

中山大学 法律评论

第8卷·第2辑

Vol.8, No.2 (2010)

SUN YAT-SEN UNIVERSITY
LAW REVIEW

中山大学法学院 主办



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



中山大学 法律评论

第8卷·第2辑

Vol.8, No.2 (2010)

SUN YAT-SEN UNIVERSITY
LAW REVIEW

中山大学法学院 主办



法律出版社

www.lawpress.com.cn



www.falvm.com.cn

Y002

图书在版编目(CIP)数据

中山大学法律评论. 第8卷·第2辑 / 谢进杰主编
—北京: 法律出版社, 2010. 9

ISBN 978 - 7 - 5118 - 1145 - 5

I. ①中… II. ①谢… III. ①法学—研究—文集
IV. ①D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 167024 号

中山大学法律评论.
第八卷·第2辑

谢进杰 主编

责任编辑 董 飞
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 787×960 毫米 1/16

版本 2010 年 10 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京外文印刷厂

印张 26.25 字数 407 千

印次 2010 年 10 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 1145 - 5

定价: 49.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

编者按语

主题研讨

我们倡导迈向法律实践研究的交叉学科图景。这一辑,我们组织的是“法律实践研究的交叉学科视野:法律经济学”的主题研讨。法律经济学,亦称“法律的经济分析”,用经济学的理论和方法研究法学问题。这种学术努力,可以追溯至塞萨里·贝卡利亚、杰里米·边沁、亚当·斯密、卡尔·马克思、阿道夫·瓦格纳、康芒斯、亨利·西蒙斯和阿伦·迪雷克特等学者那里,甚至更早。1958年阿伦·迪雷克特教授在芝加哥大学法学院创办《法律经济学杂志》,被视为法律经济学运动的里程碑;1960年罗纳德·H. 科斯教授发表学说标志性论文《社会成本问题》,接着1961年盖伊多·卡拉布雷西发表《关于风险分配与侵权法的一些思考》、阿曼·A. 阿尔钦发表《产权经济学》,标志着法经济学作为一门学科的初创与问世,经济分析进入了本属法学家的法学研究的具体领域。从此,全球范围内的“法律经济学运动”蓬勃地开展起来,特别是1973年理查德·A. 波斯纳教授出版的百科全书式的法经济学著作《法律的经济分析》,标志着法经济学完整的理论体系的建立。后来,如沃纳·Z. 郝希的《法和经济学》、A. 米契尔·波林斯基的《法和经济学导论》、罗伯特·考特和托马斯·尤伦的《法和经济学》等,法经济学对法律实践与法学研究的影响在不断扩大和走向深远。

将法学与经济学联系并结合起来研究,其意义与成效已有目共睹。虽然如麦克罗和曼德姆在《经济学与法律:从波斯纳到后现代主义》中所说,法和经济学的研究并非是一个一致性的运动,而是不同学术传统并存的研究过程,其中有些研究具有互补性,有些研究则是竞争性的。但是,事实已经表明,法律的经济分析对于拓展法学研究的视野、丰富法学研究的方法和充实法学研究的结论,其意义是显著的,它为如何科学、有效地认识、评价和对待法律制度与法律实践提供了重要支持。哈耶克甚至为此强调,“学科专门化划分所造成的恶劣影响,没有哪个能比得上其在两门最古老的学科即经济学和法学里所造成的影响那样明显”。当然,在这里,我们的旨趣主要不在诋贬法学研究方法论的不自足,而在于阐扬法律的经济分析可能为审视法律实践、研究法学问题提供更宽

广的空间,倡导迈向法律实践研究的交叉学科视野。为此,我们组织了四篇稿件,分别以“限塑令”、破产重整、商事审判与经济发展相关性、职业法官与平民陪审员的对话为分析对象——这些对象或者说命题,在中国当前法律实践中具有一定的典型意义——采用法律经济分析的进路,对法律实践及相关法学问题展开了研讨。

