

中山大学 法律评论

第9卷·第2辑

Vol.9, No.2 (2011)

SUN YAT-SEN UNIVERSITY
LAW REVIEW

中山大学法学院 主办

本辑主题：

理解植根于实践的法律



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



中山大学 法律评论

第9卷·第2辑

Vol.9, No.2 (2011)

SUN YAT-SEN UNIVERSITY
LAW REVIEW

中山大学法学院 主办



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目 (CIP) 数据

中山大学法律评论. 第 9 卷. 第 2 辑 / 谢进杰主编.
—北京: 法律出版社, 2011. 10
ISBN 978 - 7 - 5118 - 2613 - 8

I. ①中… II. ①谢… III. ①法学—研究—文集
IV. ①D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 207089 号

中山大学法律评论第 9 卷·第 2 辑

谢进杰 主编

责任编辑 董 飞
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2011 年 12 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京中科印刷有限公司

印张 28 字数 436 千

印次 2011 年 12 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 2613 - 8

定价: 60.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

编者按语

本辑主题:理解植根于实践的法律

真正的制度,植根于实践,展现于生活,作用于社会,而不仅仅记载于法律文本。实践中所表达着的,才是活生生的、真正发生了的制度。从应然意义上说,文本中的法律与实践中的法律,当是文本规定、引导、启蒙实践,实践依循、回应、影响文本,二者相互作用、齐驱并进,形成良性循环,促进法治的不断发展。二者虽往往并不是同一形态但又在合理范围内保持着适度的张力,呈现相互照应、携手共进的理想状态。一旦二者的关系游离该状态,就会出现文本与实践之间的鸿沟,导致“隐性制度”的发生与“潜规则”的横行,滋生种种“法外因素”与“非制度化操作”,制度失灵,规则异化,法律被架空、沦为虚设,法律对于社会及生活的意义受到怀疑,常规制度的力量受到挑战,国民的法治信仰减弱。这种现象及其蕴涵的问题,对于正处在法治化进程中转型期的我国来说,尤为需要引以关注、检讨和反思。基于此立意,本辑以“理解植根于实践的法律”为命题及方法论组织了专号。本辑由三单元构成:第一单元的论文栏目组织了“迈向法律实践研究的交叉学科图景:法律与社会(学)(二)”;第二单元的评论栏目组织了“制度与现实之间的中国基层司法”和“比较法与实证视野下的刑事诉讼”;第三单元的论坛栏目组织了“植根于生活的法治”。

论文 迈向法律实践研究的交叉学科图景:法律与社会(学)(二)

法律与社会的关系,从现代社会发展不可逆转的潮流——“法治”这一主题词上便几乎可以得到全部的诠释。犹如“除了法律就没有别的主宰”(马克思)、“通过法律的社会控制”(庞德)、“混乱和一切祸害的起源、原因和发展都与各种社会的腐败的法制有关”(摩莱里)等名言警句,法律之于社会、社会之于法律的意义已不言而喻、无须赘言。生活在现代社会的我们唯有义无反顾、勇往直前探索法治之道、践行法治之制。而从方法论的角度,“法律与社会”的方法,不仅仅是用社会学的方法研究法律,从社会的视角审视法律,也从法律的视

角审视社会,用法学的方法研究社会,学术上的努力同样大有可为、任重道远。早在“社会学帝国主义”时期的19世纪,法律社会学的方法就为古典社会学家们所应用,马克斯·韦伯、卡尔·马克思、涂尔干、托克维尔等学者将法律视为一种重要的社会现象并将其纳入社会学的视野加以研究。进入20世纪,由于除了社会学家以外,越来越多的法学家也加入法律与社会的研究队列中来,不同的思维模式与研究视角,法律社会学研究表现出了经验主义与规范主义的不同进路,前者强调经验研究、实例考察及价值中立,后者则更为强调规范研究、制度分析及价值判断。当然,值得强调的是,就如法律与社会以及法学与社会学的交叉关系一样,法律社会学研究也并非纯粹的“法学家从规范进路、社会学家从经验进路”,而是呈现了真真正正的交叉研究。例如,在美国,威斯康星学派(如哈里·波尔、劳伦斯·弗里德曼)以法律科班出身为主但注重经验主义,而加州伯克利学派(如菲利普·塞尔兹尼克、诺内特)以社会学家为主但注重规范主义。同时,法律社会学的研究也呈现了擅长抽象思辨、注重宏大叙事建构的欧陆学派和强调实用主义、注重具体经验分析的英美学派的分叉。这种交叉与多元的法律社会学研究对于丰富法学理论、推动法治实践无疑是重要的。不过,也值得反思的是,在法律与社会的相互作用及法学与社会学的交叉研究中,受制于规范分析传统的“惯习”及法学自身在方法论上的“不自足”等因素,法学家对于法律与社会的研究所贡献的似乎尚相对有限。甚至可能更严重的情况是,文本中的法律与实践中的法律在一种狭隘的视野与偏执的方法论下,被人为地截然剥离开来,出现了一种禁闭在法律的文本中“自娱自乐”的症状——姑且可称为“法条主义盲目症”。在我国当前法学领域,无论是用社会学的方法研究法律,从社会的视角审视法律,还是从法律的视角审视社会,用法学的方法研究社会,都期待着学者诸君倾注更多的学术努力,尤其是对于推进法学方法论自足十分有益的后一方面。作为本辑“理解植根于实践的法律”的重要组成,同时也是本刊自第8卷以来倡导并组织的“迈向法律实践研究的交叉学科图景”继“法律经济学”系列之后的又一系列“法律与社会(学)”,本单元“迈向法律实践研究的交叉学科图景:法律与社会(学)(二)”延续了第9卷第1辑以“法治主义与‘异化’的司法”为题关于“迈向法律实践研究的交叉学科图景:法律与社会(学)”的讨论。本单元由五篇稿件组成,这些稿件或是从法律与社会的关系视野探讨相关具体命题,或是采用了法学与社会学的交叉知识与理论工具展开研究。

