

法院的案卷制作

——以民事判决书为中心

左卫民 谢鸿飞

四川大学法学院教授 中国社会科学院博士生

引言

法院处理任何一个案件,都涉及到许多公文,如受理通知书、判决书等等,这些案卷是每一个案件都必须的。最高法院曾先后发布了许多关于法院案卷制作方面的文件。如《最高人民法院关于试行法院诉讼文书样式的通知》(1992年6月20日法发[1992]18号);《最高人民法院关于〈法院诉讼文书样式(试行)〉若干问题的解答》(1993年4月21日);《最高人民法院关于印发〈人民法院公文处理办法〉的通知》(1996年4月9日法发[1996]9号)等等。近几年来,法院对案卷制作的要求越来越严格,案卷的种类也越来越多,对案卷制作中很细微的技术性问题,法院也提出了严格的要求。与此同时,国内学者对案卷制作技术的研究,也出现了一些相当有深度的研究成果。^[1]我们认为,案卷制作,尤其是判决书的制作是司法过程中最有影响的因素之一。本文将通过对民事判决书的分析,讨论法院案卷制作技术兴起的原因对司法产生的影响。

一、案卷制度:现代性的表征之一

依据韦伯的权力社会学,现代的官僚制和科层制是法理型统治的典型代表。它代表不以个人为标准的、追求效率的组织及其活动方式,它已经成为当代世界的特征。但是,理性化的官僚制和科层制只有在近代西方国家中才真正产生。法理型现代官僚制的一个必须要素就是文书以及档案制度。当然,案卷制度与韦伯讨论的现代官僚制的其他一些要素也有密切联系。如公务员要受法规的约束,而法官之所以要制作案卷,这是由法律明文规定的了;上级对下级有一种统辖权力,如指挥、命令甚至强制的权力;而下级对上级也

[1] 参见强世功:“‘法律不入之地’的民事调解”,载张静主编:《国家与社会》,浙江人民出版社1998年版,第100-105页。另参见赵晓力:“关系/事件、行动策略和法律的叙事”,载王铭铭、王斯福主编:《乡土社会的秩序、公正和权威》,中国政法大学出版社1997年版。

有申诉的权利。但是官僚是自由人,只在职务内服从命令。^[2]现代官僚制具有这样一个特点:控制官僚制主要依赖技术性法律和规范,现代科层制的技术化倾向非常明显。这也是它与前现代科层体制的重大区别。现代科层必须倚重各类专家,实现管理的科学化和合理化,以回应现代社会系统内部和外部的种种挑战。传统的全能性人才或魅力型人物面对这个复杂的世界已经无能为力了。而科层的日常工作大部分与信息的收集整理、可行性决策方案的提出以及对这些方案进一步的论证等等相关。因此,组织成员必须具备专业知识,受过一定的职业训练,否则即不具有从业资格。从前文可以看出,法院的案卷制作也是一项非常专业的活动。这种专业型不只体现为制作案卷需要法律知识,也体现为制作案卷的一些纯粹技术性要求。^[3]

法院案卷的制作,何以成为韦伯所分析的理性化的表征之一呢?这主要涉及到文字和口语的不同功能。在现代,书写文化逐渐取代了口头文化。这种书写文化是现代社会理性化的重要条件。从政治哲学的角度看,书写以及由此引发的印刷技术饶有深意,它助益着现代社会中的理性、平等和自由的价值观。因为书面文字是固定的、有形的,能够被广为传播,在这一点上,它打破了传统的等级制和权威,使现代抽象社会得以有存在的可能。在现代社会的语境中,因为连接人们的传统纽带支离破碎,书面语言的兴起,使人们可以在对文本的读解中就获得信息,而不必非要通过面对面的交流才能够理解意义。在现代社会,随着判决书可接近性的大大增加,话语实践在国家权力策略中的地位明显提高了。书面文字在一般情况下,其意义的接受要比口头交谈更为理性化一些:它不可能完全保留口头交流中的具体情景;书面文字的意义完全可以在作者不在场的情况下被接受,阅读者受外界的干扰很小。在阅读中,主体基本上是理性的、自律的,他必须按照书面文字的逻辑和顺序阅读和理解。而且,他必须从文字的一般语义来理解文字的含义,而不能按照文字的地方性意义来解释。这样,书面语言就超越了地方性的限制,获得了常规化的普适意义。因此,案卷能把日常生活中很难用语言表达的表格等形式用语言表达出来,使复杂的口语交流情景简化为凝固的文字。而且,法院制作的很多案卷都是填充式的,这在日常语言表达中是不可能的,只有在可以大量复制的案卷中,才有可能。这样,法院对同一件事情的描述就非常简单,因为很多案卷有固定的格式和内容,只需要根据每一个案件的具体情况,往里面补充内容即可,法院无须判断哪些内容是必要的,哪些是不必要的。案卷中的陈述也往往是格式化的、整齐的,制作者甚至无须自己组织语言,这样一来,案卷的制作效率就大大提高了。在很多情况下,这种制作都只具有一种纯粹程序上的、管理上的意义。如果说口语交流总是含混不清、缺乏逻辑性,言谈充满情景界定的话,那么,案卷这种书面的意义体系更便于交流,更便于实现理性化,包括形式化、逻辑化、系统化、一体化和效率化。

