

Judicial Methodology

Methods for Case Studies in Contract Law

法律适用方法

合同法案例分析方法

(第2版)

国家法官学院 著
德国国际合作机构



Implemented by

giz Deutsche Gesellschaft
für Internationale
Zusammenarbeit (GIZ) GmbH

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

- 素以完备和严谨著称的德国法律适用方法，首次引进中国公开出版
- 以法官亲历式的教学方式，将法律适用方法融入个案的裁判过程中
- 助力法官、律师、法科学生掌握高效和准确的解决法律问题的思路

国家法官学院与德国国际合作机构连续十几年来为中国法官培训法律适用方法，选取中国的案例，运用中国的法律，采用德国的案例分析方法分析案件：归入法（在给定的事实下如何适用法律）、关系分析法（当各方当事人对事实存在争议时如何适用法律）。

这两种案例分析方法逻辑严密，推理缜密，对中国法官提高法律逻辑思维能力和驾驭法律信息资源的能力以及将理论知识运用于司法实践解决实际问题的能力，具有很大的启发和借鉴作用。

上架建议 法律方法 审判实务

ISBN 978-7-5093-5207-6



定价：68.00元

法律适用方法

合同法案例分析方法

(第2版)

国家法官学院 著
德国国际合作机构

主要编写人员

Prof. Dr. Evelyn Henning

王晓芳

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

法律适用方法·合同法案例分析方法/国家法官学院,
德国国际合作机构著. —2 版. —北京: 中国法制出版社,
2014. 2

ISBN 978 - 7 - 5093 - 5207 - 6

I. ①法… II. ①国…②德… III. ①合同法 - 案例 -
中国 IV. ①D920. 5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 029627 号

责任编辑 周琼妮 (zqn - zqn@126. com)

封面设计 蒋 怡

法律适用方法·合同法案例分析方法

FALÜ SHIYONG FANGFA · HETONGFA ANLI FENXI FANGFA

著者/国家法官学院, 德国国际合作机构

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/730 × 1030 毫米 16

印张/23 字数/298 千

版次/2014 年 4 月第 2 版

2014 年 4 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 5207 - 6

定价: 68.00 元

北京西单横二条 2 号

值班电话: 66026508

邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66067023

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010 - 66032926)

德国国际合作机构-中德法律合作项目和国家法官学院

自1996年以来，我们一直在中华人民共和国卓有成效的司法改革中为最高人民法院和国家法官学院提供支持。为确保法治原则在法律适用过程中得到更好的实施和遵循，我们已为5000多名法官提供了法律适用方法的培训。

欲了解更多信息，请访问：

德国国际合作机构（GIZ）
中德法律合作项目

国家法官学院

塔园外交办公楼1-13-2
亮马河南路14号
100600 北京，中国

通州区天成桥甲一号
101100 北京，中国

电话：+86 (0)10 8532 1401
网址：www.law-reform.cn

电话：+86 (0)10 6755 9045
网址：njc.chinacourt.org

再版序言一

美国法学家德沃金将没有清晰的法律规范加以确定指导的案件定义为“疑难案件”，认为对于“疑难案件”，法官需要通过运用正确的法律解释方法以及价值判断，发现案件的唯一正解。法律适用的结果是否存在唯一正解尚存争议，但是法律适用方法的客观化和统一却并非不可能：法官通过运用统一的、能为客观标准所衡量的法律适用方法，作出契合法律规范和承载法律基本价值内涵的裁判结论，在某种程度上也是回应了统一适用法律的司法本质要求。从方法论的意义上讲，素以完备和严谨著称的德国法律适用方法无疑对我国法律适用技术的完善和发展具有很强的借鉴意义和参考价值。

国家法官学院作为最高人民法院下属的全国法院法官培训机构，多年来一直致力于对外友好交流合作，学习、借鉴有益的经验。自1998年至今，国家法官学院与德国国际合作机构联合举办二十多期法律适用方法培训班，内容涉及刑法、民法、行政法等多个领域，选取中国的案例，运用中国的法律，采用德国的案例分析方法（归入法、关系分析法）分析案件，得出结论。在举办培训班的过程中，参加培训的法官纷纷表示，此两种案例分析方法逻辑严密，推理缜密，对于分析案情、运用法律具有很大的启发和借鉴作用。在举办的二十多期培训班上，对本套书所选的案例都进行了讨论，我们将这些精选的案例集结出版，既是中德双方在法官培训领域的合作成果，也凝结了中德法官的智慧和心血。

此书出版一年，即销售告罄，反映出社会各界对于此书的厚爱。此次再版，我们将法官在培训过程中提出的问题、意见和建议进行详细整理，在原有基础上对部分内容进行了修改，以期能够满足读者的需求，也希望各位法律界同仁提出批评意见。

黄永维

国家法官学院院长

Preface

Ronald Myles Dworkin, an American legal scholar, defines a “hard case” as a case where the judge is required to move beyond the rules that are explicitly articulated in legal texts (such as constitutional provisions, statutes, and cases) and refer to principles. Dworkin argues that the judge must apply the right methods of legal interpretation and value judgment to reach the only correct decision in a hard case. Although it is still controversial whether “the only correct decision” exists as such, the objectivity and unity in application of law would not necessarily be impossible; we may consider that a judge has, to some extent, fulfilled the intrinsic requirements of unity of application of law if he or she applies the law in a way that is united and measurable by objective standards to make an adjudication that both fits within the framework established by legal rules and at the same time is true to the basic values of law. In this way, the German practice on application of law, known for its soundness and precision, is of great reference value for China to further develop and improve the application of law.

As a national training body for judges and an institution subordinated to the Supreme People’s Court of the People’s Republic of China, National Judges College of China has been dedicated for years to the friendly exchange and cooperation with foreign countries, drawing upon the good experience of other countries. Since 1998, the College has, jointly with Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH, offered more than twenty sessions of training courses on the application of criminal, civil and administrative laws. Cases were selected for the training courses from those accordingly filed in the People’s Republic of China and were solved by applying Chinese laws, while using German case analysis methods (e. g. inductive reasoning and relation analysis) to reach decisions. During the training, most participants found both inductive reasoning and relation analysis logically rigorous and highly enlightening methods for Chinese judges to refer to when they analyze cases and apply the law. As a collection of representative cases which have been

fully discussed in the training courses, this series of books embodies the achievements of Sino-German cooperation on the training of judges and is a testimony to the hard work and thoughtful decision making of judges from both sides.

The first edition of this book was sold out one year after its publishing, demonstrating its accessibility to all sectors of society. For this second edition we have taken into regard the questions, opinions and suggestions raised by the judges during the training courses and correspondingly revised some parts of this book on the basis of its original contents in order to better fulfill the demands of our readers. We are grateful for any comments and suggestions to this book from our legal colleagues.

Huang Yongwei

President of National Judges College of China

再版序言二

2000年以来,德国国际合作机构(GIZ)中德法律合作项目与国家法官学院在民法、行政法和刑法的法律适用方法方面举办了长期及短期培训班并取得了丰硕的成果。2012年我们将培训中所涉及的材料整理成《法律适用方法》丛书出版。这是双方长期以来卓有成效合作的又一重要里程碑。

我们非常高兴能够在本书出版一年后向我们的中国同仁呈现第二版,这也反映了对此类培训材料很高的需求度。本书对案例没有进行大的改动,仅对导论部分作了修改并且根据培训专家的经验以及参考中国同仁的意见对部分内容重新进行了表述。中国同仁的反馈意见是改进我们培训材料的主要来源。

此次出版以及以往的培训旨在协助中方合作伙伴建立起以法治为基础的社会主义市场经济。这不仅要求立法者制定相应的法律,同时,也需要法律实践者——包括法官、公务员、律师及其他人有效地实施法律。长远来看,法律只有在其结果可预见的情况下才能很好的执行,否则它的实施不能真正被社会公众所接受并且作为有约束力且可信的指导其行为的准则。这一前提经常难以得到保证,因为法律本身常常极为复杂并且即使对法律专业人士来说亦是难以理解。有时法律因为不够明确、存在歧义或者不完整而不能涵盖现实生活中可能出现的各种各样的情况。这也是法律适用方法对于提高结果的可预见性和可理解性至关重要的原因。

上述宏伟目标只有通过接受过专业培训的人员才能实现。因此,对法律实施者的深入培训就显得尤为重要。

我们坚信,本书会对希望提高自身实施法律专业能力的人士有所帮助。本书中介绍的德国方法论由“归入法”(Subsumtionstechnik)以及“关系分析法”(Relationstechnik)构成。前者是在事实清楚的情况下解决案例的方法,后者则是在事实不清楚的情况下解决案例的方法。该方法论在德国是历史悠久且根深蒂固的法律传统。它在法学教育以及法律实践中得到传播,确保了所有法律专业人士都运用同样的方法解决法律问题。

归入法对于所适用的法律具有完全的独立性。因此它能够适用德国法、中国法或者其他国家的法律来解决案件。相对而言,关系分析法反映了德国民事诉讼法的基本原则,这些原则有些区别于中国民事诉讼法的原则。然而,即使各程序法基于不同的

原则,关系分析法也可以通过将其结构适用于既定程序体系的方式,在给定的程序规则中得到应用。

我们在本书中编写了一些适用中国法的案例作为介绍法律适用方法的素材。需要强调的是,我们仅仅是法律方法论的专家而不是中国法方面的专家。我们尽可能准确地适用德国方法论解决中国的法律问题。尽管如此,对于在适用中国法过程中可能出现的错误希望读者予以包容。

我们希望法律适用方法对中国同仁,来自全国各地法院的法官们的工作都能有所帮助。这样我们编写本书的目的就达到了。

我代表德国国际合作机构(GIZ)中德法律合作项目对组织和支持本次出版的人员和机构表示感谢。特别要感谢我们的合作伙伴国家法官学院的黄永维院长、曹士兵副院长以及国际合作处处长王晓芳女士对我们长期以来的支持。

德国教授博士伊芙琳女士(Prof. Dr. Evelyn Henning)为编写及改进培训材料做出了巨大的贡献。伊芙琳教授博士作为德国的资深法官、培训专家及教授确保了培训材料的质量。培训材料的改进也离不开往年作为培训专家参与培训课程的众多德国法官。作为中德法律合作项目法官培训及交流活动的负责人,德国法官杨翰博士(Dr. Johannes Schlichte)负责本书第二版的修订以及团队协调工作。胡兰女士、闻卓先生、蒋毅先生和万迪女士也对本书的出版做出了努力。我对他们表示衷心的感谢。



雅克 博士(Dr. Jörg Binding)

项目主任

德国国际合作机构中德法律合作项目

Case Study Methodology – Introductory Remarks

Since 2000 the Sino-German Legal Cooperation Programme of the Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit GmbH (GIZ) and China's National Judges College have been closely working together in conceiving and carrying out long-term and short-term training courses on judicial methodology in civil, administrative and criminal law. In 2012, we began publishing the training material used in those courses, which marks another significant milestone in our longstanding and successful cooperation.

