

# 裁判可接受性概念之反省

陈景辉\*

---

**内容提要：**以“公众意见能够取代法律标准”为核心的裁判可接受性概念，实际上是以下两个方面的统合：一方面，公众意见能够被转化成正当化理由，因此才能取代法律标准成为裁判依据；另一方面，司法民主化要求司法裁判必须反映公众意见。但是这两个要素都存在明显的缺陷：第一，公众意见难以转化为规范性的正当化理由；第二，司法民主化可以分为直接民主化与间接民主化，并且间接民主化能够更好地与现行民主制度、裁判者的司法义务等要素保持一致，但是裁判可接受性概念中的民主化只是直接民主化的体现。由于以上两个方面的问题，裁判可接受性概念缺乏存在的恰当基础。

**关键词：**裁判可接受性 公众意见 正当化理由 司法民主化

---

由于个案裁判兼具解决特定纠纷与指明行为标准的双重功能，而每个人都存在成为类似案件当事人的可能，所以当今的社会公众越来越多地关注案件裁判。这种身临其境、感同身受的自我代入，使得他们有意愿针对司法裁判发表意见。并且，如果案件裁判结果与公众的（道德或经验）直觉产生剧烈的冲突，那么批评性意见的汇集就成为裁判机关的无形压力，这甚至在事实上构成了案件改判的主要动力和根本原因。<sup>〔1〕</sup>然而，即使公众意见的确产生了这种效果，但并不意味着它理当如此，于是各种交错的看法杂陈其中，这些待决案件由此就形成了所谓的“争议案件”（disputed cases）。争议案件并非如同“疑难案件”（hard cases）一样，后者的争议性源自法律上存在瑕疵，从而造成裁判者在适用法律上的困难。<sup>〔2〕</sup>而争议案件往往具备相当完善的法律规定，只不过据此做出的裁判结果由于同公众意见尖锐对立，致使裁判者难以抉择。故此，对于争议案件的理论解说无法求助于传统的那些司法技术（如类比推理、法律解释等），因为它们原本专为疑难案件设计，尽管这样的做法可能会有些许帮助。这种情形就迫使我们必须另起炉灶，回过头来仔细考虑争议性案件当中的基本要素：法律标准与公众意见。笼统而言，可能的思路有

---

\* 中国政法大学法理学研究所副教授。

本文为中国政法大学“211工程”三期建设项目“中国特色社会主义法治思想”的中期成果。初稿于2009年5月16日提交“蓟门学园”讨论，谨此向参加会议的诸位师友表示感谢。

〔1〕 广受关注的许霆案就是最为典型的例子。虽然很难有可靠的证据表明许霆案的二审受到公众意见的直接影响，但是各种媒体连篇累牍的报道以及对于一审结果一边倒的批评，就不难感受到公众意见后来确实发挥了重要的影响。

〔2〕 有关“疑难案件”的概念比较充分的讨论请参见 Ronald Dworkin, *Hard Cases*, in his *Taking Rights Seriously*, Cambridge: Harvard University Press, 1978, pp. 81-130.

两个：第一，直接肯定公众意见对于个案裁判的重要性，即肯定个案裁判的公众意见与案件裁判结果之间存在必然关系，所以可以基于公众意见修正、甚至在特定情形之下推翻已有判决，这种做法本文统称为“裁判可接受性”概念。<sup>〔3〕</sup>第二，对“裁判可接受性”概念的反驳，即否认公众意见对于案件裁判结果的直接影响，不能基于公众意见推翻已有裁判结果。需要强调的是，这个立场并不意味着公众意见毫无意义，只不过其意义是通过其他方式显现出来的。显然，如何合理安置争议案件中的法律与民意，关键就在于辨明“裁判可接受性”理论是否成立，这就是本文所要着力回答的核心议题。

## 一、锻造裁判可接受性概念

无论裁判可接受性概念是否成立，我们都需要首先阐明这个概念所指的方向。表面看来，裁判可接受性是指：在个案裁判中，如果公众意见与依据既有法律所得出的裁判结果之间冲突，那么应当依据民众意见修改、甚至推翻裁判结果；或者说，公众意见是个案裁判的鉴别标准。然而，如果仔细推敲的话，这个表述并不十分清楚，因为它在“公众意见是如何影响个案裁判”这一点上仍然语焉不详。如果要澄清公众意见发挥影响的内在机理，就必须将公众意见与司法裁判的基本结构联系起来进行讨论。

虽然表述上存在明显差距并且其中夹杂着肯定或者否定的不同说法，但无论是欧陆传统还是英美传统，关于司法裁判的讨论都是以演绎推理或者司法三段论为起点的。<sup>〔4〕</sup>如果将演绎推理或司法三段论做符号化处理，那么就会出现杰罗米·弗兰克所致力于批评的法律形式主义的推理公式： $R \times F = D$ 。其中，R代表法律规则，F代表案件事实，D代表案件的判决。<sup>〔5〕</sup>并且，法律规则（F）是判决（D）的正当化理由，案件事实是判决的事实性基础。由于现代法理学的视野中，法律规则并非唯一的裁判理由，所以可以将如上公式做某种转换：裁判理由+法律事实→裁判结果。“裁判可接受性”概念实际上就是将公众意见与这个公式联系起来，于是这个概念就可以相应的细化为如下三个子形式：（1）裁判理由的可接受性，即公众意见对于裁判理由的认同问题；（2）法律事实的可接受性，即公众意见对于法律事实的认同问题；（3）裁判结果的可接受性，公众意见对于裁判结果的认同问题。

其中，对于第二个类型——法律事实的可接受性问题而言，证据学中早已存在相关概念：证据的可接受性。证据的可接受问题实质上就是要求案件事实的采信过程必须为公众所认可，因而成为施加相应法律处置的基础。<sup>〔6〕</sup>虽然法律事实或者证据的可接受问题，从一个侧面说明了公众对于个案的关注是全方面的，但是这并非裁判可接受性概念的组成部分，因为：第一，证据的可接受性问题并非裁判正当性的主要根据、甚至并非裁判正当性的依据，因此它所能引发的公众意见对于裁判的压力是有限的；第二，更为重要的是，法律事实的获得过程并非仅仅依赖于证据这一个方面而单独确定，这个过程必然是通盘考量证据的可接受性与裁判理由的综合过程；换言之，由于法律事实的获得同样包含裁判理由这个规范性的要素，<sup>〔7〕</sup>因此即使公众意见产生了对

〔3〕 对此表示支持的文章主要有，顾培东：《公众判意的法理解析——对许霆案的延伸思考》，《中国法学》2008年第4期；苏力：《法条主义、民意与难办案件》，《中外法学》2009年第1期。

〔4〕 Steven J. Burton, *An Introduction to Law and Legal Reasoning*, Boston & etc.: Little, Brown and Company, 1995, pp. 43-58.

〔5〕 Jerome Frank, *Courts on Trail: Myth and Reality in American Justice*, Princeton: Princeton University Press, 1973, p. 14.

