



中国政法大学诉讼法学研究中心

S USONG
FAXUE
YANJIU

诉讼法学研究

【第十卷】

■ 主编 樊崇义

中国检察出版社

诉讼法学研究

(第十卷)

主编 樊崇义

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

诉讼法学研究. 第10卷/樊崇义主编. —北京: 中国
检察出版社, 2006

ISBN 7-80185-554-X

I. 诉… II. 樊… III. 诉讼法-法的理论-研究
IV. D915.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 015169 号

诉讼法学研究 (第十卷)

主编 樊崇义

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

电子邮箱: zgjcbs@vip.sina.com

电 话: (010)68630385(编辑) 68650015(发行) 68650029(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 北京鑫海金澳胶印有限公司

开 本: A5

印 张: 15.25 印张

字 数: 419 千字

版 次: 2006 年 4 月第一版 2006 年 4 月第一次印刷

书 号: ISBN 7-80185-554-X/D·1529

定 价: 34.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

《诉讼法学研究》编辑委员会

主 任 陈光中

副 主 任 樊崇义 杨荣新 应松年

编委（按姓氏笔画排列）

马怀德	卞建林	江必新	李 浩
宋英辉	汪建成	陈光中	陈桂明
陈卫东	应松年	杨荣新	张树义
张卫平	樊崇义		

主 编 樊崇义

副 主 编 宋英辉 马怀德

学术秘书 吴宏耀

电子邮箱 ssfxyj@sina.com

目 录

主编絮语

实体公正的困境和对策 樊崇义 (3)

诉讼原理

论马克思主义认识论与证据规则的圆融

——与何家弘、王敏远教授辩 刘金友 (19)

诉讼前沿

诉讼模式的变迁与检察制度民主化：一个“大历史”

..... 万 毅 林喜芬 (75)

论媒体与司法关系的国际准则 高一飞 (117)

中国司法改革及其制度架构 王成栋 (153)

论民事诉讼中的临时性救济措施 江 伟 杨 剑 (200)

既判力理论在我国实践中的运用 柯阳友 孙 蕊 (218)

既判力与我国民事再审事由的重构 陶建国 张维新 (246)

刑事案件并案诉讼思考 王新清 李江海 (267)

论刑事赔偿的归责原则 瓮怡洁 (284)

论心理测试的程序建构与规制 郭金霞 (326)

主 编 絮 语

实体公正的困境和对策^{*}

樊崇义^{**}

在很多时候，人们把公正、公平、正义看做法律的同义语。公正、公平、正义有着一张普洛透斯似的脸，从不同的角度、不同的情境看去会有极不相同的面貌。柏拉图认为，正义是每个公民在其所属地位上尽自己的义务，做与其本性相适应的事情；亚里士多德坚持正义存在于“某种平等”之中，但是其所谓的平等是存在于对社会结构中的不平等和特权的容忍之中的。还有关于“机会平等”的公正观和正义观。以自由为最高价值的公正、公平、正义观、制度的正义……公正、公平、正义在不同社会经济制度中有着相异的理论，但不同的理解都表达了人类所追求的一种理想法治状态。公正、公平、正义作为建立法律规范和制度性安排的指导原则，在增进人类幸福与文明方面有着终极价值，也正因为如此，人们总是不厌其烦地探索不同时代的公正、公平、正义，甚至试图寻找普遍的共通的公正、公平和正义。

一、司法的实体公正

公正观当然地体现于法律制度当中。不论规则的制定目的还是实现的价值，都反映着立法者、司法者的公正观。在维系和构建某法律制度的过程中，公正被划分为实体公正和程序公正。实体公正应当从两方面去理解：一是指立法时对人们实体权利义务的公正分

* 本文由中国政法大学证据法学专业博士研究生李静协助研究、撰稿。

** 中国政法大学诉讼法学研究中心主任、教授、博士生导师。

配，这是实体一般公正；二是指司法过程中对具体案件作出正当的裁判，达到了实体个别公正。由于法律正义是在将普遍法律规则适用于个别案件的过程中实现的，实体个别公正就成为了司法中的实体公正的基本含义。

何谓正当的裁判？一般认为判断的标准是事实认定真实和法律适用正确。笔者认为，实体公正至少包含以下三层涵义：

一是“法定”的公正：对于符合实体法律规范的案件事实，应当依照该法律规范作出相应的法律评价。它要求法律应当是稳定和可预见的，不能朝令夕改，让人无所适从；法律应当有拘束力，对行为者来说守法应被保护、违法当罚；对司法者来说，应当严格依实体法律规范的要求进行裁决。

毫无疑问，实体公正可参照的最有形和可判断的标准就是裁判对现行实体法律规范的遵守。凯尔森这样的法律实证主义者认为正义就是把某个一般性规则确实适用于据其内容所应当适用的一切案件，即正义乃是“通过忠实地适用实在制度的方式而维持其存在的”。^①

