

湖北法官论丛

第十一辑

# 法官论司法规律和民商事审判



主编/张坚

执行主编/余平安

长江出版社

《湖北法官论丛》第十一辑

# 法官论司法规律和民商事审判

主    编    张    坚  
执行主编    余平安

长江出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法官论司法规律和民商事审判 / 张坚主编. — 武汉: 长江出版社, 2012.2

ISBN 978-7-5492-0835-7

I. ①法… II. ①张… III. ①司法—中国—文集 ②民事诉讼—审判—中国—文集 IV. ①D926-53②D925.118.204-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 020928 号

法官论司法规律和民商事审判

张坚 主编

责任编辑: 李海振

出版发行: 长江出版社

地 址: 武汉市解放大道 1863 号

邮 编: 430010

E-mail: cjpub@vip.sina.com

电 话: (027) 82927763 (总编室)

(027) 82926806 (市场营销部)

经 销: 各地新华书店

印 刷: 武汉市科利德印务有限公司

规 格: 880mm×1230mm 1/32

23 印张 650 千字

版 次: 2012 年 2 月第 1 版

2012 年 2 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-5492-0835-7/D · 44

定 价: 38.00 元

(版权所有 翻版必究 印装有误 负责调换)

## 《湖北法官论丛》第十一辑编委会

|     |     |     |     |     |
|-----|-----|-----|-----|-----|
| 张传读 | 胡兴儒 | 覃文萍 | 吕忠梅 | 赵 钢 |
| 徐亚文 | 温世扬 | 麻昌华 | 张德森 | 蔡 虹 |
| 武 星 | 钟 莉 | 艾 军 | 魏开发 | 李玉高 |
| 张乐喜 | 李小菊 | 陈 旗 | 杨源俊 | 刘春彬 |
| 曹 志 | 邵远红 | 郭载宇 | 刘叶静 | 彭晓辉 |
| 绳万勋 | 王纳新 |     |     |     |

## 卷首语

又是一年过去了,《湖北法官论丛》已出版了十辑,这是第十一辑了。本辑收录了获得湖北省法院第二十一届学术讨论会一、二、三等奖的论文,其中包括参加全国法院系统第二十三届学术讨论会并获奖的论文,共60篇。本辑的主题是“探索社会主义司法规律与完善民商事法律制度研究”。

近年来,全省法院学术讨论会都实行双主题:一个主题是基础法律理论与司法改革研究,另一个主题是刑事、民事、行政三大类法律制度研究。遵循司法工作规律,既是人民司法工作科学发展的必然要求,也是应用法学理论研究的基本准则。研究探索社会主义司法规律,符合当前我国司法工作的总体部署和要求。本辑收录的关于社会主义司法规律研究主题的论文内容集中在法院文化建设、中国司法国情研究、司法审判对社会道德的推动、如何实现良好的审判效果、司法如何为大局服务、涉诉信访的解决等几个方面,反映了当前法院、法官关注的热点问题和他们的思考,有较强的现实意义。

刑事、民事、行政三大类法律中,民商事法律调整的范围最广,在社会生活中发挥的作用也越来越大。民商事活动涉及社会生活的各个方面,内容丰富,形式多样,法律关系复杂。民事权利与义务不仅直接构成民事法律关系,还构成其他多种法律关系的前提与基础。1986年《民法通则》的颁布实施,奠定了民商事法律的基础和原则。此后,随着经济社会的不断变革,市场经济的不断完善,《合同法》、《公司法》、《物权法》等一系列重要的法律相继颁布实施,民商事法律日趋成熟。

法院作为解决社会矛盾纠纷的专门机关,充分发挥民商事审判职能作用,依法调节民商事法律关系是其重要任务。从当前的司法实践来看,民商事案件占法院受理的案件总数的80%左右,案件类型繁杂多样,新

