

TRIAL STUDY

审判研究

2013年 第3辑 总第058辑



《审判研究》编辑委员会编

江苏省法学会审判理论研究会会刊

本辑要目

钱继磊 许艳

和谐社会视野下的法律事实认识论转向

白璐

国际货物买卖合同欠款利息偿付制度比较研究

贾娟

《纽约公约》与涉外仲裁协议的效力认定

钮丽娜

庭审艺术与庭审效果

周迅 高飞

「调审适度分离」模式的构想与探析

江苏省高级人民法院课题组

职务犯罪主体问题研究

法律出版社
LAW PRESS CHINA

2013年 第三辑 (总第五十八辑)

T R I A L

审判研究

S T U D Y

《审判研究》编辑委员会 编



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

审判研究. 2013 年. 第 3 辑: 总第 58 辑 / 《审判研究》编辑委员会编. —北京: 法律出版社, 2013. 11

ISBN 978-7-5118-5506-0

I. ①审… II. ①审… III. ①审判—研究—中国
IV. ①D925.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 242341 号

©法律出版社·中国

责任编辑/周 洋

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/法规出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/永恒印刷有限公司

责任印制/吕亚莉

开本/720 毫米×960 毫米 1/16

印张/15.25 字数/250 千

版本/2013 年 11 月第 1 版

印次/2013 年 11 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 978-7-5118-5506-0

定价:20.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《审判研究》编辑委员会

主 任：许前飞

副主任：周继业

委 员：（按姓名笔画为序）

刁海峰	马 荣	王世华	叶兆伟
刘亚平	刘亚军	刘媛珍	汤小夫
苏学增	李玉生	李后龙	时永才
吴立香	何 方	宋 健	张 屹
张婷婷	陆鸣苏	陈荣庆	茅仲华
周茸萌	屈建国	胡道才	俞灌南
贺强兴	夏正芳	钱 斌	徐 军
徐清宇	唐伯荣	蒋惠琴	谢国伟
褚红军	蔡绍刚	熊 毅	薛剑祥

主 编： 马 荣

副 主 编： 孙 轶 沈明磊 魏 明

编辑部主任： 魏 明（兼）

执 行 编 辑： 宋大振 董蕾蕾

专家论坛

- 1 钱继磊 许 艳 / 和谐社会视野下的法律事实认识论转向

审判实务

- 11 白 璐 / 国际货物买卖合同欠款利息偿付制度比较研究
 22 贾 娟 / 《纽约公约》与涉外仲裁协议的效力认定
 34 周 游 / 行政诉讼驳回诉讼请求判决的强制执行问题
 41 钮丽娜 / 庭审艺术与庭审效果
 ——兼论庭审小结的性质与作用

专题研究

- 46 周 迅 高 飞 / “调审适度分离”模式的构想与探析
 ——对“调判结合”司法困惑的反思与回应
 56 史乃兴 / 论调判关系的困境、定位及适用
 67 羊 震 / 民事诉讼法的理念新探
 ——以公正审判权为视角
 79 乔继东 / 观察与反思: 未成年人刑事案件审前调查制度研究
 89 刘金霞 / 民事强制答辩制度构建的进程探析
 ——基于民事诉讼法答辩制度实施的再思考
 101 朱 丽 / 恶意诉讼的司法规制
 ——兼论新《民事诉讼法》第 112 条的理解与适用

调查报告

- 112 江苏省高级人民法院课题组 / 职务犯罪主体问题研究
 ——以《刑法》第 93 条的规定为基础
 137 南通市中级人民法院课题组 / 公司控制权滥用之司法应对策略分析

域外法制

德国判例法下的医院组织过错责任 / 刘志阳	156
-----------------------	-----

各抒己见

论民事判决的可接受性 ——以民众参与为视角 / 鲍钰鸣	169
略论司法在社会信用体系建设中的价值实现 ——以诉讼诚信建设为切入点 / 王小曼	177
恶意仲裁规避执行的识别与规制 / 袁江华 杨 婷	186
论责任保险人和解参与权的限制 / 李江蓉	195
案外人异议之诉有关问题探析 / 施建红	202
驰名商标的司法认定制度研究 / 李惠娴	211

