

司法的道德性与法律方法

秦 策 夏 锦 文 *

内容提要：在一些具有道德意味的案件中，法官是否具备明确的道德意识，并正确地回应社会公众的道德需求，已成为判断裁判社会效果的重要指标之一。法官应当掌握一定的裁判技巧，遵循一定的司法方法论原则，以缓和法律与道德之间的内在张力。从法律方法论的角度，司法道德性可以在四个视域内加以分析：以规则适用实现法律规则中的道德要求；以原则裁判宣谕法律的道德内涵；以客观和平衡的司法方法遵循社会主流道德观念；以确认和规制良心司法体现法官道德准则。

关键词：司法道德性 规则适用 原则裁判 良心司法

引 言

法治进程的目标之一在于法律的自治性，即划分法律与包括道德在内的各种外部规范之间的界限，法官裁判必须以法为据，道德因素的考量应尽可能摒除在外，司法应具有中立性而不是道德性。但是，裁判并非发生在法律的真空之中，判决的结果总是要面对社会公众，因此，在法律的评价之外，对判决的道德评价也必然会发生，尤其在一些具有“道德意味”的案件中，道德的“纠缠”似乎不可避免。有两个司法案例值得作比照性的观察。

案例一：黄永彬与其妻蒋伦芳 1963 年结婚，婚后收养一子。1994 年黄与小其 22 岁的女子张学英相识，产生感情并租房同居。2001 年 2 月，黄永彬被确诊为肝癌晚期。住院治疗期间，张学英以妻子身份陪侍在黄的病床前。4 月，黄立下公证遗嘱，将其去世后的住房补贴、公积金和住房（与其妻蒋伦芳共有）售价的一半赠给张学英。黄去世后，张学英与原配蒋伦芳在执行遗嘱时发生纠纷，诉至四川省泸州市纳溪区法院。法院认定黄永彬的遗嘱行为违反社会公德，属于无效民事行为，驳回了原告张学英的诉讼请求。^{〔1〕}

案例二：2006 年 11 月 20 日，在江苏省南京市一个人群拥挤的公共汽车站，65 岁的徐老太

* 秦策，南京师范大学法学院副教授；夏锦文，南京师范大学法学院教授。

本文是 2010 年度国家社会科学基金重大招标项目“维护司法公正和社会公平正义研究”（项目批准号：10ZD&043）和江苏高校优势学科建设工程资助项目（法学）的阶段性成果。

〔1〕 参见王甘霖：《“第三者”为何不能继承遗产》，《南方周末》2001 年 11 月 1 日；《四川省泸州市中级人民法院民事判决书》（2001）泸民一经字第 621 号，《判例与研究》2002 年第 2 期。

正赶乘公交车，与此同时，彭宇从另一路公交车后门下车。徐老太突然跌倒在地，彭宇将徐老太从地上扶起又送往医院。经鉴定，徐老太伤势严重，构成八级伤残。徐老太以彭宇将其撞倒致伤为由，诉至南京市鼓楼区人民法院，要求彭宇赔偿医药费、护理费、伤残赔偿金等总计 13.6 万余元。法院经四次开庭审理，在双方均无直接证据的情况下，以所谓常理推断为基础，根据公平责任原则，判决彭宇承担原告 40% 的损失，一次性给付原告 45876.36 元。^{〔2〕}

两个案件都具有能够挑动公众敏感神经的“道德意味”，前者关乎维护一夫一妻的家庭伦理关系，后者则涉及助人为乐或见义勇为的社会道德风气。两案判决书的共同点是论证说理都不够严谨，但前案判决得到相当范围的公众认同，而后案判决却招致相当范围的公众批评甚至愤怒。

何以如此？在本文看来，关键在于法官裁判时的“道德意识”，即是否意识到案件中所包含的“道德意味”并给予可被接受的回应。在泸州遗赠案中，法官的“道德意识”十分清晰。法官在接受记者采访时明确指出，如果按照继承法的规定，支持原告的诉讼主张，就会“滋长‘第三者’、‘包二奶’等不良社会风气”。^{〔3〕}相形之下，彭宇案中法官的“道德意识”则显得不足。该案一审判决书指出：“如被告（彭宇）是做好事，根据社会情理，在原告的家人到达后，其完全可以在言明事实经过并让原告的家人将原告送往医院，然后自行离开，但被告未作此等选择，其行为显然与情理相悖。”这样的“社会情理”是否存在姑且不论，我们从中可以体会到，法官似乎想撇清其法律思维与道德评价之间的关系，更多地展现商品经济社会人的“利己”理性。然而，该案被告彭宇在社会上几乎得到了一边倒的支持。有网友坦言：“即使彭宇撒了谎，那也只是一个不敢负责任的人，这样的弱点也许很多人都有。犯这个错误的风险，远比我们从此不敢再去相信别人、救助别人要小。”^{〔4〕}网友希望“给正直一个机会”，尽管这个“正直”可能得不到实际的证明，但即使错了，公众也“爱这个错”。可见，社会公众往往并不十分关注判决说理的专业与严谨，而在意判决是否恰当回应了其中所包含的道德需求；至少在具有“道德意味”的案件中，法官应当具有“道德意识”并作出恰当的回应，换言之，司法应当具有道德性。

在理论层面，法律与道德的关系是一个由来已久的难题。美国法学家富勒的《法律的道德性》一文对此作出了深入的阐释和阶段性的总结。^{〔5〕}近年来，我国法学研究由“立法视角”转向“司法视角”，也为这个问题的讨论提供了新的语境。立法的道德性是个比较明显的问题，理论上的分歧并不像想象的那么大，即使是最为纯正的分析实证主义也未必能在立法层面上完全斩断法律与道德之间的联系。法律与道德关系的诸多激烈争议其实都发生在司法领域。

近年来，由于主导性司法政策的影响，判决的社会接受已成为衡量法官裁判的重要指标，对民众反应的考虑成为法官实践智慧的组成部分。在法律适用过程中关注民众对裁判的道德反应，是提高判决社会接受程度的重要方面。宋鱼水法官指出：“法律欲得到大众的欢心需要走向大众、研究大众，万不得抛弃大众”，“法官不是决定者，真正决定法官的是经济发展的需求和社会公众的压力”。^{〔6〕}社会公众的压力自然包括道德需求在内。法官在裁判中关注公众的道德需求，在西方法治国家也是正当的。拉伦茨指出：即使法官先是在法律中寻找案件的解答，获得一个伦理上可以被正当化的结论，对他来说也是最重要的。^{〔7〕}然而，认同司法与道德的关联，也不能忽略司法裁判与纯粹道德判断之间的区别。泸州遗赠案的判决虽然赢得旁听群众的掌声，但在法学界

〔2〕 参见殷晓章：《南京“彭宇撞人案”事件追踪》，《东方今报》2007年9月14日。

〔3〕 参见前引〔1〕，王甘霖文。

〔4〕 李梓：《彭宇案发出道德杀伤力》，《新世纪周刊》2007年9月。

〔5〕 参见〔美〕富勒：《法律的道德性》，郑戈译，商务印书馆2007年版。

〔6〕 宋鱼水：《论法官的选择——谈学习社会主义法治理念的体会》，《法学家》2008年第3期。

〔7〕 参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第28页。

不仅未能获得赞誉,相反引发了猛烈的批评。批评者认为,判决笼统地称遗赠人的遗赠行为违背了社会公德,置继承法上的明确规定于不顾,导致了法律适用的泛道德化,减损了法律的安定性价值,只能是一次法官裁量权的不恰当行使。^{〔8〕}可见,司法的道德性有助于提升司法的社会效果,缓解国家法与社会观念之间可能存在的紧张,但也要防止出现完全的“道德司法”或“价值司法”,维护现代法治最起码的安定性与可预期性。固步自封的机械司法固然不可取,一味迎合、屈从于外部压力又难免沦为庸俗的实用主义,偏离法治的追求。真正的司法需要兼顾“法内”与“法外”两种性质不同的逻辑,这是一个考验法律智慧的难题。

法官在审理案件时应当保持清晰的“道德意识”,尤其是对那些具有“道德意味”的案件。但是,如何在法治的框架下实现司法的道德性?司法道德性的提升并不能依赖于道德观念或伦理准则的直接援引,这会导致司法的泛道德化,以及法律判断与道德评价之间的纠缠不清。本文认为,法官通过掌握一定的裁判技巧,遵循一定的司法方法论原则,可以在社会道德需求与依法裁判的职责之间获得一种平衡,使道德追求与法治精神得以相互兼容,由此产生的判决能够在社会道德共同体与法律共同体之中同时得到检验和接纳。

法律方法论发挥作用的方式带有一定的约束性,但它是在法治框架之下实现司法道德性的一条现实而稳妥的路径。由于司法活动的复杂性,我们难以概括司法道德性的统一模式,但是可以通过不同的视域来加以观察和分析,而以下四个视域对于司法道德性问题的研究来说是必不可少的。

