

## 中美裁判文书修辞说理的异同及借鉴价值\*

钟林燕

**摘要：**我国和美国分属不同的法律体系、拥有不同的法律制度，但是我国最高人民法院的指导性案例和美国联邦最高法院的判例都强调裁判文书的说理，在运用修辞技术进行说理时也具有某种程度的相似之处：中美裁判文书说理均以消极修辞为主，注重说理的严谨性和凸显判决的客观性。尽管如此，由于不同的法律文化和法治传统，中美裁判文书的修辞说理更多地表现为差异性，主要体现为积极修辞运用的差异：美国联邦最高法院判例善用积极修辞，中国指导性案例鲜少出现积极修辞。我国可以根据自身的实际情况，汲取美国裁判文书修辞说理的有益方面：其一，借鉴美国判例法说理的模式，加强指导性案例的法律效力；其二，改善法官裁判说理的实践，鼓励法官引述指导性案例；其三，结合我国国情促进法官修辞说理常态化，提升裁判文书的情感论证。

**关键词：**中美裁判文书说理，消极修辞，积极修辞，修辞说理

**Abstract:** China and the United States have different legal systems, but the guiding cases of China's Supreme People's Court and the judicial precedents of United States' Supreme Court both emphasize the reasoning of judicial documents. The similarities of rhetorical reasoning between Chinese and American judgment documents lie in that the reasoning is mainly based on negative rhetoric; namely the preciseness of reasoning and the objectivity of judgment are emphasized. However, due to the different legal culture and the tradition of rule of law between China and the United States, the rhetorical reasoning between Chinese and American judgment documents is more different. The differences lie in the use of positive rhetoric, for example, the judicial precedents of the Supreme Court of the United States make good use of positive rhetoric while the guiding cases of the Supreme People's Court of China seldom show positive rhetoric. According to China's practical situation, three aspects can be borrowed from the rhetorical reasoning of American judgment documents. The first is the reasoning model in which China draws on the case law of the United States, and it is suggested to strengthen the legal effect of guiding cases. The second is to improve the practice of judges' reasoning in the judgment documents, and it is suggested to encourage judges to actively refer to guiding cases. The third is to promote the normalization of judges' rhetorical reasoning in accordance with China's national conditions, thus elevating the emotional reasoning of the judgment documents.

**Key words:** reasoning between Chinese and American judgment documents, negative rhetoric, positive rhetoric, rhetorical reasoning

\* [收稿日期] 2021-11-12

[基金项目] 本文获得“中央高校基本科研业务费专项资金资助”(supported by “the Fundamental Research Funds for the Central Universities”), 是中国政法大学科研创新引导专项项目“新时代法律话语新发展研究”(项目号 20ZFY75003) 的阶段成果。

[作者简介] 钟林燕(1991—), 女, 湖北咸宁人, 中国政法大学博士后研究人员, 中国政法大学光明新闻传播学院讲师, 法学博士, 研究方向: 法律语言, 法治文化, 政治传播。

裁判文书修辞说理，即裁判文书中运用修辞技术进行说理，其目的在于使司法裁判中得出更为合理和更具可接受性的判决，从而达到说服听众的效果。总体而言，裁判文书说理既要晓之以理，还要动之以情，通过区分裁判文书说理中消极修辞的理性特质和积极修辞的情感特质，可以把握修辞运用的尺度，明确修辞技术运用中的语言要求。本文主要选取中国最高人民法院指导性案例和美国联邦最高法院判例为研究对象，以消极修辞和积极修辞两大分野理论<sup>1</sup>为基础，探析修辞技术在中国和美国裁判文书说理中的具体运用，对比中美裁判文书修辞说理的异同，阐明美国裁判文书说理对中国的借鉴意义。

### 一、相同之处：说理以消极修辞为主

裁判文书的说理应当以消极修辞为主，其原因在于：“一方面，消极修辞可以最大限度地减少法律事实与客观事实之间的差距。客观事实无法从终极意义上重现，在判决书中的表述如何最大限度地复原客观事实，就需要运用消极修辞对认定的案件事实进行说明。消极修辞是以准确的语言来描述法律事实，相比于积极修辞的灵动和感性，这种理性描述是更接近于案件事实的本来面目的。另一方面，在援引法律规范时，消极修辞有利于法官依据严格的逻辑关系处理具体的案情，进而得出合法与合理的判决结论。”<sup>2</sup>值得注意的是，消极修辞在中美裁判文书说理中的运用也有异同之处，可以从内容和形式两个方面予以阐述。中美裁判文书修辞说理在内容方面既有相同之处，也有不同之处；而在形式方面则具有较大的差异性。首先，在内容方面的相同之处主要有两个方面：一是在法律适用方面的表达意思分明，没有模糊和歧义；二是采用三段论演绎逻辑进行论述，将认定的裁判事实作为小前提，依据适用的法律作为大前提，推理得出判决结果。其次，在内容方面的不同之处主要有两个方面：一是中国指导性案例注重使用意义明确的词语，以此还原客观的裁判事实，使法官在裁判文书中将说理的意思明确地表达出来，美国联邦最高法院作为上诉法院，其判例的说理主要体现在法律适用的审查，没有审查事实与展示证据的环节；二是美国法官注重使用类比推理方法识别判例，并进行充分地说理，中国作为成文法国家，在判决说理的过程中没有使用类比推理识别判例。最后，在形式方面亦有较大的差异性：中国指导性案例的裁判文书基本上都遵循诉讼文书的基本样式，从而使语言文字安排得平匀稳密，其修辞说理主要出现在正文当中，在正文的事实认定、法律适用和判决结果部分都会存在法院的说理过程；美国联邦最高法院判例的说理论证贯穿始终，每位大法官既可以撰写自己的不同意见，也可以加入其他法官的意见，还可以不参与案件的判决，裁判文书没有固定的样式，可以使用脚注对判决书内容加以补充说明，法官的说理通过词句的平稳安排契合内容的需要。尽管中美裁判文书说理中消极修辞的运用存在一定的差异性，但是中美裁判文书说理均以消极修辞为主，主要体现在两个方面：首先，法官都是基于已经查明的事实、依据相关的法律法规做出最终的判决，

<sup>1</sup>目前我国修辞学的研究成果也有了一定的突破和革新，其中，陈望道先生的《修辞学发凡》是我国修辞学史上的重要里程碑，其将修辞技术分为消极修辞和积极修辞，由此构成了修辞的两大分野理论。“消极修辞”注重语辞的平实简洁、表意明确，以及逻辑的规范严密，从而避免华丽的辞藻堆砌，可以将其分为“内容和形式”两个方面。“积极修辞”分为“辞格和辞趣”两大部门：“辞格”涉及语辞和意旨，可以从材料、意境、词语和章句四个方面进行划分，总共有三十八格；“辞趣”是关于语感的利用，可以分为辞的意味、辞的音调和辞的形貌三个方面，分别与语言文字的意义、声形和形体相互对应。

