

情感,不再无处安放

——法律与情感研究发展综述

李柏杨

内容提要:法律与情感研究总体上分为三个阶段:在第一阶段,法律与情感研究的主要目的是澄清情感在法律中的作用,树立研究的基本出发点,即法律中处处体现着情感;在第二阶段,研究者将研究重心从抽象的情感与法律的关系转移至特定法律情境下特定情感的具体作用及运行模式,利用心理学、社会学等学科中相关的情感理论,主要对刑法和家庭法领域的具体情感进行研究;在第三阶段,研究者希望能够利用对具体情感进行交叉学科研究得到的结论来改善现行的法律或者政策,并通过这种方式塑造或者影响人们的情感反应,以达到特定的社会目的。对法律与情感研究的未来发展而言,需要加强法学对相关学科情感理论的利用,将对具体情感的研究拓展至更多的部门法领域,进一步研究通过法律手段有目的地培养特定情感可能引发的问题等。

关键词:情感 理性 法律 交叉学科

李柏杨,中国政法大学中欧法学院法学理论专业博士生。

一 导 言

法律人提起情感来,恐怕大部分都要皱皱眉头,脑子里的第一反应就是司法公正的绊脚石。这种对于情感的负面印象大概要追溯到柏拉图——将情感视为人类智慧活动的障碍。之后关于情感的论述大都沿袭了一种相似的立场:从进化论的角度,达尔文认为情感表达虽然在人类进化的早期阶段是有用的,但就像阑尾这种遗留下来的退化器官一样,现在不再起到任何积极作用。^[1]持相同观点的还有波斯纳,他认为我们的情感能力适合于

[1] Charles Darwin, *The Expression of the Emotions in Man and Animals* (London: John Murray, 1872).

史前条件,但可能并不适合于我们今天生活的世界。^[2] 这些对于情感的贬低很大程度上来自于理性至上的思想传统,将理性和情感二元对立,甚至很多时候以非理性因素来指代情感。这种情况在法学领域更为突出,因为我们通常所讲的法律是韦伯式的形式理性的法律,是法理型权威实践自身的一部分。^[3] 在这种理解下,情感是法律实现自身目标所必须克服的障碍。就像亚里士多德所说:“谁说应该由法律遂行统治,这就有如说,唯独神祇和理智可以行使统治;至于谁说应该让一个个人来统治,这就在政治中混入了兽性的因素。常人既不能完全消除兽欲,虽最好的人们(贤良)也未免有热忱,这就往往在执政的时候引起偏向。法律恰恰正是免除一切情欲影响的神祇和理智的体现。”^[4]

然而,这种理性至上的法律观在过去的几十年里遭到了来自其他学科如认知科学、发展神经学、人工智能、语言学、进化心理学以及人类学实证研究结果的挑战,^[5] 法律纯粹理性的堡垒濒临崩溃。^[6] 而基于对法律理性主义和客观主义中理性的超然地位及其对情感的贬低的批判,法律与情感(Law and Emotion)^[7] 研究作为一个独立的研究领域发展起来。^[8] 具体说来,法律与情感的研究已经经历了三个发展阶段:首先,法律与情感研究同女性主义法学以及其他批判法学一起发起了挑战法律理性和客观性的运动;随后,其研究重心转向使用交叉学科的研究方法,从多个层面探究具体的人类情感反应;到了最近几年,法律与情感研究开始侧重规范性研究,尝试将交叉学科研究中得出的结论应用于完善法律概念、法律规范以及政策的研究中,试图通过法律来塑造情感。

二 重塑法律中的情感

法律与情感研究的基本出发点是承认情感在法律中的地位,认为司法活动、立法活动

[2] Richard A. Posner, *How Judges Think*, (Cambridge, MASS: Harvard University Press, 2008), p. 229.

[3] Guenther Roth & Claus Wittich (eds.), Max Weber, *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*, (Berkeley: University of California Press, 1978), p. 975.

[4] [古希腊]亚里士多德著:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1983年版,第168-169页。

[5] 具体请参见例如:Christine Jolls (et al.) “A Behavioral Approach to Law & Economics”, 50 *Stanford Law Review* (1998); Jeffrey J. Rachlinski, “Cognitive Errors, Individual Differences and Paternalism”, 73 *University of Chicago Law Review* (2006); Amir & Orly Lobel, “Stumble, Predict, Nudge: How Behavioral Economics Informs Law and Policy”, 108 *Columbia Law Review* (2008); Richard H. Thaler & Cass R. Sunstein, *Nudge: Improving Decisions About Health Wealth and Happiness*, (New Haven: Yale University Press, 2008)。

[6] Terry A. Maroney, A Field Evolves: Introduction to the Special Section on Law and Emotion, 8(1) *Emotion Review* (2016), p. 3.

[7] 情感这个词在英文中有 emotion、passion 以及 affection、sentiment 等不同表达,这里简要说明一下各种表达之间的关系。emotion 源自法语单词 *émotion*,并在17、18世纪作为日常用语使用(含义与现在也有不同),未参与到学术讨论中。当时学术上指称情感常用 passion 和 affection(二者都是拉丁语词汇,在圣经中明确出现过),并通常用 passion 表示不好的情感(与 desire 接近,当时有观点认为 passion 是灵魂的疾病),而 affection 则通常带有正面意义(与 sentiment 接近)。直到19世纪中期才出现了一系列以 emotion 为主题的学术文章,将 emotion 看作是一个大的分类,包含了 passions、affections、sentiments 等等,成为了情感的统称。因此,emotion 在含义上与 passion 以及 affection 略有区别,passion 和 affection 感情色彩更浓一些,而 Emotion 更为中性。至于它们含义之间精确的区别,还牵扯更加深入的对情感的本体论讨论,目前学界并无广泛共识。在法律与情感的研究中,笔者认为是否区分这几种表达并不会对相关话题的讨论造成大的影响。详细讨论请参见 Thomas Dixon, “Emotion”: The History of a Keyword in Crisis, 4(4) *Emotion Review* (2012)。

[8] Terry A. Maroney, Law and Emotion: A Proposed Taxonomy of an Emerging Field, 30(2) *Law and Human Behavior* (2006), p. 119.

以及一般意义上的政策中都蕴含着情感,或者从某种意义上讲,法律的方方面面都体现着情感。^[9]

(一)情感的传统印象

瑞典法哲学家帕特里夏·明达斯曾表示,在法理学课本中,情感是静默的。^[10]在当代西方主流法学理论中,情感——如愤怒、爱慕、仇恨、悲伤、厌恶、恐惧、愉悦等——从未被视为影响司法裁判的恰当因素。^[11]这种思想传统投射到法理学中就形成了一种情感无涉的法律观,明达斯将其具体归纳为两种标准模型。第一种标准模型认为法律是机械,其本质为形式理性,而情感是非理性的感受,所以法律本身就与情感无关。持这种立场的最有代表性的是法律科学主义代表人物美国法学家克里斯托夫·兰德尔。他主张“法律是一门科学”^[12]——法律推理就是演绎推理,是根据法律原则的框架演绎推理出适用于具体案件的法律规则的过程。此外,卡尔·沃策尔也认为法律人首先要排除情绪性偏见,因为排除情感是所有科学思考的前提。^[13]在这种立场下,情感对于理解法律规范来讲是多余的,因为法律只与形式理性相关,而司法裁判的本质是在封闭自足的法律体系中针对问题给出理由。情感只是一种让人分心的感受或者身体知觉,^[14]干扰一个人更高层次的认知能力。

