

司法研究方法的反思与批判^{〔*〕}

○ 李瑜青¹, 张 建²

(1. 华东理工大学 法学院, 上海 200444;
2. 常州大学 史良法学院, 江苏 常州 213164)

〔摘要〕司法对转型中国具有重要的意义,如何研究司法就成为一个重要问题。既有的关于司法的研究方法有四种,这些方法作为研究进路各有利弊。情境论主张整体、同情地分析研究对象,但缺乏价值上的超越意识;政法传统中的方法看到了司法背后的政治因素,但忽略司法独立性的价值与实在法对司法的意义;规范法学主张在制定法建构的法秩序中来研究司法,对规则多元与实质正义取向传统的忽略,是其最大的不足之处;回应型司法研究认为司法需要与社会互动、回应社会需求,但与社会过多的互动可能会消解法律权威,导致司法主体性丧失。对这四种研究方法的分析、反思与批判,对司法研究的推进具有基础性的理论意义。

〔关键词〕司法研究;情境论;政法传统;规范法学;回应型司法

司法机关在对纠纷进行裁判的时候,如何才能取得良好的法律效果和社会效果,这个问题已引起学术界的广泛关注和讨论。就目前研究从方法论的视角来看,主要有四个不同的进路,揭示每个研究进路的特点或优势,分析其中可能存在的不足,对进一步推进当代中国司法制度的研究具有基础性的意义。一般说来,所谓的方法是人们解决问题采用的途径或手段。但其实研究工作的全部严肃性就取决于研究的方法,正如巴甫洛夫所说,一个好的方法,即使对一个不很有天才的人,他也能作出很大的成就。而学术界对此问题却并没有引起足够的重视,本文意图对在司法研究中有代表性的这四种研究方法的利弊进行分析、

作者简介:李瑜青(1954—),华东理工大学法学院教授,博士生导师,研究方向:法哲学与法律社会学;张建(1983—),常州大学史良法学院讲师,博士,研究方向:法律社会学与法哲学。

〔*〕本文系中国法学会(部级)重大研究课题“法律实施的保障机制研究”(CLS2011A04)阶段性成果。

反思或批判。

一、“情境论”的司法研究方法

“情境论”是当前有代表性的司法研究的方法论。其特点在于强调对法院或司法行为的研究置于特定的社会场域之中,因为“意义和确定性都是语境的构建”。^[1]就“情境论”的研究进路来说,实际上是要“坚持以法律制度和规则为关注重心,力求语境化地理解任何一种相对长期存在的法律制度、规则的历史正当性和合理性。”^[2]但在“情境论”论者的思维逻辑中对法律制度或规则的关注,并不是通常意义上所理解的国家制定法,而是在法律多元主义意义上存在的法,也不应该“把法律视为一种抽象的、理想化的价值或体现了这样价值的条文,而更倾向于从社会学的角度来理解法律,把法律秩序理解为与人们具体现实的生活方式无法分离的一种规范性秩序。”^[3]

“情境论”的研究方法为众多学者所遵从,这里我们主要对苏力教授的观点进行一些分析或批判。在对中国问题进行判断的过程中,苏力发现农村问题才应该是真正值得予以面对的,套用苏力的话就是,“中国的问题仍然主要是农村的问题”,^[4]苏力发现,国家的制定法在农村地区并不能充分而有效地实现,但这并没有妨碍农村地区秩序的形成,这种现象的出现可以归结为两种情况:其一,国家法还不能满足农村地区农民的诉求,就如“在《秋菊打官司》的纠纷中,当司法机关没有发现身体伤害时,正式法律就将这一纠纷推开;而一旦证实有较为严重的身体伤害时,伴随的是法律上的行政拘留,而没有给秋菊所要求的说法。”^[5]第二,在农村地区广泛地存在着规避国家法的现象,对这种现象可以认为,“农民规避国家制定法而偏好私了并不必定是一种不懂法的表现,而是利用民间法和国家制定法的冲突所作出的一种理性选择。”^[6]这两种情况,对一个学者来说就提出了一个更为深刻的问题,即一个现代的司法制度应该如何为乡土社会、熟人社会提供合格的司法产品,这一问题与农村地区法治秩序的实现密切地关联在一起,因此极为重要,“因为基于一个文字化信息处理的现代司法制度从格式上很难处理一个主要是依赖口耳传递信息的社会中的纠纷,至少是无法有效地运作。”^[7]

