



武建敏 著

司法理论 与司法模式

华夏出版社



武建敏 著

司法理论

与司法模式

华夏出版社

图书在版编目(CIP)数据

司法理论与司法模式/武建敏著. -北京:华夏出版社,2006.8

ISBN 7-5080-4041-4

I. 司… II. 武… III. 司法制度-研究 IV. D916

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 081755 号

华夏出版社出版发行

(北京东直门外香河园北里4号 邮编:100028)

新华书店经销

世界知识印刷厂印刷

670×970 1/16 开本 15印张 209千字 插页2

2006年8月北京第1版 2006年8月北京第1次印刷

定价:25.00元

本版图书凡印刷装订错误可及时向我社发行部调换



作者简介：

武建敏，1969年12月28日出生于河北省内丘县，东北师范大学哲学学士，北京大学哲学硕士、法学博士。2001年投入武树臣先生门下学习法律思想史和法律文化，从此开始思考法律问题。2004年返回阔别多年的老家，执教于河北经贸大学法学院，常以“传道授业解惑者”自居，力图使自己成为一个真正言说思想的人。出版专著有《传统司法行为及其合理性》，发表论文十余篇。

前 言

在我对法律问题思考之前,有一段很长的哲学训练时间。除了学习哲学专业的本科和研究生所要求的一系列课程之外,我阅读了一定的哲学著作,其中涉及的学派和人物较多,而我好像更喜欢形形色色的实践哲学。我对马克思的理解是实践哲学的进路,这一进路影响了我思考问题的基本前提,于是我就自觉地从中国的儒家哲学以及西方古希腊哲学、德国古典哲学、存在主义哲学、哲学解释学、实用主义哲学当中吸取实践哲学的思想营养,从而在自己的头脑中进行整合。久而久之,实践哲学便构成了我基本的哲学世界观,成为我思考问题的一个基本立场。几年前,我又回到北大,不过这次不是进的哲学系,而是到法学院攻读博士学位,于是我开始思考法律问题。由于早先实践哲学的认知图式的影响,我对法律问题的思考也就很自然地表现为实践法学的进路,实践法学从基本的思维方式和立场上是与实践哲学一致的,只是实践法学所面对的对象世界是法律生活,而实践哲学的对象世界则是人的存在及其生活。然而,法律生活在其本质上也是人的存在与人的生活问题,法律生活的最终的目的也是让人们生活得更好,这也可以看做是以人为本的思想理路。当然实践法学是丰富的,它作为一种立场和思维方式乃至理论还需要进行深入的挖掘,这将是一个不断思考的过程。

我在这里所研究的是司法理论与司法模式的问题,这个问题是从司法行为过程当中捕获的问题,实际上也是对司法行为过程本身的研究。司法行为过程作为重要的法律实践活动,在法律生活中是最具魅力的研究领域之一。而在实际上也只有对司法行为过程有了深刻的思考和理解之后,我们才能说自己真正地懂得了法律及其生活的真谛。实践法学的对象世界有三个,一个是规则的世界,一个是事实的世界,

一个是裁判的世界,而实践法学对这三个世界的思考都是站在司法行为的角度所进行的研究,因而法律的规则是司法运作中的规则,事实是司法运作中的事实,只有采取以司法为中心的逻辑进路,我们才有可能将法律规则看做是实践中的规则,事实是实践中的事实。这样的法学才是彻底的实践法学。

我对司法理论和司法模式的研究所采取的是实践法学的进路,贯彻了实践法学的基本立场。

其一,实践法学尊重司法行为过程本身的性质,坚持从司法过程本身的规律性出发去理解司法审判,而不是从想当然的教条出发去规制司法运行的过程。司法审判活动有着其自身的规律性,无论是对法律文本的解释,还是对于事实的认定,抑或是对司法结论的论证,都必须按照司法本身的性质加以理解。拿法律解释来说,严格意义上的法律解释只能是法官的解释,只有法官拥有解释的正当性,而且这个法官必须是审判当下案件的法官。根本的原因就在于只有法官穿着法袍,敲击着法锤,处于案件审判过程的始终,他才有可能真正地了解和把握案情的整体,只有对案情有着在场的经验,才有可能在案件和法律规则之间进行交错的合理性解释。司法本身的过程是复杂的,你不亲历就难以有真切的判断,让一个不亲历的他者对案件进行裁判不符合实践的本性。极端地说,如果真的不亲历就可以进行判决的话,那么我们还要开庭进行审判就没有任何意义,因为按照这种逻辑只要权力的拥有者将案卷拿过来径直判决就可以了。之所以在司法的运作过程中要求开庭审理,就是要尊重事物本身的性质,尊重司法审理过程中每一个细节,只有这样才可能有合理的事实认定与合理的法律解释。

