



裁判对法律的 背离与回归

疑难案件的裁判方法新论

孙海波 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



裁判对法律的背离与回归

疑难案件的裁判方法新论

孙海波 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

裁判对法律的背离与回归：疑难案件的裁判方法新论 /

孙海波著. —北京：中国法制出版社，2019.6

(青蓝文库)

ISBN 978-7-5216-0251-7

I. ①裁… II. ①孙… III. ①审判—研究—中国

IV. ①D925.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2019) 第 093426 号

策划编辑 马颖 王雯汀

责任编辑 王雯汀

封面设计 蒋 怡

裁判对法律的背离与回归：疑难案件的裁判方法新论

CAIPAN DUI FALÜ DE BEILI YU HUIGUI: YINAN ANJIAN DE CAIPAN FANGFA XINLUN

著 者 / 孙海波

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

印 张 / 21

字 数 / 251 千

版次：2019 年 6 月第 1 版 / 2019 年 6 月第 1 次印刷

书号：ISBN 978-7-5216-0251-7

定价：69.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码：100031

网址：<http://www.zgfzs.com>

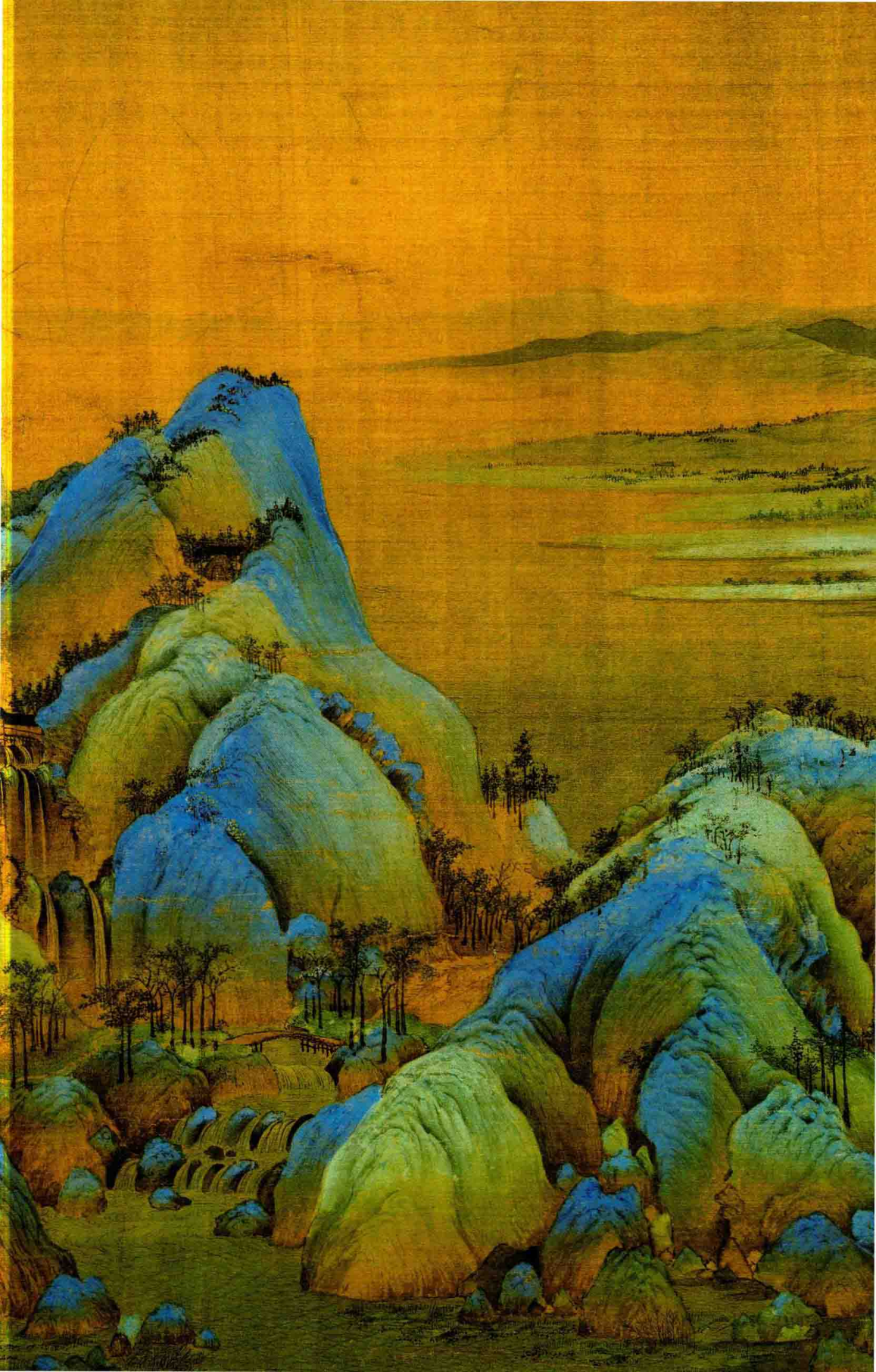
市场营销部电话：010-66033393

传真：010-66031119

编辑部电话：010-66060794

邮购部电话：010-66033288

(如有印装质量问题，请与本社印务部联系调换。电话：010-66032926)







谨以此书献给母亲并纪念父亲！



编委会委员（按姓氏拼音排序）：

常鹏翱 车 浩 陈杭平 陈新宇 侯 猛
劳东燕 雷 磊 栗 峥 王 莹 谢海定
许德峰 尤陈俊 张 红 张 翔 张 龔
赵 宏 赵 磊 朱 腾

孙海波 北京大学法学博士，中国政法大学比较法学研究院副教授、硕士生导师。主要研究法哲学、比较法与法律方法，先后在《清华法学》《法制与社会发展》《法律科学》《环球法律评论》《政治与法律》等刊物上发表论文三十余篇，译有《法哲学》（2014年）、《法官如何裁判》（2016年）等著作多部。

