

Judicial Methodology
Administrative Law Case Studies

www.docriver.com
搜索 电子书
巨力电子书



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。而成功实施法律必须以实施结果具有可预见性为前提——至少是一定程度上的可预见性。但是可预见性并非总能得到保证，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。为了解决这一难题，法律适用的方法论就是非常有用的，它可以帮助我们获得可预见的结果，或者至少是可以理解的结果。

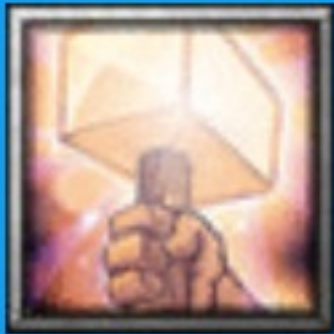
为了实现这一目的，很明显对于法律适用者进行良好的训练是十分重要的。正是出于这个原因，中国的有关部门近年来采取许多措施来保证法律适用者获得必要的培训，一方面他们通过改革现有的相关法律规则，另一方面他们设立并扩建了法律培训设施。在我们的“法律适用方法导论”当中，我们希望能够帮助您掌握一种系统性的方法，这种方法是德国的法律工作者在他们法律学习初始阶段所要学习的内容。这种方法导致的结果就是大家都用同一种思维方式来考虑事情；您以后会发现，几乎每一个在德国学习法律的人都用的是这种思路。这种方法的好处在于，它与被适用的法律条文内容几乎完全独立存在，自成一体，因此，这种方法也就同样可以帮助中国的法律工作者适用法律。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工作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）。在本书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，我们将通过中国法案例来作为教学范例。

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

www.docriver.com

搜索商家 巨力电子书



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) 指导人们的行为
2. 法律适用的重要性
3. 日常生活当中的法律
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. 因为受到强制力量的威胁而遵守

III. 法律之外可选择的社会组织原则

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缺点
5. 一种可选的方法：归入法

二、归入法

I. 归入法的简单介绍

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) 归入法的框架
4. 归入法中的困难点
 - 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) 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. 解决案件

1. 导言
2. 解决行政案件
 - a) 对案件的基础评价
 - b) 履行之诉中的法律基础
 - c) 撤销之诉、变更之诉和确认之诉中的法律基础
 - d) 归入
 - e) 结论

III. 整体结构

1. 归入
2. 解决一个行政案件（不包括法庭程序）

三、关系分析法

I. 简介

II. 方法介绍

III. 行政案件中的关系分析法

- a) 事实分类
- b) 法院是否有必要进行质证？

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

法律是一个国家借以统治其地域和人民最为强大的手段之一。法律所追求的目标对于一个强盛的国家来说至关重要。

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，并且规定应当如何起诉并惩罚窃贼。

c) 指导人们的行为

除了保护个人的权利，国家还可以通过法律的手段来指导公民的行为。国家可以通过法律来支持某些行为，禁止另一些行为，从而来调整人们的行为，进而达到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首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。让我们来看一下下述例证：

规定禁止杀人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。

公司必须设立监事会，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全社会对法律的遵守，才能实现法律的目的。

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。

人们不会仅仅因为法律在理论上授予了他们权利而接受国家对于强制力量的垄断；只有当法律能够帮助个人在现实当中切实实现自己的权利，人们才会不再采取自力救济的行动。人们会将法律当作追求他们自身权利的一个工具，并且将法律视为管理社会关系的公平规则。在社会成员当中形成这样一种态度，不仅有利于个人，而且对于任何国家都具有极其重要的意义，因为任何国家都希望自己的民众能够更加接受法律制度，同时更加接受制定法律的机构。

同样，人们的行为也不会仅仅因为法律上存在某些抽象的禁止性规定而自动发生改变。必须通过法律的实施，惩罚那些违反法律的行为，才能真正对人们的行为产生影响。因此，如前所述，法律的适用及其适用的方法正是实现法律目的的关键所在。这种适用法律的过程必须具有公平性、适当性以及可理解性。

3. 日常生活当中的法律

几乎我们所有的社会生活最终意义上都是通过法律来形成

要点：

法律只有通过适当的适用才能实现自身的目的。

的，而法律由国家来制定，国家已经使得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都下意识地避免与法律规则相违背，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

