

无权处分，故诉请确认解除行为无效。

案例

：孙某因赌球负债，遂与赵某签订合同出售其所有之房屋。另有外地之廖某（女），举家庭数年积蓄，欲为其在城市工作之子女购买房屋。经中介居间，廖某亦向孙某购买上述相同房屋，亦签订合同。因孙某未依约履行过户义务，赵某先诉至法院，并达成调解协议，法院执行终结。之后，廖某知悉，亦诉至法院，请求确认该涉争房屋归其所有。

貌似寻常的几起案件，却让笔者印象十分深刻。这不仅是因为陈某的长年信访、谭某的悲情陈词、廖某的遭遇可怜让人颇有感触，而且是因为在案件的处理过程中，办案法官发现他们对于事实和法律有着自己的“不同”理解。案例

1

中的陈某虽然并无充足证据，但其认为“做了工程就该拿到钱”，因为“做的工程都摆在那里了，还需要怎么证明”；而对于吴某系所在单位的代表这种身份，陈某认为其穿着制式服装、有工作证，已足证明。案例

2

中的谭某则认为王某用夫妻共同的钱买了“房子”，就应该是双方的，王某不能一个人决定“不要房子”，虽然其所谓的“房子”可能仅仅是一个“债权”，而非“物权”。案例

3

中的廖某则认为“签了合同，给了钱”，就足以说明“房子就已经是她的了”，尽管虽然房屋所有权并未转移登记。上述各案中当事人胸理解虽然可能与大多数法官对于事实 and 法律的“通常”认识不太一样，但却未必没有“道理”。令人深思的是，是什么样的原因造成这种认知差异？法官群体在司法实践中又是如何认知这种差异？从有利于纠纷解决、最大限度获得民众的认同角度出发又应当如何理解这样的差异？在对这些问题进行思考论证的基础上，又是否能够寻求到符合国情、法理且行之有效的方法去弥合这样的差异？

（二）易被忘却的世俗认知

于司法实践之中，法官群体如何认识这种基于社会生活常识并为大多数人所共同体察、认可的地方性知识实值研究。为了解这一状况，笔者通过问卷、电话等方式向

C

市中级人民法院和其辖区内的

6

个基层法院进行了调查，采集了

50

名民事审判法官在审判实践中对于世俗认知的各种看法并予以整理。

尽管受制于客观条件限制，采集数据的规模较小，但结合笔者对司法实践的了解，上述对于世俗认知的各种观点已具一定的普遍性，能够反映实际情况。从上述统计情况来看，持有观点

1

、

2

、

Calibri; mso-hansi-theme-fnoway: minor-latin;">的是对世俗认知较为重视的审判人员，会在结果层面对世俗认知纳入考量，这类观点比例达到14%；持有观点3、4的审判人员则基本上不会在审判工作中对世俗认知予以考虑，或者对这种世俗认知的听取仅流于形式，占比达到48%；除此之外，还有一类审判人员介于两者之间，即仅会在调解过程中对当事人的世俗认知予以考虑，占比达到38%。整体而言，审判实践中对世俗认知重视程度不够，90%接受调查的审判人员仍以诉讼过程中当事人举证情况作为定案依据，也会有部分法官会在结果主义导向下试图弥补这种审判方式可能造成的认识偏差（观点2），不过所占比例较小，仅为10%。对于世俗认知的获取渠道，上述接受调查的审判人员基本上都表示主要来源于自己平常的生活累积，一般不会去主动获取。但如果遇到当事人表达激烈而自己也无法确信的时候，则会通过其各自认为有效的方式来获取世俗认知，但渠道各异。 </p><p class="Msnoway"> 在进行调查的过程中，几乎所有接受调查的审判人员都在自己已经掌握的世俗认知这一点上充满自信。以这样的理解来反观表一中调查的情况，结果可能会更为悲观，即对表一各种观点中的“世俗认知”基本上都属于审判人员的自我认定。从调查反映的情况来看，当审判人员对其所掌握的世俗认知不太自信时，其更多地选择求助于同样具备专业法律知识的内部讨论，这多少让人有些惊讶；对于这样的“关门”内部讨论能够在多大程度上契合世俗认知，亦让人疑惑。除此之外，审判人员似乎更愿意到网络上查看“民意”或听听亲朋的意见，但这种“网络民意”和亲朋意见是否能真正地代表民意似乎也只能借助于审判人员的自我判断。整体而言，不论是对世俗认知的重视程度，还是存在差异时的弥合方法，调研的结果都令人失望。在此基础上，思及近年来引起民众一片哗然的许霆案、彭宇案等案件中法院的处理与民声的哗然，也许就有了足以解释的注脚。 </p><p class="Msnoway"> （三）举棋难定的策略选择 </p><p class="Msnoway"> 自2008年伊始，法院重启司法大众化之门，试图对过往的本土化偏离进行调校。然而，频繁而密集的专业化立法却让法院陷入两难。作为法律适用主体的法院试图调整自己尴尬的处境，迎合民众的认知；回过头来，却发现又已经无法跟上立法的步伐。诚然，法官必须忠实于法律，但治理的需求又总是要求法官的价值在于“实现个案的正义”。从其内里来看，这两者本身所存在的矛盾，让法院在处理案件时始终面临身份的尴尬。无论是基层、中级、高级还是最高人民法院，都试图通过对现行法律进行解释来将专业化的法律条文融合成人所共识的世俗认知。一方面，法院试图做一个准确适用法律的主体，“法律适用正确”；而另一方面，法院又希望能够以大众信服的方式彻底化解纠纷，实现“案结事了”和“个案正义”。然而，在此过程中，准确贯彻法律的本意往往则无法实现“案结事了”的目标，甚至还又可能会引发不断的信访，甚至民众的一片哗然。 </p><p class="Msnoway">

