绪　　论

法 律 方 法

——探求法律答案的路径

需要全本请访问 www.ertongbook.com

“受理论束缚的人……无法弄清整个事实的真相，就试图抓住其尾巴；理论如同真相的尾巴，而真相如同蜥蜴，它丢下自己的尾巴跑掉了，因为它非常清楚，转瞬之间它又长出一条新的。”①

——伊凡·屠格涅夫，《致利奥·托尔斯泰，1856》

① 莱斯维·郝维兹：《科学家箴言录》，海南出版社2002年版，第4页。事物具有多变性和非绝对性，法律理论和法律规则亦然。正如美国最高法院著名大法官卡多佐所说：“对每一种倾向，人们似乎都看到了一种相反的倾向；对每一个规则，人们也似乎看到一个对立的规则。没有什么是稳定的，也没有什么是绝对的，一切都是流动的和可变的。世界是一个无穷无尽的‘变成’（becoming）。”卡多佐著：《司法过程的性质》，商务印书馆2000年版，第13～14页。在此之所以引用这个题记，乃是有感于法律适用中的两个极端。极端之一是否定理论或者法理的价值、片面强调实践经验的经验主义；极端之二是过分拘泥于法理而流于僵化刻板，常常简单地以某个假定正确的理论作为前提，据此通过单纯的逻辑推理得出结论，且强调其结论的惟一正确性（标准答案），或者‘二价性的’（即非对即错）。前一个极端主要是前几年流行的，随着法官职业化程度的提高，当前已趋于式微。后一种极端近年来逐渐在实践部门乃至理论界有所抬头，如固守某种既有理论的正确性而无视其是否适合实际，简单地以个别特例或者个别国家的特殊情况当作通例，或者简单地让实践去适应理论而不是使理论科学地结合实践。走人后一种极端的人，有时还表现为自身对法学理论囫囵吞枣、一知半解或似是而非而误认为已抓住了理论的真谛或对法理已融会贯通，陷于偏执教条而不能自拔。前些年我亲历过前一种极端，而近年来我对后者体会至深。每当遇到这种情况，我都会油然想起美国最高法院大法官、法律实证主义代表人物霍姆斯的名言：“法律的生命是经验而不是逻辑”。该题记也形象地说明，理论常常是不可捉摸的，绝不能固守和僵化，而必须与实践科学地结合。否则，理论即丧失指导实践的能力而流于空洞，实践也就成为理论的盲目的奴隶。况且，法官对法律的解释和适用常

说起法律方法，法律人往往都将其与基础理论或者纯理论挂起钩来，仿佛有“仰之弥高，钻之弥坚；瞻之在前，忽焉在后”的感觉。其实，正如“法律方法”一词本身所表示的，它首先是一种“方法”，即指导法律适用的方法（至少我是在这种意义上使用它，“法学方法”及与其对应的“法学方法论”倒是作为指导法学研究的方法）。在这种意义上，我们可以抹去其“神秘的面纱”，还原它非常具体和实用的面目。

在法理上，审判依据的寻找、规范冲突的解决、法律规范的解释和法律漏洞的填补等通常被纳入法律方法或者法学方法之列。① 不过，理论界对法律方法（或者法学方法）的涵义存在不同的理解和界定，研究的角度和撰写著作的体例也都差别很大。本文库无意对其定义进行理论上的考证，进而给出一个精确的说法。本文库为突出研究视角的实用性，使用了“法律方法”一词，即从实用的角度研究法律方法和安排本书的内容，主要对寻找法律规范（审判依

常不是书本上都能找到答案的。亦如卡多佐在一次反驳法官汉德关于裁决具有主观色彩时的感言具有主观色彩时的感言所说：“难道你不能说，你凭己意行事时，你是在做更值得尊敬的事情——解释公意？我始终承认自己这样做，现在你却告诉我说这是假象，也许是吧，但不管怎么说，有时候，我的确感觉到，我表达的思想与信念，书本上没有，可也不完全属于我自己。”见 A. L. 考夫曼著：《卡多佐》，张守东译，法律出版社 2001 年版，第 223 页。正是有感于前述后一种现象对法律适用和理论研究的危害性，我对莱斯维·郝维兹这句话真是感慨系之，不引不快。