“限塑令”是一种典型的环境规制工具,成本效益分析是防止规制效果南辕北辙的有效方法。王凤涛先生的《法律是如何被“架空”的——“限塑令”分析的法律经济学进路》以繁复的风格分析了影响规制效果的诸多因素,包括“限塑令”对消费和供给行为的影响、习惯改变成本、执法成本等。这是对环境规制工具进行经济学分析的典型方法,从法律经济学的理论预设出发,用“限塑令”这一环境规制例子再次证明了其理论自恰性,得出了背离成本效益原则的环境规制方法必然失灵的结论。同时,作者还从分析结论出发,触及“生产者延伸责任”这一控制“白色污染”的有效规制工具,这走出了以成本效益原则评价和设计环境规制工具的第一步。尽管提供环境公共产品是环境规制的基本着眼点,但成本效益分析并非评价环境规制工具的唯一方法,不应忽略环境负担的公平分配。在环境规制领域长期、广泛运用成本效益分析的美国,已经从克林顿政府时期开始考量这一因素。将环境规制的成本效益同环境负担的公平共同考量,构成环境法经济分析的完整路径。另外值得强调的是,文章通过对“限塑令”的分析提供了法律如何避免被“架空”的启示:应当充分关注社会规范,法律特别是控制有害行为的法律必须进行成本—收益分析,重视对意识形态的投入,从而确保一部法律能够增进社会福利。

2007年6月1日起正式实施的《破产法》在司法过程中呈现出不少问题,其中较引人关注的便是破产重整制度的问题。法院主导的模式和债权人权益保护不足都广受诟病。艾佳慧女士的《重整制度的比较考察——从信息和风险的角度切入》从法经济学和比较法的角度“双管齐下”地对破产重整制度进行了论述分析,把成本—效益、制度—信息、风险控制—债权人权益保护、公平—公开等制度经济学中的重要博弈通过中外立法的比较——进行了较深入的探讨。同时,文章还指出了我国现行破产重整制度的问题其实还是我国商事立法中普遍存在的一对矛盾“本土资源和法律移植”的剪影,在更基本的层面上表明了问题的典型意义。作者揭示,由于欠缺拥有较高司法能力和良好职业操守的法院系统,忽略债权人自治、缺少促进重整过程中有效信息交流的现行法律规则可

能会催发更多的司法腐败并激发债务人更多的机会主义行为。文章对问题的切入角度新颖,论证全面而深刻,且对实践有明显的借鉴和应用意义。

商事审判是探究立法及其司法执行同经济发展关系的良好视角,实证经济学的分析方法则是研究法律效能的适当方法。周林彬先生和陈胜蓝女士的《商事审判与中国经济发展相关性的实证分析——以商事纠纷案件的变化为对象》运用统计分析的实证方法,分析、评论了大量的逻辑分析结论,有力地论证了司法同经济发展的“结果论”和“替补论”。该文从正面切入问题,采用定量的研究方法,通过分析商事审判的微观变量,科学论证了法律同经济及其发展相关关系的宏观理论问题,这是法学研究方法的成功转型。同时,该文还敏锐洞悉到商事案件类型同中国经济改革路径的关系,改革路径是经济改革和发展的重要变量,将其同商事审判的具体类型和判决、裁定的执行,以及同其他纠纷解决方式的相关关系进行定量分析,可以甄别中国经济改革的具体制度需求,对于立法和司法的良性演进,这是理论研究的实质贡献。作者揭示,商事纠纷案件数量、涉案金额与 GDP 之间存在显著的正相关关系,表明了经济发展是商事纠纷案件变化的主要因素,同时,商事纠纷主要类型案件的数量变化与中国经济改革路径之间也存在密切的联系,此外,政府、文化以及非正式制度等非经济因素也是商事纠纷案件变化的原因。

在司法领域,职业法官与平民陪审员之间存在一种博弈关系,如何通过有效合作,从“零和”走向“双赢”,是值得探讨的问题。陈洪杰先生的《超越零和博弈:职业法官与平民陪审员之对话何以必要及可能》借助于对一起“炕上开庭”的“依法收贷”案件的反复“凝视”和“咀嚼”,从中揭示法律的实践者是如何通过“法律的叙事技术”为它对社会生活的“切割”获得合法性的,以及在这里面法院是如何基于“权力的零和博弈”实现对陪审员的“规训”的。作者揭示,在司法实践中,由于法院对陪审员采取种种“规训”措施,造成陪审员无法有效履行“合议”功能,但是,职业法官只有与具有普遍代表性的平民陪审员进行充分对话才能有效获取解决社会纠纷所必需的多元信息。职业法官与平民陪审员之间如何由“规训”转向“对话”,或许是在法治的宏大叙事下必须回答的“琐碎”提问。对此,作者的结论是,从“规训”到“对话”,首先要在理念上完成对陪审制度功能的重新定位,在“止争”的共识下,使法官与陪审员之间的权力游戏从“零和”转为“双赢”,在此基础上,如果能与推动建立法官职务安全保障制度的努力相配合,陪审员的权力参与又可在一定程度上成为法院排除外部

