

久前刚结束一审判决且很快迎来二审宣判的“江歌案”^{〔1〕}更是如此;它不但引起了中国社会和学界的热烈讨论,而且国际舆论也颇为关注。“江歌案”广受社会关注的事实再次引爆了法律与道德的关系问题,“司法过程及其裁判结果应当经得起道德标准的审视”^{〔2〕}这一判断,引起了社会公众和学者们的共鸣。到底如何合理地看待司法判决的道德性问题?江歌案再次引起人们的深思。要正确地回答这个问题,应当从两个方面入手:一方面要从法学理论层面合理阐明社会道德与法律的关联与界限,另一方面要在法律方法层面正确回答司法实践如何落实社会向法律提出的道德诉求。司法真理是法学理论与司法实践的有机统一,也是解决司法判决与道德关系问题的不二门径。

一、灼热的道德关切与冷酷的因果关系

江歌案作为一起引起巨大社会反响的涉外案件,其刑事判决部分是由日本东京地方裁判所在2017年12月20日作出的,而民事一审判决则由青岛市城阳区人民法院于2021年12月25日作出,两份判决间隔长达4年之久。社会各界关于江歌案的巨大法律与道德争议,也由此可以划分成前后两个部分:前者主要聚焦于对日本东京地方裁判所未能课予被告刘鑫(后改名刘暖曦)刑事制裁的争议,后者则是关于城阳区人民法院是否应当判处刘鑫负民事赔偿责任以及赔偿数额是否合理。

(一)江歌案的民事一审判决与主要争议

东京地方裁判所的判决明确“对于被告人(陈世峰)基于强烈的杀意连续多次捅刺C(江歌)颈部的前述认定,没有任何产生合理怀疑的余地”;“作出如主文所示的判决,判处有期徒刑20年。”^{〔3〕}对于日本地方法院的这一判决,国内舆论普遍认为判处的刑罚太轻,不足以罚当其罪,于是关于陈世峰出狱后国内司法机关是否可以对其进行刑事追诉就成为国内学者重点讨论的问题。根据《刑法》第7条关于属人管辖权的规定以及《刑法》第10条关于“对外国刑事判决的消极承认的规定”,凡在中华人民共和国领域外犯罪,依据上述规定应当负刑事责任的,虽经外国审判和处罚,仍然可以再次提起刑事追诉,但可以减轻或免除处罚;此前发生的“黄道金案”,充分认证了这一点。由于陈世峰在日本面临漫长刑期,目前关于对其国内刑事追诉尚不具充分的现实性,而更具现实性的则是刘鑫在该案中的法律责任及其民事赔偿问题。从东京地方裁判所的刑事裁判来看,判决书虽然在事实陈述中多处提及刘鑫及其行为事实,但并未课以刘鑫任何刑事责任。青岛市城阳区人民法院的民事一审判决认为刘鑫的行为构成了对江歌生命权利的侵权,应负民事赔偿责任,该判决的内容主要包含两个部分:

其一,法律责任部分,判决书对刘鑫的民事责任作出如下认定:^{〔4〕}江歌热心帮助身陷困境的刘鑫,为其提供了安全的居所,并实施了劝解、救助和保护行为,双方在友情基础上形成了一定的救助关系,作为危险引入者和被救助者,刘暖曦(刘鑫)对陈世峰的侵害危险具有更为清晰的认知,刘暖曦并没有充分尽到善意提醒和诚实告知的注意义务;在面临陈世峰实施不法侵害紧迫危险的情况下,刘暖曦先行一步进入公寓,并出于保障自身安全的考虑将房门关上并锁闭,致使江歌被阻挡在自己居所门外,完全暴露在孤立无援的境地之中,从而受到严重伤害失去生命。法院据此认为,“在面临陈世峰不法侵害的紧迫危险之时,刘鑫为求自保而置他人的生命安全于不顾,将江歌阻挡在自家门外致其被杀害,具有明显过错,应当承担相应的民事赔偿责任。本院综合考量本案的事发经过、行为人的过错程度、因果关系等因素,对江秋莲主张的有证据支持的各项经济损失1,240,279元,酌情支持496,000元。对于江秋莲主张的其他经济损失,本院不予支持。”同时,认定江歌母亲江秋莲“人格权受到严重

〔1〕严格地讲,目前媒体和社会所称的“江歌案”实际上是三个案件:日本东京地方裁判所审理的以陈世峰为被告的公诉刑事案件、江秋莲诉刘暖曦(刘鑫)生命权侵权损害赔偿案(一审)、江秋莲诉刘暖曦(刘鑫)精神侵权损害赔偿案(一审)。本文所讲的“江歌案”是指青岛市城阳区人民法院对后者合并审理的案件,可见“江歌案”是一个笼统的名称。本文所称“江歌案”只不过沿用了社会公众和媒体的指称习惯,以便于为大众所理解。

〔2〕江国华:《论司法的道德能力》,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2019年第3期,第127-144页。

〔3〕“江歌案”日本东京地方裁判所刑事判决书,崔涵译,案件编号:平28(刑わ)2622号平28(合わ)299号。

〔4〕山东省青岛市城阳区人民法院民事判决书(2019)鲁0214民初9592号。

损害”“有权依法请求精神损害赔偿”“酌情判令刘暖曦赔偿江秋莲精神损害抚慰金200,000元”。

其二,法律论证部分,该判决书对江歌予以道德褒扬,对刘鑫予以道德谴责:“江歌作为一名在异国求学的女学生,对于身陷困境的同胞施以援手,给予了真诚的关心和帮助,并因此受到不法侵害而失去生命,其无私帮助他人的行为,体现了中华民族传统美德,与社会主义核心价值观和公序良俗相契合,应予褒扬,其受到不法侵害,理应得到法律救济。刘暖曦作为江歌的好友和被救助者,在事发之后,非但没有心怀感恩,对逝者亲属给予体恤和安慰,反而以不当言语相激,进一步加重了他人的伤痛,其行为有违常理人情,应予谴责,应当承担民事赔偿责任并负担全部案件受理费。”〔5〕

但也正是这份充分体现司法部门道德价值判断的判决书——而不是其中的法律判断——引发了媒体、专家和社会舆论的巨大反响。《环球时报》评论指出,“江歌案”一审判决让人们感受到一种以法律维护道义的鲜明价值取向。这些彰显中国法治精神的文字,解释了“挥法律之利剑,持正义之天平;除人间之邪恶,守政法之圣洁”的信念,“以社会主义核心价值观之光,积人文之底蕴,昌法治之文明,这是民之所幸”〔6〕。光明网评论员则指出,江歌案判决“意味着存在于传统与现实之中的扶危济困、朋友之谊、以德报德这种价值判断,在法律框架内被清晰地表达了出来,也是法律内蕴的道德力量的一次具象化呈现”。因而,“民众对司法裁判的认知,也由此得到了深化与更新:司法裁判并不只是成文的法律概念、术语、精神相叠加,它也应该直面那些存在于良心、共识、传统之中的价值判断”(光明网评论员:《江歌案宣判,法律道德力量的具象化》,《法制文萃报》2022年1月第2688期)。民法学者金可可对此判决亦表达了极高的道德认同,认为这个典型判决来得非常及时,有助于厘清救助者与被救助者之间的法律关系,合理建构救助者与被救助者之间的权利义务,很大程度上弘扬了社会主义传统美德,具有很高的社会价值和意义。至于各大网站和自媒体的反响,基本上都是对该案判决一片褒扬之声,可以说,城阳区人民法院对江歌案的一审判决取得了非常好的社会效果——“稳固住基础的道德认知,安慰世道人心”。

(二)江歌案法律判断与事实判断存在的缺陷或不足

江歌案民事一审判决的成功,特别是它在弘扬道德信念和社会效果方面取得的良好效应,并不能掩盖其在法律判断与事实判断方面存在的缺陷或不足。

首先,一审判决法律适用方面的问题较多。杨立新在“中国法律评论”公众号发表的题为《江歌案的定性、请求权基础和法律适用》的短论认为,该案民事一审判决在对法律关系性质的确认、对请求权基础和应当适用的法律的确认方面,都存在着“认识不清、处理不当”的问题,具体表现在:其一,从该案民事审的法律关系性质来看,江歌案的法律关系不是判决书所讲的“生命权纠纷”,而应当是“侵害生命权的侵权损害赔偿纠纷”。因为,被告的行为所针对的并非剥夺江歌的生命而是对其构成侵权,这与安乐死案件涉及的生命权纠纷完全不同。其二,侵害生命权损害赔偿的请求权基础,是原侵权责任法中的侵权责任一般条款关于过错责任的规定,而不属于特殊侵权责任的规定;侵害生命权损害赔偿的请求权基础既不是来源于民法通则的“民事权益保护原则”,也不是来源于该法关于生命健康权的规定,而是直接来源于《侵权责任法》关于一般侵权责任的规定,这一规定已经写入新颁布的民法典。其三,关于江歌案适用的法律,杨立新指出,该案作为侵害生命权损害赔偿案件,其真正适用的法律是原《侵权责任法》第6条第1款关于一般侵权责任的规定,这是它的请求权基础,至于判决书引用的《民法通则》第5条关于民事权益保护原则的规定则没有适用的必要;《民法通则》第98条关于生命权的规定则可引可不引。其四,一审判决课予被告精神赔偿的责任,则《侵权责任法》第16条和第22条关于人身损害赔偿和精神赔偿责任的条文,应在引用之列,而判决书不引这两个法律条文,径直引用最高人民法院关于人身损害赔偿和精神损害赔偿的司法解释,暴露了当前司法实践中“重司法解释而轻法律规定的法律适用中的不当做法”(杨立新:《江歌案的定性、请求权基础和法律适用》, <https://mp.weixin.qq.com/s/OiG663SsVK-N8CmmcOwpZw>)。

其次,一审判决对法律事实及其因果关系的认定存在着明显的不足。因果关系是司法判断成立的前提和基

〔5〕 山东省青岛市城阳区人民法院民事判决书(2019)鲁0214民初9592号。

〔6〕 立言:《“江歌案”判决,用天平与利剑托举诚信友善之义》,《环球时报》2022年1月14日。

础,而因果关系又包括事实因果关系和法律因果关系,其中事实因果关系构成法律推理的小前提,对法律适用和司法判决的结论起着决定性影响。从江歌案一审判决对事实因果关系的认定来看,法院认为刘鑫对江歌因未尽注意义务、救助义务和安全保障义务而负有民事赔偿责任。不少学者支持这一认定及其法律论证,比如,西南政法大学张力认为,由于江歌是应刘鑫的要求去陪伴和帮助刘鑫的,则刘鑫应当担负起警示提醒的义务;同时,在陈世峰已经显示了非常明确的人身加害可能性之时,刘鑫非但没有警示江歌,而且以合租居住不合法的理由劝阻了江歌的报警,导致江歌错过了可能的获救机会;在江歌突遇人身危险时,将帮助者完全陷于危难。据此来看,刘鑫不但存在主观过错,而且在侵害江歌生命权的行为中还有非常大的参与度,并且她的主观过错和参与度与江歌生命权被侵害的恶果之间又有因果关系,因而符合侵权责任法上侵权行为的构成要件(薯饼饼:《江秋莲胜诉:江歌案5年后,一次判决的意义》,载《三联生活周刊》2022年1月10日)。孙宪忠虽然同意一审判决关于因果关系的认定,但他认为,除了判决书列举的事实以外,还有三个要点是不应该被忽略的:一是刘鑫在躲避其男友的过程中把江歌作为挡箭牌,从而引导陈世峰产生对江歌妨碍其恋爱关系的仇恨,导致江歌被害;二是阻却江歌报警,与江歌未能获得警察保护负有直接责任;三是自己躲进房屋并将房门反锁将江歌置于凶犯的刀锋之下(孙宪忠、金可可:《对江歌案的评析》,法学学术前沿,2022-01-12)。以上刘鑫这些有过错的直接行为,与江歌受害存在直接因果关系,且刘鑫的行为存在过错当然应负民事赔偿责任。从民事一审裁判的判决书看,法院对刘鑫侵权行为及其因果关系等基本问题存在认识不足至少是法理分析不足的缺陷。

