

Decision Making

—— by Judges ——

法官决策论

影响司法过程的力量

钱卫清 著

- 律师为何惧怕打官司?
- 法官是如何做出决策的?
- 如何建设现代化的法官决策体制?



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

D926.1/12

2008

法官决策论

影响司法过程的力量

钱卫清 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

法官决策论:影响司法过程的力量/钱卫清著. —北京:北京大学出版社,2008.1
ISBN 978-7-301-13140-4

I. 法… II. 钱… III. 法官-工作-研究-中国 IV. D926.17

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第180736号

书 名: 法官决策论——影响司法过程的力量

著作责任者: 钱卫清 著

责任编辑: 恽 薇

标准书号: ISBN 978-7-301-13140-4/D·1923

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: 北京飞达印刷有限责任公司

经 销 者: 新华书店

650毫米×980毫米 16开本 19印张 302千字

2008年1月第1版 2008年1月第1次印刷

定 价: 29.00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

引言·律师为何惧怕打官司

——研究法官决策机制的意义

现在律师都普遍感觉到官司难打。

几年前我参加一个全国律师论坛，北大贺卫方老师问我，你现在在忙什么？我说主要做非诉业务，尽量不打官司，少打官司。他问为什么？我说现在官司越来越难打。他说连你这样的老法官都怕打官司，那么中国就没有人不怕打官司了。我说，中国律师不可能不怕打官司。为什么？因为国家所有关于律师的制度安排不能够跟公检法机关抗衡，律师对诉讼有恐惧感。如果说当事人“厌诉”还可以理解，律师也“厌诉”甚至“恐诉”无论如何也是一件让人不能不忧虑，也应当引起全社会高度关注的事情。而在一个已确立法治为治国安邦方略和民众福祉典章的国度，没有比这更令人担忧的事情了。

“我宁愿为企业和个人提供法律咨询和其他非诉的法律服务，也不愿意去代理官司。”石家庄一位执业十几年的资深律师叹息自己的执业选择。现在，类似的话语在律师圈内已经耳熟能详了。律师不愿意打官司，那和医生不愿意做手术有什么不同？真正的病人能够得到救治吗？那些权利受侵害的公民能通过法律得到救济吗？

然而，事实就是这样：越来越多的律师不愿意打官司；越来越多的律师发誓不再打官司；越来越多的律师以做非诉业务为荣；越来越多的年轻律师

选择了非诉业务;越来越多的资深律师也纷纷逃离诉讼领域!

据资料显示,目前全国法院每年审结的刑事案件没有辩护人的达到70%以上。笔者曾为此调查过几个县法院,一个是经济发达的某市某区法院,没有辩护人的刑事案件为48%;四个中等经济发展水平的县法院,没有辩护人的刑事案件分别为66%、69%、71%、74%;一个贫困地区县法院,没有辩护人的刑事案件竟达93%。平均数字达70.2%。以上数据所揭示的问题纵然有种种其他原因,但确实从一个侧面真实反映了诉讼领域律师的执业生态。

这是为什么?这一扭曲的现状带给我们的又是什么?

这种现状首先危及律师业自身的存在与发展。律师的首要职责是保障公民权利。如果公民权利不能通过律师得到保障,并成为一种社会现象,那么公民就没有理由信任律师,这种信任的缺失不是针对某个律师,而是整个律师行业,其结果就是即使人们权利受到侵害,也不会再聘请律师。