案例分析

利用影响力受贿犯罪行为模式的构建 / 马 亮	218
------------------------	-----

审判参考

江苏省高级人民法院 中国保险监督管理委员会江苏监管局 关于印发《保险合同纠纷案件诉调对接工作办法》的通知	227
---	-----

专家论坛

和谐社会视野下的法律事实认识论转向

钱继磊 许 艳*

一、和谐与和谐社会

无论是在古代中国文化传统还是在西方文化传统中,和谐的思想早就得到论述。当然,这不能否认两者之间的具体内容所具有的巨大差异。

和谐是我国传统文化的精髓。在我国传统文化中,和谐是关乎艺术的、外部形式的审美追求的、政治理想、伦理、生理、心理乃至宇宙观等多个层面的思想观。在我国古代儒家、道家等学派中都有丰富的和谐思想。如老子关于创世的哲学理论,“道生一,一生二,二生三,三生万物。万物负阴而抱阳,冲气以为和。”^{〔1〕}道家的哲学世界观讲求“宇宙万物的和谐合作”,它缘于这样的事实,即“它们便是这构成宇宙模式之整体的等级序列中的各个部分,它们所服从的乃是其各自本性的内在命令。”^{〔2〕}我国儒家讲的是“正心、修身、齐家、治国、平天下”,^{〔3〕}由此完成由个人到家到国的和谐统一。我国传统的实在法是根据自然血缘关系推衍出来的“义”或“利”的体系,是被儒家道德化了的工具性的由“礼”和“刑”共同组成的统一体。我国传统文化认为和谐的最高境界是“中和”,要达到“中和”,应采取“中庸之道”。中庸不是折中主义,不是平均主义,而

* 钱继磊,济南大学法学院副教授、副院长,山东大学法学院博士后,法学博士;许艳,济南大学硕士研究生。本文亦为山东省社科规划青年项目(10DFXZ02)、山东省高校人文社科项目(J12WB09)以及济南大学博士基金项目研究成果。

〔1〕《老子》第四十二章。

〔2〕 Joseph Needham, History of Scientific Thought, Published by Cambridge University Press 1991, p. 582.

〔3〕《礼记·大学》。

是要取得事物之间的平衡、均衡,要不偏不倚。

而在西方文化中,却始终存在二元对立,如哲学本体论中的精神和物质、认识论上的理性与感性、方法论上的抽象与具体、归纳和演绎;法律中的自然法和实在法;政治社会中的教皇和国王、贵族和平民等。西方古代的自然哲学是“一种在对于自然的好奇心支配下获得的纯粹知识”。〔4〕“希腊的伦理哲学是以一个完全与物理学的第一个问题相似的问题开始的”。〔5〕代表自然法学派的早期萌芽的斯多葛学派就秉承了这种哲学的抽象理性的特征,而且还带有宗教色彩。古罗马的西塞罗认为,“真正的法律是与自然相一致的正确理性;它适用于所有人且不变而永恒;它以其命令召唤人们履行义务,以其禁令使人们避免恶行”。〔6〕所以,西方的文化观念追求从斗争中达至和谐,强调突出主体、个性,强调一分为二;我国传统文化追求从协调中达至和谐,重视对立的而非对抗性的融合,强调整体性,既承认一分为二,也注重合二为一。特别是14世纪至16世纪时在欧洲大陆国家出现了“三R”现象〔7〕以来,人的价值、人的权利、人的自由得到了承认和解放,这使得此种传统更为明显。这也是西方与市场经济、民主政治、理性文化相符合的现代法治传统形成的重要原因。

可见,我们必须清楚地认识到,我国古代的和谐观与西方的和谐社会的和谐观截然不同。前者主要是一种实践理性认识论之上的哲学观,而后者是纯粹理性认识论上的哲学观;前者是一种“差序格局”等级社会秩序观,而后者是一种“等序格局”下的社会秩序观;〔8〕前者是一种“身份”社会中的强调个人义务本位的伦理化法制观,而后者是一种“契约”社会下的强调个人权利本位的现代法治观。总之,中国古代的和谐社会观是一种为了维护封建君主统治,与农业文明和自然经济相适应的、强调个人义务的身份等级性的一元化的社会和谐观;而西方的和谐社会观则形成了强调政治民主、文化多元、与工业文明和市场经济相适应的,强调个人平等自由、权利本位的,在冲突中寻求秩序和谐的二元社会和谐观。

〔4〕 梁治平:《寻找自然秩序中的和谐》,中国政法大学出版社2002年版,第348页。

〔5〕 上引书。

〔6〕 Cicero, De Republic, III, XXII, 33, see A. P. d'Entreves, Natural Law, 20-1 (N. Y. 1965).

