

论民事裁判中的法官造法

李敏

【提要】为填补法律漏洞而创设规则的法官造法在我国民事审判领域普遍存在。常态的法官造法具有促进司法公正等积极作用，异化的法官造法则危害司法公正。真正的危险不是源自法官造法本身，而是来自不受约束的法官造法。有必要从法律制度上规范法官造法行为。必须同时满足以下两个条件，法官始得创设规则：（1）为填补制定法漏洞所必须；（2）类推适用、目的性扩张或目的性限缩等方式不足以填补法律漏洞。并且法官负有参照公认学说和指导案例进行说明论证的义务。同时，法官造法应以民法基本原则为依据，且不得违反民法的体系性要求。

【关键词】法官造法 创设规则 法律漏洞

〔中图分类号〕D913 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1000-2952(2018)01-0100-10

一、问题的提出

十八届四中全会重启民法典编纂工作后，民法总则的制定成为首要任务。法律适用条款是民法总则不可或缺的内容。2017年3月15日通过的《中华人民共和国民法总则》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。”由此确立了两位阶法源结构，即法律和习惯分别为第一和第二位阶法源。然而，世事无常，立法既难网罗一切，更无法预见未来，而习惯法之形成更非朝夕可成。^①故法律漏洞不可避免，仅以习惯作为补充，势必产生既无法律又无习惯可依的情形，此时法官应如何裁判？民法奉行“法官不得以法无明文为由拒绝裁判”之原则，于制定法无明文规定且无习惯，通过类推适用等法内漏洞填补手段仍然无法解决问题时，法官将不得不自行创设裁判规则以济其穷。

法官裁判过程中，适用各种法源的基本方法是从术语核心词意出发，然后检视词义边界范围内的意思，直至最终到达文本范围之外，包括“法律解释”（Auslegung）、“法律内之法的续造”（Gesetzesimmanente Rechtsfortbildung）、“超越法律之法的续造”（Gesetzesübersteigende Rechtsfortbil-

^① 参见王伯琦：《近代法律思潮与中国固有文化》，清华大学出版社2005年版，第174～175页。

ding) 三个范畴。^① 其中，“法律内之法的续造”和“超越法律之法的续造”均为法律漏洞之填补。法律内之法的续造通常以类推适用、目的性扩张或目的性限缩等方式实现；超越法律之法的续造则需要法官创设规则完成。我国学者关于法官造法的理论探讨中，极少界定法官造法，但这并非源于法官造法的内涵确定无疑。实际上，学者间对法官造法的理解并不统一，有的将法官造法理解为对法律规定的扩张解释，^② 有的解释为法官利用法律的原则条款修正或扩张现有法律规则，^③ 亦有的将最高人民法院通过制定司法解释和发布公报案例以填补现行法漏洞作为法官造法的主要方式，^④ 还有的认为民事案件中的法官造法主要借助于不确定概念、一般条款等载体发现规则。^⑤ 上述各种观点，或将法官造法与法律解释方法混淆，或将造法与司法能动同一化，或将造法的功能与造法本身等同。就字面意思理解，所谓法官造法，应指法官创设规则并适用于个案情形，本文探讨的法官造法亦限定于此。例如，《瑞士民法典》第1条第2款最早明文规定法官造法规则，其中将法官造法规定为法官自居于立法者地位创设规则。因此，本文所探讨的法官造法是指法官经由类推适用、目的性扩张也无法找到实证法攀附援引，惟有创设规则以济其穷。^⑥ 较之以实证法为依归的漏洞填补，新创规则的漏洞填补更为自由，也由于其恣意性更易产生不公正，故应对此类造法行为予以规范。现有研究成果侧重于探讨比较法视野下法官造法的理论意义和实践价值，^⑦ 对我国法官造法的司法实践关注相对较少，更缺乏民法典编纂背景下法官造法的体系思考。本文将从对我国民事司法领域中法官造法的经验观察出发，分析不同类型法官造法的利弊，进而提出从程序、方式、限度等方面规范法官造法行为的建议。

二、民事裁判中法官造法的类型分析

我国现行法虽未明文认可法官造法，但法官造法在司法实务中不乏其例。大致可以分为常态的法官造法和异化的法官造法两类。

（一）常态的法官造法

常态的法官造法特征有二：一是造法主体为个案裁判中的法官个体；二是个案裁判的依据为法官根据案情创设的特定规则。法官创设规则时，有时明示以法律原则为依据，有时则不指明其造法依据。

1. 基于法律原则创设规则

法官造法通常以民法基本原则、一般条款或民法学说为依据创设规则。作为造法来源的民法基本原则主要是诚实信用原则、公平原则。此时，法官常以依基本原则裁判为名，行创设规则之实。

