

律师之师

律师素质与思维十讲

北京市朝阳区律师协会 编



王利明

陈兴良

梁慧星

高全喜

王亚新

张新室

王 轶

江必新

陈福勇

陈瑞华

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

律师之师

律师素质与思维十讲

北京市朝阳区律师协会 编



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

序言 | 实用理性的回归

朝阳律协教育培训委员会自成立以来，一直希望在功能性培训、实务性培训以外，在学以致用和实用理性之外，进行一些“无用之用”的讲座，旨在养成法律职业所必备的“独立之精神、自由之思想”的独立人格，养成“以审慎分析判断为特点，并在最严格意义上隐含着客观判断的尝试而定褒贬优劣”的批判性思维。由此，我们想到了通识再教育这样一种路径。

古希腊的博雅（博雅指人类心灵中的成就）教育或自由教育可以视为通识教育的理论渊源。自由教育思想最早是由亚里士多德提出的，自由教育既不立足于实用，也不立足于需求，而是为了心灵的自由，通过发展理性，提升智慧及道德水平，实现人的身心和谐发展。通识教育以完善人格为本，不追求学以致用，更看重“学以致用知”和“学以致用省”。

现代知识正以无以伦比的速度递增和发展，使人目不暇接，使人不知所措。现代通识教育的目标内核，应在于传承文明，继往开来，其核心内容是人类之为人类需要探讨的永恒内容和主题。人类文明自古以来的经典著作集中体现了这种永恒性研究的精华，它是通识教育的核心所在。因为经典之为经典，必然是经过时间考验而历久弥新，其中的思想，凝聚了作者毕生的思考，体现了人类智慧的高度，虽当时并不为人所知，所懂，甚至招致诘难乃至迫害，却注定经久不衰，因为这些经典以无以伦比的经典方式触及、思考和表达了人类生存的基本问题，其深度和广度为后世难以超越，因而具有永久的魅力。

法学通识教育，是关于法学方法、法学素养等方面的教育。法学通识教育的核心在于以阅读法学经典为原动力。比如，对于西方法学经典，主要划分为三大流派，回答法律应当是什么的自然法学派，回答法律实际是什么的分析法

学派，以及分析法律能否发生作用的社会法学派。同时，对于这些主流学派的深化、批驳和不同视角的回应，又产生了历史法学、经济分析法学、现代哲理法学、后现代法学等等。对应于这些学派的法学经典有柏拉图的《法律篇》、西塞罗的《论法律》、霍布斯的《利维坦》、奥斯丁的《法理学的范围》、哈特的《法律的概念》、韦伯的《论经济与社会中的法律》、霍姆斯的《普通法》、伯尔曼的《法律与革命——西方法律传统的形成》、萨维尼的《论立法与法学的当代使命》、梅因的《古代法》、波斯纳的《法律的经济分析》、康德的《法的形而上学原理——权利的科学》、黑格尔的《法哲学原理》等等。中国当代的法学大家，也在研究各实体法的基础上，对各实体法进行了哲学角度的思考与研究，比如王利明老师的《法学方法论》，陈兴良老师的《刑法哲学》，梁慧星老师的《民法解释学》、苏力老师的《制度是如何形成的》等等。这些关于法学思维、法学哲理的思考，对于现实中法律问题的疑异与冲突、驳诘与问难、证实与颠覆，均有涉及以及经典的表述，对于律师的思维方式，法学通识教育的养成，应该在大学阶段就完成了。遗憾的是，通识教育，不但在大学阶段完成得不好，在工作以后，如果没有自觉性的学习与研究，更是与通识教育所要求的经典阅读无缘了。对于许多法学基础的知识，很多人并没有一个清晰的概念，比如大家都在谈法治，但对于什么是法治的要素却模糊懵懂；大家都在谈论三段论，但对于涵摄的内在逻辑却浑然不晓；大家都在谈论权利，但对于权利受到损害而寻求的救济的归责路径却不甚了了。通识教育所必须的各种经典著作，因为其历久弥新的魅力，并不是学生时代能够理解或通透的，需要一个人毕生的体会、感悟与实践。

