

民事裁判过程论

MINSHI CAIPAN GUOCHENGLUN

杨秀清 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

民事裁判过程论

MINSHI CAIPAN GUOCHENGLUN

杨秀清 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民事裁判过程论/杨秀清著. —北京:法律出版社,2011.11

ISBN 978-7-5118-2718-0

I. ①民… II. ①杨… III. ①民事诉讼—诉讼程序—研究—中国 IV. ①D925.118

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第224101号

©法律出版社·中国

责任编辑/杨大康

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/法律考试出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/沙 磊

开本/A5

印张/10 25 字数/326 千

版本/2011年12月第1版

印次/2011年12月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-2718-0

定价:32.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



杨秀清，中国政法大学教授，中国政法大学民商经济法学院民事诉讼法研究所副所长。1987年7月毕业于南开大学法学系，获得法学学士学位；1996年7月毕业于中国政法大学民事诉讼法学专业，获得法学硕士学位，并留中国政法大学任教至今；1999年7月毕业于中国政法大学民事诉讼法学专业，获得法学博士学位。

致所有从事民事裁判理论与司法实务的同仁们。

目 录

Catalog

引 言	001
第一章 民事裁判过程概述	004
第一节 民事裁判过程的属性	004
一、问题的提出	004
二、民事裁判过程能动性解析	009
三、从考量诉的利益视角审视裁判 过程的能动性	013
四、司法裁判过程能动性的现实思考	021
第二节 判例法传统国家的民事裁判过程	027
一、普通法系判例法传统的形成	027
二、判例法传统的理论基础：经验理性	029
三、判例法传统国家的民事裁判进路	031
第三节 制定法传统国家的民事裁判过程	034
一、大陆法系制定法传统的形成	034
二、制定法传统的理论基础：唯理论理性	037
三、制定法传统国家的民事裁判进路	040

第四节 民事裁判过程的内涵	048
一、民事裁判过程的实践解读	048
二、民事裁判过程的理论解读	051
第二章 静态的民事裁判发现过程	055
第一节 民事裁判发现过程的属性:内在的 动态心理过程	055
第二节 影响民事裁判发现的非理性因素	057
一、直觉	057
二、经验	063
三、利益衡量	073
四、民俗习惯	100
第三章 动态民事裁判发现过程的起点:案件 信息的输入	108
第一节 案件信息的输入原则	109
一、以当事人为主的原则	109
二、以审判者释明为辅的原则	111
第二节 案件信息输入的内容	112
一、诉讼对象的输入	113
二、证据材料的输入	118
第三节 案件信息的输入程序	139
一、输入诉讼对象的程序设计	139
二、输入证据材料的程序设计	146
第四章 动态民事裁判发现过程的通道: 案件信息的加工	154
第一节 案件信息加工过程的内涵	154
第二节 裁剪与认定案件事实的过程	155

一、裁剪与认定案件事实的意义	155
二、裁剪案件事实的程序	158
三、案件事实的认定	169
第三节 适用法律的过程	214
一、适用法律过程的理解	214
二、发现法律	216
三、选择法律	221
四、弥补法律漏洞	230
五、案例指导制度	236
第五章 动态民事裁判发现过程的终点：民事 裁判的输出	244
第一节 民事裁判输出的基本过程：司法 三段论	245
一、司法三段论的基本结构	245
二、运用直言三段论输出民事裁判	245
三、传统直言三段论的困境	250
第二节 民事裁判输出的特殊过程	258
一、运用类比推理输出民事裁判	258
二、运用非形式逻辑输出民事裁判	269
第六章 民事裁判证立过程的理性分析	276
第一节 民事裁判证立的必要性	276
一、民事裁判结果合理可接受性之需要	276
二、民事裁判结果理性化之需要	280
第二节 民事裁判证立过程的内在结构	282
第三节 民事裁判的内部证成	284
一、民事裁判内部证成的理解	284

为逻辑学理论中所说的三段论往往也指的是直言三段论。直言三段论的公理是,全类事物是什么或不是什么,则全类事物中的一部分就也是什么或不是什么。^[1] 即 AAA 式和 EAE 式,具体如下:

AAA 式: 大前提:MAP

小前提:SAM

结 论: SAP

EAE 式: 大前提:MEP

小前提:SAM

结 论:SEP

就某种意义而言,波斯纳是这种传统观点的代表人物之一。他认为:“一个法律规则就具有三段论的大前提形式,例如,没有约因,合同就不可强制执行;本诉讼中的合同没有约因,因此本合同不可强制执行。法官通过一个本身并不是三段论或其他演绎的过程,从制定法以及先前的决定中抽象出一些规则,然后以它们作为前提,三段论式地决定案件。”^[2]

在我国现行立法中,存在以这种“全称肯定命题”或者“全称否定命题”形式表达的法律规范,如果审判者认定的案件事实符合作为大前提的某一个以“全称肯定命题”或者“全称否定命题”形式表达的法律规范中所规定的要件事实,审判者即可以直接适用司法三段论推理根据法律规范中所规定的效果输出民事裁判。

例 1: 全称肯定命题形式的法律规范。

《侵权责任法》第 41 条规定:“因产品存在缺陷造成他人损害的,生产者应当承担侵权责任。”

[1] 参见苏天辅:《形式逻辑》,中央广播电视大学出版社 1983 年版,第 253 页。

[2] 参见[英]哈特:《法律的概念》,张文显译,中国大百科全书出版社 1996 年版,第 54 页。

引 言

就民事诉讼而言,司法过程实质上是审判者行使审判权对双方当事人争议的民事案件进行审理并作出裁判的过程。为了实现民事诉讼所承担的解决纠纷、定分止争的社会功能,审判者行使审判权的核心理应对民事纠纷进行公正的裁判;换言之,民事裁判过程实质上是一个认事用法的过程。然而,由于民事裁判过程是一个作为裁判主体的审判者对作为裁判客体的民事争议案件的认识与判断的过程,为了实现人类永恒追求的诉讼公正,保证裁判结果的合理与正当,对民事裁判过程的理解与合理设置至关重要。为此,要准确理解民事裁判过程,无论是奉行普通法传统的英美法系国家还是奉行制定法传统的大陆法系国家,均无法回避一个重要而基本的问题,即如何从“认事”到“用法”;换言之,从“认事”到“用法”究竟是一个怎样的过程。

因我国属于制定法传统的国家,长期以来,主流观点认为民事裁判的过程实际上是一个三段论的演绎逻辑推理过程,甚至在理解民事裁判过程时,将以

逻辑三段论为基础而进行的法律推理的功效无限放大。即审判者在面对案件时,先是找出法律规范,然后按照法律规范的要件事实按图索骥,将在诉讼中认定的案件事实与法律规范中的要件事实相匹配,最后按照司法三段论的涵摄关系推导出裁判结果。

在此框架下,随着经济的发展以及社会生活关系的日益复杂化,民事裁判过程对审判者运用逻辑推理、适用法律规则、查明事实并适用法律作出民事裁判的技术能力的要求和依赖越来越高,甚至在法院内部产生了民事裁判过程不过是法律规范适用过程的理念,如果司法实践中存在不公正裁判,归根结底是基于审判者素质不高而存在欠缺对法律的深入理解以及运用逻辑推理和法律规则的能力。受此影响,理论研究也主要集中于对司法裁判中如何适用规则,诸如如何发现与解释法律,如何运用逻辑三段论与逻辑推理以及如何适用诉讼程序、认定事实等问题的研究;即使有少数学者对裁判思维与裁判方法进行了深入研究,就现有研究成果而言,对裁判思维的研究主要集中于对裁判过程中法律推理的研究,而对裁判方法的研究则主要集中于对民法解释学这一法律适用中的重要问题进行研究,亦或以实体请求权的发现、定性、确定为主线对民事裁判方法进行研究。这难免令人有一种雾里看花之感。

在民事诉讼中,总体而言,绝大多数案件事实清晰,规则明确,法官的职责只是将规则与事实两相连接,藉司法之具,凭法官之口,代言法律之声,而落实公正之实。^[1]然而,在现代社会中,随着经济的发展以及民事纠纷的复杂化,大量的现代型诉讼将各种对社会、政治以及政策决定都非常重要的问题带入法院。面对日益增多的虽无制定法上既有权利依据,但人们似乎在根据一种“新的权利”诉诸司法的要求时,审判者常常手捧法律文本却苦于现行法律规范的滞后或者漏洞而一筹莫展难

