

RICHARD A. POSNER

法官如何思考

理查德·波斯纳 著

苏力 译

HOW
JUDGES
THINK



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

RICHARD A. POSNER

法官如何思考

理查德·波斯纳 著

苏力 译

HOW
JUDGES
THINK



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

北京市版权局著作权合同登记号 图字:01-2008-4142

图书在版编目(CIP)数据

法官如何思考/(美)波斯纳(Posner, R. A.)著;苏力译.—北京:北京大学出版社,2009.1

ISBN 978-7-301-14753-5

I. 法… II. ①波…②苏… III. 法官-工作-研究-美国 IV. D971.262

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第193745号

HOW JUDGES THINK by Richard A. Posner
Copyright © 2008
by the President and Fellows of Harvard College
All rights reserved
Published by arrangement with Harvard University Press
Simplified Chinese translation copyright © 2008
by Peking University Press
ALL RIGHTS RESERVED

书 名: 法官如何思考

著作责任者: 理查德·波斯纳 著

苏 力 译

责任编辑: 杨剑虹

标准书号: ISBN 978-7-301-14753-5/D·2222

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

印 刷 者: 北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

650毫米×980毫米 16开本 24印张 377千字

2009年1月第1版 2009年1月第1次印刷

定 价: 39.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

经验地理解法官的思维和行为

——代译序

当中文读者看到本书之际,不知道我是否还可以说,这是波斯纳法官的最新著作〔1〕:因为他的《法律与文学》第三版已预告“即出”。尽管讨论的主要是美国的法官和司法,对于中国当下的法官、法学人乃至法律人却都有重要的实践和学术启示、参考甚或是指导意义。我先简单概括一些阅读后感受最强烈的,尽管未必是波斯纳着重传达的一些要点。

普通人、法学教科书以及法官自己通常对审判的看法或声称大致是法条主义的。依据明确的法律(大前提),事实(小前提),法官得出一个确定不移的法律决定(结论、判决)。这一理论基本是18—19世纪欧洲理性主义的产物。典型代表是刑法的罪刑法定。〔2〕就刑法而言,这一理论的实践追求尽管有后面分析的不现实,却很有意义。它在一定程度限制了国家权力的滥用和无理扩张,维护了公民权利,具有重要的社会功能。但这被法学家扩展成了普遍化的法治和司法的理论原型。根据这一原型理论及其隐含的逻辑,法官只是适用法律,从不创造法律——那是立法机关的工作和责任;因此有了严格的三权分立的理论。这个源于刑法的理论原型控制了法学家对司法的想象,乃至伟大的韦伯悲观地预测,未来将

〔1〕 Richard A. Posner, *How Judges Think*, Harvard University Press, 2008.

〔2〕 贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,北京大学出版社,2008年,页10(只有法律才能为犯罪规定刑罚)。

出现自动售货机型的司法和法官。〔3〕

但从一开始,即使在贝卡里亚那里,这一观点也不像我们今天通常认为的那么坚定不移。〔4〕从理论上,除了有关小前提的假定——事实总是清楚——不现实外(补救的实践制度是“疑罪从无”);有关大前提的假定也不现实:立法机关有能力预先制定法律,涵盖一切应受惩罚的行为并确定相应的刑罚;法律语言明确不变,并在真实世界中指涉稳定。

更大的挑战来自司法实践。如果欧洲国家的刑事司法还可以大致归在宽松的法定主义之下;欧洲的民商事立法、司法的理论和实践中都背离了这个理性主义期待。〔5〕韦伯的悲观预言来自他对“形式理性”的历史主义迷信和价值怀疑,更来自他对司法实践的陌生。在英美法系,特别是在普通法领域,不仅法官造法是常例,在美国的宪法和制定法领域,司法也从来不是三段论的。〔6〕喜好理论圆融和整体性的法学家不自在了;但更不自在的是法官。如果承认这一点,那么自己决定的政治合法性又何在:在什么意义上这个决定是法律的,而不是他个人的?因此各种复杂的理论、教义和术语出来了,试图调和“法官恪守法律”的形象与“法官客观造法”的现实,支持法官的权力行使,强化法学家和民众对法治原则的信仰。在欧洲,最典型的是法教义学,在美国则是法律推理(普通法)和解释(宪法和其他制定法)。

〔3〕 Max Weber, *On Law in Economy and Society*, ed. by Max Rheinstein, trans. by Edward Shils and Max Rheinstein, Harvard University Press, 1954, p. 354.

