

司法决策如何进行后果考量

陈洪杰^{*}

内容提要：主张司法决策应当进行必要的后果考量是当前颇有影响力的一种法律思维方式，从个案裁判法律效果与社会效果相统一的目的论来看，“后果主义”似乎是一种更容易在后果意义上证明为正当的方法论思维。然而，从决策的角度来看，既然决策者需要在各种可能的后果之中去追求最可欲的后果，就必然意味着对某种特定后果进行工具性控制的决策逻辑和权力支配链。这也是为什么法院经常将执行“自上而下”的公共政策等同于追求裁判的社会效果。“李昌奎案”的实践表明，那种以权力独白的方式追求“结果可欲”的“后果主义”，如果缺乏“过程可信”的方法论背书，是很难真正赢得社会认同的。而这可能恰恰是陪审制度强调“分权”与“制衡”的优势所在。

关键词：后果主义 向上负责 权力独白 交往视角

在诸多引发舆论哗然的司法个案中，主张司法决策应当进行必要的后果考量已经成为一种相当有影响力的法律思维方式，并且尽管方法论进路各有不同，但大家似乎都在不约而同地主张：司法机关应该避免机械僵化地演绎推理，在各种具有开放性的可能后果之间进行权衡，做出最优的判断。比如，法教义学的规范后果主义主张：“我们有理由认为，在处理案件时，法官理应对摆在其面前的各种可供选择的裁判规则所可能造成的后果予以审慎考量，以权衡利弊”；^{〔1〕}以及，社科法学的实用后果主义主张：“法律人应以一种追求系统性好结果的实用主义态度，充分利用各种相关信息，基于社会科学的缜密思维，尽可能借助作为整体的司法制度来有效处理难办案件。”^{〔2〕}

然而，对于具有“讲政治”传统的中国司法体制而言，进行后果考量的司法意识与决策能力历来都是一个合格的法官所必须具备的基本业务素质。比如，原最高人民法院院长肖扬于2002

^{*} 陈洪杰，南京大学法学院特任副研究员。

本文为2018年国家社科基金重点项目“重大改革于法有据的理论与实践研究”（18AFX001）的阶段性成果。

〔1〕〔英〕尼尔·麦考密克：《法律推理与法律理论》，姜峰译，法律出版社2005年版，第125页。转引自陈辉：《后果主义在司法裁判中的价值和定位》，载《法学家》2018年第4期，第41页。

〔2〕苏力：《法条主义、民意与难办案件》，载《中外法学》2009年第1期，第94页。

年10月16日在最高人民法院青年法官座谈会上的讲话就曾指出：“办案要讲究方法和艺术，在遵循法律原则的前提下，还要讲大局，讲稳定，讲团结，实现讲政治与讲法治的高度统一。”〔3〕宋亚辉认为：“在最高人民法院描绘的法治蓝图中，追求裁判的‘社会效果’，坚持‘法律效果与社会效果相统一’，无疑是最引人注目的中国特色之一。”〔4〕而侯猛则从经验层面指出：“在重大、轰动、疑难案件中，法官一定会先考虑后果。这个后果并不只是对于案件当事人的影响，而是案件对社会经济生活的影响。”〔5〕

也就是说，我们可以合理地假设，即便是在那些引发舆论哗然的司法个案中，基本业务素质合格的理性法官毫无疑问已经进行过后果权衡，并且也一定是在其力所能及的范围内做出了自以为最可欲的判断。随之而来的问题是，在“后果主义”相当程度上已经在实践中得到贯彻的背景下，究竟是什么样的深层原因导致司法决策在很多时候依然无法取得法律效果与社会效果的有机统一，就“后果”论“后果”的“后果主义”方法论进路又究竟在何种意义上能够弥合司法与社会之间的认知分歧。而作为进入问题的前提，我们首先需要回答的是，从决策的角度来看，“后果主义”究竟意味着什么。

一、“后果主义”的决策逻辑

按照现代法治的内在要求，司法决策的常规方法是将待决事实代入既定规范，按照形式主义的逻辑方法进行演绎推理，从而导出相应结果。在这个过程中，决策者首要追求的即是以相对确定的“事实—规范”作为推导后果的基准，其对所达致的结果并不带有任何价值前见，而是保持中立、开放的态度，重在以司法后果的形式确定性与可预期性来维持法的安定性价值，稳定社会的规范性期待。对此，英国的丹宁勋爵曾经有一个广为流传的观点颇具代表性：“我们决不考虑政治后果，无论它们可能有多么可怕：如果某种后果是叛乱，那么我们不得不说：实现公正，即使天塌下来。”〔6〕

