

司法哲学与法律方法论丛

METHODS

法律解释与 适用方法

OF INTERPRETING AND
APPLYING LAW

孔祥俊 / 著

像法律人那样思考，拥有法律解释的能力，
并掌握法律适用的方法和路径。

审判的大数据或者规律，大概就是法律解释和适用的另类排列。



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

司法哲学与法律方法论丛

法律解释与 适用方法

OF INTERPRETING AND
APPLYING LAW

孔祥俊 / 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

法律解释与适用方法 / 孔祥俊著. —北京: 中国法制出版社, 2017.1

(司法哲学与法律方法论丛)

ISBN 978-7-5093-7824-3

I. ①法… II. ①孔… III. ①法律解释—研究②法律适用—研究 IV. ①D90

中国版本图书馆CIP数据核字 (2016) 第217868号

策划编辑: 李小草 (lixiaocao2008@sina.cn)

责任编辑: 任乐乐 (lele_juris@163.com)

封面设计: 汪要军

法律解释与适用方法

FALÜ JIESHI YU SHIYONG FANGFA

著者 / 孔祥俊

经销 / 新华书店

印刷 / 三河市紫恒印装有限公司

开本 / 710毫米 × 1000毫米 16开

版次 / 2017年5月第1版

印张 / 40.25 字数 / 598千

2017年5月第1次印刷

中国法制出版社出版

书号ISBN 978-7-5093-7824-3

定价: 118.00元

值班电话: 010-66026508

北京西单横二条2号 邮政编码: 100031

传真: 010-66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 010-66071862

市场营销部电话: 010-66033393

邮购部电话: 010-66033288

(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)

我曾是资深法官，对于司法哲学和法律方法的研究都是始于、源于和立足于实践，曾有触手可及的实践素材，曾有参与其中的身体力行，曾有殚精竭虑的探索追寻，最推崇的是学以致用，最不喜欢的是纸上谈兵和“空对空”。作为一名实践者，当然经常以所理解和掌握的法律哲学与法律方法解决裁判中的疑难复杂问题，本丛书用于实证分析的实例多是我所亲历甚至亲为的，从中或许能够看到哲学与方法的真实运用，能看到活生生的现实而不是空谈和教条。当然，经历使我深感，无论是法律学习、法律适用还是法学理论研究，哲学和方法都具有极端的重要性。通过司法哲学和法律方法，可以使法律研习者、实践者了解掌握在司法过程中以法律思维和方式思考与解决问题的能力、方法和技术。

进入最高人民法院工作以后，我逐渐对法律方法问题产生兴趣，十多年来断断续续地进行了一些研究，也陆续写出了一些文字。本丛书就是在增删和整合以前这些文字的基础上，进一步修改加工和充实而形成的，其中既用心筛选吸收了我以前有关著作中的一些内容，同时也增加了一些新内容，可以说是近年来我研究和思考这一问题的集大成。因此，这部著作虽然篇幅较大，但是通过集腋成裘的努力、不断重复的细小动作和一砖一瓦的逐渐堆砌，才得以完成，而不是在“风驰电掣”的灵感中一蹴而就。“江湖”上确有我写书“神速”的传说，但那仅是传说而已。由于我并无写作的任务和压力，我撰写的文字多是日积月累而成的，不是急就章，速成的著作几乎没有。

本丛书内容主要是问题导向的，主要是在探索所遇到问题并进行相

应的理论思考的基础上，逐渐积累而成。而且，由于更多地考虑了实践和实用问题，更多地展现我所体认的司法过程，因此并未刻意进行法理上的深奥论证和顾及体系化。所有这些决定了本丛书与理论家的著述或多或少的差异。我向来对于法律理论家的著述严谨和理论深奥颇为钦佩，但自知学养不足和力所不逮，只是对自己感兴趣的问题进行直观的探索和表达。况且，坊间有关法学方法和法学流派的理论著述所在多有，本书对于这些内容无意和不必要作过多的介绍，只就关联部分加以援用。当然，实践者自有独特的实践视角，有知行合一的感悟和体验。亦如傅佩荣先生所说：“知识宛如汪洋大海，人一生能学到的只是很少的一部分。并且，如果你学了一些知识，却不能应用到日常生活上，那么就算学得再多又有什么意义呢？因此，我们学习知识之后，就要懂得消化，并融会贯通才是‘知行合一’。”^①法律的研究和实践也是如此。

