

司法裁判说理援引法律学说的功能主义反思

杨帆

【摘要】司法裁判如何援引法律学说进行说理,是一个需要在功能主义视角下被重新审视的问题。美国、德国和法国的情况分别代表了实质主义说理、法律职业共同体思维下的说理和形式主义说理三种说理风格中,司法裁判援引法律学说进行说理的不同功能进路。经验研究显示,我国司法裁判说理很少援引法律学说,且呈现出“不敢具体援引”等明显特征,其原因包含了外部和内部的各种制度性限制。在“司法为民”理念的指引下,我国法律学说的理想功能是,在重大、疑难案件发生时,承担起沟通司法系统与公众认知的系统中的角色。这就要求我们改进制度设计,促进法学研究与司法实践之间的良性互动,探索出一条司法裁判说理援引法律学说的中国式道路。

【关键词】司法裁判说理;法律学说;功能主义;经验研究;系统中介

【作者简介】杨帆,吉林大学理论法学研究中心、法学院副教授,吉林大学司法数据应用研究中心研究员。

【原文出处】《法制与社会发展》(长春),2021.2.72~92

【基金项目】本文系国家社会科学基金一般项目“司法裁判中的说理方式问题研究”(18BFX011)的阶段成果。

导言:在法学研究与司法实践之间

众所周知,在罗马法的经典时代,法学家的学说就曾经是司法裁判的重要法源之一。公元426年,东罗马帝国、西罗马帝国一起颁布了《引证法》,明确规定帕比尼安(Aemilius Papinianus)等历史上著名的五位法学家的学说和著作具有和法典一样的直接法律效力。^①罗马司法上的这一规定成了后世各主要法系中法官援引法律学说进行说理和裁判的滥觞。这一现象在今天各国的司法实践中依然扮演着重要角色,引起学界的广泛讨论。^②司法裁判是否可以以及在什么层面上,援引法律学说进行说理?对这一问题的回答,事实上反映出,在一个国家的法律体系内,法学研究扮演了什么样的功能角色,它能在多大程度上影响司法,或者说司法实践与法学研究之间的关系如何。这又是一个在规范层面和实践层面都需要谨慎应对的问题。过往的研究或多或少都包含了一种未经细致论述的前置立场,本文希望从法社会学的功能主义

视角对这一问题展开进一步的探讨与反思。

我国《民法典》第十条规定,“习惯”可以作为民事裁判的依据;但是,我国《民法典》并没有像其他一些大陆法系国家的民法典那样赋予法律学说以直接法源地位。^③我国的诉讼法体系中,对这一问题的规定也比较模糊,具有最正统规范效力的《刑事诉讼法》《民事诉讼法》《行政诉讼法》都没有对裁判文书能否以及如何援引法律学说进行说理作出明确规定。2018年6月1日,最高人民法院颁布了《最高人民法院关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》(以下简称《指导意见》)。该《指导意见》是迄今为止最高人民法院关于司法裁判文书说理问题规定最为细致的规范性文件,对我国各级法院法官的裁判文书写作都有规范和指导意义。该《指导意见》第十三条规定:“除依据法律法规、司法解释的规定外,法官可以运用下列论据论证裁判理由,以提高裁判结论的正当性和可接受性:……公理、情理、经

验法则……法理及通行学术观点;与法律、司法解释等规范性法律文件不相冲突的其他论据。”由此可见,在我国,在规范层面,裁判文书被允许援引法律学说等进行多元化说理,只要这种说理与现行“硬法”^④不抵触即可。但是,裁判文书在什么情况下应当援引法律学说进行说理、在什么情况下不应援引法律学说进行说理?法律学说是否具有促成裁判结果的“直接”效力?裁判文书援引法律学说时是否应当注明法律学说的提出者和出处?诸如此类的细节问题在既有规范中找不到明确答案,在实践中,法律学说的适用也处于相对混乱的状态,这在一定程度上影响了我国司法裁判说理的规范性和可接受性。^⑤

目前,我国法学界对这些问题有两派似乎针锋相对的观点,大体可以将之归类为“支持说”与“反对说”。以金枫梁为代表的学者们认为,援引法律学说可以增强司法裁判文书说理的可接受性。裁判文书不仅应当多援引法律学说进行说理,而且应当尽可能援引“非通说”,形成理论对话。裁判文书援引法律学说时应注明学说的具体出处,这样可以“促成学术与实务的良性互动”。^⑥他的这一观点主要参考了德国法教义学的传统,来自德国语境下法学家与法官同属于一个职业共同体这一现实。^⑦与此观点类似,在我国民法学界,一些学者受到德国、瑞士及我国台湾地区的民法理论的影响,也主张将具体法理与学说作为民事司法实践的重要渊源,将其运用到民法理论的补充、续造与完善之中。^⑧王立梅则认为,司法裁判说理应该回归“当事人本位”,避免“法律人本位”。混淆说理对象会导致判决结果的不确定性,因此,应严格限制法律学说在司法判决出现中。裁判文书应当引用通说进行说理,且只能隐性、具体地引用通说,而不能显性、抽象地引用通说。^⑨她的这一看法似乎也得到了官方的部分赞同。最高人民法院司法改革领导小组办公室编写的《〈最高人民法院关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见〉理解与适用》一书也主张,裁判文书应尽可能引用成为通识、共识的学界观点,并且尽量不要“指名道姓”地进行引用,因为这会“导致不必要的争议”。^⑩可见,官方对这一问题的观点仍趋于保守,但也承认“尚需在实践中加以进一步的探索”。^⑪

本文认为,目前主流的讨论都没有关注到裁判说理援引法律学说这一问题的实践功能属性,忽略了其背后的法学研究与司法实践之间的关系这一背景。而想回答这一问题,最好的路径是采取一种法社会学的功能主义研究视角,首先考察在不同法律传统背景下,法律学说在司法裁判说理中究竟扮演了什么样的功能角色,再探究我国裁判文书援引法律学说进行说理的实践样态及成因,最后在此基础上提出兼具理论融贯性与现实可能性的反思。因为在不同的法律传统中,法学研究与司法实践之间的关系不尽相同,所以适用于一国的裁判说理模式可能对其他国家来说并不适用,或者至少应因情适用。功能主义研究的首要目标是对不同的规范现象进行实践归因,探究其社会背景,因此它与社会学的经验实证研究紧密相连,是将经验实证研究、机制分析与理论构建相贯通的一种路径。^⑫采取功能主义研究视角尤其是与其紧密相连的经验实证研究方法来讨论这一问题的好处是,可以将其置于社会功能比较(而非仅是规范的比较)的视野下,从更宏观的层面来发掘其意义。除此之外,功能主义的研究进路还探讨,在理想的社会功能目标之下如何设计和改进有关制度,这是在功能归因之后要进一步解决的问题。以上两种彼此接续的功能主义研究视角也是当今比较法研究中最主流的研究范式。^⑬

有鉴于此,本文将分三个主要步骤对这一问题展开细致讨论:首先,在功能比较视野下,讨论裁判文书援引法律学说进行说理的不同意义,这是对我国相关司法实践进行经验研究的基础。其次,以经验研究的方式(量化研究与质性研究)考察我国裁判文书援引法律学说进行说理的实践样态及成因。最后,在上述两方面的基础上,本文将从法学研究与司法实践的关系角度,就如何在司法裁判说理中援引法律学说这一问题提出规范性主张。需要说明的是,“法律学说”这一概念的含义在不同的语境下是有差别的。例如,有人认为,法国法学语境下的“学说”(la doctrine)与美国语境下的“法学学术研究”(legal scholarship)就是不同的概念,前者是指法学家(尤其是民法学家)作为一个整体所生产的法律思想,后者则泛指法学院的学者们的各种学术研究。^⑭对它们进行比较研究需要十分谨

慎和小心。目前,我国法学界、司法实务界对法律学说这一概念的称谓也并不统一,除法律学说外还有“法学理论”“法理学说”“法律理论”“法学观点”等不同表述,或者干脆就叫“法理”。本文将在相对宽松的意义上使用法律学说及相关概念——它是一个复数概念,而非一个整体性概念,指向法学领域内的各种学术观点和学理创建,其提出主体一般被限定在当代中国的法学学者。出于对法学研究和司法实践之关系进行研究的目,本文并未涉及其他社会科学或者自然科学理论在司法裁判中适用的情形,即便后者也是一个非常值得关注的领域。^⑮

一、司法裁判文书援引法律学说进行说理的功能比较

在当今世界各主要国家,司法实践与法学研究间的功能性联系不尽相同,裁判文书援引法律学说进行说理也各有特点。就笔者有限的文献阅读范围而言,已有不少文章对中国、美国、英国、德国、法国、俄罗斯、乌克兰、澳大利亚等国家的法院援引法律学说进行司法裁判说理的情况进行了专门讨论。笔者认为,若想对这些情况作出“为什么”意义上的回答,就需要将其放置于司法裁判说理的社会功能、司法系统与社会其他系统的关系等功能主义视角中进行考察。美国、德国与法国的司法裁判说理是此视角下三种不同风格的代表。

