

" 二奶 " 与法学家何以被法官捉弄 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/481/2021_2022__EF_BC_82_E4_BA_8C_E5_A5_B6_EF_c122_481635.htm “ 二奶 ” 与法学家何以被法官捉弄？--论错误的法律思维是从哪里来的 著名法理学者冯象先生在北京大学法学院讲演的时候，再次提到了在法学界几乎无人不知无人不晓的“ 二奶争遗产案 ”。我恰好对此案件比较关注，并且一直在思考着。于是，就向冯象先生提出了这样的一个问题：在本案的判决和讨论过程中，法官作出错误判决、法学家作出错误解说的根源在哪里？冯象先生认为，这种法律思维的根源来自法律人固有的循环解释方法，法官必须在履行其职责的时候满足社会期待，法学家在解说该案件的时候，也必须面对社会公众的道德和舆论等等。我觉得，冯象先生的解说，前半句是不正确的，后半句则部分正确部分不正确，我的看法是：一、在成文法国家，在严格的法条主义的思维下，是不可能导致错误的法律思维的。法官的职责是适用法律而不是解释法律，这是成文法国家法官的不容质疑的行为模式。因此，凡是严格地“ 对号入座 ”地适用法律的法官在形式逻辑的意义上，是不可能作出“ 非法的判决 ”的，这就是韦伯先生所称的“ 形式正义 ”。那么，在“ 二奶争遗产案 ”中，基本的和正确的法律思维应该是：（一）“ 二奶 ”手中所持有的那份经过公证的遗嘱是完全合乎继承法和民法规则的有效遗嘱。这个思维的获取不需要什么高深的法律知识就可以实现，尤其是在本案中的办案法官是不难作出这个思维和判断的；（二）除非被告或者法官找到相反的证据证明该遗嘱是无效的，否则，按照我

国民事诉讼法的基本规则，必须判决维持有效的公证遗嘱的效力。这个思维也不需要什么高深的法律知识和理论素养就可以得出，因为凡是从事民事经济审判业务的法官和律师，都是知道公证遗嘱的这种“准判决书”效力的。所以，如果该遗嘱是有效的，法院的判决自然是错误的，这是也一目了然的。因此，我相信在这个案件的审理过程中，最终作出驳回“二奶”诉讼请求的法官，其实在他/她的内心中，自始至终是确信他/她的判决是非法的，从而也是错误的。他/她唯一没有料想到的，只是，对这样一个非法的和错误的判决，为什么不但那个“二奶”没有坚决地一直申诉下去，违法必纠，改变这个明显违法的裁判，实现她的合法权益；更加料想不到的是，为什么中国的法学家也被他/她的错判所迷惑，在中央电视台上为他/她的错误判决进行了正当性与合理性的论证。总之，不论本案法官有意还是无意，他/她都以此一份“故意的、非法的、同时也是错误的”判决书，既捉弄了那位“二奶”，也捉弄了法学家。

二、按照法律的基本逻辑，有规则按规则，无规则才考虑是否可以参照原则，所以，法律原则是不可以直接适用于案件的。在“二奶争遗产案”中，法官在有明确的和具体的规则适用的情况下，将规则弃之不用转而适用抽象的原则，并对原则作出胡言乱语的解释，严重地违反了法律规则和法律原则之间的相互关系，是典型的适用法律不当，甚至可以说是赤裸裸的枉法裁判。但是，法官在明知自己错判的情况下，却依然要为自己寻找一块遮羞布，那就是所谓的民法通则中的“任何民事活动都不得违背社会公共道德”原则。可惜的是，就是这样一块根本不能遮羞的布，竟然蒙蔽和疑惑了不少的人。例如，金锦萍就认

为：“……法官在（找不到原告的??笔者加）违法性之外，找到了更为合适的根据：即公序良俗原则。”问题的基本逻辑在于：法官根本就没有权力在《继承法》和《民事诉讼法》对本案件已经有明确的可适用规则的情形下，再去寻找什么别的法律原则作为根据，而不是那个所谓的法律原则是否“更合适”的问题。在本案件中，法官对判案根据只能对号入座地被动适用继承法和民事诉讼法，法官根本就没有任意选择法律原则进行适用的权力！否则，他就是法律的毁坏者而不是适用者。而金锦萍之所以在这个问题上产生不科学的也是错误的法律思维，究其根本原因，显然是忘记了“有规则即不能适用原则”的基本的法律逻辑的。