类型和疑难案件数量不断增加，部分纠纷的复杂程度和处理难度不断加大。社会各界高度关注的司法不公、不廉、不快以及执行难等问题也集中在民商事案件部分。这对法院工作提出了新的要求。法院如何履行自己的审判职能，依法公正高效地审理好各类民商事案件，做到社会效果和法律效果的统一，这是我们每一个法院、每一个法官都应当深思的问题。尤其是近几年来，以《物权法》、《侵权责任法》等为代表的一系列重要法律修订和颁布实施后，在审判实践中出现了一些亟待解决的新型问题，如虚拟财产问题，违约侵权竞合问题，民行交叉问题等，这些问题都需要我们法官，尤其是民商事法官在理论上要加强研究，在实践中要不断探索，分析出现问题的原因，寻求解决问题的方法和途径，以维护司法的公正与权威，为湖北的经济社会发展提供有力的司法保障。本专辑收集的论文关于民商事法律的完善与法律适用主题的数量较多，内容也很广，涉及了民商事法律的实体与程序的各个方面，包括民商事审判的裁判方法、诉讼调解制度、送达、自由裁量权的行使、管辖以及劳动争议、人身损害赔偿、承租人优先购买权、物权、破产等法律制度的完善和法律适用问题。

本书收集的论文，作者为全省各级人民法院的法官。这些论文是我省法院法官对审判实践的经验总结，更是结合审判工作实践进行理论研究的智慧结晶，具有独特的学术价值。论文所提出的解决问题的思路、观点，有其独到和创新之处。对正确理解、把握社会主义司法规律和民商事法律精神、完善民商事法律制度具有重要的参考价值，对我省乃至全国的司法研究以及审判实务都有很好的借鉴和指导作用。

关于社会主义司法规律和民商事法律制度的研讨，本书所涉及的只是其中很少的一部分，还有很多问题需要法学理论界和司法实务界进行深入探讨。自1991年起，湖北法院学术讨论会已走过了21个春秋，历经风雨，从未间断。随着全省法院学术研讨的不断深入，学术研讨成果会越来越多，《湖北法官论丛》的内容也将越来越丰富！

张 坚

二〇一二年二月六日

# 目 录

|                                   |              |
|-----------------------------------|--------------|
| 寻找从现实生活出发的民商事审判方法 .....           | 杨 凯( 1 )     |
| 交强险与商业险竞合诉讼问题研究                   |              |
| ——以利益衡量为视角 .....                  | 朱晓勤(20)      |
| 论不动产登记纠纷中权利救济路径之选择 .....          | 唐玲莉(34)      |
| 承接地气:法院文化建设本土化之路                  |              |
| ——以 Y 市法院文化建设为样本的实证分析 .....       | 车志平(44)      |
| 比较与借鉴:我国民事审前准备程序的构建 .....         | 李莎莎(59)      |
| 政策导向型司法:“为大局服务”的历史与实证             |              |
| ——中央政府工作报告与最高法院工作报告之比较(1980-2011) |              |
| .....                             | 吴良志(71)      |
| 破产案件法律适用中的利益衡量                    |              |
| ——基于“东星航空”破产案的探索 .....            | 田宇生 张亚琼(95)  |
| 司法为民切忌矫枉过正                        |              |
| ——从社会矛盾解决的视角谈涉诉信访 .....           | 王 勇 杨 洁(107) |
| 民商事疑难案件的裁判方法                      |              |
| ——以下级法院请示和最高法院批复为样本的分析            |              |
| .....                             | 吴良志(121)     |
| 法院文化表现形式的契合性分析 .....              | 蒋 正(137)     |
| 群体性事件中的法治背离                       |              |
| ——以法治的视角反思当前群体性事件频发的社会现象          |              |
| .....                             | 刘卓彬 周乾坤(149) |

## 论中国特色小额诉讼程序之构建

——以宜昌法院小额速裁试点工作为实证范式

..... 李 鸣 严 峻 黄金波(161)

## 论司法审判对社会诚信精神的引领

——基于某市法院问卷调查结论的思考 ..... 王洪斌(175)

## 论“实体处理欠妥”

——兼及民商事案件径行改判事由与再审事由的补充

..... 吴良志(186)

## 论事实劳动关系的法律保护

——基于审判实践的实证分析 ..... 杨 玲(199)

对以特许经营方式傍名牌的识别与规制 ..... 傅剑清(210)

## 从情节与人物的二元对立到人物价值的异军突起

——虚拟人物知识产权保护机制的重构 ..... 黄 俊(221)

## 机动车与非机动车驾驶人、行人道路交通事故损害赔偿认定

..... 程庆元 程建晓(235)

