

王先林 主编

安徽大学法律评论

Anhui University Law Review

安徽大学法学院 组编
安徽大学经济法制研究中心

Vol.3 No.2

2003

第3卷 第2期

(总第5期)

安徽大学出版社

安徽大学法律评论

2003 年 第 3 卷 第 2 期

Anhui University Law Review

Vol. 3 No. 2

(总第 5 期)

安 徽 大 学 法 学 院
安徽大学经济法制研究中心

组 编

王先林 主编

安 徽 大 学 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

安徽大学法律评论 / 王先林主编.
—合肥:安徽大学出版社,2003.12
ISBN 7-81052-755-X

I. 安... II. 王... III. 法学—文集 IV. D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 112666 号

安徽大学法律评论 2003 年.第 3 卷.第 2 期(总第 5 期)

王先林主编

出版发行 安徽大学出版社
(合肥市肥西路 3 号 邮编 230039)

联系电话 编辑室 0551-5108458
发行部 0551-5107784

E-mail: ahdxcchps@mail.hf.ah.cn

责任编辑 程忠业 朱丽琴

封面设计 孟献辉

印刷 中国科学技术大学印刷厂

开本 787×1092 1/16

印张 17.5

字数 400 千

版次 2003 年 12 月第 1 版

印次 2003 年 12 月第 1 次印刷

ISBN 7-81052-755-X / D·56

定 价 24.00 元

如有影响阅读的印装质量问题,请与出版社发行部联系调换

《安徽大学法律评论》学术委员会

(按姓氏笔画为序)

王圣扬	王先林	王继忠	王源扩	史际春
朱 勇	华国庆	汪汉卿	李明发	李学宽
张恒山	周少元	陈宏光	胡云腾	胡世凯
徐淑萍	袁曙宏	储育明	程雁雷	韩 轶

编辑委员会 史际春 王源扩 李明发 王先林

主 编 王先林

编辑部秘书 阮 燕

英文目录翻译 李坤刚

目 录

特稿

中国需要什么样的司法理念

——兼与《中美两国司法理念的比较》一文作者商榷

..... 孙国华 杨思斌(1)

法社会学引论 马新福 于延晓(8)

经济法制论坛

经济法责任研究 翟继光(18)

母子公司的构建

——论公司收购的法律问题 沈乐平(32)

股份回购立法模式与适用范围问题研究 储育明 朱 庆(49)

不正当证券行为与行政管制 张宇润 周 勇(58)

我国政府采购合同的若干问题 王克稳(69)

论分配关系的税法调整机制及其完善 孟庆瑜(82)

论我国消费者组织机构与功能的完善 何宗泽(95)

浅论保险消费者权益之保护 王一平 石纪虎(104)

网络中商标“隐形”使用的法律问题 郝俊君(111)

法学专论

近代西方刑法新旧派理论对《钦定大清刑律》的影响 周少元(116)

中国古代礼与法关系之演进	马建兴(128)
法律传统论纲	费 菲(135)
朝阳大学与我国法制近代化论略	于语和 金大宝(140)
《立法法》与政府立法的几个问题	汪全胜(147)
立法权与立法生态平衡	陈宏光(159)
论民事优先受偿权	
——兼论我国建设工程价款优先受偿权的性质	吕 斌(166)
从国外发展状况看我国环境损害赔偿因果关系的认定	
.....	李勇军 高利红(173)
刑事诉讼中司法权力与诉讼权利关系探析	刘少军 蒋鹏飞(187)
论中国当代传媒与司法的关系	王圣扬 夏珍珍(195)

国外法论

外国财政投资法律制度的比较及其借鉴	施正文(204)
韩国的公司治理	[韩]李基秀文 宋 彪译(211)
浅析美国专利制度中的“书面描述要求”	魏衍亮(225)
日本产业政策法与反垄断法互动演进的过程、特征及其启示	
.....	李 勇 王 莉(241)

读书札记

康熙帝的德治观	杨文彬(257)
---------------	----------

学术动态

中国国际私法学会 2003 年年会综述	汪金兰(265)
---------------------------	----------

Contents

Special Contributions

What a Kind of Judicial Notion Does China Need

——Deliberating the Article “A Comparative Study on the Judicial Notion
between China and United States”

Sun Guohua Yang Sibin(1)

An Introductory Research on Legal Sociology

Ma Xinfu Yu Yanxia(8)

Forum on Economic Legal Systems

A Study on Liabilities Under Economic Law

Zhai Jiguang(18)

