

论司法的道德能力

江国华

摘要 道德能力是人类对于文明和德性生活的认知、追求和向往之能力,是人类直面野蛮、战胜邪恶、不断走向文明和进步的内在力量。司法的公信力取决于司法的道德能力。它内在地包含法官的道德认知和把握能力,道德维护和促进能力以及道德引导和塑造能力。在司法过程中,司法道德能力在个案中往往通过行为的正当化处理、争讼的伦理化转译、诉诸法律的德性条款等方法合乎逻辑地发挥作用。在发生学意义上,这种对司法公信力具有浸润性作用的司法道德能力并非自然的产物,而是教化的成果。故此,在法学教育体系中,当为司法伦理教育留足空间;在社会建设中,应重视社会伦理体系和社会正义的构造,为司法的道德能力成长营造适宜的生态土壤;在国家法治建设中,须恪守立法正义,充盈法治的道德底蕴,为司法的道德能力发挥作用设置平台。

关键词 道德能力;司法良知;核心价值观;“于欢案”;良法善治

中图分类号 D916 **文献标识码** A **文章编号** 1672-7320(2019)03-0127-18

基金项目 国家社会科学基金重点项目(16AZD025)

为贯彻落实中央《关于培育和践行社会主义核心价值观的意见》,2016年最高人民法院继发布《关于在人民法院工作中培育和践行社会主义核心价值观的若干意见》(法发[2015]14号)后,又发布了十起弘扬社会主义核心价值观典型案例(效力级别为司法解释性文件)。这十起案例分别从家庭美德、社会公德、公序良俗、友善互助等不同角度体现和弘扬了社会主义核心价值观的价值目标、价值取向、价值准则。在这个背景下,司法的道德能力既是一个理论命题,也是一项实践课题。

在一般意义上,道德能力不仅仅是一种心理因素和道德思维,也是一种道德思维与道德行为、道德认知与道德实践相统一的特殊能力;它由道德判断能力、道德认识能力、道德直觉能力、道德选择能力、道德创造能力和道德践履能力等要素构成。据此,司法的道德能力可解释为法官在个案裁判中,面对道德情境时鉴别是非善恶,作出正确价值判断和价值选择的能力。

迄今为止的经验表明,司法的公信力取决于司法的道德能力,即司法在多大程度上支持社会道义,就会在多大程度上得到社会道义的支持。所谓社会道义,就是社会主流道德之义理,属于社会意识形态之范畴。司法公信力的本质就是社会道义之于司法正义的支持力,即司法意识形态之于社会意识形态的说服力和信服力。所以,司法的过程不仅要实现司法正义,而且要通过司法正义促进社会道义。在这个意义上说,一个恰如其分的司法判断就应当输送社会正能量,即有助于激发人向善的天性,引导社会向上的追求。反过来说,一项违忤社会道义的司法判决,不管其形式如何正当,其结果却很可能事与愿违,不仅会挫伤人民对于道德价值的追求,甚至会动摇整个社会对于道德价值和道德进步的信念。比如,由“彭宇案”所引发的“老人倒地扶不扶”的道德困境,就是一个活生生的注脚。这种司法之于社会道义的影响或作用,即司法的道德能力运用或应用。

一、司法道德能力之构成要素

在伦理学上,道德本身就是一种力量,它反映了人对于文明和德性生活的认知、追求和向往能力,是人类不断走向文明和进步的内在力量。据此,司法的道德能力可以理解为司法主体在司法过程中之于社会道义及其价值的认知和把握能力、维护和促进能力以及引导和塑造能力的混合体。

(一) 道德认知和把握能力

司法应当为社会主流价值体系服务。因此,司法的过程并非机械的事实认定和法律适用的过程,而是涵摄价值衡度和价值选择的过程。而价值的衡度和选择,在任何情况下都是以主流价值体系的认知和把握为基础的。由于价值乃道德哲学的核心范畴,因此,司法过程中的价值认知和把握能力,本质上就是一种基本的道德能力。其要义有三。

第一,主流价值体系及其道义倾向的认知和把握能力。法官应食“人间烟火”,应对社会主流价值体系及其道义之倾向有深刻的认知和把握。其一,认知和把握“人间烟火”之能力,即法官认知和把握社会常识、常情和常理之能力,这种能力决定了法官的思维方式和角色定位。其中所涉及的司法哲学命题即司法的人民性。人民司法的基本价值就在于司法对于人民群众的积极意义,是司法过程对人民生存、生活和发展等需要的满足。因此,司法的人民性内在地要求法官不能脱离群众,必须接地气,司法过程应以保障人民尊严、人民需要为导向。而这种导向殊难通过外部强制得以实现,毋宁要通过唤起法官内在道德理性与价值认同而达成。其二,认知和把握社会道义之能力,即法官认知人民群众“心中那杆秤”的能力和把握人民群众“是非曲直标准”之能力,这种能力决定了法官的价值判断和价值选择。其所涉及的司法哲学命题即司法的可接受性。任何形式的司法判决都应当要得到案件当事人、法律职业者以及普通民众三种听众^[1](P30-31)的认可。司法判断只有得到社会大众接受,才有可能获得社会道义的支持。社会接受或支持司法判断的前提是司法判断本身具有可接受性^[2](P227)。在学理上,可接受性是一种心理的认同,意指人们基于对司法过程及其判断之认同、信服、尊重等而形成的心理状态或倾向。司法的可接受性并非取决于司法技术,而是取决于司法过程的价值权衡和选择。

第二,人文价值及其道德情景的认知和把握能力。法官应当学点人文知识,应对其所处的道德情景有基本的认知和把握。其一,认知和把握人文历史之能力,即法官认知和把握民族人文和伦理传统之能力,这种能力构成了法官司法理念的基本内核,它直接作用于法官之于法律的理解和解释过程。其中所涉及的司法哲学命题就是司法的人文性。所谓人文,就是人类文化中的先进部分和核心部分,即先进的价值观及其规范体系,就是重视人、尊重人、关心人和爱护人的文化,它构成了法律的“高级法”背景,因而也构成了司法的先验性拘束。这种先验性兼具时间先验性和逻辑先验性双重品性。在这个意义上,人文实际上就是司法运行的场域,除非法官对人文有着基本的自觉,否则,就很难避免司法的“塔西佗陷阱”——无论法院怎么判,人民都不满意。其二,认知和把握道德情景之能力,即法官在司法过程中的道德直觉能力,这种能力决定了司法过程及其结果的说服力和信服力。其中所涉及的司法哲学命题就是司法的妥当性。所谓司法的妥当性,本质上就是司法判断的高度说服力,它有两个渊源:一是源自于司法判断获得“相互联系的人类经验所积累的理性”之支持。在这个层面上,司法判决的说服力不能等同于强制力,所以,司法判决的说服力也未必自于法律的强制力,毋宁源自于司法判决中所蕴含的广义理性^[3](P429),易言之,司法裁判的说服力源自于“确定的、可靠的、明确的知识”和“人类的经验积蓄理性”的力量^[4](P259-260)。二是源自于其契合了个案道德情境中道德命令^[5](P169-173)之内在要求。在这个层面上,司法裁判的说服力并不取决于裁判文书的论证与修辞,毋宁取决于司法裁判本身所尊奉的道德法则。所以,一项有足够说服力的司法裁判,不仅应当是合法的,而且必须是合理的。

第三,时代价值取向及其发展趋势的认知和把握能力。法官要懂点时势,要对其所处的时代及其道德价值取向有基本的认知和把握。其一,把握时势之能力,即法官把握时代脉搏和发展趋势之能力,这

种能力直接作用于法官的司法观和正义观,其所涉及的司法哲学命题即司法的时宜性。诚如道格拉斯大法官所指出的那样:已制定的法律条文或者已确立的司法先例并不一定是司法裁判的可靠依据,因为随着时间的推移,它们未必就能适应当今社会的需要,不断地“重新审视”既有的法律和先例,才是一个法院的良好行为。立法者并非先知,他无法预知未来可能发生的所有情形。正是在这个意义上,埃里希说:“法律一经制定出来,就已经过时了。它既难管理现在,遑论未来。”^[6](P350-351)因此,在特定案件中,法官如果机械地依据法律条文作出裁判,很可能会背离规范原意,抵触正义的要求^[7](P2)。为此,法官应当具备审时度势之能力,作出合乎时宜之裁判。一项合乎时宜之裁判,即意味着对时代价值的认可和对秉持时代价值之人的承认,因此,兼具认同正义和承认正义之双重属性——认同正义的实现即意味着法官与社会共同体的双向认同,对于社会共同体而言,法官是“我们”中的一员,而不是“外人”,更不是“另类”;承认正义的实现意味着社会成员的承认要求通过司法裁判得到国家的承认^[8](P58-74)。其二,把握时代价值取向之能力即法官认知和把握时代主流道德及其价值取向的能力,它直接作用于司法过程及其裁判的价值取向和导向,其中所涉及的司法哲学命题就是司法的导向性。司法的道德价值取向与司法的道德价值导向是两个密切关联又相互区别的范畴。“取向”侧重于法官的道德价值衡量与抉择,“导向”侧重于司法过程及其裁判结果对社会共同体的引领作用。自古以来希腊的道德哲学都将公正价值取向作为其核心诉求,受其影响,公正价值取向也被解释为司法正义的最高境界。但是,在现代社会,面对日益复杂多元的价值冲突,司法的公正价值取向能否囊括人类所有道德价值取向尚且存疑,为此,在司法伦理中引入关怀价值取向不失为一项建设性选项。相对于注重道德认知的公正价值取向而言,关怀价值取向更注重道德践行,它要求法官直面广阔的现实社会日常生活,将真情实意的道德关怀传递给那些需要关爱的人们。如是,司法所输出的不仅是公正,而且是有温暖的公正。

(二) 道德维护和促进能力

司法固然不能与道德混同,但司法殊难与主流道德隔绝。经验表明,在任何社会中,司法都是主流道德的维护者和促进者。不过,司法的这种“卫道士”角色不仅是主流道德之要求,更在于司法公信力之需要。因此,司法过程不仅是法律的实现过程,也应当是道德实践的过程。

