



吉林大学理论法学研究中心学术文库

最高人民法院 公共政策创制功能研究

张友连/著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



吉林大学理论法学研究中心学术文库

最高人民法院 公共政策创制功能研究

张友连/著



法律出版社

www.lawpress.com.cn



www.falvm.com.cn

图书在版编目(CIP)数据

最高人民法院公共政策创制功能研究 / 张友连著.
—北京:法律出版社,2010.6
(吉林大学理论法学研究中心学术文库)
ISBN 978-7-5118-0794-6

I. ①最… II. ①张… III. ①最高法院—公共政策—
研究—中国 IV. ①D926.21

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 088164 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/贾菲

装帧设计/李瞻

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京外文印刷厂

编辑统筹/学术·对外出版分社
经销/新华书店
责任印制/吕亚莉

开本/A5
版本/2010年6月第1版

印张/8.75 字数/217千
印次/2010年6月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-0794-6

定价:26.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

吉林大学理论法学研究中心学术文库学术委员会

主 任：张文显（吉林大学）

副 主 任：姚建宗（吉林大学）

黄文艺（吉林大学）

委 员：（以姓氏笔画为序）

马新福（吉林大学）

邓正来（复旦大学）

王晨光（清华大学）

付子堂（西南政法大学）

朱苏力（北京大学）

齐延平（山东大学）

刘作翔（中国社会科学院法学研究所）

孙笑侠（浙江大学）

朱景文（中国人民大学）

汪习根（武汉大学）

宋方青（厦门大学）

张中秋（中国政法大学）

张恒山（中共中央党校）

何勤华（华东政法大学）

郑成良（上海交通大学）

范忠信（中南财经政法大学）

胡玉鸿（苏州大学）

夏锦文（南京师范大学）

崔卓兰（吉林大学）

黄建武（中山大学）

葛洪义（华南理工大学）

霍存福（吉林大学）

总序

张文显

时代的伟大实践需要与之相适应的理论,而真正适合时代需求的理论又的确将会引导时代的社会实践。可以说,自1978年党的十一届三中全会以来,拥有较为悠久历史的吉林大学法学理论学科,始终是在跟随着中国改革开放和社会主义现代化建设的伟大实践而不断发展成熟的;可以说,在改革开放的三十年间,吉林大学的法学理论学科积极地发起、推动和参与了一系列对于我国整个法学的基础理论发展和社会主义法治建设实践都具有非常重大指导意义和实践价值的法学的观念变革、方法更新和理论进步的重大活动;可以说,吉林大学法学理论学科的发展本身就是我国改革开放和社会主义现代化建设理论需求和理论发展的一个缩影,也是理论关注实践、参与实践、推动实践、指导实践的一个例证。

在历史进入 21 世纪初的 2000 年,以吉林大学法学理论学科为核心所组建的吉林大学理论法学研究中心经过严格的评审被教育部批准为教育部人文社会科学重点研究基地。随后,吉林大学法学理论学科于 2001 年经教育部批准成为国家重点学科,被纳入“211 工程”重点学科建设计划。在 2004 年,以法学理论学科为依托,吉林大学理论法学研究中心在整合了政治学、国际政治学、国际经济学等学科的基础上组成的吉林大学法律与经济全球化研究所被批准为国家 985 哲学社会科学创新基地。2007 年,在这样的三大平台基础上以吉林大学法学理论学科的教师为主体的教学团队被教育部确定为首批国家级教学团队。所有这一切都是我们的党和国家以及我国法学理论界和法学教育界对于吉林大学法学理论学科在我国新时期的理论创新和对于我国社会主义法治建设所做出的重大贡献的高度认可的体现。