例如，在“霍尼韦尔国际公司诉上海盖里特涡轮增压器系统有限公司等侵犯商标专用权、不正当竞争纠纷案”中，法院认为，被告将原告商标名称登记注册为其企业名称时，已有冀希公众误认，

① [德] 卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2002年版，第246页。

② 葛先园：《“案例造法”的限度——基于“贾国宇案”的分析》，《理论探索》2011年第2期，第122~125页。

③ 崔国斌：《知识产权法官造法批判》，《中国法学》2006年第1期，第145~164页。

④ 张红：《死者人格精神利益保护：案例比较与法官造法》，《法商研究》2010年第4期，第143~152页。

⑤ 许德风：《法教义学的应用》，《中外法学》2013年第5期，第937~973页。

⑥ 黄茂荣：《法学方法与现代民法》，法律出版社2007年版，第503页。

⑦ 薛军：《民法典编纂与法官“造法”：罗马法的经验与启示》，《法学杂志》2015年第6期，第23~32页；黄茂荣：《台湾人格权法的最新发展——基于法官造法与法律修订的双重观察》，《华东政法大学学报》2017年第3期，第49~64页；何家弘：《论法官造法》，《法学家》2003年第5期，第134~143页；刘飞：《德国“法官造法”的功能解构》，《华东政法大学学报》2009年第1期，第78~84页。

以攀附原告商标良好声誉，混淆商品来源的主观故意，故而该登记注册行为本身已与诚实信用、公平竞争的原则相悖。^① 法院基于诚实信用原则，创设“以他人商标作为企业名称行为属于违反诚实信用的不正当竞争行为”这一规则，并以《反不正当竞争法》第2条第1款（基本原则之规定）作为裁判依据。该案将诚实信用原则具体化为规则后予以适用，虽然形式上为制定法之适用，实则为填补制定法漏洞而将基本原则具体化为规则予以适用，显然不同于直接适用制定法的具体规则。又如，在“四川通信服务公司与四川金融租赁股份有限公司及中国建设银行成都市金河支行、四川金租实业有限公司借款担保纠纷案”中，法院认定金租实业公司和金融租赁公司在人员、财产、业务上形成了混同，因此，根据诚实信用原则和权利不得滥用原则，金融租赁公司应当对该笔贷款承担偿还责任。^② 该案判决时，我国尚未以法律形式确立法人人格否认制度，此时法院适用诚实信用原则和权利不得滥用原则，创设法人人格否认规则，以此作为追究滥用者民事责任的法律依据。上述个案中，法官均以民法基本原则或一般条款为基础，参考学说创设了现行法未规定的具体规则以填补法律漏洞。

但是，某些判决虽然也以民法原则作为裁判基础，但是由此构建的规则缺乏学说或理论支撑，其妥当性值得怀疑。例如，在社会关注度较高的“加多宝与广药集团知名商品装潢纠纷案”中，最高人民法院认为，根据诚实信用和公平原则，应当确认双方可以共同享有涉案知名商品特有包装装潢权益。^③ 然而，此种权利分配并无实定法依据，判决书中也未列明法理和学说，更无细致深入的说理论证，明显缺乏说服力。

2. 不言明依据而直接创设规则

与指明造法依据的法官造法相比，更常见的情形是不言明依据的法官造法。

例如，在“广东省轻工业品进出口（集团）公司与TMT贸易有限公司商标侵权纠纷案”中，法院指出，王少明设计并代表东明公司提供TMT等商标，目的是要求轻工业品公司定牌生产东明公司指定牌号的商品，且双方已经实际履行了定牌生产合同，故双方形成了事实上的商标权财产信托法律关系。^④ 在我国法律其实尚未确立信托制度的情况下（2001年制定《信托法》），该案判决创设了“事实上信托法律关系”。

又如，在“成都市国土资源局武侯分局与招商（蛇口）成都房地产开发有限责任公司、成都港招实业开发有限责任公司、海南民丰科技实业开发总公司债权人代位权纠纷案”中，对于双方当事人约定以土地作价清偿的行为，法院认为构成代物清偿法律关系，同时指出“依据民法基本原理，代物清偿作为清偿债务的方法之一，是以他种给付代替原定给付的清偿，以债权人等有受领权的人现实地受领给付为生效条件，在新债务未履行前，原债务并不消灭，当新债务履行后，原债务同时消灭。”^⑤ 代物清偿规则于我国现行法中并无明文规定，法院虽然提及依据民法基本原理，但并未指明具体依据何种原理或原则创设代物清偿的规则。