第一,主流社会是非观的维促能力。良好的司法裁判应当有助于维护主流道德体系的是非观,维护社会底线正义,从而有助于提升公民守住做人底线之信心。其一,是非观乃主流道德最低限度的共识,其关涉做人的良知。孟子云:无是非之心,非人也。古往今来,所有的涉诉争议都内含是非之争。所以,明辨是非乃定分止争之前提。一项是非不清甚至是非颠倒的司法判决,无论其程序如何正当,都是非正义的。在这个意义上说,主流道德上的是非标准是司法正义的底线标准,维护主流道德的是非标准系法官之自然责任^[9](P99)。基于这种责任,法官应当尊重并支持那些现存的、为民众所共信共守的是非标准以及由此所支撑的道德秩序。同理,如果司法裁判符合社会的是非标准,或者在具体个案中其正义性达到了人们的合理预期,那么这种司法裁判就应当得到每个人的尊重和服从——人民服从司法裁判并非是无条件的。任何人都不能强迫人民去服从一项违背其良知的裁判。因此,当人民拒绝服从司法判决时,我们首先应当反思司法裁判本身是否偏离了社会的良知,而不是去指责人民。套用米尔的话说:如果人民拒绝服从一项权威的司法判决的时候,法官应该感谢他们,敞开心扉去聆听他们的意见;同时,法官应该感到欣慰的是,有人在为法官做了本来应该由法官完成的事情^[10](P90)。其二,是非观乃一个基础社会生活秩序的元规范^[11](P55),其代表着底线正义。守住底线正义就是守住社会元规范,就是守住基础生活秩序之根基。而基础生活秩序,本质上就是一种道德秩序^[12](P2)。正是这种作为道德秩序的基础生活秩序构成了社会秩序的基本内核。所以,现代社会秩序不能简单地等同于法律秩序。正如弗里霍夫所言:“制度的真正生命力依然来自于内部,是良心造就了我们所有的公民。”^[13](P9) 社会秩序始于道德并优先于法律,道德是具有持久价值的调节方式。司法应当是道德秩序的维护者和建设者,至少应当

对基础社会生活的元规范给予立场鲜明的支持。

第二,主流社会善恶观的维促能力。法官应当在个案中维护主流道德体系之善恶观,并有助于社会共同体实现其惩恶扬善之价值诉求。其一,善恶是道德哲学上的一对基本范畴。在道德哲学上的善恶所指的并不是实体或实物,而是事物所具有的道德性质,或者说,是指事物所具有的善的性质或恶的性质^[14](P68)。在社会交往中,人们正是根据某个行为是否具有这种道德性质而判断该行为是否具有道德价值。如果某个行为具有善的道德性质,它就是具有道德价值的;反之,如果一个行为具有恶的道德性质,它就是不具有道德价值的。故而,善恶就是最一般的道德判断标准。这个标准也通常适用于社会之于司法裁判的评价之中。普通民众之于司法的评价更惯常适用的是道德标准,而不是法律标准。因此,司法过程及其裁判结果应当经得起道德标准的审视。良知是人民捍卫正义的唯一屏障,也是他们评价司法的底线标准;基于道德自觉,人民只可能接受善的裁判,并本能地拒绝恶的裁判。其二,善恶观在道德实践上通常转换为惩恶扬善的道德命令。“所谓道德的善或道德的理念是人基于认知理性和自由意志去追求实现存在的善,并在此过程中赋予自己以义务和权利的过程,简言之,就是扬善避恶。”^[15](P36)因此,对于作为最后防线的司法而言,这种惩恶扬善的道德命令就是一种绝对命令,即康德“内心充满常新而日增的惊奇和敬畏”的道德律^[16](P220)。在康德看来,绝对命令是道德性的,是“在人类的实践活动中,一切支配个体行为的意志所遵守的,具有普遍必然性的道德规律”^[17](P60-65)。但正如赫费所指出的那样:绝对命令专指道德性,但是内容上包括善德和法;是故绝对命令就是“按照能被当作普遍法则的准则去行动”,即“按照普遍化的原则内在地行动”^[18](P87-94)。因此,道德性的绝对命令内在地具备“作为法的绝对命令的正义原则”之秉性。据此,司法不仅应当将惩恶扬善当做一项自然责任,而且,其所做出的任何一项裁判不仅应当符合人民的善良意志,还应当成为社会行为之典范或榜样——司法代表国家所认可的“善”是我们每一个人“共同的善”,相应地,司法所惩戒的“恶”即我们每一个人“共同的恶”。如是,司法过程不仅是法官为“自我立法”的过程,也是为社会树立行为典范的过程。

第三,主流社会荣辱观的维促能力。法官应当维护主流道德体系之荣辱观,这有助于激发人民过有德性生活、作道德人之信念。其一,《荀子》云:“物类所起,必有所始;荣辱之来,必象其德。”“以何者为荣、以何者为耻”关涉道德哲学上的耻感难题。其机理有二:一则荣辱观属于道德哲学之范畴,系道德评价的一个标准;二则荣辱与德行攸关,美好的品德获得荣誉,败坏的品德招致耻辱^[19](P64-68)。因此,荣辱通常约化为羞耻观。其中,羞关涉存在秩序,耻则关涉价值排序^[20](P12-17)。《管子·牧民》云:“礼义廉耻,国之四维”,“明荣辱,知羞耻”乃为政治国之端,是国家发展和稳定的一个支柱。国家司法不仅应当以“民之以为荣者为荣,以民之以为耻者为耻”,而且其代表国家所做出的每一项裁判都应当可以成为整个社会“知羞耻之所在,明荣辱之所系”的标识,从而成为国家“知耻求荣”的清风正气和认同感或凝聚力的建设者。倘若代表国家之司法尚且不能“明荣知耻”,那么社会殊难避免陷入“耻感崩溃”之困境。其二,耻感是人民做道德人之酵素,是人民过有德性生活的持久驱动力,也是人民守规矩、服法判的心理要素。弗里德曼曾经指出:法律规则能够对某特定目标产生影响必须满足三个条件,即规则必须传达给对象;对象必须能够或按情况要求不做某事;由于愿望、恐惧或其他动机,对象必须有做的意向^[21](P65)。这就是说,法律影响力必须诉诸行为人的心理机制,否则就很可能事与愿违。同理,对于司法而言,其裁判的实现取决于是否激发了人民的耻感——以刑事司法为例,其裁判的实现关涉公众舆论、主流价值标准、个体价值标准和国家惩罚四种变量,四者不同组合,耻感呈现出不同作用样态:一则当公众认为国家惩罚与主流价值不符合时,舆论制裁无法实现;如果行为人也持此态度,羞耻感无从产生,惩罚无效;一般预防与特殊预防均无效。二则当公众认为国家惩罚与主流价值不相符合时,舆论制裁无法实现,一般预防无效;如果行为人认同国家惩罚,羞耻感产生,惩罚有效。三则当公众认为国家惩罚与主流价值相符合时,舆论制裁实现,如果行为人也持此态度,羞耻感产生,惩罚有效。四则当公众认为国家惩罚与主

流价值相符合时，舆论制裁实现，如果行为人不认同，羞耻感无法产生，惩罚无效。这就意味着，除非司法裁判能够激发人民的羞耻感，即激发人民做道德人的荣誉感，否则，司法裁判及其所承载的价值殊难兑现。

（三）道德发展和塑造能力

现代世界正在遭遇耻感难题，最直观的表现乃是羞之失落以及“一个没羞时代”的诸多症候——现代性的“去羞化”是现代世界整体社会结构转型的必然产物，它从根基上破除了耻感存身的天然家园，从而使耻感价值论的普遍性尺度丧失^[20]（P12-17）。为此，道德法律化被许多国家视为应对这种现代性道德滑坡或危机的重要手段——借由法律手段维护并发展其道统及基础价值，塑造新时代道德秩序，成为许多国家道德建设的基本选项。相应地，司法也被历史性地赋予了道德发展和塑造之使命。

第一，司法与国家意识形态。在传统中国社会，存在着道统与政统两个相互依撑的“统”，其中道统属于国家意识形态之范畴，它是政统的构建者、解释者、维护者、校正者以及道德力量的来源。正所谓“万世道统之传，即万世治统之所系”，就其性质而言，司法系统属于政统之范畴，因此，道统即国家意识形态构成了司法的“构建者、解释者和道德力量的来源”。相应地，司法应对国家意识形态保持坚定的信仰和深度的认同，并因此承担保障和发展国家意识形态之义务。其一，国家意识形态本质上是为国家统治的合法性进行辩护的道义体系，国家统治秩序的正当性、合理性正是由国家意识形态得以论证和支撑的^[22]（P9）。因而，国家意识形态构成国家统治秩序的道德基础。司法之于国家意识形态之认同义务内在地包含自我认同和促成认同两个方面，其中自我认同是维持司法人格与国家人格统一性的条件，因而具有自然义务之属性；促成认同即通过个案裁判促成社会大众对国家意识形态广泛而持久的认同，是司法作为国家代表所承担的义务。因而具有国家义务之属性——任何一种意识形态，都是以获得广泛而持久的认同作为其存在与发展的基本条件的，缺乏广泛认同的意识形态是没有生命力的^[23]（P82-88）。其二，国家意识形态不可避免地面临着非主流社会思潮的影响和挑战。司法承担着保障国家意识形态安全之义务——作为国家制度建构的道德基础，国家意识形态攸关国家政治秩序的安危；作为实现社会整合的文化纽带，国家意识形态安全攸关社会伦理秩序安危。因此，司法之于国家意识形态保障义务内在地包含政治整合和价值引导两个方面。其中，政治整合即司法通过化解冲突、弥合差异，将分散、异质性社会政治要素纳入政统，提升国家政治凝聚力，促成政治团结；价值引导即司法通过定分止争、塑造典范，对多元化社会思潮施以规范性引导，避免其成为偏离甚至否定国家意识形态的精神力量，提升国家价值凝聚力，促成社会的有机团结——有机团结是包容多元化和多样性社会团结类型^[24]（P110-123）。其三，任何国家意识形态都是一种维护意识，它必须要保持国家政权体系的顺利运行和社会的稳定^[25]（P116-119）。因此，国家意识形态天然地具有保守性。而社会始终处于发展变化之中，为保持其对社会的高位涵摄力，国家意识形态本身必须随着社会的发展而不断地扩容、创新和发展。作为国家代表履行定分止争职能的裁判者，司法始终居于社会矛盾之中心，对人民意见趋向、社会舆情发展具有更直观的了解。因此，司法过程理应成为国家意志和社会舆论沟通对话的管道，其裁判文书理应成为这种沟通对话所达成之意见共识——现代国家的司法过程并非国家意志单向作用和输出的过程，毋宁是国家意志与社会意见相互作用和双向交流或沟通的过程。在这个意义上，任何一项效果良好的司法裁判都不是国家意志单方面作用的产物，而是国家意志和社会意见通过司法过程充分沟通之成果，这个成果的本质就是意见共识。而意见共识的达成，客观上即意味着国家意识形态实现扩容与发展。

