

第14辑

法学家

Teahouse For Jurists

茶座

2007.2

主编 张士宝 特邀执行主编 何家弘

山东人民出版社

茶座

和

江平 古老物权的现代思维和现实思维 郭明瑞
物权法对私人物权平等保护的意義 侯欣一 当代中
国法学教育之我见 郭云忠 《毛选》与法学 孟勤国
特邀邻家子，效顰安可希 评《物权法》草案的担保物
权 张卫平 最贵的东西 车不照 权利的品质 张君周
《物权法》：国情所趋，民心所向 王利明教授访
谈录 冯亚东 罚金能罚到金么？ 杨小强 我的那
些日子 学生问 杨明 听证制度：逢听必涨？ 江
伟 仗客、学者、两种身份，一种追求 朱伟一 智
慧来自不同意見 冯玉军 哥大法学院听课侧记 莫
于川 公法学家插嘴于私法领地 物权法草案学习
笔记片断 吴丹红 宝岛司法强影

和

和

卷首语

茶韵与法商

我与武夷山大概很有些“文缘”。1998年春天,我和一些作家到武夷山采风,归来后写出了一部主要以武夷山为生活背景的“法学解读小说”——《黑蝙蝠·白蝙蝠》。2004年夏季,我到武夷山参加会议,又写了一篇《大红袍与准君子》,作为《法学家茶座》第7辑之《卷首语》。2006年初冬,我再次到武夷山讲学,心底仍潜伏着对写作灵感的期望。于是,我忙里抽闲,游览了“桃源洞”和“大红袍”两个景点,结果确实是不虚此行。

在“大红袍”景区入口的山崖上,有两个石刻大字——“岩韵”。导游说,那指的是武夷岩茶的韵味。茶有岩韵,此语本身就颇值玩味。武夷山素以岩峰奇美而享誉天下,郭沫若先生便留有“崖崖壑壑竞仙姿”的赞美诗句。武夷山奇峰秀水,气候宜茶,堪称“岩岩有茶,非岩不茶”。而那些傍岩生长的茶树,“臻山川精英秀气所钟,品具岩骨花香之胜”,便有了淳朴厚重的岩崖韵味。如大红袍、铁罗汉、白鸡冠、水金龟等武夷名茶,色泽油润,香气浓郁,汤色凝重,滋味醇厚,茶客当以“含英咀华”的方式细细玩味,方能品出那“香、清、甘、活”之岩韵。

由“茶韵”之说,我联想到近来有人提出的“法商”概念。窃以为,提倡“法商”之意在于借智商和情商等概念弘扬法治精神。诚然,人们的“法商”确实如智商和情商一般而存在个体差异,但是,智商和情商主要是先天素质,而“法商”则基本上属于后天修养。换言之,人的“法商”主要是由后天的社会生活环境所决定的,因此更多地表现为群体差异。有些国家的人无视交通规则,有些国家的人自觉纳税,这并非先天的“法商”差异,而是后天的社会环境使然。

茶之岩韵,乃自然环境之造化;人之法商,乃社会环境之养成。自然环境不喜欢人力的介入;社会环境却需要人力的营造。因此,法治之要旨就在于构建并养护有利于提升“法商”的社会环境。

何家弘

于北京世纪城痴醒斋

- 【卷首语】 何家弘 茶韵与法商 /001
- 【法治漫谈】 江 平 古老物权的现代思维和现实思维 /004
郭明瑞 物权法对私人物权平等保护的意义 /008
刘荣军 妨碍独立审判的无形“垒墙”/012
陈金钊 法官释法的意识形态 /015
冉 昊 法治和法学 /022
- 【法学札记】 侯欣一 当代中国法学教育之我见 /027
郭云忠 《毛选》与法学 /033
孟勤国 持谢邻家子,效颦安可希
——评《物权法(草案)》的担保物权 /042
徐 昕 诉权的经济分析 /047
肖 辉 “不二法门”与法律唯一 /052
- 【法苑随笔】 张卫平 最贵的东西 /055
张远煌 关于死刑的沉思:死刑究竟因何而存在 /064
车丕照 权利的品质 /070
吴丹红 宝岛司法掠影 /074
- 【名家访谈】 张君周 《物权法》:国情所趋,民心所向
——王利明教授访谈录 /081
- 【身边法事】 冯亚东 罚金能罚到“金”吗? /087
杨小强 我的那些 MBA 学生们 /091
杨 明 听证制度:逢听必涨? /095
- 【史海钩沉】 聂 铄 身体的暧昧与犯罪 /099
苏 晨 “权大于法”的世系
——从司马迁的《史记·酷吏列传》说起 /103
- 【法林逸事】 江 伟 侠客、学者:两种身份,一种追求 /108
刘蕙英 任东来 美国最高法院的“奥林匹斯山神”
——奥利弗·温德尔·霍姆斯(下)/110

