

南湖

法学文库

疑难案件裁判的 理论与方法

我国法理学的司法应用

资琳 著

法律出版社
LAW PRESS CHINA

法学文库

教育部人文社会科学青年基金项目

《我国法理学的司法实践功能研究》(批准号:12YJC820146)终期成果



法 学 文 库

疑难案件裁判的理论与方法

我国法理学的司法应用

资 琳 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

疑难案件裁判的理论与方法：我国法理学的司法应用 / 资琳著. -- 北京：法律出版社，2018

ISBN 978 - 7 - 5197 - 2585 - 3

I. ①疑… II. ①资… III. ①审判—研究—中国
IV. ①D925

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 185208 号

疑难案件裁判的理论与方法：

我国法理学的司法应用

YINAN ANJIAN CAIPAN DE LILUN YU FANGFA;

WOGUO FALIXUE DE SIFA YINGYONG

资琳著

责任编辑 吴昉

装帧设计 马帅

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京玺诚印务有限公司

责任校对 王晓萍

责任印制 沙磊

编辑统筹 法律教育出版分社

开本 A5

印张 7.125

字数 173 千

版本 2018 年 9 月第 1 版

印次 2018 年 9 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)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/ jbwq@lawpress.com.cn



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、子公司销售电话：

统一销售客服/400 - 660 - 6393

第一法律书店/010 - 63939781/9782 西安分公司/029 - 85330678 重庆分公司/023 - 67453036

上海分公司/021 - 62071639/1636 深圳分公司/0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5197 - 2585 - 3

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)

南湖法学文库编辑委员会

主 任 吴汉东

副 主 任 陈景良 陈柏峰 张家勇

委 员 王广辉 郑祝君 张继成
赵家仪 胡开忠 樊启荣
邓 烈 张忠民

总 序

历经几回寒暑,走过数载春秋,南湖畔的中南法学在不断精心酿造中步步成长。中南法学的影响与日俱增,这离不开长江边上这座历史悠久、通衢九州的名城武汉,更离不开中南法律人辛勤耕耘、励精图治的学术精神。中南学子源于各地聚集于此,又再遍布大江南北传播法学精神,砥砺品格、守望正义的同时,也在法学和司法实践部门坚持创新、止于至善,做出了卓越的贡献。

纵观中南法学的成长史,从1952年9月成立中原大学政法学院,到1953年4月合并中山大学、广西大学、湖南大学的政法系科,成立中南政法学院,后至1958年成为湖北大学法律系,1977年演变为湖北财经学院法律系,转而于1984年恢复中南政法学院,又经2000年5月的中南财经大学与中南政法学院合并至今,中南财经政法大学法学院已然积淀了50年的办学历史。虽经几度分合,但“博学、韬奋、诚信、图治”的人文精神经过一代又一代中南学人的传承而日臻完善,笃志好学的研习氛围愈发浓厚。中南法学经过几十年的积累,其学术成果屡见丰硕。“南湖法学文库”这套丛书的编辑出版,就是要逐步展示中南法学的学术积累,传播法学研究的中南学派之精神。

中南法学经过数十载耕耘,逐渐形成了自成一格的中南法学流派。中南法律人在“为学、为用、为效、为公”教育理念的引导下,历练出了自有特色的“创新、务实”的学术精神。在国际化与跨地区、跨领域交流日益频繁的今天,中南法学以多位中南法学大家为中心,秉承多元化的研究模式与多样性的学术理念,坚持善于批判的学术精神,勇于探讨、无惧成论。尤其是年轻的中南法学学子们,更是敢于扎根基础理论的研究,甘于寂寞;同时也关注热点,忧心时事,活跃于网络论坛,驰骋于法学天地。

