

段厚省 — 著

司法的困惑

程序法的双重张力

Judicial Confusion:

the Double Tensions of
Procedural Law

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

本书为教育部人文社会科学项目“促进庭审功能充分实现的诉讼程序机制研究”
(15YJA820005)的最终成果

段厚省 — 著

司法的困惑

程序法的双重张力

Judicial Confusion:

the Double Tensions of
Procedural Law

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

司法的困惑：程序法的双重张力 / 段厚省著 . —北京：中国法制出版社，
2018.6

ISBN 978-7-5093-9482-3

I . ①司… II . ①段… III . ①诉讼程序—研究 IV . ① D915.180.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 105813 号

策划编辑：赵 宏 (health-happy@163.com)

责任编辑：赵 宏 王 彤

封面设计：蒋 怡

司法的困惑：程序法的双重张力

SIFA DE KUNHUO: CHENGXUFU DE SHUANGCHONG ZHANGLI

著者 / 段厚省

经销 / 新华书店

印刷 / 北京京华虎彩印刷有限公司

开本 / 710 毫米 × 1000 毫米 16 开

版次 / 2018 年 6 月第 1 版

印张 / 17.5 字数 / 221 千

2018 年 6 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-9482-3

定价：59.00 元

值班电话：010-66026508

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真：010-66031119

网址：<http://www.zgfzs.com>

编辑部电话：010-66066627

市场营销部电话：010-66033393

邮购部电话：010-66033288

(如有印装质量问题，请与本社印务部联系调换。电话：010-66032926)

导 论

- 一、问题的提出 // 003
- 二、程序法的双重张力简述 // 011
- 三、程序法双重张力的一般后果 // 020
- 四、消解程序法双重张力的路径困扰 // 024
- 五、研究的方法 // 031

上篇 程序法的内在张力

第一章 法律的内在张力及其形成机制 // 037

- 一、早期法律产生内在张力的较低可能 // 037
- 二、法律的逐步实证化及其内在张力的增强 // 040
- 三、法律认知向度张力的形成机制 // 043
- 四、法律交往向度张力的形成机制 // 048
- 五、法律空间向度张力的形成机制 // 056
- 六、法律时间向度张力的形成机制 // 064

第二章 程序法内在张力的具体表现 // 069

- 一、程序法认知向度张力的具体表现 // 069
- 二、程序法交往向度张力的具体表现 // 077
- 三、程序法空间向度张力的具体表现 // 082
- 四、程序法时间向度张力的具体表现 // 093

第三章 程序法内在张力所产生的后果 // 099

- 一、法律内在张力的一般后果 // 100
- 二、程序法内在张力的特殊后果 // 109
- 三、包括程序法在内的法律内在张力的自我再生产 // 121

第四章 消解程序法内在张力的路径思考 // 129

- 一、消解法律规范内在张力的既有路径评价 // 130
- 二、建构一种新路径的可能性探讨 // 149
- 三、程序性商谈机制的原理建构 // 168
- 四、小结 // 195

下篇 程序法的外在张力

第一章 程序法与实体法的关系辩证 // 204

- 一、认为程序法是实现实体法的工具的立场 // 204
- 二、认为程序法与实体法相对独立的立场 // 207
- 三、程序法的工具价值与独立价值 // 214

第二章 程序法的外在张力及其体现 // 216

- 一、民事诉讼标的理论与民事实体法律关系之间的张力 // 216
- 二、民事证明制度与民事责任制度之间的张力 // 223

第三章 程序法外在张力的产生原因 // 231

- 一、程序法与实体法的路径分离 // 231
- 二、程序法与实体法所追求的目的相异 // 234

第四章 程序法的外在张力所产生的后果 // 242

- 一、程序法与实体法的双重价值减损 // 242
- 二、程序法与实体法之张力的持续扩大 // 245

第五章 消解程序法外在张力的路径思考 // 248

- 一、应对程序法外在张力的既有路径 // 248
- 二、本书对消解程序法外在张力的路径思考 // 263

主要参考资料 // 271

导论

一、问题的提出

1. 程序法的三重功能

通常来说，司法程序拥有三重功能。第一重功能也是司法程序最为基本的功能，就是通过庭审的展开，发现事实与寻找规范的功能；第二重功能是吸收当事人不满情绪的功能；第三重功能是为当事人乃至社会公众提供行为预期的功能。

