



司法的理论与实务 若干问题研究

谭 红 著



山东人民出版社



司法的理论与实务 若干问题研究

谭 红 著

山东人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

司法的理论与实务若干问题研究/谭红著. — 济南:
山东人民出版社, 2010. 7
ISBN 978-7-209-05441-6

I. ①司… II. ①谭… III. ①司法—研究—中国
IV. ①D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 138942 号

责任编辑:李岱岩

封面设计:武 斌

司法的理论与实务若干问题研究

谭 红 著

山东出版集团

山东人民出版社出版发行

社 址:济南市经九路胜利大街 39 号 邮 编:250001

网 址:<http://www.sd-book.com.cn>

发行部:(0531)82098027 82098028

新华书店经销

青岛星球印刷有限公司印装

规 格 32 开(148mm×210mm)

印 张 8.25

字 数 220 千字 插 页 2

版 次 2010 年 7 月第 1 版

印 次 2010 年 7 月第 1 次

ISBN 978-7-209-05441-6

定 价 26.00 元

如有质量问题,请与印刷厂调换。(0532)88194567

目 录

第一章 司法公信力的基本法理	(1)
一、司法公信力是司法权良性运行的客观反映	(1)
二、司法公信力是法律信仰的应有之义	(11)
三、司法公信力与宗教信仰密切相连	(22)
四、司法公信力与法律文化休戚相关	(26)
第二章 司法功能实现之若干规范性障碍	(42)
一、诉讼法上的冲突及其解决对策	(42)
二、督促程序规范若干问题及其完善	(60)
三、调解与救济的根本法思考	(66)
四、司法解释的发展与完善	(82)
第三章 司法功能实现之若干实证分析	(91)
一、具有强制执行效力的公证文书是否属于民事 诉讼受案范围	(91)
二、劳动者对工伤与侵权竞合案件能否享有直接诉权	(99)

三、仲裁条款是否应随合同权利义务的转移而转移	(116)
四、商标平行进口问题透视	(134)
五、专利权“一女二嫁”现象剖析	(177)
第四章 司法的最后环节：直面若干执行问题	(189)
一、被执行主体的变更与追加	(189)
二、建设工程价款优先受偿权的确认和执行	(228)
三、执行和解的性质与效力	(246)

第一章 司法公信力的基本法理

司法公信力是司法机关依法行使司法权的客观表现,是司法过程和司法结果得到民众充分信赖、尊重与认同的必然结果。换言之,司法公信力一方面体现为民众对司法的充分信任与尊重,包括对司法主体的充分信任与尊敬,对司法过程的充分信赖与认同,对司法裁判的自觉服从与执行;另一方面则体现为法律在整个社会的权威与尊严已经树立,广大民众对法律持有十足的信心,公民的法律信仰包括司法信仰得到空前的加强。^①可见,司法公信力不仅与司法权的行使密切相关,而且与整个社会的法律信仰密不可分。除此之外,司法公信力还与宗教信仰、法律文化等因素也有着“剪不断”的联系。

一、司法公信力是司法权良性运行的客观反映

(一) 司法权及其特性

司法权的结果即是判决书的作出。显然,如果司法权没有得到正确的行使,则很难想象司法机关能作出一个客观公正的裁判结果,司法机关还能保持多大的公信力。所以,澳大利亚法官马丁说:“在

^① 参见黄娟:《在“应然”与“实然”之间——司法的公信力及司法权运行过程中的“信息失真”》,载《湘潭大学社会科学学报》2002年第3期。

一个秩序良好的社会中,司法部门应得到人民的信任和支持。从这个意义出发,公信力的丧失就意味着司法权的丧失。”^①而在谈到滥用司法权或者不正确行使司法权的危害后果时,英国著名的思想家培根形象地说:“一次不公的判决比多次不平的举动为祸尤烈,因为这些不平的举动不过弄脏了水流,而不公的判决则把水源败坏了。”^②