[2] 马克思·韦伯:《经济与社会:解释社会学的界线》(第一卷),C·威特斯主编,加里福利亚大学出版社1978年版(Max Weber, *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*, Vol. 1, tr. by Parsons et al., eds. by Guenther Roth Claus Wittich, Univ. of California Press, 1978); 苏国勋:《理性化及其限制——韦伯思想引论》,上海人民出版社1991年版;沃尔夫岗·施路赫特:《理想化与官僚化》,顾忠华译,中国台湾:联经出版事业公司1986年版。

[3] 例如,在日本,专门从事不动产登记研究的大学教授因为自己的书状写得不符合官署要求的格式,而被驳回多次,最后迫不得已,只好找专门从事写这类书状的职业人士撰写,方才通过审查。

福柯和吉登斯的理论可以从另外一个角度揭示法院案卷制作技术的现代性。福柯认为,在现代生活中,检查(examin)是工业社会特有的权力——知识形态,它是控制、排斥和惩罚系统中的工具,也是确立或恢复规范的手段。17世纪,新的社会控制形式、警察机构的发展、对居民的监控等等,为“检查”这种新的权力——知识形态的形成做了准备。^[4]而按照吉登斯的观点,现代社会与传统社会最大的差异之一即在于现代社会的监控能力大大加强。吉登斯认为,在民族——国家时代,军警、监狱、现代医院、学校和工厂等新式制度尤其是传媒的发展,使国家对社会的监控能力有了极大的提高。这种能力被视为现代民族——国家的标志之一。^[5]毋庸置疑,官方的记录与档案包括法院的案卷,正是这种现代监控机制的有效载体。

通过对案卷资料的有效保管,可以使国家获得控制、预防类似犯罪的知识,也使对犯罪人的监控能够有效地延续下去,这种监控将伴随着犯罪人的一生。国家由此获得了有关个体的详细的知识,以及对个人生命的连续性的、稳定的治理手段。例如,在我国,依据《人民法院诉讼档案保管期限的规定》第3条的规定,诉讼档案的保管期限分为永久、长期、短期三种。凡属需要长远保存查考利用的档案划为永久保管;凡属在相当长的时期内需要保存查考利用的档案划为长期保管,保管期限为60年;凡属在相对较短的时期内需要保存查考利用的档案划为短期保管,保管期限为30年。保管期限按照刑别、犯罪主体、案件的政治和科研价值、案件的性质等标准决定。

档案的销毁程序非常复杂:对保管期限届满的诉讼档案,应由有关领导和审判人员、档案管理人员组成鉴定小组,逐卷进行鉴定。对仍有继续保存利用价值的档案,可以适当提升档次,继续保存。经鉴定确定销毁的档案,经上级法院抽查同意后,应把其中的判决书、裁定书、调解书取出一份,按年度、类别、案号的顺序整理立卷,随有关年度编号,永久保存。对应当销毁的档案,由鉴定小组编造清册、提出销毁报告,经本院院长批准,并报上一级人民法院和同级档案行政管理部门备案,由档案干部和指定的监销人共同销毁,并在销毁清册上签字。销毁报告和销毁清册按文书档案的要求立卷归档。

不仅如此,案卷制度还有利于国家法制的统一,使中央与地方在实施法律方面统一起来。这也是国家对国家机关内部的一种监控手段。从中国目前的情况看,最高法院要求所有的法院在案卷制作上都必须统一,而且最高法院还规定了严格的格式,在司法中,各地的档案基本上都是一致的。这种一致性实际上加强了上级法院对下级法院之间的监督和管理。上级法院要求下级法院按照固定的格式书写,有利于统一法院的行动,增强法院行动的向心力量。更重要的是,案卷制度最基本的要求是“合法性”(legality),它要求法院必须依据法律为惟一的裁判依据,而无论案件的实际处理过程怎样。国家关心的实际上是法律是否在全国统一适用。国家法律“就是在案卷制作、整理、装订等等这样的琐事中完成了它的想象性统一……法律对案卷程序、实体和证据的要求,最终落实为对案卷制

[4] 福柯:《规训与惩罚》,A·雪登编,威特图书出版社1979年版(Michel Foucault: *Discipline and Punish*)

[5] 参见吉登斯:《民族—国家与暴力》,胡宗泽等译,北京三联书店1997年版。

作的合法性要求,因为这些要求实现的证据还要到卷宗中去寻找。”〔6〕正是通过法律在全国统一适用,国家权力才可能在人们的想象中统一,正是无所不在的法律帮助完成了对国家治理的连续性、统一性的想象。而如果说书本上的法律是死的文字,那么在案卷中,法律虽然也是以文字表现出来的,但是这里的法律好像是活了,真正成为可见的。通过案卷,人们可以真正感受到“法律的力量”。

二、案卷制作中的法官、当事人与法律叙事

法院解决的是对立的双方利益关系,因而案卷的主角自然是当事人。但是,法院的案卷类似于法院主要活动的日记,是上级法院和社会监控法院活动的主要证据,更何况案卷完全是由法官制作的,因而,法官是案卷中隐而不显的实质主角。这里我们要分析的是,要求法院制作案卷对法官产生了何种影响,它对当事人意味着什么,以及法院案卷中是如何描述法院的实际活动以及案件事实的。

