

西安市中级人民法院审判实务与理论研究丛书之四



Adjudicative Methodology

裁判方法论

康宝奇 主编

人民法院出版社

西安市中级人民法院审判实务与理论研究丛书之四

裁判方法论

康宝奇 主编

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

裁判方法论/康宝奇主编. —北京:人民法院出版社,2006. 11

(西安市中级人民法院审判实务与理论研究丛书之四)

ISBN 7-80217-356-6

I. 裁… II. 康… III. 审判-研究-中国-文集 IV. D925-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 121137 号

裁判方法论

康宝奇 主编

责任编辑 贾毅

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) 85250542 (责任编辑) 85250516 (出版部)
85250558 85250559 (发行部)

网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 北京人卫印刷厂

经 销 新华书店

开 本 890 × 1240 毫米 A5

字 数 589 千字

印 张 21.875

版 次 2006 年 11 月第 1 版 2006 年 11 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-80217-356-6

定 价 39.00 元

版权所有 侵权必究

目 录

法官怎样裁判案件（代序）

..... 中国社会科学院法学研究所研究员 梁慧星（1）

裁判的方法与司法公正

..... 西安市中级人民法院院长 康宝奇（28）

在“裁判的方法”研讨会闭幕式上的致辞

..... 陕西省高级人民法院副院长 王松敏（32）

一、裁判方法总论

裁判方法论要 孙海龙 高 伟（37）

法律发现理论的发展进路

——兼评宋鱼水审判方法对我国法学方法论

研究的启示 孙海龙 董倚铭（50）

裁判思维三题 吴海星 张海荣（69）

司法裁判中的个案公正

——兼谈法官的选择 刘慧利（85）

法官裁判的能动性 王乐群（98）

当代社会背景下法官对规则的运用 高俊岗（105）

法院裁判方式的经济分析 崔立新（122）

法官在裁判中对法律规范冲突选择适用权的

运用 樊宝卫（134）

民事审判中法律方法的研究 姚建军（143）

法官在民事举证责任上的个案自由裁量	董少谋 (161)
对质证、认证相关问题的思考	孙伟丽 (180)

二、刑事案件裁判方法论

刑事裁判中犯罪事实的认定	常 青 (195)
刑事推定及其规则	常 青 姚 斌 (217)
浅谈刑事非法证据的界定、认定和排除	王 湛 (240)
如何审查判断强奸案件中的被害人陈述	杨 靖 庞疾风 (251)
“以非法占有为目的”在金融诈骗犯罪 构成中的地位及其司法认定	陈子欣 吴加亮 (258)
准确适用正当防卫法律规定的方法	程东风 (273)
刑罚适用的衡平分析	赵旭忠 (283)
规范化量刑的方法	王全谋 (297)
“感化教育”模式在未成年人刑事案件中的运用 ...	任朝霞 (311)

三、民事案件裁判方法论

民事诉讼中法官认定事实的方法	李美红 (323)
民事诉讼中自认的成立应如何认定	曹 杰 (333)
对民事裁判中证人证言的理性思考	徐琳茹 (344)
保险合同纠纷案件的裁判路径和方法	高 伟 (358)
论利益衡量在民商事裁判中的应用	李小鹏 (375)
试论民事审判中的利益衡量	赵海峰 (392)
法官的思维模式 ——兼谈法官思维模式中良知的确立及其 同质化	胡 刚 (404)
浅谈基层法院民事再审案件审理方法	张晓艳 (415)

审理民、商事案件法律适用的几种误区及对策	高 群 (426)
----------------------------	-----------

四、行政案件裁判方法论

行政案件事实认定的思维取向与证明标准

——以探讨法官事实认定方法为思路	马小莉 (437)
行政审判中的利益衡量	梅宏枝 (452)
如何把握行政诉讼原告资格	张耀民 (462)
衡平理念指导下的裁判方法	
——从非诉行政执行案件司法审查的衡平理念	
谈审查方法之选择	黄大卫 (471)
由一件案例浅谈如何处理国家行为与民事	
行为共同侵权的责任承担问题	陈 浩 孙 鹏 (484)
试论行政诉讼请求在司法审查中的地位	
.....	王周户 李大勇 (495)
行政案件“同案不同判”现象及应对措施	张曼慧 (505)

