

# 判决书的背后

苏 力<sup>x</sup>

---

---

内容提要: 影响判决书撰写有一系列的制度因素, 其中包括在不同法系中判决书的不同司法制度功能, 不同的判决书写作激励机制, 判决论证的不同社会需求以及判决书的不同预期受众等等。基于中国司法已有的大陆法系传统和相应制约, 在改进判决书写作问题上, 中国应侧重借鉴大陆法系国家的相关经验, 尤其应侧重完善相应的制度激励机制。

关键词: 判决书撰写 制度功能

---

---

/ 加快裁判文书的改革步伐, 提高裁判文书的质量。改革的重点是加强对质证中有争议证据的分析、认证, 增强判决的说理性; 通过裁判文书, 不仅记录裁判过程, 而且公开裁判理由, 使裁判文书成为向社会公众展示司法公正形象的载体, 进行法制教育的生动教材<sup>1 12</sup>

—

随着司法改革步骤的加快, 法学界人士对我国法院的司法判决书提出了很多批评。除了一些规格上的问题外, 主要的批评针对的是, 我国的判决书公式化, 判决理由普遍过于简单, 缺少甚至没有法律论证和推理。<sup>1 22</sup>

这些批评从总体上看是正确的。但是问题的根源在哪里, 如何解决? 目前学者的基本看法是, 我国法官的法律素质普遍比较低, 缺乏理论思维的能力, 因此无法撰写出高质量的司法判决。在这种思路引导下, 解决问题的办法很自然是把着眼点放在培训法官, 提高其理性思维的能力、法律推理和法律解释的能力, 以期提高法官们撰写司法裁判文书的能力上。在这种思路

---

x 北京大学法学院教授。

本文的研究和写作得到了北京大学 985 研究项目的支持。写作中, 曾同北大法学院强世功、赵晓力以及葛云松老师讨论过本文纲要; 也曾同北大法学院硕士生王晴、凌斌、李国庆以及博士生滕彪、许智勇和成凡同学讨论过本文初稿。他们的评论、质疑、争论给我不少启发或迫使我修改, 在此一并致谢。

1 12 5 人民法院五年改革纲要6, 5 中华人民共和国最高人民法院公报6 1999 年第 6 期。

1 22 参看龙宗智: 5 刑事判决应加强判决理由6, 5 现代法学6 1999 年 2 期; 叶自强: 5 论判决理由6, 5 湘江法律评论6 卷 3, 湖南人民出版社 1999 年版, 第 135 页以下; 王利明: 5 司法改革研究6, 法律出版社 2000 年版, 第 350 页; 傅郁林: 5 民事裁判文书的功能与风格6, 5 中国社会科学6 2000 年第 4 期。

的指导下,不少法学家作出了各种努力。一是大力论证法律推理和解释在司法中的重要性,<sup>132</sup>二是引进介绍或撰写法律推理和解释的学术著作,<sup>142</sup>三是加强对法官进行法律推理和论证的训练,<sup>152</sup>四是针对一些在社会上有重大影响的具体案件,一些学者有意识地撰写了一些具有示范意义的、细致的学理分析。<sup>162</sup>

这种努力应当说获得了一定的成功。法律推理和法律解释已经在法律和法学界获得了普遍的认同,对司法部门乃至法官们也有了相当广泛的影响,<sup>172</sup>作为本文题记而引证的《人民法院五年改革纲要》的那段文字就是这种影响的一个明证。最高法院近期已分别颁布了《5法院刑事裁判文书样式(试行)》、《5国家赔偿裁判文书样式(试行)》。<sup>182</sup>

我称这种进路为“人的进路”。这一进路的前提假定是,司法判决书之撰写主要是法官个人的司法素质和能力的问题。因此,只要法官提高了对司法判决书重要性的认识,确立了适当的规范,通过教授、学习和模仿直至掌握了如何写作良好的司法判决书的技巧,就可以提高法官撰写的司法判决书的质量,乃至保证司法公正。

这种进路肯定是有意义的,尤其是对于目前中国法官专业能力普遍偏低的情况来说很有针对性。但是,这种进路在我看来又不很完全。我将在本文论证,中国目前司法判决书所表现的情况仅仅是一个症候,一个结果;引发这一症候的,在我看来,是中国司法的一系列制度。如果(暂时不讨论是否/应当<sup>192</sup>)要全面提高中国司法判决书的质量,就必须如同医生那样,首先从诸如头痛、发热的症候中看到病因,而不能头痛医头、脚痛医脚,不能仅仅是对“症”下药。重要的是要创造一个制度和—个制度环境,使得绝大多数法官有动力撰写理由论说充分的司法判决书,从而产出相当数量的(不是偶尔的、少数的)优秀的判决书。因此,我在本文采取的

<sup>132</sup> 例如前引122,龙宗智、傅郁林、王利明的论著。

<sup>142</sup> 例如徐国栋:《5民法基本原则解释》))成文法局限性之克服6,中国政法大学出版社1992年版;梁慧星:《5民法解释学》,中国政法大学出版社1995年版;苏力:《5解释的难题》))对几种解释方法的追问6,《5中国社会科学》1997年第4期;梁治平编:《5法律解释问题》,法律出版社1998年版;张志铭:《5法律解释操作分析》,中国政法大学出版社1999年版;张保生:《5法律推理引论》,中国人民大学博士论文(1999年)。

<sup>152</sup> 例如,在湖北中南财经政法大学法学院(原中南政法学院),自1995年以来举办的每年两期的基层法官培训班以及两期行政法官培训班中都专门设置了有关法律推理和法律解释的课程。

<sup>162</sup> 例如,梁慧星:《5雇主承包厂房拆除工程施工致雇工受伤感染死亡案评释》,《5法学研究》1989年6期;梁慧星:《5电视节目预告表的法律保护与利益平衡》,《5法学研究》1995年第2期;梁慧星:《5谁是-神奇长江源探险录象的作者》,《5法学研究》1996年第2期;孟勤国:《5也论电视节目预告表的法律保护与利益平衡》,《5法学研究》1996年第2期;邹海林:《5侵害他人权益之不当得利及其相关问题》,《5法学研究》1996年第5期;苏力:《5-秋菊打官司》.的官司、邱氏鼠药案和言论自由》,《5法学研究》1996年第3期;沈岍:《5制度变迁与法官的规则选择》,《5北大法律评论》第3卷第2辑,法律出版社2000年版,第159页以下。

<sup>172</sup> 鲍建南:《5裁判文书制作理论与实务研讨会在京召开》,《5人民司法》2000年2期;朱峰:《5关于改革行政裁判文书的思考》,《5行政法学研究》2000年第1期;丁寿兴:《5加强刑事裁判文书的论证和说理》,《5人民司法》1999年第1期;江苏省高级人民法院经济审判庭:《5提高经济纠纷案件裁判文书质量的几点思考》,《5人民司法》1999年第12期;何昕:《5再刑事裁判文书样式的修改与制作》,《5人民司法》1999年第12期;张新民:《5减刑、假释刑事裁定书样式的修改与制作》,《5人民司法》1999年第12期;何良彬:《5论判决理由》,《5人民司法》1999年第12期。值得注意的是所有这些作者都是法官。

<sup>182</sup> 最高人民法院关于印发《5法院刑事诉讼文书样式(样本)》的通知(1999年4月30日),《5国家赔偿裁判文书样式(试行)》(2000年元月11日)。

<sup>192</sup> 许多论文以及《5人民法院五年改革纲要》,之所以强调论证的一个前提假定是强化论证可以保证防止司法腐败,保证司法公正。但这一点是可疑的,没有经验上的证明。因为,论证和理由与判断并不是一回事,论证仅仅是对判断的正当化,是一个话语和修辞层面的过程,而不能保证判断的正当,这涉及到社会共识的认可。关于这一点可以参看前引142,苏力文。

