

法律 方法论

(第一卷)

法律规范的选择
与适用

孔祥俊 著

人民法院出版社

法律 方法论

(第一卷)

法律规范的选择 与适用

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

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 courtpress@sohu.com
印 刷 北京人卫印刷厂
经 销 新华书店
开 本 890×1240 毫米 A5
字 数 1410 千字
印 张 50.75
版 次 2006年12月第1版 2006年12月第1次印刷
书 号 ISBN 7-80217-377-9
定 价 120.00 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妙用和价值。他

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。

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，加快速度。”^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，在法学课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，我们应当努力架

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。

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。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

总 目 录

法律方法论（第一卷） ——法律规范的选择与适用

前言·····	(1)
绪论：法律方法——探求法律答案的路径·····	(1)
第一章 审理案件的法律依据·····	(25)
第一节 法的界定与审判依据·····	(27)
第二节 法律渊源与审判依据·····	(33)
第三节 宪法的司法适用问题·····	(42)
第四节 行政法规作为审判依据问题·····	(49)
第五节 规章的法律地位与参照适用·····	(58)
第六节 “其他规范性文件”的法律效力·····	(78)
第七节 法律解释的审判依据意义·····	(91)
第二章 非正式法源与审判依据·····	(103)
第一节 非正式法律渊源概述·····	(105)
第二节 政策或者公共政策·····	(110)
第三节 习惯与习惯法·····	(116)
第四节 一般法律原则的法源地位·····	(130)
第三章 法律规范的冲突与适用规则·····	(149)
第一节 法律规范的“不一致”与“相抵触”·····	(151)

第二节	国外法律规范冲突规则比较·····	(160)
第三节	我国法律规范冲突的适用规则·····	(166)
第四节	法院在法律规范冲突中的选择适用权·····	(168)
第五节	法律规范冲突的裁决机制与备案审查·····	(201)
第四章	异位法冲突的适用规则·····	(207)
第一节	上位法与下位法的一般关系·····	(209)
第二节	上、下位法律规范相抵触的认定·····	(218)
第三节	实施性规定与上位法的适用关系·····	(241)
第四节	异位法适用的几个特殊问题·····	(254)
第五章	同位法相冲突的适用规则·····	(263)
第一节	特别法优于普通法·····	(265)
第二节	变通规定与原规定的适用关系·····	(283)
第三节	后法优于前法的适用规则·····	(300)
第四节	部门规章与地方性法规冲突的选择适用·····	(303)
第五节	部门规章与地方政府规章冲突的选择适用·····	(316)
第六节	部门规章冲突的选择适用·····	(318)
第六章	时间效力与适用规则·····	(327)
第一节	法律不溯及既往的原则与例外·····	(329)
第二节	实体从旧、程序从新与空白追溯·····	(340)
第三节	从新从优与从新从轻·····	(349)
附论	审理行政案件有关法律规范的选择与适用·····	(369)

法律方法论（第二卷）

——法律解释的理念与方法

第一章	法律解释概述·····	(491)
第一节	法律解释及其原因·····	(493)
第二节	法律解释与法律适用的关系·····	(503)
第二章	法律解释的基本特性·····	(515)

第一节	注疏性、判断性与超然性·····	(517)
第二节	法律解释的创造性·····	(523)
第三节	法律解释的造法性·····	(528)
第四节	法律解释的价值衡量性·····	(536)
第五节	法律解释的静态性与动态性·····	(548)
第六节	法律解释答案的惟一性与非惟一性·····	(555)
第三章	法律解释权的演变、现状与趋向·····	(567)
第一节	法律解释权的演变·····	(569)
第二节	英美法官解释法律的当然职权·····	(582)
第三节	大陆法系由立法者解释到司法者解释·····	(599)
第四节	我国法院的法律解释权·····	(623)
第五节	福利国家与当代司法解释权的扩张·····	(630)
第四章	我国法律解释的体制及法律地位·····	(637)
第一节	立法解释与应用解释·····	(639)
第二节	法律解释的形式·····	(643)
第三节	法律解释的法律效力·····	(655)
第五章	法律解释的目的·····	(665)
第一节	主观说与客观说的分歧·····	(667)
第二节	德国与法国的解释目的学说·····	(681)
第三节	美国的主观说、文本说与动态说·····	(688)
第四节	我国法律解释目的分析·····	(707)
第六章	法律解释方法比较·····	(719)
第一节	法律解释方法概述·····	(721)
第二节	各种法律解释方法·····	(728)
第三节	各类解释方法的适用条件·····	(735)
第四节	英美国国家法律解释方法·····	(739)
第五节	大陆法国家法律解释方法·····	(750)
第六节	欧盟法院法律解释方法·····	(766)
第七节	法院法律解释资料之比较·····	(770)

