

## 司法文件的中国特色与实践考察

郭 松

**内容提要:**司法文件是中国司法的独特现象,它的长期存续有着内在的原因与外在的支持,并随着中国的政治发展、社会变迁与法治转轨而经历了动态的演变。各种类型的司法文件共同构成了一个有机联系的文件体系,发挥着契合于中国特定政治与司法环境的独特功能。尽管司法文件输出了较强的治理绩效,从多个方面提升了中国司法体系的有效性与合法性,但它在运行中也表现出了一系列内在矛盾、冲突与紧张,聚集着制约司法现代化展开的负面因素。在可预见的未来,中国司法体系的运行与发展仍离不开司法文件,尽管其作用可能会下降。因此,当前的问题可能不是要抛弃或摆脱司法文件,而是怎样发挥其正面效应而抑制其负面效应。这就要求我们以一种主体性而非“他者化”的视角,从事实层面深刻理解与全面把握司法文件的现实逻辑。

**关键词:**司法文件 治理技术 中国司法 内在逻辑

郭松,四川大学法学院副教授。

### 一 缘起与问题

经过多年的演进与发展,中国司法在组织结构、管理机制与运行方式等方面形成了社会主义司法的鲜明特色。对于这些特色,研究者基于不同的价值取向而褒贬不一:有的立足于本土性与自主性的立场而努力阐释其形成与意义,有的依据西方理想型司法形态将之视为现代司法的异类而大加批判,也有人擎起“中国经验与道路”的大旗沉湎于表层经验事实而拒绝任何理论反思。不管怎样,必须承认的是:一方面,在现代西方法治话语体系中,常常找不到对应概念与理论来指涉或解释中国司法的某些特殊经验与实践,中国的经验明显超出西方法治理论的统摄范围;另一方面,由于学界一直重视对现代西方司法理论与制度的引介和研究,而缺乏对中国司法知识体系与制度机制的深度描述与分析,我们

很多时候对于中国司法的独特性其实较为生疏。<sup>[1]</sup>

在这种背景下,对于研究者而言,或许更应该关注中国司法真实的实践,基于马克思主义的指导思想、党从革命时代以来所形成的政法传统以及当前中国司法所面临的具体国情,从纷繁复杂的司法现象与实践中选择一些具有特殊性的关键节点,进行深入的经验描述与理论阐释。对此类问题的研究,“一方面可以对它本身的来龙去脉、性质特征有深刻的把握,另一方面也为理解与它相联系的事物提供切入点和观察角度。”<sup>[2]</sup>不仅如此,这样的研究也有助于以正确的立场,清晰认识与解读中国司法复杂的现实,从而促进“在重新理解的基础上自己来解释自己的司法问题,而不再是先入为主地将当下中国司法情绪化地看成一个‘问题的’司法”<sup>[3]</sup>

本文所要研究的司法文件就是这样的一个节点。所谓司法文件,是指除法律规范与司法解释之外涉及司法系统组织人事、行政管理、诉讼制度运行、司法改革与法律适用等问题并具有一定约束力的规范性文件。<sup>[4]</sup>确实,司法文件是个独特的中国现象:不仅党政与司法系统制发了数量庞大、主题广泛与形式多样的司法文件,尤其是司法系统自身还形成一套与党政系统类似的文件制度/机制,而且司法文件在整个司法系统的运行中发挥着重要作用,似乎可以用“文件司法”来概括它的实际影响。然而,学界对司法文件这一远超出西方理想司法范式指涉范围的特殊节点的经验与学理研究,目前并不多见。已有的少数研究主要围绕司法文件的作用、效应、合理性、合法性与未来发展等议题展开,<sup>[5]</sup>缺乏必要的整体性分析。而且,这些研究更多关注司法系统制发的具有规则意味的业务性规范文件,未将党政系统制发的司法文件纳入研究范围,具体分析进路也是基本沿着现代西方法治的主旨立意与制度范式展开。在笔者看来,研究视野的偏狭与学术想象力的缺乏必然制约研究的深度与广度,既不能充分挖掘司法文件所隐含的深层意蕴,也不能由此切入对中国司法形态与运作机理的深刻透析,还“可能自我斩断能对事态作出真正有力解释的因果关系项”。<sup>[6]</sup>因此,司法文件仍有研究的必要与空间。

与中国当代很多治理技术一样,司法文件也起源于执政党早期的社会治理与政治实践。但“木材不能自成床,青铜不能自造像”,<sup>[7]</sup>司法文件的长期存在并发展成一种稳定的制度安排,既非天然也非偶然,必有其内在原因与外在支持。这是本文的第一个议题,

[1] 参见侯猛:《当代中国政法体制的形成及意义》,《法学研究》2016年第6期,第4页。

[2] 潘同人:《中国文件机制初探》,《理论导报》2011年第1期,第39页。

[3] 方乐:《从“问题中国”到“理解中国”——当下中国司法理论研究立场的转换》,《法律科学》2012年第5期,第16页。

[4] 虽然学界与官方都在使用司法文件,但关于它的内涵与外延其实并未形成统一的说法。本文所称的司法文件是笔者在综合各方理解的基础上所作的一个“最大公约数式”界定。

[5] 代表性讨论可参见安晨曦:《司法文件:法律虚置后的裁判非正式规则——规则供给与文件政治的二重解读》,《湖北社会科学》2016年第9期;姚毅奇:《地方司法文件之实践理性分析:以刑事司法文件为例》,《犯罪研究》2015年第2期;王琪璟:《高级法院审判业务文件的职能定位与规范运行——基于法制统一原则之下的地方司法实践》,载贺荣主编:《全国法院第二十六届学术讨论会论文集:司法体制改革与民商事法律适用问题研究》,人民法院出版社2015年版;黄韬:《最高人民法院的司法文件:现状、问题与前景》,《法学论坛》2012年第4期。

[6] 刘忠:《规模与内部治理——中国法院编制变迁三十年(1978—2008)》,《法制与社会发展》2012年第5期,第47页。

[7] [古希腊]亚里士多德著:《形而上学》,吴寿彭译,商务印书馆1959年版,第5-6页。

也即司法文件的存续与演变。本文的第二个议题是司法文件的类型与功能。在笔者看来,司法文件长期存在并为各方所倚赖,暗示着它还具有特定功能,但这可能不只有为论者所指出的弥补制度短缺与统一法律适用等功能,因为这些功能的实现完全有其他更为有效且争议更小的方式。这意味着单纯的规则供给功能并不足以支撑其存在与发展,司法文件应该还有其他未为我们所意识到的功能。事实上,从实践来看,很多司法文件并没有规则意味,更未创制某种规则,那如何解释它们的长期存在呢?因此,本文将从司法文件的内容切入,在尽可能类型化各色司法文件的基础上,系统分析其具体功能。此外,由于司法文件更多是作为一种治理术而长期活跃于中国的司法舞台,因而研究司法文件特别是要整全解释它在中国司法系统运行中的重要地位,必然要回答如下问题,即它到底输出了怎样的治理绩效。同时,虽然司法文件的长期存在不见得就是中国司法“非理性”的表现,但这毕竟与理性社会下的法律之治有着不甚协调之处,也在不同程度上张扬了科层权力、个人权威与政治意志在司法场域中的作用,从而可能对司法文件本身乃至整个司法体系造成一定负面影响。这其实意味着司法文件内含相应的逻辑困境。基于对这两个问题的关注,本文还将分析司法文件的效用与困境。

## 二 司法文件的存续与发展

### (一) 司法文件的历史存续

正如钱穆所言,“某一制度之创立,决不是凭空忽然地创立,它必有渊源,早在此项制度创立之先,已有此项制度之前身,渐渐地创立”,“某一项制度之逐渐创始而臻于成熟,在当时必有种种人事需要,逐渐在酝酿,又必有种种用意,来创设此制度。”<sup>〔8〕</sup>作为一种治理术,司法文件的长期存在既有执政党社会治理实践历史积累惯性作用的原因,也根源于司法系统在不断变化的组织环境下所产生的治理需求,而司法系统政治科层制的组织属性则为司法文件的存续提供了所需的组织基础。

第一,执政党社会治理实践历史积累的惯性作用。“中共中央在延安时代后期开始形成稳定的第一代领导集体,大量政治、军事、社会治理技术亦在延安时期发轫、成形。”<sup>〔9〕</sup>借助于文件组织与管理司法的实践传统,在很大程度上也起源并奠定于此。这一时期的司法工作被作为政权建设的重要组成部分,其运转与发展主要依靠各级党组织所制发的文件。中华人民共和国成立后,由于司法是国家暴力合法垄断的重要领域,也是和平时维护政治统治的有效方式,执政党十分重视司法工作,并在“以党建国”的思路下确立了党管司法的基本体制,<sup>〔10〕</sup>各种体现执政党意志的司法文件更是超越法律而成为治理司法问题的主要手段。改革开放之前,围绕队伍建设、组织领导、司法程序与案件处理等问题执政党先后制发了一系列重要文件。这些承载执政党有关司法工作战略意图与原则理念的文件,不仅是司法体系构建的重要原则,也是司法系统日常运行的基本准则,其

〔8〕 钱穆著:《中国历代政治得失》,生活·读书·新知三联书店 2001 年版,第 5 页。

〔9〕 刘忠:《“党管政法”思想的组织史生成(1949—1958)》,《法学家》2013 年第 2 期,第 1 页。

〔10〕 参见蔡定剑著:《历史与变革——新中国法制建设的历程》,中国政法大学出版社 1999 年版,第 88—91 页。

中一些还是案件处理的直接依据。同时,随着官僚结构在形式上逐渐科层化,地方层面的主体也开始制发各种司法文件,用以传递和执行中央政策,并管理辖域内的司法事务。这样,一条内嵌于官僚科层结构、等级有序的“文件治理链”开始形成,从决策中枢到基层司法机关都是这一链条上的固定节点。可以说,在这一时期,各种形式的司法文件几乎统领着整个司法系统的运行,其各方面的运转在很大程度上都是在不同层级主体所制发的文件设定的政治空间内展开,用“文件至上主义”概括其作用与地位可能并不夸张。在十一届三中全会以后,随着法制建设的兴起,司法文件的作用范围缩小,尤其是作为案件处理依据的功能弱化,但其影响力并未实质下降,依然是决策执行与管控司法的重要手段。事实上,这一时期甚至当下司法系统的运行与管理基本没有离开司法文件,特别是一些重大司法改革的推进无不是以文件的形式启动与展开,决策中枢意志的贯彻与执行也是通过层层制发文件推动落实,甚至地方司法机关的制度改革与案件处理也要从司法文件尤其是中央或省级层面的文件中寻找依据。