〔6〕 易延友：《证据法学的理论基础——以裁判事实的可接受性为中心》，《法学研究》2004年第1期。

〔7〕 陈景辉：《事实的法律意义》，《中外法学》2003年第6期。

于证据可接受性问题的压力，但是这个压力一定也是同时指向裁判理由的。这些原因都说明，证据或者法律事实的可接受性问题不能单独与裁判的可接受性问题发生关联，而必须附着于裁判理由的可接受问题之上。因此，裁判可接受性问题实质上就只有两个类型：裁判理由的可接受性与裁判结果的可接受性。

理由的可接受与结果的可接受性针对的情形是不同的。裁判理由的可接受性问题所要表达的是：虽然对于待决案件存在一个明确的法律规定，但是公众认为该裁判理由本身难以接受。即使此时公众并未质疑从裁判理由到裁判结果的推导过程，但是由于对裁判理由的怀疑，因此公众无法顺理成章地接受这个裁判结果。或者说，此时公众对于裁判结果的不接受不是来自于这个结果本身，而是基于这个结果得以导出的理由。例如，假设法律规定月收入 500 元是个人收入所得税的起征点，并且某人月入 600 元，因此他应当就超出标准的 100 元纳税。在此情形下，公众虽然会认为这个结果明显不可接受，但是其原因来自于“将起征点定为 500 元明显过低”这个法律理由的不适当，而不是基于这个结果本身。裁判结果的可接受性与之不同，公众一方面认可已有的裁判理由，但是却无法接受由此合理导出的裁判结果。例如，公众认可“虐待罪的最高刑罚为 7 年有期徒刑”，但是对于继母长期以残酷的方式虐待继子的案件，又认为仅仅判处 7 年有期徒刑是不恰当的，应当给予更为严厉的制裁。

表面上看，这两种裁判的可接受性存在显而易见的区别。理由的可接受性是理由取向的，它是指：当公众意见反对裁判理由，裁判理由由此丧失可接受性，进而公众意见取代裁判理由成为判决的基础；而结果的可接受性是结果取向的，它是指：如果公众意见反对裁判结果，裁判结果由此就丧失可接受性，进而裁判者应当依据公众意见做出判决。然而，它们实质上却是同样的类型：无论在何种情形中，都会出现“公众意见对于裁判理由的取代”这个关键性的要素。理由的可接受性自不待言，结果的可接受性同样会产生这个结果。这是因为：如果公众意见无法接受裁判结果，并且需要依据公众意见做出新的裁判结果的话，那么这个裁判结果的正当性基础一定就是公众意见，已有的裁判理由此时已经被放置在了在一旁。虽然这并不意味着已有的裁判理由无意义，但是实际上这个理由已经不再具备影响裁判结果的能力，它在事实上已经被放弃。所以，虽然结果的可接受性貌似并不针对裁判理由，但是无论哪种类型的裁判可接受性概念，最终都会顺利的推导出“公众意见取代裁判理由”这个单一性的逻辑结果。

如前所述，由于法律事实无法独立的成为判决的正当性基础，因此演绎推理或者司法三段论的公式可以简化为如下形式：裁判理由→裁判结果。相应地，由于附加了公众意见这个要素，裁判可接受性概念之下的裁判公式就转化为这样的结构：公众意见→裁判理由→裁判结果。当然，这并不意味着每次裁判的做出都是严格依据这个公式的结果。在通常的情形之下，公众意见是以间接方式适用的：（公众意见→）裁判理由→裁判结果。在这种情形下，裁判理由而非公众意见直接成为得出特定裁判结果的基础，不过这一定是以公众意见与裁判理由不矛盾为前提，所以即使前者不在裁判过程中出现，也不会影响到它对于裁判结果的支持。如果它在裁判过程中的确出现了，反而会使得裁判理由显得过分冗余。也可以这样说，此时的待决纠纷并没有转化为争议案件。然而，一旦出现争议案件——无论是公众意见与裁判理由还是裁判结果发生冲突，它就会取代裁判理由，以直接的方式影响裁判结果：公众意见→裁判结果。在这种情形下，“裁判理由→裁判结果”这个中间环节就被越过，裁判理由事实上已经被完全放弃，只有公众意见才能够充当导出裁判结果的基础。

如果从裁判正当化的角度入手，裁判可接受性概念认可的是一种分层式双重正当化。所谓双重，是指公众意见与裁判理由均为裁判结果正当化的条件；或者说，裁判结果无论是来自裁判理由还是公众意见，都会使得裁判结果具备正当化的能力。当然，这个正当化过程如果能够正常发

生作用,就一定是在裁判理由与公众意见一致的基础上。在这种情形下,公众意见的正当化就表现为背景正当化,而裁判理由的正当化就成为直接的正当化,所以前一个正当化过程就会隐藏起来,而出现在台前的通常只有后一个正当化过程。<sup>〔8〕</sup>同时,这个正当化过程又是分层的:如果裁判理由与公众意见发生冲突,那么公众意见将会具备优于裁判理由的地位,单独成为裁判的正当化基础。因此这两者并非处于同一层次,其中公众意见具备更高的位阶;在两者冲突时,它具备压倒裁判理由的能力,背景正当化也就转而成为直接的正当化。

到目前为止,我们讨论的只是,如果裁判可接受性这个概念成立的话,它所具备的内涵一定是“公众意见对于裁判理由的取代”这一点,但是尚未说明裁判可接受性概念成立的原因。此类原因的说明需要聚焦裁判公式的前半个部分:公众意见→裁判理由,或者说,公众意见对于裁判理由的二次正当化。之所以在争议性案件中,公众意见能够取代裁判理由对于裁判结果进行正当化说明,表面上看是因为二者处于不同的位阶次序造成的,但是其内在一定会包含一个二次正当化的过程:公众意见实际上是裁判理由的正当化基础,因此如果两者对于待决案件的评价存在偏差,那么后者就会因丧失正当性基础而被放弃。必须看到,这是一个相当强的政理论由,因为这种二次正当化实际上是“民主”这个核心政治观念的要求。<sup>〔9〕</sup>其中,最能与民主观念相符合的就是公众意见这个部分,对于公众意见的肯定实际上就被等同于对民主观念的肯定。同时,由于裁判理由是表达公众意见的具体形式,因此只有那些与公众意见保持一致的裁判理由,才能获取因符合民主要求而来的正当性条件。<sup>〔10〕</sup>反之,如果裁判理由与公众意见存在冲突或对立,不管裁判理由自身是如何适当,它也会因为违反民主的要求丧失那些原本拥有的优点,此时放弃裁判理由是必然的选择。所以,在这些准则指导之下的司法裁判,必定会走向一条所谓的“司法民主化”的道路,这是一个强调公众意见或者民意主动或者应当主动影响司法裁判的状态。

现在,我们大致展现了裁判可接受性这个概念的面貌。如果用更为集中的方式来表述的话,它由以下两个紧密联系的部分组成:

1. 民主化要求:司法裁判必须反映公众意见,否则,就会违背民主的政治准则;

2a. 公众意见发挥影响的通常形式呈现为间接方式:公众意见作为裁判理由的背景正当化条件,裁判理由作为裁判结果的正当化条件,此时公众意见透过裁判理由以间接方式为裁判结果进行正当化说明;

2b. 公众意见发挥影响的特殊形式是直接方式:如果公众意见对于司法裁判表示不满,无论是针对裁判理由还是裁判结果,公众意见都会取代裁判理由直接决定裁判结果。

其中,2a与2b的区分来自于在不同情形之下民主化要求满足方式上的差异,所以它们实际上是同类条件:虽然表面上看它们存在着“公众意见是否取代裁判理由”的区别,但是实际上它们都会获得“公众意见能够取代裁判理由”的效果。<sup>〔11〕</sup>然而必须注意,这两个条件实际上可以被归纳为一个单一的意见。

2. 公众意见的正当化能力:公众意见本身具备充当个案裁判正当化理由的能力。也可以这样说,条件2在不同情形下分别表现为2a和2b这两种不同的情形。条件2的出现是因为:第一,通常认为,裁判理由是为裁判结果提供正当化基础的,因此公众意见如果具备取代裁判理由

〔8〕 Steven J. Burton, *Judging in Good Faith*, Cambridge: Cambridge University Press, 1992, p. 62.