二是“平等”的公正：对于所有符合同一法律规范的案件事实，应当作出相同的法律评价。这要求在现行法律框架下，对事实相似的个案应作出相同或相似裁决；对法律地位相同的行为主体，平等对待。

平等要求实际包含了法定正义的内容，它以法定的正义为基础和前提。但它在司法过程中体现的突出价值是对司法活动的统一性和稳定性提出了严格的要求。司法者们以团体的面目出现于法律解释和遵循判例活动中，有责任做到解释法律的合理和统一性、对先例的认真遵照或合理排除。

“平等”在实体公正中的判断标准比法定正义的判断困难。它还涉及到以相似案件为参照对象的类比推理标准。这和“平等”

^① 转引自[美]E. 博登海默著，邓正来译：《法理学——法哲学及其方法》，中国政法大学出版社2004年版，第284页。

在程序公正中的判断的显见程度具有很大的区别。

三是“合理（衡平）”的正义（法律之外的自然正义）。法律是为解决问题的，问题应当被合理地解决。作为国家政治、法律任务的承担者之一，裁判实际案件的法官，除以合法的规则和原则而主张其裁判的有效性之外，还必须保证裁判具备可接受性。“正确适用法律”绝不意味着要适用一项表面看来符合案情的法律，还包括据情不适用某项法律。当业已确立的法律同一些易变且重要的社会发展力量相冲突时，法律就必须对这种稳定政策付出代价。否则，将导致恶法的实施，这在正义观念被提出之初，就已经遭到否定了。

亚里士多德就指出，尽管法律是一种不可或缺的社会制度，但由于法律具有一般性与普遍性，所以它就可能因此而给解决每个个别案件带来困难。他因而提出，在某些得到明确规定的情形中，应当允许用特殊的衡平手段来纠正法律。^① 衡平是对法律正义的修正。它应当考虑法律规范以外的更多利益因素。

二、实体公正的困惑

实体公正意味着案件处理结果正确。司法裁判的过程由三个要素构成，即证明案件事实、将案件事实适用于法律规范（明确规范事实）、得出法律结论。这三个要素的实现都会遇到困难。

从诉讼认识论来观察和研究三要素的实现，其难度便显而易见。首先，案件事实的特殊性决定了诉讼证明活动的困难；其次，即使对案件事实达到了法律上的证明要求，将其适用于法律规范（明确事实规范）并得出法律结论，仍然有很多不可回避的困难。

^① 参见[美] E. 博登海默著，邓正来译：《法理学——法哲学及其方法》，第419页、第420页。

(一) 案件事实的特点

案件事实,构成主要的诉讼证明客体(亦称证明对象),^①证明客体是诉讼证明活动的起点和归宿:在诉讼中,明确证明客体,就明确了证明活动的目标;证明客体得以证明,就构成了裁判的事实依据。

与其他认识领域的认识客体相比,案件事实的主要特点在于它是一种无法回复的历史事实,并且是被法律规则类型化的事实。^②其特殊性决定了对案件事实认识的局限性。

1. 案件事实是历史事实,属于社会现象的一部分。

诉讼证明的性质无疑是一种认识活动。认识是人类感知自然、社会乃至具体事物,以及探求其中的未知因素的活动。但由于案件事实的特殊性,决定了证明的手段与其他认识有重大区别。

它是历史事实,因为它是在诉讼前已经发生(至少部分发生)的被请求裁判的事实。

它是社会现象,因为它是人类社会的主体参与下发生的事实或发生于人类社会的事实。在此涵义上,它不属于“自然界”。

2. 案件事实是被法律规范类型化的事实。

要说明这一点,首先要对法律规范进行解构。法律规范是人类的创作,是人类世界独有的构成部分,它与人类的社会生活密切相关:依一般的见解,法律规范^③乃是人类据以决定其彼此间的行为模式,以及衡量其行止规则的整体。法律规范和其他语句一样,必须拥有具体的语言形式。然而,它和主张与确定事实的陈述语句有重大区别:法律规范具有自己的内在逻辑,用法律来形成结构或提供调控的那些交往,是用一种客观主义地撇开行动者的自我理解的

① 诉讼证明客体是指证明主体运用一定的证明方法所欲证明的法律要件事实。

② 参见樊崇义主编:《诉讼原理》,法律出版社2003年版,第330~331页。

③ 法律规范的特点有二:它是对社会主体有拘束力的行为要求,同时也是对司法机关有约束力的判断标准;它可以反复适用于相同或相似的案件事实。参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,商务出版社2003年版,第72页。

