

季卫东:中国司法的思维方式及其文化特征 PDF转换可能丢失  
图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/485/2021\\_2022\\_\\_E5\\_AD\\_A3\\_E5\\_8D\\_AB\\_E4\\_B8\\_9C\\_\\_c122\\_485729.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E5_AD_A3_E5_8D_AB_E4_B8_9C__c122_485729.htm) 主讲人：日本神户大学法学院季卫东教授 评论人：中国政法大学法学院王人博教授 中国政法大学法学院郑永流教授 何兵：各位同学，各位朋友，晚上好。欢迎大家光临我们的“法思讲坛”，本讲坛由法学院和法律思想网联合举办。我先在这宣布一个事实，就是汉语学界最著名的法律网站“法律思想网”现在由法大法学院主办，希望大家继续大力支持！今天我们的主题报告是，我们很荣幸邀请到日本神户大学教授，政法大学兼职教授季卫东先生，大家欢迎。季卫东教授的学术水平和他的学术地位，我想是不需要我在这里加以任何的评论，我想他的那篇文章《法律程序的意义》已经奠定了他在法学界不朽地位。为了对季卫东教授主题报告进行点评，我们有幸请来了法大法学院两位教授郑永流教授和王人博教授。现在有请季卫东教授做主题报告。季卫东：首先我非常感谢大家提早聚集在这里，与我共享今天晚上这一段时光。昨天我乘飞机之前，在日本上网查了一下天气预报，得知从今天开始中国北部将会大幅度降温，所以我穿了大衣来，但是一进礼堂却感觉到热气腾腾，这样温情的场面使我很感动。我非常感谢沈浪先生为我安排一次在法思学堂跟大家进行交流的活动，同时我也感谢郑永流教授、王人博教授以及何兵教授在这里跟我一起讨论。我对中国政法大学并不陌生，甚至联谊活动可以说是源远流长的。第一次应邀到法大来与同学们见面是将近10年前，1995年大概也是这样的晚秋时节，在昌平校

区做过一次报告。后来也有机会来法大进行各种各样的学术沟通，每次来都会有很亲切的感觉。贵校的名称比较长--中国政法大学，我更喜欢她的简称：“法大”。这样一个简称很有象征意义。比如说我提两个问题，请大家不要考虑现实中的不如人意之处，仅仅根据心中的理念回答，我相信大家的回答肯定是一致的。要问是权大还是法大，大家肯定会回答：“法大”。要问是人情大还是法大，大家肯定还是会回答：“法大”。所以，我觉得法大这座学府在中国法制发展的历史中是非常具有象征意义的。今天我能来到法大来跟大家交流，感到非常荣幸。我要讲的题目涉及司法。大家都知道，不管法是大还是小，它要变成切实可行的东西，要变成大家看得见摸得着的东西，必须通过审判程序来具体推动。关于中国的司法，大家都知道很多，这些年围绕司法改革的讨论已经产生出一些优秀作品，比如说在座的几位教授的论著，特别是贺卫方教授在这方面所做的贡献。但是，司法的现实与改革的目标之间还存在很大距离。虽然从理念上回答法大还是法小的问题，大家能够毫无犹豫地高呼“法大”。但是，如果把现实中的种种弊端陋习也纳入视野之中，再问是权大还是法大，恐怕大家的回答不会那么干脆整齐，不会那么明朗响亮。尽管现实中还有这样或那样的缺陷，但在表面上、形式上法的确在发展得越来越大。如果查一下数据，就会发现还是有些出乎意料的“法大”现象。就事论事说法制坐大，首先可以举出法律、法规、规章的数量扩张。现在中国大约有法律300、行政法规800、行政规章8000，再加上庞大的地方性法规和地方政府规章的规范群，有那么一点法令滋彰、有关专职人员也不能遍览悉知的架势。

其次可以举出诉讼案件数量的扩张。比如说民事一审案件，1980年至1990年加起来是1200万件，在1991年至2001年同样长的时间段里合计3300万件。也就是说，后十一年的民事一审案件数是前十一年的三倍。再看最能反映群众的法律意识和权利意识的民事、经济、行政诉讼案件总数，99年全国受理550万件，这相当于89年受理件数的两倍，80年的9倍，仅从数字上看，中国可以说已经是一个“诉讼大国”。当然诉讼是不是越多越好这还是问题，需要另外分析。但随着中国法制现代化的进展，人民的权利意识不断提高，更积极地通过司法程序来主张权利、寻求救济，因此审判制度的功能正在增大，这的确是不争的事实。第三还可以举出司法人员数量的扩张。比如现在仅仅审判员正式法官就有15万，一个审判员平均拥有的公民人数是多少？大约8600人。一个法官服务于8600个公民是什么概念？这意味着中国的法官在人口总数中所占的比率大于美国。当然我们不能仅仅因为这个数字就对法治化的前景盲目乐观。实际上法官人均审理案件的数字却远远少于美国，这意味着中国审判的效率很低，另外也说明中国审判方式需要更多的法官来维持，制度成本其实很高，制度设计未必合理。这些都是我们需要正视和考虑的问题。但不管怎样，有这么大一个人数规模，我们的“法大”话语就可以在社会中产生比较大的回声。如果再把助理审判员、检察员、助理检察员以及律师也加到审判员人数中，那么中国职业法律家的人数就号称50万。50万法律人，平均一个人服务的公民人数是多少？2600多人。虽然大于法国的法律家人均1300公民，更不用说美国的人均290

公民，但却远远小于日本的人均6300公民。也就是说，在人口总数中法官、检察官以及律师加起来所占的比率已经介于日本与法国之间。在这里，我仅仅客观描述了法律实际工作者的人数已经很大的事实，在某种意义上，可以说中国已经形成了“大司法”的架构。但这样状态是否很好？职业法律家的内部构成如何？是否存在律师太少而法官太多的问题？我没有进行价值判断。我知道何兵教授在《现代社会的纠纷解决》一书中专门分析过法官人数过多、效率过低的问题，他认为中国法官人数的适当规模是4万5000人。我赞同他的主张，的确应该把思路从数量转向质量、提高审判的效率。在美国，一个法官每年平均审理300到400个案件，而在中国，一个法官平均审理60到80个案件就不错了。这说明我们的审判方式未必合理、审判效率未必很高。当然还有苦乐不均的问题，有些基层法院的审判人员负担过重、非常辛苦，这也是事实。总之，从立法、诉讼以及审判人员等方面来看，中国已经出现了表面“法大”的局面，数量规模很大。虽然存在种种问题，但毕竟出现了大立法、大司法的基本架构，这一点变迁绝不是没有意义的。为什么会具备这样的特征？为什么还不能充分实现法治原理？我们需要从体制、文化传统以及具体的制度安排方面寻求答案。今天我想从中国司法的思维方式这个角度对有关机制进行考察，陈述自己的一些粗浅看法，供大家参考，也希望各位教授和同学们提出批评和商讨意见。当我们谈到中国传统的司法制度以及思维方式时，大家认为什么是最本质的特点？仅仅就审判的运作而言，我想有一个特点是过去大家都一直强调的，这就是中国式司法历来与行政混合在一起，因此表现

为一种科层制的结构；由官僚来审理案件，因此采取管理的技巧，以官僚支配为基本特征。关于这一点，大家是有共识的，我也同意。但我今天想稍微换个角度来考察大家都司空见惯的事实，证明虽然官僚支配说没有什么根本性错误，但却不很全面。官僚司法只是一个侧面，仅看这个侧面还不能真正把握中国式司法制度的全貌。还有另外一个侧面，就是实际上除了这个权力等级结构以及自上而下的官僚支配之外，存在着自下而上的舆论压力以及平面的互动关系。因为中国的传统规范体系有一定的多元性和对社会的开放性，特别是由于民间的情理习俗与作为国家意识形态的儒家哲学之间互相贯通，当事人之间的交涉以及与官方讨价还价的余地也很大，所以在中国司法系统中，其实没有呈现出科层制原理彻底化的状态，在官僚支配与民间和解之间存在着反复不断的相互作用和调整。在互动中生成规范、在互动中达成整体上的均衡，这就意味着带有浓厚政治色彩的动态关系。不仅仅是纵向的官僚支配、还有横向的秩序建构。不仅仅是令行禁止、还有争取理解、合意以及共识的努力。中国式司法中存在着不同于科层制原理的横向沟通以及循环性反馈过程，甚至存在着政治性讨价还价的机会，这是我今天想提出来跟大家磋商的一个基本观点。由于在这里没有黑板，有的内容不一定能说得很清楚，大家今后可以阅读我的论文。我尽可能用大家都容易理解的语言来进行概要说明。首先我想谈的就是舆论与司法之间的关系，社会舆论对司法的影响。在当今的中国，这样的现象非常突出。比如说最高法院强调对审判的舆论监督，案件处理的结果要以人民满意为衡量的尺度，比如说刘涌案因舆论压力而导致再审以及死刑立即执行的

判决，等等。大家都注意到民愤和相应的舆论对司法公正具有相当大的影响。其实传统中国的司法也是注重舆论的，判决内容必须“过得官场，过得乡场”，北宋神宗年间为一个阿云案争论了17年，清末围绕杨乃武和小白菜案议论纷纷4年不息。对这类事例背后的原理和文化传统从学术的角度进一步分析，就可以发现中国司法在和舆论之间的关系上的制度设计确实很有特色。如果我们不首先弄清楚这样的制度设计，透彻地分析它的利弊得失，那么讨论司法改革就很可能成为无的放矢，在解决现实问题的举措上也会有一定的局限性。甚至有可能出现大前提上的错误。大前提错了，具体的分析推理再精巧也还是要得出错误的决定，努力越多就越会将错就错错加错，最后谬以千里。我们在考虑中国传统的法律体系时，往往会有一个法家式法治主义的原型在那里。这就是强调严刑峻罚的法律观。具有像梁启超所概括的那样的强制命令的特征，或者说是刚性的规范。看上去非常严厉，必须以强制的方式来贯彻执行的。但是，如果法律过分刚性，很容易引起反弹和抵抗，就会不断遭遇正当性的质疑，需要加强说服工作。特别是在社会非常注重人情、人际关系的条件下，再刚性的法律在它的适用过程中也不得不发生一些变化。像中国这样以礼乐教化为文明特征的社会，刚性的规范为了正当化，不得不参照法律之外的价值，比如说儒家的道德以及民间的情理来对当事人特别是败诉方进行说服和教育。这样的说服和教育本身就会促进围绕法律、道德以及情理之间关系的议论和沟通。“引经而议”的实质是把道德性话语导入法律性话语之中，激活了当事人参与司法决定的积极性，使审判案件的过程中沟通的作用增大。所以，从“