然而，在“后果主义”看来，法律作为一种社会体制，其何以能够在一个封闭的规范体系内自治地实现公正？比如，陈柏峰即认为：“面对司法实践中的问题，仅仅从法条出发进行法教义学的解释远远不够，需要结合政治、社会、文化等多方面的因素进行权衡。”〔7〕这就意味着，当司法决策者基于不同的权衡因素，从不同的推理角度对个案进行后果考量时，〔8〕其所可能推导出来的后果极有可能不是唯一确定的，而是多元开放的。而“后果主义”则主张：“这个世界更

〔3〕 最高人民法院办公厅编：《最高人民法院历任院长文选》，人民法院出版社2010年版，第307页。

〔4〕 宋亚辉：《追求裁判的社会效果：1983—2012》，载《法学研究》2017年第5期，第18页。宋亚辉在北大法律信息网数据库收集的6495件司法解释及工作文件中，以“社会效果”作为“全文关键词”进行搜索，共有367份司法文件明确使用“社会效果”概念。检索截止日期：2017年6月26日。

〔5〕 侯猛：《社科法学的传统与挑战》，载《法商研究》2014年第5期，第76页。

〔6〕 宁杰：《论公共传播中先进法官的形象塑造》，载《人民司法》（应用）2016年第16期，第68页。

〔7〕 陈柏峰：《社科法学及其功用》，载《法商研究》2014年第5期，第71页。

〔8〕 孙海波认为：“后果主义推理在我国的司法实践中相应地表现为五种基本形态：基于道德的后果考量、基于经济的后果考量、基于公共政策的后果考量、基于惯例的后果考量以及基于其它社会后果的考量，并且有的时候它们是彼此穿插、交织在一起的。”〔孙海波：《通过裁判后果论证裁判——法律推理新论》，载《法律科学》（西北政法大学学报）2015年第3期，第85页。〕

看重判断”，“好”的司法决策要“关注实际成效”，^{〔9〕}决策者应当努力在多种可能的后果之间寻找最可欲的后果^{〔10〕}。这在方法论意义上必然包含以下几个层面的逻辑内涵：

其一，“后果主义”必然预设了关于某种特定后果之可欲或不可欲的“前理解”。比如，苏力对于“许霆案”的评论：

“显然，广州中院的重审判决，广东高院的裁定书……有了更好的论证和推理。许多人服了……但还有人不服……而且服的人也大多不因为这两份司法文件的说理，而是这个结果是可以接受的。我不知道接受这个结果的法学人中究竟有几位真的看完了重审的两份司法公文……但我们都是后果主义者，不是彻底的法条主义者。”^{〔11〕}

也就是说，在苏力看来，司法决策的关键并不在于某种法教义学原理的精确推演和细致论证，而在于达致一个符合“前理解”的、可以被接受的结果。或者说，在“后果主义”的方法论进路看来，司法决策者必须具有与某种“先在”的“前理解”（比如，社会效果）达成一致的司法能力。宋保振认为：“既然司法作为一种社会行动，法官就必须综合判决的社会效果来裁判案件。”^{〔12〕}

其二，后果主义“是以某个裁决所可能带来的后果作为逻辑起点……这种论证将某个判决所可能带来的正面或负面后果作为支持或拒绝某个判决结论的理由……如果某个裁决所产生的后果对政治、经济、社会以及公共福利是不可欲的，那么，这个裁决就被认为是不正当的，或是不值得为之辩护的”^{〔13〕}。

这也意味着，当面对多元开放的后果考量因素或是“前理解”时，无论是诉诸抽象规范（法教义学原理）还是具体个案决策的程序正当性原理，司法决策者都不足以自洽地决定什么样的“前理解”才算是关于某种特定后果之可欲或不可欲的“前理解”。一切只能以实际“后果”之“好/坏”作为决策正当与否的“背书”。这也是为什么在像“李昌奎案”之类的争议案件中，“云南省高级人民法院完全符合制定法规定的二审改判”终究无法被“接受”。^{〔14〕}苏力也正是在这一意义上对那些在后果上欠考虑的裁判方法提出了最为严厉的批评：“法盲们……根据社会文化传统和各种个人经验作出的判断，未必就会比专业法律人差，而法律人通过理性化的论证和推理手段却可能辩护着一个个成问题的判断。”^{〔15〕}

然而，正如苏力对“许霆案”的评论所表明的，在面对千差万别的司法个案时，不同的主体

〔9〕 参见苏力：《法律人思维？》，载《北大法律评论》2013年第2期。

〔10〕 杨知文认为：“司法裁决的后果主义论证是基于可欲后果的论证。”〔杨知文：《司法裁决的后果主义论证》，载《法律科学》（西北政法大學學報）2009年第3期，第8頁。〕