We are proud to present the 2nd edition of this book to our Chinese colleagues one year after the 1st edition, a reflection of the high demand for such training material. While the case studies contained in this book remain largely unchanged, the introduction chapter has been revised and in parts been reformulated to reflect the experiences of our trainers as well as the discussions with our Chinese colleagues whose feedback is a main source of improvements to our course material.

Both our training material and our training courses aim at supporting the efforts of the P. R. China's authorities to establish a socialist market economy based on the rule of law. Therein lie significant challenges not only for the legislator but also for all those who would implement legal acts in their daily practice-including judges, civil servants, attorneys-at-law, among others. Over the long run, the implementation of law will only be successful if its outcome is predictable. Otherwise, the law and the acts undertaken for its implementations may not truly be accepted by the public as binding and reliable guidelines for conduct. Such a prerequisite for successful implementation of law, however, cannot always be met, since legal acts are often complicated and not easily understood, even by trained legal professionals. Sometimes they are unclear, ambiguous or even incomplete and thus unable to cover all the various situations that may occur in real life. This is why a methodology of law application is essential for enhancing the predictable and comprehensible results.

It is self-evident that this ambitious aim can only be achieved through professionally trained staff. Therefore, thorough training of those in charge of the application of law is essential.

We are confident that this book will be helpful to all those who wish to improve their professional capacity in implementing law. The German methodological approach presented in this book is characterized by the “subsumption technique” (*Subsumtionstechnik*), a method used for solving cases where the facts are already clear, and the “relation technique” (*Relationstechnik*), a method used for solving cases where the facts are unclear. This methodology has a long and deep-rooted tradition in the German legal tradition. Its teaching in the legal education and application in the legal practice ensure that all legal professionals have the same approach to solving legal cases.

The subsumption technique is completely independent from the content of the jurisdiction where it is applied. Thus, it can be used for resolving cases under German law, under Chinese law or under any other law applicable, as the case may be. The relation technique, on the other hand, reflects basic principles of the German civil procedure law which in parts are different from those of the Chinese civil procedure law. However, the structure of the relation technique can be adapted to procedural rules—even if they rely on different principles—by adapting this structure to the given procedural system.

Accordingly, the case studies presented in this book serve as examples of how the German methodology can be applied to cases under Chinese law. We should stress that we are experts only in legal methodology and not in Chinese law itself. Nevertheless we have done our best to adapt the German methodology to, as accurately as possible, reflect the specific characteristics of Chinese law. Nevertheless, we kindly ask for indulgence for any errors made as regards the application of Chinese law.

We hope that our Chinese colleagues, judges from Chinese courts at all levels, from all regions and provinces of P. R. China, will find the case study methodology helpful for their work. Then the aim of this book would be achieved.

On behalf of GIZ's Sino-German Legal Cooperation Programme, I would like to thank all the organizers and supporters of this publication. I am particularly grateful to the National Judges College, notably President Huang Yongwei, Vice President Cao Shibing and Ms. Wang Xiaofang, head of the International Department, for their continuous support and long-lasting trustful cooperation.

The development of and fundamental improvements to the training material are mainly owed to the efforts and achievements of Prof. Dr. Evelyn Henning, whose long-term professional practice as a judge in Germany, as a trainer and an academic teacher facilitated the high quality of our course material. Many German judges who have joined us over all those

years as trainers in our courses made valuable contributions to the development of the course material. German judge Dr. Johannes Schlichte, who is in charge of the judicial training and exchange activities of the Sino-German Legal Cooperation Programme, was responsible for the revision of this book for its 2nd edition and the coordination of our team. Ms. Hu Lan, Mr. Wen Zhuo, Mr. Jiang Yi and Ms. Wan Di have also put a lot of effort into this book. I would like to thank all of them very cordially.



Dr. Jörg Binding
Programme Director
GIZ-Sino-German Legal Cooperation Programme

目 录

Contents

第一部分 法律适用方法导论

导 论	3
结 构	4
一、理论背景	7
I. 法律、法规与规章的目的	7
II. 人们遵守或违反法律规则的理由	9
III. 法律之外可以作为社会组织原则的选择	11
IV. 采用一定方法适用法律的理由	12
二、归入法	18
I. 归入法简单介绍	18
II. 解决民事案件	33
III. 整体结构	39
三、关系分析法	42
I. 关系分析法简单介绍	42
II. 民事案件中的关系分析法	43

第二部分 归入法案例分析方法 (S)

一、案例 S1——归入法	65
二、案例 S2——归入法	72
三、案例 S3——归入法	78
四、案例 S4——归入法	82
五、案例 S5——归入法	84
六、案例 S6——归入法	92

七、案例 S7——归入法	95
八、案例 S8——归入法	104
九、案例 S9——归入法	116
十、案例 S10——归入法	118
十一、案例 S11——归入法	127
十二、案例 S12——归入法	133
十三、案例 S13——归入法	140
十四、案例 S14——归入法	149
十五、案例 S15——归入法	155
十六、案例 S16——归入法	161
十七、案例 S17——归入法	165
十八、案例 S18——归入法	169
十九、案例 S19——归入法	174
二十、案例 S20——归入法	182
二十一、案例 S21——归入法	189
二十二、案例 S22——归入法	198
二十三、案例 S23——归入法	200
二十四、案例 S24——归入法	205
二十五、案例 S25——归入法	211
二十六、案例 S26——归入法	213
二十七、案例 S27——归入法	220

第三部分 关系分析法案例分析方法 (R)

一、案例 R1——关系分析法	227
二、案例 R2——关系分析法	235
三、案例 R3——关系分析法	242
四、案例 R4——关系分析法	250
五、案例 R5——关系分析法	262
六、案例 R6——关系分析法	270
七、案例 R7——关系分析法	278
八、案例 R8——关系分析法	288

九、案例 R9——关系分析法	300
十、案例 R10——关系分析法	311
十一、案例 R11——关系分析法	319
十二、案例 R12——关系分析法	329
十三、案例 R13——关系分析法	337

第四部分 法律适用方法模拟法庭

模拟法庭：合同法案例 R8	347
---------------------	-----

Judicial Methodology
Methods for Case Studies in Contract Law

第一部分

法律适用方法导论

导 论

中国正在走向法治国家。法治至少具有两方面的特点:首先必须由立法机关来制定法律,其次制定的法律也必须得到实施。对于法律工作者来说,无论是法官、检察官、律师或是政府工作人员,他们最主要的工作就是实施法律。成功实施成文法律的一个关键要素是它的统一适用,但是这并非总能得到保证,因为法律通常非常繁复,有时没有明确规定,或者无法穷尽丰富多彩的现实生活中各式各样的情形。法律适用的方法论对于解决这一难题是非常有用的,它可以帮助我们获得更统一的结果。

为了实现这一目的,对于法律适用者进行良好的训练是十分重要的。正是出于这个原因,中国的有关部门近年来采取许多措施来保证法律适用者获得必要的培训,一方面他们通过改革现有的相关法律规则,另一方面他们设立并扩建了法律培训设施。在我们的“法律适用方法导论”当中,我们希望能够帮助您了解一种系统性的方法,这种方法是德国的法律工作者在他们法律学习初始阶段所要学习的内容。这种方法使大家都用同一种思维方式来思考问题;您以后会发现,几乎每一个在德国学习法律的人都用的是这种思路。这种方法的好处在于,它与被适用的法律条文内容几乎完全独立存在,自成一体,因此,这种方法也就同样可以帮助中国的法律职业者适用法律。为了使中国读者更容易掌握,我们根据中国法的规则编制了案例与其他示例。当然,我们可能是方法论方面的专家,而您实际上是中国法律的专家。对于我们适用中国法律内容时可能发生的错误,我们恳请您多多包涵,并且请帮助我们改进这本教材。正如我们一贯强调的,方法论并非是一个黑白分明的选择题,它并不是要教给你法律条文的具体内容,而是要提供给你一种分析框架和思路。

本篇“法律适用方法导论”由三个部分组成:第一部分是对于基本原则的介绍,包括法律的目的、法律的实施以及采用法律适用方法的理由。第二部分与第三部分大致浓缩了德国法律职业者在参加工作之前所必须学习的内容:四年的大学阶段学习法律以及在给定的事实下如何适用法律(归入法)。此后,两年的实践训练阶段,他们需要学习当各方当事人对事实存在争议时如何适用法律,而这正是现实生活中最常见的情况(关系分析法)。在本文以及其他用来培训学员应用上述方法解决案件实际能力的其他培训材料当中,我们将通过中国民法方面的案例来作为教学范例。

如果你发现我们介绍的法律适用方法论对你的实际工作确有帮助,那么我们的目标和愿望也就实现了。

结 构

一、理论背景

I. 法律、法规与规章的目的

1. 法律的目标
 - a. 管理社会
 - b. 国家垄断强制力量的补偿
 - c. 影响人们的行为
2. 法律适用的重要性
3. 日常生活中的法律
4. 违法行为与纠纷
5. 法律与正义

II. 人们遵守或违反法律规则的理由

1. 对于某些规则自然而然的遵守
2. 因畏惧强制措施而遵守

III. 法律之外可以作为社会组织原则的选择

IV. 采用一定方法适用法律的理由

1. 法律适用中的问题
 - a. 一般问题
 - b. 具体问题:对于法律条文语言的不同理解问题
2. 一个统一的适用方法如何处理这些问题
3. 法律确定性是统一法律适用最主要的好处
 - a. 实践中的法律确定性
 - b. 法律确定性与法治
 - c. 法律确定性的效果
 - d. 法律确定性在中国
 - e. 法律确定性的局限
4. 采用统一的法律适用方法的挑战
5. 一种可选的方法:归入法

二、归入法

I. 归入法简单介绍

1. 归入法的基本原则
2. 前提:找到准确的法律规定并确定其各个要件
3. 归入法
 - a. 归入的步骤
 - b. 归入方法的框架
 - c. 归入法的示范案例
4. 归入方法中的困难点
 - a. 未写明的前提要件
 - b. 没有定义的法律术语/法律解释的四个原则
 - c. 加入解释的归入法示范案例
 - d. 收集案件事实
5. 法律的发展
 - a. 类推
 - b. 目的限缩
6. 确定法律后果
 - a. 法律后果是法律分析的一部分
 - b. 对于法律后果的自由裁量权

