专　论

文章编号:1001-2397(2020)03-0014-15

法官良知在司法责任制背景下的展开

陆永棣

(杭州师范大学沈钧儒法学院,杭州　311121)

摘　要:从南京彭宇案到聊城辱母杀人案,从郑州电梯劝阻吸烟案到广州摘杨梅坠亡案,当下一系列影响性案件不断拷问着法院和法官应该如何对事关社会道德、善良风俗等个案,以符合常情常理、不与公众主流道德情感相悖的判决完成个案救济,最终实现对社会道德风尚的回应和引领,从而彰显司法价值。这类案件的处理由于法官把握失度从而成为影响性案件的原因尽管多样,但惮于错案追究制,回避事实认定和法律适用上应有的"弘扬正义的良知"的追求,并以此为避责选择,降低抑或排除办案风险,无疑为重要方面。因此,应完善司法责任制改革中的错案追究制度,在建立一种遵循正当程序下的责任豁免制度的基础上,由法官"弘扬正义的良知"的要求,以善良之心对待每一个案件;准确把握立法本意,以主流道德价值回应社会公众期待;审慎驾驭法律规则和法律原则的关系,以法律的尺度实现道德的要求,努力实现让人民群众在每个案件中感受到公平正义。

关键词:司法责任制;影响性案件;责任豁免;法官良知

中图分类号:DF920.0　　**文献标志码**:A

DOI:10.3969/j.issn.1001-2397.2020.03.02　**开放科学(资源服务)标识码(OSID)**:

"让审理者裁判、由裁判者负责"的司法责任制改革,被称为此轮司法改革的牛鼻子。在法官具体责任承担上,最高人民法院《关于完善人民法院司法责任制的若干意见》规定:"故意违背证据规则和法律明确规定违法审判的,或者因重大过失导致裁判结果错误并造成严重后果的"将予追责。但对于不得作为错案进行责任追究的情形,规定为:"对案件基本事实的判断存在争议或者疑问,根据证据规则能够予以合理说明的";以及"对法律、法规、规章、司法解释具体条文的理解和认识不一致,在专业认知范围能够予以合理说明的"。如果将上述规定与 1998 年《人民法院审判人员违法审判责任追究办法(试行)》进行对照,原试行办法对法官免责的条款仅仅表述为"因对案件事实和证据认识上的偏差而导致裁判错误的,审判人员不承担责任"。很显然,《关于完善人民法院司法责任制的若干意见》增加了"根据证据规则"和"在专业认知范围"能够予以合理说明的限缩条件。但问题在于,当下无论在

收稿日期:2020-01-15

作者简介:陆永棣,(1963),男,浙江绍兴人,杭州师范大学沈钧儒法学院特聘教授。

事实认定还是法律适用上,容易挑动公众敏感神经、涉及常情常理、具有“道德意味”的案件越来越多。从2007年南京彭宇案到2017年聊城辱母杀人案,间或天津赵春华大妈气枪案、内蒙古王力军无证收购玉米案、郑州电梯劝阻吸烟猝死案、广州摘杨梅坠亡案,等等,或者一审,或者二审,判决结果都曾对受案法院乃至法院整体造成很大负面影响。此类案件的出现原因多样,但有的法院和法官慑于司法责任的终身追责,为避责往往执着于规则而罔顾法律原则、无视常识常理常情,使判决违背公众认知与客观真相,无疑为重要方面。因此,如何正确对待司法责任制,以法官应有的良知认定事实适用法律,使判决符合常情常理,不与公众道德情感相悖,应成为每个法院和法官都必须迈过去的坎。这也是推行司法责任制当下,研究如何正确界定法官责任、如何促进更多充满人性光辉判决出现的初衷所在①。

一、影响性案件:法官对常情常理和道德情感的认知失察与把握失度

现代社会的高度复杂性使得司法担负的使命日益艰巨,其角色也更具挑战性。一个看似法律方面的问题往往不是或不仅仅是法律问题,其间情、理、法的冲突、碰撞与博弈,考验着法官的智慧、良知和能动性的判案艺术。法律是民意的反映,此乃人民主权理论的当然之义②。司法更当尊重民众价值认同,通过个案审理,回应主流道德观念与公众集体情感。因此,如何修复因纠纷而被破坏的人伦秩序、情感关系,让判决顺应公众道德价值观,从而对法律产生信任,让法律树立权威,始终是法官必须面对的重要课题。所谓审判不能违背人之常情,不能挑战社会主流道德,否则必难被公众接受。而不能被公众接受的裁判,将无正当性可言,司法权威也会失去社会基础。过往司法实践中出现的许多影响性案件,无一不揭示了这一点。

(一)司法的可接受性基于不悖常情常理且回应主流道德

1882年美国纽约曾发生过一起继承人毒死被继承人并要求按遗嘱继承财产案。继承人帕尔默毒死生前在遗嘱中给他留下了遗产的祖父,其是否仍有继承权成为让纽约州最高法院棘手的问题。其律师提出如果剥夺其继承权,无异于用道德取代法条。格雷法官支持律师说法,认为法律的含义是由法律文本自身的文字界定,纽约州遗嘱法清楚确定,没有理由弃之不用;此外,如果因此剥夺继承权,是在刑事责任之外额外惩罚,有违“罪行法定”原则。但法官厄尔认为,法律的真实含义不仅取决于文本,还取决于文本之外的立法者意图,立法者显然不会让杀人犯继承遗产;同时,理解法律的真实含义不能仅以处于历史孤立状态中的法律文本为依据,法官应当创造性的构思出一种与普遍渗透于法律之中的正义原则最为接近的法律,从而维护整个法律体系的统一性。厄尔法官还援引一条古老的法律原则:

① 电影《我不是药神》原型湖南沅江陆勇妨害信用卡管理和销售假药案,即是一个典型的呈现法律与伦理之间冲突,或说法律的形式逻辑与实质的价值判断之间内在紧张的案件。尽管检察院对陆勇作出不起诉决定,但“如果只是由于舆论合力及其聚光灯效应,陆勇案才迎来良善的结局,则该案之于我国刑事实务的意义便相当有限:它充其量只是司法流水线的一个意外产品,尽管实现了特定个案的正义,却并未为类似个案的处理提供一种合理的可予一般化的解决方案;更未从根源上解决,在刑法领域当法律的形式逻辑与实质的价值判断相冲突时,司法人员(尤其是法官)该如何作出抉择的问题。”参见:劳东燕:《价值判断与刑法解释:对陆勇案的刑法困境与出路的思考》,载《清华法律评论》2017年第1期,第138-158页。

