

泸州遗赠案评析——一个法社会学的分析

范愉

一个在基层法院判决的遗产继承纠纷，由于其特殊的背景和意义，加之媒体的传播，在全国范围引起了广泛的关注和激烈的争论。笔者曾在中央电视台《今日说法》栏目中对本案作过简短的评议[1]，无意之中也参与到这场是非之争之中。由于电视节目的时间限制，许多观点难以说明，论证过程及依据也无法展开，故再借《判解研究》一席之地，对本案判决及其法理作一个分析，并将侧重从法律冲突和法律解释的角度进行评议。笔者所采用的研究方法和视角主要以法社会学为基点，并且试图融会部门法解释学与理论法学，以及实体法与程序法原理，且谨以此文就教于诸位学者。

一、本案事实及争议

四川泸州的黄永彬与妻子蒋伦芳结婚 30 多年，有一养子。1994 年起黄开始与张学英来往，1996 年起二人公开同居，依靠黄的工资（退休金）及奖金生活，并曾经共同经营。但黄永彬与蒋伦芳并未离婚。2001 年 2 月起，黄病重住院，蒋伦芳一直在医院照顾，法院认为其尽到了扶养义务。4 月 18 日黄永彬立下遗嘱：“我决定，将依法所得的住房补贴金、公积金、抚恤金和卖泸州市江阳区一套住房售价的一半（即 4 万元），以及手机一部遗留给我的朋友张学英一人所有。我去世后骨灰盒由张学英负责安葬。”4 月 20 日，该遗嘱在纳溪区公证处得到公证。黄去世后，张根据遗嘱向蒋索要财产和骨灰盒，遭到蒋拒绝。张遂向纳溪区人民法院起诉，请求依据《继承法》的有关规定，判令被告蒋伦芳按遗嘱履行，同时对遗产申请诉前保全。从 5 月 17 日起，法院经过 4 次开庭之后（其间曾一度中止，2001 年 7 月 13 日，纳溪区司法局对该公证遗嘱的“遗赠抚恤金”部分予以撤销，依然维持了住房补贴和公积金中属于黄永彬部分的公证。此后审理恢复），于 10 月 11 日判决驳回原告张学英的诉讼请求。[2]

法院判决依据《民法通则》第七条“民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益”的基本原则，认为黄某的遗嘱虽然是其真实意思的表示，形式上也合法，但遗嘱内容存在违法之处，且黄某与原告的非法同居关系违反了《婚姻法》的有关规定，黄某的遗赠遗嘱是一种违反公序良俗和法律的行为，因此是无效的。本案判决获得了当地民众的热烈支持，但却被很多法律界人士评价为“道德与法”“情与法”的冲突，甚至认为这是在舆论的压力下做出的一起错案[3]。

笔者以为，本案判决是法官在法律出现明显的漏洞时，运用其自由裁量权，适用《民法通则》原则，依据公序良俗和法律的整体精神，解释法律、适用法律的结果。通过这一判决，合理地协调了社会公德、法律原则与具体法律规则的关系。判决并未超越法官的权限，符合法律推理和解释的基本原则和逻辑；在解决纠纷的同时维护了法律的统一性和合理性，并取得了良好的社会效果。尽管对于本案的处理可能存在其他合理选择，然而，本案判决不失为一种通过法官的论理解释填补法律漏洞的积极努力。

二、本案的背景

2001年4月29日，经过举国上下持久热烈的讨论，九届全国人大常委会第21次会议审议通过了《中华人民共和国婚姻法》。其中在讨论中争议最大的关于配偶间相互忠实的原则和过错赔偿制度，最终也被写入了这部修改后的《婚姻法》，并且获得了社会公众较高的支持率。然而，这并不意味着这场世纪争论已经平息，事实上，由于《婚姻法》的修改采取了妥协和循序渐进的思路，而没有采纳专家提出的相对全面系统的《婚姻法家庭法》草案，并将大量具体的操作层面的问题留待司法解释完成，因此，大量目前婚姻家庭实践中出现的带有一定普遍性的问题，例如所谓“包二奶”问题，以及与此相关的家庭财产转移、“第三者”责任追究等问题，不得不留给法院在审判实践中加以探索。而婚姻家庭法的全面修订，则需待《民法典》编纂时才能完成。

尽管此次《婚姻法》的修改十分粗略，但已经涉及到了目前婚姻家庭领域中最敏感的问题，为此，全社会都在关注法院怎样将其基本原则和具体规则应用于审判实践。无论是激进的主张（主张严厉追究“第三者”责任以惩治“包二奶”现象），或是保守的主张（反对法律对私人领域的介入）都对法院的司法解释和判例充满了期待。法院责任之重，可想而知。从最高法院最新公布的（2001年12月27日起施行）《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》中可以看出，最高法院对于处理此类问题的态度是十分谨慎的。例如，《解释》明确规定：“当事人仅以婚姻法第四条为依据提起诉讼的，人民法院不予受理；已经受理的，裁定驳回起诉”（第3条）。“承担婚姻法第46条规定的损害赔偿责任的主体，为离婚诉讼当事人中无过错方的配偶”（第29条）。这样，就对此类纠纷的范围和诉讼主体做出了一个审慎的限制。[4]

本案恰好是在《婚姻法》修改公布前后受理的，也是第一件涉及《婚姻法》与《继承法》之关系的案件，于是自然就成为一次在司法审判程序中“鞭挞”《婚姻法》，检验其原则和效力的机会，也成为对《婚姻法》持各种不同意见的人观察法院态度的一个机会。由此可见，本案并不是像很多人所说的那样，仅仅是原告与被告之间的一起私人纠纷，而是涉及到一种利益的平衡，涉及到法律所维护的婚姻家庭秩序，涉及到法律的整体性和规则的合理性。因此，在本案的处理中，作为一个基层法院，纳溪区法院已经不仅仅是在行使其解决纠纷的基本功能，实际上是在形成或在阐明法律规则和原则[5]。毋庸置疑，尽管我国并不实行判例制度，但判例效应是显而易见的。为此，本案就给法院和法官们出了一个尴尬的难题：如果满足了当地民众对本案的是非判断和道德评价，就可能引起相当一部分学者和法律家的激烈抨击；虽然在此案中平息了当事人之间的冲突，却可能由此引起一系列的连锁反应--例如，是否会有人以其他理由否认公证遗嘱的效力；是否会有人要求改变法定继承序列；是否会导致大量类似的案件涌入法院，使法院应接不暇呢？不仅如此，本案判决也将法院对《婚姻法》的理解和适用得原则及其分歧（例如，法院内部的分歧、基层法院与最高法院之间的分歧等）公开在社会公众面前，人们在拭目以待：司法能否准确地理解和解释立法者的意图，怎样保证法律体系之间的统一？