蒋华林先生的《质感经验与朴素秩序——湘南阳村的社会规范微观民族

志》用社会学、人类学田野调查的方法对农村的法律适用、民间法、乡村政治运作等问题作了细致的考察、素描和讨论。作者提出“用脚做学问”、“悬置理论”、“从实践到理论再到实践”的社会学的研究方法标定了其明显的法律社会学交叉学科研究特点。不同于纯粹的法学研究方法注重逻辑推理和价值判断,法社会学的视角更倾向于记录事实,描述“植根于实践的法律”。作者用民族志的写法细致记录了其所考察的湘南阳村水政、土地分配、习惯法、本土法治资源、文化遗存保护、农村计划生育、乡村基层的政治运作方式等重要问题,一方面以事实说话,给读者展示了一幅阳村立体生动的生活图景;另一方面,又边叙边议,发现了一些不为常人所熟知的现象与问题,提出了一些富有启发的观点,如农村法律适用上“先习惯、后法律”、“国退民进、国无民有、国稠民清”的现象,计划生育政策实施难与农村养老社会保障制度薄弱的必然联系,以“人情”为润滑剂的农村中国家机关、村干部和农民之间的博弈共析关系,等等。文章具体生动地给读者展示了农村习惯的强大生命力和巨大适应性以及农民自身自发的生活智慧在解决纠纷中的灵活性和优越性,揭示了民间规范与国家法在乡土社会博弈纠结的实态。同时还忧心忡忡地阐述了农村的粮食产量降低、后农业税时代农民种地依旧收益微薄、农村教育逐渐式微、农村人才流失严重等重大的农业、农村、农民问题,引人深思。研究将各种社会问题的讨论与法律问题的探究融为一炉,将对事件的描刻与理论的分析结为一体,给读者以清新而独特的阅读感受。

黎敏女士的《民间规范是如何被写进判决书的——从“吊唁权”案微观分析》涉及对法律与社会研究一个典型的视角——探索作为上层建筑的国家法与民间社会的关系,尤其是国家法与民间法的关系。作者首先对一个涉及“吊唁权”的案例进行微观分析,指出类似“吊唁权”这样的“权利”属于民间习俗或民间法的范畴,往往不能直接被司法判决所直接适用。究其原因,一是我国立法上明确涉及民俗习惯等民间法的条文不多,也没有认可习惯的法源地位,更没有习惯法的适用机制;二是我国司法实践上法官以国家法为裁判准绳,不存在国家法之外的自由裁量权。但法律条文的有限性与生活实践的多样性之间的矛盾必然导致法律规定的空隙出现,这又使民间法进入司法实践具备了一定的可能性。研究表明,民间法常常是被法官遮遮掩掩地间接适用的,它在适用时常常会被有意识地转换表述方式,披上一件国家法的外衣。具体到“吊唁权”一案中,法院在判决书中就将“吊唁权”表述成一种“人格利益”,使其符合国家法

的规定。民间规范在判决中之所以被“隐蔽”,固然与国家法对于民间法作为法律依据的强势压制和否定有关,也与民间法自身的某些特点有关,如多数的民间规范内容比较模糊、权利义务内容不确定,或只规定行为模式不规定违反后果,这种情况也使民间法不宜在司法实践中直接适用。最后,作者强调,为了能公开适用民间法而主张将民间法的内容明确化的做法是值得商榷的,这种想通过对民间规范进行“改造”将其“硬塞”进判决依据中的观点恰恰忽视了民间规范进入司法所可能有的多样性和灵活性。显然,这是一项立足“植根于实践的法律”、从国家法与民间法的角度对法律与社会的关系进行的有益探究。

