

论法官的知识

左卫民 谢鸿飞

(四川大学法学院,成都 610064)

摘要:我国目前正在推进司法活动专门化的进程,受社会的变化、法官与学者的作用以及国家策略等因素的影响,法官的知识也必将发生结构性的变迁。现代社会中法官的知识对法官及社会都会产生重要影响。因此,在法官知识的转型过程中,在关注法律专业知识的同时,不应忽略法官的生活知识及生活理性。

关键词 法官知识 法律知识 生活知识

中图分类号:DF817 文献标识码:A 文章编号:1005-9512(2003)04-0042-09

一、从两个故事中引出的问题

1、所罗门的故事

据希伯来传说,神赐给所罗门王极大的智慧;“如同海沙不可测量”。天下列王都差人听他的智语。《圣经·列王纪上》记载了这样一件事:一日,两妓女争夺孩子,久执不下。所罗门王令人将孩子一劈为二,各与半,一女愿劈,一女不愿,宁送子与彼。王遂判子归后者。^①

相同的智慧故事也在中国上演。在《管锥编》中,钱钟书先生举了很多相同的例子,如《风俗通义》中的黄霸判子案、《魏书·李崇传》中断子案、《灰栏记》第四折中的包拯断子案等等。^②裁判者与所罗门使用的技巧完全相同。

2、农民与法官的故事

一个贫寒的农民到城里打工,因没有找到工作,一时饥寒交迫,便偷拿了饭店的两捆葱,当场被警察抓了起来,在法庭上被控盗窃罪,他辩解到:“我是拿了点葱,可我没有偷。”法官说:“人家告你偷窃,你为什么抵赖?”他说:“饭店里没有人说我偷的,那带黑帽子的(指警察,他不知道警察是官方人员)说我偷的,您如果不相信,可以去问饭店的人我偷了没有。”法官说:“我们有脏有证,用不着去问。”审问了三次后,农民还是被判坐牢3个月。农民只好跪下求饶。法官说:“不能饶恕,这是法律。”农民最后说:“在我们老家,我可以到别家园子里吃点果子和菜,别人也可到我的院子来吃点东西。这都算不了什么,那里说得上偷?说得上犯罪?”但法官坚持说:“不要再狡赖了!这就是法律!这就是公道!”^③

这两个故事中,法官判案运用的技术明显不同。它们引发我们这样一种思考:在司法活动已

经成为一种职业的今天,法官判案究竟应当运用何种知识呢?传统法官与现代法官的知识是否发生了某种变化?现代法官的知识从生活知识中独立出来,纯粹是因为分工发展的逻辑结果,还是掺杂了人为的策略?现代法官的知识对法官以及对社会产生了何种影响,中国法官的法律知识是否远远没有“专业化”;在一个制度对日常生活颠覆、侵蚀逐渐加强、法律知识爆炸的年代里,“法官何为”?

在开始正式讨论以前,有一些问题需要交待:

1、本文某些部分将要涉及到“传统”与“现代”的对比,但这并不意味着我们认为两者是割裂、毫不相干的。也不意味着“传统”就是一个高度同质的历史的连续体,而是可能充满了断裂与歧变。“传统”与“现代”的两元划分并不意味着我们认为两者是割裂、毫不相干的。实际上,生活在每一个时代的人,都可能会认为他们所处的时代是“现代”,以获得一种“时间霸权”。现在是静止的,将来消失了,过去只有在成为对现在的确认时,才有意义。但“今之视昔,犹后之视今”^④。无数个“现代”在或者将在历史长河中被覆盖、被熨平。我们认为,“现代”并不是将时间之流截断和凝固,而是“传统”以另一种方式在具体时空中的复活。当然,我们使用这种划分主要是因为论说上的便利,也为了与学术界通常的分类一致。但我们并不简单用上述的时间概念为标准来划分,而是以一种立场、精神气质来界定,因为“现代”这一时间概念是变动不定的。这两种分类标准在写作中可能是一致的。如对法官的知识而言,司法理念的变化往往与时间的流逝是重叠的。

2、法官肯定有各种各样的知识,我们的分析立足于法官在判案过程中所使用的知识,这既包括从教育机制中所得到的体制内知识(但可能不仅仅是法律知识),也包括日常生活经验等法学体制外的知识,既包括书本上的法律知识,也包括实践知识。

3、本文在论述时将采取理想型的方法。我们的任何结论可以被许多反证推翻,进一步说,在目前被称之为社会科学的学科中,恐怕没有任何结论不是如此。因此,如果不使用理想型的方法,几乎不太可能进行研究。当我们说传统法官的知识还不是一种专业知识时,我们或许可以以东汉、古罗马的某些时期、某些法官为反例;当我们说现代法官的知识是一种专业知识时,我们也可以找出许多反例来论证这一说法的错误。^⑤