法无二解”到“引经而议”，刚性规范的实施过程就逐步与舆论联系在一起了。正因为存在这样的特点，正因为刚性规范更需要进行正当化处理，所以中国法特别强调对犯罪受害人的救济。自古至今，严刑峻罚以及“严打”运动的理由都是对受害人的救济，因此刚性规范不仅仅是义务本位的法，同时也是一种受害人本位的法，因而是国家责任本位的法。受害人本位的思想一方面表现为民愤并激发民愤，以倾向性舆论的方式支持着刚性规范的实施，另一方面又可以成为人民动员法律制度以实现自己的权利诉求的驱动装置。所以在国家的刚性规范与基层社会之间，民愤发挥着重要的作用，民愤是法律制裁的正当性根据，同时也是当事人操作制裁装置的杠杆。当然，国家在利用民愤的同时也控制民愤，这就需要加强说服和教育。总之，以说服和民愤为两个支柱，在国家的刚性规范与社会之间形成了一片具有公共性的舆论（公论）的空间。正因为刚性规范通过民愤以及说服与舆论或者公论发生联系，所以必然会出现针对社会反应而调整自我的临机应变，在反复的互动过程中逐步形成柔性规范。中国在历史上发生过两次影响深远的法制改革运动，即瞿同祖指出的汉儒“以礼入法”的改革以及新儒家推动“乡规民约”的改革，这两大改革促进了柔性规范的形成、发展以及普及，加强了法律多元构成的特征。概括地说，国家法出现了刚性规范与柔性规范这样两种性质很不一样的组成部分，比如说“礼法双行”、“德主刑辅”，或者表现为现代的法律与政策并列的现象。在具体的司法过程中，通过当事人之间的交涉以及法官的调解，刚性规范与柔性规范不断组合调整，形成一系列不同的选项，其中最能为各方面接受认同的解决

方案就成为判决结果。在不断分解、重组以及反复寻找均衡点的过程中，对立性逻辑逐渐为连续性逻辑所取代，法律规范与社会中内在的关系规范之间的界限也越来越模糊。国家为了实现政治目标，必须以刚柔兼济的方式来实施规范，并把国家的目标贯彻到社会之中。为此，它必须面对社会中的情理诉求以及舆论或公论，必须听取甚至吸纳群众意见。在中国传统的思维方式中，司法与民意调查本来就是密切相连的。民意调查并不意味着民主，可以仅仅服务于因地制宜、因时制宜、先声夺人、先发制人的统治策略。但重视民意反应的司法必然会加强信息反馈机制，在现代中国，表现为群众路线。在某种意义上可以说，正因为有柔性规范，正因为要强调社会网络各种各样的要求和互动关系，必然会带来很大的裁量权，而我们知道，有裁量权的地方就有专制；群众路线则是法官进行裁量的时候一个尺度，是对裁量权的限制。在这里，一方面有关当局要诱导舆论并进行适当的调整，另一方面群众也要通过舆论使自己的诉求得到政府方面的回应，或者伸冤雪耻，或者把自己的意愿反映到制度框架中去。D?D不论反映什么到程度。于是我们可以看到这样一种制度设计的框架，它有两层结构，即国家秩序与社会秩序；在国家秩序的层面存在两种不同性质的规范，即刚性规范与柔性规范，或者说法律规范与政策规范；在社会秩序的层面存在从网络互动中产生出来的关系规范。在这两层结构之间，存在着舆论或者公论、当局的调整、群众意见、人民满意以及法官的裁量尺度这样一些基本构成要素。这是当事人与法官相遇的环境或者前提条件，当事人与法官之间的沟通受到以上各种构成要素及其基本框架的制约。这样的制度设计意



意味着司法是一种在多层多样的规范中进行选择、组合以及调整的过程，并且不断展示丰富多彩的可选择性方案来。比如说法院在审判中注重对当事人进行反复的说服，强调一分为二看问题，强调双方互让和妥协，强调按照《民法通则》公平原则原理进行责任的分担，这个过程我们可以看到当事人的意志与法官以及法律规范内容的分解和重组，刚性规范和柔性规范不断交织在一起，最后融化在关系网络以及情境思维之中。以上是我对中国式司法机制的一种描述和解释，试图展现出审判的基本思维方式。我的这个概括是否准确，大家待会儿可以进行评议。在这样一种机制中，法官最关注的是什么？我觉得这是很有意思的问题。这涉及中国人的正义观。因为法官必须考虑舆论以及形成舆论、左右舆论的具体情节和情理，所以司法过程必然会特别强调法律的认知性这一面，而不仅仅是规范性或者说强制力的这一面。虽然中国法律传统里有很明显的强制命令性，但是也有另外一种完全不同的合意性规范在起作用，有关事态不是单纯的。我们可以看到完全不同的规范在司法实践中被捏合到一起，不断进行重新组合。我们可以想象因为当事人的意愿和法官本人的判断通过反复交涉这样的互动过程被组合和改组，所以最后的结果确实是很难预测的。这种浑沌状态对当事人意味着很大的诉讼风险，对法官意味着很大的责任负荷。为了降低风险、减轻责任，充分掌握信息并取得信息优势具有非常重要的意义。显而易见，在中国式审判中，法官最关注认知性、最强调调查清事实这样的侧面是自有其道理的。换句话说，查清事实对于中国司法具有特别关键性的意义。在像中国这样的关系主义社会，网络结构之中的互动非常活跃，局部性合

意和妥协的意志结晶物纵横交错、互为前提，各种本土性知识以及个人的特殊性经验对于解决关系性纠纷具有重要的价值。因此，对于关系性很强的事实，真正能了解真相的往往只有当事人，法官做为一个外部人很难完全察知其中的机微。这就意味着信息非常不对称，在关系主义社会，当事人具有绝对的信息优势，而法官具有相对的信息优势。法官以职权进行调查、亲自收集证据的制度安排，就其本质而言是要在审判过程使信息不对称的状态发生逆转，使法官掌握绝对的信息优势，而把当事人的信息优势相对化。在这样的状态中，法官可以借助信息优势来说服当事人，进行政策性考量，做出判断，并使有关的裁量和决定得到事实根据的支持。由此可见查清事实、强调认知性的特征及其理由。正是基于上述逻辑，中国的法庭辩论特别强调摆事实、讲道理，而法理只是诸多道理中的一种道理而已，中国的司法原则被表述为“以事实为根据，以法律为准绳”的公式。实际上，对于中国的司法实践而言，弄清事实具有决定性意义；对事实问题没有争议了，这个案件基本上就解决了。因此，大量的诉讼成本都被投入到认知性作业之中。用学术语言来描述这样的现象特征，我们可以说中国司法的基本原则是现实主义，与欧美司法制度对事实的概念理解不太一样。欧美的法院当然要进行事实认定，根据证据判案，但在那里所谓事实是指证明力、说服力的法律构成，未必是一定是真正存在的事实。法官判决的基础是由各种勘验技术、程序要件、举证责任分担的规则担保的可靠证据，而不必由法院穷尽一切手段追求真相，并按照现实主义的要求使判决的既判力和确定性相对化。容许当事人凭借绝对的信息优势去质疑判决的真实性

，用事实检验判决和法律规范，用新的证据来揭示真相并纠正过去的司法性决定，这是具有中国特色的正义观，把法的正当性建立在以事实证否的极限上。我们很难简单地说这样的现实主义司法是对还是错，但我们完全可以考察和比较它所带来的一系列后果。作为法律构成的事实与作为社会存在的事实各自会对实现正义产生什么样的影响？哪一种制度安排更有利于权利保障？中国的思路是强调实事求是，为此可以把判决的既判力相对化，甚至在相当程度上牺牲法律关系的安定性。检察院和法院采取根据事实有错必纠的态度，不固守规范性的要求，这是中国司法的基本思维方式，是一个很重要的特点。与重视认定事实并列的另外一个特点就是重视追究责任。在围绕查明真相的互动很活跃的场所会形成很不安定的状况，这时法与审判的可预测性会降低。如果诉讼的结局难以预测，那么对当事人来说诉讼的风险性也就比较大。作为合理选择的结果，他的行为方式往往表现出尽量回避诉讼，而一旦进入诉讼那就绝不善罢甘休。在这个意义上，司法的可预测性与缠讼性之间存在着反比例关系。为了在多变的长期过程中维护司法的公正和效率，中国采取的一个非常重要的方式方法就是强调个人的承包责任，强调严格追究责任的系统。法官在审判中的关注点是查明事实、分清责任，最主要的裁量往往表现为当事人之间的责任分配方面。而限制法官裁量权的基本原理是对法官误判责任的追究。在1990年代以来的司法改革中，与审判权“下放”的程度相对应的是建立不同的司法责任制，例如承办人责任制、审判长责任制、合议庭责任制，等等。在某种意义上也可以说，对于中国司法，责任系统实际上在相当程度上取代了程序

要件和解释技术，人们试图通过责任系统来防止审判的不公。当然我们还可以更深入地进行制度比较，分析不同设计的来龙去脉、前因后果。其中很有趣的一个问题是当中国法律界开始意识到程序的重要性时，他们的制度安排有什么变化？我们可以发现程序正义观念与承包责任观念被捏合在一起，出现了不同的组合形态，这一点很有意思。例如在司法改革中出现案件流程管理的做法，大家都知道。有些人认为这样的流程管理就能体现程序正义，所以称它是“程序化控制”。这里当然利用了汉字的歧义性以及不同概念的微妙交叉，因为审判程序与程序化控制中都有“程序”这个同样的字眼。的确，流程管理的每一个环节都是与审判程序联系在一起的，如果在案件流程中每一步都进行规范化的操作，都遵守法定审理期限以及其他技术性准则的要求，那么严格的流程管理当然会有助于实现程序正义。但是，我们必须看到流程管理本身与程序正义毕竟不是一回事，两者之间存在着本质上的不同。流程管理的着眼点在于对审判过程的所有环节都规定具体的目标值，通过对结果的考核来明确不同环节的责任并追究相应的责任。所以流程管理还是一个责任系统，它的程序化控制出发点和落脚点都是结果。在比较极端的做法中，可以看到规定一个法官每个月必须完成的标准案件数是6件，一年是70件，超过标准的奖励人民币几百元，达不到标准的扣除薪金多少，等等。程序保障被转化成一连串的目标值、计算准则、互动的定型化以及行政管理技巧。这表明中国传统的制度设计思路依然在司法改革中延伸。以上是我对中国式司法系统的一个概括性描述和理论说明。现在我想把它与欧美式的司法系统进行比较。我们知道欧洲在理

