

道德立场与法律技术 关系的法哲学分析

——“技术中立说”与“技术修饰说”之批判与重构

王琳*

目次

- 一、技术中立说及其批判
- 二、技术修饰说及其批判
- 三、法律技术与道德立场关系的理论重构
 - (一) 实践权威正当化一般原理
 - (二) 服务型法律观
 - (三) 法律技术服务说之提倡
 - (四) 法律技术服务说与之前理论的比较
- 四、回到泸州遗赠案的相关争论
 - (一) 公序良俗原则如何具体化?
 - (二) 法律原则何时适用?
- 五、余论

摘要 由疑难案件所引发的关于道德立场与法律技术之关系的讨论,可以区分为“技术中立说”与“技术修饰说”两种立场。这两种立场都包含部分正确性:技术中立说强调法律价值的独立性和法律技术对法官道德判断的约束作用;而技术修饰说则正确地提醒我们关注法律实践的合理性。但两种学说也都存在重要缺陷:技术中立说忽视了法律技术适用上的争议性;而技术修饰说则消解了独立的法治价值的存在,使法律技术无法独立担当证立裁判结论的角色,却沦为对法官独断的道德立场的话语修饰。我们需要基于裁判何以能够拥有正当性的法哲学思考,对道德立场与法律技术之关系进行理论重构。重构之后的技术服务说不反对法官在裁判时进行道德判断,同时对法官如何进行道德判断提供了实质性的方法论指引与约束。

关键词 道德立场 法律技术 正当权威 服务型权威观

* 中国政法大学法学理论专业博士研究生。

十余年过去了,一度引起公众关注和学界热议的泸州遗赠案^{〔1〕}逐渐淡出人们的视野。然而,相关社会舆论与学术争论中广泛存在的分歧表明,我们在该案所涉及的裁判方法问题上还远未达成共识。这也恰恰说明该案蕴藏了巨大的理论价值,值得我们继续对相关深层次法哲学难题发起追问。本文以道德立场与法律技术的关系问题为切入点,对该案引发的学术讨论做出观察。在该问题上,我国法学界有两种代表性主张。“技术中立说”认为,法官在裁判时不应当进行道德判断,而应当单纯运用法律技术解决案件;“技术修饰说”认为,法官不应当放弃道德判断,法官应基于自己认为正确的道德立场来选择一种法律解释技术。本文在借鉴和批判这两种立场的基础上提出“技术服务说”,基于对法律权威之正当性的法哲学思考,笔者认为,法律技术是获取教义意义上法律之内容的方法,此种意义上的法律存在的价值本旨是促进共同体成员更好地承担对彼此负有的基本道德责任。这一立场不反对法官在裁判时进行道德判断,并对法官如何进行道德判断提供了尽可能具体的方法论指引与约束。

一、技术中立说及其批判

技术中立说主张,法官应当严格依循法律技术进行裁判,不应当参与个案的实质道德判断。以此为根本出发点,持有该立场的学者对泸州遗赠案的判决提出批评,认为该案法官搁置法律技术,介入对私人生活的道德评价,模糊了法律与道德的边界,逾越了法官的本分角色。^{〔2〕} 技术中立说预设了总是存在明确的、为法律人共同认可的法律技术供法官适用。对这些法律技术的坚持就是对法治的坚持,就是具有正当性的裁判。而道德判断是充满争议性的,没有判断对与错的客观标准,因此法官应当在各种道德立场之间保持中立态度。技术中立派在对本案判决提出批评时经常依赖三种法律技术:一是民事法律行为不问动机,二是事实行为与法律行为的区分,三是特别法优于一般法。批评者在论述中列出这些法律技术,同时引用学术名著中的论述和国外司法实践的例子。技术中立派引经据典的分析,使得法律事务看上去非常具有科学性与专业性,尤其当这些论述提出者的身份有着我国著名法学院的背景时,其观点就显得格外令人信服。而法官在这些论述者的勾画下所显示出来的形象,似乎是由于专业素养不足而对明显正确的法律技术视而不见,或者是故意违背现代法治精神,软弱地盲从着民众意见。

然而,笔者不能赞同技术中立派所勾画的这幅图像。就如同人们在道德判断上经常持有不同意见一样,法律人在什么是恰当的法律技术的问题上也会存在大量分歧。我们可以具体分析一下本案涉及的法律技术的复杂性与争议性。首先来看第一个法律技术问题。技术中立说指出,“法律在审查一项涉及财产给付的民事法律行为时,只应当审查财产发生的原因以及财产给付目的的

〔1〕 泸州遗赠案已为学界熟知,本文不再赘述其案情与判决文本,详见:(2001)纳溪初字第561号判决书,以及(2001)泸民一终字第621号判决书。

〔2〕 可被视为技术中立说的主要论述,参见邓子滨:《不道德者的权利》,载《南方周末》2001年11月15日;何兵:《冥河对岸冤屈的目光:析“二奶”继承案》,载《法制日报》2002年4月7日;萧瀚:《被架空的继承法——张××诉蒋伦芳继承案的程序与实体评述》,载易继明主编:《私法》(总第3卷),北京大学出版社2002年版,第300~313页;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》,载《判解研究》2002年第2期。其中,萧瀚先生在写作《被架空的继承法——张××诉蒋伦芳继承案的程序与实体评述》一文几年后,立场已经有了很大改变,但是鉴于该篇文章的立场很有代表性,也被相关讨论多次引证,故本文仍对该文本予以讨论。他在2006年蓟门学园上表达了修正后的立场,参见萧瀚:《泸州遗赠案讨论记录》,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》2007年第1期。

合法性,而不审查财产给付行为的原因”。〔3〕论者提出的理由主要有两个:一是动机是人的内心活动,法院往往无法查明;〔4〕二是审查动机是国家对私人空间的过分干预。〔5〕实际上,对这两点表面上很具有说服力的理由,我们都可以提出一些追问或反驳。首先,“动机不好审查”不是不去审查的理由。事实上,法律对人的评价并非必然不能考察动机。例如在刑事审判中,涉及判断致他人死亡这个行为是否出于故意致人死亡的动机,以及如果有致人死亡的故意,这种故意的具体目的又是什么,是为了从长期家暴中摆脱出来,还是倚强凌弱或者图财害命。这些都是关于人的主观动机的,虽然有时候这种判断很难,但我们不会说在判决时不必考虑它们。与应当审查与否相关的问题是,这种心理状态在决定人们的权利义务时是否是应当予以考虑的因素。此外,说审查动机是过分干预私人空间的批评也并非准确。一种审查是否属于过分干预,与相关的法律规范是什么以及其合理性根据相关。如果一个规定合理的法律规范的适用要求法官审查当事人动机,那么法官就应当审查。有趣的是,一些该案的其他评论者认为,由于本案所适用的是公序良俗原则,因此动机的考察是相关的。〔6〕即使是在技术中立说所借鉴的德国司法实践中,也并非一律不考虑动机。〔7〕日本、法国、我国台湾地区的法院在适用公序良俗原则时,也存在以动机不同而区别对待的做法。〔8〕可见,所谓“审查财产给付行为不应当审查动机”的说法并非是在任何条件下都绝对正确的法教义学原理。如郑永流教授所言,法律行为能够被评价的内容正是行为的目的、动机、时间、后果等因素,离开了这些,也就没有什么法律行为本身了,也无法对法律行为做出评价。〔9〕因此,我们应该深入探究“审查给付行为不应当审查动机”在什么情况下是合理的,在什么情况下是不合理的,其立法合理性根据是什么。对于本案来说,要决定动机考量是否相关,需要厘清如下一系列具体问题,本案是否涉及公序良俗原则的适用?应当以何种方法对公序良俗原则具体化?根据具体化后的公序良俗原则的内容,遗赠者的动机是否相关?哪些方面的动机是相关的?哪些方面的动机是不相关的?在没有解决这些问题前,我们无法泛泛地回答在本案中遗赠行为的动机是否相关这一问题。