为此目的，感受到律师阅读时间的宝贵，朝阳区律协教育培训委员会分门别类地准备了十期系列讲座，邀请十位法学大家亲临现场，传播智慧，并为广而传播、惠及更多律师的愿望，编辑出版本书。其中有王利明老师讲授《法学方法论——在办案中如何找法、用法》、陈兴良老师讲授《定罪的方法（犯罪构成的方法）》、梁慧星老师讲授《怎样进行法律思维》、高全喜老师讲授《政治宪法学》、王亚新老师讲授《民事司法政策》、张新宝老师讲授《侵权责任法的方法论》、王轶老师讲授《论法律规范》、江必新老师讲授《司法审查

若干基本问题》、陈福勇老师讲授《审判方法论视野中的仲裁代理》、陈瑞华教授的《程序正义理论》。

这十期讲座，从2012年2月18日开始，是连续十个星期完成的。为此，从联系老师、接送老师到场地接洽，以及最终的讲座整理以及注释等等，朝阳律协教育培训委员会主任熊智、副主任李炬、秘书长魏旻以及何启霞、毕日东、韩征、李广兴、何树立、张先中、周宝金等各位委员均付出了大量的心血。北京理工大学硕士研究生王欢、李夏妹、李迪等为讲座的录音整理付出了切实的努力，北京理工大学老师孟强作为朝阳律协与北京理工大学之间的联系人，参加了每一次的讲座。最高院副院长江必新老师在讲座以后，与北京理工大学郭大成书记、法学院曲三强院长、张艳丽副院长、于兆波老师等进行了进一步的沟通与交流。

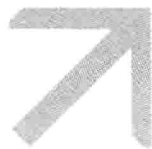
为了本书的编辑出版，中国法制出版社编辑赵宏，给予了很多帮助，包括书名的建议。赵宏编辑建议书名为“律师之师——律师素质与思维十讲”。赵宏编辑的意思是说，主书名的律师之师的第二个师字有两层双关的涵义，一是“师者”，专业人士，是为律师称谓中的“师”，有其职业所必需的素养与思维方式；二是“师者”，传道授业的人，即是本书的作者们，因其成就而有其声望，他们是律师的老师，也是本书的作者。同时，主书名有个副书名，体现了本书编辑的主旨。

黎巴嫩著名诗人、艺术家、哲理散文家纪伯伦说得好：真正有智慧的老师不会仅仅传授知识给任何学生，他会传授更珍贵的东西：信念和热忱。真正的智者不会手把手地带学生进入知识的殿堂，只会带学生走向自身能够理解的那扇门。

感谢带我们重新思考、回归本原的大师！

北京市朝阳区律师协会副会长 杨光

2014年4月13日



001	第一讲	王利明	法学方法论——在办案中如何找法、用法
031	第二讲	陈兴良	定罪的方法（犯罪构成的方法）
063	第三讲	梁慧星	怎样进行法律思维
101	第四讲	高全喜	政治宪法学
129	第五讲	王亚新	民事司法政策
149	第六讲	张新宝	侵权责任法的方法论
173	第七讲	王 轶	论法律规范
207	第八讲	江必新	司法审查若干基本问题
227	第九讲	陈福勇	审判方法论视野中的仲裁代理
253	第十讲	陈瑞华	程序正义理论

第一讲 | 法学方法论——在办案中如何找法、用法*

王利明

新中国第一位民法学博士，现任中国人民大学党委副书记、副校长，教授，博士生导师、博士后合作导师。

其他社会兼职：国务院学位委员会法学学科评议组成员兼召集人，中国法学会副会长，中国法学会民法学研究会会长，九届、十届、十一届全国人大代表，九届全国人大财经委员会委员，十届全国人大法律委员会委员、十一届全国人大法律委员会委员、全国人大财经委委员，教育部人文社会科学委员会委员，教育部全国高等学校法学学科教学指导委员会副主任委员。

