

裁判文书援引学说的 基本原理与规则建构

金枫梁*

内容提要：学说的内容实质正当性及其约束法官自由裁量空间的外观进而增强裁判可接受性的功能，是裁判文书援引学说的基本原理，也是建构援引规则的出发点。学说根据其竞争力可以分为通说、主流说、少数说，法官既可以援引通说也可以援引非通说；援引非通说应当成为援引的主流。法官在援引学说时应尽量采用对话技术，尤其是在援引通说时应尽量避免对学说进行大篇幅的“复制与粘贴”；应尽量援引不同体裁的代表性作品以体现学说的数量优势外观。学者姓名承担了标识学术产品的质量担保功能、“商誉”功能与司法修辞功能，学说出处具有定位学者学说发展脉络等功能，援引学说须注明姓名与出处。裁判文书援引学术作品实质上是法官“购买”学术产品的行为，它将刺激处于供给侧的学者主动生产实务所需的产品，继而促成学术与实务的良性互动。最高人民法院可以考虑出台有关裁判文书援引学说的具体规则指引。

关键词：裁判文书 可接受性 援引 学说 通说

一、问题的说明

裁判文书援引学说是德国、〔1〕英国与美国〔2〕等“法学知识输出主要国家”〔3〕的共

* 上海大学法学院讲师。

本文核心观点源自作者2014年10月于德国柏林自由大学的博士论文口试报告“Das Literaturzitat im Judikat nach dem Urheberrecht am Beispielfall der deutschen und chinesischen Stromkabelentscheidungen: Ein Vorschlag für den Aufbau des Wechselwirkungsmechanismus zwischen Rechtstheorie und-praxis Chinas”（《中德电缆案援引学说的著作权法视角：论裁判文书援引学说作为促进中国学术实务良性互动机制的安排》），并于2015年4月在上海交通大学作过报告。

〔1〕 Dieter Leipold, Die Rolle der Rechtswissenschaft in der gegenwärtigen Gesellschaft, *Ritsumeikan Law Review* No. 30, 2013, S. 171; Hein Kötz, *Scholarship and the Courts: A Comparative Survey*, in D. S. Clark (ed.), *Comparative and Private International Law: Essays in Honor of John Henry Merryman on his Seventieth Birthday*, Duncker & Humblot, Berlin, 1991, at 21; Peter Rausch, Vom Nutzen der überkommenden Auslegungskanonens für die praktische Rechtsanwendung, C. F. Müller Verlag Heidelberg 1988, S. 91.

〔2〕 Linda Greenhouse, *Foreword: The Books of Justices*, 115 Mich. L. Rev. 733 (2017); Chester A. Newland, *Legal Periodicals and the United States Supreme Court*, 7 U. Kan. L. Rev. 477 (1958).

〔3〕 唐晓晴：《葡萄牙法律经典译丛》总序，载〔葡〕马里奥·朱莉欧·德·阿尔梅达·科斯塔：《葡萄牙法律史》，唐晓晴译，法律出版社2014年版，第2页。相反，在法国等拉丁法系国家并不存在类似传统。参见〔日〕大木雅夫：《比较法》，范愉译，法律出版社2006年版，第266页。

同传统，也同时植根于历史上的中华法系〔4〕与当下我国香港、〔5〕澳门、〔6〕台湾地区〔7〕。然而，我国长期信奉“言多必失”的裁判文书极简主义风格，并没有为这种法律文化的培育提供友好的制度环境。随着肇始于20世纪90年代的裁判文书说理改革的不断推进，〔8〕援引学说的判决书逐渐出现，并呈现不同形态。早在合同法通过前，就有法官将学说作为补充性法律渊源，将发表在期刊上的有关情势变更原则的论文作为判案依据，〔9〕以填补法律漏洞。2011年，浙江省绍兴市中级人民法院较早以注明姓名与出处的方式，援引了王利明的论文作为判决理由的组成部分。〔10〕2014年12月19日，南京市玄武区人民法院在其网站上发表的《玄武法院全国首创在裁判文书中援引学者观点》一文指出，该院一份民事判决书在“全省乃至全国首创”以注明姓名与出处的方式援引三位学者的学说。〔11〕该文经媒体广泛传播后，裁判文书援引学说迅速演变为公共话题。此后，实务中明确援引王泽鉴、〔12〕梁慧星、〔13〕王利明、〔14〕崔建远、〔15〕陈兴良、〔16〕赵秉志、〔17〕王迁〔18〕等名家学说的裁判文

〔4〕 相关梳理参见苏亦工：《明清律典与条例》，中国政法大学出版社2000年版，第60页；徐世虹主编：《中国法制通史》第二卷，法律出版社1999年版，第215页以下；陈晓枫、柳正权：《中国法制史》上册，武汉大学出版社2012年版，第194页；罗昶：《伦理司法》，法律出版社2009年版，第11页。

〔5〕 我国香港特别行政区终审法院在终审刑事上诉1999年第4号（原审案件编号：高院裁判法院1998年第563号）判决书中解释公共秩序概念时，明确援引了法国学者Alexandre Charles Kiss与肯尼亚学者、香港大学法学院教授佳日思等的著作。<https://www.basiciaw.gov.hk/tc/court-cases/pdf/basiciaw-27-case3.pdf>，2019年12月12日最后访问。

〔6〕 我国澳门特别行政区终审法院2012年在第33/2012号案件判决书明确引用了肖蔚云与王振民的著作。在论及我国澳门特别行政区基本法和宪法的关系时，该判决书以注明姓名与出处的方式3次援引了肖蔚云的著作《澳门与澳门基本法》（澳门日报出版社1998年版）；在论及澳门特别行政区的违宪审查制度时2次援引了王振民的著作《中国违宪审查制度》（中国政法大学出版社2004年版）。

〔7〕 最典型的是我国台湾地区的“大法官解释”，几乎每篇都会伴随着中外法律学说的援引。在释字第711号解释中，除了苏永钦在正文中援引凯尔森的间接违宪理论外，罗昌发（1次）、黄茂荣（2次）、汤德宗（9次）、陈新民（17次）都通过脚注的方式援引学说；在涉及收养配偶大陆地区之子女的第712号解释中，分别有罗昌发（1次）、陈春生（5次）、叶百修（9次）、陈新民（10次）通过脚注形式援引学说（括号内为援引学说的次数）。

〔8〕 1999年《人民法院五年改革纲要》明确将“增强裁判的说理性”作为裁判文书改革的内容。随后，《最高人民法院关于加强民事裁判文书制作工作的通知》（法〔2006〕145号）、《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》（2013年）、《最高人民法院关于全面深化改革的意见——人民法院第四个五年改革纲要（2014—2018）》（法发〔2015〕3号）与《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》（法发〔2018〕10号）始终将之作为核心内容。

〔9〕 如在一份学者调查中的Q2法官自述：“我在大学时知道有情势变更原则，但对其详细内容并不清楚。90年左右，法学刊物开始出现这方面的文章，我就找来作为判案的依据。”转引自强世功、赵晓力：《双重结构下的法律解释：对8名中国法官的调查》，载梁治平主编：《法律解释问题》，法律出版社1998年版，第231页。

〔10〕 浙江省绍兴市中级人民法院（2011）浙绍民终字第1123号民事判决书指出：“这也是有学理依据的，我国著名民法专家王利明在《论物权法中车库的归属及相关法律问题》（发表于《判解研究》2006年第2辑）一文中给车库下的定义是‘所谓车库，指隶属于整个小区，具有独立的、以存放车辆为目的的附属建筑物’。”

〔11〕 http://www.njxfy.gov.cn/www/xwfy/fydt2_mb_a39141219559.htm，2019年2月28日最后访问。

〔12〕 参见重庆市万州区人民法院（2015）万法民初字第06383号民事判决书。

〔13〕 参见广州市中级人民法院（2014）穗中法民五终字第3415号民事判决书。

〔14〕 参见哈尔滨市香坊区人民法院（2014）香民四初字第33号民事判决书；广东省云浮市中级人民法院（2014）云中法民二终字第5号民事判决书；北京市第二中级人民法院（2016）京02民终531号民事判决书。

〔15〕 参见河北省唐山市路南区人民法院（2014）南民初字第1440号民事判决书。

〔16〕 参见北京市第一中级人民法院（2015）一中刑终字第1797号刑事附带民事裁定书。

〔17〕 参见甘肃省徽县人民法院（2014）徽刑初字第22号刑事判决书。

〔18〕 参见广州市天河区人民法院（2016）粤0106民初12068号民事判决书。

书不断出现,被援引的对象也扩展到德国、美国与澳大利亚等国外学者的学说。〔19〕

对于这些裁判文书援引学说的趋势,立法机关与司法机关采取了不同的态度。民法总则第10条没有接受学者提出的将通行学说作为补充性法律渊源的草案。最高人民法院则敏锐地感知到援引学说对于解决当下裁判文书存在的“不愿说理”“不善说理”“不敢说理”“说不好理”等问题的积极意义。〔20〕《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》(法发〔2018〕10号,以下简称“指导意见”)第13条首次从司法政策的角度肯定采用通行学术观点的可能性,即“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:……法理及通行学术观点”。〔21〕然而,在如何援引学说的问题上,“指导意见”并未就具体的援引技术提供细致的指导。就此,存在两个值得研究的基本问题:

