

法哲学与政治哲学文丛· 吴彦 马华灵 主编



Situation-Sense & Certainty

Llewellyn's Legal Philosophy

情景感与确定性

卢埃林的法哲学

周国兴◎著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

法哲学与政治哲学文丛· 吴彦 马华灵 主编

情景感与确定性

卢埃林的法哲学

周国兴◎著



Situation-Sense & Certainty

Llewellyn's Legal Philosophy

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

情景感与确定性: 卢埃林的法哲学 / 周国兴著. —北京: 中国法制出版社, 2018. 5

ISBN 978-7-5093-9424-3

I. ①情… II. ①周… III. ①卢埃林 (Karl N. Llewellyn, 1893—1962)—法哲学—研究 IV. ①D909.712
②D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 094894 号

策划编辑 / 责任编辑 马颖

封面设计 李宁

情景感与确定性: 卢埃林的法哲学

QINGJINGGAN YU QUEDINGXING: LUAILIN DE FAZHIXUE

著者 / 周国兴

经销 / 新华书店

印刷 / 三河市紫恒印装有限公司

开本 / 880 毫米 × 1230 毫米 32 开

印张 / 12.25 字数 / 226 千

版次 / 2018 年 6 月第 1 版

2018 年 6 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-9424-3



北京西单横二条 2 号

邮政编码: 100031

传真: 010-66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 010-66034242

市场营销部电话: 010-66033393

邮购部电话: 010-66033288

(如有印装质量问题, 请与本社印务部联系调换。电话: 010-66032926)



Situation Sense & Certainty
Llewellyn's Legal Philosophy

情景感与确定性

卢埃林的法哲学

周国兴，女，吉林大学法学博士，现为昆明理工大学法学院副教授，主要研究领域为西方法律思想史、法律哲学。代表性论文见于《环球法律评论》《法商研究》《法学评论》等刊物，译有《论正义》等。

法哲学与政治哲学文丛

【第一辑】

告别政治义务：迈向一个新的正当性理论

朱佳峰 / 著

心智与政治秩序

吴彦 / 著

施密特的《法律与判决》

韩毅 / 著

情景感与确定性：卢埃林的法哲学

周国兴 / 著

施特劳斯的政治哲学

马华灵 / 著

知道要去哪里，以及发现如何到达那里，对我们所有人而言，都是根本问题。

——卢埃林

总 序

在政治和法律的世界中，我们首先所触摸到的总是各式各样的制度，恰如在自然世界中，我们首先触摸到的是各种实实在在的物质一样。人类理性总是试图超越这种直接的被给予性而寻求背后更基本的东西。由此，我们发现了物质及其活动背后的自然法则，制度及其运行背后的观念、利益、考量等等各式各样的人类心智活动。然而，与物质不同的是，制度的存在并不依赖于其自身，而在很大程度上依赖于它背后的人类心智活动。法律和哲学的思考就是对于这些人类心智活动的总体性理解，并同时也反转过来型塑并在一定意义上支配着这些人类心智活动，由此以更为隐秘的方式型塑和支配着制度的运行和变迁。所以，在这个意义上，研习法律制度和政治制度，最核心的任务之一就是要超越这种直接被给予的制度性事实，进而深入到其背后那些支

撑着它们的基本观念。

眼下中国的法学界，不仅受制于狭隘的且严格限于学科划分的法学观念，认为它是一门独立且自成一系的科学体系，无需其他学科的支撑就可理解其自身，而且受制于一种极度实用化的法学观念，认为法学的首要目的就是“实用性”，法学教育的宗旨就是“职业化”。这两种既狭隘又肤浅的法学观念不仅让我们现在的法学变得越来越技术和庸俗，而且也变得越来越幼稚，它偏离了法学作为一门有关人类共同生活之基本原则的学问这样一种在古典世界一直被传颂的观念。因此，我们现在的法学不仅有着对于经典作家以及经典作品的极度忽视，而且对于那些涉足道德和政治的论题有着天生的陌生感。本文丛的设立即在于打破这样一种分隔，它试图让法学的、政治学的以及哲学的学者可以在一个更广阔的共同空间进行共同的探索和对话。它不仅希望法学学者能够走出去，而且希望那些关注同样问题的政治学者、哲学学者可以不带学科分际地参与进来，进而对他们所共同分享其思想渊源的经典人物、经典作品以及经典论题进行共同的研讨、论辩和思考，进而推进汉语学界有关这些人物、作品以及问题更为深入的理解和把握。至此，我们也诚望学界有更多的声音和力量参与进来，支持这套丛书。谨为序。