通过前文对法院案卷制度的种类分析似乎可以看出,法院的案卷制度实际上把法官的所有公务活动基本上都纳入进去了(这是现代官僚制中公务与私务严格区分的表现),法官必须按照规定的内容、格式填写,这些用语基本上是固定的,很多内容还是客观的,如当事人的身份等等,因此,法院的案卷制度在一定程度上能够监督法官。最明显的是,法官制作案卷时,必须依照“合法律性”的要求,这是现代法官必须遵守的最基本准则。韦伯认为,现代科层的一大显著特点是非人格倾向。用福柯的话说,它是一种超人身的治理,或者是没有人身的治理。它奉行的是由“事”来管理(Verwaltung von Sachen)。在科层体制内部,每一个人都被分割成各自独立的部分,官僚制还要求完全排除个人的情感因素。个人在科层体制中就被物化与原子化了,官僚制度就像一部运转良好的行政机器,它要求其成员只是做好自己份内的事,即使因为过分追求程序化而导致效率的低下。在韦伯看来,在官僚制的体系中,个人好像是没有任何能动性的,甚至是自由意志,他已经被深深卷入到了官僚体制的漩涡中,无法自拔。具体到法官,韦伯就认为,法官就像一个自动售货机一样,案件塞进去,法律产品就自动出来了。另一方面,在现代社会中,因为法律的繁密以及其理性化的深度,法官基本上能够依照法律照章办事,不至于超越其职权范围。可见,法院的案卷制度从根本上说意味着通过知识进行支配,也是现代官僚制运作所必须要求的专业知识的体现。〔7〕

即使如此,也不能否认法官在制作案卷过程中享有的自由空间。对某些要求填写客观情况(如当事人的自然情况)的案卷,法官没有自主性和自由意志。在这类案卷中,实际上不可能也没有必要存在自由意志。但是在实质性的判决中,法官对案卷的制作实际上有一定的自由裁量权。对例行案件(routine cases/easy cases)的处理,大陆法系的法官没有多少自主性(在一般情况下如此),因为大陆法系的法官并不像英美法系的法官一样关注

〔6〕 赵晓力:“关系/事件、行动策略和法律的叙事”,载王铭铭、王斯福主编:《乡土社会的秩序、公正和权威》,中国政法大学出版社1997年版,第538-539页。

〔7〕 马克思·韦伯,同注2引书,第225页。

事实的特殊构成,而法院的案卷又主要是要求法官依法制作各种书面案卷,因此,法官一般只是适用现有的法律(虽然常常不是机械的),其思维模式是一种典型的三段论推理模式。即使在强调案件的“特殊化”过程和决疑术(casuistic)式解决方法的英美法系国家,自兰德尔以来,也多少受了这种思维模式的影响。这种追求法律的科学性以及司法的确定性的努力也最终表现在法院制作的案卷中。在案卷中(包括在各种判例汇编中),法律的科学面目得以一以贯之,呈现出一种令人兴奋的连续性。在这里,司法理性和立法理性高度统一,甚至没有区别。正是这种统一维持了法律的科学性和确定性。但是,在后文将要讨论的疑难案件中,我们会发现法官如何在立法理性和司法理性之间,或者说在合法性(legitimacy)和合法律性(legality)之间徘徊、犹疑的。

强世功、赵晓力在一项研究中提到,“知识型法官”倾向于使用判决,而“经验型法官”则倾向于使用调解。^[8]这反映了法官与法律在案卷制作中的关联,在判决书中,法官的理性力量是通过法律来体现的,法律提供了证实法官能力和智慧的工具。而调解不是纯粹的规则治理,多少有些偏离了法律的理想处理结果。因此,法官为了争夺话语权,会诉诸于法律。

任何在司法中的个体都是具体的人,这与立法规定的抽象的人迥然不同。任何当事人都是带着自己的一段特殊的历史进入法庭,请求法官对这段历史事实以及是非曲直予以裁决的。在庭审中,实行的是言辞审理,当事人相互之间的历史被激活,在法庭这一特殊的场域中再现,虽然再现的程度不一。但是,在法院的案卷中,绝大部分当事人实际上是匿名的,他们进入了被书写的历史,不再是有血有肉的、具体的人,而仅仅是一个符号:如原告、被告;上诉人、被上诉人;申诉人、被申诉人;原审原告、原审被告等等。另一方面,除了与本案相关的法官之外,案卷的制作者也是匿名的,他只是一个制度化的角色而已,法院的案卷是没有作者的文本,这与文学艺术等作品中对作者的关注不一样,如果说在这些作品中,作者本人的生活史、性情等个性保证了作品的同一性和连续性,那么在法院的案卷制作中,保证这种统一性和连续性的实际上是国家通过法律实现的治理。案卷由谁来制作是没有多少意义的,重要的是依据什么制作。

“常人方法学家”加芬克尔(Horald Garfunkel)曾经作过一次关于在预防自杀中心工作的公共健康人员,怎样对不同类型的死亡进行归类的调查研究。这一程序也是这些工作人员工作的一个环节。他发现,工作人员根据中心程序向他们提供的分类方法,对死亡进行归类,而这种程序则被认为是对自杀本身的性质合理而科学的反映。面对微妙的、常常是难以确定的各类死亡之间的差别,调查者为了维持他们的范畴,就使用一种“文件法”,调查者获得的证据“被用来构造一个大家公认一致的故事,它标准、典型、有说服力、前后一贯、有计划,也就是说能用于职业上的辩护,因而对于其成员来说是公认合理的解

[8] 参见强世功:“‘法律不人之地’的民事调解”,载张静(主编):《国家与社会》,浙江人民出版社1998年版,第103页;强世功、赵晓力:“双重结构化下的法律解释”,载梁治平编:《法律解释问题》,法律出版社1998年版,第222-245页。

