

公众意见在裁判结构中的地位

陈林林^{*}

内容提要：从裁判依据的类型分析，公众意见只能作为一种事实依据，参与个案裁判。在常规案件中，公众意见作为一种准用的辅助性依据，可以通过弱的裁量成为合理化判决结论的说明性事实。在遇有法律漏洞的疑难案件中，与社会性主张相一致的公众意见，如果耦合法律体系中的法律原则或基本权利规范，可以藉由强的裁量充当个案推理的运作性依据，成为非常情形中正当化个案规则创制的立法性事实。在日趋多元化和复杂化的转型中国，法律系统必须在稳定性和灵活性、普遍正义和个案正义之间寻求一种平衡；判断公众意见的个案裁判地位，同样需在辅助性依据或运作性依据、说明性事实或立法性事实之间寻求一种平衡。

关键词：公众意见 司法裁判 辅助性依据/说明性事实 运作性依据/立法性事实

司法判决如何安置与个案相关的公众意见或民意，^{〔1〕}已成为近年来中国司法实践中的一个热点和难点问题。坚持形式法治的反对安置者认为，“法律唯一”这一审判元规则的确立，是现代法治国的主要标志之一；主张民意审判的理由，其实都经不起法理上的推敲；民意审判不但违反法治原则，且具有直接违法性。^{〔2〕}支持者则相信，公众意见是司法机构处置个案的重要参考；公众意见不构成对司法独立的贬损，赋予公众意见以恰当的地位，是推进法治尤其是深化司法改革的一项有益措施。^{〔3〕}较审慎的现实主义观点是，司法应当回应民意，但须依据现行制度和程序进行回应，其关键是有效吸纳民意中包含的、与妥善决定相关的信息。^{〔4〕}至于如何具体吸纳，见诸于一种有限开放的法条主义立场：公众意见不是那种可以独立证成判决结论的正当化理由，它只能是个案裁判的辅助性理由，其影响力只在法律标准之内发生，且不具备必然适用的约束力。^{〔5〕}

* 浙江大学光华法学院教授。

本文是国家社科基金项目“疑案裁判中的法律判断模型研究”（10CFX033）的阶段性成果。

〔1〕 本文使用的“公众意见”（public opinion）是指民众对有关社会问题或事件所持的见解、态度或愿望，属于社会意识中的表层意识，缺少系统性和完整性，但代表了特定社会、群体、阶层中的人们意见、要求、愿望的分布状况或综合。也有学者使用公共意见、大众民意、民意、舆论、舆情或公众判意等概念，尽管这些概念之间存在差异，但指涉的对象和处理的问题基本是相同的。

〔2〕 周永坤：《民意审判与审判元规则》，《法学》2009年第8期。

〔3〕 顾培东：《公众判意的法理解析》，《中国法学》2008年第4期。

〔4〕 苏力：《法条主义、民意与难办案件》，《中外法学》2009年第1期。

〔5〕 陈景辉：《“裁判可接受性”概念之反省：公众意见、正当化理由与司法民主化》，《法学研究》2009年第4期。

公众意见和司法裁判的关系，实际内含了三个层次的分析维度：宏观的法和社会的互动；中观的法律制度（程序）和社会事件的互动；微观的法律推理中法律规范和作为个案事实之一的公众意见的互动。从宏观的社会历史角度观之，法律和司法的命脉或正当性基础，显然在于回应社会需要、与社会公众保持一致。然而在微观层面，法官若将公众意见作为法律推理的唯一大前提进行个案判决，就构成了司法擅权或枉法裁判。是故，从某一个维度看问题，就会执着于相对的合理性，并导致意见分歧。不过，鉴于微观层次的法律推理是解决个案问题的关键所在，并且同样可以关照到宏观和中观层次的“规范—事实”问题，将公众意见和司法裁判的关系界定，转换为技术性的公众意见在裁判结构中的地位问题——分析公众意见可否以及如何成为个案判决理由中的裁判依据，可能是一种相对务实的思路。

一、法治语境中的裁判依据和公众意见

尽管司法裁判不可能被简化为“规范×事实=判决”的三段论演绎过程，研究法律方法的学者也断言，“没有人能够……再郑重其事地宣称：法律适用不过是在抽象表述的大前提之下进行的逻辑涵摄”，〔6〕但直至今日，法律形式主义仍是法律职业界的主流意识形态，法官也仍以司法三段论的形式书写着他们的判决书，即在判决书中摆出唯一的判决结论，作为适用既有法律的结果。〔7〕缘由是，尽管人们对法治有不同的理解和争论，例如形式法治和实质法治、以规则为中心的一阶法治和以权利为中心的二阶法治，但人们都认同“法治不是无条件的”。一个法院的决定不可能被视为裁判者关于什么是正义的主观意见。在法院里，正义必须显示它自己是一个论证的结论，这个论证设计应尽可能好地表明“这是法律就此事件而言”的意义。〔8〕

在法治社会中，判断个案判决之正当性的首要标准，是裁判的规范性依据的合法性。这种合法性旨在设定裁判依据的有效渊源，以在个案判决中实现法律对裁判过程的直接约束和指引，并在社会生活中实现法律对公众行为的间接规范和引导。所以，各国宪法和法官法都会规定“法官独立，并仅服从法律”之类的司法准则。但在法律理论和司法实践中，法律一词无论是采广义的还是狭义的解释，都无法将“公众意见”涵摄进来。1907年的瑞士民法典曾规定：裁判得依法律进行，无法律则依习惯，无习惯则依法理。这一条款对判决的规范性依据做了事实上极宽泛的界定，对公众意见却不予理会。日本、韩国、土耳其、越南等国的现行宪法，要求法官依据宪法、法律乃至极抽象的良心或个人信念独立审判，但对公众意见仍未置一词。〔9〕实际上，“将健康的人民意见作为法律渊源之一”的做法，只见诸于希特勒当权时期的纳粹德国司法。〔10〕

不言而喻，即便法院在个案判决中运用、参考了公众意见，即便公众意见在某个法律推理中的地位极为重要，但它并不能充当裁判的规范性依据。这从一个方面解释了为何在一些受公众意见影响的案件中，法院将实际所受的影响和压力在判决书中按下不表；而尊奉司法中立、文本主义或立法原意论的法官，甚至会反感、惊愕“为何那么多的公民会认为，法官应该妥当地参酌他们的看法。似乎我们的工作不是弄清楚客观的法律，而是去确定某种社会共识”。〔11〕法治社会将

〔6〕 Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, trans., Ruth Adler and Neil MacCormick, Oxford: Clarendon Press, 1989, p. 1.