最后需要特别指出的是,这一论题与“法律活动的专门化”有许多共同之处。对后者,一些学者已作了非常深刻的研究。^⑥但是我们的分析将表明,这两个论题也存在很大的差异。

二、现代法官的知识

(一)现代法官知识的变迁

笼统地说,传统法官的知识主要是关于日常生活的知识,^⑦他需要对世态人心有深刻的体察。前文提到的所罗门的例子就是一个典型。其实,他表现出来的智慧不过是一种生活常识——生母一般比其他人对孩子有更深厚的感情。但是,在面对这样一个疑难案件时,他从容应对、戏剧性化解纠纷的能力是一般人所不能及的,正因如此,所罗门的故事才被载入《圣经》中。而且,古代一些法官对世态人情洞察力之敏锐已经到了令人惊讶的程度。^⑧法官的这种知识是世代积累的,跨越每一个法官生命长度的知识,而不仅仅是特定法律凝固下来的知识。它存在于当下的生活中,而不是在法律中。要求法官娴熟地掌握生活常识,甚至还成为一种制度化的规定,如中国古代的五听制度。

现代法官的知识早在亨利六世时代就已见端倪,当时大法官福蒂斯丘爵士即赋予法律职业以神秘性,主张法律是法官和律师界的特殊科学,一个法官需要二十年的时间才能掌握法律知识。1608年,柯克在与詹姆士一世的著名争论中,也以此为理由拒绝了后者亲自审案的要求:“法律

是一门艺术,一个人只有经过长期的学习和实践,才能获得对它的认知。”⁹⁾

如果柯克的话在当时主要是作为一种权力斗争策略的话,那么在今天,这基本上已成为现实:法学逐渐成为一门独立的学问,在法学学科下,还有许多学科分支,法院也相应地分为几个专门庭。不同学科的学者和不同庭的法官之间交流起来已经非常困难。在这种情况下,法律成为一种专门职业或技艺,法官的知识也成为法律知识。

当然,法官判案事实上不可能完全不依据生活知识,这也是一种常识。其一,在调解和判决中,法官所需要的知识是不一样的。在调解中,法官运用的生活知识一般会占主导地位,他会通过当事人的具体描述来推测、判断是非曲直,揣摩当事人的心理决定调解进度,提出调解方案,并不失时机地劝说,甚至引诱或压制。因为调解不用写审结报告和作判决,法官虽然会依据法律进行调解,但在调解中,体现当事人意思自治的实体法只是可供选择的规则而已,无论出现何种结果,只要不存在压迫性调解,调解协议都是有效的。所以,在调解中,法官的知识更多的是一种解决纠纷的技巧而不是法律知识。其二,对证据真伪的判断,法官也会依据生活常识。因为法定的证据形式不可能全部由科技理性证明,尤其是对证人证言、当事人陈述,法官更会根据其生活常识作出判断。其三,现代法律有一个逐渐向生活化发展的趋势,在这一过程中,法官要正确地适用法律,就必须具备生活知识,如法官必须知悉他生活的地区民事习惯。总之,很难想象法官在判决过程中绝对不适用生活知识,但是,在下文的分析中,我们也将看到法官的生活知识是如何被掩盖的。

(二)法官知识变迁的原因:初步分析¹⁰⁾

1、社会的变化

法官的知识从日常生活中脱离的原因,可以以马克思的观点作出解释,即将之最终归因于经济基础。随着社会生产力的发展,社会关系较简单商品经济时代复杂得多,案件的数量激增。“通过社会生活阅历来培养‘法律’人员已远远不能满足社会的需要”了¹¹⁾;而且,因为社会分工进一步精细化、精致化,人们已经生活在“知识的集中营”里,每个人的生活世界出现了很大的差异,各人的心灵越来越不透明,生活世界以外的信息和知识变得越来越陌生和新鲜。与现代社会的抽离化机制紧密联系的是,为了高效地处理案件,人们不得不把异彩纷呈的世界压缩到法官容易理解和掌握的范围内,以把世界浓缩和简化,而法律知识正是这样一种知识。于是,法官与当事人的生活联系在审判中消失了,两者都成了一个在特定场域中的匿名的角色和符号。