性法时代之前一直把法律理解为主权者的意志或命令，并从外部的超越性力量中寻找法律的正当性根据。现代化导致理性主义和平等观念的普及，促进了政治生活的民主化。人民主权原则成为大多数国家都承认和接受的基本原则。法律强制力的正当性根据必须来自民意。议会是民意的代表机关。所以法律必须由议会制定，除议会外任何机关不得制定法律，特别是设定和改变公民权利义务的规范。在这样的前提之下，法官在审理案件中只能严格适用法律，而不能创制法律规范。如果法官在司法过程中有立法行为，就会面临正当性难题。法官凭什么制定规范并强制公民执行？所以在西欧，正如孟德斯鸠所说的那样，法官被理解为仅仅是法律的发声器，或者用一个当今的隐喻来表达，就是法律的自动售货机。但是，20世纪以来的社会发展趋势表明，现代社会实际上越来越变易不居、复杂多样，新型的诉讼案件也层出不穷。法律不可能把所有的方面都规定得一清二楚，法官也不可能仅凭现有的法律条文就解决所有的问题，审判者难免要进行越来越多的裁量和变通。在这样的背景下，法官判断主观性的问题被提出来了，法官造法是否妥当的问题也被提出来了。如果承认法官有酌情自由决定甚至创制规范的权利，以人民主权和民意正当性根据的法律体系的基础就会发生动摇，大家会不断追问法官凭什么能够在民意机关之外另行造法。而如果要坚持按照孟德斯鸠所说的那样严格适用法律，那么审判活动就会越来越脱离社会现实？这样的隔阂在一个或几个案件上表现得不明显，如果不断累计就会造成司法与社会之间的隔阂越来越大。由于立法程序较慢，司法如果希望缩小与社会之间的隔阂，往往会等不及，往往不得不越

出立法机关设定的雷池。这是两难处境，也是不容回避的现实问题。可以说法学理论无非是在从不同的角度致力于解决这样的核心问题。欧美法学理论起初的基本思路是在法律效力的等级体系这样的现成框架化解法官必须严格适用法律与法官不得不临机应变而造法这两个侧面并立的悖论。由于法律体系像金字塔那样具有等级性，所有的下级规范的修改都被解释为是展现上级规范的内涵，而法官造法对现有法律体系的影响被局限在下级规范的范围里，不会破坏上级规范的稳定性。也就是说在金字塔式的等级结构中，法官守法与法官造法的矛盾被不同的层次区隔开了。关于用金字塔这个隐喻来说明欧美法律规范体系的结构和功能，我另外发表过论文，请有兴趣的同学参照有关部分的内容。与此同时，我把太极图看作说明中国式法制原理的隐喻。前面我已经讲到中国的法律规范具有一定的多元性、动态性，所以它的思维逻辑与金字塔式体系的思维逻辑有相当大的不同。在中国法律规范的多元化动态中，我们看不到一种类似自然法那样的绝对命令或者终极价值，也不存在天赋人权、自然权那样超越于实在法之上的根本规范。在中国，在法律之前、在法律之上存在的根本规范是什么？回答是：道。道法自然，道生法，道者反之动。与自然相协调，模仿自然，从与自然的反馈中学习自然。这就是道，这就是法律的起源。在根本规范中存在着相反相成的动态，法也与此相应不断地周流变转。可以说中国法律体系更强调的不是等级性，而是循环性。当然并不是完全没有等级的区别。正如欧美法学理论在把法律与道德、法律与政治加以区分之后，法律作为一个自我完结的系统具有越来越明显的自我指涉、自我塑造的特征，于是除

了等级结构之外，内部的循环性以及外部反馈中学习的循环性也逐步受到重视。因此，用金字塔和太极图这两个隐喻来概括西欧法制和中国法制在原理上的差异，不能过于绝对化。在赫伯特·哈特与龙·富勒的争论中，作为金字塔顶端的根本规范实际上已经开始变形。富勒为了寻找“地上的自然法”，为了使义务能够自我奠基，特别强调了互惠性这一黄金律。而法律实证主义的代表人物哈特也强调承认、选择以及不确定性的意义。哈特认为法律分为课责的第一级规则与授权的二级规则，这两级规则之间的结合与互动才构成法律的实质。他试图对金字塔式的规范体系进行调整，把纵向的等级关系转化成横向的类型关系，课责与授权，进而在授权规则中又区分出承认规则、变更规则以及审判规则。但承认规则与变更规则会带来很多不安定因素。于是我们看到哈特理论朝两个方向演变和发展，分别由他的两个弟子推动。一个是约瑟夫·拉兹，他提出了新的类型论，把那些不诉诸道德就无法确定的规范类型排除到法律之外，使法律系统封闭化、纯粹化，并回归到了金字塔式的“最后决定性”概念上。另一个是尼尔·麦考密克，他的取向与拉兹不同，是让法律系统更加开放化，把司法的推理过程与法庭之外的法律议论结合起来。介于这两者之间的是罗纳德·德沃金的理论，通过整合性概念把外部影响转化成内部因素并与原有的结构达成均衡和协调，弥合了法官守法与法官造法之间的裂痕。德沃金强调的是法理上的一贯性、连续性。但是，还有一种思路的侧重点不是法理而是政策，不是关于正义的政治原则，而是关于效率的经济原则，这就是波斯纳的思路。他试图通过财富最大化命题来扬弃立法的思维方式与司法的思维方式之

间的不同。中国到目前为止没有提出能够与上述学说体系相媲美的法学理论。但我觉得中国的经验确实提出了一些很有意思、值得探讨的素材和线索，虽然我们不能简单地作出是非对错的价值判断，更不能盲目地美化现实。由于我们要面对中国的具体问题，当然必须重视中国的经验，既包括它的成就，也包括它的挫折和失误。但是，为了避免先入之见，在考察中国经验时最好要回到简单明了的原初状况，先找到东西方不同制度设计的出发点以及可以衔接的地方，再看两者在什么地方出现不同，造成不同的原因和目的是什么？中国在进行制度设计以及选择时，有些理由是可以同情的，有些做法是可以理解的，有些思路甚至是可以称道的，但为什么会出现事与愿违的情况，为什么动机好效果却不好？仔细分析和比较就可以知道错在哪一步，应该从何处着手改革。从现代中国司法的思维方式来看，与欧美同样面对如何处理法官严格适用法律与法官造法之间矛盾的课题。实际上，人民代表大会制度是以人民主权原则为前提的。从人民主权到人大主权，这样的逻辑必然要求法院严格遵守和适用人大制定的法律，这一点与西欧法学理论的初始立场并没有什么根本性的区别。从正式的制度设计来看，法院向作为立法机关的人民代表大会负责，只能严格适用法律而无权对法律的内容进行判断、审查以及修改，因此在某种意义上可以说自动售货机的隐喻也可以为中国所接受。当然，由于受传统观念的影响，中立性和消极性没有成为社会对法院的要求。中国的法官实际上拥有很大的裁量权，他的活动方式是积极的，但是在制度上法官不能对法律内容说三道四，如果在审理具体案件中发现需要创制规范、弥补制度漏洞，只能向立法机



关提出“司法建议”。在中国，法官严格适用法律的要求以司法建议的形式表现出来，意味着法官只能建议，而不能直接造法。但是，在另一方面，法官造法的现象却又公然存在，表现为大量的“司法解释”。虽然司法解释在表面上限于最高人民法院对审判中的具体问题解释，没有被定义为造法活动。但实际上司法解释的范围远远超出了审判机关的内部操作规则本身，有些内容显然是对法律规范的补充和发展。换句话说，实际上中国式的法官造法，主要就表现为司法解释；司法解释就是司法性立法，在相当程度上是细则化的立法。于是我们看到，在中国，法官守法与法官造法之间的矛盾以毫不掩饰的坦率性呈现出来。在欧美社会，也有法官严格适用规范与法官自由创制规范之间的矛盾，但法学理论始终试图掩盖或调和这种矛盾，使法官造法或者受到适当限制、或者能得到适当的消化和正当化处理。而在中国、这种矛盾以很明显、很尖锐的张力裸露在那里。一方面根本不承认法院能够独立地对法律进行最终性解释，甚至在事实上承认行政解释（行政法规和部门规章的制定机关的解释）优越于司法解释，法院不能对抽象行政行为进行审查，更不能对立法进行合宪性审查，只能向立法机关和行政机关提出司法建议。虽然司法建议的范围很广泛，法院的态度可以表现出积极主义特征，但是不能创制规范，这个逻辑关系是很清楚的。正如我们前面指出的那样，法官必须严格适用法律，法官执法守法者而已。但在另一方面，最高法院可以制定和颁布司法解释，通过司法解释的形式公然创造规范、确立权利、影响政策。这么突出的矛盾现象，居然公然存在，没有受到大家的追问。法官守法与法官造法的并存以及两者之间