总而言之,承载着政策与命令的司法文件一直是引领与驱动司法体系日常运行和改革发展以及治理各种司法问题的重要手段。司法文件“一经产生就与中国共产党的执政需要不谋而合,从而成为内嵌于国家之中的一套执政逻辑”,<sup>[11]</sup>并在以行政命令和政策导向为基本特征的传统治理模式的支配下,经过实践的不断积累,最终发展成一种高度成熟、结构稳定、运用纯熟的治理技术与惯例。正如陈洪杰所言:“社会治理具有日常事务性以及应急性特征,在新的治理路径充分成熟、完善之前,社会治理者也必须时刻面对不断涌现的各类社会问题并加以解决,这就决定了其在摸索、实践新路径的同时,也必定会对已经娴熟运用的传统治理技术产生一定程度的路径依赖。”<sup>[12]</sup>在路径依赖效应的作用下,既能建构起层级控制机制与“命令—服从”关系结构,还能相对有效解决某些问题的司法文件,自然会被不同层级的权力主体所重视,并被当作一种治理惯例而延续下来。从这一点来看,司法文件的长期存续在很大程度上是执政党治理实践历史积累所形成的惯性作用使然。

第二,基于组织环境不断变化所形成的治理压力使得司法系统需要司法文件作为补充。自改革开放以来,中国的政治、经济与社会体制一直处于剧烈的转型之中。这一转型也对司法产生了巨大影响,并带来了诸多前所未有且始料未及而又不得不直面的问题与压力。首先,随着总体性社会结构的解体与政治系统结构的分化,社会控制职能开始转向由司法来承担,<sup>[13]</sup>社会纠纷不可避免地涌向司法机关;而司法权力运行中的种种非规范性因素尤其是司法制度理性化不足的问题,也因案件处理的增多日渐暴露在公众的视野之中,并与逐步确立的法理型治理模式不相适应,最终导致司法系统面临案件负担增长与制度理性化不足的双重压力。其次,由于司法逐渐被推至社会治理前沿,司法的事权范围得以扩展,并随之带来司法编制的激增,<sup>[14]</sup>司法系统的外在与内在规模大幅扩张;这催生

[11] 罗大蒙、任中平:《中国乡镇基层政权中的文件政治:象征、效能与根源——G 乡的表达》,《学习论坛》2015 年第 9 期,第 49 页。

[12] 陈洪杰:《运动式治理中的法院功能嬗变》(下),《交大法学》2015 年第 1 期,第 104 页。

[13] 参见程汝竹著:《司法改革与政治发展》,中国社会科学出版社 2001 年版,第 231 页。

[14] 参见刘忠:《规模与内部治理——中国法院编制变迁三十年(1978—2008)》,《法制与社会发展》2012 年第 5 期,第 58—61 页。

出更多且复杂的司法性与行政性事务,信息传递与日常监管的难度加大,机会主义司法的几率增加,从而使得司法系统面临较大的内部秩序形成与获得的压力,内部治理需求激增。再次,社会急剧转型所带来的规范与价值的多元化以及事实的开放性,<sup>[15]</sup>再加上因社会经济活动繁琐化与专业化所导致的法权关系复杂化,使得仅凭技术型司法的教义分析与法律推理已很难平衡与把握案件背后隐藏的社会知识与权力关系,从而造成事实认定与规则适用上的困难,案件呈现出越来越“难办”的态势。最后,在不可逆转的现代化过程中,随着政治与社会逐渐被“祛魅”,原本作为司法系统合法性支撑的既有话语体系与意识形态开始出现式微之势,而司法系统自身在满足社会公众程序正当与实质正义需求方面又进退失据,再加上不断挑战社会公正底线的司法腐败与冤假错案不时曝光,终使司法系统陷入公信力不足与权威流失的尴尬境地。

由此可见,尽管社会转型提升了司法系统在国家权力结构中的位置,但也使其成为了一个麻烦不断与问题缠身的国家机器。它就如同一个不断膨胀的气球,触及的面越广,面临的问题与压力也越多。为了应对这些问题并纾解由此产生的压力,基于新法治叙事要求,执政系统先后采用了一系列以提升程序正当性与结果合法律性为核心要旨的合法性再生产策略,如修改程序法与实体法、发布司法解释与改革创新程序制度等。但事与愿违的是,这些困扰司法系统的诸多问题并没有因为法律形式理性化程度的提高而得到有效解决,反而一些问题还愈演愈烈,甚至还浮现出新问题。既然社会转型时期的司法困境无法通过规则之治的法律实践得到破解,那就需要在政策实践维度取得突破,从中寻求法律路径之外合适且高效的治理工具。这样,依托科层结构的组织资源制发各种形式的文件进行自上而下的动员和施加强制性压力以解决某些突出问题,自然就成为执政系统在对法律之治进行理性反思基础上的工具选择。其实,在法律与政策的二元调控结构下,<sup>[16]</sup>选择政策作为法律维度之外的补充治理策略,并以此作为组织治理的实施载体,完全是一种合乎时宜的选择。一旦政策被倚重,那么可以将政策转化成“合法规定”的文件便顺理成章地成为重要治理武器。正是因为如此,我们不仅看到不同层级的权力主体制发了诸多涉及司法运行与管理方面的文件,还发现这些文件在司法系统内层层传递,确实发挥着治理工具的作用。

第三,司法系统的政治科层制属性是司法文件存续的组织基础。按照傅高义与怀特的研究,当代中国的科层体制并不符合韦伯对现代科层制的界定,而是一种建立在“结构科层化与功能科层化相互背离”基础上的“政治科层制”。即中国虽然建立了现代化的科层结构与官僚队伍,但现代科层组织应该具备的“政治”与“行政”基本分离,以及奠基于其上的理性化形式规则与规范化程序却并未真正形成,官僚组织中通行的并非法理型权威和普适性、非个人化的规则体系,官僚组织深受人格化权力与传统人伦关系的影响;同时,科层制深深卷入进各种政治运动之中,其主要任务是服从执政党的各项政策指示,而

[15] 参见方乐:《司法知识及其形态变迁的社会逻辑——从“难办案件”的处理切入》,《法律科学》2011年第2期,第18页。

[16] 参见石泰峰:《告别历史,走向未来——党的十四大以来我国法制建设的理论突破与成果》,《中国青年报》1997年9月4日,第5版。

不是构建常规的技术化与制度化治理机制。<sup>[17]</sup> 据此分析,在政治科层制下,不仅决策行为可能不是完全依据正式的成文法律,各种建立在卡里斯玛权威基础上的命令与指示同样是行为准据,而且常规化的治理机制与理性化的制度程序也可能随时被中断与搁置,代之以“自上而下的按照政治动员方式来制定和更换政策、动员资源、推广实施”。<sup>[18]</sup> 深嵌于政法体制之中的司法系统,无疑在多个方面都具有政治科层制的属性,甚至其本质属性就是政治科层制:在组织结构上,司法系统内部事实上存在类似行政科层的层级化设置与从属关系,上级拥有更大权势,下级必须接受其命令,并形成了权力等级有序的纵向支配结构;在运行逻辑上,强调司法的“治理化”,而不是致力于实现严格意义上的规则之治,相关工作多围绕执政党的注意力与中心任务展开,政策与法律共同构成决策的依据。

作为介于法律规则与专断性命令之间的“第三种规范”,司法文件汇集少数治理精英的价值偏好与愿望,并具有一定的政治动员意味,其在现实中的运行与维系需要有相应的组织体系和机制作为中介,以便渗透与连接它所覆盖的各个层次与不同角落。司法系统本质上的政治科层制属性便提供了这样的体系与机制。一方面,司法系统的科层制架构所预设的等级结构与不同层级间的“命令—服从”关系模式能够确保上级所制发的文件具有匹配其权力地位的权威,下级往往只能服从并执行文件所设定的意志。质言之,司法文件运行实际上依托的是司法系统科层制的关系结构与权威资源。另一方面,由于政治科层制蕴含着非法理型规则与政治动员的制度基因,因而它完全可以容纳司法文件这种带有一定人格化色彩的政策表达形式。就此而言,政治科层制为司法文件准备并提供了其运行所需的组织条件与制度空间。总之,司法文件的有效运行与维系正是通过政治科层制的稳定结构与动员机制实现的,没有政治科层制作为组织基础,司法文件则会缺少相应的支撑体制与运行平台。从这一点来看,司法文件在司法场域的长期延续,虽然有治理方式路径依赖与现实治理压力的原因,但同时也是政治科层制下科层制“形实分离”所造成的官僚理性化程度不足这一问题的集中体现。这意味着只要司法系统政治科层制的组织结构不解体,司法文件运行所需的组织基础与体制结构就会一直存在。相应地,司法文件也将继续存在。

## (二) 司法文件的变迁

从实践来看,司法文件自产生至今并非一成不变,而是随着中国的政治发展、社会变迁与法治转轨而经历了连续的动态调整与演变,主要表现为其形成过程、内容构成与传递范围等发生的制度性变革。这些变革不仅使得司法文件实现了自身的适应性转型,从而增强了司法文件的理性化程度,也促成了司法文件的不断升级与更新,更好地满足了执政系统有效治理的需求。

[17] 参见 Ezra F. Vogel, “Political Bureaucracy: Communist China”, in L. Cohen and J. Shapiro (eds.), *Communist Systems in Comparative Perspective*, New York: Anchor Press, 1969; M. Whyte, “Who Hates Bureaucracy? A Chinese Puzzle”, in V. Nee, D. Stark & M. Selden eds. *Remaking the Economic Institutions of Socialism: China and Eastern Europe*, Stanford, Calif: Stanford University Press, 1989, pp. 233 - 254。转引自丁轶:《反科层制治理:国家治理的中国经验》,《学术界》2016年第11期,第36页。