类似的还有“王先高诉胡祖发等公司房屋买卖合同纠纷案”，法院将债权人不配合债务人完成履

^① 上海市黄浦区人民法院（2009）黄民三（知）初字第73号民事判决书。

^② 奚晓明主编：《民事审判指导》第1辑，人民法院出版社2005年版，第192页。

^③ “广东加多宝饮料食品有限公司与被上诉人广州医药集团有限公司擅自使用知名商品特有包装装潢纠纷案”，最高人民法院（2015）民三终字第3号民事判决书。

^④ 最高人民法院（1998）知终字第8号民事判决书。

^⑤ 《成都市国土资源局武侯分局与招商（蛇口）成都房地产开发有限责任公司、成都港招实业开发有限责任公司、海南民丰科技实业开发总公司债权人代位权纠纷案》，《最高人民法院公报》2012年第6期，第19~28页。

行的行为作为受领迟延，据此判定债权人承担违约责任。^①我国现行法并未规定债权人受领迟延，立法者曾试图将此种情形纳入《合同法》第107条违约责任的范畴，^②但由于受领应为债权人权利而非义务，导致第107条无法涵盖受领迟延而产生法律漏洞，法院借鉴比较法和学界通说创设债权人受领迟延规则。

在不明言创设依据而径行创设规则的案例中，法官创设规则的原因与效果各异。在“广东省轻工工业品进出口公司与TMT公司商标侵权纠纷案”中，最高人民法院创设的“事实上商标权财产信托法律关系”，受到诸多质疑。^③但是，各方质疑的焦点并非信托关系的创设，而是法官在该案中通过拟制出事实上的信托关系作出裁判，稍显牵强。而在“成都市国土资源局武侯分局与招商成都房地产开发公司债权人代位权纠纷案”中，法官虽未明言，但实际上依照民法学说^④创设代物清偿规则。虽然我国现行法并未规定代物清偿规则，但合同法领域更注重当事人的意思自治，承认这一规则不悖于法律规定，也无害于双方当事人利益，且有利于明晰双方权利义务关系。“王先高诉胡祖发等公司房屋买卖合同纠纷案”中，债权人受领迟延规则的创设同样有助于解决司法实践中双方权利义务的失衡，且不悖于现行法体系。^⑤

因此，在常态的法官造法中，法官必然依据明示的或默示的民法原则或民法理论创设特定规则，而造法的目的多为填补现行法律漏洞以实现司法上的公平正义。在规则评价上，依据基本原则创设、经过充分说明论证或学界已经形成通说的规则，更具妥当性，较少被质疑。

（二）异化的法官造法

异化的法官造法在造法主体和造法方式上与常态的法官造法有所不同，或为法官适用民法原则或一般条款以逃避具体规则的方式径行造法，或为司法机构统一创设一般规则、而非法官个别地创设具体规则。

1. 隐蔽造法：直接适用民法原则或一般条款

由于我国并未明文规定法官造法，为避免被指不依法裁判，在司法实务中，法官常以直接适用一般条款或法律原则的方式从事造法活动，可谓异化的法官造法。在此类案件中，对案件所涉法律问题，现行法有明文规定，但法官不适用具体规定，而适用民法原则或一般条款，即法理上的“逃向一般条款”。^⑥

现行法有具体规定而直接适用民法原则或一般条款的行为，是否属于造法，须视法官的主观意思不同而定。法官明知有具体规则而适用一般条款，其目的为有意避免适用现行法，结果无异于造法。例如，在“张学英依与其同居人所立遗嘱诉遗嘱人之妻蒋伦芳给付受遗赠的财产纠纷案”中，

① 湖北省武汉市武昌区人民法院（2016）鄂0106民初5672号民事判决书。

② 这一意图可通过参与立法人员将债权人受领迟延作为违约行为推断得出。参见全国人大常委会法制工作委员会编：《中华人民共和国合同法释义》，法律出版社2012年版，第201页。

③ 持肯定见解者主要有郑成思研究员、杨振山教授、刘春田教授等，持反对意见者主要有江平教授、王卫国教授等，具体观点详见侯猛：《中国最高人民法院研究——以司法的影响力切入》，法律出版社2007年版，第107~108页。

