



审判专家裁判思维文库

裁判思维 与证明方法

程春华 著

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

审判专家裁判思维文库

裁判思维 与证明方法

程春华 著

图书在版编目(CIP)数据

裁判思维与证明方法 / 程春华著. —北京: 法律出版社, 2016. 7

ISBN 978 - 7 - 5118 - 9775 - 6

I. ①裁… II. ①程… III. ①审判—研究—中国
IV. ①D925.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 172592 号

裁判思维与证明方法

程春华 著

策划编辑 刘文科

责任编辑 刘文科 似 玉

装帧设计 马 帅

© 法律出版社·中国

开本 710 毫米×1000 毫米 1/16

版本 2016 年 8 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 固安华明印业有限公司

印张 19 字数 355 千

印次 2016 年 8 月第 1 次印刷

编辑统筹 财经出版社

经销 新华书店

责任印制 吕亚莉

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 9775 - 6

定价: 56.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)



程春华

1971年生，江西樟树人。西南政法大学法学博士、中国社会科学院法学博士后，四级高级法官，第二届全国审判业务专家，最高人民法院知识产权司法保护研究中心首批研究员。

现任东莞市中级人民法院审判委员会委员、“程春华新型独立合议庭”审判长。曾任该院民二庭副庭长、研究室主任、知识产权庭庭长。入选中央政法委、教育部互聘“双千计划”，挂职担任广东财经大学法学院副院长、兼职教授。兼任广东省法官检察官遴选委员会委员、中国民事诉讼法研究会理事等职。

个人或担任审判长审结涉国内外民事、商事、破产、知识产权案件5000宗以上，多个入选全国、全省法院典型案例，多次立功受奖。出版专著《破产救济研究》，主编《民事证据法专论》等著作，在《现代法学》、《比较法研究》、《知识产权》等核心刊物发表学术论文26篇，获“全国首届青年民事诉讼法学优秀科研成果奖”著作类一等奖、广东省2008~2009年度优秀法学成果一等奖等奖励。

出版说明

党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出,加强法治工作队伍建设。建设高素质法官队伍是坚持公正司法的保障。如何使法官更专业、更高效地审理案件,如何使法官更从容地应对各类疑难案件,已成为实务界愈加关注的问题。在这一背景下,我国涌现了一批审判领域专家。《审判专家裁判思维文库》以专家法官在各自审判研究领域形成的裁判思维经验为主题,通过研究案例,直击法律裁判中的热点与难点,探寻法律思维的逻辑、裁判的逻辑,挖掘审判赖以支撑的法理,演绎裁判过程。文库在内容上涵盖司法理念、司法政策、审判制度、裁判思路 and 技巧、法律思维方式等方面,既有研究审判理论和实践宏观问题的论著,也有探讨法律适用微观问题的心得,具有较高的理论性和较强的实践性。文库对于指导司法实践、规范司法行为有所裨益,助力强化法官裁判、律师代理的内心确信,提升素养,实现司法公平正义的目标。

法律出版社
2016年8月

序 言 一

程春华法官 2005 年来中国社会科学院法学研究所从事博士后研究,我是他的合作导师。来法学所做博士后之前,他已经有扎实的学术研究基础,尤其是在民事程序法和破产法方面,他的博士学位论文《破产救济研究》研究的内容跨经济法、民商法和民事程序法三个交叉学科,被选入我主编的“中国民商法专题研究丛书”于 2006 年由法律出版社出版,出版后获全国首届中青年民事诉讼法优秀成果一等奖。由于有这个基础,我们导师组同意他提出的民事实体法与民事程序法交叉非常紧密的“民事证明对象研究”作为他的博士后报告研究选题,两年内,他认真地完成了博士后报告。由于报告中很多观点兼顾实体与程序,几乎颠覆传统民商法理论思维模式,在答辩会上引起了非常热烈的讨论,最后他清晰的思路、充分的论证并经实践检验的成效赢得了导师们的赞赏,并全票通过了他的报告。