mso-ascii-font-family: Calibri; mso-ascii-theme-font: minor-latin; mso-fareast-font-family: 宋体; mso-fareast-theme-font: minor-fareast; mso-hansi-font-family: Calibri; mso-hansi-theme-font: minor-latin;">二、误读式偏差的诱致性原因

（一）层层削弱的事实衰减

与“教学案例”所给定的“清楚事实”不同，司法实践中往往最难以厘定的恰恰是案件事实，而最容易引起民众关注并可能造成认知抵牾的也往往是事实。于此，分析产生这样的法律事实和真实事实冲撞和抵牾的原因则显得至关重要。于案件审查之中，当事人一般直接或者通过律师与法官进行沟通，而法官则对法律和司法解释构筑的法律体系进行解读，并“回光反照式”地往返于事实与法律之间，将当事人陈述的事实解读为法律事实并进行法律适用，其过程大致如此。在此过程中，由于当事人、律师、法官的或有意或无意，最终得出的法律事实则很可能和当事人的认知事实存在较大差异，并造成误读。从此意义上讲，案件事实的审查往往就是事实不断衰减的过程。

1. 当事人的认知偏差

在案例1中，陈某在起诉时并未陈述其之所以相信吴某系某国有事业单位干部的原因，但对于吴某的身份，陈某则深信不疑，其认为吴某系代表其单位承揽工程已属“无须论证的常识”。后经多次询问和核实，陈某向法院陈述了大量事实细节，即吴某为取得其信任，曾在第一次与其见面时身着单位制服，并向其出示了加盖单位公章的工作证，还向陈某展示了一个项目部的印章（尽管该印章并非涉争项目的项目部印章）。显然，这些细节如果法院不详细追问，陈某甚至无从想起，这显然属于被陈某遗漏的事实。事实上，从心理学的角度来看，越是被深信的内容反而越容易被忘记表达。在案件之中，也恰恰是因为这种确信让其认为不需要提供任何证据加以证明，甚至不需要说明理由。也有部分案涉事实有可能是被当事人故意遗漏的，如前述案例2中，谭某称其与王某夫妻感情不和，故王某系在其完全不知情下恶意解除合同，但后经房地产公司提供的大量证据和庭审查明的情况来看，事实却并非如此。