④ 相关学说见解参见张广兴：《债法总论》，法律出版社1997年版，第264~265页。

⑤ 我国法上确立债权人受领迟延规则的意义，可参见贺栩栩：《论买卖合同中继续履行规则的完善》，《政治与法律》2016年第12期，第94~103页。

⑥ 依据法理，法律无具体规定时，方可直接适用法律原则和一般条款。参见杨仁寿：《法学方法论》，中国政法大学出版社2013年版，第188页。

法官不适用《继承法》第16条第3款的具体规定，而适用《民法通则》第7条规定的公序良俗原则。^①在此种情形下，依具体规则裁判与依法律原则裁判结果完全不同。另一种情形为法官不知有具体规定而适用一般条款或法律原则，其目的为填补法律漏洞。如“张某某诉张自海民间借贷纠纷案”^②、“阮清波诉杨士忠买卖合同纠纷案”^③均无视《合同法》第206条之规定而直接适用诚信原则，“胥某某与季某买卖合同纠纷案”^④无视《合同法》第159条而援引诚信原则，“中国工商银行内蒙古自治区通辽分行与通辽市科尔沁区工商农村信用合作社借款合同纠纷案”^⑤弃《合同法》第88条而援引企业转让之基本法理，但判决结果与适用具体规则无异。

上述两种情形中，法官均不适用具体规则而适用民法原则。在第一种情形，法官明知现行法有具体规定而适用一般条款或法律原则，试图通过法律原则修正现行法规定，应属造法范畴。在第二种情形，法官不知有具体规定而适用一般条款或法律原则，属于适用法律错误，但是并未因此改变判决结果，非属法官造法范畴。

2. 通过司法解释而造法

司法实务中，除法官通过个案创设规则外，更为常见且作用更为明显的是实务部门通过司法解释大规模造法。然而，依据我国现行法规定，最高人民法院并无创设一般规则的权力。1981年全国人大常委会《关于加强法律解释工作的决议》第2条第1句^⑥授予最高人民法院进行司法解释的权力，但授权范围仅限于司法实务中具体问题的解释，而非概括性授权对一般法律问题的解释。2015年《立法法》第45条^⑦明确规定法律解释权属于全国人大常委会，最高人民法院仅可依据《立法法》第46条规定向全国人民代表大会常务委员会提出法律解释要求。《立法法》的效力应优于《关于加强法律解释工作的决议》，最高人民法院并无对法律作出一般性解释的权力。^⑧

实践中，某些司法解释是针对个案作出的批复，更多的司法解释则含有大量脱离于个案情形的、具有一般规则形式及效力的规定，此种形同立法的行为在理论上被视为法官造法。^⑨与个案中的法官造法一样，司法解释兼具填补漏洞和修正制定法的功能。

对于法无明文规定的情形，最高人民法院常以司法解释的形式创设规则填补漏洞。如《关于适

① 《张学英依与其同居人所立遗嘱诉遗嘱人之妻蒋伦芳给付受遗赠财产纠纷案》，最高人民法院中国应用法学研究所编：《人民法院案例选》2002年第2辑，中国法制出版社2002年版，第77~79页。该判决引起了学界的广泛讨论，对此学者大多持反对意见，如金锦萍：《当赠与（遗赠）遭遇婚外同居的时候：公序良俗与制度协调》，《北大法律评论》2004年第1辑，第287~314页；胡吕银：《法律行为内容的限制与违反善良风俗的适用——对一起遗嘱继承案的法理剖析》，《法学论坛》2002年第3期，第75~78页；沈幼伦等：《论尊重遗嘱自由与尊重社会公德——兼谈某“第三者”遗赠纠纷案》，《法学论坛》2002年第3期，第71~74页。

② 张掖市甘州区人民法院（2011）甘民初字第3467号民事判决书。

③ 浙川县人民法院（2011）浙民商初字第47号民事判决书。

④ 上海市黄浦区人民法院（2011）黄民一（民）初字第2106号民事判决书。

⑤ 最高人民法院（1998）经终字第131号民事判决书。

⑥ 全国人大常委会《关于加强法律解释工作的决议》第2条第1句规定：“凡属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。”

⑦ 《中华人民共和国立法法》第45条规定：“法律解释权属于全国人民代表大会常务委员会。法律有以下情况之一的，由全国人民代表大会常务委员会解释：（一）法律的规定需要进一步明确具体含义的；（二）法律制定后出现新的情况，需要明确适用法律依据的。”

⑧ 刘风景：《司法解释权限的界定与行使》，《中国法学》2016年第3期，第207~225页。

⑨ 诸多著述均将司法解释作为法官造法的一种形态，如薛军：《民法典编纂与法官“造法”：罗马法的经验与启示》，《法学杂志》2015年第6期，第23~32页；张红：《死者人格精神利益保护：案例比较与法官造法》，《法商研究》2010年第4期，第143~152页；崔国斌：《知识产权法官造法批判》，《中国法学》2006年第1期，第143~152页；洪浩：《造法性民事诉讼司法解释研究》，《中国法学》2005年第6期，第121~129页。

