

何以合法？

对“二奶继承案”的追问

何海波^{*}

司法判决就像一道选择题,标准答案只能有一个,但标准答案是什么却是可争论的。无论采取什么样的回答,都需要法律共同体内的公民对它的普遍认可,从而获得合法性 (legitimacy)。在当代司法实践中,司法判决的合法性常常被化约为合法律性 (legality)。人们假定,一个符合法律的判决就是合法的判决,是民众将会接受并应当接受的。然而,假定不等于现实,人们对“法律是什么”的分歧常常困扰着司法判决合法性的实现。追寻司法判决的合法性成为法律的一个永恒主题。

本文不打算做宏大的叙述,而是从一个几年前的案子入手,放在中国社会的具体情境中讨论司法判决的合法性。这个案件的基本案情是许多读者熟悉的:四川泸州男子黄永彬临死前立下遗嘱,指定遗产归他情人而不归发妻。由于妻子蒋伦芳实际控制了财产,情人张学英就告到法院。泸州中级法院终审确认,遗嘱因违背了“公序良俗”而无效。^[1] 该案因贴上“二奶继承案”之类的标签而为媒体一时瞩目,又因司法判决“以德入法”而遭到一些学者激烈批评。现在,围绕该案的争论早已尘埃落定,我们也许可以更理性地审视司法判决及其批评者的得失,反思争议背后司法判决所面临的合法性问题。

本文讨论的出发点,也正是各方争论的焦点,即黄永彬的遗嘱是否应当无效? 对这一问题

^{*} 清华大学法学院副教授。本文的写作,得益于与何兵、萧瀚、宋功德、杨利敏、程金华、黄卉、叶逗逗和陆宇峰诸友的讨论和争辩。论文初稿曾先后在国家行政学院的读书小组和北京大学法学院的 workshop 做过讨论,得到不少有益的评论。还有多位评议人给了认真、直率而富有启发性的批评。泸州中级法院吴红艳法官提供了判决书。在此一并感谢。

[1] 四川省泸州市纳溪区法院民事判决书, (2001)纳溪民初字第 561 号;泸州市中级法院民事判决书, (2001)泸民一终字第 621 号。

的回答,可能随着对案情的探悉^[2]或者对法律修改的设想而变化。^[3]为便于讨论,我将首先悬置黄永彬与张学英关系的细节(有时也袭用其实很不恰当的“二奶”一词),而把论题概括为:根据现行法律,遗嘱人与第三者婚外同居这一事实,应否导致他把财产赠给第三者的遗嘱无效?从实践技巧而言,这个问题完全可能存在折中的解决方案,例如把它看作一个地方性的问题而允许各地法院自行其是,或者允许“道德骑墙”而让发妻、情人平分财产。^[4]但是,从学术讨论而言,追寻一个非此即彼并普遍适用的结论能够使本文设定的合法性论题更加集中,避免论证过程旁逸斜出;同时,它也可能使这一论题获得更加普遍的意义,而不限于就案论案的决断。基于这一考虑,本文排除“地方性判决”或者“道德骑墙”的可能,而宁可把争论推向针尖对麦芒的境地:遗嘱有效抑或无效?

本文的目的不是为上述问题提供一个正确答案,而是追问司法判决合法性的来源。我将依次检讨法条主义的演绎、价值衡量的方法、法律商谈的视角和法律程序主义对于司法判决合法性的意义。中国学者所熟悉的哈特(H. Hart)、德沃金(R. Dworkin)、哈贝玛斯(J. Habermas)等人的理论,代表了从不同角度为司法判决寻求合法性的努力。我的讨论将会旁及这些理论,但我不准备套用这些理论,相反,个案的分析也许正好可以检验这些理论。另外需要说明的是,在讨论过程中,我对于法院的判决理由和对它的各种批评意见都有所批评。无论法官“以德入法”,还是批评者呼吁“远离道德”,在我看来都是建立在法条主义的流沙上,一样地靠不住。在围绕本案法律论争的背后,不同社会价值的根本冲突和社会态度的尖锐对立,才是问题的实质。它引发了司法判决难以避免的合法性难题。

一、法官的逻辑

在分析批评者的观点前,先简要介绍一下法院的判决理由。这一判决引人注目、也备受争议的地方,就是它引用了《民法通则》关于公序良俗原则的规定。在中国当今的司法判决中,援引法律原则判决还是不多见的,该案判决因此成为“根据原则判决”的创新之一。但这一创新是否成功呢?

在法庭上,原告张学英拿着《继承法》,主张根据遗嘱她可以得到财产;发妻蒋伦芳则拿着《民法通则》,要求宣布黄永彬所立遗嘱无效。面对法条之间显而易见的冲突,泸州中院的二审判决书排除了《继承法》在本案中的适用:

[2] 该案的实际情况和争议问题要复杂些。例如,黄永彬处理了夫妻共有财产中属于其妻蒋伦芳的部分,因而该遗嘱部分无效。再如,据说黄永彬与张学英在同居期间生了一儿子,黄永彬的遗嘱没有为他“缺乏劳动能力又没有生活来源的”儿子——可能还包括发妻蒋伦芳——保留必要的遗产份额,这也导致其遗嘱部分无效。又如,黄永彬与张学英关系的细节,甚至张学英是否通常意义上的“二奶”,也需要认真考虑。这些因素都可能影响对本案的具体处理。

[3] 对于该案引发的《继承法》的修改完善问题,包括为妻子增设“保留份”制度,可参见金锦萍:“当赠与(遗赠)遭遇婚外同居的时候:公序良俗与制度协调”,《北大法律评论》(第6卷第1辑),法律出版社2005年版。

[4] 参见郑永流:“道德立场与法律技术:中德情妇遗嘱案的比较和评析”,《中国法学》2008年第4期。

《中华人民共和国民法通则》第7条明确规定“民事活动应当尊重社会公德,不得损害社会公共利益”。此即民法的“公序良俗原则”。作为现代民法的一项基本原则,“公序良俗原则”……在法律适用上有高于法律具体规则适用之效力。

判决书隐含了一个全称判断:在法律效力上,“法律原则高于具体规则”。按照这一法律适用的优先规则,找到了《民法通则》的条文,就是找到了正确的法律;公序良俗的大旗举起,《继承法》马上偃息,不再考虑。要考虑的仅仅是违反公序良俗的后果,以及黄永彬的遗嘱是否违反公序良俗。

判决书承认,“并非一切违反伦理道德的行为都是违反社会公德或社会公共利益的行为”。但它马上指出:

违反已从道德要求上升为具体法律禁止性规定所体现的维持现行社会秩序所必需的社会基本道德观念的行为,则必然属于违反社会公德或社会公共利益的行为,依法应为无效民事行为。

请特别注意后半段话。判决书在这里再次运用了一个全称判断:一切违反社会公德的民事行为,都是无效民事行为。只要黄永彬与张学英非法同居被认定为违反社会公德,那么,一切其他的法律规则包括《继承法》规定的遗嘱人的处分权、受遗赠人的受遗赠权,统统不予适用。

那么,社会公德的内容是什么?黄永彬的遗嘱是否违反社会公德?判决书找出了更具体的条文:《婚姻法》第4条,“夫妻应当互相忠实,互相尊重”;第3条,“禁止有配偶者与他人同居”。看,这不就是说公序良俗吗?黄永彬的行为难道不是违反公序良俗吗?违反公序良俗的遗赠行为难道不应宣告无效吗?