〔9〕 黄舒苑:《社会科学研究的民主意涵:美国法律唯实论的民主观及其启示》,《政治与社会哲学评论》第25期(2008年5月)。

〔10〕 Karl N. Llewellyn, *American Common Law Tradition, and American Democracy*, in his *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice*, Chicago: The University of Chicago Press, 1962, pp. 282-315.

〔11〕 2a中公众意见是可以取代裁判理由的,但是并没有取代的必要性。

的能力，那么它也一定应当具备正当化的能力；否则，即使此时放弃裁判理由，假使公众意见仍然不具备为特定裁判结果提供辩护的能力，它还是无从发挥影响个案裁判的效果。第二，也只有公众意见具备正当化的能力，民主性的要求才能借助这个中间环节，在个案裁判中得以显现。显而易见，裁判可接受性概念成立与否的关键就在于司法的民主化要求与公众意见的正当化能力这两个方面。反过来说，要想批驳这个概念也就需要双重的作业：一方面，需要得出“公众意见无法成为裁判的正当化理由”这个结论的出现；另一方面，还需要仔细处理“在这种情况下，司法裁判如何显现民主化要求”这个政治意味很浓的问题。下面，我们就先来处理公众意见是否具有正当化能力这个问题。

## 二、说明性理由与正当化理由

无论是想证明还是反对“公众意见是司法裁判的正当化理由”，都需要同时解决两个问题：第一，讨论公众意见是否具备成为理由的能力；第二，在对于上个问题得出肯定性答案之后，讨论公众意见所属的理由类型是否是正当化理由。由于第一个问题牵涉到伦理学和实践哲学的根本问题，受制于文章的篇幅，本文的讨论暂且只涉及第二个问题：假设公众意见能够充当理由，那么它是否就属于正当化理由？<sup>〔12〕</sup>

对于理由的理解通常是与行动联系在一起，如果公众意见能够在司法裁判过程中充任理由，那么它一定是以作为裁判者裁判行动之基础的方式出现的。行动之所以需要理由或者理由对于行动的意义，至少展现在两个方面：<sup>〔13〕</sup>第一，理由使得行动变得可以理解，或者说，当我们理解了某人的行动理由之后，那么那个行动也就变得可以理解。反过来讲，我们之所以不理解该人的行动，恐怕主要是因为不理解或者误解了与行动相关的那个理由。不同文化之间交流的例子最能说明这一点。就像异性之间的拥抱这种亲密的举动，在中国基本上只能发生在爱人之间，而在欧美文化中却还是某种表达尊重的礼仪形式。因此在不同的理由体系中，异性之间的这种举动就会被做迥然相异的理解。第二，理由使得行动可以被辩护，或者说，当某一行动受到批评的时候，理由的出示将会使得那个行动得到肯定。反过来讲，如果一个行动是无法被辩护的，一定是因为那个行动缺乏能为之辩护的理由，或者行为人没有发现这样的理由。就像“说谎”的举动，往往只有“这是医生为了使得病人更好的治疗”之类的理由才能为之辩护。

回到司法裁判的领域，上述两种理由就分别形成了法律推理当中的一对概念：说明性理由(explanatory reasons)与正当化理由(justifying reasons)。起初，这对概念的出现主要是为了回应法律现实主义对于裁判确定性的批判。概括而言，无论是卢埃林的规则怀疑论还是弗兰克的事实怀疑论，都试图说明司法裁判的过程实际上是一个受制于法律之外因素的过程，不管这些因素是法律的解释规则这些“行动中的法”(卢埃林)，还是具备裁判者个人属性的那些要素(弗兰克)。对于此类要素的关注，必然会导致“法律就是对法官将要做出的裁判的预测”之类的学说，并且处于那些要素之外的法律由此就丧失了决定裁判的能力，法律的不确定性已经是一个无法避

〔12〕 当然，如果能够证明公众意见就连成为理由的资格这一点都存在问题，那么这个批评更加具备釜底抽薪的效果。然而，这种论证方式依然可能并非最佳的解决方案，因为“什么东西能够具备充当理由的资格”这个问题存在巨大的争议，以至于没有一个理论能够合理的说服对立的主张。所以这种做法很容易将论证效果放置在不稳定的前提之上，这反而在很大程度上贬损了应有的说服力。

〔13〕 对于理由问题更为一般性的讨论，参见陈景辉：《规则、道德衡量与法律推理》，《中国法学》2008年第5期。

免的理论结果。<sup>[14]</sup>为了回应法律现实主义的这种批评,学者们就在区分说明性理由与正当化理由的基础上,来论证法律属于正当化理由,而法律现实主义所主张的那些要素属于说明性理由,由于两种理由之间存在明显的界限,因此作为说明性理由的那些要素无法取代作为正当化理由的法律,所以法律的作用就无法由那些要素所显现,法律的确性也就由此得到拯救。<sup>[15]</sup>姑且不论法律现实主义和它的反对者到底谁会在这场辩论中获胜,我们都起码看到说明性理由与正当化理由是两种不同类型的理由。

为了更加详尽的了解这两个理由的区别,先来看一个例子。张三向李四要钱的行动可能选择以下两个理由中的某一个作为基础:理由1,张三救了李四的儿子;理由2,李四欠张三的钱。其中,理由1明显是说明性理由,它的存在使得张三要钱的行动可以被旁人理解,并且解释了做出该行动的原因。所以,通常才会认为说明性理由表达了做出特定行动的因果条件(causal conditions):张三之所以向李四要钱,是他救了李四的儿子。然而,这也展现了借助说明性理由虽然可以解释某一行动得以发生的原因,但是它不能同时使得那个行动变得可以被辩护。或者说,张三虽然基于这个理由能够提出“要钱”的请求,但是在反对意见面前,这个要求仍然缺乏成立的基础。所以,即使张三在这种情形下举出这个理由,依然无助于批评意见的消除。与理由1不同,理由2是正当化理由,它的存在使得反对意见无法展现说服力,因为即使李四自己或者旁人会举出“李四经济上很困难,上有老母,下有婴孩”之类的理由,但是这些理由在“欠债还钱”这个正当性理由面前都无法证明自身具有当然的说服力。虽然这可能会产生使李四还钱的行为延后发生的效果,但是它仍然不足以产生阻止该行动发生的效果。同时,这个理由还会使得李四具备了“应当”偿还张三债务的效果,所以通常才会认为正当化理由展现了做出特定行动的规范性条件(normative conditions)。<sup>[16]</sup>从某种意义上讲,说明性理由(把“救人”视为“要钱”的理由)的提出是因人而异的:王五在同样情形中并不必然也将它视为要钱这个行动的理由,这往往依赖于个人在利益上的判断;赵六此时可能由于觉得荣誉更为重要(更符合他的利益追求),因而提出“由李四向自己所在的单位敬献锦旗一面”这个有别于要钱的行动。而正当化理由却是适用于所有人的,而无关行为人的利益判断;或者说,任何行为人在这种理由约束时,通常都会搁置自身的利益判断,而是依据那个理由行事,因此最终会形成规范性的行动。这表明,正当化理由会引导出所谓的规范性行动:这个行动由某一标准(理由)引导而来,与行为人自身的欲望和倾向无关。<sup>[17]</sup>所以,张三会基于“欠债还钱”的理由向李四要钱,在同样的情形中,王五、赵六也会做出同样的行动。

问题是,什么样的理由能够成为正当性理由呢?伦理学的常识表明:通常只有具备道德上“好”这个性质的理由才具备这个资格。所以,如果用问题的方式加以总结,那么说明性理由所要回答的问题是“为何有那个行动”,而正当化理由所要回答就变成了“那个行动是否是值得(应当)做的”或者“那个行动好不好”这样的问题。相应的,伦理学或者道德理论又将上述两个理由分别称为“动机性理由”(motivating reasons)与“规范性理由”(normative reasons);<sup>[18]</sup>说明性理由揭示了行为人从事那个行动的动机,正当化理由则使得那个行动具有“好”这个规范性

[14] Brian Leiter, *American Legal Realism*, in Martin P. Golding & William A. Edmundson (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford: Blackwell Publishing, 2004, pp. 50-56.