〔11〕 前引〔2〕，苏力文，第104頁。

〔12〕 宋保振：《后果导向裁判的认定、运行及其限度——基于公报案例和司法调研数据的考察》，载《法学》2017年第1期，第129頁。

〔13〕 前引〔8〕，孙海波文，第83頁。

〔14〕 参见前引〔9〕，苏力文。

〔15〕 陈辉：《后果主义在司法裁判中的价值和地位》，载《法学家》2018年第4期，第39頁；前引〔9〕，苏力文，第450-452頁。

基于不同的“前理解”，对一个裁判结果的理解和接受度也是各不相同的。“既然司法决策应当考量相应的社会后果，而由于这些后果又是尚未发生的，所以如何准确地将某个判决所可能产生的各种社会后果预测出来本身就是一个难题。”^{〔16〕}并且，在多种可欲的可能性之间，决策者又该如何才能预先确定何种“判断”是成问题的？何种“前理解”所能达致的“后果”才是最可欲的？而在这个问题上，“后果主义”的方法论进路其实也始终未能以某种“先在”“终极”的方式提供后果最可欲的“前理解”。这一点正如波斯纳指出的：“由于塑造法官前理解并因此塑造他对论证和论据之回应的个人背景、气质、训练、经验和意识形态不同，不同法官对后果权衡也会不同，并且，基于同样的上述理由，不同法官看到的后果也不同。”^{〔17〕}

其三，在各种正式与非正式制度的约束条件下，法官也不是不食人间烟火的超验主体，而是具有“沉重肉身”的理性人，在趋利避害的人格本性驱动下，“结果导向的司法决策有可能以对法官有利的结果为目标”^{〔18〕}。而基于“后果主义”的正当化逻辑，既然司法决策者不可能在某个具体个案的决策过程中有效获得关于某种特定后果之可欲或不可欲的“前理解”，或者是获得关于这种“前理解”的可靠担保，那么，自利的决策者只能以实用主义的方式做出判断：自己的裁判结果对“谁”而言是“可以接受的”，“谁”对这个结果的接受最符合决策者自身的利益，“谁”又是自己最惹不起的。为了规避异议风险，理性的决策者一定会在不同的“谁”之间进行一个优先级的排序。

另外，从决策责任的角度来说，“谁”在一个组织体制中最终需要为某个决策后果承担“兜底”责任，“谁”就会尽可能地诉诸相应的组织渠道将自己关于某种特定后果之可欲或不可欲的“前理解”或是判断偏好以“自上而下”的方式贯彻下去。就此而言，“后果主义”势必隐含着追求实现某种既定之可欲后果的决策责任，而具体的个案决策者如果感觉自身担不起自主判断的责任，那么他在后果考量层面规避异议风险最为可能的手段就是与最有可能担得起“后果”的那个“谁”保持一致。

这就决定了在“后果主义”的决策逻辑中，所有需要加以考虑的那个“谁”最后都可能会按照“向上负责”的官僚制逻辑而发生微妙复杂的耦合，并由此而生成一条对特定后果进行工具性控制的权力支配链。比如，宋亚辉的研究就表明：“最高法院眼中的‘社会效果’虽然具体含义处于动态变化中，但万变不离其宗，党和国家在特定时期的公共政策决定了‘社会效果’具体内涵，最高法院曾直言，法院要通过执行党和国家的公共政策来追求裁判的社会效果，其言外之意是说，政策执行得好，裁判社会效果就好。”^{〔19〕}而通过分析像“李昌奎案”这样的典型案例，我

〔16〕 孙海波：《疑难案件与司法推理》，北京大学出版社2020年版，第206页。

〔17〕 〔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227页。

〔18〕 王彬：《司法决策中的效用考量及其偏差控制》，载《暨南学报》（哲学社会科学版）2020年第8期，第67页。

〔19〕 前引〔4〕，宋亚辉文，第21页。最高人民法院的相关规定，比如，《最高人民法院关于当前形势下做好行政审判工作的若干意见》（法发〔2009〕38号）第3条规定：“正确处理适用法律与执行政策的关系，努力实现法律效果与社会效果的有机统一。”《最高人民法院关于审理涉及金融不良债权转让案件工作座谈会纪要》（法发〔2009〕19号）第1条规定：“人民法院在审理此类案件中，要将法律条文规则的适用与中央政策精神的实现相结合……确保审判的法律效果和社会效果统一。”《最高人民法院关于当前形势下做好劳动争议纠纷案件审判工作的指导意见》（法发〔2009〕41号）第3条规定：“在审理劳动争议纠纷案件时，不仅要严格执行法律、法规，还要充分考虑国家为应对国际金融危机出台的一系列方针政策。”

