

# 司法裁判中法官价值判断的理性限制体系及其展开

孙海波\*

**摘要:**法官价值判断对司法裁判而言具有构成性意义,实践中对它的误用或滥用将会造成极为严重的影响。长久以来,如何实现法官价值判断的客观性,以确保其在理性化的框架下接受批评和验证,成为现代法学方法论的核心议题。法官价值判断的理性化应受到实体性、程序性和伦理性3个方面的限制,由此可相应地建构出实体性论证规则、程序性论证规则以及伦理性论证规则,它们共同型构法官价值判断的理性限制体系。在现代法治视野下,法官价值判断的理性化既非虚幻也非遥不可及,其存在及实现有着浓厚的实践基础和制度保障。

**关键词:**价值判断 客观性 理性限制 依法裁判 忠诚说理

## 一、问题的提出

可以说,“法学从本质上说是一门与规范(=价值评价)打交道的科学”。<sup>①</sup>法律规范的适用本身就是一种规范性判断,适用者须决定应否将眼前的个案事实作为法律规范的一个实例加以看待。如此一来,法官价值判断对裁判而言便具有至关重要的意义。由于价值判断问题是一个宏大的学术论题,可能现于法官或检察官办案过程中的任何环节,着实不易把握,因此为避免泛泛而论,下文将聚焦于法官在法律推理或法律论证过程中的价值判断活动,如无特别说明,法官价值判断专指司法推理中的价值判断,或可简称为司法价值判断。

法官的价值判断主要体现为两种形式:一种是在法律价值的指导下依照价值对相关规范或涉及的问题作出判断;另一种是对实质性价值进行判断,尤其是协调诸种相互冲突的实质性价值。<sup>②</sup>一旦我们承认法官价值判断的重要意义,那么必须面对的问题就是:价值判断具有较强的主观性和相对性,由于裁判者的价值观不同,因此即使面对同一个法律问题,有时从不同的视角

\* 中国政法大学比较法学研究院副教授、博士生导师  
基金项目:国家社会科学基金资助项目(20AFX003)

① [德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2013年版,第133页。

② 参见张骥:《司法推理价值判断的观念与体制分析》,《浙江社会科学》2021年第2期。

观察也难免会得出意见相左的判断,此时究竟应以何者为准?换句话说,哪一种判断才是客观的或可欲的?

如果允许法官价值判断在法律实践中盲目进行,那么其带来的危害将不言而喻。法官价值判断恣意化带来的直接结果就是侵害当事人在诉讼中的权利,由此会进一步滋生司法专断、损害司法权威、加剧裁判的不统一。因此,寻求对法官价值判断的理性化限制就变得十分重要。正是在这种背景下,笔者将探讨在现代司法中应如何寻求对法官价值判断的理性化限制,使司法裁判的论证过程和结果尽可能保持客观、理性。

客观性在哲学上一直是个含混不清且颇具争议的概念。客观性的对立面是主观性,客观性要求的是非个人化的信念主张。对法官的价值判断有两种极端的观点:一种是极端的主观论,认为法官价值判断完全是个人价值偏好的表达,毫无客观性可言;另一种则是极端的客观论,主张法官价值判断完全能做到非个人化,可将主观性因素彻底排空。这两种观点均不符合现实,司法裁判中法官的价值判断既非丝毫不具有客观性,也非具有完全高强度的客观性。本文所辩护的,在于法官价值判断如果具有客观性,那么也仅具有一种弱意义上的客观性,它显然无法达到自然科学意义上的那种强客观性,无法始终能够通过数据、经验来证实客观性。这种弱意义上的客观性,一方面不能完全抽空判断主体的主观要素,另一方面又要将判决过程及结果置于可以被认识、评价和检验的范围之内。

这种弱意义上的客观性,实质上着眼于一项判断能否为实践参加者所普遍接受或认可,大致等同于可接受性。比如,法官推理活动所运用的价值判断,能够被法官同行、律师或代理人、当事人乃至社会公众认可。通过交流、沟通乃至检验性批判,力求让价值判断能够为社会中的大多数人所接受。就此来说,客观性也就意味着价值判断的理性化或正当化。进一步而言,学者认为价值判断的“客观化”实则不过是价值判断正当化的一种托词或话语策略,价值判断应该追求自身的“正当化”,而不必非得将自己标榜为所谓的“客观化”。<sup>①</sup>笔者赞同这种看法。这也是笔者不愿纠结于客观性概念的原因,而是尝试以“理性化”来淡化概念争议,使之既能注意到客观性的面向,又能兼顾正当性的维度。由于法官价值判断客观性的实现依赖于对该活动的理性化限制,因此,我们在尝试证成法官价值判断的客观性时,实则要讨论法官价值判断如何能够被理性化。

将客观性等同于主体间的有效性,赋予法律理由以一种主体间的效力,判决理由必定不能是法官个人的感觉或主观态度的表达。<sup>②</sup>无论是将客观性等同于主体间的有效性,还是将其视为主体间的接受性,都是在一种温和或弱意义上探求客观性的含义。这大致就是一些论者所宣称的“最低限度的客观性”。尽管多数人也可能犯错误,但对特定价值判断来说,其无须被社会中的所有人都认可,在大规模群体中通常也只有很少的信念能够被社会全员认同,只需被社会中绝大多数成员认同即可。<sup>③</sup>为防止价值判断被滥用,确保能够实现一种广泛的可接受性,须将其纳入理性审查的范围。一旦该判断通过了理性化门槛,就可认为它具备可接受性的能力。

唯有通过设定某些规则或约束,使得法官价值判断在理性化的轨道上运行,如此所获得的判

<sup>①</sup> 参见林来梵、翟国强:《有关社会科学方法论的反思——来自法学立场的发言》,《浙江社会科学》2006年第5期。

<sup>②</sup> See Kent Greenawalt, *Law and Objectivity*, Oxford University Press, 1992, p.197.

<sup>③</sup> See Matthew H. Kramer, *Objectivity and the Rule of Law*, Cambridge University Press, 2007, p.4.

断结果方能在社会群体中被接受或认可,也可以说法官价值判断满足了客观性的要求。法官价值判断的限制体系包括实体、程序及伦理 3 个层面,其中实体性限制和程序性限制着眼于法律立场,本质上属于法律性限制;相较之下,伦理性限制作为一个独立的层次,重在対法官价值判断施加道德约束,是一种非法律性限制。从法律内外立场出发所施加的诸种限制,共同型构了法官价值判断的理性化限制体系。

## 二、法官价值判断的实体性限制

实体性论证规则是相对于程序性规则而言的,它着眼于法官价值判断活动的内容本身。在理论上,法官价值判断的实体性限制规则数量很多,只要是從实体内容层面限制法官价值判断就可算作实体性限制,因此本部分不可能穷尽这些内容,而只能选择几项相对重要的规则,包括法官价值判断须坚持同等情况应同等对待、要尽可能实现价值论证的融贯性、法官价值判断应以法教义学为基础并且不可随意超越它、法官价值判断的效益性约束。这些实体性限制规则并行不悖,它们之间并无严格的排列次序。

