

广州市法学会文库

第

8

辑

2007年12月出版

法治论坛

广州市法学会 编



广东省出版集团
花城出版社

广州市法学会文库

第 8 辑

2007年12月出版

法治论坛

广州市法学会 编

本书编委会

主任：曾庆申

副主任：郑国强

容小梨

李 力

卢铁峰

陶凯元

叶育长

王学成

黄永东

编委：（按姓氏笔画顺序排列）

丁海湖

刘 恒

吴兴光

张晋红

周显志

袁 泉

符启林

葛洪义

王仲兴

任剑涛

吴家清

林培芬

骆梅芬

袁古洁

舒 扬

谭 玲

王学沛

李伯侨

张富强

杨建广

夏 蔚

莫吉武

谢石松

潘嘉玮

邓成明

邬耀广

张永华

周林彬

徐忠明

黄建武

程信和

广东省出版集团
花城出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法治论坛. 第8辑

广州市法学会编.

—广州: 花城出版社, 2007.12

ISBN 978-7-5360-5206-2

I. 法… II. 广… III. 法学—丛刊 IV. D90-55

中国版本图书馆CIP数据核字 (2007) 第183548号

责任编辑 谢日新

出版发行	花城出版社 (广州市环市东路水荫路11号)
经 销	全国新华书店
印 刷	广州丰彩彩印有限公司
开 本	787 × 1092毫米 16开
印 张	16 1插页
字 数	300, 000字
版 次	2007年12月第1版 2007年12月第1次印刷
定 价	30.00元

如发现印装质量问题, 请直接与印刷厂联系调换。

法治与法治观

葛洪义

自上个世纪70年代末以来，中国推行法治已近30年。从任何一个角度看，这种从人治向法治的转变都是一个奇迹，尽管现在看来，这种转变还远没有完成，但是当时条件下能够并且有勇气做出这个决定，的确令人感佩。今天看来，法治的观念本身包含了许多重要的观念上的转变，其深远的意义、价值和巨大的困难，是逐渐为公众所认识到的。明确这一点，方能深刻理解法治。

法治首先意味着服从规则。这个说法的背后包含的意思就是，法律是人的行为的最终标准，因此，法律必须是预先制定并且不能溯及既往的，否则，人们就无法按照规则做事。这个原则决定了法治与人治的根本对立，人治是人根据具体情况采取具体对待的措施，法治是按照预先确定的一般标准规范人的行为。人治依赖决策者的英明和权力的高度集中，人治观念从来都是专制的温床；而法治则意味着分权，意味着所有人在规则面前一律平等，所以必然是民主化的、平等的、世俗的。

分权就是法治，法治包含着分权。人治强调和导致权力的高度集中，法治依赖每个人自觉遵守法律。这样一来，每个人就客观上成为自己的法官。黑格尔说，刑罚是罪犯自我选择的结果，就是这个意思。因为刑法存在，犯罪者选择犯罪，当然也就是选择接受惩罚。可见，法治社会中，人的行为对不对，不是权力大的人说了算的，而是法律说了算，是法律的执行者说了算，最终是行为人为自己说了算。进而，确定人的行为的意义的权力被有效地化解为多个主体分享的权力，任何人都无法主宰他人命运。所以，接受法治的国家，通常都是分权的国家，包括传统的三权分立，也包括中央与地方的分权，更包括公众参与社会事务的管理，分享社会的管理权力。

服从规则必然同时意味着统治和管理成为一种知识。规则的制订和实施，规则的内容，规则中的概念以及解释方法，等等，都是一种专业知识。法律成

为一种专业知识，当然也就需要一个职业化的实施队伍和专业机构，而这个队伍和机构的存在则又势必导致一个垄断法律解释话语权力的阶层，这个阶层的发展壮大进一步有效强化了国家权力的民主化分享，从而给我们这个缺乏民主法治传统的社会带来深刻的变化。这是从积极的方面看，但是，从消极的方面看，这个专业阶层的存在则肯定会导致进一步的官僚制、形式主义化，从而给公众使用法律带来诸多不便，普通公众只有借助专业人士的知识，才能有效使用这个作为民主的产物的法律，显示出精英化与平民化的冲突，代表着一个重大观念的变化，即法治在一定意义上是一种精英政治而非平民政治。