的关系没有人深入地从理论上探讨，这种现象本身就很有意思。为什么会这样？又意味着什么？在理论上很值得推敲。欧美法学家对法官守法与法官造法之间的矛盾从不同角度进行了大量的研究和争论，始终在寻求一种法理上的整合性。这是西方司法思维的最基本的出发点。而中国允许对立的两个方面并列着，还一直能相安无事，显然在这里存在着很不一样的司法文化、很不一样的思维方式。中国的法学家更重视的不是法理上的整合性，而是政策上的整合性。只要存在政策目标上的共识，只要结果是合乎政策的，人们就可以从不同的立场和各自的理解上接受有关的决定内容。但是，政策性整合究竟是按照什么标准、怎么做出来的？它是否符合我们所追求的司法独立、司法公正等一系列原则？这些问题还有待我们更进一步的讨论。这就是今后中国法学所面临的非常重要的任务。让我来概括一下刚才所讲的内容。我认为中国司法除了官僚支配这个侧面外，还有横向交涉沟通的侧面，特别是比较重视舆论的反应。为了使审判切合具体情境，法官享有很大的裁量权。就法律规范而言，它是一个双重结构甚至是多重结构，再加上国家法中的刚性规范、柔性规范以及社会网络中的关系规范相互作用，使得法的多元性越来越显著。在这样的框架之中，法院通过司法建议不断把实践经验以及群众意见反映到立法层次，另外还通过司法解释在一定程度上直接创制法律规范。结果，我们法律体系的外观变得很像一种多棱角结晶物，在块状上分布着不同的结晶柱或镶嵌碎片，看上去是统一的整体，其实并不具备丝丝入扣的整合性。而欧美社会的法学理论以及审判主体的思维方式却不能容忍这样犬牙交错的揉杂，一定要想办法把法律

规范整合成一个连贯整齐的体系。当然，这样的对比为了突出各自的特征，难免有所抽象简化，这里的描述不外乎一种理想型。比如我说中国的司法比较重视舆论，但重视的程度以及舆论的概念还是有待进一步分析的。我们知道孔夫子就说过“庶人不议”，就是只让老百姓规规矩矩、不让老百姓乱说乱动，这就证明舆论自由是有限度的。今天老百姓都可以参加议论了，特别是有了互联网，网民的议论可以更自由。尽管如此，还是可以让庶民不议的，例如监控IP、封闭网站，理由可以是服务器的技术故障、代理合同的瑕疵，也可以没有理由。所以我们必须看到司法与舆论之间关系的复杂性，其中有很够有意思的现象值得观察分析。例如这里我们就碰到了政策性整合与“技术性故障”的两手抓。中国司法侧重的不是法理整合，而是政策整合。如果政策整合老是碰到所谓“技术性故障”怎么办？在保障司法的公正和效率方面，政策性整合究竟能发挥什么样的作用？应该怎样改进政策整合？怎样防止“技术性故障”以及其他各种各样的社会故障？我想这些问题都有待我们今后从理论上、实践上认真考虑和解答。我先讲到这，谢谢各位。

何兵：感谢季卫东教授深刻细致的对中国思维方式的解读，万一中国政策性出现技术性问题怎么解决？中国目前整个司法方式还是摸着石头过河的问题，就是哪一天我们摸着石头的时候怎么过河，下面请郑永流老师做点评。

郑永流：谢谢，大家晚上好。谢谢大家的鼓励，为什么这么说？我接到法律思想网的邀请，邀请我来做季卫东先生这篇文章或者是这个演讲的评论人，的确是非常犹豫的。因为在座的有的同学了解我，我对司法这个领域并不熟悉，尤为重要的是，我特别不习惯在大庭广众

之下来谈一个很专门的问题，我觉得季卫东讲的问题不太适合在大庭广众下进行交流，它只是一个沙龙当中的话题，而我更习惯在后面一种场合。为什么这么说？因为有很多信息不对称性，下面我的评论大家可以听得出来，我是以他的文本进行评论，而在座各位又没有拿到他的文本，没有提前阅读他的文本，尽管季先生刚才的演讲在我看来还是比较清晰的，但是毕竟和阅读有一些距离，这样我的评论可能你们不知道我到底说的是什么，因为我主要是依据这个文本做出来的评论。但是我又接受了这样一个邀请，基于这几点理由，季先生的文章主要还是社会学的视角，我既从事法哲学也搞法社会学，所以还有一点点自信。第二个理由就是思维方式，我更多是从法律方法角度切入进去；第三点他的内容里面涉及到与西方思维方式和司法或者是法律的思维方式这样一个对比，我自认对西方还了解一些，所以基于这三点理由接受了这样一个邀请，三比二，三多一些，所以我就接受了。下面我就按照我预先准备的，按照文本当然尽量结合他的演讲，或者是用一个大众化的话语来做一个阅读读后感。我是从三个方面来说：第一，季先生说了什么。尽管你们可能认为这是一个多余的话，但是我认为不是多余的，因为我下面的评论主要依据他说了什么。第二个大的问题就是季先生如何说，说得如何，这是一种评论，依据我的总结做出的一种评论。第三个大问题就是我如何接着说。首先说季先生说了什么？请允许我做一个总结。我觉得他说了三个问题，第一个问题是对当代中国司法思维方式的特征进行了描述，同时更多的结合了中国的传统文化做了这样一个总结。在他文章第一、二、四、五部分涉及到这个问题，当然你们没有看到

文本可以忘掉这样一个数字；第二个问题是现代西方，他用的是西欧，但是我想他也可能是讲西方，他说的是现代西欧司法的思维方式以及和中国的对比，这是第三和第四部分；最后一部分或者是最后一个问题就是如何处理严格适用法律与司法性立法的关系，这是他的原话，但是转换为法官造法也可以，如何处理严格适用法律与司法性立法矛盾总体的思路，这是在第四、五部分中提出来的。我作为读者认为季先生说了三个问题。第二是季先生说得如何，这就是我的评论。我觉得第一个部分，就是对当代中国司法的思维方式的描述，我觉得这是他整篇文章，包括他整个演讲的核心部分，在我看来也是整篇文章最精采的部分，至少对我的启发是特别大的。如果我要一句话概括，可能和季先生的概括有一点点不同，当然对不对因为作者在这里，我这个读者可以当面向作者讨教。我认为当代中国思维方式，就判决的目标，司法最关键的地方而言，是在这两个目标之间，哪两个目标？一个是判决的合理性或者是公正性和判决的可接受性，这个可接受性就是指当事人和社会的可接受性，在中国尤其是指判决社会可接受性，这是判决两个目标。中国的思维方式更多的是指向前面一个还是后面一个？更多是指向后面一个。就是指向这个判决当事人的可接受性，尤其是社会的可接受性。这一点从季先生的演讲，他说中国的司法方式是强调民情，他的文章里面用公论、公意、民意，可以看出来，可以从很多的案子，从张金柱的案子，刘涌案子，还有四川泸州的继承案子看出来，我们法院首先考虑不是判决的正当性或者是它的合理性或者是合法性的问题，而更多是考虑社会可接受性的问题。这是我归纳中国当代司法的思维方式。我们整个

司法设计，司法的正式制度安排和非正式的制度安排，在我看来基本上是一个试错的过程，这里面可以把它转换一下就是试可接受性的过程，从一审到二审到申诉基本上是这样一个过程，或者是大体上是这样一个过程，直到社会 and 当事人比较认可的时候这个程序就终止了，这是我对季先生的概括，也算是理解。第二个问题就是现代西欧司法思维方式与中国的对比。我认为他是分别用了两个隐喻来概括现代西欧的思维方式和当代中国的思维方式，他用金字塔这样一个模式和自动售货机这样的模式，因为文章是用了隐喻。我更喜欢用模式来揭示现代西欧思维方式的本质特征，我认为大体上是比较准确的，因为内容刚才季先生也讲了，我这里不重复。我认为对西方两个模式的概括可以做一些补充和修正。第一，自动售货机模式和金字塔模式，它们代表着西欧司法的思维方式的两个阶段，前者是反映近现代，就是自动售货机式的，也就是刚才说法官只是宣布法律，像孟德斯鸠讲法官只是宣布法律的嘴巴，是不可做出解释的，法国民法典也有这样一个规定。金字塔的模式反映的是当代，金字塔模式恰恰是对前面一个模式的否定，我认为在这一点上季先生没有对前后两个阶段做出一个交代，当然他可能和我的观点是一样的，只不过没有做一个交代，笼统看成是代表着现代西方司法的思维模式，在这个基础上我觉得应该进一步分别一下，因为今天自动售货机模式已经没有什么市场了。这是我要补充或者是修正的第一点。第二点，再回到金字塔模式，我觉得名称上不是特别得当。因为金字塔模式一般强调内部等级秩序与和谐一致，如果季先生只是强调法律规范的整合性那是恰当的，但是季先生并不是单单要说明它的内部和谐与完整

，而是用这样一个模式来说明西欧或者是西方法学理论如何消解严格适用法律与司法性立法之间的矛盾。他认为西欧司法思维方式是用这个来消解这个矛盾，我觉得这用金字塔比较有问题，因为是强调内部体系和谐性，并没有关照到另外一面，因为我们说的矛盾也可以换一句话就是事实与规范的矛盾，金字塔更多反映规范这一面，没有反映事实这一面，更没有反映事实与规范之间的互动关系这一面，所以如果要用金字塔模式反映西方法律理论用来消解严格司法与法官造法，或者是司法与立法之间的矛盾，可能用另外一种表述，另外一种模式更为恰当一些，这就是我经常用的一种模式，叫做等置模式或者是沟通模式，用这个模式更能够达到这样一个目的。这是对西欧思维方式，他用两个模式来表达，我做了这样一些补充或者是修正。再来看看第二个部分，他用太极图和随机调节器两个隐喻或者是两个图示揭示当代中国的司法特征，这是非常形象的，但是这两个模式或者是这两个隐喻本质上是一致的，但是太极图强调互动，少走向极端就是多，多走向极端就是少，随机调节器也是这个意思。这两个隐喻本质上是一致的，不存在对立关系，不像用金字塔模式和自动售货机模式这两种模式描述西欧不同阶段的思维方式，它是一种对立的，而这两个模式并不对立。所以能不能对应于西方的这两个模式，金字塔模式和自动售货机模式，或者是等置模式和自动售货机模式，我认为是不对应的，因为它们统统对应于金字塔模式，或者是等置模式或者是沟通模式，这是第二个问题，对于西欧司法的思维方式的描述以及与中国对比，我提出这样一些补充意见。第三，就是季先生讲的第三个问题，如何处理这两者之间的矛盾，我觉得这是最关

