

追求裁判的社会效果：1983—2012

宋亚辉*

内容提要：在最高人民法院描绘的法治蓝图中，追求裁判的社会效果无疑是最具中国特色的司法政策之一。“社会效果”是最高人民法院在上世纪80年代初司法职能转型时期提出的概念，其含义随公共政策的变化而变化。最高人民法院创造这一弹性概念，旨在构建公共政策的司法转介机制，借此将党和国家的公共政策输送到司法审判过程。贯彻公共政策是最高人民法院的职能定位之一，但三十年的政策实践表明，最高法院的政策表达和下级法院的实践方法均亟待规范化。政策话语的严谨表达固然可减少误解，却无法化解裁判方法上的随意性和去法治化风险。这一问题的解决，必须在方法论上坚持法律教义与政策资源在司法裁判中的“体”“用”格局，确保在法教义体系内进行政策权衡和结果判断。

关键词：最高人民法院 司法政策 社会效果 法治

一、现象与问题

在中国最高人民法院（以下简称“最高法院”）描绘的法治蓝图中，追求裁判的“社会效果”，坚持“法律效果与社会效果相统一”，无疑是最引人注目的中国特色之一。这样的表述频繁见诸各类司法文件，^{〔1〕}已成为各级法院必须贯彻实施的司法政策。以每年度定期发布的《最高人民法院工作报告》（以下简称“最高法院报告”）作为分析样本，“社会效果”自1983年首次出现至2012年最后一次出现，经历了三十年。自2013年以来，在中共十八大确立的新的历史起点上，社会效果概念在最高法院报告中戛然而止，这显然并非报告撰写者的遗漏所致，其所传递的信息或许值得研究。

结合现代法治发展趋势来看，中国正在建设中的法治固然是规则之治，但若僵化地理解和适用规则，法院将难以回应转型社会的复杂变化对司法裁判的灵活性需求。如何克服司法僵化及滞后性问题，是各国法治建设必须正视的共通性难题。或许是基于类似的问题

* 南京大学法学院副教授，中德法学研究所研究员。

〔1〕 在北大法律信息网数据库收集的6495件司法解释及工作文件中，以“社会效果”作为“全文关键词”进行搜索，共有367份司法文件明确使用“社会效果”概念。<http://vip.chinalawinfo.com/newlaw2002/chl/index.asp>，2017年6月26日检索。

意识和现实关怀，追求社会效果的司法政策在中国推行了三十年之久。不过，对此政策，不少学者持批判立场，认为该政策偏离法治目标，甚至可能走向去法治化的极端。^{〔2〕}面对这样的争论，理论上有必要思考：何为最高法院眼中的“社会效果”？三十年的政策实践对中国法治建设有何经验教训？

二、何为最高法院眼中的社会效果

（一）最高法院职能转型时期出现的新概念

准确解读“社会效果”概念及其所传递的司法政策，必须将其置于历史时段中，结合中国法治发展实践作情境化理解。在笔者掌握的各类司法文件中，“社会效果”概念首次出现于1983年的最高法院报告。当时提出这一概念，主要是强调：审判工作同时也是“政治思想工作”，不仅要“严格依法办事”，更要“走群众路线”，凡是群众工作做得好，审判的“社会效果”就好。^{〔3〕}在中国的政法话语体系中，“走群众路线”和“严格依法办事”是分属政治系统和法治系统的不同概念。前者是中国共产党在根据地时期就已确立的政治路线，后者是在1979年刑法、刑事诉讼法和1982年宪法颁布后才逐渐登上历史舞台的法治准则。最高法院将这两个不同时代的概念相提并论，是基于特定的历史背景。当时，“审判林彪、江青反革命集团案的历史任务已经完成。……国内政治情况已经发生了根本变化，阶级斗争已经不再是我国社会的主要矛盾，99%以上的人口都属于人民的范畴”，“党和国家已经在指导思想上完成了拨乱反正的艰巨任务，工作重点已经转移到社会主义现代化经济建设上来，实现了历史性的伟大转变”。^{〔4〕}

随着党和国家中心工作的转移，最高法院在国家权力体系中的角色与职能也开始发生变化。在以阶级斗争为纲的时代，最高法院的角色相对单一，它是人民民主专政和“阶级压迫阶级的工具”。^{〔5〕}在这一时期，最高法院的任务是“为政治服务”，^{〔6〕}中心工作始终围绕“镇压敌人、团结人民”的阶级斗争主题展开。^{〔7〕}正如谢觉哉在司法培训班上所讲：“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。……我们的司法工作者一定要懂政治。”^{〔8〕}这意味着，一切审判工作都是政治工作，最高法院只须沿着既定政治路线开展审判工作即可，无需另立司法政策。然而，随着党和国家中心工作的转移，经济体制改革引发诸多政治无涉的私人经济纠纷，逐步脱离阶级斗争为纲的法院，遂将工作重心从“镇压与团结”转向专业审判业务中的“定分止争”。作为中国的最高审判机关，最高法院也开始从纯粹政治性法院，转向公共政策法院和司法审判

〔2〕 参见陈金钊：《法律人思维中的规范隐退》，《中国法学》2012年第1期，第9页。

〔3〕 江华：《最高人民法院工作报告》，《人民日报》1983年6月26日。

〔4〕 同上。

〔5〕 毛泽东：《论人民民主专政》，《毛泽东选集》第4卷，人民出版社1991年版，第1476页。

〔6〕 侯猛：《中国最高人民法院研究》，法律出版社2007年版，第33页。

〔7〕 最高法院从1950年至1983年的核心工作可归纳为镇压反革命、团结人民和其它突击性政治任务，如执行特赦、参加社会主义教育运动、“五反”运动、审判“四人帮”、纠正“文革”冤案等。参见喻中：《论中国最高人民法院实际承担的政治功能》，《清华法学》第7辑，清华大学出版社2006年版，第40页以下。

〔8〕 《谢觉哉同志在司法训练班的讲话（摘要）》，《人民司法》1978年第3期，第5页以下。

法院并举的双重角色。〔9〕

最高法院的角色转型对其职能定位和工作方法提出了新要求。一方面,作为公共政策法院,最高法院实际承担的职能包括维护法制统一,并“为国家的中心工作服务”;〔10〕另一方面,作为司法审判法院,最高法院须实际从事并指导下级法院的审判业务。前者属于政治性或政策性职能,“为国家的中心工作服务”是其核心要旨;后者则属于专业技术职能,“严格依法办事”是其基本准则。二者分属不同的职能范畴。但对于扮演双重角色的最高法院来讲,“为国家的中心工作服务”不仅要求其政策制定和相关政治活动,必须围绕党和国家的中心工作展开,而且要求其专业审判业务也要“服务大局”。于是,就出现了1983年最高法院报告对专业审判业务提出的双重要求,既要“严格依法办事”,又要“走群众路线”。〔11〕为整合这两项要求,最高法院创造了“社会效果”概念,借此成功地将最高法院的双重职能对接起来,目的在于指导全国各级法院在工作重心转移过程中仍不偏离政治方向。

(二)“社会效果”含义的变化

既然社会效果概念的提出是为了回应法院工作重心的转移,要求其在专业审判业务中也要兼顾法治与“服务大局”的双重要求,那么,随着改革开放后国家中心工作的微调,“社会效果”的内涵是否也在发生变化?从最高法院的各类司法文件来看,“社会效果”在司法解释、政策文件、典型案例和审判工作会议上均频繁出现,但最能集中反映司法政策变化的文件载体仍是最高法院报告。作为一项法定制度,最高法院院长须在每年的全国人大会议上向立法机关汇报上一年度工作总结和未来规划,司法政策是其核心议题之一。在1980—2017年的38份报告中,“社会效果”一词自1983年首次出现至2012年最后一次出现,出现次数达28次,分布于20份报告中。〔12〕

