

法律方法论

(第三卷)

——裁判模式、自由裁量与漏洞填补

孔祥俊 著

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法律方法论/孔祥俊著. -北京: 人民法院出版社, 2006. 12
ISBN 7-80217-377-9

I. 法… II. 孔… III. 法律适用-研究 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 138113 号

法律方法论 (第三卷) —— 裁判模式、自由裁量与漏洞填补 孔祥俊 著

责任编辑 张晓秦 于新年
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)
电 话 (010) 85250579 (责任编辑) 85250516 (出版部)
85250558 85250559 (发行部)
网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>
E - mail courtpres@sohu.com
印 刷
经 销 新华书店
开 本 890 × 1240 毫米 A5
字 数 1400 千字
印 张 51.75
版 次 2006 年 8 月第 1 版 2006 年 8 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-80217-377-9
定 价 122.00 元 (总三卷)

版权所有 侵权必究

前 言

80 多年前，在奥尔巴尼法学院第 74 届学位授予典礼上，卡多佐面对踌躇满志地即将卸去学业重负的学子们侃侃而谈：“你们所获得的知识，不仅是一些纯粹有关原则、规则和先例的知识。这些东西数量巨大，种类繁多，即便你们利用现代法学院的全部设备以及你们为了掌握它们而展示出全部勤奋和热情，最终还是会发现只能触及它的皮毛。你们学到的更为重要的东西，是以法律方式思考问题的能力——对司法过程借以运行的方法和技术的理解力。事实上，它是一个令人着迷的过程，扑朔迷离，变幻莫测，它的外表千变万化、类别繁多，而且它对胸怀宽广、雄心勃勃的年轻人的心灵、意识和精神的吸引力，也是千差万别。一代又一代新人给他们自己带来新问题，新的问题呼唤着新的规则，需要按过去的规则把它们模式化，但又要适应彼时彼刻的社会需要和正义。你们的任务就是把这些规则表述得条理清晰，我们虽已尽力做好，如今也只能卸下这副重担了。只有集历史学家和预言家于一身的人——把这两种品质融为一个完美的整体——才能圆满完成这项任务。”^① 这位高贵优雅、故弄玄虚而后来就任美国最高法院大法官的卡多佐，以其社会精英和上流人物的独特文风，惟妙惟肖地道出了法律方法的

^① [美] 本杰明·内森·卡多佐著：《法律的生长》，刘培峰等译，贵州人民出版社 2003 年版，第 155 页。

妙用和价值。他所说的“更为重要的东西”——“以法律方式思考问题的能力”，就是法律方法。它是“对司法过程借以运行的方法和技术的理解力”。当然，卡多佐还说：“这是一场游戏，一场智力测验，一个谜，它让我们既困惑又兴奋。这是一项任务，一声召唤，一种使命，它让人振奋，加快步伐。”^①

卡多佐对法律方法的这段阐述是形象而深刻的。法律原则、规则、先例和法理之类的法律知识是无穷无尽的，且应时而变，而法律方法却有其恒常性，对于掌握和运用法律知识具有“万变不离其宗”的导引作用。甚至在一定意义上说，法律方法与法律知识是“本”与“末”的关系，或者说是“纲”与“目”的关系。法律方法以培养和训练法律思维和法律技能为重要目标。法律适用水平在很大程度上取决于熟练掌握和娴熟运用法律方法的能力。对于法律知识的应付裕如和得心应手，在很大程度上取决于法律方法的训练有素。

随着我国法学教育的不断繁荣，法学知识的传授已今非昔比，但法学理论与法律实践仍存在一定程度的脱节，职业技能与职业思维的训练还相当薄弱，而且，法律方法具有很强的实践理性，实践中的推理和方法常常取决于具体的案件事实和语境，有时甚至很难用语言作出精确的表达，课堂上讲授的法律方法难免有其天然弱势。不论如何法律方法乃是培养法律技能和训练法律思维的基本路径，实践中已萌动了对法律方法的强烈需求。近年来我国法学界对法律方法的研究有较大进展，但与实践萌动的需求仍有其差距，在法学讲堂上对法律方法的讲授还多浅尝辄止，缺乏实践背景和感受的课堂受众亦不能对法律方法产生应有的共鸣，而法律方法论著仍需要对实践进行准确的把握，要使法官和其他法律适用者真正感到“解渴”。理论与实践、法学与应用本来就不应有鸿沟，我们应当

