

# 中国司法回应社会的方式、策略及其 风险与出路

侯明明\*

**摘要:**中国司法回应社会的方式,存在司法科技应用型、司法制度创立型与法律价值宣示型,个案个别性回应与类案一般性回应,以及社会诉求满足式与司法判决引领式回应等基本类型。在回应的过程中,司法在法律制度化下自发地衍生出隐性立案审查制、指导性案例的隐性援引以及法律形式主义裁决等实用主义回应策略;并且策略性地将结构性司法产品诉求与个体性司法产品诉求进行置换以及从个案裁判回应转向准立法性质的一般回应。然而,这些回应方式和回应策略可能会衍生司法自主性缺失与机会主义行为、当事人司法产品诉求与法院司法产品供给不匹配、法院司法判决与社会公众判意错位以及司法回应能力不足与回应力度缺乏控制等风险。应对相关风险进行防范、规避和化解,以推动司法更好地回应社会诉求。

**关键词:**司法回应 社会转型 司法改革 回应策略 风险防范

DOI:10.16390/j.cnki.issn1672-0393.2020.01.010

## 一、问题的提出

在转型时期,中国司法与社会处于同时但不同步的双重转型共变状态,不仅面临历时性问题共时性解决的难题,要在不断现代化的过程中对现代性本身进行反思;而且深嵌在法治中国建设的大背景下,各种新型矛盾频发,新的司法诉求不断涌现,既有因合同违约事由而要求金钱给付赔偿的个体性司法产品诉求,也有因法律制度不合理造成判决结果不公正而要求变革法律制度的“结构性诉讼”。<sup>①</sup>一系列多元诉求对转型时期中国司法的回应能力和回应力度提出新的挑战。如果司法欲在发挥自身功能的基础上实现与社会的融洽相处,就必须谨慎且真诚地回应社会,恰当地发挥自身的回应能力,并掌握好回应社会的力度。近年来,学界提出的“治理型司法”“回应型司法”“‘法民关系’中的司法”

\* 吉林大学司法文明协同创新中心博士研究生

基金项目:教育部人文社会科学重点研究基地重大项目(17JJD820004)

<sup>①</sup> “结构性诉讼”(Structural Litigation)由美国学者欧文·费斯提出,其指向因社会的结构性问题而提起的诉讼,具有较强的公共性。例如,教育不平等、种族歧视、中小企业融资制度、就业歧视以及其他由公共政策引发的问题等,在美国典型的案件就是“布朗诉教育委员会案”(Brown v. Board of Education)。参见[美]欧文·费斯:《如法所能》,师帅译,中国政法大学出版社2008年版,第1~74页。

“能动型司法”“多边主义司法”等司法理论模型都是在此背景下产生的。<sup>①</sup>因此,中国司法之于社会的回应问题不仅是一个基础性理论问题,而且也是一个亟待从实然上加以实证梳理以厘清其中回应理路和可能风险的重大现实课题。

在笔者看来,概括而言,中国司法回应社会指向六大基本问题:为何回应、能否回应、如何回应、回应如何、回应控制和回应提升。相应的次级表述分别是回应原因、回应能力、回应过程、回应效果和回应力的控制与提升。这六大问题构成中国司法回应社会的基本问题指向,同时也构成中国司法回应社会的基本逻辑架构。从功能定位上讲,如何回应,即回应过程的核心,体现在中国司法回应社会的基本方式和回应策略中。换言之,回应的基本方式和回应中的策略表达是中国司法如何回应社会的两个核心面向,围绕这两个核心面向基本可以透视中国司法回应社会的过程实质和基本情势。特别是可以揭示出,这些回应方式和回应策略可能衍生的风险,只有以对这些风险进行预估和掌握为基础,我们才可以对其采取相应的防范、规避和化解措施。

因此,本文内容限定于中国司法回应社会的过程表达和风险控制。在转型时期多元诉求同时存在的背景考量和现实问题群的簇拥下,本文的旨趣在于深描中国司法回应社会的基本方式,归纳中国司法在回应社会过程中的现实策略选择,并揭示出这些回应方式与策略选择可能面临的风险,最后对这些风险进行总体性反思,试图提出一些宏观的应对思路,在防范、规避和化解可能风险的同时,更加深刻地理解中国司法在回应社会中的角色扮演、制度化及功能复归,以推动中国司法更好地回应社会,在诉求与回应的互动中实现中国司法与社会的互相理解和关系融洽。

## 二、中国司法回应社会的基本方式

根据不同的标准可以将中国司法回应社会的基本方式进行类型划分,这些基本类型在各自的领域内突显出司法对于社会不同诉求的不同回应能力和回应力度,进而可以成为透视中国司法的功能发挥、职权运行以及司法与社会互动的一个窗口。

### (一)司法科技应用型、司法制度创立型与法律价值宣示型回应

第一,司法科技应用型回应主要是指,司法主动将现代信息技术、人工智能以及其他科技发展成果应用于法院的日常运行以及裁判流程当中,实现法院管理和司法裁判的信息化、标准化与智能化,从而回应社会对司法效率和司法正义供给能力的期待。随着司法改革的推进,中国司法的科技应用型回应接连不断。例如,推进法院信息化建设以及智慧法院建设,逐步建立科技法庭、互联网法院、诉讼服务网、网络执行查控系统、智慧法院导航系统;实现网上立案、在线调解、庭审直播、执行直播;运用庭审语言识别系统、出庭示证可视化系统、人工智能辅助办案系统等技术。科技的应用与创新为司法回应社会提供了良好的基础条件及回应载体,司法科技应用型回应主要是通过提高司法效率和司法正义供给能力来回应社会诉求。

第二,司法制度创立型回应主要指向司法改革背景下一系列司法制度的建构和完善,通过制度自身的升级来实现司法回应能力的提升和回应力度判断的理性化。推进以审判为中心的司法体制改革

<sup>①</sup> 参见杨建军:《通过司法的社会治理》,《法学论坛》2014年第2期;高志刚:《回应型司法制度的现实演进与理性构建——一个实践合理性的分析》,《法律科学》2013年第4期;凌斌:《当代中国法治实践中的“法民关系”》,《中国社会科学》2013年第1期;方乐:《能动司法的模式与方法》,《法学》2011年第1期;杨力:《司法多边主义——以中国社会阶层化发展趋势为主线》,法律出版社2010年版。

相继开展司法去行政化和去地方化等若干具体举措,很多措施已经实现有效的制度化运作,如法官额制、司法责任制、专门法庭、刑事和解制度、跨行政区划法院、案件繁简分流机制、认罪认罚从宽制度等。这些制度的建立和完善为中国司法回应社会提供了良好的制度保障,也正是在这些制度的运行下,中国社会的多元司法诉求得到了回应。