<sup>2</sup>孙光宁：《判决书写作中的消极修辞与积极修辞》，载《法制与社会发展》2011年第3期，第62-71页。

注重说理的严谨性；其次，裁判文书中多用正式的书面语言进行论述，以此凸显法院判决的客观性。

### （一）注重说理的严谨性

中国最高人民法院指导性案例和美国联邦最高法院判例作为司法文书，均要求语言规范、逻辑严密，通过阐明事理和法理对广大受众进行理性的指引，注重裁判说理的严谨性。

中国最高人民法院指导性案例注重使用意义明确的词语还原客观裁判事实，多采用三段论演绎推理，将认定的裁判事实作为小前提，依据适用的法律作为大前提，推理得出判决结果，注重说理的逻辑严谨性。《最高人民法院关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》（以下简称“《指导意见》”）对裁判文书释法说理的严谨性也做出了相应规定：第二条规定裁判文书释法说理要“语言规范，表达准确，逻辑清晰”，第三条规定裁判文书释法说理要“围绕证据审查判断、事实认定、法律适用进行说理，反映推理过程，做到层次分明”，第四条规定裁判文书证据认定要“根据证据规则，运用逻辑推理和经验法则……阐明证据采纳和采信的理由”，第十五条规定“裁判文书行文应当规范、准确、清楚、朴实、庄重、凝练”。<sup>3</sup>指导性案例基本上都遵循我国诉讼文书的基本样式，在事实认定、法律适用和判决结果部分进行说理论证，只在“本院认为”部分展示合议庭的一致意见，突出了整体性、权威性和严谨性。美国联邦最高法院判例在法律适用方面的表达意思分明，没有歧义。其判例既使用三段论演绎推理，也使用类比推理，说理论证贯穿始终，展示不同法官的不同意见，判决书中少数意见的篇幅有时甚至长于多数意见，没有固定的模式，讲求上下文的连贯衔接。法律与特定的文化和社会相关联，其总是在某一文化和社会情境中发生，并随之融入文化和社会情境之中。司法过程中法律的运作方式，是由位于特定时间和地点的言说者给其听众讲述真实的故事。司法语言与普通语言相互交织，并通过叙述的方式运作，在社会进程中不断被确认或者驳回。换句话说，司法语言具有一种内部转换体系，司法审判的过程实质上是一个叙事的过程，案件的故事会在该过程中由律师、当事人、法官等反复讲述，故事会从普通语言转换为法律语言，也会从法律语言转换为普通语言，司法的核心便是语言转换的过程。<sup>4</sup>在司法语言的转换过程中，法官将散漫的普通语言，转换为逻辑严密的法律语言，使裁判文书的意思表达严谨分明。

### （二）凸显判决的客观性

中国最高人民法院指导性案例和美国联邦最高法院判例的裁判文书中多用正式的书面语言进行论述，从而凸显了法院判决的客观性。

中国裁判文书的判决理由部分主要采用三段论的演绎推理论证方式，在已经查明的法律事实为小前提的基础之上，适用相应的法律法规作为大前提进行论述，用词精确正式，语言精炼质朴，有很强的官方表述特点，几乎不出现第一人称或者第二人称，都是以“本庭认为”作为判决理由的开始，从而在很

<sup>3</sup> 参见中华人民共和国最高人民法院，《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》。访问网址：<http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-101552.html>。（最后登陆时间 2021 年 10 月 28 日）

<sup>4</sup> See James B. White, *Law As Rhetoric, Rhetoric As Law: The Arts of Cultural and Communal Life*, *University of Chicago Law Review*, Vol. 52, No. 3, 1985, pp. 684-702.

大程度上突显了判决的权威性和客观性。在我国，无论是民事判决书还是刑事判决书，大体都遵循我国诉讼文书的基本样式，具有格式化特征。裁判文书在说理部分具有高度的概括性，论证遵循一定的固有模式，形式上相对简单，只展示合议庭的一致意见，代表了法院的判决，突出了司法的权威性，也凸显了判决的客观性。《指导意见》第二条规定裁判文书释法说理要“阐明事理，说明裁判所认定的案件事实及其根据和理由，展示案件事实认定的客观性、公正性和准确性”，第四条规定裁判文书证据认定要“围绕证据的关联性、合法性和真实性进行全面、客观、公正的审查判断，阐明证据采纳和采信的理由”，<sup>5</sup> 这些规定中都有对判决客观性的要求。

美国裁判文书使用演绎推理和类比推理的形式逻辑进行说理，根据认定的法律事实，适用已有的判例和法律法规做出判决，多用正式的书面语言进行论述，由此体现了判决的客观性。“从社会公众的角度来看，判决书的写作涉及到司法权威形象的载体问题。在英美法系国家，裁判文书的写作带有强烈的法官个人色彩，很多精彩的裁判文本不仅对以后的案件影响巨大，甚至成为法学院的教科书。这些裁判文书的作者也成为司法权威在一般公众心目中司法权威的代表。”<sup>6</sup>我国和美国裁判文书说理所体现的司法权威，都是建立在已有的法律法规和法律原则基础之上。“法律规则和原则是立法活动的产物，其在传统社会被看成是神的意志和君主意志的体现，在现代社会被认为是人民意志的体现，这些意志构成了法律权威的渊源，也是司法权威的前提和基础。一方面，司法权威受制于法律规定的管辖范围、局限于原告起诉的事实范围，因此司法权威是一种被动的、有限的权威；另一方面，司法解释、司法判断和司法裁决是所有法律评价活动中最权威的程序行为，因而司法权威是一种具有至上性和终局性的解释权威、判断权威、程序权威。”<sup>7</sup>中国法院裁判文书中合议庭的一致意见代表了法院的整体性和司法的权威性，而美国法院裁判文书中法官的一致意见和不同意见在展示了司法的艺术性和合理性的同时，也代表了一定的司法权威性，以此凸显了判决的客观性。

## 二、不同之处：积极修辞运用的差异

虽然裁判文书说理应以消极修辞为主，但是这并不排除积极修辞在裁判文书说理中的运用。积极修辞可以加强裁判文书说理的情感表达，从而保持司法领域与社会公众的有效沟通。“要加强司法领域与社会公众的沟通，除了实体性判断之外，通过判决书的说理与论证是一条重要的途径。充分说理主要是一个消极修辞运用的过程，因为其中主要是直接运用法律规范进行判断的过程。而如果单纯法律规范的运用无法奏效，那么，引入关注社会效果的积极修辞就显得相当必要了。消极修辞侧重于法律评价和法律效果，而积极修辞更强调社会意义和社会影响，二者的结合则可以推动法律效果与社会效果的统一。”<sup>8</sup>中国和美国裁判文书的修辞说理存在诸多差异，一方面是由于中国以纠问式庭审制度为主，庭审中较为注重法官的中心地位；美国则是以抗辩式庭审制度为主，庭审中较为强调双方当事人及其代理人的辩论；中美庭审制度的差异在一定程

<sup>5</sup> 参见中华人民共和国最高人民法院，《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》。访问网址：<http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-101552.html>。（最后登陆时间 2021 年 10 月 28 日）

<sup>6</sup> 孙光宁：《从社会听众的视角看简约判决书的力量》，载《政法论丛》2006 年第 5 期，第 11-13 页。

<sup>7</sup> 季金华：《司法权威的结构要素与基本表征》，载《南京社会科学》2018 年第 9 期，第 98-104 页。

<sup>8</sup> 孙光宁：《判决书写作中的消极修辞与积极修辞》，载《法制与社会发展》2011 年第 3 期，第 62-71 页。

度上影响了法官在裁判文书说理中对积极修辞的运用。另一方面更为重要的原因在于中国和美国在裁判文书说理方面的历史演变不同：中国古代强调判词的修辞说理，自晚清之后受到法律移植的影响，主要沿袭了大陆法系的传统，发展至今裁判文书说理中积极修辞的运用已然减弱；美国的普通法传统一直强调裁判说理，同时法官造法和适用遵循先例原则需要说理，在说理过程中充分使用积极修辞的传统得以延续并得到进一步发展。基于上述原因，美国联邦最高法院判例善用积极修辞，中国指导性案例鲜少出现积极修辞。