泸州中院二审判决最后的结论是:

黄永彬与上诉人张学英长期非法同居……所立遗嘱违反法律规定。

综上所述,法官首先找出了应当适用的法律条文(《民法通则》第7条关于社会公德的规定),并指出它的效力(违反社会公德的民事行为都无效)。然后,结合《婚姻法》,指出婚外同居违反社会公德。最后的结论是,将财产赠与非法同居者的遗嘱无效。上述论证似乎环环相扣,具备逻辑的一切光彩。

法官也许可以心安理得了:法律条文之间有着确定不移的适用规则,他已经根据这个规则适用了正确的法律条文,他的判决就是从法律条文中推导出来的。法官甚至可以感到骄傲:他找到了他的同行可能不会想到,运用了他的同行可能还不敢运用的法律条文——《民法通则》关于公序良俗的规定。然而,当法官试图克服法律条文(准确地说是《继承法》条文)的不足,而尝试性地引入法律原则(其实只是一个概括性的法律条款),却滑入了法条主义的泥坑。法官似乎相信,法律条文包含着确定的内容,法条之间有着固定的顺序。虽然他们表面上“以德

入法”,骨子里还是把法律看成一套由法律条文所表达的封闭自足、客观存在的规则体系,因而法律与道德从根本上仍然可以分离。^[5]

该判决的批评者质问:有了《民法通则》规定的原则,其他法律必然不再适用吗?一旦认为违反“公序良俗”,其行为一概无效吗?即使非法同居违反了公序良俗,遗嘱也是违反公序良俗吗?本文不打算详细分析这些问题。对法院判决的众多批评足以显示,法官所预设的前提是多么的不牢靠,法官所依据的法律适用规则是如此的破绽迭出。虽然如后所析,批评者的批评同样存在问题。

二、法律适用规则的棘丛

下面我着重分析批评者所持的理由。我的分析对象是报刊和互联网上的相关文章。虽然这些文章不都是严格的学术论文,也不全出自“法学家”之笔(有一些出自法学研究生),但它们似乎代表了法律界广泛流行的法律推理方法。相关的观点可分为两类:一是从法律推理过程入手,认为法院判决错误地适用了法律;二是从判决后果入手,指责法院“以德入法”。对“以德入法”问题我将在下面部分讨论,这里先分析法律适用问题。

批评者在法律适用问题上的理由是多种多样的。最典型的论证方式是援引我国《宪法》、《民法通则》和《继承法》的相关条文,特别是《继承法》第16条,“公民可以依照本法规定立遗嘱处分个人财产。”^[6]结论自然是:黄永彬的遗赠行为于法有据,张学英应该得到遗产不容置疑。可是,面对蒋伦芳所引用的《民法通则》关于公序良俗的规定,以及《婚姻法》关于夫妻相互忠诚、禁止婚外同居的规定,法条之间存在明显冲突。对此,批评者试图证明,《民法通则》和《婚姻法》在本案中不应该适用,法院的错误正是在于错误地适用了《民法通则》和《婚姻法》。

意见一:《婚姻法》与本案无关

一些学者认为,本案是继承纠纷而不是婚姻争议,就当适用《继承法》,而不该把《婚姻法》或者别的什么法律也拉进来;否则,“继承案件难道还要适用环保法不成?”^[7]无疑,这是一个值得认真对待的观点。它建立在这样一个牢固的信念基础上:《继承法》是调整有关继承事项的唯一、自足的法律,不会再有别的法律跟继承有关。推而广之,一旦立法机关制定了调整某个领域的特别法律,别的法律就被排斥适用(这里可以加一个限定:除非该法的指引性条款

[5] 这正是“包容性法律实证主义(inclusive positivism)的一个现成例子。有关法律实证主义不同流派的梳理和评析,可参见 J. Coleman, Negative and Positive Positivism, in M. Cohen (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Rowman & Allanheld, 1984; K. E. Himma, Inclusive Legal Positivism, in J. Coleman & S. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, 2002

[6] 例如,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。被援引的法条至少还有4条:我国《宪法》第13条,“国家保护公民的合法收入、储蓄、房屋和其他合法财产的所有权。国家依照法律规定保护公民的私有财产的继承权”;《民法通则》第71条,“财产所有权是指所有人依法对自己的财产享有占有、使用、收益和处分的权利”;第5条,“公民、法人的合法的民事权益受法律保护,任何组织和个人不得侵犯”;《继承法》第5条,“继承开始后,按照法定继承办理;有遗嘱的,按照遗嘱继承或者遗赠办理……”

[7] 同上注。

指引别的法律)。不过,这一点却很难说,到现在为止,还没有任何法律宣布这样的规则。“一码是一码”、“井水不犯河水”是有条件的,我倒可以举出好多反例来。例如,《继承法》没有对“配偶”下定义,假如张学英称自己与黄永彬以夫妻名义同居5年并生下儿子,因此是黄永彬的配偶,那么很多人恐怕要引用《婚姻法》来驳斥了。

也许,持前述观点的人反驳说,我把他的观点任意扩大了,无论如何,在本案中《婚姻法》与继承无关,因为非法同居与立遗嘱是两个行为。应当区分两种不同的行为:“偷偷地搞婚外恋是一回事,暗地里下遗嘱、赠遗产又是另一回事”,不能把两个事情扯在一起,用一种行为的合法性去评判另一种行为的合法性。^[8]可是,对蒋伦芳而言,这两码事就是关联的:把财产给了情人不给老婆,这怎么能允许呢?《民法通则》要求民事活动尊重社会公德、《婚姻法》要求夫妻互相忠诚和禁止婚外同居的话,难道就白说了?法律不但不制裁婚外同居,竟然还允许丈夫公然把财产往别人家里搬?你可以跟她解释:法律禁止婚外同居,但不是用限制遗产处分权的方式来制裁婚外同居。蒋伦芳也可以继续争辩:“为什么?我们如果足够尊重辩论对手,在要求她也接受这个结论前,仅仅告诉她非法同居与立遗嘱没有关系,是不够的。”

意见二:法律不问动机

还有学者提出一个法律适用原则:法律行为不问动机。有论者指责法院“走得太远,管得太宽”,理由是法律只管民事活动,而不管“民事活动的动机”。^[9]还有论者说,法院只需审理遗嘱在形式和内容上是否合法有效即可,法院审查了立遗嘱的动机和原因等条件系“多管闲事”。^[10]几位学者旁征博引了德国和台湾学者区分法律行为与事实行为的见解,遗赠作为法律行为是“不问动机的”。^[11]

但论者也承认,“法律行为不问动机”是有限制的。^[12]有研究者进一步指出:在判断婚外同居期间的赠与(遗赠)行为是否违反公序良俗时,必须结合行为人的动机来判断,看其是否以维系婚外性关系为目的。^[13]据此,假如黄永彬将遗产给了另外一个女人,条件是换取她的性服务,遗

[8] 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。

[9] 参见喻敏:“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”,《西南民族学院学报(哲学社会科学版)》2002年第11期;又见喻敏:《法官走得太远,管得太宽》,北大法律信息网 http://article.chinalawinfo.com/article/user/article_display.asp?ArticleID=1456。

[10] 参见李家军:《法治的一种现实困境:关于四川泸州一起继承案的法理思考》,北大法律信息网 http://chinalawinfo.com/fzdt/pl_jdft.asp?id={B5D3CAD4-9FF9-430E-9084-71FA5B5CDC20}。

[11] 何兵,见前注[8]。另一种相似的观点是:法律不问原因。萧瀚先生提出,法院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合法性,而不审查财产给付行为的原因。法院审查法律行为的目的限于行为人明确意思表示,如果行为人没有明确意思表示(如黄永彬),那么应当“推定其行为本身即为目的”,所以也就谈不上目的的不合法了。参见萧瀚,见前注[6]。

[12] 何兵,见前注[8]。“如果被继承人立其情妇为继承人,‘旨在酬谢其满足自己的性欲或旨在决定或加强这种两性关系的继承’,那么这种行为通常被认为是违反善良风俗的。相反,如果被继承人具有其他动机,即如旨在给其情妇提供生活保障,则这种行为通常就是有效的。”(德)迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,页514。

[13] 金锦萍,见前注[8]。该文通过考察德、法、日和我国台湾等地的做法,指出这是上述国家和地区的共同经验。

嘱就应当无效;本案黄永彬的遗赠,是临死前立的,显然不是以维持性关系为目的,因此遗嘱应当有效。这种理论上的区分和事实上的查究,使得其观点显得更加中肯、稳健,也更有可能被接受。

但是,这一观点首先意味着“法律行为不问动机”存在着例外。例外的存在在法律原则上撕开了一个缺口,法律行为不问动机这一原则就不再那么牢固,本案是否应当成为例外就不是不可争论。其次,这一观点主要是建立在若干国家的经验基础上,其预设的前提是这些国家的法律也应当是中国的法律。对这一点,有研究者指出了德国最高法院立场的前后变化以及驱使这种变化的社会意识的变迁,^[14]一些中国学者在法律比较时可能忽略了法律规则的情境性。蒋伦芳完全可以提出异议:我们为什么要照搬这些国家的做法?这些国家的婚姻法是否也规定有“夫妻应当互相忠实”、“禁止有配偶者与他人同居”?在一、二审中,蒋伦芳都把黄永彬生前与张学英长期非法同居作为主张遗嘱无效的理由。^[15]蒋伦芳的异议提醒我们,即使像上面所说的看起来中肯的观点,仍然是武断的。

