

新类型案件同案不同果的原因浅探

——以宜兴冷冻胚胎案为例

徐茜如, 张家勇

(四川大学 法学院, 四川 成都 610225)

摘要:在2014年轰动全国的宜兴冷冻胚胎案中,两审法院都认为冷冻胚胎的法律地位和性质是案件的关键,同时也认为这一关键问题是模糊和不确定的。但两审法院在这一模糊和不确定的基础上,做出了很不相同却都非常明晰和确定的判决。它们为什么能够做到这一点?究其原因,作者从法官的角度思考问题——法官如何审案?尤其是面对新类型案件和疑难复杂案件,法官是如何思考的来回答该问题。文章在案例分析的基础上,着重讨论两审法官的推理过程和说理方法,从而研究在司法实践中,面对“法律漏洞”,法律推理、价值判断、法律续造、法官说理等将对案件结果产生什么样的影响,最后对法官审理新类型案件、疑难复杂案件提供可资借鉴的建议。

关键词:冷冻胚胎;法律空白;法律推理;说理

中图分类号:D920.5;D926.2 文献标志码:A 文章编号:1009-8666(2016)10-0086-06

DOI:10.16069/j.cnki.51-1610/g4.2016.10.014

一、宜兴冷冻胚胎案概况

(一)案件基本事实

江苏宜兴的80后夫妻沈某、刘某都是独生子女。2012年8月,因自然生育困难,他们在南京鼓楼医院进行了试管婴儿手术。手术后,他们并未立即进行新鲜胚胎移植,而是将4枚胚胎冷冻保存在鼓楼医院。胚胎移植前几天,沈、刘两人遭遇车祸双双去世。2013年11月,沈的父母将刘的父母诉至法院,要求获得儿子儿媳遗留的胚胎,并将鼓楼医院列为第二被告。

(二)两审法院判决理由及结果

2014年5月15日,一审法院——江苏省

宜兴市人民法院以冷冻胚胎不能继承为由,驳回了起诉。如二审判决书中所写,一审法院认为原告主张沈与刘夫妻手术过程中留下的胚胎作为其生命延续的标志,应由其负责保管。但受精胚胎为具有发展为生命的潜能,含有未来生命特征的特殊之物,不能像一般之物一样任意转让或继承,故其不能成为继承的标的。同时,夫妻双方对其权利的行使应受到限制,不得违背社会伦理和道德,并且必须以生育为目的,不能买卖胚胎等。沈与刘夫妻均已死亡,通过手术达到生育的目的已无法实现,故两人对手术过程中留下的胚胎所享有的受限制的权利不能被继承。综上,对于沈新南、邵玉妹提

收稿日期 2016-04-14

作者简介:徐茜如(1991—)女,四川成都人。四川大学法学院民商法专业硕士研究生,研究方向:民法学;张家勇(1969—)男,四川阆中人。四川大学法学院教授,法学博士,研究方向:民商法。

©1994-2016 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. <http://www.cnki.net>

出的其与刘金法、胡杏仙之间,应与其监管处置胚胎的诉请,法院不予支持,判决驳回原告的诉讼请求。^[1]

2014年9月17日,二审法院即江苏省无锡市中级人民法院作出终审判决:撤销宜兴市人民法院(2013)宜民初字第2729号民事判决;沈、刘存放于南京鼓楼医院的4枚冷冻胚胎由上诉人和被上诉人共同监管和处置。二审法院在判决书说理部分着重提到我国现行法律对胚胎的法律属性没有明确规定的情况下,结合本案实际,应考虑以下因素以确定涉案胚胎的相关权利归属:一是伦理,二是情感,三是特殊利益保护。综上,判决沈、刘父母享有涉案胚胎的监管权和处置权。

(三)案情小结

本案是冷冻胚胎的处置权和监管权纠纷,我国目前的民事法律,并没有关于胚胎保护的特别规定。目前国内关于辅助生殖技术的管理,主要是依据原卫生部在2001年颁布的《人类辅助生殖技术管理办法》和《人类辅助生育技术规范》。《人类辅助生殖技术管理办法》对禁止买卖胚胎、代孕作出了原则规定,却没有关于冷冻胚胎的归属问题及继承问题的相关规定。^[2]显而易见,该案遭遇了“法律空白”,属于新类型案件,法官无法按照“以法律为准绳”的法条主义要求对此案作出判决。应对“法律空白”,两级法院各自是怎么做的呢?其判决理由是如何形成的?法官是如何说理的呢?

