

“民意”进入司法判决的基本依据 ——基于法哲学、法理学和司法解释视角

陈文华

(广东培正学院法学系, 广东广州, 510830)

摘要:从哲学视角看,人类认知能力的局限性决定了制定法的滞后性和不完整性。不确定概念和一般性条款正是克服制定法此类病灶的重要途径。立法者通过不确定概念和一般性条款将民意引入司法判决,克服制定法的局限性。从法理学视角看,立法者之所以设定不确定概念和一般性条款,就是要赋予法官自由裁量权,让法官依个案的具体情况引入民意,充实甚至变更制定法的内容。从价值补充的视角看,不确定概念和一般性条款的价值补充也与民意难以割舍。因此,不确定概念和一般性条款是民意进入司法的合法路径。

关键词:民意;不确定概念;一般性条款

中图分类号: D90-052

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2013)05-0112-05

近年来发生的许庭案、药家鑫案及李昌奎案等均引发人们关注和热议同一个问题,即司法判决该不该考虑或接受与案件相关的民意?支持者有之,反对者有之,持中庸观点者也有之。然而,民意是什么呢?陈林林教授认为:“公众意见(民意)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。”^[1]笔者认为,民意是指特定社会一定范围内的社会公众对特定社会问题或事件所表示出来的观念。因此,民意具体表现为一定社会范围内的社会共识、主流意识形态、普遍认同的伦理道德规范以及风俗习惯等。

在解决司法判决该不该考虑或接受与案件相关的民意这一问题之前,我们必须解决的是,民意进入司法是否原本就有法律依据?如果答案是肯定的,那么我们争论司法该不该考虑或接受与案件相关的民意,就纯属费时耗力,毫无必要。因此,笔者拟从法哲学基础、法理学基础以及法律解释三个视角,论证不确定概念和一般性条款原本就是民意进入司法判决的基本依据。

此外,本文的关键性概念是不确定概念和一般性条款。所谓不确定概念是指内涵和外延都不确定的法律概念;所谓一般性条款是指在一部制定法中起指导

性作用,其所调整的对象相对一般法律规范而言十分宽泛的法律条款。正如王利明教授说:“不确定概念是作为与确定概念相对应的术语被提出来的,是指在内涵和外延上都具有广泛不确定性的概念,例如公共利益、公序良俗、合理期限等。”“一般条款是指在成文法中居于重要地位的,能够概括法律关系共通性的,具有普遍指导意义的条款。”^[2](421, 429-430)]杨仁寿教授也认为:“另有些条项,仅就原则的概括规定,必由审判官于具体案件中公平裁决,其规范功能始能具体显现,称此为概括条款。”^[3](179)]

一、从康德哲学视角看不确定概念和一般性条款与民意的勾连

康德早期也是一位理性主义者,但是,在1775年阅读了休谟的著作后,他从理性主义独断论的迷梦中惊醒。所谓独断论,是指理性主义者对人的认识能力未加批判就断定理性认识能力可以穷知一切事物。相反,英伦三岛的经验主义,尤其是休谟的不可知论在对人类认识能力未加以批判之前却只承认感性认识的可靠性。康德认为这两种认识论都是不正确的。只有对人的认识能力进行彻底批判并详细揭示其能与不能,才能确定人类认识的起源、范围和可能性。^[4](314-319)]

康德认为人的认识客体是物自体与现象世界。而

收稿日期:2013-03-13;修回日期:2013-06-18

基金项目:广东省哲学社会科学“十二五”规划2012年度学科共建项目“社会转型期民间规则的民事司法价值研究——以广东地区为例”(GD12XFX16)

作者简介:陈文华(1969-),男,广东湛江人,广东培正学院讲师,法学博士,主要研究方向:法哲学。

物自体指三个层面的内容：作为感觉来源的自然界；为理性所不能把握的超感性对象，如上帝、灵魂等；人类永远不能实现的目标。在康德的认识论里，人类知识有两个来源：其一，人类感官因受外界事物的作用而产生的感觉经验；其二，人类先天具有的认识能力，具体指的是人类内心固有的时间、空间观念和包括质、量、样式和因果性在内的十二个范畴。^{[5](738-767)}

