

# 司法实践中后果考量的证立与规范

张剑源

**摘要:** 由于与英美和欧陆国家的司法传统与司法实践均存在较大差异,因此,在中国讨论后果与后果考量,必须以中国的司法实践为基础。一方面,后果考量基于规范,受规范约束,因此,切不可离开规范而言后果;另一方面,后果考量与传统法律方法互为补充,一起在司法实践的不同面向发挥作用,共同型构出整全的司法过程,是人民法院多样性职能的具体体现。“规范”和“职能”视角的分析展现了后果考量生发和运作的具体情境及其制度属性,也证明了单纯从形式角度认识后果考量的不足。当然,正因为后果考量与“规范”和“职能”密切相关,因此,法官必须在规范和职能范围内进行后果考量,后果考量的作用方式必须得到严格框定,以促使其更好地发挥应有作用。

**关键词:** 司法; 后果考量; 社会效果; 法律方法; 法律适用

**中图分类号:** D920.0 **文献标志码:** A **文章编号:** 1006-0766 (2022) 04-0137-12

## 一、问题与命题

当下我国法学界有关司法实践中“后果”的研究,已就法官是否关注后果、法官关注什么样的后果等问题产出了非常多的成果。<sup>①</sup>然而,后果考量在司法实践中的地位等关键性问题,还存在较大争议。比如,持否定观点的学者认为,后果主义裁判在大多数时候虽然采用了“依法裁判”的外在形式,但却掩饰不住对案件起根本决定作用的法外因素,这不仅动摇了司法裁判的合法性也危及形式法治。<sup>②</sup>也有学者认为,后果考量不具有“元方法”的地位,也不是一种完全独立的新方法。同时还认为,法律人要将“新方法”纳入既有的裁判方法体系中,在法律之内去寻求社会效果,构筑一种自我调适性的、回应型的法教义学。唯有如此,法治的根基才能得以维系。<sup>③</sup>持肯定观点的学者则认为,关注结果,并不仅仅是指这个纠纷的解决,必须考量长远。<sup>④</sup>同时指出,“像法律人思考”的关键是要在阅读大量法律案件中慢慢熟悉、理解和掌握法官关心什么社会后果,为什么关心等等。<sup>⑤</sup>总之,争议始终存在。若从微观层面再进行梳理,可以发现,争议主要包括以下几个方面:第一,后果考量是否属于中国司法实践中法官的一项基本职能要求?第二,在中国的司法实践中,后果考量究

**作者简介:** 张剑源, 云南大学法学院教授(昆明 650504)

**基金项目:** 云南省哲学社会科学规划项目(省社科研究基地项目)“基层人民法院应对‘案多人少’的实践经验与完善对策研究”(YB2021038)

① 钱大军和郭建果的研究表明,在司法裁判中,后果考量不仅广泛存在于疑难案件中,而且在简单案件中也屡见不鲜。侯猛认为,法官如果在决策过程中没有充分、系统地后果考量,则有可能会产生“意外的社会后果”,甚至“出现利益保护的悖论”。参见钱大军、郭建果:《司法裁判中后果考量的实证研究》,《法律方法》第23卷,北京:中国法制出版社,2018年,第250页;侯猛:《司法的运作过程:基于对最高人民法院的观察》,北京:中国法制出版社,2021年,第155页等。

② 孙海波:《“后果考量”与“法条主义”的较量——穿行于法律方法的噩梦与美梦之间》,《法制与社会发展》2015年第2期。

③ 雷磊:《反思司法裁判中的后果考量》,《法学家》2019年第4期。

④ 苏力:《法治及其本土资源》,北京:北京大学出版社,2015年,第31页。

⑤ 苏力:《法律人思维?》,《北大法律评论》第14卷第2辑,北京:北京大学出版社,2013年,第434页。

竟只是法官个人的主观意愿和决定,还是也有规范的要求和约束?第三,后果考量和传统法律方法的关系是什么?第四,后果考量是否有必要,以及能否被有效规范?

本文将围绕上述问题展开讨论,以厘清当代中国司法实践中后果考量的实质面向问题。本文认为,在当代中国的司法实践中,“后果考量”并非一种非此即彼的选择,而是一种真实的制度性存在。<sup>①</sup>对有关后果考量争议焦点的回答,应该回到中国司法实践的具体场域中,而不应该只是参照或拘泥于某一个或某几个既有的理论话语或标准。为了更好地展开讨论,本文将在与欧陆和英美的司法传统和司法实践的比较基础上提出两个分析变量,分别是“规范”和“职能”。后果考量中的“规范”问题,意指在中国的司法实践中,后果考量并非一个脱离了规范的过程。而是说,法官在个案纠纷解决过程中进行后果考量的时候,也必须依据规范;后果考量中的“职能”问题,意指在中国的司法实践中,后果考量实际上是人民法院职能的具体化,与人民法院治理目标密切相关。

本文中的“后果”与通常意义上所说的特定行为所产生之后果不完全相同。通常意义上所说的“后果”主要是指基于个案,当事人一方的行为对另一方所产生的不利后果。而我们这里所说的“后果”则更宏观,面向大多数不特定公众,主要是指案件判决后可能产生的“社会效果”,以及案件判决结果所可能会对大众传达的信息(dissemination of messages)。<sup>②</sup>文章第二部分对目前有关后果考量的话语之争及其背后的理论来源进行分析;第三部分将从“规范”和“职能”角度出发,探讨有关后果考量的分析进路;第四和第五部分将分别从后果考量与传统法律方法、后果考量与规范性约束力两个问题入手,具体分析后果考量的地位以及实践意义;第六部分就如何规范后果考量进行讨论。

## 二、话语之争及其理论来源

要准确理解两种截然不同的观点之间争议的焦点,可以再次对两种不同论述的关键词进行一定的分析。在否定论者的论述中,关键词包括但不限于:“合法性”“形式法治”“可预期性”“一致性”“稳定性”“自我调适性”等;<sup>③</sup>而在肯定论者的论述中,关键词包括但不限于:“纠纷的解决”“长远”“社会后果”“当事人的切身利益”“社会福祉”“案情是非”“化解矛盾”等。<sup>④</sup>透过这些关键词,不难看出,关于后果考量,否定论者往往是从既有的有关形式法治的基本原理出发,对后果考量的意义和价值持相对否定的态度;而肯定论者更多是从实质法治观角度入手,肯定后果考量在司法实践中的意义。综合起来看,争议的产生,实际上都与有关法治的“形式”与“实质”的辩证这一核心问题密切相关。<sup>⑤</sup>

关于这一问题,韦伯曾指出,法律形式主义可以让法律机制像一种技术合理性的机器那样运转,以此保证各个法利害关系者在行动自由上,尤其是对本身的目的行动的法律效果与机会加以理性计算这方面,拥有相对最大限度的活动空间。<sup>⑥</sup>基于此,韦伯论域中那种形式理性法律与西欧资本主义发展间的相适配性,得到了后世无数的青睐。然而,韦伯实际上也注意到,在一些情形下,“形式的裁

① 苏力认为,制度的发生、形成和确立都在时间流逝中完成,在无数人的历史活动中形成。苏力:《制度是如何形成的》,北京:北京大学出版社,2007年,第53页。

② 相关讨论可参见 Marc Galanter, “The Radiating Effects of Courts,” in Keith O. Boyum and Lynn Mather, eds., *Empirical Theories about Courts*, New York: Longman, 1983, p. 135.