第二种标准模型认为法律应当像机械一样精准可预测,但情感可能会引起偏见而干扰判决,所以法官应当努力排除自身情感来保证判决的公正和可预测性。^[15]这样一种立场的代表性观点可以参考德沃金构建的完美法律人——希腊神话中赫拉克勒斯的形象。^[16]这种观点承认法官作为人确实能感受到情感,但是他们应当在专业活动所涉及的范围内剥除自己的个人喜好。这是因为正义应当是可预测的,法官为了达到法治、合法性和确定性原则的要求,就应当尽可能抛弃他们的情感。在这种模型中,情感代表了一种偏爱或者倾向性——就像品味一样,我们也许能够感觉到它,但是它并不重要。

从对传统法律理论中这两种标准模型的分析可以看出,情感与理性讨论的焦点大部分都集中在法官的角色上。就像蒙着眼睛的正义女神一样,作为正义守护者的法官也一

[9] Susan A. Bandes, *Empathy, Narrative, and Victim Impact Statements*, 63 *University of Chicago Law Review* (1996), p. 361.

[10] Patricia Mindus, *The Wrath of Reason and the Grace of Sentiment: Vindicating Emotion in Law*, presented at XXVII World Congress of the International Association for the Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR) Washington, DC | 27 July-1 August 2015, p. 2.

[11] Terry A. Maroney, *The Persistent Cultural Script of Judicial Dispassion*, 99(2) *California Law Review* (2011), p. 629.

[12] Christopher C. Langdell, *A Selection of Cases on the Law of Contracts; With References and Citations* (Boston: Little Brown & Co., 1871).

[13] Karl G. Wurzel, *Methods of Juridical Thinking* (1904), in Ernest Bruncken & Layton B. Register (trans.), *Science of legal Method: Select Essays* (Boston: Boston Book Company, 1917), pp. 288 - 289.

[14] Susan A. Bandes, *Moral Imagination and Judging*, 50(4) *Washburn Law Journal* (2011), p. 105.

[15] Patricia Mindus, *The Wrath of Reason and the Grace of Sentiment: Vindicating Emotion in Law*, presented at XXVII World Congress of the International Association for the Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR) Washington, DC | 27 July-1 August 2015, p. 2.

[16] 德沃金所描述的理想的赫拉克勒斯一样的法官具有超人的技能、学识、耐心和智慧,比任何真正的法官更自觉、反思。参见 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, (Cambridge, MASS: Harvard Univ. Press, 1978), pp. 116 - 117.

直被认为或者被要求无视情感。霍布斯曾在 17 世纪中叶宣称理想的法官应当被剥夺所有的恐惧,愤怒,仇恨,爱慕和同情。^[17] 相似地,三个多世纪之后的索尼娅·索托马约尔在其最高法院就职听证会上发言表示,“法官将法律适用于事实,法官不将感情适用于事实”,^[18] 认为法官虽然不是没有感情只听取证据的机器人,但是他们唯一能被接受的回应就是意识到这些情感并将它们置于一旁。这些观点表明不论是过去还是现在,将一个法官评价为感性的都无疑是很严重的中伤,这表示认为其没能做到公正和理性。^[19]

这些论断直接或者间接地反映了西方传统法理学中对情感与理性(法律)二元对立的坚持^[20]——情感是理性的敌人,情感就其本质而言是非理性的、混乱的和特殊的。^[21] 而要探究这种情感与理性的二元对立以及这些关于情感的消极观念的形成,还要追溯到欧洲启蒙运动时期的理念。在以理性探究、科学、世俗化以及智力和政治平等为中心的启蒙运动中,情感被划拨到对立阵营——与宗教狂热、无知、偏见以及依赖传统和启示作为认知手段联系在一起。“理性”在启蒙运动以前一度被视为精英所独有的能力,却在这场运动中解放为所有人都可以具有的能力。但是,想要获得这种能力需要主动培养——普通人如果要取得原先只有精英才具有的能力,就需要克服自身原本所具有的情感,但这种努力的结果常常失败。因此,克服自身情感从某种角度来说就代表着获得理性成为精英,而情感在这种语境下也就成为了普通人无法克制的冲动。^[22] 这种情感观被称为非理性主义的情感观——理性是使我们放肆于淫念和无意识的冲动的杂乱无章的情感生活的天然统治者;情感是需要在意愿的战争中打败或者消灭的敌人,而从不是应当被理解的对象。^[23]

(二)重新理解法律中的情感

然而,不管从人性本质来讲还是从理想的司法运行状态来看,理性至上这种思想传统的根深蒂固并不意味着它是正确的。在 20 世纪早期与晚期,学术界分别有两次对这种观点集中的异议——一些法学理论家以及司法工作人员主张司法情感(Judicial Emotions)

-
- [17] Thomas Hobbes, *Leviathan* (1651), Alfred R. Waller (ed.), (Cambridge: Cambridge Univ. Press, 1904), p. 203.
- [18] Confirmation Hearing on the Nomination of Hon. Sonia Sotomayor, To Be an Assoc. Justice of the Supreme Court of the United States; Hearing Before the Committee on the Judiciary United States Senate One Hundred Eleventh Congress (2009), p. 121, available at <https://www.congress.gov/111/chrq/shrg56940/CHRG-111shrg56940.pdf> (Last visited 01/May/2016)
- [19] Jeffrey Rosen, Sentimental Journey: The Emotional Jurisprudence of Harry Blackmun, *New Republic* (1994), pp. 13 - 14, available at <http://www.tnr.com/article/politics/sentimental-journey>, (Last visited 01/May/2016)
- [20] Kathryn Abrams, The Progress of Passion, 100 *Michigan Law Review* (2002), p. 1602.
- [21] Gerald L. Clore, For Love or Money: Some Emotional Foundations of Rationality, 80 *Chicago-Kent Law Review* (2005), p. 1151.
- [22] 参见 Henry F. May, *The Enlightenment in America XIV*, (Oxford University Press, 1976), pp. 42, 337. 作者认为在美国文化中,情感与理性的战争从来没有停止过。美国 19 世纪半官方的智育文化中,科学、进步、自由、知识自由以及共和主义是好的;而宗教怀疑主义、疯狂的创新、杂乱的情感以及法国大革命是不好的。
- [23] Patricia Mindus, The Wrath of Reason and the Grace of Sentiment: Vindicating Emotion in Law, presented at XXVII World Congress of the International Association for the Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR) Washington, DC | 27 July-1 August 2015, p. 20.