①有的英国学者将法律方法称为法律人处理法律渊源的技术。如伊安·麦克劳德的《法律方法》一书分为三编，分别为“思想与制度”（包括法律和法律推理导论、英国法的分类、英国主要法院的管辖权、法律方法的宪法背景、欧共体法律结构、欧共体法在英国的实施、欧共体法与国家主权、人权保护与基本自由以及发现、援引和适用法律渊源）、判例法与先例（约束力先例导论、判决理由与附带意见、先例的垂直与水平维度、上议院受自身约束吗、上诉法院受自身约束吗、高等法院受自身约束吗、先例作为法律改革的工具、欧洲法院的先例与原则）、制定法与制定法解释（制定法与制定法解释导论、明白含义、除弊与目的、法律意图思想、现代解释实践、欧洲法院的立法解释）。Ian McLEod, 'Legal Method' (third edition) . MACMILLAN (1999).

据）、解决法律规范冲突、解释法律和填补法律漏洞等法律适用的理论和实践进行解说，因而也就与现有的其他一些法律方法（法学方法）论著的内容和体例安排迥然有异。简言之，本书对法律方法（法律适用方法）以及与其有关的一些基础问题进行理论和实践的探索。

为简明扼要地介绍一下本文库的内容和研究意义，提纲挈领地引起读者的兴趣，特意写出这样一个长长的绪论，说些通常在后记中表达的写作感受，甚至道出一些正文中已有的观点和内容。

法律方法为什么重要

古今中外,法律人对法律适用作出了多种多样的界说。例如,美国现代法理学大师罗斯科·庞德教授的几乎每一部著作都被奉为经典，其中就有《法哲学导论》。该书第三章章名为“法律适用”，其首当其冲的内容为：“依法裁决争议涉及三个步骤：(1) 找法，即在现行法律体系的诸多法律规则中寻找所要适用的法律，或者在没有可资适用的法律时，根据现行法律体系以某种方式提供的素材造它一个规则（不管是否就此为今后的案件确立一个规则）；(2) 对所选定或者确定的规则进行解释，即根据立法意图或者指向的范围，决

需要全本请访问 www.ertongbook.com

定其含义；(3)将如此找到和解释的法律适用于争议。"①很显然，我们日常的法律适用也无非是由这三个步骤组成的，可以称为法律适用三部曲。娴熟地或者高质量地适用法律，必须掌握好找法与释法的方法。

本书探究的就是涉及这些法律适用步骤的法律适用方法，即所谓的"法律方法"。本书论及的审判依据、法律规范冲突的解决、法律漏洞的填补等内容，大体上属于找法；有关法律解释的历史、理念和方法的内容，均属于法律解释问题。狭义地说，法律适用方法不是寻求特定法律规范的具体答案，而是如何得出答案的途径。因此，法律适用方法就是获取法律答案的过程和路径。

我曾有过基层法院法官和行政执法机关公务员的经历，又是最高法院的现职法官，且系研习民商法出身、从事多年民事经济审判而又与行政执法和行政审判有不解之缘，是一个地地道道的法律实践者，但却对这个被归入基础理论法学和培养基本法律素养的貌似高深的理论课题发生了浓厚的兴趣，原因是什么？

显然，对于纯粹的理论思辨，我既无能力，亦绝无精力。我之所以对法律适用方法感兴趣，首先是因为深感它决不是纯粹理论课

① Roscoe Pound, 'An Introduction to the Philosophy of Law'. Yale University Press, p. 49. 我国学者韩中谟对于法律的司法适用作出如下归纳："司法机关职司审判，判明是非曲直，以实现法律的正义，所以他们的适用法律，有下列两种特征：(1)居于超然的地位。这里所说的司法机关，是从狭义专指司法官而言。司法官和行政官不同，他们并不执行国家的庶政，只于公私生活所发生的事件，在法律上的效果如何，发生疑义，因而引起争讼时，始因当事人的请求，从事审判，假如公私生活上并无争议发生，或虽有争议而未经当事人的请求（即提起诉讼），则司法官即不加过问，是为不告不理的原则，无论对于民事、刑事或行政诉讼案件都同样适用。(2)维护法律秩序，实现正义。如上所述，司法的主要任务，是在审判公私生活上的争议，这种争议的发生，当然有碍于健全的社会秩序，解决争议，亦即所以回复秩序，因此，司法官对于任何诉讼案件，不能因法无明文，即拒绝审理，致令正义晦而不彰，社会秩序无法维持。详言之，在法律不明时，司法官应该运用解释权，阐明法的真义，当法无明文时，涉及刑事者，应依据罪刑法定主义，宣告无罪，涉及民事者，应依据习惯或法理，为适当裁判。"韩中谟著：《法学绪论》，中国政法大学出版社 2002 年 8 月版，第 91～92 页。