〔7〕 法律形式主义对司法界的影响远甚于法律现实主义，即便美国这样对法官造法有较大容忍度的国家也不例外，所以波斯纳声称“可以稳妥地打赌说，半数以上的法律职业者都是法律形式主义者”。〔美〕波斯纳：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社1994年版，第52页。

〔8〕 〔英〕迈克尔·欧克肖特：《政治中的理性主义》，张汝伦译，上海译文出版社2003年版，第178页，第179页。

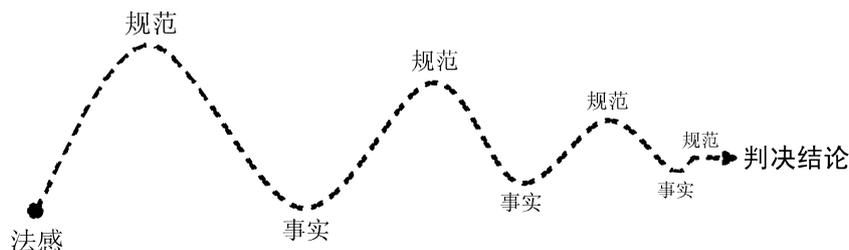
〔9〕 参见郭道晖：《为政以德与良心入宪》，《求是学刊》2011年第1期。

〔10〕 〔德〕英戈·穆勒：《恐怖的法官——纳粹时期的司法》，王勇译，中国政法大学出版社2000年版，第69页。

〔11〕 Barry Friedman, *The Will of the People: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, D & M Publishers, New York, 2009, p. 380.

规范依据限定在规范体系之内的这个现象，体现了现代法律系统在运作上的重要特征，即“自成一体性”——法律系统作为社会系统的一个功能性子系统，必须是一个自主的系统。自主性不是法律系统期望实现的目标，而是其安身立命、命运攸关的必备属性。^[12]一个运作上自成一体的法律系统，立足于运作过程中的循环性自我参照，并将从外部社会环境中获取的大量信息，按照内在于规范体系的标准进行选择、复写和反馈。这种规范依据上的封闭性，既是系统维持自主性的要求，也是法律系统发挥调节功能的方式。相应地，法律应对生活世界之复杂性的独特策略或装置是：界定术语、指明规则，通过充分且必要的法律清晰性和确定性，使现实生活中的众多法律问题被设定为“简单问题”，并将答案化约为“是或否、合法与非法”。^[13]“自成一体性”和“规范上封闭”意在强调法律是一个具有自我决定结构的系统，即“只有法律自身才能决定法律是什么”。^[14]判断某个行动或事件合法或非法的依据，只能是法律规范而非某种社会事实（包括公众意见）。即便法律可以从道德或其他社会来源中沿用一些规范性主张，也必须经过明确的形式转换。

进入司法场域，就意味着默认这个场域的基本法则。^[15]从裁判依据的类型分析，公众意见初步只能作为一种事实依据参与具体的个案裁判。鉴于公众意见可能影响到法官在个案中的法感或曰第一印象的判断，并且从个案判决的形成过程来看，规范和事实——尤其是公众意见这类包含了价值诉求、具有规范性姿态的社会事实——是两种同等重要的裁判依据，将公众意见定位为“事实依据”并无贬低之意。经验的司法研究表明，在分析案件事实和既有规范以得出判决结论的进程中，法律推理中的大前提和小前提其实是试探性地并且是相互观照着形成的。法官在依法感获得初步的判断之后，需要在案件事实和准用规范之间反复进行校验，以使事实和规范之间形成一种具体、妥当的对应关系，并将最初的法感精确化为最终的判决结论。案件事实与法律规范的最佳契合，倚重于一个“法感持续往返流转于规范和事实之间”的过程：首先，是往返于案件事实与有关的规范文本之间；其次则流转于——借前述过程而被缩小范围之——案件事实与相关的规范之间；之后，裁判者就可以形成适当的准用规范；最后，“个案裁判者的法感往返于（透过规范方案及规范领域而研制出来的）具体规范以及（个别化之后的）案件事实之间”。^[16]这个过程可用下图予以展示。^[17]



法律适用不是自上而下的逻辑涵摄，而是规范与事实的辩证过程。法官究竟如何理解规范的意义，要视其如何理解眼前个案现实而定。法官藉此才能摆脱抽象性、形式性的窠臼，真正把握规范的实质内涵，并让规范与具体现实充分融合，进而展现其实质意涵与拘束力。这意味着，在

[12] [德] 卢曼：《法律自我复制及其限制》，韩旭译，《北大法律评论》第2卷第2辑，法律出版社1999年版，第448页。

[13] Cf. John Finnis, *Natural Law and Legal Reasoning*, 38 *Cleveland State Law Review* 6 (1990).

[14] Niklas Luhmann, *Law as A Social System*, trans., Klaus A. Ziegert, Oxford University Press, 2004, p. 85.

[15] Pierre Bourdieu, *The Force of Law: Toward a Sociology of the Judicial Field*, 38 *Hastings Law Journal* 831 (1987).