第二，司法与国家核心价值观。国家是一个具有伦理秉性的特殊实体，有其内在的道德质量和道德价值。正是这种道德质量和道德价值凝聚成国家核心价值观，展示出国家的精神面貌，并构成其制度、法律、政策和行为之道德基础^[26]（P25-31）。作为国家意识形态最本质的内容，国家核心价值观由一套自成体系的抽象的范畴所构成。这些抽象的范畴必须借助于一套行之有效的解释系统，方有可能具象

化,并因此而成为道德实践中的行为示范。因此,解释性不仅是国家核心价值观具象化的条件,也是其从观念到实践的逻辑中项——在解释中生成并发生作用,在解释中存在并不断发展,这就是核心价值观的内在规律。作为国家意志的代表者及其实践理性之本质,司法不仅应当而且能够承担国家核心价值观解释之任务。其一,司法的过程既是法律叙事过程,也是价值解释过程——司法过程中的价值解释须以法律叙事为载体,相应地,司法过程中的法律叙事借由价值解释而被赋予意义。司法过程中的法律叙事是以某一真实事件的发生为前提的,裁判文书包含对事件由来、发展及结局等叙事因素。作为司法过程中的叙事者,法官“通过确定被述说的故事的类别,来规定该故事的‘意义’,这就叫做情节化解释”^[27](P12-21)。情节化解释赋予判词叙事以形式的连贯性,由情节编排将事件改造成具有可识别的开头、中间和结尾的一个故事。正是通过这种情节化解释,法官完成了其核心价值观的解释及其在法律叙事中的适用和渗透,并赋予了裁判文书以属人意义或价值。在这个意义上,法官并非完全以旁观者的口吻讲故事,相反,他必然对这个故事明显带有情感。在判词的叙事中,叙述者往往情真意切地向受述者传递他的道德倾向,有时甚至自觉不自觉地撇开故事的进程,直接诉诸“读者”。而“读者”之于司法判词的所有激情并非源自于故事本身,而是源自故事中的意义,即由一种更高的秩序或者关系引发的激情,这种秩序或关系有着自身的情感和期许^[28](P46)。其二,司法过程是个案裁断过程,因此,司法过程中的核心价值观解释只能是个案解释。这就是说,个案构成了核心价值观的解释域。所谓价值观念的解释域,即包围价值观念的一个圈子,在这个圈子里价值观念是合理的,能够为评价事物提供价值标准,一旦超出这个圈子,价值观念就变得不合理了,不能为评价物提供标准^[29](P137)。与此相关联,作为价值解释载体的法律叙事也不能逃逸裁判说理的个案域限——唯有在其所属的个案域限内,裁判说理方可发挥其预期之作用。在这个意义上说,司法的法律叙事和价值解释唯有在个案中方可对号入座,实现合体。反之,超越个案域限,价值解释将失于空泛说教,法律叙事则陷于无的放矢。其三,司法裁判的效力既惩罚过往,也警示未来。司法过程中的法律叙事着力于过往事实的重现——在判词叙事中,案件事实都是发生在过去的,法官只能根据当事人提供的证据来认定事实以解决实际存在的争议。“法律事实并不是自然生成的,而是人为造成的,一如人类学家所言,它们是根据证据法规则、法庭规则、判例汇编传统、辩护技巧、法官的雄辩能力以及法律教育成规等诸如此类的事务而构设出来的,总之是社会的产物。”^[30](P80)而司法过程中的价值解释则着眼于未来行动的指引,这种指引必须是明确的,它以法官本身对价值的确信为前提——非确信,不指引。正是法官确信赋予了其价值解释的明确指引力。

第三,司法与国家发展。发展问题乃是当代世界所面临的最重要、最迫切的问题之一。对于司法而言,发展既是一个功能性范畴,也是一个价值性范畴。在其功能意义上,发展既是司法本身存在的一种方式,也是司法发生作用或功能的一种表现;在其价值意义上,发展既是司法及其过程意欲实现和促进的一项基本价值,也是司法本身正当性评价的一个基本维度。其一,现代司法哲学的基本任务应当在于如何将发展正义恰当地嵌入司法正义之中,从而让司法服务于发展,而不是阻碍或者破坏发展。在发展哲学上,发展正义应当包含两重意思:一是发展即自由,自由即正义^[31](P31)。在这个意义上的发展以自由、进步、文明、美好生活等为基本内核,故此,发展正义具有自然正义之属性,并构成司法正义的客观要素。基于这种客观要素之拘束,支持发展并为发展创设良好的环境,成为司法不可豁免之责任;而内嵌于发展之中的社会进步、国家文明和美好生活诸价值,则成为司法及其过程的道德命令,即司法正当性的评价准则。二是为司法所支持的发展本身应当是正义的。在这个意义上的发展以多元且平等为基本内核,故此,发展正义具有承认正义之属性,它要求人类作为主体在现代化发展过程中不仅看到自己的地位、作用与尊严,还要看到其他主体、客体甚至环境在其中所起的重要作用,承认它们的存在地位与存在价值。基于此,发展正义构成了司法的内在价值诉求——司法由此而成为发展的校正机制,成为发展本身之正当性的裁判者和发展风险的规控者。其二,鉴于发展本身又是一个发展性范畴,司法过程中

的道德判断势必遭遇发展性难题,从而使得常规道德伦理失灵。为此,现代司法哲学当嵌入发展伦理学,鉴于发展伦理的最终目标是为全人类提供充实美好生活的机会,司法须在个案中为美好生活是什么、社会生活的基础是什么等发展的核心问题提供恰当答案,实现司法过程中的伦理判断和伦理战略超越工具性应用,使得发展行动和政策保持人道,以保证人类文化、大自然以及个人不至于为发展变革作出过分牺牲^[32](P8)。在这个意义上,司法的发展道德能力不仅表现为通过个案为发展进程中实用地树立典范,而且还表现在通过个案的裁判,对发展的性质及其目标进行实质性审查,从而引导公共政策抉择,并澄清围绕这些问题和政策中的价值观困境。

二、司法道德能力在个案中的运用

鉴于道德能力系道德哲学的基本范畴,道德能力之运用内在地包含着道德判断和价值取向,因而具有价值性或伦理性。但基于司法裁判相对于道德判断的独立之秉性,司法道德能力的运用往往被巧妙地转译为个案裁判之技术,在这个意义上,司法道德能力之运用则属于司法技术之范畴,具有工具性或技术性。正是借助于娴熟的司法技术,法官将其价值取向或明或暗地渗入其个案裁判之中。

(一) 行为的正当化处理

在司法实践中,法官通过对涉案行为正当化处理,以达到其维护或发展社会伦理秩序的意图,是司法道德能力运用的惯常方法之一。所谓行为正当化处理,意指法官通过审慎的法律论证,将涉案行为证成为法律上的正当化事由^①[33](P24-34),从而阻却违法性认定,实现对涉案行为之保护和鼓励之目的。在法理上,行为正当化处理固然属于法官自由裁量的范围,但并非随心所欲,而是要受到正当化事由之法定构成要件和法律论证之内在逻辑的双重拘束。在实务中,正当防卫、见义勇为、紧急避险等系被经常适用的法定的正当化事由,它们都有严格的构成要件;同时,也出现过学校正当惩戒、医院正当治疗以及公民正当劝阻等超法规的正当化事由之案例。这类正当化事由也须遵循动机符合社会相当性^②[34](P74-79)、过程符合比例原则、行为与损害事实无法律上的因果关系等基本法则。就其方法而言,动机推定、过程裁量和因果论证等最具典型意义。

第一,动机推定。动机是行为的心理指数,是透析行为目的之核心要素。在司法个案中,法官基于一定的事实,对涉案行为作正当性推定,并转化为法律上的正当化事由,从而达到对涉案行为所承载的道德价值之保护和弘扬之目的。作为司法证明的一种重要的辅助性方法,动机推定是以涉案行为与正当化事由之间的常态联系为基础,其内在地包含涉案行为、正当化事由及其常态联系三个基本要素。其一,以“于欢案”为例,其涉案行为即持刀捅刺杜志浩等四人的行为。一审法院就事论事,没有对该行为做正当化处理,将涉案行为定性为故意伤害致死,并基于这个认定,依法以故意伤害罪判处于欢无期徒刑。对此,社会表现出“普遍地不接受”。二审法院依法受理当事人上诉后,将涉案行为合乎情理地回置于行为发生之时的特定情境,以暴力逼债、辱母、限制人身自由等客观事实为基础,将“于欢持刀捅刺杜志浩等四人的行为”推定为正当防卫。在这个推定中,正当防卫是法律上的正当化事由,涉案行为与正当化事由之常态联系点即行为动机和目的——二审法院认为,于欢实施捅刺的目的在于防止不法侵害,并且想离开接待室,在案的证据不能证实于欢有放任或者危害结果发生的故意,因此属于制止正在进行的不法侵害,他的行为具有防卫性质。藉此,法院作出了为社会普遍认可的终审判决,成功地捍卫并弘扬了于欢涉案行为所承载的人伦价值。其二,以郑州“电梯劝烟案”为例,其涉案行为即杨帆在电梯内劝阻一位老人吸烟并与其发生争执的行为。一审法院虽然认定该行为为无过错,但并未进一步作正当化处理,仍依公平原则,判定涉案行为对其后果即“被劝者猝死”承担责任。二审法院依法受理原告起诉后,将涉案行为回置于行为发生时的特定情景,以电梯、公共场所、禁烟等客观事实为基础,将杨帆劝烟行为推定为正