二、新类型案件与法律空白

(一)新类型案件的概念

作为一类对法治和社会发展具有重要意义的案件,新类型案件特指由于法制发展、科技进步以及社会变革而新出现的、以案件的形式反映在司法活动中的社会新问题和新矛盾。新类型案件的“新”有各种表现形式,在刑事审判中既可以表现为新的罪名,也可以表现为新的犯罪方式以及新的犯罪构成;在民商事审判中既可以表现为新的案由,也可以表现为新的

民事权利义务内容以及新产生的民事法律主体。^[3]

冷冻胚胎案是科学技术尤其是医疗生殖技术不断发展的产物,该案既是新的案由,也是新的民事权利义务关系,自然属于新类型案件。同时,由于冷冻胚胎复杂的法律属性,其关乎伦理、人情、科技等多个方面,具有一定的复杂性,因此也属于司法实践常说的疑难复杂案件。

(二)法律空白的概况

1. 法律空白的概念

无论是新类型案件,还是疑难复杂案件,与其关系密切的另一个概念——法律空白亦是其产生的主要原因,便不能回避。

何谓法律空白?卡多佐认为,当存在明确的先例时,法官只需服从。但是,当没有可以适用的先例时,他又如何获得一个规则而同时又为未来制定一个先例?卡多佐的追问暗示没有先例可能就是法律漏洞。“当法律留下了不为任何先前的既成规则所涵盖的情况时,法律是无能为力的,而只能由一些无偏私的仲裁者来宣告什么是那些公道的、讲情理的并对该社区的生活习惯以及人们之中流行的正义和公平交易的标准烂熟于心的人在这种情况下应当做的;这时,除了那些规制他们行为的习惯和良知外,并无规则。”^[4]从上面的只言片语中,我们体会到了卡多佐关于法律空白的定义。简单言之,法律针对个案没有规定就是法律空白。^[5]

2. 法律空白的产生原因

拿破仑时代对裁判者有一个非常严苛的规定:裁判者不得以法律无规定拒绝裁判。这看起来很符合现代社会的法治理念,但当时其实是因为拿破仑自信认为其法典无所不包才作此规定。但实际上,无所不包的法律是否存在呢?答案显然是否定的。原因有二:一是事实的千变万化、社会的不断变迁,使法律无法负载规划一切的重任。不存在一个一成不变、静如止水的世界等待立法者进行解剖和分析,立

法官永远只是社会变迁的追逐者,永远“慢一拍”;法官面前的世界也不会安静地端坐在原地等待发现,然后温顺地投入“自动售货机”输出判决。“生活太复杂了,以至于在人的能力范围之内不可能实现这一理想……最常见的情况是,为某事发生的纠纷,它都会发生。”^[6]二是人类的理性是有限的,没有全知全能的立法者,也没有全知全能的法官,这就是人类智力有限的一个后果,是对立法者和法官有无限预见力的一个否定。因此,法律空白,不可避免。

3. 个案中如何解决法律空白

法律空白是必然存在的,由于对法律体系性的期待以及解决纠纷的需要,填补法律空白是必要的。其关键之处在于由谁来填补?立法机关完善立法还是法官造法?