③ 参见张翔:《形式法治与法教义学》,《法学研究》2012年第6期;雷磊:《反思司法裁判中的后果考量》,《法学家》2019年第4期;孙海波:《“后果考量”与“法条主义”的较量——穿行于法律方法的噩梦与美梦之间》,《法制与社会发展》2015年第2期等。

④ 参见侯猛:《法律的经验研究范式:以规范研究为参照》,《学术月刊》2021年第3期;冯象:《诉前服务好》,《人民法院报》2011年6月16日,第5版;苏力:《法律人思维?》,《北大法律评论》第14卷第2辑,第429-469页等。

⑤ 相关讨论还可参见顾培东:《当代中国法治共识的形成及法治再启蒙》,《法学研究》2017年第1期;陈景辉:《法治必然承诺特定价值吗?》,《清华法学》2017年第1期等。

⑥ 韦伯:《法律社会学》,康乐、简惠美译,桂林:广西师范大学出版社,2005年,第220-221页。

判，以其不可避免的抽象性格，处处伤害了实质公道的理想”。<sup>①</sup>况且，即便韦伯自己也并不否认，实质的法律制度在非西方社会中也还有存在和有效运作的空间。实质与形式，在不同的社会情境中始终都不是一种单线的互相取代过程，而毋宁是一种基于不同社会情境的和而不同的多样化存在。<sup>②</sup>

以此为基础，我们可以把有关后果考量的话语考察放在一个更大的背景中来观察。在英美国家，无论是法律实践意义上的“预测”（prediction）、“实用主义”“影响”（affect），<sup>③</sup>抑或那种对“过度法律化”（hyper-legalism）的担忧，<sup>④</sup>从总体上来说都是一种有关于后果考量的理论阐述。而后果考量之所以会在英美国家司法实践中成为可能，一个很重要的原因在于，在他们的司法传统中，超越形式，追求实质正义，本身就是司法的重要追求。早期，汉密尔顿曾说过，基于司法在分权体制中的“软弱性”，保证司法和法官的“坚定性”和“独立性”尤为重要。<sup>⑤</sup>之后，在美国，情况发生了很大变化，很多本应由行政部门处理的功能，愈益变成司法功能。司法成为保卫社会的重要力量，司法对社会的回应变得越来越广泛。<sup>⑥</sup>基于此，不难理解，为什么在英美国家的司法实践中“法官并不是按照被称之为‘法律’的东西行动，他们只是在尽可能好地行动。法官决定案件，并且作为一种副产品，判决会流露出一些关于他们将如何决定下一案件的线索”。<sup>⑦</sup>同样也就不难理解，在英美国家为什么法官除了关心个案的后果外，还关心“系统后果”。<sup>⑧</sup>

在欧陆国家，法教义学理论很少论及“后果”。这同样不难理解，因为在欧陆学者身处的法治和司法传统中，依循规范作出判决，以及在逻辑自洽的法律体系中保证形式正义的实现，乃是至关重要的原则和基础。从源头上来说，这与欧陆国家“世俗化”进程密切相关。<sup>⑨</sup>正因为世俗化以及随之而来的实体法领域的分化，使得法的形式特质不断得到强化。<sup>⑩</sup>韦伯所说的“可计算性”，<sup>⑪</sup>以及蒂堡所说的“法律数学”，<sup>⑫</sup>即是对欧陆国家法律世俗化发展的一种概括。也因此，在大陆法国家，“当法院或律师必须处理某一法律争议时，他们必须从法典中找到涵盖该争议的规定，然后将它适用于系争争议。……法院的判决在大陆法制度下，通常只适用于该案”。<sup>⑬</sup>法官们所能做的全部工作，就是适用只有唯一合理解释的法律条文。与此同时，他们很难通过做出一般性的裁判来创造新的法律规范。<sup>⑭</sup>

回到我国学界有关后果考量的争议，结合上文的讨论可以看出：持否定意见的学者大多以强调规范的重要性为出发点，据此否定后果考量在司法实践中的必要性和意义。这与欧陆学者的观点较为近似；而持肯定意见的学者大多以强调社会利益、社会后果为出发点，据此肯定和支持后果考量在司法

① 韦伯：《法律社会学》，第223页。

② 韦伯指出，并非每一种有效的秩序都必然具有普遍而抽象的性质。法理规范和在具体实例中的法律裁决之间的区分，并非总像现今我们所期待的那样清楚……被外在强制所保证的秩序，同时也可能被内在的主观态度所保证。而法律、常规及“伦理”间的关系并不会构成社会学上的问题。韦伯：《社会学的基本概念》，顾忠华译，桂林：广西师范大学出版社，2005年，第47页。

③ 参见霍姆斯：《法学论文集》，姚远译，北京：商务印书馆，2020年，第149页；波斯纳：《法理学问题》，苏力译，北京：中国政法大学出版社，2002年，第567-584页；劳伦斯·弗里德曼：《碰撞：法律如何影响人的行为》，邱遥堃译，北京：中国民主法制出版社，2021年，第3页。