我们再来看第二个法律技术问题——事实行为与法律行为的区分,从这一区分并不能推导出遗赠者与被遗赠者之间的同居或者感情关系是与本案无关的信息。我们评价的当然是法律行为,而不是别的什么行为,但问题是当我们要评价一个法律行为的时候,我们要了解些什么。假如我们要评价遗赠行为,遗赠行为所包含的一个基本信息就是遗赠者和被遗赠人是何种关系,这样我们就自然而然地了解到两者的婚外同居关系。因此,并非只要提及婚外同居关系,就代表我们所评价的对象不是遗赠这一法律行为。当我们在了解其同居行为时,我们可能就是在了解这一法律行为所包含的某方面信息。技术中立说要反对考虑同居行为,只能主张,法律上评价一个遗赠行为,“是否是遗赠给婚外情者”是不相关的信息,而相关的信息只是意思表示是否真实等。但是,如果所有民事法律行为都应受到公序良俗原则的调整,那么遗赠是在什么关系的人之间发生的,就

〔3〕 前注〔2〕,萧瀚文,第307页。

〔4〕 参见前注〔2〕,何兵文。

〔5〕 参见前注〔2〕,萧瀚文,第313页。

〔6〕 参见于飞:《公序良俗原则研究——以基本原则的具体化为中心》,北京大学出版社2006年版,第211页;郑永流:《道德立场与法律技术——中德情妇遗嘱案的比较和评析》,载《中国法学》2008年第4期;金锦萍:《当赠与(遗赠)遭遇婚外同居的时候:公序良俗与制度协调》,载《北大法律评论》2004年第6卷第1辑。

〔7〕 参见前注〔6〕,郑永流文,第183页。

〔8〕 参见前注〔6〕,金锦萍文,第301~302页。

〔9〕 参见前注〔6〕,郑永流文,第186页。

是一个需要考虑的基本要素。所以我们需要首先将公序良俗原则具体化,才能判断遗赠给婚外情者是否是与本案判决相关的信息。以我国学界通常拿来做对比的德国遗赠案为例,动机之所以被认为是相关的,是因德国法院认为公序良俗原则反对性交易行为,所以法院需要审查遗赠者和被遗赠者的关系,以审查此人是单纯出于维持性关系的动机,还是存在其他道德上并非不正直的动机。^[10]可见,在评价本案中的遗赠行为时,是否要考虑婚外同居行为,取决于如果案件应当适用公序良俗原则的话,该原则是否包含对遗赠婚外同居者行为的否定性评价。

我们再来看第三个法律技术问题。技术中立派认为,公序良俗原则的适用有一个极其重要的前提就是法律漏洞的存在。^[11]其背后的法理依据是被这样解释的:“民法的具体规范不可能对社会上所有民事关系做出具体规范,立法者不可能穷尽所有问题的立法。它的存在是对成文法不周延性的补充,因此,可否适用此原则关键在于案由是否无成文法可资援引。”^[12]技术中立说认为,“公序良俗原则主要适用于法律具体的确定性规范无法涉及的真空地带,也就是在制定法没有顾及的领域发生作用,而在法律行为清楚、明显地属于法律已经规范的规则管辖范围内的时候,无须动用原则性规范,否则成文的特别法就没有必要存在”。^[13]此处涉及的理论问题是:如何理解法律漏洞,法律漏洞是仅指具体规范没有规定的地方,还是也包括具体规范的规定会导致不合理结果的地方?我们是否有理由像技术中立派所认为的那样,把公序良俗原则的适用范围只限于前者呢?什么是法律漏洞?法学界既有讨论中存在两种不同的理解:第一种理解是,在法律规则层面上不存在对某一法律行为的指引与评价。第二种理解是,除了上述情况,还包括某项法律行为的法律规则层面的评价存在违反法律原则的情况。对于第一种理解,我们可以提出一些追问,为什么当法律规则对法律行为的评价违反法律原则对它的评价的时候,仍然要适用法律规则呢?当民法具体规则的适用与民法基本价值理念相违背的时候,为什么不用基本理念调整具体规定的适用呢?如果不去调整,具体规定的适用岂不是会同我们制定它的初衷相违背吗?在这两种理解中做出选择,涉及如何正确理解法律原则的地位与价值,以及法律原则与法律规则的关系。

通过前文对技术中立说所提出的三个法律技术的追问,我们可以发现,现实情况很难说真的如技术中立说所认为的那样,法官无所顾忌地搁置了明显正确的法律技术。其实,本案中所涉及的法律技术并非在法律人内部已有充分定论。由该案所引发的关于法律原则适用^[14]和公序良俗

[10] 参见前注[6],郑永流文,第183页。

[11] 参见前注[2],萧瀚文,第308页。

[12] 见前注[2],萧瀚文,第308页。

[13] 见前注[2],萧瀚文,第311~312页。

[14] 此案激发了法学界对法律规则与法律原则的性质与关系展开了大量研究。参见葛洪义:《法律原则在法律推理中的地位与作用——一个比较的研究》,载《法学研究》2002年第6期;舒国滢:《法律原则适用中的难题何在》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2004年第6期;谢晖:《法律原则的效力和适用条件》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2004年第6期;陈金钊:《作为方法的法律原则》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2004年第6期;胡玉鸿:《法律原则的适用时机、中介和方式》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2004年第6期;陈景辉:《原则、自由裁量与依法裁判》,载《法学研究》2006年第5期;林来梵、张卓明:《论法律原则的司法适用》,载《中国法学》2006年第2期;王夏昊:《法律原则的适用方式》,载《学习与探索》2007年第2期;范立波:《原则、规则与法律推理》,载《法制与社会发展》2008年第4期;刘叶深:《法律规则与法律原则:质的差别?》,载《法学家》2009年第5期;陈林林:《法律原则的模式与应用》,载《浙江社会科学》2012年第3期;雷磊:《法律原则如何适用?——〈法律原则适用中的难题何在〉的线索及其推展》,载舒国滢编:《法学方法论论丛》(第一卷),中国法制出版社2012年版;彭诚信:《从法律原则到个案规范——阿列克西原则理论的民法应用》,载《法学研究》2014年第4期。

原则具体化^[15]的学术大讨论可以知道,法官实际上面对着学术层面上尚存争议的问题。确实,在有争议性的案件发生之后,如果法学家在公共媒体上评论案件时不能给出确定的答案,不能像技术中立说那样给出有着权威语气的评论和指引,法学家就会显得不那么专业和有用了。如果在某些问题上有了已成熟的、富有共识的学术成果,那么法学家将之传播给民众当然好。然而事实是,疑难案件往往暴露了学界尚未准备好答案的难题。技术中立说未能意识到法律技术问题上的复杂性和争议性,将自己所了解的法律技术过为自信地理解为确定无疑的、有共识的、众所周知的。批评者所指责的“未适用法律技术”,其实只是批评者所认同的法律技术。恰当的批评应是指出本案法官运用法律技术的错误之处并给予理由,而不能直接说法官完全有意抛弃法律技术而以道德裁判。“技术”这个词汇承载了法律人对司法作为一个有客观性、中立性、科学性、专业性的事业的期待。但是此种职业自豪感和自尊心却容易导致一种对既已学习到的法教义不加反思的机械态度。技术中立说对法官“以德代法”的仓促指责与喷涌的愤怒,恐怕来自对裁判者所遭遇的难题缺乏耐心体会所导致的对问题不适当简化。在备受关注因而也极易遭到批评的社会热点案件中,法官有很大动力写出高质量的裁判文书,因此学界对其展开学术批评也须十分谨慎。事实上,现在几乎已经不会再有严肃的实务工作者反对法治,反对法官的角色是执行法律。关键的问题是,如何决定法律的要求是什么。