陈金林先生的《刑事司法社会效果的辨正与实现》探讨的是近年来在我国法律实践中较为热点的命题——“刑事司法的社会效果”——直接触及了“植根于实践的法律”。文章围绕该命题,首先从概念及操作层面讨论了围绕于此存在的困惑及迷局:为当事人、舆论媒体或者公权力干预司法提供了载体,给司法带来了困扰;接着从“何为社会”、“什么效果”、“何种意义上的刑事司法”、“什么关系”等基本要素切入,对命题展开了一种细微视角的剖析;最后从外部环境、制度层面等就如何实现刑事司法的社会效果进行了讨论。研究指出,刑事司法社会效果的实现,应在当前法律制度提供的框架内,由法官“代言”社会,充分运用当前的制度空间,利用公权力的支持和学界的技术援助,对案件作出符合社会期待的处理;而检验法官有否“代言”社会的最佳选择是判例制度,通过判例的公开、评价、选择与淘汰,不仅有助于排除外力对司法的干预,激励法官与学者服务于刑事司法社会效果,还能为刑事司法社会效果的实现累积经验,从而形成一种稳定而不失灵活的刑事司法制度。“刑事社会的社会效果”,一方面可以说是在当前制度处于转型背景下产生出来的一个命题,刑事司法应当如何回应社会的需求与期待,并且在这种回应中始终保持司法应有的独立性、被动性与公正性,同时实现法治国家通过司法的社会治理的功能;另一方面可以说也是司法始终要面对的、涉及法律与社会的关系的命题。

张昌辉先生和李雪女士共同翻译的詹姆斯·O. 费根诺先生的《法律社会化:概念与实践》同样秉持一种“植根于实践的法律”的方法论,讨论了法律社会化的相关经验。研究指出,法律社会化是发展的,这意味着法律的发展是持续不断、终极人的一生的过程,当人们积累了知识和经验,他们有关法律的态度和行为可能会在消极或积极的方向上得以改变,通过个人经历所获得的法律知识比任何纯粹的课堂法律知识都来得更具影响力和持久性。法律社会化包含前

习俗遵守法律水平、习俗维持法律水平、后习俗创制法律水平三个等级。等级的高低与法律行为(如守法)并不直接相关。在处理如何将法律思维不成熟的青少年转变为成熟者时,作者提出了三种较具有可操作性的教育方法,即知识策略、挑战规范策略和授权学生策略等变革策略。同时,作者还举出了若干例子,包括法治教育项目、反吸毒教育项目和夏洛特项目,来说明美国学校在青少年法律社会化方面所做的努力,并指出了法律社会化可以作为有组织犯罪与腐败的应对策略。文章主要关注点在于法律教育实践层面,并对相关制度的社会效果进行了简要评析。最后,作者强调,实现法治目标有许多方法,需要创造力、想象力、毅力甚至勇气,而如果承认良好公民是守法公民,那么,法律社会化就是塑造良好公民的一种方法。

杜健荣先生的《自创生视域中的法律与社会——卢曼法律自创生理论研究》直接以卢曼的法律自创生理论为对象及知识来源,讨论了自创生视域中的法律与社会。卢曼是一位富有原创性的社会学家,在法律社会学领域,其显著贡献之一在于提供了一个对法律的自我理解的社会学理解,将法律实证主义内在视角和社会学的外交视角结合起来,既强调法律系统的统一性、封闭性、独立自主,又突出法律与社会之间密不可分的联系。作者的研究清晰地为我们勾勒了卢曼的法律自创生理论的理论基础、发展脉络和核心问题,为理解卢曼法律社会学思想提供了一幅路线图。研究指出,法律自创生理论的形成首先基于卢曼在社会系统理论中对自创生范式的引入,并通过对功能特定化和符码化的结合,建立起法律系统以封闭的运作生产自身统一性的观念,论证了法律作为一个自创生系统的属性;在此基础上,围绕法律与社会的关系这一命题,阐明了在自创生视域中法律系统与作为整体的社会系统和其他社会次系统之间的关系。该理论提供了一种认识现代社会中的法律的新框架,对我们更为深入地理解法律及其与社会的关系具有十分重要的意义。

评论 (一) 制度与现实之间的中国基层司法

国家创设的法律制度,不应是杜撰得漂漂亮亮却沦为陈列摆设的文本,不应是为了满足高高在上的权力需要、自上而下灌输统治意志的工具,却不去回应社会的真正需要,不去调查基层的真实面貌,不去倾听人民的声音和诉求,脱离现实,无法从文本走向实践,以满足人民的需求、推动社会的进步。制度是照