康德把人类的认识能力分为感性、知性和理性三个不同的环节。感性指一种借助于经验形成感性直观的知识的先天认识能力或感性直观形式。^{[6](278)}在感性环节，感性把物自体作用于人类感官形成的杂乱无章的感觉进行整理，形成感性对象。但是感性对象是孤立的，彼此之间并无联系，因此没有规律可言。知性指一种对感性对象进行思维，把特殊的没有联系的感性对象加以综合，使之成为有规律的自然科学知识的先天认识能力。^{[6](278)}在知性的认识环节，知性把感性对象联系起来并使它们之间具有规律性。因此，在知性环节，感觉经验得以形成，借此形成现象世界。在这个意义上，康德是一位可知论者。

理性指人先天具有的一种要求把握绝对的无条件的知识的能力，即要求超越“现象世界”去把握“自在之物”的能力。^{[6](279)}在理性的认识环节，理性把认识绝对的无条件的知识作为它的目标，但是在现象世界里的一切知识都是相对的有条件的，因此，理性要达到其目标就不得不超越现象世界，去把握物自体。但是理性除了知性以外，没有别的工具，因此，理性永远不可能认识物自体。在这个方面，康德则是一位不可知论者。

在康德的认识论里，人的认识能力不仅不局限于感性认识，而且可以超越感性认识进而认识现象世界。但是，人类的认识能力不可能超越现象世界把握物自体。因此，在康德看来，在知性的范围内，人类运用先验的范畴为感觉世界以外的事物立法是可能的，但人类的认识能力不可能穷尽世界所有的事物。由此可见，康德并不放弃欧陆传统的理性主义思想，认为人具有先天知识。但是，他又清醒地意识到人类认识能力的有限性。即人类只能认识现象世界，永远不能认识物自体。^{[7](243-263)}换言之，人类可以通过自身的认识能力制订民法典，但民法典不可能提供所有可能的法律问题的答案。而这些未知部分的内容只能通过人类的感覺经验逐步把握、填补。由此，欧陆的可知论与英伦三岛的不可知论在康德的手中合理地结合起来。可以说，康德的认识论来源于理性主义和经验主义但又超越理性主义和经验主义，是哲学史上的“哥白尼理论”。

依据康德哲学，人类既要通过法典把人类所能认知的经验对象确定下来，以便作为人类行为的指南，但是又必须认识到人类认知能力的局限性，在法典中给新知识的加入留下适当的空间。

更为重要的是，在不同社会历史阶段，一定范围内的人类共同体的主流社会意识形态及基本的伦理道德观念也必然随着时间的流逝而变迁。就此而言，立法者也必须给法官留下合理的空间，让法官依据变迁了的社会经济的客观情况，适时引入不同社会历史阶段的主流意识形态及基本伦理道德观念，变更法律规范的内容，以便法律规范能够随着社会历史的变迁而发展，不至于停滞不前、不合时宜进而阻碍社会历史的发展。

要达到上述目标，其前提条件是，立法者必须在成文法中引入人的因素，即在成文法中适当设置一定数量的内容十分空泛的不确定概念和一般性条款。如此一来，就可以在成文法中赋予法官合理的自由空间，让法官在司法实践中根据个案的具体情况补充立法者认知能力的不足。正因如此，深受康德批判哲学影响的德国民法典与瑞士民法典都大量运用了不确定概念和一般性条款。