春华法官与我来往比较频繁,我很赞赏他能始终坚守法官职业理想,坚持一线办案,同时善于总结研究。2011 年,他被评为全国第二届审判业务专家,这是对他多年努力的肯定和鼓励。他研究问题认真,经常与我探讨并同我一起参加一些学术活动,有时我也向他求证一些实务中的操作经验及民诉法学者的看法,我对他的研究领域及思路比较熟悉,因此,对他的新著《裁判思维与证明方法》一书中的核心内容并不陌生。民事裁判思维一直备受关注,已有的研究成果也不少,但春华法官的《裁判思维与证明方法》一书,在理论上能够同时比较完整地解决民事裁判思维与证明方法两个问题,这是不多见的,而且是非常重要的。当前,我国民事程序法与实体法学者在一些问题上存在较大分歧,而《裁判思维与证明方法》一书较充分诠释了实体法与程序法的差异与融合。同时,该书试图使民事案件的处理既做到方法适当又获得理想的结果,研究方法上,对重点问题几乎都配有实例分析,全书使用的 26 个实例全部来源于他近年所承办的案件,理论与实践联系紧密。书中涉及的问题及一些具体举措、观点,均经理论与实践反复检验,相关理论研究与实务工作人员可学习、尝试。春华法官一直致力于理

论与实践的有效结合,并使二者相互检验、相互促进。例如,该书涉及的庭审改革创新,即使是二审案件的庭审,也尽量做到三位法官全部参加庭审,听取当事人或证人的当面表诉,确保审判直言词原则的真正落实,满足审判法官亲历性的理论要求;庭审中坚持“能调则调,当判则判”的原则,在充分尊重双方当事人意愿的情况下,优先用调解方式处理,对当事人不愿调解或者有必要为社会提供规则指引的案件,则采用判决的方式,且尽量做到当庭宣判。提高裁判的可预见性和裁判的可接受性,真正做到“让审理者裁判、由裁判者负责”,让公平正义在每一个案件中以看得见的方式实现。

《裁判思维与证明方法》一书是春华法官作为一个研究者与实践者多年的实践、思考和经验总结,尽管不能说十全十美,但书中涉及的很多研究成果有助于相关立法的改进及司法实践的运用,一些裁判思维和经验举措可供参考并付诸实践检验。我非常愿意将此书推荐给大家,以供研究或实践参考。

梁慧星*

* 中国社会科学院学部委员,法学研究所研究员,教授、博士研究生导师。

序 言 二

在我国,法律实践与理论的脱离是非常明显的,这种脱离极大地制约了法律实践技术水平的提升,妨碍了司法的统一性,也极大地阻碍了法律理论的发展。已有的法律理论不能有效地对法律实践进行指导,尤其是在裁判的方法论方面,丰富多样的法律实践也无法给予法律理论提供充足的给养。不过,好在我国还有一些处于审判一线的法官们在自己紧张、繁重的审判工作之余,能够将自己的审判实践与法律理论结合起来,将自己的审判经验通过理论整理加以提升、提炼为可用于指导法律实践的理论,为我国这座还算不上高大的法律理论大厦添砖加瓦。

尽管这样的法官为数极少,但还有。本书的作者——程春华法官就是其中之一。

多数法官在自己的审判专业经验和知识有所积累之后,因为走上“领导岗位”而与审判实际工作渐行渐远,从审判一线转战到领导一线。在我国,有一个很奇怪的现象,发展和进步就意味着离自己的专业领域越远。似乎只有如此,才越能够体现或表明一个人的价值存在,审判领域就是如此。审判本职工作如同“蓝领工作”一般,一个法官的“进步”就是要摆脱或实现从“蓝领”身份的转换。一旦实现了这种“转换”,“进步”了的专业法官们自然将更多精力和才华注入“宏观”的政治层面,在更为复杂的人际交往之中——与司法机关内外的人进行着博弈式的交往。一些法官关注的是“政治上”的进步,而非专业技能的提高。这种现象也实在地说明了我国法治发展阶段的初级性——司法尚没有自己应有地位,法官也没有自己应有的地位和信念。在一些场合,还不知道应该坚守什么。医生们都知道作为一名医生必守“希波克拉底誓言”,而作为法律人,我们坚守的誓言是什么呢?我们有没有足够的底气大声喊出,马克思曾说过的——上帝之下,法官之上唯有法律?