干预的积极因素。

论 文

法理学被赞誉为寻求法律的智慧,或者说寻求对法律的明智理解的学问。张文显先生的《书本的法理学与实践的法理学》要揭示的,正是对法理学的科学、独到和精辟的把握与理解。作者首先揭示了法理学的一对范畴:书本的法理学与实践的法理学,同时指出,两种不同存在形式的法理学内容上并没有截然区别,法理学出现在书本上,又体现在实践中,具有形而上和形而下的双重属性,而且,法理只有真正应用于实践,才具有实质意义,为此,应当提倡一种“生活中的法理”,从生活中揭示法理,以法理透视生活。接着,作者将对法理学或称法哲学的整体理解概括为:法律是定分止争的实践理性,哲学是求真尚善的思想艺术,法哲学则是以哲学的眼光和智慧对法律的观照和反思。最后,作者阐述了我国法理学研究风格和发展方式的转变应当坚持的学术原则:把法哲学的普遍原理与当代中国的法学研究、法律实践和法治建设实际相结合,从头至尾贯通“中国特色”;在总结中外法哲学研究成果的基础上,致力于法学理论创新;把马克思主义哲学方法论与现代科学方法论有机结合,突出“问题意识”和“范式意识”,注重研究方法与法哲学理论问题的契合。这种高屋建瓴、高瞻远瞩的阐述,不但提升了我们对法理学的认识和理解,而且指示了我国法理学研究风格和发展方式转变的基本方向与路径。

地方政权是宪政蓝图中不容忽视的基本因子,准确地界定其理论基础对其前提条件的奠定以及发展旨趣的明晰都具有不言而喻的价值。蔡武进先生的《宪政视域下地方政权的理论基础定位》试图结合联邦制的典型代表——美国以及单一制国家的典型代表——中国的宪政理论与实践,对中央与地方政权的关系模式,以及地方政权的发展趋向进行探讨,进而在回应民主、法治、人权的基本宪政诉求的基础上定位地方政权存在、建设、发展的出发点与归属之所在。尽管仅仅以美国与中国为考量对象有以偏概全之嫌,但不可否认其所具有的代表性也表征出了一般性轨迹。作者揭示,就宪政视域观之,无论是就联邦制国家的宪政起点,还是就其宪政实践而言,抑或是就单一制国家的宪法意蕴、分权趋向而论,地方政权的理论基础与实践根基即在于公民主权,地方政权从中观上诠释着公民主权,公民主权从理论与实践上引导着地方政权的建设与发展。

作者特别注意到目前在中央政权与地方政权的关系上、在地方政府的法治化转型上、在地方人大建设上、在地方自治上存在的诸多不足,在作者看来,把握并贯彻公民主权成为中国地方政权建设与宪政未来的指向所在。

同样是关注地方政治制度,樊玉成先生的《英国地方政府制度的法律演变——一种制度史的描述》将视野放在了英国的制度史变迁。在制度史领域,关注外国地方政府制度发展的论述并不多见,作者对英国地方政府制度变迁进行了较为细致的描述性介绍,引用广泛,内容翔实。作者对英国地方政府演化的特征进行了概括,对英国地方政府制度的变迁原因进行了简要分析,揭示了英国的地方政府制度从传统到现代的角色转换的历程。文章指出,英国地方政府在制度传统上具有组织自发性、历史演化性、直接民主性与职能有限性四大特征,但从19世纪开始,中央政府建立起对地方政府的法律控制机构,并相应出现了济贫法委员会模式、地方政府委员会模式以及全面与直接的控制模式三大法律控制模式的更迭。在这一转换过程中,地方政府的自主权日益丧失,而中央对地方的控制则日益强化。这一过程是英国中央和地方政权之间博弈互动的结果,其本身也是英国宪政体制发展的一个侧面,展示了英国宪政体系的一些细节及英国行政法的起源和流变。