经过进入新世纪以来的近 10 年建设,吉林大学法学理论学科在科学研究、学科队伍建设、人才培养、国际和国内学术交流、信息与咨询服务、学科发展等方面,均取得了长足进展。在这期间和在这之前,吉林大学法学理论学科专著型学术研究成果展示的基本渠道都是各个老师和研究人员自行联系出版。此种方式当然也可以反映吉林大学法学理论学科科学研究的状况,但无疑只是片段性或片面性的,无法全面而整体性地展示吉林大学法学理论学科科学研究的全貌。随着吉林大学法学理论学科作为国家重点学科、教育部重点研究基地、国家创新基地、国家级教学团队的研究成果的积累,吉林大学法学理论学科的学科建设及其学术研究,都需要一个具有持续能力的成果展示平台,以不断总结和展示本学科在博士研究生培养方面的成就,激励理论法学研究中心年轻教师积极从事科学研究并使其成果得到有学术影响力地集中展示。为此,吉林大学理论法学研究中心决定把多年来一直在设想之中的出版中心学术文库的工作付诸实施。

吉林大学理论法学研究中心学术文库为连续性的系列出版物。首先以吉林大学法学理论专业通过答辩的优秀博士学位论文为主要选题来源,其次是吉林大学理论法学研究中心各位教师和研究人员的专著及学术文集,此外就是在条件成熟的时候逐步吸收全国法学理论领域年轻学者的学术专著或者各个高校法学理论专业的博士研究生的优秀博士学位论文。

法律出版社给予了我们吉林大学理论法学研究中心法学文库的出版以极大的支持。吉林大学理论法学研究中心将与法律出版社建立长期的合作关系共同推进中心学术文库的出版工作。这套学术文库的出版会以每年5~10本学术著作的规模推进。

借此,我们衷心地感谢我国各个高校和科研机构的法学理论学科对于吉林大学法学理论学科工作的大力支持!我们也希望吉林大学理论法学研究中心学术文库的出版,将为推进我国法学理论学科的学科建设、科学研究、人才培养、学术交流等做出重大贡献!

(一)当代中国的社会转型	43
(二)社会转型中的司法	51
二、立法的粗疏与滞后	56
(一)立法粗疏	56
(二)立法滞后	62
三、最高人民法院角色的变迁	67
第三章 我国最高人民法院创制公共政策的概况	
——以弱者保护为分析视角	82
一、分析的素材与视角	82
二、最高人民法院创制公共政策的现状	89
(一)境遇上弱者保护公共政策	89
(二)制度上弱者保护公共政策	108
(三)生理上弱者保护公共政策	114
三、最高人民法院创制公共政策的形式	116
(一)司法解释	117
(二)司法文件	127
(三)典型案例	133
(四)司法审查	144
第四章 我国最高人民法院创制公共政策的影响	
因素	154
一、最高人民法院创制公共政策的外在影响因素	154
(一)政治正确的考虑	154
(二)利益集团的压力	162
(三)社会舆论的态度	166
二、最高人民法院创制公共政策的内在影响因素	173
(一)最高人民法院的定位与知识	173
(二)最高人民法院的司法权威	180

第五章 我国最高人民法院公共政策创制功能的

完善	188
一、最高人民法院公共政策创制中的问题归纳	188
二、最高人民法院公共政策创制功能完善的途径	196
(一) 主体的定位: 最高上诉法院	196
(二) 合法性的诉求: 影响因素的程序化	204
(三) 形式的选择: 案例的探索	212
(四) 司法的均衡: 克制下的能动	221
三、最高人民法院公共政策创制功能完善应把握的 两个原则	232
(一) 公共政策创制时机中的成熟原则	233
(二) 公共政策创制范围中的政治问题排除原则	237
结语 保持合理的期待	243
参考文献	246
致谢	267

导 论

一、研究的对象与意义

翻开任何一本政治学教科书我们都可以看到有关法律制度和法院的内容,仔细研究世界上大多数国家的宪法文本也不难发现司法是政府机构的一个不可或缺的组成部分。其实早在希腊城邦时代,人们就将法院(司法)与议事机构、行政机构并列,作为国家政体的三个要素之一。^①可见,从最初意义上来讲,法院本身就是一个政府机构,是国家政治组织的重要组成部分,因而当然也应该在一个国家或地区的公共生活中发挥着重要的作用。“在相当多的国家,法院在事实上成为强有力的政治机构,(最高)法

