

# 判决书“附带”： 以中国基层司法“法官后语”实践为主线

刘 星\*

**内容提要** 判决书“附带”，尤其是中国基层司法实践中的“法官后语”，折射了关于判决书定义、功能，及法官角色和更宏大的司法的理论复杂，需深入辨析。而历史化地理解问题，并引入微观司法需求互动和宏观社会需求互动的概念，可深入洞察其关键，并获得关于判决书“附带”至司法等系列问题的“社会约定”的思考路径。由此推进，重视并积极回应被司法者和广泛司法关注者对司法的愿景，符合司法政治学的正当性理念，亦对中国现代正规司法建设有益。

**关键词** 附带 法官后语 需求互动 社会约定

## 一、问题和思路

对判决书“附带”，历来存争论；而作为或许称为“新事物”的中国“法官后语”，刺激并拓展了其争论空间。<sup>①</sup> 现代司法理念，及以“群众路线”、“审判为民”、“解决问题”等为关键词的政法司法理念，是目前审判实践的主要思想背景。在此背景下，相关争论变得更富吸引力且有建设性。当正规的法律教育不断展开，职业法律人的数量不断增加，尤其是司法群体日益专业化，而中国继续处于转型时期，尤其是被司法者及广大司法关注者继续以自己的意愿、设想，包括憧憬，来面对司法，争论只能且必须存在和深入。

现有争论已富有启发。相关学术探讨，涉及了判决书“附带”的多样性，如西方国家的“法官异议”、中国古代的“判劝结合”、当代中国的“法条附设”和“权利告知”（告知申请执行权等），甚至“法官不同意见”，另有“法官后语”；此外，涉及了“附带”产生的缘由、其本身可能的意义，并涉及了更广泛的判决书功能、法官角色定位等问题。<sup>②</sup> 现有争论，增进了人们对判决书“附带”，尤其是“法官后语”的理解，亦为中国司法实践提供了参考和智识。

但现有争论表现了不足，需要且可能继续深入。第一，在考察“附带”产生的缘由及“附带”的意义时，这些争论，未涉及司法者认为和被司法者需求之间微观互动的辩证关系，尤其未觉察被司法者如何尝试定义司法，即提出“司法应怎样”，如司法除理性裁判外还应表现协调、关爱等，而这种尝试或提出

\* 中国政法大学教授，博士生导师。本文为“中国政法大学校级人文社会科学研究项目资助”，编号 09ZFG82006；亦为司法部 2005 年法治建设与法学理论研究部级科研项目重点项目“司法方法与司法公正”（05SFB1002）成果。

① “法官后语”如何在当代中国法院开始、发展，参见周道鸾：《情与法的交融——裁判文书改革的新的尝试》，载《法律适用》2002 年第 7 期，第 32 页。

② 关于“法条附设”和“权利告知”，姜慧军：《余姚法院民事裁判文书出彩：“法官后语”、“法条原文”让当事人明理明法》，载《法制日报》2002 年 11 月 3 日，第 10 版。关于“法官不同意见”，孙笑侠、褚国建：《判决的权威与意义——论法官“不同意见书”制度》，载《中国法学》2009 年第 5 期，第 162 - 171 页；张泽涛：《判决书公布少数意见之利弊及其规范》，载《中国法学》2006 年第 2 期，第 184 - 193 页；万方：《当合议庭少数意见公布制度》，载《法律适用》2005 年第 10 期，第 68 - 70 页；邓鹏飞：《刑事裁判法官反对意见研究》（硕士论文，2009 年），载《中国优秀硕士学位论文全文数据库》，第 8 - 25 页。关于西方国家的“法官异议”、中国古代的“判劝结合”、中国当代“法官后语”并涉及判决书功能和法官角色的学术文献，见后文注释。

意味着,“司法”本身,或许不应由司法者及法学家单边定义。<sup>③</sup> 第二,虽然涉及了判决书“附带”的多样性,甚至丰富了其历史故事,但这些争论,常假定判决书“附带”——首先是判决书——本质主义的定义,即不知不觉预设了判决书及其“附带”本身即如何,大体未发觉其中“历史化理解、定义”的重要;而“历史化”意味着,判决书及其“附带”,首先是在历史变迁中调整自己的定义,并不遵从本质主义的人为定义。第三,尽管涉及了判决书功能,但这些争论,类似地预设了判决书功能只能怎样,而未深入(尽管少许)考虑其多样,特别是心系、抚慰被司法者,及与被司法者形成相互理解的局面等方面的丰富性,进一步,未深入觉察各类阅读者对判决书功能形成的广泛社会化愿景。第四,在法官角色理论上,这些争论,通常未深入考察(仅偶尔触及)法官角色扮演和其他社会角色扮演之间互动的可能性,特别是其中暗含的互助机制,而是如预设判决书及其“附带”本质上即如何一样,预设了一种“法官角色定型化”的概念——其仅为理性裁判的“人物”;如此,限制了法官角色理论的理解空间,及其中隐含的社会需求问题,进而限制了关于判决书及其“附带”的更富想象力的理解空间。

本文尝试推进争论。

但首先要提到,尝试推进,不在于就判决书及其“附带”、判决书功能、法官角色等问题而言,本文试图论证一切是历史滑动的,没有大体一致的关于定义或限定的社会理解,这种论证,对法律问题通常没有意义。其实,本文标题写出判决书“附带”,本身已意味着,认同某种关于判决书及其“附带”的定义或限定,如当代的一般理解。尝试推进,是期待切开复杂的历史、现实层面,在变迁和各种互动关系的背景中,分析某个对象,如关于判决书及其“附带”的一个现有概念,如何具有自己的边界,进一步,认识此边界可能带来的局限,从而分析新的概念理解如何可能益于实践。这意味着,可能的真实及建设性方案在于概念和实践之间的互动。

其次要提到,本文以中国基层司法“法官后语”为主线,是因为,“法官后语”不仅引起了广泛争论,具有实践的生命力,以后可能继续演进,更重要的,其在今天形成了一个深入洞察宏大司法问题的适恰窗口。一方面,其属“附设”,不与判决书裁判内容一体,<sup>④</sup>此表明在撰写并交付被司法者时,司法者已尊重当下关于判决书的专业化职业化的理性观念,并不试图、也不大可能冲破现代司法关于判决书已形成的行业传统。<sup>⑤</sup> 而对中国现有正规化司法事业发展的尊重,乃至整体意义的坚守,在今天显得日益重要;卷入全球化并进入城市化旅程的当代中国,已不可能回避现代司法正规化的意义和召唤。另一方面,其常推出乃至适时变化,甚至不断丰富,<sup>⑥</sup>表明司法者已意识并参与到现代司法理念和复杂的当代中国审判需求的相互纠结过程中,进一步,表明运用某种方式以调整司法策略亦为应有之义。而让司法发挥真实有益的作用,不拘泥于正规司法的想象,且通过解决现实问题使被司法者或广泛司法关注者获得欣慰,进而赢得其认同和支持,亦为中国司法职业得以发展的前提条件。“法官后语”实践,反映了上述两个方面的复杂关联,并展现了中国基层司法者对两者的平衡把握意识。之中,透露的一个信息,则是一般司法理论的“教义”和另类司法实践的“自在”,即自我生发及自我强化的“自在”,其间究竟存在何种辩证的博弈关系,而这种关系,又包含了何种深意?

以中国基层司法“法官后语”为本文写作主线,另外的理由在于,相对其他“附带”,如“法条附设”、

③ 有学者已提出,定义司法时,应注意被司法者视角。参见苏力:《司法制度的合成理论》,载《清华法学》2007年第1期,第11-18页;刘星:《走向什么司法模行——“宋鱼水经验”的理论分析》,载《法律和社会科学》(第二卷),法律出版社2007年版,第98-99页。

④ 上海市第二中级人民法院研究室:《裁判文书附设“法官后语”的思考:我国裁判文书格式和风格的延续与创新》,载《法律适用》2002年第7期,第30页。偶尔内置的例子,参见建法、张璐:《“法官后语”令判决书温情脉脉》,载《南京日报》2005年9月20日,第B04版。

⑤ 当然另因最高人民法院现规定判决书写作格式。参见最高人民法院:《最高人民法院关于试行法院诉讼文书样式的通知》(法发[1992]18号)。根据通知,1992年6月20日,最高人民法院办公厅下发《法院诉讼文书样式(试行)》。

⑥ 晚近法院尝试推进实践的例子,参见施莺、顾建兵:《南通中院首推“法官寄语”:让裁判文书更具人情味》,载《南通日报》2010年5月25日,第A03版,其中提到,法院要求试行“法官后语”制度;另见杨宝杰:《新沂“法官寄语”感动失足少年》,载《人民法院报》2008年7月8日,第2版。

“权利告知”,包括“法官不同意见”,其内容和意向更多面,也由此更侧重了“伦理教化”、“善劝提议”、“情感渲染”等心灵调动对理性裁判的协调意义,展现了与判决书主体部分更丰富的互动关联,即司法文书应展现更丰富的公共治理及社会关爱的内容,以延伸理性裁判的适应能力与亲和能量。<sup>⑦</sup>从当代学术谱系看,其不仅推进了实用主义法学的现实效果的理念,即强调问题的解决,<sup>⑧</sup>而且——此更重要——凸现了法律与文学的情怀融合的姿态,即不仅重叙事内容,也重叙事形式(文学化的感染),以后者推动前者。<sup>⑨</sup>以往研究争论的焦点之一亦在此。而恰是这一协调意义,及更丰富的互动关联,或许可引发对判决书功能、法官角色乃至更宏大的何为司法的广泛深入反思。显然,对中国基层法官而言,无人不知,教化是伦理书籍及伦理工作者的任务,善劝是普教读物及社会工作者的任务,打动是文艺作品及文艺工作者的任务。但其撰写的“法官后语”为何还会“节外生枝”?其为何还会“客串他角儿”?更重要的,其中有些法官似乎认为,司法文本及法官职责本身不应自我局限,文本及职责的内在要求本身即应展示丰富性。同样明显的,他们知道,运用法律及理性地判断纠纷是判决书的目标,法官的职责首先在于裁判,延续至今,正式制度及法律教育,亦在不断强化这种观念及秉承。他们亦明白,运用经验并实用地理解纠纷是司法文书的另一目标,法官的任务其次在于化解;延续至今,社会压力、“案结事了”的要求,及能动司法的概念宣扬和制度倡导,<sup>⑩</sup>同时在继续催促这种意识及惯习。但为何在相当一些“法官后语”中,特别是认真、充满情感且措辞用心的,可读出中国基层法官对司法文本多重功能发挥,及法官多重角色担当的自觉认同?<sup>⑪</sup>在此,一个深入学理问题显然需认真对待:在理性司法和实用司法之外,是否存在同样魅力的路标?

