·法学研究·

DOI:10.20004/j.cnki.ujn.2024.01.015

司法裁判中情理的规范性转化

武　飞

(山东大学 法学院,山东 威海 264209)

[摘　要]情理兼有事实性与规范性。在传统司法中情理具有法源意义,在现代司法中情理不具有裁判依据效力。在事实认定与法律适用环节,法官的情理考量皆可作为裁判理由以建构裁判规范。诉诸情理是实现裁判可接受性的必要途径,积极修辞是情理表达尤其是激发情感认同的特殊修辞策略。裁判文书修辞诉诸美好持久的感情比诉诸短暂丑陋的感情更为可取。情理表达的修辞策略需与特定案件的性质、修辞目的相适应,情理考量的结果应与现行法实现规范融贯。在裁判规范的建构与表达过程中,情理在不同层次上实现了规范性转化,推进了"合情合理"裁判的产生。

[关键词]情理;裁判理由;裁判规范;积极修辞

[中图分类号]DF0　　[文献标识码]A　　[文章编号]1671-3842(2024)01-0150-11

中国社会在很大程度上是一个情理社会。"天理、国法、人情"三位一体思想构成了中国司法传统中最重要的司法理念之一,体现了中国这样一个情理社会法律文化多元主义的面向。与此相对应,中国传统司法实践追求一体化的平衡艺术,以实现"准情酌理""情法两尽"。时至今日,情理社会依然是中国社会的一个重要表征,同时,中国特色社会主义法律体系已经形成,在既定法体系完整、规范丰富的前提下,关于情理的叙事场景发生了重大改换。一方面,情理在既有规范体系中的地位已不同以往;另一方面,在依法裁判的原则下,情理作为一种价值追求在社会公众心目中的期待并没有降低,司法裁判仍被要求"合情合理"。在司法制度上,人们期待"深化司法责任制综合配套改革,加强司法制约监督,健全社会公平正义法治保障制度,努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义"①。学界已充分认识到,裁判文书释法说理应充分运用中华优秀传统文化因素,尤其是颇具我国特色的情理内容。针对当前司法实践缺乏对情理的有效表达等现象,有学者提出在日常情理中探寻法律的规定性、坚持情法一元的理想法治观②,也有学者提出可以通过情理运用来丰富法律论证的内在结构③。然而,传统"情理法"作为一种整体性观念主要是从司法价值方面发挥作用,古代裁判文书经常以模糊思维和飘逸说理为特征,并不符合现代司法制度的规范要求。由此,情理在当前司法制度下应如何有效运用还需要技术路径方面的探索。

[基金项目]国家社会科学基金一般项目"裁判文书中情理运用的修辞论证研究"(项目编号:20BFX005)。

[作者简介]武飞,山东大学(威海)法学院教授、硕士生导师,法学博士,邮箱:wufei@sdu.edu.cn。

①习近平:《以科学理论为指导,为全面建设社会主义现代化国家提供有力法治保障》,《习近平谈治国理政》第4卷,北京:外文出版社,2022年版,第295页。

②参见谢晖:《法治思维中的情理和法理》,《重庆理工大学学报》(社会科学),2015年第9期。

③参见王国龙:《司法原情:传统及当代价值》,《政法论丛》,2015年第1期。

一、司法过程中情理的规范性质

情理在实践中并没有成文载体。围绕情理的性质和内涵，学者们对传统司法中的情理进行了多维度描述。日本学者滋贺秀三认为，情理是一种常识性的正义衡平感觉，这种衡平与西方的衡平概念不同，中国的衡平更注重整体性。在“情”的指引下，“理”在传统的司法场域里“并没有表现出强人所难的严格主义要素”。[①]梁治平认为，中国传统社会的法律本质上是在执行道德，官员断狱往往不限于律法的文义，而是探求其人情、事理的真意，使律法与道德观念相一致，所以情理在这里指向的是道德[②]。邓勇认为，情理是中国式的理性和良心[③]。汪雄涛指出，情理是指一种情感上当为的事[④]。霍存福认为，除了客观事理外，情理还有特殊时代的伦理和概念[⑤]。凌斌也认为，情理不是个体情感，而是人伦关系[⑥]。面对现代司法，情理的丰富内涵并没有发生明显改变，就其在裁判文书中的体现，简单而言，广义的情理可以包括事理、常识、常情、常理、经验法则等内容；狭义的情理可与文理、事理、法理并列。然而，情理在现代司法中的规范意义与传统司法有所不同。

（一）情理是一种社会事实

情理内容虽然在某种程度上与主体和情境相关，但从整体而言，情理内容来自社会生活经验并反映社会历史与现实，它们总是超越了特定主体的行动和愿望，作为一种社会事实而客观存在。“事实作为对事物实际情况的一种陈述，按其内容而言是事物的实际情况，即是客观的；按其形式而言是一种陈述或判断，即是一种知识形式。”[⑦]从客观角度来看，情理的基础在于为人们所熟悉且长期留存下来的生活形式。情理是人们对社会现象或事物性质，尤其是人际关系等总结归纳所形成的共性认识，它具有相对稳定的社会心理基础，是人们认识社会的产物。情理作为一种知识形式，虽然不具有成文性质，但却是人们可以在社会生活中习得的。一国法律制度可以吸纳一些习惯、倡导善良风俗，体现出对情理内容的认可。然而，情理一旦被成文化，就发生了性质转化，成为国家规范的一部分。同时，国家规范也可能会着力改变一些不为现代法治精神所认可的情理内容，如某些社会性歧视或陋俗，这时情理就会与国家规范产生竞争关系，其可能会式微、被消灭，也可能在一定范围内仍保持生命力。

