

METHODOLOGY OF LAW

法学方法论丛书

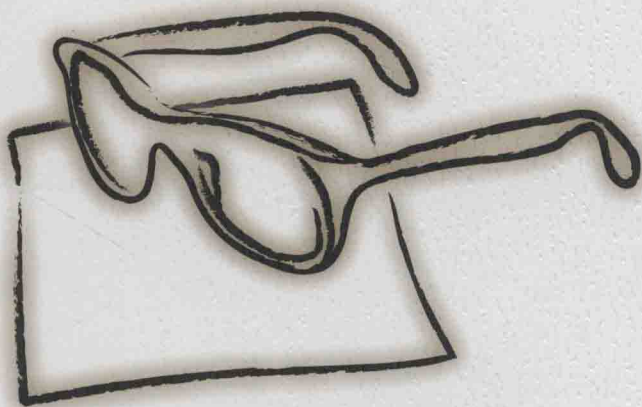
舒国滢 主编



司法公正的技术标准 及方法保障

TECHNICAL STANDARDS AND METHODS OF JUDICIAL JUSTICE

王夏昊
著



中国政法大学出版社

METHODOLOGY OF LAW

法学方法论丛书

司法公正的技术标准 及方法保障

TECHNICAL STANDARDS AND METHODS OF JUDICIAL JUSTICE



王夏昊
著



中国政法大学出版社

2017·北京

声 明 1. 版权所有，侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（CIP）数据

司法公正的技术标准及方法保障/王夏昊著. —北京：中国政法大学出版社，2017. 1

ISBN 978-7-5620-7275-1

I. ①司… II. ①王… III. ①司法—公正—研究—中国 IV. ①D926

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第012857号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话	010-58908289 (编辑部) 58908334 (邮购部)
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	880mm × 1230mm 1/32
印 张	14. 000
字 数	340 千字
版 次	2017 年 2 月第 1 版
印 次	2017 年 2 月第 1 次印刷
定 价	49. 00 元

丛书总序

无论我们怎样“重新发现了人的心灵”，我们也无疑早已进入了“分析的时代”。这个时代的学者被迫在各种话语、多重立场和意见杂陈的喧嚣中找到冷静、客观、理性辩论的基点，为“心的概念”、可以接受的表达、正确的理解和沟通、可靠的知识建立起一个商谈的平台。

这样一种精神气质亦渐渐蔓延至法学研究者的日常作业之中，我们在哈特、德沃金、拉兹、麦考密克和阿列克西的作品中已经感受到法学分析和论辩本身所透现的“精致的风格”，而这种风格恰恰是法学这样一门学问自始不可或缺的。

现代的法律已经逐渐脱离原始法的直观、感性的想象，变得愈来愈抽象和晦暗不明，与工商时代的多种语境、关系和变数扭结在一起，形成了一个被多重意义、多种系统环境包裹着的系统。生活在当下的每一个人，哪怕是创造法律身形的立法者和专事研究的法学者亦难以窥览其复杂交织的全貌。不可否认，最优秀的法学者也会在这个利维坦面前显得局促和惶惑。我们似乎普遍具有前所未有的无力感。

其实，这也是一种挑战，一种像埃德加·莫兰（Edgar Morin）所称的“复杂性的挑战”。复杂而混沌的法律问题要

2 司法公正的技术标准及方法保障

求我们的法学者学会“与不确定性一起工作”，在无序的、非常规的社会事件、法律案件以及语义模糊的法律条文所构成的“意义漂移的世界”中寻找到一种确定无疑的知识圭臬、商谈的规则和求解的答案。无论如何，在这个过程中我们一刻也离不开法学方法。尽管我们并非倡导“方法至上”（约翰·杜威语），但我们也唯有依靠方法才能使自己的信念逐渐通过证成转化为知识。

我们收录于本套丛书的作品并非是一眼即寻求到“法的目的地”的理论体系，它们大多只是尝试从某种方法、视域或立场出发探寻某个特殊法律问题的理论努力，它们所提供的或许只是一个可能的出发点、一种认识的可能性或者在众多理解中的一种理解。但我们希望有一份真诚的心情对待学术，并在法学方法论领域始终保守这一谨慎的态度。