是与目前流行的关于司法判决书之研究不同的一种进路。我称之为/制度的进路0。必须注意,我采取这一进路并不是要取代/人的进路0,而仅仅试图在现有的研究基础上有所深入,作为一个补充,而且在我看来可能是一个更重要的补充。

必须强调,尽管我个人认为中国的司法判决书之撰写确实应当改进,但是本文的中心论点并不是倡导通过急剧的司法制度变革来提高司法判决书的质量。司法判决书的撰写是司法制度中的一个重要因素,但并非唯一的或全部的因素。甚至不是最重要的因素。因此,必须在诸多同样值得珍重的因素中保持一种平衡,争取获得司法制度总体上的最佳。至于是否应当以及在多大程度上应当通过司法制度变革来提高司法判决书的质量不是一个技术问题,而是一个价值判断问题,应当由且最终也必定由社会的公共选择来解决。还必须指出,这个问题,如同我在本文的最后将论述的,其实还有一个司法判决书的社会功能定位问题,这也同样涉及一系列制度,隐含着一些两难。我试图在本文中展示这种两难。我有偏好,但并不坚持某一立场。就本文的直接目的而言,它仅仅试图展示什么样的制度因素制约了中国法官的司法判决书之撰写;在现有的制度和社会条件下,为什么在我看来5人民法院五年改革纲要6所允诺的改革很难促进司法判决书质量的普遍和大幅度提高;我们可能通过哪些方面的改革以及向何方向发展来提高中国法官的司法判决书写作。

## 二

就司法判决书的论证而言,应当说普通法的法官展示了非同寻常的技能和热情;特别是美国联邦最高法院的大法官们更是十分出色。如今美国联邦最高法院的一些重要判决意见甚至动辄上百页,其中有一些足以构成一篇精美的论文。相比之下,欧陆法系的法官就大为逊色。尽管欧陆法系的法官们不时也有一些重要的判决意见,但是其一般都比较短,<sup>1102</sup>无论是说理之充分、分析之绵密、涉猎之广博甚或是文采或风格都只能望英美法官之项背。为什么?

这显然不能仅仅用英美法官的选拔、培养更为出色来解释。事实上,由于法系不同,我们很难说英美的法学教育比欧洲大陆的法学教育制度更好。如果以法律秩序作为衡量判断的标准,在各自的制度环境中,欧陆国家的司法所履行的社会功能至少不逊色于英美司法。在这个意义上,我们可以说,欧陆的法律教育以及法律职业制度可以说是完全适应欧陆国家的情况的。但是,为什么就法官而言,就司法判决书的修辞论证来看,英美法官,特别是美国联邦最高法院的法官的判决书表现得格外优异呢?如果放在不同的制度环境中来考察,就可以看出,英美法官在司法判决书上表现出来的优异,与进入法院的法官个人素质关系并不如同我们想象得那么大,而是与英美法的整个司法制度设置以及由此带来的法官素质变化有关。

最主要的制度因素在于英美法采取的是遵循先例的原则。按照这一制度原则,上级法院的判例、本法院先前的判例对下级法院和本法院后来的类似案件具有约束力,同级的其他法院的判例乃至下级法院的判例对某法院的案件判决也具有参考意义。这一点已经为法学界耳熟能详了。

<sup>1102</sup> 一个有关判决书的比较研究发现,在类似的问题上,法国的判决大约300字,德国的判决大约2000字,而美国的判决大约用8000字(还不包括附带的不同意见)。转引自张志铭:《法律解释操作分析》,中国政法大学出版社1999年版,第211页。

但却正是由于这一制度,英美法官在写作司法意见时,往往会注意到判决作为法律对未来一系列案件的可能影响。尽管由于不告不理的原则,英美司法只要求法官就案件本身做出判决,不应当过分延展,但只要遵循先例的考虑,法官在判决时就不得不考虑案件以外的一些因素,特别是在一个有比较新颖的法律争议的案件上。初审法院法官一般都首先更多考虑案件得到妥善处理,但由于法律要求普遍性,他也会考虑到此后本法院其他法官对类似案件的处理;由于上诉审的制约,也不会有哪个初审官完全不考虑上级法院对类似问题可能选择的处理。这些因素使得他们在普通法案件上更看重论证和推理(其中包括案件事实的区分),在制定法案件上更看重法律的解释。由于先例的重要性会随着审级的上升而增大,上诉审法官则一般都要比初审法官更多考虑自己的判决对下级法院今后处理类似案件的影响,对同级其他法院法官的可能的示范意义,考虑最高法院或联邦最高法院对类似问题的处理,甚至,由于英美国家法学教育是围绕上诉审司法展开的,还必须考虑学界的可能评论。

因此,可以说,在英美国家中,法官在撰写判决书时,特别是在那些有新意的案件中,始终有某种创造规则的考虑,某种政策的考虑。他们所必须面对的不仅是纠纷解决的问题,而且有规则之治的问题。他们必须纳入其司法判决的不仅是手边案件是否得到了良好、恰当处置,而更多是这个判决对于未来司法的意义。

这一点也就意味着,法官在撰写司法意见时,必须事先考虑其预期听众的可能反应。而这一预期听众,至少对于上诉审法官来说,主要不是案件的当事人以及关心此案的公众,而是其他法官以及实务和学术法律人。到了美国联邦最高法院,或州的最高法院,司法判决则常常与案件本身的优劣和结果对当事人是否公正无关,而更多与美国的制度运作、规则确认、利益平衡有关。<sup>1112</sup>

与英美法国家形成鲜明对照的是,在欧陆法系的法院中,尽管同样强调严格遵循法律,但是法官的任务主要是依据成文法对具体案件做出恰当判决。偶尔,法官也会有某些政策和考虑,甚至也有造法的功能,但一般说来,这种因素不那么明显,受到了传统的严格限制。造法的工作严格归属于立法机关。法官的任务仅仅是对适用法律负责。尽管适用法律总是会有解释,有推理,甚至某种程度的创造,但是其推理形式相对简单,且更多是一种演绎的方式。甚至法国刑事诉讼法典对刑事案件之判决书的规定,仅仅是要/ 载明宣读(的)事实0, / 载明适用的法律0,<sup>1122</sup> 并无论证的要求。

不应当轻视这种制度的差别。这种差别首先反映出判决书的功能在不同法系国家中是相当不同的,判决书的论证、修辞首先要服从并服务于这种社会功能。因此仅仅从修辞学层面讨论评判判决书的优劣就是/ 迷失在语言的迷宫中0。其次,这种制度的差别又会在判决书撰写

1112 这也就是为什么美国大法官弗兰克福特称:/ 只是对那些对我们的联邦制度之运作有重要意义因此要求裁决的案件,(联邦最高法院)才承担起予以复审的责任,仅仅是案件结果对于当事人很重要,这还不够0。首席大法官文森则宣称,联邦最高法院/ 并不主要关心,而且从来也不关心纠正下级法院决定的错误,。因此,(它的)职能是根据美国宪法、法律和条约来解决在联邦问题上具有广泛重要意义的意见冲突,并对下级法院行使监督权0。转引自, Henry J. Abraham, *The Judicial Process, An Introductory Analysis of the Court of the United States, England and France*, 6<sup>th</sup> ed., Oxford University Press, 1993, p. 176。一些州的最高法院也将此奉为必须遵循的原则,例如, / 即使一般说来请求方有权获得这一救济,但如果在这一具体案件中给与这种救济将导致混乱和无序,并对公共利益产生的危害大于请求方所要求的个人权利,那么就不会给予这种救济。0 *State v. Wester*, 126 Fla. 49, 54, 170 So. 736, 738 - 39(1936)。