在这些问题意识的支配下,苏力在“情境论”进路上展开了对基层司法行为的研究。其认为基层法院所承担的任务不仅仅是法律的适用问题,而是更为繁复的,一如其所言“中国基层法院的法官面临的问题不仅是如何决定更为公正、更符合规则的问题,而且要考虑决定之后如何才能得到实际贯彻落实的问题。”^[8]正是由于基层司法的复杂性,所以基层法院在适用法律的过程中不能仅仅考虑国家的制定法,而应该在更为广泛的背景之下来寻找可供支配、可作为审判、调解判断依据的规则,亦即是说,“在中国的法治追求中,也许最重要的并不是复制西方法律制度,而是重视中国社会中那些起作用的、也许并不起眼的习惯、惯例,注重经过人们反复博弈而证明有效有用的法律制度。”^[9]正是在“传统

农业社会中形成的逻辑和对法院的预期趋向于实质正义”^[10]的原因所限定,所以在知识的构成上对基层法院的法官就提出了一种更为复杂的要求,即基层法院的法官不应该仅仅是国家制定法的掌握者,不应该仅仅是乡土社会中的习惯、惯例的掌握者,还应该是一个懂得乡土社会中情理运作逻辑的人。“对中国基层法官的职业生涯构成重大制约的主要有两个方面:一方面是基层社会、特别是广大农村地区社会中具有的丰富个性的、尚未格式化的并因此难以以规则处理的现实世界。另一方面,这就是现代化发展以及现代民族国家的意识形态所要求的规则之治。”^[11]在这些制约之下,基层法官也逐渐地积累了一些应对事实争议和法律争议的技巧和方法。

“情境论”研究方法为我们“同情性地理解”当下中国法院的诸多行为提供了一种思路。比如在“情境论”之中可以发现审判委员会存在的合理性,可以发现为什么由最高人民法院公布的不具有法律效力的典型案例能够作为地方各级人民法院审判的理据等。^[12]但“情境论”的研究方法的应用存在内在的不足,如这一研究方法认为“真正要实行规则之治,一个非常重要的前提是规则之治的治理对象本身要具有一定程度的规则性。而这种规则性不可能通过我们制定规则,将不规则的现象纳入一个规则的条文就可以解决了。”^[13]这一认识似乎合理,但仔细琢磨便会发现存在很大的缺陷,这实际是在遵行一种向后看和向下看的研究视角,从而忽视了法律和规则本身对人类生活、人类行为所具有的规制和价值提升功能,但法律制度“通过为人类社会组织确立履行更高任务的条件,就能够为实现社会中的美好生活做出贡献。”^[14]所以从这个角度看,“情境论”的研究方法对理解和解释历史上存在的司法行为是有着其自身的功能的,但却不具有未来指向的功能,所以恰如苏力对其的作品评价的那样,“在一定意义上看,你写了一部研究当代中国法律史的书。”^[15]

同时,“情境论”的研究表现出来更为紧要的缺陷在于价值预设上。在这一研究方法看来,历史上凡是存在的无论是司法行为,还是各种制度和规则都是合理的,一如苏力在对梁祝悲剧研究之后的发现,“媒妁之言与包办婚姻正是作为保证人类延续的一种辅助性制度发展起来的,有效地回应了这种社会条件。”^[16]同时,苏力还竖起了道德的大旗为这种见解辩护到,“只有这样,我们才能从历史的眼光语境化地理解先前婚姻的优劣利弊,而不是从今天的自我道德超越审视历史,把复杂的历史问题作一种道德化的处理。”^[17]在这里反映了两个基本观点:第一,不能用今日的道德、观点简单化地去处理和评判历史中的事件、制度和人物,历史中的事件、制度和人物的活动与当时的道德、观点结合于一体的。第二,凡是历史中只要存在的事件、制度和人物都是合理的。我们的批评就是在第二点上展开的,即每个时代当然实际都是有着自身的思想和道德评价的体系,所以对历史中的事件、制度和人物的活动其合不合理需要置于其时代的条件来加以断定。但今人研究历史不是为了自我陶醉或欣赏,而是为了吸收经验、教训或超越,所以我们不能只是向后看,更重要的是向前看。有学者指出:“苏力(情境