应历史的产物,更是立足当下、指向未来的创造,记载于文本的制度应当科学合理并且得到有效实践,否则就会导致“隐性制度”的发生与“潜规则”的横行。法治化进程的中国,仍处在转型期的社会背景下,诸多制度的创设被深深烙上了“转型中国”的印子。结果,一方面,制度本身的合理性、有效性乃至合法性常常受到质疑和挑战;另一方面,在制度与现实之间发生了隔阂,形成一道道鸿沟,并导致制度的可预见性低下,常规制度应有的治理功能显得微弱。由此产生的命题是,什么才是在中国社会真正发生作用的制度?或者说,当下中国真正发生着作用的规则究竟是怎样的?进一步的命题是,如何探寻真正适合于中国、最大化造福于人民的制度与规则,以及如何增进制度本身的科学性和培植常规制度对于社会生活的意义。以司法领域为例,注意到我们所创设的制度,姑且不说整体上对司法的性质、使命、地位和功能的定位是否合理与富于远见,真正植根于实践、与人民生活息息相关的基层司法,在很大程度上却被来自“高层”的司法内外的权力所设计、牵引甚至摆布,又为转型期的各种社会因素所干扰乃至塑造,从而呈现种种有悖于法治理想、司法规律与国民期待的面相。要真正理解一种“植根于实践的法律”,就不得不将研究的触角伸向基层实践,直面对于法治建设特别是中国法治建设具有关键意义的基层司法,去认识真实的制度,去关怀真正的需要与期望。本单元“制度与现实之间的中国基层司法”着眼于中国基层司法,秉持一种“植根于实践的法律”的视角与方法论,试图揭示和讨论的正是这样一个蕴涵于“制度与现实之间”的命题。

朱道坤先生的《司法的威权压制——一种发生在上下级法院之间的“潜规则”》揭示的,是一种普遍存在于司法领域的上级法院对下级法院施加的“潜规则”式的威慑效应——“威权压制”。研究表明,上级法院依托审级制度、以上诉管辖权为基础,据此“压迫”下级法院,使其尽可能地作出将与上级法院步调一致的判决。该现象在司法实践中普遍且客观存在,并基于其自身运行模式的差异可被类型化为:作为正态的司法威权压制模式的“法治威权压制”和“无知之幕威权压制”;作为变态的司法威权压制模式的“个案性的变态威权压制”和“制度性的变态威权压制”。在该“潜规则”引导下,中国基层法院在司法运作过程表现出“请示冲动”、“调解冲动”和“土政策冲动”三种较为典型的倾向。为此,通过制度设计构建起“无知之幕威权压制”,并进而形成“法治威权压制”,是司法威权压制引导的主要路径,具体措施可包括废除请示与内审制度、重新评价调解结案率、摆脱两审终审制的困境等。

韩宝先生的《基层法院调解动因的实证分析：一种“调解中心主义”的司法过程?》直接关注基层民事司法领域以调解为中心的实际运作。作者通过对中国西北地区S省的L市N区法院、M区法院X巡回法庭和Y市F区法院3个基层法院为样本的实证研究，揭示中国基层法院的司法过程带有明显的调解倾向性，呈现一种“调解中心主义”。研究表明，调解思想对中国司法文化产生了深刻影响，基层法院及其法官在“下意识”里是选择或希望调解的，调解已经成为“高层次的审判”，某种意义上，司法实务中所谓的“强判”便是调解对判决生成过程的强力渗透。这一结果的发生，有来自内部或外部诸多层面的原因，诸如偏重于“纠纷解决”的诉讼目的与需要；“熟人社会”的环境；法律对调解的倾向性偏好；年度考核的“发条”，特别是“调撤率”的影响；中国特色的法院工作方法——“做工作”；法官的职业认同、对基层纠纷的理解、对调解的态度、对基层司法的经验和策略；相对于判决更优越的“效果”；“难案”、“疑案”、“人情案”等棘手案件的处理；等等。最后，作者提出了告诫：“调解中心主义”的司法有可能将法院调解引向危机，造成法院在司法上的紧张。

文冠斌先生的《被告人品格证据对刑事裁判之影响——以基层法院G为样本》关注的是基层刑事司法领域被告人品格证据对裁判的影响。作者通过以中国西南地区S省C市G区基层法院为样本的实证研究揭示，随着司法改革的推进和司法环境的变化，尤其是宽严相济刑事政策的实施，品格证据开始呈现一种“实践先行”的状态，不论是在侦查、起诉还是审判阶段，均出现一定程度上对品格证据的考量。一方面，被告人品格证据在刑事裁判中已在较大程度上被适用，但其与定罪无关，可以说，在我国刑事司法实践已经自行生发出了定罪中对被告人品格证据的排除规则；另一方面，它对量刑有影响，“品格证据是量刑时‘多少都要考虑’的‘有一定影响’的证据”，不过，由于其适用范围狭窄、证据类型单一和举证主体的消极，影响较为有限。这种影响结果及作用机制的形成主要源自实体法整体构造、品格证据自身属性以及诉讼主体的制约等相互关联的三个因素，如整体刑法布局造成的模糊、初犯/累犯的“自动引入”机制、平时表现证据的高成本与低收益、品格证据举证主体消极作为等。因应于量刑改革的要求，从实体与程序两个层面规范对品格证据的适用，提升品格证据的价值应是今后刑事司法在这方面改革的方向。