Construction of Parent-sublems Company

——On the Legal Problems of Company Purchasing

Shen Leping(32)

A Study on the Legislation Model in Stocks Buyback and Its Application Scope

Chu Yuming Zhuqing(49)

Stocks-Related Unfair Pracices and Administrative Surveillance

Zhang Yurun Zhou Yong(58)

Some Problems concerning Government Procurement Contracts of China

Wang Kewen(69)

On Adusting Mechanism of Taxation Law on Distributive Relationship and

Its Improvements

Meng Qingyu(82)

On the Organizational Institution of Chinese Consumers and Its

Functional Improvements

He Zongze(95)

On Protection for Insurance Consumers

Wang Yiping Shi Jihu(104)

Legal Issues in “Inconspicuous” Use of Trademarks in Network

Hao Junjun(111)

Academic Studies

The Influence of New and Old Criminal Law Theories of Western Countries

on “Criminal Code of Qing Dynasty Confirmed by Emporor”

Zhou Shaoyuan(116)

The Relationship between Ritual and Law in Ancient China and Its Evolvement

Ma Jianxing(128)

An Outlined Discussion on Chinese Legal Tradition

Fei Fei(135)

A Summary Discussion on Chaoyang University and Legal Modernization of China

Yu Yuhe Jin Dabao(140)

Several Issues concerning “Legislation Law” and Governmental Legislation

Wang Quansheng(147)

The Legislative Power and Legislative Zoology Balance

Chen Hongguang(159)

On Priority of Civil Compensation

——Also on the Nature of Priority for Construction Price Under

the Construction Contract

Lü Bin(166)

On Finding of Causation in Environmental Damage Cases from

the Perspective of Foreign Development

Li Yongjun Gao Lihong(173)

An Analysis on Relationship between Judicial Power and

Litigation Rights in Criminal Procedure

Liu Shao Jun Jiang Pengfei(187)

The Present Relationship between Mass Media and Judicature

Wang Shengyang Xia Zhenzhen(195)

Foreign Law Forum

A Comparison and Study of Foreign Law On Fiscal Investment

Shi Zhengwen(204)

Company Governance in Korea **Writed by(Korea) Leekisu Translated by Song Biao**(211)

On “Written Description Requirement” in American Patent Regulations **Wei Yanliang**(225)

The Mutual Evolving Process between Japanese Industry Policy Law and

Antitrust Law and Its Characeristics and Inspirations

Li Yong Wang Li (241)

Reading Notes

On Kangxi Emperor’s View of Rule by Ethics

Yang Wenbin(257)

Academic Development

A Summary Report on 2003 Annual Meeting of the Society of

International Private law of Chian

Wang Jinlan(265)

中国需要什么样的司法理念

——兼与《中美两国司法理念的比较》一文作者商榷

孙国华* 杨思斌**

公正的司法理念是司法制度运行中的“润滑剂”和“添缝剂”，它能够指引法官在制度框架内自由裁量而又不失其公正性，在制度规制缺失的情况下尤其如此。^① 培育公正的司法理念是中国司法改革的一个重要方面，中国需要什么样的司法理念确实值得我们研究。《中美两国司法理念的比较》^② 一文对这个问题进行了探讨，该文从五个方面对中美两国的司法理念作了比较，认为美国的司法制度体现了程序公正优于实体公正、普遍正义优于个案正义、法律真实优于客观真实、法律调整优于调整法律、服从法律而非服从民意的司法理念，而中国的司法理念在这几方面与美国差别很大，文章的意思似乎是中国要走向法治时代应该以美国的制度和理念为模式来改革中国的司法制度和更新司法理念。对此，笔者不敢苟同，现提出一孔之见，以求教于方家。

一、关于程序公正与实体公正

公正是法律的核心价值，在对司法公正的理解中，程序公正与实体公正是一对非常重要的概念。程序公正指的是过程公正，实体公正则强调个案处理的公正性。这些观点笔者能够认同，但文章认为实体公正即根据程序之外的标准来判定司法判决正义与否，笔者认为这种提法并不准确，因为，如此界定实质上是把程序公正与实体公正对立起来了。司法公正包括程序公正与实体公正，二者是辩证统一的。程序公正与实体公正的关系，实际上是一个问题的两个方面，程序公正是正确适用法律的根本保证，从而也是体现法律正义的根本保证。不遵循公正的程序很难期望达到公正的结果，实体公正很大程度上依赖于程序公正，离开了程序公正的标准一般很难判断实体公正，因此把实体公正理解为根据