## 法院文化：“剧场化”与“广场化”的契合

——从巡回审判的法文化符号谈起 ..... 成艳秦(247)

## 诉权行使的边界与法律调整

——以规制民事诉讼权利滥用为中心视角

..... 朱 俊 贾伟杰 赵 焱(256)

解构承租人法定先买权的存在价值 ..... 张旭妍(270)

## 危机与拯救：法官职业心理压力与疏导机制构建

..... 范小群 刘须兴(282)

## 论化解刑事附带民事赔偿案件执行难

——从构建激励被执行人履行义务机制入手 ..... 刘海军(294)

## 未投保交强险机动车交通事故责任之承担

..... 吴小松 何 普(304)

商品房多重买卖合同纠纷的法律适用研究 ..... 王 进(313)

民事再审案件上提一级有关问题的探讨 ..... 杨 文(321)

## 正义维度内的张弛之道

——成文法局限性下法律适用自由裁量权之边界

..... 卢 伟 聂志军(333)



|                         |              |
|-------------------------|--------------|
| 公告送达:法律价值冲突之中的二难抉择····· | 孙 华(346)     |
| 试为“送达难”找一个出路            |              |
| ——对现行民事送达制度的反思·····     | 高建伟 叶 丽(354) |
| 诉讼调解的自愿性探析·····         | 熊 艳(364)     |
| 青年法官在民事诉讼调解中的困境与突破      |              |
| ——以宜昌法院为例·····          | 王田甜(374)     |
| 重塑道德之底线                 |              |
| ——探索建立司法信用评级制度          |              |
| ·····                   | 周林波 龚 瑜(388) |
| 从漠视到膜拜                  |              |
| ——对调解制度观念与实践的哲学批判       |              |
| ·····                   | 赵成泽 黄金波(402) |
| 公司无法清算时债权人权益保护研究·····   | 余修平(414)     |
| 社会管理创新语境下司法建议制度的困境及完善路径 |              |
| ·····                   | 漆桂生(425)     |
| 工伤保险与人身损害赔偿的适用关系研究      |              |
| ——以《社会保险法》为切入点·····     | 胡锦涛(437)     |
| 法、理、情融通的耦合与限度           |              |
| ——基层法院“原情司法”实现路径的法理思考   |              |
| ·····                   | 万鸿青(448)     |
| 法院文化建设的向度               |              |
| ——兼论精神文化建设对队伍建设的引领      |              |
| ·····                   | 朱桂林 刘忠萍(461) |
| 审美视野中法官的庭审礼仪探析          |              |
| ——从“法官妈妈”的审判经出发·····    | 刘杨萍(474)     |
| 机动车交通事故赔偿责任主体之立法分析与完善   |              |
| ·····                   | 朱正伟(487)     |
| 不规范民事行为探析·····          | 付松华(499)     |
| 民事地域管辖:现象的反思与制度的重构      |              |
| ——以基层人民法院民商事审判为视角·····  | 刘国红(511)     |
| 当事人丧失纠纷主体资格的民事程序设置      |              |
| ——诉讼承继与相关诉讼制度·····      | 王源渊(519)     |

|                         |              |
|-------------------------|--------------|
| 论民事诉讼指挥权与当事人程序选择权的制衡    | 刘俊 刘蓉莉(532)  |
| 劳动债权优于担保物权受偿的价值考量       |              |
| ——兼论新破产法第132条中的时限性缺陷与影响 | 杨晓梅 湛少鹏(543) |
| 转型时期健康社会心态之司法培育         | 丁斌(554)      |
| 情势变更之显失公平厘定             | 曹家华(566)     |
| 侵权主次责任比例分担考量要素研究        |              |
| ——公正的运用数学术语界定责任比例       | 孙永红(582)     |
| 我国定期金赔偿制度的立法完善          | 赵学焕(592)     |
| 浅析农村房屋买卖纠纷中之法律适用        | 余华(604)      |
| 农村房屋买卖纠纷法律适用问题的实务探析     | 邓明(617)      |
| 反垄断公益诉讼的制度构建            | 李龙辉(627)     |
| 论构建中国特色的刑事被害人救助制度       | 徐毅(637)      |
| 论股权转让效力认定中的自由裁量权        |              |
| ——以法院审理的三种典型案例为视角       | 刘汝梁(647)     |
| 我国民事诉讼中法院调查取证制度现状评析与完善  | 谢燕临(656)     |
| 论道路交通事故认定书之证据属性         |              |
| ——以法官审查为视角              | 王亚峰(667)     |
| 司法识别海事国际惯例的实体标准与程序构造研究  | 安馥(679)      |
| 论户外活动组织者的安全保障义务         | 熊震(688)      |
| “一律中止”到“选择中止”的嬗变        |              |
| ——论基于裁定再审案件视角下的中止担保制度   | 胡文利 冯雅婧(700) |
| “网络捆绑”之反垄断规制            |              |
| ——对QQ用户“被限制”使用360事件之回应  | 袁正英(710)     |