霍姆斯大法官说过：“对于任何范围的想象而言，权力最广大的形式并非金钱，而是观念的支配。”^②我那信手而为之的写作自然不曾有这样的奢望、雄心和高度，所要的只是“知识激发的乐趣和满足就足够了”。对我而言，能够把感兴趣的司法哲学和法律方法的观念和知识整理到一块，自己从中感受耕耘和思考的充实、自足和体悟的乐趣，或许同时对于读者有所借鉴和帮助，也就满足了。况且，如霍姆斯在其《法律的道路》中所说，“我在理解无数伟大的智者方面并不比他人逊色，这些智者穷其一生在（智识上）做某些添砖加瓦或一些改进，（然而，即便）其中最伟大的功业跟巨大的整体（事业）相比也显得微不足道。”伟大的智者尚且只能是添砖加瓦和作一

① 傅佩荣：《哲学与人生》（1），北京理工大学出版社2011年版，第30~31页。

② 霍姆斯指出：“雄心壮志和权力现今一般仅以金钱的形式体现。金钱是最直接的形式，而且是欲望的恰当对象。‘财富’，蕾切尔曾说，‘是一个人才智的衡量标准’。这当然是唤醒人们不要做黄粱美梦的金玉良言。正如黑格尔所言，‘最终并非胃口，而是观念会使人们感到满足。’对于任何范围的想象而言，权力最广大的形式并非金钱，而是观念的支配。……我们不可能都成为笛卡儿或者康德，但我们都想追求幸福。而我通过了解许多成功的人们，确信这一点：幸福并非仅仅通过成为一个大公司的律师顾问且收入5万美元而赢得。赢得幸福的非常伟大的智者在成功之外还需要其他食粮。”转引自〔美〕斯蒂文·J.伯顿主编：《法律的道路及其影响——小奥利弗·温德尔·霍姆斯的遗产》，张芝梅、陈绪刚译，北京大学出版社2005年版，第23~24页。

些改进，何况资质平平如我辈乎。所以，我还是很喜欢贾平凹先生所说：“虽不敢懈怠，但自知器格简陋，才质单薄，无法达到我向往的境界，无法完成我追求的作品。别人或许是在建造故宫，我只是经营农家四合院。”但愿我自己所建造和经营的也能够得上一个农家四合院。

伏尔泰曾说：“我就像一条小溪，因为不深而显得清澈。”不论本书理论水准如何，但还是尽可能想把所论述的问题说得清楚明白，力争做到“清澈”吧。好在我以前一直不是职业学者，只是在有时繁忙的实务工作之余涂上几笔，况且虽然我自信能够应付裕如地完成所经历的各项工作，但这样的写作于我的本职工作而言却未必能够锦上添花，有时还会招来无厘头的物议。想想这些，倘若我造出的作品够得上“农家四合院”，也就差强人意了。

即便如此，我仍然一如既往地感谢和欢迎同行们的批评指正！

第一章
“找法”与审判
依据

第一节 审判依据与法 / 002
一、从审判依据的角度看“法” / 002
二、审判依据的法律规定 / 005
第二节 法律渊源与审判依据 / 008
一、法律渊源的理论与实践含义 / 008
二、正式法律渊源与审判依据 / 012
三、法源的形式意义和实质意义 / 013
第三节 法源中的成文法 / 015
一、成文法与不成文法 / 015
二、各类成文法意义上的法源 / 017
第四节 非正式法源的审判依据意义 / 034
一、辅助性的法源 / 034
二、非正式法源的必要性 / 035
三、政策或者公共政策 / 036
四、习惯与习惯法 / 042

第二章
法律解释体制
和法律解释权

第一节 法律解释的体制 / 054
一、立法解释与应用解释 / 054
二、法律解释的形式 / 058
三、法律解释的法律效力 / 068
第二节 法律解释权的演变 / 076