在“上帝缺席、诸神争斗”的今天,个人主义普遍流行,成为一种新的宗教(the cult of individual)形式。一个悖论产生了:一方面,权威不断地被颠覆,偶像崇拜沦为年轻人昙花一现的冲动;另一方面,新的权威又不断被生产和制造。这种权威是抽象的,表现为人们对知识、对专业而不是针对个人的膜拜。人们不得不借助于专家知识和抽象系统(abstract system)¹²⁾。在这种情况下,因为法律已经成为一种职业,大势所趋,它就必须建构一套知识体系为自己存在的合法性辩护,法官的知识也因此发生了相应的变化,摇身一变,成了专业知识。它与其他人的知识区分开了。

2、法官与学者的作用

在现代法律中,事实问题和法律问题已经分离,现代法官无需承担亲自调查取证的任务。在刑事案件中,取证由侦查机构承担;在民事诉讼中,则由当事人依据举证责任规则承担,证据的鉴定人员也由专门机构负责。如果让现代法官审理判子案,简直就是小事一桩:运用亲子鉴定技术就能保证案件的公正判决。在科技成为新的权威的今天,如果所罗门判子案在今天发生,当事人恐怕难以心服,而且,这种证据也不会为法律所认可。正因为现代法官不再承担回溯案件真实的任务(并且法官对许多证据基本上没有判断力),而仅仅判断证据在法律上是否成立、能否被采信,所以他不再担当一个英雄和超人角色,也不再被视为是智慧的化身。从法官职责缩小这一点

看,法官的责任比以往轻多了,而现代国家要求法官“有法必依”,尤其是证据问题上举证责任的限制,给英雄法官留下的空间非常有限。此时,如果法官不将自己的知识与当事人的常识截然分开,他就显得一无是处。为了使其判决获得合法性,法官必然要重构权威的根基,这就使法官有夸大其知识的专业性的必要,否则,如果他以常识判决,又没有能查明案件真实,他的权威必然受损。而且,运用一套与生活常识不同的知识,能使法官显得更中立、更超然于当事人之上。^⑬

在法官知识转型的过程中,法学家也起了不小的作用,因为现代法律在很大程度上已经是法学家的法律。尽管在学院机制里,一战后出现的社会科学还没有法学^⑭,但现在这门学科已成为“显学”。由此,可以想象法学家的作用(当然不完全是学者的作用)。基于一个知识共同体的共同利益,学者将法学打扮得非常神圣,力图使法律知识与生活知识隔绝,就好像很普通的一种植物在植物学上都有一个学名一样,法律知识也重新赋予世界以崭新的意义,大量的法律术语出现了:“预期违约”、“间接转致”、“证据开示”……甚至连“一手交钱,一手交货”这一千古不变的规则也换成了“同时履行抗辩”。生活世界被重构了,熟悉的世界变得陌生起来。这无疑会影响接受这种教育的法官。当然,我们并不反对这种命名,因为如果没有这种命名,一个圈子里的人就难以交流和认同。

即使在这种情况下,我们也可以质疑法官的知识是不是真的需要经专门训练才能掌握?对此,我们似乎不能简单地肯定。因为法律知识是由一套语言构成的,与生活世界和自然世界中多姿多彩的事物(事务)相比,作为代码的语言实在是太有限了,人们常常会走到语言的尽头。^⑮法律知识中有许多还是由生活语言来表达的(如婚姻的年龄,刑法中的“行凶杀人”一语)。安徽灵璧县的一个54岁的农民对减负法规的熟悉程度,让一个生活在大城市的《南方周末》的记者非常惊讶。而在学院体制下研习法律数年的人,对这些法律却可能一无所知。^⑯另一方面,也因为并不是所有的法律知识都必然要脱离日常生活。民法、刑法等涉及每一个人生活与命运的法律,其生活品质仍然十分浓厚,与以往并没有大的不同。但知识产权、经济法等并不必然与每一个人都发生关系的新兴法律知识确实不是一般人能够理解的。从部门法的情况看,现代法官知识的专业性主要体现在两方面:一是程序法,二是新兴的法律,如证券法、知识产权法等等。

3. 国家策略

早在文艺复兴时代,马基雅维里就提出从现实的人出发,解决治国术(Statecraft)问题,这被称为“马基雅维里革命”。^⑰如果说他倡导的统治技艺仍着重于主权与领土,那么可以说现代国家则更关心对国家的人口进行有效管理:“与统治有关的不再是领土,而是由人与物组成的某种复合体。在这种意义上,统治者关心实质上是人”^⑱。法官既是国家权力的行使者,同时也是国家的管理对象。在经过大陆理性主义启蒙传统的洗礼后,权力往往以知识的面目出现,以获得合法性。福柯认为:“应当承认,权力产生知识(并不是因为它服务于权力才提倡,或因为它有用才适用),权力和知识是一回事,绝不存在没有建构相应知识领域的权力关系,也绝不存在不同时预设和建构权利关系为先决条件的知识。……总之,不是主体生产了对权力有用或受权力压制的知识,而是贯穿于知识产生过程中的权力——知识的过程和斗争,决定了知识可能的限度。”^⑲