三、在司法独立与道德中立的情形下，法官理应判决原告胜诉，但是他最终作出非法裁判的主要原因是来自社会和自身的压力。据报道：“……上午8时许，就已有数百名群众来到法庭。一位太婆说，她一大早来就是想看看原告凭啥拿回遗赠的财产，哪有“第三者”告“原配”的道理！9时，能容纳1500名群众的民事审判庭已座无虚席，还有不少人站在过道上。……庭审中，出现了以往开庭时少见的现象，旁听席上掌声接连不断，被告一举证、辩护完毕，掌声便响起。……庭审结果出来后，掌声更是经久不息。庭审刚一结束，原告代理人便在法警的护送下迅即离开了现场，1500余人的旁听席上响起了经久不息的掌声。在中国的司法实践中，这种巨大的，几乎是压倒一切的社会舆论压力是任何一个法官都不得不退避三舍的。在这种巨大的社会压力下，法官往往为了迎合这种合理的舆论压力，抛弃了科学判断性的法律思维方法，转而以大众的判断为判断，自然就产生了错误的法律思维。另外，法官

个人也不是隔绝于社会之外的审判机器，他/她也面临着来自主观方面的“道义良知”的内在压力。这种内在的压力往往直接转变成了对“原配夫人”的同情和感情支持，从而失去法官应有的司法独立性和道德中立。这样一来，在对外来压力的主动迎合和内在压力所导致的“同情被告”的综合心态推动下，法官便会有意地和故意地为自己的非法裁判寻找法律上的借口和理由以便支持自己的非法判决。我们很惊讶地在这里看到，四川泸州的某些法官们终于找到了一个风马牛不相及的“公序良俗”作为自己枉法裁判的遮羞布。

四、错误的法律思维往往来自平面的与静止的思维方法。许多的案件和法律现象，往往需要动态地和多维地进行综合评判与分析，需要审理案件的法官以及参加审理的律师经常地在呆板的法规下去跳跃性地看待问题，这种思维方式有点象在床板底下打太极拳。比如，在本案件中，在正确的“法律思维”之下，“二奶”应该得到胜诉；但是，在正确的“社会思维”之下，合法的妻子应该被法院呵护。表面看来，到底保护“二奶”还是保护“合法妻子”似乎是矛盾的，但是，这只是一种完全平面和静止的思维方式。这样的思维，违反了在思维中贯彻哲学的运动思维的方法。因此，我们就在该案件的一审判决书中看到了这样的滑稽文字“遗嘱内容违反法律和社会公共利益”。我们难道不能跳过所谓“公共利益”的平面遮蔽，好好地思考一下什么是“遗嘱内容”吗？所谓遗嘱内容，实际上就是一种单向法律行为，或者说是单向的意思表示，是死者在生前对自己的遗产的进行处分的意思表示。这种处分本质上是权利主体的绝对权，只要这种处分是不违反法律的禁止性规定的，该行为就是合法的，也是不可能

违背什么公共利益的，因为法律已经确定了该遗嘱的正当性与合法性??这就是冯象先生所说的那种“法律人固有的循环解释方法”了。那么，如果法官认为法律对该遗嘱正当性与合法性的确定是错误的，那么他就必须论证这个法律是恶法。实际上，任何法官也无法论证我国继承法的有关本案的规定是恶法的。这样一来，法官就根本不存在拒绝适用相关法规的任何例外，也就是说，他/她必须也只能对本案件进行循环解释并判决原告获得胜诉。

五、在法学研究和学习中缺乏对司法实践问题进行拆分考虑的思维和训练，往往还导致一种无法从困境中解脱出来的“思维痉挛”。虽然，在上述的论说中，我有力地论证了法官在“二奶争遗产案”中是如何产生错误的法律思维的--来自压力--但是，简单地责怪法官没有顶住压力是很不“中国”的。毕竟中国是个道德的国度，人们对于“二奶”不但是不屑的，而且会对法官坚持正确适用法律判决“二奶”胜诉的裁判产生强烈的不满和怀疑。我们必须正视这种现实并且利用法律维护这种来自道德评说的社会期待。其实，只要法官善于运用司法技艺，他/她是不难找到解开这一案件“死结”的办法的。那就是，把财产关系和非法同居关系拆分开来，按照“法律关系不同，案件也不同”的基本逻辑，把表面上的一个案件拆分成事实上的两个案件。其中A案件是继承案件，应该依法判决“二奶”胜诉；而B案件是侵权案件，“原配夫人”可以依据婚姻法的有关规定控告“二奶”侵犯了她的合法的配偶权或者“家庭权”等等，并要求法院判令“二奶”对她进行财产赔偿。至于法官，我想他/她是有很“中国”的技巧也是有充分的法律根据在B案件中判决“原配夫人”胜诉的，甚至可以将A案件中的

财产判决结果与B案件中的财产判决结果保持数学意义上的完全相等。这样一来，法律的给了法律，道德的也给了法律，法律的尊严得到了维护和张扬，大众百姓和舆论道德也皆大欢喜。可惜！！！100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com