问渠那得清如许

经过两年多的策划和工作,《青蓝文库》终于面世了。这中间,凝聚了很多人的努力和期待。中国法制出版社邀我写一个总序,考虑到丛书包涉法学各个专业,自己所学狭薄,我一开始有些犹豫。但又想到司马迁所言:“序者,绪也,所以助读者,使易得其端绪也。”参与和见证一段历史,无形中就承载了记录介绍的义务。读者可能希望了解到这套文库的来龙去脉,如果我的序能够有所帮助,那还是义不容辞的。

说来话长。这套文库的大致雏形,最早涌现于2016年3月某日,中国法制出版社的马颖女士与我在陈明楼办公室的一番叙谈。马颖在法律出版界是资深编辑,那时刚接任编辑六部主任一职,很想为法制社的学术出版再开局面,拓展出一些新气象。而我自己当时手头文债积压,并无新货,于是,我们就聊到其他出版项目,其中就包括,法制社打算资助出版一批优秀博士论文。

如所周知,博士论文凝聚了一个人以学术为业的最初心血,是他走上学术之路的叩门砖,意味着从汲取导向的学生,开始向创新导向的学者蜕变。而且,从学术史经验来看,博士论文中也不乏经受住了时间检验的经

典之作。尽管意义与价值如此之大，但是，在当下的出版环境中，博士论文出版却非常之难。一来，是由于纯粹的学术著作的受众市场本身就非常狭小；二来，在逼仄的市场中，书的销量和效益又往往与作者的知名度挂钩。于是，一个名不见经传、初出茅庐的学者，捧着手中新鲜出炉的博士论文，既不容易得到学术市场的认可，也因此很难获得出版社的支持。名家大腕被争相约稿，而刚出道的新人，即使自掏腰包自费出版，恐也难逃被冷落敷衍的命运。所以，尽管每年中国的法学院校里有很多博士生毕业，但是，即使是其中最优秀的博士论文，想要立即出版也非易事，往往是“养在深闺人未识”，直到作者闯出腕儿来、有了学术名声的那一天，蒙尘的明珠才可能绽放光芒。

然而，此时出版，已有些错过，不再是学术新人最渴望自我肯定和向学界证明的迫切时机，也不是学者在最艰难的出道之初，最急需的支持和鼓励，因而，可能只是锦上添花。过往，中国人民公安大学出版社的《北大刑法博士文丛》，以及武汉大学出版社的《武汉大学刑法学博士文库》，为很多刚毕业的刑法博士提供了论文出版的平台，成就了他们人生中的第一本书，那是颇有高义的雪中送炭之举。不过，这两套文库作者限于特定高校和刑法专业，影响不免有限。如今，法制社有意精心打造一套文库，推出全国法学院各专业的优秀博士论文，这种对学术新人鼎力相助的力度，可谓前所未有，出版社的学术情怀和社会担当更是令人敬佩。因此，当听到马颖提出这个出版计划并征询我的具体建议时，我也感到很振奋，愿意尽自己绵薄之力，帮助她绘成这个蓝图。

