

论习惯法对法律漏洞的补充

摘 要

法律漏洞是任何制定法体系都避免不了的问题，对法律漏洞进行补充也是制定法社会司法活动必须面对的。法律漏洞有不同的类型，也有不同的补充方式，习惯法作为其中之一因其特殊性一直被人们关注。目前，习惯法的法源地位已经得到学界和司法实务的认可，并且也被部分法律明文规定，尤其是新制定的《民法典》中第 10 条的规定更加确立了其法源的地位。但是，在具体的认定与适用过程中却存在问题。适用习惯法补充法律漏洞需要遵循相应的原则和规则，较其他方法更为复杂。如未经过对相关理论的学习和相关技术的训练，就会对法律漏洞缺乏全面系统的认识，在对其进行补充时缺乏必要的技术基础。另外，由于习惯法的认定并没有相应的标准，加之习惯法的情况相对复杂，使得习惯法补充法律漏洞的功能难以充分发挥。因此，要对法律漏洞和习惯法这两者有客观、全面的认识，并在此基础上掌握相应的法律技术，培养成熟的法律思维，灵活应对司法过程中遇到的各种相关问题。

随着我国法律体系的不断健全以及法学研究的快速发展，尤其是在法律方法（或者法学方法论）方面的研究取得了诸多的成果，为我们的学习和讨论提供了更为充实的理论支持。本文主要采用文本研究的方法，通过对学界相关的研究成果进行梳理，对习惯法和法律漏洞以及二者的补充关系的相关内容进行总结，以期充分发挥习惯法对于法治建设的积极作用提出切合实际的建议。

文章共分为六个部分。

第一部分是文章的引言部分。主要是关于选题背景和研究的的目的和意义以及目前的研究成果的介绍，通过这部分我们能了解到法律漏洞和习惯法补充法律漏洞的重要性，并对相关的研究现状有所了解。

第二部分对法律漏洞和习惯法的基本内容进行介绍。首先是关于法律漏洞的概念、产生原因、如何认定、不同类型和不同的补充方法进行介绍和总结。其次是关于习惯法的概念、地位、特殊性以及如何才能被援引为裁判依据进行介绍。

第三部分是关于习惯法补充法律漏洞具体内容的介绍。首先是对习惯法所具有的能够补充法律漏洞的基础进行介绍，具体包括法理基础、法律基础和社会基础三个方面。还有关于习惯法补充法律漏洞的基本原则和规则、主要途径以及习惯法在法律漏洞补充中的特殊性的介绍。

第四部分是关于我国目前在习惯法补充法律漏洞这方面存在的问题。认为目前存在的问题不仅局限于对法律漏洞和习惯法这两个主体缺乏全面系统的认识，而且在有关的技术方面也有问题亟需解决。

第五部分是针对如何更好地发挥习惯法补充法律漏洞功能提出的建议。认为需要对法律漏洞和习惯法从根本上有一个客观、正确的认识。另外，在具体的操作过程中要遵循相关的技术规范，主要是法律方法（或法学方法论）中的技术要求，包括法律解释、法律推理、法律论证以及利益衡量和价值判断几个方面。

第六部分是本文对于当下习惯法与法律漏洞补充的相关思考。从法理、法律方法和法律思维三个层面进行反思。

最后，对文章进行总结，再次对习惯法与法律漏洞填补对于当代社会法治建设的重要意义进行肯定，需要我们认真对待。另外，我们也需要加强在这方面的研究，希望能探索出一套相对完善的操作方案。

关键词：法律漏洞；习惯法；漏洞补充；法律方法

On the supplement of customary law to legal loopholes

Abstract

Legal loopholes are an unavoidable problem in any legal system. Supplementing legal loopholes is also a problem that must be faced in legal-making social judicial activities. There are different types of legal loopholes, as well as different supplementary methods. Customary law as one of them has been paid attention to because of its particularity. The legal source status of customary law has been recognized by academic circles and judicial practice, and it has also been expressly stipulated by some laws, especially the newly formulated "Civil Code" regulations have further established its legal source status. Applying customary law to supplement legal loopholes requires compliance with corresponding principles and rules, which are more complicated than other methods. Without the study of related theories and training in related technologies, there will be a lack of a comprehensive and systematic understanding of legal loopholes, and lack of the necessary technical foundation when supplementing them. In addition, since there is no corresponding standard for the identification of customary law, and the situation of customary law is relatively complicated, it is difficult for the function of customary law to supplement legal loopholes to be fully utilized. Therefore, it is necessary to have an objective and comprehensive understanding of both legal loopholes and customary laws, and on this basis, master the corresponding legal techniques, and flexibly respond to various related problems encountered in the judicial process.

With the continuous improvement of my country's legal system and the rapid development of legal research, especially the research on legal methods (or legal methodology) has achieved many results, providing more substantial theoretical support for our study and discussion. The standard mainly adopts the method of textual research, through combing the related research results of the academic circle, summarizing the related content of customary law and legal loopholes and the supplementary relationship between the two, in order to give full play to the positive

role of customary law in the construction of the rule of law. Practical advice.

The article is divided into six parts.

The first part is the introduction part of the article. It is mainly about the background of the topic, the purpose and significance of the research, and the introduction of the current research results. Through this part, we can understand the importance of legal loopholes and customary law supplementing legal loopholes, and have an understanding of the relevant research status.

The second part introduces the basic content of legal loopholes and customary law. The first is to introduce and summarize the concept of legal loopholes, their causes, how to identify them, and different types and different supplementary methods. The second is an introduction about the concept, status, particularity of customary law and how it can be cited as the basis for judgment.

The third part is an introduction about the specific content of customary law supplementing legal loopholes. The first is to introduce the basis of customary law that can supplement legal loopholes, including three aspects: legal basis, legal basis and social basis. There is also an introduction to the basic principles and rules of customary law in supplementing legal loopholes, the main ways, and the particularity of customary law in supplementing legal loopholes.

The fourth part is about our country's current problems in supplementing legal loopholes in customary law. It is believed that the current problems are not limited to the lack of a comprehensive and systematic understanding of the two subjects of legal loopholes and customary law, but there are also problems in related technologies that need to be resolved urgently.

The fifth part is about how to make better use of the customary law to supplement legal loopholes. It is believed that it is necessary to have an objective and correct understanding of legal loopholes and customary law fundamentally. In addition, relevant technical specifications should be followed in the specific operation process, mainly the technical requirements in the legal method (or legal methodology), including legal interpretation, legal reasoning, legal argumentation, interest measurement and value judgment.

The sixth part is the relevant thinking of this article on the current customary law and legal loophole supplement. Reflect on the three levels of jurisprudence, legal methods and legal thinking.

Finally, to summarize the article, and once again affirm the important

significance of customary law and legal loopholes to the construction of the rule of law in contemporary society. We need to take it seriously. In addition, we also need to strengthen the research in this area, hoping to explore a relatively complete set of operating programs.

Key words: Legal loopholes; customary law; loopholes supplement; legal methods

目 录

摘 要	I
Abstract	III
引 言	1
(一) 研究缘起	1
(二) 研究目的及意义	1
(三) 研究综述	2
(四) 研究方法	3
一、法律漏洞及习惯法基本理论	4
(一) 法律漏洞概述	4
1. 法律漏洞概念及成因	4
2. 法律漏洞的分类及认定	6
3. 法律漏洞的补充方法	10
4. 补充法律漏洞的必要性	11
(二) 习惯法概述	13
1. 习惯法的概念及性质	13
2. 习惯法的认定	15
二、习惯法补充法律漏洞的现状	17
(一) 习惯法补充法律漏洞的基础	17
1. 法理基础	17
2. 法律基础	18
3. 社会基础	19
(二) 习惯法补充法律漏洞的基本原则和规则	20
1. 基本原则	20
2. 基本规则	20
(三) 习惯法补充法律漏洞的途径	20
1. 通过立法上升为法律	21
2. 通过司法被援引为裁判依据	21
(四) 习惯法在法律漏洞补充中的特殊性	22
1. 历史选择的特殊性	22
2. 判决效力的特殊性	22

3. 适用范围的特殊性.....	23
三、习惯法补充法律漏洞存在的问题.....	24
(一) 对法律漏洞及补充方法认识的局限性.....	24
1. 法律漏洞难以被准确识别.....	24
2. 补充方法选择的主观倾向性.....	25
(二) 对习惯法功能及意义认识的局限性.....	26
1. 习惯法的补充功能不受重视.....	26
2. 习惯法的认定存在困难.....	27
3. 习惯法的补充功能未充分发挥.....	27
(三) 法律技术不能满足司法实践的需要.....	28
四、习惯法补充法律漏洞的建议.....	29
(一) 充分认识习惯法之于法律漏洞的意义与价值.....	29
1. 全面认识法律漏洞.....	29
2. 全面认识习惯法.....	29
(二) 法律漏洞补充要合乎技术标准与规则.....	30
1. 法律解释须符合规则.....	30
2. 司法推理须符合规范.....	31
3. 法律论证须支持司法推理.....	32
4. 价值判断与利益衡量须体现法律精神.....	32
(三) 习惯法补充法律漏洞的起点在法律思维模式的培养.....	33
五、习惯法补充法律漏洞的相关思考.....	34
(一) 理论研究需注重整体的协调性.....	34
(二) 全面认识和学习法律方法.....	35
(三) 注重法律思维的培养.....	36
总结.....	38
注释.....	39
参考文献	

引言

（一）研究缘起

自人类有社会群体意识，认识到需要用统一的社会规范对其自身活动进行规制时，就在不断追求构建一个完善的、健全的规则体系。时至今日，拥有健全的法律部门和法律体系仍是世界各国的目标和追求。各国虽都在努力通过制定法典或相关的部门法来完善本国的法律体系，但是，都无法达到真正意义上的完善，法律漏洞是制定法社会法律体系中一个不可避免的问题。法律漏洞的存在不仅在形式上体现出法律体系的不健全，而且会实质性地影响法律目的、功能、精神追求的实现。法律漏洞有不同的类型，同时也有不同的补充方法，习惯法作为补充法律漏洞的方法之一，因其所具有的特殊性不断引起人们的关注与讨论。随着我国法律体系的不断健全，特别是《民法典》的制定对我国的法治建设具有里程碑式的意义。同时，习惯法的地位也得到一定程度的提升，得到了法律的认可。当今社会，是一个各方面机制高速运转的时代，尽力使法律体系不断得到健全是我们的理想与目标。我们追求的还有法治社会、法治国家的建设以及人们对于法律权威的认可与信仰。司法是促进和保障社会公平正义一道重要防线，是彰显法律作用和精神的一项重要活动。习惯法作为一种来自于民间，或通过立法或通过司法上升为法律的一种法律形式，通过司法程序对法律漏洞进行补充，对于当下法治目标的实现是十分有利的。因此，虽然对于法律漏洞有多种不同的补充方式，本文所要讨论的内容是在适用习惯法对法律漏洞进行补充的前提下进行的。

（二）研究目的及意义

每一个案件的判决结果都不是孤立的，该判决结果对于平行时空的类似案件以及后来的相同案件会产生或多或少的影响。对于一个案件的判决结果，无非从两个方面进行讨论和验证。一种是以逻辑的、形式的方法去进行推理和分析，看结论是否符合逻辑推理的形式和实质的要求。另一种就是依据经验和事实，看该案件的结果是否符合以往人们的预期以及是否能够得到社会的认可和接受，这是非常客观也非常直观的方法。为了使案件的判决结果能经得起法律的检验和社会的讨论，尤其是当遇到司法审判中存在法律漏洞需要进行补充的情况时，更加需要从这两个方面进行验证。通过对习惯法补充法律漏洞的相关问题进行研究，我们不仅可以对法律漏洞有一个更加全面清晰的认识，正视其在法治建设中的重要

且积极的作用，同时也可以对习惯法的社会地位和法律意义有一个客观的了解。这对于我们以后的立法工作也会提供相应的依据，使我国的法律体系更加趋于完善和健全，以此促进我国法治社会的建设，促进目标的今早达成。

（三）研究综述

法律漏洞及其补充，是属于法学方法论（或者法律方法论或法律方法）中的一部分。最早对其进行研究的，也是被引用和翻译最多的就是德国学者拉伦茨和魏德士两位法学家的相关著作。拉伦茨所著的《法学方法论》和魏德士的《法理学》以及博登海默的《法理学法律哲学与法律方法》是研究相关问题绕不开的著作，其中对于相关问题都进行了介绍。我国最早是台湾学者对国外的相关文献进行翻译并对有关的问题进行研究。台湾学者杨仁寿教授的《法学方法论》、黄茂荣教授的《法学方法与现代民法》、王泽鉴教授的《民法思维》以及大陆学者王利明教授的《法学方法论》、梁慧星教授的《民法解释学》、葛洪义教授的《法律方法讲义》、舒国滢教授主编的《法学方法问题研究》等都对法律漏洞存在的客观性，补充的必要性以及补充方法进行了相关的介绍。尤其是王利明教授在书中对于法律漏洞的特点、补充原则、补充规则以及每种补充方法的补充方法的适用规则都进行了比较细致的分析，为我们进行相关研究提供了十分详尽的资料。

目前关于习惯法相关问题的研究，主要在于其法源地位的讨论。目前我国学界普遍承认习惯法作为我国法律的渊源，并在社会秩序的维系中起着十分重要的作用。王利明教授认为，我国民法承认习惯的法源地位是有必要的，这样不仅使得民法的规则内容更加丰富，还可以使整个的民法体系保持开放性，从而可以保障民法的有效实施。但是，对于习惯并不是全盘承认，王教授认为习惯应满足三个积极条件与两个消极条件才可以被认可为习惯法。¹高其才教授曾对我国宪法、法律、行政法规、地方性法规等进行过梳理和研究，认为当代中国已经在法律中承认了习惯法的正式法源地位。并且，目前我国法律法规对于习惯认可的内容还是比较宽泛的。高教授认为这些变化表明我国立法理念的转变，即“为生活而立法”。²另外，在民法典编纂期间，高教授也认为应考虑习惯的地位，对优秀的民事习惯予以承认和肯定，这样能够弥补制定法的一些缺陷。³在此之前，高教授就曾对此撰文进行论述，强调应尊重生活，注重对传统的承续。民法典的编纂是一个复杂庞大的工程，尤其要注意处理好民法典与社会生活中习惯的关系。⁴并且对于习惯法在民法典中的界定、内容和意义高教授都对其进行过详细的论述。⁵雷磊教授对于习惯的法源地位从其效力和认知两个层面进行了详细的介绍，并提醒我们要对习惯的法源地位有一个准确的定位。以上三位学者的研究成果对于我们明确习惯法的概念、认识习惯法在制定法时代的地位和作用有着极为重要

的意义，有助于我们在立法和司法过程中承认和认可优秀的习惯，充分发挥优秀习惯对于法治社会建设的作用。

近些年，我国学者逐渐开始重视对于法律漏洞方面的研究特别是习惯法对法律漏洞进行补充方面的研究。谢晖教授认为，法律无法做到自身逻辑的自洽，因此难以避免存在法律漏洞，形成于社会生活并得到传承的习惯因其自身具有的权威、确信等特性被用来补充法律漏洞是有其必然性的。另外谢晖教授对于如何适用习惯来补充法律漏洞以及在有法律的明确规定时如何处理二者之间的关系都有相关的论述。⁶这对于我们正确把握法律漏洞补充中的习惯的地位和作用具有极大的指导意义。谢晖教授长期致力于民间法与法律方法的研究，他的研究成果对于本文讨论习惯法对于法律漏洞的补充有着很重要的价值。贾焕银在对法律漏洞补充的民间法的研究中，认为要认识到民间法与法律漏洞补充之间的实质性联系，对二者之间的关系进行了整体性的梳理。⁷从这篇文章中我们可以对二者的关系有一个较为宏观的把握，对于继续研究各种补充方法与民间法的关系提供了基础。

（四）研究方法

本文主要采用文本研究的方法，对法律漏洞和习惯法分别进行介绍，然后对两者之间的补充关系进行分析，另外借助比较的方法对主题进行研究。

习惯法作为法律漏洞的补充方法之一，因其具有的特殊性，所以单独对这种方法进行研究。这个过程除了一般的法律漏洞的认定和区分之外，还需要对习惯进行司法审查和认定，并对之与案件的相关行进行审查，最后才确定是否援引为裁判的依据。本文通过研究相关的文本资料，并对其进行比较，对法律漏洞的产生原因、特点、类型等问题进行归纳，对习惯法的性质、特点以及作为法源的基础进行整理。另外，本文通过研究研究相关的资料，根据习惯法与法律漏洞在司法裁判中要注意的问题，分析总结出我国目前习惯法补充法律漏洞这方面存在的不足，争取在对法律漏洞和习惯法这两者有一个客观、全面认识的基础上提出较为合适的建议。