题和思辨，而首先是实践课题，也即乃是依托实践并直接为解决实践问题而存在的理论。它是一种在实践中须臾不能离开的应用理论和工具，这至少是我在法律适用中的深切感受。

法律方法之所以重要，乃是因为法律适用绝非易事，在审理案件中法律规范常常不是手到擒来，它常常是左右为难或者绞尽脑汁的活动，甚至有时还有些变幻莫测。就高质量或者高层次的法律适用而言，它既需要学养丰厚和逻辑缜密，又需要经验丰富和洞明世事；既需要必要的墨守成规，又需要不拘一格、与时俱进和开拓创新；既需要勇于和善于打破理论和实践的教条，又需要恪守法的安定性和可预见性，警惕反复无常。凡此种种，不一而足。

或许由于法律适用的深奥，法律适用者有时也被蒙上了一层神秘的色彩。说到这里，我的脑海里不禁映现出许多国外的法官尤其是普通法系法官的形象，他们树起了一座座法律的丰碑。在世人眼中，英国法官常常具有如下一幅浪漫图像：身披绯红色长袍，头戴巨大假发，端坐在镶嵌华丽的法庭上进行审判，以其智慧和权威从汗牛充栋的判例汇编中创造出法律来。[①]“生活在普通法系国家中的人们，对于法官是熟悉的。在我们看来，法官是有修养的人，甚至有着父亲般的慈严。普通法系国家中有许多伟大的名字属于法官：科克、曼斯菲尔德、马歇尔、斯托里、霍姆斯、卡多佐。普通法系的最初创建、形成和发展，正是出自他们的贡献。”“他们都曾就读于法学院，然后在私人执业或是在官方机构中任职方面有成功的经历（通常作为地方检察官）。他们要么通过任命要么通过选举而出任法官，能否出任法官的考量因素包括：执业中的成功、在律师同行中的声望以及政治影响等。被任命或者选举为法官，常被看成是一生中姗姗来迟的辉煌成就，也是对其尊敬和威望在形式上的承认。法官的薪俸优厚，如果在高一级的法院任职，还会配有秘书和研究助

① K·茨威克特、H·克茨著：《比较法总论》，贵州人民出版社 1992 年中文版，第 373 页。

手。如果出任州最高法院或联邦法院系统的法官，那他的名字更会是家喻户晓，他的观点将会引起报界的关注，并受到法律杂志的分析和评论。总之，他成为一个举足轻重的人物。”① 最高法院大法官更是地位尊崇，单就其选任标准就玄乎其玄。例如，美国最高法院大法官法兰克福特认为，美国最高法院大法官最重要的品质只有三个：哲学家、历史学家、预言家的品质。大法官布润南（Brennan）在此基础上增加了第四项，即“非凡的耐心”。法兰克福特在演讲中进一步阐述：“我们可以绝对地说，从前的司法工作经验与是否适合作最高法院大法官之间的关系为零。有此经历的最伟大的大法官，例如霍姆斯和卡多佐的重要性并非来自其司法阅历，而是由于他们本人就是霍姆斯和卡多佐这一事实。他们是思想家，更重要的是，他们是法哲学家。”② 法官地位的尊崇和法官形象的神秘，决不是人为地故弄玄虚，而在很大程度上是因为法律适用的疑难性和高度重要性。法律适用的疑难性，决定了不是什么样的人员都能够胜任司法工作；法律适用的重要性决定了法官的选任必须郑重其事，含糊不得。称职的法官，必须是精通法律方法的法官，也即精通法律方法乃是法官的必备基本素质。

