

法官审判裁量情境中的话语实践考察

——“议论的法社会学”视角

梁译如*

目次

- | | |
|---------------------|---------------|
| 一、问题的提出 | 四、总结与讨论 |
| 二、无名者的诉请、抗辩与我的辗转、两难 | 五、对反思性研究方法的反思 |
| 三、法官的经验、先见与决断 | |

摘要 通过对 A 市中级人民法院的田野调查,亦即研究者对司法审判工作的亲历和反思,可以发现审判裁量的话语空间充满矛盾冲突,既有当事人双方的对立主张和复数立论,又有法官对道德说教与法言法语的混杂使用。法官往往相信自己是公正的,但其对正义的理解是一种“半洞察”,可能有失偏颇却不自知。究其根源,在于反思不足;而反思不足的原因,一是法官能力素养不足,二是商谈议论不够。法官一定意义上不乏商谈议论的机会,但潜在的议论规则不一定是客观公正导向的,不论是面对诉状时法官内心的、还是合议时法官之间的、或是法官与当事人之间的法律议论,都还缺乏真正被实践的程序公正与科学论证。总之,司法裁量客观公正之可能性前提在于商谈与议论,但其前提之前提乃法律议论场域的良性建构。在这点上,国家司法改革也当有所重视。

关键词 司法实践 审判裁量 程序正义 合议 话语

一、问题的提出

以审判为中心的司法改革要求“突出法官办案主体地位,明确法官办案的权力和责任”,强调在法院系统内部和诉讼活动中保障法官的主导地位,^{〔1〕}但在认定事实、适用乃至解释法律的微观情境中,法官作为裁量主体的问题未被深究。

季卫东教授认为审判裁量是司法改革的关键问题。古代中国对法官裁量权的限制基于“法无二解”理念,由专司法律解释的官员垄断性地给出权威答案,限制法官对法律的解释,使实体规则

* 中国政法大学社会学院硕士研究生。

〔1〕 倪寿明:《落实法官主体地位的四个着力点》,载《人民法院报》2014年7月1日,第002版。

具体化、细致化,使审判人员无法利用法律的暧昧之处行使裁量权,把法律解释绝对化、统一化。现代西方的做法也是追求“唯一正确的解答”,法官以三段论的思维方式将法律适用到事实中去,强调严格的理性。这些做法可能导致法律的教条化和推理的机械化,因此20世纪后出现了法律自由化、弹性化运动,强调法官自由发现法律。法国出现了不受法律条款约束、扶持弱势群体、制裁强者的马尼奥法官,其审判方式一度受到推崇;在美国的现实主义运动中,霍姆斯提倡实用主义法学,强调法律的生命力在于经验,庞德也强调考察法律的功能及其适用过程中的利益权衡;中国的马锡五审判方式,强调调解、巡回审理、就地解决、听取群众意见、调查研究事实,以群众满意为标准,使群众意见压倒法律,也使法官裁量权过大,使我国法律解释呈现出流动化而无坚实制度基础的特征。哈特的审判裁量学说看到了规则的两重性,强调既不能完全怀疑规则、否定其客观性,也不能机械适用之,真理在两者之间。只有通过解释,才能在两者之间找到客观化的机制,该机制的重要组成部分乃法律解释的技术:法律是开放的,法官要行使裁量权,但要让自己的理由经得起各方面的质疑,通过法律解释的技艺使裁量的理由清晰,是限制审判裁量的重要方式。^{〔2〕}

季卫东教授提出限制裁量权一方面需要责任制,另一方面要考察法官的说理过程——“不仅要有责任清单,还要有抗辩清单。当事人提出的主张和证据,法官要全部列出来,一一否定,最后留下的就是正确的东西,也是判决的基础。以审判为中心的司法改革非常重要的就是说理环节,而这很难反映到责任制这个指标化管理过程中,所以抗辩清单非常重要。”^{〔3〕}对说理环节和抗辩清单的强调,也见于季教授提出的“议论的法社会学”范式,该范式是一种兼顾“程序—沟通—权利共识”的理论体系,“立足点是结构—功能—含义三位一体的话语空间、抗辩和论证的正当化机制分析以及相应的公正性制度条件研究”,旨在“聚焦立法、执法以及审判的沟通行为和话语空间及其规范的含义”,通过“对实践中的法律意识和法律行为进行实证分析,进而在制度改革方面推动政策科学研究”^{〔4〕}。本文正是这一宗旨下的经验研究。

法官对上诉案件的裁量主要发生在审理诉状与合议两个话语空间中,笔者试图通过参与观察和非正式访谈,经由对上诉审法官审判裁量的沟通行为和话语实践(主要表现为合议案件)的考察,反思裁量客观公正的可能性前提及其界限。本文的主要特点是运用移情^{〔5〕}的方法,研究者切实参与进审判裁量的过程尤其是说理环节中,参与进司法工作的话语博弈空间并切身感受到“法律议论场域的矛盾、冲突与张力”^{〔6〕},对法律的议论和说理进行再思考和再议论。这是一种把研究者带回研究场景的反思性方法,“研究者作为反思性的关键,既是反思性的承担者,也是反思性的对象”。^{〔7〕}本文之所以能够实现反思性,契机在于笔者以挂职干部身份进入A市中级人民法院,由此而获得了观察者和参与者亦即法社会学研究者和司法工作者的双重身份。

〔2〕 参见季卫东“法与社会”公开课第七课、第八课,载网易公开课(<http://open.163.com/special/fayushehui.html>,最后访问时间2018-03-25)。

〔3〕 李阳:《七家试点法院的司改答卷——来自司法体制改革研讨会的报道》,载《人民法院报》2015年12月15日,第2版。

〔4〕 季卫东:《法律议论的社会科学研究新范式》,载《中国法学》2015年第6期,第35页。

〔5〕 移情:解释社会学的观点认为,由于观察者和被观察的对象之间有可能存在“移情作用”,因而研究者不仅可以记录他所观察的社会行为和态度,也能理解社会行为者的动机并弄懂该行为对行为者的意义。正是由于观察者和被观察对象之间的共通性,前者能合乎情理地在纯观察之外做进一步解释。能够或应该设法从他们的观点出发去理解社会现象。参见罗杰·科特威尔:《法律社会学导论》,中国政法大学出版社2015年版。

〔6〕 前注〔4〕,季卫东文,第38页。

〔7〕 林聚任:《从话语分析到反思性——科学知识社会学发展的一个新趋向》,载《自然辩证法通讯》2007年第2期,第56页。

需要说明的是,笔者力图遵循在法院里做研究而非研究法院的原则,^[8]希望以移情和议论方式对个案进行解释,^[9]最大限度地透视法官裁量的真相。而解释的对象,正是“议论的法社会学”视角下的审判沟通行为,话语空间,抗辩、论证与说理环节。本文的田野资料是审判裁量之话语实践的微观语料,即那些关于权利和囿于权力的议论纷纷及其嘈杂场景,因此笔者尽量保留了议论中某些看似无关却内涵丰富的细节。在资料呈现上,本文将以讲故事的方式描述“我”参与其中的法律议论,包括当事人的、法官的以及“我”自己的叙事、修辞、主张、辩驳、论证、合议、异议、争论、共识、字斟句酌、心证过程和裁量判决等,及其发生的特定时空情境,最后分析和议论这些议论话语及其场域,突出“我”的参与感、在场感、主观性与能动性,突出研究者与被研究者之间的互为主体性。对法律议论的再次议论,需要研究者将自身的经验与理论判断带入其中,对建构的话语和知识进行反思,使最终的议论或叙事不仅能直观呈现隐藏着的权力关系,更使话语空间自身的错综复杂与变动不居其义自见。