### （一）美国联邦最高法院判例善用积极修辞

美国联邦最高法院判例善用积极修辞进行说理，主要体现在两个方面：首先，裁判文书说理具有个性化，论述方式不拘一格；其次，裁判文书修辞说理多样化，文学色彩浓重。

首先，裁判文书说理具有个性化。与中国法院的裁判文书展示合议庭一致意见不同的是，美国法院的司法意见中既可以展示法官的一致意见，也可以展示不同法官的不同意见，裁判文书的制作极具法官的个性色彩。“法官裁判的个性与能力并非作为人的个体的性情、品质、习惯的外化，而是建立在法学理论基础之上的法理的品格与风范的延伸。因此，裁判艺术的个性美带有法学理论的共性特征，而裁判艺术的生命力正在于其深厚的法理内涵和精神实质。”<sup>9</sup>在美国的州法院系统中，初审法院的判决就是判决，而不能称之为判例，只有上诉法院的司法意见才有可能成为判例。上诉法院的司法意见有多种不同的类别，主要有多数意见，少数意见和特殊意见三大类。多数意见包括完整意见、法庭意见和非正式意见三种。完整意见中也可以出现并存意见和异议意见。<sup>10</sup>其一，全体法官可以展示一致意见，比如在“Benisek v. Lamone 案”<sup>11</sup>（判决日期为2018年6月18日）中，判决书中展示的是法庭意见（*per curiam opinion*），此种判决意见代表法院的整体立场，没有法官的署名；在法庭意见之后，法官还可以单独发表并存意见，例如在“Retirement Plans Committee of IBM v. Jander 案”（判决日期为2020年1月14日）中，卡根大法官发表了并存意见（金斯伯格大法官加入其意见），戈萨奇大法官也发表了并存意见；<sup>12</sup>全体法官的一致意见也能够以 *the opinion for a unanimous Court* 的形式呈现，这种情况下某位大法官会代表法院发表判决意见，比如在“Koons v. United States 案”（判决日期为2018年6月4日）中，阿利托大法官撰写了法院的一致意见，认为被告不符合减刑的资格。<sup>13</sup>其二，法官可以不参与案件的讨论和判决，即，不发表任何意见，比如在“Weyerhaeuser Co. v. United States Fish

<sup>9</sup>杨凯：《司法能力：关于法官裁判艺术的法理思辨》，载《法律适用》2006年第1期，第24-27页。

<sup>10</sup>See Joyce J. George, *Judicial Opinion Writing Handbook (Fifth Edition)*, New York: William S. Hein & Co., 2007, pp. 321-337.

<sup>11</sup>Benisek v. Lamone, 参见美国联邦最高法院官网，访问网址：

[https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/17-333\\_b97c.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/17-333_b97c.pdf)。（最后登陆时间2021年10月28日）

<sup>12</sup>Retirement Plans Committee of IBM v. Jander, 参见美国联邦最高法院官网，访问网址：

[https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/18-1165\\_4gcj.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/18-1165_4gcj.pdf)。（最后登陆时间2021年10月28日）

<sup>13</sup>Koons v. United States, 参见美国联邦最高法院官网，访问网址：

[https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/17-5716\\_jhek.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/17-5716_jhek.pdf)。（最后登陆时间2021年10月28日）

and Wildlife Service 案”（判决日期为 2018 年 11 月 27 日）<sup>14</sup>和“New Prime Inc. v. Oliveira 案”（判决日期为 2019 年 1 月 15 日）<sup>15</sup>的两份裁判文书中，卡瓦诺大法官均未参与案件的讨论和判决，其余八位大法官都加入了法院的意见；其中，金斯伯格大法官在“New Prime Inc. v. Oliveira 案”中除了加入法院的一致意见，还单独发表了一份并存意见。其三，不同法官可以展示不同意见，比如并存意见、异议意见和附带意见，此种情况经常出现。法官既可以撰写自己的意见，也可以加入其他法官的意见，比如“Miller v. Alabama 案”<sup>16</sup>（判决日期为 2012 年 6 月 25 日）<sup>17</sup>和“Kansas v. Garcia 案”<sup>18</sup>（判决日期为 2020 年 3 月 3 日）<sup>19</sup>。美国法院司法意见的类型具有多样化特征，其语言风格相较于中国而言更为开放和灵活，论述形式不拘一格，文学色彩浓重，充分运用辞格和辞趣进行说理论证。有学者认为，“不同意见常常是令人不快的。有时并存意见也是这样，在这种并存意见中，法官告诉他的伙伴们，虽然他凑巧得出了与他们相同的结论，但他感到必须指出他对他们的理由持有异议。毫无疑问，这种方法有时降低了法院的威望，它作为公众思想教育者的作用可能受到削弱；但这是为了充分表达在民主社会的法律生活中所存在的多元价值而付出的代价。”<sup>20</sup>

其次，裁判文书修辞说理多样化。比如，在一起刑事案件“Utah v. Strieff 案”<sup>21</sup>（判决日期为 2016 年 6 月 20 日）中，索托马约尔大法官对多数

<sup>14</sup>Weyerhaeuser Co. v. United States Fish and Wildlife Service, 参见美国联邦最高法院官网, 访问网址: [https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/17-71\\_omjp.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/17-71_omjp.pdf)。(最后登陆时间 2021 年 10 月 28 日)

<sup>15</sup>New Prime Inc. v. Oliveira, 参见美国联邦最高法院官网, 访问网址: [https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/17-340\\_o7kq.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/17-340_o7kq.pdf)。(最后登陆时间 2021 年 10 月 28 日)

<sup>16</sup>Miller v. Alabama, 参见 Westlaw Next 数据库, 访问网址: <https://l.next.westlaw.com/Document/Iec8a7df1beb611e1b343c837631e1747/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad6ad3d00000170a05a835a7bd3d83b%3FNav%3DCase%26fragmentIdentifier%3DIec8a7df1beb611e1b343c837631e1747%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=4bb0025be8db28e3c2331448c71659af&list=ALL&rank=1&sessionScopeId=d3afc5edcb98100e1cc09edaaf67a3b124982ecc58ea69f0302a29a919a321a7&originationContext=Smart%20Answer&transitionType=SearchItem&contextData=%28sc.Search%29> (最后登陆时间 2021 年 10 月 28 日)

<sup>17</sup>卡根大法官撰写的多数意见（肯尼迪大法官、金斯伯格大法官、布雷耶大法官和索托马约尔大法官加入）认为：判处犯罪时未满 18 周岁者不得假释的强制性无期徒刑违反了宪法第八修正案，布雷耶大法官另外发表了并存意见（索托马约尔大法官加入），罗伯茨首席大法官发表了异议意见（斯卡利亚大法官、托马斯大法官和阿利托大法官加入），托马斯大法官还单独发表了异议意见（斯卡利亚大法官加入），阿利托大法官也发表了异议意见（斯卡利亚大法官加入）。

<sup>18</sup>Kansas v. Garcia, 参见美国联邦最高法院官网, 访问网址: [https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/17-834\\_k531.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/17-834_k531.pdf)。(最后登陆时间 2021 年 10 月 28 日)

<sup>19</sup>阿利托大法官撰写了法院的多数意见（罗伯茨首席大法官、托马斯大法官、戈萨奇大法官、卡瓦诺大法官加入），认为《移民改革与控制法案》（IRCA）中相关规定较之于堪萨斯州的身份盗窃和虚假信息法规，并没有明确的优先适用权，托马斯大法官还发表了并存意见（戈萨奇大法官也加入），布雷耶大法官发表了部分同意并且部分反对的意见（concurring in part and dissenting in part），金斯伯格大法官、索托马约尔大法官和卡根大法官加入其意见。