② 参见肖世杰:《法律的公众认同、功能期许与道德承载——对刑法修正案(八)的复眼式解读》,载《法学研究》2011年第4期,第138页。

任何人不能从其自身的过错中受益,说明遗嘱法应被理解为否定以杀死继承人的方式获取继承权。最后,纽约州最高法院以 5:2的比例判决剥夺帕尔默的继承权①。

不独帕尔默案,情法并用,避免刻板的依据书面规则裁判,这也是中国传统司法的重要特点。《唐会要》记载了一则"康买得杀人救父案":穆宗长庆二年,少年康买得年方十四。一日,其父康宪因向张莅索债而被扯打,几近气绝。康买得见状,以木锸猛击张莅头部至出血昏迷,康父得救,张莅却在三日后死亡。按律杀人当死,但穆宗的敕旨说:康买得尚在童年,能知子道,虽杀人当死,而为父可哀。若从沈命之科,恐失原情之义,宜减死罪处分。穆宗所原之"情",就是"父慈子孝"之伦理道德,紧急情况下为救父亲,意外致人死亡,在"原情"之列。正如《慎子》所言:法,非从天下,非从地生,发于人间,合乎人心而已。法律是社会生活的一部分,司法是解决人与人之间矛盾的活动,在中国这样一个注重亲情、讲究情理的国度,传统司法强调的"情、理、法"融合,从司法可接受性角度而言其合理性不言自明。正如有学者指出,所谓情理,在其初,不过是发轫于断狱的司法要求②。宋明清以来,"情理"一词在司法上运用渐广,无论词讼纠纷抑或命盗案件,情理和法律都是裁判必须予以参酌的依据,只是具体侧重有所不同而已③。

当代司法特别在涉及与社会道德、习俗等关系密切的案件时,道德价值因素的考量仍然是法官首先必须面对的问题。如果案件的判决结果可能明显不合常情常理,有违道德,如何利用"法律"与"事实"之间的模糊性,甚至有意创造模糊性从而完成对个案救济已是法官难以回避的选择④。"每条法律规则的产生都源于一种目的,即一种实际的动机"⑤。而"规则的目的因素中,相当一部分与道德相联系"⑥,或者说就是法律的道德目的,它要求法官领悟法律规则内在的道德蕴涵,忠实传达立法者赋予规则的道德目的。正如帕尔默案中厄尔法官所言:理解法律的真实含义不能仅以处于历史孤立状态中的法律文本为依据,法官应当创造性的构思出一种与普遍渗透于法律之中的正义原则最为接近的法律,从而维护整个法律体系的统一性。这也是卡多佐法官把道德价值看成法律赖以为继的"空气",认为"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"的根源所在⑦。沈德咏也曾说"一个案件的审判,要最大限度追求法律正义,同时要兼顾社会普遍正义,要尊重人民群众朴素的情感和基本的道德诉求。司法审判不能违背人之常情"⑧。

(二)影响性案件中法官的失察与失度

完成对涉及与社会道德、习俗等关系密切案件的个案救济,除了法官对相关法律的精准把握以外,更需要法官秉承"正义的良知",这也是我们讲"善良的心是最好的法律"的源头所在。只要我们"承认

① 参见[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 23-24 页。

② 参见霍存福:《中国传统法文化的文化性状与文化追寻——情理法的发生、发展及其命运》,载《法制与社会发展》2001 年第 3 期,第 2 页。

③ 参见徐忠明:《案例、故事与明清时期的司法文化》,法律出版社 2006 年版,第 301-323 页。

④ 参见李拥军:《合法律还是合情理:"掏鸟窝案"背后的司法冲突与调和》,载《法学》2017 年第 11 期,第 47 页。

⑤ [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 104 页。

⑥ 秦策、夏锦文:《司法的道德性与法律方法》,载《法学研究》2011 年第 4 期,第 45 页。

⑦ 参见[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。

⑧ 参见全国政协社会和法制委员会主任、原最高人民法院常务副院长沈德咏 2019 年 3 月 7 日接受新京报记者专访:"死者为大"让办案机关承受一定压力。https://news.163.com/19/0308/08/E9NVI87H0001875N.html。最后访问时间 2020 年 2 月 19 日。

法官不是司法机器,而是一个活生生的社会人,就不能忽视其良知对于司法的影响";"法官的良知虽然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①。《孟子·尽心上》说:所不虑而知者,其良知也。恻隐之心、羞恶之心、辞让之心、是非之心,是人与生俱来的良知,是人的本然之性。程朱理学及王阳明心学均主张"天理即良知",天理即人情。中国古代对司法官员的基本要求,其中重要一条即是"哀矜"之心折狱。所谓"哀矜",就是怜悯同情和慈良恻怛之心。现代自由心证理论要求法官在事实认定时根据自己的良知,理性自由判断证据证明力,以形成内心确信;在法律适用时也需听从良知的召唤。诸如德国法官法第 38 条要求法官在开庭时宣誓:"忠实于基本法,忠实于法律履行法官职务,用最好的知识与良知不依当事人的身份与地位去判决,只服从于事实与正义";《中华人民共和国法官职业道德基本准则》第 35 条规定法官必须"弘扬正义的良知",即是法律层面的肯定 。

但问题在于,当下无论一线法官办案实践,还是相关司法政策意见,对于如何修复因纠纷而被破坏的人伦秩序、情感关系,判决能够回应公众朴素的道德价值,使人们对法律产生信任,让法律树立权威这一问题往往失察;对于如何把握案件"背后折射出来的司法的合法性与合理性、法律的形式正义与实质正义、法律人思维和普通人思维之间的紧张关系"往往失度②,最后导致判决失当,从而给法院带来极大的负面影响。聊城"辱母杀人案"就非常典型。此案聊城中院一审以故意伤害罪判处于欢无期徒刑后,《南方周末》的《刺死辱母者》一文引爆了公众舆论。该案的典型性在于:一审定罪量刑表面上都基本遵循了刑法相关规则,法律层面似乎并无明显漏洞,但公众却认为结果极其不符情理,挑战了人们对善良本性和道德操守所持有的底线。二审改判的主要理由,其认为被害人杜志浩曾当着于欢之面公然以裸露下体的方式侮辱其母苏银霞,该行为严重违法、亵渎人伦,应当受到惩罚和谴责;于欢捅刺杜志浩等人虽已间隔约 20 分钟,但难免不带有报复杜志浩辱母的情绪,在刑罚裁量上应当作为对于欢有利的情节重点考虑。由此遂以于欢的行为具有防卫性质但属过当,改判有期徒刑五年。此案包括一审法官可能会认为司法活动是一项技术性很强的专业判断,即便判决与主流价值产生距离,也是专业性造成,属正常现象。但是,司法当然需要专业化,只是专业化不等于闭门造车,它应具有社会属性并建立在广泛的价值共识基础之上。一个判决在大多数人看来是不正义的、难以接受的,即使逻辑论证非常周延,法律说理极为充分,也不可能获得人们的信任,只会加剧公众对司法的不信任,影响司法权威。因此,法官如果在此不予考量判决如何回应公众基于朴素的正义感和道德良知对司法的诉求,在体现合法性以外是否更需要体现对公平正义价值的坚守和对高尚道德情操的弘扬,其审判过程中的失察、失度乃至最后的失当,引起社会公众的强力反弹也就在情理之中了。