作为特例,春华法官有进步,但没有远离自己的审判一线,就如已经故去的

邹碧华法官一样,依然埋头于复杂而繁重的专业工作,依然是审判的“蓝领”。更不容易的是,与邹碧华法官同样,春华法官始终如一地在坚持法律理论的学习和研究,坚守对理论无垠星空的仰望,并不断从理论中汲取营养,注入自己的审判实践之中,让更多的人能够感知具体司法中的公正、公平与效率,就此,我们应当为他对审判实践和理论探索的坚守而点赞。春华法官不仅成为全国第二届“审判业务专家”、最高人民法院知识产权司法保护研究中心首批研究员,获评东莞市专业技术拔尖人才、东莞市锋尚人物,曾连续10年被评为“办案标兵”或“办案能手”,同时也撰写多篇学术论文发表,出版了多部学术专著,这些论文和专著不是他个人政绩的豪华装饰,而是真诚的作业,因而他是一名真正的学者型法官。我相信,没有相当的定力、毅力和热情,这些是很难成就的。

在本书中,春华法官结合自己的审判经验深入、细致地阐明了许多复杂的、容易令人误解的问题——关于诉讼标的、证明责任、证明力、证明标准(证明度)的性质、作用以及审判实践中实际运作。这些问题也都是民事诉讼法或民事证据法中极为基础的问题,大部分问题均属于民事诉讼法学中“猜想级”的问题。春华法官在这方面的探究和解析显现了他极大的勇气,也反映了他扎实的理论功底。这些问题的探究和解析无疑有助于我国民事诉讼法学理论研究的繁荣和发展。我国民事诉讼法学的发展也需要更多像春华这样的学者型法官介入其中以助推其进步。

在我国,做官不易,而要做一名真正的法官则更加不易。因为我们还处于现代司法和现代法官制度的建构初期,法官的身份保障还有很大或严重的缺失。法官还不能专注于自己的审判工作,制度上还没有为此创造这样的条件。体制层面和观念层面也还没有形成现代司法所应有的大环境。因此,现代裁判所应有的思维方式还无法成为一种深入于我国司法过程的通常的思维方式。以自由心证为例,自由心证是必需的,但自由心证又并非法官对证据资格、证据的证明力、证明标准、事实推定的肆意妄断,对法官的心证形成必须要求有各种制约——外部制约和内部制约。这些制约需要有一系列的体制和制度保障,例如,现代司法制度、现代法官制度和诉讼制度及原则——辩论原则、处分原则、直接原则、言词原则、公开原则和相应的证据制度(如特殊情形下的证据法定),等等。没有这些制度保障,自由心证原则便不可能有效、正当实施,司法过程中的肆意妄断就无法避免,司法权威也无法树立。没有司法体制和诉讼制度的现代化,现代裁判思维难以形成,科学的证明方法也难以建立和普遍地加以运用。优

秀法官们的裁判方法也难以复制。这正是我们必须全力推进司法改革向纵深发展,改革必须触及体制性、结构性问题的理由。可以说,现在的司法改革还无法真正触及这些问题,还处于应时、应势、应景的政策层面。对此,我们应当有清醒的认识,也正是如此,才表明司法改革的任重道远!

张卫平*

2016年5月20日于清华大学自宅静孤斋书房

* 清华大学法学院教授、博士研究生导师,中国民事诉讼法学研究会会长。

前 言

近年来,类似研究民商事案件“裁判思维”^①的著作已经不少,其中颇具影响的有我国台湾地区学者王泽鉴著《法律思维与民法实例》(中国政法大学出版社2001年版)、^②梁慧星著《裁判的方法》(法律出版社2003年版、2012年版)和《民法解释学》(中国政法大学出版社1995年初版、2000年再版,法律出版社2009年三版)、^③杨立新著《民事裁判方法》(法律出版社2008年版)、^④邹碧华著《要件审判九步法》(法律出版社2010年版)、^⑤钱卫清著《法官决策论——影响司法

① 法官思维即法官裁判思维近年来成为现实司法中的一个热点问题。法官思维的主体是法官,对象是案件事实和法律规则,包括法官思维的个性、法官思维的共性,如何做到避免法官思维误区,除了要强化专业教育培训和综合知识学习,经常不断地提升法官们的法律素养和综合素质之外,当务之急在于帮助、督促法官掌握科学的思想方法,从而能够正确认识和处理法官思维个性与共性之辩证关系。参见董开军:“法官思维:个性与共性及其认识误区”,载《中国法学》2010年第6期。

② 《法律思维与民法实例》一书中王泽鉴教授提出以“谁得向谁,依何种法律规范,主张何种权利”的请求权基础(或称为请求权规范基础)出发点的请求权方法及“就案例事实发生的过程,依序检讨其法律关系”的历史方法或兼采用。该书在于建构请求权基础的理论体系,以期能为实例解题提供可资遵循的思维及论证方法,以增进法律适用的合理性及客观性。该书系以我国台湾地区“民法”为论述对象,其主要参考价值应在于其方法论上的运用;书中所设例题系针对我国台湾地区“民法”的重要基本问题,并多引用判例学说及德国法的理论。