语言来表述的，它只能以一般方式描述案件事实（构成要件）被赋予同样以一般方法描绘的“法效果”；主张与确定事实的陈述语句则描述某一独特具体事实。举例说明，当法规则为“合同当事人的法律地位平等……”（合同法第3条），其中的规范事实是“合同当事人”，法效果是“法律地位平等”。而当原告甲诉被告乙违反该规则时，当事人或证人的陈述则是——该合同并未签订、乙不是该合同的当事人、甲乙之间并非合同关系……总之是具体化的特定个案事实，并不直接等同于“合同当事人”这一规范事实。

（二）证明案件事实的困难

案件事实的第一个特点决定，诉讼证明的对象、要求、手段与科学证明相区别，进而导致证明案件事实程度的局限性：

1. 从证明的对象看，自然科学寻求的是一种综合性的理解和对真理的追索，追求的直接目标是正在运行的规律和真相。尽管某些科技的产物损害了人的利益，^①但是这不能妨碍科学的求实目标；而诉讼证明的对象是过去发生的社会现象。不能重现原貌，只能尽量复制。

2. 从证明的手段看，科学方法的基础是提出假设、检验假设，看它的错误是否可以证实，实际上，正是这一方法把科学与人类的其他探索活动区别开来。^②科学证明通过试验、观察、勘测等可计量手段进行，手段是可靠的，不需要主体进行再次判断；而诉讼中，如对契约有效性问题的探讨，虽也存在一些可察觉的情势——当事人以口头或书面所为的意思表示，但其既不能透过实验过程中的观察，也不能借测量或计算来答复。法学所要处理的正好不是一些可以量化的问题。诉讼证明的基本手段是证据。证据是案件事实发生时遗留在客观世界或反映到人脑中的客观痕迹和映像。证据证明的局限在于：第一，物质处于不断运动变化之中，因此有些证据

① 原子弹、克隆技术的出现在某种程度上给人类社会带来了灾难。

② 转引自〔美〕肯尼斯·R. 福斯特：《对科学证据的认定》，第44页。

渐渐变得不可得、流失、变形；第二，诉讼与当事人总是有着利害关系，因此有些证据常常被当事人或证人掩盖、伪造；第三，作为证明手段的证据，其属性、能力、价值属于诉讼中研究的独有问题，远比科学实践中的观察和计量方法复杂曲折，需要认识主体的再次判断，大量的主观性、非理性、偶然的、推测性因素永远难以避免。

3. 从证明的时限性和主体范围看，科学是积累性的，最终检验理论或数据的有效性的是时间（科技的进一步发展）——这一时间可以无限延展，认识的主体也可以无限扩张。对科学认识的至上性轻易就被证明，比如：在哥白尼之后，渐渐地，地球不再被认为是静止不动的宇宙中心，错误理论在被修正，人是在不断靠近并最终掌握真理。而诉讼证明活动有时间限制，证据的收集和对案件事实的确认常是不完全、不充分的；除了检验诉讼认识的时间有限性，诉讼认识的主体亦不能无限扩张，只能是身份化了的司法者，不同的认识主体具有不同的但却是绝对的认识能力缺陷。诉讼认识的非至上性无法被否认和彻底解决。

从以上特点分析来看，证明案件事实真相是有局限和困难的。

（三）适用规范事实的困难

个案事实需要向规范事实转化，转化的过程存在诸多难点。

于是出现的问题是，即使假定个案事实真相已经查明，也不能必然导致个案事实被准确地解说为法律规则所描述的事实（下文称“规范事实”）。这种解说上的困难和障碍，产生于个案事实与规范事实的差异。

首先，个案事实是从证据事实转化而来的。

与规范事实的内容有关的个案事实的陈述，并非可以透过观察及实验就可予以证实的“事实”陈述，在诉讼中必须以证据证实。证据事实不等于案件事实。证据事实指证据材料反映的事实内容，比如盗窃现场发现的某人的鞋印反映了该人到过现场的事实，但是否能证明盗窃系该人所为，还需要结合其他证据和逻辑推理、经验

规则等方法进行分析判断。

其次,个案事实需要向规范事实转化,才能完成法律适用的前提活动。

这第二次转化的困难如下:

1. 对于同其他“认识界”的交往可能性来说,法律系统的自我封闭性在接收方面意味着,对于外来的经济学的、技术的、精神病学的和一般科学的“事实知识”进行加工的方面。这种知识必须翻译成法的语言,并在那里进行重构。^①同一词汇,出现在规范性陈述的环境中,与出现在事实性陈述之中,涵义会有所不同。如作为规范事实的“故意”和作为个案事实的“故意”的陈述标准和涵义会大相径庭。此为客观困难。

2. 裁判者为了适用某特定法律条文,在对个案事实进行陈述时必然怀有对规范事实有意识地靠近和迁就,导致个案事实的扭曲、变异。如对同一行为是违反合同义务还是侵犯财产权,由于可能适用不同法律规范,可能导致不同的个案事实陈述。此为主观困难。