情理作为一种社会事实，主要是一种原初性事实而非制度性事实。根据塞尔的社会实在论，事实可分为两类：一类是不依赖于任何人的意见和同意的“无情性事实”（brute fact，又称原初性事实或原始事实），可以理解为对陈述对象某些特性的描述；另一类是依赖于人们一致同意的事实，称之为“制度性事实”，它包含了对各类制度的理解[⑧]。情理主要是一种自然生产的事实，是社会发展过程中自发形成的，但也可能进入法律制度成为制度性事实。例如，亲人之间有着相互关怀的情感，即便亲人确有犯法行为，人们也不忍因自己的证言使亲人身陷囹圄。正是先有了这样的原

①参见[日]滋贺秀三等著，王亚新等译：《明清时期的民事审判与民间契约》，北京：法律出版社，1998年版，第13、37页。

②参见梁治平：《寻求自然秩序中的和谐——中国传统法律文化研究》，上海：上海人民出版社，1991年版，第232-305页。

③邓勇：《论中国古代法律生活中的“情理场”——从〈名公书判清明集〉出发》，《法制与社会发展》，2004年第5期。

④参见汪雄涛：《明清判牍中的“情理”》，《法学评论》，2010年第1期。

⑤参见霍存福：《中国传统法文化的文化性状与文化追寻——情理法的发生、发展及其命运》，《法制与社会发展》，2001年第3期。

⑥参见凌斌：《法律与情理：法治进程的情法矛盾与伦理选择》，《中外法学》，2012年第1期。

⑦彭漪涟：《事实论》，桂林：广西师范大学出版社，2015年版，第71页。

⑧参见[美]约翰·R. 塞尔著，李步楼译：《社会实在的建构》，上海：上海人民出版社，2008年版，第3页。

初性事实,然后才有古代司法上认可的亲亲相隐制度[①]。

(二)情理具有弱规范性

人类具有自发性社会学习的能力。具有社会性合作倾向的社会成员通过学习和继受,在一定程度上超越知识的个体主观属性,形成了与其他社会个体在诸多问题上的沟通和一致。情理包含了一些与伦理、道德信念相关的内容,人们之间可以相互学习和传达。"我们凭良心认为正确的正义观念,并不仅仅是形式性的,而总是含有实质性的评价。"[②]可见,共同的生活形式同时证成了评价的主体间性,它使得我们理解为什么价值并不是一种任意风格的个体之事[③]。在人际交往过程中,一种长期存在的行为模式可以具有规范性,即人们不仅自己遵守,也期待他人按这种模式行为。

作为社会事实的情理为人们的社会生活提供了一种稳定的期待。当有人违反这一期待时,人们往往对不符合情理的行为怀有一种特殊的、既含道德愤慨又含利益计较的情感反应。从这一意义上来说,情理是具有规范性的。所谓规范性,是指给人设定行为规范。它不是描述人们做了什么,而是告诉人们有权做什么、应当做什么或可以做什么[④]。但是这种规范性本身并不纯粹,因为情理只是一类经验,并没有直接告诉人们要做什么或不做什么,它告诉人们的是行为应当符合情理。我们期望别人的行为会符合情理,这种期待是一种"规范性期望"[⑤]。因此,情理从内容上来说并不是完全个别化的,它具有一定的普遍性。

佩策尼克指出,价值开放性词语具有如下属性:(1)这些词都与情感、态度和行动等相关,具有实践意义。(2)这些词也与某些事实相关,具有理论意义。(3)它们的理论意义具有词法模糊性或多义性。(4)在一个特定案件中,为了决定词语的具体指涉,人们需要权衡和平衡一些考量[⑥]。以此来看,情理便属于典型的价值开放性词汇。情理的内容有高度的场域依赖性质,即不能简单地说情理是什么,而必须与社会关系、上下文结合才能明确其内容,此时它的规范性质才能显现出来。同时,情理对人的行为具有指引功能,社会公众对司法裁判具有"符合情理"方面的期待。与法律、道德等社会行为规范相比,我们可以说情理仅具有"弱规范"属性。

(三)情理不具有裁判依据意义上的法源属性

在传统司法中,情理通常具有法律渊源的意义。王志强通过对宋代《名公书判清明集》的研究发现,"如果法律有悖于其他原则而与情理相矛盾,执法官员可以通过法律解释、法律选择来加以协调,甚至可以置法律于不顾。"[⑦]中国古代司法官在天理、国法、人情以及社会习俗等的支配和综合作用下,对案件作出合于现实理性需要的适当性处理,是司法官在以儒家伦理为主流的多元思想、意识指导下,受到诉讼的特定语境和技术制约之下,对于裁判方案的合情、合理、合法性反复权衡与最终确定的过程[⑧]。法官对情理的考量,既可以作为裁判的实质性理由,也可以直接作为裁判依据,还可以作为评判司法裁判的价值基础。

在现代司法中,情理的规范性效力发生了变化。如果我们简单说情理是法律渊源,那么这是

---

①据《汉书·宣帝纪》记载,汉宣帝诏曰:"父子之亲,夫妇之道,天性也。虽有患祸,犹蒙死而存之。诚爱结于心,仁厚之至也。岂能违之哉?自今子首匿父母,妻匿夫,孙匿大父母,皆勿坐。其父母匿子,夫匿妻,大父母匿孙,罪殊死。皆上请廷尉以闻。"

