

論情理在司法審判中的功能以及 包含情理要素的司法程序建設 ——一個以人情、面子和關係三大 情理要素為視角的論證¹

李瑜青

上海華東理工大學法學院

瞿琨

上海大學法學院

摘要 本文通過對幾個司法審判案例的描述與分析，指出情理是司法審判中值得關注的現象，認為學界存在的法律與情理割裂的觀點是錯誤的。人情、面子和關係是情理的三大文化要素，並具體分析了情理的這三大文化要素在司法審判中的功能，提出在我國實現法治的進程中，司法程序的建設不能簡單地否定情理要素的作用。

關鍵字：情理、司法審判、功能、司法程序、建設

情理是司法審判中值得關注的現象。

人們通常所說的情理即情中之理，它是人們在長期社會生活實踐中作為維繫彼此情感或者交往的紐帶而自發形成的，屬於倫理的範疇。

長期以來，學界存有這樣的觀點：認為法律不講情理，法律與情理之間不具有相容性。這種把法律與情理完全割裂的觀點，



是把法律現象簡單化了。這種觀點的錯誤在於沒有看到法律和情理作為社會文化共同體的兩種現象，它們之間是相互聯繫和相互滲透的。法律並不純粹是人們的主觀想像或者理性建構，它不能脫離情理而孤立地存在和發展。當人們將法律與情理對立時，也沒有全面地分析情理這個社會現象所包含的豐富內涵。

讓我們從分析社會調查中一起民事案件的審判過程開始展開所要討論的問題。

這是一起離婚案件，案件發生在河北省衡水市。原、被告系夫妻，結婚十二年，生有一子C（已滿十歲），原告以夫妻感情破裂為由向法院提起離婚訴訟，請求法院解除原、被告雙方的婚姻關係，由原告撫養其子C，被告支付一定的生活費，並提出對婚姻存續期間的財產進行分割的主張，被告的態度是不同意離婚。具體負責該案的法官在審理過程中曾與雙方多次溝通，做了大量的調解工作，但是原、被告雙方的情緒都非常激動，處於敵對狀態，講過激語言，甚至大聲爭吵，調解工作的難度很大。於是，法官針對雙方當事人爭議的癥結，首先採取“背靠背”的方式，分別對他們的心理作了疏導；然後採取“面對面”的方式，將雙方憋在心裏的疙瘩擺在桌面上，對雙方的互相指責進行中肯的批評；他還讓雙方當事人閱讀了他們的兒子C寫的一封信，在這封信中，兒子C表達了他對父母雙方的依戀之情以及他本人在父母的婚姻糾紛中內心的恐懼與不安，他渴望父母相互諒解和好，一家人能夠像以前一樣生活。在法官的工作智慧與兒子的情感感化的共同作用下，原、被告雙方最終釋懷，言歸於好，本案以調解結案。

這個案件發生轉機的關鍵在於：原、被告雙方的兒子已滿十歲，在解決對這個孩子的撫養問題時，需要徵求孩子本人的意見，法官並沒有簡單地按照法律的規定讓孩子作出“要跟誰，不要跟誰”的選擇，而是讓孩子與父母直接交流，血緣親情的作



用使孩子寫了人情味很濃的信表達了他對父母雙方的依戀，情理要素滲透于法官的辦案過程中，為這起離婚案件的調解成功起到了重大作用。在調解過程中，法官對雙方當事人做了大量的思想工作，提出的批評可以歸結為“對雙方各打五十大板”，要求雙方當事人各讓一步，不講理不對，得理不饒人同樣也不對；並對原、被告雙方著重宣傳了父母與子女之間的權利義務，使他們擺脫情緒失控回歸情理平衡。法官的調解入情入理，法律規則與情理教化雙管齊下，以情理為仲介進行適度矯正，使當事人逐漸從偏離“情”與“理”的情緒失控中擺脫出來，重新回到正常的情理之中。

這起案件雖然普通，但具有典型性，也使我們有了分析情理內涵的基礎。情理既有理的成份，又有情的因素，情理是被“情”所制約的“理”和被“理”所限制的“情”；儘管它不同於情感，但仍然處於感性的層面，是人們在長期生活中形成的生活理性與樸素情感的積累與沉澱，同時也是社會大眾接受並遵循的潛規則。正如日本學者滋賀秀三所指出的，情理是社會所認同的一種公平正義感，是情和理的平衡與兼顧。² 是人的常情和事情的一般道理。

人們的生活離不開情理，情理對生活具有基礎的意義，因此，哈耶克指出：我們幾乎不能被認為是選擇了情理；毋寧說，是這些情理自然地約束著我們，它們選擇了我們。它們使我們得以生存。³ 善待被大家公認的、仍在社會運行的情理對於任何一個國家來說都是必須的、應當的。法律作為一種地方性規則⁴，它的運行或實現當然要得到情理的支持，正如博登海默所言，“法律是一棟大廈，裏面有許多大廳、房間、凹角和角落。要想用國家法這盞探照燈同時照亮每一個房間、凹角和角落是極其困難的，特別是由於技術知識和經驗的限制而使照明系統不適當，至少不完善時尤其如此”，⁵ 這時情理的功能就具有很重要的意義。



二

情理不是抽象的，在現實生活中它通過多種具體方式表現出來。筆者認為，人情、面子、關係是情理的三大文化要素，因此，情理的功能，可以通過分析人情、面子、關係這三者的功能來說明。

