

司法裁判的 现实表达

赵朝琴 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

赵朝琴 著

司法裁判的 现实表达



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

司法裁判的现实表达 / 赵朝琴著. —北京:法律出版社, 2010. 10

ISBN 978 - 7 - 5118 - 1252 - 0

I. ①司… II. ①赵… III. ①审判—研究—中国
IV. ①D925. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 190747 号

司法裁判的现实表达

赵朝琴 著

责任编辑 高山

装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 7.25 字数 177 千

版本 2010 年 10 月第 1 版

印次 2010 年 10 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印刷厂

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 1252 - 0

定价:25.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 言

本书是首次从社会学角度系统研究我国当代裁判表达的专著,尝试运用法社会学的方法,以相关文献资料及调研、访谈资料为基础,从裁判表达的结构与历史变迁、诉讼角色及其沟通行动、裁判表达方式、裁判表达的可接受性等视角,对我国当代的裁判表达过程进行解释,进而分析和总结裁判表达的现实逻辑。本书具有实践方面的价值。其一,体现为对裁判表达与社会环境契合性的思考。裁判表达并不是孤立的存在,社会因素对司法裁判的影响不一定是负面的——即便从纯理论的角度进行推理也是如此。社会环境是裁判表达的土壤,裁判表达就是要将社会上发生的具体事件、纠纷与法律规定进行对照、比较、分析,进而形成处理结论的过程。在这一过程中,裁判表达与社会环境的契合性问题一个现实的存在。其二,体现为对裁判表达过程的整体性和动态化研究。具体包括:发现裁判表达过程中的现象和规律,如结构元素及其关系、诉讼角色及其沟通互动等;整合裁判表达的基本方法,如填补裁判主题与材料之间

的缝隙、认识事实与法律之间的缠结、法律论证与裁判叙事伦理的构建等。其三,阐释裁判表达的现实逻辑。具体包括:在裁判表达的动态过程中检验“缠结现象”、“角色互动”、“表达方式”、“可接受性”等多种判断和认识;叙述和解释裁判表达中的紧张、脱节、背离等现象,给司法裁判以合理的定位。本书还具有理论方面的价值。其一,体现为对裁判表达效果的理想化追求。从社会学的角度望去,裁判表达是在社会背景之中实现的,裁判表达效果天然地包含其“社会效果”。如果出现裁判表达违背了社会的基本伦理和道德规范等情况,应该调整的是关于裁判表达的评价标准。这里的一个基本假设是:法律的知识是由社会决定的。从法学的角度望去,依法进行裁判表达就是要追求裁判表达的“法律效果”,这也是最自然不过的事情。鉴于法律往往滞后于社会的发展,如果“法律效果”与“社会效果”相冲突,一般情况下,还是要坚守“法律至上”的底线,还是要明确“规则第一”的前提。这里的一个基本假设是:承认法律的滞后性,但是仍要坚持法律至上的原则。其实,这两方面都属于类型化的解释。重要的一点在于,无论是什么原因,都不能成为人们追求裁判表达理想效果的阻碍,因为司法实践——当然包括当代中国的司法实践——需要这样一种评价标准、需要一种可接受的裁判表达,需要以此来保障、促进司法的公平和正义。其二,体现为研究方法的探索与选择。法律是伴随着社会的发展而逐渐发展起来的,司法裁判的生成与外化并不是在真空中进行的。裁判表达存在于观念与现实、应然与实然的等置考量之中,体现为一种依照时空而变化的实践智慧和实践理性。从司法裁判的外部形式与内在张力,从裁判叙事的间接性与法律推理的直接性,从诉、辩、审等不同角色的互动过程,从社会因素在裁判表达中的可转化性等角度去考察裁判表达,观察这些现象是如何影响到裁判结果的最终形成,进而解释其中的原因,分析隐藏在裁判表达形式化外观背后的实质性内容。

本书共分六章,其中第一章是引论,中间四章分别从四个视角考察当代裁判表达的结构、角色、方式和可接受性,第六章是结论。分述如下:

第一章“引论”。包括选题的背景与意义;研究综述;本研究的基本思路和关键词;研究方法、路径选择与参考资料;研究重点、难点和主要创新点。其中研究综述建立在广泛、深入阅读的基础之上,倾注了作者相当的精力,是本书的研究基础和有益借鉴。

第二章“裁判表达的结构与历史变迁”。先从总体上分析当代裁判表达的结构,然后分述三种裁判表达模式即“刑事裁判表达模式”、“民事裁判表达模式”和“行政裁判表达模式”,并做必要的梳理和归纳。裁判表达由“审判过程表达”和“裁判文书表达”两个环节组合而成,两者运行的方向不同、具体目标不同,但是内在的法律属性相同、蕴含的法律精神相通。这两个环节在改革开放三十年来的历史变迁中呈现出一种不同步、不对称的特征。总的趋势是,裁判文书表达结构的变迁滞后于审判过程表达结构的变迁。由于裁判文书的制度规范相对概括和缺乏较强的拘束力,给现实中的裁判文书表达带来系统性的问题。

第三章“诉讼角色及其沟通行动”。在分析沟通行动与诉讼角色类型之后,分别对“当事人”、“律师”、“法官”、“审判委员会”、“证人”等诉讼角色及其沟通互动的现实场景进行了描述,然后从社会学意义上阐释诉讼角色的沟通与传递现象。我国当代裁判表达中的角色可以划分为“显在角色”与“隐在角色”两种类型,裁判表达就是诉讼角色之间多维的沟通过程。法官、当事人、律师、证人等是主要的显在角色;审委会则是一个有争议的角色;媒体、社会公众等是对裁判过程和裁判结果产生影响的隐在角色。每一个角色的地位、权利、义务相对稳定,但是社会背景各有不同,角色之间的双向、多向关系各有区别,使得诉讼角色及其沟通行动在裁判表达过程中呈现出鲜明的个性特征。

第四章“裁判表达方式”。从裁判表达主体的表达方式的视角进行研究,选择了“法条主义与裁判表达”、“裁判叙事伦理”、“裁判论证方法”三个切入点进行深度分析,进而揭示出裁判表达方式“往返于事实和法律之间”的鲜明特色。我国当代裁判表达的现实状态,就是在法律的框架之内,在各种因素的共同作用下形成的。确认案件事实离不开法律,叙述案件事实需要间接反映法律精神;适用法律需要以具体的案件事实为基础,裁判论证说理需要直接反映法律精神。无论是事实认定还是法律适用,都无法各自单独进行。裁判表达就是这样不断地往返于事实和法律之间,并最终形成裁判的结论。

第五章“裁判表达的可接受性”。以裁判表达的现实效果为切入点,从“裁判表达被谁接受”、“裁判表达如何被接受”、“可接受性的建立”等方面,通过分析一些影响较大的案件如孙伟铭醉驾案件、许霆盗窃案件,结合典型案例(皇城老妈案件)和台州模式等,说明可接受性与裁判表达的密切关系,进而反思和审视裁判表达的法律效果与社会效果。裁判表达可接受性的建立可以从系统内部与系统外部两个角度进行考察,无论哪个角度,实现裁判表达法律效果与社会效果的和谐统一都是重要的判断标准。

第六章“结论:裁判表达的现实逻辑”。论述了裁判表达的基本特征,以“场域”、“沟通”、“往返”、“互动”为核心词描述了当代中国裁判表达的现实图景。初步的结论:裁判表达的现实逻辑不是线性的,也不是演绎的,而是一个关系网络。在这个关系网络中,存在事实与法律的缠结现象,存在诉讼角色的互动与沟通现象,存在审判过程表达与裁判文书表达的耦合或冲突现象。这些现象的发生具有一定的规律性:法律精神始终在裁判表达的內部起着决定性的作用,社会环境不仅会对具体案件的裁判表达产生一定的影响,还会对裁判表达的法律与制度完善发挥重要的作用。

