

司法的逻辑

实践中的方法与公正

刘星 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

刘星·著

司法的逻辑

实践中的方法与公正

法制出版社
EGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

司法的逻辑：实践中的方法与公正 / 刘星著 .

—北京：中国法制出版社，2015.9

ISBN 978 - 7 - 5093 - 6733 - 9

I. ① 司… II. ① 刘… III. ① 司法 - 法律逻辑学
- 中国 IV. ① D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 228948 号

策划编辑：刘 峰 (52jm.cn@163.com)

责任编辑：张 津 (zj2007011567@163.com)

封面设计：蒋 怡

司法的逻辑：实践中的方法与公正

SIFADE LUOJI; SHIJIANZHONG DEFANGFA YUGONGZHENG

著者/刘星

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/880 毫米 × 1230 毫米 32

版次/2015 年 11 月第 1 版

印张/9.75 字数/260 千

2015 年 11 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 6733 - 9

定价：39.80 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址：<http://www.zgfs.com>

市场营销部电话：66033393

值班电话：66026508

传真：66031119

编辑部电话：66053217

邮购部电话：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)

前言（致谢）

司法方法与司法公正的学术讨论，很可能是一件非常费力而又成效甚微的事情，毕竟，这些领域以往的研究从未间断，且稍不注意甚或即便留意也会成为已有学说的转述者或重复者（即使有所“突破”，则又可能由于偏离多数人的偏好而被冷淡）。司法总会遇到障碍，或是不满，或是抱怨，还有抵制，从司法开始出现，这些就几乎无法避免且具有类似性，探索之中“为什么”及“应怎样”势必容易变得“路径依赖”。

当然，这不能也不应该成为放弃努力的理由。一种讨论，即使难免转述或重复，亦应寻求展开和推进，因为，新的路径选择往往是在不断转述或重复中孕育的，如果在转述或重复中有所“深入”，“新的路径”就可能开始萌芽了。这也并非全无先例。于是本书在此就有所期待了。

以往司法方法与司法公正的学术讨论就大多数而言或许存在一个特点，即试图在普遍性的逻辑上考虑问题，努力寻求一个大致普

遍适用的司法方法，和积极寻求一个大致普遍接受的司法公正。这自然是可理解的。这些讨论，常和社会大众的司法感受密切相关，也常需要向这种感受作出妥协，以赢得社会大众的认同并获得合法性，进一步，在社会整体合作的基础上改善和推动司法，因此，缺乏一个“普遍化”的预期倒是或许令人感到意外。除此，司法方法与司法公正的学术讨论，总会不经意地预设一个“客观”的立场，仿佛我们可以且也的确是站在一个多数人接受的角度，来定义司法方法和司法公正，这同样强化了一个“普遍化”的预期。但实际上，社会大众甚至学术讨论的参与者的司法感受又是自我更新、内置差异的，有时更会彼此矛盾。当社会就一个司法事件发生激烈争论时，我们可清晰地发现这点。就此而言，对“普遍化”的寻求和预期作出一个调整，或许是必要的。这是本书的一个主题。

本书写作已有多年，其中许多思想已通过不同的论文写作先期发表，这要感谢一些杂志书刊，如《法学》、《法制与社会发展》、《法律和社会科学》（法律出版社）、《中外法学》。此外，学界的一些朋友也曾就书中的内容与本书作者进行讨论，或批评或建议，使作者获益良多，这同样需感谢。因为实在担心被认为有拉大旗作虎皮之嫌，故恕不提及尊姓大名。当然，书中的问题、不足甚至错误肯定属于作者本人。