人情作為情理的第一個重要的文化要素，學者對它有不同的解讀。第一種觀點認為，“人情”是中國人際關係核心，指包括血緣關係和倫理思想的延伸的人際交換行為；⁶ 第二種觀點認為，“人情”是禮節應酬和禮物饋贈，是公眾認可的日常交往行為準則，是情面和恩惠；⁷ 第三種觀點認為，在中國社會中，“人情”有三種不同的含意：其一，“人情”是指個人遭遇到各種不同生活情境時，可能產生的情緒反映。其二，“人情”是指人與人進行社會交易時，可以用來饋贈對方的一種資源。其三，“人情”是指人與人應該如何相處的社會規範。⁸

筆者認為前兩種對情理的觀點強調的是人情的自然屬性或者人情在社會交往中的屬性。第三種觀點不僅強調人情的自然屬性或社會屬性，還強調人情形成的社會基礎。實質上人情是一個綜合性的概念，它既反映一種自然情感或社會情感，也是一種可以用於人際交換的社會資源，同時它也有一定社會人們所認得理於其中，在原本意義上人情是中性的，並不一開始就具有偏私性。

根據人情所具有的功能，人情可以分為兩個層面：在第一個層面上，人情反映人的自然情感或社會情感，正所謂“喜，怒，哀，懼，愛，惡，欲”，人在現實中生活，總以人性之常去看人、待人，也要以人性之常來看待自己和要求自己，所言所行要合情合理，而不能背離了人之情性，所謂“人之常情”，顯然，



這是一種倫理性的人情觀念，很有人本主義的味道。適當的人情交往能夠滿足人們的情感需求，豐富人們的情感生活。有來有往的人情互惠造就了社會濃郁的人情味與融洽的人際氛圍，因此，在一定程度上，人情交往也具有減少焦慮和壓力以及調適心理的作用。人情的第二個層面是指社會中某些功利性因素的影響，使人情的自然狀態發生一定程度的變異，人情與社會互動，內涵了人們在物質或精神層面的內容。我們在日常生活中所說的“買個人情”，“送個人情”，“討個人情”，“求個人情”，“我欠他一個人情”，“他欠我一個人情”等等，均是指這層意義上的“人情”概念。這種“人情”概念本質上指的是人與人之間的一種關係，它具有社會性、可交換性、非公共性的特徵，⁹ 它常常成爲人際關係的手段、仲介和指示器，正如有學者指出的：人情互換的主要表現形式是“回報”。¹⁰ 所謂“受人點滴之恩，須當湧泉相報”。社會中的人情往來雖能預期得到回報，但卻也不能預計會獲得多少回報，人情往來不追求一種直接的利益最大化，但是其過程的婉轉與迂回卻有可能使人情的施予者獲得的利益比直接的預計的結果更大。¹¹ 人情的來與往總是有一個時間差，總有一方處於“欠情”的狀態，這種有來有往的社會交換一直延續下去，就形成了一種長期穩定的人際關係。正是這種人與人之間的互相牽制導致了交往的持續性，正如費孝通先生在《鄉土中國》中所說：“如果相互不欠人情，也就無需往來了。”¹²

人情的這些功能無論是在傳統社會還是在現代社會都是存在的。在傳統社會，社會環境造就了人情的情感性功能的相對強大，而在由傳統向現代轉型的社會中，人情交往仍然是人們獲得情感滿足的重要途徑；但隨著社會的發展，人情往來帶有越來越多的功利色彩。



三

情理的另一個重要的文化要素是面子，對此，很多學者都以“臉”作為平臺展開分析，但對它的內涵有不同的理解。有學者形象地將面子作為顏面、面目的一個轉喻，認為臉是個體為了迎合某一社會圈認同的形象，經過印象整飾後表現出來的認同性的心理和行為，由此來比較臉面和人情的區別，可以發現，臉面是一個具有輻射性或推廣性的概念，它的動力和行為方向都是與相關的人共用為特徵的，即與所謂的光宗耀祖、光大門楣、沾光等心理和行為相聯繫。還有學者把臉定義為“社會對個人道德品格的信心”，把面子定義為“人從社會成就而擁有的聲望，是社會對人看得見的成就的承認”。“面子代表在中國廣受重視的一種聲譽，這是在人生經歷中步步高升，藉由成功和誇耀而獲致的名聲，也是藉著個人努力或刻意經營積累起來的聲譽。要獲得這種肯定，不論任何時候都要仰賴外界環境”，“面子的建立最先是藉由高位、財富、權力和才能，然後要運用手段發展出和某些名流之間的關係，同時，又要避免做出可能引起非議的舉動”。¹³

上面這兩種表述是具有代表性的觀點，它們的內容也具有一致性，即關注的只是面子朝向社會的一面，是面子在社會交往中被特殊化的一面，有一定的片面性。筆者認為面子這一概念中，既含有人的自尊心、人格的尊嚴，也含有榮譽心、羞恥心和視腆心理，更含有虛榮心、角色意識和恐懼感。如果從廣義上界定它，它可以被理解為：人們為了滿足得到他人尊重和認可等基本需要表現出來的一種心態。這種心態通常也可以分為兩種基本類型，一類是倫理性的面子心態，如自尊心、榮譽心產生的面子心態，正如金耀基先生所說的“道德性的面”，它是一種道德品質，是“團體對一個具有道德聲譽的人的尊敬”，“道德性的面”是人人可擁有的，至少有普遍擁有的潛能。它與西



方“罪”(Guilt)的概念相聯繫，體現了社會互動中自律性的一面；¹⁴ 另一類是功利性的面子心態，如虛榮心、角色心理產生的面子心態，人們在這種心態的驅使下，容易做足“面子功夫”。¹⁵