但问题在于,这种相对宏观的事实因果关系经得住深入细致的分析吗?其实,在一审判决作出之后,很快就有学者对判决书中关于事实因果关系的认定成立与否的问题进行了比较细致的逻辑分析,并发现了其中的问题所在。贺剑在《评江歌案:忘恩负义不应只是道德评价》的评论中提出:对一审判决结果基本持赞同意见,但对一审判决及其论证分析持保留意见。他认为,江歌案中过错侵权责任的作用有限,甚至在技术上根本行不通。原因在于,一审判决判定被告承担过错侵权责任的难点在于过错和因果关系两个要件,对于过错要件法院论证了被告的两项重要义务——被告对江歌负有的注意义务和安全保障义务,对于因果关系要件,则基本上没有进行有效的法律论证(贺剑:《评江歌案:忘恩负义不应只是道德评价》,载《中国法律评论》2022年1月16日)。问题在于,一方面,法院所列的这两类注意义务在本案中都是行不通的。因为,根据侵权责任法相关规定,只有宾馆、商场、银行、车站、娱乐场所等公共场所的管理人或者群众性活动的组织者,才会负有安全保障义务,一旦未尽到安全保障义务造成他人损害才会承担侵权责任。另一方面,一审法院判决书认为,被告刘鑫未能尽到对江歌生命安全的注意义务——对即将到来的生命侵害危险的提醒和告知义务。关于被告刘鑫违反注意义务对江歌生命权被侵害的后果是否承担侵权责任,则必须进行“事实因果关系”的分析,才能把问题搞清楚。

因而,核心问题在于:被告违反提醒和告知义务与江歌的死亡之间是否成立因果关系?在充分吸收贺剑等学者对于这一问题分析的基础上,笔者尝试对刘鑫违背相关义务及其主观状态与江歌死亡之间的因果关系作出以下几个主要环节的分析:

一是刘鑫以两人合住公寓违法为由阻却了江歌的报警行为与江歌之死的因果关系。假如被告刘鑫明知陈世峰具有即将杀人的企图,那么,她会阻止江歌通过报警来保证两人安全的行为吗?从常人理性的角度推理,这显然是不可能的。这说明刘鑫本人当时并没有意识到危险即将到来,何谈提醒江歌呢?二是在陈世峰对刘鑫发出“我会不顾一切”的威胁之后,刘鑫邀请江歌陪同返回公寓,但并未提醒江歌陈世峰发出的恫吓。那么,刘鑫这一不作为与江歌的死亡之间是否存在事实因果关系?假定刘鑫告知了江歌这一危险,可以推知,作为理性人的江歌大概率不会前来;而刘鑫自己因为预知到这一危险,也大概率不会再回到陈世峰所熟悉的刘江二人租住的公寓。这就意味着,刘鑫未能提醒这一不作为行为与江歌之死之间能够成立因果关系。问题是,刘鑫仍然回到租住的公寓,这说明她应当未能预见到陈世峰真的会杀人这一巨大危险;而且她还邀请江歌陪同她一起回公寓,如前所述,如果刘鑫意识到回公寓会面临巨大生命危险,不但她自己不会冒险,更没有必要将帮助她的同胞朋友拉入危险之中。对此问题,邹兵建在“法学学术前沿”公众号发表的《江歌案中,为何刘暖曦构成且仅构成侵权?》一文中指出,当判决书和诸位学者都认为既然刘暖曦知道陈世峰有行凶杀人的危险,就应当第一时间报警并告知江歌危险

的存在,她不这样做就明显违反了特定作为义务(邹兵建:江歌案中,为何刘暖曦构成且仅构成侵权?载“法学学术前沿”: <https://mp.weixin.qq.com/s/q0hHYRI6B2POsc6gl5ZoIw>),这种论证显然是用事后视角替代了事前视角。问题在于,即便刘鑫告知了江歌陈世峰已经发出“我会不顾一切”的威胁,江歌也会大概率陪同刘鑫一起回公寓。原因在于,从常人理性的角度推理,她与刘鑫一样,不太可能相信一场男女恋爱纠纷会直接导致凶杀;更重要的是,在不久前刘陈二人发生恋爱纠纷时,刘鑫请江歌前来劝解,江歌不但来了,而且成功劝说陈世峰离开。因而,从经验上讲,江歌也不太可能相信,前一次能够被成功被劝解离开的陈世峰这次会突然杀人,而且会针对并非其纠纷对象的江歌本人。因而,至少在大概率上,即便刘鑫告知了江歌陈世峰发出的威胁话语,江歌也会前来陪同刘鑫回公寓,而不太可能认为两人会遭遇生命不测的危险。上述推理是符合逻辑的,而且符合大众理性和常人理性的一般认知。既然,“法律只针对正常人”,^[7]则可以作出如下判断:无论刘鑫是否将陈世峰发出的威胁话语告诉江歌,江歌都会前来陪同刘鑫且不认为两人会面临生命危险;如此,在刘鑫违反提醒和告知义务与江歌的死亡之间,很难成立因果关系。这是一个可悲的事实。因为江歌遭遇的凶手是一个不具有预测可能性的“不正常的人”,^[8]在这一点上我们只能说,江歌的高尚行为遭遇的却是恶劣的“道德运气”,这实在太可悲了。

二是关于被告刘鑫关门躲避陈世峰行凶的行为与江歌之死之间是否存在因果关系。从日本东京地方裁判所对江歌的刑事审和青岛城阳区人民法院对该案民事一审判决书的描述看,凶杀发生时的基本事实是:当江歌陪同刘鑫回到共同租住的公寓走廊之时,手持凶器埋伏已久的陈世峰突然窜出,行走在前面的刘鑫见状快速进入房间并将门反锁,江歌则被隔离在门外直接暴露在陈世峰的刀锋之下,连遭十余刀之后抢救无效死亡。在此期间,刘鑫拨打了两次报警电话,这也是警察能够快速到来的原因,但可惜凶杀已经结束,江歌的生命也没有能够被抢救回来。从这一系列事实可见:其一,当凶杀降临时,刘鑫快速躲避进房间并关门的行为,的确是一个纯粹利己的选择,在道德上是必须予以谴责的;但从事实的层面讲,这几乎是一个具有求生本能的正常人在紧急情况下都能够做出的举动,“法律不强人所难”,居高临下的道德谴责在这种情况下几乎没有意义。那种将刘鑫的逃避行为进行分解,认为其中的“将门反锁”这一行为不再具有消极意义而是主动和故意的选择,且正是这一选择将江歌置于生命危险的境地的结论,只具形式意义,并不具有实质独立性和现实价值。因为,刘鑫逃到房间之内如果不顺势将门锁闭,则她逃进房间的行为对于她的自我保全将没有任何意义。因而,从实质和现实价值的层面看,刘鑫锁闭房门的行为和她逃向房间的行为是不可分解的,都是她的自我保全行为的不可拆解的构成部分;从而,将刘鑫锁闭房门的行为单独解析出来予以侵权责任的考察并不具有现实意义。且不说刘鑫并不具备侵权责任法上安全保障义务的主体地位,即便我们假定她此时负有安全保障的义务,应当在危险时刻与江歌共同进退、共担风险,则大概率的结果是,要么两位赤手空拳的羸弱女子在手持利刃的壮汉面前无一保全,这个结果无疑是更加悲惨的,也是所有人更加不愿看到的;要么作为陈世峰主要报复对象的刘鑫成功吸引陈世峰的注意力,从而被陈世峰如愿杀害,而江歌顺利逃走,获得生命的保全。在这种情况下,以一位女子的生命换取另一位女子的生存,会是我们积极追求的更好的结果吗?显然不是,因为所有人的生命都应当是等价的。即便我们从后来刘鑫的表现回溯地审视当时的凶杀过程,在内心里更愿意希望道德更高尚的江歌存活下来,我们也要理性地反问:这种情况可能发生吗?正因为江歌在道德上是高尚的,在好友刘鑫面临生命危险的生死关头,她几乎不可能作出只身逃走的选择。那么,推理的结果就又回到了原点,即假定刘鑫冲出房间与江歌共抗凶险,结果只能是更加悲惨。就此而言,我们从逻辑上可以基本推出这样的结论:无论刘鑫关门与否,江歌的殒命悲剧大概率都是不可避免的;如此而言,则刘鑫锁闭房门的行为与江歌之死之间的因果关系就瞬间崩解了。

三是关于被告未能履行提示危险的注意义务和安全保障义务(或共抗风险义务)的主观性问题。这一分析的目的,在于判断刘鑫未能履行两项义务是否存在主观故意和间接故意问题。概括前述分析所展示的涉及被告

[7] 何柏生:《法律只考虑正常人》,《华东政法大学学报》2010年第4期,第132-134页。

[8] “不正常的人”,是福柯描述的需要知识和权力予以干预的三种生理、行为等方面“不正常的人”,意在揭示知识权力干预与运作的精微机制。参见林光祺:《“不正常的人”及其控制:精神病学权力的普遍化》,《医学与哲学(人文社会医学版)》2006年第9期,第44-45页。

