

法律方法与应用法学文库



Method & Application

法律规范冲突的 选择适用与漏洞填补

孔祥俊 著

Kong Xiang-jun

人民法院出版社

法律方法与应用法学文库



Method & Application

法律规范冲突的 选择适用与漏洞填补

孔祥俊 著

Kong Xiang-jun



人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法律规范冲突的选择适用与漏洞填补/孔祥俊著. —北京:
人民法院出版社, 2004. 11

(法律方法与应用法学文库)

ISBN 7-80161-861-0

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 (2004) 第 096996 号

法律规范冲突的选择适用与漏洞填补

孔祥俊 著

责任编辑 辛言 高林 刘宇 高洪
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京市朝阳区安慧北里安园甲 9 号(100101)
电 话 (010)65290579(责任编辑) 65290516(出版部)
65290558 65290559(发行部)
网 址 www.courtpress.com
E-mail courtpress@sohu.com
印 刷 北京人卫印刷厂
经 销 全国新华书店

开 本 890×1240 毫米 A5
字 数 619 千字
印 张 22.25
版 次 2004 年 11 月第 1 版 2004 年 11 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-80161-861-0/D·861
定 价 49.80 元

版权所有 侵权必究

(如有缺页、倒装, 请与出版社联系调换)

出版前言

法律是一种高度专门化的社会控制力量和形式，法律与诉讼同其根源并水乳交融，法律史滥觞于司法开始为职业法律人掌控之时，法律的发达肇端于法官的高度职业化。法官职业化以独特的职业意识、职业知识、职业技能、职业思维、职业道德和职业保障为基本内涵，法官职业化是法治现代化的重要标尺。改革开放以来，伴随我国民主法治进程的匆匆脚步，人民法院筚路蓝缕，在法官职业化建设上进行了坚持不懈的努力，已取得蔚为大观的成绩。特别是适应依法治国、建设社会主义法治国家进程加快的需要，2002年肖扬院长明确提出了“法官职业化建设”的历史命题，最高人民法院采取了一系列推进法官职业化的举措，法官职业化建设的目标日益明朗化、体系化和科学化，法官职业化已成为我国法治现代化建设的重要内容，法官职业化建设亦进入了崭新的历史时期。

法官的天职是裁判案件，裁判案件何须如此高度的职业化？这是因为裁判具有高度的专业性和复杂性。在审判实践中，能够将法律条文与案件事实简单地对号入座的裁判，只是一些简单的案件。事实上，大量的裁判并非如此。总体上说，裁判案件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，裁判和裁判中的法律适用具有高度的智识性和专业性。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，恪守法的安定性和可预见性，警惕

反复无常，又需要不拘一格、与时俱进和开拓创新，勇于和善于打破理论和实践的教条；既要遵守逻辑规则和注重逻辑推演，对付诸实施的法律规范“咀嚼其章句，玩味其技巧，消化其原理”，又需要填充价值和进行利益衡量，实现良好的社会效果。裁判中的法律适用是一项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。在适用法律时，可能会面对形形色色的复杂情况：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；在法律条文措词未变，但已落后于现实时，对其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，填补法律漏洞和寻找法律依据；在法律规范冲突时，按照法律适用的规则予以协调，从整体法律秩序中获取法律答案。而且，诚如美国最高法院著名大法官卡多佐所言，裁判结论是多种因素酿成的化合物，既有成文的法律规范，又有影响裁判结果或者作为裁判依据的法律原则、习惯、学说及其他司法资源，“日复一日，以不同的比例，所有这些成分被投入法院的锅炉中，酿成这种奇怪的化合物”。显然，没有高度职业化的法官，就无以高水平地驾驭如此高难度的法律适用，无以通过裁判实现全社会的公平正义。

既然裁判乃是法官在配置多种司法资源的基础上酿造的结论，对于炉火纯青和驾轻就熟的法律适用和适用者而言，必须以复合的知识结构为根基。任何一个达到一定境界的法律适用者，都会切身地感受到，在裁判中不仅像民商法、行政法和刑法之类的应用法学能够直接派上用场，像法理、法制史和比较法这样的基础法学也不可或缺。因为，应用法学固然能够提供裁判的直接依据，基础法学则在培养法律技能、增强法律意识和训练法律思维上大显身手；应用法学固然能够提供法学知识，基础法学则能够传授获取知识的方法，而知识随时都是更替和淘汰的，更新知识的有效性有赖于科学的方法；更何况，精通法理和博采古今众长能够使人在法律适用中如站在高山之巅，亦不至于在应付繁杂的法律适用中捉襟见肘，左