一、以规则适用实现法律规则中的道德要求

最初的法是与道德、宗教等外部规范混杂在一起的,随着社会生活的日益复杂和人类抽象思维的发展,法才逐渐从道德中脱离出来。但法律与道德的联系并未就此截断,相反,法律需不断地从道德之中汲取养分而得到丰富与发展。法律与道德之间的这种抽象联系,即便是实证主义者也不否认。哈特认为:“不容认真争辩的是,法律在任何时候和任何地方的发展,事实上既受到特定社会集团的传统道德、理想的影响,也受到一些个别人所提出的开明的道德批评的影响。”^{〔9〕}霍姆斯也坦承:“法律不仅见证我们的道德生活而且是其外化后的积淀。它的历史正是我们民族道德发展的历史。”^{〔10〕}在自然法学那里,法律的道德性更被当成法律有效性的前提,道德被当成比法律更高的“法”的一种形态,立法者制定的法律应当与之相符,在一定意义上,法律只是实现道德律令的一种工具。如果法律背离了人类最基本的伦理目标和人类道德,势必将失去规范人们行为的合法性基础。

在这种抽象联系之外,法律制度还“必须展示出与道德或正义的某些具体的一致性”。^{〔11〕}在立法层次上,道德规范可以处于指导准则的地位,许多法律规范甚至就是从道德规范直接转化而来。有论者认为,在现代社会中,“法律和道德是相互联系的,并且在一定程度上相互影响。这

〔8〕 代表性的论文有葛洪义:《法律原则在法律推理中的地位和作用——一个比较的研究》,《法学研究》2002年第6期;范愉:《泸州遗赠案评析——一个法社会学的分析》,《判解研究》2002年第2辑,人民法院出版社2002年版;许明月、曹明睿:《泸州遗赠案的另一种解读——兼与范愉先生商榷》,《判解研究》2002年第2辑;庞凌:《法律原则的识别和适用》,《法学》2004年第10期;林来梵、张卓明:《论法律原则的司法适用》,《中国法学》2006年第2期;郑永流:《道德立场与法律技术——中德情妇遗囑案的比较和评析》,《中国法学》2008年第4期。

〔9〕 [英]哈特:《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第181页。

〔10〕 Oliver Wendell Holmes, *The Path of the Law*, 10 Harv. L. Rev. 457, 459 (1897).

〔11〕 前引〔9〕,哈特书,第181页。

表现为对成文法的合道德适用的特定标准以及对道德权利的法律巩固”。^[12] 将笼统、抽象的道德准则转化为明确、具体的法律规范，最重要的是划分出道德评价与法律干预之间的界限。为此，有必要区分出两类不同的道德要求与原则：第一类是维护社会有序化要求所必需的、基本的道德，如避免暴力和伤害、切实履行协议、调整家庭关系等；第二类是有助于提高生活质量、增进人与人之间紧密关系的高尚道德，如博爱、无私、仁慈等。^[13] 第一类道德由于“确立了使有序社会成为可能或者使有序社会得以达致其特定目标的那些基本规则”，^[14] 对于人类社会而言具有根本性，有必要纳入法律干预的范围，通过上升为立法获得强制性，而法律也因此获得了道德的意蕴。此为立法的道德性。

立法的道德性显然会影响司法过程。既然法律中蕴含了道德的意旨，法官的裁判就不仅仅是法律的适用和运作，同时也成为一种特殊的道德实践。既然法律规范承载特定的价值和目标，“寓于法律规范之中的价值当然成为法律适用的目标”。^[15] 于是，法官如何忠实地体现法律规则之中所蕴含的道德意旨就成为司法道德性的一种显现。

首先，通过形式推理来实现法律规则中的道德要求。在近代法治的框架中，法官的职责是严格依法裁判，即他应当根据权威性律令、规范作出判决，而不应考虑其他包括道德在内的任何法外因素，法官是“宣读法律文字的喉舌”或者类似于操作“自动售货机”的专业工匠。司法过程也被简化为类似于数学演算的形式推理。拿破仑说：“将法律化成简单的几何公式是完全可能的，因此，任何一个能识字的并能将两个思想联结在一起的人，就能作出法律上的裁决。”^[16] 这种关于司法过程与法官职能的理论被讥为“机械法学”，并受到后世学人的猛烈批判。但是，即使是在法官机械司法的状态中，司法的道德性也不容置疑。当法官将体现道德价值的立法经由形式推理的方式适用于具体案件时，他的工作自然就成了道德实践的一个基本环节。

在这一点上，学界似乎夸大了自然法学与分析实证主义的区别。自然法学固然主张司法应体现法律规则中的道德要求，但似乎也不怀疑，形式推理在多数情况下是一种比较理想的司法模式。我们不难看到自然法学与法律形式主义的结合，^[17] 如布莱克斯通既是一个自然法学家，又是一个法律形式主义者，^[18] 新自然法学代表人物德沃金的理论其实可以算作一种复杂的形式主义。^[19] 另一方面，分析实证主义强调法律与道德的分离，以及司法过程的形式性。凯尔森指出：

[12] Marijan Pavcnid and Louis E. Wolcher, *A Dialogue on Legal Theory between an European Legal Philosopher and His American Friend*, 35 *Texas International Law Journal* 378 (2000). 转引自柯岚：《法与道德的永恒难题——关于法与道德的主要法理学争论》，《研究生法学》2003年第4期。

[13] 参见 [美] 博登海默：《法理学——法哲学及其方法》，邓正来、姬敬武译，华夏出版社1987年版，第361页。

[14] 前引 [5]，富勒书，第8页。

[15] 孔祥俊：《法律方法论》，人民法院出版社2006年版，第27页。

[16] 转引自沈宗灵：《现代西方法理学》，北京大学出版社1992年版，第329页。

[17] 在这里，有必要指出形式主义与分析实证主义之间的区别。莱特认为，在理论性质上，与作为一种法律理论的实证主义有所不同，形式主义是一种关于审判的理论，它关注的是法官实际上在如何裁决案件，以及他们应当如何来裁决案件。实证主义更多地关注诸如“法律是什么”这样的本体论问题。See Brian Leiter, *Positivism, Formalism, Realism*, *Columbia Law Review*, 1999, p. 1144.

[18] 波斯纳说，布莱克斯通展现了英国普通法精妙原则和制度中的人为理性。他努力赋予普通法以某种超越性，认为普通法根植于撒克逊习惯法，而这种习惯法本身就是自然法。与此同时，他有意降低了法官的创造性作用，称他们为法律的“宣示者”（the oracles），而律师则为外行人翻译这种宣示者的对话。参见 [美] 波斯纳：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社1994年版，第14页。

[19] 莱特认为，在理论形态上，形式主义可以区分为经典形式和复杂形式。经典形式主义理论严格依循法律的确定性、推理的机械性和司法的自治性这三个要素。德沃金关于法律推理的观点在实质上并不偏离上述三个要素：他同样主张法律在理性上是可以确定的，否认法官拥有自由裁量权（因为受到权威的法律原则或标准的约束），主张司法是自治的（因为确定当事人权利和义务的道德考虑其实本身就已经是法律的一部分，并不在法律之外）。前引 [17]，Brian Leiter 文，第1146页。

“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”，^[20]“法的纯粹理论试图发现法自身的性质，并确定其结构与典型形式，而不是专注于因时因人而异的法的内容”。^[21]但是，从其基本的理论脉络来看，想必凯尔森也不会反对，在纯粹而精确的形式中装上诸如道德之类的实质内容。正如麦考密克和魏因贝格尔所说，“实证主义把正义问题缩小为这样一个问题：行为符合实施的规则，或至少符合根据有效的规则做出形式上平等的案件判决”，^[22]形式推理是实现立法实质性道德目标的手段，也使得道德要求的具体贯彻具有了实在的可操作性。按照这种推理模式，“无论谁做裁决，法律推理都会导向同样的裁决。审判不会因为人的个性的怪异而变化。法律和法律推理足以使律师有信心地去预测政府官员的行为。法官就可以无需判断力而裁决案件。评论者也可以有信心地说，司法判决是依法作出的”。^[23]显然，这种推理形式本身也蕴含“内在的道德性”，而这正是现代法治的核心要义。

其次，在处理权利冲突时将一项源自自然法或道德价值更强的法定权利置于优先位置。在司法过程中，法官经常会遇到两种或两种以上的权利相互矛盾或抵触的情况。根据“权利相互性”原理，冲突的权利往往具有不可通约的性质，即无论法院的最终决定如何，保护一种权利的时候，必然以牺牲另一种权利为代价。^[24]在权利的取舍与抉择过程中，道德因素往往可以发挥重要甚至决定性的作用。在西方国家，这种道德一度是用自然法来表述的。1811年的奥地利法典曾明确规定：“凡案件尚有疑义之时，就当审查一切事实，加以充分之考量，而依自然法的原则判断之。”在当时的欧陆国家，强调自然权利的优先性也是司法裁判中的一种通行做法。例如，在德国的“皮士麦尸体照相案”中，两个照相师通过买通门警的方式，拍摄了一张死者尸体的底片，死者家属提起诉讼请求销毁那张底片。德国最高法院认为，原告的请求符合“权利之自然意义”，判决其胜诉。^[25]19世纪，美国司法也以自然法学为主流法学理论，自然权利因而具有较高的权利位阶。马歇尔法官在1827年的“奥格登诉桑德斯案”中指出：“合同的权利和义务的渊源先于且独立于社会而存在。我们可以合乎情理地断定，像许多其他的自然权利一样，其初始和先存的原则伴随着人们来到社会。虽然它们是可控制的，但却不受人定法的限制。”^[26]因此，类似于契约自由的自然权利在与其他人定法所设立的权利发生冲突时就被置于优先地位。20世纪以后，美国联邦最高法官的司法哲学转向利益法学，一些自然权利在司法中的重要性降低，但是，由于权利所负载的道德价值存在着强弱之分，那些“自然的或基本的个人权利仍然会被恰当地理解为社会利益而受到更好的保护”。^[27]既然以人为本、以人为目的已成为无需论证的道德公理，司法活动自然应当强调权利属性中人的要素的重要性。人权原则于是成为法治的核心价值，具有人格属性的权利也优先于纯粹的财产权。对此，我国法学界也取得了一定共识。例如，王利明教授主持起草的《中国民法典草案建议稿》第310条规定，生命权为法律保护的最高法益。^[28]实务界人士也主张，在知识产权与健康权冲突时，以健康权保护为司法裁判的优先考虑。例如，当新药品创造者以专利权主张禁止生产时，存在两项权利的冲突：创造者对自己的智力成果享有权利，社会公众分享智力创造所带来的利益。就此情况，司法机关应遵循人权优先的尺度，采取

[20] [奥] 凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社1996年版，第5页。

[21] Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, Oxford University Press, 1997, p. 4.