主观性的内容可见,在江歌案的几个主要环节中,被告刘鑫未能履行义务的主观故意和间接故意都很难成立:其一,在刘鑫阻止江歌报警环节,从一个理性正常人的视域审视,刘鑫显然在当时不可能预见到陈世峰具有杀人危险性。因为,在生命侵害与两人共同阻止违法行为之间进行利害关系判断,孰轻孰重实在太为明显,如果意识到陈世峰具有杀人的危险性,刘鑫不可能作出这样的选择,甚至她在这方面的敏锐性还可能赶不上江歌,因为正是江歌提出了报警的尝试;但江歌也很难预见到陈世峰的杀人危险性,因为这与其几天前刚刚劝解其离开这一成功经验恰相矛盾。可见,在刘鑫阻止江歌报警的环节,声言其未能履行注意义务具有主观故意,显然是不能成立的。其二,在二人同返公寓过程中刘鑫未能及时告知江歌即刻危险的环节,倘若刘鑫能够预见到陈世峰具有杀人的危险性,则她不可能选择回到公寓,那么也就不可能存在邀请江歌陪同回公寓这一事实了。可见在此一阶段,也不能说刘鑫已经预见到了危险的降临而不履行告知义务,因而其主观故意也是不存在的。其三,在刘鑫进入公寓并反锁房门的环节,其作为一个面对危情的“避险者”,本能地选择了逃避并关上房门这一自救举措,特别是形式上可能具有“积极行为”外观的反锁房门行为,本质上是不可从逃避行为中分解出来单独对待的;因为一旦将这一行为视作刘鑫的积极行为分解出来,则刘鑫逃入公寓的举措将对于其保全生命没有任何意义。据此,我们只能将反锁房门的行为和其逃入公寓的行为视作刘鑫“避险行为”的统一而不可分割的同一举措。因而可以说,即便在这一环节,也难以作出刘鑫具有主观故意的判断。其四,从刘鑫两次报警的举动来看,当遁入公寓的刘鑫意识到门外的江歌正在面临即刻生命危险之时,她选择了报警;而当她听到江歌的惨叫声之时,她再次报警。可见,刘鑫并非放任江歌生命被杀害这一后果的出现,而是选择了当时最有效制止陈世峰凶杀行为的唯一措施——报警。在美国,面对此种情形下只要及时报警就已经被认为是尽到了注意义务。当然刘鑫是自私的,她不可能有勇气冲出门去与江歌共担风险。即便刘鑫有勇气冲出门去与江歌共抗凶徒,两个赤手空拳的弱女子又岂是手持利刀的壮汉的对手?能够合理推测的结果只能是,更加悲惨的一幕将展示给世人。就此而言,我们假定两人共抗陈世峰的举措并不具备更加积极的意义和更好的效果。通过上述推理分析可见,刘鑫未能履行注意义务和保护义务并不具有主观故意,也难以成立间接故意。

关于被告刘鑫的民事侵权责任认定,邹兵建根据“一般侵权责任三阶层构成要件体系”说,及刘鑫在江歌遇害事件过程中的行为表现,在事实要件、违法性、有责性三部分构成要件方面,作出如下推理:因刘鑫未能履行提示江歌凶杀风险注意义务、遁入公寓并反锁房门的行为、未能与江歌共抗风险履行安全保障义务与江歌的死亡之间都不能够成立因果关系,因此刘鑫侵害江歌生命权的事实要件无法成立;在“违法性”要素方面,刘鑫遁入公寓并反锁房门的行为因符合“紧急避险”的形式要件,具有阻却违法性成立的理由(当然,这一点争议较大);在“有责性”要素方面,认为刘鑫的一系列行为既不具有主观故意且也难以成立间接故意,因而不具备承担法律责任的主观要件。概言之,仅从法律分析看,刘鑫对江歌之死难以承担生命权侵权损害责任,此种观点在其他学者那里也得到了认同。^[9]对此,即便不论“违法性”要素方面成立与否的争议,在法教义学分析之下,仅就事实要件和主观要件不能成立而言,无论采取哪种侵权责任构成要件学说,都很难根据现有的侵权责任法追究刘鑫之于江歌生命权的侵权责任。

(三)江歌案中的法律(司法裁判)与道德的张力

那么,这是否意味着被告刘鑫就可以逃脱法律的惩罚,悲苦的江歌母亲江秋莲不仅要痛失爱女,还要在法律正义的竞技场上同样败下阵来?当然不是。江歌案一审审判长嵇焕飞在接受采访时指出,江歌无私帮助他人的行为,体现了中华民族传统美德,与社会主义核心价值观和公序良俗相契合,应予褒扬。其受到不法侵害,理应得到法律救济(《江歌案一审判决刘鑫赔偿近70万元,有何依据?专家解读》,载《新民晚报》2022年1月10日)。刘鑫的行为进一步加重了他人的伤痛,有违常理人情,应予谴责。贺剑在评论中将判决书包含的法律救济逻辑解析为:“过错侵权责任在该案中的作为有限,甚至技术上根本行不通;作为替代,应当基于社会主义核心价值观以及相关民法基本原则,发掘我国社会中的恩义文化、恩义价值,对《民法总则》第183条的含义重新予以阐释,使

[9] 谢鸿飞:《江秋莲诉刘暖曦生命权纠纷案的关键侵权法理》,《中国社会科学报》2022年3月3日,第4版。

得忘恩负义不仅是一种道德评价,也是一项重要的法律评价。在前述第183条的框架下,本案被告诸多忘恩负义之举以及其他因素,都能得到更周全适当的评价,原告所能获得的‘适当补偿’数额,甚至可以等于实际损失数额。”(贺剑:《评江歌案:忘恩负义,不应只是道德评价》,载“中国法律评论”:<https://www.wxn timer.com/thread-9906233.htm>)这段话表达了三个重要判断:其一,基本否定了通过过错侵权责任课予被告民事赔偿义务在技术上的可能性,原因是侵权行为构成要件不能成立。其二,主张在侵权法的技术规则之外寻求法律原则依据,通过民法基本原则对被告的行为作出法律评价并以之为确定民事赔偿的根据。其三,主张以《民法典》第183条确立被告的侵权责任。^[10]《民法典》第183条又被称为“见义勇为条款”,其规范目的在于保护见义勇为者、鼓励见义勇为行为,主张对见义勇为者因其见义勇为行为受到的损害由受益人给予适当补偿。

应当说,这三个重要判断,都有较为扎实的理论依据和实践价值,但也存在可商榷之处,主要体现在两个方面:一是将江歌对刘鑫的帮助与恩义文化挂钩,主张对刘鑫的行为给予法律上的负评价,那么如何将道德上的恩义价值转化为法律价值判断?这不仅要求必要的法律依据,还必须阐明转化方法上的正当合理性。二是如何将江歌的陪伴与劝解行为认定为“见义勇为”行为,存在很大的难度。从见义勇为行为的构成要件来看,“见义勇为行为没有法定或约定的危难救助义务,这是见义勇为为‘义’之形式所在,行为人为国家利益、社会公共利益或者他人合法权益而实施危难救助行为,是见义勇为为‘义’之实质所在。见义勇为之‘勇’主要体现为在紧急情况下实施的防止、制止不法侵害或者抢险、救灾、救人等危难救助行为。”^[11]江歌的行为不符合见义勇为条款的规定,主要体现在两个方面:其一,江歌是应刘鑫之邀对其进行陪护并对其恋爱纠纷进行劝解,而这恰恰是见义勇为条款“没有规定”的内容;其二,江歌对刘鑫的帮助主要是陪同和恋爱纠纷劝解,不符合见义勇为条款所规定的“危难救助”的行为特征,因而很难归入“见义勇为”行为之列。江歌的行为更符合传统中国社会所理解的“恩义行为”的特征。但如前所言,一旦将江歌的行为认定为恩义行为,则它就失去了《民法典》第183条之规定的支持。那么,既然从民法典“见义勇为条款”为原告寻求民事侵权赔偿的努力落空了,则可能的法定依据就只剩下一条,即通过民法典基本原则为这一场生命权侵权纠纷厘清是非界限、确定赔偿方向,这也是江歌案一审判决书中明确宣示的基本裁判立场:“基于民法诚实信用基本原则和权利义务相一致原则。”^[12]

这就意味着,真正能够支撑起江歌案民事一审判决的规范基础,只能是“诚实信用”“公序良俗”等民法基本原则,而在法律规则层面却找不到合理根据。于是问题就被导入了法律(司法裁判)与道德关系的轨道,此时一系列难题再次呈现在我们面前:法律与道德的界限何在?司法裁判道德化的合法性何在?司法判断如何正确地沟通法律与道德才具有合理性?等等。

二、司法裁判与道德价值的张力及其理论争辩

要在理论上对法律与道德作出令人信服的区分,在法律而非道德的范围内为类似江歌案这样的疑难案件寻求令社会公众信服的规范依据,就有必要在区分法律价值与道德价值的基础上,处理好法律原则与法律规则之间的指导与配合关系,限制法官个人立场并在忠诚法律的前提下,为司法判决及时合理地吸纳社会命题和道德价值构建起顺畅稳定的机制和渠道。

(一)法律价值、正义价值与司法裁判

司法判决与道德原则的关系具有复杂的内涵。就“道德原则”的语义而言,其可以是社会流行或者主流的道德原则,是社会规范的一部分;还可以是法律当中包含道德价值的原则,是法律规范的必要组成部分。所以在这里,应当对二者作出明确的区分:当我们在法律规范意义上谈原则的时候,它只能专指法律之中的基本原则,而不是法律之外社会之中的任何道德原则,前者是“法律原则”,后者是“道德原则”,二者日常发生作用的领域和法律

[10] 我国《民法典》第183条规定:“因保护他人民事权益使自己受到损害的,由侵权人承担民事责任,受益人可以给予适当补偿。没有侵权人、侵权人逃逸或者无力承担民事责任,受害人请求补偿的,受益人应当给予适当补偿。”

[11] 王雷:《见义勇为行为的构成要件和认定程序新释》,《北方法学》2021年第1期,第129-142页。

[12] 山东省青岛市城阳区人民法院民事判决书(2019)鲁0214民初9592号。

地位都有着明显的区分,但也存在着重要的联系:法律的基本原则主要来自社会道德原则,立法者通过将“维护社会有序化要求所必需的、基本的道德……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底蕴。此为立法的道德性”^{〔13〕}。法律与道德具有天然的联系,通过法律的基本原则与道德的勾连,对法律规则体系加以完善,法律与道德就获得了持久捆绑的法定机制。不仅如此,法律与依据法律作出的司法裁判还不断受到社会道德的检验和评价,法律及其包含的道德原则与社会道德始终处于不断变化的张力关系之中,并持续塑造着司法的日常形态:“面对道德困境案件的日趋增多,司法之道德话语系统的社会意义得以凸现,法官往往需要将目光往返于法律话语系统与道德话语系统之间,充分反映民众的共同道德观,并自觉拒斥虚妄的民意诉求对司法裁判的消极影响。当然,这会使难办案件意义上的司法裁判被简缩为‘冲击一回应’的被动过程,从而形成了一种基于外在压力影响但又需要慎重对待的压力型司法。”^{〔14〕}通过对江歌案民事一审的社会环境、裁判内容和话语意识形态的审视,可知这是一起受到社会主流民意与道德观念压力之下作出的典型的“压力型司法判决”。