* 本次讲座由北京理工大学硕士研究生王欢根据录音进行初步整理，由北京市朝阳区律师协会杨光副会长、教育培训委员会魏旻秘书长做了脚注并最后校对。



主持人（杨光）：

各位律师，大家早上好！今天我们非常荣幸地请到了中国人民大学王利明教授来给我们做法学方法论方面的讲座。王老师是中国人民大学的副校长兼党委副书记，是全国人大法律委员会委员，是我国最权威的民法学家之一。王老师此前出了一本书——《法学方法论》，对于这本书的出版，我个人认为，这本书对中国法学方法论的研究是一个体系性和概况性的总结，在王老师写这本书之前，我们知道很多国内外法学名家都写过法学方法论，像拉伦茨、德沃金，还有台湾学者杨仁寿都写过法学方法论，我个人认为王老师写的这本书极大提升了中国对法学方法论的研究水平，对中国法学方法论的研究有了指引和导向的作用。所以，今天请王老师就法学方法论给我们做一个简明的、适合律师阅读和理解的讲座。由于我们律师在办案实务方面经验比较多，但是在法学方法论等法哲学、法理论方面研究比较少，如果学习一些法学方法论方面的知识，会对律师执业长久的发展起到很好的助力作用，会使律师的职业素养更深厚，所以今天王老师的法学方法论是我们关于法学方法论、法哲学方法论十讲中的第一讲，下个礼拜是北京大学陈兴良教授讲授刑法哲学方面的法学方法论。下面请以热烈的掌声欢迎王老师给我们做讲座。

王利明老师：

各位律师朋友，大家早上好！非常感谢朝阳律师协会和杨光副会长的邀请，今天有机会和大家一起讨论法学方法论的基本问题。我们今天讲的题目是法学方法论的问题，其实法学方法论是从德国法中翻译过来的概念，其主要含义，是指裁判的方法。当然，法学方法论的范围又十分广泛，不限于司法裁判的方法，对所有法律人都有运用和参考的价值。

首先我想谈一下方法论的重要性。有人认为，我们现在所处的时代是一个互联网时代，是一个信息爆炸和知识爆炸的时代。这就意味着现在可以通过互联网越来越方便地获取信息、获取知识。很多知识实际上也不一定全部要从课

堂上获取，大量的知识都可以从互联网上找到。但是方法是无法从互联网上学到的，它需要经过系统的学习，同时需要经过反复的、大量的实践。如果掌握了好的方法，再通过这些方法去获取知识，就非常容易而且便捷。法学知识的获取同样如此。掌握一套系统的、扎实的法学知识，必须掌握好方法论。

裁判的方法为什么重要？这是因为在社会主义法律体系形成之后，我们要从注重立法转向注重法律的适用，要从纸面上的法律变成行动中的法律。而准确适用法律，就需要掌握好一套法学方法。我认为，一个优秀的律师除了具备扎实的法学功底以外，还需要具备一套准确理解和运用法学的能力。准确适用法律应当包括两个方面，一是正确理解法律，二是掌握准确适用法律的能力。法学方法论就是教我们如何去找法、用法。所谓找法，就是如何在司法三段论中寻找大前提。所谓用法，就是如何将寻找到的法律规范作为大前提与作为小前提的案件事实进行连接。

学好法学方法论一定要和民法的学习结合起来，这一点我在《法律解释学导论》这本书中已经谈过这个问题。这也就是为什么很多著名的研究法学方法论的学者都是从民法出身，例如拉伦茨等人。这是因为方法论主要运用在民事争议的解决之中，法律解释学的方法大多都是从民法规范的适用过程中总结归纳出来的，而且民法能够最典型地反映和表现这些方法的适用规律。很多解释方法在刑法中是用不了的，例如类推等等，但是在民法里面就可以得到充分的展开，所以方法论的学习离不开民法学。另一方面，学好民法又必须要准确掌握方法论，因为方法论适用的前提是制度规范形成了一个完整的体系，而民法最典型地反映了这种体系性和逻辑性。所以，学好民法必须要掌握好方法论。下面我想讨论如下几个问题：

一、司法三段论

关于方法论，我想首先从司法三段论谈起。什么是司法三段论？司法三段论最初是由亚里士多德从逻辑形式的层面上提出来的，之后运用到法学之中，进而形成了司法三段论。司法三段论的公式是：