②[德]莱因荷德·齐佩利乌斯著,金振豹译:《法哲学》,北京:北京大学出版社,2013年版,第152页。

③[芬]奥利斯·阿尔尼奥著,宋旭光译:《作为合理性的理性:论法律证成》,北京:中国法制出版社,2020年版,第309页。

④参见[美]斯科特·夏皮罗著;郑玉双,刘叶深译:《合法性》,北京:中国法制出版社,2016年版,第55页。

⑤[德]尼克拉斯·卢曼著;宾凯,赵春燕译:《法社会学》,上海:上海人民出版社,2013年版,第89页。

⑥[瑞典]亚历山大·佩策尼克著,陈曦译:《论法律与理性》,北京:中国政法大学出版社,2015年版,第19页。

⑦王志强:《南宋司法裁判中的价值取向南宋书判初探》,《中国社会科学》,1998年第6期。

⑧顾元:《衡平司法与中国传统法律秩序——兼与英国衡平法比较》,北京:中国政法大学出版社,2006年版,第13页。

一种不严谨的说法。法律渊源，即法源，这一概念包含了多层次的复杂内涵，其不仅体现了我们对某种规范性质与效力的理解，还对应着特定的法律制度，即规范性效力需要通过制度予以实施。“在广义上，所有法律理由都是法源。在狭义上，所有必须、应当或可能被法律人在工作中采纳为权威理由而提出的文本以及实践等都是法源。”[①]虽然在一个既定法律体系之内，法律渊源的概念基本上囊括了所有可能有效法律规范的内容，但我们在讨论情理的规范性效力时，诉诸这一概念却不是一种有效路径。

学者们将法律渊源划分为正式渊源与非正式渊源、效力渊源与认知渊源等多种类型。其中，正式渊源与效力渊源皆指向裁判依据，或称权威性理由。根据《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性法律文件的规定》及相关文件精神，除明确规定的规范之外，指导性案例、指导性文件等不作为裁判依据引用，但经审查认定为合法有效的，可以作为裁判说理的依据。在立法意义上，除了宪法与立法法中规定的“有效力的法律表现形式”之外，包括习惯、道德等在内的其他规范皆非法律渊源[②]。一些情理内容得到立法认可，自然就具有严格意义上的法源地位。例如夫妻间应相互扶助、子女应赡养父母，这些内容进入民法典，则便具有了更强的规范效力。在规范结构上，情理是针对不特定的事实进行评价与指引而无具体的构成要件和法定效果[③]，这使其与具有假定条件、行为模式、法律后果等要素的成文法律规范存在重要区别。以现代司法所要求的规范体系的封闭性而言，情理所具有的规范性在程度上并不足以使其直接作为裁判依据。

总之，情理兼有事实性与规范性，传统社会与现代社会皆是如此。情理的事实性与规范性并不矛盾，因为人们对他人的情理期望本身就是一种社会事实，而这种期望又包含行为规范的内容。同时，规范性是一个程度概念，情理的规范性程度决定了它在司法过程中的规范效力。在现代司法中，情理不具有裁判依据的效力，但可以作为证成司法裁判的实质性理由。

二、情理作为裁判理由构建裁判规范

情理进入司法过程有多种路径。情理可以作为法官的前见，以缄默知识的形式影响司法过程，此时情理要素的动态表现便是法官的情理感，构成任何判决的“无声开场白”；情理也可以整体作为一种价值取向，成为检验司法裁判正当性的标准，即符合情理的裁判被认为是更好的裁判。情理影响司法过程，最为具体和直接的方式，便是作为法律论证的论据以实质性理由证成司法裁判。在此路径下，情理以显现的方式实现了规范性转化，成为裁判规范[④]的一部分。

（一）情理作为事实认定理由构建案件事实

事实是一种感性经验的知识形式[⑤]。根据证据裁判原则的要求，认定案件事实必须以证据为根据。在司法实践中，法官可以通过情理考量判断证据能力、评价证据证明力，也可以通过情理推断认定案件事实。

在几类主要的证据类型中，证人证言、被害人陈述、犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解等言词证

①[瑞典]亚历山大·佩策尼克著，陈曦译：《论法律与理性》，北京：中国政法大学出版社，2015年版，第297页。

②参见刘作翔：《“法源”的误用——关于法律渊源的理性思考》，《法律科学》，2019年第3期；刘作翔：《回归常识：对法理学若干重要概念和命题的反思》，《比较法研究》，2020年第2期。

③参见杜军强：《法律原则、修辞论证与情理——对清代司法判决中“情理”的一种解释》，《华东政法大学学报》，2014年第6期。

④我国学界一般在两种意义上使用裁判规范概念。抽象意义上的裁判规范与行为规范概念相对，泛指裁判依据；个案意义上的裁判规范指法官为待决案件建构的具体裁判规范。本文在个案意义上使用裁判规范概念。

⑤参见彭漪涟：《事实论》，第6页。

据主观性强,容易受到各方面因素干扰而减损稳定性。刑事案件经常需要对人过去行为的精神方面进行解释和理解,犯罪嫌疑人和被告人供述等证据的真实性就非常重要,实践中法官经常依据情理考量对言词证据进行评价。例如,在一宗受贿案中,公诉机关提供的证人证言证明:行贿人在结婚当天晚上跑140多公里去行贿;三人出差,有严重鼻炎打鼾的经理刘某祥和他人合住,而另外职位低的人单独住;行贿人在宾馆大厅当着多人的面送钱给被告人……法官认为这些证据与情理不符而未予采信[①]。在一起盗窃案中,被告人杨某进入张某家后被抓获,其辩解自己是想要求租房屋。法官从情理上进行了分析:如按被告人所说,其见到户主时,完全可以说明其来意,但根据各方陈述,被告人说打算租房子之后并无其他交流,而是逃离现场,在被抓回后,听到户主意欲报警时其向被害人下跪,并支付了1000元钱,明显是做贼心虚的表现。此外,被告人当庭供述其逃跑的原因是怀疑遇到"仙人跳"。被害人张某与杨某素不相识,案发当天也是杨某首先进入被害人家,作为户主的张某对其进行询问是理所应当的事情。即便张某怀疑其是小偷,如果杨某未实施盗窃行为,也可以向张某释明,而不应当无理由地怀疑张某欲对其实施敲诈行为。由此法院认为被告人所述逃跑的理由不能成立[②]。从情理与证据的关系来看,当情理内容与证据指向一致时,自是无须再单独讨论情理问题。因此,在证据评价环节,法官的情理考量多用于否定证据能力或降低证据证明力。