诉审关系是刑事司法结构权力关系中的一对基本矛盾范畴,检法关系则是典型的中国式表达,关涉刑事司法体制与诉讼程序构造。刘磊先生的《我国诉审关系的反思性检讨——从法社会学视野审视审检关系》选择了一个典型的中国问题,从我国特定的社会结构、国民意识和诉讼文化出发,以司法主体所处的“职场社会学”与司法的“政治力学”为视角,对诉审(检法)关系进行审视和检讨。作者揭示,我国现行诉审关系以强化分工配合为重心,行政司法型公诉与审判以实践国家刑事政策或政治诉求为中心。由于“分工配合”原则自身存在负面效应,最终使得分权制衡机制付之阙如,宪政意义上的“司法能动主义”的运作空间则相当有限。从法文化与“大历史观”的角度审视我国诉审关系,可以发现我国审检关系困局的深层原因在于我国特定的社会结构与国民意识。然而,法律制度、思想气候与文化土壤息息相关,制度建构无法像制造机器如此容易,要变革我国的诉审关系与审检机制,其可能的进路,需要从微观的“技术理性”入手,以“温和、渐进的改革”理念为指导,在尊重刑事被告人基本权利的基础上,分阶段地逐步变革我国公诉权制度与刑事程序。

同样关注检察权和司法体制,陆静女士和周光富先生的《秩序与规则之

间——检察权在宽严相济命意下的运作探析》选择了检察权的微观运作与刑事政策视角。一百多年前,李斯特的名言“刑法是刑事政策不可逾越的藩篱”,以古典主义的姿态断言了刑事法的规范体系与刑事政策的目的行为之间的相互对立。这种以自然主义和法律实证主义为基调的古典刑法立场,历经新康德主义的扬弃,以及宣称发现了“事理逻辑的结构”和“事物的本质”的目的主义的复归,当下正进行一场体系思维的再规范化革命,刑事政策成为刑事法无法规避的命题。作者以一个崭新的研究视角,在检察权与“宽严相济”刑事政策之间,游刃有余地往返穿梭,纵横古今中外刑事政策流变;高屋建瓴,在宏观上描绘“宽严相济”对检察权的理念辐射;点面结合,在微观上从检察四大权能打造“严打”政策,从辩诉交易、轻罪案件、相对不起诉等具体制度建构“宽严相济”刑事政策的具体运作。

评 论

在全球化的世界里,对外国法律的了解及不同国家间的制度借鉴越来越重要,而比较法研究则是实现这一目标最为直接可行的方法。来自美国的学者 William Woodward 教授在其英语论文“Bankruptcy Reorganization in China and the United States: Cautions for the Comparativist”(《论中美破产重组:比较法视角》)中揭示了这种努力必须面对的挑战:任何法律制度都深深烙上了地方文化及历史的印迹,外国学者往往很难深入理解另一国的制度,历史传统越是悠久的国家,其法律制度就越难令外来者理解。但尽管如此,作者正是要立足于中美两国法律传统及法律制度的歧异,重新审视两国破产重组制度的区别,重点分析债权人对重组的商业控制。这项研究的努力,无论对于加深认识美国破产重组的制度构造、特点及制度变迁,还是对于深化认识中国的破产重组制度,抑或对致力于两国该项制度的学习与借鉴,都极有意义。

同样是面对世界视野审视具体的法律命题,于志宏先生的《试论我国的区域经济一体化与判决的自由流动》关注区域经济一体化与判决的自由流动。经济一体化是 WTO 的重大目标,区域经济一体化则是必要的阶段性手段。作者揭示,我国在 WTO 的“一国四席”为两岸四地之间建立更紧密的经贸关系提供了新契机,内地与香港、澳门特区签订 CEPA 是在 WTO 体制下区域经济一体化中自成一类的新模式,将发展成为两岸四地区域经济一体化的重要模式,这种

史无前例的独创性的模式,也给在特定模式下不同法域之间进行法律协商和解决区际法院判决承认与执行问题带来新的挑战 and 契机,是两岸三地法律界面对的新的独特的问题。文章从欧洲一体化的发展历程中吸取借鉴,指出我国的区域经济一体化客观上要求圆满解决在货物、人员、服务、资本流动中出现的各种争议,特别是要求实现判决的自由流动,为此,我国需要在“一国两制”方针下,相互尊重和信任各法域的法律制度及根据其法律做成的民商事判决,以促进相互之间判决的自由流动。