### (一)同等情况应同等对待

同等情况应同等对待,是现代法治的根本要求。美国哲学家罗尔斯在讨论一个公正社会所应遵循的法治原则时,所构想的第一个原则就是同等情况应同等对待,如此才能排除偏私和不正义,限制自由社会中法官的裁量和专断权,任何时候他们想区别对待,都应诉诸法体系中的规则和原则来证成自己的决定。<sup>①</sup>王轶教授从民法学出发,结合民法学界已达成的最低限度的价值共识,提出价值判断应遵守“平等对待”的实体论证规则,具体来说,“在没有足够充分且正当理由的情况下,应当坚持强式意义上的平等对待”。<sup>②</sup>言外之意,只有在具备充分且正当理由的情况下,才能对民事活动中的主体实行区别对待。这种“等者等之、不等者不等之”的形式正义观念,是法官价值判断应遵循的最基础的规则。法官将正义内化于心,以平等为取向的价值判断易于在主体间被接受,反之,专断或恣意的区别对待在人们看来是糟糕的和难以认同的。

不仅在民事法律领域,而且在公法领域乃至整个法律部门体系中,平等对待都已成为根本性的法律原则。宪法中有“法律面前人人平等原则”,其他部门法往往也都设有一些具体化的平等性原则,如行政法中有“平等原则”、刑法中有“平等适用原则”和“罪刑均衡原则”、各个诉讼法中也相应规定了“诉讼平等原则”。除了以原则的形式表现出来的平等要求之外,许多部门法中还会以具体的特定规则将平等的价值理念具体化。当然在不同的部门法中,平等对待原则对法官价值判断施加约束的强度不同。

在法官进行价值判断时,关于同等情况应同等对待对法官提出了何种性质的要求,学界一度有过激烈的争辩,一种观点是同等情况应同等对待不过是施加给法官的道德义务,并不具有强制落实的特征;另一种观点是同等情况应同等对待是一种法律义务,法官如果任意背离这一要求将

<sup>①</sup> See John Rawls, *A Theory of Justice*, Revised Edition, Harvard University Press, 1971, pp.208—209.

<sup>②</sup> 王轶:《民法价值判断问题的实体性论证规则》,《中国社会科学》2004年第6期。

承担法律上的不利后果。<sup>①</sup>抛开这场争论不谈,即便是将同等情况应同等对待仅视作一种道德义务,也并不意味着法官可以随意地行使价值判断,从而随其所愿地放弃平等对待的要求。

当然,有一点必须指出的是,同等情况应同等对待虽然原本是用来限制决策者的价值判断的,但是其自身的模糊性会给法官创造新的裁量空间。什么是“同等情况”?一个谎称所售商品拥有多种实际上并不具备的品质,与销售假冒伪劣产品算不算“同等情况”?什么又是“同等对待”?两个罪行和情节相似的案件,在法定刑内选择了结果差异较大的不同判决,这能否算得上“同等对待”?类似的情况还有很多。言外之意,“同等情况”和“同等对待”的具体标准往往并不清晰,对它的拿捏本身就是个价值判断。这恰如一些学者所言,平等对待的原则是空洞的,需要附加认定“同等情况”和“同等对待”的具体判定标准,<sup>②</sup>而一旦我们找到或附加了这种具体标准,平等对待原则自身就会失去独立存在的意义。尽管这一原则本身不易把握,但仍无法取消它对法官价值判断的基本限制地位。

## (二)融贯性

法官价值判断很多时候是在处理价值之间的冲突,实践中很多疑难案件的出现归根到底源于规范背后的实质价值出现了分歧。价值冲突因价值来源的不同而表现不一,归纳起来主要有4种冲突情形:其一,法律内部价值的冲突;其二,法律外部价值的冲突;其三,法律内部价值与法律外部价值的冲突;其四,内部价值冲突与外部价值冲突并存。<sup>③</sup>无论是以上何种形式的价值判断,本质上都体现为对实质理由的运用。价值作为典型的实质性理由,其基本运作方式是“权衡”或“衡量”,“法官必须说明要互相权衡的是哪些利益,他还必须具体说明应如何权衡这些利益。法官必须清楚利害攸关之利益的确切内容,并且清楚应该赋予这些利益各自多大的分量”。<sup>④</sup>超越于传统形式性推理和论证,面向原则及价值等实质理由的裁判理论日益变得重要,而这正是法官价值判断发挥作用的重要领域,同时也是极易产生司法专断的场合。

如果法官滥用实质理由,或者随意赋予实质理由分量,那么将会导致价值判断的恣意或专断。为此,学者们提出用融贯性来约束法官的价值判断。融贯性与同等情况应同等对待存在一定的关联,均强调前后判断的连续性、一致性,但两者在内涵上又有很大的差异,融贯性侧重于一种价值与理由之间互相关联和支持的结构。与融贯性比较接近的概念是一致性,甚至学者们时常会在同一个意义上交替使用这两个概念。虽然融贯性要求尽可能一致、消除矛盾,但融贯性所包含的内容远比一致性更广泛,一致性是融贯性的必要但不充分条件。并且,融贯或不够融贯是一个程度的概念,在个别场合虽然存在一定的不一致性,但是并不妨碍整体融贯性的实现。

融贯性关涉到法律规范与裁判的证立问题,它有两个方面的基本要求:一方面,判决推论具有“合法律性”,要求判决从现存的法规范中推导,法官的责任是按照与先存法规范相一致的方式裁判,这其实也是形式一致性的逻辑要求,但是融贯性的这一面向可能会与司法裁判追求的其他

<sup>①</sup> 有学者持道德义务论的立场。参见陈景辉:《同案同判:法律义务还是道德要求》,《中国法学》2013年第3期。也有学者持法律义务论的立场。参见孙海波:《类似案件应类似审判吗?》,《法制与社会发展》2019年第3期。

<sup>②</sup> See Peter Westen, *The Empty Idea of Equality*, 95 *Harvard Law Review*, 543-547 (1982).

<sup>③</sup> 参见黎丽:《价值判断之于法官》,《法学》2003年第6期。

<sup>④</sup> Eveline T. Feteris, *Weighing and Balancing in the Justification of Judicial Decisions*, 28 *Informal Logic*, 23 (2008).

善(如实质正义)产生矛盾;<sup>①</sup>另一方面,裁判所依赖的理由之间能彼此支持,最好能形成一个相互联结的理由链条。也就是说,在消除推理上的形式不一致或矛盾之外,用以支撑判决结论的各理由之间达到一种相互协调、互为支撑的状态。显而易见,如果说融贯性的第二个面向是约束价值判断应“依法”进行的话,那么融贯性的这一面向强调法官价值判断应通盘考量、合情合理。

融贯性要求司法推理形成一个信念链条甚至信念网络,但如果法官价值判断依赖的是高度主观性的情绪体验或个人化的价值偏好,那么如何确保这些“理由”融贯之后的判断结果是客观的或者是能够为人们所接受的,则是其中隐藏的一个问题。我们在现实中有时会看到,法官依照自己的主观价值偏好甚至偏见证成一个结论,该结论尽管看上去很融贯却并不公正,无法满足客观性或可接受性的要求。<sup>②</sup>融贯性要求法官在法律之内以尽可能符合先存法的方式裁判,这对法官价值判断的约束性主要体现于防止法官越法裁判。但是,如何既能防止法官以个人的主观价值或偏见取代法律客观价值,又能调和融贯与司法裁判所追求的实质正义善之间的紧张关系,是一个法学方法上的难题。有人可能会说,融贯论证最好诉诸共同体信念(或者价值共识)而非个人信念,一个信念跨越的主体数量越多就越靠谱。美国法学家德沃金在谈法律原则形成的问题时,提出法律原则的形成依赖于“制度性支撑”和“人们普遍的妥当感”两项要素,<sup>③</sup>一个价值或伦理原则在实定法中获得的“制度性支撑”越多、人们对它的“普遍的妥当感”越强烈,那么该价值或原则的法律基础地位就越牢固,以之为基础进行的通盘考量或融贯论证就越可靠。