[16] [德] 拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第13页以下。

[17] 该图像的原型取自瑞士学者马斯托拉蒂（P. Mastronardi）所绘的法律发现之等值图式。对马斯托拉蒂的研究介绍，参见郑永流：《法律判断的形成模式》，《法学研究》2004年第1期。

司法过程中“规范”与“现实”是相互影响、彼此交融的。在实践中，个案判决若要说明为何选定了规范 A 而不是规范 B 作为规范依据，就必须诉诸于一些事实性的理由，例如个案所涉的法律事实、法院的道德考量或后果预测，当然也可能涉及公众意见。以泸州遗赠案的一审、二审判决为例，若不考虑事实层面的公众意见以及相关的道德考量，就无法说明或理解：为何法院选择了公序良俗原则而不是继承法规则作为裁判的规范性依据。在所有疑难案件中，事实层面的道德考量或后果预测，都会借道一些法律术语和裁判技术来左右甚至创制个案判决的规范依据。因此，疑案裁判的难点和重点，例如争论盗窃抑或侵占的许霆案，不在于形式化的“一阶证成”——“法官如何依据某条法律来证明结论的正确性”，而在于“二阶证成”——在规范依据或推理大前提的界定上，法官如何证明自己的选择是正确的。^[18] 由于二阶证成是一个通盘考量各种实质性理由的辩证推理过程，必然关系事实层面的政治考量或价值判断，也会涉及包含规范性姿态的公众意见。

法律被界定得越宽，法治就越不确定。基于法律系统在运作上的自成一体性，以及司法准则、裁判纪律方面的宪法性规定，公众意见不能作为一阶证成中的规范性依据。但是，作为一种事实性依据、一种规范性主张，公众意见可以在关键性的二阶证成阶段发挥作用。从法的规范形态考察，法律尤其宪法中众多不确定法律概念、概括性条款和法律原则，能够弥补规则体系意义上的法律漏洞。因此，一阶证成阶段的规范性依据不可能“缺位”或“用尽”，法律系统可以在运作中实现“规范上封闭”。吊诡的是，在遇有缺陷规则、不确定法律概念、概括性条款和法律原则场合，法律往往只界定了一个一般性的“框”，框架内有若干种解释、选择的可能性，对此法官须结合个案——包括个案相关的公众意见——另行探究、评价，才能得出妥当的判决。然而一旦涉及评价，判决就有主观、恣意和片面的可能。正因为公众意见本身是一种存在主观、恣意和片面之可能的社会评价，而法官评价公众意见时又一次存在主观、恣意和片面的可能，所以即便在二阶证成阶段，公众意见的地位和作用仍可能遭到怀疑或非议。

不过，因公众意见存在消极面而一概予以抵触，就等于将婴儿连同洗澡水一并弃置。公众意见可以作为一种供法院备用的司法资源或说理依据，依托在公众意见之中的道德主张或利益诉求，则是法院应当——有时是必须——予以考量的个案事实。前述“框”的法律隐喻，以及“可以”、“应当”或“必须”的多种选择性，说明公众意见可实际安置在个案的裁量空间之中。法谚云，“法律并不作详尽规定而委诸优秀之人进行判断”（*Lex non exacte define, sed arbitrio boni viri permitet*）。司法裁量在权限和运作上，存在“弱的”和“强的”类型。“弱的裁量”包括两种情形：一是法律以规则或标准的方式为个案指示了一个答案，但这个答案不够明确，因此不能直接、机械地予以适用，需要法官运用自己的判断进行具体化；二是在法律指示的特定情况中法官拥有自行决定的权力，并且这种决定是终局性的，不受其他机构的审查或改正。“强的裁量”是指法律上存在数个同等可行的行动方案，法官实际上已不受立法者设定的标准的约束，或者说法官可以自行决定判决的具体标准或依据。^[19] 显然，法官在弱的裁量决定中采纳了公众意见是无可非议的，通常也没有说理的义务。但是，由于强的裁量决定的结果往往创设了新的法律规则，或者在不同的法律方案之间确立了主观性的选择标准，因此法官有义务给出理由来正当化其决定。^[20] 在法治社会中，弱的裁量是一种常规情形，一般隐身于法律推理的一阶证成阶段。此时公众意见等事实性依据在裁判结构中的地位，是一种准用的辅助性依据，一种合理化判决结论

[18] Cf. Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford: Clarendon Press, 1978, p. 101.

[19] Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge: Harvard University Press, 1978, pp. 31–32.

[20] Marisa Iglesias Vila, *Facing Judicial Discretion: Legal Knowledge and Right Answers Revisited*, Kluwer Academic Publishers, 2001, pp. 6–7.

的“说明性事实”。相反，强的裁量是一种非常情形、一种例外，须结合法律推理的二阶证成彰显在判决说理中。此际，公众意见等事实性依据实质成为个案推理的一种运作性依据，并成为正当化个案规则创制的“立法性事实”。

二、公众意见的常规定位：作为辅助性依据的说明性事实

运作性依据和辅助性依据是实践推理领域的两类基本依据。运作性依据是指那些抽象的、指示了行动类型的依据，这些依据内含了“应当/不应当”的规范性要求。辅助性依据是对特定的抽象行为依据进行具体化的依据，其任务是在运作性依据所指示的一些行动类型中，确定哪个具体的行动是妥当的。^[21]以公众瞩目的广西弃婴收养案为例，被告是一环卫工人，收养了原告遗弃在医院的早产病危儿，但一直未办理收养手续。两年后原告发现早产儿长成了健康男孩，遂提起诉讼。法院依据收养法第8条第1款、第11条、第15条第1款、第25条和民法通则第5条的规定，判决男孩归还给原告抚养，原告补偿被告抚育费人民币五万元整。^[22]在该判决中，收养法条款是判决男孩归还给原告抚养的运作性依据，民法通则条款是判决原告应当向被告进行补偿的运作性依据。但是，单凭法律上的当为条款，并不能决定在具体情形中究竟该如何补偿。因此，被告在抚育弃婴中的精神和物质付出、双方的经济状况，就成为确定具体做法的辅助性依据。鉴于五万元补偿费在2000年的广西钦州地区属较高的数额，引用民法通则第5条也表明法院公开进行了社会道德考量，因此当时社会上一致谴责原告、同情被告的公众意见，实际可能构成了另一条沉默的辅助性依据。

在常规案件中，作为辅助性依据的公众意见，实际是法律推理中结果导向的理由。换言之，辅助性依据不是决定判决正当性的关键依据，而是围绕判决结果发挥影响：在与裁判理由相符的多种可能的结果中，导向或限定一个具体的结果。辅助性依据只影响裁判结果的幅度，而不影响判决推论的性质，对公众意见的成功反驳，引发的只是裁判结果上的修正，而不会危及整个判决推论。相反，对运作性依据的成功反驳，就会从整体上推翻判决推论。以广西弃婴案中的抚养关系为例，倘若再审查法院基于原告主动遗弃孩子、被告客观上无法补办收养手续、被告尽心抚养并和孩子建立了强有力的生活和情感联系、不能支持原告从自己的错误行为中获利、社会公众一致呼吁同情被告、支持原告会强烈冲撞公众的道德直觉、判决原告胜诉又如何执行小孩“交付”（事实上二审判决并未实际执行）等个案事实，宣布本案是收养法相关条款的一个例外而不予适用，那么二审判决的法律推理就会被整体推翻。