其一,是否只能援引通说而排斥非通说,以及如何援引。“指导意见”第13条明确规定可以援引通说。然而,《〈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》一书认为,“引用的观点争议比较大,或者有些片面,没有说到位,就会引起比较大的争议,不仅不能起到辅助说理的作用,反而冲淡了裁判文书的说服力”,〔22〕从而不鼓励援引非通说。与通说、非通说紧密相关的问题是,法官援引学说尤其是通说时是否可以通过“复制—粘贴”方式直接将通说作为全部判决理由。最为学界熟悉的莫过于“重庆电缆案”,该案二审判决书大幅援引王泽鉴《挖断电缆的民事责任:经济上损失的赔偿》一文观点并构成了其判决理由的全部。〔23〕

其二,裁判文书是否要注明学者姓名与观点出处,或者其一;如果答案是肯定的,应该如何引证。2005年周某诉某村委会一案中,一审与二审判决理由的部分内容几乎逐字逐句地使用了某学说,但未注明该学说的作者与出处。〔24〕广东省高级人民法院(2013)粤高法民二提字第15号民事判决书则仅仅注明引用的是江平与王利明的观点,但未注明观点出处。

“指导意见”的留白与实务援引规则的混乱,反映了援引学说的操作规则仍然处于自生自发的竞争中,但是对于这种混乱的更有说服力的解释可能在于对援引的基本原理——援

〔19〕北京知识产权法院(2015)京知民终字第1818号民事判决书分别在其第23页、第24页、第28页对澳大利亚学者里基森与美国学者金斯伯格的《国际版权与邻接权》加以援引。北京市第一中级人民法院(2015)一中刑终字第1797号刑事裁定书对德国学者韦尔策尔的观点加以援引。

〔20〕参见李少平:《新时代裁判文书释法说理改革的功能定位及重点聚焦》,载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6页。

〔21〕从比较法而言,“法理”也包括存在于学术作品中的通说。参见苏永钦:《“民法”第一条的规范意义》,载氏著《私法自治中的经济理性》,中国人民大学出版社2004年版,第1页以下;黄茂荣:《法学方法与现代民法》,法律出版社2007年版,第473页。

〔22〕前引〔20〕,最高人民法院司法改革领导小组办公室编,第214页。

〔23〕参见重庆市第四中级人民法院(2006)渝四中法民一终字第9号民事判决书,载重庆市高级人民法院编:《重庆审判案例精选》第2集,法律出版社2007年版,第191页以下。试比较王泽鉴:《挖断电缆的民事责任:经济上损失的赔偿》,载氏著《民法学说与判例研究》第7卷,中国政法大学出版社1998年版,第78页以下。更细致的比较参见朱晓喆:《比较民法与判例研究的立场和使命》,《华东政法大学学报》2015年第2期,第156页以下。

〔24〕试比较江苏省响水县人民法院(2005)响民二初字第207号、江苏省盐城市中级人民法院(2006)盐民二终字第57号两份民事判决书中的判决理由部分,与王宗非主编:《农村土地承包法释义与适用》,人民法院出版社2002年版,第74页。

引行为与援引目的之间的实质关联性——缺乏前置性的共识。本文在澄清这些前置性原理的基础上，依次回答上述两个基本问题，并尝试建构以增强裁判可接受性为核心的援引规则，进而指出最高人民法院可以通过出台司法政策，将目前实务中混乱的援引行为规范化。

二、裁判文书援引学说的基本原理

（一）裁判可接受性的困境

1. 法官恣意的外观

从诉讼的基本物理形态观之，裁判是在以法官为中心、当事人分居法官两侧的诉讼三角力学结构下展开的。法官在诉讼结构中的中心地位给裁判受众植入了法官的恣意空间的外观。首先，在诉讼程序发动的那一刻，法官与双方当事人之间的视域交互以及角力随之开始。当事人会（借助律师）主动观察法官，利用个人魅力、道德控诉、情绪表达与新闻媒体等各种策略来打动、引导甚至“驯服”法官。法官也不会因为法官身份而失去其作为人的特性，^[25] 他的前理解、个人习惯、生活经验与价值观念主导着法官对当事人的看法：^[26] 对与自己有更多共同点的当事人产生某种认同感甚至直觉上的好感，对相似点少的当事人则会产生疏离感甚至厌恶感。^[27] 认知加工流畅度、^[28] 直觉、^[29] 被告人认罪态度、^[30] 当事人容貌^[31] 以及案件本身引发愤怒、同情和厌恶情绪的程度^[32] 等，都会对法官的裁判产生影响。美国现实主义法学研究甚至表明，法官上班途中交通是否拥挤，早餐是否合乎口味，被告人的口音、咳嗽声音或者姿势，都会在某种程度上影响裁判。^[33] 还有一个在因果关系上需要经验继续证实的例子：2011年，美国与以色列的3位管理学学者对8名以色列法官作出的1112件假释裁判的数据统计表明，在上班伊始、午餐或茶歇后三个节点的通过率可达70%，而在这些节点之间的通过率则持续下降，在下次休息之前则几近0%，而该国假释平均通过率为35%。^[34]

其次，从法律适用的角度而言，裁判是将作为小前提的案件事实涵摄到作为大前提的法律规范的思维活动。作为大前提的法律规范本身具有抽象性、模糊性与流变性，必然需要赋予法官足够的自由裁量空间。就作为小前提的案件事实而言，案件真相是一种无法重

[25] 参见〔澳〕克利弗德·爱因斯坦：《法官与公众》，载怀效锋主编：《法院与法官》，法律出版社2006年版，第20页以下；唐丰鹤：《现实主义视角下的司法决策》，法律出版社2018年版，第22页以下。

[26] Josef Esser, *Verständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt am Main 1970, S. 133 ff.; Lorenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., Springer Verlag 1999, S. 27 ff.; Ernst A. Kramer, *Juristische Methodenlehre*, 3. Aufl., Stämpfli Verlag, S. 306 ff.

[27] 参见李荣：《影响刑事法官判决因素的实证考察》，《法学杂志》2007年第6期，第96页以下。

[28] 参见李学尧等：《认知流畅度对司法裁判的影响》，《中国社会科学》2014年第5期，第148页以下。

[29] 参见李安：《司法过程的直觉及其偏差控制》，《中国社会科学》2013年第5期，第142页以下。

[30] 参见胡铭、冯姣：《认罪态度对法官判决影响的实证分析》，《江苏行政学院学报》2014年第2期，第125页以下。

[31] 参见前引〔27〕，李荣文，第97页以下。

[32] 参见李捷、马皓：《情绪对法官量刑决策影响的实证研究》，《心理技术与应用》2014年第6期，第38页以下。

[33] Jerome Frank, *Law and the Modern Mind*, Transaction Publishers, 2009, p. 120. 又见曹祐：《论法律的确信性与不确定性》，《法律科学》2004年第3期，第17页。

[34] Shai Danziger, Jonathan Levav and Liora Avnaim-Pesso, *Extraneous Factors in Judicial Decisions*, PNAS April 26, 2011 108 (17) 6889–6892, <https://doi.org/10.1073/pnas.1018033108>, 2019年12月30日最后访问。

现也不可复制的过去,法官通过各个证据所认定的案件事实只是对案件真相的模仿、裁剪和重组,仅仅是不同程度上的“属实”,^[35]以至于极端情形下“事实即猜测”。^[36]因而,在法律规范的选择与案件真相的查明上,法官都有自觉与不自觉地加入个人主观偏好的空间,极端情况下甚至可能预先设定结果,再去寻找支持该结果的法律解释与证据。^[37]有学者一针见血地指出,“法官其实会抛弃法律规则等正式制度因素,反而根据民意、公共政策、主流的价值观念等,作出一个判断,之后在裁判文书中运用法律规则、程序性步骤、逻辑推导等,来掩盖这种影响,使法官的裁判既能够经得起正式制度所要求的形式意义上的推敲,又能取得对当事人以及社区的说服力。这种做法其实已经成为实践中法官的普遍做法,成为一种在法官圈子里通行的非正式制度。”^[38]

2. 法官理性自证的资源约束

法官自由裁量产生的恣意外观决定了几乎任何裁判都有可能遭遇可接受性的风险,因此裁判文书必须向受众阐明为何选取该结果而非其他结果。实务中,有的法官试图通过援引词典、^[39]《圣经》、^[40]《孝经》、^[41]《弟子规》^[42]乃至《青玉案·元宵》^[43]等作品,来缓解被质疑的压力。这些作品通常具有大众通俗性与情理性,有时甚至更能说服当事人。然而,裁判毕竟属于精英判断而非民粹诉求,片面地迎合民意而忽视法律论证,轻则无法确保个案法律适用的一贯性,重则动摇法治国根基。对于一个具有专业理性的法官而言,较优的策略是尽可能向裁判受众详细地说明选择该结果而非其他方案的专业理由。

