

司法哲学与法律方法论丛

司法哲学

PHILOSOPHY

孔祥俊 / 著

一名资深法官的二十年实践感悟
从实证分析通往司法哲学之路

用经验、逻辑、法律方法讲述司法的理想与现实



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

司法哲学与法律方法论丛

司法哲学

PHILOSOPHY

孔祥俊 / 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

司法哲学 / 孔祥俊著. —北京: 中国法制出版社,
2017.1

(司法哲学与法律方法论丛)

ISBN 978-7-5093-7823-6

I. ①司… II. ①孔… III. ①法哲学—研究
IV. ①D903

中国版本图书馆CIP数据核字 (2016) 第217866号

策划编辑: 李小草 (lixiaocao2008@sina.cn)

责任编辑: 任乐乐 (lele_juris@163.com)

封面设计: 汪要军

司法哲学

SIFA ZHEXUE

著者 / 孔祥俊

经销 / 新华书店

印刷 / 三河市紫恒印装有限公司

开本 / 710毫米×1000毫米 16开

版次 / 2017年5月第1版

印张 / 30.5 字数 / 456千

2017年5月第1次印刷

中国法制出版社出版

书号ISBN 978-7-5093-7823-6

定价: 89.00元

北京西单横二条2号 邮政编码: 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 010-66033393

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)

值班电话: 010-66026508

传真: 010-66031119

编辑部电话: 010-66071862

邮购部电话: 010-66033288

JUDICIAL PHILOSOPHY

司法哲学

序言

我曾是资深法官，对于司法哲学和法律方法的研究都是始于、源于和立足于实践，曾有触手可及的实践素材，曾有参与其中的身体力行，曾有殚精竭虑的探索追寻，最推崇的是学以致用，最不喜欢的是纸上谈兵和“空对空”。作为一名实践者，当然经常以所理解和掌握的法律哲学与法律方法解决裁判中的疑难复杂问题，本丛书用于实证分析的实例多是我所亲历甚至亲为的，从中或许能够看到哲学与方法的真实运用，能看到活生生的现实而不是空谈和教条。当然，经历使我深感，无论是法律学习、法律适用还是法学理论研究，哲学和方法都具有极端的重要性。通过司法哲学和法律方法，可以使法律研习者、实践者了解掌握在司法过程中以法律思维 and 方式思考与解决问题的能力、方法和技术。

进入最高人民法院工作以后，我逐渐对法律方法问题产生兴趣，十多年来断断续续地进行了一些研究，也陆续写出了一些文字。本丛书就是在增删和整合以前这些文字的基础上，进一步修改加工和充实而形成的，其中既用心筛选吸收了我以前有关著作中的一些内容，同时也增加了一些新内容，可以说是近年来我研究和思考这一问题的集大成。因此，这部著作虽然篇幅较大，但是通过集腋成裘的努力、不断重复的细小动作和一砖一瓦的逐渐堆砌，才得以完成，而不是在“风驰电掣”的灵感中一蹴而就。“江湖”上确有我写书“神速”的传说，但那仅是传说而已。由于我并无写作的任务和压力，我撰写的文字多是日积月累而成的，不是急就章，速成的著作几乎没有。

本丛书内容主要是问题导向的，主要是在探索所遇到问题并进行相

应的理论思考的基础上，逐渐积累而成。而且，由于更多地考虑了实践和实用问题，更多地展现我所体认的司法过程，因此并未刻意进行法理上的深奥论证和顾及体系化。所有这些决定了本丛书与理论家的著述或多或少的差异。我向来对于法律理论家的著述严谨和理论深奥颇为钦佩，但自知学养不足和力所不逮，只是对自己感兴趣的问题进行直观的探索和表达。况且，坊间有关法学方法和法学流派的理论著述所在多有，本书对于这些内容无意和不必作过多的介绍，只就关联部分加以援用。当然，实践者自有独特的实践视角，有知行合一的感悟和体验。亦如傅佩荣先生所说：“知识宛如汪洋大海，人一生能学到的只是很少的一部分。并且，如果你学了一些知识，却不能应用到日常生活上，那么就算学得再多又有什么意义呢？因此，我们学习知识之后，就要懂得消化，并融会贯通才是‘知行合一’。”^①法律的研究和实践也是如此。