释。”〔9〕此后,莫洛奇和塔奇曼充分运用了加芬克尔的思想,认为新闻记者并不是在发现新的经验事实,而更多的是对之进行规范化,他们用文件法证明自己预先存在的期望。齐默尔曼也证明了社会福利机制是怎样把那些有关受益人的支离破碎、互相矛盾的情况记录为不容置疑的、确实可信的材料,而这只不过是重述公众对他们行为的期望。〔10〕一个关于美国“统一犯罪报道”(the Uniform Crime Reports)的研究从人们想当然的事实出发,研究犯罪分类和组织对“犯罪问题”的理解和决策的意义。从而发现,一旦我们把关于犯罪和决策的界定有机地和历史建构起来,就不可能认为“官方的”统计反映了犯罪的真相,或者认为它反映了警察的实际工作。〔11〕

• 在我国法院制作的案卷中也存在着同样的情况。赵晓力通过考察一起收贷民事调解案的案卷,认为“法律案卷中的叙事是一种虚假的叙事。然而,正是这种叙事,却使‘收贷’得以跨越不同的事件序列,而进入到一种法律体制的逻辑和关系中去。”〔12〕这里涉及到言谈与书写的区别。言谈发生在具体的语境中,在具体的言谈中,语言是非常复杂的,必须放在具体的语境之中才能理解。常人方法学的研究充分说明了这一点,任何言谈行动实际上都是当事人的一项“成就”(achievement)。每个人都会有这样的经验,同样一句话,如果说话者的语气和表情不同,都可能代表不同的甚至是截然相反的意思。但是,书写却脱离了事情发生的具体语境,它描述的只是法官依据法律的规定组织的事实发生的过程。文本的解读无须具有特定背景下、共同在场所涉及的相互知识。实际上,即使案卷中能够完全把当事人的发言记载下来——甚至是通过录像方式——但是视角仍然发挥着重要作用,没有人能够用上帝一般的眼光看这个世界。在案卷中,当事人之间与当事人与法官之间的复杂而丰富的互动关系(如情绪、肢体动作等等)被简约化了,凝固成冷冰冰的文字或者图形。它在何种意义上都不是自然的叙事,而是法律的叙事,是一种以法律规范为中心的叙事,在这种叙事中,日常生活话语退隐了,法律话语充当着建构一个新世界的角色。因而,“当事人之间的关系在这种叙事中被重新建构。”〔13〕因为法院审理的事实都是发生在过去的,是一种历史,但是这两种历史在当事人那里和在法院的案卷中是不同的。当事人的历史是通过在庭审过程的陈述展示的,是一种口述史,而案卷记载的也是法院界定的当事人之间的历史和法院审理的历史。这里,案件的书面历史与口头历史分野了:书写历史相对是完整的,逻辑的,呈现明显因果关系的(虽然这种因果关系完全可能是法官事后强加的)历史;而当事人的口头历史则相对破碎、零散,不一定有明显的因果关系,基本上是按照时间序列来展开的,因果关系并不那么明显。法院的案卷中记载了一段历史,这种

〔9〕 H·盖因克:《民族学》,普里坦斯出版社1967年版,第15~27页(Harold Garfinkel, *Studies in ethnology*, Prentice Hall, 1967, p. 15 - 27.)。转引自亚历山大:《社会学二十讲》,贾春增、董天民等译,华夏出版社2000年版,第194-195页。

〔10〕 亚历山大,同前注9引书,第199页。

〔11〕 J·S·谢尔曼、J·奎斯汀、J·黑德森:“再行组织犯罪:统一刑典报告的产生”,《法律、道德与社会控制》(第四卷),S·斯匹兹主编,吉兹出版社1982年版。(Janet Schmidt Sherman, Jon Christensen and Joel Henderson, *Reorganized Crime: The Creation of Uniform Crime Reports*, in *Research in Law, Deviance and Social Control A Research Annual*, ed. by Steven Spitzer, Rita J. Simon, vol.4. Jaz Press inc. 1982.)

〔12〕 同前引注6。

〔13〕 同前引注7,第538页。

书面历史重构和征服了口头历史,它穿透、覆盖了当事人的口头历史和生活历史,完成了人们对法律统一性和整齐性的想象和预期。一个案件事实进入法院审理,制作案卷后,口头历史本身的独立性就丧失了,它必然要借助书面的历史。

三、在合法律性与合法性之间:判决书中的修辞性技巧

如前所述,在任何一个案件中,法院都必须依法办事,在法律的框架下活动,以求得一种“合法律性”。这是现代国家理性化的必然要求。但是,任何一个国家的治理都必须要有治理良心,以获得统治的合法性。

司法作为一种治理技术当然也是这样。需要说明的是,合法性与合法律性并不是截然对立的,但它们总是处于一种紧张状态。而如果法院要获得稳定、长期的权威和正当性资源,就不能不考虑判决的合法性。如果像黑格尔一般,认为国家是伦理发展的最高阶段,或者如马基雅维里一般,认为国家的总体化策略至高无上,那么当然不存在与国家的治理良知问题相对立的权利。个人的良知最终与国家在伦理上是合为一体的,国家代表、守护着个人良心。然而,自然法传统与黑格尔和马氏的理论相对立。这两个传统的核心差别在于对待这样一个问题的态度上:实定法效力有无边界,边界如何确定?合法性与合法律性这一对立实际上只是这一问题的另一种表述而已。这一问题之所以凸显,主要是因为法律本身相对于社会的滞后性和恶法存在的可能性,以及立法理性与司法理性之间的紧张关系。这典型地体现在疑难案件(hard cases)中。