如表1所示,社会效果概念在20份最高法院报告中的上下文含义,随着国家公共政策的调整而变化,其在不同时期、不同领域和不同历史情境中侧重表达不同的内容。从时间维度将“社会效果”的含义与同一时期党和国家的中心工作(公共政策)对比发现:(1)当政策强调走群众路线时,最高法院把息诉服判、群众支持并教育群众,视为“社会效果”的内涵(1983—1990);(2)当全国掀起“严打”时,最高法院将“从重从快”惩处严重

〔9〕 学者总结的最高人民法院的诸种角色包括:公共政策法院、行政管理法院、司法审判法院、上诉法院和象征正义符号的法院。参见前引〔6〕,侯猛书,第33页,第173页;季卫东:《最高人民法院的角色及其演化》,《清华法学》第7辑,清华大学出版社2006年版,第20页;苏力:《司法解释、公共政策与最高法院》,《法学》2003年第8期,第24页以下。在笔者看来,公共政策法院和司法审判法院是其核心角色。

〔10〕 参见前引〔6〕,侯猛书,第57页以下;前引〔7〕,喻中文,第43页以下。

〔11〕 作为印证,在笔者搜集到的报刊类法律文献中,“社会效果”也首次出现于1983年,且同样是在调和法制(依法审判)和政治(群众路线)的意义上使用“社会效果”,这与1983年《最高人民法院工作报告》的逻辑完全一致。参见《认真复查纠正雷正光反革命案件,做好善后工作》,《人民司法》1983年第4期,第5页以下;任宝云:《采取措施防止矛盾激化》,《人民司法》1983年第4期,第23页。

〔12〕 1980—2017年的38份《最高人民法院工作报告》,分别刊载于《人民日报》1980年9月17日、1981年12月16日、1982年12月17日、1983年6月26日、1984年6月7日、1985年4月16日、1986年4月20日、1987年4月16日、1988年4月18日、1989年4月9日、1990年4月10日、1991年4月13日、1992年4月7日、1993年4月6日、1994年3月27日、1995年3月24日、1996年3月22日、1997年3月21日、1998年3月24日、1999年3月21日、2000年3月20日、2001年3月21日、2002年3月20日、2003年3月23日、2004年3月20日、2005年3月18日、2006年3月20日、2007年3月22日、2008年3月23日、2009年3月18日、2010年3月19日、2011年3月20日、2012年3月20日、2013年3月22日、2014年3月18日、2015年3月21日、2016年3月21日、2017年3月20日。

表1 最高法院报告中“社会效果”的含义

时间段	“社会效果”的含义	出现年份	国家政策背景
1983—1990	当事人服判；群众支持；惩治与宽大相结合；教育群众	1983, 1984, 1985, 1990	群众路线；“严打”
1991—1995	从重从快惩处并震慑严重犯罪；以案讲法；教育群众	1991, 1992, 1994, 1995	“严打”
1996—2000	维护市场经济秩序；及时有效地执行；宣传法制建设	1996, 1997, 1998, 2000	市场化改革
2001—2008	惩治贪污腐败；树立正反面典型；当事人息诉服判	2001, 2004, 2005, 2008	反腐倡廉
2009—2012	服务经济社会稳定大局；遏制恐怖犯罪；回应舆论热点	2009, 2010, 2011, 2012	维稳；救市

犯罪、“以案讲法”教育群众，作为重点追求的“社会效果”（1991—1995）；（3）当国家推行社会主义市场经济政策并提出依法治国方略时，最高法院把维护市场经济秩序、及时有效执行、宣传法治建设，作为重点追求的“社会效果”（1996—2000）；（4）当反腐倡廉成为国家进入新世纪的政策重点时，最高法院又将惩治贪污腐败、树立正反面典型和廉政教育，作为“社会效果”的核心内容（2001—2008）；（5）在国内社会矛盾凸显和国际金融危机背景下，当“维稳”“救市”成为国家的政策重点时，“社会效果”的含义又侧重于服务社会稳定大局、服务经济发展大局，并妥善回应社会舆论热点（2009—2012）。由此看来，最高法院眼中的“社会效果”并无固定含义，它随着党和国家公共政策的变化而变化。

（三）借由社会效果概念构建政策的司法转介机制

上述规律中隐藏着重要的社会学现象：最高法院眼中的“社会效果”虽然具体含义处于动态变化中，但万变不离其宗，党和国家在特定时期的公共政策决定了“社会效果”的具体内涵。最高法院曾直言，法院要通过执行党和国家的公共政策来追求裁判的社会效果，^[13]其言外之意是说，政策执行得好，裁判社会效果就好。“社会效果”作为司法政策的逻辑由此得以呈现：最高法院之所以创造一个极为抽象的“社会效果”概念，是因为概念越抽象其解释空间就越大，其在不同社会情境中的可塑性也越强。作为公共政策法院，最高法院只有借助这样的弹性概念，才可有效传递其在不同时期、不同案件和不同社会情境中的政策指示，并在必要时通过这一概念指挥地方法院在个案中加强政策权衡，确保司法裁判兼顾法治与“服务大局”的双重要求。

[13] 例如，《最高人民法院关于当前形势下做好行政审判工作的若干意见》（法发〔2009〕38号）第3条：“正确处理适用法律与执行政策的关系，努力实现法律效果与社会效果的有机统一”；《最高人民法院关于审理涉及金融不良债权转让案件工作座谈会纪要》（法发〔2009〕19号）第1条：“人民法院在审理此类案件中，要将法律条文规则的适用与中央政策精神的实现相结合，……确保审判的法律效果和社会效果统一”；《最高人民法院关于当前形势下做好劳动争议纠纷案件审判工作的指导意见》（法发〔2009〕41号）第3条：“在审理劳动争议纠纷案件时，不仅要严格执行法律、法规，还要充分考虑国家为应对国际金融危机出台的一系列方针政策”。

社会效果概念背后的政策转介机制也由此得以呈现。最高法院创造这一抽象概念的目的,旨在构建公共政策的司法转介机制,借此将党和国家的公共政策转化为司法政策,进而输送到司法裁判中。这是最高法院履行政治职能的重要方式,也是中国司法政治理性的展现。^[14]既然“以事实为依据、以法律为准绳”已被确立为裁判准则,实践中为何又将公共政策输送进裁判?曾有最高法院法官道出了其缘由:“当前之所以强调法律适用的社会效果,一个很关键的原因是当今社会经济关系的高度复杂化和极强的变动性……法律适用不再是田园诗般的静态的逻辑推演,而必须加入多样化的社会价值的考量。”^[15]公共政策正是所谓“社会价值考量”的重要内容之一。

总之,社会效果概念本质上是公共政策的司法转介机制,也是最高法院“为国家中心工作服务”的手段。借助这一转介机制,最高法院可灵活地要求下级法院在个案中加强政策权衡,提高裁判结果的妥当性,以回应转型社会对司法的灵活性需求。

三、各级法院如何追求社会效果

最高法院在各类司法文件中虽反复强调司法裁判的社会效果,但对究竟如何追求“社会效果”,并未给出完整的操作方案。实践中,这主要靠各级法院及法官自行探索。

(一) 直接援引公共政策

各级法院追求社会效果的常用方法之一是直接援引公共政策。在逻辑上,既然社会效果概念本质上是公共政策的司法转介机制,那么,法官直接援引公共政策进行裁判也自在情理之中。尤其是在法制尚不健全的时代,若不援引国家公共政策,法院也没有其他更好的选择。实证研究显示,经济政策、农村政策、社会政策和刑事政策等,均频繁见诸判决书,并实质性地影响管辖权确定、合同效力判断、土地权利归属和定罪量刑的基准。^[16]