[15] Richard A. Wasserstrom, *The Judicial Decision: Toward a Theory of Legal Justification*, Stanford: Stanford University Press, 1961, pp. 22-30.

[16] 有关两种理由分别引发因果条件与规范性条件的详细论述,参见 Martin P. Golding, *Legal Reasoning*, New York: Alfred A. Knopf, Inc., 1984, pp. 3-6.

[17] 徐向东:《道德哲学与实践理性》,商务印书馆2006年版,第53页。

[18] Jonathan Dancy, *Practical Reality*, Oxford: Oxford University Press, 2000, pp. 1-2.

的属性。也可以这样说，说明性理由指明了“实际发生的那个行动”得以被促发的原因（那个行动是如何被做出的），而无关那个行动的好与坏。然而，正当化理由不但事先就表明了那个行动是否是应当做的，而且事后还会使得那个行动变成可以被辩护的“好行动”。所以，我们才认为，说明性理由使得行为人成为有理智的人，那个行动由此也就变成了理智的行动，这与那些根本没有以理由为基础的非理智行动（疯子的行动或者情感支配的行动）形成鲜明对比。但是，我们不能由此认为这个行动就一定是理性的行动，如果我们把那些建立在正当化理由之上的行动称为理性行动的话。理智与理性的区别，就在于那个行动是仅仅有理由还是它拥有好的理由。然而，这也在同时提醒我们注意：正当化理由一定同样是说明性理由，因为一个理性的行动本来就属于理智的行动；或者说，一个有好的理由的行动必定是有理由的行动。但是反向的表述并不自然成立，说明性理由不能自然过渡成正当化理由，那个理由还需要经受道德标准的检验，只有它通过了这个检验，说明性理由才能转化为正当化理由。所以行动的最佳状态就是：有一些好的理由（正当化理由）支持我们采取某个行动，并且这个行动之所以被引发，就是基于这些好的理由当中的某一个，<sup>[19]</sup>而不是基于这些好的理由之外的那些理由（说明性理由）。

正是因为正当化理由同时也是说明性理由，而说明性理由并不必然是正当化理由，所以一个建立在说明性理由基础之上的行动，要想被证明同样是建立在正当化理由之上的、可以被辩护的行动，一定就需要一个二次检验的过程。这样的看法，就同法律推理理论中有关“发现过程”（process of discovery）与“正当化过程”（process of justification）的区别联系起来。<sup>[20]</sup>在法律推理中，这两个过程都围绕着“做出决定”这个目标展开的。其中，结论得出的过程被叫做发现的过程，而该结论被正当化或者得到有效辩护的过程就叫做正当化过程。然而，一旦将说明性理由与正当化理由带入裁判过程，就会发现基于说明性理由做出决定的过程是纯粹的发现过程，因为那个理由并不能够使得该决定被顺利或者当然地证明为正当的，所以它一定还需要正当化过程为这个决定做有效的辩护。如果基于正当化理由做出决定，那么就在同一个过程中既得出了决定、又为这个决定提供了有效的辩护。虽然在后一种情形中，发现的过程与正当化过程实际上被合并为一个单一的过程，但是在理论上这两个过程的区分仍然非常明显。这个区分说明了一个基本的原理：基于说明性理由的发现过程并没有展现法律推理的全貌，此后依据正当化过程对其进行二次检验必不可少。值得强调的是，只存在正当化过程对于发现过程的二次检验，而不存在相反的可能性。

发现的过程比较好理解，任何找到理由的过程都必然是发现的过程。与之相比，正当化过程就显得相对抽象。一般来说，所谓正当化过程，是指那些“指向与我们意见相左的人的说服过程，或者是当我们犹豫不决时用来说服自己的论证过程。它假定了人们之间或者某人自身存在意见上的冲突，试图去说服他人或者我们自己关于要求和判断得以建立其上的那些原则的合理性。由于它是被用来借助理由实现观念上的一致，所以正当化过程必然启动自能被讨论中的各方所共同接受的意见”。<sup>[21]</sup>所以正当化过程，实际上就是从各方所能接受的意见这个前提出发，围绕意见分歧所做的说服过程。这说明正当化过程包含两个要素：第一，正当化过程始自意见的分歧或者理由的对立。理论上讲，意见分歧可能有两种类型：说明性理由与正当化理由的分歧以及正当化理由之间的分歧。其中，在前一种情形中，正当化理由由于拥有正当化的能力，它能够单独充任这个过程的前提；而在后一种情形中，则需要在争议发生的具体情境中考虑单个正当化理由的强度，然后选择最为适当的正当化理由作为前提。第二，由于正当化过程的必要性来自讨论参与

[19] 同上书，第3页。

[20] 前引[15]，Richard A. Wasserstrom书，第27页。

[21] John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass.: The Belknap Press, 1971, pp. 580-581.

各方存在意见上的分歧,所谓“共同接受的意见”一定是“各方应当共同接受的意见”,而非“各方实际共同接受的意见”,否则意见分歧将不复存在。<sup>[22]</sup>换言之,正当化过程一定是在各方存在意见分歧时,从各方均应当认同的前提出发,进而寻获支持分歧当中的某一意见的过程。这也就说明了,为什么在伦理学中会将具备道德优点(“好的”)的理由作为正当化理由放入那个过程当中,因为它所具备的道德优点使得被它涵盖的行为人由此具备了“应当”照此行事的性质。然而,在法律理论中,并不是只有具备道德优点的伦理学上的理由才能充当那个前提,因为“某一理由应当为争议各方所接受”并不仅仅只是由于它有这样的属性,有些理由可能不具备道德上的优点,但是依然还是各方应当接受的前提。

正当化理由与说明性理由的区别,实际上是想警告那些支持“只要在理由的基础上所从事的行动就一定具备正当性”这个错误看法的人注意:要想使得特定行动变成可辩护的正当举动,就必须将其立基于正当化理由的基础上,这样才能实现正当化这个说服过程;在说明性理由之上,固然同样能够促发一个相应的行动,但是这是一个尚未完结的过程,因为并未由此顺利带来该行动获得辩护的效果。让我们带着这样的警告回到文章的主题。裁判可接受性概念的核心是公众意见对于裁判理由的取代,并且这一定是以公众意见具备正当化能力为条件。或者说,公众意见一定能够充当司法裁判的正当化理由。只有这样,才能保证基于公众意见的裁判结果不但是发现过程的结果,同时也是正当化过程的结果。问题由此变得进一步清晰起来:裁判可接受性概念的成立必定是以公众意见是正当化理由为条件的,情形果真如此吗?