依福柯的观点,审判权力必然需要有相应的知识来支撑其运行。这一“统治术”的奥秘在于,以知识的神圣性、温柔的面目代替法律背后被国家垄断了的、赤裸裸的暴力。这样一来,对知识的审美代替了暴力的血腥。这种逻辑不仅仅针对当事人,也针对法官(当然,这种作用只有在法官运用知识的实践中才能体现出来。)知识之所以有这样一种作用,是因为知识本身是一种界定和分类,其中安顿了主流规范和道德,隐含了对现存机制和结构合理化的认可。我们知道,现代法官一般是在大学中接受法律知识的,而现代大学是一个社会主流价值、规范的传播中心(它要培养的是古希腊所谓“高尚的人(arete)”,洪堡所谓“科学的仆人”)。在一般情况下,法官接受法律知识

时,也就表明他对知识中隐含的权力关系、制度安排的认可,正是在一次次地知识传播、记忆的过程中,国家的权力结构和主流价值在法官身上折射或复制出来了。诸多法官在“为真理献身”、“探索真理”的过程中不知不觉地接受了国家权力配置和运行的逻辑。当然,法律知识也是法官用来防御来自其他权力的干预的有效策略。昂格尔认为,法官为了保持自己的特权,不得不作两种斗争:一是扩大自己对大众的控制;一是摆脱君主的控制。^①正是在与其他权力作斗争的过程中,法官才得以独立。这样理解福蒂斯丘以及柯克关于法律知识的议论,也才更合理。

另一方面,法官知识的变革也涉及到判决合法性的问题。如前所述,现代法官知识的专业性表现之一是法律程序知识。这里以现代法院的程序为例作一分析。在现代司法程序中,审判是在一个有限的、不透明的空间中进行的,如固定的座席、隔离区、作为警戒的护栏等等,如果说传统的司法是“广场式”的,那么,现代司法则是“剧场式”的。^②除了空间以外,法庭的摆设、法官的出场顺序、格式化的问讯方式等等都表明,现代司法程序是高度仪式化、戏剧化的。无论是关于法律程序仪式功用的何种解释传统,都认为程序、仪式赋予判决以合法性。^③而且,在法庭里,一切都是冷静的,它能有效地遏制人的激情,压抑人的激情,从而对现代法律制度、精神、习惯的形成产生积极的影响。^④另一方面,从某种意义上说,法律只有通过象征仪式的表现作用才能成为可见的、可表述的。它通过各种符号展示了各种权力关系,完成了法律的传播、教育功能,但这种司法程序同时又失去了广场化形式下的合法性。因为场所的隔离性,使很多当事人无法身临其境,无法通过程序公正来判断其合法性,而对社会影响大的案件,当事人以外的人因为没有亲历案件事实,一般会针对案件的结果来判断是否公正,这也是单纯讲究程序正义的一个难题。而在广场化的司法下程序、理性退隐了,人的激情基本不受限制,自我得到了最大化的呈现,因此,仪式的主持者可以极其方便地操纵人们的情绪,获得处理结果的合法性。^⑤而且,在这里面,法律知识排除了当事人的生活知识,理性、说理代替了激情和情绪。

三、法官的知识对法官及社会的影响

法官知识变化的一个重要影响是法律判决的形式化,即法官在判决时说明表述的理由常常不是他们的真实理由,而只是最好的法律上的理由。^⑥也就是说,法官的判决必须找到法律上的依据,即使这个理由并不是法官作出判决的真正理由。古代判决书中的“见利忘义,全无人心,此风最为薄恶”,“贫民尺地土士皆是血汗之所致”之类的话,^⑦在现代判决书中是见不到的。判决建立在这样一种语言上,形象让位于事实、直觉让位于证据,修辞让位于现实。也就是说,在判决书中,激情也压服了理性,它追求一种稳重、庄严的风格。比如在法律没有明确规定债权人的债权与工人工资的清偿序位时,如果法官非常同情工人,在判决书中,他可能阐明煤矿工人的生活是如何的凄惨和悲凉,社会应该如何在道义上站在工人一边。他会依据民法中的帝王规则——诚实信用原则判决。虽然这样有可能被指责为使“法律条款软化”,但这是同一话语圈子里的权力争夺问题,如果以生活理由支持这一判决,他根本就可能是违法的,或者说,根本进不了讨论的机制。但是,这也发展了法官在判决书中的“修辞性技巧”。如在判决书中强化一些事实,淡化一些事实。