即使是那些最为不证自明的法律规则，也不总是能够自动得到遵守的，因为人类在行动之前总是面临着各种选择。他们作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。不过这种情况并不会妨碍法律规定本身的有效性。法律不仅是反映人们如何行为的一面镜子，也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的接受，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，以使人们能够在所有情况下都可以预见到自己行为的法律后果。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，同样重要的是，判决的法律依据也应当对于涉案各方当事人都具有恰当性，从而使得他们可以有可能会追溯判决的缘由。因此一定程度的透明性也是很重要的。

但是，首先必须考虑的是应当使法律法规的内容尽可能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恐怕就会非常之低，而实施这样的规则将会面临巨大的困难。

总之，法律的目标是要用一种统一的方法来平衡现代社会当中各种互相冲突的利益，并且要尽可能的公平、适当与具有可理解性，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广大人民以及政府机关所进行的法律的适用。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，还必须要有对于法律的实际的、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，个人的行为都是在复杂的情形之下作出的，而个人是否会遵守一个被普遍认可的规则，仍然是一个问题。如果在具体生活当中个人也遵守了这一规则，那么就可以称之为是“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：

所有人都认为，国家有必要通过征收税收来完成工作（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行为之上。

2. 因为受到强制力量的威胁而遵守

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，恐怕会有更多的人会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，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。

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

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。

毕竟一个法律制度的实施过程当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。只有当人们知道存在某个规定，他们才能够遵守它，只有当他们理解了这个规定，他们才能够就规定是否适当作出评价。这正是促使规定得到接受的方法，或者，对于那些认为规定不可接受的人来说，至少让他们知晓违反规定可能产生的后果。

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预见到他们行为的后果，那么法律规则的实施就会变得更加容易了。

如果买方知道他必须支付货款，并且他也知道如果他不付款，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企业的行为，从而帮助他们在一开始就防止纠纷的发生。

III. 法律之外可选择的社会组织原则

纵观中国历史，不同的组织原则之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，法律首先应当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儿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，则儒家会惩罚他，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，由此发展出了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，《宪法》清楚地体现了对于法家观点的吸收。《宪法》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。”

如今，成文法律已经形成了一套严格约束所有人的法律体系，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 and 实现政治目标的一种工具，这种观点在中国已经得到广泛的认可。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指导个人和企业的行为。

如果一家外国企业想要在中国投资——这正是中国政府想方设法要达到的目标——这家企业将依据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。

要点：

《中华人民共和国宪法》第5条确立了法治。

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和平和有效的社会生活。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。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，这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，《宪法》第5条规定，国家机关和法院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。

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细微的区别。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，他不一定就是指的是汽车的所有权人。他可能

要点：

法律通过文字来传达立法者的意图。

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以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。它的定义是“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的含义要宽泛，并且也没有司法意义上的含义那么具体而准确。

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性使用达成共识，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。（这个问题会在下文中详述）

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了。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

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

个方面，使用统一的适用方法具有许多好处：

- 一个统一的适用方法能够确保适用法律的每一个法院和每一个机关都使用相同的方法来检查法律规则的要件。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。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无法理解这一方法，但是律师、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。

- 这种具有透明度的判决确立过程还能够使得其他机关或者个人可以仔细地检查判决结果。这一点的好处就是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。这就会不仅仅是停留在宣告下级机关决定是错误的，而且能够定位错误所在，并就分歧之处进行具体的沟通。另一方面，如果某个机关的公务员作出的决定受到了质疑，那么对于那位公务员来说，他也可以更加容易向法院证明他得出的结论是正确的，因为他完成了法律适用的所有必要步骤。因此他没有必要证明他的结论本身的正确性，而是只需要证明他使用了正确的方法就足够了。

- 统一方法对于法律适用者自己同样也是很有好处的。通过遵守这种方法，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。通过使用统一方法，你不再需要自行作出判断然后等着上级机关推翻你的判决，你可以判断自己是否正确地解决了案件。这个方法使得法律适用者能够集中关注最为复杂的环节，并且在大多数情况之下能够更加迅速地解决掉案子。

- 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的理解法律，而且也可以很清楚的了解，要取得胜诉或者得到某个特定的判决需要满足哪些条件。

- 统一地使用方法论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。

假设你是一家大公司，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，如果这种“意外”情况在某个国家屡见不鲜，那么通常他们都会避免在那个国家从事商业活动。

如果上述国家采纳了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，公司能够在事先就了解到，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。