二、无名者^[10]的诉请、抗辩与我的辗转、两难

2016年6月中旬,我到A市中院挂职第三周,庭长H前来询问我是否办过案,我说没有,他抱来一公分厚的卷宗:“你试着跟一个案子,写一个审理报告,意见也多少说一些。”之后的一周,我不再勤快地替同屋的书记员跑腿送达文书或盖章,而是投入了“神圣”且极具挑战性的案件审理:

2014年10月,车辆I在A市界内高速路段行驶,过隧道时前方车辆II超宽占道行驶。I车司机欲刹车时发现制动失灵,于是与II车左侧相撞,两车货物均受损;相撞后I车仍无法刹车,驶出隧道后为避免更大事故,司机I决定将车尾挂在右侧山丘上,并嘱咐车上货主抓紧座位,此时二人均未系安全带。车辆撞击山体后得以制动,副驾驶座上的货主却被甩出窗外死亡。A市交警队认定司机I对事故负全责,II车司机无责。司机I对该事故责任认定书提起复核,但复核期间(2015年4月)司机II及其所在物流公司向A市B县法院起诉司机I及其挂靠公司,复核依法停止。

在该诉讼(称作A1)中,原告要求被告赔偿车辆II全部损失,一审法院认为车辆II超宽占道也是事故主因之一,故于2015年5月做出判决,要求被告及其保险人赔偿该车50%财产损失,剩余由原告自行承担。原告不服判决,同年6月上诉,A市中院于2016年4月立案审理,遂成诉讼A2,其判决结果(7月结案)是维持。

[8] 针对个案研究能否从特殊到一般的问题,解释人类学家格尔兹强调,“人类学家是在村庄里做研究,而不是研究村庄”。参见格尔兹:《文化的解释》,纳日碧力戈译,上海人民出版社1999年版。

[9] 即先对行为、现象的意义进行解读,再对行为、现象之间的关系进行因果解释,陈柏峰称之为“机制分析”。参见陈柏峰:《法律经验研究的机制分析方法》,载《法商研究》2016年第4期,第44~54页。

[10] 福柯《无名者的生活》肇始于他阅读的一份拘留记录,“无名者”即是记录中的那些“被权力贬得一钱不值”的越轨者;我在卷宗里则邂逅了一些并非“一钱不值”但也毫不重要的无名之辈,与福柯“无名者”的相似之处是同样也“玩弄了话语”并“遭遇了权力”。“或因自己向权力呈言,用这些文字来告发、申诉、恳请或哀求;或因权力想要干预,用寥寥数语来裁决或宣判。所有这些生命,本应注定活在话语不及的底层,甚至从未被提及就销声匿迹。它们只是在本次与权力稍纵即逝的接触中才得以留下自己的痕迹,短促、深刻,像谜一样。”我邂逅的无名者或许不那么边缘和底层,保险公司还略有权势,但在法官的裁量面前,无论怎样言说,他们都还是处于与权力对峙的弱势。参见福柯:《无名者的生活》,李猛译,载《社会理论论坛》总第6期(1999)。

事故死者即货主的家属于2015年6月向A市B县法院提起诉讼(称作诉讼B1),要求两车所属公司及其保险人赔偿人身损害、精神损失等费用80余万元。法院于同年12月判决由I车和II车各承担80%和20%的赔偿责任,并在审理报告中写道:“由于原审被告不服A1的判决结果已上诉,故不考虑该判决中的责任认定(各承担50%的责任)。”二被告均不服判并上诉,遂成诉讼B2,于2016年6月立案(即我要审理的案件)。

就事故责任划分问题,我向A2的承办人、三十多岁的女法官X请教,她说当事人多次质疑B法院一审对案件A1和B1做出不一致的责任认定,但她还是在A2中维持了A1五五分责的判决,这就意味着挑战了B1的二八分责,她坦言这可能使将来B2的判决陷入困境:如果B2维持原判,就与同为二审的A2前后矛盾;如果B2改判,II车一方将更不服判,影响办案质量。X说A2的承办法官确实比B2的轻松,但B2也可以不受A2影响,维持原判,因为“两车对车上财物损失的责任是一样的,但对车上货主死亡应负的责任可以不一样”。

查找法律条文未果的情况下,我查阅了学术论文,有研究表明我国大陆交通事故责任认定理论和方法的核心由“依据违法行为数量和情节认定”逐渐向“基于当事人行为与交通事故之间因果关系认定”转变,^[11]这就支持了X的说法。我写下了“维持”字样,随即却发现“我国各省市交通事故责任认定规则存在差异,有的省市依据违规行为与交通事故之间的因果关系认定”,有的则不然,A市所在省份现行《道路交通事故当事人责任确定规则》的规定是“……根据当事人在道路交通事故中的过错行为,对照‘当事人过错行为分类’表,确定过错行为类别,确定当事人责任”。基于此,我对照‘过错行为分类’表确定二人的违法数量和情节,把处理意见改为了“依据本省《规则》,司机I和II对事故负同等责任”,并重新计算了两车及其保险公司的赔偿数额,却又发现保险公司是否需要赔偿还存在争议。

承保I车交强险和商业三者险的a、b两公司认为:搭乘该车被摔出车外、死于车右侧地上的货主不是“第三者”;且该车未按规定年检,保险人可以免赔。a的代理人在邮寄给审判长的代理词后附有《民事审判指导与参考》某章的影印版,^[12]最高法院民一庭对处理车上人员能否转换为第三人的问题提供了两种意见:一种认为“如果受害人在意外发生时已置身保险车辆下,则不再属于车上人员而是第三者。交强险旨在避免因机动车所有人和驾驶员没有赔偿能力而无法获赔,其社会功能是减少和化解社会矛盾,实现公平正义”;另一种意见是“我国立法之所以将乘客排除在第三者之外,是因为强制责任险制度的设立需要在参加保险的普遍性、费率的高低及赔付的可能性等诸多因素间取得平衡,需考虑赔偿请求权的主体范围和赔偿限额。若不当扩大第三人范围,可能造成整个制度不堪重负,最后不利于多数受害人受偿。且乘客尚有其他方式保障,如车上人员险、运输合同等,两车相撞情况下本车人员尚受对方车辆强制责任险保障”;该庭最终的倾向性意见为“当本车人员在发生交通事故时脱离了被保险车辆,不能视其为机动车第三者责任强制险中的‘第三者’”。

读完这一意见交锋,我马上认可了有辩证精神和社会因素考量的倾向意见,但考虑到一旦免除两家保险公司的赔偿责任,数十万的赔偿款多半要出自司机I及其挂靠的物流公司,要求被挂靠公司对其挂靠人的侵权行为承担连带责任本身也有争议,而司机I还有一个四岁的女儿(据其在交警大队的笔录可知)——似乎是同情心阻止了下笔改判,我开始思考折中办法,第二天终于发现了