辅助性依据的定位，表明公众意见在常规案件中只是行动的一种说明性理由，而非正当化理由。^[23]说明性理由使得相应的行动可以被理解，它回答了“为何有那个行动”，但不能“正当化那个行动”。假设A作为房产所有人，要求B交出对某一套住房的占有，那么对B来说，“自己迫切需要这套住房”或者“自己曾经帮助过A”这样的理由，只能说明自己为何坚持占有房子，而不能正当化其占有行为。相反，正当化理由能使相应的行动具备“应当”的效果，展示了做出行动的规范性依据。例如B通过否认A是所有人这一事实进行抗辩，宣称自己是善意取得该房产的。在常规案件的审判中，公众意见这样的说明性理由或事实依据不是妥当的行动依据。真正的行动依据只能是可普遍化的规范性依据，它们才是能够说明、指导并评价行动的正当性理由。

[21] Cf. Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, 3rd ed., Oxford: Oxford University Press, 1999, pp. 33-35.

[22] “李景芬、黄志董与黄作珍、洪家彬抚养纠纷上诉案”，钦州市中级人民法院民事判决书，（2000）钦民终字第258号。

[23] 关于“说明性理由”（explanatory reasons）和“正当化理由”（justifying reasons）在法律推理中的功用分析，Cf. Martin P. Golding, *Legal Reasoning*, Canada: Broadview Press, 2001, pp. 3-4.

也就是说，运作中的法律系统在规范上是封闭的，公众意见不能作为一阶证成中的规范性依据。

辅助性依据和说明性理由的定位，也解释了为何在涉及弱的裁量的常规案件中，法官可以在判决理由中将实际发挥作用的公众意见理由按下不表。但是，一旦判决引用了公众意见，就应该清楚地界定其在裁判结构中的地位，以免引起不必要的混淆和非议。在被“焦点访谈”等众多媒体关注的河南张金柱案中，郑州中院判决被告人“已分别构成交通肇事罪和故意伤害罪，且手段特别残忍，社会影响极坏，不杀不足以平民愤”。^[24]这一概括笼统的判断，因为将判决的辅助性依据与运作性依据、说明性理由与正当化理由混为一谈，落下了舆论杀人和民意审判的诟病。

辅助性、说明性和弱的裁量的另一层意思是，判决理由可以将公众意见“按下不表”，也可以拒绝考量公众意见。以杭州“五·七”飙车案为例，尽管当时要求严惩被告人的舆情高涨，不少法律界人士也认为现行刑法相关条款存在不合理之处，但法院仍然依现行刑法的相关条款作了判决。^[25]在很多人眼里那是一个不尽人意的判决，但虑及法的安定性和判决的可预测性等因素，法官有必要、也有权把一些案子判得“不那么好”。^[26]公众意见扮演的这种被动角色，说明其影响力只能在法律标准之内发生，而不具备摆脱法律标准、独立运用的可能。此外，道德考量、政策权衡、风俗习惯等同样可以成为裁判的辅助依据，当这些不同类型的辅助性依据平行排列时，公众意见究竟能否影响判决结果，取决于法官在适用既定法律标准的前提下，如何综合权衡个案相关的所有辅助性依据。这些都说明，公众意见不能主动决定个案判决结果，而只能被动等待法官的发现或运用。^[27]

当然，“被动”并不意味着“不在场”。公众意见实际是一种形式载体，可能承载了民众在相关个案中的道德诉求、权利主张或情绪宣泄。某种道德考量、政策权衡或风俗习惯之所以有时成为某个判决的辅助性依据，恰恰是因为其承载在公众意见中而得到了法官的注视，这种效应在当代中国若干争议性案件的再审判决中清晰可见。反过来讲，公众意见能否成为个案的裁判依据，实际取决于它所承载的那个诉求或理由能否成为个案裁判的依据。因而，当法院做出一个符合公众意见的判决时，不宜简单地批评法院在进行民意审判，而应辨析判决理由部分的裁判依据及其相互之间的关系再行判断。一种可能的逻辑结论是：既然公众意见的个案地位取决于其所承载的那个理由，那么法官就应直面那个理由，而不必理会公众意见这个没有法定地位的形式或躯壳。不过，法治社会的个案法律推理具有社会证明的维度，判决理由中即便有评价或价值观的介入，“它们也不是作为个人偏好而介入的”，“这些价值观必定对它们所适用的社区（社会）有某种意义”。^[28]鉴于公众意见是民众呼吁的一种规范性主张，也是社会共识之初级形态，其在裁判结构中的意义还是不容否定的。

作为一种辅助性依据、一种说明性事实，是公众意见在裁判结构中的常规定位。需进一步说明的是，此处所谓“常规”，一是指“一般如此”或“通常的做法”，二是指“疑难案件”之外的“普通案件”。在法律适用理论中，疑难案件是指存在规则意义上的法律漏洞的案件类型，因而不能“依规则来裁判”，需要法官类推适用规则或者依据法律原则进行个案规则创制。^[29]“依规则

[24] 河南省郑州市中级人民法院刑事附带民事判决书，（1997）郑刑初字第307号。

[25] 参见孙笑侠：《司法的政治力学——民众、媒体、为政者、当事人与司法官的关系分析》，《中国法学》2011年第2期。

[26] 前引[7]，波斯纳书，第52页。

[27] 前引[5]，陈景辉文。

[28] Martin P. Golding, *A Note on Discovery and Justification in Science and Law*, in Aulis Aarnio and D. Neil MacCormick (eds.), *Legal Reasoning*, vol. 1, Dartmouth Publishing Company Ltd., 1992, pp. 122-123.