(一)美国实质主义说理风格下的法律学说援引

美国司法裁判说理的最重要特征就是实质化倾向非常明显。早在20世纪九十年代,由著名学者麦考密克(Neil MacComick)与萨默斯(Robert Summers)主导的跨国司法风格比较研究项目,就将美国司法裁判说理定义为实质主义说理的典型代表,其核心表现就是大量独立的实质化理由(independent substantive reasons)被运用于裁判文书。这些独立的实质化理由包括经济的、政治的、社会的各种理由,^⑯当然也包含法律学说。这些理由既没有被整合进形式化的制定法或先例中,也没有依附于其他权威,而是被法官以“对话式的”(discursive)方式加以运用,来论证判决结果。美国司法裁判说理的这一特点有其自身的政治文化背景,比如:美国《宪法》中设置了较多的道德实质性原则,而其联邦最高法院同时又是宪法法院,因

而其司法机关(尤其是高级别法院)更倾向于引用实质内容进行说理;^⑰美国有着较为特殊的政治分权结构,司法机关的权威并不弱于立法机关,司法机关也并不仅是法律的执行者,而且同时是法律的制定者;殖民地时期进行革命斗争的历史决定了美国的司法系统对于形式化先例的重视程度要远弱于英国及其他英联邦国家;等等。^⑱

在这样的背景下,美国法院的裁判文书尤其是高级别法院的裁判文书援引法律学说进行说理的情况非常常见。例如,在联邦第七巡回上诉法院^⑲公布的该院在2013年8月至2014年8月间作出的判决书中,有11.4%的判决书直接引用了学者的观点。^⑳历史地看,在1950年到2008年的59年间,美国所有联邦巡回上诉法院公开的判决书中有7.6%的判决书至少引用了学者的观点一次。^㉑而对美国联邦最高法院60年间(1949-2009)作出的判决书进行的统计研究显示,至少引用学者观点一次的判决书的比例达到了惊人的32.21%,且平均每份判决书引用学者的观点超过一次,这意味着,在一份判决书中多次引用学者观点的情况非常普遍。^㉒不仅如此,上述研究还显示出,在美国的高级别法院中,判决书对学者观点的援引随着时间推移呈逐渐上升的趋势。上述比例在笔者所见的对其他国家的裁判文书援引法律学说进行说理的情况展开的统计研究中都是非常高的。与此同时,根据笔者的观察,美国的法学学者们也通常以自己的观点被高级别法院的判决书援引为荣,他们认为,这体现了自身学术思想对司法实践的影响力。著名法学院也会积极对此类情况进行重点宣传。^㉓

但是,即便如此,在著名法官兼教授理查德·波斯纳看来,美国的司法实践与法学研究之间的关系依然不够紧密,存在着普遍的彼此忽视,法学界对司法实践的影响力“本应该更大”。^㉔他将这种关系形容为“各行其是”(divergent paths)。他认为,造成这种现象的原因既包括司法系统的,也包括法学界的。一方面,美国的法官终身任职,他们无需其他理由来正当化其权威,因此也就会变得保守而神秘,懒得去看论文,甚至不亲自撰写判决书。^㉕另一方面,受实用主义学术传统的影响,美国的法学学术市场越来越大,也越来越专业化。优秀的法学家们更倾向于以社会科学的方法

法对法律进行“二阶观察”，一般也不去考虑法官是否为合适的受众，因为他们可以在专业领域找到足够多的读者。^②波斯纳认为，应该从法院与法学界两个方面尝试进行调整和改变，以加强二者的联系。他的这一主张在美国法学界引起了诸多学者的共鸣。^③

(二)德国法律职业共同体思维下的法律学说援引

在德国，裁判文书援引法律学说进行说理的情况与美国类似，甚至援引更为频繁，但是其功能背景与美国不尽相同。在德国，无论是法官还是法学家，不仅要经历非常标准化且严格的法教义学训练，而且要经过严格的选拔过程，这使得法官与法学家有着更为强烈的法律职业共同体思维与意识，彼此之间的联系十分紧密。^④德国的法教义学，实际上就是通过法学学者与法官频繁互动而“共同构造”出来的一种类法源体系，其甚至有“教授法”(professorenrecht)这样的称谓。^⑤在这种情况下，法官的裁判说理经常回应和引用学者的观点成为十分顺理成章的事情。有学者曾随机抽取了一卷本1985年的德国联邦民事司法判决报告并对其进行统计，发现平均一份判决书要援引学术文本13次。^⑥尽管他并没有说明这些学术文本是否都是法学论文，这一比例本身也是相当惊人的。在同一年代的英格兰的民事判决书中，平均一份判决书只引用了学术或其他“次权威”(secondary authority)观点0.77次。^⑦德国的这一比例在笔者所搜集到的各种相关研究数据中是最高的。

这种司法裁判说理的“德国模式”的产生还有其他的独特背景。在德国的法教义学传统中，法学教育与法学研究一直较为保守和封闭，也十分崇尚理性思辨和说理。^⑧德国的法学院几乎不会设置法学专业以外的“通识课程”。法学研究主要关注那些在司法实践中有意义的问题，几乎很少有德国法学家以社会科学的眼光对法律问题进行“二阶观察”。历史地看，德国的法学教授甚至拥有比法官更高的社会地位。法学家的思想对于德国民法典的编纂产生过关键性影响。^⑨德国大学的法学教授席位设置非常少，学者一般都要经过长期的淬炼，到很高的学术阶段才能获得法学教授席位。法官们在获得职业资格之前也要经过较长时间的法学教育(一般需要获得博士学位)，通过严格的国家考试，成为“完全的法律

人”。^⑩而这期间对他们进行学术训练和指导的，正是那些通过更为严格选拔程序的法学教授们，法学教授对法官的影响可想而知。与美国的法学教授通常兼具其他学科背景不同，^⑪德国的法学教授几乎清一色是纯粹法学背景，这使得他们在这一相对封闭的环境中彼此更为熟悉。此外，与美国、中国等人口众多的大国不同，德语法学学术市场相对较小，且主要以向外输出影响为主。德语法学家的学术作品的目标受众几乎都是德国或者受德国影响的地区的“圈内人”，这与前述波斯纳描述的美国的情况形成鲜明反差。

此外，二战之后，为了汲取历史教训，在德国联邦宪法法院的主导下，^⑫德国司法判决的说理风格也发生了较大转向，实质化及其背后的新自然法思想逐渐占据说理风格的主流。1973年，德国联邦宪法法院在“伊朗王妃案”的判决中主张，包括“法学界的普遍共识”在内的诸多实质化理由都可以在必要时成为法律渊源。^⑬同年的一份联邦宪法法院决议也规定，所有法官的司法裁决都需“建立在理性论证基础之上”。^⑭这些都为法律学说大量进入到司法裁判说理中创造了条件。总之，“内卷化”^⑮的环境加上司法裁判说理方式的高度理性化，使得德国的法学家们与法官们更有法律职业共同体思维和意识，援引法律学说进行司法裁判说理成为德国司法的显著特点。

(三)法国司法形式主义之下的法律学说“不援引”

法国的司法裁判说理风格经常被研究者们作为美国式实质化司法裁判说理风格的对立面加以呈现，它几乎是形式主义和极简主义说理的代名词。法国的判决书基本上遵循严格的形式主义三段论结构，判决书的字数也比美国、德国的判决书字数不少。^⑯尽管有法国学者主张，经过几百年的发展，作为一个整体的法国民法学说已经成了重要的法律渊源(至少是间接法律渊源)，^⑰但法国的判决书中几乎没有出现过援引法律学说进行说理的情况并未因此而改变。在制定法方面，笔者以“doctrine”(学说)作为关键词进行检索，发现在法国的现行法典中并不存在“学说可以作为裁判依据或参照”之类的表述。^⑱笔者搜集到的相关文献中也没有提到法律学说被法国的司法系统援引的情况。为了验证过往的研究，笔者还检索查阅了法国最高法院(Cour de cassation)和

法国最高行政法院(Conseil d'État)在2020年10月公开的全部364份案例,^③也确实没有发现这些案例的判决书中有援引法律学说进行说理的情况。

法国的判决书“不援引”法律学说有着深刻的功能性背景。意大利、西班牙、葡萄牙等大陆法系国家中受到法国民法典影响的国家的司法裁判说理风格与法国近似。这些国家往往被归入大陆法系的罗马子法系,与受德国民法典影响的日耳曼子法系国家相区隔。^④大陆法系国家虽然均存在成文法传统,但近代以来法典化的情况并不完全相同:在法国民法典编纂和确立时期,法律形式化的意识形态是很强的;但是在德国、瑞士和斯堪的纳维亚地区的法典化时代,已经出现了明显的“将自由精神注入法律”的反绝对形式化倾向。^⑤这是法国司法裁判说理相较于德国司法裁判说理更为形式化的历史背景。

此外,很多相关研究均认为,相对“特殊”的分权结构也是法国司法裁判说理形式化的重要原因。法国历史上有着非常强大的一元权力传统,^⑥司法机关被视为法律的忠实宣示者和执行者——如孟德斯鸠所言,法官只是“法律的嘴”,^⑦并不具备“司法造法”职能。法律上的漏洞在司法过程中基本不会得到正面承认。普通法院一般不会援引法律以外的资源进行说理,更不会进行“法律续造”等超越职权的活动。宪法委员会(其职能类似于宪法法院)和行政法院偶尔会援引法律之外的政治权威性话语进行说理,但也不会触及包括法律学说在内的其他资源。上级法院相对于下级法院拥有绝对权威,上级法院会在上诉审的过程中审视下级法院的裁判说理,因此,下级法院极少在裁判说理时援引法条以外的资源,以防被上级法院“挑毛病”。^⑧