说到法律方法的重要性，我又想起了一位学者的一段话：“法学方法论及法律哲学若是对一位只想追求当一名目光如豆的‘法匠’、而不想当法学家的法律人而言，必定会被他人认为是没有必要加以重视的学问；而他也永远不可能知道，这种基础法学的涵养对培养一个风骨卓然的法律人及伟大而有深度的法律文化有何等的重要性。”③ 尽管我对法律方法的研究不是因为受到这句话的启发，但我

①〔美〕约翰·亨利·梅利曼著：《大陆法系》（第二版），顾培东等译，法律出版社2003年版，第34～35页。

②〔德〕傅德：《德国的司法职业与司法独立》，载宋冰编，《程序、正义与现代化》，中国政法大学出版社1998年版，第146页。

③林立著：《法学方法论与德沃金》，中国政法大学出版社2002年版，序言。

对这句话的气魄和境界感同身受，深以为然。对于成为“一个风骨卓然的法律人”，我虽不能至，但心向往之。这段话也画龙点睛地说出了法律方法的深层意义。

二、疑难案件与法律方法

办理任何案件均需要法律方法，而疑难案件尤其需要。

确实，法律适用和解释中的许多争论，归根结底可以归结为法律方法的争论。这样的实例俯拾即是和不胜枚举，本书也援引了大量的生动事例。

例如，2003 年被媒体大炒的河南省洛阳市中级法院宣布地方性法规无效案，就涉及法院应当如何处理法律规范之间的冲突问题。在一件民事判决中，该法院认为《河南省种子条例》第 36 条关于“种子的收购和销售必须严格执行省内统一价格，不得随意提价”的规定，与种子法有关规定相抵触，即“种子法实施后，玉米种子的价格已由市场调节，《河南省农作物种子管理条例》作为法律阶位较低的地方性法规，其与种子法相冲突的条（原文如此）自然无效……”。据媒体报道，此案判决引起了当地人大的强烈反应，闹到了谴责法院和要求处理法官的地步，而该事件在国内法律界一石激起千层浪，其中尤其以反思制度（包括违宪审查制度等）及声援法官的居多。该案宣布地方性法规无效除可能触犯了地方立法机关的“尊严”和“权威”等法律以外的因素外，仅从法律适用层面看，主要涉及法院如何对待发生冲突的法律规范的法律方法问题。

再如，媒体报道的广西某地发生一起“一男娶两女”案，一男青年同时与两女结婚，有人以其重婚将其告到法院，但限于刑法第 258 条只将重婚罪界定为“有配偶而重婚的，或明知他人有配偶而与之结婚”，同时娶两女似乎在字面上难以归入重婚罪之列，结果专家众说纷纭，法官束手无策，据说最终以没有受理而告终。这就涉及

刻板地理解重婚罪的字面含义，还是根据其立法目的作出解释。

在这两个案例中，如果从法律方法的角度看，问题就变得很简单。

就前者而言，法律冲突规则属于法律解释和适用规则，解决法律冲突属于法院在个案中的法律适用权的范围，法院在个案中选择适用上位法而否定与上位法相抵触的下位法，本来是法律适用的应有之义。即便法院在判决中直截了当地宣告地方性法规无效有失妥当，也可以通过二审等制度内的合法渠道加以纠正（何况该案判决毕竟仅仅是一审判决），有关机关没有必要动用自己的优势地位或者所谓的“监督权”，对审案法院大动肝火或者对办案法官大加挞伐。但是，问题之所以没有如此简单而搞得很复杂和闹得举国皆知（一度成为国内甚至国外法律界关注的热点），除因为法院尚无完整的司法权和必要的司法权威等因素外，还因为在法治国家很平常的法律方法在我国却尚未被普遍接受和视为当然。这件事开始时的处理方式似乎更多的是出于感性而不是理性的支配。

就后者而言，按照文义解释，似乎很难将“同时娶两女”归入重婚之列，但若不认定其构成重婚，显然与刑法禁止重婚乃维护“一夫一妻”的立法目的相悖，因而产生了文义解释与目的解释的冲突，此时为贯彻立法目的，不能简单地拘泥于文义。况且，尽管刑法的规定原则上应严格坚持文义解释，但在其涵义难以决断时，立法目的乃是澄清文义的重要依据。

