

司法哲学与法律方法论丛

HOW JUDGES MAKE DECISIONS

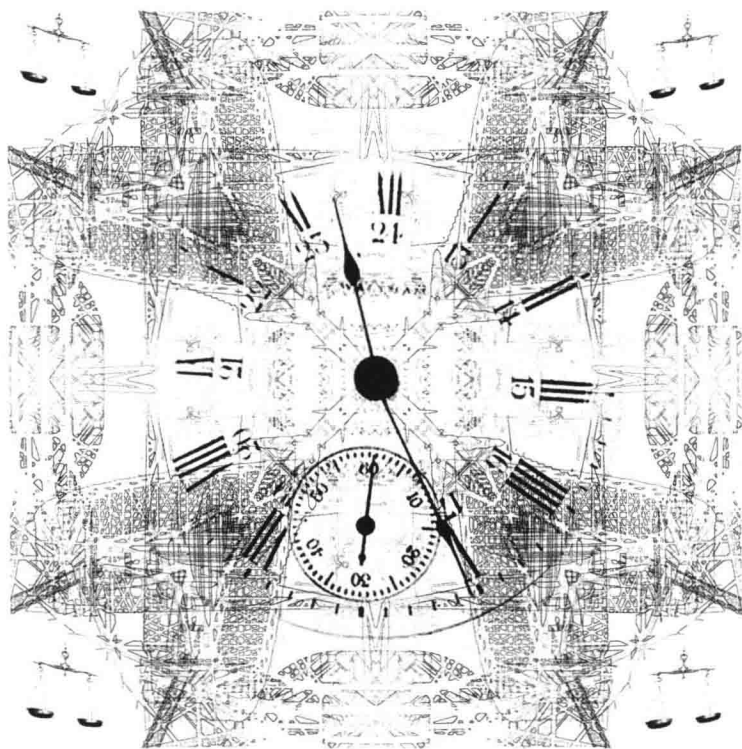
# 法官如何裁判

JUDGES MAKE DECISIONS

孔祥俊 / 著

英国的判决冗长，法国的判决简洁，  
意大利的判决讲究，德国的判决充分……

法官如何裁判？法律适用与情理运用恰如其分，优美性与说服力兼具。



中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

司法哲学与法律方法论从

HOW

JUDGES

法官  
如何裁判

MAKE DECISIONS

孔祥俊 / 著

JUDGES

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 ( CIP ) 数据

法官如何裁判 / 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 978-7-5093-7825-0

I. ①法… II. ①孔… III. ①审判—研究  
IV. ①D915.182.04

中国版本图书馆CIP数据核字 ( 2016 ) 第217869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

---

法官如何裁判

FAGUAN RUHE CAIPAN

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 / 32.5 字数 / 477千

2017年5月第1次印刷

---

中国法制出版社出版

书号ISBN 978-7-5093-7825-0

定价: 89.00元

值班电话: 010-66026508

北京西单横二条2号 邮政编码: 100031

传真: 010-66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 010-66071862

市场营销部电话: 010-66033393

邮购部电话: 010-66033288

( 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 )

HOW JUDGES MAKE DECISIONS  
法官如何裁判  
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和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，主要是我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’。”<sup>①</sup> 法律的研习和实践也是如此。

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。”<sup>②</sup> 我那信手而写的写作自然不曾有这样的奢望、雄心和高度，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！



HOW JUDGES  
法官  
如何裁判  
JUDGES  
MAKE DECISIONS  
目录

## 第一章

### 裁判的逻辑标准与政策标准

#### 第一节 逻辑标准与政策标准概述 / 002

一、裁判中的逻辑与政策 / 002

二、两种标准的划分 / 005

三、两种标准的相互关系 / 009

#### 第二节 政策标准及其体现 / 013

一、政策及政策标准 / 013

二、公平（衡平）或者正义的政策考量 / 016

三、权宜或者效果的政策考量 / 021

四、基于政策导向而进行的考量 / 027

五、基于历史、现状和公平而进行的考量 / 028

## 第二章

### 疑难案件的裁判思路

#### 第一节 审判思路概述 / 034

一、棘手案件与优秀法官 / 034

二、审判思路的意义 / 036

三、审判思路是总体性的裁判方向 / 036

#### 第二节 审判思路的分类 / 038

一、审判思路分类概观 / 038

二、法律思路与政策思路 / 041

三、内在的思路与外在的思路 / 058

四、正向思路与反向思路 / 061

五、明晰是非的思路与折中妥协的思路 / 065



六、直觉的思路与分析的思路 / 067
第三节 选定审判思路的依据 / 069
一、引言 / 069
二、价值取向和裁判导向 / 071
三、公共利益或者公共秩序 / 071
四、公平正义的考量 / 074
五、裁判的效果 / 077
六、是否更符合实际 / 083
七、是否更具有可操作性 / 084
八、司法的职权范围和能力 / 090
九、是否更为机智或者智慧 / 096
第四节 审慎确定审判思路 / 103
一、尽力维护法治的价值 / 103
二、不同方案之间的优劣比较 / 104
三、善于寻求原则和理论的支撑 / 105