一、法律漏洞及习惯法基本理论

（一）法律漏洞概述

1. 法律漏洞概念及成因

（1）法律漏洞的概念

法律漏洞，在 20 世纪的法学研究中，大部分法学研究者认为是存在的。但是，在此之前，有一部分学者认为“法律漏洞”并不存在。在 19 世纪的德国，概念法学以及规范法学派的凯尔森的法律规范等级体系是这样认为的，⁸他们认为法律体系是一个逻辑自洽的体系，不存在“法律漏洞”。关于法律漏洞的存在与否这个问题因何存在，周永坤教授认为与研究者如何界定“法律”这一概念的外延有关。⁹当今社会，法律漏洞的存在成为了共识，有规则就有例外，有法律就会有法律漏洞。目前，研究重点也趋向于如何填补法律漏洞，尽量弥补法律体系自身的缺陷。

关于法律漏洞，德国法学家魏德士将其定义为“以整个现行法律秩序为标准的法律秩序的‘违背计划的非完整性（Planwidrige Unvollständigkeit）’”，并且，“只有那些已经了解或者确信已经了解法律评价计划的人，才能认识‘违背计划’的缺陷”。¹⁰我国台湾地区的学者也从国外文献中翻译得到关于法律漏洞的概念，黄茂荣教授在其翻译的相关著作中关于法律漏洞的表述是这样的：法律体系上之违反计划的不圆满状态。¹¹另外，陈爱娥教授翻译的德国当代法学家拉伦茨所著《法学方法论》一书中，将法律漏洞译为“违反计划的不圆满性”。¹²这两种都是学者们从相关的德国文献中翻译的来的，二者的翻译是近乎相似的。这两个关于法律漏洞的定义，表述虽不同，但是意思相近。概念并不复杂，即当社会上出现与现存的法律体系相冲突，或者现有的制定法无法妥善解决某些状况时，就说明现有的法律体系就出现了漏洞。王泽鉴教授关于法律漏洞的看法是，对于要处理的现实法律关系，根据法律的内在体系逻辑与计划应有相应的规范，但是没有预先设定。¹³另外，杨仁寿教授认为，法律体系是不能避免法律漏洞的出现的，不论立法者是否有意识到其存在或将来可能存在。¹⁴

大陆学者王利明教授将法律漏洞在其书中表述为“法律漏洞是由于立法者未能充分预见待调整的社会关系，或者未能有效协调与现有法律之间的关系，或者由于社会关系的发展变化超越了立法者立法时的预见范围而导致的立法缺陷。这种缺陷表现为：调整特定社会关系的具体法律规范的缺失，或者既有法律规范之间存在矛盾，或者既有法律规则在今天的适用明显违背了法律对公平正义的基本要求。”¹⁵并且，王利明教授在著书时以我国当时《婚姻法》中没有规定对于祖父

母的探望权为例，对于这种类型的案件，法院并不能从已有的法律条文中找到判决的依据。¹⁶这种不能从现有法律中找到判决的依据的情况就可以被认定为法律漏洞，并且这种情况虽然特殊但是在社会上并不罕见，如果未得到较好的解决，将会带来很大的影响。并且，王利明教授认为，法律漏洞应具有以下特点：裁判依据的欠缺性、外在表现的不完善性、立法计划的相悖性以及狭义法律解释方法的不可适用性。¹⁷我国民法学者梁慧星教授对法律漏洞的定义为“现行法在体系框架上存在影响法律功能且违反立法者意图的不完全性”。¹⁸

关于法律漏洞，首先经历了是否存在的讨论过程，但是随着法学家们对法律发展过程的深入研究以及法律在具体实施过程中的实际情况，人们逐渐认识到了其存在的客观性。通过对学界关于法律漏洞的研究成果的学习，我们可以得出以下结论，即法律漏洞的存在目前已经得到了社会的普遍认可，并已经拥有了相当成熟的研究思路，也取得了相当多的成果。关于法律漏洞的概念，学界虽无统一的说法，但是通过对学者们关于法律漏洞定义种同质因素的提取，我们也能得到相对明确的概念，即法律漏洞是客观存在于制定法体系中，对法律计划的圆满性造成阻碍的一种法律自带的天然缺陷。

（2）法律漏洞的成因

关于法律漏洞的成因，根据以往学者的归纳总结，可以将其总结为客观和主观两点。如德国法学家萨维尼所言：“就法律本身的状况而言，人们期其最具精确性，同时，在适用中则当最具统一性……所以，制定法的司法管辖权应予更为精确之厘定于规范。”¹⁹但是由于客观和主观的原因，我们只能尽力朝着这个目标前进。

客观原因来源于我们生活其中并不断发生变化的社会，自从法及法律逐渐走进人类的研究领域以来，虽然人类一直在努力使其臻于完善，但在具体的运行过程发现仍存在这样或那样的状况，这些状况依据当下的法律体系是难以妥善解决的。即便从另一个角度来看，立法者们制定的法律针对的或者说生效的时间也是确定的，这段时间的社会是处于相对静止的状态，并没有发生很大的变化导致法律已经严重不能适应社会。但是，客观存在于我们眼前的世界也是庞杂的，也会有一些事物或者情况无法被包括在内。当然，这也可以归因于法律自身所具有的历史性与滞后性。美国著名法学家，实用主义法学派的创始人霍姆斯(Oliver Wendell Holmes)认为“任何时代法律的本质，大体上相当于当时认为方便的东西”。²⁰曾担任过美国最高法院大法官的本杰明·卡多佐(Benjamin Nathan Cardozo)，对于霍姆斯的这一观点也是表示赞同的，法律所具有的“流变”的特性就是卡多佐基于霍姆斯的观点建立起来的。卡多佐认为“法律从来也不是固定的(is)，而总是在流变的(about to be)”。²¹时代的发展使得法律自身总是有

些先天不足，并且其缺陷和短板会随着其正在或即将发生作用的社会的变化越来越明显。

主观原因则在于制定法律的人，包括立法者自身的认识情况以及所使用的工具两个方面。具体来说：一方面，法律体系是人们根据历史发展以及个人的社会经历所得来经验，加上对社会发展可能性的预测进行设置的。或者说，法律体系的建立是以人们以往的经验与逻辑理性为基础的，即从已有的经验和认知去推测未来可能发生的事情，并为之设定相应的规则。人类的理性建构并不能覆盖事物发展的全部，法律又是针对未来的规则，亦不能全面覆盖。另一方面，作为人们交流工具的语言文字，对其的理解和表达的也会因人而异。立法者在进行立法工作时，力求通过文字准确地表达其意愿和目的。事实上，其想法并不能通过文字完整无误地表达给其他的法律解释者和法律工作者。拉伦茨在书中说到“法学主要在理解语言表达及其规范性意义”，并且，法律条文所使用的文字是以日常语言发展来的术语组成，这些用语除数字、姓名以及特定技术性的用语外都具有意义的选择空间。²²法律解释亦是如此，从事审判工作的法官对于法律条文中相关概念的理解也受限于法官个人对于相关问题的认知水平，因而会产生不同的理解，进行不同的法律解释，继而带来不同的法律结果，产生不同的社会效应。在这样的双重作用下，法律漏洞是难以避免的。黄茂荣教授就此认为有两点：其一，立法者思虑不周；其二，立法者自觉对拟予规范之案型的了解还不多，而不加以规范。²³

通过对学者们对于该问题的观点和研究成果的介绍和梳理，对于法律漏洞产生的原因，我们可以得出以下结论：客观方面，由于自然界和人类社会内容的复杂性和无法穷尽性导致人类不能对其有一个彻底、全面的认知，人类指定的法律体系无法涵盖全部，从而导致法律漏洞的出现。从主观方面又可以从两个角度进行分析，其一是由于人类的任何成果包括法律的制定都是在经验和认识的基础上形成的，不论是处于谨慎的考虑还是主观的局限，会留下一些法律无法规制的情况。其二是由于作为交流和展示工具的语言本身具有的特点，表达和理解是两个层面的，有时无法充分体现立法者的本意。在客观和主观的双重作用下，法律漏洞不可避免地存在于法律体系之中，也成为法律人不得不面对的问题。

2. 法律漏洞的分类及认定

（1）法律漏洞的分类

关于法律漏洞的种类，学者们依据不同的分类标准，将其分成了不同的类型。法律漏洞的认定需要借助于这些标准，若没有相关的标准，那么司法过程中就无法准确地发现法律漏洞进而去进行相应的填补工作。

在对法律漏洞进行类别的区分时，有学者认为有“法漏洞”和“法律漏洞”之分。关于“法律漏洞”与“法漏洞”，拉伦茨表示“后者不是指个别法律本身（以其规整计划为准）的不圆满性，而是指整体法秩序的不圆满性……假使欠缺是立法者有意识的决定，则即使欠缺此等制度，亦不能谓有‘法漏洞’”。²⁴但是，魏德士的观点则与之相反，他认为关于二者的争议只是单纯的言语之争，但是与之无关的其它法漏洞必须得到解决，解决场所就是法院。²⁵

具体来说，拉伦茨将法律漏洞分为两大类：“开放的漏洞”和“隐藏的漏洞”，“自始的漏洞”和“嗣后的漏洞”。并且，关于前二者也有不同的填补方法，分别是类推适用与目的性限缩。何谓“开放的漏洞”，即依据法律的目的，现存的法律体系中应有但缺少与之相对应的法条，从而转向适用规则。“隐藏的漏洞”与之的区别在于在处理特殊类型的事件时，能够找到可以适用的规则但很难准确地发现此规则与该事件是有出入的，所以通常情况下借助“目的论限缩”的方法填补这类漏洞。但如何对二者进行区分，则取决于是否能从现有的法律条文中寻找到一条一般的法条，而缺少的规则就是对相应法条的限制。“自始的漏洞”和“嗣后的漏洞”的区别在于其产生的时间，拉伦茨将“自始的漏洞”细分为立法者注意到的和未注意到的。如果立法者意识到某一问题，但是未为其设定法律，而是交给裁判者和法学，则是立法者意识到的。但是，要注意这种情况与对法条语言理解不同产生的问题之间进行区分，法条用语不明确只涉及到解释的问题，并不属于法律漏洞的情况。后者则是因为有时立法者忽略了应该加以规范的问题或者认为相关的情况已经有所规范。另外因为社会经济、技术等各方面的发展，产生新的应被规范和调整的情况，这属于立法者不能预料到的情况。“嗣后的漏洞”也可以分为开放的和隐藏的两种。²⁶关于这两种漏洞类别的区分及意义，王利明教授也有过类似的论述。²⁷

魏德士对于法律漏洞的分类则更为细致，他认为通过对法律漏洞进行细致的划分可以使得相关的概念更加容易被认识和理解，在司法实践中也更容易操作。所以，他将法律漏洞详细地分为规范漏洞、规整漏洞、法律漏洞、法漏洞、冲突漏洞等。²⁸关于这些漏洞种类的划分，其依据是学者们对于法律规则这一概念所持的不同标准。法律规则自身是一个具有严密逻辑的体系，但是学界对这一逻辑体系所包含的要素存在两种不同的观点，即三要素说和二要素说。目前来看，三要素说是占据主导地位的，认为法律规则包括假定、制裁、处理三个部分。后者产生于20世纪90年代，由于一部分学者不赞同三要素的说法，认为法律规则由行为模式和法律后果组成。²⁹

王利明教授在书中关于法律漏洞的分类比较详细，除上述的明显的与隐藏的、自始的与嗣后的、还有全部与部分、碰撞与非碰撞几种。关于后面两组分类，也

都有相应的依据。全部漏洞与部分漏洞的区分依据是法律规范的是否为特定的事项。在全部漏洞这一项之下又可分为法律应有规定但未规定和法律之间存在碰撞和矛盾两种情况。关于部分漏洞，意为法律对于某些事项有所规定，但是规定并未完全涵盖事项的全部内容。另外，还有碰撞漏洞与非碰撞漏洞。前者指针对同一事项不同规范之间存在各种矛盾，如价值矛盾或者体系矛盾，从而会产生不同的法律效果。除碰撞漏洞之外，都属于非碰撞漏洞。³⁰

由于不同的学者所依据的标准不同，除上述几种外，对于法律漏洞类型的划分还有以下这些。齐特尔曼将规范漏洞成为“真正的漏洞”，把隐藏的规范漏洞称为“不真正的漏洞”。他认为存在“一般的消极原则，并据此进行思考。³¹另外还有学者分为“禁止拒绝审判式漏洞”、“目的漏洞”和“价值的或原则的漏洞”。³²我国学者郑永流教授把漏洞分为原初漏洞和继发漏洞（这种分类与拉伦茨的自始漏洞与嗣后漏洞相同）、私法漏洞与公法漏洞。³³

法律漏洞被不同的学者分成不同的种类，虽然类型和标准不尽相同，但是我们从学者们的划分中发现其中共同的部分。例如拉伦茨划分的自始漏洞和嗣后漏洞、开放漏洞和隐藏的漏洞等，这些基本奠定了法律漏洞划分的基础。后来学者们虽然也有不同标准的划分，但是都与其相似或相近。本文对于法律漏洞类型的研究主要参考拉伦茨的划分方式以及我国学者王利明教授书中对法律漏洞类型的划分，并比照其他学者的划分方式。我们的主要目的还是在此基础上更加准确地发现并识别法律漏洞，并基于此进行接下来的法律漏洞的补充活动。

（2）法律漏洞的认定

为何要对法律漏洞进行认定，拉伦茨认为，漏洞填补的逻辑前提是确认其存在，即以法律目的以及具相同意义者应受相同处遇的命令为标准，对法律做批判性的评价。并且，这种考量同时也能对漏洞进行填补。当然，相同标准的适用是有条件的，当某一类型的案件在现有的法律体系中存在相关的法律进行规定时，另一类案件在评价上本应认为是相同的类型但是并没有相应的法律进行规制，或者根据法律体系自身的目的、意义、上位法或原则等应有法律进行规定而没有时，即为漏洞。此时，法律所未规定的或者说遗漏的规则就是漏洞填补的规则。文章在对法律漏洞类型介绍的时候，拉伦茨将其分为开放的法律漏洞的和隐藏的法律漏洞的两种，并指出其填补方法分别是类推适用和目的性限缩。在对法律漏洞进行认定时，拉伦茨同样指出，这两种填补方式的操作方法同样也可适用于漏洞的确认。但是这种方法并不适用所有的漏洞，要注意漏洞的具体类型。³⁴

前述法律漏洞概念中，王利明教授对法律漏洞的特点进行了总结和归纳，他认为可以根据法律漏洞的这些特点来进行认定。当然，法律漏洞的认定还需要借助其他相关的方法，简单的机械套用难以对其进行准确的认定。王利明教授认为

认定的步骤和方法有以下四个：一是从制定法出发(此处的“法律”包含所有的法律法规,这与我们所讨论的法律漏洞所指的法律是一致的)。其原因在于,不仅是因为习惯法虽作为法律渊源但一直未被认可,加之若依据习惯法会比较麻烦,也由于根据制定法进行认定会更加便于操作;二是确定具体规则存在缺失和矛盾。有时案件虽然可以在某些法律原则中找到类似的影子,好像可以用该原则进行规范,但是原则本身是抽象的、模糊的,直接适用并不现实,所以这种情况还是应被认为存在漏洞。但是有些情况虽无明确的法律法规,但是根据相关的规定可以去参照其他有关法规,这种不认为是漏洞;三是规则的缺失和矛盾是否可以通过其他途径来解决。在一些案件中,或许从表面来看找不到相应的法律法规,但是通过法律解释的方法可以找到能够适用的法律,这种情况也不能被认为是法律漏洞。尤其是当法条之间存在冲突时,如果可以通过解释消除其中的矛盾,就不能认为是法律漏洞。王教授在这里比较强调的一点是,我们对法律漏洞进行认定的时候,并不仅仅是依据法条的字面意思,而要根据其可能的文义范围为标准,就是在法律解释的可能性内进行理解;四是以立法目的和意图为依据,确定是否违反立法计划。这一点与法律漏洞的概念比较贴合,法律漏洞是否如概念中描述的那样违反了法律的计划,应该根据法律制定的目的和意图去确定,并不具有随意性。比较典型的是前文已经提到的立法者已经注意到但刻意回避的问题,这种情况亦不能被作为法律漏洞来对待。³⁵

对法律漏洞进行认定,也是为了更好地实现法律的功能。黄茂荣教授认为,法律的功能在于帮助人类将正义实现其共同生活上。他认为如果法律存在以下情形,即可认为是法律漏洞:一是对之无完全的规范;二是对之所做的规范互相矛盾;三是法律只对案件类型有规范,但并没有具体性、根本性的规范;四是法律对某些或某个案件做了不妥当的规定。而且,要注意到认定法律漏洞的关键在于一个本应被规范的事实没有被规范,或者对其所作的规范并不妥当。在对法律漏洞进行认定的时候,应当考虑对其的补充,但是不能在无法找到合适的补充方法时不认为法律漏洞存在,这一点在实务工作中需要时刻注意。上文提到过拉伦茨认为类推适用以及目的性限缩的方法可以用来认定法律漏洞,但同时拉伦茨也认为这种方法并不是可以普遍适用的。黄教授认为,法律漏洞的认定与补充并不能混淆在一块,二者是有先后顺序的两道工序。黄教授认为拉伦茨的观点是存在不妥之处的,为了防止出现类似的错误,应将法律漏洞的认定与补充进行区分,且最好把认定标准单纯地进行研究。³⁶