* 孙国华，中国人民大学法学院教授，博士生导师。

** 杨思斌，皖西学院副教授，中国人民大学法学院博士研究生。

① 张卫平：《体制、观念与司法改革》，载《中国法学》，2003(1)。

② 郑成良、张英霞、李会：《中美两国司法理念的比较》，载《法制与社会发展》，2003(2)。

程序之外的标准来判断司法判决正义与否并不准确。

文章认为,追求程序公正和追求实体公正的区别不仅仅在于是否严格遵守司法程序,更重要的是当程序公正的价值与实体公正的价值发生冲突时,哪一种价值处于优先地位。在美国,当实体公正与程序公正发生冲突时,美国的司法理念更看重程序公正。其实,程序公正优先的理念有重大的缺陷:在强调保护被告人合法权益的时候,忽视了对被害人的保护。例如,在文中所列的美国家喻户晓的辛普森案中,受害者的家属并没有寻求到正义——正义应是对辛普森严厉的刑事制裁!美国立法和司法界已经意识到了强调程序公正、忽视实体公正的很多弊端,并已采取一些补救措施,如承认“侦查陷阱”所获证据在一定情况下的合法有效性(1984 年纽约州诉夸尔斯案中所确立的“米兰达规则”的例外——“公共安全”和“紧急情况”)等。对别人发现有瑕疵并且正在改良的制度,我们在学习、借鉴时,就更应全面分析,摒弃其不合理的因素,而不能全盘照搬。

目前,在中国这样一个传统上重实体轻程序的国家推进法治,强调通过程序公正来保障实体公正,进而全面实现司法公正,也许具有特别重要的现实意义,但我们也不能从一个极端走向另一个极端。实体公正也是司法公正的重要内容,国家行使司法权的目的是在查明主体间纠纷的客观事实基础上,运用体现统治阶级意志的法律恢复已被侵害的法律权利、矫正被扭曲的社会秩序。不论刑事司法、民事司法或行政司法,都要以追求案件的客观真实和公正处理为价值目标。从根本上说,离开实体公正,司法活动是没有实际意义的。如果司法活动不能揭示冲突和纠纷事实的真实状况,司法公正就失去事实前提和基础,也就谈不上准确无误地适用法律。实体公正与程序公正两者是辩证统一的、不可偏废的,重实体轻程序或重程序轻实体,都会影响司法公正。

文章认为,要实行法治就意味着程序公正对于实体公正具有前提地位,但笔者认为这至少还存在以下问题:一是程序公正本身是一个历史范畴,具有相对性,不同时期或不同阶级对程序公正有不同理解和要求。二是在程序法不完善的情况下如何保障程序公正优先,实现司法公正。三是强调程序公正优先可能为法官以“程序公正”为借口而损害普通民众尤其是社会弱势群体的权益大开方便之门。再如上文提到的美国辛普森案中的辛普森之所以能利用所谓的“程序正义”免除刑事处罚,是与其花费了上千万美元来聘请了一支阵容强大的律师团有紧密联系的,而这种“程序正义”的代价对普通民众来说是很难支付得起的。

笔者认为,在当代中国,只有提倡程序公正与实体公正并重的理念,才能更好地实现司法公正。一方面确保审判过程的公开性,法官不单独接触当事人,法官居中裁判,法官保持对双方当事人平等性,以实现程序公正;另一方面法官要正确认定事实,避免主观偏见,准确适用法律,杜绝滥用职权和忽视法律,坚持在适用法律上一律平等的法治原则,以实现实体公正。