面对国际交往越来越频繁的法律领域,刘兴莉女士的《海事货物索赔中的并存管辖》关注海事货物索赔中的并存管辖。作者探讨了海事货物索赔中并存管辖产生的原因,剖析并存管辖引发的问题,指出并存管辖是择地诉讼和管辖权冲突的必要条件,阐释了在并存管辖权中确定适当法院的重要意义。文章揭示,解决并存管辖所导致问题的根本出路在于遵循正当行使管辖权的原则确定适于审判案件的法院,避免不公正判决造成对货物索赔船货各方的不公平。在当前中国海事法院已成为外国当事人优先选择诉讼的法院地之一的背景下,如何确保中国海事法院管辖权行使的正当性,显然成为不可回避的现实问题。作者基于对国际海事货物索赔司法实践的考察,尤其关注到《2008 年鹿特丹规则》颁布对司法实践产生的重大影响,把握住了该领域司法实践与理论研究的较新动向,具有明显的现实意义。

马立群先生的《主观诉讼与客观诉讼概念辨析——以法国、日本行政诉讼为中心的考察》将视野放在了法治发达国家行政诉讼的目标定位。主观诉讼是以保护个人权利为目的的行政诉讼,而客观诉讼的目的是维护法律秩序和国家权威。从英法等法治原生国家的法制历史来看,主观诉讼是客观诉讼发展到一定程序之后的自然结果,设立行政审判的初衷主要是保护国家利益。但由于中国学习西方的急功近利,试图一步到位,将保护个人权利作为行政诉讼的唯一目标,结果造成客观诉讼变成主观诉讼,不但限制了行政诉讼的受案范围,而且将个人与国家对立起来,使行政诉讼的发展得不到政府的支持,大大阻碍了行政法制的进步。行政诉讼首先应以便利政府的层级监督为原则,并使之向法治的轨道演进,在行政法制逐步成熟的基础上,逐渐过渡到以保护个人权利为主要目标。急功近利的结果,是欲速则不达。文章对主观诉讼与客观诉讼的梳理,有利于行政诉讼目标的正确定位。

笔 谈

生生不息的历史长河中,转型可谓是人类社会发展的必然。人类的法律实践与制度文明自然也不例外,当下中国正在经历法治转型。法治转型的实现,不仅要有对未来明确的基本方向、目标定位和长远的蓝图规划,而且要致力于为解决转型期的种种具体问题提供框架和方式。诚如埃利亚斯在《文明的进程》中所言,社会发展的进程是没有计划的,却有阶段性,并沿着一定方向进行,尽管由于人们之间相互依存网络的复杂性使得文明的进程并非单线式的,对社会的发展轨迹亦无法作出精确预言,但对发展的大方向还是能够推断的,而且,人类为了能对无计划的社会进程进行有意识的调控,还必须首先从大量的史实中过滤出这一进程的基本结构和其大致的方向。穗积陈重在《法律进化论》中揭示,法律者,原为社会力显著之一状态,故无不随社会状态之推移而独归静止之理,其实质必随社会之变迁而与之俱变,法现象因时间之经过而相为变迁,然其变迁,绝非无秩序偶然的事件之连续,在此千态万状法现象之变迁中,必有普遍的通素之存在,法律进化论,即以阐明法现象之时间的推移之原理为其本领者也。在这里,我们组织了以“架构与模式:转型期的立法和司法”为题的主题笔谈,旨在倡导以一种既关怀法治理想、领域法律精义又能立足现实、着眼当下的方式,去观察、思考、评价和探索,致力于为解决法治转型期的种种具体问题提供框架和方向。以下的六篇,前三篇分别就企业发展法、粮食安全的法律保障和“共犯正犯化”立法的特定的角度和事例,讨论转型期立法的架构与模式,后三篇则分别就“能动主义八四司法模式”、审判视野中罪刑关系的实现模式和刑事诉讼非惩罚性模式的特定的角度和事例,讨论转型期司法的架构与模式。

宏观管理法和市场规制法一直被认为是构成经济法体系的两大板块,然而,前不久发生的“富士康事件”却又一次向我们发出了警示:企业的生存和发展不仅依赖员工利益的保障和积极性的发挥,还依赖整体的经济、法律环境,这也是宏观管理和市场规制的目标。可以说,企业主体是经济法的活力源泉。程信和先生的《为有源头活水来——企业发展法初论》提出应当将企业从经济法律关系的“受体”上升为“主体”,将企业权利从自主权提升到发展权,并在此基础上,勾勒出企业发展所涉及的内部和外部法律关系、企业发展法的规范体系。这样,就从理论上,构建、界定了“企业发展法”的概念和内涵。并且,作者进一

步分析了“企业发展法”同宏观调控法和市场规制法的关系,提出要形成经济法的“三大板块”理论。同时,作者还提出,企业发展是集体人权的有力保障。这不仅是经济法基础理论的发展,也是人权研究的较新视角。

