



法哲学与法学方法论丛书

张斌峰◎主编

陈绍松◎著

司法裁判的合理可接受性及理论渊源

司法裁判的主体规范和功能发挥

司法裁判的法规范探究

司法裁判的论证与接受

司法裁判合理可接受性标准的制度建构

司法裁判的合理可接受性



中国政法大学出版社



法哲学与法学方法论丛书

司法裁判的合理可接受性

陈绍松◎著



中国政法大学出版社

2017·北京

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题, 由出版社负责退换。

图书在版编目(CIP)数据

司法裁判的合理可接受性/陈绍松著. —北京: 中国政法大学出版社, 2017. 12
ISBN 978-7-5620-7871-5

I. ①司… II. ①陈… III. ①审判—研究 IV. ①D915.182.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第280979号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话	010-58908524(编辑部) 58908334(邮购部)
承 印	北京九州迅驰传媒文化有限公司
开 本	880mm × 1230mm 1/32
印 张	10.5
字 数	264 千字
版 次	2017 年 12 月第 1 版
印 次	2017 年 12 月第 1 次印刷
定 价	39.00 元

基金项目：工商管理省级重点支持学科
(黔学位合字 ZDXK [2016] 18 号)

总序

法哲学，也叫法律哲学，在学科上当归属于哲学。哲学是对世界的本质、意义、功能或效应的终极探寻，哲学具有反思性、超越性、批判性和建构性，法哲学和法学方法论亦然。只不过，法哲学和法学方法论更定向于对法律交往行为活动的反思、超越、批判和构建。科殷在《法哲学》中认为，法哲学把法的文化现象所提供的一些特殊的难题与哲学的普遍性的和原则性的问题结合起来。按照科殷的观点，法哲学主要研究其基本特征、正义的原则、实在法的本质和法学思维的特点。德国法学家考夫曼在《法律哲学》一书中也认为，法哲学是探讨正义的学说，是有关（正义的）应然法律、“正当法”或“公正法”的学说。因此，法哲学家的真正任务是维护社会正义和公共利益。

尽管并不需要每一位法律人都要成为专业的法律哲学家，但每位法律人至少应当有一定法律哲学的基础，借以释放自己的深切关怀和扩大自己的“难题意识”。法律哲学与法律理论的共同点在于，它们都不拘泥于现行的法，它们在原则上都站在超越体制的立场上，而把目光投向“正确的法”。法哲学显示出法学研究之超越性的一面，它必须在价值层面以及理论分析上给实在法以导引。在建设的同时，它需要有一种批判的性格。虽然推进中国法学发展的使命与任务极其繁重，而且需要解决的问题甚多，但最为艰难且最为基础的工作却是建构起我们这个时代的法哲学和法学方法论，以最终使法学在与其他场域发生互动关系的过程

中摆脱“不思的”依附状况，维护其自身的自主性、批判性和建设性。

哲学为认识、反思和把握世界本体之学，哲学是本体论与方法论的统一，哲学是世界观，而世界观内在地包含着方法论。因为，世界观的获得本是观世界的结果。观什么？怎样观？观的对象就是我们所面临的世界，观离不开方法。观的对象即体，观的方法即用，体用不二，一体两面。哲学为体，方法是“用”，“用”即如何“观”世界——用什么方法、什么视角、什么工具、什么范式，去认识世界把握世界，逻辑学、符号学、语言哲学、语用学是方法之学。法哲学乃研究法的根本问题、法的观念的学科，它的任务是要从终极意义上对法作出回答，因而法哲学是法律的世界观，是本体论；法学方法论是研究法律和法律怎样适用的学科，法律是（参与法律交往行为活动中的——即以语言为媒介的交往行为活动中的）事实性与规范性的互动，而狭义的法学方法论就是法律方法论，是研究怎样透过法律言语行为去实现事实性与规范性的互动之学。详而言之，法学方法论是研究法律适用之价值导向和类型化思维之学，是研究法律解释、法律思维、法律推理和法律论证之学。也因此，法哲学透过法学方法而推进，又通过法学方法论而迈进法律真理的殿堂；在开放的世界中，在方法论学科的日新月异之中，推进法学方法论的创新和发展；法学方法论既是法律认识、法律思维和法学研究的结果，又是建构新法哲学得以发展的前提条件，现代法学方法论也因此而成为现代法学的“显学”，是现代法学知识的增长点！