二、技术修饰说及其批判

当我们讨论法律论证理论时,应当区分两种不同类型的研究。一种是对法律人从事法律论证时的心理或思维过程做出观察和说明的描述性研究,另一种是试图为法律人从事法律论证提供方法论指引,以及对实践中的法律论证成功与否提供评价判准的规范性研究。据此,我们可以区分作为描述性研究的技术修饰说与作为规范性研究的技术修饰说。持描述性主张的技术修饰说认为,无论是面对疑难案件的法官,还是对实践展开批评的法学家,实际上都是在用法律技术装饰自己事先形成的道德立场。如郑永流教授指出,在泸州遗赠案中,认为遗赠婚外同居者并非违背道德的一方,会提出诸如“民事法律行为不考虑动机”“特别法优于一般法”一类的法律技术;而认为遗赠婚外同居者违背道德的一方可能会找出另外一套法律技术支持自己,诸如后果主义裁判方法,即如果适用特别法会带来不公正的结果或不好的社会效果,便适用一般法。^[16]持规范性主张的技术修饰说认为,法官应当用法律技术修饰他认为是正确的道德立场。^[17]郑永流教授认为,法律技术并非总是中立的、无情无义的技术,法律技术不能排斥道德立场,甚至可以说法律技术应当服务于道德立场,法官“不能在方法上盲目飞行”^[18]。范愉教授亦指出,“没有道德基础的法律

[15] 参见沈幼伦、孙霞:《论遗嘱自由与尊重社会公德》,载《法学论坛》2002年第3期;于飞:《公序良俗原则研究——以基本原则的具体化为中心》,北京大学出版社2006年版,第197~213页;肖和保、刘锦海:《论公序良俗原则滥用的限制》,载《法学杂志》2009年第9期;齐恩平、肖玉超:《遗赠中公序良俗原则判断标准之新探》,载《天津法学》2012年第1期;李双元、杨德群:《论公序良俗原则的司法适用》,载《法商研究》2014年第3期;黄勇:《公序良俗原则在遗赠中法律问题之研究》,载《江汉论坛》2014年第12期。

[16] 参见前注[7],郑永流文,第185~186页。

[17] 笔者认为可以属于技术修饰说立场的主要有如下论述,姚海放:《当法律遇上道德——泸州遗赠案的思考》,载《判解研究》2002年第2期;范愉:《泸州遗赠案评析——一个法社会学的分析》,载《判解研究》2002年第2期;参见前注[6],郑永流文。

[18] 参见前注[6],郑永流文,第187页。

必然得不到社会和公众的认同,为什么法官不能理直气壮地说,社会的基本道德标准应当而且必须在司法中受到重视呢——当法律规则与道德标准出现明显断裂时,应当修正的也可能是法律;而如果法律规则暧昧不清时,道德标准当然可以作为解释法律的一种尺度”。^[19] 这一持规范性主张的法律修饰说是本文要考察的立场。

暂时抛开本案来看,我国有很多法律方法研究者似乎都可以被视为技术修饰说的支持者。因为很多人其实都意识到了目前我们并没有一套绝对严格的法律方法操作规程,法官有时会面对不同的法律方法的选择,此时法官会从实质正义的角度对案件做出判断,而这样做也是合理的。^[20] 这种观点在对我国学界和实务界有较大影响的经典法理学著作中可以找到思想来源。例如,卡尔·拉伦茨在《法学方法论》中提出,在裁判中法官对正义的考虑具有重大意义,其发挥作用的方式是,当以某种解释方法所得结论不符合正义时,则指示法官去寻找其他解释方法。他指出,“法官期待,而且也可以期待:一般而言,法律应该可以使他获得正当的,或至少(在正义的观点下)‘可接受’的决定。如果期望落空,他就有足够的动机质疑原本的、重新审查解释之当否”。^[21] 拉伦茨实际上是在主张法官以“符合正义”作为指引法律适用的根本判准。再例如,哈特在《法律的概念》中提出,法律必然总是存在一定程度的不完整,在这种情况下法官应该行使其有限的造法权限以填充法律的漏洞。而在选择造法方案时,法官必须有某种一般性的理由来正当化他的裁判。至于什么样的一般性理由能够正当化裁判,哈特并没有给出明确的看法,而只是说法官“必须像一位诚心的立法者似的,根据他自己的信念和价值来做出裁判”。^[22] 哈特认为,当一个法官的决定与其他法官依照他们各自的标准和理由所做出来的结论相异时,也并不能说何者错了。^[23] 拉伦茨和哈特的主张为我国很多法律实务界与学术界人士所支持。我们当前法教义学主流观点认为,法官可以因案而异地灵活运用文义解释、体系解释、目的解释等不同方法。而这导致的结果是将案件交由法官的正义观来决定,诸种法律解释方法不过是起到了事后装点的作用,来表明判决是“依据法律”做出的。^[24] 当然支持技术修饰说的学者们有时也会在如何规范法官道德判断的问题上提供意见,诸如主张“寻求占统治地位的道德的帮助”。^[25] 无论法官以何种方法进行道德判断,文义解释、目的解释等法律技术都不再是决定案件结果的约束性力量,而只是对法官事实上如何解释法律的一种描述。

区分“方法”一词的两种不同含义,有助于我们理解技术修饰说的缺陷。首先,我们可以说,一道数学题有一定的计算方法,这种方法是指一定的数学公理。这个时候我们的意思是,这种计算

[19] 范愉:《泸州遗赠案评析——一个法社会学的分析》,载《判解研究》2002年第2期,第64~65页。

[20] 近些年,有些研究者开始明确主张这样的裁判立场,参见刘国:《结果取向解释方法的正当性探究》,载《甘肃政法学院学报》2010年第3期;姜涛:《后果考察与刑法目的解释》,载《政法论坛》2014年第4期;孙海波:《通过裁判后果论证裁判——法律推理新论》,载《法律科学》(西北政法大学学报)2015年第3期;杨知文:《后果取向法律解释的运用及其方法》,载《法制与社会发展》2016年第3期。而无论是法教义学者还是社科法学者,在这一问题上的立场也似乎没有实质分歧。参见苏力:《法律人思维?》,载《北大法律评论》2013年第14卷第2辑;孙笑侠:《法律人思维的二元论——兼与苏力商榷》,载《中外法学》2013年第6期。

[21] [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2005年版,第224页。

[22] [英]H. L. A. 哈特:《法律的概念》(第二版),许家馨、李冠宜译,法律出版社2011年版,第241页。

[23] 参见前注[22],哈特书,第241页。

[24] 参见苏力:《解释的难题:对几种法律文本解释方法的追问》,载《中国社会科学》1997年第4期;桑本谦:《法律解释的困境》,载《法学研究》2004年第5期;苏力:《法条主义、民意与难办案件》,载《中外法学》2009年第1期。