如果说聊城"辱母杀人案"因为二审的努力挽回了影响,南京彭宇案恰恰没有抓住这样的机会,最终成为一个公众舆论中"好人被冤枉"的典型案例,甚至被视为社会"道德滑坡"的标靶。迟至 2017 年夏,当河南驻马店一女子在斑马线被车相撞因无人施救遭二次碾压致死后,舆论再次将众人的冷漠归因于十年前的南京彭宇案,以致最高人民法院不得不专门以长微博的形式披露了案件真相③。但追溯

① 秦策、夏锦文:《司法的道德性与法律方法》,载《法学研究》2011 年第 4 期,第 57 页。

② 参见李拥军:《合法律还是合情理:"掏鸟窝案"背后的司法冲突与调和》,载《法学》2017 年第 11 期,第 38 页。

③ 参见最高人民法院官方微博. 十年前彭宇案的真相是什么? https://www. sohu. com/a/150942883_556746. 最后访问时间 2020 年 1 月 18 日。

彭宇案,表面上看似乎是公众不了解案件真相:一方面,由于警方丢失事发时的询问笔录,导致关键的“二人是否相撞”事实认定缺少原始证据支撑,从旁听庭审的媒体开始到社会公众形成了“彭宇做好事被诬陷”的一边倒舆论;另一方面,二审以庭前和解协议结案,且因协议有保密条款未予公开案情。但核心仍在于,一审判决在“本院认为”的对事实的推理上隐含了人不会无缘无故帮助别人,如果不是理亏不可能会去搀扶倒地老人的逻辑。这样的认定逻辑当然偏离了主流价值观,有悖社会公序良俗。而二审的秘密和解结案方式又错失了公开事实真相,更正错误认定,宣示司法正义的良机。所以,在法官自己看来,似乎判决认定的事实没有太大问题,但其偏离主流价值观的推理,简单地就案判案,没有关照社情民意的看法,对公序良俗的损害,是近乎毁灭性的。

(三)曾经的启示:泸州遗赠案

其实,类似案例此前不是没有出现,发生于2001年的泸州遗赠案曾经做出正面的回应。在这起案件中,遗嘱人将财产遗赠给非配偶的同居者,因案涉婚姻家庭、一夫一妻、配偶忠实等伦理道德问题,如何适用和解释《继承法》成为当时一个非常敏感的问题。尽管不在少数的学者认为“第三者”接受遗赠并未有禁止性规定,立法者的原意是最大限度地尊重当事人(立遗嘱人)的意思自治,在符合其他形式要件的前提下,遗嘱的内容即使是违反道德乃至违法,只要不涉及《继承法》明确的限制性规定,就应认其为合法有效①。但如果该案仅仅按照《继承法》规则支持原告诉求,无异肯定可以对有婚姻而与他人同居视而不见,放弃对此种行为侵害合法婚姻家庭的评介,承认“第三者”可以从此获益,这种结果显然与《婚姻法》的规定和原则背道而驰。所以泸州两级法院驳回原告要求执行遗嘱的诉讼请求,实际上认为现行《继承法》的条文对本案不能提供明确的法律依据,或者说如果依据《继承法》的规则下判将明显与《婚姻法》《民法通则》乃至《宪法》保护婚姻家庭原则相悖,与公序良俗原则相悖。该案判决结果如果相反,可以想见南京彭宇案的帽子应该早已扣在泸州法院头上。今天重新审视泸州遗赠案的价值,无疑极具现实意义。

所以我们也能看到,南京彭宇案后,法院在涉及此类问题时开始非常谨慎。如广东佛山因孩童相互赠食芭蕉引起窒息死亡的侵权损害赔偿纠纷案,一、二审均以“从民法的基本价值立场出发,民法应是鼓励民事主体积极地展开社会交往,如果将小孩之间分享无明显安全隐患食物的行为定性为过失,无疑限制人之行为自由,与过错责任原则的立法宗旨不符”为由,判决驳回原告要求被告承担侵权责任的诉讼请求。最高人民法院更是认为这个判决很好地宣传和弘扬了互帮互助、团结友善的良好道德风尚,值得肯定。要求在处理类似案件时,不能和稀泥,在查清案件事实的基础上,要理直气壮地弘扬积极的道德观。通过判决说理,清晰地传达我们这个社会支持什么,反对什么,赞扬什么,唾弃什么,不仅要让民众明是非,而且要知善恶、辨美丑②。发生在郑州的“电梯内被劝阻吸烟猝死案”的判决,同样被最高法院肯定为弘扬核心价值观,树立行为规则、引领社会风尚的典型案例③。时至今日,广州花都“摘杨梅坠亡案”通过再审驳回原告的全部诉讼请求,被认为对公序良俗的社会价值极具标志意义。

---

① 参见郑永流:《法哲学与法社会学论丛》(总第11期),北京大学出版社2007年版,第241-302页。

② 参见最高人民法院民一庭庭长程新文2015年12月24日在全国民事审判工作会议上所作的《关于当前民事审判工作中的若干具体问题》的讲话。

③ 参见最高人民法院院长周强2018年3月9日在第十三届全国人民代表大会第一次会议上所作的《最高人民法院工作报告》。

但正如不在少数的学者对泸州遗赠案的抨击意见,此类案件从一审、二审乃至再审的曲折历程,无论是聊城辱母杀人案还是南京彭宇案以及其他影响性案件,如何基于“弘扬正义的良知”,对涉及社会道德、习俗等关系密切案件的个案,以符合常情常理、不与公众道德情感相悖的判决完成个案救济,最终实现对社会道德风尚的回应和引领,从而彰显司法的价值,始终并且越来越成为当代法院和法官必须回答的重大问题。而这,也正是当下我们研究的意义之所在。

二、法官无视常情常理的内在逻辑

“一个社会法律的全部合法性最终必须而且只能基于这个社会的认可,……最终说了算的,必须是以各方面表现出来的民意”①。“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”②。一些案件之所以成为影响性案件,往往可以看到重负中的法院和法官或无意、无力把握案件所涉公众道德情感、社会风尚问题;或案情敏感遇有压力、涉及职业风险时,往往为转移风险、规避责任只求规则、科层中的“路径依赖”和行为逻辑进行裁判。特别是有些案件不探求法律规则与原则是否相悖,只满足于对条文照搬照抄的简单、机械性工作,对即使法律设置有漏洞,个别案例超过了现有法律条文对预期情况的概括性描述和判断,也忽视在司法层面主动发现、弥补、衔接司法和立法活动之间的漏洞③;有的则在事实认定上不注意道德考量,不具有人文关怀,罔顾“天理”、人情”④。导致并不复杂的案件成为“疑难案件”,裁判结果有悖民意,背离大众,违反常情常理。

耶鲁大学教授惠特曼在《合理怀疑的起源——刑事审判的神学根基》一书中,揭示了中世纪英国普通法院法官为了逃避“裁判责任”,遵循“规则依赖”的行为逻辑,在并非不知道事实真相的情况下,依然按照与其知悉的真相相左的证据裁判从而导致荒唐判决结论,源于基督教文化中的“血罪观念”。此所谓“血罪观念”,无论判处被告死刑的法官还是战场杀敌的士兵,均被视为“谋杀者”,都可能遭受末日审判。是故导致死刑案件神明裁判与13世纪后“依证据裁判而不是依个人良知裁判”的法定证据制度盛行,所谓“杀死他的不是我,而是法律”。英国普通法法官将这一在欧洲大陆仅适用于死刑等重罪案件的裁判方法扩展到民事审判,同为消除精神威胁、减轻心理压力。后由于大法官法院不断干预普通法法院的不公判决,大法官法院又得到英王的支持而占据上风,普通法法院遂仿效大法官法院对自身程序和证据制度进行重大变革,普通法被历史学家奉为英国人权利和自由的堡垒这一说法才能得以传承下来⑤。

