

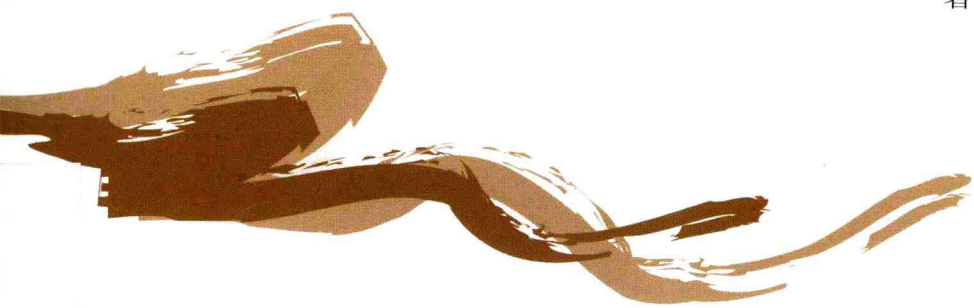
公共政策法院

黄
韬 著

中国金融法制变迁的司法维度



法律和社会文丛 苏力主编




法律出版社
LAW PRESS · CHINA

法律和社会文丛 苏力主编

公共政策法院

黄 韬 著

中国金融法制变迁的司法维度

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

本书系教育部人文社会科学基金项目《中国证券市场规范发展的司法环境研究》（12YJC820040）、上海交通大学文科科研创新项目《证券市场法治化进程中的法院角色》（110N08）以及上海交通大学SAC-晨星青年学者奖励计划《中国转型背景下的法学、经济学和金融法交叉研究》的成果

图书在版编目(CIP)数据

公共政策法院:中国金融法制变迁的司法维度 / 黄
韬著. —北京:法律出版社, 2013. 10

ISBN 978 - 7 - 5118 - 5395 - 0

I. ①公… II. ①黄… III. ①金融法—研究—中国
IV. ①D922.280.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 218681 号

公共政策法院:中国金融法制变迁的
司法维度

黄 韬 著

责任编辑 董 飞
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2013 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 北京京华虎彩印刷有限公司

印张 24.75 字数 325 千

印次 2013 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 - 5395 - 0

定价:55.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

黄韬的新著《公共政策法院：中国金融法律制度变迁的司法维度》即将出版，邀我写序，我由衷感到高兴。过去几年里，黄韬曾在北大随我读博士，我非常欣赏他的聪明、能干、勤奋，也一直鼓励他安心做学问。看到学生在学术上超越老师，看到年轻的才俊在金融法领域继续开拓前进，看到他们的著作写得如此清晰、扎实、有“想法”、对路数，我觉得，这就是我最幸福的事情，也是我作为教师这辈子为社会所做出的最大的贡献。

黄韬的笔很勤，在北大期间，他的发表就是比较多的，同学都比较佩服他。现在这本书，主要讲我国法院在处理有关金融市场案件时遇到的各种问题。书中的一些章节此前曾经发表过，我也读过，并给予了好评。他的问题意识很强烈，抓问题抓得很准，调研是比较扎实的，案例准备也很充分，更重要的是，他的分析绵密、细致，条理清楚，不枝不蔓，让人愿意跟着他的思路往下走，也愿意相信他讲出来的理。我相信，金融界和法律界的读者，都会从书中得到启发。

对年轻学者来说，提携和鼓励当然是需要的，

严师出高徒,但善于当人梯的老师其实更出高徒。但在这里,我不想说太多表扬的话了,我讲一点自己别的想法。我总认为,对黄韬他们这一代人来说,基础那么好,眼界那么宽,路走得那么顺,所以现在最要紧的不是发表多少文章,出多少书,多快评上教授,而是怎样培养更加自觉而强烈的反思精神——首先要反思他们的老师,也就是我这代人,反思我们为他们所奠定的学术基础,反思我们所开辟的学术的领域,通过反思从而远远超越我们;其次要反思他们自己,一代人有一代人的局限,我们的局限十分明显,他们的局限其实也很明显,要真正懂得中国,懂得人生,懂得学问的真谛,他们的路还长,没有苦读、苦熬,很多道理是不会不言自明的;最后,我还希望他们反思一切来自西方的社会科学范式,希望他们真正从中国的问题出发,创造属于中国也属于世界的新的理论、新的方法、新的知识,因为只有这样,我们才谈得上对人类的文明有一点点贡献。