[29] 中国法上的“疑难案件”是一个更为宽泛的概念，即重大、复杂、疑难、新型四类案件，是否属于这四类案件的判断标准有六个：涉外或涉港澳台、当事人人数、诉讼标的、被告政治地位、刑罚种类、社会影响。这种“疑难案件”实际是一个法院组织和诉讼法上的功能性概念，用来进行程序配置、管辖位移或职权授予。相关分析参见褚国建：《法院如何回应民意：一种法学方法论上的解决方案》，《浙江社会科学》2010年第3期。

来裁判”的常规案件，一般分三种类型。第一类是简单案件，它们在日常生活中反复出现，法官对准用规则的构成要件以及相关的案件事实特征，都了然于胸。对于简单案件，法官可以按规则的字面意思将其适用于当下个案之中，即以演绎推论的形式直接赋予其规则所设定的法律效果。这类判决被称为模拟规范的“同态判决”，^[30]法官可以参酌公众意见对结果进行弱的意义上的裁量。第二类是复杂案件，指存在适用于个案的单一法律规则，但规则所包含的概念并不清楚，且无法通过解读规则的字面意思来认定个案是否具备规则构造中的事实要件。此时法官会诉诸于规则之目的、原意和个案相关的评价标准——包括公众意见，添加一些解释性、补充性的前提，在特定规则和个案结论之间进行“推理衔接”。藉此，一个原本无法经由演绎推论获得的判决结论，因为加入了新的前提，就可以将其转变为经由演绎推论得出的判断。^[31]第三类是适用“伪规则”裁判的案件。典型的伪规则如“司机必须谨慎驾驶”，它是规则和原则之外的第三种规范形态：法律标准。伪规则和规则都设定了“一定的”事实前提和逻辑后果，但它是适用于某类事实情况的规范性要求，并且其假设条件中包含了评价性的、经常是宽泛抽象的道德语词。^[32]伪规则的抽象语词不能直接在现实世界中找到对应物，其适用也是一个相对复杂的推理过程：首先需借助规范目的、道德共识和社会情势，将抽象的语词具体化为各类事实情境，然后判断个案事实能否归类于这些事实情境，并最终确定其适用与否。^[33]显然，在依据伪规则裁判的场合，作为一种社会评价的公众意见有助于压缩个案的裁量空间，也是法院须考量的辅助性依据之一。

三、公众意见的非常地位：作为运作性依据的立法性事实

法治是一项遵从规则之治的事业，但规则意义上的“外部法律体系”是存在漏洞的。规则漏洞存在“明显的”和“隐藏的”两种情形。“明显的漏洞”系指规则空缺：依法律的规范计划或其整体脉络，对于系争个案法律应当予以规范却没有规范，或者说虽有若干指示但欠缺期待中的具体规则。于此，法官必须基于“类似案件类似处理”的裁判原则，以类推适用的方式将个案归摄到一条最接近的规则之下。但是，倘若连可供类推的相似规则都没有，法官就只能权衡相关法律原则（宪法基本权利规范或部门法的总则性条款），^[34]结合“事物的应然之理”，自行做出法律决断并制定个案规则。^[35]“隐藏的漏洞”系指规则悖反：存在适用于个案的法律规则，但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规则的目的。此时法官必须依据个案事实和法律原则，对规则的适用范围进行“目的论限缩”，并另行创设一条适用于当下个案

[30] See Aulis Aarnio, *The Rational as Reasonable: A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht: D. Reidel Publishing Co., 1987, p. 1.

[31] Cf. Aleksander Peczenik, *Jump and Logic in the Law: What Can One Expect from Logical Models of Legal Argumentation?*, in Henry Prakken and Giovanni Sartor (eds.), *Logical Models of Legal Argumentation*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1997, p. 297.

[32] Cf. Alan H. Goldman, *Practical Rules*, Cambridge University Press, 2003, pp. 16, 105.

[33] 当法院针对一系列个案解释并适用伪规则之后，其所蕴含的规范性要求就会愈趋明显和稳定，这些规范性要求一旦全部明朗、固定之后，伪规则就进化为规则。关于伪规则或标准进化为规则的过程分析，参见 James W. Colliton, *Standards, Rules, and the Decline of the Courts in the Law of Taxation*, 99 Dick. Law Review 377(1995).

[34] 宪法基本权利条款又被称为“原则性条款”，被视为是法律原则的类型之一，相关的代表性论述，cf. Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, trans., Julian Rivers, Oxford University Press, 2002, pp. 47—48.

[35] 法官的自行决断（或曰决断主义，deziisionistischen / decisionistic），历来是裁判理论在疑难案件中的最后一策，例如“像立法者那样思考/裁量”、“像海格力斯那般行事”、“依据事物的本质（应然之理）”。这意谓判决论证终究不能摆脱法律形成语境中的种种偶然性，也无法消弭规范和事实之间的永久性张力。相关的总括性讨论，参见 Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, trans., William Rehg, Cambridge: Polity Press, 1996, p. 199.

的新规则，作为原有规则的例外与补充。^{〔36〕}在遇有规则漏洞的疑难案件中，无论法官采取规则类推还是原则裁判，个案判决必然蕴含了规则意义上的司法创制过程。在此过程中，那些被确定为司法造法或政策决断之依据的事实，就成为一种“立法性事实”。^{〔37〕}

填补漏洞的作业显然属于前述“强的裁量”：法官实际已不受立法者的约束，可以自行决定个案的行动方式和判决依据。只要同时存在权力和裁量，审判也就同其他政策决定机关一样，不得不卷入各种利害关系错综复杂的对立的漩涡之中。^{〔38〕}一如论者所言，“在难办案件中，法官无论怎样决定都必须并首先作出一连串政治性判断……所谓的政治性判断，指的是立法性质的判断。”^{〔39〕}既然是涉及社会大众、面向未来的立法性判断，就要求法官超越个案进行社会事实层面的通盘考量，包括考察公众意见、甄别社会共识、把握当下政治和经济趋势等等。从裁判结构分析，疑案判决中直接导出个案结论的那条规范性依据，往往是基于抽象的法律原则和经验的“社会性主张”类推得出或直接创设的一条新的个案规则。^{〔40〕}支援个案规则创制的社会性主张一般分三类：道德规范主张、政策主张和习惯主张。^{〔41〕}以泸州遗赠案的一审判决为例，纳溪法院实际上依据民法通则第7条“民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益”这一原则，结合判决认定的一条社会性道德规范主张——该种遗赠行为违反社会公德，针对遗产继承规则的效力设定了一条“第三者继承例外”的新规则。^{〔42〕}法谚云“一般条款不决定具体案件”，正是将民法通则第7条具体化为个案规则之后，法院否定了遗嘱的效力和第三者的继承权。这个具体化过程——不论事实上正确与否——属于法律推理的二阶证成阶段，此际“个案遗赠行为违反社会公德”这个包含规范姿态的公众意见，成为法律推理的一条运作性依据、一种立法性事实。缺失这一社会性道德规范主张，就无从将民法通则第7条具体化为个案中的例外规则，也就无法正当化个案判决最终依凭的规范性依据。