③ 梁慧星教授的著作主要从民法解释方法角度研究了裁判思维方法。《裁判的方法》第1版于2003年,以讲课稿为基础,以“民法解释学的方法”为主旨,从民法解释学概述、法律解释方法、法律漏洞补充方法、不确定概念的价值补充、利益衡量五个部分来阐述裁判的方法。尽量回避理论性论述,采用浅显平易的口头语着重以实际的判决为例或解释例演示各种方法的运用。再版“增添了若干注释,并说明法律背景的变迁,介绍新的司法解释”。《民法解释学》则总结了关于法律解释的各种方法,根据我国的民事实践和法学发展状况,广泛探讨了民法解释适用的各种方法。

④ 杨立新教授的《民事裁判方法》主要从民事实体法角度,提出民事裁判方法的五步法,即发现请求权、请求权定性、寻找请求权法律基础、确定请求权及适用法律裁判。杨立新教授称,该方法借鉴德国通行的请求权法律基础民事裁判方法,将法律关系定性方法和请求权法律基础方法结合。

⑤ 邹碧华法官的《要件审判九步法》更趋向实务,用他自己的话来说是一本讲义,书中详细介绍了“要件审判九步法”的具体内容,即第一步固定权利请求;第二步确定权利请求基础规范;第三步确定抗辩权基础规范;第四步基础规范构成要件分析;第五步诉讼主张的检索;第六步争点整理;第七步要件事实证明;第八步事实认定;第九步要件归入,做出裁判。

过程的力量》(北京大学出版社2008年版)、^①许可著《民事审判方法:要件事实引论》(法律出版社2009年版)、^②陈林林著《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)、^③常宝莲著《民事诉讼证明的方法论——以事实证明为中心》(厦门大学出版社2015年版)等专著,还有一些如祝建军著《知识产权疑难案件裁判思维》(法律出版社2015年版)等以案例分析为主的著作;德国法学家卡尔·拉伦茨著《法学方法论》(商务印书馆2003年版)、^④德国法学家卡尔·恩吉施著《法律思维导论》(法律出版社2004年初译版、2014年再译版)、^⑤我国台湾地区学者杨仁寿著《法学方法论》(中国政法大学出版社1999年版)、^⑥我国台湾地区学者林立著《法学方法论与德沃金》(中国政法大学出版社2002年版)、^⑦王利明著《法学方法论》(中国人民大

① 该书以社会结构的三角形模式为分析工具,把法官决策体制分解为组织体系、规则体系与价值体系三个因素,在此基础上,沿着法官决策与司法产品生产的流程,逐一分析其中的理论难点,并用案例来揭示律师面临的实务现状,最后抽象出法官决策体制的整体困境,并在这种分析、揭示与抽象中,提出一些零碎的改进想法与方案。

② 张卫平教授认为,该书试图通过理论研究,在我国搭建起一座实体与程序内部联系的桥梁,在人们的头脑中形成一种以要件事实为基本概念的裁判思维方法。

③ 该书尝试通过对司法论证理论的梳理、分析和批判,来回应上述问题。立足于裁判理论的既有共识和欧美法学方法论的近期发展,提出了司法论证的一般构造,并将实践和理论上的裁判进路和方法,类型化为合法化论证、合理化论证和正当化论证三种基本模式。该书的主旨是通过对裁判进路和方法的描述性分析,来设定一些规范层面的要求和准则。

④ 本书是德国著名法学家卡尔·拉伦茨的一部重要著作,亦是法学理论方面的一部经典著作。其主要介绍了19世纪初至第一次世界大战结束期间,德国的法学理论及方法论。

⑤ 在《法律思维导论》中,制定法规范的内容之确定和推论过程,合乎逻辑地占据了较大篇幅。在解释方法问题上,恩吉施遵循着受萨维尼影响的传统的方法准则(Methodenkanon),但他也同时正确评价了新的诠释学观点。一方面,对于民主合法性的法律,法律者有服从的义务;另一方面,法律者总是面临一些棘手的问题:如何“正确地”适用制定法,如何可以有责任意识地去续造制定法。