〔4〕 注意,贝卡里亚只是认为“刑事法官根本没有解释刑事法律的权利,因为他们不是立法者”(着重号为引者添加);认为若允许解释,“法律的精神可能会取决于一个法官的逻辑推理是否良好,对法律的领会如何;取决于他感情的冲动;取决于被告人的软弱程度;取决于法官与被侵害者的关系;取决于一切足以使事物的面目在人们波动的心中改变的、细微的因素。”同前注2,页12—13。但这并不意味着他认为立法可以做到让法官在司法中不解释法律或让法律无需解释。事实上,他承认法律的含混性使人们不得不进行这种解释,尽管他认定这是一个弊端。

〔5〕 例如,《法国民法典》第4条的规定(“法官不得以法律没有规定或法律不明确不完备而拒绝审理”);特别是《瑞士民法典》第1条第2款的规定(“如果不能从法律条文引出规则,法官应按照如果自己是立法者可能颁布的规则来决定案件”)。

〔6〕 请看,Oliver Wendell Holmes, Jr., *The Common Law*, Little, Brown, and Company, 1948, pp. 1-2(“……道德或政治理论……直觉甚至……偏见……所起的作用远远大于三段论”)。

这种在法学话语上占据主导地位达一个多世纪的司法理论忽略了两点:人和制度。法官首先不是自动售货机,是而且必须是有利益追求、兴趣爱好、性格特点和能动性的人,他们在司法中不可能仅仅消极适用法律,即使他们声称如此。其次,尽管法官独立,但法官仍然受制于具体的司法制度;由于各国的制度约束不同,因此法官的司法行为也一定不同。

这些法学和司法的理论不足或遮蔽是启蒙理性主义时代的产物,在一个主要诉诸于概念、逻辑,很难进行跨国的经验性研究的时代在所难免。但随着人们从概念分析日益转向经验材料,更多观察司法行为,积累了大量的数据资料,还迷信这些观点,理由就不充分了。看似为了守护法治理念,实际是拒绝现实地理解司法和法官,拒绝那些有助于深入理解司法和法官的新信息和知识。也正因此,我概括地称其为法条主义或形式主义司法观。

波斯纳这一著作的贡献就在于,在一种比较视野中,主要针对美国法官和司法,吸纳现有的相关研究成果,基于他本人长达 27 年担任美国联邦上诉法官(不仅是上诉审,还包括了相当多的初审〔7〕)司法经验和参与性观察,在这两个方面弥补了主流司法理论的缺失,重塑了法官研究的基本模型,大大推进了司法决策研究。尽管一如既往吸纳了诸多学科的洞见,波斯纳将此书界定为更多是法律心理学著作,因其集中关注的是法官如何思考(包括不思考),这种思考会受到哪些个人性因素(认知和情感)的影响。但波斯纳的“心理学”不是传统的普通心理学或生理心理学或社会心理学,而是相对晚近的认知心理学,关注的是与法官行为紧密联系的认知和情感的社会和制度塑造。在这个意义上,这也是一本法律社会学或法律交叉学科研究著作。是他的又一次“超越法律”的努力。

二

基于其他学科的诸多研究以及他个人的分析观察,波斯纳发现,法官

〔7〕 自 1981 年担任第七巡回区上诉法院法官以来,在完成本职工作和额外的教学、研究和社会服务工作外,波斯纳每年还主动“深入基层”,到联邦地区法院担任初审法官,审理一定数量的案件,以积累初审法官的经验。请看,Stephen J. Choi and Mitu Gulati, “Mr. Justice Posner? Unpacking the Statistics,” 61 *N. Y. U. Annual Survey of American Law* 1, (2005), p. 26 n. 23.

并非圣人、超人，而是非常人性的，行为受欲望驱动，追求诸如收入、权力、名誉、尊重、自尊以及闲暇等他人同样追求的善品，因此受工作条件和劳动力市场的影响。只是法官职位的激励和约束（制度）以及更大的司法行动语境与其他人或其他职业不同，才使法官追求的表现形式与常人不同。尽管常规（大多数）司法决定看上去都是法条主义驱动的，但法官绝不是仅适用已有规则或有什么独特的法律推理模式的法条主义者；法官的政治偏好或法律以外的其他个人性因素，例如法官个人特点以及生平阅历和职业经验，会塑造他的司法前见（preconception），进而直接塑造他对案件的回应。