司法判决受到其外部社会道德的压力,意味着法律正当程序的运转溢出了本有的边界,突破了法律系统的自我统摄,本质上是司法机制的“异化”^{〔15〕}。法律裁判程序的运作,按照形式法治的基本要求,本应只受法律体制内的权力和程序步骤的推动而有序展开,一旦其溢出本来的规范边界,则需要我们重新审视法律与道德、法律价值与社会正义的关系。凯尔森在论及“法律的价值”和社会“正义的价值”概念的区分时,表述过一段非常系统的观点:“法律规范之可被适用,不仅在于它由机关所执行或由国民所服从。而且还在于它构成一个特定的价值判断的基础。这种判断使机关或国民的行为成为合法的(根据法律的、正当的)或非法的(不根据法律的、错误的)行为。这些是特定的、法律上的价值判断。其他价值判断关系到法律本身或创制法律的人的活动。这些判断宣称立法者的活动或其产物,即法律,是正义的或非正义的。法官的活动的确也被认为是正义的或非正义的,但这只是在他创制法律的能力起作用时才是这样。当他只不过是适用法律时,那么,他的行为,就像从属法律的那些人的行为一样,被认为是合法的或非法的。对一定行为是合法或非法的判断中所包含的价值表语,在这里,就被称为‘法律的价值’,而对一个法律秩序是正义的或非正义的判断中所包含的价值表语,则称之为‘正义的价值’。宣称法律价值的陈述是客观价值判断,宣称正义价值的陈述是主观价值判断。”^{〔16〕}凯尔森在这段话中表达了关于法律价值与社会正义价值关系的两个非常重要的观点:其一,法律有其自身内部的价值判断。凯尔森并不否认法律判断就是价值判断,他认为,无论对执法机关的执行行为、司法机关的法律适用行为还是国民服从法律的行为,对其进行判断的规范依据只能是法律。而这样一个判断,就是以法律为基础的特定的价值判断。符合法律的相关行为就是合法的、正当的,不符合法律的相关行为就是错误的、非法的或者不正当的,凯尔森关于法律判断的这一阐述已经非常接近哈特“内在观点”的概念了。这一论述在根本上厘清了一个非常重要的问题:法律实证主义并非排除价值判断,只不过是其所承认的价值判断是来自于法律之内的价值判断。如此而言,则规范法学视域中法律规范并非与价值断然分开,法律是有其内在价值设定的规范性存在,因而法律评价是以法律为基础的特定价值判断,法律评价只承认那些纳入法律之中的价值。当法律对主体行为作出评价时,法律判断总是与法的目的、宗旨、价值不可分离,而毋宁是浑然一体的。其二,“正义的价值”是法律之外的社会价值判断。在法律的价值评判之外所进行的价值评价活动,主要包括对于立法者的立法活动及其产物的法律本身的评价,一般经常使用正义的或非正义的这样的术语,这种评价就是根据社会道德或社会价值进行的评价,体现的是“正义的价值”而不是“法律的价值”。对于法官而言,当他仅仅进行纯粹的法律适用活动时,则对其进行的评价是法律之内的评价,即“法律的价值”评价。但当法官从事与创制法律规范相关的行为时,对这种创制行为及其创制的成果即“法

〔13〕 江涛:《道德话语系统与压力型司法的路径选择》,《法律科学(西北政法大学学报)》2014年第6期,第21-31页。

〔14〕 秦策、夏锦文:《司法的道德性与法律方法》,《法学研究》2011年第4期,第40-57页。

〔15〕 有学者把“尚德不尚法”“实质思维模式”视为司法异化之积弊的重要表现,这一观点与本文所言司法机制的异化基本符合。参见汪习根、桂晓伟:《司法“异化”的文化反思》,《政法学刊》2008年第1期,第18-21页。

〔16〕 [奥]汉斯·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年版,第51页。

官造法”进行的评价,就会涉入基于社会道德或社会价值作出正义与否的判断。凯尔森反对基于社会道德价值对法律进行所谓的正义评价,原因在于,“一个时代的价值体系并不是孤立的个人的一种任意创造,而始终是在一个特定的集团中,在家庭、部族、阶级、等级、职业中,各个人相互影响的结果。每一价值体系,特别是道德体系及其核心的正义观念,是一个社会现象,是社会的产物,因而依照其所产生的社会的性质而有所不同而已。”^{〔17〕}凯尔森指出,即便数量众多的人的价值判断意见一致,也不能证明这个判断是正确的;正义的标准就像真理的标准一样,并不依赖于对现实判断或对价值判断的频繁性而增强。因而不无反讽地指出,“正义是一个反理性的理想。无论它对人们的意志与行为可能是多么必要,但它却是不能被认识的。从理性认识的观点来看,只有利益,因而也就只有利益的冲突。”^{〔18〕}他意在说明,正义是与利益的冲突和争夺有关的集团或阶层的片面价值判断,因而必然是主观的、多元的、冲突的和变动不居的,是无法科学认识和客观把握的。但法律不是这样,实在法能够成为一个科学的认识对象,实在法内含的法律价值也是稳定的客观存在,因而“宣称法律价值的陈述是客观价值判断,而宣称社会道德之正义价值的陈述是主观价值陈述”,前者是可以科学认知的理性存在,后者则是不可认知的非理性存在。基于此,司法适用只能是基于法律和法律之内价值的判断,企图以“正义的价值”对法律问题作出裁判,不仅是价值论上的非理性主义,在认识论上也是不可能的。

对于凯尔森关于法律的价值和正义的价值的重要区分,有学者基于“普遍伦理主义”(ethical universalism)与“相对伦理主义”(ethical relativism)视角进行了佐证:普遍伦理主义认为存在某些客观的普遍适用的伦理准则;相对伦理主义则基于社会与文化的特殊性认为不存在适用于任何社会状况的普适准则。法律作为具有普适性特征的国家规范,只能以普遍伦理主义下的道德作为其价值基础或法律价值来源,“任何企图扩大普遍伦理主义范围的立法或司法尝试都将遭遇法治危机”^{〔19〕}。因而,在凯尔森将法律与道德在价值判断上的差异性区分为“客观价值判断”与“主观价值判断”的基础上,我们可以说,“法律对于行为合法性的判断是不以人的主观愿望或情感而转移的,只有依据法律规范来裁判人们的行为才属于客观价值判断。这是司法裁判得到认可的唯一方式。换言之,司法裁判只遵从同法律保持同质性的那一部分道德。”^{〔20〕}而所谓“同法律保持同质性的那一部分道德”,其实就是法律之内的价值,也就是宣示于立法宗旨、融汇于法律规则体系,而以法律原则为浓缩性表达的“法律的价值”。

基于以上分析,当代司法者们理应认识到:“一些判决书在使用道德话语时,忽视了在现代司法语境下法律话语与道德话语之间的主次关系,只注重道德话语本身的正当性以及其对判决结果的导向性,而造成对法律话语的‘压制’或‘遗忘’。而无论是‘压制’还是‘遗忘’,在事实上都造成了这些案件中判决书法律属性的弱化。”^{〔21〕}司法实践中以道德价值判断取代法律判断,对国家法制的统一、对司法的形象都是一种污损和破坏,与“法治中国”的目标与要求背道而驰。有学者针对此类现象指出,尽管司法的道德性有助于提升裁判的社会效果,有利于缓解国家法律与社会价值观念之间的紧张,但要防止出现“道德司法”或“价值司法”,以维护现代法治最起码的安定性与可预期性。因为,对于进行中的法治中国建设而言,“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”^{〔22〕}。

前文对江歌案的分析表明,道德原则和意识形态价值只能够为案件的解决提供动听的论证话语,却无法提供令人信服的法律判断;而法治对法律的自治性和可预测性的恪守则提醒每一位法律人,司法裁判必须摒弃不当的外在道德干扰,这就要求法律理论应当在重构法律概念的基础上,在正确处置法律原则与法律规则关系的前提

〔17〕〔奥〕汉斯·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年版,第8页。

〔18〕〔奥〕汉斯·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年版,第13页。

〔19〕张婷婷:《科技、法律与道德关系的司法检视》,《法学论坛》2016年第1期,第133-143页。

〔20〕张婷婷:《科技、法律与道德关系的司法检视》,《法学论坛》2016年第1期,第133-143页。

〔21〕杜健荣:《论司法判决中道德话语的运用偏差及其校正》,《理论导刊》2017年第10期,第99-104页。

〔22〕秦策、夏锦文:《司法的道德性与法律方法》,《法学研究》2011年第4期,第40-57页。

下,为疑难案件的裁判寻求适当的路径。

(二)法学理论对法律原则与法律规则关系的论辩

任何法律案件都应当依法作出裁判,道德原则、意识形态、社会习俗或者法律之外的其他标准都不应当成为司法裁判的依据。但是,这是有条件的,即只有在简单案件中,只有在法律规则清晰明确的案件中,人们才会事实上秉持这样一个共同认识。一旦遇到疑难案件,问题就发生了根本的变化:“在没有争议的案件的裁判中,司法的合法性问题隐而不彰,但是,当出现有道德争议的案件时,法官应该如何裁判便马上成为焦点。”^[23]德沃金指出,“判定道德标准是否,以及如果是的话又在何种情况下属于法律命题的真值条件之一(这些真值条件是使这样一个命题为真所必不可少的),这一点事关重大。这在像我们这样的政治共同体中尤其重要,在我们这样的政治共同体里,重要的政治决定是由法官们作出的,法官们被认为唯有在真实的法律命题要求或允许的时候,才具有作决定的责任。在这样的共同体里,法官是否以及在何时必须探究道德,以便判断哪些命题是真的,这具有特别重要的意义。”^[24]

那么,这就将讨论引向了关于法律的概念以及法律与道德原则界限的方向,也就是说,在一个法治社会,只有在道德原则被纳入法律概念的情况下,法官才负有按照这些道德原则作出裁判的责任;前提条件是,这些道德标准必须符合法律命题的真值条件。关于法律与道德关系的讨论,一直是法学理论的核心问题之一。当奥斯丁说“法律的存在是一回事,其优劣是另一回事”时,^[25]他的意思是“法律在道德上是可错的”,这是一个非常重要的判断,也是世所公认的事实。但凯尔森却提出了相当不同的见解,莱昂斯将其观点概括为:“社会事实决定何种法律存在,它们要求与允许什么。这些是一个客观事实的问题。但是,道德判断没有任何事实性基础,只不过是表达我们持有的态度。因此法律不可能是道德的一个函数。法律的确认与解释必须独立于道德条件。”^[26]凯尔森的道德怀疑主义将道德问题视为完全主观的、相对的,这势必会导出这样一个结论:法律在道德上是不可评价的,这显然不符合基本的社会事实,在真值条件上,凯尔森的前述论断难以成立。哈特则有所不同,虽然亦将法律与道德的分离作为其理论展开的基本前提,但他毕竟是“柔性实证主义者”,不仅因为他认可了“最低限度的自然法”,^[27]还在于他承认法律有道德上的善恶之分:“我们会谴责某些法律是道德败坏的,仅仅因为它要求个人去做一些道德所禁止的事,或者限制个人,使他无法尽他的道德义务。”^[28]法学理论关于法律与道德关系探讨的推进,更进一步体现在德沃金与哈特的相关论战中。

为了论证道德标准纳入法律概念的真值条件,德沃金对法律的概念进行了阶段与类型的划分。德沃金是在承认现有制度的合法性并力图为法律制度发展提供最佳论证意义上给出了法律的概念,因而其法律概念必然是教义学的(doctrinal)。教义学“……所探究的,是某地或某个实体之具有特定效力的‘法律’的概念。我们所作的关于法律要求什么、禁止什么、许可什么或创设了什么的主张,都是这种类型的主张。”^[29]德沃金把教义学的法律概念区分为四个阶段:语义学阶段、法理学阶段、教义学阶段和裁判阶段。德沃金认为,法律概念的语义学阶段又可区分为三个类型——标准性概念、自然性概念和解释性概念。所谓的标准性概念是指这种概念的界定依据某种固定的标准;所谓自然性概念是指概念具有某种固定的本质性内涵。在日常生活中,经常用于描述某些社会现象的概念多为语义学概念,例如丈夫、妻子、家庭都属于标准性概念,因为其确定内涵的取得依赖于社会的语义

[23] 黄伟文:《道德争议案件与司法的合法性:对“泸州遗赠案”的反思》,《西部法学评论》2011年第5期,第 页。

[24] [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,第2-3页。

[25] J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Weidenfeld Nicholson, London, 1954, p. 13.