舒国滢

2006年9月25日于北京

目 录

丛书总序	1
导 论	1
第一章 司法公正的概念	18
第一节 传统司法公正概念的反思	18
第二节 司法活动的概念与性质	32
第三节 作法律决定过程中的价值判断的证成	45
第四节 本书所谓的司法公正	60
第二章 司法公正的标准	78
第一节 现代社会中的法律	78
第二节 现代法的双重性	94
第三节 司法公正的双重性标准	112
第三章 司法公正两个标准实现的不同方案	139
第一节 单一标准的方案	141
第二节 德沃金的方案	154
第三节 德沃金方案的批判	169

2 司法公正的技术标准及方法保障

第四章	司法公正的分析框架及标准	187
第一节	内部证成概念与作用	190
第二节	法律命题的证成标准	218
第三节	融贯论的真理观与法律命题的证成	245
第五章	法的渊源与法律决定的证成	270
第一节	法的渊源的概念	270
第二节	中国法的渊源的范围、分类与适用准则 ...	287
第三节	制定法与法律决定的证成	306
第四节	判例与法律决定的证成	320
第五节	法教义学与法律决定的证成	335
第六章	法律解释方法与法律决定的证成	349
第一节	法律解释方法的概念与功能	350
第二节	各种法律解释规准的形式与功能	366
第三节	法律解释规准的适用模式和准则	386
第四节	法律解释规准之间的优先性关系	401
第五节	特殊法律论述形式	419
参考文献		435

导 论

一、司法公正的研究视角

在中国法学界，通说的司法是指人民法院和人民检察院行使审判权和检察权的活动。^{〔1〕}本书所谓的“司法”仅仅是指法院或法官依照诉讼程序规则将现行有效的法律规范适用于特定案件获得法律决定的活动或过程。因此，本书所谓的“司法公正”是指法院或法官所作的法律决定即司法决定或司法裁判的公正。本书所谓的“法律决定”一般是指司法决定或司法裁判。法律决定是司法活动或过程的一个结果。因此，法律决定的公正取决于司法活动或过程的公正。任何特定国家的司法活动都是在一定的宏观制度与诉讼程序规则的框架之中被实施的活动。这里所谓的“宏观制度”主要是指特定国家关于法院或法官的制度，例如，中国的《人民法院组织法》和《法官法》所规定的与法院或法官作法律决定有关的各种制度。这里所谓的“诉讼程序规则”主要是指特定国家的各种诉讼法所规定的诉讼程序规则，例如，中国的《民事诉讼法》、《行政诉讼法》和《刑事诉讼法》所规定的各种规则。这样，法律决定的公正就涉及三种因素：①宏观制度；

〔1〕 张文显主编：《法理学》，高等教育出版社、北京大学出版社 2007 年版，第 252 页。

2 司法公正的技术标准及方法保障

②诉讼程序规则；③法院或法官作法律决定的活动或行为。这三个因素各自对特定具体案件的法律决定的影响程度是不同的。宏观制度是对作为整体的特定国家的司法活动或法院和法官作法律决定的活动产生影响，或者说，它对作为整体的司法活动进行约束和限制，也就是在这个意义上，我们才将其称为“宏观”的制度。一般来说，宏观制度不会对特定具体案件的法律决定的公正性产生直接的影响。这就意味着，它对特定具体案件的法律决定的公正性的影响是一种边缘的或最间接的影响因素。诉讼程序规则对特定国家的法院或法官所审理的所有某一类型的特定具体案件的法律决定有直接影响，它随着法官所审判的具体案件类型的不同而不同。因此，相对于宏观制度对于特定具体案件的法律决定的公正性的影响而言，诉讼程序规则对法院或法官作法律决定的约束和限制是更直接的，对特定具体案件的法律决定的公正性的影响也是更直接的。法院或法官作法律决定的活动或行为的必然结果就是法律决定，这个活动或行为随特定具体案件的不同而不同。相对于宏观制度和诉讼程序规则来说，这个活动或行为对法律决定的公正性的影响是最为直接的。因此，我们认为，研究司法公正或法律决定的公正最为基本或重要的是对法院或法官作法律决定活动或行为本身的研究。另一方面，无论是宏观制度还是诉讼程序规则的设计，都是针对或围绕着法院或法官作法律决定活动或行为的特质、功能、目标而进行的。任何制度和程序规则的设计都是针对或围绕其所要调整、限制、约束的活动或行为的特质、概念、目标而进行的。如果不是这样，我们就不能回答下列问题：为什么立法制度、程序规则与行政制度、程序规则会有不同呢？它们两者又为什么与司法制度、程序规则不同呢？因此，如果不对法院或法官作法律决定的活动或行为进行研究，那么，我们就不可能设计出符合该活动或行为的特质、功能、目标

