



南湖法学文库



Research on Efficacy of Criminal
Justice System in China

我国刑事审判制度 实效问题研究

陈 实 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



南湖法学文库

我国刑事审判制度 实效问题研究

陈 实 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

我国刑事审判制度实效问题研究/陈实著. —北京:北京大学出版社, 2015. 5
(南湖法学文库)

ISBN 978 - 7 - 301 - 25266 - 6

I. ①我… II. ①陈… III. ①刑事诉讼—审判—研究—中国
IV. ①D925. 218. 24

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 300978 号



书 名 我国刑事审判制度实效问题研究

著作责任者 陈 实 著

责任编辑 郑苗苗

标准书号 ISBN 978 - 7 - 301 - 25266 - 6

出版发行 北京大学出版社

地 址 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址 <http://www.pup.cn>

电子信箱 law@pup.pku.edu.cn

新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社法律图书

电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

印刷者 三河市北燕印装有限公司

经 销 者 新华书店

965 毫米 × 1300 毫米 16 开本 15.75 印张 258 千字

2015 年 5 月第 1 版 2015 年 5 月第 1 次印刷

定 价 39.00 元

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 侵权必究

举报电话: 010 - 62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题, 请与出版部联系, 电话: 010 - 62756370



Research on Efficacy of Criminal
Justice System in China

总主编：吴汉东

· 南湖法学文库编辑委员会 ·

主 任：吴汉东

副主任：陈景良 刘 笋 张 红

委 员：吴汉东 陈景良 刘 笋 张 红

王广辉 郑祝君 张继成 赵家仪

胡开忠 樊启荣 詹建红 邓 烈

总 序

历经几回寒暑,走过数载春秋,南湖畔的中南法学在不断精心酿造中步步成长。中南法学的影响与日俱增,这离不开长江边上这座历史悠久、通衢九州的名城武汉,更离不开中南法律人辛勤耕耘、励精图治的学术精神,中南学子源于各地聚集于此,又再遍布大江南北传播法学精神,砥砺品格、守望正义的同时也在法学和司法实践部门坚持创新、止于至善,作出了卓越的贡献。

纵观中南法学的成长史,从1952年9月成立中原大学政法学院,到1953年4月合并中山大学、广西大学、湖南大学的政法系科,成立中南政法学院,后至1958年成为湖北大学法律系,1977年演变为湖北财经学院法律系,转而于1984年恢复中南政法学院,又经2000年5月的中南财经大学与中南政法学院合并至今,中南财经政法大学法学院已然积攒了50年的办学历史。虽经几度分合,但“博学、韬奋、诚信、图治”的人文精神经过一代又一代中南学人的传承而日臻完善,笃志好学的研习氛围愈发浓厚。中南法学经过几十年的积累,其学术成果屡见丰硕。“南湖法学文库”这套丛书的编辑出版,就是要逐步展示中南法学的学术积累,传播法学研究的中南学派之精神。

中南法学经过数十载耕耘,逐渐形成了自成一格的中南法学流派。中南法律人在“为学、为用、为效、为公”教育理念的引导下,历练出了自有特色的“创新、务实”的学术精神。在国际化与跨地区、跨领域交流日益频繁

的今天,中南法学以多位中南法学大家为中心,秉承多元化的研究模式与多样性的学术理念,坚持善于批判的学术精神,勇于探讨、无惧成论。尤其是年轻的中南法学学子们,更是敢于扎根基础理论的研究,甘于寂寞;同时也关注热点,忧心时事,活跃于网络论坛,驰骋于法学天地。

从历史上的政法学院到新世纪的法学院,前辈们的学术积淀影响深远,至今仍为中南法学学子甚至中国法学以启迪;师承他们的学术思想,沐浴其熠熠生辉的光泽,新一代的中南法律人正在法学这片沃土上默默耕耘、坚忍不拔。此次中南财经政法大学法学院推出这套“南湖法学文库”,作为中南法学流派的窗口,就是要推出新人新作,推出名家精品,以求全面反映法学院的整体科研实力,并使更多的学者和学子得以深入了解中南法学。按照文库编委会的计划,每年文库将推出5到6本专著。相信在中南法律人的共同努力下,文库将成为法学领域学术传播与学术交流的媒介与平台,成为中南法律人在法学研习道路上的阶梯,成为传承中南法学精神的又一个载体,并为中国法学研究的理论与实践创新作出贡献。