当下中国法官当然不可能有“经受末日审判”“遭遇地狱之灾”的忧惧,但是,为何墨守表面证据、

① 苏力:《面对中国的法学》,载《法制与社会发展》2004年第3期,第8页。

② 宋鱼水:《论法官的选择——谈学习社会主义法治理念的体会》,载《法学家》2008年第3期,第130页。

③ 此种现象实质即属“规则依赖”,即为了推却责任和规避风险,官方体制内的个体严格按照“规则”行事的官僚行为逻辑。关于“规则依赖”的避罪、推责功能,参见陈柏峰:《群体性涉法闹访及其法治》,载《法制与社会发展》2013年第4期,第22-23页。

④ 北京大学法学院王世洲教授在《从热讨论到冷思考,事关生死的正当防卫该怎么走》一文中,基于“合法不必屈服于非法”的基本理念,对于“聊城辱母杀人案”“昆山反杀案”等案件中如何从社会道德标准认定正当防卫作了充分的展开。参见:王世洲. 从热讨论到冷思考,事关生死的正当防卫该怎么走。https://new.qq.com/omn/20180929/20180929B0R63L.html. 最后访问时间,2019年12月8日。

⑤ 基于“血罪观念”的裁判方法的详细论述,参见侣化强:《事实认定“难题”与法官独立审判责任落实》,载《中国法学》2015年第6期,第282页。

生搬规则进行判决的绝非个案,个中原因主要体现在以下几个方面:

(一)“证明力规则”与避责选择

至今我们已建立三大诉讼的证明力规则体系,这样的体系对于正确认定案件事实的作用毋庸置疑。但值得我们反思的恰恰在于,错案的酿成是不是仅仅因为缺乏证明力规则?! 有学者研究近年来的死刑冤错案件,发现冤案的发生并非缺乏证明力规则,或“法官主观片面”、“法律知识不足和素质不高”①。相反,冤错往往源于压力下法官不敢自由判断证据,不敢据实判决;特别由于侦、控方的强势和审判相对不独立,法官更愿意采用的是“依控方提交的证据裁判而不是依确信的事实裁判”②。其实,1998 年《人民法院审判人员违法审判责任追究办法(试行)》“因对案件事实和证据认识上的偏差而导致裁判错误”审判人员不承担责任的规定,是一个符合司法规律的法官免责条款,本可期待吸收进司法责任制体系,让法官克服根深蒂固的“规则依赖”,自由地判断证据的可信性(证明力),从而实现从“依证据裁判”到“依真相裁判”的历史性跨越。或者,“至少可以让法官首先能够追求客观事实,只有在客观事实不能得到的情况下才应该退而求法律事实”③。但至少现在期待落空,法官依然在“规则依赖”的旧途上。因为当对基本事实的判断存在争议或有疑问时,惟有根据证据规则才予免责。换言之,在内心确信的真相与证明力规则之间,唯后者才可免却任何风险。

(二)对“证据不足”或“真伪不明”的标准认识偏差,把握能力不足

浙江省温岭市人民法院曾经处理过这么一个案件:屠户张自 2011 年 9 月始向郑某购买生猪,5 个月内交易额达 400 万元。后郑某将张屠户诉至法院,称其尚欠货款 25 万元。开庭中,经银行转账的 375 万元双方无异议,争议的是 25 万现金。承办法官了解到屠户张为人憨厚,经商诚实,在召集双方调解时基于屠户张的请求并郑某同意后,由双方择日自行去城隍庙献祭赌咒。结果张屠户依约前往,郑某爽约,后撤诉④。相映成趣另有一案:张某持刘某出具的 6500 元借据起诉,刘某辨称已分三次归还 4500 元,其提交的一份电话录音显示张某之妻承认该还款数额。但刘某一审败诉。二审法官按当地风俗让双方以祖宗三代发誓,张某拒绝。该法官坦承:“从刘某在法庭内陈述的三次还钱细节以及录音,我认为他不可能说谎。其实发誓前内心已经确认张某说了谎,否则不会让他们两人发誓”⑤。但其仍动员刘某撤诉。同样的赌咒,但两案撤诉的角色正好相反。现代审判当然已不是神明裁判时代,采用如此方法肯定不是应该提倡的⑥。之所以以两案为例,从法官形成的内心确信而言两个案件其实已非“真伪不明”。特别是后一个案件也排除了未达到“优势证明标准”之可能,但二审却没有判决刘某胜诉,反而说服其撤诉。这里显然存在一个如何把握“证据不足”或“真伪不明”的标准问题,当然更涉

① 参见陈永生:《我国刑事误判问题透视——以 20 起震惊全国的刑事冤案为样本的分析》,载《中国法学》2007 年第 3 期,第 45 页;康均心、韩光军:《和谐语境下的刑事错案研究》,载《西南政法大学学报》2007 年第 2 期,第 73 页。

② 参见陈瑞华:《司法体制改革导论》,法律出版社 2018 年版,第 313 页。

③ 宋鱼水:《论法官的选择——谈学习社会主义法治理念的体会》,载《法学家》2008 年第 3 期,第 132 页。

④ 参见孔庆周:《猪头断案记》,载《人民法院报》,2013 年 11 月 24 日,第 4 版。

⑤ 参见侣化强:《事实认定“难题”与法官独立审判责任落实》,载《中国法学》2015 年第 6 期,第 289 页。

⑥ 但在浙江舟山群岛,类似于由当事人通过在观音菩萨前发誓从而解决纠纷的时有所见。法律约束不了当事人,竟要求助于观音菩萨,这事乍听起来有些滑稽,但仔细想想其实也不奇怪。在乡土社会,真正对他们有约束力的不是写在书本上的法律,而是心中所信奉的价值观念。传说当年英国人统治香港,证人在作证时要进行宣誓,以保证不向法庭撒谎,结果发现很多国人拿了圣经宣誓完了还是作伪证。英国人没了办法,最后发现,中国有一种敬祖的文化,祖宗崇拜,家里都有祖宗牌位。于是,他们想出来让中国人面对牌位发誓,那一刻,证人的心非常虔诚,非常的神圣。一百年前的故事和今天在法庭内向观音菩萨发誓的现实相映成趣。