二、关于普遍正义与个案正义

文章认为,美国的司法理念在关于普遍正义与个案正义的关系方面,普遍正义优于个别正义,当个案正义与普遍正义发生冲突时,为了实现普遍正义可以在一定程度上牺牲个

案正义。这一观点也值得推敲。法的适用过程是规范性调整和个别性调整相结合的过程,规范性调整所实现的是普遍正义,个别性调整所实现的是个案正义,二者统一于法的适用过程中,是互相联系、不可分割的。普遍正义强调同样情况同样对待,类似情况类似对待,个案正义强调不同情况不同对待。实际上,同样情况同样对待(普遍正义的要求)不就蕴含着不同情况不同对待(个别正义的要求)吗?正如世界上没有两片完全相同的树叶一样,司法实践中也不可能有两个事实、情节、人物等完全一样的案件,法官对个案“以事实为根据,以法律为准绳”作出判决,就是以普遍正义为指导实现个案正义。普遍正义只有通过无数个具体的个案才能实现,离开了个案正义,普遍正义就会成为无法实现的幻想。普遍正义与个案正义的关系类似于哲学中矛盾的普遍性与特殊性的关系,两者是彼此联系、有机统一的。文章认为,美国“违法证据排除规则”有可能使一个事实上的罪犯被无罪释放,所以从个案角度讲,它有可能是不公正的,因为刑法没有实现打击犯罪的目标。但是,笔者认为,在这个例子中,刑法实现了保障人权的目标,所以即使从个案角度讲,也很难说它是不公正的,毕竟公正是一个相对性概念,在个案中,原告、被告都能实现他们认为的个案正义几乎是不可能的。

中国是成文法国家,从理论上讲,在法律有明文规定的情况下,法官只能严格地依法判案,其自由裁量权与美国这样一个判例法国家法官具有“造法”职能相比要小得多,说中国的司法裁判过程更倾向于追求个案正义在理论上也无法阐释。

如果把普遍正义理解为通过司法裁判活动实现社会整体正义,而个案正义是一个具体案件当事人诉求满足的正义,那么,普遍正义与个案正义也应该是统一的。对社会负责与对当事人负责难道是根本对立的吗?一个正确的裁判应当实现普遍正义和个案正义的统一,既有良好的社会效果,同时也应有良好的法律效果。裁判的法律效果是指通过法律适用,使法律包括程序法和实体法得到严格遵守和执行,从而发挥依法裁判的作用和效果。裁判的社会效果是指通过法律适用,使法的本质特征得以体现,实现法的秩序、正义、效益等法的基本价值的效果,从而使审判的结果得到社会的公认。裁判的社会效果则更侧重于法的价值和普遍正义,裁判的法律效果侧重于法律的证明和个案正义。就二者的关系看,裁判的社会效果是法的价值的实现,是法的创制依据和实施的动因;而裁判的法律效果的实现,也应该导致法的价值即裁判的社会效果的实现。因此任何与“两个效果”背离的裁判,都将是错误的裁判,而法官的职责和智慧恰恰是把两者有效地统一起来。^①要实现普遍正义与个案正义的统一、社会效果与法律效果的一致,就应该做到以下几点:正确理解审判的社会效果的内涵,坚持审判的程序公正和实体公正的统一;提倡诉讼内调解,正确运用法律思维方式,尤其是在复杂疑难的案件中,往往需要运用辩证思维的法律思维方式公正地处理案件,提高法官的职业道德水平和业务素质,正确行使审判的自由裁量权。

^① 参见万鄂湘主编:《中国司法评论》第一卷,第40~41页,北京:人民法院出版社,2001。

三、关于法律真实与客观真实

文章认为,在美国的司法裁判过程中,“本案事实”所指向的是法律事实。法律事实是严格依照实体和程序规则,呈现于法庭之上,由法庭认定、推定或拟制的事实。而中国的司法裁判过程中的“本案事实”所指向的更多是客观事实。这种说法隐含着一个思想前提:法律真实和客观真实是一对反对关系概念,法律事实不是客观事实。实际上,世界上本来并没有独立的法律事实,法律事实只是那些被法律(实体法和程序法)选取的事实,多少年来我国的法学理论也一直这么认为,如“这里所讲的事实是指客观存在的、与案件有联系并有法律意义的事实”。^①“以事实为根据,就是指司法机关审理一切案件,都只能以与案件有关的客观事实作为根据……”^②可见,法律事实,也就是具有一定法律意义的事实。法律事实与客观事实并不矛盾,一个事实只有首先是客观事实,然后才能被赋予法律上的意义而成为法律事实。近年来,我国法学界兴起一股声讨客观真实、客观事实之风,如“客观事实可望不可及,诉讼追求的是法律事实”,“诉讼证明的任务是法律真实,而非客观真实”等说法充斥学界。这些观点对于强调法律对于事实确证的重要性也许有一定意义。但是,这种观点给人一种错觉:似乎法律事实是主观的,法律事实与客观事实是截然对立的,这就把原来已经很清晰的公认的法学基本概念弄得模糊了、复杂了,而这种模糊和复杂化无助于我们的法学思维和法律实践。文章认为,相对于案件的全部客观事实而言,法律事实只是一部分事实,有时,甚至是不符合客观事实的法律拟制事实。笔者认为,所谓法律拟制不过是依据一部分客观事实,它是适用法律的结果,而不是通过法律来虚构的实际上不存在的事实,法律事实不可以“拟制”。文中的案例实际上不能说明法律事实的拟制。在公共道路上发生交通肇事,在客观上肇事完全由受害人违章所致,机动车驾驶人并无过错,但假如驾驶人逃逸,这时按照法律的规定应由驾驶人承担全部责任,这是适用法律的结果,这一结果正是由驾驶人逃逸这一客观事实所引起的,怎么能说是“拟制事实”?而且在这个案例中驾驶人逃逸本身就是最大的过错,这不需要“法律拟制”。