三、问题的实质：法律的冲突及漏洞

本案的关键在于法律的适用和解释问题。毫无疑问，本案是一起遗嘱遗赠纠纷，应该适用《继承法》。公证已经证明了遗嘱是立遗嘱人的真实意思表示，形式合法；而从现行《继承法》的条文中，确实看不到禁止“第三者”即“有配偶者与他人同居”行为的人接受遗赠的内容和规则。《继承法》第16条规定：“公民可以立遗嘱将个人财产赠给国家、集体、或法定继承人以外的人”，确认了遗赠的合法性。第19条“遗嘱应当对缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额”，明确规定了遗嘱遗赠限制的范围；也就是说，只有在剥夺了缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人遗产份额的情况下，遗赠才可以受到限制（撤销、宣布无效或部分无效）。由此，很多法学家们解释说，立法者的原意是最大限度地尊重当事人（立遗嘱人）的意思自治，在符合其他形式要件的前提下，遗嘱的内容即使是违反道德乃至违法，只要不涉及上述必须排除的情况，就应认其为合法有效。这种严格依据法条文义的解释对法官来说也是一种风险最小的选择，在一般情况下，法官都会以“特别法优于普通法”的原理做出这种选择，这样，即使判决原告胜诉，任何人都不会说这是一起错案。然而，当本案处在泸州民众、乃至全国民众众目睽睽的关注之下时，问题就变得不那么简单了。人们提出的直接问题是：如果按照现行《继承法》的规定，支持了原告张学英的诉讼主张，那么也就是肯定了“包二奶”的行为，以及他们对合法婚姻家庭的侵害，并承认了他们可以从这种违法行为中获益。这种结果不仅违背《婚姻法》的原则和规定，而且与公序良俗背道而驰。

根据《婚姻法》修改期间所做的各项社会调查，所谓“包二奶”问题已成为具有一定普遍性的社会问题，而且道德和社会舆论等其他机制实际上已经失去了对这一现象的制约控制力。在多数情况下，有过错的一方往往将其财产（也就是夫妻共同财产）的一部甚至大部转移到同居者那里，从而侵害了无过错配偶（及其子女）的权利。鉴于这种情况，很多无过错的配偶、特别是没有经济来源和生活能力的配偶，不得不采取妥协和忍让的办法，宁可忍辱求全，而不提出离婚。为此，《婚姻法》第3条明确规定：“禁止有配偶者与他人同居。”第46条规定了过错赔偿制度，并在第47条中规定：“离婚时，一方隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产，或伪造债务企图侵占另一方财产的，分割夫妻共同财产时，对隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产或伪造债务的一方，可以少分或不分。离婚后，另一方发现有上述行为的，可以向人民法院提起诉讼，请求再次分割夫妻共同财产”，以保护无过错方的利益。根据《婚姻法》，本案被告蒋不仅有权主张被黄转移的夫妻共同财产的部分所有权，而且有权要求黄对其进行赔偿，甚至可以主张追究黄与张的重婚罪。即使在黄去世后，蒋也仍然有权主张追究张的重婚责任，并要求返还被其非法占有的夫妻共同财产。自然，蒋也可以放弃这种权利，但这并不意味着黄与张的行为是受到法律保护的合法行为。[6]

如果张像现实中大多数“二奶”一样，在黄去世后保持沉默，那么她实际上已经获得了黄的一部分个人财产，得到了一部分不当利益，在蒋对此不提出异议的情况下，法律不会主动去追求其责任，冲突至少不会表面化，从而引发这一法律难题。这也是现实中多数同类情况的当事人通常所采取的办法。然而，黄的遗嘱把这种对法律的规避推到极致--通过遗嘱公证，不仅使其对合法配偶权益的侵害获得了事实上的承认，而且使其重婚行为也产生了某种形式上的合法性。当被告拒不履

行这份公证遗嘱，原告又不肯放弃这种利益，而公证部门又不能撤销这一公证时，冲突就被提到了法院面前，使法官们不得不正面应对这一挑战：如果原告胜诉，不仅标志着这一行为得到法律的认可，而且由此可能引发更多类似的法律规避行为，那么《婚姻法》刚刚确立的各种措施和原则就可能由此失去意义。因此，法官们就不得不寻求对《继承法》的另一种合理解释。

显而易见，问题的实质是由于社会的发展，现行《继承法》关于遗赠的条文已经不足以解决新出现的问题[7]，与《婚姻法》乃至民法通则、甚至《宪法》的原则存在着不尽一致之处，在法律体系中出现了明显的漏洞。下面，让我们根据体系解释的原理，分别探讨一下这几种法律之间的关系，以探明对继承法的这种理解是否符合立法者的意图。

第一，《继承法》与《婚姻法》。从表面上看，《继承法》与《婚姻法》都属于民法部门之下的子部门，二者并无隶属关系。然而，实际上，继承法并不是孤立的“特别法”，其所调整的遗产继承问题首先涉及的是亲属的优先继承权，即法定继承，属于亲属关系范畴，具有身份法的性质，因此，继承法实际上是从属于婚姻家庭法（亲属法）的。在这个意义上，婚姻家庭法是继承法的渊源和上位法。由于涉及到各种复杂的身份关系，在原理上，婚姻法与继承法有许多共同之处，而与一般的民法则存在着诸多的不同。概括而言，至少包括以下几个方面：

首先，由于婚姻亲属关系涉及家庭乃至社会的稳定、关系到公共道德，特别是关系到未成年人和弱者权利保护问题，因此，多数现代国家并不认为这是纯粹私人间的契约关系，而是将其视为重要的公益问题加以调整，采用干预原则。尤其是二十世纪后半期以来，国家和社会的对家庭关系的干预有明显增加的趋势，在强调对妇女儿童的保护的同时，鉴于老年人权益问题也开始日益凸现，继承中也出现了一些新的保护性趋势。具体到遗嘱继承问题上，通常对遗嘱继承的范围采取限制原则，例如，在遗嘱继承的同时，优先保留法定继承人的特留份，这样就能有效防止对法定继承人权益的侵害。而我国 20 世纪 80 年代制定的《继承法》，确立了遗嘱继承优于法定继承的原则，并对遗嘱遗赠仅作了最低限度的限制。这种制度有保护个人意志自由的积极作用；在计划经济时代、公民的私有财产十分有限的条件下，也不致产生重大的不公平。但是，在今天市场经济的条件下，遗产范围极度扩大，遗嘱的利用越来越普遍，而社会保障尚不足以为每一个公民提供充分的生活保障，继承实际上成为一种重要的再分配机制。此时，如果对遗嘱再不加任何限制，已不利于婚姻家庭和亲属关系的调整，容易导致更多的纠纷和社会问题。因此，在《民法典》编纂时，势必将对《继承法》进行全面的整体修订。例如，应增加特留份的部分，限制遗赠的范围，进一步明确遗嘱效力（无效及可撤销）的判断标准，等等。当前，在继承法尚未及修改时，修订后的《婚姻法》的原则和规定，可以作为衡量遗嘱实质合法性和公平性的标准。