本书写作获得了司法部法治建设与法学理论研究项目基金（重点项目，“司法方法与司法公正”，05SFB1002）的支持，特此鸣谢。

中国法制出版社愿意出版本书，这是极大鼓励。尤其是该社刘峰编辑，不断支持和勉励本书作者，令人感动。希望本书能给读者带来一点学术新意。

目 录

导论：从司法方法到司法公正 / 001

一、“司法方法”的一个样本.....	002
二、“理由论证”的局限	006
三、司法方法的“管理”元素	014
四、司法修辞.....	020
五、司法方法与司法公正的复杂关系.....	025
六、关于司法方法、司法公正的“公共认同”.....	030
七、“开放”的司法方法与司法公正	034

第一章 司法实践中的法律论证资源辨析 / 041

一、问题与限定	042
二、案件中的双方争议和法院裁定结论	051

三、裁定书中的“充分论证”	055
四、论证中的说理方法	063
五、论证中的经验常识	071
六、论证中的法理运用	077

第二章 为何“充分” / 085

一、充分论证导致没有争议?	087
二、司法理性与裁判的正当性	092
三、充分论证与司法公正	101
四、单纯的法律论证	105
五、余论	114

第三章 “辨法析理” 的背后 / 115

一、问题与思路	116
二、在司法中怎样说理	125
三、具体司法说理的辅助结构	133
四、职业活动和日常活动的关系	139
五、个人司法方法与外部世界	148

第四章 如何理解“标准”的司法方法 / 161

一、“耐心”的时间成本	162
二、何谓“标准”的司法方法	168

三、普遍性与制度创新	171
四、中国司法的“社会需求”	178
五、中国的司法市场	182
六、结语	187

第五章 多元法条主义 / 189

一、问题、界定和思路	191
二、有无“正确”	197
三、多元的原因	204
四、多元的机制	209
五、法条主义?	214
六、多元的意义	220
七、结语	226

第六章 中国早期左翼法学的遗产 / 229

一、问题、背景、观点	231
二、中国早期左翼法学的基本内容	236
三、中国早期左翼法学的“逻辑”	241
四、法条主义	245
五、何谓正确·“约定”	250
六、“左翼”的意义与中国的司法公正	254
七、结语	259

参引文献 / 261

一般索引 / 280

人名索引 / 291

导论：从司法方法到司法公正

对法律具有特殊知识的法学家等级，往往主张这种知识是它的独占品，不是这一行的人就不该插嘴谈论……但是，每个人毋须都成为鞋匠才知道鞋子对他是否合穿……

一、“司法方法”的一个样本

近年，基层法院在司法方法上常有创新^①，上海市长宁区人民法院于2009年提出的并在该院全面实行的“要件审判九步法”，即为其一。^②关于该司法方法，某些法院法官曾撰文竭力推崇，最高人民法院《人民法院报》和《人民司法》等报刊亦间断介绍和宣扬。^③但像法学研究中的方法论之举荐，亦如法律实践中多种具体办案方法之倡导，该司法方法于司法中似乎未能推而广之。当然，毕竟时间还是有限的，或许若干年后会另有一番景观。从学术看，重要的在于其所包含的逻辑张力。

本书导论尝试以该司法方法为讨论样本，从而分析司法方法中的推理、管理和修辞问题，并兼及分析司法公正的实践，为本书后文叙述搭建一个逻辑支架。所以将其作为讨论样本，因为，以往司法方法研究要么侧重法学理论，这主要体现于法学家的话语，要么侧重实践操作，这主要体现于法律家的叙说（具体情形见后文），而

① 具体例子见下文第四小节。

② 谢圣华、徐光明、宁杰：《长宁“要件审判九步法”创出新境界：人均结案同比上升36件，平均审理天数减少12天》，《人民法院报》2009年11月16日，第1版。

③ 关于法官撰文，如贾石松、郑蕾：《要件审判九步法的具体运用》，《人民司法》2014年第5期，第41-46页。关于《人民法院报》及《人民司法》报道宣扬，如宁杰、王建平、孙海峰：《要件审判九步法：法庭上的剑谱》，《人民法院报》2010年1月11日，第5版；陈婷婷、孙海峰、王建平：《推行要件审判九步法的调查报告》，《人民司法》2011年第3期，第8-12页。