当然，确定法律方法或者探究路径的目标是为了获得某种恰如其分的答案，否则探究路径也就全无意义。一旦路径确定，答案也就理所当然、昭然若揭和水到渠成了，因而答案是确定路径之后的自然结果。在有些特殊的情况下，法律适用者甚至采取“颠倒论法”，即先确定答案，然后按图索骥，寻求支持这种答案的路径，为答案的正当性寻找证明。此时法律方法倒是先人为主的法律答案的附庸了。

例如，对于不满十四周岁的未成年人是否可以适用收容教养问

题，现行法律有不尽相同的规定：一是刑法第 17 条第 4 款和预防未成年人犯罪法第 38 条均规定可以适用收容教养，即“因不满十六周岁不予刑事处罚的，责令他的家长或者监护人加以管教；在必要的时候，也可以由政府收容教养”。仅仅从字面理解，十四周岁以下的未成年人当然包含于不满十六周岁的未成年人之中。二是未成年人保护法第 39 条规定收容教养只适用于“已满十四周岁的未成年人”，即“已满十四周岁的未成年人犯罪，因不满十六周岁不予刑事处罚的，责令其家长或者其他监护人加以管教；必要时，也可以由政府收容教养”。这里既然只明确收容教养的适用对象仅限于犯罪的已满十四周岁的未成年人，按照“明示的事项即排除默示的事项”（明示其一即排除其他）的解释规则，十四周岁以下的未成年人不适用收容教养。

就上述事例而言，不同的解释方法可以导出不同的结论，也即选择不同的法律方法可以找到不同的法律答案，而究竟采取哪一种法律方法，具有很强的政策考量性，如作为立法目的或者社会政策，究竟有无将十四周岁以下的未成年人纳入收容教养的必要性。如果这种社会政策确定了，相关法律的解释也就成为一个技术问题。例如，如果采取纳入的社会政策，那么可以适用后法优于前法的规则解决法律冲突；如果采取不纳入的社会政策，就可以采取特别法优于一般法的规则解决冲突（当然，按照立法法有关规定，在先的特别规定与在后一般规定不一致的，由制定机关裁决），或者直接解释这些法律之间不冲突，而是相互补充的，即刑法等未限定对十六周岁以下未成年人收容教养的年龄下限，未成年人保护法限定了下限，将两者解释为补充关系而不是冲突关系。正是由于涉及重大的社会政策的选择，该事例完全可以适用“颠倒论法”，即先确定社会政策，然后再确定解决法律冲突的方法，从而使法律方法退居次要地位，成

需要全本请访问 www.ertongbook.com

为实现既定社会政策的工具。①

荀子曰：“不知法之义而正法之数，虽博每临事必乱”。借用这句话来说，只知法律条文而不知其精神，虽对条文知之甚多，甚至尽装胸中，但遇事必乱，全无用处。② 这番话虽然说得重了些，但很有道理。通过恰当地运用法律方法，我们可以更好地弄清法律精神和找到法律真谛，最终实现对法律答案的最佳选择。

法官（乃至其他执法人员）的任务无非是认定事实和适用法律。当今社会关系纷繁复杂，法律规范纵横交错，那种仅凭机械性规则即可办案、未受过充分训练的法官亦可胜任的法律适用时代，应该是（或者说逐渐地）一去不复返了。③ 法律适用不再仅仅是简单的技巧和工艺。正如国外学者所说的，“在司法过程中，一旦技巧和工艺占了主导地位，就会导致文牍主义的结果——对于所有遭遇这种结

① “解释者首先要形成对有疑问的条文段落的可能的意义，提出各种不同的假设；然后根据这里所概述过的、不同的观点，对条文进行研究，并且据此进行权衡，看看哪一种假设证明是最能够站得住脚的。”〔德〕科殷著：《法哲学》，林荣远译，华夏出版社 2002 年中文版，第 213 页。德国法学家拉德布鲁赫甚至指出：“解释是结果——只有在解释的结果被确定之后，解释的手段才得以选择；而所谓解释的手段，事实上只用于事后根据文本来证立：在文本的创造性补充中已经找到了什么。”〔德〕古斯塔夫·拉德布鲁赫著：《法律智慧警句集》，舒国莹著，中国法制出版社 2001 年版，第 139 页。但是，我的司法感受是，这种情况只是适用于部分法律解释的情形，另有许多情形并不是如此，而是通过通常的法律解释方法得出结论。