强化充分说理的要求客观上需要相应的司法资源与之匹配。然而,目前司法资源配置的有限性与案件数量的大幅度攀升是法官面临的基本困境。2013至2017年,最高人民法院受理案件82383件,审结79692件,分别比前五年上升60.6%和58.8%;地方各级人民法院受理案件8896.7万件,审结、执结8598.4万件,同比分别上升58.6%和55.6%。^[44]早

[35] 参见何家弘:《让证据走下人造的神坛——试析证据概念的误区》,《法学研究》1999年第5期,第106页。关于泸州情人案中对证据的“刻意”裁剪的详细分析,参见黄卉:《论法学通说(又名:法条主义者宣言)》,《北大法律评论》2011年第2期,第355页以下。

[36] [美]杰罗姆·弗兰克:《初审法院:美国司法中的神话与现实》,赵承寿译,中国政法大学出版社2007年版,第60页。

[37] 参见孙海波:《通过裁判后果论证裁判——法律推理新论》,《法律科学》2015年第3期,第85页;翁子明:《司法判决的生产方式:当代中国法官的制度激励与行为逻辑》,北京大学出版社2009年版,第141页;季卫东:《法律解释的真谛——探索实用法学的第三条道路》,载氏著《法治秩序的建构》,商务印书馆2014年版,第89页以下。

[38] 李声炜:《法官判决的制度表达与实践:从制度经济学角度看法官判决时的非正式制度倾向》,《法制与社会发展》2006年第4期,第90页。

[39] 参见陈林林、王云清:《司法判决中的词典释义》,《法学研究》2015年第3期,第10页。

[40] 参见重庆市巴南区人民法院(2016)渝0113民初404号民事判决书、(2015)巴法民初字第09430号民事判决书、(2015)巴法民初字第12004号民事判决书均援引了《圣经·马太福音》。对此持批评意见的,参见沈海平:《判决书应当怎样说理》,《检察日报》2016年6月29日第7版。

[41] 参见北京市东城区人民法院(2010)东民初字第00948号民事判决书;重庆市第五中级人民法院(2015)渝五中法民再终字第00043号民事判决书。对此持赞同意见的,参见张建伟:《〈孝经〉写入判决书的法文化解读》,《人民法院报》2010年7月23日第05版。

[42] 参见山东省济南市历下区人民法院(2013)历民初字第2018号民事判决书。

[43] 参见江苏省泰兴市人民法院(2016)苏1283民初3912号民事判决书。

[44] 参见周强:《最高人民法院工作报告——2018年3月9日在第十三届全国人民代表大会第一次会议上》,载伍晓梅主编:《中国法律年鉴2018》,中国法律年鉴社2018年版,第18页。

在2013年,江苏法院结案数就突破百万件,法官承受着超负荷、高强度的工作压力。^[45]实证研究表明,南京某法院法官年均办案合理区间为[128,282],但实际上2013年单个法官结案数从90件至519件不等,仅有6人低于128件。^[46]广东某区法院法官年均合理办案数区间为[140,185],但实际人均结案已达350件,个别达500件以上。^[47]甚至有关于东莞法官一年办案量高达令人难以置信的1600件的新闻报道;^[48]法官因突发心脏病、脑溢血等猝死的新闻也屡见不鲜。以南京市玄武区人民法院为例,该院2011—2013年一线法官人均结案数分别为175.38、165.96、167.94,^[49]2012年就有该院法官因工作劳累患心脏病猝死在工作岗位上,以至于《人民法院报》发出了“要用制度保健康”^[50]的倡议。

案件一旦被受理,法官就负有在法定诉讼期间内审结的义务,而裁判文书的撰写处于审判期限末段的特性,又使得说理工作具有时间上的紧迫性。法官面临疑难案件时,难有足够的时间与空间如同立法者或者学者那样,通过审慎的比较法考察或者根据复杂高深的理论,就疑难案件的法律适用进行细致详实的探究后最终得出一个具有可接受性的结论。在这样的背景下,法院作为定分止争的国家机关,面对不同的裁判受众尤其是当事人,必然会遭遇裁判的可接受性问题。^[51]

(二) 援引学说对裁判可接受性困境的纾解

1. 学说的内容可用性

学说对于实务而言有三项基本功能:以法律适用为取向将繁杂的法律进行体系化构造;为法律适用者提供清晰、可验证又省时的适用模式(例如请求权基础方法);对法院判决进行体系化梳理与总结,为具体法律适用问题提供解决方案,确保法官适用法律的妥当性。^[52]然而,质疑学说对实务的功能似乎是日久弥新的全球性话题。早在1840年,萨维

[45] 参见江苏省高级人民法院民三庭课题组:《怎样解决案多人少的矛盾?——以A中院民三庭K法官为调研样本》,《法律适用》2015年第6期,第26页以下。

[46] 参见王静等:《如何编制法官员额——基于民事案件工作量的分类与测量》,《法制与社会发展》2015年第2期,第35页以下。

[47] 缪伟奋:《回归合理办案区间:探索法官员额制下审判单元的“帕累托最优”——以G市B、T区法院审判单元配置为实证分析》,载贺荣主编:《尊重司法规律与刑事法律适用研究》上册,人民法院出版社2016年版,第274页。

[48] 参见刘冠南:《像陀螺转不停,法官是机器人?》,《南方日报》2010年5月20日第A09版。

[49] 南京市玄武区人民法院:《影响法官年合理结案数量的因素研究——以X区人民法院2011—2013年度法官年结案情况为样本》, http://www.njxfy.gov.cn/www/xwfy/fydt8_mb_a39150511746.htm, 2019年12月12日最后访问。

[50] 参见周瑞壬、李艺文:《要用制度保健康》,《人民法院报》2015年3月1日第02版。

[51] 有学者将裁判可接受性的概念核心界定为“公众意见能够取代法律标准”,并以公众意见作为直接民主化的体现,难以转化为规范性的正当化理由为由,否认裁判可接受性概念的恰当基础(参见陈景辉:《裁判可接受性概念之反省》,《法学研究》2009年第4期,第3页)。这种观点显然过于强调了判决书的公众意见维度,而忽视了公众概念的复杂性以及案件当事人、法律职业共同体等维度。苏力也“反对笼统地将受众界定为当事人和普通民众”与“法律共同体”,强调判决书受众概念是基于“司法界与社会的互动”的考量。参见苏力:《判决书的背后》,《法学研究》2001年第3期,第16页。又见郭倍倍:《论刑事裁判的可接受性》,法律出版社2015年版;张纯辉:《司法判决书可接受性的修辞研究》,法律出版社2012年版;孙光宁:《可接受性:法律方法论的一个分析视角》,北京大学出版社2012年版。

[52] 相关论述参见[比]马克·范·胡克:《比较法的认识与方法论》,魏磊杰、朱志昊译,法律出版社2012年版,第123页以下;[瑞士]许莉蔓·高朴、[瑞士]施密特:《瑞士民法:基本原则与人法》,纪海龙译,中国政法大学出版社2015年版,第79页以下;Helmut Schulze-Fielitz, Notizen zur Rolle der Verwaltungswissenschaft für das Bundesverwaltungsgericht, in ders.: Staatsrechtslehre als Mikrokosmos, S. 406 ff.

尼就指出,“学术与实务持续不断的疏离化是我们这个时代法律发展的最大缺陷”,^[53]而当代部分德国学者也同样有此抱怨。^[54]类似情形也发生在当代的美国。早在1992年,爱德华大法官就批评道:“学说很少去关心具体案例而过于精英化,或者完全用抽象理论去评述具体的案例,以至于对实务用处很少。”^[55]美国第二巡回法院首席上诉法官邓尼茨·雅各布斯(Dennis Jacobs)更是尖锐地批评道:“我已经很多年没有打开法律评论了。没有人讨论它们。没有人依赖它们。”^[56]即便是以学术为业的学者如《侵权法重述(第三次):产品责任》报告人之一的亚伦·特沃斯基也认为,学说已经呈现远离实务、自我封闭的特征;^[57]相对温和的里希克等学者则承认,尽管现在学者观点并不是完全没有用处,但对实务没有影响力的学术著作明显变多了。^[58]

事实上,学术与实务存在对立与统一的关系。首先,两者具有不同的功能、知识产生模式、评价体系,存在天然的分异性,这正是用萨维尼1840年的论断描述当下情形依然无时代落差感的原因。其次,正是这种分异性才是学术对实务具有可用性以及实现两者良性互动的前提。尤其是,法律学者与法官具有相同的法律教育背景,决定了法官与法律学者至少存在着天然专业渊源与共同法律思维,法律学说对于法官而言必然具有可用性,否认学术对实务的有用性更多的可能是主观“片面”感受。德国联邦法院前院长认为,从没有一个国家的学术与实务专业上的互动如同德国一样密切。^[59]擅长实证分析的美国学者在梳理了1950—2008年美国联邦上诉法院的判决书后也得出相反“感受”:1950—1979年间的判决援引了8320件学术作品,约占所有判决书的37%,1980—2008年间援引学术作品增加了1.6倍,上升到13450件,约占所有判决书的61%。^[60]而2015年至2016年,美国联邦最高法院8位法官撰写的41份判决书更是引用了132件各类体裁的学术作品,这还不包括发表在互联网上的专题论文与互联网资料。^[61]

2. 援引学说作为约束法官自由裁量空间的外观

裁判文书中援引学术作品,实质上是在当事人分居法官两侧的诉讼三角力学结构中主动引入了法律学者的一维,从而建构了一个学者、法官与当事人共同构成的虚拟诉讼结构。援引学说使得司法力学结构表面上复杂化了,但由此产生了限制法官恣意权空间的外观,提高了裁判的民主性,从而抵消了对裁判可接受性的部分质疑。

[53] Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Band 1, Berlin 1840, S. XXV.