II. 解决民事案件

1. 对于案件的基础评价: WWW. 法律基础(WWW. LEGALBASIS)
2. 请求的法律基础和法律条文的结构
3. 归入:请求能够成立吗?
4. 例外
5. 结论
6. 示范案例

III. 整体结构

1. 归入
2. 解决民事案件的基本方法
3. 解决一个关于合同的民事案件

三、关系分析法

I. 关系分析法简单介绍

II. 民事案件中的关系分析法

1. 附随案例

2. 方法介绍

- a. 事实分类
- b. 可受理性阶段
- c. 充足性阶段
- d. 相关性阶段
- e. 证据阶段
- f. 根据调取证据结果所做出的判决

附件:关于证据

一、理论背景

I. 法律、法规与规章的目的

1. 法律的目标

法律是一个国家行使其权力最为重要的手段之一。依照法治原则建立起来的稳定的法律框架是实现社会和谐安宁与公民幸福安康的重要前提。

a. 管理社会

一个社会总是由各种各样的个人所构成，他们持有不同的观点，具有不同的需求。而只有当一个社会以公平的方式平衡各成员之间的利益，它才能够维持内部的秩序。而法律正是实现这种平衡的一种非常有效的工具，可以在保护社会整体的同时，也保护其公民的利益。

b. 国家垄断强制力量的补偿

国家在其疆域之内垄断强制力量，因此需要法律来对人民因此丧失的权利作出补偿。比如，如果一个公民的财产失窃了，他不能自行对窃贼作出惩罚，而国家必须提供有效的措施来保护公民的财产并且惩罚那些违反法律的人。这种措施就包括制定禁止盗窃的法律，并且规定对窃贼的起诉和惩罚。

c. 影响人们的行为

除了保护个人的权利，国家还可以通过法律的手段来影响公民的行为。国家可以通过支持或奖励某些行为，禁止或惩罚另一些行为，实现法律政策的这一功能。

例如：国家想要保障交通安全。因此，国家要求驾驶员在开车上路之前要先通过驾车考试并获得驾驶执照。在这种情况下，这一法律强制所有驾驶员都持有驾驶执照，这就使得国家能够控制交通状况，并且让驾驶员都能够遵守交通规则。

或者，如果国家想要限制私人机动车的使用，那么它可以修改税法，对于机动车的购买和使用征收更高的税赋，如此一来，机动车对于消费者来说就会更加昂贵，就会有更多人不再使用机动车。这也是国家通过法律手段来实现目标的例证。

国家实现自己目标的方法多种多样。通过法律的手段，国家可以向企业或个人发布命令性规定和禁止性规定，授予某些权利或者施加某些义务或要求。

例如，国家可以：

禁止公民之间使用暴力

要求公司建立监事会

对合同当事人施加义务，要求他们履行约定的合同义务

在所有这些情况下,法律规则本身仅仅是实现目的的手段,用来实现立法者在制定该规则时所想要达到的目的。让我们来看一下上述例证:

规定禁止暴力是为了实现人们之间的和平相处,这是国家和社会都想要实现的目标。

公司必须建立监事会,用来控制公司的管理,以保证投资者利益。

货物销售合同必须得到双方履行,才能保证贸易活动得以有序进行。

2. 法律适用的重要性

但是徒法不足以自行,只有通过法律适用和公民及国家机关对法律的遵守,才能实现法律的目的。

要点:法律只有通过适当的适用才能实现自身的目的。

社会中的各种利益不会仅仅因为法律中写有规定而自动达成平衡,在存在利益冲突的情形之下,只有当法律能够公平地解决冲突,社会才能达到一个利益平衡的状态。

人民的利益应当高于国家机关手中的权力。只有以此为前提,大多数人才会不再采取自力救济的方式,而是将法律作为实现他们自身权利的一个工具,其目标是将法律视为调整社会关系的公平规则。因此,为人民争取权益并给予保护通常会增进人民对法律以及立法、执法和司法机关的认可。

同样,人们尊重法律并不仅仅因为它存在某些抽象的规定,要求人们做出特定的行为,而是必须通过法律的实施,纠正、必要时甚至惩罚那些违反法律的行为,才能真正对人们的行为产生积极的影响。因此,如前所述,法律的统一适用及其适用的方法正是实现法律目的的关键所在。此外,适用法律的过程不仅应当是统一的,而且必须具有公平性、适当性以及可理解性。

3. 日常生活当中的法律

我们生活的许多方面都是通过法律塑造的,而法律是由国家制定的,国家使法律成为整个社会文化的重要组成部分。无论是购买食物、乘坐公交车或火车旅行、结婚、去餐馆吃饭、申请营业执照、打电话以及许许多多其他日常行为都涉及到个人、组织之间的法律关系。我们平时没有意识到所有这些法律关系,正好证明了我们的行为通常(并且下意识地)与法律规则相一致,因为这些规则已经自然而然地融入了我们的生活,我们在餐馆里用餐后就会付钱,我们打电话后电话公司就会收费,坐公交车必须买票,乘客不得损害公交车或者火车上的设备,这些都是再自然不过的现象了。

4. 违法行为与纠纷

人总是有自由的意志,因此要完全控制人的行为从而防止他们违反法律是不可能的

(也是不可取的)。他们做出选择的理由并非总是出于理性,这就使得人们的行为难以预测。总有人可能会逆法而行。这是个人自由的一个关键要素。不过这种情况并不会妨碍法律规定本身的有效性。与其说法律是反映人们如何行为的一面镜子,倒不如说法律是规定人们应当如何行为的准则。所以,即使有人违反了一项规则,这个规则本身仍然是有效的,而问题在于其实施,是否能够使得所有人的行为都符合这个规则设定的标准。规则适用上的失败就可能导致这项规则在事实上失效,而仅仅是一个人对规则的违反则绝对不会导致规则失效。

法律就是提供了这样一个指导体系,目的在于有序地组织社会生活,最大程度地减少纠纷,并且使得人们能够共同满足基本需求(食物、睡眠、住宿、文化、社会关系)。而当纠纷发生的时候,法律就必须解决这些纠纷。

5. 法律与正义

为了实现所有目标,防止纠纷并且使规则被广泛接受,法律必须在相互冲突的利益之间尽可能的达成平衡。为了实现人们对法律更加全面接受这一目的,法律必须用一种总体上被认为公平的方式来解决冲突。因此,法律就必须坚持把正义作为最主要的目标之一。

所谓正义,首先必须尽量平等对待相同或相似的情况,以使人们能够在通常情况下可以预见自己行为可能造成的法律后果。这就使得他们可以据此来调整自己的行为。因此法律的目标之一就必定是创设法律确定性(也称为法律判决的可预见性)。

而且,同样很重要的是,判决的法律依据也应当符合涉案各方当事人的情况,从而使得他们可以有可能会了解判决的缘由。因此政府机关的行为和决定本质上应当是透明的。

但是,首先必须考虑的是应当使法律法规的内容与人们的社会价值观保持一致。这样一来,大多数人就可以根据他们对于自我利益和正义的个人理解来理解和感受法律。如果一个法律规则与关于正义和适当性的一般观点相悖,那么对这一规则的接受度就会相当低,而实施这样的规则将会面临巨大的困难。

综上,法律的目标是要用一种统一、公平、适当与具有可理解性的方法来平衡现代社会当中各种互相冲突的利益,使用这样的指导方法,来实现社会当中人们的和平相处,并且通过实现个人的权利来维持国家对于强制力量的垄断。

但是最为重要的是,我们必须牢牢记住所有这些目标都依赖于政府机关以及广大人民对法律的适用。徒法不足以自行,要实现法律的目标,仅仅靠制定出法律是远远不够的,还必须要对于法律的实际的、统一的适用。

II. 人们遵守或违反法律规则的理由

1. 对于某些规则自然而然的遵守

我们在前面已经解释过,大多数法律规范会得到大多数人的自觉遵守。这有很多种

理由。一方面,大量的法律规则是基于广泛的社会共识,社会已经认可了这些规则的内容及其适当性。比如,几乎每个人都觉得自己在饭店用餐之后就应当付钱,同样,大家也都认为杀人是错误的。由此,这些规则就得到了社会的“普遍认可”。另一方面,个人的行为在具体的情形之下会因为对对与错的普遍认知的不同而不同。如果在具体生活当中个人也遵守了这一规则,那么就可以称为是“个体认可”。在现实生活当中,个体认可并不总是和普遍认可保持一致。个体认可和普遍认可之间的区别可以用下列例子加以说明:

要点:“普遍认可”=一个规则被普遍认为是必需的和正确的。

“个体认可”=一个规则被特定个人认为是公平和正确的,即使在这个规则适用到他自己身上之时仍是如此,个人作出行为时都遵守这一规则。

所有人都认为,国家有必要通过征税来完成工作(普遍认可)。但是,很多人实际上会试图逃避缴税,甚至还经常使用违法的手段来达到此目的(缺乏个体认可)。同样的情况也出现在对于盗版软件和影碟的使用上。

2. 因畏惧强制措施而遵守

人们有时完全出于自愿遵守许多规定,但是在另外一些情况之下,则必须通过强制力量或者刑罚的威胁才能保证人们遵守规定。比如,人们普遍认同盗窃是错误的行为。但是,如果盗窃不会受到处罚,恐怕会有人因抵挡不住诱惑而去偷盗那些他们迫切想要得到却买不起的东西。要想大多数人遵守一个规则,那么就必须让人们知道,这个规则必定会通过强制力量得到实施,并且对于那些无视这一规则的人进行实际的处罚。

在法律适用的过程中使用的强制性力量还是越少越好,而法律秩序有效运转中最重要的因素正是对于规则的知晓、理解和接受。遵守规则的第一步是知晓规则。在此基础上理解规则通常可以帮助评价规定是否适当。此外,这也有助于实现对规定的接受,或者,对于那些认为规定不可接受的人来说,至少让他们进一步知晓违反规定可能产生的后果。

要点:知晓法律以及某一行为的法律后果的可预见性,会使得法律的实施更加简单,并且也能够降低强制力量的必要性。

因此,使得规定以及违反规定的后果“可以计算”是很重要的。如果公民们都能够事先判断他们行为的法律后果,那么法律规则的实施就会变得更加容易。

如果买方知道他必须支付货款,并且他也知道如果不付款,法院会判他败诉,而且此后判决将会得到执行,那么买方不付款就没有任何好处,因为判决和执行的成本也将会需要他来承担。