意见三:《继承法》是特别法,应当优先适用

下面两条意见主要是针对《民法通则》的。

有论者提出,《民法通则》不能适用于本案,本案只能适用《继承法》。理由之一,《继承法》是特别法,《民法通则》是一般法,一般法应当服从特别法。^[16]但蒋伦芳可能争辩,《民法通则》作为民事法律领域的基本法,“公序良俗”作为民法的帝王条款,具有涵盖全部民事法律行为的效果。况且,张学英的一些庭外辩护人不也援引《民法通则》吗(虽说是其他条文)?不但如此,“一般法应当服从特别法”这一规则很容易与另一条规则纠缠不清:《继承法》颁布在前,《民法通则》颁布在后,前法应当服从后法。这两条都是公认的法律适用规则,都能在《立法法》中找到依据。^[17]面对法律适用规则之间的冲突,在各方达不成一致的情况下,法律适用规则显然无法为我们提供一个确定的指示。

意见四:法律原则只有在法律规定不清楚的地方适用

于是,有人提出一个稍微不同的意见:法律原则只有在法律规定不清楚的地方适用;既然《继承法》已经有了明确规定,就不能再适用《民法通则》关于公序良俗的原则。^[18]与前面的

[14] 参见郑永流:“道德立场与法律技术:中德情妇遗嘱案的比较和评析”,《中国法学》2008年第4期。

[15] 参见前注[1]。

[16] 例如,殷啸虎:“道德力量对宪法原则的挑战:‘二奶继承案’的另类思考”,北大法律信息网 http://chinalawinfo.com/fzdt/pl_jdft.asp?id={81965ADE-24D9-4BE4-901E-B8F214065130},后收入殷啸虎:《感悟宪政》,北京大学出版社2006年版,第七章“实例分析与研究”;萧瀚,见前注[6]。

[17] 《立法法》第83条规定:“同一机关制定的法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章,特别规定与一般规定不一致的,适用特别规定;新的规定与旧的规定不一致的,适用新的规定。”该法第85条还规定:“法律之间对同一事项的新的一般规定与旧的特别规定不一致,不能确定如何适用时,由全国人民代表大会常务委员会裁决。”

[18] 萧瀚,见前注[6];参见朱元:“遗赠案三疑”,载《南方周末》2001年11月15日(作者提出,在本案情况下,一审法院应当请示上级法院);参见许明月、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》(第2辑),人民法院出版社2002年版。后者称:“该案中,对黄永彬所立遗嘱是否真实有效,张学英是否有权接受黄某的遗赠等问题,《继承法》里有明确的法律条文对其进行了规定,因此,法官在适用法律时决不能舍弃《继承法》的具体规范于不顾,而去直接适用极具模糊性与不确定性的公序良俗原则。”

论点相比,这一观念可能是最广泛流行的。问题恰恰在于,在这个案件中,法律是否明确是有争议的。^[19]在蒋伦芳看来,《继承法》就是不明确的:它既没有规定“丈夫把财产给情人不给发妻”这种情况下遗嘱有效,也没有规定遗嘱无效。

也许,这时某位法学专家可以告诉她,《继承法》第16条规定的“公民可以立遗嘱将个人财产赠给国家、集体或者法定继承人以外的人”,法律对“法定继承人以外的人”没有任何资格限制;^[20]或者进一步说,《继承法》规定的几种剥夺继承权情形,也没有涉及非法同居的问题。^[21]依照法律的一般原则,法律没有禁止就是可为的,法律没有规定剥夺就不能剥夺。^[22]

但这个一般性命题同样是有问题的。蒋伦芳可以争辩,《继承法》没有禁止并不等于立法者默认,而只是法律的缺漏。《继承法》制定于1985年,那时社会上婚外同居很少见,更没听说“包二奶”,至少它没有成为一个社会问题;如果当初的立法者能预见到今天的情形,他们一定会举手同意写上一条。即使放在今天讨论,人大也许也会通过这一条法律的。

从法理上讲,《继承法》没有明确规定的情况下,法院剥夺继承权(受遗赠权)并非不可思议。虽然在这个案件中,当法官根据道德做出判决以后,我们的法学专家嗤之以鼻;但我们不难想象,在一些案件中,法院根据道德做出判决,我们的观众,包括我们的法学专家,却可能拍手称快。举个例子,假如德沃金曾经讨论的埃尔默谋杀祖父案件发生在中国,^[23]假如我们的《继承法》没有明文规定继承人故意杀害被继承人应剥夺其继承权,而我们的法院根据道德判决埃尔默丧失继承权,法院得到的将是掌声还是骂声?如果说埃尔默案件不合适,因为我国《继承法》恰恰已经做了明确规定,那么,假如一个人立遗嘱把财产捐给恐怖组织以支持其活动怎么样?

意见五:法院判决违反宪法

还有学者甚至搬用了我国《宪法》第33条关于“中华人民共和国公民在法律面前一律平等”的规定,斥责法院以道德的理由挑战宪法原则。他说,宪法保护公民平等地享有继承权,适用法律不能有任何的例外,法院的判决使张学英依法应当享受的权利没有能够得到法律的

[19] 参见范愉:“泸州遗赠案评析:一个法社会学的分析”,《判解研究》(第2辑),人民法院出版社2002年版。作者指出,本案的分歧“首先在于能否认定继承法中存在法律漏洞”;“如果根据对继承法的机械解释,破坏合法婚姻家庭的当事人不仅不会得到法律的谴责和制裁,反而能得到法律的支持,并由此获得不当利益,这显然是违反立法者意图和法律的目的的。”

[20] 萧瀚,见前注[6]。

[21] 《继承法》第7条规定:“继承人有下列行为之一的,丧失继承权:(一)故意杀害被继承人的;(二)为争夺遗产而杀害其他继承人的;(三)遗弃被继承人或者虐待被继承人情节严重的;(四)伪造、篡改或者销毁遗嘱,情节严重的。”

[22] 又一片绿草地(中法网网友):根据私法自治的原则,黄永彬是可以将自己的那份财产立遗嘱给“二奶”的,公民有处分自己财产的权利,而遗赠又是一种单方面的法律行为,不要求对方有什么身份。刘菊(整理):“二奶状告原配索要遗赠败诉 婚姻法、继承法该听谁的?”,载《北京晚报》2001年10月24日。

[23] 参见(美)德沃金:《法律帝国》,李常青译,中国大百科全书出版社1996年版,页14-19。在泸州案的讨论中,至少有两位作者援引了该案。参见范愉,见前注[19];徐品飞:《法治的道路:大陆四川省泸州“二奶案”述评》,公法评论网站 <http://www.gongfa.com/xupffazhidao/lu.htm>。

保护。^[24] 我并不认为宪法条文在司法个案中不能引用,但宪法条文本身象橡皮绳一样充满弹性。且不说《宪法》第49条“婚姻、家庭、母亲和儿童受国家的保护”的规定,也许可以被蒋伦芳用作支持相反主张的根据;宪法平等权本身就是含糊不清的。宪法平等保护仅仅意味着禁止不合理的区别对待,而不反对、甚至要求合理的区分。问题恰恰是:否定张学英的继承权是否合理,是一个有争议的问题。诚如作者所说,“假设死者黄永彬将财产遗赠给一个不相干的人,这份遗嘱完全可能被法院认可”;问题是黄永彬将遗产给了一个特别“相干”的人,一个因其“相干”而在道德上被人斥责的人。作者在论述的时候,已经包含了一个前见,预设了一个无需争辩的前提,那就是:法律就是《继承法》条文字面含义所显示的规则,张学英具有继承遗产的权利。而这一点与法院在阐述理由时预先断定蒋伦芳“本应享有”^[25]合法财产继承权一样站不住。