④ 霍华德：《无法生活：将美国人民从法律丛林中解放出来》，林彦、杨珍译，北京：法律出版社，2011年，第20页。

⑤ 汉密尔顿等：《联邦党人文集》，程逢如等译，北京：商务印书馆，1980年，第391-395页。

⑥ 福山：《政治秩序与政治衰败：从工业革命到民主全球化》，毛俊杰译，桂林：广西师范大学出版社，2015年，第428页。

⑦ 波斯纳：《法理学问题》，第283页。

⑧ 波斯纳：《波斯纳法官司法反思录》，苏力译，北京：北京大学出版社，2014年，第7页。

⑨ 相关讨论可参见拉里·西登托普：《发明个体：人在古典时代与中世纪的地位》，贺晴川译，桂林：广西师范大学出版社，2021年，第144-161页。

⑩ 韦伯：《法律社会学》，第1-29页。

⑪ 韦伯：《法律社会学》，第321页。

⑫ 蒂堡：《论制定一部德意志统一民法典之必要性》，傅广宇译，北京：商务印书馆，2016年，第46页。

⑬ 王泽鉴主编：《英美法导论》，北京：北京大学出版社，2012年，第2-3页。

⑭ 塔玛尔·赫尔佐格：《欧洲法律简史：两千五百年来的变迁》，高仰光译，北京：中国政法大学出版社，2019年，第355页。

实践中的作用。这与英美学者的观点较为近似。<sup>①</sup>从某种程度上来说,就后果考量的问题,持反对意见的学者和持肯定意见的学者都或多或少分别受欧陆国家和英美国家学说和理论的影响。<sup>②</sup>但问题是,上文的讨论已经表明,无论是美国实用主义的法学论述,还是欧陆学者严格遵循规范的论述,实际上都是对他们各自的法律传统的一种具体关照。在他们的理论阐释和他们的法律和司法实践传统之间有着较强的关联性和适配性。具体地说,在欧陆学者那里,强调规范而不及后果,或许本身并无不妥,因为那与他们主要关注的对象——欧陆法律传统和具体实践,是密切相关的;而在英美学者那里,强调后果而很少言及规范,本身亦无本质的不妥,因为那与他们主要关注的对象——英美法律传统与具体法律实践,同样密切相关。就我们来说,法律传统和法律实践与欧陆和英美皆不同。这种时候,在理论研究领域,如果依然单纯因循着欧陆抑或英美的话语体系,是否会成为一种解释的错位和理论与实际的脱节呢?更具体地说,在否定论者那里,是否是在专注于规则的同时却忽视了中国法院和法官在司法过程中的多样性职能,进而产生出“系统性误解”的可能?<sup>③</sup>而在肯定论者那里,是否是在专注于后果的同时,却忽视了其与规范之间的有效衔接,进而忽略了整体性观察的重要性?

### 三、重新认识后果考量

我们这里所探讨的后果考量,生发于中国的司法实践。因此,要理解后果考量在司法实践中的地位和作用,就必须回到中国司法的结构中去。就我国当代的司法实践来说,有两个事实必须要强调:首先,必须肯定,在我国,与英美国家普遍存在的“法官造法”不同,案件的裁决必须得“以法律为准绳”,必须依法裁判,合法性乃是前提;其次,与欧陆国家的司法实践也不同,在我国的司法实践中,除需适用法律以解决个案纠纷外,法官在日常工作中,实际上还承担了较为多样化的职能。<sup>④</sup>因此,有如欧陆国家学者,主要以规范的适用为基础来理解我国的司法,进而否认后果考量的地位和作用,或者有如英美国家学者,主要以法官的考量为基础来理解我国的司法,进而忽视其与规范的有效衔接,都有局限。在中国,言及司法中的后果考量,切不可离开了法律规范而言后果,亦不可脱离了法官的职能而言后果。基于此,将“规范”与“职能”作为两个基本的变量,从整体角度出发,<sup>⑤</sup>来探讨中国司法中的后果考量实践,并在此基础上分析后果考量的地位和作用,将具有较为积极意义。

#### (一) 规范

法官审理案件,处理纠纷,必须依据具体的规定。这是我们这里所说“规范”的核心要义。比如,《中华人民共和国法官法》和《中华人民共和国检察官法》都对法官、检察官“必须忠实执行宪法和法律,维护社会公平正义,全心全意为人民服务”作出明确规定。<sup>⑥</sup>这实际上是对法官、检察官在司法实践中必须首先遵循法律规定的具体化和明确化。在此基础上,我们可以从以下三个方面分别探讨规范之于后果考量的实际意义。

① 当然,也应该看到,肯定论者和否定论者在有些时候也会就后果考量的问题形成局部的共识。但总体上来说,双方观点上的差异和不同总体上大于共识。

② 相关讨论可参见尤陈俊:《不在场的在场:社科法学和法教义学之争的背后》,《光明日报》2014年8月13日,第16版;孙笑侠:《法律人思维的二元论——兼与苏力商榷》,《中外法学》2013年第6期。

③ 相关讨论可参见 Clifford Geertz, *Thick Description: Toward and Interpretive Theory of Culture in the Interpretation of Cultures*, New York: Basic Books, 1973, p. 9.

④ 参见高其才、左炬:《“为中心工作服务”:基层司法机关“专政工具”角色的确立与强化——1949至1956年华县人民法院实证研究(上)》,《清华法学》2009年第2期;汪庆华:《中国行政诉讼:多中心主义的司法》,《中外法学》2007年第5期;苏力:《农村基层法院的纠纷解决与规则之治》,《北大法律评论》第2卷第1辑,北京:法律出版社,1999年;杨柳:《模糊的法律产品——对两起基层法院调解案件的考察》,《北大法律评论》第2卷第1辑,北京:法律出版社,1999年。

⑤ 相关讨论可参见侯猛:《法律的经验研究范式:以规范研究为参照》,《学术月刊》2021年第3期。

⑥ 参见《中华人民共和国法官法》第3条、《中华人民共和国检察官法》第3条。

首先，从相对宏观的立法目的来看。比如《中华人民共和国民法典》第1条有关立法目的的规定中，除明确要“保护民事主体的合法权益，调整民事关系”外，还特别强调要“维护社会经济秩序，适应中国特色社会主义发展要求，弘扬社会主义核心价值观”。在《中华人民共和国刑法》第2条的规定中，除了规定要“保护国有财产和劳动群众集体所有的财产，保护公民私人所有的财产，保护公民的人身权利、民主权利和其他权利”外，还强调要“维护社会秩序、经济秩序，保障社会主义建设事业的顺利进行”。从这两个条款，以及更多相类似的法律规定中不难看出，立法者不仅希望法律在实施的过程中，要解决个案的问题，维护个体权利，同时也希望法律实施能够有相对宏观的各个层面的关照。而且，从《中华人民共和国立法法》规定的精神来看，这些层面的关照，往往还需要从“法律实施的社会效果和可能出现的问题”进行评估，才能得以准确把握。<sup>①</sup>

其次，从相对微观的具体立法规定来看。从《中华人民共和国民法典》第8条有关“公序良俗”的规定，第10条、第289条有关“习惯”的规定，以及《中华人民共和国刑事诉讼法》第193条有关（类似于）“亲亲相隐”的规定、《中华人民共和国老年人权益保障法》第18条有关“常回家看看”的规定可以看出，近年来我国的立法中形成了一个可以被称为规范活力释放的过程。<sup>②</sup>这对于大量诉诸人民法院的民事纠纷，特别是家事纠纷、邻里纠纷来说，法官可以在厘清是非曲直的基础上，基于进一步促进家庭和睦、邻里和睦等后果考量，有了比过去更为充分的规范依据保障。

再次，从司法政策来看。在我国的司法体系中，司法政策和司法解释常常需要把宏观的立法目标和任务相对具体化，这类似于学者所说的“转介机制”。<sup>③</sup>比如《最高人民法院关于依法妥善审理高空抛物、坠物案件的意见》（法发〔2019〕25号）、《最高人民法院关于完善统一法律适用标准工作机制的意见》（法发〔2020〕35号）、《最高人民法院、最高人民检察院、公安部印发〈关于依法适用正当防卫制度的指导意见〉的通知》（法发〔2020〕31号）等司法政策文件中其实都有非常明确的有关司法活动须实现法律效果与社会效果的有机统一的要求。<sup>④</sup>