在援引方法上,公共政策主要以两种方式出现在裁判文书中。一是直接将政策作为裁判依据使用,即在“依据……判决如下”中援引政策。^[17]最高法院曾在民法通则颁布之前明确表示,可将“民事政策”作为裁判依据。^[18]1986年颁布的民法通则第6条也明确承认“国家政策”在法律缺失条件下的法源地位(2017年民法总则将其删除)。二是将公共政策作为裁判说理的依据,即在“本院认为”部分援引公共政策。这在司法实践中相当普遍,例如,近年来最高法院的司法文件反复重申,要将党中央提出的“宽严相济刑事政策”作为法院定罪量刑的裁量依据,确保“法律效果和社会效果的高度统一”。^[19]

[14] 参见吴英姿:《司法的公共理性:超越政治理性与技艺理性》,《中国法学》2013年第3期,第66页以下。

[15] 孔祥俊:《论法律效果与社会效果的统一:一项基本司法政策的法理分析》,《法律适用》2005年第1期,第26页。

[16] 参见李友根:《司法裁判中政策运用的调查报告》,《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学)》2011年第1期,第40页以下。

[17] 参见商丘市中级人民法院(2009)商民终字第8号民事判决书;南阳市中级人民法院(2009)南民二终字第65号民事判决书;松原市中级人民法院(2008)松民一终字第245号民事判决书。

[18] 参见《最高人民法院关于贯彻执行民事政策几个问题的意见》(1963)、《最高人民法院关于贯彻执行民事政策法律的意见》(1979)和《最高人民法院关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》(1984)。

[19] 参见《最高人民法院关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》,法发〔2010〕9号;《最高人民法院发布三起人民法院贯彻宽严相济刑事政策典型案例》,2013年2月发布;《最高人民法院关于实施修订后的〈关于常见犯罪的量刑指导意见〉的通知》,法发〔2017〕7号。

（二）创制或变通裁判规则

在缺乏相关法律规范的情况下，法院会通过创制裁判规则来追求社会效果；当面对非常态的社会情势，法院甚至还变通既有裁判规则来追求社会效果。创制和变通裁判规则的载体，主要是司法解释、指导性案例和内部裁判指南。这里主要以司法解释为例。在目前已颁布的数以千计的司法解释中，^[20]有些实际上已超越解释范畴而行立法之实，但它对于司法政策的落实功不可没，尤其是在法制不健全的年代，它缓解了地方法院无法可依状态下的燃眉之急。

变通裁判规则的做法，在2009—2010年的国际金融危机时期尤其突出。为落实国家在金融危机时期的各类经济刺激政策，最高法院集中颁布了一揽子旨在服务经济发展大局和社会稳定大局的司法文件，其中明确提到“社会效果”概念的司法文件数达到历史之最。^[21]这些司法文件不仅强调经济政策的司法适用，还创设了不少新规则，广泛涉及企业破产、劳动争议、司法执行、不良金融债权转让、行政审判等领域。就具体内容来看，其很多条款都是在我国现行法已有规定的情况下，对既有规则的修改或变通适用。

以最高法院2009年颁布的含“社会效果”语词的司法文件为例。从表2所列内容来看，关于行政行为的违法性认定、不良债权转让合同之效力、宣告破产的标准、诉讼保全的适用条件与方式、强制执行的适用条件与方式等，在我国现行法中都有明确规定。但在金

表2 2009年为追求“社会效果”而变通裁判规则

主题	司法文件	变通适用裁判规则举例
行政审判	法发 〔2009〕38	第3条：在对规范性文件选择适用和对具体行政行为进行审查时……对于没有明确法律依据但并不与上位法和法律原则相抵触的应对举措，一般不应作出违法认定。
债权转让	法发 〔2009〕19	第6条：金融资产管理公司转让不良债权存在下列情形，人民法院应当认定无效。（一）债务人或者担保人为国家机关的；（十）受让人与参与不良债权转让的金融资产管理公司工作人员、国有企业债务人……等有直系亲属关系的。
企业破产	法发 〔2009〕36	第3条：对于虽然已经出现破产原因或者有明显丧失清偿能力可能，但符合国家产业结构调整政策、仍具发展前景的企业，人民法院要充分发挥破产重整和破产和解程序的作用，对其进行积极有效的挽救。
劳动争议	法发 〔2009〕41	第11条：对暂时资金周转困难、尚有经营发展前景的负债企业，采用“活扣”、“活封”等诉讼保全方式，慎用冻结、划拨流动资金，不拍卖、变卖厂房设备，避免因保全措施不当影响企业的生产经营或导致企业倒闭停业。
司法执行	法发 〔2009〕34	第6条：对于因资金暂时短缺但仍处于正常生产经营状态、有发展前景的被执行人企业，慎用查封、扣押、冻结等执行措施和罚款、拘留等强制措施。

[20] 截至2013年3月6日，最高法院颁布的现行有效的司法解释（不含工作文件）多达3351件。见《全国人大常委会法制工作委员会关于司法解释集中清理工作情况的报告》，2013年4月23日发布。

[21] 最高法院1983年以来颁布了296份含“社会效果”一词的司法文件，其中2009年和2010年分别高达23、28份。统计样本来自“北大法宝”数据库（<http://vip.chinalawinfo.com>），统计日期：2017年6月26日。

融危机时期,为追求裁判的“社会效果”——减少破产、挽救危机企业、避免国有资产流失、支持救市计划、维持社会稳定和经济稳定,最高法院通过临时颁布的司法文件对既有裁判规则做了变通性安排。例如,“法发〔2009〕38号”司法解释对于“没有明确法律依据但并不与上位法和法律原则相抵触”的行政行为网开一面的做法,显然已突破“法无明文授权不可为”的基本原则,且超越了行政诉讼法有关行政行为司法审查的规则。至于其理由,最高法院在分析了国际金融危机对中国经济发展和社会稳定所造成的负面影响后指出,地方法院在审判业务中必须“正确处理适用法律与执行政策的关系,努力实现法律效果与社会效果的有机统一”。〔22〕

(三) 变换法解释方法

法院追求社会效果最常用的手段,是变换运用法解释方法。这里选择与经济政策密切相关的涉外贴牌生产案件为例。中国作为“世界加工厂”,贴牌加工贸易在经济结构中占据较大比重,也正是基于此,涉外贴牌生产案件的裁判,在我国始终随着经济政策的波动而

表3 商标侵权案件中的变换法解释方法

前后变化	解释方法		商标侵权判断标准和论证逻辑	裁判文书例示
2009 之前 (侵权)	文义 解释		判断标准:相同或近似使用标准 判决逻辑:依据商标法第52条第1项,不管产品是否在国内销售,相同或近似使用均构成侵权	(2001)深中法知初字第55号 (2005)浙民三终字第284号 (2006)粤高法行终字第22号 (2008)甬民四初字第46号
2009 之后 (不侵权)	限 缩 解 释	广 东	判断标准:混淆性近似标准 判决逻辑:被诉出口产品不会造成国内相关公众混淆,不构成商标法第52条第1项意义上的商标近似,故不构成商标侵权	(2011)粤高法民三终字第467号 (2011)粤高法民三终字第468号
	漏 洞 补 充	上 海	判断标准:混淆标准 判决逻辑:商标法的立法目的在于防止公众混淆商品来源;涉案产品全部出口国外,不会导致国内公众混淆,不构成商标侵权	(2009)沪高民三知终字第65号 (2010)浦民三知初字第146号 (2011)沪一中民五知终字第130号 (2012)沪一中民五知终字第200号
	原 则 裁 判	福 建	判断标准:诚实信用原则 判决逻辑:被告虽构成商标“近似使用”,但原告商标注册动机不正当,违反诚实信用原则,应限制其权利,因此被告不侵权	(2012)闽民终字第378号
	限 缩 解 释	最 高 法 院	判断标准:流通性商标使用标准 判决逻辑:未进入流通的贴牌产品不构成商标法第48条中的“商标使用”,进而不构成商标侵权	(2014)民提字第38号

