



法律方法丛书

裁判的经验与方法

——《最高人民法院公报》民事案例研究

杨建军 著

CHINA
DE JINGYAN
YU FANGFA

我们喜欢法律方法论研究

人文社会科学的研究主要是依靠个人进取，但我们近些年的研究几乎都是以团队的方式展开。这主要是因为，法律方法论这一学科涉及的面太宽泛，任何一个人都很难在哲学、逻辑学、修辞学、语言学、解释学和法学方面齐头并进。法律方法论对中国学人来说是新兴的学科，如果没有一批人在做，只靠单打独斗很难碰撞出思想的火花。很多思想包括对国外材料的解读，都需要一些人在争辩中达致理解。没有一个团队之间的相互鼓励，一个人很难说能走得很远。



山东人民出版社



法律方法丛书

裁判的经验与方法

——《最高人民法院公报》民事案例研究

杨建军 著

山东人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

裁判的经验与方法:《最高人民法院公报》民事案例研究/杨建军著. —济南:山东人民出版社, 2010. 8

ISBN 978-7-209-05449-2

I. ①裁... II. ①杨... III. ①民事诉讼-审判-案例-分析-中国 IV. ①D925.118.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 144175 号

责任编辑:李怀德

封面设计:武 斌

裁判的经验与方法

——《最高人民法院公报》民事案例研究

杨建军 著

山东出版集团

山东人民出版社出版发行

社 址:济南市经九路胜利大街 39 号 邮 编:250001

网 址:<http://www.sd-book.com.cn>

发行部:(0531)82098027 82098028

新华书店经销

日照报业印刷有限公司印装

规 格 32 开 (148mm×210mm)

印 张 9.125

字 数 240 千字 插页 2

版 次 2010 年 8 月第 1 版

印 次 2010 年 8 月第 1 次

ISBN 978-7-209-05449-2

定 价 24.00 元

如有质量问题,请与印刷厂调换。电话:(0633)8221365

目 录

导 论	(1)
一、什么是裁判的方法?	(1)
二、为什么要研究裁判的方法?	(6)
三、为什么要通过案例来研究裁判的方法?	(11)
四、为什么要选择民事案例?	(16)
五、体例安排	(16)
第一章 裁判方法与案例研究	(18)
一、案例研究	(18)
二、法学案例研究	(21)
三、中外法学案例研究	(22)
四、当代中国的案例研究方法	(28)
五、裁判方法视角下的法学案例研究	(30)
第二章 案例与司法裁判	(33)
一、法学理论对于案例地位的一般理解	(34)
二、案例在我国现行法律体制中的地位	(36)
三、案例为什么能够影响司法裁判?	(41)





第三章 《最高人民法院公报》选编民事案例的 前后变化	(47)
一、《最高人民法院公报》案例的数量与类型	(47)
二、《最高人民法院公报》选编民事案例的形式 变化	(50)
三、《最高人民法院公报》民事案例中裁判方法 的变化	(53)
四、《最高人民法院公报》选编民事案例前后 变化的原因	(56)
第四章 司法裁判中的知识观	(59)
一、知识与法学知识	(59)
二、规则知识观	(64)
三、规则知识观在司法中的局限	(68)
四、司法裁判中的知识观	(71)
五、司法裁判者应当树立什么样的知识观？	(91)
第五章 司法裁判中的哲学观	(94)
一、何谓司法能动？	(94)
二、什么是中国的司法能动？	(98)
三、司法为什么要能动——中美司法能动的比较	(115)
四、司法能动是否真的必要？	(123)
五、司法能动是否可能——中国司法“现代化”与 “后现代化”的双重难题	(128)
六、中国“司法能动”主张的理论贡献	(134)
七、司法裁判：服从抑或创造？	(137)

