

孔祥俊 / 著

增强司法能力、提高司法水平推荐读本

司法理念 与 裁判方法

KONGXIANGJUN

司法理念与方法把握和运用得娴熟，恰恰有“一举其纲，万目皆张”的效果，方能从容应对纷繁复杂的案件和层出不穷的新情况新问题。

Judicial Philosophy & Legal Method



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

孔祥俊 / 著

增强司法能力、提高司法水平推荐读本

司法理念 与 裁判方法

Judicial Philosophy & Legal Method



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

司法理念与裁判方法/孔祥俊著. —北京:法律出版社,
2005.6

国家法官学院高级法官培训用书

ISBN 7-5036-5680-8

I. 司… II. 孔… III. 审判—研究—中国
IV. D925.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 061781 号

法律出版社·中国

责任编辑/戴伟 肖逢伟

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/法规与大众读物出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/永恒印刷有限公司

责任印制/吕亚莉

开本/787×960 毫米 1/16

印张/22.5 字数/337 千

版本/2005 年 11 月第 1 版

印次/2005 年 11 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-5680-8/D·5397 定价:39.00 元

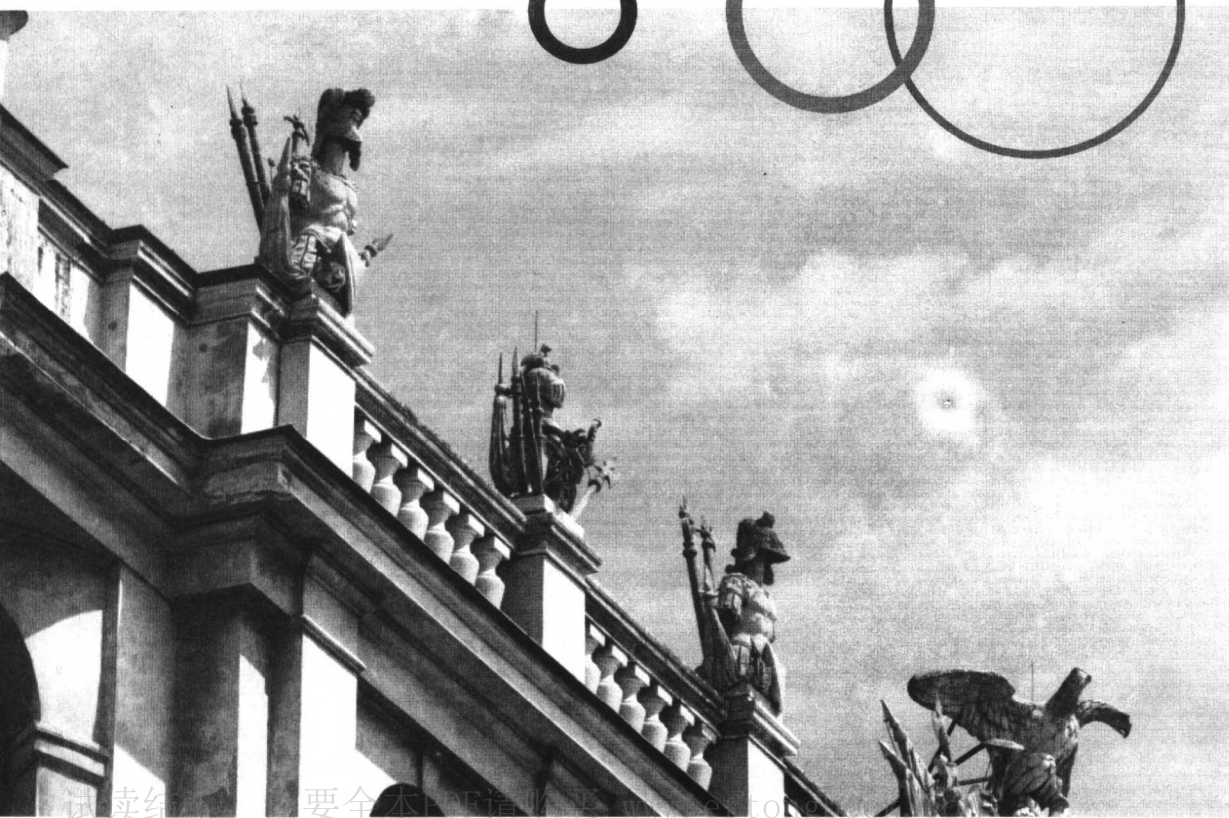
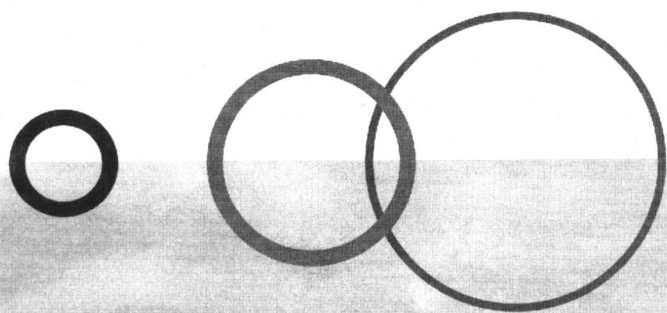
(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