晓南湖畔书声朗,希贤岭端佳话频。把握并坚守了中南法学的魂,中南法律人定当继续开拓进取,一如既往地迸发出中南法学的铿锵之声。

是为序。

吴汉东

2010年12月1日

目 录

第一章 刑事审判制度实效问题概述 / 1

第一节 法律实效理论概述 / 1

第二节 刑事审判制度实效问题的提出 / 17

第二章 我国刑事审判制度实效的样态描述 / 27

第一节 实效样态描述的方法 / 27

第二节 审判组织规则的实效 / 36

第三节 审理方式规则的实效 / 47

第四节 庭审调查规则的实效 / 53

第五节 定案裁判规则的实效 / 64

第三章 我国刑事审判制度实效短缺的现象分析 / 71

第一节 刑事审判制度实效短缺的特征及效应 / 71

第二节 刑事审判制度实效短缺的类型化分析 / 79

第四章 我国刑事审判制度实效短缺的原因解析 / 88

第一节 刑事审判的制度缺陷 / 88

2 我国刑事审判制度实效问题研究

第二节 刑事审判的体制积弊 / 112

第三节 刑事审判的资源矛盾 / 145

第五章 我国刑事审判制度实效改善的基本思路 / 167

第一节 刑事审判制度的发展取向 / 167

第二节 刑事审判程序实效改善的进路 / 183

第六章 刑事审判制度实效改善的主要举措 / 193

第一节 改善制度立法 / 193

第二节 完善制度内容 / 197

第三节 改革刑事审判运行体制 / 211

第四节 提升刑事司法职业技能 / 225

参考文献 / 232

后记 / 242

第一章 刑事审判制度实效问题概述

第一节 法律实效理论概述

一、法律实效概念缘起与澄清

(一) 从法律效力到法律实效

法律是现代国家和社会维持秩序和保障自由的基本方式。社会心理学家马斯洛指出:“我们社会中的大多数成年者,一般都倾向于安全有序、可预见的、合法的和有组织的世界;这种世界是他所能依赖的,而且在他所倾向的这种世界里,出乎意料的、难以控制的、混乱的以及其他诸如此类的危险事情都不会发生。”^①稳定的秩序源自规范的制约,在道德、宗教和法律,三种作为维持社会秩序存在的规范中,前两者无论在持久性还是统一性上都不及法律——这种“高度专门化的社会控制形式”^②。哈贝马斯也因此认为,现代法之所以出现,是为了填补不堪社会整合之重负的社会秩序功能的缺口。^③法律在形式上表现为系统化、逻辑化的规范制度,在内容上表现为对人们行为自由及其限度的规则设定。正是由于制度和

① [美]E. 博登海默:《法理学:法哲学及其方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第239页。

② 参见[美]罗斯科·庞德:《通过法律的社会控制——法律的任务》,沈宗灵、董世忠译,商务印书馆1984年版,第9页。

③ 参见[德]尤尔根·哈贝马斯:《在事实与规范之间——关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,三联书店2004年版,第53页。

规则的存在赋予了人类事务相当程度的可预见性,使得人们得以安排自己的行为及其与他人的关系。

作为人类行为及其限度的规则设定,法律应当力求使人们按照其指示行事。伯尔曼对此有经典的表述:“法律必须被信仰,否则它将形同虚设。”^①与其说是法律被信仰,不如说是法律具有让人们信仰的某种力量。这种力量通常被称为“法的效力”(the validity of law),又名“法效力”或“法的有效性”,即法律所具有的让人们普遍遵守的约束力。^②这个定义如此简短平淡,丝毫未显示出法效力问题的极端复杂性。这也难怪,法效力问题的复杂性并未显现于其概念本身,而在于对其的进一步追问——“法为什么具有效力?”法理学教科书上通常以国家意志论对此予以回答,这种简单化的解释显然遮蔽了法效力问题的复杂性。实际上,法效力问题的核心不仅是在探讨某一条法律或者某一部法律为何具有效力,而是探究作为普遍存在意义上的“法”及其体系如何具有效力。

