



《北大法律评论》(2018)
第 19 卷·第 1 辑·页 179—194
Peking University Law Review
Vol. 19, No. 1, 2018, pp. 179-194

司法过程中的伦理考量 ——以家事司法实践为中心

张剑源*

Ethical Considerations in the Judicial Process: Centered on Family Justice Practice

Zhang Jianyuan

内容摘要:中国基层司法常常表现出非法律中心主义的一面。但这并不意味着中国基层司法缺乏规范性。调研和案例分析发现,伦理在中国司法实践中,特别是家事司法实践中一直发挥着重要的规范和引导作用。虽然它无法作为判案的直接依据被适用,但司法过程一直保有对伦理的敏感性。在法官密切关注法律规定和法律程序的同时,伦理作为文书说理和判案的重要理据,对案件结果产生重要影响。这种蕴含伦理的司法实践样态有历史基础,能及时反映变化了的道德价值和社会需求,在司法参与社会治理过程中发挥了重要作用。在中国社会现代化进程急速前进的今天,这种司法实践样态较易于实践和彰显某些被社会共享的价值理念,形成对立法局限性的补充,展现出完全不同于西

* 法学博士,云南大学法学院副教授。本研究得到“云南大学中青年骨干教师培养计划”以及“云南大学青年英才计划”经费资助。调研得到云南省妇联毕静老师的大力支持,云南大学法学院柳立清同学全程参与调研。特此致谢。

方司法的实践特质。

关键词:司法 伦理 治理 家事审判

本文讨论的核心问题是:在中国,伦理与司法的结合是如何塑造出与西方截然不同的司法道路的?基层法官和司法政策制定者对待伦理的具体态度是本文讨论的重点,司法与社会的互动则是文章更为宏观的实现背景。通过不同层面的考察,本文将表明:尽管立法一直经历着去伦理化的过程,但中国基层司法实践由于现实(特别是司法参与社会治理)的需求,没有也不可能剔除对伦理的关切。虽然伦理很难在司法实践中直接被适用,但它还是会潜移默化地对司法实践产生影响,进而对国家治理目标的实现发挥积极作用。

无论是西方还是中国,法律现代化大多始于对法律或国家法制主义的尊崇。韦伯就曾说过:“资本主义所需要的是一种类似于一台机器可以让人可以预计的法;礼仪的、宗教的和魔法的观点不许发挥任何作用。”^{〔1〕}这种观点在后来得到了不计其数的阐释和发展。然而,事实是:国家正式法律及其程序无论如何也不可能完全主导社会生活的所有方面。非正式制度在社会生活中发挥的影响无处不在。^{〔2〕}特别是在中国,由于传统和现代的交错,法律和伦理、道德往往会在很多领域发生互动、交错,甚至冲突。比如在家事领域,由于伦理和身份关系所占据的重要位置,往往使国家法律的运作充满矛盾。苏力就曾直言:“基于自由主义的或个人主义的法律推论,在许多法律领域,会颇有效,也能成立,但在家事领域注定会搁浅。”^{〔3〕}黄宗智更是从更为宏观的法律发展角度提出:“中国未来的法律不一定要像西方现代法律那样,从个人权利前提出发,而是可以同时适当采用中国自己古代的和现代革命的传统,从人际关系而不是个人本位出发,依赖道德准则而不仅是权利观念来指导法律。同时,沿用中国法律传统中由来已久的实用倾向。”^{〔4〕}因此,如何直面中国法律实践中这一“非法律中心主义”的面向显得尤为重要。

文章将摆脱那种理所当然地认为司法就应当是“普世”意义上的世俗主义的、完全法律至上的司法理念的束缚。转而进入到中国司法运作的具体语境,分析中国司法在国家整体“治理计划”中的地位和角色,探讨司法对新的社会道德价值的肯认和彰显,进而探讨其运作方式、特点及影响。家事案件是本文分

〔1〕 马克斯·韦伯:《经济与社会》(下卷),林荣远译,商务印书馆1997年版,第723页。

〔2〕 参见张剑源:《管辖权竞争与当代中国乡村司法的合法性建构》,载《当代法学》2014年第4期,第120页。

〔3〕 苏力:《当眼里掉进了睫毛——从“南京虐童案”看法律干预家事纠纷》,载《现代法治研究》2016年第1期,第16页。

〔4〕 黄宗智:《中西法律如何融合?道德、权利与实用》,载《中外法学》2010年第5期,第721页。

析和讨论的重点。^{〔5〕}但是,这并不意味着伦理仅在家事案件中发挥作用,在很多地方的其他类案件中,实际上均有伦理发挥作用的情况。^{〔6〕}伦理与司法的问题在中国基层司法领域甚至是一个具有普遍意义的问题。

一、司法创造差异?