本文讨论将尽力附着在经验材料上展开。所以贴近经验材料,因为,单纯理论分析易遗漏、遮蔽、压抑、抹煞材料本身的信息丰富,无形中易阻碍未来讨论的思考张力。而贴近经验材料,另意味着,以往研究虽然注意了经验样本,常以经验材料为开始,但其总易概括言之,未细致分辨,且总易疏忽“法官后语”样本与其他经验材料(即社会各种生活现实)的关系。而在各种经验材料的关系中,或许孕育了新的理论分析的可能。但本文不意在实证研究,如调查、统计、分类,或试图挖掘新的材料,以证明实然命题。这些当然重要,亦可拓展理论分析的背景视野,然而原有资料已需深入、重新理解,在我看,已具备理论提升的可能性。就此言,本文使用的经验材料大体已被他人使用。对经验材料的新理解,及从中展开理论推进,是本文意欲突破所在。

本文基本观点是,判决书“附带”,不免需面对司法者和被司法者包括广泛的司法关注者的相互博弈,更重要的,相互理解及合作(主要指司法者一方自觉),而“法官后语”可成为范例,之中我们需觉察判决书“附带”无法人为地被束缚,亦无需如此。从这出发,本文认为,判决书存在通常理解的模式,但这种模式,是由一定历史时期的社会约定而成,非本质化的概念,从社会约定的角度宽容判决书特别是“附带”的模式,远比特定精英群体“顶层设计”来得更有益。进一步,本文主张,社会约定的概念,使判决书“附带”、判决书功能和法官角色等理论需在微观司法语境的需求互动和宏观社会语境的需求互动的考量中,不断修正、推进;以此为要,需深入思考、辨析并认真对待被司法者和社会中广泛的司法关注者的期待,以开启司法过程“社会契约式”正当性的理论反省,而这些,又提示从新的角度挖掘司法政治

⑦ 关于“法官后语”促进司法的亲合力,有学者已提到,参见前引①,另见玉梅:《试论“法官后语”》,载《广西政法管理干部学院学报》2005年第6期,第69-70页。

⑧ 此理念,参阅 Richard A. Posner, “What Has Pragmatism to Offer Law”, *Pragmatism in Law and Society*, ed. Michael Brint and William Weaver, Boulder: Westview Press, Inc., 1991, pp. 35, 265-267。

⑨ 关于法律与文学的这一思想,参见 Gary Minda, “Law and Literature at the Century’s End”, 9 *Cardozo Studies in Law and Literature* 245 (1997), pp. 246-248。

⑩ 参见公丕祥:《能动司法与社会公信:人民法官司法方法的时代选择——“陈燕萍工作法”的理论思考》,载《法律适用》2010年第4期,第2-6页。

⑪ 这有可能被认为是素质低下。但要注意,撰写“法官后语”的法官,其判决书主体部分通常被称道,体现了较好现代司法专业能力。见后文。

学的问题理解。

## 二、“法官后语”如何作为“附带”

目前看,“法官后语”样本十分丰富,但主要侧重三类。第一类用伦理内容支持法律内容,以使伦理理解支撑法律理解。第二类用伦理内容补充法律内容,在法律内容无法或难以触及的地方,让伦理内容发挥功能。第三类则通过富情感、文学化的叙述,给予慰藉,并使法律内容经生动而获得亲近。<sup>⑫</sup>

关于一桩遗弃老人的刑事自诉案,云南昆明市官渡区法院在裁定书后面“附注”写道:

人人都要经历生老病死,谁不喜欢年轻,谁愿意承受岁月无情的变迁?赡养父母,天经地义。即将成为老人的你,同样需要子女的赡养,相信老人所需要的不仅是几十元钱、几十斤大米,更需要的是儿女的一声呼唤、一句慰语、一个关怀。望善待古稀老人的殷殷期盼,扶老以颐享天年。<sup>⑬</sup>

这段“后语”可分属第一类。其显然意在陈述素朴的伦常义理,从亲情、生命延续和情感需要的角度,增加法律裁定正文对案件被告人的效果,将法律理解续展为道德理解。换言之,在法院看,裁定书的效力不容置疑,但裁定书负载的社会内涵同样重要,通过“后语”,即附带的书面文字表达,将此内涵清晰传递是不容忽视的。可觉察,法律裁判正式内容对被司法者的道德思想和预期会产生影响,也可能唤醒被司法者的伦理自觉,但这有时可能较有限,通常亦微弱;如果法院希望在影响和唤醒方面增加可能性,“后语”的撰写,势必成为一个较佳选择。因为,裁判书的正式行文,要求准确、直接,以法律叙述行规要求的方式表达国家强制的意志,从阅读吸引力的层面看,其自然不能和委婉倾吐的“后语”相提并论,即对被司法者而言,前者的阅读激励成本明显高于后者。

同样可分属第一类的样本还有一些,如“父母的养育之情是一份沉甸甸的恩情,是我们穷尽一生也难以偿还的恩情”;<sup>⑭</sup>“婚姻大事理应三思而行,慎重为之,切莫草率行事,遗憾终生”。<sup>⑮</sup>

关于第二类样本,可注意河南洛阳市涧西区法院撰写的一段“法官后语”。其写道:

原告少年丧父,被告中年丧偶,实为人间悲剧。本案双方当事人因此而遭遇的不幸是令人同情的,但又为继承死者遗产而引发纠纷,使本来就已受到伤害的心灵雪上加霜,甚感遗憾!法律虽然可以公正地处理当事人之间的继承纠纷,但金钱毕竟无法代替亲情。死者已去矣,余者尚生存,亲者为死者之财而起纷争,死者在九泉之下能瞑目乎?愿双方摒弃前嫌,互敬互爱,重修亲情。求家和万事兴,不亦乐哉!<sup>⑯</sup>

这段“法官后语”,主旨在于调动与法律内容有别的被司法者的伦理自觉。可理解,任何财产继承纠纷总夹杂着亲情毁损,法律能裁断这种财产的归属,但常无法也无意调整此时亲情的格局,因为,对感情的法律治理成本之高难以想象,更重要的,其可能根本无法治理。当然能指出,对法官而言,财产的解决已足够,但法官尝试在亲情失败中弥补修复,亦可视为接近情理,毕竟亲情失败对财产少分一方更是无情打击,对多分一方亦未必全无感伤,此时,伦理关怀一般不会被视作画蛇添足。而从社会心理学角度看,当事者常不排斥“官”角色自上而下表达的伦理劝解。<sup>⑰</sup>此外,法官以非正式方式表达伦理意见,正因为非正式,故对社会法律秩序运作没有明显的成本增加。进一步,其对财产解决也有补益,因为,伦理自觉或唤醒进而情感的变动,可减弱财产争夺的重视程度,能使当事者较坦然面对财产的法律再分配,尽管,其与法律再分配没有理解上的逻辑递进。

<sup>⑫</sup> 有些文献提到“法官后语”可具有的功能分类,但与本文不同。参见前引④,上海市第二中级人民法院研究室文,第31页,另见前引⑦,玉梅文,第68—69页。

<sup>⑬</sup> 茶莹、方雪:《官渡裁判文书更具亲和力》,载《人民法院报》2003年1月31日,第2版。

<sup>⑭</sup> 前引⑥,施莺、顾建兵文。

<sup>⑮</sup> 刘成友:《“法官寄语”为判决书增添温情》,载《人民日报》2005年5月12日,第14版。

<sup>⑯</sup> 程红根、吴迎峰:《“温情判决”让一家人冰释前嫌》,载《新华每日电讯》2002年10月10日,第3版。

<sup>⑰</sup> [美]戴维·迈尔斯:《社会心理学》(第8版),侯玉波、乐国安、张智勇译,人民邮电出版社2009年版,第183—184页。

类似样本可见上海市第二中级法院张铮法官撰写的一段“后语”：“金钱无法替代感情，摒弃前嫌、真诚以待、重修亲情是本案当事人及原告其他子女今后应深思的问题……”<sup>⑮</sup>