在大陆法系国家,因为强调立法理性的至上性,因而立法者似乎并不关心案件的难易之别,即使案件有难易,也主要是指法律关系复杂,事实认定困难。在立法者看来,似乎所有的案件都是例行案件。如果存在“疑难案件”的话,也可以通过适用法律的基本原则,或者类推、准用等司法技术来解决。^[14]而在英美法系国家,疑难案件是发展法律的重要契机。

疑难案件的根本特点在于,它涉及到相互抵触的不同价值,对于这些相互冲突的价值,无论在法律之外,还是法律之内,我们都找不到一种“一元”价值,从而在这些价值之间建立等级制的关系。在现代社会中,这种价值冲突是极其常见的,正如波斯纳所说:“随着权威的式微和独立思考的增长,一个社会变得道德上越来越不同质了,以至于生活在同一政治社会中的人们也许会居住在各自不同的道德宇宙中,这种对立在涉及到个人、经济、宗教和性自由问题的不同法律背景中都反复表现出来。”^[15]而在现代社会中,法律已经成为人们交往理性的最主要形式,因此,正如托克维尔所说,一切重大的政治问题都倾向于转化成法律问题。这里法官面临的一个矛盾是,在现代社会中,价值越来越不可通约。法官是如何解决这一难题的呢?在这种情况下,个人伦理如何理性化,法官如何解决这种伦理理性化的冲突,保持纪律(discipline)与激情(passion)协调呢?

[14] 参见徐国栋:《民法基本原则解释》,中国政法大学出版社1991年版;梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社1995年版。

[15] 参见波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社1995年版,第165-166页。

在大陆法系国家,疑难案件并不因为强调立法理性和法官的消极性就不存在。遇到这种情况时,法官采取的主要手段是诉诸法律的一般原则。大陆法系的法律一般都设有总则,其中最著名的当然是民法总则。总则基本上是抽象的、一般性的规定,这就为法律发展留下了空间,因为在大陆法系的权力体制下,法官不能创造法律,只能适用既有的法律,法官正是在总则提供的空间中解决疑难案件。总则是具体规范之所以成立的源泉,一切规范都可以从这里推导出来。借助于总则的体系化、抽象化规定,法官可以推导出具体规范来。因为总则的规范实际上高于具体规范,所以法官适用总则发展法律,甚至推翻某些过时的法律就有了一定的正当性。如果不规定总则,而是通过司法解释来解决疑难案件,常常会出现解释明显超出一般语义的情况,如果法官通过类推、法律解释等法律技术发展出来的规则违背了法律的文意,可能会引起人们对法官滥用权力的隐忧,而由于上下级法院之间实质上的隶属关系以及法官的升迁问题,法官是否有勇气超越法律是值得考虑的。

一般认为,大陆法系通过立法理性解决疑难案件的方法,与英美法系通过司法理性、程序合意解决疑难案件的区别是相对的。我们知道,在英美系法中,法官也会使用“法律的一般原则”,在很多疑难案件中,法官也会使用我们经常所说的“利益衡量”方法,著名的有丹宁勋爵判决的“电缆案”、“高树案”等等。在疑难案件中,程序合意毕竟是有局限性的,因为司法程序能够开放的空间毕竟不大,能够进入互动程序中的人数相对社会而言极少,公众几乎没有发言的机会,所谓程序正义,对一般的公众而言,判断的标准还是结果是否公允,尤其是在程序处于封闭的情况下。因为一个案件为社会所知,在很大程度上是因为判决。在判决中,法官会在充分协调各方绝对化的价值立场出发,借助自身的伦理理性化方式,以法律的程序技术来构建实践自由技术的空间。

韦伯认为价值领域内的“诸神之争”不可妥协,这种观点忽略了相互冲突的价值在实践方式上是可以协调的。为什么现代国家要把政治问题转化为法律问题呢?其原因就在于法律是技术性的,是经过严格的程序达成的合意。法律好像是不带政治色彩的,因为法律解决问题的方法,尤其在民事案件中,主要是通过利益(interest)机制实现的。^[16]利益机制似乎是中立的,它不涉及价值判断,只涉及到权利义务的分配。而法律方法则是典型的利益分配机制。对疑难案件中无法妥协的价值,法官是通过典型的法律方法——确认权利义务——认可某种权利,或者否认某种权利来实现的。价值问题尽管可能无法妥协,但是对权利的分配或者权利的实践方式,则完全可以在当事人之间协调。大陆法系中的诚实信用原则实际上也是一种价值妥协的手段,在某种程度上,它也带有和稀泥的味道,尽量保护双方当事人的利益,而不一定非要在各种对立的價值之间作出非此即彼的选择。

香港大法官杨振权审理一起诉子女索赔的案件后,在制作判决书时,在判决的主文后,加了“后语”一部分,该部分阐述了对涉讼各方和睦相处、互相爱护的期望,反映了“中华民族传统的伦理道德和价值趋向,有类似于中国古代判词将情、礼、法熔于一炉表述的

[16] Interest一词兼有利益、志趣之意。在英美,常常是指由理性导引的行为的取向,与激情(passion)相当。晚近德国学者常常用它来指认知活动的导向,如哈贝马斯。但是无论在英美传统中还是在德国传统中,它都用来指导引人们行为的某种趋向。