特别是非常规的案件，在美国，在上诉审，在联邦最高法院，法条主义决策材料常常得不出可接受的答案，因此会出现一个开放领域。但职责要求法官决定，法官不得不相当多地依赖其他传统非法律的材料和信息，包括个人的政治看法、政策判断乃至个人特性。结果是，法官的决策不仅不符合法条主义模式，而且司法判决中还充满了政治以及其他许多东西，甚至是“政治的”（political）。

所谓“政治的”，很容易被误解。波斯纳界定，它首先指法官在开放领域的被迫的“偶尔立法”。它可以指法官的决定反映了（因此并不一定是刻意追求）对政党或政党纲领的忠诚，或对与政党或党纲都无关的某种政治意识形态的认同（“自由派”或“保守派”）。它还也可以指一些看似纯技术性判断，例如，为大家一致赞同的目标寻找最佳手段的判断。在美国制度语境下，政治甚至还可能指法官为了获得法院多数票，用个人魅力、狡猾、交换票以及恭维来诱使其他法官赞同自己，尽管他想要的也许只是恪守现行法律，而不是造法。

影响法官司法决定的还有个人性要素，包括先天的个人性格或气质，后天的个人背景特点（如与种族和性别相关的经验），以及个人阅历和职业阅历。法官甚至会有与其政治观点和个人特点都不一定有关的个人策略考量。例如，在美国合议庭审判中，一位法官接受并加入多数法官的意见，也许并不因为他认同该决定，只是若公开反对反而会引发人们的关注，从而增加了该意见的影响力。此外，司法制度的许多细节，薪水、工作量、年龄以及法官的晋升可能，都会进入法官的有意无意的思考，并影响法官的司法行为。

波斯纳分析表明，法学界通常认为会内在约束法官的“司法方法”、

“法律推理”、“解释”等,以及学术界和舆论的评论对美国法官不大起作用。法条主义工具,包括那些最神圣化的工具既空泛,其中还总是有大量的裁量,不构成有效约束。学界批评往往太不理解法官的工作,对法官完全无用,也不产生影响。舆论很少关心除联邦最高法院的决定,因此仅仅对大法官略有约束。由此导致在开放的法律问题上,恰恰因为没有其他约束,情感、人格、政策直觉、意识形态、政治、背景以及阅历这些在其他职业中(例如医生或商业)本不重要的因素就会决定法官的司法决定。哪怕法官自认为没有任何政治考量,旁观者也会有不同的发现,乃至指责法官虚伪或口是心非。美国联邦最高法院,除舆论之外,其他约束更少,则更是一个政治的法院。

波斯纳并不因此认为司法是随机的、任性的或是党派政治的;司法的政治性不等于党派政治或意识形态。他指出大多数法官都希望、也都在努力“干好”。这就好比下盘棋,理论上讲棋手自己想怎么下就怎么下,但他想赢,会努力下好,因此不会随心所欲,不会任性,会遵守游戏规则。法官想成为好法官,也会遵守司法的游戏规则。但这个游戏规则不是法条,司法上的“好”,标准也不确定,会随情势变化,往往不可能获得全社会一致认可。这就使得任何决定都变得有政治意味了。

因此,波斯纳认为,重复他之前的分析和倡导,^[8]美国法官其实都是实用主义者;但不是“怎么都行”的,而是受约束的,实用主义者。游戏的规则要求法官无偏私,理解法律可预测并足以指导人们行为的意义,整体上关注和理解制定法的文字。实用主义法官会高度关注并评估一个司法决定的系统、长远后果。但即使如此,法官还是有很大的活动空间;他可能成为,尽管无需成为一位政治性的法官。

读者若只是由此了解到司法并非仅仅适用明确的法律规则,那就太遗憾了。该书的贡献在于展示了活生生的人如何与司法的和社会的制度互动造就了我们称之为“法官”的这些行动者,他们为什么如此行为和思考,从而为“在非常规案件中,法官实际上是如何得出其司法决定的:[提出了]一个令人信服的、统一的、现实的且适度折衷的解说……一种实证

[8] Richard A. Posner, *Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, 1990; and *Law, Pragmatism, and Democracy*, Harvard University Press, 2003.