- 【域外法制】 朱伟一 智慧来自不同意见 /117
冯玉军 哥大法学院听课侧记 /120
- 【茶客论剑】 莫于川 公法学人插嘴于私法领地
——物权法草案学习笔记片断 /124
胡吕银 物权法对“纷争之源”缺少应有的警惕 /131
马 特 认真对待物权法 /136
- 【名师剪影】 廖 明 德尚身健,艺高行慎
——徐立根教授侧记 /139
袁达松 思忆端木正先生 /145
- 【聊斋闲话】 汤啸天 李绍章 手机、博客是类媒体而不是媒体 /148
彭 勃 监控摄像头的是是非非
——从乔治·欧维尔的世界谈起 /153
- 【何博士信箱】 读者来信两封 /158

主编 张士宝 特邀执行主编 何家弘

《法学家茶座》项目负责人 李岱岩

执行主编助理 张君周

编辑 齐晓霞 麻素光

山东出版集团

山东人民出版社出版发行

网址 <http://www.sd-book.com.cn>

社址 济南市胜利大街 39 号 邮政编码 250001

编辑部电话 (0531) 82098903

E-mail fxjcz@vip.163.com

发行部电话 (0531) 82098021

图书在版编目(CIP)数据

法学家茶座. 第 14 辑/张士宝主编

济南:山东人民出版社,2007.3

ISBN 978-7-209-04220-8

I.法... II.张... III.法学-文集 IV.D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 033590 号

山东新华印刷厂印刷

16 开本(172×232 毫米) 10 印张 160 千字

2007 年 3 月第 1 版 2007 年 3 月第 1 次印刷

定价:14.00 元

古老物权的现代思维和现实思维

江 平*

物权是最古老的一种财产权。如果说现代社会的财产权主要有四种,即物权、债权、知识产权和股权的话,那么物权体现的是有体物(首先是土地等不动产)的使用价值,而债权体现的是它们的交换价值。古代的人们懂得了羊群既可以自己食用,也可以通过买卖来换得其他东西,所以从罗马法到近代民法典,物权和债权始终是财产权的两大核心支柱。现代的人们懂得了自己智力创造的成果也具有巨大无比的价值,而羊群不仅有使用价值、交换价值,还有第三种价值——投资价值。这就产生了无形财产权和股权。可以说,这两者就是人们常讲的“现代产权”。

如果我们借用经济学家的用语“产权”来表述法学用语财产权的话,可以说,“现代产权”和“产权现代化”是两个不同概念的东西。物权并不是现代产权,它是古代产权,但它又是现代化的进程和必要;物权的基本性质和规则是古代就创造的,但它又有很强的继受性。物权的古代规则(在中国还加上意识形态的传统思维)和它的现代思维是我们今天物权立法所面临的第一个深层次的矛盾。

物权又是这四种产权中最扎根于本国社会土壤和现实中的一种。债权既然是交换价值,交换当然无边界可言;智力成果的创造很大程度上是取决于人的大脑的;而投资价值只不过是其他几种财产权派生出来的权利,不是原创性的。但物权则不同,土地生根于一个社会,而社会又采用不同的制度,英国的土地制度就与其他即使属于同一法系的国家都会有着本质区别。物权不考虑这一现实的巨大差异也不可能。所以,物权现代化过程中的现代思维与现实思维就成了今天我们物权立法的第二个深层次的矛盾。