法治天然是一种维护体制的秩序，法治坚决反对破坏体制。任何一个社会，都有矛盾、纠纷，但是，法治化解矛盾和解决纠纷的基本方式就是借助制度的力量，通过特定的程序，依照规则办理。这与动辄诉诸武力、采取暴动、造反等方式解决问题，存在天然区别。而后者恰恰是中国历史上经常那个被歌颂的“侠义精神”。《水浒传》所传递出来的“官逼民反、民不得不反”的信息，包含着对清官的期待和渴望，构成了中国封建社会长期存在的一个重要的观念基础。所以，在法治社会中，通过体制、尊重体制前提下解决纠纷，同样是对中国传统观念的一个重要的变革。

由于以上的原因，法治的观念也包含着法官独立与律师自治的重要内容。法官如果不能独立，就不能忠于法律，不能把法律当成唯一的上司加以服从，服从规则就是一句空话；律师不能自治，就不能为公众和组织提供相应的独立的法律帮助。法律的敌人从来都是有权有势者，公众只有借助律师，才能凭借专业知识有效维护自己的权利，等等。

法治意味着服从规则，但是，其中的内涵是很丰富的，意味着许多观念的变化，而这些观念的变化，对千百年的中国历史来说，不仅是一次重要的制度变迁，而且是一次重大的思想革命。没有相应观念的改变，法治就很难实现。反过来，正是这些观念上的原因，加上有关力量对传统观念的利用，对法治建设构成了重要的阻碍。因此，充分注意这种观念问题，或许是当前的一个问题。

（作者为华南理工大学法学院院长、教授、博导。研究方向：法学理论）

目

录

C O N T E N T S

卷 首 语

法治与法治观 葛洪义 (1)

法理纵横

论法律发现与裁判方法 李永红 (3)

分而治之 和谐共存

——信访制度与司法制度比较分析 熊云辉 邓周和军 (19)

司法合理性问题及其在中国语境下的展开

——从泸州遗产继承纠纷案谈起 吴洪淇 (36)

法家“法治”主张史鉴 陈银英 (45)

热点探讨

对《内地香港相互认可和执行当事人协议管辖的

民商事案件判决的安排》的初步评价 张宪初 (51)

论中国区际商事仲裁制度的构建 詹礼愿 (75)

对策探索

渎职犯罪量刑畸轻的原因及其防治

——兼论对法官自由裁量权的合理控制 何正华 陈景敏 (103)

略论迟延履行金的执行 陈征 (112)

社会失范下的行为选择

——对邱兴华案的解读 任方真 (118)

中国式ADR的社会文化透视	朱效振 (127)
对《广州市安全生产条例(草案)》的论证意见	周贤日 (135)
开展社区矫正工作面临的问题与对策	李晓康 (138)

实务研究

犯罪中止的比较法研究 ——以国际刑法《罗马规约》为视角	蔡桂生 (145)
关于刑事案件中被告人自报身份问题的调研报告	梁聪 李红辉 (157)
私法方法在司法实践中的运用	杨正明 李桂模 (166)
论合同履行中抗辩权的适用	邹大有 (176)
试论轻缓刑事政策	李润斌 (183)
论宽严相济刑事政策下检察官客观性义务的确立 ——以北京城管被杀案为视角	陈宇清 (190)
非法拘禁致人重伤、死亡的司法认定 ——兼论刑法第二百三十八条第二款则	李磊 (199)
论由过错方承担诉讼费在房地产诉讼中的合理性	张智缘 袁军 (207)
依法行政和监督 提高动物疫病防控水平	蔡国平 (212)
试论经济立法中国家立法与地方立法之协调	陈俊华 (218)
国家基本建设大中型工程项目 有关法律服务的采购应当进行招标	魏济民 (227)
我国民事诉讼审级制度的改革	李伊楠 (231)