及法官即使已对事实真相形成内心确信是否可以直接确认的问题。

(三)“案多人少”压力下迫使法官选择以最有利于结案的方式认定事实、适用法律。

“案多人少”已成为中国法院面临的一个严峻现实,如从1978年全国法院受理案件61万件,经近40年的连续增长,2013至2018年五年收案即达8900余万件,谓之“诉讼爆炸”毫不为过。与此同时,全国法官人数只从1978年的6万余人增加到目前的21万余人,遴选员额法官12万余人,人案增长明显不成比例,法官办案压力空前①。应对“案多人少”的宏观对策主要有两个方面:一是分流案件扩大纠纷多元化解;二是增加法院人财物供给提高案件处理能力。但案件激增一方面是我国经济、社会变迁和法治发展的一个自然后果;另一方面则与“公共治理的路径缺陷——政治过程的堵塞”和纠纷预防与处理机制多样化严重不足有关②,因此上述两个回应性策略效果并不显著。微观层面化解这一难题的首要措施只能是法官多办案、快办案。如2017年9月最高法院曾专门发文《关于切实加强当前执法办案工作的紧急通知》,要求加快办案进度,提高办案效率。但多办案快办案伴生许多问题,如:“普通程序简化审”,简易程序滥用③;裁判文书尽量简单铺陈或只是堆砌证据,讲理不充分甚至不讲理;两审成一审,疑难案件请示后下判。其中,对于疑难案件满足于对条文简单、机械的照搬照抄,不注意在司法层面主动发现、弥补、衔接司法和立法活动之间的漏洞,成为法官的自然选择。如深圳鹦鹉案,只要法官意识到按照既有的规则量刑不妥,完全有可能也有能力去寻找补救的方法。我国《刑法》第63条第二款规定:“犯罪分子虽然不具有本法规定的减轻处罚情节,但是根据案件的特殊情况,经最高人民法院核准,也可以在法定刑以下判处刑罚。”问题是这样的申报核准程序少则几个月,多则一两年,耗时耗力不说,却并不一定能被核准,而漫长的程序必将影响法官结案率并延长审限。此间,没有一种更为高尚的职业道德,没有一种敢于付出的精神以及坚定的实质公正的理念作为支撑,对法官而言确实勉为其难。

(四)审判绩效考核和“刚性维稳”政策下的错案追究制,避免办案风险成为法官首选。

司法乃法官运用常识、依据良知判断的过程,既包括事实认定,也包括法律理解和适用。但我国法院长期实行绩效考核,其中“发改率、息诉率”又是重要指标,甚至“发改”案件被视为错案,至少成为考核时的扣点依据。从实际效果看,审判绩效考核很大程度上不仅没有起到促进公正司法的初衷,反而给各级法官带来心里重负,扭曲正常办案心态。2011年3月河北省唐山市汉沽农场法庭马瑞芝法官的遭遇可谓典型④。这种扭曲的“错案追究制”和动辄被滥用的刑事指控,使得法官成为“高危职业”⑤。这一错误导向带来的严重后果一方面使当事人甚至案外人“大闹大收益”的行为逻辑盛行,另一方面更让法官如履薄冰。因此,在追求事实真相与规避风险之间,法官当然宁愿选择后者,躲在挡箭牌后面自保也成为必然逻辑。如果法官在诉讼链条中始终处在一种被决定的地位,始终被各种考核所束缚,

① 参见最高人民法院院长周强2018年3月9日在第十三届全国人民代表大会第一次会议上所作的《最高人民法院工作报告》。

② 参见姜峰:《法院“案多人少”与国家治道变革》,载《政法论坛》2015年第2期,第25页。

③ 据了解,目前基层法院普通程序审理的几乎都是公告送达案件,其他不论难易基本上作简易程序审理。

④ 因一债务案件案外第三人寻求自杀,法官马瑞芝被无端指控“滥用职权罪”“枉法裁判罪”。尽管最后被判无罪,但1075天的追诉审理过程也让马瑞芝深感“原来窦娥是法官”,身心备受煎熬和折磨。参见李蒙:《法官马瑞芝:我的自救与他救》,载《民主与法制》2015年第8期,第25-27页。

⑤ 检察院随意提起公诉追究法官刑事责任,使法官成为“刚性维稳”的牺牲品,这一颇具中国特色的现象对于整个司法机关公信树立的影响尚未引起足够的重视。参见李蒙:《法官马瑞芝:我的自救与他救》,载《民主与法制》2015年第8期,第25-27页。

不敢形成内心独立判断,动辄被追究责任,那么很难形成让裁判合乎情理的能力[①]。

(五)当事人信访包括上访、闹访对法院和法官造成的压力,促使法官墨守表面证据而不是按照其内心确信的真相裁判

考察近年来法院和法官的办案逻辑,如何回应涉诉信访所带来的沉重压力成为不能不考虑的重要因素。但包括涉诉信访在内许多独具特色问题的存在,对法院和法官司法行为的影响,对整个司法运作的影响其实并没有引起太多的关注[②]。本来司法是解纷的最终环节,现行信访制度却使司法裁判本身成为信访对象,如何应对涉诉信访成为包括最高法院在内各级法院的重要职能。由于信访已是一个事关社会稳定的政治问题,而不仅仅是一个单纯的法律问题,息诉罢访成为制度设计包括最高法院诸多司法政策的最高目标。降低"信访率",甚至追求"零信访"成为法院和法官的办案出发点和落脚点。一旦当事人信访,特别成为"来省进京"访,诉讼案件成为了上访事件,成为了一个不稳定因素,无论对于承审法官,还是院、庭长,必须向当地党委政法委、上级法院甚至上级党委乃至最高法院和中央能够交待,能够摆脱作为案件承办人和承办法院的"干系"。因此,抛弃"吃力不讨好"的裁判方法,避免当事人信访、信访后法官和法院都能够"说得清楚",成为办案中的首选。与此相应,由于部分案件中司法不公甚至司法腐败现象依然存在,司法公信力尚未有根本性好转,"吃了原告吃被告"的负面评价始终是法院挥之不去的阴影,只要当事人对判决结果不满,法官本人就可能被怀疑。为了尽可能避免被怀疑为徇私而违背证据裁判,趋利避害选择下的最好自证手段当然就是"按照'硬邦邦'的证据裁判"。至于内心如何确信,是否应该听从良知呼唤,只能退而不论甚至根本就不在考虑之列。

三、司法责任制背景下法官"正义的良知"实现途径

一些影响性案件之所以社会公众反响强烈,均源于司法应对案件所涉公序良俗、道德情感乃至人伦底线时的失措。判决应当如何填补法律规则与人伦常情之间的罅隙,填补民众的美好愿望与僵硬的法条之间的冲突,真正回应人心诉求,客观中立地回应好案件中的伦理情境,取决于法官的能力,取决于创造什么样的司法环境使法官养成这样的能力,这正是进行司法责任制改革时必须高度关注的一个问题。回头看,此轮司法改革在司法责任制上通过建立排除内外干扰制度,明确独任庭、合议庭祛行政化的裁判生成机制,限缩审判委员会讨论事项等,使法官取得权责统一的主体地位。但对于法官具体司法责任的承担,还缺乏符合司法规律的责任豁免制度。而责任豁免制度的建立恰恰为法官享有独立自主司法环境所必需,或者说是法官能够弘扬正义的良知的必要空间。