其次，鉴于婚姻家庭和继承问题的特殊性，应设立特别程序以解决相关纠纷。在很多国家，此类案件由专门的家事法院或法庭、根据特别程序进行审理，有些国家还设有遗嘱审查（检验）特别程序。在这类程序中，往往采用高度的职权主义方式，甚至设立（检察院）支持起诉等制度，以体现社会干预的原则。在存在行政程序和公证程序的情况下，则必须保证法院的最终司法审查权。在具体操作中，

一方面，注重当事人之间的协商和调解，通常采用调解前置原则，在不公开程序中促进当事人通过和解解决纠纷，维护各方当事人的感情和关系。另一方面，则赋予法官以更大的职权（包括职权调查[8]和对当事人处分权的干预）和自由裁量权，注重个别调整和个案的特殊处理[9]，法官必须全面综合权衡当事人的感情、道德、经济、生活能力等等各方面的因素，结合其本人的判断，做出判决[10]。此外，在处理这类纠纷时，通常适于采取合并原则，尽可能把相关纠纷和法律诉求（以及全部关系人）合并到一个诉讼程序中解决（例如把离婚与过错赔偿、财产分割、子女监护与扶养、经济帮助乃至亲子身份确权等等一并解决），这样不仅有利于纠纷的解决，也使当事人不必反复承受诉讼带来的时间、精力、感情和费用上的负担，并且便于执行或履行[11]。例如在本案中，法官完全可以并应该在对遗嘱效力进行审查的同时，综合全部案件事实，包括黄与张此前对蒋的侵权事实，以进行各种利益的平衡，做出判断。在我国，历来对程序缺乏应有的重视，这次《婚姻法》的修改也没有相应的程序配合，相反，近年来，婚姻继承案件的处理都出现了高度简易化的趋势，这也助长了社会和法律界对婚姻家庭法及相关纠纷处理特殊性的忽视。对本案判决的许多否定性意见，很大程度上也由于对婚姻继承案件的公益性及其处理程序的特殊性认识不足使然。

再次，婚姻家庭关系与道德和习惯等社会规范的关系最为密切，在家事审判中必须充分考虑公序良俗原则。调解婚姻家庭及继承的法律规范通常渊源于社会生活规范和道德规范，与社会主体的日常生活和行为方式关系最为密切，相对而言，其法律标准与道德标准之间的差距较其他法律更小，在多数情况下，法律与社会公认的道德准则应该基本吻合。因此，婚姻家庭法通常应该是相对保守的，除非社会的道德观已发生了根本性的改变，法律规范才能作相应的改变[12]；否则，法律只能维护道德所认同的一方，也就是保护正常的婚姻家庭秩序；而一旦道德的制约不能有效地起作用时，通过法律规则明确行为规范以及法律责任就显得十分必要。如果出现了法律明显与社会道德脱节甚至相悖的情况，就容易导致民众对法律的规避和对抗心理，因此，各国的婚姻家庭法关于离婚的法律调整经过了很长的路程，才从过错主义向破裂主义转化，并根据时代发展和社会的变化对涉及财产分割、子女扶养监护、继承等方面的内容进行不断修订，以保证法律与社会道德的同步。[13]因此，本案中显示的法律冲突实际上也是一个道德或价值观的冲突--个人的自由意志和处分权是否应该高于其对家庭承担的责任（这也是一种社会责任），这个问题如果得不到妥善处理，无疑会给社会一个信号，使仿效者趋之若鹜。反之，本案的判决则给了人们一个明确的警示：这种法律规避行不通。

第二，《继承法》与《民法通则》。毫无疑问，《民法通则》是《继承法》的基本渊源和上位法。继承属于一种民事行为，尽管有其特殊性，但必须受民法基本原则的统辖。民法基本原则应该贯穿在一切民事法律规范和制度中，继承法的具体规定可以与其他民事制度以及其他民事法律规范有所不同，但其基本原则和精神却不应与《民法通则》发生根本性的冲突和矛盾。《民法通则》第七条规定“民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益”；第55条规定，民事法律行为要件之（3）不得违反法律或者社会公共利益。第58条规定无效民事行为包括：（4）恶意串通，损害国家、集体或第三人利益的；（5）违反法律或者社会公共利益的。并建立了对无效或可撤销民事行为的救济措施。《民法通则》的这些原

则和内容在其他民事法规中应无一例外地加以体现。例如，在 1999 年制定实施的《合同法》第 7 条规定：当事人订立、履行合同，应当遵守法律、行政法规，尊重社会公德，不得扰乱社会经济秩序，损害社会公共利益。作为与社会道德关系密切的婚姻家庭法，包括继承法，更应该遵循这一原则；由于其与道德更为密切的关系，社会公共利益和公序良俗考虑尤其必不可少。

从民法在当代的发展看，一方面始终保持其"私法"的本质，以充分保护当事人的私权自治和处分权为原则；另一方面，则根据公益和社会道德准则增加了对某些民事行为进行的必要限制，要求民事主体承担起一定的社会义务。越来越多的道德准则被确立为法律标准，如诚实信用，公序良俗、公平原则等等；同时，撤销权的行使也使得对第三人和社会公共利益的保护得到了更有效的保障。私权并不是绝对的，更不能滥用，随着法的社会化程度不断加强，对私权的限制也会有所增加。作为民事法律体系的组成部分，《继承法》对遗嘱和遗赠这样的私权，同样也应该进行必要和合理的限制，限制其滥用，体现社会公益原则和适当干预原则。除保留现行《继承法》中关于"遗嘱应当对缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额"的规定外，还应规定当遗嘱的内容与法律的强制性规定及社会公德发生冲突时，应裁定为无效或可经必要程序予以撤销，同时还应给予法官更多自由裁量权，以确定各种复杂情况下遗嘱的有效性。现行《婚姻法》经过修改，增加了无效婚姻和可撤销婚姻的制度，而现行《继承法》则尚未进行相应的修改。这就出现了《继承法》与《民法通则》基本原则不相协调的状况。

第三，《继承法》与《宪法》。《宪法》作为国家的根本法，是一切法律的基本渊源。《宪法》第 49 条明确规定：婚姻、家庭、母亲和儿童受国家的保护。这里的"婚姻"无疑是指合法婚姻，对它的保护，一方面，是通过规范婚姻当事人的权利义务以确立秩序和法律救济机制；另一方面，则是通过国家对重婚以及其他破坏合法婚姻的行为的否定及法律制裁来实现的。《宪法》的承诺必须通过相应的法律规范和制度来落实和保障，同时也应该体现在每一个具体案件的处理中，继承关系也概莫能外。但是，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。因此，我们不能从现行《继承法》的条文缺漏中推导出"国家不禁止把个人财产遗赠给破坏合法婚姻者"的规则，否则，那就必然是一个法律体系根本性的漏洞，从中表明的是国家法律对破坏合法婚姻行为的默认；由此也就使国家对合法婚姻家庭的保护流于具文。如果对这种明显的法律漏洞听之任之，不予填补，最终将破坏宪法的权威。