目 录

第一章 引论 001

- 一、选题的背景与意义 001
- 二、研究综述 005
- 三、本书的基本思路和关键词 019
- 四、研究方法、路径选择与参考资料 022
- 五、重点、难点和主要创新点 024

第二章 裁判表达的结构与历史变迁 026

- 一、裁判表达结构 026
- 二、刑事裁判表达模式 034
- 三、民事裁判表达模式 039
- 四、行政裁判表达模式 048
- 五、裁判表达结构的历史思考 053

第三章 诉讼角色及其沟通行动 061

- 一、沟通行动与诉讼角色类型 061
- 二、当事人 065
- 三、律师 071
- 四、法官 080
- 五、审判委员会 089
- 六、证人 094
- 七、诉讼角色的沟通与传递 098

第四章 裁判表达方式 105

- 一、法条主义与裁判表达 105
- 二、裁判叙事伦理 109
- 三、裁判论证方法 129
- 四、往返于事实和法律之间 145

第五章 裁判表达的可接受性 150

- 一、可接受性与裁判表达 150
- 二、裁判表达被谁接受 154
- 三、裁判表达如何被接受 162
- 四、可接受性的建立 172
- 五、从台州模式看裁判表达的可接受性 185

第六章 结论:裁判表达的现实逻辑 191

- 一、裁判表达的基本构成及其关系 191
- 二、裁判表达的角色类型及其互动 194
- 三、裁判表达的主要方式及其特征 199
- 四、裁判表达的可接受性及其建构 203
- 五、裁判表达的现实图景 206

主要参考文献 210

附录 相关裁判文书样式实例与观察访谈笔记参考目录 220

后记 222

第一章

引论

一、选题的背景与意义

(一)背景

1. 裁判表达的重要地位和研究现状的不对称性

裁判表达的重要地位和研究现状之间存在的不对称性,是促使笔者进行研究的一个基本动因。裁判表达是一项综合性很强的法律实践活动,其实践功能和理论价值无疑是十分重要的。由于裁判表达要反映法律和写作的双重属性,要涉及审判过程表达和裁判文书表达两个不同的环节,使得相关的理论研究容易产生分歧。综观国内的相关研究,多是限于对现行裁判文书格式和文书实例的注释性研究,有关审判过程表达以及从整体上研究裁判表达过程及其重要理论问题的论著和论文资料,不但少见而且资料非常零散。反过来看,这也是导致对裁判表达认识不全面,甚至轻视裁判表达的一个重要原因。

2. 试图从阐释裁判表达过程的角度进行研究

任何司法裁判都是被深深嵌入社会当中的社会现象,笔者尝试把司法裁判放在社会学的视野中进行观察和分析,以期有新的发现和收获。从现实环境看,审判程序的具体运用、裁判文书的证据写作和理由论证、诉讼角色的实践行为及其互动情况、审判法律效果和社会效果的司法政策等问题已经引起了广泛的关注,研究方法的突破或许可以有助于这些问题的研究。法社会学的视角有助于观察裁判表达的具体过程,有助于探索和分析影响裁判表达的具体因素和实际效果,有助于解释中国当代裁判表达的现状,并为司法实践和理论研究提供参考、借鉴。

(二) 研究的意义

本书主要是介绍裁判表达的一般研究,研究对象是裁判表达这样一种制度性事实,既包括裁判表达的格式、法律规定,也包括具体案件裁判表达的过程与结果。^① 研究意义主要体现在以下方面:

1. 体现为对裁判表达过程的整体性和动态化研究

从整体上考察司法实践中裁判表达的具体过程。具体包括:发现裁判表达过程中的现象和规律,如结构元素及其关系、诉讼角色及其沟通互动等;整合裁判表达的基本方法,如填补裁判主题与材料之间的缝隙、认识事实与法律之间的缠结、法律论证与裁判叙事伦理的构建等。