要点：

法律确定性能够保护投资者，促进经济发展。

要点：

法律确定性是实现法治的关键。

b) 法律确定性与法治

法治被明确写入了《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內容在事先就得到确定。如果一个机关随心所欲地做事，然后在事后宣布它的行为就是法律，这肯定不合法治的精神。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。

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事先就了解到哪些行为是法律鼓励和要求的，于是他们才能够根据立法者的意愿行事。

- 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。

- 法律确定性能够保证法律制度的连贯性。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。如果一个公司投入大量资金到一个项目当中，而某个政府部门在事后居然禁止它继续运作这个项目，那么谁又会作出这样的投资呢？

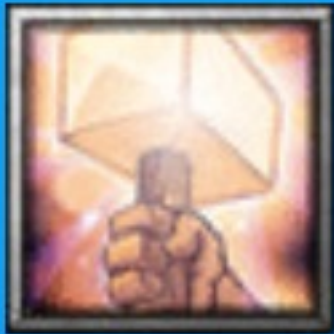
- 既然法律确定性对于商业活动如此至关重要，在一个国家确保法律确定性就可以吸引到更多的投资，并且也可以吸引更多的企业在该国设立。无论国内的还是外国的投资者都不愿意承担无法计算的风险。如果没有对等的利润，没有人会愿意投放资金、技术和人力资源。法律确定性就使得风险更加容易计算，从而吸引投资者。

d) 法律确定性在中国

法治原则是在1999年写入《宪法》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

www.docriver.com

搜索商家 巨力电子书



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。此外，在成文法适用中一味强调法律确定性而可能造成个案的不公正之时，是否还应当坚守这个原则仍然很成问题。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，比如在情况非常特殊的案件中，那么这一原则就不应当再作为优先考虑的对象了。因为正义总是必须作为法律适用中首要考虑的因素，如果法律确定性与法律的公正实施发生了冲突，那么法律确定性就必须让位。而要决定什么情况下的确发生了上述冲突，则是一个极其困难的问题。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之下，当公正的核心部分受到了难以容忍的侵害，我们才可以牺牲掉法律确定性。比较妥当的解决方法是，由立法者来规定出全面而具体的解释和理由，来说明什么时候他们认为可以牺牲掉法律确定性，此时某个高级别的机关或者法院就可以自行决定，如果继续适用法律确定性，是否会真正的令人难以容忍的损害公正。

总结一下，我们可以认为，统一方法的好处在于，它可以使得法律判决更加透明，对于法律适用者、涉案的以及受到影响的各方当事人、其他政府机关都是如此。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方法。这样，每个人都可以清楚的了解到，判决为什么是这个结果，而不是其他的结果。

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，那么就必须牺牲掉法律确定性。

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。

4. 采用统一的法律适用方法的缺点

统一方法唯一的缺点就是，对它的适用必须严格遵守每一个步骤，这个过程可能会非常复杂。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，比如那些经验丰富的法官和政府官员，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。但是要使这一方法迅速成功地发挥效果，这些人又是关键性的人物，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。因此，他们的合作和决心就会成为关键因素，而这又需要他们对于法律和立法者拥有强烈的热情。

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。每一份司法或行政裁决都依据此种方法作出，律师们也通过这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. 简介

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。

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起点和终点。归入法的方法是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，这一点就凸现其重要性。

- 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。

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。

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

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：

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

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”，而“应当恢复原状或者折价赔偿”则是法律后果，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。

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。

(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。

第一步：总起句

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“双方当事人之间的确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。

(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

第二步：定义

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”。

第三步：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。

第四步：结论

(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。

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明确地加以区分。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、学术文章等中的定义

○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法。

务必牢记，无论是对于每一个要件还是每一条法律规定，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。

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规当中直接提及。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。我们若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。成文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

要点：

未写明要件可能来自于：

- 逻辑
- 判例
- 学术评论

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

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,要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方法。

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。解释法律的时候必须考虑所有这些目标。而且,每一部法律的目标都是不要与先前的法律相抵触。

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,

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。

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。

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) 收集案件事实

在学习归入法的第三步的时候，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。我们用下面的例子来作出解释。

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，谁应当对于哪些事实负有举证责任以及这个举证责任分配的问题为什么如此关键。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。

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。

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，没有任何立法者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，如果立法者知道会发生或者考虑过这种情形，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。

