

7

第七辑

LEGAL METHODOLOGY AND LEGAL CONGITATION

法律方法 与法律思维

葛洪义 主编

7

第七辑

LEGAL METHODOLOGY AND LEGAL CONGITATION

法律方法 与法律思维

葛洪义 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法律方法与法律思维. 第7辑 / 葛洪义主编. —北京: 法律出版社, 2011. 7
ISBN 978 - 7 - 5118 - 2273 - 4

I. ①法… II. ①葛… III. ①法律—文集②法律—思维—文集 IV. ①D9 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 131777 号

©法律出版社·中国

责任编辑/陈 慧

装帧设计/汪 平

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京北苑印刷有限责任公司

编辑统筹/法律教育出版分社
经销/新华书店
责任印制/张宇东

开本/720×960毫米 1/16
版本/2011年7月第1版

印张/20.25 字数/342千
印次/2011年7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 - 2273 - 4

定价:29.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

法律方法与法律思维

主 编

葛洪义

编辑委员会

葛洪义 李旭东 冯健鹏 贾海龙
黄 镇 刘 震

本期审稿专家

(以姓名拼音为序)

陈兴良 范立波 高其才 葛洪义
贺卫方 霍宪丹 梁治平 林来梵
舒国滢 孙笑侠 王晨光 徐国栋
徐显明 许章润 於兴中 郑成良
朱福惠 朱国斌

本辑执行编辑

贾海龙



卷首语

葛洪义

我们生活在一个语言的世界里,一定意义上还可以说,语言的世界就是我们生活的世界。语言从两个方面规定了我们生活的意义:首先,我们对自身存在意义的理解和把握是在一种特定的语言环境中进行的;不仅精神生活如此,而且,即使是对物质享受的崇拜,也是发生于特定语境之中的。所以,实际上,我们正是通过语言建构的某种特定的宏大叙事支撑着我们内心深处对意义的渴望和追求。其次,我们同时还在通过先于我们而在的语言不断繁殖自己生活的意义,所以,经验、先验、超验的东西才会交替出现在我们的生活中。总之,语言使我们能够交流与沟通,使我们能够认识自己的世界,还使我们能够建构一种有尊严的生活方式。

法律与语言也存在着密切的关系——法律是依靠语言表达的,法律的意义也是依靠语言建构的。法律本身就是一种非常典型的凭借话语权威建构的生活和活动准则。法律当然需要依靠强制。但是,法律的强制是以特定的话语为基础的。托洛茨基和韦伯先后表达了一个共同的观点:在任何一个社会中,统治权威都不能仅仅从被统治者角度考察,也即任何统治的权威形式都必须同时是具有合法性的统治,合法性即指获得被统治者的同意。而被统治者之所以能够接受统治者的统治,根本上是因为他们接受了一种统治者与被统治者之间关系的权威话语和叙事语言。从这个意义上说,法治也是一种话语秩序,它并不是为了暴力而诉诸强制,而是为了建立一个特殊的话语体系。

一切以语言为媒介的社会关系都需要一套具有语言意义的识别机制和制度,以达到交往的目的。例如,我们必须通过人们所说的,判断他是否真诚、诚实,他的话是否有道理,他的言行是否一致,等等。作为沟通与交流媒介的语言一般具有两类:一种以纯粹的语言表达技巧达致交流乃至说服人的目的,这种语言包括所谓花言巧语,也包括那些诱惑、蛊惑、煽动的语言;另一种则以关于真理的知识话语达到沟通目的。法律话语是两者的结合,尤其关注后者,其目的是保证人们能够平等、严肃、真诚地交流与交往,以形成稳定的、具有一定价值共识的社会关系;它也不完全排斥前者,因为个别的法律活动和法律判断并不以追求绝对的善为目的,不存在判断法律活动,例如法官裁决正确与否的绝对的、永恒的、唯一的标准。法律人的语言是为说服人而构想和设计的,而人之所以能够被说服,是因为他的已有的背景知识和经验使他愿意或者不能不接受法律人的此时此刻的判断以及判断中所包含的叙事话语的权威。所以,法律人具有自己的话语系统,这是他们安身立命的根本。