从这里可以看出,法官并没有成为制度和知识的囚徒,他仍然有其自由空间。我们可以说,法官被他的知识结构、他的问题域所限定,多多少少丧失了想象力和创造力。虽然法官在审判过程中使用的是法律知识,但这只是看起来如此而已。卡多佐和弗兰克就指出,法官在判案过程中实际上受到情感、偏见的支配。^⑧

虽然法官只能依据法律判案,但是,在判决中适用的主要是实体法,法院依据诉讼法对案件证据的取舍有很大的权力,在这一过程中,自然证据被社会化了,成为人为建构的产物,^⑨法官的

添附、遗漏甚至歪曲在所难免。所以,他对案件事实往往有很大的自由裁量权,尤其是在没有要求判决书中对案件证据的取舍说明详细理由的情况下。另一方面,按照依法办事的要求,法官又发展了一套精密、复杂的案卷制作技术,在这种情况下,法官的判决一般都不太可能被发现“适用法律错误”。也就是说,对实体法的适用,法官的自由裁量权虽然不如想象中那么大,但谁也不能否认它的存在。^②而且,法官还可以从法律的“缝隙”中发展法律。当然,在生活中,法官更有构建“深度自我”的可能。^③

以法律逻辑代替生活逻辑,常常成为法官压制日常生活知识的利器,在法律知识下,当事人(而不是法官)的生活知识沉默了(如民间对婚姻的界定在法律上的无效)。即使法官运用某种生活知识,因为法官拥有对案件裁决的权力,这种知识也会压制当事人的生活知识。法官的法律知识往往会成为法官逃避或扩大审判、作出与生活常识相违背的判决的理由。一个主要的策略是争夺对情景的界定的话语权:这个问题不是法律问题,或者法律上不是这样的。如前文所举的农民与法官的例子中,我们就可以看出这一点。当然,法律知识并不是由法官垄断的,当事人自己可能非常熟悉这些知识,至少他可以求助于律师,以与法官争夺话语权。而对某个土生土长的农民,这套逻辑也许就真的有用。

法官的知识成为一种法律知识时,依据亚当·斯密的关于分工促进效率的看法,这无疑有助于司法效率的提高,但同时却又增加了当事人的交易成本。因为法官的知识与生活常识的疏离,使法律知识成为交流不经济的知识。一些国家采取的律师强制代理制度就是个典型例子。可见,这虽然节约了国家的司法资源,但增加了当事人的负担。实践中告状难现象就是一个注脚。

在现代,说法律如“凝脂之密,秋荼之繁”(这里不带贬义)是丝毫没有夸张的。可以预见,法律对生活世界大规模的殖民过程中,法官的知识将会越来越与生活知识隔绝。这样一来,在法官和当事人之间就会存在这样一个问题:面对面的沟通如何可能。哈贝马斯提出了颇有浪漫色彩的“沟通理论”,但是他并没有从根本上回答这一问题,而且其理论也存在着一些矛盾。一方面,他认为法律是一个“系统(system)”,是对生活世界(life world)的破坏,另一方面,他又认为法律有助于人们之间的系统整合。^④对这一问题可以从两方面思考:其一是现代法律虽然出现了哈氏所谓的“系统对生活世界的拓殖”情况,但是在生活世界法律化的同时,也出现了法律的生活化。典型的例子是“嵌入性”(embeddness)和“关系契约”理论的出现及其法律化。两者依据的是这样一种假设:在长期的交往过程中,当事人可能会培养一种超越法律以外的信任和依赖。^⑤现代法律积极回应了这一趋势,这主要表现为规定契约当事人的附随义务。法官要对当事人的附随义务的成立与否及其种类作出判断,没有生活知识是不可能的。二是法律中对习惯的认可,如台湾“民法典”中大量关于习惯优先适用和准用规范。尽管习惯有没有法律效力是由法律决定的,但是,习惯是一种地方性的意义、规则建构,对习惯是否存在及其内容是需要法官以自己的生活知识作出判断的。另一方面,现代社会的媒体已经发展成了一种新的暴力,以至于马尔库塞认为,社会过去是个批判性的概念,到现在也成了被操纵的欺骗性的概念。^⑥在媒体铺天盖地的宣传中,法律知识实现了它的社会化和对社会的控制,它的规范价值也被深深地嵌印在生活世界中。在这种情况下,法官与其他公众是有沟通可能的。