用《〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》创设动产质权善意取得（第 84 条）、立约定金（第 115 条）、成约定金（第 116 条）、解约定金（第 117 条）规则，《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》创设清偿抵充规则（第 20 条），均属适当填补法律漏洞之例。此外亦有填补漏洞不当的司法解释，例如，《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第 101 条规定：“以票据、债券、存款单、仓单、提单出质的，质权人再转让或者质押的无效。”《担保法》未规定责任转质，依法理及比较法上通例，责任转质并非无效，只是转质人应就质物毁损、灭失承担较为严格的赔偿责任。第 101 条规定将责任转质定为无效，并不合理。

另有一种情形，虽然法有明文，但最高人民法院认为现行法规定不妥，故背离现行法规定而为司法解释。如我国《担保法》第 54 条第 2 项规定，动产抵押未登记的，按照抵押合同生效时间的先后顺序清偿。而 2001 年《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第 76 条基于“《担保法》这一规定与未经登记的抵押权不得对抗第三人的法理矛盾”之理由，规定各抵押人对抵押物的变价价款享有同等的权利，应当按照债权比例清偿。^①这一司法解释以法理为依据，修改现行法规范，属于违反立法权规定的修改法律式的造法，^②却为之后的《物权法》第 199 条第 3 款所确认。虽然上述情形下，司法解释对法律的修正具有一定合理性，但是背离法律规定而不当造法的司法解释，亦不乏其例。例如，《关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》第 10 条第 1 款第 2、3、4 项以先行占有、先行付款、先成立合同时间作为多重出让情形中确定权利归属的标准，违背债权平等性原则，显非妥当。2012 年《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第 9、10 条在多重买卖问题上又犯下同样错误。又如，《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第 12 条第 2 款将担保物权与诉讼时效挂钩，改变了物权不受诉讼时效限制的规则，在法理上欠缺正当性，不值得赞同。

立法上，最高人民法院虽可进行司法解释，但仅限于就特定法律问题发布具体司法解释，而无就一般问题发布抽象解释的职权，更无通过司法解释创设规则的权力。无论司法解释在实质内容上是否正确，通过司法解释创设规则或修改法律的行为，并不具备正当性，^③并由此产生对法官造法破坏法律稳定性和安定性的疑虑，因此，未来应从抽象的司法解释转向具体的案例指导实践。^④

三、民事裁判中法官造法的制度约束

就常态的法官造法而言，法官创设的规则仅在法无明文的情形下适用于个案，因此规则创设的情形较为少见，且不具备普遍效力，其影响范围较为有限。而且，法官基于法律原则或法理创设的规则，必然与现有法律制度高度契合，这符合法律稳定性和安定性的要求。对法官造法正当性的质疑，主要是对异化的、不受约束的法官造法的质疑。法官造法不受约束，恰恰是缘于一国法律不明确承认法官造法，因而催生出“地下造法”现象，其危害正如“地下经济”对正规经济的破坏、“潜规则”对正式规则的侵蚀。由于我国立法并未认可法官造法行为的效力，在司法实践中，较之常态的法官造法行为，更为常见的情形是法官以直接适用基本原则的方式隐蔽地造法。法官造法规则的

① 王闯：《对于〈关于适用《中华人民共和国担保法》问题的规定〉的理解》，《法律适用》2001 年第 1 期，第 4~8 页。

② 王伟国：《最高人民法院民商事类司法解释研究》，中国人民大学出版社 2010 年版，第 136 页。

③ 有学者认为，通过司法解释修改立法的做法不值推崇，如梁慧星：《裁判的方法》，法律出版社 2012 年版，第 309~310 页；李永军：《民法总论》，法律出版社 2009 年版，第 32 页。

④ 薛波：《错位与归位：民法典编纂中的司法解释》，《学习与实践》2017 年第 4 期，第 69~75 页。

缺失,导致司法裁判论证过程中,论理不清晰、不充分、不透明且不透彻。^①而且,若不加以约束,则法官恣意裁判势将无法杜绝。前述案例表明,在制定法存在漏洞的情形,法官或直接适用法律原则和一般条款,或直接依据所谓的民法原理裁判,以形式上的制定法适用掩盖实质上的造法行为。此类自为的造法,在程序上缺乏规范,在内容上缺乏约束。由于程序上缺乏规范,法官可将制定法的适用与一般条款、基本原则、法理的适用混为一谈,颠倒、混淆了不同法源的适用位序,从而威胁司法裁判中制定法的绝对主导地位。由于内容上缺乏约束,法官任意运用各种法律要素进行利益衡量,造成裁判结果缺乏可预测性。法官造法行为的程序规范与实体规范之缺失,致使司法由公开透明走向晦暗不明,由司法公开主义倒退回司法神秘主义。为除弊兴利,有必要从造法的程序、方式、限度等方面规范法官造法行为。