右不能逢源。作为一个称职的法律适用者，不仅要在应用法学上“急功近利”，而且要打好基础法学的根基；不仅要有深厚的法学功底，还需要丰富的社会阅历。所有这些知识都会在酿造裁判结论中各显身手，尽管有些在前台，有些在幕后，有些是潜意识的。因此，裁判中法律适用的多方面需求，决定了法官职业化建设是一个全方位和多层面的系统工程，而职业知识、职业技能和职业思维无疑是其核心内容。

法律方法以培养和训练法律技能与法律思维为目标。法官职业化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整体水平。对裁判中的法律适用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。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的脱节却仍有相当程度的严重性，职业技能与职业思维的训练还相当薄弱。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。尽管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，不少法律方法论著还难以对法律方法进行实践上的准确把握，对于需求切合实用的法律方法的法官还不“解渴”。理论与实践、法学与应有本来就不应有鸿沟，架设理论与实践的桥梁，弥合理论研究与司法实务的缝隙，需要理论界与实务界共襄斯举和同心戮力。

我社作为最高人民法院直属的以出版应用法学著作作为特色的法律专业类出版社，对司法实践需求的感受从来都非常直接和强烈。鉴于司法实践对理论与实践结合紧密的法律方法著作的迫切需求，为探寻一条理论与实践、法学与应用密切结合的新路，我们决定出版这套“法律方法与应用法学文库”。首期出版的《法律规范冲突的选择适用与漏洞填补》和《法律解释方法与判解研究》，主要基于司法实践对法律方法的需求，结合大量的判例和法律解释实例以及作者

亲历司法执法的直接感受,从理论和实践、国内和国外多个角度,对审判依据、法律规范冲突、法律解释与漏洞填补等实践中最为关注的法律方法问题,进行了系统的阐述。我们诚望,这套文库不仅能以其理论与实践密切结合的鲜明特色,对于读者提高法律思维能力和增强司法技能有所启示和裨益,还能为理论法学的应用研究吹入一股新风,探索一条新的路径。

人民法院出版社

二〇〇四年十一月

目 录

出版前言·····	(1)
-----------	-----

绪论：法律方法——探求法律答案的路径

一、法律方法为什么重要·····	(5)
二、疑难案件与法律方法·····	(9)
三、探究路径而非具体答案·····	(14)
四、为实践问题寻找理论答案·····	(16)

第一章 审理案件的法律依据

第一节 法的界定与审判依据·····	(23)
一、以审判依据作为法的界定标准·····	(23)
二、审判依据的法律规定·····	(26)
第二节 法律渊源与审判依据·····	(29)
一、法律渊源的理论与实践涵义·····	(29)
二、正式法律渊源与审判依据·····	(32)
三、成文法与不成文法·····	(34)
四、我国成文法律渊源·····	(35)
第三节 宪法的司法适用问题·····	(37)
一、宪法能否直接作为审判依据·····	(37)

二、如何判断宪法能否司法适用	(42)
三、宪法能否作为下位法合法性的判断依据	(44)
第四节 行政法规作为审判依据问题	(45)
一、行政法规的特殊法律地位	(45)
二、“部颁”规范性文件的法律性质	(46)
三、“法规性文件”的法律地位	(51)
第五节 规章的法律地位与参照适用	(54)
一、从一起案件看规章的地位	(54)
二、规章的法律地位	(59)
三、规章的参照适用	(63)
四、参照规章新解	(68)
五、规章的类型与效力判断	(72)
第六节 “其他规范性文件”的法律效力	(74)
一、“其他规范性文件”的范围	(74)
二、“其他规范性文件”法律地位的分歧	(75)
三、“其他规范性文件”的法律地位	(76)
四、“其他规范性文件”适用判例解析	(82)
第七节 法律解释的审判依据意义	(87)
一、立法解释、行政解释和司法解释	(87)
二、各类法律解释的审判依据意义	(94)

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	(103)
一、法律实证主义与法源	(103)
二、求助非正式法源的必要性	(106)
三、非正式法源的审判依据意义	(107)
第二节 政策或者公共政策	(108)
一、公共政策在国外司法中的作用	(108)

二、政策在我国司法中的地位·····	(110)
第三节 习惯与习惯法·····	(113)
一、习惯与习惯法的概念·····	(113)
二、习惯法在私法中的法律地位·····	(115)
三、习惯法在公法中的法律地位·····	(118)
四、我国习惯法的审判依据意义·····	(120)
第四节 一般法律原则的法源地位·····	(126)
一、一般法律原则与规则·····	(126)
二、一般法律原则在我国司法实践中的适用·····	(133)

第三章 法律规范的冲突与适用规则

第一节 法律规范冲突：“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·····	(152)
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”·····	(158)
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·····	(163)
第三节 我国法律规范冲突的适用规则·····	(165)
一、三项基本规则·····	(165)
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·····	(179)