键的问题，可能也是季先生最想说的的问题，但是我觉得季先生在这一部分说得比较弱。在演讲中讲到更多是提出一个命题或者是提出一个问题，他的思路就是把德沃金的体系思维看作是进行批判性思考以及理论创新这样一个出发点和基本的参照系。从他的思路上讲，我是非常赞同的，我只是要补充可能有一些判断的不妥。他认为只是将德沃金看做是西方在这方面思考的顶点，这个我认为可能是有所遗漏，主要是针对英美的。如果我们看看大陆的学者，比如像恩吉施、考夫曼也是这样的，尤其是德沃金受到欧洲大陆的影响很多，主要是加德默尔的思想。为什么要提出这一点，就是不仅仅是英美，在大陆很多学者基本上是在和德沃金一个起点上，就是怎么考虑这个事实与规范之间的联系，怎么样使得它们互动起来，我觉得应该站在一个起点上，我们如果从逻辑上来看的话，我们也是在他们的起点上来思考问题，这也是季卫东先生所主张的。但是在这方面不像前面两个问题，季先生着墨不是很多，更多是提出问题。但是我认为这恰恰是一个最要紧的问题，这也是中国司法界或者是法学界一个最重要的任务。如果做一个总的评价，我认为第一个部分说的最精采，其次是第二个部分，第三个部分相对弱一些，对于我来说，我觉得三个部分的满意度是呈递减的趋势。另外我谈一点如何沟通事实与规范大致的想法，我谈五点：第一，首先对当代中国司法思维方式要有一个判断。我觉得是在事实与规范这个关系上，因为我们中国在事实与规范这个关系上，关注点是偏向事实的。什么是事实，我做了一个划分，事实，就审理个别的案件或者是纠纷而言，它是指个案的事实，如果在判决的目标上，它是可接受性这样一种事实，或者表示得



更加完整一些，是指通过当事人和社会的可接受性表达出来的情理，或者是季先生所说的公论，社会事实或社会现实。中国的思维方式偏向这样一种事实，因为我们讲事实与规范不对称性，但是并没有完全分清楚事实到底是指什么含义。它是在不同层面，至少是两层含义，这里分成两层含义：一个是个案的事实，一个是通过可接受性表达出来的这样一个民情、公意、民意这样一种社会事实，中国的思维方式是偏重这样一个社会事实的。当然在审判过程当中，季先生也讲到他是特别注重个案的事实，但是这种个案的事实是服务于后面一种社会事实的，是为了使得判决可接受性增大，我认为这两者是这样一个关系。中国这样一种思维方式是中国规范与事实紧张关系一个主要的原因，也就是偏向社会可接受的事实，所以中国的判决使法律大部分落空。比如说内在的论证，演绎、推论这些作用不是太大。如果大家对司法或者是法官判决的过程有社会学的了解，多数人对推理这一套既缺乏一般的知识同时也不重视它。所以你看这一套东西在中国，尽管我们这几年讲法律方法论比较多，但是没有引起司法界或者是法官真正的重视，因为判决的目标不是判决怎么从规范中导出来，而是考虑可接受性的问题。司法的过程或者是判决做出的过程，多半是这样一个过程：首先是有结果，和可接受性联系在一起，反过来去找适合这样一个结果的这样一个前提，这个前提就是指规范，法律规范，常常不是先找大前提，然后小前提，再推理，不是这样一个过程，而是反过来，就是看看我们这个判决能不能被社会当事人接受，如果能接受再去找相关的法律，相关的大前提，所以形式推论或者是论证基本上不需要，所以我们才说我们法官不讲理，正

是因为这一点法官不需要讲理。第二，中国司法中事实与规范的紧张关系或者是紧张对立的关系是不同于西方式的，不同于西方事实与规范紧张的关系，主要是在于两者的事实不同。对于中国我刚才讲事实主要是外部社会的事实，而西方主要是内部的个案的事实，也就是说它的这种紧张关系，是一个个案事实与规范之间紧张关系，而中国的紧张关系主要是社会事实与规范的这样一个紧张关系，这就导致西方式的解决这个事实与规范紧张对立关系的方法在中国适用起来比较困难，即使能够使用也是非常有限的。所以我们常常感到为什么西方的东西不太适合中国，就是说我们面对的事实是不一样的，导致这种紧张关系的事实是不一样的，这是我讲的第二点。第三，如何评价和削弱中国司法中事实与规范的紧张关系呢？就是如何消解社会事实？或者如何评价社会事实？我们中国司法界重视社会事实，应该说这是中国法学家特别是关注司法的人最迫切要完成的任务。我认为要消解、削弱对社会事实过度重视，过度追求，要达到这一点，有赖于中国司法制度的转型和大众司法意识的形成。第四，在国内，大家都知道，这几年法律方法论随着拉伦茨等人著作翻译成中文形成小小的热潮，他们的法律方法论主要是解决个案事实与规范的内部不对称性的问题，很难去解决中国司法当中社会事实与规范的紧张对立。所以要化解这种中国的紧张对立，主要还不在于用法律方法去化解，因为只能化解个案事实与规范的关系，不能化解社会事实与规范的紧张关系，要化解需要外部的努力。第五，司法当中的事实与规范的紧张关系是永远存在的，我认为它是常态，常态是什么？常态是个案事实与一般规范内部的不对称性，我们主要是解决个案事实

与一般规范内部的不对称性。中国司法当中事实与规范的紧张对立，一旦从主要表现为社会事实与一般规范的外部不对称性，转化为主要为个案事实与一般规范的内部不对称性，那就是中国法治形成的标志。谢谢大家！何兵：感谢郑永流教授颇有见解的评论，刚才听了郑教授的评论，我自己也有一点感想，顺便说一下。刚才郑老师说中国司法的思维主要是从判决的合理性和可接受性，在这两个极端之间进行徘徊，结论是中国更注重可接受性。如果中国更注重可接受性何以应对中国司法的可接受性，如果中国法官更注重可接受性应该更公正，我自己的研究和司法实践我觉得中国司法的判决，它的可接受性并不是在于社会的可接受性，而是在于左右它背后力量的可接受性，这是真实的。就是不是按照我们所说的逻辑的思维来导演的，就是我这个判决领导能不能接受，这是他需要考虑的，如果这个案子里面媒体关注比较大，媒体能不能接受，还有当事人对这个案子的反映有多大，他会不会自杀，他会考虑这个因素，这才是真正的问题。为了解决这个问题，我们司法采取一种封闭式的司法系统，那就是在这个系统里面我们独立运行，这些年司法改革可能也采取这样的思路。比如说法官的职业化，不是职业法官不要说话，这是封闭系统。包括最高法院一开始宣扬改革的时候，一方面法院大门是开着的，后来慢慢关起来，门越来越窄，案件审理当中媒体不能报导，使得法院是关门的趋向。但是改革另外又出现一个现象就是司法封闭的方式来运行，但是法院无法对其他的权力机构进行封闭，比如说我们都知道党和司法的关系，人大和司法的关系，在这个问题上，法院没有办法封闭，所以出现的问题就是当事人知道你没有办法封

闭这个系统，你对我当事人进行封闭，对媒体进行封闭，但是那个系统无法封闭，那个系统权力仍然渗透，就是办案过程中会找更有权力的机构，以前找法院院长，现在找人大代表通过那个系统进行渗透，法院通过司法改革已经感觉到这样一个问题，法院觉得这样封闭始终无法对其他的权力机构封闭，以后怎么办？法院又开始开门，比如说陪审制，如果我封闭从哪得到我的力量支持，法官系统封闭你们可以不管，但是法院永远不敢跟党说这句话，不敢和人大说这句话，所以需要支持系统，这个系统开始反映过来陪审制，做一个非常重大的举措就是通过陪审制使他自己获得向其他政权机构争取独立地位的一种力量的来源，这是我自己刚才听他们说忽然想起来的，下面有请王人博教授做点评。王人博：谢谢各位。刚才郑永流教授对季先生文本以及他的讲演做了三点评论，第三点我没记错的话郑教授如何接着说，我就是如何接着郑永流教授说。我觉得我挺冒昧的，为什么？如果郑永流不安那是因为他过于谦虚，因为他跟季先生都是同路中人，大家都知道，他刚才也介绍了郑永流教授是搞社会法学，我在阅读里面知道搞法史的贺卫方，搞哲学季卫东，搞法社会学的郑永流先生，我本人确实是道外中人，我不是搞这个东西的，所以今天主要是来聆听各位的教诲，但是为什么又很冒昧的来了，主要有三点原因。第一，说实话我非常喜欢阅读季卫东先生的一些著述，我也挺关注季卫东先生的著述，纯粹是出于对知识的渴望和偏爱。第二，我出于对季卫东先生本人学术顶尖人物的敬重，所以我非常冒昧来到这里做评述；第三，一个事实，就是季先生这篇论文我是下午5点才接到，恰好我也没有阅读完，恰好阅读前面两部分，如果

郑永流教授传达的信息没有错误的话我也不感到遗憾，但是不遗憾的感觉中还是遗憾，因为后面没来得及阅读。但是听了季先生的讲演，实际对后面几个部分也是一个弥补。所以说评得不好请大家谅解，我想谈两个问题，因为我只读了前面两个部分，再加上我本人曾经对季先生著述阅读感想，结合三个要素，一个是这幅文本的前两部分和今天的演讲，再加上前面的文本，我觉得到现在我也不能说法社会学到底是什么样的方法论。如果做为是一门法学学科的方向我觉得可以叫法社会学，但是做为一个方法论，我确实不知道怎么定位，是社会学的视野，社会学里面分了很多的方法，所以我确实不好归纳，但是我误认为季先生和郑永流教授的路线和方法是一个生理学的方法。特别是季先生这篇非常好的著述，我觉得就是生理学的著述。他假定了我们中国司法思维方式是一种常态，而不是一种变态的思维方式，我对这种常态思维方式进行一种生理学的描述，对它的生存机理，它生活当中细胞当中怎么交互，换句话说就是生理怎么描述，描述中国司法的思维方式以及文化特征，并没有回答思维方式到底是病态还是健康的，我不是太清楚，但是我假定他是认为它是一个常态的，这个常态和西方司法的思维方式不一样，生命的机理是不一样的，这是一个差异，而不是说西方健康咱们是病态，只是说大家都健康，机理不一样。我阅读感觉到季先生是这样一个法社会学的路子，所以我认为郑永流教授分析确实很准确。首先我认为我做为一个外道人确实收获很大，对于中国刚性规范和柔性规范整个过程当中的交互作用，确实我受益匪浅，但是同时也是把我弄迷惑了一点，也是一个收获，把我弄清楚也是一个收获，把我弄迷惑也是一个