[26] [美] 大卫·莱昂斯:《伦理学与法治》,葛四友译,商务印书馆2016年版,第71页。

[27] 根据哈特《法律的概念》一书的阐述,人的目的是生存,我们所关心的那些为了持续存在而设的社会措置,而不是自杀俱乐部。因此根据人性以及人类生存世界的事实明显判断,就必须有某些行为规则,这些规则确实构成所有社会的法律和道德习俗中共同的元素,虽然这些社会都从这元素发展出不同形式的社会控制。这些行为规则就是哈特所说的“最低限度内容的自然法”。参见[英] H. L. A. 哈特:《法律的概念》,李冠宜译,法律出版社2006年版,第179页。

[28] [英] H. L. A. 哈特:《法律的概念》,李冠宜译,法律出版社2006年版,第159页。

[29] [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,第2页。

共识或语义习惯。自然界的事物如植物、动物、花卉就属于自然性概念,因为其内涵的界定取决于对其自然本质属性的把握。法律实证主义将法律视为一种语义性概念,即法律是什么的边界取决于某种社会公认的关于法律的语义标准,因而法律概念中必然存在一根“语义学之刺”(linguistic stings)。德沃金认为,这种概念的聚合性语言实践既决定了标准型概念的正确运用,也决定了自然类型概念的正确运用,但却无法决定法律这种解释性概念的运用。解释性概念既没有一个固定的本质,也没有一个固定的标准来界定其意义,它反而是那种有赖于相关实践中人们的反思与争论并对之作出最佳解释的概念。法律中的很多概念,如自由、平等、民主、法治、人权都属于此类概念。在法律实践中的人们共享着这些概念,但却往往对这些概念的意义与价值存在巨大认识分歧。在这一点上哈特真正理解了德沃金,因为他说:“他(德沃金)极力主张,理论争议本质上就是具争议性的,因为它们不仅牵涉到历史事实,也经常牵涉到具有争议性的道德判断和价值判断”^[30]。因而,法律是什么在很大程度上取决于法律实践中对解释性概念的竞争性解释。正是在此意义上,德沃金断言:“法律推理(legal reasoning)是一种建构性解释(constructive interpretation),我们的法律存在于对我们整个法律实践的最佳论证(justification)之中,存在于对这种实践解释的最佳叙事之中。”^[31]作为一种解释性理论,法律概念的法学阶段的基本任务,是必须对解释性的教义学法律概念的性质给出说明:何种关于法律概念的解释才是最好的解释。为此,德沃金引入了“法律的愿望性概念”——支撑合法性与法治的种种价值,在现实法律实践与合法性和法治诸种价值圆满性的张力之下,那种对法律实践的解释趋向于愿望性概念的答案才可能是最佳的。于是,在法理学阶段,法律的概念就是教义性与愿望性的合一,即法理学的法律概念,既是基于现有法律制度效力的规范性体现,又是朝向愿望性价值、对法律实践的最佳解释,是对法律制度最佳面向的解释性呈现,它“把这条原则摆在显著的地位:一个国家应当尽可能通过一系列融贯的政治原则来进行统治,它将这些原则的利益扩展到所有的公民身上”^[32]。因而,法理学阶段对法律概念的理解,必须是内部参与者视角的,必定包含并融贯了政治道德,“是在政治的道德性中进行的一次操练”。“一旦我们在法理学阶段采用了一种有关法律之价值的理论,我们便进展到第三个阶段,即教义性的阶段。在这个阶段,我们要根据在法理学阶段所确定的价值,构建出对法律命题之真值条件的一种解说。”要满足这样的真值条件,就必须将政治道德性的整体价值作为法律实践辩护的根本理由,即“必须把将创制法律的权力分派给特定机构的政治道德性诸原则,以及其他以各种正式与非正式方式限制这些权力的原则,摆在一个显要的位置”^[33]。这些具有政治道德性的法律原则来自何处?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”,也包括“法律的隐含原则”(以隐含形式存在于法律之中的原则)和“直接来源于道德规范的原则”^[34]。因而,法律必然是一个包含政治性道德原则同时坚守对制度忠诚、充满张力的解释性概念,“法律的态度是建构性的,其目标是:秉持解释的精神,用原则涵盖实践以展现通向更美好未来的最佳路线,又保持对过去之恰当程度的信守”^[35]。至此,德沃金就将来源于政治道德性的法律原则解释性地吸纳进了法律概念之中,在超越实证主义语义学法律概念的同时,为法律概念在法律实践中的不断完善预置了真值条件和理论空间。就此而言,解释性法律概念是不需要一个“裁判阶段”的,但法律实证主义者却需要这样一个法律概念来弥补其缺陷。原因在于,法律实证主义将法律视为有主要规则和次要规则构成的规则体系,这一法律规则体系的边界是由语义性的“承认规则”(rules of recognition)划定的。但任何语义性概念都依赖一个语义核心确定其基本含义,在语义的边缘,哈特承认存在着“空缺结构”(open texture)^[36]或“不确定的阴影地带”^[37]。对规则存在的这种空缺结构的填补,却是实证主义的规则体系无法解决的,正是在这里,实证主义滑向了它所反对的“法律

[30] [英]H. L. A. 哈特:《法律的概念》,李冠宜译,法律出版社2006年版,第226页。

[31] [美]罗纳德·德沃金:《法律帝国》,许杨勇译,上海三联书店2016年版,序言第1页。

[32] [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,第14页。

[33] [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,第18页。

[34] [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,第41页。

[35] [美]罗纳德·德沃金:《法律帝国》,许杨勇译,上海三联书店2016年版,第324页。

[36] [英]H. L. A. 哈特:《法律的概念》,李冠宜译,法律出版社2006年版,第123页。

[37] [英]H. L. A. 哈特:《法律的概念》,李冠宜译,法律出版社2006年版,第129页。

实用主义”(legal pragmatism)的泥潭:“法律的空缺结构意味着,存在着某些行为领域,这些领域如何规范必须由法院或官员去发展,也就是让法院或官员依据具体情况,在相竞逐的利益(其重要性随着不同的个案而有所不同)间取得均衡。”^[38] 德沃金认为,至此,法律实证主义已经不再是一种法律理论了;而解释学的整全法理论,由于已经在法理学阶段就将政治道德性原则纳入其法律概念,因而对其而言,“我们甚至可以说,一种裁判的理论,根本就不是法律理论的组成部分”。^[39] 的确,在这一点上德沃金是对的,因为,“一个规范性的裁判理论并不打算预测法官将如何裁决案件;它的目的是解释他们应当如何裁决案件”。^[40] 由此可见,解释性法律理论与实证主义法律概念,至此具有了完全不同的特征,前者认为法律原则与法律规则一样,都是法律概念的必要部分,而后者只承认法律是一个纯粹的规则体系,但却在法律规则的空缺结构之处背离了自己的理论信念而滑向了自己所反对的东西。虽然哈特亦曾辩护说,“德沃金忽略了我曾明白地表示过,作为法效力的判准,承认规则可以将道德原则或实质价值包括进来;所以我的理论是属于所谓的‘柔性法实证主义’(soft positivism),而不是德沃金版的‘单纯事实’之法实证主义”,^[41] 尽管哈特的理论最后纳入了“道德原则或实质价值”,但毋庸置疑的是,在关于法律的概念是否包含政治性道德原则的问题上,德沃金与哈特实证主义的区分是显而易见的。

由此带来的逻辑结果就是,德沃金的整全法理论与实证主义关于原则与规则在判决中的关系与功能的不同观点的论述,成为二者之间的又一重大分野。关于这一点,哈特在其《法律的概念》一书的“后记”中有非常完整的表述,我们在此分别予以分析:1. 哈特认为,规则与原则的第一个区分特性是“程度性”。即原则宽泛而规则具体,同一原则的规定性可以具体体现在多个规则上,“我想所有批评我忽视了原则的批评者都同意,原则至少有两种特性能够与规则区别开来。第一个特性是‘程度’:相对于规则而言,原则较为广泛、一般或不具体,这个特性显示在一个现象上,那就是许多被当作个别存在的规则可以被视为同一个原则的体现或例证。”^[42] 2. 规则与原则的第二个区分特性是“可欲性”。原则具有价值上的“可欲性”,从而对规则发挥着说明性和证立性的论证功能:“第二个特性是,既然原则多少都清楚地指向某种意向、目标、权利或价值,因此从某个观点来说,原则乃是被视为一种值得去追求、去坚持的事物。它不仅仅给予其具体化的规则以说明及理由,而且对这些规则的证立至少也能发挥些许作用。”^[43] 他继续阐述说,“从某个观点来看,原则具有广泛性以及可欲性(desirability)这两个特性。这两个特性能够说明原则在与规则的关系中,所扮演的说明性及证立性的角色。”^[44] 哈特认为,前述这两点关于原则与规则的区分是他及其批评者都能够同意的,当然也包括他最主要的批评者德沃金。3. 德沃金认为原则的司法适用是“非决断性”,而规则的适用是以“全有或全无”的方式运作的;哈特对此持相反观点,认为二者的区别仅仅是“程度性的”:“除了这两个相对来说无可争议的特性之外,原则还有第三个特性,这个特性在我看来乃是一个程度问题,但在德沃金看来,却十分关键,因而不只是程度的问题。根据德沃金的看法,规则在适用规则的人的推理当中,以一种‘全有或全无’的方式运作……对德沃金来说,法律原则不同于这种以全有或全无的方式运作的规则,因为当原则被适用在案件中时,原则并不‘确保’一个决定,而仅只是指向或有利于某种决定。……为了方便,我将原则的这个特性称为‘非决断性(non-conclusive character)’。”^[45] 哈特却认为“这个区分只是个程度问题”。^[46] 4. 按照德沃金的观点,原则与规则在司法裁判中的作用与命运不同,在竞争中落败的原则可以继续有效,而在冲突中落败的规则在该案中不再被适用;哈特对此观点不予认同。哈特说:“根据德沃金

[38] [英]H. L. A. 哈特:《法律的概念》,李冠宜译,法律出版社2006年版,第130页。

[39] [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,第21页。

[40] Leslie Green, “The Cambridge Companion to Legal Positivism”, The Cambridge Companion to Legal Positivism, Edited by Torben Spaak, Patricia Mindus, Cambridge University Press, 2021, p. 58.