霍姆斯大法官说过：“对于任何范围的想象而言，权力最广大的形式并非金钱，而是观念的支配。”^②我那信手而为的写作自然不曾有这样的奢望、雄心 and 高度，所要的只是“知识激发的乐趣和满足就足够了”。对我而言，能够把感兴趣的司法哲学和法律方法的观念和知识整理到一块，自己从中感受耕耘和思考的充实、自足和体悟的乐趣，或许同时对于读者有所借鉴和帮助，也就满足了。况且，如霍姆斯在其《法律的道路》中所说，“我在理解无数伟大的智者方面并不比他人逊色，这些智者穷其一生在（智识上）做某些添砖加瓦或一些改进，（然而，即便）其中最伟大的功业跟巨大的整体（事业）相比也显得微不足道。”伟大的智者尚且只能是添砖加瓦和作一

① 傅佩荣：《哲学与人生》（1），北京理工大学出版社2011年版，第30~31页。

② 霍姆斯指出：“雄心壮志和权力现今一般仅以金钱的形式体现。金钱是最直接的形式，而且是欲望的恰当对象。‘财富’，蕾切尔曾说，‘是一个人才智的衡量标准’。这当然是唤醒人们不要做黄粱美梦的金玉良言。正如黑格尔所言，‘最终并非胃口，而是观念会使人们感到满足。’对于任何范围的想象而言，权力最广大的形式并非金钱，而是观念的支配。……我们不可能都成为笛卡儿或者康德，但我们都想追求幸福。而我通过了解许多成功的人们，确信这一点：幸福并非仅仅通过成为一个大公司的律师顾问且收入5万美元而赢得。赢得幸福的非常伟大的智者在成功之外还需要其他食粮。”转引自〔美〕斯蒂文·J.伯顿主编：《法律的道路及其影响——小奥利弗·温德尔·霍姆斯的遗产》，张芝梅、陈绪刚译，北京大学出版社2005年版，第23~24页。

些改进，何况资质平平如我辈乎。所以，我还是很喜欢贾平凹先生所说：“虽不敢懈怠，但自知器格简陋，才质单薄，无法达到我向往的境界，无法完成我追求的作品。别人或许是在建造故宫，我只是经营农家四合院。”但愿我自己所建造和经营的也能够得上一个农家四合院。

伏尔泰曾说：“我就像一条小溪，因为不深而显得清澈。”不论本书理论水准如何，但还是尽可能想把所论述的问题说得清楚明白，力争做到“清澈”吧。好在我以前一直不是职业学者，只是在有时繁忙的实务工作之余涂上几笔，况且虽然我自信能够应付裕如地完成所经历的各项工作，但这样的写作于我的本职工作而言却未必能够锦上添花，有时还会招来无厘头的物议。想想这些，倘若我造出的作品够得上“农家四合院”，也就差强人意了。