在肯定法律漏洞存在的基础上,对其进行认定亦是一项需要慎之又慎的工作。对于法律漏洞的认定,不仅是找到存在的法律漏洞,还要确认其属于何种类型,进而以正确的方法进行补充。从上述各位学者关于法律漏洞认定的观点来看,这

项工作的完成不仅需要熟悉现行的法律体系，了解其含义，还要对整个立法目的和法律精神有一个系统的了解。另外，在面对复杂的社会情况时，法律人要保持其敏锐的嗅觉，能够从呈现于我们眼前的事物现象中识别出案件的本质，区分其类别，找寻恰当的法律法规予以适用。我们需要熟悉法律漏洞的特点，掌握其补充方法，在掌握了这些基础之后才能随机应变，准确地对法律漏洞进行认定。比如，在司法裁判的过程中，经过查找和对比无法找到可以援引的法律法规，亦未被指引向其他的法规，或者找到了互相矛盾的法条，且通过法律解释亦不能得到消解，又或者根据法律的目的及计划出发也不能寻找到可以使用的规范。此时，才能认定其为法律漏洞。

3. 法律漏洞的补充方法

关于法律漏洞的补充，也有相关的概念，王利明教授认为“也可称为法律的补充或法律续造，指存在法律漏洞的情况下，由法官根据一定的程序 and 标准，针对特定的待决案件，寻找妥当的法律规则，并据此进行相关的案件裁判。”³⁷如上所述，法律漏洞因其类型也有不同的补充方法，对于不同的补充方法，我们需要掌握其相应的规则和要求。

在介绍法律漏洞类型的时候，拉伦茨的两种不同分类方式对应了不同的补充方法，即类推适用和目的性限缩。齐特尔曼认为法律漏洞并不真正的存在，他认为有漏洞的不是法律，而是我们从古至今发展起来的对于法律的认识。或者说“法”作为一个意义的整体并无漏洞，存在漏洞的只是已经形成的法律和已经形成的规则。拉伦茨对于这种观点是不赞同的，他认为齐特尔曼忽略了每个法的续造行动尤其是关于法律漏洞补充的都是都具有独立的创造性因素。对于自己提出的类推适用和目的性限缩两种方法，拉伦茨还是比较有信心的。因为，这两种方法不是因为由立法者的权力所指定的，而是因为法律运行过程中被法院认为是正确的才予以适用。但是，也有些人可能并不赞同，拉伦茨认为他们可能仍抱有一种错误的观点，即“认识”始终只是对“本身”存在的整体，于认识的意识中加以复制。³⁸持有这种观点的人，在认识法律的时候，只看到了法律的本身，认为法律所追求的和所要达到的目的都存在于法律之中。但是，我们应该认识到，法律的目的即要达到的法秩序不仅仅是依靠法律自身，还体现在法律工作者尤其是法院的裁判者根据法律的计划及目的对于法律进行续造的行动之中。这里拉伦茨引用了德国著名法学家恩吉施的话“法学在人文科学中无与伦比的优越性存在于：其并非立于法秩序之旁，亦非追随其后，毋宁得直接参与法秩序本身及法律生活的形成。”³⁹

关于法律漏洞补充的方法，王利明教授认为有以下几种：类推适用、目的性限缩和扩张（注意二者的区别）、基于习惯法的补充（注意此处是习惯法不是习

惯)、基于比较法的补充、基于法律原则的补充。关于漏洞的补充方法,王教授介绍的非常详尽,不仅把每种补充方法的概念都进行了说明,并且将其使用的特征、分类、适用步骤以及适用规则都予以了及其详细的说明,更加方便审判人员进行操作。⁴⁰王利明教授对于法律漏洞补充也总结了一些特点和规则。特点如下:第一,必须以漏洞的存在为前提。第二,其目标是找寻适用于个案裁判的法律。第三,此行为是具有创造性的。第四,必须在立法目的法律精神的指导下进行。规则如下:一是须得在穷尽所有狭义的法律解释方法以及不求的那个概念、一般条款的具体化。二是必须符合立法的目的。三是应遵循相关的逻辑顺序。四是其目的为寻找具体的可以应用的规则。五是如需进行创造性的补充,法官应在查明案件事实以及通说见解的情况下进行补充活动。⁴¹除上述方法之外,梁慧星教授认为反对解释也是一种补充法律漏洞的方法,这里需要将反对解释与狭义的法律解释进行区分方可进行使用。⁴²

法律漏洞的补充方法虽然有不同的种类,但是并不复杂,每一种方法只要按照其相应的规则进行操作即可完成。目前,主要包括类推适用、目的性限缩、习惯法、比较法、法律原则、反对解释、利益衡量等。需要我们明确的是掌握这些补充方法是为了更好地从整体上把握法律漏洞,从而完成相关的补充活动。从拉伦茨对于齐特曼关于法律漏洞观点的批评中,我们也能得到相应的启发,即在面对一个问题的时候,有时需要我们去从整体上进行把握,方能有一个客观、全面的认识。但是,有时候要从问题产生的具体情况考察,才能看到问题的本质。因此,对待法律漏洞,要进行整体的把握,对于补充方法的使用则要注重细节,将二者有机结合,才能达到我们的预期。

4. 补充法律漏洞的必要性

法律漏洞自被人类发现和认可以来,其对于国家法律体系完善的重要性也逐渐被发现,因此越来越多的学者和实务工作者法律漏洞及其补充进行研究。王利明教授认为,从法律解释学的角度来讲,讨论法律漏洞是极其必要的,其意义可归纳为两点:一是可以帮助法官正确地发现法律漏洞,二是引导法官采取正确的方法对法律漏洞进行填补。

王教授提出的两点看似简单,实际上对于判决案件的法官群体即是解决案件法律适用问题的工具,也是对其漏洞填补权力的限制。关于第一点,如上所述,对于某些案件,立法者可能已经预料到但故意未作规定(如小产权房归属问题),或者某些案件本应通过立法而非司法来解决,或者可以通过例如狭义的法律解释以及价值补充来弥补缺陷,这些都不属于法律漏洞的范畴,有学者把这种情况称之为“假想漏洞”。法官在进行审判工作时忽略了相同类型案件的法律规定,并认为不存在相关的法律,从而进行漏洞填补工作。⁴³为何会出现随意行使漏洞填

补权力的现象，可能是因为法官对相关类型的案件或者法律缺乏足够的了解，或者法官出于结案的目的，为了避免麻烦而采取这种做法。关于第二点，无论是法律识别、法律解释还是法律漏洞的填补都是属于法律方法，这是一门对于无论是研究法律还是从事法律实践的人都极为重要的技术。⁴⁴因而，漏洞的填补是具有技术性的，不能随意为之，法官需要掌握科学的方法。

法院作为法律运行的重要一环，其在法律漏洞补充中发挥作用的必要性和重要性也逐渐确立起来。梁慧星教授认为，可以从法律解释学的角度来看有两个方面：一是从法律的目的出发，二是从法律的整个体系出发。另外，也可以从法律漏洞补充的性质来看，梁教授在提到法律漏洞补充是法律解释活动的继续，是造法的尝试。⁴⁵法律的目的重点在于法律运行到最后是为了协调各种利益冲突，解决矛盾纠纷，从而达到维护社会公平正义和稳定的目的。漏洞补充对于法院来说不仅是一项权力，也是一种义务。在处理纠纷的时候，不能因为找不到合适的补充方法而忽视存在的法律漏洞，从而援引看上去可以适用的法律法规进行裁判，这也是对法官的要求。法律的体系指的是从法律体系的整体统一性出发，这也是漏洞补充的重要原因，黄茂荣教授指出，法律体系之无矛盾性，要求消除一切体系违反，而一切法律漏洞均构成体系违反。⁴⁶由此看出，无论是从法律自身运行的角度还是从法律漏洞填补的性质来看，对其进行研究都是必要的。

台湾学者杨仁寿教授在书中介绍漏洞填补之前，介绍了其中所蕴含的法理，亦能说明我们讨论和研究漏洞及其填补的重要意义。法理即法律的原理，是从法律所蕴含的根本精神经过长时间的提取得出的一般原则。法律作为维系社会秩序的一种规范，通过调和各种利益纠纷和解决冲突，实现公平正义的目的。杨教授认为，法律的精神与社会“通念”是息息相关的。但是，社会是不断发展变化的，法律虽有意进行规范，但仍不能盖全，漏洞的存在是必须要面对的问题，为了达到法律的目的，需要由有权的人员即裁判者根据需求和要求对之进行填补。⁴⁷

以有限的法条去面对纷繁复杂的社会问题，这是我们不得不面对的客观情况。因此，我们不得不对法律漏洞进行讨论，并探索出相对合适的填补方法。如上所述，研究法律漏洞及其补充方法的意义可以分为两个方面。一方面从司法裁判的角度来说，不仅是为了认识到法律漏洞的存在和对其进行认定，还能指导法官如何迅速地找寻合适的补充方法，使案件得到合适的处理。另一方面从对法律自身的运行发展来说，能够更好地实现法律的目的，贯彻立法精神，促进法律体系的完善，也更能实现社会的公平正义，同时能更快的促进法治社会的建成。

（二）习惯法概述

1. 习惯法的概念及性质

（1）习惯法的概念

习惯法，一直以来被法学人士和法律人士所关注。前者从事法学教育及法学发展的相关研究，后者则是出于解决实际法律问题的需要。当然，作为法律漏洞填补的方法之一，将其单独作为讨论的对象，在这里有必要进行相应的说明。

“习惯法”虽常被研究者们提及，究其概念，目前学界尚没有统一公认的说法。但是，学者们在提到习惯法时几乎都会提及习惯，将其二者进行比较，得到一个大概是关于习惯法的范围，里面的内容就可以被认为是习惯法的内容。对于习惯，在张文显教授主编的法理学教材中，对其的定义为“人们的行为方式经多次重复实践而逐渐为多数人认可，谓之习惯”。⁴⁸约翰·奥斯丁对于这个问题采取的观点比较简单，他认为，习惯在未被立法机关或者法官赋予法律效力之前，其性质应是一种实在的道德规则（a rule of positive morality）。从这种观点来看，即使人们对某一习惯在习惯性地遵守，并且坚定认为其具有法律的约束力，其本质也不能由一般的习惯转变为法律。一个习惯所能获得法律的尊严的唯一途径就是得到主权者的认可。⁴⁹

郑永流教授在书中把习惯法定义为“指一种存在于国家之外的社会中，自发形成并由一定的权威提供外在强制力来保证实施的行为规则”。郑教授也提到，习惯法的使用与民间法有时候并不能得到很明确的区分，而民间法也是在自然发展的社会中经过长时间的演变而成的。郑教授对于民间法的定义为：“民间法意指一种存在于国家法之外的社会中，自发或预设形成，由一定权力提供外在强制力来保证实施的行为规则”。⁵⁰所以，从这个层面来说，民间法就是习惯法。但是，由于民间法种类多样又夹杂着人为构建的因素，尤其是当下热门的乡规民约中的村民自治的章程，虽有民间习惯的内容，但是更多的是贯彻和执行国家法律的相关注意事项和说明，这与习惯法是有着很大的差别的。这种情况在当下广大农村地区，是很常见的。因此，民间法与习惯法二者之间不能完全等同。⁵¹习惯法当时作为法源是被分在次要法源里面的，今时不同往日，随着我国法律体系的不断健全与完善，习惯法已经成为了我国正式的法律渊源。⁵²

杨仁寿教授认为，习惯一经法院适用，认其具有“法的效力”，即为习惯法。关于对这两者的区分，也并没有统一的标准。但是，杨教授在书中列举出了以下四种：意思说（Willenstheorie），确信说（Überzeugungstheorie），惯行说（Gebrauchstheorie），国家承认说（Gestattungstheorie）。⁵³这几种观点是当时学界关于二者区分的不同看法，现在看来，杨教授总结的虽是四种不同的观点，

但是把这些观点结合起来就是现在关于习惯法的观点，即惯行于人们日常生活中且得到人们认可和确信的某些行为规范，经由国家承认上升到与法律同等的地位，可以被认为是习惯法。

高其才教授认为，国家法意义上的习惯法是国家特定机关将社会上已经存在的社会规范上升为法律规范，赋予其法律效力，从而使其得到国家强制力的保障；习惯法来自于习惯，但与其有本质的区别，习惯法属于国家法的范畴，习惯则为一般的社会规范。⁵⁴

雷磊教授在对习惯的法源性进行论述的时候，也曾在文中有过关于习惯法的论述，文中关于习惯法的定义是这样的，“通过共同体内反复的践行方式展现出的一个普遍而具有规范法效力意志所产生的非成文法”。⁵⁵

在陈金钊教授主编的《法律方法论》一书中也有关于习惯法的解释，认为习惯法是上升为法律、具有法律性质的习惯或惯例。⁵⁶

梁治平教授认为，民间法与习惯法的内容也不是相同的，梁教授认为民间法的范围大于习惯法，习惯法是民间法的一种。关于习惯法，他将其定义为“生自民间，出于习惯，乃由乡民长期生活、劳作、交往和利益冲突中显现，因而由自发性的丰富的地方性”。⁵⁷关于民间法，苏力教授认为，“民间法是在社会中衍生的，为社会所接受的规则”。⁵⁸通过对二者的比较，可以看出民间法的涵盖范围的确较习惯法的大一些。

行文至此，我们对习惯法可以有一个相对清晰的认识，习惯法即长期得到人们遵守的，经立法或司法认可而具有同制定法具有同等效力的习惯。并且，我们也需要注意到习惯法与习惯的区别。明确习惯法的概念有助于我们了解习惯法因何能够被法官援引为裁判依据，为何能够发生法律效力。将其与习惯进行区分能够是我们认识到法之所以能成为法是需要符合相关的要求的，并不是得到人们的认可和遵守的行为规范就能得到国家的认可从而上升为国家法律。通过对二者的区分，也能进一步加深我们对法律概念及其要素的认识。这也从侧面说明制定法体系是一个逻辑严谨，并且要求规范的体系。

（2）习惯法的性质

如上所述，习惯法可以作以下理解，由国家认可并赋予强制力的习惯就是习惯法。王利明教授认为，从其形式上来看，某种经法官审查认为其符合法律的内在属性要求时即可作为裁判的依据予以援引。从其本质来看，习惯法的本质还是习惯，是一种人们长期以来信任、依赖，并将其作为行动准则的规则。另外，习惯法作为一种法源，其必须符合法律的各种要求，且不得与其他的法律相违背，其他法律一般指的是法律的强制性规定。习惯由于其特殊性，并不是全部都能得到大部分人的认可和遵守，有些习惯形成于特定的历史环境之中，在裁判时虽可

以作为考虑的因素，但是并不能被认为是习惯法，用来补充法律漏洞。另外，有些习惯虽长期以来被作为行为的规则，但是其内容与法律的规定或者原则相违背，在“合法性”的判断这一层就不符合，亦不能认定为习惯法。⁵⁹

从习惯法的成立要件上来看，杨仁寿教授认为有四个：（1）人人有确信以为法之心。（2）于一定期间内，就同一事项反复为同一之行为。（3）法令所未规定之事项。（4）无背于公共秩序及利益。将上述四个要件归纳在一起，即为习惯法。

60

雷磊教授认为，究其本质，习惯法这种区别于也独立于制定法的特殊类型的法仍是一种社会规则，作为一种社会规则，也具有作为社会规则的两个面向：一是外在层面上的规律性行为，二是内在层面上共同体对其权威的确信。⁶¹

经过查阅和对比学者们关于习惯法本质的研究成果，本文赞同雷磊教授的观点，即习惯法本质上还是一种社会规则。从习惯法的来源来看，习惯法来源于社会习惯，社会习惯也是一种人们长期生活中提取出的种种行为规则。在这一点上，法律与之是相同的，法律也是一种社会规则。只不过从产生的程序上来看法律是享有立法权的机构指定的，由国家强制力保证实施的行为规则。并且，法律的制定有着非常严格的程序，要经过反复地讨论和研究才能完成。这里将其本质归为一样，主要考虑的是其在社会发展中所起到的作用。

2. 习惯法的认定

如果在司法裁判中遇到法律漏洞，需要采用习惯法进行补充，在确定存在漏洞之后，就需要寻找合适的习惯法。但习惯法在司法中被援引为裁判依据并不是随意为之的，需要对其进行认定与审核。

王利明教授认为，找寻习惯是习惯法补充法律漏洞的一个必经步骤。在这个过程中，当事人举证是一个方面，同时也需要法官依职权对其进行判断。习惯的寻找具体来说包括下面几个步骤：

首先，证明习惯的存在。证明习惯的存在并不是法官的任务，在庭审过程中只需要纠纷双方之一提出存在相关的习惯即可。因此，法官不需要主动寻找习惯的存在。而且，在法庭的庭审过程中，在一方提出习惯的存在后，还需要双方对习惯是否存在进行质证。

其次，如存在不止一个相关的习惯，法官通过对案件事实的了解，加上对习惯的判定，从而选取与需要判决的案件关联最紧密的一个。这一过程对于纠纷的解决是至关重要的，这是法官的职权也是法官的义务。

最后，对该习惯的适用范围进行甄别。习惯是特定地域、特定人群的习惯，超出这二者其中的一个条件即失去效力。因此，法官在采用习惯进行判决时，要考虑纠纷当事人是否适用此习惯。⁶²另外，本文认为还需要认识到习惯还是针对