⑥ 该书不仅已初步构建了一门实用而又新型的学科即法学方法论的体系和框架,而且在中国大陆法学者有关法律解释学论述的基础上多有创新和开拓。

⑦ 本书涉及Dworkin的部分,是限于其法律解释学,也就是他所称为“作为完整性的法律”(Law as integrity)或者“建构性的解释”(constructive interpretation)的这种法学方法论或法律解释策略之内涵以及其所引发的争议。

学出版社2012年版)①陈金钊等著《法律方法论研究》(山东人民出版社2010年版)、②等著作也涉及很多民事裁判思维的内容;以及发表在报纸杂志上数不胜数的相关文章。民事裁判思维深受关注,研究成果也已经不少。这些成果也是笔者不断学习、提炼、检验、修正和启发思路的宝贵资料,如笔者在讨论证明对象确定程序的章节中有关“法律事实构成要件的方法”讨论的内容就是借鉴梁慧星教授主张的法律解释方法和王泽鉴教授笔下的探寻请求权基础方法;③同时,前述研究成果也增强了笔者写作《裁判思维与证明方法》的坚定信心与决心。这是因为尽管有上述重要成果的面世,但还鲜有在理论上完整地解决民事裁判思维与证明方法问题,这是一个完整问题的两个方面,不应该断开。④我国民事程序法与实体法学者研究观点分离得非常明显,除上述个别成果关注到该问题外,大多数也并没有太多涉及诠释实体法与程序法的差异与融合,对此,笔者将在后文专门进行讨论。此外,上述研究成果也未能有效地推动立法的改进及司法实践的运用,如在立法方面法治较发达的国家或地区有关证明责任法和证明对象问题立法均相当完备,同时这些国家或地区以证明责任法裁判案件也很常见,但在我国,仅仅司法解释有所体现。近年来,随着《关于民事诉法证据的若干

① 《法学方法论》是一部系统总结如何在司法裁判中具体适用法律的方法及其规律的力作。书中紧扣司法三段论的一般原理,阐述了如何正确寻找裁判依据、认定要件事实,并寻求法律规范与事实要件正确的连接。作者归纳了几种适用法律的具体方法,并对法官在适用法律的过程中如何解释法律、进行妥当的价值判断和利益衡量进行了深入探讨。同时,作者对法官在裁判中的说理论证的方法和规则,以及规范法官的自由裁量权等也进行了较为深入的讨论,力求为法官依法公正裁判案件提供具有可操作性的方法。作者在书中还对法律人应当具备的法律思维提出了独到的见解。

② 该书介绍了方法论、法律方法论及法律方法论的研究现状、法律方法的体系问题、法律发现的方法、法律解释的方法、法律推理的方法、法律论证的方法、利益衡量的方法、漏洞补充的方法、宪法解释及其方法、刑事裁判方法即以定罪判断为例、民事裁判方法即以请求权基础理论为例、证明责任规范即克服真伪不明的法律方法、环境法解释方法即人本主义与生态主义的立场之争。

③ 上述有分量的专著中的作者个别为民诉法、法哲学学者,其他多为研究民法理论的著名学者,其中王泽鉴教授有过大法官经历,杨立新早期有过18年法院工作经历,钱卫清早期有过20年法官经历,邹碧华则是法官中的学者;梁慧星教授尽管没有司法实务经历,但非常频繁、不遗余力为各级法院一线法官讲座并收集回答民法领域问题,可以说对实务问题非常清楚,对实务中的疑难问题应答自如,可以说这是理论界非常难得的现象。因此,这些著作各具特色。

④ 正如也有学者提出法律裁判并非仅仅通过推理即可形成。法律推理其实是为判决结论提供正当理由的过程,可是推理本身是无法为自身的“前提”提供出处的。这就需要将裁判思维的视野扩大到推理“前提”的获得以及获得之前的心理活动上。如果将前提的获得称为发现,将结论是否合理的证明过程称为证成,那么裁判思维就可以被分成“发现”与“证成”两个脉络。参见李安:“裁判形成的思维过程”,载《法制与社会发展》2007年第4期。

规定》^①及新民事诉讼法司法解释^②等的出台,也已经有部分法官在民事裁判过程中,有意无意地开始运用证明责任法裁判案件,即通过归纳案件争议焦点,分配证明责任,证明这些焦点成立与否,之后决定裁判结果;但并没有形成系统思维,也没有上升为裁判方法。同时,司法解释毕竟不是立法,而且规定的内容也很不完整,有的规定还可能导致司法实践中乱象丛生,似乎无所适从。这是其一。