总之，现行《继承法》的条文对本案不能提供明确的法律依据，其原因是随着社会的发展，继承法已不能适应现实的需要，而婚姻法的修改，使这一问题的更加凸显出来，法律的漏洞已经不容回避地摆到了社会公众和法官面前。何谓法律漏洞？梁慧星教授在总结了关于法律漏洞的各种定义及其特征后认为："所谓法律漏洞，涵义如下：其一，指现行制定法体系上存在缺陷即不完全性；其二，因此缺陷的存在影响现行法应有功能；其三，此缺陷之存在违反立法意图。可将法律漏洞定义为，现行法体系上存在影响法律功能，且违反立法意图之不完全性。"[14] 可以看到，本案涉及的《继承法》问题与这几个要素完全吻合。

四、法律解释--漏洞填补[15]

那么，对于这一漏洞是否可以通过法官的自由裁量权和法律解释加以填补、如何填补，其利弊及其社会效果如何，就是本案需要讨论的下一个问题。

在西方现代法律发展和实践中，围绕着法律解释和法官的自由裁量权，始终存在着严格适用法律或是通过法官的自由裁量权及法律解释（特别是实质解释）发展法律规则，以及关于法律解释的两种基本立场--客观主义和主观主义，或者说"严格解释"和"自由解释"的对立和分歧，然而，在我国法学界的理论研究和司法实践中，这种争论几乎并没有真正展开或并没有出现本质的分歧。这是因为，首先，众所周知，我国的法律始终处在一种未完成状态，"法律不健全"几乎成为人们评价中国法制状况的一句常用语，在这种背景下，欧洲大陆国家民法典编纂完成初期的那种法典崇拜和对其逻辑自足的自信和自满，从来没有出现在中国的法律家心中。尽管法律家们确有对法条的迷信和对法典完美无缺的理想期待，然而，法律规则存在的大量缺漏却使得他们不得不采取更为现实的态度：承认自由裁量权和法官对法律漏洞的填补是必不可少的。[16] 这或许与我国的实用主义哲学传统和诉讼模式也不无关系。

其次，20世纪80年代以后中国社会转型和发展的速度令人目不暇接，短短十几年就走过了西方世界半个世纪的历程，同时又正在进行从计划经济到市场经济的转型，社会经济、文化、观念和各种机制的变化令人目不暇接，乃至各种前现代、现代和后现代的社会问题一同出现在当代社会中，已经制定的法律往往在转瞬之间就已滞后。如果囿于既有法律规范，就不可能有今天法制的发展。同时，在这样的社会转型期，社会公众和法官对于实质正义、利益平衡、法律目的和社会效果的考虑和衡量较之社会和法律的稳定发展时期会更多。同时，20世纪以来，由于西方法学关于法律解释的论争已经随时代的变迁和现实的需要趋向统一，今天，已经很少有法学家再顽固地强调法官只能机械地适用法条，自由裁量权已经成为公认的现实，这使得我国的法学家可以并不太困难地越过这道理论的障碍。[17]

最后，在目前的社会转型期间，我国的法院承担着特殊的社会功能和使命。在西方法治国家，立法和司法的关系作为一种基本的制度设计始终受到高度尊重，司法权的社会功能是在一个漫长的历史过程中逐步发展起来的。只是到20世纪后半期，法院才开始通过司法审查权越来越多地进入到决策之中，而所谓法官立法也是被严格限制在遵循先例和依法办案的制度框架之中的。然而，在我国，由于立法的压力和创制能力严重不足[18]，把法院推到了法律发展甚至创制的前沿--大量亟待解决的涉及利益平衡和价值抉择的法律问题，本来应由立法者妥善解决，但由于经验不足和时间急迫使得立法者往往难以决断，不得不把这些问题委托给司法解释，或者把相当原则的法律条文留给司法解释进行细则化的填充。因此，最高司法机关的规范性"司法解释"（即规范性解释），实际上就成为一种"委托立法"和准法律渊源。然而，最高人民法院的司法解释往往也需要一个谨慎的调研论证过程。于是，在立法和司法（规范性）解释迟迟不能出台的情况下，司法实践就不得不听任法官们在其审判中承担起创造性地解释法律（即法官的个别性解释）、发现规则的使命。而正是通过一个又一个"第一案"，才在司法实践中积累了经验，

形成了规则，为司法（规范性）解释和立法创造了条件。[19]

总之，鉴于上述理由，在我国的司法实践中，理论上对法官运用自由裁量权对法律规则进行论理解释、填补漏洞和空白是予以认可的；在制度上也给他们留下了相当大的活动空间。但是另一方面，必须看到，法学界反对进行论理解释和实质推理的观念依然存在，社会对法官自由裁量权过大的警惕和限制始终根深蒂固，行使裁量权的法官的独立审判和身份保障也并未落实一个反响和效果俱佳的案例可能会得到公众和法律界的一致赞许，然而，一旦法官的解释引起了争议，那么未严格适用法律就可能成为一种巨大的风险，被批评和追究为“错案”。在这种情况下，近年来，对法官严格适用法律的要求越加严格，并辅之以错案追究制度。因此，在一般情况下，法官通常都是宁愿选择风险最小的严格适用、严格解释的方式，而并不愿为天下之先，标新立异。除非是当事人和社会舆论把他们逼到了一种必须做出其他选择的时刻；除非是裁量的结果能够得到社会的认同。

本案就是这样一个案件，因此，它并不仅仅是一个如何解释和适用现行《继承法》条文的问题，而且，从中能够深刻揭示出我国司法制度及实践中的诸多问题。关于本案的分歧，首先在于能否认定《继承法》中存在法律漏洞，以及如何理解立法者意图[20]；其次则在于法官能否进行超出条文字义的论理解释。

五、解释方法及规则问题

基于以上的分析，笔者认为本案的实质问题在于出现了法律的漏洞。那么，法官可以用什么方法对《继承法》以及本案遗嘱的合法性做出解释呢？法律解释的原则或规则是什么？不言而喻，法官的自由裁量权是依附于其严格适用法律之义务的，超越权限的任意解释无疑会破坏法律的权威。鉴于近年法学界在这方面已经有诸多著述，本文不准备对法律解释的理论过多赘述，且以梁慧星教授提出的以下规则作为出发点：

1. 任何法律条文之解释，均必须从文义解释入手；
2. 经采用文义解释方法，出现复数解释结果时，才可以继之以论理解释；
3. 作论理解释时，应先运用体系解释和法意解释方法以探求法律意旨；在此前提下继之以扩张解释或限缩解释或当然解释以判明法律之意义；若仍不能澄清法律疑义，应进一步作目的解释，以探求立法目的；最后可再进行合宪性解释，审核其是否符合宪法之基本价值判断。
4. 在论理解释仍不能确定解释结论时，可进一步作比较法解释或社会学解释；
5. 所作解释，不得完全无视法条之文义。[21]

按照这个顺序，本案在对继承法进行文义解释后，确实出现了复数的结论：一种意见认为，既然《继承法》中没有明确的禁止规定，则遗产当然可以赠与任何人，也包括侵害合法婚姻家庭权益的人；另一种意见则认为，尽管没有明确的禁止规