谁都不否认律师有其独立的价值。1990年第八届联合国预防犯罪和罪犯待遇大会通过的《关于律师作用的基本原则》中明确指出,“鉴于律师专业组织在维护职业标准和道德,在保护其成员免受迫害和不公正限制和侵犯权利,在向一切需要他们的人提供法律服务以及在与政府和其他机构合作进一步推进正义和公正利益的目标等方面起到极为重要的作用”。日本《律师法》第1条规定:“律师以维护基本人权,实现社会正义为使命。”德国《律师法》认为,“律师为司法独立的人员”。我国台湾地区“律师法”第1条第1项规定:“律师以保障人权、实现社会正义及促进民主法治为使命。”作为我国律师法律制度基石的《中华人民共和国律师法》(下文简称《律师法》)第2条明确规定:“本法所称的律师,是指依法取得律师执业证书、为社会提供法律服务的执业人员。”《律师法》同时明确了我国律师的职业使命:“维护当事人的合法权益,维护法律的正确实施。”

这些规定都昭示了律师的使命,也是律师价值的体现,律师在保证司法公正和人权保障方面有着不可替代的特殊价值,这种价值不只是技术层面的,更是政治意义上的,即它是影响国家权力和政治权力格局的一支重要力量。律师作为一支相对独立的职业群体,在很大程度上制衡权力,并且最大限度地减少和防止权力对公民及法人组织的侵害。律师通过执业活动监督公共权力,保障基本人权,保护公民合法权益,不仅是可能的,而且是现实

的,这是律师作用的应然状态。但综观我国目前的律师执业现状,律师连官司都不想打不敢打了,律师的价值怎么体现?律师话语权的缺失,律师不能够真正参与司法产品的形成过程,必然使本来设计的制衡体系难以实现,而司法正义的实现和公民权利的保障更无从谈起了。

陈兴良教授说过:“现在律师对诉讼业务视若无睹,以不从事诉讼业务为荣,这样的倾向,不仅仅是律师选择的问题,也从侧面反映了我国的法治环境问题。”这番话揭示了律师不愿意打官司的一个原因——我国的法治环境问题。

2002年,武汉中院13名法官和44名律师涉案,被当做司法系统典型的“腐败窝案”而震惊中国司法界;2006年6月至10月,深圳中级人民法院先后有5名法官被中纪委、最高检“双规”或逮捕,其中包括1名副院长、3名庭长、1名已退休的老法官,卷入调查的法官、律师多达数十人。目前,深圳市中级法院已有20多名法官、8名律师被调查,另有几名律师出国,调查面在不断扩大,并涉及深圳基层法院法官。2006年11月9日,北京市第二中级人民法院依法对湖南省高级人民法院原院长吴振汉受贿一案作为一审宣判,以受贿罪判处吴振汉死刑,缓期两年执行……没必要再统计这些新闻数字,法官腐败显然已不是个例,而日益成为集体性事件,我国法院已经成为腐败领域中的“重灾区”。如此一来,司法公正如何保证?

司法腐败给律师执业带来了困境,很多律师成为权力的承租者,仰人鼻息,看脸色行事,拉拢司法人员或执法人员,法律正义让位于生存需求,为当事人提供法律服务蜕变成给当事人提供关系服务,面对当事人不是介绍自己的法律素养,而是炫耀自己与“法”、“检”的关系如何如何等。这不仅进一步恶化了民众对律师的职业印象,而且又助长了司法腐败。

有些律师不愿做权力承租者,他们无力反抗,于是选择了逃避,不接诉讼业务而专攻非诉业务。这种逃避一方面是因为律师执业环境的恶化,另一方面是由于律师对法官决策过程的不了解。从这两方面看,律师执业宏观环境的改善,非一朝一夕能够完成,而且这种改善也不可能从天而降,律师群体必须主动面对现实、迎接挑战,积极地投入到自己所追求的事业中,主动了解法官决策的机理,与法官共同生产出有利于服务当事人的司法产品,这样才有可能改变我们现存的恶劣执业环境,这也正是我们律师的价值所在。

基于此,对于律师而言,值得探究的是:法官通过什么样的方式来对案件作出决策?——对于事实是怎么认定的?法律是如何适用的?法官在决策时是一种什么样的心理?法官决策中的思维有何特性?哪些因素会对法官决策产生影响?最终如何作出一个判决?律师应当如何正当地去影响法官?如果一个律师对法官决策流程中的因素与种种问题不了解,那么就容易产生莫名的恐慌与不安全感,在这种非理性的情绪驱使下,律师逃避诉讼、远离法庭就在所难免了。