吴彦

2017年夏于上海

审判如何回应民意*

——基于卢埃林情景感理论的考察（自序）

一、引言：问题与思路

近些年来，随着网络传媒的发展以及公众参与意识的提升，越来越多的法院裁判引起社会公众的广泛讨论，甚至出现了法院迫于民意^①压力改判的案件，例如辽宁省的刘涌

* 原稿发表于《法商研究》2013年第3期，发表时略有文字变动。

① 本文所称民意（public opinion），是指社会公众对法律的一般认识和特定个案的看法或者态度，它是社会公众对法律现象的主观心理感受，通常是零散的、感性的，情感、情绪等因素占很大成分，缺少系统性和完整性，但表征着特定群体和阶层中的人们的意见、要求或愿望。也有学者使用公众意见、大众民意、舆情、公众判意等概念。

案、云南省的李昌奎案。上述两个案件，均是一审判处死刑，二审改判死缓，最后迫于民众舆论的压力启动再审程序又改判为死刑的案件，构成了网络传媒与传统媒体共同聚焦下的“影响性诉讼”：民意与法院判决在其中进行博弈，民意与司法的关系这一亘古至今的纠缠通常通过这类极端案件得以充分展现^①。尽管上述案件最终的结果可能体现了民意，是公众所期许的，但更值得我们深思的问题是：这是一种公众的激情狂欢，还是法院理性慎思后对民意的妥协？进一步，面对民众的反对和质疑，审判应如何理性回应民意，进而建构司法权威？

司法权威问题是现代司法理论的一个重大课题，也是长期困扰着我国司法实践，阻碍我国司法改革进程的一个难题。尤其是自2009年最高人民法院院长王胜俊指出对待判不判死刑要以“社会和人民群众的感觉为依据”以来，一方面，民意浪潮愈发冲击到重大刑事案件的审理与裁判；另一方面，社会公众愈发表现出对司法裁判的不信任，宁愿选择非诉途径解决各类纠纷。这表明树立司法权威，提升社会公众对法律以及司法裁判的信任，是一个亟待解决的问题。

本文认为，在我们当前的现实环境下，要想提升司法公

^① 当然，需要说明的是，法官与公众的博弈并不仅仅限于各类“影响性诉讼”，同时也存在于众多的普通案件当中，只是程度不同而已。

信力、建构司法权威，民意必定是一个重要的考量因素。问题的关键不是审判应不应考量民意，而是如何理性地应对民意。更进一步说，要想理性回应民意，首先就必须分析民意与审判存在紧张的原因。因此，本文接下来将首先对民意与审判冲突的成因进行分析，随后尝试借助美国现实主义法学家卡尔·卢埃林的情景感（situation-sense）论说，为审判理性回应民意提供一个可能的路径。

二、大众话语抑或职业思维： 民意与审判冲突之成因分析

民意与审判的紧张固然是由于法官的职业化思维方式与公众的法律意识之间存在一定程度的隔离，从而无法接受根据司法方法得出的裁判结果；但是，深层次的原因却在于，法律职业共同体与普通民众对法律确定性问题的认识不同。这种区分在理论层面上表现为法律职业共同体基于专业化的法律知识、语言、思维方式以及职业伦理要求，注重法律的规范性特征——形式上的融贯性、一致性，对法律的伦理任务与政治责任持一种谨慎和保守的态度；在实践层面上表现为社会公众基于朴素的正义感质疑法律体系，尤其质疑个案正义，这就是民意对审判的冲击。

(一) 民意：大众话语的表达

对普通公众或者说非法律职业人士而言，法律的确定性主要表现为纸面上的法律规范与在现实社会生活中实际起作用的各种社会规范之间的符合程度，这意味着人们通常基于朴素的、本能的正义感去理解现行法律体系，去判断法院的裁决是否合理、正当。倘若现行法律体系（或者一个具体的司法裁判）符合人们通行的行为方式、正义观念，人们便认为该法律是可接受的、合理的，倘若类似的情况根据符合惯常行为模式的法律得以类似处理，现行法律体系便为人们提供了确定性。