[54] Vgl. Thomas Rotsch, *Zur Hypertrophie des Rechts*, ZIS 1/2008, S. 5.

[55] Harry T. Edwards, *The Growing Disjunction Between Legal Education and Legal Scholarship*, 91 Mich. L. Rev. 34, 35 (1992).

[56] Adam Lipark, *When Rendering Decisions, Judges Are Finding Law Review Irrelevant*, New York Times, Mar. 19, 2007, at A8.

[57] Remarks of Professor Aaron D. Twerski, *Marquette Lawyer* 55–57 (Spring 2009), cited from David L. Schwartz and Lee Petherbridge, *The Use of Legal Scholarship by the Federal Courts of Appeals: An Empirical Study*, 96 Cornell Law Review 1345, 1348 (2011).

[58] David Hricik & 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*, 38 Suffolk U. L. Rev. 761, 778 (2005).

[59] Günter Hirsch, *Zum Spannungsverhältnis von Theorie und Praxis im Strafrecht*, in: Jescheck/Vogler (Hrsg.), *Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989*, 1989, S. 19 ff.

[60] 前引 [57], Schwartz 等文, 第 1345 页。

[61] 前引 [2], Linda Greenhouse 文, 第 735 页。

首先，法律学者与法官都遵循法律职业共同体所公认与遵守的解释规则与伦理准则。援引学说作为裁判论据意味着，至少在外观上，法官判断依然属于法律职业共同体的专业判断，而非法官个人的恣意专断。即便法官援引的目的是反驳某学说，质疑者也可以通过职业共同体的最低共识规则进行事后验证。法官的方案一旦明显地违反共同体的最低共识，就有可能遭到职业共同体的抵制，当事人也势必提起上诉、申请再审甚至信访。裁判文书主动援引学说，意味着法官的司法决策空间受到制约，并以可视化的方式向裁判受众表明，其主动遵循法律职业共同体所共同确认的程序规则和解释准则，也愿意接受这种约束机制进行事后评判，^[62]从而化解了部分质疑。

其次，相对于当事人而言，学说通常是在当下审理的个案之前就已经形成，并非针对当下个案，其观点近乎于罗尔斯“无知之幕”思想实验下的判断，从而有效排除了当事人对法官个案偏向性的质疑。更重要的是，法官援引学说，意味着当事人所有的利益都必须转化为法律术语，当事人也不得不援引学说甚至聘请学者撰写专家意见书以削减法官的决策空间，使所有的原始利益诉求转化为法律论证。在一起不当得利案中，^[63]上诉人引用王泽鉴的观点，认为案件事实构成嗣后无给付目的型不当得利；法官并没有直接否定，而是沿着上诉人的思路利用王泽鉴的观点反驳指出，案件事实“接近于王泽鉴上述著作中列举的缩短给付类型”。这在客观上将当事人的利益诉求以及法官与当事人之间的视域交叉都转化为专业对话。据此，当事人对判决的不满和怀疑因素通过法律学说的援引转化为法律专业上的判断，无疑大大提高了判决的可接受性。

（三）著作权法的依据

著作权法第22条第7项规定，国家机关可以为执行公务在合理范围内使用已经发表的作品。有学者主张“所谓合理的范围应该以执行公务所必需或者无可替代为限度”，^[64]据此，法官仅仅依据法律进行审判，并不需要学说的介入。然而，从文义解释上看，该句可以分解为“国家机关为执行公务……使用”与“国家机关……在合理范围内使用”两个构成要件。前者赋予国家机关为执行公务使用已发表作品的自主权，而后者则是在前者的基础上，强调使用手段的合理与否，该条款实质上反映了目的与手段的比例关系。在国家机关力所不逮或者不擅长的领域，私人作品往往比国家工作人员的职务作品更为专业与有效率：与将国家考试中心工作人员自己创作的题目作为高考题目题材相比，专业画家、作家的作品显然更符合高考选拔人才的要求；^[65]作家与摄影家的作品显然也比监察局、人防办公室或者土地交易储备中心的工作人员的创作更专业与效率。^[66]因而，该条实质上是为满足国家利用私人作品协助完成公务的需要提供了依据。将“合理范围”理解为“执行公务所必需或者无可替代为限度”的狭义解释，显然不利于新形势下国家利用私人作品履行公务的现状与趋势。

[62] 参见高鸿钧等：《商谈法哲学与民主法治》，清华大学出版社2007年版，第159页。

[63] 参见深圳市中级人民法院（2016）粤03民终10304号民事判决书。

[64] 崔国斌：《著作权法原理与案例》，北京大学出版社2014年版，第619页。实务中也有类似观点，参见江苏省徐州市中级人民法院（2006）徐民三初字第10号民事判决书。

[65] 参见北京市海淀区人民法院（2007）海民初字第26273号民事判决书；北京市第一中级人民法院（2008）一中民终字第4505号民事判决书。

[66] 参见浙江省高级人民法院（2009）浙知终字第118号民事判决书；珠海市中级人民法院（2011）珠中法知民初字第23号民事判决书；江苏省徐州市中级人民法院（2006）徐民三初字第10号民事判决书。

就此而言,裁判文书是否援引学术作品完全依赖于该援引是否有利于履行审判职责。这种使用是否系审判所必需,则完全取决于法官断案时的自我判断。只要法官认为援引学说有助于减轻法官的工作负荷或者增加裁判的可接受性,就可以援引而无须担心受到指责。这意味着,裁判文书援引学说(著作权法意义上的作品)作为论据的行为受到著作权法的认可与保护。著作权法的相关规范也在实质上构成法官援引学说的实证法基础。

三、援引技术规则之一:对通说与非通说的援引

(一) 通说与非通说的重新界定

非通说的界定依赖于通说。2011年《北大法律评论》刊发的关于“通说”的组稿中,两篇留德作者的论文均将德国法上的“herrschende Meinung”(直译为“多数说”“主流说”“支配性意见”)译为“通说”。^[67]自此,“通说”作为“多数说”“主流说”“支配性意见”的替代术语,逐渐为我国学界广泛接受。然而,回到德国法的概念谱系,这种译法似有待商榷。首先,德国学界与实务将学说的接受程度区分为:“Allgemeine Meinung”(直译“通说”)、“herrschende Meinung”(直译“多数说”“主流说”“支配性意见”)、“Mindermeinung”(直译“少数说”)。“通说”在德国法学语境是指“被普遍接受、即便存在反对者也可以忽略不计的学说”,^[68]这正符合中文“通说”中“通”的本质:具有共识性与真理性而不存在有力的反对性意见。而主流说指的是“为大多数人所接受,但存在的反对意见不容忽视,因而只能成为多数说的学说”,^[69]尤其在少数说是由著名学者所持时更不可忽视;因而主流说是有主流地位但仍然具有可争辩性的非共识性学说。

严肃的德国法律评注(例如有代表性及影响力的慕尼黑与帕兰特民法典评注或者德国基本法评注黄皮书)的法律词语缩略表内都会严格区分两者。^[70]有学者在翻译瑞士民法典第1条第3款的“公认学理(bewährte Lehre)”时,精准地指出了其间的细微差别:“从概念上来说,应当区分公认的学理(bewährte Lehre)与主流学理(herrschende Lehre)。……当主流的学理通过了实践中的艰难测试之后(主要是最高法院的检验),主流学理的公认度得到确定。”^[71]我国最高人民法院也注意到了此点。“指导意见”第13条使用的即是“通行学术观点”的表达,且《〈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》一书将之解释为“利用学说观点说理时,应引用通行学术观点,学界并无争议”,“尽可能去引用已形成共识、通识的观点”。^[72]显然,此处的“通行学术观点”指的

[67] 参见前引[35],黄卉文,第335页以下;庄加园:《教义学视角下私法领域的德国通说》,《北大法律评论》2011年第2期,第319页以下。

[68] Wolfgang Gast, Juristische Rhetorik, 4. Aufl., 2006, C. F. Müller Lehr-und Handbuch, S. 159.