最后,法国的判决书不援引法律学说进行说理的原因还包括法国的司法机关秉持“神秘主义”的价值取向。判决书简单、形式化且神秘虽然会导致对司法不透明问题的种种诟病,但也被认为是对司法权威性的一种保护。相较于其他国家的司法机关大力推进司法公开举措,法国的司法机关曾一度明确规定了四不公开:检察官意见不公开、对不予受理申诉的裁定理由不公开、判决拟稿不公开、法官合议不公开。^⑨在各国法律界和法学界积极推进司法裁判与大数据、人

工智能技术相结合的今天,法国却通过立法明令禁止通过大数据对法官的裁判规律进行研究,^⑩这样做的目的是筑起法律系统的壁垒,以免其受到政治等其他社会因素的干扰,保障司法的独立性。这也是法国法学界在20世纪二三十年代经过大讨论之后达成的一种默契和共识。^⑪总之,司法专业化、封闭化和神秘主义理念根植于法国的司法传统中,通过援引法律学说与法学界互动的情况在法国自然就非常难以发生。

综合以上对美国、德国、法国情况的比较研究不难发现,一国的裁判文书是否援引法律学说进行说理、在什么层面上援引法律学说进行说理,主要取决于在该国传统中司法承担了什么样的功能角色,以及司法实践与法学研究的关系,后一个问题又往往从属于前一个问题。我们不能仅仅因为其他国家有这样的规范或者存在这样的操作,就认为我国司法应该向这个方向发展。对我国裁判文书援引法律学说进行说理的情况进行反思,最佳视角当然也需要是功能主义的。这一进路要求我们重点考察我国司法裁判说理所扮演的功能角色,在此基础上反思实然与应然之间的张力,提出针对此问题的规范性主张。

二、我国司法裁判文书援引法律学说进行说理的功能与机制

在前一部分进行功能比较的基础上,本部分将视线聚焦于我国裁判文书援引法律学说进行说理的实践。这两部分都是对这一现象进行功能反思的重要步骤。与以往的研究不同,本文不只对裁判文书援引法律学说的现实功能进行描述,更重要的是希望通过经验研究发现其背后的原因,即援引或者不援引的各种理由。因此,在方法上,除了对已公开的裁判文书进行检索和量化统计以外,质性研究也是十分必要的。在量化统计之后,笔者将重点结合对13位法官的访谈进行定性的机制分析,以锚定我国裁判文书援引(或者不援引)法律学说进行说理的原因。

(一)对已公开的裁判文书的量化分析

我们选取了最具权威性的“中国裁判文书网”作为进行案例筛选的基础数据库,再辅以“把手案例”“北大法宝”“聚法案例”等司法数据平台作为补充。具体分析方法是,在裁判文书最核心的说理部分,即“本院认为”部分,以关键词检索的方式进行案例筛

选。在关键词选取上,我们参考了相关研究,希望尽可能多地获取有效样本。

在第一轮检索中,我们首先将“法学(院)教授”作为关键词,之后选用了“教授/专家/学者/老师+认为/主张/强调”等不同的关键词组合,再依次使用“法律/法学/民法/刑法/行政法+学说/观点/看法/理论”等关键词组合,最后以“法理”作为关键词进行检索。多数关键词检索获得的样本数量均不多,但是,当关键词是“法学理论”“法律理论”“法理”或者“民法学说”“民法理论”时,经过筛选,可以获得一定数量的有效样本。这使我们产生如下预判:我国裁判文书援引法律学说进行说理绝大多数是概括式的、模糊的援引,而非直接、具体、指名道姓的援引。

在第二轮检索中,我们参考了莫里特(Deborah J. Merritt)和普特南(Melanie Putnam)以及彭中礼教授的相关研究采取的检索方式,^③把我国法学研究领域最有影响力的学者的姓名作为关键词进行检索。具体方法是,以长安大学中国人文社会科学评价研究中心发布的《中国哲学社会科学最有影响力学者排行榜(2020版)》^④统计的我国法学界最有影响力的300人的姓名依次作为关键词进行检索,再将不相关的裁判文书从结果中排除出去。基于考察当代我国法学研究与司法实践的关系之目的,我们没有把国外学者的姓名或者我国历史上的学者的姓名作为关键词进行检索。截至2020年12月18日,经过两轮检索,并辅以大量的人工审读和辨析,我们仅得到能够作为有效样本的裁判文书777份。^⑤

也许本研究采取的检索方式未能穷尽各种与此

种说理现象相关的关键词,我们在审读、筛选有效样本的过程中也可能存在主观误差,裁判文书公开不完整也使得本研究缺失了一些有效样本,但无论如何,就目前总量过亿的被公开的裁判文书而言,^⑥777份裁判文书在其中所占的比例是非常小的,甚至可以说是沧海一粟。这也是本文的经验研究的第一个重要发现:我国的裁判文书极少援引法律学说进行说理。我国的裁判文书援引法律学说进行说理的情况之罕见几乎逼近法国的情况,与美国、德国的情况有天壤之别,甚至少于我国裁判文书援引《宪法》或者党内法规的情况。^⑦但是,即便如此,对这些仅有的有效样本进行类型化处理和统计分析也是非常必要的,由此可以发现我国现有裁判文书援引法律学说进行说理的某些规律和特点。不过,由于有效样本的数量有限,量化的归因分析确实很难完成,本文后续将主要通过质性研究方法进行归因分析。

对777份有效样本的案件类型进行统计后发现,民事案件的裁判文书(648份)在样本中所占的比例(83.4%)最高,行政案件的裁判文书(74份)、刑事案件的裁判文书(32份)、执行案件的裁判文书(23份)的占比则均不超过10%。这说明,在我国,裁判文书援引法律学说进行说理的情况主要存在于民事案件中。我们对这些裁判文书作出的时间、地域、审理程序及法院层级等四方面属性进行了统计,在时间与地域属性方面没有发现明显的特殊性,在审理程序和法院层级方面则发现了一些初步的规律性特征。

如图1和图2所示,一审程序审理的案件与基层法院审理的案件在样本中占到绝大多数,分别达到了

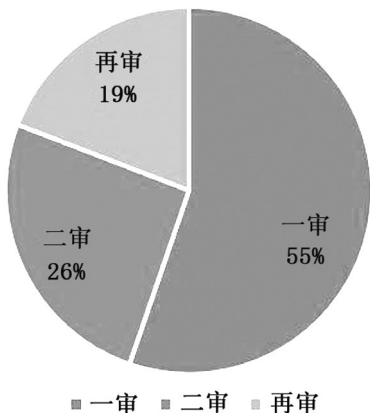


图1 样本案件的审理程序分布

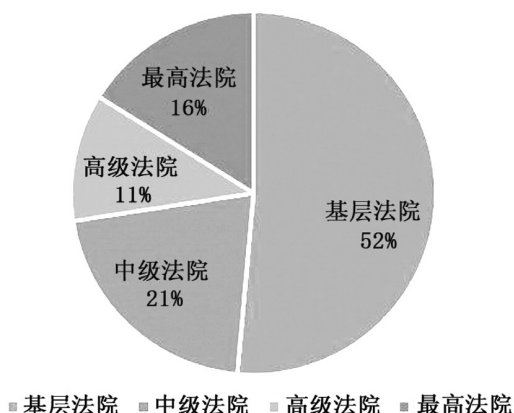


图2 审理样本案件的法院的层级分布

55%和52%,但这并不意味着基层法院或一审法院更倾向于在裁判文书中援引法律学说进行说理。考虑到我国最高法院、高级法院、中级法院与基层法院的数量比大约为1:31:410:3115,^⑤以相对值作为比较依据可以发现,从最高法院到基层法院,援引法律学说进行说理的情况的比例大约为1333.33:29.58:4.25:1。这一悬殊的比例关系说明,法院的层级越高,越倾向于在裁判文书中援引法律学说进行说理,且各层级法院之间在此方面的差距非常大。再考虑到平均而言法院层级越低办案数量越多的现实情况,^⑥那么可以得知,我国高级别法院的法官援引法律学说进行说理的意愿和行为要远远多于低级别法院的法官。这是本文的经验研究的又一个重要发现,并且在后文的材料中也会得到回应和讨论。

在此基础上,我们又将法官援引法律学说进行说理的情况分为“概括式援引”和“具体援引”,区分标准在于,法官援引法律学说进行说理时是否具体提及了学者的姓名。概括式援引的表述形式一般为“有法学理论认为……”或者“按照一般法理……”等等;具体援引则至少说明被援引的法律学说来自哪位学者,有的裁判文书甚至直接注明了被援引的法律学说来自哪篇文章、第几页等信息。^⑦进行这样一个区分的意义在于:一方面,如前文所述,是否指名道姓进行援引是一个在我国规范领域颇有争议的问题,本研究可以从实践角度对其进行回应。另一方面,我们也吸收了其他研究的理论预设——法官在裁判文书中进行说理时给出的理由越细致,说明其说理质量越高。^⑧如果这一前提成立,那说明是否指