们也许会发现,这样一种“自上而下”的“后果主义”实际上却恰恰可能是造成司法决策与基层社会认知发生巨大分歧的重要原因。

二、“后果主义”的后果:以“李昌奎案”为例

2009年5月16日,云南省巧家县农民李昌奎因“感情问题”等琐事纠纷心怀不满,将同村女性青年王家飞(19岁)掐昏后强奸,事后不仅用锄头将受害人砸死,还将王家飞年仅3岁的弟弟王家红倒提双腿摔死。^[20] 本案经过公开审判,云南省昭通市中级人民法院于2010年7月15日以强奸罪、故意杀人罪,数罪并罚判处李昌奎死刑,剥夺政治权利终身。但案件进入二审后,云南省高级人民法院却以本案系邻里矛盾和当事人之间感情纠纷激化引发,且被告人李昌奎存在自首情节为由,改判死缓。^[21] 而社会舆论则对此反应激烈:“这种案子不判死,什么案子能判死?!”^[22]

对于绝大多数旁观者而言,云南省高院的二审改判确实有值得质疑之处,尤其是本案恰好可以与此前判处死刑的“药家鑫案”进行非常直观的经验对比:药家鑫交通肇事之后为逃避责任,索性持刀将受害人刺死,药家鑫虽然也有自首情节,但始终未能因此而“免死”。

相较而言,李昌奎的犯罪情节更为恶劣,犯罪后果也明显更为严重,对其判处死刑既符合一般性的社会经验认知,也完全符合“罪责刑相适应”的刑法原则。但两案的结果却形成鲜明反差:药家鑫已经伏法,而李昌奎却能获得“免死”的优待。^[23] 这样令人大跌眼镜的差别对待,难怪会引起舆论哗然。^[24] 而按照本文的分析思路,本案之所以会在二审中出现后果上欠考虑的改判,实际上恰恰是各种“后果主义”的综合考量所致。

云南省高院有关负责人在回应质疑时指出:“最高法院要求,对因民间矛盾、婚姻家庭矛盾或邻里纠纷引发的案件,适用死刑要十分慎重。这是对‘宽严相济’刑事政策的贯彻,也是国家站在社会总体角度,制定的刑事司法政策。这与我国传统意识中的‘杀人偿命’理念有着一定的差异。”^[25] 按照这一政策后果的考量逻辑:“案件进入审委会,也没有多少改判的声音,有人提出最高人民法院1999年发出的《全国法院维护农村稳定刑事审判工作座谈会纪要》中有‘对于因婚姻家庭、邻里纠纷等民间矛盾激化引发的故意杀人犯罪,适用死刑一定要十分慎重,应当与发生在社会上的严重危害社会治安的其他故意杀人犯罪案件有所区别’的说法。基于这种‘区

[20] 参见《李昌奎案改判:没有“狂欢”只有深思》,载《检察日报》2011年8月24日,第005版。

[21] 参见车浩:《从李昌奎案看“邻里纠纷”与“手段残忍”的涵义》,载《法学》2011年第8期。

[22] 赵蕾:《关注死刑:云南高院的中国式处境》,载 <http://news.ifeng.com/c/7fa7aXHVLtz>,最后访问时间:2020年7月9日。

[23] 参见裴毅然:《公众围观下的再审:从药家鑫到李昌奎》,载《检察风云》2011年第18期。

[24] 参见邓聿文:《“慎杀”还是“枉判”》,载《中国经营报》2011年7月18日,第B07版。

[25] 曹红蕾:《省高院回应奸杀少女摔死男童案:判决程序合法未徇私舞弊》,载 <http://news.eastday.com/s/20110707/ula5982908.html>,最后访问时间:2020年7月9日。

别’，审委会便将一审的死刑判决改为死缓。”〔26〕顺着这一“后果主义”的逻辑，云南省高院刑庭庭长赵林甚至还提出了这样的考量因素：“杀了他两家都将世代结仇，留着他还可给这家人赎罪……为什么往往死刑在二审改判，就是因为二审法院有着平衡职能，站在更全面的角度来考虑，最高法院则要站在全国的高度来考虑。”〔27〕

但“农村稳定与社会和谐”的政策考量也许还只是摆在台面上的“后果主义”，有不少观察者提出了一种更具现实主义色彩的“后果主义”逻辑：“由于（云南地区）毒品等案件高发，死刑控制的压力一直很大，尤其是最高人民法院收回死刑复核权之后。”〔28〕而基于死刑核准的制度逻辑，从云南省高院的视角来看：“如果维持中院的死刑立即执行，那就得报请最高法院核准。若将来被最高法院驳回或改判，必然影响二审判决的维持率（或改判率）。而在高院就改判死缓，则是由高院自己核准，完全无影响‘政绩’的担忧。”〔29〕王启梁认为：“云南省高院把李昌奎案及其他与之相似的案件改判死缓，在很大程度上就是对死刑复核控制的应对。”〔30〕