我当时向马颖建议，可以通过民间渠道邀请一批中青年学者，而非官方机构来遴选优秀论文。这不仅是由于，机构评选论文的形式已成窠臼，更主要是考虑，如果评审人与被评审人年龄代际相近，那么无论是个人的学术潜质还是论文情况，都一定更为熟悉。而且，相对于年长的学界大家来说，中青年学者距离在毕业前后的艰难岁月中努力跋涉的经历，时间还

未久远，因此，对学术新人出头的不易，以及博士论文出版的困难，大都有尚未淡化和忘却的切身体会，可能更愿意去投入精力帮助后来人。加之较少社会杂务，更多爱惜学术羽毛，评选上也会更加认真、负责和公允。

马颖是个很有决断力的人，她听了我的建议后，完全赞同这个新的民间方案，并请我推荐和联系编委会人选。我被马颖的热诚感染，受她之托，给一些学界朋友打了电话。大家在了解到这个出版计划后，几乎都是毫不犹豫地应允下来，愿义务承担审查来稿和推荐优秀论文的工作。编委会的人员组成很快就确定下来。这也让我颇有感触，一个有情怀的出版项目，不需要多少鼓吹，自会焕发出它的光彩，吸引和召唤着有学术责任感的学者们汇集。

万事俱备，只欠开会。2016年4月18日，第一次神仙会胜利召开。根据出版社的记录，第一次与会的学者名单如下：车浩、陈新宇、侯猛、劳东燕、雷磊、栗峥、王莹、许德峰、张翔、张龔、赵宏、朱腾、谢海定。舒丹、马颖、王雯汀三位法制社编辑策划主持了第一次聚会。聚会之日适逢当年的北京电影节，于是，由我提议，大家在小西天附近餐叙后，又集体遛弯到中国电影资料馆，看了一场银河映像系列之《暗花》。从电影院出来，仍然意犹未尽，找了一处胡同里的茶馆继续聊。

这次聚会颇有成果。商定的内容包括：（1）在全国范围内面向各个高校和专业征求优秀论文。（2）采用作者自荐和编委推荐两种方式确立稿源。（3）编委会的工作制度和推荐评审的义务。（4）兼顾图书质量和出版规模等基本理念和规则。其实，答应参与编务的学者，虽然是法学各个专业里出类拔萃的青年才俊，但毕竟有学校和专业的隔离，相互间并没有想象中那么熟悉，甚至是闻名已久但从未谋面的神交，是《青蓝文库》这个出版项目中包含的学术理想和情怀，调动了每个人的学术热忱，大家才聚到一起。每个人都很珍重自己的责任。在集聚餐、喝茶、看电影于一体的聚会中，严肃活泼地讨论了问题，达成了共识，像这样的交游轶事，对我们

每个参与者都是很奇妙的体验，也是一次弥足珍贵的回忆。

第一次聚会后不久，法制社就在征求各位编委意见的基础上，面向全国，推出了正式的征稿启事。“《青蓝文库》是由中央级法律专业出版社中国法制出版社创设的重大出版项目，专门出版中国法学专业优秀博士学位论文。文库旨在发现有潜质的学术新星，为法学博士论文的发表搭建优质平台。文库支持和推动高校不断推出创新性成果，与学界一起探索和确立中国法学博士论文的优秀标准。”这份启事，包括我本人在内，多位老师参与修改润色，应当说，完整地表达了出版社编辑和我们编委会成员的共同心声。

在这份启事中，中国法制出版社郑重承诺：《青蓝文库》的出版无需任何资助；出版社会精心打磨每一部作品，以精美的版式设计和装帧风格匹配作品的学术价值；对《青蓝文库》的出版成果，出版社会积极联系各学术刊物、报刊媒体、学校官方平台等进行大力宣传；每一年度出版社将邀请出版论文作者参加“青蓝出版沙龙”，享受一次打破学科专业界限相互交流的盛会。显而易见，这些承诺如能一一实现，那么，进入《青蓝文库》，对于博士毕业的学术新人在学界影响力的彰显和提升，将会有极大的助力。这可能是青年学者能在国内出版界得到的最好的亮相机会了。当然，这份启事中也写明了我们这些编委的承诺，即编委会成员将尊重学术研究视角和立场的多元化，本着充分的学术包容精神，对挑选出真正有价值的论文怀有使命感，力求评选结果客观公正。