特点。^[17]但是,在“依法审判”的国家政制框架下,法官实际上很难有对某种社会价值进行单独判断的权力,因此这种判决完全可能游离于“合法律性”的框架之外,因而丧失其合法性。这也是在大陆法系国家,为什么判决书都千篇一律看起来都像整齐划一的流水线产品的原因。当然,也有在判决书中明确自己价值偏好的法官,尤其在英美司法传统下的法官更是如此,比如丹宁勋爵所做的电缆案(cable case)的判决中就直接指出了几点公共政策上的衡量,比如事故发生的频率,是否会造成滥诉,证据,对既有的损害应有的社会道德等。但这种判决书相对而言并不多,正因为此,丹宁勋爵被称为司法能动主义者。更多的法官遇到的这种问题,还是采取修辞性技巧为主。

修辞性技巧的运用,使得法官可以尽量保护自己的合法性资源最大限度不被损伤。在判决书中,法官虽然赞同了某种价值立场和观念,但是这种价值立场和观念最后可以诉诸到其他规范中,法官尽量使自己的判决显得仅仅是在适用法律。也就是说,在这种疑难案件中,法官会将疑难案件转化为一个例行案件,而这一转换,对社会公众而言,主要是通过判决书完成的。在判决书的合法律性的整体框架之下,案件看起来好像仅仅只是一个法律问题,而不涉及到相互抵牾和基本无法调和的绝对化价值立场。当然,疑难案件是被法官在司法管理的互动过程中“作成”的。在这个价值自由与“诸神争斗”的年代里,法律理性与伦理理性如何被理性化始终是个问题,或许我们可以另觅解该问题的出路,关注程序的“交涉合意”。因为,“众所周知,那些真正的疑难案件没有惟一的答案。常常,不公平的指责法官没有正确遵守法律原则掩盖了仅仅是不同意判决结果这一简单事实。”^[18]在英美法中,判决书往往采取的是一种对话性的、选择性的证明模式,其最终结果是“按照解释论点和优先规则所作的司法选择”,“陈述和讨论在每个相关争点上相互冲突的解释论点,辨别可能的选择方案,然后作为公开选择并陈述理由。”^[19]但是,仅此还是没有全部解决这一问题,因为在程序中,对当事人而言,价值可能经过程序的交涉合意获得合法性,但是程序的可接近性毕竟比较差,对大多数人而言,程序是“不可见的”,对于其他人而言,这些没有等级制的、绝对的价值如何协调仍然是一个问题,也许这可以借助我们下文要讨论的我国民事判决书的制作来部分解决。

四、我国法院案卷的制度构成及完善

从最高法院发布的关于案卷制作的规范性文件以及我们收集的材料看,我国案卷制度的内容主要有两方面:一是案卷的种类;二是案卷归档。案卷归档主要是一些技术性的细节要求。这里以民事案卷为例子进行说明。

(一)判决书中的程序与实体

根据《人民法院诉讼文书立卷归档办法》(以下简称《办法》)第14条的规定,民事一

[17] 参见潘庆云:《跨世纪的中国法律语言》,华中理工大学出版社1997年版,第156-157页。

[18] 宋冰编:《程序正义与现代化》,中国政法大学出版社1998年版,第291-292页。

[19] 参见张志铭:《法律解释的操作分析》,中国政法大学出版社1998年版,第204页。法官霍姆斯也说,法院判决书的语言是一种逻辑语言,在逻辑语言背后,隐藏着一种价值判断,是对针锋相对的各种立法考虑因素和重要性的价值判断。参见前揭宋冰编书,第331页。

审案件正卷诉讼文书材料的排列顺序是:(1)卷宗封面;(2)卷内目录;(3)起诉书或口诉笔录;(4)立案(受理)通知书;(5)缴纳诉讼费或免费手续;(6)应诉通知书回执;(7)答辩状及附件;(8)原、被告诉讼代理人、法定代表人授权委托书、鉴定委托书及法定代表人身份证明;(9)原、被告举证材料;(10)询问、调查取证材料;(11)调解笔录及调解材料;(12)开庭通知、传票及开庭公告底稿;(13)开庭审判笔录;(14)判决书、调解书、裁定书正本;(15)宣判笔录;(16)判决书、调解书、裁定书、送达回证;(17)上诉案件移送函存根;(18)上级法院退卷函;(19)上级法院判决书、调解书、裁定书正本;(20)证物处理手续;(21)执行手续材料;(22)备考表;(23)证物袋;(24)卷底。是:(1)卷宗封面;(2)卷内目录;(3)上诉案件移送书;(4)原审法院判决书、调解书、裁定书;(5)缴纳诉讼费或免费手续;(6)上诉状正本;(7)答辩状;(8)询问、调查笔录或调查取证材料;(9)调解笔录及调解材料;(10)撤诉书;(11)开庭通知、传票;(12)辩护委托书及辩护词;(13)开庭审判笔录;(14)判决书、调解书、裁定书正本;(15)司法建议书;(16)宣判笔录、委托宣判函;(17)送达回证;(18)退卷函存根;(19)备考表;(20)证物袋;(21)卷底。

第20条规定了再审、申诉案件正卷诉讼文书材料的排列顺序:(1)卷宗封面;(2)卷内目录;(3)立案审批表或提起再审决定书;(4)申诉书;(5)原审判决书、裁定书;(6)提审、询问当事人笔录;(7)提押票、传票;(8)调查笔录或调查取证材料;(9)判决书、裁定书、批复正本;(10)宣判笔录;(11)送达回证;(12)退卷函存根;(13)备考表;(14)证物袋;(15)卷底。