五、调解方法论

浅谈民商事案件的调解方法	姚建军 (521)
民事案件调解方法和技巧再探	张 红 (528)
民商事案件调解方法分析	侯春丽 (536)
浅谈民商事案件调解的策略	杜红莉 (543)
行政诉讼裁判方法设立调解制度的可行性探讨	孙亚莉 (547)

六、法律文书制作方法论

寻求事实与法律的正当诠释

——现代司法理念视野下的裁判文书制作	
--------------------	--

方法研究	孙海龙 高 伟 (559)
论司法判决中可资引用的论证资源	路小红 (574)
裁判文书中的利益衡量探讨	石丽屏 (583)
法官释法与民商事裁判文书改革	陈辛一 丁学军 (596)
民事判决书规范制作的新构思	樊振忠 (605)

七、执行方法论

论在执行程序中对公证债权文书的审查	刘 哲 (615)
执行依据的解释方法探究	胡九红 (626)
论执行中对第三人权益的保护	黄海鹰 (636)
试论保证人追偿权及其行使	盖志强 (645)
探讨涉及农村集体组织案件的执行难点与对策	杨鸿年 (655)
浅谈不动产执行	兰 喆 (661)
构建事实、法律与裁判的桥梁 ——“裁判的方法”研讨会综述	孙海龙 高 伟 赵旭忠 (667)
后记	(685)

Contents

Liang Huixing: How to Adjudicate Cases (Preface)	(1)
Kang Baoqi: Adjudicative Method and Judicial Impartiality	(28)
Wang Songmin: The Address on the Closing Ceremony of ‘Adjudicative Methodology’ Seminar	(32)

Part I In General

Sun Hailong, Gao Wei: The Essence of Adjudicative Method	(37)
Sun Hailong, Dong Yiming: The Developing Approaches to the Theory of Legal Discovery	(50)
Wu Haixing, Zhang Hairong: Three Theories about Adjudicative Reasoning	(69)
Liu Huili: Judicial Fairness in Individual Cases	(85)
Wang lequn: Judicial Activism	(98)
Gao Jungang: An Application of Rules by Judges under Contemporary Social Background	(105)
Cui Lixing: An Economic Analysis of Adjudicative Method ...	(122)
Fan Baowei: Judges’ Choice Made in the Adjudication When Facing the Conflict of Law	(134)
Yao Jianjun: A Study on Legal Method in Civil Trial	(143)
Dong Shaomou: Judicial Discretion on Burden of Proof	

in Civil Cases	(161)
Sun Weili: Some Reviews on Examination and Admissibility of Evidence	(180)

Part II Adjudicative Method in Criminal Cases

Chang Qing: Determinations of Facts in Criminal Cases	(195)
Chang Qing, Yao Bin: Presumptions and Rules in Criminal Cases	(217)
Wang Zhan: The Distinction, Admissibility and Exclusion of Criminal Illegal Evidence	(240)
Yang Jing, Pang Jifeng: How to Judge Victims' Statements ...	(251)
Chen Zixin, Wu Jialiang: The Status and Identification of 'Illegally Possessory Intent' in the Elements of Crime of Fraud	(258)
Chen Dongfeng: Ways of Accurate Applicability of the Rule of Justifiable Defense	(273)
Zhao Xuzhong: Balancing Test on the Application of Punishment	(283)
Wang Quanmou: An Approach to Standardization of Sentencing	(297)
Ren Zhaoxia: The Application of the Model of 'Penitentiary Education' In Juvenile Cases	(311)

Part III Adjudicative Method in Civil Cases

Li Meihong: Judges Make Determinations of Fact in Civil Litigation	(323)
Cao Jie: How to Ascertain the Establishment of Self - Recognition in Civil Procedure	(333)

Xu Lingru: Reasonable Thinking on Witness Evidence in Civil Adjudication	(344)
Gao Wei: Adjudicative Method in Insurance Contract Cases ...	(358)
Li Xiaopeng: Balance of Interests in Civil and Commercial Trial	(375)
Zhao Haifeng: Balance of Interests in Civil Trial	(392)
Hu Gang: Judges' Ways of Thinking	(404)
Zhang Xiaoyan: Judging Method for Civil Rehearing Cases in Basic Level Courts	(415)
Gao Qun: The Misunderstandings and Resolutions of Application of Law in Civil and Commercial Cases	(426)