其二,实践法学在司法行为中的贯彻使得司法行为必须体现出实践合理性的价值。实践合理性有三个重要的维度,首先是司法行为之合规律性,这主要是通过认识活动和逻辑活动对于案件真相的把握,当然在案件真相的把握过程中必须渗透证据法的理念,证据法理念是对人的认识能力不足的一种法律补充,从而使得司法所获得的是一种法律真实,而不是客观本身。其次,是司法行为之合目的性,这其实是一个价值的问题,无论是在对法律的解释中,还是在对事实的认定中,乃

至对司法结论的论证中都渗透着各种各样的价值判断。最后,司法行为还有一个符合人们的心理情感需要的合理性问题,一个司法判决必须是公正的,只有如此才能够满足人们的心理需要,也才能够平和人们的心理情感,这样所达到的就是司法认同的良好效果。从这里我们看到,司法运作的合理性既有对司法本身性质的尊重,这是司法运作的内部问题,也有在外部获得社会认同的问题。而这内部和外部的合理性都是司法运作的必然要求。

其三,实践法学重视实践本身的价值和意义,而实践是有主体的实践,良好的充满着实践合理性的司法实践要求具有丰富实践智慧的法官。这是实践法学在司法运作中对司法主体实践智慧的推崇。实践智慧不同于单纯的知识系统,单纯的知识系统是很容易学习的,只要一个人足够用功,就可以很好地在法律知识方面过关,所以法律知识对于法官而言是个不大重要的问题。法官在司法运作过程中更多地依赖的是实践智慧,对法律该如何解释绝对不是一个知识论的问题,而是一个实践理性、实践智慧的问题。一个拥有着良好的知识系统的法官未必是一个好的法官,法官要在实践中培育自身的智慧,这种实践之知乃是内在于法官的心理结构之中,甚至身体的行为之中。实践法学对于司法主体的推崇也就自然认可了司法的运作过程是一个充满着创造性的过程,法律正是在无数个法官的智慧中不断地获得发展的可能。机械的法条主义的法官不可能对法律的进步做出任何贡献。

其四,实践法学是辩证的、中道的,这一实践法学的基本立场对于司法而言具有重要的意义。无论是马克思还是孔子抑或是亚里士多德等思想大师都是辩证主义和中道主义者,根本的原因在于他们对于实践的重视,而任何实践运演恰恰是中道和辩证的过程。实践不能极端化,不能两极化,它所追寻的是一种平衡的理念。法官的判决也是一个平衡的过程,他要在各种价值、利益乃至社会情势中寻求恰当的平衡点,这种平衡即为中道的智慧。而我们对于混合法司法模式的构造也是从事物的本性中合理地引发出来的符合中道理念的司法模式,在司法行为的运作过程中既内在包含着从一般到个别的成文法模式,又内在包含着从个别到个别的判例法模式,这两种思维模式内在于司

法运行的过程,而混合法恰恰是这一司法运行过程的中道式的提升。而从世界法律发展的趋势来看,成文法与判例法的彼此融合已经是不争的事实,面对事实,你无法拒绝它的诱惑。

其五,实践法学是情境化、语境化的法学,这一思维方式对于我们合理地解读司法过程具有重要的价值。法官对于案件的审判都是在一个特定的情境中进行的,而案件本身也都有一个特定的语境,这就决定了法官的思维在本质上应该是一种语境化的思维。他必须将具体作为他思考的中心,而不能单纯地从一个抽象的教条出发来剪裁那个具体的情境。而我们对于司法模式的构建也是如此,必须分析中国的语境,从中国的语境中开出合理的司法模式。我们既不能否认中国现在成文法模式既存的事实,而去发展单一化的判例法模式,也不能忽略我们目前单一的成文法模式所存在的问题而拒绝判例法模式这一来自司法本性的需求,而是应该在混合法司法行为模式的框架中使成文法模式与判例法模式实现合理的整合。当然这种整合必须是可操作性的整合,而可操作性的整合一定会贯穿着简单的原则,复杂的整合在当下的中国肯定无法实现,这是由中国的语境决定的。