(四) 得出公正的法律结论的困难

对案件事实的认识只是为公正和秩序服务的,然而,即使能够证明案件事实,并且将个案事实成功转化为规范事实,也不必然导致妥当处理案件:

1. 关于“法定的公正”的实现

基本的困难在于法律的解释。即使案件事实达到证明要求,裁判的任务还远没有完成。法律总是采用一些有弹性的表达方式。语词的模棱两可和许多法律术语的感情特征,造成法律适用中的大量

^① 根据陶伯纳的研究,社会分裂为各种自主的子系统,这些子系统必须进行它们各自的商谈,与自己的、相互间不相容的现实构造打交道。法学构造主义在理论和经验两个层次上都面对这样的问题。参见〔德〕哈贝马斯:《在事实与规范之间》,三联书店2003年版,第64~65页。

混乱。同一用语在不同法律,有时甚至在同一法律中都有不同的使用方式。例如对于“死亡”之涵义,自然死亡的标准本就有争议,有时问题还复杂到某个以“死亡”为条件的法效果是否适用于拟制死亡的情况。^①

对此,现代语言学法学者认为,规范和规则本身是含糊的,而法院中的普通法诉讼程序的核心不会是规则,而是语言的使用或辩论。正义应定义为“寻找某种能够在多种相互冲突的前提中帮助作出选择的语言指南”。而现代分析法理学家则把目标确定为通过辨识法律概念并将它们分解成构成它们的基本成分来阐明法律的概念。^②

然而,以上对法律语言进行逻辑分析的方法还是不能解决以下问题:当针对同一案件事实,有两个以上法条赋予彼此相互排斥的法效果时,怎样适用法律?

法律解释学在法律法定原则的框架下,有着复杂的发展和变化。法律解释通过对法律规范含义及其使用的概念、术语等的说明,达到探求现行法秩序的标准意义的目的,这一方面维护着法定正义的实现,一方面也可能破坏法定公正的稳定内涵。

2. 关于“平等的公正”的实现

为了实现案件事实同类性的比较,需要确定案件事实的证明范围。困难在于,案件事实的范围、界限不清晰和容易变化。

为了实现“平等的公正”,裁判者需要决定哪些事实应当被比较。那么,选择什么作为从事法律判断及形成终局案件事实之基础的法条呢?这一选择过程与对案件事实查明范围的变化总是同时交错进行的。

“判断者以‘未加工的案件事实’为出发点,将可能可以选用

① 某保险赔偿案件中,被保险人被宣告死亡后,受益人请求保险公司赔偿保险金。双方就“宣告死亡”是否构成人身伤亡保险合同的赔偿理由发生争议。

② 参见[美]E. 博登海默著,邓正来译:《法理学——法哲学及其方法》,第141~143页。

的法条——检试，排除详细审视之后认为不可能适用者，添加经此过程认为可能适用的其他条文。例如，当发现履行请求权不存在时，他将再进一步审查，是否有信赖利益的损害赔偿请求权，或不当得利返还请求权存在。为了能根据这个观点彻底审查案件事实，他或许需要一些迄今尚未留意的其他事实，并且将它补进终局的案件事实中。比尔林称之为‘持续进行的方法上的实验’。”^① 这当然意味着，在此过程中如果选中某一法条文，不论与他案事实所适用的条文是否不同，该条文要求之外的案件事实将被忽略。比如，未附义务的赠与不必查明受赠人的年龄、精神状况。

因此，在实现“平等的公正”过程中，证明的应当是那些对于所选法条文有意义的部分案件事实。这取决于法官对案件事实范围的认识（当然也与当事人对哪些事实予以证明并对法官的认识产生影响有着直接关系），法官在此过程中感情和理智因素的交互作用往往是无法判断、预测和控制的。使得公正的实现程度难以评价，带有不确定性。

3. 关于“合理（衡平）的公正”的实现

仅凭已证明的案件事实并不足以实现“合理的公正”，如法律实证主义者一般只注重法律的形式和结构，力图尽可能彻底地把法哲学同其他学科区分，而不考虑法律背后隐含或一般期待的正义观念，是不能为人们所接受的，也必然会破坏法律的价值。

裁判的过程是运用法律推理的过程。裁判的合理性需要以法律推理的形式赋予裁判结果以合理的理由。^② 例如：法律规范为“闯红灯的驾驶者应受处罚”，案件事实为驾驶者小马闯了红灯，但是小马是为了救火或送重伤患者去医院才闯了红灯，是否只考虑符合该法律规范的要件事实（即小马闯了红灯）进行处罚就可达到“合理的公正”呢？如果这样做，对救助美德和救助效果的否定又

^① [德] 卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，第163页。

^② 有关某结论妥当与否的意见分歧，通常可通过加强对法律理由的论证来进行调解。