总之,融贯性强调从先在规范推导,并讲究理由之间的相互协调、贯通、支撑,这可在很大程度上限制法官个人的主观恣意。同时,在实践中辅之以融贯性的具体认定标准,如实质理由的数量、理由的一般化、理由链条的长度和强度等,<sup>④</sup>为司法论证中法官价值判断的理性化提供具有可操作性的限制手段。然而,也应注意融贯论证自身面临的局限性,尤其是确保它所依赖的理由本身的正确性和合理性,在沟通和商谈的基础上,将融贯论证尽可能建立在一般正义和价值共识的基础上。

### (三)以教义学体系中的连接点为基础展开

司法裁判这种专业活动需要价值判断,尤其是在一些与民意相冲突的案件中,面对民意法官价值判断是该吸收或顺应民意,还是应站在法律的立场对相关价值进行理性反思,从而能够既确保整个法律思考沿着法律体系所铺设的轨道前行,又能兼顾法律价值与社会情理民意的融合,需要深入探究。由于民意具有感性特征,并且其聚合性缺乏相应的检测机制,因此民意在有些时候可能是非理性的甚至是错误的,劳东燕教授提醒法官不应以民意来支配和主导价值判断,“动辄以民意的价值取向为圭臬,并以任意的方式吸纳所谓的民意,不仅司法独立将荡然无存,法治和人权也会受到极大的威胁与破坏”。<sup>⑤</sup>故而,法官价值判断应遵循一定的教义逻辑和规则。

<sup>①</sup> See Neil MacCormic, Coherence in Legal Justification, in Aleksander Peczenik, Lars Lindahl, Bert Foer-mund eds., Theory of Lgal Science, D. Reidel Publising Company, 1984, pp.243-244.

<sup>②</sup> 参见侯学勇:《融贯论在法律论证中的作用》,《华东政法大学学报》2008年第4期。

<sup>③</sup> See Ronald Dworkin, Taking Rights Seriously, Harvard University Press, 1977, p.40.

<sup>④</sup> See Robert Alexy, Aleksander Peczenik, The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality, 3 Ratio Juris, 132-143(1990).

<sup>⑤</sup> 劳东燕:《刑事政策与刑法解释中的价值判断——兼论解释论上的“以刑制罪”现象》,《政法论坛》2012年第4期。

首先,法官价值判断不是一种独立的法律方法。与常规的法律解释、法律推理或法律论证方法不同,价值判断一般不能直接被用来推导出裁判结果,而是需要与其他法律方法结合在一起才能发挥作用。

其次,法官价值判断的运用是一个具体化的过程,需要依赖中介点或连接点才能发挥作用。在法体系中,能够蕴含自由裁量空间的规范为价值判断的存在创造了条件,“只有通过法教义学上的‘连接点’如一般条款、法律解释(尤其是目的解释)、法律漏洞补充才能将其引入法律论证”。<sup>①</sup> 法体系中的概括性规定、一般条款、不确定法律概念等,为法官价值判断与实在法的结合搭起了桥梁。需要指出的是,概括性规定、一般条款或不确定法律概念,虽然是承载价值的妥当方式,但是这些规范的特殊性也决定了其自身不得被径行适用得出结论,而是必须在判例、类型化、实例化以及具体化的过程中发挥价值判断的作用。这么做的一个好处在于,可避免法官以法外一般性价值判断或道德判断直接取代法律判断。

最后,法官价值判断应遵循法教义规则,这是立法为价值判断设定的最普遍限制。司法对立法具有服从或从属的特征,这表现在法官应尊重立法者的意志及其体现出来的价值判断方面。可以说,“现行法的制度在大部分情况下已经固定了立法者的价值判断,法教义学研究是为了发现这些价值判断并对其合理性进行论证,法官在一目了然的具体案件中,只要适用法律即可,而无需过问法律规定背后价值判断的合理性”。<sup>②</sup> 在简单案件中,法官价值判断之所以彰而不显,是因为人们对所涉及的法律规范及其背后的价值不存在分歧,法教义学恰好发挥了其减轻论证负担的功能,它并不要求在任何时候都重新开启对法律背后价值和目的的论证。法官在进行价值判断时遵循了法律规范,实质上也就尊重了规范背后的价值。

寻找妥适的连接点,并从现有的法教义学规则出发进行判断,是形式法治原则的内在要求。遵循法教义学规则,其实对法官提出了“依法”判断的要求。有学者认为这种判断活动非但不是“无底棋盘上的游戏”,反而是“戴着镣铐跳舞”,“因为实在法不只为法律适用提供了诸如平等、自由的最低限度的价值基础,还以精致而细密的价值网极大地限缩了法官价值判断的空间,他们并非在广泛的价值平台上驰骋,而是在已经设置好的价值网络中蹒跚而行”。<sup>③</sup> 法官的价值判断不能脱离既有法教义学确立的价值体系,不得与现行法已经固定下来的价值相冲突。<sup>④</sup> 法官在欲以法律之外的价值作出判断时须慎之又慎,以避免滑向法外裁判。

#### (四)损害最小化或利益最大化要求

正如我们在疑难案件中所看到的那样,相互竞争的规范有时会推导出复数的答案,这些立场可能针锋相对、高下难分,为使得裁判结果尽可能理性、能够被接受,选择损害最小化同时又能收益最大化的裁判是一种最理想的情况。民事法律中利益衡量的核心要旨就是在不同的利益或利益背后的价值之间进行比较、取舍,“在一项利益必须让步于另一项分量更重的利益时,侵害应限于‘尽可能小的程度’;应选择最经济的手段、最轻的压迫,特别是不能在绝对必要限度以外侵害

<sup>①</sup> 许德风:《论法教义学与价值判断:以民法方法为重点》,《中外法学》2008年第2期。

<sup>②</sup> 卜元石:《法教义学:建立司法、学术与法学教育良性互动的途径》,载田士永、王洪亮、张双根主编:《中德私法研究》(总第6卷),北京大学出版社2010年版,第13页。

<sup>③</sup> 姚辉:《民法学方法论研究》,中国人民大学出版社2020年版,第481页。

<sup>④</sup> 参见卜元石:《法教义学:建立司法、学术与法学教育良性互动的途径》,载田士永、王洪亮、张双根主编:《中德私法研究》(总第6卷),北京大学出版社2010年版,第13页。

更多的利益”,<sup>①</sup>最终获得一个利益最大化或价值最优化的结果。

损害最小化或利益最大化,其实是传统公法中的比例原则在法律方法中的投射。一般认为比例原则包括3个层次:适当性原则(所采取的手段必须有助于目的的达成)、必要性原则(选择同等达成目的诸手段中对人们权益干涉最小的方案)以及狭义的比例原则(要求对所牵涉的相关价值法益作轻重的权衡)。<sup>②</sup>