论——笔者加)的法学思想从根本上看是庸俗的唯物主义,这可以从他对科学技术的痴迷、对人文精神的拒斥、片面强调法学作为一门社会科学等观点中看出来。”^[18]在对我们所分析“情境论”司法研究方法存在的缺陷上,这个观点是具有启发意义的。

二、“政法传统”中的司法研究方法

从政治与司法关系的视角来对法院或司法行为进行研究,是另一种具有代表性的方法论。这种研究方法论的基本观点认为,司法本身不具有独立的逻辑,要认识和理解司法必须要将其置于所展开的政治逻辑之中来进行。

强世功在对法律史和当下的法律实践进行的过程中发现,当下所谓的文明人在对法律的认识中仅仅看到了法律在保护和实现人之权利的积极一面,却忽视了法律所具有的暴力性、法律与政治相互之间的关系,其实“法律的目的服从政治秩序的理想”、“法律的力量来自国家的暴力。”^[19]在这种认识的支配下,强世功认为在对当下司法行为无论是从宏观层面上开展研究,还是从微观的视角进行探讨,都不应该忽视表面上不在场的国家、不能够用各式各样的后现代话语来消解国家,一如其所言,“当人们已经习惯于不假思索地使用社会转型这个概念时,我一直坚持使用国家转型这个概念,因为没有国家转型实际上就不可能出现社会转型,或者说社会转型就没有特别的意义。”^[20]所以,需要在“法理学中重新找回国家。”^[21]

政治与司法关系视角中的法院或司法行为研究主要从两个不同层面展开。宏观层面上,我们发现形成于陕甘宁边区并在当下中国司法过程广泛存在的“政法传统”,微观层面则研究了国家在具体的司法运作过程中是如何发挥效用的。当下中国的司法制度、实践与陕甘宁边区所形成的诸多司法制度、实践之间存在诸多的内在联系,今天的司法制度是在总结陕甘宁边区经验基础上通过多次地反复探索才逐渐地成型。恰如侯欣一在对陕甘宁边区大众化司法制度研究中发现,人民司法的形成并不是一个顺畅的过程,而是在移植西方的司法制度、模仿苏联的司法制度等几种制度中不断实验和选择的结果,所以恰如其在对边区时期的马锡五审判方式的兴起进行解释时所说到那样,“所谓的调解制度以及马锡五审判方式,只是边区迫于诉讼增多的一种不得已而为之,但在实践过程中被纳入到权力的关系中,逐渐形成的边区乃至中国法律的新传统。”^[22]这里凸现出来的问题就是,大众化司法形成之前的诸多司法实践模式是不符合当时的各种要求的,如李木庵所主张的以模仿西方并以专业化为取向的司法模式,从另一个角度来说也就是,政法传统这一社会主义新的法律传统是由诸多因素所促成的,但最为紧要的则是“作为革命意识形态的产物,人民司法是在与一切旧中国的司法制度相区别(甚至相反对)中界定自身的,因为在革命的话语中旧中国的法制与司法都是反动的。”^[23]

作为当时陕甘宁边区的司法制度,必须要符合这样两个基本要求。第一,能

够在党的控制之中,因为“司法工作只是政权建设中不可分割的一部分,因而新的司法制度绝对不能与新型政权的发展相背离。”^[24]第二,能够充分而有效地化解社会中的矛盾和纠纷,因为只有这样才能取得人民的好感和支持,当时对司法使用的策略就在于“希望通过司法活动换得民众的满意,夺取政权。”^[25]依据这两个要求,便会发现承继以司法专业化为取向的司法制度,虽然在司法制度建设方面取得了很大的进展,但存在两个根本性的缺陷:其一,要求实现独立司法,而这在当时的陕甘宁边区是绝对不可能实现的事情;其二,这种进路的司法模式也没有满足当时社会对纠纷解决的要求。“在这种形势下,调解成为共产党司法的一个重要政策。不仅群众自己调解,群众团体亦主持调解,政府也出面调解,就连法院正式审判也与调解联系在一起,由此产生著名的马锡五审判方式。”^[26]但需要注意的是,马锡五审判方式中的调解与传统社会中的调解,在运作逻辑上存在根本性的区别,因为“无论是组织各种各样的组织,还是实现生动活泼的民主政治,还是当事人心悦诚服的民间调解,都不是自发产生的,都是由党组织在其中发挥作用,或者党组织控制着这些乡村组织的运作。”^[27]正是由于“阶级政治从立法领域不加改变地直接延伸到司法审判领域”^[28]之中,所以在这里,调解所使用的各式各样的技巧已经不再那么重要了,能不能满足和方便群众对纠纷和矛盾解决的要求也不再重要了,“重要的是要遵循群众路线,遵循党的路线方针。”^[29]“我们的法律是服从于政治的,没有离开政治而独立的法律。政治要求什么,法律就规定什么。”^[30]正是建立在这些步骤和理念的基础上,法律(司法)就成为了国家进行治理的一种手段,也就是说通过法律的治理成为了一种常态,从而也就逐渐地构筑和形成了中国法律新的传统,亦即“政法传统”。