读黄韬的书稿时,正是我国股市持续下跌之时,法学界怎么来认识这个事情呢?我想从这个例子出发,谈一点我的“反思”。2013年7月20日,沪指以1992点收盘——我国股市经过20多年的发展,又重新回到了“1”时代。这是什么情况?我们的GDP增长率最少还保持在7%以上吧?宏观经济的基本面还是好的吧?可股市为何这样低?千千万万股民的钱都到哪里去了呢?我们总听到经济学家说,美国经济出了大问题,可美股却在不断创造新高?这又是为什么?股市难道不是经济发展的晴雨表吗?

我不炒股,关心股市纯粹是为了做点研究。但我周围炒股的朋友很多,也认识不少上市公司的朋友。我的感觉是,不管是股民还是公司老总,对现在股市的信心都不足。如果这个感觉没错,那上面那一段提的问题就很好解释——没有信心,市场没法好。

钱不进股市,有不少进了“房市”,我国房地产市场沉淀的资金是惊人的。同时,百姓把更多的钱放进了银行,即使“负利率”,我们的储蓄仍然迅速增长。今年上半年公布的统计数据,我国居民储蓄总额已经达到44万亿元人民币,如果再加上对公存款,总额已经超过100万

亿,人均下来都超过7万了。显然,我国老百姓更信任银行,储蓄的意愿非常强烈。

经济学家、社会学家包括研究中国文化的学者,都有很多很好的解释。我觉得,从制度设计来说,尤其是在法律体系方面,我们的股市,是不是应该更多考虑中国更特殊的国情和社会心理呢?政府当然不能给股民“保本”,但我们对上市公司的各种违法行为,是不是应该有更加严厉的处罚,特别是要落实到责任人,让敢于作假账、敢于搞内幕交易的责任人受重刑。总是高高举起,轻轻落下,人心是挽回不了的。

“投资有风险”,愿赌服输,或赔或赚,都是应该的,道理没错。可是在我国,这个道理有时候就未必成立。我国“非法集资”的罪名极重,如果影响恶劣、民愤极大,就可能要杀头。西方没有这样严厉的规定,但中国就得这样,老百姓的本金是血汗钱,你不能给弄丢了。如果丢了,老百姓没谁会去起诉集资者,反而会首先找到政府,堵铁路、围官车,上访或跳楼,政府都必须管。在集资者和参与集资的老百姓两方面,法律一定是站在老百姓一边的,甚至不惜处死集资者。政府还要来收拾这个烂摊子,从财政里面想办法来弥补老百姓的本金。这就是特色,不承认不行,不这样办也不行,政府是父母官,哪家孩子赔了钱,父母能不管呢?

所以,过去中国人讲,“徒法不能自行”,还讲“法不外乎人情”。天理、人心、国法,三者缺一不可,法要顺天理、顺人心,这样的法才比较管用。黄韬的这本书里,其实也不断在体现这样的理念。我希望,未来我们能够真正从学理上来解释这些情、理、法,天、地、人,或者用这些概念,来构建新的体系,更重要的是,通过这样的努力,来推进中国的法治建设,贡献于中国的繁荣、和谐。

是为序。

吴志攀 谨识

2013年7月19日

法律社会学的困境与出路 (代序)