法谈法议

中国式陪审: 魔鬼的脸孔 天使的身材	王琳 (243)
先文学 后法律	朱伟一 (246)

法理纵横

FA LI ZONG HENG



论法律发现与裁判方法

李永红*

[摘要]我国法学对法律现象的研究重点开始从法律本体向法律方法转移,法律发现既是法学方法论的重要内容,又是司法过程中一个极富实践意义的问题。本文探讨了法律发现作为一个法学概念的含义和特征,结合对法律规则的逻辑结构及其司法适用过程的描述,分析了司法裁判过程中的法律发现步骤:理解法律与识别法源、感知事实与事实归类、在个案事实与法律规范的往返互动中发现据以裁判个案事实的法律规范。

[关键词]法学方法论 法律发现 司法



法
理
纵
横

一、法律发现及其特征

法学方法论中的法律发现是指法官为合法、正当地裁判个案,在法律规范和案件事实的往返互动中,寻求个案裁判依据的法律方法。法律发现这一法学概念想要告诉人们的是,法律规范无论以什么形式的渊源被表达出来,也无论法律规范的内容是否确定,它都不能直接成为决定个案裁判结论的论据,而“决定个案裁判依据的是法官从包括成文法在内的各种正式和非正式法源中发现的规范”。^①仅从逻辑上推论,法律发现这一法学概念的含义包括正反两种极端的情形:即使法律规范以

* 浙江工业大学法学院副教授,理论法学学科负责人,硕士生导师。

① 宋炉安:《法律发现的实证分析——以我国行政诉讼为重点》,载《行政法学研究》2005年第4期。

成文的形式被非常确定地表达出来,如果未经法官发现,那它仍然不能进入个案并成为个案事实的裁判依据;即使法律规范没有正式的法源,或者在正式成文法源中法律规范语焉不详,只要法官在非正式的法源中发现了法律规范,或者经由各种方法发现了法律规范,它仍然能够成为个案事实的裁判依据。即使是非常确定的成文法,也不会明确到直接套用而无需发现的程度,因此,法律发现的含义通常是从后者角度加以理解的。

法律发现作为一个具有确定含义的法学概念,它具有区别于法律创制、法官造法和法律适用这些法学概念的特征。

(一) 法律发现限于司法过程中法官对个案裁判依据的发现

在法律发现这一论题下所讨论的“法律”,特指针对个案的、具体的法律,这里的法律限于可被法官引用作为裁判依据的法规范,而不是指由立法者创制的体系化的、抽象的法律规范。^①当然,法律发现这一术语也不包括法律生成意义上的对客观存在的法律秩序的发现这种意义。

(二) 法律发现是抽象的法律规范与具体的个案事实的往返互动过程

法律发现以法官对个案事实的感知和对法律规范的理解为前提。一方面,个案事实能够归入法律规范的构成要件之下、个案事实的意义能够归结到法律规范的法效果之中,即案件事实须与法律规范在逻辑上相关联;另一方面,法律规范的构成要件能够演绎到个案事实的具体情形之中、法律规范的法效果能够落实到个案事实的相关主体之上,即法律规范须能涵盖个案事实。

(三) 法律发现须受法治原则制约

作为法官司法的方法,法律发现的目的是使抽象的法律规范在逻辑上的形式效力转换为个案事实中的实际效力。一方面,必须承认法律规范的确定性,承认确定的法律规则对于现代法治社会的重要性,“如果没有规则引入社会,那么整个法治大厦就会颠覆,规则是构建法治社会最有用的工具之一,没有规则就不会有法治社会”,^②法官对裁判依据的寻求必须受到确定的法律规范的制约,只有这样,法律判决才不至于沦为法官的个人任性;另一方面,必须承认法律规范存在着一定程度上的不确定性(如因过于抽象而导致的规范含义不清,因体系庞杂而造成的规则冲突,因立法预见能力受限等而造成的规则漏洞等),需要承认法官对个案的裁判具