第三,司法科技应用型与司法制度创立型相结合的回应模式。例如,建立中国裁判文书网,一方面是基于互联网技术的应用,另一方面是由于《最高人民法院裁判文书上网公布暂行办法》《最高人民法院关于人民法院在互联网公布裁判文书的规定》等规范性文件相继发布实施;又如,杭州互联网法院的建立,本身就是一种科学技术应用型回应方式,但是其同时颁布《杭州互联网法院诉讼平台审理规程》《涉网案件异步审理规程(试行)》等规范性文件,使新制度得以创立。这意味着我国司法实现了司法科技应用型回应的规则化治理和制度性建构,也体现出中国司法逐步走向更加现代化、法治化的治理模式。

第四,法律价值宣示型回应主要是指,法院通过司法裁决对社会公众的基本常识、生活情理以及公序良俗等人类社会共同价值进行规则确认和案例固化,从而通过司法判决向社会宣示法律本身的内在价值以及未来取向。这种法律价值宣示型回应,一方面,对人类共同追求的“公共善”进行了体认;另一方面,试图通过司法判决塑造社会公众的法治观念,实现价值宣示下的观念导引,发挥司法判决对社会公众未来行为预期的“信号示范效应”。<sup>①</sup>比较典型的案件,如“山东辱母杀人案”,<sup>②</sup>实现了情理因素在正当防卫认定中的嵌入,宣示了亲伦传统在罪责刑认定中的价值肯认;又如“电梯吸烟被劝猝死案”,在一定程度上让“公心善意无后顾之忧”,弘扬了法律激励助人行为并为其提供良善环境的内在价值取向。<sup>③</sup>

## (二) 个案个别性回应与类案一般性回应

根据司法对于社会的回应是基于个案的回应还是类案的回应,可以将其划分为个案个别性回应与类案一般性回应。个案个别性回应一般体现在具体鲜活的个案裁判、个案请示答复以及具体个案的司法批复中;类案一般性回应主要体现在抽象的司法解释和司法政策中。在个案裁判、个案请示答复以及具体个案的司法批复中,各级地方人民法院以及最高人民法院针对具体个案的法律适用问题进行确认,涉及的是个案中特定当事人的具体权利义务关系;而司法解释和司法政策关涉到的则是某类不特定人的权利义务关系,其具有一般性的裁判指引功能。

此外,最高人民法院发布的指导性案例兼具个案个别性回应与类案一般性回应的双重属性。其一方面发挥了具体案例的展示作用,因而具有个别性;另一方面,从中抽取的裁判理由作为统一司法裁判的指引,法官遇到同类案件应当参照,具有一定的强制效果,因而又具有一般性色彩。中国司法通过个案个别性回应与类案一般性回应的结合,对变动的社会情势给予全面关照,不仅显示了司法本身对制度进行自我修正的进取精神,避免滑入纯粹形式理性的牢笼中,而且有效回应了社会诉求,解决了社会面临的实际问题。

<sup>①</sup> 美国学者埃里克·A.波斯纳在《法律与社会规范》中运用法律经济学分析方法,构建了“信号传递-合作模型”的信号灯理论,其认为司法裁判好比对社会公众释放的一种信号,社会公众收到此信号后会调整自己的行为。参见[美]埃里克·A.波斯纳,《法律与社会规范》,沈明译,中国政法大学出版社2004年版,“译者序”第1~12页。

<sup>②</sup> 参见山东省高级人民法院(2017)鲁刑终字第151号刑事附带民事判决书。

<sup>③</sup> 参见喻中:《劝阻不当行为值得鼓励》,《人民日报》2018年1月24日。

### (三) 社会诉求满足式与司法判决引领式回应

纵观我国司法实践,从司法判决与社会公众判决期待的关系看,司法回应社会的方式可以分为两种:一种是司法满足社会对于判决的某种确定性期待;二是司法对社会公众的判决期待进行某种引领式的案例固化以对人们未来的行为提供指引。据此,可以将其简化为社会诉求满足式与司法判决引领式回应。社会诉求满足式回应表面上呈现出司法对社会公众的迎合,但实质上也可能是法官在严密法律论证下得出的判决结果与社会公众判意相契合。

而司法判决引领式回应在很大程度上涉及法律的续造或创造性适用,这时司法是以一种引领制度发展或者导引价值观念的主动意识裁判案件的。在司法判决引领式回应下作出的司法判决多为前瞻性判决,此类判决着眼于未来,以一种“向前看”的姿态来规范当下社会公众的未来行为预期。正如德国社会学家卢曼所言,裁决以不可改变的过去和可以改变的将来为前提,它不能由过去来规定,但是它试图为将来作出一种区分,因为将来还要继续进行裁决。法院通过解决过去的纠纷来塑造未来的秩序,通过把当下建构为未来之当下的过去,由此系统在时间上获得封闭性,此时判决就以未来形式被严格地置于规则之下,并由此而被遵守。<sup>①</sup>既然是未来秩序的塑造和生产,那么司法除了对当下社会进行回应之外,更多的是考量如何引领这个社会走向一种更可欲的秩序状态。因为法官的职责不仅在于使弱势群体受到公正的对待,而且要为更广大的社会公众树立起一幅正义的现实图景。亦即,法官不仅在人民的名义下行动,如果他们成功的话,那么还可以领导人民对其自身和对正义要求他们所做的有一个全新的认识。<sup>②</sup>在司法判决引领式回应中,司法的未来引领作用得以彰显,并有助于推进新制度的确立和新型法治观念的塑造。

以上对中国司法回应社会方式的归纳并未穷尽,只是笔者概括的三个典型分类,还存在很多其他类型化方式。这种归纳也并非韦伯意义上的理想类型,而是在经验观察基础上的概括,其更多是对鲜活司法日常现实的真实反映。并且,其也不是纯粹的类型提炼,而是互相交叉涵盖的类型,是笔者从某一个角度对其进行审视而作出的划分。中国司法实际的社会回应过程很可能是多个回应类型的叠加,也正是这些高度融合的回方式不同程度、不同维度地彰显了中国司法回应社会的能力和力度。

## 三、中国司法回应社会的策略选择

中国司法回应社会的策略选择,不仅体现了司法在多元诉求与有限司法资源境遇下的平衡策略,而且反映出司法在现有政法体制、司法制度等制度环境和法律体系下的生存策略。如果用司法决策模式加以表达的话,则是学者所称的“策略模式论”,<sup>③</sup>这种“策略模式论”的理论基础是“理性选择理论”和“博弈论”。在这种策略模式中,法官的行为选择致力于达到这样一个目的:尽可能减少来自其他政府机构的权力反抗、上级司法部门撤销判决的可能性,以及降低来自社会公共舆论抵制司法裁

<sup>①</sup> 参见[德]卢曼:《社会的法律》,郑伊倩译,人民出版社2009年版,第162、171页;[德]鲁曼:《社会中的法》,李君韬译,台湾五南图书出版股份有限公司2009年版,第347、361页。

<sup>②</sup> 参见[美]保罗·卡恩:《欧文·费斯:法律界的英雄主义》,邓云成、潘修文译,载周永坤主编:《东吴法学》(第24卷),中国法制出版社2012年版,第120页。

<sup>③</sup> “策略模式论”最初是学者通过分析美国联邦最高法院大法官的司法决策模式而总结的理性选择理论,并且主要集中于制度环境对大法官司法决策的影响。See Walter Murphy, Elements of Judicial Strategy, University of Chicago Press, 1964. Lee Epstein, Jack Knight, The Choices Justices Make, Congressional Quarterly Press, 1998.