名道姓进行援引也是判断说理质量的一项重要指标。笔者希望在此区分的基础上,对裁判文书说理的特征进行描述。

我们发现,概括式援引的样本有708份,占比达到91%,具体援引的样本只有69份,占比为9%。这说明,绝大多数裁判文书在援引法律学说进行说理时并没有注明作者姓名或者具体出处。我们还发现,裁判文书对法律学说进行概括式援引的目的几乎都是为了讨论法律理论问题,而非事实问题。在具体援引的样本中,75%的裁判文书(52份)援引法律学说是为了探讨法律理论层面的问题,25%的裁判文书(17份)是通过援引法律学说讨论事实认定问题。这说明,我国裁判文书援引法律学说主要是为了在法律理论部分而非事实认定部分加强说理,与裁判文书援引其他社会科学观点或者自然科学观点的目的形成鲜明对比。^⑨在被具体援引的学者观点中,梁慧星、王泽鉴、王利明三位民法学者的观点的被援引次数占据前三位,被援引次数占比分别为27.5%、20.3%和13%,其他学者的观点的被援引次数占比均不超过3%。此外,民法学者的观点的被援引次数占据了具体援引总次数的92%。这都说明民事案件的裁判文书中最容易出现援引法律学说的情况。

最后,我们将这种对援引的区分与前述审理程序问题进行组合分析,得到如下结果:^⑩

如图3所示,综合来看,在各审理程序中,概括式援引的样本数量都远远超过具体援引的样本数量,差距较为明显。但是从分项比例上看,各审理程序间还是有一定的差异:具体援引的比例随着审级升

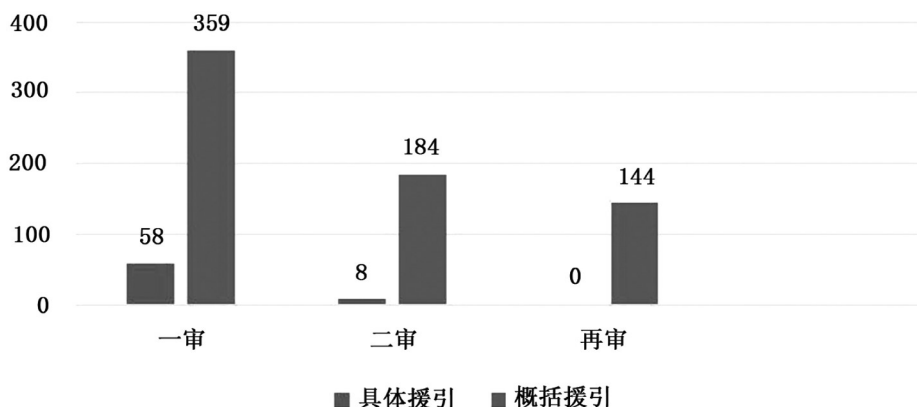


图3 样本案件的审理程序与援引类型分布

高而明显下降。在一审程序中,具体援引的样本数量的比例为14%;在二审程序中,具体援引的样本数量的比例只有4%;而在再审程序中则没有样本采用具体援引的方式进行说理。这样的反差或许能说明一个盖然性的结论:虽然审级越高法官越倾向于援引法律学说进行说理,^⑤但其方式主要是概括式的、不提及姓名的援引。

根据上述量化研究,我们可以对我国裁判文书援引法律学说进行说理的情况作以初步总结。第一,最明显的特点是,援引法律学说进行说理的裁判文书在所有裁判文书总量中所占的比例非常小。第二,在有限的援引法律学说进行说理的裁判文书中,民事裁判文书的占比最高。相比之下,刑事裁判文书在援引法外因素进行说理方面则表现得较为保守。第三,法官所在法院的层级越高(一定程度上表现为审级越高)越倾向于(或者说越敢于)援引法律学说进行说理。上级法院的法官更倾向于概括式援引而非指名道姓的具体援引。由于样本总量和裁判文书所能体现出的信息量有限,这些描述还很初步,很难做到精确的规律性总结,更没有办法进行复杂的归因分析,这是量化研究方法在面对这一问题时的局限性。接下来,我们只能以质性研究方法对其进行平衡和弥补。

(二)对法官的访谈及归因分析

2020年10月1日至11月30日,笔者就司法裁判文书说理风格问题,分三次通过电话访谈了13位一线法官。^⑥访谈方式是开放式访谈与半结构化访谈相结合,主要询问被访人以下问题:在裁判文书说理过程中,除了援引法律、法规、司法解释以外,还援引哪些资源?是否援引过学者的学说进行说理?为什么援引(或者不援引)学者的学说?如何看待法学学说与司法裁判文书说理之间的关系?如何看待法学通说和具体法学观点之间的关系?如果援引学说进行说理,是否会注明出处?制约司法裁判文书说理的制度性因素有哪些(比如领导是否对如何进行裁判文书说理提出过要求)?在裁判文书中进行说理的习惯是如何养成的?再根据受访法官的回答进行一些追问。

全部受访法官都表示,他们没有在裁判文书中援引过法律学说进行说理,这也与我们之前通过对

样本裁判文书进行量化统计后得到的结论相印证。多数法官表示,自己会不同程度地阅读法学学术作品,在遇到疑难案件时,甚至会参照法律学说进行裁判说理,但不会将法律学说明确书写到裁判文书中,最常见的方法是将法律学说转化成自己的话,“不留痕迹”地说理。这是笔者在访谈中获知的法官对于法律学说的主流态度。综合来看,造成这种情况的原因主要包括如下几方面:

首要的原因当然是,在我国《宪法》规定的权力体制下,立法权相对于司法权具有绝对的优越性。《宪法》第五十七条规定:“中华人民共和国全国人民代表大会是最高国家权力机关”;《宪法》第五十八条规定:“全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会行使国家立法权。”因此,在我国的宪法体制下,无论是行政权还是司法权,都是从属于最高权力机关(立法机关)的“次级权力”,这与前述美国的分权结构截然不同,而与法国历史传统中的一元权力体制类似。在这样的权力体制下,司法权必须严格按照立法权设定的架构被行使,司法裁判与说理也必须严格依法进行,法官援引法律以外的资源进行裁判说理必须格外慎重,以免造成对于立法权的僭越,这非常类似于前述法国传统下对“法官造法”的刻意回避。

在笔者访谈到的法官中,虽然没有法官在国家权力运行层面展开反思,但多数法官都承认作为法官“依法裁判”的重要性。他们都认为,在现有体制下,制定法具有至高无上的地位,法官在裁判文书中援引法律学说等“法外资源”进行说理必须受到严格限制。尤其是刑事法官,他们受到“罪刑法定”原则的深刻影响,在裁判文书说理方面表现得非常保守。这也印证了上文的量化统计显示出的援引法律学说的民事裁判文书与援引法律学说的刑事裁判文书在数量方面存在强烈反差。笔者在对具体援引法律学说的裁判文书进行审读的过程中还发现了一个有趣的现象:不少法官在援引梁慧星、王利明的学说进行说理时,都着重强调他们除学者以外的另一个身份——法律、法规制定的参与者。^⑦这些都说明了立法权主导下的我国宪法权力体制,是法官不愿意援引法律学说等“法外资源”进行说理的基础原因。

其次,多数受访法官都表示,他们之所以不援引

法律学说等“法外资源”进行说理,是因为有较强的外部因素制约,包括法院的政策导向、领导的态度等。“不出错”和“避免争议”是现今“压力型”政府模式下,基层公务人员的普遍心态和行为惯习,^⑥作为司法公务人员的法官也概莫能外。这一点也非常类似于前述法国司法体制中,上级法院对下级法院司法裁判文书说理的审查和制约造成基层法官因“怕出错”而不敢进行实质说理的情形。在我国,虽然员额制改革后法官依法独立审案的权能得到了一定保障,但通过访谈我们发现,多数法官还是把自己体制内公务人员的身份放在较高位置,科层化、等级化的行政伦理是他们行为法则最重要的组成部分。有法官也提到了司法改革的另外一个侧面——司法责任制对自己行为的制约,甚至认为有“责任压倒权力”的现象。

有受访者说:“我们也不是专业做(学者)的,也许对学界的观点不是了解得太全面……如果指名道姓地去引,可能会带来不必要的争议……多一事不如少一事。”^⑦这种对“不必要的争议”的回避,在前述最高人民法院司法改革部门关于裁判文书说理问题的论述中可以找到佐证。另外,有受访者指出:“作为一线法官有信访方面的考虑。实务中我们说得越少,可能对于我们而言越安全……(有时可能)说理很充分……但在实务中后续隐患非常大。”^⑧还有受访者指出,现今法院的绩效考评体制并不是很重视裁判文书说理的质量,“领导最在意的是不出错和结案率”。针对裁判文书说理的激励、考评、指引都不多,甚至“最高人民法院(在这方面)的意见对基层(实际)作用不大”。^⑨笔者审读样本裁判文书时也注意到了——一个相关细节:法律学说被具体引用的次数排名靠前的王泽鉴教授是我国台湾地区的学者,如果算上样本筛选时被舍去的存在“重复说理”现象的裁判文书,他的法律学说的总被引次数排名第一。这或许也说明,我国少数法官既希望援引学术权威的观点进行说理,又怕陷入具体争议。

相对于前述外部制约因素,我们可以将造成我国裁判文书不援引法律学说进行说理的最后一类原因归结为“内部制约因素”。它又包括三方面:第一,“案多人少”造成多数法官懒得细致说理。这一点也