比例原则中可资借鉴的是必要性原则,其时常被称为“最小损害”原则,其反面要求则是利益的最大化。司法裁判结果必然会有利弊之分,法官须在这些利弊之间进行权衡,并使利超过弊。同样,如果无须侵损任何一方利益就可达到目的,那么应优先选择此种解决方案,这被学者称为“避让原则”,<sup>③</sup>也是最小损害原则的题中之意。这里,法官价值判断最小“损害”的对象是什么?首先,在最直观的层面上,损害的是权利和利益,权利和利益因为较为具体,所以在实践中相对而言更好把握。其次,有人可能会说,人们在表面上是在比较利益或权利,实则是在比较利益或权利背后的价值,所以最小损害的是法律规范代表的价值,在赋予一个价值更大权重的同时最大限度地兼容另一价值。最后,还有人认为,法官价值判断损害的不是法官个人的信念,而是一种具有公共性质的事物,这个东西就是作为整体的法教义学体系,这个体系是由不同的规范性命题构成的,具有从核心到外围的层级性。<sup>④</sup>当决策方案可能侵损法律规则构成的外部形式体系和法律原则型构的内在价值体系时,<sup>⑤</sup>应选择损害外部体系的方案。

值得一提的是,法官价值判断的一个重要作业领域是法律续造,学界一般将“可能的文义”视为法律解释与法律续造的界限,一旦逾越可能的文义就不再被视为对意义的解释而是对意义的改变,从而进入法律续造的范围,超过可能的文义但仍在规范目的的涵盖范围之内属于法律之内的法续造,然而超出规范目的所进行的法律发展活动就属于超越法律的法续造。<sup>⑥</sup>法律之内的法续造仍在法体系之内活动,在性质上是一种弱价值判断;相比之下,超越法律的法续造已经超越既有的法体系,属于一种强价值判断。如果有可能,那么法官应尽量避免从事超越法律的法续造活动,否则容易对既有的法体系造成较大的损害,不符合最大收益和最小损害原则。在普通法系国家,法官在决定推翻先例之前通常要进行“必要性”和“利大于弊”的论证,<sup>⑦</sup>唯有确证推翻先例能够带来更大的正义时,推翻先例的行为方可获得正当性基础。

### 三、法官价值判断的程序性限制

实体性论证规则能够为法官价值判断提供强有力的限制,使其尽可能在法体系所设定的网络坐标中运行。除了实体性约束之外,现代法治亦是一种程序法治,法官价值判断也须遵循一定的程序规则或步骤,使这种判断活动能够进一步受到程序性限制,进而确保判断活动获得一种程

<sup>①</sup> Heinrich Hubmann, Grundsätze der Interessenabwägung, AcP, 1956, S.128.

<sup>②</sup> 参见姜昕:《比例原则研究——一个宪政的视角》,法律出版社2008年版,第16~17页。

<sup>③</sup> Vgl. Heinrich Hubmann, Grundsätze der Interessenabwägung, AcP, 1956, S.123—125.

<sup>④</sup> 参见陈坤:《疑难审理中的实质权衡与最小损害原则》,《交大法学》2012年第2期。

<sup>⑤</sup> 参见[奥]恩斯特·A. 克莱默:《法律方法论》,周万里译,法律出版社2019年版,第59页。

<sup>⑥</sup> 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,黄家镇译,商务印书馆2020年第6版,第406、460~461页。

<sup>⑦</sup> 参见孙海波:《普通法系法官背离先例的经验及其启示》,《法商研究》2020年第5期。

序客观性。

### (一)法官价值判断的程序客观性

程序客观性概念并不常见,在以往的学术讨论中,学者们时常会论及程序中立性或正当法律程序。程序中立要求公共决定的作出者作出不偏袒任何一方利益的决定。程序客观性大体上意味着,法官应按照预先设定好的程序不偏不倚地对案件作出决定。程序为法官决策施加了一种约束和限制,尽可能地排除法官的主观偏私或避免决策过程受到不当干预。

此处所讨论的程序客观性,与一些学者提到的认识论客观性基本同义。认识论客观性指的是在使认知对象真实呈现的过程中应尽力免除偏见或其他扭曲认识的因素的干扰。<sup>①</sup>有论者指出,认识论客观性代表了一种普遍性,“客观性以主体间性为理论预设,可理解为一种针对主体的客观。所以至少在社会科学领域,其更多指向一种公共性知识,旨在寻求普遍、有效与可重复的认知标准”。<sup>②</sup>在面临实质价值时人们彼此时常会产生分歧,为了有效沟通、平等商谈和理性决策,诉诸一套形式性或程序标准至关重要。这套程序标准,主要是由一些最低限度的形式性要求组成,能够得到最大限度的认可。

从以上论述可以看出,认识论客观性强调从程序上限制法官价值判断的恣意或主观偏私,其核心要求就是裁判者要做到尽可能中立、不偏不倚,以达到一种“中立的客观性”。这具体体现为两个方面的要求:其一,无私心,决策者不牵涉到任何个人的利益,或者在即便知道可能会影响自身利益时仍能做到铁面无私;其二,不存偏见,不偏听偏信,保持决策程序的开放性,让当事人各方陈述自己的立场和理由,不先入为主或心怀偏见地作出决定。<sup>③</sup>但必须指出的一点是,程序的客观性只是从程序上保证决策的公开、透明、中立,尽管它可能会最大限度地排除偏私并力图追求公正的决策结果,却并不保证经由客观程序作出的决策就一定是正确的。程序客观性与结果正确性之间并不存在必然的联系,这也是程序客观性与结果客观性之间的差异所在。

### (二)法官价值判断的程序性限制规则

法官价值判断与法律论证是一体化关系,法律论证规则的设立,亦旨在约束法官价值判断的恣意,确保价值论证的结果具有可接受性。鉴此,本部分将法官价值判断与法律论证结合在一起讨论,当代法律论证理论已为法官的论证设定了多种规则,其中程序进路的影响较为深远。笔者尝试从法律论证理论中汲取一些养分,勾勒出限制法官价值判断的若干程序规则。需要说明的是,与实体性限制一样,法官价值判断的程序限制规则同样有很多,一般来说讨论的领域越具体,这些限制性规则的内容也随之越具体、数量也越多。

#### 1. 法官价值判断理性化的基本程序性规则

在敞开的体系中公开进行判断和论证,是现代司法理论的典型特征。一个理想的法官价值判断和法律论证商谈环境,必须公开论证程序,让决策利益攸关各方能够有效参与,并有发表自己言论和反驳对方观点的机会。理想的价值论证环境应理性公开,排除偶然性因素的干预。这方面可借鉴德国哲学家哈贝马斯所倡导的公共交往中的商谈规则,这些规则实际上对决策者而

<sup>①</sup> See Brian Leiter, Law and Objectivity, in Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma, Scott J. Shapiro eds., The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law, Oxford University Press, 2002, p.973.

<sup>②</sup> 高一飞:《论司法价值判断的客观性》,《浙江社会科学》2021年第2期。

<sup>③</sup> See Matthew H. Kramer, Objectivity and the Rule of Law, Cambridge University Press, 2007, pp.54-57.