“要件审判九步法”具有“理论”和“实践”两个维度，由具备部分理论者身份（法学博士）和实践者身份（法官）的法律人提出，^①措词术语既有理论概括标识亦有实践操作印迹，从理论和实践中均寻求素养，且同时拥有理论期待和实践期待（尽管，提出者认为该司法方法主要目的是解决实践问题）。^②从研究角度看，蛰伏其中进行讨论，可能会使理论和实践更进一步互促互补，也可能使后来的理论思考得以在理论探索与实践摸索之间寻求更进一步的均衡张力，更富启发。除具有理论和实践两个维度外，“要件审判九步法”还表现了具体化且手册化，^③强调了度量式“效率”且由此蕴含了“审判管理”的概念，^④此亦为颇有意思的议题。当然，其又拓展了司法者与当事人“如何互动协商法律问题与证据问题的定位与数量以锁定案件解决进程”的创新机制（见下文），^⑤之中，又涉及了同样有意思的庭审交流的修辞问题。而所有这些，进一步指向了司法公正的思考。

① 提出者即邹碧华法官。见邹碧华：《“要件审判九步法”解析》（作者简介），《中国审判》2010年第2期，第82页。另本文完成后多日，惊闻邹碧华法官突然去世，笔者特向这位优秀法官深表敬意。

② 参阅邹碧华、王建平、陈婷婷：《审视与探索——要件审判九步法的提出和运用》，载最高人民法院主办“全国法院系统第二十二届学术讨论会”（2011年1月20日中国福建福州）之《全国法院系统第二十二届学术讨论会论文集》，第1-18页。也可见下文。

③ “要件审判九步法”提出者曾提到，此方法“表明司法方法开始更多地强调从诉讼流程的各个具体环节出发进行考察和分析”。见前引4，邹碧华文，第82页。

④ 该方法提出者指出，“要件审判九步法可运用于审判管理……有利于尽快树立审判方向，尽快明确审理方向……”。邹碧华：《要件审判九步法及其价值》，《人民司法》2011年第3期，第7页。

⑤ 关于这种创新机制的一个初步讨论，参阅单云娟、周立：《能动司法背景下的民商事案件争点整理技术方法分析——以保障审判权有效运行为视角》，载2011年《全国法院系统第二十二届学术讨论会论文集》，该文第11页。

“要件审判九步法”为民事诉讼所设计，但本书作者认为其也可对刑事诉讼和行政诉讼提供参考，因为，后两类诉讼现在同样包含了“和解”“调解”等类似民事诉讼的元素。故本书导论的讨论可辐射广泛的司法过程。

本书导论的讨论主旨是：在何种意义上提出、建构、认定司法方法模式及司法公正概念是适宜的。此主旨预设，不同意义的如普遍性或具体性的，均可提出、建构和认定。而本书作者尝试论证一个观点：特定环境的司法方法、司法公正的确认包括两者关系的确认，优于对两者的或模式或概念的普遍性追寻。为论证这一观点，本书导论将在上述司法方法样本上依次分析一些问题，其包括，司法方法的理由追求存在什么局限及怎样待之为宜，司法方法的“审判管理”设想的真实意义何在，司法方法的修辞策略是否包含有价值的方向，及怎样理解司法公正更佳，并怎样理解司法方法与司法公正的关系更恰当。

“要件审判九步法”的基本内容如下：（一）将诉讼请求的含义加以明确；（二）查寻诉讼请求所依据的法律条文；（三）明确抗辩可依据的法律条文；（四）分析相关法律条文的构成要件；（五）查看当事人的诉讼主张与法律条文的要件是否对应；（六）整理争点；（七）围绕争点展开举证、质证；（八）认定要件事实；（九）将要件事实与法律条文的构成要件展开对照。^①