的制度与程序规则，这些制度和程序规则也不可能发挥其各自的功能。总之，关于司法公正的研究，我们认为首先应对法院或法官作法律决定的活动或行为本身进行研究。但这并不意味着，我们认为可以不从制度和程序的角度研究司法公正。我们的观点是，相对于从制度和程序角度研究司法公正而言，从法院或法官作法律决定的活动或行为本身的角度研究司法公正是前提性和基础性的研究。

人们可以从不同的层面或角度对法官（为了行文的简洁，下文只提到法官而不提法院）作法律决定的活动或行为进行研究。一方面，人们可以将“法官作法律决定的活动或行为”看作与任何个人的活动或行为是一样的，即纯粹的经验或事实。这就是说我们可以从事实或经验的角度研究法官作法律决定的行为或活动。这样，活动或行为与其结果之间就存在着事实的或经验的因果关系。我们从这个角度进行研究的目的在于，发现哪些事实或经验因素决定了或影响了法官所作的法律决定。这样的一种研究在实质上是得到法律决定的过程作为一个心理学的过程。因此，我们将这种研究简称为心理学研究。另一方面，人们可以将“法官作法律决定的活动或行为”看作是一种专门的职业活动，即一种科学活动。既然它是一种专门的职业活动即科学活动，那么，这就意味着法官作法律决定的活动或行为必须遵循这个专门职业必然要求的方法或必须按照保证该活动是科学活动所必然要求的方法实施。因为没有方法就没有科学。一门职业没有自己所独有的方法，它就不可能是一种专门职业；一种科学没有自己的方法，它就不可能成为一门独立的科学。我们从这个角度进行研究的目的在于，发现法官作法律决定的过程中应该遵循的方法是什么。如果法官是按照这些方法作法律决定的，那么，该法律决定在方法论上就是正确的或公正的。我们将这种研究简称为法学方法论

4 司法公正的技术标准及方法保障

研究。^{〔1〕}在这两种研究视角或途径之中，哪一种是对司法公正的研究更重要的呢？这个问题的答案取决于对两者之间的关系以及各自对法律决定的公正性的影响程度的分析。

法官按照一定的法学方法获得具体案件的法律决定活动相对独立于其获得法律决定的实际心理活动或过程。前者是对法律决定进行证成的一种理性活动；后者是法官作法律决定受到其欲望、感觉、偏见、利益立场等因素的影响或支配的活动或行为。前者往往有可能成为后者本身的一种影响因素。这就是说法官必须遵循的方法或理性与其欲望、感觉、偏见、利益立场一样是影响其作法律决定的因素。换句话说，法官遵循方法或理性与法官的欲望、感觉、偏见、利益立场等因素共同影响着法官作法律决定。质言之，法官遵循方法或理性本身可以被看作是影响法官作法律决定活动的一个因素。但是，这并不意味着法官遵循方法或理性不独立于法官的欲望、感觉、偏见、利益立场等因素。即使在很多情形下法官作法律决定的心理学过程反映了法官运用方法证成法律决定的步骤，但是，这肯定不是必然的。对于研究来说，法官运用方法理性地证成法律决定的实践对于独立地研究法官作法律决定的心理学过程是可用的。但是，法官作法律决定的实际心理学过程对于独立地研究法官运用方法理性地证成法律决定的活动是不可用的。关于这两者之间的地位，那些对法官作法律决定活动持心理学研究立场的人往往认为，法学方法对法官作法律决定的影响只是一种表面的影响，真实支配法官作法律决定的活动或行为的因素是那些实际的心理因素，尤其在法官的心理学动机与法官运用方法理性证成过程不一致的情形中。这些人之所以认

