

论司法过程对法律漏洞的填补

杨开湘, 姚丽雅

(中南大学法学院, 湖南长沙, 410083)

摘要: 在制定法范围内, 由于复杂的主客观原因, 法律漏洞是必然存在的。而法律漏洞的存在会给司法带来难题。法解释学认为法律漏洞的填补并非只是立法者的任务, 相反, 法官的能动司法更具有现实意义和必要性。当然法官基于自由裁量权的能动司法又必须是有限制的。“法治”原则不仅仅意味着规则的统治, 法官作为人的因素对法律发展的重要性同样明显。

关键词: 法律漏洞; 司法; 法律解释; 自由裁量权

中图分类号: D915 **文献标识码:** A **文章编号:** 1672-3104(2003)06-0760-06

一、法律漏洞及其产生的原因

何为“法律漏洞”? 学者们结合“漏洞”的含义给法律漏洞下了不少定义。例如认为, 所谓法律漏洞是指法律体系上违反计划之不圆满性; 或者“系指依现行法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”; 或者是“指实定法反于法律意图之法律不完全性”。我国学者概括为: 法律漏洞就是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的有效规范。

由此我们可知, 法律漏洞是在制定法范围之内; 是已有的法律文本违反了立法者的立法意图, 具体表现为不圆满、不完全、不周延、反计划等等。从理论上深究法律漏洞的实践意义在于, 立法所制定的法律文本最终将服务于司法, 因而, 所谓“反计划”、“应规定而未规定”的各种形式在法律运行机制内往往是针对司法过程而言的, 法律不被适用只是僵死的条文。“大部分法律是经过不断的司法裁判过程才具体化, 才获得最清晰的形象, 然后才适用于个案。”^[1]如同完备的法律通过司法适用而从“死的法律”转变为“活的法律”一样, 当法律漏洞在司法过程中被发现之后, 它才由潜在成为现实。

法律漏洞表现为: 其一, 法律空白。即通常所说的“法无明文规定”, 指某一事件依法律所使用的词语的意义和依立法者意思均不能涵盖的漏洞, 或者某一事件完全于法无据; 其二, 矛盾规范。指单一规

范本身发生逻辑错误或某一法律内部规范之间在逻辑和价值上相抵触而造成的漏洞; 其三, 规范的语言歧义。指因语言的模糊引起的人们对法条的理解必将产生歧义所致的漏洞; 其四, 冲突规范。也可称为规范碰撞, 指两个以上的立法规范对同一事件都作规定, 而这些规范之间发生矛盾和抵触, 而且依法律冲突规则不能化解该矛盾所致事实上的漏洞。无疑, 所列举的种种法律漏洞的存在会给司法实践带来难题。

从法律运作过程看, 法律漏洞的存在乃由于复杂的主客观原因, 人们不能求得任何一部实证法的完美无缺, 换言之, 法律漏洞是必然存在的。首先是立法者认识能力的局限性。认识论告诉我们, 人的理性认识虽然在某个阶段上具有至上性, 能够获得对某一事物的完全认识从而获得相对真理, 但是对绝对真理的认识永远是个过程, 对于某一时期的某些立法者来说, 客观方面要受到客观事物及其本质暴露程度、社会历史的实践水平的制约, 主观方面要受到其个人经历、受教育程度、立场、观点和思维方法以及生命有限的制约, 因而再高明的立法者也不可能预见事物未来发展的一切可能性。如此说来, 立法者凭借自身认识能力对事物的预见往往会难如人意, 以至于“绝大多数的立法历史表明, 立法机关并不能预见法官所可能遇到的情况。”^{[2](31)}其次, 实在法理论看来, 法律必须以普遍性和稳定性为其基本价值, 普遍而稳定的法律被看成一种“凝固的智