总之，国家立法、司法解释和司法政策等，很多都对法官在司法实践中进行“后果考量”提供了规范依据。当然，并不是说所有的案件在审理的时候都需要进行后果考量。但至少说明，在实践层面上，后果考量并非一个脱离规范的过程。也因此，从学术研究的角度看，对后果考量问题的研究，始终不能脱离具体的规范。只不过，必须注意到，在司法实践中，后果考量有的依据直接的法律规范，有的则依据司法政策和司法解释等的“转介”而展开。

① 参见《中华人民共和国立法法》第39条。

② 《中华人民共和国民法典》第8条规定：“民事主体从事民事活动，不得违反法律，不得违背公序良俗。”《中华人民共和国民法典》第10条规定：“处理民事纠纷，应当依照法律；法律没有规定的，可以适用习惯，但是不得违背公序良俗。”《中华人民共和国民法典》第289条规定：“法律、法规对处理相邻关系有规定的，依照其规定；法律、法规没有规定的，可以按照当地习惯。”《中华人民共和国刑事诉讼法》第193条第一款规定：“经人民法院通知，证人没有正当理由不出庭作证的，人民法院可以强制其到庭，但是被告人的配偶、父母、子女除外。”《中华人民共和国老年人权益保障法》第18条规定：“家庭成员应当关心老年人的精神需求，不得忽视、冷落老年人。与老年人分开居住的家庭成员，应当经常看望或者问候老年人。用人单位应当按照国家有关规定保障赡养人探亲休假的权利。”

③ 宋亚辉认为，最高人民法院创造“社会效果”这一弹性概念，旨在构建公共政策的司法转介机制。参见宋亚辉：《追求裁判的社会效果：1983—2012》，《法学研究》2017年第5期。在此基础上，本文认为，“转介机制”不仅是对公共政策的转介，也是对相对宏观的立法目的和立法任务的具体化。同样是以具体的法律规定为基础。

④ 比如《最高人民法院关于依法妥善审理高空抛物、坠物案件的意见》（法发〔2019〕25号）中提出：“人民法院应当将高空抛物、坠物民事案件的处理纳入建设一站式多元解纷机制的整体工作中，加强诉前、诉中调解工作，有效化解矛盾纠纷，努力实现法律效果与社会效果相统一。”《最高人民法院关于完善统一法律适用标准工作机制的意见》（法发〔2020〕35号）中提出：“坚持依法治国和以德治国相结合，兼顾国法天理人情，发挥裁判规范引领作用，弘扬社会主义核心价值观，不断增强人民群众对公平正义的获得感。”同时提出：“贯彻绿色发展理念，加强生态环境司法保护，努力实现政治效果、法律效果和社会效果有机统一。”《最高人民法院、最高人民检察院、公安部印发〈关于依法适用正当防卫制度的指导意见〉的通知》（法发〔2020〕31号）中提出：“认定是否构成正当防卫、是否防卫过当以及对防卫过当量刑时，要注重查明前因后果，分清是非曲直，确保案件处理于法有据、于理应当、于情相容，符合人民群众的公平正义观念，实现法律效果与社会效果的有机统一。”

## (二) 职能

很多既有研究揭示了人民法院职能的多样性问题。比如,就最高人民法院来说,侯猛在其研究中指出,从职能上来说,最高法院不仅仅是上诉审法院,实际上还是公共政策法院和推动司法改革的法院。<sup>①</sup>就基层法院来说,刘磊在其研究中发现,一方面,基层法院形成了一定的对外承接机制,以确保接收并整合党政系统形成和输出的治理要求;另一方面,基层法院还形成了一定的内部调控机制,以确保外部治理要求能够在法院内部顺利传递和实现。总之,基层法院的组织形态,始终与地方治理需求是密切相关的。<sup>②</sup>还有研究从历史变迁的角度展开讨论,发现虽然 20 世纪 90 年代以来的人民法院改革,总体上潜含着对标形式主义法治司法模式的取向,然而,顾培东在其研究中也指出,这种改革在一定程度上造成了司法与社会需求的疏离。并提出,司法应当尊重“消费者体验”,应通过司法能力的提升实现司法的社会功能,满足和实现社会对司法的需求。<sup>③</sup>从以上研究不难看出,推动公共政策实现、推动基层治理,以及推动司法社会功能实现,实际上都是人民法院纠纷解决过程中的,多样化职能的具体体现。而后果考量也往往就蕴含在这些职能的履行过程中,并且起到了有效连接个案纠纷解决和促进多样化职能实现的重要作用。

除了从现有研究可以看出人民法院职能之多样性的情况外,在对司法实践的整体观察中,也能较为充分地看出社会生活复杂性对人民法院职能多样性的要求,特别是对后果的高度关注。

一种情况,司法实践中,除了关注个案本身外,法官同样较为明显地表现出了对后果的关注。比如,在一起医疗服务合同纠纷案中,判决书中明确写道:“如不合理地拔高医疗机构的注意义务,以悲剧的发生反向推理,……不仅有损个案正义,更可能导致院方在进行诊疗活动时瞻前顾后、束手束脚、拮据怕重,以求自保。而医疗机构为确保‘不出事’而增加的成本,终将传导至广大患者及家属一端,损害社会公共利益。”<sup>④</sup>再比如,在一起生命权、健康权、身体权纠纷案件中,判决书中明确写道:“本案中不能适用公平原则或其他民事原则酌情给予原告补偿,避免给违法犯罪分子传达错误的信息,使其错误认为逃避执法可获得补偿。”<sup>⑤</sup>在前一个案例中,法官的关注点延伸至对医院诊疗活动的正常化以及社会公共利益的整体关注;在后一个案例中,法官对决定可能会产生的影响有较为清晰的预估。可以看出,在这些案件的说理过程中,法官充分考虑了个案纠纷解决之外判决可能产生的影响,对后果进行了充分考量,并试图借此重申社会大众共享的价值,向公众传递正向的信息。

另一种情况,虽然在司法实践和相关文书中未能看到法官较为显性的关于后果的考量和讨论,但是,基于相关文书的前后表述,还是能够看出法官对案件之后果、社会效果及其可能对社会大众传递的信息的密切关注。比如在 2014 年江苏无锡冷冻胚胎纠纷案中,当法官面对冷冻胚胎权利归属这样一个没有明确规定的新问题时,法官从伦理等角度进行了较为充分的论证。二审判决书载明:

在我国现行法律对胚胎的法律属性没有明确规定的情况下,结合本案实际,应考虑以下因素以确定涉案胚胎的相关权利归属:一是伦理。……二是情感。……涉案胚胎由双方父母监管和处置,既合乎人伦,亦可适度减轻其丧子失女之痛楚。三是特殊利益保护。胚胎是介于人与物之间的过渡存在,具有孕育成生命的潜质,比非生命体具有更高的道德地位,应受到特殊尊重与保护。……<sup>⑥</sup>

