法官决策的基本问题分析

Анализ основных проблем при вынесении вердиктов судьями

Analysis for Basic Problem of Judges Decision

杨金科

河南大学法学院副教授（校聘），Хэнань 研究方向：犯罪心理学

河南大学法学院，开封 475001

pangdongmei71@163.com

Ян Цзинькэ,

доцент Юридического института

Хэнаньского университета, КНР

Yang Jinke,

Associate professor of Law school of Henan University

© Ян Цзинькэ, 2020

中文摘要：凡是有人类的地方，就会有决策活动。早在公元前二百多年，“决策”一词在我国《孟子》中就有记载——“权变、乘势、决策之道”。决策是人们对未来目标以及达成目标的方法所作出的选择与行为的集合。¹在科学技术不发达的小生产时代，由于社会生产规模小、社会变化节奏慢及社会活动影响不广，决策通常是个人依据其自身的经验、知识、能力等所作出的。其主要特点是：个体决策、经验决策、封闭决策。时至今日，随着社会的发展，科学技术的突飞猛进，社会交往日趋广泛，生产规模不断扩大，决策行为也凸显出涉及因素多、变化快、难度大等特征。按照一般的决策学理论，决策通常由五个基本要素构成：决策主体、决策对象、决策信息、决策方法和决策结果。决策主体一般是个人，但也可以是机构。决策的基本要素需要与生产方式相适应，这样才能做到决策科学化。当今社会是一个信息万变、宏大而复杂的体系，决策行为不仅需要高度自动化的决策信息的加工处理，而且更需要有组织有序的、密切合作的专家集团充分发挥其整体有效的功能，唯有如此方能作出科学正确的决策。

决策论是决策分析的理论基础，其作为运筹学的一个分支，是“根据信息和评价准则，用数量方法选取或寻找最优决策方案的科学”。在实际生活中，对同一个问题所面临的几种情况又有几个可选方案时，决策者为应对这些情况所选取的方案就组成了决策策略。众所周知，决策论是在概率论的基础上发展而来的。不过，法官决策作为一种司法活动和人的心理活动，有着与其他决策不同的特性——兼具法学和心理学双重视野。正如美国大法官霍姆斯所言：“（法官决策）形成的背后是对相互冲突的相对价值与轻重程度作出的判断，当然，这往往是未经道出且不知不觉的判断，然而却是整个司法过程的根基与核心所在。”²在司法语境下，本文以决策心理学的一般理论和逻辑为基础，对法官决策的概念、特性、主体以及原则等进行了一个并不是那么精确地界定和分析，以便于我们对这些问题有一个整体的认识和把握。

关键词：决策 法官决策 决策主体 决策行为 决策原则

Abstract. A place where there are human beings, there will be decision-making activities. As early as two hundred years BC, the word of “decision-making” in the there are records - “contingency, the momentum, method of decision-making”. Decision-making is a collection of people make choices and behavior on the goals and methods achieve their goals in the future. In the small-scale production era of science and technology underdeveloped, due to the small scale of social production, the slow pace of social change and the impact of social activities are not widely, decisions are made usually based on their own personal experience, knowledge, abilities, etc. Its main features are: individual decision-making, decision-making experience, closure decisions. Today, with the development of society, the rapid progress of science and technology, social interaction increasingly widespread, expanding production scale, the decision-making behavior also highlights the many factors involved, changes quickly, difficulty and other characteristics. According to the general theory of decision-making, decisions are usually made up of five basic elements: decision-making body, the decision-making object, decision-making information, decision-making methods and decision results. Decision-making body is usually an individual, but can also be institutional. The basic elements of the decision-making need to adapt mode of production, so

¹ 钱卫清：《法官决策论》，北京大学出版社2008年版，第2页。

² 转引自钱卫清：《法官决策论》，北京大学出版社2008年版，第1页。

as to achieve scientific decision. Today's society is an information status quo, ambitious and complex system, decision-making behavior is not only highly automated processing needs of decision-making information, but also need an organized and orderly, working closely expert group to fully play its overall effective function, only there are so science can only make the right decisions.

Decision theory is based on the analysis of decision theory, as a branch of operations research, is "based on information and evaluation criteria, with a number of methods to select the program or to find the optimal decision science". In real life, when several cases of the same problems faced there are a few options for policymakers to deal with these situations the selected program on the formation of the decision-making strategies. As we all know, decision theory is based on probability theory evolved. However, as a judge of judicial decision-making activities and human mental activity, with different characteristics and other decision-making-- both law and psychology double vision. As Justice Holmes said: "Behind the formation of the judgment is made of the relative value and the conflicting severity, of course, this is often not revealed and unconsciously judge, but it is the foundation and core of the whole judicial process". In this paper, the general theory of psychology and logical decisions based on the concept of the judge's decision, characteristics, as well as the main principles were not so precise a definition and analysis of these issues so that we have an overall understanding and grasp.

Keywords: Decision, Judge Decision, Decision-making body, Decision Making, Decision principles.

DOI: 10.17803/2587-9723.2020.3.120-132

第一节 决策与法官决策

时至今日，人类已经经历了几十万年的进化，我们的祖先群居而生，他们几乎用所有醒着的时间来进行觅食以维持生存。而当人们无需觅食的时候，就会寻找安全的住所、选择合适的配偶、保护我们的后代。人类之所以能够成功的完成这些生存任务，并非因为我们拥有格外强健的体魄，也不是因为我们拥有异常敏锐的感觉。其实，今天的我们之所以能够主宰地球，正是由于我们有着一项其他物种所不可比拟的独特技能——能做出好的决策。这一技能已经可以使我们离开地球，虽然时间不长；依靠决策技能我们也发明了各种技术，甚至是制造出了武器。但是，我们如果真的做了几个坏的决策，就会遭到自然界的报复，使得我们的星球变得不宜生存。总而言之，人类确实拥有一种特殊的能力——能为实现特定的目标而选择合适的途径。³

一、何谓决策

关于决策，有一个非常形象的比喻：一个人驻足于一个岔路口，然后选择了其中一条路，其目的是为了达到所渴望的目标，亦或避免一些不愉快的结果。实际上，这就是决策的形象描述。其实，“决策”一词是一个外延十分广泛的概念，但研究发现，不同个体在不同决策情境下的思考方式是相同的。大至国家的行政决策，小到个人的日常决策，就其心理的运行过程以及思维模式来说，并无实质区别。这是由于我们在进化过程中拥有了一些共同的认知技能，以致于在决策过程中会表现出相似的思考方式和决策习惯。我们通过自然选择，具备了一些最基本的决策技能，其中最主要的就是趋利避害，譬如哪些洞穴、哪些动物是可以接近的，而哪些是必须要避开的等等。在史前时期，错误的决策会以一种戏剧性的方式遭到惩罚，就像哲学家奎因所说的：“有一些生物体，由于世代积累的一些错误来到这个世上，具有一种异常凄惨但又值得称颂的倾向，即在繁殖他们的后代之前死去。”⁴换言之，对于那些对未来做出错误预测，并因此做出糟糕决策的动物（当然也包括人类）来说，它们往往在将它们的基因传递给下一代之前就已经死去。这也是我们人类以及其他动物为什么善于做出生存决策的原因之一。

在心理学视野下，“决策”有一个更加科学的定义，“决策应该是特定情境中的一种反应，它由三部分组成：1. 不止有一个行动方案可供选择；2. 决策者对每一个行动方案所带来的结果和未来事件会形成一定的预期，预期可能会以信心程度或者概率的形式呈现；3. 与可能的结果相联系的后果可以在一个连续体上得到评估，而这一评估所依据的是当前的目标和个人的价值观。”⁵这一定义虽然逻辑性强、也很全面，但美中不足的就是它涵盖的情境太多了，其甚至可以作为“有意行为”的一个定义，而不仅仅是“决策行为”。因此，对上述定义有所限定就显得很有必要。而对其限定的最好方法就是搜集一些决策行为的实例，然后依赖这些例子更为确切地界定决策行为，从而可以使大家轻易地分辨出究竟哪些行为才算是我们这里所说的决策行为。表1中这些实例均符合决策的三部分定义：两个或者更多的行动方案、影响相关结果和事件