$T \rightarrow R$ （如果具备 T 的要件，则适用 R 的法律效果）

$S = T$ （特定的案件事实符合 T 的要件）

$S \rightarrow R$ （得出结论即适用 R 的法律效果）

以《侵权责任法》第6条第1款为例^①，司法三段论可以通过如下公式予以概括：

大前提：因过错致他人损害应当承担侵权责任

小前提：某人因为自己的过错造成了他人的损害

结论：某人应当承担侵权责任

在司法三段论中，大前提是指能够引起法律效果的法律规范。小前提是指特定案件的事实，它是实际发生的，已经引起争议的客观事实。但是，整个案件的事实可能是纷繁复杂的，是一连串的故事。但并非所有故事情节都是三段论中小前提的要件，只有那些与大前提相对应的才构成小前提。因此，必须对特定的案件事实进行整理、归纳，从而判断其是否符合法律所预先规定的事实前提，能否确定为合格的小前提。小前提的确定不仅仅是一个寻求客观真实的过程，也是与大前提相对应的过程，正因为这一过程涉及事实问题，所以我们暂时不讨论。正是大前提需要与小前提进行连接，所以这一过程也称为涵摄。也就是说，如果两者吻合，就将产生一定的法律效果，即裁判结论。司法三段论应普遍适用于所有的案件。无论是在简单案件还是在疑难案件中，都有适用司法三段论的必要。

整个方法论实际上都是围绕着三段论展开的。从方法论的体系上来讲，方法论主要分几个层面，第一是司法三段论，第二个是法律解释学，第三个是价值判断和利益考量，最后就是说理论证。但核心还是三段论。法律解释学实际上是围绕三段论而展开的，它是在寻找和确定三段论中的大前提的过程中所需要考虑和展开的问题。而利益衡量、价值判断大致上都是把法学的大前提运用到小前提的过程中，通过价值判断来确定是否符合公平正义等价值目标。从这个意义上讲，三段论是核心。整个裁判活动应当围绕着法律事实展开，不能脱离任何一方去寻找结论，而三段论就是给我们提供了一个分析框架，所以我们在找法、用法（包括做出裁判）的过程中，不能够撇开三段论来考虑问题，一定要在这个分析框架内来考虑问题。举个简单的例子，我们现在经常强调法律效果和社会效果的统一，但是我们在考虑这个问题时，往往都是简单地对裁

^① 我国《侵权责任法》第6条第1款规定：“行为人因过错侵害他人民事权益，应当承担侵权责任。”

判结论直接适用价值判断，以检验其是否符合社会效果。我觉得，这种方法是有问题的，它没有将社会效果的判断置于三段论中，而是撇开了三段论来简单地讨论是否符合社会效果，这是有问题的。正确的做法应该是在三段论的框架内分析大前提对应到小前提的过程，发生了连接之后是否符合社会效果，应在这个过程来阐述道理。如果我们完全撇开这个大小前提的连接，直接针对结论进行判断，这实际上给了法官很大的自由裁量的权力，完全由法官在进行自我评价以及任意裁量，这就可能会产生很大的问题。严格地讲，援用法律原则判案（虽然这也是法律的规定）并非“依法裁判”。这种做法很大程度上与单纯采用价值判断进行裁判是等同的。此种做法，本质上是规避推理过程的“向一般条款逃逸”的行为，等于没有援引法律。如果立法的目的仅仅是援引原则即可裁判的话，那么，便没有制定具体规则的必要了。这样的做法，无法体现依法公正裁判案件的宗旨，也将严重损害社会公众对具体法律规则的信赖与预期。

三段论源于形式逻辑，它是形式逻辑在裁判之中的应用。其核心是对大前提、小前提、连接这三个要素的考察。裁判的作出，本质上是裁判推理逐步完成、裁判结论逐步正当化的过程。在这个意义上，三段论的推理方式，是对裁判结果的验证，而并不是一个简单的“法律效果与社会效果相统一”的过程。三段论是法律推理的基本方法与正确的思维模式，其可以起到一种验证的作用。张岱年先生曾提及，中国人注重整体的思维，注重高屋建瓴的设计。但同时他也指出，中国人并不重视逻辑思维，这是东西方在思维方式上的重大差异。在我们的裁判中，比较欠缺的是如何按照严密的逻辑进行推论——即通过精细严谨的逻辑分析得出结论的思维方法。要做到这一点，必须要从三段论着手进行分析。