一、法官与法律解释 / 076	
二、从法官无解释权到有解释权 / 078	
三、机械法学与否定法官解释权 / 079	
四、法律解释权向法院的回归 / 085	
第三节 英美法的法律解释权 / 087	
一、“司法至上”与法官造法 / 087	
二、英国之限制解释权与解释能动性的悖论 / 088	
三、美国之“法院的正当与特有的职责” / 090	
四、法官享有最终解释权的原因 / 099	
第四节 由立法者解释到司法者解释 / 102	
一、法典思路与法官解释权 / 102	
二、法官地位与法律解释权 / 107	
三、判例的地位与法律解释权 / 108	
四、法律解释成为一项精深复杂的艺术 / 111	
五、法国之法官释法的含蓄性 / 113	
六、德国之法官“有思考的服从” / 121	
第五节 我国法院的法律解释权 / 124	
一、我国法院法律解释权的现状 / 124	
二、对于法官法律解释权的几点思考 / 126	
第六节 福利国家与当代司法解释权的扩张 / 130	
一、当代司法解释权的扩张 / 130	
二、福利立法扩展了司法解释权的空间 / 130	
三、集团冲突与保护分散的和集体的利益中的司法角色 / 133	
四、人权保护与司法解释的扩张 / 134	

第三章 法律解释诸特性

第一节 注疏性、判断性与超然性 / 138	
一、法律解释的注疏性 / 138	
二、法律解释的判断性 / 140	
三、法律解释的超然性 / 144	
第二节 法律解释的文义拘束性和创造性 / 146	

一、法律解释的文义拘束性 / 146	
二、创造性的必然性与普遍性 / 147	
三、创造性的必要性 / 150	
四、创造性的限制 (限度) / 151	
第三节 法律解释的造法性 / 153	
一、法律解释、司法解释与法官造法 / 153	
二、法律解释的填补功能与造法性 / 155	
三、司法造法与立法的不同 / 156	
第四节 法律解释的价值衡量性 / 161	
一、裁判的价值平衡性 / 161	
二、法律解释的技巧性与价值性 / 162	
三、法律解释的妥协性 / 163	
四、价值冲突的权衡 / 165	
第五节 法律解释的静态性与动态性 / 172	
一、稳定与变动的悖论 / 172	
二、静态性与动态性的协调 / 173	
第六节 法律解释答案的唯一性与非唯一性 / 179	
一、学理上的争论 / 179	
二、法律解释是否有唯一的正解 / 183	

第四章 法律解释方法 总论

第一节 法律解释及其方法概述 / 190	
一、法律解释的含义 / 190	
二、法律解释的必要性 / 191	
三、法律解释的要素及方法分类 / 193	
四、法律解释方法的灵活性 / 198	
第二节 具体法律解释方法概观 / 200	
一、典型的法律解释方法 / 200	
二、各种解释方法的运用 / 201	
三、各种解释方法的作用 / 204	
第三节 各类解释方法的适用条件 / 207	

一、解释的正当性与方法取舍 / 207	
二、文义方法的适用条件 / 208	
三、体系方法的适用条件 / 208	
四、目的方法与评价方法的适用条件 / 209	
五、跨类别解释：法意方法 / 210	
第四节 英美国家法律解释方法 / 211	
一、英国法律解释方法 / 211	
二、美国法律解释方法 / 216	
第五节 大陆法系国家法律解释方法 / 221	
一、大陆法系国家法律解释传统 / 221	
二、法国法律解释方法 / 226	
三、意大利法律解释方法 / 230	
四、德国法律解释方法 / 232	
五、奥地利法律解释方法 / 234	
六、欧盟法院法律解释方法 / 236	
第六节 法院法律解释资料之比较 / 240	
一、法国法院解释法律的资料 / 240	
二、意大利法院解释法律的资料 / 243	
三、美国法院法律解释考虑的材料 / 248	
第七节 我国法律解释方法与解释资料 / 252	
一、我国法律解释方法 / 252	
二、我国法院法律解释考虑的材料 / 252	

第五章 法律解释方法 分论

第一节 文义解释方法 / 260	
一、文义解释的含义和正当性 / 260	
二、文义解释的法律形式基础 / 267	
三、文义解释的优先性 / 268	
四、通常语言与专业术语 / 273	
五、文义解释的几个特性 / 282	
六、不拘泥于文义、荒谬结果与改正文本错误 / 286	