如果说上述“现实主义”的后果考量隐约已经有些突破司法公正的观念底线，那么，“后果主义”的逻辑底线却未必就此打住。比如苏力的解读：“尽管并非清醒的歧视，也有某些法律上的理由（如邻里纠纷升级成为暴力，李昌奎有自首情节），但这个有一定道理的政治考量之所以会把‘宽’和‘少’和‘慎’都落实在李昌奎身上，却又通过司法把相应的代价都强加在这个失去两个孩子的王廷礼身上，在很大程度上就因为他是农民，无钱无权无势。”〔31〕

由是观之，云南省高院的二审改判实际上正是基于一种实用主义的后果考量，是在对改判可能导致的各种后果做过权衡拿捏之后的理性决策。然而，决策者虽然已经“老谋深算”地考虑过各种变量因素，甚至努力揣度最高人民法院可能会如何“站在全国的高度来考虑”问题，但人算不如天算，恰恰是官僚体制这种“向上负责”的路径依赖，以及左右逢源的功利心态，导致其越是努力试图权衡出一个最可进行工具性控制的所欲后果，却越是因为立场决定脑袋的思维方式而无法凝聚各方共识，并最终导致了司法公正被质疑、司法的终局性被推翻的现实后果。

当然，如果就此对“后果主义”盖棺定论可能依然是失之武断的。苏力即认为：“每个司法决定都是一个制度的产物，是司法过程的产物”，只有“把这种制度和过程的视角捡回来”，我们才有可能更加全面客观地评判司法决策在“法院层级和审级以及过程”中的真正内涵。也正是在这个意义上，苏力尝试基于个案式的经验观察而提出一种在他看来有助于司法决策得出“系统性好结果”的“制度模式”。〔32〕下文即以此作为讨论的切入点。

〔26〕 司马当：《李昌奎案错在哪里》，载 <http://www.dffy.com/fayanguancha/sd/201109/24999.html>，最后访问时间：2020年7月9日。

〔27〕 前引〔25〕，曹红蕾文。

〔28〕 前引〔22〕，赵蕾文。

〔29〕 前引〔22〕，赵蕾文。

〔30〕 王启梁：《法律世界观紊乱时代的司法、民意和政治——以李昌奎案为中心》，载《法学家》2012年第3期，第8页。

〔31〕 前引〔9〕，苏力文，第457页。

〔32〕 前引〔2〕，苏力文，第108页。

三、“后果主义”如何成为一种“制度模式”

苏力曾经基于对“许霆案”的过程分析,认为“许霆案全过程为司法提供了一个回应难办案件的可能的制度/过程模式”:

“一审判决严格依法,判决发布后,引发社会关注,也激发了上级法院的关注,在社会和法律共同体的争论中逐渐形成了关于此案的法律和道德共识,浮现了处理此案的较好法律方案;二审法院将案件发回重审,迫使重审法官更有效且平衡地考虑法律规定和社会共识,并依照制度和程序的要求获得最高司法权对重审判决的认可……这种制度进路强调各级法院恪守自己的制度角色,充分运用各级法院法官的智慧,充分利用法定程序来发挥整体司法制度的作用,以法院和法官为中心通过过程来吸纳民意。”^{〔33〕}

也就是说,在苏力看来,通过导入“制度和过程的视角”就可以更好地在理解、吸纳民意的政治判断和政策考量维度更加妥当地进行后果考量,并且这种后果考量之所以可能并且且可欲,是因为这个制度反思过程可以更加动态地结合决策过程中所导致的社会效果及时地进行自我修正和调适。这一观察视角无疑是富有启示意义的,但问题在于,这种“过程主义”的“制度”阐释在面对错综复杂的现实问题时,未能充分体现出在解释力层面的区分度。

比如,当我们回过头再来看“李昌奎案”时,我们也许会发现,苏力所力图展示的这种“过程主义”的“制度模式”同样也可以非常适切地套用在“李昌奎案”上。唯一的区别是,“李昌奎案”按照其自身的程序进程,最终只能诉诸再审程序作为“吸纳民意、凝聚司法共识”的制度过程。而云南省高院也确实这么操作的——面对舆论哗然,云南省高院于2011年7月13日做出再审决定,并于同年8月22日重新改判李昌奎死刑。也就是说,“李昌奎案”背后所呈现的这套司法制度看起来也完全符合苏力所设想的“充分利用法定程序来发挥整体司法制度的作用”——再审制度无疑也是司法制度法定程序的组成部分,作为过程的司法决策毕竟也确实在结果意义上回应了“不杀不足以平民愤”的“民意”诉求。