其二,司法公正在司法者的道德无瑕疵的前提下,既要掌握方法论,更要有实际技能,这是法官等实务法律人研究“裁判思维与证明方法”的优势所在。^③本书将裁判思维和证明方法紧密结合,试图使民事案件的处理既要做到方法适当又有理想的结果,将多年对民事程序法与民事实体法的学习理解心得进行融合。研究方法上,诠释与涵摄方法贯穿整体内容,若干逻辑思维方法、法律解释方法等得以运用;且对于重点问题几乎都配有实例分析,全书使用的26个实例全部来源于笔者近年所承办案件,与相关理论紧密结合。书中涉及问题和一些具体举措、观点,笔者几乎都已反复从理论到实践、从实践到理论来回试验,经检验效果都比较理想,可以推荐尝试。^④

需要强调的是,在尝试这些举措时,要重视庭审的改革创新,即使是二审案件庭审中,尽量做到三位法官全部到场参加庭审,听取当事人或证人的当面表

① 2001年12月6日,最高人民法院审判委员会1201次会议讨论通过《关于民事诉讼证据的若干规定》,2002年4月1日开始实施。

② 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》已于2014年12月18日由最高人民法院审判委员会第1636次会议通过,自2015年2月4日起施行。

③ 司法公正不但是一种法律意义上的公正,而且是一种证明意义上的公正。司法公正之实现要求司法者应该具有法律人思维,缺失法律人思维的司法者将很难确定法律真意。法律人思维应包含两个层面的内容:在理念层面,法律人应具有区别于普通人的方法论原则;在具体层面,法律人应具有操作法律的实际技能。参见董玉庭、于逸生:“司法语境下的法律人思维”,载《中国社会科学》2008年第5期。因此,王泽鉴教授在谈及法律人的能力时指出,一个社会所贵于法律人者,即其所具备此等能力:一是法律知识;二是法律思维(依循法律逻辑,以价值取向的思考、合理的论证,解释适用法律);三是解决争议(依法律规定,作合乎事理规划,预防争议发生在先,处理已发生的争议于后,协助建立、维护一个公平和谐的社会秩序)。参见王泽鉴:《法律思维与民法实例》,中国政法大学出版社2001年版,第1~2页。

④ 笔者总结了多个比较新颖独到的做法,并取得良好的效果,后文均有详细介绍,如证明责任裁判方法、现代自由心证及主观认定客观化、举证责任转移、诉讼标的与诉讼请求关系、免证事项认定等。

诉,确保审判直接言词原则真正落实,满足了审判法官亲历性要求^①;庭审中坚持“能调则调,当判则判”,对双方当事人均有调解意愿且有调解可能的,在充分尊重双方当事人意愿的情况下,优先用调解方式处理;对当事人不愿调解或者有必要为社会提供规则指引的案件纠纷,则采用判决的方式,且尽量做到当庭宣判,大幅提高当庭宣判、调撤率。英国有一句法律格言:“正义不但应当实现,而且正义的实现过程应当为人所知。”^②集中庭审的创新举措将提高裁判的可预见性^③和裁判的

① 司法亲历性是司法的重要原理,也是司法规律中行为规律的重要内容,它由司法的诸多特点所决定,在司法制度、诉讼制度中居于重要地位。司法亲历是司法人员身到与心到的统一、司法人员亲历与人证亲自到庭的统一、审案与判案的统一,也是亲历过程与结果、实体与程序的统一。其基本要求是直接言词审理、以庭审为中心、集中审理、裁判者不更换、事实认定出自法庭、审理者裁判、裁判者负责。司法亲历主要适用于普通程序特别是事实有争议、被告人不认罪案件一审的庭审,其中事实认定是重中之重。司法亲历性要求改革完善人民法院审判委员会制度和人民检察院办案机制。参见朱孝清:“司法的亲历性”,载《中外法学》2015年第4期。