在司法实践中,当待证事实缺少直接证据时,便须依赖间接证据作出推论。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第140条规定了间接证据定罪规则。情理推断是间接证据推论中常用的事实推论方法[③]。情理推断的主要构成要素包括:(1)作为推理小前提的证据事实,它是情理推断的"根基",限定了情理推断的大致范围。(2)作为推理大前提的概称陈述(generalization),也称概括,它主要是通过归纳形成的关于人的行为和与行为相关的事物的概括性总结,具有或然性。常情常理、经验知识等内容构成了概称陈述的重要来源,是情理推断的关键要素。

一般而言,情理在事实情节方面的意义与常识、经验法则类同,但和经验法则等内容相比,情理包含了更多对人际关系的理解,其内容更为复杂,也更具不确定性。与客观事理不同,常情常理是一种日常生活中常见(而非必见)的自然事理和社会生活事理;因为这种事理只是在过往的同样情景中常见而非必见某一相同事实而积累的规律性认识,所以不是必然性的事理,而只是或然性的事理[④]。情理从内容上来看兼有模糊性与不确定性,因此在事实认定过程中,其运用必须结合特定的个案条件。如果要判断一个人书写欠条是否出于自愿非常困难,此时必须明确一些语境条件。例如,某人在凌晨,被四个人持刀威胁带至偏僻公路,并被抢走4300元现金,且此人写完欠条后找到机会立即让家人报警[⑤]。如此,便可以根据这些具体条件综合考量得出此人书写欠条并非真实意愿表示。从司法实践来看,情理以显现的方式进入司法裁判主要是通过情理推断过程实现的。情理既不是作为认定事实的证据,也不是直接作为案件事实,而是与证据一起完成事实推理

①刘某祥被控受贿罪一案,湖南省涟源市人民法院(2014)涟刑再初字第1号刑事判决书。

②杨某被控盗窃罪一案,山西省长治市中级人民法院(2020)晋04刑终39号刑事裁定书。

③学界对"情理推断"概念的使用并不统一。有学者认为情理推断与似真推理、最佳解释推理相同,但在称谓上较后两者更适当;也有学者认为情理推断有别于相对似真理论(Relative Plausibility Theory)、最佳解释推论(Inference to the Best Explanation)。参见周洪波:《中国刑事印证理论的再批判与超越》,《中外法学》,2019年第5期;王星译:《情理推断在刑事证明中的规范运作——以事实证成理论为分析框架》,《中外法学》,2022年第1期。

④常情常理是常识意义上的常见,因而是或然性的事理,而常识上的事理既有必然性的客观事理,也有或然性的常情常理。参见周洪波:《中国刑事印证理论的再批判与超越》,《中外法学》,2019年第5期。

⑤苟某明、吕某义被控敲诈勒索案,四川省南充市顺庆区人民法院(2017)川1302刑初226号刑事判决书。

的大前提。情理内容的可靠性直接决定了推理大前提的正当性，也影响法官对证据事实与概称陈述之间常态联系的判断。

整体上可以说，我们相信一件事情，经常是因为它合情合理[①]。当一个事实不合情理时，我们会产生怀疑。一些小概率事件，初看起来可能不合情理，但是当诉诸其他专业知识或现代科技时，可能存在可以接受的解释。在评价事实描述时，我们可以有似真性、最佳解释、叙事融贯等多种标准。有学者提出“合情性”概念，它意味着在理性的理由之外还存在着与理性理由同样有力的感性理由，它是超越一己之私的具有普遍性力量的“大感性”，是与理性理由同水平的无可置疑的人性理由[②]。笔者认为，“合情性”这一概念颇具中国特色，可以凸显中国司法的独有智慧。它可以借以用来作为证据或事实评价的参考标准，与其他标准一起完成案件事实的证成，提升案件事实建构的正当性。

（二）情理作为法律适用理由构建裁判规范

现代法律体系在规范上具有相对封闭性，情理内容无法直接作为裁判依据，但可以作为裁判理由直接影响裁判结果，此时情理可以理解为裁判的智识性理由或认知渊源。情理内容主要存在于人际关系之中，婚姻家庭等涉及人伦关系的民事案件是法官通过情理考量以适用法律的常见领域。例如，在王某容与厦门安宝医院有限公司医疗服务合同纠纷一案中，王某容与丈夫王某冰在进行人工辅助生殖过程中丈夫因工伤意外去世，其要求医院完成胚胎移植手术，医院则以现行法律法规与医疗规范皆禁止为单身妇女实施人类辅助生殖技术为由予以拒绝。法院认为，王某容作为丧偶单身妇女，有别于一般的单身妇女。王某冰系独子，王某容在丈夫王某冰去世后自愿继续实施胚胎移植手术为其生育子女，延续家族血脉，符合一般的社会伦理道德，理应得到尊重[③]。在王某连与平安人寿保险合同纠纷中，双方订立的保险合同中约定了投保人先天性畸形保险人可免责的条款。但法院指出，虽然双方在合同中有相关约定，但面对上百页的合同，让一个没有专业知识的妇女在签订合同时，寻找先天性畸形免责条款实在强人所难[④]。相对而言，民事规范与情理在调整社会关系方面具有高度重合性，情理发挥作用的空间也较大。在上述两个案件中，法官皆通过情理考量作出了有利于相对弱势一方的裁判，对双方的权利义务关系的调整也符合相关法律的目的与价值。