Part IV Adjudicative Method in Administrative Cases

Ma Xiaoli: Ways of Reasoning and Standards of Proof Regarding Determination of Facts in Administrative Cases	(437)
Mei Hongzhi: Balance of Interests in Administrative Cases	(452)
Zhang Yaomin: How to Determine A Plaintiff Qualification in Administrative Proceedings	(462)
Huang Dawei: Adjudicative Method Guided by the Theory of 'Balancing Doctrine'	(471)
Chen Hao, Sun Peng: How to Deal With the Liabilities of A Joint Tort Caused by National and Civil Action from A Specific Case Perspective	(484)
Wang Zhouhu, Li Dayong: The Legal Status of Claims of Administrative Proceedings in Judicial Review	(495)
Zhang Manhui: The Issue and Resolutions Concerning 'Different judgments for the Same Cases' in Administrative Cases	(505)

Part V Method of Mediation

- Yao Jianjun: Mediatory Techniques in Civil and
Commercial Cases (521)
- Zhang Hong: A Research on Techniques of Civil Mediation ... (528)
- Hou Chunli: An Analysis of the Method of Civil and
Commercial Mediation (536)
- Du Hongli: Approaches to Civil and Commercial
Mediation (543)
- Sun Yali: Possibilities of Establishing Mediation Mechanism
in Administrative Adjudication (547)

Part VI Method of Making a Judgment

- Sun Hailong, Gao Wei: A Search for Justifiable Interpretations
of Facts and Law (559)
- Lu Xiaohong: Demonstrative Resources Used in Judgments (574)
- Shi Liping: A Discuss of Balance of Interests in Judgments ... (583)
- Chen Xinyi, Ding Xuejun: Judges' Interpretations and Civil
Judgment Reform (596)
- Fan ZhenZhong: On the Conception of Standardization of
Producing Judgments (605)

Part VII Enforcement Method

- Liu Zhe: Reviews of Notarized Credit Documents in
Execution Proceedings (615)
- Hu JiuHong: A Research on the Method of Interpretation

of Execution Rules	(626)
Huang Haiying: The Protection of the Interest of Third Party in Execution	(636)
Gai Zhiqiang: Guarantors' Right to Recourse and Application in Practice	(645)
Yang Hongnian: Measures should be Taken Concerning Difficulties of Execution cases of Rural Collective Economic Organizations	(655)
Lan Zhe: Execution of Real Property	(661)
Sun Hailong, Gao Wei, Zhao XuZhong: Tighten Close Ties Among Facts, Laws and Judgments	(667)
Postscript	(685)

法官怎样裁判案件（代序）*

中国社会科学院法学研究所研究员 梁慧星

（2005年10月26日）

同志们，很高兴有机会参加西安市中级人民法院“裁判的方法”研讨会，并在这里举行一个讲座。讲座的题目是“法官怎样裁判案件”，主要讲法官裁判案件如何进行法律思维，哪些因素起关键的作用，遇到有不同的裁判方案和解释意见的时候，用什么作为判断标准，是从宏观方面来讲裁判的方法。

一、法律的规范性

法律是社会生活中的行为规范，规范性是法律的本质属性。法律的规范性，就是说法律是行为规范，是裁判规范。这里不着重论述什么是法律的规范性，而是着重讲法律的规范性与裁判案件的关系，因为法律的规范性决定了法官的思维方式。

众所周知，现代社会有一个法律职业群体，称为法律共同体或者法律人，包括法官、检察官、律师、法学教授等。这些职业差异很大，如律师是一个自由职业者，法官是国家公务员、执掌裁判权，为什么把他们归入到法律人这样一个群体当中呢？因为他们共有一个思维方式，就是法律思维。法律思维的特点是什么呢？我们如果将法律人的思维方式和经济学家的思维方式作一对照，就会有