②正如有学者所指出的，“那种‘不知法之义’而‘正法之数’（即机械理解执行法律规范）的法官，法律条文知识再渊博，又有什么用呢？只不过是能以貌似守法的方式摧残根基、摧残社会善良风俗而已”。范忠信：《法律人的理性素养》（副标题为“‘不正法之义’而‘正法之数’的法官，是对司法的亵渎”），载《法制日报》 2003 年 11 月 6 日第 8 版。

③“在十八、十九世纪盛行的机械论曾经认为，“对任何想像得到的案子，法律皆已作出了规定，因此只要将之涵摄于既存的规范，便能做成应有的判决。申言之，法律是无漏洞的”。“经由逻辑的推论，能够从一般的法律概念导出法律所未明文规定之新规定的见解”。但是，十九世纪后期以来，这些观点逐渐退出历史舞台。以上引文来自德国学者 Larenz 的著作。转引自黄茂荣著：《法学方法与现代民法》，中国政法大学出版社 2001 年 10 月版，第 83 页。

果的人来说，这都是一件可悲的事情。”因为，绝大多数有争议的案件必须放到具体的情景中加以考察，并且充斥着价值问题。如果要使法律和法律过程超越单纯的技巧，则价值在可能的情况下必须被解释、阐明或者平衡，必须充分地加以讨论。随着有关价值问题辩论的展开，一个社会所需要的紧张状态将在规则与价值之间出现，迫使作出决定者将现在与过去结合起来以预见未来。美国当代法律现实主义代表人物卢埃林在描述疑难案件时有一段很精辟很透彻的话：“有争议的案件……就是疑难案件，或者是律条无所适从，或者是不羁的个性开辟着新的行动或领导之路，或者是一项古老的制度受到新生力量的审判。是有争议的案件创制、打破、扭曲或者径自建立了一条规则、一项制度、一个权威。当然，也并非所有有争议的案件都是如此，它们之中也有许多是微不足道的、在过去和现在都已存在表现出文化的紧张状态，能够感觉到、看到各种冲动所起的作用，自然产生的权力模式、古老的安全需要所产生的动力、信仰、政治、个性、自相矛盾的目的，以及纠缠不清的有关正义的各种观点，则那一部分社会生活将会集中体现于有争议的、纷乱的案件里。不仅是新法的创制和旧法的影响，而且包括文化的所有其他关键的方面，都在斗争的熔炉之中熠熠生辉。”①

我在行政执法和司法实践中真切地感受到，适用法律是一个充满智力和艺术的活动，需要适用者洞悉法理、明辨是非和权衡利弊。

① 法国法理学家 Ellul 所持的另一种态度认为：“司法要素（它主要指组织机构）已不再承担寻求正义或者以任何方式创制法律的责任，它承担适用法律的责任。这种作用能够纯粹是机械的，它不需要哲人或者有正义感的人，它所要的是一位优秀的技师，他明了技术原理、解释规则、法律术语，以及推演结论和发现答案的方法。”他进一步解释了法律职业者为何不愿过分地富于哲理性：“正义不是一件可以抓取或者固定的东西。如果一个人寻求真正的正义……他从来都不知道将在哪里终结。一项作为具有正义功能而被创制的法律之中，总有一些不可预测的东西使法学家感到窘迫。”然而，他后来补充说：“法律人有着某种顾虑，他们无法做到从法律之中完全剔除正义而又不使良知感受痛楚。”不过，这种解释倒与机械法学如出一辙，而与现代司法似乎格格不入。以上引文均见〔美〕博西格诺等著：《法律之门》，邓子滨译，华夏出版社 2002 年版，第 53～54 页。

在适用法律时，可能会面对种种复杂的情况：在法律条文清晰明白时，按其涵义付诸实施；在法律条文模棱两可或者模糊不清时，澄清其涵义；在法律条文的措词未变，但已落后于现实时，对其涵义作出与时俱进的解释；在没有可资适用的法律依据，而又不能拒绝裁判时，解释不存在的法律规定或者寻找法律依据；在法律规范冲突时，按照一定的规则予以协调，获取符合法律秩序的法律答案。本书将这些问题概括为审判依据、规范冲突、法律解释与漏洞填补。对这些问题应付裕如和得心应手，在很大程度上取决于在法律方法方面的训练有素。