2. 代理人的不当作为

毋庸讳言，诉讼代理人在代理案件的过程中获得利益，不仅会故意回避事实，甚至还会刻意扭曲案件事实，诉讼代理人的这种不当作为无疑会增加案件的审理难度。如果其意图实现，甚至会扭曲审判的结果，让法院陷入法律事实与真实事实的不符。然而，真实的事实始终存在当事人的内心深处，他们自会用自己认定的事实来判断这个裁判结果是否正义。如案例3中，诉讼代理人在明知涉争房屋已执行完结且不动产权采登记所有的情况下，仍然坚持主张请求法院确认涉争房屋归廖某所有。于庭审释明询问当事人是否需要变更诉请而改为请求判令赔偿时，其仍建议文化程度较低的当事人坚持原诉请。

3. 审判人员的常识缺乏

基于现有法学教育缺陷、概念法学和教义法学的泛滥，使接受此种教育的法学生熟悉法理多

过熟悉法律，了解域外法多过了解中国法，而长期的象牙塔生活也使他们某种程度上难免缺乏世俗认知。然而，司法考试、法检两院的公开招聘在某种程度上却更有利于上述应届法学毕业生，故招录进入法官序列的占比居多。迫于办案压力等因素，法院系统也无法给他们太多的时间来感知和了解世俗生活，他们被很快推置到了审判一线。于此，他们难免在案件的处理中罔顾本土常情，有违世俗认知。另外一个重要的原因则是审判人员在长期审理案件的过程中造成。进入法院的纠纷究竟反映的是市场交易和市民生活的常态，还是相反？如果大量并非常态的案件长期、持续地进入到审判法官的视野而让审判人员“见惯不惊”并形成思维定式时，这是否又是另一种“常态”？在此背景下，似乎也就不难理解为什么法院系统会出现那么多枉顾事实的纸上推演以及违背世俗认知的“推理”式判决了。

（二）进一步的反思追问

作为专业知识的法律

自清末修律开始，中国近代法律体系的构建成型仅用了短短的三十五年

[2]

法学家们试图以西方的法治理念将这个庞大的文化共同体导向现代民族国家，至今仍沿袭其路径而渐进渐深。这是一个由域外法律概念精密构筑的法律殿堂，以至“法必言罗马”。在法官群体娴熟地运用法律思维对现实生活进行抽象分离并重新解构的过程中，我们忘记了自己生活中那些早已被大家认同的“道理”。以至于，当法官群体运用这个抽象、外来的法律体系来解构现实生活中的大小纷争时，“错误”无可避免地发生了，“不公”也频繁出现了。尽管如惯常的那样，可以将之归咎于事实的无法还原，“证据不足，事实不清”；亦可归咎于法律解构失误，“法律适用错误”；甚至可以归咎于“法律尚不完善”。值得追认的是，事实果真如此么？抑或事实仅仅如此？也许，事实至少不仅仅如此，我们似乎遗忘了更为重要的一点——继受性法律与本土化认知，这两种体系也许本身并不完全兼容，虽然法律大多来源于对现实生活的总结和抽象，但现行法律又有多少来源于对“我们”现实生活的总结和抽象？而对于司法，“是否被现有学科体制标签为‘法学’的知识就一定是司法审判的知识，或是对司法审判有用的知识？”

[3]

融合创世理想的法治

一直以来，基于对法治的热情以及“改造世界”的创世理想和精英思维，无论是理论界还是实务界都似乎非常强调法律的“引领功能”。对于法律可以重新建立人与人之间的行为预期，引导人民“正确”行为，法律共同体中曾出现过一些不符实际的想象。这似乎是一个从来都不缺乏“创世理想”的国度，法学家在熟读罗马法、德国民法、日本民法甚至主要是我国台湾地区的民法之后，以其对生活本真的了解，在其头脑里建构并融入了其理想与欲求，之后这种混合了理想色彩和域外血统的法律则大多被顺利地通过实施。然而，司法在使用这样的规则进行治理的过程中有违民众的自然情感时，则又总可以被归咎于人民的“法治意识淡漠”，甚至“法律制度仍不健全”。作为提醒，我们不应忘却，即使被法学家们推崇备至的德国民法，亦是在整理归纳德国各邦的世俗认知基础上反复修改并逐渐形成

[4]

对于这样的法律，又如何要求民众发自内心的信仰？当“法制和法意的超越向度缺失，法制不受一般人民源自法律信仰意义上的尊奉”成为百年中国的两大问题，更是当下的焦虑所在时

[5]