2016年暑期,我和研究团队的成员一起在云南某基层法院调研。调研中我们得知该院在不久之前刚刚发出一个“人身安全保护令”。要知道,在当时的情况下,这样的举措在其他法院可能是很难见到的。因为,发出“人身安全保护令”所依据的《反家庭暴力法》在此之前刚刚开始实施。另外,在该法中,“人身安全保护令制度”又属一个新的制度。^{〔7〕}正因为这一层接一层的“新”,使得我们很迫切地想了解法官是如何将这些新制度落实下去。于是就此问题与该院法官进行了交流。

法官们对做了(或者说开创了)这样一项“工作”是非常满意的。他们给我们讲述了立案的情况,讲述了案件处理的过程,讲述了“人身安全保护令”发出后所产生的良好的“社会效果”……这些问题对于理解司法在反家暴工作中的作用、理解“人身安全保护令”这样的新制度的落实情况都很重要。但是,我想首先在这里呈现的是一段座谈时来自该法院一位领导的讲话。这段讲话与刚才提到的那些问题都有关系,但更微观,能让我们更细致地了解到法官在处理这类问题时候的想法和态度。

受害人过错不影响人身保护令的发出,因为在审这几个案子的时候我们就反复强调,受害人过错不是打的理由,不是家暴的理由。因为我们按照常理来讲,开口第一句话就是:“他为哪样打你?”这个就弄成,好像是要找一个打的理由。所以我们强调,不允许法官主动去盘问“他为哪样打你”,这样一问就会给受害人造成二次伤害。所以呢,我觉得,为了保证这种案子的处理,我们强调法官不得主动盘问,你就挨(向)这个受害人说“对方为哪样要打你”,侵权人一听呢是好像是为“我”找理由了。我觉得,我们在实体审查的时候,这个是非常重要的,也是体现法官首先是要同情受害

〔5〕 家事案件在法律实践中有着重要影响。方乐曾指出:“不仅家庭伦理和道德是法律伦理与精神的来源,而且家庭关系与家庭秩序也是社会关系和秩序的根本。”参见方乐:《法律实践如何面对“家庭”》,载《法制与社会发展》2011年第4期,第48页。

〔6〕 参见孙启福、李维睿:《论传统司法对量刑规范化的启示——以刑事被告与被害人的关系为视角》,载《现代法学》2010年第6期,第20页;杨继文、陈鹤:《刑事和解的文化之维》,载《犯罪研究》2014年第1期,第2页;等等。

〔7〕 根据《反家庭暴力法》的规定,“人身安全保护令制度”是指“当事人因遭受家庭暴力或者面临家庭暴力的现实危险,向人民法院申请人身安全保护令的,人民法院应当受理”(第23条第1款)。对于此项制度,《反家庭暴力法》中做了专章规定(第23条到第32条)。

人,不是为侵权人寻找一个理由。(这样问就)形成错觉了,法官本来不(没)有保护侵权人的意志,但是你像这样一问,无形中会让受害人觉得“打我有理由”……〔8〕

其他我们接触和访谈到的法官,在分别介绍他们遇到相类似案子的考虑和做法的时候,也表达了类似的观点。很明显,该院的法官们已经将此种做法当作一种经验,而且他们的讲述也意在表明:正是因为有这种经验作为支撑,所以他们能够率先发出“人身安全保护令”这一“新事物”就并不奇怪了。

不难看出,这一经验的核心是:家暴案件中,“打”这一事实是责任认定的核心。“打的理由(原因)”不仅不是责任认定需要考量的因素,甚至还被认定为是一个为侵权人开脱的“借口”。因此,法官不应主动地去追问“为什么打”。“为什么打”这个因素不影响侵权人应当承担的责任,也就是法官提到的“受害人过错不影响人身安全保护令的发出”。

这让我马上联想到了在《反家暴法》出台不久前,由最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合出台的《关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见》中的一条规定:

对于长期遭受家庭暴力后,在激愤、恐惧状态下为了防止再次遭受家庭暴力,或者为了摆脱家庭暴力而故意杀害、伤害施暴人,被告人的行为具有防卫因素,施暴人在案件起因上具有明显过错或者直接责任的,可以酌情从宽处罚。对于因遭受严重家庭暴力,身体、精神受到重大损害而故意杀害施暴人;或者因不堪忍受长期家庭暴力而故意杀害施暴人,犯罪情节不是特别恶劣,手段不是特别残忍的,可以认定为刑法第二百三十二条规定的故意杀人“情节较轻”。

此条司法政策意在表达这样一层意思:在被迫“以暴制暴”伤害或杀害施暴人的案件中,施暴人之前的行为(“施暴人在案件起因上具有明显过错或者直接责任的”)是应当作为法官、检察官或侦查人员考量的重要依据的。也就是说,受暴人“为什么打(或杀)”施暴人,是可以影响对被告人(受暴人)的责任认定的(“可以酌情从宽处罚”或“可以认定为《刑法》第232条规定的故意杀人‘情节较轻’”)。

如果将上述法官的经验讲述和最高人民法院等出台的司法政策相比较,可以看出一个非常有意思的现象:同样是涉家暴案件,两者所展现的情形是完全不同的。前者主张,“为什么打”不应作为案件考量的因素;后者则主张,“为什么打(或杀)”应当作为案件考量的因素。

〔8〕 报告人:S县法院 N法官。

然而,如果再仔细一想,这两种看似南辕北辙的情形,似乎又是会出现“合流”的可能的。先来看上边所提到的第一种情形:当一个男性打了一个女性^[9],被打的女性来到人民法院申请“人身安全保护令”,法官关注的重点是“打”这一事实,而不会对“为什么打”展开调查。因为他们认为这样做有可能反而会为这位打人的男性开脱,而对被打的女性不利。再来看第二种情形:一个女性因为长期遭受其丈夫的家庭暴力,在忍无可忍的情况下将其丈夫打伤(或打死)而被捕。这个时候,侦查人员或审判人员需要对这位女性“为什么打”展开调查(按照上述司法政策要求)。因为,查清楚“为什么打”(也就是施暴人在案件起因上是否具有过错或者直接责任),将会对这位女性产生重要影响(如果施暴人在案件起因上具有过错或者直接责任,对于这名女性是可以酌情从宽处罚,或可能会被认定为“情节较轻”),而且这种影响实际上是对该名长期受暴的女性有利的。所以,综合两种情况来看,在两种涉家暴案件中,不论是“施暴受暴类”案件中法官认为不要关注“为什么打”,还是“以暴制暴类”案件中司法政策认为需要关注“为什么打”,这两种情形都不约而同地倒向了有利于女性(被家暴者)一方。