[18] 周雪光:《权威体制与有效治理:当代中国国家治理的制度逻辑》,《开放时代》2011年第10期,第77页。

第一,司法文件形成过程从无序性向有序性转变。胡伟认为,“中国的决策模式是一种典型的精英决策,决策过程基本取决于权力精英的作用,特别是深受人格化权力结构的影响。人格化权力的特点是不大受程序的约束,领袖和重要权力精英的行为方式和人格因素对决策的影响至关重要。”<sup>[19]</sup>在这种决策模式的支配下,再加上制度化与民主化决策机制建设滞后,司法文件的形成在很长一段时间内都显得较为无序,随意性较强,这集中体现在两个方面。其一,非程序化。虽然司法文件的制发需要经过一定程序,也有相应的制作要求,但这些程序与要求只是形式意义上的,实质层面固定的制发规程并未形成,司法文件的形成过程有时候可能较为随意,带有一定的主观性与偶然性,甚至在特定时期某些重要权威人物的一句话或一个批示都可能被转化成正式文件。<sup>[20]</sup>其二,集体策动因素较弱。尽管司法文件多以集体或组织名义制发,但起主导作用的往往只有少数领导。这使得司法文件的形成过程几乎完全为少数决策精英所主导,具有较强的个人化色彩,集体策动与民主性因素较弱,而由此产生的司法文件更多体现的是相关领导的意志与价值偏好。

随着科层法治建设的兴起,国家开始把治理活动纳入科层化的组织体系,专业与规则得到不同程度的强调,<sup>[21]</sup>各种决策行为由此步入科学化、制度化与民主化的轨道。治理机制的这种变化体现在司法文件中就是其形成过程日益呈现出有序性。一方面,尽管少数决策精英主导司法文件制发的情形没有绝迹,但已越来越少见,集体策动渐成主流,共同讨论与集体研究成为其中不可或缺的一环,某些时候甚至还会主动征求知识精英与社会公众的意见,从而使得其呈现出一定的集思广益特质。这说明在司法文件的制发过程中已存在不同主体间的对话、协商与互动,个人的作用明显下降,而民主化与社会性因素在上升。另一方面,随着决策机制的不断完善,有关司法文件制发的规则化或例行化的制度安排逐渐形成,从酝酿起草到签署下发的整个过程都需要遵守相应的规则或惯例,<sup>[22]</sup>这意味着司法文件“需要按照一定的程序与规则制定,决策过程存在一定的规律性与稳定性”。<sup>[23]</sup>司法文件形成过程的有序化意味着司法文件的制发机制趋于民主化与程序化,这既有助于避免少数领导干部主导司法文件形成可能存在的片面性与主观性,也有利于达成决策共识,从而降低决策风险,减少适用与执行中的困难。

第二,司法文件的内容构成从空洞化向技术性转变。中华人民共和国成立后,执政党在“继续革命”的认知下确立了“运动式治理”的主导性治理策略。由于这种治理策略“往往不尊重专业,甚至以打破专业为荣”,<sup>[24]</sup>因此它极大地制约了官僚体系专业技术能力的生长。同时,政治意志在卡理斯玛权威正当性逻辑下一直看重的政治忠诚与道德纯洁的

[19] 胡伟著:《政府过程》,浙江人民出版社1998年版,第254-255页。

[20] 参见施从美著:《文件政治与乡村治理》,广东人民出版社2014年版,第83-85页。

[21] 参见唐皇凤:《常态社会与运动式治理——中国社会治安治理中的“严打”政策研究》,《开放时代》2007年第5期,第116页。

[22] 部分司法机关还专门制定了有关司法文件制发程序与规则的文件,如浙江省高级人民法院在2006年制定的《关于制发法院审判业务规范性文件的规定》、北京市高级人民法院在2013年制定的《审判执行工作规范性文件管理办法(试行)》。

[23] 胡伟著:《政府过程》,浙江人民出版社1998年版,第255-256页。

[24] 冯仕政:《中国国家运动的形成与变异:基于政体的整体性解释》,《开放时代》2011年第1期,第74页。

干部选任标准,有时可能也限制了个体官僚专业化水平的提升。在这样的治理策略与干部选任标准的作用下,司法官僚的技术能力在一段时间内并未受到足够重视,甚至还一度被抑制,其专业水平很可能就不高。这样,由其主导制定的司法文件显然不可能具备较高的专业性与技术性,更可能呈现出简约化、空洞化的特征。事实上,除少数作为案件处理依据的司法文件之外,早期很多文件的内容构成较为粗糙,多为一些口号式立场、原则性方针与政治性宣言,且意识形态色彩浓厚,政治性远胜于专业性。这样的司法文件有时更多只是表达了某种决心与导向,并无太多实质内容,也缺乏基本的技术理性,从而难以起到规范与指导司法体系运行的作用。

司法文件内容构成空洞化的状况并未一直持续,而是随着司法活动的日益技术化、专业化以及技术官僚在司法人员构成中的比重持续上升而发生了明显变化,这种变化就是司法文件日益呈现出技术化特征,专业性因素显著增强。其一,司法文件的形式理性化程度提升,这集中体现在司法文件的内容结构日趋标准化与规范化。尽管不同的司法文件因涉及的问题各异与重要性不同而繁简不一,但其内容结构基本都稳定在制发目的、制定依据、制定过程、具体内容等四个板块。这种结构安排几乎成为司法文件的“标准格式”,从而改变了以往司法文件内容结构不统一甚至混乱的状况。此外,司法文件的语言表述趋于专业、严谨,以往那些意识形态色彩较浓、模糊不确定的表述已较为少见,取而代之的是一些清楚与明确的用语,法律与司法的一些专有概念也被大量使用,甚至部分司法文件的语言表述已达到立法的水准。其二,司法文件的实体内容更显专业化,更具实质性。随着司法系统的功能分化与司法知识的丰富,司法文件更多指向专业问题的调整,制发主体也有明确的问题意识。这使得司法文件实体内容的专业化色彩更加突出,所设定的议程与确定的事项更加明晰、具体,有些司法文件的技术化与专业化程度已不亚于法律规则,甚至在操作性、完整性与精确性等方面还超过了一些法律规范。司法文件内容构成的技术性增强,不仅可以提高司法文件作为一种治理手段的效率,也能提升司法文件自身的合理化程度。

第三,司法文件的传递范围从有限性走向开放性。正如谢岳所言,“文件制度的一个重要特点是秘密性,各类文件在管理过程中都要求不同程度的保密。既然文件管理和传递的方式是秘密的,那么文件制度就会带有强烈的封闭色彩。”<sup>[25]</sup>同样,司法文件在很长一段时间内也具有较强烈的封闭色彩,受众范围十分有限。一方面,司法文件一般只在体制内传递,基本不对社会公开,更没有建立相应的公开机制,从而导致社会公众无法接触、查阅司法文件。这被认为是“不搞公开的内部司法”。<sup>[26]</sup>另一方面,由于部分司法文件被制发主体确定了密级,并明确规定了传阅范围,因而只有位于相应层级上的人员才有机会阅览。这意味着司法文件在体制内的传递也相对封闭,受众范围同样有限。司法文件传递范围的有限性在其后来的发展中被打破,司法文件逐步走向开放,传递范围日益扩大。先

[25] 谢岳:《文件制度:政治沟通的过程与功能》,《上海交通大学学报(哲社会科学版)》2007年第6期,第16页。

[26] 阮忠良、王坚、徐子良:《把握“七个聚焦”深化司法公开——论人民法院进一步推动司法公开的路径选择》, <http://www.chinatrial.net.cn/news/1137.html>,最近访问时间[2017-09-25]。



是制发主体主动在官方主办的报刊上发布一些重要司法文件,社会公众通过阅读报刊可以知晓,司法文件不再被视为“秘密”。尔后随着党务公开、司法公开与检务公开的不断深入推进,司法文件呈现出的开放性越发明显,各种公开机制与查阅制度陆续建立起来,尤其是司法系统明确了司法文件属于公开事项,<sup>[27]</sup>并发展出多种公开形式与载体,如定期整理出版司法文件集、在官方网站设置浏览频道、在官方微博与微信上公布以及授权各种媒体发布或转载。目前,除少数由层级较低主体制发的司法文件之外,大部分都能通过各种简易方式查阅到。可以说,在目前多样化的公开形式下,社会公众已有较为充足的方式知晓司法文件的内容,司法文件走向全面公开,实现了从封闭性到开放性的质的飞跃。

不过,也需要指出的是,由于绝大多数司法文件对其制发过程的介绍极其简要,有些还根本不提,社会公众通过阅览文件本身难以充分了解其动议、草拟、修改、签发等完整的“过程性信息”。也就是说,司法文件并未达到最大化的公开程度,这可能是目前司法文件公开的一大缺憾。但不管怎样,司法文件从封闭走向开放改变了其传统的传播方式、流向与范围,从而大大地扩张了其传递半径与受众范围。这既有利于司法系统与社会的良性互动,弥合两者之间日趋加深的裂痕,也能促使文件制发者在决策时保持审慎,提高司法文件实质内容的科学性与合理性。

### 三 司法文件的类型与功能

#### (一) 类型

如前所述,在当代中国司法场域存在着数量庞大的司法文件。这些文件的形式可谓五花八门,常用名称大致有决定、规定、意见、通知、通报、规则、批复、会议纪要、实施细则等。从制发主体上看,既有中央层面的相关主体,也有地方层面的主体。不过,无论何种主体采用何种形式制发的司法文件都承载着一定的实体内容,而这些内容往往表征着制发主体的意志取向与文件所负载信息的实质属性。因此,从实体内容的角度界分司法文件,不仅可行,也更具实质意义。据此,笔者将司法文件大致分为规划性文件、规则性文件与任务性文件三类。<sup>[28]</sup>

[27] 最高人民法院 2009 年发布的《关于司法公开的六项规定》规定,“人民法院应‘通过便捷、有效的方式及时向社会公开关于法院工作的方针政策、各种规范性文件和审判指导意见’”。最高人民法院 2013 年制定的《关于推进司法公开三大平台建设的若干意见》要求,“人民法院应当通过审判流程公开平台,向公众公开审判业务文件”。最高人民法院在《关于“最高人民法院公开各类司法依据文件”的答复》中指出,“对于具有普遍效力,指导各级法院的文件,最高人民法院一般采用司法解释等形式予以公开发布,并可以在报刊、互联网上进行查询。”最高人民检察院 2015 年发布的《关于全面推进检务公开工作的意见》规定,“与检察机关司法办案有关的法律法规、司法解释及其他规范性文件”属于公开内容。