通过对陕甘宁边区所形成的“政法传统”这一知识和实践脉络的考察,我们就能充分地理解当下司法存在的某种方式。如法院为什么需要提出各种各样的政治口号,如“为经济建设保驾护航”。为什么需要制定出紧贴时代的各种各样的公共政策,也只有在这一视角之下才能体悟到“为大局服务成为人民司法工作主题”、“司法工作要紧紧围绕保增长、保民生、保稳定,充分发挥能动司法的作用”的真正内涵;也只有“政法传统”的脉络中才能定位好当下司法所主张的“大调解、调解优先”的内在蕴含。经由上述可以发现,法院作为一种存在事实并不是独立存在的,法院并非是社会功能发展分化的产物,而仅仅是党的统治和治理方式的延伸。在“政法传统”影响下法律处理的所谓利益问题,从根本上是政治统治问题。“法律保护的是统治阶级的利益,法律具有明确的阶级性,因此,法律是解决政治问题乃至社会问题的一种有效工具。”^[31]

政治面向的司法研究方法论的运用在当下中国的语境中有其一定的合理性。因为在当下中国讨论司法问题的时候,脱离开与共产党和政府的内在联系,这种研究必然不够深入。但需要指出的是,这一“同情性理解”的研究进路却存在把政治因素对司法实践的制约作用作绝对化的理解,忽略司法本身还有面对社会主张正义的要求。一定政治的合理性如果从根本上与社会发展所能接受的

合理性完全相悖,这种政治的合理性也就失去了基础,也就不再有合理性。看上去政治可以表现出那样的强而有力,它还是要受制于社会发展的条件。因此,司法在面对政治因素做选择的同时,必须不忽略社会诸因素所给予的基础或可能。另外,司法还有着其自身的逻辑,司法是把一般化的规则个别化为判决,使文本的法条转化为现实的社会规制的手段,这实际意味着司法有着不同于政治的思维或实践逻辑,而政治面向的司法研究方法论的运用却有意或无意地遮蔽了这一内容,使其方法论的运用表现出某种思维的片面性。因此,有学者从规范法学立场出发对政治面向的司法研究给予批判时就指出,司法研究不能完全地游离于各个时代法律效力的实在法,原因就在于“司法需要关切的是实在法的规范效力、规范的意义内容,以及法院判决中包含的裁判准则。”^[32]

三、规范法学面向的司法研究

从规范法学面向对司法行为进行研究,是第三种具有代表性的方法论。这种方法论的基本价值内设计认为,司法有着其自身的逻辑,所以在对司法进行研究和评判时需要以所处时代发生法律效力各种实在法作为研究的基石,“纯粹法理学拒绝一切国家实在法之外的规范进入其分析视野。”^[33]进而需要利用规范分析方法作为分析和评判法院和司法行为的方法,“其基本出发点在于通过法律规范和其可能效力之间的关系对照和比较,发现法律之所以能够对人们起到规范作用的内在奥秘。其之要旨,不在于实证,而在于规范实证。”^[34]

