

论价值判断作为裁判依据的二阶性^{*}

□ 姜永伟

内容提要 形式主义司法三段论无法妥当地说明价值判断在法律推理的过程中作为裁判依据的基本定位。价值判断不同于事实依据和规范依据,其作为裁判依据具有明显的二阶性。在常规案件中,法官的价值判断作为“论证性依据”为裁判结果提供更加充分的说明性理由。在疑难案件中,法官的价值判断作为“决断性依据”为何以拒斥特定规则的适用提供证成,并指示相关公众意见和法律原则进行互相“加工筛选”以形成可供适用的裁判依据。论证性依据与决断性依据的识别标准是法官对可预见的裁判结果的价值认同。不论是作为论证性依据还是决断性依据的价值判断,都必须接受法律体系的约束和指引,保证法律推理具备一定的“形式性”。法官的价值判断被用来塑造技能更加高超纯熟的司法工艺师,而非“放飞自我”的政治家。

关键词 价值判断 法律推理 二阶性 论证性依据 决断性依据

作者姜永伟,大连海事大学法学院副教授,中国政法大学访问学者。(大连 116026)

DOI:10.14167/j.zjss.2021.02.007

价值判断如何见融于法律推理,并使最终的司法判决具备正当性和可接受性,一直以来都是法学理论研究中极具挑战性的问题。伴随着近年来社会转型之加剧,疑难案件的不断涌现,该问题的理论价值和实践意义又被进一步放大。形式法治论者认为:“强调任何实质价值都将贬损法治的重要性,并且实质法治观念还将与反法治的立场重合,所以即使承认法治的理想地位,也并不意味着法治必然承诺特定价值,形式法治依然是具备理论优势的主张。”^①实质法治论者对此提出了严厉的批评:形式法治所抱持的理论进路,不仅仅是在裁判过程中保持价值中立,它还可能致司法在面对邪恶的时候也依旧保持一副漠不关心的高冷姿态——这注定是一种失败的法治观。^②较审慎的折中主义观点则认为形式法治内含了如下几个

面向:作为法体系美德主张的形式法治论总体上是正确的;作为法治概念主张以及法体系美德研究界限主张的形式法治论分别存在逻辑缺陷和视野偏狭的问题;而作为司法裁判根据的形式法治论,则制造出了让司法实务者大为头疼的疑难案件。^③折中主义的观点大致肯定了形式法治的总体价值,但也相对直白地揭示了其面对疑难案件的无力——有时候甚至是难堪。

事实上,一种将价值判断完全抽空的“纯粹法学”既不可想象也不可欲。自概念法学的乌托邦破产以后,风起云涌的诸多法学流派,如自由法学、利益法学和评价法学等,合力将司法裁判中的价值判断问题推向前台。而在中国法学研究领域内,即使法教义学和社科法学(或者说法条主义与后果考量)就价值判断问题打了很多“口水仗”,但也

^{*} 本文系国家社科基金重大项目“社会主义核心价值观的司法贯彻机制研究”(17VHJ008)的阶段性成果。

都从未否定价值判断的必要性和重要性,不过只是就何时需要以及如何进行价值判断有不同认识罢了。^④然而,在这之前,还有一个更为基础性的问题亟待澄清:在司法裁判尤其是法律推理的过程中,价值判断到底应被予以何种定位以及如何发挥作用?

一、价值判断作为裁判依据及其法治意蕴

按照惯常的方式理解(根源于19世纪的实证主义),所谓“法律适用”,被认为是当拟裁判案件已经被规定在可适用于绝大多数案件的法律时,所进行的一种“单纯的涵摄”。易言之,将案件涵摄于制定法规范之下,是法律适用的唯一形式。^⑤它“要求司法活动遵循预先设定的一般性规则,并且以内在于规则体系的准则来审理案件,而非游走于个案之间进行就事论事”。^⑥这种将司法裁判转化为演绎和归纳的科学过程的理念已经被证明是一种神话。^⑦即便是事实问题,实际上也不完全是由证据决定的,而是由社会整体的认识水平和认识框架所决定的。^⑧恐怕越来越多的人相信:“在法学方法中,主要不是形式逻辑的方法,而是一种‘目的论’的方法。”^⑨有学者甚至认为:“法律话语是开放于意识形态偏好的,或是它的一个潜在的运送意识形态偏好的工具。”^⑩然而,时至今日,这个20世纪80、90年代“正统的意识形态”所强调的“程式化风格”依旧是现代思考都必须参照的图景:法律规则决定案件,包括原则、政策在内的所有包含价值考量因素的部分只能用于立法,而不能适用于司法的场域,而判决意见则完全由演绎推理的方式写就且显示出一种单向线性的逻辑必然的语调。^⑪即使在法官裁量权很大的美国——特别是在上诉层级,法官作为不需要回应选民需求的偶尔的立法者,其个人的“价值领地”也会受到气质、情感、经验、个人背景以及意识形态等多方面的侵扰,法官的判决会显示出较强的非形式性。^⑫但是他们还是要坚持“自己仅仅是对事实适用法律,而这些法律是交给他们的而不是他们创造的。……法官们希望不被视为穿着法袍的政客,希望被视为技术人员、专家,尽管有些法官会承认,有时为情境所迫,曾通过司法而造了法”。^⑬波斯纳就此指出很多法官对自己如何做出裁判并不坦诚,邦德更是嘲讽道:“那种理由或许告诉他们应当如

何规范未来,但是,它并不是判决的真正理由。任何信赖它的人,都是在自冒风险。”^⑭只不过,不论批判和解构来得多么的猛烈,法官们依旧遵照着形式主义司法三段论来撰写判决书,亦即在判决书中所摆出来的判决结论是既有规则适用于事实之后必然的也是唯一的推论结果。法官们总想为“严格规则”做辩护,表明他们适用规则的时候不需要寻找背后支持它的理由。^⑮就法律推理而言,是将推理优先权配置给大多数的“域内”规则——奉行推理实证主义。^⑯