第六章 惯例的法律适用	(146)
一、为什么要从司法适用的角度研究惯例?	(146)
二、惯例是一种事实而非法律	(148)
三、惯例可以成为间接法源	(154)
四、惯例经法官的认可才能够成为法源	(158)
五、法官适用惯例首先需要识别、认定和审查	(160)
六、惯例的适用范围	(166)
七、法官适用惯例的规则	(168)
八、结语:惯例在现代司法适用中的命运	(176)
第七章 “法理”的含义及司法功能	(179)
一、学科意义上之法理	(181)
二、形式意义上之法理	(184)
三、实质意义上之法理	(188)
四、法源意义上之法理	(195)
五、法理的民事司法功能	(196)
第八章 常识、常理与民事司法	(201)
一、司法常识化与司法职业化的主张与分歧	(201)
二、常识和常理属于法官的经验知识和司法的 必要前见	(203)
三、常识、常理在司法中的作用	(206)
四、法官运用常识、常理的限度	(211)
第九章 民事司法中的利益衡量	(216)
一、利益衡量方法	(216)
二、民事司法中运用利益衡量方法的必要性	(219)
三、民事司法中法官如何进行利益衡量	(224)





第十章 合同履行中的人身侵权及民事责任

——基于《公报》人身损害赔偿案例的考察 (232)

一、合同履行中人身侵权案件的类型表现 (233)

二、不构成合同履行中人身侵权的案件类型 (234)

三、合同履行中人身侵权的认定标准 (236)

四、合同履行中的人身侵权责任不同于合同违约责任、
一般侵权责任或者特殊侵权责任 (250)

五、合同履行中人身侵权案件的归责 (253)

结束语 (258)

一、本报告的主要观点 (258)

二、本报告可能的点滴贡献 (262)

三、有待深入研究的问题 (263)

四、本报告的不足 (263)

参考引征文献 (265)

后 记 (283)

导 论

一、什么是“裁判的方法”?

裁判的方法,笔者将其称为“法官的法律方法”。^①那么,什么是裁判的方法,是否存在裁判的方法或者法官的法律方法这一问题?在回答这一问题以前,有必要重述一下什么是法律方法这一基本的法学问题。

(一) 什么是法律方法?

对于法律方法,学术界在语词的使用上存在着“法律方法”和“法学方法”的分歧,并从语词的使用分歧引出对法律方法研究对象的认识分歧。“法学方法”和“法学方法论”等概念源自于德国法学界,在英美法学界并不存在同样的词汇。拉伦茨认为,法学方法包含三层涵义,即“在私法领域将法律规范适用于需要裁判的‘案件’的方法”、“适用法律过程中对法律进行解释的方法”以及“法院发展法律的方法”。^②在英美法学界,与“法律方

^① 在后文中,为了不同语境下的表述方便,本文将同时使用“裁判的方法”和“法官的法律方法”两个用语。

^② [德]拉伦茨:《德国民法通论》(上册),王晓晔等译,法律出版社2003年版,第95~96页。





“法学方法论”内容相关的著作主要是由一些实务界的法律人撰写的，他们所谓的方法论，显然不同于德国法学界对法学的一般科学陈述或者反思，即不属于法理学或者法哲学意义上的法学方法论。而且，关于法律方法的研究成果，英美法学界主要使用的是“法律解释”、“法律推理”、“法律思维”等概念。^①在引进法律方法论这一知识的时候，在翻译的语词使用上，台湾地区学者选择的是“法学方法论”一词，如陈爱娥就将德国学者拉伦茨的著作翻译为《法学方法论》。在本土化研究方面，杨仁寿和黄茂荣则同样也使用了“法学方法论”一词。不过在大陆，虽然“法学方法论”和“法律方法论”两个词语都在使用，但学者们似乎更偏好使用“法律方法论”一词。关于“法学方法论”与“法律方法论”的概念名词之争，^②西方学者认为，法学方法本身就包含法律方法、对法律方法的外向性的哲学研究以及法学研究方法三部分理论。^③国内则有两种主张，一种观点认为两个概念属于同一含义；另一种观点则主张二者有很大区别。考虑到在中国大陆的法学语境和使用传统下，“法学方法”一词大多指涉的是法学学术研究方法，因此，为了避免不必要的混乱，大陆学者有意识地将法学方法和法律方法区别开来。^④本书遵循惯例，文中同样也使用“裁判的方法”或者“法律方法”一词，而且主要用来指涉司法裁判中法官裁决案件的方法。