[22] [英] 麦考密克、[奥] 魏因贝格尔：《制度法论》，周叶谦译，中国政法大学出版社1996年版，第183页。

[23] [美] 史蒂文·J·伯顿：《法律和法律推理导论》，张志铭、解兴权译，中国政法大学出版社1999年版，第3页。

[24] 参见苏力：《〈秋菊打官司〉的官司、邱氏鼠药案和言论自由》，《法学研究》1996年第3期。

[25] 参见[德] 司丹木拉：《现代法学之根本趋势》，张季忻译，中国政法大学出版社2003年版，第26页。

[26] [美] 安修：《美国宪法解释与判例》，黎建飞译，中国政法大学出版社1999年版，第163页。

[27] 同上书，第188页。

[28] 参见王利明：《中国民法典草案建议稿及说明》，中国法制出版社2004年版，第45页。

强制许可方式，以交纳使用费的形式代替禁止生产的适用。^{〔29〕}

再次，依循规则的道德目的来解释规则的含义。绝大多数法律规则都同时包含技术与目的两种成分。规则的技术成分主要表现为其逻辑结构，它使形式推理成为可能，但是技术因素难以支撑法律规则的全部效力，甚至不是法律的主要效力来源。德国法学家耶林指出：“目的是全部法律的创造者。每条法律规则的产生都源于一种目的，即一种实际的动机。”^{〔30〕}规则的目的因素中，相当一部分与道德相联系，乃至于恩吉施说：“技术教给我达到目的的手段，决定目的本身交予了道德。技术在道德上是中性的或吝啬的，它从其服务的目的之道德性和非道德性那里获取它的道德含义。”^{〔31〕}因此，在解决个案之时，法官应当依循规则的道德目的来解释规则的含义，“将隐含在法律中的正义思想、目的考量付诸实现，并据之为裁判”。^{〔32〕}一项法律规则的道德目的可以从两方面来理解：一是立法者在制定该规范时所要达到的初始目的；二是当前社会条件赋予该规范的时新目的。从传达法律规则中的道德要求出发，由于道德具有易变性与多元性，应当将当下的主流道德价值与立法本意结合起来，作为目的解释的基准。

法官立足于具体法律规则来传达其中的道德要求，通常都可以兼顾两种不同的规范约束，使形式与实质达到统一，较为容易取得皆大欢喜的结果。在法律方法层面，并不需要偏离常规的司法技术，只要求法官在进行严格的法律推理时也要进行一定的道德判断，对法律规则的道德要求或目的有一个清晰的认知。但是，在一个简单案件的情境下，语义足够明确，法官也需要进行道德判断吗？哈特给予了否定的回答。他认为，法律规则在语义上可以划分“核心地带”与“暗区地带”，前者指语言所描述的是事物的典型或标准情形所涵盖的范围，后者指涵义难以精确把握的边缘区域。例如，在“禁止车辆驶入公园”规则中，就“车辆”一词的意思而言，汽车、大卡车、摩托车处在“核心地带”，而旱冰鞋、玩具车处在“暗区地带”。规则语言处在“核心地带”和“暗区地带”分别构成简单案件和疑难案件，前者不需要目的判断与道德评价，后者则需要。哈特说：“在暗区问题中，一个明智裁决不应是机械地做出的，而必须是依据目的、效果和政策，尽管其并不必然依据任何我们所谓的道德原则。”^{〔33〕}富勒却认为，有时语言虽处在意思中心，但却未必是一个简单案件，目的性判断不可或缺。他为哈特的例子设想了一种情况：一群爱国人士想在公园内安放一辆二战用的卡车作为纪念，反对者引用“禁止车辆驶入公园”进行拦阻。在这种情形中，性能完好的卡车显然处在“车辆”一词含义的核心，照理应当禁止其进入公园，但是这个案件的合理解决仍然需要诉诸目的解释。既然在词义明确时同样需要参照目的，富勒顺理成章地提出了反问：“不用知道法规的目的而去解释制定法的词语，这真的可能吗？”^{〔34〕}从司法道德性的基本立场出发，本文赞同富勒的观点。

可见，即便是在适用规则时，司法道德性也是法官必须追求的目标。它要求法官不仅关注规则的文义，更要领悟法律规则的道德蕴涵，从道德的立场来处理权利之间的冲突，并忠实地传达立法者赋予规则的道德目的。

二、以原则裁判宣谕法律的道德内涵

作为一种规范形态，法律原则在法律之中早就存在了，但由于人们对原则的裁判功能缺乏明

〔29〕 参见徐清霜：《司法裁判中的价值衡量——以知识产权诉讼为视角》，《山东审判》2006年第6期。

〔30〕 转引自前引〔13〕，博登海默书，第104页。

〔31〕 [德] 恩吉施：《法律思维导论》，郑永流译，法律出版社2004年版，第29页。

〔32〕 前引〔7〕，拉伦茨书，第9页。

〔33〕 [英] H. L. A. 哈特：《实证主义和法律与道德的分离》，翟小波译，《环球法律评论》2001年夏季号。

〔34〕 Lon L. Fuller, *Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart*, 71 Harv. L. Rev. 630 (1957).

晰的认知,原则与规则的区分在理论上并未凸显出来。分析法学将法律视为一种规则体系,法律要素的“规则模式论”一度成为主导性理论。1945年,法律过程理论的代表人物亨利·哈特和阿尔伯特·萨克斯提出,作为一般性指令的法律并不表现为单一的规则,而是可以包括四种要素:规则、标准、政策、原则。^[35]其中,原则是一种独立的法律要素,也具有特殊的裁判功能。德沃金系统阐述了原则裁判理论,指出原则具有与规则不同的特性和裁判功能,“我们只有承认法律既包括法律规则也包括法律原则,才能解释我们对于法律的特别的尊敬”。^[36]他用里格斯诉帕尔默案和亨宁森诉布洛姆菲尔德案作为例子,指出构成法院判决基础的并不是哈特所说的法律规则,而是一种独立的法律要素——法律原则,这种在分析实证主义法学中难觅踪迹的规范形态,却在解决疑难案件时显现了独特的功能。德沃金认为,法律是由一套前后一致的、由法律原则和正当程序所构成的整体性体系,这一体系是自给自足的,能够为疑难案件和理论争论提供惟一正确的答案,法的安定性和正当性等难题也迎刃而解。^[37]

德沃金的原则裁判理论引发了学界对原则这种新法律要素的高度关注。尽管在分析实证主义阵营内部有人试图否认原则与规则之间的实质区别,但是,就连哈特也不得不检讨忽略了原则要素形态,由此,原则的独立要素地位应当可以得到确立。^[38]原则裁判成为法律要素理论与司法理论的一个重要分支,不仅理论界有丰硕的研究成果,实务界也有不少成功乃至成熟的实践。近年来,原则裁判理论在我国也颇受关注,有人认为,法律原则是相对法律规则而言的一种“更优的规范”,能够弥补规则缺陷,补充法律漏洞,优化裁判的社会效果。最高司法机构对原则的裁判功能也予以肯定,《最高人民法院公报》刊登了不少适用法律原则进行裁判的案例,以指导地方各级人民法院的审判工作。

与规则相比,法律原则与社会道德之间具有更为直接的渊源联系。在新分析法学派代表人米尔恩的语境中,原则与道德在一定程度上是通用的。他认为,法律得以存在、得以发挥作用是离不开道德(原则)的,道德(原则)构成了法律存在之前提:“道德在逻辑上先于法律。没有法律可以有道德,但没有道德就不会有法律。这是因为,法律可以创设特定的义务,但无法创设服从法律的一般义务。一项要求服从法律的法律将是没有意义的。它必须以它竭力创设的那种东西的存在为先决条件,这种东西就是服从法律的一般义务。这种义务必须、也有必要是道德性的。假如没有这种义务,那么服从法律就仅仅是谨慎一类的问题,而不是必须做正当事情的问题。”^[39]

德沃金明确地将原则与公平、正义以及其他一些道德准则联系起来,它是法律的价值宣示和正当性基石。^[40]在成文法中,很容易找到具有道德色彩的法律原则,如诚实信用原则、公序良俗原则、人权保障原则。这些原则体现法律的基本精神,构成法律体系的基本框架,原则在规则与制度之中获得具体化,而规则与制度则需要与原则相符合,从而将原则所体现的道德价值渗透至整个法律体系之中。但是,法律原则与纯粹的道德准则又有不同,形式上它通常是由法律明文规定的,或是合乎逻辑地隐含在具体的规则与制度之中,实质内容上它通常是维系社会存在的最低限度道德要求或价值共识,而不属于理想化的高尚品德。法律原则既有道德的内涵,又有法律

[35] H. Hart & A. Sacks, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, Tentative ed., 1958, p. 159.