四、对中国法官知识的一点思考

可以说,目前我国司法活动的专门化正在展开之中。在此过程中,让学者和司法界一些人士感到不安的是,法官的知识转型似乎还没有完成,普遍反映就是法官的法律知识不过关,以至于法学界和司法界的一些人士将此视为法官影响审判质量的一个重要因素。下一步改革的重点之

一是如何加强法官的法律知识,进一步促进法官职业的专业性。这无疑是必须的。因为法官知识的独立性可以强化法律职业的专业性,从而对司法的真正独立有所助益。但是,我们也必须考虑到中国的现实情况(虽然“国情”一词已经成为支持某种理由的强有力的借口)。中国有10亿农民,要让他们理解“物权行为”这一法学家都歧义互见的语词恐怕有一定的困难,而在目前的具体形势下,法院、法官是否有通过法律知识去压制生活知识的足够的合法性,也是一个值得我们思考的问题。应该说,中国法官确实需要一个知识专业化的过程,但是也要考虑到,如果我们采取某种激进的态度实现这一过程,恐怕会出现这样一种结果,因为推行过程中出现的一些问题,使人们丧失对法律、法官的信心,使以后的改革难以进行。^④

在近年来的民事、经济审判改革中,一个重点是凸显判决的作用,削弱了调解的主导地位。调解之所以不再具有以前的地位,主要原因有:调解的效率低下,加重了法官的负担;没有完全贯彻举证责任原则;容易造成强迫性调解等等。^⑤也可能与近年来学院出身的法官大量进入法院有一定的关系。这些人可能会更倾向于使用判决结案。如一些学院派法官认为,判决能真正体现一个法官运用法律的水平,一个法官在法院中是否有威信,主要看判案的水平。^⑥但是,依据我们对基层法院结案情况的了解,很大一部分案件是通过调解方式解决的。这可能是因为基层法院的法官的法律知识有限,调解又有很多判决不具备的优点,如不写判决,不能上诉,易于执行等等。法官不用担心适用法律错误,也不会因搞错法律被二审改判或发回重审。在改革审判方式时,如何协调各地、各级法院改革的步骤。如果说在经济发达地区,案件数量激增,但很多农村基层法庭的案件数量并没有大的变化。而且,村民对案件判决合法性的信仰一般都建立在对结果的认识上,大部分农村又还是一个“熟人社会”,判决结果的示范效应非常大,从维护法律的权威着眼,法官依据地方性事实、价值判案是非常必要的。虽然在当前的情况下,马锡五审判方式已经不可能在全国推广,但是,它的生命力是不能不被重新认识的。

另一方面,现代法律对实质正义的关注,尤其要求法官的生活理性。很难设想一个生活“超然于社会上”的法官会作出一个同情弱者的判决。虽然人们对实质正义、对法官深入生活有很多意见,但是,我们想表明的一点是,如果社会只剩下了法律,这对法官、对我们每一个人来说,都是一种深深的悲哀。而且,现代法律的变迁也基本是在追求实质理性的过程中发展起来的。因为正是基于对社会生活的感知,法官才可能在法律的缝隙中将生活理性提升为一种法律理性,生活知识也因此进入到法律中,法律才得以与社会生活同步,法官的知识也得以完善。如二战后日本法院通过发展诚实信用原则,与社会生活的流变一致了。因此,我们认为,培养一种处理生活事务的实践理性,为法官的知识结构所必须。

卢埃林曾说,每一个判决都要“根据生活智慧来检验”。^⑦这种生活智慧无疑是当前中国所必须具备的。可能有人要说,在法律高度政治化、道德化的中国,在司法腐败较为严重的今天,法官缺少的不是生活知识,而是法律知识。我们无法证明这种判断是错误的,甚至我们也认为这在某种程度上是正确的。但是,我们需要仔细思考的是,法律知识真的那么具有专业性吗?法官就一定比一个居间商更熟悉居间合同,比一个农民更熟悉减负条款吗?法律留下的自由裁量空间真的有那么大吗?法官的素质就决定于他的法律知识吗?海淀法院的法官尚秀云的成功之处(很多人不以为然)不正是在于她的生活智慧吗?我们是不是也在推广一种精英逻辑,但这种逻辑,是不是“把传统上简单事情复杂化,把浅薄的东西显得更困难的游戏视为我们的合法任务?”^⑧惭愧的是,本文可能也是这样一种游戏。

美国法官汉德说:“对一名被要求审核一个有关宪法的问题的法官来说,他除了要熟悉关于这个问题的专著,还需懂得一点阿克顿和梅特兰、修昔底德、吉本和卡莱尔、荷马、但丁、莎士比亚和弥尔顿、马基雅弗利、蒙田、拉伯雷、柏拉图、培根、休谟和康德。因为在这些知识中,每一种都全

有助于解决摆在他面前的问题。”⁹⁹这样的要求有些虚无飘渺,但对于认识法官应受哪些教育的问题,还是有意义的,它实际上在追问:我们需要什么样的法官,仅仅是满腹法律的计算机吗?