[69] 同上。

[70] 例如,2018年出版的第8版《慕尼黑民法典评注第1卷》(Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch; BGB, Band 1)缩略表第XIII页指出 allgemeine Meinung 的缩写为 allGM,而第XIX页指出 herrschende Lehre 的缩写为 hL。2016年出版的第75版帕兰特民法典评注(Palandt-Bürgerliches Gesetzbuch; BGB)在缩略表第XVIII页与第XXV页也对两者进行区分;同样的区分在 von Münch/Kunig 主编的德国基本法评注第5版(von Münch/Kunig; Grundgesetz-Kommentar; GG)第IX与XVII页。

[71] 参见[奥]恩斯特·A.克莱默:《法律方法论》,周万里译,法律出版社2019年版,第226页,注883。

[72] 前引[20],最高人民法院司法改革领导小组办公室编书,第213页。

是毫无争议的“通说”，而非仍然受少数说所争议的“多数说”。

因而，将“herrschende Meinung”与“Allgemeine Meinung”分别翻译为“主流说（多数说）”与“通说”，能较忠实地反映德文的内涵，这也是中德法律术语翻译中难得出现的一一对应。将“herrschend Meinung”翻译为“通说”，一则很难从中文谱系内再寻找一个合适的术语指代“Allgemeine Meinung”；二则在内容上抹煞了“通说”与“主流说”的区分，而这种区分对于法官的援引及其论证的说理性有极为重要的意义。

在区分了“通说”与“主流说”后，可以根据学说被接受程度的不同，将非通说分为少数说与多数说。这些学说的不同地位通常是由质量与数量两个维度决定的。质量维度由学说的论证能力^[73]与内容的实质正当性决定，数量维度则是学说在各类体裁学术作品中被认可的程度。质量维度是根本，数量维度则是质量维度的外观，从某一时空横截面来看，质量维度与数量维度通常具有一致性：通常质量越高，就越具有数量优势，其学说越接近多数说地位进而成为通说的“候补”。反之，质量越低，被认可的数量就越少，就越接近少数说甚至“随便说”。

（二）非通说的可援引性

裁判文书不仅可以援引通说，也可以援引非通说；而且援引非通说比仅援引通说更能促进裁判的可接受性。援引非通说应当成为援引学说的主流。

1. 非通说与通说的视角

首先，从“数量”视角观之，法律并不是通常存在固定精确答案的自然科学，而是充满利益衡量与价值判断的学科，新的法律事实对法律提出的挑战也层出不穷，学说始终在矛盾中发展。因而，对同一具体法律问题通常会出现少数说、主流说等非通说形态，非通说在学说的体量上必然占据了绝大多数。相反，通说是学界不存在争议的、具有理性共识的学说，在阐释体量上不可能占绝大多数。排斥援引非通说几乎等同于否定了援引学说的必要性，进而否定了裁判文书援引学说的基本原理，甚至也否定了学者与法官两个群体共属于法律职业共同体的共识。

其次，从“质量”视角观之，非通说具有因其内容的实质正当性而成为通说的潜质。为了获取更广泛的认可，非通说之间通常处于持续不断的动态竞争过程中，当某学说变为学界理性共识而不再存在争议时，就演变为通说；当通说随着时代变迁而具有可争辩性时，通说又退化为多数说、少数说直至退出历史舞台。通说与非通说不断交互循环发展的竞争机制，构成了学说交替发展的基本规律。这意味着，某种具有成为通说潜质的学说最通常的来源是非通说，尤其是经过竞争脱颖而出、准备迈入通说行列的多数说。一概否定援引非通说的可能性会产生逻辑悖论：该非通说（多数说）与通说都反映了“事物的本质”，但却不能如同援引通说一样援引非通说。

援引通说的功能更多在于修辞，但基于其作为共识的性质，其在内容创新上所能作出的贡献有限，而非通说的创造性与彼此之间的竞争性决定了其在内容创新性与实质正当性上可以提供更多的智识贡献。尤其是在填补法律漏洞或者面临疑难案件时，更需要依靠的是非通说。将援引的对象限制在通说而排斥非通说的背后，依然是极简主义背景下“言多

[73] 参见前引[67]，庄加园文，第328页。

必失”思维的残留。^[74]

2. 非通说内部的视角

在减轻法官工作负荷以及增强裁判可接受性等功能上,援引非通说比单纯援引通说具有更显著的效果。

首先,法官断案基本上是在同一个问题的诸多方案中找到最佳方案的过程,这意味着法官需要尽可能穷尽方案,以向裁判受众表明最终方案的合理性。而非通说中的少数说与主流说提供了法律专业人士可能想到的各种方案,为法官提供了丰富的方案样本库与工具箱,既大大减轻了法官的工作负荷,又表明法官的最终方案并不是“攻其一点,不及其余”。其次,非通说之间以及非通说与通说之间的竞争机制本身减少了法官判断学说可用性的论证工作。从少数说到通说认可度依次递进的各种学说之间处于持续不断的动态竞争过程中,几乎任何一种少数说都试图成为主流说乃至通说,而主流说也必须及时回应各种挑战以维持其地位并进一步成为通说。地位不同的学说之间的竞争让身处个案语境下的法官能辨明各种学说的软肋与可取之处,甚至可以在明白各种学说均存在不足的情形下发展出新的观点,从而促进法律的发展。

法院在实务中已经有意识地使用非通说的功能与对话技术来增强裁判的可接受性。在杨某代位权纠纷案中,^[75]受雇于原告的受害人阿某某驾驶原告所有的车辆时发生意外身亡,在实务上产生了阿某属于“第三者”还是属于“车上人员”的法律适用疑问。判决书指出:“概括起来有以下观点和学说:一、身份固定说。……二、身份转化说。……三、保险‘近因原则说’。”接着以七百余字比较了三种学说并结合案件事实作出了选择。法官认为,“固定说”不是用发展和运动的观点看问题;“转化说”只看伤害位置和结果而不问原因,看问题具有片面性;最后法官选择了“近因原则说”。这同样体现在我国首例代孕引发的监护权纠纷案中。^[76]该案判决书首先指出:“目前,我国法律对此缺乏相关规定,理论上主要有血缘说、分娩说、契约说(或称人工生殖目的说)、子女最佳利益说这四种学说。”进而用四百余字依次讨论了四种方案,最后选择了“子女最佳利益说”。在这两个案件中,身处个案语境下的法官援引不同地位的学说,既有效避免了法官视角上的盲点,又旨在向公众表明,法官的选择顾及到了不同学说提供的方案,从而大大提高了判决的可接受性。

(三) 通说与非通说的援引技术

1. 目前的两种援引技术

非通说彼此之间的竞争性决定了任何学说的实质正当性都要受到其他学说的质疑与审查。因而,援引非通说本身就包含着强烈的论辩式的对话技术。法官即便援引主流学说,也应当对少数说保持尊重,以表明法官没有忽略其他可能性。德国实务操作的流程通常是先描述主流学说,而后指出少数说,但判决结果通常依然与主流学说保持一致;有时对主流学说的援引也仅仅是引出讨论对象,但并不直接依主流学说作出决定。^[77]这种技术在我

[74] 参见王聪:《我国司法判决说理修辞风格的塑造及其限度——基于相关裁判文书的经验分析》,《法制与社会发展》2019年第3期,第97页。

[75] 参见新疆维吾尔自治区沙湾县人民法院(2015)沙民二初字第301号民事判决书。

[76] 参见上海市第一中级人民法院(2015)沪一中少民终字第56号民事判决书。

[77] Thomas Drosdeck, Die herrschende Meinung-Autorität als Rechtsquelle-Funktionen einer juristischen Argumentationsfigur, Berlin 1989, S. 23.

国前述杨某代位权纠纷案与首例代孕引发的监护权纠纷案中也有清晰的体现。

法官援引通说不仅具有内容正当性的实质意义，更具有“政治正确性”的司法修辞考量。超负荷工作的法官有很强的动机将权威学者现成的通说观点作为裁判理由的绝大部分内容，直接“复制—粘贴”进而不加论证就作出裁判。前面提到的重庆电缆案二审判决书关于纯粹经济损失是否需要赔偿的判决理由部分，有九百余字几乎完全来自于王泽鉴的论文。上级法院与学界似乎并没有意识到这种做法欠缺妥当性：重庆市高级人民法院将之遴选为经典案例；^[78] 关注此案的民法学者从民法专业角度予以赞扬，认为判决通过政策考量与比较法研究提出了比较有说服力的观点，显示了中国法院的巨大进步。^[79]

2. “复制—粘贴”模式对裁判可接受性的损害

“复制—粘贴”模式将给裁判的可接受性造成损害。裁判文书援引学说，实质上是法官主动邀请学者参与审判而架设的虚拟诉讼结构，目的是以可视化的方式向裁判受众展示法官说理的科学与专业上的可检验性。然而，这种以增进裁判可接受性为取向的结构始终具有虚拟性，且须依附于以法官为中心、当事人分居两侧的诉讼结构。这决定了法官的说理仍然必须展现出基于履行审判职责而自主完成的外观，因而引入裁判文书的学说只能对法官说理起到辅助作用，不能“喧宾夺主”。如果裁判理由仅仅由“复制—粘贴”的学说构成，意味着法官的说理工作完全依赖于外在的学术权威，不是法官基于履行审判职责而自主完成的创造性行为，以法律为准绳的裁判被置换为以学术权威为准绳，最终难逃迷信与盲从学术权威的质疑。