再看第三类样本。陕西同川市耀县法院在一份不准离婚的判决书后面附语：

十年修得同船渡，百年修得共枕眠。风雨同舟二十载，苦尽甘来待发展。你二人已逾不惑之年，上有古稀老人殷殷期待，下有未成家儿女翘首以盼。扶老颐享天年，携幼走好人生关键几步，实为你们二人当前之要务……奉劝二位重修于好……举案齐眉……<sup>⑯</sup>

这段“后语”，文字合辙押韵、古诗活用，且尽力表达感染之意，显然充满了文学修辞策略。离婚，包括广泛的亲情纠纷，无论从当事者还是远近相关者看，均需心灵的感动抚慰，而文学化修辞的调遣，是推进感动抚慰的有效手段。此外，判决仅是说明为何不能离婚的法律根据和最后决断，但现实结果，常是当事者对判决产生陌生感、疏远甚至抗拒。<sup>⑰</sup>即使法官尽力表达人情伦常之心，当事者也需逐步进入“情绪波澜”。在此，如何接受人情伦常，进而理解法律判决之用心，便需借助感染生动的话语吸引。一般看，人们最不抗拒的就是具备文学元素的“感染打动”，而通向心灵抚慰的最佳途径，正是文学化的“情真意切”。<sup>⑱</sup>当然，判决书可不在意当事者是否接受、心领意甘，判决书的强制特点也在如此提示，但判决若能被接受且发自内心，为何要拒绝司法成本的减负？而文学修辞策略的启动，于此便具有了重要性。

第三类样本的例子，又可见山东日照市东港区法院在一份少年犯罪判决书后附语：“小鹏，阿姨知道，你是个好孩子……风雨过后是彩虹……从哪儿跌倒就从哪儿爬起来，相信路就在自己脚下，命运掌握在自己手中……”<sup>⑲</sup>

其实，第三类“后语”模式更具广泛的潜伏性。因为，任何“后语”如欲发挥作用，均需注意文学化的修辞策略，或缓缓道来以逐步吸引，或句句深情以渐次征服。通常看，“法官后语”实践不断展开及总被当事人接受，<sup>⑳</sup>文学化修辞的运用为重要因素。一位普通市民曾说：不要小看短短几句话，其将促使法官不断学习，努力写出更震撼当事人心灵的优秀文字；当事人读到真正令其信服且生动的法官后语，恐一辈子不会、不敢忘记。<sup>㉑</sup>

### 三、为何“附带”

作为判决书“附带”，“法官后语”当然备受批评。反对意见包含若干思路。

择其要者，其一，主张判决书具有权威性和法律效力，而判决书固定格式的要求亦表明权威性和法律效力是判决书的唯一诉求。另判决书经严格的法律推理和论证，已体现社会正义和公正。故“法官后语”会冲淡判决书的权威性，并减弱法律效力的社会感受。<sup>㉒</sup>更可疑的，在于“法官后语”可能流露与法律张扬的伦理观念相悖的伦理思绪，当社会伦理有时体现多元化时尤其如此，而判决书，通过法律论证，无疑正运送法律张扬或社会认同的主流道德理念，已将情、理、法有效互补。<sup>㉓</sup>

其二，主张法官以国家名义行使审判权，不应也不能在审判中表现个人名义的感受，且个人名义的

<sup>⑮</sup> 梁宗：《上海二中院推出“法官后语”》，载《人民法院报》2001年5月27日，第2版。

<sup>⑯</sup> 台建林：《法律文书让我们感受到了关怀》，载《法制日报》2002年10月1日，第10版。

<sup>⑰</sup> 感情纠纷进入诉讼，常与情绪异常波动及较大心理压力相连，故当事者较难理性对待判决。

<sup>⑱</sup> 参见[美]波斯纳：《超越法律》，苏力译，中国政法大学出版社2001年版，第584页。

<sup>⑲</sup> 转自小鹏：《“法官寄语”滋润了我荒芜的心田》，载《人民法院报》2010年6月9日，第1版。类似例子，参见张冰歌：《“法官寄语”彰显“司法温情”》，载《政府法制》2009年第3期，第55页。

<sup>⑳</sup> 当事人易接受的例子：河南许昌市襄城县法院试行“法官后语”8个月，在20份判决书后附设，无一例上诉或申诉。参见阙爱民、张雅芳：《案件的判决书后，带了个感情色彩浓厚的小尾巴——襄城：“法官寄语”增添温情》，载《河南日报》2007年9月5日，第4版。

<sup>㉑</sup> 参见张晓频：《裁判文书中的法官后语》，载《人民法院报》2002年7月5日，第2版。

<sup>㉒</sup> 樊崇义：《沉默永远是一种选择——对“法官后语”说不》，载《法制日报》2003年6月5日，第11版。

<sup>㉓</sup> 张志铭：《法官后语与情法交融》，载《人民法院报》2002年11月22日，第3版。

感受,难免因认知、立场、素质等差异,而呈分散化甚至混乱,使国家名义受到怀疑。法官角色寓意国家象征,而公权力的运用是其角色的具体发挥,“法官后语”只能使法官角色发生错位。<sup>②7</sup>这意味着,从诉讼关系微观角度看,法官与当事人是“权力/权利”关系,非当事人之间“权利义务/权利义务”关系,应注意两者区别。<sup>②8</sup>

其三,主张应从更宏观角度考察,即中国目前正在展开法治现代化,此现代化从司法角度要求法官审判行动尽量走向正规和职业。“法官后语”,既非正规亦非职业,无法形成统一,且“德治”倾向较严重,此将妨碍理性分析和逻辑判决为宗旨的现代审判规范的逐步确立,进一步,影响国家法治的确立。<sup>②9</sup>

而赞同者的思路较简单。第一,认为“法官后语”具有良好功能,“进一步申辩了社会正义……实现了情与法的相互交融,使当事人不仅受到法律教育,而且受到道德教育,使判决有理有情,从而拉近了法院与当事人之间的距离,促使判决更易为当事人接受”;<sup>③0</sup>而“德治”对法治社会同样有益。<sup>③1</sup>第二,认为“法官后语”具有侧面化解纠纷各方或社会矛盾的效用,弥补判决书“生硬”难以化解的不足。<sup>③2</sup>

批评和赞同,主要涉法官后语的定位恰当性和实际效果,虽然细节上还有更多差异讨论,如法官后语是否因额外撰写增加了司法成本,是否可仅适宜口头表达,<sup>③3</sup>但基本框架大体设定。从更广泛的判决书“附带”看,相关争论的逻辑和进路亦类似,如关于“权利告知”、“法官不同意见”,对立思考总围绕定位恰当性和实际效果而展开。

涉及定位恰当性和实际效果,当然非常重要。任何司法实践,如背离这些便会举步维艰,面对司法行业和司法受众亦会遭遇广泛质疑。实际上,本文上节说明“法官后语”如何附带时,亦在这些领域有所强调以支持赞同者,且在后文中还会有所细究。但所有这些,终究未能触及根本,故未能揭示深入讨论的路径。而根本或更重要的,需要反思其背后的司法理论预设:判决书存在自身固有的本质特征或功能,法官存在恒定的角色含义,司法作为概念存在普适界定。这些理论预设,当不知不觉成为潜在的讨论支撑点,或成为辨析实践问题的话语基础,势必使讨论参与者无法躲避意识形态“政治正确”的简单宣誓:是否捍卫正规的判决书制作、保持理想类型的法官形象,及坚守更宏大、前进性的司法理想和治国方略。讨论逻辑,由此变得松软简疏。而对其他判决书“附带”如“权利告知”、“法官不同意见”,情形类似。

在此,研究首先需走进原有的微观司法语境,查看细节,特别关注司法者和被司法者之间的需求互动,以引出新的思路,反观且重新审视原有的司法理论预设,转而推进对“法官后语”及更广泛的判决书“附带”的理解;更重要的,顺此深入理解判决书及其“附带”、法官角色定位、司法活动如何是历史的,而非本质化普适化定义的。

在上节提到的第二类“法官后语”样本,“原告少年丧父,被告中年丧偶……”中,案情涉及死者和原告、被告的感情寄托。被告虽为原告继母,但死者生时显然希望原告与被告能和睦相处;反之,更重要的,无论原告被告,因与死者特定的身份关系,存在微妙的情感互动,并非死者逝去便只能“形同路人”,至少死者逝去未久,原有感情格局在原告被告之间因怀念死者不甚可能迅速发生根本变化,此时问题关键,如资料显示,却可能仅在于“双方存在信任危机”。<sup>③4</sup>进一步,整体看,特定时段原告被告均需一定的

<sup>②7</sup> 米健:《司法改革的创新与统一——“法官后语”可否缓行》,载《法制日报》2003年3月13日,第11版,另见前引<sup>②5</sup>。司法实践者持这种观点的例子,参见张鹏:《判决书该不该有人情味:“法官后语”引发争论》,载《北京晚报》2001年6月27日,第4版。

<sup>②8</sup> 傅郁林:《民事裁判文书的风格与功能》,载《中国社会科学》2000年第4期,第125页,注释①。

<sup>②9</sup> 前引<sup>②7</sup>。

<sup>③0</sup> 前引①。类似观点,参见前引④,上海市第二中级人民法院研究室文,第32页,及前引⑩,另见刘青峰、王洪坚:《体制、方法及其他——解读我国“法官后语”产生的背景》,载《人民法院报》2003年6月16日,第3版。