最近一些年来,法律社会学研究陷入了双重困局。一方面法理专业领域中的法律社会学研究出现了“对象化”的倾向,并因为这种对象化而日趋僵化或教条化,从而丧失了法律社会学思考乃至批判的活力与吸引力;另一方面一些真正有创见的法律社会学研究往往出自部门法专业的学者,这些研究由于缺乏法律社会学的问题自觉或理论自觉,难以在理论上取得重大突破。之所以出现这种局面,是由于法学研究和教学在“专业槽”越挖越深的过程中,学科建制壁垒越来越高,形成画地为牢的格局。各部门法之间日趋自我封闭,既缺乏相互学习的兴趣,也缺乏相互对话的机制。以至于我们同在法学院,但却缺乏一个“法学界”,各个专业都在致力于编制自己的“行话”,以别人听不懂为荣,以别人搞明白为耻。这里所说的“别人”,不仅是通常理解的作为法治启蒙对象的大众,而且包括我们这些法学博士和法学教授们,因为面对任何部门法,其他学科的法学教授多数属于“法盲”。比如黄韬在这本书里所讲的金融司法问题,相信不少法学教授都属

于“法盲”，至少我是如此。

苏力教授最近在一个演讲中，批评法学界流行的说法——“像法律人那样思考”。其实，这个说法很多情况下是对非法律人士讲的，或对刚入学的法科生讲的。这个说法有助于提升法律职业的神秘性，实际上是法律人在社会大众面前建构自我权威的过程。对我们法学界内部人来说，这种说法恐怕没有几个人会当真。我们真的有一种共同的法律人思维方式吗？大家要么是从部门法专业出发，强调民法思维、刑法思维、行政法思维或宪法思维等，要么是从研究方法出发，强调法教义学思维或法经济学思维，要么从中国法的移植源流出发，强调普通法思维或大陆法思维等。由此，法律人思维的说法不过是法律专业化的代名词而已。托克维尔曾经认为，法律人应当抑制和抗衡民主时代的“多数人暴政”，那么顺着托克维尔的思路，谁来抑制和抗衡专业化时代的“专家暴政”呢？正是面对目前技术官僚统治时代日趋严重的“专家暴政”局面，苏力教授对所谓“像法律人那样思考”的批评，其实是对“专家迷信”的批评，从而希望我们日益专业化、部门法化的法律研究可以删文返质，返朴归真，回归到一些朴素的常识上来。

其实，这个朴素的常识就是法律社会学的常识。法律人的思维无论多么神秘，一个简单不变的道理是：法律不是用来滋生法学概念的，而是用来解决社会问题；不是在创建各种法学理论体系中完善的，而是在应对各种复杂局面中丰富发展起来的。由此，评价法律的最终标准不是法律或法学自身提供的标准，哪怕是发达的西方法治国以普适价值的名义所提供的标准，而是真实的社会生活所提供的标准，而且就是使得法律之所以成为法律的那个具体社会的标准。一如吉尔兹所言，法律乃是“地方性知识”。这样一种思考与其说是一种法律现实主义或法律实用主义的思考，不如说就是法律社会学的基石。法律人建构的法律概念体系或法学理论体系，就像生长在社会土壤之中的大树，只有能够有效解决社会面临的问题，从社会中汲取营养，才能茁壮成长，生生不息。无论我们从美国、德国、法国、日本等移植多少法律概念、法律规则、学说教义和理论思想，能否成长为“中国的”法律，取决于它们