[11] 马社强、薛菁菁:《我国道路交通事故责任认定理论和方法发展综述》,载《中国人民公安大学学报(自然科学版)》2013年第3期,第28页。

[12] 笔者查其出处为奚晓明编:《民事审判指导与参考(第43集)》,法律出版社2011年版。

一个漏洞：最高院指导意见针对的是机动车第三者责任强制险，但商业第三者险与此不同，该险种无强制性和普遍性，保费远高于交强险，其赔偿范围无须过多考虑社会因素，此时依据受害人在事故发生时的特定时间身处保险车辆之下来判断，就能把死者视为其“第三者”而获得b公司的赔偿。

但此时b公司的抗辩理由又令我陷入两难：I车在事故发生时年检已超有效期。保险条款规定在这种情况下保险人不负责赔偿，免责条款分为原因免责和损失免责两类，发生事故时未按规定检验属前者，即只有未按规定检验是造成保险标的损失的原因时保险人才能不承担责任。交警鉴定“I车肇事前行车制动安全技术状况不合格”，可见未年检确是事故原因，依据保险合同，保险公司可以免赔；但保险公司若没有告知被保险人免责条款，也不能免责，这是保险案件的普遍情况。因此我开始寻找“已告知”的证据，打算以不履行告知义务为由驳斥保险公司的抗辩，却还是在投保单上发现了“投保人已经获知免责条款”一栏，I车挂靠的物流公司在该处盖了公章。此时心里的天平摇摆不定，查找类似案件后，我在审理报告里写下这段话：

b公司仅举证了一份未附格式条款的投保单，也未提供能够证明自己“已对免责条款内容向投保人做出了明确说明的书面或者口头证据”，仅在保单上列有一条“投保人已经获知免责条款”的说明。虽然投保人在上面盖了章，但《保险法》规定“保险人向投保人提供的投保单应当附格式条款，保险人应当向投保人说明合同的内容。同时要做到在保单上做出引起注意的关于免责条款的提示，且对该条款内容向投保人做出说明”。b的投保单上首先就未附免责条款，难以对其做出说明。

尽管这个说法有道理，但实际上我也大可以这样写（类似案件确实采用截然不同的判决理由做出不同的判决）：

b公司履行了告知义务，在投保单上明确标注了“投保人已经获知免责条款”一栏，物流公司已在该处盖章，故应对这一行为承担后果。

——此时作为研究者也作为司法裁判者，我陷入反思：是非对错，难道全在言说之中？这似乎便解释了“法律的本质是话语实践”^{〔13〕}。

但为了追求“唯一正确的解答”，我又仔细阅读保险合同：

下列情况下，不论任何原因造成的对第三者的损害赔偿责任，保险人均不负责赔偿（除另有约定外）……2）未按规定检验或检验不合格。

——“不论任何原因”排除了原因免责，似乎“显失公平”，于学理不通，于法律有据吗？随即查阅保险法：

采用保险人提供的格式条款订立的保险合同中的下列条款无效：（一）免除保险人依法应承担的义务或者加重投保人、被保险人责任的；（二）排除投保人、被保险人或者受益人依法享有的权利的……

可见b公司设立的免责条款本身有故意“免除保险人依法应承担的义务、加重投保人或被保险人责任”之嫌——我终于找到了让b公司赔偿的法条，但历经一系列追问与反思之后，此时的判断似乎不再是出于对司机I的4岁女儿的同情，而是基于相信存在最恰当的法律理由能够对抗不适当的利益索求，在这点上国家的立法果然没有令人失望。但有一个声音仍不时冒出来叩问我的

〔13〕 前注〔4〕，季卫东文，第25页。

底线：I车没有年检，车上的司机和货主都没有系安全带，难道他们不该对自己的行为后果负责，商业保险公司、政府或国家就该为其买单？一个成熟的合格公民能是这样吗？这样的父母能教育出对自己、对国家和社会负责的下一代吗？一个成熟的法治社会能是这样吗？

虽然对责任保险制度及其背后的家长主义心态心怀警惕，对该心态下的公民社会发育与成熟心怀忧虑，对保险公司心怀歉意，但我也自视在做一件好事，如果这样的处理意见被采纳而成判决，会不会使该保险公司甚至保险行业有所反省，进而修改免责条款并更好地履行告知义务？诚然，案件背后的价值问题是复杂的，我无力把握，但判决至少要实现法律的调整功能，我自视以上裁量过程与写下的判决至少是审慎的、也是完整的，是符合法律标准并接近程序正义的。由于期待判决意见被采纳，此后两周我都在预想该意见在合议中将面临的争议，并思索着应对之策。

写完审理报告后，我与法官X有过一次交谈：

X：觉得法官工作怎么样？

W^[14]：我觉得做法官不如做律师。律师只要朝着一个目标找证据、找法律依据就行，法官却要在正反两个方向上同时思考，还要考虑社会效果，心太累。

X：你一个案子审了一周多，才有功夫左思右想，你想想我们差不多平均每天办一个案子，根本没时间想那么多。要迅速做决定，不能犹犹豫豫。

W：很难决定，毕竟关系到别人的利益甚至生活。

X：是啊，法官的权力其实真的很大。

起初我认为“没时间想那么多”“要迅速决定”只是意味着法官裁量过程的不求甚解，后来发现在某些情况下（尚不能确定这种情况发生的概率与频率），这可能意味着判决先于裁量、基于“经验”，法官在倾听诉讼请求和斟酌抗辩理由前，内心可能已经有了期待的结果，他要做的或许只是朝一个方向上去找证据和法条。

三、法官的经验、^[15]先见^[16]与决断^[17]

七月下旬终于等来B2协议，时间已经是11点一刻，我心怀疑虑，担心这意味着无法进行充分的商谈议论，但事实却不尽然：

H：还是你们之前协议过的那个交通事故（指B1），II车超宽占道行使，I车撞了II车……交警队当时认定有一个无责对吧？

X：对。

H：I车方申请复核，由于II车方上诉而终止了。终止后我们一审包括二审都认定了双方为同等责任……现在的这个呢，是因为I车刹车失灵，撞了II车又向前行驶，没办法就去撞山体，就造成了……不光是他车上的货受损，还有坐在车上的货主。

S：哦，挖机倒到前面把人压死？

[14] W指代笔者。

[15] 经验：为解决法律与社会现实背离的问题，在美国的现实主义运动中，庞德强调考察法律的功能及其适用过程中的利益权衡，霍姆斯提倡实用主义法学，强调法律的生命力与其说在逻辑，不如说在于经验。但是对规范的质疑和对经验的强调，也可能导致法官裁量权过大。

[16] “先见”可能是先见之明，也可能是成见。

[17] “决断”可能是“带着枷锁跳舞的决断”，也可能是几乎不带枷锁的。

H: 嗯,人摔出去了,这是个问题哦,实际上现场认定,他不是在上车上撞死的,不是死于车上,而是车下。

X: 嗯。

H: 也就是说他的位置是关键问题,不能讲他是摔下去死的,也不能讲他是在车上撞死的。

X: 大概情况是这样,我印象当中啊,先是他摔出去了,最倒霉的是他买的那个挖机呢从后头又摔出来把他压死了。

H: 把他压死的?