2015年印度新德里高等法院的某判决书，^[80] 其共275段中有30段逐字逐句地复制了发表于英国《玛丽女王知识产权杂志》上的学术论文，^[81] 导致法院被迫重新公布判决书的修订版，清楚地展现了法官仅仅“复制—粘贴”而放弃论证对判决可接受性的损害。2011年加拿大初审法院审理的医疗事故民事赔偿案，^[82] 是加拿大首件司法剽窃案。虽然剽窃的是原告律师诉状的内容，但清楚地展现了法官仅仅“复制—粘贴”而放弃论证对判决结果的影响。该案原告起诉其脑部遭受的损害系其出生时医生与护士的疏忽所致，初审法院判决原告胜诉。然而，在长达105页的判决理由中，法官仅仅撰写了40个单词，其他完全“复制—粘贴”了原告及其律师提交的368段意见书中的321段。^[83] 上诉法院以该案的判决理由部分没有体现主审法官对争议点以及判决理由进行分析为由，撤销了该判决，原告

[78] 前引[23]，重庆市高级人民法院编书，第191页以下。

[79] 葛云松：《纯粹经济损失的赔偿与一般侵权行为条款》，《中外法学》2009年第5期，第708页，脚注80。

[80] Delhi High Court, Cipla Ltd. v. F. Hoffmann-La Roche Ltd. & Anr., on 27 November, 2015, <https://indiankanoon.org/doc/57798471>, 2020年1月1日最后访问。

[81] 法院在判决中抄袭的文章为 Shwetaree Majumder & Eashan Ghosh, *Winds of Change: F Hoffman-La Roche Ltd & Anr v Cipla Ltd* (CS (OS) No. 89/2008, judgment dated 7.9.12), 3 (2) Queen Mary Journal of Intellectual Property 167-175 (2013), <https://doi.org/10.4337/qmjip.2013.02.05>. 该文作者对法院抄袭的批评，见 Eashan Ghosh, *A Chapter Called Controversy: Breaking Down the Delhi High Court Appellate Bench, Verdict in F Hoffmann-La Roche v Cipla Ltd*, 6 (2) Queen Mary Journal of Intellectual Property 260-272 (2016).

[82] Cojocar v. British Columbia Women's Hospital and Health Centre, 2013 SCC 30, [2013] 2 S. C. R. 357, <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/13072/index.do?r=AAAAAQAIQ29qb2NhenUAAAAAQ>, 2019年12月19日最后访问。

[83] Victor Yee, *Supreme Court of Canada Condone Copying in Cojocar*, <https://canliiconnects.org/en/commentaries/30138>, 2019年12月19日最后访问。

为此上诉要求回复一审判决中的赔偿额。^[84]加拿大最高法院尽管否决了上诉法院的部分判决,但认为初审法官的“复制—粘贴”做法显然与司法的正直与公正性相悖。

3. 对话技术的正当性

援引通说与非通说最佳的技术是采取与学说对话的方式。即便法官完全赞同学术权威的意见,也必须至少在表面上具有与学者对话的外观。例如,将援引的内容幅度控制在一定范围,并且结合案件事实进行论述或者对学说进行考量,以向裁判受众彰显:无论通说持何种解释,法官至少需要从对话掌控者的视角与之进行对话,以表明自己最终所作出的决定是自己理性与审慎考虑的结果,而非对学界通说的迷信与对权威的盲从。我国司法实践中已有法官采用对话技术援引学说。在一起涉刑民交叉案件中,南京市玄武区人民法院的承办法官发现该院已生效的刑事判决中并未涉及民事审判中发现的新证据,使得民事判决与生效刑事判决可能存在冲突。法官援引三位学者观点并就案件事实进行评述,构成了判决理由的重要部分。^[85]此时对话技术同时具有实质正当性与司法修辞的功能,为判决可接受性提供了坚实的基础。通说与非通说边界可能的模糊性与必然的流动性也迫切需要采用对话技术。一方面,有时通说与非通说之间的界限是模糊的,而法官则尽量将其直接作为论据的学说认定为通说以放大其修辞功能。某再审民事判决书指出:“关于不可抗力的具体范围,我国法律和司法解释没有作出明确规定。我国法学理论通说认为政府行为属于不可抗力,如江平和王利明教授的观点。”^[86]但事实上,该案之前已经存在有力的少数学说。^[87]另一方面,通说与非通说之间的界限是流动的,通说或者主流学说的地位随时可能受到挑战,尤其是新的学说与旧学说处于临界点时更是明显,采用对话技术而不是“复制—粘贴”,将是更为稳妥的选择。

四、援引技术规则之二:注明学者姓名与观点出处

(一) 是否注明姓名与出处的争论

中华法系解体前的清朝发生过是否允许裁判文书注明学者姓名与观点出处的争议。沈之奇的《大清律辑注》是清朝最具影响力的私家注律,^[88]地位颇类似于德国最通行的法律评注。1763年,刑部积极肯定了江苏巡抚以注明姓名与出处的方式援引沈之奇《大清律辑注》中的观点;然而,1822年,刑部下令各省不得再援引《大清律辑注》进行判决说理。尽管如此,省级官员草拟的裁判文书以及刑部各司及律馆官员说贴中仍然可以自由地援引《大清律辑注》,以至于刑部在1833年又最终同意了山西总督援引《大清律辑注》的做法,^[89]

[84] Douglas R. Richmond, *Unoriginal Sin: The Problem of Judicial Plagiarism*, 45 (3) *Arizona State Law Journal* 1077 - 1106 (2013).

[85] 参见南京市玄武区人民法院(2013)玄商初字第580号民事判决书。该案即前引[11]报道中所涉案件。

[86] 广东省高级人民法院(2013)粤高法民二提字第15号民事判决书。

[87] 反对的观点参见刘凯湘、张海峡:《论不可抗力》,《法学研究》2000年第6期,第113页以下。

[88] 最近的研究,参见冈冬芳:《〈大清律辑注〉研究》,社会科学文献出版社2013年版。

[89] Fu-mei Chang Chen, *The Influence of Shen Chi-Chi's CHI/CHU Commentary Upon Ch'ing Judicial Decisions*, in J. A. Cohen, R. R. Edwards and Fu-mei C. Chen (eds.), *Essays on China's Legal Tradition*, Princeton Univ. Pr. 1980, pp. 170 - 221. 转引自前引[4],苏亦工书,第61页以下。

随后省级司法判决援引私家注律成为惯例。

这种争议也出现在对南京市玄武区人民法院援引学者观点的民事判决书^[90]的态度上。司法部与中国法学会法律文书学会对此均持积极肯定的态度，前者将该议题列为2015年国家司法考试卷一第57题，后者将之评选为全国优秀法律文书一等奖。但最高人民检察院似乎持保留态度：《检察日报》为此开辟专栏，组织检察官对裁判使用学说的风格进行正反讨论，^[91]该文后被转载于最高人民检察院官网。^[92]考虑到检察院担负监督法院的职能与特殊的中国语境，正反讨论却不予以定论，留下了令人遐想的空间。

颇值一提的是该案承办法官立场的转变。2016年，该法官在其公开发表的文章中坦承上述判决风格所受到的压力，文中除了以我国台湾地区之援引学说风格为自己辩护外，更是明确指出其随后主审的一起案件中^[93]也援引了王泽鉴与杨立新两位学者的观点，以示回应。^[94]然而，两年后该承办法官的立场发生了重大改变。《〈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》一书关于第13条之“条文说明”认为：“指名道姓地引用后，可能会引起其他学者的意见，导致不必要的争议，故而目前不适宜在引用时指明是哪位学者的观点。这一问题尚需要在实践中加以进一步的探索。”^[95]同时，在第13条“条文说明”之后的“经验推介”一栏中，“南京市玄武区人民法院在涉刑民交叉案件民事判决书中引用学者观点进行辅助论证”仍被作为经验推介。从“进一步的探索”的表述以及“经验推介”对其主审案件的收录上判断，承办法官似乎还隐含着保留个人意见的蛛丝马迹，但公开明确放弃之前的立场自是无疑。考虑到《〈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》一书的编者是“最高人民法院司法改革领导小组办公室”，以及该书“后记”中描述的成书过程的官方性，该观点至少可以代表目前最高人民法院对裁判文书注明学者姓名与观点出处最明确的拒绝。

（二）注明姓名、出处与裁判可接受性

是否注明姓名与出处，取决于是否有利于增强裁判的可接受性以及是否符合著作权法。

1. 注明姓名与增强裁判可接受性

法律学者的姓名承担了学说观点与其论证过程之间的桥梁与衔接功能。在具有竞争性的学术产品市场上，不同禀赋、投入与机遇的法律学者生产出不同质量与影响力的学术产品，当一些学者的学说及其论证能力受到市场选择的信任与承认时，他们往往会从法律学者圈子中脱颖而出成为权威学者。这种学术权威地位的形成并不是一朝一夕完成的，而是既伴随着学说的被援引率，^[96]也伴随着其职称、学术荣誉称号甚至行政职务的建制化外观，因而较为有效地排除了投机性与短暂性。这使得权威学者的姓名具有类似商标的“产