事实上,法的效力在法学领域中是由来已久的论题。作为人为产物,人们在赋予法效力的同时,却对法效力的来源莫衷一是,以至于法的效力像卡夫卡笔下“紧闭的法律大门”,使人长久驻足徘徊。经由无数前人的探究,法的效力被勾勒出了不同的面相,也正是基于理解的分疏,进而形成了法学史上两大主要学派。

(古典)自然法学派(natural law)始终致力于对法效力作伦理性解释,他们在法律与自由及平等价值之间发现了某种联系,认为法律内容的正确性来源于其与人类自然伦理的相融性,并由此建立了法律效力的渊源和标准:符合道德和正义的法律具有效力,反之则不具效力(即“恶法非法”)。自然法学派提出:“当我们说一个规则是有约束力时,我们的意思既指它是现行法律组成部分,又指它是值得尊重的,我们有道德义务去遵守它。一个法律规范符合某种伦理标准时,这种义务就存在。法的效力的一个重要方面是它与公认的道德价值的联系。虽然人民往往是基于便利、习惯、恐惧和‘因为它是法’等理由而依法行事,但是,这样的情况也是事实:即人民大众相信法律制度的核心或主体在道德上是合理的,相信法是以其道德权威而约束人民的。”^③由此可见,在自然法学派的理论中,“自然法”有着独立且优

① [美]伯尔曼:《法律与宗教》,梁治平译,三联书店1991年版,第28页。

② 参见张友渔主编:《中国法学文集》(第1辑),法律出版社1984年版,第114页。

③ 张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社1996年版,第483页。

于人类立法行为的价值伦理,并构成了人类“实在法”的效力标准。

(分析)实证主义法学派(analytical positivism)^①对法的效力与自然法学派持截然相反的观点,他们批判自然法学家们抛开可以直接观察到的事实,以所谓的永恒理性和终极原则对法效力所作的解释超出了事物的实在表现,无法从经验世界加以判断和衡量,属于“形而上学”。在实证主义法学家眼中,价值和伦理只不过是“吼吼叫叫”或“激动”的词语而已,不可能通过经验而获得证明,因而主张它们毫无认知意义。^② 实证主义法学试图清除价值伦理,认为法是由规范或规则构成的,与道德有着明确的界限,只有实在法才是法律,任何内容都可能成为法律,而且任何人的任何行为都可以成为法律规范的对象(即“恶法亦是法”)。进而,实证主义法学家普遍主张将法效力问题限定在分析和剖析实在法制度的范围之内,并提出必然要以一个最高或最终规范为逻辑起点加以阐释。实证主义法效力观有两位重量级代表:凯尔森和哈特。在凯尔森看来,“‘效力’,意思就是指规范的特殊存在。说一个规范有效力就是说我们假定它的存在,或者就是说我们假定它对那些其行为由它所调整的人具有‘约束力’”^③,并认为,“法律秩序并不是一种由同等层次的并列的规范组成的体系,而是一种由不同层次的法律规范组成的等级体系”^④,“一个规范效力的理据始终是一个规范,而不是一个事实。所以,规范效力的理据,不能到现实中去找,而应当到原规范赖以产生的另一个规范中去寻找”^⑤。在凯尔森论述的规范体系结构中,“个别规范”(individual norm)的效力总是来源于高位规范。如果一条规则得到一部法规的认可,这条规则就是有效的;如果一部法规符合宪法的规定,那么该法规就是有效的;如果一部宪法的制定得到先前一部宪法的授权,那么这部宪法就是有效的。如此这般地追溯,位于最高层次的,也即一个新成立国家的第一部宪法的效力渊源乃是要求任何其他规范忠实于宪法的“基本规范”

① 此处的实证法学派是狭义上的,即指研究和描述法律制定中共同的基本概念、观念和原理的分析实证主义法学,并不包括以社会学形式表现出来的法实证主义,即法社会学与现实主义法学。关于实证主义法学的界定,可参见[德]阿图尔·考夫曼主编:《当代法哲学和法律理论导论》,郑永流译,法律出版社2002年版,第357页以下。又见[美]E.博登海默:《法理学:法哲学及其方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第123页以下。

② See Rudolf Carnap, *Philosophy and Logical Syntax*, AMS press, 1979, p. 217.