[25] 参见前注[7],郑永流文,第187页。

方法决定了一道题的正确结果是什么,即一个结果之所以是正确的,是因为它是依据这些计算方法得出的,并不存在一种独立于方法的正确结果。我们可以称此种意义上的方法为“规范意义上的方法”。它事先规范了人们如何采取行动,也规定了什么是正确的结果。除此之外,我们还在另外一种意义上使用“方法”一词。比如,我们可以谈论演唱歌曲的不同方法。在一个人要唱歌之前,我们并不知道他是美声唱法,还是流行唱法。只有当他发声之后,我们才能够根据他的发声方式,来说明他的歌唱方法是什么。我们可以称此种意义上的方法为“描述意义上的方法”。法教义学常常提到的法律解释方法,是哪一种意义上的“方法”呢?我认为,如果单独提及任何一种解释方法,它都是在描述性意义上使用“方法”一词的。例如,当我们说法官使用了“语义学解释”方法时,我们的意思是说,法官实际所采纳的那种解释方案是根据法律条文的字面意义来确定法律的内容。我们可以承认,当教义学者说法官适用了“语义学解释”的时候,他对司法裁判中法官实际上做了什么做出了准确的描述。但是这种描述意义上的方法论说明,不能够指引法官判案。相反,一种规范意义上的方法论,能够告诉法官应当在什么时候使用“语义学解释”“体系解释”或者其他解释。基于这种区分,我们可以发现所谓技术修饰说其实并没有一套指引法官的方法论。这种立场在将案件结果交给法官个人正义观的同时,鼓励法官将自己关于正义的判断用诸如“文义解释”“体系解释”“目的解释”等法律方法包装起来。法官们只要在论证中写明他是用了何种法律方法就可以了。这其实是对裁判行为的描述用于对裁判的证立,从而回避了真正的证立问题。总而言之,技术修饰说最根本的缺陷在于,它使法律技术沦为对由法官未经论证的正义观所确定的案件结果的事后装饰性说明。这似乎否定了独特的、专业的法律方法的存在,法官的专业性仅仅体现在其知道如何根据案件结果选择相应的修辞。这让我们思考如下问题:难道真的没有独立引导法官裁判的法律技术吗?法律技术仅仅是法官正义观的装饰物吗?

三、法律技术与道德立场关系的理论重构

尽管前文对技术中立说与技术修饰说提出了批判,但是这两种立场之所以能够在我国都有严肃的支持者,必然是因为其有相当合理的成分。因此,在我们构建新的理论之前,有必要对其合理之处加以认真思考与借鉴。技术中立派正确地提出,法律适用的方法应当体现出我们对法治的追求,对法官恰当角色的坚守。如果法治是一项值得追求的价值目标,那么它必然会制造某种实践上的差异,使得社会纠纷的解决因为法律的存在而有了不一样的方式。因此,我们必须思考法治价值如何决定法律技术,而法律技术又如何能够独立地决定案件结果。而技术修饰说也存在合理之处。其一,技术修饰说意识到了法律技术选择上的多样性、复杂性与争议性。相比之下,技术中立说则对这些问题认识不足。其二,技术修饰说始终注意从制度的价值基础出发来考虑实践难题,努力以法治事业的实践合理性为根本导向,避免让法律适用活动在缺少价值目标的情况下陷入盲目运行的惯性。通过分析技术中立说与技术修饰说存在的缺陷,并对各自的合理内核加以借鉴,我们可以重新出发思考法律技术与道德立场的关系。新理论的建构应当满足如下几个条件:第一,法律技术应当能够独立地指引法官获取案件结果,能够对法官的道德判断做出约束;第二,确定法律技术的基础应是法官在法律事业中的角色要求;第三,我们应当从法律事业的实践合理性和独特价值出发来思考法官的角色和职责究竟是什么。

对法律事业实践合理性的研究应当集中于对法律权威的思考,换言之,我们必须反思的根本性法哲学问题是,司法裁判权威正当性何以可能?因为无论我们提出何种精巧复杂的法律方法论,这一切最终要面对的考验是:依据这些法律方法进行司法裁判是否就足以向裁判对象证明他

们具有服从裁判结论的义务?之所以要面对此项考验,是因为现在法治观念中,法律被理解为追求正当权威的规范体系,而不是单纯以强制为后盾的命令。^[26]在对遗赠案的讨论中,重要的问题也仍然是,何种法律技术与方法所确定的法律构成值得公民服从的正当权威。^[27]法律权威正当性问题,是该案向我们提出的最为根本的理论问题。^[28]在这一部分的讨论中,笔者将首先阐明自己所支持的实践权威正当化一般原理,然后据此来阐明法律权威在何种条件下能够拥有正当性,最后说明法律权威正当性原理对法官裁判提出何种法律技术上的指引与约束。

(一) 实践权威正当化一般原理

笔者将以英国法哲学教授约瑟夫·拉兹所提出的“服务的权威观”(the service conception of authority)理论作为本文思考法律权威正当化问题的出发点,通过对这一理论做出适应于法律情形的修正,提出法律权威正当化一般原理。之所以会以这一权威理论作为出发点,是因为无论是在问题阐述的深入性还是在解决方案的清晰性上该理论都做得非常卓越,是最富影响力的权威理论之一。实践权威正当化的难点主要在于如何解决服从权威与服从理性之间的冲突问题。所谓权威与理性的冲突体现在,理性要求我们根据对各种相关行动理由的综合考量来决定如何行动,而权威则要求我们根据权威的命令而不是自己对理由的考量来行动,因此看上去权威与理性相冲突。^[29]拉兹回答权威正当性难题的切入点在于如下洞察:理性要求人们基于理由而行动,但它并不要求人们必须总是基于“直接评价模式”行动。在许多情形下,采取“间接模式”可以更好地促进行动与理性保持一致。换言之,我们应当在行动中追求理性这一点,并不要求我们在做任何决定时都应当亲自对相关理由做出评价与权衡,而是可以,甚至应当借助某些外在的辅助力量,这些外在的辅助力量可以构成促进我们依据正确理由来行动的媒介力量。实践权威就可以是这样一种媒介。由此拉兹提出权威正当化一般原理:

如果权威对象遵守权威指令,而不是根据自己对依赖性理由的考量来行动,他能够更好地响应依赖性理由的要求,则该权威是正当权威。^[30]

对这一命题需要做出几点说明。首先,该命题的性质是关于实践权威如何能够拥有正当性的规范性理论,它构造了实践权威的理想形态。它对实践权威的努力方向提出了规范性指引,也提供了人们评价权威正当性的判准。其次,所谓“依赖性理由”是原本就适用于权威对象的理由,并且它们与权威命令正在指示的相关行动有关。权威指令必须基于原本就适用于权威对象的依赖性理由做出,它并没有权利独断地施加义务于权威对象。最后,“服务”二字对该理论看待权威的方式做出了最佳概括。正当权威所起的作用是服务于人们的理性,权威所发出的指令不但要基于依赖性理由发出,而且还要能够充分考虑各种依赖性理由并做出更为周全的考量,它应当比权威对象自己去思考和权衡这些理由做得更为出色。^[31]

(二) 服务型法律观

拉兹的权威理论是我们解决法律权威正当性如何可能这一难题的钥匙。如果我们能够在实

[26] 参见前注[22],哈特书,第6页。

[27] 朱庆育:《法律适用中的概念使用与法律论证——以泸州遗赠案为分析对象》,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》2007年第1期,北京大学出版社2007年版,第256页。

[28] 参见何海波:《何以合法?——对“二奶继承案”的追问》,载《中外法学》2009年第3期,第428页。

[29] Joseph Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* (Oxford University Press, 1979), p.3.

[30] See Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (Oxford University Press, 1986), p.53.

[31] Joseph Raz, *supra* note [30], at 59.