即便如此，我仍然一如既往地感谢和欢迎同行们的批评指正！

绪论 / 001

第一章
司法哲学
诸问题

第一节 司法哲学与终极观念 / 032

一、司法哲学的普遍性 / 032

二、法律哲学与司法哲学 / 041

三、实践哲学与实践智慧 / 044

第二节 司法的理想与现实 / 047

一、司法在法治完善中的地位 / 047

二、“仰望星空”与“脚踏实地” / 048

三、奉行实用主义要适度 / 052

第三节 司法裁判中的“求真” / 054

一、对法律前提认识的误区 / 054

二、法律前提的“破”与“立” / 057

三、再说司法中的实用主义 / 068

第四节 司法态度与裁判境界 / 079

一、司法的基本态度 / 080

二、法律适用难题的有效解决 / 086

三、裁判的境界 / 088

第二章 司法的诸种 属性

第一节 司法的尝试性与溯及性 / 092

一、法律适用具有相对性 / 092

二、司法具有尝试性 / 094

三、尝试的两种情形 / 099

四、尝试与纠错 / 102

五、法律的适应性与调适适用 / 105

六、司法的溯及性 / 107

第二节 司法的选择性与审慎性 / 111

一、“迷茫中的准确” / 111

二、司法的审慎性 / 113

第三节 司法的稳定性与变动性 / 115

一、稳定性与变动性的交织 / 115

二、保守与创新 / 117

三、稳定与变动的协调 / 119

四、法律都有现成答案的迷思 / 123

第四节 司法的自治性与开放性 / 125

一、司法的自治性 / 126

二、司法的开放性 / 140

三、司法的活性和行动性 / 145

第五节 司法的价值中性与价值评价性 / 148

一、二者之间的关系 / 148

二、司法的价值与技巧 / 154

第六节 司法的客观性与主观性 / 158

一、客观性的价值 / 158

二、客观性的要求 / 160

三、司法的主观性 / 163

第七节 司法的逻辑与经验 / 167

一、逻辑与经验的交织 / 167

二、霍姆斯命题 / 169

三、兼及经验和逻辑 / 180

第八节 司法的理论与实践 / 190

一、理论上的清醒与实践中的坚定 / 190

二、唯一性与多样性 / 193

三、理论的接受与创造 / 196

四、学术观点与裁判意见 / 198

第九节 司法的赞誉与非难 / 213

一、司法的易受误解性 / 213

二、法官的坦然处之 / 214

第三章

司法的形式与 实质

第一节 两种不同的司法观 / 216

一、形式司法与实质司法概说 / 216

二、形式司法与实质司法的界定 / 224

三、形式司法与实质司法的区分 / 228

四、司法中形式与实质的辩证关系 / 233

五、司法的形式逻辑与辩证逻辑 / 238

六、形式司法与实质司法的价值和局限 / 239

七、形式司法与实质司法的存在空间 / 242

第二节 我国司法的形式与实质态样 / 245

一、形式性与实质性的兼备 / 245

二、我国形式司法的体现 / 248

三、我国实质司法的体现 / 252

第四章

司法中的法 律、政治与 政策

第一节 法律、政策和政治 / 257

一、三种要素的各自定位 / 257

二、司法的分析性与功能性 / 260

三、三要素的有机统一 / 263

第二节 司法与政治的关系 / 265

一、司法的中立性与政治性 / 265

二、司法的政治性 / 271

三、司法克制与不审理政治争议 / 274

第三节 司法中讲政治的艺术 / 278

一、避免单纯的业务观点 / 278

二、政治思维与具体司法相结合 / 280

三、履行政治职能与遵循司法规律 / 281

四、司法中的政治智慧 / 291

第四节 司法与司法政策 / 303

一、政策的导引作用 / 303

二、一般命题不决定个案 / 305

第五节 不同政策目标的冲突与协调 / 311

一、涉及法律定性的不同政策目标 / 311

二、涉及事实认定的不同政策目标 / 313

三、公法与私法的政策性功能 / 314

第五章

司法的依法与 能动

第一节 不即不离与制度弹性 / 319

一、依法而不“泥”法 / 319

二、制度刚性与制度弹性 / 320

第二节 依法裁判的信条与迷思 / 323

一、不同的司法观 / 323

二、依法裁判与依法条裁判 / 324

三、法条供给的有限性 / 330

四、司法是立法的继续 / 339

第三节 依法办案的丰富内涵 / 342

一、依法办案内涵的丰富性 / 342

二、司法中的原则、制度与方法 / 346

三、司法的受约束性 / 348

第四节 司法的能动性和创新性 / 351

一、回归能动司法的本意 / 351

二、能动司法的两种路径 / 353

三、司法的裁量性 / 357

四、司法的“造法”性 / 358

第五节 识别司法与立法的界限 / 366

一、创造性司法及其限度 / 368

二、司法与立法的局限性 / 375

三、司法的有为与不为 / 386

四、关于可操作性问题 / 392

第六节 立法政策与司法政策 / 395

