

# 形式主义司法视域下我国民意审判研究

孙雨旻

苏州大学王健法学院, 江苏 苏州

收稿日期: 2024年4月17日; 录用日期: 2024年7月3日; 发布日期: 2024年7月12日

## 摘要

形式主义司法是从反形式主义理论中总结而来的, 不存在明晰的具体概念。形式主义司法以逻辑推理为核心、强调司法自治, 不与机械司法、法条主义等同, 其合理内涵中包括对法律精神的尊重、对立法原意及立法目的的探析。民意审判作为一种司法实践中的现象, 存在不同的称谓, 判决在一定程度上借鉴了民众的价值判断就可以被称为“民意审判”。在看到民意审判正向作用的同时, 也应当警惕“民愤”对司法的不当影响。反对民意审判的学者实际上反对的是民意审判中的乱象, 这种乱象主要体现在新闻媒体、当事人一方、行政机关为一己之私而干预司法公正的一系列行为中。民意需要被合理甄别, 且不能主宰审判, 从价值衡量和实质正义的角度解释, 可以论证民意审判在形式主义司法中存在适用空间。

## 关键词

形式主义司法, 民意审判, 价值衡量, 实质正义

# Research on Popular Will Trial in China from the Perspective of Judicial Formalism

Yuyang Sun

Kenneth Wang School of Law, Soochow University, Suzhou Jiangsu

Received: Apr. 17<sup>th</sup>, 2024; accepted: Jul. 3<sup>rd</sup>, 2024; published: Jul. 12<sup>th</sup>, 2024

## Abstract

Judicial formalism is summarized from the revolt against formalism theory, and there is no clear concrete concept. Although judicial formalism takes logical reasoning as its core and emphasizes judicial autonomy, it is not equivalent to mechanical judicature and legalism. Its reasonable con-

notation includes respect for the spirit of the law and analysis of the original intention and purpose of the legislation. Popular will trial, as a phenomenon in judicial practice, has different titles. The judgment can be called a “popular will trial” if it draws on the value judgment of the people to some extent. It should also be alert to the improper influence of “public anger” on the judiciary. The scholars who oppose popular will trial actually oppose the chaos in those trials, which is mainly reflected in a series of behaviors of the news media, parties to the cases and administrative agencies who interfere in judicial justice for their own selfish interests. Popular will needs to be properly screened and cannot dominate the trial. From the perspective of value measurement and substantive justice, it can be proved that public opinion trial has application space in formalistic justice.

## Keywords

Judicial Formalism, Popular Will Trial, Value Measurement, Substantive Justice

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 引言

自从二十世纪概念法学衰落、自由法运动在西方兴起以来，形式主义在法律方法中似乎已经被贴上了“僵化、封闭”的标签。形式主义司法作为形式主义在司法领域的体现亦长期处于法学理论争议的焦点地位，赞同形式主义司法的学者将形式主义视为司法的生命[1]，而反对形式主义司法的学者将其称作“机械司法”亦或“法条主义”。值得一提的是，在这两种立场的论辩之下，有关民意审判的探讨一直被频繁提及，其中的原因不难理解。由于民意审判问题所涉及的案例大多为疑难案例，而越是法律难以解决的问题越能暴露出司法理论的利与弊，因此民意审判有逐渐成为形式主义司法问题下“活靶子”之趋势也就不足为奇了。

既然形式主义司法与民意审判之间存在着千丝万缕的关联，那么随之而来的问题是：形式主义司法确如常言所道是机械而僵化的吗？形式主义司法下就一定排斥民意审判吗？本文在总结了目前现有的文献并进行了一定分析和思考后对这两个问题的回答都是否定的。首先，形式主义司法本非独立的学派，而是一种司法理论(司法领域的思想倾向)，其存在于各类支持形式主义司法者的观点内，不同的学者“形式主义”的程度皆有所不同，所以不能对司法形式主义僵化与否泛泛而谈；其次，在解答了前一个问题之后，第二个问题几乎就迎刃而解了，形式主义司法与民意审判并不冲突，在合理运用民意进行审判的前提下，民意不仅彰显了司法的价值判断功能，更有利于实质正义的实现。下文将围绕这两个问题详细展开论述。