综上所述,在法律推理方法上,批评者与被批评的法官同样采取了法条主义的思路。概括起来就是,把法律看成是由法律条文所表达的封闭自足的规则体系,把司法判决的合法性寄托在法律条文的正确适用上。这种法条主义的思路可谓法律实证主义的中国版。^[26] 比较有中国特色的是,一些法律实证主义者所讨论的、内容复杂的“承认规则”,^[27] 在他们口中则简化成为几条法律适用的僵硬规则。这种非此即彼的法律适用规则,忽视了法律原则适用的复杂情形,^[28] 更忽视了法律技术背后的道德立场。^[29]

我的论证努力证明,不管是通过法律适用优先规则还是法律原则的逻辑演绎,都很难令人信服地排除《民法通则》和《婚姻法》的适用,从而得出遗嘱有效的结论。要接受他们的结论,必须对他们说的那些法律理论、原则和规则事先具有共识,或者以一种毫无保留的虔敬之心去聆听专家们的布道。一旦对方质疑预设的前提,建立在所有逻辑演绎基础上的结论就顷刻动摇了。如果我们承认各方有权平等地辩论,就必须认真对待每一个有分量的不同意见,而不是把自己的预设凌驾于对方。我们要做的不是引起持同样观点人的共鸣,而往往是说服持相反意见者接受,至少是能够让一个理性的公众接受。然而,面对可能的相反意见,批评者似乎没有提出更为充分的理由。

[24] 参见前引殷啸虎,见前注 [16]。

[25] 二审判决说:“夫妻之间的继承权是婚姻效力的一种具体表现,蒋伦芳本应享有继承黄永彬遗产的权利……(黄永彬所立遗嘱)将财产赠与与其非法同居的上诉人张学英,实质上剥夺了其妻蒋伦芳依法享有的合法财产继承权。”

[26] 对法律实证主义的概括和批评,参见(美)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,尤其是第1-3章。中国学者的解读,可参见朱峰:“法律实证主义的命题研究”,《法学论坛》2006年第6期。

[27] 参见(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5章(特别是页92-100)、第6章。

[28] 对法律原则与规则复杂关系的讨论,参见林来梵、张卓明:“论法律原则的司法适用:从规范性法学方法论角度的一个分析”,《中国法学》2006年第2期。

[29] 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”,《中国法学》2008年第4期。

三、法律殿堂中的道德之音

虽然批评者搬用的理由多种多样,但多位批评者的意见集中在一个问题上:法官在“依德判案”,而没有“依法判案”。

这个案件判决不久,何兵博士对法院“以德入法”表示忧虑。他似乎不认为司法应当绝对拒斥道德,但主张司法要“远离道德”,尽量回避“所谓的民情”。^[80]何兵没有说明司法应当如何远离道德,或者到底法官应当如何对待道德。有人干脆就声称,应该将道德从司法领域驱逐出去。一篇评论声称,“法官是护法使者而不是道德卫士,法庭是法律殿堂而不是道德裁判所”。^[81]还有一篇评论,题目叫“别以道德的名义”。^[82]意思也是,司法判决就是讲法律,别将道德扯进来。

他们说的道德指的是什么呢?如果批评者说的是,泸州两级法院的判决可能过多地受民众情绪的左右,这可能符合事实。如果批评者认为,法律不等同于民众的常识判断,司法应当保持独立和冷静的判断,我也赞同。但我理解,他们说的道德显然不是简单等同于一时一地的民众情绪,而是作为多数人的意识形态。当他们这样说的时候,他们已经暗示法律与道德从根本上是两套不同的规范体系,可以分离甚至应当分离。在西方法学中,这种观点经过奥斯丁(J. Austin)、凯尔森(H. Kelsen)、哈特和拉兹(J. Raz)等人的阐述,提炼成为西方法学中的一个重要流派——法律实证主义——的基本纲领。在当代中国,这一观点也不乏认同者和支持者。强世功博士在《法律共同体宣言》中宣扬“道德不涉”的形式理性,^[83]一些学者在《婚姻法》修改论争中批判“法律道德主义”,^[84]表达了相同的立场。在正统法学理论中,道德和法理被排斥在中国的法律渊源之外;而在官方法律实践中,除了法律条文司法判决不能引用其他论据。^[85]

可是,道德是那么容易驱赶吗?法律有自己的逻辑,但绝不是一个封闭的体系,不是纯粹

[80] 何兵,见前注[8];何兵:“法意与民情:从二奶继承案说开去”,北大法律信息网 http://article.chinalawinfo.com/article/user/article_display.asp?ArticleID=2388。

[81] 参见邓子滨:“不道德者的权利”,载《南方周末》2001年11月15日,第5版。

[82] 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。“如果一个人应该受到法律的惩罚,那么请给他一个法律上的理由,但千万不要以道德的名义。”

[83] 参见强世功:“法律共同体宣言”,《中外法学》2001年第3期。作者称:“对道德问题,我们保持沉默……我们尊重的不是实质正义,而是形式理性和程序正义。我们关心的不是道德的善恶,而仅仅是权利的分配,甚至是更能促进社会效率的权利分配。”

[84] 邱仁宗:“法律道德主义的残酷与虚伪”,林猛:“把道德的东西还给道德”,王建勋:“法律道德主义立法观批判”,载李银河、马忆南主编:《婚姻法修改论争》,光明日报出版社1999年版。邱仁宗说:“将法学家或立法者认为‘不道德’的行为通过法律规定为‘非法’,从根本上混淆了‘道德’和‘法律’两个不同的领域。”林猛说:“道德领域的事情还是要由道德自己去解决,非要引入国家强制力也许恰恰阻止了社会的发展和变化。相比之下,王建勋博士对法律与道德‘既相分离又相关联’的复杂关系有更清醒的意识,对“法律道德主义立法观”的批判也更注意把握分寸。”

[85] 对这种官方话语和法律实践的一个分析,参见何海波:“形式法治批判”,载罗豪才主编:《行政法论丛》(第6卷),法律出版社2003年版。

依靠逻辑推理就可以胜任的。甚至,立法者意识到法律条文的不足,还要求考虑道德。如果注意一下我们的《民法通则》,它明明白白地写着,“民事活动应当尊重社会公德”。这一规定的背后,是一个法律演化的漫长过程,从绝对排斥社会道德到重新肯定道德的地位,从严格规则主义到法官自由裁量,从法律实证主义到法律现实主义。^[66]它表明立法者对“公序良俗”的最终认同,表明法律对道德的包容。事实上,法院的判决也援引了这条规定,并且还作了一番篇幅不小的论述。蒋伦芳所依据的难道不是法律吗?法官考虑的不正是法律所要求考虑的吗?法官给出的理由不正是法律的理由吗?当我们竭力驱赶道德,以便建立纯粹的法律世界的时候,道德已偷偷地溜进了法律的殿堂。不,随着法典肯定了它的位置,道德更是堂皇地端坐在法律殿堂上。

兜了一圈,道德又回到法律殿堂来了。面对法律与道德的纠葛,我们需要重新理解法律和道德的关系,理解道德在法律议论中的地位。

德国学者卢曼(Niklas Luhmann)的研究有助于解开道德和法律关系之结。他主张把法律看作整个社会系统中区别于经济、政治、道德、宗教的一个独立的子系统。这一子系统以“合法/非法”的符码为其特征。它保持运作上的封闭性,同时具有认知上的开放性。^[67]卢曼的观点很好地揭示了法律在现代社会中的品性。但他更着眼于社会理论的宏观思考,而似乎从未在一个具体案件中做精细论述。当我们把他的理论运用到具体案件时,似乎还需要区别法律概念的两个不同范畴:一种是作为社会现象的宏观的法律,另一种是作为具体规则的微观的法律。我们的困惑常常源于我们混用了这两个不同的概念范畴。

在宏观范畴,法律被看成一种国家确认和维护的社会秩序,是整个社会系统中的一个子系统。在这种范畴下讨论法律,只见森林不见树木,只谈整体的社会现象,不论具体的行为规则。例如,我们说,法律是国家意志的体现(或者人民意志的表达),法律常常表现为立法机关制定的条文,法律由法院裁判或者行政机关执行,法律体现国家的暴力,等等。作为一个社会子系统,法律保持体系上的独立性和运作上的封闭性。只有在区别法律和道德两个社会子系统的前提下,我们才可以谈论法律与道德的互相融合(通过立法“把道德上升为法律”),互相支持(道德促进法律的实施,法律强化道德观念),和互相冲突(立法违背道德,道德抵触法律)。这种讨论可以帮助我们理解法律在社会生活中的功能,但面对司法实践中的具体纷争常常显得大而无当。