在欧洲，法律方法论缘起的法学背景是德国的利益法学，利

① 舒国滢：《法学方法论问题研究》，中国政法大学出版社2007年版，第41～60页。

② 相关问题的分析，可以参看郑永流：《法学方法抑或法律方法》，载《法哲学——法社会学论丛》（六），中国政法大学出版社2004年版；以及林来梵、郑磊：《法学方法论辨说》，载《法学》2004年第2期。

③ 林来梵、郑磊：《法学方法论辨说》，载《法学》2004年第2期。

④ 葛洪义：《法律方法的性质与作用》，载《法律方法与法律思维》（3），中国政法大学出版社2005年版。

益法学关注的核心就在于司法裁判的过程和法官的裁决方法。在英美法律语境中,法律方法论缘起的法学背景就是美国的现实主义法学,现实主义法学同样以法官的裁判过程作为研究对象。但是,由于二者自身都存在诸多不足,其主导地位后来则被法律解释理论和法律推理论所取代。现代法律方法是为了恢复法学的独立自主地位而在20世纪50~60年代逐渐恢复起来的。^①

法律方法论研究在中国的兴起与中国的法治建设实践紧密相关。近年来,随着中国法治建设由立法中心转向司法中心,随着中国法律职业化的推行,法理学界对司法裁判过程展开了较为有效的学术研究,司法实务界也开始注重司法实务与法学理论的结合。在此学术背景下,宪法学、刑法学、行政法学界等,也开始了部门法法律方法论的研究和探索。^②

(二) 什么是“裁判的方法”?

提出裁判的方法或者“法官的法律方法”这一问题,这就意味着还存在着别的主体的法律方法,如法学家的法律方法、律师的法律方法、检察官的法律方法等主体的法律方法。广义上,还有人提出警察的法律方法等概念。实际上,目前国内关于法律方法的理论研究,既包含了对于律师、法官、检察官等主体处理案件的方法研究,也包含了法学家关于司法裁判的相关问题的哲理研究,虽然其研究的重点依然是法官认定事实、适用法律以及作出司法裁判的过程和方法。提出和研究不同法律主体的法律方法,这一法学研究现象本身就说明:其一,人们认为不同主体的法律方法并不完全相同;其二,法官的法律方法是存在的。只不过在

① 舒国滢认为法学方法论最新的研究成果主要为“法律论证理论”和德沃金的“整体性法理学”。前者的代表性著作如阿列克西的《法律论证理论》(1978)、麦考密克的《法律推理和法律理论》(1978)、佩策尼克的《论法律合理性》;后者如《法律帝国》等。舒国滢:《法学方法论问题研究》,中国政法大学出版社2007年版,第41~60页。

② 当然,在国内,民法学是最早展开法律方法论研究的领域。





不同学者那里有着不同的表达，在不同的学者、不同的语境、不同的场合下，人们关注的侧重点有所区别而已。

那么，什么是裁判的方法？在不同学者那里，法律方法论研究和关注的重点可能分别是法律方法论基本概念、法律解释、法律推理、法律思维、漏洞补充、利益衡量、法律论证、法律语言学、法律修辞学等等学理问题。但如前所述，本书所述的“裁判的方法”也即法官的法律方法，指的就是法官依据具体案件事实，识别和选择法律，并据此作出法律推理，进而作出司法裁判的方法。裁判的方法这一研究主题，主要关注具体案件的司法裁判过程，而具体的司法裁判过程本身就可以归入法律方法的研究范畴。在笔者看来，裁判的方法实际上是由四个逻辑递进的司法环节组成的：（1）识别和认定法律事实的过程；（2）发现、选择、解释法律的过程；（3）将认定的事实和选择将要适用的法律紧密结合起来展开推理的思维过程，以及对案件进行正当化论证的论证过程；（4）依据三段论的基本表达方式将判决理由合理表达的表述过程。

（三）“裁判的方法”的特点

对裁判的方法的基本特点欲作粗略描述，有必要首先将法官与律师、检察官等法律职业者的法律方法，甚至与法学家的法律方法作适度的比较。

虽然不同的法律职业者存在许多同质性，但在法律职业内部，却还存在着职业属性的差异。（1）律师职业既是法律职业，又具有商业属性。律师与当事人之间建立的是一种民事契约关系。而检察官则代表政府从事法律活动，直接对法律负责。而法官主要是对法律负责。（2）律师的基本态度就是寻找对委托人有利的证据，并进行代理或者辩护。而检察官则通过基本证据事实，在法律上寻求对政府统治秩序有利的对策和方案。而法官则进行居中