另外,实践法学作为一种法学的思维方式,它的思想旨趣是生活化的,这在司法运作过程也是很明确的。司法的存在价值是要合理公正地解决各种纠纷和矛盾。在各种法律活动中司法与民众的接触是最直接的,因而民众对法律的信任和期待往往表现为对司法合理化和司法公正的要求,能够满足人们这一要求的就是良好的司法,就是体现了“以人为本”这一价值理念的司法。这种“以人为本”的理念就是司法的生活化理念,它的目的也是为了让民众生活得更好,这是现代司法理念不同于古代司法统驭理念的根本所在。这种生活化的理念会体现在法律解释对生活世界的尊重之中,会体现在司法制度的设计所具有的简单方便的特性之中,会体现在司法结论的和谐的价值取向之中。

感谢我的导师武树臣先生将我从哲学门引进法学门,感谢他将我对法学的兴趣引入司法领域,感谢他在司法问题方面所给予我的良多启发!本书的出版得到了河北省教育厅学术著作出版基金的资助,特此致谢!

目 录

前 言	1
导 论 实践法学与司法审判	1
第一节 实践法学概述	2
一 哲学基础	2
二 思维方式	7
三 走向生活世界	10
第二节 实践智慧与法官的审判	15
一 知识与逻辑及其缺欠	15
二 法官的实践智慧	19
三 法官制度:考虑实践智慧的维度	23
第三节 实践法学与司法模式	26
一 混合法模式:来自于事物的本性	27
二 混合法模式构造的中国语境	31
三 走向具体	34

上篇 司法理论

第一章 法律解释理论	39
第一节 法官:解释主体的正当性	39
一 法官的解释与司法解释	40
二 法官的解释:司法本性的要求	44
三 实践智慧:解释主体的完善	48
第二节 共识与冲突:法律解释的困惑	50

2 司法理论与司法模式

一	绝对中立:对法官的理想要求	51
二	法律解释中的共识与冲突及其根源	53
三	走出困惑还是在困惑中发展法律	58
第三节	实践哲学:法律解释的理论基石	61
一	解释学作为实践哲学的意义	62
二	法律解释的实践合理性	64
三	法律解释中的理想:让人生活得更好	69
第四节	书写法律解释的理由	71
第二章	事实理论	76
第一节	宏观认识论与案件真相	76
一	关于宏观认识论的界说	77
二	无时间限制的认识理论	81
三	永恒的理想:事实的可知性与人类的正义事业	83
第二节	微观认识论与案件真相	85
一	关于微观认识论的界说	85
二	具体认识的复杂性与有限性	89
三	正义的缺憾	92
第三节	证据规则的介入	95
一	何以设定证据规则	97
二	证据规则与价值冲突	100
三	现代司法中的“疑罪从无”	102
第三章	司法论证	104
第一节	几种常见的推理形式	105
一	几种推理形式的解读	105
二	推理是如何被运用的	110
三	寄希望于法官	113
第二节	实质性论证	118
一	法律文本世界的有限性与实质性推理	119
二	实质性论证的具体形式	122
三	法律创新的契机	125

第三节	司法论证的合理性标准	128
一	司法论证合理性的社会性分析	129
二	司法论证合理性的标准问题	131
三	价值论证的语境化	134

下篇 司法模式

第四章	司法行为之成文法模式	139
第一节	作为司法行为模式的成文法	139
一	成文法综括	140
二	成文法模式的运作特征	143
三	成文法模式的哲学思考	147
第二节	中国何以选择成文法模式	149
一	历史的视角	150
二	传统的视角	152
三	事物的本性	156
第三节	中国成文法模式的运作及其问题	158
一	法律至上还是权力至上	158
二	服从还是创造	162
三	司法本性的缺失	165
第五章	司法行为之判例法模式	169
第一节	作为司法模式的判例法模式	169
一	判例法模式综括	169
二	判例法模式的运作特征	173
三	哲学分析	177
第二节	传统中国的判例法资源	179
一	比较视角:中国的判例法资源	179
二	中国判例法的理论分析	182
第三节	判例法模式:引进抑或提炼	185
一	法律何以可以引进	185

