

张正伟 著



Defend
justice
by
judgment

通过判断维护正义

理论探索 立法思考 调查研究
法海泛舟 法官札记

人民法院出版社

张正伟◎著



Defend
justice
by
judgment

通过判断维护正义

理论探索 立法思考 调查研究
法海泛舟 法官札记

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

通过判断维护正义/张正伟著. —北京: 人民法院出版社, 2013. 10
ISBN 978-7-5109-0802-6

I. ①通… II. ①张… III. ①审判—中国—文集
IV. ①D925.04—53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 246129 号

通过判断维护正义

张正伟 著

责任编辑 王 婷
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)
电 话 (010) 67550609 (责任编辑) 67550558 (发行部查询)
65223677 (读者服务部)
网 址 <http://www.courtbook.com.cn>
E-mail courtpress@sohu.com
印 刷 三河市国英印务有限公司
经 销 新华书店

开 本 787×1092 毫米 1/16
字 数 351 千字
印 张 21.5
版 次 2013 年 10 月第 1 版 2013 年 10 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-5109-0802-6
定 价 50.00 元

版权所有 侵权必究

序

对公平与正义的追求，是任何一个社会都必须认真面对并着力打造的永恒主题。如何在全社会范围内最大限度地实现公平正义，是人民法院和每一个法官的庄严责任。习近平总书记指出：“要努力让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义，司法机关要紧紧围绕这个目标来改进工作，重点解决影响司法公正和制约司法能力的深层次问题。”这为我们指明了今后一个时期人民法院工作的方向。在我看来，提高司法能力，坚持用理论指导实践，是落实习总书记指示的有效途径。

这本书是正伟同志理论研究成果的汇集。作为一个基层法院院长，正伟同志能在工作之余致力于理论研究，总结、思考审判实务中的一些问题，这种精神是极为可贵的，因而为本书作序，我感到非常高兴。加强理论研究，不仅是理论工作者的责任，也是人民法院工作的重要组成部分。本书以“通过判断维护正义”为题，提出了作者的观点和主张。我认为，正义是一个宽泛的概念，一个人从修身开始，才有可能逐步培养成为有正义感和良知的人。如果我们的每一个法官都能在工作之余勤于理论思考，我们的审判事业就能够达到一个理想的水平，这就为整个社会的正义打下坚实的基础。就像涓涓细流得以汇成大河一样，点点滴滴的正义组成的社会就是一个正义的社会。

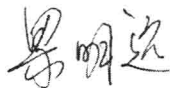
本书作者以一个法官的独特视角，对当代中国的法治建设特别是司法建设进行了探索，分析了法治过程中面临的种种问题，对如何实现司法的公平正义提出了一些个人见解。同时，作者还对刑事法学、民事法学、审判制度等领域的一些理论问题进行了比较深入的研究，取得了一定的学术成果。这种对知识的探索、对学术的钻研精神，是应该加以肯定并大力提倡的。

长期以来，我一直强调法官应该加强学习，自觉地树立起终身学习、终身教育的理念。这不仅是法官履行职责的需要，更是因为只有通过学习和教育，才能不断丰富法官的知识，提高法官的品位，从而真正建立一支职业化、精英化和司法为民、公正司法的法官队伍。法官职业的特殊和神圣，需要法官养成一种洁身自爱的超然，不随波逐流。但是，法官又不是绝对地脱离于社会的孤立群体，法官必须坚决贯彻党的路线、方针、政策，在审判实践中充分了解社会。只有这样，法官的裁判才会做到法律效果与社会效果的统一，从而才能更好地发挥司法在社会主义法治国家建设中的应有作用。

诚如本书作者自己所坦言，本书中一些文章的观点、看法也有可继续商榷的地方，个别批评、批判的用语确有偏激的一面，但是本着“百花齐放、百家争鸣”的学术方针，希望读者以宽容的眼光对待。

正伟同志参加法院工作以来，二十年如一日，执着于应用法学领域的研究，先后发表学术论文 20 多篇，获得各种奖项 20 多项。担任基层法院院长以来，仍然坚持理论与实践相结合，思考、探索法学领域的若干问题，这种学习精神是难能可贵的。我希望正伟同志在今后的学习与工作中，继续珍惜荣誉，倍加刻苦努力，争取在应用法学领域取得更大成绩！