[36] [美] 罗纳德·德沃金:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社1998年版,中文版序言,第5页。

[37] 同上书,第40页以下。

[38] 其他学者那里也有类似的表述,如贝勒斯认为:“规则通常是由原则证成的”。[美] 迈克尔·D·贝勒斯:《法律的原则——一个规范的分析》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第13页。

[39] [英] A·J·M·米尔恩:《人的权利与人的多样性——人权哲学》,夏勇、张志铭译,中国大百科全书出版社1995年版,第35页。

[40] 参见前引[36],德沃金书,第41页。

的分寸。

在结构上，原则与规则也表现出不同的特点。规则具有严谨的逻辑结构，事实要件与后果要件都十分明确，这是原则不具备的。由此，两者在适用方式上表现出不同。规则以“全有或全无”的方式被适用。原则适用的关键则在于衡量其“分量”的强弱，而这种“分量”是无法精确表述的，只能依据案件的具体情况权衡与之相冲突的原则来进行评价。这种权衡则导致了与规则适用不同的司法技术和论证要求。概念上的难以精确界定与适用上的分量衡量，既是原则的作用或价值之所在，又成为原则的固有缺陷。原则论的倡导者认为，司法中的原则裁判有助于消除规则语言的模糊与歧义，弥补法律漏洞；原则论的反对者则认为，原则本身内涵就很模糊，如何来消除规则的模糊？本身漏洞多多，又如何来填补规则的漏洞？^{〔41〕}这种反对的观点实际上将规则与原则发挥作用的方式混为一谈了，不过他们所提出的担心还是值得认真对待。为了防止由于法律原则的适用而导致法官自由裁量权的肆意扩大，以及司法裁判的泛道德化与泛政治化，必须为其设定与规则适用不同的约束条件与裁判机制。

在约束条件上，我国学者提出了一些颇有启发性的方案。舒国滢认为，法律原则的适用应遵循三个条件：一是“穷尽法律规则、方得适用法律原则”；二是“法律原则不得径行适用，除非旨在实现个案正义”；三是“若无更强理由，不得适用法律原则”。^{〔42〕}陈景辉主张，约束条件包括：普遍性条件；比例原则；不得违反法律的体系性要求。^{〔43〕}除此之外，我们都接受原则裁判的适用范围应限于“规则不能”的案件。阿列克西将其概括为四个方面：（1）法律语言的模糊性；（2）规范之间可能发生冲突；（3）可能存在这样的事实，即有些案件需要法律上的调整，但却没有任何事先有效的规范适用于调整；（4）在特定案件中，所作出的裁判有可能背离规范的条文原义。^{〔44〕}这些约束条件有助于划定规则与原则各自的作用空间，防止原则裁判的随意性。

在方法论层面上对原则裁判的机制进行优化，并形成具有指导性甚至规范性的操作规程，对于司法实践具有实用性。其具体包括以下方面：

1. 权衡与更强理由的判断

权衡是原则裁判的一种方式。在法官决定偏离规则而适用原则时，必须进行权衡以确定是否存在需要适用原则的更强理由。对于何谓“更强理由”，阿列克西做过比较细致的分析：当法官可能基于某一原则 P 而欲对某一规则 R 创设一个例外规则 R' 时，对 R' 的论证就不仅是 P 与在内容上支持 R 的原则 R_p 之间的衡量，P 也必须在形式层面与支持 R 的原则 R_{pf} 作衡量。这里的 R_{pf} 主要是指“由权威机关所设立之规则的确定性”。要为 R 创设例外规则 R'，不仅 P 要有强过 R_p 的强度，P 还必须强过 R_{pf}。^{〔45〕}换言之，欲适用的原则所具有的强度不仅要超过支持它所排除的规则的那个原则，而且适用该原则所获得的正当性应当超过维护该规则的确定性要求。对于是否存在更强理由，主张适用法律原则的法官负有论证义务。更强理由的判断其实与“规则穷尽”或“规则优先”的要求一致，它能够使法官充分意识到进行原则裁判的必要性。

2. 原则排序与权利分层

偏离规则而适用原则看起来是规则与原则之间的冲突，其实质仍是两个原则之间分量的较量。虽然难以通过法律原则位阶的确定来彻底解决对不同原则的取舍问题，但一些基本的排序还

〔41〕 大多数学者赞同法律原则的裁判功能，反对观点只占少数，参见李可：《法律原则作为法律的限度》，《中国地质大学学报（社会科学版）》2007年第5期。

〔42〕 参见舒国滢：《法律原则适用的困境——方法论视角的四个追问》，《苏州大学学报》2005年第1期。

〔43〕 参见陈景辉：《原则、自由裁量与依法裁判》，《法学研究》2006年第5期。

〔44〕 参见〔德〕罗伯特·阿列克西：《法律论证理论》，舒国滢译，中国法制出版社2002年版，第2页。

〔45〕 转引自舒国滢：《法律原则适用中的难题何在》，《苏州大学学报》2006年第4期。

是可以得到承认的。拉伦茨曾提到“内在的阶层秩序”，认为相较于财产法益，生命、自由、人性尊严具有较高的位阶。^[46] 原则的排序还可以借助于权利的分层来做一些细化。以德国联邦宪法法院在1973年1月31日判决的“私人谈话录音案”为例，^[47] 该案中，联邦宪法法院阐述和演示了以宪法权利为基础排除非法证据的所谓“三步分析法”：第一步，判断证据的使用是否会侵害宪法所确立的个人核心权利，这是个人的最私密空间，超越所有的政府权力。无论指控有多严重，侵犯这些权利的证据必须排除；第二步，判断证据的使用是否会侵入个人核心权利之外的隐私领域。侵犯公民这一领域权益的证据可以在法庭上使用，前提条件是它所代表的公共利益能够超越私人利益。隐私领域之所以得不到核心秘密空间那样绝对的保护，是因为作为现代社会一分子的公民有义务接受政府为了公共利益（如社会成员的生命权和自由民主的社会秩序）而采取的各种措施；第三步是分析案件所涉及的证据是否属于不会泄露公民隐私信息的证据。在该案中，法庭认为所涉及的国家利益并不超过隐私领域内的个人利益，因而不足以引起采纳录音带的效果。不过法庭也指出，如果所指控的罪行不是纳税欺诈而是暴力犯罪，结果则会相反。^[48] 这种权利分层的操作既有相对稳定的排序，又可容纳案件事实的具体变化，可以使原则裁判的思维变得清晰一些。

3. 附加事实条件

法律原则向个案适用转换的关键在于建立法律原则与个案的联结点，即如何将抽象、宽泛的原则内涵与具体的、相对确定的个案事实联结起来。这一联结的过程也就是所谓“具体化”的过程。拉伦茨指出：“虽然法律原则通常具有主导性法律思想的特质，其不能直接适用以裁判个案，毋宁只能借其于法律或者司法裁判的具体化才能获得裁判基准。”^[49] 附加事实条件可以成为具体化过程的一个步骤。阿列克西认为，为两个不同原则在内容上相互矛盾的问题，不妨结合具体案件为它们附加优先条件（C）：假定在C条件下原则A优先，那么原则B必须退让；如果原则P1在C条件下具有法律效果Q，则构成了一条以C为假定，以Q为处理的规则。此处的C其实扮演了双重角色：在原则的比较中构成优先关系的条件，而在可表述为C→Q的审判规范中构成规范要件。^[50] 这里所附加的事实条件十分重要，因为它是确定哪个原则优先的关键，而且，原则的适用实质上是为一项拟排除的规则创设例外规则，事实条件实质上构成了这个例外规则的假定要件。值得注意的是，这个事实条件必须宽窄适度，否则具体化过程难以成功。以泸州遗赠案为例，我国继承法规定“公民可以立遗嘱将个人财产赠给法定继承人以外的人”，而该案判决实际上为这个规定设定一项例外，即“公民不得立遗嘱将个人财产赠给法定继承人以外的与之有非法同居关系的人”。其中的事实要件是“与遗赠人有非法同居关系”，这个联结点是否宽窄适度？是否所有“与遗赠人有非法同居关系的人”都应当排除在可以接受遗赠的范围之外？事实上，有些非法同居关系是以金钱给付或财物赠与来维持的，但也有一些同居关系虽为非法，却存在感情基础以及彼此的牺牲和帮助，生活中的事实关系是复杂的，如果选择过宽的事实要件作联结点，必然会使例外规则的可能适用不恰当地扩大化，从而减损既有规则的效力范围。

[46] 前引 [7]，拉伦茨书，第350页。

[47] 该案的案情是：一对夫妇将一些财产出售给被告人。被告人为了规避纳税，要求这对夫妇在合同中低估所出售财产的实际价值，然后由被告人将实际差价（70,000DM）以现金的形式付给他们。在被告人不知情的情况下，这对夫妇录下了涉及税务欺诈的谈话，随后他们将录音带交给了警方，于是出现了这盘录音带能否作为证据使用的问题。

[48] See Kuk Cho, “Procedural Weakness” of German Criminal Justice and Its Unique Exclusionary Rules Based on the Right of Personality, Temple International and Comparative Law Journal, Spring, 2001, p. 24ff.