“法律推理的质量决定了法治的质量。”^⑰那么,将法律推理过程中的价值判断遮蔽住并将法律推理做成“波普尔标准”意义上的正确性控制机制,^⑱是否就当然意味着成就了法治呢?恐怕并不尽然。但在这之前,还是要先明晰一下,为何价值判断鲜见于司法裁判?基于现代法治的内在要求,作为个案裁判之正当性标准的规范依据必须具有合法性。近现代以来,为个案裁判的规范依据提供合法性基础的就是法律,它设定了裁判依据的有效渊源,直接指引和约束司法裁判的全过程,并在此基础上实现对全社会的范导与规制。在我国,其经典表述就是“以事实为依据,以法律为准绳”。而在其他国家,类似于“法官独立,并仅服从法律”的裁判准则亦会见诸其宪法或法官法。换句话说,依法律裁判就成为了衡量法治的根本判准。另一方面,不论对法律采取何种进路的理解,都不可能将“价值判断”涵摄进法律的基本概念之中。不言自明,即便法官的价值判断在个案的法律推理中占据着极为重要的位置,但在应然意义上,它不能充当裁判的规范性依据。这就充分解释了为何在中国法院的绝大多数判决书中,很少发现法官对其价值判断做出明示。事实上,早在2007年发生的“彭宇案”就为法官价值判断进入公众视野提供了契机。^⑲该案的初审法官认为:“根据一般情理,如果被告人彭宇是单纯地做好事,则可以在同家属将老太太送往医院后即行离开,但彭宇却依然垫付了医疗费,因此可以推断原告的倒地是由于与被告相撞导致的。”^⑳然而,该案初审法官基于对“一般情理”把握的价值判断,遭受到了社会舆论的广泛批评。^㉑所以,法官的价值判断一旦出现在判决书中,就很有可能成为公众批判的“靶子”。“多一事不如少一事”,将自己的价值判断按下不表就成

为法官们的一个非常务实且安全的选择了。

单就理论层面而言,价值判断被排除于规范依据之外,使得整个司法过程呈现出一种基于规则的“封闭运作”,这是现代法治社会的一个基本特征。事实上,这也是法治强化自我存在意识的一种策略或方法。法律系统作为社会诸系统其中的一个子系统,为与诸如经济系统、文化系统、宗教系统、道德系统等其他社会子系统相区分,就必须确立一个安身立命的看家本领——封闭运作(也可以叫做自成一体)。^②这种封闭运作(自成一体)所描绘的就是:案件事实进入法律系统之后,接受法律所独有的装置安排,^③将复杂的社会问题化约为“是/否、合法/非法”的法律问题,并在法律明确的指引下找到“唯一的答案”。问题是,封闭运作为何一定要排斥价值判断呢?因为任何人(当然也包括法官)做出价值判断,端赖于其特有的价值观,而价值观的形成,则会受到上述其他子系统的强烈影响,这就在某种程度上否认了法律是一个具有自我决定结构的系统。如此一来,非但不能彰显法律系统发挥社会调节功能的独树一帜,反而会使其与诸多社会子系统发生混同。这就意味着,作为衡量事件或行为合法或非法之判准的规范依据,只能来源于法律系统内部,即便个案裁判事实上沿用了经过法官价值判断而进入该场域的非法律系统的规范性主张,也必须得到法律系统某种形式上的“授权”,或者至少是“型塑”。

经验的司法实践表明,不论是作为法律推理大前提的法律规范还是作为小前提的案件事实,都不是独立给定的,而是在相互“试探”的过程中观照而成的。^④这里的“试探”表征的是事实与规范之间的紧密联系——“事实的确定离不开法律规范内容的厘清,法律规范内容的厘清离不开案件事实的确定。”^⑤在此过程中,法官对规范意图和目的的把握,需要参照系争个案,努力使规范与具体现实之间实现充分的融洽,以真正展现规范体系的实质意涵和根本价值。在规范与事实相互影响、彼此交融的互动过程中,法官的价值判断是不可或缺的重要一环,它同时发挥着调节器和催化剂的作用。在常规案件中,法官要对为何选定了规范A而非任何其他规范提供理由,这就需要法官以事实F为参照,对规范A和事实F之间的符合性做出价值陈述。而在近乎所有的疑难案件中,裁判

的难点和重点,从来不在于“仅凭某条法律证成结论”的形式推理,而在于通盘考量各种实质性理由的实质(辩证)推理过程——在此过程中,法官必须在价值上论证自己的选择是正确的。^⑥因此,价值判断不论是在常规案件还是在疑难案件的裁判中,都应当具有作为裁判依据的基本定位——即使它并不像事实依据和法律依据那样彰显。

进一步说,法律只是提供了一个针对个案裁判的框架,而裁判结果的生成——不论是常规案件还是疑难案件——都需要法官结合个案做出价值判断,方能得出妥当的判决。然而,一旦涉及价值判断,就必然存在司法专断、恣意的风险,这使得价值判断在法律推理结构中的地位和作用遭到质疑甚至非议。理论上讲,法律推理因为价值判断的存在而无法实现“规范的封闭”,致使法治变得相对不确定。实践中,就个案裁判(尤其是疑难案件)而言,如果法官基于个人的价值判断排斥了既有规则的适用,则极有可能产生更大的不正义,这也正是“疑难案件出恶法”这一谚语的由来。法律推理中的价值判断固然存在风险,但为了防患于未然就对其采取“一刀切”的方式,一概予以抵制,未免就显得有些因噎废食了。更何况,“法律推理的质量决定了法治的质量”这一命题的核心,也许并不在于推理形式的完美无瑕,毋宁是贯彻其间的价值判断(包括说理)更具有说服力和可接受性。

二、价值判断的一阶： 常规案件裁判中的论证性依据

通常而言,司法案件就其难易程度可划分为常规案件(简单案件)^⑦和疑难案件两类。法官的价值判断在这两个不同的场域,其定位以及发挥的作用亦是判然有别。法官的价值判断在常规案件中作为“论证性依据”为裁判结果提供更加充分的说明性理由。在疑难案件中,法官的价值判断则作为“决断性依据”为个案裁判找寻替代性大前提。