是不可避免的,甚至在有些情况下是应该受到欢迎的。^[24] 然而可惜的是,这些异议并没能很大程度上改变人们对情感的刻板印象,也没能发展成一个体系化的专注于情感与法律之间如何共存或者情感如何促进司法公正的理论。直到最近,随着法学以外其他学科对于情感研究的展开,^[25] 法学研究逐渐开始借鉴其他领域的研究成果,重新思考法律与情感之间的关系,并形成了一个独立的研究领域。^[26] 投身于这个新的研究领域的不止包括法学家,还包括心理学、哲学、神经科学、人类学等学科的研究者;不止包括理论家,还包括从事实践工作的人。通过这种交叉学科的研究,法律与情感研究者逐渐对法律与情感之间的关系达成了共识:法律中充满了情感以及情感的观念,感情在法律中无处不在;情感并不总意味着对法律的不良影响,相反,情感揭示着理性,服务于理性,使理性成为可能。^[27]

具体说来,法律与情感研究从两个方面来重述情感在法律中的作用。第一个方面是描述性的——不论司法人员是否承认,情感事实上都参与了司法裁判过程。^[28] 在这一点上,法官们一次又一次地坦承,他们无法在裁判过程中完全排除情感的影响。美国首席大法官查尔斯·埃文斯·休斯曾经宣称,他们所作出的任何一个宪法层面的决定,百分之九十都是情感(决定)的。^[29] 美国著名法官卡多佐曾表示,即使是以保证司法公正为任务的法官也难以避免情绪化——在内心深处,良知是另一种力量。喜欢和不喜欢、偏爱和偏见、直觉、情感、习惯以及信念的杂糅,造就了一个人,无论这个人是法官还是检察官。^[30] 此外,不仅仅只在法官的心理活动中,在法律所规定的一些具体情境中,情感同样是不可或缺的。例如,依据美国宪法,决定一项搜查是否合理,需要考察被搜查的人是否受到惊吓或者羞辱,相似的情况还有将受激之下的话语列为传闻规则的例外规则(Excited Utterance Exception)之一,反映了法律认为人们在紧张激动的情绪之下所说的话很有可能是真实的;法律强调对“家(Home)”的保护,是出于对家所附着的人们的情感的保护等。^[31] 由此可以看出,法官在其工作中常常遇到情感的问题:他们必须解释那些涉及情感的法律规则,必须控制诉讼当事人及其代理律师的情感,同时也不可避免地体验他们自身的情感反应。

[24] 参见 Irving R. Kaufman, *The Anatomy of Decision-making*, 53 *Fordham Law Review* (1984), p. 16。作者认为我们的直觉,情感以及良知在司法活动中都是恰当的因素。

[25] Terry A. Maroney, *A Field Evolves: Introduction to the Special Section on Law and Emotion*, 8(1) *Emotion Review* (2016), p. 3.

[26] Terry A. Maroney, *Law and Emotion: A Proposed Taxonomy of an Emerging Field*, 30(2) *Law and Human Behavior* (2006), p. 119.

[27] 这种观点反映了很多领域的共识,参见 Richard D. Lane & Lynn Nadel (eds.), *Cognitive Neuroscience of Emotion* (Oxford: Oxford University Press, 2000); Richard J. Davidson et al. (eds.) *Handbook of Affective Sciences* (New York: Oxford University Press, 2003); Michael Lewis & Jeannette M. Haviland-Jones (eds.), *Handbook of Emotions* (3rd Edition) (New York, London: The Guilford Press, 2010)。

[28] Kathryn Abrams & Hila Keren, *Who's Afraid of Law and the Emotions?*, 94 *Minnesota Law Review* (2010), p. 2004.

[29] Lawrence S. Wrightsman, *Judicial Decision Making: Is Psychology Relevant?* (New York: Kluwer, 1999), p. 47.

[30] Benjamin Cardozo, *The Nature of the Judicial Process* (New Haven: Yale University Press, 1921), p. 167.

[31] Susan A. Bandes, Introduction, in Susan A. Bandes (ed.), *The Passions of Law* (New York & London: NYU Press, 1999), pp. 1-2; Stephanie Stern, Residential Protectionism and the Legal Mythology of Home, 107 *Michigan Law Review* (2009), p. 1093.

重述的第二个方面是规范性的——法律与情感研究者认为情感应当参与到司法活动中来,因为情感能够将法官的注意力引向案件的具体层面,或者说赋予法官一种换位思考的能力去理解判决结果可能会给当事人带来的影响,从而使司法判决中的考量更全面、更加公正;相反,法官基于理性与情感相对立的传统思想而作出的极力追求排除情感反应的判决,将会是肤浅、刻板甚至不负责任的。^[32] 在这一点上,安吉拉·哈里斯和马乔里·舒尔茨没有直接讨论情感对于法官的影响,而是首先关注了情感在法学教育中的角色。她们认为法律的客观性在法学教育中被过分夸大了,而情感在法学课上则往往是被贬低或者要求排除的对象。对此,她们呼吁应当在法学教育中正视情感的作用,并认为情感永远不可能在法律或者其他领域任何真正重要的智力活动中被排除。对于情感价值的贬低或者否认对整个法学教育或者法律实践来说将会造成危害;而认可情感,并且运用情感来解释或关注一些被视为理所当然的假设、那些人们凭直觉认为有价值的规范或者约定,去探究其背后的道理,则会增益于法学教育和研究。^[33] 当然,法学教育中情感的地位与作用毕竟只吸引了一小部分早期法律与情感学者的关注,研究的大部分重心还是集中在法官身上。波斯纳曾经认为,与陪审团或者儿童不同,法官要求他们自己用仔细和严密的理性来解决所面对的问题。^[34] 这种论断遭到了法律与情感学者的质疑,他们认为不仅允许,并且应当允许法官在得出判决的过程中依靠感性知识。他们借鉴法学内部或者外部的研究成果,探索和确定情感在司法裁判中的作用,例如,20世纪80年代以及90年代初期的女性心理学家、哲学家以及法学家拓展了法律现实主义者对法律客观性的批判,强调情境推理,尤其是对特定主体社会地位的考量;^[35] 强调情感在司法裁判过程中作用的学者也借鉴了许多法官反思性文集的经验性素材,比如美国大法官小威廉·布伦南曾在其一篇充满争议的文章中论证了情感能够阐明人类的本质,并且这个观点影响了他里程碑式的对于戈德博格诉凯利(Goldberg v. Kelly)一案的判决。^[36] 很多学者如琳妮·亨德森、朱迪斯·雷斯尼克、玛莎·米诺以及伊丽莎白·斯贝尔曼质疑将理性看作公正的绝对标准的观点,^[37] 认为绝对的公正对于处于特定情境中的人来说是不可能达到的;^[38] 更进一步地讲,追求一种超然的立场会使法官无法承担司法行为带来的责任。相反,她们认为有意

[32] Kathryn Abrams & Hila Keren, Who's Afraid of Law and the Emotions?, 94 *Minnesota Law Review* (2010), p. 2004.

[33] Angela P. Harris & Marjorie M. Shultz, "A (nother) Critique of Pure Reason" Toward Civic Virtue in Legal Education, 45 *Stanford Law Review* (1993), pp. 1774, 1786, 1792, 1799. 这里作者引用了玛莎·努斯鲍姆的观点,认为情感能够体现出根植于我们内心最深处的关于“什么是重要的”的观点。参见 Martha C. Nussbaum, *Love's Knowledge*, (Oxford: Oxford University Press, 1990), p. 42。

[34] Richard A. Posner, Emotion versus Emotionalism in Law, in Susan A. Bandes (ed.), *The Passions of Law* (New York & London: NYU Press, 1999), p. 311.

[35] 参见 Mary F. Belenky et al. (eds.), *Women's Way of Knowing: The Development of Self, Voice, and Mind*, (New York: Basic Books, 1997); Carol Gilligan, *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*, (Cambridge Mass; Harvard University Press, 1982)。

[36] William J. Brennan Jr., Reason, Passion, and "the Progress of the Law", 10 *Cardozo Law Review* (1988), p. 21.