中国三大诉讼法都明确了法院在判案时应“以事实为依据,以法律为准绳”,这一中国法的适用的基本原则本身是科学、合理、经得起实践检验的,在司法实践中出现的通过违法手段获取证据、当事人再三申诉等问题,主要是有些司法人员理解的偏差和认识的模糊造成的,而不是这一原则本身的错误。这里的“以事实为根据”的“事实”,当然是指与案件有联系并有法律意义的事实,但它首先必须是客观存在的事实,这就要求司法人员在处理具体案件时,要实事求是,把对案件的处理建立在符合客观事实的基础上。如果不“实事求是”,难道可以以主观想像、主观分析和判断为依据来处理案件吗?难道可以以“虚构”、“拟制”的事实来处理案件吗?

文章认为,追求客观真实的司法理念损害了法律的权威和法院的权威,其实不然。法律工作者不会把追求客观真实理解为无限地追求那些与案件无关的事实,只有以案件的

^① 孙国华主编:《法理学教程》,第 430~431 页,北京:中国人民大学出版社,1994。

^② 沈宗灵:《法理学》,第 482 页,北京:北京大学出版社,2000。

客观事实为依据,法才可能正确地适用,才能谈得上法律的权威。如果抛弃了“以事实为根据”的准则,司法过程以追求“法律事实”甚至“法律拟制”为理念,司法难免会成为司法人员专横的工具,其公正性、权威性是很难树立的。

文章认为,追求客观真实会导致判决的不确定性、违法性和损害中立性等,这种结论也过于武断。法律的确性本身就是相对的,它受一个国家诉讼制度的制约,如果一个案件确实由于原审法院认定事实有误而被上级法院依法纠正,这正是法律所应追求的目标。追求客观真实与“以事实为根据,以法律为准绳”是完全一致的,追求客观真实当然是指严格按照法律的规定调查取证,而不是司法人员随心所欲采用违法的方式获得证据。司法的中立性是指司法人员超脱于当事人之外,不偏不倚,仅就案件的客观事实依法审查确证,而不得偏袒任何一方。追求客观真实与司法中立性原则并不矛盾。奉行“职权主义”诉讼模式的大陆法系国家,法官是可以主动调查取证的,难道说他们的司法违背了“中立性”原则吗?所以在所谓的“法律真实与客观真实”方面,笔者以为当代中国的司法理念还是应该倡导“以事实为根据,以法律为准绳”。在司法工作中,首先要坚持实事求是、从实际出发的思想路线,重证据,重调查研究,不轻信口供。其次要坚持维护社会主义法律的权威和尊严,不仅严格依照实体法的规定,而且严格执行程序法的各项规定。

四、关于法律调整与调整法律

在不断变化的社会现实面前,是坚持法律调整,还是转向调整法律?文章认为,坚持法律对社会生活的调整是美国司法过程的一贯做法,而中国在许多案件中,不是法律在调整,而是法律在被调整(调整法律)。笔者认为,确实,美国的法治观念已经普及,法律至上已经成为人们的共识,而中国法律权威观念远未树立,不重视法律的思想、习性还根深蒂固,中国法治建设任重道远。如果说美国司法裁判体现了法律调整的理念则缺乏充分论据支持。首先,法律本身具有保守倾向,但这一点并非如文中所说的在英美普通法发展历史中体现得尤为明显,而是在大陆法系发展中体现得更为明显。大陆法系强调法官只能援用成文法中的规定来审判案件,法官对成文法的解释也需受成文法本身的严格限制,故法官只能适用法律而不能创造法律。而英美法系的法官不仅适用法律,也在一定的范围内创造法律。英美法系的传统是强调根据具体的经验解决具体的问题,因而更能适应社会发展的需要,具有很强的灵活性和开放性。美国的法官造法固然不是任意改变原有法律或任意创造新的法律,但“在法律的夹缝中创造法律”不也是调整法律吗?其次,这里的法律不也是为了更好地调整社会关系的“工具”吗?弗里德曼在言及二战后美国法院的变化时说:“不仅在内容上,而且在形式和程序方面法院也发生了重大变化。法院开始变得不再拘泥于形式,在提供救济方面越来越大胆起来,而且不太考虑传统的束缚。法院更乐于倾听新奇的请求,而对那些称作法院专门技术的问题则显得很不耐烦。法院十分关注‘法以外’的权威,并乐意向更多的当事人敞开大门,以便倾听处于诉讼领域外的声音。法院对变更先例乐此不疲,喜欢听取以政策或正义为基础的争论……实际上,以形成政策