從一般情況來看，人們的面子主要與虛榮心聯繫在一起，這一點在等級觀念十分強烈的傳統社會中尤為明顯。眾所周知，傳統的中國社會是一個等級觀念極為強烈的社會，在日常社會交往中，人們依據各自的地位、權勢劃分成等級結構，這種等級結構與人們的面子是密切相關的。面子的丟失，意味著當事人在人們心目中的等級會下降；面子的增加，意味著當事人在人們心目中的等級會上升。因此，人們總是試圖保全和抬高自己的面子以向更高的等級邁進，“面子”也就成爲中國人傳統觀念體系中一個及其重要的概念。

在當今社會，“面子情結”仍然很有市場，它強調對個人的形象、地位等的社會認同與社會評價。“有沒有面子”，表現爲是否“被人看得起”的心理與行爲。中國式的人本主義包括關心個人尊嚴的問題，但那是從社會的角度來關心的，金耀基先生稱之爲“社會性的面”，它是“社會賦予個人的”，“除非他的行爲證明（社會賦予的面子）是實至名歸，否則社會可以收回給予他的面子”。“社會性的面子”體現了社會互動中他律性的一面，與西方“恥”(Shame)的概念相聯繫。¹⁶

在這裏值得關注的是：社會性的面子與權力是緊密聯繫的。面子不僅涉及到個人在關係網中的地位高低，而且涉及個人被他人接受的可能性，以及他可能享受到的特殊權力，因此，權力可以使人有自尊感和滿足感，使人很有面子。“社會性的面子”並不是每個人都擁有的，處於社會底層的人是沒有社會性的面子的。¹⁷ 此外，正如有學者的研究，面子同樣可以產生出權力，成爲情理社會權力再生產的一種方式。¹⁸



四

我們再來討論情理的第三個重要的文化要素——關係。就一般意義上說，關係是指人際關係，它是人們在社會交往中建立起來的。目前，我國社會學家在研究關係問題時，主要是將它作為“社會資本”¹⁹來對待，他們關注的是關係的工具性層面。筆者在這裏討論的關係是在多個層面上展開，因此，值得一提的是黃國光先生對於關係的分類，他認為，關係大體上可以分為三種類型，情感型的關係、工具型的關係、混合型的關係。²⁰“情感型關係通常是一種長久而穩定的社會關係”，這種關係可以滿足人們在關愛、溫情、安全感、歸屬感等情感方面的需要，如家庭、密友等原級團體（primary group）中的人際關係都屬於情感型關係之列。情感型關係遵循“各盡所能、按需分配”的“需求法則”（need rule）。工具型關係的建立，主要是為了獲得個體所希冀的目標。工具型關係遵循“公平交易、童叟無欺”的“公平法則”（equity rule）。混合型關係是介於情感型關係和工具型關係之間的一種人際關係類型，它的特點是：“交往雙方彼此認識而且是有一定程度的情感關係，但其情感關係又不像原級團體那樣，深厚到可以隨意表現出真誠的行為。一般而言，這類關係可能包含親戚、鄰居、師生、同學、同事、同鄉等等不同的角色關係。”混合型關係遵循的是“人情法則”。²¹這三種類型的關係都有自己的存在空間，在我們的現實生活中，混合型關係是大量存在的。

以上討論使我們看到：與人情、面子一樣，關係也具有不同層次和功能。一方面，它所具有的情感性功能，使它有了倫理層面的意義，中國傳統人際關係的基礎是血緣和親情，人際關係



的價值取向是道義論的，推行以“仁”為核心的人際關係準則，以“孝悌”為“仁之本”的人倫關係秩序，²²以“禮”為中心的立身處世規範，以“忠告而善道之”的交友之道。在當代，這種倫理層面的情感型關係表現為對和諧人際關係的追求，推崇互敬互愛、團結協作、和諧融洽的人際關係。作為一種真誠情感的維繫，情感型關係仍是關係中不可或缺的一面；另一方面，關係也具有功利性的一面，在這個層面上，關係意味著相互的義務，回報性的義務是關係的核心因素，關係的運作保證並維持了交往各階段所需要的信任，關係與人情、面子關係密切，人情往來越多，關係越親密，越有義務“給面子”。²³這種意義上的關係在中國具有特殊意義。在傳統社會，費孝通先生將這種關係格局概括為“差序格局”：以“己”為中心，象石子一般投入水中，和別人所聯繫成的社會關係，不像團體中的分子一般大家立在一個平面上，而是象水的波紋一般，一圈圈推出去，愈推愈遠，也愈推愈薄。²⁴每個人都與他人發生關係，形成一個縱橫交錯的關係網絡。每個人都是他的人際關係網的中心，中國的社會生活就是在這樣的關係網絡中進行，人際關係在人們的社會生活中的意義重大。在當代社會，隨著我國改革開放的不斷深入和社會主義市場經濟的逐步發展，中國社會人際關係的社會經濟基礎發生了根本性變化，利益趨於多元，價值取向趨於多元，人際關係也隨之多樣化，並且更加趨於功利化，這不論是在家庭成員之間，還是在朋友之間，同事之間都是常見的。總之，關係作為一種社會資源，隨著市場經濟的發展以及社會結構的深刻變化帶來了社會成員的大量流動和利益的分化，關係在社會中更傾向於成為一種獲得利益的工具，關係的工具性功能顯得比較突出。