X: 嗯。

H: 那么这个情节,这个事实(很重要),因为我看小梁拟的报告没仔细到(这个细节),如果有这个细节呢,他就更是第三者。因为这个案子它有一个……针对是不是第三者的上诉,这个细节呢要更加把它(让我把它写进报告)。那么一审查明的事实就不讲哈,就看看判决……因为这个(换成普通话对我说)案情大家都很清楚,还有一个(相关)案件嘛。

W: 嗯。

H: 一审法院认为 I 承担 80% 的责任, II 承担 20%, 这个呢也是一个争议。上诉人就认为, 原来(A1)判的是 50%, 这次怎么就主次了。而一审法院认为“……I 车与山体碰撞则是司机 I 为避免更大事故发生……应承担 80%”。

此处没有停下讨论, H 继续念一审法院的“认为”: 被告保险公司 a、b 主张免赔等抗辩理由, 缺乏法律依据, 依法不予支持; ……依法认定货主某某摔下车受到再次伤害而亡, 属交通事故中的第三者, (停顿) 实际上我们认定的事实, 应该就是摔下去以后又被挖机压死嘛?

X: 摔下去以后是不是当场死亡就不清楚嘛哈……但是我印象当中是听当事人还是听哪个人陈述这个事情, 就说是挺倒霉, 自己去买挖机却被挖机压死了。

H: 我们那个案子(X 审理的 A2) 认定的事实呢?

X: 没认定, 那个不涉及人员伤亡。

H: 哦, 没认定, 如果有这个认定……哎小梁你要看一下, 因为一审查明的事实是摔下去死亡的, 但我们好像有一个意见是他摔下去以后又有挖机压在他身上, 有没有这个?

W: 没有证据证明。

H: 没有啊? 哦如果有这个证据, 肯定更能证明、更是第三者。

S: 你看他死亡的原因鉴定是“颅脑受伤损害”, 如果有压的情况, 看有没有照片能证实压的是哪个部位。

W: 照片是复印的, 不清楚, 要拿过来吗庭长? 卷宗?

H: 噢没事, 不用, 因为……这一块事实上已经够(证明), 它(一审法院)这个理由也是可以的; 但是如果有这个事实, 进一步核实一下, 更好……还有关于死者的赔偿标准, 就是按照城市标准, 具体我不念了, 保险公司该承担责任就承担, 这个各自的金额呢我说一下……

(在具体数额计算上讨论了 15 分钟, 过了下班时间)

H: 最后呢, 案子(争议)的责任划分, 一审没问题, 针对承担的比例, 它这个判决结果应当可以。还有小梁你讲的理由(翻看报告对我说), 主要是认为不属于第三者, 还认为 I 车没年检, 认为各项赔偿金过高; II 车这边请求按交警部门划分的责任, 还说我们同一个

案子不同判法。主要就这些?

W: 嗯(我迅速阐发自己的理由)——第三者的问题,最高院的指导案例说,车上有一个乘客看到车子发生危险主动跳车,但处于车下的他反而被翻倒的车子压死,针对这种情况最高法院认为不应当扩大第三者范围,其即便下车后又被压死也不属于第三者,那本案就更……

H: 还有一种意见对吧?

W: 对,但是最后的倾向性意见是……

H: 它这个案子以及我们的案子,我都认为应该认定为车下人员,因为跳车并不导致他死亡,最多说他个人也有过错,嗯我个人是这样认为的。

X: 刚刚我们讨论S的一个案件也雷同,一个人从他摩托车上摔下去被摩托车压死。

H: 这个绝对是车下人员,还有一个案件是他摔出去的瞬间与山体相撞而死,也认定为车下人员。省高院有过这个判决,第三者的问题要讲保险事故的瞬间,死亡那一瞬间只要在车下,最高法院,哦不是,省院,省高院有过指导意见,就是(根据)保险事故发生瞬间所处的位置,他这个更是(第三者),摔下去之后被压死嘛。

W: 嗯,但庭长,最高院根据社会影响,认为如果把车上人员转化为第三者,会造成这个制度的不堪重负。交强险的保额本身就不太高,保险公司的赔付压力会特别大,会对整个制度……

H: 你这个是针对保险公司的利益在说话(看向我,此时仿佛形成一种从道义上批评我替强者说话、没有支持弱者的话语氛围)。

W: 嗯,不过……

H: 假如站在受害人一边,国家设立这个保险制度干什么?就是最大限度地救济受害人,它的初衷是这样的,所以我们应该站在受害人的角度。

X: 这个问题,我们如果能达成一致就……

H: 就按这个吧(换成普通话),其他的这个比例问题,同案不同判……

X: 哎哎,最大的障碍就在这里。

H: 这个我们要认真对待,因为毕竟是同一起事故,当然交警部门的认定书现在没有效力,不作为证据,但我个人还是同意一审的意见……当然有因果关系,但是不严重,划个20%(合适),如果划成40%我个人反倒认为高了。所以一审的结果还比较恰当……所以我个人还是认为,驳回上诉,维持原判。

W: 庭长,关于责任认定我个人有一个比较实在的想法哈。

我期待更接地气地、站在法官和法院一边说话会获得他们的支持,但结果证明他们的立场在某种程度上是变动的,影响因素复杂,短时间内难以把握——

H: 哎你说。

W: 就是II车这边,一审法院在案件B1中给他们认定20%,他们拿出A1的50%说法院“同案不同判”“法律史上绝无仅有”“滑天下之大稽”。那现在还是判20%的话,他们也不会认同法院,还会质疑“同案不同判”,倒不如判成50%,保持前后判决一致……

H: 不是,我们考虑的责任划分主要看事故原因。

W: 嗯,但各省标准……

H: 导致车上货主死亡的原因,你认为是什么?是两车相撞吗?

他这里似乎在强调事实认知优先于规范,当我提醒存在确定的下位法依据,H直接混淆了不同省市的规定,且语焉不详——

H:我们是按……不光是按“交强险”,不不,“交通事故责任认定书”,而主要是以原因为准。

W:哦,原因为准吗?我看学术讨论说发展趋势是由过失行为转为因果认定,但咱们省……

H:就应该是这样,他实际上是侵权嘛,嗯(改用当地话问两位法官)看你们有没有意见?(此时已12点,我的身份由讨论参与者转变为书记员,两位法官说话方式转变为逐字逐句地发表可被记录的意见)

X:我认为死者……所以本案一审的处理是正确的,可予以维持。

S:本案……同意X法官的意见。

H:那就到这里,小梁,有些问题要是不明白,下午你来我办公室讨论。

与预想的不同,经过加班合议,我与法官之间及三位法官之间似乎都实现了一定意义上的商谈议论,由于在话语博弈中承担作为外来者、门外汉、下属、晚辈的多重压力,尽管作为挂职干部和报告撰写者在形式上被征询意见,但我也难以坚持某些立场,与法官之间理性商谈的空间非常有限;当我引入最高院和学者的意见作为自己话语的正当性来源时,法官会绕过权威的指导而引入其他理由。法官与法官之间的法律商谈中,理性的实现程度似乎也不高,最终的审判结果在程序和实质上的客观公正性似乎都还差强人意。

该案合议结束后的午餐时间,S主动前来与我交谈:

S:审理报告是你写的?

W:嗯,写了挺久,反复斟酌来着。第三者的问题,最高院的审判意见确实是不应该不当扩大其范围。

S:《审判指导》只是指导,不能作为法律依据。

W:你觉得法官应该向弱者一方倾斜吗?