[37] 参见 Lynne Henderson, Legality and Empathy, 85 *Michigan Law Review* (1987), p. 1576; Judith Resnik, On the Bias: Feminist Reconsiderations of the Aspirations for Our Judges, 61 *South California Law Review* (1988), p. 1879; Martha Minow & Elizabeth V. Spelman, Passion for Justice, 10 *Cardozo Law Review* (1988), pp. 37, 45, 56-59。

[38] Martha Minow, Stripped Down Like a Runner or Enriched by Experience: Bias and Impartiality of Judges and Jurors, 33 *William & Mary Law Review* (1992), p. 1201.

识地利用情感反应能够使司法裁判更人性化,从而更好地达到定纷止争的目的,并且能够帮助法官理解他们手中令人敬畏的权力以及这种权力给当事人的生活带来的影响。^[39]

上述见解使得法学家对情感在司法裁判中作用的认识产生了一个微小但是十分重要的转变。从20世纪90年代初期开始,越来越少的学者把情感看作是“对于理性领域(比如法官的思想)的非法入侵”。^[40]同时,主流法学家也越来越认识到情感并非与法律理性水火不相容,从而对情感有了新的理解:情感不仅仅是无意识的冲动,其产生和表达依赖于思考以及对于思考本身的评价。区别于前面提到的非理性主义情感观,这种理解被称为认知主义。^[41]这种情感观根植于古典哲学,尤其是斯多葛学派。^[42]对认知主义者来说,理性和情感的关系不是二元对立,而是一种连续统一体,对情感的分析 and 梳理必须在这个统一体中进行。在这种理论进路下,情感与实践理性相联系。情感就像其它认知状态一样,属于智力思考行为,并携带着其所指向的客体的信息,比如一个有良心的人做出了错误的行为后,由此产生的负罪感包含着行为的详细内容。情感在这里同信念、评价、决定或者决议一样,都需要包含命题性内容(Propositional Content)。

认知主义进路还对不同的情感进行区分,将那些对于实践推理有着重要作用的、有代表性的情感抽象为典型情感——高级认知情感(Higher Cognitive Emotions)。^[43]典型的高级认知情感包括爱慕、内疚、羞耻、窘迫、嫉妒、骄傲等。区别于基本情感(Basic Emotions),这些情感从根本上来讲是社会性的——它们持续的时间更长并且更具有文化多样性。认知主义进路进行这种范式化的原因在于其意向性(Intentionality)的立场——情感就像意识,必然是关于什么事情的。认知主义认为意向性是区分感情(sentiments)与感观(Sensations)、情感(Emotions)与身体知觉(Bodily Feelings)的标准。^[44]而将表达情感(Emotions)的感觉(Feeling)区别于仅仅作为生理干扰的感观是非常重要的,因为后者作为生理变化的表征不与任何事相关。^[45]情感必然与某事相关,而后者构成了情感所包含的价值判断。

[39] Judith Resnik, On the Bias: Feminist Reconsiderations of the Aspirations for Our Judges, 61 *South California Law Review* (1988), p. 1922.

[40] Martha Minow & Elizabeth V. Spelman, Passion for Justice, 10 *Cardozo Law Review* (1988), p. 37.

[41] Cheshire Calhoun & Robert C. Solomon, Introduction, in Cheshire Calhoun & Robert C. Solomon (eds.), *What is an Emotion?: Classic Readings in Philosophical Psychology* (Oxford: Oxford University Press, 1984), p. 3.

[42] 斯多葛学派的理论认为情感与价值判断之间可以划等号。对斯多葛学派情感观的讨论参见, Anthony W. Price, Emotions in Plato and Aristotle; and Christopher Gill, Stoicism and Epicureanism, in Peter Goldie (ed.), *The Oxford Handbook of Philosophy of Emotion* (Oxford: Oxford University Press, 2009), pp. 121 - 142, 143 - 156。

[43] 参见 Paul Griffiths, *What Emotions Really Are: The Problem of Psychological Categories*, (Chicago: University of Chicago Press, 1997)。作者认为高级认知情感,如爱和恨,从很多方面来讲不同于基本情感,如恐惧或者厌恶;也不普遍地关联于单一的面部表情。高级认知情感比基本情感包含更多的大脑皮层的处理过程。处理基本情感的部位主要是大脑皮层以下的皮层下结构,由脑部胼胝体的边缘系统调节;而高级情感则更多地与新皮层相关,也正因为如此,一些学者认为高级认知情感更容易受到有意识的思维的影响。

[44] Jesse J. Prinz, Constructive Sentimentalism: Legal and Political Implications, in James E. Fleming (ed.), *Passions and Emotions* (New York: NYU Press, 2012), p. 7.

[45] John Deigh, Concept of Emotions in Modern Philosophy and Psychology, in Peter Goldie (ed.), *The Oxford Handbook of Philosophy of Emotion* (Oxford: Oxford University Press, 2009), p. 26.

今天,这种认知主义的理解在研究情感的哲学家中非常流行。^[46] 很多认知主义者认为情感可以帮助我们质疑现存的“理性”。^[47] 然而,这种认识上的转变在概念的渗透上从许多方面来讲仍然不够深入。一些法学家虽然承认有时更感性的司法判决能够达到良好的效果,但是仍然不认为这样的司法裁判应当成为主流形式。大部分学者即便承认一些情况下感情会参与司法裁判过程,也还是固守于以超然,公正为核心精神的裁判。^[48] 因此,认识这种转变的局限性具有重要的意义——它解释了为什么即使在法律与情感研究已经取得了巨大进步的今天,还始终都需要解决情感参与司法过程的合法性问题。但是即使是这种片面的、或者临时的认识上的转变也足以鼓励法学家开展进一步的研究,将其视野扩展到其他已经对情感展开了研究的学科之中。

三 扩展情感研究

通过一系列的批判和论证,法律与情感的研究者对情感与法律的关系达成了基本一致的看法。体现这种一致性的里程碑式作品是苏珊·贝蒂 1999 年出版的论文集《法律的情感》。贝蒂在这本书的序言中总结性地陈述了很多法律与情感学者从之前的认识转变中得到的结论——情感在法律中无处不在——但她同时提出,遍及法律的情感常常是看不见的,需要单独的努力来显现和讨论相关的情感。这个论断从某种程度上标志着法律与情感研究迈进了一个新的阶段——研究的重点从讨论法律中是否有情感的一席之地变成了探索在特定法律情境下运行着哪一种具体的情感以及这些情感起到了何种作用。^[49] 在这一系列研究中,法学家尝试从更为具体的角度研究情感。他们不仅关注对情感反应的一般分类,更关注一系列相互区别的具体情感——从仇恨到愤慨再到仁慈等等。其中,学者大部分的注意力集中在了刑法中的消极情绪上,因为刑法是极少数将检验和衡量情感(比如是否激情杀人、审判时有无表示悔过)作为教义以及裁判标准的法学领域之一。而在研究方法方面,法律与情感学者开始借助其他学科的研究——当法学家试图去加深对于他们认识到的一系列情感的理解时,他们越来越多地将视线投向法律学科之外那些对于情感进行了更完备的研究的学科。这一点可以在对于厌恶这种情感的学术研究中观察到——厌恶在刑法中的作用形成了法律与情感研究中最生动和广泛的讨论之一。^[50] 进行这种交叉学科研究的优势在于其启示的广度——通过借鉴不同的材料和见解,创建

[46] 参见 Robert C. Solomon, *The Passions*, (New York: Doubleday, 1976); Martha Nussbaum, *Upheavals of Thought: The Intelligence of the Emotions*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2001); Martha Nussbaum, *Hiding from Humanity: Disgust, Shame and the Law*, (Princeton: Princeton University Press, 2004)。

[47] Rainer Reisenzein, Sabine Döring, Ten Perspectives on Emotional Experience: Introduction to the Special Issue, 1 *Emotion Review* (2009), pp. 195 - 205.