当公众意见和政策主张一致时，同样可以成为疑案判决中的运作性依据或立法性事实，如台湾地区司法院针对“特殊重婚是否得撤销”的释字242号解释。在该案中，甲男和乙女于1940年在福建缔结婚姻。甲男在1949年只身去了台湾，并于1960年在台和丙女结婚。至1980年代两岸恢复交流后，甲之原配乙女于1986年诉请台中地方法院依当时台湾地区民法第985条“有配偶者，不得重婚”、第992条“结婚违反第985条之规定者，利害关系人得向法院请求撤销之”的规定，撤销甲男和丙女的婚姻关系。台中地方法院判决原告胜诉，甲男、丙女不服判决上诉第二审、第三审和申请再审但均遭驳回，最后以法院对民法相关条款的解释抵触宪法为由，提出释宪申请。^{〔43〕}该案未及终审就成为民众关注的焦点，因为像甲男和丙女这样的特殊婚姻，在台湾地区并不少见，法院如何裁断关系一个社群的民生。岛内舆论虽有支持乙女者，但同情甲男和丙女者更多。主流声音希望司法尊重既成社会事实，勿给台湾地区的家庭和社会带来冲击。在释字

〔36〕 规则悖反之所以被视为“隐藏的漏洞”，是因为虽然规则对此类实践并不适宜，但乍看之下并未欠缺可资适用的规则，故称之为“隐藏的”漏洞。参见前引〔16〕，拉伦茨书，第254页。

〔37〕 “立法性事实”的概念及其在司法裁判中的功用，参见〔美〕约翰·莫纳什、劳伦斯·沃克：《法律中的社会科学》，何美欢等译，法律出版社2007年版，第179页。

〔38〕 〔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1994年版，第161页以下。

〔39〕 前引〔4〕，苏力文。

〔40〕 两个案件是否可作类推适用，并非是由外部观察到其有达到某种物理程度的相似性，而是从内涵上认知到其有规范评价上之相同性。因此，类推适用总是涉及一种评价性的思考过程，并且“原则论证和类推论证之间并不存在清晰的界线”。所以本文将规则类推视为适用原则裁判的一个特殊类型，不再另行展开。关于“原则与类推”，参见前引〔18〕，Neil MacCormick书，第152页，第161页。

〔41〕 〔美〕艾森伯格：《普通法的本质》，张曙光等译，法律出版社2004年版，第20页。

〔42〕 泸州市纳溪区人民法院民事判决书，（2001）纳溪民初字第561号。

〔43〕 参见王鹏翔：《目的论限缩之论证结构》，《月旦民商法学》总第4期（2004年）。

242号解释中,台湾地区司法院认为甲男重婚系在遭遇重大变故、夫妻隔离且相聚无期的情况下发生的,有别于一般的重婚;对甲男和丙女这样有长期实际共同生活的后婚姻关系,若仍适用民法相关规定予以撤销,将严重影响其家庭生活及人伦关系,反足危害社会秩序,并因此与宪法保障人民自由及权利的规定相抵触。^[44] 这般解释的实效,是依托抽象的基本权利规范,并结合与公众意见相一致的政策主张,创设了一条“因两岸长期分隔造成的重婚不得撤销之”的例外规则。

因此,公众意见若和社会性主张相一致,就可能获得法院的认可,成为个案推理在二阶证成阶段的运作性依据。当然,公众意见等社会性主张的正当化功能,必须耦合法律系统内的法律原则或基本权利规范才能发挥实效。对个案判决而言,社会性主张和法律原则是同等重要的运作性依据。从宏观角度看,尽管社会生活渐趋多样、社会变化日新月异,但法律系统仍可以凭借这两种运作性依据,不断产生应对规则和决定。^[45] 藉此,法律回应了“对时代需要的感知”,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平衡。其中一个颇具代表性的事例,是1960年代末期日本司法系统在四大公害审判中的作为:面对惨不忍睹、求助无门的公害受害者,法院果敢地站在愤慨的社会公众一边,以“透过裁判的法形成”方式改造了侵权法上的因果关系和举证责任规则,据此判决原本逍遥法外的大企业——包括一些遵守排污标准的污染企业——向受害人承担赔偿责任,进而促成日本的公害健康损害赔偿立法。^[46]

当然,四大公害判决这样的司法性法律创制,属于司法实践中一种相对罕见的非常情形,并且是一种理想的非常情形。当纳溪法院针对中国法上的遗产继承规则设定了“第三者继承例外”的新规则后,立即招致了法律理论界的严厉批评。该判决的弱点在于未能处理好规则和原则、法治和裁量的关系,也未能证成个案规则——“第三者继承例外”——的可普遍化问题。若和 *Riggs v. Palmer* 案^[47] 相比较,判决的“比较劣势”就会一览无余。“向第三者遗赠财产是违反社会公德的行为”和“继承人为了获得遗产而谋杀被继承人是错误的行为”,是两个共识程度相差甚远的社会性主张,而“第三者继承例外”规则和“谋杀被继承人的遗嘱继承人例外”规则,在可普遍化程度上也判然有别。不言而喻,较之“依规则来裁判”的形式推理,整合社会性主张的个案规则创制是一项高成本、高风险的特殊司法作业。