纵观当代全球哲学、法哲学和法学方法论，展现出从一元主义到多元互动，从“形而上学”到“后形而上学”；从事实世界到生活世界（“语言游戏”、规范世界和文化传统）；从群体主义到个体主义；从主客观二分到主客合一；从主体主义到主体间性；从个体主义到交互主义；从义务本位到权利本位；从主观权

利（主观法）到客观权利（客观法）；从“交往自由”到“交往权力”；从抽象权利到具体权利；从“天赋人权”到“商谈权利”（“权利起自于商谈”）；从“纸上之法”到“行动之法”；从法制到法治，从德治到法治；从政治至上到法律至上；从“以法统治”到“以法治国”；从“无限理性”到“有限理性”；从全知全能到“无知论”（或“理性不及”）；从分析哲学到“后分析哲学”；从形式逻辑到非形式逻辑；从理论理性（逻辑理性、工具理性）到实践理性，再从实践理性到“交往理性”（或“沟通理性”）；从全权话语到个体独白；从自默独白到对话商谈；从说者中心到听者中心；从论证逻辑到修辞论辩；从逻辑实证分析到（超越形式法、理性法的）商谈语用范式；从逻辑语义分析到语用整合综观；从演绎推理到实质推理（归纳类推、实践推理、辩证推理等疑难案件中的推理）；从实质推理到语用推理……

然而，中国情境下出现的“政法传统”、“政治挂帅”和“以德治国”，把“政治”和“道德”凌驾于法律之上，遂致中国法治进程中的法律与政治以及道德关系的诡异与倒置，并且在法律价值观上还时常陷入一元主义（拒绝普世价值和价值多元化）、权力本位和政治至上；在法律思维上仍然难以杜绝全权话语、解释专断、推理倒置和论证无效；“前现代性”的制度瓶颈，乃至中国法制和法学“现代性”的不足，不仅使得“现代性”任务未尽，而且也使得我们同时遭遇“后现代性”。例如，道德与法律关系的“中国情境”在于，道德乃常常被当作法律的基础，道德与法律并举，“以德治国”与“以法治国”并举，现代性使命之未尽——法律与道德尚未完成分离，更未完成法律的“形式法”（理性法时代）以及“福利法”的转型，法治尚未成为我们社会的制度根基，人治甚至时常主导着我们的社会……

当代中国法哲学和法学方法论，虽然经历过从无到有，从隐到显，从术入道，但作为法学理论的探寻者之使命依然。我们唯有一如既往、继往开来，直面中国情境，把握时代脉动，回返法律现象，道法自然，入乎其内，出乎其外，内外兼治，彰显自由、正义、民主与法治。透过批判性反思和理性重构，推进中国法制现代化，探索中国法治国理想，探寻步入“民主法治国”的（程序主义）“法范式”及其实现路径：从宏大叙事到微观论证，从个案实践到演进式扩展；不要过多的繁杂征引，避免繁复的头绪或晦涩桀骜的文字，又能透过重要的思潮和观念以及立论的证成，予以清晰易懂的阐述；既能高屋建瓴，又能深入浅出，以问题意识为中心，推动中国法治的语境化、情境化和实践性！