言扮演了一种程序性规则的角色,如德国学者诺依曼所说,“理性和证立性成为程序性规则之功能”,<sup>①</sup>它们对司法裁判中法官的价值判断发挥着约束性的作用。德国法学家阿列克西重述并发展了哈贝马斯的基本理性程序规则,它们也可作为我们在程序上约束法官价值判断的程序限制规则。这里将哈贝马斯限制价值论证的程序规则重述如下。

一是平等权利要求。任何价值判断和法律论证利益攸关的主体都有权参与讨论。<sup>②</sup>这条规则涉及人们能够平等地进入辩论,要求商谈程序平等地对参与者开放。不仅法官要自始至终亲临或在场(刑事诉讼法中贯彻“直接言词”原则),就像我国司法责任制改革中提出的“由审理者裁判、由裁判者负责”要求一样。与此相对,受到价值判断影响的相关主体也应尽可能参与到决策过程中,通过发表意见来约束判断者的恣意和维护自己的利益诉求。

二是普遍性要求。任何人均可对任何主张提出疑问、任何人均可将任何论断引入到商谈程序中、任何人都有权表达自己的态度、愿望及需求。这项程序性规则旨在确保所有价值论证过程中的参与者都有平等的机会讲话和辩论,<sup>③</sup>如果你觉得法官在作出某个价值判断时存在明显的恣意或错误,那么可对其提出疑问或批评。可以说,普遍性要求不仅是针对价值判断者的要求,而且是对价值判断者的受众或价值论证过程的对话者、参与者提出的要求。尤其是,通过价值商谈过程中相关主体对价值判断的监督和质疑,通过施加压力来限制和检验价值判断的合理性。该规则通过规定相关主体在价值论证过程中相互争辩的具体权利,使真理越辩越明,允许人们说话,允许发出不同的声音,这同样也是价值商谈程序开放性的要求。

三是无强迫性要求。在价值商谈过程中,任何言说者都不应受到内部或外部的强制,从而得以顺利行使在“平等权利要求”和“普遍性要求”中所设定的权利。<sup>④</sup>无强迫性要求可以视为前两种要求的前提条件,是保障理性价值判断得以进行的必要前提。对价值判断的行使者法官而言,内部的限制如系统内部对其施加的政治压力或责任压力,使其无法按照自己内心的真实想法客观地作出判断,如此所得出的判断结果必然包含非理性的成分。外部压力常常来自社会层面,就像我们在热点案件中经常看到的那样,维护社会的稳定、尊重并吸纳舆情和民意、追求社会公众期待的结果,这些外部因素在很多时候无形中给法官的判断施加了压力,在一定程度上会扭曲法官的价值判断。对法律商谈中的其他参与者而言,如刑事诉讼中通过刑讯逼供非法获取口供,或者通过刑讯强迫犯罪嫌疑人自证其罪,这些都是明显非理性的表现,严重违背了无强迫性的要求,基于此所形成的法官价值判断注定是令人无法接受的。

以上3条基本程序性规则为价值论证和辩论的合理性设定了一系列条件,由此形成的程序规则被称为“理性规则”。这些理性规则从不同的侧面发挥作用,共同限制价值论证程序中判断者的恣意,从而易于保障价值判断获得可观、理性的结果。

在哈贝马斯上述程序理性规则的基础上,阿列克西提出了一套适宜于普遍实践论辩的规则,这套规则显然亦适用于对法官价值判断的限制。具体而言,它主要包括:第一,基本规则,其中内

<sup>①</sup> [德] 乌尔弗里德·诺依曼:《法律论证学》,张青波译,法律出版社2014年版,第83页。

<sup>②</sup> See Jürgen Habermas, *Moral Consciousness and Communicative Action*, translated by Christian Lenhardt and Shierry Weber Nicholsen, Polity Press, 1990, p.89.

<sup>③</sup> See Jürgen Habermas, *Moral Consciousness and Communicative Action*, translated by Christian Lenhardt and Shierry Weber Nicholsen, Polity Press, 1990, p.89.

<sup>④</sup> 参见[德]乌尔弗里德·诺依曼:《法律论证学》,张青波译,法律出版社2014年版,第83~84页。

含逻辑规则(言谈者前后不得自相矛盾)、真诚性规则(言谈者只能主张自己相信的东西)、言谈者自身的一致性规则(言谈者必须用相同的意义来做一切表达)、语言用法的共通性规则(不同的言谈者不许用不同的意义来做相同的表达)。第二,理性规则,也囊括普遍证立规则(任何言谈者必须应他人请求对自己的主张进行证立,除非他有充足的理由拒绝这么做)、论辩自由规则(任何言说者均允许参加论辩)和不受强制干预规则(论辩过程中应排除对言说者的内在和外在的强制性干预)。<sup>①</sup>可以看出,阿列克西构想的用以限制法律论证的规则对价值判断的限制更加严格。

以上关于法律商谈的程序性规则,发挥着理性化法律论证结果的功能,它们对司法过程中法官的价值判断施加了较为严格的限制。它要求法官不能随心所欲地得出判断结果,而是必须严格遵循相应的程序性论证和判断规则。然而,应注意的是,无论多么完美的程序性规则体系都只是尽可能地排除法官明显的恣意和干扰性因素,而难以保证判断结论一定就是正确的。

## 2. 法官价值判断理性化的论证责任负担规则

从程序的角度看,要想对法官价值判断进行理性化限制,还应坚持论证责任负担的规则。所谓论证责任负担规则,简而言之,即是要求裁判者或司法决策者应为其判断提供理由加以证立。为了实现法官价值判断的程序客观性,让人们接受基于特定程序而得出的价值判断结果,法官须言之有据、言之有物,承担说理论证的义务。公共决策者为自己的行动提供理由,这是程序性法治观的主要内容,“它要求政府官员和公民受由理由证成的规则的约束并依据这些规则行为,不论这些规则要求什么”。<sup>②</sup>当法官意图通过价值判断追求某种裁判结果时,他负有义务来证成这种价值选择的合理性。我们可从正反两个方面来理解论证责任负担规则:从积极方面看,言说者应对自己的主张提供理由加以证立;从消极方面看,言说者的主张应接受公开检验,当他人挑战言说者的主张并要求其说明时,应对批评予以回应。

论证责任负担规则涉及的是对特定证立义务的分配或免除,<sup>③</sup>结合法律论证中经典的商谈程序理论,论证责任负担规则向法官提出了以下不同层次的要求。

(1)只有在提供了充分且合理的理由之后,法官才可对同等情况作出不平等的对待,否则该区别对待就是非理性化的。前文曾架设了价值判断的4项实体论证要求,其中“同等情况应同等对待”比较特殊,既包含实体性论证规则又包含程序性论证规则的内容。作为一项程序性论证规则,其主要关心的问题是,面对同样的法律问题、同样的案件情形,如果法官给出了不同的判断,那么这种判断是正当的吗?如果法官就这种“区别对待”未给出理由,或者给出的理由不充分或不正确,那么该判断就是有问题的。相反,如果法官提供了充分的理由,证明虽然案件情形相同、争议问题相似,但是仍不应作出相同的对待,那么此时便可认为这种“区别对待”的价值判断是合理、可行的。

王轶教授在将“平等对待”作为民事领域价值判断的实体性限制规则时,也指出了该规则的程序面向,即“主张采用弱式意义上的平等对待来回答特定价值判断问题的讨论者,必须承担论证责任,举证明存在足够充分且正当的理由,需要在特定价值判断问题上采用弱式意义上的平

<sup>①</sup> 参见[德]罗伯特·阿列克西:《法律论证理论——作为法律证立理论的理性论辩理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第234~241页。