论证性依据的定位,示明了法官价值判断在常规案件中只是一种针对判决结果的说明性理由,而非证成性理由。论证性理由使得相应的判决结果可以被更好地理解,亦即它解释了“为何是那个结果”,但不能“正当化那个结果”。^⑧在常规案件的裁判中,法官的价值判断作为一种论证性依据

不是妥当的、“过硬的”裁判依据。实质上的裁判依据依旧是不单纯指向个案的可普遍适用的规范性依据,它们构成了整个裁判过程的正当性基础。易言之,常规案件的裁判依旧遵循规范上的封闭——传统的教义学或者是法条主义进路。

在常规案件中,作为论证性依据的法官价值判断之于裁判之正当性而言,并非决定性的依据,它围绕着既定的判决结果发挥作用:法官的价值判断在判决书中表现为某种判决理由,它使“规范×事实→判决”的推理过程更为融贯,并且基于判决理由的陈述让判决结果更具有可接受性。论证性依据事实上只对裁判的幅度有影响,而完全不涉及裁判推论的性质,法官在价值判断上的游移或调整,只会带来裁判结果在程度上的浮动,并不会致使整个判决被推翻。以“赵春华案”的二审为例,2016年8月至10月间,赵春华在天津市河北区李公祠大街附近摆设射击摊位进行营利活动。公安机关在巡查过程中将赵春华抓获,当场查获涉案枪形物9支及相关枪支配件、塑料弹,经天津市公安局物证鉴定中心鉴定,涉案9支枪形物中的6支系能够正常发射、以压缩气体为动力的枪支。10月27日,河北区法院对赵春华案做出一审判决,认为赵春华的行为构成非法持有枪支罪,判处有期徒刑3年6个月。赵春华不服,向天津市第一中级人民法院上诉。二审法院认为,综合考虑赵春华非法持有的枪支均刚刚达到枪支认定标准,犯罪行为的社会危害相对较小,其非法持有枪支的目的是从事经营,主观恶性、人身危险性相对较低,二审期间能如实供述犯罪事实,认罪态度较好,有悔罪表现等情节,可酌情予以从宽处罚并适用缓刑,因此判处上诉人赵春华有期徒刑3年,缓刑3年。^②很明显的是,二审法院基于其价值判断,认为原审法院量刑畸重而予以改判。但实际上,依据我国《刑法》第128条第1款之规定,“情节严重的,处三年以上七年以下有期徒刑”,二审法院的改判对原审法院而言并非彻底的推翻,二审法院所做出的价值判断,也仅仅是指向裁判结果上的一种“微调”。

赵春华案的二审判决除了“微调”之外还有另外一个面向。作为论证性依据的法官价值判断的前提条件是法官对适用于个案的形式推理及其结果大体满意,或者说与其法感^③不存在直接冲突

——哪怕判决结果与公众意见存在较为激烈的摩擦。赵春华一审判决以后,网络中对一审法院所谓“情节严重”的认定掀起了很大的波澜,很多网友认为一个老太太为了养家糊口,路边摆摊,根本不具有任何社会危害性,更何谈是犯罪情节严重,进而要求二审法院完全推翻一审判决。然而,天津市第一中级人民法院在二审判决书中指明,枪支独有的特性使其具有高度危险性,对辩护人所提赵春华的行为不具有任何社会危害性的辩护意见不予采纳。在价值表述上,支持了一审判决的核心内容。再以汉中“张扣扣故意杀人案”为例,对于这种引发了舆情强烈关注的刑事案件,汉中市中级人民法院进行了公开审理,并通过微博及时向社会公布法庭辩论的内容。其中,就包括了一份被网络捧为“精彩绝伦”的辩护词。在该辩护词中,张扣扣的代理律师邓学平从“这是一个血亲复仇的故事”“张扣扣没有更好的仇恨排遣通道”“复仇有着深刻的人性和社会基础”“国家法应该适当吸纳民间正义情感”“张扣扣是一个什么样的人”等六个方面,描绘出了一幅“孝子为母复仇,若非天经地义至少也是其情可悯”的悲剧画面。该辩护词一经传出,互联网上旋即出现相当数量的“为英雄扼腕叹息”“老天无眼,报仇雪恨”“如若发生在古代必受嘉奖”等声音,形成了具有很大规模的社会意见群体,他们在情感上非常同情张扣扣,要求法院酌情轻判。而汉中市中级人民法院则认为:张扣扣不能理智对待内心仇恨,在工作、生活又长期不如意的巨大压力下,心理逐渐失衡,迁怒于王正军及其家人,蓄意报复杀人,犯罪手段特别残忍,情节特别恶劣,决定适用死刑。^④法院在判决的过程中发现了某种社会性的价值判断,这种社会性的价值判断意在表明法官如果坚持独立的价值判断,其结果就很有可能不尽如人意。

然而,把案件判得“不那么好”,在某种意义上而言,却有着非常深刻的法治意义。进一步讲,作为论证性依据的法官价值判断还发挥着抑制道德绑架和舆论狂热的功能。比“张扣扣案”更加典型的是“于欢案”,2018年5月11日,“吴学占黑社会性质组织犯罪案”一审公开宣判,依照刑法相关条款的规定,数罪并罚,判处被告人吴学占有期徒刑25年,并处没收个人全部财产;判处其他被告人2年至20年不等的有期徒刑,并处相应数额的罚

金。^③判决公布后,“如此祸害为什么不枪毙”“既然是黑社会就一起枪毙以除后患”“判决太轻、法律不公”等声音此起彼伏。“于欢案”和“张扣扣案”的发酵都是沿着“原型叙事”的理路,^④将当事人之间的矛盾刻画成不可调和的你死我活的绝对对立。案件过程被简化为一个恃强凌弱的故事,其中一方被贴上罪恶的脸谱或者标签,而另一方则被涂抹上正义或英雄的油彩,由法律所勾连的关系即刻被某种正义与非正义的伦理关系所取代——将“弱者即正义”置换成基本的裁判依据。^⑤为了防止道德接管法律,否定由“弱者即正义”逻辑延伸出来的法外复仇的合法性,法官独立的价值判断就成为维护法治的一道重要屏障。诚然,民众呼吁散见于社会各个角落,但是从民众呼吁(社会共识的初级形态)中可以提炼出作为一种规范性主张的形式载体——公众意见,这里面糅合了风俗习惯、道德考量乃至政策权衡,是法官在个案推理过程中不能忽视,更不能否定的关键要素。尤其是某些公众意见与判决结果存在明显的摩擦甚至冲突时,法官在判决书中就必须明示其价值判断,为其判决结果的可欲性做出必要的辩护,在于欢的有罪判决和张扣扣的死刑判决中,法官的价值判断无疑都彰显了一种论证的力量。