甘肃省高级人民法院院长



2013 年 7 月

前言：通过判断维护正义

审判是社会公平正义的最后一道防线。通过审判维护公平正义，是法官在发现个案事实真相的一系列判断中实现的。美国法学家、法官杰罗姆·弗兰克指出，仅从字面上就可看出，判决就是要作出一个判断。而判断的前提是质疑，后果是判决结论。因此，离开判断，审判将难以为继，判决则无从产生。

作为法官，判断应成为一种理性，而这种理性，只有通过学术研究才能升华。在升华的过程中，质疑也应成为一种职业习惯。判断是从质疑开始的，从个案中判断真相的质疑，到对立法司法实践以及法律制度的质疑，是法官思想上升到更高层次理性的自觉过程，当然其间蕴含着无数次的思考和判断，于是，学术研究的功效得到凸显。用理论研究的成果指导个案，正义的实现会更加有效。因此，可以说理论研究是法官进行判断的利器，是通过判断实现正义的营养液。

从职业性质而言，法官是文官，文就文在有自己独到的思想、独立的思考以及情理法融为一体的判断。愚以为，其他任何职业可以不进行学术研究，唯有法官例外。何以言之？英国著名大法官丹宁勋爵认为，法学家不一定要成为法官，而法官一定或者说应当成为法学家。英美法系和大陆法系国家的许多著名法官同时也是法学家，他们在司法实践中的判词就是一篇很有价值的法学论文。比如美国联邦最高法院首席大法官马歇尔起草的“马伯里诉麦迪逊颁发委任状案”的判决书，长篇论证了联邦国会立法权的界线、宪法的最高地位和法院为何具有审查法律的权力，开创了司法审查权的先例。丹宁勋爵撰写的“琼斯诉全国煤炭管理局案”的判决书，引经据典论证了法官中立理念的价值，以法官在庭审中发问过多有违中立立场为由撤销了一审判决，并使一审法官哈利特结束了法官生涯。

针对个案的判断体现的是个体的特殊价值，针对实践中的共性问题通过理论思考的判断体现的是整体的普遍价值。法官追求的目标应该是两者的合二为一。长期以来，我一直朝着这个方向迈进，虽然结合得并不完美，但我努力做了并且还在继续努力。

通过判断维护正义，这是我的理想，它在我的心中崇高而神圣。为了这一理想，我在基层法院二十余年，曾经有机会到省高级法院工作，但是我主动放弃了这个机会。我的选择曾让赏识我的领导惋惜不已，也让我的亲朋好友惊讶不已，可当时我做了义无反顾的选择，至今仍不后悔。在基层法院，我更深切地感受到法律的价值和实践的营养，感受到法律的理想与理想的法律之间的差距，并不断地产生质疑、思考、判断的冲动。这种感受，我表达在本书的几乎每一个篇章中。虽然人微言轻，但却是赤诚之心发出的理性声音；虽然影响司法实践的作用甚微，但却对得起我内心的虔诚！因此，我认为自己取得了些许的成功。我的中学老师赵宗理先生说过：“成功的意义在于自我内心的认可，而不必太在乎别人怎么看。”在有限的时间和有限的领域让自己满意，这就是成功。或许，这种成功是微不足道的。

本书收集了我1994年以来的30篇文章。整理之时，我没有改变写作时的结构和基本观点，只是使它变得完善些了。这样做并不表明我认为自己的文章不再有改善的余地，实际上，现在看来，有些文章的观点确有欠妥之处或不够准确，个别地方甚至有情绪化的用语。如果现在有可能重新写作原来的题目，我大概会做一定的调整甚至是结构性的调整。但是，问题是，这些文章早已写成，或者已发表，或者已参加全国、全省法院学术讨论会的评选并获奖，它反映了我在当时的语境中阶段性的研究成果，因而我没有理由在原来的题目和篇章中做大量的内容上的改变，以致令一段历史面目全非，更何况文中所取的基本立场、方法和一些主要观点至今仍然为我所坚持。同时，社会想要了解这些研究的要求尚远未能满足，在此情形之下，调整和修改反而变得不合时宜。因此，付梓之际，我只做了一些删除繁冗、充实材料的工作，对原稿中涉及的相关已经修正或废止的法律条文未予改动，保留了原来的面目。

在不自觉与自觉、非理性与理性的人生旅途上，我与学术研究结下了不

解之缘。法的神圣、神秘和崇高牵引我不断思考与探索，学术研究的魅力驱使判断的理性程度不断增强。如果说判断是通向正义的必由之路的话，那么，学术研究对于一个法官而言，则有着比其他职业更为特殊的意义！