### 第三章 法律的常规适用 与非常规适用

第一节 法律的常规适用 / 108
一、法律适用模式概述 / 108
二、法律的常规适用模式 / 110
三、常规适用模式的地位 / 112
第二节 法律的非常规适用 / 115
一、例外情形下的非常规适用 / 115
二、非常规适用是一种政策方法 / 116
三、法律适用中的颠倒论法 / 120
四、裁判中的历史方法 / 122
五、必要时的忽略细节 / 129
第三节 法律适用的复杂性与辩证性 / 134
一、充满疑惑的法律适用 / 134
二、妥善应对复杂多变的法条 / 138

## 第四章 裁判的效果 取向

### 第一节 效果取向的法理与现实 / 145

#### 一、效果取向与社会学解释方法 / 145

#### 二、法学流派与效果取向 / 147

#### 三、效果取向的现实根源 / 154

### 第二节 效果取向的科学内涵 / 156

#### 一、法律效果反对法律的机械适用 / 156

#### 二、不能以社会效果为名随意裁剪规则 / 157

#### 三、社会效果作为评价尺度 / 159

#### 四、社会效果判断的客观性 / 163

### 第三节 效果取向的实现途径 / 165

#### 一、效果取向应坚守基本价值 / 165

#### 二、特殊情况下的“司法个别化” / 167

#### 三、法律标准与政策考量相结合 / 168

#### 四、法律解释方法的桥梁作用 / 171

## 第五章 自由裁量与 利益平衡

### 第一节 自由裁量的必要性 / 174

#### 一、自由裁量的目的 / 174

#### 二、澄清法律规范的内容 / 176

#### 三、减缓法律规范的不良效果 / 180

### 第二节 司法裁量、利益平衡与司法职责 / 184

#### 一、判断权与司法裁量 / 184

#### 二、裁量性规则与裁量权 / 189

#### 三、上级法院尤其要重视裁量 / 192

### 第三节 自由裁量的多重特征 / 196

#### 一、司法裁量的妥协性 / 196

#### 二、裁量的权衡性 / 197

#### 三、裁量的创造性和法律再造性 / 198

#### 四、裁量的溯及性 / 199

#### 五、从实例看裁量的特性 / 200

### 第四节 裁量与规则的关系 / 214

一、裁量与规则的对立统一 / 214
二、实质的规则观与形式的规则观 / 215
三、法律规则的性质与裁量 / 220
第五节 自由裁量的利益衡量方法 / 223
一、两利相权取其重 / 224
二、以妥协的方式解决冲突 / 233
三、以尝试的方式探索取舍方法 / 235
第六节 自由裁量的封闭性和开放性 / 236
一、裁量必须有正当依据 / 236
二、裁量与价值取向和司法导向 / 242
第七节 自由裁量的约束性 / 245
一、如何选择裁量的方向 / 245
二、司法政策和示范判例的约束 / 252
三、立法政策的约束 / 255
四、拟制的客观标准的约束 / 257
五、公平正义和事理的约束 / 259
六、公共利益的约束 / 261
七、时代精神的约束 / 262
八、司法职业群体的约束 / 266
九、直觉对于裁量的作用 / 267
十、裁量的历史方法 / 276
第八节 裁判中的利益衡量 / 277
一、利益衡量的来由 / 277
二、利益衡量的方法 / 282
三、利益衡量的妥协性 / 286
四、公正与秩序的利益衡量 / 291

## 第六章 价值补充与法律原则的适用

第一节 不确定法律概念和概括条款的价值补充 / 302
一、不确定法律概念和概括条款 / 302
二、价值补充的途径 / 303

## 第二节 法律原则的具体适用 / 308

- 一、法律原则的界说 / 308
- 二、法律原则与规则 / 311
- 三、原则的类型及其作用 / 317
- 四、一般法律原则的适用 / 321

## 第三节 原则之间的冲突与协调 / 326

- 一、按照位序解决价值冲突 / 326
- 二、按照妥协的方式解决价值冲突 / 327
- 三、如何选定解决价值冲突的方式 / 328

## 第七章 法律漏洞

### 第一节 法律漏洞概说 / 332

- 一、法律漏洞的界定 / 332
- 二、是否存在计划安排的漏洞 / 334
- 三、法律漏洞的划定标准 / 338
- 四、填补漏洞是司法的职责 / 344
- 五、法律漏洞界定之比较 / 349
- 六、法律漏洞原因分析 / 359

