付出沉重的代价。而司法具有机动灵活的特点，可完成“静悄悄的革命”，即便失败，破坏力较小，不至于影响全局。第三，从科学性上考量，对于那些立法时不曾预料但在社会中已经现实出现的新问题，动辄以变法应对，有损法律的稳定性。对此，亚里士多德指出，“变革实在是一件应当慎重考虑的大事。人民倘使习惯于轻率的变革，这不是社会的幸福”，“如果轻易地对这种或那种法制常常作这样或那样的废改，民众守法的习性必然会消减，而法律的威信也就跟着削弱了”。〔6〕在这种情况下，通过司法以渐变的方式发展和完善法律体系，更为妥当。

## 二、通过司法完善法律体系的机理

人民法院的司法活动何以具有完善法律体系的功能？这涉及司法作用于法律体系的机理。

〔1〕 参见张志铭：《转型中国的法律体系构建》，《中国法学》2009年第2期。

〔2〕 [美] 德沃金：《法律帝国》，李常青译，中国大百科全书出版社1996年版，第364页。

〔3〕 参见李步云、赵迅：《什么是良法》，《法学研究》2005年第6期。

〔4〕 陈金钊：《论法律体系——一个文化的视角》，《政法论丛》2004年第3期。

〔5〕 童之伟：《在新起点上继续推动立法完善》，《解放日报》2011年3月21日。

〔6〕 《西方法律思想史资料选编》编写组：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第46页。

### （一）司法通过作用于法律体系的微观向度来完善法律体系

法律体系可分为宏观与微观两个向度。通过开展立法工作，目前我国经济、政治、文化、社会等各方面基本的、主要的、特别是起支架作用的法律大体上已经有了，这个基本面就是法律体系的宏观向度，由此，中国特色社会主义法律体系总体上能够适应当前我国经济社会发展的需要。但是，总会有因立法者认为不宜（或暂时不宜）立法而形成的空白地带，因立法者认为只宜粗略立法而留下的模糊空间，〔7〕立法者认为过于细枝末节而不必立法的众多事项。与法律体系的宏观向度相比，这些空白地带、模糊空间和细枝末节的地方，就是法律体系的微观向度。在这个领域，法官所从事的工作，恰如英国丹宁法官所言，不是“叉起手来责备起草人”，而“必须开始完成找出国会意图的建设性的任务。他不仅必须从成文法的语言方面去做这项工作，而且要从考虑产生它的社会条件和通过它要去除的危害方面去做这项工作。然后，他必须对法律的文字进行补充，以便给立法机构的意图以‘力量’和‘生命’”。〔8〕这项工作，不管被称为什么——如英美法系中的“法律续造”或者大陆法系中的“漏洞补充”——法院承担的都是构建法律体系微观向度进而完善法律体系的任务。

### （二）司法通过作用于法律体系的调适过程来完善法律体系

法律体系的构建可分为“构架”和“调适”两个过程。构架过程的完成，意味着涵盖社会关系各个方面的法律部门应当齐全；各个法律部门中基本的、主要的法律应当制定出来；以法律为主干，相应的行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例，应当制定出来与之配套，这个构架法律体系的过程基本靠立法。但是，绝大多数的立法历史亦表明，立法机关往往并不能预见法律实施可能遇到的绝大部分问题。因此，所立之法，其内容是否具有合规律性，其功用是否具有合目的性，其形式是否具有合科学性，有待实践的检验并根据检验的情况作出相应的调整。这种调整相对于法律体系的整体构架来说，属于在立法与法律实施交叉领域对法律体系的微调。由于处于这个交叉领域的司法往往借助当事人对审理具体个案的请求而进入社会，极容易发现不同的个案中所蕴含的共同性因素和不同内容，可以通过一种微调的方式改善法律的偏颇和错位，在个案中实现法律的精确化和进一步的发展，更好地使正义原则和内容具体化。〔9〕