收获，不是随便人都能把我弄迷惑，但是季先生有这个能力，在这一个问题上把我弄迷惑了。因为我本人的路子，我刚才说了我本人的路子，我认为我自己的方法论是病理学的诊断方式，我要来分析中国的司法制度或者是司法的式样假定它是病态的，然后诊断病症。只有诊断不健康才诊断病情，诊断病情才能接纳中国司法改革的前提。否则怎么能加入司法现代性或者是今天中国面临中国司法改革，你必须把逻辑说清楚。我认为我之所以说我跟季先生和郑永流教授路子不一样，我首先假定它，当然我不是研究司法改革的，假如我研究司法改革，我首先假定司法改革是一个病态的，是一个病理学的诊断，然后在逻辑上才能接纳进来现代性或者是司法改革逻辑性的问题。第二点我认为我有一点不明白，我认为确实是做的生理学的分析，但是生理学的分析又提出两个问题，比如说前面交互作用，他认为这种审判的结果就可以使审判的结果难以预测，这样是不是病态的，还是就是我们这种健康的思维方式或者是司法式样必然带来一个中性感，就是不可预测不是病态，是不可预测的特征，我不太清楚季先生的看法。再一个就是中国的司法式样和西方不一样，特别是当下咱们表诚的是严格执行严格规范主义，法官没有裁量权，法官也不能做司法解释，但是深层季先生告诉我们确实实在当下中国的司法，中国法院的法官确实有很大的司法解释权，这种冲突而季先生告诉我们中国当下处理的方式是政策行整合，当然他认为这是不够的，我们的学者对于这个问题跟西方学者也一样要进行学理性的诊断和学理性的分析。在这里面我不知道是病理学的诊断还是前面生理学的诊断，我误认为整篇论文以及今天讲演是生理性的分析，分析

中国司法的构成，怎么样一个式样，这之间作用怎么交互作用，但是从逻辑上怎么出来，做为司法方式的特征还是做为司法式样病态的一个表现，这个我确实不太清楚。我再重复一下我强调我的看法，如果你要认为中国当下的司法体制必须要进行大的司法改革，换句话说咱们中国当下司法体制改革确实存在现实性的问题，我告诉大家我的观点很简单，那只能是一个病理学的诊断，而不是生理学的分析。我的观点就是这个观点，我想请教季先生就是这个问题，是不是按照生理学下来的关系，换句话说你的论文和讲演能不能接纳中国司法改革逻辑这样一个现实性。谢谢各位？何兵：谢谢王仁博教授，请季卫东先生做回应。季卫东：我感谢两位评论人郑永流教授和王人博教授对我的发言进行了深入的分析 and 批评，我也要感谢主持人何兵教授对我的观点和郑永流教授的观点进行了一个很好的整理。我从大家的发言中受益匪浅。首先对郑永流教授的评论做一个简单的回应。刚开始听到郑教授说要分析季卫东讲的是什么，讲得究竟如何，我就在心里想郑老师千万别给我打分，不及格怎么办呀。还好郑教授手下留情，让我松了一口气。特别是前面的一段评论我觉得非常有意思。这就是他指出了“社会的可接受性”这个视角，也就是判决的社会可接受性问题，我觉得这是非常到位的一点评论。但是，中国司法虽然社会可接受性，在实践中却发生了逆转，变成很不具有社会可接受性了。这是何兵教授的提示，我觉得这个评论也非常到位。为什么社会的可接受性在中国发生了逆转？这才是很有理论研究价值的地方。总的来说，我们可以想象中国司法的思维方式是这么一个情况：确实它的制度设计最初试图强调法律和判决应该具有社会

的可接受性，不仅仅因为是法律和司法决定就必须无条件地遵守和强制执行，法律系统并不是独立于社会而闭关自守的独立王国。强调社会的可接受性，重视社会的反应和评价，使法律决定符合社会的要求和价值取向，这确实是中国司法的一个出发点。问题是如何达到这一要求？我们知道法言法语很枯燥，专业性很强，与社会日常会话不一样。何兵教授提到法官的职业化与法庭的“职业话”难以理解的问题。郑永流教授指出关于司法思维方式的问题应该在更小场合去讨论，因为大庭广众面前不适合推敲法言法语。这说明法律专业语言是非常枯燥的，缺乏社会的可接受性。例如男女同学交朋友、约会，用社会可接受的语言就是“人约黄昏后，蓊门桥畔柳荫下，千言万语皆在无声中”，如果转译成某甲向某乙发出要约某时在某处非正式磋商就非常乏味了，完全没有花前月下的感觉。法律语言剥离了日常生活语言的许多涵义和韵味，虽然更精确、但却机械冰冷。在中国这样的文化背景下，人生感悟和诗意被赋予非常崇高的地位，因此有教养的人往往以“读书万卷不读律”相标榜，审判笔记也带有浓厚的文学色彩。在这样的氛围里，以法言法语进行的合理判断未必容易为社会所接受。另外，仅用法律语言进行沟通也的确会变得日益单调划一，新意越来越少，对话的方式也越来越简单乏味。秦王朝在统一中国之前设立了专管司法解释的官员，我们可以在云梦秦简里看到当时的法律沟通的方式和内容。例如某甲偷了桑叶，价值不到一钱，该如何处置？回答很简单：罚他劳动三十天。又例如老婆太利害，丈夫拿竹鞭抽她，打伤耳朵或手指，该如何惩罚？回答也很简单：把老公胡须刮精光。在这里，语言是简洁而冷冰冰的，个



人的动机和呼吁都被消去了。久而久之，法律系统里新鲜的想法进不来，个人的主体性也被埋没到机械化的判断作业里，法律与社会之间会产生隔阂，法律就越来越没有社会的可接受性。从这个角度来看，儒家把道德语言引进法律语言之中，促成了“引经而议”的状态。大家可以拿法律之外的社会规范以及价值根据作为标准来检验法律的正当性，就很容易造成议论纷纷的局面。在“以礼入法”、“引经而议”之后，按道理来说个人的主体性更强了，议论会更活泼了，这就表现为司法与舆论或公论的关系。但是，正如何教授指出的那样，为什么中国法的社会可接受性结果却并没有提高？这就涉及到议论的条件和方式，议论能否导致社会共识？我觉得郑永流教授指出的理论背景很重要，这就是沟通理论对中国议论的参考意义。哈贝马斯的沟通理论实际上是对西方法治模式的一个反思，提出了秩序重构的基本框架。虽然哈贝马斯的沟通理论，特别是《在事实与规范之间》一书不是为了解决中国的问题而写的，很多思路与中国的现实没有关系，但却可以从中找到正确认识中国司法制度原理以及改革的一些重要线索。哈贝马斯的沟通理论特别强调当事人之间的对等性、信息的对称性以及相应的程序保障。如果信息不对称，不管议论多么活泼，也很难达成共识。在地位不对等、信息不对称的条件下进行的交涉和沟通基本上是没有建设性意义的。由此可见中国司法及其与舆论之间关系的问题所在，中国的制度设计在哪一步上开始出错也就可以看得比较清楚了。关于两个模式的评论，我觉得郑永流教授很敏锐。他在西方法学理论和欧洲法制史方面颇有造诣，所以能发现自动售货机隐喻和金字塔隐喻不妨分为两个阶段来考虑。这

样的观点可以接受。但我为什么要放在一起并列地说明？因为我试图把历史结构化。在这里，我更关心的不是历史现象的前后顺序，而是它们之间的逻辑关系。也就是说，我把历史现象纳入一个理想模型中来说明，有一点像马克斯·韦伯采取的理想型的研究方法。从这样的角度来看法官严格适用法律以及把变通纳入规范的等级结构中处理，是同一制度设计方案的不同侧面，虽然这个设计的定型和落实有一个历史过程。本来金字塔的隐喻与自动售货机的隐喻是一致的。但是，当法官守法与法官造法的矛盾被揭露或明确意识到之后，为了消除矛盾，人们借助已有的金字塔结构来吸纳造法活动，使它作为高阶规范的内涵而局限在高阶规范的外延之内，这样整体的安定性以及法官严格适用法律的形式性依然得以维持。这里包含两个层次的意味：第一、就规范的效力、约束力而言，法律体系具有金字塔式的等级结构（中国在2000年颁布的立法法也确立了这样的等级结构）；第二、在对法律进行变通适用以及修改时，用逐层渐进的方式来维护法律整体的安定性以及法官严格适用法律的原则。所以，自动售货机与金字塔这两个隐喻虽然可以反映不同的历史过程，但在逻辑上它们是互相联系在一起的。强调法官守法的是自动售货机隐喻，要在这个前提下来说明法官造法现象，不得不借助金字塔隐喻的效力等级结构，从中找到化解法官守法与法官造法之间矛盾的根据。同样，在太极图和随机调节器这两个隐喻上，我也是要把历史现象的不同侧面之间的逻辑关系归纳到统一的工具性分析框架之中。太极图隐喻强调的是两个对立因素的互动和自我循环，而国家以及当事人通过这样的互动和循环来调节相互关系，这两个侧面构成了

一种随机性整合均衡的动态。在这样的互动和调适的过程中，意义系统非常重要。意义系统由情理世界与儒家意识形态之间互相交流的两个部分构成，呈现出环状动态。由于在中国的规范场中，无论立法者还是当事人都必须以意义系统为媒介来进行沟通，都要把自己的话语、自己的行为赋予社会价值上的评估，这是重视舆论、重视情理世界、重视儒家式协调的结果，所以中国的制度设计中意义处理的比重非常大。于是中国人在现代化过程中采取的各种制度改革措施，也都要经过意义上的处理，例如在司法改革中如此广泛地追问历史和文化的认同性、异乎寻常地强调本土资源和独特语境，原因就在于传统的规范场所有因素都经过意义处理而打上了文化的烙印。在别的国家也不是没有制度与文化之争，也不是没有认同性以及意义处理，但很少有国家像中国这么执着、不屈不挠。第三点是郑教授提出的德沃金学说的前沿性以及如何评价欧洲大陆的法学理论的问题。在这里我的立场与郑教授的并不存在矛盾。德沃金的学术生活圈本身就跨欧美两地，兼任英国牛津大学法理学讲座教授，对欧洲大陆的思潮也并不陌生。我之所以说德沃金的主张标志了西方法学理论的前沿，正是因为德沃金的理论与郑教授所介绍的欧陆的沟通理论等很接近，都在动态均衡上做文章。在某种意义上，哈贝马斯和德沃金都在试图寻找通过沟通达成共识或妥协以及整合性的适当的理论架构。程序、议论、合意、均衡，这些就是欧美各种法学理论的会合点。我们站到这样的会合点就是站到了理论的前沿，从这里出发进一步探索理论发展的途径，并寻求认识中国法律秩序的原理、改进审判实践的工具性分析框架，我觉得是非常必要的。这是我对郑教授