按照《牛津法律大辞典》的解释,"豁免"是指"不受某些法律后果约束或不适用某些法律规则的自由状态"[③]。现代各国司法制度对于没有故意或重大过失所造成的错案均实行责任豁免,这是由现代司法职业的特殊性和司法规律所决定。司法权是判断权,司法权的行使是通过诉讼方式实现的。此

① 参见李拥军:《合法律还是合情理:"掏鸟窝案"背后的司法冲突与调和》,载《法学》2017年第11期,第39页。

② 当前对司法实践中许多问题的研究恰恰以为法院只在理论的真空,或者一切以他国的模式观照,脱离具体的司法环境研究中国的司法问题很多时候未免有空谈之嫌。

③ [英]沃克:《牛津法律大辞典》,李双元等译,法律出版社2003年版,第546页。

间,公正既是核心也是目标,其实现必须以法官的独立、中立、亲历为基本要求。而司法的特点在于:一方面,司法需对事实作出正确认定,但由于认识方式上的间接性和逆向性,以及受制于认识技术滞后和其他诸多制约条件,通过诉讼"确定事实是一个充满可能出现许许多多错误的困难过程"①。另一方面,如何准确适用法律可能涉及法条本身含义不明或不同解释,例如在刑事诉讼中可能造成侦、检、审之间以及不同审级之间对同一法律规定"各有各的理解,各有各的把握"②。由此带来即使法律被仔细地遵循,过程被公正地恰当引导,还是有可能达到错误的结果,③所以,判断的公正必须以司法人员意志的独立为前提,意志的独立又受制于包括必要的责任豁免在内的基本职业保障。它要求司法人员依法独立行使职权除了不受权势、地位、金钱、人情等因素干扰外,也要求案件的处理结果与其自身利益不相牵连,即不能因其对案件的判断而给自身带来风险,从而影响心证的独立形成,导致其中立性和超然性的偏离;或者为规避自身责任而采取请示汇报、推诿上级审判组织包括院庭长、审委会乃至上级法院等,以此造成司法亲历性不复存在。在此,如果不以一定条件下的责任豁免为保障,上述司法公正所必须的独立、中立、亲历将成无源之水。责任豁免与司法责任追究相辅相成,共同组成司法责任的整体。

所以,在进一步完善司法体制改革的过程中,应该围绕如何建立符合司法规律的司法责任制这一问题,将原《人民法院审判人员违法审判责任追究办法(试行)》关于"因对案件事实和证据认识上的偏差而导致裁判错误的,审判人员不承担责任"的类似规定,吸收进司法责任制度体系中,只以故意或重大过失为追责条件,以给法官在法律的形式逻辑与实质的价值判断发生冲突时有进行抉择的空间;同时,去除上述各种同样有违司法规律的考核。在此背景下,通过以下几个方面落实,以期不断接近"让人民群众在每个司法案件中感受到公平正义"的目标。

(一)"弘扬正义的良知",以善良之心把握每一个案件

《中华人民共和国法官职业道德基本准则》第35条明确要求法官必须"弘扬正义的良知",它保持了与现代法治国家对法官要求的一致,承继了中国传统司法美好的一面。法官的职责首先当然在于严格依法裁判,但法官不是"宣读法律文字的喉舌"或操作"自动售货机"的工匠④。因成文法局限性,法律的一般规定与现实个案之间并不总能一一对应,因此法官判案的过程绝不是一种简单地对号入座的过程。法律的适用从来不是机械的、死板的、僵硬的。良知司法的首要途径就是通过法官对法律规范的把握,"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"⑤。当下,尽管社会主义法律体系已经基本形成,但一些不合理的法律规定依然存在,一些落后于时代的法律规定依然需要清理,一些必须加以保护的公民权利尚缺乏完善性规定。因此,在案件必须和时机恰当的情形下,突破法律规则实现个案救济在一定范围内成为可以接受的选择。无论"鹦鹉案"中最高人民法院核准广东省深

① [美]罗斯科·庞德:《通过法律的社会控制》,沈宗灵、董世忠译,商务印书馆1984年版,第29页。

② 沈德咏:《推进以审判为中心的诉讼制度改革》,载《中国法学》2015年第3期,第8页。

③ 参见约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏译,中国社会科学出版社1988年版,第79页。

④ 所谓"将法律化为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,就能做出法律上的裁决",这种关于司法过程与法官职能的理论被讥为"机械法学"而受到后世学人的猛烈抨击。参见沈宗灵:《现代西方法理学》,北京大学出版社,1992年版,第329页。

⑤ [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第9页。

圳市中级人民法院在法定刑以下对王鹏作出判决;还是类似许霆案的广东省惠州市惠阳区人民法院(2014)惠阳法刑二初字第 83 号于德水盗窃案,法官在判决书明言其判断基于法官的良知,我们可以从越来越多的典型案例中感知这一趋向。不独当下,其实在泸州遗赠案前的 1997 年 3 月,北京市海淀区人民法院判决的贾国宇诉北京国际气雾剂有限公司等人身损害赔偿案,在当时并无精神赔偿法律依据的情形下,基于被告给原告造成的无可置疑的终身精神损害,判决被告承担 10 万元精神损害赔偿金。如果说泸州遗赠案是对现行规则的排除,贾国宇案则是对现行规则不足的补充,从中都能看到法官的良知和追求公平正义的情怀。可以想见,没有基于良知的睿智和担当,就不可能有这样闪烁人性光辉的判决。

法官良知在司法过程中的作用并非难以捉摸,它体现在三个方面:一是引导法官自觉融入社会主流价值观。良知首先是一种道德评价的内在形式,是内心的善恶判断能力,同时它又源自社会价值观念。作为社会群体一分子,群体价值观"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"①。当面对涉及诸如公序良俗、社会道德以及人伦情感等案件时,法官基于良知作出判断,由此连接起个人道德与社会道德、法律评价与社会评价之桥,最终做出符合主流价值、不违公众情感的司法判断。二是保障法律规则的善意适用。任何善法的实现,都仰仗于法官的良知导向,否则,司法审判中的实质性社会公正将会在法律形式公正的外衣下消失。甚至可以说,一旦法官缺乏良知,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。对此,史尚宽先生言:"虽有完美的保障审判独立之制度,有彻底的法学之研究,然若受外界之引诱,物欲之蒙蔽,舞文弄墨,徇私枉法,则反而以其法学知识为其作奸犯科之工具,有如为虎附翼,助纣为虐,是以法学修养虽为切要,而品格修养尤为重要"②。三是弥补法律规则的缺陷和漏洞。受成文法局限所决定的一般规定与现实个案之间的难以一一对应;随着社会发展和新类型案件不断涌现,规则的缺失、冲突或者个案适用中的显失公平更非个别现象。无论泸州遗赠案对规则的排除还是贾国宇案对规则不足的补充,从中都需要法官以良知弥补规则缺陷,填充法律漏洞,优化裁判效果,最终恢复法律的正义性。