〔22〕 见前引〔13〕,法发〔2009〕38号文件。

左右摇摆。例如，最高法院曾多次强调注重裁判的社会效果，但这一政策指示在2001年中国刚加入WTO时，被解读为加强知识产权保护力度。地方法院不约而同地严格执行当时商标法第52条第1项之字面含义，判决涉外贴牌生产案件侵犯第三人在中国享有的商标权。^[23]这在法律上无可指摘，但客观上限制了贴牌加工这一出口创汇大户，被指“社会效果”不佳。^[24]随着2009年国际金融危机对中国贴牌加工贸易的冲击日益严重，不少工厂停业、工人返乡待业，此时，最高法院再次强调裁判的社会效果，并要求“妥善处理当前外贸贴牌加工中多发的商标侵权纠纷”。^[25]同样是强调“社会效果”，此时却传达了截然不同的含义：服务于经济发展大局和“救市”大局。地方法院也纷纷对涉外贴牌生产案件改判不侵权。^[26]

至于改判理由，各地纷纷放弃此前的文义解释方法。如表3所示，广东法院系统协同一致地采纳限缩解释，将商标法52条第1项中的商标“近似”限缩为“混淆性近似”，据此认定出口国外的贴牌产品不构成“混淆性近似”，进而不构成侵权。上海法院系统协同一致地选择“合目的性限缩”的漏洞补充方法，回归商标法立法目的，以商标侵权的“混淆标准”取代立法上的“相同或近似使用”标准。福建法院系统的裁判思路似乎无章可循，2009年后既有坚持文义解释的侵权判决，也有适用诚实信用原则做出的不侵权判决。最高法院2015年首次以终审判决的方式回应了此类案件判决五花八门的现象，并作了全新的解释：将“商标使用”概念限缩为“流通性使用”，认定未进入流通领域的贴牌生产行为不属于商标使用，进而不侵犯他人商标权。^[27]其实，实践中通过变换法解释方法来追求社会效果的案例比比皆是，^[28]这已成为法院追求社会效果的常规手段。

（四）策略性地运用程序

正式程序的“非正常运作”，^[29]在追求社会效果的实践中同样发挥着重要作用，甚至有时候策略性地运用程序能获得比变通实体法更好的“社会效果”。实践表明：（1）法院对受案范围的自我限定，有时是为了避免更坏的“社会效果”。出于多方面的原因，并非所有进入法院的纠纷都能案结事了，法院会将一些政策性或政治性较强的案件排除在外，由相应的党政机构解决。这不仅常见于行政诉讼，在“移民”“外嫁女”纠纷等民事领域也较为常见。^[30]（2）曾被誉为“东方经验”的调解制度，^[31]在上世纪80年代就被视为追求社会

[23] 2001年首次引发关注的案件，是深圳市中级人民法院（2001）深中法知产初字第55号民事判决书。

[24] 参见周季钢：《谁在帮助耐克狙击中国？》，《经济》2004年第11期，第36页以下。

[25] 《最高人民法院关于当前经济形势下知识产权审判服务大局若干问题的意见》，法发〔2009〕23号。

[26] 在笔者掌握的数十份判决中，唯一的例外是福建省高级人民法院（2012）闽民终字第500号民事判决书。

[27] 最高人民法院（2014）民提字第38号民事判决书。

[28] 例如，针对日益敏感的房地产案件，《最高人民法院关于当前形势下进一步做好房地产纠纷案件审判工作的指导意见》（法发〔2009〕42号）第1条明确要求，“尽可能维持土地使用权出让合同效力”。至于裁判方法，则只字未提，实践中主要由地方法院自行探索。

[29] 参见吴英姿：《民事诉讼程序的非正常运作》，《中国法学》2007年第4期，第145页。

[30] 由行政机关处理此类案件，法院保留在后续行政诉讼中的司法审查权，有助于实现更好的社会效果，参见 Xin He, *Why Did They not Take on the Disputes? Law, Power and Politics in the Decision-making of Chinese Courts*, 3 International Journal of Law in Context 203, 203-225 (2007).

[31] 参见中共江苏省委研究室：《东方经验：人民内部矛盾的“大调解”》，《求是》2010年第15期，第45页。

效果的宝贵经验在全国推广,^[32]时至今日仍然发挥着重要作用。^[33](3)法院在行政诉讼中通过争取地方党委支持建立的“行政一把手”出庭应诉制度,^[34]对于落实“社会效果”司法政策也具有重要意义,尤其对化解社会矛盾、争取舆论支持,能起到积极作用。(4)常见于劳动争议、破产、民间借贷领域的“能动司法”或“法院参与社会管理创新”等举措,对于案结事了并缓解社会矛盾,也发挥了积极作用。

四、三十年得失与自我修正

(一) 践行司法政策的方法论得失

追求社会效果的司法政策是时代转型的产物,更是法律与政策两种社会治理机制融合的结果。对于此种经验主义事实,任何简单的否定与称赞都是草率的,真正有意义的工作是总结三十年经验教训。首先需要反思的是方法论得失。法院直接援引政策、创制或变通裁判规则、变换法解释方法和策略性运用程序,对于司法政策的落实均功不可没,但又不同程度地存在规范性欠缺问题,有些做法甚至已偏离法治轨道。

直接援引公共政策的做法,在法治建设早期属不得已之举,但随着我国成文法体系的逐步健全,直接援引公共政策作为裁判依据的做法,终将退出历史舞台,能与法治相兼容的援引方式,只能是在缺乏相关法律规范的前提下,才以政策作为裁判说理依据。^[35]然而,近年来,仍有一些法院在判决书主文部分直接援引公共政策。^[36]如果说在法制不完备的时代,将政策作为裁判依据尚属约束条件下的“次优选择”的话,在法律体系基本形成的今天,仍以政策作为裁判依据,显然有偏离法治轨道之嫌,也难以取得好的社会效果。

通过司法解释创制和变通裁判规则,也面临同样问题。首先,法院创制裁判规则所存在的僭越立法之嫌已得到较多关注。^[37]这在改革开放初期缓解了无法可依状态下的燃眉之急,相较于直接援引政策,毕竟更接近法治,但随着法律体系的逐步健全,法院的规则创制行为必须受到限制且只能用于弥补法律空白,形式上也应尽可能采用指导性案例方式。其次,变通裁判规则不仅影响法治的形式理性,严重损害法律与司法的公信力,而且,社会效果导向的规则变通,还可能出现背离政策初衷的意外后果。例如,为保护只有一套住房的穷人利益而变通适用房屋拍卖措施的规定,^[38]反而让穷人雪上加霜。^[39]表2中为避免企业破产、工人下岗、国有资产流失所做的变通性规定,同样可能引发意外后果。例如,

[32] 在司法政策确立之初的1983年,江苏省高级人民法院和最高人民法院就曾推广一起以调解方式化解国有企业与个体户纠纷的案件。由于涉及私营经济,这在当时属于敏感的经济和政治问题。本案调解结案的意义被表述为“通过审理,调解结案。既使国家利益不受损失,又保护了个体工商户的合法权益,维护了合同的严肃性,社会效果很好。”见《正确审理个体工商户诉法人的经济合同纠纷》,《人民司法》1984年第2期,第27页;《江苏省高级人民法院工作简报》1983年第30期。