的回应。关于王人博教授的评论，我觉得也是很重要的。王教授对我的论述的把握颇准确，我是有意避免给人江湖郎中到处开处方的印象，所以不讲所谓病理学，而侧重于所谓生理学的分析。尽管这么说，其实大家也知道我在过去写的一些论文是讨论改革实践的，开过一些药方，至于是不是对症下药需要大家评判。因为我也曾经根据价值判断写过改革方面的文章，所以与王人博教授在病理学方面也还是很有沟通的余地的。在这里王人博教授提出的有些问题的确很值得我反省，例如怎样才能避免给人误解，免得让人猜测你究竟想提倡什么。我现在就说一说在这个问题上我是怎么看的。就法制发展而言，我们从总体上来把握，不谈具体问题，不谈个案事例，仅谈整体的问题状况，影响法律整合性以及正当性的外在大因素主要有三种：第一种是何兵教授涉及到的政治权力，此外还有与政治权力的运作有关的利益关系、利益衡量，以及与权力和利益有关的功利主义、实用主义，等等。第二种是与地方性知识、本土资源、文化传统、身份认同等有关伦理生活，在一个特定情境里确定的“善”的概念，对什么是好的人生、什么是不好的人生的价值判断。什么是美好的人生？在美国与在中国答案是不一样的。伦理生活是与一定社区、一定语境联系在一起的。第三种是普遍性的社会正义和真理追求，包括人权保障和民主自决在内。普遍性正义标准与特殊性伦理生活会交叉重叠的地方，但两者还是不一样。中国当然也会有自己的普遍性追求，中国是绝不会不讲社会正义的。总之，我们可以看到有这样三个层面的问题。根据这三个层面来分析中国法学理论的现状，我们可以看到不同的组合产生了不同的流派。这里不举出具体的人名

来，仅仅就事论事。在现阶段，有的学者把政治权力和利益考量与一定地域的伦理生活结合起来，既强调功利主义的侧面，也强调本土性诉求的侧面，把这两者结合起来，试图让以政治权力为轴心的利益考量能够符合一定社会的伦理要求，同时让一定社会的伦理要求符合政治权力的需要。这是一种很有代表性的思维方式，试图通过功利主义以及伦理生活的直接混合来化解政治权力的合法性危机。也有的学者试图把本土的伦理生活与普遍的正义观联系起来考察。当他们这样做的时候，突然发现两者性质迥异，无法结合或者很难结合。这时他们往往很失望，或者会因此向本土性回归，转向一种文化宿命论；或者会因此激进化，以普遍性社会正义和人权来否定本土性伦理生活。另外还有一些学者把政治权力、利益衡量与普遍性的社会正义或人权等结合起来，这是从体制内推动改革一批精英，他们试图借助政治权力来推行正义，他们试图通过利益考量来说服官僚阶层。你要解决统治上的麻烦吗，那就得发展经济；你要发展经济吗？那就不得不加入WTO；你要加入WTO吗？那就不得不按照国际准则行事，不得不进行行政改革、司法改革以及其他各种制度创新？这就是说服得逻辑。就法制发展的外部因素以及不同组合而言，是不是主要表现为这三种思路？现在我要阐明自己的基本立场和一贯主张。我是要把以上三种不同的思路结合起来。也就是说，我认为中国法制改革和发展既需要政治权力和利益考量，也需要尊重我们自己的伦理生活，同时还需要甚至更加需要普遍性的社会正义。这三个不同维度、不同层面的制度组件我都要，我希望用公平合理的程序把这三者串起来，构成一个整体的目标模式。实际上，从1980

年代后期开始，我就一直在追求三种不同类型的法律原理的适当组合。怎么组合？通过新程序主义。通过程序来组合不同的部分。这是我的基本思路，也是我与国内法学界其他朋友既有相同之处又有本质差异的地方。要问我的改革主张在哪里，就在这三位一体程序化的构思里。而我对现实的理解和说明也与这样的基本框架有关系。在这样的整体框架中，在这样的前提条件下，有时会仅仅涉及其中的一部分而不是整体，这时可能会引起一些误解。例如今天我主要是讲与伦理生活相关的那一部分。至于王教授提出的其他具体问题，我也作些初步的回答。比如说对于不可预测性如何评价，我的看法是这样的：第一、不可预测性有时并不是人为制造的，而是一个客观存在，在这样的场合往往很难改变它。中国法的一些问题就是这样。因为中国社会是关系本位的，而关系网络中存在着复杂的互动。中国人都很聪明，都有“群龙无首”的价值取向，这时集体行为的确定性会比较低，确实存在一个如何做出决定、如何进行公共选择的问题。决定的方式基本上分为两大类：民主决定与专制决定。民主程序其实就是做出决定的程序，少数服从多数，大家都接受这个游戏规则、就可以回避不能作出决定的危机状态。如果没有民主决定的程序怎么办？只好由某个人或某一群人来为民作主，这就是专制决定或者独裁，否则就会乱套。所谓克服不可预测性、所谓民主化，说穿了也就是决定方式问题。哪一种方式能做出更好的决定，更能得到大家的承认和支持，这种方式就是适当的，社会就能安定化。我们也不能简单地说人治社会就不安定，或者民主社会就不安定，但可以衡量判断哪一种决定方式的结果更能获得社会的可接受性。因此，不

可预测性能够通过改变决定方式来消除。第二、法律本身的属性就是要消除不确定性，当然应该以可预测性为目标。中国社会由于互动关系很强，经常会面临所谓“双重不确定性”的问题。双重不确定性在博弈的场合表现得最明显。我想下一步走什么棋或者采取什么行动，要视对方的意图而定，而对方也会以同样的方式预测我的行动举止，因此我还必须把他怎样理解我的意图的可能性也考虑进来，这样会形成对双方而言都不确定的状态，会使不确定性发生倍增。这样的双重不确定性如果得不到削减和消除，如果成为社会的普遍化状态，那么就会导致无序。法律的一个重要功能是削减和消除双重不确定性。有了明确的法律规则，就知道行为的边界在哪里，就知道违背规则的后果是什么，这样作出决定的困难就会减少。第三、中国法似乎不太重视双重不确定性的削减和消除，甚至本身还促成双重不确定的状态。这样的特征与传统社会的结构、秩序的形成机制以及国家的目的有关。当前提条件和目的发生了变化，法律制度的结构和功能也必须随之改变。当然，这里仍然存在一个社会的可接受性问题。在制度变迁过程中，中国的法律体系进一步呈现多样化、动态化的特征，内在矛盾很多。中国的司法机关基本上是采用政策性整合的方法，不太顾及法理性整合。怎样使中国法既适应时代需要，又能为社会接受，还能实现法理整合？这是我们大家面临的共同课题。王教授问我的处方，我觉得自己的智慧有限，希望寄托在青年们身上。政法大学的学生很有些，在座的还有北大、清华、人大等校的法科学生，你们都是法律界的精英，肩负中国法治的未来，希望寄托在你们身上。相信你们能够找出最适当的解答来。而我们愿意尽

量为你们提供一些条件和支持，我们当然愿意和大家一块来寻找解答。我的回应就到这里。何兵：感谢季卫东教授的回应。现在大家可以提出问题。提问：季老师你好，因为我们是通过听的方式来得到你的一些意思，所以这样的信息肯定是有限的，所以我的一个想法是如果听不是读，更重要是把握你论证的方式，因为首先你的这个问题，我不知道或者说你并没有给出一个结论，就是说也许你是保持一种价值中立的态度来看这样一种所谓的中国司法的方式或者是它的文化特征，没有结论更注重论证过程，我注意到你今天谈到如果用郑老师的框架，是一种运用的法律观或者是预设的法律观，你今天用的是运用法律观，在运用法律观法官的态度或者是方法或者是他的想法是什么，但是我感觉到你在论证过程中，在第二部分，就是引用西学部分谈到自动售货机或者是哈特和德沃金，以此说明西方法律司法的转变，他们其实回答都还是一个预设法律的问题，就是回答法的有效性或者是法的正当性是什么，最浅白的话就是法是什么，并不是直接去关心这个法如何实现或者说这个法如何得到一个正确的答案，并不是这样一个问题。所以我觉得用一种预设法律观说运用法律观这个问题比较突兀，而且他们是在法内的观念，包括德沃金来看，可能德沃金是一个例外，我们很难把德沃金定位为法内谈论家，但是实际上西方这样一种运用法律观的转变更多是法外因素促成的。比如说当年之所以提出法官是法律的喉舌就是强调是一种政治因素，所以我希望你对于我这个问题给予解答。季卫东：我觉得这个问题很有意义。我在这里讲的是法律应用的问题，因为司法本身就是应用法律的问题。但是，我们知道司法最后做出来的结论实际上是



法律判断，是宣告法律，它的效力等于法律。在这里，面临着判决是否妥当，为什么必须遵守法律之类的问题。在前现代社会，我们知道有各种各样预设的价值前提，而现代化把合理性导入法律领域，使合理性渗透社会的每一个角落。社会的合理化程度越来越高，人们就会不断地追问你法律与判决的强制力的根据，是否合理，是否正当。这样的追问越来越多、越来越强，就意味着在应用法律的过程当中你也不能回避预设法律观这样的理论性问题。这是很大的变化。意味着原先人们不太追问法律的正当性和合理性，比较盲目地崇拜法官、信奉规章、服从国家的权力，但现在人们受到合理主义和平等主义的影响，加上制度性知识的普及，人们变得越来越有批判性，会不断追问应用法律过程的正当性以及各种预设的前提。因此，不能用二元对立的方式来看待应用法律观与预设法律观。另外这位同学还提出了价值中立性的问题，就是说我为了保持价值中立而没有给出一个明确的结论。很坦率地说，因为我采用法社会学的方法来研究法律现象，所以我倾向于价值中立。虽然不能完全做到，我是尽量采取价值中立的态度的。因为我认为一种科学的研究，一种对事实的研究，还是应该尽量采取价值中立的态度的。但是，这并不意味着对事实没有价值判断。因为没有被赋予价值涵义的事实只不过是一堆没有意义的素材而已。所以，考察事实应该价值中立，根据事实作出判断必然要显示价值取向。那么谈到司法，什么是我的价值判断呢？前面我已经讲到影响法制发展以及司法改革的三个层面、三种维度，我试图通过程序把这些不同原理结合起来。程序本身具有价值中立性，但是我把这样的程序安排看作一种很重要的价值，何况通