出版社与编委会的第一次碰头议事，设在小西天，以独特的方式，取得了非常好的效果。在其乐融融的气氛中，沟通了感情，增进了对《青蓝文库》这项共同事业的认同度和使命感。可能是受此激励，三个月后的一个周末（2016年7月23、24日），马颖很快又趁热打铁组织了第二次编委会会议，地点设在京郊。报到当天下午，大家就开始了分组审稿的工作。第二天，在北京实创西山科技培训中心，召开了正式的评审会。针对符合

征稿要求的21篇博士论文，按照“严格筛选、宁缺毋滥”的原则，以编委的个人初审为基础，经过分组审稿、分组讨论以及集中评审后，编委会成员进行匿名投票。再由出版社统计全体编委的推荐意见，当场公布获得三分之二（即12名以上）编委推荐的论文名单。针对入选的论文，编委会确定一至两名编委，综合全体编委的修改意见，会后与论文作者直接沟通，提出完善建议。至此，第一次评审会圆满完成，共评选出4篇优秀论文，作为《青蓝文库》第一批次推出的作品。

这是一次非常成功的论文评审会。这首先得益于，马颖、王雯汀、罗莎、侯鹏、吴宇辰等几位出版社的编辑及工作人员，为这次评审会付出了大量的心力来准备、策划和安排。其次，参加评审会的编委会成员，包括陈杭平、侯猛、劳东燕、雷磊、栗峥、王莹、许德峰、尤陈俊、张翔、张龔、朱腾、赵磊以及本人在内，都本着珍重这份责任的态度，对评审投入了很大精力。会前，出版社就已经通过邮件把论文发给了编委进行预审，等到开会当天，各学科组的编委对所推荐论文和存在争议的论文讨论得非常深入，争论得也十分激烈，可以说是充分且坦诚地交换了意见。

之后很长时间，我都常常想起这次令人难忘的评审会。马颖等各位编辑老师的策划安排，可谓煞费苦心。会议所在之地离龙泉寺很近，龙泉寺是全国有名的佛教古刹，出过很多高僧，常常以现代人喜闻乐见的方式传播佛法，寺内香火旺盛，游客如织，置身其中，感受到一种出世般的内心宁静，但也不会斩断与人间烟火的勾连。浸染在这种情绪中，特别适合投入接下去的评审工作。因为学术一途，本来也是素心人之事，要能脱心志于俗谛之桎梏，而付出精力去评审和推荐他人的论文，更是要有一种对学术共同体的使命感。所以，我觉得法制社的这次会议策划颇有禅机、值得回味。

半年之后，我们又在法制社的会议室召开了第三次编委会，也是第二次论文评审会。有了前两次成功的会议打下的基础，编委会磨合日趋顺畅，

后面的评审会就进入了良性运转的正常轨道。值得一提的是，在几次会议中，大家逐渐达成一项共识，即《青蓝文库》支持的对象，不仅仅是优秀论文本身，而且是论文作者的学术之路。因此，虽然论文质量不错，但是作者博士毕业后就不再从事学术工作的，原则上不纳入出版计划之列。

受命作序，回想往事，点点滴滴都涌上来。这样不厌其详地叙述过往细节，正如开头所言，因为要向读者诸君讲述《青蓝文库》的来龙去脉，希望文库的每一位作者都能记住历史。法制出版社多次表示，他们有能力、有信心将《青蓝文库》的项目坚持下去，十年、二十年甚至更久。我也相信，未来将有更多的青年才俊，以这套文库为阶，走上学术舞台的中心。序中所记，是在这套文库诞生过程中，出版社编辑和编委会成员付出的热情和心血，当然，肯定还有很多我不了解的幕后工作无法呈现。我一直认为，缺乏学术传承和积累，是中国法学曾被人讥为“幼稚”的重要原因。而学术传统的形成，不是某一两个人甚至一两代人就能毕功的事业。我们每个人，都是在无尽的历史长河中来承担各自的使命。我们努力完成自己的作品，也不要淡忘先行者的努力和恩惠，同样，有能力时，更应尽力去帮助和支持学术之路上的后来人。由此，学术共同体才可能写下历史记忆，中国法学才可能形成绵延不断的积累。