现代法律人是凭借现代法治话语分化为独立的职业群体的。现代法治作为现代性的一个重要方面和内容,是以形式合理性的价值取向为思想基础的。它不仅是区别于简单暴力的话语权威的产物,而且还是以特定的说理形式为内容的特殊的话语体系。在这个体系中,说理方式具有自己的特殊性,由此而产生了一个被称为法律职业共同体的法律人专业集团。因此,形式合理性的现代法治不仅要求规则的治理,而且尤其关注法律职业共同体在规则治理中的核心地位。在它的话语体系中,称职的法律人必须恪守忠于法律的职责,因此,他们是自由的捍卫者,也是民主社会的保证。托克维尔把美国的法律职业者比喻为作为英国自由体制根本保障的贵族,韦伯则把法律职业者作为形式合理性社会的重要标志,原因在于:法律人必须忠于法律,而法律一般具有自己恒定的形式。正因如此,法律人通常被认为是社会稳定的一支重要力量,其忠于法律的能力影响甚至能够决定一个社会的理性化程度。

法律人是否确实忠于法律,是否能够忠于法律?如果他们能够忠于法律,那么,他们是如何通过话语的形式以及对语言氛围的营造表达自己对法律的忠诚的?如果他们实际上不能不折不扣地忠于法律,甚至法治本身就是一个神话,那么,他们又是凭借什么样的方式和技术建立了这样一个神秘的法律帝国?这些就是我们希望创办这份连续出版物加以解决的问题。我们坚信,一个法治的社会,一定是一个说理的社会;道理是在一定的语言环境中成为道理的。语境不仅包括不同文化背景的人思想方式的不同,而且还包括不同职业的人思维形式的差异。所谓法言法语、法庭环境,构成了法律人解决各种社会问题,包括

把复杂的政治、经济问题转化为法律问题的基础。我们追求法治,就是希望能够建立一个根据法律解决社会问题的话语机制。因此,我们真诚地希望通过我们的努力,为我们的生活世界真正建立在一个讲道理的话语系统之上做出一份贡献。在我们看来,法律人的思想方法和思维方式恰恰是现代文明社会的有机组成部分。

目 录

卷首语

葛洪义

主题研讨

——普通法方法

- | | | |
|----|-----------------------|-----|
| 3 | 普通法方法论初探 | 李红海 |
| 20 | 法律方法与普通法传统的契合 | 程 波 |
| 36 | 普通法法律方法 | 贾海龙 |
| 66 | 普通法类比推理:概念、相似性标准与说理过程 | 张建一 |

论文

- | | | |
|-----|--|---------|
| 91 | 恐怖的大法官
——紧急时期的美国宪法解释 | 滕宏庆 |
| 106 | 论刑法解释的目标 | 王军仁 |
| 115 | 实效主义司法裁判方法论 | 柯华庆 李 晨 |
| 127 | “Objekt”与法哲学中的“分离命题”
——从康德实践哲学的中译谈起 | 陈征楠 |
| 134 | 论法官庭审话语的定位与规范
——基于话语分类的进路 | 孟高飞 |
| 143 | 律师协会与美国律师职业伦理的演进与构建 | 邹东俊 |
| 156 | 传统法律解释目标主观论在中国的可行性分析 | 陈彦晶 |

司法改革

- 169 2010 年,中国的司法改革 葛洪义

随笔

- 177 案例教学在法学教育和法官培训中的作用 吴光荣
- 185 事例教学法(example method)还是判例教学法(case method)?
——中国案例教学法的问题与出路 苗文龙
- 191 “权利”的正当性内涵 袁瑜征
——在我们现实的法治语境下考量英美陪审制度
- 199 论规范分析方法与法学研究方法 夏正林

书评

- 209 如何令看不见的东西能够被看见 冯健鹏
——读《看不见的宪法》

译文

- 227 事实与规范:欧根·埃利希与汉斯·凯尔森间未竟之争论
[德] 巴特·范克林克 / 余涛译

调查实录

- 255 基层法官谈案例援引 唐 震 李鹏飞

学术动态

- 285 2010 年度法律方法研究综述 刘 拓 韩 钰
- 311 编后记
- 313 《法律方法与法律思维》稿约
- 314 下辑论文主题

主题研讨

——普通法方法

长期以来,在法律方法的研究中,源自于德国的研究一直在中国大陆占据主导地位,因而法律方法在很大程度上是德国法的方法或者是大陆法系的方法。同时,德国法建立了相对精致的概念体系,该体系成为法律方法中最为核心的组成部分,以民法体系为代表的德国法概念体系为中国法学界所赞叹和推崇,因而,以概念体系为核心的大陆法法律方法在中国也更加巩固其统治地位。