## 2. 形式主义司法概述

### 2.1. 形式主义司法的历史沿革

形式主义司法或称“司法形式主义”，并不是一个专有名词。它不仅常可与“法律形式主义”、“形式主义”等词互换，更有时被反对者蔑称为“机械司法”或“法条主义”。究竟是什么导致了形式主义司法“千人一面”呢？这就要从二十世纪初期的反法律形式主义活动(也称为现实主义法律运动)谈起。德国的潘德克吞法学和法国的注释学派催生了概念法学，铸就了概念法学在十九世纪的繁荣，然而随着耶

林振臂一呼，各国对概念法学的批判蔚然成风，随之而来的自由法运动中形成的“现实主义法学”(Legal Realism)逐渐形成了自己独特的理论体系。现实主义法学在各国有不同的表现，譬如美国的现实主义法学主要是从霍姆斯大法官的实用主义法学发展而来、由卢埃林、弗兰克等法学家创立形成的；而在欧洲大陆，现实主义法学主要表现为反法律形式主义(revolt against formalism)运动。反法律形式主义本质上是对概念法学的反叛，强调尊重“现实中的活法”、注重司法效果，但其就何为“形式主义”却并未形成一家之言。故有学者认为，形式主义者并没有真正属于自己的概念定位，作为一种法律理论，它只存在于像霍姆斯、庞德、卢埃林、弗兰克这些批评者的反思当中。在某种意义上，形式主义作为一种系统的、内在一致的法律理论实际上被反形式主义者有意识创造出来的[2]。此推论极具见地，正如维特根斯坦“家族相似性”理论所言，形式主义司法在不同形式主义者、反形式主义者的观点下只存在局部相似性。

## 2.2. 形式主义司法的合理内涵

尽管形式主义司法不存在明晰的具体概念，但其所具有的“局部相似性”是可以得到阐明的。从形式主义司法的前身来看，概念法学将法律看成是一个逻辑上封闭的系统，正确的审判结论可以依靠逻辑演绎的方法从中推导而来。按照他们的观点，法律是确定的、客观的、统一的以及可谓述的，司法决定的过程是一个机械的、不可自由裁量的过程[3]。以此结合有关形式主义司法的各类解读，可以看出其基本内涵是以逻辑推理为理论核心的，同时强调司法自治规则，即司法决定应尽可能地排除道德或其他社会影响因素。

然而，仅有形式主义司法的基本内涵是远远不够的，任何一个定义过于宽泛都可能导致其解释被滥用，例如反对者所言的机械司法和法条主义。所谓机械司法是指法官在作出裁判时，缺乏对法律规范的意涵以及立法意旨的考量，僵硬地适用法律条文，作出与社会实际或者公众认知相背离的司法裁判。其主要特点可以被简单概括为“就案办案”，即在适用法律时，孤立地、静止地和片面地理解法律，裁判模式固定单一，就案办案、孤立办案，把司法看成封闭的和机械的逻辑演绎过程忽视司法的根本目的和社会效果[4]。而法条主义是指法官、检察官在办案过程中仅依据作为外在体系的刑法文本(包括概念、语言等)进行文义解释，而不考虑作为内在体系的目的、原则、价值等，从而导致司法裁判上的“合法但不合理”现象[5]。乍一看，机械司法和法条主义中的严守演绎推理规则、不考虑法外因素等特点似乎确与形式主义司法不谋而合，但这只是对形式主义司法的片面解读，在其解释空间巨大的背景下，不妨摒弃固有的对形式主义的偏见，采更合理的立场来看待这一概念。

对形式主义司法的批判主要来自于其枉顾内在的法秩序原则和价值，但实际上形式主义司法绝非抛弃了法律精神。如周永坤教授所言，形式主义也可解释为罗马法确立的、建立在法律规则逻辑推理之上的形式理性[1]。既为理性，又怎能只迷信“书面的法”，其中必然包含着对立法原意和立法目的的探析。是故形式主义司法崇尚逻辑方法，但不搞逻辑崇拜；强调文义的重要性，但不拘泥于文义解释。现代的形式主义司法应当对审判中出现的各要素都持开放和包容的态度，这样才能免于落入传统法教义学的窠臼之内、摆脱僵化和机械等刻板印象。