司法三段论的作用具体体现在：第一，提供分析框架功能。司法三段论确定了司法裁判过程的基本框架。这就是说，裁判活动应当围绕事实和法律展开，不能脱离其中任何一个方面去寻求结论。第二，程序控制功能。是指司法三段论提供了一个可供操作的适用法律、裁判案件的程序。找法过程的核心是寻找三段论里的大前提。即确定与案件事实相对应的法律规范及准确细致地确定出该规范的要件。在确定小前提（从案件事实中确定有关的事实要件）、大前提的基础上，通过逻辑分析确定大小前提的对应，最终得出裁判的结论。从上述的分析中，也可以看出三段论实际上是一个验证的过程，也是一个经由程

序来控制司法恣意裁量的过程。**第三，提供正确的思维方法功能。**司法三段论为法官提供了确定案件事实、寻找法律规范的思维方法。三段论是法律人运用法律推理的基本形式。**第四，说理论证功能。**司法三段论的说理论证功能，主要表现在对于大小前提的确定以及两者的连接，进行充分的论证与说理，最终得出有说服力的裁判结论。

但是三段论也存在一定的问题，最大的问题就是没有考虑价值判断的问题。因为三段论检验出来的，也可能因为时代的变迁、社会的变化而变得不合时宜，也可能因为大前提的不明确或者小前提的不清晰而难以准确适用。

二、找法（确定大前提）

在法律体系已经形成的情况下，面对纷繁复杂的法律规范，我们应如何取舍？不管是作为律师，还是法官，我们在拿到一个案件之后，究竟怎么去找法？如何寻找可以适用于具体案件的法律规范？这个是学习方法论必须要了解的一个重点问题。找法要找大前提，什么是大前提？与案件事实具有对应性的法律条款，即包括了构成要件和法律效果的完全法条。在民事案件中，如何找法，可以从两个方面加以讨论。

（一）准确把握找法的原则

1. 从民事法律规范中寻找裁判依据。这也就是说，如果就是一般的民事案件的话，就要从民法里来寻找裁判规则，而不是从宪法中寻找裁判规范。应当看到，国外一些判例出现一种发展趋势，就是在判例中越来越重视宪法的司法性，越来越注重援引宪法。但是在我们国家，最高人民法院很早就发布了一个司法解释，宪法不能作为裁判依据，所以，只能从民法里面去寻找。同时，如果可以从民法中找到法律依据，则不宜从行政法规、规章中寻找。例如，我国山东冒名顶替上大学的“齐玉苓案”。当时在对这个案件讨论时，我就认为这个案子可以作为侵害姓名权的案件对待，仍然是一般的民事案件，援引《民法通则》第99条^①即可。但是后来把它提升到宪法层面，将其定性为侵害

^① 我国《民法通则》第99条规定：“公民享有姓名权，有权决定、使用和依照规定改变自己的姓名，禁止他人干涉、盗用、假冒。法人、个体工商户、个人合伙享有名称权。企业法人、个体工商户、个人合伙有权使用、依法转让自己的名称。”

教育权，反而使问题复杂化。后来最高院作出了一个司法解释，将根据这个案件作出的司法解释废止了。所以我们要重视从民法中寻找裁判依据。宪法规定可以通过民法转化为具体的裁判规则，法官要援引裁判依据，就可以从民法中寻找。

从民法中寻找裁判依据，应当如何寻找？我认为应当从基本民事法律规范中寻找，比如，到商店买一个电器，结果电器质量不合格，造成财产人身的损害，受害人到法院起诉，这样的案件在实践中很多，但是我们看到的判决书所援引的法条是形形色色的，有的是引《消费者权益保护法》，有的引《产品质量法》，有的引《民法通则》，有的引《侵权责任法》，有的引《合同法》……各种裁判依据都有，有七八种之多。这样一来，我们就有一个问题，如果基本的裁判规范就不能统一，很难保障法律适用的统一性和可预期性。援引的法律规范不同，差距就很大。例如，援引《消费者权益保护法》很可能就会产生第55条^①规定的三倍赔偿问题等等。如果在援引的法条上就没有一个基本的共识，如何保障法律的统一性和一致性？所以，现在的很多案件同案不同判，原因就是援引的法律依据不一致。究竟该怎么看待这个问题？我个人的观点认为，首先还是应当从基本的民事法律规范中寻找依据，如果基本的民事法律规范里面找不到裁判依据的时候，再从特别法中寻找依据。基本的民事法律制度在《立法法》中表述为“基本民事法律制度”，其内涵究竟是什么？有人认为，基本民事法律就是调整基本的民事关系的法律规范。这样解释仍然是很抽象的，我的理解是，它是规范基本民事关系、并将成为我国未来民法典组成部分的规范。在有民法典的国家，这是很容易理解的，民法典所作出的规定就是基本民事法律规范。我们国家没有民法典，但是正在制定民法典。将要组成民法典的这些法律，主要是指民法通则、物权法、合同法、侵权责任法等。这些法律就是我们所说的基本民事法律，法官首先应当从这些规范中援引法律依据。