为内容的案件呈大幅度的上升趋势。”^① 因此,笼统地认为美国法律调整优于调整法律是缺乏理论和历史事实支持的。

中国是成文法国家,近代以来又受大陆法系影响颇深,中国的法官从理论上讲没有创制法律的权力,因此与美国的同行相比,调整法律的权力要小得多,或者是几乎没有,至于说他们在摆脱法律的约束方面,“自由度”要大得多。这里的“自由度”大得多恐怕主要是立法不完善所致,例如,立法的空白、过于原则、疏漏多确实会使中国的法官拥有更多的“自由度”,但这主要靠立法制度的完善去解决问题,而不仅仅靠司法理念来解决问题。另一方面,由于体制的原因,中国的司法机关和司法人员在立法机关、行政机关等权力机构面前显得难以独立,他们往往无法依法“独立裁判”,其“自由度”与美国同行相比又小得多,这需要通过司法改革尤其是司法体制的调整来解决,如果仅仅诉之于法律调整的司法理念实在是舍本求末、缘木求鱼了。笔者以为,进行法律调整就难免会有一定程度的调整法律,特别在司法独立问题没有很好解决之前,在司法领域还是以“确立法律权威”为司法理念较为妥当。

树立法律权威不仅是法治社会人们应拥有的法理念,更是司法人员秉公执法的要求。司法人员以维护法律权威为天职,在法的权威与人的权力发生冲突时,应以法的权威为准则。要确立法律权威,就要求司法人员深刻领会法的精神,尤其是我国当前处于社会转型的关键时期,社会关系不断变化,新问题不断出现,法律的滞后性无法避免,这就要求司法人员遵守法律的根本精神,公正地加以处理和裁决。确立法律权威的核心是崇尚宪法权威,树立宪政意识。尤其是权力(公权利)与权利(私权利)发生冲突时,法官更应以宪法的旨意来妥善处理,切实做到对公民权利而言,“法不禁止即自由”,对国家权力而言则奉行“法无明文规定则无权”的原则。

五、关于服从法律与服从民意

文章认为,美国的司法制度体现了服从法律而非服从民意。笔者认为,这种司法理念恐怕也有失偏颇。一般认为,民意即民主政治的理念,法律是人民意志的体现,服从了法律也就服从了民意,二者是高度一致的。即使是非制度化的民意(笔者认为似可理解为社会舆论、社会影响或“民愤”等),也会对法律制度以及司法实践产生影响,断言美国的法官只服从法律,民意对法官不具备法律上的约束力,法官不考虑民意,服从法律优于服从民意,也缺乏说服力,因为我们可以找到许多反证。1992 年美国陪审团对四名白人警察殴打一名在公路上超速行车的黑人青年作无罪判决,引发了震惊世界的洛杉矶骚乱,造成众多人员的伤亡和大量财产损失。迫于社会舆论的压力,美国联邦检察机关以“侵犯民权罪”为由再次对四名白人警察提起公诉,由此挑起了美国国内关于“一罪不二审”原则的争论。后来美国陪审团做出判决,四名警察中两名被宣判有罪。^② 难道这不是民意对法官

^① [美]弗里德曼:《美国司法制度之历史断面之剖析》,载小岛武司编,汪祖兴译:《司法制度的历史与未来》,第 15~30 页,北京:法律出版社,2001。

^② 参见甄贞:《程序的力量》,第 266~267 页,北京:法律出版社,2002。

的重大影响吗?同样是“平等保护”,早期法官的判决认为“隔离而平等”,20世纪60年代法官又认为“隔离不平等”,从中我们不也可以看到“民意”对法官的影响吗!此外,美国还通过精巧的陪审制度设计,既保证司法独立又使案件的审判体现民意,即一方面在审判期间使陪审员与外界隔离以维护司法独立,另一方面又非常重视陪审团的意见,让案件本身诉诸于民众代表的理智与情感,此时,“民意”的大小在很大程度上决定着判决的结果。