如何回应中国社会的问题,在中国社会的土壤中如何生根和发芽。法律不是在社会之外,而应当在社会生活之中。

法律部门各不相同,法学方法百花齐放,但我们要回应的却是同一个中国社会中所产生的问题。正是法律赖以生存的社会为不同的法律部门和不同的法律方法提供了共同的基础。因此,假如在各种法律专业、各种法学方法、各种法律传统提供的思维方式之上真的有什么“法律人那样的思考方式”,那恐怕就是法律社会学的思考方式了。法律无论怎么复杂,都是用来平衡社会利益、解决社会矛盾的。这样看来,法律社会学与其说是一种研究方法,不如说是一种问题意识。法律社会学也许不一定是法学研究中共同使用的方法,但却应当成为法学研究中共同的问题意识。我们无论在立法过程中,还是在司法过程中,无论用教义学的方法解释法律,还是用法律经济学方法来理解法律,都必须回答一个共同的问题:我们为什么要如此制定法律?为什么要如此解释法律?这样做究竟要解决什么问题?这样做社会后果是什么?这样做会如何改变人们的行为预期?这样做哪些人获益、哪些人受损?这样做的正当理由究竟是什么?对这些问题的回答肯定存在着分歧,但正是这种共同的问题意识中,我们不同的法律部门、不同的法学方法在分歧和辩论过程中,最终构成符合中国社会传统的法律传统。

从20世纪80年代中国法治重建开始,法律社会学首先作为一种丰富、发展马克思主义法学的研究方法和研究路向在中国发展起来。北京大学法学院乃是法律社会学研究的大本营。沈宗灵先生和赵振江先生乃是领军人物,而他们的学生,诸如季卫东、齐海滨、陈兴良、姜明安、石泰峰、王晨光和徐友军等这批初出茅庐的青年法学家,虽然在不同学科专业中,但却共同分享法律社会的基本研究方法,即不是单纯研究“书本上法”或“法条中的法”,而是研究社会实践中的法,司法过程中的法。可以说,当时这批人的确有股创建“北大学派”的气象,他们的努力推动了法律社会学研究的第一波。

由于众所周知的原因,法律社会学研究的第一波中断了。随着部门法的兴起,陈兴良老师在当时提出了著名的深挖“专业槽”口号,部

部门法开始走向了专业化道路。法律社会学不再是作为法学各部门共同分享的方法,而是变成了法理学科中的一个专业。特别是进入 20 世纪 90 年代之后,伴随着中国社会科学的兴起,法律社会学研究迎来了第二波。苏力、梁治平、季卫东、邓正来、夏勇、冯象、贺卫方、高鸿钧、张志铭、朱景文、范愉等这些我们熟知的法学家基本上都致力于法律社会学研究。部门法学者比如陈兴良、姜明安、王亚新等人也参与其中,但此时部门法的专业壁垒已建立起来,法律社会学并没有成为法学界共享的方法。因此,法律社会学研究的第二波基本上集中在法理专业内部,尽管这种研究对部门法产生了相当的影响。

与法律社会学研究第一波不同,法律社会学研究的第二波固然将法律社会看作是一种方法,但已经不再是“实践中的法”或“司法过程中的法”如此简单。在理论方法上,第二波的研究不仅引入了宏大理论范式,比如国家与社会理论、功能主义理论、程序正义理论、权力技术与现代治理技术等,而且引入了法律经济学、法律人类学和后现代主义等各种分析工具。在问题意识上,第二波的研究直接审视中国法律的现代性问题,如果借用苏力教授的两本书名来说,就是在“道路通向城市”的过程中,为什么还要“送法下乡”,由此也成就了苏力提出的“法治本土资源”理论。在法律社会学运动的第二波中,北大法学院依然是法律社会学研究重镇,而苏力教授似乎也对“北大学派”这个说法情有独钟。特别是苏力教授与季卫东教授关于中国法制现代化与后现代法学的辩论,构成了法律社会运动第二波的内在张力。无论赞成还是反对,对中国法治现代化进程的反思无疑构成了法律社会学运动第二波的共同问题意识。

然而,这个问题意识似乎并没有成为法学研究的共同问题意识。比较之下,部门法学整体上处在与国际接轨的进程中,这样的进程也当然获得了主流法理学说的支持,比如市场经济乃法制经济论、权利本位论、现代法精神论等,当然还有其背后更为广大的普适价值理论。在这个意义上,法律社会学第二波的主流思想非但未能成为各部门法学科共同的研究方法与问题意识,反而构成了对部门法领域中全面国际接