当前绝大部分的律师对于法院运行机制与法官决策不了解,不能完全归咎于某个律师自身,整个律师职业的现状、我国现行司法体制是其肇始原因。与西方国家法官从律师选拔的体制不同,中国并不存在类似的体制与渠道。像笔者这样有过“先后在四级法院任职过、先做法官再做律师”之经历的人,在律师群中毕竟属于少数派,同样在法官群体中也不多。正是有着这种特殊的经历,使笔者在考虑有关我国法官制度、司法制度及律师职业现状等问题的时候,能够获得更多的立场和视角。而有关法官决策的研究意识和动力正来自于笔者上述经历以及基于此的换位思考而产生的。

学界关于司法制度改革的研究已经有一些规模,但多是从法院机构和司法建制的角度进行的分析,从以法官个体决策为主轴对司法产品生产流程的各个环节及相关因素进行分析的还很少,本书将在这个方面做些努力。法官决策作为一种司法活动,有其运行的制度背景,也有其决策的组织体系、规则体系与价值体系。如果我们相信制度经济学理论,那么任何社会活动都发生于既定的制度框架之中,制度结构会对交易费用与激励机制产生影响,进而影响经济与政治行为。而关于社会制度与决策体制的研究,应以“方法论上的个人主义”为原则——“一种关于社会现象的理论首先应该由个体成员的认识和行为出发,并将对他的解释建立在这一基础之上,这些个体成员的行为产生了我们所要研究的对象”。^①因此,在法官决策的个体性的分析中,我们也可求得建设现代化法官决策体制的路径。

如上所述,律师惧怕打官司,犬儒化逃离诉讼领域,一方面是由于执业环境的恶化,另一方面则是对法官决策体制及过程的不甚了解。而全国范

^① [美]埃里克·弗鲁博顿等:《新制度经济学——一个交易费用的分析范式》,姜建强等译,上海三联书店,上海人民出版社2006年版,第7页。

国内的法官腐败现象揭示给我们的,与其说是司法体制与法官决策体制出现的顽疾,毋宁说它正以另一种非正式体制或“体制外的体制”在运行,或者更准确地说,法官决策体制正在两种制度的相互博弈中运行,一种是显性的正式的宪政体制,一种是隐性的非正式的江湖体制。^①就法官而言,江湖体制寄生于司法体制之内,暗自挥动其“看不见的手”,影响着司法权力的运行与由此而来的利益分配。在这种正式与非正式制度的博弈中,法官决策同时受此两种正式与非正式体制与利益力量的影响。可以说,一份法院判决不仅是法官依据显性规则裁判的结果,同时也是法官依据非正式隐性规则裁判的结果。而后者从来就不会明文写入判决的依据之中。法律的秩序是显性应然的秩序,而非正式规则体现和代表的是更为强大的隐蔽的秩序。法官决策体制有独立的组织体系、规则体系与价值体系,各种参与主体通过一系列的互动行为参与进来,各种法外的权力较量与利益博弈夹杂其中,正是在这种参与、较量与博弈中,我们找到了建设合理的法官决策体制的现实依据。

基于以上考虑,并基于独特的法官与律师的双重视角与经验积累,作者将分析法官决策流程的各个环节与因素,揭示法官决策的现实困境与改革方向,并提出建设我国合理科学的法官决策体制的一些思路,最后在案例研讨中分析律师之于法官决策的诉讼策略。