[41] [英]H. L. A. 哈特:《法律的概念》,李冠宜译,法律出版社2006年版,第231页。

[42] [英]H. L. A. 哈特:《法律的概念》,李冠宜译,法律出版社2006年版,第241页。

[43] [英]H. L. A. 哈特:《法律的概念》,李冠宜译,法律出版社2006年版,第241页。

[44] [英]H. L. A. 哈特:《法律的概念》,李冠宜译,法律出版社2006年版,第241页。

[45] [英]H. L. A. 哈特:《法律的概念》,李冠宜译,法律出版社2006年版,第241页。

[46] [英]H. L. A. 哈特:《法律的概念》,李冠宜译,法律出版社2006年版,第243页。

的看法,法律原则不同于法律规则,因为法律原则具有重要性的面向(a dimension of weight),而不是以有效无效的方式运作,因此当某个法律原则与其他较重要的原则发生冲突时,该原则可以被凌驾过去,导致它无法在该案件中决定裁判结果;可是这个原则仍可保持完整的存在,有可能在其他的案件中,胜过其他较不重要的原则。另一方面,规则不是有效就是无效,没有这种重要性的面向。因此如果规则彼此冲突,根据德沃金的看法,只有其中之一能够继续有效,而在竞争中落败的规则必须被调整,使其能与另一项规则一致,而在该案件中落败的规则就不再适用。”^[47]哈特明确指出,“我看不出有什么理由可以接受这个法律原则与法律规则间的尖锐对比”,从他认为原则与规则的区分“只是个程度问题”的判断可以推知,在冲突中落败的规则不至于“全无”,只是胜出的规则对于案件裁判更加适当而已,因而二者之间仍然只是一个程度性的差别。

那么,在简单案件和疑难案件中,是否都需要法律原则的指导甚至决定性的指向,才能作出正确的判决?按照德沃金的整全法理论,法律是一个整合了原则与规则的解释性概念,这一体系是自给自足的;^[48]法官在司法过程中对法律的适用应在最佳理解的基础上作出,这其中当然包含了对法律规则本身与原则和立法宗旨的价值符合性、在先例中的最佳运用。司法裁判的过程毋宁是不断回溯法律道德蕴涵并寻求最佳解释方案的行动,因而即便是简单案件的裁判,也不会脱离原则的指导,整全法的思维路线本身就内涵了这一要素。哈特关于简单案件与法律原则关系的看法与当下通行的看法基本一致,即简单案件无需原则的指导可以直接根据规则作出裁判。但对于疑难案件,哈特认为,法律规则在语义上可以划分“核心地带”与“暗区地带”,前者乃语言所描述的事物的典型或标准情形涵盖的范围,后者乃语义模糊的边缘区域,当法律规则的语义处于“暗区地带”时,裁判者将遭遇疑难案件,此时的法律裁判判断就有可能借助于道德评价:“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。”^[49]可以看出,尽管这里哈特借助的是“目的、效果和政策”,是多重原则的混合,但目的所包含的法律原则仍然占有一席之地,而对效果与政策的借助则表明其滑出实证主义立场之后的迷茫,以至于他所反对的实用主义也混迹其中了。

德沃金与哈特关于原则与规则关系的论争,虽然最后分歧仍然比较大,但毕竟取得了某些共识:哈特逝后发表的《法律的概念》“后记”中,承认对法律原则的忽视是其理论的一个重要缺陷,认为其理论体系可以纳入法律原则,“但整体而言不会对我的法理论造成任何严重的后果”。作为新分析法学家代表人物的哈特不得不说,“我将从各个面向加以审视,那个认为我忽略了法律原则的批评,并且我想要证明无论这个批评是如何有效,这个批评都可以被容纳进我的法理论当中”。^[50]哈特承认了原则在法律中的重要地位,认可原则在宽泛性与一般性,在目标、权利或价值方面与规则有明显不同,表明他基本认同了原则作为法律概念必要组成部分的观点,这就为法律理论在涉道德性案件中通过发挥原则的作用求得解决路径,开辟了可能性并提供了理论共识的基础。

法学理论中这一共识的达成,对于涉道德性疑难案件的解决极具指导意义。在美国,“帕尔默案”是借助法律原则裁判的经典案例,德沃金曾以此案例证法律原则与规则的关系。在中国,“泸州遗赠案”的二审判决正是借助法律原则作出的,不但判案指向准确,而且社会效果良好。明晰了法律原则与规则的正确关系,自觉接受原则指导之下的法律价值导向的司法判决,应是明智且正确的选择,在普通法系的美国如此,在社会主义的“法治中国”依然如此,这已经成为东西方法学理论界的一个基本共识,这一点对于指导和理解江歌案的判决同样具有价值。

(三)司法判决中的法官立场与对道德命题的吸纳

在江歌案民事一审中,法官看上去主要依据法律规则和法律原则作了裁判,但法官同时以大篇幅的道德论证和意识形态价值的宣教为其裁判结论的合理性进行证成,从中可见法官裁判的基本立场是很清楚的,法官采取了基于社会公共道德和主流意识形态价值相一致的审判立场,这才是其判决获得社会公众普遍赞誉的主要原因,而

[47] [英]H. L. A. 哈特:《法律的概念》,李冠宜译,法律出版社2006年版,第241页。

[48] [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。

[49] [英]H. L. A. 哈特:《实证主义和法律与道德的分离》(上),翟小波译,《环球法律评论》2001年夏季号,第182-192页。

[50] [英]H. L. A. 哈特:《法律的概念》,李冠宜译,法律出版社2006年版,第240页。

主要不在于作为其裁判理由的事实认定与法律分析的质量如何。那么,一个重要问题随之浮现:法官在进行司法裁判的过程中,在裁判立场的选择上负有何种义务?法官应以法目的和宗旨为其裁判立场呢还是以社会公众的普遍道德认知为其裁判立场基本取向?法官可以从私人立场出发作出裁判吗?

法官作为以法律为志业的司法者,忠诚于法律是对其职业操守的基本要求,这在现代法治国家是一个基本共识。这一点在美国也毫不例外,德沃金针对美国的情形指出:“在英美两国最流行的观点坚决主张,法官在每一个案件中,都应当始终遵循法律而不是设法改进法律。法官可能不喜欢他们找到的法律……但他们无论如何都必须实施。根据这个流行的观点,不幸的是,一些法官并不接受这种明智的克制,他们隐蔽地,甚至赤裸裸地歪曲法律以迎合自己的目的或政治立场。他们都是不合格的法官,是篡权者、民主制度的破坏者。”^[51]美国法学家伯顿亦认为:“法官有义务维护法律,并应该按法律理由而行为。偏向于自我、朋友或者法官所加入组织的理由应该予以排除。道德的、宗教的及政治的理由亦应排除,除非法律刚好确认它们为司法判决的基础。”^[52]我国也有学者明确指出:“法官在适用法律的时候,都程度不同地带有创造性,但创造性不应是法官行为的本质,忠于法律才是法官的职业伦理。法官在职业行为中如不表达对法律的忠诚,就会失去其职业的独立性。”^[53]而法官表达对法律忠诚的主要方式,就是在适用法律的过程中坚持对法律客观性的追求,以“发现法律”而不是修正和创造法律作为基本法律方法。

在当代中国的司法裁判理论发展过程中,其实已经产生了若干体现法官对法律的忠诚的司法案例,这些司法案例几乎都是涉道德的疑难案件。在青岛市中级人民法院作出的轰动一时的“顶盆继承案”中,法官就是借助于“公序良俗原则”和“诚信原则”并根据法律权利与义务的均衡原理作出了裁判,其中贯穿着对利益的衡量和道德合法性的斟酌。“泸州遗赠案”的判决,同样是尊奉了这样的立场、思路与精神,判决书明确指出,被继承人将遗产赠送给“第三者”的行为违反了《民法通则》第7条的规定,民事活动应当尊重社会公德,不得损害社会公共利益,破坏国家经济计划,扰乱社会经济秩序,因此该遗嘱应当认定为无效。^[54]江歌案的审理也是如此,在依据规则判决出现明显不公正结果的情形下,法官立基于社会公共理性的立场引用法律原则作出正当裁判,符合法律施加于法官的忠诚法律之义务的要求。问题在于,当法官这样做的时候,是不是在很大程度上与受到强大舆论压力的影响有关?是不是因此过多地进行了“后果导向的考量”而非真正基于法律分析才作出符合社会公众胃口的具有“政治正确”的裁判?无论如何,过多关联于社会环境压力的司法运作恰恰表明,我们尚且缺乏一种真正能够将此类案件的判决稳妥限定于一定框架结构之中的法律理论与制度机制,“为了能够进入法律领域与解决法律争端直接相关,人们的理想的道德理论必须转变为一种可称为‘制度道德’的理论”。^[55]

在这方面,普通法系在持久运作历史中形成的司法哲学和机制模式尤其值得借鉴。按照艾森伯格(Melvin Aron Eisenberg)对普通法司法实践的概括,普通法在其司法过程中,要坚持三种标准和两种理想模式:其一要坚持社会一致性标准、体系一致性标准和双重一致模式,就是说普通法的司法实践必须以体现社会主流价值和行为范式的“社会命题”(social propositions)为基础,同时,要坚持个别司法判决与法律体系的一致性,这两者合在一起构成了普通法司法实践的“双重一致模式”。它要求,司法实践既要反映同时代社会主流价值的要求,同时也要协调好个案判决与基于既有法律的合理预期之间的关系。其二,是普通法的规则稳定性标准和现实世界模式。规则稳定标准要求,法官在作出司法裁判时,不仅要做到前述社会一致性和体系一致性,同时要合理地确保规则的稳定性。这三种标准相互整合的结果就是,普通法能够在坚持忠诚于法律同时合理照顾社会价值变迁之要求

[51] [美]罗纳德·德沃金:《法律帝国》,许杨勇译,上海三联书店2016年版,第6页。

[52] [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1998年版,第189页。

[53] 陈金钊:《法官如何表达对法律的忠诚》,载《法律方法》(第1卷),山东人民出版社2002年版,第40页。

[54] 参见四川省泸州市中级人民法院民事判决书(2001)泸民一终字第621号。

[55] 麦考密克和魏因贝格尔在《制度法论》一书中描述了“制度道德”的基本内涵:“制度道德有两个范畴:一方面,它必须尽可能地适应所设想的文明社会的实际的法律制度和政治制度。另一方面,就符合这一关于‘适应’的要求而言,它应当尽可能紧密地接近我们的‘背景’政治道德的理想。它包括一组旨在使我们现有的政治制度具有最大限度的道德意义的原则。”参见[英]尼尔·麦考密克、[奥]奥塔·魏因贝格尔:《制度法论》,周叶谦译,中国政法大学出版社2004年版,第209-210页。

的情势下,在避免法律规范多变和混乱前提下,稳定地实现和推进法律秩序的公正性并保有与时俱进的品格。^[56] 人类道德是多元的,不同论者之间的价值争议也很大,但人类共同的本性以及社会生活的本质一致性决定了,“在一个多元化的社会中,每一个公民要求并不能被分化,总有一些具有一致性的要求,如安全、平等、尊重等价值要求,并不因为文化多元而毫无建树,某些恒定的价值仍然存在,并且具有其核心的语义”。^[57] 从普通法司法实践的内在逻辑看,司法者不能弃当下人民的主流价值要求于不顾,否则就在根本上背离了普通法司法实践长久以来孕育的司法哲学,而这种兼顾社会发展与法律体系一致性的司法哲学恰恰是普通法千百年来长盛不衰的根基所在。