### （三）司法通过作用于法与社会联系之构建来完善法律体系

法律体系可分为对内与对外两种面向。就对外面向来讲，法是社会中的法，法与人的关系是法律体系中的元关系，司法则是使法与社会建立起联系的制度设置。在法哲学史上，关于“法律的实体是纸上的语言还是人的行为——用套式的话来说就是，在语言与行动之间作出选择”的问题争论已久。〔10〕但客观来说，舍弃任何一端的观点都难以成立，因为法既存在于纸面上，也存在于行动中，完善法律体系需要做的不是割离这种交互关系，而恰恰是建立并强化二者的联系。相比之下，虽然立法者制定了法律，但将法律应用到社会中的是法院。也就是说，使法与社会建立起联系更多地要依赖司法。“法律如果没有法院来阐释和界定其真正含义和实际操作，就是一纸空文。”〔11〕“正是在法院，社会与法发生交融。正是在这里，词语变成了行动并在此过程中获得了一种意义，即投射于社会事务中去。”〔12〕

〔7〕应该说，相对于个案的具体性而言，任何立法规定都具有一定的抽象性与概括性，这是不可避免的。但是，我国立法在相当长的一段时间内，却把粗疏当作指导思想，这就是所谓的“宁疏勿密”、“宜粗不宜细”的原则。参见陈兴良：《立法解释功过之议》，《法学》2003年第8期。

〔8〕〔英〕丹宁：《法律的训诫》，杨百揆等译，法律出版社1999年版，第13页。

〔9〕参见谢晖：《论法律体系——一个文化的视角》，《政法论丛》2004年第3期。

〔10〕Lon Fuller, *Anatomy of the Law*, Frederick A. Praeger, 1968, p. 8.

〔11〕〔美〕汉密尔顿等：《联邦党人文集》，程逢如等译，商务印书馆1980年版，第111页以下。

〔12〕前引〔10〕，Lon Fuller书，第812页。

#### （四）司法通过作用于成文法固有局限之克服来完善法律体系

由于人类理性程度和表达能力的有限性，即便立法者再有智慧，由其制定的成文法也不可避免地具有缺陷。成文法的缺陷即不合目的性、不周延性、模糊性、滞后性，难以为自身所克服，但并不意味着无法克服。司法是逻辑顺序在后的法律活动，能够锁定缺陷之所在；司法具有一套专业化的技术和方法，能够与立法活动相对接；司法享有一定程度的自由裁量权，能够提供对法律作出相应调整的空间；司法也受到严格的规制，能够在赋予法律生命力的同时免于走向专断，避免制造更多的弊端。总之，司法可以通过有效缓解和克服成文法的局限对法律体系进行完善。

### 三、通过司法完善法律体系的方式

“在中国特色社会主义法律体系的形成中，人民法院发挥了重要作用，做出了重要贡献”，在发展完善这一体系过程中，各级人民法院“更应当有所作为”。<sup>〔13〕</sup>总体来看，人民法院可以通过司法解释、法律解释、指导性案例、司法审查、司法建议、参与和配合立法、送请有权机关审查和裁决、提出法律案等多种方式发展和完善法律体系。这些方式大体可以归为四类：一是“从一般到一般”路径的司法解释；二是“从一般到个别”路径的法律解释；三是“从个别到个别”路径的指导性案例；四是“从个别到一般”路径的司法审查、司法建议、参与和配合立法、送请有权机关审查和确认、提出法律案等。

#### （一）司法解释

司法解释是最高人民法院根据法律和有关立法精神，结合审判工作实际需要，针对人民法院在审判工作中具体应用法律的问题，制定并发布具有法律效力的文件。<sup>〔14〕</sup>对法律体系的完善来说，司法解释发挥的是细化和补充立法、保障法律的统一适用以及在总结审判经验的基础上促进法律发展等方面的作用，走的是一条“从一般到一般”的进路。在中国特色社会主义法律体系已经形成、无法可依的问题已经基本得到解决的情况下，通过司法解释来完善法律体系，要求人民法院更加注重正确、审慎地行使司法解释权，积极开展应用性司法解释，严格控制创制性司法解释；<sup>〔15〕</sup>更加注重丰富解释形成过程的民主内涵，通过制定程序的正当性获得司法解释自身的正当性；更