《法哲学与法学方法论丛书》主编 张斌峰

2013年3月于武汉南湖之滨

内容摘要

如果承认当代中国的法学还处于向司法定向的法学转型的复杂过程中，当代中国的法学还是“转型中的法学”，中国法学向何处去的答案尚未获得，那么，转向法学方法的宣言在学术上值得期待，还只是一种学术背景的宣示。法（学）律方法在我国的学术发展中经过十多年研究和积淀，已经开始走向精细化，各种具体的理论开始获得关注。司法裁判的可接受性作为一个具体的命题在国内学界被重视，也是这种法律方法精细化的产物。以法律为媒介的现代社会，社会生活的事实性与规范性的张力通过法律的沟通得以缓解。由于法律制度体系的基本建成，我国法治生活中的主题不再是以立法为中心，法的适用和遵守成为当下中国法治建设的主题。这与司法定向的法理学以法律适用的方法研究为中心相适宜。转型中国的各种矛盾和困难集中通过司法活动涌现，成为司法裁判活动不能承受之重，各种司法改革着力于司法裁判功能的发挥，裁判的接受成为一个社会事实的追求。裁判可接受性的规范有效性和事实有效性统一与司法实践中法律效果与社会效果统一如出一辙，司法裁判的可接受性以及我国法律制度相适宜的合理的裁判可接受性研究因而具有规范化论证的意义。

可接受性问题是社会科学不可避免的主题。强调裁判的可接受性是一个当然性命题。无论何种裁判理论和实践都要实现使裁判结论作为一个规范，能够被裁判当事人和社会大众接受和认

同，使裁判得以有效执行，化解纠纷和矛盾，从而彰显司法的权威和价值。可接受性作为一个语词，概念意义是如此的丰富。将其引入法学的规范研究，作为一个命题，一个评价司法裁判的标准，它能否被证立仍然需要面对质疑。当然，它在学界的被研究和在司法实务中的广泛使用，从社会的有效性方向（事实的接受），回答了对其进行研究的可接受性。裁判的可接受性问题，首先表现为一个法社会学的问题，可能通过法文化的研究得以解答。本书的研究也会旁涉裁判可接受性的社会事实性面向，但本书的立意是从法律方法的路径，遵循分析实证的方法，从可接受性问题在法律推理中的产生，相对于法律的不确定性问题立论。基于法律不确定性问题的讨论，力图说明可接受性理论应当基于法律规范体系的制度视角得以证成和实现的观点。结合我国的法律规范体系和司法制度体制，尝试对裁判合理可接受性的标准进行建构，并在这种建构的基础上进一步解决这一标准可能面临的制度难题。

在整体结构安排上，本书由引论和正文五章组成。

引论的内容主要涉及论题研究的基本情况，介绍了选题的缘起，对论题的基本概念进行了界定和说明；并对与论题相关的研究现状进行了简要的述评。对国内的相关研究状态通过以作者为序的方式进行介绍并简单评析；并对尚待进一步研究的领域作简要说明。最后对论文的研究方法和创新之处进行说明，指出本书的写作基本思路。

第一章，司法裁判的合理可接受性及其理论渊源。本章是对论文立论和论题理论来源的论述。论述分两个部分展开，第一节对论题的理论来源进行了梳理。简要说明了阿列克西法律论证理论，佩雷尔曼新修辞学的法律论证与裁判可接受性标准的源流关系；并进一步介绍了哈贝马斯的商谈法哲学与麦考密克与魏因贝格尔的制度法理论，从中探求实现裁判合理可接受性的理论支

持。第二节对可接受性和合理可接受性概念进行了论述。分别介绍了裁判可接受性问题的产生和特征，在制度视角实现合理可接受性的界定和必要性，以及通过制度建构实现的合理可接受性的特征。引入裁判的证成应当从制度视角得到评价的论点，建立在制度有效的基础上实现合理的可接受性。合理可接受性是可接受性概念相对于制度有效性的建构，使裁判的评价在具体的司法语境中实现可接受性。

第二章，司法裁判的主体规范和功能发挥。司法裁判的证成总是在特定的司法制度体系的背景中实现，司法制度体系对裁判者裁判权行使的约束，决定了其对法律规则解释的态度和能力；司法制度体系的制度功能要求和发挥，决定了社会大众对司法裁判的认同。将司法裁判的评价归属到我国具体的司法体制进行，是本章的论述限定。论述沿司法裁判的制度背景从裁判主体和裁判功能两个方面进行。作为裁判裁决主体的法院和法官，其地位和行为对裁判的证成方式和结论产生重要影响。结合我国的司法体制对中国制度语境下裁判的生成方式进行说明，指明我国层级化的制度体系下，法院对法的不确定性问题不具有独立判断权；裁判的功能是司法裁判对社会的影响，是裁判的实效问题，是可接受性的事实有效性的表达。指出在我国司法制度体制下司法裁判功能的独有特征，并探究裁判功能错置的原因；指出裁判结论作为当事人可能生活的实现可能性，从而强调通过制度思考可接受性的必要。