4 司法理论与司法模式

二	判例法:引进什么	189
三	判例法:如何提炼	195
四	回归本性	196
第六章	司法行为之混合法模式	198
第一节	混合法模式的传统资源	198
一	混合法:否定之否定	199
二	资源为何? 如何挖掘?	202
三	混合法资源的理论分析	206
第二节	混合法模式的哲学基础	209
一	辩证法视角	209
二	认识论视角	212
三	实践哲学视角	217
第三节	混合法模式构建的具体思路	221
一	中国成文法模式现状分析	222
二	混合法内部的关系模式	223
三	混合法模式中的判例效力等级	229

导论 实践法学与司法审判

实践法学作为对法律生活的解读方式,它为法律及其运作的理解提供了一种思维方式。这种思维方式拒绝一切对法律的绝对化理解,而是将法律及其运作植根于实践当中,在具体的语境中展开对法律生活的合理性理解。在司法行为中法律最鲜明地体现了实践的特性,司法行为对于每一个个案的解决都是在具体的语境中进行的,这就决定了法律所追求的普遍性必须在特殊性之中加以实现,具体的个别深刻地包含了一般性,一般性只有在个别之中才能实现自身的价值。这就在根本上决定了司法的运作是一种个性化的展开过程,在这个运作过程中法官发挥着重要的创造性作用,无论是对于法律的解释,还是对于事实的认定,或者是对判决的论证,法官的智慧都表现为在具体语境中对法律的创造,这种创造构成了对法律发展所做出的贡献。

实践法学揭示了法律及其运作的本性,要求法律的运作按照事物的本性展开,并且要求从事物的本性中引发出合理的制度设计。不仅法官具体的审判活动体现了这一事物本性的要求,而且法官的行为所遵循的司法模式也要求体现出事物的本性的合理要求。人类在其自身的实践活动中创造了特有的思维方式,人们的思维活动不仅要求遵循普遍的从一般到个别的规律,而且还有从个别到个别的思维方式,并且在归根到底的意义上普遍性也要在具体的特殊性中实现自我。在法官的审判活动中,这两种思维都是存在的,从普遍到特殊的思维规律决定了在司法审判活动中成文法思维的存在意义,而从个别到个别的思维规律决定了判例法思维的合理性,而将两者在司法审判活动中加以整合所构成的混合法的司法运作模式符合了人类思维的基本规律,也是从司法运作的本性合理导出的制度设计,因而具有本质的合理性。这

不仅是实践法学所揭示的实践论的思维方式的必然表达,而且也体现了司法运作过程的辩证性要求。

因此,这里对司法理论和司法模式的研究都是建立在实践法学这一基础之上的,是在实践法学的基础上对司法问题的思考。

第一节 实践法学概述

实践法学作为一种概念,它不是要重新设定法学的对象世界,而是要对法学的对象世界的认识方式进行转换;它不是要创建一种新的法学科目,而是要实现法学思维方式的重构;它不是要增加人们新的知识,而是要完成知识组合方式的变化。实践法学是一种新的提法,它只是要改变人们关于法律以及法学的观念。实践法学就像历史上存在过的概念法学、利益法学、分析法学以及社会法学一样代表的是一种思想方式,它表达的是人们对法律以及法学的看法的转变。这就像我国法学界过去所研究的权利法学,权利法学根植于人的主体自我意识,对人的思想应和了上个世纪 80 年代中国思想界的启蒙意识。这里所称的实践法学是体现了法学思维方式由规则向规则的运用的转变,由单纯的宏大的理论探讨向实践的转变,也契合了当代社会哲学话语由纯粹思辨走向生活世界的理论旨趣。