〔7〕 西方的“三R”现象通常指:一是文艺复兴(Renaissance);二是宗教改革(Religion Reform);三是罗马法复兴(Recovery of Roman Law)。它们对西方资本主义的兴起和发展具有极大的促进作用。

〔8〕 费孝通:《乡土中国 中国生育制度》,北京大学出版社1998年版,第24-30页。

当然,从某种意义上讲,任何一种文化只不过是一种“地方性知识”,^[9]并不意味着具有普适的正当性。但是,我们并不能否认那些反映经济和社会运行的规律性的知识对于我们具有的参照性的借鉴意义,特别是对于我们的市场经济和法治建设,对于我们的物质文明和政治文明。不过,我们必须清楚我们的国情,立足于特定时空下的中国,进行有原则的扬弃。

就我国现阶段而言,在这些年的改革开放中,我国的各项事业都突飞猛进,成绩斐然。但是,我们目前依然面临着许多十分棘手的难题。例如,农民失地和城市拆迁引起的社会矛盾依然存在,城乡之间、区域之间、行业之间的收入差距进一步扩大,就业局面依然面临长期困难,腐败现象仍然较为严重,可持续增长受到资源、能源和环境的严重制约,等等。这些构成了我国社会建设和发展的主旋律中的不和谐音符。就这些不和谐音符的形成原因而言,一如邓正来所言,主要归结于以下三个方面:“与作为发展中国家的中国在当下世界结构之政治、经济和意识形态等因素的冲击下所必须面对的一种困境”、“传统的‘城乡二元结构’”和“新兴的‘贫富差距结构’”。^[10]正是基于此,党在十六大报告中提出了“和谐”一词,并以前所未有的频率出现了六次。胡锦涛在十六届四中全会上又进一步提出要构建社会主义和谐社会的方略。2005年2月19日,胡锦涛在省部级主要领导干部提高构建社会主义和谐社会能力专题研讨班开班式上发表重要讲话时指出,我们所要建设的社会主义和谐社会,应该是民主法治、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社会。

笔者认为,我们要实现的“和谐”具有多方面的内涵。至少应当包括:(1)人类作为一个整体与自然的和谐,亦即在我国应当使经济的发展、人口的增长与自然资源的消耗和自然环境所能承受的压力相适应,正确处理人口、经济与资源环境之间的关系,以实现可持续发展模式。(2)实现国家与国家之间、民族与民族之间、地区与地区之间的优势互补、平等互利、共同发展,即我们要努力争取有利的、和平的国际环境,积极加强与其他国家的贸易往来与各方面的合作,参与国际竞争,在国际经济政治秩序中早日实现民族的伟大复兴。(3)实现我国的行业之间、地区之间、城乡之间等内部的共同进步、协调发展,使全国人民共享改

[9] 在此处本文仅借用这一概念,但是本人并不赞同吉尔兹那种封闭意义下的文化阐释的观点。参见[美]克利福德·吉尔兹:“地方性知识:事实与法律的比较透视”,相关论述参见梁治平编:《法律的文化解释》,三联书店1999年版。

[10] 邓正来:“中国法学向何处去(四):个案研究与批判”,载《政法论坛》2005年第2期。

革开放所带来的伟大成果。

当然,构建和谐社会,需要各个学科,各个行业,每个人的长期不懈的共同努力。因此,对和谐社会的理论研究和具体实践,是一个跨学科的系统工程。法学的理论研究和具体法制建设应当且能够为此作出应有的努力和成就。这是由于,在存在复杂的社会分工的现代性的我国社会,在进行培育社会主义市场经济体系和发展政治文明的我国社会,更需要运用体现主体平等、契约自由、以人为本、公平正义的法律规范体系来组织、调节社会关系和调整人的行为;更需要体现司法中立,实现司法的公正救济。所以说,现代和谐社会必定是法治社会。就法律方面而言,构建和谐社会至少需要形成四种健全的社会机制,即利益表达机制、激励动力机制、整合平衡机制和利益救济机制。利益表达机制主要通过政治民主机制来实现,激励动力机制主要通过市场机制的作用来实现,整合平衡机制主要通过政府管理机制来实现,而利益救济机制则主要通过司法保障机制来实现。^[11]而且,从法律的视角来看,社会的不和谐也包括了法律与司法内部的不和谐与法律与司法之外的其他社会领域的不和谐。法律要解决的问题当然也就包括法律与司法内部不和谐在内的整个社会的不和谐问题。