[49] 前引 [7]，拉伦茨书，第353页。

[50] Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 2002, p. 50.

4. 比例分析与冲突原则的最佳化实现

规则以“全或无”的方式被适用，而原则以“或多或少”的方式来实现。按阿列克西的说法，法律原则是“最佳化要求”，^[51]即谋求不同原则中所包含的法益在法律与事实的可能范围内应最大可能地予以实现。这意味着在相互矛盾的不同原则之间，可以彼此作出让步与妥协，直到它们都可以得到“最佳”实现。在此，比例原则的分析方法是具有启发性的，这种分析方法包括三个方面：一是适合性分析，即要求某一原则的适用能够实现法律的目的；二是必要性分析，即要求原则的适用是不可避免的，而且应将适用某一原则而对其他原则、法律安定性价值的减损控制在最小限度；三是相称性分析，即要求适用某一原则所获得的法益应当大于不适用该原则所获得的法益。冲突着的原则或许不可通约，但未必不能共存。

5. 构建类型化的适用模式

重复的、累积的案件构成了一种可以为人们易于归纳的“平均的或经常性的类型”，在一定程度上体现着“典型的事件发展”脉络，可以为法官作为法律原则适用的基础：“法院由‘经验法则’中获得这些‘典型的事件发展’”，而这些都源于法官对“一般的生活经验”的观察。^[52]“类型化”是指在积累大量判例的基础上，法官将本质相同的社会生活归类合并，以确定其适用哪一个法律原则处理。案件展示了生活的多个维度，而生活也提供了解决案件的基本素材，在这个时候，法官可以从生活中撷取、提炼出相应的法律原则，用以解决类型相同的案件。^[53]德国学者霍恩等人在论述类型化方法对于法律原则适用的重要性后指出：“没有一个一般公式能够告诉我们什么行为是不道德，从而是不正当的，因为这个问题在很大程度上取决于一个国家的文化传统，以及当前商业生活所面临的问题；除此之外，人们的观念也在不断地变化。因此，讲求实际的法学家所关注的是将各种不同的情况加以归类，并找出每一类情况所应适用的特定原则。有时，立法者在确定具体的法定禁止事项时，实际上就是在将各种情况加以分类。”^[54]

法律原则适用的类型体系可以通过归纳推理的方法加以建立。将类型化运用于司法裁判的意义在于，所涉案件与法律规定或判例虽然不完全相同，但只要主要特征相同就属同一类型，就可依该法律规定或判例解决新的纠纷。^[55]建立法律原则适用的类型谱，提高原则适用的确定性和统一性，从而使法律原则的内涵不至流于空洞或者飘忽，“法院裁判的事件愈多，提供比较的可能性也随之增长；因此，作出确实可靠的裁判之机会也随之增加，而残留的必须作不那么确定的裁判之判断空间也将随之缩小”。^[56]例如，梁慧星结合国内外的司法实践，将违反公序良俗的行为归纳为十种类型，^[57]对于克服依据该原则进行裁判的随意性大有裨益。

总之，由于法律原则与社会道德之间的密切关联，原则裁判成为体现司法道德性的重要途径。不可否认，原则裁判之中隐含着“向一般条款逃逸”和抽象论证的风险，方法论上的约束于是显得尤为必要。但这种约束不是对司法道德性的消解，而是为避免司法流于恣意和泛道德化。

三、以客观和平衡的司法方法遵循社会主流道德观念

法官的裁判活动经常会涉及价值衡量，这一点不仅为许多著名法官所承认，一些法官甚至认

[51] 前引 [50]，Robert Alexy 书，第 47 页。

[52] 前引 [7]，拉伦茨书，第 340 页。

[53] 参见胡玉鸿：《法律原则适用的时机、中介及方式》，《苏州大学学报》2006 年第 6 期。

[54] [德] 罗伯特·霍恩等：《德国民商法导论》，楚建译，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 313 页。

[55] 参见刘士国：《类型化与民法解释》，《法学研究》2006 年第 6 期。

[56] 前引 [7]，拉伦茨书，第 174 页。

[57] 参见梁慧星：《市场经济与公序良俗原则》，载梁慧星主编：《民商法论丛》第 1 卷，法律出版社 1994 年版，第 57 页。

为,价值衡量对于裁判活动而言是最为重要的部分。美国大法官霍姆斯在《普通法》中指出:“法律的生命不是逻辑,而是经验。”什么是经验呢?“一个时代为人们所感受到的需求、主流道德和政治理论、对公共政策的直觉——无论是公开宣布的还是下意识的,甚至是法官与其同胞们共有的偏见,在决定赖以治理人们的规则方面的作用都比三段论推理大得多。”^[58]在这里,所谓的“需求”、“直觉”、“偏见”都是法官主观领域内的范畴,与法官的价值观念有着密切的关系。在《法律的道路》一文中,他进一步指出:逻辑的方法和形式固然可以“使每一个心中对确定和安宁的那种渴望得到满足”,但是,“确定性一般只是一种幻觉,而安宁并不是人类的归属。在逻辑形式的背后,存在着一个对彼此竞争的立法理由之相对价值及重要性的判断;确实,它经常是一种未经表达的无意识判断,但它却是整个过程的根基和神经”。^[59]卡多佐法官把道德价值看成法律赖以继的“空气”:“就如同一个人不可能从他的房间和生活中排除至关重要的空气一样,伦理因素也不再能从司法活动中被排除出去。”^[60]霍姆斯和卡多佐对法律“生命”的探讨不是站在立法者的立场上,而是站在司法者的立场上。在他们看来,对裁判活动起决定作用的不是逻辑推理,而是价值的衡量与判断,其中道德观念是一个重要组成部分。

规则适用与原则裁判都包含着价值判断的因素,但不能涵盖司法过程中法官价值衡量的全部。根据德沃金的概括,英美法系的法律原则既包括明文规定的“实定法律原则”,还包括“法律的隐含原则”和“直接来源于道德规范的原则”。“法律的隐含原则”是指以隐含形式存在于法律之中的法律原则,它们不能从立法或判例的明文规定中发现,而是隐藏或贯穿于法律整体脉络或过去的法律实践之中,需要通过法官发挥理性能力才能发掘出来。同时,德沃金关于法律原则的定义是从实质论的角度着眼的,他将“原则”与“公平、正义的要求,或者是其他道德层面的要求”直接贯通起来。^[61]这一定义暗示,法律原则可以绕开立法或判例的形式效力依据,直接来源于法律之外的道德规范,由此可以推论出一种更具外部性的独立原则形态:“直接来源于道德规范的原则”。

我国的法律原则显然与德沃金的界定有所不同。在我国,能够称之为法律原则的都明确表述于法律文本之中,能够体现裁判功能的法律原则只能是实定的,而不能是隐含的,更不能是外部的。这看似截断了法官司法与外部规范之间的联系,但在规则适用与原则裁判之外仍然可能存在价值衡量,因为无论是发现和认定事实、适用法律,还是作出判决和裁定,法官都会经常面临选择,每一个环节里都存在着自由裁量权的行使。^[62]尤其是判决形成过程中,实质性争议常常是法官必须面对和解决的问题。“有时,在法律解释争议的背后,存在着植根于政治或道德因素的实质性争议”,^[63]因而,“规则的解释通常要求某种实质性的道德或政治性判断——不仅包括受法律本身约束的实质性道德判断,还包括不可避免地进入到法律术语解释中的实质性判断”。^[64]规则适用需要价值衡量来指引方向,原则裁判需要价值衡量来填充内涵。既然价值衡量在司法过程中的存在不可避免,^[65]那么在多元的价值观念中,法官应当遵行哪一个,又以何种方式将其贯彻到司法之中?