的审判决策理论”〔9〕它完全不是当代中国法学研究中普通采取的那种模式：提出并赞美一个概念上完美的法官，然后激励和要求担任法官的人去实践这个概念；这是一种“压抑人性”的道德规范模式，一种不可能实践的模式，或者说只是一种关于法官和司法的意识形态。而波斯纳展示的这种理论中，才有可能推动有所改善的改革，才能增加我们的知识和能力，包括分析处理司法问题的能力。

三

波斯纳的分析不仅把法官回归为人，更重要的是制度中的人。他主要关注的是美国/联邦/上诉审（包括上诉审和联邦最高法院）/的法官。而这一系列定语都是在波斯纳分析中逐渐凸显并丰满起来的、影响具体法官思考和行为的制度环境差别，迫使读者具体考察和理解不同国家、法系、司法层级中为“法官”这个范畴涵盖的那些行动者，他们的思考和行为，以及为何如此。

众所周知，虽同为司法，英美与欧洲大陆的司法制度却有很多不同。但太多的比较法著作列举了差别，却意义不大，至少对理解法官的行为、思维方式乃至司法制度没什么智识启示，留下的只是概念上的法系差别，或文化差别，或哲学上经验主义和理性主义的差别。波斯纳的长处是，把制度的基本特点同不同法系的法官的思维和行为方式一环环联系起来，因果律的解说是更有说服力的解说。

举一个例子。尽管同为法官，波斯纳辨析了，英美国法官是职业化的（professional），但不是欧洲大陆的职业制（career）的法官；英美法官是一种侧面进入的（lateral-entrance，我译为“旁门制”）的法官。起点差别微小，却造成了同样相信和追求抽象法治的两个法系的法官在行为和思维上，在法学理论上，乃至具体法治形态上，都有一系列重大的区别。

职业制法官就整体而言属于国家官僚体系（公务员体系），是在司法领域的公务员；走的大致是高中、大学本科，经司法考试进入司法，基本上是一辈子在法院官僚体系中一级级晋升，社会地位（相对于美国法官；且下同）较低；缺乏社会经验、政治经验；专业学法律，缺乏对自然和社会科

〔9〕 前注1，p. 19.

学知识的了解;专业从事审判,并有专业庭,缺乏对其他行当甚至其他法律部门的了解;这种经历以及制度迫使他们只是也只能是专业地严格适用法律,裁量权(同样相对于美国法官)小得多;也解释法律,但很少大胆“造法”,不仅缺乏能力,而且也不必要;制定法律的主要责任是由更活跃、更受政党纪律约束因此回应法律需求也更有效的议会来承担;主要法律思维方式因此必定是法条主义,基本工具是法律教义学;从细致的既定规则中演绎结论,这个过程看起来是脱政治的;也因此,擅长教义的法学教授对法官和司法实践就会有较大影响,出现的是一种以法学教授为中心的法学学术体制。

英美法官,特别是美国联邦法官,不属于公务员体系;大多在十多年甚至更长时间的法律从业(包括执教)后,经由政治任命(因此必须有一定的甚至很强的党派政治关系),旁门进入司法系统;经历和任命过程都会强化政治和意识形态;法官数量少,物以稀为贵,因此社会地位高,权力大;数量少,无需复杂的法院内部组织结构,也少受其约束;较多社会经验和政治经验,有自己的政治观点和意识形态,终身任职导致任职期远远长于政治任命者的任期,这都使他们(相对于欧洲法官)更独立,包括独立于政治任命者;长期从业(大多在广义的商事领域的)法律使他们拥有更多其他行当的知识,司法不分庭,迫使他们成为多面手;原则上也只是适用法律,但由于先例制度、普通法传统(普通法是法官创造的),由于刚性宪法要求法官在法律用尽之际不得不“解释”法律——把各种东西先塞进简单的宪法文辞再取出来,由于只有先例或制定法文字不能完全涵盖其法律问题的案件才会进入审判,由于初审法院(trial court)与上诉法院(appellate court)的严格功能分工,以及由于美国国会常常无法有效回应社会的立法需求,美国法官,特别是上诉法院法官必须“造法”,必须成为波斯纳所谓的“偶尔的立法者”;经各审级的筛选,进入联邦最高法院的司法纠纷不仅往往没有明确法律指导,而且往往涉及重大社会利益,处理这类案件问题难免、甚至必须有政治性考量,即使纯技术性处理也会被社会赋予政治性寓意,联邦最高法院因此是一个政治性的法院;为掩饰自己的政治性,维系司法的权威性,恰恰是联邦最高法院大法官在修辞和理论层面更强调法条主义和形式主义,强调立法原意(originalism),强调恪守法律文本(textualism);但美国法官,无论左派右派,无论激进保守,无论忠于民主党共和党,都想办成事,思维方式因此基本都是实用主义的,