作为一种论证性依据,是法官价值判断在法律推理中的常规定位。需进一步说明的是,论证性依据在功能意义上的辅助定位,决定了大众较少看到判决书中直接表明法官的价值判断的表述。即使法官对其价值判断做出了明示,也会显得较为简略。^⑥因为,从后果意义上而言,一旦判决之中明示了法官的价值判断,就很容易引起大众的关注甚至舆情。但是,法官言简意赅的价值判断在常规案件中,也不一定全部都能被视为论证性依据。举例而言,“药家鑫案”和“张金柱案”作为常规案件(虽然上述案件具有很大的社会影响性,但事实明确,法律适用亦不存在复杂难解之处),其判决书中所示明的价值判断,就被认为是迫于政治影响和社会舆论所做出的“伪论证”,有学者通过实验表明:人们对一个冒犯行为的感知越严重,这个冒犯行为在道德上就越错误,参与者的道德愤怒感也越高……犯罪的严重性对惩罚的影响是通过道德义愤来调节的。^⑦“一般来说,法官道德情感比一般的人要少。这是因为法官在更多的地方要求助

于法律。法官道德情感独立于法官职业伦理,或至少是独立于任何首尾一贯的道德规则体系……法官应该凭借理智和审判技艺去控制价值判断。”^⑧对药家鑫案和张金柱案而言,不杀不足以平民愤,^⑨很有可能是法官面对汹涌民意的“刺激—反应”策略,^⑩其实质则是抽离了本该有的理性的价值判断,从而落下了舆论杀人和民意审判的口柄。

三、价值判断的二阶： 疑难案件裁判中的决断性依据

常规案件之外,还存在“无法依规则来裁判”的疑难案件。这里的“无法”关涉客观与主观两层意思。客观的“无法”即指传统理论中所述,规则意义上的“外部法律体系”存在漏洞而没有可供适用的规则;主观的“无法”则指虽有可供适用的规则,但适用的结果会导致明显的不正义。法谚云:“法官不得拒绝裁判。”既然法官既不能以客观的“无法”也不能以主观的“无法”作为借口而拒绝裁判,那么为了使裁判成为可能,相应的解决办法就只能有两个:漏洞填补和价值决断。

从理论上而言,“逻辑不能提供构建一个完整的法律推理理论的基础,因为它只关涉一个方面,即形式方面”。^⑪当对拟裁判的案件找不到法律规定,而这个法律规定是依照“法律秩序的计划”必须被期待时,亦即当法律出现“违反计划的不圆满”时,此处必要的漏洞填补不是经由逻辑涵摄就可以的,而是必须经由“类推”或者法官自由造法的途径才可能完成法律推理的过程。^⑫而事实上,从我国的司法实践来看,“漏洞填补”型的疑难案件在现实中是极为少见的,更多的则是“规则悖论”型的疑难案件(以下如无特指,均指“规则悖论”型疑难案件)。“规则悖论”系指:规则对某一事实问题虽已设有规定,但依规则的适用结果却难以获得社会公众的认可,乃至被法官视为有悖于法律的内在体系及规范目的。^⑬此时,法官借助“目的论限缩”的方法,以违背法律文义的方式,使某个法条不涵摄特定的案件,尽管该案件的事实因素属于法律构成要件的肯定候选,即属于法条的概念核心。但如若强行适用,则有违法律体系的目的,对此可以理解成对于所讨论的案件,法律遗漏了某个重要的规范,需要法官予以发现或者创设。^⑭

从思维模式分析,如果说在常规案件中,法官

是在规范的封闭运作下,运用的是一种演绎思维的话,那么,法官在疑难案件中运用的则是一种相对于传统法律推理的逆向思维,^④即后果考量的裁判思维。如前所述,“规则悖论”型疑难案件在认定事实F和适用法律R方面均不存在疑难,藉由形式推理不难得出一个结论A,但若结论A与法官的基本价值认知存在强烈的、根本的冲突,此时,法官不会对结论A进行证成,相反,为了推翻A,法官会充分运用价值判断对可予以适用的R作出不予适用的决断。但是,这种决断不能是法官的独断操作,它还需要来自法律体系内和法律体系外两方面的支撑——法律原则和公众意见的双重支撑。以泸州遗赠案的一审判决为例,法官如果拒绝适用《继承法》第16条“公民可以立遗嘱将个人财产赠给国家、集体或者法定继承人以外的人”的规则,就必须经由法律原则为拒绝适用规则提供理由,即纳溪法院所依据的《民法通则》第7条:“民事活动应当尊重社会公德,不得损害社会公共利益。”另一方面,在法律体系外,法官的价值判断还需要包含规范性姿态的公众意见作为支撑,存在于该案中的普遍性的公众意见就是“遗赠婚外第三者有违社会公德”。法官的价值判断之所以需要法律体系内外两个方面支撑的根本原因在于,关于“公共利益”“正义”“常识”的价值判断素材不存在唯一的衡量标准,这些为不同法官所运用的价值尺度,事实上也并不是统一的,更非永恒客观确定。^⑤因此,法官的价值判断必须要进行“权衡”,且必须是充分的“权衡”。所谓的“充分”就是与法律体系内外的法律原则和公众意见进行论辩。

需要强调的是,法官的价值判断作为法律推理中的决断性依据,其决断的对象不直接针对判决结果。也就是说,它不为判决结果提供依据,而仅仅为基于“规则悖论”的原因,对为何不适用已有规则提供理由。那么,针对疑难案件判决结果的裁判依据该如何获得呢?以及法官的价值判断在否定了某个规则适用之后,还发挥着什么样的功能呢?