作者简介

孔祥俊 1965年12月生。法学博士、博士后。现任最高人民法院民事审判第三庭副庭长，高级法官。历任山东省菏泽地区中级法院经济审判庭书记员、助审员，国家工商行政管理局公平交易局副局长，最高人民法院审判员、行政审判庭副庭长。任多所高校兼职教授或客座研究员。

著有独著专著20余部，主要有：《民商法新问题与判解研究》、《中国集体企业制度创新》、《公司法要论》、《股份合作企业法概论》、《合同法教程》、《反不正当竞争法的适用与完善》、《反垄断法原理》、《中国现行反垄断法的理解与适用》、《商业秘密保护法原理》、《反不正当竞争法新论》、《反不正当竞争法原理》、《公平交易执法前沿问题研究》、《WTO知识产权协定及其国内适用》、《WTO法律的国内适用》、《法律规范冲突的选择适用与漏洞填补》、《法律解释方法与判解研究》、《行政行为的可诉性与原告资格》、《行政诉讼证据规则与法律适用》、《担保法及其司法解释理解与适用》等。合著专著10余部。在《中国法学》、《法学研究》等报刊发表文章200余篇。

自序



理念是主导和塑造行动的灵魂,方法则是作出决策和开展行动的路径。理念和方法是否适当,直接决定了决策和行动是否可行和适当。近几年的司法经历使我深有感触,缘于法律解释和法律适用的复杂性,对法律条文的运用既需要“入乎其内”,又需要“超乎其外”。否则,在复杂的法律适用情势面前就会无所措手足。理念和方法把握和运用得娴熟,恰恰有“一举其纲,万目皆张”的效果。相反,倘若对法律规则背后的理念和方法不能运用裕如,往往在法律适用时流于机械僵化,不能举一反三地从容应对纷繁复杂的案件和层出不穷的新情况新问题,不能使法律适用的积极效果最大化。这样的操作者难说不是目光如豆的“工匠”。

在法律适用中,如何才能做到“入乎其内”而“超乎其外”?这就需要依靠先进的司法理念和裁判方法。由于司法理念和裁判方法的极度重要性,我在日常研究和工作中情不自禁和自然而然地进行了一系列探索,陆续写出不少文字来。不知具体是哪一天,也忘了受什么启发,竟将这些文字汇集出一本中等篇幅的集子来,觉得用“司法理念与裁判方法”进行统领还颇有些名副其实和恰如其分。这就是这本书的由来。

本书的大部分内容是我曾在各类法官培训班上讲授过的,因而也就以讲稿式的体例进行编排。近年来,我在讲授涉及法律理念和方法的课程时感到,由于受众法律素养的参差不齐,仍会时常遇到一些只希望了解具体案件的具体答案的“工匠”型听众,但也发现越来越多的法官对于理念和方法兴趣日浓,他们对我讲授的理念和方法有发自内心的共鸣和感叹,甚至认为理念和方法对于解决实际问题有醍醐灌顶的作用。我常想,这正是我国法官职业化层次迅速提高的显著标志。这使我异常欣喜,也印证了我的体验和想象。我深信,渴求理念和方法的法官必将与日俱增,理念和方法在法官中将有更加广阔的舞台。当然,目前法官在理念和方法的整体掌握和运用上还有很大的局限性,还很难说已广泛地深入人心,与现代司法的要求还有相当大的差距。这种状况更加激发了我的研究兴趣,也坚定了我的研

究方向和信心。

这些文字来源于多年的积累,个别话题还是我多年前就探索过的,不过都进行了与时俱进的大幅修订。这些文字写出了我作为最高法院高级法官的部分司法体验和感悟,也不乏与各层级法官们相互切磋的体会,虽未必深刻,但却是真实和真切的,也具有相当强的针对性和可操作性。