三、探究路径而非具体答案

方法是用于完成一个既定目标的具体技术、工具或者程序。①法律方法则是寻求法律答案的技术、程序和途径。它告诉我们获取法律答案的一般途径和路线，而不是告诉我们获取法律答案的具体细节。

法律方法告诉我们如何得出法律答案，告诉我们解决法律问题的途径。可以说，它是指引我们获取法律答案的灯塔。之所以需要法律方法，原因很简单，即法律条文都是有限、简单、概括和抽象

①方法一词的定义是多种多样的，不同的学科或领域具有不同的定义。正如美国国家科学院科学指导委员会所说：“在整个科学史上，一些哲学家和科学家致力于描述能够产生科学知识的惟一系统的方法……一 些科学家或许相信他们自己的这样一个描述和他们的工作，但是，将这些处理方式带入实践是不可能的。 ……科学家们并不是遵循惟一的科学方法，而是运用特别适合他们工作的一组方法……这些方法包括科学家应用于他们的工作，以及与其他科学家打交道的所有技术和原理。”不同的词典对方法也有不同的界定，如《韦伯斯特大学词典》（1977 年）将方法界定为：“做某件事、或为做某件事的方式、技术或过程”，《韦氏新世界美国英语词典》（1968 年）将方法定义为：“做任何事的方式、模式、程序或方式”。〔美〕唐·埃斯里奇著：《应用经济学研究方法论》，朱钢译，经济科学出版社 1998 年版，第 26～27 页。

的，也是制定于过去而适用于将来并具有相当大的稳定性的，而社会关系是丰富多彩和千变万化的，在将法律条文适用于形形色色的个案时，不可能是对法律条文的简单的“对号入座”，有时还无法找到标准答案，甚至有时还存在各式各样的法律漏洞。这就需要在得体的方法指导下作出恰如其分的选择，使案件得到妥善解决。①

法律方法也仅仅是告诉我们如何寻找法律答案的途径，甚至可以说是帮助寻求最佳答案的路径，但并不像自动售货机那样自动地导出具体答案。具体答案则是法律适用者根据法律方法获取或者选择的结果，或者说是按照法律方法得出的适合于案件具体情况的结果，而对同一法律规范通常有两种以上的解释方法，具体答案首先取决于采纳哪一种方法。可见，法律方法只是对于获取具体结果给出指引，具体结果的内容则取决于法律规范的具体情况及寻找者所进行的选择。法律方法可能告诉寻找者两个以上的路径，至于在这些路径之间如何选择，则取决于执法者的逻辑推理、价值判断、政策考虑还有其他相关因素。②

①正如庞德所言：“法律必须稳定，但又不能静止不变。因此，所有法律思想都力图使有关对稳定性的需要和对变化的需要方面这种相互冲突的要求协调起来。一般安全中的社会利益促使人们为人类行为的绝对秩序寻求某种确定的基础，从而使某种坚实而稳定的社会秩序得以保障。但是，社会生活环境的不断变化，则要求法律根据其他社会利益的压力和危及安全的新形式不断作出新的调整。这样，法律秩序必须稳定而同时又必须灵活。人们必须根据法律所应调整的实际生活的变化，不断对法律进行进行检查和修改。如果探寻原理，那么我们既要探索稳定性原理，又必须探索变化原理。因此，法律思想家所致力于解决的首要问题，就是如何将法律固定化的思想（不允许留有个人任意的空间）与变化、发展和制定新法的思想相协调，如何将法律理论与立法理论相统一，以及如何将司法制度与司法人员执法的事实相统一。”〔美〕罗斯科·庞德著：《法律史解释》，华夏出版社 1989年版，第 1页。其实，法官在调和法律的稳定与静止不变的关系中，也有其应有的作用。

②卡多佐指出：“有时，一个题目会既适合于使用这种方法也适合于另一种方法，并且都很自然。在这种情况下，习惯或效用的考虑就经常会出现，来调整方法的选择。剩下的部分也许就得由法官的人格、他的品位、他的训练或他的精神倾向来支配。”卡多佐著：《司法过程的性质》，商务印书馆 2000 年版，第 31页。