## 3. 我国民意审判的现状

### 3.1. 民意审判的含义

民意审判作为一种司法实践中的现象，有不同的称谓，如“民意司法”、“舆情审判”等。就其含义而言，学界对“民意司法”的理解同形式主义司法一样，多出于自己的解读。有学者认为民意司法的内在含义为“判决应当考量民意”[6]，另有学者则认为是“判决结果高度趋向公众意见”[7]。在此应先分析民意的概念。民意的主体是“民”，既可以是公民也可以是人民，由于尚无理由作狭义解释，故应

当将“民”解释为公民(包括全体社会成员)。在此基础上,笔者认为民意审判语境下的“民意”是一种群体的内心倾向,是指不特定的社会公众对某一具体社会现象所作出的具有倾向性的价值判断[8],其中的“倾向性”就是民众自身的接受标准。故当此类价值判断介入到司法过程中时,民意审判就诞生了。不同学者对民意审判这一概念的见解存有差异也多是出于对价值判断介入司法之程度的理解不同。对此,本文并不想做限缩解释,而是认为只要能够证明判决在一定程度上借鉴了民众的价值判断,就可以被称为“民意审判”。

此外,还想说明的是英美法系的陪审团制度和我国的人民陪审员并不在本文所指的“民意审判”的概念范畴之内。因为陪审制度实际上也只是抽取了普罗大众中的小部分人参与案件研讨,其难以在个案中被解释为代表了集体的意见,所以陪审制度和“民意审判”只是形似而神不似,民意审判的核心始终在于大众民意是被司法所尊重的。

### 3.2. 民意审判的实例

本世纪以来,随着互联网技术的不断革新,媒体传播形式趋向多样化发展,信息网络的进步使得大众获知新闻的速度加快、渠道增加,有关司法案件的报道能引发民众的广泛关注与评论。然而如前文所言,民意审判的概念是宏观性的,在大多数案件中我们难以知晓法官在审判中是否借鉴了民意,所以本文选取了可以明确认定民意反作用于司法的例证,如许霆案、于欢案和李昌奎案,用以说明民意审判现实中的具体表现。

许霆案因被告人许霆利用 ATM 机故障,先后与同伴取款 17.5 万元而在一审被广州市中级人民法院以盗窃罪(盗窃金融机构)判处无期徒刑并剥夺政治权利终身、没收个人全部财产。此结果引发了当时舆论的哗然,九成网友及多数专家一样,认为对许霆加以无期徒刑显属过重[9]。因此在民意的裹挟之下,广东省高级人民法院以“事实不清”为由将此案发回重审,最后广州市中级人民法院援引了自 97 年《刑法》修订以来就没有适用过的条款——第 63 条第 2 款,在未改变定罪的情况下,将量刑由无期徒刑改判为 5 年有期徒刑,并处罚金 2 万元。苏力教授曾对许霆案中广州市中级人民法院的做法进行了猜测性的分析,在他看来,广州市中级人民法院前后两次差别巨大的改判有其自身的政治考量[10],许霆案的改判究其根本是一种对个案实质正义的追求,这种追求和民意是密不可分的,而不必诉诸于教义学、法律推理等理论粉饰。

于欢案和许霆案之间存在惊人的相似,审判过程同样是被告人一审被判处无期徒刑,而二审改判为 5 年有期徒刑,且导致改判的结果和民意有着不可分割的联系。在当时,一审过后著名时评报刊南方周末刊发《刺死辱母者》一文,随后各大公众号推文便如雨后春笋般出现,其中典型文章标题例如“辱母杀人案:不能以法律名义逼公民做窝囊废”、“辱母杀人案:冷血的法律羞辱人民”等都引爆了舆论,由此,在二审裁判中,山东高院秉持着尊重“人伦”的精神,综合考虑了于欢犯罪的事实、性质、情节和危害后果,最终认定于欢的行为是防卫行为,但存在过当情节,因此比照一审作出了大幅度的减刑。山东高院负责人事后在接受中国之声采访时曾说道“法官对于于欢等人的行为进行客观评判,并体现在案件的裁判结果中,力争使纸面上的法律规定,通过有温度的裁判被人民群众所认可”。