<sup>20</sup> [美]H.W. 埃尔曼：《比较法律文化》，贺卫方、高鸿钧译，清华大学出版社 2002 年版，第 193-194 页。

<sup>21</sup>Utah v. Strieff, 参见美国联邦最高法院官网, 访问网址: [https://www.supremecourt.gov/opinions/15pdf/14-1373\\_83i7.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/15pdf/14-1373_83i7.pdf)。(最后登陆时间 2021 年 10 月 28 日)

意见<sup>22</sup>发表了异议意见，其在意见的第一段话中便运用了意境上的辞格——倒反<sup>23</sup>：“不要因为多数意见中的技术语言而感到慰藉：本案的判决允许警察在街上将您拦停，要求您提供身份证明，并依据尚未执行的交通逮捕令进行检查——即使你没有做错任何事情。”<sup>24</sup>索托马约尔大法官的这段话使用的是倒反辞格中的反语技术。卡根大法官撰写的异议意见使用了材料上的辞格——譬喻，比如将此案中警察的行为称为“新增的皱纹（added wrinkle）”，以此表达其行为“只是泛起了微乎其微的波澜，在联邦宪法框架下无足轻重”，<sup>25</sup>所以警察非法获取的证据应当作为非法证据排除，而不能作为宪法第四修正案的例外。卡根大法官还引用美国电视剧《安迪格里芬秀》（*Andy Griffith Show*）中的一名男性角色 Barney Fife 与 Fackrell 警察进行比较，以此来加强其意见的情感论证。美国裁判文书可以援引学术理论、学术著作、学者观点、名言警句等作为说理的依据，在“*Obergefell v. Hodges* 案”<sup>26</sup>（判决日期为 2015 年 6 月 26 日）中，法官为了说明婚姻自古以来在数千年的人类文明史中长期存在、经久不衰，运用了孔子的经典名言“礼，其政之本也”<sup>27</sup>，以及西塞罗的名句“社会的纽带首先在婚姻，其次在亲子，而后在家庭”<sup>28</sup>，以此阐明婚姻具有使陌生人成为亲属的功能，从而加强家庭与社会的联系。同时，为了说明婚姻是构建社会群体的基本要素，法官援引了“*Maynard v. Hill* 案”中引用的 Tocqueville 的观点<sup>29</sup>。美国司法强调“程序正义优于实体正义”，法官在说理时不仅对实体性事项进行说理论证，也会对程序性事项进行相应的说理，叙述详尽，论述缜密，具有很强的说服力。<sup>30</sup>“美国联邦最高法院的一些重要判决，其说理之充分、分析之绵密、涉猎之广博令人惊叹。他们的判决文书动辄上百页，其中有一些足以构成一篇精美的法学论文，”<sup>31</sup>其原因在于“英美法系国家法官有造法权力，法官具有说理动力，裁判文书说理也更加充分详尽，富有个性色彩，具有强烈的对话式、论证式、开放式特征，还具有注重文学修辞的倾向。由于遵循先例的原则，其裁判文书说理注重发扬发达的判例法传统，法官裁判案件受到既有先例判决理由的约束，说理时采用从案件到案件的类比推理思维模式，”<sup>32</sup>同时还常采用三段论演绎推理，并对相关法律、法规和政策等进行详细地分析、解释说理等，

<sup>22</sup>法庭的意见（即多数意见）认为 Fackrell 警察在搜查中获取的证据可予以采纳，因为警察对逮捕令的发现减弱了非法拦停被告 Strieff 与所获毒品证据之间的因果关系。在该案中，美国联邦最高法院对非法证据排除规则（the exclusionary rule）的适用范围进行了限缩性解释，确立了非法证据排除规则的例外。

<sup>23</sup>倒反是指“说者口头的意思和心里的意思完全相反”，可以分为两类，一类是“倒辞”，即“或因情深难言，或因嫌忌怕说，便将正意用了倒头的语言来表现，但又别无嘲弄讽刺等等意思包含在内”；一类是“反语”，即“不止语意相反，而且含有嘲弄讥刺等意思”，其是倒反辞格的主要组成部分，使用较多而且容易形成语言的风味。（参见陈望道：《修辞学发凡》，复旦大学出版社 2008 年版，第 107-109 页。）

<sup>24</sup>Do not be soothed by the opinion's technical language: This case allows the police to stop you on the street, demand your identification, and check it for outstanding traffic warrants—even if you are doing nothing wrong.

<sup>25</sup>Because that added wrinkle makes no difference under the Constitution, I respectfully dissent.

<sup>26</sup>*Obergefell v. Hodges*, 参见美国联邦最高法院官网，访问网址：

[https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556\\_3204.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf)。（最后登陆时间 2021 年 10 月 28 日）

<sup>27</sup>Confucius taught that marriage lies at the foundation of government.

<sup>28</sup>The first bond of society is marriage; next, children; and then the family.

<sup>29</sup>“婚姻是家庭和社会的基础，没有婚姻，就没有文明和发展。婚姻长期以来一直是重要的公共制度，其赋予了我们整个公民政体各类特征”。

<sup>30</sup>参见张清，麻君颖：《中美刑事判决书判决理由的对比分析》，载《山西大学学报（哲学社会科学版）》2015 年第 1 期，第 120-124 页。

<sup>31</sup>郭成伟，马志刚：《近代中西方文化启蒙及法制建设之比较》，载《比较法研究》2001 年第 2 期，第 1-15 页。

<sup>32</sup>孙华璞，王利明，马来客：《裁判文书如何说理：以判决说理促司法公开、公正和公信》，北京大学出版社 2016 年版，第 13-17 页。

对判决理由进行大篇幅地说理论证，从而得出最终的判决结果。法官运用各种方法进行裁判文书的说理，撰写的裁判文书没有固定的模式，巧用修辞和逻辑进行事实的认定、法律的适用、以及结论的证成，对事实、法律和结论都予以详尽地叙述和缜密地论证，兼具艺术性与合理性，犹如一篇说理性极强的议论文。

## （二）中国指导性案例鲜少出现积极修辞

中国指导性案例对积极修辞的使用较少，比如在“指导案例 93 号：于欢故意伤害案”<sup>33</sup>（判决日期为 2017 年 6 月 23 日）裁判文书中，法官运用了消极修辞的技巧来还原法律事实，并进行法律适用得出判决结论。在对本案最具争议性的“正当防卫、或防卫过当、或两者均不是”问题进行认同时，法官运用消极修辞的方式选取了平实简洁的语言，对法律事实的认定进行了严密的逻辑表达。在“指导案例 97 号：王力军非法经营再审改判无罪案”（判决日期为 2017 年 2 月 14 日）裁判文书中，法官运用了消极修辞的技术来还原客观事实，从而认定原审判决法律适用错误，并重新进行法律适用改判原审被告人王某无罪。“这种对于事实的裁剪，是在法官的指导下构建的，是一种对于判决叙事的修辞，目的在于获得基于裁剪事实基础上的法律话语的正当性，其最终是为了影响法律之运作。”<sup>34</sup>虽然在我国一些地方法院中存在利用积极修辞技术进行情感论证说理的裁判文书，即所谓的“花体裁判”，但是我国最高人民法院的指导性案例鲜少出现使用积极修辞的裁判文书。即使在“指导案例 99 号：葛长生诉洪振快名誉权、荣誉权纠纷案”<sup>35</sup>中对“狼牙山五壮士的精神”进行阐述时，伴有积极修辞技术如排比和比喻的使用，但这也属于少数出现的情形。值得注意的是，关于在裁判文书中公开合议庭少数意见的探讨一直没有停歇，学者和法官对此都有相应的研究。<sup>36</sup>“‘判决书公布不同意见’的探索始于 2001 年广州海事法院，此后，上海市第一中级人民法院（2002）、北京市第一中级人民法院（2005）均进行了尝试。2017 年，北京知识产权法院在（2016）京 73 行初 6871 号行政判决书中，公开了合议庭围绕‘MLGB’英文注册商标是否有损社会主义道德风尚存在的不同意见。对于此类创新做法，最高人民法院持保守态度，并在新颁布的《关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》中，删除了此前征求意见稿对该问题的规定。”<sup>37</sup>除此之外，我国还存在对于裁判文书中