我很喜欢读美国法官波斯纳先生的著作,在自己产出的文字中也经常引用他的精彩语言。台湾大学经济学教授熊秉元在评价波斯纳时曾说过一段话:“一位法官,可以追求成为引领法学风骚的司法长城,成为在尖端学术领域里耕耘不辍的园丁,成为整个社会得以分享其智慧结晶的鸿儒,成为指路的明灯!”我深知,这种目标和境界于我是遥不可及的,我无意奢求,更不敢以这种境界自况;但很欣赏这种境界,可谓“虽不能至,然心向往之”。向往和追求本身就是怀抱希望和充满企盼的,在追求过程中当然也充满愉悦。至少我是在愉悦中写出这些文字的。

创作多是在寂寞的状态下完成的,颇有些“寂寂寥寥扬子居,岁岁年年一床书”的意境。尽管外面的世界纷纷扬扬,但能使心灵保持一方净土的寂寞却看上去很美,甚至可以说看上去有难能可贵的美。有耐心和情趣阅读本书的读者,或许多是甘于寂寞的,现以陈志泽先生《寂寞》诗一首共勉:

“1 用坚韧去抵御一切庸俗的诱惑……

经受寂寞,就是在默默地创造一个清净的世界。

2 清净的世界最宽广,在那里,是无边的田野,是深深的海洋,是绿色的森林,是晶亮的星空。

真正的寂寞是真正的富有。

3 有人以为给你寂寞,你就会窒息,就会腐烂。没料到,你是立定,你是扎根,你是默默生长。于是,寂寞的树,如期开放繁花,如期结出硕果。”〔1〕,

当然,将寂寞描述得如此凄美和庄严神圣,那毕竟只是诗人和诗的语言,我却未必能体会和享受如此高妙的意境。何况,守住必要的寂寞也未必非以这种高尚的意义进行自慰。我的创作大多是利用了零打碎敲的时间,只不过需要随时静下心来而进入状态,这于我却久已习惯成自然,不需泾渭分明的转换,也无虑所谓思

〔1〕 载《作家摇篮》2003年8月23日。

路的断线。繁忙的工作与忙里偷闲的间隙创作,形成了动与静的强烈反差,这不仅常使我对寂寞的存在并无知觉,更使我尽享思考之乐和清静之美,而乐此不疲。

作者

2005年5月17日

法官的角色*

阿哈隆·巴拉克
(以色列最高法院院长)

孔祥俊 译

* 本文是以色列最高法院院长阿哈隆·巴拉克(Aharon Barak)先生在2002年3月17日于耶鲁撒冷召开的“司法培训国际论坛”第一次会议开幕式上的演讲。原标题为“Judging in a Democracy”(民主中的裁判),译者根据其内容改为现标题。该演讲以法哲学的思辨阐述了现代司法的基本理念及其任职法官20余年的感悟,读来发人深思,给人启迪。我曾率最高法院代表团参加该次会议,听取了该演讲,经当面征得巴拉克院长同意,特译成中文,曾刊载于《法律适用》(国家法官学院学报2003年第6期卷首),现放在本书篇首(后来我曾见该文成为巴拉克先生发表在《哈佛法学评论》的一篇文章的一部分。见Aharon Barak, *A Judge on Judging: the Role of a Supreme Court in a Democracy*, Harvard Law Review vol.116:16 2002.)。



请允许我根据自己在最高法院任职法官 23 年多的经验,发表一些意见。我的信仰是,法官的职责是保护个人免受政府滥用权力的侵害,以及促进公民权和市民权。在履行职责时,法院必然不可避免地与其他机关发生冲突,在越来越多的政治问题表现为法律问题并提交法院裁决的现代社会,尤其是在对其他机关的司法审查的范围比过去更宽的当今,更是如此。更为广泛的司法审查使法院的关注范围更为广泛,并增加了法院与其他政府机关的紧张关系。如果不存在冲突和紧张关系,法院就没有很好地履行宪法职责。因此,批评总是存在的。法院总是受不满于法院判决的政治家和公共部门的指责。这种指责可能针对个案结果,也可能针对趋势(过于积极或者过于自限)。这种指责可能是有礼貌的,也可能是蛮横的甚至粗暴的。他们可能有意或者无意地侵蚀了法院的合法地位。他们可能影响司法独立。