如果不参照相关法律规范及规范体系,是无法正确地决定在什么时候以及在多大程度上,可以将个案相关的公众意见及其背后的社会性主张“耦合”进来的。即便在适用法律原则场合,法律也仍规定了一个一般性的“框”,法院的评价必须在这个框架内展开。但框内到底包容了何种个案评价标准,其规范意图又作何解,又惟有透过个案事实才能予以把握。一如前述,这是一个规范与事实的辩证过程。规范意图必须经过个案事实的“洗涤”才能呈现,而个案评价惟有通过法范畴的“筛选”方能生效。公众意见成为个案判决的运作性依据之前,必须基于可普遍化原则接受三个维度的审查:一是“向上”审查,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“向下”审查,验证其是否见容于具体规范的规范意图;三是“向外”审查,检视其是否符合社会通行的正义观或价值取向。法官在此间的作业,可以与艺术家的工作相提并论:艺术家创造艺术作品的素材并非源于其内心,而是源于社会生活。尽管艺术品本身是社会力量的发展成果,但艺术家却赋予其艺术的形体。同样,公正也来源于社会,因为社会赋予了公正

[44] 前引 [43], 王鹏翔文。

[45] [英] 罗杰·科特雷尔:《社会理论中的法律和法律研究中的社会理论》,载《布莱克维尔法律与社会指南》,高鸿钧等译,北京大学出版社2011年版,第22页。

[46] 参见 [日] 山本佑司:《最高裁物语:日本司法50年》,孙占坤、祁玫译,北京大学出版社2005年版,第252页以下。

[47] Cf. Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Massachusetts: Harvard University Press, 1986, p. 15.

的内涵，但是公正也有其独特形式，这要归功于塑造公正的司法艺术家。^[48]

公众意见一旦成为个案的运作性依据、立法性事实，判决就显现为一种强的裁量性决定。强的裁量很容易嬗变为专制，因此法官有义务给出理由，尤其是社会事实层面的理由来正当化其决定。相应地，关注事实问题，综合了经济学、社会学、统计学等相关知识的社会科学研究，是疑案裁判中一种有效的决策路径和说理依据。提供“立法性事实”的社会科学研究，事实上对法律制度一直有很强的塑造力。但须注意到，粗糙的社会科学研究也可能误导法院。^[49]尤其是，社会科学方法预设了“事实”与“价值”的区分，并将自身限定于处理“是什么”的经验性事实问题，而裁判要旨却是“应当如何”的规范性判断问题。唯有借助于司法裁量，结合法律原则这样的评价性规范，才能真正地从“实然”中推导出“应然”来。这再一次说明，疑案裁判不应也不可能被简化为民意审判，对公众意见的司法考量，绝不能被简化为做几次个案民意调查。法院在判决理由中无须刻意冷漠或对抗公众意见，也不宜盲目乐观、亦步亦趋地推行“现实主义裁判”或“民意审判”，而应该坚持并说明法院在理解和判断上有哪些相同或不同，以及为何如此。^[50]

四、中国司法语境中的公众意见

常规定位或非常地位，辅助性依据或运作性依据，说明性事实或立法性事实，是公众意见在裁判结构中的基本定位。结构性分析有助于考量事物是如何被关联并建构起来的，藉此从简单问题中看到复杂性、从复杂问题中发现简单性。但基于裁判依据的结构分析，也可能被误读为拘泥于规范法学的形式主义或法条主义——因为总使用规范这把锤子，似乎把一切问题都看成了钉子。就法律分析而言，即使在作“法政治式”的论述，也仍有应遵守的思维界限。假使法律理论不想转变成一种以道德哲学、政治哲学或者社会哲学为根据的社会理论，而法官仍想维持其法律工作者的角色，那就必须假定现行法律体系大体是合理的且是有拘束力的。^[51]事实上，倘若没有规范和形式的拘束或指引，那么在处理公众意见时，法官就会迷失在个案化的“情境思维”中，司法就会在适应社会变化的过程中丧失其独特性和正当性，并蜕化为一种弥散性的管理活动——“治理术”。如此这般，就不复有运作上“自成一体”的法律系统，也不复有“一般性管理活动”意义上的法治。

前述对公众意见在裁判结构中的定位，也可以和中国司法高层的态度互为印证。在《关于裁判文书引用法律、法规等规范性法律文件的规定》中，最高人民法院明确要求个案判决依据实现“规范上封闭”，即“人民法院的裁判文书应当依法引用相关法律、法规等规范性法律文件作为裁判依据”。规范性文件，则明示限于法律及法律解释、行政法规、地方性法规、自治条例或者单行条例、行政法规解释、行政规章或其他规范性文件。在《关于进一步加强民意沟通工作的意见》中，最高人民法院指出，“加强民意沟通工作是发挥好审判执行职能、完善司法公开、优化司法决策、实现案结事了的重要保障”，强调要“健全和创新司法决策征求意见机制”。但通览《意见》全文，最高人民法院实际是从制度建设和政治大局层面对司法和民意如何互通进行了宏观布局，并未指示“如何考量民意做出个案裁判”这一核心问题。由于公众意见往往和社会性主张联系在一起，最高人民法院近年来推行的“法律效果与社会效果有机统一”的司法政策，可视

[48] [德] 托马斯·莱塞尔：《法社会学导论》，高旭军等译，上海人民出版社2008年版，第77页。

[49] 参见前引[37]，莫纳什、沃克书，第189页。

[50] David B. Rottman & Alan J. Tomkins, *Public Trust and Confidence in the Courts: What Public Opinion Surveys Means to Judge*, 36 *American Judges Association Court Review* 31 (1999).