S:是啊,法官是个良心活儿……一个案件能有很多种处理结果的。

W:所以我写审理报告时非常纠结,觉得正反都有道理,很难下决定。

S:你的审理报告太长了,尤其写判决书的时候不能那么多,只写一种观点。

W:嗯。我觉得做法官挺辛苦的。

S:干这行经验最重要。

反复玩味他最后这句话,我发现经验似乎可以在两种意义上起作用,一是帮助法官把案件分门别类,并对不同类别案件的判法形成某种直觉性的倾向,由此迅速预设相应的判决结果,减轻做决定的压力;二是规避风险,由于经验可以在一定范围内共享(共享的判决倾向可能比法律知识更简单易得,也更实用,当然后者是理性的,前者则是非理性的;后者遵循严格论证的法律标准,前者则遵循经验习惯或“案结事了”标准)。同样值得注意的是他们对于“法官应该偏向弱者”这一命题的不假思索的认同,但这一命题似乎有违形式理性和价值无涉的客观性伦理要求。

合议之后的当天下午,H庭长与我谈话:

H:小梁报告写得不错,总结了一共有,嗯五个争议点,一是责任划分,然后是保险公司的理由……三是精神损失费是否合理,四是赔偿金按城市还是农村标准,哦后面两点

你跟我们意见一致。

W: 对,我是从社会效果的角度出发,因为涉及城市化过程中……

H: 这个第三者的问题啊,你不能站在保险公司的角度……

W: 我觉得站在整个保险制度的角度也有道理,不能……

H: 这个免责条款,他们保险公司也得经过保监会,不能任意写的,一定要保障受害人的利益。

W: 嗯,最高院那个指导意见……

H: 最高院那些人和保险公司都是打交道的,我们这里还是要站在受害人的角度。

你就按今天的意见,再写一个判决书好吧,不用写那么多分析理由,要简单。

S和H都提醒“判决书要简单”,X后来也说,“你判决书里写得越详细,越容易被当事人挑毛病,不能给他解释那么多”。我还是一一驳斥了四个上诉人的理由,在其他争议点上都写得简单,但对保险公司提出的“I车未年检,根据免责条款可以免除赔偿”这项抗辩保留了详细的驳斥理由,希望判决书能对保险公司有所启发;但H删除了该内容,最终的判决理由全部与一审雷同。上诉人看到判决书后应当质疑法官是否看过上诉状。法官的判决在实质上是否公正很难议论,先见和决断本身不可能完全避免。但在本案中,先见是成见还是先见之明?决断是带着枷锁跳舞的决断还是轻易的武断?经验助力了审判,还是助长了裁量的任意?如果主审法官阅览过卷宗,笔者就不能妄下任何结论,但事实是自分案至退卷,真正要签字负责的案件经办人始终未曾审阅卷宗。

四、总结与讨论

“法律的行为主体只有有限的资源,却对法律的执行拥有裁量权,而且在执行法律时会考虑他们自身的利益。绝对的‘客观公正’在法律实践中更多是一种目标和理想,并非现实状况。”^[18]批判视角下的大量研究早已证明了司法现实与理想间的差距,即便是同时作为研究者和审判者的笔者,在完全利益无涉且无办案压力的情况下,有意识地实践书本上的法律文本、原则和法学理论,尽可能地审慎裁量,甚至实验式地在自己行使审判权的过程中时时内省,环环反思,对当事人的诉请一一辩驳,却还要考虑自己的意见能不能被法官接受,无法做到价值中立,做出的判断不可能绝对客观。何况就法官的日常而言,“关于法律和正义可以有多种多样的看法,但只能做出一个决定”,当事人双方的一系列不同的权利主张及其论证夹杂着大量的叙事和修辞,真相总在背面,在这样的话语博弈中抉择,“必须对复数的解答不断进行斟酌、权衡以及说服的作业”——不断斟酌权衡似乎已是法官裁量的较理想类型,至少能够达至程序正义;但由于议论由复数立论组成,辩驳必须通过反证检验而正当化,因此判决必须尽量考虑各种不同主张及其理由,以便说服社会,这个说服社会的过程,使得实质的价值判断与法律的形式逻辑相伴相生,于是出现法官不成熟的社会福利观念逾越法条法理,道德说教替代法言法语。

正如季卫东教授指出的,“论证性对话以及抗辩的活泼化势必不断凸显价值和立场的差异……法律关系在关于正义、道德及社会福利的层出不穷的辩驳中难以稳定”。^[19]尽管作为职业司法者,本文研究的法官在处理案件时却更多地使用一套社会福利与道德话语;作为暂时的司法

[18] 刘思达:《美国“法律与社会运动”的兴起与批判——兼议中国社科法学的未来走向》,载《交大法学》2016年第1期,第24页。

[19] 前注[4],季卫东文,第37页。

者,笔者自己则在法律、道德和社会福利的各种话语力量拉扯下倍感纠结。“法官必须不断面对各种各样的主张、论证及解释之间的竞争,也不断面对自反性悖论”,“为了跳出这个悖论的陷阱,法官有时不得不利用裁量权自己进行决断”,季称之为“带着枷锁跳舞的决断主义”〔20〕。

笔者发现在实际审判权力运行中,“带着枷锁跳舞的决断主义”似乎已经是法官审判裁量的较理想类型——现实中的法官(在笔者观察到的范围内)恰恰缺乏这样一种“带着枷锁跳舞”的沉重感、痛感与负担。他们的负担来自工资数额与案件数量,但很少来自案件本身。有经验的法官可以将法律议论场域中的矛盾、冲突与张力化解于漫不经心之中,甚至也就屏蔽了这个张力拉扯的场域。而支撑其经验与决断的,似乎就是法官直觉的道德感和不成体系的社会福利观。在本研究中,存在国家、社会和市场三者的博弈问题(体现在交强险的设立宗旨和实际运作中),但与其说国家和政府权力在场影响了法官的裁量,不如说法官主体在弥散的国家、地方、机构、资本以及文化等权力的形塑下,形成的国家观、市场观、社会观、道德观、传统观念和特定法律意识等,对法官审判裁量的影响之大,可能不亚于专业知识与职业伦理对其形成的影响。

虽然年轻法官受专业知识而非经验支配的可能性更大,但仍非常受制于各种观念,并且都倾向于为自己减轻决策负担并规避责任风险。责任制有时不一定直接保障公正,因为法官可能会出于责任压力,做出最讨巧而非最公道的判决。无怪乎季卫东教授指出,“以审判为中心的司法改革,不仅要有责任清单,还要有抗辩清单”〔21〕。法官在议论与裁量中,会策略性地选择某些论据而回避另外一些,以此来合理化自己的减负与免责倾向,相当于给自己的目的合理性补充一个价值合理性,〔22〕进而形成自身的乃至群体的合法性认同。这种集体认同及其所依靠的直觉的道德感和不成体系的社会福利观,笔者称之为“半洞察”〔23〕(“洞察的偏见”),这种半洞察往往禁不住进一步反思和推敲,往往囿于结构,与主体在结构或场域中的位置相关;但这样一种局限性,却又支配着法官的司法裁量,恰恰生产出裁量的任意性。