一、立法政策与司法政策的一般关系 / 395

二、司法政策的功用 / 396

第六章

司法中的公平 正义

第一节 公平正义的司法适用 / 404

一、司法中的公平正义 / 404

二、公平正义的直觉价值 / 409

三、公平正义与个案衡平 / 415

第二节 个案中慎用公平正义 / 426

一、避免“时髦词语”陷阱 / 426

二、审慎对待公平正义 / 428

三、公平正义与适当的法律解释 / 431

第三节 辩证看待司法公正 / 434

一、公正司法的多个面向 / 434

二、公正的客观性与主观性 / 435

三、程序公正与实体公正 / 438

四、一般公正与个别公正 / 440

五、统一性与差异性 / 446

第七章

司法与民意

第一节 司法与民意关系的维度 / 450

一、司法不能回避民意 / 450

二、司法民主与尊重民意 / 453

三、司法的开放性与吸纳民意 / 455

四、司法的沟通性与融合民意 / 460

五、司法的能动性考量民意 / 463

六、司法的检验性与验诸民意 / 464

七、公平正义目标与契合民意 / 467

第二节 理性对待民意 / 470

一、回应关注与守住底线 / 470

二、司法与民意关系的具体处理 / 472

后记 / 475

JUDICIAL PHILOSOPHY

司法哲学

绪论

法院本身就是一个崇高庄严的地方，
那里充满了镇定和节制的氛围。

——[美]赞恩^①

^① [美]赞恩：《法律的故事》（增订版），于庆生译，中国法制出版社2014年版，第390页。
这确实是一种司法理想氛围。不过，理想毕竟是理想。

用描述的语言说，司法哲学大体上探究的是司法的基本规定性或者基本理念，尤其是反映了对于司法本原问题的根本性认识。法律方法则是将法律付诸实施的路径和方式。广义上的司法哲学基本上可以包括法律方法。当然，本书既然将司法哲学与法律方法并称，也就将前者限于世界观上的意义，而后者限于方法论上的意义。

说起哲学和方法，不少法律人往往将其与基础理论或者纯理论挂钩，仿佛有“仰之弥高，钻之弥坚；瞻之在前，忽焉在后”的感觉。的确，人们对于哲学的界定众说不一，但从其本源上来看，“‘哲学’一词来自两个希腊单词：philein（‘爱’）和 sophia（‘智慧’），这意味着一个哲学家是（或应该是）一个‘爱智慧者’。在无数的哲学定义中，这仍是最简单也是最好的定义之一。”“想成为哲学家的人会毫不掩饰地承认，他想让自己变得明智起来”；“变得明智，就是拥有理解力和技能，对日常生活中会用到的知识，作出成熟的判断”。^①大体上说，我们研究司法哲学和法律方法，就是为了增强司法的智慧和能力，在司法中变得“明智”，更有能力作出成熟的判断。而且，正如司法哲学和法律方法的词语本身所表示的，它首先是指导法律适用的哲学和方法（至少我是在这种意义上进行使用，其中“法学方法”及与其对应的“法学方法论”更多的是作为指导法学研究的方法，当然，有时两者似乎又被当作同义语使用）。在这种意义上，我们可以抹去

① [美] 詹姆斯·克里斯蒂安：《像哲学家一样思考》（第十一版），赫忠慧译，北京大学出版社2015年版，第26、27页。不过，他又接着说：“这种智慧是难以捉摸的。在你极其渴盼它的时候，它会消失；在你想要运用它的时候，它却让人束手无策。在这一点上，‘智慧’与老子所说的‘道’没有什么不同：如果定义得过于具体，就会失去其本质；如果太过努力地去寻求，就会错过它。”

其“神秘的面纱”，还原它具体和实用的面目。

就法律方法而言，本书将审判依据的寻找（“找法”）、法律规范冲突的解决、法律解释和法律漏洞的填补等内容纳入其中。^①不过，理论界对法律方法（或者法学方法）的含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。本书无意对其定义进行理论上的考证，也无意遵循或者建立一种法律方法的理论体系，而只是为突出研究的实践和实用视角，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，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有所不同。同样，本书对于司法哲学也未作系统全面的研究，仅就一些笔者认为与实践关系密切的基本问题进行论述。因此，本书对司法哲学和法律方法进行有所侧重的理论和实践探索。

一、在“道”与“术”之间

司法哲学与法律方法之间颇有点“道”与“术”的关系。用“道”与“术”这样的词汇界说司法哲学和法律方法，本身已使其带上了虚实结合的色彩，多少有几分神秘性。将司法哲学与法律方法结合起来，在很大程度上可以展现司法的复杂性和灵活多变性。正如霍姆斯所说，“法律人不仅仅是法律科学的传播者，而且是可以根据任何给定的事实、使用复杂的和灵活的工具达到不同的结果的人。”这里的“工具”主要是司法哲学和法律方

^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、欧共同体法律结构、欧共同体法在英国的实施、欧共同体法与国家主权、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.