① 正当化事由是不构成犯罪的情形,因而是定罪的反面。换言之,正当化事由是否定意义上的定罪。

② 这里的社会相当性是指行为符合历史所形成的社会伦理秩序。

当劝阻。在这个推定中,正当劝阻系杨帆案主审法官创造发明的一个正当化事由^①,涉案行为与正当化事由之常态联系点即行为动机与目的。二审法院认为,涉案行为的动机和目的在于“劝阻在电梯内的吸烟行为”,其性质属于自觉维护社会公共秩序和公共利益的行为。藉此,二审法院以适用法律错误、损害了社会公共利益为由,撤销了一审判决,直接改判杨帆无须担责,从而正面维护和弘扬了劝烟行为所承载的公德价值。其三,以唐山“朱振彪追逃案”为例,其涉案行为即朱振彪对交通肇事逃逸者张永焕的追赶行为。在法院审理过程中,以张永焕交通肇事逃逸、目击者朱振彪追赶逃逸者,报警并劝说其投案等基本事实为基础,将涉案行为推定为见义勇为。在这个推定中,见义勇为系法律上的正当化事由,涉案行为与正当化事由的常态联系点即行为动机和目的。法院审理认为,涉案行为的动机和目的在于制止违法行为和劝告违法者投案,因此其性质属于见义勇为。藉此,法院作出朱振彪追逃行为无须担责,且应予支持和鼓励的判决,从而实现了司法弘扬社会正气之功能。

第二,过程裁量。过程即行为的起始经过。在行为的正当化处理过程中,法官基于一定的事实,运用比例衡量等方法,对行为适度性作出论证,从而为动机推定提供佐证和支持。因此,过程裁量有两个基本任务:一是行为的适度性论证,二是动机推定之证成。作为行为正当的基本要素,过程裁量中行为适度性论证须遵循比例原则,包括适当性、必要性和相称性三项子原则。其中,适当性原则属于目的导向之范畴,法官须在目的和手段之间做反复论证,当手段被证明为目的之所需,则行为达到适当性基准;必要性原则属于后果到查之范畴,法官须在后果与手段之间做反复论证,若行为达到适当性基准,则在可能达成目的之诸方式中,唯“最小侵害”者方不可替代;相称性原则属于价值取向之范畴,法官须将“目的·手段·后果”置于特定个案之中,植入人性尊严、人伦秩序等因素,做综合权衡和论证,在行为满足前两项基准即适当性、必要性的条件下,唯不违忤社会基本道德价值取向之手段,方可作相称性判断。其一,以欢案为例,法官对于欢以捅刺手段达到“防止不法侵害,并且想离开接待室”的适当性予以原则性确认之后,从造成一人死亡,两人重伤之后果,反证行为之必要性,得出“严重超出了必要限度”之结论。基于这一结论,涉案行为没有达到适度性基准,法院认定其防卫过当,应依法承担相应的刑事责任。其二,以电梯劝烟案为例,二审法院在认可杨帆用语言方式劝阻吸烟之适当性的基础上,用反证法论证其劝阻手段的必要性。法院认定杨帆劝烟过程没有发生肢体冲突和拉扯行为,也没有证据证明杨某对段某某进行过呵斥或有其他不当行为,故用“理性、平和”等词做了肯定性判断。在此基础上,法官通过对一审判决作价值取向上的否定评价,反向论证了杨帆行为在价值取向上的相称性。其三,以朱振彪案为例,主审法官在认定朱振彪驱车追赶行为之于其目的之适当性的基础上,正面论证了该行为的必要性——法院审理认为朱振彪在追赶过程中多次报警,并劝说其投案。在张永焕持刀的情况下,朱振彪应属防范自卫举动,并始终与张永焕保持一定距离,未危及张永焕的人身安全。立基于此,法院直接做出价值判断:朱振彪的追赶行为属于见义勇为,应予支持和鼓励。

第三,因果论证。在哲学上,原因和结果是揭示现象之间相互联系的一个方面或一种形式的一对哲学范畴。所谓原因,是指引起某种现象的现象,所谓结果,是指被某种现象所引起的现象,现象之间这种引起和被引起的关系就是因果关系^[35](P70-86)。因果论证是法律论证中的核心关节,其任务在于揭示法律事实(行为)与损害结果之间的内在关系,并藉此解决“行为之可责罚性”及其责任范围。在行为正当化处理过程中,动机或目的正当和过程适度只能证明行为正当,但不能得出免责正当的结论。因此,在司法实务中,法官在论证行为正当的基础上,一般都是借助于因果论证来证成或证伪行为之可责罚性。但在不同性质案件的审理中,因果论证的方法及其在归责中的权重有所不同。其一,在刑事案件中,基于罪刑法定原则,因果论证被认为是整个归责证明中的一个基础性链条,但是否承担刑责以及承担怎样的刑责,还需要借助于对其他因素的综合考量,比如行为的违法性、被害人的过错、致害行为与伤

^① 法官在创设“正当劝阻”这个正当化事由的时候,很显然是受到“正当防卫”这个概念的启示。因此,“正当劝阻”的构成要件,应当参照“正当防卫”之法定构成要件。

害结果之间的相当性等。以于欢案为例，两级法院在因果论证上都认定“于欢捅刺行为”与“一人死亡，两人重伤，一人轻伤的后果”存在着法律上的因果关系。但同时将行为目的、行为适度性、对方过错等因素综合考虑进去，作出审慎裁判：于欢实施捅刺的目的在于防止不法侵害，并且想离开接待室，在案的证据不能证实于欢有放任或者危害结果发生的故意，所以于欢的行为不构成故意杀人罪，而是防卫过当情形下的故意伤害，应当构成故意伤害罪，于欢归案后，能够如实供述主要罪行，加之被害方有侮辱于欢之母的严重过错，综合考虑了本案的事实、性质情节和危害后果后，法院作出了依法减轻处罚的决定。其二，在民事侵权案件中，因果论证通常分为事实因果论证和法律因果论证两个步骤。其中，事实因果论证就是在事实层面分析涉案行为与损害结果之间是否有“引起与被引起”之关系，其任务在于证明涉案行为是否是损害结果产生的前提或条件。如果事实因果关系被证伪，那么涉案行为则不具有可责罚性。反之，则进入第二个环节，即法律因果论证。在判断侵权法上的因果关系时，既要考虑涉案行为的侵权性，即是否侵犯他人合法权益；同时要考虑加害人的活动自由和受害人的保护之间的平衡，掺入社会、经济以及法规目的等因素作出综合考量。以杨帆劝烟案为例，杨帆劝烟行为是被劝者猝死的原因之一，但不是主要原因，在这个意义上，涉案行为与损害结果存在着一定的事实因果关系。但在法律因果关系上，终审法院结合行为的侵权性、适度性、法目的和公德等因素，认定涉案行为与猝死结果没有法律上的因果关系，证伪了涉案行为的可责罚性——支撑这一结论的是三个彼此关联的形式逻辑推理：一是法律因果关系推理。侵权法上的因果关系以行为的侵权性为前提，涉案行为是以制止为法律所明令禁止的公共场所吸烟行为，不具有侵权性，故不是法律因果关系的适格原因。二是行为适度性推理。如果杨帆选择用打人、骂人等粗暴行为来达到制止吸烟之目的，那么其行为就超出了适度性限度，依法应当承担相应之责任。在该案中，杨帆没有使用辱骂、推搡等过激行为，故涉案行为满足适度性基准，依法不应承担责任。三是合目的性推理。扬善弘德是所有形式的法的共同目的，劝烟行为属于自觉维护社会秩序和社会公德之行为，若对这种行为是以责罚，有违法的一般目的，伤害公共利益，故涉案行为不应当被苛责。

（二）争讼的伦理化转译

基于道德与法律的分殊，司法以解决法律上的纠纷为基本职旨，一般不干预法律以外的纷争，但法律上的纠纷通常又必然地与其他性质的纷争藤蔓纠缠。为此，在司法过程中通常就需要运用一定的方法将缠绕在法律纠纷之中的非法律因素剥离出去，抽象出纯粹的法律关系，在此基础上，对争讼利益作出裁断。但是，在司法实践中，法官基于道德命令，在个案中往往需要对法律关系做还原性工作，即将抽象出来的法律关系还原为特定的社会关系，并将争讼利益置于还原后的社会关系中予以考量，从而实现对寄生于社会关系之中的法律关系所承载的伦理价值予以保障和弘扬之目的。在其方法论上，大致可分为客观性还原、实质性推理、合目的性论证三个步骤。

第一，客观性还原。所谓还原，即将纯粹的法律关系还原为特定的社会关系。在哲学上，如果说从社会关系中抽象出法律关系是一般到个别的过程，那么从法律关系还原为社会关系就是从个别到一般的过程。就其性质而言，法律关系还原属于事实推理的范畴。事实推理必须遵循客观性、合法性、道德性等原则。据此，从法律关系还原后的社会关系必须是真实的、客观存在的，而且这种关系必须是法不禁止且被伦理道德所允许的。其一，以“刘某诉刘某某、周某某共有房屋分割案”为例，人民法院经审理认为：虽然本案讼争房屋系原告和两被告按份共有，并约定原告占房屋产权 90% 的份额，但两被告与原告系父母子女关系，双方以居住为目的购房，两被告支付了大部分房款，并出于对子女的疼爱，将 90% 产权登记在原告名下。现原告要求被告转让产权份额，但被告不同意。依《物权法》第 7 条之规定，原告要求父母将所占房屋份额转让于己的诉求与善良风俗、传统美德不符，依法不予支持^①。在逻辑上，支撑法院这份判决的有两个还原性事实推论：一是将原被告双方对涉案房屋产权的纯粹法律关系还原为