如果说前两个案件中的“民意”皆指向对被告人减轻处罚,那么李昌奎案中反映出的即为“民愤”对判决的影响。在该案中,二审法院考虑到被告人李昌奎有自首情节,且认罪、悔罪态度较好,故判处其死刑缓期二年执行。然而,该判决一经作出便引发民众的声讨,因为从大众视角来看,李昌奎实施了强奸、故意杀人等行为,理应被判处死刑立即执行,法院的判决体现了对罪犯的纵容。所以处于舆论漩涡中的云南省高级人民法院最终于 2011 年 7 月 13 日启动李昌奎案件的再审程序,并于 8 月 22 日以故意杀人罪判处李昌奎死刑,剥夺政治权利终身,与强奸罪所判刑罚并罚,决定执行死刑[11]。对比前两例案

件来看,李昌奎案中的“民愤”完全主宰了对被告人的“生杀大权”,其势力极为强大,甚至可以被看作是古人所谓的“不杀不足以平民愤”思维在现代社会的典型代表,这种现象值得我们反思和警惕。

### 3.3. 民意审判的乱象

许多学者反对民意审判,本质上反对的是民意审判中的乱象,即借“民意”之名、行济私之实的损害司法公正的现象,这种乱象主要表现于三方面:

其一,新闻媒体为博取大众眼球而进行的误导性报道。自古以来中国就存在“断章取义”这一说法,在大数据高速发展的现代,“推荐算法”逐渐成为当今各大网络平台的通用技术,不少媒体为迎合公众的偏好而采取裁剪事实、虚构“主题元素”等手段来报道案件,以期增加网站的点击率(网络用语称这种现象为“标题党”)。如以“大学生家门口掏鸟 16 只卖千余元获刑十年半”为标题的报道中,不仅严重犯罪行为被轻描淡写,而且关于定罪和量刑的关键事实在有意无意间被略去。新闻中“大学生”“家门口”与“鸟”的平缓措辞与十年半的酷烈刑罚形成巨大反差,这正是媒体为了追求点击率而刻意放大主题元素所使用的伎俩[7]。此类现象很可能会招致不应有的民怨开始沸腾,使民意的合理表达大打折扣,从而降低司法公信力。

其二,当事人伙同律师操纵民意欲实现己方诉讼目的。互联网信息技术是一把双刃剑,在民意主要通过网络空间表达的大环境之下,一旦受到有心之人的操控就会沦为了一件斩杀司法公正的利器。北京锐锋律师事务所炒作案件时,团队包括“维权”律师、推手、“访民”,组织严密、人数众多,分工精细,其之所以看中民意,就是想通过舆论造势,以期为自己代理的案子获取民众支持给法官施压[12]。这种伎俩并非我国法律实务界的专利,在英美法国家的陪审团制度中,利用大众的同理心造势是一种辩护手段,毕竟在大多数案件中只要律师能够说服或感化陪审团,官司几乎就赢了一半。这种利用人性的弱点来获得案件胜诉是玩弄法律技术和将人看做工具的体现,我国虽然没有陪审团制度,但民意的力量是可怕的,在司法民主化的理念下,法官为安抚民众情绪、提高民众满意度不得不直接或间接参考民意,而这种虚假的民意则会对司法造成极大的伤害。

其三,行政、权力机关借民众之口表达自身政治意志。在我国传统观念之下,政、法向来难以被明确界分,这从建国初期的“马锡伍”审判方式即可窥见端倪,法律工具论时至今日或许仍为主流思想。诚如张千帆教授所言“几乎在所有情况下,我们所面临的其实不是真正的‘人民’或‘大众’,而只是他们当中声音被不成比例放大的小部分人;或即便大多数人卷入了什么‘集体大讨论’,他们也只是盛大场面的陪衬,他们的想法和声音往往被政治或媒体等权力操纵着,很容易成为幕后操控者的玩偶。因此,所谓的‘民意’实际上是权力在说话”[11]。为政者出于实现政治抱负的目的而有选择性地放大和利用舆论干预审判,使我们不由深思“民意”的合理性该如何被识别?所谓司法所借鉴的民意是真正的民意还是仅仅为媒体和当事人一方或掌握权力者想看到的?对此,结合各家之言,虽然众多学者皆主张设立专门的民意调查机构才是最科学的(以周永坤、苏力等为代表)。但在本文看来,任何民意收集机制都有被利用的可能性,杜绝民意也只是治标不治本,在审判中还是应当仰赖法官对民意的判断。