从刑事司法实践来看，与前述法官多依据情理考量否定证据能力或降低证据证明力类似，在司法裁判中，法官多用情理考量作出出罪判决或处以较轻刑罚。例如，在李某被控犯危险驾驶罪一案中，法院认为，被告人李某在与朋友聚餐临近结束前，因妻子打电话告知幼子发高烧要求其回家照顾，情急之下没有选择打车或者乘坐其他交通工具，而选择醉驾，其舐犊之情可以得到社会公众及为人父母者广泛理解和宽容，亦是人之常情，其醉酒驾驶的主观恶性与其他侥幸心理的醉驾行为人相比较小。可以认定其危险驾驶犯罪行为属于犯罪情节轻微，不需要对其判处刑罚[⑤]。情理是一个颇具抽象性的概念，其内容的确定经常需要依赖具体场景，即便有些情理内容得到了大多数人的接受和遵守，也不意味着其中不存在争议，尤其是与刑法的刚性规定遭遇时，其规范意义边缘的模糊性就更为明显。例如，朋友间互赠礼物的行为是正常的人情往来还是构成行贿受贿，

①参见陈嘉映：《说理》，北京：华夏出版社，2011年版，第251页。

②参见赵汀阳：《论可能生活》，北京：中国人民大学出版社，2010年版，第1页。

③王某容与厦门安宝医院有限公司医疗服务合同纠纷一案，福建省厦门市思明区人民法院（2020）闽0203民初12598号民事判决书。

④王某连与中国平安人寿保险股份有限公司山东分公司人身保险合同纠纷，山东省济南市长清区人民法院（2021）鲁0113民初1324号民事判决书。

⑤李某被控犯危险驾驶罪一案，四川省剑阁县人民法院（2018）川0823刑初17号刑事判决书。

就需要结合具体情境进行判断。在王某霞受贿一案中,法院指出,“二人存在长期的同居生活,个人财产存在混同的情况,应当考虑二人具有重组家庭的计划和感情基础。在此情形下,情人一方为另一方在事业提拔和责任追究方面建言献策、通风报信、出面斡旋有关领导,虽有违纪之嫌,但确属人之常情。王某霞与王某欣主观上并未将其视为一种交易,而是情感因素驱使下的自愿付出,因此不属于对国家工作人员职务行为廉洁性的收买。综上,王某霞收受王某欣给予609.5万元钱款的行为不应认定为受贿。”①

作为法官裁判依据的法律规范已经在立法层面进行过情理考量,符合社会的整体价值取向,因此情理考量与法律规范指向相同时,其作用无须强调;只有法官依据情理考量作出与既有规定有所偏离的裁判时,才会特别凸显情理的规范作用。以情理考量作为法律适用的理由,尤其是作为与现行法规定有所偏离的理由,主要是出于一种对个案正义的追求。然而,“越是考虑情理,越是每个案件都有自己具体的‘情理’,结果,每处理一个案件,就得每次根据不同情况一个一个考虑。”②为了防止这种个别主义的倾向走过了头,致使法官的个体情理判断超越了集体判断,必须进行可普遍化证成。有学者指出,“在情理裁判的背后,始终存在论辩的可普遍性原则。古今皆然,只是侧重点和表述各有不同。”③法官的私人知识无法为司法裁判提供充足的理由。这种可普遍化原则,就是要求法官基于情理的考量必须在更大范围内得到合理性认可。裁判必须要给出理由,而理由本身必定要超越个案的结果,是一个更具普遍性的命题④。对情理的考量不是权宜之计,关于情理的讨论必须被安置在法律语境的理性论证之中,以寻求其中的“共同意义”。和“良心”具有的超越个体性一样,情理也是一种基于社会生活整体的价值判断。从这一意义上说,个案正义仍然应是具有普遍性的正义。

三、司法裁判的情理化表达

包括情理在内的诸多资源的混合体构成了司法裁判的实质性理由,它们建构了裁判规范。作为一种“个案的法”,司法裁判不仅要正确地得出,还要恰当地呈现和履行,以实现其对社会关系的调整。裁判文书是社会公众了解司法的重要窗口,也承担着沟通、引导等多种社会功能。然而,社会公众和法律职业共同群体并未分享相同的话语体系,实践中司法裁判理性化理由的充足与否与裁判得到认可之间经常缺乏对应关系,裁判文书要实现有效说理,经常需诉诸情理。

(一)诉诸情理是实现裁判可接受性的必要途径

哈贝马斯指出,“正确性”意味着合理的、由好的理由所支持的可接受性⑤。接受意味着评价,而评价因价值判断个体差异性明显,因而特定案件裁判结果的可接受性并不是普遍的。司法裁判在接受案件当事人、法律职业共同体的评价的同时也呈现于社会公众面前,当事人及社会公众对裁判会有情理方面的诉求,通过裁判文书对其进行回应是非常有必要的。作为司法裁判所要影响之人,听众有层次之分。在理想状态下,司法判决得到全体社会公众的认可和尊重。但理想听众或普通听众经常是抽象的,在实践中,大多数案件的关注者只是少数人,法官总是会自觉或不自觉

①王某霞被控受贿罪一案,北京市高级人民法院(2018)京刑终61号刑事判决书。

②[日]寺田浩明著,王亚新译:《权利与冤抑:寺田浩明中国法史论集》,北京:清华大学出版社,2012年版,第366页。

③陈林林,王云清:《论情理裁判的可普遍化证成》,《现代法学》,2014年第1期。

④See Frederick Schauer. Giving Reasons, *Stanford Law Review*, Vol. 47. pp. 635-638.