(一) 法官造法的程序规范

在程序上,法律应当明文规定法官自创规则的适用前提。司法实务中,法官造法既包括创设新规则的造法,也包括修正制定法的造法。

在创设新规则的情形,法官造法应以法律解释方法穷尽为前提,而后考虑在法律计划范围内进行法之续造,最后方为新规则的创设。法官造法前,应首先考察现行法有无具体规定,若有规定,则应解释并适用具体规定;若无规定,则需考察是否存在可适用于当前情形的类似规定,如果既不能通过解释也不能通过类推适用现行法或目的性扩张等方式填补漏洞,仅余创设规则一途时,应考虑所创设的规则不仅应适合当前情形,且可适用于未来情形。^②换言之,惟有穷尽文义解释、目的解释、体系解释等解释方法和类推适用、目的性扩张等漏洞填补等方式仍无法解决,法官始得创设规则。由前述案例可见,我国司法实务中的法官造法存在制定法已有明文规定而法官误用或滥用造法的情形。尚若不规定制定法解释适用与法官造法的适用先后位序,必将造成制定法的效力受到质疑和司法的不统一,威胁立法和司法的权威性。

在修正制定法的造法情形,制定法既有明文规定,法官通过创设规则修正制定法,必然直接危害制定法的权威性。依法裁判是法官的基本职能,对这一基本职能的违背必须具备充分合理的理由。故有学者认为,背离现行法的造法必须以依法裁判将造成对当事人的明显、严重不公平为前提且以追求个案的实质正义为目的,即如拉德布鲁赫所提出的,当法律违背正义的程度已经达到“不可忍受的程度”,且其适用将带来巨大的不正义时,则法律的安定性应让位于正义。^③惟有极端情形下,法官方得创设规则以矫正适用法律导致的不公。^④然而,此种导致“不可忍受的”不正义的规范仅涉及公法(主要是刑事法律领域),民事法律的适用后果虽可能产生不公平,但通常可通过法律解释、类推适用、目的性限缩或扩张等方式平衡当事人的利益。尤其是在我国人民主权的立法背景下,应不会出现立法违背正义的情形,就此而言,不应允许法官创设规则修正制定法。

为对法官创设规则的行为设定护栏,可明文规定法官裁判时负有参照公认的学说与指导案例之义务。学说是指法学家对成文法之阐释,习惯法之认知,法理之探求。^⑤我国司法实务中,学说的运用广泛及于法律解释、漏洞填补。法官造法常以学说为参照,如前述创设情势变更、善意取得、债权人受领迟延等制度的个案裁判,先前均有学者就此类制度发表见解并经学界充分探讨。学说事实

① 张红:《死者人格精神利益保护:案例比较与法官造法》,《法商研究》2010年第4期,第143~152页。

② Alfred E. von Overbeck, Some Observations on the Role of the Judge under the Swiss Civil Code, 37 La. L. Rev. 690 (1977).

③ 林立:《法学方法论与德沃金》,中国政法大学出版社2002年版,第271~272页。

④ 然而,此种情形极为罕见,最典型的莫过于二战时期德国法上某些非正义的规范。

⑤ 王伯琦:《民法总则》,(台)“国立”编译馆1979年版,第8页。

上成为法官造法的思想源泉。但因未设法定参照义务，法官裁判无视学说或滥引学说的两极现象均普遍存在，显然不利于增强裁判的说理透明性与公信力。因此，以学说作为法官造法的参考，既符合我国一贯的司法实践，亦有利于为法官造法提供理论支持。指导案例为我国最高人民法院定期发布的公报案例、指导性案例等具有代表性的判决先例。在司法实务中，此类案例具有解释法律和填补漏洞的重要作用，尤其是造法型指导性案例为法官处理同类案件提供范例，^① 可有效降低司法成本，^② 规范法官行为。^③ 因此，规定法官造法须参照指导案例，既符合我国长期以来司法制度的发展方向，又有利于提升裁判的统一性与公正性。

法官自行创设规则时，法官还应承担论证其所创规则的正当性的义务。为填补漏洞而创设规则时，法官应说明漏洞之存在且无法通过其他方式填补漏洞，指明所创设规则的依据并论证其合理性和正当性。在为修正法律而创设规则的极端情形，前提条件是在个案中惟有特定规则可资适用。法官造法时应指明适用该特定规则将不可避免地造成极为不公正的后果，说明新创设规则的法理依据，论证新规则的适当性和正当性及其适用限度。

在适用程序和论证程序上对法官造法进行限制，可以在相当程度上保障法律的安定性和司法的统一性，确保法官司法的有序性和可预测性；允许法官在不得已的情形下创设规则，可以兼顾个案正义。