薛培先生和杨辉刚先生共同撰写的《游离与徘徊在现实和制度之间的非检察职能机构——以C市基层检察院为样本的实证研讨》将关注点放在了基层检

察制度,作者借助对中国西南地区S省C市的20个基层检察院为样本的实证研究,揭示当前中国检察机关尤其是基层检察院内设机构设置呈现检察职能机构相对稳定,而非检察职能机构数量及其人员配置相对隐性扩张的态势,在机构设置和人员配置相对稳定的情形下,必然会导致非检察职能相对侵削检察职能的现象。研究表明,当前基层检察院非检察职能机构存在机构设置臃肿化、机构队伍官僚化、人员结构混同化、工作运行失衡化等特点与弊端,非检察职能机构设置的不断细化、职权的悄然扩张,侵削甚至阻滞了检察职能的正常运行,致使检察院内部职能发生交错甚至冲突,其原因源自司法体制的传统束缚、检察机关职能的自我限制与法律规范的滞后发展。对此,需要透过机构职能的分离制衡以及非检察“亚职能”解析,推动检察院非检察职能的优化和机构的整合,逐渐形成其自身的制度逻辑和现代的职业传统。具体地说,可将检察职能管理和行政管理服务分置,分设公诉局、诉讼监督局、职务犯罪侦查局三个业务部门及检察辅助职能管理中心、行政管理服务中心两个非检察职能机构,实现机构精简和职能优化整合。

评论 (二) 比较法与实证视野下的刑事程序

我国《刑事诉讼法》再修改工作已经全面启动,并已形成“相对成熟”的征求意见稿,酝酿了十余年的刑事程序改革可望很快将“修成正果”。回望新中国刑事程序变革的历程,从1979年的立法,经1996年的修订,到眼下的再修订,可谓风雨交加,交织着来自方方面面的观点争议、利益权衡和力量博弈,其推进的艰辛可见一斑,同时其进展也是令人遗憾的。究其原因,一方面,有“国家基本法之测震仪”、“应用宪法”、“实践中的宪法”之称的刑事诉讼法,其调整的法律关系直接触及国家权力与个人权利的基本矛盾,且其现代发展的基本方向是控制权力、保障人权和实现通过程序的治理与正义,一部完善的符合现代法治精神的刑事诉讼法,必定要求科学配置刑事程序中国家与个人之间的资源与利益,在保障人权与治理犯罪、个人权利与公共权力、程序正义与实体正义之间寻找合理的契合点,要求有效调整诉审关系、控辩关系、侦控关系、辩审关系乃至公诉与自诉、普通程序与简易程序、对抗制因素与职权主义因素、公正与效率等种种关系与冲突,假如举国上下没有强有力、持续不断寻求变革的信念、使命和魄力,革新的步伐自然缓慢不堪。另一方面,中国刑事程序实践的传统却始终

带有浓烈的权力优位主义,强调犯罪控制、安全价值和实体真实,相对忽略人权保障、自由价值和正当程序,这与作为“控权法”、“人权法”和“程序法”的现代刑事诉讼法的精神要求有了一定的差距。与此同时,本该为刑事程序制度变革提供支撑的宪政实践与体制改革却推进极为有限,刑事程序视野国家权力构造存在痼疾,警察权、检察权始终保持着凌驾于个人权利乃至司法审判权的强势,加上在探索刑事程序的中国模式上面对的种种困惑,乃至改革过程所表现出来的激烈的部门利益之争,导致了这一场刑事程序改革的姗姗来迟。多年以来,国人在探索中国刑事程序变革的道路上,可以说始终面对着“本土化”的困惑,至今尚很难说形成了符合现代法治精神与国民所期待的刑事程序的中国模式。可以说,对于什么是适合中国的、植根于中国、创造于中国、终将造福于中国的刑事程序的理想模式,至今尚未达成明确的共识。对于中国刑事程序改革的方向,甚至还存在走向对抗制、走向修正的职权主义、探索全新的中国模式以及固守传统模式等不同思路。不过,几乎不会有疑义的是,在对待中国刑事程序变革的问题上,坚持一种“世界的视野,中国的问题”的立场、态度和方法。刑事程序模式的变革绝对不是简单地依循“对抗制——职权主义”的二分法逻辑所能解决的,植根于中国的实践的刑事程序模式既应当是自立、自足的“中国的”,也应当是开放、反思的“世界的”。这些年来,学者们一方面致力于认识和阐释刑事程序的中国图景,一方面致力于探索和设计刑事程序的中国模式。然而,理想归理想,现实往往有别于理想,中国刑事程序制度的变革及其实践整体上步伐缓慢、进展有限。在刑事程序模式变革的进路上,也经历了从移植苏联模式、效仿欧陆模式、借鉴英美模式到开始自觉探索本土模式的变化。在这其中,一方面显示了一些好的迹象,比如在探索本土模式上所表现出来的自觉意识以及最近十余年来推行一种植根于实践的试点改革方式;但另一方面更应当提防一种轻易以“本土”、“国情”、“体制”、“政策”乃至“意识形态”等为借口抵制反思与批判、抵制探索与变革、抵制现代法治精神的倾向。尽管刑事诉讼法再修改的“正果”尚未最终出台,但几乎不容乐观的是,这将只不过是国人在探索刑事程序模式变革道路上的一小步。直到有一天,国人可以为一种植根于中国本土实践的成熟的乃至出色的刑事程序模式而津津乐道、引以为豪。