结 束 语

如果说,在文艺中倡导回到常识还具有强烈批判精神的话,那么,在其他领域,对常识的招魂则可能被视为是落后的代名词。无疑,今天我们已经处于一个分工高度发达的世界。现代性留给我们的组织框架、市场理性、程序机制值得我们为人类的进步欢呼和沉醉,但是,一些敏锐的人可能也感觉到,这一切也给我们预备了一个韦伯所说的铁笼(iron cage)¹⁰⁰。对分工对人所造成的戕害,斯密、马克思、伽达默等都作了精彩的论述,但是,这却是我们不得不走的一条路。

一百年前,大法官霍姆斯谆谆告诫道:“法律的生命从来就不是逻辑,而是经验。法官对时代需求、主流的道德和政治理论、公共政策的公开或隐含(unconscious)目的的感知,甚至他与同僚一起分享的偏见,在决定他们的行为时,都远远比三段论的作用大得多。法律……不应当被看成是数学书中的公理及必然结论。”¹⁰¹要法官知识专业化,这段话无疑值得我们反思。

注:

①《圣经·列王纪上》

② 参见钱钟书《管锥篇》第三册,中华书局1979年版。

③ 严景耀《中国的犯罪问题与社会变迁的关系》,吴祯译,北京大学出版社1986年版,第70-71页。

④ 王羲之《兰亭集序》。

⑤ 如在乌干达的苏噶地区(suga),一般文化和法律这一子文化之间的差别很小。法官仅仅是暂时的专家。法律中并没有一个门外汉所不能理解的法律技术语言。虽然它有法官、法律、法庭、谋杀之类的语言,但这些语言是在每个人的语言词典中都能找到的。

⑥ 如季卫东《法律职业的定位》,《中国社会科学》1994年第2期;苏力《论法律活动的专门化》,《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,第129-155页。

⑦ 这里的“生活知识”并不是教育机制界定的知识,它与“生活常识”是同义词。教育机制对“知识”的界定体现了一种霸权:技术员设计图纸的技术是“知识”,而水暖工的技术就不是知识,知道荷马是知识,知道如何种地就不是知识。

⑧ 如《韩非子》上记载了郑国大夫子产的一段传奇故事:子产有次出巡,在路上听到一个妇人啼哭。他听了一会,就下令将那妇女抓来审问,结果,那妇女承认自己谋杀丈夫。手下人觉得很惊异,问他何以知道这妇女是杀人犯。子产说,因亲人死亡而啼哭的,“有病则忧,临死则惧,既死则哀”,而这妇女“不哀而惧”,说明她心中有鬼。《韩非子·难三》。《折狱龟鉴》(卷2)上也有关于东汉扬州刺史严尊、曹操的谋士荀攸类似的记载。

⑨ 爱德华·考文《美国宪法的高级法“背景”》,强世功译,三联书店1997年版,第33-35页。

⑩ 这里的论述有以功能来解释原因的倾向,但这并不表明我们是某种目的论者。这种结构安排是出于论述便利的考虑。

⑪⑬⑮ 苏力《论法律活动的专门化》,《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,第129-155页,第139页,第142页。

⑫ Anthony Giddens: *Modernity and Self-Identity: Self and Society in the late Modern Age*, Stanford university Press, 1991, P31-32, P138-139. 加尔布雷西、丹尼尔·贝尔也有类似观点。

⑬ 参见华勒斯坦等《开放社会科学》,刘锋译,三联书店1997年版,第16页。

⑭ 音乐、绘画、符号、身体语言的存在,多多少少表明了这一点。

⑮ 参见朱强《“戴手铐的旅客”引出的调查》,《南方周末》1999年10月29日第7版。

⑯ 参见斯特劳森等:《政治哲学史》下,李天然等译,河北人民出版社1993年版,第333页;卡西尔《国家的神话》,范进等译,华夏出版社1999年版,第10-11章。

⑰ The Foucault effect; studies in governmentality, ed. by Graham Burchell Colin Gordon and Peter Miller, Univ. of Chicago Press, 1991, p. 93.