[48] Eric A. Posner, Law and the Emotions, 89 *Georgetown Law Journal* (2001), p. 1979.

[49] Susan A. Bandes, Introduction, in Susan A. Bandes (ed.), *The Passions of Law* (New York & London: NYU Press, 1999), pp. 1 - 7.

[50] 参见 William Miller, *The Anatomy of Disgust*, (Cambridge MASS: Harvard university Press, 1997); Martha Nussbaum, “The Secret Sewers of Vice”: Disgust, Bodies, and the Law, in Susan A. Bandes (ed.), *The Passions of Law* (New York & London: NYU Press, 1999)。

一种能与人类生活经验产生共鸣的关于特定情感的讨论。

(一)交叉学科研究的必要性

从情感的视角检验法律并不是一个简单的任务。在大多数情况下,情感并不显示在法律判决、立法规范或者其他法律素材的表面。相反地,传统的法律与情感的二元对立模糊了与特定法律情景相关的情感。典型地,对于法律问题的理性主义理解要么忽略了全部的情感,要么仅仅简略地顺带提及,认为它们不需要探讨,情感在传统的分析中一直处于空白地带。因此,需要分析情感可能怎样地暗含于法律情境中。这个过程常常能让我们看到情感没有被认识到的作用,或者在现行教义体系之下对它们的错误理解。举例来说,美国的艾米·史密斯教授在讨论囚犯等待执行死刑时,描述了出现在死刑判决和执行死刑之间长达平均12年的漫长等待中人们视而不见的死囚的负面情感:虽然美国宪法规定人们拥有不受酷刑的权利,但对漫长的等待行刑时间的忽视导致了一种复杂的结果,它从某种程度上诱使我们去认为,那些被判处死刑的人理所应当受这些痛苦来为他们所造成的伤害付出代价,甚至认为他们在等待执行期间遭受的痛苦还远远不够。然而,虽然已经有法学研究者开始使用“死囚综合症(Death Row Syndrome)”来描述等待执行死刑者的心理,但史密斯注意到这个概念从来没有系统地被心理学家、精神病学家或者社会科学家研究过。^[51]虽然史密斯本人没有把这样一种分析与法律与情感研究的发展方向联系在一起,但是她指出了当时法律与情感研究中的问题——缺少对涉及具体法律问题中情感的非法学领域的深入研究。

这一点是非常值得注意的,因为如果没有对特定法律情境之下的情感进行深入切实的研究与考察,那么建立在情感视角下的法律分析完全可能出现与现实背道而驰的结论。举例来说,克里斯·格思里认为,在冈萨雷斯诉卡哈特案(Gonzales v. Carhart)的法庭意见中,当大多数人援引妇女在堕胎后有后悔的表现作为支持禁止晚期堕胎法案的正当化理由时,他们仅仅是引用了“后悔”这种情感的名称,而并没有真正试图去了解这种情感。法庭缺少了一项重要的调研去了解人们如何参与、体验以及对后悔做出反应,而这项调研的结论会表明后悔这种感情并不是像法庭所强调的那么严重的问题。^[52]类似地,克莱尔·亨廷顿认为,传统美国家庭法假设了一种被简化了的爱/恨二元情感模式,比如配偶之间要么因为爱而结婚要么因为恨而离婚,父母要么出于爱保留对他们子女的监护权要么出于恨而将子女的监护权交到其他成年人手中。这种简化了的模式与心理学家以及其他社会学家了解到的亲密关系中典型的情感循环完全相反:这些情感循环常常表现为爱→愤怒→内疚→修复感情的努力。家庭法假设的这种仅仅承认破裂却不承认修复可能性的有局限的情感模式,将家庭关系冻结在破裂的那一刻,加剧了家庭中的情感伤害。^[53]

[51] Amy Smith, Not “Waiving” but Drowning: The Anatomy of Death Row Syndrome and Volunteering for Execution, 17 *Boston University Public Interest Law Journal* (2008), pp. 237–238.

[52] Chris Guthrie, Carhart, Constitutional Rights, and the Psychology of Regret?, 81 *South California Law Review* (2008), pp. 881, 903.

[53] Clare Huntington, Repairing Family Law, 57 *Duke Law Journal* (2008), pp. 1246–1260.

仅仅意识到特定的法律情境下可能存在特定的情感是远远不够的,更需要对隐含在法律情境中的情感的内容以及可能起到的作用进行深入的研究。但这仅仅依靠法学是无法完成的,还需要依靠如心理学、神经科学、社会学、哲学等多种学科的研究成果来帮助法律与情感研究真正实现目标。在承认这种交叉学科必要性的基础之上,需要对法律情境下的具体情感进行针对分析,而不能将情感作为一个整体来研究。神经学家约瑟夫·勒杜直接指出,“我们看到那些去发现单个统一情感大脑系统的尝试并不是非常成功。虽然可能存在这样一个系统,只是科学家们还没有足够聪明到去发现它,但是我不认为这是真实情况。不同的情感由不同的大脑网络,不同的模块所调控……如果我是正确的,那么惟一一种去研究情感如何从大脑中生成的方式就是每次只研究一种情感。”^[54]这一神经科学上的发现提醒研究者们,试图提取一种适用于所有情感的模式并将其应用于研究法律问题的尝试很可能会失败,针对特定法律问题中的特定情感必须进行单独而具体的讨论。现有的法律与情感研究已经涉及了法学家熟悉的情感,比如愤怒、同情、仁慈、报复以及仇恨,此外还包括幸福、内疚、谅解、爱情、感激、忠诚、嫉妒、悔过以及希望。当然,这个名单并不完整,也没有尽头,保持这个名单的开放性对适应新研究和来自其他领域的反思来说非常重要。

(二)交叉学科研究近况

这一部分主要介绍最近针对特定法律情境下具体情感的一些交叉学科的研究。贝蒂认为,法官在判决刑事案件时往往会评估被告是否已经恰当地悔过,^[55]评估结果的不同可能导致不同的判决结果,评估结果能起到最大作用的案件是死刑案件(尤其是美国)。陪审团在评估被告是否悔过时,将很重要的一项参考因素建立在对被告的观察之上——如果看到被告静静地坐在法庭上,陪审团就更倾向于认为被告对其行为表示悔过,同时也倾向于建议不对被告判处死刑。贝蒂并没有找到证据证明悔过这种情感可以在这种情境下被准确评估,然而却有充分的证据证明这样的评估很容易倒向偏见。更进一步,她质疑法律能否在悔过中找到它试图寻找的——可以看到被告内心的窗口以及一个计算危险性的预测工具。贝蒂虽然怀疑这一点,但是缺乏更多的证据,因此她号召更多的学者对悔过进行研究。

社会心理学家菲比·埃尔斯沃斯和艾德里安·多尔蒂针对在法庭上运用情感来提高说服性的问题进行了研究。他们第一次解释了为什么法律与情感学者需要在心理学方面有扎实的基础。他们尤其关注评价理论(Appraisal Theory),这种关注在如今情感研究盛行的情况下是十分妥当的——评价理论与法律设定广泛相关,并且能说明情感与理性之间的相互联系。他们认为评价能够帮助解释“故事模式(Story Model)”具有影响力的原因。故事模式指的是法官倾向于将他所得到的证据、背景、信念以及论点综合成一个连贯完整的故事,而唤起和操纵评价则是一个故事具有说服力的关键。通过不同程度的新意、

[54] Joseph E. LeDoux, *The Emotional Brain: The Mysterious Underpinnings of Emotional Life* (New York: Simon & Schuster, 1996), pp. 105 - 106.