二、从法理学视角看不确定概念和一般性条款对民意的期待

不确定概念和一般性条款的特征是什么？笔者认为，不确定概念和一般性条款的特征是不确定性，其主要表现为：其一，它的内涵与外延都是无法明确界定的，必须由法官在司法过程中进行价值补充才能适用；其二，它们是对客观对象做出价值判断的概念及条款而不是描述性的概念与条款，但是其所作的价值判断非常抽象，因此可以归结为价值指向。由此看来，不确定概念和一般性条款似乎与裁判的确定性格格不入。因为裁判的确定性不仅要求案件事实的确定性，而且也要求法律规范的确定性。既然如此，为何在制定法中设定不确定概念和一般性条款？其实，这是不得已而为之的事情。

大体上说，不确定概念和一般性条款产生的原因有四个：其一，立法者已经预见到法律应对将来某个领域所发生的具有法律意义的行为和事件进行调整，但是该领域究竟包括哪些类型的行为和事件，立法者鉴于自身认知能力的局限性，无法作出准确具体的预测，因此不得不仅做出概括性的规定。正如黄茂荣教授所言“它们(不确定概念和一般性条款)的存在上的必要，是因人类在规范的设计上尚有力不从心之处。他们尚不能完全知

道: 哪些是应加规范的, 以及对已认为应加规范者, 应如何才能清楚地加以规范?”^[8](301)]。

其二, 立法者已经预见到将来应当由法律加以调整的社会某个领域的行为和事件的具体类型, 但是鉴于人类价值观念的历时性, 认为不宜由立法者在立法时作出具体的价值判断, 于是仅作出抽象的规定, 授权法官在将来根据案件的具体情况做出相对具体的价值判断。

其三, 立法者认为对其所在社会某一领域的某种类型社会关系应当制定法律加以调整, 但是他们同时又意识到该类社会关系十分复杂, 如果以法律条文一一加以规范, 不仅使得法律十分繁琐, 而且极有可能挂一漏万, 形成新的法律漏洞。于是, 他们只好做出指导性的抽象规定, 授权法官在个案中做出补充性的具体价值判断。例如我国《民法通则》第116条规定: 当事人一方由于上级机关的原因, 不能履行合同义务的, 应当按照合同约定向另一方赔偿损失或者采取其他补救措施, 再由上级机关对它因此受到的损失负责处理。其中, 其他补救措施就属于不确定概念。究竟需要采取哪些具体补救措施, 由法官在具体个案中确定。

其四, 众所周知, 法律不应朝令夕改并且应当具有普适性。因此立法者不能针对每一种行为分别制定法律规范, 更不应每当出现一种新行为就添加法律条文或修改法律规定。因此, 为了保证法律的稳定性和普适性, 立法者就必须在制定法中设定某些尽可能抽象的法律条文与概念, 借此广泛地涵括已经出现的和可能出现的具有法律意义的对象。因吉施说: “一般条款的真正意义在于立法技术领域。由于其很大的普适性, 一般条款可能使一大组事实构成无漏洞地和有适应能力地承受一个法律后果。”^[9](153)]

由此可见, 不确定概念和一般性条款的出现是立法者依计划安排的结果。然而它们是没有具体内容的, 或者说是空洞的。因此, 我们可以说不确定概念和一般性条款是立法者计划内的法律漏洞。黄茂荣教授说: “它不同于其他漏洞者为, 法律已明文地授权法院补充这种‘漏洞’。所以这种漏洞被称为‘授权补充的漏洞’或法内漏洞。”^[8](301-302)]梁慧星教授也认为: “不确定概念和一般条款, 属于法律漏洞之一种。其与其他法律漏洞的区别在于, 立法者已授权法官于个案中进行补充, 且其补充方式是由法官依价值判断将不确定概念和一般条款具体化。”^[10](296)]正因如此, 法官可以将民意引入司法判决对不确定概念和一般性条款进行价值补充。

综上所述, 立法者在制定法中设置不确定概念和

一般性条款, 其目的就在于赋予法官自由裁量权, 让法官在将来审理具体个案的过程中依据变迁以后的客观事实, 适当引入民意充实制定法的内容, 或变更制定法原有的价值判断。如此一来, 可以既不必修改制定法, 又可以让制定法适应不断变化的社会现实。