³ 参见[美]雷德·海斯蒂、罗宾·道斯：《不确定世界的理性选择——判断与决策心理学（第2版）》，谢晓非、李纾等译，人民邮电出版社2013年版，第1页。

⁴ 转引自[美]雷德·海斯蒂、罗宾·道斯：《不确定世界的理性选择——判断与决策心理学（第2版）》，谢晓非、李纾等译，人民邮电出版社2013年版，第23页。

⁵ [美]雷德·海斯蒂、罗宾·道斯：《不确定世界的理性选择——判断与决策心理学（第2版）》，谢晓非、李纾等译，人民邮电出版社2013年版，第24页。

的不确定，不同的事件所带来的积极或消极的后果。我们对客观事件会有一定的信念，同时，我们对这些事件又会有一个主观评估，而以上两个过程的整合正是决策的精髓所在。⁶

表1 四类不同被试列出的关于“决策”的例子

老年人

买一辆新车还是二手车
搬到退休社区去居住还是独自生活在自己的房子里
早点退休还是再工作十年
死后是火葬还是土葬
选择谁作为自己的财产继承人
该向那个慈善机构捐款、捐多少
是否要做膝盖手术
该坐飞机旅行还是长途汽车
该为哪一个总统候选人投票
加入哪个教会
是否要结婚

大学生

是否去读大学
该选择什么样的职业或工作
小孩上学前是否需要外出工作
该修一下自己的车还是直接把它丢掉
找工作还是读研
是否该穿舌环
宗教偏好
极力为自己的一些争议性观点辩护还是保持沉默
是否要戒掉所有的毒品
是否要让我的狗安乐死
是否要面对父亲的饮酒问题
在父母离婚后与谁生活
是否及时结束一段恋情
选择哪门大学课程
明年住哪里
是否去拜访一位老室友

历史学家列出的20世纪重大历史决策的例子

约翰逊（美国第三十六任总统）在20世纪60年代做出加大越南战争参与程度的决定

希特勒侵略前苏联（1941）

最高法院的决议：1954年布朗诉教育委员会案（公立学校中废除种族歧视）

1956年，罗莎·帕克斯在公交车上拒绝让出自己位置的决定

最高法院的决议：罗伊诉韦德案（堕胎合法化）

20世纪50年代美国公共卫生局将避孕套投放市场的决定

乔治国王在1940年任命丘吉尔为首相

选举富兰克林·罗斯福为美国总统（1932）

杜鲁门总统支持马歇尔计划的决定（1947）

在西欧建立共同市场的决定（1958）

各国领导人签署凡尔赛条约的决定（1919）

张伯伦（第二次世界大战初英国首相）和达拉第（第二次世界大战初法国总理）向希特勒“绥靖”的决定（1938）

在一本关于决策的畅销教科书中列出的例子

对核战争的相关风险进行评估

对病人采取哪种医疗手段

购买哪种彩票

玩哪种赌博游戏

是否要买车辆保险

是否支持建一座核电站

在两种不同的金融投资（股票市场）中做出选择

上哪门课

⁶ [美]雷德·海斯蒂、罗宾·道斯：《不确定世界的理性选择——判断与决策心理学（第2版）》，谢晓非、李纾等译，人民邮电出版社2013年版，第26页。

购买哪种消费品（例如：电视机）或租哪一个公寓

关于决策，本文所强调的重点并非人们应该选择什么，而是探讨我们是如何选择的。富兰克林曾经就在给他的一个朋友回信时这样写道：“我没有足够的权力建议你，应该选择什么，但如果你愿意聆听的话，我可以告诉你如何决策。”⁷由于人们的思维技能也是具有普遍的局限性，所以我们所做的决策有时并非最佳的，特别是当决策任务与人们在祖祖辈辈所经历的“进化”环境中那些决策和判断有所不同时，这种局限性就会显得尤为突出。由此可见，我们的决策能力并不是经过一些进化上的设计而简单地被“安入”体内的。⁸和其他技能一样，如何做出一个明智的选择是需要通过学习的，决策技能会随着经验的丰富而日益改善。

二、法官决策之界定

在众多社会活动中，司法裁判活动作为纠纷解决的主要方式无疑是一个充满博弈与决策的复杂过程。在司法的语境下，司法裁判⁹其实构成了法官决策的核心和依归。透过实践我们可以探知司法裁判的基本作用在于：由法官及其所代表的司法机关针对犯罪人的犯罪事实，在现行法律秩序和规范的框架内，对犯罪人的犯罪行为作出合法的、终局的裁判，从而保障了已经受损的法益得以修复，维护了法律的威严和社会的安定。在司法审判的过程中，法官决策（即作为案件的决策者的法官如何认定案件、如何适用法律以及如何得出判决结果的过程）是其中最为重要的环节。因此，在疑难刑事案件的审判中，对法官决策技能的探讨毫无疑问是非常有意义的。

法官决策相对于决策而言，其实就是特定主体在特定情境中的行为反应，是决策的其中一种类型。但由于其涉及到法学和心理学两个领域，处于两个学科的交叉地带，所以专门对法官决策进行研究的学者少之又少，而与之相关的论文和著作更是凤毛麟角。因此，关于法官决策的定义，目前也只有钱卫清律师对其下过一个明确的定义：法官在具体的诉讼过程中，作为案件裁判者的决策主体，在包含证据认定在内的认定事实活动中，在界定案件法律关系、选择适用法律活动中，以及在形成最后裁判结果等活动中所进行的确认、判断、决定等一系列的诉讼行为的集合。¹⁰不难看出，以上定义是作者主要从诉讼的视角对法官的决策行为所作出的归纳总结。不过，鉴于本文写作的视角，笔者认为，“法官决策”一词的定义应当突出心理学的特点。因为法官决策关键点在于决策，法官只是决策主体身份的限定，而决策行为其实是主体心理和思维活动的外化表现。因此，如果从心理学视角切入，结合其在法学领域的特定情境，以心理学和法学双重视角对“法官决策”进行界定是否会更恰当一些。基于此，笔者尝试着对“法官决策”进行了如下定义：所谓法官决策，是指法官在诉讼过程中对特定情境（具体案件）的一种反应，而这种反应是基于寻求案件事实与法律规则之间某种对应关系所做出的一系列判断、确认行为的集合。这正如塞缪尔·巴特勒（英国19世纪最伟大的作家）所言：“生活是一门艺术，要在不充足的前提下得出充足的结论。”¹¹而法官的工作即是如此，其决策过程与之也是异曲同工。

三、法官决策之特性分析

法官决策不论在实务界还是理论界都是一个新的提法，其作为决策类型之一，那么与其他类型的决策究竟有何区别？法官的这种决策活动是否有着自身的特点和规律？等等。基于此，笔者将从上述对法官决策的界定出发，带着种种疑问去一探法官决策的全貌，并对其特性予以进一步的概括和辨析。

首先，法官决策作为一种司法行为，其司法之属性无疑是法官决策的应有之义。法官作为司法权的行使者，其任务就是应当事人或国家机关的请求，以中立第三者的身份，“以事实为根据，以法律为准绳，”对犯罪人的犯罪行为或当事人之间的人身、财产权利作出公平、公正的裁决，从而发挥其社会纠纷解决之功能。而作为司法权运作的主要形式和司法裁判的核心与关键——法官决策——其司法特征不言而喻。在这个过程中，法官应当坚持以司法行为自身的特点为决策基础，尊重司法行为的发展规律，无论是对法律事实的认定，还是对法律条文的解释，又或者是对裁判结果的论证，都应当按照司法本身的特性加以理解。譬如，法官对法律的解释和适用，法律解释严格意义上讲只能是法官的解释，并且只有审判当下案件的法官才有解释的正当性。因为只有对案情有全面的了解和掌握，且亲身经历了案件的整个过程，才有可能在法律规范与案件事实之间来回穿梭，最终对法律适用问题作出合理的决策。¹²司法过程的复杂性以及具体性，意味着没有亲历的经验很难会有真切的体验与合乎逻辑的判断。换言之，如果没有亲身经历的法官参与了案件的决策，那么开庭审理就变得毫无意义，而之所以在司法裁判过程中要求开庭审理，就是因为要尊重事物本身的性质，注重司法审理过程中的每一个细节，唯有如此才有可能做出一个合乎逻辑又合乎法律的决策。由此可见，司法属性实际上构成了法官决策的本质和首要特性。