从历史上的政法学院到新世纪的法学院,前辈们的学术积淀影响深远,至今仍给中南法学学子甚至中国法学以启迪;师承他们的学术思想,沐浴其熠熠生辉的光泽,新一代的中南法律人正在法学这片沃土上默默耕耘、坚忍不拔。此次中南财经政法大学法学院推出这套“南湖法学文库”,作为中南法学流派的窗口,就是要推出新人新作,推出名家精品,以求全面反映法学院的整体科研实力,并使更多的学者和学子得以深入了解中南法学。按照文库编委会的计划,每年文库将推出5至6本专著。相信在中南法律人的共同努力下,文库将成为法学领域学术传播与学术交流的媒介与平台,成为中南法律人在法学研习道路上的阶梯,成为传承中南法学精神的又一个载体,并为中国法学研究的理论与实践创新做出贡献。

晓南湖畔书声朗,希贤岭端佳话频。把握并坚守了中南法学的魂,中南法律人定当继续开拓进取,一如既往地迸发出中南法学的铿锵之声。

是为序。

吴汉东

2011年2月1日

序 言

当今的中国正处于社会结构的转型期,社会利益格局分化明显,社会价值观念也呈现出多元化的趋势。一方面,传统的、深层次的社会矛盾越发频发和集中地暴露出来,一些新情况、新问题、新要求也越来越多地展现出来,人际间的利益冲突增长迅猛,诉至人民法院的纠纷不仅越来越多,而且也越来越复杂。很多案件,从立案、审判到执行,在各个环节和阶段都出现了这样或那样的、有别于传统的特殊情况 and 特殊问题,法院的司法裁判工作由此迎来新的时代挑战。在互联网技术的推动下,法院的司法裁判越来越透明、公开,法院审理的案件也往往能被媒体及时报道,法律受众可从各种途径、方面关注这些案件,并通过微博、微信等对案件展开评价。应当承认,法律受众的多途径参与,的确改变了司法体制的传统规则,舆论或者民意不可避免地对案件的裁判造成了直接或者间接的影响,由此也形成了一批有广泛社会影响的案件,例如,贾敬龙案件、于欢案件、南京

的彭宇案、温州的吴英非法集资案等案件,莫不引起了社会的极大关注和争议。

可见,无论在司法实践中还是在理论研究中,疑难案件都是不可避免的重要领域。疑难案件的合理裁判成为我国法律发展、法治进步的一个方向标,有效应对疑难案件也是确保司法裁判取得良好法律效果的重要一环。在西方司法裁判理论的讨论中,疑难案件的裁判一直是其关注的重大问题。我国对疑难案件的研究文献也非常丰富。目前,我国司法界和理论界对“疑难案件”的研究进路主要体现在三个方面:第一,我国疑难案件裁判的法律方法的研究。这类研究对疑难案件裁判中如何发现法律、适用法律以及如何推理、论证给出了全面细微的分析,试图从纯粹的技术和方法层面解决疑难案件的裁判,它们一般不涉及司法哲学层面的问题,也就是说,这类研究回避了这样一个问题:中国疑难案件的裁判应该采用什么样的司法哲学。第二,西方疑难案件裁判的司法哲学理论研究。这类研究当中有的从总体上对西方主要的司法哲学理论的不同流派、不同立场作出了清晰的梳理和分析;有的则对某一个法哲学家的司法哲学理论作出了深入的阐述。这些研究对我们厘清西方疑难案件裁判理论的根本争议和哲学立场具有重大的助益,同时为中国应该如何裁判疑难案件提供了很多的理论资源。但是这类研究对如何具体应用这些理论裁判我国的疑难案件,缺少细致的分析。第三,对我国疑难案件从各个角度作实然性的分析,比如对我国当下疑难案件成因的分析、对法官裁判疑难案件中的认知过程的分析、对疑难案件裁判过程中各种影响因素的分析等。这类研究对我们认识中国疑难案件的复杂性具有重要的助益,但是这类研究并不试图探究疑难案件应该如何裁判。

上述三个层面的研究对推进我国疑难案件的裁判,无疑具有重要

的作用。但是这些研究在面对中国特色的疑难案件^{〔1〕}时,却一筹莫展。究其原因,就是这些研究都没有试图从总体上寻找中国疑难案件裁判的司法哲学立场,并结合中国的司法现状来将此司法哲学具体予以应用。因而本书对疑难案件的研究,试图结合中国现有的司法资源和西方的疑难案件理论,既在理论层面为我国疑难案件的裁判探寻整体的哲学立场,又在裁判方法层面将哲学立场一以贯之,从而为我国疑难案件的裁判提供整体的理论构架和裁判方法。