显而易见,苏力关于“后果主义”的“制度模式”如果套用在“李昌奎案”上同样也能毫无“违和感”地自我证成,这只能说明无论是这一“制度模式”本身,还是苏力所尝试提供的解释框架,都是存在明显缺陷的。正如网民对“李昌奎案”两审裁判的质疑:“昭通中院一审认为:李虽有自首情节,但依法不足以从轻处罚,所以判死刑;云南高院二审认为:虽然李罪恶极大,但有自首、积极赔偿情节,所以死缓。人命关天,可这两套‘虽然……但是’都没有把道理讲到明处。”^{〔34〕}这一质疑在根本上是对司法决策体制“翻手为云覆手为雨”的权力结构表示不信任。而云南省高院“响应”民意的再审改判固然在结果意义上满足了社会民众“对正确判决的期待”,但这种“不得已而为之的‘改判’对社会公众来说也更是一个不言而喻的信号:他们的不信任是

〔33〕 前引〔2〕,苏力文,第108页。

〔34〕 前引〔25〕,曹红蕾文。

有根据的”^{〔35〕}。也就是说，即便是基于苏力所倡导的“过程”视角下的“后果主义”，其实也未必能够在真正意义上解决当前司法决策体制所面临的“信任”问题。这就值得我们做进一步的讨论：“后果主义”是否有可能在“过程/结果”的双重维度上为司法决策提供一种足以赢得社会认同的信任机制。

四、后果考量在何种意义上是可欲的

传统的司法裁判理论往往是以单一主体的视角来看待司法决策问题，以此作为主体预设的“后果主义”必然会导致决策主体倾向于按照自身的“前理解”，以一种“唯我论”的努力去追求实现某种自以为可欲的后果。体现在决策逻辑上，这也必然要求相应的决策主体以一定的方式对符合其“前理解”的特定后果进行工具性控制。然而，与这种结果导向的封闭决策形成强烈对比的却是实践变量的高度开放性，正如前文对“李昌奎案”的经验分析所表明的，身处官僚体制的司法决策者越是按照工具主义逻辑去追求某种自以为最可欲的后果，就越是可能会导致“失之毫厘，谬以千里”的悲剧后果。

而苏力的洞见则在于其明确认识到，司法决策只有保持对多元后果的认知开放性，才有可能在真正意义上保证“后果主义”的实践后果。其中的关键就在于诉诸“制度与过程”让各层级法院之间实现必要的功能分化：一方面，“过程主义”的进路“不仅保证法院首先严格执法，恪守一审法官循法办事的法律美德，而且在法官必须有所创新之际，他们也可以以我为主地主动吸纳、运用在社会和法学界讨论中形成的共识、相关思路和必要信息……最后通过必要的司法程序加以确认”；另一方面，“充分发挥上诉审的政策协调功能和法治统一保障功能”。^{〔36〕}

从现有的实践来看，只要国家权力体制愿意放低姿态，俯身倾听“民意”，那么，在“制度和过程”中得出一个能够“安抚”各方意见的结果其实并非难事。从这个角度来看，这个“制度和过程”无论是像“许霆案”这般的诉诸“二审”，还是像“李昌奎案”那样的诉诸“再审”，其实并没有太多本质性的区别。然而，包括“李昌奎案”在内的诸多“民意审判”事件却表明，这样的“制度和过程”实际上是以司法权威和公信力受到质疑和削弱为代价的。而苏力的视角不仅未能在这个层面上提供必要的反思和批判，反倒为现有的司法决策体制提供了一个“存在即合理”的辩护。

作为革命法制的理论导师，谢觉哉曾对那种经验式的“后果主义”有过极其严厉的批判：“有些同志认为只要事情做得对，老百姓满意，就是民主。不知这并不是人民作主，你是治者，人民是被治者。你做得好，是‘明主’，但离人民的‘民主’，差得天远。”^{〔37〕}这就为我们反思苏力的“过程主义”提供了必要的参照视角。

正如前文的分析所表明，“过程主义”的要旨在于诉诸“开放决策”和“功能分化”来建构

〔35〕 陈洪杰：《现代性视野下司法的信任危机及其应对》，载《法商研究》2014年第4期，第70页。

〔36〕 前引〔2〕，苏力文，第108-109页。

〔37〕 谢觉哉：《论选举运动的重要》（1941年2月13日），载《谢觉哉文集》，人民出版社1989年版，第474页。

一种有助于司法决策者“自主”吸纳民意的“制度化方式”。这就意味着,即便是采取“后果主义”的方法论进路,决策者实际上也不能在一开始就以预设后果的方式去尝试追求最可欲的后果。苏力非常清醒地意识到:“要保证这一过程真正有效运作,还要一些必要条件。”其中,最为关键的要件之一就是“要允许司法的‘试错’”^[38]。在这里,一旦我们意识到司法决策“完全有可能始于一个错误”^[39],那么,在这个过程中坚持进行权力独白式的“自主”决策实际上显然就不是一个最理性的选择。