^① 参见于阳:《江湖中国》,当代中国出版社2006年版。作者以翔实的史料、周延而深刻的思考论证、细致而深入的江湖实践与样本统计,把面子、人情、关系网与“混”等草根词汇糅合在西方各种社会学理论之中,分析并揭示了五百年来中国社会结构的江湖化。江湖是正统社会以外社会结构的泛称,一种是结盟的帮会——秘密社会,一种是不结盟的关系网——关系社会,不仅如此,江湖还涵盖认同和实践江湖规则的一般百姓。江湖体制寄生于宪政体制之内,“控制着或部分控制着权力分割、利益分配的运行”。于阳所揭示的江湖体制对正式体制的侵蚀,是中国近代衰败的一个重要原因,也是现在社会结构运行的真实轨迹。司法制度或法官决策自然也在这两种体制的博弈之中运行。如果一个国家的法官决策体制陷入江湖体制的泥潭之中,后果之严重可想而知。

目 录 · Contents

引 言 律师为何惧怕打官司——研究法官决策机制的意义 · 1	
第一章 法官决策概论 · 1	
第一节 决策与法官决策 2	
第二节 法官决策的特性分析 3	
第三节 法官决策体系与分析进路 10	
第二章 法官决策的主体 · 13	
第一节 法官决策主体的合理人数——独任制与合议制的博弈 14	
第二节 我国法官决策主体的制度构成和实际状况 18	
第三节 我国法官决策主体制度的改革与完善 36	
第三章 法官决策中的思维 · 40	
第一节 法官决策思维特性 42	
第二节 法官决策方法及其异化 53	
第三节 我国法官决策思维职业化的障碍分析及对策 56	
第四章 法官决策的载体 · 61	
第一节 判决 62	

第二节 判决的效力及种类 75

第三节 裁定与决定 81

第四节 命令与通知 85

第五章 法官决策中的事实认定、法律适用及程序控制·92

第一节 法官决策中的事实认定 94

第二节 法官决策中的法律适用 113

第三节 法官决策中的程序控制 120

第六章 法官决策中的自由心证原则·123

第一节 自由心证原则概述 124

第二节 自由心证适用的制约机制 129

第三节 自由心证原则与我国证据评价原则 138

第七章 法官决策中的证明标准问题·152

第一节 证明标准概述 153

第二节 两大法系的民事诉讼证明标准 155

第三节 确定证明标准的原则 160

第四节 我国民事诉讼证明标准制度之现状 164

第五节 我国证明标准的构建 167

第八章 法官决策中的推定问题·174

第一节 推定问题概述 175

第二节 推定内容与分类 177

第三节 经验法则问题 185

第四节 律师在民事推定适用中的权益 194

第九章 法官决策因素与制度构建·196

第一节 法官决策因素概述 197

第二节 法官决策的信息支持系统构建 221

第三节 法官决策的制度构建 232

第十章 法官决策与律师策略 · 251

- 第一节 律师在法官决策中的作用与影响——兼论法官与律师的关系 252
- 第二节 当前律师影响法官决策过程中的种种误区 257
- 第三节 律师影响法官决策的基本途径和方法 266
- 第四节 律师影响法官决策的策略选择 269
- 第五节 典型案例解析 274

后 记 290

第一章·法官决策概论

(法官判决)形成的背后是对相互冲突的相对价值与轻重程度作出的判断,当然,这往往是未经道出且不知不觉的判断,然而却是整个司法过程的根基与核心所在。

——〔美〕霍姆斯

决策论作为运筹学的一个分支和决策分析的理论基础,是“根据信息和评价准则,用数量方法寻找或选取最优决策方案的科学”,在实际生活与生产中对同一个问题所面临的几种自然情况或状态,又有几种可选方案时决策者“为对付这些情况所取的对策方案就组成决策方案或策略”。