之所以说司法程序最为基本的功能是发现事实与寻找规范，是因为就诉讼而言，无论采何种诉讼目的，都是以司法裁判作为实现其目的的终极手段（虽然我们不能排除以其他方式结案，但所有其他的结案方式，都以裁判作为其后盾）。而所谓裁判，简单来说，就是将程序参与者在诉讼过程中所寻找到的法律规范，适用于所发现的案件事实，作出一个是非对错的判断。为此，专门用以调整诉讼活动的司法程序，首先必须具备的一个基本功能，就是促进事实的发现和法律规范的寻找。当然，这里使用“发现”事实和“寻找”法律这样的表述，是从理性主义认识论出发所进行的表达。从理性主义认识论来看，当事人之间争议的事实既然已经发生，它就是一种客观存在，或者说是一种曾经发生的客观存在。既然是一种客观存在，那就是能够被发现的。我们可以在当下所能够获取的证据资料的基础上，通过探究型诠释，来还原争议事实的原貌。但

是从经验主义认识论来看，争议事实的“原貌”未必能够被“发现”。因为人的认知能力是有限的，人作为认识的主体，在没有见过事实原貌前，不可能对自己所发现的事实是否就是曾经发生过的事实原貌作出最终判断。因此，认识主体所作出的判断，永远都是暂时的、有待进一步检验的和可推翻的。再进一步而言，当事人之间争议的事实也许本来就是没有“真相”的。很多时候，当事人之间对事实的争议源于各自所处的观察角度的不同，这说明，所谓事实，永远都是认识主体的主观认知，而不是一个独立于认识主体的客观存在。如果说亲历争议发生过程的当事人，其对于事实的认知都是不一样的，而未亲历争议发生过程的法官就更不可能从当事人之间不同的认知中获得一个更加符合“真相”的事实判断。从我们日常生活经验来看，经验主义认识论更符合我们通常所理解的认知活动。因此，诉讼中所谓的事实，应当是被“建构”出来的，而不是被“发现”的，它原本就是当事人所描述的“故事”，法官所采纳的只不过是在他听起来更有说服力的故事。如果说诉讼中作为裁判基础的事实是被建构出来而不是被发现出来，程序的意义就更加重要。因为这个被建构出来的事实能否被法官、当事人乃至关心案件的社会公众所接受，全在于这个认知的过程是否被认可，而这个认知过程又体现在诉讼程序的进行中，认知方法又体现为具体的程序构造。因此，我们也可以说，司法程序的首要功能，乃在于建构出能够被各方接受的作为裁判基础的事实。

与建构事实的认知过程相似，寻找规范的活动实质上也是一种建构性的认知活动。在规范出发型诉讼中，当事人提出权利主张所依据的事实和规范也是由当事人提出。通常而言，如果是一方当事人提出规范依据，对方往往是持反对意见，如果双方当事人提出规范依据，他们的规范依据之间往往是相互冲突的。此种情况下，法官应采何种规范作为

裁判的依据，并不是简单地作出非此即彼的选择，而是要通过对规范的理解和诠释，解读出对本案事实所具有的意义，这种意义才是连接规范与事实的桥梁。而法官对规范进行诠释的活动，显然具有建构的性质。尤其在针对个案事实具有立法规范、判例以及道德规范、风俗习惯等各种社会规范时，法官对法律的适用就不仅仅是在事实与规范之间往复穿行，还需要在制定法与判例之间、法律规范与其他社会规范之间往复穿行，眼光穿透过去形成的秩序，又回到当下正待解决的争议，再将目光伸向未来，然后才能“寻找到”处理本案的最为适切的具有确定性与合理可接受性的方案。这样的一种活动，显然已经超越了“发现”的意义范畴，而进入了建构的领域。这是其一。其二，从我们前面的描述可知，建构规范并非法官单方的活动，乃是法官与当事人之间往复交流的活动，在案件吸引了较多社会关注的情况下，也是法官和当事人与社会公众交流的活动，通过这样的一种交往活动所形成的裁判方案，实具有规范创设的意义，至少是对既有规范在意义范围上的一种创设。最后，案件审理并非是先建构了事实然后再建构规范，事实建构往往与规范的建构交错进行，很多情况下，尤其是在规范出发型的裁判思维下，建构事实的活动常常是在规范的引领下展开的。例如，当我们提到要件事实时，我们实际上是在庞杂的生活事实中拣选对规范适用具有意义的事实，或者说我们以庞杂的生活事实的素材为基础，建构出对于法律适用具有意义的事实。反过来，我们建构事实的过程，也是对法律规范进一步展开理解与诠释的过程，也就是建构法律规范之意义的过程。因此，我们可以说建构规范与建构事实一样，都是司法程序最为核心的功能。