物权立法中的现代思维也可以称为改革思维,物权立法中的现实思维又可以

* 作者为中国政法大学终身教授。

称为稳定思维。这两种思维既可以是对立性思维,也可以是相辅性思维,这就是难点所在。有的时候现代思维代表的是先进,现实思维代表的是保守,先进与保守似乎有正确与错误之分;有的时候现代思维可能会使思维超前,它又需要现实思维来矫正。在这个意义上也可以说,改革思维与稳定思维也就是立法究竟是超前一些好,还是现实一些好。物权立法自然是不能逃避这一问题的。

物权法中的物权主要涵盖四大部分:所有权、群体关系中的物权、用益物权和担保物权。

所有权部分中涉及所有权主体究竟是按所有制划分(国家、集体、私人),还是按民事主体划分(公民、法人、国家),最终稿还是摒弃后者而采取前者,这是现实思维战胜了现代思维。民法典的任何其他部分都是以公民、法人或再加上非法人组织,或再加上特别民事主体——国家构成。而物权法中却用私人代替自然人,用集体而不用法人,这是按宪法写法的现实思维。按所有制划分主体本来就不平等。政治经济学概念中的财产主体是不平等的,从政治经济学角度来看,国家所有和私人所有当然不平等。只有在私法概念上,公民、法人乃至国家才是平等的。今天,我们在物权主体按政治经济学划分的不平等基础上承认公有财产和私有财

《物权法》的通过,是推动形成中国特色社会主义法律体系的重要步骤,是贯彻依法治国基本方略、建设社会主义法治国家的重要举措。



产的平等地位和平等保护,可以说是在保守中又采纳了现代思维。但是在公有和私有财产平等地位中,我们又不要忘记实际的不平等。国有财产还有许多法律来保护(如国有资产法),而私有财产则主要靠物权法保护。同时也不要忘记,私人财产被侵犯的主要现象和主要危险是来自强大的公权力。而国有财产被侵犯的主要现象和主要危险是掌握公权力的私人,而不是一般拥有私有财产的私人。不要忘记,资产阶级革命初期之所以提出私人财产神圣不可侵犯,不是针对国家财产、公共财产而言,恰恰是针对当时享有特权的国王、神职人员等特权阶层而言。只有废除了特权才能有真正的物权主体的平等。因此,物权法起草中从民事主体平等到所有制的平等,再从实际地位不平等到废除特权而实现真正平等。“平等——不平等——平等——不平等——平等”,是物权法中一个可以引人深思的现象。

物权法中的三种群体关系是指:共有关系、相邻关系和社区关系。物权本质是私权,私权本质是单一主体享有的绝对权,但在群体关系中这种绝对权就会发生联结和碰撞。因此,群体关系中私权的联结和碰撞就成为今天社会稳定的一个重要内容。三种群体关系中最古老的是共有关系,这主要是家庭关系和最早形态的投资关系(合伙)的私权联结和碰撞。相邻关系在工业社会中凸现了它的重要性,在环保问题突出时它与环境法又相联结了。而社区关系中产生的区分所有权关系,包括业主与业主之间以及业主与物业管理之间的关系,正在成为引发矛盾冲突最多的领域。群体关系中的私权明确、具体,就可以明确私权的边界。在物权立法过程中,我们可以看到引进现代区分所有权的理念以及制度时,尽量维护各方权利、减少私权模糊(如原来把地下车库界定为共有)可能带来的纠纷的重实际的现实态度。

物权法的核心是不动产制度,不动产的核心是土地,土地在我国是共有性质,因此土地私权的核心就是用益物权制度。在物权法规定的四种土地用益物权中,与国际接轨并且最终在名称上也大胆与国际接轨的是地役权,但地役权却不是用益物权的核心。土地用益物权的最大争论是它能在多大范围内流通。最初草案中规定的建设用地使用权既可以是国家所有的土地,也包括集体所有的土地,也就是集体所有的土地也可以按国家土地一样出让转让。最初草案中规定农村房屋出让时视同连带宅基地使用权一起转让,但在享有的宅基地权利上作些限制。最终

稿中这两条突破性的规定都取消了。连立法用语上也体现了这种思想,即在物权法中有不少是用单行法和国家有关规定的写法。在基本法上能作出超出现有单行法的规定体现了立法超前的意识,在基本法中大量规定以现有单行法和有关规定为准则则体现了立法的现实意识。最终在用益物权中我们看到的是强烈的现实思维战胜了现代思维。由于土地问题极其复杂,中国耕地又很有限,所以对土地制度作出最现实、最稳定的规定,今天的物权法是可以理解的,但却不是最为满意的!