通过对已有的规范法学面向的法院或司法行为的研究进行梳理之后发现,即使是在其内部,观点也不是同质性的而是多元性的。有学者从独立司法的立场上考虑司法问题。认为已制定的法律在现实社会的运作过程中存在失效现象,究其原因在于“我们的司法和执法机关是地方性的机关,它们与地方的权力部门和经济利益有着千丝万缕的联系。”^[35]为了破解这一难题,司法部门必须从地方性之中解脱出来,从而变成一个中立的、能够输送正义的机关,也就是说“法院需要忠诚于法律,在法律解释和法律适用上诚心正意,不屈法,不妄断。”^[36]司法审判不能受制于法外的权力,否则就会扭曲法律,导致司法的肆意和随意。在这一判断中一个逐渐浮现出来的问题是,司法部门应该如何处理好与地方人大监督关系?对此,其认为“人大在进行监督的时候,应该分析一个引起争议的案件是什么原因造成的,如果是非职务性原因,则是可以监督和弹劾的;但如果是对法律解释和理解的不同所造成的,那应该是在豁免的范围内。”^[37]当然,这里对人大应该做一个广义的理解,甚或可以认为是要将这种监督置于“政法传统”之中来加以解释,这意味着要求法官在审判的过程中不应该受到外界的干扰,他所需要考虑的仅仅就是各种制定法。之所以要实现法官的独立审判,原因在于“法律光靠人的自然理性是不可能处理好的,更需要人的工具理性。法律是一门艺术,在一个人能够获得对他的认识之前,需要长期的学习和实践。”^[38]这又引发出了法律职业共同体的建设问题,也就是说要实现司法的

独立审判,还需要加强法律职业共同体的建设。因为法律是一门艺术,需要长期的学习和实践才能掌握,而“人的素质可以说是首当其冲的。或者说在目前这样一个制约条件下,很好地去推进司法独立这一原则的空间最为重要的就是提高法律职业者的素质这一环节了。”^[39]当然,主张独立司法,不能以为司法在实践中可以随心所欲,而是强调司法具有自身的限定性,这种限定性就是要严格地做到“法官的独立审判需要遵循法律统一的原则,而且这种统一不但要求法律条文的一致,还要求运用法律的法官对于重要条文的含义和精神,以及一些关键性的法律概念的理解是一致的。”^[40]

也有学者从法哲学和法律方法的角度研究司法问题。认为在对中国法治发展面临的诸多问题进行探索时,可以发现在“社会治理及执政方式转换、法治的安定性与社会转型、法治的本土化与国际化、法治的均衡发展与现实的不均衡、立法与司法的专门化与大众化”^[41]等九个方面存在着非常尖锐的矛盾。要化解这些矛盾和冲突就需要从“技术——方法”的角度来加以思考,具体说来就是我们在进行法学研究的过程中,需要坚持一种面向实践的内在观点之法学:“一是,让法学的知识兴趣从政策定向转向司法定向;二是,使法学视角返回实在法;三是,法学方法的回归。”^[42]顺着这样的观点,认为需要构建起一个运用法学方法、面对实在法的规范法学的研究理路,并把研究的成果投射到有关法院或司法行为之中。司法的实践类型和研究需要从一种大众的司法转换到专门化的司法理念中来、从司法的广场化向司法的剧场化过渡,因为“司法的广场化是一种人人直接照面的、没有身份和空间间隔、能够自由表达意见的情绪的司法活动方式,更多的是一种大众化特点;而司法剧场化是一种以剧场为符号意向的人造空间内进行的司法活动。”^[43]同时从司法的广场化向司法的剧场化过渡是司法活动类型发展的一个趋向,根本的原因则在于社会生活和社会关系已日益变得复杂化,社会分工更加专门化。在这一思路的支配下,司法实践方法在要求上需要改变,以法律论辩为例,法律论辩“并不是要求所有断言、建议或作为判断表达的规范性命题绝对地符合理性,而只是要求它们在有效法秩序的框架内能够被理性地加以论证。”^[44]换句话说就是,法院的审判或司法行为并不需要满足绝对的价值和理性,而是需要在制定法的框架之下得到论证就行了。

也有学者从法律方法研究过程的角度研究法院或司法行为问题。但需要指出的是,这种研究是在多个层面和视角来表达的,如司法改革观、司法克制观以及司法过程中法律方法的功能和作用等。之所以需要坚持一种面向纯粹法理学、规范法学的研究进路来对待中国司法的改革走向,原因在于“中国近百年形成的传统中由于受激进主义哲学鼓励,造反有理被广泛接受,近乎是新传统。”基于这一判断,其认为“我们得首先进行守法主义、克制主义教育,在法律范围内表达自己的主张。”^[45]这一看法具体到法院或司法应该持有的姿态来说就是,应该坚持司法中立性的立场,保持一种克制主义的法官意识形态。具体到司法权力应用来说,必须要尊重立法权和行政权;将司法克制主义的立场投射到具体