对于企业的法律关系来说,能够预见行政决定或者司法判决的结果也是至关重要的,因为这样律师或者法律顾问才能事先给出行动建议。他们会假定规则得到了大体公正的

适用。在这种意义上，法律规则就能够指导公司的行为，从而帮助他们在一开始就防止纠纷的发生。

III. 法律之外可以作为社会组织原则的选择

纵观中国历史，不同的组织原则间曾经存在长期的对立，最为重要的两个原则大概是法家学说和孔子的儒家学说。

法家学说的主张者认为人类制定法律是将其作为一种组织原则，法律应当首先作为行使权力的工具。而与之相反，儒家学说认为法律只在社会发生动乱之时才有必要。儒家认为行动的守则不应当由人类来制定，它们是自然存在的，而正确行为的力量能够促使其他人也照此行事。他们认为，社会关系是通过特定人际关系中的行为来定义的，比如父子、长幼、夫妻、朋友。

人们行为的守则因此被看作是宇宙秩序的镜像。尽管也需要有法律规章，但是这些规章是保密的，否则人们就会一个劲地寻找法律当中的漏洞。

如果一个士兵逃回家看望病中的父亲，法家会对他课以惩罚，而儒家却会对他施以奖励，因为他表现出了孝顺父亲的美德。

但是，如果儿子举报父亲偷窃，儒家则会惩罚他，而法家则会惩罚父亲。

关于社会应当如何得以组织的这两种学说长期以来同时存在，由此发展出这些理论的混合形式。直到今天，法律适用依然受到儒家学说的影响，特别是涉及到个人之间关系的行为，有的时候并不与法律规定的标准保持一致。

但是与此同时，1982年的《中华人民共和国宪法》清楚地体现了对于法家观点的吸收，在第5条规定：

中华人民共和国实行依法治国，建设社会主义法治国家。

以及：

一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律……任何组织或者个人都不得有超越宪法和法律的特权。

要点：《中华人民共和国宪法》第5条确立了法治。

如今，成文法律已经形成了一套严格且有约束力的法律体系，来实现有序的社会生活，尽管有的时候这些法律与处理私人关系的传统儒家学说互相冲突，有的时候被儒家的观点所覆盖。

由此，法律制度，至少是作为社会组织和实现政治目标的一种工具，在中国已经受到广泛的接受。经济改革也可以通过创设新型的现代化的商法和行政法来完成，这些法律的目标在于规制个人和企业的行为，以及政府机关的权力。

如果一家外国企业想要在中国投资——这正是中国政府想要达到的目标——这家企业将遵守中国政府在这个领域所制定的法律的内容及其适用。政府将努力通过法律手段来指导这些投资的发展走向。

特别是在经济领域,法律正在迅速成为国家实施其政策的最为重要的工具,同样也成为公司和个人据以行动的制度框架。

但是,在私人关系的领域,以及在国家机关和公司这些主体彼此进行谈判和磋商之时,传统的儒家学说仍然可以发挥充分的作用。在法律提供的制度框架之内,上述领域和规章制度的实际适用依然密切相关。

IV. 采用一定方法适用法律的理由

我们在上文已经详尽的讨论过,法律适用在中国同样是作为一个组织原则来实现安宁和谐的社会生活。而且我们也已经说明了,公平、适当、可以理解的法律适用对于实现这些目标十分重要。

正因为其重要性,法律适用必须被控制和监控。法律判决的适当性可以被所有适用法律的人所审查,判决的可理解性能够通过给出理由来保证,但是,公正判决的关键因素,即判决的统一性,并不能只凭一个法律适用者的决定而得到确保。首先,国家机关任何一个基于法律作出的单一决定都应当是公正且适当的。广泛而言,作出一致且公正的决定的一个关键要素是决定的方法要具有一致性。因此,要实现公正平等的判决不能仅依靠适用法律的一个人,而是应当依靠司法系统这个整体。法律适用如果不能保持一致性,那么如同适当性和可理解性受损的情况一样,这将严重损害法律判决的权威性。而一种统一的方法,则能够确保所有彼此独立的个人、机关和法庭能够使用相同的方法来适用法律。

1. 法律适用中的问题

a. 一般问题

要将抽象的规则适用到案件的具体情况之中,需要经过充分的训练,因为抽象的规则通常包含了大量的要件,需要首先确定这些要件,然后将它们与案件的情况予以比较。

不管是谁适用法律,他必须首先阅读并理解那些现代社会的规章制度,然后他必须能够判断出这些法律要件对于某一特定案件的情形来说具有什么具体含义。

我们上文已经说明,《中华人民共和国宪法》第5条规定,一切国家机关都要受到法律的约束。法院和行政机关的任务就是在他们的职权范围之内,正确地将法律适用到特定的情形和案例中去。

b. 具体问题:对于法律条文语言的不同理解问题

法律总是通过语言的方式来表达立法者的意图。而这些文字必须被法律适用者所理解,这已经成为法律适用领域的一个特别的问题。

要点：法律通过文字来传达立法者的意图。

文字的问题在于，作者的意思和别人对它们的理解总是可能存在轻微的区别。而且，在法律文件中的文字还可能与它们在日常生活中的意思有所区别。

假设一个警察走进一家饭店，要找某个车牌号码的汽车的主人，他不一定就是指汽车的所有权人。他可能指的是把那辆车停在第二排的那个人，想让这位驾驶员把车停到正确位置。

原则上，法律规范应当用相同的方法去解释。不能根据某个人对于法律的个人理解去适用法律，因为法律必须依据立法者的意图而被适用。这就是司法语言必须体现出特定而稳定的含义的原因。有些情况下法律本身就明确的方法定义了某些词语，如果没有这样的定义，那么法律解释必须借助立法者的具体指令，这些指令通过法规、政府或者高级别法院的解释来作出。

例如，让我们看一下“故意”这个词语在德国刑法当中的意思。法院和法学界将它定义为“明知而希望的行为”。如果一个人对法律并不熟悉，他对“故意”的理解就可能与上述定义存在细微的差别，可能比定义的范围更宽或者更窄。在很多情况下人们的理解可能可以保持一致，但是在某些情况下，对于这个词语的不同理解就会导致不同的结果。对法律不甚熟悉的人所理解的含义通常会比司法意义上含义要宽泛，并且也没有司法意义上的含义那么具体而准确。因此，法官总是要考虑到那些法律本身的相应规定或者由法院和法学专家发展出的定义和解释。

由于包括法官与公务员在内的每个人的观点都带有主观性，他们对于词语的解释也都或多或少带有主观性，这样一来，他们的解释就会互不相同，那么相同的案件由不同的法官或公务员来裁决就有可能产生不同的结果。这将损害到法律适用的统一性。尽管有时法官对于案件的特殊情况拥有自由裁量权，但是还是很有必要确保裁量者就法律术语的统一使用达成共识，并且法律规范的所有要件都得到了考察，整个适用过程当中没有漏掉任何一个要件。只有在慎重考察了某一个抽象规则包含的所有要件之后，才存在自由裁量的余地。法律只是在某个规则的所有要件都满足的情况之下，才允许法官进行自由裁量。也就是说，法官在针对具体案件作出决定时拥有充分的灵活性。但是，该灵活性的范围以法律框架内严格的法律推论为限。

2. 一个统一的适用方法如何处理这些问题

上文所述的问题，其起因主要是法律适用者互不相同的主观观点以及他们对法律的理解存在互相冲突的情况。但是如果每一位法律适用者都使用同一种方法来得出结论，那么这些问题就会大大减少。如果法院、行政机关以及每个适用法律的人在寻求法条的解释以及案件的解决方案之时，都经过相同的步骤，那么每个人都得出相同结论的可能性

就相当大了。在这个方面,使用统一的适用方法具有许多好处:

要点:统一适用方法的好处:

- 统一
- 透明
- 有效率
- 便于检查
- 易于自我控制
- 统一推理结构
- 防止专断
- 便于采信证据

• 一个统一的适用方法能够确保每一个法院和每一个机关在适用某具体的法律规则时都使用相同的方法来检查该法律规则的要件。这样就能够容易地分辨出来,一个特定案件的解决方案与其他案件的解决方案的不同之处到底在于哪一点。这样就能够更容易地判断,一个特定的决定是基于何种理由作出的;若这一决定不同于其他类似案件的决定,那是基于何种单独的理由。通过给出一项有约束力的解释,就很容易使所有的结果保持一致了。

• 统一方法进一步的好处是它具有透明度。尽管法律的门外汉通常难以理解这一方法,但是政府机构、律师、经济组织以及其他与法律适用相关的机构可以迅速适应这种方法,由此就可以产生对于法律更高的接受程度。而且,公司也就可以在法官并未要求的情况下就向法官提供必需的信息,因为他们知道法官将会使用什么样的方法,也知道判决将依据什么根据而作出。这样一来,法院和国家机关就能够提高他们的工作效率。

• 通过具有透明度的判决确立过程还可以使其他机关或者个人能够仔细地检查判决结果。因此上级机关能够更加容易地发现错误并且具体地指出错误所在。下级机关的一个错误决定不仅会由上级机关宣告是错误的,而且更重要的是,上级机关能够定位错误所在,并就分歧之处与下级机关进行具体的沟通。另一方面,如果某一公务员作出的决定受到了质疑,那么法院可以更加容易地判断他是否正确地作出了决定,也就是通过观察他完成法律适用的所有必要步骤。

• 统一方法对于法律适用者自己同样也是很有好处的。通过适用统一的方法,他可以更容易地安排自己的工作,并在感到不确定的时候找到参考的对象,因为他可以很清楚的找到不确定的到底是什么地方。假定你需要适用一个法条,其中包含了没有明确定义的词句。如果没有统一方法,你就必须想方设法自己想一个结论。在你得出最终结论的时候,你没办法确信你自己对法律的理解是否正确,你的解决方案是否符合立法者的意图。统一方法会要求你在适用那些没有定义的词语时必须符合立法者在起草法律之本意。如果你意识到你无法确定立法者对某个词语的本意是什么,那么你可以去参考一些资料,比如法学论文、或者已有的法庭判决、或者向上级机构求助。这个方法使得法律适用者能够集中关注最为复杂的环节,更加迅速地解决案子,并且达到更好的效果。

- 统一方法还使得对所有判决使用统一的推理过程成为可能。因此涉案当事人可以更加深入地理解法律,而且也可以很清楚地了解,要取得胜诉或者得到某个特定的判决需要满足哪些条件。

- 统一地使用方法来适用法律还能够防止出现专断的判决,因为它们的错误之处很快就会被辨别出来。如果关于如何作出一个决定存在非常清楚的规则,但是这个方法其中的一个步骤被漏掉了,那么要么就是法律适用者犯了一个错误,要么就是这位法律适用者蓄意要避开这个规则。既然方法的某一个步骤是否漏掉是非常容易辨认的一件事情,统一方法就能成为减少法律适用错误甚至消除腐败的一个很好的工具。