[1] 参见许章润:“活着的法律宣谕者——《司法过程的性质》与卡多佐的司法艺术”,载《环球法律评论》2004年夏季号。

以下判,此时则需要审判者慎思明辨,基于理性和正义,在考量社会与文化背景之下的法律价值、各种利益甚至民俗习惯之后,从而选择、完善与填补法律制度,寻找、提炼出正确答案以便作出具有合理可接受性的民事裁判。由此可见,面对复杂多样的司法现状,将民事裁判过程视为逻辑三段论的演绎推理过程严重影响了民事裁判的公信力。因此,准确解读民事裁判过程对合理构建该过程,从而通过保证审判者合理裁判民事争议、实现诉讼公正至关重要。

本书的突出研究思路与特点在于将民事裁判过程与认知心理学结合起来,从认知心理学的视角研究民事裁判的发现过程,而又立足于民事裁判的合理可接受性视角研究民事裁判的证立过程,因此,作者认为民事裁判过程的结构实质上分为民事裁判的发现过程与民事裁判的证立过程;其中,民事裁判的发现过程是一个由案件信息输入—案件信息加工—民事裁判输出所构成的审判者对当事人诉讼请求予以认知的内在的动态心理过程,而民事裁判的证立过程则是一个由内部证成与外部证成所构成的完整的民事裁判的外在的理性重构过程。

本书的研究目的在于系统地对民事裁判过程进行研究,从而为我国的民事诉讼理论研究以及为解决司法实践中合理裁判作出的具体问题尽一份绵薄之力。

第一章 民事裁判过程概述

第一节 民事裁判过程的属性

一、问题的提出

2005年11月13日,中国石油天然气股份有限公司吉林石化公司污染松花江事件,不但因引起松花江沿岸居民的恐慌而震惊全国,而且因从松花江吉林段流出的污水团在经过哈尔滨市后汇入中俄边界作为哈巴罗夫斯克区150万居民主要饮用水源的黑龙江而上升为国际事件。就是基于这样一起十分严重的水污染事件而由鲟鲤鱼、松花江、太阳岛、汪劲、甘培忠、贺卫方等九原告于2005年12月6日提起的诉讼,最终由黑龙江省高级人民法院经过研究,以案件的受理没有法律上的权利依据为由裁定不予受理。

松花江污染事件震惊了世界。有专家说,把它看成新中国成立以来最大的污染事件一点也不过分。然而,就是这样一起无法用定量词来形容的特大污染事件,从污染事件发生到罚单的开出,不仅时间跨越

了整整一年多,而且国家环保总局只能开出 100 万元的罚单。^[1] 因为根据《环境保护法》第 38 条、《水污染防治法》第 53 条以及《水污染防治法实施细则》第 43 条的规定,环保部门可对造成重大水污染事件的单位处以最高 100 万元的罚款。由于法定罚款数额上限低,不足以制裁、震慑和遏制环境违法,许多企业为了逃避防治污染处理的高成本^[2] 而肆意实施不正常运转污染防治设施、长期超标排放等持续性环境违法行为,这不仅严重损害了环境法制的应有威严,而且造成了极其严重的社会危害后果。

日复一日,年复一年,随着岁月的流逝,松花江污染事件本身可能已经在人们的记忆中渐渐模糊;然而,松花江水污染事件所引发的法律人对我国民事裁判过程应有功能的反思却应当是极其深刻的。

20 世纪以后,民事纠纷和民事诉讼领域发生了众多变化,涌现出大量的现代型纷争和诉讼。这些诉讼把各种对社会、政治以及政策决定来说都很重要的问题带进了审判者的民事裁判过程。由于诉讼必须以权利主张(或一定法律关系的主张)的形式表现出来,所以在这类诉讼中经常出现把一些并没有得到实体法规范及其传统理论体系承认的利益、地位也作为法律上的权利主张并要求法院承认的情况,这的确可以称之为权利的泛滥现象。^[3] 正因为如此,基于此类权利而进行诉讼的当事

[1] 参见“松花江污染只罚百万 迟到罚单再曝环保法律尴尬”,载 <http://www.law-walker.net/detail.asp?aid=4017>,2007 年 4 月 21 日访问。