综上所述，当我们使用“发现事实”和“寻找法律”这种表述的时候，我们所说的“发现”与“寻找”，实具有建构的意义在内。进而，如果说司法过程中的事实与规范都是被建构出来的，那么程序的价值尤其重要。

建构出的事实与规范若要被当事人乃至社会公众接受，首先就要求建构事实与规范的程序具有合理可接受性，是程序的合理可接受性，证成了裁判结果的合理可接受性。由此又可证明程序法之发现事实与寻找规范的功能对于司法裁判具有极其重要的意义。

司法程序的第二重功能，是吸收或者平复当事人乃至社会公众不满情绪的功能。若是程序制度科学合理，为诉权和审判权的运行设置合理的路径，诉讼程序就有着展示程序正义和吸收当事人不满情绪的功能。此种对程序正义的展现，同时又会对作为个案之围观者的社会公众产生影响，起到吸收或者平复社会公众不满情绪、促进社会恢复平静的作用。程序法学领域的一个重要问题就是程序正义问题，在这个问题下又衍生出正当程序和程序保障的概念。所谓正当程序，是指程序的展开符合人们对于正当性的一般观念；所谓程序保障，是指对当事人程序权利和程序利益的保障。此外，在程序正义的概念下又衍生出程序正义与实体正义的关系问题。程序正义这个概念的产生以及这个概念成为程序法领域的一个值得研究的重要问题，意味着程序有着自己独立的价值。而正是这种独立价值的存在，才使得程序本身即具有吸收当事人乃至社会公众不满情绪的功能，从而也具有了独立的解纷功能。那么什么样的程序才是一个正当的程序，才符合人们对于正义的一般理解？我们知道，诉讼是通过对话解决纷争的机制，由此与通过战争等暴力方式解决纷争的方式区别开来。既然是通过对话来解决纷争，那么一个正当的程序首先就要为当事人提供充分的表达意见的机会。而为了保证当事人能够享有充分的表达意见的机会，又必须保障当事人在诉讼中有着平等的表达意见的地位。在此前提下，法官的裁判也应当在当事人所表达的意見的基础上形成，受到当事人所表达的意見的约束。换言之，程序法不仅要保障当事人有着充分的表达意见的机会，还要杜绝法官抛开当事人所表达的

意见进行恣意擅断的可能。只有这样，程序法所具有的吸收当事人乃至社会不满情绪、促进纷争解决的功能才能得到实现。

司法程序的最后一重功能，也就是法律规范所普遍具有的功能，就是为当事人和国民提供行为预期的功能。法律规范是社会秩序的体现，而秩序能够发挥作用的前提在于国民能够根据这种秩序，形成自己的行为预期，并在这种预期的引导下进行行动选择。对在社会中进行交往的主体而言，秩序不是为一方提供行为预期，而是为交往的各方提供行为预期。实际上正是由于秩序为各方都提供了行为预期，社会主体之间的交往才会发生。社会主体根据法律的规定，不仅能够预见到自己的行为后果，也能够预见到交往对方会采取何种行为以及其所采取的行为将会产生何种结果。当社会主体根据法律预期到行为后果之后，如果这种后果正是自己所追求的效果，他就会采取能够产生这种后果的行动；如果这种后果是自己所要避免的效果，他就会放弃会产生这种后果的行动。因为有了法律的存在，理性的社会主体总是能够使自己处于某种安全的状态，避免遭遇不利的或者无法设定的后果。进而，我们可以说法律规范所具有的为国民提供行为预期的功能，实是国民安全感的一个重要来源和保障。程序法作为法律体系的有机组成部分，当然也具有为国民提供行为预期的功能。其所能够提供的行为预期，乃是对于当事人在诉讼中的行为将会产生何种程序法上后果的预期。当事人根据这种预期，来决定自己应当采取何种诉讼行为。程序法不仅为当事人和社会公众提供行为预期，也为法官提供行为预期。这种预期就是，他只能以在诉讼程序中获取的资料作为形成裁判的基础，并且他以通过诉讼程序获取的资料为基础所形成的裁判，即使受到质疑，或者嗣后被颠覆，他也不会被追责。因为司法最终解决原则的存在，哪怕是实体法律为国民提供的行为预期，也是通过司法裁判来保证的，因此程序法为国民提供的行为预