由于各国具体的现实国情和历史文化背景、历史传统不同,司法体制存在很大的差异,因而对司法权的概念和功能的理解也不尽相同。如有学者认为,司法权包括广义和狭义两种含义。从广义上讲,司法权是指司法机关在审判、检察和侦查等活动中所行使的权力,包括审判权、检察权和侦查权等。从狭义上看,司法权仅指法院的审判权。有学者则从独特的角度对司法权进行了探讨,认为司法权的本质特征有两点:一是服从法律,二是创造法律。服从与创造,构成了司法权本质的一体两面。其中,服从法律反映了司法权第一个维度上的本质特征,创造法律是司法权第二个维度上的本质特征,二者既相互对立,又相互统一,共同形成了司法权的本质规定性。如果说,服从法律反映的是司法权本质的“正”的一面,创造法律反映的是司法权本质的“反”的一面,那么,两者都统一于司法权这个“合”的统一体中。换言之,就像黑格尔论证的正例题、反命题与合命题一样,司法权就是在更高层次上实现了对服从法律、创造法律这两个相反命题的综合与提升。^③该观点实际上是从狭义的角度来界定司法权的。

英国学者詹宁斯曾经说过:“要准确地界定‘司法权’是什么,从

① 转引自上海一中院研究室:《21 世纪司法制度面临的基本课题》,载《法学》1998 年第 12 期。

② [英] 弗兰西斯·培根:《培根论说文集》,水天同译,商务印书馆 1983 年版,第 193 页。

③ 喻中:《服从与创造:关于司法权本质特征的一种认知》,载《四川大学学报》(哲学社会科学版)2004 年第 4 期。

来都不十分容易。”^①但是,我们认为,司法权的概念和功能还是可以从其与行政权的区别中得到理解。司法权和行政权虽然都属于国家的权力,而且都是从属于立法权,即都是属于执行权。但二者的区别亦是很明显的,它们之间最本质的区别在于:司法权以判断为本质内容,是判断权;而行政权以管理为本质内容,是管理权。判断的前提是关于真假、是非、曲直所引发的争端的存在。司法判断是针对真与假、是与非、曲与直等问题,根据特定的事实、证据与既定的规则,通过一定的程序进行认识。而行政管理发生在社会生活的全过程,它不一定以争端的存在为前提,其职责内容可以包括组织、领导、管制、监督、警示、命令、劝阻、服务、准许、协调等行动。正因为司法权是判断权,才导致司法权与行政权的一系列区别,它们包括以下几方面。^②

第一,运行方式不同。司法权在运行时具有被动性,而行政权在运行时则具有主动性。司法权消极处事,超然待物,以“不告不理”为原则,非因诉方、控方请求不作主动干预。而行政权的运行总是积极主动地干预人们的社会活动和个人生活。另外,司法权具有专属性,而行政权具有可转授性。对于司法权来说,承担判断职能的主体只能是特定的少数人,而不应当是其他任何人,其他任何非司法主体、未经职业训练的人员不得行使判断权。因此,司法权是专属的,是不可转授的,除非诉方或控方将需要判断的事项交给其他组织,如仲裁机构。而行政权在行使主体方面,可以根据行政事务的重要程度、复杂程度指派行政人员或授权给非政府人员处理,比如委托给民间组织、自治组织处理原本属于政府的事务。

第二,独立性要求不同。司法权是一种判断权,是对社会纠纷予

① [英]詹宁斯:《法与宪法》,龚祥瑞等译,生活·读书·新知三联书店1997年版,第165页。

② 参见孙笑侠:《司法权的本质是判断权——司法权与行政权的十大区别》,载《法学》1998年第8期。

以裁判的权力。为了保证裁判结果的公正性,确保司法的社会公信力,就要求裁判的主体必须独立,排除各方面的非法干涉。而行政权的本质特征是服从上级,因此其独立性少有存在。

从现代法治国家的实践来看,司法独立包括的内容主要有:司法权和司法机关从整体上独立于其他国家机关,特别是司法机关应当有独立的财政权和人事权;法院上下级之间应当保持独立;法官审判案件时不受任何个人、任何机关、任何组织的干涉,包括其他法官的干涉,法官只服从法律;司法独立的一系列保障机制,等等。质言之,司法独立应当主要从三个层面去考量:其一是司法机关相对于外部其他机关、团体与个人的独立,即司法权的独立问题;其二是上下级法院之间的独立,不存在管理与被管理、领导与被领导的关系,即法院的独立问题;其三是法官或合议庭审理案件时,不受法院以外的机关、团体与个人的干涉,也不受所在法院其他任何法官的干涉,此即法官的独立问题。对照我国《宪法》第126条、127条和128条的有关规定,其构建上的缺陷是显而易见的,至少它既没有授予法官独立司法的权力,而且还造成了对司法权的分割与下放。^①这是有道理的。当前,我国的司法机关和司法主体在独立性方面还存在一些问题,亟须完善。