法官的价值判断会指引寻找与其相适切的公众意见和法律原则,并指示二者进行“相互加工”从而形成新的裁判依据。法官的价值判断只是以相对抽象和宏观的方式否定了某个具体规则的适用,也就是说对规则适用的结果做出“好/坏”“善/

恶”“正义/不正义”的判断,而没有明确提供跟该案件有关的规范性意见。事实上,即使法官拥有某种具体意见,限于我国的司法体制,法官对其价值判断中的规范性意见也很难直接摆到明面上来。更何况,在“规则悖论”型疑难案件中,发现含有规范性姿态的公众意见(社会性主张)是非常容易的,且相关的法律原则的包容性足够大。此时,被发现的且与法官价值判断相契合的公众意见和法律原则就成了该类案件可供适用的准裁判依据。之所以是“准”裁判依据,则是因为公众意见和法律原则“互相加工”而成的“大前提”(规范),必须接受法律体系的“排斥性”检验:一是看其是否融贯法律秩序,尤其是宪法规范中的法理念与法价值;二是验证其是否与法律体系内的其他具体规范存在内在冲突的规范意图;三是检视其是否符合社会通行的正义观或价值取向。^⑥

就疑难案件的裁判而言,以法官的价值判断为引领,法律体系藉公众意见和法律原则不断产生应对社会复杂变化的规则和决定,体现了法律对时代发展的感知与回应,并在保持稳定和避免僵化之间、普遍正义和个案正义之间获得一种难得的平衡。尽管如此,较之“规范的封闭运作”意义上的形式推理,法官通过价值判断将公众意见(社会性主张)和法律原则整合进个案裁判形成某种立法性创制,无疑是一项成本基数和风险指数双高的极特殊司法作业。其中,以法官的价值判断作为法律推理中的决断性依据,必须处理好规则和原则、法治和裁量的关系,使得被整合进个案裁判的公众意见不单单只有个案意义,也即证成个案规则的可普遍化问题。如果没有规定要点,而是只满足于宣布违反“公序良俗”的遗嘱无效,那么法官在评价新案件时,既没有已建立的“案例组”,也没有法律的和法律外的“客观化因素”供其使用,他只能靠个人评价,乐观地说,希望他诉诸“所有公平正义思考着的正义感”,然而,这会带来明显的不确定性。^⑦

当然,这种成本基数和风险系数双高的司法作业,对法官来说不是可选择的。面对明显不正义、不合理的结果,法官如若视而不见,则一定会有损司法公信力。^⑧选择将公众意见和法律原则整合进疑难案件的个案裁判,意味着法官将直面个案蕴含的某个(些)社会议题。法官无需担心因其

判决结果符合某种公众意见而被指摘为被民意所裹挟的舆论审判或者民意审判。^⑨因为,个案推理本身就具有社会证明的维度,即便有评价或价值观的介入,这些价值观也是具有某种群体(社会)意义的。^⑩这种社会证明的维度可以看成是判决要以某种程度上的国民信任为基础才能成立,它可以避免因司法构造本身而导致的冤案。^⑪但整个过程于法官而言必须是慎之又慎的。法官的价值判断一旦成为对某个规则拒绝适用的决断性依据,即使它不是直接对判决结果产生效用,但在事实上,就已经成就了一个“强的裁量”。“强的裁量”与专断往往只有一线之隔:天使的一端是高超的司法技艺;魔鬼的一端则是恣意的司法擅权。

四、余论:价值判断之于中国的法治进境

“离开了价值判断,法律寸步难行。”^⑫法官的价值判断非但是法律推理中的一个必然的环节,同时也是一个必要的环节。只不过在常规案件和疑难案件之中,其“显性”程度有强弱之别。在常规案件中,法官的价值判断显示为一种“论证力量”:法律规范就个案事实指示了一个答案,但是该答案的产生不够融贯,需要借助法官的价值判断对规范适用于事实的过程进行调和。^⑬在疑难案件中,法官的价值判断显示为一种“决断力量”:对系争个案的事实,没有法律可供适用,或者适用法律会造成明显的不正义(不合理),这个时候,法官必须依靠其价值判断为个案裁判寻找可供适用的直接依据。论证性依据与决断性依据是价值判断作为裁判依据的基本定位,他们的识别标准则是法官对可预见的裁判结果的价值认同性。

当代中国的司法承担了太多额外的负担:特定的社会局势和治理格局使得司法很多时候不得不坐上各种社会矛盾集聚的“火山口”,在相对狭窄的司法场域处理极其宽泛的社会议题,例如权力失范、分配不公、社会民生等等。本应作为“正义的最后一道防线”的司法,很多时候成为了迎接社会情绪和公共激情的“最前线”。在很多具有巨大社会影响,但事实认定和法律适用都不存在疑难的常规案件中,刑事被告人因其生活境遇坎坷、生存状况窘迫得到很多同情,而在各种因素的发酵中,案件逐渐向“事件”偏移,法官的依法裁判不断受到“摆平”“不能出乱子”“案结事了”等思维的强

烈拉扯。在法官认同可预见的裁判结果,而社会中却有很多质疑的声音时,法官的价值判断作为一种论证性依据,就必须通过更加充分的说理,维护“依法独立审判”。另一方面,当法官的价值判断在疑难案件中充当了决断性依据时,则必须坚守一个法律工作者的角色,亦即不能将法律推理与道德论辩、政治衡量等混为一谈。正如有论者所言:“良知作为法官的一种道德品质,还体现在对法官忠诚度的关注。法官对于法律的忠诚是一个连贯的法官道德体系的内在方面,它包含法官作为一个整体所应有的各种美德,这是每个法官必须具有的特质。法官忠诚与法律有关,且与尊重荣誉、廉洁和正直不分离。作为司法者,法官自身首先应信仰法律和坚守法律,法官对法律的忠诚体现的是其内在的价值遵守。”^⑭如若不然,每一个疑难案件的裁判都将使法官的价值判断陷入碎片式的情境化迷思之中,司法则随之异化为一种纯粹功利性的“治理术”。因此,不论是作为论证性依据还是作为决断性依据的价值判断,它们在法律推理的运作过程中,始终要接受法律体系的约束和指引。换句话说,不论法官的价值判断在其中扮演什么样的角色,法律推理势必要追求一定的“形式性”。这种“形式性”标示了当代中国司法乃至法治进境的一个应然取向:为了防范法官藉由价值判断而进行恣意、枉法裁判,由大前提、小前提推导出结论的形式化的演绎过程,决然不能被舍弃抑或颠覆。否则,不论是司法实践还是法学研究,都将陷入空洞、盲目且狂热的价值论争甚至是价值偏执之中。诚如颜厥安所言:“法学这种实践之知,绝不可能孤立,也不应该封闭,但却绝对有其独立运作之逻辑,对法学狭隘性、自足性的反思与批评,决不能以牺牲法学的独立性为代价。”^⑮唯有如此,在解决“规则悖论”实现个案正义的同时,才能有效维护作为“一般性管理活动”的法治。^⑯在这意义上,法官的价值判断被用来塑造技能更加高超纯熟的司法工艺师,而非“放飞自我”的政治家。