〔1〕 关于这两种研究的区分的具体论述，请参见 D. Neil MacCormick and Robert S. Summers, *Interpreting Statutes: A Comparative Study*, Edited by D. Neil MacCormick and Robert S. Summers, Dartmouth Publishing Company, 1991, p. 16.

为法学方法只是表面的，是因为他们认为作为法律决定的证成理由的法学方法只是法官在其所做的判决书中公开的理由，法学方法只是法官为了伪装其法律决定是被理性证成的伪装，在法官运用法学方法活动的背后真正起决定作用的因素是那些心理学因素。我们认为这种观点是错误的，原因在于：既然法官公开地表述了其作法律决定的理性理由，那么，这本身至少就代表了法官自觉地公开地理性证成其法律决定的努力，而这能够使我们理解什么是作为令人满意的并被公开承认的特定法律决定的理由。相反，持心理学研究立场的人所认为的真正起作用的心理学因素不是法官所公开的，人们（包括法律人）无从知道这些心理因素究竟在多大程度上起作用，它们只是作为旁观者的研究者自己对法官作法律决定活动的观察和推测。

法学方法对于各个法官作法律决定来说是客观的。因为，正如前述，法学方法是法律适用这个专门职业或保证法律适用是科学所必然要求的方法，任何特定国家的法官在作法律决定的活动时必须要遵循其所属法律人职业共同体所承认的方法，任何法官不能随意或任意地选择方法。相反，心理学因素对于各个法官作法律决定来说是主观的。因为特定国家的不同法官的欲望、感觉、偏见以及利益立场等心理学因素是不同的，而且欲望、感觉、偏见、利益立场等各个心理学因素对不同的法官会有不同的影响，也就是说，有的法官受其欲望的影响大，有的法官受其利益立场的影响大，有的法官受其他心理学因素影响大。更为重要的是，各个不同的心理学因素会随着法官作法律决定的时空条件的不同而发挥影响的程度也不同，也就是说，在某个场景中，法官作法律决定受其偏见影响大；在另一个场景下，法官作法律决定受其他心理学因素的影响大；而且每个法官每次作法律决定的场景或时空条件都是不同的。既然法学方法对各个法官作法律决定来说是

6 司法公正的技术标准及方法保障

客观的，那么，这就意味着法官按照法学方法所获得的法律决定具有确定性。这就使得人们可以确定地判断特定法律决定的公正性。相反，心理学因素因其主观性而使得每一个法官所作的法律决定不具有确定性，这就使得人们根据它们不可能确定地判断特定法律决定的公正性。质言之，对法官作法律决定活动进行法学方法论的研究本身就预设了法律决定在理性上是可证成的，而对其作心理学研究本身就预设了法律决定在理性上是不可证成的。既然法律决定在理性上是不可证成的，那么，我们凭什么可以说特定法律决定是公正的呢？这就是说，从心理学角度看待法官作法律决定的活动或行为，我们就无从判断或无从主张特定法律决定是否是公正的。

心理学因素不仅影响法官作为法律决定者作法律决定的活动或行为，而且影响法官作为人而实施的任何其他活动或行为。这就是说，心理学研究并不能揭示和说明法官作法律决定的活动或行为所具有的特质、功能和目标。法学方法仅仅影响法官作为法律决定者作法律决定的活动，而不会影响法官作为人而实施的任何其他活动或行为，如果说有影响，这种影响也是潜在的。这就是说，法官按照法学方法作法律决定，是“法官作法律决定”的这个职业活动专门化的体现，是这种科学活动的特有性质的体现。这样，我们就可以得到下列结论：对法官作法律决定的活动或行为的制度控制是建立在对法官按照法学方法作法律决定的批判分析的基础之上的，即是建立在对法官作法律决定活动的法学方法论的研究基础之上的，而不是建立在对法官作法律决定活动或行为的心理学解释和分析的基础之上的。这个结论就意味着，前述的有关司法的宏观制度和诉讼程序规则是针对和围绕着法官按照法学方法作法律决定的活动而设计的，而不是针对和围绕着法官作法律决定的心理学过程而设计的。