^① [美] 本杰明·内森·卡多佐著：《法律的生长》，刘培峰等译，贵州人民出版社2003年版，第155页。

努力架设理论与实践之间的桥梁，弥合理论研究与司法实务之间的缝隙。

我作为现职法官和法律适用的身体力行者，在运用法律方法时总会有各种各样的体验、感受和思考。在法律适用的大舞台中，可以将理论转化为实践，可以从现象发掘出本质，可以从个别看到一般，可以从各具特色的个体行为中升华出普适性的行为模式。正是出于实践的需求，也是基于实践的体验、感受和思考，我不断地写出一些文字来，现整合了三卷本的《法律方法论》。本书立足于实践，具有浓厚的实践气息，但并不囿于实践；既注意以理论指导实践，又注意将实践上升为理论，强调理论的可适用性和实践的鲜活性和鲜活。当然，囿于水平，这或许是一种理想，希望将来能够不断地充实、完善和提升。

作 者

2006 年 12 月

目 录

第一章 法律的常规适用与非常规适用

第一节 法律的常规适用	(1093)
一、法律适用模式概述	(1093)
二、法律的常规适用模式	(1094)
三、维护法律适用的统一性	(1099)
四、寻求稳定与变化之间的平衡	(1104)
五、协调价值与技巧的关系	(1113)
第二节 法律的非常规适用	(1126)
一、例外情形下的非常规适用	(1126)
二、非常规适用是一种政策方法	(1127)
三、法律适用中的颠倒论法	(1131)
四、历史、现实加公平的方法	(1134)
五、忽略法：大智慧与“小技巧”	(1151)
第三节 法律适用的复杂性与辩证性	(1155)
一、充满疑惑的法律适用	(1155)
二、从一个方面看到另一个方面	(1162)
三、如何对待复杂多变的法条	(1166)

第二章 法律适用的形式性与实质性

第一节 司法的形式性与实质性的界分	(1173)
一、形式性与实质性的含义	(1173)
二、形式性与实质性的区分	(1175)
第二节 形式性与实质性的价值和空间	(1180)
一、形式性与实质性的价值	(1181)
二、形式性与实质性的存在空间	(1182)
第三节 我国法律适用的形式性与实质性	(1183)
一、形式性与实质性兼备的法律适用	(1184)
二、我国法律适用形式性的体现	(1187)
三、我国法律适用实质性的体现	(1191)
四、法律适用的形式性与实质性例解	(1192)

第三章 自由裁量与利益衡量

第一节 自由裁量的必要性	(1201)
一、“法不禁止皆可为”的利益衡量分析	(1201)
二、自由裁量的法律特征	(1207)
三、自由裁量的必要性和必然性	(1211)
第二节 裁量与规则的关系	(1219)
一、裁量与规则的对立统一	(1219)
二、实质的规则观与形式的规则观	(1220)
三、法律规则的性质与裁量	(1226)
第三节 自由裁量的约束性	(1229)
一、如何选择裁量的方向	(1229)
二、司法政策和示范判例的约束	(1237)
三、立法政策的约束	(1239)

四、拟制的客观标准的约束	(1241)
五、公平正义和事理的约束	(1242)
六、公共利益的约束	(1244)
七、时代精神的约束	(1245)
八、司法职业群体的约束	(1249)
九、直觉对于裁量的作用	(1251)
十、“过去、现实与未来”的裁量方法	(1254)
第四节 裁判中的利益衡量	(1262)
一、利益衡量的来由	(1262)
二、利益衡量的方法	(1268)
三、利益衡量的妥协性	(1273)
第五节 公正与秩序的利益衡量	(1277)
一、公正与秩序的利益冲突	(1278)
二、公正与秩序的价值衡量例析	(1281)