〔13〕 王胜俊：《法律体系的形成与人民法院的历史使命》，《人民法院报》2011年9月8日。

〔14〕 参见最高人民法院《关于司法解释工作的规定》第2、3、5条。最高人民法院进行司法解释的依据是全国人民代表大会常务委员会于1981年6月10日做出的《关于加强法律解释工作的决议》。该决议规定：“凡关于法律、法令条文本身需要进一步明确界限或作补充规定的，由全国人民代表大会常务委员会进行解释或用法令加以规定。凡属于法院审判工作中具体应用法律、法令的问题，由最高人民法院进行解释。凡属于检察院检察工作中具体应用法律、法令的问题，由最高人民检察院进行解释。”基于该决议，最高人民法院先后于1997年、2007年发布法发〔1997〕15号《关于司法解释工作的若干规定》和法发〔2007〕12号《关于司法解释工作的规定》，具体明确了司法解释的性质、效力、分类和程序。需要注意的是，最高人民法院之外的各级法院制定的不具法律效力的审判解释（包括指导性文件和个案批复），并不包括在内。

〔15〕 根据法发〔2007〕12号《关于司法解释工作的规定》第6条的规定，司法解释分为“解释”、“规定”、“批复”和“决定”四种。对在审判工作中如何具体应用某一法律或者对某一类案件、某一类问题如何应用法律制定的司法解释，采用“解释”的形式；根据立法精神对审判工作中需要制定的规范、意见等司法解释，采用“规定”的形式；对高级人民法院、解放军军事法院就审判工作中具体应用法律问题的请示制定的司法解释，采用“批复”的形式；修改或者废止司法解释，采用“决定”的形式。这四种形式的司法解释实质上是两类：一为“释有”，一为“释无”。前者是对既有法律规范的应用性解释；后者是在法律规范缺位情况下，根据立法精神作出的创制性解释。从法制发展历程来看，以社会主义法律体系的形成为界，之前由于无法可依的现实以及审判工作的需要，在审判工作需要的范围内进行了一定程度上的创制性解释——这是一项与立法和法律解释具有紧密联系但又不同于二者的工作——通过此项工作，丰富和扩大了法律的意义空间，在中国的法治甚至经济、社会转型进程中，扮演了不仅仅是不可或缺更是举足轻重的角色。参见沈岷：《司法解释的“民主化”和最高法院的政治功能》，《中国检察官》2009年第1期。

加注重建立科学的司法解释选择适用过滤机制,做好司法解释立项、制定、备案和清理工作;更加注重司法解释制定过程的科学化和规范化程度,充分发挥司法审判、法律适用专家的作用;更加注重司法解释自身的完善程度,强调其形式合理性和实质良善性。

## (二) 法律解释

法律解释是法官在审理案件过程中对有关法律文本的意思的理解和阐明。<sup>[16]</sup>与存在于抽象层面的司法解释不同,法律解释存在于个案层面,遵循的是“从一般到个别”的进路。当抽象的法律规则见之于具体的个案事实,需要法官填补法之漏洞、协调法之冲突、消除法之歧义、弥合法之间隙,完成对法律规范的再理解,形成为案件量身定做的裁判大前提,使之适于对案件事实作出评定。这一系列为获得作为裁判大前提的法律规范而进行的寻找法律、适用法律、理解法律、选择法律、发现法律、补充法律的活动,<sup>[17]</sup>就是法律解释。如果说法律是立法者的作品,基于立法主体、立法手段、立法条件的局限和不足,只能将之视为一个未完成的产品,有待司法者通过法律解释予以续补。<sup>[18]</sup>具体来看,法律解释的续补任务可以分为三类:一是归类,主要解决确定概念存疑的问题;二是具体化,主要解决不确定概念的运用问题;三是漏洞补充,主要解决规范缺失和过度的问题。通过法律解释工作完善法律体系,要妥善处理法律效果与社会效果的关系,既要严格适用法律规定和维护法律规定的严肃性,确保法律适用的确定性、统一性和连续性,又要注意认识和把握法律精神,注意与时俱进,注意办案的社会效果,避免刻板僵化地理解 and 适用法律条文,在法律适用中维护公民权益、国家利益和社会公共利益。