按照组织社会学的实证假设:“一个决策的过程越封闭,决策者的同质性越高(即他们的群体归属相同),社会规范的秩序——共享的观念——越不容易出现;反之亦然。”^[40]就此而言,无论是通过“开放决策”与“功能分化”来实现决策过程中必要的“压力测试”,还是考虑到当一个“可错”的决策后果出现时,基于“分权”和“制衡”的“民主”决策机制所可能发挥的责任分担功能,所谓的“制度和过程的视角”如果不能有效安放一个体现“第三方视角”的“权力交往机制”^[41],那么,苏力所设想的,以“法院和法官为中心”的“吸纳民意”就很难在真正意义上落实其“自主性”。像“李昌奎案”那样的司法决策过程尽管在结果意义上也不失为取得了社会各方都能接受的“后果”,但从影响决策的变量因素来看,“在抛出‘标杆论’后不久,二审法院又‘自食其言’,将量刑再次改为死刑立即执行,很难不让人联想到舆论对司法的真实影响”^[42]。显而易见,这个博弈过程对于法院和法官而言并不能说是“自主”的。^[43]

不仅如此,从社会认同的“交往视角”来看,“一种制度即便充分体现了社会‘公意’,倘若人们不能充分获得其信息,或者专家话语体系所构造的制度文本不为社会公众所理解,很可能妨碍个体关于制度的认知性期待与规范性期待达至统一”^[44]。也正因为如此,吴英姿认为,司法若想以其内在的公正赢得外在的社会认同,这不仅取决于司法做出“正确”决策的能力,还要求“司法制度要有强大的沟通能力”^[45]。而这恰恰也是“后果主义”的悖论所在:对于“李昌奎案”

[38] 前引[2],苏力文,第108-109页。

[39] 陈洪杰:《论法律续造的方法》,载《法律科学》(西北政法大学学报)2010年第6期,第27页。

[40] 周雪光:《组织社会学十讲》,社会科学文献出版社2016年版,第139页。

[41] 陈洪杰:《转型社会的司法功能建构——从卡理斯玛权威到法理型权威》,载《华东政法大学学报》2017年第6期,第66页。

[42] 李奋飞:《舆论场内的司法自洽性研究:以李昌奎案的模拟实验分析为介质》,载《中国法学》2016年第1期,第275页。

[43] 随着云南省高级人民法院对李昌奎案件再审程序的启动,人们突然发现,原来李昌奎案件并不是孤案,而是在很多地方都存在。很多作案手段更为残忍的案件,罪犯最后都被判为死刑缓期两年执行。正是因为李昌奎案件的示范作用,这些案件中被受害人的家属,纷纷向法院提起了要求再审的请求。民众对于法院的判决持不信任态度:“凭什么我们老百姓认为必须死的罪犯,你们司法机构却要对其网开一面?”这个时候,从“司法自我决断”的前提出发,法院可以或应当做出“不杀”的判决。然而,“不杀”却又“不足以平民愤”。法院由此陷入一个两难的境地:坚持“司法的自我决断”,就有可能激起“民愤”高涨,最终导致严重的合法性危机;“顺应民意”虽然可以避免眼前的危机,但“司法的自我决断”将就此变得不可能。[参见《司法应吸收合理民意而不是激烈对抗民意》,载《21世纪经济报道》2011年8月5日,第002版;陈洪杰:《民意如何审判:一个方法论上的追问》,载《法律科学》(西北政法大学学报)2015年第6期。]

[44] 吴英姿:《论司法认同:危机与重建》,载《中国法学》2016年第3期,第190页。

[45] 前引[44],吴英姿文,第190页。

二审改判的“后果”，云南省高院的相关负责人非常自信地认为：“这个案子 10 年后肯定是一个标杆。”^{〔46〕} 尽管这也是在运用一种后果考量的思维方式处理问题，但这种试图基于权力独白的视角，对特定个案的后果进行工具主义控制的“唯我论”努力却恰恰是导致司法决策在后果上“欠考虑”的症结所在。原因在于，一旦决策者在后果考量层面预设了“为未来立标杆”的“前理解”，就可能会导致决策者采取对“异见”进行结果控制的工具性策略。比如，杨兴培指出：“高院审判委员会有 27 名成员，而且要成员过半（14 人以上）同意判决结果的，才能作出判决。李昌奎案也不例外。但多少人同意改判，多少人反对改判，一概尽在不言中。”^{〔47〕}