五

綜上所述，無論是以人情形式、面子形式或者關係形式所展現的情理，都表明情理在本來意義上是中性的，這反映了人們的一種倫理性取向，追求的是一種社會情感的滿足。一旦將這種情理作為一種過分追求私利的工具來對待，它就會發生變異。由此，情理根據其功能可以分為自然情理與異化情理。

自然情理，表達的是社會大眾認同的樸素情理。對於這個意義上的情理，日本學者滋賀秀三曾經作過相當精彩的闡述，他認為：“所謂‘情理’，簡單說來就是‘常識性的正義衡平感覺’，這種情理是人們在長期的社會生活中形成並深藏於人的內心，它引導人們形成對社會問題的常識判斷。²⁵ 這時私人情感的介入不能成為歪曲、踐踏“理”的理由。只有做到“情”與“理”的結合，才合情合理，才符合人們的心理認知，情理只有在平衡中才能是公道的。

從司法的視角分析這種自然情理，實際上它代表的是一種“鄉土正義”。它為社會大眾普遍認可，被看作是人之常情，採取情理的方法解決矛盾糾紛較為人性化，並且與“以人為本”的司法理念相契合，因為兩者的最終落腳點都在於對人性的關懷。

異化情理，與自然情理是對立的。這種情理是由於個人對私利的過分追求而發生的某種變態，它脫離了自然情理的本意，因為利益因素的過分介入，情理出現了另一種傾向，轉向偏私的方向，變得為社會大眾不能接受。由於私利的過分介入，使得異化的情理具有特殊主義的特徵，筆者在這裏所說的特殊主義，是一種特殊的對待人與事的方式。一般地，親疏遠近的不同往往導致人們對人待事的差異性，這在人情、面子、關係中都有體現。普遍意義的情感在遭遇到過分追求私利的個人時，就偏離了大眾



所認同的同情心範疇，使人情顯現出特殊主義的一面，這裏的人情已經脫離了情感性人情的本意，變成了一種異化的人情；普遍意義的情感具有對尊嚴或面子的渴求，但在遭遇到過分追求一己私利的個人時，就具有了特殊的意義，為滿足過分虛榮心態而偏離了尊嚴本身的含義，變成了一種異化的面子；關係作為一種情感滿足的途徑，一旦遭遇到過分追求私利的個人時，這種關係就演變成為私人之間的一種特殊義務，這種義務就在於儘量滿足該個人的私利需求，由此，這種關係也就出現了異化，成為一種異化的關係。有學者在談到人情倫理的特徵時，指出人情倫理具有非公共性特徵，認為：“人情倫理的範疇是親情和友情能夠輻射的地帶，它的外延部分，則是情感的盲區，人情的荒漠。它對社會公德、社會規範乃至法律制度都有一種天然的排斥力。因此，建立於其上的人情倫理是一種特殊利益集團的倫理，即以個人利益為核心的親近者共同體倫理。人情網絡圈之間的倫理規範往往也互相排斥，自成體系，因而缺乏發達而有序的公共倫理的文化特徵，可能導致公共生活關係演化為某種准家庭關係的‘大家庭’倫理的傾向，從而在社會公共生活中排除對沒有人情關係的他人予以倫理上的關切和考慮”。²⁶ 人情倫理作為在實際交往中所形成的各種規範，實際上揭示了異化情理的運作規則，這種非公共性可以說是對於異化情理的特殊主義特性的很好注釋。

從某種意義上說，這種異化情理是社會情理的變態，它的產生是由於人們對於人情的過於推崇，對於面子的過分兼顧，對於私化人際關係和諧的過分追求，他們往往會為了保全特定人們之間的人情、面子與關係而做出有違社會公正的事情，以免自己被排除在由人情、面子所編織的關係網絡之外。這種異化的情理作為社會情理的異化，形成了情理特有的悖論，這個悖論自古就有，古代社會一方面宣導人情、倫理，講求天理、國法、人情的和諧統一；另一方面，官場腐敗現象異常猖獗。原因在於：古代



社會的中央高度集權，沒有對政府權力進行有效制約，使得情理遭遇司法時，往往發生變態，異化為官員們貪贓枉法的工具。

六

正是在上述分析的基礎上，我們要提出司法審判過程並不一概排斥情理的作用，而要自然情理，抑制異化情理。自然情理對於司法審判的作用，我們可以借用美國社會學大師默頓的“隱性功能”的概念，即作用的過程是隱蔽的、潛在的。司法審判並不是機械的，它不是簡單的通過“三段論”就可以輕鬆完成的活動。進行司法審判的法官要作出事實判斷與法律判斷，不是僅僅依據法律規範，更多的是通過他們對社會的把握和理解來判斷。

（一）自然情理對於司法審判具有評價監督作用

自然情理作為一種樸素的社會情感，代表人們普遍認同的社會正義感，它是法律運行的社會心理基礎。自然情理中所蘊含的社會正義是人們評價自己與他人行為善惡的一般標準，公正的司法審判會得到人們的積極回應與評價。以“青天情結”為例分析，包公是古代社會老百姓心目中的英雄，他之所以備受老百姓推崇，被老百姓敬奉為“青天”，就在於包公能夠秉公執法，公正斷案，他的行為符合社會的自然情理，得到了人們的普遍認同和讚揚。人們賦予的“青天”稱號反映了他們對包公司法審判的積極評價。在當代社會，由於中國處於發展的轉型期所伴隨的制度缺陷，出現了大量觸目驚心的腐敗現象，人們對於貪污腐敗深惡痛絕，對於懲處貪污腐敗的司法審判讚揚支持，都是社會正義感的表達方式，是自然情理對司法審判發揮評價作用的表現。