在微观范畴,法律被看成某个特定情境中人们应当遵循的行为规则。典型的问题是:“在这个案件中,应当适用的法律规则是什么?”本文的讨论就是在这个范畴中展开的。在很多情况下,当事人对应当适用什么法律理解一致、态度确信,法律规则的内容被认为是“清楚”的。这时,法律只是关于法律规则是什么的一个事实陈述(social fact)。但在很多场合,当事人对

[66] 关于严格规则主义的兴衰和民法基本原则的功能,参见徐国栋:《民法基本原则解释:以诚实信用原则的法理分析为中心》,中国政法大学出版社2004年版,尤其是第3章。作者在书中倡导的法律原则,最终也是落实到法律条文的原则。

[67] 关于法律作为一个社会系统的论述,参见Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, translated by Klaus Ziegert, Oxford University Press, 2004。对卢曼思想的一个解读,参见鲁楠、陆宇峰:“卢曼社会系统论视野中的法律自治”,《清华法学》2008年第2期。

应当适用的法律规则充满分歧,法律规则的内容是被争论的、有待确定的。这时,法律是关于法律规则应当是什么的一个规范命题。例如,在本案中,它就以这样一个一般性的命题出现:丈夫把自己的财产通过遗嘱给情人,这样的遗嘱是否应当有效?围绕这个规范命题,法律向其他社会子系统实行认知上的开放,各方当事人可以引入各种社会情境、运用多个论据展开论证。法律条文,以及法律原则、法律学说、外国经验、公共政策和社会道德,都可能作为法律论证的论据被援引。不同论据之间可能存在冲突,要比较、权衡其分量。法官可能不恰当地倚重某个论据(包括道德论据),但逻辑上讲,在法律论证中不存在什么法律与道德的“冲突”,因为两者是论点和论据的关系。

现在回到本案。首先,与在其他所有案件中一样,法庭在本案中面对的是一个法律问题,而非道德问题;当事人和法官所从事的是法律论证,而不是道德论证。说它是法律问题,是因为当事人围绕谁可以得到遗产的争辩涉及法律上的利害关系,法院的判决更是代表着国家所确认和维护的社会秩序的一部分,是有约束力的。说它是法律论证,因为大家都在争论本案应当适用的法律规则,争论法院应当如何判决。它不是左邻右舍的指指戳戳,也不是人们茶余饭后的闲言碎语。我们(甚至包括法官)当然可以在道德范畴内讨论这个案件,但至少在本案的相关讨论中,似乎没有人准备把论题限定在道德范畴。

其次,在这场利益攸关的辩论中,道德——在本案中化身为《民法通则》和《婚姻法》的条文——的出场,只是作为一方争辩的论据。它可能压倒《继承法》条文,从而确立起“丈夫将财产给情人不给妻子的遗嘱无效”这一论点;它也可能被后者压倒,从而得出“丈夫将财产给情人不给妻子的遗嘱有效”这一论点。需要强调的是,这些条文本身都不是本案要适用的法律规则,而是支持各自主张的法律规则的论据。一个论据可能比另一个论据更有说服力,但不取代另一个论据。在这个意义上,关于道德与法律冲突的讨论、关于法院的判决“以道德取代法律”的批评,都是不着边际的,因而无效的。

批评者的错误在于,当他们说道德的时候,他们把它看成独立于法律体系之外的另一套规范体系;当批评者说到法律,他们指的仅仅是法律条文——本案中则是《继承法》条文——所包含的意思。他们没有看到法律是一个可以被争辩、需要被论证的命题,他们不承认道德可以作为论据在法律论证中使用。当然,承认道德在法律论证中的位置,并不意味着道德必然主宰这场辩论。道德的分量必须放在具体情境中展开辩论。

指出司法判决批评者的种种疏漏,并不等于我赞成法院的判决结论。这里关注的与其说是个案裁判的结果,不如说是法律论证方法和论证态度。从学术讨论而言,重要的也许不是我们对争议问题所持的立场,而是如何论证自己的立场。如果仅仅以简单武断甚至似是而非的推理、以专家的姿态去宣告法律,而斥责与之相反的判决“践踏法律”,那么,在论证的专断上,我们自己恐怕与我们所批评的人没有什么区别——除了他们是手握裁判之笔的法官,而我们是手握批判之笔的学者。

四、婚姻道德与财产权利的冲突

法律原则和条文的逻辑演绎不能圆满地阐述本案的结论,法律殿堂的辩论无法驱散道德

的声音。尽管如此,围绕本案的争论还是帮助我们理清了法条背后两种互相冲突的道德主张:婚姻道德和财产权利。前者要求尊重和维护“一夫一妻”的婚姻制度,后者要求尊重财产所有人对财产的处分自由。在我看来,这两者所包含的超越具体案件当事人利益的社会价值和社会态度的冲突,构成了本案的症结。对它们的进一步分析也许能够为本案提供一个更好的思路。

道德的价值在现代法学中得到普遍的重视。无论是“认真对待权利”,^[88]还是“低调的自然法”,^[89]新自然法学总是把道德作为法律合法性的最后皈依。现在的问题是,道德在这场法律议论中有多大的说服力?本文认为,道德既非法院判决所暗示的那样泰山压顶,也非批评者所说的那样分文不值;它们的力量必须放在具体情境中进行讨论,一种道德主张应当与另一种冲突的道德主张互相权衡。

天平的一头是婚姻道德。如果我们同意婚姻道德在本案中值得认真考虑,那么,首先需要讨论的是:婚姻道德在本案中的态度是什么?这个设问将有关合法性的规范命题转变为一个有关社会事实的实证命题。

何兵博士反对“以德入法”的理由是,法官可能以法律的名义推行“个人的道德观”,将其施加于他人以至社会。^[40]无疑,这是很有见地的。但假如某种道德被认为是这个时代的迫切需要,谁会认为相关行为是无关大体的“个人行为”而淡然处之?假如某种道德确实获得全体民众的一致认同,法官“依德判决”,谁能指责他们“以法律的名义推行个人的道德观”?具体到本案,如果说反对婚外同居仅仅是法官个人的道德观,那是令人无法接受的。1500余名旁听群众对判决“雷鸣般的掌声”,足以说明当地民众的普遍心态。^[41]修改后的《婚姻法》第3条写下“禁止有配偶者与他人同居”的规定,更是明确表达了这个国家、这个时代主流的道德观点。^[42]婚外同居与构成我们社会基础的“一夫一妻”制,从根本上是相违背的。它不纯粹是一种“个人行为”,它损害了蒋伦芳的利益和尊严,它还对社会起到“坏”的示范作用。蒋伦芳是“非法同居”的受害者、控诉者,也因此成了“一夫一妻”制度的捍卫者。婚姻道德在她身后熠熠发光。

甚至那些批评法院“以德入法”的人,也默认了这个事实。他们意识到,他们无力与主流的道德观点正面抗争;他们所能做的是主张“远离道德”,而不是颠覆道德。婚姻道德似乎不

[88] 德沃金,见前注 [26]。

[89] 例如,(美)富勒:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆2005年; (英)菲尼斯:《自然法与自然权利》,董娇娇等译,中国政法大学出版社2005年版。这些作者说的“moral”,比我们通常说的“道德”含义要宽泛。

[40] 何兵,见前注 [30]。

[41] 另据报道:“纳溪区法院特意将审判庭选在了泸天化公司的职工俱乐部,开庭审理此案。这一天,有1500多名泸州市民从不同的地方赶来,旁听这次非同寻常的庭审。参见《多事的遗嘱》,中央电视台社会经纬栏目2002年3月7日, <http://www.cctv.com/hn/240/22/38812.html>。法院开庭地点和方式的安排,可能起了选择旁听公众和心理引导的效果,使他们更倾向于蒋伦芳一边。但即使如此,我们仍可相信,他们代表了泸州当地的多数民意。