<sup>③1</sup> 参见王亚明:《“法官后语”与判决的人性化》,载《法制日报》2003年2月13日,第10版。

<sup>③2</sup> 前引<sup>②4</sup>。

<sup>③3</sup> 参见吴学安:《“法官后语”的是与非》,载《经济参考报》2005年8月13日,第8版。

<sup>③4</sup> 参见前引⑩。

感情慰藉,不论慰藉方式怎样出现、由谁提供,且即使此与遗产争执的意愿是并存的。另需关注,此案中,参与者人数较少,各方似乎又无扩散案情信息的动力(因当事人为普通人且财产数额较小)。这意味着,诉讼环境为空间狭小,而空间狭小使感情斡旋得以低成本展开。<sup>⑤</sup>如果考虑法官期待“案结事了”,减少上诉甚至上访,则可预料对法官存在运用法律判决之外的手段促进结案的激励。

在上节提到的第三类“法官后语”样本,“小鹏,阿姨知道,你是个好孩子……”中,可看到类似的语境。小鹏为少年,偶因“保健用品”推销者的误导,食用“春药”,后试图强奸女同学。但小鹏终究是一时冲动,另存善心,故当被害人竭力抗拒时自动中止。事发后小鹏深悔不已。<sup>⑥</sup>显然,面对法律制裁,其尤为需要感情的治愈,包括忏悔自责以净化和鼓励抚慰以做人。案件语境又在于,诉讼参与人极少,除父母外只有法官。而法官针对少年小鹏亦期待案件能够“温馨化”解决,以使结果平静地不留额外的情感遗憾,此时法官存在特殊情境下的关爱意愿。

其实,广泛观察,“法官后语”运用的语境,大体具有类似性:第一,诉讼当事人在判决外希望获得情感宽慰(即使其有时并未明显表现出来),第二,法官发觉运用之有效有益,且存在道德关爱意愿。当河南许昌市襄城县法院法官提到,后语写作首先要了解案情原因、当事人性格,寻找当事人的感情共鸣点;<sup>⑦</sup>北京西城区法院刘珍法官提到,对感情纠纷,应和当事人说心里话,如此才会常使对方冷静下来<sup>⑧</sup>……他们,均在反映此种语境的内在结构。

另需注意,“有效有益”对法官也意味着,如“法官后语”写作成功,因被当事人尊重,而当事人不再纠缠诉讼,可使法官展现“案结事了”的能力,或因当事人备受感染打动,而当事人心悦诚服,可使法官展现文字表达素养和个人魅力;进一步,这些可发挥“事例”作用,为人称道,也可增添法官自我价值的肯定份量。此亦为需求互动中的另一元素。换言之,“有效有益”的另外意味和“法官后语”写作的道德关爱意识,存在重要关系。不能否认,大多数甚至全部“法官后语”写作可能出于人们一般定义的有效有益,还有道德关爱,而道德关爱亦应特别提倡,但两者如能依托法官的“自豪”基础,则更易挥发自如。福建厦门市海沧区法院郭静法官就自己撰写的“法官后语”说:“法官也有才华,也有思想、有激情和情感,也有一颗火热的心”;<sup>⑨</sup>撰写江苏第一份“法官后语”的南京市建邺区法院金立安法官,尤其热衷文学创作。<sup>⑩</sup>其实,“自豪”的意思,提示了“法官后语”低行动成本的又一意蕴。

这里,需求互动成为“法官后语”实践的酝酿机制,也由此,这一实践常受基层法官的青睐和赞誉,并随同类情景出现呈逐步燎原之势。<sup>⑪</sup>当然,又如我们直觉所知,在某些——或许相当一些——诉讼环境,需求互动并不存在,故此实践缺席理所当然。但重要的且应予关注的,则是“法官后语”实践与微观需求互动的逻辑关联。

需求互动的概念,不仅可揭示“法官后语”的真实逻辑,更广泛看,可揭示其他判决书“附带”如“法条附设”、“权利告知”、“法官不同意见”的缘由。人们如何否定,“法条附设”、“权利告知”、“法官不同意见”等不因需求互动而产生?当事人常难知道判决依据的条文具体内容,面对判决书引用的条文标号,需另查阅法条文本;其也常难知道判决后其他具体权利为何,面对判决书的“句号”,需另咨询;其亦常难知道判决时法官是否还有其他意见,有利或不利己方的,<sup>⑫</sup>面对判决书的“沉默”,需另猜测。此时,他们自然易追问法官为何不能“多做一点”。而法官同样会发觉,撰写“附带”或许利多弊少,或许有助

⑤ 情感斡旋涉及隐私及其他当事人不愿声张的事项时,面子是重要问题。相对看,空间大则人多,人多则面子不易放开,故斡旋成本高。

⑥ 参见前引②,小鹏文。

⑦ 参见前引③。

⑧ 参见前引⑦,张鹏文。

⑨ 参见陈捷、飞扬:《最温情判决书:法官赋诗劝和》,载《海峡导报》2009年10月19日,第A01版。

⑩ 参见王亚明:《法官后语:说出法官心里话》,载《法治时代》2002年第9期,第36页。

⑪ 参见黄启辉:《“法官寄语”应缓行》,载《法制日报》2002年12月31日,第10版。

⑫ 众所周知,在合议庭笔录和结案报告中,“法官不同意见”常存在。

于判决书的意义传递,以使纠纷解决便捷畅达,而便捷畅达的结果正为其所预期。需求互动传达的重要含义,集中看,在于被司法者针对法官不仅期待正式的裁判,而且时有期待情感关爱,<sup>⑬</sup>进一步,期待判决书的内容及司法包含更丰富的元素及结构。

经需求互动的概念,当然不能直接质疑判决书及其“附带”存在自身固有的本质特征或功能、法官存在恒定的角色含义、司法作为概念存在普适界定这些理论预设。反对“法官后语”者,包括支持者,可认为即使存在需求互动,依然能按确定不疑的判决书及“附带”、法官角色及司法等原理予以抑制,或给与支持。这些普适原理,可以甚至有必要校正现实,或支撑现实。故需求互动的概念,仅表明某一实践如“法官后语”或其他“附带”何以存在。

#### 四、“附带”的历史

进入历史。如许多研究文献已揭示的,过去及现在判决书的内容及表达即为多样,如判决书在中国古代,便存在伦理“劝解”内容,<sup>⑭</sup>或包含文学化的叙事内容,<sup>⑮</sup>遣词造句颇为用心,不局限于纠纷实质内容的判断。中国古代撰写判决书时,显然因没有现在判决书概念及定义,或制度上的具体规定,而呈现另类的样式,甚至不拘一格。进入近代和现代,如民国时期、解放区时期,情形类似。<sup>⑯</sup>在此,凡写入判决书的,总被称为“判决”。

从西方国家看,众所周知,英语国家一段历史时期的法院判决中“附带意见”或“法官异议”颇为广泛。这些国家法官,特别是有声望的,另试图通过巧妙、魅力化的修辞和论说,增添判决书的份量和影响力,其有时“写得像一篇小说,极富有人情味和文采,充分体现了法官个性和特点”。<sup>⑰</sup>更有甚者,以现代人理解的论文方式撰写判决书,补充长篇说理,或引经据典。如为人熟知的里格斯诉帕尔玛(Riggs v. Palmer)案的终审判决书,其中,法官花费大量笔墨论证一个类似法学论文的观点,即立法者如能设想该案情形(继承者为获遗产谋杀被继承者,而法律对此却无明文规定),并认为有必要制定相关规定,则会毫不犹豫(此为法学界长期讨论的“假设立法者意图论”);法官另引用培根、布莱克斯通等经典学者的大段论说,以补充论证,还提到亚里斯多德的思想、普芬道夫的著作。<sup>⑱</sup>而近代以来的德国法院判决书,亦特别重视学理化的阐述论证,<sup>⑲</sup>并于晚近确立“不同意见制度”。<sup>⑳</sup>在日本,步入现代,判决书也在发生变化,其尝试学习英语国家的“附带意见”或“法官异议”的补充。<sup>㉑</sup>现代中国香港法院,其判决书又曾出现类似目前中国“法官后语”的措辞叙述及文本附设,澳门法院判决书则像前述英语国家,大量采用学术论证及引证。<sup>㉒</sup>在此,凡写入判决书的,同样常被认为是“判决”。

更需提到,当代中国判决书也从简明裁判向增加理由阐述的方向发展。法律实践者和学者殊为强调判决理由写作的重要,而其相当一段时期,作为“附带”,却曾与“合议庭笔录”及“结案报告”,一并在诉讼文档中安静搁置。现在,人们习惯称其为“判决的组成部分”。

依中国现通行的判决书定义看,上述均能视为多元的判决书“附带”实践,与“法官后语”之区别,仅

<sup>⑬</sup> 既是法学家又为重要法官的、且侧重司法心理学研究的弗兰克(Jerome Frank)曾说,不少当事人“在诉讼中渴望为自己内心的焦虑寻求抚慰”。Jerome Frank, *Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice*. Princeton: Princeton University Press, 1949, p. 375.