问渠那得清如许？我想，年轻学者们锐意十足的作品、学界同仁间相互守望和提携的赤诚、出版界襄助学术的热忱，就是那永不枯竭的源头活水吧。愿中国法学的学术传统涓涓不息，清水长流！

是为序。



2018年4月9日于北大陈明楼

推荐序

疑难案件是司法实践中的普遍难题，同时也是法学理论中的一个重要问题。尽管既有的中文文献对此已有涉猎，但迄今为止并没有对这一主题进行全面梳理和阐释的专著。就此而言，孙海波副教授的博士论文《裁判对法律的背离与回归：疑难案件的裁判方法新论》可谓“吃螃蟹”之举。本书主要关心的是疑难案件的裁判方法，即当面对法律适用存在争议的案件时法官应如何做出理性的判断。它主张疑难案件的裁决仍然应当是一个理性化的过程，是在既有法律框架之下的一种推理或论证活动。正如简单案件的裁判那样，疑难案件的裁判也应当符合或具备基本的法律属性。这项研究奠定在传统法律方法论的基础之上，并在关于裁判的方法和理论的研究方面向前有所推进。

作者以描述“当司法遇到疑难案件”的场景为开端，试图引领读者一起走进真实的司法世界，去观察疑难案件可能会给裁判带来哪些困难和疑惑，同时提出了疑难案件是否会从根本上摧毁我们的法治理想这个问题。这些问题和困难的前提性问题在于：疑难案件究竟是否存在？作者检讨了对待疑难案件是否存在的三种基本立场，分别从法律的不确定性和法律指引的有限性揭示导致案件疑难的原因，并附带性地讨论了疑难案件中的法律解释与法律理解。在此基础上，疑难案件裁判的问题被分为两组：一组是法律在疑难案件裁判中的作用为何，也即法律是否能够为难疑案件的裁

判提供法律标准。笔者于此首先指出了疑难案件裁判领域所存在的一个普遍谬误，即认为疑难案件的裁判不再是法律裁判，而是法律之外的道德裁判、经济裁判或政治裁判等。继而，提出了司法义务的概念，通过对传统法律渊源的重构，最大限度地捍卫了法律在疑难案件裁判中的作用。另一组是在疑难案件中法官如何正当地偏离法律，尤其是运用后果论证来证成裁判。作者认为，“法官应受法律约束”这一原则在当代是有限度的，一定的司法偏离是必然的也是必要的，但问题的核心在于如何使得偏离与既有的法律体系保持融贯、一致，从而使得裁判看上去好像仍然是从法律中推导出来的一样。后果主义推理在疑难案件的场合具有重要性，但需通过方法论上的细化使其能够在既有法律的框架下服务于疑难案件的裁判。进而，处理了法条主义、疑难案件与依法裁判的关系，集中清理了长久以来人们对于法条主义的误解，通过对法条主义内在复杂结构的重构，洞察它在疑难案件裁判中所能够发挥的重要作用。另外，本书还从经验的层面上描述了我国司法在应对疑难案件的过程中所发展出来的正式制度与非正式制度，在此基础上讨论了这些制度的重要作用、成因及未来走向。

可见，作为对疑难案件这一主题的综合性研究，本书既讨论了疑难案件的存在论等基本问题，又讨论了疑难案件的裁判论方面的问题，对法律人全面地认识和应对疑难案件有重要意义。它提出并 / 或发展了一些新的概念，比如第四章中的“司法义务”概念、第五章中的“司法偏离”概念，以及第六章中的“后果主义推理或裁判”概念等，在一定程度上丰富了传统法律方法理论的内容，同时也推动法律理论向前迈进了一步。作者的核心观点在于，法官如何尽可能地在既有的法律体系内来裁判案件，而不是动辄就诉诸法律之外的其他标准，通过一系列的层层讨论，捍卫了一种依法裁判的基本立场，这对于维护法治和发展法学具有十分重要的意义。虽然本书的主体是依循规范性的进路来写作的，但在末尾部分也加入了一些经验性的分析，尤其是加入了一些实地调研、访谈和问卷的资料、数据，