按照孟德斯鸠的“三权分立”理论,立法权当属于立法机关,行政机关、司法机关皆不得僭越。我国亦如是,司法机关只具有解释法律的权力,不具有创设法律的权力。但是,立法机关制定法律需要繁琐的流程,所花时间经年几载,然而纠纷已经产生,正所谓“远水救不了近火”,迟到的正义不是正义。因此在司法实践中遇到法律空白,等待立法机关完善立法是不现实、不科学,也是不符合法治理念的。

那么,就只能由法官造法。黄茂荣从司法造法与立法机关立法的比较中,得出法官造法的正当性。他认为,司法机关的造法活动只是“候补”于立法机关,就“个案”“尝试地”作法律漏洞的补充,以“修正”立法机关迟迟不修正的法律,或“创制”立法机关迟迟不制定的法律。没有侵犯立法权“优先”“决定性”地对“一般案件”的立法权。^[7]

4. 法官如何造法

那么,法官面对法律空白是如何“造法”呢?首先,笔者认为,所谓法官造法或者司法造法,并不是指司法机关在判决过程中直接创设新的法律条文,而是通过判决说理和司法推理对个案从事实到结论提供可证成性的逻辑过程以及可接受性的判决结果,其“法”与立法机

关制定之“法”的本质区别在于前者不具有严谨的文字表达形式,也没有普遍的约束力,仅仅对个案有效力。正如卡多佐所说“立法者在估量总体境况时不为任何限制所约束,他对境况的规制方式完全是抽象的,而法官在作出决定时所看到的是具体的案件,并且参照了一些绝对实在的问题”。^[8]

所以个案中,法官进行法律推理和说理的过程即是其造法的过程,当然法官造法也并非恣意的,其必须在法律原则和普遍的社会正义的规制之下,法律的终极目的是社会的福利,未达到其要求的造法是不具有可接受性的。

三、法律推理

作为一名法官,对具体案件作出判决一般要经过三个阶段:确定事实;寻找法律;将案件事实置于法律规范之下,根据事实和法律作出判决。在寻找法律的过程中,如果法律条款的规定是明确的、无争议的,那么法官直接援引即可获得判决的法律理由,即法官只需要形式推理即可。但是,在审判实践中,法官经常会遇到以下难题:一是对于具体案件而言,法律无明文规定,存在法律漏洞和法律空白;二是虽存在明确的法律规定或规则,但是如果直接适用于具体个案,会明显有悖于情理,造成显失公平公正的结果;三是对于同一具体案件存在两个以上可适用的法律规范,但这些法律规定或规则之间是相互矛盾的。对上述问题的解决,则需要法官进行实质推理。

(一) 法律推理的概念及类型

何谓法律推理?美国学者伯顿认为,法律推理就是在法律争辩中运用法律理由的过程。^[9]简单而言,法律推理是指法官在审理案件的过程中将法律规范适用于具体案件,为其最终判决提供合法理由或合理根据的裁判推理过程。法官首先对案件事实进行确认,然后在此基础上进行司法归类,与适用于该案件的法律规定相契合,最终得出案件结论。法律推理包括形式推理和实质推理两大类,前者指作为解决问

题的法律规定比较明确、无争议,可直接援用,后者则是指作为解决问题的法律规定不甚明确、无法可依或者有法难依,从而在一定框架内对解决有违正义的法律根据的寻找和确定。

(二)形式推理和实质推理的具体应用

形式推理简单易懂,在司法实践中也屡见不鲜,在此不再赘述。在我国,实质司法推理被称为辩证司法推理。在审判实践中,当法官接触疑难案件时,形式推理仅能在形式上保证法官思维有效性,而对于适用于案件事实本身的法律规范的缺失,形式司法推理便无用武之地。这就需要法官综合案件事实,运用价值判断,为自己的判决结论寻找一个更强的支持理由,进而裁决案件,化解纠纷。此种推理形式我们便称之为法官的实质司法推理或辩证司法推理。实质司法推理是法官以法律规范的内在价值为依据从而进行价值判断的推理,“它不是从固定的范畴出发进行的推理,而是一种对各种价值、利益、政策进行综合平衡和选择的推理。”^[10]大前提的缺失是此种推理形式经常得以使用的情况,即法律本身无规定,或虽有规定但彼此之间存在矛盾。