<sup>⑭</sup> 参见王志强:《〈名公书判清明集〉法律思想初探》,载《法学研究》1997年第5期,第122-123页。

<sup>⑮</sup> 参见吴承学:《唐代判文文体及源流研究》,载《文学遗产》1999年第6期,第28-31页;郭成伟:《唐律与〈龙筋凤髓判〉体现的中国传统法律语言特色》,载《法学家》2006年第5期,第57页。

<sup>⑯</sup> 参见田荔枝:《我国判词语体流变研究》(博士论文,2010),《中国博士学位论文全文数据库》,第147-157、169-176页。

<sup>⑰</sup> 张卫平:《说理与裁判的智慧》,载《人民法院报》2001年9月3日,第3版。

<sup>⑱</sup> 参见115 NY 508, 1889, pp. 510-511。

<sup>⑲</sup> 参阅 John Dawson, *The Oracles of the Law*. Ann Arbor: The University of Michigan Law School, 1968, pp. 433-435。

<sup>⑳</sup> 参见前引②,孙笑侠、褚国建文,第165-166页。

<sup>㉑</sup> 参见刘风景:《不同意见写进判决书的根据与方式——以日本的少数意见制为背景》,载《环球法律评论》2007年第2期,第100页。

<sup>㉒</sup> 参见唐文:《法官判案如何讲理——裁判文书说理与应用》,人民法院出版社2000年版,第525、528、533-537页。

在于它们大多与判决书实质内容融为一体,极少随附。进一步,概言之,以往判决书内容的历史显然没有遵从一个固定模式,甚至极少明确何为判决书正文或“附带”。在此,两个结论颇为清晰:第一,判决书固定模式及“附带”定义,不过是以往或现在法律人某一时期的“约定”,而此“约定”,从未具有普适的指涉或意向,亦不可能约束他者的“自由实践”。第二,即便在逻辑上讨论,也无法澄清已出现或可能出现的某个“附带”,其和判决实质内容是否存在必然联系,而真相是,是否存在逻辑联系的问题,是由某些群体约定而获答案。从这一角度观察,现在被称为“附带”的“法官后语”,未必不能被认为是“裁判”的延伸,至少没有理由认为其不能成为“附带”。无论如何,“劝解”、“法官异议”、“学理阐述”等,尤其为中国法律人现在津津乐道的“理由充分说明”,原本即被某些司法裁判者视为“附带”,甚至不能成为“附带”。另可说,历史中,判决书及其“附带”总是演化的,从未预示本质主义的定义能成为教义,以排斥“法官后语”。

当然,判决书撰写的演化历史并非单向,而是多向甚至逆向。如近代以来的法国尤为支持判决书的简明扼要,拒绝各类理由及其他内容的写入;<sup>⑤③</sup>当代英语国家越来越多的初审法院案件,亦以判决书“简明扼要”为特征,其最高法院亦存类似;<sup>⑤④</sup>而现代中国一段时期,如前所述,常与近代以来的法国判决书模式相近,要求“简明扼要”。<sup>⑤⑤</sup>但这些依然没有说明,判决书的撰写只能如现在法律人约定的,涉及实质内容,反而恰是说明判决书及其“附带”具有丰富或更复杂的变迁历史,它们的界限,无法人为地永恒划定,而何为“附带”,亦无法永恒框定。现代中国法律人对判决书及其“附带”的“约定”,不过是历史多样化的一种,其的确曾存在,且日后也许再延续,但不可能是唯一。

深入看,判决书及其“附带”如何实践,包括折射出来的更广泛的法官角色如何定位、司法如何展开,历史总是赋予不同答案。判决书及其“附带”存在自身固有的本质特征或功能、法官存在恒定的角色含义、司法作为概念存在普适界定这些理论预设,面对历史,势必变得脆弱无力。但更有意思且还需追究的,在于前面详细讨论的微观需求互动的概念,又能对上述历史给出提示,即微观的需求互动,另存在演化,其可能是历史多样化的内在牵动原因。

根据学者的观察,中国古代裁判者所以注重判决书中的“劝解”,除被裁判者“和为贵”、“家丑不外扬”等传统意识,当然还有利益最大化等预期,及裁判者教育背景、意识形态、官吏选拔制度等因素,另缘于具体审判中,被裁判者常寄望作为“官”的裁判者能予具体化的自上而下体恤、扶弱抑强,裁判者亦常试图表现处置问题的话语秉赋、回旋机智以表现为官能力。<sup>⑤⑥</sup>“劝解”及其效用,包括其不断持续,不是单方的一厢情愿,亦不仅为宏观传统法律文化的塑造,而是另包含微观双方需求互动影响的裁判产品。

根据外国法律史及比较法学者的考察,英语国家法官撰写“法官异议”或“附带意见”,其缘由,当然涉及被司法者及司法关注者对律师群体及出身于律师的法官群体的“论辩”想象,及对法官勇于捍卫公民自由以向权力说不的司法文化历史的留恋,另涉及司法者始于近代的“深入讨论案情”的司法实践理性的传统。<sup>⑤⑦</sup>但在具体案件中,被司法者,常期待“对己方有利的司法思考”得以表达,并常认为即使败诉如有个别法官支持己方的意见则依然是重要的宽慰,且是继续争取权利的动力,<sup>⑤⑧</sup>而司法者,有时亦希望展示说理、论证、修辞等才华,特别是与众不同的,以利产生影响并利日后升迁,其有时希望避免

⑤③ 参见[德]K·茨威格特、[德]H·克茨:《比较法总论》,潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译,潘汉典校,贵州人民出版社1992年版,第224-229页。

⑤④ 有学者统计,1986-1986年,美国联邦最高法院判决上诉案273件,其中仅161件提供充分判决理由。参见前引⑤③,第449页。

⑤⑤ 至少10多年前即如此。

⑤⑥ 参见贺卫方:《司法的理念与制度》,中国政法大学出版社1998年版,第193-195、202-207页,另参阅前引⑤④,吴承学文,第22-23页,再参阅徐忠明:《众声喧哗:明清法律文化的复调叙事》,清华大学出版社2007年版,第251、312页。

⑤⑦ 参见[法]勒内·达维德:《当代主要法律体系》,漆竹生译,上海译文出版社1984年版,第365页,另见前引⑤③,第355、349、465页。

⑤⑧ 参见前引②,孙笑侠、褚国建文,第167、168页。

“平庸形象”。<sup>⑤</sup>“附带意见”或“法官异议”的存留,不是司法者单方的嗜好、惯习,亦不仅为宏观的英语国家审判文化的定型,其也非常重要地另受制于时有出现的微观需求互动。

其实,古今中外其他判决书“附带”实践,是同样的。而当代中国的“判决充分说理”司法写作运动,可更近距离地展现这种机制。在判决书中,深入阐述理由,不仅因为中国看到西方特别是英语国家的司法实践颇有启发,其判决书读来令人信服,更凸现司法智慧和理性的力量,可推动中国的司法现代化,而且因为,从微观看,被司法者包括司法关注者常抱怨判决结论的“神秘”、“费解”甚至“不解”,在败诉时希望知道理由为何,<sup>⑥</sup>而越来越多的受正规法律训练的法律人进入司法市场,其也期待,至少心怀些许冲动,在判决书中撰写“说理”,来挥发经现代法学教育、培育而来的“法学能力”,<sup>⑦</sup>另包括经此方式“案结事了”的实务能力。显然,微观司法环境,总透露双方不经意的需求合谋。故可认为,作为判决书原来的“附带”,更作为现在判决书正文的“充分说理”,不仅为移植西方司法文化以推动中国司法正规化的步骤之一,另缘于微观需求互动提供了潜在的催化剂,提出了制度要约,试图重新调整判决制作格局。

更深入看,通过历史中需求互动概念的辨析,可发现,上述所提法律人对判决书及“附带”的“写作约定”,不过是社会约定,而社会约定的关键含义,在于“相互性”,即司法者和被司法者展开互动,以博弈方式约定判决书及“附带”的模式。换言之,法律人大体没有可能单边垄断定义,即使单边定义或“顶层设计”,随社会各类因素变化,也将遭遇被司法者或广泛司法关注者的怀疑、撼动,进而根据微观需求互动改变自我,以提出、承诺或顺应新的社会约定。从判决书及“附带”固定含义所存在的问题,深入至法官存在恒定的角色含义、司法作为概念存在普适界定等理论预设,可认为,由微观需求互动牵引的历史演化,其不仅可直接质疑它们,而且广泛看,亦能要求重新审视它们如何产生,进一步,要求以社会约定的概念替代它们,替代法学家及法律人在这些理论预设上的“单边启蒙、规训”。

当然,“相互性”的含义,及其对判决书和“附带”的固定特征或功能、法官恒定角色、司法普适界定等理论预设的质疑,并不意味着,经现代法律教育而胸怀现代司法要义的司法者,其运用业内认为的正规司法理念,完全不会触发被司法者的需求转变,如从特别期待司法者温馨调解转向特别期待冷峻的理性裁判。需求显然亦非恒定的,在某些理念影响下亦会出现调整。故理论的执着和推动不是全部妄然。但此依然属于次要,不能压抑、消灭被司法者需求与司法者需求的不断互动,在基本层面上,这种互动依然是主题。

## 五、判决书功能

对“法官后语”的理解,更广泛而言的判决书“附带”,不仅需从纵向的历史演化,及发挥牵引作用的微观需求互动的流变,予以深入,而且需从横向的判决书多重功能的角度,予以拓展。

通常看,对“法官后语”及判决书“附带”的一般性讨论,并由其涉及判决书的功能,人们易认为,判决书仅表达法律权利义务分配及再分配的权力意志和决定,其属正式权力的文本表现或信息传达,如有学者认为的,其“宣告由法院确定的法律关系……向当事人、上级法院及社会公众报告司法过程——向裁判同类案件的其他法官和社会公众公示社会规范”。<sup>⑧</sup>如此看待判决书功能,并非基本不对,但其大体仅预设了法律人的感受模式。因为,一般情况下,上述界定暗含了法律人的关于判决书的操作程式、设想和预期,而法律人,特别是法律学者,基于职业要求和行规,亦常对此描述,并将其表达出来。由此引发的社会惯习,是一般情况下,人们易从法律人的说教和理论来理解判决书功能,其结果,判决书功能

<sup>⑤</sup> 参见 Karl Llewellyn, *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*. Boston: Little, Brown and Company, 1960, pp. 132 - 133.