[2] 例如广东东莞福安纺织印染公司号称“中国漂染工业老大”。这个企业违反了污染防治设施应当与主体工程配套建设并同时运行的要求,对于这种违法行为,根据现行环保法规,地方环保部门只能按法律规定的上限一次性罚款 10 万元。而这个企业实际上每天生产废水四万多吨,按处理成本每吨 1 元,每天必须支付环保费用 4 万元。环保人员即使按照法律的最上限罚款 10 万元,也不过是它两天的污水处理成本。

[3] 参见[日]天中成明:“关于权利泛滥的思考”,载《判例时报》1970 年第 422 号。转引自[日]谷口安平著:《程序的正义与诉讼》(增补本),王亚新、刘荣军译,中国政法大学出版社 2002 年版,第 178 页。

人的命运极其不幸,黑龙江省高级人民法院不予受理松花江污染案件^[1]以及湖北 2227 户梨农败诉案^[2]等案件即是很好的例证。然而,掩卷而思,面对日益增多的虽无既有权利依据,但人们似乎在根据一种具有合理性的“新的权利”诉诸司法的要求时,审判者究竟应当将该当事人提出的无既有权利依据的请求视为对诉诸司法权利的滥用而直接不予受理或者驳回,还是立足于对当事人私权利益予以救济与各种利益的权衡、甚至更为深远的发展利益而重新审视民事裁判过程的功能?换言之,民事裁判过程的功能究竟是消极的,即单一的实现既有权利的功能,还是既有实现既有权利的功能,又有生成权利的功能,即民事裁判过程具有能动性?

对民事裁判过程功能的理解离不开对诉讼构造的界定。在现代法

[1] 2005年12月6日,鲟鳇鱼、松花江、太阳岛、汪勃、甘培忠、贺卫方(三人为北京大学法学院教师)、王社坤、严厚福、于谨源(三人为北京大学研究生)诉三被告,即中国石油天然气集团公司、中国石油天然气股份有限公司、中国石油天然气股份有限公司吉林石化分公司,六个第三人即松辽流域水资源保护局、吉林省环保局、黑龙江省环保局、吉林省水利厅、黑龙江省水产局、哈尔滨市太阳岛风景区管理局一案,请求人民法院判令被告消除对松花江未来危险并承担恢复原状责任,并赔偿100亿元人民币用于治理松花江流域污染和恢复生态平衡,同时请求人民法院责令第三人共同或分别设立并管理松花江流域污染治理基金,以便作为基本的政府投入以及接受被告赔付的资金,由该基金持续性安排资金恢复松花江流域的生态平衡,保障原告一的生存权利、原告二和原告三的环境清洁的权利,保障原告四至九对松花江及其流域的自然景观的旅游、观赏、美好想象的权利。(详细情况见该案的起诉状)

[2] 武汉市东西湖区农场是湖北省重要的梨树生产基地,但从1997年公路部门在107国道东西湖区路段栽种桧柏后,梨子收成开始逐年下降。2003年春末夏初,梨园大面积爆发梨锈病,一万三千余亩约一百一十五万株梨树全部绝收,2004年依然绝收,2005年的收成也受到严重影响,给当地梨农造成了重大经济损失。经有关专家考察鉴定,该灾难系因国道种植的桧柏所致,因为桧柏是梨树的克星。当地2227户梨农据此将市交通委员会、省交通厅公路管理局、市公路管理处、东西湖区107公路管理所、东西湖区107国道吴家山收费站等诉至武汉市中级人民法院,请求法院判令被告立即清除107国道东西湖区段沿线栽种的桧柏;判令被告赔偿原告经济损失共计5800万元及误工费、药费共计7346603.60元;并判令被告赔偿诉讼开支56万元。日前,湖北省高级人民法院对这起环境侵权纠纷案件审理终结,维持了武汉市中级人民法院作出的“驳回原告诉讼请求、免交案件受理费”的判决。至此,这场持续了近两年时间的大规模诉讼以2227户梨农败诉而告终。致使人们无不感慨:既生梨树,何生桧柏?参见张一粟:“环境侵权案的界定——2227户梨农缘何败诉?”载<http://www.law-walker.net/detail.asp?aid=3921>,2007年4月15日访问。