轨进程的批判。在这个意义上,法律社会学运动的第二波相当于一场批判法律运动,实际上包含着对现代性法律的批判。虽然这种批判的指向有所不同,一部分人运用法律社会学工具来批判政法传统,从而希望在中国建立西方式的现代法治,而另一部分人则对西方法治本身展开批判,希望建立中国自己的法治传统。由此,传统与现代,西方与中国,整个思想界讨论的问题意识其实也都展现在法律社会运动的第二波之中。

法律社会运动的第二波刚好与中国持续进行的大规模司法改革运动相呼应,法律社会研究也自然将司法改革作为研究对象,由此导致法律社会学研究趋向于对象化,即将法院或司法过程作为研究对象,由此产生了大量的学术论文。而与此同时,在国家法与习惯法、“本土资源”以及“送法下乡”这些理论范式的影响下,乡土社会以及民间习惯法也成为法律社会学的研究对象。法理专业中的法律社会学研究基本集中在司法改革背景下的法院运作以及乡土社会的习惯法这两个领域中,而将这两个问题结合在一起的调解问题,似乎成为法律社会学研究不可或缺的重点所在。在法学专业中,这两个领域刚好不属于任何部门法的研究对象,从部门法的角度看,这两个问题领域恰恰是部门法研究中的剩余范畴。在法学部门法化或专业化的背景下,许多法理学者也很难深入到部门法的内部,用法律社会学方法研究部门法中的问题,其结果法理专业的法律社会学往往自觉不自觉地选择部门法领域之外的剩余范畴,而很少运用法律社会学方法研究诸多部门法问题。

至此,可以说法律社会研究进入了第三波,这一波并没有统一集中的理论范式或问题意识,而是一种分散化的研究取向。其一,法理学专业中的法律社会学研究日趋对象化在上述两个问题领域之中,其中不乏一些不错的研究,比如侯猛关于最高法院的研究等。但就整体而言,特别是和法律社会学运动的第二波相比,这一波的研究缺乏更大的问题意识和理论关怀,变成了在研究问题对象化之后的专业操作,许多研究往往是用经验数据或田野故事包装出来的、千篇一律的学术工业品。

其二,只有极少数法理专业中的法律社会学研究能够深入到部门

法的“内部问题”中,用法律社会学方法来研究这些问题,从而与部门法的学者进行对话。比如苏力就深入到一系列刑法问题中,讨论强奸幼女问题、黄碟案和许霆案等,与刑法学者展开辩论。同样苏力也把法律社会学方法带入到对宪政问题的研究中,讨论中国古典的宪政秩序。凌斌则从法律经济学方法入手研究公司法和知识产权法中的诸多问题。这个研究方向无疑代表了将法律社会学研究从第二波的宏观理论转向第三波的微观分析。然而,囿于部门法形成的专业壁垒,法理学者需要花费相当的精力才能越过某个部门法的门槛,从而与该领域的部门法学者形成“内部的专业对话”,否则部门法学者会认为法律社会学对部门法问题的讨论是一些无需关注的“外部问题”。这样一种局面对法理专业的法律社会学研究无疑增加了难度,一方面法理学者需要与更大的政治哲学问题和社会理论问题展开对话,另一方面法理学者又要和部门法学者进行对话,这就意味着法理学者对部门法问题的研究若要有所深入,只能选择一两个部门法问题,而很难对所有的部门法问题展开讨论。

如果一个法律社会学家真的要对所有可能的部门法问题进行专业领域中的“内部对话”,除了具有波斯纳式的写作狂热,就必须将法律社会学降低为一种分析工具或操作方法,用这种工具或方法横扫一切领域的部门法问题。比如就波斯纳而言,必然要把法律社会学蜕变为一种法律经济学方法和一种实用主义的态度和立场,其结果可能丧失了法律社会学本来具有的问题意识:我们为什么要法律来建构社会关系?我们试图用法律建构怎样的社会关系?究竟用我们想象的法律建构社会,还是要求我们的法律符合社会?怎样的法律才能建构我们所期望的社会生活?由此,法律社会学研究越来越趋向于对微观问题的分析,自然可能丧失了对宏观问题的把握。法律社会学在与部门法进行微观对话的过程中,有可能丧失与社会理论和政治哲学进行宏观对话的机会。