中国是人口大国,面对“谁来养活中国”的质问,粮食安全问题关乎国计民生。粮食安全的具体内涵和相关现实、法律问题经纬万端,曾晓昀先生的《论粮食安全法律保障之三大支柱》揭示粮食安全的含义应包括粮食供给基本平衡、粮食质量标准合格、粮食价格大体稳定,进而从量的供应、质的保障和价格调控三个方面提纲挈领地厘清了粮食安全法律保障的制度框架。同时,在这三大制度统率之下,文章还具体分析了每一方面包含的具体问题,以及我国现有相关立法确立的具体制度,既客观肯定了合理部分,又针对相关制度的不足和弊端,提出了大量制度完善和建设的建议。目前,我国粮食安全的立法和政策缺乏整体性和协调性,该文恰到好处地回应了这一重要问题,勾勒出粮食安全保障的法律架构,对于我国粮食安全宏观战略和相关法律体系的建设,提供了宝贵的学术建议。

在刑事法领域,法益保护机制与最后手段性原则要求,在刑法上重要的法益尚未受到实害或面临威胁之前,刑法应当处于谦抑回撤的状态。然而,对于越来越多的犯罪,尤其是恐怖主义犯罪、环境犯罪与国事犯罪等,刑法的介入显得为时过晚,错失了法益保护的时机。因此,为了避免违背罪刑法定主义,各国刑法日益通过刑事立法,对诸如预备性质的行为、谋议性质的行为、共犯性质的行为等法益侵害的前阶段加以犯罪化与正犯化,这种立法模式彰显着当代刑法中“敌人刑法”的存在与膨胀。然而应当拷问的是,其立法的正当性何在?陈毅坚先生和孟莉莉女士的《“共犯正犯化”立法模式正当性评析》将转型期这种以帮助型犯罪为典型的立法模式界定为“共犯正犯化”,对学界论争观点作出详尽叙述与中肯评析,进而从二元行为无价值观念、限制正犯概念、共犯从属性、刑罚权界限与刑事政策目的等多元视角揭示了“共犯正犯化”立法模式的正当性,颇为出彩。

建立能够适合国情、推动法治进程的司法模式一直是我国司法改革的主要目标。时下陕西陇县人民法院在实践过程中所总结并发展的不仅“案结”而且“事了”的“能动主义八四司法模式”较好地实现了“法律效果和社会效果的统一”,在全国引起重要关注。这不禁引起人们思考,为什么这样一种远离司法被动性、对抗制和严格法条主义的看似“反法治”的创新反而会取得如此大的成

功,我们该如何对待现行司法的架构和模式?李亚凝先生的《妥协与耦合:评“能动主义八四司法模式”》借助于对“能动主义八四司法模式”的评价揭示,由于立法层面和司法层面的民意表达缺失,以及司法改革进程中对中国传统社会中的三层面纠纷解决模式的瓦解,使得现行司法制度关于融合与协调国家法和民间法的功能丧失,在司法机关面对日益严重的纠纷解决压力与社会对于纠纷解决的渴求的情形下,一个具有“国家法民间化”和“民间法国家化”功能的司法层面正在逐渐形成,这虽然能够一定程度地符合我国当前实际情况,但是不能忽视其存在一定的负效应。

实体刑法基于一种前理解或前见,精确而简要地表达了对现实案件迥异于日常考察的理解,定罪考察的正是分则对犯罪构成的描述以及总则作出的相应修正;当可罚性条件被满足后,才进一步考虑包含更多关于犯罪行为和行为人信息的刑罚裁量问题。在同一刑事程序中,刑事法律家面临了两种经过完全不同信息选择的案件类型,一个是远离生活的类型化案型,一个是贴近生活的完整性案型。然而,在刑事司法审判实务中,犯罪定性、刑罚量定、刑罚执行似乎并非如此单向度依序行进、各自为政的过程,相反,罪刑之间存在复杂的相互关系。聂立泽先生的《论审判视野中罪刑关系的实现模式》基于法实证主义视野,归纳提炼出刑事审判运作过程中罪刑关系的“先罪后刑模式”、“罪刑同步模式”与“罪刑倒置模式”,尤其对于“罪刑倒置模式”的论证、“隐形的转化犯”概念的提出,以及对司法实践中应受刑罚惩罚性反制刑罚可罚性现象的揭示,都为审视罪刑关系的实现提供了崭新的视野。