1122 法国刑事诉讼法典第 366、376 条,余叔通、谢朝华译,中国政法大学出版社 1997 年版,第 134 页以下。

上给法官带来相当不同的激励。对于英美法的法官来说,一个有良好法律推理和解释的司法判决,具有长久的法律力量,这意味着自己工作影响的扩大和伸展。相比之下,欧陆法的法官则没有这种动力。哪怕你撰写了再好的判决书,一般说来,你的判决理由都不可能作为法律来引用。对于欧陆法的中下级法院的法官尤其如此。他们个人没有多少激励去努力撰写一份超出处理本案之必须的司法判决书,即使撰写了,对一般的法官也没有太多的个人效用,不可能给法官个人带来更多的收益,无论是司法权力上的还是学术权力上的。

可以想一想,如果一个法官辛辛苦苦努力的最后结果是被上级法院否决,或其命运要由上级法官来决定,他们还会全力以赴精心撰写司法判决书吗?即使是一个上诉审的法官,他撰写的判决意见可以一锤定音,但如果此后这个判决意见的命运也仅仅是束之高阁,在档案柜里睡大觉,那么他又有多少动力来精心撰写一个出色的司法判决呢?这就是为什么我们看到的有出色论证、推理和解释的司法判决书至少在近代,无论在英美国家还是欧陆国家,几乎全是上诉审判决书。这也是为什么同为上诉审法官,英美的上诉审法官的判决书一般总是比欧陆国家上诉审法官的判决书更精致。这也是为什么即使同样是在美国,初审法院的法官撰写的判决书一般不如下诉审法官撰写的判决书详细、精致。这里固然有初审法官就总体而言水平要比上诉审法官要低一些,但即使是同一个法官,他在初审法院时撰写的判决书也总是比他成为上诉审法官时撰写的判决书水平低。<sup>1132</sup>甚至这种状况不能用经验累积来解释,因为如同我将在后面提到的,如今美国上诉审的不少判决都是出自刚出校门的、没有多少司法经验的法学院毕业生之手。因此,唯一的解释就是制度的要求以及激励强度不同。也正因此,许多美国上诉审法官不主张初审法院法官以那种“十年磨一剑”的精神撰写司法判决。<sup>1142</sup>而在法国,法律干脆明文规定判决书写作为书记员的职责,而并非法官的职责。<sup>1152</sup>

### 三

激励、影响判决理由之撰写的还有其他一系列制度因素。

首先是,在两大法系中,进入司法审判的案件类型不同。在英美国家中,进入审理的案件一般都有比较重要或新颖的法律问题,即使其中有些案件似乎涉及的仅仅是事实问题,但这些问题实际是作为法律问题论及的(是否排除某个证据,表面看来涉及的是事实问题,实际上涉及到的还是程序法规则的问题)。绝大多数没有太大的事实争议和法律争议的案件,在美国,如果是民事案件,往往都通过法庭外的其他方式解决了,<sup>1162</sup>如果是刑事案件,则往往通过辩诉交易解决。<sup>1172</sup>庭外和解和辩诉交易的制度实际上起到了一个筛选司法案件的功能。大量没有多少可以论证、推理和理解的案件都通过这一制度被淘汰了,剩下的案件或多或少都

<sup>1132</sup> 美国最著名的法官约翰·马歇尔就曾担任过基层法院的法官,但是谁还会记得他的那些判决呢?在人们脑海中提到马歇尔,就是马伯利诉麦迪逊,就是麦克洛诉马里兰州等案。

<sup>1142</sup> Henry J. Friendly, / The - Law of the Circuit. and All That, 0 St. John. s Law Review, vol. 46, 1972; 转引自 Posner, Federal Courts, Challenge and Reform, Harvard University Press, 1996, p. 337.

<sup>1152</sup> 法国刑事诉讼法典第 376 条。

<sup>1162</sup> / Beyond Litigation- an Interview with Robert Mnookin, 0 Starford Lawyer, Spring- Summer 1989, p. 5; 转引自, May Ann Glendon, A Nation Under Lawyers, How the Crisis in the Legal Profession is Transforming American Society, Harvard University Press, 1994, p. 224.

<sup>1172</sup> [美] 伦斯特洛姆编: 5 辩诉交易 6, 5 美国法律词典 6, 贺卫方等译, 中国政法大学出版社 1998 年版, 第 190 页。

是有点意思的案件,或难办的案件(hard cases),不同于中国人所说的疑难案件(difficult cases),是不好套用法律的案件,因此也就需要给予某种论证。<sup>1182</sup>也只是在这些案件上,法官才可以充分展示其熟悉法律(对于事实,由于具体案件中的事实是不同的,法官并不比其他人更擅长)的才华,展开其推理和思考能力。如果不考察判决书生产的过程,仅仅看判决书,把我们的制度环境加在英美法身上,就会对英国法的判决书产生错觉。

在欧陆法国家中,尽管在民事案件中也有和解,但是数量要比英美法国家少得多。<sup>1192</sup>尽管同属于/西方国家0和/现代法治0,欧陆国家人们信奉的法律概念与英美法的法律概念实际上相当不同。<sup>1202</sup>由于这种对于法律的理解不同,因此,在欧陆国家,案件一旦进入法院,或者是检察官认为应当属于国家司法管辖的刑事案件,一般不允许以其他方式解决,只有法院做出的判决才被认为是合法的法律处置。由于这种国家职权主义的模式,大量并不复杂的案件进入了法庭审理,其中绝大多数案件甚至没有多少可以论证的。尽管从人口比例上看,欧陆国家的法官数量要比英美国家法官的数量多得多,<sup>1212</sup>但这种职权主义模式还是造成欧陆法官审判量比美国法官要大,他们也就不大可能就每个案件都撰写如同英美法官所撰写的那么详细的司法判决理由。事实上,除重要案件外,一般也没有必要就每个案件撰写详细的司法判决。

其次是两大法系国家的司法对事实问题和法律问题之处理的制度分工不同。在英美法制度中,即使是疑难案件,初审法官一般也不直接处理事实问题,事实问题由陪审团来处理的。上诉审法官更是集中审理有争议的法律问题。在事实问题和法律问题上的这种制度分工造成了英美法官集中关注法律问题,在判决书撰写中,他们也着力发挥着其在法律问题论述上的长处,避免了在事实问题上的无话可说的难堪。<sup>1222</sup>这种职业分工造成了英美法官擅长法律论证。

欧陆国家法官在司法上没有这种分工。他们同时要决定事实问题和法律问题。但是,必须注意,尽管国内有人<sup>1232</sup>包括5人民法院五年改革纲要6都强调在事实上要加强论证,但无论是在证据认定上,还是在基于证据而对案件事件的认定上,除了因涉及法定证据标准从而

1182 参看 Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, 1990, ch. 4.

1192 欧陆国家的民事诉讼情况可参见齐树洁、王建源:5民事司法改革:一个比较法的考察6,5中外法学62000年第6期。

1202 在欧陆法中,由于历史传统,法律总是同国家权力联系的,强调法律是主权者(君主、国家、人民)的意志,强调国家垄断,因此一般说来不允许/私了0,私了是违法的,更不可能容许辩诉交易这样的同刑事被告订立的契约取代正式颁布的法律;欧陆国家的律师数量也限制了以契约方式解决纠纷的可能性。而在英美法中,受社会契约的广泛影响,法律更多被视为是一种国家认可的合意,强调自由选择,因此,不但允许私了或其他方式解决纠纷,而且受到鼓励,甚至代表国家指控罪犯的检察官也可以同犯罪嫌疑人之间进行讨价还价的交易。美国还有近百万律师也促成了这种可能。必须指出,甚至英美也很不相同。有关的分析,可参见 Richard A. Posner, *The Problems of Legal and Moral Theory*, Harvard University Press, 1999, ch. 1.