^① 参见[古希腊]亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1965年版,第215页。

院作为政治机构的角色和意义也渐为理解”。^①只不过由于法院主要是一种“事务型”的国家机关,其最引人注意的功能往往会被认为仅局限在“案件”的范围,也正是这一原因使得解决纠纷的功能在某程度上遮蔽了法院最初的公共政治功能。

在现代司法理论和实践中,法院的功能仅仅是机械适用法条解决纠纷的传统观点已为大多数人所抛弃。根据时代、环境和具体条件的不同,如何准确、恰当地适用法律从而形成公共政策是现代法院必须面对的课题。正如苏力教授所指出的那样:“法院不仅仅适用法律而且有必要行使较大程度的裁量权限,以谋求案件的解决获得明显的政策性效果这一点,已经获得了广泛的认同。”^②美国历史上最伟大的法官之一,本杰明·卡多佐强调,司法必须与社会现实相适应。在审判过程中对社会政策的考虑颇为重要。^③我国诉讼法学者张卫平教授也主张,司法者应该考虑司法的环境,根据不同时期、不同的条件来把握司法裁量的尺度,而不是简单地去理解“严格执法”。^④如果说,一般的基层法院、中级法院乃至高级法院主要是通过受理私人之间的纠纷与争执来维持基本的社会秩序,那么作为国家最高司法机关的最高法院的功能肯定不会也不应该仅仅局限于纠纷的解决。在整个国家审判体系中,“最高人民法院是中枢环节或大脑,它不仅通过诉讼程序来监督各级人民法院的具体审判工作,不仅通过司法解释和规则制定为各级人民法院的审判提供法律依据,而且要形成指导整个审判活动的司法政策,并筹划整个司法

① John R. Schmidhauser, *Comparative Judicial System: Challenging Frontiers in Conceptual and Empirical Analysis*, 转引自左卫民等:《最高法院研究》,法律出版社2004年版,第4页。

② 苏力:“农村基层法院的纠纷解决与规则之治”,载《北大法律评论》第2卷第1辑,法律出版社1999年版,第80~81页。

③ 参见[美]E. 博登海默:《法理学哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大學出版社2004年版,第158页。

④ 参见张卫平:《琐话司法》,清华大学出版社2005年版,第40页。

制度的发展方向”。^①从这个角度来看,最高人民法院是一个公共政策创制机构。

在当代中国,最高人民法院开始广泛地介入社会生活。作为一种新型的司法现象,最高人民法院公共政策创制功能已经显现并且发挥着越来越重要的作用,但在法学理论研究中对这一问题的关注还远远不够。本书将公共政策创制功能作为研究对象,以最高人民法院的相关司法解释和案例为分析素材,力图揭示最高人民法院为何应该具备以及如何发挥创制公共政策的功能。本研究的主要目的不是去简单地描述最高人民法院那些众所周知的解释和案例,也不是想仿效其他一些更有学识的研究者们去对最高人民法院公共政策进行法理或成本—收益的分析。在本书中,笔者打算着重探讨最高人民法院为何要创制公共政策以及如何创制公共政策,力图在理解那些影响最高人民法院创制公共政策的力量方面有所突破、有所贡献。

研究最高人民法院公共政策创制功能的理论意义首先是有助于拓宽公共政策学的研究领域。已有的公共政策研究成果大都关注政党或者行政机关的公共政策形成,探讨法院特别是最高人民法院如何创制公共政策的研究则很少,本研究可以帮助人们更加充分地认识到最高人民法院在国家政治体制中的重要地位和作用。其次本研究有助于拓展司法制度的研究领域。现有的关于最高人民法院功能的研究或范围太广或拘泥于具体的司法解释或案例的分析,将最高人民法院公共政策创制功能理论一般化并作出深层的、系统性探讨的研究成果还没有出现。