践哲学层次上首先搞清楚实践权威具有正当性的抽象条件,我们就可以将之用于解决法律权威正当性难题。基于这种根本关联,近些年来,拉兹的权威理论也受到我国法理学者越来越多的关注和讨论。^[32]但是,当我们将拉兹的服务型权威观适用于法律情境时,须对拉兹的正当权威命题做出一点修正。拉兹的权威命题能够证成我们有理由服从权威,但是却不能证成我们有道德义务服从权威。在有理由去做某事与有道德义务去做某事之间存在重要差异。如果服从权威能够促进我们对依赖性理由的服从,只能说明我们服从这一权威指示并不会违理性,但这不足以证明我们就有道德义务服从权威。^[33]举例而言,假设我经过对理由的全面考虑,确定我有理由在早上七点起床。由于我担心自己的薄弱意志会导致我无法执行这一行动计划,我决定委托 A 每天七点对我发出命令叫我起床。通过服从 A 的命令,可以使我更好地实现我有理由追求的目标,因此服从 A 是理性的。但是这并不会让我有服从 A 的道德义务。因此,拉兹的命题对于一个能够带来服从的道德义务的正当权威来说,论证是不够充分的。为了证成服从权威的道德义务,还需要满足什么条件呢?如达尔沃所观察到的,只有权威发出指令所须考量的依赖性理由已经蕴含了行动者的某种道德责任,才能使我们有道德义务去服从权威的指示。^[34]根据上述讨论,可以将拉兹的正当权威命题加以限定,使之单纯地适用于主张施加服从之道德义务的权威类型:

如果权威对象遵守权威指令,而不是根据自己对适用于他的道德责任的考量结果来行动,他能够更好地响应这些道德责任的要求,则该权威是正当道德权威,人们有服从它的道德义务。

可以看出,如果要使法律权威有正当性,其应当满足的条件是:如果人们服从法律,而不是根据自己对道德责任的考量来行动,他就能更好地响应这些道德责任的要求。据此,我们可以进一步提出“服务型法律观”来描绘出追求正当道德权威地位之法律事业的性质:

法律是服务于共同体成员更好地承担对彼此负有的基本道德责任的中介性规范体系。^[35]

对于该命题有几个值得说明的地方。第一,此处所说的“法律”是指以恰当的法律人思维建构出来的“教义意义”^[36]上的法律。在法律适用情形中“法律”一词可有两种意义,既可以指“对某特定类型之物理实体的描述”,即印有文字的法律文件,也可以指“因该文件之制定而被创设的法律”。^[37]该命题是关于后者即教义意义上的法律之内容的规范性命题。第二,“服务”体现了法律的核心功能。人们通过服从法律人运用恰当的思维方式所建构出来的法律,能够比根据自己对道德的考量来行动,更好地响应对他人应当承担的基本道德责任,在这种意义上,法律具有服务功

^[32] 参见李桂林:《拉兹的法律权威论》,载《华东政法学院学报》2003年第5期;范立波:《权威、法律与实践理性》,载《法哲学与法社会学论丛》2007年第2期;陈景辉:《权威与法概念:理论史的考察》,载《法哲学与法社会学论丛》2007年第2期;朱振:《法律权威与行动理由——基于拉兹实践哲学进路的考察》,载《法制与社会发展》2008年第6期;朱振:《权威命题与法律理由的性质:一个反思性的评论》,载《法制与社会发展》2011年第6期;朱振:《法律的权威性:基于实践哲学的研究》,载《南京大学法律评论》2015年第1期。

^[33] 感谢匿名评审提示作者注意法律的义务性要求。

^[34] 参见[美]斯蒂芬·达尔沃:《权威与理由:排他性与第二人称》,王琳译,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》2014年卷,第130~151页。

^[35] 笔者认为这一修正会符合拉兹的本意。拉兹认为,“从根本上说,公共权威最终建立在个人对其同胞所负有的道德义务基础之上”。See Joseph Raz, *supra* note [30], at 72.

^[36] [美]罗纳德·德沃金:《身披法袍的正义》,周林刚、翟志勇译,北京大学出版社2010年版,导论,第2页。

^[37] [美]罗纳德·德沃金:《法律帝国》,李冠宜译,时英出版社2002年版,第17页。

能。“服务”的观念能够指引我们采取何种法律解释方法。第三，“基本道德责任”强调了法律提出行动要求的基础或者说依赖性理由是共同体成员应当对彼此承担的基本道德责任，虽然它基于道德考量提出行动要求，却并非苛求共同体成员去做道德上的圣人。第四，“承担”强调法律着眼于指引行动，而非要对意识进行强行改造。服务型法律观对法律人如何确定法律的内容提出了要求，指示他们所得出的结论应当同对道德的理性思考一致，但是它并没有对当事人的道德观念的塑造提出强制性要求，这体现了对人的思想自由及尊严的尊重。

（三）法律技术服务说之提倡

根据前文对教义性法律概念的说明，笔者将以“技术服务说”重述法律技术与道德立场的关系。技术服务说的核心命题是：

法律技术是获取教义意义上之法律的方法，法官应当基于对共同体成员之间对彼此负有的基本道德责任来进行对法律做出的解释与适用。

鉴于本文认为法官需要对共同体成员之间对彼此负有的基本道德责任做出判断，就需要进一步提出规范法官道德判断的方法论。^{〔38〕} 笔者将借鉴德沃金的道德哲学对此做出初步探索。德沃金认为，道德概念是“诠释性概念”。^{〔39〕} 诠释性概念是从概念的功能上对概念做出的分类和界定。诸如公平、诚实、公序良俗等都是诠释性概念。对于这些概念人们能够有共识的地方在于都认为它们是值得追求的人类实践活动，而分歧在于对这些实践之价值究竟是什么，以及如何是对该价值的最佳实现方式理解不同。由此就会产生关于这些诠释性概念的不同概念观。例如，一种诚实的观念可能认为重要的是向对话者坦白所有相关的信息，因此认为善意的谎言也是不对的；而另一种诚实的概念观却认为人们在诚实的时候不能带来伤害，因此认为善意的谎言是正确的。道德判断方法论要解决的问题是，我们应当如何解决关于法律原则中出现的诸如自由、诚实信用、公序良俗等诠释性概念的分歧。德沃金认为，对诠释性概念的说明，实际上是关于该诠释性概念所指涉的某一社会实践类型的诠释。一种关于某项社会实践的诠释学理论会包括三个发展阶段：第一阶段是“前诠释”阶段（“preinterpretive” stage），在此阶段，诠释者“确认出被认为规定了实践之暂时性内容的规则与标准”，或者说是所要诠释的实践的主要因素。在这个阶段上，初步确定对某种社会实践之一般特征的说明。第二个阶段是诠释阶段（interpretive stage），诠释者在该阶段完成对具有该特征之社会实践存在价值的证立。在这个阶段上，各种诠释理论在考虑将何种价值归属于该种社会实践时，应当考虑到两个极为关键的约束条件。一是必须围绕第一阶段所识别出来的实践特征来进行，以便一种诠释能够被看成是在诠释该特定实践，而不是在捏造一个新实践或者是在诠释其他实践。二是在建构价值本旨的时候应当注意能够获得共同体最具反思性的最普遍的价值信念和支持，或者不能与之冲突。第三是后诠释阶段或重塑阶段（postinterpretive or reforming stage），在该阶段诠释者以上一阶段所确定的价值为基准，对此社会实践对人们所提出的规范性要求内容加以重述。^{〔40〕} 在此阶段，我们将会调整我们对实践要求的理解，也就同时解决了一诠释性概念在当下情境中的意义分歧。

道德判断领域的“真”是可以用诠释性方法来暂时性的获得的真。当我们认为某件事确实是

〔38〕 笔者承认道德判断客观性与道德判断方法论是一个极富争议性的问题，本文只是呈现作者在这个问题上所支持的立场，及其在本文所讨论的法律技术与道德立场之关系问题上的可能意涵。

〔39〕 “诠释性概念”是德沃金法理论，甚至其道德哲学、政治哲学理论中的关键概念工具，对此概念的说明详见前注〔36〕，德沃金书，第11～13页；Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs* (Belknap Press of Harvard University Press, 2012), pp.158-163.