笔者起初发现合议庭对自由议论存有包容,不同年龄、资历、性别的审判员之间有自由争论的空间,年轻法官在庭长面前也能够发表自己的见解;但随后却又发现这个话语空间实际上张力不足,充满了既定的公认成见与共同的法律意识盲点。可以说在笔者观察到的范围内,法律议论场域未经良性建构,更像是一个讨价还价的意见市场,缺乏实践程序公正和科学论证环节。在本文论述的交通事故责任纠纷案的合议中,表面的允许协商背后,是正统的法官群体用经验、先见和道德观排斥年轻学生对法条的死磕与深究;在笔者参与合议的一个撤销劳动仲裁案(本文未介绍,但作为笔者的田野资料,对本文的发现和观点的提出具有重要意义)中,一位女法官言说策略精妙,成功扭转了同事的判断,改变了判决结果,然而其说话技巧有余,专业素养不足,商谈议论看似民主充分,得到的却可能是有失公平的判决;在另一个土地纠纷案(同上)中,X法官维护正义的主张被打压,但她已然从心底里习惯了行政权力的压制,虽然合议中有所反驳,对体制却无反抗,对判决结果不抱希望,只求在合议笔录中记录自己的异议,似乎要保障自己在错案追责时能有所抗辩。

〔20〕 前注〔4〕,季卫东文,第38页。

〔21〕 前注〔3〕,李阳文。

〔22〕 参见〔德〕马克斯·韦伯:《新教伦理与资本主义精神》,于晓、陈维纲等译,陕西师范大学出版社2006年版。

〔23〕 半洞察:“partial penetration”,威利斯在研究“工人阶级子弟为什么还想当工人”时,发现了阶级再生产的一个主要原因,是工人子弟部分洞察了教育的弊端和阶级不平等,并形成本阶级的文化认同;但当他们放弃学校教育和文凭这一上升途径,从事体力劳动后,才会发现这一选择不尽如人意,原先对世道的洞察只能算是“半洞察”。参见威利斯:《学做工:工人阶级子弟为何继承父业》,秘舒、凌旻华译,译林出版社2013年版。

法官内部的合议尚且不平等,何况在法官与当事人及其律师权力地位明显不对等的庭审中进行的商谈。例如我旁听了一次借款纠纷案的开庭审理,最直观的印象就是法官非常强势,一再使用“与本案无关”“不该你说话”等维持法庭秩序的话语打断当事人发言,一次次“与本案无关”的声明,在田野调查者或法律实证主义者的眼中大概都意味着对案件细节亦即事实真相的忽略。我们可以理解法庭资源有限、法官时间有限,但以法律和法庭严肃性的名义,就能轻视老百姓的日常表达吗?我发现法官对喜欢说大白话和“大实话”但因此显得话太多、不守规矩的当事人尤其表现出不满,愈发限制其发言;而老练的律师似乎深谙此道,因此言语不多,非常守规矩,几乎只是念读已经写好的材料,未见其任何试图争辩的迹象。这样的场域中,哈贝马斯意义上的商谈对话和程序正义似乎根本就不存在,取而代之的是法官以程序的名义,划清了其自身与生活世界和寻常百姓之间的界线。我所观察到的审判权力就是在这样的语境中运行,商谈与议论(不论来自法官内心、法官群体间、法官之外的法律人如学者与法官之间或是法律人共同体外部如媒体、社会舆论与法官之间)恐怕都难以触及核心,对促进司法裁量之客观公正所能发挥积极作用的空间难以生长,程序何以助益公正?

当前的司法改革强调“员额制”“案件终身责任制”“案件流程管理”等一系列制度性措施,旨在“突出法官办案主体地位,明确法官的权力和责任”,以期构建良性的审判权力运行机制。然而前述制度措施能否真正实现法官的主体地位和责任承担?朱孝清将司法这一解决微观具体个案、在认定个案事实的基础上适用法律、以定纷止争或决定是否追究刑事责任的过程类比医生看病,“医生只有亲力亲为,深入病房、接触病人,查明病因,才能对症下药,司法工作亦然”^[24]。由于个案事实往往千差万别,一个细节,都有可能对整个案件产生影响。所以“司法人员只有深入到具体案件之中,亲力亲为,亲自审查各种证据,才能对事实做出正确的判断,并进而依法做出正确处理”^[25]。虽然朱孝清指出法官亲历性主要适用于一审案件,主要强调开庭审理的直接言词原则,但针对以书面审理为主要职责的二审法官,从笔者自身经历的交通事故责任纠纷案中也能看出亲历性的必要性——不阅卷而下判决,只能助长法官用经验和成见来决断,使得审判裁量的决定性因素成了不成体系的社会福利观念和浅层的道德感,而非法律规范。

亲历性也意味着从审查材料到庭审到撰写审理报告和判决书的整体性,头痛医头脚痛医脚断不能为好医生,法官亦然;而亲历性与整体性也在保障法官的主体性。当今中国社会法官所面临的困境,表面上是收入低、工作量大、社会地位不高,但波斯纳指出,“如果大幅度提高法官薪水,不一定会引来更多能干并喜欢司法的人进入法院,而可能引来贪图高薪却未必喜欢司法的人进入法院;如果闲暇太多,就会引来更多看重闲暇的法律人加入法院”^[26]。法官缺失的可能不主要是财富、地位、闲暇,更重要是以亲历性为基础的对案件的整体把握及其在此基础上的成就感与责任感,以及与当事人的互动感,这些在笔者看来恰恰构成法官的主体性。现代社会之主体性困境与人的异化,往往源自机械的制度对人生活世界的入侵与切割。许多学者指出,员额制改革方案可能是一套未经充分论证便在全国范围内推广的并不成熟的改革方案,存在难以调和的矛盾。陈永生和白冰认为,我国本次司法改革将法官员额确定为不得超过中央政法专项编制的39%,存在不少问题。首先可能导致许多年富力强但没有行政职务的法官被“降格”为

[24] 参见朱孝清:《司法的亲历性》,载《中外法学》2005年第4期,第919~937页。

[25] 参见前注[24],朱孝清文,第919~937页。

[26] 苏力:《经验地理解法官的思维和行为——波斯纳〈法官如何思考〉译后》,载《北方法学》2009年第1期,第107页。

法官助理,以致离职率大幅上升,人均办案数进一步上升,在立案登记制的双重夹击下,法官不堪重负;重压之下,承办法官可能千方百计简化开庭审判程序,主要依靠法官助理、书记员庭外阅卷来裁决案件,以致“以审判为中心”的司法改革永远如水月镜花。^[27]可见现今尝试的员额配置模式不能保障法官的办案时间和对案件的亲历,却可能分割审判裁量的整体性,切断庭审与书面审理的联系,切断辩驳说理过程与最终判决之间的联系,法官将可能缺乏对案件全貌的把握,也可能会缺失以亲历感和整体感为基础、以责任感和成就感为归属、以互动性与交往行动为外在表现的主体性。