基于这样的背景和立意,本单元组织了“比较法与实证视野下的刑事程序”。四篇稿件分别针对澳大利亚、法国、美国、英国、加拿大、中国及我国台湾地区等的相关刑事程序制度与实践,围绕警察讯问录音录像、审前程序的辩护

律师、非法证据排除、上诉二审的鸿沟等较具争议性、挑战性却是现代刑事程序制度发展难以回避的命题展开讨论。这些研究虽然涉及极为不同的制度环境与程序模式,但有一个明显的共同特点,就是秉持一种“植根于实践的法律”的法学学术研究方法论,采用了实证研究的方法,以一种科学、开放、反思的学术精神去认识、阐释刑事程序实践,检验刑事程序制度的合理性与有效性,探寻刑事程序制度变革的方向。另外一个共同特点,就是他们对实践的调查,对问题的研讨,都建立在对合乎现代法治精神的刑事程序的认识与理解的基础来展开的,建立在学术研究对于推动制度改革、改善法律实践的担当之上。从其字里行间,不但可以阅读一种科学、开放的学术精神和学术方法,还可以阅读一种担当、反思的学术信念和学术使命。

朱奎彬先生翻译的戴维·狄克逊先生的《“讯问程序之窗?”——澳大利亚新南威尔士的警察讯问录音录像》是针对澳大利亚新南威尔士刑事侦查程序中警察讯问录音录像的实证研究。这项研究从普遍将录音录像当作灵丹妙药——诸如抑制非法讯问与伪造口供、防范错案、恢复刑事司法的诚信、证明讯问程度的公证性等——的预设切入,考察了大量的警察讯问录音录像的样本,并借助问卷访谈、案件对比、档案分析、实地调查等形式,实证地评价了警察讯问录音录像带来的影响,包括积极影响和消极影响。研究表明,讯问录音录像取得了巨大的成功,增加了认罪答辩的比例,减少了口供争议的数量,提高了警察侦查程序的公信力,使捏造口供作为一个为公众争论与令警方难堪的问题彻底消失,并使警方摆脱了诸多其他讯问改革的主张。在评价其消极影响时,一方面考察了通常所提出来种种担心,揭示多数关于讯问录音录像的担心实际上都被夸大了,另一方面将着重关注两个关键点:对讯问录像图像的曲解和讯问被录像的比例。研究结论是,对警察讯问嫌疑人进行录音录像具有重大的刑事司法意义,但并不是灵丹妙药。录音录像本身仅仅能够被用作整体规制的一种手段,其可靠性与恰当性在很大程度上取决于规范讯问进行的法律制度背景,有赖于对侦查实务工作更为有力的规定来解决。警察有明显的动机在正式审讯之前讯问嫌疑人,为此应当更新对警察讯问的规制模式,特别是对所有讯问都要“全程”录音录像。如果要通过提供更为准确的供述而不仅仅是记录审讯中发生的实际情况来确保讯问录音录像在规制警察讯问中发挥更大的作用,那么对于侦查实务的有效法律与监督规制就必须到位。

朱奎彬先生翻译的斯图尔特·菲尔德和安德鲁·韦斯特共同撰写的《职权

主义传统下的对话:法国刑事审前程序中的辩护律师》是针对法国刑事审前程序中的辩护律师的实证研究。法国职权主义的侦查程序是由司法官主导的、以案卷构建为中心的程序,传统上,辩护律师在该程序中的参与有限,但晚近司法改革强化了律师对审前程序的介入。该改革被学界看作是在强化国家与辩护律师之间的对话关系。这种关系可以使案卷的构建受到多元化的影响。该文通过大量的实地观察、访谈调查、案卷分析等实证方法,考察了辩护律师与警察、检察官、预审法官以及与当事人之间对话的运作状况。首先,从制度背景上分析了影响对话的物质和制度条件——制度和态度、物质和理念条件以极其复杂的方式发生互动,演化出各种各样的刑事辩护实践。其次,在此背景下,依照先后顺序细致考察了律师在审前程序不同阶段的介入情况,由此对程序改革后的辩护实践作了深入的分析。研究也发现了辩护律师态度与做法上的多样性,程序内外因素交互作用使得辩护律师一般并不将审前辩护看作自己与司法官之间的常规对话程序,而将主要着力点放在对案卷作最有利于被告人的解释上。研究表明,要使法国的刑事辩护律师成为查明真相中的真正对话者,大量的立法、文化和物质条件上的变化必须跟进。最后,作者指出,法国职权主义制度审前程序中的对话依然是那些希望调和传统与欧洲人权法院所确立的公正审判模式以及更为积极、现代的公民观念之冲突的人们所矢志不渝的理想,但道路是漫长的,甚至最近以控制犯罪之名的某些发展还走向了相反的方向。