尽管他们不自觉,出于策略公开否认甚至真心厌恶;但即使自觉的实用主义者也会实用主义地运用法条主义的修辞,因为这会使判决更少争议;因此,当代的疏离司法、注重修辞论证和全盘性理论的法学教授以及他们提出的法学理论对司法实践和法律发展影响不大,法官不关心;美国出现的是一种以司法实践为中心的法律学术体制。

尽管高度简略,但这种方式勾连法官和各自所嵌的司法、法律、政治和社会制度,更为有力地说明了英美法官和欧陆法官为什么行为方式和思维方式,以及为什么各自的司法判决的争议程度和政治性有重大差别。这是一种社会科学的解说。

四

波斯纳的这一研究这也就与中国过去 30 年来,特别是过去 10 年来的司法改革、有关司法改革的论著,联系起来。使我们可以更强有力地反思中国司法问题,凸显出思考、讨论和改革论中国司法时无法回避的中国因素,有助于中国司法的有效改革,推动中国法学研究的深入和务实。

例如,中国的法官和司法体制应靠近欧陆的职业制法官,还是美国的旁门制法官? 现在的讨论和实践似乎要“博采众长”,但逻辑上和实践中都无法兼顾。如果是——事实上也就是——前者,法官就一定数量多,考试进入,是公务员,社会地位不可能特别高,也不可能特别精英(由于社会中聪明人数量大致稳定,并且有其他职业的人才竞争);法官数量一多,为保证法律的统一,一定需要比较强有力的法院组织结构,其权力必定会受制于法院内部组织(行政管理)和晋升体制;这样的从校门到法院的法官也往往没有必要的政治社会经验、知识和能力处理棘手的重大问题。

而如果选择美国的旁门制,法官数量就必须大大减少;否则仅挑选和任命最高人民法院的法官就会很成问题。可以想象中央政府或全国人大来挑选 9 甚至 50 位大法官,但如何可能挑选总数已超过 500 位甚至更多的最高人民法院的大法官,并且还要保证质量? 而法官少了,又如何能以目前的模式有效处理中国目前正大量涌向各级法院的各类常规的社会纠纷? 法官若权力大,可以“造法”,会不会与人民代表大会制发生冲突(想

想李慧娟法官审理的种子法案〔10〕)?在目前条件下,会不会加剧导致目前已经引发社会不满的尽管是部分法官的滥权和腐败问题?在社会价值观日益多元的情况下,位高权重的单个法官(而不是法院)也一定会受到更多的各种压力,不仅是来自党政领导和机关,而且常常甚至更多来自强大但未必正确的民粹压力,中国的法官或法院会不会变得更孱弱?

波斯纳关于法官和法院的政治性分析凸显的另一问题是,中国法学界至今关注不够,但英美司法中很明显的,初审与上诉审的必要功能(职能)分工。大致说来就是,初审集中关注事实问题和纠纷解决,上诉则集中关注法律、政策和隐含在这背后的政治性问题,即规则治理的问题。受传统司法模式影响,当代中国至今没有严格意义上的上诉审,只有二审。二审在很大程度上仍然是监督和指导初审,关注的仍然是纠纷解决,基本放弃了或至少没有自觉追求协调统一二审法院法域内的法律实施,在必要时解释“造法”,推进规则的完善和发展。这在2008年的许霆案中〔11〕就非常突出,广东高院的二审判决以“事实不清证据不足”八个字将之发回重审,放弃了本应当由其承担的“法律审”;而重审后广东高院的二审裁决书不过是更精细地重复了重审的判决。〔12〕

这种审级制度,主要借鉴的是欧陆司法模式,但在中国语境下更强化了,各级法院功能基本相似,关注重复,没有职能分工导致缺乏效率。我也不是说这在中国当代语境下完全没有道理,目前中国一审法院总体而言法官法律专业技能确实相对弱,不时有地方保护主义,还有法官腐败的因素,也许都需要强化二审的业务指导甚至监督。但当代中国语境也有很强的审级职能分工的要求:不仅是司法的效率要求,改变司法体制日益

〔10〕 李慧娟是河南省洛阳中级人民法院法官。她在2003年一宗代繁种子纠纷案件审理的判决书称“《河南省农作物种子管理条例》作为法律阶位较低的地方性法规,其与《种子法》相冲突的条款自然无效……。”判决一出,首先在河南、继而在全国引发轩然大波。