第三章，司法裁判的法规范探究。司法裁判活动通过法律推理得以实现对裁判正当性的论证。法律推理以法律规范体系的存在为前提，通过理由说明裁判活动和结论的正当，实现裁判的可接受性。法律规范自身面临的规范张力成为法律推理必须解决的不确定性难题。本章具体分析了法律规范体系在司法裁判中必须面对的三对基本关系：法的稳定与变动（革）、审理与裁决和规

范分离。这三对关系在法治国度的法律运行中都存在，但解决路径因为法律规范体系建构的区别并不完全一样。法的变革在我国的司法制度体系中不能通过法官造法实现，这是处理法稳定与变革必须面对的制度事实；审理与裁决的分离是法治国的通行做法，但在我国司法裁判中由于体制建构中的问题，使审理和裁决分离产生的副作用更为明显，裁判结论的不确定性更难解决；对规范分离从三个方面进行了论证：一是法律规则中的行为规则在法的运行中分离为规约行为者的行为规则和规约裁判者的裁判规则的差异；二是个案裁判中面临的法律的一般与个案事实归属的特殊性的裂隙；三是裁判面临的程序规范与实体规范的分离。

第四章，司法裁判的论证与接受。通过对纯粹的理由论证解决裁判可接受性问题的不可欲的阐明，强调司法裁判建立在制度论证基础上实现合理可接受性的必要。对理由论的不可欲，首先是通过学术研究的简要梳理指出理由论证实现裁判接受的基本观点：证成等于接受。这一梳理从词源上涉及阿列克西的法律论证和佩雷尔曼的新修辞学，但主要是介绍了国内相关论者的基本观点。对其理论观点的批驳，主要通过两方面的论述得到实现：指明强调理由的证成不能解决法律结论多样性的难题，在这里关注了德沃金的论述；违背法律的裁判也可能实现正当化论证，在这里通过理由说明规范的方法选择难以避免，但我国的司法制度体系与此不兼容，因此理由论必须依附于制度的选择得以说明。其次，通过考量民意与法律论证的关系，从裁判的事实有效进行进一步说明，即法律论证不能回应多样化的民意诉求。以法律修辞理论为据，通过将个案置于我国具体法律制度体系中的分析，佐证裁判依存于制度背景，实现从可接受性到合理可接受性的必要。

第五章，司法裁判合理可接受性标准的制度建构。裁判合理可接受性的实现，只能在具体制度中，由具体法律规范体系保

障。通过制度建构实现裁判的合理可接受性这一核心论题提出了这一概念的建构要求。从内容和实质两方面分别说明。在内容上强调对合法性与合理性作为裁判评价基础标准的兼容；在主体上强调守法者的合理认同；在规范有效性上强调社会事实性的实现。就实质标准而言，强调法律效果与社会效果的统一。对此的论证首先指明其论题的可能性，以回应这是一个伪命题的质疑；其次从法律推理实现二者统一的技术路径进行具体阐述，指出实现二者统一在法律推理上是实现裁判生成的形式主义与实用主义的结合，而这一结合的实现通过审判法官对法律规则的解释实现。建构标准通过现实的制度保障得以实现。微观论述解决司法裁判在我国司法制度体系下的裁判困境。由于我国司法权被置于立法权之下，裁判中的法律不确定性问题在基本路径上通过立法和行政权的介入解决。法律不确定性问题对裁判者的要求转化为对个案的调适性、妥协性的解决，从而法律不确定性的解决又回归为法官自由裁量权的控制和规范。这一控制和规范通过法律规范的制度建构实现，从而实现裁判的合理可接受性。对现实路径提出程序主义的改革路径，强调保守的改革观，通过裁判权威和听众的话语保障实现。