就人类现代法律生活的基本事实而言,人的一切理性活动都是有目的的行为;在法律的引导与规制之下,人的行为又应当是合法性兼合目的性的行为,行为目的之指向性与法律价值之引导性基本上是兼容并蓄的。作为政治治理的特殊手段,司法裁判必须以立法宗旨统摄下的价值与规范为根据、以对人类理性和行为的洞察为基础、以法的目的实现为政策目标,“无论得出什么样的结论,判断都必须契合立法意图、人类理性、法政策和法价值”。^[58] 普通法的司法哲学和裁判模式,对于我们形成自己的贯通法律价值与社会命题的司法哲学提供了重要启示,对于社会大众正确看待司法制度的发展、合理理解类江歌案件具有重要指导意义:“为提升我们的法治水平,我们应当抱持一种积极进取的态度,要在法治的理想与现实之间为法律行动确定合理的模式。在现实的法治建设与社会治理实践中,重视并善于将法治的现实形态立基于社会秩序奠基于其中的社会命题之上并善于把握其渐进之方向,一方面通过保持法律秩序与社会命题的一致性,保证司法实践的社会根基;另一方面并不拘泥于既有秩序确立的事实性,以主流价值和社会情势的发展推动既有法律秩序的进化,从而在变动中实现司法实践与社会需要的动态均衡。”^[59]

三、通过法律方法落实道德命题的基本机制

与“泸州遗赠案”和“顶盆继承案”近似,江歌案属于疑难案件的一个独特类型,其疑难之处在于案件事实无法准确被涵摄到任何既有法律规则之下以得出明确裁判结论;而其在道德上的重要性又使得司法者必须通过此案达成“政治正确”的判决目标,否则作为社会秩序最后过滤器和稳定器的司法机关将因有负社会对其治理效能的期待而消解其权威和政治声誉。对于司法机关面临的此类窘境,德沃金提问:“法律缺失时,法官应当怎么办?”^[60] 这的确是个严重而棘手的问题,法官们的选择并不多,“别无选择只得制定新法的法律,可能将不同的抱负带入这项事业。他们应当小心谨慎地填补法律漏洞,尽可能维护这些漏洞周遭的法律之精神?还是应当本着民主精神行事,力图获得他们认为体现了民众意志的结果?抑或应当大胆冒进,使最终制定的法律在他们看来尽可能公平而明智。”^[61] 基于尊重立法机关的权威以及表达对法律忠诚的需要,法官此时应当斟酌选择合理的法律方法,努力寻求对案件作出在法律上和政治上都比较妥当的解决方案。就江歌案等案件来讲,以下法律方法的运用对于“正确答案”的达成可能具有重要意义。

(一)通过法律原则指引判决方向并规训规则的具体适用

在一般情况下,原则能够为规则的适用指引方向。按照德沃金的说法,在规则不能够为案件的判决提供指引时,应当考虑适用法律原则作出案件的判决。在论及原则与规则的关系时,德沃金认为,规则的适用是应有尽有,但原则不同,原则是按照它的分量来排序的,分量重的原则优先适用。德沃金的理论尽管具有强大的影响力,但是其正确与否还需要经得起司法实践的检验。“帕尔默案”证明了原则对于案件判决具有方向指引作用,而且

[56] Melvin Aron Eisenberg, *The Nature of The Common Law*, Harvard University Press, 1988, p. 44.

[57] 许娟:《司法判决过程中的道德论证》,《法学论坛》2012年第2期,第64-69页。

[58] 杨建军:《刑法因果关系的司法证明》,《比较法研究》2020年第6期,第89页。

[59] 魏治勋:《判例法的“溯及力困境”及其制度性克服》,《北方法学》2011年第5期,第5-11页。

[60] [美] 罗纳德·德沃金:《法律帝国》,许杨勇译,上海三联书店2016年版,第7页。

[61] [美] 罗纳德·德沃金:《法律帝国》,许杨勇译,上海三联书店2016年版,第7页。

越是重要的原则,在相互之间的竞争中越能够胜出。但是从“泸州遗赠案”和“顶盆继承案”的司法判决来看,原则的确能够为司法案件的判决提供方向性的指引和价值性的指导,但是原则并不必然能够排斥规则的适用。在泸州遗赠案判决中,判决方向取决于公序良俗原则的指引,这一方向与整个中国法体系的价值具有高度的融贯性,也与婚姻法的基本精神完全一致,能够相互证明原则指导下的判决的正确性。但是在原则之下,规则就失去作用了吗?其实不是这样。按照原则的价值定性,由“二奶”继承丈夫的遗产违背公序良俗和法体系的价值,故她必须被排除在遗产继承的合法主体之外;但是规则并没有因此失去指导案件处理的功能,在原则的指导之下,妻子对丈夫遗产的继承仍然要按照规则去具体落实。在顶盆继承案二审中亦然,法官根据公序良俗原则和权利义务均衡原理,承认尽了义务的“过继子”拥有房产继承权,按照继承规则落实继承权利。概而言之,原则为规则的适用指明了价值方向,规则对原则指明的判决方向予以具体落实,正是在二者的相互支撑之下,一个比较完满的司法案件的合理判决才能最终达成。

在某些案件中,法律原则之下没有或者并不需要具体规则的作用,仅凭原则就可以达成判决的目标。一个典型的例子是,在广州市中级人民法院作出的“童桂连涉嫌走私毒品案”中,法院经审理认为,现有证据不足以认定被告人童桂连具有走私毒品的主观故意,不能排除其被蒙骗的可能性,公诉机关目前提供的证据尚不能证明童桂连具有明知是毒品而不惜以身犯险去走私的合理理由;因而,根据无罪推定原则判决被告人无罪。^[62] 该案即是根据原则作出的“否定性”判决。在相关证据事实无法支撑某一违法犯罪构成要件成立时,根据相关原则可以径直作出否定性的判决结论,这可能是此类司法裁判的一个重要特点。

不容否认,“法律原则是法律的基础性真理、原理,为法律规则和概念提供出发点,对法律的制定和理解法律规则也有指导意义”,但原则裁判的缺陷也是显而易见的。由于原则的宽泛性、一般性和抽象性,原则适用过程中必然带来自由裁量空间过大的风险,需要对原则的适用施加必要的限制。一般认为,适用原则时应当满足以下条件:穷尽能够适用的法律规则;目的是为了个案正义;优先保护法律的稳定性和可预见性,“禁止向一般条款逃逸”;严格说明理由,特别是在排斥规则而适用原则时法律适用者有充分说明理由的义务。^[63]

江歌案形式上与“泸州遗赠案”和“顶盆继承案”有相似之处,即都是通过引用民法基本原则为法定依据作出的裁判;但又有明显的差异:“泸州遗赠案”和“顶盆继承案”通过法律原则确定判决方向之后,法律规则发挥了具体权利义务的落实功能,而江歌案则因为事实因果关系不能成立无法被涵摄到侵权责任法的任何规则之下,法律规则在裁判中发挥不了作用。江歌案形式上与童桂连案的相似性更高,至少在一审法院的判决书中,在去除了规则的作用之后,公平诚信、权利义务均衡等民法典基本原则,就成为该判决书裁判结论的事实上的规范支撑。当然,根据前文的分析,这两大原则的支撑也是相当虚弱的,反而是“恩义原则”看上去更加合理,但“恩义原则”不在民法典列示的基本原则之内。因而,对于江歌案的裁判思维与方法的分析,需要继续推进。

(二)运用法律解释对法律规则“空缺结构”予以价值补充

按照法律的语义学理论,法律概念的含义是由社会大众最经常使用的核心语义确定的。但是,在任何一个法律概念的语义边缘,都有可能存在意义不确定的情况。当发生这类情形时,我们寻求到的法律规则在涵摄法律事实时就会发生“空缺结构”的问题。面对空缺结构,哈特认为可以通过利益权衡对之进行补充。从规范法学的角度来说,具有合法性的补充法律规则空缺结构的手段,是受到严格限制的,而法律解释则是对法律规则空缺结构予以意义补充的重要法律方法。在这里必须对法律空缺结构和法律漏洞进行适当区分:空缺结构是在法律语义学的语境下界定的,意指法律概念边缘语义情况下发生的意义不确定情状;而法律漏洞则是事实存在意义上的,是指法律存在规则缺失或者规则表述存在明显的涵盖不能的情况。因而,对于空缺结构一般通过法律解释的方法予以合理解决;但是对于法律漏洞,则一般采取法律修改或者法律续造的形式予以填补。在大陆法系国家或者中国,这种对法律漏洞的填补方式,必须经历合法性拷问:经由立法机关的法律修改进行的漏洞补充是合法的,但

[62] 广东省广州市中级人民法院刑事判决书(2019)粤01刑初557号。

[63] 相关内容参见徐衡:《法律原则适用的涵摄模式:基础、方法与难题》,《甘肃社会科学》2020年第2期,第21-28页;苏治:《法律原则的司法适用问题探讨》,《理论探索》2007年第5期,第146-149页。

是法官造法在一般情况下很难获得合法性地位。

如前已述,法律是有其内在价值内涵的,因而法律解释就不仅是释明法律规范和法律概念的形式性技术,也是一种以解释方法确保法律价值之圆融并推进其实现的思维工具,正如德沃金所言,它是寻求最佳方案的解释性创造的过程。法国学者达姆指出,法律绝不是徒具语言的东西,它有所指,有所意味;它追求着实务的目的,它的眼中有它在生活中要贯彻的价值。^[64]既然空缺结构的补充可以视为一项“价值工程”,那么进行补充就必须解决两个问题:一是要提供价值来源的问题;二是探求补充方法的运用艺术问题。关于价值来源,学界一般认为有如下几项:其一,可以依据宪法规范来进行解释和补充,从而通过具有价值性内涵和原则性特征的宪法规范指引个案实现个别正义;其二,根据立法的目的、精神和法律原则进行解释和补充,法的目的、精神、原则是统一的,且经常集中体现为法律原则的形式,在法的目的、精神、原则的指引下,法官就能够对价值不足或不明的规则的应然指向作出解释性说明,从而框定规则裁判的合理范围;其三,依据公共政策进行法律解释和价值补充。在缺乏可供援引的规则的情况下,法官根据公共政策的考虑而作出裁判,已经成为适用法律的一种方式。^[65]但德沃金认为,“原则是描述权利的陈述;政策是描述目标的陈述”^[66]“通过表明一项政治决定促进或保护了作为整体的社会的某些集体性目标,政策的论点证明这项政治决定的合理性”。^[67]因而政策的集体主义、功利主义和实用主义色彩浓厚,不适合为个人权利辩护。现实中一个非常重要的理由在于政策往往具有“溯及力”,^[68]这是与法治的要求背道而驰的。笔者赞同这一观点。