综上所述,民意审判的核心始终应该在于“审判”,而不在“民意”。应当审慎吸收民意,判断“民意”中是否涉及政治性、痛恨性、狂热性等因素,当“民意”明显处于非理性状态时,其一旦主宰“审判”则可能导致“先定后审”等一系列乱象,从而降低司法权威、造成司法独立性受损的严重后果。

## 4. 形式主义司法中的民意审判空间

### 4.1. 价值衡量的解释可能

前文对形式主义司法和民意审判进行了大致的梳理,虽然二者的具体概念都是开放式的,但在整体

理念上的确存在冲突之处。形式主义司法更强调将法律看做一个完备的系统，司法解释者能够并且应当被法规客观、确定的意义所限定。其力求排除一切凌驾于法律之上的因素，主张在裁判时不受到政治道德或法官个人意志的绑架。而民意审判却在审判中注入了“民意”要素，承认民意在审判中的作用，并且在一些极端情形下还可能出现民意操纵司法的乱象，这显然与形式主义司法对法律在司法中的“纯洁性”、“唯一性”要求背道而驰。

既然如此，难道民意审判在形式主义司法中就完全丧失了解释空间吗？也不尽然。马克思曾言，“法官是法律世界的国王，法官除了法律没有别的主上。”对这句话不能做绝对解释，即褫夺法官的自由裁量权，使法官成为法律规范适用的傀儡。形式主义司法理念固然对法官的自由裁量权高度警惕，却依然保有法官进行价值衡量的权利，这点和法律本身的滞后性关系甚密。故而，在法律出现规范空白、冲突时，法官得以进行价值衡量，而与其让这种主观性的衡量中充斥着霍姆斯所言的经验，不如将民意作为一个重要的参考要素，因为前者主要包括政策的考虑、政治道德理论、个人的偏见还有直觉[2]，远不如后者所内含的公民朴素的社会集体价值观更趋近公平正义。尽管民意形成在后、不能改变演绎推理中的案件事实，但是，作为一种辅助性依据、一种说明性事实，民意可以促成法官进一步反思平衡法律的价值和意义。除此之外，有形式主义司法者提出法官的价值判断应当考量的是法律精神与立法原意，对此，笔者认为法律精神与民意不是非此即彼的关系。首先，并非所有的民意都是乌合之众的怨愤之情，在民意是理性的前提下，法律精神与民意之间不该存在尖锐的矛盾。其次，退一步讲，即便这种矛盾出现了，在司法审判中也应该奉行“兼听则明”的理念，因为民意中保有着从人类文化根基中演化而成的国民文化价值观，正如博登海默在其著作《法理学——法哲学及其方法》中写道的，“社会正义观的改进和变化，常常是法律改革的先驱”，所以在解释法的精神时也不能枉顾法的文化规范性、一味视民意洪水猛兽。

## 4.2. 实质正义的需求呼唤

民意审判不仅在形式主义司法的价值判断层面可以得到解释，更能从形式主义司法对实质正义的追求层面得到论证。首先，法律推理不是万能的，演绎推理只能证成推理过程是符合法律内在逻辑的，却不能说明外在前提的选择是唯一且正确的。企图通过逻辑演绎就能实现“同案同判”向来都只是法律人的美好设想，哈特所言的“合法，但不同”才是现实情况，只片面追求形式正义的推理不可避免地存在着局限性。其次，形式主义司法不是独断型的解释学，固执地坚持“只见法条、不见法理”的形式判断不仅葬送的是个案的正义，更会使法律原则和法律精神成为一纸空文。常言道“一屋不扫，何以扫天下”，在法律适用中削足适履、盲从形式正义并以抛却实质正义为代价是舍本逐末的体现。最后，在明确形式主义司法也应当追求实质正义的前提下，尤其在疑难案件中，民意的作用就不言而喻了。以许霆案为例，利用 ATM 机故障反复取款的行为本身是否构成“盗窃金融机构”本身就是一个争议性很大的问题，一审法官在判决书中完全回避了这一点，而径直选择适用了《刑法》第 264 条“盗窃金融机构”的加重条款，该判决作出后遭到的最大批判在于量刑过重和表现出来的极端不公正性，法官在拒绝法律漏洞存在的前提下必然在其专断意志的指引下选择适用僵化的法条，不免最终牺牲掉对个案正义的追求[13]。很难设想如果没有舆论监督，本案中的许霆是否就会成为司法中只寻求形式规范解释而舍弃实体正义的牺牲品。