# 寻找从现实生活出发的 民商事审判方法

□ 杨 凯

引言：缘起于法官教法官的困惑与思考

作为法官培训学院的兼职教师，在无数次给法官们讲授民商事审判方法培训课程时，先后讲过西方法学家们津津乐道的法律方法和法律解释学、中国古代的神明裁判和“三刺、五听”、王泽鉴先生的请求权基础法、梁慧星教授的裁判的方法、杨立新教授的民事裁判方法、邹碧华法官的要件审判九步法，等等。然而，中基层法官们的普遍反馈意见是：听起来觉得有用，但与现实还有较大的距离。法官们对课程内容的不认同常常让我在讲台上感到忐忑不安，也促使我思考这样一个现实问题：在中国教法官审判方法的培训课程究竟应当讲些什么内容，才能让法官们真正懂得审判方法并有实用价值？正如喻中教授所言“在当代中国流行的学术话语中，多为西方学术的中国表达，较少原创性的、具有自主知识产权的本土学术”<sup>〔1〕</sup> 仔细审视经过多次备课课件的内容，绝大多数审判方法真正的原产地还是在西方，这些方法都不是以中国人的现实生活为出发点的，当然在中国的审判实践中就不好用。细细想来，其实我们并没有找到真正契合中国社会司法规律的民商事审判方法。基于这一思考路径，我将备课与实践相结合，立足于中国的国情政体和社情民意，立足于中国司法的思维逻辑和风格，立足于中基层法官的立场和需求，开始寻找从现实生活出发的民商事审判方法。

---

〔1〕 喻中：《乡土中国的司法图景》，中国法制出版社 2007 年版，第 244 页。

### 一、重新审视民商事审判方法的原创起点

古希腊哲学家提出的一个重要的哲学根本性问题就是“认识你自己”，研究适用于中国的审判方法首先要找到自己的原创性起点，认识我们真切的现实需求。在当代中国社会现实的司法实践中，诉讼模式、审判方式、思维逻辑、司法风格、决策过程、信仰模式、情感表达、行为范式等都契合于中国儒家文化传统，都与西方的司法哲学有所冲突。对于我们要寻找的民商事审判方法而言，正确认识中国社会现实的真正自己，是一个必要的基础和前提。因此，我认为，研究民商事审判方法应当以当代中国人的现实生活作为原创的起点，只有从这个起点出发我们才能找到符合中国社会主义司法规律的真正实用的民商事审判方法。

#### （一）审判方法在司法实践中的发展及其特点

在当代中国社会现实司法实践中，审判方法的称谓是经过一段时间的发展逐渐演化而成的。最初引入的称之为法学方法，即研究法律的方法，是一种价值研究方法<sup>〔2〕</sup>，更多适用于学术理论研究；后来法学界广泛引入西方的法律方法<sup>〔3〕</sup>，即法律解释和法律适用的方法，属于一种技巧、技术逻辑方法。这些法律方法在司法实践中经过推广运用之后，实务界有较多的称谓：有的称之为审判艺术，有的称之为裁判方法<sup>〔4〕</sup>，也有的称之为裁判艺术<sup>〔5〕</sup>，还有称之为审判方法的<sup>〔6〕</sup>。经过比较和思考，笔者认为审判方法是更加符合实际的概念。所谓审判方法，就是指审理和裁判案件过程中的规则和技巧，是指采用各种规范和严谨的法律方法