是一些学术研究主张的制约我国裁判文书质量提升的重要因素之一。^⑩有受访法官指出:“你让法官一个星期写五个案子的裁判文书,他肯定可以做到(细致说理)。……就是说这种所谓报表、数据啊给他们造成的压力太大了。”^⑪第二,在日常司法审判尤其是基层法院的审判中,并不经常会遇到需要援引法律学说进行说理的疑难案件。多数基层法院的法官面对的案件都属于事实与法律都相对清楚的“简单案件”。对于这些案件,按照“繁简分流”的原则,^⑫法官们没有必要多此一举地援引法律学说来论证说理。这也可以解释前述量化研究的重要发现之一——由于高级别法院通常要面对更为复杂的案件,因此高级别法院的法官援引法律学说等“法外资源”进行说理的情形,在比例上要远远多于基层法院的法官。第三,法律学说的可适用性并不高。在这一点上,我国的情况与美国类似:法学研究有着自己特殊而充足的受众——法学学者、法学研究生等等,且不都以解决具体法律争议为研究目标。法官们对法律学说的接受能力也参差不齐,有些法官对法学著作缺少阅读兴趣。这就造成了法学研究与司法实践彼此忽视的局面。有受访法官向笔者表示,自己所在的法院确实订阅了一些法学专业期刊,但是“看的人很少”。^⑬还有法官在访谈中与笔者半开玩笑地说:“希望你们学者的文章能够更接地气。”^⑭

以上,本文从功能主义视角解释了我国裁判文书很少援引法律学说进行说理的原因。从实证研究方法的科学性角度出发,也许本文作出的解释依然不够全面,未能囊括所有造成这一现象的原因;但是,如本文第一部分从功能主义视角对一些国家的司法裁判说理风格作出解释一样,本部分的目的也在于从功能主义视角对我国裁判文书援引法律学说进行说理的现状和背景作出反思,这是下一步进行规范性构建的基础。

三、法律学说作为系统中介之功能实现

上文分析了不同法律传统之下,裁判文书援引法律学说进行说理的不同功能,尤其对我国裁判文书(不)援引法律学说进行说理的现象进行了评述和解释。但是,这并不意味着,在我国现今情形之下,裁判文书极少援引法律学说进行说理是一种“合理”

的现象,因为在我们看来,在我国,司法裁判说理与法律学说还应该扮演更为积极的角色,在司法系统与公众之间发挥“沟通中介”的功能,这是功能主义视角的另外一个面向,也是前文没有顾及的问题。

(一)我国司法裁判说理的功能目标

在我国,司法裁判说理承担的社会功能究竟是什么?我国司法裁判说理的对象主要是谁?我国的司法裁判说理是应该像德国司法那样采取“法律人本位”,主要面向法律职业共同体进行,还是应该如有学者主张的那样采取“当事人本位”?我国的司法裁判说理是应导向美国式的实质主义说理,多援引法律学说等形式法以外的资源,还是应导向法国式的形式主义、极简主义说理,以保障法律系统的确定性和稳定性为第一目标?方乐教授在他最近的一篇文章中提出,我国司法裁判说理应该“以面向当事人为主兼及面向社会”。他认为,面对日益开放和多元化的社会,简单的司法裁判说理肯定无法满足各方面的需求,因此必须因应司法裁判说理市场的不同情况,采取不同策略的说理方式。在面对简单案件时,说理应该适当简化,仅需向当事人说明判决结果即可;而在面对社会关注度较高的重大、疑难案件时,则需尽可能面向公众详尽说理。^⑥该观点非常具有启发意义,也符合最高人民法院提出的裁判文书说理“繁简分流”的要求,^⑦我们可以沿此方向进一步分析。

中国共产党领导下的司法工作一直将“司法为民”作为首要理念和目标,这是我国司法在功能定位上区别于前述美国、德国、法国司法的最显著特征。无论是就革命根据地时期的司法实践来看,^⑧还是就最近一些年出台的关于司法改革的各项政策而言,“司法为民”都是贯穿我国司法工作的指导思想。习近平总书记的名言“让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义”,今天几乎出现在全国各级司法机关办公场所的醒目位置,是新时代司法工作的方针和指引。这是我们思考中国司法裁判说理的价值和功能的出发点。“司法为民”理念对包括司法裁判说理在内的各种司法行为都提出了明确要求,这就决定了我国司法裁判说理不可能采取德国式的“法律人本位”,也不可能导向法国式的形式主义、极简主义说理,而应像方乐教授所主张的那样,法官在

案件总量中占多数的简单案件中“面向当事人”说理,在重大、疑难案件中则应注重“面向社会”进行系统而全面的说理。

司法裁判说理如何才能体现“司法为民”理念?如何对司法裁判说理的类型作出有效区分?对此,有些人认为,法官在裁判文书中应尽可能使用生活语言、“大白话”。还有人主张,法官应多使用情感性的、道德性的话语进行说理。我们认为,这些对策过于简单、不够全面,不见得适用于所有类型的案件,因为至少在社会关注度较高的重大、疑难案件中,法官的专业性法律推理与公众的认知之间往往存在一定距离,而这些案件如果处理不当,通常又最可能对司法机关在公众中的形象造成负面影响。近年来发生的一些热点案件,比如于欢案、张扣扣案、杨幂案等,都说明法官的专业认知与公众认知之间存在张力。^⑨与此同时,一味追求“社会效果”、法专业化说理而迎合公众情感,也可能会损害法律系统的确定性和稳定性,导致公众情感过度介入司法裁判,有损“司法为民”理念。在我国当今社会,一方面,司法机关总是更直接地面对公众的审视,尤其是在社会关注度较高的重大、疑难案件中,司法机关的裁判受到广泛的关注,承受了非常巨大的压力;另一方面,在这些案件中,在司法机关与社会大众之间似乎总是存在认知鸿沟。这些认知鸿沟能否被恰当的弥合,很大程度上直接影响着司法机关在人民群众中的公信力,间接影响着“司法为民”理念的实现效果。因此,必须审慎对待重大、疑难案件的裁判文书说理,尽量弥合这些认知鸿沟。^⑩

我们认为,理想状态下的“面向当事人兼及面向社会”的司法裁判说理应当体现为:在简单案件中可以简化说理,以提高司法裁判的效率为目标;在重大、疑难案件中,法官尽可能向公众进行详尽化、实质化、理性化、普及化的司法裁判说理,以期兼顾法律效果和社会效果。简单案件的司法裁判说理比较容易理解,后文将主要围绕重大、疑难案件的司法裁判说理进行论述,因为这是理想状态下的法律学说能够发挥积极作用的主要情境。在比较法的意义上,我们也认为,我国的司法裁判说理应当避免以下三种极端情况:第一,应避免完全用非专业化的大众

语言进行说理,因为这样会导致司法判决受到公众舆论和情绪的过度影响,有损司法的稳定性和权威性。第二,应避免德国式的过度专业化的“法律人本位”说理。这种说理方式只能存在于高度精英化、理性化和抽象化的法律传统之中。在中国推行过度专业化的司法裁判说理,存在将公众和当事人排除出说理对象的风险,有违“司法为民”理念。第三,在非简单案件中,应避免法国式的形式主义和极简主义司法裁判说理。这种现象也是我国裁判文书经常被诟病之处,表现为各种形式的“不敢说理”。^⑧其危害在于,导致司法判决越来越缺乏公信力,亦有违“司法为民”理念。

(二)“系统论法学”视野下的法律学说

综上,思考我国裁判文书如何援引法律学说进行说理的问题,其前提是厘清我国司法裁判说理功能目标的主要方面——在重大、疑难案件中,沟通法律专业说理与公众认知,兼顾法律效果与社会效果,最终实现司法为民。在这一目标指引下,司法裁判说理还应受到诸多限制,避免各种极端情况的出现。借鉴“系统论法学”的一些观点,笔者认为,应该将法律学说的理想角色定位为重大、疑难案件发生时沟通法律专业系统与公众认知的“系统中介”,唯有如此,才能在司法裁判说理中为法律学说找到恰当的位置。

“系统论法学”的前提是卢曼的“社会系统论”,它描述并主张,现代社会是一个功能不断分化的体系,由一个个独立且自洽的系统组成。每个系统都可以被理解为一个“独立王国”,拥有自己的语言和价值标准,并可以自我指涉地运行和成长。在现代社会,法律(司法)就是这样一个典型的“自创生”系统。^⑨它以“合法/非法”作为最基本的语言符码,区别于其他系统(比如经济系统的基本语言符码就是“效益多/效益少/无效益”)的同时,也不断地进行着自我创制(表现为持续的法律续造)。一般来说,不同的社会系统之间(在本文语境下就体现为法律专业系统与公众认知之间)非常难以进行直接有效的话语沟通,因为双方都是在使用自己的语言符码进行“内卷化”交流。如果不同的社会系统间沟通不畅,没有办法准确理解彼此的语言信息,那结果就可能

是整个社会的“功能性脱序”,在本文语境下,就表现为司法自说自话,公众对其丧失信任。此时,如果想弥补不同社会系统间的鸿沟,就必须有扮演中介角色的“符码转译者”出现,以促进不同社会系统间的“结构耦合”。^⑩该“符码转译者”必须通晓两个社会系统的语言,在二者之间居中翻译,准确传达彼此的信息。这也是现代社会不同系统能够有序共存的基础。

在“系统论法学”语境之下重新审视我国司法裁判说理的功能定位问题,以及被裁判文书援引的法律学说的功能角色问题,我们主张,今天我国重大、疑难案件的裁判文书,首先绝对不能一公开了之,这样简单的方式没法实现法律与大众话语之间的直接有效沟通;也不能因为怕出错就尽可能回避说理,这种法国式的极简主义说理会让两个社会系统之间的相互理解变得更为困难;也不能采取德国式的过度专业化、学术化的说理方式,这样只会使由法律职业人组成的系统的内部不断内卷循环,而对于更强调向公众有效沟通的我国司法无所助益;也不能为了一味迎合公众而过多使用“大白话”进行不准确说理,这会导致法律系统的独立性被破坏,无法确保其在现代社会扮演的功能性角色有效实现。司法裁判说理的最终落脚点应该是,把寻找恰当的不同社会系统间的“转译者”作为最重要的步骤,这才符合我国司法的功能定位。