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。但是一个想要坚持法律确定性的国家必须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，这一结论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。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，因为这无法实现立法者的意愿，反而会与之相抵触。

(3) 如果能够证明漏洞并非出于立法者本意，那么就要接下来比较案件的利益和事实情形。法条涵盖的案件情况应当与

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。

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，从而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。

但是类推必须规定限制。使用类推方法的前提要件已经说明，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者来完成。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。

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。如果在那些情况之下我们使用归入法，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。

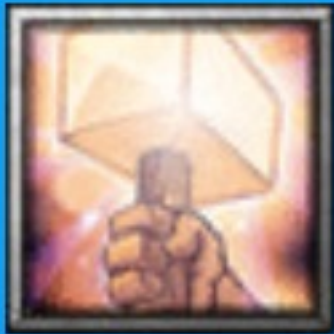
要点：

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。

上述情况清楚的说明了在什么情况下“目的”限缩是必要

www.docriver.com

搜索商家 巨力电子书



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。在上述情况当中，漏掉的应当是消极要件“除非不存在利益冲突”。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。然后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。由此判决的阅读者就可以清楚的理解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的各个步骤，因此可能没有初看起来那么艰辛。

b) 对于法律后果的自由裁量权

很多法律规定赋予了法官一定程度的自由裁量权。也就是说法条给出了法律后果的范围或者不同的选择方案。

不过仍然必须强调的是，只有在法律规定所有要件都已经满足的前提之下，法官才可以运用其自由裁量权。否则法官不得擅自运用自由裁量权。对于案件的详细审查过程也是如此。只要涉及到考察某个法律条文的前提要件，法官就必须严格遵照法律规定的文字，他们并没有自由裁量权去决定跳过某些要件而不顾。

比如，《合同法》第54条第1款第1项允许人民法院变更或者撤销因重大误解订立的合同。此时法律就赋予了法官一项决定以何种方法来变更合同的自由裁量权。但是在行使自由裁量权之前，他必须首先确认合同的确是在重大误解的情形之下签订的。没有这个前提，那么他就不能对合同作出哪怕任何一点变更。

在可以行使自由裁量权的时候，也应当受到指令、指导原则或者相关规定的限制，这些指令、原则和规定由法院、国家权力机关或上级法院来制定，规定法官应当如何行使自由裁量权。

要点：

自由裁量权适用也应当统一。

此外，一旦法官可以行使自由裁量权，这种行使过程的统一性也相当重要。自由裁量权的目的并非是要给法官更多的自由余地，而是为了解决这样的情形，即一个法律条文当中可能涵盖了各种各样的情况，因为很多规则都是抽象的，所以这种情形也就不可避免。

如在重大误解的案件中，法官如何以最佳方式来平衡当事各方的利益属于法官自由裁量权的范围。但这并不意味着法官可以随意决定如何处理，而是应当考虑到所有相关因素以及具体案件中所涉的利益。

因此法律的统一适用与司法自由裁量权之间并不矛盾，而自由裁量权的存在使得法官有可能对于某个一般性法律条款所涵盖的各种具体案件加以区别对待。这是自由裁量权得以行使的唯一正当的理由。司法判决不得受到其他任何动机的影响，包括个人观点或者个人偏好。

II. 解决案件

1. 引言

归入法是适用法律的非常有用的工具。这一点对于民事案件和行政案件都是一样的。对这种方法在民法和行政法领域的具体适用情况加以研究，对于更好的理解该方法是大有裨益的。

2. 解决行政案件

a) 对案件的基础评价

对于案件事实的分析是解决任何案件的起点。首先，必须确认原告想要法庭做什么；法庭应作出怎样的判决。原告可能请求法庭撤销一个行政行为或者是另一个行政决定（撤销之诉），或请求变更一个行政行为或处罚（变更之诉），或请求确认一个行为违法（确认之诉），或请求履行法定职责（履行之诉）。

在大多数案件中这一问题的答案是很明显的。但有时，原告的诉讼请求需要经过解释才能发现在法律意义上他到底想要什么。例如，一份起诉书中可能说原告对于吊销他餐厅的营业执照不满，他想继续自己的生意。这样的一份起诉书就需要进行解释。用法律术语来说，原告请求撤销行政机关吊销他营业

要点：

区分四种诉讼请求：

- 撤销之诉
- 变更之诉
- 确认之诉
- 履行之诉