〔2〕 参见杨仁寿：《法学方法论》，中国政法大学出版社1999年版。黄茂荣：《法学方法与现代民法》，中国政法大学出版社2001年版。〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2004年版。

〔3〕 参见〔美〕博登海默：《法理学、法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社2004年版。〔德〕卡尔·恩吉施：《法律思维导论》，郑永流译，法律出版社2004年版。王泽鉴：《法律思维与民法实例——请求权基础理论体系》，中国政法大学出版社2001年版。陈金钊：《法律方法论》，中国政法大学出版社2007年版。

〔4〕 参见梁慧星：《裁判的方法》，法律出版社2003年版。孔祥俊：《司法理念与裁判方法》，法律出版社2005年版。

〔5〕 参见杨凯：《裁判的艺术》，法律出版社2005年版。

〔6〕 参见许可：《民事审判方法——要件事实引论》，法律出版社2009年版。邹碧华：《要件审判九步法》，法律出版社2010年版。

分析案件,以准确地认定案件的事实,正确地适用法律,最后作出公正判决。不同国家的历史背景、法学传统和法律文化不同,必然产生各不相同的审判方法。英美法系国家注重归纳法和论题式的思维模式,往往采用遵循先例的判例审理方法;大陆法系国家强调演绎法和体系化的思维模式,采用请求权基础查找的审判方法。在我国当代学者和法官研究和推崇的各类审判方法中,更多的是沿袭大陆法系思维模式的请求权基础审判方法<sup>〔7〕</sup>。我国民商事审判究竟采用何种审判方法才能更好地实现司法公正,从各类审判方法在实际案件审判过程的运用效果展开理性分析,我们可以发现:大陆法系的请求权基础法和英美法系的遵循先例法实际上均不能全面地解决中国审判实践中的各种难题。实践证明:运用发展了的传统审判方法以及在审判实践中摸索出来的新方法更能解决好我们的实际问题。究其原因,当代中国人的现实生活需要根植于我们自己几千年历史文化传统的司法哲学,这就是要找到真正契合中国社会司法规律的民商事审判方法。

真正契合当代中国社会司法规律的审判方法应当具备以下特点:

一是符合当代中国司法的基本规律,即符合中国司法审判权运行的基本规律,脱离了审判权运行的规律则难以真正实现其方法的运行价值。

二是具有一定的实用性,即运用这一方法能够切实解决当代中国社会中的现实问题,通过方法在实例的应用可以更加公正和高效地解决民商事案件纠纷。

三是具有一定的规范性,即民商事审判方法是统一的方法,能够适用于各类民商事案件,且能够得到法官的普遍认同和遵循,并能最终形成正确规范的整体性民商事审判思维方式。

四是遵循法律思维与其他思维相结合的原则,审判方法既是法律思维在审判实践中的运用,也是法律思维主导下的其他思维的综合运用。民商事审判方法的应用既是形式逻辑三段论的思维应用过程,也是综合运用政治道德、历史文化、经济发展、社会公众认同等多种思维整合的过程。

---

〔7〕 王泽鉴:《法律思维与民法实例——请求权基础理论体系》,中国政法大学出版社2001年版,第40-42页。王泽鉴先生认为处理民法实例的主要方法有二:一为历史的方法,即就案例事实发生的过程,依序检讨其法律关系的方法;一为请求权方法,或称请求权规范基础方法。

五是审判方法不仅是案件事实的分析方法,而且是法律解释的工具。民商事审判方法不是单纯地确定客观事实,重要的是为了确立一种法律上的事实,一种符合法律构成要件的事实,并在此基础上解释和适用法律来解决各类民商事纠纷。

## (二) 符合司法规律的审判方法的具体内容

### 1. 准确审查认定案件事实

#### (1) 对证据证明标准和效力的审查方法

民商事案件的证据审查的标准与刑事案件和行政案件均有所差别,适用优势证据规则。

#### (2) 对举证责任的转换分配的审查方法

当前民商事法官审案特别需要掌握的就是举证责任的分配方法。很多法官只是简单地按照“谁主张,谁举证”的原则来审理案件,遇到简单的案件尚能对付,遇到稍微复杂的案件就不知所措。其实,有许多民商事案件的审理需要综合运用“举证责任倒置”和“举证责任转换与分配”的方法才能更好地查清案件事实。我们可以通过一个不当得利案例的审判结果来分析举证责任转换和分配的重要性。