(三)冷冻胚胎案两级法院的法律推理

从上文的概念辨析及使用情况、使用方法中不难看出,一审法院以形式推理为主,及简单地适用法律。前文说过,该案属于遭遇法律空白的新类型案件,那么一审法官是如何适用法律的呢?该案案由在一审中被定为继承权纠纷,那么法官则是以“胚胎是继承权的客体吗”为出发点进行思考和推论的,其推理过程大抵是:继承权的客体必须是物但物权法定胚胎不是物,因此胚胎不能被继承,其采用的是证否的思路形成最终判决结果的。

二审法院采用的则是实质推理。本案属于法无明文规定的情形,在存在法律空白时,二审法官依靠目的考量、利益衡量以及价值判断等涉案情况进行说明,对关联社会因素(如伦理、情感等)进行阐释,对相关法律问题进行答疑,使判决结果虽然无制定法的支持,但是符

合法律精神和法律原则,也符合社会预期和普遍正义,从而使得判决结果具有较高的可接受性。

四、法官如何说理

(一)说理的意义

美国国家法律语言学家协会主席索兰敏锐地指出:“……任何一名审慎的对待自己和自身所处位置的法官都要面临双重任务——作出决定和语言表述。”^[11]也就是说,法官不能仅仅作出并简单地宣布决定,还必须为决定提供通常是书面的理由。前一过程,也即是法律推理得出判决结果的过程,对法官之外的任何人而言是不可知的,后一过程则因为必须公布必须具有充分的说明、严谨的逻辑和可靠的根据,后一过程也是实现判决结果的可接受性的重要因素。

(二)说理的方式

1.“两张皮”说理型

在这种判决理由中,法官列出作为大前提的“法律规范”以及作为小前提的由法官认定的“法律事实”,有时会分别加上少量的解释或说明,然后径直宣布判决结论。这种策略被中国法官普遍采用。

2.适度说理型

在这种判决中,法官除了列出大小前提外,还对制定法文本的含义进行一定程度的说明或者对先例进行适当的区分,并对所认定的案件事实的法律意义进行一定程度的释放,以表明当下案件的行为与所选定的法律规则的事实要件或先例的适用范围相符。

3.竭力说理型。

竭力说理型分为三种:一是在适度说理的基础上,尽可能充分地证否其他可能的法律适用方案,并运用适当的修辞手法,给人一种“依照法律只能如此判决”的印象;第二种是在前一种的基础上,还添加一些即便是在形式上也与法律无关的论据,比如公正的观念、道德、经济分析、经验常识等,以尽可能全面地回应各方当事人;三是使用具有“客观”属性的论据去

解释法律或者相关的事实陈述,说理的效果是通过对所选择的法律适用方案进行类似于自然科学的论证,使判决结果看起来是唯一合乎逻辑的选择。

(三)冷冻胚胎案中两级法院的说理方式

根据对上述三种说理方式的区分,笔者认为,一审法院采用的是“两张皮”的说理方式,以证否的方式,简单地运用三段论进行说理,从而推出结论。这种说理方式,在新类型案件和疑难案件中对法官尤其是基层法院法官最安全,即便判决被上级法院撤销,也没有可被苛责的内容,具有形式上的正当性,但同时该正当性是十分脆弱的。法官理解和适用法律上的任意性一旦被识破,其正当性便会受到极大的削弱,极可能在二审中被上级法院推翻。该案即是此种情况。

二审法院则采用的是竭力说理型中的第二种说理方式,在进行法律论证的同时,采用伦理、亲情、特殊利益保护等要素支撑其结论。在今天这个价值多元、经验多样的社会里,法官的说理过程中使用的诸如道理、经验常识、正义观念等论据本身就是可争议的,这些争议使判决的可证性、可接受性双双下降,很可能在竭力说理的同时弄巧成拙,难以使人心服口服。本案中,二审判决动之以情晓之以理,在中国这个重人伦、重亲情的社会大环境中获得了普遍的叫好和赞同,但反对的声音也并未湮灭,也与其说理方式关系莫大。

五、对法官处理新类型案件的建议

综上所述,回到文首笔者提出的问题:两

审法院在相同的事实基础上,为何做出了很不相同却都非常明晰和确定的判决?首先是因为法律空白,而法律空白给法官自由裁量提供了充足的空间。在自由裁量的过程中,两级法官由于所处的位置及身份不同,运用不同的思考方式、推理方式和说理方式对其判决进行解释说明及证成,以期其判决理由和判决结果得到最大程度的可接受性。因此产生了截然不同的判决。