慧”,然而另一方面,社会情势的变动不居却同时需要它有一定的灵活性(以服务于解决现实问题),这样一来,追求稳定性和灵活性的二元价值冲突从一开始就成为制定法自身难以克服的矛盾。梅因就曾精辟地指出,“社会的需要和社会的意见常常是或多或少的走在法律的前面,我们可能非常接近的达到它们之间缺口的接合处,但是永远的趋势是要把这缺口重新打开。”^{①31(15)} 所以从另一角度看,法律的稳定性则成为“抗拒权衡应变的惰性”,滞后于社会生活的发展态势。再次,即使立法者能完全的正确认识某一问题,由于表达手段的局限性,立法过程中所欲表达的问题得不到确切表达。从语言哲学上说,这是由于作为法律载体的语言本身的局限性所决定的,因为语言作为符号世界,相对于客观世界而言,具有难以避免的有限性及其流变性。从立法技术上说,立法者使用语言的水平和艺术能够达到何种程度也是一个现实的问题。

除此之外,我们还能看到其他关于成文法不确定和不明确所引起的法律漏洞的具体原因的论述。有代表性的一种就是美国法律研究所在其成立大会上所列举的八大原因:“在普通法的基本原则上缺乏共识;法律术语的运用不够精确;拟定的法规条款相互冲突、水平不高;对于适用法律原则中不作区分的事实的事例试图进行区分;判例汇编卷帙浩繁;法官和律师无知;新的法律问题层出不穷且稀奇古怪。”^{①41(2)}

二、法律漏洞与司法

在现代法治理念下,司法任务的理论表述就是适用通过立法所产生的规则,即法的适用。对于法的适用,法学理论的通常解释是:“国家司法机关依据法定职权和法定程序,具体应用法律处理案件的专门活动。”^{①51(325)} 而从法解释学的角度来看,司法的任务又是一个极为复杂的对法律文本的理解过程;是将待决案件事实置于法律规范构成要件之下,以获得特定结论的一种逻辑思维过程。在这个逻辑思维的过程中,法官对法律文本的个人理解和他对案件事实的个人理解若像概念法学者眼中的自动售货机般的法官来机械操作是难以实现的。

由司法必须解决法律纠纷的任务所决定,法官的司法活动,尤其是法官在进行法律解释时必然要去探求法律规范的意思,但是,一项法律的意思究竟

是指立法者制定法律规范时的主观意思还是存在于法律规范中的客观意思?这是司法的一个难题。立法原意也许是立法者在制定每一具体法律条文时所具有的意思;也许它本身就是笼统、概括、抽象的东西,可以容纳不同的甚至相互矛盾的观念和变化,所以并不能提供法官所需要的、确定的指引;具体规范中的所谓的立法意图则时常本身就未必同一,尤其在现代立法中,更是多元主体和多种观点相互争论达成妥协,从而实际的立法意图更是难以琢磨、难以确定。

实际上,在司法过程中,法官所理解的法律是一种虽然具有法律效力但并非立法者意图而是其具有法律形式的外部表达。或者说,在法律适用中,法官所面对的法律是“与时俱进”的,而立法提供的文本上的法律却受制于立法者“古老的意思”而限制其发展,这是司法面临的又一难题。对此,埃尔利希就曾告诫人们,在理解法律的时候,或者说在对待法官理解法律的时候,千万不能将“裁判规范”(Entscheidungsnormen)和“法律文句”(Rechtssätze)混为一谈^{①61(2)}。

现代法律运行机制中,法官对法律的理解应当探求存在于法律内部或法律自身的合理意思,并使这种合理意思适应社会的发展变化。这一要求将法官置于更难堪的境地:一方面法官必须认为法律文本已经体现了“立法原意”,这种探求是要被限制在不超越法律文本的“可能意义”的框架之内的,否则,忽视制定法的历史意义,其潜在的危险是解释者把自己的愿望“插入”制定法,容易使“客观”的追求沦为“主观”的臆断。法官要避免“人治”、“肆意”和“擅断”的指责就必须“客观地理解”法律。“一种法学,如果不是不断与一些客观的或外在的标准相联系,就会衰退为德国人称之为‘情感法学’(Die Gefühlsjurisprudenz)^{①44}即一种仅仅是情感或感觉的法学的危险。”^②另一方面,法官不能拒绝审判,在法律存在漏洞的情况下,即法官在制定法范围内得不到确切的或合理的指引时,需要他们另外寻找司法适用的法律,这个法律可能在制定法的“可能意义”内,也可能在制定法之外。概言之,他们必须“无法司法”或实质的修改法律。