^① 参见 2016 年最高人民法院公布的贯彻社会主义核心价值观十大典型案例中的“刘某诉刘某某、周某某共有房屋分割案”。

客观的父母子女关系,从而将家庭人伦价值纳入司法考量之范围,为其判决适用《物权法》第7条中的“美德”条款埋下伏笔;二是将法律事实还原为客观事实——该案中的基本法律事实是原被告双方对涉案房屋的按份共有,且原告占份90%。如果就法律关系及其所内含的基本法律事实作出裁断,法院应当支持原告诉请。但法院却绕过了法律事实,即将法律事实还原为客观事实,以实际支付为基础,证明原告对涉案房屋所持90%份额的“名义性”,即非真实性,从而为其拒绝支持原告诉请奠定事实基础。其二,以“张某等诉杨某继承纠纷案”^①为例,该案涉及三个基本法律关系,一是原被告即遗嘱继承人和法定继承人在涉案遗产上的法律关系,二是原告即遗嘱继承人张某与遗嘱人杨某在涉案遗产上的法律关系,三是被告人杨某与遗产所有人杨某在涉案遗产上的法律关系。为解决第一个法律关系及其法律适用问题,法院将第二个、第三个法律关系分别还原为邻里关系和父子关系,并在邻里关系中植入友善互助、生存照顾等客观事实和道义价值;在父子关系中植入孝道、赡养等道德义务。法院通过客观事实上的对比,对在邻里关系中张某等人的睦邻友好、邻里照顾行为作了褒扬性认定,而对父子关系中杨某的孝道、赡养等道德义务的履行则作了消极性认定。基于这两个客观事实上的认定,法院对涉案遗产遗嘱人口头遗赠的自愿性和真实性做了肯定性推论,并藉此证成了涉案遗产口头遗嘱的法律效力及其优先适用力,从而为《继承法》第5条之适用扫清了障碍。其三,以“张学英诉蒋伦芳遗产纠纷案”为例,该案与上文所列“张某等诉杨某继承纠纷案”所涉及三个基本法律关系大同小异,但法院通过对原被告与涉案遗产所有人之法律关系的“社会化处理”——遗嘱继承人即原告与涉案遗产所有人之法律关系还原为同居关系,藉此为判决中植入公序良俗等道德元素创设空间;把法定继承人即被告蒋伦芳与涉案遗产所有人之法律关系还原为夫妻关系,藉此为判决中植入夫妻忠诚等家庭伦理元素埋下伏笔。立基于此,法院抛开法律关系,直接通过对原告与涉案遗产所有人的社会关系即同居关系作出合法性和道德性双重否定判断,对公证遗嘱的实质法律效力作了否定性评价,从而实现其所秉持的公序良俗之道德价值。

第二,实质推理。法律推理即在法律论证中运用法律理由的过程^[36](P110),其任务在于阐明司法裁判的结果是什么以及这种结论是从何处得来的^[37](P141)。在司法过程中,法律推理大致可以分为形式推理和实质推理两种基本形式。法官道德能力通常借助于实质推理发挥作用。在上文所引案例中,或多或少都运用了实质推理的方法,但以“张学英诉蒋伦芳遗产纠纷案”最具典型意义。在该案中,法官综合运用了实质推理的三个基本方法:其一,演绎推理,即法官在遇到“法律规范适用困难”时,运用法的价值判断推演出拟适用之规范的内在取向。在该案中,法官以法的基本价值为大前提,推演出《继承法》第5条之内在取向,从而否定了公证遗嘱的法律效力。其推理逻辑范式大致可作如下演示:大前提即法的价值——法官内心确信:公序良俗乃法的基本价值,故公民的民事行为不得违反公共秩序和社会道德;逻辑中项即法律事实——原告张学英所持公证遗嘱,乃其与遗嘱人黄永彬非法同居关系下所立,而同居关系普遍地被认为是一种违反公序良俗、破坏社会风气的违法行为;结论即裁判结果——基于违背公序良俗的同居关系所立的遗嘱,违背法的基本价值,不受法律保护。因此,原告不能根据《继承法》第5条主张权利。其二,衡平推理,即法的普遍性与个案特殊性之间的衡平演绎。法律具有普遍性,但个案却千差万别。“法律所考虑的是多数案件,亦即典型的和一般的情形,但法律对特殊的情况却无法说明;在独特的案件中法律常常不能做到公正。”^[4](P8)基于普遍性法律在个案适用中导致的有悖情理、显失公正之现实后果,衡平推理为法官变通适用该法律规范提供正当性支持。在该案中,没有证据证明原告张学英所持涉案财产遗嘱不是遗嘱人黄某的真实意思表示(内容具备真实性),该遗嘱经过了公证(具有优先法律效力),且形式上没有瑕疵(形式合法)。但若据此直接适用《继承法》第5条之规定,支持原告诉请,将有损于家庭伦理和婚姻价值。故此,法官引入公序良俗原则,运用衡平推理,将涉案遗嘱置于公序良俗之天平,为其拒绝适用《继承法》第5条之规范做了正当性论证。其三,辩证推理,意指

^① 参见2016年最高人民法院公布的贯彻社会主义核心价值观十大典型案例中的“张某等诉杨某继承纠纷案”。

在拟直接适用的法律规范指向不明，或者法律规范之间出现显性或者隐性冲突时，法官用以明确指向、消除冲突之推理或方法，其目的在于寻找“一种答案，以解答有关在两种相互矛盾的陈述中应当接受何者的问题”^[4]（P479）。在该案中，由于拟直接适用的《继承法》第5条对于原告所持遗嘱之效力并无否定性指向。为获得应该适用的法规范，法官诉诸目的理性及价值理性，将拟适用之法的规范范围广延到《婚姻家庭法》乃至《民法通则》——如果仅仅适用《继承法》第5条之规定，基于公证遗嘱的形式合法性，原告诉讼请求应当得到法院支持。但是，如果将《继承法》中遗嘱继承的有关规定、《婚姻法》中有关家庭关系和家庭成员相互承担义务的规定以及《民法通则》所保障的社会公德之规定三者做综合考量、平衡推理，则该遗嘱的效力就难以成立^[38]（P22-24）。

第三，合目的性论证。司法过程中的合目的性论证意指法官以司法目的为轴心而展开的思维活动，包括设定、评价、选择、整合等基本形式，其任务在于为法的适用提供正当性支持。司法是有目的的社会活动，个案裁判应当符合司法的整体性目的。在其方法意义上，个案中的合目的性论证兼具价值理性和经验理性的双重特质。在其价值理性层面，合目的性论证以司法整体性目的及其所承载的基本价值为大前提，以个案预判为小前提，以个案预判的合目的性证成或证伪为基本任务。在其经验理性层面上，合目的性论证以司法整体性目的及其所担负的社会效果为大前提，以个案预判为小前提，以个案预判的合目的性证成或证伪为逻辑推论。以上文提及的“郑州电梯劝烟案”为例，其一，基于价值理性，终审法院认为：保护生态环境、维护社会公共利益及公序良俗是民法的基本原则，弘扬社会主义核心价值观是民法的立法宗旨，司法裁判对保护生态环境、维护社会公共利益的行为应当依法予以支持和鼓励，以弘扬社会主义核心价值观（大前提）。如果维持一审判决，即判令杨某分担损失，让正当行使劝阻吸烟权利的公民承担补偿责任（小前提），那么将会挫伤公民依法维护社会公共利益的积极性，既是对社会公共利益的损害，也与民法的立法宗旨相悖（合目的性证伪）。在该逻辑推理中，法院得出的结论是：“维持一审法院之预判”有违司法整体性目的及其所承载的基本价值。其二，基于经验理性，终审法院认为：遵守法律法规和社会公序良俗是每个公民的义务，维护社会公共秩序和社会公共利益是每个公民的责任，对这种合法正当行为，人民法院依法予以支持和保护，司法审判永远是社会正能量的守护者（社会效果，大前提）。如果维持一审判决，即判令杨某分担损失，让正当行使劝阻吸烟权利的公民承担补偿责任（小前提），那么将不利于促进社会文明，不利于引导公众创造良好的公共环境（合目的性证伪）。在该逻辑推理中，法院得出的结论是：“维持一审法院之预判”有违司法整体性目的及其所承担的社会责任。其三，基于合目的性论证，终审法院为其撤销一审判决提供了正当性基础。但撤销后，终审法院有发回重审和直接改判两个选项，最终，终审法院依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第323条规定之“例外”，即“第二审人民法院应当围绕当事人的上诉请求进行审理。当事人没有提出请求的，不予审理，但一审判决违反法律禁止性规定，或者损害国家利益、社会公共利益、他人合法权益的除外”之规定，选择了直接改判。此案终审对于维护社会公德具有风向标的意义。

（三）法律德性条款的适用

法律是低度的道德。立法必须对人们的德性和人类的繁荣保持合理的道德关注^[39]（P107-114）。在立法中植入适当的道德条款，是各国立法之通例，亦是我国立法之传统。美国德性法理学派代表人物索伦认为：“良善立法不能止于防止伤害他人的行为或者保护权利，而是要致力于促进人类繁荣，使人类能够过上卓越的生活；法律的基本概念不应限于福利、效率、自决或平等，而是必须纳入德性、卓越及人类繁荣。”^[40]（P1-2）因此，适用法律中的德性条款，是法官道德能力最直接的作用方式和表现形式。当然，在司法实践中，德性条款的适用一般是以上文论及的行为正当化处理或争讼伦理化转译为前提的。在其方法论意义上，大致可以分为直接适用、关联性适用和解释性适用三种基本形式。

其一，直接适用。即根据基本事实，直接找到特别法的德性条款，作出合乎德性的裁判^[40]（P178-

213)。顾名思义,直接适用就是以特别法中的德性条款为依据作出裁判。就其性质而言,作为法官道德能力运用的行为正当化处理或者争讼伦理化转译,所要解决的是“事实的德性论证”问题——这是德性裁判的事实基础,但据此尚不足以支持司法的德性裁判,为此,法官还必须找到法律中的德性条款。具体而言,司法实践中大致可以分为狭义的直接适用和转译的直接适用。一则,以“某船厂诉某船务有限公司船舶修理合同纠纷案”为例^①,原告某船厂起诉被告某船务有限公司拖欠船舶维修费380万元,请求法院判令被告支付船舶维修款、违约金共431.85万元。在案件审理过程中,人民法院依法调取证据,查明原告与被告恶意串通、虚构船舶维修的事实后,认定原被告双方共同伪造有关证据,企图损害他人合法权益,构成虚假诉讼,依法判决驳回原告的诉讼请求,并依法对原告与被告各处罚款人民币20万元。在该案法律适用中,《民事诉讼法》第13条第1款之规定即“民事诉讼应当遵循诚实信用原则”,属于典型的德性条款,法院直接使用该条款作出裁判,即属于德性条款的狭义的直接适用。二则,以上文所述的“朱振彪追逃案”为例,主审法官在对涉案行为做正当化处理,将其定性为见义勇为,但见义勇为并非严格意义上的法律概念。为此,法官有必要将见义勇为为转译为刑法上的正当防卫,而后,方可适用刑法第20条之规定,即“为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害,而采取的制止不法侵害的行为,对不法侵害人造成损害的,属于正当防卫,不负刑事责任”。