第四章 司法中的政治考量与政治智慧

第一节 司法的中立性与政治性	(1291)
一、司法的政治中立性	(1291)
二、司法的政治性	(1298)
三、司法中立性与政治性的国度差异	(1301)
第二节 政治在司法中的作用	(1302)
一、司法克制与不审查政治争议	(1302)
二、避免单纯的业务观点	(1304)
三、以司法方式履行政治职能	(1309)
四、防止讲政治的“庸俗化”	(1318)
第三节 司法与政治智慧	(1319)
一、从马歇尔断案的政治智慧谈起	(1319)
二、政治智慧在司法中的作用	(1328)

三、法院是慢慢成长起来的 (1329)

第五章 司法中的学术观点与裁判意见 ——法官在裁判中的个人人格与职业人格

第一节 裁判意见与学术观点的关系 (1335)

一、从鲍克任命之争的学术论辩谈起 (1335)

二、司法与学术的互动关系 (1338)

三、学术的理想性与司法的现实性 (1340)

四、学术的原创性与司法的创造性 (1345)

第二节 跨越“自我”与“非我”的鸿沟 (1347)

一、法官的“自我”与“非我” (1348)

二、努力超越“自我”与“非我” (1349)

三、法官的主观性与司法的客观性 (1350)

第六章 司法裁判中的“求真” ——解放思想和实事求是的司法视角

第一节 对法律前提认识的误区 (1361)

一、法律前提是如何形成的 (1361)

二、对待法律前提的三种倾向 (1363)

第二节 法律前提的“破”与“立” (1365)

一、不断验证法律前提 (1365)

二、以实践效果为检验标准 (1370)

三、克服教条主义和经验主义 (1372)

第三节 司法中的实用主义 (1377)

一、实用主义哲学 (1377)

二、法学和司法中的实用主义 (1380)

三、如何对待司法中的实用主义 (1388)

第七章 法律漏洞概观

第一节 法律漏洞界说	(1391)
一、法律漏洞与非法律漏洞的界限	(1391)
二、法律漏洞界定之比较	(1395)
第二节 是否存在计划安排的漏洞	(1407)
一、对法学和司法实践的授权	(1408)
二、一般条款的漏洞属性	(1409)
三、意味深长的沉默	(1411)
四、对法律漏洞的几点看法	(1412)
第三节 法律漏洞的限界、意义与原因	(1413)
一、法律漏洞的限界	(1413)
二、法律漏洞概念的意义	(1418)
三、产生法律漏洞的原因	(1419)
第四节 法律漏洞的类型	(1421)
一、法律内的漏洞与超越法律的漏洞	(1422)
二、已知的法律漏洞与不知的法律漏洞	(1422)
三、自始的法律漏洞与嗣后的法律漏洞	(1422)
四、部分漏洞与全部漏洞	(1423)
五、明显的法律漏洞与隐藏的法律漏洞	(1423)
六、禁止拒绝裁判式漏洞、目的漏洞与原则的（价值） 的漏洞	(1423)
七、按照标准的非完整性划分的漏洞类型	(1424)
第五节 法律漏洞与几种近似情形的边界	(1429)
一、立法政策或技术上的欠缺：法律解释与漏洞填补	(1429)
二、法内漏洞：漏洞填补还是法律解释	(1431)
三、授权式类推适用	(1432)

四、法律漏洞与有意的沉默	(1433)
五、法律漏洞与法律错误	(1434)

第八章 法律漏洞的填补方法

第一节 法律漏洞的认定与填补	(1437)
一、法律漏洞的认定	(1437)
二、法律漏洞填补方法	(1439)
三、法律漏洞填补与法律适用	(1440)
四、法律漏洞填补是法律解释的继续	(1443)
五、法律漏洞与法官“造法”	(1444)
第二节 类推适用	(1448)
一、类推适用的涵义	(1448)
二、正面推理与反向推理	(1452)
三、类推适用实例	(1456)
第三节 法律拟制	(1462)
一、从胎儿是否有权主张损害赔偿说起	(1462)
二、法律拟制与漏洞填补	(1463)
三、法律拟制与法的类推	(1466)
第四节 目的性限缩	(1467)
一、目的性限缩的涵义	(1467)
二、目的性限缩解释实例解析	(1468)
第五节 目的性扩张	(1478)
一、目的性扩张的涵义	(1478)
二、宪法第 90 条的扩张解释	(1479)
三、海关法第 30 条的扩张解释与文义解释	(1482)
四、行政处罚法第 16 条的解释	(1491)
第六节 领域漏洞的填补	(1492)
一、一起渔业补偿案的启示	(1492)