〔11〕 因自动柜员机系统升级出现异常,许霆以自己余额为176.97元的银行卡持续取款170余次,达174000元。广州中院一审认定许霆盗窃金融机构罪,量刑时,虽选择最低法定刑,仍然为无期徒刑。一审判决引发了社会公众、媒体以及法律界和法学界的广泛激烈争议。后重审并经广东高院和最高院核准判许霆有期徒刑5年。

〔12〕 参看,苏力:“法条主义、民意与难办案件——从许霆案切入”,《中外法学》,2009年1期。

行政化的要求,防止利用行政关系串联更大腐败的要求,^[13]以及平衡纠纷解决与规则治理的要求。

放眼看来,在中国这个各地政治经济文化发展不平衡的大国,审级职能分工甚至有更重要的制度意义。由于各地法律需求不同,更需要各上诉法院来有效兼顾法治统一和灵活适用的准立法者功能,需要上诉法院在社会争议大的案件中凝聚社会的道德和法律共识,以便促使各地的司法和司法制度竞争。而这些都要求对审级制度从制度功能的角度深入分析、讨论、评估和改革。

五

这也就触及波斯纳集中讨论的另一个问题,一个在当下中国法律主流意识形态中很是“政治不正确”的问题:在处理“难办案件”之际,^[14]上诉法官和法院是否必须有一种政治判断,有一些政治考量,而不能仅仅法条主义。

至少有三种情况迫使当代中国法院和法官必须政治上敏锐、犀利和并无论如何要做出一些政治性判断。我甚至预测这种需求会日益增加,而不会如同一些学人乐观预测的“五年之后,规范法学[即教义学——引者注]问题就会明朗了”。^[15]首先是,法官没有直接可适用的法律,但必须且只能通过“解释法律”——其实是“偶尔立法”——来解决某些新问题;例如侵权案的“侵权精神损害赔偿”问题。^[16]二是看似适用的法律,适用的结果直接冲撞了广大民众在历史传统中形成的公平正义底

[13] 最近被撤职的最高人民法院原副院长黄松有所涉及案件就是一个典型例证。据媒体透露,黄松有怀疑涉及其潮汕同乡、广东省高级法院原执行局局长杨贤才的贪污舞弊案,涉案金额高达4亿元人民币。[http://politics. people. com. cn/GB/41223/8247606. html](http://politics.people.com.cn/GB/41223/8247606.html)。

[14] 关于难办案件的界定,请看,前注12。

[15] 黄卉:“一切意外都源于各就各位——从立法主义到法律适用主义,”《读书》,2008年11期,页35。

[16] 请看,《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》,特别是第4条:“具有人格象征意义的特定纪念物品,因侵权行为而永久性灭失或者毁损,物品所有人以侵权为由,向人民法院起诉请求赔偿精神损害的,人民法院应当依法予以受理。”

线,也需要运用政治判断才能有效解决;例如“许霆案”〔17〕以及三,由于社会价值日益多元,以及民众对相关息了解有限,法院无论如何判决,都可能引发很多争议,但法院只能也必须基于社会的核心价值(即罗尔斯的“重叠共识”〔18〕)做出一种显然有政治意味的选择;例如所谓的“二奶继承案”〔19〕因此需要政治判断和考量并不是“后现代”的。

政治敏锐、政治判断和政治考量当然不等于套用和搬用执政党方针、纲领或政策。这种做法应当反对;它可能会破坏改革开放以来法学界有效区分政治和法律、政策的真诚努力,结果既不利于政治,也不利于法治。但至少在上面提及的这三种情况下,法院和法官则必须以规则治理的方式承担起无法推卸的政治责任。否则,法院的司法合法性和权威性就会受侵蚀;短期的民粹一定会转换为媒体的舆论压力,导致党、政、人大等机关的强大、直接的压力,而这对司法的发展可能会是致命的。刘涌案就是一个典型的例子。〔20〕换言之,政治性判断不是应当不应当的问题,而是不可避免的。

必须认真面对,而不能鸵鸟政策。这要求法官和法院在处理这类难办案件之际,除了考虑法律之外,必须考虑系统的后果,对社会,对整个政治制度,以及对司法体制。法官当然首先必须依法,但他还必须考虑“治国”和“办事”。这就是政治的考量。法条主义说这种考量不对,只应当考虑法律。但问题是,如果司法结果直接与社会的基本道德和法律共识

〔17〕我曾对此案的诸多广义的法条主义处理方案有细致的分析,指出其背后实用主义的具有立法性因此也具有政治性的判断。参看,前注12。

〔18〕 John Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, 1993.