法官和司法政策制定者到底寓意如何?为什么男的打女的,法官“不问青红皂白”就可以直接判定男方担责;当一个女的把男的打伤或打死时,女方之前长期遭受家暴的历史就必须调查清楚,并将作为认定责任的依据(往往是减轻这名女性责任的依据)?这种在表面上看起来明显具有“偏袒性”的经验做法和规定,是否已经将“法律面前人人平等”“男女平等”的精神抛弃?^[10]

二、实际上是伦理在司法过程中发生影响

这里边的一个前提性问题是:我们的立法是“人人平等”的立法、是世俗主义的和个体主义的立法,不论你出生如何,也不论你的“民族、种族、性别、职业、家庭出身、宗教信仰、教育程度、财产状况、居住期限”(我国《宪法》第34条)如何,都享有“选举权和被选举权”,以及其他宪法上所规定的权利。因此,根据宪法规定,男性和女性之间的法权关系自然也是“人人平等”的,享有的权利也是平等的,而不应该有任何差别。除非出现一些诸如“女职工在劳动中因生理特点造成的特殊困难”的情形,则立法和法律实践会从“保护女职工健康”的角度

[9] 在家庭暴力案件中,也有女性作为施暴人,男性作为受暴人的情形。然而,根据相关统计,在我国发生的家庭暴力中,施暴者有90%是男性。所以,一般情况下,家庭暴力较多的是指男性对女性的暴力。参见林振通:《各国家庭暴力概念的不同界定》,载《人民法院报》2011年3月4日,第8版。

[10] 《中华人民共和国宪法》第33条第2款规定,中华人民共和国公民在法律面前一律平等。第48条第1款规定,中华人民共和国妇女在政治的、经济的、文化的、社会的和家庭的生活等各方面享有同男子平等的权利。

做出一些区别于针对男职工的“特别规定”。^{〔11〕} 在程序法上更是如此。在诉讼权利保障和程序规定中,我们的立法更是彻底地贯彻了“人人平等”、世俗主义和个体主义的立法理念。^{〔12〕}

那为什么上一部分所述的法官的司法实践和官方的司法政策,竟会“公然”在司法中与“人人平等”的立法精神相悖,而在男性和女性之间作出了差别性的对待?

我们可以做一个简单的比喻。如果这“平等”就像一个天平,一边是男性,另一边是女性。我们自然地就能看到天平的平衡吗?长久以来,由于“女卑于男的主观意识”的影响、婚姻家庭关系中女性对男性的依附性、性别差异对政治参与和决策的影响的广泛存在,以及在就业等领域依然存在的性别歧视,这使得天平上女性这一端始终因缺乏“重量”而成为不平衡的、弱势的一端。所以,所谓“男女平等”在很多情况下实际上只是字面上的平等,实质是女性始终处于弱势地位。正是因为考虑到这种女性的弱势性,“人人平等”原则在这里受到了越来越多的挑战。很多人发现,“人人平等”在极端地指向个人的时候,由于男女两性间所存在的先前的不平衡、起点的不平等,那种针对男性和女性的“平等”就不可能实现。而且这个时候宪法和法律领域的“平等保护”原则中可能更多隐藏着的是“男性偏见”。^{〔13〕} 所以,现代社会,特别是法律实践更多地对“平等保护”作出了更具操作性的解释。比如 20 世纪 90 年代在美国发生的著名的“弗吉尼亚军事法院拒收女生案”(United States v. Virginia)中,美国联邦最高法院法官就提到,男女在身体构造的不同是永远存在的,男女并不能互换。

……我们知道男女之间与生俱来的差异是件好事,不能当作两性互相诋毁的理由,也不能当作限制个人机器的理由。遇到某些情况,比方说补偿受到特殊经济障碍的女性、提升平等就业机会、全面发展国民的能力与天赋的发展,就可以依据性别给予差别待遇。但是不能像以前一样,用性别差异待遇制造或延续女性在法律、社会、经济上的劣势。^{〔14〕}

可见,无论是我们在上文中见到的中国司法中“倒向有利于女性一方”,还

〔11〕 参见《中华人民共和国妇女权益保障法》《女职工劳动保护特别规定》等。

〔12〕 《中华人民共和国民事诉讼法》第 8 条规定:“民事诉讼当事人有平等的诉讼权利。人民法院审理民事案件,应当保障和便利当事人行使诉讼权利,对当事人在适用法律上一律平等。”《中华人民共和国刑事诉讼法》第 6 条规定:“人民法院、人民检察院和公安机关进行刑事诉讼,必须依靠群众,必须以事实为根据,以法律为准绳。对于一切公民,在适用法律上一律平等,在法律面前,不允许有任何特权。”《中华人民共和国行政诉讼法》第 8 条规定:“当事人在行政诉讼中的法律地位平等。”