[58] [美] 奥利弗·温德尔·霍姆斯:《普通法》,冉昊、姚中秋译,中国政法大学出版社2006年版,第1页。

[59] [美] 奥利弗·温德尔·霍姆斯:《法律的道路》,张千帆等译,《南京大学法律评论》2000年秋季号。

[60] [美] 本杰明·卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆1998年版,第39页。

[61] 前引[36],德沃金书,第41页。

[62] 参见江必新:《论司法自由裁量权》,《法律适用》2006年第11期。

[63] [美] 凯斯·R·孙斯坦:《法律推理与政治冲突》,金朝武等译,法律出版社2004年版,第147页。

[64] 同上书,第149页。

[65] 笔者曾就司法过程中价值目标的多元化、多元价值目标之间的矛盾冲突、价值的衡量与选择等问题做过初步的研究与分析。参见夏锦文、徐英荣:《现实与理想的偏差:论司法的限度》,《中外法学》2004年第1期。

一般认为,法官应当尊奉社会主流的道德价值观念。卡多佐说,在司法过程中,法官“必须谨防纯粹个体的或主观的价值论。通常而言,一个法官适用的不是自己的价值标准,而是在阅读社会观念时所揭示的价值标准。他尤其不能用自己的理解取代立法机关在宪法允许的范围内用成文法确立的价值标准”。〔66〕现实主义法学破除了法律形式主义树立的法律完备与逻辑确定的“神话”,还原了司法过程的真相。法官不像形式主义法学所描述的那样是一个无情无欲的法律宣喻者,而是一个有血有肉的、有自己独特个性的人。〔67〕但是,这种观点也存在言过其实之处,比如将法官的个人价值观念看成所有司法判决的最终源泉,无疑会侵蚀法治的基本立场。为了避免司法沦为法官个人价值的产物,维护法律的安定性,以社会价值来制约法官的价值衡量是一条可以选择的中间道路。劳埃德指出:“比较好的做法是……有意识地去识别什么是实际运作的社会价值,并且依此发展出相应的法律,而不是试图把所有的法律决定都看成是法律逻辑的技术应用。”〔68〕和其他社会成员一样,法官不可能脱离他们从属其中的社会或群体所固有的价值模式,这些价值模式也能够提供一定的约束。

然而,何谓主流与非主流?如果法官说是就是,说不是就不是,则与他的个人价值观念没什么区别。而且,假定存在一个公认的主流道德价值观念,是否必须作排它性的适用?在价值多元化本身也成为一种价值的现代社会,这样的排它性适用是否会导致“价值专制”,非主流的、少数人的价值观是否应当得到适当的尊重?

首先,如何发现主流的道德价值观念?这与其说是一种探知,不如说是法官客观司法立场的宣示,即法官需要表明自己的价值判断是与一些客观因素联系在一起的,而不能归咎为纯粹的主观裁量。本文认为,以下途径或可有所助益。

1. 确认道德观念的基本性

社会道德具有不同的层次,能在司法中加以适用的道德只能属于基本道德。基本道德的基本性表现在两个方面:其一,基本道德应当是“底线道德”,即道德上的最低要求,而不是某种常人难及的高尚道德;其二,基本道德应当是一种共识性道德,一个国家、一个民族、一个社会在一定的时期总有相对的价值共识,这种共识往往构成主流价值观念的主体。法官可以通过对各种价值观的比较、分析和讨论,在纷繁的、冲突的价值观念中寻找共性的成分,作为判断的基础。法官所适用的价值应当是公众所共有的一种价值,这种价值应当为当事人或其他社会成员所认同,如果一项价值只存在于法官的个人内心之中,而没有一定程度的社会共识为基础,这种价值能否作为司法的依据就值得怀疑。任何一种价值如果具有足够的强度来影响诉讼的结果,那么它也应当具有足够的强度,经得住公众的检视和审查。

2. 借助主流道德观念的权威性依据

何谓主流道德观念其实也是立法机关所关注的问题,因此,法官可以把立法意图作为一种权威性依据。孙斯坦指出:“为了使许多规则能够得到解释,需要引入来自文本本身的道德或政治判断或来自立法者的道德或政治判断。”〔69〕由于立法一般可以代表广泛的民意,立法中的价值判断可以认定为社会的主流价值观念。从发生学的角度,立法意图也具有主观性,但是由于它已经先于法官价值判断而存在,可以视作一个客观的指引。立法意图不仅可以从法律的明确规定中寻找,而且可以通过立法历史材料发掘,这些立法历史材料包括:制定某项法律的历史背景,立法机关审议该项法律的工作过程资料和辩论、讨论记录,权威人士的解釋性意见等。波斯纳提出运

〔66〕 [美] 本杰明·卡多佐:《法律的成长·法律科学的悖论》,董炯、彭冰译,中国法制出版社2002年版,第125页。

〔67〕 See Jerome Frank, *Are Judges Human?*, 80 U. Pa. L. Rev. 17, 47 (1931).

〔68〕 Lloyd, *The Idea of Law*, Penguin Press, 1964, p. 213.

〔69〕 前引〔63〕,孙斯坦书,第148页。

用“想象性重构”的方式来揭示立法意图——法官将自己想象成正在与立法时的立法者对话，并向他们询问对于法律的理解，然后根据这些立法者的价值和考虑因素，站在立法者的角度，来对立法者的回答进行重构，^{〔70〕}以此获得合理的判断。

3. 体现法律价值体系的整合性

社会主流价值观念与法律价值之间不可能相互排斥，往往能与法律价值体系融贯起来，这为司法客观性提供了一条保障途径。伯顿将价值判断的整合性称之为“法律信念之网”：“法官的法律信念之网应该包括法律的惯例性正当理由，它们是一致性和协调性的关键。有序和公正应该是核心，他们维持该网的其他部分，应该实现法律判例、规则、原则及政策的那些价值的核心。为了实现秩序和正义的价值，法律信念之网应把法律经验和法律目的整合为一个和谐有效的整体。”^{〔71〕}

作为法律解释者的一种主观精神活动，价值判断虽然是主观的，但是解释者将价值判断整合到客观存在的法律目的、精神之中，保证法律解释中价值判断与现行的规则、制度、程序紧密地联结在一起，就可以使价值判断获得一定的客观支持，从而减少恣意裁量行为的可能性。

4. 引入实证的社会标准

霍姆斯法官认为，为了追求司法判决的社会效果，法官应当对适用法律规则所可能赢得的利益和遭受的损失进行比较和权衡。至于比较与权衡的尺度，他从社会达尔文主义的立场出发，主张依靠和援引“社会领域竞争中生活利益的经验”，因为这些经验“教会了我们比较利害得失的价值观念”。^{〔72〕}同时，他还主张借助政治经济学理论对立法进行手段—成本的分析。不过，在确立社会效果的客观基础问题上，霍姆斯似乎也感到有力不能逮之处。他主张，法官不能为了追求社会效果而成为某个政党或利益集团的直接代言人，他需要将司法判决建立在实证科学的客观基础之上。对这种实证科学的发展，霍姆斯寄希望于未来：“对于法律的理性研究，懂得法条的人可能掌握着现在，但是掌握未来的人是熟练掌握统计学和经济学的人。”^{〔73〕}弗兰克法官主张在法律中引入“社会标准”来求取司法的社会效果。他在雷波埃尔诉美国案的司法意见中指出，^{〔74〕}对于当事人是否具有“良好道德品质”，法庭通常采取司法认知的方式来加以判断，但是由于缺乏科学的调查手段，“司法认知”就难免沦为“司法无知”。社会道德标准是一种社会性的事实，应当有实证的证据加以证明，以约束法官的主观裁量。早在1908年，在美国马勒诉俄勒冈州案中，^{〔75〕}就有使用社会科学方法引入社会标准的成功尝试。为了说明妇女限时工作法的合理性，布兰代斯在代理意见中引用了美国和欧洲的工厂和医学报告，说明长工时对妇女的健康有害。这些实在的证据完全征服了最高法院，在9：0的判决中，最高法院宣布俄州限时工作法有效。

其次，对于业已探明的主流道德观念，法官仍然需要以一种平衡的方式来加以适用，即尽可能兼顾非主流观念的某些成分，避免发生“价值专制”的情况。现代社会中的价值观念具有多元化的特征，“一个社会越是承认和尊重个人的独立、自由和主体性，在价值判断和选择上的分歧

〔70〕 See William N. Eskridge Jr. & Philip P. Frickey, *Statutory Interpretation as Practical Reasoning*, 42 Stan. L. Rev. 321, 345 (1990).

〔71〕 前引〔23〕，伯顿书，第153页。

〔72〕 [美] 斯蒂文·J·伯顿主编：《法律的道路及其影响——小奥利弗·温德尔·霍姆斯的遗产》，张芝梅、陈绪刚译，北京大学出版社2005年版，第186页。

〔73〕 前引〔10〕，Oliver Wendell Holmes文，第469页。

〔74〕 See *Repuille v. United States*, 165 F.2d 152 (2d Cir. 1947).