那么,法官们将何以自处?他们不应放弃其作为自由和民主社会中人权保护者的角色。在需要适当平衡相互冲突的宪法价值时,他们不能对其他机关唯命是从。

他们不因其非代议性(non-presentative character)而底气不足。法院不是代议机关,而如果它是代议性的,那就是悲剧。他们的角色是实施其基本法律、传统和历史中存在的社会深层价值。其角色不是表述当时的情绪。法官不应在面对反多数主义者主张(The counter-majoritarian Argument)的情况下采取守势。法官宣布一项制定法违宪时,其判决完全符合民主,因为民主宪法赋予其审查权,而且,民主并不仅仅是多数原则,而是保护各个个人的权利和自由。在缺乏人权时,民主无法立足。而且,在大多数情况下,反多数主义者的主张——移植于美国——并不具有重大的价值。首先,在大多数情况下,立法机关最终均是通过使用较少侵犯的手段实现其政治目的。其次,与美国不同,在许多国家,立法机关可以通过特殊表决,修改其宪法。

至此,我所强调的均是法官不应做什么,但法官又应做什么?我的基本见解很简单:忠实于自己,忠实于自己的司法哲学。

尤其是,我们应对当事人保持中立。中立并不意味着对当事人的困境麻木不仁。中立并不意味着对民主、分权、司法独立或者人权漠不关心。中立意味着公平和不偏不倚。它意味着当事人和人们对法官道德完善性的信任,以及相信法官的惟一动机是维护法治,而不是其自己的权力和威望。中立意味着法官看重的是向法官提出的主张,而不管提出主张的当事人的地位是否重要。任何人在法官面前都是平等的。

我们应当客观。我们应遵循外在于我们自身的规范要求。法官不能将自己的主观价值强加给公众。法官应反映其所生活的民主社会的基本价值。当然,法官是其时代的产物,是由其所处的时代和所生活的社会造就的。客观性并不将其与所处环境割裂开来。其目标是允许法官表述其国家的深层价值。为做到这些,法官应反思历史,而不是心血来潮。法官应遵行基本价值,即使这些价值与公共观点的“风向”不和谐。平民主义(populism)与裁判(judging)是一对矛盾。因此,法官应对维护公众对司法的信仰的需要具有敏感性。正如 Balzac 所说,“对司法缺乏信仰,是社会终结的开始”。法官既无利剑,又无金钱,他惟拥有公众的信任。但是,确保信任的需要并不意味着需要从众。我们终身任职的目的就是为了能够克服平民主义,及实现我们社会的基本价值。当然,基本价值可以变化。新的基本价值与公共意见的转向之间,以及法官应对其保持敏感性的新社会环境和新现实与法官应抵制的公共压力之间,均存在着微妙的界限。我们应对我们职位的重要性及其受到的限制保持敏感性。我们应自我批评和思想开放。我们应善于接受新思想。在多元化社会中,多种观点纷然杂陈,可能不存在惟一的正确方法。法官不能有丝毫骄傲自大。他应当展现知识上的谦卑,应当承认错误。我们判决的力量之源就是我们在适当的情况下自我批评和承认错误的能力。法律既不是自我们始,也不是至我们终。

法官应对传统具有敏感性。传统意味着历史感。传统意味着重视先例。传统意味着共识。传统意味着古今见识的融合。它意味着不同时代人之间的对话。在这方面,各个判决是链条中的一环,书中的一章。我们总要牢记我从哪里来,到何处去。我们总要瞻前顾后。我们的判决必须适合现行的法律网。它必须是将来的

坚固之基。一个法官应当是人们的一分子。有人说法官坐在“象牙之塔”里。但我的塔是在耶路撒冷之巅,而不是奥林匹斯之山。法官应充分意识到所处环境及人们全神贯注的事件,这是至关重要的。研究国家的问题,阅读其文学作品,聆听其音乐,均是法官的职责。法官是其时代的一部分,是时代之女或之子,是国家历史的产物。

法官应承担弥合生活与法律之间的缝隙的职责,在变革与维持现状的需要之间作出适当的平衡。罗斯克·庞德教授曾指出:“法律必须具有稳定性,但不能凝固不变。”没有变化的稳定是衰落,没有稳定的变化是混乱无序。我们必须通过变化维持稳定。法律恰像天空中的雄鹰,只有在运动中才有稳定。运动通常是渐进式的,而不是革命式的。所发生的是连续而不是一系列跳跃。但是,在特殊时期,需要大踏步前进。我们不应错过机遇。在这些时期,法院与其他部门之间的冲突将达到高潮,这是自然的,应当预料到这种情况。的确,在许多情况下,法院的工作是反映深层的公共意识,而不是创造之。但是,并非一概如此。有时需要法院发挥领导作用,而法院成为新共识的斗士。“布朗诉教育部案”就是著名的一个案例。如果法院每周都宣判一个新的布朗案,法院就无法维持其公信。但是,如果法院错过了宣布布朗案的特殊时期,同样无法维持其公信。