注释:

- ①陈景辉:《法治必然承诺特定价值吗?》,《清华法学》2017年第1期,第5页。另参见黄文艺:《为形式法治辩护——兼评〈法治:理念与制度〉》,《政法论坛》2008年第1期,第172~182页;陈金钊:《实质法治思维路径的风险及

其矫正》,《清华法学》2012年第4期,第66~89页。

②金韬:《价值如何进入法治:形式法治理论的失败》,《法制与社会发展》2020年第1期,第136~153页;沈宏彬:《反对形式法治》,《法制与社会发展》2017年第2期,第61~73页;李桂林:《实质法治:法治的必然选择》,《法学》2018年第7期,第71~82页。

③王琳:《我国形式法治论诸版本区辨与批判性反思》,《法制与社会发展》2019年第3期,第72页。

④孙海波:《疑难案件与司法推理》,北京大学出版社2020年版,第25页。

⑤[德]阿图尔·考夫曼:《法律获取的程序——一种理性分析》,雷磊译,中国政法大学出版社2015年版,第1页;另参见[德]阿图尔·考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2011年版,第77页。

⑥陈林林:《司法裁判中的演绎推论》,《浙江大学学报(人文社会科学版)》2007年第1期,第154页。

⑦[美]劳伦斯·H.却伯、迈克尔·C.多尔夫:《解读宪法》,陈林林、储智勇译,上海三联书店2007年版,第27页;于晓艺:《最忠诚的反叛者——弗兰克法律现实主义思想研究》,中央编译出版社2014年版,第42~46页。

⑧陈林林:《证据推理中的价值判断》,《浙江社会科学》2019年第8期,第52页。

⑨[德]亚图·考夫曼:《类推与“事物本质”——兼论类型理论》,吴从周译,颜厥安审校,新学林出版股份有限公司1999年版,第39页。

⑩[美]邓肯·肯尼迪:《判决的批判:写在世纪之末》,王家国译,法律出版社2012年版,第111页。相似观点另参见[美]杰弗瑞·A.西格尔、哈罗德·J.斯皮斯:《正义背后的意识形态:最高法院与态度模型》,刘哲玮译,北京大学出版社2012年版,第283页;[美]马克·图什内特:《分裂的法院:轮奎斯特法院与宪法的未来》,田飞龙译,中国政法大学出版社2011年版,第277~296页。

⑪[美]卡尔·N.卢埃林:《普通法传统》,陈绪纲、史大晓、仝宗锦译,中国政法大学出版社2002年版,第41~42页。

⑫[美]理查德·波斯纳:《法官如何思考》,苏力译,北京大学出版社2009年版,第161页。

⑬[美]理查德·波斯纳:《波斯纳法官司法反思录》,苏力译,北京大学出版社2014年版,第123~124页。

⑭[美]詹姆斯·A.邦德:《审判的技艺》,陈林林译,清华大学出版社2019年版,第99页。

⑮[美]杰弗里·布兰德:《法治的界限:越法裁判的伦理》,晏曲亢译,中国人民大学出版社2016年版,第292页。

⑯See Frederick Schauer, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford Press, 1991, p.191.

⑰Vern R. Walker, *Discovering the Logic of Legal Rea-*

soning, 35 Hofstra Law Review 1687, 1687(2007).

⑱[德]阿图尔·考夫曼:《法律获取的程序——一种理性分析》,雷磊译,中国政法大学出版社2015年版,第5页。

⑲彭宇案作为疑难案件,很直接地表明:疑难案件中的司法决策取决于法官的“态度”,即法官所持的意识形态或政策偏好。参见陈林林、杨桦:《基于“态度”的司法决策》,《浙江大学学报(人文社会科学版)》2014年第3期,第164页。

⑳参见南京市鼓楼区人民法院(原下关区法院)(2007)鼓民一初字第212号民事判决书。

㉑陈林林、何雪锋:《论经验法则的司法定位》,《求是学刊》2017年第3期,第103页。

㉒④⑤陈林林:《公众意见在裁判结构中的地位》,《法学研究》2012年第1期,第97~98、104、101页。

㉓包括界定术语、指明规则、明确责任或者后果,等等。

㉔“案件与规范是互相加工筛选的。规范成为‘符合存在的’,案件成为‘符合规范的’。”见[德]阿图尔·考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2011年版,第109页。

㉕舒国滢、王夏昊、雷磊:《法学方法论前沿问题研究》,中国政法大学出版社2020年版,第8页。

㉖④⑤[英]尼尔·麦考密克:《法律推理与法律理论》,姜峰译,法律出版社2018年版,第120、134页。

㉗常规案件是指事实认定和法律适用都不复杂的案件,即使具有很大社会影响的轰动性案件或曰舆情公案,其本质也很有可能是常规案件,如于欢案、张扣扣案、赵春华案,等等。

㉘陈林林:《公众意见在裁判结构中的地位》,《法学研究》2012年第1期,第100页。当然,这里面还存在一种较为特殊的情况,即法官基于某种个人原因对常规案件的形式推理结果并不认同,遑论为其提出说明性理由,那么作为一阶定位的价值判断,就“要求法官们必须抑制自己的理由而给予规则以权威效力”。参见[美]戴维·克雷因、格里高利·米切尔编著:《司法决策的心理学》,陈林林、张晓笑译,法律出版社2016年版,第138页。