前述的分析表明：无论是从心理学因素和法学方法在法官作

法律决定活动中的关系、地位及性质来看，还是从它们各自对法官作法律决定活动特质的决定性程度来看，对法官作法律决定活动的法学方法论研究都是一种更为根本、更为重要的研究。因此，我们认为，就司法公正的研究来说，法学方法论的研究是一种更为根本、更为重要的研究。

二、传统法学方法论研究的局限性

前述的论述内容说明，大体上，我们可以从三个角度或视角研究司法公正，即宏观制度、诉讼程序和法官作法律决定的活动自身。在这三者之中，我们认为从“法官作法律决定的活动”自身研究司法公正是一种前提性和基础性的研究。对法官作法律决定的活动的研究又可以被区分为两种视角或途径：心理学研究和法学方法论研究。在这两者之中，我们认为关于司法公正的法学方法论研究是一种更为根本、更为重要的研究。法学方法论本身又可以被区分为传统法学方法论和当代法学方法论。这就意味着对法官作法律决定的活动，既可以从传统法学方法论的角度进行研究，也可以从当代法学方法论的角度进行研究。传统法学方法论是以诠释学为基础的，当代法学方法论是以论证理论或商谈理论为基础的。

传统法学方法论的特征在于：以诠释学的眼光对法学作自我反省，发掘出运用在法学中的方法及思考方式，并对之作诠释学的判断，它还要探究：特定方法可以提供的贡献为何，其不能贡献者为何，如何才是方法上正确的，何种做法实际上不能获得无可指摘的结论，因此，可以认为其在方法上是错误的。^{〔1〕}根据这个原理，传统法学方法论认为，如果说法官针对任何具体案件所作的法律决定是一个单称的法律规范命题即个别法律规范，那么，

〔1〕〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第121~122页。

8 司法公正的技术标准及方法保障

在许多案件中，法官所作的法律决定即一个单称法律规范命题，不可能是法官按照演绎规则从预设有效的法律规范与关于特定具体案件的已被证明为真的经验命题推论出来的。这就意味着，传统法学方法论否定了法官作法律决定的过程是一个逻辑涵摄过程。逻辑涵摄是不是在所有具体案件的法律决定的证成中都是没有作用的呢？法官在作法律决定的过程中就不需要遵守逻辑推论规则了吗？如果答案是肯定的，那么，逻辑涵摄或逻辑推论规则在法官作法律决定的活动中的地位与作用何在呢？对于这些问题，不同的传统法学方法论学者给出的答案是不同的。我们认为，他们之所以给出了不同的答案就是因为传统法学方法论在根本上就是不可能解决这些问题的。这就是说，在传统的法学方法论的理论框架之中，研究者们不可能提供一个关于逻辑涵摄或逻辑推论规则的地位与作用问题的合适答案。

法官作法律决定的活动或过程不是一个逻辑涵摄过程或推论活动，它是什么呢？既然传统法学方法论是以诠释学为基础的，那么，它当然就认为法官作法律决定的活动或过程就是法官解释法律的活动或过程。正如拉伦茨所说：“全部的法律文字原则上都可以，并且也需要解释。需要解释本身并不是一种……缺陷，只要法律、法院的判决、决议或契约不能全然以象征性的符号语言来表达，解释就始终必要。”^{〔1〕}这样，法律解释就成为法官作法律决定的基础，没有法律解释，法官就不可能得到一个法律决定。既然从认识论看，法官作法律决定的活动是解释法律的活动，那么，从方法论的角度出发，法官解释法律就必然地要遵循一定的法律解释方法。既然法官必须按照一定的法律解释方法解释法律，