期就尤其重要。如果程序法不能为国民提供稳定的行为预期，包括实体法在内的整个法律体系试图为国民所提供的行为预期就有可能崩塌。因此，程序法为当事人、法官和社会提供的行为预期，不仅仅是对诉讼行为提供预期，也是整个法律体系稳定国民行为预期之功能的构成部分。

2. 程序法的功能失灵

以上是司法程序的三重功能，当然，这三重功能的地位并不相同，发现事实与寻找法律乃是司法程序的基本功能，吸收当事人乃至社会公众不满情绪是其附属性功能；而为当事人和国民提供行为预期的功能，实又是程序法作为法律规范所具有的终极功能。我们说发现事实与寻找法律乃是程序法的基本功能，意味着作为裁判基础的事实，必须是经由程序的展开而被发现，作为裁判依据的法律规范，也是经由程序的展开而被寻找到，进而裁判结果也经由程序的展开而最终形成。若程序已经展开并且完成，却没有能够发现事实，或者没有寻找到法律规范，或者既没有发现事实，也未能寻找到法律规范，则说明程序法本身欠缺其应有的基本功能或者程序法在文本表达上虽应具有相应的基本功能但却未能得到发挥。若是作为裁判基础的事实是在诉讼程序之外发现，或者作为裁判依据的法律规范是在诉讼程序之外寻找到，或者作为裁判基础的事实与作为裁判依据的法律规范均是在诉讼程序之外形成，而诉讼程序的展开仅仅体现为一种表演仪式，或者被简化为一种“庄严宣判”，^①则意味着程序法应有的基本功能遭到抑制。诉讼程序之基本功能欠缺或者基本功能未得到充分发挥乃至遭到不当抑制，在我国主要体现为先定后审、审而不定以及法官专断等司法现象。先定后审，是指在诉讼程序展

^① [美] 米尔建·R·达马斯卡：《司法和国家权力的多种面孔：比较法视野中的法律程序》，郑戈译，中国政法大学出版社2015年版，第257页。

开之前，法官已经通过阅读卷宗资料以及与司法场域内外的各种力量相互交往或者博弈等，完成了对事实的表达与对规范的解读，并形成了裁判方案，之后所展开的诉讼程序只是为了正当化之前所形成的裁判方案，或者说是将之前已经形成的裁判方案嫁接到之后展开的诉讼程序上。这种诉讼程序的展开并不具有发现事实、寻找法律和形成裁判结果的功能，因为事实、规范以及裁判结果在程序开始之前就已经被确定。审而不定，是指虽然诉讼程序在表面上已经完成，但是因为其基本功能欠缺或者基本功能未得到发挥，导致诉讼程序的展开未能发现作为裁判基础的事实，或者未能找到作为裁判依据之规范，或者二者皆缺，因而也未能形成一个确定的裁判结果。如此，在庭审之后，法官往往还需继续召集一方或者双方当事人“谈话”，获取更多的用以认定事实和适用规范的信息，甚至还需要向程序参与者之外的法律专业人士如资深法官和专家学者，以及司法场域内的各种权威请示案件中的事实认定、法律适用和政策把握等问题，以完成发现事实与寻找法律的任务，来形成最终的裁判结果。此种情况下，庭审程序当然亦未能实现其基本功能。而法官专断则是指兼为程序参与者与程序指挥者的法官，利用自身主持程序的优势，压制其他程序参与者之意见表达权利，无视其他程序参与者所表达的有关事实认定与法律适用的意见，而仅凭一己之见形成裁判方案。此种法官独白式的裁判，对当事人而言，即构成通常所谓“裁判上的突袭”。程序的进行不仅未能因周全考虑各方意见而形成更加接近真相的事实和更具妥当性的规范，而且丧失了吸收当事人乃至社会公众不满情绪的功能，甚至加重当事人乃至社会公众对于诉讼程序的不满情绪，导致所谓案结而事未了的后果。程序法欠缺基本功能及其附属功能，又会进一步减损乃至完全破坏了程序法为当事人和国民提供行为预期的功能，简单来说就是会导致整个司法制度功能失灵的后果。