^① 刘治斌:《司法过程中的法律发现及其方法论析》,载《法律科学》2006年第1期。

^② 陈金钊:《法律解释的意义及其对法治理论的影响》,载《法律科学》1999年第2期。

有一定的能动性，而并非如自动售货机那样“投进去的是诉状和诉讼费，吐出来的是判决和从法典上抄下来的理由”，借助法官的智慧对法律规范的不确定性进行澄清甚至弥补与尊重既定的法律规则一样重要。司法既受制于立法，法官不能拥有像立法者那样的创制规则的权力，但司法又不停留于机械的三段论推理，它需要一定程度的能动性。

（四）几乎所有的司法活动都离不开法律发现这一方法

基于法律规范抽象、庞杂、机械、僵化等特性或弊端，在司法办案过程中，直接套用法条中的规范去裁判案件事实而无需法律发现，这几乎是不可能的事情。正像考夫曼所指出的那样，传统的居于支配性地位的方法论往往将“法律适用”与“法律发现”视为具有本质上的不同，事实上法律适用不可能是“单纯的包摄”（这里的单纯包摄类似于汉语日常表达中所说的“简单套用”），除非法律规范中适用的都是清楚的概念。而真正清楚、不需要解释也根本不能解释的概念只有数字概念（如18岁），所有其他概念都是有扩张可能的，而且也常常需要解释。因此，考夫曼认为法律发现是一个上位的法学概念，那种“通说”所称的“单纯包摄”式的“法律适用”只是法律发现的一种情形即一个下位概念而已。^①基于此，法官对法律的适用均得以发现法律为前提。

二、法律规则的逻辑结构及其司法适用

（一）如何理解法律规则的逻辑结构

法律规则作为法律的基本要素之一，是法律中由概念构成的、明确赋予生活中的事实状态以法律意义（即权利、义务、责任）的一般性规定。所谓赋予一种事实状态以法律意义，指的是某些事件或行为发生之后，可能会导致某种权利或义务的产生、变化或消灭，也可能引起某种法律效果和法律责任的出现。法律要素中的规则所发挥的作用，就是将这些事件或行为的法律意义明确下来。其中对事实状态（人的行为和客观事件）的描述称为构成要件，对法律效果和法律责任的规定称为后果归结。例如，婴儿出生这一事件是具有法律意义的，它会引起人身权利的形成

^① [德]考夫曼：《法律哲学》，法律出版社2004年6月第1版，第94-95页。考夫曼所质疑的“传统的居于支配性地位的方法论”认为“法律适用”是一种“单纯的包摄”，即拟判断的案件已经被规定在可适用于绝大多数案件的法律，直接用法律裁判案件；而“法律发现”作为少数的例外，是指拟判断的案件找不到法律规定，而这个法律规定是依照法律秩序的计划必须被期待，即法律出现了违反计划的不圆满性，此时才需要法官经由类推或自由造法进行漏洞填补以发现法律。



(如婴儿的人格权、父母亲的监护权等);在公共道路上驾驶机动车这一行为也是具有法律意义的,它会使驾驶人承担右侧通行、不得闯红灯等义务;当某个权利人滥用了自己的权利或某个义务人拒不履行义务时,这些行为也是具有法律意义的,因为行为人可能因此而承担某种法律上的不利后果即责任,等等。

无论是与其他社会规则(民间习惯、道德规范)相比,还是与法律概念和法律原则相比,法律规则一个显著的特征是它有严密的逻辑结构。法律规则的逻辑结构,是指法律规则的各个组成部分之间的结合方式。法律规则的组成部分通常是以法律概念为核心的,这些法律概念存在着特定逻辑联系因而结合为一个完整的法律规则。关于法律规则的逻辑结构,是一个看似简单实质上却非常复杂的问题。法学界对法律规则的逻辑结构存在着各种各样的学说,至今尚未取得完全一致的意见。过去,法学界的通说认为法律规则由假定、处理和制裁三要素构成;后来,二要素说渐成通说,认为法律规则由行为模式和法律后果构成;也有人主张法律规则由“条件假设”和“法定后果归结”构成。综合各种学说,结合立法实例和司法实践,本文认为法律规则的逻辑结构可以从静态和动态两个角度分别分析。静态分析法律规则的逻辑结构,一个完全的法律规则由构成要件和效果归结两部分内容组成。通常学理上关于法律规则逻辑结构的学说大多是着眼于对法律规则的这种静态分析,而动态的分析则被视为是法律规则的适用问题。