㉙参见天津市第一中级人民法院(2017)津01刑终第41号刑事判决书。

㉚关于法感在司法裁判中的功能的相关论述,请参见陈林林:《直觉在疑案裁判中的功能》,《浙江社会科学》2011年第7期;徐雨衡:《“法感”在法律推理中的价值及其适用》,《法制与社会发展》2020年第2期。

㉛参见陕西省汉中市中级人民法院(2018)陕07刑初字第37号刑事判决书。

㉜参见山东省聊城市东昌府区人民法院(2017)鲁1502刑初字第454号刑事判决书。

㉝汤景泰:《偏向与隐喻:论民粹主义舆论的原型叙事》,《国际新闻界》2015年第9期,第23页。

③④姜永伟:《舆情公案中的民粹主义风险及其法治规训》,《人大法律评论》2019年第1期,第474页。

③⑤桑本谦:《理论法学的迷雾:以轰动案例为素材》,法律出版社2015年版,第172页。

③⑥Lupita Estefania, Gazzo Castañeda & Markus Knauffl, *Defeasible Reasoning with Legal Conditionals*, 44 Memory & Cognition 499, 512(2016)。

③⑦③⑧王申:《法官的道德理性论》,法律出版社2017年版,第328、364页。

③⑨参见陕西省西安市中级人民法院(2011)西刑一初字第68号刑事附带民事判决书;河南省郑州市中级人民法院(1997)郑刑初字第307号刑事附带民事判决书。

③⑩[美]理查德·瓦瑟施特罗姆:《法官如何裁判》,孙海波译,中国法制出版社2016年版,第50页。

④①[波兰]耶日·施特马赫、巴尔托什·布罗泽克:《法律推理方法》,陈伟功译,中国政法大学出版社2015年版,第240页。

④②但是,“类推并非孤立出现,而是结合这三种逻辑推论:设证、归纳及演绎成为一体”。见[德]阿图尔·考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2011年版,第77、109页。事实上,类推的诱人之处和缺陷都源自其形式主义特点……法律人运用类推的方式其实是形式主义的……他们这样做,因为法律人的美梦就是纯粹参照老案件就能决定新案件,不必了解任何“法律”之外的事情。参见[美]理查德·波斯纳:《超越法律》,苏力译,北京大学出版社2016年版,第455页。

④③陈林林:《基于法律原则的裁判》,《法学研究》2006年第3期,第8页。

④④④⑦[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149~150、247~248页。

④⑤杨知文:《基于后果评价的法律适用方法》,《现代法学》2014年第4期,第37页。

④⑥“无锡冷冻胚胎案”的一审就因为明显没有顾及到一般家庭中的血缘纽带和亲情关系,以及遇难夫妇都作为原家庭的独生子女而造成的特殊悲痛,致使该判决遭到社

会的广泛批评,而后二审直接撤销原审判决并予以改判。参见江苏省宜兴市人民法院(2013)宜民初字第2729号民事判决书;江苏省无锡市中级人民法院(2014)锡民终字第01235号民事判决书。

④⑨事实上,健全的法律理论都能够而且应该确认,作为法律的任何制度性规范的存在都必须在最低限度上满足正义的基本要求。如若制度性的规范缺失,这种道义负担自然就落到法官的身上了。参见[英]尼尔·麦考密克:《法律制度:对法律理论的一种解说》,陈锐、王琳译,法律出版社2019年版,第446页。

⑤①[日]秋山贤三:《法官因何而错判》,曾玉婷译,魏磊杰校,法律出版社2019年版,第123~124页。

⑤②原文为“没有这些评价,法律寸步难行”。见[德]罗伯特·阿列克西:《法律论证理论》,舒国滢译,商务印书馆2019年版,第8页。类似的说法还有:“法律思维不能没有普遍的评价观点。”见[德]亚图·考夫曼:《类推与“事物本质”——兼论类型理论》,吴从周译,颜厥安审校,新学林出版股份有限公司1999年版,第27页。

⑤③法律适用总是涉及法律解释。任何以权威法律文本形式宣示的规范都必须先被人理解,然后才得以适用。每一次法律适用都需要做出某种解释行为,因为法官为了适用法律而不得不对该法律文本所表达的意思形成理解,任何一种意思理解都可以说是涉及解释。而解释又势必与法官个人的价值判断(价值观)相关联。参见[英]尼尔·麦考密克:《修辞与法治:一种法律推理理论》,程朝阳、孙光宁译,程朝阳审校,北京大学出版社2014年版,第164页。

⑤④颜厥安:《规范、论证与行动——法认识论论文集》,台湾元照出版公司2004年版,第20页。

⑤⑤“要实现法治,法的形式价值和实质价值皆不可偏废。这是法治的两块基石,缺失了任何一方,都可能构成法治的陷阱。”见陈林林:《法律方法比较研究:以法律解释为基点的考察》,浙江大学出版社2014年版,第233页。

责任编辑 陈亚飞

ABSTRACTS

economic development, but also bring indirect spillover effects. Based on the panel data of 30 provinces and cities in China from 1997 to 2017, this paper validates the spillover relationship between railway infrastructure capital and regional economic growth by constructing panel models with fixed effects and variable coefficients and using SUR, GLS, FGLS and other estimation methods. And empirically comparative analysis of the differences in the spillover effects of regional railway infrastructure in China. The research shows that the degree of railway spillover between provinces is quite different. From the regional perspective, it basically shows the pattern of East China>North China>Central South>South China>Northeast>Southwest>Northwest, among which Beijing, Shanghai, Jiangsu, Zhejiang, Shandong, Shaanxi, Guizhou have strong spillover effects and are highly correlated with urban agglomerations. From the perspective of railway influence mechanism, it mainly changes railway construction and transportation through basic variables such as railway network density, urban agglomeration location difference, transportation structure, railway passenger and freight structure, so as to transmit to provincial and regional economy, causing differences. It recommends that relying on urban agglomerations, improving the layout of regional road networks and rationally configuring the internal and external structures of railways, the railway supply can be improved efficiency.