特定事项的。比如针对交易的习惯中由专门针对牛羊等活物交易的，也有专门针对零粮食、布匹等死物交易的，在具体的适用过程中也需要甄别。

在掌握以上步骤的基础上，还要对习惯法的认定标准有一个全面得把握。彭中礼教授曾对习惯法的认定标准进行过总结，他认为认定标准包括四个方面：一是习惯法认定的基本前提——时间上的持续性；二是习惯法认定的客观要求——范围上的普遍性；三是习惯法认定的主观条件——认知上的共识性；四是习惯法认定的正当理由——内容上的合理性。⁶³彭教授在文中对这四个方面的认定标准进行了详细的说明，本文认为对于当下司法实践中习惯法的发现或认定具有很重要的指导意义。

在经过上述一系列步骤之后，就需要对习惯进行审核，看其是否具备成为习惯法的要素，这也是法官的工作。如果没有这一步而对习惯直接进行适用，长此以往，会给社会法治带来负面的影响。因为习惯法内部充斥着形形色色的内容，或违背公序良俗、或违背法律的规定，对法律的稳定性和权威性造成巨大的冲击。认定习惯法的过程，就是把习惯法的要素拿过来——对照，验证该习惯是否符合，以及人们对该习惯的确信和遵守，再者就是该习惯不得违反公序良俗和法律的强制性规定。

二、习惯法补充法律漏洞的现状

（一）习惯法补充法律漏洞的基础

1. 法理基础

杨仁寿教授表示，法理是从法律所具有的根本精神中演绎得到的法律的一般性原则，可以补充法律，同时也可以用来评价法律是否为“善法”，并对其有监督和督促的作用。⁶⁴习惯法被用来对法律漏洞进行补充，并不是法官和学者们的凭空想象，其作为一种实在的社会规则，是具有相应的法理基础的。其法理基础具体包括以下几个方面：

其一，法源理论基础。通过对文献的研究可以发现，对法源这个问题的研究共分为三个层面，分别是教义学、法理论与法哲学，这三个层面研究各有侧重。教义学从制定法的文本出发，并以此为依据按照法律自身的逻辑和要求对法律文本进行解释和适用。⁶⁵学者们围绕这一点，对法律文本进行研究，并寻找关于法源规定的条款，目前关注最多的就是我国《民法典》总则编第十条的规定。法理论与教义学的区别在于基础性的内容，其致力于从法律的基本概念以及法律体系的结构研究（功能、原则、结构、方法）。⁶⁶法哲学与前两者又不同，其研究重点在于法的概念和性质。雷磊教授认为，这三个层面彼此之间是有关联的，但是在对习惯在法源中的地位进行研究时，不妨将其分离开来，即撇开对法的概念的更深层次的追问。但是这种研究范式并不是随意的，因为法源理论所具有的阐明自身的能力并不排斥关于法的终极性质的观点，是可以相容的。⁶⁷因为，无论对于法概念的理解有多少种，如果我们从功能的角度出发看待法，争论者们总能在一点上达成一致，即法作为一种裁判依据，法源则是其来源。⁶⁸法源理论作为一种法理论，主要讨论两方面的内容，一是法源的性质，二是法源的类型。这两个方面具体又可以分成五个点：第一点，法律规范的产生抑或表现形式；第二点，裁判的原因抑或理由；第三点，实质理由抑或权威理由；第四点，制度性权威抑或非制度性权威；第五点，效力渊源抑或认知渊源。前面三组内容是关于法源与其他事物的区分，后面两组则是法源的类型。至此，法源可以被定义为“法律适用过程中的裁判依据来源，是裁判所要遵循的权威理由。它既可以是基于制度的权威，也可以是非基于制度的权威；既可以指效力渊源，也可以指认知渊源。”⁶⁹习惯法作为一种行为规则，在裁判过程中被法官引用，从法源理论层面来看，是符合的。

其二，习惯法的效力渊源。习惯在被认定为习惯法之前也是具有其相应的效力的。但是，习惯的效力只发生于双方熟知、认同并且确信其权威的情况下。不

能否认，即便某些习惯存在违背社会公序良俗甚至违背法律强制性规定的情况下，也能发挥其作用，起到解决双方纠纷的作用。习惯法之与习惯不同之处在于能否被法官认可，并适用到具体的案件中发挥同制定法同样的法律效力。从对这两者的不同叫法上就能看出不同，习惯自得到法官的认定，被称为习惯法时，其作为一种社会行为规范就具有了法律的效力，成为了一种法源。这种效力来自于习惯法自身形成的社会环境与生活其中的人们。历史法学派是习惯法地位的最大支持者，他们认为，习惯法是直接来源于民族精神的，最直接地体现了“民族确信”。并且，历史法学派认为大多数制定法只是变相的对习惯进行陈述，是对某些习惯的历史上的法律性的确认。上文已经讨论过习惯法的本质及要素，这些要素之间的相互配合共同构成了其效力的来源，其效力来自于结合了规律性交往实践与必要确信的规范性实践。⁷⁰

其三，认知渊源。习惯法的重要意义在法律形成的初期是具有重要意义的，在系统性的国家法律颁布以前，就是习惯在起着维系社会秩序的作用。习惯法被人们认知的程度在一定程度上是随着制定法的发展尤其是法典时代的逐步崛起而不断降低的。有关学者很早就意识到了这一点，认为在社会生活中的大部分由法典来进行调整的时候，习惯法的重要性及意义会在很大程度上被削弱。这种情况也被称为“习惯法的空心化”⁷¹。这种空心化意味着某些习惯的内容和名称被制定法所代替，随后逐渐淡化，远离人们的生活。但是，制定法的法典化是目前国家法律发展的趋势，有学者认为法典化通常存在于法学创造性阶段的末尾。⁷²法典化时代的发展速度和波及范围是巨大的，世界各国包括我国陆续加入了这一潮流，开始制定本国的相关法典，完善本国的法律体系。习惯法的空心化现象是学者从法律发展的历史和现实社会的情况中总结出来的，符合法律的发展规律和实际情况。但是，如果从反向的角度来看，法典化之后的习惯在被作为习惯法提出的时候，其具有的认知渊源会被再次展示在人们的眼前，更加加深人们对其的认知，这也是需要我们注意的一点。制定法的法典化是学者们和实务工作者们希望的也是要努力达到的目标，是一个国家相关法律体系完善的标志。但是，我们在谈及法律漏洞产生原因之时，就已经讨论过法律漏洞的不可避免性。在相对完善的法律体系下，法官遇到法律漏洞并需要用习惯法进行补充时，该习惯法会以一种更加鲜明的方式被知晓并加以传播。

2. 法律基础

法律基础，即制定法的基础。讨论习惯法的法律基础，就是在对制定法对于相关习惯的认可或者说不排斥进行讨论。

最直接的表现形式就是法律规定可以适用习惯。我国法律中最明显的就是《民法典》总则部分第十条关于法律适用的规定。还有就是我国台湾地区现行民

法典中第一条规定：民事，法律未规定者，依习惯；无习惯者，依法理。除民法之外，我国的宪法总纲部分第四条也有关于对习惯肯定的规定。⁷³陈金钊教授主编的《法律方法论》一书中有关于我国法律渊源的归纳整理，并且明确将习惯法列为了我国正式的法律渊源，并且认为习惯或惯例不论是经立法认可还是司法程序被适用，都是正式法源的一部分。⁷⁴高其才教授认为，这说明我国宪法对于风俗习惯的态度是认可的，在宪法中进行规定，从根本上对习惯的法律渊源地位进行了正式的确认。⁷⁵在宪法之外，高教授通过对法律检索数据库中含有习惯、惯例等类似词语的检索，得到了大量含有类似词语的法条。法律法规中出现的不仅仅是笼统的词语，还有具体的规范，包括民族习惯、地方习惯、物权习惯、商事习惯、婚姻家庭习惯、继承习惯等等。⁷⁶法律对于习惯或风俗的认可，无论是采取何种形式，⁷⁷其意义在于不仅承认了这些风俗习惯的生命力和积极作用，同时也为习惯法的应用提供了强有力的、广泛的法律基础。

3. 社会基础

社会基础也可以说是群众基础，是人们对习惯法的认可和接受程度以及愿意被约束并接受其后果的意愿，还有就是其所具有的历史性与稳定性。社会基础取决于其生命力的强弱，法律的生命力来自于符合社会需要，法律的权威性来自于深厚的实践基础，法律的科学性来自于尊重客观规律。⁷⁸从习惯法的定义来看，即长期有规律性的行为。某种行为能够被长期性、规律性地实行或者被遵守，说明其是符合社会的需要的，能够为社会的正常运行提供相应的保障。英国著名法学家托克维尔有这句名言：英国法学家之所以尊重法律，并不是因为法律良好，而是因为法律古老；即使他们要对法律进行某些修改，使其适应社会的时势，他们也是万变不离其宗，对祖先留下的东西进行修修补补，只发展祖先的思想，只完善祖先的业绩。不要期待他们会以改革者的面貌出现，他们宁愿被人指为荒谬绝伦，也不愿承担冒犯老祖宗遗训的大罪。⁷⁹这句话意在说明制定法对于传统习惯的肯定、继承和保护。法学家为什么不能一举将传统的习惯推翻，因为传统社会也包括今天的社会很大程度上是依习惯建立起来的，这些习惯中不仅可以看到以前社会的模样，指导当下社会的运行和维护，同时也能对生活在当下的人起到指导作用，指引人们更好地预测未来。俗语说“家有一老，如有一宝”，这里面蕴含着经验，教训和成功之道。

对于习惯法能够成为法律的几种基础进行研究，目前可以发现其具有法理基础、法律基础和社会基础三种。这几种基础目前也是能够被充分论证的。由此可知，习惯作为本土成长起来的行为准则，深深植根于其所处的社会。习惯法这种来自于习惯的法律形式，不仅具有国家法之外的社会层面的基础，同时还被国家法所认可，有国家机关赋予其强制力，其所具有的社会基础是更加广泛且稳固的。

（二）习惯法补充法律漏洞的基本原则和规则

1. 基本原则

习惯法对法律漏洞进行补充，虽然属于法律体系外的补充，终究还是对法律漏洞的补充，其原则与法律漏洞补充的原则基本是相同的，与法律漏洞的补充的特点类似，这里简要说明即可。首先，须得以漏洞的存在为前提。其次，采用习惯法补充法律漏洞要寻找到与个案联系最为紧密的习惯。再者，不得违背法律的强制性规定，不违背公序良俗。最后，要符合立法目的与法律精神。原则虽不体现在具体的法律条文中，但就像是无形的边框，漏洞补充始终要在这些原则组成的框架内进行。这些原则，法官在采用习惯法补充法律漏洞时必须遵守，违背其中任何一项都与法律漏洞补充的初衷不符且极易出现违法的情况。

2. 基本规则

前文对于法律漏洞的补充规则及程序也已有过论述，⁸⁰至于习惯法补充法律漏洞的规则，虽然类似但亦有所不同。主要有以下几个方面：

一是习惯的存在要经过证明。作为判决依据的习惯虽不需要法官找寻，但是当事人提供的习惯必须有证据证明是实在的。

二是确认所采用的习惯该案联系最密切。原因在于民间的习惯不似制定法那样具有严密的逻辑体系，针对同一个案件，可能有多个习惯，从外表看上去都有联系。此时，法官就要动用职权，考虑案件各方面的因素，与不同的习惯进行比较，契合度最高的才能进行适用。

三是所适用的习惯需经过司法审查。习惯多种多样，但是判决所采用的依据必须得到法官的审查与认可。一个习惯，即便当事人均对其表示认可并表示接受适用其带来的后果，法官仍需进行审查方可成为判决依据。

四是要符合习惯的适用范围。习惯虽其特点为反复适用，但因其产生于特定的区域，适用于特定的人群和特定的事项，体现的是多种多样生产生活方式的差异。法官在对某个习惯予以适用时，必须考虑案件的各方面的因素，只有在均符合要求的情况下才能作为判决依据。

这些基本的原则和规则不仅是法官在适用习惯法对法律漏洞进行补充时需要遵守的。同时也是对现有的法律体系的尊重的体现。我们所有的法律活动都不能脱离现有的法律体系，法律漏洞的补充尤其要与现有的法律精神和目的相符合，这也是法律对我们的要求。

（三）习惯法补充法律漏洞的途径

通过对习惯法及法律漏洞补充相关问题的研究，对于习惯法可以参与法律漏

洞的补充是可以肯定的，接下来需要对习惯法补充法律漏洞的途径或者方式进行讨论。

1. 通过立法上升为法律

前文在讨论习惯法补充法律漏洞时对其理论基础有过相关的论述，其中认知渊源部分涉及到习惯法的空心化现象。立法层面就是指某个习惯经过立法的程序，被法典化或法律化，可以直接成为法律依据。虽然习惯法被认为是在成文法时代已经强烈地萎缩了。⁸¹但是，从另一个角度来看，习惯法以另一种形式发挥着作用，并没有丧失其作为一种社会规则最本质的意义。

显然，对习惯进行统计，这项工作不仅工作量大到难以想象，其复杂程度也足以让人望而却步。习惯一直在被人们使用，但是历史上从来没有对其进行过统计，具体有多少个，是难以计算和统计的。另外，我国幅员辽阔，自然环境复杂，南北东西风土人情差异巨大，加之少数民族众多，民族之间的习惯风俗也大相径庭，尤其当代中国对少数民族的习惯及其重视和尊重。并且，在部分地区五里不同风，十里不同俗的情况并不鲜见。在这种情况下，要对我国各地区的习惯进行数量化和汇总是现实的。

在立法层面，我们所要做的并不是也不可能上面所讲的那样对全部的习惯进行整理和汇总。目前我们需要做的也是正在做的是对那些优秀的、积极的、良善的、生命力强的习惯予以肯定，这是国家实现法治的需要，也是维护社会稳定，传承传统文化的需要。⁸²这项工作不论是从量的角度还是从难度来说，都是极其不易的。而且，时间上也需要长期的坚持，并且相关人员不仅要具备良好的成文法素质，还要对其工作区域的情况有相当程度的了解才能为工作的顺利进行提供保障。

2. 通过司法被援引为裁判依据

目前，习惯法参与法律漏洞补充主要就是通过司法途径。这种途径包括两个方面：其一，习惯法的理性化，即将经验层面的习惯上升成理性的法律。其二，习惯法的可诉性。⁸³很显然，我们相信司法的理性，也认为并相信只有经由司法理性所确认的习惯才能成为习惯法。在这一点上，大陆法系与英美法系的学者们的观点是一致的。英美法系的法学家奥斯丁认为习惯法的基础就是法院将其作为判决的理由，哈特认为习惯在被法律承认之前是不具有法律的地位的。⁸⁴习惯法的可诉性，也就是可以被法官适用于个案的判决之中，法官依据其权力和权威在符合相关规则的情况下通过一定的程序对案件进行判决，并以习惯为判决依据。这种可诉性也可以理解为习惯作为一种社会规则在法律体系中的可诉性，即是检验某个习惯能否被司法采纳予以适用，也是司法过程中对法律漏洞进行补充的一

种具体的方式。⁸⁵习惯只有经过这样，才能被用来补充法律漏洞。

目前，习惯法补充法律漏洞的途径基本就是通过立法确认和司法援引两种。由于法律具有稳定性和权威性，在法律的立、改、废三个问题上，要保持慎重的态度。所以，通过立法渠道将部分习惯上升为习惯法的周期比较长，并且程序也比较复杂。通过被援引为裁判依据参与司法是比较常见的操作，并且因地制宜，相对灵活。

（四）习惯法在法律漏洞补充中的特殊性

1. 历史选择的特殊性

尊老爱幼，这是我们的传统美德，同样，我们对于法律也是如此。从法社会学派中有关学者的观点来看，法律具有“流变性”，是一直在变化发展的，这是从社会发展的角度对法律进行研究。沈家本在其著作《寄簃文存》中有书云：我法之不善者当去之，当去而不去，是之为悖！彼法之善者当取之，当取而不取，是之为愚。这句话也表明作者看到了法律发展的一面，需要不断地发展自身，取他人之长，完善自身。⁸⁶研究法律，须将其作为一个整体进行观察。看到法律动态发展的同时，我们也应该认识到法律的不变之处。在看待和研究问题时我们应尽量避免极端的观念，尽量使自己看的更全面，以客观的态度取对待。法律虽历经朝代更迭、主权者换了又换，但是其中一直有一些东西是没有变的，这些东西被称为价值或者理念。同样，习惯这种比法律更早的行为规则更是如此。中华文明作为世界上唯一一个得以传承至今没有中断的文明，我们文化中所保留下来的习惯以及由此得来的习惯法也蕴藏着我们民族的智慧。从大的方面来讲，家国情怀、国家大义，是每个时代都被颂扬的精神，这是我们民族的习惯也是民族精神。从小的方面来讲，尊老爱幼、赡养父母、保护环境等这些优秀的传统美德也是我们的习惯所倡导的。

如前所述，由习惯中产生的习惯法是优秀的、极具生命力的习惯。另外，从历史中经过无数次涤荡的习惯法又多了一种独特的传统性与古老性。并且，这些特性成为其显著的优势在社会的发展中依旧在发挥着作用。