那么,对于江歌案及类似疑难案件而言,通过法律解释进行价值补充的方法是否具有适用的空间?根据前文分析,江歌案民事一审的正确判决方法,在很大程度上已经与规则无关了,反而应当归属于根据“恩义原则”作出的补偿性判断;而它涉及的精神赔偿部分,则是根据侵权法规则作出的,但纯粹根据侵权法规则,却不太可能对江歌母亲作出高达20万元的精神赔偿。有学者指出,江秋莲因刘暖曦的言论而受损的人身权益损害包括心理健康权、名誉权等,故其遭受的这种精神损害也应予赔偿;但赔偿金如此之高,“这在过失侵权案例中绝无仅有”^[69]在我国司法实践中,人命案件精神损害赔偿上限通常是5至10万元,而本案一审判决支持了20万元,这显然是“用心良苦”的“道义支持”。如果法官没有在这里经过反复的价值衡量并对侵权法条款、对“精神赔偿”概念进行“价值充盈”后的理解和解释,则这样的判决结果显然是不可想象的。

(三)经由“转介条款”合法导入道德规范或“社会命题”

任何一部法律都不可能在内容上规定得面面俱到,法律毋宁是一个体系性的存在。一部法律只能将符合本法律性质和职能范围的基本条款规定得比较清楚完备,在此之外的相关规定则需要借助法律体系中的其他法律协调配合以满足完整性的需要。这就要求在法律之间内部预置一些沟通引介性的条款,这种条款就是所谓的“引致条款”(Verweisungs norm)。但同时,整个法律体系也不可能解决一个国家一个民族社会中所遇到的所有事务,在不少情况下,还需要借助于社会大众公认的道德、价值、习惯等社会规范或社会命题来解决人类事务所遇到的问题。为此,也需要在法律中预置一种跨界性、沟通性的条款,此类条款就是通常所讲的“转介条款”。可见,从起源上看,引致条款和转介条款具有一定的近似性,其目的都是为了沟通本法律规范与其他规范或价值之间的联系并满足协调适用的需要。但二者也有重要的区别,这就是:引致条款一般用于沟通国家法律体系内某一法律与其他法律已经规定比较清楚的法律规范;而转介条款除了沟通法律规范,还被用于引入国家法律体系之外的社会规范,可见二者沟通引入的规范范围有所不同。

“转介条款”被认为是公私法规范接轨汇流的实现机制之一,其在侵权法领域的“转介特性”(Umformungs

[64] 转引自梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社1995年版,第286页。

[65] 曹刚:《法律的道德批判》,江西人民出版社2001年版,第117-118页。

[66] [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,第126页。

[67] [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,第117页。

[68] 童振华:《试述政策的溯及力问题》,《法学评论》1985年第6期,第49-50页。

[69] 谢鸿飞:《江秋莲诉刘暖曦生命权纠纷案的关键侵权法理》,《中国社会科学报》2022年3月3日,第4版。

charakter)体现在:“该条款使得法院能够对违反其他法律所确立的行为标准而造成的损害提供侵权救济,因此连接了侵权法之外法领域的立法价值,转介其他非属于侵权法的法领域,维持侵权法的开放性,从而使得侵权法之外的立法价值和规范对于侵权责任构成发生影响。”〔70〕可见,即便是同样沟通引入的是其他法律规范,转介条款和引致条款也存在一个非常重要的不同:“在规制性规范和侵权法的整体关系中,进而公私法的整体关系中,司法者的评价作用始终存在,而恰恰是司法者评价的必要性使得转介条款不同于引致条款……引致条款的目的虽然在于实现私法和公法的外部接轨,但其遵循的仍然是私法和公法两分的思路,如果只是单纯的引致,司法者基本上没有解释的余地。”〔71〕概言之,法官对于转介条款沟通引入的规范拥有解释和裁量的余地,而对引致条款沟通引入的规范则主要负有适用职责。根本原因,还在于引致条款联通的基本上都是具体规则,转介条款引入的则多为原则、价值、习惯、惯例等更具抽象性、概括性的行为规范,因而有着较大的解释、裁量的开放性空间。

从民法典的相关规定来看,《民法典》第6-10条和第229条(原《物权法》第85条),都属于“转介条款”,其间也夹杂了一些引致条款的内容。其内容分别是,《民法典》第6条:“民事主体从事民事活动,应当遵循公平原则,合理确定各方的权利和义务。”第7条:“民事主体从事民事活动,应当遵循诚信原则,秉持诚实,恪守承诺。”第8条:“民事主体从事民事活动,不得违反法律,不得违背公序良俗。”第9条:“民事主体从事民事活动,应当有利于节约资源、保护生态环境。”第10条:“处理民事纠纷,应当依照法律;法律没有规定的,可以适用习惯,但是不得违背公序良俗。”第229条(原《物权法》第85条):“法律、法规对外处理相邻关系有规定的,依照其规定;法律、法规没有规定的,可以按照当地习惯。”《民法典》第229条中,“法律、法规对外处理相邻关系有规定的,依照其规定”属于引致条款,而“法律、法规没有规定的,可以按照当地习惯”则属于转介条款。

正是由于民法典转介条款的存在,为江歌案的解决提供了可能和合法路径:首先,《民法典》第6条阐述了公平原则,其实体内容则是“权利义务均衡原则”,那么作为冒着人身危险为被告刘鑫倾尽了安全陪伴、纠纷劝解、纾解心情、避险住处等义务的江歌,在被残忍杀害之后,根据该条款,当然应当获得相应补偿,否则就违背了公平原则。其次,根据《民法典》第7条“公序良俗原则”,江歌对刘鑫的所尽义务,乃是对其有恩的“恩义行为”,按照中华民族“有恩必报”之善良风俗,江秋莲唯一爱女江歌的生命都失去了,难道刘鑫不应当给予适当的补偿吗?当然应当。这一观点也得到了学者的支持,如谢鸿飞指出:“……可以考虑受益人补偿请求权的思路。尽管江秋莲并没提起这种诉讼,但在解释上,江歌生命权受损导致刘暖曦受益,刘暖曦自然应承担补偿义务。”〔72〕再次,转介条款不仅是引入道德规范和社会命题的合法通道,还是合法的授权规范,它实际上授予了法官引进适当的道德规范、社会命题、核心价值并予以解释、适用的权力,因而有着较大的裁量空间。最后,鉴于法官在运用转介条款引入非法律规则的过程中,对于法官拥有的选择权、解释权、裁量权都缺乏法定的限制,因而容易失去权力行使的制约。通过转介条款引入的规范形式本质上多属于“社会规范”(social norms)的范畴,对于社会规范的司法适用必需的司法程序,国内外有着较为成熟的研究,一般认为至少要具备“体素”(对规范事实存在的证明)和“心素”(民众普遍视规范为约束自身的规则)两项证明程序,有的甚至要在经过四项证明程序(体素、心素、时间长久、法未规定)的基础上,才能获得法官适用的基本条件。〔73〕当然,对于核心价值观的引入和采纳,则主要是一个“事实显明的发现过程”,无须冗余的检验程序。

(四)借助核心价值观与道德话语强化裁判说理的社会效果

一份司法判决的推理过程、结论的成立及其社会效果如何,在很大程度上取决于法律论证的质量,法律论证对于司法判决方案选择、获得社会的信任性评价都具有非常重要的作用。法律论证的任务在于,如何证立某一司法判决具有正义性、权威性?为了达成这一重要司法政策目标,法官需要回答两个层面的问题:其一,司法判断正确或正义与否的标准是什么?这种标准包括实质标准和形式标准。所谓的形式标准,主要是要在程序、逻辑上能

〔70〕 朱虎:《规制性规范、侵权法和转介条款》,《中共浙江省委党校学报》2014年第3期,第115-121页。

〔71〕 朱虎:《规制性规范、侵权法和转介条款》,《中共浙江省委党校学报》2014年第3期,第115-121页。

〔72〕 谢鸿飞:《江秋莲诉刘暖曦生命权纠纷案的关键侵权法理》,《中国社会科学报》2022年3月3日,第4版。

〔73〕 魏治勋:《基于规范法学立场的民间法核心概念区分》,载《民间法》(2010年卷),济南出版社2010年版,第1-60页。

否定成法律判断之推理;而在实质标准上,则要证明法律判断具有符合法律价值或社会正义价值的正当性,且能够获得社会大众的信赖和批判性认可。其二,司法判决要获得社会大众的信赖和认可,法官必须运用合理的思维、逻辑与方法予以证成,必须经得住理性的怀疑和科学分析的检验。

关于法律论证的研究在国内已经较为成熟,借助核心价值观与道德话语强化裁判说理的法律论证研究虽然开展较晚,但也取得了很多科研成果。关于运用核心价值观与道德话语进行法律论证的方法,这里无须赘述,主要强调其作为国家社会治理工程的司法判决论证的功能与社会效果。江歌案民事一审判决书充分运用核心价值观与道德话语论证对被告予以民事制裁之判决的正当性,取得了良好的社会效果和政治效果,再次印证了学者的一个重要判断:“法官须将结论诉诸于逻辑、法政策与国民价值观,并通过普通公民的日常生活经验与法感加以验证。”^[74]

四、结语:通向回应性的司法善治

在自媒体高度发达的时代,关涉道德命题的司法案件经常会引起社会公众的强烈关注,对于社会治理和法治意识形态安全的影响特别巨大。疑难案件的问题焦点集中于法律规范依据的缺失、存在空缺结构或意义不明,而且往往会涉及复杂的政治道德价值和社会命题,亟需司法者借助于科学合理的司法技艺缓解张力,以达成个案正义。江歌案就是此类案件的代表性范例,因此它是否最终获得稳妥解决,是否能够产生良好的政治社会效果,在很大程度上考验着司法者的智慧和裁判艺术。这就要求,一方面,司法者必须洞悉案件置身其中的社会情势,准确把握法律价值与社会正义的张力和沟通必要性,因为在“回应型法”语境下,法律判断和道德判断的逻辑理应具有一种和谐的状态:“在具体案件中决定法律上的是与非,就必须考虑多种目的,考虑各种情势约束和实际选择”^[75]。另一方面,社会价值观也会影响司法判决的方向选择,但无论如何,法律价值都是司法裁判的基调和根本立场,只有具有公共性的社会命题,才具有通过合法通道弥补法律开放结构或适当调适法律的僵化性的资质。合理的法律思维和科学的法律方法是破解疑难案件的根本手段;法律方法不仅是解析案件的必要的科学手段,更是合法化司法判决与塑造说服力的利器。社会情势的发展变化对司法判决提出了更高要求,“当下法律实践需要清晰而确定的科学法律方法”^[76]。司法者必须善于辨别不同法律方法的功用并予以妥善搭配使用,才有可能作出精细而合理的判决结论,并经得起专业的批判和社会的审视。从这两个方面来看,正是由于江歌案民事一审判决的不完美,反而从正反两面揭示出,司法判决既是一个法律价值得以实现的生动实践过程,又是一场司法正义藉以通达的科学方法的演练场域,价值与方法、形式与实质,构成了通向最佳解释的法律实践的一体两面。

(本文责任编辑 马治选)

[74] 杨建军:《刑法因果关系的司法证明》,《比较法研究》2020年第6期,第89页。

[75] [美]P. 诺内特、[美]P. 塞尔兹尼克:《转变中的法律与社会:迈向回应型法》,中国政法大学出版社2004年版,第99-100页。

[76] 魏治勋:《类推解释的思维结构及其与类推(适用)的根本区分》,《东方法学》2018年第1期,第117-124页。