### 三、公众意见是正当化理由吗

在直面这个问题之前,让我们先来做一个肯定性的判断:如果公众意见具备成为理由的资格,那么它一定是说明性理由。已有论述表明:行动的理由存在说明性理由与正当化理由两个基本类别,并且所有的正当化理由同时又是说明性理由,这意味着所有的行动理由一定都是说明性理由,所以作为行动理由的公众意见当然也具备充当说明性理由的能力。或者可以这样说,在真实的世界中,裁判者无论是以公然的方式(例如“民愤极大”)还是借助诸如“公序良俗”之类的专业术语以暗中的方式,依据公众意见做出特定的裁判结果,公众意见的存在都会使得那个裁判结果变得可以理解。从这个意义上讲,公众意见对于裁判结果得以做出的动机或原因给出了说明,因此它符合说明性理由的标准。

然而,光有这个结论是不够的,因为即使公众意见能够充当裁判的说明性理由,但是这并不必然意味着它具有充当正当化理由的资格。那么,到底什么样的行动理由能够成为正当化理由呢?这个问题的答案隐含在有关正当化过程的分析之中。前面的分析表明,正当化过程始自各方应当接受的意见,这种意见通常是由伦理学意义上的“好的”意见来充当的。所以,一个行动理由之所以是正当化理由,部分原因来自于其所拥有的道德优点。不过,这并未穷尽所有正当化理由的类型,因为将化解意见分歧的起始点立基于各方应当认同的道德理由固然可以克服这些争议,但是这显然并非实现正当化过程的唯一方式,毕竟道德理由本身同样存在着争议或者分歧的空间。具体而言,道德争议大体上在两种情形中发生:第一,道德标准本身就是有争议的,例如有关“安乐死是否是道德上恰当的行动”就属于这种类型;第二,道德标准本身不存在争议,但是其具体适用过程当中却会引发分歧性的看法,例如“应当见义勇为”是个无争议的道德标准,

[22] 此外,说明性理由引发了行动的规范性条件这一点,同样说明了在正当化的过程中,作为正当化理由的“共同接受的意见”一定是以规范性的形态存在着,这就是“应当为各方所共同接受”的意见。

但是“不会游泳的人是否应当因此跳到河中拯救溺水的儿童”就变得极富争议。正因为如此，单单将具备道德优点的理由视为正当化理由纳入正当化过程，并不能够完全满足那个过程的要求；在道德标准存在这些争议性的时候，反而会进一步加剧意见的分歧。所以，正当化过程必然还存在第二种可能性：在道德标准出现争议时，借助那些克服这种争议的非道德性标准实现正当化。

这就不难理解：为何无论人们在法概念的问题上持什么样的立场，他们都不会否认“法律标准是裁判正当化理由”这个结论。这是因为：如果他是自然法论者，那么一个标准之所以能够成为法律标准，是因为它本身所具备的道德优点，这就满足了第一个类型正当化理由的要求；如果他是法律实证主义的支持者，那么法律标准作为一种事实性的标准，就能够克服道德准则本身的争议性，<sup>[23]</sup>或者克服这种准则在具体适用当中的争议性，<sup>[24]</sup>这就满足了第二个类型正当化理由的要求。当然，法律实证主义近来的发展也表明，法律标准这种克服道德争议的举措，同样也会具备某些道德上的优点，但是它并非仅仅因为这一点而成为法律上的标准。<sup>[25]</sup>所以，在自然法论与法律实证主义这个二选一的法概念问题域中，无论存在何种理论倾向，法律标准的正当化能力都是不言而喻的。由此可见，行动理由的正当化或者来自于其本身所具备的道德优点，或者来自于其克服了道德分歧所引发的“应当被各方接受”的状态。同时，在不同的法概念论的支持下，法律标准都会因为满足了这些条件，所以具备成为正当化理由的能力。

然而，公众意见却并不必然符合上述任何情形的要求，所以它并不具备正当化的能力。就公众意见是否当然具备道德优点而言，它显然并不必然具备这种道德属性，或者说，公众意见并不必然是“好”意见。这一点很好理解，因为“公众认同”并不必然能够推导出“它是好的”这个结论。无数的例子可以佐证：19世纪的民众普遍认为“选举权只能分配给男性公民”，但是选举权上的性别平等最终被证明是道德上正当的；20世纪六、七十年代的中国民众普遍认为市场交易是应受谴责的错误行动，但是改革开放的政策使得这种行动被证明是道德上正确的；即使现在的中国人普遍认为不存在“动物权利”这个概念，但是未来依然可能会证明“应当尊重动物权利”这个道德主张是适当的。所有这些例子以及类似情形均说明，在“公众接受”与“好”之间存在显而易见的距离。这个结论并不妨碍如下情形的出现：特定公众意见的确是“好”意见，因而具备正当化的能力。但是这并非由于“公众认同”这一点使得它具备如此的道德性质，而是因为这个意见本身就是一个“好”意见；或者说，公众意见与“好”意见之间的一致关系只能是偶然的，并非必然的。正是因为这两者之间所存在的明显鸿沟，所以公众意见就无法发挥像道德理由那样的正当化能力。

就克服道德争议这一点而言，公众意见同样不具备这样的能力，因为它本身就是不稳定的，所以无法担任稳固的讨论基础。正当化的过程之所以必须从“各方应当接受的意见”这个前提出发，是因为争议当中的各方所持的意见相互冲突，如果纠缠于其中，争议恐怕无法获得有效的解决，所以必须先为争议寻找到稳定的论证基础，并借此展现恰当意见的说服或者正当化效果。<sup>[26]</sup>然而，如果试图借助公众意见消除这种争议，由于公众意见本身缺乏稳定性，这种做法不但于事无补，反而可能由于它本身的争议性，进一步加大原有道德争议的广度与深度。<sup>[27]</sup>公

[23] H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, revisit edition, Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 92.

[24] Larry Alexander & Emily Sherwin, *The Rule of Rules: Morality, Rules, and the Dilemmas of Law*, Durham and London: Duke University Press, 2001, pp. 11—15.

[25] Jules L. Coleman, *Beyond the Separability Thesis: Moral Semantics and the Methodology of Jurisprudence*, 27 Oxford J. L. Stud. 581—608 (2007); Andrei Marmor, *The Rule of Law and its Limits*, 23 L. & Phil. 1—43 (2004).

[26] 相比普通的正当化过程，法律推理当中更加需要稳定的前提，这是因为它需要满足对裁判可预测性的基本要求。有关裁判可预测性含义的讨论参见，Frederick Schauer, *Formalism*, 97 Yale L. J. 539—540 (1988).

[27] 前引 [8]，Steven J. Burton 书，第 62 页以下。

众意见的不稳定性主要来自于三个方面：第一，公众意见形成过程上的不稳定性。公众意见并非如同裁判理由一样在裁判发生之前就已经明确的存在着，它通常只能在裁判发生的过程当中逐渐形成或者在裁判结果出现之后得以凝聚，并且“就特定案件到底会形成什么样的公众意见”这个问题，在具体公众意见形成之前，一般也无法获得准确的判断。从理论上讲，就个案裁判而言，受制于个案的不同特点和当事人的特殊处境，甚至有可能形成任何内容的公众意见。更有甚者，在极端情形之下，这种意见并非围绕着那些与道德争议相关的问题而展开，反而可能针对原本并未引发争议的问题制造新的分歧点。第二，公众意见的动态性。即使形成了所谓的公众意见，但是这并不表明这个意见的存在已经阻断了后续新的公众意见形成的可能性；换言之，可能在形成了一个公众意见之后，基于某些原因——例如案件中某些原本被公众忽视的情况引发新的关注，出现了一个推翻原有看法的新的公众意见。更为重要的是，这些新的公众意见的出现可能是层出不穷的，以至于没有任何的意见能够长久维持被公众认同的地位。当然，强行确定符合某个特定条件的公众意见（例如第一个形成的公众意见）是不能被推翻的，可能是比较有效的做法。但是这个做法却明显与公众意见这个概念本身存在矛盾，因为它的核心就是“公众接受”这个要素，新增任何条件都会与这个要素矛盾。所以，公众意见的动态性使得新意见的提出可能是无休止的，这显然无法解决争议问题，反而是扩大既有争议的重要因素。第三，公众意见内容上的模糊性。这主要表现为两种情形。其一，针对个案裁判的公众意见可能包含两个或者多个对立意见，并且可能有大致相等的人数支持其中的单个意见，在这种情形下，就无法确定到底应当依据哪个意见来行事。其二，即使形成了相对一致的公众意见（例如多数公众反对既有的裁判结果），但是这种一致性的公众意见仍然可能是多个相互冲突的意见仅仅在观点上达成的共识，而并不必然显现为在所有方面的一致性。例如，有的公众认为当事人的行为虽然违法，但是裁判结果本身并不恰当，所以对此持有反对意见；而有的公众则是认为当事人的行为合法，这导致已有裁判结果不恰当，所以反对这个裁判结果。基于上述原因，公众意见的稳定性基本上就是一个幻象，照此行事往往会使得裁判者无所适从，所以它无法发挥像法律理由那样的正当化能力。