既然法律方法是获取法律答案的钥匙，无论是应用法学的研究者，还是法官等法律实务工作者，掌握基本的法律方法实在是太重要了。法律适用的水平，在很大程度上取决于适用者的法律方法素养，正所谓“磨刀不误砍柴工”。可以说，研究的法律问题愈高深，需要解决的法律问题愈疑难，法律方法的运用愈是重要。运用法律方法的娴熟程度，也是检验法律应用水平和法律素养的重要标尺。我这里不是在作理论说教，而是来自亲身体验的肺腑之论。

我任职最高法院法官以来的经历，更加强化了这种认识。因为，我们日常面对的多是模糊不清和模棱两可的法律用语、纷繁复杂和犬牙交错的法律冲突或者踌躇难决的法律选择，为寻求最为妥当的法律答案，我们常常需要寻根究底、旁征博引和探幽发微，有时还争论得面红耳赤和不亦乐乎，无论是在争论中是否意识到，这些争论恰恰多是方法论上的争论，而这些难题最终都需要通过法律方法得运用而解决。就是因为亲身的体验使我前所未有和真真切切地感受到了法律方法的极端重要性。

四、为实践问题寻找理论答案

“工欲善其事，必先利其器”。如果你是法律适用者，你很可能时时处处都会面对法律规范冲突、疑难法律解释和漏洞填补等问题，深感法律方法不可或缺。作为一个法律实践者，我发自肺腑地感到，这种貌似阳春白雪的方法论，必须回到活生生的法律适用现实中来。法律方法就是法律适用之“器”。

撰写本书的动因，首先是因为我本人在实践中遇到了很多法律方法问题，也看到了他人遇到的法律方法难题。我试图通过本书，为这些常见的问题寻求理论上的答案，进而更好地以理论指导实践。本书中的许多问题，都是实践中提出的和遇到的，因而也就具有浓厚的实践色彩。本书对法律适用方法的研究，既立足于实践，又超越

实践，力求体现两者的“鱼水”关系。这种结合也决不是我刻意的“撮合”，而更多的是所见所闻和亲身经历的流露和反映。我希望读者在阅读中能够读出这种感觉来。

近年来的法律适用实践，使我愈发感到法理素养对于法官乃至其他法律工作者解决实际问题的极端重要性。法律方法涉及诸多的理论课题，涉及一系列基础理论。我不是职业法理学者，未必有深厚的法理学素养，但出于解决复杂的实践问题的需要和渴求，我对法理问题情有独钟，尤其是那些与实践关系密切或者帮助解决实践问题的理论。因长期从事实际工作的缘故，或许侥幸具有一些感性认识、实践知识和信息上的优势。何况，实践者谈理论，或许更能抓住理论与实践的联系，至少可以避免“隔靴挠痒”之讥。所谈之理论，或许是更为贴近实践的理论，更能解决实际问题的理论，或者对解决问题更有帮助的理论。实践者谈实践，更是耳闻目睹的实践，更是其解决实际问题的心路里程，更能人木三分。我的理论和实践素养未必能达到如此境界，但力图往这种境界贴近。本书就是在这种心态下写就的。

本书尝试回答法律实践中经常遇到的法律方法问题。这些问题可以归纳为两个类型，即一类是观念问题，旨在阔清一些有关法律适用、法律解释或者漏洞填补的观念，如关于审判依据（哪些规范对法院具有法律约束力而可以成为审判依据）、法律解释权等的观念；另一类是方法问题，主要是化解法律规范冲突、法律解释和漏洞填补的方法。当然，对于这些问题，我选择了多视角的研究，如比较方法（比较国外的法理和实践做法）、历史方法（探求相关的制度历史并从中获取启示）以及实证方法（国内立法和司法的实际问题）。其目的是增强理论上的说服力和方案上的可信度。

毋庸讳言，我对许多法学理论问题还是仅知一鳞半爪和浅尝辄止，况且，法理问题既能指导实践，又受实践的局限，不可能超越实践水平太远。因此，对于本书的理论水准，我并无太多的自信，只是将所思所想所见所闻所读所感尽数吐出而已，不敢也无意与法理

需要全本请访问 www.ertongbook.com