[42] 虽然黄永彬和张学英同居行为发生在《婚姻法》修正案实施之前,但《婚姻法》表达的道德态度不是从某一个时刻开始生效的。

怒而威、不战而胜。

然而,这是一个道德分裂的时代。泸州当地的“民意”不能代表婚姻道德的全部,《婚姻法》的规定也不能消除对婚外同居的不同见解。不管是喜是哀,事实的情况是,许多人(尤其在城市、在年轻人中间)早已对婚外同居见怪不怪、漠然处之,或者仅仅把它看成一个人的“私生活”而予宽容(特别是发生在自己朋友身上),甚至表示理解和同情(尤其当婚姻生活遭遇“不幸”)。对婚姻道德的分歧,在《婚姻法》立法时的激烈争论中就已反映出来了。^[43]而该案判决后,报纸和网上出现不少批评法院的声音;^[44]就在该案的发生地,“也有一些人(对判决)不以为然”。^[45]批评可能出于不同的理由,但至少说明,批评者并不把婚外同居看成是一个极其严重的威胁我们社会秩序的事件。对婚外同居的态度分歧,瓦解了婚姻道德的神圣,削弱了道德力量的刚性。我们不妨设想,如果时光倒退30年,举国“斗资批修”,哪会容得一个人公然立遗嘱把财产给他的情人?今天,在这个价值多元的社会里,婚姻道德不再是大帽子压死人了。

婚姻道德的脸孔还可能随着案情的不同而变化。如果对事实的了解不是停留在“丈夫将遗产给了情妇不给发妻”这样一个公式上,更不是带着“奸夫”、“二奶”这样鄙夷的眼光去看待黄永彬与张学英的关系,而是具体了解一下黄永彬为什么要把财产遗赠给张学英,即使一般公众的看法,也会有一些不同。且不说蒋伦芳如何“逼走黄永彬”(黄永彬姨妈语)、黄永彬与张学英又是怎么好上的,且不说黄永彬与张学英长达5年的同居期间基本上断绝了与蒋伦芳的关系;在黄永彬即将离开人世的这段日子里,蒋伦芳对黄永彬恶行恶语,而张学英不但承担了最初近万元的治疗费,还“面对旁人的嘲笑,面对蒋伦芳的讽刺和挖苦,俨然以一个妻子的身份守候在他的病床前。”^[46]如果上述报导属实,公众是否会觉得黄永彬与张学英的关系不是通常所谓的“包二奶”,从而在道德上不是那么可责?是否会因此对黄永彬遗赠给张学英的动机增加一份理解,甚至对张学英产生出一份同情呢?

我这么说,并非暗示只有在本案那样令人同情的案情下,丈夫把财产遗赠给情人才是有效的,也不是要求法官在此类案件中必须查究当事人关系的方方面面。每一个案件背后都有一个长长的故事,道德如果愿意倾听这些细碎的情节,面对似乎同类的案件,其脸孔可能会很不一样。一旦深入到黄永彬与发妻和情人之间的恩恩怨怨,婚姻道德论据的说服力反而可能被削弱;甚至在某些人看来,恰恰可能成为道德上支持张学英的理由。

分析至此,即使婚姻道德仍然站在蒋伦芳一面,在天平的另一头还有所有者对财产的处分自由。

[43] 参见李银河、马忆南主编:《婚姻法修改论争》,见前注 [34];王胜明、孙礼海主编:《〈中华人民共和国婚姻法〉修改立法资料选》,法律出版社2001年版。

[44] 除了本文提到的文章,还可参见刘菊(整理),见前注 [22];以及中法网、中评网组织的网上讨论。这些网上发言,几乎都是质疑和反对法院判决的。

[45] 王甘霖:“‘第三者’为何不能继承遗产”,载《南方周末》2001年11月1日,第10版。

[46] 同上注;《多事的遗嘱》,中央电视台社会经纬2002年3月7日。泸州市中级法院的判决书认定的事实与之稍有出入:“2001年初,黄永彬因患肝癌晚期住院治疗,住院期间一直由被上诉人(蒋伦芳)及其家属护理、照顾。”

何兵博士动情而又煽情地质问:“遗产是死者血汗的凝结,遗嘱是他人生的最后交代,我们有什么理由不尊重死者的处分权呢?”^[47] 尽管我始终不认为死者对财产有绝对的处分权,德国法也说明老外对“包二奶”也不是没有保留,但是如果没有充足的理由,否定当事人的处分权,无疑是对当事人自由意志的践踏,对财产权利的侵犯。问题是,与婚姻道德相比,财产权利应占有多大的分量呢?这是本案的实质所在。

关于私有产权的重要、乃至“神圣”,论述的文章已汗牛充栋,不再赘述。我国这 20 多年的改革以及随之而来的一部部立法、一次次修宪,就是对私有产权保护不断强化的历程。萧瀚先生在评论本案时,引用宪法和法律指出,合法的私有财产权和继承权不容侵犯,这也是应当信守的“公序良俗”。^[48] 王怡先生评论说,遗产继承是财产权的自然延伸,是个人财产得到法律保护的最后关;对一个私人的财产开始慢慢聚集起来并获得一定安全感的社会来说,遗产继承更是一种产权制度的考验,对这个社会对个人财产权的容许和尊重程度的考验。^[49]

当这个时代重新认识并弘扬私有产权的价值,当我们把它奉为自由的基础、进取的动力,婚姻道德是否要——哪怕是局部地——屈尊于财产权利呢?在这样的意义上,我要重提《继承法》的态度。该法列举了应当剥夺财产权的 4 种情形,它们没有包括本案涉及的“第三者遗产继承”问题。当然,可以用我前面的话争辩说,《继承法》没有明确规定只是一个法律上的漏洞,而不等于允许丈夫把遗产给情人而不给妻子。但我们是否应当对该法的规定予以尊重,在法条明确规定以外宣布遗嘱无效,应当慎之又慎呢?

此外,如果法律为了保护婚姻关系而限制当事人的财产处分权,那么,我们有没有认真考虑过,它对保护婚姻关系又能起到多大作用?泸州中院的赵兴军法官为该院的判决辩护,认为法院办案应当考虑“审判的社会效果”,注意“社会导向”。他坚定地相信,对重婚、“包二奶”之类的行为应当严惩,重典之下有良序。^[50] 范愉教授也支持法院判决。她认为这样一个判决的意义在于,法官向公众宣示了法律的态度,让当事人预见到破坏合法婚姻应当付出的代价,从而促使他们三思而后行。^[51] 但是,有两个事实——这两个事实也是范愉教授所提到的——大大削弱了他们对该案判决所寄予的意义。首先,在多数情况下,有第三者的一方往往将其财产(也可能夫妻共同财产)的一部甚至大部转移到同居者那里,而其受害的配偶、特别是没有经济来源和生活能力的配偶,却不得不忍辱求全;而且,同居者所获的“不正当利益”往往不会被追究责任。象本案这样一个案件是极端的,一般的受害人很少愿意或者能够通过这种诉讼获得救济。其次,如果说法院的判决让当事人“三思而行”,那么对一个准备把财产给情人的人来说,思虑的结果恐怕不是断绝送财产给情人的念头,而是如何更快、更隐蔽地转移财产。

[47] 何兵,见前注 [8]。为公允起见,我应指出,黄永彬遗赠财产的主要部分,最初来源于发妻蒋伦芳继承父母遗产所得的房屋。当然,由于黄永彬对夫妻共有财产享有所有权是一个不争的事实,这一点在法律上是不相关的。

[48] 萧瀚,见前注 [6]。依此逻辑,接下去似乎应当权衡婚姻道德和财产道德两种公序良俗的冲突。但作者通过本案只谈继承不谈婚姻的理由,绕开了这个问题。

[49] 王怡:“脆弱的财产权”,载《21世纪经济报道》2001年12月3日。

[50] 赵兴军:“谁在为‘第三者’呐喊?”,载《法制日报》2002年4月22日。

[51] 范愉,见前注 [19]。

他能够学到的唯一教训大概是,千万不要等到临死才立遗嘱处理财产。虽然范愉教授也认识到法院的判决不能杜绝类似的法律规避行为,但我怀疑,她对法院判决保护婚姻关系和受害一方所能起的作用是否仍然寄予过高的期待。

上面展示了我的推理过程。读者不难感觉到,在婚姻道德和财产权利的衡量中,我心中的天平倾向于后者(在此,我与那些司法判决的批评者站在了一个立场)。我的推理很可能会受到两方面的攻击。支持法院判决的人不同意我的结论,因为它过于轻视婚姻道德的价值,是错误的;反对法院判决的人不同意我的思路,认为它过于轻视法律条文,是危险的。