张正伟

2013 年 7 月

目 录

第一编 理论探索

论法律推理及其实践意义	3
职业化视野下的法官中立理念	19
论审判权的法理属性	30
调解制度的理性思考与现实选择	47
证据责任制度之检讨与重构	59
刑罚轻重的理性思考与合理方向	67
口供证据制度之检讨与重构	74
关于婚约问题的社会学法理学思考	85
关于民事审判方式改革的法理学思考 ——兼论建立中国特色的民事审判模式	92
刑事附带民事诉讼制度的缺陷及其矫正	99
胎儿民事权利能力之我见	107

第二编 立法思考

关于浪费国家财产罪的立法思考	113
浪费国家财产罪基本问题研究	119
论行政诉讼受案范围的立法完善	125
合同无效制度之检讨与重构	135
质证制度的现实考察与立法完善	146

试论对青少年犯适用不定期刑	153
自首和立功制度的立法完善	157

第三编 调查研究

刑罚与公正

——量刑方法与量刑基准问题研究	165
静宁县犯罪状况的调查与思考	196
法官素质的现实考察与提高途径	208
纠偏与归位：法院改革的当务之急	216
赴德、法两国考察报告	221
“集资建房”引发的房地产权益冲突及其司法调控	227

第四编 法海泛舟

法治的精义、要素及其理念	235
论领导干部选任制度的改革	
——关于建设高素质干部队伍的理性思考	250
关于法院改革的理性思考	257
“提前介入”刍议	263
法官的典范与旗帜	
——美国大法官马歇尔与英国大法官丹宁及两起典型案例	267
审判实践的足迹：一份刑事判决书	274

第五编 法官札记

2012 年以来在新浪网发表的微博 203 条	289
后记	333

[第一编]
理论探索

论法律推理及其实践意义^{*}

内容提要：法律推理是法官在司法活动中合乎逻辑地论证法律结论的思维活动，它以三段论演绎推理为基础，以类比推理、归纳推理为补充。法律推理不同于一般的逻辑推理，其内容离不开法律规范的标准、权利和义务。法律推理与法律论证、法律发现、法律解释既有区别，又有联系，但它们不属于同一层次的概念。在司法运行中，法律推理中的演绎推理、归纳推理、类比推理各有其独特的价值。当代司法实践呼唤法律推理，法律推理是实现司法公正的技术手段，是司法改革向纵深发展的又一条思路。

关键词：法律推理 法律方法 法实践 司法公正

法律推理是司法活动微观层面的内容，它对于规范司法运行具有特殊意义。通过法律推理规范司法行为、提高司法能力，进而实现司法公正，是司法改革在微观层面的一条思路。因此，法律推理及其在司法实践中的意义应当引起我们的重视。

一、法学方法论视野下的法律推理

在我国法学界，关于法律推理的研究，有两种思路。一种是运用法律思维方式，对法律推理进行法学理论的“内行式”研究，观点多源自欧美法学；另一种是运用逻辑学的思维方式，观点多是逻辑学的应用。

^{*} 本文获 2005 年全国法院系统第十七届学术讨论会论文三等奖、甘肃省法院论文研讨会一等奖。收入本书时，有删节。

在前一种思路中,研究者一般在两种意义上界定法律推理。一种观点认为,法律是明确的行为规范,它可以作为判决案件的标准,因而法律推理就是法官根据法律进行裁判的三段论推理。如:陈金钊教授认为,只有根据法律进行推理才是法律推理,才是以法律为中心的推理活动,只有以法律为前提所进行的推理形式才能满足合法性形式的要求。因此,法律推理就是指以法律为大前提,以事实为小前提的演绎推理过程。^①葛洪义教授认为,法律推理要受现行法律的约束,法律推理的前提条件是必须从法律出发,尽管人们对法律的理解可能会有所不同。^②另一种观点认为,法律不一定是明确的行为标准,即使是明确的标准,也可能与其他标准存在冲突,如法律与正义的冲突、法律之间的冲突,因而法律推理还应包括贯穿整个司法活动的争辩、论证和衡量过程。王晨光教授认为,法律推理是人们在解决具体法律问题和纠纷的过程中,适用法律规范、查证事实情况和为作出具有说服力的法律结论所进行的合乎逻辑和情理的思维活动,法律推理与法律论述、法律论证、司法论证是指同一个概念。^③解兴权博士认为,法律推理是指特定法律工作者利用相关材料构成法律理由,以推导和论证司法判决的证成过程或证成方法。其中的推导方法多指形式推理,而证成方法多指实质推理。^④