裁判。^①可见,法官、律师、检察官三者的职业属性存在不少差异。其次,法官的法律方法与法学家的法律方法也存在很多不同。简单说来,法官的法律方法注重的是寻找对于具体案件的解决方案。而法学家的法律方法,核心在于总结和提炼司法裁判的一般理论。因为法学理论在于求知,在于解释问题;而部门法学侧重于应用,解决实际法律问题。^②

简单说来,与律师和检察官的法律方法相比,尤其是和法学家的法律方法相比较,法官的法律方法具有以下特点:

1. 实用性。法官的法律方法首先以解决当下案件、解决现实问题为首要出发点。这与法学家的法律方法通常所要追求和建构理想法律体系、系统理论体系的追求不同,因为法学家的法律方法往往具有一定的理想成分。

2. 规范性。法官对于当下案件的解决,不能够脱离现行的法律框架。如对于法律的解释,主要是语词解释、法条解释、法律体系的解释、法律阐释等,这些解释的最大特点就是规范性。而法学家虽然也在解释,但这种解释,更多的是在对某一判决妥当与否,以及判决依据的理论基础进行解释。其解释的出发点和目标主要在于对案件判决的相关理论问题进行评判。换句话说,法官的法律方法主要关注案件如何裁决,而法学家重点关注的则是为什么要这样裁决、这样裁决的合理性在哪,还存在哪些不足,以及该判决涉及的理论难题等。总体来看,法学家往往是通过引证法学理论进行学理性阐释的。

① 谢晖、陈金钊:《法理学》,高等教育出版社2005年版,第322~330页。

② 在有的学者看来,民法、刑法自成一套完整的理论体系,可能与法学理论无关,即使有些部门法的法理化研究如民法哲学、刑法哲学、宪法哲学等,也与现有的法学理论研究关系不大。认为法学理论对部门法学具有指导意义的观点实际上是长期以来的一个认识误区。并认为两者之间明显存在着学术上的“劳动分工”,而不是相互贯通的关系。参见侯猛:《当代中国法学理论学科的知识变迁》,载《法商研究》2006年第5期。





3. 建构性。法官对于案件的处理,寻求的是在当下的法律语境下建构一套案件解决方案;与此不同,法学家的法律方法则往往具有理论解释性和批判性。

4. 法律逻辑性。法律逻辑运用的核心在于法律推理,法官的法律方法要符合法律逻辑,核心点在于,推理过程要符合形式逻辑,判决书的表述也要符合形式逻辑等,从而展示判决的法律理性和内在推理思维的逻辑。而法学家的法律方法虽然也遵守逻辑,但是他们遵守的却主要是法学理论的学术逻辑。

5. 正当性。法官运用法律方法进行司法裁判必须要进行适度的说理。这里既包括对于认定事实部分的说理,也包括对于引证法律部分的说理,还包括对于推理过程的说理。法官对判决过程和理由进行说理的目标在于,增强判决的说服力,寻求判决的正当性。

二、为什么要研究裁判的方法?

在哲学史上,人们就知识的来源有着不小的认识分歧。^①英国的经验主义强调知识来源于经验,并强调认识要通过经验来检验,但唯理主义则认为经验不可靠,只有理性知识才是可靠的。^②虽然存在着不小分歧,但两种哲学观点都有其合理性。

就法律知识而言,由于在面对具体案件时,法官不可能像立法者或者法学学者那样去思考和处理问题,因此,法官在司法实践中形成的法律理解和法学学者在书斋、课堂上形成的法律理解就是不完全相同的,由此,法律的知识就分为了两种不同的知识:“法官的法律知识”和“法学家(立法者)的法律知识”。^③而法学

① 即理性论和经验论的分歧。从知识谱系上来看,持理性论的学者包括笛卡尔、莱布尼兹、卢梭、黑格尔、马克思主义者、边沁、萨缪尔森、罗尔斯等人;持经验论的学者包括斯密、休谟、洛克、柏克、托克维尔、哈耶克、布坎南等人。