综上所述,法律漏洞的存在使司法真正地陷入了一种难以解决的困境之中,概括地说,就是一种“死法”与“活人”的两难境界(Dilemma)。

解决司法难题的制度对策通常被概括为两个方面:一方面,法官司法必须忠实于成文的法律,做到

“有法必依”;另一方面,是否应当同时给予法官适当的自由裁量权,在存在法律漏洞时,由法官自由地填补。这也是司法的一大难题。司法自由裁量权的问题直接涉及到自由裁量主义与严格规则主义的较量。概念法学派是严格规则主义的狂热支持者,视法官为适用法律之机械,“法律的传声筒”(Mouth of law),判决犹如复印,仅仅依靠“演绎式”的逻辑推论,用三段论完成。相反,自由主义法学派倡导的是过度的自由裁量,倾向于人治。通观当今世界主要法学派,则倾向于在法治的原则下或多或少带点人治色彩的弹性的严格规则主义或者有限的自由裁量主义。我们认为,这实际上是对司法自由裁量的限制。

对于司法自由裁量权的限度问题,可谓见仁见智。而自由裁量问题之所以产生的一个重要原因就是法律漏洞的存在。日本学者加藤一郎有所谓“框”的理论,认为法律规定犹如一个框,中心浓厚而愈向边缘愈稀薄。规范事项如在框之中心,甚为明确,但越往四周越为模糊,在这样的模糊地带容易产生多种不同解释。哈特将法律理解为由规则组成的体系,提出了法律的开放问题(Open texture of law),认为只有在法律“边缘地带”,相对于语言文字有一定程度的可确定性的“核心范围”而言,法官的确享有自由裁量和创建新规范的权力。德沃金则指出,法律体系中不单有规则,更有“原理”(Principles)和“政策”(Policies)。所谓的原理乃源于政治社会生活的道德向度,反映正义和公平的标准,更是关乎个人和团体的权利;政策则涉及社会性、集体性的目标,如关于如何促进经济发展和社会进步,或维持政制的稳定。法官如果可以掌握法律的原理,采用建设性解释的方法,追求“整合法学”的理想,他便能找到正确的答案,比如说,坚持个人权利优先于集体化的社会目标,法院的首要任务是保护权利,尤其要保证权利不受到国家权力的侵害,这就是法官在法律上和道义上的义务,这些义务正是对其自由裁量权的有力约束^[7]。

这些理论均表明一个相同的价值取向,即,法治的基本前提是法官服从法律,而因为法律漏洞的必然存在,在制度上又并不排除法官的主观能动司法的意义。然而不可否认,它们的学说都失之抽象。在给法官以自由裁量权的同时,我们不能忽视法官可能是个更危险的因素,他们既不是天使,也难说就是“理想的法官”^{③[8]}。因此仍有必要从制度设计上约束和保证现实中的法官不滥用司法权力。

三、司法过程对法律漏洞的填补

从司法过程看,法律漏洞的填补有着完全不同的制度方案,从共性上说,它是指在面对一件待决案件时,通过法官而非其他手段(Arrangements),取向于法律体系与价值而获取一个法律见解,将其作为裁判依据,并在裁判中体现出来。它的本质内涵是法官的“见解”。从个性上说,现代法治中存在着两种迥然不同的制度模式——大陆法系模式和英美法系模式。前者以立法为本位;后者以司法为本位。对于法律漏洞在司法过程中的填补,前者是法官的法律解释,后者是法官的司法行为。