法律之变化与生长,归纳言之,不外两途:一为立法,二为判决。司法裁判行为往往蕴含着补充法律、完善法律、发展法律的契机。相对于常规型案件而言,新类型案件在推动法律发展方面具有更为突出的功能和作用。当然,新类型案件的裁判规则是法官通过运用法律解释方法或法律补充方法来确立的。如果办案法官缺乏法律方法意识和运用法律方法的司法能力,那么新类型案件所蕴含的推动法律发展的契机将会被埋没。因此,作为承办新类型案件的法官,应当倍加珍惜审理新类型案件的机遇,从而以更高的工作热情来克服畏难情绪,在秉持公正之心和坚持程序合法的前提下,运用法律解释和法律补充等法律方法,努力探求新类型案件的裁判规则。此外,新类型案件对法律方法的需求,也有利于强化法官的法律方法意识及提高法官运用法律方法的司法能力。故而,我们应当重视新类型案件的审判与研究,尤其应当关注新类型案件对法律方法和法律发展的积极意义。

参考文献：

- [1]沈新南、邵玉妹与刘金法、胡杏仙二审民事判决书[(2014)锡民终字第 01235 号][EB/OL]. 2015-01-06[2016-05-20]. <http://wenshu.court.gov.cn/content/content?DocID=dfddb37f-259a-42e2-a79d-af09bc95451b&KeyWord>.
- [2]李惠. 冷冻胚胎归属案的法律与伦理[N]. 上海法治报, 2014-10-15(B06).
- [3]沈德咏. 关于新类型案件及审判工作[J]. 北京:人民司法, 2008(23).
- [4][美]本杰明·卡多佐. 司法过程的性质[M]. 苏力,译. 北京:商务印书馆,1998:89.
- [5][德]卡尔·拉伦茨. 法学方法论[M]. 陈爱娥,译. 北京:商务印书馆,2003:249-250.
- [6][美]本杰明·卡多佐. 司法过程的性质[M]. 苏力,译. 北京:商务印书馆,1998:91.
- [7]黄茂荣. 法学方法与现代民法[M]. 北京:中国政法大学出版社,2001:87-88.
- [8][美]本杰明·卡多佐. 司法过程的性质[M]. 苏力,译. 北京:商务印书馆,1998:74.
- [9][美]史蒂文·J. 伯顿. 法律与法律推理导论[M]. 张志铭,解兴权,译. 北京:中国政法大学出版社,1999:1.
- [10]雍琦. 审判逻辑简论[M]. 成都:四川人民出版社,1990:184.
- [11][美]劳伦斯·M. 索兰. 法官语言[M]. 张清,等,译. 北京:法律出版社,2007:1.

The Reasons for “Same Case Different Ruling” of New Cases ——Based on the Case of Frozen Embryos in Yixing County

XU Qianru , ZHANG Jiayong

(School of Law , Sichuan University , Chengdu Sichuan 610225 , China)

Abstract :In the case of Frozen Embryos in Yixing County , a sensational case happened in 2014 , the trial court and the appeal court both held that the legal status and the nature of frozen embryos are the keys to the case. And at the same time , it was also considered that these key issues are vague and uncertain. Two courts , however , made a clear and determined decision which is quite different from each other on the vague and uncertain basis. How did they make it ? The author concludes that it's better to understand the holdings from the perspective of the judges—what's their reasoning ? Especially , what leads the judges to their decisions when facing with new type and complicated cases. In this paper , the author focuses on discussing the course of reasoning and method of persuasion by judges. To that end , in practice , the author analyzes that how could legal reasoning , value judgments , continued law and the judge's reasoning influence the results of the cases when facing with the “legal loophole”. Finally , the author provides referential suggestions to judges for regarding new type and complicated cases.

Key Words :Frozen Embryos ;Legal Gap ;Legal Logic ;Reasoning

[责任编辑:王兴全]