担保物权制度的立法取向恰恰与用益物权相反,在担保物权立法过程中,现代思维战胜了现实思维。由于担保制度主要是商业需要的考虑,而商业需要又有国际的大背景,再加上我国已经允许外国银行在中国从事人民币业务,国际环境也要求我们在担保制度上更加开放。因此,在担保制度上我们更进一步吸收了美国动产担保交易法的有关规定,不仅允许经营者以现有的和将有的生产设备、原材料、半成品和产品抵押,突破了传统大陆法只能用现有的特定物抵押,而且也允许用应收账款作为质押。物权法在将原来担保法有关部分写进物权法时,又对原来担保法中的不足和空白部分进行了符合现代化要求的变动,有些变动甚至是根本性的、制度性的变化,表现出了很大的勇气。

物权法就是在传统思维与现代思维、现代思维与现实思维之间不断冲突、妥协的结果。其中,我们既能看到传统思维的重大痕迹,也可以看到不少现代思维的亮点,还可以看到现实思维的无奈之举。

《社会学家茶座》第19辑要目

- | | |
|-----|-------------------------|
| 薛涌 | 不要把穷人拒于城市之外——城市准入与共同体精神 |
| 王学泰 | 说“运动”之二 |
| 潘绥铭 | “童贞誓约”的背后 |
| 朱大可 | 忧伤的瓦斯 |
| 郝时远 | 一方水土一方人——读《枪炮、细菌与钢铁》杂记 |
| 崔卫平 | 坏小子葛优 |
| 黄应全 | 解析《夜宴》之乱 |
| 郝建 | 满城皆带黄金甲:暴力意象及其他 |

《社会学家茶座》第19辑,拟2007年4出版,定价:14.00元

《茶座》系列图书在全国各大新华书店、人文书店,当当、卓越等网上书店有售

物权法对私人物权平等保护的意义

郭明瑞*

《物权法(草案)》第三条第三款规定:“国家实行社会主义市场经济,保障一切市场主体的平等法律地位和发展权利。”第四条规定:“国家、集体、私人的物权和其他权利人的物权受法律保护,任何单位和个人不得侵犯。”这些规定体现出物权法平等保护物权的原则。我认为,物权法对私人物权予以平等的保护,是非常重要的、必要的,也是符合宪法精神的。

首先,保护公民的私人物权,是保障人权和劳动者劳动积极性的要求。我国现行《宪法》第三十三条第三款规定:“国家尊重和保障人权。”尊重和保障人权的宪法理念,需要在各部门法中得到落实,物权法中保护私人的物权正是保障人权的基本要求。众所周知,人权的含义和内容是十分广泛的,但生存权、发展权是最基本的人权。无论是生存权还是发展权,都须以公民的财产权为前提。公民无财产,也就没有衣食住行的物质保障,自然也就谈不上生存和发展。公民的财产权还是人之为人具有独立人格的保障。人们常说,无财产即无人格,无人格即无财产,公民的财产权和人格权是保障公民具有独立的法律人格的最基本的民事权利,缺一不可。因此,基于国家尊重和保障人权的宪法规定,物权法必须保护私人物权这一重要财产权。《宪法》第十四条第一款规定:“国家通过提高劳动者的积极性和技术水平,推广先进的科学技术,完善经济管理体制和企业经营管理制度,实行各种形式的社会主义责任制,改进劳动组织,以不断提高劳动生产率和经济效益,发展社会生产力。”提高劳动者积极性的重要措施就是保护劳动者的劳动所得。在我国,自然资源属于国家和集体所有,因此,作为公民所有的财产主要是公民通过劳动取得的收益,社会财富也是由劳动者通过劳动创造的。保护公民的私人合法财产,

* 作者为烟台大学法学院教授。

也就是保护公民的劳动所得和其他的合法收入。如果公民的劳动所得不能得到保护,又怎能谈得上保护劳动者的积极性呢?以农村改革为例,我们不应忘记为什么在公社化时期社员“出工不出力”,而在实行家庭联产承包责任制后农民的生产积极性会大增,社员(农民)能否得到劳动所得难道不是重要原因吗?