2. 判决效力的特殊性

对法律漏洞进行补充，一方面为了弥补法律体系的不足，另一方面也是为了达到法律的目的，追求更好的社会效果。以习惯法对法律漏洞进行补充，其效力也具有特殊性。从习惯自身来说，习惯的形成来自于人们的信念与确信（这也是从习惯自身的特性来看）。这种信念与确信可以分为规范的与效力的。⁸⁷

首先，从规范的角度来看，形成于历史中的习惯法无论在被认定为法之前还

是之后，都是被人们遵守的行为规则。在这种规则生效的空间与时间范围内，人们按照相关规则的要求生产生活。

其次，从效力的角度来看，习惯是否拥有效力重点在于是否得到人们的尊重。对于习惯效力的尊重不仅在于按照习惯的规则行事，也在于可以预测并接受习惯带来的后果（有利或不利）。这种效力对于人们来说，既是一种权利，也是一种义务。曾有学者认为，习惯法最能适应民众的需要，以习惯法为基础制定的民法典才能更好的被人民接受。⁸⁸在论及习惯法通过司法补充法律漏洞的效力时，谢晖教授提出这一点：当然补充的效力、连带补充的效力、造法补充的效力。⁸⁹

3. 适用范围的特殊性

关于习惯法适用范围的特殊性，前文在对习惯法补充法律漏洞的规则进行相关的论述时，提到要符合习惯法的适用范围，这里也一样。主要在于司法判决的阶段，法官在寻求判决依据时，要注意相关习惯法的特殊性。不能把特定区域的推向其他区域或者直接推而广之，特定行业的习惯也不能直接适用于其他行业。除非是在相关的地区，相关的行业、相关的人群具有相同的习惯，才能进行适用。如果不加区分，强行援引为判决的依据，会导致判决的不公。⁹⁰损害法律的权威，司法的权威，甚至会削弱人们对法律的信心，不利于社会的法治建设。

通过以上论述，我们可以得知习惯法的特殊性体现在三个方面，分别是强大的生命力，判决效果的社会接受程度以及适用范围的特殊性。这些特殊性使得习惯法在对法律漏洞进行补充时产生不同于其他补充方法的效果。但是，在对法律漏洞进行补充时也不能为了追求判决效果的社会认可而滥用，要考虑该法律漏洞是否适合采用习惯法进行补充。

三、习惯法补充法律漏洞存在的问题

（一）对法律漏洞及补充方法认识的局限性

1. 法律漏洞难以被准确识别

法律漏洞的识别发生于案件的审理过程中，审理案件需要专业的人士，即法官。只有法官才能对案件进行法律的审判，这是社会发展必然带来的影响——法律活动的专业化。⁹¹但是，法律活动并不只有法官这一熟悉法律的职业群体，还有生活在社会中或许并不了解法律的当事人群体。因此，对于法律漏洞的认识，不仅包括处于司法机关中法官层面，也包括当事人层面。

随着制定法的不断健全和完善，不论是从整个的法律体系还是从各部门法内部来说，法条的数量都是相当多的。另外，最高法院与最高检察院也会对有关的法律进行司法解释。在我国，两高的司法解释是同样具有法律效力的，也可以被援引为裁决的依据，这些都为法官的判决提供了相对充分的判决依据。面对如此庞大的法律体系，法官在对个案进行判决时，最理想的状态就是从成文法中找到相关的可以直接予以适用的法条。但是，如前文在对法律漏洞的概念及成因进行介绍时提及的那样，无论如何，法律漏洞都属不可避免的。⁹²对此，美国法学家庞德认为：“无论法学家限制审判职能的纯机械理论是多么完美，司法造法的过程在所有的法律体制中总在进行而且会一直进行下去”。⁹³法律漏洞的产生或许由于立法者有意或无意而产生，或者由于立法时的思想局限性产生。但是，补充法律漏洞的工作大部分都是法官群体来承担的。⁹⁴法律漏洞的存在是被认可的，但是对于法律漏洞的补充不仅需要法官认识到法律漏洞存在的客观性，还要求法官具备识别法律漏洞的能力，掌握补充的方法，并根据其具体类型找寻合适的补充方法，使案件得到彻底的解决。

但是，法官作为司法裁决者同时也是具有思想和主观性的，同时其对于有关事物的认识也是有局限性的，这一点与立法者进行立法工作时由于时代的、社会的情况所带来的局限性类似。如亨廷顿·凯恩斯（Huntington Cairns）所说：“世界上的事物比用来描述它们的语词要多得多。”⁹⁵虽然他们努力使自己对当前所处的社会有一个全面的认识，但是总会有他们陌生的事物。对法律客观性的追求是法官忠于法律的一种方法，但是这种忠于法律的方法也会受到各方因素的影响，比如法官自身的信仰、官方的意识形态及社会上对于法律的态度。⁹⁶有些特殊的案件或许符合自始漏洞中立法者明知的类型，但是法官只意识到了前者，采用补充为明知漏洞的补充方法，对其进行弥补，这就是因为法官对于法律漏洞的认识并不充分，或许有些案件这样进行判决并会出现什么问题。但长时间下来如

果法官对此类案件形成一种思维,就难免会出现判决结果偏离立法目的和法治精神的现象。其他的法律漏洞与补充方法并不会直接展现在法官面前,随着社会的发展,案件也愈加复杂,就更需要作为裁判者的法官对其有更加清晰、全面的认识。

人们依靠暴力在街头解决矛盾的现象在当代社会已经不多,生活在现代社会的人们法律意识和权利意识都有了很大的提升,在遇到纠纷需要解决时会求助于法院,让法官依据法律条文对解决问题。虽然我国的普法活动如火如荼,群众对于法律的认识和观念都有了较大幅度的提高。但是,法律毕竟是专业性较强的事物,即便从事相关研究的人又是在也会对某些问题存在疑问。如上面提到的法律互动的专业化,专业化是社会发展的产物,有利也有弊,其弊端之一就是法律市场的垄断。⁹⁷专业化带来的相关市场的垄断,会将不从事该领域的人群自觉不自觉地隔绝在外,社会上其他的职业群体对于法律的认识或许仅停留在表面,不能强求其有深层次的理解和认知。尤其,法律漏洞被我国学者单独进行研究的时间并不久,加之需要娴熟的法律方法方面的知识技能作为基础,社会上不从事法律职业或者法律研究的人对此很难有所了解,他们很难理解法律也会有漏洞需要进行补充。这就为法官的案件判决带来了阻碍,因此,案结事未了的情况并不罕见。有些案件符合漏洞补充的条件,法官根据相关的要求找寻合适的规则进行审判,案件就结束了。但是,当事人并不能理解法官为什么要这样做,为什么没有依据有关部门法中的法条进行判决,而是转向其他的规则。以本文讨论的习惯法补充漏洞为例,法官认为当事人双方对该习惯知晓,案情也符合习惯的适用范围,法官在对习惯审查后认为符合相关的要求,就以此为依据进行审判。但是当事人的一方并不认可,其认为应以现行的相关法律进行审判。即便法官已经在裁判理由中进行了相关的说明,但是仍不能使其信服。当事人不认为法律存在漏洞,或者认为在法院处理纠纷就需要依据制定法进行审判等等,这些都是法律漏洞在当事人层面难以得到很好的解决的原因。

2. 补充方法选择的主观倾向性

司法的实质在于通过法律达到追求公正的目的,因而法官对案件的裁判应该是公正的,这也是法官忠于法律的表现。但是,公正的裁判现在看来还只是一种理想,由于其并没有明确的标准,只是作为一种原则来要求法官,属于职业道德中高层次的内容。⁹⁸当法官面对大量的案件需要进行裁判时,他只能根据所能掌握的案件事实,加上当事人提供的证据以及证言证词进行判决,这种公正只是在法官所能掌握的情况下达到的水平,是否符合真实的情况,有时并不能确定。当然,这也是由法官的中立性决定的,法官在审判过程中不能偏向任何一方,主动提出有利或者不利于一方的观点或者问题,即便有关情况是事实。曾任美国最高

法院的大法官卡多佐说过：“实际上，每个法官都在他的能力限度内立法。无疑，对法官来说，这些限度都比较局促，他只是在空白处立法，他填补着法律的空缺地带。他能走多远，这都不能在一张图表上为他标出来。”⁹⁹正如卡多佐大法官所说，每个法官都在其能力限度内进行立法。法官在进行裁判的过程中应尽量避免个人的偏好的影响，但是会受到其能力的限制，因为个人的能力在一定的时间范围内是客观的，难以得到改变的。在一定程度上，个人能力也会影响其做事时方法的选择，形成一定的思维模式。这就是我们这里要讨论的裁判者对于法律漏洞补充的选择上很有可能会存在偏好性，有可能是有意为之，也可能是在因为能力所限，未将法律漏洞与正确的补充方法结合起来。

法律漏洞的补充方法种类繁多，每种方法都有其特殊性，以至于在使用时都有要遵守的相关规则，并且有进行相关的说理和论证。在法律领域中，法官需要用辩证推理的情形被归纳为三种：（1）法律未曾规定简洁的判决原则的新情况；（2）一个问题的解决可以适用两个或两个以上互相抵触的前提但必须在他们之间做出真正选择的情形；（3）尽管存在着可以调整所受理的案件的规则或先例，但是法院在行使其所被授予的权力时考虑到该规则或先例再次争议事实背景下尚缺乏充分根据而拒绝适用的情形。¹⁰⁰这种情况在进行补充时也会遇到，就需要法官娴熟的法律技术和敏锐的判断能力，采用辩证地推理而非分析的论辩方式。¹⁰¹但是，在现实情况中，法官虽然作为裁判者时是中立的，但是其思想和判断或多或少也会受到外界的影响，比如案件当事人或者律师的辩论等，这些因素极有可能影响法官论辩方式或者漏洞补充方法的选择。这就是所谓的民意左右司法，虽然这种情况多见于传统的司法裁判，但是这种思维方式在今天也是能够产生作用的。¹⁰²

（二）对习惯法功能及意义认识的局限性

1. 习惯法的补充功能不受重视

习惯法的补充功能，可以分为两个方面，一个方面是，习惯法是否具有法律漏洞补充的功能。另一个方面是习惯法的补充功能针对何种法律漏洞，这个方面又可以分为两点：（1）认为习惯法只能针对一种法律漏洞。（2）认为习惯法可以补充多种法律漏洞。习惯法是具有法律漏洞补充功能的，这一点是肯定的。学者们的研究为其提供了理论方面和法律方面的支持。本文也有过相关的论述，就不再赘述，重点要说明的就是第二个方面。

关于习惯法用于补充什么法律漏洞的问题，在本文讨论目前法律漏洞补充存在的问题内容时有所提及。即法官虽然认识到了法律漏洞的存在，但是并没有对其类型进行正确的区分，继而对自始漏洞中的明知型漏洞采用习惯法进行补充。

这不仅是对漏洞认识错误的问题，也是对补充方式的功能不了解造成的。王利明教授认为，采用习惯法填补法律漏洞必须是特指法律没有明确规定，且法律法规也没有明确授权采用习惯来裁判案件时直接引用习惯法来裁判案件纠纷的情形。¹⁰³如果法律已经规定了在某种情况下应当适用习惯作为裁判的依据，那么这种情况就不被认为是法律漏洞，自然不需要进行补充。¹⁰⁴另外，要注意，习惯在对法律漏洞进行补充的时候，只是起到补充法律的作用，而不能修改现行法。即只有在法律存在法律漏洞的时候，才有适用法律漏洞的必要。尤其要注意，这里讲的是“法律”而非“法”，要注意两者的区分。¹⁰⁵

2. 习惯法的认定存在困难

虽然在对习惯法的认定部分已经讨论过什么样的习惯才能经过司法审查上升为习惯法，但相关的条件比较笼统。如该习惯可约束人们的行为，并且人们对其产生了确信，这一条件就比较抽象，另外关于公序良俗的理解也并不是相同的，这些抽象的标准都比较难把握。尤其是上文谈到的法典化时代带来的习惯法的空心化现象，加上社会发展带来的法律职业化现象等因素，导致从事相关法律工作的人对于习惯不甚了解，甚至当地人对当地的某些习惯都不了解，对其进行是否可以作为习惯法的认定是比较困难的。目前比较具体的可以参考的只有不违反法律的强制性规定，这一标准可以根据现行法找到依据。因此，在习惯法的认定方面，法官不仅需要具备专业的法律知识和技能素养，有时还需要借助于其他手段对习惯进行习惯法的认定工作。

3. 习惯法的补充功能未充分发挥

在个案的审判过程中，当法官在认识到法律漏洞存在的时候，就已经谨慎起来。接下来的法律漏洞的认定与识别，找寻合适的补充方法这一系列的步骤也是慎之又慎。最后若发现需要以习惯法进行补充，还需要进行习惯法的相关操作。

在这个问题上，可以借国外的司法状况来帮助理解。美国的司法发展由“规则中心主义”发展向“法官本位主义”，法官处于维护法律制度一致性和连贯性的目的，会从政策、目的及原则等实质性角度对判决的合理性进行论证。¹⁰⁶这种情况说明法官在进行案件的裁判时，个案的结果公正与否是但并非唯一的考虑因素，他们还要顾及其他因素。昂格尔所说的形式主义（formalism）向目的论法律推理（Purposive legal reasoning）或合理化分析的转变指的就是这种现象。¹⁰⁷苏力教授在论及法律活动专业化的弊端时，他认为专业化对法律运行的一个重大影响是法律判决的日益形式化。形式化有两方面，一是法官在判决时所明确的理由常常不是他们的真实理由，而只是最好的法律上的理由；¹⁰⁸二是有时尽管从法律程序上看是合理的，但结果却不合理或不尽合理。¹⁰⁹除此之外，法律活

动专业化带来的另一个弊端就是繁文缛节过多，法官的注意力会分散到细节性的、程序性的、普遍性的问题上，而影响到对事实问题以及具体案件是非的关注。¹¹⁰

如上所述，法官所处社会的政治因素、社会需要、成文法的体系以及法律的目的追求都会对法官产生影响。习惯法作为法律漏洞补充的方式，其本身又比较特殊，所以，法官在工作中相比较其他的补充方式更加谨慎，这样反而不能很好的发挥习惯法的补充功能。

（三）法律技术不能满足司法实践的需要

这里所说的技术层面，指的不仅仅是本文讨论的法律漏洞的认定及补充，包括的是法律方法所涵盖的技术性内容。我国关于法律方法（或者法学方法）的研究历史并不长，就其内容来讲，主要有以下这些：法律思维、法律发现、法律判断、法律解释、法律推理、法律论证、法律漏洞补充以及法律职业伦理等内容，法律方法作为一种职业性的思维和技术是法律共同体必须具备的。¹¹¹王泽鉴教授认为，通过法律方法的学习我们能获得三种能力，分别是法律知识、法律思维与解决争议的能力。具备这三种能力才能使一个法律人依法律实现正义（Justice According to Law），才能担负起自己身为一个法律人的责任。¹¹²另外，针对法官群体，有学者认为要同时具备两方面的能力，系统的法律知识与适用法律的基本技能——诀窍、经验以及“聪明能干”。缺乏其中的任何一个方面，都不能真正满足法律职业的要求。¹¹³

但是，由于我国的法律方法的研究起步较晚，相关的体系还未健全，法律方法的教育工作则显得更加落后。比如，南京大学法学院讲法律方法课程安排给了大四的本科法学生以及法律硕士，浙江大学光华法学院将法律方法作为一门研究型课程来设置。¹¹⁴甚至一些法学院校并未开设相关的法律方法课程，学生们对此仅仅是从法理学课程中得到些许的信息，但是并不全面。在此之前的法律人并未受过系统的法律方法学习和训练，虽然他们在工作中通过实务逐渐掌握了一些用得到的相关技能，法官群体也是这样。法律人尤其是当法官群体的职业技术并不是很过硬的情况下，对于漏洞的补充也是会带来影响的。

四、习惯法补充法律漏洞的建议

（一）充分认识习惯法之于法律漏洞的意义与价值

如何更好地发挥习惯法对法律漏洞的补充作用，还是要回到法律漏洞和习惯法二者自身。

1. 全面认识法律漏洞

（1）客观认真对待法律漏洞。这要求法律人尤其是承担审判工作的法官群体，认识到法律存在漏洞只是一个前提，在遇到个案需要进行法律漏洞补充时不能回避，要采取积极的态度，找寻合适的补充方法。

（2）能够正确地识别和分辨法律漏洞。在案件的审判过程中，法官需要凭借个人的法律职业技能察觉到法律漏洞存在的可能性。在此之后，还需要对之类别进行区分，这也是对法律漏洞进行补充很重要的一步，因为不同的法律漏洞所采取的补充方法是不同的。

（3）掌握法律漏洞补充的各项原则和规则。法律漏洞的补充并不是随意为之的，需要遵循一定的原则和规则。否则，个案的判决可能会出现违背法律的情况，甚至对以后类似的案件带来错误的影响。