法官应当认识到人类的复杂性。我们的方法应当全面。在我们解释制定法时,我们是在解释所有的法律。在我们的法律生涯中,我们将遇到许多相互冲突的学说:自然主义、实证主义、现实主义、男女平等主义、法学与经济学、法学与文学、法学与……以及其他种种。它们都有某种真理。它们反映了人类生活的不同方面。法官将面临相互冲突的价值、政策和利益。每种学说都有其反学说。法官的工作就是对这些学说进行适当的综合。我们的主要方法是平衡和权衡(Balancing and weighing)。这些都是隐喻。它们所意味的就是这种职责,即识别所涉及的价值、利益和政策,并认识其在冲突中的相对重要性。通过如此行事,法官应当实施反映在民主社会中根深蒂固的信仰的价值和原则。这种方法决不要求法官为个人权利而牺牲国家。宪法不是使国家自取灭亡的规范。法官的职责是实现社会与个人、公共需要与个人权利之间的微妙平衡。并且,当天平处于微妙的平衡时,法官应给予最重要的价值之一——正义特殊的倾斜。法官应践行正义。平衡的方法应是合理的方法。我们必须展示理性,而不是展示决定(fiat)。法官权衡和平衡的方法与立

法机关权衡和平衡同样价值的方法,是不同的。立法方法具有政治性,司法方法具有规范性(normative)。以德沃金(Dworkin)教授的话说,司法的权衡和平衡应在规范的框架内“调适”。它应当从现行规范框架内获取结论。在此法律领域中的权衡和平衡,应受彼法律领域中的权衡和平衡的影响。法官总会面临制度难题。

但是,在所有这些建议都无效时,法官该当何为?当然,答案不是惟一的。我的回答是:在这种特殊情况下,法官应求诸其主观信仰。在此,应当允许引进主观性。正如卡多佐(Cardozo),美国最高法院大法官——译者注)指出的,最终判决的形成取决于法官的“生活经验,其对通行的正义和道德准则的感悟;其社会科学的修养;有时求诸其敏锐的洞察力、他的猜测、甚至他的无知或偏见”。当然,法官不应走捷径,他不能径直走向其主观信仰。需要走的客观之路很长。但是,在穷尽所有客观手段之后,应允许其适用主观信仰,即其个人历史的结晶。

我将我的法官角色视为使命。裁判不只是一种工作,它是一种生活方式。《塔木德经》(犹太教仅次于《圣经》的主要经典——译者注)有关法官的格言指出:“你认为我正在授予你权力吗?它是一种我正在强加给你的奴役。”但这是一种特殊的苦役,其目的是为自由、尊严和正义服务。自由是人类的精神;尊严和平等指向每个人;正义针对个人和社会。