对于第一个攻击,我从不认为我的选择一定是正确的,法官的选择就是错误的。对上述问题始终会有不同答案,在很大程度上它取决于选择者的偏好。泸州中院的判决,也许体现了法官在一个特定情境中的理解和选择。不能说它是一个错误的选择,因为即使我们不同意它,归根到底是一个价值取向的分歧。但它确实是一个武断的选择,因为它把道德绝对化了,它在论理中完全忽视了道德自身的多样脸孔,以及道德的另一面——当事人对财产的处分自由。而法官发出“那些为‘第三者’呐喊的人的出发点真叫人摸不着头脑”的讥讽,^[62]更是暴露出他们价值观念的褊狭。

对于第二个质问,我要指出的是,在这类充满分歧的案件中,那些批评者对法律确定性的感觉只是一个幻觉。他们自认为阐述了法律的真理,他们的正确性却因为对方合乎情理的异议而变得可疑。其实,在这起争论中,批评法院的那些学者何尝不是在做价值衡量和选择?他不见得像本文那样条分缕析,长篇大论,但也许在听闻这起案件的一刹那,已经在心中形成了价值判断,他的直觉告诉他泸州中院的判决是不能接受的。剩下的只是运用自己所学过、所想到和所找到的法律理论和法律条文来论证其正当性,用法律学者的语言和法律专家的身份阐述一个普通人的判断。相比之下,价值衡量展示了法条背后的价值冲突,坦诚地面对真实世界的真实矛盾。价值衡量具有主观性,因而存在不确定性,却提供了一种思考问题的路径。

五、两个生活世界的声音

价值衡量的主观性不可避免地削弱了它在法律论证中的作用,削弱了它为司法判决合法性的保障。如果价值的选择取决于选择者的立场,法官将如何证明其选择的正当性?法官是否能够放弃他“赫拉克勒斯”般的独白式推理,^[63]把目光投向整个法律共同体的对话,从中找寻一个普遍共识作为他的依据?

在本文写作过程中,我曾经尽可能地搜索有关本案的评论文章。本文引注提到的批评者有十余位,而我所见的支持法院判决的只有一位。有意思的是,这十余位批评者几乎都是法律职业者或者未来的法律职业者,男性;而当事法院之外唯一一位支持者——范愉教授——是女性。也许这不是一个巧合。作为男性法律职业者群体,他们受过(或者正在接受)良好的教育,有(或者可以预期)一个体面、稳定的职业,相对丰厚的薪酬。他们经济上更加独立,更需

[62] 赵兴军,见前注[50]。

[63] 德沃金,见前注[23]。

要自主。不但他们自己,他们的妻子或者女朋友,经济上通常也不依赖他们生活。批评法院的学者当然不是时时刻刻想到自己,他们多少有些出于普世情怀,为天下立法。但他们大体上属于一个社会阶层,生活在一个同质的世界里。在这个世界里边,自己的财产给谁不给谁属于个人自由,这是一种很自然的想法。参与议论的学者是这一社会群体的代言人。^[64] 虽然他们的论证方式——包括搬引的理论和法条——五花八门,甚至似是而非,他们对此案的态度却高度一致。相似的社会地位、生活经验乃至性别角色使学者们获得了统一的立场。他们进而真诚地、不费思索地相信法律客观地存在,相信自己表达的就是法律真理。

然而,我们应当注意到,在这个社会上还有另外一种呼求。还有那数以亿计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。^[65] 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。

遗产给谁不给谁的争论,反映了两种生活方式的差异,两个生活世界的不同声音,两种法律解释话语——大众话语和精英话语——的冲撞。^[66] 在这个问题上,至今没有明确到不容置疑的法律规定。当事人以法律的名义争夺她们想要的财产,法律家们以法律的名义论证他们想要的生活方式。然而,法律是沉默的,它的所有含义是被人夹塞的。这两种生活方式是如此地迥异,在法律诉讼的特定空间中几乎无法协调。不但诉讼当事人并非互相合作、寻求真理,就是意见对立的民众也很难心平气和地沟通。所以,希望通过商谈论证 (legal discourse) 获得合法性,使公众在理性驱使下能够获得普遍的同意,^[67] 至少在本案情况下有些镜花水月。不管法官最后如何宣布它的立场,法律终究是“伪装的权力”,是一群人强加给另一群人的生活方式。如果说大多数法律专家的立场代表了这一时代保护个人财产权的主题,符合中国社会的发展潮流,当专家们把他们的主张“上升为法律”,要求民众一体奉行的时候,我们也要清楚它将付出的代价。

在这种意义上,前面的质问是极有挑战性的。当法官走出法条主义的帷幕,放弃了对冲突法律价值的权衡,走进法律的“阳光广场”时,却发现他面对的是一个分裂的人群。如果我们

[64] 在这一点上,我没有丝毫批评的意思;我也没有资格批评,因为我本人就是这个群体的一分子。

[65] 对于婚姻所承担的社会功能的分析,参见苏力:“‘酷’一点”,《读书》1999年第1期,后以“冷眼看婚姻”为题收入李银河、马忆南主编的《婚姻法修改论争》。

[66] 关于法律解释中两种话语的冲突,参见刘星:“法律解释中的大众话语与精英话语”,《比较法研究》1998年第1期。

[67] J. Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy* (MIT Press, 1996), chapter 5.3.2 哈贝马斯还曾暗示,法律商谈可以是一个持续不断的过程。所以,即使当下被视为真理的观点也仅仅是暂时有效,因为它要面对今后的批评;即使是当下无法达成合意,商谈论证本身也可以推动今后形成合意。这一观点作为哈贝马斯社会理论的一部分,对于整体和长远法律秩序的建构很有意义,但对于个别司法判决当下的合法性几乎无关。另外,哈贝马斯还回应说,即使诉讼当事人主观上不是在合作寻求真理,他们的争辩从法官的角度来看,同样对商谈过程做出了贡献 (ibid, chapter 5.3.3)。这样,他实际上把关于司法判决合法性问题重新聚焦在法官身上,保障司法判决合法性的责任也转移到法官头上。这似乎偏离了他商谈论证的主旨。

把法院的判决看成是在两种生活方式之间的选择,那么,法官当如何选择呢?是根据法官内心确信的正义,还是应当参酌某个外在的标准?如果法官决定诉诸外在标准,他应该专注泸州当地民众的看法,还是通观全国范围的不同意见?如果他通观全国范围内的意见,他应该根据他所确知(或猜测)的多数人意见,还是根据“精英”表达的强势话语?抑或根据他所认识、所感觉的这个时代的普遍要求判案?

这是一个严肃的诘难,也将是个艰难的选择。虽然法律有很强的地方性,而且基层司法重在解决个案纠纷而不是创设普遍规则,但法院判案仅仅关注当地民众的态度则过于局限。法律的统一性促使我们把每一个案件看成是对同类案件应当适用规则的宣告。泸州一隅的案件之所以引起全国的关注,恰恰是因为我们感受到它对我们生活的潜在影响。虽然司法判决不能完全不考虑民意,背离多数民众情感的法律常常是没有生命力的,但法院似乎没有伦理义务必须遵循他确知的或者猜测的多数人意见判决。司法不是“一人一票”的民主。这是司法不同于立法的地方,也是司法可能成为民主社会“压舱石”的理由。

绕了一圈,我们似乎回到了起点。法官依然无法摆脱对其选择的伦理责任。在一个公众意见高度分化的案件中,一部分人、甚至多数人的意见都无法担保法官选择的正确,他的任何选择都可能因为意见分化而蒙受对合法性的损害。如果说在本案中,法官的偏狭遮蔽了他们的视线,那么在大多数情况下,司法判决仍然是一场合法性的赌博。