本文认为,在某种程度上,法律学说就应该扮演这样一个居中翻译的功能性角色,促进司法裁判说理实质化、理性化、普及化,从而在法律系统与公众认知之间形成有效沟通。^⑪优秀的法律学说通常是法学家们在长期研究、反思的基础上积淀而成的理论,往往针对的是法律规范与事实之间关系不明晰的疑难案件所涉及的一般性理论问题。它一方面立足于万端变化的现实世界,另一方面也着眼于法律系统的融贯性和一致性,是一种比较恰当理想的系统中介。当然,这只是法律学说的一种理想状态。在现实中,法学学者们的关注点各异,研究水平也参差不齐。只有少量的经过反复打磨和时间沉淀的法律学说,才能兼顾法律逻辑和公众感知,承担起沟通不同社会系统的中介角色。它们往往针对的是存在规范争议的法律问题,并能在变化多端的现实世界

中找到其背后的普遍规律,向公众清晰阐明法理逻辑,也向壁垒森严的法律系统反馈生活世界的实践逻辑。因此,它们应该最好是具有普遍意义的学界通说(接近于前述法语语境下的 *la doctrine*),而非任意的学术研究成果(接近于前述美国语境下的 *legal scholarship*)。其语言风格一定是将艰深的专业术语拆解成逻辑清晰的不同方面,并向公众普及。只有这样,法律学说才能实现让更多的人理解和接受,进而沟通不同社会系统的目的。

(三)司法裁判文书援引法律学说进行说理的可能路径

正如张文显教授所言:“在社会情势急剧变化的当代世界,以法理作为断案的依据,已不是法官的‘拾遗补缺’,而是常态化的司法模式。”^⑧本文也主张,以“繁简分流”原则为背景,在重大、疑难案件的裁判文书中援引法律通说进行说理,最理想的功能就是起到在法律语言与公众认知之间进行沟通弥合的作用,在确保法之确定性和稳定性的同时,可以让公众更好地理解法律推理的过程,增强司法公信力。这是贯彻“司法为民”理念的一种理想化状态。在这样的功能目标指引之下,结合前述经验研究所归纳的影响我国裁判文书援引法律学说进行说理的诸种因素,我们认为,我国司法应该从如下几个方面改进司法裁判说理样态,更恰当地援引法律学说。

首先,在不改变我国现行《宪法》规定的权力体制的前提下,应该尽可能摒除影响司法裁判说理实质化的各种外部制度性因素。比如,应该尽量保障法官依法独立审判案件的地位,纠正法官因为“怕出错”而在重大、疑难案件中不敢实质、详尽说理的心态,这样才能真正贯彻“繁简分流”说理的原则,更有助于实现司法与大众之间的有效沟通。司法机关的领导干部在面对信访等外部压力的时候,应切实分清法官负责任、理性化说理与枉法裁判之间的不同,将不该归责于法官的情形及时有效化解,消除法官援引法律学说进行实质化说理的制度性顾虑。与此同时,如果在考评和激励机制方面给予重大、疑难案件的实质化说理以足够重视,将它们与简单案件的说理进行适当区分对待,鼓励法官多学习经典法律学说,并将其运用到重大、疑难案件的实质化说理

中,那将起到更为正面的引导作用。

其次,针对内部制约因素,应进一步优化审判资源配置。在容易出现重大、疑难案件从而有实质化说理要求的领域(比如重大刑事案件)投入更多人力,以保证法官有精力学习法律学说,进行实质化和创造性说理。在这方面,也应尽量避免一刀切式的制度设计,鼓励各级法院根据不同情况进行制度探索。以司法机关向公众详尽沟通疑难案件为目标,应尽可能援引法学通说或者权威观点,尤其是那些对艰深的法学理论进行普及性解释的学术观点,减少法律职业共同体取向的理论探讨式援引。在援引方式上,则应尽可能详尽,这样才能让说理更具体、更有说服力,因此不应排斥“指名道姓”的具体援引。

最后且比较重要的是,司法界与法学界应加强互动、共同努力,摆脱“彼此忽视”的局面。受行政伦理观念的影响,我国的法院系统往往比较重视上级法院和政府机关的态度,而对没有制约作用的法学界的观点较为轻视。^⑨如果能从制度设计上提高法学界对法院系统的影响,那将会有效改变这一局面。比如,定期邀请法学学者对司法质量进行第三方评估、指导,像美国或者德国那样建立法学界和司法界的相互交流制度,吸纳更多法学学者作为人民陪审员在重大、疑难案件中发挥专业说理的优势,等等。与此同时,正如波斯纳在评述美国的司法实践与法学研究之关系时所给出的建议,我国的法学研究也应该更呼应司法实践的要求,而不是仅仅坐而论道地研究“真空”中的法律问题。^⑩如果想让法律学说真正扮演好“系统中介”的角色,那么法学家就应该不断地游走于书斋内外,一方面以逻辑和理论思维顾及法律系统的融贯性和一致性问题,另一方面以实践思维学习并掌握公众话语。唯有建立在这种兼容并蓄的研究路径之上的法律学说,才是“有生命力”的学说。法律学说被裁判文书援引之后,才能真正实现沟通不同社会系统的中介功能,为实现长远意义上的“司法为民”贡献力量。

结语

司法裁判文书是否应当(以及如何)援引法律学说进行说理这一问题,需要被放置于功能主义的视角之下进行回答才更有说服力。在分析了不同政

治、社会背景下的司法裁判说理的不同功能后,本文重点考察了我国裁判文书援引法律学说进行说理的实践样态和背后成因,并希望在此基础上提出兼具理论融贯性和现实可能性的规范性主张。任何一种司法裁判说理风格,都植根于独特的政治、文化土壤,也都发挥着相对独特的社会功能。过往我国司法裁判说理对法律学说的援引受到诸种内外因素的制约,其中有些因素是基础性的,有些因素则对司法裁判说理功能的实现产生了一定阻碍。在“司法为民”理念指引下,法律学说最理想的功能性角色就是在重大、疑难案件发生时扮演法律系统与社会大众认知之间的“沟通中介”。因此,依据“繁简分流”原则,我国裁判文书援引法律学说进行说理的规范性目标,应该是在重大、疑难案件中尽可能地向公众清晰、详实、理性地阐明道理,弥合认知鸿沟,增强司法公信力。过于简化的裁判说理(法国式的司法风格,包括拒绝援引法律学说)和过于法律人本位的理论化援引(德国式的司法风格),都无助于实现这一功能性目标。唯有将我国司法裁判说理的价值目标与实践功效放在一起进行反思,从司法制度设计和法学研究两个方向加以改进,才能形塑司法实践与法学研究之间的良好互动关系,探索出一条裁判文书援引法律学说进行说理的中国式道路。

吉林大学法学院研究生王一鹤、杨晓霞、周启冰参与了本研究的数据搜集与整理工作,王立栋、刘小平、朱振、侯学宾、蔡宏伟、李拥军、刘树德、苗炎等学者在本文写作过程中提供了帮助,作者在此一并表示感谢。

注释:

①参见[英]巴里·尼古拉斯:《罗马法概论》,黄风译,法律出版社2004年版,第35页。

②See Fábio P. Shecaira, Legal Scholarship as a Source of Law, Springer, 2013, p. 2.

③参见《民法典》第十条。相关论述参见杨群、施建辉:《〈民法总则〉“法理”法源规则缺失与实践重建》,《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学)》2019年第3期,第149-157页。

④一般来说,与“软法”概念相对应的“硬法”指具有较强约束力的规范,在我国一般包括法律、法规、司法解释等,它们

在司法裁判中可以作为“强”法源而存在。参见周佑勇:《在软法与硬法之间:裁量基准效力的法理定位》,《法学论坛》2009年第4期,第12-16页。

⑤参见最高人民法院司法改革领导小组办公室编:《〈最高人民法院关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见〉理解与适用》,中国法制出版社2018年版,第207-208页。

⑥金枫梁:《裁判文书援引学说的基本原理与规则建构》,《法学研究》2020年第1期,第190-208页。

⑦参见金枫梁:《裁判文书援引学说的基本原理与规则建构》,《法学研究》2020年第1期,第196、199页。

⑧参见李敏:《论法理与学说的民法法源地位》,《法学》2018年第6期,第99-115页;杨群、施建辉:《〈民法总则〉“法理”法源规则缺失与实践重建》,《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学)》2019年第3期,第149-157页。

⑨参见王立梅:《裁判文书直接引用学者观点的反思》,《法学论坛》2020年第4期,第93-100页。

⑩最高人民法院司法改革领导小组办公室编:《〈最高人民法院关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见〉理解与适用》,中国法制出版社2018年版,第213-214页。

⑪最高人民法院司法改革领导小组办公室编:《〈最高人民法院关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见〉理解与适用》,中国法制出版社2018年版,第214页。

⑫社会学的功能主义理论从早期自然科学中的“有机体”思想中发展而来,旨在对各种社会现象在整体中所扮演的“功能”与“角色”进行分析,通常伴随有“解释”和“归因”等研究路径。历经百余年的发展,也历经了不断的挑战、补充与完善,功能主义依然是今天社会科学研究最基础的理论视角,并深刻影响了法社会学、比较法、法学实证研究等学科领域。参见邓伟志主编:《社会学辞典》,上海辞书出版社2009年版,第69页;[美]罗伯特·K.默顿:《社会理论与社会结构》,唐少杰等译,凤凰出版传媒集团、译林出版社2006年版,第156-157页。

⑬参见[德]K·茨威格特、H.克茨:《比较法总论》,潘汉典、米健、贺卫方、高鸿钧译,法律出版社2003年版,第23-26页。

⑭参见[法]菲利普·热斯塔茨、克里斯托弗·雅曼:《作为一种法律渊源的学说——法国法学的历程》,朱明哲译,中国政法大学出版社2020年版,第5页。

⑮社会科学知识在司法裁判中的运用是学界讨论较多的话题。参见侯猛:《司法中的社会科学判断》,《中国法学》2015年第6期,第42-59页;张剑源:《发现看不见的事实:社会科学知识在司法实践中的运用》,《法学家》2020年第4期,第54-67页;王云清:《司法裁判中的社会科学:渊源、功能与定位》,《法制与社会发展》2016年第6期,第120-131页;[美]约翰·莫纳什、劳伦斯·沃克:《法律中的社会科学》,何美欢等译,法律出版社2007年版。

⑯See D. Neil MacCormick and Robert S. Summers(eds.), Interpreting Statutes: A Comparative Study, Routledge, 2016, pp.