* 本文为作者在西安市中级人民法院“裁判的方法”研讨会上的讲演。

一个明确的认识。

我们经常可以看到，电视台讨论某个社会问题，邀请一位经济学家和一位法学家作为嘉宾。经济学家怎么样展开议论呢？经济学家总是问有没有效率？能不能提高生产力？总是讲投入与产出，讲价值最大化，讲资源的合理配置等等。经济学家这样来展开议论，其核心概念就是“价值”，即经济学家的整个思维是围绕“价值”这个核心概念进行的。对于同样的社会问题，法学家怎样发表意见呢？他首先问合法不合法？然后问法律有没有规定？如果法律有规定，他再问法律是怎么规定的？当他谈论法律是怎么规定的时候，他就要分析法律的规范构成，分析其构成要件、适用范围和法律效果，然后用讨论的这个事实、这个行为与法律规范的构成要件加以对照。如果对照的结果是“符合法律规范的构成要件”，他就表示肯定的意见：这个事实或行为是合法的，是应该支持的；如果对照得出的结果是“不符合法律规范的构成要件”，他就要表示否定的意见，认为这个事实、这个行为是违法的，是不能赞成的。

可见法学家在讨论社会问题时，整个思维过程围绕合法不合法、法律有没有规定以及怎样规定来进行的，这个思维过程是紧扣法律规范进行的。这就是法律人的思维模式，就是法律思维，法律思维的本质特征就在于规范性。我们看到，法律思维区别于其他思维模式的特征，就在于法律思维是规范性的思维。这就是法官、检察官、律师、法学家所共有的、区别于其他任何行业的思维模式。

这里要谈到法律规范的作用，立法机关为什么要制定法律规范？立法机关制定法律规范有两方面的作用，一方面是指引法官裁判案件。立法机关预先为每一类案件设立法律规范，明确规定构成要件、适用范围和法律效果，就为法官树立了裁判的标准，用来指引法官裁判案件。法官审理案件，把案件事实查清楚后，找到了该类案件应当适用的法律规范，就知道了这个案件应该怎么判决。这就是我们常说的“以事实为根据，以法律为准绳”，法律规范就是这个“准绳”。法律规范另一方面的作用，就是约束法官裁判。立

法机关制定法律规范，也是为了对法官起一种约束的作用。法官裁判案件必须遵循法律规范，不能背离法律规范，不能任意裁判。所以，立法机关在法律规范当中明确规定了构成要件、适用范围和法律效果，用来约束法官的任意性。不同地区、不同法院的不同法官，如果裁判同样的案件，就应当适用同一个法律规范，得出同样的判决。可见，立法机关制定法律规范的目的，是要用法律规范指引法官裁判，约束法官裁判，最终保障裁判的统一性和公正性。

我们知道，大陆法系国家和英美法系国家的法律有很大差异，大陆法系是成文法，英美法系是判例法。英美法系靠什么来指引法官裁判？英美法系是靠历史上的判例来指引法官裁判。英美法系的一个基本原则，叫做“遵循先例的原则”，是指后来的法官裁判案件，在把事实查清楚以后，要遵循历史上曾经有过的判例。即历史上如果曾经有过一个判例，所裁判的案件事实与现在的案件事实相同，那就要遵循该判例，该判例中法官怎样裁判，现在这个案件就应该怎样裁判，这就叫“遵循先例的原则”。实际上，就是用历史上存在过的先例来指引现在的法官裁判案件，约束现在的法官裁判案件。英美法系的判例的作用和大陆法系的法律规范的作用是相同的，两大法系的法官裁判案件的差别在于，英美法系是“先例约束”，大陆法系是“规范约束”。

归结起来，法官裁判任何案件，在案件事实查清以后，就要从现行法律法规中寻找本案应当适用的法律规范，这在裁判的方法上称为“找法”。如果找到这样的法律规范，就要将案件事实与法律规范的构成要件加以对照，如果对照的结果是本案事实符合法律规范的构成要件，就应该对本案适于法律规范的法律效果，也就是做出原告胜诉的判决。反之，如果对照的结果，本案事实不符合法律规范的构成要件，就应该对于本案不适用法律规范的法律效果，也就是判决原告败诉。