反观普通法,其影响在中国大陆现行法中的影响还没有得到正式承认,因而,普通法法律方法很难成为关注的焦点。同时,普通法的重要组成部分都不具有完善的概念体系,整体较为松散和杂乱,因而梳理和研究普通法法律方法,在智识上引不起人们的兴趣,也或者这是一项过于艰巨的任务,没有人愿意去尝试。

事实上,在制定法的领域,普通法的方法虽然没有概念体系的帮助,但是依然可以提供非常实用的工具来帮助人们来解释和适用法律。在案例法领域,普通法更是展现出它的独特方法魅力。通过对先例的一系列处理,普通法尽可能的尊重法律内部规律性,同时又努力反映社会的发展。在这二者之间维持一个微妙的平衡,可能只有普通法的法律方法才能实现的更为理想一些。

以何美欢教授开展的普通法教育事业为代表,对于普通法法律方法的学习和研究也越来越引起人们的重视。虽然何美欢教授已经离开了我们,但是她已经揭示了美国法在全球的垄断地位,也启动了中国大陆的普通法技能的训练和学习,这必然会引起和推动进一步的普通法法律方法学习和研究。而本辑主题研讨是一个崭新的尝试,力图以一种更为直接的方式来推动普通法法律方法的讨论和研究。



普通法方法论初探

李红海*

就普通法方法论方面的问题写点东西,是因为我对这个话题一直怀有浓厚的兴趣,而且也有一些思考。虽然担心自己的研究不能达到一定的水准,但利用这个机会谈谈自己这些年来对这个问题的思考和认识,并求教于方家,还是很值得的。

一、作为方法的普通法

我对于普通法的认识和理解是从历史开始的,并希望最终落脚在司法方面。这条思路的含义是,我认为要真正理解普通法,就需要从历史着手,追溯其发展轨迹,归纳其主要问题,厘清其与衡平法、制定法之关系,进而分辨它以判例法之形式区别于欧陆法的不同之处,以理解其本质之所在——此所谓历史地解读普通法。所谓落脚于司法,实际上首先也包括了从司法开始,因为普通法乃法官之法、司法之产出,不从司法入手而仅诉诸文本、法条,显然是徒劳无益的——此所谓司法地解读普通法。但我自己很清楚,此两种解读的最终目的都是为了真正理解普通法,从而在中国的法律变革中能够有所借鉴;而对普通法进行借鉴的最终、最有价值的部分我认为必将体现在司法方面(尽管在规则或立法的层面进行借鉴也有一定的意义),这是我所谓希望最终落脚于司法的含义所在。

但随着何美欢老师在清华大学法学院普通法教学实践

* 李红海,法学博士,华中科技大学法学院教授、普通法研究所所长。

的展开,国内(显然是与英美相对应)法学界又出现了另外一种理解普通法的方法,那就是直接从判例入手来学习普通法。^[1]说实话,在今天的我看来,这才是学习普通法最正宗的路径。实际上,我自认为自己对普通法的认识在近年来发生了较大的变化。如上所述,我以前更多是从历史、文化、比较法、知识(而非方法)等方面来理解和认识普通法的,这对于一个法律史学者和法学研究者来说也许是很重要和必要的;但这些都是将普通法作为一个研究对象来对待的,而没有视之作为一种可以对我们的法律建设有所贡献的制度体系,更准确地说是不知道该如何使普通法贡献于我们的法律建设。但随着时间的推移,我开始更多地关注后一问题。我的结论是,我相信普通法(主要是其作为方法或其方法)可以改变法律人思考和解决法律问题的方式——即使是在中国传统极为牢固的司法领域,因为普通法体现了司法过程中的一般规律;它甚至可以在一定程度上改变法律人和民众的法律观,而这种改变对于我们一直孜孜以求的法治建设来说不仅没有坏处,而且还更有帮助。^[2]我现在不敢奢望普通法对普通民众法律观的改变,而只是希望法律人在这方面能够有所体悟、领会和借鉴。^[3]也正是在这个意义上,我看到了何美欢老师进行普通法教学的意义所在,这也是我近年来在本科生中尝试中文判例教学的真正目的所在。