定，但不能断然推导出该遗赠遗嘱合法有效的结论。立法的疏漏既可能是由于立法者缺少预见，也可能仅仅是未明确表明其意图。同样，立法者可能低估了此种行为的社会危害性而有意不加限制，认为社会道德已足以限制和调整这种行为；也可能是将其作为特殊情况而有意不作明确规定，留待法官根据具体情况酌情处理。那么，法官必须考虑的是，在缺少明确规则或社会情势发生变化的情况下，立法者的选择会是什么？[22]为此，法官就必须从文义解释和形式推理进入到论理解释和实质推理阶段。

论理解释是以承认法律漏洞及其填补漏洞的必要性为前提的，没有相应的法律规则并不是拒绝解释的理由，而恰恰是解释的开始。1889年著名的 *Riggs v. Palmer* 案[23]就是一起涉及遗嘱继承的案件--遗嘱继承人杀害了被继承人，他是否仍然可以合法继承遗产？当时的法律中并无任何明确的禁止或限制，缺少作出否定性判决的形式推理的必要前提。然而，法官通过论理解释和实质推理认为，允许其继承遗产不符合法律的精神和立法者的意图，因为任何人都不应从其犯罪行为中获益，否则就失去了法律的公正性。由此案产生了一个新的法律规则：杀害被继承人的人应当被剥夺继承权，此后，这一规则为世界各国的继承法所确认。如果没有这样的论理解释，法律的漏洞就不会填平，法就不会发展。而如果不填平法律的漏洞，那么表面上的逻辑自足就可能距离法律的真正目的越来越远。法律不可能在事实上杜绝一切从非法或不当行为中获益的行为，但法律必须通过其制度保留对这种情况的法律救济途径，从而从个案的解释中发现和发展法的规则和精神。

本文前一节的分析，已经对继承法的有关规则进行了体系解释及合宪性解释，这些分析都试图证明继承法中存在着法律漏洞，而机械地适用必然导致法律体系的逻辑混乱和不符合法律之目的的结果。如果再进一步，就必须回答应该根据什么标准或原则来进行解释以确定正确的适用结果，下面，本文将针对本案进行一种关于法律适用的利益衡量和社会效果方面的社会学分析。

六、利益衡量、道德标准的应用和判决的社会效果

第一、利益衡量。这里需要平衡的主要是两种利益和权利，即个人的遗嘱自由和合法婚姻家庭的保护，必须指出：这里冲突的是两种法律权利，而并非法律上的权利与所谓道德上的权利。毫无疑问，我国基层法院的判决并没有法律创制的功能和效果，这种利益平衡本应由立法者完成。在本案两种冲突的利益和价值观面前，法官们首先必须选择是站在多数民众一边或是保护自己利益、回避风险。事实上，无论他们做出哪种选择，只要在公众和媒体的关注之下，就必然会招致批评，因为，在这种关注的背后是社会本身对这一利益和价值的不同态度和选择，这一点在《婚姻法》修订中已经表现得非常明显和尖锐了。利益和价值观的冲突不仅体现在公众的不同态度上（不同的阶层、群体、职业、性别、年龄、文化程度等等都会有不同的选择），而且表现为法学界与社会学界、婚姻法学家与部分其他部门法学者、立法者与法律职业集团、法律界内部的尖锐对立。当然，对立的存在和充分表达完全是正常合理的，问题在于，立法者和法官应该怎样平衡和协调这些冲突，确立何种基本价值观。

在权衡这两种利益时,需要注意的是:首先,尽管我们刚刚建立起市场经济体系,但毕竟已不是处于自由资本主义初期,因此,私权的社会化和社会本位应该是利益平衡的基点,法律的侧重点应该适当向防止私权滥用以及保护社会公益和弱者利益的方向倾斜。遗嘱自由和婚姻家庭虽然都属于私权范围,但后者与社会的基本秩序和稳定以及社会公益和弱者权益保护关系更为密切,理应受到法律更确定和更优先的保护。其次,在婚姻家庭及继承法领域,确定性的法律规则与基于实际情况的个别调整应该保持在一个恰当的度上,即使优先保护婚姻家庭和配偶权利作为一种原则得以确立,也并不意味着必然绝对排除一切个别裁量。即使制定了确定的法律规则,也完全可以授权法官(也包括协商调解机制)酌情进行灵活性的处理[24]。但是,由于确定性的规则更具有确定性和公开性,便于公众据以确立自己的行为准则,预见法律后果,也有利于减少因法官滥用自由裁量权导致的社会风险和错误成本,因此,由立法者采用更明确的列举或排除的方式加以确定,并辅之以在特殊情况下法官裁量的授权是最佳模式。

本案在立法者尚未做出这种权衡之前,已经将问题提到了法官面前,而他们根据社会利益做出了自己的选择。应该说,在这里,法官的利益衡量尺度掌握是适宜的。法官在平衡利益时应该将其个人的好恶置之度外,而必须以社会大多数人的福利为标准。法律的目的在此就是维护社会的公平和公正。在本案中,人们坚信公正在合法妻子一边,这并不是对她个人有什么偏爱,而是每个人都将之视为同他们的婚姻家庭一样的一种秩序,一种关系。法官的判决可能决定着他们每一个人今后对法律的评价和对自己生活方式的选择。近年来的社会现实无情地表明,由于"包二奶"现象愈演愈烈,合法婚姻家庭已经变得如此脆弱,道德舆论的支持已经不足以抵御金钱和利益的力量,如果法官在此时再拒不对合法配偶援之以手,其社会良知安在?毋庸置疑,通过这样一个判决并不能杜绝类似的法律规避行为,但法官至少表明了他们的立场,对于公众而言,这就是法律的态度。通过这样的信息,或许可以预见到破坏合法婚姻家庭应付出的成本和代价,促使当事人三思而后行。[25]

第二、道德标准的应用。毫无疑问,作为一个依法裁判的法官,首先应该考虑的是如何正确适用和解释法律,而不应该仅以道德或社会舆论作为判决的依据。在这个意义上,判决后获得的掌声确实并不能说明问题。然而,在处理民事案件,尤其是婚姻家庭和继承这样的纠纷之时,道德和习惯等社会规范并非绝对不能被引进司法程序之中,它们本身在一定条件下可以成为民事法律渊源。另一方面,从司法民主性的要求看,法律家的专业思维并非不能与民众的常识相互沟通,民众对司法过程的参与和评价也是现代法治的应有之义。因此,一个得到民众认同的判决并不意味着必然有违法律,至少,获得民众的掌声决不是件坏事。

立法的民主参与就是为了创制符合最大多数人利益和愿望的"良法",在法律的创制中,应该将民众的意志和立法技术相互结合,制定出相对合情合理的法律规则。这样才能使法律成为为大众所认同的、能够身体力行的行为规范。法律所追求和体现的"公平"和"正义",实际上就是特定时期民众认同的价值和道德标准。在法律的具体运作中,民众的价值观和道德标准也应该与法律判断的结果大致相当--这就是英美法以陪审团的民众标准作为事实判断的重要基础,而大陆法官则强调职业法官在自由心证中需要引进常识思维、并尊重习惯法的用意所在。在关乎每