当然或有论者提出如下反对意见：即使公众意见存在三个方面的不稳定性，依然可能出现克服这些不稳定因素的公众意见——这种意见是事先就明确的存在着，在可预知的未来并不出现改变的可能性，并且受到全部或者绝大多数民众的认同。虽然这种意见可能不具备道德上的优点，但是就补充争议的稳定性前提而言已经足够，所以这种意见就能够充当正当化过程的前提或者成为正当化理由。这个批评意见具备非常高的论证强度，因为虽然这种情形并不多见，但是它依然具有存在的可能性。不过，这仍然是一个貌似有力的批评。问题就出在这种公众意见基本上不可能同时兼具以上三个性质，主要是因为“事先就明确的存在”与“（事后）被全部或者绝大多数民众的认同”这两个性质矛盾。通常而言，公众意见的存在是先有一个意见，然后公众对此表示认同，最后这个意见转变为公众意见。所以，公众认同一定是公众意见产生的前提，而不是先有公众意见，然后再由公众认同来加以背书。所以这两个条件与公众意见的形成过程呈现非常明显的矛盾态势。此外，这两个条件要想同时获得，就必须附加一个新的条件：事先存在的意见“应当”为民众所认同。这显然又是一个规范性命题，它的成立必须以“理性的”民众为前提，而不是以现实世界中的民众为基础。也就是说，事先存在的意见之所以是公众意见，是因为理性的民众应当对此表示认同。然而，在裁判可接受性概念当中，公众认同一定显现为人们的实际认同，因为只有这样，才能使得反映民意的民主化渠道畅通；否则，事先存在的意见由于具备应当被认同的特点，任何对此表示异议的现实性做法都由此变得不正确，而反应这种不正确意见的渠道无论如何也不能称之为民主化的途径。

更为重要的是，反映民意的公众意见要想顺利转化为正当化理由，还存在一个非常困难的问

题需要解决：事实与应当的两分。显而易见，公众意见一定展现为公众对于个案裁判看法的集合，而这一定是一个经验性的内容；或者说，要想知道对于特定案件存在什么样的公众意见，只需要通过相关的方式（舆论调查等）就可以得出相应的判断，虽然这个结果可能是模糊的。这表明，公众意见是一个可以被经验的对象，这是一个事实问题。然而，前面的论述已经说明，正当化理由形成的是规范性关系，这种关系的核心就是“应当”，所以才能够产生约束所有行为人的效果。即使没有办法体会正当化理由对于公众的经验约束，或者公众实际上在普遍做出与正当化理由之要求相反的行动，我们依然不能说不存在由正当化理由而来的经验性关系，因为这种关系并不以“实际存在”为有效的条件。比较简单的说法是：公众意见表达的是公众实际上是如何认为的，正当化理由表达的是他们应当如何认为的，公众事实上这样认为显然不能等同于他们应当这样认为。两者得以区隔的障碍，就是休谟问题的提出：事实与价值或者是与应当之间两分，并且相互之间不能有效的推导。<sup>[28]</sup> 正是因为这个两分关系的存在，使得公众意见无法跨越鸿沟，顺利地转化为应当依据公众意见行事这个规范性的理由。

总之，从道德属性上讲，公众意见无法保障其必然具有道德优点；从功能的角度讲，公众意见存在无法克服的稳定性，因此难以充当稳定讨论的论证基础这个正当化过程的前提；此外，由于休谟问题的存在，公众意见转化为正当化理由的规范性无法获得。基于以上这些原因，公众意见只能在司法裁判中充当说明性理由，但是不能被看作正当化理由，所以它不具备取代法律标准的能力，因此裁判可接受性概念很难成立。

#### 四、公众意见与间接民主化

之所以说“裁判可接受性概念很难成立”，而不是下一个明确的否定断言，是因为以上的反对意见还存在一个漏洞：如果有一个独立的理由使得“公众对于个案的实际看法”能够顺利地转化为“个案裁判应当按照公众意见行事”的话，那么公众意见就可以成功地转化为正当化理由。一旦存在这样的理由，裁判可接受性概念仍然能够成立。这个理由就是“民主”这个最具政治正当化的观念。不难理解，为什么无论直接还是间接支持裁判可接受性概念的学者，一定会在某种程度上引入有关“司法民主化”的讨论，<sup>[29]</sup> 因为即使反对者能够证明这个概念本身存在什么缺陷，但是只要祭出司法民主化这面招魂幡，反对者立即就会魂飞魄散、溃不成军。毕竟不是任何人都勇气背上一个“反民主”的骂名，如此一来，那个概念的缺陷也就可以得到有效的补救。

既有研究表明，展现为“公众意见影响个案裁判”的司法民主化主张，有别于以多数决或代议制为代表的政治民主化；并且就法律传统而言，这更是一个主要立足于美国普通法经验的主张，而在欧陆的法律传统中很难找到相关的对应物。<sup>[30]</sup> 其主要的原因恐怕是，美国的普通法传统是由司法经验的累积而成，缺乏立法这个民主化过程对其进行的认可，所以对于公众意见的吸纳可能是补足民主化要求的主要方式。为此，就要求裁判者在个案裁判时不能一心沉迷于法律推理的形式面向，从而丢失了民主这个正当化的基础。所以，历史上的霍姆斯才会断言：“法律的生命一直不是逻辑，始终在于经验”，<sup>[31]</sup> 当代的波斯纳也会去考虑“当并非只是适用规则时，法官还做了什么”。<sup>[32]</sup> 然而，这个背景也就使得此种类型的司法民主化主张的解释力度受到了很大

[28] [英] 休谟：《人性论》下册，关文译译，商务印书馆 1980 年版，第 498 页以下。

[29] 前引 [3]，苏力文。

[30] 前引 [9]，黄舒菀文。

[31] O. W. Holmes, *The Path of the Law*, 10 Harv. L. Rev. 457-478(1897).