治社会,裁判请求权作为一项基本权利,一般来说,是指任何人在其权利受到侵害或者与他人发生争执时都享有的请求独立的不偏不倚的司法机关公正审判的权利。^{〔1〕}裁判请求权已被许多国家的宪法确认,成为一国公民的一项基本权利,其基本内容包括诉诸司法的权利与公正审判请求权。因此,对当事人的人格尊严的尊重以及对当事人的程序主体地位的尊重,最根本的就是要尊重当事人的基本程序权利,即要尊重当事人的裁判请求权。为此,一个人能否进入法院获得公正的司法救济,即其裁判请求权能否得到充分有效的实现是衡量一个国家司法水平高低和法治实现程度的重要标尺。

欲使裁判请求权从应然状态走入实然状态,首先要保障一个人诉诸司法权利的实现,从而使民事诉讼制度真正成为便于民众接近正义的有效制度,为此,现代法治发达国家均确定了较为合理的诉讼构造,即民事诉讼法规定比较低的起诉条件,只要当事人合法起诉就能够产生诉讼系属的法律后果;至于诉讼系属后,当事人能否获得司法保护,则取决于当事人的起诉是否符合法院进行实体审理并作出判决的要件以及其实体权利是否应获得保护的要件。英美法系国家由于奉行演进理性主义,虽然没有形成如大陆法系国家那样完整而系统的诉讼构造理论,但是,素来以司法救济为中心的强大司法中心主义使诉讼程序的启动与诉讼审理成为相互分离的两个阶段,当事人提起的诉讼是否需要法院进行实体审理并作出裁判以及如何裁判均属于诉讼审理所涉及的问题。而大陆法系国家受建构理性主义的影响,从理论上讲,民事诉讼的过程可以分为三个阶段:第一阶段,诉讼必须合法提起,使诉讼合法提起的要件被称为起诉要件。第二阶段,诉讼合法提起便产生系属于法院的效果;然而,该诉讼系属在程序上也必须合法;使诉讼合法系属应具备的要件被称为

〔1〕 刘敏:《裁判请求权研究——民事诉讼的宪法理念》,中国人民大学出版社2003年版,第19页。

诉讼要件。第三阶段,诉讼合法系属后就应对原告请求进行实体审理与判决;要使法院裁判原告请求有理,必须满足实体上的构成要件,使其主张得到认可,这被称为“权利保护要件”或者“本案要件”。〔1〕由此,不仅诉讼程序的启动与审理是两个截然不同的阶段,而且民事诉讼的审理实际是二元构造——诉讼要件审理和本案要件审理。其中,诉讼要件审理解决对当事人提起的诉讼法院能否以及是否有必要进行实体审理并作出判决的问题;而本案要件审理即法院对本案诉讼请求如何判决的审理,实际上是对当事人提出的诉讼是否满足权利保护要件的审查,其解决的是法院如何就争议的法律关系作出判决的问题。可见,只有法院有权也有必要对本案争议的法律关系作出判决时,法院才能对法律关系权利义务进一步审理,并最终作出判决。〔2〕因此,诉讼要件的构成至关重要,它不仅直接关系到当事人提起并已系属于法院的诉讼是否合法的问题,而且还关系到法院能否对当事人争议的法律关系进一步审理并作出裁判的问题;换句话说,诉讼要件的构成是当事人裁判请求权能否有效实现的“瓶颈”。

关于诉讼要件的构成事项,德日民事诉讼法并未将其全部要件集中于一个条文加以规定,而是散见于相关条文之中。在大陆法系国家的民事诉讼理论中,实体判决要件(即诉讼要件)通常包括以下内容:(1)当事人实际存在;(2)具有当事人能力;(3)当事人适格;(4)当事人实施起诉行为;(5)实施了有效送达;(6)不属于二重诉讼;(7)具有诉的利益;(8)属于法院裁判权范围;(9)属于审理本案的法院管辖等。〔3〕其中,(1)、(2)、(3)、(4)可以理解为有关当事人的诉讼要件,(5)、(8)、(9)

〔1〕 [日]中村英郎著:《新民事诉讼法讲义》,陈刚等译,法律出版社2001年版,第152页。

〔2〕 参见张卫平:《民事诉讼:关键词展开》,中国人民大学出版社2005年版,第75页。

〔3〕 参见[日]伊藤真:《民事诉讼法》,弘文堂,第221页。转引自张卫平:《民事诉讼:关键词展开》,中国人民大学出版社2005年版,第69页。关于判决要件的种类,学术界有多种观点,这里选择了其中一种观点。