1212 例如,德国人口8000万还不到美国人口的1/3,但其法官数量为35000人,而美国联邦和州法院法官(包括治安法官)的总数才约为29000人。有关德国与美国法官的数据,请见宋冰:5程序、正义与现代化))外国法学家在华演讲录6,中国政法大学出版社1998年版,第39页;前引1142, p. 37。有关国家的法官人口比,可参见日本最高裁判所521世纪司法制度的思考))裁判所关于司法制度改革的基本思路6,转引自潘剑锋、杨素娟:5日本司法制度改革之评价6,5中外法学62000年第6期。应当注意,这些数据并不能反映出各国真实情况,例如美国的数字包括了治安法官,而治安法官在美国实际不算法官;又比如,法国的法官数则没有包括设置在行政部门内的行政法官。

1222 前引1182, ch. 6.

1232 吴耀君:5关于裁判文书中事实认证部分的思考6,5政治与法律62000年第4期。但是,吴的文章仅仅是在逻辑上论证了这种重要性,没有拿出任何证据证明这种论证在经验上是可能的。他用哲学论述代替了法律的论证。又请见前引172,丁寿兴文;前引122,龙宗智文。

转化为法律问题争议外,基本上是无法论证的。<sup>1242</sup> 我认定我眼前的桌子是棕色的,但是我无法论证;而且恐怕也没有必要论证为什么我的桌子是棕色的。对于这种事实和证据的认定,不同的人要么是同意我的认定,要么是不同意,论证无法使人改变对事实和证据的判断。改变人们对案件判断的只能是新的事实或新的信息。因此,对于一个证据的证明力,基本上法官只能是认定或不认定;在不涉及证据规则的情况下,对于证据为什么可以采信,以及诸多证据是否真正证明了案件真相,并没有多少话可说。也正因为此,在欧陆国家中,对证据问题一直都强调自由心证,而并不要求法官给出理由。<sup>1252</sup>而在英美法审判中,处理类似问题的陪审团,同样也只是给出认定,而从来不给理由。但是,由于欧陆法官往往要主持事实的调查,这就使得法官不可能把精力集中在法律问题论证上来。分工的缺乏导致了法律论证上专业化的不足。

第三,司法判决的署名制度。美国法院的判决书,除了极少数例外,都由撰写判决书的个人署名,而不是审判庭署名。在这种制度下,引证某个判决,就会引证该判决之作者,这使得法官有动力来着力撰写出色的司法判决书。对于一个法官来说,撰写了一份出色的司法判决,这就意味着青史留名,长期为后人引用,为学者研究,成为经典判例。与此相联系,由于强调竞争和对抗,一个法官即使同意多数派法官之判决结果,也还可以发表与多数派法官论证不同的并存意见,反对派法官也可以发表反对意见,并且所有这些意见都有可能在未来的审判中被引用。这种制度激励使得英美法官更愿意表现自己,哪怕是在一些细枝末节上有分歧,他们也不惜笔墨做出详细表述。同时,为了在法庭内部夺主导权,撰写多数派意见的法官也往往必须做出详细论证,以便影响、说服或者是反驳自己的同事;或是为了获得足够的支持,做出适度的妥协,以便把那些意见并不完全一致的法官的观点也包纳进司法判决书中。这就意味着法院判决意见还常常针对着法院内部的其他有异议的法官。这些因素都使得法院判决书的论证推理必须非常细致和精制。

而在欧陆法系中,法院公布的是审判庭的意见,至少惯例上不允许发表反对意见或并存意见。<sup>1262</sup> 这是一种不尊重/知识产权0的制度。在这种制度下,一般说来,法官没有很大的动力将自己的观点细致表现出来,因为产权不明确,精心撰写司法判决的法官从自己的额外努力中既不能获得额外的物质利益(他的职位是稳定的,他的收入也已得到保障),也无法获得额外的精神上的收益。在这种制度下,法官一般也不那么愿意将自己的不同意见(无论是并存意见还是反对意见)细致表达出来。因为除了表明态度之外,对撰写者毫无意义,而态度已经在判决投票中表达了。

1242 中国的审判法官实际上已经了解这一点。请见江苏省高级人民法院经济审判庭:5提高经济纠纷案件裁判文书质量的几点思考6,前引123,吴耀君文。该文的这一段落列举了关于事实论证的三点内容,大致说来,一是要说明有哪些证据;二是要运用证据法理论等分析证据的真实性、合法性以及相关性;三是要根据证据运用规则阐明有关证据能够证明何种事实。这三条都与5人民法院五年改革纲要6中强调的/对质证中有争议证据的分析、认证0无关,而与证据规则有关。无怪乎,/在司法实践中,法官却大都忽略或不顾这一要求0(指对证据的分析论证))引者注;参见前引122,龙宗智文。

1252 法国刑事诉讼法典第353条:/法律并不考虑法官通过何种途径达成内心确信;法律并不要求他们必须追求充分和足够的证据,,。法律只向他们提出一个问题:你是否已形成内心确信?这是他们的全部职责所在。0

1262 /大陆法国家的情况比较复杂,在传统上,司法判决一般都只展示一种法院意见,如今情况已然变化,除了法国和意大利,多数大陆法国家的司法判决都出现了不同意见。,,在德国,不同意见一般只出现于宪法法院的判决中。0前引142,张志铭文。

第四,美国法院中的法律助手制度也使得法院更容易产出漂亮且冗长的司法判决书。<sup>1272</sup> 这些法律助手往往是各法学院的优秀毕业生,毕业后给法官当一年或两年的助手。他们年轻好胜、精力旺盛、阅读广泛,同时对工作有很强的新鲜感,这都使得他们有可能也有意愿撰写出色的司法判决书。据许多报道,在美国法院中,除了少数法官外,绝大多数司法意见都出自这些年青的法律助手之笔,法官实际上往往成了司法意见的编辑,尽管这些意见由于制度规定都是由法官署名。<sup>1282</sup>

而在欧陆法国家中,没有这种制度。至少据我现有的了解,所有的判决书都出自法官或书记员的手笔。长年累月处理单调、重复的案件很容易使得撰写者失去兴趣(边际效益递减原则)。除了法定责任之外,他们也没有什么动力去学习、了解新的知识,甚至原先学习的知识也会在这种司法生涯中消磨殆尽。<sup>1292</sup>

影响欧陆和英美司法判决撰写的制度因素当然还不止这些。例如,英美的对抗制使得律师在案件中扮演了更积极的角色,他们提供的法律、先例、其它科研成果以及对这些材料的细致的分析不仅归纳了案件的争议,而且为判决书撰写提供了丰富的、尽管是不完全的材料。而欧陆的纠问式审判方式以及律师的法条主义传统则限制了他们可能提供的非法律材料。我没有必要将所有的因素都列出来,但即使仅仅就所列举的这些制度因素而言,也很容易看出,英美法官对于判决理由、法律推理、法律解释之关注,他们的充分论证,主要不是由于他们更好的训练,而是这一系列以及其它我们可能不了解的制度制约的产物。

## 四

除了具体的制度外,影响司法判决书之撰写的还有更大的政治制度环境和社会制度环境。

一个基本的制度环境是法院在该国全部政治生活中的地位。如果一个国家的政治生活有相当一部分政治问题将不得不由法院来解决,那么这个国家法院的法官,或至少是其最高法院的法官,就不得不涉猎更多的领域,做出更详细的法律论证。美国的联邦最高法院就是这样一个典型的例子。多年来,它所审理的案件包括了诸如种族歧视、人工流产、社会福利、枪支控制等大量的政治、社会问题,同时它也拥有西方其他任何国家的法院都不拥有的广泛的司法审查权。由于它在美国政治中的这一角色,使得美国联邦最高法院在这些重大问题上不得不对自己的判决作出深入细致的解释,以获得其相对于其他政府部门的政治合法性。相比之下,如果一个国家的政治体制是议会至上,例如欧陆国家以及英国,有重大影响的社会问题、政治问题主要是通过民主政治程序来解决,司法审查权相对弱小,法院的任务就会相对减少,仅仅是执行议会制度的法律(违宪问题则由单独设立的宪法法院或宪法委员会管),那么这个国家的法院在司法判决书撰写上势必比较简单,法条主义的味道也趋于浓厚。