[55] Susan A. Bandes, Remorse and Criminal Justice, 8(1) *Emotion Review* (2016), pp. 14 - 19.

因果关系、确信感和掌控感,代理人能够引导法官得出他们想要的结论。^[56]

无情的面具所掩盖的是法官丰富的情感生活。他们不仅仅需要回应其他人的情感,如哭号的证人、争执中的律师、恐惧的被告等等,他们的任务还包括控制自己的情感。^[57]最近的一个定量研究表明,情绪启发(Affect Heuristic)至少在司法裁判中起到了一定的作用。^[58]但是,法官的情绪面板却比情绪启发所能解释的内容复杂的多。^[59]斯蒂娜·布利克斯和阿萨·韦特格伦提出了法官怎样在否认情感的相关性的情形下体验和表达情感的问题。^[60]通过结构与权力关系的社会学研究视角,布利克斯和韦特格伦强调了文化变化的重要性。举例来说,瑞典法官将其工作中的情感体系表现得非常含蓄,尤其是当与美国的戏剧化的展现做对比的时候。^[61]然而文化差异下的研究要求学者具有文化能力:一个美国的研究员可能到瑞典的法庭进行调研并得到错误的结论——没有情感具有操作性。

如果将目光移至陪审团成员——这些脆弱的外行人肩负着找寻真相的任务,他们也常常是律师使用说服力修辞的目标。尼尔·费格森揭示了为什么陪审团成员的感情会影响他们的判断:情感能够影响信息处理的模式,如果陪审团成员处理信息的方式同情感的认知结构相一致,他们就会将其情感状态看成是对于目标判决的信息性状态,并考虑所参与的情感。费格森指出了情感与判决之间的复杂的循环关系,以及在陪审团成员作出判断的过程中理智和情感之间活跃的互动。^[62]贝尔法斯特女王大学的希瑟·康韦和约翰·斯坦纳德一直是英国法律与情感研究的活跃分子。他们梳理了财产法如何认可(或者没能认可)我们对于物品的感情。我们对物品注入情感(如结婚戒指、纳粹勋章),并且用物品来彰显人际间的情感动态(如遗产纠纷)。^[63]康韦和斯坦纳德认为现今的法律教义建立在人们如何以及应当如何去感受他们的物体的假设上,^[64]财产与情感研究应当更系统化地为法律教义提供实用信息。

安德拉斯·绍约重新探讨了他2006年《宪法情感》(*Constitutional Sentiments*)一书中的观点。绍约作为欧洲人权法院的一名法官曾经帮助起草过乌克兰、格鲁吉亚、以及南非的宪法。他认为宪法是通过高度政治化的过程缔造的,这种过程反映并创造了处于决定

[56] Phoebe C. Ellsworth & Adrienne Dougherty, Appraisals and Reappraisals in the Courtroom, 8(1) *Emotion Review* (2016), pp. 20 - 25.

[57] Terry A. Maroney, Emotional Regulation and Judicial Behaviour, 99(6) *California Law Review* (2011), pp. 1485 - 1556.

[58] Andrew J. Wistrich, Jeffrey J. Rachlinski & Chris. Guthrie, Heart versus Head: Do Judges Follow the Law or Follow Their Feelings? 93 *Texas Law Review* (2015), pp. 855 - 923.

[59] Terry A. Maroney, Why Choose? A Response to Rachlinski, Wistrich, & Guthrie's "Heart versus Head: Do Judges Follow the Law or Follow Their Feelings?", 93 *Texas Law Review* (2015), pp. 317 - 330.

[60] 参见 Stina Bergman Blix & Asa Wettergren, A Sociological Perspective on Emotions in the Judiciary, 8(1) *Emotion Review* (2016), pp. 32 - 37.

[61] Terry A. Maroney, Angry Judges, 65(5) *Vanderbilt Law Review* (2012), pp. 1207 - 1286.

[62] Neal Feigenson, Jurors' Emotions and Judgments of Legal Responsibility and Blame: What Does the Experimental Research Tell Us?, 8(1) *Emotion Review* (2016), pp. 26 - 31.

[63] Heather Conway & John Stannard, Property and Emotions, 8(1) *Emotion Review* (2016), pp. 38 - 43.

[64] 参见 Heather Conway & John Stannard, *The Emotional Dynamics of Legal Discourse* (Oxford: Hart Publishing, 2016)。

地位的精英以及他们所代表的人民的强烈情感,宪政体制也为下一代人塑造了情感体制,纽约这种微妙的观点与宪法设计与解释的经典理论形成对比。^[65]

约翰·戴继续了这种对体系设计的关注。^[66]戴是一位哲学家,他关注了惩罚由社会决定的情感意义。他将刑事处罚和对于错误行为的非报复性反应进行了区分。他认为当以集体的名义进行惩罚时,惩罚本身代表着一种制度化的情感反应;惩罚也促使情感承诺内化——从恐惧到对权威的正常依赖,这样能使集体生活趋于稳定并加强人际间的信任。^[67]

通过对上面几个最新研究的简要介绍,希望能勾画出法律与情感研究针对具体情感的交叉学科研究的大致情形。当然,法律与情感研究并没有止步于情感研究。最近,这项研究从一种描述性研究转向了规范性研究。

四 重返法律

随着法律与情感研究与非法学学科的合作越来越紧密,研究者对特定法律情境中的情感也形成了越来越深刻的理解,与此同时,一些学者不再满足于仅仅去发现和研究法律情境中的情感,而是希望能够通过法律手段来塑造或者培养特定的情感。然而,学界对于这种希望并没有形成共识。^[68]

一些学者认为这一研究思路没有什么可争议的,因为司法、立法等活动往往都能对情感产生强大的附带性影响。举例来说,玛莎·米诺、劳雷尔·弗莱彻以及其他一些学者认为司法程序能够帮助争斗双方在大规模暴力之后走向谅解和宽恕。^[69]当然,法律对情感的影响不一定是积极的,有时也会引发一些负面的、不可预测的附带情感效果。比如在冈萨雷斯诉卡哈特案中,在法庭强调他们对于妇女在堕胎之后后悔的担忧后,就很有可能会增强妇女在堕胎之后对于后悔的体验。^[70]然而,可能因为法律对情感的附带性影响太过普遍,这些现象并未得到学术界广泛的关注与讨论。

还有一些研究的对象是那些有目的地介入或塑造诉讼当事人和公众的情感的法律手段,其中,最有代表性的是刑法领域,其法律手段本身就具有介入诉讼双方情感的传统。一些研究将目光聚焦于刑法规范的特征以及刑事程序,研究法庭何以通过在其表达上制造破绽或者调节效果来确认或者激励特定情感。在刑事审判的定罪阶段,法官可能会通过评估被告的悔过情节来决定恰当的惩罚,也可能会邀请被害人来做被害人影响陈

[65] Andras Sajó, *Emotion in Constitutional Institution*, 8(1) *Emotion Review* (2016), pp. 44–49.

[66] John Deigh, *The Emotional Significance of Punishment*, 8(1) *Emotion Review* (2016), pp. 56–61.