〔13〕 朱迪斯·贝尔:《女性的法律生活——构建一种女性主义法学》,熊湘怡译,北京大学出版社 2010 年版,第 168—178 页。

〔14〕 彼德·英格利许、布鲁斯·塞尔斯:《法律,不只是法律》,庞元媛译,台湾博雅书屋有限公司 2012 年版,第 189—190 页。

是美国法官那里的“差别待遇”，似乎已经成了一种与过去“男尊女卑”完全不同的，甚至也在一定程度上超越着纯粹意义上“男女平等”的实践指引，一种新的伦理原则，一种变化了的道德价值。这种伦理原则不再单纯地只是在“个体主义”和互相孤立的意义上看待男性和女性的关系，而是在两者的关系变迁中去考察他们的权利和义务。虽然的确与抽象意义上的“人人平等”不同，但它却是一种对真正的、实质意义上的“平等”实践，能够保证实质平等在两性中实现。

上一部分所述的法官的司法实践和官方的司法政策，实际上都是在这样一种背景之下展开的。比如在第一种情况中，因为法官意识到，如果不对男女两性有差别性的对待，而只是简单地采取抽象的个体主义法律运作模式，那么后果就是，法官恰恰会为打人的当事人寻找打人的理由和借口提供机会，使双方地位进一步不平衡，反而更不利于家庭纠纷的解决。相反，差别性的对待能够及时消除男方“打人”的影响，把男女双方拉回一个相对平等的对话空间，使接下来的程序更能接近实质的平等。访谈中，一位法官告诉我，他们在发出“人身安全保护令”裁定后实际上也是非常担心的，担心这类申请会“井喷”。但是，最终并没有出现井喷。在各种各样的原因中，一个很重要的因素是：自从“001号裁定”发出，并经当地媒体报道后，引起了广泛关注，“老婆打不得”的观念不胫而走，“实际上也起到了普法的效果”。^{〔15〕}而第二种情况亦然，司法政策制定者特别强调对在案件发生之前两方生活中可能存在的暴力行为的调查，这从根本上也是一种迅速地把原本不平等的男女两性关系拉回到一个相对平等的位置上的努力。

这实际上就是一种法官和司法政策制定者将伦理原则带入司法实践的尝试。虽然这里的伦理原则只与“男女关系”相关——比起中国传统伦理中的“亲亲、尊尊、长长、男女有别”这些更为宏观的伦理原则来说较为微观——但它提供了一个足够我们思考个体主义、世俗主义的立法与依然蕴含伦理原则的司法之间的矛盾和冲突的个案。

三、这不是一个新问题

之所以说是“依然蕴含伦理原则的司法”，完全因为这并非一个新事物。要说新旧，在中国，似乎个体主义和世俗主义的立法才是新事物，而“蕴含伦理原则的司法”却恰恰是一个在中国社会中有着较为悠久历史的事物。也正因为新事物的到来与旧事物之间发生了冲突和矛盾，这才使得我们可以说“这不是一个新问题”。^{〔16〕}

〔15〕 报告人：S县法院 M法官。

〔16〕 参见张剑源：《依法治国“全面推进”的历史基础与逻辑起点》，载《人大法律评论》2016年卷第1辑（总第二十辑），法律出版社2016年版，第88页。

究其产生的背景来看,中国社会一直是一个“伦理本位的社会”,而非“个体主义的社会”。梁漱溟先生就曾说过:“团体与个人,在西洋俨然两个实体。而家庭几若为虚位。中国人却从中国就家庭关系推广发挥,而以伦理组织社会,消融了个人与团体这两端。”伦理所发挥的作用遍及社会生活各个领域。伦理之于经济,“皆彼此顾恤,互相负责;有不然者,群指目以为不义”;之于政治,则“以孝治天下”成为近千年的政治准则。^[17] 在法律领域,则“法律之儒家化”成为数个世纪中国法制发展的内在理路,“表面上明刑弼教,骨子里则为以礼入法,怎样将礼的精神和内容窜入法家所拟定的法律里的问题”。^[18] 1949年后很长时间内,虽然伦理在“表达”的层面上几乎被“个体主义”的立法所覆盖,但是中国司法一直以来所坚持的“群众路线”“实地调查”的工作方式^[19],无法也不可能回避那些与伦理密切相关的“群众关心”的问题。

费孝通先生在《乡土中国》中曾提到过一个有关“打奸夫”的案例:

有一位兼司法官的县长曾和我谈到过很多这种例子。有个人因妻子偷了汉子打伤了奸夫。在乡间这是理直气壮的,但是和奸没有罪,何况又没有证据,殴伤却有罪。那位县长问我:他怎么判好呢?他更明白,如果是善良的乡下人,自己知道做了坏事决不会到衙门里来的。这些凭借一点法律知识的败类,却会在乡间为非作恶起来,法律还要去保护他。我也承认这是很可能发生的事实。现行的司法制度在乡间发生了很特殊的副作用,它破坏了原有的礼治秩序,但并不能有效地建立起法治秩序。^[20]

这一案例揭示出一个与上文讨论相类似的矛盾状况:到底需不需要问“为什么打”?