<sup>⑥</sup> 几乎所有支持“判决书说理应充分”的学术文献,均强调了这一重要理由。

<sup>⑦</sup> 如经人文社会科学教育获得的法理、常理。相比 20 年前,法官现更乐意撰写法学文章,法院制度也予鼓励,如表现出色,可为升迁条件之一,持续若干年的法院系统论文评比即为例。而在《人民司法》、《法律适用》等专业杂志,甚至其他更理论化的法学核心期刊,法官也渐成写作群体成员。

<sup>⑧</sup> 前引<sup>③</sup>,第 124 页。

常被限定于狭小的范围,被要求为局限甚至单一。

问题是,卷入司法实践的被司法者,及特定条件下殊为关心司法实践的司法关注者,怎样感受、期待、设想判决书功能?其是否完全受制于法律人的理念?当法治意识形态逐步扩展并“被信仰”时,这类被司法者及司法关注者似乎易追随法律人,遵从上述界定,及顺应社会惯习,但考察实际,情形或许并非如此。这里的意思是,判决书功能,尽管极可能被“我们”——法律人——不自觉地设想且传播开来,甚至由于“我们”,形成某种社会惯习式的理解,但务实且心态复杂的被司法者,及充满“应然要求”的关心司法实践的司法关注者,其却可能、甚至肯定会表现另类的对判决书功能的设想和预期。其结果,在他们的视野中,判决书功能至少被憧憬为多样化,并不局限,更不单一。

问题的复杂,可能还在于,这些被司法者及司法关注者的设想和预期,与法律人的关于判决书的操作程式、设想和预期,犹如上述微观需求的互动,存在相互作用,并非各自单行。一方面,前者会关心后者的表达和传布,同时提出异议;另一方面,后者会留意前者的不满和要求,同时提出自己的坚守或妥协。两者之间有时理解、合作,更多情况下则是博弈。其结果,判决书功能本身便释放出多样化,打开局限,去除单一。

在此,可从判决书的另类具体内容(时常易被忽略或被视而不见)及效果本身进入,展开讨论。

以当代中国判决书看,其包括了原被告、被告人身份的基本信息、原被告及公诉人或被告人主张及辩称、法院针对证据的查明、法院针对证据及法律关系的认为、判决结果等。虽然实质性的法律确认及判决结果至关重要,但亦需其他辅助性的内容及文字以互映。一般看,其他辅助性的内容及文字,似乎是铺垫,交待来龙去脉,视为过渡较适宜,因其似乎是“通向判决”的中途部分;但实际上,其亦传递了更丰富的内容和意向。如当事人身份的某些基本信息,像住址、性别、职业,其与实质性的法律确认及判决结果,依目前一般感觉,有时显然没有逻辑的必然联系,删除未尝不可;因为可能涉及行为能力、责任能力,需交待年龄、精神状况、可能的诉讼管辖地及性别、职业,可在法律确认正文中逐一写就,不必单列。<sup>③</sup>又如原被告的主张及理由陈述,从法律角度看,某些显然可能多余,甚至没有联系,亦可回避不论,但判决书正文,时常罗列清晰完整,法官即使可能文字处理、简略从要,但依然尽力全部写出,后再仅附之“与本案无关”或“无法律联系”等修辞。在此,如以经典判决书功能的理念论,仅与判决结果有关的信息内容列入判决书为宜。<sup>④</sup>

这些判决书的另类具体内容,称之为“附带”,亦无不可。仅从其观察,便不难发现,判决书包含了其他功能,如向判决书阅读者提供原被告或被告人的社会定位,原被告或被告人怎样思考主张、如何回应指控,这意味着,尽可能全面介绍人物和案情,以表明判决的背景状况。而因为判决书内容复杂,不仅存在此时讨论的另类的,还存在前一节讨论的历史变迁中的,判决书功能的多样化更是不足为怪。就历史变迁中的判决书复杂内容而言,如前述英语国家判决书的“法官异议”,其功能,显然不是现有判决书功能的法律人定义所能解释的,与其说是法律权利义务的权威宣布、规范管制,或衬托审判多数议决,不如说是传递“司法过程需要公开”、“当事人有权获悉不同司法意见”的信息。而这些国家判决书的“附带意见”,如美国学者亚伯拉罕(Henry J. Abraham)所提醒注意,其“实际上为单方面陈述,表达某种信念、警示、劝诫、观点,或简称感想,非案件判决所必需……其提示未来可能的发展”。<sup>⑤</sup>

但更明显的、也更重要的其他扩展性功能的例子,可能在于有的社会一般阅读者,正像我们日常实践殊为熟悉的,可从判决书中体会司法公正、深受教育或“被普法”,犹如最高人民法院希望并主张的,“使裁判文书成为向社会公众展示司法公正的载体,进行法制教育的生动教材”。<sup>⑥</sup>

<sup>③</sup> 事实上,现司法实践中,凡需交待,法律确认正文总会提及。

<sup>④</sup> 法学通说的确如此。参见高长富编:《司法文书理论与制作实务》,线装书局2007年版,第18-22页。

<sup>⑤</sup> Henry J. Abraham, *The Judiciary: The Supreme Court in the Governmental Process*. New York: New York University Press, 1996, p. 43.

<sup>⑥</sup> 最高人民法院:《人民法院五年改革纲要》,载《中华人民共和国最高人民法院公报》1999年第6期,第187页。

判决书功能的复杂,表面看,是因为判决书内容本身复杂,而实际上,是因为阅读者群体特别是其阅读期待的多样。故判决书功能的复杂和阅读期待的多样,时常存在关联,后者某些条件下可能决定了前者。作为例子,上述中国判决书普通当事人身份信息、与案件法律问题无关的当事人主张及证据的披露功能,或许正因为复杂的部分阅读群体本身即期待“具体谁、年龄、性别、住址、职业”的答案,及“当事人到底如何要求”的答案而产生,其中或许隐含了另类的“信息公开”的诉求;毕竟,在这里,阅读群体也许是亲属性的、邻居性的、社区性的,甚至是全社会的。顺此思路,再进一步,可发觉,当阅读群体及阅读期待多样时,不仅可能使判决书撰写者意欲的“原功能”发生变化,如提供的性别、身份信息成为媒体和大众兴趣的焦点,像权贵、明星可为例子,而且可能使“阅读者主观期待中”的功能不断发生变化,如从判决书中获得法制教育转而发现如何使判决成为谋利的工具,像已出现的、且负面的变卖判决书,及通过诉讼实现经济交易可为例子。

就有时随附“法官后语”的一审判决书而言,若仔细考察阅读期待,则其阅读者,除原被告或公诉人、被告人,便包括了相关近亲属;上诉中除当事人、公诉人及上级法院,再审中除当事人、公诉人及再审法官,亦包括相关近亲属。而广泛看,潜在的阅读者又包括社会中对本案关心的其他群体,如上访机构的政府官员、法学研究者、逻辑和语言研究者、新闻从业者、可能卷入其他类似案件的当事者。其实,认为潜在的阅读者包含了各类社会人员,依然真实。因为,不难想象,任何人均可能基于各种原因对判决书发生兴趣,进而产生期待。撰写判决书时,法官当然不会刻意考虑各类潜在阅读者的兴趣和期待。但潜在阅读者的广泛性,使撰写出来的判决书,势必出现功能的多样化,也使法官不经意地部分考量判决书的其他内容及效果。在此,问题的关键,是由于直接阅读者和潜在阅读者的广泛性,及由此而来的阅读期待的广泛性,判决书既包含了法律人主观愿望中的职业化、专业化的功能,如传达权力意志和权威运作的信息,又包含了法律人或许未曾觉察的客观随附且社会化的功能。这里提示的深入问题,在于我们通常讨论的对判决书功能的界定,是否仅默认了法律人的设想和预期,未觉察更广泛复杂的社会他者的设想和预期;再推进一步,隐藏的问题,在于判决书功能的设想和预期是否需要某些互融,至少司法者应在审慎的前提下,积极与社会互动,重视他者的合理期待,<sup>⑥</sup>且应当如此。

显然,论及判决书功能的复杂,并非意在从另一侧面表明判决书内容的历史多样。功能的复杂与内容的复杂,不存在完全的对对应关系;一种内容或许既面对撰写者原欲的作用,又面对不特定的、或客观随附甚或无法控制的其他作用。故讨论判决书功能的复杂,试图说明,其侧重性地取决于社会阅读者及其阅读兴趣和期待的广泛性、复杂性;判决书所以无法拘泥于唯一的“裁断法律关系”的作用,原因在于,判决书的各类社会阅读者存在广泛的兴趣和期待。进一步,讨论意味着,不仅需关注本文前述的关于判决书“附带”的微观需求互动,而且需关注判决书制作与社会阅读的宏观需求互动。