不公正的司法審判會受到社會輿論的監督，人們在置疑的同時會給予司法審判消極的評價，冤假錯案更是為社會的自然情理所不容。以湖北佘祥林殺妻冤案²⁷為例，佘祥林被法院認定為殺害妻子的罪犯，法院以故意殺人罪判處他有期徒刑十五年，在佘祥林服刑的十一年後，其妻突然現身，這個鐵的事實證明了佘祥林並沒有殺人，“鐵案”實屬“冤案”。這個冤案引起人們的強烈不滿，受理該案的法院院長迫于社會輿論的壓力，向佘祥林道歉，以緩解因此案的不公審理所帶來的壓力。自然情理對司法審判的評價監督功能正是從人們對於司法不公的強烈不滿中體現出來。以上分析表明自然情理在司法審判中發揮著重要的評價監督功能。

（二）自然情理對於司法審判具有良好的促進作用

自然情理有別於異化情理，自然情理的運作在司法審判的某些場景中可以發揮它的優勢——靈活性與親和力，促進針鋒相對的當事人緩和關係，這對於司法審判的順利進行有著良好的助益作用，尤其是在法官進行調解時或者在訴訟過程中當事人和解的情況下，運用自然情理有利於案件的圓滿解決，實現當事人之間的“雙贏”或者“多贏”。

我們以“陽光法官”宋雨水審理的一起案件說明自然情理對於司法審判的促進功能。這是一個侵權案件，²⁸案件的雙方當事人為大學好友，他們共同創業開辦公司，後來因意見分歧，被告退出了該公司，成立了一家新公司，經營範圍與原告的公司相同。原告認為被告利用原告公司的商業秘密，生產、銷售與原告公司產品具有相同性的產品，並與原告客戶進行經營活動，嚴重侵犯了原告的合法權益。原、被告協商不成，關係非常緊張，甚至大打出手，大有“仇人相見分外眼紅”的架勢。案件



訴至法院，宋雨水法官經過法庭調查依法認定被告的侵權事實確實存在，但是這種劍拔弩張的事態最終卻以調解結案，原、被告雙方重新合作，實現了雙方當事人利益的最大化。雙方當事人之所以能夠從最初的“劍拔弩張”轉變成為最終的“握手言和”，與宋雨水法官對於自然情理的理解與運用有著密切關係。宋法官首先運用自然情理使雙方的情緒得到控制，然後再充分考慮雙方的實際利益。宋法官認為，如果簡單地判決被告因侵權而敗訴，對於剛成立不久的被告公司來說是一個致命的打擊；這種判決雖然能使原告公司贏得訴訟，但是對原告公司的發展也沒有什麼好處，雙方都會因此而耗費“元氣”。基於對案件的上述分析與判斷，宋法官充分權衡了雙方的利益訴求，提出了對原、被告雙方都有益的建議，使自然情理再次發揮了作用。最後，雙方當事人都覺得這個建議合情合理，決定接受宋法官的建議，從分裂再次走向合作，實現了“雙贏”的良好結局。從宋雨水法官審理的這起案件可以看到，自然情理運用於司法審判的結果不僅是形式意義上的輸贏，更能帶來實質意義上的利益，這種利益不限於物質利益，還包括情感滿足等非物質利益。這說明在適當場景下，自然情理的運用能夠使司法審判取得良好的效果。

（三）自然情理對於司法權威具有維護作用

人們一般都從司法系統自身的建設來考慮樹立司法權威的問題，這包括兩方面的內容：一是試圖從莊嚴的司法儀式中謀求社會對司法的尊重；二是試圖從司法體制的改革與司法制度的完善中樹立司法權威。這種解決問題的思路具有一定的積極意義，但我們還可以從司法系統以外的角度思考樹立司法權威的問題，自然情理就是解決這個問題的一個重要因素。這是因為，司法權威固然是以國家的強制力作為前提和基礎，但是司法權威的樹立更



多的來自於社會的認可與信賴。自然情理有深刻的社會文化根基和廣泛的民衆基礎，在司法審判中合理地運用情理對於促使人們接受司法判決、樹立司法權威有著不可忽視的積極作用。

近年來，在某些地方出現民衆與司法部門嚴重對立的事件，使得法院的審判工作遇到很大挑戰，其中的原因是多方面的，但一個重要原因就是面對司法不公，老百姓採取集體抗議的方式來表達他們心中以自然情理為基礎的社會正義感。這也說明在自然情理缺失的場合，司法權威往往會遭受挫折。

（四）自然情理對於司法道德具有強化作用

在《中華人民共和國法官法》和《中華人民共和國法官職業道德基本準則》中，對於法官從事審判工作的職業道德、職業紀律有明確的規定和要求。然而，如何使“紙上”的規定變為法官實際遵循的行為準則，這是法律規定本身無法解決的問題。如果我們加強司法道德的建設，自然情理就可以發揮一定的積極功能，這表現在兩個方面：一方面，作為司法審判主體的法官，職業道德要求他心存社會正義感，那麼，自然情理就會成為法官遵守職業道德的“強化劑”。為了說明這個問題，我們引出黑龍江省廉潔從政十大標兵、哈爾濱市道外區人民法院民一庭庭長趙慶令的事蹟。作為一位法官，趙庭長常說，“有理不用來找我，沒理找我也沒用”；“我這個人，沒有什麼閃光點，只不過是我經常想，執法辦案無小事，錯判一起案子對一位法官來說可能僅僅是百分之一或千分之一的失誤，可一個公民也許一輩子就打這一次官司，一次錯判就可能冤枉他一生”。²⁹ 這些話語表明他具有強烈的社會責任感和社會公德心。作為一個具體從事司法審判工作的個體，在他身上，自然情理已經與司法道德融為一體，成為指導他思想與行為的準則，演繹著他公正廉潔的法官人生。