〔19〕四川省黄某和蒋某结婚后多年未有生育。1994年黄某认识了张姓女子并同居。2001年2—4月在黄患肝癌,张一直以妻子的身份守候。黄死前立下遗嘱并公证,将相关部分钱财和住房售价的一半遗赠张某。张根据遗嘱向蒋索要遭拒绝,遂向人民法院起诉。此案经媒体报道后引发全国广泛争论。法院于2001年宣判认为:尽管继承法中有明确法律条文,本案遗赠也真实,但黄将遗产赠送给“第三者”的行为违反了民法通则第7条“民事活动应当尊重社会公德,不得损害社会公共利益,破坏国家经济计划,扰乱社会经济秩序”,驳回了原告的诉讼请求。

〔20〕刘涌是辽宁一位民营企业集团老总。他以集团为依托,采取暴力、威胁等手段聚敛钱财,称霸一方,先后致死致伤的达42人。2002年,铁岭中级法院以组织、领导黑社会性质组织等罪一审判处刘涌、宋健飞死刑。辽宁省高院在三次非正式请示了最高人民法院后,改判死缓。舆论哗然。2003年最高法院以原二审判决对刘涌的判决不当为由,依照审判监督程序提审本案,再审判处刘涌死刑。

或当代中国人的公平正义观相抵触,这样的法条主义的判决在社会中一定会被视为并最终会变成是政治的。有政治考量或政治判断并不必定是要追求司法政治化,而恰恰是为了避免司法政治化。

注意,我说的主要还是上诉法院和法官,不是每个法官,也并非各层级法院。因为,即使要求,也不大可能做得到。而如同上一节所分析的,不同层级的法院和法官的制度功能必须不同,司法所需的政治考量、敏锐和判断因此应当随着审级不同和法院层级不同而不同。

波斯纳在书中对此有过细致的分析,也正因此,他才专章讨论了为什么美国联邦“最高法院是一个政治性法院”,不是每个层级的法院,甚至不是每个州的最高法院,尽管这些上诉法院的判决也需要一些政治性判断和考量。他也才不遗余力地揭示了法条主义/原旨主义/文本主义以及其他种种司法理论(中立原则、过程学派、“生动宪法”等)在美国社会中的政治寓意,以及这些主义或理论倡导者不愿摆在桌面上的政治日程。波斯纳原来甚至打算为本书题名“法官思考吗?”或“哪些法官思考?”^[21] 暂不考虑可能具有的对法官和司法的讽刺,也可以看出,波斯纳认为至少有些层级的法官必须思考。而思考在波斯纳那里,从来就不是发现立法原意或教义分析,而是对后果的系统的实用主义考量。

六

波斯纳此书对我以及对中国的司法、法律和法学界的启发应远不止这些。

此书第一章概括性介绍了9种研究司法的理论。这足以大大丰富当代中国法学界讨论司法和法官问题的理论资源和视角,从不同层面摆脱那种我戏称为“动物吃植物”^[22]的、基于高度抽象因此不着边际的学术研究模式和话语方式。不仅如此,与这些理论视角相伴随,它也提醒我们

[21] Paul Wachter, “How Judges Think, U. S. Appellate Judge and Prolific Author Richard Posner Explains the View from the Bench,” http://www.law.columbia.edu/media_inquiries/news_events/2008/march2008/Posner_talk.

[22] 这来自一则有哲学意味的笑话。某人下乡,见牲口吃庄稼,想赶走,未果;想呼吁他人参与,但不知是何牲口,何庄稼;于是高呼:“快来人呀,动物吃植物了!”这是对中国学界人士的一个极好告诫。