该通知规定的排列顺序实际上也是民事案卷的种类。从上引材料可以看出,我国法院的民事案卷种类是按民事程序的顺序排列的,它要求详细地记载法院在整个程序中有法律价值的事项。这些事项都是与案件结果有密切联系的材料。可以说,案卷就是法院在审理某件案件时的大事记或者历史。这种历史事实的取舍是以与案件的关联度为标准的,凡是对案件的处理结果有影响的一切事项,都必须记载在法院的案卷中。而这些事项基本上都是民事诉讼法规定了,如案件的受理、法院的调查笔录等等。其中,有关案件实体结果的案卷构成了所有案卷的中心,因为当事人和法院活动的主要目的就是为了获得案件的处理结果。在我们收集的一份四川省某县“民事案件立案归档质量自查、验收评分表”中,还增加了几项内容,即诉讼费用免交手续、诉讼保全或先行给付申请以及本院的裁定;开庭审判笔录、代理词、辩护词、调解处理无文书的案件的结案说明等。根据这些规定,法官、当事人及其辩护人在诉讼中的活动都被记载入了法院的案卷之中,案卷就是诉讼主体的活动记录。

值得注意的是,在最高法院规定中还专门规定了副卷制度。《办法》第21条规定了各类案件副卷诉讼文书材料的排列顺序:(1)卷宗封面;(2)卷内目录;(3)阅卷笔录;(4)案件承办人的审查报告;(5)承办人与有关部门内部交换意见的材料或笔录;(6)有关本案的内部请示及批复;(7)合议庭评议案件笔录;(8)审判庭研究、汇报案件记录;(9)审判委员会讨论记录;(10)案情综合报告原、正本;(11)判决书、裁定书原本;(12)审判监督表或发回重审意见书;(13)其他不宜对外公开的材料;(14)备考表;(15)卷底。

在我们收集的上述基层法院的案卷表中,也专门规定了副卷的排列顺序:(1)阅卷笔录、审核报告、与有关部门交换意见的材料或笔录;(2)内部请示及批复、合议庭研究、汇报

案情记录、审委会讨论笔录;(3)案情报告原、正本、判决书、裁定书原本;(4)审判监督表或发回重审意见书;(5)其他不宜对外公开的材料。

关于案卷的归档,法院的目标是建成一个门类齐全、结构合理、管理科学、有效服务,具有法院特点的档案工作体系。门类齐全,就是要把审判工作和其他工作所形成的诉讼档案、行政文书档案、声像档案、法医鉴定档案等全部收集、整理、归档,集中统一管理起来。结构合理,就是各级人民法院普遍建立健全与职能任务相适应的档案工作机构,配备与职能任务相适应的专职档案干部,并计划地在最高人民法院、部分高级人民法院和中级人民法院建立人民法院档案馆。管理科学,就是要按照档案的形成规律和档案工作的发展规律,运用先进的管理思想、方法、技术和手段,完善各项档案工作的规章制度,管理好档案和档案工作,在实现规范化、标准化基础上,逐步实现现代化。有效服务,就是要根据人民法院工作的需要,做好档案资料的编研工作,开发档案信息资源,在保证档案安全,不泄露国家秘密的前提下,充分提供利用、发挥档案的社会效益。档案的治理应当实现“依法治档”,实现档案管理的科技化和现代化。^[20]

裁判文书虽然是案件审理后的最终结果,但是这一结果不是空穴来风,而是在诉讼中一步步形成的。因此,作为整个诉讼活动归宿的民事判决书中必须体现程序的全部过程,使阅读者能够在阅读过程中,建立起诉讼全部过程的印象。这在全部案卷并不公诸于众的情况下更是如此。但是,更重要的是,如果说程序本身具有限制程序参与者的恣意、把参与者一步步锁定在既有程序中的作用的话,实际上在判决书制作中载明程序也有这种功能。从我们对法院案卷种类的调查研究中可以看出,我国法院案卷的一个主要问题是,将程序的运行过程与判决截然分开。在格式化的裁判文书中,当事人以及审查者无法发现程序的位置。实际上,民事案件的程序本身具有严密的、逻辑的因素,各步骤之间的联系非常紧密,在案卷的制作中,制作者也必然受到这种程序的限制。对某些在中国目前非常重要的程序中,如管辖权异议等,由于众所周知的原因,在判决书中写明这种程序是非常重要的。虽然在案卷中,法官完全可以编造没有进行的程序,如强世功对一起依法收贷案件的研究所表明的。但是,如果当事人以及其他法官有机会介入案卷,完全可能发现程序编造的虚假性,有利于当事人以及社会对整个诉讼进行有效的监督。而且,因为上诉审主要是书面审理,如果在初审案卷特别是判决书中载明了详细的程序,就可以使上诉法官在审判时免去了大量成本,有利于节省司法资源。

所以,在判决书中,至少应当载明以下程序事项:(1)案件的来源,主要是说明案件诉讼至法院的情况,诉讼程序启动的依据;(2)诉讼参与者参加诉讼的情况,如是否有律师出庭,合议庭的组成情况等等;(3)当事人有关诉讼行为导致的后果,如原告是否撤诉、被告是否应诉、当事人申请管辖权异议、申请诉前保全、先予执行、要求回避、提起反诉的申请以及其法律效果,这种法律效果产生的原因;(4)案件的受理情况,如审查有关申请、庭前会议的召开、证据交换等情况;(5)庭审过程,如当事人之间的证据交换,当事人的举证情况、当事人主张的观点、当事人之间的辩论情况等等。