三、从价值补充操作看不确定概念和一般性条款对民意的依赖

(一) 对不确定概念和一般性条款进行价值补充的必要性

正如上文所述, 不确定概念和一般性条款的特征是模糊性、抽象性、开放性。立法者为了克服成文法的局限性, 不得不在成文法中运用不确定概念和一般性条款, 以使成文法具有合理的包容性和社会适应性, 不至于由于社会的发展而变得僵化、滞后、不合时宜。不确定概念和一般性条款之所以能胜此任, 正是由于立法者对其仅做出宽泛的价值指引。

然而, 如此一来又引发了另一个问题。我们知道, 尽管不确定概念和一般性条款模糊抽象, 但它们毕竟是法律概念和法律条文, 它们终究要运用到具体案件中去。然而案件事实是具体的, 而不确定概念和一般性条款是成文法中最为抽象模糊的概念和条款。

对于一般的法律概念和条款, 大体说来, 法官都能较为容易地判明待决案件的事实是否能够被作为裁判大前提的法律规则所涵摄。例如, 我国《合同法》第17条规定: 要约可以撤回。撤回要约的通知应当在要约到达受要约人之前或者与要约同时到达受要约人。对于这一条款, 何谓要约, 何谓撤回、何谓撤回要约的通知, 法官并不难确定其具体内容。但是, 对于《合同法》第6条, 当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则。何谓诚实信用, 法官就难以把握了, 因此也就不可能轻而易举地断定待决案件的事实是否能够被诚实信用所涵盖。在这种情形下, 法官就必须首先对不确定概念或一般性条款进行具体化处理。具体化的作用就是把裁判大前提与小前提(案件事实)衔接起来, 以便做出正确的裁决。

又如我国《合同法》第248条规定: 承租人应当按照约定支付租金。承租人经催告后在合理期限内仍不支付租金的, 出租人可以要求支付全部租金; 也可以解除合同, 收回租赁物。显然, 如果法官单凭这一法条, 那么他还是不能断定承租人的行为是否超越合理期限。因为合理期限究竟是多长时间, 法条本身并没有提供答案。所以法官必须先依据案件的具体情况和当地的行业习惯或风俗习惯等多方面的因素, 确定该条文合理期限

的时间长度,然后才能判定承租人是否超越了合理期限。由此可见,具体化对于在司法过程中能否正确适用不确定概念和一般性条款十分重要。

因此,在未经法官解释之前,它们与案件事实之间不可能存在妥当的对接。然而,法官如何对它们进行解释或者说具体化呢?价值补充。

而所谓的价值补充是指法官对不确定概念和一般性条款所表达的宽泛价值限定进行充实,以使它们变得具体,与案件事实妥当对接,进而把它们作为裁判规则适用到待决案件中。

(二) 对不确定概念和一般性条款进行价值补充必须遵循的前提条件

尽管立法者仅对不确定概念和一般性条款给出宽泛的价值限定,然而这并不意味着法官可以随心所欲地进行价值补充。否则不确定概念和一般性条款形同虚设,法官已不是创造性司法,而是不折不扣的立法者,不确定概念和一般性条款的限定功能也随之丧失殆尽。正因如此,法官对不确定概念和一般性条款进行价值补充时必须至少遵循以下两个前提条件:

其一,遵循不确定概念和一般性条款固有的价值限定。尽管不确定概念和一般性条款十分抽象模糊,但并不意味着它们空泛得毫无内容,相反,立法者已对它们进行了价值限定。因此,法官只能在立法者的价值限定内进行价值补充。立法者的价值限定正如一个框,法官只能在框内造法,而不能超越于框外。正如上文所引的我国《合同法》第六条之规定——当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则。诚实信用是一个典型的不确定概念。我们难以界定诚实信用涵盖哪些具体内容,但是毫无疑问,诚实信用内含的价值应当是真诚守信平等公正。在这一价值指导下,我们完全可以把欺行霸市排除于诚实信用之外。正因如此,法官在造法之时必须遵循这一价值限定,绝不能把欺行霸市以及与此相类似的行为纳入诚实信用之内。