[90] 前引〔85〕，南京市玄武区人民法院民事判决书。

[91] 参见苏清涛等：《判决书能不能直接引用专家观点》，《检察日报》2015年4月1日第03版。

[92] https://www.spp.gov.cn/llyj/201504/t20150401_94346.shtml，2019年12月26日最后访问。

[93] 参见南京市玄武区人民法院（2015）玄少民初字第123号民事判决书。

[94] 参见陈文军：《公开审委会不同意见的尝试与思考》，《人民法治》2016年第6期，第69页。

[95] 前引〔20〕，最高人民法院司法改革领导小组办公室编书，第214页。该书“后记”中载明第13条“条文说明”“经验推介”的撰写者即为该承办法官。

[96] 参见苏新宁主编：《中国人文社会科学学术影响力报告》，高等教育出版社2011年版，第729页以下（李有根撰写）；苏力：《从法学著述引证看中国法学——中国法学研究现状考察之二》，《中国法学》2003年第2期，第161页以下。

品质质量保证”与“商誉”担保功能，以至于权威学者的姓名衍变为承载学说实质正当性的符号。相反，对于那些刚刚取得教职而学术资历较浅以及依然有待学术市场检验的学者而言，其姓名的“品质质量保证”功能依然还在积累当中。

因而，法官通常援引学术权威而非资历较浅的学者的观点，以彰显裁判的权威性。一旦注明姓名，就等于在学术等级金字塔内找到了背书，大部分裁判受众甚至包括法律专业人士不会有深究该学说的论证过程与持论立场确当性的强烈动机。即便利害关系人基于利益诉求而提出质疑，其是否有足够的能力挑战经过学术市场沉淀的学术权威及其学术产品质量，也不无疑虑。因而，法官直接予以援用大大减轻了说理负担，学说的实质内容甚至不再重要，学说作为裁判说理的工具衍变成一种目的性很强但又很隐蔽的司法修辞。

这在李×1交通肇事罪二审刑事附带民事裁定书中有着很直接的体现。^[97]如何区分间接故意和过于自信的过失，一直是刑法学界公认的难点。该案裁定书一方面援引德国刑法学家汉斯·韦尔策尔的观点指出：“间接故意与有认识过失的分界问题是刑法最困难和最具争议的问题之一，这个问题难在意欲是一种原始的、终极的心理现象，它无法从其他感性或知性的心理流程中探索出来，因而只能描述它，无法定义它。”另一方面又指出：“运用经验规则与逻辑规则形成判断，以此来推定行为人的主观心态。这种推定，正如我国刑法学家陈兴良所言，‘是在被告人的主观意图认定中经常采用的一种司法技术’。”从内容上看，该裁定书所援引的两位学者的观点均只是强调区分间接故意与过于自信的过失的复杂性与已有的认定规则，而没有提供新的区分方法，援引并注明两者的姓名有“画蛇添足”之嫌。显然，承办法官并不关心两位学者的观点是否有实质内容，而是在利用两位学者的学术权威地位强化并修饰自己在案中区分两者的自由心证的正当性。如果不援引两位学者观点而是直接表述，在裁判可接受性程度上显然不同。

2. 注明出处与增强裁判可接受性

首先，注明出处是对注明姓名的功能性补充。出处包括任何定位学说物理空间的载体、日期、版本、页码甚至段落等因素，详细地注明出处能够使裁判受众尽可能快速、准确地找到被援引观点的内容本身。过于重视学术权威姓名的司法修辞功能，可能导致姓名沦为一种托词与工具，但注明出处对法官施加的确认学说具体位置与内容的义务，则抑制了这种倾向：一方面，它有效避免了根据法官提供的出处却找不到学说内容的失误；另一方面，迫使法官对学说的实质内容再度予以确认，强化了学说实质内容对于裁判的意义。因而，对裁判受众而言，注明出处比单纯注明姓名更能限制法官的自由裁量空间。值得商榷的是，南京市玄武区人民法院法官在前揭涉刑民交叉案件中援引的是2014年5月13日三位专家在南京市中级人民法院“经济犯罪案件中刑民交叉问题案例研讨会”上的发言。尽管指出了出处是案例研讨会，但专家观点似乎未被书面化地固定与公开发表，这导致学说出处仅来自于判决书，缺乏事后予以检验的机会，其论证力显然减弱。尤其是如果学者事后通过纸质作品改变原先观点，则将严重伤害裁判的可接受性。

其次，注明出处比仅仅注明学者姓名更符合增强裁判可接受性的旨趣。随着时代背景和价值观念的变迁，同一学者就同一法律问题在不同历史阶段具有不同的观点与立场并不

[97] 参见北京市第一中级人民法院（2015）一中刑终字第1797号刑事裁定书。

鲜见，例如拉伦茨对事实合同理论由肯定到否定的变迁。^[98] 注明出处可以使得裁判的受众尤其是作为法律职业共同体的律师与学者能按图索骥地查到所引学说的具体时空定位。即便在世的法律学者的学说后来发生变化，学说的非正式法律渊源地位与法官选择权也为法官提供了足够的自我防御与辩护的空间，法官完全可以认为学者之前的观点更为恰当。单纯注明学者姓名而不注明出处，则无法区分学者学说发展脉络的历史阶段性，并且可能出现学者姓名与学说之间的错位，最终给裁判可接受性带来不必要的怀疑与争论。

对该问题最敏感的莫过于英国。在很长的历史时期内，英国判决书通常只援引已经去世的学者的观点，而援引在世学者的学说会被认为不恰当。^[99] 可能的理由是担忧援引在世学者的学说后，该学者观点发生变化从而可能给判决带来不利影响。然而，经典著作要保持其经典地位与生命力，势必要与时俱进。布莱克斯通爵士去世后，其经典作品《英国法释义》在1783—1949年间被修订了15个版本，尤其是为了应对工业革命的变化，在内容上修订甚多。^[100] 如果仅援引学者去世前留存的观点，只会导致学术经典退出历史舞台。因而，英国法院早在上世纪70年代就已经放弃了只援引去世学者观点的惯例，^[101] 其原因可能就在于意识到注明出处能够防止被援引的在世学者改变观点而对裁判可接受性形成挑战。

3. 姓名与出处的数量维度是判断学说可接受性的重要标志

法官在援引学说时虽然表面上具有相当自由度，但实质上受到少数说、多数说与通说之学术权力结构的制约。我国司法实践中在论及通说时，裁判文书通常一笔带过而不具体注明姓名与出处，^[102] 在援引非通说时，即便是主流学说也通常仅援引一位学者的观点，这有可能招致裁判受众的追问：法官认为某学说是通说或者主流说，为何没有体现为数量上的优势？某学说成为主流说与通说，是质量维度与数量维度相叠加的结果。然而，也不排除一些利益群体或者学派及其追随者就同一个问题发表同样观点从而通过数量优势刻意制造“多数说”，这在德国经济法与商法领域并不罕见。^[103]

这种数量上的优势是通过体裁的选取实现的。当某一学说显示出足够的重要性时，经常会在期刊论文、专著或者法条评注这些不同体裁、承担不同角色与功能的载体中被援引、使用与讨论。而高质量的出版物上刊发的学说不是经过了学术共同体的苛刻评价，就是经

[98] 参见 [德] 迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，法律出版社2013年版，第191页以下；[德] 维尔纳·卢梅：《法律行为论》，法律出版社2013年版，第11页以下；朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社2013年版，第186页；王洪亮：《债法总论》，北京大学出版社2016年版，第37页。

[99] P. S. Atiyah and Robert S. Summers, *Form and Substance in Anglo-American Law: A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions*, Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 403 (中文版参见 [美] P. S. 阿蒂亚、R. S. 萨默斯：《英美法中的形式与实质研究：法律推理、法律理论和法律制度的比较研究》，金敏等译，中国政法大学出版社2005年版，第337页)；前引〔3〕，大木雅夫书，第302页。

[100] 全宗锦：《布莱克斯通的生平、著作和影响》，载曾宪义主编：《法律文化研究》第1辑，中国人民大学出版社2006年版，第314页以下。

[101] 例如，1978年 *Quenell v. Malthy and Another* 一案的判决书就援引了由当时三位在世学者修订至第27版的 Edmund Henry Turner Snell 教授的法学名著《衡平法原则》。而英国最高法院2013年6月5日公布的 *R. v. Hughes* 一案中则援引了 Hart 与 Honoré、Sullivan 与 Simester、Ormerod 五位学者的论著。除 Hart 于1992年去世外，援引时其他作者均在世。

[102] 参见李宇：《民法总则要义：规范释论与判例集注》，法律出版社2017年版，第68页。

[103] Gerd Rinck, *Marktinformationssysteme: Eine vergleichende Untersuchung zum geltenden Recht und zur richterlichen Technik*, in: *Wettbewerbsordnung im Spannungsfeld von Wirtschafts- und Rechtswissenschaft*, Festschrift für Guenther Hartmann, Köln: Heymanns, 1976, S. 247.