[28] 鉴于司法文件数量庞大且内容庞杂,再加之社会各界对司法文件的界定也未形成统一认识,或许很难找到能够囊括所有司法文件的分类标准。换言之,不管采用何种分类标准,都可能存在不周延的问题。笔者从实体内容角度对司法文件所做的类型化处理,同样存在类似问题,尤其是本文更为关注那些能够直接执行的司法文件,上述问题更为明显。比如,像最高人民法院 2016 年制发的《关于发布第 15 批指导性案例的通知》与 2015 年下发的《关于在人民法院工作中培育和践行社会主义核心价值观的若干意见》这两个司法文件就很难归入本文所称的任何一种类型,因为前者只是纯粹传递某种信息,而後者的价值理念与意识形态意味较重,似乎还带有一定的政治性。

第一,规划性文件。所谓规划性文件,是指设定特定时期司法系统运行、管理总体方向或司法改革战略目标的文件。由于这类文件一般是在宏观层面指导、谋划特定时段的司法工作,带有较强的顶层设计意味,因而其制发主体的权力位阶非常高,往往是执政党与中央层级的司法机关。这决定了它们在司法文件体系中的政治地位很高,具有匹配制发主体权威的实际效力,体现着执政党与最高司法机关对司法工作的领导与支配。因此,这类文件“所传递的信息是绝对的、刚性的,下级只有接受而不得挑战与质疑”。<sup>[29]</sup>就此而言,规划性文件是整个“文件司法”体系的起始点,位于“文件治理链”的顶端,不仅构成了司法系统日常运行与改革发展的刚性指南,也在相当程度上反映着国家的司法导向,还会对司法机关与当事人的司法活动产生实质影响。值得注意的是,规划性文件也不完全是制发主体抽象意志的表达,部分文件也在设定规则。<sup>[30]</sup>

按照规划所涉及的层面,规划性文件又可分成三类:一是总体谋划司法体系运行与司法改革的文件,即全局规划性文件;二是司法系统某一组成部分独立规划自己工作的文件,即系统规划性文件;三是总体安排司法某一领域工作的文件,即专项规划性文件。全局规划性文件往往涉及司法工作的基本理念、重大政策与发展方向,其重要程度很高,一般由执政党制发。像2008年中央政法委制发的《关于深化司法体制和工作机制改革若干问题的意见》与2014年中央深改组第三次会议审议通过的《关于司法体制改革试点若干问题的框架意见》就是典型的全局规划性文件。系统规划性文件是有关法院或检察院整体工作发展的文件,一般由最高人民法院或最高人民检察院制发,如最高人民法院2014年下发的《人民法院第四个五年改革纲要(2014-2018)》、最高人民检察院2013年制定的《关于深化检察改革的意见(2013—2017年工作规划)》。从实践来看,这类文件可以由最高司法机关根据自己的意志制定,也可根据全局规划性文件确定的政策优先顺序制定。若是后一种情况,全局规划性文件的精神与内容会被复制到系统规划性文件之中,此时的系统规划性文件可以看作是全局规划性文件的“子规划性文件”。至于专项规划性文件,由于是围绕特定工作发文,执政党与最高司法机关都可以制发,前者如中央政法委2013年下发的《关于切实防止冤假错案的规定》,后者如最高人民法院2015年制定的《关于完善人民法院司法责任制的若干意见》。当然,如果执政党已先行制发文件,最高司法机关需要以之作为自己制定专项规划性文件的依据,而其所制发的文件在某种意义上构成了前者的实施性文件。

第二,规则性文件。规则性文件是指设定或蕴含明确规则的文件,它是目前三类司法文件中体量最大的一部分。这类文件一般针对具体问题而发,目的在于解决司法系统运行与管理中的某类或某种问题。从制发主体来看,规则性文件主要由中央与省级层面的司法机关单独或联合制发,尽管实践中也存在省级以下司法机关制发规则性文件的情况。如果相关问题涉及到几个部门,且难以协调,政法委也可能参与其中,必要时还会作为发

[29] 谢岳:《文件制度:政治沟通的过程与功能》,《上海交通大学学报(哲社会科学版)》2007年第6期,第19页。

[30] 比如,中央政法委2014年制发的《关于严格规范减刑、假释、暂予监外执行切实防止司法腐败的意见》与2015年制发的《司法机关内部人员过问案件的记录和责任追究规定》就设定了一些具体规则。

文主体。根据文件内容涉及的问题,规则性文件可以分为两类:一类是针对程序法与实体法的理解与适用所制发的文件,可以将之称为法律适用类文件,如最高人民法院 2016 年制定的《人民检察院办理羁押必要性审查案件规定(试行)》、最高人民法院 2011 年下发的《关于审理涉及金融不良债权转让案件工作座谈会纪要》。从实践来看,这类文件往往涉及具体的法律适用问题,实际上确立了案件处理“应当遵循的基本原则和应当适用的法律,甚至还创制了全新的法律规则,对案件当事人的实体和程序上的权利义务作了规则上的重构”。<sup>[31]</sup> 另一类是就司法机关内部行政性与司法性事务管理所制发的文件,笔者将之称为司法管理类文件,如最高人民法院 2016 年印发的《人民检察院案件流程监控工作规定》、四川省高级人民法院 2004 年制定的《关于全省法院审判质量评查的规定(试行)》。相比于法律适用类文件,这类文件一般涉及司法机关的内部事务,甚少直接指向外部当事人,因而引发的争议较少。但值得注意的是,随着司法规模增大与内部管理事务增多,这类文件的数量呈增长趋势。

对于法律适用类文件,按照形成方式又可以将之细分为解释型与创制型。所谓解释型,即为了统一下级司法机关对相关法律或司法政策的理解,由制发主体对其进行解释或解答而形成的文件。像广东省高级人民法院 2009 年发布的《广东省高级人民法院关于刑事案件赃款赃物适用法律问题的若干指导意见》与北京市高级人民法院 2009 年印发的《北京市高级人民法院关于审理刑事附带民事诉讼案件若干问题的解答(试行)》就是典型的解释型法律适用类文件。创制型则是指为了补充法律规范或执行特定政策,按照法律的规范目的或司法的理念与原则,制发主体自行构造出蕴含案件处理规则的文件,如北京市高级人民法院 2001 年制定的《北京市高级人民法院关于办理各类案件有关证据问题的规定(试行)》、最高人民法院 2009 年下发的《关于当前经济形势下知识产权审判服务大局若干问题的意见》。无论是解释型还是创制型,如果所确立的规则被实践验证为有效则可能会被司法解释甚至立法所反馈。比如,部分高级人民法院、省级检察院制定的有关证据运用规则就被 2010 年出台的“两个证据规定”与 2012 年刑事诉讼法所吸收。尽管如此,这类文件——尤其是那些由地方司法机关制定的,还是引发了不少非议,它们被认为存在“违法跃阶、地方保护、各行其是等问题”,<sup>[32]</sup> 制定过程也“缺乏透明度和公开性”。<sup>[33]</sup> 或许正是因为存在上述非议,再加上它们并不是正式法源,最高人民法院与最高人民检察院在 2012 年专门联合发文规定,法律文书不得援引地方司法机关制定的法律适用类文件。<sup>[34]</sup>

第三,任务性文件。任务性文件是指布置或安排在一定时段内完成某项具体工作的文件。这类文件一般是对微观层面上的司法性与行政性事务的处理作出具体安排,基本

[31] 黄韬:《最高人民法院的司法文件:现状、问题与前景》,《法学论坛》2012 年第 4 期,第 125 页。

[32] 姚毅奇:《地方司法文件之实践理性分析:以刑事司法文件为例》,《犯罪研究》2015 年第 2 期,第 19 页。

[33] 杨宏亮:《地方非规范性司法文件纳入人大备案审查机制研究》,《法治论丛》2007 年第 2 期,第 42 页。

[34] 参见《关于地方人民法院、人民检察院不得制定司法解释性质文件的通知》第 2 条。另外,该条还明确禁止地方人民法院、人民检察院制定涉及具体法律应用问题的“指导意见”、“规定”等司法解释性质文件,并要求自行清理已制定的这类文件。不过,这一规定的实际效果较为有限,地方司法机关仍在源源不断制发这类文件。

不涉及案件处理中的法律适用问题,也甚少牵涉司法工作的整体规划。由于任务性文件制发的目的在于完成基于某种治理意愿而设定的工作任务,因而它们往往带有强烈的指示性与强制性意味,一般由层级较高的主体尤其是中央与省级层面的司法机关制发。从实践来看,其具体内容大致包括工作的目标与措施、阶段与分工、监督与评估以及注意事项等。像2001年最高人民检察院制发的《关于进一步清理和纠正案件超期羁押问题的通知》与2012年最高人民法院制发的《关于在全员岗位大培训中开展庭审评查和裁判文书评查活动的通知》就是典型的任务性文件。在某些场合下,下级司法机关也会根据上级文件逐层制发相应的任务性文件,以落实上级确定的工作安排。<sup>[35]</sup>这说明上级机关的文件对下级的文件生产具有正向传导作用。如此一来,围绕某项特定工作任务的完成,数量众多的任务性文件会被生产出来,从而形成了一个层叠的文件网络。在这些文件中,最先制发的文件无疑是整条“文件治理链”的起点,执行任务的下级据此能够明确“应该做什么、应该怎么做、应该什么时候做、应该由谁做、应该注意什么等问题”,<sup>[36]</sup>从而有助于工作任务的高效完成。

值得注意的是,任务性文件的制发在很大程度上与高层治理精英的治理意愿和政策偏好紧密相关。在政治科层制的组织结构下,不同层级的司法机关需要按照上级的意志与安排组织自己的工作。因此,一旦上级形成并表达出某种治理意志,下级司法机关会把更多注意力与物质资源投入到这一意志的实现之中,并会借助文件的形式将上级意志传导至自己的下级,以将其动员起来并层层落实,更多的文件也将由此生产出来。也就是说,上级的治理导向与价值选择以及议程安排在很大程度上驱动着任务性文件的生产。比如,党的十八届三中全会提出,“增强法律文书说理性,推动公开法院生效裁判文书。”在执政党确立了裁判文书公开的改革意向后,最高人民法院在2013年出台了《关于推进司法公开三大平台建设的若干意见》与《关于人民法院在互联网公布裁判文书的规定》,以落实裁判文书公开。随后,各高级法院、中级法院甚至基层法院也纷纷出台公开裁判文书的相关文件。虽然这一特质在其他两类文件的生产中也有所体现,但在任务性文件中表现的更为明显。