- 对于法院来说,法律适用的统一方法在证据采信方面也有特别的好处,因为依据该方法,一开始就能够很清楚的判断哪些证据是必需的,而哪些事实则是无关的或者是不存在争议的。

3. 法律确定性是统一法律适用最主要的好处

a. 实践中的法律确定性

统一方法的主要好处就在于它能够促进形成法律的确定性。

要点: 法律确定性能够保护投资者,促进经济发展。

假设你是一家大公司的法律顾问,当新的立法颁布之时,你就会根据该法律来修改你所使用的合同当中的标准条款。你会非常仔细地阅读新法条的内容,然后根据你对该法条的理解来修改合同。如果后来针对这些合同产生了纠纷,而法院在判决中对法条的理解与你原先的理解大相径庭,并由此判决你的合同条款全部无效,这样一来你就会损失惨重。特别是对于外国投资者来说,类似这样的“意外”是他们避免在不稳定的法律环境下进行经济活动的重要原因。

如果存在法律适用的统一方法,那么公司的律师事先就可以用这种方法来理解新的立法,而此后如果有纠纷产生,法院采用的方法也应当与律师的方法保持一致。他们对相关词语使用同样的定义,并且采用同样的标准来得出结论。这样一来,公司和法院对于法律的理解保持一致的可能性就非常大了。通过这种方法,公司能够事先就了解到,法院会认为哪些合同条款是无效的,哪些是有效的。换句话说,公司对于法律的含义和条件能够有确定的理解,于是它在该国的活动就可以得到保障,而不必去担心法院会在日后宣判它的某个合同条款无效,或者某个行为违法。同样,如果公司决定无视法律的内容,那么它也会事先知道法院肯定会作出对它不利的判决。通过这种方法,公司就会知道自己应当如何活动,法院也能够为自己的判决找到合理的理由。这就是法律确定性的效果所在。

b. 法律确定性与法治

法治被明确写入了《中华人民共和国宪法》,而法律确定性正是法治的一个关键方面。法治要成为所有国家机关都恪守的原则,那么就必须是法律规定的内容在事先就得到确

定。公民必须事先了解法律说了什么,然后据此来调整自己的行为,并且确保国家机关不会在事后宣布公民的这些行为违反法律。因此,法治原则与建立法律确定性息息相关。

要点:法律确定性是实现法治的关键。

c. 法律确定性的效果

我们前面已经说过,法律确定性对于公民生活和商业活动具有巨大的影响。概括来说,法律确定性具有下列效果:

- 法律的目的之一是要影响并规范人们的行为,这一目的必须通过法律确定性才能达到,因为法律确定性能够使人们在做出一定行为之前就可以判断该行为的合法性,从而依据法律调整他的行为。

- 每一个公民能够信任法律的权威及其实施,不必担心当法律适用到自己头上时,规则会被忽视。

- 法律确定性也能够保证法律的连贯性。每一个制度里的人都会知道,他据以行动的法律不会在适用到他自己身上时发生剧烈的变化,于是他可以制定出长期的计划。这一点在经济投资和商业活动当中尤其重要,在那里法律的稳定性是非常关键的考虑因素。

- 既然法律确定性对于商业活动如此至关重要,在一个国家确保法律确定性就可以吸收到更多的投资,并且也可以吸引更多的企业在该国设立。无论国内的还是外国的投资者都不愿意承担无法计算的风险。如果没有对等的利润,没有人会愿意投放资金、技术和人力资源。法律确定性就使得风险更加容易计算,从而吸引投资者。

d. 法律确定性在中国

法治原则是在1999年写入《中华人民共和国宪法》第五条的。我们上面已经说明,法律确定性是法治的重要组成部分,它使法律的统一适用这个问题成为非常有趣的研究领域,同样这个问题也可以为中国的立法者和法律适用者提供一条制定和适用法律的全新思路。法律确定性将有助于实现宪法倡导的法治原则,并且通过吸引国外投资和促进国内企业发展来推进国家经济快速发展。特别是近年来中国立法机关制定的很多法律已经体现了中国想要建立值得信赖的法律体系的坚定决心,而法律的统一适用方法可以作为充分实施这些法律的有效工具。

e. 法律确定性的局限

但是,这个世界总是瞬息万变,要想实现绝对的法律确定性并不可能。法律确定性的确是法治的关键部分,但是如果这一原则会导致难以容忍的不公正结果,那么这一原则就不应当再作为优先考虑的对象了,比如在非典型的或是全新的案件中,过去的解决办法就不适合了。

指导原则应当是,一般情况下法律确定性必须优先考虑,只有在非常特殊的情况下,当得出的结果不公正甚至是谬误的,我们才可以牺牲法律的确定性。无论是法院还是其他政府机构认为有义务作出不同于之前的或者更高级别机关作出的决定时,应当为此给出充分的说明和正当的理由。此时某个高级别的机关或者法院就可以决定,如果严格

适用法律的传统解释，即保证法律的确定性，是否会真正损害公正。然而应当牢记的是，对法律确定性的“偏差”并不由法官（或者其他法律适用主体）决定，而是同样应当遵循法律方法论。当由司法先例所确立的法律解释不再适用于特殊情形，而需寻求新的解决方案时，法官仍然必须适用法律，而且他适用法律的方式必须遵循与针对“标准案例”适用和解释法律相同的规则。唯一不同的是，他最后得出的解决方案不同于之前可适用于标准案例的解决方案——法律确定性只有在这一范围内才可以让位于公正。这种新的方案将为未来解决同类案件提供法律确定性的依据，那时，其他法官严格依据法律方法论裁判将会得到同样的结果。

要点：在非常有限的情况下，如果法律确定性与公平发生了冲突，那么就必须要牺牲掉法律确定性。

总结一下，统一方法的主要优势之一在于，它可以使得法律判决对于适用法律的机关和个人、涉案的以及受到影响的各方当事人以及社会公众更加透明。因此它就使得任何人都能用充分的理由来批评一个判决，或者通过令人信服的理由来支持一个判决。而且，统一的法律适用能够促成法律本身的协调统一，因为它有助于发现和消除误解。最后，统一方法也有助于减少腐败。

为了实现所有这些好处，每一份判决或每一个行政行为都应当由两部分组成：判决结果和书面的推理，后者就会体现我们所说的适用方法。这样，每个人都可以清楚地了解到，判决为什么是这个结果，而不是其他的结果。

4. 采用统一的法律适用方法的挑战

适用统一方法面临的挑战是，对它的适用必须严格遵守每一个步骤。这个过程非常复杂。而适用这个方法也需要每一位法律适用者经过一个长期的学习过程。对于那些已经多年使用原先方法的法律适用者来说，这种学习可能会存在困难，那些经验丰富的法官和政府官员已经使用旧的方法很长时间，对他们来说，要适应一种全新的工作方法恐怕会比较困难。要让他们改变对于法律适用的观念，是一个很严峻的挑战。然而，要使这一方法迅速成功地发挥效果，正是这些经验丰富的法官和政府官员才能起到关键作用，因为他们通常位居要职，掌握了控制和监督法律适用的权力。很多情况下，正是由他们来对于内部的分歧作出决定，这些决定往往是关于如何统一法律适用标准这一问题的。

要点：贯彻实施统一的法律适用方法必须要求经验丰富的法律适用者和官员的充分参与。

5. 一种可选的方法：归入法

法律适用的一种可选的统一方法被称为“归入法”，这种方法在德国长期得到使用并切实发生效果。在德国，每一份司法或行政裁决都依据此种方法作出。律师们也通过此种方法为他们的客户寻求最佳方案。我们将在第二部分详细阐释这一方法。

二、归入法

I. 归入法简单介绍

归入法是法律适用可选的一种统一方法,这种方法严格地规定了得出法律结论之前必须遵守的步骤。这些步骤使得法律适用者能够用一种系统的方法来审查案件事实,从而确认手头的事实情况是否符合了某个法律规范各个要件。

归入法的第一步通常都是,针对某一个案件确定应当选择哪条法律规定来作为合适的抽象规则。然后要把这条抽象规则分解成各个部分和各个要件,并逐一与事实作出比较。对每一个要件的审查最后都应当得出一个结论。一旦对一个规定的所有要件都得出了结论,那么要决定这条规则的所有要件是否得到了满足就不再是难事了。

要点:归入法是法律适用的一个统一方法,它由四个步骤组成。

1. 归入法的基本原则

归入法是法律适用当中非常有用的工具。要想理解并掌握这一方法,我们需要先来了解一下这一方法背后的原则。当你使用归入法来解决案例遇到困难时,回顾一下这些基本原则会对你颇有帮助。

- 首先,法律是每一次归入的中心。归入法的方法确定某个案例是否应当适用某个法律条文,如果答案是肯定的,还要确定根据该法条将会导致什么法律后果,因此,每一次使用归入法都是始于法律,并且终于法律。在归入法的起点,必须说明法律的各个要件,而在结尾之处,必须说明案情是否符合了该法律条文,从而是否应当适用该法律条文。

- 归入法背后的原理就是接受立法者的意图。对于某个纠纷的解决方案不能由法律适用者自行决定,而是应当按照立法者在法律当中的规定来执行。法律适用者的使命正是确定立法者的意图并将其适用于特定的案件。因此,立法者的意图必须最大程度的得到遵守。在需要决定某个概念的含义或者决定法律的适用范围之时,这一点就凸显其重要性了。

- 法条的措辞一般来说就是每一次归入的起点,也是限制。通常不能对法律条文进行超越其适用范围的扩张解释。只在非常特殊并且被事先规定的案件里面,这个限制才能适当放松。

这就涉及到归入法的基本原则,而这一原则在任何情况下都必须遵守,在出现例外情形时尤其应当坚守:

- 该方法必须严格适用。任何一个步骤都不得遗漏(有时如果情况非常简单,那么在书面叙述当中可以跳过一个或几个步骤,但是在思考过程当中仍然必须包含这些步

骤)。问题变得越复杂,要解决它就必须挖掘法律文字和内容的越深层次的含义,那么就应当越彻底的遵守这个方法。

要点:归入法的基本原则是:

- 法律是每一次归入的起点和终点
- 立法者的意图是指导原则
- 法条的文字是归入法的限制
- 不能遗漏归入法的任何一个步骤

2. 前提:找到准确的法律规定并确定其各个要件

在确定哪条法律规定应当适用到某个案件之时应当特别慎重,因为它直接决定了是否能够得出正确的法律结论。尽管这看起来是个不言而喻的道理,不过实际上在这个步骤也会碰到棘手的问题。由于法律秩序发展得日益复杂,法院和立法机关作出的法律解释也数量庞大,这个问题也就越来越突出。有的时候,对于某个案件可能貌似可以适用一个一般性法律条文(比如“合同双方应当遵循诚信原则”),但是因为存在更加具体的法律规定(比如“合同双方必须履行他们约定的义务。卖方的义务是交付货物,买方的义务是支付货款。”),上述一般性规定就不再是正确的法律依据了。因为具体规定更加符合案件的情况,而且更加精确地反映了立法者的意图,所以这种特殊法应当优先于一般法而得到适用。另一方面,有的法律条文可能初看之下并不适用于某个案件,但是实际上却是起到决定性作用的。一旦你找到了准确的法律条文,你就必须接着确定使之得以适用的前提条件。

例如,《民法通则》第117条第2款规定:“损坏国家的、集体的财产或者他人财产的,应当恢复原状或者折价赔偿”,条件就是“损坏”和“国家的、集体的或者他人的财产”,“应当恢复原状或者折价赔偿”则是法律后果,而并非前提条件。

在确定某个法律条文的要件是否得到满足之前,首先需要将该法条里包含的不同前提要件抽象出来。所以第一步就是要仔细阅读法条文本。法条当中描述某种情况或者交代某个事件的部分就可以被确定为前提,而法律后果则是以指令的形式被规定的。因此大部分的条件都能很容易的被确定。

要点:每次归入的前提是:

- 找到准确的法律依据
- 抽离出法律条文的每个前提条件

3. 归入法

a. 归入的步骤

归入法要求严格按照规定的步骤按部就班地展开。当你确定了某个法律条文的所有要件之后,你就可以开始归入处理每一个条件了。

第1步:总起句

(1) 归入法的第一步就是写出一个总起句,说明这部分将会审查什么内容,帮助法律适用者集中精力在这一部分必须处理的问题之上。如果某个法条包含了多个复杂的要件,则这一步骤更加重要,逐个来解决这些要件会使工作变得容易一些。

例如,《合同法》第58条第1句规定“合同无效或者被撤销后,因该合同取得的财产,应当予以返还”。尽管要解决的总的问题可能是某人是否有权撤销合同,但你要解决的第一个问题可能只是确定双方是否已经缔结了一个合同(因为双方当事人之间存在一个合同是该法条的第一个要件)。

那么你对这个特定要件的总起句就是“前提条件是:双方当事人之间有一份有效的合同”。在这一句总起句之下,你就只讨论这一个问题,不管在当事人是否具有合同撤销权这个问题上存在多大的争议,也不用管这个法律条文还规定了多少其他可能更为重要的前提要件。在这一部分,你只关注与这个总起句中的问题有直接关系的事实和材料,其他无关的问题一概不处理,直到你最终完成了对这句总起句的回答,得出一个结论,可能是“双方当事人之间确实存在一份有效的合同”。此后你就可以开始处理下一个问题,写下一句总起句。原则上来说,审查的每一个环节都通过一句总起句来引出,这个句子也可以用疑问句的形式。每一个总起句引出一个独立的部分,用来审查相应的要件是否得到满足,在这一部分的结尾,必须有一个结论性的句子与总起句互相对应。

第2步:定义

(2) 第二步是对于总起句中出现的词语给出定义(在我们的例子当中就是“合同”这个词语的定义)。这个定义有的时候比较简单,在有些定义特别简单的时候可能就直接跳过不再讨论(比如“人”的定义)。但是在其他一些时候,就常常有必要参考法律的定义性规定中对此的定义、之前判例中对此的定义,或者在公布的法律解释当中的定义,或者参考一些学术文章。

例如,本案当中,合同的定义就可以在法律的规定中找到。《合同法》第13条规定:“当事人订立合同,采取要约、承诺方式。”

第3步:归入

(3) 第三步是将案件事实与定义作出比较,确定事实是否符

合定义。通过这一步骤你可以判断你所确定的要件是否得到了满足。这一步实际上是真正意义上的“归入”,将现实生活与抽象的规则和定义进行比较。

(4)第四步是写出结论句。如前所述,这是呼应开头总起句的内容。在界定和比较了条件和事实之后,得出结论并不困难。如果事实情况符合定义,那么结论句将说明要件得到了满足。如果定义并未涵盖事实情况,则结论句将说明经过审查,要件并未得到满足。在撰写结论句时,非常关键的一点就是它与总起句之间的关系。归入法是用来解决问题的,所以结论必须像一面镜子一样忠实地体现前面提出的问题(即总起句)。如果你的结论句并没有完全呼应总起句,那么你的归入过程就出了问题。

第4步:结论

要点:结论句必须完全呼应总起句

审查案件的这四个步骤应当分别适用于某个法律规定的每一个要件,同样对于这个法律规定作为整体也要适用。审查当中的每一步骤应当在视觉上和文字上都要清楚地加以区分。而如果产生了新的问题,那么就应当写出一句新的总起句,另起一个新的部分。在某些复杂的情况下,你在审查前一个问题的过程当中,就会产生出新的问题。

例如:在本案当中,“合同”一词的定义也包含不同的条件,即“要约”和“承诺”。要决定是否存在一项“要约”,你就得开始一项新的归入过程。如果你没有这么做的话,那么你就忽视了另外那个条文的统一适用,而当案情变得越来越复杂的时候,你就会在自己的分析过程当中晕头转向了。

但是在这里,归入法还是可以提供帮助。你从初始的问题开始着手(前提条件是当事人双方之间有一份有效的合同),然后如果出现了新问题(是否存在要约?),你就在你初始的归入法内部再写下一个新的总起句来启动一个新的归入过程。在这个例子当中你针对其中的要件需要启动两个新的归入过程,一个是关于“要约”,另一个是关于“承诺”。当你对这些“嵌入”的归入得出了结论(的确存在要约,也存在承诺),你就可以再回到第一个归入过程,根据你在嵌入归入中得出的结论而继续展开第一个归入过程。

在这种情况下,那些嵌入总起句的答案必须早于初始总起句的答案而给出。上面解释的这种框架,在案情或者所适用的法律规定相当复杂的时候就尤为有用。

b. 归入法的框架

前提:

- 找到准确的法律规定
- 确定该规定的各个要件

归入:

- 第一步:总起句:需要审查什么问题/什么要件?
- 第二步:定义:给出指向的要件的定义
 - 法律规定的定义
 - 司法解释、判例、学术文章中的定义
 - 如果针对定义存在分歧:
 - 说明第一种观点
 - 说明第二种观点
 - 对所有观点进行讨论,并说明你将采用哪种观点(务必给出令人信服的理由!)

○如果定义仍然含有不明确的内容:启动一个新的“嵌入”的归入过程

- 第一步
- 第二步
- 第三步
- 第四步
- 根据嵌入归入的结论,继续回到原先的归入过程
- 第三步:比较/归入:将案件事实与定义作出比较
- 第四步:结论:说明比较的结果,务必与总起句严格呼应!

如果该法律规定的要件不止一个,那么应当继续对下一个要件使用归入方法。

务必牢记,对于每一个要件、每一条法律规定,都应当以总起句开头,并且以结论句结束你的分析,对于整个案件的最后结论,也是如此。

c. 归入法的示范案例

案例 1

B 希望购买一辆二手汽车,他与二手汽车代理商 D 就一辆汽车的出售进行了协商。他希望以 50000 元购得该车,但 D 希望的售价是 70000 元。

他们是否缔结了一项合同?

解决方案

当事人双方可能缔结了一项合同。

第 1 步：总起句

根据《合同法》第 13 条的规定，当事人缔结合同，采取要约、承诺的方式。第 14 条规定，要约是希望和他人订立合同的意思表示；第 21 条规定，承诺是受要约人同意要约的意思表示。换言之，要约和承诺的内容应当是一致的。

第 2 步：法律的定义

本案中，双方当事人进行了讨价还价，但并未就最后的价款达成一致。

第 3 步：归入/比较

因此合同并未缔结。

第 4 步：结论句

案例 2

C 是一个收藏家，他收藏不同的瓷器花瓶。他给自己的一个朋友 F 写信，表示愿意以 3000 元的价格将自己的一些瓷花瓶出售给 F。F 回复说自己有兴趣购买花瓶，但是必须先挑选出可以交易的花瓶。

他们是否缔结了一项合同？

解决方案

双方当事人之间可能缔结了一项合同。

第 1 步：总起句

根据《合同法》第 13 条的规定，当事人缔结合同，采取要约、承诺的方式。《合同法》第 14 条第 1 句规定，要约是希望和他人订立合同的意思表示；第 2 句规定，要约的内容应当具体确定。《合同法》第 21 条规定，承诺是受要约人同意要约的意思表示。

第 2 步：法律的定义

在本案中，C 和 F 未就交易的标的物达成一致。

第 3 步：归入/比较

因此，合同尚未缔结。

第 4 步：结论句

案例 3

设计师 D 在自己商店的橱窗展示了一件标价为 2000 元的女装。S 女士致信说她愿意购买该女装。D 回复说将会把女装送到其家中。

他们是否缔结了一项合同？

解决方案

双方当事人可能缔结了一项合同。

第 1 步：总起句

《合同法》第 13 条规定，当事人缔结合同，采取要约、承诺的方式。

第 2 步：法律的定义

本案当中，C 和 F 就以 2000 元购买一件女装达成了一致。

第 3 步：归入/比较

第4步:结论句

因此他们已经缔结了一项合同。

案例4

后来,B进入了D的工作室,希望购买这件女装。D对她解释这件女装已经被卖掉了。但B仍坚持自己与D之间合同已经成立,D应当交付该女装。在她看来,D在橱窗中陈列女装这个行为本身就是要约,她已经对此要约做出了承诺。

解决方案

当事人双方可能已经缔结了一项合同。

根据《合同法》第13条的规定,当事人缔结合同,采取要约、承诺的方式。

D先生在自己的橱窗中陈列女装可以被视为一项要约。

《合同法》第14条规定,要约是希望和他人订立合同的意思表示。但合同法区分了“要约”和“要约邀请”。根据《合同法》第15条,要约邀请是希望他人向自己发出要约的意思表示。寄送的价目表、拍卖公告、招标公告、招股说明书、商业广告等为要约邀请。

在本案中,带有2000元价格标识的女装被放在橱窗展示,表明了出售该女装的意愿,已经包含了缔结合同所需的必须条款。但是,D先生并无意将该女装出售给所有有购买意愿的顾客。女装只能出售一次,也只能交付给一位买主。所以,D先生的橱窗展示行为只是要约邀请。

因此,D先生的橱窗展示行为不是要约。

在B和D的关系中,最初发出要约的是走进D的工作室的B,她表达了购买女装的意愿。

D先生并未对B的要约作出承诺,因为他已经把该女装卖给他人了。

所以双方当事人并未缔结合同。

案例5

R先生是一家意大利餐馆的业主,他每周会检查自己的葡萄酒库存。本周一,他通过传真向S订购了140瓶红葡萄酒和80瓶白葡萄酒。S通过传真回复说他将于周二发货。

他们是否缔结了一项合同?