⁷ 转引自[美]雷德·海斯蒂、罗宾·道斯：《不确定世界的理性选择——判断与决策心理学（第2版）》，谢晓非、李纾等译，人民邮电出版社2013年版，第2页。

⁸ [美]雷德·海斯蒂、罗宾·道斯：《不确定世界的理性选择——判断与决策心理学（第2版）》，谢晓非、李纾等译，人民邮电出版社2013年版，第2页。

⁹ 由于本文论述的对象是刑事案件，因此，本文中所指的“司法”、“诉讼”、“裁判”等术语，如无特别说明，一般仅限于刑事诉讼领域。

¹⁰ 钱卫清：《法官决策论》，北京大学出版社2008年版，第3页。

¹¹ 转引自[美]雷德·海斯蒂、罗宾·道斯：《不确定世界的理性选择——判断与决策心理学（第2版）》，谢晓非、李纾等译，人民邮电出版社2013年版，第1页。

¹² 参见钱卫清：《法官决策论》，北京大学出版社2008年版，第4页。

其次，内心确认原则也是法官决策的一个显著特性。在法官的决策过程中，法官通过考量和权衡诉讼中的各种因素，遵循严格的法律规范，随着对案件事实认识的深入，逐渐形成对此案件的内心确认，并以法定的形式表达于外。法官的内心确认，通常是指法官在运用自己的理性良心和知识经验对案件相关证据证明力大小进行评价认定后，所形成的对案件事实所应达到的认知程度，即达到心证证明标准的认识状态。¹³也有学者这样表述：所谓法官的内心确认，是指法官在诉讼过程中，通过听取当事人的举证、质证、辩论、审阅卷宗、查找法律规范依据等活动，并运用既有的法律知识，按照既定的诉讼规则，对争议标的的法律适用、证据采信、裁判调整等问题，在内心形成某种确定且坚信的结论性意见，产生成竹在胸的感觉。¹⁴可以看出，第二种表述相对于第一种来说，或许没那么抽象，可能更加具体和生动，但其所表达的中心思想是相同的。我们也可以这样理解，法官的内心确认是其对案件的全部或个别问题的观念定型，不是飘忽不定的感性认识，而是法官对案件确定的理性判断。倘若没有出现新的证据或更有力的裁判理由，法官是不会轻易动摇已形成的认识和判断。如果我们以形成物化的判决书为标准来阐述法官决策与其内心确认的关系，这就像行为与心理活动一样，即法官的内心确认是法官决策的内在根据，而法官决策则是其内心确认的外在表达。

此外，由于决策主体的不同，法官决策同样具有其自身的特性，下面笔者就通过对比的方式来直观的感受它的不同之处。

（一）法官决策与行政决策

在现代国家中，司法权和行政权相互独立、各司其职，由于它们的功能、宗旨以及所追求的价值不同，所以使法官决策和行政决策也具有了以下截然不同的特性：

1. 价值取向不同

由于行政权所追求的首要目标是及时、迅速和效率，所以行政决策的做出就要求越快越好，有时为了追求及时性甚至以牺牲公正性为代价。而法官决策恰恰相反，公平、公正是其最高的价值追求，之所以将其放在价值取向的第一位，正是因为司法作为公民权利的最后救济途径，必须要确保每个人在法律面前得到最公正的对待，从而维护社会秩序的威严和稳定。

2. 决策者的立场、态度不同

在行政决策中，特别强调决策的积极性和主动性，这是因为行政决策是行政机关单方的管理行为，所以积极主动是其应有之义。而法官决策由于要保持其中立的立场，故而其决策行为应当且必须是被动的，这是其中立性的必然要求。

3. 程序性要求不同

由于行政决策行为是政府及行政部门行使管理权的职务行为，虽然也要求要依法行政和依程序行政，但相对司法程序来说还是不够严苛。法官决策行为在价值理念上更注重对参与者程序性权利的保障，这是因其决策行为的根本宗旨在于对犯罪行为的惩治和权利的救济，在当事人之间的对抗中和保持决策者的中立性上程序的重要性不言而喻。因此，相比之下，法官决策程序比行政决策程序更为严苛、慎重和严谨。

4. 决策权的独立性不同

“司法独立”作为司法审判中的一项基本原则，是法院裁判权威性与中立性的保障。法院在行使审判职能时，是不受其他国家机关和人员的干涉的，这里需要明确的是，司法独立不仅是指不受法院系统外部的干涉，法院上下级之间也互不干预。同时，法官在审理每一个具体的案件时也是独立的。在案件的决策过程中，法官只对法律和自己的良心负责，不受领导以及同事的干预。而在行政过程中，由于上下级之间是领导与被领导的关系，其强调的是服从和贯彻，所以一般的行政决策行为更多的体现的是上级或领导的意志。而在法官决策中，即便决策结果最终是以合议庭的名义作出，但在合议庭内部法官都享有自己单独的决策权，任何一个法官都不得使其他法官屈服于自己的决策。从表面上看，法官的决策权看上去像是一座座相互隔离开来的“孤岛”。¹⁵

5. 决策结果的可变性和权威性不同

司法行为作为调整社会关系的最后和终极手段，其理所应当享有比行政行为更高的稳定性和权威性。有鉴于此，法官决策的结果往往更需要稳定持续，而行政的决策结果根据形势需要不仅可以及时、灵活的调整，而且本身还可以通过法律途径予以改变。譬如，对于行政处罚的结果，当事人可以提起行政复议，最终也可以通过行政诉讼加以解决。可是法官的决策结果一旦获得确定，那将产生不允许轻易改变的效力。

6. 专业知识和技能上要求不同

一般而言，在现代法治国家，法官的身份和专业知识等资格的要求也要比行政官员严格的多。¹⁶就法官的任职资格来说，通常都要求须有专业的法律知识教育背景和通过严格的资格考试，但行政官员却没有这种要求。¹⁷

¹³ 龙宗智：《印证与自由心证：我国刑事诉讼证明模式》，载《法学研究》2004年第2期，第70页。

¹⁴ 钱卫清：《法官决策论》，北京大学出版社2008年版，第4页。

¹⁵ 钱卫清：《法官决策论》，北京大学出版社2008年版，第6页。

¹⁶ 法官在资格上比一般行政官员更为严格，在身份上获得更多的保障，几乎是宪制国家的通例。但在我国实践中，这一特征体现的还是不够明显，而形成这种局面应当说与“我国法官职业化改革进程缓慢”和“法官管理行政化”等因素密切相关。不过，随着《中华人民共和国法官法》在实践中的贯彻以及“国家统一司法考试制度”的推广，可以期许在不久的将来可以改变这种状况。此外，尽管我们有法官法，但实际上我国的法官在身份上并没有获得法律上的保障。

¹⁷ 耐人寻味的是，对法官有资格考试，政治家却没有。

另外,从拥有的实际力量来说,法院不会像行政那样有暴力作为后盾,法院从来都是靠理性的力量来获得统治的。对此,美国建国先驱汉密尔顿有着相当精要的描述:“大凡认真考虑权力分配方案者必可察觉在分权的政府中,司法部门的任务性质决定该部门对宪法授予的政治危害最寡,因其具备的干扰与害能最小。行政部门不仅具有荣誉、地位的分配权,而且执掌社会的武力。立法机关不仅掌握财权,且制定公民权利义务的准则。与此相反,司法部门既无军权、又无财权,不能支配社会的力量与财富,不能采取任何主动的行动。故可正确断言:司法部门既无强制、又无意志,而只有判断;而且为实施其判断亦需借助于行政部门的力量。”¹⁸

(二) 法官决策与商业决策

所谓商业决策,主要是指在市场经济条件下,以盈利为目的的各种商业主体为谋求自身利益最大化而作出的行为反应。与法官决策相比,这两者之间无疑有着质的区别,毕竟法官决策行使的是公共权力,而商业决策则是私主体为追求利益所作出的种种行为。

1. 性质不同

由于决策的目的不同,从而使两种决策的性质有了质的不同。商业决策的根本目的基本上都是为了谋求经济利益,在其决策的过程中,通常都是将效率放在第一位的。而法官决策恰恰与之相反,其过程是绝对不能与经济利益有任何关联的,它的宗旨就是为了法律至高无上的威严,所以只能以追求公平、正义作为其首要目标。

2. 行为特点不同

商业决策的产生源于企业要应对竞争激烈的市场活动,因而在面对瞬息万变的市场竞争,想要抓住转瞬即逝的商机,其决策结果就不能太追求稳定性。在很多情况下,商业决策都往往带有一些投机性和冒险性,这也是商场中“风险与利益同在”规则所决定的。而法官决策体现的是国家法律的权威,保守性可以说是法官决策的首要品格。由于法官决策的对象涉及的都是人的财产、自由甚至是生命,因此法官在决策过程中必须抱以最谨慎的态度,严格依照法律作出最为稳妥的决策结果,绝不能有丝毫投机、冒险的行为,否则法律的稳定性和权威性将会受到严重打击。