<sup>②</sup> [美]玛蒂尔德·柯恩:《作为理由之治的法治》,杨贝译,《中外法学》2010年第3期。

<sup>③</sup> 参见[德]乌尔弗里德·诺依曼:《法律论证学》,张青波译,法律出版社2014年版,第88页。

等对待。否则,其主张就不能够被证立……而坚持强式意义上平等对待的讨论者,则只需通过论证,有效反驳主张弱式意义上平等对待的讨论者提出的理由即可”。<sup>①</sup> 这里针对不平等对待的程序论证要求,从规范的性质上讲是一种规则而非原则,“要么被遵循,要么不被遵循”。<sup>②</sup> 这意味着,价值判断的论证责任负担者对承担说理义务这个问题,无可斟酌的余地,在特定情形下要么被免除论证负担,要么全面履行论证义务提出的各项强度不同的要求。

(2)对过去法律实践和教义学理论中已经固定下来的观点,如果没有充分的理由就不得加以抛弃。法律实践讲究连续性,法律实务者对实践中已经形成的“持续且一致的司法见解”应给予充分的尊重,“在教义学证立中至少能够暂时采纳业已检验过的和业已承认的语句,这种可能性减轻了(论证的)负担,以至于没有特别的理由不需要一个重新的检验”,<sup>③</sup>这展现的是法教义学减轻论证负担的功能。法教义学的重要工作其实就是通过学术梳理和规范阐释确定下来“一般的法律教义”或“法律命题”,对此不必在每次法律适用活动中都重启对它们的检讨。

普通法系国家有“遵循先例”的原则,其本意就是“遵从先例,切勿破坏已有定论”,或者说是“遵守先例,且不要扰乱已确立的要点”。<sup>④</sup>当然,这并不意味着主流观点或价值就是一成不变的,如果随着社会的发展主流观点或社会价值已发生深刻变化,那么固守传统观点或原有立场的言说者就要证明为何仍然要这么做。如果不按照以上规则分配价值论证负担,那么人们就会任意地背弃已形成的法律立场和观点,随意开启对一般法律教义的价值讨论,会让本来就繁重的司法活动更加不堪重负。

(3)法官已为其立场提供了证明,只有在其他主体挑战或质疑该证成时,法官才有义务承担额外的证成责任。若无他人要求或质疑,则法官为已经完成的证成再作额外证成就是没有意义且不符合经济理性的。额外证成所带来的,要么是对新的证成的需要,要么是对已提出的证成进行正当化的必要,还有可能是为了使得已完成的证成更精致、更准确。<sup>⑤</sup>在法律论证过程中,容许公开的辩论和批评,只要言之有据、言之成理就可行得通,这为额外证成的存在创造了条件。法官提出了某个论点,并对其加以理性证成,其他受众可能会从不同维度挑战这一观点。在司法裁判中法官的价值判断具有个人化和独断性的风险,对其内容进行公开检讨实属必要,“只要有愈高程度的批判可能性、检证可能性、反证可能性,才有愈高程度的客观性”。<sup>⑥</sup>法官的价值判断不仅需要面向当事人,而且需要接受整个法律职业共同体以及社会公众的监督、批评。

从程序上设定以上诸规则以限制法官的恣意,保证法官价值判断论辩程序的公开性、中立性和不偏倚性,对实现程序客观性是必要和重要的。这些程序性规则对法官价值判断的限制各有

<sup>①</sup> 王轶:《民法价值判断问题的实体性论证规则》,《中国社会科学》2004年第6期。

<sup>②</sup> [芬兰]奥利斯·阿尔尼奥:《作为合理性的理性:法律证成》,宋旭光译,中国法制出版社2021年版,第283页。

<sup>③</sup> [德]罗伯特·阿列克西:《法律论证理论——作为法律证立理论的理性论辩理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第331页。

<sup>④</sup> Richard A. Wasserstrom, *The Judicial Decision: Toward a Theory of Legal Justification*, Stanford University Press, 1961, p.39.

<sup>⑤</sup> 参见[芬兰]奥利斯·阿尔尼奥:《作为合理性的理性:法律证成》,宋旭光译,中国法制出版社2021年版,第284页。

<sup>⑥</sup> 吕荣海:《从批判的可能性看——法律的客观性》,台湾地区蔚理法律出版社1987年版,第169页。

侧重,共同确保价值判断按照理性证立的要求进行,提升价值判断的程序客观性和可接受性。

#### 四、法官价值判断的伦理性限制

实体性论证和程序性论证规则大多是从法律体系本身出发提出的要求,这种约束体现了法律性的限制,其强制性程度越高,对各领域的法官就具有越强的可普遍适用力。除了法律性限制之外,对法官的一个有力限制还可能来自伦理道德层面。可以说,在绝大多数时候,司法价值判断都可化约为法官如何处理好法律判断与道德判断的关系问题,价值判断与伦理道德是密切联系在一起的。因此,寻求价值判断的理性化,自然无法规避伦理或道德的维度,并由此挖掘法官价值判断可能受到的伦理制约。

##### (一)法官价值判断应坚持方法忠诚

德沃金对自由裁量权曾有过一个形象的比喻,说它就像甜甜圈中的那个空洞一样,离开了周围内容的限制,那个空洞自身就失去了意义。进一步地,裁量权或判断权可以划分为两种不同的版本:温和意义的裁量或判断是指对模糊不清的规范加以澄清或释明,具体方式依赖于对文义、目的、历史或体系脉络的判断;强式意义的裁量或判断涉及对法规范的批判、修正和续造,<sup>①</sup>很显然,这时判断活动已经突破既有法规范的拘束。

前述法律内的法续造,主要是结合规范意旨阐释法规范,仍然是在既有法体系之内的法律解释活动,具有较弱的价值判断色彩。相比之下,超越法律的法续造已突破既有的法规范体系,在性质上已属于一种司法造法性活动,具有较强的价值判断色彩。无论是何种类型的价值判断都应尽可能地以公开的方式、朝着客观性的方向努力。这里提出“忠诚”的维度,法官的价值判断要忠诚于法律,忠诚于法律的价值或目的,忠诚于作为客观价值的法秩序。当然,考虑到两类价值判断的内在机理和活动强度不同,忠诚性对强价值判断提出的要求会更加严苛。

什么是忠诚呢?“忠诚首先意味着法官必须在当下环境中以最佳的方式遵守规则,并将之作为自己的特定任务或职责……忠诚还意味着,法官必须以一种谦逊和屈从的态度来看待自己的任务,将法律规则看成是一种权威性指令而非个人的偏好。”<sup>②</sup>反过来说,如果法官任意地背弃既有的法规范,或者将个人的情绪体验、主观偏好甚至偏见作为判断的依据,那么其就会走向不忠诚。为了避免让法官个人的评价取代以法律价值为基础的判断,“明确强调法律以之为基础的各种价值的理性的内涵就更为重要,因为只有这样,法官才能够设身处地,进行自我监督、自我检查”。<sup>③</sup>可见,虽然忠诚性究其本质而言是一种伦理性要求,但是其努力使裁判者能够在既有规范的框架下开展价值判断活动。

人们可能会继续追问,这种忠诚性该如何判断?或者说,忠诚感源于何处?有学者将目光投向共同体的态度,即“法官从与共同体价值和规范的持续互动中发展出对于法律的忠诚态度”,<sup>④</sup>

<sup>①</sup> See Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977, pp.31-33.

<sup>②</sup> Jason E. Whitehead, *Judging Judges: Values and the Rule of Law*, Baylor University Press, 2014, p.15.

<sup>③</sup> [德]H.科殷:《法哲学》,林荣远译,华夏出版社 2002 年版,第 221 页。

<sup>④</sup> Jason E. Whitehead, *Judging Judges: Values and the Rule of Law*, Baylor University Press, 2014, p.19.