第1步:总起句

第2步:法律的定义:有两个前提条件

第3步:对第一个前提条件“要约”的归入(即所谓的“嵌入”归入,包括“嵌入的定义”、“嵌入的比较”和“嵌入的结论”)

第3步:归入(回到最初的归入过程中),以“嵌入”归入的结论为前提

第4步:结论句

解决方案

当事人双方可能已经缔结了一项合同。

《合同法》第13条规定,当事人缔结合同,采用要约、承诺的方式。

《合同法》第14条第1句规定,要约是希望和他人订立合同的意思表示;第2句规定,要约的内容应当具体确定。《合同法》第12条第5项规定,价款是要约内容的基本组成部分。但《合同法》第61条又规定了当事人可以在合同生效后,以协议补充价款。《合同法》第62条第2项规定,价款不明确的,按照市场价格履行。上述观点也被2009年4月24日发布的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》(以下简称《合同法解释(二)》)的第1条所支持。根据该条第2项,对合同欠缺的当事人名称或者姓名、标的和数量以外的其他内容,当事人达不成协议的,人民法院依照《合同法》第61条、第62条等有关规定予以确定。

在本案当中,R先生的订货表明了他愿意就瓶装葡萄酒与S缔结一项买卖合同,并且愿意接受这项订货行为的拘束。尽管订货传真中没有提到价款问题,但由于价格可以按照平均市场价格计算,因此,R先生的订货行为构成一项有效的要约。S已经通过传真对此要约做出了承诺。

因此他们之间的合同已经成立。

第1步:总起句

第2步:法律的定义

第3步:第一个前提条件“要约”的归入(所谓的“嵌入”归入)

第3步:归入(回到最初的归入过程中),以“嵌入”归入的结论为前提。

第4步:结论句

4. 归入法中的困难点

a. 未写明的前提要件

很多法律规定包含的某些前提要件并没有在法律规定当中直接提及。这些因素并不能通过阅读法条本身而直接找到。有一个例子就是因果关系。很多法律规定要求行为和后果之间存在因果关系,但是并不明确规定出来。这一要件常常以“通过”或者“由此”这些词语体现出来,偶尔也会从基本原则或更一般性的规则中发现一些额外的要件。这样的一般性规则的一个例子是《行政诉讼法》第54条第4款,该款规定行政处罚显失公正的,法院可以判决变更。由此,所有的行政处罚行为都有一个前提条件:不能显失公正,即使在关于行政处罚的具体规定中没有涉及这一前提条件。有时,这些在法律条文文字中未被写明的额外要件在逻辑推理过程当中也会体现其必要性。在另外一些情形下,要想

要点:未写明要件可能来自于:

- 逻辑
- 判例
- 学术评论

搞清楚有哪些潜在的因素,我们需要参考上级法院的判决或者学术评论,倒不是说那些判决或者评论具有法定约束力,但是,它们对于解释某个法律条文并充分理解其含义很有帮助。

b. 没有定义的法律术语/法律解释的四个原则

很多抽象法律规则包含了没有经过定义的术语,其含义无法通过法律规定本身的表述得到解释。我们要想使用这些术语的话,就必须首先正确地解释它们。

为了确保法律确定性和法律的统一适用,法律解释也必须遵循某些特定的原则。大陆法系的法律解释依据下列原则。在遵循先例的普通法系中一些原则可能有不同的名称,适用方法可能也有细微的差异,但是解释的基本方法还是类似的。因此,这些原则可以被认为是超越国界和法域而普遍得到适用的。

法律解释有四个基本原则:

aa. 字面解释(语义解释)

任何解释首要的依据必然是法律文字本身的含义。因此我们首先要审查的就是某个法条中采用的表达方式和组成部分,试图从中判断它们的字面含义。这些文字的含义应当作为任何解释的起点和限制,因为如果文字内容根本没有将某个案件事实涵盖在内,那么我们就不能适用那条法律条文来对该案件使用归入法。字面含义没有涵盖的情况就不再是该法律条文所要适用的范围,这些情况只能在类推适用(我们会在 5a 部分对此作出解释)的情况下才受到该法律规定的规制。当然,因为文字的含义有时非常复杂,所以,确定是字面含义已经涵盖了某种解释,还是说这种解释是对法律进行进一步推演之后的结果,要在这两者之间画一条截然两分的线有时并非易事。

bb. 法律文字在上下文中的含义(体系解释)

解释的第二种方法是要在上下文之中来审查法律。此处的上下文包括被审查法律条文之前和之后的条文,也包括相关的其他法律、法规。这就可以确保一部法律内部的连贯性,也可以保证整个法律体系的统一性。

如果根据法律文字的字面含义产生了好几种可能的解释,那么就应当优先选择与其他法律条文保持一致的那种解释。

cc. 历史上立法者的原意(历史解释)

这种解释方法为考察立法者的原意需要提出这样的问题:立

要点:解释的四种方法:

- 字面解释
- 体系解释
- 历史解释
- 目的解释

法者在立法时想要在法律里面体现什么样的内容和价值？历史上立法者的原意以及立法者为了实现其愿望而作出的明确决定，对于法律解释者都是具有约束力的指导原则，即使这些解释者需要调整或者补充法律。例如，通过类推适用或者目的限缩的方法来处理那些历史上的立法者当时没有预见到的情况。在探寻立法者的意愿过程中，那些历史上的立法资料都是很有帮助的，比如法律通过之前的草案，征询意见的记录以及起草法律的理由说明等。

如果通过字面解释和体系解释，还是存在不同的解释结果，那么就应当优先采用最为贴近立法者原意的那种解释。

dd. 法律的客观目的(目的解释)

法律解释最后的但是通常具有决定性的原则是寻求法律的客观目的(目的解释)。通常，法律的目的就是对于一个纠纷形成一个公平的解决方案，对于涉及的所有利益给予充分的考虑，同时保护合法利益并确保法庭程序依法进行。此外，大多数法律还试图适当地平衡所有涉及的利益。通常情况下，每一部法律的目标都是不要与先前的法律相抵触(除去先前的法律已经被正式修改或废止)。解释法律的时候必须考虑这些目标。

除了这些法律解释的标准原则之外，有些法律还具有一些特殊的性质。有这样一些未经定义的术语，如“诚实信用”、“善良风俗”以及“衡平原则”等，这些原则可以使得法律规则更加充满弹性，以适应社会价值随着时代变迁发生的变化。要使这些词语具有具体的含义，并非是一个简单的解释过程，而是必须要将案件事实与当时社会公众普遍认为的“公平”或者“诚实信用”标准作出比较。这种比较正是法庭职责的一个组成部分。为了确保法律适用前后一致，考查近期判例当中已经作过的比较是一个明智的选择。但是，这并不是说案例也成为了具有约束力的法律，而是说之前已经判决的案件当中的推理过程可以给出一定程度的指示，说明某个术语之前是如何被理解的，也说明如果目前的案件到了那个法院手中，他们会如何作出判决。特别是对于律师来说，判例是解释法律的一个重要来源，可以帮助他们就法律的内容向其客户提供可靠的信息。

要点：判例虽然不是具有约束力的法律，但是可以作为解释中的有用工具。

通过使用所有上述解释方法，法律条文当中没有明确定义的那些词语也可以得到可靠的和统一的确定。

c. 加入解释的归入法示范案例

案例 5——替换条件

R 先生是一家意大利餐馆的业主，他每周会检查自己的葡萄酒库存。本周一，他发出带价格的订货单，订购了 140 瓶红葡萄酒和 80 瓶白葡萄酒，供货商 S 于当天下午发货。

他们是否缔结了一项合同？

解决方案

第1步:总起句

当事人双方可能已经缔结了一项合同。

第2步:法律的定义

《合同法》第13条规定,当事人缔结合同,采用要约、承诺的方式。

第3步:对第一个前提条件要约的归入

《合同法》第14条第1句规定,要约是希望和他人订立合同的意思表示。在本案中,R先生的订货表明了他愿意就瓶装葡萄酒与S订立买卖合同并受该买卖合同拘束的意愿。因此,周一发出的订货单是一项有效的要约。

第3步:对第二个前提条件承诺的归入

《合同法》第21条规定,承诺是受要约人同意要约的意思表示。第22条前半句规定,承诺应该以通知的方式作出,但是本案中,S并未以任何口头或书面方式通知R先生,相反,他直接交付了葡萄酒。

《合同法》第22条后半句给出了一种以通知方式作出承诺的例外,即承诺也有可能通过行为方式(比如直接交付货物)作出,只要这种行为符合交易习惯,或者要约表明可以通过此种行为作出承诺。本案事实并没有任何关于双方交易习惯的描述,要约中也没有提到承诺的作出方式问题。因此,这一前提未得到满足。

解释:这里用到了字面解释、体系解释和目的解释

但这里应当参考《合同法》第21条和《合同法》第22条背后的概念。第21条将承诺定义为“受要约人同意要约的意思表示”。另外,此处还应该参考1988年1月26日《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》(以下简称《民法通则意见》)第66条。该条文规定,一方当事人向对方当事人提出合同法权利的要求,对方未用语言或者文字明确表示意见,但其行为表明已接受的,可以认定为默示。实际上,对于本案当中的要约人而言,明示同意要约的通知并无特别意义,受要约人以行为表示缔结合同的意愿就足够了。因此对于《合同法》第22条的规定就应当作如下解读,即一般而言,承诺的通知除了可以口头或书面通知的方法明示作出外,还可以通过实际履行合同义务的方式默示作出,除非要约中明确表示不得以默示方式进行承诺。