举一个实例，前两年北京某法院审理过一个案件，著名学者余秋雨起诉肖夏林侵犯名誉权的案件。因为被告在一篇文章中提到，

余秋雨接受了南方某地方政府奖励的一套房子，余秋雨认为自己没有得到任何地方政府的奖励，于是就起诉追究被告侵犯名誉权的侵权责任，这个案件判决的结果是余秋雨败诉。案件事实很简单，为什么判决余秋雨败诉呢？法院适用的是民法通则关于侵犯名誉权的侵权责任的法律规范，这个法律规范的构成要件是：散布虚假的事实并因此造成对方的社会评价降低。这就是侵犯名誉权的侵权责任的构成要件，包括两个要点：一是散布虚假的事实；二是造成被告社会评价降低。

法院认定的案件事实是，被告肖夏林在文章中说原告余秋雨接受某地方政府奖励的一套房子，实际情况是原告并没有接受任何地方政府奖励的房子。因此被告的确“散布了虚假的事实”，符合构成要件的第一个要点。但法院认为被告的行为不符合构成要件的第二个要点，并没有因此造成原告余秋雨的社会评价降低。为什么？因为被告说某地方政府奖励余秋雨一套住宅，这与说某个企业送给某个公务员一套房子有完全不同的性质。企业向国家公务员送一套房子属于“行贿”，是违法行为，而地方政府奖励公民一套房子是合法行为。即使原告余秋雨得到这种奖励，也绝不会因此降低余秋雨的社会评价。最后法院判决余秋雨败诉，因为本案事实不符合侵犯名誉权侵权责任的法律规范的构成要件。从这个例子我们可以看到，法律的规范性对法官裁判案件是何等重要。

二、法律的社会性

法律不仅是裁判规范，而且是人类社会生活中的规范，因此法律不仅具有规范性而且具有社会性。法律的社会性，就是说法律以人类社会生活、社会现象、社会关系为规范对象。如刑法规范对犯罪行为的制裁；民法规范人与人之间的财产关系、身份关系；经济法规范对社会经济生活的调控和管理；行政法规规范国家行政权的运行、控制。简而言之，法律是社会生活规范，因此法律具有社会性。法律具有社会性，这在改革开放之前的法学理论中并没有得到

承认。过去的法学理论，认为法律有阶级性，否认法律具有社会性；现在的法学理论认为，社会性是法律的属性之一。

认识法律的社会性对法官裁判案件至关重要。法律的社会性与裁判的关系，首先表现在法官认定案件事实的阶段。一谈到案件事实的认定，我们会首先想到程序法、证据法，想到举证责任分配规则。但同志们要注意一个非常重要的问题，并不是所有的事实都需要当事人举证，都必须通过证据来认定，按照证据法理论，有两类事实不需要当事人举证，应当由法官直接认定。

第一类不需要举证的事实，就是可以从“日常生活经验推定的事实”，亦即“显而易见的事实”。最高人民法院在《关于行政诉讼证据若干问题的规定》和《关于民事诉讼证据的若干规定》中，都规定了“根据日常生活经验法则推定的事实”不需要当事人举证，而应由法官根据社会生活经验直接认定。根据日常生活经验法则推定的事实，也就是显而易见的事实。对于这类事实，法官应当根据社会生活经验直接做出认定，这就是证据法教科书上所说的“经验法则”。

这一类事实在民事案件审理中经常遇到。陕西省以前就发生过这样的案件，医生把手术钳留在病人的肚子里，病人多年肚子疼痛，遭受了长期的痛苦，后来有了“B超”，到医院做“B超”检查，发现肚子里有一个手术钳，然后到别的医院动手术把手术钳取了出来，于是起诉原先做手术的医院，要求判决一笔精神损害赔偿金。遗留在病人肚子里的手术钳都已经取出来了，此时还需要举证证明被告医院有过错吗？不需要。被告医院把手术钳遗留在病人肚子里当然具有过错，这是显而易见的。还发生过这样一个案件，患者到医院进行截肢手术，结果把患者的好腿截掉了，坏腿留下了。还有必要举证证明被告医院有过错吗？没有必要。这也是显而易见的。

北京发生过这样的一个案件，心脏起搏器的导线断了一截在患者的心脏里，患者向法院起诉追究生产厂家的产品责任。现行产品