阐释裁判表达的现实逻辑。具体包括:在裁判表达的动态过程中检验“缠结现象”、“角色互动”、“表达方式”、“可接受性”等多种判断和

^① 裁判表达作为制度性事实,是一种社会现象。迪尔凯姆主张,把社会现象作为物来研究,就是把社会现象作为构成社会学研究的出发点的实物论据来研究。我们面临的那个事实是不以我们的意志为转移的,因此我们在把社会现象作为物来研究时,只能适应它们的性质。参见[法]E. 迪尔凯姆:《社会学方法的准则》,狄玉明译,商务印书馆2006年版,第47~49页。

认识;叙述和解释裁判表达中的紧张、脱节、背离等现象,分析现象成因——忽视、贬低裁判表达尤其是裁判文书表达在诉讼中的不可替代的重要价值,重新给司法裁判以合理的定位。

2. 体现为研究方法的探索与选择

法社会学方法为研究开拓了新的思路。^① 笔者尝试从司法裁判的外部形式与内在张力,从裁判叙事的间接性与法律推理的直接性,从诉、辩、审等不同角色的互动过程,从社会因素在裁判表达中的可转化性等角度去考察裁判表达,观察这些现象是如何影响到裁判结果最终形成的,进而解释其中的原因,分析隐藏在裁判表达形式化外观背后的实质性内容。

法律是伴随着社会的发展而逐渐发展起来的,司法裁判的生成与外化并不是在真空中进行的。裁判表达存在于观念与现实、应然与实然的等置考量之中,体现为一种依照时空而变化的实践智慧和实践理性。裁判表达过程由两个相互联系但又无法彼此取代的环节构成,一是审判过程中的表达,二是裁判文书中的表达。理论上讲,这两个环节之间应该保持本质上的一致性,但在实践中,这两个环节之间又存在紧张甚至背离等现象。从社会学视角考察这两种表达的联系与区别,有助于理解裁判表达的现实逻辑,为司法实践和理论研究提供参考。

3. 体现为对裁判表达与社会环境契合性的思考

裁判表达属于法律控制手段,法律控制手段只是社会控制手段中的一种,其本身并不是孤立的存在。社会因素对司法裁判的影响不一直都是负面的——即便从纯理论的角度进行推理也是如此。在相信大多数法官的职业道德和良知的前提条件下(这也是一个必要的假设,否

^① 当代法学中影响最大、意义最深刻的趋势就是法学方面趋向社会学研究,这一发展趋向是普遍的。参见联合国教科文组织编:《当代学术通观——社会科学和人文科学研究的主要趋势》,何林发译,世纪出版集团、上海人民出版社2004年版,第648页。

则法院就得关门),也应该相信这些社会因素在很多情况下会对司法裁判形成良性的促进作用。社会环境是裁判表达的土壤,法律条文就是为了处理、解决社会上发生的事件、纠纷而制定的,裁判表达就是要将具体事件、纠纷与法律规定进行对照、比较、分析,进而形成处理结论的过程,在这一过程中,裁判表达与社会环境的契合性问题是一个现实的存在。

4. 体现为对裁判表达效果的理想化追求

从社会学的角度望去,裁判表达是在社会背景之中实现的,裁判表达效果天然地包含其“社会效果”之中。如果出现裁判表达违背了社会的基本伦理和道德规范等情况,应该调整的是关于裁判表达的评价标准。这里的一个基本假设是:法律的知识是由社会决定的。^①

从法学的角度望去,依法进行裁判表达就是要追求裁判表达的“法律效果”,这也是最自然不过的事情。鉴于法律往往滞后于社会的发展,如果“法律效果”与“社会效果”相冲突,一般情况下,还是要坚守“法律至上”的底线,还是要明确“规则第一”的前提。这里的一个基本假设是:承认法律的滞后性,但是仍要坚持法律至上的原则。

其实,这两方面都属于类型化的解释。重要的一点在于,无论什么原因,都不能成为人们追求裁判表达理想效果的阻碍,因为司法实践——当然包括当代中国的司法实践——需要这样一种评价标准,需要一种可接受的裁判表达,需要以此来保障、促进司法的公平和正义。这或许就是本研究的一个形而上的意义。