[33] 参见苏力:《关于能动司法与大调解》,《中国法学》2010年第1期,第8页。

[34] 参见贺欣:《法院推动的司法创新实践及其意涵》,《法学家》2012年第5期,第3页以下。

[35] 参见张红:《论国家政策作为民法法源》,《中国社会科学》2015年第12期,第149页。

[36] 对此类判决书的整理分析,参见前引[16],李友根文,第54页以下。

[37] 参见袁明圣:《司法解释“立法化”现象探微》,《法商研究》2003年第2期,第3页。

[38] 《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》(法释〔2004〕15号)第6条:对被执行人及其所抚养家属生活所必需的居住房屋,人民法院可以查封,但不得拍卖、变卖或者抵债。

[39] 参见应飞虎:《权利倾斜配置研究》,《中国社会科学》2006年第3期,第127页。

限用保全和强制执行措施，虽有助于挽救危机企业，但也意味着债权担保功能的减弱和安全预期的降低，这反而加剧了市场风险。因此，变通裁判规则只能作为应对异常社会情势的临时举措，且必须充分评估，谨防意外后果。

第三，在践行司法政策的方法论实践中，如果说直接援引公共政策和变通裁判规则的做法都略显粗放，且与现代意义上的法治存在张力的话，法院变换运用法解释方法则显得更为精细化和法治化，它能在法治框架下以潜移默化的方式表达法官在个案中的政策权衡和结果判断。因此，法解释方法的变换运用应当成为政策进入裁判的常规路径。当然，这里的“法治化”也是相对而言的，因为法解释方法的变换运用并非由法官随心所欲，而是要遵循一套相对稳定的方法论准则。从表3所列案例来看，广东、上海、福建等地方法院和最高法院在将经济政策融入裁判时，固然大多形成了协同一致的判决结果，但各自所用的法解释方法却存在极大的随意性，当时的商标法第52条第1项之文义清晰确定，难谓有解释空间和法律漏洞，福建省法院适用诚实信用原则裁判更涉嫌“向一般条款逃避”。〔40〕

第四，策略性地运用程序也面临与实体法解释适用类似的问题。此举虽然能在法治框架下兼顾法律与政策之间的关系，但凡事过犹不及，对程序规则的策略性运用必须把握必要的限度。譬如，调解程序原本是追求裁判社会效果的重要经验，但最高法院2009年推广的“大调解”运动，在有些地方甚至被异化为“零判决”运动，〔41〕这无疑是对调解程序的严重滥用。被概括为“能动司法”或“法院参与社会管理创新”的各种举措，实践中如何避免越俎代庖、叠床架屋并破坏形式主义法治的危险，无疑也是未来的重点课题。

（二）“法律效果与社会效果相统一”之修正

法院追求裁判社会效果的实践已明显暴露出方法论上的随意性，这表明学者的怀疑自有其现实根据。最高法院也意识到此问题，江必新大法官曾表示：“在司法实践中，有的执法司法人员在办理案件的时候，明显违反法律的规定，当你追问他的时候，他说这是因为考虑社会效果的结果。”〔42〕也许正是为避免此类问题，最高法院于1999年首次做出政策调整，开始强调“法律效果与社会效果相统一”。〔43〕2000年的最高法院报告特别提及，全国法院系统在1999年开展了“坚持审判的法律效果与社会效果相统一的大讨论”。

1997年召开的中共十五大正式提出“依法治国”基本国策，1999年“依法治国”写入宪法。在此背景下，最高法院为防止司法政策偏离“依法治国”的方向，遂创造了一个更具法治意味的“法律效果”概念，并转而强调“法律效果与社会效果相统一”。但这并未消除学者疑虑。〔44〕并列使用这两个概念显得歧义重重，似乎严格的法律推理对应“法律效果”，而政策考量对应“社会效果”。有最高法院法官据此将裁判方法也区分为法条方法与政策方法：“法条方法是按照法律的明文规定、常规的法律解释或者公认的法理，按照先后相继的严格法律推理过程，决定特定案件的裁判结果。……政策方法是变通法律适用的常

〔40〕 参见宋亚辉：《经济政策对法院裁判思路的影响研究》，《法制与社会发展》2013年第5期，第88页以下。

〔41〕 参见叶肖华：《零判决现象的反思与批判》，《政法论坛》2015年第3期，第156页。

〔42〕 参见江必新：《在法律之内寻求社会效果》，《中国法学》2009年第3期，第5页。

〔43〕 “法律效果”首次出现于1997年的《最高人民法院工作报告》，但当时并未明确提出“法律效果与社会效果相统一”的表述。这一概念是由时任最高法院副院长李国光大法官于1999年撰文提出。见李国光：《坚持办案的法律效果与社会效果相统一》，《党建研究》1999年第12期，第5页。

〔44〕 参见王发强：《不宜要求“审判的法律效果与社会效果的统一”》，《法商研究》2000年第6期，第26页。

规逻辑步骤,或者改变法律适用的正常方向,寻求特殊的法律适用效果。”〔45〕基于同样的逻辑,该法官还将评价裁判正确与否的标准也分为逻辑标准和政策标准:“逻辑标准是一种常规情况下的法律标准,适用于大多数情况;政策标准是特殊情况下的适用标准,是对于逻辑标准的变通或者对于特殊情况的应对和反应。”〔46〕

“法律效果与社会效果”“法条方法与政策方法”“逻辑标准与政策标准”等一系列新概念令人生疑,在强调全面依法治国的今天,如何将法律和政策并列作为裁判的标准?有学者针对“社会效果和法律效果”概念作出激烈评论,“很多法律人为了迎合当下的某些政治修辞,顺应法律问题政治化的需求,在表述司法政策的时候攀附政治言辞,因而出现了很多从法学或法治的角度看很蹩脚的表达”,“现行司法政策已经否定了法律权威的绝对性”,〔47〕并出现“法律人思维中的规范隐退”。〔48〕社会效果和法律效果概念的并列使用,还使一些学者对中国司法产生了不必要的误解。〔49〕有人据此总结出中国司法的三种模式,即法律效果本位模式、社会效果本位模式、双重效果统一模式,并认为实践中遵循的是社会效果本位模式,而学界支持法律效果模式。〔50〕甚至还有人提出,中国乡土社会的基层法官应坚持社会效果优先,而城市地区应坚持法律效果优先。〔51〕

为了集中回应批评意见,江必新大法官曾撰文强调“在法律之内寻求社会效果”。〔52〕这一回应切中要害,直击问题核心。在逻辑上,法律效果与社会效果本不该被区别对待。所谓“社会效果”,本就是法律适用自然推导出的结果,也即“审判的社会效果寓于法律效果之中”。〔53〕一旦将法律效果与社会效果概念相提并论,极易引发上述误解。当然,若避开这对概念不谈,仅从实质意义上分析理论和实务界的立场会发现,最高人民法院的司法政策主要针对的是那些死扣法条的机械主义司法,而学者真正反对的是那些放弃法条教义、走向人治或政策之治的去法治化极端。

(三) 2013年之后的政策调整及其蕴意

社会效果概念在2013年以来的最高法院报告中戛然而止。2016年最高法院报告在谈到“司法为民”时,要求要注重“审判效果”。若按照1983—2012年的惯例,这里通常会以“社会效果”或者“法律效果与社会效果相统一”之类的常规用语加以表达,但此时却刻意避开常规用语,以“审判效果”这个无任何感情色彩的概念加以替代。不仅如此,与社会效果概念同时消失的核心关键词,还包括“大调解”和“能动司法”。这些具有家族相似性