诉讼模式的选择是司法制度建构必须完成的重要命题。自从帕卡提出犯罪控制与正当程序模式学说以后,模式理论就成为刑事诉讼理论研究的“重镇”。例如,格里费斯提出争斗模式与家庭模式,戈德斯坦提出弹劾模式与纠问模式,达马斯卡提出职权纠明模式与当事人抗争模式后来又提出同位模式与阶层模式,迈克尔金提出犯罪控制模式、正当程序模式、医疗模式、官僚模式、身份贬抑模式与权力模式的六模式理论。陈虎先生的《刑事诉讼非惩罚性模式之提倡——对帕卡模式理论的反思与超越》则注意到了肯特·罗奇关于被害人权利的两种新的模式理论这一最新进展,以期反思以帕卡学说为代表的传统模式理论。文章揭示,帕卡模式理论具有极为鲜明的惩罚性特征,这一特点在此后的新模式理论中得以继承,成为既有模式理论形态各异表象下的一条共同的精神主轴,而惩罚性模式理论则具有一些致命的缺陷,以惩罚为精神主轴的模式理

论无法为新的诉讼制度的发展提供新的理论解释,也制约了新的诉讼制度和理念的产生,因此,一种非惩罚模式理论的建立具有了必要性。

书 评

我们提倡阅读经典!“盖文章,经国之大业,不朽之盛事。年寿有时而尽,荣乐止乎其身,二者必至之常期,未若文章之无穷。是以古之作者,寄身于翰墨,见意于篇籍,不假良史之辞,不托飞驰之势,而声名自传于后。”(曹丕《典论·论文》)当下中国的法学学术著述,年均产量数以十万计,然而,在表象繁荣的背后,我们却不得不发自深处地忧虑,真正经得起流年考验、岁月沉淀的能有几多?文章著作一经刊行,第二天就被丢进了历史的废纸堆,是何等可怕的事情!毫无疑义,我们提倡阅读经典,实为提倡著立经典。文章千古事,得失寸心知,人生也许短暂,穷达实也相对,然文章可以跨越时空、指向永恒,为世人所千百年瞻仰、传颂、品嚼、回味无穷。是的,我们阅读《论法的精神》,记住了孟德斯鸠;我们阅读《法哲学原理》,记住了黑格尔;我们阅读《法的形而上学原理》,记住了康德;我们阅读《古代法》,记住了梅因;我们阅读《历代刑法考》,记住了沈家本;我们阅读《论经济与社会中的法律》,记住了马克斯·韦伯;我们阅读《规训与惩罚》,记住了福柯;我们阅读《司法和国家权力的多种面孔》,还将记住达玛斯卡……无须太过介意眼下的评价机制如何如何,我们坚信,每位有良知的作者、编者和读者,心中都会有杆学术真善美的秤,真正的经典,历史不曾遗忘。这就是为什么我们提倡阅读经典。

孙展望先生的《理性与经验的背后:价值冲突——对一个孟德斯鸠难题的求解》选择了阅读孟德斯鸠,力图化解在《论法的精神》中所存在的理性主义和经验主义的立场冲突,其方法是对孟德斯鸠的自然法概念和其书中这一冲突本身的含义进行再解释。首先,作者将自然法的概念用书中所指的“公道关系”加以引证,将“法的精神”与自然法的关系归结为特殊与一般的关系;进而对自然法的调整范围进行限定,认为自然法不规定人为法的所有领域。其次,作者将书中理性与经验的冲突解释为人为法是遵循自然法还是遵循“法的精神”的冲突,并认为其根源是各种法的价值之间的冲突,包括自然法作为一种价值追求与其他价值追求之间的冲突,以及自然法内部所包含的各价值之间的冲突。最后,作者认为孟德斯鸠是一位价值多元论者,其价值多元的观点使其兼顾了自