3. 对决策的态度不同

由于企业的生存价值和市场竞争的激烈性,决定了商业决策的主体需要积极的“入世”,探寻各种市场信息,发展各种有利于自身的关系网。而法官决策的一个基本要求就是独立决策,法官作为中立的裁判者,只能依据法律和事实作出决策。为了保证决策结果的公正性,就必须要保持法官的中立性,因此在决策过程中其应当抱有一种消极的“出世”心态,远离社会的喧嚣,避免人情世故。在面对每一个案件时,法官在开庭审判前应尽量避免形成先入为主的想法,唯有如此法官作出的决策才可以称之为真正意义上的依“法”裁判。

(三) 法官决策与法院决策

法官决策与法院决策,就主体而言,体现了一种类似于个体与集合的关系。宪法规定的司法审判权主体是法院,但司法裁判是依托于作为个体意义的人(法官)的主观活动,因此司法审判权最终是要落脚于作为个体的法官身上。由此可见,法官的决策活动构成了法院在行使司法审判职能上的决策。不过就其对外关系而言,法院的裁判尽管实际上是法官个体决策的结果,但毕竟该决策是以法院的名义作出的,从这个意义来说法官的决策也被认为是法院的决策。即便如此,也并不意味着可以将两者简单的等同,他们之间还是有显著区别的。

1. 决策的性质不同

法院的决策既可以是对具体的个案(如审委会讨论重大疑难案件),也可以是针对一般性规定进行解释(如司法解释),此种司法解释是法官必须遵循的有约束力的法律渊源,而法官的决策只能是对其审理的案件,对于其他法官是没有约束力的。¹⁹

2. 决策对象的范畴不同

虽然法院系统的基本职责是完成国家赋予它的司法审判功能,但其作为一个国家机关,除了基本的司法审判事务外,还会有法院的内部事务管理。因此,总的来说,法院决策的对象包括了司法审判事务以及行政管理事务,而法官的决策活动仅限于司法审判领域之内。

综上所述,法官决策有其自身所特有的一系列特性。其作为一种司法决策类型,一些内在的规律和决策理论需要我们从应然的角度去探讨。同时,我们也更需要从实然的角度了解我国现行法官决策中存在的问题,对比和衡量与法治国家的差距,这对构建我国合理的法官决策体系无疑是有益的。

第二节 法官决策之主体

近代以来,审判权一般都有专门的国家机关(法院)在其主权领域内统一行使,在具体的行使过程中,审判权也完成了从抽象到具体的转化。同样,法院作为抽象审判权的行使主体也需要在个案实践中得以具体的体现。那么,在具体案件的审理中究竟都有哪些人来行使具体的裁量权,即哪些主体成为了案件的实际决策者呢?本节笔者就针对此问题来展开论述。另外,需要明确的是:本节所说的法官决策主体并非仅指法官,也包括作为共同决策者的审判群体,否则“法官决策主体”这一提法就会在逻辑上有自相矛盾之虞。换言之,也就是如果法官决策主体仅指法官,那么“主体”一词的存在就变得毫无意义。其实,此处

¹⁸ [美]汉密尔顿等:《联邦党人文集》,程逢如等译,商务印书馆1980年版,第391页。

¹⁹ 在判例法国家,可能有所不同,法官作出的先例判决对其后及其下级的法官是有约束力的,但这种约束力与法院决策的约束力相比,还是很有限的。

如果用“司法决策主体”或“诉讼决策主体”来表述似乎更不易产生歧义，但笔者为了本文论述的体系性，还是选择了法官决策之主体这一说法。

一、独任制

我国《人民法院组织法》明确规定，独任制是一种法定的人民法院审判组织形式。我国《刑事诉讼法》第二百零八条规定：基层人民法院管辖的案件，符合下列条件的，可以适用简易程序审判：（一）案件事实清楚、证据充分的；（二）被告人承认自己所犯罪行，对指控的犯罪事实没有异议的；（三）被告人对适用简易程序没有异议的。还有第二百一十条也规定：适用简易程序审理的案件，对可能判处三年有期徒刑以下刑罚的，可以组成合议庭进行审判，也可以由审判员一人独任审判；对可能判处的有期徒刑超过三年的，应当组成合议庭进行审判。同时，我国《民事诉讼法》也规定，独任制只适用于第一审人民法院审理简单的民事案件，具体来说，只有基层人民法院及其派出法庭按程序审理的简单的民事案件，才适用独任制。从以上的法律规定，我们可以看出：

（一）独任制是一种法定的、规范的决策主体形式

这一规则与国际上的通行惯例是一致的。不过，由于司法审判的慎重性的要求，所以一个稳妥的法官决策应当避免个体决策，采用群体决策的方式。但是世界各国均存在一个不争的事实：有限的司法资源与无限增长的纠纷之间的矛盾。有鉴于此，各国司法改革推行的重要举措之一就是推行一套有别于普通程序的简单程序。譬如，我国的简易程序、日本的小额程序以及美、德等国的简易程序。在这种简易化的程序中，由于案件事实清楚、证据充分，社会危害相对较小，所以在决策主体的选择上，亦可采用独任制的形式。

（二）独任制是一种例外存在的决策主体形式

这主要体现在一下两个方面：首先，依据我国刑事诉讼法和民事诉讼法的规定，独任制的适用是有严格限制的，即仅限于基层人民法院审理的简单的刑事和民事案件，第二审中是不能适用独任制的。这便意味着，即使是采用独任制的第一审，如果被告人不同意或当事人提起上诉，那么在程序上还是可以获得合议庭审判的保障。其次，简易程序的适用前提是案件性质争议不大、社会危害轻微，因此在审理过程中，如果发现案件事实不清、性质争议较大的情况是需要转为普通程序由合议庭进行决策。由此可见，简易程序只是一种旨在提高审判效率的非常规程序，独任制同样也是一种非常规的决策主体形式。从程序保障的角度来讲这种形式是不充分的，只是在提高审判效率的要求下所作出的有限变通，但这种变通并非是以牺牲公平为代价的，而是在有制度保障的前提下有效利用司法资源的一种方式而已，因此其适用条件就显得尤为重要。²⁰

二、合议制

（一）现状分析

我国《人民法院组织法》明确规定，合议制是我国的一项基本诉讼制度。此外，我国《刑事诉讼法》第一百七十八条规定：“基层人民法院、中级人民法院审判第一审案件，应当由审判员或者由审判员和人民陪审员共三人组成合议庭进行，但是基层人民法院适用简易程序的案件可以由审判员一人独任审判。高级人民法院、最高人民法院审判第一审案件，应当由审判员三人至七人或者由审判员和人民陪审员共三人至七人组成合议庭进行。人民法院审判上诉和抗诉案件，由审判员三人至五人组成合议庭进行。合议庭的成员人数应当是单数。”同时，我国《民事诉讼法》也明确规定，除了适用独任审判外的案件一律由合议庭进行审理。由此确立了我国审判活动中最主要的法定主体——合议庭。

根据以上法律的相关规定可知，不同审级合议庭的组成法律上有着不同的规定。具体而言，人民法院审理的第一审刑事案件，应当由审判员单独组成合议庭或者由审判员和人民陪审员共同组成，其人数必须是单数。由此可见，合议庭的组成有两种形式：一种是全部由审判员组成的合议庭；另一种是由审判员和陪审员共同组成的，在这其中，既可以是审判员占多数也可以是人民陪审员占多数，陪审员在法院参与审判期间，是审判具体刑事案件合议庭的组成人员，在合议庭内部其与审判员享有同等的权利，既包括事实认定方面的也包括法律适用方面的。关于合议庭的人数而言，从目前的司法实践来看，多数情况下是三人，其中至少有一名是审判员，并且必须由审判员担任审判长。

相对于第一审程序的合议庭而言，第二审的合议庭最主要的区别就在于人民陪审员不可以参与审理，而第一审是可以吸收陪审员与审判员共同组成合议庭的。关于再审程序的合议庭组成，我国《刑事诉讼法》第二百四十五条规定：人民法院按照审判监督程序重新审判的案件，由原审人民法院审理的，应当另行组成合议庭进行。如果原来是第一审案件，应当按照第一审程序进行审判，所作的判决、裁定可以上诉、抗诉；如果原来是第二审的案件，或者是上级人民法院提审的案件，应当依照第二审程序进行审判，所作的判决、裁定，是终审的判决、裁定。可见再审程序合议庭的组成，取决于原审程序。²¹