可以看出,当面对诸如冷冻胚胎一类新问题的時候,虽然法律没有明确的规定,但是法官依然需要通过对伦理、情感、特殊利益保护等多重因素的考量来作出决定。综合起来看,在这些案件中,对后果、社会效果的关注,以及对案件将会给社会大众传达何种信息的关注,都是法官进行论证、作出

① 侯猛:《司法的运作过程:基于对最高人民法院的观察》,第 220-228 页。

② 刘磊:《县域治理与基层法院的组织形态》,《环球法律评论》2019 年第 5 期。

③ 顾培东:《人民法院改革取向的审视与思考》,《法学研究》2020 年第 1 期。

④ 参见“(2018)皖 0104 民初 1367 号民事判决书”。

⑤ 参见“(2016)粤 0606 民初 9446 号民事判决书”。

⑥ 参见“(2014)锡民终字第 01235 号民事判决书”。

决定的重要考量因素，从中也可以看出后果考量对于纠纷解决的重要意义。

综上，在中国的司法实践中，后果考量并非一个脱离了规范的过程，只不过，有的情况下是直接依据具体的规定，有的情况下则是依据法律规定的“转介”，比如司法政策和司法解释等。另外，应当注意到，后果考量往往还是人民法院职能的具体化，与司法实践的治理目标密切相关。总之，只有充分认识到后果考量基于规范与职能的这种双重属性，我们才能更为全面地认识后果考量在中国司法中的地位 and 意义。当然，也才能从根本上克服“语言混乱”（a confusion of tongues）所可能会带来的认识上的偏差。<sup>①</sup>

#### 四、后果考量与传统法律方法

接下来，将结合上文的讨论，从“规范-职能”的分析框架入手，就后果考量与传统法律方法、后果考量与规范约束力等相对微观的问题展开讨论。本部分先讨论前一个问题，即后果考量与传统法律方法的关系。

有学者认为，司法裁判首先是一种“依法裁判”，在这一领域中，法的安定性涉及制定法规则在“规范上可能的适用范围”。司法裁判在本质上可被理解为是一种法律推理或法律论证。司法的目标在于依法裁判与个案正义。<sup>②</sup>同时，对传统法律方法和后果考量进行了比较分析，提出以下观点：第一，法律方法和后果预测是两个截然不同的问题，相较来说，后果预测具有比较劣势；第二，无论是在法的发现还是法的证立层面上，后果主义都无法一般性地成立。后果论证可以为既有的法学方法所蕴含；第三，即便后果预测在客观目的论证的框架内具有有限的独立性，其依然存在很多问题和局限。<sup>③</sup>

本文赞同将传统法律方法和后果预测作为两个截然不同的问题进行分析，同时，认同传统法律方法在解决个案纠纷时的基础性作用。然而，从“职能”角度入手，值得进一步追问的是，如果无法否认法官在个案纠纷解决以外的职能的存在，那么法律和司法又将如何在解决个案纠纷以外实现对社会秩序的维护呢？

很显然，法律推理或法律论证无法完全达成这一目标。究其原因，一方面，社会生活的复杂性决定了案件处理过程中事实认定的复杂性，以及法律适用的复杂性，这也使得内部证成往往无法概括法律适用的全过程。<sup>④</sup>另一方面，从实践层面来看，在很多案件审理过程中，基于人民法院较为多样化的职能要求，法官除了需要解决个案纠纷，往往还得密切关注案件的解决会产生的效果、影响，以及可能会传递的信息。因此，从方法上来讲，与传统法律方法相比较，基于不同的职能要求、目标，以及不同的切入（案件之）方式，后果考量必然具有不同于传统法律方法的运作方式，也必然会呈现差异性的方法特质。<sup>⑤</sup>

在之前一项研究中，我们发现，在一些涉及问题复杂多样的案件中，法官除了需要在具体规范或构成要件的指导下完成对法律真实的认定外，往往还需要对案件事实之来龙去脉、前因后果进行“抽丝剥茧”式观察，以达至对客观真实的准确把握，进而达致对后果的准确预估。<sup>⑥</sup>若非如此，则很可能出现虽然个案纠纷解决了，但案结而事未了，以及无法有效传递正向的、有效的信息的可能。在这个我们称之为“发现看不见的事实”的过程中，传统法律方法显然无法发挥作用。因为传统法

① 相关讨论可参见 Geertz, *Thick Description*, p. 9.

② 雷磊：《法律方法、法的安定性与法治》，《法学家》2015年第4期。

③ 参见雷磊：《法律方法、法的安定性与法治》，《法学家》2015年第4期；雷磊：《司法裁判中的价值判断与后果考量》，《浙江社会科学》2021年第2期；雷磊：《反思司法裁判中的后果考量》，《法学家》2019年第4期。

④ 参见王彬：《逻辑涵摄与后果考量：法律论证的二阶构造》，《南开学报》2020年第2期。

⑤ 有学者认为，随着后果论在关于法学的现代方法论的论辩中获得了一定影响，基于后果评价的法律适用成为司法裁判的一种形式。杨知文：《基于后果评价的法律适用方法》，《现代法学》2014年第4期。

⑥ 参见张剑源：《发现看不见的事实：社会科学知识在司法实践中的运用》，《法学家》2020年第4期。

律方法只能基于那些“看得见的事实”(也即可被现有证据证明的“事实”),在内部证成的角度上才能发挥作用。而后果预测则充分整合了社会科学判断、价值判断等,展现运作方法上的独特性。这正如贺欣所言,法律与社会科学在很大程度上是测量经验的事实,想要测量得客观,必须借助社会科学的知识和方法。<sup>①</sup>比如,在有关子女抚养权的问题上,心理学已经成为决定抚养权的最重要的学科,<sup>②</sup>成为有如美国学者约翰·莫纳什和劳伦斯·沃克所概括的,用来提供背景的社会科学知识。其不仅可以用来判断当前的事实,确认过去的事实,还可以用来确定将来的事实。<sup>③</sup>在很大程度上助力司法判决的作出,具有较为广泛的实践意义。再比如,在司法过程中,人类学思维在事实认定和法律适用两个阶段都会发挥作用,助益深理解后果考量的重要性。<sup>④</sup>除此之外,统计学、经济学、社会学、语言学、地理学,包括实验的方法,也常常成为司法实践中全面、准确把握事实,助益准确作出司法判决的重要知识来源。<sup>⑤</sup>总之,不难看出,围绕有效解决纠纷的目标,法官在后果考量过程中可以充分运用各种知识,形成适应法律适用和司法判决的有效方法,弥补内部证成的局限。