决的风险。<sup>①</sup>但是,中国司法回应社会之策略选择的权衡因素不限于原初意义上的“制度环境策略模式论”,而是将考量因素扩展到政策形势、社会价值观念、社会舆论、执行能力等多个维度。在多样化的目标相互冲突时,司法会根据具体情势做出权衡,策略性地选择各种条件约束下的最优方案。这些策略有的是比较智识性的选择,不仅发挥了形式推理下的技术理性,而且彰显了追求法律目的的实质理性,能够取得良好的法律效果和社会效果。但是有的策略选择却是推卸责任的敷衍表现,不仅反映出法官技艺、司法伦理的缺失,而且会激化司法与社会之间的矛盾,致使司法的公信和权威受损。为了后文阐释的便利,笔者在这部分将重点阐释可能会导致中国司法在回应社会中面临风险的部分策略选择。

#### (一) 法律制度异化下的实用主义回应策略

在法律制度运行过程中,往往会出现这样的现象:立法者期待某一法律制度带来其所欲求的结果,但制度在实行过程中却发生异化,不但最终出现的结果与立法者的预期有很大不同,而且演进出另外一种具有实用性质的自发秩序。<sup>②</sup>这种自发秩序不同于人为建构的法律秩序,其强调自发调适、自发行动和适应性进化。<sup>③</sup>具体到司法回应社会的过程,其既面临社会的多元诉求而不得拒绝裁判,又要承受政治权力和行政权力的双重“压力”,为了司法判决实现形式合法并得以顺利执行,或者为了提高考核业绩、分散承担责任的风险、避免其他权力的潜在反抗,<sup>④</sup>司法会在立法机关建构的法律秩序下自发作出相对实用主义的保守举动,从而异化了法律制度的功能预设,最终衍生出一套有别于现行法律秩序但却符合司法自我利益预期的实用主义回应策略。以下笔者从立案环节、裁判说理环节到最终的裁判结果中各选取一种典型的选择策略,包括隐性立案审查制、指导性案例的隐性援引、法律形式主义裁决。在这些具有实用性的策略选择中,非司法角色掺杂在司法角色当中,法院/法官对多重角色进行整合,并在特定司法场域中作出个体性或者集体性的行为选择和公共性的外部表达。具体而言:

第一,立案登记制演变为隐性立案审查制。诉权与社会的链接促使了诉讼制度的运行,而立案制度成为诉讼制度切入社会的端口。<sup>⑤</sup>为保障公众诉权、回应立案难的社会诉求,立案登记制在2015年5月1日起全面实施,之后法院立案数量出现大幅上涨。最高人民法院2016年和2017年发布的司法改革白皮书指出,2015年5月到12月,全国法院共登记立案994.4万件,同比增长29.54%,当场

<sup>①</sup> See Matthew C. Stephenson, Legislative Allocation of Delegated Power: Uncertainty, Risk, and the Choice between Agencies and Courts, 119 Harvard Law Review, 1036-1070 (2006). 参见徐雷飞:《司法治理中的决策模型研究》,《浙江社会科学》2018年第1期。

<sup>②</sup> 参见郭春镇:《自发秩序的制度逻辑与分配正义——对X大学法学院研究生奖学金再分配事例的深度分析》,载谢晖、蒋传光、陈金钊主编:《民间法》(第18卷),厦门大学出版社2017年版,第23~25页;[英]哈耶克:《法律、立法与自由》(第一卷),邓正来等译,中国大百科全书出版社2000年版,第54~78页。

<sup>③</sup> 参见吴元元:《规则是如何形成的——从哈耶克的“自发演化”论开始》,《西南政法大学学报》2006年第4期。

<sup>④</sup> 例如检察机关的抗诉,虽然抗诉是检察机关对审判机关进行监督和制约的一种机制,但是,也正是这种机制使得检察机关相对于法院处于一种优势地位,不免存在不应该抗诉但实际上抗诉了的情形,换言之,检察机关对于其监督权力亦存在选择性滥用的情形。参见徐清:《刑事诉讼中公检法三机关间的“共议格局”——一种组织社会学解读》,《山东大学学报》(哲学社会科学版)2017年第3期。

<sup>⑤</sup> 参见王二环:《登记立案制度之构建与完善——兼议登记立案制度之功能》,《政法论坛》2019年第2期。

登记立案率达到95%；<sup>①</sup>2016年，全国法院登记立案1630.29万件，当场登记立案率达到95%；<sup>②</sup>2019年发布的司法改革白皮书指出，截至2018年底，全国法院登记立案数量超过6489万件，当场登记立案率已经超过95%。<sup>③</sup>但这只是立案数量的统计，并未统计实质进入庭审的案件数量，只有计算出实质进入庭审的案件数量在整个立案数中所占的比重，才能看出立案登记制实际上究竟是形式审查还是实质审查。因为从立案登记到进入庭审还有“裁定驳回起诉”环节，很可能许多立案登记的案件会被“裁定驳回起诉”。正如有学者的调研结果所指出的那样：“我们在各个调研省区都发现，不少行政案件虽然收了进来，但如何处理出去却依然使法院感觉十分棘手，采取各种办法避免让行政机关‘感觉难堪’仍是一般的倾向。作为这样的办法之一，行政案件受理之后再以裁定驳回起诉的情形，在调研省区三地都有比较明显的表现。”<sup>④</sup>较高驳回起诉率的现实告诉我们，尽管在立案阶段适度降低审查力度逐步降低了立案阶段不予受理制度的运用率，但是审判阶段驳回起诉制度的运用率却在升高，审判阶段的驳回起诉制度成为阻挡案件进入实体审理的又一道“门槛”。<sup>⑤</sup>

其实，立案登记制虽然在一定程度上实现了司法权的扩张，但是也给法官带来很大的审判负担，特别是在行政诉讼案件中，法院还要面临行政权力的压力、重大案件请示汇报制度的约束以及考量判决执行能否顺畅等问题，在如此境遇下，很多案件仍处于起诉要件实质化审查并未完全改变的状况中。换言之，立案登记制从一种人为建构的法律秩序演变为自发的、实用性的隐性立案审查秩序。这种隐性立案审查的自发秩序往往表现为很多案件不予立案，或者即便已经立案也只是“纸面登记”，故不会进入庭审状态，而是通过调解、劝说当事人撤诉、驳回起诉等方式将案件化解，最终塑造出起诉要件实质审查的隐性机制。