另一方面，社會大眾的公平正義感對於法官的審判行爲也有一定的約束力與監督力，一旦法官做出有違職業道德和職業紀律的行爲，就會受到自然情理的評判與譴責，就會對他形成一種無形的壓力，這有助於法官形成良好的職業道德，造就良好的司法道德氛圍。

異化的情理，是由於人們過分追求私利，以至於偏離了社會大眾的公平正義感而產生的。這種異化的情理表現爲異化的人情、異化的面子、異化的關係，它們對於司法審判具有明顯的消極作用。例如，當異化的人情作用于法官、檢查官、律師等法律職業共同體時，他們就要在法律規範與人情慣例中迂迴掙扎作出選擇，一旦選擇偏離了正常人情的軌道，也就意味著偏離了司法公正的軌道，那麼司法就不再是保護權利主體合法權益、實現社會正義的最後一道防線，司法的基本功能也就喪失了。這不僅意味著權利主體的正當權益沒有保障，甚至有可能使國家的利益也受到損害。

七

情理在司法審判中是可以發揮積極作用的，要使這種積極作用能夠充分、持續發揮還需要進行司法程式的建設。一般來說，法律程式是指人們進行法律行爲所必須遵循或履行的法定時間與空間上的步驟和形式，是實現權利和履行義務的合法方式和必要條件。³⁰ 筆者提出，應當設計一定的司法程式將抑制異化情理，並可以使自然情理引入到司法系統中，通過制度體系賦予情理正式身份，以程式規範司法審判主體的行爲，以此來進一步完善我國的司法制度。



(一) 程式可以抑制法官對異化情理的運作

有了程式對於法官行使自由裁量權的有效控制，就可以通過規範法官的自由裁量權，防止異化的人情、面子、關係對法官審判行為的不當干擾，這對於促使我國法官公正地進行司法審判具有積極意義。

異化情理講求處理具體問題的靈活性與差異性，在法律規則之外的討價還價、反復試錯的過程一旦介入到司法審判過程中，很容易造成所謂的“雙重不確定性”，³¹ 使得本來是規模化、統一化、易於操作並追求相對簡化的法律流程，也捲入了複雜的討價還價的漩渦中。在司法審判中，法官運用自由裁量權，除了以自己的職業素養和司法審判經驗為基礎以外，人情的考慮、面子的照顧、關係的融洽與否等等因素也夾雜其中，甚至無法將這些因素與他們的職業素養與審判理性截然分開；也可以說，人情、面子、關係因素伴隨著法官自身的法律專業素養和職業道德紀律發生了某種“化學變化”，這種經過化學反應後的“雜質”在很多時候都意味著“法律的不純”，是司法審判中裁判標準多元化的一種現實表現。當然，這種“化學結果”不應當成為否定法官自由裁量權的理由，這種否定在現實中也是不可行的，因為紛繁複雜、富於變化的現實生活與法律自身的滯後性、僵化性之間的矛盾使得法官自由裁量權的存在成為一種必要。既然法官有必要享有並行使自由裁量權，下面的問題就是：究竟怎樣做才能夠使法官正確地運用自由裁量權？法官自身的職業素質和道德修養固然重要，但是一味強調法官自身的建設，還是遠遠不夠的，因為異化的情理可以迂迴徘徊在這些制度背後，仍然發揮它對司法審判的負面作用。

因此，從抑制異化情理，改善司法環境的角度來講，我們在關注司法體制改革的同時，更要注重司法程式的建設。在程



式正義的設計中應當將情理因素考慮在內，透過程式規範，使得異化的情理由暗處來到明處，將對法官有直接或間接影響的各種人情、面子、關係統統納入司法程式中，將當下社會公認的各種情理規則在明示化的程式中展現出來，這並不是對異化情理的放縱，而是對異化情理的規範與控制。異化的情理一旦走出“暗箱”，進入“前臺”，就會成為法律可控制和規範的範疇，這將促使我們順利解決司法審判過程中由異化情理帶來的種種“例外問題”。

對於這個問題，雲南省高級人民法院的做法值得一提。為了防止人情案、關係案和金錢案，雲南省高級人民法院嘗試以制度化手段杜絕或者減少“請托說情”對審判公正的影響，該院不久前公佈了若干規定，其中有一條是“說情公開制度”³²，它要求法官在審理民事案件期間，凡遇到有託人說情、託領導過問或打招呼的情形，都應當在合議庭合議和審判委員會討論案件時公開說明。這是個創新的制度，筆者認為值得嘗試，關鍵在於如何使這個制度不折不扣地得到貫徹執行。這就需要在程式中進行具體規劃，使不同的人、不同的事能夠“定格”在特定的時空當中，使這一制度在司法審判中充分發揮作用。

（二）程式可以抑制當事人對異化情理的運作

構建符合“以人為本”司法理念的司法制度是當下司法發展的內在要求。人性化的司法程式考慮到當今社會情理因素影響下人際關係的結構與運作特點，使得法律更容易為社會大眾接受。在法治的實現過程中，要特別關注社會大眾對法律的理解與支撐，因為社會大眾是我們樹立法律權威的基礎。但這個程式設計並不是只考慮迎合社會大眾的心理和要求，簡單地將情理的因素引入司法程式的設計中，而是將情理納入法律體系的同時也按