第八节 我国法律解释方法与法律解释资料·····	(783)
第七章 文义解释方法 ·····	(787)
第一节 文义解释概述·····	(789)
第二节 文义解释的优先性·····	(793)
第三节 通常语言与专业术语的关系·····	(798)
第四节 文义解释的变动性与非孤立性·····	(813)
第五节 不拘泥文义、荒谬结果与改正文本错误·····	(819)
第六节 同一法律术语的解释规则·····	(822)
第七节 国外文义解释之比较·····	(830)
第八章 体系解释方法 ·····	(835)
第一节 一则典型案例的启示·····	(837)
第二节 法律规范的语境化·····	(840)
第三节 合宪解释与体系解释·····	(847)
第四节 内在的价值体系与法律解释·····	(861)
第五节 “阐释的循环”与语境解释·····	(863)
第九章 历史解释与目的解释 ·····	(867)
第一节 历史解释·····	(869)
第二节 目的解释·····	(877)
第十章 限缩解释与扩张解释 ·····	(887)
第一节 限缩解释·····	(889)
第二节 扩张解释·····	(899)
第十一章 社会学解释方法与“两个效果的统一” ·····	(903)
第一节 “两个效果的统一”与社会学解释的关系·····	(905)
第二节 概念法学、社会法学与法律解释方法·····	(910)
第三节 正确理解“两个效果的统一”·····	(918)
第十二章 同一解释原则 ·····	(937)
第一节 同一解释原则概述·····	(939)
第二节 我国对同一解释原则的适用·····	(960)
第十三章 法律解释的比较方法 ·····	(969)

第一节	比较法在裁判中的运用	(971)
第二节	在裁判中如何对待外国法	(981)
第十四章	例示性规定的解释规则	(989)
第一节	“等”字规定的学问	(991)
第二节	例示性规定的解释困境	(997)
第三节	例示性规定的解释规则	(1000)
第十五章	反对解释等特殊解释规则	(1009)
第一节	反对解释	(1011)
第二节	当然解释	(1013)
第三节	明示其一即排斥其他	(1018)
第十六章	法律解释与宪法、法律原则及其他	(1023)
第一节	宪法、法律原则与法律解释	(1025)
第二节	影响法律解释的特殊因素	(1034)
第十七章	法律解释方法之间的相互关系	(1043)
第一节	不同解释方法的互补关系	(1045)
第二节	不同法律解释方法序位性之比较	(1049)
第三节	我国法律解释方法的优先关系	(1069)
附论	多种法律解释方法的同时并用	(1075)

法律方法论（第三卷）

——裁判模式、自由裁量与漏洞填补

第一章	法律的常规适用与非常规适用	(1091)
第一节	法律的常规适用	(1093)
第二节	法律的非常规适用	(1026)
第三节	法律适用的复杂性与辩证性	(1155)
第二章	法律适用的形式性与实质性	(1171)
第一节	司法的形式性与实质性的界分	(1173)
第二节	形式性与实质性的价值和空间	(1180)

第三节 我国法律适用的形式性与实质性	(1183)
第三章 自由裁量与利益衡量	(1199)
第一节 自由裁量的必要性	(1201)
第二节 裁量与规则的关系	(1219)
第三节 自由裁量的约束性	(1229)
第四节 裁判中的利益衡量	(1262)
第五节 公正与秩序的利益衡量	(1277)
第四章 司法中的政治考量与政治智慧	(1289)
第一节 司法的中立性与政治性	(1291)
第二节 政治在司法中的作用	(1302)
第三节 司法与政治智慧	(1319)
第五章 司法中的学术观点与裁判意见	(1333)
第一节 裁判意见与学术观点的关系	(1335)
第二节 跨越“自我”与“非我”的鸿沟	(1347)
第六章 司法裁判中的“求真”	(1359)
第一节 对法律前提认识的误区	(1361)
第二节 法律前提的“破”与“立”	(1365)
第三节 司法中的实用主义	(1377)
第七章 法律漏洞概观	(1389)
第一节 法律漏洞界说	(1391)
第二节 是否存在计划安排的漏洞	(1407)
第三节 法律漏洞的限界、意义与原因	(1413)
第四节 法律漏洞的类型	(1421)
第五节 法律漏洞与几种近似情形的边界	(1429)
第八章 法律漏洞的填补方法	(1435)
第一节 法律漏洞的认定与填补	(1437)
第二节 类推适用	(1448)
第三节 法律拟制	(1462)
第四节 目的性限缩	(1467)

第五节 目的性扩张	(1478)
第六节 领域漏洞的填补	(1492)
第九章 裁判方法与裁判风格	(1505)
第一节 裁判理由与法律解释风格	(1507)
第二节 判决异议制度	(1551)
后 记	(1563)

目 录

前 言	(1)
-----	-----

绪论：法律方法——探求法律答案的路径

一、在“道”与“术”之间	(5)
二、疑难案件与法律方法	(11)
三、授人以渔而非授人以鱼	(17)
四、为实践问题寻找理论答案	(19)
五、锻造自己的司法哲学	(21)