我把自己对普通法认识的这种转变归纳为从知识到方法的转变,只是因为自己在能力等方面欠缺太多,无法达到何老师的层次和境界,只能勉为其难地拿中文案例来展开。但我相信,亦如何老师自己所言,她进行普通法教学的目的并不是为了让学生学到多少有关普通法的知识、了解多少普通法的规则,而是掌握关于普通法的方法。^[4]而在我看来,中国的案例同样可以运用普通法的方法来进行分析,而且(因为语言的便利性而)更有利于最大多数中国法学院学生掌握。因此,我个人认为,我的努力是在将何老师的做法(或者整个普通法世界的做法)汉语化、中国化、本土化,并希望能够惠及最大多数的法科学生而不只是极少数精英分子,因为前者(作为法科学生)同样有权而且也应该(如果不

[1] 尽管在国内法学院通过判例的方法来讲授普通法何老师很可能并不是第一家,但说它是最典型、影响最大也最成功的一家,相信不会有多少人反对。

[2] 这一点在本文结尾还会有详细论述。

[3] 但我相信法律人观念的变化会普及普通民众,这也是普通法能够型塑民众精神气质的原因所在。所以,卡内刚曾说,在普通法之下生活一段时间,你会沾染上一种盎格鲁—撒克逊气质。参见[比]范·卡内刚:《英国普通法的诞生》,李红海译,中国政法大学出版社2003年版,第112页。

[4] 何美欢:《论当代中国的普通法教育》,中国政法大学出版社2003年版,第162、189~199页。何老师自己也说,一开始她还给学生介绍一些有关普通法的基本知识,但后来连这个也省略了,而是一上来就读判例。

是义务的话)了解这些方法,否则就很难真正从事法律实务。

如此,至少从何老师的实践(实际上这种实践也代表了普通法世界的实践)中我们可以看出,她是在将普通法作为一种方法而不主要是作为规范、法条、制度、知识等进行传授和训练,^[5]这也正好和我将普通法着重理解为一种方法而不是制度、条文、理念等的进路^[6]相契合。如果我们能够在这一点上达成共识,那么接下来的问题就是,究竟是不是存在一种所谓的普通法方法?如果存在,它又具体指什么?如何才能习得这种方法?这种方法的意义和价值又在哪里?这些就是本文所力图回答的问题。

二、普通法方法是否存在?

是不是存在一种所谓的普通法方法?我认为是存在的。这种方法集中体现在如何将规则适用于手头的案件以解决纠纷、警示未来甚至是发展法律等方面。有人认为,既然有了规则,那么将既有规则适用于手头的案件来解决纠纷就是一件轻而易举的事,或至少并不是什么难事。但我并不这么认为。姑且不论是不是在任何案件上都有现成的规则存在,单就将既有规则适用于案件而言,同样也有很多人论述过这并不是一件很容易的事。17 世纪初,当詹姆士一世国王提出自己同其他人一样也有理性,因此也可以审判案件之时,柯克回答说,审判案件需要的是技艺理性(artificial reason)而非一般人都拥有的自然理性(natural reason),而前者需要长时间地学习、实践、思考才能习得。^[7]也是在同一个世纪,马修·黑尔爵士进一步提出,将抽象的规则运用于具体的个案并非易事。他举例说,道德哲学家可以轻易地就抽象的道德原则(如杀人偿命、欠债还钱)达成一致,但一具体到个案就会分歧重重。^[8]想想也是,我们很少会对现行《刑法》关于盗窃的规定产生很大的争议,但具体到许霆案,法官、检察官、律师、法学家却争得面红耳赤。如此,你还能说将抽象规则运用于个案(至少是某些疑难案件)是小菜一碟吗?波斯纳也在回顾美国法律思想的演进后指出,

[5] 尽管我们必须承认,美国许多法学院的判例教学也是在通过判例的形式学习普通法的实体规则。也正是基于此,我认为我们的讲授式系统性教学并非一无是处(何美欢老师也持类似态度,参见何美欢:“理想的专业法学教育”,载《清华法学》第九辑“法律现代性法学教育研究”专号,清华大学出版社 2006 年版),更不是如某些人所说应该被抛弃,而是觉得应该延续和保留这种系统的教学,但应开辟单独的法律方法培训课程(也许不可能有很多课时),以加强学生解决案件的技能培训。

[6] 李红海:“普通法研究在中国:问题与思路”,载《清华法学》2007 年第 4 期。

[7] Coke, 12 Coke's Reports, 63, 65.