与此相关的是,一个国家的宪法、法律越是容易修改或越细致,一般说来,这个国家的法院和法官的判决论证就越为容易;相反,如果一个国家的宪法越是刚性,越是概括,或者法律留给

1272 Abner J. Mikva, / For Whom Judges Write, 0 Southern California Law Review, vol. 61, 1998, 以及波斯纳的研究, 前引1142, p. 152- 157。

1282 前引1142, p. 140- 141。

1292 前引1212, 宋冰编书, 第41页。

法院解释的空间越大,那么这个国家的法院和法官在涉及重大问题中的判决理由就需要更多的论证。这一点在美国司法中也表现得相当典型。例如在种族歧视问题上,在积极补偿行动上,在人工流产问题上,美国宪法都没有明确的、直接的规定;而在另外一些政府和社会希望采取某些行动的问题上,宪法又明令禁止政府干预(例如枪支控制)。美国宪法的修改又非常刚性。但是这一切都不能成为美国最高法院回避社会硬塞给它的法律问题的借口,联邦最高法院的大法官们不得不通过各种法律论证、解释和推理将这些重大社会公共政策问题同一个个非常概括的宪法条款,例如法律的同等保护或正当程序或州际贸易条款联系起来,并要为此展开严密的论证,以获得一个对具体案件的妥当判决。相比之下,欧陆法不仅宪法更为细密,而且议会至上,国家相对小,民族单一,议会对许多社会重大问题都可以做出比美国国会一般说来更为迅速地回应,并且其法律也更为细致,这就使法官适用起来比较方便,判决论证也就比较简短。

最后一个重大的制度制约是社会的同质化以及异质化程度。这个问题实际上也是一个制度问题,尽管人们习惯将其视为司法制度的社会条件。一般说来,在一个不能分享尤其是关于通过论辩来解决纠纷等基本价值的社会中,论证是不必要的,因为这种论证无法沟通,甚至可能加深分歧。正如一位外国学者论证的,并不是所有的交流都能促进人们的理性,使人们达成一致或妥协。<sup>1302</sup>也正因为此,孔子才说,“道不同,不相为谋”。而一个可以且有必要诉诸论证来说服对方的社会必须是一个已经基本格式化了、分享了某种交流规则的社会,一个有更多的基本共识的社会。这一点常常为人们所忽视,但不论是从逻辑上还是从经验上看,这都是一个试图以论证达成交流的必要前提。这一点也许可以用三段论来说明。三段论的论证的力量在于言说者和受众接受论证的前提都是理所当然的。例如,所有的人都会死,并且苏格拉底是人,因此才会得出苏格拉底会死的结论。一旦大家不接受这些共同的前提,认为有的人不会死,或对苏格拉底是否是人有疑问,这一论证就无法进行,论证就完全没有用。如果两个人语言不通,即使仅仅是语法规则不同,交流不可能,说理也不可能,说服就更不可能。也正是由于这一原因,霍布斯等近代思想家都强调民主和自由的前提是征服,是要使得人们首先接受这些分享的价值。<sup>1312</sup>

当然,仅仅有这种基本价值(特别是有关解决分歧的程序价值)分享的/同质性也还不足以必须论证。如果社会对一些具体问题的看法同质化程度很高,也同样没有论证的必要。在一个视死刑为天经地义的社会中,就不可能有哪个法官在其判决书的开篇就论证死刑的正当性。这种论证不仅会被人们视为多此一举,甚至会被人们视为莫名其妙,言不及义。只有在双方有一定分歧的情况下,同时人们又分享关于民主、交流、理性以及人道德的信念以及相信交流的规则可以使人们最终化解分歧,认为暴力、强权无法最终解决问题,人们才会试图通过论证来延展自己的判断,以自己的论证能够说服对方。由此,我们也就可以看出,同样是西方国家,同样分享了民主理性交流的基本价值,而美国社会中法官的判决论证总是更为详细、周密,即使是同属英美法系的英国法官也不能与之相比,<sup>1322</sup>根本原因就在于美国内部对于许多具

<sup>1302</sup> 前引1202, Charles Larmore, *The Morals of Modernity*, Cambridge University Press, 1996, pp. 168- 174; Posner, *The Problems of Moral and Legal Theory*, 特别是第一章。

<sup>1312</sup> Michel Foucault, *Discipline and Punish, the Birth of the Prison*, trans. By Alan Sheridan, Vintage Books, 1977.

<sup>1322</sup> 参看 P. S. Atiyah and Robert S. Summers, *Form and Substance in Anglo-American Law: A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions*, Oxford University Press, 1987.

体问题认识的异质化程度要比欧洲国家包括英国都更高。

必须指出,上述制度可以解说的都是常规问题,常常无法回答特例。而特例确实存在。例如,美国著名法官波斯纳,他虽然不是最高法院大法官,但他的司法意见不仅产出高,而且质量也高。他有一些极为出色的法律助手,但是据其助手所言,他从来不用法律助手撰写司法判决,而仅仅是让这些助手扮演一个评论员的角色。<sup>1332</sup>但是制度不能建立在这样的特例上,不能建立在个别人的特别偏好上。相反,甚至在波斯纳身上,我们也还是可以看到这种制度的影响。毕竟,波斯纳是美国当代被引证最多、因此是最有影响的上诉审法官,<sup>1342</sup>同时也是被引证最多的、因此被称为活着的最伟大的美国法学家。<sup>1352</sup>

## 五

经过了这样一番比较考察,再回过头来看中国法官在判决书之写作上的问题,我们可能会更深入、冷静一些。中国司法制度从总体上来说属于欧陆法系,从这一点上看,中国社会对法官的判决书论证说理的要求就注定偏低,制约欧陆法官判决书写作的一系列制度因素在中国司法制度中都存在,甚至更为突出。加上中国法官的文化、专业素质从总体上看也偏低。因此,判决书简单,缺乏甚至没有论证的情况就会更为明显。

但是,我还是不能将中国简单地归在欧陆法系,从而把中国的问题简单化了。事实上,制约中国法官判决之撰写还有一系列中国本身的社会原因和制度原因。

例如,中国社会一方面在如何解决分歧求得一致的程序性价值之分享不够。中国法院毕竟是从近代的衙门中分离出来的,威权主义的色彩比较浓厚。尽管法官不是严格意义上的官员,但是,用/我说你听0的方式、行政的方式、决断的方式处理纠纷还是为许多法官接受,并认为是天经地义的,理所当然的。他们不仅是不大会说理,他们更不大习惯说理。

另一方面,中国的法院和法官在中国社会中的地位也比欧陆法院和法官在它们社会中的地位要低。不仅司法独立的传统不够,而且司法机构内部的行政色彩相当浓重。法院和法官往往受到来自各方的各种形式的干预,包括内部的层层审批,包括社会中波动的舆论干扰。在这样一种环境中,坦白地说,至少有一些时候,说理论证在法官看来是没有意义的。如果论证的结果是如此,但当地政府或是院长要你得出另一种判决(哪怕是这些要求并不错误,也并非徇私枉法,仅仅是由于认识不一致)))而这是常有的),或者是社会民情或大众传媒普遍要求法官这样判,那么法官就不可能按照法律的逻辑来论证。要对这样的判决做出某种法理上的正当性论证,只能是自欺欺人。

肯定会有批评者认为我在为中国的法官开脱。其实未必。我的要点在于强调司法独立的必要性和重要性,强调司法审判独立是判决书质量提高的一个重要的尽管不是唯一的前提条件。因此,我还是强调制度的重要性,而不是简单地指责法官的个人职业道德或责任心,将判决书论证之缺乏归咎于其知识的缺乏和技术的低劣。不错,职业道德和责任心很重要,但必须

1332 Lawrence Lessig, / The Prolific Iconoclast, Richard Posner0, The American Lawyer, December 6, 1999.

1342 Cf. William M. Landes, Lawrence Lessig and Michael E. Solimine, / Judicial Influence: A Citation Analysis of Federal Courts of Appeals Judges0, Chicago Working Paper in Law & Economics (2<sup>nd</sup> Series), pp. 23, 33.