“法官为价值判断时,应以社会通念为务,随时要求自己以谦虚心为之,不得我行我素也”。<sup>①</sup>此外,德国法学家齐佩利乌斯指出,价值论证要接受“多数公认的正义观念”的检讨,“作为民主的法共同体的代表,法官也应总是要关注该法共同体中更为广泛的合意基础。也就是说,他也应总是需要考察其决定是否能够与该共同体中具有多数公认力的正义观念相符”。<sup>②</sup>根据社会中主流价值(占主导地位之价值,诸如对保护人权、坚持平等、追求共同善、维护人的尊严等)进行推理,能够为证成一个判决提供“好”的理由。<sup>③</sup>正义是法律体系中最基础的价值,它是一种客观性价值,取向于正义的价值论证很容易被理性化。

无论是诉诸法律职业共同体的忠诚感,还是依靠社会中通行的一般正义观念,其实都是以他者的视角来审视群体对同一个议题的看法,这既能约束法官的恣意,又有助于促使价值判断的结果被合理接受。应注意的一点是,共同体的忠诚态度或社会一般正义观念,尽管在多数时候被证明是无异议的或正确的,但并非总如此牢靠。社会中的价值观念是多元的,有时候在不同的价值之间很难作出非此即彼的选择,历史已证明在某些时候多数意见并不总是正确的,这提醒我们在诉诸多数公认的正义观念时,应学会倾听少数人的不同意见。同时,也应看到,社会价值观念是不断发展变化的,昨日的真理可能在今日被证明为谬误。鉴此,有学者主张,一方面约束法官价值判断的是法官所处时代而非立法当初的国民整体意志,另一方面应以裁判作出时而非立法时的社会价值理念为基础。<sup>④</sup>可见,法官价值判断应做到方法忠诚,其限制和判断标准本身也应尽可能是客观的。

秉持司法忠诚感,是一种重要的司法美德,“如果将司法美德视为司法社会实践不可分割的一部分,那么司法美德能帮助解释法官如何将司法忠诚当作一种伦理义务”。<sup>⑤</sup>在实践中,如果法官能够通过慎思将方法忠诚当成一种内在义务,那么他就会潜移默化地将这项伦理要求贯彻到价值判断活动之中。

从方法论的角度看,方法忠诚最核心的意义在于,强调价值判断活动要受法的约束。尤其是法律续造这种强价值判断,法官拥有较大的裁量空间,甚至可以扮演一种创造性的角色,但“这并不意味着允许法官在确实‘没有规范的空间’中肆意、凭兴趣或心情作出裁判”。<sup>⑥</sup>即便是超越法律的法续造,也绝不是一种随心所欲的个人化判断,它如果想要理性化,就必须接受价值判断所遵循的规则和限制。当现行法律出现了亟须法官填补的漏洞时,法官需要转换身份角色,设身处地把自己想象成一个立法者,思考作为立法者会如何公允和客观地提出相应的法律规制方案。这其实是一个反事实的推理,法官毕竟不是立法者,在立法当初也确实未考虑过此种问题,这一切不过是一场角色置换的思想实验。

当法官迫不得已而必须超越现行法体系进行法续造时,方法忠诚要求其仍然应谨记自己的特定职业角色,法律续造活动很少是白手起家、另起炉灶,通常是对既有法律的修修补补。法官

① 杨仁寿:《法学方法论》,法律出版社2013年第2版,第226页。

② [德]齐佩利乌斯:《法学方法论》,金振豹译,法律出版社2009年版,第122页。

③ See Ch. Perelman, *Justice, Law, and Argument: Essays on Moral and Legal Reasoning*, D. Reidel Publishing Company, 1980, p.130.

④ 参见黄京平、陈鹏展:《刑事裁判过程中价值判断问题研究》,《法学家》2005年第6期。

⑤ Jason E. Whitehead, *Judging Judges: Values and the Rule of Law*, Baylor University Press, 2014, p.23.

⑥ [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214页。

续造法律的行为从表面看似偏离了既有的法体系,但实质上其是在“连贯且一致”地发展法律,使得创造出来的法律看起来好像就是原有法律的一部分,或者说,法官只不过是把原本就隐藏在法律之中的隐含/默示性法以一种明确的方式揭示出来了而已。<sup>①</sup>总之,方法忠诚对价值判断施加了忠于法律的约束。

## (二)法官价值判断应忠实地披露理由

法官价值判断应忠实地披露理由,主要是一种道德伦理上的约束。通常而言,一位尽职的法官会如实地展示作出判断的理由;相反,一位怠忽职守的法官在道德上放松要求,不太可能如实奉告其作出价值判断的真实理由。

在实践中盛行这样一种做法,决策者通过预判先行得出想获得的结果,然后再从法体系的内部或外部寻找理由来证立该结果。在理论上,笔者将此种价值论证思路称为“后果导向的判断”。这种判断方式为何会在实践中流行,原因是多方面的:比如,包括法官在内的很多人在智识思考上有惰性,给出结论很容易,但要理性推理就很难;又如,法官可能像常人一样基于感情、第一印象、看似有吸引力的观点等做决策;再如,迎合多数人或主流的意见,或者取悦政治集团。<sup>②</sup>这种价值论证模式可能面临不少问题,其中之一就在于很容易将法外因素带入决策过程,并时常利用修辞技术加以掩饰。

这就进入了法官价值判断伦理限制的第二个层面,法官应以公开方式忠实地披露裁判据以形成的理由。显然,“忠实”的对立面是“虚假”。价值论证的不忠实,意味着法官并未真实地展示裁判的理由依据。在实践中,价值判断的不忠实有两种基本的表现形式:其一,法官有意遗漏主要理由而选择次要理由,诺依曼称此种做法为“表面证立”,从表面看裁判结果好像是能够得到证立的,但这种论证要么没有体现出真实的裁判动机,要么论证者本人实际上并不情愿接受这种论证。<sup>③</sup>其二,法官并未展示判决据以形成的真正理由,而是借助其他虚假性的理由来取代实际理由,并利用修辞手段来掩饰这种偷梁换柱的做法,我们权且称其为“虚假证立”。

首先来看“表面证立”。在简单案件中,法律判断的理由较为单一,法律适用通常并不存在实质性争议,法官的价值判断在这里体现为一种基于法律的规范性判断,法官只需将一目了然的事实与先在的规范衔接起来,便可圆满地解决手头的案件,表面证立一般很难成为一个问题。然而,在复杂疑难案件中,情况会有较大的不同,很多时候正是因为人们对法律背后的实质价值存在认识分歧才导致案件疑难,如何在相互竞争的价值之间进行协调和权衡就变得重要起来。这种复杂形式的法律论证,法律规范的逻辑推导或教义论证可能只是表面证立,在为推理准备大前提时所做的一系列价值论证工作,才构成对司法决策的深层次证立,比如阿列克西的“外部证成”(推理前提本身正确性问题)、麦考密克的“二次证明”(在对立的理由和复数的裁判规则之间作选择)以及美国学者瓦瑟斯特罗姆的“二阶证立”(对法律规则合理性的证明),<sup>④</sup>都涉及对裁判规

<sup>①</sup> See Lon L. Fuller, *Anatomy of the Law*, Praeger, 1977, pp.44-45.