综上,基于中国法院职能的多样性,在经由司法裁判达成裁判结果和实现法律目标的过程中,除了需要传统的法律方法,实际上也需要其他方法的存在,比如后果考量。<sup>⑥</sup>很显然,传统法律方法和后果预测在司法实践的不同面向发挥着不同作用,两者互为补充,共同型构了整全的司法过程。<sup>⑦</sup>

## 五、后果考量与规范约束力

有学者认为,在今天,尽管法律制定与法律适用之间的界限开始模糊,但“法官受法拘束”的基本诫命始终在法学方法论上占有中心地位。司法活动必须以一个可供法官依循的客观法上的标准而持续受到约束。<sup>⑧</sup>也有学者持相类似的观点,更直接地表明,那种基于社会科学判断的,从经验中推导出的事实判断,无法产生较强的规范性约束力。因此,认为“必须要认识到社会科学应用于司法裁判的限度,应尽可能避免以社会科学的外部性知识和方法直接批判法律,警惕以社会科学的各种后果论据直接替代法律性论据,坚守住依法裁判的底线性立场”。<sup>⑨</sup>

这一洞识不无道理,但是,正如上文第二部分中所讨论的,基于中国司法的实践特征,我们切不可脱离了规范而言“后果”,不能把后果和规范对立起来考察,亦不可脱离了法院多样化的职能而言“后果”。

为了更好地说明这一问题,我们可以通过比较两个案例来进行具体分析。第一个案例是一起被称为“分享香蕉案”的案件。小孩曾某因吃了苏某、覃一好意分享的香蕉不幸窒息死亡。苏某和覃一被曾某家属诉至法院,要求承担责任。一审法院判决认为,“蒋某、曾甲痛失爱女确属不幸,但仅因为事实上的关联,而将不幸归咎于法律上没有过错、道德上亦无不当的覃一、苏某,这不是法律追求

① 贺欣:《街头的研究者:法律与社会科学笔记》,北京:北京大学出版社,2021年,第9页。

② 贺欣:《社科法学与法教义学的初步比较——从“儿童最佳利益”谈起》,《中国法律评论》2021年第5期。

③ 约翰·莫纳什、劳伦斯·沃克:《法律中的社会科学》,何美欢等译,北京:法律出版社,2007年,第373-584页。

④ 侯猛:《司法过程中的社会科学思维:以人类学为中心》,《思想战线》2020年第6期。

⑤ 参见贺欣:《街头的研究者:法律与社会科学笔记》,第9-10页。

⑥ 这实际上也类似于学者所作的有关“法律的内部科学化”和“法律的外部科学化”的分类。参进程金华:《科学化与法学知识体系——兼议大数据实证研究超越“规范 vs. 事实”鸿沟的可能》,《中国法律评论》2020年第4期。

⑦ 这较为类似于学者所作的“法律既像一把‘剪刀’,同时也像一面‘镜子’”的比喻:法律不仅可以剪裁人们的生活,还是“社会的一面镜子,它的主要作用就是维持社会秩序”。参见王启梁:《迈向深嵌在社会与文化中的法律》,北京:中国法制出版社,2010年,第264-267页;塔玛纳哈:《一般法理学:以法律与社会的关系为视角》,郑海平译,北京:中国政法大学出版社,2012年,第1-3页。

⑧ 参见雷磊:《从“看得见的正义”到“说得出的正义”——基于最高人民法院〈关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见〉的解读与反思》,《法学》2019年第1期。

⑨ 孙海波:《司法裁判社会科学化的方法论反省》,《法制与社会发展》2021年第2期。

的公平正义”。遂驳回起诉。二审法院维持原判。<sup>①</sup>第二个案例是一起被称为“医生电梯内劝阻吸烟案”的案件。因段某在电梯内吸烟，导致其与同乘电梯的杨某发生言语争执，在双方的争执被小区物业公司工作人员劝阻且杨某离开后，段某猝死。事件发生后，杨某被段某家属诉至法院要求承担责任。一审法院判决认为，“杨某的行为与段某的死亡之间并无必然的因果关系，但段某确实与杨某发生言语争执后猝死，依照《中华人民共和国侵权责任法》第二十四条的规定，受害人和行为人对损害的发生都没有过错的，可以根据实际情况，由双方分担损失”。后原告提起上诉，二审改判，法院认为，“杨某对段某在电梯间吸烟予以劝阻的行为与段某死亡结果不存在法律上的因果关系，杨某不存在过错，不应承担侵权责任”。<sup>②</sup>

两起案件都是侵权之诉，事件的起因和结局有很多类似之处，案件都经过了初审和上诉审两次审理，终审判决结果都认定了被上诉人没有过错。也因此，两个案件所聚焦的核心问题也十分类似，即：在特定的情况下，没有过错一方是否应当承担责任？根据相关规定及这两起案例可以看出：一种情况是如“医生电梯内劝阻吸烟案”一审那样，根据《中华人民共和国侵权责任法》第24条之规定，以“公平责任”来判令被告方“分担损失”并“承担补偿责任”；另一种情况是如“医生电梯内劝阻吸烟案”二审，以及“分享香蕉案”二审那样，根据《中华人民共和国侵权责任法》第6条第一款之规定，以未违反过错责任原则驳回起诉和上诉。<sup>③</sup>

究竟适用哪个规定来判？根据对两个案件的比较可以看出，其中有两个因素起着关键性作用。第一个因素是有关对因果关系的认定，以及如何准确区分事实上的关联与法律上的关联；第二个因素是有关法官对立法宗旨、立法目的以及判决之社会影响的审慎考量。关于前一个因素，已有较多相关研究成果进行了讨论。<sup>④</sup>而就本文所更为关注的第二个因素来说，两个案件的判决书中的说理部分提供了较为明确的例证。比如“分享香蕉案”二审判决中写道：“从民法的基本价值立场出发，民法应是鼓励民事主体积极地展开社会交往，如果将小孩之间分享无明显安全隐患食物的行为定性为过失，无疑限制人之行为自由，与过错责任原则的立法宗旨不符。”<sup>⑤</sup>而“医生电梯内劝阻吸烟案”二审判决中也明确写道：“让正当行使劝阻吸烟权利的公民承担补偿责任，将会挫伤公民依法维护社会公共利益的积极性，既是对社会公共利益的损害，也与民法的立法宗旨相悖，不利于促进社会文明，不利于引导公众共同创造良好的公共环境。”<sup>⑥</sup>很显然，无论是“如果……”，还是“将会……”的论述，都清晰地表明了法官对后果以及判决可能传递的信息的密切关注。而这也表明，法官在具体的后果考量过程中，是如何促进后果考量与法律适用的有效衔接的。

总之，一方面，规范约束力并不意味着对法条的封闭的、机械的适用。规范约束力的实质在于，判决不仅要关注规范的字面意思，还得关注规范背后的精神，关注并预测判决作出以后将会给社会传递何种信息。后果考量作为司法实践中的一种方法，受规范约束，旨在准确适用法律，夯实法律性论据，保证“依法裁判”的准确作出；另一方面，司法实践也表明，在一些相对疑难、复杂的案件中，基于有效的后果考量作出的决定，常常具有类案参考性价值，甚至会形成示范，对类案形成指引，助益相关领域司法实践的进一步完善。也因此，这里所说的类案参考性价值的发挥，就不再只是“依