第二，指导性案例的隐性援引。当事人和律师往往会基于特定的利益诉求，尽可能明确地要求法官参照某个相关的指导性案例，但是法官在回应此诉求时却表现得异常谨慎，怀着一种想用却不敢用或想用却不会用，甚至是担心用了不仅可能出错而承担责任，而且会增加自己论证义务的复杂心态，从而倾向于选择以一种从形式上不为外界所察觉的隐性方式来适用指导性案例。<sup>⑥</sup>正如有学者在最高人民法院指导性案例司法应用情况年度报告中所指出的，在2017年1571例应用案例中，法官明示援引的有580例，隐性援引的有980例；<sup>⑦</sup>在2018年统计的3098例应用案例中，法官隐性援引的有1736例，占到了56%。<sup>⑧</sup>

这种隐性适用常常表现为，法官对当事人以及律师所提出的“应当参照指导性案例”的诉求不给予是否参照适用的明确回应，但在司法裁判中认同指导性案例确立的规则、原则或者法治精神，保持其裁判结果实际上与指导性案例相一致，从而使司法判决的可接受性得到增强，案件得以快速高效的处理，案件被上级法院发回重审或者改判的风险机率也大大降低。可见，“在个案裁判中，法官之所以

① 参见徐隽：《最高法发布司法改革白皮书》，《人民日报》2016年3月1日。

② 参见最高人民法院编：《中国法院的司法改革（2013—2016）》，人民法院出版社2017年版，第20页。

③ 参见最高人民法院编：《中国法院的司法改革（2013—2018）》，人民法院出版社2019年版，第27页。

④ 王亚新：《立案登记制改革：成效、问题及对策——基于对三地法院调研的思考》，《法治研究》2017年第5期。

⑤ 参见张嘉军：《立案登记背景下立案庭的定位及其未来走向》，《中国法学》2018年第4期。

⑥ 有学者将这一行动逻辑又微观划分为3个层面的内容，即“试探性权衡和沟通”“借用案例”和“搁置或摆脱案例”。参见孙海波：《指导性案例的隐性适用及其矫正》，《环球法律评论》2018年第2期。

⑦ 参见郭叶、孙妹：《最高人民法院指导性案例司法应用情况2017年度报告》，《中国应用法学》2018年第3期。

⑧ 参见郭叶、孙妹：《最高人民法院指导性案例2018年度司法应用报告》，《中国应用法学》2019年第3期。

选择以隐性的方式适用某个指导性案例,主要并不是因为在实质上被指导性案例的说理、推理或论证所说服,而是因为如此适用能够给自己带来直接或间接的利益,这就决定了以利益为导向、陈仓暗度式的隐性适用在本质上是一种权宜之计,是一种追求判决不被质疑、争议案件得到高效解决的策略之举”。<sup>①</sup>并且,这套关于指导性案例隐性援引的实用主义回应策略与最高人民法院指导性案例制度<sup>②</sup>所建构的“应当明示参照援引”秩序的初衷相去甚远。

第三,法律形式主义的保守裁决。就社会公众的司法正义诉求而言,法律形式主义与法律现实主义两相对立,前者因为过于机械、封闭甚至像概念法学那样而逐渐被抛弃,后者则因过于强调法官的能动性也被法学界加以警惕。法官秉持形式主义或严格的法条主义,机械地适用法律,其实也有可能是法官不负责任的表现。<sup>③</sup>例如,“天津大妈摆摊射击案”<sup>④</sup>“五道古火会非物质遗传人被判刑案”<sup>⑤</sup>以及“内蒙古无证收购玉米案”<sup>⑥</sup>等案件的一审判决就坚持了一种机械的法律形式主义,引起社会的强烈反应,不管是社会公众还是专家学者几乎都持批判态度。

实际上,法官如何裁判不仅体现出法官群体的知识选择,也透露出法院、法官在面临社会案件时的工作方式和裁判路径。如果仔细查看裁判结果就会发现,法官是在一种机械法律形式主义思维的引导下作出判决的,<sup>⑦</sup>这种机械法律形式主义的思维与法律的目的和精神存在很大偏差,在一定程度上扭曲了法律制度的预设功能。而之所以作出如此判决,可能并不仅仅是因为法官个人业务素质能力、职业伦理的欠缺以及对判决作出后社会反响预判的无意识,也很可能是法官在综合权衡政治风险、法律风险和社会风险后作出的一种实用主义策略选择。当面对社会热点案件以及司法判决与公众判意可能出现错位的案件时,法官可能意识到此类案件的审判存在较大的风险,因此在趋利避害本能的驱使和司法职业伦理的缺位下,法官在众多裁决选项中策略性地选择一种政治、法律风险较小而社会风险可能较大的判决。

其实,法官也是精于计算的理性人,在具有明确司法解释的情况下,与其为了实现形式正义与实质正义的协调而绞尽脑汁,还不如直接加以适用,即便判决的社会效果并不理想,法官也可以指出那是司法解释本身的问题而非法官自身的问题,更何况当事人还有上诉或者再审等司法救济途径。“以至于‘依法办案’以及‘无权造法’是法院始终宣称的,也是为很多人所赞同的一种‘政治正确’。”<sup>⑧</sup>而如果法官直接避开司法解释不予适用,那么其可能会面临背离形式法治的法律适用风险以及最高人民法院的责问,甚至是检察院之公诉角色与法律监督角色合力下的强势问责,这些因素综合起来使法官面临的风险远远高于前一种选择下所面临的风险,因而法官更倾向于策略性地选择前一种做法。

## (二)结构性司法产品诉求与个体性司法产品诉求置换策略

在社会结构化的过程中,正如前文美国学者欧文·费斯之“结构性诉讼”理论所指出的那样,很多

① 孙海波:《指导性案例的隐性适用及其矫正》,《环球法律评论》2018年第2期。

② 参见《最高人民法院关于案例指导工作的规定》《最高人民法院关于案例指导工作的规定》实施细则》。

③ 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,“译者序”第9~10页。

④ 参见天津市河北区人民法院(2016)津0105刑初字第442号刑事判决书。

⑤ 参见河北省赵县人民法院(2017)冀0133刑初字第4号刑事判决书。

⑥ 参见内蒙古巴彦淖尔市临河区人民法院(2016)内0802刑初字第54号刑事判决书。

⑦ 参见万春、杨建军:《〈关于涉以压缩气体为动力的枪支、气枪铅弹刑事案件定罪量刑问题的批复〉解读》,《检察日报》2018年4月22日。

⑧ 李杰:《法官“机械司法”的博弈分析》,载苏力主编:《法律与社会科学》(第9卷),法律出版社2012年版,第4页。

诉讼不再是单纯地为了解决纠纷而是夹杂制度性变革或者政策性改革的诉求。而这种诉讼背后反映的往往是社会的结构性问题,其不再局限于纠纷双方之间,而是并非可辨识个体的集合,其涉及的利益往往与深深嵌入这个结构中的每个社会个体休戚相关。<sup>①</sup>因而,我们可以把社会公众对于司法的诉求划分为个体性的司法产品诉求与结构性的司法产品诉求,前者主要是指纠纷仅限于当事人之间,与社会的结构性缺陷关系不大,如双方因合同违约而诉诸司法请求金钱给付的诉求;而在后者中,矛盾的产生指向社会的结构性原因,社会制度、法律制度存在的某种缺陷导致此种类型纠纷的产生,因此只有修正制度才能避免此类矛盾,如“吴英案”背后所反映出的民营企业融资制度。<sup>②</sup>相比较而言,结构性司法产品的公共性要比个体性司法产品的公共性更强一些。