其二,遵循民意。依理,法官只要遵循不确定概念和一般性条款的价值限定就可以进行价值补充了。然而依上文可知,不确定概念和一般性条款的价值限定得非常宽泛,这就留给法官巨大的自由裁量空间。如果不对此加以应有的限制,那么难以避免的是,法官很可能以他本人的是非观代替社会大众的是非观、以他个人的正义僭越普遍正义。果真如此,不仅法律的精神将会面目全非,法治的原则也将惨遭颠覆。

正因如此,法官对不确定概念和一般性条款的价值补充必须遵循民意。这不仅是因为只有遵循民意才能适当地限制法官的自由裁量权,而且也因为立法者的立法本意就是如此。如上文所述,立法者之所以在

成文法中运用不确定概念和一般性条款,正是因为立法者意识到人类理性的局限性,他们深知立法不可能给客观世界的万事万物提供一切可能的答案。相反,随着社会经济的发展,他们的立法极有可能捉襟见肘漏洞百出。不仅如此,人们的道德观世界观也会随着时间的流逝而不断地更新。因此,他们所设定不确定概念和一般性条款,不仅让法律具有较强的包容性,同时也授权法官根据社会经济的变迁吸纳主流民意充实,甚至变更法律内容。但法官必须遵循民意。

(三) 对不确定概念和一般性条款进行价值补充的方法:类型化

一般而言,在法律解释过程中,人们通常运用到两种思维模式:一是概念思维;二是类型思维。所谓概念思维,就是指通过准确把握客观事物的本质属性,借此给该事物下定义,以定义为标准把该定义所指称的事物归纳于内,把该定义所不能涵盖的现象排斥于外,以此界定概念的内涵和外延。相反,类型思维是以客观事物的特征而不是本质属性为标准,把符合该特征的事物列举出来并进行归类。但是,所归纳的类型并不是一成不变的,而是随着客观情况的变化而变化,类与类之间也没有明确的界限。因此,正如考夫曼所言:“类型概念不是对一种现象加以定义,而是比较的、可观察的,‘加以描述’,因此不认识不是什么就是什么这种抽象、一般化概念。”^{[1](187-188)}

综上,我们不难看出,不确定概念和一般性条款的价值补充或者说解释只能通过类型思维进行。因为不确定概念和一般性条款只有宽泛的价值限定,而不存在可以准确把握的本质属性,即便如某些学者所说的——它们也具有核心意思,但这种核心意思的内容也是非常空洞的。我们知道,诚实信用、质量、正义、重大事由及公平原则等都是不确定概念或一般性条款。然而我们能够给它们分别界定一个令人满意的定义吗?我们不能。我们只能说它们不是什么,但是却不能说明它们实质上是什么。

而且概念思维的运用,其必不可少的前提条件是,能够准确把握思维对象的本质属性,并给它界定明确的定义。因此,“在概念思维中,惯常的思维模式是对事物的本质属性作清晰明了的界定,概念的内涵和外延被预设为准确、清晰的,事实上,概念思维难以应对不确定概念等问题。”^{[2](448)}

由上可见,类型化是法官对不确定概念和一般性条款进行价值补充的唯一方法。因为类型化方法是类型思维在法律解释中的应用所形成的方法。所谓类型化,就是指以不确定概念和一般性条款所表征的价值为特征,然后把符合该特征的对象尽可能详细列举出

来,接着依照它们的相似程度对这些对象进行分类。这样一来,这些类型相对于不确定概念和一般性条款就更为具体,而相对于待决案件的事实却较为抽象,于是“类型是建立在一般及特别间的中间高度,它是一种相对具体,一种在事物中的普遍性。”^{[11][190]}因此,通过这些类型,不确定概念和一般性条款就可以和具体案件的事实对接起来。