<sup>33</sup> 参见北大法宝，〈于某某某某故意伤害案〉（【法宝引证码】CLI.C.9180485）。访问网址：<https://www.pkulaw.com/pfnl/a25051f3312b07f39a8ead59cc39b918008be245eda7005ebdfb.html>。（最后登录时间 2021 年 10 月 28 日）

<sup>34</sup> 洪浩，陈虎：《论判决的修辞》，载《北大法律评论》2003 年第 5 卷第 2 辑，第 424-445 页。

<sup>35</sup> 参见北大法宝，〈葛长生、宋福宝分别诉洪振快名誉权侵权纠纷系列案〉（【法宝引证码】：CLI.C.8582249）。访问网址：<https://pkulaw.com/pfnl/a25051f3312b07f3cb425f6564a48d5a28b9f80148e6b3fabdfb.html>。（最后登录时间 2021 年 10 月 28 日）

<sup>36</sup> 参见邵新，姜源：《司法责任制全面落实背景下裁判文书少数意见公开的再思考》，载《法律适用》2019 年第 11 期，第 77-87 页；付悦余，宣海林，高翔：《合议庭少数意见公开：行走在价值与现实的结合点》，载《法律适用》2009 年第 2 期，第 72-75 页；冯文生：《论公开合议庭少数人意见》，载《法律适用》2002 年第 12 期，第 29-35 页。

<sup>37</sup> 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》，载《法制与社会发展》2019 年第 3 期，第 89-105 页。



附设“法官后语”的思考。<sup>38</sup>司法实务界和学术界对这些大胆尝试褒贬不一，最高人民法院也一直持有保守态度。

这一现象的一个重要原因便是我国强调司法的权威性，司法权威以现有法律为基础。“司法权威体现在司法主体的司法活动之中，最终表现为司法结果的公信力和执行力。司法结果的公信力是由司法审判的判断力、说服力和确定力来实现的，而司法结果的执行力则必须通过当事人的履行和国家的强制执行来实现。”<sup>39</sup>《指导意见》第一条明确指出，裁判文书释法说理的“主要价值体现在增强裁判行为公正度、透明度，规范审判权行使，提升司法公信力和司法权威”。<sup>40</sup>司法权威是裁判文书获得可接受性的有利保障。“高度的司法权威可以带来广泛的公众认同，司法权会因人们的认可、接受而发挥实质性的权力效用，起到公共权力具有的管理与支配作用。”<sup>41</sup>有了司法权威作为裁判文书的保障，才能让当事人认可法院裁判的正当性，并接受法院的判决结果，从而有助于提升司法的执行力。

然而，我国古代判词说理形式多样、巧用修辞，与现代裁判文书说理迥然不同。“中国古代律学研究有丰富、多元的研究方法，不仅有归纳的、演绎的方法，训诂的方法，扩张解释、限制解释、字义解释、文句解释等的法律解释学方法等，还有历史的方法，即阐述各项法律规定时，必定将其起源、发展、演变的历史说得清清楚楚。”<sup>42</sup>《唐律疏议》对法典中专用名词的解释，罗列了七大类 190 余个；与此同时，《唐律疏议》对“律义之较名”达到了极致，并奠定了中华法系对律义解释的传统，其影响至今还在。<sup>43</sup>古代律学中的这些解释方法也为判词的说理产生了积极影响，古代判词中的引经据典也是一种历史解释方法，运用以往的经义和典故借古评今，对当下的案件做出评价；同时还运用文义解释、归纳和演绎推理等方法，对案件事实、经义典故和法律适用进行评析和说理，并最终得出判决结论。但是，自晚清以来的中国近代法律移植，必然会导致西方规则制度与我国传统习惯的冲突和融合问题。我国近代的诸多立法，“基本上是以大陆法系的法制为效仿模式，结合中国的实际情况予以创建的”，在这个过程中主要有三个特征：其一，“中国传统的封建法律理念、制度和原则得以保存了下来，被吸收进了新的法律之中”；其二，“中国传统的法律获得了改造，与西方的法律理念、制度和原则相互融合，在新的法律中以新的面貌出现”；其三，“用西方的法学观和法治原理，来说明、解释和指导当时中国社会的现实问题，并通过立法手段将这些现实问题纳入到了法律规范、调整的范围之内”。<sup>44</sup>正是基于此，我国现代司法制度发生了明显的转变。虽然我国裁判文书说理强调判决的整体性和司法的权威性，体现了司法的权力性和

<sup>38</sup>参见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29-32页。

<sup>39</sup>季金华：《司法权威的结构要素与基本表征》，载《南京社会科学》2018年第9期，第98-104页。

<sup>40</sup>参见中华人民共和国最高人民法院，《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》。访问网址：<http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-101552.html>。（最后登陆时间2021年10月28日）

<sup>41</sup>徐清宇，周永军：《当今我国司法权威的缺失反省及重塑思考》，载《法律适用》2009年第4期，第61-64页。

<sup>42</sup>何勤华：《中华法系之法律学术考——以古代中国的律学与日本的明法道为中心》，载《中外法学》2018年第1期，第7-36页。

<sup>43</sup>参见何勤华：《以古代中国与日本为中心的中华法系之律家考》，载《中国法学》2017年第5期，第196-215页。

<sup>44</sup>参见何勤华：《法的国际化与本土化：以中国近代移植外国法实践为中心的思考》，载《中国法学》2011年第4期，第43-52页。

公信力,从而有助于确保司法的秩序性和执行力,但是目前我国司法裁判和说理的权威性还有一定的缺失。诸多学者和司法实务界人士诟病裁判文书说理部分样式过于程式化,直接适用相关法律法规得出判决结果,论证相对简单,致使非法律专业人士难以理解。

### 三、美国裁判文书说理对中国的借鉴意义

最高人民法院于2015年5月13日印发了《〈关于案例指导工作的规定〉实施细则》(以下简称“《实施细则》”)的通知,其中第十条规定“各级人民法院审理类似案件参照指导性案例的,应当将指导性案例作为裁判理由引述,但不作为裁判依据引用”;同时,该通知强调裁判文书参照指导性案例作为裁判理由时,应该进行充分说理。<sup>45</sup>我国最高人民法院指导性案例是对裁判说理的重要补充,但其并没有像美国最高法院判例一样具有正式的法律效力,而是具有参照意义,可以作为裁判理由引述,不能作为裁判依据引用。<sup>46</sup>美国法官非常重视运用修辞和逻辑进行讲法说理,但是有学者批判其“行文散漫,法官采用文学修辞性叙述方式以及过分学理化倾向也不为多数国家欣赏;同时,其裁判文书越写越长,诸多法官常为一些细小的分歧发表并存意见或反对意见”,<sup>47</sup>这在一定程度上使司法的权威面临挑战。我国可以根据自身的实际情况,汲取美国裁判文书修辞说理的有益方面:其一,借鉴美国判例法说理的模式,加强指导性案例的法律效力;其二,改善法官裁判说理的实践,鼓励法官引述指导性案例;其三,结合我国国情促进法官修辞说理常态化,提升裁判文书的情感论证。