1. 构成要件

构成要件是指法律规则中以抽象方式加以一般表述的法律事实,包括能够引起人际关系中的权利义务发生、改变或者消灭的行为和事件。其中行为是基于当事人的自由意志而实施的能够引起权利义务发生、改变或者消灭的信息或者能量的输出,事件是基于自然原因而与当事人意志无关但能够引起权利义务发生、改变或者消灭的客观现象。行为事实通常由行为主体要件(包括责任年龄和责任能力)、主观要件(包括认识因素和意志因素)、客观要件(即信息或者能量的输出,包括作为和不作为)、客体要件(即行为指向的法益或者权利义务)等因素构成。事件事实由客观现象和法益影响(包括权利义务的发生、改变或者消灭)构成。

不少法学著述和教科书将法律规则中的“构成要件”表述为“行为模式”,这一表述存在着明显的缺陷。因为能够引起人际利益关系得丧变更的事实并不限于人的行为,大量的自然因素(即事件)也能引起法律上的权利义务关系发生、变更或者消灭。比如,人的自然死亡或者某种自然灾害,都会引起人的生命权利的消灭,进而引起婚姻关系、监护关系的终结,死亡这一客观事实还会引起继承权利的发生。显然这些因素都不能归入“行为”范畴。因此,规定这些事件的法律规则并不

存在行为模式问题。适用构成要件这一概念则可以将行为和事件均涵盖在内，从而使法律规则的逻辑结构理论能够用来解释所有的法律规则。

2. 效果归结

效果归结是法律规则对法律事实规定的肯定或否定性评价及后果归结,包括法律评价和后果归结两部分。法律评价又分正面评价和负面评价两种,正面评价是对因法律事实而享有或者增加权利、消灭或者减少义务的人的肯定性评价,负面评价是对因法律事实而负有或者增加义务、消灭或者减少权利的人的否定性评价;后果归结也分为正面效果和负面后果两种,正面效果是对法律事实引起的当事人权利发生、增加或者义务消灭、减少予以确认的肯定性后果,负面后果是对法律事实引起的当事人权利减少、消灭或者义务增加、发生予以确认的否定性后果。在立法和法理上,正面评价和正面效果又称有利的法律效果,负面评价和负面后果又称不利的法律后果即法律责任。