[32] [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 13 页。

限制,因为抽离普通法传统的背景,司法民主化的主张就会成为空中楼阁。或者这样说,要想证明这种司法民主化的主张在中国或者美国之外的其他国家依然有效,恐怕首先就需要证明这些国家的法律传统无法展现政治民主化的要求,所以才需要司法民主化的补足。这显然是一个非常难以证明的问题,而且就连这个主张本身是否能够有效成立,仍然是一个并未有最终答案的问题。不用说与之针锋相对的那些法律形式主义者的立场,<sup>[33]</sup>即使立场已经松动的桑斯坦,也试图在坚持“未完全理论化上的一致”(incompletely theorized agreements)这个概念的基础上,<sup>[34]</sup>实现所谓“一次一案”的司法极简主义,而不妄想借助司法来实现对于民主化的要求,以至于最终沉迷于分歧丛生的公众意见,这不但阻碍了既有政治民主化过程(投票、选举等)对于民众意见的汲取,而且还会不适当地放大待决纠纷本来就有的争议,以至于引发社会分裂的恶果。<sup>[35]</sup>

当然,抛开司法民主化的美国普通法传统这个背景不谈,民主化一词本身就具有强大的正当化力度。所以论者还是会提出这个具有强烈政治正确性味道的责问:难道就不需要司法的民主化吗?很显然,任何反对意见都会因为丧失政治正确性而受到质疑。然而,司法民主化并非只有“公众意见取代法律标准”这个单一的渠道。由于这种民主化的做法实质上就是肯定公众意见能够直接适用于个案裁判,所以如果能够将其称为直接的司法民主化的话,那么一定还存在着另一种类型的司法民主化:间接的司法民主化。因此,反对主张“公众意见取代法律标准”这个直接司法民主化,并不意味着一定会走向反对司法民主化的极端立场。所谓的间接民主化,就是肯定法律标准的出现本身就是政治民主化的结果,对于这些标准的恰当适用本身就显现了民主化的要求,虽然它是以间接的方式实现的。创设法律标准的立法过程具有双重的功能:一方面,它全面显现了“多数决”这个民主原则的基本要求,因而使得被创设出来的标准本身就具备了民主化的意义;另一方面,它还会凝聚原本就杂乱无章、变幻无常的公众意见,最终形成稳固而明确的意见,如此一来它才有资格充任裁判正当化过程的前提。<sup>[36]</sup>如果只追求直接的司法民主化,不但会将原本已经稳固的公众意见重新毁损为零散意见的集合体,同时还会冲击原本的多数决原则以及相关的民主过程。较轻的恶果是导致裁判的正当化过程难以完成,较重的恶果可能是为多数人的暴政提供了潜在的机会。或许,特定与法律标准对立的公众意见的确是适当的,直接在个案中加以体现也会带来许多实质面上的好处,但却并不足以同时抵消以上那些可能的危害。这显然是一个得不偿失的举动。何况,与法律标准对立的公众意见并不是没有表达的途径,在遵循政治民主化的原则和程序要求的前提下,它仍然具有被立法表达的机会。所以间接的司法民主化,就是要求恰当的公众意见不能直接在司法裁判中被援引,而是只能以影响立法的方式,通过对于单个法律标准的修补,保持对法律体系的持续性压力。这依然是一个民主化的过程,因为单个法律标准始自民主化过程,后来对此持批评态度的公众意见依然以民主化的方式发挥自己的影响,原有法律标准的效力由此也就同样以民主化的方式被终结。只不过,这个民主化过程是通过法律标准这个中介以间接的方式实现的。

同时,间接的司法民主化还会与裁判者司法义务(judicial duty)的要求保持一致。所谓司法义务,就是有关裁判者应当如何裁判的基本要求,其核心目标就在于通过法律的统一适用,以

[33] Ernest J. Weinrib, *The Jurisprudence of Legal Formalism*, 16 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 583-595 (1993); Larry Alexander, "With Me, It's All or Nuthin": *Formalism in Law and Morality*, 66 U. Chi. L. Rev. 530-565 (1999).

[34] Cass R. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, New York: Oxford University Press, 1996, pp. 35-44.

[35] [美] 凯斯·桑斯坦:《司法极简主义:一次一案的精神与民主政治》,商千仪、高忠义译,城邦文化事业股份有限公司2001年版。

[36] Daniel A. Farber, *The Inevitability of Practical Reason: Statutes, Formalism, and the Rule of Law*, 45 Vand. L. Rev. 549-554 (1992).

便在实践中保持法律体系具备足够的一致性。实际上，司法义务就是说裁判者必须受到法律的约束，并且只能受到法律的约束。因此，如果裁判者只适用他们同意的那些部分的话，就无法顺利完成这个法律义务。裁判者可能因为道德认同的问题或者公众意见的形成，而对于法律体系的某个部分缺乏同意，如果他们就此抛弃这些部分，径直依据自身的道德判断或者公众意见做出裁判，那么法治的道德价值（可预测性、公平、权力分立、同等情况同样对待等等）就会由此丧失。所以要想完成司法义务，裁判者不能因为部分或者单个法律标准偶然的非正义或者民众的反对，就拒绝将其在个案中加以落实。这就要求我们必须将两种考虑做切割式的处理：法律标准自身的具体要求与有关法律标准的道德批评或公众异议。<sup>[37]</sup> 间接的司法民主化肯定了这种分离式的处理方法：它一方面肯定了法律标准的产生是一个民主化的过程，因此对于这个标准的使用本身就具备民主化的意义；另一方面，它又阻止了公众意见对于这个标准在个案落实过程的冲击，使得裁判者获取受法律约束的效果。必须看到，司法义务这个概念，其实质就是试图通过压缩裁判者恣意选择的空间，以便顺利地获取法治的价值。这也从另一个侧面表明，直接的司法民主化（公众意见对于法律标准的取代）实际上已经给裁判者的恣意判断留下了巨大的空间，他们不但可以在这个概念的帮助下以自己的判断取代法律上的判断，而且还能够借此做事后的正当化说明，这显然是非常危险的后果。正是在这个意义上，间接的司法民主化借助司法义务的概念消除了以上的可能，裁判者再也没有机会将自身的判断打扮成公众意见或者只摘取那些与自身判断一致的公众意见，来掩盖对待决案件的个人判断。

论述至此，我们可以看到，由于：（1）直接的司法民主化是特定国别经验的产物，（2）间接民主化概念同样能够完成司法民主化的要求并且缺点更少，（3）间接民主化与司法义务保持一致，所以要求“公众意见取代裁判理由”的直接司法民主化概念并不适当，裁判可接受性概念就已经在整体上变得不再有说服力。随之而来的结果就是，如果针对个案裁判的确形成了公众意见，那么它应当指向在个案裁判中被落实的那个法律标准，而不是径直地取代那个标准，自己充当裁判的基础；或者说，公众意见应当指向法律体系，而不应当指向个案。然而，正是在这一点上容易产生歧义，因为或有论者认为，这表明本文不支持公众意见实际在个案裁判中以某种方式被落实。这显然是个误解，因为“不应当指向个案”不等于说不能在个案中发挥相应的影响力，这个表述只是提醒公众意见不能发挥如同法律标准这个裁判正当化理由那样的影响力，所以它依然可能以某种方式影响裁判结果。

总体上说，公众意见对于裁判结果的影响是以被动的方式发生的。要想理解这一点，必须引入一对新的概念：操作性理由（operative reasons）与辅助性理由（auxiliary reasons）。<sup>[38]</sup> 所谓操作性理由，是指那些包含规范性姿态的理由，或者说，包含“应当/不应当”观念的理由；所谓辅助性理由，是指那些不包含规范性姿态的理由。例如，“我应当帮助他人”就是一个操作性理由，因为其中包含了“应当”这个规范性姿态。但是光有这个理由并不能够在具体的情形中决定到底何种做法才是适当的，因此“根据我的经济状况只能借给他 200 块钱”就成为确定具体做法的辅助性理由。<sup>[39]</sup> 即使将这对概念更为具体的细节讨论放在一旁，我们依然可以看到辅助性理由实际上是系于操作性理由之上，而不能单独地发挥对于行动的影响。如果将这对概念引入司

[37] 前引 [8]，Steven J. Burton 书，第 35 页。

[38] 有关操作性理由与辅助性理由的讨论参见 Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, Princeton: Princeton University Press, 2d ed., 1990, pp. 33-35.