其二,关联性适用。即在特别法没有专门德性条款的情形下,为作出合乎德性之裁判,法官摆脱特别法优于普通法之拘束,从与特别法相关联的普通法中寻找德性条款作为断案根据。以上文所述的“张学英诉蒋伦芳遗产纠纷案”为例,作为一桩遗产纠纷案,基于特别法优于普通法之原则,《继承法》具有优先适用的效力。但法官在争讼伦理化转译之后,并未在《继承法》中找到可以支持其德性裁判之直接依据。为此,法官在法律适用范围上做了合乎逻辑的联想,即从与《继承法》密切关联的《婚姻法》和《民法通则》中寻找德性条款。正是基于作为《继承法》之普通法的《婚姻法》和《民法通则》中的公序良俗条款,法官作出了维护婚姻伦理和家庭价值的判决。在法理上,关联性适用的条件有三:首先,特别法中没有支持预判的德性条款。根据法官找法的一般方法,应优先从特别法中寻找。在该案中,《继承法》具有特别法地位,法官应当在《继承法》中寻找法律依据。但作为特别法的《继承法》并没有足可支持法官预判的德性条款。此即该案主审法官将找法范围由特别法扩充到普通法的必要性。其次,直接适用特别法规定,很可能得出与上位法价值相冲突的裁判。基于特别法优于普通法之原则,在涉及遗产纠纷的案件中,法官应当优先适用《继承法》的相关规定。但在该案中,如果直接适用《继承法》第5条之规定,那么法官就必须认定张某所持公证遗嘱的法律效力,并因此要做出支持张某诉请之裁判。但这一裁判显然与《民法通则》存在价值上的紧张关系。此即主审法官选择适用《民法通则》的正当理由。第三,法官选择适用的法律与被弃用之法律之间存在普通法与特别法的关系。在司法个案中,法官找法并非漫无边际。若出现下位法适用困难,只能在该下位法临近的上位法中找法——此即越级找法禁止原则,比如在合同纠纷中,如果出现《合同法》适用困难,只能从《民法总则》中找依据,而不能越级从《宪法》中找依据;同理,若出现特别法适用困难,则只能在特别法的普通法中找法。比如,在该案中,涉及家庭财产继承纠纷,在适用特别法即《继承法》出现困难的情形下,只能在与《继承法》存在普通法关系的法律中找依据。此即主审法官选择适用《婚姻法》相关条款的法定理由。

其三,解释性适用。所谓解释性适用意指在具体个案中,无法找到可以适用的德性条款,藉由法官对相关法条的德性解释或者申请立法者对待适用的法律作出德性化的立法解释,作出合乎德性的裁判。一则,基于其对法律规范的忠诚义务,法官之于法律的德性解释通常比较谨慎,但适用频率并不太低。以“夫妻忠诚协议”案为例,不同地区的法官均是基于其对《婚姻法》中相关条款的德性解释,对“夫妻忠诚协议”的效力予以认可和支持。如在上海“张某诉刘某案”中,法院认为:张某和刘某在自愿基础上

^① 2016年最高人民法院公布的贯彻社会主义核心价值观十大典型案例中的“某船厂诉某船务有限公司船舶修理合同纠纷案”。

订立的协议有效,且张某提供的证据证实了刘某与其他女性的一些行为,可以认为已经违背了夫妻间关于彼此忠实的约定,对于夫妻间的忠诚协议,由于没有违反法律规定,应予认可。在山西沁源县“李某诉张某案”中,法院认为:涉案“夫妻忠诚协议”是双方真实意思的表示,协议的签订没有违背法律禁止性规定,也没有违背公序良俗。在此基础上,协议与宪法所赋予的公民基本人身自由权利之规定不相悖。二则,申请立法解释是解释性适用最稳妥的方式。以“北雁云依诉某派出所拒绝办理户口登记案”^①为例,2009年,济南市民吕某给女儿起名为北雁云依,并以该名为女儿办理了出生证明和计划生育服务手册等手续。后在办理户口登记时,当地派出所以北雁云依的名字不符合办理户口登记条件为由,拒绝登记。为此,吕某以被监护人北雁云依的名义向人民法院提起行政诉讼,这也成为全国首例姓名权行政诉讼案。在该案中,原告依据《民法通则》第99条和《婚姻法》第22条主张姓名权。《民法通则》第99条和《婚姻法》第22条对姓名权均无禁止性规定,原告为子女取名北雁云依并未违反法律的禁止性规定;《户口登记管理条例》也没有对户口登记设置限制性条件,派出所拒绝登记行为并无充分的法律依据。那么,被告所坚持的不符合户口登记条件究竟是什么?主审法官和被告内心确信是公序良俗。但现行法律涉及姓名权的规定中并无公序良俗条款。为此,法院作出了终止审理裁定,并决定送交有权机关做出解释或者确认。此后,最高人民法院向全国人民代表大会常务委员会提出,为使人民法院正确理解和适用法律,请求对《民法通则》第99条第1款“公民享有姓名权,有权决定、使用和依照规定改变自己的姓名”和《婚姻法》第22条“子女可以随父姓,可以随母姓”的规定作法律解释,明确公民在父姓和母姓之外选取姓氏如何适用法律。全国人民代表大会常务委员会已申请做出解释:“公民依法享有姓名权。公民行使姓名权属于民事活动,既应当依照《民法通则》第99条第1款和《婚姻法》第22条的规定,还应当遵守《民法通则》第7条的规定,即应当尊重社会公德,不得损害社会公共利益。”原审法院根据这一立法解释作出判决:在父母姓氏之外选取其他姓氏,应有不违反公序良俗的正当理由。本案原告北雁云依并不符合上述规定的情形,故判决驳回原告的诉讼请求。

三、司法道德能力的生成与培育

司法固然只应当服从法律,但法官以法律名义所做的裁判都会对社会道德产生积极或者消极的影响。德沃金指出:“一位法官的点头对人们带来的得失往往比国会或议会的任何一般性法案带来的得失更大。”^[41](P1)任何成熟的司法理论都应司法道德留有一席之地,至少不应道德冷漠^[42](P44-50)。在这个意义上,认真对待司法道德能力之生成和培育,应当成为中国司法队伍建设的基础性问题。

(一) 司法伦理教育:法官个体道德能力生成的核心机制

在发生学意义上,个体道德能力乃实践和教化之产物。法官个体的道德能力是一种超越趋利避害本能的职业素养,是一种惩恶扬善的本事和能力,它和专业知识与技能一道共同构成司法能力的核心内容。因此,法官个体道德能力的生成和培育,必须借助于良好的司法伦理教育。

其一,培植道德良知。所谓良知,即存诸人之内心的“道德法庭”,是个体在人格的意义上确立道德意识和道德能力的内在根据^[42](P44-50)。因此,培植个体道德良知构成整个司法伦理教育的基础——法官的职业道德意识和道德能力是以其道德良知以及建立在良知基础上的道德体验、道德情感和道德判断为基础的。麦金太尔在谈到正义问题时曾说过:正义只有对具有正义感的人才有意义,必须在正义及正义感之间建立关键性的联系。一个拥有道德良知的法官,不仅意味着获得了战胜邪恶侵袭的免疫能力,而且意味着拥有了辨别善恶的意愿、动机和能力。据此,司法过程中一切价值权衡或道德判断所依赖的精神成分归诸良知名下,法官之所以坚持正义,作出合乎德性的裁判,正是因为他们拥有良知^[43](P24)。所以,良知对于法官的意义远胜于普通的道德个体。因为一个泯灭良知的法官对社会的祸害

^① 参见2016年最高人民法院公布的“贯彻社会主义核心价值观十大典型案例”中的“北雁云依诉某派出所拒绝办理户口登记案”。

尤甚。

其二,培植道德信念。所谓道德信念,即法官对于司法伦理规范或道德法则的意识或自觉以及建立在此基础上的角色性伦理关怀、道德需要和道德责任——法官的角色不仅是一个法律性存在,而且也是一个道德性存在。作为一个道德性的存在,法官不仅应当对其职业所涉之道德价值有着终极性的反思和追问之自觉或意识,而且应当有承担其职业所涉之道德责任的能力和信念。套用泰勒的话说,法官除应当关注“诸如正义及对其他人的生命、幸福和尊严的尊重等议题和反应之外,也要考察对支撑着我们自己尊严的东西的感受,或考察对使我们的生活富有意义和完满的东西的追问”^[44](P4)。一个具有道德信念的法官,不仅坚信司法伦理规范的价值取向,而且能在复杂变化的、价值冲突的情境中运用这种规范去辨明善恶是非,作出合理的抉择,从而在个案中实现这种规范所承载的基本价值。

其三,塑造道德人格。在伦理学上,道德人格是指个体人格的道德规定性,是一个人做人的尊严、价值和品格的总和。正是这种人所特有的道德规定性构成了个体比较稳定的内在的精神结构,并由此产生出比较稳定的或一贯的行为倾向和生活态度。它具有动机整合、行为驱动、价值定向和自我调控等功能。道德人格有高低之分,个人只有认同和尊奉那种反映和体现了历史必然性的原则和规范,并将其内化为自己的价值目标,才能获得真正的道德自由,才能使自己的道德人格具有高尚性,并不断完善自己的道德人格。这里的道德自由即主体基于其道德人格所自主地作出道德抉择并将这种抉择不受阻碍地付诸实践状态或境界。司法道德人格乃社会外在价值,包括法律价值以及法律原则和规范转化为法官内在的道德认识、道德信念、道德自律和道德践履的基本环节或中介。马克思说:“一个人只有在他握有意志的完全自由去行动时,他才能对他的这些行为负完全的责任。”^[45](P76)一个法官只有在具备道德人格的条件下,才有可能独立地作出判断。在这个意义上说,司法道德人格的培养是法官道德能力培养和构建的重心所在,是司法伦理教育的真正目的之所在。