此司法方法，初看似乎已经较具体，每一步是清晰的，但实践中究竟如何操作完全可能是另外一回事。以往学术化或实践化的方

^① 以上所述“九步法”基本内容，包括理论化和实践化色彩，见邹碧华：《要件审判九步法及其价值》，第4-7页。更详尽内容，可参阅邹碧华专著《要件审判九步法》，北京：法律出版社，2010年）。

法提出，关键疑问之一，有如屡见不鲜的法律规定适用之本身，即为具体运用时总易呈现多面相的实践路径，换言之，方法的步骤在一般设计和具体实践之间常出现难以一一对应的核校标准，缘此，实践者面对所需处理的案件，常不清楚自己采取的方法是否可盖上“设计路线图”的印章。^①就这点看，需考察“要件审判九步法”提出者的实例。

这一方法的主要提出者，曾以原告刘某诉被告黄某、张某合同纠纷一案的审理过程为例，以作详解。

被告黄某向原告刘某借款，借款时被告黄某与被告张某是夫妻，借据中，担保人处有张某的私人盖章，还款期限已过黄某仍未偿还，刘某起诉。据此，上述九步法的第一步便为通过庭审辨析刘某的诉讼请求，具体过程是，不断询问以确定刘某是否要求黄某承担还款责任而张某承担连带责任。第二步，通过释明等步骤，以互动并以刘某能理解的方式，确定法院将以《合同法》第107条和《担保法》第18条第2款、第26条第1款裁断此案。第三步，使被告黄某、张某知晓法院将依据《合同法》第60条第1款、第52条第（2）项裁断此案，并获得其理解。第四步，法院分析了各个法律条文的构成要件，如合同效力、偿还义务、担保义务、恶意串通（针对刘某与黄某可能恶意串通而言）的条件。第五步分析诉讼主张与法律条

^① 有评论便提到，“纵观当前的司法方法研究，理论性强，实践性弱，形而上高蹈玄虚，乱花渐欲迷人眼”。见宁杰、王建平、孙海峰：《要件审判九步法：法庭上的剑谱》，第5版。法学界也有学者提到了类似问题，如认为，“法律方法论的研究与服务司法实践的趋向之间产生很大的距离”。焦宝乾、陈金钊：《法律方法论学科意识的觉醒——2007年度中国法律方法论研究学术报告》，《山东大学学报》（哲学社会科学版）2008年第3期，第1页。

文构成要件的对应关系，经查，当事人的诉讼主张与相关法律条文的构成要件形成了对应关系。第六步归纳事实争论和法律争论的焦点，争点包括借款协议是否真实、借款是否到期、黄某是否还款、协议中担保内容是否真实、刘某是否知道黄某私盖张某印章等。第七步，针对争点，法院通过心证，确定证明要件的事实，并明确原被告的各自举证责任，如刘某否认知道私盖印章过程，故根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第5条第1款，张某负举证责任。第八步，认定要件事实，如张某未提供证据，法官即推导刘某不知私自盖章的心证结论。第九步，将已认定采纳的要件事实与法律规定的要件事实核对，如证据未表明刘某明知黄某私盖印章，故未与“恶意串通”对应。^①

二、“理由论证”的局限

第一个问题，是司法方法的“对符合法律的论证”的理由追求，亦可称为重视“具备怎样的理由才能视为合乎法律”。显然，“九步法”与以往被提出的司法方法或法律方法存在共同的核心逻辑，这便是，试图正确、有效地解决实际发生的案件与法律规定的相互关联。^②此方法提出者曾提到，“……依据当事人的事实和理由，明确

^① 详情见邹碧华：《“要件审判九步法”解析》，第82-85页。

^② 关于以往司法方法或法律方法在这方面的欧陆国家情形，可参阅[德]卡尔·拉伦兹：《法学方法论》，陈爱娥译，北京：商务印书馆，2004年，第1-20页。更广泛的中外情形，可参阅焦宝乾：《法律论证：思维与方法》，北京：北京大学出版社，2010年，第42-51页。一个最直接认为“正确、有效地解决实际发生的案件与法律规定的相互关联”的具体例子，可参阅谢晖：《论司法方法的复杂运用》，《法律科学》2012年第6期，第44页。