从此角度再看判决书“附带”,特别是“法官后语”,可发觉,其不过是判决书某种功能的某种发挥,其既与微观需求互动关联,也与社会各类阅读者的某种兴趣或期待关联。当有人说,“司法不是无情物,在客观理性的逻辑推理后面,体现了对社会福祉的深切关怀”;<sup>⑧</sup>“判决书不仅能够教育当事人本人,更会在社会上引起反响,起到示范作用,让更多的人从中获得教益”;<sup>⑨</sup>在司法文书制作中,“优美、恰当的语言是沟通心灵的钥匙,朴实、亲切的语言容易引起人们的共鸣”;<sup>⑩</sup>“结合具体案情,对当事人进行语重心长的教育,不仅做到以理服人,以法服人,而且做到以情感人,以情服人,必然会收到更好的社会效果”<sup>⑪</sup>……这些,不仅是作者个人的表达,更是宏观而言的社会各类阅读者的某种兴趣或期待的表现。

<sup>⑥</sup> 如波斯纳所言,不应预期司法意见具有很高智识创造或分析力度,但可预期较佳者对受众预期高度敏感。[美]理查德·A·波斯纳:《法律与文学》(增订版),李国庆译,中国政法大学出版社2002年版,第366页。

<sup>⑧</sup> 刘金平:《为人性化的“法官寄语”叫好》,载《人民法院报》2007年9月12日,第7版。

<sup>⑨</sup> 前引<sup>⑧</sup>。

<sup>⑩</sup> 前引<sup>⑦</sup>,玉梅文,第70页。

<sup>⑪</sup> 前引<sup>①</sup>,第32页。

从判决书的复杂功能、进而社会各类阅读者的感受和期待出发,提示关注他者的期待,亦显然意味着,需要再论及本文第二节曾涉及的“法官后语”的若干作用。当“法官后语”试图用伦理内容支持法律内容,以使伦理理解支撑法律理解,或试图用伦理内容补充法律内容,在法律内容无法或难以触及的地方,让伦理内容发挥影响,或试图通过富情感、文学化的叙述,抚慰当事人,并使法律内容经生动而获得亲近,“法官后语”既是判决书制作者的主动预期,又是社会各类阅读者感受和期待的结果,而将判决书制作者的主动预期视为对社会各类阅读者感受和期待的回应,更适宜。其有如最高人民法院纲要提示的“法制教育的生动教材”功能,及法律人现在认可且广泛盛行的“判决书充分说理”功能,既是司法者的主动预期,又为阅读者广泛复杂的感受和期待的结果,而司法者主动回应后者,难以避免,有时实为明智之举,甚至才有正当性。

概言之,理论上,与微观需求互动的概念类似,如果社会各类阅读者兴趣或期待发生,判决书“附带”特别是“法官后语”则会更易产生,反之,则可能退化直至消逝。进一步,判决书原本即存在其他明显或隐含的功能时,在司法理论、问题的讨论中,人为圈定一种功能总是不能自圆其说。从法律人主观设想或界定的标准出发,排斥他者的设想或界定,以思考“法官后语”及其他判决书“附带”,亦缺乏逻辑根据,如此些许固执,甚至偏执。

更进一步,从广泛的社会司法实践看,人为圈定一种功能压抑了社会各类阅读者可能另存在的潜在合理期待,或许缺乏正当性。因为,在宏观的社会层面,判决机制来自公共选择,更需认同以维持,当一方如法律人群体和社会各类群体发生理解分歧,而法律人不能证明自己的设想唯一恰当、正确时,压抑他者则无“正当”依据,而作为判决机制重要部分的判决书功能,亦应为公共选择和认同的延伸。这里,讨论从司法政治学的角度触及了上文提到的社会约定的概念,并能发现此概念的确重要。

## 六、法官角色

历史变迁、微观需求互动的概念,及判决书功能和社会阅读期待的广泛性,联系着法官角色的理解。

再看前述“法官后语”的样本。前述第三类样本中的“小鹏”,在法院判决前,自己曾“躺在冷冰冰的硬板床上,望着满天星斗……彻夜未眠”;判决后,其提到法官“把一张粉色信笺递到我的手上……上面有她的联系方式,有事随时可以打电话找她。那一刻,我有种脱胎换骨的感觉”,而看到“法官后语”时,这位“小鹏”说,“燃起了我重生的希望”。<sup>②</sup>此语境中,作为被司法者,“小鹏”心理显然包含潜在的对法官角色丰富性的期待,当极为后悔、充满自责且意志脆弱时,产生依恋、渴望的心态,进而对法官产生“教育型”、“亲情型”的角色期待,十分自然。其当然知道,法官主要是理性判决,解决纠纷,但亦希望看到法官的其他表达,如抚慰、鼓励,希望法官有如自己遇到的循循善诱的老师、曾在媒体中见到的令人折服的贤哲、无时无刻不关心不牵挂自己的父母。

就前述“十年修得同船渡,百年修得共枕眠”的样本看,案中当事人之一,起诉要求离婚的乔某,阅读“法官后语”时,颇为感动,热泪盈眶,对法官说,“以前我也和法院打过交道,今天我对法官……有了新的理解”。<sup>③</sup>此样本语境中,乔某妻子,被诉离婚,当然希望法官以法律名义驳回离婚要求,同时也期待法官劝说教育,甚至批评指责,如同丈夫单位领导,以使丈夫回心转意;而乔某因情感困惑,期待法官判决离婚,但同时也潜在期待法官给与慰藉,有如期待心理学的情感专家或自己挚友给与心灵宽解,否则看到“法官后语”,不会颇为感动、热泪盈眶。

其实,从社会角色认同的角度看,某些情境中,人们对“社会角色”本位的认定自然会发生移动,并不“墨守成规”。如发生车祸或洪水灾害,人们显然并不认为只有专业的拯救人员才应提供营救,平时被称为“工人”、“经理”、“教师”、“市长”,当然包括“法官”的人,甚至所有其他社会角色,人们亦会认为

<sup>②</sup> 前引②,小鹏文。

<sup>③</sup> 参见前引①。

可上前协助,或主动营救。此时基本无人会认为“需纯粹的各司其职”。与此类似,当“医生”医治病人,顺势谈论“烹调技艺”、“为人之道”,人们大体亦会认为这有助于治病,非多此一举。故讨论的路径依然走向特定的语境,及特定语境需求。当存在特定语境需求,便应思考角色是否可以转换。

但在此,更重要的也需特别讨论的,是诉讼中面对法官,被司法者不仅可能产生社会角色融合的预期,而且会产生角色融合的“提升想象”。当撰写“法官后语”,法官客串“伦理工作者”、“社会工作者”甚至“文艺工作者”(如运用感染等文学化语言修辞)等其他社会角色,当事人始终不会忘却他/她是“法官”,进而可能更易接受。这里的意思是,“法官”角色,具有重要的支撑衬托作用,可能更增强此时的上述三类“工作者”的角色发挥。因为,进入法院,被司法者会意识此为权威的场所,其中法官至关重要,决定利益得失,其“威严”,“一言九鼎”。通常情况下,这形成“自上而下”的心理压力暗示。而如果法官“扮演”上述其他社会角色,“威严”、“一言九鼎”,会使“感动”、“耐心”、“生动”更升一层,从而变成“更感动、耐心、生动”。在此,被司法者的敬畏心理易强化对“感动、耐心、生动”的感受。不言而喻,一般现实中,自上而下的权力者,如官员领导,其和普通人,对他者的影响总会存在差异,前者通常更显重要,更易引发关注,进而更易影响他者。<sup>⑭</sup> 此亦侧面表明,法官的感化、感染他人,在法院微观诉讼权力关系中,便有可能胜于一般的上述三类“工作者”。进一步,普遍看,随法治意识形态的扩张,法院作为权利保护的“最后堡垒”的观念盛行,特定诉讼环境中,法官丰富自己的角色系谱似乎更能便畅。

此问题还可反转考察,即一种情形可能同样存在:上述语境中,法官客串其他角色,或许并不有损其原有并作为主要部分的理性裁断形象,其或许有助于提升后者。本文想强调的是,如果语境适恰、时机成熟且客串得当,教化感染的力量会支持理性裁断的威严,会使后者呈现单独运用时较难出现的作用增量。换言之,如有些支持“法官后语”的观点指出的,<sup>⑮</sup>法官使用“法官后语”,得当之际,会使当事人更信服判决。在此,法官的理性裁断形象完全可能获得有力巩固。前述“十年修得同船渡,百年修得共枕眠”的样本,便为例子。其中乔某另说,阅读了“法官后语”,对判决有了深入理解。<sup>⑯</sup> 前述“原告少年丧父,被告中年丧偶……”样本,亦为例子,其中原告被告均表示,“明白了法律的界限和做人的道理”,且对判决乐意接受。<sup>⑰</sup> 而本文第二节讨论的第一类样本,如成功,其实常成功,几乎均能说明这种情形。

讨论法官角色的丰富,当然需与微观诉讼需求再构关联。直言说,后者实为前者的前提。如无明显或潜在的心理期待,法官角色的丰富自然会引发质疑,甚至反感;反之,法官固守单一角色,则会引发失望,甚至埋怨,同时,被司法者极可能不会因法官“恪守理性裁判的尊严”,而对法官、法院乃至整体司法增添权威认同。法官角色是否可以、能够丰富,不是自断、自决的问题,亦非能自我肯定价值或贬抑,其依然取决于本文反复强调的主体之间“相互性”的概念。