过程序寻求共识本身就是一种价值取向的行为，而不是利益取向的行为。当然，在这里我仅仅涉及了其中一个或者两个层面的问题，所以不能根据这些内容来判断我整体的立场。还有一点需要补充，这就是虽然我们知道有些东西是没有目的的，而有些价值会因目的不同而发生变化，但我们必须承认在涉及法律性评价时，我们不能不考虑社会的目的。社会的目的发生了变化了，对法律的评价也会有所变化。比如说在全球化竞争时代对效率、速度提出更高的要求。比如说在中国与美国，由于自然环境、人口规模、社会发展阶段、综合国力的不同，对自由竞争与公平竞争之间的关系的理解和处理就会很不一样。在人均生存空间较窄的地方，竞争的自由度过大就会增强竞争的残酷性，为此更需要强调公平竞争甚至协调。在当今的中国讨论现代化问题，我们不得不首先面对西方文明强有力的挑战，其次还不得不面对通过经济发展维持庞大人口的生存权这样的现实压力，另外还不得不面对经济全球化之后所造成的制度竞争，不得不面对民众的平等意识和权利意识的高涨，特别是在经过社会主义价值观洗礼之后平等主义深入人心，这就使政治的民主化改革成为无从回避的选择，但是前面的某些因素又使政府统治能力具有特别重要的意义。我是在这样的前提下来进行价值判断的，我希望大家能够理解、能够支持我的价值取向。提问：季老师你好，郑老师你好，王老师你好，我想请教一个问题，我主要想请问季老师和郑老师，因为他们的方向和我的问题一路，一个问题就是刚才你们二位提到司法判决的可接受性，我想问可接受性是从何来而来，是不是从法律论证的角度而来，因为刚才季老师在报导中说康德以来就把道德和法律分开

，是不是包括道德因素，如果包括道德因素是混合在一起还是有过渡这样一个阶层，如果有过渡他们是如何过渡？季卫东：首先当我们谈到司法可接受性的时候，大家肯定会想到因为法律本身是一种规范性的存在，意味着它有强制力，强制力就是不管你接受不接受都得接受。当我们追问法律规范本身是否适当时，已经涉及另外一个层面的问题，例如道德。把法律与道德区分开来是为了实现理性，避免恣意化司法。而把道德话语引进法律话语则是为了促进个人与国家之间的主体性对话以及推动制度改革。从司法的角度来看，我们还可以把这个问题分成两个侧面来谈。第一个侧面是判决与法律的关系。我们考虑司法判决是否可以接受时，首先取决于判决所依据的法律是否可以接受。如果法律本身具有社会的可接受性，那么只要判决符合法律，它的可接受性就会比较强，虽然具体适用的妥当性还有推敲的余地。第二个侧面涉及法律与政治以及道德的关系。法律是采取什么方式、按照什么程序制定的、是否反映了社会大多数人的意愿、是否具有充分的合理性、合理性的评判标准是什么、等等，这一系列的问题能否得到妥善解决，对法律的可接受性影响非常大。所以，在讨论司法判决的可接受性时，首先要考虑法律规范体系的可接受性，立法机关能否充分反映民意，政治体制是否得到社会的承认。如果法律是通过民主程序、通过严格的科学论证制定出来的，大家都认为是很好的法律，也还会面临法律的具体应用是否适当、新的问题如何解决等方面的挑战，这时司法判决的可接受性主要与裁量权的行使是否适当有关。总之，司法判决的可接受性可以主要通过立法的可接受性以及法官行使裁量权的可接受性来衡量，而有关的

问题基本上可以通过制度上的技术设计来解决。这位同学还提出来了道德问题。道德构成可接受性一个重要方面，当然不是代表所有的方面。道德与法律的关系这个问题当然比较复杂。一旦把道德话语引进当事人的法庭辩论，很可能会陷入无穷之词。因为每个人都可以在不同程度上拥有自己的道德观。当然也有社会普遍接受的公德，但每个人还是会在许多方面拥有自己认为适当的道德观。现代法的基本的制度设计是把道德问题划归个人意思自治的范畴，法律只处理公共性问题。所以法制现代化的第一步就是把法律与道德问题区分开来。但是现代社会进一步发展以后又引出来很多新的公共道德问题。比如脏器移植的伦理标准、环境保护的成本负担、同性恋的认可、人类克隆技术的应用等等，既是公共性问题，也是道德性问题。这就要求把道德性话语引进公共性话语空间。另外，法律作为自我封闭的系统持续过久会引起法律与社会脱节，法律系统与其他社会系统之间无法沟通，为此也需要在一定程度上把道德话语引进法律话语之中，激活个人之间以及个人与国家之间的对话和议论。这就是哈贝马斯沟通理论的视角，在这个意义上，郑永流教授的确指出了—个很重要的视角。郑永流：谢谢，因为这个问题是由我引起的，我就有这样一个论证的负担。我把刚才这位同学提出来的问题和何兵的问题结合起来回答，就是在季先生回答的基础之上我再说这么几个问题，因为可接受性有对立面，也就是说他的判决合理性的问题，如果不把这个问题联合起来，专门讲可接受性可能大家不是很好理解。为什么讲这个问题？就是说这个命题并不是一个本土的命题，这应该说是西方法律社会学或者是法律理论当中—个问题，他是和论

证联合在一起的。原来并不考虑判决可接受性的问题，而是判决合理性的问题，合理性是从法律当中产生出来的，因为法律前提是和议的产物，判决符合法律就应当是接受的，而且法律是有强制力的，和可接受性没有什么关系。为什么后来又提出来可接受性这样一个问题？主要是说西方进入了一个很复杂的社会，因为很多的判决就像季先生所讲的具有相当的公共性和社会性，你比如像堕胎、同性恋等等问题，没有道德判断的问题，所以就要考虑社会可接受性的问题，所以这个背景下提出可接受性的问题。你们可以看到近现代基本上不谈可接受的问题，这是一个现代的问题或者是当代的问题。二者之间是什么关系？他们之间有时候是呈正相关的关系，合理性越大可接受性越强，但是没有成为必然的联系，因为不合理的判决也可能接受，合理的判决也可能接受，他们之间是存在这样的关系，没有必然的联系，但是有很大的或然的联系，所以我们经常追求判决合理一些，合理一些可能可接受性大一些，但是并不导致必然要接受这个判决，原因就在于比如说损害我的利益所以我不接受，或者是和我道德观念相冲突我也不接受它，这是他们二者之间的关系以及问题的提出。下面看一看这个同学提出的问题，就是和论证是什么关系？论证达到两个目的，一个是判决的合理性，一个是判决的可接受性，是双重目的，原来更多论证如果在形式意义上讲论证，更多考虑前面，考虑结论是从前提提出来的，结论就要反思大前提的问题，看看大前提是不是正当的，如果前面论证是内部论证，后面反思就是外部论证，所以这是论证的两个目标。再回到何兵刚才提出来的问题，因为我提出来的观点就是中国在这两者之间更关注当事人或

者是社会可接受性，何兵提出来一个反问，既然这么关注，为什么我们很多判决又不能接受。我认为这二者之间没有自认为逻辑上的联系，比如说我们中国是重视德治的国家，重视道德的国家，但是并不是说我们大多数人或者是每一个人都那么非常有道德。导致这样一个原因在我看来，就是我们道德太高了，要求太高了，常人做不到，只能作伪，作伪道德就没有了，越是道德沦丧的时候越是强调道德。比如说现在城市信用，城市信用使道德到边缘，无论是制度设计或者是其他方面都特别强调这个东西。可以解释中国的现象，就是我们中国制度设计的确是偏向可接受性，比如说尊重公意、案件追踪制、流程制、问责制等等都是和这个东西联系在一起，造成我们判决，当然也不能说我们判决都是不能接受的，我们不能做这样一个绝对的判断，当然相当一部分是没有可接受性，这个原因很多，一部分原因是我们的确是枉法裁判，存在这样一个原因，但是还有另外一部分原因，我概括成当事人非理性的反抗。我们看看我们这里面有一个数字，我们案件的判决大概是80%都要申请法院强制执行，在法院颁布强制令只有80%才得以执行，对比西方执行令是相当高的，80%申请强制执行判决是不是都是不合理的，但是我看到这些判决比如说判你欠人钱要返还，但是常常是不返还的，你说这种东西，我说只能用当事人利益的考虑或者是一种非理性对判决，对法律的一种反抗，用这个东西来解释。当然为什么当事人有这样一种倾向，可能是更深层次的原因，我在另外一篇文章有效的法律性和现代化的过程当中思路是联系在一起，我对这个问题的回应就到这里，谢谢！何兵：我再说一点，关于法院司法对社会判决可接受性问题，

实际上应该说基本上结论是对的，中国法院判决更注重社会可接受性，但是对于法官来说社会是具体的，而不是抽象的，而现在中国是病态的社会，导致我们的司法迎合这种病态社会，这可能是一个问题。也就是说我们是希望尽到一种比较独特的司法，为这个司法控制或者是改造我们病态的社会，但是司法出来以后会发现司法被捕获，被俘虏，反而在某种情况下就是我们不能推波助澜，至少在考虑可接受性，也就是说我们司法来救病，王老师是郎中，我们用法院来治病，但是法官考虑可接受性迎合病态社会，所以互相感染，交叉感染，这个病怎么治看来要靠王老师病理学家将来来治。

王人博：不治病而是诊断。 何兵：感谢大家的光临，感谢我们主讲人和评论人，谢谢大家。 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。 详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)