(一) 大陆法:以法官的法律解释形式填补法律漏洞

“法律解释”指的是解释学意义上的法官对法律的“解释”,表现为理解、解释和应用的统一,而且,与本文的题旨相吻合,我们认为这更应当是一种创造性解释或建设性阐释。法律解释是规则与人的结合,或者说是法官如何对待规则,甚至可以说就是法官如何在判决时必须“寻找”法律作为断案的依据。为了填补法律漏洞,我们已经遵从哈特的思想将法律体系界定为一种开放的结构,法官可以在制定法外寻找断案的依据。所以,作为法律解释的对象,解释学意义上的“文本”不仅仅是作为文件存在的法律规范、立法文献以及立法当时的社会、政治、经济、技术等附随情况,它甚至可能是变化了的整个世界。马克思说:“只有毫无历史知识的人才不知道,君主们在任何时候都不得不服从经济条件,并且从来不能向经济条件发号施令。无论政治的立法或市民的立法,都只是表明和记载经济关系的要求而已。”^[9](165)]经济关系的要求是会变化的,因此对法律的解释除了满足“发号施令”的要求之外,还要找寻法律内部可能存在的社会渊源^[10]。经验表明,纵然是享誉世界的罗马法的崇高地位也在很大程度上是通过它独特的法理渊源体制推动下形成的,例如习惯、最高裁判官告示、元老院决议、民会决议、法律、皇帝的敕令和法学家的解释从不同的角度弹响了罗马法的“生命之音”。

实际上,现代的法律解释理论给出了填补法律漏洞的具体方法。我们沿着从正式渊源到非正式渊源的适法道路,可以依次采用以下方法:第一,文意解释,即普通法系所谓的“文理解释”(Literal rule),

这是法律解释最一般的方法。意指按成文法条文(立法规则)的字面意义进行解释;第二,体系解释,指以法律条文在法律体系上的地位,依其编、章、节、条、款、项之前后关联位置,或相关法条之法意,阐明其规范意旨之解释方法。它是在法律体系范围内的“小语境”解释;第三,法意解释或目的解释,指探求立法者或准立法者在制定法律时所作的价值判断及其所欲实现的目的,以推知立法者意思的解释;第四,合宪性解释,指依宪法及阶位较高的法律规范解释阶位较低的法律规范的一种法律解释方法;第五,社会学解释,指将社会学方法运用于法律解释,着重于社会预测和目的衡量,在法律条文可能文意范围内阐释法律规范意义内容。此外还有扩大或限制解释、当然解释、比较法解释,但都不能脱离文义解释,也不能抛弃立法意图和判决的社会后果,因此只能作为辅助性的方法而不具有独立的实用价值。可以说,除了文意解释应是其它一切解释方法的基础这一基本规则之外,其他解释方法的采用应由法官自由采用,前提是按文意解释会出现多种解释结果时。因此在西方法解释学上又有所谓的“弊端原则”和“黄金规则”^[11]。弊端原则包含了前面的法意解释和目的解释的含义,据此法官可以考察立法和立法背后的目的和意图,综合衡量条文以外的包括政治、经济、社会、公共政策、公共利益等因素,以至不同的解释和判决将对社会构成的影响。根据黄金规则,如果按字面意义的应用会在某一些案件中产生极为不合理的、令人难以接受和信服的结果,而且我们不能想象这个结果的出现会是立法机关订立这法律条文时的初衷时,法院可对文理解释作变通解释。