③ [奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第31—32页。

④ 同上书,第221页。

⑤ 同上书,第111页。

(basic norm),基本规范是同一法律体系中所有规范得以有效的终极渊源,基本规范不是一种实际规范,而是法律思想所预设的(presupposition)。^① 哈特继承了实证主义排斥价值伦理对法效力影响的传统,并沿着凯尔森的思路,继续将法的效力置于一个逻辑规范体系中加以考察。然而,哈特似乎感觉到了凯尔森的“基础规范”法律效力逻辑起点可能导致的不可知论的危险。因此,他引入了两类规则的结合来解释法律效力,并提出法律规范体系分为“首位规则”和“次位规则”(primary and secondary rules)。首位规则是行为的标准方式,这种方式要求社会成员为或不为某些行为。这类规则是源于社会的需要,是用来保证一种令人满意的生活方式的。次位规则则用以承认首位规则的效力和执行首位规则。次位规则用某种权威的方式识别法律规范中的有效规则,对那些旨在改变首位规则的正式且常规性的程序作出规定,并通过建立详尽的审判和执法程序确保首位规则的实施。^②

统一法学代表人物霍尔(Jerome Hall)认为,在20世纪中期以前,自然法学、实证主义法学作为人类法律思想史上最主要且影响力最大的两大学派,对法的研究和倡导展现出了法效力的两个重要面相——价值和概念。两大法学派的研究为法的效力理论奠定了坚实基础。其中,自然法学派对法效力中的人性、理性、正义、平等、自由等昭示宇宙自然和谐秩序的基本和终极原则不懈追求的精神和思想早已融入西方法制,并在西方每一次社会变革时期主导着上层建筑构建和发展的大方向。而实证主义对国家实在法进行文本的概念分析和逻辑推理来确定法的效力的努力则使西方法制日趋体系化、逻辑化、严格化和程序化。

值得注意的是,虽然两大学派对法效力的观点大相径庭,但仍存在共通之处,即不管在法律规则体系之外还是之内,他们所主张的法效力标准均是法律在实施之前的存在或预设。换言之,两大法学派关于法的效力的理论是在立法层面对制定法效力的应然性理解,认为法只要符合各自所提出

① 凯尔森所提出的“基础规范”概念的思想源流乃是新康德主义哲学。新康德主义哲学将康德认识论从自然界扩展至科学文化界,认为人类已有的科学文化是人的思维按照理性的先验逻辑创造出来的,在这些被创造出来的科学文化成果中就蕴含着人的理性的先验逻辑,因此,人类不是从客观世界,而应从至今已有的被创造出来的科学文化中去挖掘那些曾支配人们创造科学文化活动的纯粹理性规律或纯粹先验逻辑。因此,凯尔森的基础规范实际属于康德认识论中人类的“先天认识结构”。相关评论可见 M. P. Goding, Kelsen and the concept of “Legal System”, in *More Essays in Legal Philosophy*, edited by R. S. Summers, University of California Press, 1971, p. 69.

② 参见[英]H. L. A. 哈特:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社2006年版,第94—104页。

的效力标准即获得效力,当然地对人们具有约束力。然而,立法本身不是目的,制定法得到普遍遵守和适用才是其追求所在。获得应然约束力的制定法在运行实施中是否得到了普遍遵守和适用?如果没有得到普遍遵守和适用,其有效性是否还存在?这样的追问显然使本已复杂的法效力问题再度复杂化。自然法学派似乎并未注意到这个问题的复杂性,而实证主义法学家敏锐地意识到了这一点。凯尔森在其1934年德文出版的代表作《纯粹法学》(第1版)一书中对法律规范在实施中被实际适用和遵守的情况提出了一个概念——“法的实效”(wirksamkeit,英译为effectiveness)。自此,在对法的效力问题的阐释中,产生了另外一个问题:“法的实效”。