[39] 除此功能之外，辅助性理由还有另外的功能：它在多个操作性理由并存时扮演了“影响理由强度”的角色。不过，这个部分与本文的论题相距较远。

法裁判过程，我们就得出了这样一对概念：充当裁判依据的理由与结果导向的理由。<sup>〔40〕</sup>前者就是司法裁判中的操作性理由，它为裁判指引了方向，并为此提供了正当性基础；后者就是司法裁判中的辅助性理由，它导致具体裁判结果的得出。把这些分析带回到本文中，就可以发现：公众意见在个案裁判中可以充当辅助性理由或者（裁判）结果导向的理由。公众意见在个案裁判中扮演的这种被动角色，至少说明了三个问题：第一，公众意见的影响力只在法律标准之内发生，而不能无限制地漫延出来，以至于出现取代法律标准的情形；换言之，公众意见的运用必须受到法律标准的约束，所以它不具备摆脱法律标准、独立运用的可能。第二，公众意见并非是司法裁判中唯一类型的辅助性理由，像裁判者道德上的考量、法律传统所积累的惯常做法等等同样也会充当这样的角色，对比于这些类型的辅助性理由，公众意见并无先天的优越地位，所以当所有这些类型的理由并存时，公众意见并不具备必然适用的结果。第三，到底公众意见能否在个案裁判中发挥影响裁判结果的问题，是裁判者在遵守法律标准的前提下，结合个案的具体情形综合权衡所有辅助性理由之后做出的决定，所以公众意见一定处于被动地等待裁判者的发现和运用的情形中。总之，公众意见不能主动决定个案裁判，而是被动地等待裁判者的注视。所以，裁判者运用了公众意见的举动并不值得额外的赞赏，即使他没有这样做，同样也不应当受到额外的批评。

## 五、结 论

在一个日益多元的社会中，意见的分歧是个常态，但是这不妨碍偶尔甚至经常会出现意见上的一致，这种共识的达成通常都是件好事，毕竟意见分歧隐含了社会分裂的可能性。民主制度的功能，就在于当自然形成共识的时候，对此加以表达；当无法自然形成共识的时候，制造一个人造的共识。裁判可接受性这个概念的提出，实际上就是将这种民主化的看法带入法律推理过程得出的必然结果，其核心就在于认可了社会自动形成的共识，并将其视作取代法律标准担任正当化过程的前提。然而，这个看起来很美的概念并不是适当的选择。从整体上来说，裁判可接受性概念仅仅体现了民主化观念的前半部分，而将后一部分弃之不顾。于是就使得这个概念存在以下的具体缺陷：首先，公众意见无法顺利地获取正当性理由的地位，即使它偶然能够成为正当性理由，也是因为那个理由本身就具备这种属性，而不是因为它获得了公众的认同这一点。其次，法律标准本身实际上就是在意见分歧中制造共识这个民主化过程的产物，因此随意地将它放在一边而寄希望于社会共识（公众意见）的自动形成，不但将原本有效且便利的民主化过程弃之不用，反而去追求那个始终容易受情绪所搅动的目标，这个做法不能不说是相当愚蠢的。再次，当然在社会共识确实已经达成并且还是理智化的产物时，对其采取鸵鸟态度同样愚蠢；然而，启动既有的立法这种政治民主化的方式有针对性地修正法律体系，仍然是一个更加值得采取的方法，因为这本来就是对原有民主化过程的反向肯定，毕竟民主的过程不仅仅是磋商与共识，反思与审查同样是这个过程的重要组成部分，所以对此表示认同的间接司法民主化可能是最为恰当的做法。最后，公众意见并不是无法体现在个案裁判中，因而使得在本应修正的法律标准之下的当事人成为所谓的牺牲品，它同样可以以充当辅助性理由或者结果取向的理由的方式，在法律标准的范围内尽其可能地做出修正，这就要求裁判者在适用法律时需要参酌相应的辅助性理由，尽量避免机械式的运用。虽然对于当事人而言，这种做法一定会比适用依据公众意见修正之后法律标准的做法，距离实质的正义更远，但是就整体而言，这可能是必须负担的代价，毕竟在由普通人组成的社会中，没有十全十美的做法。

〔40〕 前引〔13〕，陈景辉文，第58页。

回到本文的开头部分，争议案件与疑难案件的划分，实际上表明了有些看似法律上的难题，其实并不一定来源于法律上的困难，反而是误用了公众意见的结果。一旦公众意见能够取代法律标准的看法成为普遍的观念，那么法律上的考虑就变得不再重要，案件由此也就越来越向“事件”转化。“事件”这个社会学的术语，实际上表明了它的解决主要取决于社会的动员力，<sup>[41]</sup>裁判可接受性的概念就是针对这种事件化的案件提出来的。然而，如此一来，当事人最为重要的工作不再是如何寻找到法律上更为可靠的依据，而是如何引发社会的关注和同情。而法律上的来回较量对于争议案件而言，就不再具有决定性的意义。为此，具有这种能力的当事人就不再关心法律问题，反而试图通过案件的事件化人为地制造争议案件，并借此实现自己的利益目标。在这种情况下，那些不会事件化（缺乏社会动员力）的案件当事人，即使具备法律根据上的优势，依然会成为诉讼中失败的那一方。然而，这还不是裁判可接受性概念之下的最大牺牲品。更可怕的是，整个法律体系都因此被牺牲掉了。这恐怕是我们更不愿意、更不能、也更不应当付出的代价。

---

**Abstract:** This article focuses on the criticism of the concept of judicial acceptability whose central issue is that judges can use public opinions to displace the legal standards in legal reasoning. This concept has two factors. Firstly, the public opinions, like legal standards, are justifying reasons, so that they could be the ground of judicial decision-making. Secondly, to pursue the value of judicial democracy, public opinions must be reflected in the judicial process. However, through careful re-examination of those factors, both are implausible.

Due to the following two aspects, judicial acceptability is a concept without foundations. On the one hand, public opinions could not be converted to justifying reasons. In legal reasoning, judges must give arguments to support the decisions that they render. Those arguments are reasons for the decisions. Judges could give two kinds of reasons: justifying reasons and explanatory reasons. The former aims to justify the decisions, and the latter aims to explain why those decisions occurred. Therefore, the explanatory reasons have no ability to justify the decisions. Undoubtedly, because the nature of public opinions is not necessary “(moral) good” and they are indeterminate, public opinions are the explanatory reasons of decisions, not justifying ones. So judges could not take those opinions as justification for the decisions in legal reasoning.

On the other hand, democracy is the fundamental political principle in modern society, so the judicial democracy becomes the fundamental principle of legal reasoning. There are two kinds of judicial democracy: directly judicial democracy and indirectly judicial democracy. The supporters of the concept of judicial acceptability think that using public opinions in legal reasoning will match the requirement of judicial democracy. But in fact, judicial acceptability only matches the directly judicial democracy. Moreover, the indirectly judicial democracy could correspond with the core of modern political democracy, Majority Votes, and judicial duty of judges better. Therefore, judicial democracy cannot become the foundation of judicial acceptability either.

**Key Words:** judicial acceptability, public opinion, justifying reason, judicial democracy

---

[41] 参见赵晓力：《关系/事件、行动策略和法律的叙事》，载王铭铭、王斯福主编：《乡土社会的公正、秩序与权威》，中国政法大学出版社1999年版。