## (二) 功能

对于司法文件的功能,既有研究更多关注法律适用类文件,认为它们具有填补法律漏洞、推进适法统一与规范自由裁量权等作用。<sup>[37]</sup>但正如安晨曦所言,“这是一种纯粹的以司法文件的法治化旨趣为导向的结论”,<sup>[38]</sup>本身也不甚全面。在笔者看来,分析司法文件的功能不能只考虑法律适用类文件,更不能仅从规则供给的角度切入,因为实践中的司法文件不仅类型多样,制发目的也各异。因此,我们需要将各种类型的文件纳入研究范围,

[35] 比如,安徽省高级人民法院在2016年制发了《关于进一步加强全省法院案件质量评查工作的通知》,接着滁州市中级人民法院据此制定了《关于开展案件质量评查工作的通知》,而凤阳县人民法院又在这两个文件的基础上制定了《关于开展案件质量评查工作的通知》。

[36] 潘同人:《中国政策性文件的政治学思考》,《云南社会科学》2012年第5期,第77页。

[37] 代表性讨论可参见侯丹华:《法院审判业务指导文件功能探析》,《法治论丛》2011年第6期,第113-116页。

[38] 安晨曦:《司法文件:法律虚置后的裁判非正式规则——规则供给与文件政治的二重读解》,《湖北社会科学》2016年第9期,第156页。

从更宽阔的视角探究其功能。借鉴“文件政治”的分析思路,本文把司法文件的功能概括为组织控制、信息沟通、利益表达、意识形态转换与规则创设等五个方面。

其一,组织控制。组织社会学的研究表明,在委托——代理关系模式下,无论是作为下级的组织整体还是某一组织成员,都可能会利用信息不对称与劳动分工和授权的分散化来满足自身偏好,<sup>[39]</sup>并进而发展出迥异于上级的目标与机会主义行为。这些问题不同程度地存在于所有科层组织之中,但在中国司法系统内部,“这些问题由于其巨大规模、复杂结构、垄断地位和制衡机制的缺失而被放大和加剧”。<sup>[40]</sup>因此,组织控制就显得格外重要且必要。司法文件正是权力系统自上而下进行组织控制的一种有效方式,这主要通过意识形态整合与行为规制两个方面体现出来。

司法文件对意识形态的整合通常以“统一思想”的方式实现。无论何种类型的司法文件都或多或少地承载并传递着一定的意识形态信息,它们有些在文件开篇中以“指导思想”的形式呈现,更多则体现在文件的具体内容之中。这些信息表达了“组织的基本愿望,其主要部分至少向所有成员传达了一致认同的目标”,<sup>[41]</sup>并在认知层面建立起了相应的共享观念。学习、贯彻与执行司法文件的过程不仅是文件所确立的目标与观念向下渗透的过程,也是强制下级接受的过程。通过这样的渗透与强制,既能使司法系统从上到下在思想上保持一致,维系并强化下级对组织目标的认可,也能“促使共享观念内化为默会的认知图式,形成组织认同进而整合成员的行为”,<sup>[42]</sup>最终促进司法行为的规范化。如果说司法文件对意识形态的整合是从价值信念层面塑造与培养不同层级组织及其成员对系统整体目标的认同与忠诚,从而有效抑制其可能的离心倾向,那么它对行为的规制则是在行动层面直接划定行为空间与设定行为规范,以减少机会主义行为。正如唐斯所言:“有效的控制始于命令的发布,这些命令越不模糊和越不抽象,下属的自由裁量权就越少。”<sup>[43]</sup>无论是规则性文件还是任务性文件,甚至是规划性文件,都规定了下级的行为方式与标准,有些甚至达到了应该这样做、不应该那样做的程度。在司法文件设定的行动空间内,恣意与僭越行为能够得到不同程度的抑制,并可以确立一种对上级而言具有稳定性、可重复的行为模式。更为重要的是,政治科层制的组织结构赋予了上级更多的权力与更高的权威,各种文件实际上是这些权力与权威的书面延伸。这能保证司法文件的执行力,从而有助于将行动者的行为限制在既定框架内。

其二,信息沟通。从某种意义上讲,任何组织的有效运行都离不开对各种信息的交流与管理,这种对信息的交流与管理在组织理论中被称为信息沟通。“沟通是组织的生命线,传递组织的发展方向、期望、过程、产物和态度”,<sup>[44]</sup>构成了其存续的基本前提。诚如维纳所言:“任何组织之所以能够保持自身的内在稳定性,是由于它具有取得、使用、保持

[39] 参见周黎安著:《转型中的地方政府:官员激励与治理》,上海人民出版社 2008 年版,第 26 页。

[40] 周雪光著:《中国国家治理的制度逻辑:一个组织学研究》,生活·读书·新知三联书店 2017 年版,第 27 页。

[41] [美]安东尼·唐斯著:《官僚制内幕》,郭小聪等译,中国人民大学出版社 2006 年版,第 255 页。

[42] 吴海琳:《意识形态研究的组织论视角初探》,《吉林大学社会科学学报》2011 年第 5 期,第 79 页。

[43] [美]安东尼·唐斯著:《官僚制内幕》,郭小聪等译,中国人民大学出版社 2006 年版,第 154 页。

[44] [美]查尔斯·E. 贝克著:《管理沟通——理论与实践的交融》,康青等译,中国人民大学出版社 2003 年版,第 12 页。

和传递信息的方法。”<sup>[45]</sup>中国的科层组织也有自己的信息沟通方式,如召开会议、请示报告、领导批示、制发文件等,其中制发文件就是一种常用的方式。鉴于文件多是向下制发,因而这是一种典型的下行沟通,即上级以文件作为媒介将自己的思想、意志、政策等信息传递至下级。正是在这一意义上,谢岳指出,“文件制度是当代中国政治运转的一种基本形式,通过文件传播和沟通,科层系统内部和外部能够保持一定程度的信息交换,从而实现统治和管理。”<sup>[46]</sup>同样,在中国司法系统的运行中,各层级权力主体向下制发文件也是一种下行沟通,能够起到信息沟通的作用,因为这其实是上级有意识地向下传递自己有关司法工作的思想、目的、要求等信息的过程。在这一过程中,作为接受者的下级司法机关可以充分、完整地知晓与理解上级的意图与目标,从而更加认同与支持上级的决策。同时,下级司法机关通过学习、讨论相关文件,并制定相应的贯彻执行措施,也有利于集体行动的达成,进而提高司法系统运行的整体效能。

另外,正如前文所言,随着司法文件从封闭走向开放,原本仅在体制内传递的司法文件逐渐向社会公开,尤其是借助于现代网络与信息技术,司法文件得到了更为广泛的传播,社会公众更易查阅与了解。这意味着司法文件的信息沟通功能已不再限于体制内的上情下达,还具有一定的政治沟通意味。通过这种沟通,司法系统可以把司法的运行状况展示给社会公众,让其知晓自己有关司法的价值取向与战略目标、司法运行管理的政策导向与制度规则以及为改善司法运行所做的努力,从而赢得社会公众的信任与支持。

其三,利益表达。在当代中国特定的政治与社会结构下,司法文件还有政治学意义上的利益表达功能。按照阿尔蒙德和小鲍威尔的观点,“当某个集团或个人提出一项政治要求时,政治过程就开始了,这种提出政治要求的过程称为利益表达。”<sup>[47]</sup>与西方国家利益表达机制不同,中国社会的利益表达是由政治系统内的治理精英通过分析、研究和调查而将他们认定的社会利益输入到公共政策中去,即所谓的“内输入”。也就是说,“人民的利益”是通过群众路线收集并代为表达的,它依靠的不是多元决策下的社会互动,而是相关决策者的政治折中。<sup>[48]</sup>然而,由于决策者无法对社会各阶层与各领域的利益需求体察入微,再加上社会转型不断产生新的法权要求,因而难免疏漏或忽视一些利益需求。在自下而上的自主性与参与性利益表达渠道并不特别畅通的情况下,那些利益没有被关照的群体往往会以制度之外的其他方式表达利益,以期引起注意,进而使自己的利益诉求进入政策议程。执政系统在觉察到这些诉求后,“会以新的或补充形式的文件或法规来满足他们的利益需要”<sup>[49]</sup>

毫无疑问,某种利益需求未被照顾甚至遭到既有法律与政策忽视的情形在司法场域中同样存在,这些利益群体也会以一定的方式甚至是抗议性、非制度性的方式进行利益表达。对于这些利益表达尤其是那些合理的利益诉求,显然应该予以必要的回应。因为

[45] [美]N. 维纳著:《控制论:或关于在动物和机器中控制和通信的科学》(第2版),郝季仁译,科学出版社2009年版,第60页。

[46] 谢岳:《文件制度:政治沟通的过程与功能》,《上海交通大学学报(哲社会科学版)》2007年第6期,第21页。

[47] [美]加布里埃尔·A. 阿尔蒙德、小G. 宾厄姆·鲍威尔著:《比较政治学:体系、过程和政策》,曹沛霖等译,上海译文出版社1987年版,第199页。

[48] 参见胡伟著:《政府过程》,浙江人民出版社1998年版,第265页。

[49] 师从美著:《文件政治与乡村治理》,广东人民出版社2014年版,第88页。

“如果政府制度只代表利益集团的利益,只代表社会组织的利益,那么政府行为就只有局部的合法性,而不可能有普遍的合法性。”<sup>[50]</sup>在“内输入”的利益表达模式下,回应的基本方式便是主动体认社会的司法需求,将其纳入决策议程,并最终以一定的形式输出。司法文件便是其中一种重要输出形式。其实,很多司法文件的制发在很大程度上都肇始于决策者体察到某些群体的利益表达,并认为需要将其合理部分落实为相应的政策规定。<sup>[51]</sup>就此而言,司法文件其实是中国独特利益表达机制在司法场域中的体现,即决策者在决策议程中主动输入社会各界的司法利益诉求,再以文件的形式输出,司法文件在某种程度上是其代社会公众或利益群体进行利益表达的一种体现。