二、领域漏洞与法官造法	(1493)
三、领域漏洞的填补依据	(1495)
四、填补法律空白中的利益衡量	(1500)

第九章 裁判方法与裁判风格

第一节 裁判理由与法律解释风格	(1507)
一、裁判理由与法律解释风格概观	(1507)
二、我国的裁判风格	(1540)
三、裁判不说理乃是法律的大敌	(1547)
四、裁判的优美性与说服力	(1549)
第二节 判决异议制度	(1551)
一、美国法院的判决异议制度	(1552)
二、判决异议制度的功能和评价	(1556)
三、我们应如何对待判决异议制度	(1561)
后记	(1563)

第一章 法律的常规适用 与非常规适用

——探求法律答案的路径

[本章提要]

按照裁判路径的使用频率，我将其区分为常规的模式和非常规的模式。前者是通常情况下使用的裁判模式，而后者是特殊情况下的裁判模式。从司法实践来看，常规的模式基本上是演绎推理式的逻辑模式，而非常规的模式为效果模式（以效果决定方法的反向推理模式）、历史模式和其他特殊模式。

第一节 法律的常规适用

一、法律适用模式概述

这里讲述的是法律适用或者裁判的路径模式，也即按照什么样的方向或者路径进行裁判。按照裁判路径的使用频率，我将其区分为常规的模式和非常规的模式。前者是通常情况下使用的裁判模式，而后者是特殊情况下的裁判模式。

从司法实践来看，常规的模式基本上是演绎推理式的逻辑模式，而非常规的模式为效果模式（以效果决定方法的反向推理模式）、历史模式和其他特殊模式。

无论常规的模式还是非常规的模式，都属于法律适用的模式。法律适用模式实际上就是法律适用过程的模式。就司法中的法律适用而言，它是司法过程特色的集中表现和展示。了解法律适用模式，必须首先了解司法过程。

司法过程是由 A、B、C 三个阶段构成的。A 阶段是司法过程的起点，它提出了案件需要解决的问题。C 阶段是司法过程的终

点，其体现就是法官作出的裁判。B阶段则是法官通过司法技术由A导向C的过程，其中法官通过法律推理或者法律方法导出裁判结论。就其典型形态而言，B阶段始于对于所适用的法律的解释，终于法律认定（裁判理由）的陈述，而裁判理由就是“本案的法律”，即对于本案所适用的法律意见。由于所有案件的裁判都是经过如此的过程推导出来的，也即各个案件的A、B、C的具体内容是各不相同的，但在经历A、B、C三个阶段上却是一样的，该三个阶段在所有的案件中都具有普适性和可重复性，所以它体现的是一种司法过程的模式。

就司法过程而言，B阶段是最为重要和最为复杂的部分。它展现了法官在案件中的推理。由于法官在此过程中可能运用不同的推理方法，以不同的路径由A阶段导向C阶段，B阶段不可避免地具有复杂性。有些法官或者案件偏重于规则导向性，而有些则偏重于政策导向性。前者采用的是一种逻辑方法，而后者采用的是一种政策方法。^①本章所说的常规模式与非正规模式，就是分别与逻辑方法和政策方法对应的。

二、法律的常规适用模式

（一）常规适用模式的含义

常规的法律适用模式就是以法律为大前提、以案件事实为小前提，在此基础上得出裁判结论的演绎推理模式。在成文法国家奉行的演绎推理适用逻辑中，寻找和澄清法律规范是法律适用的大前

^① Roy L. Brooks, Structures of Judicial Decision Making from Legal Formalism to Critical Theory (second edition), p 3 ~4.