〔45〕 孔祥俊:《论两个效果统一与防止机械司法》,《人民司法·应用》2008年第19期,第43页。

〔46〕 孔祥俊:《论裁判的逻辑标准与政策标准》,《法律适用》2007年第9期,第5页。

〔47〕 陈金钊:《被社会效果所异化的法律效果及其克服》,《东方法学》2012年第6期,第45页,第46页。

〔48〕 前引〔2〕,陈金钊文,第5页。

〔49〕 例如,有学者断言:“广大人民群众的司法需求往往并不直接表现为严格地以法律为标准,他们对司法活动正确与否的判断常常是以朴素的正义观和法律直觉为出发点。”刘彦辉:《法律效果与社会效果的司法解读》,《光明日报》2010年11月26日第9版。

〔50〕 参见李光宇:《论司法的法律效果与社会效果冲突互动的三种模式》,《西南民族大学学报》2012年第1期,第85页。

〔51〕 参见唐延明:《论司法的法律效果与社会效果》,《东北财经大学学报》2009年第1期,第75页。

〔52〕 参见江必新:《严格依法办事:经由形式正义的实质法治观》,《法学研究》2013年第6期,第33页;前引〔42〕,江必新文,第5页。

〔53〕 江国华:《审判的社会效果寓于其法律效果之中》,《湖南社会科学》2011年第4期,第52页。

的关键词在最高法院报告中集体消失，显然并非报告撰写者不慎遗漏所致。^[54]

最高法院何以求变？在笔者看来，经过三十年的实践，作为公共政策转介机制的社会效果概念已被赋予了过多的内涵，如息诉服判、群众支持、震慑犯罪、维护市场经济秩序、宣传法制建设、惩治贪污腐败、遏制恐怖主义、服务经济发展、维持社会稳定、回应舆论热点等。面对如此多的政策要求，法官在追求社会效果的道路上也背负了太多难以承受的负担。随着维稳、救市、社会舆论纷纷成为法院在个案中必须追求的“社会效果”时，面对众多约束条件，法官已很难在法律和政策之间找到恰当的平衡点。曾经为迁就舆论所做的判决，也许会在之后因为损害司法公信力而沦为社会效果不好的典型；曾因“维稳”所做的社会效果良好的判决，也可能因刺激了公众的机会主义倾向而给未来埋下不稳定的种子。尤其是当“维稳”政策深陷“维稳怪圈”时，^[55]将政策打包进司法系统的社会效果概念，也已膨胀到了失控的边缘。或正因此，最高法院才开始主动采取降温和自控措施：在具有对外宣示效果的工作报告中回避社会效果概念。^[56]

上述变化是否意味着最高法院主动放弃该司法政策？笔者进一步扩大分析样本发现，自2013年以来，社会效果概念在最高法院报告之外的司法文件中并未销声匿迹，而是变换场域和方式重新表达：表达场域从对外宣示转向对内指示，表达方式从抽象概念转向以典型案例方式呈现。2013年后仍提到“社会效果”的司法文件，多半都是最高法院发布的专项典型案例，^[57]其中的社会效果概念均旨在说明上榜案例的典型性所在。

由此看来，最高法院报告回避社会效果概念，虽然反映出最高法院对其司法政策的反思与修正，但这并不意味着最高法院主动放弃该司法政策。从内容上看，最高法院2013年后发布的专项典型案例主要涉及两类主题：一是政策热点（如供给侧改革、社会主义核心价值观、企业破产、征收拆迁、环境保护等）；二是民生主题（如残疾人权益保障、婚姻家庭纠纷、校园刑事案件等）。这与此前最高法院报告的内在逻辑高度吻合，都是通过社会效果概念转介特定时期的公共政策，只不过此前是以抽象概念对外宣示并对内传达，2013年后主要以典型案例为载体更加生动地表达。

司法政策在表达场域和表达方式上的变化并非仅具形式意义。首先，表达场域的自我限缩，表明最高法院开始对政策的司法转介机制保持谨慎与管控态度，这有助于缓解“社会效果”内涵过度膨胀给法官带来的沉重负担。当然，如何进一步完善政策进入裁判的管控机制将是当下的重点课题。其次，表达方式的调整，对于司法政策的落实具有重要的方

[54] 每年1万字左右的报告是最高法院极为重视的工作，通常由院长带领专门工作组，几易其稿，历时数月写就，报告中写什么、怎么写、文风、用语都经过深思熟虑并字斟句酌。参见最高人民法院工作报告起草组：《回应人民群众期盼，讲好中国法治故事——〈最高人民法院工作报告〉起草过程侧记》，《中国审判》2015年第6期，第13页；高新：《让司法更加贴近人民群众，让公平正义以看得见的方式实现——〈最高人民法院工作报告〉起草纪实》，《人民法治》2016年第4期，第19页。

[55] 参见金太军等：《基层政府“维稳怪圈”：现状、成因与对策》，《政治学研究》2012年第4期，第91页。

[56] 一个不容忽视的事实是，作为改革的分水岭，2013年（也是最高法院换届的时间点）最高法院报告在全国人大会议上获75.6%的最低通过率，这一“差评”也许正是法院遭遇尴尬处境的表现。经过2013年以来的自我调整，最高法院报告的通过率一路回升至2017年的91.83%，达到近十年的峰值。

[57] 2013年1月1日至2016年6月13日，最高人民法院共颁布了61份含“社会效果”一词的司法文件，其中33份都是专项“典型案例”。数据来自“北大法宝”数据库（<http://vip.chinalawinfo.com>），统计日期：2017年6月26日。

法论意义。案例本身承载着更丰富的信息，它不仅传达了最高法院在典型案例中的政策判断，还辅之以最高法院所认可的裁判方法，这对于未来裁判方法的统一将产生积极影响。

五、司法政策的未来走向

（一）司法政策的去留之辩

针对最高法院的司法政策，有学者尝试从两个角度否定其正当性，一是立法与司法的权力区分；^[58]二是司法的形式逻辑。^[59]这些通过移植西方早期纯粹形式主义立场来否定中国司法政策的做法，显然有教条主义之嫌。时至今日，立法和司法权绝对分离的立场，以及完全形式主义的三段论推理，均已被现代司法哲学所超越。中国最高法院通过构建政策的司法转介机制，来回应转型社会对司法的灵活性需求的尝试，恰恰顺应了现代法治发展趋势，与20世纪后期法律社会化运动的问题意识高度吻合：关注“法律制度的实际社会效果，而不是封闭的规范体系和概念”。^[60]

受到法律社会化运动的影响，结果导向的裁判方法在西方法治国家早已司空见惯。英国所谓的“后果主义论辩”，正是由法官根据其对判决结果的预测来寻找可资适用的规则，这也影响了控辩双方的论辩技巧。^[61]在实用主义传统根深蒂固的美国，当法官预测到遵循先例可能造成不当后果时，创造性地解释或发展法律将变得理所当然，“这种创造性是司法传统的一部分”。^[62]即便在重视形式逻辑三段论推理的大陆法系，结果导向的裁判方法也已成为超越概念法学并改造法教义学的基本思路。^[63]不只是法官，结果导向是理性人共享的思维方法。^[64]因此，批评者试图否定中国司法政策的理由，恰恰是现代司法哲学所要超越的对象。