1352 前引1332, Fred R. Shapiro, / The Most-Cited Legal Scholars0, The Journal of Legal Studies, vol. 29 (pt. 2), 2000; Lessig, / The Prolific Iconoclast, Richard Posner0.

有一个环境来养育和运用这些职业道德和责任心。不错,知识和技术也很重要,但是更重要的是要创造一种知识和技术得以运用、发展、累积的制度。也正是在这个意义上,我倒是认为那种过分强调法官的道德品质、强调知识和技术的论点有点避重就轻。

还有一点制约中国法官判决书之撰写的社会条件,这就是中国社会的同质化程度还太高。对许多司法的问题,法官、当事人和民众都已经有了比较稳定的看法。在这种情况下,中国法官就不大可能甚至没有太大的必要讨论一些在他们看来不成问题的问题。我在前面就提到死刑问题。对于中国法官来说,就不大可能一般地讨论死刑的正当性,因为死刑的正当性在我们这个社会对于绝大多数人来说不是一个问题;也许可以讨论的仅仅是在某一个具体案件中死刑是否适当的问题。又比如,1999年海淀区法院关于刘燕文诉北京大学案件的判决。<sup>1362</sup>这个案件,无论审判的最后结果如何,仅仅就是否应当进入审判,都需要有严密、细致的法律论证。但是在北大学生群情激动的情况下,在“保护弱者”的政治正确社会思潮鼓动下,法官当时的唯一任务也许就是做出一个能令学生满意的判决结果,而不是要写出一个令法律界和法学界满意并经得起历史考验的判决论证。又比如,1997年海淀区法院在一起产品责任案件中,仅仅用一句话“根据《民法通则》第130条,司法实践掌握的标准”就创造了民法通则和中国司法实践上从来没有过的精神损害赔偿。<sup>1372</sup>这个判决发布在3#15消费者日,用该院法官在当晚中央电视台3#15晚会上的话来说,是要“把这个判决献给广大消费者”。在一个共识太强、没有多少争议的环境中,或在一个异议很小乃至难以听见异议的社会中,对法官要求的也许就只是表态,而不是理由。

## 六

上面分析的前提是,我国法官分析论证能力确实很弱,这是一个有关事实的判断。但是这个判断究竟能否成立,就不是一个推理问题。因此,我必须从经验的层面对这一点予以考察。

如果仅仅根据目前公布出来的判决书来看,这个判断是成立的。但是根据我在基层法院的调查问卷来看,我发现这一判断不能成立。中国法院内保存的案件卷宗内,除了正式的判决书副本外,都有一份结案报告。这份报告对案件处理都有详细的介绍,有比较详细的关于判决理由的论证分析。从我看过的结案报告来看,即使是文化、业务水平相对说来比较低的基层法院法官实际具有的分析论证能力要比根据现有的判决书推断他们具有的能力要强得多。我在其他文章中对一些案件的分析以及目前在北大法学院学习的曾担任各级法官的研究生也向我证实了这一点。非不能也,乃不为也。他们也许还比不上英美法官甚至欧陆法官,但他们的能力可能远远超过法学界对其现有实际能力的估计和判断。这也就进一步支持了我前面的分析和判断得出的结论,中国法官在公开发表的判决书中表现出来的“分析判断不足”不是一个法官的个人能力问题,而是制度使然。但是,千万不要以为我的这一发现仅仅是对其他学者之判断的一个批评。应当说,这其实也是他们对法官之要求的一个支持。假如我们的法官有足够的进行细致分析判断,那么提高中国法官判决之撰写质量就不是一个不切实际的幻想。

<sup>1362</sup> 参见前引[162],沈岍文。

<sup>1372</sup> 见《中华人民共和国最高人民法院公报》1997年2期。而在仅仅10个月前该法院在一个类似的伤害案件上,还因法律没有规定而不给予精神损害赔偿。张骥:《法律推理与司法公正》,载信春鹰、李林主编:《依法治国与司法改革》,中国法制出版社1999年版,第348页以下。

这种追求不仅是应当的,而且是可能的。

但是问题是否因此就很简单了,中国法官只需要发表一份更像判决书的结案报告就行了呢?问题并不那么简单,与这个问题相关的,但中国法学界一直没搞清楚问题是,司法判决书论证的预期受众是谁?用更普通的话来说,就是判决书到底主要是写给谁看的,是民众还是法学界、法律界人士,甚至是法学界最优秀的学者?

多年来,由于法学的幼稚,由于中国社会的同质化,这个问题一直不为人们所重视,几乎从来没有作为一个问题进入中国学者的理论视野。只是到了近年才有个别学者从其他方面提出了相关的问题。<sup>1382</sup> 学者们只是笼统地讨论司法论证和推理。似乎判决书的预期受众是一个没有清晰面目的社会公众,<sup>1392</sup> 但学者们(包括我自己)实际上总是习惯于用自己的偏好作为评判的标准,自觉不自觉地争抢着在当代中国社会中仍然具有强烈政治合法性的社会公众代言人的角色。因此,学者们实际同时扮演了两个角色。这种话语如果说在80年代还没有问题,那么如今已经可以看出具有内在紧张关系。我自己就曾有过这种经验。在一篇论文中,我曾就两个案件发表过学理的评析,<sup>1402</sup> 当时的一个重要动因就是我感到初审法院的判决理由论证不够充分。在这里,我并不是要推翻或修改自己对这两个案件的学理分析,而只是在反思后承认,我的分析是从学术角度切入的,写作对象是给学者或至少有一定理论水平的法官、律师看的;我不知道有多少普通人能够看懂我运用科斯定理来分析肖像权与表达自由之间的权利冲突。

学者的特点之一就是对在许多他人看来不成为问题的问题也特别敏感,特别叫真,因此往往会把一个简单的问题说得非常复杂(甚至本文就是一个例证)。用后现代的语言来说,叫做问题化。就学者而言,如果不是太过分,<sup>1412</sup> 这一特点其实更多是一个优点,是推进法律学术研究的一个必要条件。但是正如西施的捧心皱眉不能延展到东施身上一样,学者身上的优点到了法官身上就未必是优点。这一点甚至在欧陆国家的司法中也是如此。<sup>1422</sup> 如果仅仅从理想状态而言,我当然希望司法判决书雅俗共赏、老少咸宜、内外兼顾。但这种理想状态在社会劳动分工日益细致、专业技术化程度日益强化的今天事实上已不大可能。因此在强调司法判决书之撰写时,这个预期受众的问题已经不能避免,并将日益凸现出来。

对于绝大多数中国法官来说,尽管并不自觉,这在目前其实并不是个问题,他们事实上是更多地把当事人以及普通民众作为自己判决书的预期受众。他们的论证实际上受到了心目中的预期受众的影响。应当说,这种定位是有道理的,尤其是对于初审法官来说,判决书应当首先让案件当事人明白。对于普通民众来说,复杂精细的论证在更多的时候只会使得他们更糊

1382 刘星:《法律解释中的大众话语与精英话语》,《法律现代性引出的一个问题》,《比较法研究》1998年第1期;苏力:《农村基层法院的纠纷解决与规则之治》,《北大法律评论》6卷2(1999年)。