二、从事实到法律事实

如上所述,法律对构建和谐社会具有极其重要的关键性作用。尽管法律具有四种机制,但是,社会正义的最终实现和终极性保障确实依托于司法保障机制。因为没有这最后一道防线,任何法律所体现的公正都无法实现,都将成为“空中楼阁”。而在司法寻求法律之内的正义时,对法律事实的认识论却起着举足轻重的作用。可以说,法律事实的认识论的方法与理论的不同直接会导致完全不同的法律结果。因此,基于上述必要性和本文的篇幅,本文仅就在构建和谐社会的时代背景下法律事实观的影响进行讨论。

(一)事实的内涵

维特根斯坦说过,“世界是事实的总体”^[12]。然而,“事实”一词看起来似乎很简单,但是对它的理解和界定却迥乎不同。比如,在哲学意义上,“事实”这个概念的习惯用法是指一种客观存在或实际存在。既包括现有的存在,也包括曾

[11] 杨海坤:“法治是和谐社会的公平正义之术”,载 <http://www.jsjy.gov.cn/newsfiles/34/2005-04/5219.shtml>, 2013年5月12日访问。

[12] [英]维特根斯坦:《逻辑哲学论》,贺绍甲译,商务印书馆1996年版,第25页。

有的存在;既包括物质的存在,也包括精神的存在。因此,“事实”可分为当前的事实和历史的 facts,物质的 facts 和精神的 facts。“事实”作为一种客观存在,可以与人的活动有关,也可以无关。因此可分为自然事实和社会事实。前者是指纯自然界事物及其运动,如某一天体的形成、发展和毁灭的过程;后者是指人所参与的社会运动。^[13] 维特根斯坦在本体论或认识论意义上按语言分析哲学的意义认为所谓事实,就是发生的事情,即诸事态(Sachverhalten)的存在。^[14] 人们可以将发生和存在的一切现象和状态(包括精神的或物理的)都称为事实。而罗素则曾经指出:“严格地说,事实是不能定义的”,^[15]“事实的意义就是某件存在的事物,不管有没有人认为它存在还是不存在”。^[16] 在这里罗素实际上概括了“事实”的根本特性,即客观存在性。这种客观存在性不仅体现为物质世界和人类的自然变化过程及其状态,在主客体的对象性关系中,我们还要“把人的活动本身理解为客观的活动”。但是,在人们的日常生活以及学术研究中,对“事实”一词的使用极为随意和复杂。我们有时将“事实”与臆想相对,指称一种实际存在的过程 and 状态;在认识论上,“事实”往往与观念、解说相对立,指称反映和认识的客体;而当我们说“陪审团决定事实问题,法官决定法律问题”,这里事实又是与规则相对的;有时又将“事实”与臆想相对,指称一种实际存在的过程 and 状态;有时,我们还把事实与价值相对立。总之,事实的含义依赖于我们所讨论的问题,依赖于我们关于“事实”一词的用法与语境。^[17]

(二)对法律事实及其主要特征的分析

对于法律事实,应当包括判决中的法律事实与规范中的法律事实两种概念。判决中的法律事实是对曾经发生或存在的具体行为或事件而言的,也叫裁判事实。规范中的“法律事实”是罗马客观法上的一个概念,在法学理论中使用非常广泛。在罗马法中,“jus”一词既可以指法律规范,又可以指法律权利。通常,罗马法学家将作为规范的法称为客观法,将规范所体现的法律权利则称为主观法。

[13] 严存生、王海山:“‘法律事实’概念的法哲学思考”,载《法学论坛》2002年第1期。

[14] “Sachverhalt”是维特根斯坦《逻辑哲学论》中一个十分重要的概念,早期的英文译本往往按照罗素的用语译为“原子事实”(atomicfact),但维特根斯坦认为罗素误解了他的思想,较新的英译本将之译为“事态”(State of affairs)。