〔40〕 参见前注〔37〕，德沃金书，第70～72页。

正义的,而法官对此视而不理确实让人感到遗憾。因此我们反对的不是法官去判断道德原则的内容,而是反对法官以不恰当的方式去判断。我们会担心法官的道德判断是将个人的偏见凌驾于当事人,或者未能保护少数群体免于多数人道德偏见的压迫。诠释方法从两个方面对法官的道德推理构成约束。一方面,对某项道德概念的诠释,必须基于对这一概念所指涉的社会实践之特征的准确把握;另一方面,在对这一道德概念的价值本旨进行阐释时,必须参照其他被认为更具反思性、更为成熟的价值观念。无论法官是在诠释自由、诚实还是公平,其必须基于人们关于这些社会实践之典型特征或者说核心结构的共识,并且参照其他被共同体认为最具根本性和普遍性的价值观念。如此得出的道德判断依赖于共同体更具普遍性和反思性的价值观念来批判那些个别的、片段式的、不那么成熟的观念,从而帮助共同体创造更为具有融贯性的道德生活。此外,之所以说诠释是暂时性的,是因为我们总是需要不断对道德概念进行重新诠释,这或者是因为考虑到之前未考虑到的其他道德要求所以需要我们的道德观念调整得更为融贯和谐,或者是因为需要在新的环境与条件下理解响应道德要求的新方式。尽管道德判断上的真具有暂时性,这并不能否定法官道德判断的正当性。我们可以说,裁判正当性是一个程度问题,而不是一个全有或者全无的问题,法官的道德论证越是能够具有反思层面上的融贯性,其决定就越具有正当性。

现将前文对技术服务说的证明脉络完整概括如下:

1. 根据实践权威正当性的一般原理,如果权威对象遵守权威指令,而不是根据自己对依赖性理由的考量来行动,他能够更好地响应依赖性理由的要求,则该权威是正当权威;
2. 将实践权威正当性的一般原理适用于施加道德义务的权威类型时,我们可以主张,如果权威对象遵守权威指令,而不是根据自己对适用于他的道德责任的考量结果来行动,他能够更好地响应这些道德责任的要求,则该权威是正当道德权威;
3. 将施加道德义务的实践权威正当性的一般原理适用于法律情境时,我们可以主张,法律是服务于共同体成员更好地承担对彼此负有的基本道德责任的中介性规范体系;
4. 根据法律权威正当性原理,应当基于共同体成员之间对彼此负有的基本道德责任来对法律做出解释与适用;
5. 法官对共同体成员之间对彼此负有的基本道德责任的确定,应采用诠释方法进行论证,法官在对各种实在道德立场做出批判反思后决定采纳与否。

这一理论满足了我们之前提出的成功处理法律技术与道德立场关系问题的理论应当满足的条件。第一,它能够告诉我们如何在不同的法律解释方案之间做出选择,这种裁判方法支持法官在裁判时做出道德判断,同时对法官道德判断提供了具有实质内容的规范性指引与约束。第二,确定法律技术的基础是法官在法律事业中的角色要求,这一角色是根据法律权威正当性原理所确定教义意义上的法律的内容;第三,我们是从法律事业的实践合理性和独特价值出发思考法官的角色和职责的,法律事业的实践合理性基础在于它能够服务于共同体成员更好地承担对彼此负有的基本道德责任。

(四) 法律技术服务说与之前理论的比较

技术服务说与技术中立说的关键不同是在道德判断客观性是否可能的问题上存在分歧。技术中立说对法官道德判断的反对态度经常是出于一种道德怀疑论立场——“外在怀疑论”^{〔41〕}。外在怀疑论认为道德判断无分对错的理由是,道德判断并不像事实描述那样,有可见可触的有形物质实体用于验证命题的真假。然而,认为仅有在描述经验事实或者在进行逻辑分析的命题是有意

〔41〕 参见前注〔37〕,德沃金书,第85页。

义的,以及真理仅包括与事实的符合和逻辑的蕴含,是基于一种哲学上过时的逻辑实证主义真理观。实际上,当我们在主张道德命题具有客观性的时候,我们并不是在主张有形而上学神秘的存
在物与该命题符合。^[42] 道德领域有适合于其自身的客观性标准。如今道德哲学家们致力于探讨
既与自然科学世界观相容,又能够对人们的道德信念做出充分解释的道德客观性观念。^[43] 我们
应当认识到道德思考领域的独立性,避免用自然科学上的真理观“殖民”道德判断领域。^[44] 实际
上,即使我们不涉及这些复杂的哲学讨论,从逻辑上看技术中立说的道德怀疑论立场也会因为自
相矛盾而站不住脚。一方面,他们认为道德判断充满分歧,很难说有什么共享的标准来评价各种
观点的可靠性。另一方面,他们实际上不可能彻底认为道德判断是没有对错之别的,诸如他们所
主张的“法官应当保障公民的遗嘱自由”就属于一个实质性道德主张。当然,技术中立说还可能基
于法的安定性价值,以及立法权与立法权关系展开对技术服务说的批判,笔者将在第四部分第二
节对此类批判做出回应。

技术服务说与技术修饰说在道德判断客观性是否可能,以及法官能否进行道德判断的问题上
分享共识。但二者有三个重要不同。其一,虽然二者都主张法律实践应具有实践合理性,但是技
术修饰说对实践合理性原理的说明缺乏理论深度。技术服务说从实践权威正当性原理出发,尝试
一步一步推导法律权威的正当性基础以及它如何决定了法律技术的选择。其二,技术修饰说在如
何规范法官道德判断的问题上的回答有些模糊不清。他们既认为法官在道德判断时应当依照当
时社会主流的道德观,但同时又承认主流的道德观也可能是错的,于是最终还是需要赋予法官审
查主流道德观的权力与责任。然而,这实际上就否定了之前提出的“多数原则”。技术服务说立
场依赖于“实在的道德”与“批判的道德”之间的区分来规范法官的道德判断。实在的道德是实践
中被特定社会群体所接受和共享的道德,批判的道德是用以批评现行制度和实在道德的一般性道
德原则。^[45] 技术服务说认为,用来支持法律解释的道德考量并非任何特定人或群体实际持有的
道德立场,而是用诠释方法获得的批判的道德。其三,在法律技术与道德判断的关系上,技术修饰
说无法使法律技术独立担当证立裁判结论的角色,而沦为对法官未经证明之道德立场的话语修
饰。这其实将法官的裁判过程分为两个独立的部分,一是道德判断,二是用法律技术进行话语修
饰。而根据技术服务说,法官的道德判断是为法律技术所约束的,诠释即为法律技术的关键组成
部分。法官最终确定的道德判断,是运用法律技术所获得的结果。由此,我们将技术修饰说的“法
律技术修饰道德判断”转变成为“法律技术决定道德判断”。

四、回到泸州遗赠案的相关争论

为了验证本文主张解决实践问题的能力,下文将审视技术服务说框架下如何解决泸州遗赠案
的相关法律技术争议。

(一) 公序良俗原则如何具体化?

在泸州遗赠案中,焦点争议之一是如何将公序良俗原则具体化。当前实践和理论上的解决方

[42] 参见[美]托马斯·斯坎伦:《我们彼此负有什么义务》,陈代东、杨伟清、杨选等译,人民出版社2008年
版,导言,第3~4页。

[43] 参见[美]希拉里·普特南:《无本体论的伦理学》,孙小龙译,上海译文出版社2008年版;Ronald
Dworkin, *supra* note [39];[美]德里克·帕菲特:《论重要之事》,阮航、葛四友译,北京时代华文书局2015年版。

[44] Ronald Dworkin, *supra* note [39], at 417-419.