〔75〕 See *Muller v. Oregon*, 208 U. S. 422—423 (1908). 基本案情是：马勒是俄勒冈州一家洗衣店的工头，因命令店中一名女工每日工作10小时以上而被地方法庭罚款10美元，理由是他违反了俄州10小时工作制法。马勒向联邦最高法院申诉。为俄州10小时工作制法辩护的律师是后来在1916年成为美国联邦最高法院大法官的布兰代斯。

和争论就会越普遍”。〔76〕我们有时会诉诸理性来寻求客观的价值，但正如哈贝马斯所说，“多元性理性本身分裂为价值领域的多元性”。〔77〕此外，价值是易变的，主流与非主流有可能会交换角色，执着于某一种价值很容易造成价值论上的专断，这就要求以一种均衡的方式来处理价值问题。仍以泸州遗赠纠纷案为例，法院认为，被继承人生前与“第三者”的婚外同居，有违社会所尊崇的夫妻忠诚、家庭和睦的主流道德标准，需要对“第三者”现象作彻底否定。这样的认知没有注意到近年来人们对非法同居态度的微妙转变，也忽视了社会上存在的其他价值观念，如没有感情的婚姻是不道德的、人与人（包括“第三者”）之间的真心付出可以得到适当的回报等。案件判决直接以一种价值压倒另外的价值，不免有价值专断之嫌。由此，当一部分民众在法庭上为法院的判决鼓掌时，另一些民众将同情给了那位与被继承人同居7年且在被继承人住院期间一直陪伴左右的“第三者”，也就不足为奇了。

如果法官要以妥当的方式来维护司法的道德性，那么社会主流价值的探知与证明是他必须完成的一项工作，而为了避免价值专断，更为均衡和细致的处置是值得的。

四、以确认和规制良心司法体现法官道德准则

关于法官个人道德观念在司法过程中的作用，有两种相互矛盾的观点。一种观点认为，法官应当摒除个人观念。许多人都同意卡多佐的观点，法官不能“将自己的行为癖好或信仰癖好作为一个生活规则强加给这个社会”。〔78〕另一种观点主张，法官应当遵奉某种特定的个人道德观念（如良心）来处理案件和作出裁判。现代自由心证理论要求法官在事实认定时根据自己的良心、理性自由判断证据的证明力，以形成内心确信，认定案件事实。适用法律是否要求法官听从良心的召唤？很多国家的立法与法官道德准则都给予了肯定的回答。例如，德国法官法第38条规定，每个法官在公开审判时都要进行宣誓：“忠实于基本法，忠实于法律履行法官职务，用最好的知识与良心不依当事人的身份与地位去判决，只服从于事实与正义。”我国《法官职业道德基本准则》则用“良知”的表述取代了“良心”，第35条要求法官“弘扬正义的良知”。

之所以要求法官在依法裁判的同时也要“讲良心”，是因为人们通常认为有良心的法官更愿意维护法律正义和公平对待当事人，甚至在某些情况下，良心的力量能够促使法官不畏强权，坚持秉公执法。然而，法律的规定与法官的良心指向也可能发生不一致，此时法官应当如何司法？法官在办案时能否良心违法？

对这一问题的回答考验论者的理论立场，自然法学与分析实证主义的回答必然会迥异其趣。相比而言，优势的观点是要求法官履行依法裁判的职责，不能以良心代替法律。在西方法律史上，有两个著名的例子。一个涉及美国南北战争之前逃奴法的适用。1793年美国国会通过的逃奴法规定，奴隶主及其代理人有权在外州追捕逃至外州的奴隶，并在当地的任何联邦和州法院出具逃奴身份和归属的证明后将其带回本州。这些被捕获的奴隶无疑将会遭受严厉的惩罚。美国内战之后，马萨诸塞州的著名法官约瑟夫·斯托里和莱缪尔·肖都强烈反对奴隶制，但是依据逃奴法，他们不得不命令将逃往自由州的奴隶奉还原主，这使他们心中遭受巨大的痛苦。立法机关的立法意图十分清晰，因此尽管法官受苦恼折磨，但必须抑制他们良心的不安以履行法律。第二个是二战之后在德国审理的“告密者”案件。二战中，一名德国士兵私下里向妻子说了一些对希特勒

〔76〕 郑成良：《法律之内的正义》，法律出版社2002年版，第59页。

〔77〕 [德] 哈贝马斯：《交往行动理论——行动的合理性和社会合理化》，洪佩郁等译，重庆出版社1994年版，第315页。

〔78〕 前引〔60〕，卡多佐书，第67页。

等纳粹领导不满的话，其妻因为有外遇而希望除掉丈夫，就向当局告发了丈夫的不敬言论。丈夫被控有罪并被判处死刑，后改判为到前线服役。纳粹倒台后，这位告密的妻子受到追诉，她提出抗辩，自己只是依当时有效的法律行事，使一个罪犯归案受审。法院最终判定被告有罪，她的行为“背离了所有正派人的良知和正义感”，在邪恶动机支配下告发丈夫，导致丈夫被剥夺自由。“依法”告发的妻子被定罪，而“依法”办案的法官却并没有受到追究，尽管忠实适用“恶法”的法官同样也背离了“良知和正义感”。可见，人们似乎更看重法官的职责，要求他将司法行为与作为个人道德观念的良心区分开来。

13、14世纪英国的衡平法实践同样将法官良心放在法律之上。最初的衡平司法来源于“国王的良心”，后转化为“法官的良心”。法官依据良心审判的观念为大众所接受，正如菲尔普斯指出：“所谓司法衡平，是指有能力的法官，依据其受有训练的良心请求救济。”〔79〕衡平司法的基本宗旨是对普通法的不足之处进行补救与矫正，在此基础上，形成一整套独立的衡平法体系。衡平法实践只是特定历史时期的产物，因法官裁量权过大而逐渐受到制约，但是在英美法上，法官出于良心而超越或突破法律的案例仍然不在少数。在1893年英国的女王诉英斯坦案中，被告是一名成年妇女，自己无生活来源，与供养她的73岁姑妈生活在一起。姑妈去世前因病生活完全不能自理，但被告全然不顾重病的老妇人，既不照顾她，也不寻求医务护理。食物和护理的缺乏，加速了老妇人的死亡。王座法院在判决中一致同意：在上述情况下，被告负有向姑妈提供充足食物以维持其生命的义务，她被判一般杀人罪。Coleridge法官说：“每一项道德义务都对应着一项法律义务，这种说法是不确切的，但是，每一项法律义务都建立在一项道德义务之上。一项普通法义务不过是由普通法来执行一项不具法律约束力的道德义务。在本案中，病人只有通过该犯才能获取食物，后者毫无疑问具有一项明确的义务：向病人提供必要的、足够的维持其生命的食物，使其能按时进食，当然，供养病人及其该犯所需费用由病人来支付。因而，该犯具有无可推卸的普通法责任……我们还没有可直接适用的先例；但是，如果对本案涉及的法律规则或者现有判例存有任何疑问的话，就是这个国家司法的污点和耻辱。该犯对病人负有道德上的义务，由此产生了一项普通法义务。”〔80〕

当下中国不可能存在系统性的“恶法”，以至于使法官经常处在法律与良心的冲突之中。但是，由于法制的不完备，仍然可能存在一些不合理的法律规定（如“同命不同价”），也可能对公民的权利缺乏完善性规定，使案件出现不公正、不合理的结果，令法官良心不安。这就出现了能否依法官的良心指向来超越或突破法律的问题。司法实践中也出现了此类案例。例如，在贾国宇诉北京国际气雾剂有限公司、龙口市厨房配套设备用具厂、北京市海淀区春海餐厅人身损害赔偿案中，原告因在聚餐时发生燃气罐爆炸事故导致严重烧伤，在诉讼中提出物质及精神损害赔偿的请求。当时的法律对于精神损失并没有明确规定。法院最终判决被告承担了10万元精神损害赔偿金。在判决书中，法官写道：“原告贾国宇在事故发生时尚未成年，烧伤造成的片状疤痕对其容貌产生了明显影响，并使之劳动能力部分受限，严重地妨碍了她的学习、生活和健康，除肉体痛苦外，无可置疑地给其精神造成了伴随终身的遗憾与伤痛，必须给予抚慰与补偿。”〔81〕透过判决书理智而冷静的行文，我们可以感受法官对受害人深刻的同情，以及非此不行的义务感。此案被选登在权威的《最高人民法院公报》上，似乎也表明最高司法机构的认可：在恰当的案件与恰当的时机，法官依良心突破法律的现行规定在一定范围内是可以接受的。

〔79〕 See R. A. Wassertrom, *The Judicial Decision*, Stanford University Press, 1961, p. 87.

〔80〕 Queen v. Instan, 1883, 1 Q. B. 450. 转引自前引〔66〕，卡多佐书，第102页，注1。

〔81〕 参见《最高人民法院公报》1997年第2期。

如果说司法是社会正义的最后一道防线，良心就往往是法官正义观的最后一道防线。美国心理学家弗洛姆指出：“良心对行为的影响，比外界权威所引起的畏惧感更为有效；因为，一个人可以避开权威，却无法逃避自己，因此也无法逃避成为本身一部分的内在权威。”〔82〕司法过程中法官良心的功能可以概括为几个方面。

一是补充法律不足。1804年法国民法典的主要起草人波塔利斯指出：“裁判面对很多法律没有规定的事项是必然的。在这种场合，应该允许裁判官在根据正义、良知和睿智光辉补充法律的权能。”〔83〕卡多佐也说：“如果公共思想或意愿无法达成一致，就不可能有成文法、习惯法以及其他外在的规定。此时，法官除了遵从自己的价值规范之外别无选择。在这种情况下，客观的意志与主观的意志交融在一起，他将受自身而非其他任何人价值论的引导。”〔84〕在此，法官的个人良知只是在“法律没有规定的事项”上发挥作用，并不违背其依法裁判的职责。