[15] 参见罗素为维特根斯坦的《逻辑哲学论》所写的导言,前引[12],[英]维特根斯坦书,贺绍甲译。

[16] [英]罗素:《人类的知识》,张金言译,商务印书馆1983年版,第177页。

[17] 赵承寿:“法律事实辨析”,载《广州大学学报》(社会科学版)2002年第4期。

罗马法学家曾在客观法意义上发展出复杂的法律事实理论。罗马法中,因其存在而使主体获得或不再拥有主体权利的那些限制或条件叫作法律事实。或者说,法律事实是法律使某一权利的取得、丧失或变更赖以发生的条件;换言之,是引起法律后果的事实。法律事实作为权利义务发生的根据,可以理解为主体主张权利和承担义务的正当条件。即使权利主体无任何意思表示,甚至对权利尚不知晓,法律事实本身就足以促成权利的取得或丧失。判决中的法律事实是对曾经发生或存在的具体行为或事件而言的,也叫裁判事实。在诉讼中,当事人主张权利和要求他人承担义务都应当提出相应的事实依据和法律依据。本文要探讨的仅限于后者意义上的法律事实。^[18]

法律事实与一般事实相比,法律事实也具有客观存在性的特点,但是与一般的事实又有很大的不同。一般来讲,客观性在三种意义上来理解和使用:第一种是在本体论意义上使用,即事实的确实存在的绝对客观性;第二种是在科学的意义上使用,即通过科学实验的手段可以反复再现的汇聚性的客观;第三种则是指在认识主体通过交谈协商的方式而达致共识的客观性。可见,后两种的客观性实际上只是一种相对意义上的客观。法律事实所达至的客观性实际上对于第一种是不可能的。理由是:从认识论上,就一具体事实而言,人的认识能力和理性是有限的。也就是说,由于法律事实是已经发生的事实,对于过去已经发生的事实,无论任何人通过任何手段都无法完全复原已经发生的事实。因为我们对于已经发生的事实的认识和重构只能通过遗留下的实物或见证人的言辞。而无论是通过实物还是言辞都需要通过逻辑上的推理来重构,这就不可避免地或多或少掺进了人的个人主观性。加之,由于有些行为人会故意毁掉证据材料致使人们收集实物或言辞更加困难和有限以及时间上的有限性,更是不可能使法律事实达致这种绝对客观性。有论者可能会说,马克思哲学告诉我们人的认识能力是无限的,事实是可知的。在这里,马克思的认识论是否就是绝对真理我们暂且不论,^[19]这实际上是对马克思认识论哲学的误解。我们要清楚,马克思在这里

[18] 学者们对法律事实的分类的看法也不一致。譬如,谢晖就认为至少存在四种意义上的法律事实:其一是具有法律意义的事实;其二是重要的社会规范事实;其三是引致法律关系产生、变更和消灭的事实,这就是我们通常所讲的狭义的法律事实;其四是在主体之间形成法律关系事实。参见谢晖:“论法律事实”,载《湖南社会科学》2003年第5期。

[19] 例如,哈耶克的“有限理性”认识论就对马克思的理性主义提出了强有力的挑战。参见“普通法法治国的建构——哈耶克法律理论的再研究”,载邓正来:《规则·秩序·无知》,三联书店2004年版。

是在何种意义上谈这一点的。马克思实际上是为了驳斥不可知论提出这一点的。不可知论认为整个人类永远都无法认识整个世界的。而马克思则认为,人类的认识能力是无限的,世界是可知的。由此可见,马克思认为世界可知有以下几个前提条件:一是认识的对象是整个世界;二是认识的主体是整个人类;三是在时间上是无限的。而对于某一具体法律意义上事实却不具备这样的条件,也就不可能达致对过去发生的事实的客观性绝对认识和重构。

因此,法律事实只可能达致后两种意义上的客观性。所谓科学意义上的客观性,实际上就是建立在对科学手段的信赖基础之上并以此为工具的认识论。但是,我们必须清楚,科学不等于真理,其本体论意义上的绝对客观性都不断受到来自内部的质疑和挑战,并得到不断的修正和发展。因此,科学只不过是还没有得到证伪的、暂时被认为正确的东西。而且,科学所采用的无论是归纳法还是演绎法都具有无法克服的固有缺陷和不足。科学的结论的可靠性是否人为建构的产物也受到来自知识社会学领域的强烈质疑。作为方法论意义上的科学自然也就无法达致绝对的客观性。商谈意义上的客观性,是一种通过在主体间的沟通和对话基础上而达成的共识,当然与绝对客观性的差距会更大些。但是,这却是法律事实较容易达至的。然而,这种客观性必须有一个前提,就是双方具有一个可以商谈的共同性前见。而一旦在疑难复杂案件中,往往在主体间无法达致共识而被双方所接受。