[45] 参见[英]H. L. A·哈特:《法律、自由与道德》,支振锋译,法律出版社2006年版,第20页。

案主要有三种。第一种是本案法官所采取的这种方式,即“通过不同历史时期法律具体规定所体现的基本社会道德观念和价值取向加以确定”。法官希望通过表明他们对公序良俗原则的理解来源于现有法律的价值理念,从而摆脱“以德代法”的批评。第二种是主张技术修饰说的学者所提出的“向外寻求占统治地位的道德的帮助”。^[46]当然,此种立场并不会认为法官应当盲从大多数人的看法,如果多数人的看法是不正义的,则法官不应当遵从,因此法官有权也有责任对大多数人的正义观做出审查。第三种是民法学者所主张的“类型化”方法。即由学者对既有司法实践做出总结,概括出公序良俗原则所包含的各种子类型。^[47]但是,这几种方法存在或者不够精致,或者不够彻底的缺陷。第一种方法因为没有包含更具可操作性的指引而失之于泛泛。第二种方法实际上要求法官对大多数的道德观念进行审查,但是却没有指出法官应当如何审查,从而将决定案件的关键环节遗漏在法律论证之外。第三种方法也存在疑点,为什么法官在公序良俗原则上的既有判断能够证立之后法官的裁判?之前法官对公序良俗的判断难道不会出现错误吗?此外,当缺乏既有司法判例时,法官又该如何证立其对公序良俗的判断?

以技术服务观来看,法官应将公序良俗视为诠释性概念加以诠释。但是,相较于公平原则、诚实信用原则等法律原则,公序良俗原则存在一个独特之处,即它包含了一系列的子类型。因此当我们适用公序良俗原则时,我们首先需要考虑与案件相关的是公序良俗的哪种子类型,然后针对这一子类型进行诠释。我国不少学者以德国情妇案作类比,认为此案涉及的是公序良俗原则中的“市场化性行为”这一子类型。1970年德国联邦最高法院做出一个判决,德国法院认为应当考虑遗赠行为是基于性交易动机,还是出于保障情妇生活等其他值得引起重视的、道德上并非不正直的动机。如果是后者,则遗赠不违反公序良俗。^[48]我国学者的一些讨论也遵循了此种思路,他们认为法官不能断定遗赠者只有开展和维持性交易的动机,不能排除他有感谢或者抚养被遗赠人的动机,因此不能判定遗赠违反公序良俗。^[49]但笔者认为,我国的泸州遗赠案与德国的情妇遗嘱案有重要的不同,其主要涉及的并非是“市场化性行为”这一公序良俗子类型,而是“破坏婚姻家庭价值”这一公序良俗子类型。由于德国继承法有特留份制度,因此德国情妇遗赠案中的遗赠人的妻子已经获得了四分之三的份额,婚姻家庭价值的保护已经在特留份制度中得到了实现。因此,其只需要考虑遗赠人是否有市场化性行为这一违反公序良俗子类型。但是,我国没有特留份制度,与本案更有可能相关的是“破坏婚姻家庭价值”这一子类型。单是说遗赠者没有市场化性行为,并没有对相关的公序良俗子类型做出周全考虑,我们还需要考虑,此遗赠是否作为一种破坏婚姻家庭价值的行为。

那么,如何具体理解“破坏婚姻家庭价值”这一公序良俗子类型?根据本文前面所提倡的诠释方法,我们应当围绕婚姻实践之特征,阐明婚姻实践的价值本旨,然后明确相关各方在这一社会实践中扮演的角色和应当承担的责任。人们都能够认同,婚姻是一种有价值的社会实践,但是人们对它的价值本旨也存在一定的分歧。尤其在现代社会,婚姻观也愈发趋向多元。有的人在乎婚姻的经济合作和福利保障功能,有的人在乎婚姻是否是灵魂伴侣的结合;有的人在乎婚姻在生育和抚养后代上的价值,也有人选择坚持二人世界的“丁克”婚姻模式。对婚姻的诠释应当抽象出最具共识的价值理念,同时能够包容对其价值内核的多种多样富有想象力的响应方式。但是无论对婚

[46] 见前注[7],郑永流文,第187页。

[47] 于飞:《公序良俗原则研究——以基本原则的具体化为中心》,北京大学出版社2006年版,第199页。

[48] 详细案情请参见前注[7],郑永流文,第181页。

[49] 参见前注[47],于飞书,第213页;前注[8],金锦萍文,第303页;前注[7],郑永流文,第189页。

姻价值的理解有多么多元,我们似乎都能够赞同,婚姻至少应当包含参与者平等、相互尊重与关爱的关系。通常来说,如果一方没有给予对方此种平等、尊重与关爱,往往就能证明这一方没有尊重婚姻家庭的价值。但是,这并非意味着,一个有婚外同居关系的人就必然没有尊重婚姻价值,一个守在婚姻中的人就必然尊重了该价值。如果一个守在婚姻中的人没有给予对方平等地位、尊重与关爱,即使不同意离婚,也不存在婚外恋情况,也不属于尊重了婚姻价值,此时应当豁免对方的责任。现实中的婚姻状况是非常复杂的,法官应该结合更多的案件事实对人情事理做更细微的体察和敏感的判断,要防止社会舆论对当事人贴上的标签导致我们对事实认知做出不适当的简化。在本案中,应当考虑是何种原因导致遗赠者寻求婚外恋关系,是否存在因对方过错而适当豁免遗赠者相应责任的情形。促进婚姻的价值是项合作事业,如果婚姻中的一方放弃了追求平等尊重、互爱互助的关系,则不应苛责另一方单独承担这些责任。当然,婚姻的价值是一个非常复杂的问题,本文仅尝试展示笔者所支持的诠释方法回答这一问题的大致方向,对问题的深入研究必然要依赖于更多能够对社会生活现实有深刻理解和敏锐洞察的学者的贡献。

(二) 法律原则何时适用?

本案中争议极大的另一主要问题是法律原则适用时机问题。在技术中立派看来,法律原则是为了补充没有法律规则时的立法空白。^[50] 在泸州遗赠案中有相关明确的《继承法》规定,因此不应当适用公序良俗原则。本文认为,这是对法律原则之功能过于狭隘的理解,法律原则还适用于法律规则与法律原则相悖的情形。不如从这样一个反思性问题出发来扩展我们的思维。如果具有正当性的立法是促进公民对彼此本应承担的道德责任的立法,那么为什么法律不只规定那些比较抽象的道德原则就好了呢?可能的答案是,如果法律只是如此规定了的话,我们每一次在日常交往中,还需要具体地考虑当前的情形究竟涉及哪些原则、这项原则应当如何理解、它们如何在当前的情形中共同发挥作用等问题。如服务型权威观所认为的,一个具有正当性的权威致力于服务于我们本有理由去做的事,它的职能在于综合地考虑好这些相关理由,然后给出一个具体的行动指引。它的专业性就体现在,我们直接遵从它的指引,会比我们自己去考量相关理由,能够更好地服从这些理由。因此立法机关的职责就包括,考虑在日常经常会发生的那些情形中相关的原则,将它们综合考量后明确为更为具体的行动指引,即法律规则。

鉴于法律规则与法律原则的此种关系,我们可以得出,法律规则存在的意义是为了人们更好地服从法律原则,因此当法律规则与法律原则相违背时,就应当根据法律原则调整我们对法律规则的理解。法律原则的功能并不像技术中立派所认为的那样只在于补充没有法律规则时的立法空白,还包括帮助我们对法律规则进行解释和适用,用以保证对这些规则的适用符合法律原则的精神,而不是与之相悖。如陈景辉教授所言,“由于个别法律规则可能存在正当化的缺陷,因此在这个特定的条件下,作为法律原则的道德权衡就具备取代法律规则成为法律推理基础正当化的资格。”^[51] 此种理解方式能够保证,当法官在适用法律规则时不会与法律原则相冲突,从而保证了司法裁判的正当性。技术中立派为相反意见提出的一个理由是,如果有法律规则仍然用法律原则,那么法律规则就没有存在的必要了。前面的分析对法律规则的功能做出了似乎更为合理的说明。规则是我们在全面思考相关法律原则后所确定的具体行动规范。如果当一个法律规则已经将与评价一法律行为相关的法律原则都考虑进去了,我们就不应当搁置规则重新将法律原则再考虑一