其次,平等地保护公民的私人物权是由物权法的性质决定的。物权法是民法的一部分,而民法是调整平等主体之间的财产关系和人身关系的基本法。因此,作为民法的主要内容的物权法调整的是因物的归属和利用而发生的民事关系。物权法的这一品性决定了它必须平等地保护物权关系,不论主体为公民还是法人,甚至国家,只有在平等基础上发生的物的归属和利用关系,才属于物权法调整的财产关系。如果因物的归属和利用所发生关系的主体不是平等的,则该关系不属于物权法的调整对象。平等地保护私人物权,一方面意味着任何人的合法财产,不论是“富人”的还是“穷人”的,都平等地受法律的保护;也意味着不论是私人的物权还是国家或者集体的物权,都平等地受法律保护。有的人认为,富人与穷人的财产多少是不同的,平等保护只是保护富人。这是对平等保护的曲解和误解。民法上的平等只是形式上的平等而非实质上的平等,只是机会的平等而非结果的平等。无论是今天的穷人还是明天的富人,也无论是今天的富人还是明天的穷人,在民法上的法律地位都是平等的,其权利都应受法律的平等保护。也有的人认为,宪法中规定社会主义公共财产神圣不可侵犯,而物权法却没有写上这一条,反而平等地保护国家、集体、私人的物权,因而物权法是违宪的。这种认识至少是不明确物权法与宪法的不同。诚然,宪法是国家的根本大法,法律不能违反宪法。但这并不意味着在法律中须将宪法的条文加以重复或抄袭。如前所述,物权法仅仅调整平等主体之间因物的归属和利用而发生的财产关系,而不是规定国体、政体的,也不是规定国家的基本经济制度以及不同所有制在国家经济中的地位的。不是规定平等主体之间而是规定不平等主体之间因物的归属和利用发生的财产关系的法律,不是物权法。无论是想将宪法降低到物权法的地位,还是想将物权法提高到宪法的地位,都是违反宪法与基本法之间关系的基本常识的。

再次,平等地保护私人物权是富国强民的必然要求。如上所述,只有保护私人的合法财产,才能调动劳动者创造社会财富的积极性。也只有保护私人的合法财

产,才能鼓励人们积累财富,避免浪费。人民富裕,国家才能强大。过去曾有一种说法,称“大河无水,小河干”,似乎小河的水是从大河来的,违反了大河之水源于小河的基本常识,即使个别的小河无水须由大河供给,也须以其他小河有水能注入大河为前提。如果所有的小河均无水,大河之水从何而来?以这种关系来比喻国家与公民个人之间的财富关系,不难看出,只有公民的个人财富增多,国家的国力才能增强,亦即民富才能国强。我们可以回想一下,在“文革”期间,“四人帮”以反对资产阶级法权为由,不允许私有财产的存在(连农民家里养几只鸡都是有限制的),结果如何呢?结果不单单是人民贫穷,而且国家经济几乎到了崩溃的边缘。这种教训不应忘记。有的人认为,我国现在存在分配不公、贫富差距过大,国家应致



十届全国人大五次会议 2007 年 3 月 16 日高票通过《物权法》的历史一刻。

力于解决这些问题,而不应去平等地保护私人的物权。我认为,分配不公、贫富差距的现象确实存在,以胡锦涛为总书记的党中央特别重视解决这些问题。但解决这些问题也只能通过又好又快地发展经济的途径。建立完善的社会保障体系,实现分配正义,也只能以国家的强大财力为前提。国家之财从何而来?税收是重要的和主要的渠道。社会个体没有财产,国家的税收从何而来?因此,我们的法律要使人民富裕起来,这样国家才能强盛,才能实现分配正义,才能为人民特别是弱势群体提供更有力的社会保障。

最后,平等保护私人物权,是发展社会主义市场经济的必然要求。《宪法》第十五条第一款规定:

“国家实行社会主义市场经济。”发展社会主义市场经济必须确认市场主体对其财产的权利,确认市场主体的平等地位,因为商品是天然的平等派。物权法平等地保护私人物权,也就是平等地保护各类市场主体的物权,为市场经济的发展提供了基本保障。因为只有明晰市场主体的产权,赋予市场主体平等的法律地位,市场主体才能通过市场进行资源的优化配置。也只有平等地保护物权,主体才会珍惜自己的财产,才能保障经济又好又快地发展。有一种观点认为,现在国有资产流失严重,因而不应当平等地保护物权。不可否认,国有资产流失的现象确实存在,有的甚至十分严重,但这是物权法造成的吗?我认为,尽管造成国有资产流失的原因是多方面的,但产权不明晰、责任不明确以及民法保护手段的不足也是重要的原因,而这与物权法的缺失不无关系。因此,我们说,物权法平等保护私人物权决不是国有资产流失的原因,相反,物权法会给国有资产提供有效的民法保护。

当然,平等地保护私人物权的意义还可以列举许多。例如,这是稳定社会基本经济秩序的需要,等等。但以上几点也足以说明物权法只能也应当和必须平等地保护物权。谈到这里,我想指出,在物权立法过程中,人们发表了各种各样的意见和建议,这既反映出全民对物权法的关注,也体现出我国的立法民主。对《物权法(草案)》的讨论有助于增强人们的权利意识和平等观念,对《物权法(草案)》提出这样或那样的意见是正常的。对《物权法(草案)》中的一些规定,我也认为是不合适的,特别是对于一些基本规则,《物权法(草案)》规定得不够或不妥。如《物权法(草案)》第三十五条中规定:“造成不动产或者动产毁损的,权利人可以请求修理、重作、更换。”这一规定就不妥,也与《民法通则》中的规定不符。但《物权法(草案)》中确立平等地保护私人物权的原则是正确的。有的人打着坚持社会主义的幌子,反对物权法平等保护物权的原則,恐怕至少是以苏联的斯大林式的社会主义或者无产阶级继续革命理论下实行高度集中计划经济体制的社会主义来反对我们现在走的中国特色的社会主义,这是值得我们警惕的。

妨碍独立审判的无形“垒墙”

刘荣军*

2007年1月在山东济南召开的第七次全国民事审判工作会议上,最高人民法院曹建明副院长就保障合议庭依法独立审判问题提出了重要的改革思路,那就是法院的院长、庭长不能直接改变合议庭的意见,只能通过参加庭务会、审判长会议讨论案件,对重大疑难案件及时给予监督和指导,统一裁判尺度。由此看来,在保证依法独立审判的问题上,司法部门的认识有了进一步的深化。

无疑,尊重合议庭、尊重独任审判法官的裁判意见,既是司法民主的重要表现,也是保障司法判断客观性、公正性的重要前提,更为重要的是,它是贯彻和实施宪法所规定的“依法独立审判”原则的具体措施。

“依法独立审判”在我国拥有双重的身份。其一,它是我国宪法规定的重要司法原则;其二,它也是我国加入(尚未批准)的联合国《公民与权利政治公约》所规定的重要国际人权保障原则。如此重要的原则能否得到实施,不仅关系到我国宪法的权威能否得到体现,也涉及中国改革开放以来无数重要的改革成果能否得到保障。具体到司法制度,虽然当前法制越来越完善、司法权力越来越大、司法设备越来越充实、司法资源越来越殷实,司法权威却止步不前,未能与丰富起来的司法资源形成正比。原因固然甚多,但能否依法独立审判不能不说是实现司法公正的瓶颈。

在这里之所以把能否依法独立审判看作实现司法改革、司法公正的难破瓶颈,原因有二。一方面,在我国的法律制度框架内,尚未能建立完整且有效的制度来确保宪法所规定的依法独立审判原则的实现。尽管我国早已制定《宪法》,《人民法院组织法》以及各诉讼法中也有关于独立审判的规定,而且最高人民法院在连

* 作者为北京师范大学法学院教授。

续出台的人民法院两个“五年改革纲要”中,也都特别强调依法独立审判的重要性及确保独立审判的方针,遗憾的是,在我们脑海中该原则难以获得制度保障的印象(也许可以说是一种结论)并没有得到改变。当然,随着改革过程中政治权力及社会权力在一定程度上的重新配置,法院在宪政体制中的地位增强了,其排除外来干涉的能力也增强了(虽未达到排除所有干涉、完全依法独立审判的程度,但从总体上看,牺牲事实和法律、盲目迎合“上级”意志的裁判越来越见不得光明,也愈来愈少)。另一方面,司法机关内部的一些改革构筑了一道无形的、妨碍独立审判的“垒墙”,而其往往因外界难以看到,更易被人忽视。