从历史层面看,另可作为显著例子,法官调解同样可说明法官角色能丰富的理据。调解时,法官所担当的角色,更像是“社会工作者”等,甚或带有“部族长老”的历史遗影。但都能看到,即使秉承现代司法理念,坚持司法现代性的路向,法官调解的角色,不仅现在人们普遍认为重要,而且业已成为所有地区法律实践的必要组成部分。<sup>⑱</sup> 进一步,如果法官可成调解角色,接受或拒绝法官承担其他角色的理由,必定依存于具体语境的需求,依存于参与、关注司法实践的广泛主体的感受及其“社会约定”,而非现代司法的理想类型的“法官”概念本身。

而深入看,类似“法官后语”实践,法官调解所以要比某些他者调解——如街道居委会、人民调解

<sup>⑭</sup> 现代社会心理学研究也认为,地位较高者可通过角色互换营造更好的交流氛围。参见[美]戴维·迈尔斯:《社会心理学》(第8版),侯玉波、乐国安、张智勇译,人民邮电出版社2009年版,第132页。

<sup>⑮</sup> 参见张建成:《法官后语:法律文化中的和谐精髓》,载《许昌学院学报》2008年第4期,第130页;参见前引④,建法、张璐文。

<sup>⑯</sup> 参见前引⑯。

<sup>⑰</sup> 参见前引⑯。另一例子,参见富心振、许根华:《南汇区法院法官寄语教育父子俩》,载《人民法院报》2006年5月10日,第4版。

<sup>⑱</sup> 历史和现在,除调解,法官还曾担当“训诫”的角色,表达指责或批评,曾提“建议”,以示纠纷解决后的事务可能安排。这些也已成为今天许多国家法律过程的一部分。

员——更有效,其中缘故,在于法官作为角色,对当事人而言已有定型,一方面,被预设为更理性,精通裁判理据,另一方面,更需关注的,被承认为拥有决定性的裁断权力,当事人更易心生“遵从”。法官调解的效用,背后不免同样衬托着“自上而下”的官方权力的威严。

法官角色是否可以及应当丰富的讨论,还需引入“个人魅力”的问题。当法官颇具公信力,或呈现难以质疑的权威,长期以来判决总令人信服,且形象已成正面的魅力型,“法官后语”及更广泛的判决书“附带”,还会展现推进性的情形。可想见,在中国,法官如全国模范法官宋鱼水、陈燕萍,其判决后,若撰写“法官后语”,或口头表达类似的寄语,被司法者极可能更受感染。事实上,面对她们这类法官,被司法者及广泛的司法关注者,不仅赞赏其判决,而且赞赏其判决之外的朴素言语,甚或有时,对后者的赞赏超越前者。<sup>⑨</sup>在此,官的角色添附了魅力成分,进而更可能使“法官后语”发挥作用。而其他判决书“附带”,诸如“法条附设”、“权利告知”或“法官不同意见”,亦会呈现类似情形。能设想,判决书本身对魅力型法官原已足够,但其随附“后语”、“法条”、“告知”、“不同意见”,会使人更易感到“温馨”、“细致”、“耐心”及“胸怀宽广”。这并非说,对魅力型的权威法官,被司法者或司法关注者易存额外的期待,而是说,其撰写的判决书“附带”,更易产生追溯化的影响,更易被事后接受和赞赏;而追溯化的影响,又使我们需注意,特定需求下,如敬意渴望已存在,“法官后语”及其他判决书“附带”更会增加正面价值。

讨论魅力,又意在深化本文第二节讨论的第三类“法官后语”样本的寓意,即富感染、文学化的问题。魅力意味着吸引及可能吸引。作为法官,如具备魅力,富感染、文学化则非可有可无。因为,富感染、文学化本身即为吸引的必要元素,其在法官角色身上具有亲和能量而又不失权威的保持。真正充满魅力的法官,总是可以运用生动修辞影响被司法者及广泛司法关注者。正是在此,讨论法官角色进而深入至常具备感染、文学潜质的其它类“法官后语”(本文第二节提及的第一、二类),便需和法律与文学的学术思考——表达形式和内容并重——相联系。在此,不仅需看到实用主义的效果意义,还要看到更广泛的司法政治学的问题:如何为民亲民。换言之,不仅需理解法官的“官”角色如何可衬托其所客串的其他角色,及其他角色的担当如何可增添裁判理性的权威,而且需理解,其中因为微观的被司法者的需求及更广泛的司法关注者的期待,是否包含积极、主动、人文关怀式回应他者司法憧憬(法律与文学的学术旨趣之一即为此)的应然姿态。

## 结 语

判决书“附带”,特别是中国基层法院的“法官后语”,以小见大,为考察宏大司法问题的绝佳视窗之一。其属具体操作或微观制作,但背后折射着关于司法的社会大写的各种“我见”。对其讨论,应涉及效果检视、作用辨析、社会分工角色厘清和职业定位效率考量,本文已作努力,但更应涉及对宏大司法问题的历史反省和重塑,本文亦作尝试。通过微观司法需求互动和宏观社会需求互动的概念,以判决书“附带”,特别是“法官后语”为平台,本文思路逐渐走向“多边协议”的目标,即对司法理念展开思想的社会合作,而非默认、默许法律人特别是法学家的单边垄断(但如前文所述,他们的作用当然重要)。

本文支持“法官后语”,及其他判决书“附带”在中国的实验或实践。但支持逻辑,不是概念化、推理化的,而是历史辩证的具体司法需求互动及宏观社会需求互动。此外,本文强调实用主义的重要,并在分析中认可效果的概念,然而,更倾向在实用主义的背后配置司法政治道德的理念,即司法“正当性”及司法的人文关怀。故问题的辨析,从判决书及“附带”本身的通常定义,及判决书功能和法官角色本身的通常界定之柔性理解出发,进入司法现象的历史变迁,依存之中的司法微观需求互动的状态,包括更广泛的社会主体间对其产生的社会约定,尤其是广泛的被司法者及司法关注者的感受、设想、憧憬,及其面对诉讼时对法官感染、打动的或直接或间接的期待,当然,还包括中国基层法官秉持“同情式理解”的

<sup>⑨</sup> 关于宋鱼水,参见《山东审判》编辑部、济南中院研究室:《“宋鱼水审案方法”与当代司法方法专题研讨》,载《山东审判》2005年第3期,第16页。关于陈燕萍,见前引<sup>⑩</sup>,第5-6页。

主体自觉和责任担当。

其结果,首先,相互映射地追求对判决书“附带”特别是“法官后语”,和宏大司法理念的双重深入理解。其次,提示一个路标,其不同于“正宗”的理性司法,亦与实用主义司法有别,同具魅力。再次,将本文开始提示的一般司法理论“教义”和另类司法实践“自在”,即自我生发及自我强化的“自在”,其间究竟存在何种辩证的博弈关系,而辩证的博弈关系又包含了何种深意,予以揭示。

补充几点。

第一,司法中秉持“同情式理解”的主体自觉和责任担当,与现为人熟知的带有解放区马锡五传统印记的“群众路线”“审判为民”的政法司法理念,存在相似。但本文所主张的,富有现代学术元素的法律理论支撑,即法律与文学;而更重要的,法律与文学的思路借鉴具有侧重法学内部观念启动的意识,强调自法律现象本身的历史及现状中挖掘丰富性、多样性,展示法律现象的自我变迁,且在反思中支持现代司法建设理念。本文不设想甚至不希望,侧重从法学外部观念发动对现代司法理念的挑战。

第二,本文不认为在中国任何司法过程中均应呈现“附带”或“法官后语”,如第三节讨论微观需求互动时暗示的,当面对极需专业、理性辨别的法律问题,如知识产权,其应收缩自己的边界。其实,它们正像自己实践的,一般存在于基层司法部分领域。而其背后,依然是社会约定的机制。

第三,本文赞同法官角色丰富以积极回应被司法者的期待,但不意味着,此无任何条件,否则赞同势必成为过分的理想。当现实中法官人数极有限,其手中案件堆积如山,已无暇顾及及其他,本文赞同包括社会期待便需回撤。然而,中国基层法院的“法官后语”实践,本身已表明情形并非如此极端。后语撰写者的确繁忙,甚至颇为辛劳,但其依然可有时间及能力,故问题讨论的思路应走向文本已力行的可能效果(如是否恰提高司法效率、司法权威),及深层的是否应当。

最后,再附一段中国基层法院的“法官后语”,此既表达对中国基层法官的敬意,又企盼已存在的经验样本可激发更有趣、有益的洞见:

每一个孩子都有在父母的呵护下享受幸福童年的权利……殷切希望她的父亲能对孩子悉心照料和治疗,让她健康成长,也希望母亲尽最大力量给她以母爱和应尽的义务。<sup>⑧</sup>

---

**Abstract:** The appendix to a written judgment, especially a judge's supplementary comments, in the practice of grass-root courts in China, refract a series of theoretical issues which may deserve further research, in particular the definition and function of the written judgment, the role of judge and the judicature, etc. Observing from a historical perspective and introducing conceptions of both the micro-interaction of the need of judicature and the macro-interaction of the need of society may make it possible for us to see a crucial point as well as get a new way of speculation on the "social consensus" to the aforementioned appendix and the other issues of judicature. It will therefore benefit the construction of modern normal judicature in China.

---

(责任编辑:李小明)

---

<sup>⑧</sup> 转自前引<sup>②</sup>。