目 录

总 序	(I)
内容摘要	(V)
引 论	(1)
第一节 选题缘起及概念限定	(1)
一、选题的缘起	(1)
二、基本概念界定	(2)
第二节 裁判可接受性研究现状述评	(5)
一、研究现状综述	(6)
二、尚待进一步研究的领域	(17)
第三节 研究方法和创新之处	(22)
一、研究方法：制度分析法	(22)
二、本书的创新之处	(25)
三、写作思路	(26)
第一章 司法裁判的合理可接受性及理论渊源	(28)
第一节 司法裁判合理可接受性的理论渊源	(28)
一、裁判可接受性的理论来源	(28)
二、裁判合理可接受性的理论渊源	(33)

第二节 司法裁判的合理可接受性	(53)
一、裁判可接受性问题的产生	(54)
二、司法裁判的合理可接受性	(67)
第二章 司法裁判的主体规范和功能发挥	(76)
第一节 司法裁判主体——法院和法官	(76)
一、法院的权威和司法独立	(77)
二、法官及法官的自由裁量权	(91)
第二节 司法裁判的功能	(101)
一、司法裁判的双重功能	(101)
二、诉求与裁判的功能错置	(110)
第三章 司法裁判的法规范探究	(120)
第一节 法的稳定与变革	(120)
一、法的稳定与变革悖论	(121)
二、司法裁判与法变革	(126)
第二节 审理和裁决的分离	(136)
一、审裁分离的制度事实	(136)
二、审理——制度对事实获得的限制	(143)
三、裁决——司法公正的规范难题	(147)
第三节 法适用的规范分离	(155)
一、行为规范与裁判规范的分离	(155)
二、个案的裁判裂隙	(172)
三、程序规范和实体规范的分离	(180)
第四章 司法裁判的论证与接受	(187)
第一节 裁判证成与接受	(188)
一、法律论证的基本观点——证成 = 接受	(189)

二、“证成 = 接受”的困境	(195)
三、民意的指向与论证的软弱	(208)
第二节 法律修辞论证与裁判接受	(217)
一、法律修辞的有效性：从可接受性到合理 可接受性	(218)
二、司法判决合理可接受性的实现	(222)
三、案件事实、规范的修辞和合理可接受性 及其实现	(226)
第五章 司法裁判合理可接受性标准的制度建构	(236)
第一节 司法裁判可接受性标准的内容指向	(236)
一、基础标准的包容	(236)
二、守法问题	(247)
三、法的实效	(252)
第二节 司法裁判可接受性的实质标准 ——法律效果与社会效果的统一	(261)
一、两个效果统一的可能性	(263)
二、两个效果统一的技术路径	(269)
第三节 司法裁判合理可接受性的制度保障	(274)
一、司法裁判制度困境的解决	(274)
二、法官自由裁量权的控制和规范	(288)
三、制度保障的现实路径	(297)
余 论	(305)
参考文献	(307)
后 记	(319)

引 论

第一节 选题缘起及概念限定

一、选题的缘起

如果选题总会有某种偶然，本选题的产生来自于学习过程中对一些司法热点案件思考而产生的一个疑问：被社会广泛关注的个案，是什么使它实现被社会认同，即个案的裁判何以得到社会大众的接受，具有可接受性？

被社会广泛关注的热点案件本身成为热点可能有其偶然性，它们出现的原因和面目并不一样，但总是反映社会对个案的某一方面的关注和争议。泸州二奶案以违背法律裁判，维护道德的方式，得到了社会大众的认同，法律人的理论批判显得无奈；彭宇案的法官以“常理”的论证维护摔伤的老人，遭到社会质疑和学界的批评，摔伤的老人也因此成为不被同情的“诈骗”者，法官成了破坏“雷锋”品德的道德破坏者；肖永灵投寄食品干燥剂获刑，法官并未遵守罪刑法定的基本刑法原则和精神，普泛民众和法律人并未对此提出质疑和批评，基于特定的社会情境，错误的裁判得到了认可。许霆案面临的社会新情况，药家鑫案中法院的中立和权威，天价过路费案中反映的行政性收费问题……