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·····	(191)
五、法官行使选择适用权必须审慎·····	(195)
第五节 法律规范冲突的裁决机制与备案审查·····	(199)
一、送请有权机关裁决·····	(199)
二、备案审查制度·····	(201)

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·····	(221)
四、权利义务规定(处理)上的抵触·····	(232)
五、法律规范制裁规定上的抵触·····	(234)
第三节 实施性规定与上位法的适用关系·····	(242)
一、上位法与其实施性规定·····	(242)
二、效力优先与适用优先·····	(243)
三、新的上位法与旧的实施性规定之间的关系·····	(246)
四、实施性规定与上位法适用关系三则案例·····	(247)
第四节 异位法适用的几个特殊问题·····	(255)
一、国务院决定、命令与地方性法规和规章的关系·····	(255)
二、异位法间的特别规定与一般规定的适用关系·····	(257)
三、是否考虑法律规定不完善或者滞后的因素·····	(258)

第五章 同位法相冲突的适用规则

第一节 特别法优于普通法·····	(265)
一、引言：法行（2000）29号答复·····	(265)
二、“特别规定”与“一般规定”·····	(267)
三、同位法的特别规定与一般规定的适用关系·····	(268)
四、新的一般规定与旧的特别规定的适用关系·····	(271)
五、不同法条之间的特别规定与一般规定·····	(272)
六、总则规定与分则规定的适用关系·····	(272)
第二节 变通规定与原规定的适用关系·····	(278)
一、自治条例和单行条例的优先适用·····	(278)
二、经济特区法规变通规定的优先适用·····	(281)
第三节 后法优于前法的适用规则·····	(287)
一、后法优于前法的涵义·····	(287)
二、新的一般规定与旧的特别规定的适用关系·····	(288)
第四节 部门规章与地方性法规冲突的选择适用·····	(290)
一、部门规章与地方性法规之间的特殊位阶关系·····	(290)
二、解决地方性法规与部门规章冲突的相抵触标准·····	(293)
三、解决地方性法规与部门规章冲突的权限标准·····	(294)
四、送请处理或者裁决的情形·····	(302)
第五节 部门规章与地方政府规章冲突的选择适用·····	(303)
一、部门规章与地方政府规章之间的位阶关系·····	(303)
二、部门规章与地方政府规章冲突的适用关系·····	(303)
第六节 部门规章冲突的选择适用·····	(306)
一、适用与上位法不相抵触的部门规章·····	(306)
二、优先适用依专属职权制定的规章·····	(307)
三、优先适用联合制定的规章·····	(311)

第六章 时间效力与适用规则

第一节 法律不溯及既往的原则与例外·····	(319)
一、不溯及既往原则·····	(319)
二、不溯及既往原则的例外·····	(323)
三、过渡条款·····	(325)
四、不溯及既往原则判例解析·····	(326)
第二节 实体从旧、程序从新与空白追溯·····	(328)
一、实体从旧与程序从新规则·····	(328)
二、空白追溯规则·····	(329)
三、从六个典型实例看三项规则的适用·····	(330)
第三节 从新从优与从新从轻·····	(336)
一、新合同法有条件地溯及合同效力的启示·····	(336)
二、从新从优规则·····	(338)
三、从新从轻规则·····	(338)

第七章 法律解释与法律适用的关系

第一节 法律解释是法律适用的核心·····	(345)
一、法律都需要解释·····	(345)
二、法律解释与法律适用的一般关系·····	(347)
第二节 法律解释与法律适用的关系例解·····	(349)
一、例1：对“运输”与“携带”涵义的条分缕析·····	(350)
二、例2：“蓄意违章”界定上的缺位·····	(354)

第八章 法律适用与法律漏洞

第一节 法律漏洞界说·····	(361)
-----------------	-------

一、法律漏洞的涵义·····	(361)
二、法律漏洞界定之比较·····	(363)
第二节 是否存在计划安排的漏洞·····	(376)
一、对法学和司法实践的授权·····	(376)
二、一般条款的漏洞属性·····	(377)
三、意味深长的沉默·····	(379)
四、对法律漏洞的几点看法·····	(380)
第三节 法律漏洞的限界、意义与原因·····	(381)
一、法律漏洞的限界·····	(381)
二、法律漏洞概念的意义·····	(384)
三、产生法律漏洞的原因·····	(385)
第四节 法律漏洞的类型·····	(387)
一、法律内的漏洞与超越法律的漏洞·····	(388)
二、已知的法律漏洞与不知的法律漏洞·····	(388)
三、自始的法律漏洞与嗣后的法律漏洞·····	(388)
四、部分漏洞与全部漏洞·····	(389)
五、明显的法律漏洞与隐藏的法律漏洞·····	(389)
六、禁止拒绝裁判式漏洞、目的漏洞与原则的（价值）的 漏洞·····	(389)
七、按照标准的非完整性划分的漏洞类型·····	(390)
第五节 法律漏洞与几种近似情形的边界·····	(395)
一、立法政策或技术上的欠缺：法律解释与漏洞填补·····	(395)
二、法内漏洞：漏洞填补还是法律解释·····	(397)
三、授权式类推适用·····	(398)
四、法律漏洞与有意的沉默·····	(399)
五、法律漏洞与法律错误·····	(400)