1392 例如,张志铭、傅郁林都认为民事裁判文书的预期受众是当事人,以及社会公众。见前引142,张志铭文;前引122傅郁林文。《人民法院改革五年纲要》称,要使裁判文书成为向社会公众展示司法公正形象的载体,进行法制教育的生动材料,这种说法也主要是把社会公众当作预期受众,尽管还赋予了司法判决书更多的也许是大重的社会功能。

1402 前引162,苏力文。

1412 过分,实际上就无法论证了,因为按照戈德德尔定理,没有任何证明体系是自给自足的,都必须依赖一个系统外引进的定理,即基于某种共识。

1422 /教授判案时,院长要特别小心;教授往往写出特别冗长的判决书,大讲特讲理论体系,见前引1212,宋冰编书,第33页。

涂,而不是更清楚。因此,笼统批评中国法官判决书论证不够的法学家,不能不反省、注意自己评论的立场、自己要求的社会合理性。

但是,必须看到,以当事人或与之相类似的公众作为预期受众到了目前已经有问题了。首先,案件类型日益复杂、律师代理增加、法律学术发展,这就使得法官判决书的受众在过去 15 年间实际上已经发生了微妙的偏移。即使法官的判决论证有所改善,但由于跟不上受众的变化,仍然会引发不满。其次,正如在我其他文章中指出的,尽管中国没有初审法院和上诉法院的区分,但是从功能上看,这两种法院事实上是存在的,<sup>1432</sup> 假如说,初审法院法官将自己判决书的预期受众定为当事人还是理由充分的,那么作为上诉法官由于其有规则之治的功能,那么他们或多或少必须重新思考上诉判决书的预期受众问题。第三,至少在某些类型的案件上,例如知识产权、金融、商业案件上,即使在初审法院,当事人也与普通的民刑事案件当事人不同,他们对司法判决书的预期会更高。因此,今天在讨论司法判决书的预期受众时,就不得不考虑这些变化了的或正在变化着的因素。

但这也不是说,法官就只应当把法律职业共同体作为其受众。我自己曾一度认为,法官应当撰写出色的司法判决以赢得他在这个职业共同体中的地位。但是,为什么应当?在这个问题上,我不能如同受批评的司法判决书那样,只给判决,而不给论证。我必须论证为什么法官在普通的刑民案件上也不应当将自己的受众界定为普通民众,而一定要界定为法律职业共同体,甚至是法学界的少数精英。我觉得现有的理由是不充分的。且不说我认为这样要求法官认同法律共同体本身就潜藏着一种法律学术话语的知识霸权,有试图规训法院法官臣服法学界的意蕴。更重要的是,法律在我看来最终是一种世俗的解决问题的工具, / 法律的终极原因是社会的福利。<sup>1442</sup> 包括法学的精细,就总体而言,最终都是为了解决问题的,而不仅仅为了满足某个人或某些人的智力爱好,不是一种智力游戏。如果是这样的话,那么为什么法官必须只认同法律共同体,而不是认同社会大众的、哪怕是在我们这些法学家看来不那么精细的正义观呢? 如果有两种或多种选择的话,那么这个选择也应当由法官来选择,由社会来选择,而不是法学家来强加;至少也应当是有竞争的。并不是所有的法官都一定要将自己的受众界定为法学家。至少应当允许多样性,允许试验,允许竞争,而不是事先定调调,画框框,否则,是否有点太霸道了!

必须指出,就强调法官应把受众界定为法律共同体的学者来说,他们的这一判断其实更多是来自美国上诉审法官的模式。然而,如同波斯纳分析的,即使美国的初审法官也并非将自己的受众界定为法学界或其他法官。<sup>1452</sup> 但更重要的是,如同我在上面分析的,美国上诉审法官的这种认同实际上是美国司法的一系列制度构建的,而不是因应然而实然的。因此,在属于欧陆法系血缘的中国司法制度中,中国法官对自己的判决书的预期受众能否如同英美法官那样,就不是一个话语的问题,不是一个应然的问题,而是一个非话语机制的问题,一个实然的问题。

所谓的法律共同体也是一种想象性的虚构,至少在中国目前,还并不存在这样一个统一的法律共同体。在中国目前的法律界,至少有法律实务圈子和法律学术圈子之分别;两者之间的差别是相当大的,在一定程度上,还相互看不起。在学术圈内,也还有注释导向和研究导向的

1432 苏力:《送法下乡》,中国政法大学出版社 2000 年版,第四章。

1442 卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆 1998 年版,第 39 页。

1452 前引 1142,第 36 页。

学术差别。因此,在这个虚构的法律共同体内,法官到底应当认同谁?中国的法律界还没有如同美国法律界那样,形成一个比较坚实的核心(以上诉审为核心)。因此,中国的司法判决书的论证究竟以什么为皈依,是一个正在进行时,而不是一个过去时的问题。至少,这场知识霸权的争夺战还仅仅是开始。也许我们还必须等待公共选择,而不是事先就做好预算。坦白地说,如果中国的司法制度逐步完善之后,结果未必就是司法界皈依法学界,而不是相反。

因此,在判决书受众问题上,我的主张可能是一条中间道路:首先必须根据社会的各种条件的变化、法院审级、案件类型以及其他的我在此不可能一一提及的因素来重新界定自己的预期受众,我反对笼统地将受众界定为当事人和普通民众;其次,我因此也就反对笼统地将受众界定为法律共同体,仅仅以学术界的标准来评判判决书的论证优劣。也许这个结论是不重要的,因为真正的界定是司法界与社会的互动,而不是某个论证。尽管如此,我认为,这个司法判决书的预期受众问题将是中国司法判决书改革中一个无法回避的问题,将会是一个有很多甚至较长期学术争议的问题。

## 七

从上面的分析我们也许可以结论认为,在设计中国法官的判决书撰写改革之导向时,如果从现实出发,从制度角度出发,我们也许应当注意更多学习欧陆法官的判决书特别是德国的经验。中国毕竟从总体看来还是属于欧陆法传统的国家,是以制定法为主的国家,相比起来,欧陆法的经验与中国的制度和司法实践有更多的亲和性。

当然,这并不意味着我们应当完全拒斥英美法的经验,只是说在学习英美法经验时要充分理解两种制度的不同以及制度效用的不同。事实上,尽管我国学者和法律界人士都赞美英美法官的雄辩、修辞,包括我本人由于在美国受过多年法律教育,也一直对美国法官的学识也在智识上非常赞赏,但制度之选择从长远来看并不是个别学者的偏好能决定的。

而且必须看到,英美法的司法判决也并不是完全没有问题。由于制度的限制,英美法的司法判决目前已经在实践中暴露出一些问题。一是判决书越写越长。<sup>1462</sup>当年著名的马伯利诉麦迪逊案件仅仅用了20多页的篇幅,而今天美国最高法院的判决超过百页的已经并不罕见。一些法官甚至包括美国联邦最高法院的大法官也会利用这种 / 青史留名<sup>0</sup> 的机会把一些 / 私货<sup>0</sup> 塞进判决书。<sup>1472</sup> 其二是诸多法官常常为一些细小的分歧发表并存意见或反对意见,<sup>1482</sup> 特别是自50年代以来,乃至许多判决都没有一个多数的司法意见。<sup>1492</sup> 这种为了标新立异而标新立异的做法,不仅使得司法成本提高了,更重要的是,我们必须看到,如果任其发展下去,它有可能损害这个制度的基石))) 遵循先例。因为在这种没有多数派意见的判