照法治的精神改造它，通過明示的方式告知訴訟當事人，如果要進入司法審判的“門檻”，就要按著司法的“格式”³³來走，這種“格式”是先定的，不可違背的，違背了司法的格式化要求，就要承擔不利的司法後果，這種後果可能是敗訴，可能是重審，對當事人來說是代價昂貴，成本很高的結局。而這種“格式”不是不通情理，而是將這種情理設計進入特定的程式中，“討價還價”是在法律程式的規範中展開，這種富有中國特色的情理式的“辯論”可以在程式的運作下合法起來。這是以一種“欲擒故縱”的方式，允許當事人開展關係運作，但是必須按照事先設定的步驟進行。當事人進行關係運作是為了自身的利益，如果這種明示化的運作方式可以達到這個目的，私下的動作就沒有必要，這樣，就使明示化的關係運作本身成了抑制關係運作的方式。

（三）程式可以抑制律師對異化情理的運作

隨著我國市場經濟的發展，社會分工的細化，律師行業為了適應社會的需要而大力發展，競爭也越來越激烈，再加上我國傳統熟人社會情理文化的慣性作用，律師在從事業務的過程中“拉關係”、“走後門”、“請客送禮”等現象非常普遍，律師想方設法與代理案件有關的法官、檢察官等司法人員密切聯繫。因為這種異化情理的頻繁運作，能夠為律師帶來豐厚的金錢與物質上的回報。還有許多律師將“在法院有熟人”、“與法官關係很好”等作為拉攏客戶、對外炫耀的資本。儘管有《中華人民共和國律師法》與《律師職業行為規範》等法律、規章的約束，上述現象仍然普遍存在，成為律師喪失職業操守的前奏。作為一種普遍存在的社會現象，一方面由於社會發展的現實階段不可逾越，另一方面也與相關制度缺乏程式規範有關，致使在現實中對律師違規行為的懲罰很難界定與操作，因此，有必要進一步探索



現階段我國法治發展的特點與規律，構建符合我國國情的具有情理因素的律師執業程式，對律師執業程式進行既規範又有操作性的程式建設，使律師與法官、檢察官等法律共同體之間的業務聯繫“走在陽光下”，這對於進一步完善我國的律師制度，促進律師行業的健康發展意義重大。

八

本文的研究主題是：通過對情理在司法審判中的功能的分析，提出構建包含自然情理因素的司法程式的建議。這個討論啟發我們有以下的思考：

（一）從人情、面子、關係這三大情理要素在司法審判中的功能分析的獨特視角論證了法律社會學的基本觀點：即我們不僅要重視“紙面上”的法律——制定符合我國國情的各項法律，完善我國的法律體系；同時還要花大力氣關注“紙面上”的法律在現實社會中的行動邏輯，這就有必要探索符合我國國情與現實的“活法”的行動規律與特點，並以此來發展與完善立法活動，不斷地對“紙面上”法律中的僵化滯後部分進行修正，這種“與時俱進”、“不斷糾偏”的法律既符合社會發展方向，又尊重法律的自身發展規律，才是具有強大生命力的可持續發展的法律。

（二）本文給予我們的第二點思考是：社會的發展與法律的發展密切聯繫，不能只是關注法律自身發展的邏輯，忽視法律在整個社會結構中的位置，法律與社會其他要素：文化傳統、經濟基礎、政治架構等互相影響，互相制約，也互相促進。處於某一時間、空間的法律必然受制於法律的時代發展趨勢，同時它也必然深深地打上歷史與民族的印記。對於後者的深刻理解，對於中



國這個“法治後髮型”國家尤其重要。這將促使我們反思中國的法治實踐，正確認識與實踐“法律移植”，摸索中國特色的法治路徑。

（三）本文給予我們的第三點思考是：立法與執法、守法之間是互動的，一方面，法官、檢察官、律師這些法律職業共同體要作遵守法律的楷模，以法律作為從事職業行為的唯一尺規，老百姓也要擁護法律，信仰法律，法律應當是全社會各階級階層行為的指南與準則，具有崇高的威信。但立法本身具有的理想性，立法程式的剛性使法律具有的滯後性，這些法律的缺陷都會不同程度地阻礙執法和守法。所以，立法必須走出“象牙塔式”的理想設計，反映時代的發展趨勢與現實的要求，這樣的法律才能更好地得到遵守。另一方面，法律的核心在於實踐，無論執法還是守法的實踐都是豐富多彩，新案例的新問題層出不窮，不斷挑戰現行立法。從某種意義上講，正是法律實踐的這種超前性促使包括立法在內的法律的各個方面不斷發展與完善，因此，要認真對待法律實踐，善於及時地分析總結法律實踐，使立法、執法、守法形成一個良性互動的循環體系。

（四）本文給予我們的第四點思考是：中國是具有悠久歷史文化傳統的國家，包括人情、面子、關係在內的情理要素對司法審判的影響反映了文化力的作用，也是中國法律制度的特點，因此，本文提出的建設包含情理要素的司法程式的建議，是具有方法論意義的中國法治模式的具體思考。法律的真諦永遠存在於具體的實踐中，讓我們繼續努力在生動豐富的社會生活中探索中國法治之路的規律。