然而，不容否认的是，中西方法治语境和制度环境不同，西方法治国家经历了长期的形式主义司法实践，20世纪后期以来强调“后果主义”或“结果导向”，目的旨在解决纯粹形式主义司法所导致的脱离社会现实之弊，这是对纯粹形式主义法治的纠偏行动，因而在方法论上，结果导向的裁判方法以司法的形式理性为默认前提，并在此基础上通过法解释方法和漏洞补充技术来调控裁判结果。这里隐含两点启示：一是在法律之内寻求社会效

[58] “社会效果是立法应当考虑的问题，而不是司法考虑的问题。……一旦法律已经确定，在司法过程中便不能进行第二次利益选择，否则办理案件过程中便存在双重标准。对于法官来说，法律就是他的上帝，只要案件在实体上和程序上正确了就行，而不应当加上一条所谓的社会效果的标准。”参见汪建成、孙远：《论司法的权威与权威的司法》，《法学评论》2001年第4期，第116页。

[59] 基于形式逻辑的否定意见认为，法律适用依赖严格的三段论推理，在推理完成之前，无人确切地知道法律实施的效果，基于推测基础上的社会效果是虚幻的。“真正的社会效果是案件裁判以后，再用科学手段认真研究的基础上才能得出结论。”参见前引〔47〕，陈金钊文，第46页；前引〔2〕，陈金钊文，第7页。

[60] 张文显：《二十世纪西方法哲学思潮研究》，法律出版社2006年版，第97页。

[61] 参见〔英〕麦考密克：《法律推理与法律理论》，姜峰译，法律出版社2005年版，第137页以下。

[62] 〔美〕A. L. 考夫曼：《卡多佐》，张守东译，法律出版社2001年版，第217页。

[63] “殊不知现代法教义学早已今非昔比，不再是机械的‘法条主义’、‘形式主义’，而是一个基于法治要求而坚持现有法律框架，恪守既有法律和法理，同时又通过在立法中植入概括性、兜底性条款等法律技术，容纳了广阔的价值判断的、在必要时刻可以有限度地突破成文法字面禁锢的、开放的法律体系。”黄卉：《论法学通说》，《北大法律评论》2011年第2辑，第374页。

[64] 参见苏力：《法律人思维？》，《北大法律评论》第14卷，2013年第2辑，第446页以下。

果；二是在方法论上将社会效果转化为规范化的司法技术问题。至于社会效果概念本身，则属于抽象的价值判断。在确保形式主义法治的基础上，所谓的“社会效果”，不过是严格依法裁判在实践层面的自然延伸，是依法裁判所带来的正外部性。

当下中国的问题在于，正在建设中的法治尚未经严格形式主义法治实践和经验积累，在此情形下追求“社会效果”，容易使人联想起人治或政策之治的窠臼。若借助社会效果概念无条件地将政策融入裁判，将会把中国司法引向法律虚无主义。中国正在建设中的法治，不仅要确立法治的形式理性和规则至上的裁判理念，也要回应转型社会对司法提出的社会适应性和灵活性需求。中国所处的全球化时代背景和法治建设的后发优势，决定了我们无需重新回归纯粹形式主义法治的历史起点，更不必复制西方走过的道路。当今中国所需的是形式理性与社会适应性兼顾的司法哲学，但追求社会效果的司法政策对于后者重视有余，而对前者认识不足。由此观之，最高法院2013年以来对司法政策的自我修正在总体方向是正确的，即加强自我管控，防止政策的司法转介机制被滥用。至于管控方法，无疑要回归法律教义，在法律框架下借助规范化的司法技术来回应政策判断。

（二）司法政策的规范化表达

改良司法政策首先需要解决的是概念表达的规范化。概念性误解源于法律效果与社会效果这对概念的不当使用。实践中，一些实务部门为了衬托“社会效果”的正当性，已逐步将“法律效果”塑造成死抠法条字眼和机械演绎的代名词。这不仅是一种误读，而且贬损了我国正在建设中的法治。

从逻辑上来讲，裁判结果原本是法律适用所自然推导出的结果，这是个中性概念。人们对于裁判结果当然可以进行价值评判，根据不同的标准，裁判结果可能存在妥当与不妥当、合理与不合理、可接受与不可接受之别，这完全取决于人们以何种标准、谁的立场加以评判。法官当然也可以对裁判结果及其可能的社会影响进行预判。也许正是在这个意义上，最高法院强调司法裁判应当注重“社会效果”，借此要求全国法官依据最高法院的评价标准进行结果判断，尽量做出兼顾法律与政策双重要求的裁判结果。若在概念上将其置换为妥当效果、合理效果，抑或其它任何便于转介公共政策的弹性概念，也完全可以传达最高法院的政策初衷与内涵。说到底，这只是语言符号的选择，并非实质性问题。不过，为了减少前述概念性误解和不必要的争议，未来司法政策应避免使用“法律效果和社会效果”这种歧义重重的表达，建议回归中国司法面临的双重任务本身，以“兼顾司法的形式理性与结果妥当性”予以替代。

（三）践行司法政策的方法论构建

在践行司法政策过程中，如何从方法论上避免法解释适用中随意裁剪和变通法律的做法，已成为现代司法哲学必须面对的普遍性问题。带着类似的问题意识，卢曼提出了“法律系统论”，认为法律系统必须坚守运作的自主性和封闭性；在此基础上，面对社会的复杂变化，法律系统还要通过内部运作发展出一种认知的开放性，从而对外部社会环境保持足够的敏感性和适应性。“法律系统的运作在规范上是关闭的，同时在认知（审理上）又是开放的。”〔65〕规范的封闭性有助于确保司法的运作自成一体，防止道德、政策等法外因素过

〔65〕〔德〕卢曼：《社会的法律》，郑伊倩，人民出版社2009年版，第38页。

度介入,进而避免法律虚无主义和去法治化风险。认知的开放性能使法官在认知层面保持开放姿态,并根据社会情势变化或个案差异适度引入法外资源来提高裁判结果的妥当性和社会适应性。这种兼顾司法的形式理性和社会适应性的法律系统,被形象地称为“自创生系统”,^[66]这为落实中国最高人民法院的司法政策提供了可资借鉴的思路。

1. 规范适用的封闭性

规范适用的封闭性是落实最高法院司法政策的基础和前提,也是裁判方法论之“本体”。借用法律系统论的话说,“法律只能通过系统内部的运作对外部世界的变迁进行有限度的回应,因此,法律系统的社会适应性并不意味着对传统法律教义学的突破,而必须在法律教义学工具的帮助下才能够实现”。^[67]当然,在不同类型的案件中,对法律教义的恪守也存在差异。在绝大多数常规案件中,严格依法裁判往往就意味着妥当的裁判结果,因为立法者在立法过程中已尽力对各种可能的结果及社会影响做了权衡取舍,并尽可能直观地通过法律文义加以表达,法官在常规案件中只需转述立法者的立场即可。由此做出的裁判也许仍会受到当事人质疑,但对裁判结果的评价存在当下和远期之别。有时在个案中牺牲个别利益诉求,目的旨在维持法的安定性和可预见性,并从长远角度减少纠纷的总量,这正是“始终如一”依法裁判所蕴含的社会效果。^[68]

只有在个别难办案件中,法官才需要创造性地解释适用法律,以寻求裁判结果的妥当性和社会可接受性。创造性地解释适用法律,绝非放弃法条教义,更不是无条件地“超越法律”,而是在既有法律框架下寻求对法的情境化理解。现代法教义学不仅不排斥政策权衡和价值判断,反而致力于形成一套“价值判断的论证规则”,^[69]并尝试在法的稳定性和灵活性之间觅得一条刚柔相济的裁判方法。在现代法教义学看来,法律适用过程并非机械的法条主义演绎,而“是以法律文本为依据,依照法律规范的内在逻辑和体系要求解释、应用及发展法律的做法。其功能是:在争议事实有多个可供选择的法律规则时(或缺乏相应规则时),为裁判者提供可言说、可交流、可检验的规则选择与法律论证机制”。^[70]现代法教义学理论为落实最高法院的司法政策提供了方法论上的指引,并为法官处理个别难办案件提供了法治化路径。