① [美]唐·布莱克:《社会学视野中的司法》,郭星华等译,法律出版社2002年版,序言。

二、研究综述

(一)法社会学理论和方法方面

在归纳社会学家关于法社会学的理论时,学界一般都会涉及以下三位大家的观点:迪尔凯姆(杜尔克姆)、韦伯和埃里希。其相关的认识基本趋同,也是本研究的重要借鉴。

吕世伦、周世中的论文《杜尔克姆法社会学思想探析》(《法制与社会发展》,1999年第1期)认为杜尔克姆对法律的分析,是从社会分工和连带关系开始的。由于社会分工的程度不同,形成了不同的社会连带关系,分为机械的连带关系和有机的连带关系两种。根据不同的连带关系,杜尔克姆区别了两类法律:在机械连带关系占支配地位的社会里,刑法起主要作用;在有机连带关系占支配地位的社会里,刑事法已不起主要作用,取而代之的是恢复原状法或合作法。随着人类社会的发展,法律也从惩罚法转向了恢复法或合作法。^① 吴建平、唐友平的论文《论法社会学中的功能主义传统》(《华中科技大学学报》,2003年第4期)认为迪尔凯姆的法社会学思想简单说,就是认为社会团结由机械型转向有机型,法律相应地由压制法转变为协作法,法律的存在和变迁都是为了能实现维护社会整合的功能。^②

李敏的论文《韦伯的法社会学思想探析》(《学术界》,1999年第5期)中提到,韦伯认为法律思想是一个由经验性向理性化的发展过程,两种类型的法律思想始终是相互存在的,不可能有单纯的经验性或所谓的理性方式,在很多情况下是互为补充的。与法律思想的两种类型

① 吕世伦、周世中:“杜尔克姆法社会学思想探析”,载《法制与社会发展》1999年第1期。

② 吴建平、唐友平:“论法社会学中的功能主义传统——迪尔凯姆的法社会学评述”,载《华中科技大学学报》2003年第4期。

相对应,立法(法律)、司法也有两种类型:经验性司法和理性司法。司法行政实际上存在形式(法律概念和原则)的和实质的不同。这样就构成四种不同的司法形式:形式理性的司法、形式非理性的司法、实质理性司法、实质非理性的司法。^①

吕建高的论文《埃里希的法社会学思想》(《当代法学》,2002年第11期)中提到,埃里希把法律视为社会秩序本身。社会是不断变化的,所以法也不应该一成不变,而应体现为“活法”。他把法律分为“国家法”和“社会秩序”本身即“活法”,认为“活法”是指在日常生活中为各种社会团体中的成员所认可的并在实际上支配社会一般成员行动的准则。^②

(二)观察视角方面

观察裁判表达的过程有两个视角,一个是内视角,即通过分析司法裁判的内部结构和各结构元素之间的互动关系来观察裁判表达的过程,研究目的在于发现裁判表达的内部结构和具体效果;一个是外视角,即通过考察影响裁判表达的各种社会因素来评判裁判表达的社会结构和具体效果。需要注意的是,这里只是从类型上作了内外视角的划分,在司法实践中,裁判表达的过程始终处于内外视角的复合观察和互动状态之下,没有绝对的内视角或者外视角。从整体上说,那种仅仅局限于裁判表达内部的观察和分析具有更大的局限性,因为这种观察往往把裁判表达和社会环境隔离开来,忽略了司法裁判的社会属性。在内视角方面,研究裁判表达的著作(如果包括教材的话)还是有一定的数量,但是这些文献多是从注释裁判文书格式的角度进行的研究,对

① 李敏:“韦伯的法社会学思想探析”,载《学术界》1999年第5期。

② 吕建高:“埃里希的法社会学思想”,载《当代法学》2002年第11期。

于从社会学角度研究裁判表达没有太直接的作用。所以笔者主要是从外视角或者是从内外视角结合的角度来进行文献的梳理。相关的资料不能算少,但是观点相对分散。虽然不能给本研究提供系统的指引,但还是具有不少的启发和帮助。