第一章 审理案件的法律依据

第一节 法的界定与审判依据	(27)
一、以审判依据作为法的界定标准	(27)
二、审判依据的法律规定	(30)
第二节 法律渊源与审判依据	(33)
一、法律渊源的理论与实践涵义	(33)
二、正式法律渊源与审判依据	(37)
三、成文法与不成文法	(38)
四、我国成文法律渊源	(40)
第三节 宪法的司法适用问题	(42)

一、宪法能否直接作为审判依据	(42)
二、如何判断宪法能否司法适用	(47)
三、宪法能否作为下位法合法性的判断依据	(48)
第四节 行政法规作为审判依据问题	(49)
一、行政法规的特殊法律地位	(49)
二、“部颁”规范性文件的法律性质	(50)
三、“法规性文件”的法律地位	(56)
第五节 规章的法律地位与参照适用	(58)
一、从一起案件看规章的地位	(58)
二、规章的法律地位	(63)
三、规章的参照适用	(67)
四、参照规章新解	(72)
五、规章的类型与效力判断	(76)
第六节 “其他规范性文件”的法律效力	(78)
一、“其他规范性文件”的范围	(78)
二、“其他规范性文件”的法律地位	(79)
三、“其他规范性文件”适用判例解析	(86)
第七节 法律解释的审判依据意义	(91)
一、立法解释、行政解释和司法解释	(91)
二、各类法律解释的审判依据意义	(98)

第二章 非正式法源与审判依据

第一节 非正式法律渊源概述	(105)
一、法律实证主义与法源	(105)
二、求助非正式法源的必要性	(108)
三、非正式法源的审判依据意义	(109)
第二节 政策或者公共政策	(110)
一、公共政策在国外司法中的作用	(110)

二、政策在我国司法中的地位·····	(113)
第三节 习惯与习惯法 ·····	(116)
一、习惯与习惯法的概念·····	(116)
二、习惯法在私法中的法律地位·····	(118)
三、习惯法在公法中的法律地位·····	(121)
四、我国习惯法的审判依据意义·····	(123)
第四节 一般法律原则的法源地位 ·····	(130)
一、一般法律原则与规则·····	(130)
二、一般法律原则在我国司法实践中的适用·····	(137)

第三章 法律规范的冲突与适用规则

第一节 法律规范的“不一致”与“相抵触” ·····	(151)
一、法律规范的位阶·····	(151)
二、法律规范的竞合与冲突·····	(153)
三、“不一致”与“相抵触”的不同用法·····	(154)
四、同位法之间的“不一致”·····	(157)
五、异位法之间的“相抵触”·····	(159)
第二节 国外法律规范冲突规则比较 ·····	(160)
一、意大利法律规范冲突规则·····	(160)
二、法国法律规范冲突规则·····	(161)
三、德国法律规范冲突规则·····	(162)
四、美国法律规范冲突规则·····	(164)
第三节 我国法律规范冲突的适用规则 ·····	(166)
一、三项基本规则·····	(166)
二、法律规范冲突规则与解释规则·····	(167)
第四节 法院在法律规范冲突中的选择适用权 ·····	(168)
一、引起关注的三个典型案例·····	(168)
二、法官在法律规范冲突中的选择适用权·····	(178)

三、选择适用权与违宪审查权·····	(182)
四、法官必须在整体法律秩序中寻求法律答案·····	(193)
五、法官行使选择适用权必须审慎·····	(197)
第五节 法律规范冲突的裁决机制与备案审查 ·····	(201)
一、送请有权机关裁决·····	(201)
二、备案审查制度·····	(203)

第四章 异位法冲突的适用规则

第一节 上位法与下位法的一般关系 ·····	(209)
一、从一起案件说起·····	(209)
二、一以贯之的直接选择适用·····	(211)
三、选择适用与连带性司法审查·····	(215)
四、下位法的当然无效与修改废止的关系·····	(216)
第二节 上、下位法律规范相抵触的认定 ·····	(218)
一、确定相抵触标准的复杂性·····	(218)
二、从法律规范构成因素看相抵触的认定·····	(219)
三、法律规范适用条件的抵触·····	(222)
四、权利义务规定(处理)上的抵触·····	(231)
五、法律规范制裁规定上的抵触·····	(233)
第三节 实施性规定与上位法的适用关系 ·····	(241)
一、上位法与其实质性规定·····	(241)
二、效力优先与适用优先·····	(242)
三、新的上位法与旧的实施性规定之间的关系·····	(245)
四、实施性规定与上位法适用关系实例·····	(246)
第四节 异位法适用的几个特殊问题 ·····	(254)
一、国务院决定、命令与地方性法规和规章的关系·····	(254)
二、特别法缺位时的一般法适用·····	(256)
三、是否考虑法律规定不完善或者滞后的因素·····	(260)