2. 司法认知的开放性

在恪守法律教义的基础上,还必须在司法认知层面保持适度开放性,从而将法外资源融入法律适用过程。这里的“法外资源”,广泛涉及公共政策、政治导向、经济效率、社会舆论、文化因素等社科领域的各种资源和工具。之所以强调司法认知的开放性,是因为成文法无法随社会变化而随时做出修改,但政策权衡、价值判断和政治考量却具有显著的灵活性,将其融入裁判过程可有效提高司法裁判的社会适应性。就个案而言,借用法外资源可帮助法官准确预测各种裁判结果可能的意义与影响,进而为裁判方法选择和司法技术运用提供指引。

[66] [德] 贡塔·托依布纳:《法律:一个自创生系统》,张骥译,北京大学出版社2004年版,第1页以下。

[67] [德] 贡塔·托依布纳:《魔阵·剥削·异化——托依布纳法律社会学文集》,泮伟江等译,清华大学出版社2012年版,第10页。

[68] 参见苏力:《“海瑞定理”的经济学解读》,《中国社会科学》2006年第6期,第117页。

[69] 许德风:《论法教义学与价值判断》,《中外法学》2008年第2期,第166页。

[70] 许德风:《法教义学的应用》,《中外法学》2013年第5期,第937页。

在方法论上，法外资源的运用同样有章可循。在法律系统论看来，“法律科学与社会科学的关系，不是通过‘接纳’，也不是通过‘断绝’来把握，而是被理解为依据一定的转换规则，也就是依据一定的法律自身的选择标准，将社会科学知识从一个社会情境‘转换’到另一个社会情境”。^[71]这意味着，包括公共政策在内的法外资源，绝不能直接作为裁判依据，法外资源进入裁判必须运行在法治轨道上，借助法律系统内部的两套转介机制加以实现。

首先是程序性转介机制。将法外资源输送进裁判，可借助程序规则的巧妙运用加以落实。例如，民事调解制度正是将中国的“和”文化与“面子”文化融入审判过程，充分利用当事人潜移默化的文化认同感，通过个性化的调解程序来表达法官在司法审判中的社会文化考量。再如，行政诉讼被告“一把手”出庭制度，充分尊重中国当前的政治构架、权力格局、科层体制和干部考核制度，通过行政机关“一把手”出庭程序来表达法官在行政案件中的政治权衡。这是中国法官借助程序性转介机制，将法外资源输送进司法过程的范例。此举不仅没有走向去法治化的极端，反而让法院在中国既定政治体制和权力格局中更加稳健地运行，这是对中国司法之实践理性的生动诠释。

其次是实体性转介机制。将法外资源输送进裁判，更多地是通过实体法规则的解释适用来完成，即借助法律解释、漏洞补充和原则裁判技术，来表达法官在个案中的政策判断。其运作原理，是从法律文本之外的素材来探究文本的含义、弥补法律漏洞或对抽象法律原则进行价值补充，以确保裁判结果的妥当性。在方法论上，法官首先可运用法外资源对各种可能的裁判结果及其社会影响进行预判，而后再寻找适当的法解释技术或漏洞补充技术展开论证。由于司法技术的多样性，法官在审理同类案件时，常出现类似涉外贴牌生产案件那样的“殊途同归”现象，这显然有违“同案同判”的双重含义。如何克服司法技术运用上的随意性，由此成为落实最高法院司法政策的关键所在。

学界关于多元司法技术的适用条件和顺序虽然存有争议，但至少在以下方面已形成初步共识：首先，狭义上的法解释技术是以“现行法有规定，但内涵不明确”为前提。在解释方法的选择上，每一种解释方法各具功能，但亦有局限性，不同解释方法之间没有一成不变的适用顺序，个案中需相互补充、共同努力才能获得合理的解释结果。但是，文义是法律解释的开始，也是终点，只有当文义解释有多种可能性时，才可参酌其他解释方法。^[72]其次，漏洞补充技术的运用必须以现行法存在漏洞为前提。理论上对于漏洞补充技术并无整齐划一的适用规则，实践中只能视个案情况而定，但必须建立在充分论证和说理基础上，尤其要详细论证法律是否存在漏洞，以及为何要选择此种漏洞补充技术，因为漏洞补充乃实质意义上的“法官造法”。第三，法律原则作为兜底性规定，其功能在于指导具体法律规则的解释方向或弥补法律规则的缺位。因此，适用原则裁判的前提，是无具体规则可供适用，且通过其它漏洞补充技术无法解决。司法技术的选择虽是因案而异的个性化问题，但将包括公共政策在内的法外资源输送进裁判过程，必须借助法治轨道上的转介机制来完成，并将政策判断问题转化为一种可言说、可论证、可检验的司法技术问题。

总之，追求社会效果的司法政策是法院职能转型的产物，是法律与政策这两种社会治

[71] 前引〔67〕，托依布纳书，第314页以下。

[72] 参见王泽鉴：《法律思维与民法实例》，中国政法大学出版社2001年版，第240页以下；梁慧星：《民法解释学》，中国政法大学出版社1995年版，第245页。

理机制博弈与融合的结果，也是结果导向思维与后果主义法律论证的中国版本。正是这个反对法条主义、机械论司法的主张，在缺乏形式主义法治实践和经验积累的中国引发诸多争议。三十年的政策实践表明，不仅法院系统的政策表达和实践方法缺乏足够的规范性，而且学界对该司法政策的批判也存在无的放矢和偏离重点之问题。这些显然不能成为废弃最高法院司法政策的理据。若以实证态度关注中国司法追求社会效果的实践，会发现其中有诸多极具中国特色的经验可资提炼升华，尤其是法院关注中国当前社会结构、政治体制和传统文化的态度，以及在尊重既定权力格局前提下探索中国特色审判经验的积极尝试，对于当下中国法治与学术研究均具有重要意义。这不仅是中国法治建设的试验田，更是中国法学从“移植”走向“创造”的宝贵资源和研究素材。

Abstract: The judicial policy of pursuing “social effects” may be one of the most significant Chinese characteristics of the blueprint of development of the rule of law depicted by the Supreme People’s Court. The concept of “social effects” was launched by the Supreme People’s Court in its transformation period in 1983. Judicial documents from 1983 to 2012 show that the concept of “social effects” has no fixed meaning in the eyes of the Supreme People’s Court and the specific meanings of “social effects” have been changing along with the change of China’s public policies in different fields and under different social circumstances. The primary motivation of creating the flexible concept of “social effects” was to build a judicial mechanism for transferring public policies adopted by the Party and the state into court decision processes. Despite lots of academic criticisms, the juridical policy of pursuing “social effects” had been successfully implemented for three decades before finally being adjusted since 2013. Academic criticisms, however, are not adequate reasons for resisting the judicial policy. Actually, the judicial policy of seeking “social effects” coincides with the developing trend of juridical philosophy in contemporary world. It is just a Chinese expression of seeking optimal judicial decisions, which is a general concept in western juridical philosophy. The key problem to be solved is the improper use of parallel concepts of “legal effects” and “social effects”. Using academic concepts properly can reduce unnecessary misunderstandings, but never eliminate prejudices and methodological confusions in statutory interpretation. A complete solution to this problem is to correctly deal with the relationship between juridical dogmatics and public policy in the process of application of law.

Key words: the Supreme People’s Court, judicial policies, social effects, rule of law