第三,中立性与倾向性不同。司法权具有中立性。司法中立原本就是就司法者的态度而言的,是指法院以及法官的态度不受其他因素,包括政府、政党、媒体等影响;在个案中,司法中立是指法院应处于超然的地位,对双方当事人应当一视同仁,不得偏袒任何一方。这就要求法官不仅同争议的案件没有任何法律上的利害关系,而且不得对任何一方当事人存有支持或反对的倾向。而行政权在它面临的各种社会矛盾面前,其态度具有鲜明的倾向性。“司法判决是依法作出的,行政决定是依行政政策作出的。法院尽力从法律规则和原则中找出正确的答案。行政官尽力根据公共利益找出最有利、最理

^① 参见孙轶:《司法、司法权及其他》,载《法律适用》2003年第8期。

想的答案。”^①虽然法院有时也根据公共利益去寻找答案,法律根据与政策根据之间存在着交叉,但是,“法官与行政官的思想方式是完全不同的,法官的方法是客观的,遵守着他的法律观念;行政官的方法是经验式的,是权宜之计”^②。行政权鲜明的倾向性往往来源于这样的事实:政府总是更关心自己的行政目标和效率。因为行政权代表国家,具有官方性。而“司法权则是权利的庇护者”,“同一官署忽而忙于维护国家利益,忽而又将国家利益弃置一边,忙于维护正义,显然极不协调”^③。因此只有判断者的态度是中立的,才可能作出客观、公正、准确的判断。

第四,价值取向不尽相同。司法权的价值取向侧重公正优先性,而行政权的价值取向侧重效率优先性。效率与公正是一对矛盾,无论在司法过程抑或是行政过程均是如此,但司法不以投入和产出的关系为忌,而行政则注重投入与产出的关系。判断贵在公正和准确,管理贵在神速和有效。当然,强调司法权设立与行使的价值侧重于公正价值,并不是说司法可以忽视效率、效益等价值,而是说在诸种法律价值中,公正价值具有优先性,是第一位的。

第五,程序性要求不尽相同。司法权的行使必须遵循严格的程序。法定程序是保证司法机关正确、合法、及时地适用法律的前提,是实现司法公正的重要保证;同时也是保障人权、防止司法权被恣意行使的有效手段。行政权的行使虽然也有相关程序性的要求,但其严格性显然不及对司法权的要求。

第六,效力不尽相同。司法权效力具有终极性。司法权的终极性意味着它是最终判断权,是最权威的判断权。司法判断的范围不

① [英]威廉·韦德:《行政法》,徐炳等译,中国大百科全书出版社1997年版,第50页。

② [英]威廉·韦德:《行政法》,徐炳等译,中国大百科全书出版社1997年版,第51页。

③ [德]拉德布鲁赫:《法学导论》,米健等译,中国大百科全书出版社1997年版,第101页。

仅针对行政权,还针对立法权,司法权对行政与立法行为进行判断的效力是终局的,法治原理假设了这个判断机构的权威性,尽管该机构不可能完全、一贯正确。行政权虽然具有先定力、公定力、确定力和执行力,但它是否合法、合理,不能由行政权主体自己进行判断,而是由行使判断权的司法机关进行判断,司法审查权由此应运而生。行政行为一旦经司法审查被撤销,那么其效力随之丧失。

(二) 司法权运行中的制度性障碍对司法公信力的负面影响

由于各种因素的影响,司法主体在行使司法权时往往会出现偏离应然状态的情况,出现司法权运行机制的制度性障碍,因而严重损害了司法的公信力。特别是以下情形尤甚。

第一,司法权的地方化。司法权地方化的危害是极为严重的,其最典型的表现形式有:地方保护主义的盛行,地方司法机关各行其是、各行其道,裁判标准各异,因而司法极不统一。造成我国司法权地方化的主要原因有二:一是我国宪政体制在司法制度的设置方面存在一些不足。前已述及,我国《宪法》第126条、127条和128条关于司法制度的规定的缺陷是显而易见的,因为它没有授予法官独立司法的权力,而且还造成了对司法权的分割与下放;二是具体的制度性障碍。^①主要表现在我国法院人事制度和司法资源管理体制深深打上了地方化的烙印,这早已是一个众所周知的问题。法院的人事权和财政权均受制于地方,无疑是造成司法权地方化的直接原因。