社会公众作为非法律专业人士，他们眼中的法律确定性是现行法律规则与现实生活中的各类社会规范（通常支配着公众的惯常行为方式）之间的相似性与一致性。在他们看来，法律之所以具有确定性，并不是因为个案当事人（及其代理人）能够预测某一案件具体的判决结果，也不是因为个案当事人（及其代理人）能够预测某一具体法律行为将会导致的法律后果；而是因为如果他的交易行为产生纠纷、进入诉讼程序，其他处于类似情况的非法律专业人士能够预期他将受到的对待。^① —

^① See Karl Llewellyn, *The Case Law System in America*, Paul Gewirtz(ed.), Michael Ansaldi(trans.), University of Chicago Press, 1989, p. 82.

个理性人就自己的行为作出合理预期，他所依据的并不是现行有效的法律规范，而是通行于社会之中的习惯、道德等其他社会规范；这意味着，在现实生活中，真正调整人们行为的并不是纸面上的法律规则，而是自生自发的社会规范。尽管在通常情况下，社会规范与法律规则具有诸多的相似性，但是二者很少完全重合，因为社会规范自身有一个自生自发的演化过程，它的发展演化不会因法律人制定了类似的法律规范就自动终止。由此可见，在现实社会生活中，普通民众眼中的法律确定性取决于法官对现行法律规范的解释和运用是否与通行的社会规范相一致，是否符合现实生活的情势变迁。这意味着，对社会公众而言，法律确定性实际上是强调各种法律规则和概念存在其中的现实生活背景，是尊重自生自发的社会规范与社会秩序。

这种现实的生活背景在制度和规范的层面上表现为法律规则与实际发挥作用的社会规范之间的协调一致性；在思维运作的层面上表现为日常思维依据生活经验就涉案行为本身进行的是非曲直判断；进一步，在价值与理想的层面上，这种现实的生活背景则具体表现为社会公众朴素的正义感或者说实质合理性的诉求。而民意正是这样一种大众话语的表达，它是普通大众根据法律正义的外在社会价值所形成的一种民众意愿，暗含了大众对司法正义的期望，事实上表达了大众对实质合理性的诉求。这种诉求往往以朴素的正义观为

出发点，包含了朴素的善恶、对错观念，夹杂着道德要求。

大众话语遵循的是日常思维形式，往往从评判者自身的价值观念和生活经验出发，对行为进行是非曲直的判断。日常思维仅仅从行为的结果上进行好与不好的评判，因而往往受到多重价值观念的交互影响，其中尤以道德观念的影响最为明显。事实上，民众的日常思维表达的是一种实质合理性的诉求。根据马克斯·韦伯的经典论述，实质合理性意指由“诸如伦理的无上命令（Imperative）、功利的或其他目的取向的规则、政治准则等”^①来衡量的合理性，总是和价值判断相关联，不具备精确的可计算性，要求从价值观念和思想信仰上去衡量行为的合理性程度。因此，依实质合理性进行的不同判断结论之间的争议总是难免的，实质合理性总是指向个案结果，只注重结果上的公平，往往忽略过程性的思考。

具体到争议案件当中，普通民众的这种实质合理性诉求往往表现为，在分析法律问题时，习惯从朴素的正义观出发，以道德的标准衡量善恶是非，并最终以“情理法”的面貌呈现出来。“情理法”的观念是我们传统文化中“天理”“国法”“人情”三位一体的法观念的表达形式^②。在普通