（二）法官造法的方式限制

在法官造法的方式上，应当选择通过个案创设具体规则的方式，而非经由司法解释创设一般规则的方式造法。

首先，就不同的造法方式对立法的影响而言，与英美法系国家不同，大陆法系国家一般并无判例法制度，因而个案裁判不具有一般拘束力，其结果不会对其他案件的判决产生直接的影响。例如，《瑞士民法典》第1条第2款规定，对于制定法未明文规定且无法适用习惯法的情形，法官应“依据自己如作为立法者应提出的规则裁判”。这一裁判结果仅适用于该个案情形，而不适用于其他案件。^④ 个案中的法官造法所追求的是个案的实质正义，可以充分体现最高人民法院提出的司法公正的现实意义，即“努力让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义”。^⑤ 个案情形下的具体规则由于其效力仅及于该个案，因而对立法的影响相当有限，不致引发立法与司法的严重冲突，造法错误的危害程度也较小。与制定法相似，最高人民法院通过司法解释造法，不具有事实敏感性和个案针对性，无法兼顾特定情形下的个案公正，且造成司法解释与法律的诸多冲突，损害立法的权威性和稳定性，^⑥ 阻碍学法尊法守法用法观念的养成。^⑦ 虽然在实践中通过司法解释创设规则，确实存在司法解释的规则比法律规定更为合理适当的情形，但以牺牲法律的统一性和权威性为代价，未免得不偿失；而且，创设规则不当的后果也因司法解释的一般拘束力而广泛扩散至所有同类案件。鉴于最高人民法院制定的司法解释对各法院全面的、广泛的影响力，应当严格限制司法解释在法定范围内依法定方式制定和实施，未经宪法和《立法法》授权，不得行使造法职能。

① 资琳：《指导性案例同质化处理的困境及突破》，《法学》2017年第1期，第141~151页。

② 刘风景：《司法解释权限的界定与行使》，《中国法学》2016年第3期，第207~225页。

③ 张骥：《论中国案例指导制度向司法判例制度转型的必要性与正当性》，《比较法研究》2017年第5期，第131~145页。

④ [瑞士]艾姆尼格：《〈瑞士民法典〉之法官与法律关系》，姜龙、沈建峰译，《法律科学》2013年第3期，第195~201页。

⑤ 《最高人民法院关于切实践行司法为民 大力加强公正司法 不断提高司法公信力的若干意见》（法发〔2013〕9号）第1条。

⑥ 王成：《最高法院司法解释效力研究》，《中外法学》2016年第1期，第263~279页。

⑦ 刘风景：《司法解释权限的界定与行使》，《中国法学》2016年第3期，第207~225页。

其次，个案裁判造法是因理性而产生说服力，司法解释造法则是因权力获得权威性。法官于个案裁判中创设规则时，负有严格的论证义务，若说理不当或不足，必不为一方或双方当事人接受，难免在上诉审或再审中被推翻。个案裁判所创规则如欲被其他法院认同，更是完全依赖于该判决的合理性，因为某一法院的裁判对其他法院并无约束力。与此不同，在现行制度下，司法解释完全是因权力服从关系而获得其约束力。由于有权制定民事司法解释的主体仅限于最高人民法院，其地位天然地高于其他法院，无论司法解释规定的具体内容是否合理妥当，下级法院均须遵从。同时，最高人民法院制定司法解释时，并不附具起草理由及说明，不担负论证义务，虽有少数司法解释在制定过程中曾向社会公开征求意见，但后续程序仍处于不透明状态。因此，通过司法解释进行造法，其形式合理性与实质合理性均不及个案裁判造法。

再次，在纠错机制上，司法解释造法不如个案裁判造法灵活、高效。如其他司法活动一样，法官造法难免存在错误。个案裁判受制于上级法院的监督及当事人的激励（通过上诉或申请再审维护自身利益），纵有错误，易于纠正。司法解释的制定与修正，程序繁琐，时日持久。某些司法解释的规定显然违背上位法或民法原理，又无正当理由，却长期得不到修正。^①此外，随着最高人民法院司法解释工作的日趋规范化，上述程序在实际运作上已不亚于立法。因此，立法固有的僵化、滞后的负面效应，同样难免存在于司法解释中。