决策论是在概率论的基础上发展起来的。毫无疑问,法官决策作为一种司法活动,有着不同于其他决策的特性,本章在与行政决策、商业决策、法院决策的横向比较中来阐述这种特性。在司法的语境下,本章以决策论的一般理论和逻辑为前提和基础,对法官决策的概念进行一个并非那么精确的界定,以作为全书展开分析的轴心和基础,并便于读者对此问题有个整体的把握。同时,从其构成而言,法官决策又是由一系列司法活动构成的有机集合与完整体系,因此,本章最后部分进一步笼统论述了法官决策体系的内

部构成,包括法官决策的组织体系、规则体系与价值体系,由此提出了全书的理论构架与分析进路。

第一节·决策与法官决策

凡有人类,就会有人类的决策活动。“决策”一词,早在公元前二百多年的我国典籍《孟子》中就有“权变、乘势、决策之道”的记载。在科学、技术不发达的小生产时代,社会生产规模狭小,社会变化节奏缓慢,社会活动影响不广泛,决策往往是个人根据自己的知识、经验、才能、智慧独立完成,其特点主要是经验决策、个体决策、封闭决策。而到了现代社会,科学技术日新月异,生产规模不断扩大,社会交往日趋广泛,包含法官决策在内的决策活动越发显现出涉及因素多、规模大、变化快、影响广等的特征。

决策是人们对未来目标以及达成目标的方法所作的决定与行为的集合。按照一般的决策学论述,决策由决策者、决策对象、决策信息、决策理论与方法、决策结果五个基本要素构成。决策者可以是个人,也可以是集团——决策机构。决策的基本要素必须与生产方式的发展相适应。现代社会是一个瞬息万变的复杂宏大系统,现代决策活动不但要求有高速自动化的决策信息收集处理加工,而且还要求有庞大的、密切合作的、组织有序的专家集团充分发挥出整体功能,唯此才能做到决策科学化或作出科学正确的决策。而所谓决策科学化是指各级决策机关要依据决策活动的内在规律,遵循科学决策的原则、程序,采用科学的决策方法和技术手段,实现最优化决策。决策的科学化,不仅要求决策集团有严密的组织体系和科学分工,而且还要适应决策问题的日趋综合化、复杂化,必须熟悉和善于运用决策科学的现代理论与方法,及时把握现代科学决策的发展趋势。现代决策问题的日趋综合复杂,要实现决策科学化首先必然在决策理论和方法方面实现严密化、专门化、系统化。

博弈论为我们理解决策提供了很好的观察视角。博弈论通过对个体的预测行为与实际行为考虑,并研究其优化策略,用于分析竞争双方的态势与

对策及其反应,研究决策主体的行为发生直接相互作用时的决策,以及这些决策的均衡问题。当存在利益的冲突和竞争时,决策的结果不仅依赖于某个参与者的抉择、决策和机会,而且也依赖于竞争对手或其他参与者的抉择、决策和机会。

在众多的社会生活中,作为纠纷解决方式之一的司法裁判活动无疑是一个充满决策与博弈的复杂过程,同时,在诉讼法或司法的语境下,司法裁判实际上构成法官决策的核心和皈依。而司法裁判^①的基本作用正在于,由法官及其所代表的司法机关针对对立当事人之间的纠纷,在现有法秩序与规则框架内,在法律事实认定与法律规范适用之中,作出终局性、合法性的裁判,用以保障法律认可的法益与权利,以及维护国家法治秩序的安定与威严。在司法裁判过程中,作为纠纷裁断者的法官如何认定案件事实、如何适用法律、如何得出最终的判决结果——法官决策——构成其中最为关键的环节。因此,在民事诉讼技能学中,探讨法官决策之问题无疑具有非常重要的意义。

从以上论述不难发现,法官决策学实际上处于运筹学和诉讼法学或诉讼法学两个学科的交叉地带,同时也是二者相结合的产物。由此,我们不难对法官决策作出如下的一个基本界定:即法官在具体的诉讼过程中,作为案件裁判者的决策主体,在包含证据认定在内的认定事实活动中,在界定案件法律关系、选择适用法律活动中,以及在形成最后裁判结果等活动中所进行的确认、判断、决定等一系列的诉讼行为的集合。