然而,在此还有一个问题必须解决,即是在列举不确定概念和一般性条款所包含的具体对象时,是直接以它们所规定的价值为标准进行列举,抑或先把它所规定的价值细化为低位价而更具体的价值后,再以此为标准进行列举?笔者认为后者更为妥当。因为不确定概念和一般性条款所表征的价值是抽象宽泛的,而所要列举的对象却是具体的,它们之间难以准确对接起来,如果勉强对接,则难免错误。所以应首先把宽泛的价值具体化。具体化的标准固然有多种,然而其必不可少的就是民意。例如,诚实信用是一个十分宽泛的不确定概念,它的下位阶并较具体的价值是什么呢?我们往往认为是实事求是和守信用。为什么我们会如此认为呢?并不是因为存在相关的法律规定,而是我们在日常交往中形成的普遍共识。

其次,对于所列举的具体对象,我们又以什么为标准判断某些对象与某些对象更为相似,可以归为同一类型,而另一些对象与其他对象雷同应当作为同类型处理?在这里,我们可以依据的标准同样有许多,但最重要的依据应当是人们在日常生活中对这些对象的异同形成的共识。

最后,得出各个具体的类型后,我们又如何判别

待决案件的事实可以涵摄于哪一个类型之下?在这里就必须运用比较的方法,即比较通过类型化所得出的具体类型的事实构成与待决案件事实的异同,从而把它们对接起来。然而用以衡量两者是否相同的标准是什么呢?固然法律的相关规定非常重要,但对于疑难案件而言,民意却更为重要。因为对于疑难案件而言,制定法往往缺少相关规定或规定得模糊不清。

参考文献:

- [1] 陈林林. 公众意见在裁判结构中的地位[J]. 法学研究, 2012(1): 96-107.
- [2] 王利明. 法律解释学导论——以民法为视角[M]. 北京: 法律出版社, 2009.
- [3] 杨仁寿. 法学方法论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1999.
- [4] [英]罗素. 西方的智慧[M]. 亚北, 译. 北京: 中国妇女出版社, 2004.
- [5] [德]文德尔班. 哲学史教程——特别关于哲学问题和哲学概念的形成和发展(下卷)[M]. 罗达仁, 译. 北京: 商务印书馆, 1993.
- [6] 徐国栋. 民法基本原则解释——以诚实信用原则的法理分析为中心[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2004.
- [7] [英]罗素. 西方哲学史(下卷)[M]. 马元德, 译. 北京: 商务印书馆, 1976.
- [8] 黄茂荣. 法学方法与现代民法[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001.
- [9] [德]卡尔·恩吉施. 法律思维导论[M]. 郑永流, 译. 北京: 法律出版社, 2004.
- [10] 梁慧星. 民法解释学[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1995.
- [11] [德]考夫曼. 法律哲学[M]. 刘幸义等, 译. 北京: 法律出版社, 2004.

On value of public opinion——From the perspective of legal philosophy, juris prudence and legal interpretation

CHEN Wenhua

(School of Law, Guangdong Pei Zheng College, Guangzhou 510830, China)

Abstract: From the perspective of legal philosophy, human cognitive ability is limited to decide that the defects of statutes are difficult to avoid. Uncertain concepts and general terms are the important ways to overcome the defects. The legislators make public opinion into judicial decisions through uncertain concepts and general terms, to overcome the limitations of statutes. From the perspective of jurisprudence, legislators have given the discretion to the judges with uncertain concepts and general terms, so the judges can introduce the public opinion to enrich, and even change the contents of law in accordance with the specific conditions of cases. From legal interpretation, uncertain concepts and general terms have to depend on public opinion value adding. Therefore, uncertain concepts and general terms are the legal paths of public opinion into the justice.

Key Words: public opinion; uncertain concept; general clause

[编辑: 苏慧]