（三）法官造法的内容限度

从程序上对法官造法加以规范，尚不足以有效减少法官造法的负面效应，有必要同时在内容上对法官造法设定限度。

首先，法官创设规则应当以民法基本原则为依据，不得凭空创设规则，亦不得直接适用民法基本原则。换言之，遇法律漏洞而必须造法时，法官负有将民法基本原则具体化为法律规则的义务。以法律原则作为法官造法的依据，可以确保法官自创规则与现行法规定的协调统一。因此，学者多认符合基本原则为法官造法的限度要求。^②《瑞士民法典》的起草人胡贝尔同样认为，法官自创规则的过程即通过法律原则解决法律问题的过程。^③另有部分学者认为，在法无明文情形，司法裁判应当直接适用基本原则。^④司法实务中，同样存在依基本原则法官创设规则和以适用基本原则之名、行法官造法之实两种情形。在后一种情形，法官造法披上了基本原则的外衣。无论是直接适用法律原则或是以法官根据法律原则创设之规则，其核心内容皆源于法律原则，不同之处在于适用方法不同。规定依据基本原则创设规则，既可对法官的造法行为设定详细论证义务，又可有效限定法官权力范围；既可防止法官以引用基本原则的方式含混敷衍论证过程，又可确保法官创设规则的范围符合法律精神与现行法律体系。尤其是由前述案件可见，我国司法实践中“逃向一般条款”的情形较为普遍，如允许直接适用基本原则，势必引发更多弊病。承认法官创设具体规则的职权，同时以民法基本原则作为限定，有助于防止权力滥用，更具可行性。

① 例如，2000年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第79条第1句规定：“同一财产法定登记的抵押权与质权并存时，抵押权人优先于质权人受偿。”本条规定违背担保物权法原理。意定担保物权的顺位应依设定时间而定，并无抵押权优先于质权之理。

② 持这一见解有高鸿钧：《英国法的主要特征（上）》，载《比较法研究》2012年第3期，第1~24页；杨育正：《民法的解释与适用》，法律出版社2011年版，第283页；[美]本杰明·卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆1998年版，第84页；崔国斌：《知识产权法官造法批判》，《中国法学》2006年第1期，第145~164页；杨建、庞正：《法律原则之于司法能动的意义》，《浙江社会科学》2011年第10期，第74~80页。

③ Ivy Williams: *The Sources of Law in the Swiss Civil Code*, Oxford University Press, 1923, p. 58.

④ 梁慧星：《电视节目预告表的法律保护与利益衡量》，《法学研究》1995年第2期，第81~89页。

其次，法官造法不得违背民法的体系要求。民法为市民社会基本法，其基本制度绵延千年，已形成内在协调、有机统一的体系。对个别制度的修正，或新创设具体制度，可能牵一发而动全身，引发难以预计的一系列不良后果，甚至动摇民法科学的理论大厦。无论立法或司法活动，均应充分顾及民法体系性和科学性。^① 法官造法亦不例外。

四、结语

各国民事司法实务中，法官造法的幽灵一直在游荡。正视并予以约束与无视而任其徘徊，是各国立法对待法官造法的两种不同态度。我国立法尚未明文认可法官造法，但司法实践中造法活动频现，利弊并存。对法官造法熟视无睹，既无助于维护个案正义，亦无益于保障司法制度的公正。惟有通过法律规则明文限定法官造法的程序、方式和内容，使其在法定的轨道上运行，方可避免法官造法以隐蔽、异化的方式渗入司法实践，危害司法公信力和透明度。

因此，笔者建议，在我国未来民法典中对法官造法予以明文规定。明确规定必须同时满足以下两个条件，法官始得创设规则：（1）为填补制定法漏洞所必须（即法无明文规定且无习惯可资适用）；（2）类推适用、目的性扩张或目的性限缩等方式不足以填补法律漏洞。并且法官负有参照公认学说和指导案例进行说明论证的义务。法官造法应通过法官个案裁判创设具体规则、而非通过司法解释或类似性质的文件创设一般规则的方式实现。法官造法应以民法基本原则为依据，且不得违反民法的体系性要求。

本文作者：法学博士，中南林业科技大学政法学院副教授

责任编辑：龚赛红

Judge-Made Law in China's Civil Judgment

Li Min

Abstract: Judge-made law is frequently applied in judicial practice of civil law. Common judge-made law promotes justice and alienated judge-made law does the contrary. The real danger of judge-made law is not from the law itself, but from unchecked judge-made law. It follows therefore, that judge-made law is specified legally. Only when these two premises are satisfied simultaneously can the judge make a law: (1) when it is necessary to fill the gaps of statute law; (2) when such means as application by analogy, intentional expansion, or intentional limiting are insufficient to fill up the legal loophole. In making a law, the judge shall be in duty to illustrate and demonstrate the law by reference to accepted theories and guiding cases. Besides, the judge shall be subject to the basic principles and systematic consistency of civil law.

Keywords: judge-made law; rule-making; legal loophole

^① 相关论述参见孙宪忠：《我国民法立法的体系化与科学化问题》，《清华法学》2012年第6期，第46~60页。