提。为澄清法律规范的涵义，我国通常都是以法条文义为基础，辅之以语境、立法史、利益衡量等法律解释方法。这是澄清法律涵义的常规路径，也是或者应当是确定的、统一的法律适用技巧。按照常规途径解释和适用法律，在大多数情况下都能够正常地实现预设法律规范之中的价值^①。

如法国学者所说，演绎推理式的司法三段论被看作是所有法律适用的最普遍的基石。这种分析的基础是法官对法律，以及对更广义的实体法规则的服从。法官的职能似乎仅限于将立法者制定的规则适用于他所受理的具体个案。^②

当然，演绎推理式的司法三段论未必是简单的由大前提到小前提的单向推理，而还可能出现小前提（事实）与大前提（法律）之间的往返运动或者交互作用。如法国学者所说：“三段论的大前提和小前提往往不表现为既定的因素，而是需要人们去认真探索、发现的。在探索的过程中，法学家们从事实出发来寻找恰当的规则，然后又回到案件的具体情况中来检验是否一致。在这有时费时颇久的往返运动中，法学家逐步深化着对大前提和小前提的分析，但不能迷失他最终应证明的一致性。”“从最初的观察中直觉地提

① 庞德指出，在寻求法律时，往往必须从许多权威相等的法律条文中寻觅可适用的条文。但在作此选择时，如条文的涵义不甚明了，还得参照该案事实以决定其涵义，这种任务必须依靠下列方法完成：（1）就各该条文加以分析并与其他条文比较，使于可能范围内成为一个在逻辑上相互关联的体系；（2）研究各该条文之历史及其制定之理由；（3）依据社会功利的立法原则决定条文的涵义和取舍。上述三点就是规定依据法理判案的民法规范中的法理。庞德：“近代司法的问题”，载《西法东渐——外国人与中国法的近代变革》，中国政法大学出版社2001年版，第467页。

② [法]雅克·盖斯旦，吉勒·古博著：《法国民法总论》，陈鹏等著，法律出版社2004年版，第37页。

出的假设，经同时在所有方向上进行的考证，在深化过程中得到验证和明确；只有拥有对总体的理解，才能将所有的要素定位，也只有通过总体的理解，最初设想的答案才能一步步修正，最终成型。要求同时把握住所有的线索，这可能是法理思维中最大的困难之一，而通过经验和习惯来培养的这种能力，乃是所谓法律头脑最具特点的方面之一。”^① 在我们的法律适用中，特别是疑难案件的法律适用中，这种大、小前提的循环往复的情形并不罕见。

常规的模式又被称为逻辑方法，它代表的是传统的司法方法，甚至在英美法律传统上被认为是惟一合法的司法裁判方法。^② 逻辑方法被认为是司法分析的“留声机”理论。它将法官描绘成“仅仅是表达既存的法律原理的口舌”。^③

马克斯·韦伯曾对逻辑方法的含义作出了经典的界定。他的主要关注点之一就是理性原则，即“事物组织起来并遵守规则和有序的过程的倾向”。他相信高度发达的法律制度存在这种意义上的“理性”而不是“非理性”。换言之，它们是一种具有不受价值约束的司法过程的法律制度。韦伯认为，价值判断（不论是“道德的、情感的还是政治的”）不具有客观基础，对于“有序的法

① [法] 雅克·盖斯旦，吉勒·古博著：《法国民法总论》，陈鹏等著，法律出版社2004年版，第39～40页。

② Roy L Brooks Structures of Judicial Decision Making from Legal Formalism to Critical Theory (second edition), p 31.

③ Lawrence Lessig “ Understanding Changed Readings, Fidelity and Theory”, Stanford Law Review 47 (1995): 395, 462 (quoting Robert Eugene Cushman, “ The Social and Economic Interpretation of the Fourteenth Amendment”, Michigan Law Review 20 (1992): 737, 744.) 转引自 Roy L Brooks Structures of Judicial Decision Making from Legal Formalism to Critical Theory (second edition), p 32.