其四,意识形态转换。对于文件在当代中国政治过程中的作用,舒尔曼认为,作为连接抽象意识形态与日常政治桥梁的文件承担着将“纯粹性”意识形态转换成“实践性”意识形态的任务。在他看来,意识形态是抽象的、不可操作的,而文件的作用就在于将这些难懂的理论教条与核心理念转换成具体的、易于操作的政策与策略。这些转换后的政策与策略或是价值形态的,或是行政指令形态的,或是纯粹信息形态的,但它们在很大程度上都克服了纯粹意识形态的僵化性、原则性,而突出其可变性、实用性。<sup>[52]</sup>同样,司法文件也具有这样的转换功能,即它以特定的表达方式将有关司法的抽象意识形态转换成心理层面的实践性认知图式与制度层面的操作性规则,并以具体的司法路线、司法主张与制度规范等表现出来,进而被输送至日常的司法裁判与内部治理活动之中。通过这种转换,执政系统对司法价值目标所作的阐述变得更容易理解,也更具灵活性,从而不仅有助于共享观念的形成,也有利于通过制度规则进行集体动员,最终拓展意识形态行为整合与激励功能发挥的渠道。

无论是规划性文件还是规则性文件,抑或任务性文件,它们都履行着相应的转换功能。就规划性文件而言,尽管它在某些时候仍然表达着某种意识形态,但这些意识形态已不再是纯粹的观念化形式,而是具有很强的实践意义。因为它通常以感召性很强、通俗易懂的表达方式来阐释相关意识形态,如“司法为民”、“严格司法”、“阳光司法”、“服务经济发展”、“保驾护航”等,从而使抽象的意识形态转换成实践性的意义系统,即一些具体、明确的司法方针与政策。这些意识形态经过转化后,会具备很好的集体动员与意义整合效果,能够“激发个体成员的信心和热情,坚定实现行动目标的决心,甚至能激励个体为群体的长期目标和利益牺牲自己的局部利益”。<sup>[53]</sup>相比于规划性文件,规则性文件与任务性文件的转换功能更加明显。它们除了采用规划性文件的转换方式之外,还通过明确的语言将执政系统所倡导的意识形态转换成具有可操作性与可执行性的制度规则,甚至是行政式指令。这实际上是使抽象的意识形态变成了具备相应实施机制的制度规则,从

[50] [美]塞缪尔·亨廷顿著:《变革社会中的政治秩序》,华夏出版社1988年版,第26页。

[51] 比如,最高人民法院在2015年制发的《关于依法切实保障律师诉讼权利的规定》、最高人民检察院2014年制定的《关于依法保障律师执业权利的规定》就是司法精英意识到社会公众尤其是律师群体此前就律师权利充分行使所进行的利益表达后而作出的反应。类似这样的例子还有很多。

[52] Franz Schumann. *Ideology and Organization in Communist China*. 2nd. Berkeley: University of California Press, 1968, pp. 21 - 30. 转引自谢岳:《文件制度:政治沟通的过程与功能》,《上海交通大学学报(哲社会科学版)》2007年第6期,第21页。

[53] 沈湘平:《合法性与意识形态建设》,《天津社会科学》2002年第1期,第39页。

而可以将对意识形态的认同具体化为对制度规范与组织秩序的遵守,进而有利于减少机会主义行为,<sup>[54]</sup>促进司法活动与成员行为的规范化。

其五,规则创设。司法文件还有规则创设功能,但这主要是针对规则性文件与部分设定了规则的规划性文件而言的。正如凌斌所指出的那样,中国法治化的总体进程是一个不断贯彻“科层主义法治模式”的改革过程。<sup>[55]</sup>这一以法理型权威为中心、以科层制为组织体系的法治模式,强调对成文规则的总体服从,并借助于各种规章与纪律追求秩序的有条不紊与行为的有章可循,即制度理性化原则下的规则之治。然而,面对转型时期种种非常规的司法问题,科层法治不可避免地存在一定的不完备性与治理困境。一方面,社会交往活动的复杂性与专业化导致本身是规范与评价已然社会行为的立法无法穷尽现实司法所涉及的方方面面,这使得科层法治下的规则之治经常运转不灵,出现所谓的“制度短缺”问题。另一方面,司法系统内部事务日益呈现出的庞杂性与不确定性使得决策系统很难预见所有问题并事先提出制度化的解决办法,进而“导致组织无力回应外界发生的变化和组织的成长,无力满足完成基本任务的需求”。<sup>[56]</sup>基于科层法治对规则的要求,应对这些问题的一个相对理性且成本低廉的策略就是利用累积的司法知识对既有制度规范进行嫁接、补充、延展,并以司法文件这种相对权威的形式将其固定下来。在此过程中,司法文件实际上是在创设规则。

从实践来看,司法文件创设规则的方式主要有四种:其一,续造,即在没有相应制度或规则对应的情况下,根据法律调整的目的或既定司法战略构造出新的制度规范。其二,细化,即对既有规定尤其是其模糊与不明确之处作出更为细致与具体的规定。其三,拓展,即充实或完善某一具体规则或法律原则。其四,变通,即根据多样化的司法与管理需求,对已有制度或规则进行适应性修正。毫无疑问,司法文件所创设的规则会影响司法体系的运行与当事人的诉讼活动,在某些时候甚至还会替代正式的法律制度。不过,由于它们并非“临时发布的、具有极大专断性的短期指示或个别命令”,<sup>[57]</sup>也确实为案件处理与司法系统的内部治理提供了相对明确的制度规则,因而有助于形成另一种意义上的“规则之治”。更为重要的是,这种规则创设在一定程度上弥补了科层法治对实践理性缺乏灵活反应的局限,更好地协调了专业化与多样化的对接问题。从这一点来看,司法文件的规则创设功能其实构成了对科层法治局限性的一种外部补救,起到了边际效用改善的作用。

## 四 司法文件的效用与困境

### (一) 效用

在工具理性层面,司法文件并不只是一种维系司法系统运转的重要纽带,也不只是作

[54] 参见[美]罗纳德·H. 科斯等著:《财产权利与制度变迁——产权学派与制度学派译文集》,刘守英等译,上海人民出版社、上海三联书店1994年版,第382页。

[55] 参见凌斌:《科层法治的实践悖论:行政法治化批判》,《开放时代》2011年第12期,第83-85页。

[56] [美]彼得·布劳、马歇尔·梅耶著:《现代社会中的科层制》,学林出版社2001年版,第139页。

[57] 丁轶:《反科层制治理:国家治理的中国经验》,《学术界》2016年第11期,第30页。



为一种权力与权威的“象征符号”，它有着契合于中国政治与司法语境的独特功能。司法文件在实现这些功能的同时，从多个方面提升了司法体系整体的有效性与合法性，<sup>[58]</sup>并将司法体系“有效性的建设与合法性的累积结合起来，使有效性建设包含有合法性的追求”。<sup>[59]</sup>司法文件的效用就是在这样的逻辑中展现出来。

第一，司法文件提高了司法体系的理性化程度。从某种意义上讲，当代中国司法体系现代化的过程实质上是一个理性化因素不断增长的过程。在这一过程中，司法文件从三个方面推动着司法体系理性化的展开。其一，确立现代司法理念。现代司法理念在中国落地生根除了通过正式法律确认之外，另外就是司法文件的认可。诸如司法职业化、司法责任制与证据裁判主义等莫不都是先被权威司法文件所认可进而才确立下来。司法文件对类似这些原则的确认，一方面实现了司法理念的更新，从而提升了司法体系的现代性品质，另一方面也为构建合理司法程序与引入现代司法技术奠定了基础。其二，推动司法机制改革创新。多年以来，有关司法机制的改革创新在中国一直未有停止，司法文件正是这些改革创新的重要突破口与推进力量。很多具体机制与制度的改革都是以文件的形式确立并推广开来，如取消党委批案制、抗辩制诉讼制度改革、审判权运行机制改革等。应该说，这些改革创新在优化司法体系制度结构的同时，既促进了司法体系整体运行的合理性，也增强了其对外部环境的适应性。其三，规范司法程序运行。程序的形式合理性常被认为是理性化司法的核心要素。针对既有程序构造不合理及其运行规范化不足的问题，很多司法文件重构了司法程序的制度结构与具体细节。它们或是细化既有程序制度，或是弥补其缺漏，总之都在技术层面提升了司法程序的完整性与可操作性，在价值层面增强了程序的公正性，最终促进了司法程序运行的技术化与合法化。

司法体系理性化的过程表明它具有较强的体制与结构的自我完善能力，而这正是利用司法文件的推动作用实现的。通过司法文件，司法体系在理性化过程中实现了对自身结构与运行方式的不断调整，从而提升了司法体系的现代性与适应性，并产生了一种双重合法化效应：一方面，司法体系的理性化奠定了现代化司法的合理性原则，司法过程得以建立在符合司法专业化原理的机制与制度之上，从而为增强司法体系的社会秩序整合能力提供了新的“支配性资源”；另一方面也增强了社会公众对司法体系制度结构合法性的认同，从而有助于累积司法体系的权威性资源与象征性资本，确保其合法性的延续。

第二，司法文件强化了司法体系的社会秩序形成能力。从社会治理的角度而言，现代司法的重要功能在于促进社会秩序的形成。这正如狄骥所言：“一项司法行为之所以具

---

[58] 在政治学的权力分析视野中，有效性是指权力的实际作为或绩效，它构成了权力合法性的重要基础。在这一意义上，司法体系有效性的增强有助于其合法性的提升。但值得注意的是，单纯的有效性并不足以支撑合法性的长期维系。因此，政治权力还必须开发其他合法性资源。就本文的议题而言，司法文件对司法体系合法性的提升还体现在它为司法体系合法性的维系提供了有效性之外的其他资源。关于有效性与合法性更为详细的分析可参见[美]西摩·马丁·李普塞特著：《政治人——政治的社会基础》，张绍宗译，上海人民出版社1997年版，第55-59页。