一 哲学基础

每一种思想转变的背后往往包含着深刻的哲学理由,一个学科或者一个学科的话语方式的转变也有其深刻的哲学理念作为支撑。过去权利法学的兴盛其背后的哲学基础是人本主义思想以及启蒙时代的理性精神,按照这样的思想逻辑,人们抛弃了工具论的法律观而走向了以人的主体自我意识为基础的目的论的法学。在这样的逻辑视角下,法律已经不再是令人恐惧的外在物,而成为了人的生活方式的一部分。这是法律之人本主义精神根植于人的生活世界的表现。实践法学作为另一种新的法学话语方式不是对权利法学的否定,而是为法律的研究提供了一个新的视角。在这样的视角下,法律不再仅仅被看做一种知

识的体系,而同时是一种实践智慧,法律的理性基础已经不再是单纯的知识理性,而是实践理性。那么,这样的法学是以怎样的哲学为基础的呢?

其一,马克思的实践哲学。过去对于马克思的理论解释往往是将其看做辩证唯物主义和历史唯物主义,这是没有问题的,而其理解也提供了一种思想方式,比如其辩证法和历史性特质就可以看做是这种哲学的理论和思想特性。然而这辩证与历史的背后其实也有更为深厚的基础,那就是实践,人们是在实践基础上产生了辩证和历史的的思想。马克思曾经说过:“社会生活在本质上是实践的。凡是把理论导致神秘主义方面去的神秘东西,都能在人的实践中以及对这个实践的理解中得到合理的解决。”^① 在归根到底的意义上人们的一切都来自于实践活动,是实践的规律产生了思想的规律,当然由于思想逻辑所具有的自身主体性意向,实践的规律也往往具有主客互动的运作特征。从根本上讲,人类一切知识的形式和思想的方式都有深刻的实践基础,实践构成了人类认识世界和改造世界的基本方式,这种实践哲学是“人类把握世界的一种基本方式,因此我们只有从人类的实践存在方式出发去理解人类把握世界的各种方式及其相互关系,才有可能真正理解哲学这种‘文化样式’。”^② 实践哲学对解释这个世界乃至解释人们的知识形式和思想方式具有重要意义。实践法学恰恰是以这种实践哲学作为其基础。比如马克思的实践哲学将人类的活动理解为合规律性与合目的性的统一,而法律的运作也是如此,就立法活动而言,它就是要遵循人们实践的逻辑,将生活中体现了合理性价值的规则提炼为法律规则,并且遵循了法律的可操作性原则;同时,法律之中也必然渗透着立法者的意志。又如在司法审判活动中,法官既遵循人们在亿万次的实践中形成的逻辑的格式,同时司法活动也表达了法官的主体性目的。这样的实践哲学构成了人们理解法律及其运作的基础,成为人们解读法律活动秘密的一把钥匙。“实践既是消除主观性与客观性各自的片面性、是主

① 《马克思恩格斯全集》第1卷,人民出版社1966年版,第18页。

② 孙正聿:《简明哲学通论》,高等教育出版社2000年版,第23页。

体和客体达到统一的活动,又是发展主观性和客观性的对立、造成主体和客体新的矛盾的活动。总之,在实践中,不仅蕴藏着人类社会的一切秘密,也蕴藏着人的对象世界的一切秘密;它是人类面对的一切现实矛盾的总根源,同时又是人类能够获得解决这一矛盾的力量和方法的源泉和宝库。”^① 法律活动的秘密也存在于其实践活动之中,而实践哲学恰恰提供了这样的一种思维方式。^②

其二,儒家哲学。儒家哲学根植于传统中国的社会土壤之中,也具有鲜明的实践特征。李泽厚先生将儒学的特征概括为实用理性,这和人们在实践中总是坚守度的原则是一致的。^③ 而儒学正是在对人的生活的反思中坚持了辩证的思维,而不是两极化的思维。比如儒学讲的经权变通就是对人类实践活动的原则性和灵活性的高度反思,经是常,权是变。在这个世界上任何一种常在面对现实的纷繁复杂时,都不可能保持其不变的状态,而必须有所变通。这样的理念深深地影响了传统的司法行为。比如在复仇的问题上,国家的司法行为采取了这样的变通:一般情况下是不允许复仇的,但若是因为正义的复仇则可以宽恕,这就是变通。^④ 另外,儒学讲中道,中道不是简单的不偏不倚,而是