的司法运作过程中就是,法官适用法律的过程不应该也不能任意地创造和解释法律,需要尊重制定法和法条,这实际也是法官向法律表达忠诚的方式。同时,法官如何表达对法律的忠诚也是属于法律方法研究的内容,其具体的表现就是“在法律思维活动(或法律推理过程)中追寻法律的客观性、固定性,在法律渊源中发现、论证法律,并在特殊情况下根据法律的精神续造法律。”^[46]之所以做出这样的判断就在于,其认为法律方法应该是我们观察和思考当下法院或司法行为的根本出发点。

通过上述学者研究方法和进路的简单勾勒和重述,使我们获得了一个法条主义视角下、规范法学面向的司法问题研究进路的基本印象,这一研究方法对当下中国法治建设中所蕴含的普遍式规则要求的推展所具有的意义和作用毋庸置疑的,因为恰如上文的研究所示,中国司法实践所体现出来的逻辑是“给予眼前的每个当事人各自面临的具体情况以细致入微及尽可能的照顾,”^[47]为此,需要宣扬一种对普遍规则的遵守要求。但规范法学面向的司法研究也具有很大的局限:其一,这一研究进路主张仅仅需要面对制定法,忽视了社会中运行的多元规则对社会秩序形成所具有的功能和价值。第二,其主张一种对裁判结果进行法律内部的证成,其是一种“站在法律专门人才的立场和解释法律”^[48]的观点,所以极容易忽视社会对法院或司法的要求,也就是可能难以满足社会对司法的要求。第三,更为紧要的是,其主张规则的一元性、法律方法的精英型以及形式理性的张扬,这不仅仅不符合中国人及中国秩序构成的逻辑,这种观点的绝对化在实践中也难以实现法律对社会纠纷的有效规制或解决。

四、“回应型”的司法研究方法

“回应型”的司法研究方法是第四种具有代表性的方法论。这一方法论主张讨论司法的问题,必须将其置于司法与社会要素相关联的视角,突出法律实现中的社会效果。

这一方法论的运用借用了美国学者诺内特和塞尔兹尼克所提出的回应型法的概念。在《转变中的法律与社会》一书中诺内特和塞尔兹尼克认为,社会上存在的法律现象可以分为三种基本类型,即压制型法、自治型法以及作为改革方向的回应型法。但需要指出的是,这三种类型的法并不是对已有的历史发展经验的一种总结,而毋宁说是按照韦伯意义上的理想型的方法所构造出来的。“压制型法”主要特征在于“不顾被统治者的利益或者否认它们的正统性”,^[49]使所有的利益都置于危险状态之中。“自治型法”特征在于法已是“专门的、相对自治的法律机构,这些机构在各个规定的全能范围内要求一种有限的至上性。”^[50]而“回应型法”则“要把一种变化的动力注入法律秩序”,^[51]使法律能够灵活回应各种新的问题和需要,法律秩序比较容易受到社会的影响,因此,在处理社会问题方面法律要变得更为有效。这三种类型法都有自身的特征和内在机理,但我们需要从前两种法类型过渡到第三种法类型即回应型法中。

“回应型”司法的概念从回应型法概念中取得思想养料,但对司法发展的类型提出新的表达。有学者在借助并改造回应型法概念基础上,对当下中国司法实践进行研究之后认为,当代中国司法实践发展形成过三种类型,“工具性司法、机械性司法和回应型司法。”^[52]工具型司法的特征在于:司法没有自己的独立决定权,无法成为独立的“部件”在司法活动中存在,而是简单地承担着国家政策实施代理人的角色,属于国家的治理工具。机械型与工具型不同之处在于:司法开始有了自身的立场,法律的权威得到了确认,但在实证主义理念的影响下,司法的过程表现为过于单方面强调立法者的作用即对制定法的依赖。而回应型司法是指能积极回应人的需求,回应社会需要的司法类型。审判管理工作机制作为司法过程中的一个环节,其必然会受到司法理念的深深影响,进而张斌认为“回应型审判管理工作机制,是指在转型中国、伦理勃兴和法治反思的语境下,通过系统性的设置,对法院的审判资源进行优化、配置、组合,以使法院更加有效地利用审判资源,发挥审判作用的制度体系。”同时,又认为“回应型”司法理论具有“认知性、能动性和开放性”的特征。^[53]