② 张芝梅:《美国的法律实用主义》,法律出版社2008年版,第16页。

③ 强世功:《法律人的城邦》,上海三联书店2003年版,第98页。

家的知识就属于学理性的知识。虽然对法律方法的纯粹学理性研究是非常重要的、有价值的，但是也必须看到，纯粹的法学学理性研究存在许多不足：

1. 学理性的研究结论，往往属于学者的个性化研究结论，因此与法官角色追求确定性、共性化、法律一致性、强调知识的共性化要求不完全相符。

2. 学者重在发现问题，审视、批判现行法律中存在的问题，进一步提出解决方案；而法官重在以现行法律解决当下的具体案件问题，其天职是法律的捍卫者，具有一定的保守性。

3. 学者是法律理想主义者，而法官是现实主义者。学者重在创新学术观点，而法官侧重的则是从事实与规范的流连忘返中，发现和寻找案件的有效裁判方案，具有较保守的思维方式。

4. 学者注重探求法律的一般运行规律，而法官注重的则是个别案件的解决方案以及如何具体操作。

5. 学者追寻的是知识理性，而法官看重的是实践理性，将制度知识理性转化为司法实践理性，即将纸面的法律转化为现实生活中的法律，将抽象的法律转化为具体的法律，将社会矛盾与冲突转化为技术和程序化的解决方案。^①

此外，激进的学者还认为，法学家的“法律方法”是存在严重缺陷的。理论家通常想当然地认为，自己的研究结论可以用来指导法律实务工作者。但是实践表明：法学家的方法论研究对法律实务家的影响是十分有限的，并且这一问题并非为中国所独有。表现在：（1）实务家们普遍对法学家的方法论研究漠不关心；（2）实务家们即使去认真地学习法学家们有关方法论的研究，也往往会对这些研究感到失望或不满。^② 导致这种情形的原因在于：

① 吕忠梅：《法眼观庭》，北京大学出版社2006年版，第6～8页。

② 张利春：《法学家的方法论研究对法律实务家的影响》，载《比较法研究》2009年第1期。





第一，法学家与实务家的职业不同。法学家是以研究、发展法律知识（理论）为志业的专家，而法律实务家是对事实纠纷作出法律处理的专家，两者有着不同的职业立场与职业思维。因为在法学家看来，理论与实践总是存在一定距离的，过分强调理论与实践的一致，或者将二者等同，则不恰当地赋予了理论阐释者过多的责任。^①

第二，法学家自身研究的不足。表现之一便是法学家在研究过程中与法律实务家交流过少。而且，即便是判例研究，法学家选取的研究对象多是法律上的疑难案件。法学家与法律实务家关注点的错位，造成了法学家的知识产出与法律实务家的知识需要之间出现了裂痕。就我国学者的方法论研究而言，还普遍存在研究成果过于抽象的不足，这与方法论研究本应具有形而下、微观、具象的实践面向完全违背。^②当然，法律科学自身的原因也许在于，对于一些法律问题，人们难以达成结论但又长期争论不休，因此，律师和法官们并不会因为法学家的观点而改变自己的行为。^③

由此可见，法学学者对于法官的法律方法这一问题关注并不多，甚至对于裁判的方法是否存在还有争议。但是，现实生活中又的确存在着一种有别于法学家的法律方法——裁判的方法。面对各种非难和指责，法学学者应当作出自己的回应。

在笔者看来，法学学者的法律方法研究中存在的缺陷，可以部分通过对具体案例的研究来弥补，因为具体的案例为法学研究结合实践提供了素材，甚至本身就包含了法理。如从词源上考察，英文“jurisprudence”以及德文“jurisprudenz”一词，本身就包

① 姚建宗：《法治的生态环境》，山东人民出版社 2003 年版，第 4 页。

② 张利春：《法学家的方法论研究对法律实务家的影响》，载《比较法研究》2009 年第 1 期。

③ 张芝梅：《美国的法律实用主义》，法律出版社 2008 年版，第 106 页。

含着“法理学”和“案例”两层含义。^①可见，案例与法学理论二者之间，内涵着一定的同源性。此外，判例研究符合法律科学研究特性——法律科学应当注重理论和实践的结合，属于边学边干、边干边学的学科。^②“实用主义分析的目的就是要引导人们离开语义学和形而上学问题的讨论，要面向事实和经验问题，法理学非常需要这样一种方法的转换。法理学需要变得更为实用一些”。^③