[8] Hale, "Reflections on Hobbes' Dialogue", 502 - 3, cited from G. J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, Clarendon Press - Oxford, p. 32.

司法其实并不是一个简单的三段论推理过程,而是一种实践理性(practical reason)、一种技艺,需要在长期的司法实践中才能习得;〔9〕对霍姆斯大法官关于法律的生命不在逻辑而在经验的名言,我们就不必再重复了。

因此,我们必须承认,将抽象规则适用于个案并不总是一件易事——至少在某些疑难案件中不是,而是需要经验、能力、方法和技艺的,而我所理解的普通法方法就是关于这些内容的,或就是涉及这一方面的。从这个意义上来说,所谓的普通法方法是存在的。

但存在是一回事,能否将之说清楚则是另一回事。就我目前所见,好像还没有谁把这个问题说得清清楚楚明明白白的。其原因大概在于,这本身就是一个不容易说清或根本就无法说清的问题;而之所以难以或无法说清,大概又在于(如前所述)它是一种经验、体验、技艺、实践理性,等等,而这些东西(如我们已经意识到的那样或如前述诸位先贤已经论述过的那样)并不能像说明书或操作手册那样你看了就可以掌握,而必须是亲自实践才能逐步习得和有所体悟。因此,要说清普通法方法是什么,就几乎成了一件无法完成的任务。

不过,尽管如此,还是有很多人从不同的角度对普通法方法进行了描述。因此,本文的目的就在于力图通过对这些描述的总结,并结合笔者自己的认识,来谈谈自己对普通法方法的理解。

三、普通法方法的三个层次

我想从三个层次来谈普通法的方法论问题,或者说普通法的方法至少应该包括三个层次:第一个层次是宏观上的,即普通法作为一种通过法律对社会进行治理的理念和方法,是经验主义而非理性主义的,是救济性而非规范性的,是被动的而非能动的;第二个层次是中观上的,即普通法因采取了判例的形式而在发展法律方面体现出了和欧陆法非常不同的特点,具体来说,就是它比欧陆法更有开放性和连续性,更能吸收各种不同的法律资源和法律智慧;第三个层次是微观上的,即普通法在解决个案尤其是为个案寻找法律依据方面发展出了一套明确的方法,从而不仅能使个案得到高效和公正的解决,还能保证法律的稳定和发展,保证社会的稳定与和谐发展。

实际上,在我看来,这三个方面是相互关联、层级递进的。宏观的社会治理和中观的法律发展都是通过微观的具体个案的解决实现的;换言之,就对社会的治理而言,普通法是通过具体来扩及一般,而不像欧陆法那样是从一般到具

〔9〕 [美]波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社1994年版,第91~101页。

体。因此,在讨论普通法的方法论问题时,我将从微观开始,然后再逐步扩展到中观和宏观的两个方面。我相信,只有理解了普通法在具体个案层次上的运作,才能真正理解它在发展法律和实现社会治理方面的特点。

四、普通法的司法过程与微观层面的普通法方法

我将普通法方法的含义主要定位为对具体纠纷的解决办法、方法、途径和思路,只是这种含义上的方法(微观层面)会产生一种扩展效应,并影响到法律的发展(中观层面)和对社会秩序的维持(宏观层面)方面。从这个意义上说,微观层面上的含义其实才是普通法方法的本源性含义,而中观层面和宏观层面上的含义则是从其本源性含义中派生出来的含义。其中孰轻孰重,已是一目了然。