审判权力运行机制改革的重点是“突出法官办案主体地位,明确法官办案的权力和责任”。法官作为主体的人,在审判裁量过程包括开庭、心证以及合议各个环节的商谈、论证中,真实感受到的或喜悦或纠结的心绪,或许才正是主体性的体现。换言之,法官对主体性最直接的体验可能来自裁量权运行过程中进行的说理、议论、商谈和说服作业,而裁量的主要构成部分是书面审理和合议。“让审理者裁判,让裁判者负责”——审,理,裁,判——可以理解为:庭审,书面审理(梳理事实 and 法律依据,列出抗辩清单,将当事人的诉求和主张一一列出、一一驳斥,论证说理),裁量(辩驳、论证、心证与权衡、合议、说服),判决。审理、裁判这两个词、四个步骤,实际上是一个前后粘连、不可分割的整体过程。庭审后要亲自梳理事实和法律,开庭和书面审理后要在内心及共同体内部裁量与权衡,在此基础上做出判决,对充分发挥主体性后做出的判决终身负责。这应当是一个闭合的审判权力运行环,司法公正在此环内得以保障。

审理与裁判中的“理”与“裁”都强调说理、论证与思量,彼此界限模糊、相互重合,因而不可分割。员额制在划分法官和法官助理职责范围时,似乎试图在此做一切割,但由于内在的矛盾,形成的可能始终是一个界限不清的分工模式:法官负责庭审和合议庭评议,制作审理报告和裁判文书,共同签署并签发裁判文书;法官助理的主要职责是审查诉讼材料,整理诉讼争点,准备案件相关参考资料等。但撰写一份审理报告的完整流程是:(1)根据证据查明事实;(2)根据上诉状和答辩状整理诉讼争点,此间可能与当事人沟通;(3)参考法律条文适用法律,在此基础上;(4)形成判决意见水到渠成。完成整个过程,才能实现书面审理的司法亲历性。员额制下,上述完整的审判过程却似乎被分割为两部分,前三项由法官助理完成,第四项判决权力则归于入额法官。表面的制度安排是“法官制作审理报告”,但试问法官助理“审查诉讼材料”时是否要记录下“对事实的认定”;“整理诉讼争点”时是否要判别“争议焦点”;“准备案件相关参考资料”时是否要筛选法条依据。至此,案件审理报告是否已经完成了四分之三不止、只剩几行判决呢?姑且不论法官助理与入额法官在工作量和工资水平上可能存在的不对等问题,笔者此处旨在讨论将审理作业与判决作业分割开来的内在矛盾与弊端,即其可能对司法亲历性原则的背离、对法官及法官助理主体性的分割以及对审判裁量公正性可能造成的负面影响。

回到本文的起点,审判裁量问题是司法改革的关键问题,对法官裁量权的约束一方面需要责任制,另一方面要考察法官说理过程——“不仅要有责任清单,还要有抗辩清单。当事人提出的主张和证据,法官要全部列出来,一一否定,最后留下的就是正确的东西,也是判决的基础。以审判为中心的司法改革非常重要的就是说理环节,而这很难反映到责任制这个指标化管理过程中,所以抗辩清单非常重要。”^[28]但在员额制改革背景下,有一个问题凸显出来了:将来是谁在书写抗辩清单?似乎是未入额的法官助理而不是入额法官。换言之,限制法官裁量权或法官

[27] 参见陈永生、白冰:《法官、检察官员额制改革的限度》,载《比较法研究》2016年第2期,第41页。

[28] 前注[3],李阳文。

裁量公正性的问题,是否会转变成法官跳过具体的裁量过程,直接根据其助理的报告下判决的问题?

本文旨在探讨法官裁量之不确定性的根源和司法公正之可能性界限,并不深究员额制等制度性措施存在的问题。但是,即便本文不能提出更加切实有效的措施与方案,我们仍有必要在反思已有制度方案的基础上进一步发现法律商谈议论的核心与关键之所在。以季卫东教授提出的“议论的法社会学”理论范式为基础,立足于“法律的本质是话语实践”这一命题,本文考察了法官在审判裁量中的话语实践,尝试发现现有程序和制度设置的缺陷,也期待探寻法律议论场域何以良性建构。文章开篇和结尾相互呼应了一个本文隐含的核心概念,即法官的主体性。这与本文考察法官话语实践及探究司法裁量公正的可能性、法律议论场域何以良性建构之间有什么关系呢?主体性问题是支撑西方近代以来思维方式的主要问题,在近现代语境中表达为认知主体性,即理性。但当“人的理性能力被无止境地推崇,最终成为主宰一切、唯我独尊的力量,个体的人最终降格为与物相同的、理性实现自身的一个工具或环节”〔29〕,便是人的异化。在高度分化的现代社会,作为手段的暴力(哈贝马斯所说的“事实”)与作为目的的规范是分离的,法律往往沦为暴力手段,不具备解释主体性而只能机械适用法律的法官,在科层体制下易于沦为审判机器,或说在流程化管理和表面的程序化控制下沦为生产线上的工人。法律的事实性和有效性变得难以统一,法官面对纷繁复杂的案件,内心形成确信的过程是艰难的,其判决所依托的资源是有限的,若非亲历性地把握案件整体、能动性地解释法律并列出“抗辩清单”、对当事人的主张一一辩驳否定、从而逐步推导出正义,恐怕就难以获得审判者应有的主体性,就面临主体性异化的危机,当然也无法实现司法公正。“主体间性”问题就是在主体自由失落的现代语境下提出的,以哈贝马斯为代表的主体间性理论关注的就是主体之间话语沟通的伦理价值取向。

季卫东教授指明,哈贝马斯在价值与事实之间构建的商谈理论与“议论的法社会学”的宗旨非常接近,只是前者更侧重社会的理性—德性沟通过程、后者更强调法律的内部—外部沟通过程而已。哈贝马斯认为,为了矫正极端客观主义的社会科学的流弊,需要反过来发扬主观精神,但又不能放弃理性的立场,于是需要在合理性的语境里重构道德话语。“为了防止法律体系的保守化、维护批判精神,哈贝马斯引进了道德话语,并把导致讨价还价和妥协的交涉这一政治性契机也嵌入独立自洽的规则体系之中。然而哈贝马斯还是坚持道德只有转译为法律代码才能具有超越邻近范围的效果,这意味着要把公民自主的沟通活动加以程序化。但在平面化的相互主观性沟通活动中,虽然程序规则和议论规则能够防止不确定性问题,但为达成共识而促进反复议论的理想条件却面临时间压力以及无法做出决定的压力,应该如何克服这类困难?”季卫东教授认为这些问题正是“议论的法社会学”所必须面对和进一步寻求答案的。〔30〕

“法律的本质是话语实践”这一命题本身就超越了某些固有制度的建设视域,将批判反思的触角深入法律中人的日常实践与话语言说之中。在这种法学研究的语用学转向中,自然内涵着对主体性的关怀与反思理性的精神,这何尝不是解决当代具体法治问题的应有之义?因此“议论的法社会学”研究作为季卫东教授提倡的一种新的“范式”,或许不能直接指导法律实务与实践,不能就司法改革中存在的诸多问题直接给出答案,但其期待迸发的应当是一种范式转换的力量。这一新的范式,既启发司法实务,也要求新的法学研究方法。本文借鉴的主要是突出反思性的拓展个案方法和定性定量相结合的实证研究方法。

〔29〕 郭晶:《现当代主体性哲学的合理形态》,载《社会科学辑刊》2012年第3期,第33页。

〔30〕 前注〔4〕,季卫东文,第25~41页。

五、对反思性研究方法的反思

季卫东教授提出：“研究方法的重点应该从结构和功能转移到涵义上来，聚焦沟通行为，立足主观间性和话语博弈，建立一个兼顾程序、沟通以及权利共识指向的理论体系，并对实践中的法律意识和法律行为进行实证分析，进而在制度改革方面推动政策科学研究。”^[31]