第二,司法主体的行政化与主观化。我国现行法官制度带有明显的行政化色彩,这与上述所提到的法院人事制度和司法资源管理体制严重地方化的情况是分不开的。特别是新的《公务员法》把法官等纳入其调整范围,更是增加了法官的行政化色彩。另外,司法主体的行政化也与我国历史上尤其是我国封建专制社会中司法从属于行政的状况不无关系。由是,司法权运行主体的权威地位受到极大

^① 参见赵贵龙:《论司法权运行机制的目标模式》,载《人民司法》2001年第4期。

影响,司法的公信力也受到严峻的挑战。

就司法主体的主观化而言,尽管“法院是法律帝国的首都”,但“法官乃帝国的王侯”^①,因此,法律适用结果的状况直接受法官主观性的影响。法官是司法权系统中最具有活力的构成要素,司法权的功能作用能否得到实现,有赖于法官能否按照司法权运行的各种制度性要求来引导司法权的实际运行。可以说,法官是司法权运行的主体,决定着司法权的实际运行面貌。法官的司法公正与否,与司法公信力有着直接的关系。^②

第三,司法主体素质的良莠不齐与司法权的滥用。应当承认,与发达国家司法机关的法官队伍素质相比较起来,我国法官队伍的整体素质还有待于进一步提高,而且我国法官队伍中良莠不齐的现状也亟须改变。法官作为司法权的行使者,手中握有定分止争甚至是生杀予夺之权,与当事人的关系甚为紧密。因此,如果法官的素质太低,则是很难保证司法权不被滥用。正如孟德斯鸠所言:“一切有权力的人都容易滥用权力,这是万古不易的一条经验。”^③而司法是维护社会正义的最后一道防线,如果司法与腐败结缘,后果是极为严重的。因此,提高司法主体的整体素质,加强对司法权的控制与监督,也就成为保障人权、提高司法公信力的一个不可或缺的方面。

第四,对司法权程序限制的欠缺。司法依程序而为,是衡量一个国家和社会是否文明、进步、民主的重要标志,也是司法所追求的价值目标之一。而且,法院只有通过公正的程序才能正确地认定案件事实和适用法律,并作出正确的裁判。但是,我国长期以来“重实体、轻程序”的思想观念根深蒂固。程序法作为从法,是依附于实体法的,是作为保证实体法的正确实施而存在。这样的危害是,司法实

① 参见[美]德沃金:《法律帝国》,李常青译,中国大百科全书出版社1996年版,第361页。

② 参见严励:《司法权威初论》,载《中国司法》2004年第6期。

③ [法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上册),张雁深译,商务印书馆1961年版,第154页。

践中严重忽视当事人的程序权利,进而侵犯当事人的实体权利的现象屡见不鲜。特别是程序意识的虚无,成为司法腐败行为在中国得以产生的一个重要文化因素。社会整体的评价体系还主要建立在人自身的道德观基础之上,而缺乏程序正当化机制。因此,各种社会激励机制也就会围绕着结果的正当化而建立,而为了追求结果的正当性,手段本身是否正当也就不显得那么重要。这些为各种以追求“结果公正”的名义而违反或规避法律程序性规定的司法行为在社会心理上制造了滋生的“温床”。^①

就司法审判所追求的价值来说,其在于追求法律上的真实而非事实上的真实。而法律上的真实首先强调的是程序正义,即通过法定审判程序来保证司法权的正当运行。而我国长期以来奉行实事求是、有错必纠的司法原则,强调的是最大限度地追求事实上的真实,对程序正义的重要地位则认识不足,从而导致“重实体、轻程序”这一司法倾向的普遍存在,“程序法从属和服务于实体法”成为长期以来左右审判实践的理念。可以说,在我国现行司法背景下,审判的实体化成为构建司法权正当运行机制的制度性障碍,因此,必须要克服这个制度性障碍^②,必须要摒弃程序工具主义的观点,从程序上对司法权予以限制,防止司法权被恣意行使,进而充分保障当事人的程序权利和其他合法权利。