“回应型”的司法研究方法在社会面向上要求司法的过程重视利益平衡。司法的审判过程不是“简单而又机械地进行法律适用,而是在依法审判的同时,注意利益的平衡。”^[54]在这一理念的脉络之中,可以发现诸多研究如陈树森认为司法的过程其实应该就是一个来回穿梭于法意和民意之间的过程,司法的目的在于实现社会正义,但法条主义等的视角会形成法意与民意相互之间的背离、冲突等,所以需要形成一种回应型的司法理念,原因在于“司法应当积极主动地满足于社会公众的司法期待和司法需求,实现公平正义,促进司法和社会之间的良性互动。”^[55]进而使裁判的结果能获得良好的法律效果和社会效果的统一。同样,肖仕卫在对中国刑事司法中的暂缓起诉、刑事和解等实践进行研究之后也发现,这些实践已经在逐渐地脱离“刑事法制的国家中心主义”和“刑事法制的形式性或自治性”等传统的司法理念,从而逐渐地形成了一种回应型的司法理念,之所以能形成一种回应型的司法理念,其认为原因可能在于其能够:“克服了规则的刚性,从而使司法结构和司法官员获得了较大的自由裁量权,进而可以使裁判结果更具有弹性、柔性和灵活性。”“司法过程中的单方强制逐渐退隐,权力因素逐渐成背景,多方协商、沟通和合作成为司法决策的主要渠道。”^[56]

由“回应型”司法理念的推动,学界开始重视如民间法问题的研究,法律多元主义立场得到人们关注。近些年来,司法实践中对民间规则的司法适用方面做了很多重要的探索和实践,如江苏省姜堰市制定的《关于将善良风俗引入民事审判工作的指导意见(试行)》,以及最高院从2007年开始的“民诉习惯在审判中的运用”为主题的全国性调研活动等。一般地说来,民间规则的司法运用“大体存在三种情形,即:个案隐蔽适用、个案公开适用以及作为辅助法源的一般适用。”^[57]之所以需要将民间规则引入到司法实践中来,原因就在于“在现实生活中,人们的交往行为可能更依据法律进行,但更大的可能则是依据作为社区

共识的习惯进行。”〔58〕

毫无疑问,“回应型”的司法研究方法的进路其优势在于,能很好地反映社会中流动着的民意,穿梭于法意与民意之间从而使裁判的结果实现法律效果和社会效果的最大化集合。司法主要表现的是一种裁判结果的生成过程和机制,但司法在生产判决的过程中应该遵从何种路线,以及研究者应该持有何种研究方法来对司法进行研究,不同的研究方法会有着不同的见解。〔59〕但值得注意的是,经由这些滤镜过滤之后的社会纠纷都不会是社会的真实的、完整的需求,所以要给予社会有效地回应,必须要将法院研究置于社会——司法的关系性视角中来加以思考,因此“回应型”司法研究方法的运用有着广泛而深刻的实践和理论意义。同时法院要对社会纠纷做出裁判,必须要考虑社会效果。因为裁判不能只考虑合乎政治性、合乎法律性,还需要考虑社会的可接受性。为此,司法裁判的社会效果问题就凸现出来了。但这个问题无论是在“政法传统”中,还是在规范法学面向的研究中都是没有办法解决的,进而司法的研究和实践需要过渡到“回应型”司法理念和社会面向的研究方法中来。

但这一进路如被绝对化其仍然会有消极的作用。首先,“回应型”的司法理念所遵循的是一种法律多元主义的立场,所以其有可能消解国家制定法的权威性,不利于普遍性的规则主义司法理念的形成,进而可能会导致“同案不同判”等判决的出现;其次,由于“回应型”司法理念某种程度是在屈从于社会中广泛存在的民意,对这个问题如只是单方面的强调,有可能会引起司法权威的丧失,虽然这一问题已经引起了主张回应型司法的学者的重视,但有效的解决措施还没有达成广泛的共识。

注释:

〔1〕〔2〕〔15〕苏力:《也许正在发生——转型中国的法学》,北京:法律出版社,2004年,第235页。

〔3〕〔5〕〔6〕〔9〕苏力:《法治及其本土资源》,北京:中国政法大学出版社,2004年,第27、37-38、63、189页。

〔4〕〔7〕〔8〕〔10〕〔11〕〔13〕苏力:《送法下乡——中国基层司法制度研究》,北京:中国政法大学出版社,2000年,第7、227、189、130、268-269、193页。