其一,司法行政化的隐性强化。司法行政化是妨碍司法公正及效率运作的深度问题,人民法院的改革纲要中也明确提出要淡化和去除这一现象。可是,只要检讨十多年来司法改革的举措,便会发现,司法权的强化,却往往演变成司法行政长官权限的强化。在法院体系中,许多业务性职位,诸如院长、副院长、庭长、副庭长、庭办主任、审判长,这些本应是由法官担任,以便协调、管理司法行政事务的,在兼具了行政权力功能的前提下,全都演变成了在裁判事务中具体地审批、指导、监督其他法官的位置。而且,这种权限的行使非但没有受到任何法律及道德上的制约,相反,其行使是相对自由和无限制的。正因如此,享有这些权力的“长官”可以不受审理法官审判意见的约束,甚至以长官意志对审理法官(合议庭或者独任审判员)的判断产生决定性的影响。这是对审理法官的“不尊重”,更是对依法独立审判原则的“蔑视”和“伤害”。因为,在裁判判断事实层面上,只有亲身参与审判的法官才有可能获得第一手审判材料,也才有可能作出符合事实的法律判断。

其二,法院内部的考核评价制度。任何机关必须有其纪律及行为规范,司法机关当然不能例外。可是,法院内部的考核目的、对象和标准如何确定,以及对法官将会形成什么样的影响,则未必是确立考核评估体系的人们所能明确的。从司法机关建立的网页,以及公布于报纸杂志的各种考核制度中就会发现,法官考核很大程度上是以法官的业务内容作为重要的考核指标,例如审判案件数量、结案率、调解率、发回重审率、再审率等等,而纪律考核在其中所占比例并不很大。由于上述考核指标的存在,法官审理案件不仅要考虑考核人员,还要考虑上级法院的裁判意向,实质上就为法院内部对裁判的不当影响留下空间,如此一来,审理法官也

不可能贯彻依法独立审判的原则。故而,外界所难以看到的法院内部的考核制度无形中在损害依法独立审判的原则。

其实,内部考核制度之要害,在于它与法官的晋升存在密不可分的关系。而法官的晋升与其地位、收入、福利等也紧密地“纠缠”在一起。现行制度下,法官的升迁比照公务员制度确定的标准。法官的级别除了设置有十二等级外,还将这些等级与行政级别加以对号入座。因此,本来都是法官,却根据年限、资历、学历的不同套用股级、科级、处级、局级、厅级、部级等行政级别,使得不同级别的法官拥有不同的权限,从而对他人产生制约和影响。

可见,在司法改革过程中实施的一些内部改革措施,从根本上说仍然未能将司法与行政机关的职能加以区分,而且在体制性惯例驱动下,反而呈现向行政机关靠拢的倾向。尽管不能说行政机关管理制度本身就是忽视人的平等,或者说忽视“人权”的制度。可是从司法机关的特质看,忽视审理法官作为独立审判主体的存在,对审理法官独立审判功能的定位偏差,确实不利于司法公正的实现。

尊重审理法官的意见,必须尊重法官作为审判主体必须具有的独立资格,必须尊重审理法官亲自审理案件形成独自判断的劳动成果。只有这样,才能创造司法机关内部的和谐,才能保证宪法和法律确立的依法独立审判原则的实现。

最高人民法院上述的思路仅仅是思路,其是否能够在宪法、司法及诉讼制度乃至司法民主制度的框架内进一步延伸,并在司法改革中革除业已形成的制度弊病,拆除那道妨碍独立审判的无形“垒墙”,仍然需要我们的关注。