第二节·法官决策的特性分析

“决策”是一个外延广泛的概念。大至国家的行政决策,小至个人的消费决策,就其运行的心理过程而言,并无实质性区别,任何决策都是通过人的心理过程来实现的。作为概念而言,无论在理论界还是在实务界,法官决

^① 由于本文的论述对象仅限于民事诉讼领域,因此,在本文所指的“司法”、“裁判”、“诉讼”等术语,如无特别说明,均限于民事诉讼领域,而不涉及刑事诉讼或行政诉讼领域。

策都可以说是一个全新的提法。这种决策活动是否有着其自身的规律?法官决策与其他决策活动又有什么根本的区别呢?有鉴于此,从前述对法官决策的基本界定出发,笔者对此概念予以进一步的辨析,并对其基本特征予以概括。

司法权作为解决社会纠纷的国家权力,其任务就是应当事人(有时国家在特定情况下也可成为当事人)的请求,以中立的第三者的身份,就对立当事人之间特定的个人自由、财产及人身权利作出裁决,通过裁判的既判力,从而发挥解决社会纠纷之功能。而法官决策作为司法权运作的主要形式和司法裁判的关键与核心环节,其司法特征是显而易见的。法官决策应尊重司法行为过程本身的特点,坚持以司法过程本身的规律性作为决策基础。法官决策,无论是对法律条文的解释,还是对于法律事实的认定,抑或是对司法裁判结论的论证,都必须按照司法本身的性质加以理解。以法官决策的法律适用与法律解释为例,严格意义上的法律解释只能是法官的解释,而且只有审判当下案件的法官才有解释的正当性。因为只有亲历了案件过程始终,并对案情有在场的经验,才有可能在法律事实与法律规范之间来回穿梭,并对法律适用问题作出合理的决策。司法过程的具体性和复杂性,意味着不亲历者难以有真切而合乎实践的判断,反过来说,如果不亲历的法官可以参与案件的决策,那么开庭审判就没有任何意义,而之所以在司法的运作过程中要求开庭审理,就是要尊重事物本身的性质,尊重司法审理过程的每一个细节,只有这样才可能有合理的事实认定与合理的法律解释。因此,司法属性实际上构成了法官决策的首要和本质属性。

此外,内心确信原则也是法官决策的显著特性。法官决策是法官通盘考量诉讼结构与各种因素,遵照严格的法律秩序与规则,逐渐形成关于案件全过程的内心确信,并以法定的形式表达于外的活动。所谓法官的内心确信,是指法官在诉讼中,通过听取当事人的举证、质证、辩论、审阅卷宗、查找法律规范依据等活动,并运用既有的法律知识,按照一定的诉讼规则,对争议标的的证据采信、法律适用、裁判调整等问题,在内心形成某种确定且坚信的结论性意见,产生成竹在胸的感觉。法官的内心确信,是法官对案件的个别或全部问题的观念定型,是法官对案件问题的确定的理性判断,不是飘浮的感性认识。如未发现新的证据或未出现更有力的裁判理由,法官不会轻易动摇已经固定的看法。如果我们把法官决策以形成物化的裁判文书为标

准,则可以合乎逻辑地得出,法官内心确信是法官决策的内在根据,而法官决策是法官内心确信的外在表达。

在比较对象的确定上,笔者认为,通过“行政决策”、“法院决策”、“商业决策”与“法官决策”的比较、辨析,可以很好地实现抽象出法官决策特征之目的。

(一) 法官决策与行政决策

按照现代法治国家的三权分立理论,国家权力分为立法、行政及司法三个部分,并由不同的部门来分别行使。其中,行政与司法都属于国家不同部门行使公权力的行为,为了履行其职责,在行政权行使主体及司法权行使主体(法官)各自在履行职责的过程中都会实施各种决策行为。在现代国家中,由于行政权与司法权被设定了不同的目标、宗旨及功能,从而使行政决策与法官决策形成以下截然不同的特征:

1. 价值取向不同

基于行政权的迅速、效率、及时等要求,行政决策被要求通过一种简易的程序,迅速、高效并及时地做出。为了追求及时性,某些场合下甚至可以牺牲公正性。而司法作为民众权利救济的最后渠道,公正、公平被提高到前所未有的高度。相对于效率而言,法官决策对于公正性的追求最为重视,是放在第一位的价值取向。

2. 决策者态度、立场不同

由于行政决策为行政机关的单方发动的管理行为,因此,在行政决策中,特别强调决策的主动性与积极性;而法官决策是法官行使司法权所作的决策,故而为了保持决策者的中立性,就需要强调决策的被动性与消极性,否则就无法保证其中立性。

3. 程序性要求不同

尽管当下我们也特别强调依法行政、依程序行政,但行政决策行为毕竟是政府及行政部门因行使其管理权时的职务行为,而法官的司法决策重在体现对权利的救济和对行政权的制衡和矫正,其价值理念上更加强调对参与者的程序性权利的保障,其程序更强调当事人之间的对抗与决策者的中立,在制度设计上更注重“程序保障”性的结构安排和实施。因此,法官决策程序与行政决策的程序相比,必须更为严谨、精细和慎重。

4. 在决策结果方面,可变性和权威性不同

在现代社会,司法作为社会关系调整的最后的和终极的手段,理应享有比行政更高的权威性和稳定性。因此,法官决策结果更需要稳定持续,而行政决策结果根据形势需要不仅可以不断灵活、及时地调整,而且其本身还可以通过法律途径改变。例如,对于行政处罚结果,当事人可以提起复议,进而也可以最终提起行政诉讼来加以解决。但是,法官决策的结果(最典型的当属判决)一旦获得确定(判决生效),那么将产生不允许轻易变更的效力——既判力。^①就决策结果的确定力而言,这一点是前面两个特征的逻辑归结。既然一个结果乃经过一个更为权威的主体的决策并经历一个更为审慎程序而得出,那么无疑其在可变性上应当受到比其他程序结果(例如行政程序结果)更多的限制。

5. 决策权的独立性不同

为了保证法院裁判的中立性与权威性,“司法独立”作为司法审判中的一项基本的原则必须得到遵守。法院在依法履行司法审判职责时,不受其他国家机关及人员的干涉,独立性由此成为法院决策的一个基本特征。需要指出的是,司法独立,不仅指法院系统独立于外部的干预,也意味着上下级法院之间的相互独立。更重要的是作为每个案件裁判者的法官也都是独立的。在审理和判决案件的过程中,法官只对自己的良心以及对法律与正义准则的理解负责,不受同事以及“领导”的干预,更不应当受法官自我私念的影响。而在行政过程中,具体的行政人员在作出行政决策时更多地受制于行政机关及上级领导的意志,强调贯彻与服从,而在司法过程中,则强调的是独立和中立。基于行政统一的要求,行政决策的作出及实施特别强调“上令下从”,以服从上级为主,上下级人员及上下级机关之间是一种垂直领导与被领导的关系,而司法决策权本质上是个体决策权,以服从法律和内心确信为天职。在诉讼中,即便决策结果最终是以合议庭名义作出的,但合议庭内部的法官在决策时都有自己单独的决策权,任何一个法官都不得使其他法官屈从于自己的决策。从表面看来,法官的决策权看上去像是一座座相互隔离开来的“孤岛”。

^① 既判力属于判决中最为本质性的效力,即判决一经确定(终局判决)所产生的确定力与通用力,既判力一旦产生,当事人和法院都应当受判决内容的拘束,当事人不得在以后的诉讼中主张与该判决相反的内容,法院也不得在以后的诉讼中作出与该判决相冲突的判断。