从实践意义上看,虽然在实际的司法审判中,公共政策并不作为裁判的依据直接加以引用,但是它对司法机关的行为和其他社会主体的利益又实实在在地产生着广泛的影响,发挥着重要的作用。笔

^① 张千帆主编:《宪法学》,法律出版社2004年版,第407页。

者认为,立足于学术立场的讨论可使最高人民法院明晰其在一个法治社会中所应扮演的角色,同时这种讨论会“有助于最高人民法院以及整个法院系统的法官更好地理解其所肩负的社会责任”。^① 所以探究最高人民法院公共政策创制功能问题,必将对中国特色司法实践的发展有所裨益。

二、相关研究述评

从笔者阅读范围来看,以最高人民法院创制公共政策作为研究对象或者部分涉及最高人民法院公共政策创制功能问题的已有成果主要有:贺卫方:“论最高法院”,载《人民法院报》2002年8月24日版;苏力:“中国司法改革的逻辑研究——评最高法院引咎辞职的规定”,载《战略与管理》2002年第1期;苏力:“司法解释、公共政策和最高法院——从最高法院有关‘奸淫幼女’的司法解释切入”,载《法学》2003年第8期;傅郁林:“论最高法院的功能”,载《中外法学》2003年第5期;蒋大兴:“法院如何实现公共政策——围绕法〔2002〕21号之检讨”,载《华东政法学院学报》2005年第4期;丁以升、孙丽娟:“论我国法院公共政策创制功能的构建”,载《法学评论》2005年第5期;赵信会:“法院的公共政策形成功能”,载《河南政法管理干部学院学报》2006年第6期;左卫民等:《最高法院研究》,法律出版社2004年版;侯猛:《中国最高人民法院研究》,法律出版社2007年版;季卫东:“最高人民法院的角色及其演化”、喻中:“论中国最高人民法院实际承担的政治功能”,载《清华法学》(第7辑),清华大学出版社2006年版;侯猛:“最高法院公共政策的运作:权力策

^① 蒋大兴:“法院如何实现公共政策——围绕法〔2002〕21号之检讨”,载《华东政法学院学报》2005年第4期。

略与信息选择”,载《北大法律评论》第7卷第1辑;庞凌:“论法院的政治功能”(苏州大学2002年硕士学位论文);叶强:“论司法的政治功能”(南京师范大学2004年硕士学位论文);张德新:“我国最高法院:地位、功能与权力”(河北大学2004年硕士学位论文);侯猛:《中国最高法院规制经济的功能》(北京大学2004年博士学位论文);纪成:《最高人民法院司法解释研究》(中国政法大学2006年博士学位论文);雷新勇:《公共政策的司法分析》(南京师范大学2007年博士学位论文)。

从以上成果中可以看出,法院创制公共政策问题已经开始引起国内研究者的注意,并且关注的程度在不断地提高。上述研究成果主要涉及了中国最高人民法院的组织形式、制度运作、司法解释和最高法院的比较研究等问题,其中部分或用很少的文字提到了法院或最高法院具有或应该具有公共政策创制功能,但未见系统探讨最高人民法院公共政策创制功能的成果出现。

从研究方法、研究角度和结论上看,上述大多数成果的一种研究进路是以发达国家,主要是英美法系发达国家特别是美国的联邦最高法院作为参照系或是作为最理想的蓝本,来分析最高人民法院的公共政策创制功能。其不知“在美国,最高法院的裁决经常变成政治问题。在其他国家则不是这样,主要是因为其他国家的法院没有美国法院那样大的权力,也不如美国法院独立”。^① 所以得出的结论往往是大而无当,并不切合中国的实际。因为包括最高人民法院在内的“法治建设是中国当代社会变迁的重要组成部分,是中国社会发展的组成部分,是建设和谐社会、实施和平发展、完成中华民族伟大复兴的重要组成部分,因此它不能脱离中国实际,必须符合中国人的公平正义观念,必须能够解决中国的问题,必须能够回答我们