司法在回应社会的过程中,会把结构性司法产品诉求策略性地当作个体性司法产品诉求进行回应。<sup>③</sup>换言之,结构性司法产品诉求与个体性司法产品诉求会发生置换的情形。如果司法能够回应结构性司法产品诉求那自然更好,但是基于政法体制的原因,<sup>④</sup>我国司法机关自身处于弱势地位,导致其在输出结构性司法产品时能力非常孱弱,因此法官在裁判时,为了避免使法院处于不利地位并能够快速高效地结案,就很可能策略性地把此类结构性诉求拒之门外(不予立案或驳回起诉),或者故意把结构性司法产品诉求当作个体性司法产品诉求予以回应,进而只产出个体性的司法产品。例如,由于夫妻共同债务承担制度不合理而诉诸法院的一系列案件,<sup>⑤</sup>以及“深圳鹦鹉案”<sup>⑥</sup>“天津大妈摆摊射击案”对最高人民法院司法解释的合理性提出的质疑,法院要么不予立案,要么把对不公平社会制度的改革诉求、对法律制度的质疑等结构性司法产品诉求置换为个体性司法产品诉求进行处理,最终只可能提供个体性的司法产品。

### (三)个案裁判回应转向准立法性质的一般回应策略

如果我们对“内蒙古无证收购玉米案”和“天津大妈摆摊射击案”的时间节点稍加梳理,就会发现多个规范性文件在司法裁判之后相继出台,其分别是2016年9月原国家粮食局修订的《粮食收购资格审核管理办法》(以下简称《办法》)、2016年11月最高人民法院发布的《关于依法妥善处理历史形成的产权案件工作实施意见》(以下简称《意见》)和《关于涉以压缩气体为动力的枪支、气枪铅弹刑事案件定罪量刑问题的批复》。通过这些规范性文件可以发现,虽然原国家粮食局修订的《办法》并非最高人民法院颁布,但是其与司法案件具有千丝万缕的联系。“内蒙古无证收购玉米案”一审在2016年4月15日宣判,案件被媒体公布出来以后,社会舆论几乎一片批评;到了2016年9月,国家粮食局新修订的《办法》就颁布了,而到2016年11月份,《意见》发布,着重强调不能把普通经济纠纷当成犯罪处理,对在生产、经营、融资等活动中的经济行为,当时法律、行政法规没有明确禁止而以犯罪论处

<sup>①</sup> 参见[美]欧文·费斯:《如法所能》,师帅译,中国政法大学出版社2008年版,第1~74页。

<sup>②</sup> 关于“吴英案”背后的制度性追问以及具体分析,参见马长山:《公共领域的兴起与法治变革》,人民出版社2016年版,第189~206页。

<sup>③</sup> 参见申伟:《中国司法供给的效应局限——以产品性供给与符号性供给的区分为基础》,《北方法学》2016年第5期。

<sup>④</sup> 参见李拥军:《司法改革中的体制性冲突及其解决路径》,《法商研究》2017年第2期;左卫民:《审判如何成为中心:误区与正道》,《法学》2016年第6期;郑智航:《最高人民法院政治话语的变迁及双向调适策略——以1980—2010年〈最高人民法院工作报告〉的话语分析为主线》,《甘肃社会科学》2013年第5期。

<sup>⑤</sup> 参见程新文等:《〈关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释〉的理解与适用》,《人民司法》2018年第4期。

<sup>⑥</sup> 参见广东省深圳市中级人民法院(2017)粤03刑终字第1098号刑事判决书。



的,或者虽属违法违规但不构成犯罪而以犯罪论处的,均应依法纠正。<sup>①</sup>接着,2017年2月17日,最高人民法院指令再审,最终改判无罪。从这一系列事件的时间进度中可以看出,其接续得恰到好处。可见,最高人民法院采取的是“从个案裁判到一般性司法解释、司法政策”这一转向型的回应策略。但是,从“天津大妈摆摊射击案”背后的法律适用逻辑又可以看出,其坚持“案中继续适用行政立法枪支标准”的态度,也就是说,既主张修正又在没有修改之前继续适用。最高人民法院的这一态度很可能是认识到法院系统司法判决之漏洞或者不当之处,由此产生自我纠正的自觉意识,但是又想策略性地维护自身的司法权威,故而不在于案件审理过程中修改自身的审判依据,只在案件裁判生效之后才发布新的司法解释和司法政策。总之,从各级人民法院的回应过程可以总结出其回应的基本策略:从个案司法裁判回应转向司法解释、司法政策等准立法性质的回应,从具体回应转向抽象一般回应,从案中回应转向事后案外回应。

综上,法官在承担司法角色时,其目标具有实用性。在这种实用性认知视角下,一些制度性因素会被非制度化,进而被排除出司法的日常运作,而一些非制度性因素又会被制度化,从而被纳入司法的运转过程中。在这种制度化与非制度化相互转化的司法实践过程中,法官行为的大部分内容更多集中于建构稳定的司法秩序而不是法律理论和学说中的其他部分。<sup>②</sup>同时可以发现,司法回应社会的策略性选择具有两副面孔:一方面,法官积极寻求形式上的“合法律性”;另一方面,司法行为并非严格遵循规则的结果,而是根据案件的局部情况和场景条件来完成的。<sup>③</sup>正如美国社会学家欧文·戈夫曼所言,不同的场合适用不同场合判断下的行为选择。<sup>④</sup>其有时呈现为一种个体主义进路,有时却呈现出极强的集体主义“大局意识”。这背后不仅涉及法官自身的价值取向和理性选择,而且关联着制度的负外部性。

#### 四、回应方式和回应策略的可能风险

在应然层面,司法不应在审判领域及社会变革中表现出过分的功利主义倾向,而是应遵循司法规律量力而行。但是,中国司法回应社会的这些基本方式和策略镶嵌于中国的司法国情和社会样态之中,在制度的簇拥下或夹缝中得以形成。其凸显了当下司法在面临各种复杂情境以及有限司法资源时精心盘算、见机行事的能动侧面,具有可理解的成分。<sup>⑤</sup>但是,这并不意味着这些回应方式和回应策略都是正当的,其很可能衍生出较大的风险。具而言之:

##### (一)司法自主性缺失与机会主义行为的风险

前述策略中泛政治因素的个案考量、上级法院的过早介入使得司法的自主性遭到破坏,司法受到法律外因素的影响更为严重。这时,司法不再是一个独立运作的主体,而是变为一个受到很多非法律因素入侵的“摇摆体”,在各种非法律因素之间来回穿梭,法院变成一个精于计算的以“经济人”为主的多重角色,其既是实现正义的中立机构,也是官僚机构的一部分,又是追求自我利益的部门,并且它还