为什么首先要从基本的民事法律制度中寻找法律依据？首先，法律确定这些基本的民事法律制度，不仅仅是规范了基本的民事关系，更重要的是提供了基本的民事裁判依据，所以法官只能从这些基本的民事法律规范里去寻找依

^① 我国《消费者权益保护法》第55条第1款：“经营者提供商品或者服务有欺诈行为的，应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失，增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的三倍；增加赔偿的金额不足五百元的，为五百元。法律另有规定的，依照其规定。”

据。其次，在部分法条之中已经规定了要依据基本的民事法律规范来进行裁判。比如，《侵权责任法》第2条明确规定，“侵害民事权益，应当依照本法承担民事责任”。“依据本法”这四个字，包含了深刻的内涵。凡是涉及到侵权的这些案件，都应当援引《侵权责任法》。只有在其中找不到规定的时候，才能去援引其他的法律或者是行政法规。在《侵权责任法》颁行之前，援引《医疗事故处理条例》等规定来判案是合适的。但是，在《侵权责任法》颁行以后，应当依照《侵权责任法》来处理。《侵权责任法》针对医疗损害确定了非常详细的规则，当然要适用《侵权责任法》的规定。还应当注意到，基本的民事法律规范确立了请求权的基础。例如，合同法确立了合同请求权，物权法确立了物权请求权，侵权责任法确立了侵权请求权。而像《消费者权益保护法》、《产品质量法》并没有提供基本的请求权基础，而且也不是专门用来提供请求权基础的，这个请求权基础就是在基本的民事法律制度里面规定的，所以这就是要从基本的民事法律制度里面去寻找法律依据的原因。我不赞成援引《消费者权益保护法》的原因主要在于，侵权的请求权基础就是由《侵权责任法》规定的，就是应该援引《侵权责任法》。合同就是由《合同法》具体确定的，就是应该援引合同法，这是没有任何问题的。

在《侵权责任法》制定时，我曾呼吁在第2条中明确规定侵害民事权益“应当依照本法”承担责任。其中“应当依照本法”的说法，就是给法官一个提示：在出现了侵权案件时，不能盲目找法，而应当统一到侵权责任法的规定中来，从侵权责任法中寻找裁判依据。同样，对于合同纠纷，原则上也只能从《合同法》中寻找裁判依据。若不遵循严格的法源规则，找法便无法达成统一。更何况，我国的法条的很多规则很不一致。据此，若假冒伪劣造成损害，若是假冒的问题，则可适用《合同法》，若伪劣且造成其他财产损害或人身损害，则应适用《侵权责任法》。

2. 所寻找的法律依据，必须是包括了构成要件与法律效果的完全法条。所谓“完全法条”，是相对于不完全法条而言的法律条款，包括构成要件与法律效果两个部分。例如，在前面提及的《侵权责任法》第6条第1款^①中，有

^① 我国《侵权责任法》第6条第1款规定：“行为人因过错侵害他人民事权益，应当承担侵权责任。”

构成要件：“过错”、“损害结果”、“因果关系”，所谓法律效果，就是指该条所规定的“承担侵权责任”。而不完全法条则不能引用其作为裁判的依据。找法并不是泛泛地或随意地援引任何一个法条，而是应寻找确定一个完全的法条。只有这样才能确定有关事实是否满足法律的构成要件，并进而确定法律效果。当然，一个请求权基础的确定，可能要通过将数个规范结合在一起完成。例如，受害人遭受他人侵害，要求被告承担精神损害赔偿责任。对此，《侵权责任法》第6条1款中，只是停留在“侵权责任”这一效果上。而原告要求“精神损害赔偿”，其更为具体。对此，还要找到侵权责任法第22条^①关于精神损害赔偿的规定，并与第6条第1款结合起来，这样才能构成精神损害赔偿的请求权基础。