[59] 林尚立：《在有效性中累积合法性：中国政治发展的路径选择》，《复旦学报（社会科学版）》2009年第2期，第51页。

有巨大的社会影响力,是因为它通过对法律的保障来保证社会秩序。”<sup>[60]</sup>司法文件主要通过如下方式增强司法体系的社会秩序形成能力。其一,促进纠纷的有效解决。随着社会转型以及转型过程中的调控失策,社会中出现了大量难以基于规则之要求有效解决的非常规纠纷。针对这样的情况,部分司法文件在融合法律规范、政治规则与社会惯习的基础上创制了很多实体性规则。这些规则为纠纷事实的判断提供了相对明确的指引,从而能够促进这些复杂纠纷的合理解决。其二,扩张司法管辖范围。“面对经济交往的日益活跃、利益争执总量不断增加、新型权利诉求不断增长的现实”,<sup>[61]</sup>司法文件通过重构法律规范扩张了司法管辖范围,将更多社会冲突纳入司法解决的渠道。这既扩大了司法救济的范围,也有利于社会秩序的整合。其三,引导社会主体的行为选择。一个有效的司法体系不仅表现为公正、高效地化解纠纷,修复失衡的社会秩序,还体现在有能力引导社会主体的交往行为,控制可能发生的纠纷上。司法文件在后一方面的作用也较为明显,因为有些司法文件不仅设定了实体权利与行为准则,也向社会表明了司法“允许和保护什么行为、禁止和限制什么行为”<sup>[62]</sup>的明确意见,从而可以起到类似公共政策行为指引的作用。这显然有助于理性合作的达成,减少社会冲突的发生。

福柯认为,现代权力的运作方式是“自我放大”,它总是在应用过程中持续不断地增强与扩充自己的力量。<sup>[63]</sup>借助于司法文件,司法体系不仅拓展了自己影响社会的广度与深度,也提升了自身在国家治理体系中的位置。这在实现司法权再生产与再扩大的同时,直接提升了司法体系在权利诉求满足与社会秩序形成方面的能力,即增强了司法作为一种治理机制的有效性。这种有效性的增强产生了两个方面的合法性效应:一方面,它使司法体系能够通过社会治理与权利保障的实际效果向社会证明自己的合法性;另一方面,它满足了社会公众对司法的心理期望与实际诉求,能够赢得更多的公众认同与政治支持,从而夯实了司法体系合法性的社会基础。

第三,司法文件强化了司法体系的自我治理能力。面对不断变化的技术环境与制度环境,任何组织都会面临一系列的组织问题甚至是危机,<sup>[64]</sup>并由此产生基于生存与发展压力的治理需求。中国的司法体系同样如此,甚至由于其面临的是一个事务庞杂、利益多元、变动不居的组织环境,需要治理的问题可能更多。在应对这些问题的过程中,司法文件从三个方面提高了司法体系的自我治理能力。其一,创设治理机制。随着司法活动的日益专业化与理性化,司法体系对自身的治理逐渐转向制度化与技术化,各种常规性的治理机制被建立起来,并逐步内嵌到司法体系的日常运作之中。这其中的很多治理机制都是通过司法文件确立,并以之作为实施基础。常规性治理机制的构建,既产生了科层制要求的技术理性效果,避免了以往内部治理存在的随意性与变通性等问题,也强化了治理力度,提高了治理效率。其二,设定治理议程。针对司法自身存在的问题与社会各界的关

[60] [法]莱昂·狄骥著:《公法的变迁·法律与国家》,郑戈等译,辽海出版社、春风文艺出版社1999年版,第194页。

[61] 杨建军:《通过司法的社会治理》,《法学论坛》2014年第2期,第22页。

[62] 侯丹华:《法院审判业务指导文件功能探析》,《法理论丛》2011年第6期,第115页。

[63] 参见汪民安、陈永国、马海良主编:《福柯的面孔》,文化艺术出版社2001年版,第122-135页。

[64] 参见周雪光著:《组织社会学十讲》,社会科学文献出版社2003年版,第69-91页。

切,执政系统会定期设定相应的治理议程及其目标任务,并以司法文件的形式出台。凭借司法文件设定的治理议程,司法体系不仅可以扩大治理的横向范围,也能深化治理的纵向力度,从而在两个向度上展开多重目标的自我治理。同时,不同层级司法机关的治理目标也基本按照既定治理议程的规划设定,这能确保治理行为的统一性与联动性。其三,布置治理措施。正如我们所看到的那样,很多针对具体司法问题的治理措施都是以司法文件的形式向下布置,整个治理过程也是伴随着文件的定制化生产与对文件的执行而展开。由于司法文件内含着相当的政治权威与行政压力,以司法文件布置治理措施可以突破常态治理的窠臼,确保体系内资源的有效动员与治理措施的完整执行。这既有利于问题本身的解决,也能在短期内形成面向社会的较高治理绩效。

从某种意义上讲,司法体系治理自身问题的水平反映了其应对风险与抵御危机的能力。这种能力的强弱直接关系到司法体系“在民众中的权威与形象,直接影响其获得社会认同、赢得合法性资源的基础与空间。”<sup>[65]</sup>利用司法文件提供的治理工具与政策选项,司法系统保持了对所处环境的动态适应性,并增强了化解自身问题与应对各种风险的能力。正是这种自我治理能力的提升,各种形成于复杂现实环境的问题与风险不但没有从根本上动摇司法体系存续的根基,反而还使得其在有效解决这些难题的过程中获得持续发展,并改善了社会公众对司法体系的认知与态度,从而能够赢得更多社会认同,其合法性也因此而得到累积。

## (二) 困境

应该说,执政系统将司法文件作为一种重要的治理术,是较为符合中国特殊政治与司法环境特点的理性选择,至少是一种次优选择。司法文件也确实输出了较强的治理绩效,从而在相当程度上缓解了司法系统的运行压力。然而,司法文件在运行中也表现出了内在的紧张、矛盾与冲突,存在着一些在目前体制下难以克服的困境。这些困境聚集着制约司法现代化展开的负能量,在极端情况下甚至会损害司法文件本身乃至整个司法体系的合法性。

第一,司法文件的贯彻执行以科层权力作为保障,这可能导致司法体系的行政化特征“内卷化”。从实践来看,尽管司法文件在执行中也不同程度地存在选择性执行、象征性执行等问题,但总体上还是保持了较高的执行效率。这正是其在工具理性层面能提升司法体系有效性与合法性的重要原因。然而,这种执行的高效率并不完全是执行主体自觉认同与接受司法文件而形成的效应,更多其实是司法文件背后所隐藏的科层权力主动作为的结果。如前所述,司法文件承载着制发主体的意志,象征并代表着其权力与权威。为了让下级服从司法文件设定的目标与规则,制发主体往往会利用职位所赋予的权力向下进行强制动员,以将分化程度不一的司法体系重新“粘合”,从而形成体系内纵向一致与横向协作的一体化结构,并在此基础上配以强大的正向与负向激励并设定相应的行动空间与行为标准,让分散的下级在目标、激励与约束等方面整合一致,最终达成强力推行司法文件的目的。正是通过制发主体这样的作用,司法文件才得以高效执行。这意味着司

[65] 林尚立:《在有效性中累积合法性:中国政治发展的路径选择》,《复旦学报(社会科学版)》2009年第2期,第51页。

法文件的执行在很大程度上是以科层权力作为担保。一旦离开科层权力的强制与整合,司法文件的效力与权威很可能被部门利益、自主性诉求与社会关系网络所消解与“软化”,其执行效果必然大打折扣。事实上,即便是法律适用类的规则性文件在实践中的适用也离不开科层权力的保障。对此,有论者就指出,“如果没有充分理由而在工作中偏离相关审判业务文件指导性、方向性思路,可能面临审判监督和审判管理的双重约束。”<sup>[66]</sup>

这样一来,无疑会强化司法体系本身的科层属性,也会导致行政元素与科层权力在司法体系中的活跃。虽然“任何意义上的司法运动都摆脱不了官僚行政化的趋势”,<sup>[67]</sup>但这种官僚科层化更多是组织结构与伦理规范意义上的理性化,而非权力运行层面的行政化。在司法文件的执行需要以科层权力作为保障的现实下,司法体系运行的行政化将不可避免。这就有可能出现如杜威所说的,“人们举起了理想的旗帜,然后却向着具体条件所揭示和嘉奖的方向前进”,<sup>[68]</sup>也就有可能进一步固化司法体系的行政化特征,最终对其结构优化带来不利影响。从这一点来看,司法文件以行政化和权力化的方式增强了司法体系的合法性与有效性,但它同时又构成了对其本身的弱化与消解。

第二,司法文件强化了少数治理精英的意志作用,从而可能导致其发生不同程度的异化,并增加司法体系运行的不确定性。如吴国光所称,“文件治国”居于民主政治和个人独裁之间,它既非多数人统治,又非个人独裁,而是由少数人组成的最高领导阶层治理国家。<sup>[69]</sup>但不可否认的是,司法文件强化了治理精英个人意志在司法体系运行中的作用,这在一定程度上彰显了卡理斯玛式的人格权威而弱化了正式法律的权威。事实上,正如前文所言,少数治理精英对司法文件的制发时机、价值取向与内容形态起着相当的决定性作用。政治科层制的组织体制也确实赋予了他们主导司法文件制发的能量与合法性。然而,正是这种卡理斯玛权威的合法性存在,使得司法文件无法摆脱米歇尔斯所说的“寡头统治铁律”!<sup>[70]</sup>作为政策与规则载体的司法文件本是用来促进公共利益,维系司法体系的合法性与有效性,结果却可能被少数治理精英甚至领导者个人当作谋求政绩或推行个人意志的工具。一旦他们所追求的政绩或体现在司法文件中的意志与司法体系所致力实现的公共利益矛盾,则不可避免地导致司法文件偏离其初衷,甚至出现初始目标被置换的情况,最终致使司法文件发生不同程度的变异。在这种情况下,司法文件所起的作用不过是将不合理的利益诉求与个人意志“合法化”,其本身也将蜕变成一种在很大程度上服从个人意志与利益的“私人物品”。这样,司法文件“不但对促进社会公共利益没有效率,而且会丧失社会的认同和支持,从而丧失政治合法性”<sup>[71]</sup>“由于每个权力攀登者都寻求权

[66] 侯丹华:《法院审判业务指导文件功能探析》,《法治论丛》2011年第6期,第114页。

[67] 王申:《科层行政管理下的司法独立》,《法学》2012年第11期,第139页。

[68] [美]亚历山大·托马斯著:《杜威的艺术、经验与自然理论》,谷红岩译,北京大学出版社2010年版,第62页。

[69] 参见景跃进:《中国的文件政治》,载北京大学国家发展研究院主编:《公意的边界》,上海人民出版社2103年版,第136-137页。

[70] 米歇尔斯认为,正是组织使当选者获得了对于选民、被委托者对于委托者、代表对于被代表者的统治地位,组织处处意味着寡头统治。此即“寡头统治铁律”。详细讨论参见[德]罗伯特·米歇尔斯著:《寡头统治铁律——现代民主制度中的政党社会学》,任军锋译,天津人民出版社2003年版,第350-358页。