#### (一) 加强指导性案例的法律效力

近年来,为了加强裁判文书说理,我国做出了诸多努力。其中一项重要努力,便是最高人民法院指导性案例制度的构建。这是借鉴英美法系的判例法制度,并结合我国的司法实践现实情况,设立的一项重要制度。虽然指导性案例是对裁判说理的重要补充,但是由于指导性案例是一个新生事物,同时囿于我国司法传统的限制,其在实际施行过程中也存在一些问题。由于法律自身的稳定性、滞后性和普遍性等特征,实在法在司法实践中并非完美无缺。社会日新月异,各类新颖案件层出不穷,立法速度跟不上社会矛盾的发展步伐。因此,最高人民法院的指导性案例制度是对成文法体系的一个重要补充。虽然在司法实践中,指导性案例不具有正式的法律效力,只能作为裁判理由引述,不能作为裁判依据引用,但是有学者认为这是指导性案例的唯一适用方式。其原因在于,“我国承袭司法三段论式的说理传统,指导性案例既不可能像在判例法国家那样作

<sup>45</sup>参见中华人民共和国最高人民法院,最高人民法院印发《〈关于案例指导工作的规定〉实施细则》的通知(法发〔2015〕130号),访问网址(北大法宝):

<https://www.pkulaw.com/chl/729421fabe81ce4cbdfb.html?keyword=%E3%80%88%E5%85%B3%E4%BA%8E%E6%A1%88%E4%BE%8B%E6%8C%87%E5%AF%BC%E5%B7%A5%E4%BD%9C%E7%9A%84%E8%A7%84%E5%AE%9A%E3%80%89%E5%AE%9E%E6%96%BD%E7%BB%86%E5%88%99>。(最后登陆时间2021年10月28日)

<sup>46</sup>关于裁判依据和裁判理由的区别,最高人民法院在《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)中做出了相应规定,指出司法裁判的规范性根据分为裁判依据与裁判理由两类,其中第七条规定:裁判依据是有效裁判得以做出的规范基础,即法律规定,在没有相应法律规定时,可以依据习惯、法律原则、立法目的等做出裁判;第十三条进一步规定:裁判理由是为了提高裁判结论的正当性和可接受性所运用的其他材料,包括但不限于最高人民法院指导性案例、公理、情理、法理及通行学术观点等等。

<sup>47</sup>刘莉,孙晋琪:《两大法系裁判文书说理的比较与借鉴》,载《法律适用》2002年第3期,第18-19页。

为最终裁判待决案件的法律依据来加以援引”，<sup>48</sup>“也不可能作为待决案件的事实依据被纳入裁判文书之中，因此，将指导性案例作为判决理由加以援引就成为对待决案件的司法裁判产生实质影响力的唯一援引形式。”<sup>49</sup>

虽然指导性案例制度是我国司法制度的一个重要创新，但是其“在审判实践中并未产生广泛的预期影响，重要原因之一是，关于如何在裁判文书中援引指导性案例，缺少具体规定。《实施细则》中的相关内容，对此进行了细化和完善，但是仍然存在一些缺陷和不足。第一，在启动程序方面，《实施细则》确定了两种途径：主动参照和被动回应诉讼方引述，前一种途径缺乏有效的激励机制，而后一种方式虽然没有受到普遍重视，但却值得大力提倡。第二，在确定待决案件与指导性案例的相似点方面，《实施细则》确定基本案情和法律适用两个方面都需比较，但是，法律适用并不适宜作为相似性的判断标准。第三，在直接援引对象方面，《实施细则》确定法官只能将裁判要点作为裁判理由被援引；实际上，指导性案例的其他部分（尤其是裁判理由部分）也完全能够成为援引的对象。要推动指导性案例被更加经常地援引，需要针对以上各方面的问题，降低援引的门槛，使得更多主体以更加便捷的方式参与其中。关键的一点则是应当完善《实施细则》中的规定，即‘不得单独作为裁判依据被援引’，从而确定指导性案例的正式效力。”<sup>50</sup>也正因为如此，目前指导性案例的法律效力具有一定的争议。但不可否认的是，最高人民法院的案例指导制度可以适当增加案例在我国司法实践中的地位 and 效力，并且加强裁判文书的说理，有利于统一法律适用的标准以及法官裁判的尺度。

《实施细则》中规定了诸多非强制性条款，如“应当查询相关指导性案例”、“应当参照相关指导性案例的裁判要点做出裁判”等，并未明确指出法官在承办案件的过程中，基本案情和法律适用与指导性案例相似的案件，必须适用指导性案例的裁判要点进行“同案同判”。《实施细则》中还规定“应当将指导性案例作为裁判理由引述，但不作为裁判依据引用”，此规定更未赋予指导性案例正式的法律效力、作为案件裁判的正式法律渊源，而只是作为裁判的理由进行参照引用。<sup>51</sup>“‘应当参照’这个看上去自相矛盾的术语实际上已经一句道破天机：一方面，指导性案例已经获得基于（附属的）制度性权威的规范拘束力，因而不同于至多仅具有价值拘束力的其他案例，此为‘应当’的蕴义；另一方面，指导性案例所拥有的规范拘束力又相对较弱，它的分量要低于制定法及司法解释，也可能因实质理由而被偏离，此为‘参照’的内涵。”<sup>52</sup>由于“同案不同判”现象存在于我国司法实践中，影响了司法的公信力和权威性。最高法院确立的指导性案例制度，可以为司法实践提供参考和借鉴，有效规范和制约法官的自由裁量权，统一法官的裁判尺度，从而有利于促进“同案同判”，

<sup>48</sup> 胡云腾主编：《最高人民法院指导性案例参照与适用》，人民法院出版社2012年版，第292页。

<sup>49</sup> 黄泽敏，张继成：《指导性案例援引方式之规范研究——以将裁判要点作为排他性判决理由为核心》，载《法商研究》2014年第4期，第33-43页。

<sup>50</sup> 孙光宁：《反思指导性案例的援引方式——以〈关于案例指导工作的规定〉实施细则为分析对象》，载《法制与社会发展》2016年第4期，第90-102页。

<sup>51</sup> 参见中华人民共和国最高人民法院，最高人民法院印发《〈关于案例指导工作的规定〉实施细则》的通知（法发〔2015〕130号），访问网址（北大法宝）：

<https://www.pkulaw.com/ch1/729421fabe81ce4cbdfb.html?keyword=%E3%80%88%E5%85%B3%E4%BA%8E%E6%A1%88%E4%BE%8B%E6%8C%87%E5%AF%BC%E5%B7%A5%E4%BD%9C%E7%9A%84%E8%A7%84%E5%AE%9A%E3%80%89%E5%AE%9E%E6%96%BD%E7%BB%86%E5%88%99>。（最后登陆时间2021年10月28日）