因此,所谓微观层面的普通法方法,其实就是普通法法官通过司法解决具体案件的方法、途径和思路的总和,而这之中的核心又是法官如何为自己的最终决定寻找规范性依据(三段论演绎推理中的大前提)。而要了解这种方法,就必须了解普通法的司法过程,必须把它置于司法的语境中。也正是基于此,迄今为止对普通法方法的探讨,基本上都与普通法的司法过程相关。比如,有人认为普通法方法的一个特征是区别事实问题和法律问题,有人认为普通法运用的是归纳和类比而非演绎的方法,还有人认为普通法区分例行案件和疑难案件……毫无疑问,这些说法都没错,但可能都只是揭示了普通法方法的一个方面或一个阶段、一个环节,而并没有揭示其全部。而只有揭示了其全部,我们才能既见树木,又见森林,对普通法方法有全面的了解。

我不能说自己已经掌握普通法方法的全部内容,而只是想尽力对此予以揭示;不过毫无疑问,自己的下述揭示也是建立在他人研究和理解的基础之上的。我将普通法司法归纳为如下的过程:

(一)普通法司法的基本过程

1. 厘清事实

厘清事实即在面对一个案件时,首先要将案件的事实予以梳理,摒弃那些不重要的事实和情节,保留重要的事实,并将其像故事一样讲述出来。这一点经常为很多人所忽视,因为他们认为对事实的梳理并不困难,只要是平常人都可以将自己经历的事情讲清楚。但实际上,法庭上对于事实的陈述是有特定要求的,陈述者必须考虑哪些事实可能具备法律含义,而哪些事实没有任何法律意义,并依此进行合理地组合来陈述案情。如此,法庭才可以依据你的陈述迅速找到争议点,并依据相关证据来判断相关的法律请求或抗辩是否成立。比

如,一个人的穿着、举止和发型通常并不是重要事实,但当这个人是未成年人并出现在一笔汽车购买交易中时,上述情节可能就是非常重要的事实,因为它们可能构成卖方判断买方是否适格的依据。再如,普通当事人可能更关注道德、情感方面的事实和情节(尤其是在婚姻家庭案件中),但法庭可能并不怎么需要这里面的很多内容。因此,对事实的梳理并非易事,因为它同样需要带着法律的有色眼镜去梳理,而这种梳理也成了对法律人职业能力的基本要求之一。

2. 找出争点

事实厘清之后,接下来要就其中的核心争议点进行归纳和梳理。需要指出的是,这里所谓的争点主要是指法律方面的争议点,即普通法司法过程中的法律问题,而不包括事实方面的争议点,即事实问题。其原因在于,一方面,事实方面的争论主要是证据问题而非法律判断问题,而证据问题虽也与法律有关(如举证会受程序法的规范和调整),但主要还是对于事实的查证和披露问题——这在很多时候与其说是一个法律问题,还不如说是科技(如DNA技术的出现可以解决很多事实方面的问题)、良心(如当事人是否说实话)等方面的问题。而这些并不是法律可以解决的。另一方面,尽管向法庭举证毫无疑问也带有高度的技术性,但这些技术、策略多与逻辑学甚至是心理学相关而与法律无关。所以,此处所谓的争点主要是指必须进行法律判断或必须在法律上予以断定的命题或主张。这些命题或主张通常与当事人的诉讼请求密切相关,但即使不直接相关,后者也会是这些争点的直接后果,即只要这些争点有了结果,当事人的诉讼请求是否成立也就一目了然了;甚至是,只要这些争点解决了,整个案件也就随之解决了。需要指出的是,一个复杂的案件,其争点可能并不只有一个,但一个案件必定至少存在一个争点。还需要指出的是,争点并不必然(尽管可能总是)意味着它就是一个很难判断或难以作出法律裁断的问题,^[10]因为在例行案件中,争点通常很明显,而对它判断或裁断因为法律规定很明确等原因而通常也很容易。只有在疑难案件中,对争点的裁断才会显得非常困难,也才能显示法官和律师的水平高低。

顺便提醒一下,寻找争点这个环节最能体现有些研究者对普通法方法的某些描述,如普通法对事实问题和法律问题的区分,对重要事实和不重要事实的区分,对例行案件和疑难案件的区分等。

[10] 这里所谓的疑难案件显然并不等同于苏力所谓的“难办案件”,后者可能是因为执行难或当事人的特殊原因(如可怜等)而形成的,但这并不意味着它在法律判断上也很难。参见苏力:“法条主义、民意与难办案件”,载《中外法学》2009年第1期,第93~111页。