② [澳]大卫·科比:“好法官所必备的素质”,载怀效锋主编:《法院与法官》,法律出版社2006年版,第3页。当庭宣判的方式是最体现过程为人所知,很受学者、律师追捧。有学者指出,我国当前审判方式的缺点是,不能以看得见的方式实现司法公正:开庭方式无须当庭宣判,难免引人质疑;闭庭方式偏重书面材料,具有神秘色彩;特殊方式情形过于特殊,淡化外在标准。司法公正以看得见的方式实现,对审判方式提出的要求在于:尊重当事人的主体地位,法官的职权服务于当事人的权利;发挥法律职业共同体的作用,实现控辩力量的平衡;维护法官独立审判的权力,限制法官的任性。围绕司法公正以看得见的方式实现,改革我国的审判方式,应当从内外两方面入手。内在方面是使审判方式改革与司法制度改革同步进行,关键是改革审判管理体制和陪审制度,并推行公开审判制度。外在方面是赋予现有的审判方式以新的活力,即突出开庭审判和当庭宣判的主导地位,闭庭方式与特殊方式限于基层人民法院在简易程序中合并适用,高级人民法院实行巡回审判。参见魏胜强:“司法公正何以看得见——关于我国审判方式的思考”,载《法律科学》2013年第6期。

③ 可预见性规则在契约法中担当着法律上因果关系的角色,规则于解释论上的妥适展开,取决于价值基础的厘清及技术工具的合理选择。可预见规则背后具有复杂的价值构成,其中分量最重的两项是私的自治的尊重和给付均衡的维持。技术上可采理性人标准来判断损失是否可以预见,标准的具体化系在价值指引下结合个案情境确定理性人能力和知识状况,可预见程度在标准适用中可扮演着重重要的角色。参见叶金强:“可预见性之判断标准的具体化——《合同法》第113条第1款但书之解释路径”,载《法律科学》2013年第3期。

可接受性,^①真正做到“让审理者裁判、由裁判者负责”,让公平正义在每一个案件中以看得见的方式实现。

2015年年底,就在笔者对《裁判思维与证明方法》进行总结思考,如何进一步推进运用之时,法律出版社与笔者约稿,并将本书纳入《审判专家裁判思维文库》。经过慎重考虑,笔者欣然答应,签约确定3个月内交稿。尽管有较长的节假日可以安静写作,但3个月内是不可能写出30多万字文稿专著的,因此写作内容实际上主要是修订完善之前的一些成果。从1996年担任法官以来,笔者在大量办案的同时,一直坚持思考总结,将实践心得写出来发表,而其中大部分都和《裁判思维与证明方法》有关,包括在核心刊物已经发表的26篇文章选题中

① 裁判可接受性大多指社会公共意见被转化或反映。如陈景辉指出,以“公众意见能够取代法律标准”为核心的裁判可接受性概念,实际上是以下两个方面的统合:一方面,公众意见能够被转化成正当化理由,因此才能取代法律标准成为裁判依据;另一方面,司法民主化要求司法裁判必须反映公众意见。但是这两个要素都存在明显的缺陷:第一,公众意见难以转化为规范性的正当化理由;第二,司法民主化可以分为直接民主化与间接民主化,并且间接民主化能够更好地与现行民主制度、裁判者的司法义务等要素保持一致,但是裁判可接受性概念中的民主化只是直接民主化的体现。由于以上两个方面的问题,裁判可接受性概念缺乏存在的恰当基础。参见陈景辉:“裁判可接受性概念之反省”,载《法学研究》2009年第4期。笔者主张裁判可接受性应首先考量当事人对裁判的可接受性,毕竟只有当事人最为关心及参与诉讼并掌握具体情况;当然还包括法律职业共同体,再次之才是公众意见,因为法律职业共同体更为专业。如学者张继成指出,判决结论宣告了一种对双方当事人的未来将会产生重大影响的可能生活。其中,应得可能生活体现了公平、正义等法律价值,因而是具有可接受性的可能生活。合理法律论证的四个构成要件是法官为当事人建构应得可能生活的法律依据、事实依据、逻辑依据和制度保障。能否满足当事人需要以及当事人需要是否具有正当性,分别是当事人和法律职业共同体、社会公众判断司法判决是否具有可接受性的标准。批判性检验可以帮助人们发现和排除司法判决中存在的各种形式谬误或实质谬误,降低当事人获得正义对运气的依赖,从而最大限度地保证被强制执行的司法判决同样具有可接受性。参见张继成:“可能生活的证成与接受——司法判决可接受性的规范研究”,载《法学研究》2008年第5期。事实上,公众意见与裁判认定的偏差同样涉及法治理念与司法规律问题,这些需要法律职业思维。如有学者指出,自媒体时代,公众意见对司法裁判的影响显著提升,呈现出民意左右审判的现象,背后则是司法公信力问题,以影响性诉讼案件为标本,反映出理性选择的背后是违反司法规律导致的司法公信力不彰。当前的司法改革,需要努力弥合这种认识上的差异,坚守法治理念和尊重司法规律,并以此为基础形塑公众与刑事司法的良性关系。参见胡铭:“司法公信力的理性解释与构建”,载《中国社会科学》2015年第4期。对于公众的可接受性考量,在现有的制度资源中,陪审制度的存在不就正是国家体制做出的,给予社会成员以“公民参与”权利的政治承诺吗?只有参与才有掌握咨询的可能,才能给出比较正确的评价。参见陈洪杰:“从‘群众参与’到‘公民参与’——司法公共性的未来”,载《法制与社会发展》2014年第1期。当然这些引述并不代表笔者否定大众意见的重要性,正如有学者指出,司法应该弥合而不是加大法律与社会的差距,如果司法要参与社会变革,它必须满足民众对公正的基本心理需求。另外,新媒体的兴起,使人们得以在事件流中辨识法律的社会意义,多元的法律世界观有可能获得融贯。参见王启梁:“法律世界观紊乱时代的司法、民意和政治——以李昌奎案为中心”,载《法学家》2012年第3期。