法官释法的意识形态

陈金钊*

对法制之“制”的理解有多种,比如,可以把“制”理解为制度、制裁、制约、控制和管理等。这几个方面许多学者都已谈过,我在此想谈的是,“制”还可以理解为克制、抑制和谦抑。我认为,法官等人的克制与抑制意识也是法治精神的组成部分。在法官解释法律的时候,都程度不同地存在着某种姿态及立场,或者说法官释法的意识形态。从司法哲学的角度看,法官解释法律的立场可以概括为两种主义:司法能动主义和司法克制主义。在我国由于法官的职业化程度较低,加之最高法院在这个问题上缺乏认真对待,当然主要还是我国的法制才刚刚起步,人们对法制的理解还不深刻,这就使得我们对法官的意识形态,或者说解释法律的立场不甚清楚。按说,我们有“依法办事”的法制原则,有“以事实为根据,以法律为准绳”的司法活动的原则,似乎可以将我国法官释法的立场归属于司法克制主义。但从我国的司法现状来看,很难说我国的法官把克制主义或守法主义当成了自己行为的指导原则。大量的违法、腐败事件自不待言,即使是司法哲学也没有倡导司法克制与谦抑。我认为这是我国法制的真正悲哀之处。我们不能说我国没有秩序,但很难说有法律秩序。更为可悲的是我们的法学理论在这个问题上至今也没有自觉意识,而任凭各种西方法学的理论支配着我们的思维与研究。我们没有反思中国的司法实践,不知道法官释法需要坚持什么样的解释立场。

在上一阶段的研究中,我注意到了中国的法官有一种立法中心主义的立场与情结,即身为法官不去研究如何根据现有的法律解决案件,却站在立法中心主义的立场,想着怎样去完善规范性的法律,自觉不自觉地将自己置身于立法者的角色。在对案件的研究中经常抱怨立法者的无能,认为立法者没有考虑到所有的案

* 作者为山东大学法学院教授。

情细节,以至于法官找不到现成的解决案件的方案。所以法官们竟不顾法律的稳定性要求,不断地呼吁对成文法进行所谓的及时废、立、改。这实际上是释法立法的错位。法官作为推事、裁判官或审判员应该考虑自己该做些什么,站在立法者角度,替立法者着想,其实是不务正业。我认为,法官的任务就是根据法律,哪怕是残缺不全的法律解决当下的案件。因为立法者所创设的规范,即使是再详细或全面,也不可能完善到为每一个案件立法。法官就是要置身于职业的立场去分析案件、解决纠纷,最多是在法条模糊的时候,临时客串一下:设计假如自己是立法者面对案件该怎么想和怎么办,而不是真的以为自己是立法者。当然,法官更不能以为自己是当事人的代言人。法官对当事人来说就是中立的裁判者,他可以有价值倾向,可以有自己的立场,有自己对法律的独特的理解,但不能有自己的私利。法官把自己置身于立法者的立场是由法学理论的误导所造成的,长期以来,我们的法理学就是一种建立在立法中心主义立场上的理论体系。这种理论体系的最大毛病是缺乏对法律方法的介绍与研究。所以在过去的几篇论文中我一直在呼吁,法学研究与应用者要进行立场的转换,即从立法中心主义转向司法中心主义。这一立场虽然有政治意识形态的影响,但更主要的是方法论立场的转换。这种法官释法的立场不属于司法意识形态的内容,而是属于职业思维的要求。

我最近在研究中发现,中国司法界实际上还存在着解释立场不明确的问题。按照法制的要求,立法者所创立的法律应得到有效的执行。而执行法律的前提是尊重法律的权威,认真地对待规则。在运用法律的时候,首先要发现法律,如果所发现的法律出现模糊,才能进一步解释法律。解释法律首选文义解释方法,并以此来保证法律意义的固定性、安全性。要做到这一点,就需要谦抑的法官,即对内、对外都保持克制的法官。对内是指法官的内敛,即要求法官克己守法,廉洁奉公,不徇私情,不为金钱、权势、美色所诱惑,遵守基本的法律职业道德。对外则是指法官不张扬,对立法权、行政权等保持应有的尊重,不突破司法权的界限行使权力。这就是所谓司法克制主义。我们所谈的司法克制主义与英美法学家所谈论的内容还不完全一样。美国的许多法学家,在谈论司法克制主义的时候,更多的是要求法官不要过度地干涉行政权、立法权,不要过度解释宪法和法律。因为在西方法治国家,法官的操守问题似乎已经解决。在道德上有问题的法官会受到职业行会严厉