1. 从联系的视角认识裁判表达

孟德斯鸠、博登海默以动态的、联系的、变化的方法分析法律控制的观点具有重要的理论价值和借鉴意义。而[美]唐·布莱克在其著作《社会学视野中的司法》中指出,法学的第三个维度就是社会学的维度。^①这种超越法条主义的视角,以及研究司法裁判社会结构的进路都是从外部观察司法裁判表达的重要切入点。苏力的著作《送法下乡》对中国基层司法制度有着深入的研究和独到的见解,认为要关注社会环境制约下会促成法官养成什么样的习性、积累什么样的知识,进而形成一种司法传统和风格。^②胡平仁的论文《法社会学的思维方式》(《法制与社会发展》,2006年第6期)认为法社会学思维方式是在长期的研究实践中逐步积淀而成的一种观察问题、分析问题和解决问题的基本而独特的视角、立场与方法,表现为整体性思维、民间立场、经验研究和法益分析四个方面。^③这样的观察视角不可能不重视考察裁判表达的社会效果。

2. 从社会现象的视角认识裁判表达

[美]劳伦斯·M. 弗里德曼的著作《法律制度——从社会科学角度观察》,认为规则和机构本身不能告诉我们规则是如何制定的。^④弗里德曼告诉我们这样一个道理:法律论证是重要的社会事实。以此推

① [美]唐·布莱克:《社会学视野中的司法》,郭星华等译,法律出版社2002年版,第105页。

② 苏力:《送法下乡——中国基层司法制度研究》,中国政法大学出版社2002年版,第191页。

③ 胡平仁:“法社会学的思维方式”,载《法制与社会发展》2006年第6期。

④ [美]劳伦斯·M. 弗里德曼:《法律制度——从社会科学角度观察》,李琼英、林欣译,中国政法大学出版社2004年版,第1页。

断,裁判表达本身也是一种社会事实。谢晖在其著作《价值重建与规范选择——中国法制现代化沉思》中写道,在法律的死的文字背后却蕴涵着深刻的价值因素。^①在裁判表达过程中,价值因素的客观存在也是一种回避不了的社会因素,也是一种存在的社会事实。林端的《儒家伦理与法律文化——社会学观点的探索》认为,对社会学家而言,法律是个实然,即具体的社会事实,是社会规范的一种。^②王勇的论文《法律社会学及其中国研究进路的初步思考——一般理论与本土问题的知识建构》(《法制与社会发展》,2007年第2期)认为法律是一种社会现象,法律社会学始终侧重于法律与社会性的、政治性的、经济性的以及心理性的事实状况之间关系的探讨。在这个过程中,把法律当作内在于社会之中的现象进行分析、探讨,以此获得关于法律的产生、发展以及发生作用的基本原理的一般性理解。就此而言,对那种教条式地理解法律的概念法学和法律形式主义的反动被认为是法律社会学的一个特色。^③正因为司法裁判是一种社会事实,所以认识和理解裁判表达就需要在社会的大背景中进行。

3. 从法官真实的视角认识裁判表达

栗峥的著作《超越事实——多重视角的后现代证据哲学》,提出了一个很有价值的“法官真实”的新观点,认为“法官真实”与“法律真实”的最大区别,在于法官真实不仅将法律纳入到事实认定机制中来,而且将影响法官事实认定的一切可能性因素全部纳入到了事实认定机制中来。依“法律真实”的观念,不同的法官基于相同的法律对同一案件事实的认定应该是一样的,因为在他们看来法律是认定事实的唯一依据,

① 谢晖:《价值重建与规范选择——中国法制现代化沉思》,山东人民出版社1998年版,第162页。

② 林端:《儒家伦理与法律文化——社会学观点的探索》,中国政法大学出版社2002年版,第4页。

③ 王勇:“法律社会学及其中国研究进路的初步思考——一般理论与本土问题的知识建构”,载《法制与社会发展》2007年第2期。