[71] 冯仕政:《中国国家运动的形成与变异:基于政体的整体性解释》,《开放时代》2011年第1期,第91页。

力、收入与声望的最大化,他总是渴望更多地拥有这些利益,”<sup>[72]</sup>因而司法文件异化的困境将始终存在。

还值得注意的是,由于少数领导对司法文件的制发具有超强的影响力,司法文件的取向与内容会随着领导的更替或其意志的改变而发生变化:新的领导上任或在位领导的注意力发生改变,可能就会有新的文件制发;而随着领导的离任或转任,那些已出台文件的权威与约束力也将自然下降,甚至被推翻或否定。这不仅导致司法文件形式上的稳定性不足,也使得其所承载的实体内容变换频繁,难以形成稳定的治理预期与一以贯之的政策主张,从而可能增加司法体系运行的不确定性。

第三,司法文件的制发常以政治意志为依据,有时会妨碍司法专业能力的展现,进而造成一定的效率耗损。在中国的政治体制中,法律与政治的关系独特,“法律必须服从政治的要求,政治也要借助法律的技术,这种政治与法律之间的有机结合产生了一个独特的法律概念‘政法’”<sup>[73]</sup>深嵌于政法体制下的司法从来都不是一个完全独立于政治系统的自主性体系,而是在很大程度上要接受政治权力的驾驭与统摄。这种司法运行模式具体到司法文件中就体现为政治意志构成了司法文件制发时机与内容取向的重要指引,甚至文件制发的权力与动力也是由党政系统与政治权力注入。大多数情况下,政治意志能够代表公共利益,并充分体现着社会发展规律,那么在此基础上形成的司法文件不仅可以丰富司法治理的手段与策略,增强司法体系在非正规组织环境下的灵活反应能力,也可以有效回应与解决复杂的现实司法问题,降低因正式制度不足或僵化所造成的效率耗损。但从理论上讲,受制于理性能力与知识构成的先天不足,再加上复杂的利益冲突与平衡,政治意志对公共利益与社会规律的认识不可能达到高度理想化的状态,即便是接近都极其不易。

在这种情况下,以政治意志或其治理取向——特别是在个别地方——为准绳制发司法文件,不仅有可能抑制司法体系专业能力的充分发挥,使得司法始终难以彻底摆脱行政化/治理化逻辑的支配,还可能导致司法突破其职能边界而涉入复杂的政治决断之中,脱离中立性与被动性,最终破坏专业精神,损害司法体系的良性发展能力。至于司法文件的内容本身是否合理并具备足够的公共理性,更是不无疑问。由于司法专业能力受到外来意志的限制,司法文件在某些时候可能“单就特定目标领域或阶段而言是‘高效率’,但从整体和长期而论,效率更差”<sup>[74]</sup>这在部分规则性文件中体现得较为明显。为了响应地方党委与政府特定时期的“中心工作”,司法系统会制发一些设定有明确规则的文件,并要求下级严格遵守。这必然会束缚司法人员的积极性与能动性,固化倚赖司法文件的“习性”,从而制约形式主义司法技术的养成与运用;同时,基于照章办事的科层要求与对安全的考虑,司法人员不会审查这些司法文件与正式法源的精神是否一致以及是否合法有效,于是它们便自然取得法律的地位,法律位阶极不正常地发生错位或倒置,<sup>[75]</sup>从而损害形式法治的自足性。显而易见,这对法治的长期发展而言,不仅没有效率,反而还造成

[72] [美]安东尼·唐斯著:《官僚制内幕》,郭小聪等译,中国人民大学出版社2006年版,第99页。

[73] 强世功著:《法制与治理:国家转型中的法律》,中国政法大学出版社2003年版,第123页。

[74] 冯仕政:《中国国家运动的形成与变异:基于政体的整体性解释》,《开放时代》2011年第1期,第90-91页。

[75] 参见胡亚球著:《起诉权论》,厦门大学出版社2012年版,第132页。

效率损失。这也就意味着通过司法文件取得的短期效果可能无法弥补因此而损失的长期效率,无形中减弱了司法文件的效能。

任何类型的司法文件,不管其取向、目标与内容为何,可能都无法完全避免上述困境,至多只是这些困境及其衍生的危险所表现出来的程度有所差异,对司法体系正常运行与发展的破坏烈度不一。在不同类型的司法文件中,这些困境或是单独发生,或是多种困境交织在一起而互相作用。但不管怎样,可以肯定的是,这些困境的存在会降低司法文件实际输出的绩效,甚至当它们表现剧烈时还将削弱司法文件本身乃至整个司法体系的合法性。这会促使执政系统减少对司法文件的使用,它对司法体系运行与发展的作用也将随之下降。但另一方面,由于支撑司法文件存续的结构性条件依然存在,一旦司法系统所处现实环境发生变化而需要作出回应时,司法文件仍将成为治理精英的相机选择。

## 五 结 语

从制度发生的维度看,司法文件具有地方性和时代性,它在中国司法场域的存续是多种因素综合作用的结果,有其必然性与合理性。正如我们所看到的那样,司法文件在中国司法体系的运行中扮演着十分重要的角色,各种类型的司法文件“构成一个相互联系、相互影响、相互制约的体系,这个体系在某种程度上是和法律体系并行的规范体系”,<sup>[76]</sup>约束和改变着司法人员与诉讼参与人的行为。然而,司法文件作为一个体系,它并不只是一个类似于法律的规范体系,更是执政系统治理各种司法问题与推动司法改革的“利器”,具有契合于中国政治与司法结构环境的独特功能。无论基于何种立场与价值倾向,也不管如何评价司法文件,我们都不能否认其对中国司法体系的改革与发展乃至法治建设所起的积极作用。当然,这并不是说司法文件没有任何负面效应,更不意味着它的所有方面都是合理的。但由于支持司法文件存续的条件在短期内不会消失,它仍将作为一种重要的治理术而存在。也就是说,在中国司法走向现代性的过程中,司法文件依然不可或缺,中国司法在未来一段时间内还将保持文件治理与法律调控的共治格局。从这一点来看,现在的问题可能不是要抛弃或摆脱司法文件,而是怎样尽可能发挥其正面实效而抑制其负面效应。在这方面,目前较为可行的策略是进一步完善司法文件制发的制度规则,尤其需要从公共决策的角度构建民主化、透明化与科学化的司法文件策动与形成机制,在规范与约束司法文件制定过程的同时,提高其实体内容的专业性与公共性品质。当然,随着国家整体治理结构进一步向法理型转型,再加上司法改革的深入推进,司法文件功成身退也并非不可能。

正如苏力所指出的那样,虽然我们置身中国,但由于充满了太多对西方自由主义法治原则的理念崇拜以及对当下中国现实法律生活的想象,我们其实并不因此就更加了解、熟悉中国当下的司法。<sup>[77]</sup>或许也是因为如此,社会各界对司法文件始终没有形成客观的认知,很多判断都带有强烈的教条主义倾向甚至是泛价值化的情绪宣泄。这样的判断倒是

[76] 潘同人:《中国政策性文件的政治学思考》,《云南社会科学》2012年第5期,第73页。

[77] 参见苏力著:《也许正在发生——转型中国的法学》,法律出版社2004年版,第122-154页。

很贴合刘小枫对现代主义下“学问的审美化或政治行动化”的诊断：“构想多于观察、诗意铺陈多于描述性分析、解放主张多于症候分析、新异的知识话语的建（或解）构多于对现存知识论述的审理”。<sup>[78]</sup> 然而，仅仅是“正确的”话语与理论不可能改变反而会遮蔽复杂的司法实践，更不可能有效解释“新旧政法体制衔接转型”<sup>[79]</sup>下中国当代司法及其独特运作，结果使得我们不仅无法深度分析当下中国司法实践的知识结构、制度和机制，更无法全盘把握中国司法的制度环境、社会条件和政治文化。<sup>[80]</sup> 就此而言，或许我们应该“抑制现代主义式的主观感受性表达和现代性的情绪躁动，寻求建立一种有知识学观察距离的论述体制，注重实证性的说明、描述和分析”。<sup>[81]</sup> 这就要求我们回到事实层面以一种主体性而非“他者化”（西方化）的视角来探寻与揭示司法文件作为一种独特司法现象与治理策略的内在逻辑。唯有如此，才可能真正“在地化”地把握并理解司法文件以及中国司法。

[本文为作者主持的四川大学中央高校基本科研业务费研究专项（法学）项目（2018fxzy-01）的研究成果。]

---

---

[ **Abstract** ] The long-term existence of judicial documents, a unique judicial phenomenon in China, is the result of some internal causes and external supports. Judicial documents have experienced a dynamic evolution along with political development, social change and legal system transition in the country. Different types of judicial documents together constitute an organic system, which performs a unique function in China's specific political and judicial environment. Although judicial documents produce relatively strong governance performance and enhance the effectiveness and legitimacy of China's judicial system in various aspects, they have displayed a series of internal contradictions, conflicts and tension in their operation, which constrain the modernization of justice. In the foreseeable future, judicial documents are still indispensable to the operation and development of China's judicial system, although its role may decline. Therefore, the current task is maybe not to abandon or get rid of judicial documents, but to maximize their positive effects and minimize their negative effects. This requires us to have a deep and comprehensive understanding of the inherent logic of judicial documents from the perspective of subjectivity, rather than "otherization".

---

---

（责任编辑：支振锋）

[78] 刘小枫著：《现代性社会理论绪论——现代性与现代中国》，上海三联书店 1998 年版，第 10 页。

[79] 冯象著：《政法笔记》，江苏人民出版社 2004 年版，弁言第 3 页。

[80] 参见方乐：《从“问题中国”到“理解中国”——当下中国司法理论研究立场的转换》，《法律科学》2012 年第 5 期，第 14 页。

[81] 刘小枫著：《现代性社会理论绪论——现代性与现代中国》，上海三联书店 1998 年版，第 5 页。