注釋

- 1 本文是作者主持研究的中國傳統文化與法治建設成果之一。感謝上海社會科學研究基金對本課題研究的支持。



- 2 參見滋賀秀三：〈中國法文化的考察——以訴訟的形態為素材〉，滋賀秀三等：《明清時期的民事審判與民間契約》，（法律出版社，1998）。
- 3 哈耶克：《不幸的觀念》，（東方出版社，1991），12-13。
- 4 筆者注：將法律作為地方性知識，是強調法律是與具體時空相聯繫而發生效力的，是一種具體的知識。關於地方性知識，詳見 [美] 柯利弗德·吉爾茨：〈地方性知識：事實與法律的比較透視〉，鄧正來譯，梁治平主編：《法律的文化解釋》，（三聯書店，1994），73頁以下。
- 5 博登海默：《法理學——法律哲學與法律方法》，鄧正來譯，（中國政法大學出版社，1999），225。
- 6 翟學偉：〈中國人際關係的特質——本土的概念及其模式〉，《社會學研究》，1993年第4期。
- 7 孫春晨：〈人情倫理與市場經濟秩序〉，《道德與文明》，1999年第1期。
- 8 黃國光：〈人情與面子——中國人的權力遊戲〉，《領導文萃》，2005年第7期。
- 9 筆者注：漆思劍在〈人情倫理與社會主義市場經濟〉一文中使用了“人情倫理”的概念，指把人情運用於人際交往過程之中形成的各種行為規範的總稱。參見漆思劍：《人情倫理與社會主義市場經濟》，中國知網。
- 10 翟學偉：〈人情面子與權力的再生產——情理社會中的社會交換方式〉，《社會學研究》，2004年第5期。
- 11 翟學偉：〈人情面子與權力的再生產——情理社會中的社會交換方式〉，《社會學研究》，2004年第5期。
- 12 費孝通：《鄉土中國·生育制度》，（北京大學出版社，1998），45。
- 13 胡先晉：〈中國人的面子觀〉，黃光國編：《中國人的權力遊戲》，（台北：巨流圖書公司，1988）。
- 14 金耀基：〈“面”、“恥”與中國人行為之分析〉，楊國樞主編：《中國人的心理》，（台北：桂冠圖書公司，1988）。
- 15 關於“面子功夫”，參見黃光國：〈人情與面子——中國人的權力遊戲〉，《領導文萃》，2005年第7期。
- 16 金耀基：〈“面”、“恥”與中國人行為之分析〉，楊國樞主編：《中國人的心理》，（台北：桂冠圖書公司，1988）。
- 17 金耀基：〈“面”、“恥”與中國人行為之分析〉，楊國樞主編：《中國人的心理》，（台北：桂冠圖書公司，1988）。
- 18 翟學偉：〈人情面子與權力的再生產——情理社會中的社會交換方式〉，《社會學研究》，2004年第5期。



- 19 筆者注：“社會資本”原是個純粹的經濟學概念，後來發展成爲一社會學領域的一個重要概念。這裏的社會資本是從社會學的角度來講的，布迪厄首先從社會學角度正式提出這一概念，將它界定爲“實際或潛在資源的集合，這些資源與由相互默認的關係所組成的久網路有關，而且這些關係或多或少是制度化的。”後來這一概念被廣泛關注，界定也有所不同。參見(美)布朗：〈社會資本理論綜述〉，《社會資本與社會發展》。
- 20 參見黃光國編：《中國人的權力遊戲》，(台北：巨流圖書公司，1988)。
- 21 參見黃光國編：《中國人的權力遊戲》，(台北：巨流圖書公司，1988)。
- 22 參見李瑜青：〈論法律的文化人格作用〉，《上海大學法學評論》，(上海大學出版社，2004)。
- 23 參見翟學偉：《中國社會中的日常權威：關係與權力的歷史社會學研究》，(社會科學文獻出版社，2004)。
- 24 費孝通：《鄉土中國》，(三聯書店，1985)，42。
- 25 參見滋賀秀三：〈中國法文化的考察——以訴訟的形態爲素材〉，滋賀秀三等：《明清時期的民事審判與民間契約》，(法律出版社，1998)。
- 26 參見漆思劍：《人情倫理與社會主義市場經濟》，中國知網。
- 27 詳細案情，參見張文靜：〈拷問佘祥林一案訴訟程式上的瑕疵〉，《中國司法》，2005年第7期。
- 28 參見宋魚水：〈試析理工達盛案件的調解方式和方法〉，<http://www.bj.xinhuanet.com/bjpd-zhuanli/sys.htm>。
- 29 參見〈演繹公正廉潔的法官人生〉，http://www.qinfeng.gov.cn/admin/pub_newsshow.asp?id=1007983&chid=100026。
- 30 張文顯：《法理學》，(法律出版社，1997)，386。
- 31 筆者注：雙重不確定性，一方面來自於社會解決糾紛時反復的試錯過程，追求利益妥協的討價還價使得糾紛的解決充滿偶然性與不確定性；另一方面，法律因爲異化情理的介入而變得複雜起來，異化情理的介入使得法律無法充分發揮它對於同類案件同等對待的規模效益，這樣，糾紛的解決就沒有讓人可以預期的結果。參見季衛東：〈法治中國的可能性——兼論對中國文化傳統的解讀和反思〉，《戰略與管理》，2001年第5期。
- 32 參見〈雲南高院明示說情公開制度〉，<http://www.cddaily.com.cn/cdrb/20010918/GB/cdrb^277^0^12.htm>。
- 33 筆者注：這裏所說的“格式”，就是指司法程式，司法行爲受到既定的時間和空間的制約。關於司法格式化的詳細闡述，參見蘇力：《送法下鄉——中國基層司法制度研究》，(中國政法大學出版社，2002)，頁232-237。