由此,特别值得我们关注的是在法律社会学研究的第三波中,对部门法领域中具体问题的法律社会学研究不是来自专业的法理学者或法

律社会学家,而是部门法学者自己的研究,尽管这些研究受到了法律社会学研究第二波中提出的种种理论范式的影响。我随便举几个大家所熟知的例子。比如在行政法领域,罗豪才教授在行政法领域中推动了对“软法”问题的研究;姜明安、王锡铤和沈岿等推动的“新概念行政法”实际上就是用法律社会学的问题意识和方法来研究公共行政过程中的面临的诸多问题;何海波的行政诉讼法研究一直采取实证研究的立场,并由此提出“实质法治”的主张。在刑法领域,白建军基于判例数据库对刑事定罪量刑问题进行严格的实证分析;劳东燕对罪刑法定本土化问题的研究,实际上采取的是一种法律社会学的问题意识和理论框架。在公司法领域中,邓峰也运用法律社会学和法律经济学的方法对公司制度的运作进行了精细的分析。而金融法专业的唐应茂竟然用严格的实证研究方法来研究众所周知的“法院判决执行难”的问题。同样难能可贵的是,金融法博士黄韬的这篇博士论文就是运用法律社会学方法来研究最高人民法院的金融司法。由此可见,在法律社会学运动第三波中,来自部门法学者的研究无论在数量还是质量,大大超越了法理专业中的法律社会学研究。这不能不说是一个可喜的进步。我刚才随手拈来的这几个学者,要么是北大法学院的,要么是北大法学院培养出来的。这足以看出在法律社会学的发展进程中,北大法学院始终扮演了引领者的角色。可以说,北大法学院乃是推动中国法律社会学发展的源泉、摇篮和大本营。

我是在2011年第三届“政治、法律与公共政策”年会论文集中看到黄韬博士的论文,那是其博士论文的一章,其扎实的研究给我留下深刻印象。也由于此,我鼓励黄韬博士修改其博士论文,甚至鼓励他将著作的标题改为现在这个样子。在一个成文法国家中,法院的职能是依照法律对个案进行裁判。由于缺乏判例法制度,法院对个案的裁判并不一定产生一般意义的约束力。由此,法院,哪怕是最高人民法院,很难像普通法法院那样扮演类似立法者的角色。于是,对最高人民法院的扮演类似立法者角色的关注,要么集中在具有一般性规范意义的司法解释问题上,要么集中在法院的公报案例的非正式影响力以及由此

后来发展出学界翘首以待的“指导性案例制度”上。

事实上,在侯猛在对最高人民法院的研究中,就提出了最高人民法院作为“公共政策法院”的构想。这个构想与其说建立在对最高人民法院司法解释权的实证分析上,不如说建立在对美国联邦最高法院的想象之上。因此,他主张最高人民法院只有变成美国联邦法院那样的上诉法院,才能真正成为公共政策法院。可以说,最近几十年来司法改革以及由此而来对中国司法制度的研究,很大程度上是以美国联邦最高法院作为想象的。从宪法司法化到设立大区法院的主张,从司法专业化到以上诉审为中心的公共政策法院,莫不如此。然而,问题在于我们的司法改革不是改革最高人民法院,而是改革各级人民法院。当地方各级人民法院,包括基层法院,都强调司法专业化和判决书写学理化的时候,司法改革不可避免地陷入一场灾难。西部基层法院严重缺乏正规法官,案件大量积压久拖不决,法官规模不断扩张,判决说理远离百姓常识,普通百姓不堪诉讼负重。换句话说,老百姓实在搞不懂自己纳税供养了越来越多的法官究竟在干什么。