⑱ Michael Foucault: *Discipline and Punish*, tr. by Alan Sheridan, Vintage Books, 1979, p27-8. 但是,这种观点似乎不能解释为何在法官中还会出现对话语权的争夺。因为法官的法律知识实际上不可能是整齐划一的(举例说,在司法考试中,通过者很少能得满分),法律问题因而也就无所谓正确答案,只有更合理的答案。因此,在法官中会出现对话语权的争夺。

⑲ 昂格尔《现代社会中的法律》,吴玉章、周汉华译,中国政法大学出版社1994年版,第64页。

© 1994-2009 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. <http://www.cnk>

- ⑳ 参见季卫东：《法律职业的定位》，《中国社会科学》1994年第2期；舒国滢：《从司法的广场化到司法的剧场化》，《政法论坛》1999年第3期。
- ㉑ 伯尔曼认为，法庭仪式的目的在于增进一种宗教仪式般的崇高感和神圣感（见《法律与宗教》，梁治平译，三联书店1991年版，第47页）。加芬克尔则认为刑事程序是“贬黜被告人人格的典礼”（见科特威尔《法律社会学导论》，潘大松等译，华夏出版社1989年版，第251页）。福柯则强调权力关系的投射（Michael Foucault：Discipline and Punish, tr. by Alan Sheridan, Vintage Books, 1979.）。
- ㉒ 参见舒国滢《从司法的广场化到司法的剧场化》《政法论坛》1999年第3期。
- ㉓ 巴赫金对此作了极其精辟的论述：“惩治世界而采取狂欢节形式，这并不以为奇。甚至那些时代的重大经济和社会政治转变，也未能避免某种程度的狂欢节式的认识和形式方法。”他进一步认为节日是人类文化第一性和不可消灭的范畴。“拉伯雷小说中的民间节日形式和形象”载《巴赫金文选》，佟景韩译，中国社会科学院出版社1996年版，第244页、第250页。
- ㉔ 中国社会科学院历史所点校《名公书判清明集》，中华书局1987年版，第236页、第317页。
- ㉕ 参见卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆1999年版，第105页；沈宗灵：《现代西方法理学》，北京大学出版社1997年版，第337-341页。
- ㉖ 吉尔兹《地方性知识：事实与法律的比较透视》邓正来译，载梁治平主编《法律的文化解释》，三联书店1994年版。
- ㉗ 所以，通过对判决书中对证据是否采信说明详细理由，是遏制自由裁量权滥用的有效手段，因为法官往往是通过扭曲事实，最终达到其目的的。
- ㉘ 这是一个制度、结构(structure)与个人自由、能动性(agency)之间的关系问题。详细地讨论，见叶启政《制度化的社会逻辑》，东大图书公司出版，第105-145页。
- ㉙ 按照哈氏早期的理论，法律实际上是货币和行政机制的一部分，是属于系统的或有助于系统功能的。
- ㉚ 参见刘世定：“嵌入性与关系合同”，《社会学研究》1999年第4期。麦克密尔《新社会契约论》，雷喜宁等译，中国政法大学出版社1994年版。
- ㉛ 马尔库塞《单向度的人》，张峰、吕世平译，重庆出版社1993年版，第4-5页。
- ㉜ 这让我们想起了当年萨维尼对德国民法典的态度。实际上，萨氏的主张是，没有在深思熟虑以前，不要草率地设计制度，对按不彻底的自然法理论进行立法固定社会现状的戒心。参见季卫东：《第二次实现解放还是乌托邦？》，载《二十一世纪》（香港），1994年10月号，第25期。
- ㉝ 王亚新《论民事、经济审判方式的改革》《中国社会科学》1994年第1期。
- ㉞ 强世功、赵晓力对此作了非常有启发意义的调查。参见《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。
- ㉟ 沈宗灵《现代西方法理学》，北京大学出版社1997年版，第323页。
- ㊱ 卡尔·波普对哈贝马斯、阿多诺的评语。转自李信、于坚《回到常识，走向事物本身》，《南方文坛》1998年第6期。
- ㊲ 亨利·J·亚伯拉罕《法官与总统：一部任命最高法院法官的政治史》，商务印书馆1990年版，第42页。
- ㊳ 马克斯·韦伯《新教伦理与资本主义精神》，于晓等译，三联书店1995年版，第143页。
- ㊴ Holmes, The Common Law, Boston, 1921, p. 1

(责任编辑：石 泉)

Abstracts: Specialization of judicial activity is being advanced in our country. With the influence of social change, functions of judges and scholars and national politics, judge's knowledge will have inevitably construction change. Judge's knowledge in modern society influences greatly judges and the society. Therefore, when we pay more attention to judge's specific law knowledge, we also should focus on judge's life knowledge and life rationality.

Key words: judge's knowledge; legal knowledge; life knowledge