① 参见“(2015)佛中法民一终字第1211号民事判决书”。

② 参见“(2017)豫01民终14848号民事判决书”。

③ 《中华人民共和国侵权责任法》第24条规定：“受害人和行为人对损害的发生都没有过错的，可以根据实际情况，由双方分担损失。”《中华人民共和国侵权责任法》第6条第一款规定：“行为人因过错侵害他人民事权益，应当承担侵权责任。”

④ 参见苏航：《涉特殊体质侵权案件的因果关系认定与责任承担考量——电梯劝烟猝死案评述》，《法律适用（司法案例）》2018年第6期；徐一楠：《从因果关系与注意义务评“香蕉噎死儿童案”——兼评广东“香蕉噎死儿童案”》，《法律适用（司法案例）》2017年第14期。

⑤ 参见“(2015)佛中法民一终字第1211号民事判决书”。

⑥ 参见“(2017)豫01民终14848号民事判决书”。

赖于能否精准地提炼裁判规则”这一方面,<sup>①</sup>而是一种透过详细的论证和后果考量,为类案提供更为丰富的具有参考价值的理由,进而促进理由与规范的准确衔接的过程。

## 六、后果考量的规范化建构

后果考量拓展了法律适用的准确性,但是,也必须承认,如果稍不注意,或者被滥用,后果考量势必也会产生负面的效果。当然,这并非后果考量独有的风险,法律推理、法律论证过程中同样也会存在这种风险。但是,需要承认,此种担心不无道理。诚如孙海波所言:“在思维方式上,依循一种后果导向的推理思路,极易导向一种超越法律的法外裁判立场。”<sup>②</sup>而雷磊所讨论的“法的安定性”的问题,更多也是基于此种顾虑而展开的。<sup>③</sup>另外,必须考虑到,由于后果考量往往需要回应那些相对宏观的立法规定(比如公序良俗、公共利益等)的适用问题,因此,所考量的后果是否最大程度接近立法精神和立法目的就十分关键。基于此,本文认为,在法律规定的范围内,严格框定后果考量的范围和机制,而不能任由其恣意扩大,更不能滑向只关注后果而忽视规则的极端。<sup>④</sup>

首先,既然后果考量以法律规范作为前提,那么,完善的后果考量就需要有相对完善的法律规范体系作为支撑。这正如阿奎那所提出的,道德性法律本身必须是正当的,否则的话,不正当之法难以引导人们去做一个道德上更高尚的人。<sup>⑤</sup>在这方面,就如上文所提到的,近年来我国的立法中出现的一个可以被称为是规范活力释放的过程,实际上就与立法对后果考量的规范化回应密切相关。这些法律规定,为法官提供了进行价值判断,特别是后果考量的规范依据。<sup>⑥</sup>比如,《民法典》中有关“公序良俗”的规定、有关“因保护他人民事权益受损时的责任承担与补偿”的规定、有关“紧急救助责任豁免”的规定、有关“遗嘱必留份”的规定、有关“好意同乘责任承担”的规定等,<sup>⑦</sup>实际上都与后果考量密切相关。当然,这些规定也会产生诸如法律与道德的界限之类的争议。然而,这种规范活力释放的过程绝非是一成不变的。特定价值在立法中被肯定,从根本上乃是因为特定历史时期社会发展变化的需求。它必须是由社会现实决定的。当然,此类规定也会在立法和法律框架下有一个不断调整的过程。<sup>⑧</sup>但无论如何,我们从这些规定中还是可以清楚地看出国家立法对社会共享价值的肯认,以及国家在法律框架下推动良善生活秩序建构,以及推动人与人之间良性互动的努力。

其次,既然后果考量是一种(有别于传统法律方法的)法律方法,有助于法官建构起一个整全的司法过程。那么,它的方法特质就必须得到重视和有效规范。基于上文的讨论,对于司法实践中的后果考量来说,几乎很难在程式化的推理、论证过程中充分展开,因此,有效的释法说理对于后果考量的阐明具有重要意义。基于此,规范释法说理及相关实践,对于进一步完善后果考量具有重要的意义。关于这一问题,2018年最高人民法院在《关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》中提出,加强裁判文书释法说理对于“实现法律效果和社会效果的有机统一”,“弘扬社会主义核心价值观,努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”都具有重要意义。因此,在司法实践中,法官需要对所进行的后果考量进行充分的论证,以说明如此考量与立法精神和立法目的的相关性,而

① 相关讨论可参见孙海波:《类案检索在何种意义上有助于同案同判?》,《清华法学》2021年第1期。

② 孙海波:《司法裁判社会科学化的方法论反省》,《法制与社会发展》2021年第2期。

③ 雷磊:《法律方法、法的安定性与法治》,《法学家》2015年第4期。

④ 陈辉:《后果主义在司法裁判中的价值和定位》,《法学家》2018年第4期。

⑤ 罗伯特·乔治:《美德理论与至善主义法学:价值与限度》,孙海波译,《伦理学术》2019年第2期。

⑥ 参见杨立新:《“常回家看看”条款的亲属法基础及具体适用》,《法学论坛》2013年第6期等。

⑦ 参见《中华人民共和国民法典》的第10条、第143条、第153条、第183条、第184条、第1141条、第1217条等。

⑧ 相关讨论可参见张剑源:《家庭本位抑或个体本位?——论当代中国家事法原则的法理重构》,《法制与社会发展》2020年第2期等。

不是只拘泥于对一些概念的复述或主观臆断。<sup>①</sup>再比如2021年2月最高人民法院发布的《关于深入推进社会主义核心价值观融入裁判文书释法说理的指导意见》等实际上都是对释法说理进行具体规范的政策文件。在这些司法政策文件中，对应当强化释法说理的案件范围的规定，以及有关释法说理应遵循的基本原则、具体规程、基本方法等的规定，都对法官的释法说理形成了有效规范。<sup>②</sup>这对于从更大范围进一步规范法官释法说理，促进法官对后果考量的有效阐明，都具有重要参考意义。