〔12〕陈越峰:《公报案例对下级法院同类案件判决的客观影响》,《中国法学》2011年第5期。

〔14〕〔美〕博登海默:《法理学,法哲学与法律方法》,邓正来译,北京:中国政法大学出版社,2004年,第407页。

〔16〕苏力:《法律与文学——以中国传统戏剧为材料》,北京:生活·读书·新知三联书店,2006年,第97页。

〔17〕苏力:《制度是如何形成的》,北京:北京大学出版社,2007年,第11页。

〔18〕魏敦友:《当代中国法哲学的反思与构建》,北京:法律出版社,2011年,第231页。

〔19〕〔20〕〔26〕〔27〕〔28〕〔29〕强世功:《法制与治理——国家转型中的法律》,北京:中国政法大学出版社,2003年,第4-5、6、98、104、125、120页。

〔21〕强世功:《立法者的法理学》,北京:生活·读书·新知三联书店,2007年,第14页。

〔22〕〔24〕〔25〕侯欣一:《从司法为民到人民司法——陕甘宁边区大众化司法制度研究》,北京:中国

政法大学出版社,2007年,第23、213、229页。

[23]何永军:《断裂与延续——人民法院建设(1978-2005)》,北京:中国社会科学出版社,2008年,第249页。

[30]谢觉哉:《在司法训练班上的讲话(1949年1月)》,王定国等编:《谢觉哉论民主与法制》,北京:法律出版社,1996年,第156页。

[31]强世功:《惩罚与法治》,北京:法律出版社,2009年,第112页。

[32][德]拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,北京:商务印书馆,2003年,第77页。

[33][34][48]谢晖、陈金钊:《法理学》,北京:高等教育出版社,2005年,第4、10、5页。

[35]贺卫方:《法律何以失效?》,《经济月刊》2001年第1期。

[36][37]贺卫方:《司法如何获得国民的信赖》,《西部法学评论》2010年第3期。

[38]贺卫方:《陛下,您不能审案》,《学习月刊》2006年第7期。

[39]贺卫方:《改造权力——法律职业阶层在中国的兴起》,《法制与社会发展》2002年第6期。

[40]贺卫方:《人大监督与法官独立审判》,《法制日报》2003年11月20日。

[41]舒国滢:《法治发展——多重矛盾的破解之法》,《人民论坛》2011年第5期。

[42]舒国滢:《并非有一种值得期待的宣言——我们时代的法学为什么需要重视方法》,《现代法学》2006年第5期。

[43]舒国滢:《从司法的广场化到司法的剧场化——一个符号学的视角》,《政法论坛》1999年第3期。

[44]舒国滢:《法哲学:立场与方法》,北京:北京大学出版社,2010年,第156页。

[45]陈金钊:《法律解释学的创新与发展》,《扬州大学学报(人文社会科学版)》2009年第3期。

[46]陈金钊:《法官如何表达对法律的忠诚》,《法学》2001年第12期。

[47][日]滋贺秀三:《清代诉讼制度之民事法源的概括性考察》,王亚新编:《明清时期的民事审判与民间契约》,北京:法律出版社,1998年。

[49][50][51][美]诺内特、塞尔兹尼克:《转变中的法律与社会——迈向回应型法》,张志铭译,北京:中国政法大学出版社,2004年,第31-32、59、80页。

[52]李瑜青:《司法实践中平衡术的动力与行动逻辑》,《政治与法律》2008年第6期

[53]张斌:《回应型审判管理工作机制的构建》,李瑜青编:《转型中国法律社会学研究》,上海:华东理工大学出版社,2010年。

[54]李瑜青、陈琦华:《回应型法理念与司法实践》,丁寿兴编:《行政审判探索与实践》,北京:法律出版社,2011年。

[55]陈树森:《博弈与和谐:穿行于法意和民意之间的司法》,《法律适用》2009年第9期。

[56]肖仕卫:《刑事法治实践中的回应型司法——从中国暂缓起诉、刑事和解实践出发的分析》,《法制与社会发展》2008年第4期。

[57]厉尽国:《民间规范司法适用制度化相关问题研究》,《山东大学学报(哲学社会科学版)》2009年第5期。

[58]王林敏:《民间习惯的司法识别》,北京:中国政法大学出版社,2011年,第63页。

[59]张建:《论社会变迁对法学研究方法的影响》,《广西社会科学》2013年第4期。

[责任编辑:禾平]