受住了学术市场的经验。多样化与高质量的体裁保证了学说的公信力，能够有效排除那些仅仅是“跟随性质”的数量。因而，通常应尽量援引多样化的高质量期刊、书籍等出版物。美国判决书的援引对象通常分四类：学术著作、法律评论上的法学论文、美国法学会编撰的法律重述以及法律百科全书，^[104]但援引最多的是刊发于各法学院主办的法律评论上的论文。^[105]德国判决书援引的学说出处经常是教科书、论文、学者撰写的案例评析与代表时代精华的法律评注等不同体裁的作品。^[106]

因而，在援引学说时，可以考虑就同一个观点的不同体裁进行复数化的援引，从而向裁判受众展示该学说的受认可度。唯这种不同体裁的出处的数量叠加需要建立在学者的整理上，尤其是类似集重要文献与内容为一体的大型法律评注的支持。目前我国学者以德国经验为基础撰写的法律评注能否承担为法官减少文献搜索成本的功能，仍须拭目。

（三）不注明姓名与出处有违反著作权法的风险

我国著作权法建立在表达与思想二分的基础之上。借鉴具有独创性的学说的思想（而非表达）但不注明作者姓名与出处时，尚不构成对著作权法的违反。但逐字逐句或者“洗稿”式的援引却不注明姓名与出处时，将存在著作权侵权的风险。

首先，根据著作权法第22条第7项以及《著作权法实施条例》第19条的规定，国家机关为执行公务在合理范围内使用已经发表的作品，可以不经著作权人许可，不向其支付报酬，但应当指明作者姓名、作品名称，并且不得侵犯著作权人依照著作权法享有的其他权利；只有当事人另有约定或者由于作品使用方式的特性无法指明的除外。当被引用的学说未注明作者姓名与出处但以逐字逐句抄录的方式融入裁判文书时，学说的表达本身失去了私人的可识别性而成为官方作品的一部分，而根据著作权法第5条第1项的规定，裁判文书作为司法性质的文件不受著作权法保护，这显然不合理地损害了著作权法规定的作者的署名权，也影响到学说作者的合理使用与应当享有的评价。且这种援引行为本身既不需要意思表示为要件（即属于民法上的事实行为），也不属于由于使用方式的特性无法指明的情形，因而无法得到但书条款的支持，构成了对署名权的侵犯。

在重庆电缆案中，民法专业人士不难看出该案二审民事判决书与王泽鉴论文之间的关联，然而如果非专业人士阅读了该案判决理由，即便后来阅读了王泽鉴的论文，也可能只引用重庆电缆案的裁判文书而不援引王泽鉴的论文，从而影响了王泽鉴作品的传播，甚至使王泽鉴与其所撰写的文章之间的关联性受到质疑。评论者对于重庆电缆案判决所谓的“说理十分透彻、清晰、到位，文采斐然”的赞誉，^[107]显然也只能归于王泽鉴，而不是承办法官及其判决本身。此种情形下，侵犯署名权与影响作品正常使用之虞跃然纸上，无疑也会对判决可接受性带来损害。前述印度新德里高等法院判决书逐字逐句地复制学术论文的例子中，其引用亦未注明作者姓名与出处，该判决公布后引起广泛批评。尽管法院被迫

[104] 参见何主宇：《英美法案例研读全程指南》，法律出版社2007年版，第35页以下。

[105] 美国联邦最高法院1924年仅仅援引1种法律期刊，但是到1948年则援引了125种法律评论期刊。参见前引[2]，Newland文，第74页。

[106] Peter Raisch, Vom Nutzen der überkommenden Auslegungskanones für die praktische Rechtsanwendung, C. F. Müller Verlag Heidelberg, 1988, S. 91.

[107] 参见胡昌明主编：《裁判文书释法说理方法——〈最高人民法院裁判文书释法说理指导意见〉的案例解读》，人民法院出版社2018年版，第141页。

公开承认该部分不具有独创性，并将这些段落删除后公布了判决书的修订版，但对判决可接受性的打击是巨大的。

其次，著作权法第47条第5项规定，剽窃他人作品的，应当根据情况，承担停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等民事责任。考虑到我国有法院成为民事案件被告的案件，^[108]理论上可以探讨的是：裁判文书逐字逐句援引学说而不注明姓名与出处时，法院是否同样可能被著作权人起诉而成为被告并承担上述侵权责任？这使得裁判文书一生效就有可能面临着著作权法上的致命硬伤。随之更加复杂的问题是，败诉的一方可否以判决理由存在著作权侵权及其暴露的对学术权威的迷信与盲从为由，向法院申请再审？

结 语

2018年《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》是自上世纪90年代以来加强裁判文书说理改革的延续，其创造性地提出可以援引通说更是值得赞赏的亮点。唯在如何将之扩大到所有学说以及建立何种援引规则上依然有细化空间。从援引学说的基本原理中，可以推导出三条基本规则，即同时援引通说与非通说、采取对话技术、注明学者姓名与观点出处。裁判文书援引学说也是目前建立学术与实务良性互动机制政策陷入困境的较佳替代方案。学者与法官是法律职业共同体中的两大重要群体，相关主管机关也一直积极出台相关司法政策，试图从顶层设计的高度促成学术与实务双轨互动机制的形成。早在2011年，教育部与中央政法委发布《关于实施卓越法律人才教育培养计划的若干意见》，其中就规定了高等学校与法律实务部门人员互聘的“双千计划”，尝试建立法官与学者的双向互换机制；2012年7月，最高人民法院颁布了《关于建立人民法院与法学院校双向交流机制的指导意见》。然而，从实施效果上看，这种自上而下的制度建构采取的是法院与法学院之间“块块结合”的技术路线，具体面向的对象也仅限于“块”内的法官与学者，这很容易导致将促进学术与实务互动的初衷变异为（名校或者精英）法学院与（高级别）法院之间的“级别”对接与资源互换。

与之不同，援引规则的制定则将促成一种自下而上的学术与实务互动。首先，这套建立在原理与实证法坚实基础上的援引规则，一方面有效避免了有援引需求的法官援引学说时可能受到的压力，另一方面又为法官进行具体援引提供规范指导。这将使得学术与实务互动机制的发动者不再是作为法官“集合”的法院（“法院整体主义”），而是每位个体法官（“法官个体主义”）。^[109]

其次，祛除质疑援引压力的法官成为具有竞争性的学术产品市场中最重要“需求者”与“购买者”。这意味着法官直接参与到学说地位的构建当中，法官既可以认同少数说，从而使该学说有可能上升为主流学说甚至通说，也可以在此基础上不采用任何学说而创造新的观点，从而促进学界对实务个案的关注。

[108] 近期的案件参见上海市松江区人民法院（2013）松民二（商）初字第793号民事判决书。该案中被告内蒙古某法院因欠付电梯设备公司货款而被判败诉。

[109] 参见顾培东：《法官个体本位抑或法院整体本位：我国法院建构与运行的基本模式选择》，《法学研究》2019年第1期，第3页以下。

最后,法官对学说的“需求”与“购买”将促使学者更加积极关注裁判实践,生产出或者识别出专门为法官裁判服务的作品。德国法律评注就是这样一种体裁,其首要任务是“为司法实践中已经和可能发生的一切问题提供答案”。^[110]它以现行法律条文为解释对象,系统地梳理学术与实务的发展状态,且在所有条文下的评注正文前面都附上了关于该条文解释的重要学术文献,极大地减少了法官在寻找学术资源支持时的搜索成本。正因如此,德国法院甚至有两个判决指出,律师负有借助法律评注了解现行法律发展状况的义务。^[111]我国民法学界引入德国法律评注的努力在短短几年时间内就引起了实务界的广泛注意。^[112]最高人民法院可以考虑出台有关裁判文书援引学说的具体规则指引,这不仅是对国际主流的顺应,也是为我国断裂已久的传统法律文化的复兴提供制度土壤。

Abstract: The essential legitimacy of the content of academic opinions and the possibility of limiting judges' discretion and enhancing the acceptability of judicial documents through such opinions are the fundamentals of citing academic opinions in judicial documents. They are also the starting points of the establishment of rules of citation. According to their influence, academic opinions can be divided into general opinions, prevailing opinions and minority opinions. Judges have the discretion on whether to cite a general opinion or a non-general opinion. Citing of non-general opinions should be encouraged as the main trend. When citing academic opinions in judicial documents, it is advisable that judges adopt a dialogue technique, avoid long paragraph copying and pasting of general opinions, and cite different genres of representative works to demonstrate quantity advantage as far as possible. Scholars' names have the functions of identifying and assuring the quality, goodwill and judicial rhetoric of the academic opinions and the source of academic opinions have the function of showing the development process of the academic opinions of scholars. Therefore, citing a scholar's academic opinions should indicate the scholar's name and the source of the opinions. In essence, citing academic opinions in judicial documents are judges' "purchase" of academic products, which will stimulate scholars to actively produce academic products to meet the demand of practice, thus promote a positive interaction between the academic and the practical circles. The Supreme People's Court may consider formulating certain guidelines on the citation of academic opinions in judicial documents.

Key Words: judicial document, acceptability, citation, academic opinion, general opinion

[110] 贺剑:《法教义学的巅峰——德国法律评注文化及其中国前景考察》,《中外法学》2017年第2期,第386页。

[111] BGH VersR 1986, 892; BGH NJW 2011, 386 (388). 转引自上引贺剑文,第384页。

[112] 最高人民法院(2017)民终455号民事判决书即援引了姚明斌的评注性论文《〈合同法〉第114条(约定违约金)评注》(《法学家》2017年第5期,第156页)。