再次，既然后果考量是人民法院纠纷解决过程中一项具体的职能延伸，能够起到有效连接个案纠纷解决和实现积极社会效果的重要作用。<sup>③</sup>那么，如何让纠纷解决职能与诸如后果考量一类的职能形成有效衔接，同样是一个极为重要的问题。从实践的角度看，一种情况，后果考量会大量蕴含在多元化纠纷解决机制的具体运作过程中。人民法院通过多元化纠纷解决机制的建立和完善，构建多层次的解纷合力，以最大限度实现司法目标。而这时，对多元化纠纷解决机制形成有效的规范，实际上也将对后果考量形成有效规范。比如，在2018年最高人民法院、中国证券监督管理委员会《关于全面推进证券期货纠纷多元化解机制建设的意见》中就特别强调要“发挥调解的矛盾预防和源头治理功能，推动健康投资文化、投资理念、投资知识的传播。人民法院、证券期货监管机构及调解组织要加强信息共享，防止矛盾纠纷积累、激化”。除此之外，该“意见”还特别强调要“充分尊重投资者的程序选择权，严格遵守法定程序。调解工作的开展不得违反法律的基本原则，不得损害国家利益、社会公共利益和第三人合法权益”。而在2019年最高人民法院、中国人民银行、中国银行保险监督管理委员会《关于全面推进金融纠纷多元化解机制建设的意见》等政策文件中均有类似的要求；另一种情况，就如上文第三部分中所讨论的，后果考量往往需要建立在对客观真实，特别是“看不见的事实”的把握基础上，此时法官往往需要借助社会科学知识达致对“看不见的事实”的有效掌握。因此，如何对社会科学知识的引入形成有效规范就显得尤为重要。关于这个问题，在前一项相关研究中，我们认为，诸如准入资格的规范化、“社会科学知识”可靠性和证明力的明确化，以及利害关系回避原则、防止滥用原则的确立等对于社会科学进入司法实践，进而有助于后果考量都是极其关键的。<sup>④</sup>

## 结 语

本文在比较基础上对中国司法实践中后果考量的性质及其规范化建构问题进行了讨论，认为：第一，在中国的司法实践中，后果考量并非一种远离法律规范的外部行为，而是法律规范范围内的一种具体运作过程；第二，后果考量往往蕴含在人民法院多样化职能的履行过程中，并且起到了有效连接个案纠纷解决和促进司法之多样化职能实现的重要作用；第三，后果考量与传统法律方法不同，各自在不同面向发挥着作用，但却共同型构了有关司法裁判方法的整全结构；第四，后果考量不仅受法律规范约束，而且在很多案件中，其本身就是法律适用的一个重要的组成部分，在保证司法程序有效展开过程中发挥了重要作用。

① 20年前，苏力在其有关“语境论”的讨论中就曾提出：“这一进路反对以抽象的、所谓代表了永恒价值的大词来评价法律制度和规则，而是切实注重特定社会中人的生物性禀赋的以及生产力（科学技术）发展水平的限制，把法律制度和规则都视为在诸多相对稳定的制约条件下对于常规社会问题做出的一种比较经济且常规化的回应。”苏力：《语境论：一种法律制度研究的进路和方法》，《中外法学》2000年第1期。

② 比如《关于深入推进社会主义核心价值观融入裁判文书释法说理的指导意见》中所提出的：“有规范性法律文件作为裁判依据的，法官应当结合案情，先行释明规范性法律文件的相关规定，再结合法律原意，运用社会主义核心价值观进一步明晰法律内涵、阐明立法目的、论述裁判理由。”

③ 关于这一问题，在之前一些学者的相关研究中曾有过非常多的讨论。比如陈杭平聚焦于司法的“新格局”，指出：“诉讼服务贯彻的是为民服务、积极能动理念，以法院为中心，调动社会各方资源力量，形成纠纷预防化解和社会治理的有机整体。”陈杭平：《以历史使命感塑造司法“新格局”》，《人民法院报》2021年3月21日，第2版。

④ 参见张剑源：《发现看不见的事实：社会科学知识在司法实践中的运用》，《法学家》2020年第4期。

以上结论有助于在理论层面上与相关研究形成对话,并有助于在实践层面上形成对后果考量的证成。但这依然并不意味着“后果考量”就是一种——有如纯粹法理论所主张的——科学的问题。<sup>①</sup>若还是那样认为,无异于“削足适履”,只不过是回到了诸如究竟承不承认后果考量的存在意义一类“非此即彼”的问题讨论上,甚至会让人以为我们有如纯粹法理论所主张的那样,意在证成后果考量的“科学性”。但本文的目标恰恰不是这样。实际上,对司法实践中后果考量问题不同面向的讨论,充分说明了从“更好的制度设计”角度,而非形式逻辑的“完美的想象”角度出发,在准确认识诸如后果考量一类问题中的积极意义。<sup>②</sup>很显然,透过制度的视角,我们可以看到后果考量以规范为基础的存在样态,同时也看到其在司法实践中丰富的实践内涵和现实意义。

当然,也正因为可以被看作制度性存在,当后果考量在依然存在质疑和争议的时候,进一步对其予以完善显得尤为重要。毕竟,“社会在任何时候都不可能只依赖于某一个制度,而需要的是一套相互制约和补充的制度”。<sup>③</sup>本文认为,首先,既然后果考量以法律规范作为前提,那么,完善的后果考量就需要有相对完善的规范活力的释放过程作为支撑;其次,在司法实践中,法官需要对所进行的后果考量进行充分的论证,以说明如此考量是符合立法精神和立法目的的,而不是只拘泥于宏观词汇,更不是片面的主观臆断。应当对法官释法说理所应遵循的基本原则、具体规程、基本方法等形成有效规范;再次,既然后果考量是人民法院纠纷解决过程中一项具体的职能延伸,能够起到有效连接个案纠纷解决和实现积极社会效果的重要作用。那么,如何让纠纷解决职能与诸如后果考量一类的职能形成有效衔接,对于进一步促进司法实践不断向前发展将具有重要意义。

## The Certification and Standards of Consequence Consideration in Juridical Practice

Zhang Jianyuan

**Abstract:** Due to the large differences in judicial traditions and judicial practices with Common Law and Civil Law, the discussion of consequences and consequences consideration in China must be based on Chinese judicial practice. On the one hand, the consequences consideration is based on norms and is bound by norms. Therefore, the consequences must not be separated from the norms. On the other hand, the consequences consideration and traditional legal methods complement each other, play a role in different aspects of judicial practice, and jointly construct a complete judicial process, which is a concrete embodiment of the diversified functions of the people's courts. The analysis from both normative perspective and functional perspective reveals the specific situation and institutional attributes of consequence consideration, and also proves the deficiency of understanding the consequences consideration purely from perspective of forms. Of course, because the consequences consideration is closely related to norms and functions, judges must consider the consequences within the scope of the norms and their functions. And the action mode of consequence consideration must be strictly framed in order to promote its better play its due role.

**Key words:** Judicial; Consequences consideration; Social effect; Legal method; Application of law

(责任编辑:刘楷悦)

① 凯尔森认为:“法律问题,作为一个科学问题,是社会技术问题,并不是一个道德问题。”凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,北京:商务印书馆,2013年,第32页。

② 相关讨论可参见赵耀彤:《法治的追问:基层司法观察笔记》,北京:中国法制出版社,2020年,第80-83页。

③ 苏力:《制度是如何形成的》,第55页。