<sup>①</sup> 参见《最高人民法院关于依法妥善处理历史形成的产权案件工作实施意见》,http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-31781.html,2019-05-24。

<sup>②</sup> 参见王申:《法官的实践理性论》,中国政法大学出版社2013年版,第396、546页。

<sup>③</sup> 参见吴英姿:《法官角色与司法行为》,中国大百科全书出版社2008年版,第127页。

<sup>④</sup> 参见[美]欧文·戈夫曼:《日常生活中的自我呈现》,黄爱华、冯钢译,浙江人民出版社1989年版,第56页。

<sup>⑤</sup> 参见莫良元:《转型社会司法热点案件的法社会学研究》,人民出版社2014年版,第36~37页。

会以上述面孔中的任何一个来阻碍正义的实现。<sup>①</sup> 在这种情况下,法官的主体性也将被不断地削弱,而法官主体性的弱化又往往会影响到法官的理性,进而产生司法判断上的思维惰性,这不仅影响法官对决策信息的选择,而且会导致司法伦理、司法责任意识的滑坡。<sup>②</sup> 法官严重依赖司法解释与上级法院的内部规范性文件以及请示汇报,将会导致法官思维上的固化和惰性,很多法官缺乏足够的能力和能动性来根据现实需要对法律条文做出合理解释。<sup>③</sup> 正如有学者所言:“在高度分化的现代社会,作为手段的暴力(哈贝马斯所说的‘事实’)与作为目的的规范是分离的,法律往往沦为暴力手段,不具备解释主体性而只能机械适用法律的法官,在科层体制下易于沦为审判机器,或说在流程化管理和表面的程序化控制下沦为生产线上的工人。”<sup>④</sup>

对于指导性案例的隐性援引,其体现出法官对法律适用和判决说理秉持一种庸俗实用主义的态度,难以形成对法律的敬畏之心,而只会促发司法机会主义行为。在“理性人”假设下,人具有逐利倾向且易于在有限理性造成的信息不对称下作出机会主义的获利行为。如果司法能够坚持以法律和法治精神作为自身判断的标准,将法官个体利益、法院组织目标与社会整体价值相统一,那么司法的自主性将得以保持并大大减少机会主义行为。但是以上回应策略恰恰证明,“司法系统缺乏按照程式对法律之外的社会知识进行有效遴选的能力,致使社会系统直接侵入司法系统”。<sup>⑤</sup>法官在决策的过程中,会充分利用信息的不对称以及对各种侵入司法系统的因素进行权衡,甚至在“法律”掩盖下作出违背法理的机会主义决策和短期化行为。这样一来,法律本应该供给社会的规范预期就无法通过司法来实现,社会对司法的角色期待也就无法兑现。

## (二)当事人司法产品诉求与法院司法产品供给不匹配的风险

司法产品供需的不匹配包括两个维度:一是当事人司法诉求产品的未供给,二是司法供给的产品不符合当事人期待。这两种情形在司法回应社会的策略表达中都有所体现。隐性的立案审查制在一定程度上使得本该在立案登记制下获得的司法产品救济,由于“裁定驳回起诉”等策略选择而使当事人得不到司法产品供给;法律形式主义裁决不仅彰显出权力的专横,而且扭曲了立法目的以及法律价值,使司法实际上提供的裁决产品与当事人的司法裁决诉求严重不匹配;结构性司法产品诉求置换成个体性司法产品诉求更是将这种供需矛盾推向极致。

但是,中国司法回应社会的策略性选择造成的供需之间不匹配矛盾不完全等同于“案多人少”意义上的供需矛盾,因为前者涉及的因素更加复杂,不仅包括办案人手、审判效率、繁简分流等问题,而且涉及业绩考核、司法权与其他权力的博弈、社会结构以及整个政法体制等因素,所以将此种策略选择意义上的供需不匹配等同于“案多人少”意义上的供需矛盾会产生更大的风险。从权力运行角度看,它可能使司法权对行政权的制约监督作用弱化,从而隐性地扩张行政权,也可能加大司法权脱离权力中心场域的风险,致使司法权越来越处于权力的边缘;从法院内部角度看,很可能在法院内部形成一种恶性竞争的糟糕环境,使回应策略的底线不断降低,无法营造出一种公正审判的氛围;而从法院的外部角度看,如果当事人的司法诉求得不到满足,就可能会产生对司法的抱怨和不理解,从而影

<sup>①</sup> 参见汪庆华:《政治中的司法:中国行政诉讼的法律社会学考察》,清华大学出版社2011年版,第6页。

<sup>②</sup> 参见王申:《法官的实践理论》,中国政法大学出版社2013年版,第183~185页。

<sup>③</sup> 参见劳东燕:《法条主义与刑法解释中的实质判断——以赵春华持枪案为例的分析》,《华东政法大学学报》2017年第6期。

<sup>④</sup> 梁译如:《法官审判裁量情境中的话语实践考察——“议论的法社会学”视角》,《交大法学》2018年第2期。

<sup>⑤</sup> 郑智航:《国家建构视角下的中国司法——以国家能力为核心》,《法律科学(西北政法大学学报)》2018年第1期。

响司法在社会公众心中的形象,甚至出现类似“马彩云案”<sup>①</sup>等伤害法官的恶性事件或群体性事件。总之,这种风险是不确定的,也是难以准确预测的,因此治理起来成本更大,应当事前主动加以防范和规避,而不是仅着眼于事后的被动化解。

### (三)法院司法判决与社会公众判意错位的风险

“从个案裁判回应到司法解释、司法政策等准立法性质的一般回应”反映出最高人民法院已经认识到司法解释、司法判决的不当之处,从而产生自我纠偏的自觉意识和行动规划。这种策略选择虽然因司法解释或者司法政策适用的不溯及既往而有助于避免实质正义的缺位,但是这种“亡羊补牢”式的事后进路是以牺牲案件中当事人的利益为代价的,这显然违背关于社会公正的基本理念,也反映出这种从个案裁判回应转向准立法性质的回应策略本身就存在缺陷。因此,在具体个案中很容易出现司法判决与公众判意的错位,如在“大学生掏鸟窝案”<sup>②</sup>“深圳鹦鹉案”及“天津大妈摆摊射击案”中,社会公众的正义直觉与司法判决形成鲜明对比,<sup>③</sup>社会公众从常理、常情以及常识出发所形成的社会正义观与司法回应策略表现出来的司法正义观出现严重的错位。