① [美]迈克尔·罗斯金等:《政治科学》,林震等译,华夏出版社2001年版,第357页。

身边的问题”。^①另外一种研究的进路是将最高人民法院的公共政策创制功能等同于最高人民法院的政治屈从化,即认为最高人民法院的公共政策创制功能就是对执政党和政府的决策完全顺从、亦步亦趋,这又完全背离了法院公共政策创制功能中最关键、最核心的制约权力、保障权利、维护宪政的要求,将最高人民法院的公共政策创制功能庸俗化,使其理论研究失去了应有的批判功能。

总的来讲,目前国内学者在最高人民法院这一问题的相关研究成果中,从学术影响力的角度看,最值得关注的有两个:一个是左卫民教授等学者所写的《最高法院研究》,另一个是侯猛博士的著作《中国最高人民法院研究》。在关于最高人民法院的研究中,总可以见到这两本著作被广泛地引用或列入参考文献。因为研究问题的相关性,所以在这里需要对这两个成果作出特别的说明。左卫民教授等人的著作内容分为两大部分,分别就域外最高法院(主要是美国、日本、印度等国家)和中国最高人民法院,从比较视角对最高人民法院的地位与功能、组织体系、法官制度、权力体系、案件处理机制以及中国最高法院的发展与改革等若干基本理论问题作了比较详细的论述。但本研究与其不同,研究者并不打算对最高法院的若干问题作出全面的研究,而只是对其中的一个问题(最高法院的功能)的一个方面(公共政策创制功能)进行探讨。另外,在本研究中,笔者虽然也采用比较的方法,对世界其他国家的最高法院公共政策创制功能加以分析,但研究的重心没有离开中国的最高人民法院,并且不简单地把其他国家特别是发达国家的做法当作唯一的选择。

侯猛博士的著作《中国最高人民法院研究》在一定程度上避免了左教授等人著作中存在的问题,从一个较小的角度来研究最高法院,他将研究重点细化了,并且结合中国的现实需要很聪明地选择

^① 朱苏力:“法治的发展不能抽象强调法律本身”,载《法制日报》2008年3月7日版。

了最高人民法院规制经济的功能为切入点。^①同时指出,“本文研究最高法院规制经济的功能的变迁,并运用交易费用理论分析最高法院规制经济的限度”。^②虽然本书也是从一个比较小的角度研究最高人民法院,并且分析所用的案例或解释也主要是经济方面的,但笔者研究的对象显然不是最高人民法院的经济方面的功能,而是“政治”方面的功能。另外,本书研究者还认为,虽然成本—收益分析或者交易费用理论对解决纯粹经济方面的问题有很强的解释力,但最高人民法院的功能即使是最高人民法院规制经济的功能从本质上看并不是或至少不纯粹是经济问题,反倒更像是“政治”问题,所以在有关最高人民法院问题的研究中,成本—收益分析方法或交易费用理论的限度是一个必须注意的问题。

虽然如此(也可能有一些分析不太恰当或者是曲解了作者的原意),但仍然需要承认的是,上述成果为本课题研究提供了重要的启示和分析素材。

三、论题解析

我们每个人都生活在一个“符号世界”里,“符号是历史的产物,不是科学上可以验证的关于真实世界的描述”,^③而为了人类文明制度的发展完善,人们还是应该努力去认识这些符号。因此,尽管“在

① 虽然在法律出版社出版的《中国最高人民法院研究》中,侯博士将著作的副标题设为“以司法的影响力切入”,但在该书的致谢中,侯博士明确指出:“本书的基础内容是我的博士论文《中国最高法院规制经济的功能》(北京大学2004年博士学位论文)”,参见侯猛:《中国最高人民法院研究》,法律出版社2007年版,致谢第2页。

② 侯猛:《中国最高法院规制经济的功能》(北京大学2004年博士学位论文)中文摘要。

③ 梁治平主编:《法律的文化解释》,生活·读书·新知三联书店1995年版,第8页。