（二）法律规则的司法适用

动态分析法律规则的逻辑运行（即法律规则在司法中的适用过程），它是典型的逻辑推理中演绎推理的三段论：

大前提——效果确定：发现完全规则（或者确定不完全规则的效果归结使其成为完全规则）

小前提——事实涵摄：使案件事实涵摄于构成要件

演绎——个案裁判：使涵摄于构成要件的事实获得法律效果

案例分析：以刑法第 239 条绑架罪的定罪量刑规则为例（本法条的法律规则系裁判规则、复合规则、强行规则和完全规则）

第 239 条（法条规则）：绑架并杀害人质的，处死刑，并处没收财产

大前提（逻辑结构）： 甲、罪状描述（构成要件） 乙、法律效果（否定效果即法律责任）

小前提：张三绑架并杀害王五的案件事实经法定程序由证据证实，符合大前提绑架（并杀害人质）罪之构成要件——小前提（当事人之案件事实）涵摄于大前提之构成要件甲

演绎：张三行为之效果为大前提构成要件的法律效果即张三处死刑并处没收财产——大前提之法律效果乙演绎于小前提之当事人

因此，司法过程中对法律规则的适用包括了三个过程：一是确定大前提（发现法律），二是证实小前提（证明当事人之案件事实）并将其涵摄于大前提中的构成



要件，三是演绎大前提之法律效果到小前提之当事人（裁判个案）。

三、法律发现与裁判方法分析

（一）理解法律与识别法源

法律规范在形式上区分为成文法和不成文法两种类型。在不成文法国家，法官在司法中对法律的发现所运用的思维方式与成文法下法官的思维方式存在明显不同，前者的思维方式是在遵循先例原则下，从个案（先例）到个案（当下的待决案件），在类比中归纳出一般规则，再演绎到个案中去，而后者的思维方式则是法官在遵循成文法律的前提下，通过对法律体系的预先理解和法源的识别，做到心中有谱、胸有成竹，找到可资适用的推理大前提，以便将其运用到证据证明的案件事实这一小前提中去，进而最终形成案件判决，总体上是一个从一般到个别的思考过程。

首先，法律精神的先验理解。

由于法律规范是一个纵横交错的复杂体系，临时找寻定案依据实属不易，所以，在任何个案的裁判之前，裁判者均须事先对法律有一个体系化的全面理解。当今主要法治国家均强调司法职业的精英化，我国自 1995 年开始通过法官法、检察官法规定实行全国统一的法官资格、检察官资格考试制度，并且于 2001 年通过修改法官法、检察官法和律师法，将三种职业的任职资格统一为司法资格，要获取司法资格，必须通过全国统一的国家司法考试。设置这种司法考试制度的目的正是为了确保全体司法职业人员对国家的法律规范形成大致一致的理解。如果司法职业人员对法律不存在先验的共同理解，那么，不同的角色（如刑事诉讼中的控、辩、审三方）往往会根据各自的有限经验和各不相同的价值取向而对同一个案件事实形成不同的判断标准和方法。这必然导致社会生活缺乏共同规则，纠纷不能得到有效的解决。

法律精神的先验理解是指司法职业人员在司法作业之前业经专门训练而对国家的成文法律体系在立法宗旨、规范意旨（包括法律原则确定的价值取向、法律规则确定的权利义务责任等）和适用技术等事先予以认知、掌握。这种先验理解是面对个案的争议各方和裁判者能够进行对话交流进而促成终局的有效裁判得以形成的知识前提。显然，一个诉诸法律解决冲突的法律人、一个诉诸良心解决冲突的道德家和一个诉诸强力解决冲突的军人，他们由于不存在共同的对法律的先验理解，是难以对话、交流的，因而，对个案纠纷是无法找到权威的解决办法的。对于司法职业而言，法学教育的目的正在于为法律职业共同体的成员打造共同的法律知识背景和

法律思维方式，以法律的理性替代作为自然人的各成员与生俱来的个人偏好。

其次，法源和规范的识别。

法律的精神寓于各种渊源的规范性法律文本之中。权威不同的立法主体会制定出位阶不同的法律形式，位阶相同的法律渊源表达的可能是适用于社会生活不同领域的法律规范，即法律类别和法律部门。对法律在纵向的位阶区分和横向的门类划分是法律作业的前提条件。否则，庞大的法律帝国里那成千上万的法律条文足以令人目不暇接而无所适从。