<sup>1462</sup> 前引1142,第77页以下。

<sup>1472</sup> 一个著名的例子是,在 *Flood v. Kuhn*, 407 U. S. 258 (1972) 案(反托拉斯案)中,法院意见的第一部分,大法官布莱克门(Harry A. Blackmun)不但回顾了棒球世界联赛的历史,而且列举了多达88名多数派法官认为 / 伟大的<sup>0</sup> 美国棒球运动员的全部名字,认为他们 / 照耀了棒球赛场<sup>0</sup>、 / 激动人心<sup>0</sup>、 / 令人盼望着一个又一个赛季<sup>0</sup>。而另一位大法官(曾经是著名棒球运动员)怀特(Byron R. White)和首席大法官伯格(Warren E. Burger)对这一名单提出反对,尽管没有阐明反对的理由。有学者不无讽刺地说,不知他们反对的是进入这一名单中的人太多了,还是太少了。

<sup>1482</sup> 前引1142,第357页以下,第359页。

决中,实际上没有任何可以作为先例引导下级法官、律师和民众的线索。这种现象造成了法律的极度不确定,引发了更多的无谓的诉讼,使得大量的社会财富被浪费于琢磨法院和法官的态度,以及政治领导人的变化以及最高法院法官的任命上。<sup>1502</sup>

必须牢记,司法判决书的最主要的功能仍然是社会的,是要为纠纷之解决提供一个合理化的证明以及在可能的情况下为后来的类似案件处理提供一种导引。司法判决之撰写不是为了争奇斗巧,不是为了展示法官的才学,不是一种纯理智的推演。因此,它是一种公共物品,而不是一种私人物品。它的特点始终是同权力联系在一起的,其次才是智识。这也就意味着在司法判决中,更重要的仍然是判断,而不是论证。论证是对判断的支持,而不能替代判断。这也许是我主张更多学习欧陆法官判决书写作技巧、推理论证能力的另一个理由。

我不希望我的这种分析被一些学界朋友理解为反对司法判决文书之改革。在我看来,在当代中国,在司法判决书之撰写的问题上,当前的主要矛盾是法官的能力偏弱,因此必须强化这种训练。同时,我们还看到,随着中国社会发展,一方面社会关于说理的基本共识会加强,而另一方面社会在许多具体问题上的分歧又会增多。在这种发展中,强化法官司法判决的论证无论如何都是必要的,在这个意义上,可以说是一种时代的要求。而且前面在分析结案报告时也指出,中国的法官也是有能力发表分析论证更细致的司法判决书的。

应当注意的是,严格说来,甚至我这一判断也可能有问题。我的这一判断的前提假设是同目前中国法学界分享的,即一个论证详细的判决书就一定能具有说服力,就一定能说服公众或法学界,就一定能改善法院的公共关系。这其实是一个尚未考察的经验问题,需要、值得但本文作者没有深入研究。如果经验考察的答案是正面的,那么,判决文书之改革至少是应当追求的。但这里仍然有两个问题必须提及。

第一,在那些最有争议的案件中,更多的事实、更详细的论证也未必更有说服力,至少对那些先见比较坚定的人不具有更强的说服力。因为,大量的研究都表明,接受或拒绝某个判断往往不是充分论证的结果。<sup>1512</sup>事实上,美国联邦最高法院的经验表明,一些判决书之所以特别冗长,恰恰是因为在一个缺乏共识的社会中,这样或那样的判决没有说服力。因此,判决书论证之细致这一现象本身反倒可能是判决没有说服力的表现,而不是有说服力的表现。当然,必须承认,在那些争议不太大的案件中,对于那些先见不很强烈的人,更多的事实、更详细的论证会增加说服力。

第二,如同我在第六节的分析中所暗示的,要求判决书论证更详细未必不是法学界构建法律共同体、构建法学和司法等级的一种战略,一种法学界、司法界规训和自我规训的战略,一种在中国社会转型时期法学界和法律界确认、扩展特定的知识霸权、道德优越和利益主张的战略,一种要求司法从属于法学家的战略,一种未言明的但实际上具有这种功能的战略。而且只要这一战略有效,能够实现或部分实现/司法公正0之外的社会功能和政治功能,那么,即使有

<sup>1502</sup> /读这些司法意见要花费更多时间,它们也更乏味,并且由于这些意见的非个人性,也更难用它们来预测最高法院会对未来的案件如何反应。,,最高法院意见中的许多东西,还有那些可以说明其篇幅漫长和肌理厚密的东西(例如,多数派和持异议大法官之间的你来我往,对先例的无情解析以及对制定法历史和评注的详细阐述),都既没有说明大法官的实际思考过程,也没有告诉下层法院法官或律师界什么可以用来解决法律疑难争议的分析技术。0前引11 202, ch. 3.

<sup>1512</sup> 参看,前引11 82, dh. 6。维特根斯坦说:/请记住,有时,一个人信服某观点正确只是因为它简单或对称0,而不是因为其论证详细。而我这里的长篇论证恐怕也很难说服一些在此问题上持不同意见的学界朋友。

论证更详细的判决书也未必能令能在这一战略中获益的知识权力者满意。我现在并不一定这样认为,这个问题也许必须等到多年之后,拉开了时间距离才能更明确的判断;我只是提醒这种可能性的存在。

即使把这些疑虑抛在一边,即使假定我们的目标就是要改善司法文书的撰写,对于法学界来说,问题也往往不在于应当做什么,而在于如何做以及如何能做成。因此本文的意义在于凸现制度的重要性。哪怕是象诸如判决书写作这样的不起眼的技术问题,也不只是一个人能力的问题,而必须将之同相应的制度联系起来考察。通过这个例证的分析,我们看到的是必须更有效地通过制度的方式来提高法官的判决论证能力;看到目前流行的通过提高法官素质的进路的有限性;看到5 人民法院五年改革纲要6 中关于这一点表达中隐含的问题(判决书中论证证据问题的可能性和限度、可以采纳什么激励机制改变法官判决书撰写,以及把司法裁判文书作为/ 展示司法公正形象之载体0 这种也许是过于沉重的政治功能与其司法功能的潜在冲突,等等);看到英美法和欧陆法制度的各自优点和弱点,及其制度间的联系;看到制度的功用和效率,等等。因此这种分析避免了一种本质主义、一种从主观愿望出发的唯心主义的观点,进而,我们也许可以更为清醒理智地进行制度改革并选定改革的具体措施。

因此,本文的意义也就不限于司法判决书之撰写。放开一点来,本文更希望通过这一具体问题来分析中国当前司法改革中普遍存在的一个思路问题:我们能否通过照猫画虎或依葫芦画瓢的方式,不进行系统的制度分析,/ 取其精华,弃其糟粕0,来进行司法制度改革。在我看来,不可能。一般性考察是必要的,法条分析也是必要的,但又是远远不够的。即使在我们学习西方国家的成功经验时,也不能照猫画虎,否则就会画虎不成反类犬。/ 牵一发而动全身0,一个现象往往是深深嵌在一套或一系列制度之中的。因此,简单地同国际接轨的做法将注定失败。必须强调,看到这一点并不是反对改革的理由,而是要认真对待改革并为之艰苦努力的理由。任何试验都难免会有失败,我因此并不一般地反对试验和失败。但是,如果我们可以避免失败或多少可以减少失败,为什么一定要交这笔学费呢?如果什么都是先干了再说,等出了大问题再回头反省,那么还要知识分子干什么,还要我们这些专门从事研究的法学家干什么?当然,法学家也不可能提供什么正确的,但也许可以提供某种警示,什么可能是行不通的,什么是有有限度的。

---

---

Abstract: Judgement composition is influenced by various institutional factors such as different functions of judgement in different systems of legal tradition, different stimulating mechanisms for judgement composition, different social demands for proof in judgement, and different expected receivers of the judgement, etc. Since the Chinese judiciary has the tradition of continental legal system, in improving judgement composition, China should lay particular emphasis on relative experiences of countries with continental legal traditions, particularly.

---

---