在后一种思路中,研究者认为,法律推理就是形式逻辑推理在法律中的应用。缪四平教授认为,法律推理是形式逻辑的各种推理在审判和侦查实践中的简单应用,同时他又认为,法律推理虽然属于法律逻辑学的研究对象,但对法律推理的研究不可能像形式逻辑那样完全撇开推理的内容抽象地分析推理形式,它实际上是各种逻辑推理的综合应用。^⑤印大双认为,法律推理是逻辑思维方式在法律领域中的运用,它是对法律命题运用一般逻辑推理的过程。^⑥

① 陈金钊:《法律推理及其对法治的影响》,载《法律方法(第3卷)》,山东人民出版社,第6、12页。

② 葛洪义主编:《法理学专题研究》,中国政法大学出版社2002年版,第529页。

③ 王晨光:《法律推理》,清华大学当代中国研究中心、中国人民大学法律社会研究所1999年印。

④ 解兴权:《通向正义之路——法律推理的方法论研究》,中国政法大学出版社2000年版,第19页。

⑤ 缪四平:《关于法律逻辑对象和性质的思考》,载《法学论坛》2011年第4期。

⑥ 印大双:《法律推理中的必然性推理、或然性推理和辩证推理》,载《探索》2001年第5期。

学者们的研究各有其立论的基础,对法律推理概念的界定也是见仁见智,各有侧重点。笔者认为,我国法学界对法律推理的研究总体上存在系统性、深入性不够的弊端,要么过于复杂,要么过于简单。具体而言,一是涉及面过宽,将法律推理的概念泛化。对此,笔者想说的是:是不是在法律领域中包括侦察活动中所运用的推理都可以称之为法律推理?二是涉及面过窄,将法律推理的概念简单化。对此,笔者想说的是:是不是法律推理仅仅是三段论式的演绎推理?

在本文的研究中,笔者试图叙明:对法律推理的研究不能泛化,不能复杂化。如果泛化到任何推理都属于法律推理,那么对这一课题的研究就纯属多余!如果复杂到只有专家学者才能搞懂的地步,那么对这一课题的研究还有没有意义,有多大的意义?同时,对法律推理的研究也不能过于简单化。过于简单,则解决不了实际问题,其研究的意义也会大打折扣。

从理性的角度出发,应当从以下方面解读法律推理:

第一,法律推理不应涵盖所有的一般推理。法律推理作为法治运行的环节,具有自身相对的独特性,有其独特的运行方法。因而它是相对独立的法律方法,是一种揭示抽象规范与特定事物涵盖关系的方法。佩雷尔曼认为:“法律逻辑并不是我们通常所设想的,将形式逻辑应用于法律。我们所指的是供法学家,特别是供法官完成其任务之一的一些工具,方法论工具或智力手段。”^①自然科学研究中的推理是一种寻找和发现真理的推理,法律推理的核心则主要是为行为规范或人们的行为是否正确或妥当提供正当理由,它所回答的问题主要是:规则的正确含义及其有效性问题,行为是否合法问题,当事人是否拥有权利、是否承担义务、是否应负法律责任等问题。因此,法律推理的内容离不开法律规范标准、权利和义务,法律推理是一种寻求正当性理由的推理。

第二,法律推理要受现行法律的约束。现行法律是法律推理的前提和制约法律推理的条件。法律的正式渊源或非正式渊源都可能成为法律推理中的理由,成为行为的正当性根据。在缺乏明确的法律规定的情况下,法律原则、

^① 转引自[美]本杰明·卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆2000年版,第79页。

政策、法理、习惯、判例都可能成为法律推理的前提。^①

第三,法律推理不能贯穿整个司法过程。有学者认为,法律推理存在于法律的整个实施过程,因而要求法官在审判过程中比较理性地、逻辑地而不是机械地适用法律。这种观点将法官在整个司法活动中运用逻辑思维方式如界定概念、下定义、进行判断都视为法律推理。^②这实际上是说整个司法过程都需要逻辑或推理,而不是法律推理。诚然,司法过程运用逻辑对法官思维的支配是不可避免的,但逻辑和法律推理不应属于同一层次的概念,这样的法律推理实际上等同于形式逻辑。至于侦查活动中所运用的推理,如假设、判断等,属于普通逻辑学的具体应用,不能看作是法律推理。