在制定法上,有关法律解释方法的争论在理论和实践中始终是存在的。但是在大陆法系国家,由于法官仅仅被看成是司法者,他们在司法过程中所从事的工作的主要内容(如果不称为唯一工作的话)就仅仅是适用法律。而法官在适用法律方面的基本功能,也许就是宣告成文法上的规定对待决事实的预设结论。因此,大陆法国家的法官在司法过程中遭遇法律漏洞时,往往还是要等待立法机关(或者在有的国家由法学专家)就此作出权威的解釋。从这个意义上说,我们认为,“法律解释”一词在大陆法上的含义与英美法上的含义是有差别的。我们的理解是,在大陆法系,虽然司法过程必然会面对法律漏洞,但承担漏洞补充任务的并不一定是法官,而可能是法官之外的其他主体“依法”作出的法律解释。至少可以说,法官的法律解释问题在大陆法系国家仍

然是理论上、立法上、实践中颇具争议的问题。严格的分权理论从根本上限制甚至杜绝了作为司法主体的法官任意解释法律的可能性,因为他们认为,当法律适用时存在的漏洞,只有立法者的权威解释才是具有效力的司法准据。

但是,值得注意的是,在大陆法中往往还存在着一类被称为“一般规则”的法律,例如“合理注意”、“善良行为”、“正当理由”、“公共利益”等,这是立法者无力明确规定的的不确定规则,即法律漏洞,它们在司法过程中实际上变成了一种规则容许的自由解释的领地。

(二) 英美法:以法官司法行为形式填补法律漏洞

与大陆法系形成鲜明对比的是,在英美法系内,法官行为被视为司法审判过程的核心内容。法官在法律职业群体中行使的是一种判断权,法官行为是司法审判过程中围绕该判断权的一系列职务行为的联合,包括事实认定、法律推理、规则适用以及判决做成。可以说,法官行为是一个个别衡平的过程,是将一般的法律规范与特殊的案件事实相结合,实现社会正义和个别正义的统一。事实认定关乎自由心证,法律推理属于专业方法,法律解释的重点是规则如何生成的问题,展现法官作为法律适用主体的思维方法,判决的做成不仅包含和体现着这三者的结合,还会在一定程度上反映出法官个体的价值判断。正如约瑟夫·拉兹(Joseph Raz)所说,在英国的先例制度中,“几乎在所有案件中,法院都有适用既有法律和创制新法的作用。并不是说法官几乎自始至终地要创立新的法律,而是说,法院几乎始终要考虑是否要创立新法。”^{[12] (182)} 总之,将司法过程中法官行为的所有内容视为一体,就能看出其中灵活性的一面,从而成为填补法律漏洞的可行之路。

拉兹在分析英国的判例制度时,将英国的司法活动分为两种情形,一种是所谓的“有规定的案件(Regulated cases)”,一种是“没有规定的案件(Unregulated cases)”。在前者,争端已经由普通法或者制定法作出规定,因而一般是无须法官行使自由裁量权来裁判争端的;后者所包含的争端虽然也应该像已经存在法律规定的情形一样服从相应法律的,但是法律本身有漏洞,所以在当时条件下实际上没有解决办法。在有法律规定的案件中,法官的司法行为的典型表现是:他确认法律,决定事实,并将法律适用于事实。但是,拉兹认为,这很容易给人以错觉和误解,因为有的案件是很复杂的,法官的司法活

动比没有法律规定处理案件更难以裁判。所以,有规定的案件和没有规定的案件的真正的差别是,“在有规定的案件里,法律提供了解决办法,(法官)除了改变先行法律外,不能创造新法律;而在没有规定的案件里,由于法律有漏洞,没有为案件的解决提供办法,所以法院可以创造法律,即通过填补漏洞而创造法律。”^{[14](181)}