我们是不是应当有所反思？相对于成文法，世俗认知不形成于文字，但却早已弥散在民众之中，它通过耳濡目染、言传身教、世代相继而为地方上的民众所熟知，并作为其衡量公平对错的内心准则。而对于这样的准则，我们是否又应当聆听？我们不应忘却，“法律是非常实用的学科；任何法律，不论讲起来有多么天花乱坠，它都必须得出一个普通人看来、在当事人看来大致合情合理的结果（而不仅仅是判决书），这是任何法律的合法性之最终所

[6]

mso-ascii-theme-font: minor-latin; mso-fareast-font-family: 宋体; mso-fareast-theme-font: minor-fareast; mso-hansi-font-family: Calibri; mso-hansi-theme-fnoway: minor-latin;">”。 </p><p class="Msnoway"> 三、世俗认知的司法接续之路 </p><p class="Msnoway"> 对制定法的“严格”适用而不考虑世俗认知所造成的法院地位超脱，在很大程度上是以牺牲案件的实质正义和纠纷的彻底解决为代价。反映在数据上，则是历年来涉诉信访的数量不断攀升，民众对司法的不理解与难信任也达到新的高度。之后的司法大众化路线回归虽遭诟病，但究其整体效果上来看，却甚为可观。反应在数据上，就是这几年有关法院的涉诉信访数据真正开始有所下降。据统计， 2012年法院系统共接待群众来访60.1万次，比2007年已下降75.5%[7]。这说明当将国情认知提升到一个新的高度之后，当法院能够正视并充分尊重这种常情常理，并在继受性法理融入更多世俗认知的时候，确实能够达到更好的审判效果。如果我们相信“缺乏世代相传的民族法律文化心理的支持与认同，无论现行社会秩序受到法律规则怎样的强化，它也是脆弱的、不稳固盼[8]”这一基本论断，那么决定是用现行法律体系继续规训世俗认知，还是在对天道人伦合理尊重的基础上，最大化地实现接受性法律在司法层面的世俗认知接续也许就不难选择。然而，问题的关键是，作为微观的个案，法官应该如何处理？而作为中观主体的法院又应当如何作为？ </p><p class="Msnoway"> （一）微观层面的标本审视 </p><p class="Msnoway"> 在微观层面，我们可以重新回到本文之前所举的案例来进行观察。首先，我们来看一下如果不考虑这种世俗认知与继受性法治的偏差，仅以“准确”适用法律来处理上述案件所可能产生的结果： </p><p class="Msnoway"> 在案例1中，由于涉争工程争议发生于10年之前，证据资料收集困难。加之涉争工程管理混乱，而仅有的部分有关工程量、工程款资料亦留存于业主方，且其拒绝提交。陈某持有的证据在形式上存在各种瑕疵且涉及结算的关键证据缺失，依“谁主张谁举证”的证据规则，原告陈某会承担举证不能的不利责任。同时，并无确凿确实证据证明吴某系代表单位承揽涉争工程，且吴某亦自认系依“个人关系”承担工程，单位并不知情。对于业主方，其提供的经审计之结算报告亦表明其与吴某代表的“所在单位”已完成结算，并不存在拖欠工程款的情形。于此，原告全部诉讼请求均可被依法驳回。 </p><p class="Msnoway"> 在案例2</p><p class="Msnoway"></p></div>

minor-fareast; mso-hansi-font-family: Calibri; mso-hansi-theme-fnway: minor-latin;">中，鉴于合同的签订、履行、解除从证据形式上看都是被告王某一人所为，从合同的相对性以及《物权法》实施后确立的物权与债权的二元区分来看，可以得出王某与开发商之间的协议解除已发生相应的法律效力；且亦无证据证明双方恶意串通。于此，已足可对原告谭某的诉请予以驳回。然而，这样的判决虽然符合法律，但却可能“药不对症”。