如果一味地强调司法封闭下的高冷与疏离,从而作出法律形式主义的裁决,那么司法判决就可能背离社会公众的基本司法正义诉求,出现一般性正义诉求的规范化表达与具体司法判决中个案正义诉求的鸿沟,从而造成司法与社会公众之间的隔阂。换言之,司法无法从法律裁判的角度理解社会公众的行动逻辑,社会公众也难以理解法院的裁判逻辑。这实质上是背后两种不同知识指引下的各行其是:一种是建构主义的法律形式主义逻辑,一种是自生自发演进的传统经验逻辑。两者在多种因素的综合作用下出现背离。

在司法产品的供给中,如果司法不考量社会公众对判决的可接受性,那么结果可能如有学者所说:“在形式上似乎有了很好的符合正当程序要求的裁判结果,但实质上却没能解决深层次的社会问题,甚至可能成为引发更大社会冲突的导火线。因为,一旦当事人以及民众认为司法裁判是有违事实、非道德的,很容易对司法产生失望甚至绝望情绪,就会诉诸法律外的非正常纠纷解决途径,甚至于引发私力救济和暴力冲突”。<sup>④</sup>当法院司法判决与社会公众判意发生错位时,司法判决可能只是符合形式意义上的正义,而不符合社会公众心目中的个案正义。当社会公众对司法判决的结果产生某种程度的不认可时,这种不认可很可能是司法判决理由中所释放的观念与社会公众头脑中业已形成的观念不相契合,而这种观念与价值体系冲突,很可能导致申诉、信访或者群体性事件,严重的甚至会造成对社会基本常识、常理、常情等价值观的冲击,进而造成整个社会对司法的消极评价。<sup>⑤</sup>因为相比于当事人司法产品诉求与法院司法产品供给不匹配而言,法院司法判决与社会公众判意的错位使得案件的影响力不再仅仅局限于当事人之间,而是波及更大的范围。

### (四)司法回应能力不足与回应力度缺乏控制的风险

隐性立案审查制以及结构性司法产品诉求与个体性司法产品诉求的置换在一定程度上凸显了司

<sup>①</sup> 参见吴丹红:《如何保护基层法官——马彩云案后的一点冷思考》,载何家弘主编:《法学家茶座》(第48辑),山东人民出版社2016年版,第34~38页。

<sup>②</sup> 参见河南省辉县市人民法院(2014)辉刑初字第409号刑事判决书。

<sup>③</sup> 参见李拥军:《合法律还是合情理:“掏鸟窝案”背后的司法冲突与调和》,《法学》2017年第11期。

<sup>④</sup> 李学尧:《非道德性:现代法律职业伦理的困境》,《中国法学》2010年第1期。

<sup>⑤</sup> 例如广为诟病的“南京彭宇案”一审判决。关于此案,有学者就疾呼中国司法使得中国民众的道德呈现出一定程度的滑坡,并未营造出应有的良善环境。参见曹鹏程:《法律应是人性的低保》,《人民日报》2016年12月6日。

法自身回应能力的不足。因为如果司法对于社会诉求都能给予回应,那么就不必策略性地选择将一些案件拒之门外,不予立案或者驳回起诉,甚至“头脑清醒地把事情糊弄过去”,<sup>①</sup>也不必对当事人的司法诉求策略性地进行置换。但是,不管是最高人民法院最终掌握着司法解释的是否发布、何时发布、内容为何,所体现出来的对立法权的僭越和某种程度的知识专断;还是地方各级人民法院对于“同案不同判”的个体性回应以及法律形式主义裁决,所体现出来的自由裁量的随意性,都在一定程度上反映出司法在回应社会过程中的回应力度的拿捏还处于缺乏控制的状态。

可见,中国司法在回应社会时面临回应能力不足与回应力度缺乏控制的双重风险,亦即,司法在某些领域对于社会缺乏回应能力,而在另外一些领域虽然具备回应能力但是在回应力度方面却缺乏法治原则的软性约束以及法律制度的刚性制约。在这种双重风险下,回应能力的不足很容易造成法院回应社会内生动力的不足。司法一方面无法满足社会公众的司法需求,另一方面又不允许那些非正式法律制度的实践,因此造成司法供给与纠纷解决能力不足的尴尬局面,进而产生社会公众对于司法产品诉求未被满足的抱怨,损害了司法在社会公众心中的形象,也进一步加深了司法与社会的隔阂;而回应力度的缺乏控制导致司法回应社会诉求的非统一性,同等情况不能给予同等程度的回应,甚至出现司法权对立法权的侵蚀。有的法院将纠纷解决与政策实施<sup>②</sup>之间的主次关系错置,出现一种泛司法政治化的倾向。此外,最高人民法院过度能动地发布抽象司法解释也在一定程度上挤占了立法的空间,有的司法解释甚至超越了现有法律规定,从而面临合法性危机。<sup>③</sup>

## 五、防范、规避和化解可能风险的出路

如果没有看到法官行为选择背后的利益考量和制度环境,就不可能看透法官行为的真正逻辑。因为行动者被各种价值观念、规范体系和其他软硬制度支配,这些因素又影响着所建立的目标和实现目标的手段。<sup>④</sup>只是一味地从口号上呼吁法官要敢于担当并且愿意行使自由裁量权以避免不公的判决,几乎没有作用。我们要做的是应该从法官生存的制度环境和现实境遇出发,以“同理心”审视法官处境,并找到其背后的根源,如此才能以司法改革为契机,将司法策略选择所产生风险的制度环境和现实境遇加以改革,最终才能从源头上加以治理,以实现预期的效果。对此,笔者提出如下建议:

其一,中国司法对社会的回应实质上是一个社会问题司法化的过程,这个过程追求的是社会与司法的互相理解,实现社会需求侧与司法供给侧的双重关照。一方面,社会作为司法需求侧,应该理解司法的有限性,特别是要认识到司法回应社会的限度,切忌抱有过高的司法期待;另一方面,司法作为供给侧,应该理解社会的复杂性和诉求的多元性,从而抛弃机械的回应方式,避免打破社会以往惯习的稳定预期。其实,中国社会的结构转型对中国司法提出了更高的要求,从而驱使中国司法不断提升自身的回应能力;而中国司法回应能力的提升又将在一定程度上促进中国社会转型的进程。在二者彼此认知、理解和互惠的基础上,处理好社会诉求、回应能力与回应力度之间的关系,社会问题司法化

① [美]理查德·波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,“总译序”第4页。

② 纠纷解决型司法和政策实施型司法是美国学者达玛什卡划分的两种司法类型。参见[美]米尔伊安·R.达玛什卡:《司法和国家权力的多种面孔——比较视野下的法律程序》,郑戈译,中国政法大学出版社2015年版,第114~116页。