2. 全面认识习惯法

从习惯法层面来看，涉及到对习惯法价值的认可以及习惯法的认定两个方面。

（1）明确习惯法的价值

之所以讨论习惯法对法律漏洞的补充，是因为习惯法有其特殊的价值，这些特殊的价值需要我们去发现和认识。本文在论述习惯法补充法律漏洞的特殊性时，提到的过一些，这里再进行相关的补充。

谢晖教授认为，立法者之所以在繁多的社会规范中选择习惯来对法律漏洞进行补充，理由主要有以下几点：一是习惯的积淀古老的特性。习惯作为一种社会规范是凝聚了人类的智慧和精神的，其中所蕴含的一些根深蒂固价值或理念是符合社会的需要的。二是就是上文已经提到过的信念及确信，这里不再赘述。三是权威与互补。习惯形成于人类对于稳定秩序的追求，反过来，经过长时间的遵守和执行，习惯获得了较高的地位与权威。并且，习惯法与制定法之间并不是完全割裂的，二者之间存在牵连，因而习惯法可以用来补充法律漏洞，彼此之间形成一种互补的关系。四、立法及可诉。法律漏洞的补充既有从法律内部进行的，也有寻求外部救济的，适用习惯法就是外部救济。在成文法国家司法通过将习惯上升为习惯法对法律漏洞进行补充，判例法国家则依据习惯生成判例。虽然方法不

同，但都使习惯成为了判决的依据，获得了法律的认可，具有了法律的属性。¹¹⁵

王利明教授认为，习惯法之所以能作为法源来补充法律漏洞，主要在这几个方面：其一，习惯法之习惯具有长期性、恒定性、内心确信性。稳定性也是成文法所具有并追求的特性。恒定性即反复适用性，历经时代变迁，亦能得到留存和遵守。内心确信性也就是其具有的权威性。其二，具有具体行为规则的属性。能够在经司法审查上升为习惯法的习惯不同于人们你所追求的道德，其内容是明确的，界限是明晰的，具有指引性。其三，具有可证明性。习惯法所具有的可证明性来自于人们对其的内心确信，并且习惯法本身也是一种社会事实，可以被证实。¹¹⁶

这些特殊价值使习惯得以传承到今天的原因，也是其可以被认定为习惯法作为法源的重要因素。认识和了解这些价值对于习惯法补充法漏洞的功能的充分发挥是十分必要的。

（2）习惯法的认定

至于习惯法的认定，前文已经谈到要遵守的规则。这里要谈的是认定习惯法的标准，目前比较明确的就是不得违反法律的强制性规定。

正如在习惯法填补法律漏洞存在的问题中所提到的，习惯法的认定虽有规则，但是并不是明确的标准，不便于操作。王利明教授认为，为了使那些好的、积极的习惯成为法源，应该在民法总则的部分进行明确的规定，只有符合法律规定和公序良俗的习惯才能成为民法的渊源。另外，关于习惯法不得违反法律强制性的规定，王教授也认为应明确其是否包括民法的基本原则。并且，他认为由于民法的基本原则体现了民法的基本价值理念的，习惯法应与之相符合，不能违反。但是在实际情况中也会出现习惯与民法基本原则相违背的情况，那么此时，习惯法的认定就违背了相关的规则。¹¹⁷虽然没有相应的明确标准，但是我们可以借助外部力量来进行认定。比如可以在组织专家学者对不确定是否符合习惯法认定要求的习惯进行讨论和研究，当然讨论要根据当地的实际情况以及个案的具体情况是否可以适用。另外，还可以通过走访了解当地的一些德高望重的人群，从他们那里获得某些习惯的相关信息，帮助对其进行司法审查。当然，习惯法的认定并不止这么简单，如果要形成一定的范式，还需要我们长期的探索和努力。

（二）法律漏洞补充要合乎技术标准与规则

1. 法律解释须符合规则

法律解释包括很多种方法，字义解释（包括扩大、限制、字面含义三种）、体系解释（包括寻求其他条款或法律以及用整体解释部分或个别两种）、历史解

释（从历史资料、背景、演变出发，分为主观和客观两种）。之所以需要对法律进行解释，因为相关的法律规定不明确。法律解释的对象是法律文本，目的是确定立法者的原意。¹¹⁸耶林说：“法律目的是全部法律的创造者”。¹¹⁹通过法律解释，我们能发现法律的客观目的和意义，这也使得我们所进行的法律工作不偏离法律的宗旨和目标。

如本文所说的那样，当习惯法参与到司法审判中并被作为裁判依据的时候，就成为了法律，与法律具有同样的属性。因此，法官不需要再对该习惯法为什么能够适用于此案进行论证说明。¹²⁰但是，法官在法庭宣读判决并敲响法槌时，案件只是在法定程序上结束了，案件还要经过社会的审判。而且，有的时候社会对于一个案件的审判比法庭的判决来的更快，并且在人们心中形成一种印象。当法庭的判决与社会的判决有出入时，法官对于习惯法的解释就要经得起推敲，其前提就是要符合法律解释的要求。

2. 司法推理须符合规范

法律推理 (Legal Reasoning)，指的是运用路基三段论等方法，发现大前提、验证大前提与小前提的连接关系。这虽是英美法系普遍采用的概念，但并不是英美法系独有的。在英美法系中，法官和律师通过一定的方法，解释法律和人们行为之间的关系，进而预知和解决社会中大量纠纷。¹²¹大陆法系的法律推理，就是运用逻辑的、语义的、伦理的等多种方式进行推理。从包含的关系来看，法律推理包含司法推理、经验推理和价值判断推理等多种模式。¹²²这里所谈的法律推理指的是司法三段论的推理。

习惯法对法律漏洞的补充是从司法环节进行的，当然要符合司法推理的过程要求。从司法三段论的特点来讲，有以下几点：第一点，司法推理是一种演绎式逻辑推理，且具有个性化的特点。第二点，司法推理须依据现行法进行。第三点，司法推理要始终依据个案的事实和法律规范进行，不能偏离。¹²³其基本要求有以下几个方面：首先，要保证大前提的准确性。这要求被作为裁判依据的大前提是特定的案件具有紧密的联系。（为了保证大前提的准确性，法官在找寻的时候应该做到这以下四点：其一，须针对个案寻找最密切联系的法律规范，不可以抽象的法律原则进行代替。其二，大前提的含义需要通过解释进行明确，并验证是否可以适用于待裁判的案件。其三，大前提的援引必须有必要的论证，不得随意引用。其四，法官要尊重法律文本的意思和意旨，不能对法律随意曲解。）其次，要保证作为小前提的要件事实的对应性。法官在裁判时要找到与法律规范所能对应的要件事实，仔细比照。再次，案件于法律规范之间连接的有效性。就是将寻找到的与案件事实联系密切的法律规范适用于具体的案件。最后，要保证结论的可验性。指的是法官的推理过程和结论能被社会上的一般人理解。并且能够检验

裁判的结论是否正确。¹²⁴

在援引习惯法作为裁判的依据时，同样要经过司法推理的过程，这一过程于适用法律的推理过程一样，要符合上述要求。

3. 法律论证须支持司法推理

这里的法律论证指的是，通过提出理由（前提），以证明裁判结论的正当性和妥当性的活动。法律论证一般是在司法推理的框架下进行的，司法推理的过程也总是会伴随着法律论证。在进行司法推理和法律论证的过程总，法官要注意裁判的结论是否妥当，注意裁判结果对社会的影响。¹²⁵法律论证虽然处于辅助的地位，但是缺少了法律论证，由司法推理得出的结论的正当性就会很容易受到质疑。

因此，法律论证的目的是为司法推理提供支持，证明由司法推理达到的裁判结果是合理的。习惯法用于补充法律漏洞时也必须要有法律论证，并且为其产生的法律效果提供支持。

4. 价值判断与利益衡量须体现法律精神

价值判断，指的是法官在审理案件的过程中，根据一定的价值取向对存在争议的法律利益进行判断，并达到维护公平正义的目的。¹²⁶在民事审判中，少不了价值判断，其为司法推理的正确运行提供了保障（包括大小前提的正确确定，实现二者之间的正确连接，寻找妥当的结论）。同样，价值判断也是在司法推理的框架内进行的，法官在法律规范内做出价值判断，而非简单的以立法者的价值进行司法审判。并且，做出价值判断的同时，也要符合立法的目的和宗旨。¹²⁷当然，价值判断具有很明显的主观性。因此，需要对其进行规范，避免法官恣意行使价值判断的权力。首先，法官在进行价值判断是时候要严格地在法律框架中，不可越界。其次，法官的价值判断要以立法者立法时的价值判断为目标，符合法律体系的价值追求。

利益衡量或叫做利益考量，即当各方的利益存在冲突时，法官对社会公共利益、当事人的利益等各种利益进行考量，以寻求各方利益的妥当平衡。利益衡量有以下特点：其一，利益衡量是针对个案进行的，比不是对社会上所有的利益进行衡量。其二，利益衡量的依据时一定的价值取向，并不是无目的的（所依据的价值取向一般为公平正义）。其三，利益衡量方法的采用需要根据个案的具体情况进行选择。其四，利益衡量是在法律规范之内的衡量。五，主要被运用于法律解释和适用环节。¹²⁸

价值判断所追求的价值最终还需要通过具体的利益追求体现，利益衡量时价值判断的方法。二者有关系也有区别，但是其共同作用的目的就是实现法律的最终目标，实现社会的公平正义，维护社会秩序。因此，采用习惯法补充法律漏洞

时，其过程和结论都要符合价值判断和利益衡量的要求。

（三）习惯法补充法律漏洞的起点在法律思维模式的培养

法律思维，又可以叫做法律职业思维，指的是法律人对法律问题的思维，属于逻辑思维的一种。法律思维有狭义与广义之分，狭义的仅指与个案有关的思维，广义的则包括“法学思维”在内。这里的法律思维指的就是狭义的法律思维，具体来说就是主要以法律知识为基础，以法律概念和法律语言为工具，应用法律技术寻求正当法律结论的思维活动。¹²⁹法律思维具有以下特点：其一，法律思维要求在“真”的基础上达到“求正”的目的，也是思维的方向。其二，法律思维指向的是个案，追求的是个案的正义。其三，法律思维以法律为依据，任何时候，法律思维都不能脱离法律，凭空想象。其四，法律思维是在法律程序中进行的。其五，法律思维以证据为基础进行，并对证据进行思考。其六，法律思维的进行需要严格地遵守逻辑思维。

法官在司法裁判的过程中，无论是正常的依据制定法还是需要漏洞补充，都必须进行法律思维，法律思维必须符合上述特点，否则就会导致思维方向出现偏差，得到错误的结论。

五、习惯法补充法律漏洞的相关思考

以习惯法补充法律漏洞，近几年来由不少的学者进行探讨。之所以出现这种热潮，就是因为习惯法得特殊性。在制定法的时代，由于各种原因我们不能避免法律漏洞的存在，要转向历史，走向社会，寻找散落在民间的习惯补充法律的漏洞。对此，我们或许可以思考以下几个方面。

（一）理论研究需注重整体的协调性

法理，顾名思义法之道理，这只是简单的字面意思的理解，如果真正从学科研究的角度，目前并没有一个确定统一的概念。¹³⁰从法理层面进行思考的话，就需要考虑相当多的因素，譬如法源的理论、法律体系、法律效力、法律关系、法律方法、法律发展等等内容。现在法学专业所学的“法理学”，从其语词的最原本的意义进行理解，指的就是关于法律的知识和技术。¹³¹自法理学被当成一种科学和学科来对待起，学者们就对其研究对象和研究方法进行反复地讨论和验证，如边沁、奥斯丁、博登海默、波斯纳等等。学者们力图对其研究范围进行界定，并希望有一个完整的关于“法理学”的定义，但囿于学者们出发点不同，所看到的研究对象也会有所不同，始终不能有一个相对统一的概念和界限。如果对这些学者们下的定义进行总结，我们总能发现少不了“本质”、“思想”、“一般理论”、“基本”、“本身”这些类似的语词。法理学传入我国被作为一个学科开始研究，肇始于清朝末期。¹³²发展到目前也有不少的论述文献，如张文显教授、付子堂教授、沈宗灵教授、公丕祥教授等不同团队主编的法理学教材，另外周永坤教授、张文显教授等人也有相关的专著。关于学科的研究对象以及学科概念的定义也是不尽相同，但总体情况与国外类似，学者们都是在围绕法律的本质、思想、规律、等等最基本和最一般的内容进行研究。目前，国内关于法理学的研究对象能够得到普遍认可的就是“一般法”，但是对于一般法的理解也要注意，只是与一般法有关的普遍性的和根本性的问题，并不是指所有关于一般法的问题都是法理学的研究内容。¹³³

制定法也是属于一般法的内容，我们如果想要对制定法中的问题研究得到相对正确的结论，也要从其最一般、最基本的问题入手。制定法是一个有严密逻辑结构的体系，若要对其中一块或者一个内容进行研究，也不得不把有关的因素纳入考虑范围，例如该法律的制定、解释、和司法适用环节，甚至原本认为不相关的东西都与其有着密切的关联，可谓牵一发而动全身。如张文显教授曾指出，法理因其具有的极其广泛而深刻的实践基础，以及人类在每个环节都需要它来进行规范和引导，而时刻都在影响着人类。比如立法、司法、政治与公共生活中都不

能缺少法理的参与。¹³⁴

以本文研究的习惯法对法律漏洞的补充为例，漏洞的产生原因之一就在于制定法是一个相对逻辑严密的体系，但是在立法的时候由于主观和客观的原因，无法为将来的所有事情制定全面、详细的规范，无法时刻保持制定法体系的圆满状态。法官在裁判过程中遇到法律漏洞需要处理的时候，不仅要考虑立法者的意图和蕴含在法律中的精神追求，还要考虑该部门法有关条文之间得联系以及其他部门法与之的联系，还有上文提到的隐藏在政治生活以及公共生活中的诸多因素。

英文中有一个单词叫“function”，这个单词的名词含义有“作用、功能、机能、职能”等，从动词的角度可以理解为“起作用、正常工作和运转”。我们的理论研究的内容与目的可以借用这个单词来进行表达，如上所述，我们研究的对象目前来说的“一般法”，具体来说还是其作用、功能、机能等内容，以及这些内容的基础来源，而我们的目的则是为了促进法律的正常工作和运转，促进法学研究的发展。法律人从过去但现在，而且将来也必将继续致力于这项工作。张文显教授曾撰文对我国法学的法理时代做出过设想，他认为这个时代会有这些特征：首先，将来的法理学研究的中心主题会更加“法理化”，更加注重法治的实践效果和法律在社会生活中的情况。其次，对于部门法的研究也会经历一个法理化的过程，对部门法的研究对象、研究范围和方式都会有相应的变化。再者，就是我国法治的法理化，这意味着我国的法治是全方位的，是形式与实质的统一。¹³⁵张教授对于法理时代的设想是全方位、多领域的、这是我们在法学研究中要注意的问题，也是要努力达成的目标。

（二）全面认识和学习法律方法

法律方法，已经讲过即是法律技能或技术，是我们实现法律目的，达到公平正义的工具。如果从一个总的角度来看，法律方法可以看成是理解、解释和应用法律的方法，具体包括法律思维方法、法律应用技巧、技艺和法律方法体系三个方面。¹³⁶法律方法中所包含的每部分内容并不是彼此孤立的，而是互相关联的，互为依托。法律方法在案件与法律规范之间起到沟通彼此的作用，这也需要其内部的各个部分的内容互相配合，相互协调。

我国的法律方法研究起步较晚，大概始于上世纪 80 年代末 90 年代初这个时间段。短短数十年的时间里，经历了从无到有，由简单到复杂，从模仿到关注自我的过程，也取得了相当丰硕的成果。但是，目前我国的法律方法的发展还存在一定的问题，一方面是理论界与实务界缺乏有效、充分的沟通；另一方面虽开始关注我国的实际情况，但是并未对我国的社会状况和历史文化有足够的关注。不论是理论层面的法学研究，还是具体的法律制定、执法和司法环节，都是具有建

设性的，既然是建设性的，就要有一定的基础，如果脱离其所在的环境和人文基础，就会经不住时间的检验，从而被摧毁、被遗忘。在一般人看来，法律方法是从事法律工作的律师、法官等人群处理法律问题和裁判案件必须使用的方法。但是，陈金钊教授指出、法律方法实际上是为即将从事这些工作的人群，也就是法学学生准备的。陈教授认为，掌握了法律方法未必就能办好案件，“法无定法，规无常距”才是常态，只有对法律方法真正消化和理解，并能够灵活地加以运用才能处理好具体的案件。但是，法律方法对于即将从事法律实务工作的人来说又是必须学习和掌握的。¹³⁷