本书在构思和写作的过程中,受到了众多师友的帮助和启发,在此一并表示感谢。感谢童德华教授,他对本书的写作内容奉献了诸多有见地的建议,为本书的写作提供了很多刑法疑难案件的素材,在刑法教义学的分析上给出了极具启发性的思路,没有童德华教授的帮助,本书的写作很难顺利完成。感谢参加“我国法理学的司法功能定位:司法体制与司法裁判”会议的众多师友,你们在会议上针对“疑难案件的裁判”“我国法理学的司法功能定位”等问题进行了深入细致的讨论,本书的写作雏形得益于那次会议的讨论;感谢我指导的法理学硕士研究生们,和你们交流读书心得、探讨学术问题、切磋论文写作的过程,激发了我对书中一些重要问题的深入思考;感谢中南财经政法大学2015级和2016级的法理学专业研究生,你们在我开设的“司法学专题”课堂上提供的案例素材、对很多问题的争论,都促使我对一些问题做出更细致的思考;感谢中南财经政法大学刑法学专业的研究生张湄茹、邓欣伟,你们对本书进行了认真的校对,为本书的最终完成提供了重要的帮助。

〔1〕 中国特色的疑难案件,笔者意指那些蕴含着中国社会结构性矛盾的案件,比如王斌余案件、贾敬龙案等案件,其疑难或引发重大社会争议的原因不仅仅是法律适用的问题,而是农民工、强制拆迁这些中国独特的社会矛盾在司法领域的映射。

要特别感谢法律出版社的吴昉等编辑,你们的辛勤工作使得本书得以如期出版。

当然,由于时间仓促,素材有限,书稿中难免有不当之处,一切文责皆由我承担,敬请各位同仁批判指正。

目 录

第一章	疑难案件裁判的法理学基础	001
第一节	司法哲学背景下疑难案件的界定	001
第二节	疑难案件的成因	017
第三节	疑难案件裁判的目标:合理性	026
第四节	疑难案件裁判的基本进路	035
第二章	事实疑难案件裁判的理论与方法	043
第一节	事实疑难案件的生成	043
第二节	疑难事实认定中法官前见的偏差	051
第三节	事实疑难案件的裁判模式	063
第四节	规则模式在事实疑难案件裁判中的 应用	073

第三章	法律疑难案件裁判的理论及方法	098
第一节	法律疑难案件裁判的模式选择	098
第二节	法律原则司法适用的情形	112
第三节	原则裁判在法律疑难案件中的适用	122
第四节	刑法原则司法实践的反思	132
第四章	社会评价疑难案件裁判的理论与方法	142
第一节	社会评价疑难案件的成因	142
第二节	社会评价疑难案件的裁判模式	148
第三节	商谈模式在社会评价疑难案件裁判中的应用	154
第五章	我国疑难案件裁判中指导性案例的适用	172
第一节	我国指导性案例的功能与分类	172
第二节	疑难案例裁判中指导性案例适用的理论基础	185
第三节	造法型指导性案例在疑难案例裁判中的适用——以指导性案例 57 号为例	194
第四节	释法型指导性案例在疑难案件裁判中的适用——以指导性案例 19 号为例	203
结语	迈向司法领域的法理学	213

第一章 疑难案件裁判的法理学基础

第一节 司法哲学背景下疑难案件的界定

一、西方疑难案件裁判的司法哲学

“疑难案件”在英文中的通用名为“hard cases”，此外还有“controversial cases”、“difficult cases”和“boardline cases”的用法。^{〔1〕} 疑难案件是西方法理学界争论不下的命题，从司法哲学的立场来看，疑难案件的裁判主要涉及两种司法哲学的争议，一是形式主义的司法理论，二是现实主义的司法理论。

（一）形式主义的司法理论

形式主义的司法哲学，也被称为法律形式主义。法律形式主义并不是一种本体论意义上对法律的解释学说，而是一种“关于法官们实际怎样裁判案件和

〔1〕 See Ronald Dworkin, *Justice in Robes*, Harvard University Press 2006, p. 29.