法源识别是指司法职业人员面对需要裁判的个案从各种法律渊源中寻找对应于案件事实重要程度的法律规范性文件。如果纠纷是涉及到行政权与司法权等国家权力之间的争议，那么，显然不能从位阶极低的法规和规章中寻找裁判依据，因为宪法和立法法规定，对于重要的国家权力之间的分工必须由全国人大及其常委会根据宪法制定法律；如果案件关系到对公民基本权利的处置如对公民行为进行刑事评价，同样只能从法律这种规范性文件中寻找裁判依据，因为立法法规定涉及犯罪和刑事责任等关乎公民基本权利的事项只能由全国人大及其常委会立法，国务院和省级地方国家机关不能在法规、规章中规定刑事法律规范。在法源识别过程中，司法职业人员可能发现有两个以上不同位阶的法律渊源可以充任个案的裁判依据，如果它们在内容上不相一致，就必须遵循“上位法优于下位法”的冲突解决规则，确定应当适用的法律。规范识别的意思是司法职业人员面对需要裁判的个案，须根据个案所归属的社会生活领域，在调整该领域的法律门类中寻找可以作为裁判根据的法律规范。如果纠纷是在平等主体的公民或法人之间发生，既不关乎公共秩序，不涉及政府，亦未严重到足以运用国家权力强行干预的程度，那么就应当从私法（民法或者商法）中寻找裁判根据，而不应从公法或者刑法中寻找法律规范。如果当下需要裁判的个案事实（如伤害他人身体健康的行为）既符合民法中侵权行为规则规定的构成要件，又符合行政法中违反治安管理行为的构成要件，还符合刑事法中故意伤害罪的构成要件，或者因同一部法律中存在法规竞合现象（即同一事实符合两个以上法律规则规定的构成要件），那么，对规范的识别将是一个比较复杂的过程。司法职业人员当斟酌立法宗旨，评估司法成本，依照法定程序，按照本位法优先、刑事法谦抑等原则选择法律规范。如果已经识别的法律规范存在一般法与特别法之分，则应当按照特别法优先的规则选择法律规范。

（二）感知事实与事实归类

首先，事实感知。

日月东升西落，这属于自然事实；人们吃饭穿衣，亦复如此。无论是客观事



件，还是人的行为，如果与人们在法律上的权利义务无关，则无法律意义。据此，事实区分为自然事实和法律事实两端。能够引起权利义务关系发生、变更、消灭的事件和行为被称为法律事实。在司法工作中，法律事实是以个案事实的形式存在着的。个案事实之有无不取决于人的臆断，而取决于证据的证明。所谓事实感知，是指法律职业人员通过证据证明判断法律事实是否存在。

如果说法律的理解和法源的识别对于法律职业人员具有先验的性质的话，那么，对个案事实的感知和归类则具有经验的性质。现代法律的正当程序之所以极为强调实行直接言词原则（司法人员应当亲自听取争讼各方的意见陈述、证人证言等证据材料必须由证据的形成者亲自到法庭做出），是因为争讼事实作为裁判的对象决定着裁判者对相关法律规范的识别和选择，不同法律规范中的构成要件不同、法律效果有别，如果同一事实归结到不同的法律规范之下，则当事人在法律上的权利、义务和法律责任将会有重大差别。裁判者亲自聆听各方诉讼主张及其事实依据，将有助于其确认是否发生某种具有法律意义的事实。

虽然立法者在创制法律之时即已对社会生活的事实做过考量，但是由于法律一经成立即具有安定性，并且法律原则上不溯及既往，而社会生活却变动不居，再加上法律具有抽象概括的形式化特征，当下案件的事实则可能个性突出、极为具体，法律规范与个案事实之间可能会存在难以直接对应的问题。因此，事实有无证据证明这一问题固然重要，业经证明的事实应当归结到哪一法律规范规定的构成要件下这一问题同样不可忽视。在司法作业中，对案件裁判的争议往往会因为事实之有无、同一案件事实应归入何种构成要件之下而时常发生。个案事实会因为个性特征有限而与所有法律规范规定的构成要件均不相符，个案事实也可能因为个性特征复杂而符合两个以上法律规范规定的构成要件。

其次，事实归类。

无限多样的个案事实归结在特定法律规范规定的构成要件之下，需要事实类型化作为中介。所谓事实归类，是指法律职业人员在对法律事实进行类型划分的基础上将个案事实归入特定类别的认识方法，即个案事实的类型化。正如对千头万绪的规范性法律文本需要进行法源上的位阶区分、规范上的门类划分以便识别一样，对个案事实进行类型化也有助于发现并选择可以用作裁判依据的法律规范。

对于司法职业人员（无论是律师、检察官还是法官）来说，当一个来自于生活事实中的纠纷摆在面前时，其一旦通过证据确认事实存在，他应当在先验的法律知识的指引下，能够将该个案事实归入某一位阶、某一位阶的法律规定的构成要件之下。比如，如果一个律师受理某人的委托，代其起诉某出租汽车司机，因为他在搭