(二) 法律实效概念的再厘定

从本书掌握的现有资料来看,凯尔森是日耳曼语世界中最先提出“法律实效”概念并对其进行较为深入论述的法学家。继1934年出版《纯粹法学》之后,凯尔森在其1949年出版的名著《法与国家的一般理论》一书中再次给出了法律实效的含义:“法律实效意思就是人们实际上就像根据法律规范规定的那样行为而行为,规范实际上被适用和服从。”^①据此,凯尔森的法律实效概念,其内涵意指法律规范被其适用对象实际适用和遵守。

自凯尔森首提之后,法律实效问题引起了20世纪前期的诸多法学家的关注,并且,他们中的大多数在论及这一问题时沿袭了凯尔森所提出的概念内涵。如哈特认为,“实效意味着一项规范某种行为的法律规则大部分时候都会被遵守”^②。尽管哈特在法律实效与法律效力之间的关系认定上与凯尔森存在明显差异,但其并未对法律实效的概念本身提出突破性的质疑。^③ 斯堪的纳维亚学者阿尔夫·罗斯认为,法律规范的实效,即在执法官员心目中的确起到了影响作用并在解决法律争议时得到了适用,执法官员认为这些规范具有社会约束力。^④ 罗斯看重执法者的对法律规范的心理和行为态度,试图将法律实效问题归入心理本质的先验领域,但其仍然承认实效乃是一种“规范适用的约束力”。哥伦比亚大学法学院荣誉教授哈利·W. 琼斯认为,法律实效是指“构成社会的人——无论是官员还是大多数私人公

① [奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第42页。

② [英]H. L. A. 哈特:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社2006年版,第103页。

③ 哈特认为法律实效与法律效力不能截然分离,只要具有实效的规范才可能具有效力,并且法律实效不仅仅意味着遵守和服从,还意味着规则被广泛接受。

④ Alf Ross, *On Law and Justice*, University of California Press, 1959, p. 35.

民——的实际行为与宪法规定、制定法规定或判例法规定所指定或认可的标准相一致”^①。综合法学派的重要代表博登海默也认为必须对法律的有效性和法律的实效加以区分,并提出,“法律有效性的探求是旨在确定某一特定行为规则是否具备一条应得到遵守与实施的法律规则的资格条件。法律实效所涉及的则是另一个问题,即一项行为规则在社会秩序中是否在事实上得到了实施,亦即它是否得到了其适当对象的遵守亦即是否为政府当局所实施了”^②。也有人对凯尔森的法律实效概念提出了质疑和批判。牛津大学法哲学教授拉兹便指出,凯尔森的法律实效理论含混不清,其并未解决如何确定法律规范的实效的问题,即我们如何确认法律规范得到了人们的遵守和服从?据以判断的标准是什么?此外,还有一个更深层的问题,可以说仅仅得到了遵守和服从就表明它有实效了吗?^③

将目光转向国内,自20世纪90年代初我国法学界开始研讨法律实效以来,对其概念内涵的理解也存有不同论说。通过对已有的文献作梳理,发现有如下几种观点:第一种观点与凯尔森的概念内涵基本相同。如黄海林认为,法律实效是“一行为规则在社会中得到了特定对象的遵守、适用与执行及这种遵守、适用与执行的程度”^④。张骥认为,法律实效指的是“人们实际按照法律规定的行为模式去行为,法律被人们实际遵守、执行或适用”^⑤。沈宗灵认为,法律实效“又称为法律的成效,是指发生法律效力法律规范在实际上被执行、适用和遵守”^⑥。第二种观点认为法律实效是实然的国家强制力。如张根大提出,法律实效即法律的实质效力,是指“法律在时间、地域、对象和事项四个维度中所具有的实然国家强制作用力”^⑦。第三种观点认为法律实效等同法律效果。如郭宇昭认为,法律实效是指法律实施所产生的效果,即法律的实施效果。^⑧又如赵震江、周旺生认为,“法律实效即是

① Harry W. Jones, *The Efficacy of Law*, Northwestern Press, 1969, pp. 3—4.

② [美]E. 博登海默著:《法理学:法哲学及其方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第359—360页。

③ See Joseph Raz, *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System*, Clarendon Press, 1970, chapter 9.