二是保障规则得到善意的适用与遵守，防止规则因其刚性而被不当利用甚至操纵。“在既定的审判制度中，一旦法官缺乏应有的良心，那么无论怎样完善的法律都可能蜕变成为恶人对付老实人的工具。”〔85〕法官不能只是机械地应用法律，更不能为了个人办案的某种便利而片面地“利用”法律，否则，司法审判中的实质性社会公正或许将在法律形式公正的外衣里不断消失。宋人郑克也指出：“恻隐之心，人皆有之，为物所迁，斯失之矣。故有利人之死为己之功者，或文致于大辟，或诬入于极典。”〔86〕司法官应“哀矜折狱”，“生道杀民”，始终保留一份“恻隐之心”、“不忍之心”。

三是引导法官进入社会价值观。良心具有个人性，它是一种内在的善恶判断能力，但是它往往源自社会价值观念，每个人都不可能独创一套价值观，会处处受到他所属群体的价值观的影响。“群体的价值观对他来说好象是某种先验的东西，不断地渗入他的精神世界，并通过他自身的价值选择，积淀而生成他自己的价值观。”〔87〕法官对手头的案件既会进行法律评价，也会在良心上有所判断，这种判断会帮助他连接个人价值与社会价值、法律评价与社会评价。

四是在特定的条件下超越法律的不合理规定，恢复法律的正义性。恩吉施认为，虽然法官应当尽量受法律规范文本的既定限制，但“如果立法者嘲弄地蔑视最高的法的理念，那么，法官自己脱离形式有效的制定法，就没有那种不正当性了”。〔88〕既然法律偏离了基本的道德价值，法官就获得了通过阐释恢复法律规范的道德价值的正当权力。

如果许可法官根据自己的良心突破法律的规定，是否会导致个人任性专断的情况出现？卡多佐基于法官的立场，对于法官的良心司法持乐观态度。他认为，承认法官有权利和义务按照习惯性道德来影响法律，并不会用个人的正义感、善良人的评断来替代和毁灭法律。“法律这一有机体的形式和结构都是固定的，其中细胞的运动并不改变总体的比例；与来自各方的限制法官的规则之数量和压力相比，任何法官创新的权力都无足轻重。……那些伟大的衡平法法官通过不断地诉诸政党理性和良知之学说，建立了衡平法体系，同时并没有牺牲法律的一致性和确定性。这就是普通法得以在那些伟大的普通法大师手中不断获得新生的方法，这就是曼斯菲尔德和马歇尔的方法，就是肯特和霍姆斯的方法。”〔89〕

〔82〕 [美] 弗洛姆：《追寻自我》，苏娜、安定译，延边大学出版社1987年版，第173页。

〔83〕 [法] 勒内·达维德：《当代主要法律体系》，漆竹生译，上海译文出版社1984年版，第138页。

〔84〕 前引〔66〕，卡多佐书，第227页。

〔85〕 王婧华：《良心至上方显公平——我心目中的司法格言》，《山东审判》2008年第4期。

〔86〕 《折狱龟鉴·矜谨》

〔87〕 陈章龙：《冲突与构建——社会转型时期的价值观研究》，南京师范大学出版社1997年版，第9页。

〔88〕 前引〔31〕，恩吉施书，第216页。

〔89〕 前引〔60〕，卡多佐书，第85页。

并不是每个法官都会像卡多佐那样拥有精湛的司法技艺和高尚的职业道德,因此,还是应当为法官的良心司法设定约束与边界,如果任由法官根据自己的偏好裁决案件,法治的目标将难以实现。卡多佐也提及应当“清除情感中那些专断恣意的东西”,其途径是发挥理性的作用,“将情感同方法、秩序、融贯性和传统联系起来”。^[90]在这里,法律方法论可以发挥一定的作用,一方面,“法律技术服务于道德立场”,^[91]另一方面,法律技术也可摸索和划定道德立场的限度。法官依良心直接突破法律的现行规定需要诸多外部条件的配合,不可轻率进行,不妨立足于既有规则,采用特殊的法律技术来实现规则的合理适用。这些技术包括:(1)区别,通过区分案件的事实条件与法律要件,适用某一法律条文或不适用某一法律条文;(2)忽略,即对某些事实条件视而不见或者归入不重要的问题,导致某一法律规定的不适用;(3)扩张,即将法律规则中所使用语词的含义扩大到较字面含义更广范围;(4)限缩,与扩张相反,将法律规定的用语作窄于其字面含义的理解;(5)转化,就是将直接的争议转化为其他相关的问题来解决,如将价值观上的分歧转化为价值实现方式上的妥协;(6)变通,即基于基本的人道与人权原则来改变法律的适用方式;(7)寻求合意,即在当事人之间寻找道德上的共识,尤其是说服权利人主动放弃对法律权利的全面要求,或者说服义务人主动承担法律权利之外的其他义务,使纠纷得到妥善解决。

法官还需要为自己的良心司法寻找“稳定性因素”,以避免道德司法或价值司法所带来的不确定性。美国学者比德曼提出司法价值衡量的七条指导性原则,可资借鉴:(1)适用于当前案件的价值应当与相关的法律规则相一致;(2)法官的价值应当具备事实的基础;(3)法官行为应当具备理性基础;(4)法官的个人价值判断不能与基本的法律与社会价值相抵触;(5)法官所适用的价值不能归属于偏见、私利和不义;(6)法官所适用的价值应当为当事人或其他社会成员所认同;(7)法官在适用一定的价值时,应当考虑其判决直接和间接的后果,这种后果的考量不仅包括对于案件当事人的影响,而且包括对其他诉讼参与人,以及任何一个可能因此判决而改变其行为的的人的影响。^[92]

比德曼主要是从法官自律的角度来设立这些指导性原则的,这难免依赖和受制于法官的个人素质,因而具有一定的局限性。要切实有效地实现对法官价值衡量的规制,获得法律推理的客观性,尚需在制度上进行进一步的完善。事实上,法官的价值判断并不是在真空中发生,它往往在一定的制度体系里展开。法律和法律制度作为一个相对独立的实体,由各种制度与程序设置组成。制度与程序设置对于保障价值判断的客观性具有基础性功能。以审判制度而言,拉德布鲁赫指出:“为防止司法中出现过激的主观性,事实上通过两种设置发挥作用:合议庭和多元审级;通过多个法官以及多个法院之间对一个判决的协作,可以共同控制个别法官的个性,使判决回到传统价值判断的平均线上。”^[93]还有一些制度试图保证法官不违背良心甚至出卖良心,如法官回避制度、法官宣誓制度和法官独立制度等。通过正当的庭审程序来保障当事人之间的充分论辩,也可制约法官的良心司法不至于过分偏离当事人的合意以及社会的价值共识。除此之外,法官制度不能不对法官内心世界的形成有所关切。卡多佐深有感触地说:“有时,一个题目会既适合于使用这种方法也适合于另一种方法,并且都很自然。在这种情况下,习惯或效用的考虑就经常出现,来调整方法的选择。剩下的部分也许就得由法官的人格、他的品位、他的训练或他的精神

[90] 前引[60],卡多佐书,第26页。

[91] 参见前引[8],郑永流文。

[92] See Paul L. Biderman, Esq., *Of Vulcans and Values: Judicial Decision—Making and Implications for Judicial Education*, 47 *Juv. & Fam. Ct. J.* 61, 77-78 (1996).

[93] [德]拉德布鲁赫:《法学导论》,米健、朱林译,中国大百科全书出版社1997年版,第110页。

倾向来支配。”〔94〕在这个意义上，法官人格的养成、职业伦理的建设与法院文化的培育对于保证法官良心司法的客观性也至关重要。

法官的良心只是一种个人性的道德意识，但它也是司法道德性的最初源头。只要承认法官不是“司法机器”，而是一个活生生的社会人，就不能忽视其良心对于司法的影响。相关的制度建设与方法论的约束有助于将法官的良心司法纳入合法与妥当的轨道之上，唯其如此，才能达致真正意义上的司法道德性。

Abstract: China is a nation with a strong moral atmosphere, thus the morality of judicature is inevitable and needs to be taken seriously. In some cases with ethic factors, one of the important standards to evaluate the social effect of a judgment is whether the judge has a clear awareness of these ethic factors and responds correctly to the moral demands of the mass. But after all, the acceptability of a judgment has to be confirmed in both moral community and legal community. For that purpose, judges must use adjudicatory techniques and follow some principles of judicial methodology to mitigate the inherent tension between law and moral.

From the view of legal methodology, morality of judicature can be analyzed and tested in the following four perspectives. Firstly, judges should actively find moral demands incorporated in the legal rules when applying them, and use purposive interpretation and natural law interpretation to deliver the moral implication of the legislators to the case. Secondly, judges might declare the moral meaning of the legal system by way of adjudication according to principles, when legal rules are not adequate in hard cases. Methodological constraint is necessary to eschew subjectivity and over-moralization because the legal principles are too general and vague. Thirdly, when weighing different values, judges should take the mainstream moral ideas in the society as an objective basis and apply them in a balanced way to avoid value suppression. Lastly, adjudication with conscience ought to be permitted because judges' self-consciences play an important role in complementing the inadequacies of the law, keeping the law to be obeyed properly, guiding the judges into the social value, and correcting the absurdity in the legal rules. Meanwhile, the adjudication with conscience should also be exercised in a regulated way.

Key Words: morality of judicature, rule application, adjudication according to principle, adjudication with conscience

〔94〕 前引〔60〕，卡多佐书，第31页。