[51] 参见前引[16]，拉伦茨书，第77页。

为公众意见和个案裁判的沟通平台。但这一司法政策旨在明确司法工作的基本宗旨与政治方向，而不是解决个案法律问题。具体到如何落实这项政策，如何考量、定位相关的社会性主张，最高人民法院有大法官主张“法律文本是公正司法的基石”并要求“在法律之内寻求社会效果”，即追求法律之内的正义是公正司法的基本品质，寻求社会效果主要通过法律来实现，只有在特殊情况下并在一定的范围之内，才可以变通适用法律。^{〔52〕}

在日趋多元化和复杂化的转型中国，法律系统必须在稳定性和灵活性、普遍正义和个案正义之间寻求一种平衡。判断公众意见及相关社会性主张的裁判地位，同样需在辅助性依据或运作性依据、说明性事实或立法性事实之间寻求一种平衡。但中国司法场域的公众意见在来源和内容上还存在两种特殊类型，并反映了中国问题之特殊性。第一种源自当下的社会局势和治理格局。由于法院在资源配置方面尚不足以化解社会转型带来的权力失范、分配不公、权利冲突和社会民生等一系列问题，也不一定解决立法和行政在社会管理中遗留的前置问题，^{〔53〕}当这些问题涌入司法场域并成为公众议题后，司法这道“最后的社会防线”就注定成为“最后的批评靶子”。这类公众意见经常体现为社会情绪、公共激情，司法往往无从在个案中予以回应。第二种源自并针对司法系统及其个案误判，是一种需要郑重对待、及时回应的公众理性。^{〔54〕}此际个案之所以受到公众的高度关注与激烈批评，如云南李昌奎案的二审死缓判决，不是因为法律缺陷而难以在普遍正义和个案正义之间取得平衡，而是因为裁判的不精密、不统一，没有妥当地遵循程序规则和论证规则，致使一些专业技术性错误无法通过制度的渠道来避免或及时纠正，才出现合法正义不得不靠公众意见的强烈表达来维护、兑现的事态。^{〔55〕}这种事态的反复上演，直接削弱了司法的公信力和法律系统的社会整合功能，反过来又鼓动当事人在法庭外寻求公众支持，乃至制造或操作舆论，以期监督或干预法院的个案审判。如此一来，“案件”就频频转变成“事件”，诉讼策略将不再是如何寻找法律上的可靠依据，而是“把事情闹大”。长此以往，必将陷入一种后果难以估量的恶性循环。

在中国当下司法语境中，公众意见不仅传达了法律与社会、规范与事实、普遍正义和个案正义之间的张力，实际还表达了社会公众对司法的不信任。司法的公信力或权威，点滴积累于一个个公正的审判程序和可接受的个案判决。^{〔56〕}就目前的局势和体制而言，唯有从加强判决理由和落实程序公正入手，才能约束法院的裁量判断，有效化解公众意见对审判的猜疑和干预，并逐步改观司法不受信任的局面。因任意裁量而导致的判决不精密、不统一，是社会公众不满个案判决的一个重要原因，而要求法官说明判决理由、论证判决依据、开示裁量基准，可以在不破坏司法独立的前提下，成为评判个案判决、制约法官裁量权限的一种制度性措施。相应地，司法系统应进一步统一、细化不同类型案件——尤其是死刑案件——的裁量权限、裁量程序和裁量基准，藉以实现正义的基本要求：类似的案件类似判决，不同的案件不同判决。其次，公正、公开的司法程序，是消解公众猜疑、正当化个案判决的有效装置。一方面，社会公众对个案信息的了解往往

〔52〕 参见江必新：《公正司法与法律文本》，《人民司法》2009年第17期；江必新：《在法律效果之内寻求社会效果》，《中国法学》2009年第3期。

〔53〕 孙笑侠：《公案的民意、主题与信息对称》，《中国法学》2010年第3期。

〔54〕 在英美传统中，休谟最早将公众意见（public opinion）分为“公共理性（public reason）”和“公共激情（public passion）”两种类型。麦迪逊进一步指出，“唯有社会公众的理性，才可以控制或规范政府，而激情应当被政府所控制或规范”。Cf. James G. Wilson, *The Role of Public Opinion in Constitutional Interpretation*, 1993 Brigham Young University Law Review 1057.

〔55〕 季卫东：《法制的转轨》，浙江大学出版社2009年版，第149页。

〔56〕 Erwin Chemerinsky, *The Supreme Court, Public Opinion, and the Role of the Academic Commentator*, 40 South Texas Law Review 955 (1999).

是不全面的，法院必须贯彻公开审判原则、开示应公开的信息并说明判决依据，才能解决司法和民众之间存在的“个案信息不对称”问题，进而消弭猜疑和分歧。另一方面，藉由公正程序引导对席论辩，可以从那些对实体意见存在分歧的当事人中间寻求一种“重叠的共识”，并据此获得个案裁判依据。此间，司法程序通过提供一个认知过程，还让当事人和公众认识到判决是经由公正程序得到的决定，即便意见分歧未能完全消解，也应当接受程序的结果并视其为将来行为的依据。

Abstract: Due to the operative closure of the legal system and the constitutional constraints on legitimate resources of law in legal decision making, public opinions could not be directly cited as first-order warrant in legal justification. The typology of legitimate legal reasons shows that public opinions have no normative force in justifying a legal consequence even if the court is substantially influenced by them or they causally determine the consequence. In other words, they are mere facts.

In easy (or ordinary) cases, however, public opinions might be treated as explanatory facts and thus supplement legal justifications in weak judicial discretions. This is the ordinary role that public opinions play in adjudication. They are the subsidiary reasons involved in the consequence-oriented legal reasoning when the court adjudicates a specific case. Subsidiary reasons (or explanatory facts) define or explain the actual spectrum of possible decisions but they neither legitimate nor support legal decisions from the normative point of view.

On the other hand, in hard (or exceptional) cases involving legal loopholes and thus inviting strong judicial discretions, public opinions might constitute substantial justifying reasons which justify specific decisions if they are supported both by strong social propositions and constitutional right norms (legal principles). These justifying reasons incorporate normative claims like “ought” or “ought not,” but they are the products of legislative facts. These legislative facts via social propositions constitute the basic justifications when the courts resort to judicial law making or policy making.

The crucial process in the whole structure of applying public opinions in legal adjudication lies in distinguishing ordinary circumstances from exceptional ones, subsidiary reasons from justifying ones, and explanatory facts from legislative ones. In transitional China, with increasing diversity and complexity, legal system needs to maintain a subtle balance between stability and flexibility as well as universal justice and particular justice. A balance is also needed between subsidiary reasons and justifying ones as well as explanatory facts and legislative ones when incorporating public opinions in legal adjudication.

Key Words: public opinion, adjudication, subsidiary reason/explanatory fact, justifying reason/legislative fact