根据费孝通先生的讨论,在“传统的礼治秩序”中,司法官在处理此类案件的时候应该要对“为什么被打”弄个水落石出。如果弄清楚这个人被打的原因是“偷了”别人的妻子,那么他无论如何都在乡间都不可能得到同情,更不可能得到司法和司法官的帮助。但现行的“法治秩序”却未必要问“为什么打”,它只关注打的事实本身,所以他会“铁面无私”地在两个当事人之间作出对错判决,并且理由只有一条,那就是“打人不对”。从费孝通先生讲述的案例和他的评论中不难看出,费孝通先生在碰到这个案例的时候,所表达的更多是一种担心,担心这所谓的“现行的司法制度”会把伦理原则抛弃,而成为一个“不谙世事”的工具。

[17] 梁漱溟:《中国文化要义》,上海人民出版社2011年版,第76—91页。

[18] 瞿同祖:《中国法律与中国社会》,中华书局2003年版,第355—356页。

[19] 参见黄永维:《群众路线是人民司法工作的生命线》,载《人民法院报》2014年12月17日,第05版;李斯特:《人民司法群众路线的谱系》,载苏力主编:《法律和社会科学》(第一卷),法律出版社2006年版,第285—316页。

[20] 费孝通:《乡土中国 生育制度》,北京大学出版社1998年版,第58页。

在之后很长时间内,随着中国社会中个体的崛起、个人与家的分离,以及法律移植、法律现代化、法律世俗化的日益兴盛。^[21]立法和司法确实也断断续续出现了超越伦理原则的倾向和具体实践。然而,事实证明,在基层司法实践中,伦理原则并没有完全消亡,甚至坚固的在一些司法官和司法实践那里留存了下来。比如接下来要讨论的这个被学界经常提起的案例:

黄某和蒋某夫妇是四川某厂的职工,1963年结婚。1994年黄某与他小22岁的张某相识并产生感情。1996年底两人公开以夫妻名义租房同居。2001年2月黄某发现自己已经患有肝癌并到晚期。在黄某患病、即将离开人世之前张某不顾别人的嘲笑,面对蒋某的讽刺和挖苦,俨然以黄某“妻子”的身份陪伴在黄的身旁,守护在病床前。2001年4月17日黄某通过一位朋友找到律师表示死后将把自己的财产遗赠给张某。在律师的配合下黄某于4月20日在泸州市某公证处对下述遗嘱进行了公证:“我决定将依法所得的住房补贴金、公积金、抚恤金和卖泸州市江阳区一套住房售价的一半(4万元)以及手机一部遗留给我的朋友张某一人所有。我去世后骨灰盒由张某负责安葬。”4天之后的2001年4月22日黄某去世。4月25日黄某的朋友公开宣读了这份遗嘱。之后由于作为黄某合法妻子的蒋某拒绝执行这个遗嘱,几天后张某将蒋某告上法庭要求法院依法判决蒋某执行遗嘱。一审法院四川省泸州市纳溪区法院认定黄某的遗赠行为损害了社会公德、破坏了公共秩序属于无效民事行为,依据《民法通则》第7条有关民事活动不得违反社会公德的规定对张某诉蒋某遗赠纠纷案进行判决,宣告遗嘱无效。二审法院也以违背公序良俗原则直接认定黄某的遗赠行为无效,驳回上诉人的诉讼请求。

此案中,法官并不像上边讨论的“打奸夫案”中的县长那样困惑。不管是一审还是二审的法官,显然都“一意孤行”地站在了“大众话语”(而非“精英话语”)一边。^[22]也正因为此,判决在法律“精英话语”领域招致很多批评。^[23]然而,正如海波所说的:

我们应当注意到,在这个社会上还有另外一种吁求。还有那数以亿计

[21] 参见张剑源:《传统家庭伦理与境遇判别》,载《重庆社会科学》2015年第7期,第48页。

[22] 关于“大众话语”和“精英话语”,参见刘星:《法律解释中的大众话语与精英话语——法律现代性引出的一个问题》,载《比较法研究》1998年第1期,第16页。

[23] 参见何兵:《冥河对岸怨屈的目光:析“二奶”继承案》,载《法制日报》2002年4月7日,第2版;萧瀚:《被架空的继承法:张学英诉蒋伦芳继承案的程序与实体评述》,载易继明主编:《私法》(第2辑第1卷),北京大学出版社2002年版,第300—313页;喻敏:《文义解释:民法解释的基础与极限——评张学英诉蒋伦芳遗赠纠纷案的一、二审判决》,载《西南民族学院学报(哲学社会科学版)》2002年第11期,第85页;等等。

的永远没有机会在媒体上发表文章的母亲、妻子和子女,甚至包括丈夫。在他们生活的世界里,婚姻就是夫妻双方的一种“长期投资”,一种相互的保障。财产凝聚了夫妻共同的辛劳,提供了未来生活的依靠。不管法律上怎么说,夫妻财产就是夫妻合二为一的“共同财产”,而不是一人一半的“共有财产”。丈夫先妻子离世,遗产自然就属于妻子和孩子,不属于其他任何人。这是深深植根在我们传统中的观念,它没有因为《继承法》颁布施行而消逝,对许多人而言,它仍然是生活的一部分。^[24]

这两个跨越近半个世纪案例都表明:面对着纷繁复杂的生活世界,个体化和世俗主义的立法规定在基层司法实践中会遇到各种各样的问题,特别是在家事司法实践中更是如此。法官为了妥善地解决纠纷,可以说是不得不将伦理原则带入司法实践中。而法官正是以这种方式在努力地实现对法条和法权羁绊的挣脱^[25],进而彰显伦理在争端解决中的重要性。

从形式上来看,虽然在过去很长时间内,法官对伦理的考量更多还只能是较为隐蔽性的“带人”。但现在,随着人民法院对法官“说理”要求的加强,这为伦理进入司法过程、进入判决书创造了较好的条件。比如一份有关赡养费纠纷的判决书中,法官是这样写道:

本院认为……鸦有反哺之义,羊有跪乳之恩。百善孝为先,孝敬父母是做人的根本,更是中华民族的传统美德。本案中,王某作为一个母亲,抚养子女,含辛茹苦,在她近九十岁高龄时应该受到子女们的关爱和呵护。更何况王某身体多病行动不便,丧失了生活和自理能力。此时,子女应以感恩之心,竭尽全力报答母亲的养育之恩,尽反哺之义,让母亲颐养天年。^[26]