一个完全法条，通常可以提供请求权基础，作为请求权根据。这是完全法条与不完全法条的重要区别。即，在完全法条中，通常包含了请求的依据。如《侵权责任法》第6条第1款中所包含的是侵权损害赔偿请求权的依据。如果在法条中看不出根据什么提出请求，则不能作为请求权基础。

3. 必须要寻找裁判规范。作为大前提的法律规范，既可能是行为规范，也可能是裁判规范。所谓行为规范，是指调整对象指向受规范之人的行为，所谓裁判规范是调整对象指向法律上裁判纠纷的人或裁判机关。大多数规范都既是行为规范，又是裁判规范，这两者是重合的。但是在某些情况下，这两者又是可以分开的。在二者不一致的情况下，法官判案应该寻找的是裁判规范，如果仅仅是行为规范，特别是一种倡导性、宣示性、引导性的规范，其不能作为裁判依据。例如，《侵权责任法》第64条规定：“医疗机构及其医务人员的合法权益受法律保护。干扰医疗秩序，妨害医务人员工作、生活的，应当依法承担法律责任。”这个完全是一个宣示性的条款，所以就不能援引该条规范而进行判案。

裁判规范主要是寻找实体规范。对于民事案件而言，发生争议的基本上都是实体的权利义务关系，所以在案件里面能够适用的规范主要是实体性规范，只有在极个别的情况下，会出现违反程序而发生纠纷的状况，需要找有关的程

^① 我国《侵权责任法》第22条规定：“侵害他人人身权益，造成他人严重精神损害的，被侵权人可以请求精神损害赔偿。”

序规范。但是原则上不涉及到违反程序的问题时，在作出裁判结论时不能够去寻找程序规范，而应当依照实体规范进行判断，除非遇到特殊的违反程序的问题。例如，《侵权责任法》第64条规定了“医疗机构及其工作人员的合法权益受法律保护”。这只是一个行为规范，而非裁判规范。所以我认为，裁判规范主要是实体规范。

4. 在合同中，原则上不能直接援引任意法的规定。只有在合同没有明文规定的情况下，才能援引任意性规定或推定性规定。如何援引合同法？首先应对合同法有一个定位。合同法是任意法。其本身不是代替当事人订立合同，而是帮助当事人订立合同或为当事人订立合同提供参考。因此，在当事人之间有明确约定的合同条款时，应援引合同。在没有合同时，才应援引合同法以弥补合同约定的不足。这是找法的一个重要环节。例如在一个合同纠纷中，当事人双方在合同约定违约时的损害赔偿计算方法，法院在判决时也确认该合同有效，但法院完全忽略当事人约定的损害赔偿计算方法而要求原告就所受到的损害进行举证。后因原告无法举证，法院采用自由裁量的办法判决了大大低于合同约定标准的损害赔偿。在法院看来，这一赔偿的数额并不低，但当事人认为，法院在未确认有关损害赔偿计算方法的约定无效时就径行裁判，显属错案。因此不断申诉、上访。这样一个案件，看起来很复杂，但是实际上就是关于损害赔偿计算方法约定的效力争议。如果法院没有宣告该条款无效，也没有依据当事人的请求对该条款的数额进行调整，就必须适用该条款，而不能撇开该条款直接援引合同法的规定。

（二）从事实层面准确地寻找法律依据

从事实层面找法，可以从两个方面讨论。

1. 从证据事实中确定法律关系的性质，即通过确定法律关系而找法。这就是所谓的“法律关系的思维模式”。对此，应当注意的是，方法论上所讲的事实与证据法上所讲的事实不同。前者必须是依证据法所确定的事实。

在某个房屋租赁案件中，租期届满后，出租人主张承租人违约，自行将承租人的东西搬出来，将有关房屋腾空。承租人主张东西丢失，认为出租人侵权。这一过程，从证据层面，可以构成一个完整的“故事”。中间经历了诸多的事情。在这个意义上，证据法上所说的事实，是要还原客观真实。但方法论上所讲的事实，不是还原客观真实，而是要确定是否存在与大前提所设定规范