由是观之，以官僚权力为中心建制的“后果主义”最为常见的方法论误区即在于对司法决策的“可错性”缺乏必要的方法论自觉，这就导致其越是试图以“自以为是”的后果取向去建构或是引导社会认同，就越是可能导致适得其反的后果。在“李昌奎案”中，将自己的决策理念奉为“标杆”的云南省高院甚至当舆论哗然时，依然非常不明智地“将公众的参与表态贬为‘狂欢’”^{〔48〕}。其结果是，“一个立志要成为 10 年后标杆的案件，其标杆效应都没有存续 10 天”^{〔49〕}。

总而言之，在预设司法决策之“可错性”的前提下，那种尝试以后果考量的“正确性”作为司法决策之正当性背书的“后果主义”注定会面临悖论式的后果：一方面，决策者会基于对“正确性”的自我确信而采用一种更容易对个案结果进行工具性控制的决策机制；另一方面，这种权力独白的排他性正是当前的司法决策机制遭遇信任危机的症结所在。比如，对于云南省高院在“李昌奎案”中的“自以为正确”，傅达林认为：“或许正是李昌奎所具有的这种‘一贫如洗’、几乎没有任何‘司法腐败空间’的背景，才让云南高院具有了以往一些司法机关所不具有的与‘民意’对抗的‘底气’。”但吊诡的是，受害者家属却向记者表示：“李昌奎家没这个本事去搞关系，所以我们更感到蹊跷。”^{〔50〕}

这也意味着，那种旨在追求“结果可欲”的“后果主义”如果缺乏“过程可信”的方法论背书，是很难真正赢得社会认同的。就此而言，苏力所设想的“以法院和法官为中心”的“制度和过程”，尽管可以在个案意义上达致“结果可欲”的社会效果，但却未必能够在普遍意义上保证司法决策的“过程可信”，而这可能恰恰是作为“人民民主”制度象征的陪审制强调“分权”与“制衡”的优势所在。

当然，陪审制度所象征的“公民参与”以及“开放决策”同时也必然意味着那种在决策逻辑上对特定后果的“可欲性”进行工具性控制的“后果主义”不再具有可操作性。在此前提下，司法决策的后果考量只能诉诸决策者之间的“功能分化”来加以实现：“法官基于其职业角色特质的设定，通常需要恪守国家法的立场。”^{〔51〕} 而当国家法在实体层面的制度逻辑后果与社会认知发

〔46〕 刘楚汉：《“十年后的标杆”未必适合今天》，载《广州日报》2011 年 7 月 14 日，第 008 版。

〔47〕 杨兴培：《若在国外，李昌奎判决书该如何写》，载《法制日报》2011 年 7 月 12 日，第 010 版。

〔48〕 陈洪杰：《从“群众参与”到“公民参与”：司法公共性的未来》，载《法制与社会发展》2014 年第 1 期，第 60 页。

〔49〕 贺方：《对再审“李昌奎”案的期待和建议》，载《西部时报》2011 年 7 月 19 日，第 002 版。

〔50〕 傅达林：《用理性打通司法与民意的鸿沟》，载《民主和科学》2011 年第 4 期，第 27 页。

〔51〕 陈洪杰：《从程序正义到摆平“正义”：法官的多重角色分析》，载《法制与社会发展》2011 年第 2 期，第 37 页。

生重要分歧时,“陪审员可以以其自然理性调和法律理性,在合议制度的程序主义运作中产生实体价值”^[52]。这样一种基于“开放决策”和“功能分化”的“程序后果主义”,既可以实现“法律合法性理论从封闭走向开放的转变”,又能够保证“法律不会脱离社会的基本认识和要求”^[53]。从而可以同时“在‘结果可欲’与‘过程可信’的双重维度上为司法公正的社会认同奠定方法论基础”。

Abstract: At present, an influential way of legal thinking is to advocate that judicial decision-making should take necessary consequences into consideration. From the teleological logic of unifying the legal effect and social effect of case judgment, the methodological thinking of consequentialism seems more likely to be justified in the sense of consequence. However, from the perspective of decision-making, since the decision-maker needs to pursue the most desirable consequence among various possible consequences, it inevitably means the decision-making logic and power control chain of instrumental control over a specific consequence. This is why our courts often equate the implementation of “top-down” public policies with the pursuit of social effects of adjudication. The practice of Li Chang-kui case shows that the consequentialism which pursues desirable results in the way of power monologue can hardly win the social recognition without the methodological endorsement of credible process. This may be the advantage of the jury system in emphasizing separation of powers and checks and balances.

Key Words: consequentialism, upward responsibility, power monologue, communication perspective

(责任编辑:朱晓峰 赵建蕊)

[52] 前引[41],陈洪杰文,第69页。

[53] 陈洪杰:《法律如何治理——后形而上法哲学反思》,载《法制与社会发展》2017年第4期,第51页。