(二) 社会培养:司法道德能力生成的社会土壤

司法是一种社会性存在。司法道德能力的生成和培育兼具个体性和社会性双重维度。在其现实性上,正是在其社会性维度中,法官个体道德能力才有客观的生成和传递空间,其道德践履和道德契约方成为可能。因此,有什么样的社会,就会有什么样的法官;一个好的社会就是一所好的学校。

其一,伦理规范建设。为实现社会对司法道德人格的培育或培养,就必须强化社会本身的伦理规范体系建设,即在规范层面上加强社会伦理建设,使社会规范体系在总体上转化为道德性的规范体系,为人与人之间的社会交往获得道德原则的辩护和价值理念的支撑奠定基础^[42](P44-50)。在相当程度上,正是这种具有道德性的规范体系,给社会成员提供了一种具体空间中的善恶方向感,它有助于社会成员置身于具体道德场景时很快判断出“什么是好的或坏的,什么值得做和什么不值得做,什么对你是有意义的和重要的,以及什么是浅薄的和次要的”^[44](P38)。相反,如果缺乏这种伦理规范体系,或其所提供的具体空间中的善恶方向是扭曲的,那么社会就会出现较严重的认同危机与无价值方向感的混乱。

其二,社会道德人格塑造。人格是人区别于动物的为人资格和人的尊严,基于此,马克思把人的资格和人的尊严作为人格的标记,指出:“尊严是最能使人高尚起来、使他的活动和他的一切努力具有崇高品质的东西,就是使他无可非议,受到众人钦佩并高出于众人之上的东西。”^[46](P62)因此,人格从道德价值的维度揭示了人的独立存在的主体地位、稳定性的完整特征和存在状态,表现为个体或群体在社会生活中形成的调节、适应、改造周围环境的精神素质^[47](P137-142)。为实现社会对于司法道德人格的培育或培养,就必须重视社会本身的伦理规范体系和价值体系建设。一个好的社会必然是一个能够有效塑造符合其社会、文化和价值需要的道德信念、道德理想和道德价值的社会,因而也是一个能够塑造大众化的道德人格的社会。在价值层面上强化社会的价值引导,将民众塑造成为有德性的主体,将社会从总体上塑造成一个讲正气的社会。

其三,道德型社会建设。一个好的社会,在总体上必然是受道德性的法则所支配、规范和约束的社会,而不只是仅受单纯的功利性发展所支配的社会^[42](P44-50)。只有在一个好的社会中,法官道德能力才可能得以充分的生长和展示。相反,一个缺乏起码的公平、公正或公道等整体性美德的社会,其规范的道德调控功能在总体上失灵,并因此丧失了赞誉、推崇、褒奖、弘扬优良道德行为和谴责、阻止、遏制、惩戒不道德行为之机能,即社会本身丧失了自我纠正、自我奖惩的道德能力,那么以公平正义为基本内核的司法的法道德能力便丧失了现实性伦理基础,法官的道德能力之培养也就无从谈起。因此,道德型社会建设对于司法能力生成和培育而言,具有生态性意义。一是底线伦理观的培育。在其发生学上,主体的一切美好品德多孕育于炉灶之旁,成长于日常生活之中。因此,作为社会最小细胞的家庭确系直接的或自然的伦理精神的孕育之所。在这个意义上,道德型社会建设的本质在于生活秩序和心灵秩序的同构。“这一思路不应被理解为期望公民必须变得无私并在行为上完全利他,但它确实意味着,公民有责任既要发现他们自己的个人利益也要发现政治社群的利益,而对这一社群利益,他们负有契约性的、自制的责任。”^[48](P63)二是公共精神的培育。黑格尔将社会解释为“各个成员作为独立的单个人的联合,因而也就是在形式普遍性中的联合,这种联合是通过成员的需要,通过保障人身和财产的法律制度,和通过维护他们的特殊利益和公共利益的外部秩序而建立起来的”^[49](P173)。因此,公共精神是在社会生活和交往中生成和发展的。当公共精神作为一种道德品性建立起来,并通过最大参与面的互动实现了良性循环之后,势必造就整个社会着眼于公共利益的价值取向和自我态度,从而为司法道德能力成长提供有机生态和合力支撑。三是制度正义。道德型社会建设内在地要求社会基本制度合乎正义准则,使得人们“在实体性的普遍物中,在致力于这种普遍物的公共生活所具有的目的和现实中,即在国家制度中,返回于自身并在其中统一起来”^[48](P174)。由此,在制度正义教化和调适中,正义将外化为社会全体成员共同遵守的规范,公民行动的道德合理性与正当性就更具有实然价值了。

(三) 法治规训:司法道德能力成长的制度平台

在司法过程中所发生的各种法律关系,并非单纯的利益关系或者以利益为基础的法权关系;在其更高意义上,它是一种攸关公平正义的伦理关系,在这种伦理关系中,法律关系主体彼此承担着诸如理性、正当、仁爱、秩序等道德责任。一个健康并运行良好的司法规范体系及其所衍生的司法秩序必然内在地包含着相应的道德性规范或秩序。为此,有必要推动司法职业道德规范和伦理秩序的法制化构建,将那些对社会风气、风尚和习俗有着深远影响的道德现象、道德问题和道德事件纳入法制化的轨道,形成针对此类现象、问题和危机的道德立法,以期从法制建设的角度加强社会的道德治理,从而在法制化建设的基础上提升社会的道德底线,净化社会的道德风气^[42](P44-50)。

其一,法律应当为司法道德能力的作用留足空间。相对于刚性的法律而言,道德更具宽柔性和浸润性。在司法过程中,允许司法道德能力的作用,并非要削弱法律的功力,而是为了让法的适用获得社会伦理的支持和褒誉。首先,就司法与法的关系而言,依法判案实乃天经地义,但法院也并非立法机构的附庸或者仅为机械的法律宣示者。在个案裁判中,法官不仅可以而且应当根据自己对法律的理解,赋予法律以新的意义。如果承认“法律不会自动适用于社会”,那么就必须同时承认“法官在适用法律上的自由”。这种自由不仅是法官的特权,而且也是法官的道德义务。在这个意义上,马克思说:法官可以“超过法律,直到它认识到必须满足社会的需要为止”^[50](P274)。恩格斯也认为:审判人员“可以不依赖传统的审判实践解释法律,而按照他们的健全理智和良心的启示去解释法律”^[50](P280)。其次,“法官在适用法律上的自由”并非随心所欲,而是必须受制于原则、纪律、知识和社会秩序,并且在这样一个给定的框架内理解法律、解释法律和适用法律。诚如卡多佐所指出的那样:“即使法官是自由的时候,他也仍然不是完全自由。他不得随意创新,他不是一位随意漫游、追逐他自己的美善理想的游侠。他应从一些经过考验并受到尊重的原则中汲取他的启示。他不得屈从于容易激动的情感,屈从于含混不清且未加规

制的仁爱之心。他应当运用一种以传统为知识根据的裁量,以模拟的方法,受到制度的纪律约束,并服从‘社会生活中对秩序的基本需要’。”^[51](P85)最后,司法所追求的目标是为了实现法律上的公正,正是这一目的规定了法官所共同遵守的伦理准则,任何形式的审判自由都无法逾越这一准则。马克思指出:“国家对于被告享有某种权利,因为国家对于这个人是以国家的身分出现的。因此,就直接产生了国家的义务,即以国家的身分并按照国家的方式来对待罪犯。国家不仅有按照既符合自己的理性、自己的普遍性和自己的尊严,也适合于被告公民的权利、生活条件和财产的方式来行事的手段,国家义不容辞的义务就是拥有这些手段并加以运用。”^[52](P169)

其二,法律不应止于防恶,在其更高追求上,法律应当扬善。法律的精神植根于维系社群的社会规范之中,因此,立法者应当把握社会规范以及由此所构建的基本社会秩序中所蕴含的道义价值和道德诉求,并将其合乎逻辑地融入法律规范之中。此即立法的正义——正义乃卓越立法最不可或缺的德性,违背正义的立法执行得越彻底,对社会道德理想和伦理秩序的伤害越深透。首先,当我们试图以法律规范实现德性的理想时,并不意味着要将德性通过立法的形式转变为法律条文,并借助法律规范的强制性和威慑性力量,将德性直接施诸人们,毋宁是要强调法律的正当性标准不能仅仅限于履行特定的政治使命或者传输国家意志,这种政治的合法性只是法律正当性的一种维度。除了这种维度之外,法律还必须对人们的德性和人类的繁荣保持合理的道德关注。这并非对德性强制性适用,而且要通过立法技术表明国家态度:德性是公民个人最好的利益,从而为德性的培养提供必要的前提性条件,为德性的成长和作用提供间接的支持。此外,个案裁判是法官适用法律和寻求公正的艺术,而不只是一种单纯的法律技能。司法正当性标准不是机械的以事实为依据、以法律为准绳,在其更高要求上,法官应当运用其实践智慧,在司法的法律效果和社会效果特别是道德效果之间取得平衡——这不是鼓励法官以德性之名枉法裁判;恰恰相反,它是要求法官通过个案裁判,为德性提供恰当的积极的司法激励,支持和鼓励德性的实践,并警醒法官不能以法律的名义戕害德性^[39](P107-114)。