(或)关于他们应当怎样裁判案件的理论”,^[1]也有学者把法律形式主义看作是在司法裁判理论上的一种方法论立场。^[2]法律形式主义认为法律是一个具有逻辑自洽的封闭的规则概念体系,从这个概念体系出发,通过形式推理,能够为每一个案件提供一个唯一正确的判决。法律裁判的方法则是机械的演绎推理,这种推理应该仅仅依据客观事实、明确的规则以及逻辑去进行,不能融入裁判者个人的主观价值判断。总体而言,法律形式的核心主张如下:

第一,坚守封闭的规则体系。持法律形式主义观点的人,在本体论上一般都试图把法哲学同其他学科分割开来,把法律视作一种封闭的逻辑体系。他们认为封闭的法律系统可以用科学的方法予以论证,具有稳定性和明确性,如此便能够使得法律体系免受各种外在因素的侵扰,有效抵制任何试图削弱法律结构的企图,从而更好地保护人们的预期。

第二,奉行机械的演绎推理。形式主义把法律推理看作单纯的逻辑推演过程,“法律推理应该仅仅依据客观事实、明确的规则以及逻辑去决定一切为法律所要求的具体行为”,^[3]而正确的判决可以仅用逻辑方法从预先规定的法律体系中推断出来。

第三,倡导法官裁判的价值中立。法律形式主义认为通过人的理性,可以制定无所不包、无懈可击的法律制度,即使是有争议的疑难案件,法官通过纯粹的逻辑推演,也能够做出正确的判决。所以法官在裁判案件时,只能价值中立,他们的任务就是发现法律,在制定法不确

[1] Brian Leiter, “Positivism, Formalism, Realism, Book Review on Anthony Sebok, Legal Positivism in American Jurisprudence”, *Colum. L. Rev.* 99, 1999, p. 1144.

[2] 柯岚:《法律方法中的形式主义与反形式主义》,载《法律科学》2007年第2期。

[3] [美]史蒂文·J.伯顿:《法律和法律推理导论》,张志铭、解兴权译,中国政法大学出版社1998年版,第3页。

定时,通过探索立法者明示或可推知的意思进行推演,不允许融入自己的价值立场来解释法律或创造法律。

形式主义的先驱一般认为是兰代尔。兰代尔在1869年被任命为哈佛大学法学院的首任院长,在此之前他是一名律师,并没有从事理论研究工作。兰代尔在任法学院院长期间,参考实验室教学法,创立了判例教学法。兰代尔的判例教学法,以及在教学过程中总结出的法律理论,很长时间以来都是美国法学中的正统的法律教义。兰代尔的法律理论受到了当时自然科学的影响,他认为在某个特定领域的知识之间,都存在相互关联的、逻辑上可证明的基础原则,借助这些基础原则,就可以构建一个完整的科学知识体系,法律体系也同样如此,所以一旦完美的法律知识体系建构之后,法官只需要运用逻辑推理,就可以从这个知识体系中推演出正确的法律裁决。这个完美的知识体系主要包含如下几个要素:第一,法律的概念体系。法律体系是一个由底层规则和顶层的概念、原则构成的体系。案件裁决的具体规则是可以从少数抽象的原则和概念中推演出来。当出现新的没有规则可适用的个案时,可以通过顶层的概念和原则推演出来,可适用于新案件的规则。第二,法律的融贯性和整全性。法律制度在程序上必须是融贯的,即能为其管辖权内的每一案件提供一个程序性机制来做唯一的解决,在实体上必须是完整的,实体规范必须能为受其规范的每一案件提供唯一正确的实体的答案。第三,法律的逻辑合理性。每一个司法裁决都应是经由可证明的逻辑推理得出的。^[1]

德沃金的理论可以说是形式主义的一种延伸。德沃金认为法律制度具有整全性,提出了由规则、原则和政策建构的无漏洞的法律体系。不过在规则的世界中,是存在漏洞的,因而产生了在“在法规典籍中,没

[1] See Thomas C. Gray, "Langdell's Orthodoxy", *U. Pitt. L. Rev.* 45, 1983, pp. 6-15.