498-499.

①⑦ See D. Neil MacCormick and Robert S. Summers(eds.), *Interpreting Statutes: A Comparative Study*, Routledge, 2016, p. 499.

①⑧ See D. Neil MacCormick and Robert S. Summers(eds.), *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, Routledge, 2016, pp. 437-460.

①⑨ 其在美国联邦法院系统中的地位仅低于联邦最高法院。

②⑩ See Diane P. Wood, "Legal Scholarship for Judges", *The Yale Law Journal*, Vol. 124, No. 7(May, 2015), p. 2606.

②⑪ See David L. Schwartz and Lee Petherbridge, "The Use of Legal Scholarship by the Federal Courts of Appeals: An Empirical Study", *Cornell Law Review*, Vol. 96, No. 6(2011), p. 1359.

②⑫ See Lee Petherbridge and David L. Schwartz, "An Empirical Assessment of the Supreme Court's Use of Legal Scholarship", *Northwestern University Law Review*, Vol. 106, No. 3(2012), p. 998.

②⑬ 例如,著名的加利福尼亚大学伯克利分校法学院就在其网站主页上长时间对该院两位教授的学术观点被联邦最高法院的判决书引用进行宣传,并强调这体现了伯克利分校法学院法学教育和研究的卓越影响力。See Andrew Cohen, "Supreme Influence: Two Professors Cited Recently by Nation's Highest Court", <https://www.law.berkeley.edu/article/supreme-influence-two-professors-cited-recently-by-nations-highest-court>, 2020年6月10日访问。

②⑭ [美]理查德·波斯纳:《各行其是:法学与司法》,苏力、邱遥堃译,中国政法大学出版社2017年版,第4页。

②⑮ 参见[美]理查德·波斯纳:《各行其是:法学与司法》,苏力、邱遥堃译,中国政法大学出版社2017年版,第10、14-16页。

②⑯ See Diane P. Wood, "Legal Scholarship for Judges", *The Yale Law Journal*, Vol. 124, No. 7(May, 2015), pp. 2594-2602. 参见[美]理查德·波斯纳:《各行其是:法学与司法》,苏力、邱遥堃译,中国政法大学出版社2017年版,第5-10页。

②⑰ See David Hricik and Victoria S. Salzmann, "Why There Should Be Fewer Articles Like This One: Law Professors Should Write More for Legal Decision-Makers and Less for Themselves", *Suffolk University Law Review*, Vol. 38,(2005), pp. 761-787.

②⑱ 有德国联邦法院前院长认为,德国法学理论界与实务界的互动在全世界范围内是最为密切的。参见金枫梁:《裁判文书援引学说的基本原理与规则建构》,《法学研究》2020年第1期,第196页。

②⑲ 参见苏永钦:《司法造法几样情——从两大法系的法官造法看两岸的司法行政造法》,载王洪亮等主编:《中德私法研究(17):司法造法与法学方法》,北京大学出版社2018年版,第12-13页。

③⑩ See Hein Kötz, "Scholarship and the Courts: A Comparative Survey", in Clark(ed.), *Comparative and Private International Law: Essays in Honor of John Henry Merryman on His Seventieth Birthday*, Duncker & Humblot, 1990, p. 193.

③⑪ See Hein Kötz, "Scholarship and the Courts: A Comparative Survey", in Clark(ed.), *Comparative and Private International Law: Essays in Honor of John Henry Merryman on His Seventieth Birthday*, Duncker & Humblot, 1990, p. 188.

③⑫ 参见陈林林:《法律方法比较研究——以法律解释为基点的考察》,浙江大学出版社2014年版,第147页。

③⑬ See William Twining et al., "The Role of Academics in the Legal System", in Peter Cane and Mark Tushnet(eds.), *The Oxford Handbook of Legal Studies*, Oxford University Press, 2003, p. 936. 参见方新军:《内在体系外显与民法典体系融贯性的实现》,《中外法学》2017年第3期,第567-589页。

③⑭ 参见张陈果:《德国法学教育的特色与新动向》,《人民法治》2018年第18期,第27-32页。

③⑮ 美国的法学院几乎不面向本国提供学术博士学位(Ph.D)教育,而仅向本国提供专业学位(JD或者LLM)教育。因此在美国,一个人如果想成为知名法学院的教授,除了有法学教育背景以外,一般还得拥有其他学科的学术博士学位,以彰显自身的学术研究能力,而非仅仅具备法律职业技能。这种状况在一定程度上催生了美国法学研究的开放化和社会科学化。

③⑯ 相对于其他欧陆国家,在德国,联邦宪法法院的判决和意见对整个司法系统都有较强的约束力。参见苏永钦:《司法造法几样情——从两大法系的法官造法看两岸的司法行政造法》,载王洪亮等主编:《中德私法研究(17):司法造法与法学方法》,北京大学出版社2018年版,第8页。

③⑰ 参见陈林林:《法律方法比较研究——以法律解释为基点的考察》,浙江大学出版社2014年版,第153-154、162页。

③⑱ 参见陈林林:《法律方法比较研究——以法律解释为基点的考察》,浙江大学出版社2014年版,第148页。

③⑲ 作为一个人类学和社会学概念,“内卷化”一般指,在有限的资源和环境中,不断投入过多的人力和物力,从而造成边际效应递减,经济、社会等无法向前发展。在今天,它也被用来描述一些不断自我繁殖、自我指涉,从而很难向外发展和扩张的各种社会系统。笔者认为,“内卷化”很适合被用来描述法教义学传统下德国法学界和司法界的状况。

④⑩ See Michel Troper, Christophe Grzegorzczak, and Jean-Louis Gardies, "Statutory Interpretation in France", in D. Neil MacCormick and Robert S. Summers(eds.), *Interpreting Statutes: A Comparative Study*, Routledge, 2016, p. 172.

④⑪ 参见[法]菲利普·热斯塔茨、克里斯托弗·雅曼:《作为一种法律渊源的学说——法国法学的历程》,朱明哲译,中国政法大学出版社2020年版,第5-6页。

⑫检索结果参见 https://www.legifrance.gouv.fr/search/code?tab_selection=code&searchField=ALL&query=doctrine&page=1&init=true, 2020年11月6日访问。

⑬其中,法国最高法院公开案例88个,案例及裁判文书列表参见 https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/, 2020年11月7日访问;法国最高行政法院公开案例276个,参见法国最高行政法院裁判案例公开平台 <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses-arianeweb2>, 2020年11月7日访问。

⑭参见[德]K.茨威格特、H.克茨:《比较法总论》,潘汉典、米健、贺卫方、高鸿钧译,法律出版社2003年版,第108-109页。

⑮参见[德]K.茨威格特、H.克茨:《比较法总论》,潘汉典、米健、贺卫方、高鸿钧译,法律出版社2003年版,第111页。

⑯参见杨帆:《在“凯撒”与“公民”之间——法国违宪审查制度演进的政治思想动因》,载《人大法律评论》编辑委员会组编:《人大法律评论》2016年卷第2辑·总第21辑,第468-473页。

⑰Michel Troper, 《Séparation des pouvoirs》, Dictionnaire Montesquieu, <http://dictionnaire-montesquieu.ens-lyon.fr/fr/article/1376427308/fr/>, 2020年12月5日访问。

⑱See Michel Troper, Christophe Grzegorzczak, and Jean-Louis Gardies, “Statutory Interpretation in France”, in D. Neil MacCormick and Robert S. Summers(eds.), *Interpreting Statutes: A Comparative Study*, Routledge, 2016, p. 185.

⑲参见陈林林:《法律方法比较研究——以法律解释为基点的考察》,浙江大学出版社2014年版,第110页。

⑳2019年3月颁布的法国司法改革修正法案对此进行了明确规定,详见该法第33条:https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/article_jo/JORFARTI000038261761?r=EzstTnOAR, 2020年11月15日访问。关于法国此项立法的实践缘由,参见王禄生:《司法大数据应用的法理冲突与价值平衡——从法国司法大数据禁令展开》,《比较法研究》2020年第2期,第133-146页。

㉑这种观点早期见于惹尼的作品中,并对后世的法国法学研究产生了较大影响,参见François Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, A. Chevalier-Marescq, 1899, p. 189.