（二）实际运作中所存在的问题

在规范层面，虽然我国的法律明确规定了合议庭制度，但其在实际的运作中却并不尽如人意。下面我们就通过对比以上有关合议制的法律规定，从实然角度阐述一下实践中合议制究竟存在哪些问题。

1. 承办法官制度导致合议制名存实亡

所谓承办法官制度，是指对于某一个案件的审理，只由在合议庭中的某一个法官来具体负责案件的审判工作，包括对案件的庭前审查、庭前证据和诉讼资料的交换以及在审判过程中的实质审理等等。²²可以说，

²⁰ 参见钱卫清：《法官决策论》，北京大学出版社2008年版，第20页。

²¹ 需要注意的是，此处有一个例外情况，即按照第一审程序再审案件，不能再适用独任制，必须组成合议庭进行审理。

²² 钱卫清：《法官决策论》，北京大学出版社2008年版，第22页。

我国法院正在推行的承办法官制度构成了合议制最大的障碍。虽然这一制度有由一名法官专人负责，一抓到底，有利于提高审判效率的优点，但其存在一个很大的弊端，那就是在承办法官制度下，承办法官往往取代了合议庭，使合议制流为形式。所以，我们在实践中常常会看到这样的情景：在审判过程中，基本上是承办法官在进行询问，另外两名审判人员因不承办该案件而显得无所用心，缺乏对案件应有的关注；在案件合议时，对承办法官的意见另外两名决策者往往也是随声附和。在这一制度下，由于另外两名决策者对案件的审理没有实质的责任，所以其必然不会积极主动的行使自己的决策权。可见，承办法官制度的推行已经严重危及到合议制的实质内容，使合议制沦为了一种变相的独任制，其因此也变得名存实亡。

2. 陪审制的“半死不活”状态在一定程度上削弱了合议制的作用

从严格意义上讲，我国的陪审制度其实属于一种参审制。与英美法系的陪审制相比，其最大的区别就在于法官与陪审员之间是否有具体的分工。在英美法系国家，法官与陪审员各自有其具体的分工，法官主要负责法律的具体适用和对整个诉讼程序的控制，陪审员则享有对案件事实认定的专属权。而我国的陪审制则恰恰相反，法官与陪审员在审判中具有同等的地位，无论在法律的适用上还是事实的认定方面，他们拥有同等的权力。

目前，虽然陪审制在我国是诉讼法的一项基本制度，但其实际所取得的效果却不容乐观，基本上处于一种“半死不活”的状态。对此，笔者认为，这与大陆法系的司法运作模式不兼容有关。由于大陆法系的司法活动是属于“专业化、精英化”的活动，不是法律“门外汉”可以轻易胜任的，所以其法律制度都是在“专业化、精英化”的预设下设定的，这种高度抽象化的法律规则不是面向普通的公众，而是针对受过专业化训练的法官。正是由于这个原因，德、日等大陆法系国家虽然曾经制定过陪审制度，但最终因其无法融合于整个固有的司法体制和模式而难逃被废止的命运。不过，在英美法系的传统中，强调的是司法的“平民化”，其主要体现在法律制度上：一方面它的实体法基本都蕴涵在具体的判例之中，并且有着非常完善的证据规则；另一方面，陪审制经历了十几个世纪的发展已相当成熟，并且陪审团的职能仅仅是负责事实的认定，根本不参与技术性较强的法律适用工作。另外，陪审制的有效实施更重要的是有一个与之相配套的诉讼制度，像对抗制就是其中之一。英美法有一个重要理念：通过当事人（律师）充分的对抗使案件真实呈现在法律门外汉的陪审团面前。可见，陪审制的确立是需要适合的运行环境和制度支持的，如果没有制度的支持，那么陪审制也将是空中楼阁。相比较英美法系的法律体制，由于我国司法制度缺乏适合陪审制生长的土壤，因此其在实施过程中难免会力不从心，更多的时候也只是具有象征性的意义。申言之，该制度更像是实现一种政治意义上的而非是法律意义上的使命。

3. 简易程序的过度适用导致合议制和独任制的地位本末倒置

如前所述，合议庭是法官决策的原则性主体，而独任制则是作为一种例外而存在的。但现实情况是，由于案件的数量日益增多，基层法院的资源有限，从而导致人民法院大量的适用简易程序，以至于在一些基层法院独任制审判成了一审案件的主要审判形式，合议庭审判反而在数量上成了“非主流”的审判方式。这一做法显然是有违了立法者的初衷，使合议制和独任制的地位本末倒置。根据我国《刑事诉讼法》第二百零八条规定：基层人民法院管辖的案件，符合下列条件的，可以适用简易程序审判：（一）案件事实清楚、证据充分的；（二）被告人承认自己所犯罪行，对指控的犯罪事实没有异议的；（三）被告人对适用简易程序没有异议的。另外，在满足以上几个条件的同时，还必须符合社会危害不大（即可能判处三年以下有期徒刑）这一要件方可对其适用简易程序。由此可见，简易程序的适用范围是极其严格的，且司法实践中同时符合以上条件的案件是很少的。但尽管如此，基层法院在实际操作中往往并不严格这一规定，任意扩大简易程序适用的范畴。

当然，产生这一问题的根本原因是日益增长的案件与司法资源相对不足之间的矛盾，而简易程序恰恰满足了这方面的需要。即便如此，基层法院这种过度适用简易程序的做法无疑是欠妥的，这与“构建正当程序，强化程序保障”的司法改革趋势是背道而驰的。相对于合议制而言，虽然独任制可以提高效率，节省人力，但从法官决策的审慎性来看，由于简易程序的程序性相对随意，其对法官的制约也相对减弱。这些都或许使法官得到了一定的解放，不过一旦比较复杂的案件也采用这种方式，可能对被告来说是不利的，实有牺牲公正以换取效率之嫌。

三、审判委员会

审判委员会也是我国法定的审判主体，《人民法院组织法》明确规定，独任庭、合议庭及审判委员会是人民法院的审判组织。同时，我国《刑事诉讼法》第一百八十条也明确规定：对于疑难、复杂、重大的案件，合议庭认为难以作出决定的，由合议庭提请院长决定提交审判委员会讨论决定。审判委员会的决定合议庭应当执行。不过，关于审判委员会的存废一直是法学理论界争论的一个焦点问题。那么我们应当如何正确看待这一制度呢？笔者拟通过其优缺点来对此制度进行一对比分析。

（一）审判委员会的积极作用

审判委员会作为法院内部的最高审判组织，其担负着对重大、复杂、疑难案件的研讨，对审判工作经验教训的总结以及对其他相关事宜指导的重任。审判委员会制度自设立以来，在人民法院的审判过程中确实发挥过积极、重要的作用。

1. 审判委员会有利于提高法官素质，提高审判质量

在具体的案件审理中，法官即便形成了对案件审理的初步决策意见，仍有可能会不被审委会采纳；即使案件已经审结，决策结果也已生效，同样也有可能被审委会通过审判监督程序予以改判。这就无形地监督、约束了法官尽量不轻易、盲目地作出决策。理论上，法官只有努力的钻研业务知识，不断提高自身的理论水平和业务素质，才能作出正确的决策，提出合乎法律要求的处理意见；法官也只有严格的依法办

案，其意见才有可能被审委会采纳。因此从客观上来讲，审判委员会的存在是有助于提高法官的素质，从而保证案件得到公正的审判。

2. 审判委员会有利于集中司法智慧，保证审判质量

审判委员会制度是具有中国特色的审判制度，资本主义国家没有，其他社会主义国家也没有，它是新中国几十年审判经验的总结和在审判活动中不断探索的结晶。在审判委员会内部，实行民主集中制原则，少数服从多数以形成决议。这既有利于集中审委会每一位委员的司法智慧，集思广益，形成集体的决议；又有利于调动审委会成员的积极性，使每一位委员都可以积极的参与到案件的讨论中，各抒己见，充分发表自己的意见和看法。由此可见，审判委员会不但可以集思广益，发挥个人的主观能动性，还克服了个体既有的局限性，从而依靠集体的力量作出正确的决策。