⑤[德]哈贝马斯著,童世俊译:《在事实与规范之间——关于法律和民主法治国的商谈理论》,北京:生活·读书·新知三联书店,2003年版,第278页。

地设定具体听众。这些特殊而具体的听众，是真实存在的个体，他们有活生生的个性和情绪。因为听众通常并不具有法律职业群体共同的知识背景和教育经历，职业群体内部有效的说服方式经常是行不通的。当论点确定时，要赢得不同听众的认可，便需要在不同层次上寻求论据。要追求与听众达成共识，既可以诉诸关于事实、真理、假定等现实性内容，也可以诉诸包括价值、层级等偏好性内容[①]。同样道理，针对不同的特定听众，需采用不同的修辞策略。可见，基于听众的多元性，无论是从论证内容来说，还是从修辞策略来说，诉诸情理都是其中重要的一部分。

就司法裁判的所有听众而言，接受本身也是有层次之分的。最理想情形是听众内心看法与裁判理由高度契合，自然认可并接受裁判结果，给予裁判结果高度评价；其次是听众存在与裁判结果不同的看法，但被裁判修辞论证说服，转而认可裁判结果；再次是听众内心的观念或看法并没有实质性改变，不认可或不完全认可裁判理由，但被法官或裁判文书中显现的情感打动，从而愿意接受裁判结果；最后则是完全基于司法权威被迫接受裁判结果。“说理不是要我们即使不理解也接受结论，而就是要我们理解。……与其说论证的目的在于从智性上使对方臣服，不如说论证旨在创造新的理解途径。”[②]如果不能改变听众内心深处的观念和看法，那么可以退而求其次，至少使听众知悉对争议问题可以有其他的理解方式，而这种理解方式也是“合理”的。

无论听众对裁判持有何种层次的接受态度，都应该是建立在有效沟通基础之上实现的理性评价，“交往理性是人类理解的基础，也是可接受性的基础。”[③]正如法的发现与证成可进行区分一样，裁判文书诉诸情理并不违背沟通与论证的理性目标。即便司法裁判中可能没有凸显对情理的考量，也并不意味着裁判修辞中无需或不可诉诸情理。构成裁判规范的情理与呈现于裁判修辞中的情理并无具体的对应关系。裁判理由建构的先在性并不是为裁判修辞限定藩篱，理由的内容与表达的区分以及裁判修辞对裁判规范的所谓“再加工”，不仅不会减损裁判本身的正当性，而且有助于提升司法裁判在彰显个案正义等方面的价值。

（二）积极修辞是情理表达的特殊修辞策略

在修辞理论上，修辞可分为消极修辞与积极修辞。消极修辞追求表达明白，没有模糊和歧义，其表达方式是抽象的、概念的、理智的；积极修辞则要有力、动人，其表达方式是具体的、体验的、情感的[④]。一般来说，“理”应是不言而喻的道理，因而是普遍的、整体的，而“情”是依赖情境的、具体的、特别的。裁判文书的背后承载着法律与司法权威，其在释法说理上主要追求以理服人，因而裁判文书的修辞风格整体上以消极修辞为主，但诉诸情感时则需借助积极修辞以实现以情动人。

语言学者的研究表明，语篇参与者的人际关系亲密程度与语篇中情感出现的可能性直接相关[⑤]。根据这一理论，作为裁判者的法官与当事人有着不平等的社会地位、相对疏远的人际关系，因此裁判文书出现情感内容的可能性较低。然而，人际关系在本质上是心际关系，它不是就事论事，而是以人对人，是心在打交道[⑥]。就具体个案而言，当事人等经常在司法过程中表达其情感诉求，这种情感诉求本身就成为其司法诉求不可分割的一部分。徐忠明认为，传统中国具有“情感本

①参见[比]哈伊姆·佩雷尔曼，露西·奥尔布莱希茨-泰提卡著；杨贝译：《新修辞学——一种论证理论》，北京：商务印书馆，2021年版，第75-76页。

②陈嘉映：《说理》，北京：华夏出版社，2011年版，第214页。

③[芬兰]奥利斯·阿尔尼奥著，宋旭光译：《作为合理性的理性：论法律证成》，北京：中国法制出版社，2020年版，第266页。

④陈望道：《修辞学发凡》，上海：复旦大学出版社，2010年版，第34-36页。

⑤参见王品：《从系统功能语言学的三重视角看判决文书的情理》，《语言学研究》第24辑，北京：高等教育出版社，2018年版，第10页。

⑥赵汀阳：《论可能生活》，北京：中国人民大学出版社，2010年版，第163页。

体”的文化结构,无论是百姓还是官员皆会采取“诉诸情感”的裁判策略[①]。在现代司法中,为了回应当事人的情感诉求,或激发当事人的情感共鸣,法官也需要在陌生的人际关系之中寻求情感上的认同。在我国裁判文书类别中,只有通知书等有对当事人的称呼,其内容通常比较简单,作为释法说理主要载体的判决书和裁定书没有具体称呼。但是如需诉诸情感,则法官必须设定具体的特定听众。情感的对象是人,而不是议题[②]。对象确定后激发情感的修辞内容才得以展开。“当人们抱友好态度或憎恨态度的时候,抱气愤态度或温和态度的时候,他们对事情的看法不同,不是完全不同,就是有程度之别。”[③]因此,裁判文书总是致力于正面激发情感以获取听众认同。