七、同一法律术语的解释规则 / 289

第二节 体系解释方法 / 291

一、法律规范的语境化 / 291

二、合宪解释与体系解释 / 299

三、同一法律内部的体系解释 / 306

四、内在的价值体系与法律解释 / 307

五、“阐释的循环”与语境解释 / 309

六、体系解释的几个要求 / 311

第三节 历史解释 / 313

一、历史解释的含义 / 313

二、适用历史解释方法的三种情形 / 316

第四节 目的解释 / 320

一、目的解释的含义 / 320

二、目的解释与追求实质正当性 / 322

三、目的解释的若干认识 / 325

第五节 限缩解释与扩张解释 / 331

一、导论 / 331

二、限缩解释 / 333

三、扩张解释 / 337

第六节 比较法解释 / 340

一、比较法解释的重要性 / 340

二、比较法的法理意义 / 341

第七节 国内法与条约的同一解释 / 346

一、同一解释原则的含义 / 347

二、同一解释原则的法理根据 / 349

三、同一解释原则的通行性 / 350

四、我国适用同一解释原则解释国内法问题 / 364

第八节 法律解释方法的相互关系 / 369

一、不同解释方法的互补关系 / 369

二、不同法律解释方法序位性之比较 / 374

三、我国法律解释方法的优先关系 / 392

第九节 法律解释方法运用实例 / 397

一、根据立法目的采取的限缩解释方法 / 399

二、根据上下文关系采取的体系解释方法 / 404

三、法意解释、历史解释和目的解释的运用 / 405

四、不同解释方法之间的关系 / 406

第六章 特殊的法律解释 规则

第一节 例示性规定的解释规则 / 410

一、“等”字规定的学问 / 410

二、例示性规定的解释困境 / 415

三、例示性规定的解释方法 / 418

第二节 反对解释及其他 / 425

一、反对解释 / 425

二、当然解释 / 427

三、明示其一即排斥其他 / 429

第三节 法律解释与宪法和法律原则 / 434

一、宪法与法律原则的法律解释意义 / 434

二、国外法律、法律原则与法律解释 / 434

三、我国宪法和法律原则与法律解释 / 438

第四节 影响法律解释的特殊因素 / 443

一、法律解释与假定 / 443

二、不同实体法领域对解释规则的影响 / 445

三、法律解释必须善意 / 450

第七章 法律解释的目标

第一节 法律解释目标概说 / 452

一、法律解释目标学说的界定 / 452

二、主观说与客观说的分歧 / 453

三、法律解释目标的价值 / 457

四、法律解释目标之学说比较 / 464

第二节 我国法律解释目标 / 487

一、目标应当是明确和单一的 / 487
二、协调稳定与变动的解释目标 / 489
三、主客观解释的结合 / 495
第三节 认真对待立法目的 / 502
一、立法目的与社会效果 / 502
二、“字面服从”与“思想服从” / 506
三、避免荒谬的裁判结果 / 508
四、实现裁判的与时俱进 / 509

第八章
法律规范冲突 的选择适用

第一节 法律规范冲突概观 / 514
一、问题的提出 / 514
二、法律规范的位阶 / 515
三、法律规范的竞合与冲突 / 516
四、法律规范的不一致与相抵触 / 517
第二节 法律规范冲突的选择适用权 / 523
一、问题的导出 / 523
二、法官的选择适用权 / 532
三、选择适用权与违宪审查权 / 535
四、整体法律秩序中的法律答案 / 541
第三节 审慎行使选择适用权 / 545
一、选择适用的审慎性 / 545
二、选择适用权的审慎行使 / 546
第四节 送请有权机关裁决 / 552
一、仅限于法律规范不一致的情形 / 552
二、执行机关不能确定如何适用 / 552
三、有权机关进行裁决的具体情形 / 553

第九章
法律规范冲突 的适用规则

第一节 法律规范冲突的适用规则 / 556
一、法律规范冲突的三项基本规则 / 556
二、法律规范冲突规则与解释规则 / 557

三、国外法律规范冲突规则比较 / 558
第二节 异位法冲突的适用规则 / 563
一、上位法与下位法的一般关系 / 563
二、上下位法律规范相抵触的认定 / 568
三、实施性规定与上位法的适用关系 / 578
四、异位法适用的几个特殊问题 / 582
第三节 同位法相冲突的适用规则 / 587
一、特别规定与一般规定 / 587
二、同位法的特别规定与一般规定的适用关系 / 588
三、不同法条之间的特别规定与一般规定 / 591
四、总则规定与分则规定的适用关系 / 591
第四节 后法优于前法的适用规则 / 593
一、后法优于前法的含义 / 593
二、新的一般规定与旧的特别规定的适用关系 / 594
第五节 部门规章与地方性法规冲突的选择适用 / 596
一、部门规章与地方性法规之间的特殊位阶关系 / 596
二、地方性法规与部门规章冲突的“相抵触”标准 / 599
三、地方性法规与部门规章冲突的权限标准 / 600
四、送请处理或者裁决的情形 / 607
第六节 部门规章与地方政府规章冲突的选择适用 / 608
一、部门规章与地方政府规章之间的位阶关系 / 608
二、部门规章与地方政府规章冲突的适用关系 / 608
第七节 部门规章冲突的选择适用 / 611
一、适用与上位法不相抵触的部门规章 / 611
二、优先适用依专属职权制定的规章 / 611
三、优先适用联合制定的规章 / 615
第八节 时间效力与适用规则 / 619
一、法律不溯及既往原则 / 619
二、新旧法律规范的适用规则 / 625