如上的分析确实揭示了英美法国家司法的性质,结合本文的主题,我们可以将其概括为,法官的司法行为是英美法填补法律漏洞的一般方法。或者说,英美法上所认同的法律解释与大陆法是全然不同的,似乎上升到解释学层面之上。我国有学者认为,法解释意义上的法是理解者内在化了的法,它因被解释而理解,被理解而适用,被适用而存在。换言之,法具有个别性,这种个别性不仅是人的个别性,而且是地域的个别性以及时间的个别性。基于法解释学对法的这样一种个别性的理解,足以使我们对建立在普适主义观念基础上的法治理想产生疑问。基于法解释学的立场,法也不仅仅是一种客观存在,而且由于它是在理解中而存在的,因而打上了理解者的主观烙印。法不再是简单的文本,勿宁说,我们每个人都有自己心中的“法”,我们每个人都在参与创制法。只有在个别性基础上形成的普遍性,在主观性基础上形成的客观性——即建立在理解之上的共识,才是真正的法治的基础^{⑩[13, 14](37)}。据此我们就不难理解法官个别衡平对法律漏洞的填补对于法的发展的重要意义了。

在司法过程中法官根据自己创造性的法律解释方法对个案作出判决,经常性地被人们称为“法官造法”,因为法官的行为在这里明显地具有了个别性和特殊性。所以承认判例的一般效力可以说实现了从宏观上填补法律漏洞要求:判决本身以及它所确认的原则(Doctrine)应当作为“先例”得到遵从。而法官所做的一切,正是为了填补法律漏洞。

至此,借助法解释学的视角,我们似乎更可以对法官抱有厚望。因为单个法官发展法律的个别性几乎就是另一种形式的法律多样性。由此而来,我们又能现代西方法治的发展中看到一种新的理路,法律决定从“一言堂”转向“群言堂”,也就是,其一,将法律系统视为实践性讨论的制度化;其二,法律系统中的法官行为概括为行使“归结性规则”(Closure rule),允许多种价值观并存的条件下进行“如果……那么……”式的法的推论;其三,法律思维与其说是分析性的,不如说是融合性的,而结论不是无原则的

妥协,至少应保持原理上前后一惯性和有在归结性协调的基础上普遍化的可能性^{[17](1)}。

法律漏洞的存在对我国的法治进程无疑增添了更大的阻碍,它击碎了先前“法治”让国人产生的热情和忠诚,也带给人们法治逻辑自恰的困惑,值得我们认真反思。的确,在理想主义的立场上,我们应该去追求这种实现人治与法治更完美的结合方式的统治。但是在我国,由于长期以来对法的本质、司法的应有功能存在认识上的偏差,导致制度设计的不合理,在实践中呈现出司法既过分受制,又缺乏真正有力的约束的奇怪现象。首先,在“宜粗不宜细”的立法框架下,法官却没有解释法律的权力而由最高人民法院垄断,法官自由裁量权得不到发挥,使得我国呈现出严格规则主义下机械的三段论推理式的司法印象;同时,法院不能独立于地方行政、法官不能独立于法院行政,双重的司法不独立下法官很难与社会直接沟通,承担起居中裁判的重任。尽管法制建设仍然在大力进行,司法的不合理却极大的阻碍着法治的进程。司法难以独立使得法律漏洞既谈不上以法官行为填补,也不能靠法律解释进行。有鉴于此,我们认为,要实现我国司法合理化,可以由判决书的写作为切入点,向法官提出更高的要求的同时,赋予法官相应的自由裁量权:要求法官写明断案依据、判决理由庭审意见等。在这个过程中,法律得到了个别的、也可能是合理的解释和适用,我们也在法治道路上前进了一步。

注释:

- ① 梅因,《古代法》,沈景一译,商务印书馆,1959年,第15页。对于法律运行的这一矛盾,罗斯科·庞德在《法律史解释》中的著名论述更让人一目了然,印象深刻:“法律必须稳定,但又不能一成不变。”而本杰明·N·卡多佐大法官进一步加以阐明,“法典要辅之以敕令;法律要辅之以衡平;习惯要辅之以条律;规则要辅之以自由裁量。”
- ② “情感法学”论引自本杰明·卡多佐,《司法过程的性质》,第65-66页。转引时对德语词的错误拼写进行了修改。“客观的理解”一语在解释学上是一个逻辑的悖论。理解或交谈的客观或许能帮助我们。波斯纳认为法的客观性至少具有以下三种含义,其一,本体论上的客观性,这种客观性是指对外部实体的符合。其二,科学意义上的客观性,即可复现性(replicable)。其三,“交谈”意义上的客观性,这种客观性是指合乎情理,也就是不任性、不个人化和不(狭义上的)政治化,就是既非完全不确定但又不是本体论意义上或科学意义上的确定。见波斯纳,《法理学问题》,中国政法大学出版社,2002年,第9页。
- ③ 英国自设大法官法庭后,法官以公允之良心审理案件,有很大的自由裁量权。我国学者认为,这与他们作为国王忏悔师的僧侣