## (三) 指导性案例

指导性案例是指最高人民法院确定并统一发布的、裁判已经发生法律效力并对全国法院审判和执行工作具有指导作用的案例。纵观人类已有的法律实践,对于法律体系的构建,大体上可归入演绎建构和归纳进化两种模式。所谓演绎建构模式,“乃是以人类的某种整体性、确定性认识或观念为出发点,来说明、描绘或者在制度上建立世界统一性图景的一种思维方式与行为策略。反映在法律上,则以逻辑上的演绎法作为立法及法律世界构设的基本工具。”所谓的归纳进化模式,是指基于经验进化主义立场,构建一种以司法为中心、以法院所创造的判例法为主体、以判例法为形式取向的法律体系。<sup>[19]</sup>两种模式不是互斥的,可以并存和互补;两种模式的结果,即立法中心主义的法律体系和司法中心主义的法律体系,也不是相互排斥的,具有相互渗透和转化的可能性。我国法律体系总体上采行的是演绎建构模式,但也没有放弃通过案例指导制度探索一条从案例(个别)到案例(个别)的道路的努力。可以预见,在法律体系的完善期,指导性案例必将因其在阐释法意之精微、适应世事之变化方面的特性以及统一法律适用尺度、规范自由裁量权方面的功能,发挥更加重要的作用。通过案例指导工作完善法律体系,要求人民法院进一步健全案例指导制度,细化和完善《关于案例指导工作的规定》的有关内容;加强指导性案例的体系设计,强化其整体性、逻辑性和可操作性;密切指导性案例与立法的互补关系,促进“以例辅律”格局的形成;提高法官适用指导性案例的意识,增强发现、挖掘、运用案例的能力;建立健全案例指导具体适用的规则,充分发挥指导性案例作为“动态法典”、“活的法律”的效用;强化

[16] 关于法律解释的含义,有多种观点(参见张志铭:《法律解释概念探微》,《法学研究》1998年第5期)。在本文中,法律解释特指法官在审理案件过程中对有关法律文本的意思的理解和说明。

[17] 列明的几项属于法官与法的基本关系,每个国家的每个时代,都是如此。除基础关系之外,法官与法还有不同国家、不同时代所选择的关系,如参照法律、创造法律、审查法律、否定法律。

[18] 参见王泽鉴:《民法实例研习·基础理论》,台湾三民书局1993年版,第116页以下;杨仁寿:《法学方法论》,中国政法大学出版社1999年版,第119页以下;梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社1995年版,第192页以下。

[19] 参见前引[9],谢晖文。

指导性案例与司法解释的联系，注意从指导性案例中发现执法中的普遍性或倾向性问题，及时总结、提炼，条件成熟时制定有关司法解释。

#### （四）司法审查及其他方式

司法审查是国家通过司法机关对其他国家机关行使国家权力的活动进行审查，对违法活动通过司法程序予以纠正，并对由此给公民、法人权益造成的损害给予相应补救的法律制度。由于各国的宪政体制、历史文化及法律传统不同，具体行使司法审查权的机关、司法审查的范围、司法审查的依据以及具体的补救方式也不完全相同。<sup>[20]</sup>在我国，由行政诉讼法所构筑的司法审查制度，核心是依据法律、法规，参照规章，对行政行为的合法性进行审查。由于司法审查所涉及的法律规范层级和门类较多，在法律适用过程中相应就有一个解决法律规范冲突、维护国家法制的统一和尊严的功能。根据宪法和立法法的规定，我国的法官享有法律的选择适用权，即在司法审查过程中，有权不适用与宪法和上位法不一致的法律规范。而且，当法律规范出现冲突，并且冲突规范所涉及的事项比较重大、有关机关对是否存在冲突有不同意见、应当优先适用的法律规范的合法有效性尚有疑问或者按照法律适用规则不能确定如何适用时，可依据立法法规定的程序逐级送请有权机关作出解释或确认。这种在个案审判中承担完善法律职能的做法是一种“从个别到一般”的进路。通过司法审查工作完善法律体系，要求人民法院准确把握法律规范的适用规则，积极参与法律规范过滤机制的构建，充分发挥司法在解决法律规范冲突、维护法制统一、促进法律发展方面的作用。

除了司法审查以外，人民法院依照“从个别到一般”的进路完善法律体系的方式还有司法建议、参与和配合立法、送请有权机关审查和确认、提出法律案等。这些方式是人民法院以无数案件中积累和沉淀下来的经验和智识，为立法提供支持、推动法律体系的完善的努力。通过这些“从个别到一般”的进路完善法律体系，要求人民法院更加重视对司法基础理论的研究，提高通过司法完善法律体系的理论能力；重视对立法活动的参与和配合，充分发挥司法对立法的促进作用；重视依法履行宪法、法律赋予的辅助和完善立法的职责，合理适度地发挥和延伸审判职能。