一个人利益的婚姻家庭法律关系中，法律与道德标准的契合尤其重要，而每一个案件的判决都是对这种契合度的检验。如果法律的标准与民众的道德标准存在一定差距，民众固然可以适度修正自己的道德标准或行为规范；然而，如果二者落差过大，就会加剧法律与社会的冲突和隔阂，使法律规避行为增加，最终损害法制的权威。

关于法官能否应用道德标准做出判断，对于中国古代的法官自然是不成问题的，然而，即使对于当代法治社会的法官也未必就是绝对的禁忌。近代法典编撰完成初期那种将法律与道德、立法与法律适用截然分开、不可逾越的界限，随着现代社会的发展和司法功能的扩大，已经逐渐为实践所淡化甚至填平。在理念上，也早已超越了这种机械的藩篱。

作为一个普通法系的大法官，卡多佐同时又是一个比较法学家。他从近现代西方世界各种关于司法的理念中把握到了其发展的趋势，旗帜鲜明地指出，在现代的司法活动中，法官的使命不仅是适用立法者制定的法律，更重要的是，他实际上在创制法律规则。而在这一过程中，道德标准正是法官所要遵循的："法律确实是一种历史的衍生物，因为它是习惯性道德的表现，.....但是，法律又是一种有意识的和有目的的生成物，因为，除非是法官心中想追求合乎道德的目的并将之体现为法律形式的话，习惯性道德得以表现就是虚假的。如果要实现期待的目的，不作有意的努力是不行的。法官将从社区生活中发现衡量效用和评价道德的标准和格局，立法者也会以同样的方式发现。.....他有义务服从人们已经接受的这个社区的标准，服从这个时期的道德风气。然而，这并不意味着在提高通行的行为水准上，法官是无能为力的。"[26]

没有道德基础的法律必然得不到社会和公众的认同，为什么法官不能理直气壮地说，社会的基本道德标准应当、而且必须在司法中受到重视呢--当法律规则与道德标准出现明显断裂时，应当修正的也可能是法律；而如果法律规则暧昧不清时，道德标准当然可以作为解释法律的一种尺度。如果连法律家们都对公共道德缺少起码的信念和认同，又怎能侈谈把法律解决不了的难题留给道德去调整呢？卡多佐认为："法官有义务在他的创新权的限度之内、在法律与道德之间、在法律的戒律与那些理性和良知之间保持一种关系。我认为，在一定意义上，确实从来没有人怀疑过法官有这种义务。然而，有人有时感到分析法学的学者搅浑了这一点。这些学者过分强调定义在语词上的某些精微之处，而相应地牺牲了对一些更深刻也更精致的实体--目的、目标和功能--的强调。不断坚持说道德和正义不是法律，这趋于使人们滋生对法律的不信任和敌对的东西。"[27]卡多佐在 1921 年的这番话，今天即使在欧洲大陆也得到了法学界的普遍认同，而我们的法学界却正在急切地与拉开法律与道德的界限，这是否是一种向早期分析法学的倒退或回归？抑或依然停留在那个陈旧的出发点：中国法官的素质太低，以致不能让他们解释法律或进行自由裁量？还是更根本的问题，法官原本就不是独立的？[28]

第三、社会效果的考虑。确实，在我国的司法实践中，长期以来，一提到注重判决的社会效果，往往被认为是法院面对某种政治、政策或局部眼前的利益，变通明确的法律标准以求赢得当事人所在的社会或社区的好评的做法。换言之，社会效果往往被视为以牺牲法律的确定性和程序公正性而换来的功利性结果。这实际

上是混淆了两种不同的问题：一个是法律应有的对社会效果--即法律的目的和目标的追求；另一个则是以趋炎附势式的迎合来自权力的干预、媒体炒作或自身的媚俗心理的习惯做法。后者被称之为重视社会效果，实乃一种误解或曲解，实际上，法律实施的社会效果是一种检验法律调整机制的价值及其功能的一种科学指标，而具体判决的社会效果则是这种指标体系中不能忽视的组成部分。

根据法社会学的方法，判决的社会效果属于一种社会对法律的反馈。如果说，法律和判决必须符合法律的目的或目标，那么，法的社会效果特别是法的"有益性"，正是检验法律目的实现与否以及实现程度的一种标准。而法的发展和完善恰恰应该在这样一种反馈和反思的机制中实现。要使判决和法的社会效果成为一种科学、客观的指标，首先应该确立一个指标体系，例如我们应该通过那些途径了解、掌握社会的法律需求和法律运作的情况；哪些数据和指标能够相对准确地反映法律的实际效果，以及法律实施的法律效果与社会效果之间的关系；怎样对相关数据及其关系进行科学的分析，等等。其次，还必须建立一整套方法和制度，以及时准确地了解和跟踪社会的法律需求和法律运作的实际效果，通过量化的方式和指标体系加以分析，为法学研究和立法机关提供法律运作的科学数据。这就需要进行大量细致认真的调研和统计工作[29]。

然而遗憾的是，近年来，法学界崇尚形而上学之风甚浓，始终未形成一个社会学的研究氛围。学者们热衷于用哲学理念建构法治的制度框架，却很少深入到基层社会进行实证性的调研；我们的研究课题仍集中在宏观课题的探讨、意识形态的批判和应然命题的分析上，而往往忽略对社会与法律实际运作之间的关系及其实态研究，缺少微观第一手资料的收集分析；对法律规则的逻辑和体系的研究与相应的社会背景及条件的研究相互脱节；对西方的制度和理念的介绍也始终难与本土化问题的研究路径形成有机的结合。学者们的这种态度，也表现在他们对法官关注判决社会效果的不以为然的態度上。

毋庸置疑，法院并非剧场，法官当然不应追求轰动效果；媒体的炒作也不应该影响他们的法律思维和判决。然而，关注社会、关注民众的声音则是每一个法学家的责任。实际上，掌声只是一种现象，我们更应该关注的是掌声背后的深刻内涵。对法学界而言，注重社会需求及效果的调研，建立科学的指标体系和司法判决的统计分析体系，应该被视为当务之急--其意义不仅有利于立法和司法，也会使法学界获得生机。

2002年2月9日于北京

本文发表于《判解研究》2002年第2辑，人民法院出版社，2002年

附件：一个新的注脚：谁在为"第三者"呐喊？赵兴军

笔者所在的泸州市是一个只有460万人口的地级市，1999年全市法院判决、调解离婚4386件；2000年5470件；2001年5648对夫妻"勇敢"地冲出了围城，许多当事人是"忍无可忍"上法庭，发誓"将离婚进行到底"。不难看出，凡是将离婚起诉状递交到法庭的夫妻，70%都成了真正的"冤家"。当然，还不包括那些委曲求