中国的司法改革需要立足于中国的社会现实,对最高人民法院研究固然可以参照美国联邦法院,但必须立足于镶嵌在中国宪政结构中的司法运作,只有这样才能真正对中国最高法院的实际运作给出准确的描述。黄韬博士的这部著作之所以重要,也许就在于从一开始就没有想到要做一篇法律社会学论文,也因此避免了从某些既定理论框架出发来剪裁、甚至曲解客观事实。相反,他基于一个朴素的想法,希望描述和理解最高人民法院如何处理金融案件的。正是这个单纯的想法,使其论文真正贴近了法律社会学的问题意识:在我们做出应然价值评判之前,我们首先要理解我们面对的怎样的一个真实世界。而他的经验描述告诉我们,至少在金融司法领域,最高人民法院扮演了公共政策制定者的角色,这不仅体现在通常理解的司法解释功能和案例指导功能中,而且体现在案件受理的筛选机制、金融审判专业化的努力和金融监管中行政权与司法权配置等各个方面。正是从现实经验的描述出发,我们看到一方面与法律规范对最高人民法院的定位相比,最高人民

法院始终扮演了公共政策的制定机关,但和美国相比,最高人民法院对公共政策的影响力并没有美国联邦最高法院那么大,而且发挥公共政策影响力的方式也不同,由此黄韬将其定位为“中国式的公共政策法院”。

可见,黄韬对金融司法和金融监管的研究,始终自觉不自觉地以美国的金融司法和金融监管模式作为参考框架,但正是作者的法律社会学立场使得他始终持一种同情理解的平和立场来展现两种模式的不同,避免采取意识形态化的简单立场。在黄韬看来,这两种金融司法模式之所以不同,恰恰在于金融司法中发挥的公共政策导向有所不同。如果说美国金融司法的公共政策导向是保护投资者利益和维护市场经济等,那么最高人民法院在金融司法过程中需要承担更大的公共政策职能,包括“防止国有金融资产流失”、“完善金融法律规则体系”、“提升金融市场法治化程度”以及服务与党和国家的金融政策等等。

然而,如果我们进一步追问为什么最高人民法院要秉持这些公共政策导向?这些独特的公共政策导向是通过何种机制进入最高人民法院的金融司法中?这就需要把最高人民法院放在中国的宪政秩序中理解,需要把我们的金融司法放在中国现代化进程的特定历史阶段中去理解。在方面作者也给出了诸多论述,比如在一开始作者就提到最高人民法院在金融司法中秉持的“大局意识”,而在结尾处作者进一步指出,若按照美国标准,中国在金融市场的投资者保护问题上存在明显的“司法失灵”现象,但在中国的宪政制度框架中,“司法失灵”并没有严重的社会后果,因为中国的投资者权益保护工作主要不是通过司法机制来完成的,而是通过“国家调动政治资源”来实现的。这无疑是著作中值得进一步挖掘的亮点。

然而,也正是在这些地方,我们看到了作者的不足,即在微观上精细地描述和分析最高人民法院的金融司法运作时,忽略对相对宏观的理论关照,尤其对最高人民法院发挥公共政策影响力的制度架构和制度机制及其历史背景缺乏系统的阐述。假如作者能够从党国宪政体制的内在逻辑出发,那么无论是“大局意识”,还是“国家调动政治资源”

都要予以重新阐释。这样我们也许会在党的政策、国家官僚制的运作和司法权之间的互动关系中对金融司法有更为深入的把握。假如作者将当下的金融司法放在更为广阔的历史背景中来理解,那么无论金融司法的公共政策指向,“强行政、弱司法”的权力格局,还是“国家调动政治资源”,都会有不同的历史意含,并由此揭示其未来可能的走向。