Key words: railway; spillover effect; difference comparison; SUR estimation; conduction mechanism

An Analysis of the Conception and the Institution of Value Judgment in Judicial Reasoning (31)

Zhang Qi

(*Law School, Peking University, Beijing 100871*)

Abstract: Judicial reasoning value judgment refers to the judge's judicial reasoning under the guidance of legal values. The values that guide judges to carry on the legal reasoning are the intrinsic values they are objective by nature. They are the important components of the spirit of the law. The judges needs to accord with these basic values in the judicial reasoning. There are differences and connections between values and the conception of value and values and morality. We should adhere to the principle of value judgment according to law in judicial reasoning. We should adhere to judicial reform and to build and to develop the institutional arrangements that are good for judges' independent value judgment according to law. The public and the legal profession are important actors in the judicial field and have an important influence on the value judgment of judicial reasoning. It is necessary to build a positive interactive relationship between them in order to help judges and courts make judicial reasoning value judgment according to the principle of rule of law.

Key words: judicial reasoning; value judgment; objectivity of value judgment; according to the law; institution

On Value Judgment and Consequence-based Arguments in Judicial Decisions (43)

Lei Lei

(*China University of Political Science and Law, Beijing 100088*)

Abstract: Adherents of consequentialism try to regard consequence-based arguments as an approach, even the only (both adequate and necessary) effective method to objectify value judgment in judicial decisions. Consequence-based arguments can be divided into two stages, i.e., prognosis and evaluation of consequence. The reasoning within prognosis of consequence proceeds logically, but there arise problems about unreliability of universal laws, uncertainty of consequences and comparative inferiority of this prognosis method in its application. The necessity of evaluation of consequence leads to the problems about invalidity of reasoning in this procedure, the variety and complexity of standards in evaluation, and problems with the special standard, e.g., that of welfare economics, itself. Though consequence-based arguments indeed bring about "rational gains" in judicial decisions, they must be combined with extra standards from substantive and procedural dimensions. As a form of arguments, they necessarily presume and make use of value judgments themselves, thus cannot reduce the complexity of value argumentation completely.

Key words: value judgment; consequence-based arguments; prognosis of consequence; evaluation of consequence; welfare economics

On the Dual-dimension Structure of Value Judgment as the Basis of Judgment (54)

Jiang Yongwei

(*Law School, Dalian Maritime University, Dalian 116026*)

Abstract: The formalistic judicial syllogism cannot properly explain the fundamental positioning of val-

ue judgment as a basis for decision in the process of legal reasoning. Value judgment is different from the factual basis and the normative basis, and it is obvious a dual-dimension structure as the judgment basis. In ordinary cases, the judge's value judgment serves as the "argumentative basis" to provide a more sufficient explanatory reason for the decision. In difficult cases, the judge's value judgment is used as the "decisive basis", which provides evidence for rejecting the application of specific rules, and instructs relevant public opinions and legal principles to integrate each other to form an applicable basis of judgment. The recognition criterion of demonstrative basis and decisive basis is the value identification of the judge to the foreseeable judgment. Whether it is used as the argumentative basis or the decisive basis, value judgment must accept the restriction and guidance of the legal system to ensure that the legal reasoning has a certain "formality". The judge's value judgments are used to shape more skilled judicial technologists rather than politicians who "free themselves".

Key words: value judgment; legal reasoning; dual-dimension structure; argumentative basis; decisive basis

Research on the Objectivity of Value Judgment in Judicial Ruling (63)

Gao Yifei

(School of Law, Zhejiang Gongshang University, Hangzhou 310018)

Abstract: "Difficult cases" or "public cases" are more likely to attract public attention and questioning. Normative questioning and legitimacy questioning are more aimed at the judge's subjective value judgment, and value judgment is more likely to be regarded as the product of arbitrariness. Therefore, objectivity has become a feasible way to an effective defense. Objectivity can be understood from ontology, epistemology and methodology. In addition, the objectivity of value judgment can be regarded as the extension and refinement of the objectivity of law and judgment. Its proposition justification originates from the objectivity of value itself, the objectivity of value facts and the objectivity of common values. The premise lies in the binary bounds and bilevel reasoning of "value judgment-statutory rules". On this basis, the author defines the value judgment as a kind of "subjective objectivity". It contains a double-layer structure: The structure of the first layer is "adjudication under law", which emphasizes the correspondence between statute law and case facts. The second structure places the "consensus" or "agreement" of the majority as the central focus, thus forming a kind of "public objectivity".

Key words: value judgment; objectivity; adjudication under law; values

The Connotation and Justice Construction of Urban-rural Spatial Integration (72)

Zhang Yangjin, Deng Guanpeng

(School of Marxism, Hangzhou Dianzi University, Hangzhou 310018)

Abstract: In the sense of space, the fact of urban-rural integration is the appropriate expression of the spatial reproduction of capital, power and social relations, which can highlight the social production and social life with urban and rural people as the center. Based on the fact that urban and rural space has tension in capital, power, social relations and other aspects in reality, urban-rural spatial integration relies on the support of justice, that is, the just goal of promoting the needs of urban and rural people for a better life is the logical starting point and ultimate destination of integration. The justice principle with equality and common as the core is the direction and norm of integration, and the justice structure involving urban and rural space capital, power and social relations is the realization and guidance of integration. The ideal state of urban-rural spatial integration is complementation and mutual construction rather than dependence, monism, rather than dualism. The ultimate goal is to move towards a community of urban and rural life, which requires the guarantee of human and institutional factors and the elimination of the disparity between urban and rural space in terms of capital, power and social relations, so as to create a space of equal and common justice order between urban and rural areas.

Key words: urban and rural space; composition; justice

Risk Society, Second Modernity and NIMBY Conflicts: A Macro-Structural Analysis (81)

Zhang Haizhu

(School of International Affairs and Public Administration, Ocean University of China, Qingdao 266100)

Abstract: In the process of the sitting of technological industrial facilities or engineering projects, wor-