法律关系，再以之为基础明确权利性质，进而确定法律条文，这是民事审判中最重要、最难的环节”。^①但如何才是“正确”“有效”？怎样证明“合法”，及是否可能证明“合法”？关于司法方法，最直接的预设是“理性”。“理性”的含义是指在案件与法律之间可以且应当发现一个逻辑方法，经推导论证以获得检验，由此可传递“正确”“有效”的理解，“合法”之要义亦在其中。而关于“正确”“有效”，学界包括法律实务界已逐渐倾向于认为，只要展示了理由，且将理由逐一排列，凸现了说服的能力，即可赋予相关的标签。^②

再看前一节的具体实例。其中核心争议问题为“担保是否成立”。被告张某称，借款协议签订时，自己与黄某的夫妻关系名存实亡，不知担保条款及自己印章盖在借据中，另未见黄某将借款用于家庭，且认为借据上所以存有自己的“担保印章”，实为原告刘某与被告黄某恶意串通的结果。通过举证质证，法院就“刘某不知黄某是否私盖印章”已形成心证，并认定，借据中的“担保条款”为当事人的真实意思表示。十分明显，被告张某不知盖章担保及不知借款，一般人的想象中，某人不知道一件与自己有关的事情，其自然难以接受令自己承担相关责任的后果，故可想见，张某较难接受法院的“担保意思表示真实”及连带责任的认定。张某能提出进一步的异议：（一）黄某私盖印章是有过错的（未经张某同意）；（二）既然已进入担保讨论而非夫妻共有财产性质的讨论，则以夫妻关系为由不理睬私盖印章问题，是否与担保法的担保资格应具有独立性性质的财产这一前提相互矛盾？如果被告张某提出进一步的异议，仅强调并不知

① 邹碧华：《要件审判九步法及其价值》，第4页。

② 参阅谢晖：《论司法方法的复杂运用》，第44-45页。

道担保及借款，且夫妻关系已存不合问题，法院如何回应？

根据理性思路，法院似乎可提出如下三个理由以论证自己的观点“正确”“有效”及“合乎法律”：（一）被告黄某私盖被告张某印章是否存过错，张某可另行主张权利；（二）在夫妻关系不合的情况下，被告张某自己应注意保管印章，未妥善保管印章导致出现“妨碍第三方权益实现”的争议，自然负有责任；（三）夫妻即使财产共有，依然可相互担保，法律未规定不能。显然，法院可能提出的这些理由，均以保护善意第三方债权人为前提，是否可解决被告张某的异议或疑问，仍未可知。而如果侧重强调被告张某应妥善保管自己的印章，张某另会觉得该义务的强调是苛刻的。

业界熟知，依照《婚姻法》第19条第3款及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第24条的规定，如果是夫妻共有性质的连带责任，夫或妻任何一方均无法以任何理由，对抗善意第三人的连带债务主张。但法律未直接涉及此案夫妻之间的相互担保问题。司法实践中，对此不乏争议。^①《担保法》第7条规定了担保人的身份，并未指出“夫妻之间”不能担保。而夫妻的财产共同共有性质，理论上，似排斥了其相互担保的意义，因为，担保人的前提应是自身财产独立。当然，如果夫妻明确约定财产分属，且债务第三人知道约定，则担保可成立。“九步法”介绍者提到的此案审理过程，实际上进入了“担保”方向，避开了夫妻共有性质的债务问题。与此不同，如果直接展开夫妻共有性质的债务庭审，被告张某可能无法提出进一步的疑问。

^① 关于不同看法，参见封加德：《夫妻互相担保之我见》，《法学》1999年第2期，第18-19页。