心理学家坎迪斯·克拉克指出,同情即为他人感到悲伤和怜悯,他认为同情是人际关系中的一种关键情感,是人类社会的基础[④]。从司法实践来看,当事人是法官的首要直接听众,通过裁判文书凸显法官对当事人的同情,是积极修辞常见的运用场景。就裁判内容而言,诉诸同情的修辞,往往出现于裁判结果无法满足处于弱势地位的当事人诉求之时,此时法官通过积极修辞表达自己的同情之心,以减少当事人接受判决的阻力。在一起破坏林地的案件中,法官说道,民以食为天,农民热爱土地之心强烈,乃人之常情,但热爱土地应以合法占有为前提,而不能凭借对土地的一腔热爱,无视对环境的破坏、对林地植被的毁损,侵犯国家集体或者他人的合法权利[⑤]。在一起交通肇事案中,法官认为,在情感方面,本案被害人是一名对未来人生充满美好憧憬、正在努力准备高考的高三女生。可以想象,当这个正值花样年华的少女在完成一天繁重的课业,准备通过人行横道过马路返回家中享受父母的呵护时,无论如何不会想到自己那本该精彩的人生、尚未绽放的生命,会终结在一个素昧平生的醉酒司机手中。而更加残酷的是,被害人的母亲当时正在马路另一侧准备迎接自己的女儿。近在咫尺的母亲目睹女儿被车撞击的过程,此时这对母女之间的距离也许就是人世间最近却又最遥远的距离。这一场景对于任何具有正常情感和同情心的人来说,都是可以想象到的最为悲伤的画面之一。正因如此,在本案二审审理过程中,特别是在面对正处中年却已早生华发的被害人之母以及沉默寡言的被害人之父时,合议庭法官同样经历了最为痛楚的心路历程[⑥]。

如果说同情的情感主要是针对具体当事人的,那么愤慨的情感则是在更大范围内关照到了听众情感。在广受关注的江歌案中,裁判文书说道,刘某曦作为江歌的好友和被救助者,在事发之后,非但没有心怀感恩并对逝者亲属给予体恤和安慰,反而以不当言语相激,进一步加重了他人的伤痛,其行为有违常理人情,应予谴责[⑦]。在李某犯诈骗罪一案中,法官也表达了类似的情感。法院指出,仅凭一份真伪不能确定的劳动合同复印件就对李某启动刑事侦查程序显然不妥。本案涉案金额仅为14138元,亦没有查询到李某之前有类似索要双倍工资的诉求,在奔穗公司对裁决不服提起诉讼且至今未有实际履行的情况下,上诉人李某却因此遭遇了长达一年五个月之久的牢狱之灾,实在有违人之常情、世之常理,对李某苛处刑罚,背离了人民群众的朴素认知,必须予以纠正[⑧]。愤慨是一种道德情感,在这两起案件中,一方当事人的行为严重违背了社会公众的行为期待,法官

①参见徐忠明:《诉诸情感:明清中国司法的心态模式》,《学术研究》,2009年第1期。

②[美]加佛著,马勇译:《品格的技艺——亚里士多德的〈修辞术〉》,北京:华夏出版社,2014年版,第205页。

③[古希腊]亚里士多德著,罗念生译:《修辞学》,《罗念生全集》第1卷,上海:上海人民出版社,2007年版,第207页。

④参见[美]乔纳森·特纳,简·斯戴兹著;孙俊才,文军译:《情感社会学》,上海:上海人民出版社,2007年版,第47页。

⑤黄某福、王某平、刘某有被控非法占用农用地罪一案,河南省滑县人民法院(2017)豫0526刑初117号刑事判决书。

⑥李某交通肇事案,北京市第一中级人民法院(2015)一中刑终字第1797号刑事附带民事裁定书

⑦江某莲与刘某曦生命权纠纷一案,山东省青岛市城阳区人民法院(2019)鲁0214民初9592号民事判决书。

⑧李某被控诈骗罪一案,广东省广州市中级人民法院(2019)粤01刑终706号刑事判决书。

通过裁判文书的语言表达了这种情感，激发了听众的情感共识。“人类的理性，更具体地讲，人类的决策依靠情感。没有情感，人们不能把握选择的效价或效用。”[①]无论是诉诸同情还是愤慨等其他情感，当法官使用恰当的方式激发当事人或社会公众的感情共识时，便推进了司法过程中各方当事人的良性互动，实质性提升了个案的裁判可接受性与听众的公平正义感受。

（三）司法裁判情理化表达的限制

感情是司法信任的重要纽带，诉诸情感的修辞在增强情感认同方面具有积极意义。在追求裁判可接受性方面，诉诸情理符合理性论证的要求。然而情理内容非常复杂，与之相随的修辞策略也各有所长，其中积极修辞所固有的个体性与司法裁判追求的普遍性之间存在方向性分歧。“尽管操纵和度量情感是人类经验的一部分，但以一种客观和可靠的方式来操纵和度量情感却很困难。”[②]为避免各类修辞策略与司法的价值相违背，必须在司法场景中对裁判的情理化表达进行规范性限制。