[50] 陈景辉教授将之概括为“穷尽规则”限制条件,即“穷尽法律规则,方得适用法律原则”,关于他对于此原则适用主张的批评,参见陈景辉:《原则、自由裁量与依法裁判》,载《法学研究》2006年第5期,第131~132页。

[51] 陈景辉:《规则、道德衡量与法律推理》,载《中国法学》2008年第5期,第62页。

遍,否则就是犯了“二次计算”^[52]的错误。但是,如果我们在确定一条法律规则时并未对相关原则做出周全的考虑,那么我们在适用规则时就应当将被忽略的原则纳入考虑。在泸州遗赠案中,张学英一方可以主张,蒋伦芳一方所提出的《继承法》相关法律规则未将公序良俗原则考虑在内,如果考虑在内,就应当对遗赠婚外恋者的情形做出某种例外规定。当然,蒋伦芳的一方也可以主张其所提及的《继承法》相关规定是将公序良俗已经考虑在内后制定的法律规则。但无论法官最终赞成哪一方,都需要首先确定公序良俗的内容,然后审查《继承法》相关规则是否已包含了对公序良俗的考虑。

对于本文所提出的关于规则与原则关系的看法,技术中立派可能提出三点重要的反对理由,此处需要一一做出回应。首先,技术中立派可能主张,既然立法机关已经颁布了《继承法》,就应当将相关规则视为已经考虑了民法基本原则之后所确定的行为规范。我的疑惑是,为什么要有这样的假定?这就如同当我们做了一个决定之后,我们可能会发现似乎存在影响决定的重要理由在之前未予考虑,此时我们应当正视这个理由,去考虑它是否真正相关,以及审查其重要性是否到了足以需要调整之前决定的程度。假装该理由不存在或者欺骗自己已经考虑了该理由,或者在未审查该理由之前就假定该理由不会影响我们的决定,这些都是自欺欺人的逃避。当然,我们也不应急于认定立法者在制定规则时忽略了对某个或某些法律原则的考量,以此体现对那些依赖此规则行事的人们的尊重,以及对立法机关工作的尊重。因此,论证的负担似乎应当在于要调整或者推翻规则的这一方。^[53]但是,这种谨慎并不意味着当对规则是否符合原则的要旨产生合理怀疑时仍然拒绝这种反思。

技术中立派可能提出的第二个反对理由是,如此安排原则的适用会造成司法权对立法权的侵害。在服务的法治观看来,立法机关和司法机关都是代表法律来对公民主张正当权威的国家机构。它们都应当尽力追求正当权威所应拥有的品性,即能够比公民自己去考量理由,做出更周全、准确、可靠的理由考量。立法机关和司法机关都是服务于公民的权威机构,我们应当思考的是如何安排它们之间的关系才能更好地服务于公民。以此思路出发,我们不会再局限于思考究竟是何者拥有何种权力,而是从“责任”的角度出发,思考它们之间应当如何协调与合作才能更好地使法律拥有正当性,更好地服务于法律的对象。就像人类曾经一度非常不信任立法权一样,我们当前非常不信任司法权。事实上,给予某机关以特别的信任或者给予其他某机关以特别的怀疑,都是将问题天真地简化了。我们应当基于不同机构在法律运行体系中的独特地位,来决定它们各自应当承担的责任。如果司法者处于一个有利的境地可以更为敏锐地注意与考量立法者应予考虑却忽略的要素,那么我们就应当把补充考量的责任交给司法者,同时对其论证予以监督。这样我们既没有以先在的怀疑来侮辱司法者的能力和职业道德,也没有将我们自己置于任其无理摆布的处境。

技术中立派可能提出的第三个反对理由是,如此处理原则的适用会伤害法律的安定性。要回应这一反对意见,需要我们追问“法的安定性究竟意味着什么”。对此应当做出的进一步思考是:为什么法律的安定性是有价值的,以及为什么司法机关对此种价值的坚持足以证立我们服从裁判的义务?边沁曾经富有洞察地指出,安定性价值之所以重要,是因为有稳定的生活预期对于人的尊严有重要意义,如此人们方能计划和安排自己的生活,而不必仅仅局限于当下。^[54]的确,相较

[52] Raz, *supra* note [30], at 58.

[53] 参见雷磊:《法律论证中的权威与正确性——兼论我国指导性案例的效力》,载《法律科学》2014年第2期。

[54] 参见[英]杰拉德·波斯特玛:《边沁与普通法传统》,徐同远译,法律出版社2014年版,第177~180页。

于一个任意随性地剥削、压迫人们的公权力,对剥削予以明确预告的公权力似乎是一种进步。在国家保障法律适用安定性的情况下,公民至少可以预期自己的损失,做出规避剥削的行动计划。而在相反的情况下,公民对自己的生活完全缺乏控制,生活在不安与恐惧之中。因此,与后一种情况相比,前一种情况确实是一种社会制度的进步。但是,在现代法治社会中,我们面对的问题已经不是“无预期的压迫”和“有预期的压迫”两者间比较和选择,我们要决定的是,是应当按照一个道德上有缺陷的规则来调整公民关系,还是用一个更具实质公平公正的原则来调整。事实上,当我们对于一个法律原则的实质正义性没有分歧时,我们会认为用它来调整更好。而有时我们之所以宁愿让法官去适用一个道德上可能有缺陷的规则,也不愿意法官适用原则,是因为我们担心法官并不一定会确定出一条正确的法律原则,相反却有可能利用价值判断的机会,用其偏见和私利来决定案件的判断。如果对法律原则采取诠释方法,则可以对法官的价值判断做出限制,并在深层次上维护安定性价值。一方面,法官必须根据前文所提出的诠释的三个步骤来对法律原则的要求做出证立,从而约束了法官个人偏见和私利的影响。另一方面,诠释方法要求法官对原则的说明,必须依赖于共同体生活中最具有—般性、普遍性、持久性和最经得起反思的部分,用这些更可靠的价值立场去批判那些与之矛盾的价值立场与规则。相较于偶然形成的个别规则,把公民的预期建立在这些根本的道德立场之上是对公民预期的更好保护。因此,安定性价值也不会反对在法律规则违反法律原则时适用法律原则。

五、余 论

在我国,每当有构成社会舆论热点的疑难案件发生时,总会涌现大量热烈的学术讨论。然而,有些讨论还尚未形成充分的学术共识,就逐渐销声匿迹。如此,疑难案件沦为生产学术论文的消费热点,而未真正成为理论发展的生长点。事实上,疑难案件的出现为我们深入界定和探究理论难题提供了宝贵契机。当司法者在实践中左右为难时,他们所做出的决断恐非学界简单借用某个现成理论就可以批判的。学术对实践的批判态度虽然重要,但如果对问题性质造成不适当的简化,就会错失发展学术的良机。法学研究者需要以更为谦虚的态度来仔细体会和同情理解司法者所面对的选择难题。在复杂的法律实践面前,善于澄清问题的性质是我们稳步向前的第一步。因此,本文最为核心的旨趣在于主张学界应关注裁判方法分歧背后的裁判正当性这一法哲学问题。即使本文对技术中立说与修饰说的批判与重构存在错误,但是如果这一核心旨趣可以成立,仍可使本文于学界有一分微薄贡献。

(责任编辑:宾凯)