事实上，法官并未按上述方式处理，其审判如下：在案例1中，法官以其对陈某世俗认知的理解，结合法律知识，针对陈某的陈述调查了大量关键的事实细节，逐步还原了似乎难以查明的案件事实。法官发现双方的争议源于吴某未经陈某同意擅自代表其单位与业主进行结算，并在结算中同意业主方无端大幅减少大量工程款；而业主也未严格审查吴某作为代表的资格。基于上述情况，法官逐一向业主方核实其扣减工程款之原因、理由，并限定其提交其能够证明违法扣减的相应证据，否则可能启动工程量的鉴定。之后，业主依然拒绝提交证据，但表示同意积极参与调解。后经调解，业主向原告支付了无正当理由由扣减的大部分工程款。对于吴某所在单位，法官则依据查明的大量细节，在调解中详细阐述其所负有的管理过失及构成表见代理所可能产生的法律后果，积极说服其对陈某适当补偿。在多次协调下，法官最终顺利说服吴某所在单位及业主方共同向陈某支付了拖欠多年的工程款，该

10年积怨圆满解决。

在案例2中，对原告所称的“夫妻感情不合”是否属实进行详细审查，曾被部分法官认为“已属多余”。然而，法官发现，支持原告起诉的合理前提恰恰是原告谭某所称的夫妻“感情不合”，否则王某未与谭某协商即单方处分房屋不符常情。于此，法官亦将这一事实纳入了审查，审查中发现被告王某在答辩时对原告谭某所述细节事实均全面认可，且多次自行陈述对原告有利的事实；之后，被告收集大量证人证言证实谭某与王某曾纠缠过该被告负责人强行要求退房，证明两人对退房之事均系知情。最终，结合多项查明事实，法院对原告谭某虚构之“夫妻不合”及其对解除合同不知情的事实作出了驳斥性的认定，驳回其全部诉讼请求的判决。对此，原告服判。

对于案例3，经多次释明，原告依然在律师的不当引导下仍坚持其诉请，始终要求法院确认房屋归属其所有，最终法院依据事实判决驳回其该诉请。作为法官，这是一个让人难受的选择。对此，笔者认为，对于世俗认知应当“重视而不是漠视”，与其关联的处理应当“有意而非随意”。在具此认知之时，法官依然必须首先忠实于法律。