(二)准确把握立法本意,以主流道德价值回应社会公众期待。

泸州遗赠案判决不久,有学者认为这是个典型的"以德入法"的案例并表示忧虑,主张司法要"远离道德",判决就是讲法律,别将道德扯进来③。法律当然有其自洽的逻辑,但它并不是一个孤立的、封闭的体系。"法律本身即从道德中脱离而来,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"④。我们不说在自然法学那里,法律的道德性被认为是法律有效性的前提,道德被当成比法律更高的"法"的一种形态。即使如实证主义法学,也不否认法律与道德那种藕断丝连的联系。霍姆斯坦承:"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"⑤。《民法通则》第七条曾规定"民事活动应当尊重社会公德"。十

① 参见陈章龙:《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。

② 参见史尚宽:《宪法论丛》,荣泰印书馆 1973 年版,第 336 页。

③ 参见刘江:《别以道德的名义》,载《南方周末》2001 年 11 月 15 日,第 5 版。

④ 秦策、夏锦文:《司法的道德性和法律方法》,载《法学研究》,2011 年第 4 期,第 42 页。

⑤ Oliver Wendell Holms, The Path of the Law, 10Harv. L. Rev. 457, 459(1897). 转引自:秦策、夏锦文:《司法的道德性和法律方法》,载《法学研究》,2011 年第 4 期,第 42 页。

二届全国人大五次会议通过的《民法总则》第八条更是明确“民事主体从事民事活动,不得违反法律,不得违背公序良俗”。无论《民法通则》还是《民法总则》,都是立法者对“公序良俗”的认同和法律对道德的“积淀”。泸州遗赠案的判决正是援引了《民法通则》的原则并作了具体阐述,其所要说明的无非是法律如果背离了人类最基本的伦理目标和道德,势必将失去规范人们行为的合法性基础,是故“寓于法律规范之中的价值当然成为法律适用的目标”①。

当然,法律的道德目的也是与时俱进的,它既包括立法者在制定该规范时所要达到的初始目的,也包括当前社会条件赋予该规范的当下目的。从传达法律规则中的道德要求出发,由于道德具有时代性和多元性,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。我们还是来看泸州遗赠案。婚姻家庭关系与道德、习惯等社会规范最为密切,多数情况下,法律与社会公认的道德习惯都能基本吻合并保持同步。如果社会的道德观发生了根本性改变,法律规范亦将作相应改变。否则,脱节甚至相悖,将会导致民众的规避和对抗,法律也就失去正当性基础。例如,法国民法典最初对非婚生子女与婚生子女采取差别待遇,目的主要是保护合法婚姻,随着对儿童权益平等保护的道德观的确立,这一制度随之改变。我国 20 世纪 80 年代制定的《继承法》确立的原则是遗嘱继承优于法定继承,并对遗赠仅作最低限度限制。撇开改革开放后公民私人积累的财富使继承实际上成为重要的财富再分配机制不谈,《继承法》制定之初不曾出现的所谓“包二奶”问题,当下已成为具有一定普遍性的社会问题。很多时候有过错的一方往往将其财产一部甚至大部转移到同居者那里,从而侵害无过错配偶(及其子女)的权利。因此,《婚姻法》除了在第 3 条明确规定:“禁止有配偶者与他人同居”外,鉴于直接制裁“第三者”在法律上很难操作,在第 46、47 条设计了相应的救济措施对上述现象予以抑制。但《继承法》相应条文尚未做出修改,将遗产以遗嘱方式由“第三者”直接继承是否应受保护就是个非常值得探究的问题。所以,无论财富增长还是财富增长条件下的遗产处置,包括类似泸州遗赠案中的问题,表面上显示的法律冲突在于个人自由意志和处分权是否应该高于其对家庭承担的责任。实际上在于如何协调《继承法》在当初制定相应规范时的立法本意与当下的主流道德价值,换言之,由于出现立法未能预料的社会现象,而直接适用该法条明显与社会主流道德价值相悖时司法应作何选择。

进而言之,“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”②。彭宇案恰恰在于法官误解或者说没有把握住社会的主流道德观,甚至以个人的道德观理解为公众的道德观,并据以推理;反观泸州遗赠案,法官的判决契合了时代主流的道德观点③。所以在司法过程中,法官“必须谨防纯粹个体的或主观的价值论”④,避免判决沦为个人价值的产物。当然,社会主流道德价值观也有一个发现和确认的过程,他自己不会跑到法官面前自我宣谕、自动适用。有学者曾提出司法发现主流道德价值观的四个途径或说方法:一是确认道德观念的基本性,即司法适用的是“底线道德”;二是把体现民意的立法意图作为寻找主流道德观念的权威性依据;三是将价值判断整合到法律目的、精神

① 孔祥俊:《法律方法论》,人民法院出版社,2006 年版,第 23 页。

② [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。

③ 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 438 页。

④ [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。

之中，保证价值判断与现行规则、制度、程序紧密联结，体现法律价值体系的整合性；四是引入实证的社会标准①。遵循一定的规则发现主流道德价值观并予确认，本身就是将其融入个人价值观，进而作出判决、引领社会良好道德风尚的过程。也是法官准确把握立法本意，以主流道德价值回应社会公众期待的题中之义。

（三）审慎驾驭法律规则和法律原则的关系，以法律的尺度实现道德的要求

法官“不是随意漫游、追逐他自己美善理想的游侠”②。弘扬正义的良知，引领社会良好道德风尚，需要遵循一定的司法方法，掌握一定的裁判技巧，而不是随心所欲的道德说教甚至泛道德化。就适法层面而言，如何把握和处理好法律规则与法律原则的关系最为重要。随着社会发展和新类型案件不断涌现，法律规则体系的不合目的性、不周延性和滞后性不断反映，规则的缺失、冲突或者个案适用中的显失公平已非个别现象。泸州遗赠案之所以典型，正在于法官认为某一法律规则在特定个案的解决中存在漏洞，通过原则的解释，直接取代规则的效力，从而使判决彰显出应有的时代光辉。检索《最高人民法院公报》适用法律原则进行裁判的案例，均能发现适用法律原则所起到的弥补规则缺陷，补充法律漏洞，优化裁判的社会效果③。如何以法律原则对个案进行创造性的适用以适应时代要求，已成为法官必须面对的重要课题。

但法律原则天生缺乏针对性和操作性，其抽象和概括的特性决定了适用中难以精确界定，必须依据案件的具体情况由法官评价权衡。这使原则裁判不可避免的烙上法官个人的价值取向和主观判断，也带来了主观恣意的可能，必须给法官套上法律原则的适用缰索④。撇开理论认识角度的不同，在以原则替代规则时有几点必须递进式的把握：

首先，适用原则的前提只能是在规则穷尽、规则冲突和规则悖反的场合。司法实践中当系争案件没有直接的法律规则可以适用，包括穷尽了对类似规则的解释与类推适用；存在两个及以上可适用的法律规则且结果不同，或者对类似案件适用其他规则处理会出现不同的法律后果；适用规则将导致系争案件的处理结果极不公正时，原则才可登场。就一些特定案件而言，“如果按照形式合理性的要求处理‘本案’的话，就可能导致一个严重的后果，即个案结果的实质合理性被过度牺牲。对于一个法治社会和形式合理化的法律制度来说，尽管为了实现普遍正义时常要以多少牺牲某些个案正义为合理代价，然而，在少数特殊的个案中，若要牺牲个案正义，即从根本上违背了法律制度的目的，并超出了立法者预期中所准备支付的‘合理代价’范围，此时就可能发生司法者用实质合理性来排斥形式合理性的例外情况”⑤。这是“预先设计的法律对特殊案件个别性的让步”⑥。