④ 黄海林:《法效力与法实效之研究》,载《法学》1992年第1期。

⑤ 张骥:《法律实施的概念、评价标准及影响分析》,载《法律科学》1999年第1期。

⑥ 沈宗灵主编:《法理学》,高等教育出版社1998年版,第350页。

⑦ 张根大:《法律效力论》,法律出版社1999年版,第202页。

⑧ 参见郭宇昭主编:《社会主义法的基本理论》,中国人民大学出版社1993年版,第296页。

法律的功能和立法的目的实现的程度和状态”^①。第四种观点将法律实效归于法律实现的过程。如谢晖提出,法律实效是指国家实在法效力的实现状态和样式,是应然的法律效力实然化的情形,是法律主体对实在法权利义务享有和履行的实际状况。因此,法律实效在实质上表达着法律的实现过程。^②

概念是逻辑的起点,除非论述对象之概念已被清晰界定并形成共识,否则,概念的厘定始终是论者无以逃避的先前义务。“法律实效”一词的关键词是“实效”,而“实效”本身是一个偏正结构的词组,由修饰词“实”和中心词“效”组成,两个词各自便已抽象模糊,如不假推敲,笼统界说,含义难免混乱不堪。通过对法律实效之首创概念及国内外各种界说观点的梳理,不难发现各家对实效之“实”不存分歧,均认为“实”意指“实际”,即法律规范运行中的实际之效。换言之,首先,其“效”的获得只能通过法律规范的实施运行,而非在立法层面的假想设定,另外,其“效”乃法律规范事实上之效,是一种客观存在。真正的分歧来自于各家对“效”的不同理解,即重点是实效之“效”是否单纯意指约束力。

分歧迫使我们必须谨慎审视法律实效原初的概念。重新考察凯尔森的论述理据,除了向这位对法律实效作出开创性研究的法学家致敬之外,对其具有的局限性也毋庸讳言。首先是概念论证的工具性。凯尔森虽然注意到了法律实效的问题,并将其与法的效力作出了明确区分:“实效意指一条规范实际上被遵守和适用,而有效性则意指一条规范应当被遵守和适用”^③,但实效概念系凯尔森是为建构法的效力理论而触及,其并未甚至有意回避在实效问题上多费笔墨。原因其实很简单,凯尔森唯恐陷入法律实效与法的效力之间进退维谷的关系,避免困扰甚至摧毁其苦心建构的法的效力理论大厦。凯尔森一方面坚持其“等级层次体系”的法效力论,认为任何一个来源于高位规范的个别规范均具有当然的约束效力,另一方面,他又意识到人们不遵守法律规范的行为是客观存在的。于是,为了调和这种矛盾,凯尔森试图将法的效力与法的实效两个概念的关系加以剥离:“只要整个法律体系的大部分规范得到了遵守,某一法律规范的有效性便不受其实际实效的

① 赵震江、周旺生等:《论法律实效》,载《中外法学》1989年第2期。

② 谢晖:《论法律实效》,载《学习与探索》2005年第1期。

③ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, F. Deuticke, 1934, S. 69.

制约。”^①按照这一理解,除非某一法律规范完全无法得到遵守,否则,该法律规范的效力便和实效没有关联,不受实效的影响。然而,在晚期,凯尔森的思想发生了微妙的变化,他在1967年《纯粹法学》的英文版中对其之前所坚持的观点作出了修正:“一条在任何地方得不到任何人遵守的规范,换言之,一条至少在某种程度上没有实效的规范,不能被认为是一条有效的规范。”^②据此,凯尔森又得出了这样一个结论,即尽管一项规范的效力源自另一更高规范的认可,但其最低限度的实效乃是该规范有效性的一个必要条件。作出这样的修正也许是艰难的,凯尔森对此承认,对法的效力与实效之间关系的认定是实在法理论中最重要的同时也是最难的问题之一。^③其次是概念内涵的封闭性。凯尔森是彻底的实证主义捍卫者,这不仅体现在在其法的效力理论中,也毫无悬念地渗透进了其所提出的法律实效概念中。凯尔森强化法和国家的关系,宣称国家不过是强制规范的总和,国家和法律是统一的,以此切断法和社会的联系。因此,凯尔森认为“赋予法律‘实效’这一用语的唯一涵义就是人们的实际行为符合法律规范”^④,“忠实地适用某一实在命令以保护其存在”,即是实效,法的实效不必考虑对社会的影响。^⑤据此可以看出,凯尔森完全将实效概念置于纯粹规范的法效力理论框架中予以论证。不过,这招致一些学者的尖锐批评:“至少是为了分析的目的,凯尔森把法律视作一种封闭的东西,就好像法律是在一个封闭且密封的容器中一般。”^⑥霍尔也对此提出了质疑,认为对实效应区分结果(result)和影响(consequence)。结果,即人们的行为是否遵守和服从法律规范只是单纯的描述,而影响则是由法律是否被遵守、服从与法律实际产生的效果之间具有因果关系的逻辑性,需要加以规范分析。譬如,在缺乏促进就业的措施和立法的情况下,某城市通过了旨在保障低收入人群的最低标准工资法,结果是雇主服从法律,付给一部分人较高的工资,但影响则是雇主为平衡开支而裁员,致使更多的人失去工作机会。这样的法律是有实效的吗?当我们

① Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, F. Deuticke, 1934, S. 70.

② Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, transl. Max Knight, University of California Press, 1967, p. 11.

③ Ibid., p. 211.

④ [奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第42—43页。

⑤ See Hans Kelsen, *supra* note 2, pp. 48—49.

⑥ Maurice Hauriou, *Classical Method and Juridical Positivism, in the French Institutionalists*, ed. A. Broderick, Harvard University Press, 1970, p. 125.

说一个法律规范虽被遵守和服从但产生与其立法原旨不符甚至相悖的影响,而这个规范仍然是具有实效时似乎于理不通。

“真理是任何特定时间人们经验的总和。”^①正如博登海默所言:“法律是一个带有许多大厅、房间、拐角的大厦,在同一时间里想用一盏探照灯照亮每一间房间、凹角和拐角是极为困难的。”^②另外,法律概念也并非是一成不变的。萨维尼也提醒我们注意,要确凿把握每一时代与每一法律形式的特性,并在于事务整体的紧密联系与合作中,即是说,仅在其真实而自然的关系中,省察每一个概念和规则。^③进一步考察发现,社会法学的视野和理论事实上为法律实效概念注入了新的内涵并提供了充分支持。

伴随 20 世纪初美欧经济社会的快速发展,社会法学派逐渐兴起。社会法学派看重法的作用而非其抽象内容,认为法律是一种社会制度,法应强调其所要达到的社会目的,而并非制裁的实现,同时,法律的运行又是一种社会现象,法应当强调起对所调整的社会生活的作用或效果,并关注各种社会因素对法的影响。社会法学区分“文本中的法”和“行动中的法”,不把法律视为由刻板的规则所组成的概念和逻辑体系,而是将法律置于更大的社会背景下运作的一种制度规范,更加注重对法实施运行的动态考察,强调法律应当在社会中真正有效运行。^④尤其是社会法学派的重要分支——现实主义法学,主张关注法律的实际生活、经验及效果,提出如下观点:(1) 法律是不断变化的,是由司法创造的;(2) 法律是达到社会目的的一种手段,而不是目的本身,因此应不断研究各部分法律的目的和效果;(3) 社会是不断变化的,而且比法律变化更快,因此要不断审查各部分法律是否与社会需要相适应;(4) 研究法律应划分“实然”和“应然”,在确定研究目标时,须诉诸价值判断,但在研究“实然”时的观察、说明和确立应尽可能不受观察者意愿或伦理观念所支配;(5) 对以传统法律规则和概念来说明法院和人们的实际行为抱怀疑态度;(6) 对法律规则在法院判决中起重要作用的学说抱怀疑态度;(7) 主张案件和法律情况作比过去更狭窄的分类;(8) 坚持从法律

① Hyman Levy, *A Philosophy for a Modern Man*, The University of California Press, 1938, p. 309.

② [美]E. 博登海默:《法理学:法哲学及其方法》,邓正来译,中国政法大学出版社 2004 年版,第 217 页。

③ 参见[德]弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,中国法制出版社 2001 年版,第 37 页。

④ See Roscoe Pound, *Law in Book and Law in Action*, *The American Law Review*, 44(1910), p. 15.