① [德] 马克斯·韦伯：《法律社会学非正当性的支配》，康乐、简惠美译，广西师范大学出版社 2011 年版，第 30 页。

② 范忠信、郑定、詹学农：《情理法与中国人》，中国人民大学出版社 1992 年版，第 8 页。

民众看来，犯罪行为首先是“伤天害理”“无法无天”，刘涌黑社会犯罪团伙的所作所为、李昌奎强暴并杀害王家飞并杀害其弟的行为，首先并不是违反了我国刑法的相关规定，而是与民众的日常生活经验不符，是“冒天下之大不韪”“天理难容”，从而“国法难容”的恶劣行为。在这种“情理法”之法观念的指引下，普通民众坚信“以眼还眼，以牙还牙”“杀人偿命，天经地义”的朴素正义观，习惯“将问题道德化，用好人和坏人的观点来看待这个问题，并按照这一模式要求法律作出回应”^①。因此，一方面，大众的日常思维和话语模式更关注的是天道和情理，他们并不熟悉法律精神，更不熟知法律条文，而是根据日常生活经验，将自己安置于个案事实，设身处地地猜想当事者的心理状态，分析涉案者的行为是否符合常理。另一方面，情理法通过伦理道德去追求正义的路径，只注重具体个别案件结果是非公正，不注意从总体上建设合理的制度；只注重解决具体纠纷，而忽视抽象的法律条文的普遍性约束力这个法律的基本品性；以礼教为代表的情理观念，对不同对象形成远近不同的情理“差序格局”^②，具有很强的个殊性。

总体上，普通民众从情理法出发，追求的是解决个案，

① 苏力：《基层法院审判委员会制度的考察及思考》，法律出版社1999年版，第353页。

② 费孝通：《乡土中国 生育制度》，北京大学出版社2000年版，第56页。

并不关心法律通过个案判决对将来的整体示范作用；重视个案结果的实体正义，很少考虑法律程序本身的意义和价值。这就是李昌奎案之所以被与药家鑫案作对比的原因所在。普通民众并不关心李昌奎是否有自首等可以减轻刑罚的情节，他们关心的是：一个大学生因交通肇事害怕随之而来的“麻烦”杀了人都被判处了死刑，李昌奎这样“伤天害理”的恶劣行为为什么要被改判为死缓？这有违社会公众对个案正义的直观感受，有违老百姓“欠债还钱，杀人偿命”的情理，并且已经到了“不杀不足以平民愤”的程度。

那么，这种情理法的观念在遭遇法官的职业思维，或者说形式合理性的时候，会产生什么样的后果呢？

（二）审判：法官职业思维的实践

对法律职业共同体而言，法律的确定性不仅要面对法律的历史性与规范性的张力，而且还处于法律的规范性与伦理性的拉锯当中。就法律的历史性—规范性维度而言，法律的确定性要回答的一个问题是，在社会历史条件急剧变迁引起法律不断变化的前提下，如何把握法律的规范性与历史条件性之间的紧张关系？就法律的规范性—伦理性维度而言，法律的确定性要回答的一个问题是，作为社会调控机制而存在的法律，除了自身应具有一定的形式合理性外，是否应当具有实质合理性？具体到审判实践中，法官所面临的问题是，

要以具有合法性的规范性依据作为大前提裁决纠纷，通过个案判决实现法律对裁判过程的直接约束和指引，进而在社会生活中实现法律对公众行为的间接引导。因此，法院审判过程无疑是一个法律职业思维的运作过程。

我们固然无法赞同狄德罗有关普通民众之理智的下述判断：“你们要当心民众在推理和哲学方面的判断，民众的声音此时是恶意、愚蠢、无情、不理智和偏见的声音。”^①但是我们却不能忘记，早在1608年，柯克大法官反对国王詹姆士一世亲自进行司法审判时，就已经表明法律是技术理性，法官是技术理性的拥有者，基于专门的技术理性所形成的职业思维与基于自然理性（或者说普遍的道德观念）所形成的大众话语逻辑是不同的：^②诉讼涉及人们的生命和财产，其判决结果依凭的不是普通民众的自然理性，而是法律的技术理性；而法律是一门艺术，只有经过长期的专业学习和职业实践才能掌握。即便国王拥有上帝所赋予的丰富知识和非凡天资，但也因欠缺长期的职业训练而缺少职业技能，普通的法律外行就更无法具有法官的职业思维了。

在日复一日地审理案件、操作司法程序的过程中，法

① 转引自王绍光：《民主四讲》，生活·读书·新知三联书店2008年版，第24页。

② 参见孙笑侠、应永宏：《论法官与政治家思维的区别》，载《法学》2001年第9期，第4页。