3. 程序法的双重张力

程序法未能发挥其功能，既有程序法自身的原因，也有程序法之外的原因。程序法自身的原因，体现为其在制度建构上欠缺合理性，规范之间存在紧张关系。这些紧张关系具体又体现为以下四个向度的张力：（1）程序法效力上的强制性与构造上的可错性之间的张力；（2）程序法效力上的统一性与程序参与者立场上的分歧性之间的张力；（3）程序法内容上的抽象性与个案事实具体性之间的张力；（4）程序法效力上的稳定性与生活事实流变性之间的张力。前述第一个向度的张力，也就是程序法效力上的强制性与构造上可错性之间的张力，与立法者的认知有限性相关，可称为程序法的认知向度张力；第二个向度的张力，也就是程序法效力上的统一性与程序参与者立场上的分歧性，与立法者之间以及立法者与国民之间乃至国民相互之间对于有关法律规范的立场分歧相关，哈贝马斯认为这与人们之间在展开言语交往时所产生的无处不在的异议相关，我们可称之为程序法的交往向度张力；第三个向度的张力也就是程序法内容上的抽象性与个案事实之具体性之间的张力，与程序法的适用范围的空间延展性相关，可称为程序法的空间向度张力；第四个向度的张力也就是程序法效力上的稳定性与生活事实流变性之间的张力，与时间的经过相关，可称为程序法的时间向度张力。以上四个向度的张力，均源自程序法自身，属于程序法的内在张力。

程序法之外的原因，主要是程序法与实体法之间的紧张关系。程序法与实体法之间的紧张关系体现为程序法自身独立价值与我国保障实体法实现的工具性价值之间的张力。程序法自身独立价值与我国保障实体法实现的工具性价值之间的张力，体现的是程序法与程序法之外的实体法之间的关系，可称为程序法的外在张力；此种张力与程序法的内在张力相互并列，构成程序法的双重张力。在程序法的双重张力中，程序法

的内在张力所呈现出来的问题，乃是传统程序法解释学与程序法教义学的主要研究对象，只是传统研究中并未从程序法的内在张力角度进行观察。而程序法的外在张力则常以程序法与实体法的关系问题呈现，实也是传统程序法解释学与程序法教义学研究的对象，不过学者虽有探讨，但分歧并未减少，仍然有一些问题值得我们进行更为深入的探讨。而且，在类型化的立法、司法与法学研究思维下，程序法与实体法之间关系日疏，实体立法及实体法学理不顾程序法原理而任性妄为，给程序法带来诸多难题。程序法与程序法学理若也任性对待其与实体法的关系，恐怕又会导致实体法目的与价值的落空，而使司法裁判活动陷入困境。因此，程序法学者必须有所担当，必须将程序法与实体法之间的张力纳入研究的视野。

基于以上分析，本书对程序法张力的研究，主要从程序法的内在张力和外在张力两个方面展开。以下先就上述存在于程序法之内外的双重张力，分别作一些初步说明。

二、程序法的双重张力简述

1. 程序法的内在张力简述

(1) 程序法的认知向度张力

人的认识是有限的，立法者不可能全知全能，所以不能保证所制定的规范与社会生活的实际完全符合。当法律规范背离社会生活的实际，却又具有国家保证的外在强制性，人们在内心里对于法律规范并不认可，却又不得不遵守法律规范。此即为法律规范在效力上的强制性与构造上的可错性之间的张力。此种张力进而又导致法律规范外在强制性与内在合理性之间的张力。此种张力体现在程序法中，即为程序法的认知向度