〔1〕〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第85~86页。

那么,有多少个法律解释方法呢?不同的法学家提供的法律解释方法的数目是不同的。即使同一个法律人职业共同体中的不同法学家提供的法律解释方法的数目也是不同的。既然法律解释方法的数目是不同的,那么,法官选择哪一种或哪一些法律解释方法对法律进行解释呢?即使我们假定特定法律人职业共同体所承认的法律解释方法的数目或种类是一定的,传统法学方法论还会面临着下列问题:任何特定法律人职业共同体所承认的法律解释方法都不是只有一种而是多种。这就意味着法官针对某个案件事实对可适用的法的渊源文本进行解释时,他或她可能会运用到这些不同的法律解释方法对该文本进行解释,运用这些不同的法律解释方法可能得到两个以上的法律解释结果,而且这些解释结果是相互对立的,相互对立的解释结果导致相互对立的法律决定,这就是我们通常所说的法律解释方法的冲突,那么,在这种情形下,法官应该选择哪一种法律解释方法呢?为了解决这个问题,法学方法论的研究者们致力于在各种法律解释方法之间确立一个优先次序,即法律解释方法的位阶。如果法律解释方法之间存在着一种固定的位阶关系,那么,法律解释方法的冲突问题即可得到解决。但是,到目前为止,大家一致认为,各种法律解释方法之间不可能存在着一种固定的位阶关系,依次最终地确定各个法律解释方法的重要性;但是,他们也认为各种法律解释方法之间的关系不是一个并列关系,法官针对特定具体案件不可以任意或随意地选择任何一种解释方法。这样,传统法学方法论得到一个矛盾的结论:各种法律解释方法之间的关系不是一种并列关系,但是它们之间不存在一个固定的位阶顺序。如何解释这个矛盾结论呢?传统法学方法论不可能提供一个令人满意的回答。更为重要的是,这个矛盾的结论导致了法律决定具有不确定性和理性的不可接受性。因为,既然法律解释方法之间不存在固定的位阶顺序,那么,在法律解释方

法相冲突的情形下，法官应该选择哪一种法律解释方法呢？这是一个具有不确定性的问题，也是法官自由裁量的问题。这在实质上就是说，在法律解释方法相冲突的情形下，法官可以随意或任意选择一种法律解释方法。既然法官能够随意或任意地选择法律解释方法，那么，他或她所作的法律解释结果及其法律决定就具有一定的随意性和任意性。这就导致法律决定的不确定性和理性的不可接受性。

关于法律解释方法位阶的问题，传统法学方法论为什么会得到一个矛盾的结论呢？我们认为这是诠释学理论本身所导致的。诠释学的基本原理是循环原理，这里的循环不仅是指部分与整体之间的循环，也是指历史与现在、自我与他者、主体与客体之间的循环。就法官作法律决定来说，这个循环原理就是指法官对法律的解释是在法律规范与案件事实之间的循环，是在法官对法律的前理解与法律在具体语境中的意义之间的循环。既然是循环，这就意味着法官对法律的解释没有一个终点，或者说没有一个结束的端点。但是，法官作为作法律决定的人就必须在一定的时间范围内作出决定。这就意味着法官必须打破或终结法律解释的循环而作出法律决定。那么，法官应该在何时打破或终结这个循环呢？诠释学认为，解释者对某物的理解和解释要达到视域的融合，也就是说，历史与现在、自我与他者、主体与客体之间的视域融合，即它们之间具有高度统一性或融贯性。对于法官作法律决定来说，法官的法律解释要达到规范与事实之间、前理解与法律在具体语境中的意义之间的高度统一或融贯。法官对法律的解释达到这种程度，他或她就可以终结对法律的解释。那么，何谓高度的统一或融贯呢？也就是说，高度统一或融贯的标准是什么呢？诠释学既没有提供一个程序性标准也没有提供一个实质性标准。这只能依赖于解释者或法官的自我判断。这就意味着，法官何时打破或终结解释循环只能依赖于法官的独断论。即使德沃金为了