如何提升自身的法律方法水平呢，如果能够掌握其特征，或许有助于我们这方面的成长，其特征主要包括四个方面：其一，方法的可操作性。即法律工作者可以凭借法律方法根据案件事实、寻找到合适的法律依据，通过解释、推理、论证得出相应的结论。其二，结论的独断性。即通过法律方法得到的案件结果是发和法律的原则和精神追求的。其三，某种程度上对法律具有创造性。即法律工作者运用法律方法的目的是维护社会的公平正义，达到立法所追求的目标，法律意义的构建是开放的。其四，效率性。即我们使用法律方法不仅是为了得到案件的结果，而且是为了较快地得到发和法律规定、令人满意的结果。另外，还要客观对待法律方法。方法只是我们达到目标的手段和技术，掌握方法有助于我们的工作，但是不能绝对地依靠方法，不能把法律方法奉为绝对奉行的原则和准则。在具体的方法选择和应用上还得根据案件的实际情况来定。而且，作为法律人，从事法律工作我们要保持尽量理性、尽可能地保持中立的地位，尤其是从事审判工作的法官群体。但是，作为操作主体的人，必然会带有不同程度的偏见，如若不予克服，在此基础上运用法律方法去解决案件或许会得到不正确的结果。¹³⁸

法律方法技能的学习和提升，需要我们对内容有一个全面的了解，掌握其特征，并在具体的操作过程中遵守相关的规则和程序。另外，如文中所言，方法的运用和选择是灵活的，并不能进行机械的照搬和操作。当然，这不仅需要理论层面的学习，更需要经过长时间的实务训练才能达成。

（三）注重法律思维的培养

法律思维作为法律人特有的一种职业思维，是法律人认识、研究法律现象，通过法律解决、处理社会冲突、纠纷的一种职业思维方式、思维模式、思维取向和思维习惯。¹³⁹虽然为法律人特有，但是也有不同的类型。比如陈金钊教授将其分为涵摄型思维、类型思维与反省式思维三种，类型不同、过程不同、作用不同。涵摄型思维作为法律思维的主要模式，以三段论为基础，即将法律法规适用于要调整的对象。类型思维是一种实质思维，用以弥补前一种思维的不足。反省式思

维是运用形式逻辑的规定对法律判断进行反思的思维。¹⁴⁰法律职业思维，体现了法律人对于法律的忠诚，陈金钊教授认为法律思维本身就是对法律表达忠诚的形式。¹⁴¹

作为法律人，我们在培养自身法律思维的同时，要注意到法律思维的种种特点，以及思维的过程，做一个忠于法律的法律人。具体来说，法律思维的特点可以归纳为三点：法律思维具有规则理性（即严格遵守法律规范）、形式理性（即思维符合逻辑）和确定理性（即根据确定的法律依据得到确定的结论）。¹⁴²在掌握其特点的基础上，通过按照法律思维发生的过程进行，可以得到结论。法律思维的一般过程包括：客体的形成、客体的重构和结论的产生三个环节。简单来说，就是首先要把要处理的具体案件中各种有关的案件事实进行整理，另外找寻相关的可以依据的法律，也可以称其为事实性材料和规范性材料。然后，按照法律规定的程序对案件事实进行认定。最后将案件事实与法律相结合得出结论。¹⁴³

法律方法的具体操作也是在法律思维的指导下进行的，¹⁴⁴可以说，法律思维时刻在影响着法律人的工作状态和工作结果。因此，法律思维对于不论是已经从事法律工作的人还是即将从事法律工作的法学生来说，都是非常重要的。我们需要在理解其内容、类型的基础上，掌握其特点，然后根据其发生的过程来指导和训练自身形成相对正确的、熟练的法律思维。

总结

法律的制定过程决定了其运行与发展过程中必然伴随着法律漏洞的存在,这是不可避免的。经过学者们长期的研究,对法律漏洞的产生原因进行了细致的总结,且对其进行了详细的分类,另外也根据不同的类型探索出了相应的补充方法。在此基础上,我们能够对法律漏洞的相关内容有一个相对清晰的认识。在对其进行补充时,需要对法律漏洞有一个整体的了解,在肯定法律漏洞存在的基础上正确识别其类型,进而找寻合适的补充方法。习惯法作为一种特殊的规范形式,其法源地位曾一度受到质疑。基于习惯法自身所具有的特殊性,对其与法律漏洞的补充进行研究。从习惯法是否能被作为法源应用到个案的审判中,再到习惯法如何认定与选择,如何补充法律漏洞,以及补充法律漏洞要遵守的规则等环节,都需要对法律漏洞以及习惯法有较为充分的了解和把握。对于习惯法补充法律漏洞的相关问题的解决,首先需要我们对法律漏洞和习惯法有一个相对客观的认识,正确对待。在进行补充的具体操作过程中,遵守法律漏洞补充的相关原则以及具体规则。并且,要把握我国法律体系所蕴含的精神、价值和追求,这是我们所有法律活动所追求的。

当然,此项工作的完成,我们需要经过系统的法律知识与方法的学习与训练,对于法律的产生、发展与运行有一个整体的把握,使自己形成正确的法律思维模式,并且不断提升自身在法律推理、法律解释、法律发现等方面的技能水平。如此,才能在司法实践中妥善的解决遇到的问题。总之,采用习惯法补充法律漏洞仍需要我们进行更加深入的研究和学习,探索出更加贴合我国国情,且便于操作的方法,推进我国的社会主义法治建设。

由于个人能力有限,加之不能穷尽相关的文献资料,必有遗漏与不足之处,望请谅解。

注释

- [1] 王利明. 论习惯作为民法渊源[J]. 法学杂志, 2016, 37(11):1-8.
- [2] 高其才. 当代中国法律对习惯的认可[J]. 政法论丛, 2014(01):23.
- [3] 高其才. 民法典编纂应当承认和肯定优秀民事习惯[J]. 人民法治, 2016(06):47.
- [4] 详参高其才. 尊重生活、承续传统: 民法典编纂与民事习惯[J]. 法学杂志, 2016, 37(04):26-36.
- [5] 详参高其才. 民法典中的习惯法: 界定、内容和意义[J]. 甘肃政法大学学报, 2020(05):19-28.
- [6] 谢晖. 论司法对法律漏洞的习惯救济——以“可以适用习惯”为基础[J]. 中南大学学报(社会科学版), 2020, 26(01):53.
- [7] 贾焕银. 漏洞补充中的民间法——一个框架性的分析[J]. 民间法, 2008, 7(00):220-236.
- [8] 周永坤. 法理学——全球视野[M]. 北京: 法律出版社, 2010:342.
- [9] 周教授认为, 这里所讨论的“法律”指的是制定法。如果我们将包括次要法源的各种法律包括在内, 那么法律体系可以说时完备的, 不存在漏洞。法律漏洞的存在是客观的, 但是并没有英美法学家眼中的那样严重。详参周永坤. 法理学——全球视野[M]. 北京: 法律出版社, 2010:342.
- [10] [德]伯恩·魏德士. 法理学[M]. 丁小春 吴越译, 北京: 法律出版社, 2003:362. 转引自祁春轶. 论我国法律漏洞领域的法律适用: 方法论的法哲学思考[D]. 中国政法大学, 2005.
- [11] 黄茂荣. 法学方法与现代民法[M]. 台湾: 台湾大学法律学系法学丛书编辑委员会, 1993. 转引自刘士国. 法律漏洞及其补充方法[J]. 人大法律评论, 2010(01):209.
- [12] [德]卡尔·拉伦茨. 法学方法论, 陈爱娥译, 北京: 商务印书馆, 2003, 251.
- [13] 王泽鉴. 民法思维: 请求权基础理论体系, 北京: 北京大学出版社, 2009, 196-197.
- [14] 杨仁寿. 法学方法论. 北京: 中国政法大学出版社, 2013年, 185.
- [15] 王利明. 法学方法论[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2012:483.
- [16] 王利明. 法学方法论[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2012:484.
- [17] 王利明. 法学方法论[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2012:484-487.
- [18] 梁慧星. 民法解释学[M]. 中国政法大学出版社, 1995:31. 转引自黄敏. 法律漏洞的认定与填补[D]. 江西财经大学, 2018, 6.
- [19] [德]弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼. 论立法与法学的当代使命[M] (第5版) 许章润译. 北京: 中国法制出版社, 2001:34.
- [20] 严存生. 《西方法律思想史》, 中国法制出版社 2012年版, 281.
- [21] [美]本杰明·卡多佐. 《司法过程的性质》, 苏力译, 商务印书馆 1997年版, 76.
- [22] [德]卡尔·拉伦茨. 法学方法论, 陈爱娥译, 北京: 商务印书馆, 2003, 85.
- [23] 黄茂荣. 法学方法与现代民法[M]. 北京: 法律出版社, 2007:427.
- [24] [德]卡尔·拉伦茨. 法学方法论, 陈爱娥译, 北京: 商务印书馆, 2003:253.
- [25] [德]伯恩·魏德士. 法理学[M]. 丁小春 吴越译, 北京: 法律出版社, 2003:365.
- [26] [德]卡尔·拉伦茨. 法学方法论, 陈爱娥译, 北京: 商务印书馆, 2003:254-257.
- [27] 详参王利明. 法学方法论[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2012:490-491.
- [28] [德]伯恩·魏德士. 法理学[M]. 丁小春 吴越译, 北京: 法律出版社, 2003:347.
- [29] 详参张文显主编. 法理学[M] (第5版). 北京: 高等教育出版社, 2018:115-117.
- [30] 关于部分漏洞, 王教授以当时适用的《民法通则》第93条关于无因管理的规定, 我国现行的《民法典》中第三编合同中第三分编准合同中第二十八章无因管理中第979条规定相同。详参王利明. 法学方法论[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2012:489-494.
- [31] [德]卡尔·拉伦茨. 法学方法论, 陈爱娥译, 北京: 商务印书馆, 2003:255.
- [32] 祁春轶. 论我国法律漏洞领域的法律适用: 方法论的法哲学思考[D]. 中国政法大学, 2005:12.
- [33] 郑永流. 法律方法阶梯 (第三版) [M]. 北京: 北京大学出版社. 2015:164-167.

- [34] [德]卡尔·拉伦茨. 法学方法论, 陈爱娥译, 北京: 商务印书馆, 2003: 76.
- [35] 王利明. 法学方法论[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2012: 487-489.
- 关于第二点, 王教授列举我国当时的《物权法》第 151 条关于集体所有土地作为建设用地的规定。通过查找相关的法条, 我国现行的《民法典》第二编物权中第三分编关于用益物权中的第十二章建设用地使用权中第三百五十三条以及第十三章宅基地使用权中第三百六十三条都有类似的规定。
- [36] 黄茂荣. 法学方法与现代民法[M]. 北京: 法律出版社, 2007: 440-441.
- [37] 王利明. 法学方法论[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2012: 494.
- [38] [德]卡尔·拉伦茨. 法学方法论, 陈爱娥译, 北京: 商务印书馆, 2003: 277-278.
- [39] 黄茂荣. 法学方法与现代民法[M]. 北京: 法律出版社, 2007: 278.
- [40] 王利明. 法学方法论[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2012: 499-551.
- [41] 王利明. 法学方法论[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2012: 494-499.
- [42] 梁慧星. 民法解释学[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1997: 277-279.
- [43] 黄茂荣. 法学方法与现代民法[M]. 北京: 法律出版社, 2007: 483.
- [44] 严存生教授于 2003 年在《法学论坛》第一期发表的一篇名为《作为技术的法律方法》文章中, 认为我国目前讨论的“法律方法”的主要内容, 在西方法学界特别是社会法学界, 是被作为法律的技术问题来认识和对的。在这里也称之为技术。
- [45] 梁慧星. 民法解释学[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1997: 264-267.
- [46] 黄茂荣. 法学方法与现代民法, 368. 转引自梁慧星. 民法解释学[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1997: 264-265.
- [47] 杨仁寿. 法学方法论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2013. 142-145.
- [48] 张文显主编. 法理学[M] (第 5 版). 北京: 高等教育出版社, 2018: 90.
- [49] 参见[美]E·博登海默. 法理学法律哲学与法律方法[M], 邓正来译, 北京: 中国政法大学出版社, 1998: 469.
- [50] 郑永流. 法的有效性性与有效的法——分析框架的建构和经验实证描述[J]. 法制与社会发展, 2002(02): 24-25.
- [51] 郑永流. 法律方法阶梯 (第三版) [M]. 北京: 北京大学出版社, 2015: 42.
- [52] 参见高其才. 当代中国法律对习惯的认可[J]. 政法论丛, 2014(01): 24-25.
- [53] 杨仁寿. 法学方法论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2013 年: 207.
- [54] [美]E·博登海默. 法理学法律哲学与法律方法[M], 邓正来译, 北京: 中国政法大学出版社, 1998: 23.
- [55] Vgl. Ludwig Enneccerus und Hans Carl Nipperdey, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1 (Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts), 15. Aufl., Mohr, 1959, S. 261. 转引自雷磊. 习惯作为法源?——以《民法总则》第 10 条为出发点[J]. 环球法律评论, 2019, 41(04): 59.
- [56] 陈金钊主编. 法律方法论[M]. 北京: 北京大学出版社, 2013: 81.
- [57] 梁治平. 清代习惯法: 社会与国家[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1996: 36、127-128. 转引自贾焕银. 漏洞补充中的民间法——一个框架性的分析[J]. 民间法, 2008, 7(00): 2
- [58] 苏力. 法治及其本土资源 (第三版) [M]. 北京: 北京大学出版社, 2015: 48.
- [59] 参见王利明. 法学方法论[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2012: 528.
- [60] 杨仁寿. 法学方法论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2013 年: 207.
- [61] 雷磊. 习惯作为法源?——以《民法总则》第 10 条为出发点[J]. 环球法律评论, 2019, 41(04): 59.
- [62] 王利明. 法学方法论[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2012: 526-529
- [63] 详参彭中礼. 法律渊源论[D]. 山东大学, 2012: 197-206.
- [64] 杨仁寿. 法学方法论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2013 年: 208.
- [65] 参见许德风: 法教义学的应用[J], 中外法学 2013 年第 5 期, 937、955. 转引自雷磊. 习惯作为法源?——以《民法总则》第 10 条为出发点[J]. 环球法律评论, 2019, 41(04): 54.
- [66] 参见刘幸义: 法律概念与体系结构[M]; 翰芦图书出版有限公司 2015, 9. 转引自雷磊. 习

- 惯作为法源?——以《民法总则》第10条为出发点[J]. 环球法律评论, 2019, 41(04):54.
- [67] See Antonino Rotolo, A Theory or a Dogmatics of Legal Sources? Replay to Riccardo Guastini, 20 Ratio Juris, 2007:329. 转引自雷磊. 习惯作为法源?——以《民法总则》第10条为出发点[J]. 环球法律评论, 2019, 41(04):54.
- [68] 雷磊. 习惯作为法源?——以《民法总则》第10条为出发点[J]. 环球法律评论, 2019, 41(04):54-55.
- [69] 雷磊. 习惯作为法源?——以《民法总则》第10条为出发点[J]. 环球法律评论, 2019, 41(04):55-58.
- [70] 雷磊. 习惯作为法源?——以《民法总则》第10条为出发点[J]. 环球法律评论, 2019, 41(04):59.
- [71] 参见 Christian Starck 著:法的起源[M], 李建良等译, 元照出版公司, 2011:9. 转引自雷磊. 习惯作为法源?——以《民法总则》第10条为出发点[J]. 环球法律评论, 2019, 41(04):60.
- [72] 参见吴从周著:法源理论与诉讼经济[M], 元照出版有限公司 2013:34-36. 转引自雷磊. 习惯作为法源?——以《民法总则》第10条为出发点[J]. 环球法律评论, 2019, 41(04):60-61.
- [73] 《中华人民共和国宪法》第一章总纲第四条规定:各民族都有使用和发展自己的语言文字的自由,都有保持或者改革自己的风俗习惯的自由。
- [74] 陈金钊主编. 法律方法论[M]. 北京:北京大学出版社, 2013:77-83.
- [75]. 参见高其才. 当代中国法律对习惯的认可[J]. 政法论丛, 2014(01):24.
- [76] 高其才. 当代中国法律对习惯的认可[J]. 政法论丛, 2014(01):25-27.
- [77] 高其才教授在文中指出,目前我国对习惯认可有四种方式:授权性条款进行认可、概括条款(一般条款)处置、概括条款处置辖区内的习惯效力、具体条款(特指式立法)处置。参见高其才. 当代中国法律对习惯的认可[J]. 政法论丛, 2014(01):28.
- [78] 高其才. 当代中国法律对习惯的认可[J]. 政法论丛, 2014(01):23.
- [79] [法]托克维尔:论美国的民主(上卷)[M], 董果良译, 商务印书馆, 1988:308. 转引自谢晖. 论司法对法律漏洞的习惯救济——以“可以适用习惯”为基础[J]. 中南大学学报(社会科学版), 2020, 26(01):56.
- [80] 参见本文第10-11页法律漏洞概述部分法律漏洞补充的相关内容。
- [81] 参见 Christian Starck 著:法的起源[M], 李建良等译, 元照出版公司, 2011, 9. 转引自雷磊. 习惯作为法源?——以《民法总则》第10条为出发点[J]. 环球法律评论, 2019, 41(04):60.
- [82] 高其才. 当代中国法律对习惯的认可[J]. 政法论丛, 2014(01):27.
- [83] 虽然提到将习惯上升为法律,但是谢晖教授认为在成文法国家,因为立法对习惯的认可这一理性化机制,表明习惯已然被纳入制定法体系中,因此,不是这里讨论的对象——因为它不存在法律漏洞问题。所以,这里所谓经验习惯的理性化过程,就是把习惯交由法院和法官进行识别、处理和运用,并用来补充法律漏洞的活动。参见谢晖. 论司法对法律漏洞的习惯救济——以“可以适用习惯”为基础[J]. 中南大学学报(社会科学版), 2020, 26(01):59.
- [84] Christian Starck 著:法的起源[M], 李建良等译, 元照出版公司, 2011, 9. 转引自雷磊. 习惯作为法源?——以《民法总则》第10条为出发点[J]. 环球法律评论, 2019, 41(04):60.
- [85] 赫尔曼·康特洛维茨,为法学而斗争法的定义[M]. 雷磊译., 北京, 中国法制出版社, 2011:137. 转引自雷磊. 习惯作为法源?——以《民法总则》第10条为出发点[J]. 环球法律评论, 2019, 41(04):60.
- [86] 周永坤. 法理学——全球视野[M]. 北京:法律出版社, 2010:412.
- [87] 谢晖. 论司法对法律漏洞的习惯救济——以“可以适用习惯”为基础[J]. 中南大学学报(社会科学版), 2020, 26(01):57.
- [88] BENNETT T W, VERMEULEN T. Codification of customary law[J]. Journal of African Law, 1980, 24(2):208. 转引自雷磊. 习惯作为法源?——以《民法总则》第10条为出发点[J]. 环球法律评论, 2019, 41(04):60.
- [89] 谢晖. 论司法对法律漏洞的习惯救济——以“可以适用习惯”为基础[J]. 中南大学学报(社会科学版), 2020, 26(01):58-59.
- [90] 王利明. 法学方法论[M]. 北京:中国人民大学出版社, 2012:530.