这是每天伴随我走向法庭的诺言。当我坐在法庭上时,我信守审判。

目 录

法官的角色	(1)
-------------	-------

第一章 禁止法官拒绝裁判原则	(1)
----------------------	-------

——裁判法律争议是法院的天职

一、该原则迥然不同的两种含义	(3)
----------------------	-------

二、不得拒绝裁判原则的由来和演化	(4)
------------------------	-------

三、有纠纷即有裁判：司法权要当仁不让	(19)
--------------------------	--------

四、原则与例外：该原则的相对性	(21)
-----------------------	--------

五、克服两个极端：条文虚无与条文至上	(23)
--------------------------	--------

第二章 法律适用需妥善处理八大关系	(25)
-------------------------	--------

——如何行之有效地提高司法审判能力

一、价值与技巧的关系	(27)
------------------	--------

二、逻辑与经验的关系	(35)
------------------	--------

三、审时度势与运用司法智慧的关系	(42)
------------------------	--------

四、法律规则与司法政策的关系	(43)
----------------------	--------

五、稳健性与能动性的关系	(44)
--------------------	--------

六、变动性与稳定性的关系	(46)
--------------------	--------

七、法律答案的惟一性与非惟一性的关系	(48)
--------------------------	--------

八、“入乎其内”与“出乎其外”的关系	(51)
--------------------------	--------

第三章 程序正义与实体正义的关系	(53)
------------------------	--------

——妥善处理程序与实体关系的司法实证分析

一、程序与实体及其法律意义的延伸	(55)
------------------------	--------

二、程序正义与实体正义的一般关系	(56)
三、两种正义在法律领域中的体现和要求	(58)
四、从知识产权权利冲突的实例看两种正义的关系	(59)
第四章 法律效果与社会效果的统一	(69)
——一项基本司法政策的法哲学思考	
一、“两个效果”的统一：一项基本司法政策	(71)
二、“两个效果”的统一的法理渊源	(73)
三、准确把握“两个效果”的统一的科学内涵	(80)
四、法律效果与社会效果统一的具体途径	(87)
第五章 法官在法律规范冲突中享有选择适用权	(93)
——选择适用权是裁判权的应有之义	
一、引言：“小官司引出的大问题”	(95)
二、在不可调和的冲突规范中必选其一	(98)
三、选择适用权不同于违宪审查权	(101)
四、法官必须在整体法律秩序中寻求法律答案	(106)
五、法官行使选择适用权必须审慎	(110)
六、穷尽选择资源后送请裁决	(115)
第六章 法官是如何“找法”和用法的	(117)
——司法裁判是多种法源酿成的化合物	
一、“法”与“法律”：审判依据的多样化	(119)
二、调和法律规范冲突的各种路径	(133)
三、法律不经解释即无法适用	(146)
第七章 法律解释的基本特性	(163)
——法官在裁判中的法律解释哲学	
一、法律解释的注疏性、判断性与超然性	(165)
二、法律解释的创造性	(169)
三、法律解释的造法性	(173)
四、法律解释的价值衡量性	(178)
五、法律解释的静态性与动态性	(183)

六、法律解释的确定性与不确定性	(186)
第八章 从法律解释方法看同一解释原则	(195)
——以 WTO 法律的间接适用为例	
一、同一解释原则的含义	(198)
二、同一解释原则的法理根据	(199)
三、同一解释原则的通行性	(201)
四、我国适用同一解释原则解释国内法问题	(215)
第九章 外国法律和判例可以作为法理	(219)
——“奎宁草”岂能因不长在自家庭院而拒用	
一、国内法与外国法的渊源关系	(222)
二、凝固的法理与概括的法律	(222)
三、法理在法律适用中的润滑作用	(223)
四、如何参考外国法	(224)
第十章 探求法律答案的路径	(225)
——法官眼中的法律方法	
一、法律方法的重要性	(227)
二、疑难案件更需循法律方法破解	(230)
三、探究路径而非具体答案	(234)
四、为实践问题寻找理论答案	(236)
第十一章 法律事实与客观事实的关系	(239)
——关于认定案件事实的司法理念	
一、案件事实与裁判	(241)
二、法律事实与客观事实的相互关系	(246)
三、法律事实与客观事实的一致性	(251)
四、通往客观真实的路径	(254)
五、法律事实与客观事实的不一致	(261)
第十二章 诉权的扩张与公益诉讼	(269)
——公共政策与原告资格的关系	
一、备受关注的公益诉讼	(271)

二、公益诉讼及其原告资格的特殊性	(272)
三、公益诉讼的缘起：“专属”的诉权观念与保护分散权益的冲突	(274)
四、我国的公益诉讼与原告资格	(278)
第十三章 当前法院司法改革中的五个悖论	(283)
——关于司法改革和发展诸现象的循名责实	
一、审者不判与判者不审	(285)
二、内部请示与审级独立	(288)
三、先例判决与禁止法官造法	(292)
四、法院的分散性与裁判的统一性	(297)
五、裁判的最终性与解释权的不完整性	(298)
第十四章 职业法官与职位法官	(303)
——法官职业化的两种基本模式	
一、英美法系的职位法官模式	(305)
二、大陆法系的职业法官模式	(310)
三、殊途同归：两种模式的趋同	(316)
四、两种模式的启示	(319)
第十五章 法治信仰的象征	(321)
——美国最高法院大楼的历史、风格和理念	
一、承载法律文化的法院大楼	(323)
二、曾经居无定所	(324)
三、古希腊神殿式的雄伟建筑	(326)
四、司法和法治尊贵与名望的彰显	(329)
附录：	(331)
法官分歧的诚实表达	(331)
——美国最高法院判决中的异议	
大法官的荣耀	(337)
——成为最高法院法官的前后	