[67] John Deigh, *Emotions, Values and the Law* (New York: Oxford University Press, 2008).

[68] Kathryn Abrams, *Seeking Emotional Ends with Legal Means*, 103(6) *California Law Review* (2015).

[69] 参见 Martha Minow, *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History After Genocide and Mass Violence* (Boston: Beacon Press, 1998), 以及 Laurel Fletcher 的书评, *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History After Genocide and Mass Violence*, 19 *Berkeley Journal of International Law* (2001), p. 429.

[70] Chris Guthrie, Carhart, *Constitutional Rights, and the Psychology of Regret?*, 81 *South California Law Review* (2008), p. 903.

述——通过这些手段或者程序确认犯罪幸存者的悲伤和痛苦,并让陪审团有机会了解这些情感。^[71] 还有一些研究关注更直接的调整、指引或者培养情感的途径。丹·卡亨在评论米勒对厌恶的研究时,曾追问法律如何驾驭厌恶这种情感去服务于表达社会的道德准则、禁止刑事犯罪、转变公众对特定行为的看法、表明仇恨犯罪的特殊性等一系列目的。^[72] 还有一些学者提议培养道德情感,如负罪感、悔过、原谅等,来实现特定的社会目标。希拉·克伦提议法庭通过显失公平原则来激起负罪感以改善市场中的掠夺性谈判;约翰·布莱斯威特提议通过面对面的交流来培养罪犯和受害者之间的悔过和谅解。^[73]

上述用来支持、激励、调节或者增强情感的法律手段引起了其他从事法律与情感研究的学者的异议。一些研究者虽然承认情感在法律中的作用,但仍然对这些有目的地影响情感的法律手段感到不安。其中,一些反对理由只是针对影响特定情境下特定情感的法律手段,认为这些法律手段强调、激活或者培养着错误的情感或者特定法律情境下的错误情感。玛莎·努斯鲍姆批评卡亨提出的通过法律手段来调整仇恨犯罪中“厌恶”这种情感的尝试,她认为厌恶的本质是对我们人类自身动物性的否认,与将这种动物性投射到其他人身上的自我欺骗的倾向相关。^[74] 贝蒂则反对法庭中被害人影响陈述这一程序设置,她认为这种做法放大了,而不是试图更正陪审团在刑事审判中潜移默化地形成的对受害者的同情与对被告的愤怒。这些情感使得被告很难得到一个公正的审判——被害人影响陈述唤起的不仅仅是对被害人的同情、怜悯以及遗憾,同时还引发了对被告的一系列复杂的感情,包括仇恨、恐惧,甚至敌意、无差别报复等等,这些情感反应都可能使陪审团背离他们的职责。^[75]

另外的一些反对意见超出了对特定情感的讨论,上升到对有目的地介入感情的法律手段的概括性质疑。杰弗里·墨菲认为利用法律来激励特定情感有侵犯其主体的尊严和自主性的危险。^[76] 虽然法律要求我们的行为符合特定的规则是无可厚非的,但是鼓励人们去体验或者表达特定的情感就有胁迫或者伤害的嫌疑——这就好比去干预人们的欲望、思想或者灵魂。^[77] 卡罗尔·桑格认为要求法官识别或者调整特定情感的法律教义可能激发“虚假”的情绪表现。她讨论了未成年人为了绕开堕胎前要告知父母的要求,在法庭上极力表现出“成熟”的例子。她认为法庭本应该仅仅对怎样是成熟做一个判断,但是法庭同时明显地在期待这些未成年人展现出成熟以外的其他因素——痛悔或者悔悟的表

[71] Susan A. Bandes, Share Your Grief but Not Your Anger: Victims and the Expression of Emotion in Criminal Justice, in Joel Smith & Catherine Abell (eds.), *Emotional Expression: Philosophical, Psychological, and Legal Perspectives* (Cambridge: Cambridge University Press, 2016), pp. 6-14.

[72] Dan M. Kahan, The Anatomy of Disgust in Criminal Law, 96 *Michigan Law Review* (1998), p. 1631.

[73] John Braithwaite, The Fall and Rise of Restorative Justice, in John Braithwaite, *Restorative Justice and Responsive Legislation* (Oxford: Oxford University Press, 2002), p. 19.

[74] Martha Nussbaum, "The Secret Sewers of Vice": Disgust, Bodies, and the Law, in Susan A. Bandes (ed.), *The Passions of Law* (New York & London: NYU Press, 1999), p. 19.

[75] Susan A. Bandes, Empathy, Narrative, And Victim Impact Statements, 63 *University of Chicago Law Review* (1996), p. 395.

[76] Jeffrie G. Murphy, Forgiveness, Reconciliation and Responding to Evil: A Philosophical Overview, 27 *Fordham Urban Law Journal* (2000), p. 1359.

[77] Jeffrie G. Murphy, Remorse, Apology, and Mercy, 4 *Ohio State Journal of Criminal Law* (2007), p. 437.

现和迹象。那些怀孕的女孩以及她们的诉讼代理人没有傻到想不通这些,她们通过改变对自己情感和情绪的展现(展现出成熟、悔过的一面)以求得到司法许可。^[78] 墨菲对于刑事审判中根据被告表现悔过的程度来定罪的情形持相似的观点,他认为赞扬悔过或者后悔的一个非常实际的问题在于这种情感非常容易伪装,但是却只有当人们意识到被告有很大可能能够通过伪装获得好处时,才会对这种情况加以注意。^[79]

还有一些反对意见认为情感太过复杂,无法利用法律手段来对其改善。托妮·马萨罗认为,像羞愧或者厌恶这样的情感,它们的运行非常复杂,而相关理论研究也常常互相矛盾,因此,对于司法机构来讲,很难知道犯罪者的这些情感究竟是如何产生的。^[80] 贝蒂也认为通过被害人影响陈述来培养的对于被害人的同情,很大程度上是由基于性别、种族、以及其他阶级特征的文化期望和评估所构建的。^[81]

虽然上述批评或者反对意见基于不同的目的或视角,仍旧能从中提取出对于通过法律来引发、鼓励或者培养特定情感的风险的几种观点。首先,大多数学者都将上述颇具目的性的提议看作新的尝试——其意向性使其区别于那些普通的、不经筹划的影响情感的法律手段。支持者主张应该认可并积极地控制法律对情感的影响,而反对者则将有所目的地增进情感的法律手段看作极具风险的尝试。反对者的论证并非从抽象的情感出发,而是建立在具备大量情感知识的基础上。正是这种情感知识加深了他们对有所目的地增进情感的法律手段的不安——他们的研究清楚地表明情感是多方面的、难以捉摸的现象,以各种形象出现在组成“情感理论”的各种文献中,但是这些文献几乎没有涉及应当如何通过制度手段来激活、疏导或者培养情感。^[82] 基于这种不确定性,调整或者减轻法律对情感的影响是一回事,而有所目的地去培养新的情感反应是另一回事。

其次,反对者对情感的更深层次的探究将反对理由指向之前讨论中识别出的两种潜在的风险:一种风险体现在用以培养特定情感的法律手段可能会施加给司法参与者一种强制的扭曲,另一种风险在于试图识别或者引发某种特定情感反应的司法裁判者很可能会被“虚假”的情感表现所欺骗。事实上,对于这两种风险的担忧是非常合理的。经过策划的情感表现相较于司法体系中司空见惯的那些对人生经历的策略性陈述来说,其造成

[78] Carol Sanger, *The Role and Reality of Emotions in Law*, 8 *William & Mary Journal of Women and the Law* (2001), p. 112.; Carol Sanger, *Legislating with Affect: Emotion and Legislative Lawmaking*, in James E. Fleming (ed.), *Passions and Emotions* (New York: NYU Press, 2012).