- [91] 参见苏力. 法治及其本土资源 (第三版) [M]. 北京:北京大学出版社, 2015:135-164.
- [92] 参见本文关于法律漏洞概念及成因部分。
- [93] [美]罗斯科·庞德: 普通法的精神[M], 唐前宠等译, 法律出版社 2010:121. 转引自[1]陈金钊. 法官如何表达对法律的忠诚[J]. 法学, 2001(12):22.
- [94] 之所以说大部分由法官对其进行补充, 因为在漏洞类型中有一种叫自始漏洞, 这类型的漏洞又可以被分为立法者明知的和非明知的两种。关于第一种, 立法者明知的漏洞, 法官在立法者的授权下, 结合法律的一般条款对其通过解释来行使自由裁量权。法官则这一工作并不涉及到对于法漏洞的认定, 而是按照立法者的意思对案件事实进行认定和判决。参见王利明. 法学方法论[M]. 北京:中国人民大学出版社, 2012:491.
- [95] “The Language of Jurisprudence”, in *Language: An Enquiry into Its Meaning and Function*, ed. R. N. Anshen (New York, 1957), p243. 转引自[美]E·博登海默. 法理学法律哲学与法律方法[M], 邓正来译, 北京:中国政法大学出版社, 1998.
- [96] 陈金钊. 法官如何表达对法律的忠诚[J]. 法学, 2001(12):20-21.
- [97] 苏力. 法治及其本土资源 (第三版) [M]. 北京:北京大学出版社, 2015:151.
- [98] 陈金钊教授认为从法官职业伦理的角度看, 应该是这样的。参见陈金钊. 法官如何表达对法律的忠诚——关于法治方法的理论探索之二[J]. 法律方法, 2002(00):40.
- [99] [美]本杰明·卡多佐. 司法过程的性质[M], 苏力译, 商务印书馆, 2000:70. 转引自陈金钊. 法官如何表达对法律的忠诚——关于法治方法的理论探索之二[J]. 法律方法, 2002(00):40.
- [100] 该论述主要是基于英美盘里文献而对辩证推理的详尽分析, 详见 Edgar Bodenheimer, “A Neglected Theory of Legal Reasoning”, 21 *Journal of Legal Education* 373(1969). 转引自[美]E·博登海默. 法理学法律哲学与法律方法[M], 邓正来译, 北京:中国政法大学出版社, 1998:498.
- [101] 分析的论辩方式即演绎、归纳或类推等方法。
- [102] 孙笑侠, 熊静波. 判决与民意——兼比较考察中美法官如何对待民意[J]. 政法论坛, 2005(05):49-51.
- [103] 王利明. 法学方法论[M]. 北京:中国人民大学出版社, 2012:526.
- [104] 如我国《民法典》中物权编中第二分编中第七章第二百八十九条[处理相邻关系的法律依据]法律、法规对处理相邻关系有规定的, 依照其规定;法律、法规没有规定的, 可以按照当地习惯。
- [105] Edgar Bodenheimer, “A Neglected Theory of Legal Reasoning”, 21 *Journal of Legal Education* 373(1969). 转引自[美]E·博登海默. 法理学法律哲学与法律方法[M], 邓正来译, 北京:中国政法大学出版社, 1998:525-526.
- [106] 孙笑侠, 熊静波. 判决与民意——兼比较考察中美法官如何对待民意[J]. 政法论坛, 2005(05):53.
- [107] [美] 昂格尔. 现代社会中的法律[M]. 吴玉章, 周汉华, 译. 南京:译林出版社, 2001:188-189. 同 94, 53-54.
- [108] 参见 David Kairys, “Legal Reasoning”, *The Politics of Law: A Progressive Critique*, Random House, 1982. 转引自苏力. 法治及其本土资源 (第三版) [M]. 北京:北京大学出版社, 2015:149.
- [109] 关于这一点, 苏力教授以美国 1954 年的布朗案件废除和消除种族隔离案件为例, 该案的判决是一种政治的、道德的选择, 但是法官在判决中是通过法律推理和判决对其废除的, 这些法律推理解释在许多美国的法学家看来也是十分牵强的。此案参见[美]波斯纳. 法理学问题[M], 苏力译, 中国政法大学出版社, 1994:302-304 以及 302 注 26 所引用的文献。转引自苏力. 法治及其本土资源 (第三版) [M]. 北京:北京大学出版社, 2015:149.
- [110] Edgar Bodenheimer, “A Neglected Theory of Legal Reasoning”, 21 *Journal of Legal Education* 373(1969). 转引自[美]E·博登海默. 法理学法律哲学与法律方法[M], 邓正来译, 北京:中国政法大学出版社, 1998:149-151.
- [111] 焦宝乾. “法律方法”的用语及概念解析[J]. 甘肃政法学院学报, 2008(01):64.
- [112] 王泽鉴. 法律思维与民法实例[M]. 北京:中国政法大学出版社, 2001:1-2.
- [113] 王纳新. 法官的思维——司法认知的基本规律[M]. 北京:法律出版社, 2005:3. 同

99, 66.

- [114] 蔡琳. 法律方法教育之思考[J]. 法律方法, 2013, 14(02):107.
- [115] 谢晖. 论司法对法律漏洞的习惯救济——以“可以适用习惯”为基础[J]. 中南大学学报(社会科学版), 2020, 26(01):56-58.
- [116] 王利明. 论习惯作为民法渊源[J]. 法学杂志, 2016, 37(11):5-7.
- [117] 蔡琳. 法律方法教育之思考[J]. 法律方法, 2013, 14(02):8.
- [118] 郑永流. 法律方法阶梯(第三版)[M]. 北京:北京大学出版社, 2015:125-147.
- [119] 王利明. 论习惯作为民法渊源[J]. 法学杂志, 2016, 37(11):149.
- [120] 王利明教授认为, 只要法官对于法律漏洞的存在和习惯法的存在进行了论证, 就可以直接引用习惯法来裁判案件, 而无须对于该习惯法为什么能够适用于此案件的裁判以及适用的合理性在进行阐述和论证。参见王利明. 法学方法论[M]. 北京:中国人民大学出版社, 2012:528-529.
- [121] 参见[美]史蒂文·J·伯顿:法律和法律推理导论, 张志铭、解兴权译, 北京, 中国政法大学出版社 2000:2-3. 同 109:77.
- [122] 蔡琳. 法律方法教育之思考[J]. 法律方法, 2013, 14(02):77.
- [123] 王利明. 论习惯作为民法渊源[J]. 法学杂志, 2016, 37(11):78-79.
- [124] 王利明. 法学方法论[M]. 北京:中国人民大学出版社, 2012.:95-104.
- [125] 蔡琳. 法律方法教育之思考[J]. 法律方法, 2013, 14(02):116.
- [126] 王利明. 论习惯作为民法渊源[J]. 法学杂志, 2016, 37(11):556.
- [127] 王利明. 论习惯作为民法渊源[J]. 法学杂志, 2016, 37(11):573-580.
- [128] 王利明. 法学方法论[M]. 北京:中国人民大学出版社, 2012:623-629.
- [129] 周永坤. 法理学——全球视野[M]. 北京:法律出版社, 2010:369.
- [130] 张文显教授认为, 词语与概念是两回事, 我们虽然在使用“法理”这个词语, 但是并不意味着有相应的概念。参见张文显. 法理:法理学的中心主题和法学的共同关注[J]. 清华法学, 2017, 11(04):12.
- [131] 张文显. 法理:法理学的中心主题和法学的共同关注[J]. 清华法学, 2017, 11(04):6.
- [132] 张文显. 法理:法理学的中心主题和法学的共同关注[J]. 清华法学, 2017, 11(04):6-7.
- [133] 张文显. 法理:法理学的中心主题和法学的共同关注[J]. 清华法学, 2017, 11(04):9.
- [134] 张文显. 法理:法理学的中心主题和法学的共同关注[J]. 清华法学, 2017, 11(04):25-32.
- [135] 张文显. 法理:法理学的中心主题和法学的共同关注[J]. 清华法学, 2017, 11(04):32-40.
- [136] 陈金钊主编. 法律方法论[M]. 北京:北京大学出版社, 2013:28.
- [137] 参见陈金钊主编. 法律方法论[M]. 北京:北京大学出版社, 2013:27.
- [138] 陈金钊主编. 法律方法论[M]. 北京:北京大学出版社, 2013:29-37.
- [139] 沈志先主编. 法律方法论[M]. 北京:法律出版社, 2012:10.
- [140] 陈金钊湖主编. 司法方法与和谐社会的建构[M]. 北京:北京大学出版社, 2009:111. 转引自周永坤. 法理学——全球视野[M]. 北京:法律出版社, 2010:369-370.
- [141] 陈金钊. 法官如何表达对法律的忠诚[J]. 法学, 2001(12):19.
- [142] 沈志先主编. 法律方法论[M]. 北京:法律出版社, 2012:12-15.
- [143] 沈志先主编. 法律方法论[M]. 北京:法律出版社, 2012:18-20.
- [144] 参见陈金钊主编. 法律方法论[M]. 北京:北京大学出版社, 2013:18.

参考文献

- [1] 刘士国. 法律漏洞及其补充方法[J]. 人大法律评论, 2010(01):209-226.
- [2] [德]卡尔·拉伦茨. 法学方法论[M], 陈爱娥译, 北京:商务印书馆, 2003.
- [3] 杨仁寿. 法学方法论[M]. 北京:中国政法大学出版社, 2013年.
- [4] 王利明. 司法改革研究[M]. 北京:法律出版社, 2001.
- [5] 王利明. 法学方法论[M]. 北京:中国人民大学出版社, 2012.
- [6] 梁慧星. 民法解释学[M]. 北京:中国政法大学出版社, 1997.
- [7] 王泽鉴. 民法思维:请求权基础理论体系[M]. 北京:北京大学出版社, 2009.
- [8] 周永坤. 法理学——全球视野[M]. 北京:法律出版社, 2010.
- [9] 祁春轶. 论我国法律漏洞领域的法律适用:方法论的法哲学思考[D]. 中国政法大学, 2005.
- [10] 严存生. 西方法律思想史[M], 中国法制出版社, 2012.
- [11] [美]本杰明·卡多佐. 司法过程的性质[M], 苏力译, 商务印书馆, 1997.
- [12] 张文显主编. 法理学[M] (第5版). 北京:高等教育出版社, 2018.
- [13] 郑永流. 法律方法阶梯(第三版)[M]. 北京:北京大学出版社, 2015.
- [14] [美]E·博登海默. 法理学法律哲学与法律方法[M], 邓正来译, 北京:中国政法大学出版社, 1998.
- [15] 贾焕银. 漏洞补充中的民间法——一个框架性的分析[J]. 民间法, 2008, 7(00):220-236.
- [16] 谢晖. 论司法对法律漏洞的习惯救济——以“可以适用习惯”为基础[J]. 中南大学学报(社会科学版), 2020, 26(01):53-64.
- [17] 许瀛彪. 《民法典》时代习惯法源司法适用探究[J]. 法治论坛, 2020(03):77-91.
- [18] 高其才. 当代中国法律对习惯的认可[J]. 政法论丛, 2014(01):23-29.
- [19] 王利明. 论习惯作为民法渊源[J]. 法学杂志, 2016, 37(11):1-12.
- [20] 郑永流. 法的有效性与有效的法——分析框架的建构和经验实证的描述[J]. 法制与社会发展, 2002(02):23-40.
- [21] 雷磊. 习惯作为法源?——以《民法总则》第10条为出发点[J]. 环球法律评论, 2019, 41(04):53-66.
- [22] 公丕祥主编. 法理学[M], 上海:复旦大学出版社, 2012.
- [23] 张文显. 二十世纪西方法哲学思潮研究[M], 北京:中国政法大学出版社, 1996.

- [24] 张文显. 法哲学范畴研究(修订版)[M], 北京:中国政法大学出版社, 2001.
- [25] 张永和. 信仰与权威——诅咒(赌咒)、发誓与法律文化比较研究[M], 北京:法律出版社, 2006.
- [26] 张乃根. 西方法哲学史纲[M], 北京:中国政法大学出版社, 2002.
- [27] 付子堂主编. 法理学高阶(第二版)[M], 北京:高等教育出版社, 2018.
- [28] [美]肯尼斯·卡尔普·戴维斯. 裁量正义, [M], 罗豪才主编:公法名著译丛, 北京:商务印书馆, 2009.
- [29] 苏力. 法治及其本土资源(第三版)[M]. 北京:北京大学出版社, 2015.
- [30] 滋贺秀三 寺田浩明 岸本美绪 夫马进. 明清时期的民事审判与民间契约[M], 王亚新范愉 陈少峰译. 北京:法律出版社, 1998.
- [31] 陈金钊. 法官如何表达对法律的忠诚[J]. 法学, 2001(12):17-23.
- [32] 陈金钊. 法官如何表达对法律的忠诚——关于法治方法的理论探索之二[J]. 法律方法, 2002(00):40-60.
- [33] [美]罗斯科·庞德: 普通法的精神[M], 唐前宠等译, 法律出版社 2010.
- [34] 孙笑侠, 熊静波. 判决与民意——兼比较考察中美法官如何对待民意[J]. 政法论坛, 2005(05):49-58.
- [35] [美] 昂格尔. 现代社会中的法律[M]. 吴玉章, 周汉华译. 南京:译林出版社, 2001.
- [36] 季卫东. 法治秩序的建构[M]. 北京:中国政法大学出版社, 1999.
- [37] 王泽鉴. 法律思维与民法实例[M]. 北京:中国政法大学出版社, 2001.
- [38] 蔡琳. 法律方法教育之思考[J]. 法律方法, 2013, 14(02):97-107.
- [39] 黄茂荣. 法学方法与现代民法[M](第5版). 北京:法律出版社, 2007.
- [40] 陈金钊主编. 法律方法论[M]. 北京:北京大学出版社, 2013.
- [41] 舒国滢, 王夏昊, 梁迎修等. 法学方法问题研究[M]. 北京:中国政法大学出版社, 2007.
- [41] 沈志先主编. 法律方法论[M]. 北京:法律出版社, 2012.
- [42] 王荔. 当代中国司法民主问题研究[D]. 吉林大学, 2012.
- [43] 黄敏. 法律漏洞的认定与填补[D]. 江西财经大学, 2018.
- [44] 彭中礼. 法律渊源论[D]. 山东大学, 2012.
- [45] 黄明耀. 民法适用基本问题研究[D]. 西南政法大学, 2003.
- [46] 李琳. 民法渊源研究[D]. 西南政法大学, 2016.
- [47] 王林敏. 民间习惯的司法识别[D]. 山东大学, 2010.
- [48] 张文显. 法理:法理学的中心主题和法学的共同关注[J]. 清华法学, 2017, 11(04):5-40.

- [49]付子堂,王勇.“法理”:中国法学与法理学的理想图景[J].法制与社会发展,2020,26(04):5-20.
- [50].走进法理新时代——专访“法理研究行动计划”的倡导者和推进者张文显教授[J].中国法律评论,2019(03):2-16.
- [51][德]弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼.论立法与法学的当代使命[M](第5版)许章润译.北京:中国法制出版社,2001.
- [52]高其才.尊重生活、承续传统:民法典编纂与民事习惯[J].法学杂志,2016,37(04):26-36.
- [53]高其才.民法典中的习惯法:界定、内容和意义[J].甘肃政法大学学报,2020(05):19-28.
- [54]高其才.民法典编纂应当承认和肯定优秀民事习惯[J].人民法治,2016(06):47-49.
- [55]焦宝乾.“法律方法”的用语及概念解析[J].甘肃政法学院学报,2008(01):60-67.