首先，诉诸情理的内容应有方向性限制。裁判文书所表达的情理内容，在理的方面，主要是没有争议的道理，具有公共性。在情的方面，则应是正面的、积极的感情。具体来说，人类的情感成分太过复杂，其中既有美好高贵的情感，如爱、友谊，也有卑鄙丑陋的情感，如嫉妒、怨恨等。我们虽然经常说“人之常情”，但显然并不能将所有“人皆有之”的情感都当作正常情感予以接纳。有学者提出，以“对人类尊严的尊重”作为区分标准，爱是被允许的，恨是不允许的[③]。由此，诉诸亲情比诉诸愤怒更为可取。此外，人类的情感有时长之分，愤怒、恐惧等是短暂的情绪，而亲情、友谊等则是更为持久的感情。一般而言，持久的感情更有助于支持人们未来的稳定行为预期。因此，裁判文书的情感修辞应更倾向于诉诸长久的感情，而不应仅追求激发听众短时间内的情感认同。简言之，用于裁判文书释法说理的感情也需要进行规制，只有与司法所追求的价值一致的感情才能够作为修辞载体。

其次，诉诸情理的修辞策略及方法应具有适切性。诉诸情理的具体修辞策略及方法须与特定案件的性质、修辞目的相适应。例如，在一起抚养纠纷中，法官说道：“二被告婚姻几十载，曾经的相知、相亲、相容，没有道理变成现在的事事相对，这样的话，让你们共同的子女如何与你们面对？你们的相对已经产生了后果，难道还要继续以往，还要继续不幸？”这里法官连续使用了问句。这种问句尤其是反问极具修辞意义，它暗示了与听众存在已有共识，回答问题就是对这一潜在共识的再次确认的过程[④]。这一修辞方法之所以是有效的，主要在于它契合特定的司法场景，与案件类型、性质、当事人具体情况相适应。类似道理，如果要激发情感认同，则通常要使用更为具体的语词而非抽象的语词进行形象描述，以触发联想。在婚姻家庭纠纷中，“家”是一个高频出现的意义象征，而在其他案件中就可能不适用。在实践中，有个别法官会在自己审理的同类型案件中重复使用相同的积极修辞，这显然无法满足修辞适切性的要求。

裁判文书的修辞效果是法官和听众共同完成的。就司法裁判关系结构而言，听众与法官不仅在司法权力关系上居于不平等地位，在话语资源上也并不对等。裁判文书是一种拟制的对话场景，法官如频繁使用“必须”“应该”“不要”等强加式语气进行灌输说教，将不利于充分展示司法善

①[美]乔纳森·特纳，简·斯戴兹著；孙俊才，文军译：《情感社会学》，第18页。

②[美]爱德华·E. 史密斯，斯蒂芬·M. 科斯林著；王乃弋等译：《认知心理学：心智与脑》，北京：教育科学出版社，2017年版，第360页。

③参见[美]欧文·费斯著，师帅译：《如法所能》，北京：中国政法大学出版社，2008年版，第284页。

④参见[比]哈伊姆·佩雷尔曼，露西·奥尔布莱希茨-泰提卡著；杨贝译：《新修辞学——一种论证理论》，第188页。

意[①]。如果当事人感受到自己与法官之间存在强烈的不公平情感交换关系,将更不利于其对裁判结果的认同和接受。“修辞只有在不被看成是修辞时才能真正发挥其效力。”[②]听众只有在不觉得修辞者是在故意施展技巧时才有可能真正被说服,因此,裁判文书的修辞方法应以必要、精练为原则,避免频繁、夸张的修辞。

再次,情理考量的结果应与现行法实现规范融贯。在日常生活中,我们经常使用“情有可原,罪无可恕”来表达情理与法律之间的矛盾冲突。法律主要是规范人们的社会行为,如果将内心情感不正当地表现于外部,危害他人或社会利益,通常就会得到法律上的负面评价。此时不宜简单地认为这是法律与情理之间的直接冲突,而应认为这是不同评价标准着力于特定行为之上时显现出的差异。例如,亲亲相隐虽然在情理上具有合理性,然而我国现行刑法上并没有正式认可亲亲相隐制度,通常仅作为酌定量刑情节。因此,在论及此类问题时,不宜直接以亲亲相隐为理由从轻或减轻处罚,而应将亲亲相隐作为论证犯罪行为社会危害性的论据,避免与既定法律规范产生规范冲突。这种规范融贯的实现,以情理考量的公共性为基础。在情理考量过程中,应着力关注并防止个人的情理判断伪装成社会公认的情理规则。价值判断要有理由支持才可能具有意义,情理考量亦是如此。司法过程中的情理考量也需纳入法律论证的范围,遵守理性论证的各类规则和要求。

四、结 语

“情理”是中国特有的多元法律文化的凝结,其体现了中国社会对普遍正义和个案正义二者不可偏废的期待。在中国古代司法中,情理发挥了类似自然法对实在法的批判、纠正作用[③],在一定程度上削减了“恶法亦法”与“恶法非法”之争。在现代司法中,情理作为公众的司法价值期待仍具有标志性意义。在裁判规范的建构环节,情理可以作为裁判理由进入裁判规范并成为其中不可分割的内容;在司法裁判的表达环节,诉诸情理成为提升司法裁判可接受性的重要途径。在这一过程中,情理在不同层级上完成了其规范性转化,推进了一种“合情合理”裁判的产生。

[责任编辑:郑 毅]

①参见孙海峰:《裁判文书说理的公共性及其价值》,陈金钊主编:《法律方法》第17卷,济南:山东人民出版社,2015年版,第227页。

②刘亚猛:《追求象征的力量》,北京:生活·读书·新知三联书店,2004年版,第25页。

③霍存福:《沈家本“情理法”观所代表的近代转捩——与薛允升、樊增祥的比较》,《华东政法大学学报》,2018年第6期。