之所以出现这些不足,很大程度上是由于作者在一开始对宏观理论问题的思考准备不足。这也是法律社会学运动第三波中普遍存在的问题,尤其是部门法领域中的法律社会学研究更容易出现这些问题,即长于部门法内部问题的分析,但弱于宏观理论框架的提升和把握。这样我们就会在法律社会运动第三波中看到两个相互隔绝的现象:法理专业中的法律社会学研究对象化在部门法领域不去关注的剩余范畴中,而部门法专业中的法律社会学问题主要由部门法学者来承担;法理专业的法律社会学研究往往对部门法中的具体问题把握不够,甚至由于受到理论框架的预先束缚,不惜用理论框架来歪曲事实,而部门法领域的法律社会学研究往往过分关注部门法的具体问题而忽略了对理论问题的思考。

法律社会学运动第三波中出现的这种相互隔绝的困局,很大程度上是由于我们的法律教育体制造成的。一方面法学院法律本科教育的专业化倾向本身就缺乏对人文社会科学,特别是政治哲学和社会理论的系统训练,而在研究生阶段,学生培养又受到了严格的专业壁垒和导师个人学术倾向的影响,缺乏打通各专业领域的公共课程,以至于法律社会学、法律人类学、法律经济学、法律与公共政策等课程除了法理专业的研究生,很少有部门法专业的研究生系统选修。以至于大量部门法领域的学者虽然有兴趣对本领域的问题进行法律社会学研究,但苦于缺乏系统训练,只能依靠个人兴趣的摸索来完成这种训练。但另一方面,法理专业领域中的法律社会学研究一旦将问题对象化在司法制度和乡村社会的习惯法这两个固定领域中,从一开始就丧失了对部门法中真正鲜活的法律问题的关注和把握能力,很容易把自己的视野局限在部门法领域之外的剩余范畴,丧失了与部门法问题进行对话的

能力。

要改变目前法律社会学研究的这种困局,首先要重新恢复法律社会学本身的问题意识和反思批判的活力,特别是对于法理专业而言,必须将法律社会学研究的视野从当下的司法制度和乡村习惯法这两个部门法很少涉及的剩余范畴中解放出来,从而和部门法学者一起来思考当下中国各个部门法领域中面临的重大问题。换句话说,法律社会学研究的对象不应当集中在某些固定不变的领域,不能将研究问题对象化,而应当放眼整个部门法领域。

进一步而言,应当改革法律教育体制,必须将通识教育始终贯穿到法律教育中,特别是政治哲学和社会理论以及法律社会学、法律经济学和法律人类学,应当成为每个法学院学生,尤其是进行高端培养的研究生,必须修习的课程。这就意味着每一个部门法专家,都是一个潜在的法律社会学家。法律社会学的问题意识不仅是法理专业的问题意识,而应当成为中国法学家作为共同思考基准的问题意识。法律社会学家不再是法理专业中的特产,而应当是整个法学界的产物。这就意味着我们的法学研究在专业化壁垒导致相互隔绝的情况下,依靠共同的法律社会学问题意识来自觉打破专业壁垒,透过问题意识而不是专业知识,形成不同专业之间的对话和互动,从而共同建构中国的法律传统和法学传统。

实现法理专业的理论思考与部门法领域具体问题的完美结合,则需要我们共同提升法律社会学研究的层次。一方面法律社会学绝不能降低为一种分析方法或分析工具供各部门法普遍使用,而必须保持作为问题意识本身的活力以及由此追问而产生的理论与经验之间的张力。只有保留鲜活的问题意识才能保持这种内在的张力,也只有这种张力才能塑造持久发展的法律和法学传统。另一方面法律社会学绝不能仅仅局限于“价值中立”的客观描述,也不能变成简单地变成田野调查的法律故事,而必须与部门法中的规范意识进行有效对话。法律社会学必须处理规范问题,这也是法律社会学不同于一般意义上的社会学、经济学和人类学的特殊性所在。而法律社会学在处理规范问题时,