METHODS

法律解释与
适用方法

OF INTERPRETING
AND APPLYING LAW

OF INTERPRETING
AND APPLYING LAW

第一章

“找法”与审判依据

第一节 审判依据与法

司法首先要“找法”，即寻找或者确定那些可以据以裁判的法律规范。“找法”是法律适用中的重要起点。

一、从审判依据的角度看“法”

司法权和行政权均需服从法律，如所谓的“法官受法律拘束”原则。法官裁判案件不能凭主观感觉（跟着感觉走），而必须依据法律衡量是非曲直；行政机关必须依照法律实施行政行为（依法行政）。因此，准确地确定和把握法律渊源，是法律适用者的首要任务。^①这里从审判依据的角度谈一下法律渊源及其相关的问题。

我国法理学通常将“法”界定为由国家制定或者认可并由国家强制力保障实施的、通过规定社会关系参加者的权利义务确认、保护和发展一定社会关系的行为规范。^②由于“法”是立法学或者立法法的核心概念，有些立法学学者从立法的角度对“法”作出别具一格的界定，如“以国家政权意志形式出现的，作为司法机关办案依据的，具有普遍性、明确性和肯定性的，以权利义务为主要内容的，首先和主要体现执政阶级意志并最终决

^① 有人认为：“准确地把握法律渊源以及精确地确定‘法律与法的范围，就成了法律适用者的宪法任务。”〔德〕伯恩·魏德士：《法律学》，丁小春译，法律出版社2003年版，第101页。

^② 孙国华主编：《法理学教程》，中国人民大学出版社1994年版，第49~51页。

定于社会物质生活条件的各种社会规范的总称。”^①这种界定将是否“能够作为司法机关办案依据”作为是否为“法”的衡量标准。

按照这种界定，“能否作为司法机关办案依据，是衡量一种社会规范是否属于法的范围的一个重要标志，司法机关的职责是依法衡量已经发生的行为合法与否、违法与否、犯罪与否。一种社会规范，不能作为司法机关办案依据，不能在办案中加以适用，就不是法”，“其他一些社会规范如道德、政策等，有时也可以作为司法机关办案依据。但它们作为办案依据是有条件的，即在法不健全或不敷使用的情况下，作为法的补充，才可以作为办案依据，并且经过法的认可。《民法通则》第6条关于‘民事活动必须遵守法律，法律没有规定的，应当遵守国家政策’的规定，便是例证。只有那些不仅可以作为办案依据，而且还是作为主要的、基本的办案依据的社会规范，才可以列入法的范畴。”这些学者还阐述了这种衡量标准的重要意义，即“认清能否作为司法机关办案依据，是衡量一种社会规范是否属于法的范围的一个重要标准，对法治理论和实践有十分重要的意义：在理论上，就不会在关于目前中国法的范围、立法范围问题上争论不休而无一致认识；在实践上，有助于改变司法机关不以有些法（如《宪法》）作为办案依据的情况。”^②

从司法实践的角度看，这种见解是很有道理的。能否作为审判依据，的确是衡量是否为“法”的重要标准。当然，这句话还可以反过来说，即是否为“法”决定着是否能够作为审判依据。从两个角度说，更利于全面理解法的概念和范围。例如，以是否能够作为审判依据作为法的衡量标准，能够比较深刻地反映法的约束力程度，如行政机关规章以外的规范性文件，虽然在特定的行政系统具有法律约束力，但对于法院并不具有法律规范意义上的约束力，因而其约束力是有限度的，不属于“法”，或者说至少不属于形式意义上的“法”。行政法规和规章虽然是行政机关制定的，但立法法将其规定为法律渊源（“法”的形式），因而对司法机关具有法律规范意义

① 周旺生主编：《立法学》（高等学校法学教材）（第2版），法律出版社2000年版，第65页。

② 周旺生主编：《立法学》（高等学校法学教材）（第2版），法律出版社2000年版，第66页。