法。^①鉴于本书对于司法哲学另有专门叙述，这里着重概览一下法律方法。

古今中外，法律人对法律适用作出了多种多样的界说。例如，罗斯科·庞德教授撰写的《法哲学导论》第三章名为“法律适用”，其开宗明义地指出：“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创造一个规则（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，决定其含义；（3）将如此找到和解释的法律适用于争议。”^②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。当然，复杂的法律适用则呈现出各个步骤之间的相互交织。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。

本书无意从理论上对于法律方法进行全面系统的界说，也无意非要为法律方法下一个逻辑严谨的定义，而是从实际出发研究和思考问题。从实践的角度看，本书所研究的法律方法就是法律适用的方法。法律方法是获取法律答案的过程和路径。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，法律适用常常是左右为难或者绞尽脑汁的活动，甚至有时还变幻莫测。就高质量或者高层次的法

① [美] 斯蒂文·J. 伯顿主编：《法律的道路及其影响——小奥利弗·温德尔·霍姆斯的遗产》，张芝梅、陈绪刚译，北京大学出版社 2004 年版，第 337 页。

② 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，亦即所以恢复秩序，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：《法学绪论》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 91~92 页。

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、循规蹈矩和按部就班，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。亦如赞恩所说：“法案的颁布援引，涉及的一般公众政策，抽象的正义要求，与既存规则的冲突之处，所有严格解释或自由解释的理由，用于解释的所有各种法律规则都要摆在桌面上，反复进行辩论、权衡和检验，最后的审议则由经验丰富、训练有素的法官进行。”^①

的确，训练有素、法学修养深厚和谙熟法律方法的人的因素在法律实施中更为重要。正如赞恩所说：“如果审视一番法律领域，我们就会发现，法律中最大的罪恶并非出自法律本身或其规则，而是来自参与到法律施行当中的那些人。优秀的法官和称职的律师可以使制度的灵活性和通融性得以完善。即便有最好的制度，如果法官和律师的素质与水平跟不上，那也只会招致抱怨。虽然我们的私法制度很不完善，但一般的诉讼结果还是能够实现正义，这是因为，一般而言上诉法院的法官还是非常称职的。”^②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^③。说到这里，我的脑海里不禁浮现出许多国外的法官尤

① [美]赞恩：《法律的故事》（增订版），于庆生译，中国法制出版社2014年版，第390页。

② [美]赞恩：《法律的故事》（增订版），于庆生译，中国法制出版社2014年版，第382~383页。

③ 如埃尔曼所说：“当社会变得越来越复杂时，法律规范也变得越来越具有抽象性和普遍性，因为只有这样它们才能协调组成社会的各种集团的利益与价值。由于同样的原因解决纠纷或对其可能的解决方式提出建议的工作变得更为困难，更需要专门的训练。这时，几乎所有社会中都出现了一个界限明确并形成独立阶层的集团，即法律专家。”“法律专业人员负有塑造法律制度的结构与类型的使命，并在很大程度上确定法律运作于其中的一般趋势。”[美]埃尔曼：《比较法律文化》，贺卫方、高鸿钧译，生活·读书·新知三联书店1990年版，第104~105页。此外，“与英国和美国相比，欧洲大陆国家的职业法官在数量上多得多，仅这一事实就使得对晋升的关心成为法官生活中一项重要内容。”“如果法官希冀飞黄腾达，小心翼翼、自我抑制和职业上的溜须拍马在他们中的大多数人看来还是颇有效用的态度。”“这就是大陆法国家许多第一流的法律人才并不希求法官职位的原因之一，美国、英国和英联邦国家的情况恰好与此相反”。[美]埃尔曼：《比较法律文化》，贺卫方、高鸿钧译，生活·读书·新知三联书店1990年版，第147、149页。