[79] Jeffrie G. Murphy, *Remorse, Apology, and Mercy*, 4 *Ohio State Journal of Criminal Law* (2007), pp. 440–445.

[80] Toni M. Massaro, *Show (Some) Emotions*, in Susan A. Bandes (ed.), *The Passions of Law* (New York & London: NYU Press, 1999), pp. 83–93.

[81] Susan A. Bandes, *Share Your Grief but Not Your Anger: Victims and the Expression of Emotion in Criminal Justice*, in Joel Smith & Catherine Abell (eds.), *Emotional Expression: Philosophical, Psychological, and Legal Perspectives* (Cambridge: Cambridge University Press, 2016), pp. 32–36, 31–32.

[82] 参见 Toni M. Massaro, *Show (Some) Emotions*, in Susan A. Bandes (ed.), *The Passions of Law* (New York & London: NYU Press, 1999), pp. 84–87, 92; Susan A. Bandes, *Share Your Grief but Not Your Anger: Victims and the Expression of Emotion in Criminal Justice*, in Joel Smith & Catherine Abell (eds.), *Emotional Expression: Philosophical, Psychological, and Legal Perspectives* (Cambridge: Cambridge University Press, 2016), pp. 14–22.

的风险要大得多。^[83] 相似地,迫使当事人感受悔过或者谅解的制度压力也比促使当事人进入辩诉交易或者民事和解程序的制度压力更显得问题重重。这些担忧可能源自情感是人性本真的最终归宿这种说法,^[84] 或者认为道德情感更关乎一个人的良心,更适宜用宗教来解决而不是由世俗的法律来培养。^[85]

然而,从这些对法律试图塑造或者培养情感的批评中并没能得出其它可行的规范性建议。这可能是因为这些批评者们仅仅关心特定情境下法律干预的问题,试图重新清醒地审视培养特定情感的法律手段:马萨罗关注的是刑法内厌恶这种感情的激发,贝蒂关注法庭对被害人影响陈述的依赖,而桑格则关注悔过。更进一步地说,这个领域还十分年轻,反对者对法律干预情感的批评已经相对成为讨论相关问题的基础,^[86] 而相对占少数的支持者对法律参与培养特定情感的提议与这些批评意见之间的冲突可能会造成人们对这个研究课题发展前景抱持一种不确定的态度,而这可能导致法律与情感研究更多地转向对现行法律的研究——批评现行法律手段对情感的影响似乎比研究新的培养情感反应的法律手段看起来要有成效。但是不论怎样,对法律是否应当以及如何有目的地培养情感的讨论至少引发了学者更深层次的思考:我们是否愿意追求情感导向的目标而与法治原则下的一致性和可预测性背道而驰? 我们如何权衡情感扭曲,如情感强制、虚假表现等的潜在代价? 是否存在降低风险的方式? 而这一系列问题可能会成为今后法律与情感研究的核心问题。

五 结 论

十年前,特里·马罗尼将法律与情感这个领域描述为“初露头角”。^[87] 而现在看来,它已经“应运而生”了。这个领域的研究融合了哲学、犯罪学、心理学、社会学、人类学、经济学以及法学的各种视角和观点,而研究的主题从情感在法律中的作用,到特定情感在特定法律情境中的运行模式,再到法律能否有目的地引导社会情感等等,这些多样性体现着法律与情感研究领域的活力。

法律与情感的研究者主要来自美国、英国、澳大利亚、北欧和东欧,而在其它一些地区,尤其是亚洲和非洲,还缺乏对这个领域的关注。希望国内学者的目光能更多地投向法

[83] Lucie E. White, Subordination, Rhetorical Survival Skills, and Sunday Shoes: Notes on the Hearing of Mrs. G., 38 *Buffalo Law Review* (1990), p. 6.

[84] 参见 Carol Sanger, The Role and Reality of Emotions in Law, 8 *William & Mary Journal of Women and the Law* (2001), p. 110; Susan A. Bandes, Share Your Grief but Not Your Anger: Victims and the Expression of Emotion in Criminal Justice, in Joel Smith & Catherine Abell (eds.), *Emotional Expression: Philosophical, Psychological, and Legal Perspectives* (Cambridge: Cambridge University Press, 2016), pp. 10 - 11; Toni M. Massaro, Show (Some) Emotions, in Susan A. Bandes (ed.), *The Passions of Law* (New York & London: NYU Press, 1999), pp. 88, 92.

[85] Jeffrie G. Murphy, Remorse, Apology, and Mercy, 4 *Ohio State Journal of Criminal Law* (2007), p. 437.

[86] Kathryn Abrams & Hila Keren, Who's Afraid of Law and the Emotions?, 94 *Minnesota Law Review* (2010), pp. 2049 - 2074.

[87] Terry A. Maroney, Law and Emotion: A Proposed Taxonomy of an Emerging Field, 30(2) *Law and Human Behavior* (2006), p. 119.

律与情感这个领域,在这个领域,很多情感研究者会将法律看作一块发展他们理论的成熟的土地,而法律学者也将看到借鉴其他学科所提出的情感洞见的价值。

值得注意的是,这样的交叉学科研究是需要纪律的。^[88] 对于这一点,贝蒂已经表达了对那些随意对待交叉学科研究的学者的担心,她不希望研究者将这个领域视作“理论的自助餐”,按照自己的喜好来挑选理论。^[89] 马罗尼也曾担心法律与情感研究发展成一个缺乏内在一致性的领域,因为这项研究并不根植于任何特定的学科之中,而且法律本身涉及社会生活的方方面面,情感也是包罗万象,把法律与情感放到一起确实可能形成一个不稳定的研究领域。^[90] 不过,如果法学之外的学者谨慎处理他们对法律的认识,法学家谨慎对待他们对情感的研究,有理由期待出现更加优秀的成果。

[**Abstract**] The development of the research on the relationship between law and emotion can be generally divided into three stages: at the first stage, the main purpose of the research is to clarify the role of emotion in law and establish the basic starting point of the research, namely: emotion is everywhere in law. At the second stage, researchers shift their focus from the abstract relationship between law and emotion to the concrete functions and operational patterns of specific emotions under specific legal circumstances and apply sociological and psychological emotion theories to the study of concrete issues of emotion mainly in the fields of criminal law and family law. At the third stage, researchers try to apply the conclusions from the interdisciplinary research on concrete emotions to improve existing legal institutions and policies, to shape or cultivate emotions, and to achieve certain social goals. In the future research on the relationship between law and emotion, researchers need to learn more about the emotion theories in other disciplines and integrate them into legal theories and expand their study on specific emotions to more legal sectors, while making further assessment of the risks of cultivating public emotions with legal means.

(责任编辑:田 夫)

[88] Terry A. Maroney, A Field Evolves: Introduction to the Special Section on Law and Emotion, 8(1) *Emotion Review* (2016), p. 5.

[89] Susan A. Bandes, Introduction, in Susan A. Bandes (ed.), *The Passions of Law* (New York & London: NYU Press, 1999), p. 8.

[90] Terry A. Maroney, Law and Emotion: A Proposed Taxonomy of an Emerging Field, 30(2) *Law and Human Behavior* (2006), p. 136.