① 高清海:“论实践观点作为思维方式的意”,载《高清海哲学文存》第1卷,吉林人民出版社1997年版,第125页。

② 比如对于法律的解释,解释者的背景信念和生活意识等都会影响到法律解释的结果,而这一结果恰恰构成了一种法律的权力,形成了一种以权力为基础的话语霸权和以知识信念为基础的权力机制。而在这一解释的过程中真正发挥作用的是人们生活世界的各种意识和背景信念,而这些意识和信念归根到底来自于人们的实践。这是解释学所揭示的深刻道理。关于解释学的著作可参见洪汉鼎先生的《诠释学——它的历史和当代发展》(人民出版社2001年版)。

③ 关于李泽厚先生对度的实践特质的解读可以参见其重要著作《历史本体论》(三联书店2002年版),这是一本具有浓厚的实践哲学意向的思想性著作。它虽然不具有构造制度的力量,但它具有极强的解释力,它解读了文化的合理性以及我们生活的原则,让我们更清楚地了解自身的存在以及文化的价值。

④ “盖以为不许复仇,则伤孝子之心,而乖先王之训;许复仇则人将依法专杀,无以禁止其端亦。夫律虽本于圣人,然执而行之者有司也,经之所明者,制有司也。丁宁其义于经,而深设其文于律者,其意将使法吏一断于法,而经术之士,得引经而议也。《周官》曰:‘凡杀人而义者,令勿仇,仇之则死’。义,宜也,明杀人而不得其宜者,子得复仇也,此百姓之相仇者也。”(《旧唐书·刑法志》)这里所表现的就是以义和情理为基础的一种变通。这和实践哲学的意蕴是相一致的。

恰到好处,要求人们做到度,而度的合理性又来源于实践的合理性,是实践辩证法在人类思维中的体现。这样的思想影响了中国古代社会的法官,一般情况下法官会根据法律制度来判案,但在特殊情况下则根据儒学经义和情理来做出判决。这种颇具实践理性的儒家哲学对人类的方方面面都构成了影响。今天的法律及其运作也不可能离开变通的哲学,法律文本都有一般的原则,但它没办法解决当下的具体案件,怎么办?这就需要创造,而创造就要有变通,当然创造不是无中生有,不能毫无根据,而要以原则性和灵活性的合理把握为其必然的逻辑。

其三,实用主义。过去人们对实用主义有误解,其实实用主义哲学是哲学世界中最有魅力的哲学之一。它注重实践、否定教条,具有深刻的经验性特质。^① 经验性体现了对实践的依赖,任何经验都来自于实践,而其对实践的依赖恰恰决定了经验的语境化特征。一种经验非彼经验,每一种经验都存在于其特定的语境之中。任何一种经验都有着自身的特性。在詹姆斯看来,“经验首先不是单纯的检验或者证实行为,甚至不是表象(representation),而是展现(presentation),即把事物或对象引进视域的行为,面对面地与它直接接触。更确切地说,是经验者将自己融入对象,进入对象之流,而对象合而为一,去体会对象的所是(is),把握给予的对象所展现的实在性。在经验的过程中,当然能获得一定的知识,但是,这种知识不是英国经验主义者所说的观念或印象,即不是某种原型的摹本,而是经验者体验的内容和意义。”^② 正是由于这种经验的特质决定了经验所展现的主体性意义,社会生活中的每一个人都有着关于经验的理解,都有着其自身而他人难以理解的经验世界,这个世界源自于人的实践活动。在实践活动的基础上形成了经验的主体性。法律生活也是实践方式的一种,法律人在其特定的法律实

① 美国以皮尔士、詹姆斯、杜威、奎因和罗蒂为代表的实用主义是美国的本土哲学,他们反对抽象的教条,讨厌形式逻辑,注重现实的生活与经验,“实在”是他们的核心理念。关于这一点只要看看美国实用主义大师詹姆斯所撰写的《实用主义》和《彻底的经验主义》等著作就可以一目了然。

② 尚新建:《美国世俗化的宗教与威廉·詹姆斯的彻底经验主义》,上海人民出版社2002年版,第98页。