

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

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

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

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)