## 四、通过司法完善法律体系需要注意的若干问题

（一）正确处理人民代表大会制度的要求与发挥司法作用之间的关系，树立完善法律体系并不排斥司法作用的理念。

有一种观点认为，在我国人民代表大会制度之下，司法机关由人民代表大会产生，对它负责、受它监督，因此，只能严格执行作为国家权力机关的人民代表大会的意志，也就是法律规范，至于法律体系的完善，那是立法机关的事情，不需要司法发挥作用。<sup>[21]</sup>这个观点难以成立。英国几乎是唯一一个严格遵循议会至上宪法原则的国家，其议会与法院的关系与我国建立在人民代表大会制度基础上的由人大产生法院具有一定的相通性。但是在英国，法官不仅可以释法，而且可以造法，在完善法律方面扮演了重要的角色。可见，不能简单以立法机关至上的原则来否定司法在完善法律体系中的作用。人民代表大会制度要求法院严格执行国家权力机关的意志，但是，国家权力机关的意志不是法律本身，法律只是意志的载体。司法活动固然须严格执法，但仅

[20] 参见罗豪才主编：《中国司法审查制度》，北京大学出版社1993年版，第1页。

[21] 贝卡利亚为类似观点曾做过较为有力的论证：严格守法会遇到麻烦，但这种麻烦不能与解释法律所造成的混乱相提并论。因为这种暂时的麻烦促使立法者对引起疑惑的词句作必要的修改，力求准确，并且阻止人们进行致命的自由解释，而这种自由解释正是擅断和徇私的源泉。参见[意]贝卡利亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，中国大百科全书出版社1993年版，第13页。

止于此无异于舍本逐末，只有探索并遵循立法原意的活动，才真正地执行了国家权力机关的意志。

(二) 正确处理立法与司法的关系，树立完善法律体系是法官应有之担当的理念。

由于成文法具有自身难以克服的局限性，通过立法塑造的法律体系不可能圆满自洽，司法所面对的只是一个未完成的法律作品，它有责任将这个作品继续完成，而不是叉起手来责备立法者。正因为如此，对于“完善法律体系的任务只能由立法担当”的成见，应修正为“完善法律体系的任务可由立法优先地担当，但不专属于立法”。司法者作为社会公平正义、公民自由权利以及国家民主法治之卫士，在立法语不及义或义不及旨的情况下，不能以法之疏漏为由无所作为，而应探寻立法之宏旨并在现实中予以宣示；在法律存在漏洞之处，不能因多惹麻烦之顾虑躲避绕行，而应通过司法方法的有效运用“弥合法律织物的漏洞”、“熨平法律织物的褶皱”；在适用法律将造成严重的不正义之时，不能借口恶法亦法听之任之，而应适当变通以正法之良善。不能不说，这是法官应有之担当。这份担当并不意味着对立法的僭越，正如德国原联邦法院院长 Heusinger 所言：“作为法官，我们并不想攫取立法权，但是我们也深切地意识到，于此界限内，仍有宽广的空间提供法官作有创意的裁判，共同参与法秩序的形成。”〔22〕

(三) 正确处理服从与创造的关系，树立法官应忠于法律但不能愚忠于法律文字的理念。

法官司掌法律，忠于法律为其天职。忠于法律，首先要求法官信仰并服从法律，但信仰、服从不是无条件的。在近代，基于对人类理性的自信以及概念法学的盛行，主流观点要求法官的判决只能是制定法的精确复写，法律适用就是将案件涵摄于制定法之下的过程，〔23〕至于法官在严格服从法律之外的活动既无必要而且有害法治。概念法学隐退后留给人类法治事业的遗产是这样一种共识，即法官不能愚忠于法律文字，不能仅为“宣告法律语言之嘴巴”。左手握着法律，右手握着事实，眼里有实际问题，心中追问着为什么、思索着怎么办、考量着哪样更好，这是一个真实、真正而又可靠的法官，这种融入创造精神的服从——忠于法律的原则和精神，而非愚忠于法律之“文字牢笼”的做法——才是真正的忠于法律。