3. 审判委员会有利于排除外在干预和审判独立

法官在审判工作中，也会经常面对生活中方方面面的压力。首先作为一个社会人而存在的法官，也有自己的熟人和朋友，也处在各种不同的社会关系之中。尤其是对于基层法院的法官而言，他们总难免与当地的某些人存在着亲戚关系、朋友关系或者是同事关系，法官与社会之间并没有一个可以确保他们不受社会干扰的“隔离带”。此时，审委会的存在无疑会减轻或分担法官所面临的一些窘境和压力。当法官承受不了这些外部压力的时候，其可借助这一机制交由审判委员会来定夺，以此减轻自己的责任负荷。社会学表明：个人腐败的可能性远远高于集体腐败的可能性。从这个意义上来看，审判委员会制度无疑是可以更好的实现审判独立。

（二）现行审判委员会制度存在的问题

审判委员会自设立至今，虽然在上述几个方面起到过积极的作用，但随着审判方式改革的深化，审判长和独任审判员的选任，合议庭作用的有效发挥，现行审委会的弊端也日趋明显，其主要表现为：

1. 审判委员会制度与司法独立的要求相悖

司法权作为惩罚犯罪和裁决私人诉争的权力，其存在应当是超然的、独立的。如果司法权不能同行政权和立法权相分离，那么司法独立根本就无从谈起。不过从我国的司法实践来看，审委会的运作一直是按行政方式管理审判组织和案件的，虽然审委会并不直接参与法庭审判，但却掌握着实际的审判职能，审委会对于重大、疑难案件的决定，合议庭应当执行。由于院长司法职权的行政化，使得审委会决定案件的权力成为了院长决定案件权力的外在表现，审委会自身的职能大为走样。现实中，法院院长在遇到重大疑难案件时，往往以注意办案的社会效果为由，主动地把案件提交给上级有关部门或领导征求意见，然后将其强加于审判委员会。可见，审委会不但不能帮助法官抵御外界的干扰，反而成为了行政权等外部权力入侵司法权的一条便捷、隐秘的通道。此外，审委会的存在也使得合议庭和独任审判流于形式，法官独立决策更是遥不可及。

2. 审判委员会制度与司法公正的要求相悖

司法公正分为实体公正和程序公正，实体公正是程序公正的直接体现，而程序公正则是实现实体公正的保障。但审判委员会制度在案件的决策过程中严重违反了程序法的有关规定：首先，它违反了审判公开的原则。如我国《刑事诉讼法》第一百八十三条规定：“人民法院审判的第一审案件应当公开进行。但是有关国家秘密或者个人隐私的案件，不公开审理；涉及商业秘密的案件，当事人申请不公开审理的，可以不公开审理。”所以，除休庭评议外，应当把法庭审理的全过程公之于众，并且还应该将审理案件的人员予以公开，以利于社会监督、防止腐败。恰恰相反，审委会对案件的讨论是不公开的，除了审委会成员、汇报人和记录人，其他人是不准进入会议室的。另外，审委会的成员也是不公开的，具体案件中由哪些委员参与，一般都不予公开，当事人也无权参与，是典型的“暗箱操作”。其次，它违反了直接言辞原则。直接言辞原则也叫直接审判原则，是指凡参与案件决策的法官必须亲自投身于案件的庭审之中，直接听取当事人、证人和其他诉讼参与人的陈述、言辞辩论，耳闻目睹当事人双方的举证、质证活动，掌握第一手的材料，没有直接参与庭审的法官不得对案件的判决发表意见。²³但审委会决策案件，通常不亲自去阅卷，也没有听取当事人的举证、质证，对认定事实的证据也不是从法庭上直接获得的，而主要是通过听取汇报，在法庭之外进行认证，这显然与直接言辞原则的要求是相违背的。

3. 审判委员会制度还违背了回避制度

申请回避是当事人的一项基本诉讼权利，也是案件得以公正裁判的必要条件之一。由于司法从业人员跟普通人一样生活在这个社会中，不可能也无必要脱离各种人际关系。尽管他们与社会保持着千丝万缕的关系，但回避制度的设立同样可以保持司法工作人员不偏不倚的中立地位。同时，我国三大诉讼法也都有明确，案件的当事人有权申请与案件有利害关系或与案件当事人有特别关系的司法人员回避。但是，审判委员会讨论案件是不定期、不公开进行的，何时、何地、都有哪些人参加讨论，当事人及诉讼参与人根本不知道，并且对于审委会成员的回避问题，我国法律没有任何规定，所以根本就无法对审委会成员提出回避申请。还有，我国诉讼法明确规定：对于上级法院发回重审的案件、按照审判监督程序再审的案件应当另行组成合议庭审理。这其实是对重审和再审案件所规定的一项特殊的回避制度。试想，如果该案件是经过审委会讨论决策的，那么在重审或再审时，同一法院可能会再另行组成审委会去审理吗？这显然是不可能的，所以即使面对误判或错判，审委会成员也很难改变其先入为主的观念，这就使得审判监督程序成为了“换汤不换药”的形式。

²³ 钱卫清：《法官决策论》，北京大学出版社2008年版，第28页。

4. 审判委员会制度有碍于司法效率

市场经济需要追求效率已达到对社会资源合理而高效的配置,司法同样存在一个投入与产出的比例关系,是否能够快速、合法的作出决策,直接影响着“公平、正义”的实现,毕竟“迟来的正义就是非正义”。司法效率作为现代司法一个重要的价值追求,需要我们以尽量少的投入能够实现最良好的法律效果,充分发挥司法的社会功能。但是,对于审委会讨论的“重大、疑难、复杂”的案件,由于我国法律对其没有做出明确的界定,以致于大量的所谓“重大、复杂、疑难”的案件被提交至审判委员会。尤其是在实行错案追究制以后,各级法院对错案的判断标准不一致,且有范围扩大、层层加重的倾向,由此给法官带来了很大的压力,这使得审委会本来已经逐渐减少的案件突然发生了逆转。为了逃避责任,一些法官一旦遇到有点疑问或新型的案件,就将案件提交至审委会讨论决策之。由于案件进入审委会相对随意,所以合议庭或独任庭往往不能对案件作出最终、独立的决策,造成了“审”与“判”的分离,无形中降低了诉讼效率。此外,再加之审委会自身的运行方式存在巨大的缺陷,启动审委会讨论程序的时间不确定,在司法实践中往往就会出现这种情况:当需要讨论的案件积压到一定数量,且审委会各成员都有充分的时间时才会启动审委会讨论,以至于法院到年终时经常会出现所谓的“突击、会战”。这种情况下,不仅不能保障司法公正,而且也大大降低了司法效率。

5. 审判委员会委员资格确认不尽合理

审判委员会担任的是神圣的审判职责,应当由符合审委会自身特点和职责要求的人员来组成,但现行的审委会则沿袭了行政管理机制的模式,其成员基本上是由院长、副院长、庭长及相关部门的负责人组成。可见,审委会的构成主要是看是否具有相应的领导职务,而很少考虑其业务素质和专业能力。委员的身份成为了一种政治待遇,而不是精英中的精英、唯才是用的标志。更严重的是,由于是依职权论资排辈,且取得的资格一般都是终身“享用”的,除非是调出或退休,因此,这些委员会往往是学历偏低,年龄偏大,专业知识和理论水平相对薄弱,如果仅依靠经验办案,恐怕难以适应飞速发展的新形势的需要。

论及至此,审委会存在的合理性已基本丧失殆尽。但支持者却总是会拿出其最后一件武器——审委会有利于总结审判经验。不过从实践中看,恐怕这一点也难以立足,审委会并没有真正担负起总结审判经验的责任。长期以来,受行政管理模式的影响,委员们往往只是“勤于政务”而荒废了更为重要的“法务”,不能够认真、系统地总结成功的经验以及应当汲取的教训。有的审委会虽然确定了总结经验计划,但在具体的工作中,由于疏忽、重视不足,往往没有留意实践,总结经验也就成了纸上谈兵,而有些委员虽人情有加却力有未逮,难堪重任。因此,久而久之,审委会也只习惯于个案指导,很难对审判经验作出有效总结,使得审判委员会的职能无法得以充分发挥。

四、对于改革和完善我国法官决策主体制度的几点思考

综上所述,由于我国目前的法官决策主体制度存在着诸多不足,需要有针对性的从制度上加以改革和完善,笔者认为,应重点从以下几个方面着手:

(一) 依法严格限制独任制的适用范围

严格依照我国现行法律规定,禁止以各种理由人为的、变相扩大独任制适用的范围,强化法院在程序保障方面的观念和意识。

(二) 强化合议庭的实施效果

想要将合议庭落实到审判的实质层面,有必要缩小乃至取消陪审制度的适用。不过,影响合议庭发挥作用的障碍,究其根源,还是法院的行政化运作模式以及作为其支撑的一系列制度。因此,影响我国法官决策主体制度发展的核心问题,就是如何对以审判委员会制度为中心的一系列制度的改革和完善。²⁴

(三) 重塑审判委员会制度

虽然废除审判委员会制度是一个必然趋势,但就我国目前的现状而言,想要彻底取消审判委员会制度还不是很现实,这需要一个漫长的过程。因此,当务之急是应当考虑如何在现行制度下规范审委会的运行以及其成员观念上的转变。

1. 进一步缩小审委会讨论案件的范围

根据最高人民法院的司法解释,以下合议庭难以作出决定的重大、疑难、复杂的刑事案件,提请院长决定提交审委会讨论决定:(1)拟判处死刑的;(2)合议庭成员意见有重大分歧的;(3)检察院抗诉的;

(4)在社会上有较大影响的;(5)其他需要由审委会讨论决定的。可见,这个“其他需要由审委会讨论决定的案件”是一个模糊而又有弹性的规定,对此在审判实践中不仅不能扩大适用,而是应尽量缩小其适用范围,这样才能尽量避免因审委会自身缺陷而带来的对决策结果合理性的影响。

2. 公开并严格执行审委会讨论个案的规程

考虑到审委会在现实中已成为法官决策的主体,所以法律应当给予更加明确的规定,让公众知晓。在具体的执行中,凡是提交讨论的案件应由院长或分管副院长严格把关,否则不予进入审委会讨论。委员们在受到审理报告后,应认真对待,做好充分的准备。在对案件讨论时,应让合议庭成员列席,以补充承办人汇报中的不足或有意不汇报的内容;必要时还可以让一些审判骨干列席会议,听取他们的意见,但不赋予其对案件处理的表决权。彻底改变过去仅让案件所在庭庭长列席会议的现象,因为那种做法混淆了审判权和行政权的界限。²⁵

²⁴ 参见钱卫清:《法官决策论》,北京大学出版社2008年版,第37页。

²⁵ 参见钱卫清:《法官决策论》,北京大学出版社2008年版,第37页。

3. 审委会应高度重视审判经验的总结工作

审判委员会的工作重心之一就是总结审判经验，由此可见，审判经验的重要性不言而喻。因此，审委会必须要在思想和观念上足够重视对审判经验的总结，这样才不辱其身负的职责和使命。具体而言：“审委会应每年都确定总结经验的计划，并落实到每个委员，按不同的审判专业，每个委员或几个委员共同完成一定数量的具有针对性的经验总结。同时，注意学习、借鉴上级法院、兄弟法院先进的审判经验，取长补短，结合本院的实际提出改进意见。对不同类型的案件所总结出的审判规律以及应注意的问题，应予以归纳汇总，建章立制，真正发挥审委会应有的作用。”²⁶

（四）进一步强化合议庭和独任庭的作用

想要充分发挥合议庭和独任庭的作用，一个有效的做法就是选派办案效率高、理论功底好且正确率有保证的审判人员担任审判长和独任审判员，不同法院还可以根据其编人数和审判的工作量设置若干审判长和独任审判员的职位（人数以不超过全院总人数的五分之一为宜）。而他们主要的任务就是专心审理案件，撰写裁判文书，其他的工作由审判辅助人员处理即可。这样，既可以保证审判决策的质量，又可以提高审判的效率。

（五）建立健全有中国特色的判例制度，以便更好地统一司法尺度，保证案件审判的质量

在当代中国的法治建设中，既不当割裂自己的历史文化传统，也不应该拒绝学习国外的先进经验，一切都应当按照规律行事，取长补短，才能进步。成文法和判例相结合的法律体系，符合立法、司法的客观规律，亦是世界各国法治发展的一个趋势。虽然我国最高人民法院在不断的公布案件并编制《最高人民法院案例选》以指导各级人民法院的审判工作，但现行法律并无明文规定判例制度，这对中国法治的现代化建设而言，无疑是一个巨大障碍。如果没有一个健全的判例制度作为成文法的辅助，很可能会导致法官自由裁量权的扩大，也可能出现不同地区、不同法官对同类案件或相似案件作出相去甚远甚至是截然相反的决策。鉴于此，这就需要在坚持以成文法为主的同时，学习和借鉴先进的经验和制度，结合自身的情况，建立和完善具有中国特色的判例制度。以判例的典范性和即时性来弥补成文法由于过于抽象、原则而造成的模糊和滞后。

第三节 法官决策的原则

所谓法官决策的原则，是指法官在对诉讼案件的相关信息筛选、处理并最终形成裁决结果的过程中所应当遵循的基本准则。²⁷事实上，法官的决策是先从形成的模糊结论出发，再试图证实结论的过程，而不是从前提向结论的自然演进。再加之进入诉讼程序的案件繁简不一，既有疑难案件又有常规案件，所以仅遵循形式主义的“自动售货机”般的决策原则或现实主义的自由心证原则皆有其不足之处。因此，想要在纷繁复杂的案件中寻找普遍正义与个案公平的平衡，不仅需要一个好的外部保障系统，更重要的是应确立一个指导个案与符合民众需要的决策原则。

一、常规案件的决策原则

相似案件得到相似的裁判可以直观的体现司法公正，如果当事人对案件的决策结果可以有个大概的预判，那么大多数人将会选择和解，提高诉讼效率，节约诉讼成本。但公正却有一张普罗透斯的脸——变化无常，到处呈现出不同的形态，须通过个案裁决加以实现。正如波斯纳所言：“即便和解成本只比诉讼成本低一点，当事人都会选择和解……为什么不是所有的案件都和解呢？……双方当事人可能对诉讼潜在结果的预期可能并不一致。”²⁸成文的法律法规是经过大量实务与理论论证的有效规则，其对常规案件可以进行有效的适用。因此，对于此类案件而言，法官只须在有限的自由裁量权内坚守克制守旧和节制审慎的决策原则，即可实现效率与公正的和谐统一。

（一）克制守旧原则

在法治社会里，司法是维护社会公众权益的最后一道防线，而作为决策者的法官，想要对其作出有效而有益的调节，就必须保证法律的适用具有确定性和一致性——对个案的裁判应一以贯之。法官作为连接涉法行为和法律规范的纽带，其职责之一就是尽可能准确的阐述立法，竭力维护司法的公正，不得体现个人的价值选择和伦理倾向，更不能夹杂自己的个人情感，而应当坚持克制守旧的原则，遵循司法的逻辑。“守旧是司法实践的核心要旨”²⁹，法官通过后天的学习和实践，使其培养了“保护既得利益”的特定思维模式，他们其实是且应当是最保守的社会团体。司法裁决可以体现直接法律的权威性和稳定性，而司法公正和效率的关键就在于同样的案件能够获得同等的裁决，因此，法官在对案件的决策过程中不仅应考虑裁决的社会效果和利益分配，更应当确保决策结果的一致性。这种一致性不仅应当体现在个人所决策的案件中，还应当包括各级法院之间对相似案件决策结果的一致性。

（二）节制审慎原则

唯物辩证法认为：任何事物都是处在不断的变化之中，静止是相对的，运动才是永恒的。由此可见，任何事情只能是做到更好不可能做到最好。由于法律具有天然的张力，所以当审理个案时，话语式的法律规范仍可能会出现模糊性。特别是在现代社会中，随着经济、科技的高速发展，司法实践中也不断涌现出各种新型的诉讼。如四川老汉在状告黄宏的《杨白劳与黄世仁》一案中，该老汉认为：在《杨白劳与黄世仁》的小品中与历史明显不符，讨债的地主变成了孙子，而欠钱的杨白劳反倒成了大爷，这一改编让其

²⁶ 钱卫清：《法官决策论》，北京大学出版社2008年版，第38页。

²⁷ 参见蒋洁、钮敏：《试论法官决策的原则》，载《西北大学学报（哲学社会科学版）》2010年第6期，第167页。

²⁸ [美]理查德·波斯纳：《联邦法院：挑战与改革》，邓海平译，中国政法大学出版社2002年版，第96页。

²⁹ 转引自蒋洁、钮敏：《试论法官决策的原则》，载《西北大学学报（哲学社会科学版）》2010年第6期，第169页。

精神受到了极大伤害,所以诉请被告对其“良好心情权”的侵害进行赔偿。另外,像“悼念权”、“同居权”、“亲吻权”及“男性生育权”等等都相继出现在了诉讼之中,它们所涉及的权益往往处于现行法所涵摄的边缘。