组成有关,他们被认为是天使而无须防范。参见徐国栋前引书,第197页。所谓“理想的法官”是制,德沃金为其“整体性法律”设计的一位具有超人智能和耐心、而且承认作为整体的法律阐释者的理想法官赫拉克斯。

- ④ 最新哲学上的代表性成果可以参见 Nino Tomaschek, “如果人们在一致性理论中理解了真理的哲学立场的话,这种立场的出发点就是,所谓的与真理相符合及其符合真理的情形不是被定义为与客观事实(Tatsachen)的契合,而是被界定为基于多种意见的一致性,也就是说,在这种情境下,真理是适用于在一个更大的话语共同体之内已经被接受的关于客观事实或事实关系的真理。其中还常常介入了对话的宽容,因为基于一种真理理论而达成共识必须一步一步地发展出意见反馈的程序性机制方可完成。”

参考文献:

- [1] 陈金钊. 司法过程中的法律发现[J]. 中国法学, 2002(1): 52-55.
- [2] 徐国栋. 民法基本原则解释[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1992.
- [3] (英)亨利·梅因. 古代法[M]. 北京: 商务印书馆, 1959.
- [4] (美)本杰明·N·卡多佐. 法律的生长[M]. 贵阳: 贵州人民出版社, 2003.
- [5] 张文显. 法理学[M]. 北京: 北京大学出版社、高等教育出版社, 1999.
- [6] Ehrlich Eugen. Fundamental Principles of the Sociology of Law [M]. Beijing: China Social Sciences Publishing House, 1999.
- [7] 陈弘毅. 西方法律解释学初探[J]. 中国法学, 1997(3): 106-114.
- [8] 陈金钊. 德沃金法官的法律解释[J]. 南京大学法学评论, 1997(1): 213-220.
- [9] 《马克思恩格斯全集》(第4卷)[M]. 北京: 人民出版社, 1956.
- [10] 胡玉鸿, 彭东. 试论法律社会渊源的理论基础[J]. 中国法学, 2001(3): 39-48.
- [11] 苏力. 解释的难题: 对几种法律文本解释方法的追问[J]. 中国社会科学, 1997(4): 12-33.
- [12] Joseph Raz. The Authority of Law: Essays on Law and Morality [M]. Oxford: Clarendon Press; New York: Oxford University Press, 1979.
- [13] 陈兴良. 法的解释与解释的法[J]. 法律科学, 1997(4): 17-20.
- [14] Nino Tomaschek. Die Wahrheit ist eine Falle [M]. Wien: Universitaetsverlag, 2001.
- [15] 季卫东. 法制秩序的建构[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1994.

How to eliminate loopholes of judicial rules

YANG Kai-xiang, YAO Li-ya

(School of Law, Central South University, Changsha 410083, China)

Abstract: Within the positive law, there must exist some loopholes when effective rules are applied judicially. However, existing of the legal loopholes brings a “hot potato” to the judge. The Hermeneutics of Law finds that filling up such loopholes of rules is not only the lawgiver’s mission. Perhaps it is more realistic and necessary to let judges make laws through their professional behavior. We must, however, put some limits on the judges’ discretionary power. The doctrine “rule of law” means not merely ruling by rigid regulations, but that judges play a same important role to avoid the loopholes.

Key words: loophole of law; judicature; interpretation of law; discretionary power