马跃先生的《排除非法证据规则:西方的经验与中国的问题》是针对刑事程序中排除非法证据规则的实证性的比较研究。这项研究从中国刚刚通过“两个证据规定”确立排除非法证据规则引出来中国法院如何适用该规则的实践性命题。研究表明,排除非法证据规则在西方国家已被普遍采用,但各国采用该规则的目的不同,适用规则时的做法也不同。美国是实行排除非法证据规则时间较长的国家,但适用过程一直存在争议,特别是在排除非法物证上,联邦最高法院在司法实践中不断发展了该规则的内容、例外及相关经验。与美国设立排除非法证据规则主要是为了震慑警察并将其当作强制性规则的做法有差别,英国、法国、德国、意大利、加拿大等西方国家设立排除非法证据规则通常是为了维护司法公正,并将其视为一项任意性规则,法官更加享有决定是否排除非法证据的自由裁量权。针对中国的问题,研究着重讨论了排除非法证据的适用范围、排除非法物证以及是否应采用“毒树之果”的原则。最后,研究指出,中国刚刚开始实行排除非法证据规则,由于此前并没有过多适用该规则的经验,法院

在具体实践中肯定会遇到这样或那样的问题,在如何能使这一规则的适用更好地促进司法公正的问题上,法律实务界和学术界还要进行探讨和辩论,并始终必须明确中国采用排除非法证据规则的目的是什么。

王兆鹏先生的《上诉二审的鸿沟及其填补——在理论与实践之间的研究》是针对我国台湾地区刑事上诉程序中二审上诉存在的鸿沟及其填补的实证性研究。该文将关注点聚焦在二审上诉书应叙述具体理由的程序细节上,注意到在看似“不起眼”的细节上立法与司法“不经意”的变化给弱势的被告人权利保护带来的影响,意识其中所隐含的问题,从而借助实证研究的方法,展示了问题的表现及严重性,剖析了问题的成因与症结所在,得出了解决问题的进路和结论。研究指出,原来在我国台湾地区提起刑事二审上诉,无须叙述任何理由,但立法机关为改变此“无效率”的上诉制度,修订规定为二审上诉书应当叙述“具体理由”、否则将予以驳回。对此,作者特地搜集并分析了法律修订实施以后一年内的大量有关判决,研究发现,“最高法院”对“具体理由”的解释采取了极为严苛的见解,实际上将二审覆审制“篡改”为事后审制,同时,在二审上诉遭驳回的案件中,绝大多数的被告人没有辩护人,故此可推论,立法的变化已经对那些贫穷无力聘请律师的被告人筑起了“上诉的鸿沟”,剥夺了当事人的诉讼基本权。该研究结论一经发表,即引起各界高度重视,在经过有关学术机关、人权团体、监察机构的调查与批评以后,“最高法院”作出了新的判例以填补先前所筑起的“上诉鸿沟”,不但改变其先前的见解,甚且扩大了对被告人人权的保障,从而展示了法律成长的过程,从中也展示了学术研究在推动制度改革、改善法律实践方面的意义。

论坛 植根于生活的法治

法治植根于生活。人类社会对于法治的爱好和需求,源自对人性的理解,源自社会生活的需要,源自对人的终极关怀。大至国家的宪政生活,小至市民的日常生活,法治是一种治理模式,是一种生活方式。法治践行制度之治、规则之治、程序之治,崇尚法治是现代文明和社会生活的基本品质,是实现民主政治与社会正义的必由之路。所以选择法治,不仅仅在于法治的安全、有序、可预见、有保障,更在于法治所根植和培育的正义、民主、自由、平等之精神,是人有尊严地生活的根本。“民主法治、公平正义、诚信友爱、充满活力、安定有序、人