[20] 祝铭山(最高人民法院副院长):认真贯彻执行《档案法》进一步做好人民法院的档案工作的讲话(1991年10月22日)。

(二)说明认定证据的理由

在判决书中,最重要的就是认定事实的部分,因为在法院体制下,高审级法院对低审级法院的监控主要是通过书面进行的,在一般情况下,不会涉及到对案件事实的查证。因此,在这种情况下,法院必须详细地说明对证据的取舍及其原因。在审查中,这不比法官说明法律推理的过程以及适用法律次要,这是遏止司法中的自由裁量权最重要的一个因素。而且,在民事诉讼中,因为奉行“谁主张,谁举证”的原则,判决书中把当事人的举证情况以及法官认定、采信证据的情况详细说明,也是为法律所要求的。判决书中说明认定证据的理由的重要性还在于,它可以增强法律共同体内部的制衡。“立足于法律解释共同体的内部制衡和外部归责的这样的监督措施比院长旁听制更能抵制来自权力的干涉,比摄影机进法庭更能保障议论的严肃性和合理性,比直接追究法官个人的误判责任更能防止司法上的陋见和偏见。”^[21] 相对于判决书中适用法律的理由,对证据的认定更为基本。因为对一个法律共同体而言,判断案件适用法律是否正确往往较为简单,但是因为除了审理本案的法官以外,法律共同体中的其他人并没有参与对案件事实的审查,如果判决书中对证据的认定与取舍不说明理由的话,其他人将很难判断证据的认定过程。^[22]

目前,在民事判决书中,事实部分一般是一分为二:前一部分说明当事人的陈述(以民事法律关系的发生、变更和消灭为主线),后一部分是法院的事实。这种写作方法是没有问题的,关键在于,判决书对“经审理查明”之后认定的事实没有充分的阐述,充分、细致地说明证据的取舍。正因为如此,正在推进的中国司法改革已将其作为民事判决书改进的要点。显然,这场改革对于当事人双方提供的证据,尤其是对案件争议焦点的证据,法官必须说明采信和不采信的理由,展示自己认定证据的心理过程,不能通过含混的“对该证据不予以认定”这种“修辞性技巧”来逃避自己的责任。在判决书中,可以按照顺序对证据进行排列,逐条阐释法官对证据采信以及证据优先的理由。如果当事人没有争议的证据,法官自然可以径直说明。在逐条认定后,法官还应该对证据证明何种事实进行陈述,形成完整的证据锁链。证据链条是一个很重要的问题。这里随意选取一份某市中级人民法院的判决为例说明。这是一份终审判决书。该案件是一个有关合伙的争议。在一审过程中,争点主要是,原告是否为已经履行了合伙协议中的出资义务,是否是合伙人。依据民事诉讼法关于“谁主张,谁举证”的规定,原告自然应当承担举证责任。但是在本案中,原告只能提供旁证,即原告以合伙人的身份经营煤矿期间,向某个私人借款5万元(原告出资数量)的证明。后来原告还了2.5万元的现金,其余的2.5万元原告以合伙煤矿的煤代替。因为原告已经为“煤矿垫付欠款以及前期担任井长的工资”,原告就只欠3700元的出资款了。后来原告交了这笔钱,法院就认为原告已经履行了出资义务,成为合伙人了。法院认为,在这种情况下,原告借钱的证据以及原告缴纳3700元尾款的证据已经构成了一个证据链条。关键是原告向当事人借款与其出资之间是两个法律关系,何以能够证明原告将其所借款项用于出资了呢?

[21] 季卫东:《法治秩序的建构》,中国政法大学出版社1999年版,第144页。

[22] 需要指出的是,上述问题在中国刑事判决书中也长期存在。最高法院1999年4月30日《关于印发〈法院刑事裁判文书样本〉的通知》指出,目前裁判文书存在不证明犯罪、不写具体证据以及不说理或说理不充分的问题。

对于正在进行的判决书改革而言,有必要借鉴一些国家如德国初审法院事实判决书的制作方法。这种判决书的体例经常包括:对案件事实的描述与总结;对原告与被告的主要论点和论据的评介;同时,英美法系法律性判决书也值得我们借鉴,因为这种判决书包括了根据先例或者法律,或者斟酌公共利益,对案件进行的推理、分析和论证。事实上,判决书一般相当于一篇严谨的论文,它把法官的思考和推理完整地记录下来,从而使任何人都能据此进行分析与评价。

(三)判决书的可接近性

在美国司法实践中,对法官有效的一种质量监督来自美国的判决体例与大众传播媒介对司法的大量报导。一件案子判决后,判决书通常马上公布。任何人都可以在图书馆查询、借阅。近期的案子和判决书更可以通过电子媒介,在互联网上检索和阅读。而在我国,目前判决书的可接近性较差,一般人很难看到各个法院的判决书。最高法院公报的判例和其他正式出版的判例也很少。正因为如此,最高法院在2000年6月15日起施行的《最高人民法院判决书文书公布管理办法》在这方面的进步值得肯定,因为该办法要求公布有较大影响、典型指导意义的裁判文书,并要求对日常的裁判文书的网上公布。当然,这一办法本身并没有明确而强制地规定一切判决文书的社会公开,相反还限制某些案件判决书的公开,如涉及国家秘密、商业秘密的,裁判理由说理不透彻的,文字表达有缺陷、错误的,等等。这不能不令人感到遗憾,因为公开的目的在于社会监督。所以,这一办法的实践效果还有待观察与分析。

(责任编辑:米 健)