本文是对法官审判裁量情境中的话语实践的考察，同时注重对研究方法的探索和反思。笔者尝试运用反思性方法以及叙事性、也是议论性的写作手法，尽可能使用原始语料以保留其深层结构与内在丰满，通过将解释穿插其中而令其丰富的意义世界得以呈现。但为了不囿于个案、得出偏见，笔者浏览了该法院2011年到2016年间当事人包含保险公司的机动车交通事故责任纠纷上诉案四百多件，保险公司败诉三百多件，胜诉不到100件，其中胜诉的七十多件是保险公司被上诉，即判决结果是维持原判；换言之，共有五十多次改判，三百多次维持原判，其中保险公司上诉被驳回的有近300件。这在一定程度上佐证了本文的观点，即经验和价值判断很大程度上影响了法官裁量。此处对数据的使用虽然简易，但是有意将定量和定性的实证研究方法相结合，使研究发现从特殊到一般。

布洛维的拓展个案法^[32]则是在定性研究内部，将反思性科学应用到田野调查当中，以实现从特殊中抽取一般、从微观移动到宏观，并将现在和过去连接起来预测未来。就本文对该方法的使用，第一，笔者参与到自己所研究的法官自由裁量情境中，在审理案件过程中扮演法官角色，移情至司法裁量场域并以法官身份进行议论，在卷宗里与当事人议论，倾听控辩双方的论辩与对抗；在合议庭倾听法官间的商谈，与法官进行议论；在法庭和质证中（由于篇幅限制，本文并未论及庭审中的话语实践，该问题需在后续研究中进一步探讨；但笔者在田野调查中已经少量参与观察了庭审和质证，对此获得了一定的认知），倾听法官与当事人的议论攻防和语言博弈；在法官的判决书中，发掘他与自身的议论及他与权力的对话；同时在写审理报告时，倾听自己在研究者与裁判者双重身份下与自我认同的撕扯、辩证，在此基础上反思这些矛盾重重与议论纷纷，并在反思中让自己也与权力遭遇并对话或对峙——这便是笔者自身从观察者到参与者的拓展。

第二，笔者尝试从时间和空间两个维度上将情境“拓展”出去，田野调查地点是A市中院，田野作业时间是2016年6月到11月，但经由查阅中国裁判文书网和本院判决书及其电子卷宗，本文的观察拓展到了基层法院和高院，拓展到地方和国家的联结地带。例如笔者查阅B镇法院对案件A1、A2的全部审理过程，包括较详细的合议庭笔录，也查阅了向高院请求再审的类似案件及其判决。本文的视野随泛黄的证据卷宗去到肇事司机在交警大队做笔录的现场，也随律师提交的材料去到最高院讨论“第三者”问题的场景。同时，笔者与合议庭三位法官私下的交流，与对B1案件的审理及合议庭共同形成一个完整的叙事，成为整个组合事件发展的情境性因素。最终，通过对案件卷宗、证据材料、法律条文、诉状、判决和对法官日常话语实践的剪辑、拼接，笔者尝试将“各种共同在场的关系”放置在同一情景下，最终实现把参与者与观察者之间的对话嵌入到地方过程和外部

[31] 前注[4]，季卫东文，第35页。

[32] 拓展个案法给出了具体的四个步骤：（1）从观察者拓展到参与者；（2）对时间和空间观察上的拓展；（3）从过程拓展到力量；（4）理论的拓展。参见[美]麦克·布洛维：《公共社会学》，沈原等译，社会科学文献出版社2007年版。

力量之间的第二个对话内部,^[33]即从过程向力量拓展。

布洛维追求的个案比较和理论拓展在本文短短万言间还不能体现,不过本文力求与“议论的法社会学”理论形成对话。从某种意义上讲,法官反思能力的欠缺是导致法律议论场域张力不足的重要根源,与此同时,法学领域何尝不欠缺社会科学视角下对个案的拓展性与反思性研究呢?季卫东教授提倡以“法律议论”为路径的“程序—沟通—权利共识”模式在实践(实务)中的实现还有很长的路要走,这需要更多关于“议论实效化程序条件”的研究,主要包括研究“参加议论的动力或诱因体系”“确保论证性对话”“议论与法律判断及制度改革之间的关系”^[34]。本文尝试把“议论的法社会学”的关怀与中国本土经验结合,对该理论理解得不到位或使用不当之处,或有待进一步商榷;但个案之所以能被拓展,为规范主义的法学研究者所不易接受的日常对话甚至当地方言、真实的生活世界及其嘈杂之所以值得书写,在于其背后的理论依托。本文的目的不是讲述一个法官审理和合议案件的故事,且附上事无巨细的对话,让不了解司法运作的读者猎奇,而是期待实现从特殊到一般、从微观到宏观、从事实到理论和规范的关照。

确立一个新的跨学科知识领域即“议论的法社会学”,是季卫东教授对当代中国法的社会科学研究范式转移的基本认识。他认为“法社会学的范式创新应该聚焦涵义之网和沟通活动,进而对法律意识、法律知识及法律思考形态进行深入考察、分析及解释,在形成权利共识的同时加强规范的反思理性”^[35]。反思性的态度,其本身助益于法官践行司法公正,同时也为研究者所必须,从反思性科学视角来看,反思既不从一个外在于时间和空间的阿基米德点突然发力,也不创造像白板一样干净的知识 and 理论。它的出发点,一方面是学术理论的某一传统,另一方面则是既存的民间理论或本土叙事;而在真实世界当中,这两个方面一直互动不断。^[36]法律似乎也是如此,一端是确定性的法律条款和法教义,另一端是不确定性的民间传统和文化、道德,二者如何互动平衡从而达至正义?季卫东教授提出“作为中介的法社会学定位”——中介“意味着个别之物通过政治的、实践的调解以及法律程序中的沟通行为等互动关系而实现不断变化的各种因素的动态均衡”^[37]。法社会学的出发点与布洛维意义上的反思性科学似乎是一致的,是法教义学与法律实务及日常生活中的法律实践之间、即事实与规范之间的“互动不断”。反思性科学要求一种自觉的自我指涉,以研究者“对自身及其在社会世界中的位置的知识”为中心,将其主我作为反思对象。^[38]法律议论的社会科学也离不开自我指涉和互为主体的认知方式。对于包含法官、检察官、律师和法学者在内的法律职业共同体^[39]以及诉讼双方和大众舆论而言,在司法场域内,似乎人人都需要这样一种反思性的立场,将自身参与立法、司法、解释法、言说法的过程均纳入反思,既解释和议论法律,也对自身的解释和议论进行反思,从而尽可能地减少对正义的半洞察甚至偏见。

(责任编辑:宾凯)

[33] 参见前注[32],麦克·布洛维书。

[34] 前注[4],季卫东文,第36页。

[35] 前注[4],季卫东文,第36页。

[36] 参见前注[32],麦克·布洛维书。

[37] 前注[4],季卫东文,第27页。

[38] 参见前注[32],麦克·布洛维书。

[39] 吴玲:《我国法律职业共同体研究》,载《中国律师》2016年第1期。