<sup>52</sup> 雷磊：《指导性案例法源地位再反思》，载《中国法学》2015年第1期，第272-290页。

同时加强裁判文书说理的实现，增加司法的权威性。因此，建议加强指导性案例在司法实践中的法律效力，而不仅是作为裁判的理由进行参照引用。

## （二）鼓励法官引述指导性案例

虽然《实施细则》第九条、第十条和第十一条对指导性案例的适用做出了详细规定，指出指导性案例可以作为裁判理由引述，且法院应当参照指导性案例做出裁判：各级人民法院在办理案件过程中，案件承办人员“应当查询相关指导性案例”；对于正在审理的案件，如果在基本案情和法律适用方面与指导性案例相类似的，“应当参照相关指导性案例的裁判要点做出裁判”；法院在参照指导性案例时，“应当将指导性案例作为裁判理由引述，但不作为裁判依据引用”；案件承办人员在裁判文书中引述相关指导性案例时，“应在裁判理由部分引述指导性案例的编号和裁判要点”；对于公诉机关、案件当事人及其辩护人、诉讼代理人而言，若其引述指导性案例作为控（诉）辩理由时，案件承办人员“应当在裁判理由中回应是否参照了该指导性案例并说明理由”。<sup>53</sup>但是目前而言，司法审判实践中法官主动引述指导性案例作为裁判理由的积极性有待提升。

根据最高人民法院于2018年3月29日发布的《指导性案例适用情况分析报告》显示，“自2012年1月1日至2017年7月12日，共有531件案件参照指导性案例，其中，民事案件489件，行政案件35件，刑事案件7件”；与此同时，指导性案例的引用有三个特征：其一，“广东、福建、山东、浙江等地适用指导性案例次数较多，中西部地区适用指导性案例的次数相对较少，且以民事案件适用频次最高；”其二，“二审法院适用指导性案例次数较多，一审其次，再审较少，且原告主张占比最高；”其三，“法官主动适用指导性案例比重不高，原被告主张适用指导性案例过半得到支持。”<sup>54</sup>“截至2019年12月31日，最高人民法院共发布24批139例指导性案例，已被应用于司法实践的指导性案例共有91例，尚未被应用的有48例。与2018年同期（78例）相比，被应用的指导性案例数量增加了13例。援引指导性案例的案例，即应用案例共有5104例，较2018年（3098例）增加了2006例，增幅显著。其中民商事指导性案例有36例被应用于3690例案例，刑事类指导性案例有18例被应用于84例案例，行政类指导性案例有15例被应用于1106例案例，执行类指导性案例有5例被应用于94例案例，知识产权类指导性案例有14例被应用于76例案例，国家赔偿类指导性案例有3例被应用于67例案例。5104例应用案例共涉及全国1106家法院，应用频率最高的仍然是指导案例24号，高达1033次。5104例应用案例中，法官明示援引1948例，总占比约为38%。法官隐性援引共涉及2886例，总占比约为57%，法官隐性援引依然占比近六成。”<sup>55</sup>基于上述统计可以发现，越来越多的裁判文书中引述指导性案例的裁判要点做出裁判，

<sup>53</sup>参见中华人民共和国最高人民法院，最高人民法院印发《〈关于案例指导工作的规定〉实施细则》的通知（法发〔2015〕130号），访问网址（北大法宝）：

<https://www.pkulaw.com/chl/729421fabe81ce4cbdfb.html?keyword=%E3%80%88%E5%85%B3%E4%BA%8E%E6%A1%88%E4%BE%8B%E6%8C%87%E5%AF%BC%E5%B7%A5%E4%BD%9C%E7%9A%84%E8%A7%84%E5%AE%9A%E3%80%89%E5%AE%9E%E6%96%BD%E7%BB%86%E5%88%99>。（最后登陆时间2021年10月28日）

<sup>54</sup>参见中华人民共和国最高人民法院，《指导性案例适用情况分析报告》。访问网址：

<http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-88832.html>。（最后登陆时间2021年10月28日）

<sup>55</sup>郭叶，孙妹：《最高人民法院指导性案例2019年度司法应用报告》，载《中国应用法学》2020年第3期，第88-118页；郭叶，孙妹：《最高人民法院指导性案例司法应用年度比较分析报告——以2011-2018年应用案例为研究对象》，载《上海政法学院学报(法治论丛)》2019年第6期，第75-85页。

并充分说明裁判的理由。虽然指导性案例制度获得了越来越多的肯定和适用,但是由此也可以看出,指导性案例在司法审判实践中的适用尚且存在一些现实问题,如中西部偏远地区适用指导性案例相对较少、以及法官适用指导性案例的积极性有待增强等等。

美国的普通法为社会普遍运作提供了必不可少的一致性,公众可以预测不同类型行为产生的结果。普通法也会适应变化,如果出现与现有先例略有不同的案件,法院在必要时会修改相应规则,以此对未决案件进行判决。如果案件事实与现有先例不同,法院将对规则进行扩大解释,用以涵盖新事实;或对规则进行狭义解释,从而拒绝其适用。律师通过在法庭上对案件和先例的异同之处进行辩论,并与其他先例进行类比来推动法律的发展。<sup>56</sup>“试图以指导性案例完全取代司法解释的思路在我国并不可行。我国是成文法国家,法律适用的基本方法是基于涵摄逻辑的演绎推理,这与判例法所内涵的‘类比推理’有较大差异。”<sup>57</sup>我国指导案例在司法实践中的应用,便是一种类比推理方法在裁判文书中的适用。“案例指导制度是新生事物,是近年司法改革的成果,没有实践和经验可资借鉴。《实施细则》起草过程中也多次征求各领域法学教授和专家学者的意见,注意了解国外判例制度的运作方式,特别是对大陆法系国家近年来判例制度方面的发展作了比较研究,参考借鉴了一些规律性的有益做法。在此基础上,坚持中国案例指导制度特色与合理借鉴国外判例制度相结合,确保《实施细则》的规定具有中国特色和可行性、可操作性,通过规范案例指导的各环节工作,努力使案例指导制度有序运行,并适应审判工作发展的需要,保障指导性案例在统一法律适用标准方面发挥积极作用。”<sup>58</sup>即便指导性案例不是案件裁判的正式法律渊源,而仅是具有参照意义作为裁判理由引述,其在司法实践中发挥了重要作用,这也是制定指导性案例制度的意义之一。因此,建议出台相关政策鼓励法官主动引述指导性案例。

### (三) 促进法官修辞说理常态化

相比于美国联邦最高法院判例中法官经常运用一些法律原则、学术理论、名言警句、学者思想作为裁判依据补充说理的现象,我国指导性案例中出现这种情形的判决书并不普遍。其原因一方面在于我国和美国裁判文书说理传统的差异,另一方面也在于目前我国某些裁判工作者的法学理论水平尚有些许不足之处。即便如此,我国曾经也存在此种说理模式。我国古代判词极具文学修辞倾向,在内容上以礼断案、引经据典,在形式上文美词雅、散骈兼备。我国古代判词的说理,“首先权衡的是父子之序、君臣之义的伦常等级和夫妇之恩的世俗之礼,法的规范则是次要的内容。有的判词中甚至只涉及到了礼的问题,而不涉及法的适用,既未涉及到任何具体的法律事实的认定,也无具体的断罪量刑,仅仅是对一些社会现象的价值评判。判词说理中礼的浓厚意味,体现了先礼后法、以礼统刑的风格,凸显了我国古代礼法合一的法文化特征。”<sup>59</sup>在我国传统理念中,法律并不完全等同于公平和正义,评判是非的终极标准并非是法而是理,古代的法官将天理、人情、国法并用,律设大法,理顺人情,因此古

<sup>56</sup>See Michael S. Moore, “Precedent, Induction, and Ethical Generalization”, in *Precedent in Law*, edited by Laurence Goldstein, New York: Oxford University Press, 1987, pp. 183-216.