另外,在裁判文书中,伦理还会被法官当作对当事人进行法律宣传教育的重要内容。比如在一份离婚案件的判决书中,法官写道:

应当指出的是……当前原被告之女年幼且正处于人生成长关键期间,需要父母共同的关心与呵护,需要一个和睦完整的家庭。今后在家庭生活中,尤其是男方,应以严肃认真的态度对待双方的婚姻和自身的缺点,亡羊补牢,为时未晚。而双方若多沟通和协商、多关心和谅解彼此,珍惜自己来之不易的夫妻感情,悉心维护业已建立的家庭,和好是有可能的。为给双

[24] 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453页。

[25] 参见冯象:《国歌赋予自由》,载《北大法律评论》第15卷第1辑,北京大学出版社2014年版,第234页。

[26] 北京市第三中级人民法院(2014)三中民终字第14609号民事判决书。

方一个改善夫妻关系、化解矛盾的机会和时间,以暂不离婚,且观后效为宜。^{〔27〕}

四、伦理在司法实践中的地位

虽然伦理在司法实践中发挥影响有历史基础和社会基础,同时也真实地在发生着。但是,其依然会引起较大的争议。很多对伦理进入司法的批评往往都会夸大此种司法实践对法律和法治的影响。似乎只要跟伦理道德掺上点边,法律的权威性、一般性、普遍性都要大打折扣一样。这个时候,我们就必须明确:是不是任何伦理准则都能进入司法实践?如果不是,那什么样的伦理准则才能进入司法实践?另外,伦理在司法实践中的地位和作用到底如何?是否法官对伦理的考量会严重挤压法律适用的空间?

(一) 什么样的伦理准则能进入司法实践

很显然,并非所有的伦理规范都能进入司法实践。能够进入司法实践的伦理规范势必需要具备某些特点。根据上文的讨论,我认为以下两点是极为重要的。

首先,它必须要有弥合性,能够弥合法条和“后果”之间的距离。上文中 S 法院 N 法官关于要不要问“为什么打”的考虑就属于这一范畴。因为在这些情况下,单纯依据法条,法官们很难达成所预测的后果,也就是很难达到真正、有效地解决纠纷的目的。所以才会出现他们对法条和法权羁绊的挣脱,用诸如伦理原则这些“准绳”来弥合法条和“后果”之间的距离,并实现对纠纷的有效解决。

其次,它必须要有回应性,能够回应变化了的社会价值需求。这一点尤为重要。因为无论是国家法律还是其他社会规范,都会随着时间的推移而变化。即便法律也是一个需要不断成长和成熟的事物,它也会在“滞后”的时候必须接受各种批判、否定和摒弃——更别谈其他的社会规范和准则了。上文中所讨论的,法官对性别差异的关注和考量实际上就是一个通过伦理原则来回应变化了社会需求的典型例证。

(二) 伦理在司法实践中的地位

既然具备了一定条件的伦理准则可以进入到司法实践中,那它会不会对法律规则的适用产生“排挤”,甚至威胁到法律规则的权威?先来看两段来自两个不同法院的法官的讲述:

法官在收到人身安全保护令申请的时候,必须要双方都在,才能进行

〔27〕 山西省长治市襄垣县人民法院(2016)晋 0423 民初 833 号民事判决书。

调查。不然这个人身保护令下得就过于草率。因为我相当于在缺乏当事人双方陈述的情况下出了一个判决书。那当你发现这个人身保护令不对,那怎么办?再通过审判监督程序撤销这个裁定?这个肯定很荒唐,因为我觉得这种裁定作出后是很难撤销的。这个裁决还会对后续的审理(比如离婚)产生影响,算不算对原告有利的证据,而对被告不利的证据,这个时候矛盾就出来了……〔28〕

像我们从首例(人身安全保护令)案件到现在,为了防止“滥用”这个情况,我们从原则上尽量通知被申请人到庭来陈述意见,防止滥用申请这个问题……首例(人身安全保护令)出现的时候,当时我们也考虑,照片上血糊哩啦的,看着肯定很严重了,但是就说我们不能排除表演性质,就是说这个因果关系,是真给对方打了呢,(还是)你自己……到底是哪个人打的,侵权人是哪个?最好双方来陈述一下,不然偏听偏说的,表演能力强一点呢,你这个法官还是有点怀疑。像这种婚姻家庭案子,一般都是口头陈述,没有那么复杂的证据,如果双方都到庭来讲一下,基本就能确认给有吵过架,给有打过。几个案子都是,双方都到,到了一讲,法官就可以决定了,是否发(人身安全保护令),如果不到呢,还是有点担心。〔29〕

很显然,在程序上,法官始终严格地遵循“以事实为依据,以法律为准绳”的原则。这是基础和出发点。而且,从法官的讲述中还可以看出,法官对法律规定和法律程序的把握实际上都是为了之后更好的处理纠纷。其后,法官对案件后果的预测,则就成了法官在办案过程中更为核心的考虑要素。