③ 参见苗炎:《司法解释制度之法理反思与结构优化》,《法制与社会发展》2019年第2期。

④ 参见[美]乔纳森·H.特纳:《社会学理论的结构》,邱泽奇、张茂元等译,华夏出版社2006年版,第37页。

的过程才是一个正和博弈的过程。<sup>①</sup>

其二,提升中国司法在现有政法体制中的自主能力,注重整合法院功能,继续强化“自治型司法”建设。正如卢曼所说,法律系统对社会应具有一定免疫能力下的不同敏感度和反应度。<sup>②</sup>司法系统在对社会具有学习性适应能力的同时,也应该具有一定的免疫能力来对社会的诉求激扰进行过滤和屏蔽,亦即司法系统在裁判规范上是封闭的,但是在社会认知上是开放的。<sup>③</sup>在面临社会纠纷以及社会公众的诉讼请求时,司法应该具有一种适度主动导引社会制度发展或者价值塑造的自觉意识,通过自身的自主性,不断发挥和增强自身的免疫能力,进而对社会产生一定的回应能力。在这个意义上,我国的司法不是亟待完全迈向一种美国法社会学家塞尔兹尼克和诺内特所讲的“回应型法”<sup>④</sup>下的“回应型司法”,而是要继续强化“自治型司法”建设,逐步提高司法对于其他非法律因素侵入的筛选和排除能力,提升司法权运行的正当性和合理性,最终增强司法自主运作语境下的反思平衡能力与回应社会的能力。其实,当前司法体制综合配套改革就是在强化“自治型司法”建设,在这种“自治型司法”中,司法行为的合法性不再简单地依赖于内部行政结构的科层式授权或者管理,而是逐步转移到寻求依据上的合法性和运作上的正当性,这将促使法院或者法官不再只聚焦于“权力的魅力”和“权力的压制”,而是着眼于法律的论证、能力的提升和效能的强化。

其三,不断提升司法对于实质正义以及未来稳定预期的供给能力。实质公正的司法裁决不仅能够安抚当事人的内心,维护社会秩序,而且在一定程度上有利于公民法治观念的养成。法官审判案件不能仅仅简单地“向后看”,而是要“向前看”,力争做到相对周全的法律规范和裁判后果的考量。<sup>⑤</sup>司法回应社会的方式应该逐步走向一种连贯性的表达,旨在为社会公众提供一种法治规则认同下的行动框架,而非任意逻辑下的“一事一议”以及不确定的未来预期,从而促成司法场域下法治观念从无到有、从旧到新等多个维度下的再生产。<sup>⑥</sup>并且,这种正义的输出要考量具体案件的情境,不能机械地从法律形式主义思维出发审判案件,正如日本法学家棚濑孝雄提出的法官司法裁判的两个基轴:“合意性 决定性”和“状况性 规范性”。前者注重当事人的合意与法官裁判之间的流转,而后者聚焦案件本身的特殊情境与法律规范的一般性。<sup>⑦</sup>在两个基轴之下,不仅要在“个案 规范”之间建立起良性互动,将个案化的本土经验上升为法律制度,而且要在“法院 个案 当事人”之间促成良好的沟通途径,实现案件的理性商谈。

其四,从法律效果与社会效果的综合考量中提取作为案件价值指引的社会共识或公共理性。最高人民法院在司法裁决之社会效果评估的基础上,主动将司法裁判的具体回应转向司法解释、司法政

① 参见侯明明:《中国社会的司法回应论纲——“诉求 回应”互动模式的视角》,《北京理工大学学报》(社会科学版)2019年第2期。

② 参见[德]鲁曼:《社会中的法》,李君韬译,台湾五南图书出版股份有限公司2009年版,第621~624页。

③ See Niklas Luhmann, *The Unity of Legal System*, in Gunther Teubner ed., *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Walter de Gruyter, 1987, p.20.

④ 参见[美]P.诺内特、P.塞尔兹尼克:《转变中的法律与社会:迈向回应型法》,张志铭译,中国政法大学出版社2004年版,第81~129页。

⑤ See Guarnieri Carlo, Patrizia Pederzoli, *The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy*, Oxford University Press, 2002, p.8.

⑥ 参见侯明明:《“通过司法判决塑造公众法治观念”命题的逻辑理路》,《天府新论》2017年第4期。

⑦ 参见[日]棚濑孝雄:《纠纷的解决与审判制度》,王亚新译,中国政法大学出版社2004年版,第7~8页。

策等准立法性质的一般回应,继而实现以后司法裁判的良好适用,避免法律效果与社会效果的再冲突,保障形式法治与实质法治的紧密结合,已经迈出很好的一步。但是这种“亡羊补牢”式的回应不仅凸显了法律解释权(尤其是刑法解释权)被各种形式的司法解释和请示汇报所垄断的事实,也在一定程度上反映出最高人民法院力图取代法官解释权之个案评价功能的倾向,而且存在一定的个案正义缺陷。因此,必须要让法官在个案中发挥应有的自由裁量权以确保法官在自主选择的前提下对法律进行解释、适用。复归和保障法官的个案解释权,充分利用法律的开放结构,吸收社会共识中的其他资源作为裁决的支撑性理由,从而寻求一个既合法又合理的正当判决。因法官要解决规范冲突问题,故无法避免对作为有效之规范的重构性评价。<sup>①</sup>张明楷教授也指出,欲破解法定犯正当性不足的弊端,必须依靠实质性的法律解释。<sup>②</sup>法官不是只被动地适用法律,而是也主动地解释法律;法官不仅要进行形式逻辑的推理,而且要探寻法律之目的;法官不只是简单地追求工具理性,而是要彰显立法精神的价值理性。如果发现法律或者司法解释中有不合理之处,虽然不能直接确认其无效,但是可以通过选择其他规则的方式间接拒绝适用,实现一种规则在场的“不在场化”。

正如有学者所言:“法官忠于法律,不是对制定法的简单遵循,而是对‘制定法和法’的遵从,即当‘实证的法律与不正义的矛盾达到不能忍受的程度,以至于作为不正确的法的制定法不得不屈服于正义’时,法官需要通过一般的正义、道德、伦理和事物本质予以自主评价。”<sup>③</sup>当然,“法律的不确定性将案件的解答分解成了多个备选方案,而如果法官的裁判结果不是一种形式合法掩盖下的恣意和任性,最终的抉择便需要其他实质理由加以支撑。”<sup>④</sup>这样一来,通过给出裁判理由并展开详细论证,不仅避免了牺牲个案中当事人的利益以及维护了法院的权威,而且最高人民法院可以事后根据案件社会效果的反馈、总结,及时修正以前发布的司法解释或者重新发布司法解释,制定新的司法政策。这不仅能够完善相关裁判依据,而且还能以“润物细无声”的方式实现法院自身认知盲区的修正和价值观念的转变,从而有助于避免司法判决与公众判意错位带来的司法资源浪费以及对司法公信力和司法权威的损害。

责任编辑 王虹霞

<sup>①</sup> See Juergen Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Translated by William Rehg, MIT Press, 1996, p.232.

<sup>②</sup> 参见张明楷:《自然犯与法定犯一体化立法体例下的实质解释》,《法商研究》2013年第4期。

<sup>③</sup> 陈绍松:《司法裁判的评价与认同》,《法学杂志》2018年第1期。

<sup>④</sup> 陈杰:《基于裁判理由的民意判决的正当性探析》,《河北法学》2018年第4期。