### 第二节 法律漏洞的类型 / 362

- 一、规范漏洞与规整漏洞 / 362
- 二、法律内的漏洞与超越法律的漏洞 / 363
- 三、已知的法律漏洞与不知的法律漏洞 / 365
- 四、自始的法律漏洞与嗣后的法律漏洞 / 366
- 五、部分漏洞与全部漏洞 / 366
- 六、明显的法律漏洞与隐藏的法律漏洞 / 366
- 七、禁止拒绝裁判式漏洞、目的漏洞与原则(价值)的漏洞 / 367
- 八、按照标准的非完整性划分的漏洞类型 / 368

### 第三节 法律漏洞与几种近似情形 / 372

- 一、立法政策或技术上的欠缺 / 372
- 二、法内漏洞与法律解释 / 374
- 三、授权式类推适用 / 375

- 四、法律漏洞与有意的沉默 / 375
- 五、法律漏洞与法律错误 / 378
- 第四节 法律漏洞的认定与填补 / 379
  - 一、有关不合目的性的认定 / 379
  - 二、领域漏洞与可法律性 / 381
  - 三、漏洞认定的政策功能 / 382
  - 四、法律漏洞填补方法 / 382
  - 五、法律漏洞认定实例演习 / 383

---

## 第八章 法律漏洞的 填补

- 第一节 法律漏洞填补概述 / 404
  - 一、法律漏洞填补方法 / 404
  - 二、法律漏洞填补是法律解释的继续 / 405
  - 三、法律漏洞填补与司法职责 / 406
  - 四、法律漏洞与法官“造法” / 409
- 第二节 类推适用 / 413
  - 一、类推适用的含义 / 413
  - 二、正面推理与反向推理 / 417
  - 三、类推适用实例分析 / 420
- 第三节 法律拟制 / 424
  - 一、问题的提出 / 424
  - 二、法律拟制与漏洞填补 / 425
  - 三、法律拟制与法的类推 / 427
- 第四节 目的性限缩 / 428
  - 一、目的性限缩的含义 / 428
  - 二、目的性限缩解释实例解析 / 429
- 第五节 目的性扩张 / 432
  - 一、目的性扩张的含义 / 432
  - 二、目的性扩张的适用 / 433
- 第六节 领域漏洞的填补 / 436
  - 一、领域漏洞与法官造法 / 436

- 二、领域漏洞的填补依据 / 438
- 三、领域漏洞填补中的利益衡量 / 442

---

## 尾论

### 法律方法与 裁判风格

- 一、裁判理由与法律解释风格 / 448
- 二、说理风格之比较 / 450
- 三、我国的裁判风格 / 458
- 四、裁判不说理乃是法律的大敌 / 460
- 五、裁判的优美性与说服力 / 462

---

## 附论

### 法律的融贯性 适用

- 一、一起影响力案件引起的思考 / 466
- 二、法律适用的合目的性与回归原点 / 471
- 三、相关法条的体系解释和适用 / 478
- 四、填补漏洞的条件和限度 / 484
- 五、法律的融贯性适用与制度的协调性 / 495

---

## 后记 / 505



HOW JUDGES MAKE DECISIONS  
法官如何裁判  
JUDGES  
MAKE DECISIONS  
第一章

# 裁判的逻辑标准与政策标准<sup>①</sup>

---

① 本章内容与下一章有交叉，但侧重点和立足点有所不同。



## 第一节 逻辑标准与政策标准概述

### 一、裁判中的逻辑与政策

逻辑与政策是法官手中的两把剑，或者是两种不同的裁判路径。法官在裁判案件时，既要以严谨的法律为依归，在必要时又要以灵活的政策为调剂。尤其在新难案件中，两种手段的恰当运用，可以调适法律适用的状态和效果，可以追求“恰到好处”“适可而止”“无过无不及”“增一分则太长，减一分则太短”“常行于所当行，常止于所当止”的法律适用境界。这好比中国传统文化上的“中庸”境界。所谓中庸，按照《说文》，就是“运用适度”。美国学者比克尔曾说：“没有一个良好的社会是能够不讲原则的；也没有一个富有生机的社会是完全被原则支配的。”在绝大多数情况下，“需要同时考虑两个要求：指导性原则与权宜的妥协”。<sup>①</sup>套用这句话，司法审判一手用法律（及法理），一手用政策，法律的原则性与政策的权宜性，能够确保司法审判充满生机活力，可谓“志恢弘而道中庸”。只有把握和处理好两者的关系，才能获得良好的裁判结果。

美国最高法院大法官霍姆斯曾说过，“法律的生命不是逻辑，而是经验”。这句话并不是说法律之中没有逻辑，而仅仅表明法律的生命力并非来自它的逻辑性。法律之中的能动因素，如同鹅肉之中的骨架，就是所谓“生

<sup>①</sup> [美] 亚历山大·M. 比克尔：《最小危险的部门——政治法庭上的最高法院》，姚中秋译，北京大学出版社2007年版，第66~67页。而且，“没有任何规则是没有例外的，也没有一种真理如此普遍，以至于完全没有会失效的方面。”见[法] 布莱兹·帕斯卡尔：《思想录》，贾雪、胡戎译，中国法制出版社2005年版，第92页。