然法和“法的精神”这两种思考方式,孟德斯鸠试图在理性与经验之间保持一种张力,平衡价值冲突。

我们不会忘记,凯尔森在《纯粹法理论》第1版序言中写道,“纯粹”法理论,就是一种剔除了所有政治意识形态与一切自然科学因素的法律理论,一种对于其研究客体的自律性以及自身的独特性有着自觉的理论,法学几乎已被完全缩减为——公开的隐蔽地——一种对于法律政策的考量,而我的目标从一开始就在于使法学上升为一种真正的科学,一种人文科学。李鑫先生的《凯尔森法律理论的中间性道路——兼评〈法律理论问题导论〉》选择了阅读凯尔森。作者揭示,凯尔森的纯粹法理论既不是一种典型的法律实证主义的理论,也不是如凯尔森自己认为的那样与传统的自然法理论彻底决裂,而是有着藕断丝连的关系,而是一种介于法律实证主义和自然法理论之间的一种中间性的理论,这集中表现在其理论中的规范主义维度,对于规范主义的维度,凯尔森是通过基础规范学说来解答的。作者基于这样的角度,拟对凯尔森的法律理论的中间性道路的形成、其自身的贡献与存在的问题进行一个廓清,并在此基础上对凯尔森纯粹法理论的奠基之作《法律理论问题导论》进行评论。

颇有意思的是,曾赞誉凯尔森为“我们这个时代的分析法学中最令人鼓舞的学者”的哈特,自身成了分析法学派著名的代表人物。“内在观点”是哈特法律思想的核心问题,在西方现代法律思想领域多有讨论。金韬先生的《哈特“内在观点”理论的新解读》试图对哈特的“内在观点”概念的内涵及外延进行廓清,认为哈特的“内在观点”理论是以公共性为先决条件的,德沃金对“内在观点”理论严谨性的批判使哈特不得不对自身理论进行修正,使其接受拉兹的观点,承认两分法的局限性,引入了“‘超然的’陈述”这一第三种观点。文中指出拉兹、夏皮罗、麦考密克都发展了哈特内在观点的理论,这些发展主要局限于对内在观点概念外延的新的划分。最后,作者提出对哈特“内在/外在”观点理论的一种新的分类方法,尝试对哈特的“内在观点”理论进行更加合乎逻辑的界定。

□编者按语	(1)
-------------	-------

· 主题研讨 法律实践研究的交叉学科视野:法律经济学 ·

王凤涛 法律是如何被“架空”的 ——“限塑令”分析的法律经济学进路	(3)
--	-------

艾佳慧 重整制度的比较考察 ——从信息和风险的角度切入	(29)
--------------------------------------	--------

周林彬 陈胜蓝 商事审判与中国经济发展相关性的实证分析 ——以商事纠纷案件的变化为对象	(47)
--	--------

陈洪杰 超越零和博弈:职业法官与平民陪审员之对话何以必要及可能 ..	(77)
------------------------------------	--------

· 论文 ·

张文显 书本的法理学与实践的法理学	(93)
-------------------------	--------

蔡武进 宪政视域下地方政权的理论基础定位	(105)
----------------------------	---------

樊玉成 英国地方政府制度的法律演变 ——一种制度史的描述	(119)
---------------------------------------	---------

刘 磊 我国诉审关系的反思性检讨 ——从法社会学视野审视审检关系	(151)
---	---------

陆 静 周光富 秩序与规则之间 ——检察权在宽严相济命意下的运作探析	(177)
---	---------

· 评论 ·

William J. Woodward, Jr. Bankruptcy Reorganization in China and the United States: Cautions for the Comparativist	(201)
--	---------

于志宏 试论我国的区域经济一体化与判决的自由流动	(220)
--------------------------------	---------

刘兴莉 海事货物索赔中的并存管辖	(236)
------------------------	---------

马立群 主观诉讼与客观诉讼辨析 ——以法国、日本行政诉讼为中心的考察	(249)
---	---------

· 笔谈 架构与模式：转型期的立法和司法 ·

程信和 为有源头活水来

——企业发展法初论 (267)

曾晓昀 论粮食安全法律保障之三大支柱 (279)

陈毅坚 孟莉莉 “共犯正犯化”立法模式正当性评析 (297)

李亚凝 妥协与耦合：评“能动主义八四司法模式” (308)

聂立泽 论审判视野中罪刑关系的实现模式 (321)

陈 虎 刑事诉讼非惩罚性模式之提倡

——对帕卡模式理论的反思与超越 (331)

· 书评 阅读经典：孟德斯鸠、凯尔森与哈特 ·

孙展望 理性与经验的背后：价值冲突

——对一个孟德斯鸠难题的求解 (347)

李 鑫 凯尔森法律理论的中间性道路

——兼评《法律理论问题导论》 (364)

金 韬 哈特“内在观点”理论的新解读 (378)

□关于法学学术研究的倡导(一)

——迈向法律实践研究的交叉学科图景 (393)

□《中山大学法律评论》稿约 (395)

附：《中山大学法律评论》注释体例 (396)