第九章 法律漏洞的填补方法

第一节 法律漏洞的认定与填补	(405)
一、法律漏洞的认定	(405)
二、法律漏洞填补方法	(407)
三、法律漏洞填补与法律适用	(408)
四、法律漏洞填补是法律解释的继续	(411)
五、法律漏洞与法官“造法”	(412)
第二节 类推适用	(416)
一、类推适用的涵义	(416)
二、正面推理与反向推理	(420)
三、类推适用实例解析	(424)
第三节 法律拟制	(427)
一、从胎儿是否有权主张损害赔偿说起	(427)
二、法律拟制与漏洞填补	(428)
三、法律拟制与法的类推	(431)
第四节 目的性限缩	(432)
一、目的性限缩的涵义	(432)
二、目的性限缩解释实例解析	(433)
第五节 目的性扩张	(443)
一、目的性扩张的涵义	(443)
二、宪法第90条的扩张解释	(444)
三、海关法第30条的扩张解释与文义解释	(447)
四、行政处罚法第16条的解释	(457)
第六节 领域漏洞的填补	(457)
一、一起渔业补偿案的启示	(457)
二、领域漏洞与法官造法	(458)
三、领域漏洞的填补依据	(460)

附论 审理行政案件有关法律规范的选择与适用

——《关于审理行政案件适用法律
规范问题的座谈会纪要》释评

- 一、发布《纪要》的背景和意图····· (471)
- 二、《纪要》第一部分：“关于审理行政案件的审判依据”
····· (473)
- 三、行政法规的三种类型····· (482)
- 四、规章的“参照”适用····· (490)
- 五、“其他规范性文件”的法律效力····· (504)
- 六、法律解释的审判依据意义····· (512)
- 七、《纪要》第二部分：“关于法律规范冲突的适用规则”
····· (523)
- 八、上位法与下位法冲突的适用规则····· (536)
- 九、特别规定与一般规定的适用关系····· (549)
- 十、部门规章与地方性法规冲突的选择适用····· (555)
- 十一、规章冲突的选择适用····· (562)
- 十二、《纪要》第三部分：关于新旧法律规范的适用规则
····· (571)
- 十三、《纪要》第四部分：例示性规定的解释规则····· (577)
- 附：最高人民法院关于印发《关于审理行政案件适用
法律规范问题的座谈会纪要》的通知····· (587)

法律规范冲突选择适用典型判例点评

- 一、黄建忠诉龙岩监狱补偿案····· (597)
——一则涉及特别法优于一般法规则的案例
- 二、泰国贤成两合公司、深圳贤成大厦有限公司与深圳市

- 工商行政管理局组织成立清算组行政纠纷上诉案…… (601)
——一则涉及“部颁”法规性文件定性及经济特区法规与行政法规冲突的案例
- 三、海口市南山实业有限公司、刘汉惜诉海南省工商行政管理局行政处罚、行政赔偿上诉案…… (611)
——一则不适用不符合上位法的规章的案例
- 四、上海丰祥贸易有限公司诉上海市盐务管理局行政强制措施案…… (619)
——一则否定行政解释法律效力的案例
- 五、北京中锐文化传播有限责任公司诉北京零点市场调查与分析公司侵犯商业秘密纠纷案…… (624)
——一则参照适用行业惯例的案例
- 六、江门健威家具装饰有限公司诉国家知识产权局专利复审委员会无效宣告请求审查决定案…… (632)
——一则根据“正当程序”原则判决的案例
- 七、海南凯立中部开发建设股份有限公司诉中国证券监督管理委员会行政纠纷案…… (650)
——一则涉及新旧法交替期间的法律适用的案例
- 八、大同包装公司偿还到期债务案…… (659)
——一则涉及新法空白追溯适用的案例
- 九、信达公司诉银河公司债务清偿案…… (664)
——一则涉及适用法理和新旧法过渡条款的案例
- 十、中国船舶染料供应福建有限公司船舶碰撞漏油申请按国际条约设立赔偿责任限制基金案…… (671)
——一则涉及国际条约国内适用的案例
- 十一、北京石油丰台分公司等申请执行案…… (678)
——一则涉及执行程序中填补法律漏洞的案件
- 十二、四川高院诉范萍实际使用租赁房偿付欠租案…… (680)
——一则涉及“因不动产纠纷提起的诉讼”一语限缩