（二）中观层面的限当何为

尽管结果并不都令人满意，但上述3起案件都发人深思。结合审判经验，笔者试图从法官管理、审判解构、审判方式三个角度来提出中观层面的解决方案，兹分述如下：

1. 司法个体：审判法官的常识校准

mso-ascii-font-family: Calibri; mso-ascii-theme-font: minor-latin; mso-fareast-font-family: 宋体; mso-fareast-theme-font: minor-fareast; mso-hansi-font-family: Calibri; mso-hansi-theme-fnoplay: minor-latin;"> 首先应增加社会常识的考察。对法官个人认知与世俗认知的偏离进行适当的调和纠正，从法官的选拔过程即应予以进行考察。目前法检两院的公招中，有关世俗认知的考察多是在面试中完成的，可以考虑在专业知识部分增设世俗认知的笔试考察题目，如案例分析与判断，要求在作出案内的法律分析同时一并提出契合世俗认知的多样性处置方法。 </p><p class="Msnoway"> 其次应实施法官认知的干预。在干预的方式上，首先可以考虑对涉诉较多的法官进行单列管理来实施直接干预。对这类法官承办的案件可以考虑逐案审查，即对其司法裁判实施院、庭、审判长的常态化考察。其次，通过法官定期联席研讨案件的方式对法官认知进行交涉调校。值得说明的是，在办案压力大、专业化程度高的基层法院，为提高效率和执行力，可以考虑根据案件类型来分组定向讨论，如婚姻家庭、房地产、侵权物权类案件各设审判长负责制，由其组织展开讨论，参与的人员也限于既定案由的组内人员。</p><p class="Msnoway"> 再次，通过改造案件质量评查的方式实施指导干预。现有案件质量评查仍局限于程序是否违法、事实是否清楚、法律适用是否正确等基本层面，但忽视对造成错误的原因和改进方法的总结，故可以对其进行制度改造。其要点在于须对评查出的错误案件进行总结、梳理，对其有违世俗认知之不妥之处应分析原因并提出改进意见。 </p><p class="Msnoway"> 2 . 审判结构：世俗认知的常态融入 </p><p class="Msnoway"> 首先应当变革现有的陪审员参审方式。在既定的制度通道下充分发挥陪审员表达世俗认知和常情常理的作用。对于参审制的改革，不仅要改变陪审员“陪而不审”的局面，而且还应当扩大其选拔规模、严格任用罢免机制，让陪审员的参审真正具有代表性和充分性，让长期生活在人民群众之中的人民陪审员的世俗认知融入审判；更重要的是，审判人员应当对陪审员所表达的世俗认知充分聆听，认真采纳。其次是在部分社区有影响的案件中扩大旁听规模，积极引导民众参与，如“走进法庭听审判”、网上直播、录播留言，并注意收集民众的观点、看法，以期对审判能够形成及时反馈。对于这些意见，应在裁判时予以权衡，合理采纳；不予采纳的，应当说明理由。 </p><p class="Msnoway"> 3 . 审理方式：世俗认知的巧妙弥合 </p><p class="Msnoway"> 要运用法律解释方法契合世俗认知。世俗认知可以作为探究当事人意思表示的标准，并在必要时作为补充当事人意思的工具，审理中应当根据案情，结合生活实践经验，作出符合世俗认知的解释。例如作为世俗认知的习惯，已在民法中有明确规定，可以作为解释合同条款的标准。 </p><p class="Msnoway"> 要充分还原符合世俗认知的事实。被还原的事实不仅包括影响案件结果的事实，也包括当事人认为重要但事实上却不影响结果的事实。首先，在法定限度内灵活分配举证责任并依情况主动调取证据。如果遇到当事人无法证明但确信发生的事实，应当灵活分配举证责任，在必要时甚至应当主动调查或调取证据。此点不仅对于还原事实非常重要，而且也能够最大程度上获得世俗认同，甚至包括最终获得当事人另外一方的认同。其次，对于世俗认知与法律认知存在冲突的关键环节应充分进行释明，良善引导。当事人及其诉讼代理人在法律水平、知识能力等方面相差较为悬殊时，应当向弱势一方当事人进行程序性权利的法律释明，并引导弱势一方当事人按时间先后顺序逐步还原相关细节事实。最后，高度重视被当事人反复陈述的事实以及在其自行陈述过程中容易引起情绪波动的事实。此类事实往往传达出被当事人强烈认可的某种世俗认知，应当被纳入法律观察，并审慎判断其是否属于影响结果的被忽略事实。一方当事人陈述时引起对方当事人较大情绪并造成激烈抗辩的事实，也应当考虑纳入进行审查，即使该事实的最终认定并不影响实体裁判结果，仍应尽可能在裁判文书中对其进行说明，作出回应。 </p><p class="Msnoway"> 要针对世俗认知进行必要

的说理。尽管当事人的世俗认知可能无法得到法律上的支撑，但在作出法律回应的同时，仍应当对这部分可能并不属于争议焦点的潜藏性认知进行分析说理，以使判决“合情合理”。于调查中，有较为重视的法官称“判决书中的有些内容是写给上级法院看的（法律认知），而有些内容却真正是写给当事人自己看的（世俗认知）”，故依其审判经验，契合世俗认知的说理，确有解开其心头之惑，使其信服的作用。另外，还可考虑在此类案件中宣判时大声诵读判文以强其效果。

“ ”

注释：

周强：《在新媒体环境下奏响公证司法的时代强音》，载《人民法院报》2013年5月29日。

何勤华：《法的国际化与本土化：以中国近代移植外国法实践为中心的思考》，载《中国法学》2011年第4期。

苏力：《送法下乡——中国基层司法制度研究》，北京大学出版社2011年版，第238页。

卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》，法律出版社2004年版，第10页。

许章润：《习惯法的当下中国意义》，载《中国法律》2009年第4期。

苏力：《送法下乡——中国基层司法制度研究》，北京大学出版社2011年

mso-fareast-font-family: 宋体; mso-fareast-theme-font: minor-fareast; mso-hansi-font-family: Calibri; mso-hansi-theme-fnoway: minor-latin;">年版，第266页。 </p><p class="Msnoway">[7]详见《2012年最高人民法院工作报告》，载《人民法院报》2012年3月22日。 </p><p class="Msnoway">[8]公丕祥：《法律现代化的理论逻辑》，中困政法大学出版社2001年版，第10页。 </p><p> </p><p class="Msnoway"> </p>