至于说中国的法官既要考虑服从法律的指引,又要考虑服从民意的呼声,我们认为这本身并没有错。首先,中国社会主义的法律是工人阶级为领导的广大人民群众共同意志的体现,正确适用法律就是服从了民意。其次,“法官不是自动售货机,输进去的是事实,输出的是判决”,在多数情况下,法官在依法判案时也拥有一定的自由裁量权,裁量权的行使要求合情、合理、合法,这其中当然包括考虑民意(非制度化的);刑法中量刑的“酌定情节”、行政法中的“合理性原则”、民法中的“利益衡量”等都含有在法律范围内考虑民意的因素”。既服从法律又服从民意,在坚持依法治国的前提下,做到法律与民意的统一,是对人民法官的高层次要求,不可以把服从法律与服从民意简单地对立起来。

在法治社会里,法官的职责是忠实地执行体现在法律制度内的理性化的民意,法律与民意(非制度化的)应当保持一个适当距离,使法官不至于受非制度化的民意的无端影响而妨碍其公正地适用法律,但这并不意味着法官在审理案件过程中绝对不能考虑“民意”,更不意味着服从法律与服从民意是截然对立的。服从法律和顺应民意应当是我们追求的又一司法理念。服从法律和顺应民意统一的司法理念要求法官在司法实践中:一是要严格遵守法律(包括实体法和程序法)的规定,正确理解法律的精神;二是正确行使审判的自由裁量权,法官的自由裁量权的行使应该遵循合法性原则,即在法律规定的范围内自由裁量,在合法性原则的前提下,兼顾合理性原则,考虑公平、正义、合乎情理等因素;三是完善我国的人民陪审员制度,使司法活动本身体现司法民主。

简短的结语

葡萄牙最高法院首席大法官在谈到各国司法制度的差异时说过:“司法制度只要符合本国国情,没有好坏优劣之分。”我们认为这话是有一定道理的。各国的历史文化传统不同,现实的物质生活条件不同,从而造就了不同的司法制度,培育了不同的司法理念。正如文章作者所承认的“抱着以美国法治的是非为是非的态度来讨论和考虑问题,是愚蠢的”。笔者并不反对借鉴发达国家的司法理念,但借鉴之前必须要弄清其司法理念的是非(这里不仅仅是价值判断问题,还有事实判断问题),如果我们连别国司法理念到底是什么都没有彻底弄清就去学习、借鉴,岂不让人贻笑大方?当代中国到底需要什么样的司法理念,笔者只是抛砖引玉,希望引起更多的学者来关注和研究,任何简单的、似是而非的概括和简单地照搬,都有可能使中国的司法改革陷入误区。对此,我们需要有充分的谨慎和警觉。

法社会学引论

马新福* 于延晓**

法社会学是于 19 世纪末 20 世纪初在西方国家兴起的法学分支学科,是法发展、演化的结果;但是,顾名思义,法社会学除了涉及法学知识之外,主要还要涉及社会学的知识和方法,因而,它又是法学和社会学科际整合的产物,所以它还带有边缘学科的性质。

法社会学的概念,最初是由意大利社会学家安齐洛蒂所提出的。他在 1892 年所著的《法律哲学和社会学》一书中,首先使用了这一术语,其用意不外乎是为了表述当时广泛流行的一种崭新的思想,即法是一种社会现象。这一术语进入 20 世纪,逐渐为法学家和社会学家所接受,并成为他们区别于传统法理学的专门用语,比如,埃利希的《法律社会学基本原理》(1913 年)、泰马谢夫的《法社会学导论》(1940 年)、古尔维奇的《法律社会学》(1947 年)等等。即使有一些没有明确使用法社会学术语的学者,也在实际上接受了法社会学的思想指导原则和研究方法。比如,迪尔凯姆的《论社会分工》、韦伯的《经济与社会》、伦纳的《私法制度及其社会功能》、帕舒卡尼斯的《法的一般理论》等著作,都清晰地传递和表达出这一信息。这表明,法社会学作为一门独立学科的地位,已被学术界普遍肯定。