有清晰的法规加以确凿决断的”疑难案件。在疑难案件的裁判中,尽管现有的规则体系中难以找到适用于该案的规则,但是可以运用蕴含在规则背后的原则,通过推理和分析,从法律规范体系中找到疑难案件的正确答案。但是这些原则不是由法官个人的道德立场决定的,而是由案件存在的社会背景决定的,因而原则也是客观存在的。所以,在疑难案件中,法官重要的工作是从现有的规则体系中发现、推导出原则,通过判断原告和被告的诉求哪个更符合制定法及其原则,从而得出唯一的正确答案。德沃金的观点源于他认为法律是一个完美的体系,法官通过法律规则找到其背后隐藏的法律原则,将原则这一非实证的事实引入到法律体系当中,一方面可以保证法律的确定性,同时又可以使法官在疑难案件中得到答案。德沃金尽管认为法律制度具有整全性,但是并不认为法律制度必然具有普遍的逻辑合理性。他认为疑难案件具有唯一正确的答案,但是却不存在可证明的推理。所以德沃金属于比较包容的形式主义立场。

可以看出,兰代尔是严格的形式主义拥护者,即使在面对疑难案件的裁判时,也严格地依循现有的规则。如果严格适用规则裁判会导致不合理的结果,那么宁可牺牲个案中的公平也要保证整个法律制度的可预测性。德沃金认为,在容易处理的案件中,法官只是适用已经确立的规则。^[1]但是疑难案件中,通过原则裁判案件的正确答案尽管是唯一的,但是其推理的过程却是难以证明的。法官要努力去寻找唯一正确答案,但是法官寻找、发现法律原则的过程难以用严格的演绎推理的方式来标明。尽管德沃金对待疑难案件的态度,不再坚守严格的演绎推理,但是法官在疑难案件的裁判中并不是随意的,这一点与法律现实

[1] 参见[美]德沃金:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,上海三联书店2008年版,第18页。

主义构成了显著的不同。

(二) 现实主义的司法理论

在反对形式主义的运动中,法律现实主义的阵营被确立起来。法律现实主义的主要观点为以下几点:第一,法官在裁决过程中主要是对案件的事实作出反应,而不是对可适用的规则作出反应;第二,法官在遇到事实时是直觉式地下结论,这个过程中逻辑和概念都是无用的;第三,在形成结论以后法官将在事后以适当的法律规则和理由对该结论予以合理化;第四,决定裁决的主要因素是非法律理由(政策、道德等理由)而不是法律理由,法官是(也应该)根据对社会利益的衡量来作出裁决;第五,法律本身是存在裂隙的,法官应当通过裁决来立法以推进社会改革。^[1]

美国大法官霍姆斯通常被看作反对法律形式主义的代表。霍姆斯在《普通法》书中的第一讲就开宗明义地提出,“法律的生命不是逻辑,而是经验。一个时代为人们感受到的需求、主流道德和政治理论、对公共政策的直觉——无论是公开宣布的还是下意识的,甚至是法官与其同胞们共有的偏见,在决定赖以治理人们的规则方面的作用都比三段论推理大得多”。^[2]在这本书里,霍姆斯表达了其与形式主义的不同,可以概括为如下三点:第一,在判决过程中起最重要作用的不是逻辑和规则,而是经验。法律不是根据纯粹的逻辑依据展开的,法律的内容就其本身而论,应该与当时的社会需求达成一致,对于通过法律来裁判案件,如果要达至人们所期望的效果,则极大地依赖于经验。这些经验则包括政策的考虑、政治道德理论、个人的偏见还有直觉。第二,法律本

[1] 参见柯岚:《法律方法中的形式主义与反形式主义》,载《法律科学》2007年第2期。

[2] [美]小奥利弗·温德尔·霍姆斯:《普通法》,冉昊、姚中秋译,中国政法大学出版社2006年版,第1页。