综上所述,笔者认为,法律事实实际上是一种通过由双方不存在反对意见的证据材料进而认为其具有法律效力并由其进行合乎逻辑推理而得出的相对客观的事实。

当然,除了法律事实的相对客观性以外,它还具有相对确定性、属于已经发生的社会性事实等特点,但是这些特点都可以看作是由法律事实的相对客观性这一根本性特点所派生出来或具有的作用并非具有决定性的影响。因此,在此也就不再详细从认识论之视角分析其缘由了。

三、我国当前法律事实认识论的不足分析及其转向

(一)我国法律事实认识论的不足及其分析

研究认识的哲学理论就叫认识论。认识论以认识为研究对象,是对认识的认识,思想的思想。认识论要研究认识的来源、对象、性质、本质,认识过程,认识活动的规律,检验认识真理性的标准等问题。面对同一种认识,不同的哲学家会

形成很不相同的看法,甚至相反的看法,如反映论和先验论、可知论和不可知论的对立。

“以事实为依据,以法律为准绳”是我国司法的一项重要的基本原则。然而,我国目前对法律事实的认识论却存在许多严重的不足。本人认为,至少存在以下几点:首先,对于这一基本原则中“事实”的理解就存在分歧,如前所述,究竟是哪层意义上客观性意义上的事实呢?而现实中许多人往往把追求第一种本体论意义上的绝对客观性作为其理想目标。这必然会导致一些司法人员为了追求这一“乌托邦”而不惜采取各种手段获得所谓的证据材料。这是造成刑事法律当中刑讯逼供、严重侵害犯罪嫌疑人和被告人人身权利的重要原因之一。其次,我国法律事实的认识论强调对已有利的证据而忽视对己不利的证据,特别是在刑事法律中更是如此。这也导致了“无罪推定”等反映了旨在尊重和保障人权、由惩治犯罪到预防犯罪的现代法治理念的一些原则无法得到真正的实施。最后,我国当前法律事实的认识论过于重视其实质性而轻视程序性的证据。这可能使得司法公正无法被公众所看见。因此,在某种程度上也影响了公众对法律和司法的信仰。另外,由于过于追求法律事实的客观性,导致了大量案件的超期积压。这不仅使得司法救济丧失了及时性,而且还极大地浪费了有限的司法资源,导致效率低下。而且,即使实现了司法正义,这种迟来的正义至少也大打折扣。总之,这些都是司法内部的不和谐现象。

当然,造成这种不和谐局面的原因是多方面的。例如,我国文化传统与作为移植西方文化传统下的法律制度的产物在我国的水土不服;我国现在法律制度体系的不合理;少数司法人员素质低下;等等。但是,上面所述的种种不和谐都与对法律事实的客观性的不正确理解有密切关系。由于在我国法律传统中法律一直没有获得相对于政治的自治性地位,自然也谈不上法律为了追求自己独立性意义上的价值了。而法律自己独特的思维方式则是获得这种独立性价值的保证。现代法律所追求的价值是体现个体平等自由、公共权力得到有效限制、一切事物都依法而治的非人格化的治理方式。这也是和谐社会所必需的重要且关键的条件。法律不仅要消解掉自己内部的不和谐,而且还要为社会的其他领域的和谐与发展提供解决方法和保障。

我国对法律事实绝对客观性的追求主要有以下几方面原因:首先,我国的本土资源缺乏对法律事实这一专门性概念的理论支持。这与我国古代法律缺乏自治性与独立性有关。其次,近代以来,我国对西方现代法律的移植出现艰难曲