<sup>57</sup>黄忠:《论民法典后司法解释之命运》,载《中国法学》2020年第6期,第44-63页。

<sup>58</sup>郭锋,吴光侠,李兵:《〈〈关于案例指导工作的规定〉实施细则〉的理解与适用》,载《人民司法》2015年第17期,第30-36页。

<sup>59</sup>马秀娟,李麒:《论我国古代的判词说理》,载《理论探索》2013年第1期,第113-116页。

代判词对于修辞的使用较为频繁。由于我国法律制度的演变，裁判文书说理发展到现代，这种显著的修辞特征逐渐淡去，最高人民法院指导性案例中较为少见积极修辞的使用。需要指出的是，这些材料在裁判文书中的运用是为了增强判决的说服力，比如北京市东城区法院在判决中引用《孝经》，“不是把它当作判决依据，作为判决依据的是事实、证据和法律等。我国法院的裁判是依演绎方式进行的：构成大前提的是法律，小前提是事实，结论就是判决……引用的《孝经》在判决书中发挥的作用是说理，加强论证的说服力。”<sup>60</sup>

虽然最高人民法院指导性案例中较少运用积极修辞技术，但是在一些地方法院中，依旧存在利用各种积极修辞技术进行情感论证说理的裁判文书。例如：2010年北京市东城区人民法院在一起家庭房产纠纷案中，首次引用儒家经典《孝经》；<sup>61</sup>2013年江苏省南京市玄武区人民法院在一起买卖合同纠纷案中，首次引用学者关于如何处理刑民交叉案件的观点；2014年广东省东莞市第一人民法院的一起健康权纠纷案，引用《六尺巷》《姚氏家训》进行道德教谕；2014年广东省惠州市惠阳区人民法院于德水盗窃案的判决书，“语言表达上充满商谈性”；2014年江苏省无锡市中级人民法院的我国首例冷冻胚胎权属纠纷案，“用情感话语从人伦角度强化说理”；<sup>62</sup>2015年北京市第一中级人民法院在一起交通肇事罪刑事附带民事裁定书中，引用国内外学者的观点和理论，并以“情与法的抉择”为题对情理和法理进行说理；2015年重庆市第五中级人民法院在一起共有物分割纠纷案中，引用中华民族的传统美德对当事人进行道德训诫；2015年广西壮族自治区田林县人民法院在一起人身侵权纠纷案中，使用道德和情感话语进行训诫；2016年江苏省泰兴市人民法院针对一起离婚案件，引用南宋词人辛弃疾《青玉案》中的名句说理；2016年重庆市巴南区人民法院在一起离婚纠纷案中，引用《圣经·马太福音》展开说理；2016年江苏省南京市玄武区人民法院在一起离婚纠纷案中，首次公开了合议庭的三种不同观点；2017年浙江省衢州市中级人民法院的一起房屋租赁合同纠纷案，使用“国家治理、社会主义核心价值观等政治话语”加强说服力；2019年江苏省江阴市人民法院在一起赡养纠纷案中，说理时引用诸多诗句和典故。

目前，在我国最高人民法院指导性案例中，鲜少出现上述地方法院运用经典论著和学者思想等进行裁判说理的情形。比如，在“指导案例66号：雷某某诉宋某某离婚纠纷案”<sup>63</sup>和“指导案例50号：李某、郭某阳诉郭某和、童某某继承纠纷案”<sup>64</sup>这两个婚姻继承类案件、以及其余诸多案件的裁判文书中，就没有使用明显的积极修辞技术，而主要运用消极修辞进行较为正式的表达，语言简洁精炼，用词精确客观。虽然，我国从近代开始对欧洲大陆法系的法律制度进行了法律移植，承袭了一部分大陆法系的法律传统，但是“欧洲法官所扮演的角色已发生显著的变化，而逐渐向他们的盎格鲁—撒克逊同行靠拢。与此同时，

<sup>60</sup> 张建伟：《〈孝经〉写入判决书的法文化解读》，载《人民法院报》2010年7月23日第05版。

<sup>61</sup> 孙光宁：《判决理由的融贯性——从〈孝经〉判案说起》，载《浙江社会科学》2012年第7期，第65-71页。

<sup>62</sup> 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》，载《法制与社会发展》2019年第3期，第89-105页。

<sup>63</sup> 参见北大法宝，《宋×与雷×离婚纠纷上诉案》（【法宝引证码】：CLI.C.16732110）。访问网址：<https://pkulaw.com/pfnl/a25051f3312b07f31e590de8404084e5003a3e4562c27af0bdfb.html>。（最后登陆时间2021年10月28日）

<sup>64</sup> 参见北大法宝，《李某等诉郭某和等继承析产纠纷案》（【法宝引证码】：CLI.C.9698986）。访问网址：<https://pkulaw.com/pfnl/a25051f3312b07f3ef8646b60d81ca2f16ab81aaef679105bdfb.html>。（最后登陆时间2021年10月28日）

论辩与修辞学的地位亦在法律的应用与变革之中得以提升。与律师相较，这一现状更体现在法官身上。法官越来越被迫显示其判决理由，他们日益对其判决在形式上的正确性感到不满足，而更多地关注其说服力色彩。当判决的合理性能够说服公众观点时，给出判决理由的行为将区别于上诉法院必须显示判决并未违法的做法。”<sup>65</sup>也就是说，欧洲大陆法系法官也在学习英美法系的司法实践，越来越注重修辞在裁判文书说理中的应用，而不仅仅局限于适用逻辑得出司法的判决结果。

#### 四、结语

一般而言，各地法院引经据典、注重使用学术理论和学者思想等文学修辞进行裁判说理较多地出现在民事案件中，也偶见于刑事案件的裁判文书中，如2014年广东省惠州市惠阳区人民法院于德水盗窃案的刑事判决书和2015年北京市第一中级人民法院的一起交通肇事罪刑事附带民事裁定书。虽然“在中国，法律修辞学被学界热捧的理论基础似乎并不那么坚实。中国现代意义上的法学知识，基本上都是西方法学知识的引进，真正传统意义上的中国法律知识，在20世纪80年代开始的法学知识重建过程中，几乎没有起太大作用。这几年法律修辞学研究热潮的兴起，也并非像西方法学那样，是站在反思概念法学不足基础上的自然发展。国内法律修辞学研究热潮的兴起主要还是源自西方法律修辞学知识的引进。”<sup>66</sup>但是，在裁判文书中使用积极修辞加强说理的做法，是对我国古代判词说理实践的借鉴和承袭，以理服人，以情感人。尽管也有学者和实务届人士对此持质疑和批判态度，但在裁判文书中运用积极修辞调动当事人的情感，把维系当事人的情感作为重要的考量因素，从而解决婚姻继承类情感纠纷，这在一定程度上收到了良好的社会效果。我国也可以结合自身国情，参照借鉴美国法官裁判说理的模式，将法学理论与司法实践紧密结合，从理论中汲取更具说服力的资源，促进法官修辞说理的常态化，这对于提高裁判文书的说服力和可接受性具有重要的意义。

<sup>65</sup> [比利时]Ch. 佩雷尔曼：《法律与修辞学》，朱庆育译，载《法律方法》2003年第2卷，第146-151页。

<sup>66</sup> 侯学勇，杨颖：《法律修辞在中国兴起的背景及其在司法审判中的作用》，载《政法论丛》2012年第4期，第87-94页。