这种家事类案件,我的想法就是,越温和越能起到一定的效果,因为打官司这个就是结怨家,就是仇人。你不管,你这个文书一下,当事人就是一辈子的仇人。中国这个传统的熟人社会,就熟人之间发生的民事案件,就我个人理解,不是熟人绝对不会发生借贷啊这些案件。熟人社会啊,用法律的方式去处理的话,就要相对的慎重。民事案子,什么是民事案子,定义就是矛盾。小的就是熟人社会,你不熟的人怎么肯借钱,怎么会发生借贷,对不对?两个人没有感情,怎么会成为夫妻,最后怎么分割遗产,这不都是在亲属之间嘛。所以,都是熟人社会,它就需要调解,需要不激化矛盾。一些冲突不大,我们坐下来调解,大概50%都可以调解。可能一些生活的经验法则(更好),要用法律来调整就真的很难。……所以我们对婚姻家庭类案件,一般都是调解。包括我们在审理过程中,这些我们一般都尽可能地去维系家庭的平衡。尽可能地判决书少下,调解书多下。你这个文书一

〔28〕 报告人:G区法院 M法官。

〔29〕 报告人:S县法院 N法官。

下,家庭状态产生改变,不一定会是一个好事情,要特别的慎重。家事案件审理过程中,经验法则超越法律规定。^[30]

可以看出,在实际在解决纠纷过程中,法官会将“经验法则”带入后果考量。说白了,就是“以经验法则为准绳”。这一变化与上边我在讨论“二奶继承案”时候所说的,法官“实现对法条和法权羁绊的挣脱”的情况并无二致。而且,这个“经验法则”并非无所不包。Z法官讲述中的“熟人”“夫妻”“亲属”以及“维系家庭的平衡”等,无不指向了伦理原则。也足以看出“伦理原则”这一重要的“经验法则”在司法实践中的重要性和积极意义。

因此,在司法程序中,法律扮演了重要角色,它保证纠纷能够顺利进入司法程序。同时,在最后的司法文书中,我们也必然会看见法律条文“正襟危坐”,“决定着”对错。然而,在进入司法程序和最后司法文书的形成之间那漫长且复杂的过程中,决定着结果走向的常常并不一定只是法律。在中国如此,在西方的美国亦如此。波斯纳法官就曾说过:“法官并不是按照被称之为‘法律’的东西行动,他们只是尽可能好地行动。法官决定案件,并且作为一种副产品,判决会流露出一些关于他们将如何决定下一案件的线索。”^[31]

五、讨论:中国司法的现代性

美国学者孔飞力在其著名的《中国现代国家的起源》一书中曾谈道:

在一个“现代性”有着多种形式的存在、也有着各种替代性选择的世界,政治历史所要强调的,应当是同各种民族文化和历史经验相契合的种种“内部”叙事。当这些叙事涉及不同国家由于受到经济力量的影响和帝国主义强权的威胁而发生相应的变化时,其“外部”方面仍然有着至关重要的意义。^[32]

中国司法的“现代性”问题的确也与这“内部”和“外部”的叙事相关。

第一,有关中国司法“外部叙事”与“内部叙事”之间的并存、互动和紧张,是一个既存的事实。也正因为这种并存、互动和紧张关系的存在,使中国司法的“现代性”问题不可能只是从纯粹的西方“现代性”理论,或单纯从中国传统伦理原则就能得到解释。它恰恰是一个如孔飞力先生所言的“有着多种形式的存在、也有着各种替代性选择”的问题。费孝通先生的“担心”、“二奶继承案”中法官的具体考量,以及其他很多相类似的案例和实践均表明,中国司法实践中既

[30] 报告人:G区法院Z法官。

[31] 波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第283页。

[32] 孔飞力:《中国现代国家的起源》,陈谦、陈之宏译,生活·读书·新知三联书店2013年版,中文版序言第2页。

包含着“外部叙事”的影响,同时也包含着法官对“内部叙事”的坚守甚至超越,两者同时影响着司法实践,影响着纠纷的走向,同时也影响着中国司法整体形象的塑成。

第二,与“外部叙事”相比,中国司法的“内部叙事”一直被忽视。这一问题与中国法律整体被“殖民化”密切相关,而并非一个孤立的问题。

一句“只有现代化才能救中国”喊出了多少代“先进”中国人的共同心声。一个半世纪过去了,中国人在现代化的道路上可谓不耻下问、不辞艰险。单以法律而论,我们是先学欧、继学日、再学俄、又学美,该学的都学了,该弃的都弃了。中国固有法律体系早已“亡国”了,中国现行的法律尽管带着种种暧昧、变异的色彩,但毕竟从整体框架上看已经完全西化了,何以现代化法治国的彼岸在吾人看来却愈见模糊、愈发遥远,简直就是可望而不可即的呢?^[33]

这一论述凸显了中国法制进程中“内部叙事”被忽视的事实。但最关键的问题还在于:首先,对“内部叙事”的忽视并没有带来如“外部叙事”所宣扬的那种理想状态。其实际后果更接近费孝通先生所说的那种“结果法治秩序的好处未得,而破坏礼治秩序的弊病却已先发生了”的状况。^[34]很多在社会生活中出现的现象也已经证明了这种弊端发生的事实。^[35]其次,“现代性”的追求被“外部叙事”所宣扬的理想状态所左右,于是关于现代性的标准发生了变异。它不再是从解决实际问题出发的国家治理或新的变革主张,而仅仅只是一种空洞的“表达”。而从更为微观的司法实践来看,也正因为这种对“内部叙事”的“忽视”的存在,使得很多本应得到彰显的伦理原则和道德价值只能在法官那里通过上文所提到的“判断伪饰”的方式加以实现,或只能在说理中展现。更别说,那种“宁屈道德不枉法律”的做法更是获得普遍的支持!^[36]