其三,法治应当有道德底蕴。法律不等于道德,但不能没有道德底蕴。党的《十八届四中全会决定》指出:法律是治国之重器,良法是善治之前提,并明确提出要增强法治的道德底蕴。首先,法治乃良法之治。良好的法律通过对权利义务的分配,展示其内在的道德规定性。这种道德规定性隐含在其规范性功能之中。当制度以规范的方式约束人们的行为时,实际上是以隐蔽的方式向人们提供了某种善恶是非的引导^[53](P93-101)。其次,社会的公平正义问题是一个基本的制度伦理问题——如何通过人性、人道、公平、公正的制度安排,确保每个社会成员尊严感、获得感、幸福感、安全感的实现,本质上是制度伦理关注的核心议题,因而也是法律制度伦理应当关注的基本问题^[54]。一个德性化的法律制度或规范体系可以“持续生产和再生产某种个人及其善的观念的共享的各种文化的方式”^[55](P286),可以持续生产和再生产出社会得以共享的善的观念(和其他道德观念),同时也可以持续生产和再生产出符合这种善的观念的道德性制度规范体系^[42](P44-50)。第三,让法治的终极价值契合于道德的终极关怀。如果说,道德世界的终极关怀是对人的生存价值的关怀——是对人的生命意义的追寻和关注,是人作为有别于动物的最根本需要,是自然存在与精神存在的高度统一,那么,法治的终极价值是人性尊严的最高关照——人性的尊严是由于人作为人类共同体成员所拥有的高贵与尊荣;人的尊严并非是由实在法所设定,而是超越于实在法之上,属于不依据实在法而存在的先在规范,是整合法律体系的基础规范,是一种不可随意修正的永久规范,代表着现代法律的伦理总纲。因此,不论是着重程序公平的形式法治理论,或者是追求实质正义的实质法治理论,最终都可统摄在人性尊严的价值概念底下,致力于建构一个完善的现代法治国家,使人人都过着有尊严的美好人生^[56](P101-119)。

在新时代,司法能力建设应当成为国家司法文明建设的核心议题;社会主义核心价值观应当成为国家司法的基本伦理法则。在国家层面,司法裁判应当反映国家核心价值观,并彰显和发展中华民族多元

一体的共同伦理观;在社会层面,司法裁判应当体现社会的普遍正义诉求,并借助于个案裁判凝聚和发展全社会的价值共识;在个人层面,司法应当有助于人的高尚情操成长——法治是一项以人为起点并以人为归宿的事业,这项事业应当明了个人对祖国的依存关系,培养公民对自己的国家、民族、文化的归属感、认同感、尊严感与荣誉感。国家是每一个公民的共同家园,热爱自己的国家是每一个公民应有的道德情操;公民要过上有尊严的生活,首先国家得有尊严,反过来说,公民活得有尊严,表征着国家有尊严。

参考文献

- [1] Chaim Perelman, L.Olberchts-Tyteca. *The New Rhetoric: A Treatise on Argumentation*. London: University of Notre Dame Press, 1969.
- [2] Auks Aarnio. *The Rational as Reasonable, A Treatise on Legal Justification*. London: D. Reidel Publishing Company, 1987.
- [3] Chaim Perelman. *The New Rhetoric and the Rhetoricians: Remembrance and Comments*. Washington, D. C.: University Press of America, 1989.
- [4] 博登海默. 法理学——法律哲学与法律方法. 邓正来译. 北京: 中国政法大学出版社, 1999.
- [5] 李昌盛. 道德命令与审判公正感受. 兰州学刊, 2014, (2).
- [6] 徐爱国, 李桂林, 郭义贵. 西方法律思想史. 北京: 北京大学出版社, 2002.
- [7] 阿历克西. 法律论证理论. 舒国滢译. 北京: 中国法制出版社, 2002.
- [8] 亓同惠. “承认”语境中的权利——从正义/身份回到自由. 法制与社会发展, 2014, (2).
- [9] John Rawls. *A Theory of Justice*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University, 1999.
- [10] John Stuart Mill. *On Liberty, Peterborough*. Ontario: Broadview Press, 1999.
- [11] 罗伯特·阿克塞尔罗德. 合作的复杂性: 基于参与者竞争与合作的模型. 上海: 上海世纪出版集团, 2008.
- [12] 孙立平. 守卫底线: 转型社会生活的基础秩序. 北京: 社会科学文献出版社, 2007.
- [13] 谢岳, 程竹汝. 法治与德治——现代化国家的治理逻辑. 南昌: 江西人民出版社, 2003.
- [14] 廖申白. 伦理学概论. 北京: 北京师范大学出版社, 2009.
- [15] 曹刚. 法律的道德批判. 南昌: 江西人民出版社, 2001.
- [16] 康德. 实践理性批判. 邓晓芒译. 北京: 人民出版社, 2003.
- [17] 沈国琴. 从“绝对命令”到“责任命令”——汉斯·约纳斯对康德道德哲学的反思. 自然辩证法研究, 2009, (5).
- [18] 赫费, 杜文丽. 康德之作为法的绝对命令的正义原则. 世界哲学, 2017, (3).
- [19] 王易, 任超阳. 荀子荣辱思想探析. 伦理学研究, 2008, (2).
- [20] 田海平. 耻感难题与荣辱的初始条件. 学术研究, 2009, (4).
- [21] 弗里德曼. 法律制度. 李琼英, 林欣译. 北京: 中国政法大学出版社, 1994.
- [22] Leon P.Baradat. *Political Ideologies: Their Origins and Impact*. London: Pearson Education Inc., 2003.
- [23] 冯宏良. 制度与价值: 国家意识形态安全的内在规定性研究. 社会主义研究, 2016, (4).
- [24] 高丙中. 社团合作与中国公民社会的有机团结. 中国社会科学, 2006, (3).
- [25] 徐明江, 李朝祥. 国家意识形态概念的界定及其理解. 当代世界与社会主义, 2006, (3).
- [26] 田海平. 国家伦理的基本价值预设及其道德前提. 学术研究, 2016, (9).
- [27] 洛伦茨. 历史能是真实的吗? 叙述主义、实证主义与“隐喻的转向”. 黄红霞, 陈新译. 世界哲学, 2002, (2).
- [28] 赵静. 法律叙事与文学叙事. 当代文坛, 2008, (2).
- [29] 兰久富. 社会转型时期的价值观念. 北京: 北京师范大学出版社, 1999.
- [30] 吉尔兹. 地方性知识: 事实与法律的比较透视. 邓正来译. 北京: 生活·读书·新知三联书店, 1994.
- [31] 阿马蒂亚·森. 以自由看待发展. 任贇, 于真译. 北京: 中国人民大学出版社, 2002.
- [32] 德尼·古莱. 发展伦理学. 北京: 社会科学文献出版社, 2003.
- [33] 陈兴良. 正当化事由研究. 法商研究, 2000, (3).
- [34] 于改之. 社会相当性理论的机能. 武汉大学学报(哲学社会科学版), 2007, (5).
- [35] 陈兴良. 从归因到归责: 客观归责理论研究. 法学研究, 2006, (2).
- [36] 史蒂文·J. 伯顿. 法律和法律推理导论. 张志铭, 解兴权译. 北京: 中国政法大学出版社, 1998.

- [37] 武飞. 法律解释: 服从抑或创造. 北京: 北京大学出版社, 2010.
- [38] 王晨光. 司法中的权衡. 法律适用, 2006, (7).
- [39] 李萍, 童建军. 德性法理学视野下的道德治理. 哲学研究, 2014, (8).
- [40] Lawrence B. Solum. Virtue Jurisprudence: A Virtue-centered Theory of Judging. *Metaphilosophy*, 2003, 34(1-2).
- [41] 德沃金. 法律帝国. 李常青译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1996.
- [42] 陈伟宏. 道德冷漠与道德能力的构建. 道德与文明, 2016, (5).
- [43] 梯利. 伦理学概论. 何意译. 北京: 中国人民大学出版社, 1987.
- [44] 查尔斯·泰勒. 自我的根源: 现代认同的形成. 韩震等译. 北京: 译林出版社, 2001.
- [45] 马克思恩格斯选集: 第4卷. 北京: 人民出版社, 1995.
- [46] 马克思恩格斯全集: 第40卷. 北京: 人民出版社, 1982.
- [47] 杨立英. 公民道德人格的价值涵摄. 东南学术, 2015, (5).
- [48] 特里·L. 库珀. 行政伦理学: 实现行政责任的途径. 张秀琴译. 北京: 中国人民大学出版社, 2001.
- [49] 黑格尔. 法哲学原理. 范扬等译. 北京: 商务印书馆, 1961.
- [50] 马克思恩格斯全集: 第6卷. 北京: 人民出版社, 1982.
- [51] 本杰明·卡多佐. 司法过程的性质. 苏力译. 北京: 商务印书馆, 2013..
- [52] 马克思恩格斯全集: 第1卷. 北京: 人民出版社, 1982.
- [53] 王峰. 合作治理中的道德能力. 学海, 2017, (1).
- [54] 胡玉鸿. 新时代法学研究的新任务. 中国社会科学报, 2018-02-14.
- [55] 约翰·罗尔斯. 政治自由主义. 万俊人译. 北京: 译林出版社, 2000.
- [56] 胡玉鸿. 人的尊严的法律属性辨析. 中国社会科学, 2016, (5).

On the Moral Ability of the Judiciary

Jiang Guohua (Wuhan University)

Abstract Moral ability is the ability of human beings to understand, pursue and yearn for civilization and moral life. It is the inner force of mankind when facing barbarism, defeating evil, and constantly moving toward civilization and progress. The credibility of justice depends on its moral ability, as it inherently contains the judge's moral cognition and ability to grasp, maintain and promote, and guide and shape. In the judicial process, judicial moral competence often plays a logical role in cases through the justification of acts, the ethical translation of disputes, and the virtue clause of resorting to law. In the sense of genetics, this kind of judicial moral ability, which has an infiltrating effect on judicial credibility, is not a natural product, but a result of enlightenment. Therefore, in the legal education system, we should leave enough space for judicial ethics education; in the social construction, we should attach importance to the construction of social ethics system and social justice, and create an appropriate ecological environment for the growth of judicial moral ability; in the construction of national rule of law, we should abide by legislative justice, enrich the moral content of the rule of law, and establish a platform for the role of judicial moral ability.

Key words moral competence; judicial conscience; core values; "Yu Huan case"; good law and governance

■ 收稿日期 2018-11-17

■ 作者简介 江国华, 法学博士, 武汉大学法学院教授、博士生导师; 湖北 武汉 430072。

■ 责任编辑 李 媛