以上这些案件、权利明显不同于常规的犯罪违法行为,这些原告在道德层面可能会处于一定优势,但司法应当适应经济发展与社会稳定的需要,尤其是对于刑法而言,必须严格遵循“罪刑法定原则”,谨慎适用。在社会公众的法律意识尚未健全以及社会、司法资源相对稀缺的情况下,此时并不具备保障这些“法外权利”的条件。超越公众法律意识和司法承载成本的裁决不仅容易引发群体反弹,还有可能因诉讼量急剧上升而造成大规模的司法混乱。正如“詹某因不慎掉入水中,一旁不通水性的柳某既不呼救也未施救。随后赶来的村民虽然下水救人,但詹某仍不幸身亡。尽管柳某的行为显示了其道德品质的低下,但法官绝不能以其自身良好的道德伦理观念为依据,要求没有职业义务和在先行行为的柳某承担救助的责任。”³⁰因此,在绝大多数案件的决策中,法官应当严格适用与解释现行法律的规定,遵循节制审慎的原则,有效回应民众在法律之外的需求。

二、疑难案件的决策原则

相对于常规案件而言,法官在疑难案件中的决策则是在秉持普遍正义的基础上不断的寻求个别正义,以期能够在此过程中构建一个“成本——效益”最大化的模型。正所谓“正义本益人群,是人类发展的重要助力”。³¹一般认为,个案正义的简单叠加即为普遍正义,法官所做的一切司法决策行为必然是符合个案公正的。但事实并非如此,立足于社会正义的决策并不能必然的推导出个别正义,“法律是针对大多数的,有时难免会出错...不能适应于一切事物,对于有些事情是不能绳之以法的,所以应该规定某些特殊条文”。³²不过,个案所出现的公正偏差会影响社会公众对法律的信任,催生一些纠纷解决的非法形式(如灰中介、讨债公司、黑市等),从而影响了国家的经济秩序和社会的稳定。因此,为了更好的协调民众与司法的关系,实现社会效果与司法效果的统一,需要建立一条在遵循普遍正义原则基础上来实现个别正义的绿色通道:首先,当面对疑难案件时,法官应在摒弃个人和群体私利的基础上,优先考虑先于法律规定而存在的不可侵犯之权利;然后,在成文法界限内依据法律的价值取向和现实需要,再结合先进的理论学说来践行想象重构原则和逻辑实证原则,充分发挥法官的自由裁量权,修正先例与革新习惯。³³

(一) 想象重构原则

在面对复杂多变的社会万象,人定的法律总会有其滞后的一面,尤其是面对形形色色的个案时,法律的保护会显得更加苍白和无力。这就需要法官在维护群体利益与尊重司法权威之间、在规范自由裁量与严守法律界限之间,作出符合社会逻辑和司法逻辑的决策。此外,在适用法条时应结合时代的发展,充分考虑立法目的,依据想象重构原则,仔细揣摩案件,作出合理的决策。对于任何案件的决策结果,我们应尽可能地符合立法者的原意和初衷,起码不能违背立法的最初精神,这亦是“法律的尊严来自长期一丝不苟地遵循”的具体体现。当代法治社会最根本的法意就是公平与正义,法官的一切司法决策行为皆应予以秉承。

(二) 逻辑实务原则

在逻辑实务的原则下,需要法官在决策过程中不仅仅拘泥于成文法的规定,还应当对社会演变的新趋势作出适当有效的回应。比如,美国联邦第二巡回法院就在格来福诉菲茨浦纸业公司案³⁴中曾确立了“雇佣者应残疾员工的要求,必须无条件为其提供必要便利”的原则。“2008年,就在该院审理布莱迪诉沃尔玛百货有限公司上诉案³⁵时,查实被告将患有大脑性麻痹的员工布莱迪调到收集购物手推车的岗位,导致其在工作中摔伤。三位主审法官都认为因布莱迪未向公司提出‘特殊便利’要求,所以不符合赔偿条件,但‘司法旨在维护社会民众的合法权益,结合发展中的普遍正义要求,保障不断变化的民生需求势为必要’,最终判决沃尔玛公司承担60万美元补偿性赔偿与30万美元惩罚性赔偿,并建设性的重述了《残疾人权益保障法》的‘平等就业机会原则’,‘即便残疾员工未提出要求,雇佣者仍应给予其必要的特殊便利’”。³⁶可见,“法院在寻求真相且只寻求真相的假定并不现实”。³⁷笔者认为:法官并非只能机械被动地适用法律,而应在法律规定的限度内合理的运用其手中的自由裁量权,兼顾司法适用的法律效果与社会效果。正如有学者指出:法官是人,不是机器,他应当运用正义之心,主动弥补法律的漏洞,以满足公众对于正义的期待,而不是对法律的文字进行机械的解读,僵化的文字更不能成为法官的“挡箭牌”。³⁸

综上可知,我们的社会正变得越来越复杂,而法律的适用并非简单的对号入座,需要在充满荆棘和迷途的丛林中寻找妥当的解决之道,这无疑对法官提出了更高的要求,需要其综合运用法律、经验、价值、情理、方法、勇气和良知等多种因素,以使自己的推理和决策结果不仅符合法律的形式,更应当符合法律的目的和精神。我们既要继承和借鉴历史留给我们的精华,同时又要新的历史条件下对新的问题作出新的回应。

³⁰ 参见蒋洁、钮敏:《试论法官决策的原则》,载《西北大学学报(哲学社会科学版)》2010年第6期,第169页。

³¹ 转引自蒋洁、钮敏:《试论法官决策的原则》,载《西北大学学报(哲学社会科学版)》2010年第6期,第170页。

³² [古希腊]亚里士多德:《尼各马可伦理学》,廖申白译,商务印书馆2003年版,第65页。

³³ 参见蒋洁、钮敏:《试论法官决策的原则》,载《西北大学学报(哲学社会科学版)》2010年第6期,第170页。

³⁴ *Graves v. Finch Pruyn & Co*, 457 F. 3d 181, 2d Cir, 2006.

³⁵ *Brady v. Wal-Mart Stores Inc*, 06 -5486 -cv.

³⁶ 参见蒋洁、钮敏:《试论法官决策的原则》,载《西北大学学报(哲学社会科学版)》2010年第6期,第170页。

³⁷ *Mirjan R. Damaska. The Face of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process* [M]. MA: Yale University Press, 1991.

³⁸ 参见罗翔:《许霆案:法官其实有权灵活纠偏》,载《法制日报》2008年1月10日。

参考文献:

1. [古希腊]亚里士多德:《尼各马可伦理学》,廖申白译,商务印书馆2003年版。
2. 钱卫清:《法官决策论》,北京大学出版社2008年版。
3. [美]理查德·波斯纳:《联邦法院:挑战与改革》,邓海平译,中国政法大学出版社2002年版。
4. [美]汉密尔顿等:《联邦党人文集》,程逢如等译,商务印书馆1980年版。
5. [美]雷德·海斯蒂、罗宾·道斯:《不确定世界的理性选择——判断与决策心理学(第2版)》,谢晓非、李纾等译,人民邮电出版社2013年版。
6. [美]劳伦斯·鲍姆:《法官的裁判之道——以社会心理学视角探析》,李国庆译,北京大学出版社2014年版。
7. [美]理查德·波斯纳:《法官如何思考》,苏力译,北京大学出版社2009年版。
8. [美]罗纳德·德沃金:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,上海三联书店2008年版。
9. [美]罗纳德·德沃金:《原则问题》,张国清译,江苏人民出版社2012年版。
10. 赵秉志主编:《中国疑难刑事名案法理研究(第四卷)》,北京大学出版社2008年版。
11. 乐国安主编:《法理心理学》,华东师范大学出版社2003年版。
12. 龙宗智:《印证与自由心证:我国刑事诉讼证明模式》,载《法学研究》2004年第2期。
13. 蒋洁、钮敏:《试论法官决策的原则》,载《西北大学学报(哲学社会科学版)》2010年第6期。
14. 罗翔:《许霆案:法官其实有权灵活纠偏》,载《法制日报》2008年1月10日。