与自然和谐相处”的和谐社会,离开法治便无从谈起。“和谐社会,法治生活”,就是要让人民在法治的阳光下自由、平等地生活,让人民享受充分的民主,感受社会的正义与和谐,感受生命的尊严、生活的幸福。法治不应是高高在上、远离生活的玄虚建构,更不应是宣示特权、镇压人民的统治工具,而应当是服务于生活、植根于实践、造福于人民的生活信念。法治之于生活最为基本的信条就是,法律没有明确授权的,一切的公权力行为都是非法的;法律没有明令禁止的,一切的私权利行为都是合法的。“国家尊重和保障人权”,绝不是意味着人民的基本权利是来自国家权力的施舍,而是意味着尊重和保障人民的基本权利是国家的神圣使命和义不容辞的义务。法治应当被敬畏,被信仰,被最普遍的社会正义感、使命感所关爱。法治是一种鲜活的生活事实,就在每个人的身边,在社会生活的每个层面、每个角落,影响人们生活的方方面面,从衣食住行到生老病死,从定分止争到议论国是,从选举参政到治理国家。因为生活,法治才彰显其意义所在;因为法治,生活才得以更加自由、平等、安全、和谐和幸福。建设法治中国应有的目标是,让法治成为一种生活方式,内化为一种普遍的思维活动、行为模式、心理认同和生活习惯,植根于每一个人的心中,成为社会的一种文化,弥漫在国家治理与国民生活的每一个角落。解放思想、改革开放的30年,使中国实现了经济的高速发展,建立了法律的基本体系,确立了法治国家建设的基本方向,但与此同时,与法治建设息息相关的诸多重要命题,诸如法律信仰的增进、社会正义的普遍实现、民主宪政的改革与发展、宪法的有效实践等,如在经济发展到一定程度以后如何推动民主政治的发展,在法律体系基本形成以后如何推动有效的法治实践,如何使制度的建构更富意义地造福人民的生活等,这些都仍有待于在继续解放思想、深化改革开放的过程中去探索、去实践、去拓展、去解决。作为“理解植根于实践的法律”的另一重要组成,本单元“植根于生活的法治”组织了三篇稿件,分别就有关具体命题从各自的角度展开研讨,以期引发一定的思考与启示。

马腾先生的《爱与正义关系理论研究——以“圣爱”与“兼爱”为类型》讨论爱与正义的关系。研究指出,在宗教与法律的关系问题中,爱与正义之关系是关键的桥梁。在各种关于“爱”的理论中,基督教“圣爱”与墨家“兼爱”,均典型地体现了从“爱”到“正义”的理论路径——爱要求正义,超越正义,完成正义,从中展现了爱与正义的紧密关系。两种理论类型的本质差异主要体现为:“圣爱”的宗教性与“兼爱”的混合性、“圣爱”的层次性与“兼爱”整体性、“圣爱”的

规则性与“兼爱”的原则性。墨子“兼爱”中“爱”的观念富有高尚德性与人文情怀,但墨学宗教性、规则性的微弱与层次性的缺失导致了对具体正义制度建构的淡漠。通过不同理论类型阐述爱与正义的关系,一方面揭示了宗教性的爱更具有扩张力和绝对性,虽然其规则性不利于爱对正义的超越,却以律法为载体而更具有传承与发展的生命力;另一方面,爱与正义之间不但需要紧密结合,而且需要爱的层次化来整合对称平衡与层次协调之结构,具体制度正义的构建是完成从爱到正义的必由之路。

傅华伶先生的《民主发展的路径:从经济发展到人性发展》讨论民主发展的路径,揭示从经济发展到人性发展从而实现民主发展的意义及可能性。研究指出,在国家发展的理论研究上,学者们至少已达成两个共识:国家发展的最终目标是落实真正且有效的民主、自由和法治;经济与民主之间存在互动的关系。不过,对于国家应当在什么时候推行民主,学者们的意见却存在分歧。作者的研究透过对学术界就民主发展“阶段论”和“渐进论”的辩论以及“发展国家理论”的分析,讨论了经济因素如何透过影响人性的发展来进一步影响民主政治发展的命题。最后,作者指出,人人都向往自由,而民主是保障自由的最好方式。但民主在贫穷国家所显露出来的弊端,使人们对民主制度本身产生怀疑。自由民主必须依赖于一定的文化基础,而这种文化基础必须建立在牢固的经济基础之上。人类建立制度,而民主的文化则建立民主的制度。

蔡武进先生的《从文本走向实践:我国宪法实施保障制度之改良》关注宪法从文本走向实践的可能性,讨论宪法实施保障机制的改良。研究指出,宪法根植于社会实践,其生命在于融入社会生活,只有实践的宪法才是宪政所需要的宪法。全面推进宪法实施,让宪法融入社会实践乃中国宪政建设的首要课题。一部良好的宪法是能够自我实施的,其关键在于建构健全的宪法实施保障制度。就文本而言,我国宪法设计的人民代表大会制度、中央与地方适度分权制度、一元审查多元配合的违宪审查制度等共同构筑起了促进其自我实施的保障制度。然而,就实践而言,我国宪法实施保障制度并不能有效地促进宪法融入社会生活,文本预期与实践效果之间遭遇断裂。因此,有必要回应当下实践的诉求,对我国宪法实施保障制度进行改良,让其从文本走向实践,实现宪法理想与宪政实践的对接。概言之,其前提在于强化各级人大及其常委会的监督权,基础在于建构中央与地方间的良性互动机制,核心在于建立专门机关的直接审查与人民法院行政法庭的间接审查相结合的中国特色违宪审查制度。