可能用来分析中国司法制度和法官行为的潜在的中国资料,以及可能参与或邀请参与司法和法官研究的其他学科。

他对司法和法官的外在和内在制约的细致经验分析,也丰富了我们
对司法独立的经验性理解。司法独立不是一个理念,而是一系列具体的、
体贴入微的制度,甚至不仅仅是政治制度。他对法官任职(tenure)和薪
水的分析(第六章)指出了制度改革的复杂利弊。尽管数据显示美国联
邦法官薪水一直因通胀等因素下降了,但他指出,但如果大幅提高法官的
薪水,并不一定会引来更多能干并喜欢司法的法律人进入法院,而可能引
来贪图高薪却不一定喜欢司法的法律人进入法院。有人抱怨法官工作负
荷太重,因此要减负;波斯纳指出,闲暇较多,就会引来更多看重闲暇的
法律人加入法院。这些分析都是一两句话就令人恍然大悟,调动了我们沉
睡的经验。难道不是吗,在深圳和广州这些城市,许多法院大部分法官都
是女性,男性法官辞职当律师的数量大大高于女性法官,为什么?一个也
许有待经验材料验证但大致可以成立的假说是:一般说来,女性更“风险
厌恶”,更珍惜法官职位,尽管收入(相对于律师)较低、工作繁重,但职业
风险较小,收入稳定;而那些“风险偏好”更强的、或“风险中性”但在法院
晋升中希望不大的男性法官则更可能选择离开法院。这甚至可以解说为
什么近年来评选出来的“全国优秀法官”大多是女性;这还不包括之前的
尚秀云法官、宋鱼水法官。这给人启发,让人惊醒,让人慎重改革。这种
基于经验、缜密思考并负责任的学术精神恰恰是近年来中国司法改革的
呼喊中非常缺乏的。

这也就再一次提醒了学术研究联系司法实际的重要性。在第八章
“法官不是法律教授”以及第十一章“全面的宪法理论”以及第十二章“司
法世界主义”,波斯纳以不同方式触及了这个问题。他指出当法官是独立
之际,出色的法学批评本应最能影响法官。但由于精英法学院的教授们
往往过分关于话语,不关心能否做成事,站着说话不腰疼,这让要做事的
人只能不管说嘴的人了。在美国以法官为中心的体制中,“势利”的法
学人都盯着最高法院(但最高法院大法官因其地位特殊又最无所谓学术批
评),不关心下层级法院和法官,或爱用联邦最高法院和大法官为典型教
训下层级法院和法官,不了解这些法院和法官的具体问题,因此法官也就
不大理睬这些学术著作了。

中国目前不是这样,法学人在不少法官心目中还有点地位。但这也

许是假象。也许法院和法官遇到麻烦案件之际还想从法学人那里获得某种学理的支持,或法学人可以协助抵抗一下或至少不参与民粹主义大合唱,或需要法学人为其改革措施摇旗呐喊,甚或希望能在法学院里兼职教授甚或“博导”因此有一件“学者型法官”的行头。注意,这都不是法学人以学术获得的法官的关注和尊重。波斯纳指出的美国法学界问题在中国同样存在,并有可能愈演愈烈:太多的法学研究脱离了或正在脱离司法实践,只讲正确的原则甚至是法学常识,完全不理解法院和法官的问题,或司法上无法操作。但这样的法学还是法学吗?

在第十二章中,波斯纳批评了那种简单的“司法的世界主义”:直接诉诸外国法和判例作为本国判决的权威根据,而不是吸纳智识和信息。这种状况在中国司法界中还没有,但在法学界比比皆是;讨论的是中国事件和案件,却常常冒出一句“正如某某外国案例所言”之类的话。波斯纳其实不反对吸纳外国的信息资源和智识启发。本书对英美和欧陆司法制度的深度解析,以及他的其他比较法和比较法学的研究,^[23]都表明他学术视野的开阔和开放。他的批评是,一国的法律反映了一国的政治共识或妥协,是回应特定社会具体问题的,因此司法是政治性的,也因此法学是地方性的;以枚举替代论证,以枚举作为根据,并不是一种智识开放,而恰恰是一种思想的封闭——以外国的权威替代对问题的分析和对后果的考察。而这种思维习惯在中国法学界实在太普遍了。

还有一点启发是波斯纳对自身职业的研究,甚至是犀利的批判。他充分利用了他 27 年联邦法官(不仅是上诉法官,而且是初审法官)的经验,通过他也许并未事先计划的参与性观察,撰写了这本对法官和法院的研究,力求把它提高到理论高度(这就是他的“本土资源”)。身在这个行当,他不是简单地为美国司法或法官辩护,相反犀利解析了法官的思维和行为,提出了许多外人不可能发现的问题、理论命题和论点。尽管进入法律这个行当已 50 年了,波斯纳之前说过:“我还是没有完全被法律职业同化……大多数人进了法学院两周后就适应了,而我就是不能理解,律师滔滔不绝一些他们并不相信的东西。如果某人显然有罪,你哪来那么多

[23] 例如, Richard A. Posner, *Law and Legal theory in England and America*, Clarendon Press, 1996; and *Law, Pragmatism, and Democracy*, Harvard University Press, 2003.