第三,退一步讲,就算美国学者络德睦所说的“尽管法律制度殖民了中国,但显然并未占领全部”^[37]是事实,然而,在“内部叙事”仅存的有限“空间”内,伦理原则、道德价值往往又会被看作是前现代的,甚至是落后的。似乎,即便现在依然存在,但未来我们还是依然会义无反顾地奔向“法律帝国”的。这种类似于“单线进化论”的观点显然忽视了上文中孔飞力所说的那种现代性“有着多种

[33] 苏亦工:《天下归仁:儒家文化与法》,人民出版社2015年版,第360页。

[34] 同前注[20],第58页。

[35] 同前注[21],第48页。

[36] “宁屈道德不枉法律”的提法来自范忠信、郑定、詹学农:《情理法与中国人》,北京大学出版社2011年版,第88—90页。

[37] 络德睦:《法律东方主义:中国、美国与现代法》,魏磊杰译,中国政法大学出版社2016年版,第218页。

形式的存在、也有着各种替代性选择”的可能。

本文的讨论已经表明,在司法实践中“内部叙事”与“外部叙事”并存的情况下,虽然“内部叙事”往往被忽视,但是很多法官依然在坚持着对伦理的实践,因为他们深知那是在真正地解决问题。更为重要的是,法官不仅仅是在坚持着对过去伦理原则的实践,他们同样在实践着一些正在发生的,并不为所有人所洞悉的,却正在改变着这个社会的面貌的伦理原则。上文所提到的在男女两性中“导向女性”一方的原则即是一个显著的例子。在理论探讨中,这一原则常被称为是“社会性别”或“社会性别主流化”原则。其实践意义在于,从根本上突破“男尊女卑”的传统伦理原则,同时突破现代以来占主导地位的纯粹的“男女平等”的伦理原则(形式上的“男女平等”),并力图实现实质意义上的“男女平等”。

这样的伦理原则,虽然还无法得到所有人的完全赞同,但无论是在理论上还是社会生活中都已经得到越来越多的承认,并日益成为一种新的“社会共享价值”。^[38] 如果承认这一点,法律、法制和司法就不能对此视而不见,缺席对“社会共享价值”的共享和维护。

首先,立法对这些“社会共享价值”的回应相对滞后,而蕴含伦理的司法实践可以对此形成有效补充。比如在社会性别议题上,我们所见的是,个体主义的立法观实际上已经在某种程度上显示出滞后的一面,它无法从总体上回应现代社会中真正意义上的男女平等和社会团结的需求。而法官则是用“司法+伦理”的似乎是前现代方式,重申了社会性别这一现代(甚至后现代)的理念和“社会共享价值”,塑成了现代的法治目标。

其次,即便立法有了回应,但“社会共享价值”的实现依然有赖于法官的积极行动。上文谈到的诸如“人身安全保护裁定”之类的立法和制度设计,透过其表面,我们实际上可以看到,它从本质上乃是国家力量在法治原则下深入家庭内部、深入私人生活领域的一种手段。这个时候,法官的介入是有难度的。但是,在没有相应实施细则和实施办法的情况下,法官依然能主动地去探索和实践,这实际上突显了法官对法律后果的密切关注,以及司法对国家治理目标的契合。

再次,也是最重要的,司法和伦理的结合展现了法官和司法政策制定者试图通过司法促进社会现状改善的良好目的。因为“实用主义者的真正兴趣完全

[38] 比如,1995年第四次世界妇女大会上发布的《行动纲领》要求各方齐心协力立即采取行动,在各行各业不分长幼人人享受人权和基本自由包括平等原则的基础上,创造一个和平、公正、人道和公平的世界,并为此目的,承认在可持续发展范围内实现基础广泛的持续经济增长,是维持社会发展和社会正义所必不可少的;再比如,2015年习近平在全球妇女峰会上发表题为《促进妇女全面发展 共建共享美好世界》的讲话中提道:“性别视角已纳入新发展议程各个领域。”同时还提道:“中国将更加积极贯彻男女平等基本国策,发挥妇女‘半边天’作用,支持妇女建功立业、实现人生理想和梦想。”

不在真理,而在为社会需要正当化了的信仰”〔39〕。那些诸如个体主义、自由主义,以及国家与社会分离的原则(或“真理”)将会在这里暂时失效。法官深知什么样的判决引导着什么样的生活样态。而“现代”不就是在当下好好生活吗?

关于这一点,Y县法院法官在成功调解一起“兄弟物权纠纷案”后,在案例分析后所做的评论颇具代表性:

家事纠纷不同于一般的民事纠纷,其产生的基础是身份关系,其背后隐藏的却是复杂的人际关系。表面上看财产上的纠纷,实际上却是心理、情感上的纠葛。用处理一般民事案件的方式处理家事纠纷往往无法真正解决问题,甚至会埋下更多的隐患。所以法官在处理案件时必须以促进家庭和谐,修复感情裂痕为纠纷解决的价值取向,从“亲情”二字上下足功夫。采用刚柔相济的诉讼模式,最大限度地追求“和”的效果,便于当事人日后的相处。〔40〕

总之,司法对伦理的保留并不是单纯对过去的眷恋,而是现实的需求;司法对新的伦理原则的彰显也并不是基于对世俗化、法律至上的背离,而亦是现实的需求。中国司法对伦理的保留和彰显,参与并解决了众多通过立法和行政手段所难以解决的问题,回应了群众对美好生活的追求,促进了国家治理目标的实现,进而展现出独具特色的现代性一面。

(审稿编辑 邵博文)

(校对编辑 崔 斌)

〔39〕 同前注〔31〕,第579页。

〔40〕 资料提供:Y县法院S法官。