第四,法律推理不是单纯的三段论演绎推理。三段论演绎推理确实是法律推理的重要内容,但是,如果把法律推理简化为三段论,就会扭曲法律推理的本来面目和特征,只注重了法理推理的形式,忽视了其实质内容。众所周知,三段论解决不了大小前提周延的问题,因而难以保证结论的正确性。事实上,类比推理和归纳推理也是法律推理的重要形式。波斯纳说:“法律推理的心脏是类比推理。”^③美国法学家列维说,法律推理的基本类型是例推法,就是从个案到个案的推理,这一推理过程运用的就是所谓“先例原则”,也就是说将一项由先例提炼出的论断视同一项法则并将之适用于以后类似情境之中,这对于司法来说,是必需的推理方法。^④因此,不能断然地说,法律推理无非就是将已知法则运用于案件事实这样一个简单的过程。

第五,要把法律推理与其他法律方法加以区别:

1. 法律推理与法律论证。这是两个最容易混淆的概念,理论界观点纷纭。有学者不把法律论证看作是一种独立的方法,认为其与法律推理同义。如张保生教授从词源学的角度出发,认为推理有两种含义,一是证明的推理,二是论证。^⑤但多数学者认为二者是各自独立的法律方法,法律论证为法律推理

① 在英美法系中,来自于判例中的原则和精神,也是法律推理的前提。参见张骐:《通过法律推理实现司法公正——司法改革的又一条思路》,载《法学研究》1999年第5期。

② 印大双:《论法理推理中的必然性推理、或然性推理和辩证推理》,载《探索》2001年第5期,第75页。

③ [美]波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社1994年版,第111页。

④ [美]列维:《法律推理引论》,庄重译,中国政法大学出版社2002年版,第2~8页。

⑤ 张保生:《法律推理的理论与方法》,中国政法大学出版社2000年版,第63页。

的正当性提供论证支持。笔者认为,法律推理与法律论证虽然处于同一法律思维过程之中,但却属于不同的概念。法律推理追求推理的过程符合形式逻辑,即推理的合理性,其首要目的不是证明结论的真伪;而法律论证则是解决推理的前提和结论是否正确,是一种正当性的说明。当然,二者有时也相互包含,相互证立。法律论证能够保证法律推理的正确性,法律论证的过程之中也必然运用法律推理。

2. 法律推理与法律发现。所谓法律发现,就是法官在法源中寻找解决个案问题的裁判性规范。它与法律推理在时间上具有继承性。一般情况下,在处理一个案件时,第一个步骤就是法律发现,其次是对所寻找的法律进行论证,作出判断,然后则是根据判断确定的大前提进行法律推理。法律发现在一个案件中的出现要早于法律推理。

3. 法律推理与法律解释。法律解释在法律方法中是使用最频繁的一种方法,可以说,只要有法律的适用就存在法律解释。“法律语言不能达到像符号语言的那种精确度,因而它总是需要解释。”^①在二者的关系中,法律解释需要法律推理来解决解释的合法性,如果没有法律推理的支持,解释效果很难取得人们的认同,法律推理也需要法律解释来解决前提的正确性,没有法律解释的支持,法律推理的结论难以保证正确。

综上,笔者认为,对法律推理难以下一个抽象的、规范的定义,而应从以下几种不同思路出发界定法律推理。

第一,法律推理是法官在司法实践中,合乎逻辑地论证法律结论的思维活动。其中法律结论既包括处理案件的结论,也包括确定大、小前提的结论。

第二,法律推理以三段论演绎推理为基础,以类比推理、归纳推理为补充。

第三,法律推理从其本身的性质而言分为两类,即根据法律的推理和关于法律的推理。英国法学家拉兹认为,所谓法律推理,一类是有关法律的推理,即确定什么是可适用的法律规范的推理;另一类是,根据法律的推理,即根据大前提合乎逻辑地推出结论。^②笔者认为,这种分类是科学的,符合法

① [德] 拉伦兹:《法学方法论》,陈爱娥译,五南图书出版公司1997年版,第226页。

② 王晨光:《法律推理》,清华大学当代中国研究中心、中国人民大学法律社会研究所1999年印,第37页。