第4步:结论句

因此,本案中的交货行为构成一项默示的承诺。

合同已缔结。

案例6

汽车制造商BMW为了生产新款汽车而在中国购买发动

机。由于其他汽车部件的供应困难，这一批新购的发动机直到购买后六个月才开始安装。在安装过程中，工程师们发现这批发动机与原来订购的尺寸不符。

买卖合同中约定，合同适用中国法。当事人双方未约定货物验收的时限。因此，德方的法律顾问提出一个问题：应当如何对《合同法》第158条中规定的“合理期间”进行解释。

解决方案

根据《合同法》第158条第2款的规定，买受人在发现或者应当发现标的物的数量或者质量不符合约定的合理期间内未通知出卖人的，视为标的物的数量或者质量符合约定。

该法条未定义多长时间为“合理期间”，所以我们必须要考虑到法律本身和案件具体情形。但是，由于《联合国国际货物销售合同公约》（CISG）第39条第1项也有类似的规定，所以后者至少可以提供一些关于“合理期间”长度的指导。根据这一条款，14天或者至多一个月可以被视为大致合理的期间。

解释：这里用到了字面解释、体系解释、目的解释。

从法律的目的出发进行分析，也可以支持这一解读方法。因为法律之所以规定货物质量验收期间，目的是要保护卖方，避免其在经过了很长的一段时间后还要受到买方的质量不符责难。法律所保护的这种卖方利益也可以在《合同法》第158条第3款中读到，该款区分了善意的出卖人和恶意的出卖人。事实上，时间过得越久，出卖人要举证证明自己提供的货物符合质量要求就越困难。而另一方面，对于买受人而言，一般都有条件在收到货物后就着手进行质量验收。具体到本案，即便尚未开始安装这批发动机，但要检查它们的尺寸也是可能的。

因此，“合理期间”的长短应该取决于货物的性质、货物的瑕疵的性质以及案件的具体情形。但从保护出卖人利益的法律目的出发进行分析，对于普通案件而言，14天至1个月应该可视为一个大概的指导性标准。

d. 收集案件事实

在学习归入的第三步的时候，你可能已经发现，要得到一个正确的解决方案，确定案件事实是非常关键的工作。如果你没有明确的确定哪些事实是案件的关键事实，那么你也无法将法律与事实作出比较。收集所有对于法律分析而言重要的事实，并且将它们与那些不具有任何法律意义的事实区分开，这个工作非常重要。下面的例子可以帮助作出解释。

一个十二岁的男孩子想申请获得驾照。在本案中就没有必要去审查他是否通过了驾驶测试，因为他并没有达到获取驾照要求的最低年龄。

在现实生活当中，这一点可能是最为困难之处，因为有些事实可能很难或者根本不可能查明或者得到完全肯定的证明。那么也就不可能将它与法律进行比较了。如果法院必须在关键事实无法得到证明的情况之下对一个案件作出判决，那么它必须作出对于负有举证责任一方——即有责任提供该事实和支持该事实的证据的一方——不利的判决。这

也就说明了,法律明确规定谁应当对于哪些事实负有举证责任这个举证责任分配的问题为什么如此重要。此外,这也说明了对于案件事实的充分调查必然是寻求纠纷解决方案的出发点所在。

5. 法律的发展

当案件情况被法律条文的文字所涵盖之时,归入法就可以非常顺利地发挥作用。在那种情况之下,事实可以放进定义的框架里面,从而得出正确的结论。但是,有的时候如果将定义与事实进行充分的比较,我们会得出结论,事实并不符合定义,但是案件当中的情形与法律涵盖的情形极其类似,最为适当的结果似乎就是赋予该案件事实相同的法律后果。当然,一般来说,如果某个法律不能适用于某个事实情况,那么也不应当发生相应的法律后果。但是,立法者不能够在立法当时就预见到将来的所有可能情形,总有那么一些情形,如果立法者知道这种情形,就会把它们纳入法律当中,但是实际上他们却并没有考虑到。解决这种矛盾的一种方法就是,一旦立法者注意到这样的情形,他就把它们写入法律条文之中。如果立法者对每一起案件都如此而为,那么法律就会非常冗长、非常难懂。而且,立法过程历时漫长,因此对于目前就处于这种情形中、急于得到一个判决的人们并无帮助。

要点:法律可以通过类推适用和目的限缩这两种方法发展出超出字面含义的内容。

这个时候,法律就必须由法律适用者加以发展从而保证公平。不过发展法律的方法必须受到限制,并且加以明确规定,以防止法律不确定性和肆意判决。两种公认的法律发展方法是类推适用和目的限缩。

a. 类推

类推是在法律的前提条件没有得到严格满足的情况下适用法律的一种方法,它的应用受到了严格的限制。类推的理论是基于这样的假定,即法律有时存在非立法者本意的漏洞,会导致对于实质上相同的案件作出不同的处理。但是,要实现法律确定性这一目的,就要求对相同的案件都作出同等对待。类推适用的规则规定非常严格,因为要防止法律被任意适用。类推必须遵守下列规则:

(1) 首先必须证明法律当中的确存在漏洞,而案件也正因此未被法律涵盖。这应当通过法律解释方法得出结论。在具体实践当中,这一漏洞应当在使用归入法后得出,此时你已经得出结论:被用来归入的法条并没有涵盖案件的事实。

(2) 接下来你必须判断这一漏洞是立法者故意留下的还是并非出于其本意。只有并非出于其本意的漏洞才可以通过类推的方式进行补充。有时立法者可能是故意将某种情形排除出某个法律的适用范围,这种漏洞被称为“法律上故意的沉默”。此类漏洞不应通过类推适用得到补充,因为这会与立法者的明确的意愿相抵触。

(3) 在证明漏洞并非出于立法者本意后,接下来就要比较案件的利益和事实情形。

法条涵盖的案件情况应当与未能涵盖的案件情况保持一致。立法者在立法时的目标是要为某些特定情形规定某种特定的法律后果,并且以某种特定的方式来平衡其中的利益。如果涉及的利益及其相互关系十分相似,仅仅是前提要件并未完全吻合,那么我们就可以推定,立法者会想要用相同的方法来平衡这些相同的利益关系。由此,在法律条文涵盖的那些情况之下立法者确立的法律后果,同样也可以适用于这些没有被涵盖的案件,并且依据同样的理由,因为这种适用仍然是遵守了立法者的意愿。如果涉及到的利益和对它们的评价是一样的,那么必须在法律上对这些案件同等对待。

要点:只有在法律含有并非出于立法者本意的漏洞之时,并且在未涵盖案件当中的利益情形与已被涵盖案件情形相同时,才能够使用类推方法。

但是适用类推必须在特定的限度内。如上所述,对于立法者故意留下的漏洞以及利益并不同等的情况下,不得使用类推。此外,类推不能用来完成本来应当属于立法者的任务。类推只能限于解决单个或者有限案件当中的矛盾,而不能一般性地调整和发展法律。后者仍然应当由立法机构来完成。而通过类推得出的结果另一方面也可以作为立法者的指导原则,他们在以后修改立法的时候可以把类推结果转化为成文法律。

例如:旧的德国合同法没有就下列情况作出规定:卖方提供的有瑕疵的货物损害了买方的其他货物。请求合同下赔偿的唯一法律依据就是由于卖方无法履行或者履行不当而导致损害发生。但是这一法律规定并没有包含由于有瑕疵的货物本身所导致的损害之情形。法院和法学家们认为这是一个法律漏洞,因为这种情况下双方的利益关系与法律规定下的情况相同,于是通过将履行不能和履行不当条款的类推适用来解决此类案件。在修改合同法的时候,德国立法机关考虑了这一类推的本质,并且将法律的文字作出了修改,使之能够涵盖上述情形。

这个例子说明了类推是如何被用来发展法律的,而这种发展在后来又得到了立法者的认可。

通过使用这种方法,我们不必废弃现行法律而仅通过平衡原则来解决问题,我们通过类推就可以得出一个公正的并且具有适应能力的解决方案。由此我们就不必要总是对法律作出细枝末节的修改。德国的法律,比如商法典和民法典,可以保持上百年的效力而不必作出根本的修改,也不会影响到法律确定性或者法治原则,这就是其中一个重要原因。

类推的使用具有严格的限制条件,这一点能够使利益公平、迅捷判决与法律确定性三者达成一个平衡。如果使用正确,类推也能够保证法律的统一适用,其效果就如同适用对于成文法的严格归入一样。

b. 目的限缩

类推是法律发展所必需的一个方面。有时要实现公正的结果,法律规定的范围并

非太窄,而是太宽了。通过在那些情况之下使用归入方法,我们就能够把事实情形归入到法律要件之下。通常,这就会必然导致法律后果的适用。但是在某些情况下,这种方法会导致不公正的结果,因为在评价各种利益之后我们会发现,它会导致对于不同的情形适用了相同的法律。

摘要:目的限缩限制法律适用范围,以防止产生明显不公正的结果。

举例说明:《德国民法典》第181条禁止代理人代理被代理人与自己签订合同,这一对代理权的限制主要是为了避免利益冲突的情形发生。比如,如果代理人代理被代理人与自己签订了一份买卖合同,那么很难期待他在确定价格时会平等地考虑双方的利益。但由于法律用语的严格性,代理人也不得与被代理人签订赠与合同,根据该合同代理人将从他的资产中取出部分作为礼物赠送给被代理人。然而,应当牢记于心的是,《德国民法典》第181条的规定意在避免利益冲突。在代理人向被代理人作出赠与,并且在该法律行为中代理被代理人的情况中,并不存在这样的利益冲突,因为订立这样的赠与合同只会让被代理人获得法律利益。有鉴于此,尽管从法条用语来讲,似乎也能涵盖赠与案件,但实际对该法条的解释却采取了目的性限缩的方法,将该法条局限于利益冲突有可能出现的情形。

这个例子清楚地说明了在什么情况下“目的”限缩是必要的。正如“目的”一词所表明的,目的限缩适用的情形应当是法律的目标和内容都要求缩小适用的范围,以确保公正的结果。

在判断目的限缩是否必要的时候,使用的标准和使用类推的情况非常类似,因为目的限缩也可以被视为是类推的一种,只不过此时法律中漏掉的是一个消极的要件。在上述例子当中,漏掉的应当是消极要件“除非这种代理中不存在利益冲突”。如果这个要件并非有意被去掉的,而且在比较利益关系后发现,当前的案件与法律有意要涵盖的情况有着极大的区别,那么对这些法律规范就必须进行目的限缩。

6. 确定法律后果

a. 法律后果是法律分析的一部分

我们应当对每一个特定的前提要件作出判断,看当前的事实是否与其符合。下一步,要对整个法律规定作出同样的判断。再接下来就必须确定法律后果。法律后果在某种意义上就是整个审查过程的结果,并且也是涉案当事人最为关心的部分。这个法律后果是一份法律判决最为核心的部分,在该判决的正文部分,还需要根据上述归入法而给出判决理由。这样,判决的阅读者就可以辨别出是哪些具体事实导致了这样的法律适用结果。这可能会需要撰写出篇幅很长、内容具体的判决。不过撰写判决的过程要遵守得出结论