在我国,法社会学起步较晚。虽然早在 20 世纪 30 年代就有一些学者研究过这门学问,但法社会学作为一门独立的学科却一直未能确立起来。党的十一届三中全会以后,随着中国法学春天的到来,法社会学作为一门新兴的学科,得到了法学和社会学研究人员的共同的扶植,从而使法社会学得以全新的面貌出现在我国的社会科学园地。本文就法社会学的研究对象、范围和方法发表自己粗浅的看法,以引出更多精深的专论。

一、法社会学的研究对象和范围

(一)法社会学的研究对象

法社会学作为一门独立的学科已成为共识,那么法社会学的研究对象到底是什么呢?

* 马新福,吉林大学法学院教授,博士生导师。

** 于延晓,吉林大学法学院博士研究生。

对于这一问题,却长期未得到解决,人们看法纷纭,甚至至今也观点各异。不过,从总体上看,这些不同见解大体上可归为两类:一类认为,法社会学应以“社会中的法”为研究对象,研究法的实行、功能和成效,描述法的社会运行机制、法的内在结构及法实施的社会组织。比如,有的学者认为,法社会学以法所规范的社会行为的事实为其研究对象,着重研究现实法规在现实的社会条件下的意义及其对社会各分子的影响。塞尔尼茨克认为,法社会学是把法本身作为自然(社会制度)的一部分来研究的,“其广泛的目的是扩大关于法律秩序的基础、法律变化的模式和法律对实现社会需要和愿望的贡献等的知识”。科特威尔则认为,“法社会学是一种或一组关于法和法律制度研究的观点”,^① 它“注重按照法律准则(即法律规则、概念、原则和价值)和法律组织(法院、法律执行机关、法律职业等)的社会根源和效果,并结合对它们的社会、经济和政治环境的系统研究,来理解法律准则和法律组织;注重设计研究方案以便促进对社会法律性质的理论分析,更深刻地理解存在于各种社会和社会环境中的一般法和法律组织”。^② 这些都是从“社会中的法”的视角来看待法社会学的研究对象的。另一类认为,法社会学的研究对象是“法和社会的关系”,即研究社会中的法和涉及法的社会因素。日本的一些学者认为,法社会学研究法律体制中法规范与政策之间的关系是否恰当,揭示法律存在的社会基础和阐明法的发展。前苏联的一些法学家认为,法社会学的对象是研究各种社会因素上升为法规范的机制和法的作用机制,即法的社会本质、法的作用和发展。^③ 雅维茨说,法社会学是研究法律现实的社会内容和法律与社会生活其他因素之间的相互作用的。泰马谢夫也说,法社会学的对象是研究法律与其他社会制度之间相互协调的关系;研究导致形成法规范的因果过程,法规范的运转方式及其法规范的社会结果与效果。也有些日本学者认为,法社会学的研究对象是研究法规范和法律制度,探讨法的产生和执行过程及其法律与其他社会现象之间的关系。^④

笔者倾向于后一类观点,即法社会学的研究对象是法与社会之间的关系。因为,这种观点似乎可以把前一类见解包容进来。既然以社会对法的关系和法对社会的关系这两个方面为研究对象,那么“社会中的法”必然已在其中了。法社会学实际上是把法看做一种特殊的社会现象,从社会的政治、经济和文化结构方面分析法在社会实际生活中的制定、执行、遵守、适用和效果。也就是“在一般最普遍的意义上说,法律社会学把法置于十分广阔的社会背景进行分析和研究”。如果比较一下,我们就可以看出:法理学的研究对象是法和法律现象的一般规律;部门法学的研究对象是法和法律现象的某一方面和特殊规律。法社会学之所以不同于法理学,又不同于部门法学,主要在于法社会学既研究一般的、综合的、广泛的法律现象,又研究具体的、现实的、经验性的法律问题,即既研究法的一般规律,又研究某一方面法律现象的特殊规律。

通过分析法社会学的研究对象,我们可以看出,尽管在法社会学学科性质的归属上尚

① [美]塞尔尼茨克:《法社会学》,《国际社会科学百科全书》第8卷,第360页,北京:中国大百科全书出版社,1968。

② 转引自王子琳主编:《法律社会学》,第23~24页,长春:吉林大学出版社,1991。

③ 参见苏联社会学所:《社会学手册》,第117页,杭州:浙江人民出版社,1983。

④ 参见《新法学辞典》(日文版),第1077页,1967。