<sup>②</sup> See John W. McCormac, *Reason Comes Before Decision*, 55 *Ohio State Law Journal*, 162 (1994).

<sup>③</sup> 参见[德]乌尔弗里德·诺依曼:《法律论证学》,张青波译,法律出版社2014年版,第5页。

<sup>④</sup> 参见[德]罗伯特·阿列克西:《法律论证理论——作为法律证立理论的理性论辩理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第274页;[英]尼尔·麦考密克:《法律推理与法律理论》,姜峰译,法律出版社2006年版,第95~96页;See Richard A. Wasserstrom, *The Judicial Decision: Toward a Theory of Legal Justification*, Stanford University Press, 1961, pp.161-171.

则本身的再论证。要使价值论证得到充分的理性化,就务必忠诚地将深层的复杂证立过程和理由都展示出来;否则,就会陷入一种论证不充分的困局,同时这种浅尝辄止、避重就轻的表面证立亦违背伦理上的忠诚要求。为此,忠实性给法官施加了一种在必要时完成深度证立的义务。

其次是“虚假证立”问题。这种价值论证方法最直接地违反了忠诚性的要求,忠诚性也是法律论证得以理性化的基本要求之一,言说者应主张自己相信的东西,并且应当用令自己信服的理由来支撑判断结论。虚假证立的问题并不在于未提供理由,而在于其所展示的并非判断结论得以证立的真正理由。法律论证者之所以设法掩饰真正的判决理由,有些时候是由于考量了法外的理由而不敢公开承认,因而通过表面上的教义论证来掩盖法外价值判断的实质行为。正如苏力教授指出的,法教义学的功用是用来帮助人们将一些特殊的后果判断乃至法外判断包装起来,在字面上勾连法律与决定,但判决在实质上并不是基于法教义学的理由加以证立的。<sup>①</sup>而在另一些时候,“许多对坦诚的疏漏,并不是法官们下意识的伎俩,而是未能透彻分析或自我欺骗式分析的产物”。<sup>②</sup> 无论是否有意为之,都从根本上扭曲了法官价值判断的真实过程。学者们将虚假证立的做法称为“司法虚饰”,这种思想源自法律现实主义流派,侧重于以法官心理或社会性因素来作出判断,但为了确保司法判断的形式合法性又不得已佯装自己是在依法裁判。从忠诚性的角度看,即便是法官考量了一些不该考量的理由并以其为根据推导结论,也应坦诚地将此公之于众。尤其对后果考量和法外因素考量,价值论证者必须如实地揭示这些考量原因,并接受法律职业共同体和社会公众的监督。

总之,尽管违背忠诚性要求有时会招致一些法律上的不利影响,但从根本上说,忠实性毕竟是从伦理维度对法官提出的一种道德要求。在实践中,相关主体能否较好地践行此种道德义务,一方面取决于法官职业能力和伦理水平的高低,另一方面也取决于整体的司法环境和氛围,除此之外可能还受一些具体制度设计的影响。在一种较为理想的司法环境下,价值论证者在整体法秩序内忠诚地作出判断,并原原本本地将判决形成的真实过程客观呈现,确实会提升判决结果的可接受性,使得法官的价值判断能够在一种较弱的意义上获得客观性。

## 五、结 语

法官的价值判断是司法裁判理论的核心内容,但价值以及判断活动本身具有的复杂性,使得法官价值判断的理性化一直是个难以解决的问题。长久以来,法学方法论尝试从诠释学或法律论证等多个维度破解这个难题。法官价值判断的客观性既非虚幻,亦非遥不可及,它对实现价值判断的理性化证成具有十分重要的意义。实现法官价值判断的客观性,其实就是设法对其进行限制,使之能够在理性的、可控的、可批判以及可检验的范围内进行。我们可以从实体、程序以及伦理 3 个方面寻求某些规则,通过限制法官价值判断的行使来保障一种最低限度的客观性。

首先,实体、程序以及伦理 3 个层面的考量,并不会也不可能穷尽法官价值判断的所有限制规则,除此之外在具体的部门法论域中,还会有一些保障法官价值判断理性化的具体制度或程序

<sup>①</sup> 参见苏力:《法律人思维?》,载《北大法律评论》编辑委员会编:《北大法律评论》(第 14 卷第 2 辑),北京大学出版社 2013 年版,第 431 页。

<sup>②</sup> Scott C. Idleman, A Prudential Theory of Judicial Candor, 73 Texas Law Review, 1318-1319 (1995).

设计。实体限制、程序限制和伦理限制之间相互补充,共同构成法官价值判断的限制体系,实体论证规则是基础,程序论证规则是一种路径限制,伦理性约束是道德上的自觉和额外保障。

其次,实体性限制规则侧重于约束法官价值判断的实质行使。法官应对同等情况坚持同等对待,这也是形式正义原则的内在要求。价值判断应注重前后连贯一致,尤其是要通盘考量确保作为判断基础的实质理由和价值之间的相互支持、融贯。价值判断从现有的法教义学体系出发,每一个法律规则蕴含的教义都是对法官价值判断设定的拘束,通过不确定概念、概括条款、法律原则等连接点,结合具体的法律方法发掘价值判断的功能。另外,价值判断在行使过程中有时会侵损个体权利或法教义学体系,应尽可能寻求一种损害最小化和利益最大化的论证方案。

再次,法官价值判断遵循既定的论证程序,不偏不倚地得出判断结论,在此种意义上可认为它实现了程序的客观性。程序客观性只是保证法官价值判断的尽可能公开、中立和非个人化,但并不承诺判断结论的正确性。法官价值判断应在法体系中公开进行,在这一普遍理性证立规则中又包含一系列具体的论证程序规则,它们均能对法官价值判断施加不同程度和内容的限制。同时,法官价值判断还应遵循论证责任负担规则,法官必须言之有据,但其立场如果遭受质疑或想要偏离已公认的教义学说或原理时,那么其负有责任提供证据对自己的立场加以理性证立。

最后,伦理限制是实体和程序之外的兜底性保障,能够构成一个独立的限制层面。它要求法官秉持方法忠诚的立场,所谓忠诚最重要的就是忠实于法体系的规则、原则和精神,即便是在扮演一种暂时性立法者角色进行法律续造时,也不能任性地凭借自己的主观情感和偏好判断,而应从客观法律价值出发,不得任意地逃逸到法体系之外判断。法官应忠实地披露判决形成的过程,这要求裁判者应避免“表面证立”和“虚假证立”两种常见的不忠诚的做法。伦理限制大多是从道德上引导和启发法官循规蹈矩、诚信判断,哪怕判断的根据逾越了法律的界限,也应客观地将事情原委公之于众,在公开的批判和检验中使法官价值判断逐渐趋于理性化。

---

**Abstract:** Value judgment is of constitutive significance to judicial adjudication, and its misuse or abuse by adjudicators will have a very serious impact. For a long time, how to realize the objectivity of value judgment, so that it can be criticized and verified under a rationalized framework, has become a core issue of modern legal methodology. The rationalization of value judgment should be limited by three aspects: substantive, procedural and ethical. Therefore, we can construct the substantive argumentation rules, procedural argumentation rules and ethical argumentation rules, which jointly form the rational restriction system of value judgment. From the perspective of modern rule of law, the rationalization of value judgment is neither illusory nor out of reach. Its existence and realization have a strong practical foundation and institutional guarantee.

**Key Words:** value judgment, objectivity, rational limitations, adjudication according to law, giving reasons in good faith

---