当然，在进行公报案例研究的时候，我们始终应当牢记的是：法律既不是纯粹的理论理性，又不是单纯的实践经验，而是实践理性的对象和产物。^④因为知识本身虽然可以分为根据“纯粹理性”原则提出的和建立在经验基础上的知识，但两种知识之间不能够完全脱离，否则就不是完全的知识，更不可能是有用的和生动的知识。^⑤而学者阶层的真正使命是：“高度注视人类一般的实的

① [德] 雅科布斯：《十九世纪德国民法科学与立法》，王娜译，法律出版社 2003 年版，第 9 页。

② 张芝梅：《美国的法律实用主义》，法律出版社 2008 年版，第 106 页。

③ [美] 波斯纳：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社 2002 年版，第 484 页。

④ 葛洪义：《法与实践理性》，中国政法大学出版社 2002 版“内容摘要”。

⑤ [德] 费希特：《论学者的使命·人的使命》，梁志学、沈真译，商务印书馆 1984 年版，第 39 页。当然。按照康德的说法，纯粹哲学指的就是“跟经验无关”、“不由经验总结、概括出来”的意思，总之是和经验相对的。康德认为，我们的知识虽然都来自于感觉经验，但是感觉经验之所以能够成为“科学知识”，是因为“理性”能够将知识化为普遍性。其纯粹理性指的是，“先天的”、“不从经验来”，由于后面的命题是由前面的命题“推断而来”，因此，不属于经验的共同性，而属于“逻辑的必然性”。但是，即便在康德的哲学中，也不存在所谓的绝对纯粹的知识。由于生活日新月异，为了防止纯形式的逻辑推演，康德在逻辑改造中，也把“逻辑的形式”与“经验的内容”结合起来。参见叶秀山：《序“纯粹哲学丛书”》，载黄裕生：《宗教与哲学的相遇》，凤凰出版社传媒集团 2008 年版。





际发展进程，并经常促进这种发展进程”，^① 从而为社会服务、造福于社会。

每一年，法院内部都会生产出大量的裁判文书，这些裁判文书，对于考察裁判的方法，具有重要的价值。而其中，最具有代表性的判决文书就是《最高人民法院公报》（以下简称《公报》）案例。由于最高人民法院发布的司法案例对各级人民法院都具有一定指导性或者引导作用，因此，认真解读《公报》案例，对于法律方法的研究具有重要意义。

第一，有助于将法律方法研究从纯粹的理论研究推进到实证研究、经验考察和个案评析层面，以及对个案裁决中共性的方法问题进行总结。初步统计，1985～2007年《公报》公布的426件民事案例中，很多案例都涉及法律解释问题，如，涉及常识经验问题的有12件、涉及习惯问题的案例有20余件，涉及法律价值衡量的案件有10多件，等等。前述案例中的各种共性问题亟须从理论层面进行回应和反思。

第二，将理论法学研究同社会生活实践、丰富的案例相结合，有助于法学研究方法的创新。法律方法的理论研究与个案的裁判、司法的过程研究相结合，可以使理论研究更好地针对“中国问题”。

第三，有助于发现司法“行动中”的法，总结和提炼与司法知识紧密相关联的法律方法。

① [德] 费希特：《论学者的使命·人的使命》，梁志学、沈真译，商务印书馆1984年版，第40页。费希特认为，要回答学者的使命问题，必须首先回答一个“社会的人的使命”是什么的问题；而要回答“社会的人的使命”是什么的问题，就必须首先回答“自在的人的使命是什么”的问题。所谓“自在的人”指的是按照一般人的概念加以想像的人。费希特说，不断完善自我、无限接近人的最终目标，是自在的人的使命；社会是指“理性生物之间的相互关系”，而社会的人的使命是：共同的完善，一方面，别人促进我们完善，另一方面，我们促进别人完善。参阅[德] 费希特：《论学者的使命 人的使命》，梁志学、沈真译，商务印书馆1984年版，第5～24页。