六、合法性的最后庇护

当“赫拉克勒斯式”的独白和法律共同体的商谈都不能提供充足的合法性,法律程序也许是司法判决合法性的最后庇护了。尽管法律程序在不同学者的眼中有不同的理解,但它的功能已经得到广泛的认同。^[58] 本文主张法律程序能够为司法判决提供合法性,是基于这样的理解:在一定程度上,人们接受司法判决的结果,不是因为认同法院对判决结果的选择,而是因为这个判决是一个权威机构按照正当程序做出的决定。这方面我们可以比照一下一个权威调解人的裁断,有时在当事人不完全满意的情况下却能够被接受;或者看看美国法院在辛普森案件、布什诉戈尔等充满争议案件的处理后果。法院所享有的机构合法性(institutional legitimacy),在一定情况下可以转化为具体判决的合法性(policy legitimacy)。虽然一些有争议的、甚至违背多数人意见的判决会消耗法院的机构合法性资本,但另一些广受支持的判决又增加法院的机构合法性资本。因此,只要法院能够总体上维持或者增加其机构合法性资本,就能够源源不断地为其个别判决提供合法性支持。^[59]

[58] 对中国学界来说,一个具有开创性的讨论,可参见季卫东:“法律程序的意义:对中国法制建设的另一种思考”,《中国社会科学》1993年第1期,后收入季卫东:《法治秩序的建构》,中国政法大学出版社1999年版。

[59] 对美国联邦最高法院机构合法性与具体判决合法性(政策合法性)的讨论,参见Jeffery Mondak, Institutional Legitimacy, Policy Legitimacy, and the Supreme Court, 20 *American Politics Quarterly* (American Politics Research) 457 (1992); Jeffrey Mondak, Policy Legitimacy and the Supreme Court: The Sources and Contexts of Legitimation, 47 *American Politics Quarterly* 675 (1994); Jeffrey Mondak & Shannon Smiley, The Dynamics of Public Support for the Supreme Court, 59 *Journal of Politics* 1114 (1997)。

法律程序的这种功能要求程序本身具备相应的条件。这方面已经有大量的论述,我只需要简单地提示三点普遍性的要求。首先,裁判机构的权威性要求它对案件有充分的管辖权,不能有超越法律的干预和审查,裁判结果应当得到尊重和服从。当然,这不排除人们对裁判结果的议论和批评。第二,裁判的过程应当是公平的,包括裁判机构和人员保持中立、给与各方当事人平等的机会、充分听取各方的意见,等等。第三,裁判结果应当说明理由。司法的理性化要求法官必须说明他所根据的判决理由,哪怕是法官做出选择后再整理或者寻找理由。法官应当在裁判文书中认真回应当事人每一个有分量的主张,而不是把自己的实质推理掩藏在法律条文背后,用武断的语言宣告或许恣意的结论。

法律程序主义当然不能包打天下,为所有的裁判结果提供充足的合法性。一个完全正当的过程也可能产生劣质的产品,一个明显悖谬常理的判决怎么说理也难以让人接受。但是,在“公说公有理、婆说婆有理”,双方差距不过是五十步对一百步的时候,法律程序将起到关键作用。那时,人们可能暂时抛开自己对案件处理结果的纷纷纭纭的意见,而同意接受一个可能不那么称心如意的判决。

现在,让我们用程序主义的观点来检视本案的裁判。在本案中,无论是法官在案件审理上的故意安排(在蒋伦芳所在单位泸州天化公司公开开庭审理),还是事实认定和理由说明的一边倒,乃至事后讨论中鄙夷不屑的话语(“那些为‘第三者’呐喊的人的出发点真叫人摸不着头脑”),都暴露出法官没有保持应有的中立。^[60]当本案由于各方意见分歧注定处于争论漩涡,程序的缺陷只会使司法判决的合法性雪上加霜。

泸州“二奶继承案”已经逐渐远去,人们对它的不满乃至愤怒早已释怀,它身上的合法性伤疤似乎也已消失。但是,对它的探讨可以持续不断地进行,只要我们感觉它涉及的问题对我们的生活仍然会有潜在的影响。虽然它们不能为特定司法判决提供当下的合法性,这种持续不断的对话却在参与未来案件合法性的塑造,并构成法律秩序整合过程的一部分。只是,在人们通过对话达成普遍共识之前,社会的变迁也许使类似本案的问题不再重要,不再值得人们的关注。法学辩论留下的不过是一堆破碎的气泡。

七、结 论

围绕“二奶继承案”的激烈争论,显示了一个司法判决的合法性难题,同时也给了我们检视现有的合法性理论的机会。本文依次讨论了法条主义(法律实证主义的中国版)、价值衡量方法和法律商谈理论所可能提供的合法性。

当法官以《民法通则》有关“公序良俗”的规定作为判决依据,批评者同样找到了相应的法律条文进行针锋相对的回击。一边是法官“以德入法”,一边是批评者呼吁“远离道德”,其实双方都把合法性寄于法律条文的“正确适用”上。批评者与被批评的法官半斤八两,双方都相

[60] 对于法院审理过程的程序问题,萧瀚先生曾有评论。参见《谁在侵害张学英的权利?张学英诉蒋伦芳案诉讼过程中媒体与法院的侵权嫌疑》,法律思想网 <http://law-thinker.com/show.asp?id=1279>;萧瀚,见前注[6]。

信法律是个封闭、自足的规则体系,相信通过逻辑演绎能够得出一个唯一正确的结论;双方都把司法的任务理解为一个正确适用法律的过程、一个发现和宣布真理的过程。每一方都有自己的主张和理由,每一方都自命正确。然而,法官的逻辑和批评者的理由都建立在法条主义的流沙之上,一样地不可靠。我们的法学讨论回避了真实世界的真实问题,把司法判决的合法性变成一场探寻法律适用规则的游戏。

从法条主义的泥潭中抽身,我们将看到本案的性质是围绕遗嘱有效性而展开的法律论证。在这场论证中,道德——以及法律条文、法律原则、外国经验等——都可以用作当事人争辩的论据。批评法院“以德入法”,混淆了抽象的法律体系与具体的法律规则的不同范畴,是不着边际的。虽然道德论据的有效性要放在具体情境中具体分析,道德层面的论争也不一定能够提供一个满意的答案,但我们仍然应当尊重道德在法律论证中的地位和意义。我们不必沉迷于法条主义的诠释,我们提倡多元价值的理性辩论。

在本案各方争论的背后,存在着婚姻道德与财产权利两种道德主张的冲突,即维护“一夫一妻”的婚姻制度与强调当事人财产处分自由的冲突。这种冲突反映了掌握强势话语的社会精英和“沉默的大多数”之间两种价值观、两种生活方式的冲撞。这一视角也许能够为我们提供一个更清晰、更有效的法律论证平台。然而,对不同社会价值和社会诉求的权衡取舍,使法律无可避免地成为一种强加的生活方式、一种“伪装的权力”。价值衡量因其本身不可避免的主观性,给司法判决的合法性蒙上了阴影;法律商谈因其在特定时空中不可调和的分歧,也无法给司法判决提供充足的合法性。

上述事实提出了法官选择的伦理问题,也预示了司法程序的意义。法官应当避免以纯粹个人的喜好替代社会多数人的选择,但法官也没有义务遵循他所在地方的普遍民意、乃至他所估测的大多数人的意见。法官应当对自己的选择承担论证责任,而不是用法律名义伪装自己的立场。法官应当恪守程序的中立性,而不是把审判过程作为实现自己意图的程序摆设。当法官个人独白式的推理和法律共同体的商谈都不能提供充足的合法性,权威、公正的法律程序将是司法判决合法性最后的寄托。如果法官连程序的公正也不能保证,那么,司法判决的合法性将体无完肤。

本文没有能够为本案判决提供一种合法性依据,也没有能够提出什么解决这一难题的新理论。读者如果希望从里边读到一种关于司法判决合法性的斩截结论,那一定会失望的。相反,通过检视这个充满争议的案件,我们发现,当法律条文暧昧不明、社会价值分崩离析、争论双方势不两立,没有一种选择能够获得全体一致的认同,没有一种理论能够赋予不言而喻的合法性。这一黯淡的结论似乎使我们追寻合法性的努力变成徒劳的举动,但不意味着我们追问的合法性命题也是虚妄的。合法性命题表达了人们对司法判决所包含的实体可接受性和程序正当性的期待。虽然合法性不见得能够在每一个案件中得到充分实现,但是这并不应挫伤我们对合法性的追求。因为,合法性是法律的理想,是判决的生命。

文章中一些过于细节的分析可能妨碍了我对论题简捷明了的论述,但希望不会遮蔽读者对文章所要表达的基本思想的关注。毋宁说,本文的意义就是通过对司法判决合法性的不断追问,对现有各种观点和理论的层层剥离,重申司法判决的合法性命题。