卢梭曾言，“法律是公意的行为”。民意的力量是强大的，纵然民意不总是表现为理性，但这并不是将民意排除在审判之外的理由。一方面，民意是法治建设的重要支持力量这点在我国是毋庸置疑的事实；另一方面，纯粹地强调司法独立，那么一旦司法离开公众的视线，就很容易走向专横和腐败[14]。民意值得被听到，也需要被鉴别，形式主义司法中的实质正义需求与理性的民意审判相辅相成，才能共同绘制我国未来兼容并包的法治社会蓝图。

## 5. 结语

形式主义司法理念聚讼已久,为此,其概念法学的理论前身、机械主义和法条主义的异化表现都难辞其咎。若想打破这种刻板印象则需要透过现象看本质,从形式主义司法的历史沿革入手,探索其应有的合理内涵,从而明白形式主义司法并非只能奉兰德尔教义为圭臬,其中亦可有法律精神、价值衡量与实质正义的解释空间。

朱子有云:“问渠那得清如许,为有源头活水来”,司法的清正不能只靠法律技术本身实现,更要有“活水”的注入,而在法官的价值判断与个案正义的追求中,“民意”恰好又具备“活水”的条件:一则“民意”是法外要素,可以为被法律思维惯性所禁锢的法官提供新的灵感和思路;二则顺应民意也有利于司法上社会效果的实现(我国固有法律传统中的司法平民化倾向),同时起到舆论监督的作用。即使民意审判存在诸多乱象,但仅以民意审判中的乱象而对其完全否定是武断的。在形式主义司法中适用“民意”须慎之又慎,要谨防其落入行政势力和强硬社会力量的圈套,让司法沦为统治阶级的工具。

## 参考文献

- [1] 周永坤. 法理学:全球视野(第四版)[M]. 北京:法律出版社,2016:2.
- [2] 柯岚. 法律方法中的形式主义与反形式主义[J]. 法律科学(西北政法学院学报),2007,25(2):31-39.
- [3] 陈锐. 法理学中的法律形式主义[J]. 西南政法大学学报,2004,6(6):3-8.
- [4] 胡昌明. 论机械司法[J]. 经贸法律评论,2023(4):44-61.
- [5] 姜涛. 能动司法与刑法的功能解释[J]. 中国应用法学,2023(6):29-42.
- [6] 周永坤. 民意审判与审判元规则[J]. 法学,2009(8):3-15.
- [7] 陈杰. “民意审判”及其法治应对[J]. 甘肃政法学院学报,2018(5):89-100.
- [8] 杜辰辰. 浅论网络民意对公正量刑的影响——以“热点案件”为视角[D]:[硕士学位论文]. 北京:中央民族大学,2016:4.
- [9] 王琳. 许霆案背后的司法悖论[N]. 广州日报,2007-12-25(7).
- [10] 苏力. 法条主义、民意与难办案件[J]. 中外法学,2009,21(1):96-97.
- [11] 陈洪杰. 论“民意审判”与司法的主体性危机[J]. 厦门大学法律评论,2015(1):209-226.
- [12] 翁里,裘燕婷. 民意审判的利弊探析[J]. 青海师范大学学报(哲学社会科学版),2016,38(3):41-45.
- [13] 孙海波. 在“规范拘束”与“个案正义”之间——论法教义学视野下的价值判断[J]. 法学论坛,2014(1):75-76.
- [14] 孙彩虹. 网络舆情之于司法审判:冲突与优化[J]. 河南大学学报(社会科学版),2015,55(5):28-35.