全、忍气吞声到婚姻登记机关协议离婚的。如果将那些数字凑在一起，可就不是这般"枯燥"了。

笔者运用司法统计手段对离婚原因进行了全面分析，发现有近 60%的离婚案件都是因为"第三者"染指他人夫妻生活，无耻破坏他人婚姻关系造成的。这问题就有点严重了。有这样一件离婚案，年仅 26 岁的原告在 18 个月时间内竟然连续嫁了三次人，这次离婚是准备第三次休夫。她的离婚原因很简单，三任丈夫都热衷于在外找情妇，寻求精神慰藉。她曾屈辱地给其中一个"第三者"下跪，泪流满面地请求别破坏她的婚姻，然而"第三者"没有半点触动，"理直气壮"地叫她管好自己丈夫再说。作为法官的笔者很想建议她把"第三者"追加进来，作为第三人参加诉讼，使她好向"第三者"索赔；但又苦于找不到这方面的判例，且有违法官中立立场。可笔者心里却十分沉重，弱者的权利根本无法有效保护。从法理上分析，婚姻关系是以夫妻终生共同生活为目的订立的契约关系，一经法定程序登记领证，配偶间的婚姻关系便受宪法和法律保护，容不得他人非法破坏，否则，追究侵权责任。但事情坏就坏在法律对如何追究并无明确规定，导致一些钻法律空子的人破坏他人婚姻"鸠占鹊巢"还霸气十足。

这不，笔者所在的法院就刚刚审结了一起"第三者"状告原配妻遗赠纠纷案（全国众多媒体已多次报道），以"第三者"与被遗赠人的遗赠行为违反社会道德和公序良俗为由，终审判决"第三者"败诉。

判决一下，有人"激动"了。有人说法院乱适用法律，有人撰文批驳判决，有人忙着上电视，有人要免费为"第三者"伸冤，有人钱多了要给"第三者"捐款。他们忙啊，都在为"第三者"出谋划策。就是无人花三秒钟时间想想，法院为什么这样判。

笔者也接了些热心的电话。笔者的解释很简单（纯系个人观点）：法院在依法办案的同时，是应该对审判的社会效果有所考虑的。我们想想，如果法院支持了"第三者"，不就说明"第三者"合法了吗？这种判法的社会导向是什么，不说大家也理解。那些为"第三者"呐喊的人的出发点真叫人摸不着头脑。

我们都应当知道，婚姻生活应包括精神的共同生活（互敬互爱，灵的结合）、性的共同生活（互负同居义务，永葆性的纯洁性）和经济的共同生活（家庭财产共有，互负扶助义务）三个方面。一旦夫妻间某方出现重婚和包二奶（包二爷）等不法行为，势必使婚姻的目的无法实现，婚姻契约无法履行。重婚、包二奶（包二爷）行为直接破坏的是法律的尊严和婚姻制度的完整、系统性，更是引发大量刑事和治安案件的罪恶之源，严重造成社会不稳定。法律重在防范和制裁，而不是善意的倡导和规劝。任何现象的出现都不是偶然的，而根治和预防却是必然的。就拿重婚、包二奶（包二爷）、姘居等社会丑恶现象来说，如果刑法规定的重婚罪不是那么原则，如果刑法多规定一条破坏婚姻罪.....这种现象恐怕就只能是个别了。

重赏之下有勇夫，重典之下亦应有良序。有很多事情是要动真格的，任何良好愿望在不道德面前都会被中伤，"包二奶"的频繁出现就足可说明低风险高收益的不对等性。那么，就加大"包二奶"和"当二奶"的风险投资吧，让法律的利剑折射出

婚姻的圣洁光芒。

到那时，我看谁还"热心"为"第三者"摇旗呐喊。

《法制日报》 2002年4月22日

[1] 2001年11月27日，中央电视台《今日说法》："遗嘱算不算数"。

[2] 关于本案，媒体曾作过大量报道，其中一些报道在本案的一些具体细节上与法院查明的事实有一定出入，笔者仅以法院认定事实为据。许多法学家们围绕这一案例展开过讨论，参见《"第三者"继承遗产案一石激浪》，载《南方周末》2001年11月15日；《第三者是否有权接受遗赠》，载《北京青年报》2001年11月20日（22版）。"二奶"与情人的遗产，载《法律与生活》2002年第2期；二奶持遗嘱要分遗产 引用道德断案的界限在哪里？，载《中国青年报》2002年1月18日。需要说明的一个重要事实是：本案张的女儿并非张与黄的非婚生子女。这一点，与本文涉及的法理并无直接的关系，非婚生子女的法律保护是另外的问题。但是，如果事实上，该女确是二人的非婚生子女，在当事人提出证据和主张的前提下，法院可以对黄的遗产重新进行分割，同样可以在同一个诉讼程序和判决中分清各种法律（权利义务）关系，既保护非婚生子女的合法权益，也保护合法妻子的权益。在这种情况下，张作为法定监护人和代理人可以代管属于非婚生子女的财产，但这与她本人获得遗产在性质上是完全不同的。

[3] 杨立新教授认为："一个获得热烈掌声的判决，就是符合法律的判决吗？就是这个获得了热烈掌声的案件，在事后得到了那么多的批评，不能不给人以深深的思考。看起来，判决认定黄某立遗嘱的行为是违反公序良俗和法律的行为有一定的道理，但是这些道理是经不起推敲的。将自己的一部分遗产遗赠给与自己同居的人，完全是对自己私权的处理，完全是依照法律进行的民事行为--这就是黄某遗赠行为的性质。在法律调整的范围之内，法律具有绝对的权威，不能因为一个行为不符合道德规范而无效。法院维护的应当是法律，而不是道德。这一判决维护的是道德，但是损害的却是国家法律的尊严。"《2001年热点民事案件点评》，载《检察日报》2002年1月4日。

[4] 有学者评价说："《解释》也有不尽如人意的地方。比如说，对人们强烈要求惩治"包二奶"的问题，态度不明朗。参见李忠芳：婚姻法司法解释若干问题，《检察日报》2002年1月18日。笔者本人不仅理解最高人民法院的谨慎态度，并且赞成在现阶段限制对所谓"第三者"的起诉，在《婚姻法》讨论中，笔者就曾明确表明过这一意见，参见拙文：并非为了制裁"第三者"，载《北京日报》2000年4月17日。

[5] 现代法院的功能并不仅是解决纠纷，甚至主要并不是解决纠纷，因为调解和仲裁等非诉讼方式在纠纷解决方面甚至具有比诉讼更多的优势；但是，法院的判决具有最高的效力，同时具有通过法律适用和法律解释重申规则和秩序，确认和发展法律规则的功能。通过判例能够使成文法的规则具体化，从书本上的法变为行动中的法，也能够适应时代和社会的发展变化丰富和创造法律规则，填补法律

漏洞和空白。一个典型判例，能够使许多同类的纠纷从中获得权威性的解决方案，间接地影响到更多的、普遍性的纠纷解决（包括私了）。因此，每一个诉讼和判决并不仅仅是解决当事人之间的私人纠纷，而是在维护、确立甚至建立秩序。有关详细论证，参阅拙著《非诉讼纠纷解决机制研究》29页以下，（中国人民大学出版社，2000年）。