案例:甲用乙的名字买房,房产增值,甲乙为房产权属发生争议,甲起诉乙。

| 甲提供证据                            | 乙提供证据                                  | 判决结果               |
|----------------------------------|----------------------------------------|--------------------|
| 甲把钱打到购房单位账户上的凭证、乙出具的借条、甲乙签订的赠与合同 | 乙无法再举出抗辩证据                             | 甲得房                |
|                                  | 乙举出是借甲款买房的抗辩证据                         | 乙得房还钱甲             |
|                                  | 乙举出甲付钱买房赠与乙的抗辩证据                       | 赠与成立               |
|                                  | 乙无法再举出抗辩证据,而甲继续举证证明是借用乙的名义买房           | 不当得利全部返还           |
|                                  | 乙再举出证明效力相对应的抗辩证据,无法根据优势证据规则判断双方证据效力的优势 | 根据公平原则判决各人一半,或调解分割 |

本案例根据举证内容和举证责任的转换与分配可以有上述列表中的五种不同的处理结果,足见举证责任分配在民商事案件审理中的重要作用。

### 2. 正确定位诉讼心理预期

由于在立案审查环节事先没有进行诉讼风险提示,在开庭审理期间

没有进行释明和拟判告知,当事人对诉讼结果的心理期待值与实际的判决结果往往会有较大的反差,特别是民商事案件涉及的经济利益争议巨大,这就是实际审判工作中有的当事人为什么会长期缠诉缠访的原因之一。如果在立案审查环节就根据针对当事人提交诉讼证据初步审查结果作出诉讼风险提示,在开庭审理后根据审理查明的基本事实进行必要的预期诉讼结果释明和拟判告知,适时纠正当事人过高的心理预期,则更加有利于减少涉诉信访案件的产生。

### 3. 正确解释、选择和适用法律

#### (1) 当前存在的主要问题

一是法律关系认定不清。例如,在审理劳动争议案件时,对于劳动关系、劳务关系、劳务派遣和雇佣之间的区别把握不准,对于事实劳动关系与销售代理关系常常难以区分。在审理商事案件时,对于承揽合同与建筑承包合同之间的区别难以准确认定。

二是同案不同判现象较为突出。当前困扰法律适用最主要的难题,就是法律适用的整体性和统一性遭遇挑战,如何解决好民商事案件审判中的同案不同判现象任重而道远。

|      |                                                                                                                                                                                              |
|------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 实例 1 | 交通肇事侵权损害赔偿与上班途中因交通事故工伤赔偿竞合的案例,给我们提出一个损害事实能不能同时得到两个赔偿的难题。依法理,一个损失只能得到一个填补性的损害赔偿,填补的方法是填平,而不是双倍赔偿。由于最高法院关于损害赔偿的司法解释是单向的,并不能及于工伤待遇纠纷,各地法院对此问题的理解不一致,因此,目前全国各地法院对于这种竞合赔偿案件有三种判法:单赔、双赔、单赔加部分内容双赔。 |
| 实例 2 | 关于公民代理诉讼索酬的案例,对没有律师资格的公民以个人名义代理诉讼是否能够收取报酬的争议案件,目前国内有三种判法:按合同约定给报酬、不给报酬、按照实际付出代理劳动折中给报酬。                                                                                                      |
| 实例 3 | 关于知假卖假索赔的案例,对于与“王海打假”相同性质的案例,能否获得双倍赔偿的争议案件,目前国内有两种判法:判双倍赔偿、驳回诉讼请求。                                                                                                                           |

#### (2) 法律适用的主要方法

一是法律解释的方法。“即指在找法的结果找到现行法上有一个可以适用于本案的法律条文之后,为了确定这个法律条文内容意义、适用范围、构成要件、法律效果等,所采用的各种方法。具体包括文义解释、

论理解释、比较法解释和社会学解释。”<sup>〔8〕</sup>

二是法律论证的方法<sup>〔9〕</sup>。主要是对可以选择适用的法律条文进行合法化、合理化和正当化的论证,进而选择相对应的法律解释方法。

三是法律推理的方法<sup>〔10〕</sup>。“法律推理是一种寻求正当性证明的推理,是一种实践理性,要受现行法律的约束。”