折。自“清末修律”以来,我国开始主动学习移植西方的法律制度及其体系有一个多世纪了。但是,由于各种原因,我国却经历了多次曲折。特别是改革开放前的一段时间,我国彻底抛弃了法律和法治建设,走向了法律虚无主义,这使得我国法律和法治建设大大倒退。而真正进行西方法律制度的积极移植也不过二十多年的时间。而且,至今那种与强调“阶级斗争为纲”将法律视为阶级统治和专政的工具论,那种与计划经济所强调的“去主体性”的法律观在我国的某些法律制度中依然残留着印痕。在某些人的思想中这种印痕可能更加明显和持久。这与强调“法律面前人人平等”,强调个人的主体意识、权利意识、民主意识、参与意识、利益意识、竞争意识等现代法治理念相去甚远。这些都使得我国某些司法人员难以摆脱过去那种追求实体正义、绝对客观真实、个体正义的思想的束缚,难以与对外面向全球化的,强调社会和谐健康发展的,体现程序正义、相对客观真实、体现整体性正义的现代法治理念相适应。最后,也是最根本的一点,是知识论上的。这就是我们对自已的理性及其限度认识的不足。我们一直坚信“人定胜天”、“与天斗,与地斗”的唯理主义的正确性并对此毫无质疑地全盘接受,过于夸大了人的理性的作用和功能,没有认识到人的“无知性”。这导致了人的盲目乐观的倾向,不相信任何不可知的可能性的存在。这种“致命的自负”致使我们在无法达致自己期望的绝对客观真实时,就可能会通过人为意志刻意地构建出自已所谓的“绝对客观事实”来。

(二) 一种我国法律事实的认识论的转向

面对我国社会发展中出现的种种不和谐的地方,包括法律与司法内部与外部的不和谐的地方。我们必须摒弃过去的那种法律事实认识论,转向一种与建构和谐社会和全球化背景相适应的,能够解决法律与司法内部、外部不和谐的法律事实认识论。

笔者认为,一种行之有效的对于法律事实认识论的解决方案,就是转换我们的思维方式这种方法论,培养开放式的、现代性的法律思维方式方法论。具体可以分为以下几个方面:

第一,由过去的强调“义务本位”的“阶级斗争范式”向“权利本位范式”再到“全球化范式”的转向。“范式”(paradigm)概念是由美国科学哲学家托马斯·库恩在其《科学革命的结构》一书中最早提出来的。之后,这一概念被广泛用于各个领域。在我国的法学界最早引入这一概念的是张文显教授。他认为,范式是“一种全新的理解系统”、“是一种全新的理论依据”、“是一种方法论和一套新颖

的基本方法”、“是一种全新的理论背景,即一个学术共同体”、“一种全新的理论框架”、“一种学术传统和学术品格”。^[20]“权利本位范式”告诉我们必须平等地尊重和保障每个人的人权,特别是作为弱势群体的权利;告诉我们必须形成一种与此相适应的体现契约自由、文明政治、以人为本的法治理念和法律思维方式。我们不仅要强调“权利本位范式”的确立,而且随着我国的人世和国际交往的不断深化,加之我国已经加入了一系列的国际性条约。这样,“全球化范式”正在确立。我们考虑问题必须不得不面对全球化这一新的时代背景。这就要求我们必须具有全球化的思维、全球化的视野、面对全球化的策略,来解决各种法律问题。

第二,由传统的法律思维方式向新型的法律思维方式的转向。法治理念的形成与法律的思维方式的转向两者密不可分。对于司法实践人员而言,不仅应当切实地转变范式与形成法治理念,而且更重要的是,应当实现法律思维方式的转向。唯其如此,才能真正完成法律事实的认识论转向,才能真正解决自身以及自身以外的社会不和谐的地方。具体而言,至少应该做到以下几个方面:(1)相对客观真实优于绝对客观存在真实,亦即将法律事实认识论与哲学特别是通常所认为的认识论相区别。(2)法律思维必须以权利义务的分析作为思考问题的基本逻辑线索,亦即将法律作为一种相对独立的知识和学科与政治相分离。一方面从本质上将法律的阶级性作为其唯一的本质属性转向为法律不仅具有阶级性更具有社会性的本质属性,另一方面从功能上从过去将法律视为阶级统治和国家专政的工具转向为法律还具有包括社会组织管理、社会控制、社会服务、社会激励等在内的多项功能。(3)形式合理性优先于实质合理性。马克斯·韦伯认为人的理性是现代社会兴起和发展的关键。现代社会与理性、科学密不可分,特别是形式合理性。对形式合理性优先的追求就是现代法律思维的独特特征之一。(4)程序公正优先于实体公正。(5)普遍正义优先于个案正义。(6)理由和过程优先于结论和结果。(7)合法性优于客观性。(8)及时正义优先于迟到正义等。这些都是法律思维方式与一般化的哲学思维的不同。^[21]

[20] 张文显:《法哲学范畴研究》,中国政法大学出版社2001年版,第271-394页。

[21] 郑成良:《法律之中的正义——一个关于司法公正的法律实证主义解读》,中国政法大学出版社2002年版,第20-50页。