其次，适用原则所获得的法益应当大于被排除规则背后的原则所获得的法益。“规则不能”的情景在司法实践中并非罕见，但法律原则的高度概括性和抽象性决定了法官排除规则适用原则时，必须

① 参见秦策、夏锦文：《司法的道德性和法律方法》，载《法学研究》2011 年第 4 期，第 40 页。

② ［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。

③ 王燕平曾检索 1985 年第 1 期至 2005 年第 12 期的《最高人民法院公报》，以法律原则作为判决依据的民事案例共有 98 件。参见钱海玲：《论法律原则在我国司法裁判中的适用——以〈最高人民法院公报〉案例为范本的研究》，载《法律适用》2008 年第 3 期，第 2-6 页。

④ 参见舒国滢：《法律原则适用中的难题何在》，载《苏州大学学报》2004 年第 6 期，第 19 页。

⑤ 郑成良：《法律之内的正义——一个关于司法公正的法律实证主义解读》，法律出版社 2002 年版，第 155-156 页。

⑥ 王泽鉴：《法律思维与民法实例》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 245 页。

确定是否存在适用原则的更强理由,而不应仅仅停留于确信“他所选择的道路导向了正义”①。排除规则而适用原则表面上是规则与原则之间的冲突,实质是两个原则之间分量的较量,也即适用某一原则所获得的法益应当更大,而法律安定性价值的减损能够控制在最小。不同原则之间的衡量体现了不同价值的博弈,这个过程不可避免的带有裁判者的价值判断取向,必须在判决中予以充分的论证说理。此间的价值判断不是法官的任意发挥,而必须与法律的基本原则、法治的基本理念、善良的道德诉求相一致。帕尔默案阐述的理解法律的真实含义不能仅以处于历史孤立状态中的法律文本为依据,应当创造性的构思出一种与普遍渗透于法律之中的正义原则最为接近的法律,从而维护整个法律体系的统一性,至今仍是每一位法官思考的典范。

再次,准确把握构成原则适用的事实条件。一方面,需要将抽象、宽泛的原则内涵与具体、确定的个案事实联结起来,即以案件基本事实为切入口,确定裁判的核心要素,通过核心要素架构案件事实与优先适用于该案的法律原则之间的联系②。如民间俗称的“凶宅”买卖合同纠纷,虽然房屋在实物形态上没有贬损,但由于忌讳,房屋的居住使用目的这一核心要素会受到根本影响,从而导致房屋贬值;故尽管基于买卖合同规则不具无效因素,但据诚实信用原则应当赋予买方撤销权③。另一方面,原则的适用本质上是为一项拟排除的规则创设例外,案件事实条件构成了这个例外规则的前提,这个事实条件必须宽窄适度,否则具体化过程难以成功,并将使原则的适用不恰当地扩大。

最后、构建原则适用的类型化,减少原则适用的不确定性。“没有一个公式能够告诉我们什么行为是不道德,从而是不正当的”,我们应“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应的特定原则”④。通过对适用原则案例的归纳与对原则适用方法的总结,建立原则适用的“类型谱”,是消除原则适用缺乏针对性和操作性的重要实践途径其对于提高原则适用的确定性和统一性意义重大。国内有民法学者曾将违反公序良俗的行为归纳为十种类型⑤;德国法学家卡尔·拉伦茨对违反诚实信用原则也曾进行类型化总结⑥;对我国合同法第 6 条的诚信原则许多学者主张也应通过对现有案例的梳理和使用方法的总结,构建司法适用类型谱⑦。至于类型化的途径可从以下三方面入手:一是法律关系映照的相同或相似的社会原型;二是争议问题蕴涵了相同或类似的伦理价值和道德标准;三是同类纠纷有可能在司法实践中反复出现。通过法律原则适用的类型化,最终使裁判者的目光在个案与原则间往返巡梭时有脉络可循,既难以恣意,也不再飘忽,从而避免依据原则裁判时的不确定性。

司法责任既是法官的墨绳,更是护身符和保护伞。建立符合司法规律的司法责任制,才能使重负中的中国法官真正进入“弘扬正义的良知”的美善境界,以善良之心对待每一个案件。客观认定纠纷事实、审慎驾驭法律规则和法律原则的关系,准确把握立法本意,妥善回应公众期待,以此创造出不负

---

① [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 88 页。

② 参见彭诚信:《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,第 92-113 页。

③ 如(2014)沪一中民二(民)终字第 2456 号“殷宇与马舒因房屋买卖合同纠纷案”。

④ [美]罗斯科·庞德:《通过法律的社会控制》,沈宗灵、董世忠译,商务印书馆 1984 年版,第 313 页。

⑤ 参见梁慧星:《市场经济与公序良俗原则》,梁慧星主编,民商法论丛(第 1 卷),法律出版社 1994 年版,第 57 页。

⑥ 参见[美]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论:上册》,王晓晔等译,法律出版社 2003 年版,第 308-309 页。

⑦ 参见李勰:《再论诚实信用原则的类型化--以传统抽象概念思维为参照》,载《西南政法大学学报》2013 年第 5 期,第 80 页。

时代的判决,努力让人民群众在每一个案件中感受到公平正义。ML

The Conscience of Justice under the Background of Judicial Responsibility System

LU Yong-di

(HangZhou Normal University, Hangzhou 310008, China)

Abstract: From the Pengyu case in Nanjing to the murder case in Liaocheng, Shandong Province, even the case in Zhengzhou elevator to dissuade smoking, and the case in Guangzhou to pick arbutus to die, the current series of influential cases constantly question how the court and judges should deal with the cases related to social morality and good customs, so as to complete the case relief in accordance with the common sense and not against the mainstream moral feelings of the public, and finally achieve the social moral style response and guidance, which can show the judicial value. Although there are various reasons for this kind of cases to become influential due to the judge's lack of grasp, it is undoubtedly an important aspect to avoid the pursuit of "promoting justice conscience" in fact finding and law application, and to reduce or eliminate the risk of handling cases. Therefore, we should improve the system of investigating misjudged cases in the reform of judicial responsibility system. On the basis of establishing a system of responsibility exemption under due process, the judge should treat every case with a kind heart, based on the requirement of "promoting the conscience responsibility exemptionof justice" in Article 35 of the Basic Code of Professional Ethics of Law Officials of the People's Republic of China, accurately grasp the original intention of legislation, and take the mainstream moral value to respond to the public's expectation; to control the relationship between legal rules and principles prudently, to realize the moral requirements in the scale of law, and to make the people feel the fairness and justice in every case.

Key Words: judicial responsibility system; influential cases; responsibility exemption; justice conscience

本文责任编辑:董彦斌

青年学术编辑:周 力