㉒See Deborah J. Merritt and Melanie Putnam, “Judges and Scholars: Do Courts and Scholarly Journals Cite the Same Law Review Articles”, *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 71, Issue 3 (1996), pp. 871-908. 参见彭中礼:《论法律学说的司法运用》,《中国社会科学》2020年第4期,第103页。

㉓参见长安大学中国人文社会科学评价研究中心:《中国哲学社会科学最有影响力学者排行榜:基于中文学术成果的评价(2020版)》,载微信公众号“经管之家”,2020年10月14日。

㉔需要说明的是,有同类型研究通过检索得到有效样本268份(参见彭中礼:《论法律学说的司法运用》,《中国社会科学

学》2020年第4期,第103页),与本研究有一定数量差异。这主要由如下原因造成:第一,本研究采取相对宽泛的视角,搜集了大量“概括式援引”的裁判文书作为样本,因为我们认为“概括式援引”也是司法裁判说理援引法律学说的一种重要方式。至于认定“概括式援引”的标准,我们认为,只有当裁判文书实质说明了法律学说的内容(哪怕只是一句话)时,才算合格的援引。第二,本研究并未将国外或者历史上的学者的姓名作为检索关键词。第三,本研究排除了大量“重复说理”的裁判文书。比如,有裁判文书引用王泽鉴教授的理论进行说理,但是同一法院的同一法官在不同的裁判文书中反复“复制粘贴”相同内容。这些裁判文书除了当事人姓名不同以外,其他内容均相同,疑似由集体诉讼拆分而成的个案。面对这种情况,为了加强统计的实质性,我们通常只保留一份裁判文书作为有效样本。其中第一项原因使得本研究比彭中礼的研究多出很多有效样本,后两项原因又使得本研究相对减少了一定数量的样本。综合比较,说明本研究搜集到的“概括式援引”的裁判文书的样本数量要远多于同类型研究,且在总有效样本中占据了很大比例。总之,无论是本研究检索到的777份样本,还是相关研究检索到的268份样本,其在已公开的裁判文书总量中所占的比例可以说都是微乎其微的。

㉕参见《中国裁判文书网文书总量突破1亿篇》, http://www.xinhuanet.com/legal/2020-09/02/c_1126444909.htm, 2020年11月10日访问。

㉖我国裁判文书援引《宪法》的情况参见邢斌文:《法院如何援用宪法——以齐案批复废止后的司法实践为中心》,《中国法律评论》2015年第1期,第127-157页;我国裁判文书援引党内法规进行说理的情况参见Fan Yang, “The Role of CPC Regulations in Chinese Judicial Decisions: An Empirical Study Based on Published Judgments”, *The China Review*, Vol. 19, No. 2(May, 2019), pp. 69-97.

㉗这一比例系根据员额制改革后公布的初步数据计算得出,参见《最高法司改办主任胡仕浩:回归办案本位充实一线力量》,《人民日报》2017年1月11日,第17版。

㉘由于笔者没有找到关于我国中级法院和基层法院平均办案量的权威数据,因此很遗憾没有进行具体比重的计算。

㉙例如,广东省深圳市中级人民法院(2016)粤03民终字10481号民事判决书的说理部分就出现了“台湾学者王泽鉴在其所著《侵权行为》(北京大学出版社,2009年版,第173页),论述台湾地区如何认定侵害债权行为时,认为……”这样的表述。

㉚参见杨贝:《裁判文书说理的量化评价——以2017年北京市判决书论证质量调查为例》,《中国应用法学》2018年第2期,第20-24页。See Zhuang Liu, “Does Reason Writing Reduce Decision Bias? Experimental Evidence from Judges in China”, *Journal of Legal Studies*, Vol. 47, No. 1(Jan., 2018), pp. 83-118.

㉛有研究发现,裁判文书中引用自然科学或者社会科学

观点进行说理,几乎都是为了解决事实问题。参见张剑源:《发现看不见的事实:社会科学知识在司法实践中的运用》,《法学家》2020年第4期,第54-67页。

②由于不具备统计学意义,极少数执行和保全的案例样本并没有被计算在内。

③在我国,虽然审级与法院层级并不完全对应,但是审级越高法院层级越高是普遍规律。

④访谈对象主要来自笔者过往讲授培训课程的授课对象,也包括笔者熟悉的法官,再以社会科学研究中“滚雪球”的方式扩展对象来源。选取访谈对象时也同时注意访谈对象的地域、所在审判庭和法院层级——他们来自6个城市的7家法院:1人来自高级人民法院,5人来自中级人民法院,7人来自基层人民法院;5人来自民事审判庭,5人来自刑事审判庭,3人来自行政审判庭及执行部门;7人有在不同性质审判庭轮岗的经验。选取的过程,笔者也参考了波斯纳法官的相关研究,他在《各行其是:法学与司法》一书的写作过程中,也访谈了13位不同类型的法官。参见[美]理查德·波斯纳:《各行其是:法学与司法》,苏力、邱遥堃译,中国政法大学出版社2017年版,第12页。

⑤例如,贵州省兴义市人民法院(2019)黔2301民初字第5913号民事判决书的说理部分就出现了这样的表述:“我国《合同法》起草者之一梁慧星先生对《合同法》第五十一条规定解释说……”

⑥参见冉冉:《“压力型体制”下的政治激励与地方环境治理》,《经济社会体制比较》2013年第3期,第111-118页;欧阳静:《压力型体制与乡镇的策略主义逻辑》,《经济社会体制比较》2011年第3期,第116-122页。

⑦访谈编号1129-1166,受访者为基层人民法院民事审判庭法官。

⑧访谈编号1129-7311,受访者为基层人民法院民事审判庭法官。

⑨访谈编号1003-0682,受访者为基层人民法院刑事审判庭法官。

⑩参见左卫民:《“诉讼爆炸”的中国应对:基于W区法院近三十年审判实践的实证分析》,《中国法学》2018年第4期,第238-260页。

⑪访谈编号1130-0836,受访者为基层人民法院刑事审判庭法官。

⑫2015年2月颁布的《最高人民法院关于全面深化人民法院改革的意见——人民法院第四个五年改革纲要(2014-2018)》就裁判文书说理明确提出了繁简分流的要求:对于重大、疑难、复杂的案件要尽量详细说理;对于简单案件,则以简化说理方式、提高司法效率为目标。

⑬访谈编号1001-1148,受访者为中级人民法院民事审判庭法官。

⑭访谈编号1003-6076,受访者为基层人民法院民事审判庭法官。

⑮参见方乐:《司法说理的市场结构与模式选择——从判决书的写作切入》,《法学》2020年第3期,第163-181页。

⑯参见《最高人民法院关于全面深化人民法院改革的意见——人民法院第四个五年改革纲要(2014-2018)》第34条, <http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-13520.html>, 2021年2月14日访问。

⑰参见侯欣一:《从司法为民到大众司法——陕甘宁边区大众化司法制度研究(1937-1949)》,生活·读书·新知三联书店2020年版,第1-38页。

⑱在2017年的“于欢案”中,司法机关面向公众说理并不及时,落后于媒体对案件的报道速度。又由于公众掌握的法律知识与专业的法律操作之间存在鸿沟,因此该案引起了极大的争议,甚至危及司法公信力。为了在未来司法中确立“法律效果”与“社会效果”相统一的原则,该案的二审判决被最高人民法院确定为指导性案例。而该案的二审判决与一审判决最大的差异就在于,二审判决中多了很多细致详尽的实质化说理。在2019年引起公众高度关注的“张扣扣案”中,被告人的辩护律师在一审期间将自己的辩护词在网络上公布,试图以生动的修辞来唤起公众的情感共鸣。许多公众对此表示了赞许,但有知名法学教授从专业角度提出了严厉的批评,主张法律人应该追求“工匠精神”,而不应向公众推销“伦理感染力”。关于该案的后续争论同样引人注目。最后一个相关案件是发生在同年的“杨幂名誉被侵权案”。由于涉案的一方是知名娱乐明星,该案的庭审直播引发了广泛关注。本应面向公众说理的司法公开引起了公众的各种情绪化举动:有些“粉丝”为了维护自己的偶像,甚至对国家司法机关进行言语攻击;有些“黑粉”的行为却让当事法官在娱乐的意义上“圈粉无数”。

⑲参见周赞:《疑难案件裁判中要注重说理》,《法制日报》2013年6月5日,第10版。

⑳参见姜树政:《裁判文书说理要克服“不好说、说不好、不说好”》,《人民法院报》2015年1月21日,第5版。

㉑参见陆宇峰:《“自创生”系统论法学:一种理解现代法律的新思路》,《政法论坛》2014年第4期,第154-171页。

㉒参见陆宇峰:《社会理论法学:定位、功能与前景》,《清华法学》2017年第2期,第101-105页。

㉓参见李忠夏:《宪法教义学反思:一个社会系统理论的视角》,《法学研究》2015年第6期,第3-22页。

㉔张文显:《法理:法理学的中心主题和法学的共同关注》,《清华法学》2017年第4期,第27页。

㉕See Xin He and Kwai Hang Ng, “‘It Must Be Rock Strong!’ Guanxi’s Impact on Judicial Decision Making in China”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 65, Issue 4(Dec., 2017), pp. 841-871.

㉖参见[美]理查德·波斯纳:《各行其是:法学与司法》,苏力、邱遥堃译,中国政法大学出版社2017年版,第224页。