四是法律拟制的方法<sup>〔11〕</sup>。法律拟制是由于司法审判中层出不穷中的法律问题而催生出来的一种方法。需要根据现实需要从宏观和微观两个层面来把握。

五是法律漏洞的补充方法<sup>〔12〕</sup>。成文法国家的法律最大的弊端在于法律总是会存在一定的空白和漏洞,需要法官运用多种法律方法予以创造性弥补。

六是法律冲突的解决方法<sup>〔13〕</sup>。虽然法律冲突在所难免,但通过情理交融、实用理性、妥协意向、视域融合等多种法律方法的解决路径还是能够有效消解法律之间的冲突。

七是利益衡量的方法<sup>〔14〕</sup>。对于案件审理裁判结果是实现社会正义还是实现法律正义,需要法官运用法律方法进行权衡和协调。

八是法律分析的方法<sup>〔15〕</sup>。法律分析的内容基于法律关系的主体、法律关系的客体和法律关系的内容三个层面。

九是遵循先例的方法<sup>〔16〕</sup>。英美法系遵循先例的判例法方法在很多司

---

〔8〕 参见梁慧星:《裁判的方法》,法律出版社2002年版,第76页。

〔9〕 参见陈林林:《裁判的进路与方法——司法论证理论导论》,中国政法大学出版社2007年版,第9页。

〔10〕 参见张骐:《法律推理与法律制度》,山东人民出版社2002年版,第19-98页。参见陈锐:《法律推理论》,山东人民出版社2006年版,第11页。

〔11〕 参见陈金钊:《法律方法论》,中国政法大学出版社2007年版,第287-290页。

〔12〕 [德]卡尔·恩吉施:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2004年版,第167-225页。

〔13〕 参见谢晖:《中国古典法律解释的哲学向度》,中国政法大学出版社2005年版,第135-171页。

〔14〕 参见陈金钊:《法律方法论》,中国政法大学出版社2007年版,第241页。

〔15〕 参见陈金钊:《法律方法论》,中国政法大学出版社2007年版,第315-333页。

〔16〕 参见[美]博登海默:《法理学、法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第562-571页。



法实践层面具有一定的方法论和实用价值。

十是司法过程的发现与创造<sup>〔17〕</sup>。法律科学的发展需要法官在审判实践中不断地运用法律方法超越法律，超越法律不是违反法律，而是发现和创造法律，推进法律科学的进步。

#### 4. 裁判文书的说理风格

目前我国的裁判文书分为公理取向、论题取向的论证说理风格 and 情理法交融的传统说理风格三种类型，但现实生活中老百姓最乐意接受的说理风格还是情理法交融。因此，现行裁判文书的风格不改变，法官的工作方式就必须改变，这就是为什么现阶段各地法院都着重强调判后释法的深层次原因。

#### 5. 调解和案外协调处理

在中国人情和熟人社会，民商事审判方法的内容实际上包含了调解和案外协调两种方法。从某种意义上讲，调解也是一种法律创造，在找不到更好的法律方法时，调解不失为一种尝试性和应变性的法律创造方法，中国几千年司法实践的理性经验证明了这种审判方法的优势。案外协调更多的也是体现对法律方法的创造和变通，是一种具有妥协性的法律方法创造。

### 二、审判方法的实践理性分析和学理研究

运用历史分析和对比分析的方法，我们可以对古今中外的各种审判方法的实践理性和学理研究作概括性调查研究，从中借鉴和寻找适用于当代中国社会现实需要的民商事审判方法论的哲学思维路径。我国古代历朝历代都有一些有影响的司法智慧和司法经验值得我们从中探寻法理的真谛，现代西方和中国的司法实践同样也有许多发展着的司法哲学需要我们去总结，同时，我们还需要开展审判方法学术理论的类型化研究。

#### （一）中国古代有影响的七种审判方法

纵观历史上我国古代七种有影响的审判方法，我们不难发现：司法哲学的内涵和司法实践的经验，与社会生活的真实需要是紧密相连的，社会历史发展的进程与法律方法论的发展进程是同步推演的。沿着历史

〔17〕 参见〔美〕博登海默：《法理学、法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社2004年版，第581-587页。