[6] 事实上，鉴于直接制裁"第三者"在法律上很难操作，《婚姻法》第46、47条针对过错方所设计的救济措施是比较可行的抑制"包二奶"、保护合法婚姻家庭的法律救济制度。

[7] 事实上，在市场经济逐步确立后，《继承法》的许多规定都已经严重滞后。例如，法定继承人的范围过于狭小，在当事人没有遗嘱的情况下，私人的财产可能被收归国有，而不能由他的其他亲属继承。在福建曾有过这样的案例，一位台湾老人回乡定居，他的外甥根据本人的要求和政策的规定担任其保证人和扶养人，但老人死后，包括这位外甥在内的几位尽到扶养义务的亲属（侄子、事实上的养子等）每人都仅得到10万元的补偿（相当于他们为此进行诉讼的费用），所余300万元的遗产全部收归国有。

[8] 职权调查和举证责任及证明标准的特殊规定有利于避免当事人在取证中的困难和由此带来的社会问题，有利于弱者和无过错方的保护。

[9] 例如，在有些国家，如果经过诉讼，提出证据，在几种特殊情况下，是有可能对重婚中的一方、通常是女方的权利进行保护的。第一种，确实不知道对方重婚的事实，或者受到胁迫不得不与他同居的，也就是所谓受害者，她可以请求分割财产和精神损害赔偿。第二种，在同居期间，一方死亡的情况下，比如工伤、车祸、事故等，依靠其生活的同居者，有可能向加害者请求赔偿和精神损害赔偿，法院可以适当地从配偶应得部分中分一部分作为补偿。第三种，合法婚姻关系事实上已经完全破裂，但由于种种原因，长期不能离婚的情况下，比如，一方成为了植物人或精神病不能治愈，但离婚后无生活能力、无家可归，不得不继续婚姻关系的，在这种情况下形成的事实婚姻，也可以考虑加以保护，但前提是合法配偶的生活保障必须优先得到考虑。如果存在非婚生子女的情况，也必须给予特殊的考虑。

[10] 在特定情况下，即使婚姻当事人"感情"确已破裂，但一旦离婚，另一方就失去了生活来源和必要的扶助（例如重病）的情况下，法院也可以判决不得离婚。即使社会保障能够提供最低生活保障费用，但并不能提供必须的帮助，这样的离婚判决，会将一部分当事人能够承担的责任转嫁给社会。

[11] 有人认为本案应分案处理：先宣布遗嘱合法，再让蒋告张返还不当得利或重婚（附带民事诉讼）。近年来，法院也经常要求当事人把可以合并的诉讼分成若干诉讼分别起诉，这样表面上加快了个别案件的审理时间，实际上是违背诉讼经济和效率原则的。

[12] 例如，法国民法典最初对非婚生子女与婚生子女采取差别待遇，目的主要是

为了保护合法婚姻。随着对儿童权益平等保护的道德观的确立，才逐渐改变了这一制度。世界上很多国家至今仍然禁止妇女堕胎；韩国的婚姻法仍然保留着"同姓不婚"和禁止不同辈分的异性姻亲通婚。

[13] 在西方世界，由于宗教的辅助作用，社会对于婚姻家庭都是极为重视的，无论是舆论、道德或是法律规范始终都是严谨和相对保守的。

[14]梁慧星著：《民法解释学》（中国政法大学出版社、1995年），251页。

[15] 近年来有关法律解释的论著参阅：徐国栋著：《民法基本原则解释--成文法局限之克服》（中国政法大学出版社、1992年）；郭华成著：《法律解释比较研究》（中国人民大学出版社、1993年）；梁慧星著：《民法解释学》（中国政法大学出版社、1995年）；梁治平编：《法律解释问题》（法律出版社、1998年）；张志铭著：《法律解释操作分析》（中国政法大学出版社、1999年）；董皞著：《司法解释论》（中国政法大学出版社、1999年）。并参阅：（美）史蒂文·J·伯顿著、张志铭、解兴权译：《法律和法律推理导论》（中国政法大学出版社、1998年）；（美）艾德华·H·列维著、庄重译：《法律推理引论》（中国政法大学出版社、2002年）。

[16] 然而，从法学界对本案的反应可以看出，很多部门法学家法条主义或严格解释的观念相当固执，一旦《民法典》编纂完成后，法学界主张严格适用和法律解释的客观主义的观点可能会形成主流。尽管如此，似乎不可能出现西方在现代法治早期的那种法条崇拜。客观解释的要求可能更多地会出于对法官自由裁量权限制的考虑。

[17] 参见季卫东："法律解释的真谛--探索实用法学的第三道路"（www.gongfa.com,2001年10月）对西方法律解释理念发展史的回顾与总结。

[18] 这并不意味着立法者的低能，而是由于社会转型期的复杂性和法律创制应有的慎重，无论是客观因素或是主观条件，都不容许立法者在短期内迅速制定出大批详尽的、并具有"前瞻性的"法典。事实上，人类历史上的重要法典几乎无一例外地是对前一个时代的总结，而不是对新时代的开创。这是法的本质特征所决定的。

[19] 在我国当前的社会条件下，司法解释较立法的错误成本低得多，而判例的错误成本相对更低。但是这并不意味着必须正式建立判例制度，因为如果援引先例成为制度，判例的错误成本也就会随之升高。在判例制度的条件下，目前个案判决和司法解释的探索性价值就会降低。

[20] 所谓特别法优于普通法的原则，仅适用于法律的正常适用情况下，一旦法律漏洞出现，则应该以上位法为依据来作体系性解释，以便确定漏洞之所在。

[21] 前引梁慧星著：《民法解释学》245-246页。

[22] 正如《瑞士民法典》第一条的著名原则那样：法官在无相应法律规定时，应

依据习惯法；如无习惯法时，则依据自己如作为立法者应提出的规则裁判。"

[23] 106 N. Y. 506 (1889). 如果有兴趣，不妨再参考一下著名的丹宁勋爵的故事："被遗弃的妻子的衡平法"，(英)丹宁勋爵著、李克强等译：《法律的正当程序》(法律出版社、1999年)，223页以下，第七篇。

[24] 有些法学家称之为"善解人意"的判决。

[25] 如果时代的发展要求我们的社会重新恢复对个人私权和自由意志的无条件尊重，而婚姻家庭的保护已不再是社会必须优先考虑的问题时，法律和司法无疑将同样会作出适当的反应。如果当事人通过协商机制寻找到了双赢的结果，法律也无需横加干涉，然而，作为公共决定的判决与"私了"的最大不同就在于它所表明的一种国家意志，是一种由国家强制力保证的规则。

[26] (美)本杰明·卡多佐著、苏力译：《司法过程的性质》(商务印书馆、1998年)，64-67页。

[27] 同上，83页。卡多佐还说：承认法官有能力和义务按照习惯性道德来影响法律，这远不是要毁灭所有的规则，并在每个个案中以个人的正义感、以善良人的评断来作为替代(85页)。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，以类比为方法，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"。在所有的良知之中，那里还留下