就有一半以上和《裁判思维与证明方法》有关。^①另外,2015年,经广东省高级人民法院推荐,我入选中央政法委与教育部人才互聘“双千计划”,安排到广东财经大学挂任法学院副院长、兼职教授一年(挂职期满后,由于学校领导及师生的肯定,继续聘请笔者为兼职教授)。一年的时间里,由于要兼顾法院的工作,笔者较少参与学院的行政工作,但为两个卓越法学实验班讲授了3门必修课(《证据法实务》、《精品案例分析》和《法律职业规范》),为法学院举办了7场讲座。近年来,笔者也受邀到国家法官学院、西南政法大学等高校和法院讲课,其中大部分内容也是和“裁判思维与证明方法”有关。为了准备这些课堂、讲座内容及与同学们、法官们互动讨论,笔者积累了很多心得。还有,近年来笔者参与了多个相关课题研究,受邀参加了多个相关课题的论证、讨论,^②让笔者有机会学习他们的调研成果及参与交流心得、提出自己的建议意见。

本书的出版不敢自称“授人以渔”,书中内容基本上只是笔者将20多年来审理案件、总结归纳、理论检验及反复来回试验探索、修正提升的心得沉淀而已,这也是笔者为什么就本书后记中介绍酝酿过程做了如此大篇幅交代。因此,本书只能供读者参考,并请付诸实践检验,指出问题以赐教笔者进一步探索修正。同时,本书选题跨度大,不但横跨实体法与程序法的诸多问题,而且研究内容或研究范围上几乎涉及有关民事程序法(特别是民事证据法)和民事实体法的方方面面;本书的研究涉及民事诉讼法、民商法等多个部门法学,许多问题必须运用法理学、哲学、逻辑学等方法论知识,涉及多学科知识的综合运用,因此,一些核心内容的研究可能会显得有些肤浅。对以上问题和其他一些笔者还没有发现的问题,恳请各位前辈老师及同人不吝批评指正。希望本书的出版,能起到抛砖引玉之作用,能够引起更多的法科学者、法律实务工作者及法科学生对本书相关问题共同参与关注和研究,这是本书写作初衷之所在。

① 如程春华:“举证责任分配、举证责任倒置与举证责任转移——以民事诉讼为考察范围”,载《现代法学》2008年第2期;程春华:“论法官的自由心证与法官对证据自由裁量——以民事诉讼为考察范围”,载《比较法研究》2009年第1期;程春华:“民事案件裁判方法论:三段论法与证明责任法”,载《南昌大学学报(人文社科版)》2013年第2期;程春华:“论民事诉讼中免于证明的事实与不属于免证的事项”,载《人民司法》(应用版)2007年第23期;程春华:“民事诉讼证明与法官释明之厘清”,载《法律适用》2010年第2~3期;程春华:“论民事诉讼中诉讼标的与诉讼请求之关系——兼论法官对诉讼请求变更及诉讼标的释明权之行使”,载《法律适用》2014年第5期;程春华:“商标侵权民事责任承担的举证责任分配及证明要求——以新商标法的规定为考察范围”,载《知识产权》2014年第10期。

② 如天津市第一中级人民法院邀请笔者担任该院承担的最高人民法院重大课题《关于充分发挥庭审作用、提高庭审质量的调研》课题专家组成员。