(三) 司法权的良性运行对司法公信力的积极影响

司法权的良性运行意味着,只有当民众可以向国家司法机关寻求有效的救济时,司法权才能获得足够的权威和民众的充分认同。另一方面,司法权作为一种判断权,判断的结果即司法裁判如要得到双方当事人的承认、信服和整个法律共同体的认同、尊重,就必须强

^① 参见黄娟:《在“应然”与“实然”之间——司法的公信力及司法权运行过程中的“信息失真”》,载《湘潭大学社会科学学报》2002年第3期。

^② 参见赵贵龙:《论司法权运行机制的目标模式》,载《人民司法》2001年第4期。

调司法权的良性运行。

司法公信力是司法权良性运行的客观表现。但司法权的良性运行要以对既有法律的尊敬为前提。司法权在运作过程中,不得不在满足裁判的自恰性和合理性之间作出艰难的选择。哈贝马斯认为他所提出的法律运用性论辩最能够满足司法权运作的这种要求。在这种运用性商谈中,正当法律程序的意义凸现出来。另一方面,规范论证和规范运用论辩逻辑的区别,也使得司法权的运作带有更强的专业性色彩。当中国市场经济发展到一定阶段的时候,一定会产生许多权利保障方面的诉求,特别是要保障以人身权和财产权为中心的各种自由权利。这样,一个独立公正的司法制度必不可少,而这种独立公正的司法制度将给整个社会带来一种长期的信用体系,司法公信力本身也将得到极大地提高。^①

在现代司法活动中,高素质的司法主体对保障司法权良性运行发挥着十分重要的作用。因为他们在崇尚追求公平正义、自由民主、人权保障等价值理性的同时,还具有一种技术理性,即恰当自如地运用法律赋予的自由裁量权来对社会中各种各样的利益与价值冲突进行平衡与整合,将纸面上僵硬的法律条文生动地再现于具体的现实生活当中。这是一门艺术,一种技术化了的理性展现。显然,如果司法自由裁量权没有被恰当自如地运用,司法权的良性运行则不可能得到保证。正如有学者所说:“法官之司法活动常常处于民主与自由、规则与裁量、权力制约与司法独立等多种微妙的紧张关系之中,这就对法官的决疑技术与平衡技巧提出了非常高的要求。除非经过严格的专门训练的法律家,常人难以具备司法所要求的特殊的技术理性的。”^②因此,为了保障司法权的良性运行,不仅要求司法主体

① 参见程春明、泮伟江:《现代社会中的司法权——由中国法律的实效性问题检讨司法权的性质》(上),载《中国司法》2005年第9期。

② 左卫民、周长军:《变迁与改革——法院制度现代化研究》,法律出版社2000年版,第107页。

拥有扎实的法律专业知识和以人为本的崇高的法治精神,而且要求其掌握娴熟的法律适用技巧,即一种“技术化了的理性”。

司法活动是由国家司法机关按照法定的程序所展开的活动。司法公信力最主要还是体现在司法权的运行过程即具体的司法活动过程当中,以及司法权运行的结果即客观公正的司法裁判结果当中。

从司法裁判活动来看,司法审判的“剧场化”效应是司法产生公信力的主要源泉。这主要表现在:布局庄严、静穆的法庭,着装正式、神情严肃的审判者,向外界公开但又与其保持一定距离、具有一定的相对封闭性的庭审现场,双方当事人及其律师之间展开的激烈辩论,以及按部就班的审判程序,井然有序的法庭秩序,乃至最后司法裁判的庄严宣示,等等。这些都使得整个裁判活动具有一种无形但又能被人强烈感知的感染力和震撼力,这种感染力和震撼力一方面来自于裁判依据——法律的庄严与神圣,另一方面则基于司法过程仪式本身所具有的感染力。^①的确,每一个出入法庭的人都在参与庭审活动的过程当中感受到了司法过程本身所具有的感染力和震撼力,并接受了程序和秩序的陶冶,同时又用自己的言行把程序和秩序的理念传播给那些尚未经受同样体验的人们。而且,庭审过程中法官与普通民众保持一定的距离,一方面可使普通民众免受政治的、经济的、道德的或其他情绪性社会因素的影响,以法律的态度和方式来解决社会冲突和纷争;另一方面,这样的阻隔能强化法官职业和法律本身的神圣性和权威性,使一般的民众普遍形成对法律的敬仰和尊重。^②