(四) 正确处理积极司法与消极司法的关系，树立司法应完善法律但不能任意创造法律的理念。

司法有积极的一面，比如制定司法解释、提出立法建议、发布指导性案例等等，这些方式有利于实现个案正义也发展了法律，为完善法律体系所必需。但司法也有消极的一面，不能为了完善法律体系而置司法自身的特点和规律于不顾，否则就容易造成司法的恣意和专断。处理好积极司法与消极司法之间的关系，需要做到：第一，只能在审判工作需要的范围内完善法律。司法不能任意选择所要完善法律体系的事项，而必须在审判工作需要的情况下开展这项工作。第二，只能在别无良策的情况下才能选择续造法律。法官不能把续造法律作为解决问题的首选方案或任选方案，相反，这是法官的最后手段。第三，只能在既定条件下完善法律。立法除了受宪法之规范外，不受先前法律的约束，因此有着充分的自由度。司法则不同，它是附条件的，不象立法那样是一种从无到有的确立，而是一种从隐到显的阐发，一个从不清楚到清楚的过程，〔24〕必须受到既定条件的限制。

(五) 正确处理法的安定性与妥当性的关系，树立安定性价值优于但不绝对优于妥当性价值的理念。

法律必须安定，但又不能过分安定，因此，美国大法官卡多佐说：“一方面，我们尊崇法律

〔22〕 [德] 拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，台湾五南图书出版有限公司 1997 年版，第 280 页。

〔23〕 [德] 考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，法律出版社 2004 年版，第 72 页。

〔24〕 参见张汝伦：《意义的探究——当代西方释学》，辽宁人民出版社 1986 年版，第 3 页以下。

的确定性，但必须区分合理的确定性与伪劣的确定性，区分哪些是黄金，哪些是锡箔；另一方面，即便实现了法律的确定性，我们仍需牢记：法律的确定性并非追求的唯一价值；实现它可能会付出过高的代价；法律永远静止不动与永远不断变动一样危险；妥协是法律成长的原则中很重要的一条”。<sup>[25]</sup> 由于司法过程的特点就是把共性的法律施于案件之中，它既要保证一般正义的实现，又要衡平一般正义与个案正义的关系。当法在现实中因与正义或目的不合而致使个案正义受损时，一般要尊重法的安定性，因为法的安定性在所有的价值中排在首位，为实现一般性的正义而牺牲部分个案的妥当性，是必要的代价。但是，当所付出的代价过于巨大，以至于使牺牲个案正义变得难以接受时，也要通过法的合目的性与合正义性对法的安定性进行变通，此时法的妥当性价值就需要凸显出来。

---

---

**Abstract:** As the main force of law enforcement, people's courts shoulder more significant mission and undertake more prominent and urgent task after the formation of the socialist system of laws with Chinese characteristics. On the one hand, people's courts should indeed enforce the law strictly and fairly, and ensure the effective implementation of the Constitution and other laws. On the other hand, people's courts are also responsible for the development and improvement of the legal system within its sphere of responsibility, in order to ensure the laws obeyed are good. Thus justice plays an irreplaceable and unique role in the improvement of the legal system. Not only the gap between legislation and application of laws needs justice to remove, the contradiction between law—abiding and law—reforming also needs justice to eliminate. Furthermore, the fusion of legal norm and legal character needs justice to refer to, and the combination of the factor of norm and the fact of people needs justice to achieve.

Justice perfects the legal system by acting on the micro—dimension and the adaptation process of the legal system, constructing the contact between law and society, and overcoming the inherent defects of the statute law. The specific ways to improve the legal system through justice include judicial interpretation, legal interpretation, guiding case, judicial review, judicial advice, participation in and cooperation with legislation, submitting to the authority to review and decision, introducing legislative bills and so on. To perfect the legal system through justice, we need to establish correct concepts and identify carefully whether the justice can play a role, how it work, and what the functions are.

**Key Words:** justice, legal system, judicial interpretation, judicial review

---

---

---

[25] [美] 本杰明·卡多佐：《法律的成长、法律科学的悖论》，董炯、彭冰译，中国法制出版社2002版，第12页。