就司法裁判结果而言,客观公正的裁判结果乃是司法获得公信力的根本标志和根本途径。显然,司法公信力不是靠司法的强制性

① 参见黄娟:《在“应然”与“实然”之间——司法的公信力及司法权运行过程中的“信息失真”》,载《湘潭大学社会科学学报》2002年第3期。

② 参见舒国滢:《从司法的广场化到司法的剧场化》,载《依法治国与司法改革》,信春鹰、李林主编,中国法制出版社1999年版,第64-78页。

与不可接近性获得的,而是通过公正的裁判来形成的。尽管我们不得不承认,司法权作为法院所享有的一种国家权力,特别是作为对当事人之间所发生的纠纷的事实问题和当事人的法律主张依法进行判断,以维护当事人的合法权益和法的价值的终局性权力,是法律正义的最终守护神,是司法公信力和司法权威的直接体现者。但是,司法权本身并不能带来长久的和充分的公信力,司法权若没有客观公正的裁判结果为基础和后盾,其公信力只能是昙花一现,而且是底气不足。实际上,为了实现司法公正,树立司法权威,提高司法公信力,还需要充分发挥司法权的亲和力。亲和力是司法权存在和发挥功效的主要原因,是司法权的本质特征之一。司法权在追求公正时,除了在执行程序上及审判过程中使用必要的强制力外,审判的全过程,要注重其各项制度的可接近性,力求贴近社会、亲近民众,审判方式也要尽量民主、文明,采用柔性的温和的比较人性化的手段。强调司法权的亲和力,不但对实现司法目的、树立司法权威和提高司法公信力具有重要作用,而且对科学的运用司法权及其改革,都具有重要的理论意义和实践指导价值。^①

二、司法公信力是法律信仰的应有之义

(一)什么是法律信仰

法律信仰属于信仰的一种,因此,要理解什么是法律信仰,首先得弄清什么是信仰的问题。究竟什么是信仰呢?信仰有什么作用呢?《辞海》对信仰的解释是这样的:“对某种宗教或对某种主义极度信服和尊重,并引以为行动的准则。”《现代汉语词典》对其也作了大致类似的解释,即信仰是指对某人或某种主张、主义、宗教极度相

^① 参见唐磊、汪启和:《论司法权应具亲和力的十大理由》,载《中国司法》2005年第9期。

信和尊敬,拿来作为自己行动的榜样和指南。相比较起来,前一种解释只列出了对“宗教”和“主义”的信仰,后一种解释则多了对“个人”和“主张”的信仰,即个人和主张也可以成为信仰的对象,不过二者都没有明确提及对“法律”的信仰。

信仰作为人的一种主观意识形态,不仅对其个人,而且对整个社会都具有十分重要的意义。正如托克维尔所说:“不难理解,一个社会要是没有信仰,就不会欣欣向荣。甚至可以说,一个没有共同信仰的社会,就根本无法存在。因为没有共同的思想,就不会有共同的行动,这时虽然有人存在,但构不成社会。因此为了使社会成立,尤其是为了使社会欣欣向荣,就必须用某种主要的思想把全体公民的精神经常集中起来。”^①托克维尔之言是非常正确的。很难想象,一个公民没有自己的信仰、一个社会没有共同的信仰将会变成怎样。

那么,什么又是法律信仰呢?法律信仰有什么意义呢?伯尔曼说:“法律必须被信仰,否则它将形同虚设。它不仅包含有人的理性和意志,而且还包含了他的情感,他的直觉和献身,以及他的信仰。”“没有信仰的法律将退化成为僵死的教条。”^②的确如此,法律信仰是法治社会形成的基本标志。在一个国家当中,如果人民对法律没有信仰,即使这个国家制定出再多再完美的法律,也是无济于事,至多是一些废纸而已。法律如果不被内化为一个国家的传统和精神,不被一个国家的公民所认同、所信服,是不可能取得任何实效的——而实效是法律的生命。

实际上,关于法律信仰的内涵,目前学界还存在不同的看法。如有学者认为,法律信仰是指社会主体对社会法的现象的一种特殊的主观把握方式,是社会主体在对社会法的现象在理性认识基础上油然而生的一种神圣体验,是对法的一种心悦诚服的认同感和依归感,

① [法]托克维尔:《论美国的民主》,董果良译,商务印书馆2002年版,第567页。

② [美]伯尔曼:《法律与宗教》,梁治平译,生活·读书·新知三联书店1991年版,第28页、64页。