

梁慧星：法律的社会性 PDF转换可能丢失图片或格式，建议
阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E6_A2_81_E6_85_A7_E6_98_9F_EF_c122_485614.htm 法律以人类社会生活、社会现象、社会关系为规范对象。如刑法规范对犯罪行为的制裁；民法规范人与人之间的财产关系、身份关系；经济法规范对社会经济生活的调控和管理；行政法规范国家行政权的运行、控制。简而言之，法律是社会生活规范，法律具有社会性。法律的社会性，也就决定了研究法律的科学，即法律学、法学，也具有社会性，并因此属于社会科学。此对于法律学习及解释适用，关系甚大。法学与自然科学的区别：其一，不可计量、不可检验、不可实验。平常说，实践是检验真理的标准。但所谓实践，不是一时、一地、一人或数人的实践，而是指整个人类社会或者一个、几个国家的几代人长时期（数十年、上百年）的实践。这与自然科学的实验、检测、计量、计算不同。其二，研究者身在研究对象之中，不能不受自己的感情、经历、知识背景、价值取向的影响，难以做到绝对的客观性。往往同一个问题有截然相反的看法、观点、理论、学说，所谓“公说公有理、婆说婆有理”。不仅如此，甚至同一位学者，对同一个问题，也可能有截然相反的观点，今天这样说，明天那样说，或者在某一场合这样说，在另外的场合那样说。这就造成学习者的困难。学习法律，要求“独立思考、独立判断”。“独立”，指不迷信书本、老师、权威；要经过自己的思考，才能转化为自己的知识，不能靠死记硬背。“思考”，指不盲目相信，由自己进行一番分析、考察。对于张三的某种观点，首先要“

思考”：他所持的理由是否充分，是否有说服力，是否能够自圆其说？其次要“思考”：张三持这种观点有没有深层次的理由，与历史条件、时代背景以及张三个人物的社会地位、学历、师承有什么联系？还要“思考”：张三发表这一观点，是在何种场合？是针对现行法所作的解释（解释论），还是对法律将来的修改所作的建议（立法论）？等等。在进行独立思考的基础上，还要进一步作出自己的判断：赞成或者不赞成，赞成何种观点。这就是在“独立思考”基础上的“独立判断”。“独立思考、独立判断”，关键在“独立判断”。而“独立判断”的关键又在于：以什么作为判断标准？概而言之，可以作为判断标准的，有两类“知识”：一类是“基本原理”，包括并不限于法律基本原理；另一类是“社会生活经验”，亦即平常所谓“常理、常情、常识”。例如，近年关于开办酒醉开车交通事故责任保险，在新闻媒体上发生激烈争论，有“赞成”与“反对”两派截然相反的观点。先看“赞成派”的主要理由：第一，认为符合合同自由原则；第二，认为法律并无禁止性规定，法律未予禁止的行为，即为合法；第三，认为开设此项保险，对受害人有利。其第一项理由和第二项理由，均属于以法律“基本原理”作为判断标准；第三项理由，即认为对受害人有利，系以“社会生活经验”作为判断标准。再看“反对派”的主要理由：第一，认为酒醉开车是违法的，违法行为不能投保。这是以保险法“基本原理”作为判断标准。第二，认为如果酒醉开车可以投保，则杀人、放火也可以投保。这是采用“类似问题同样处理”的“类推法理”，亦属于以“基本原理”作为判断标准。第三，认为开设此项保险，将造成交通事故增多。刚开

办这种保险，对于所产生的后果并未作调查统计，何以见得会导致交通事故增多？显而易见，论者是以“社会生活经验”作为判断标准。以“基本原理”作为判断标准，学术上的论辩大多如此，无须特别说明。而以“社会生活经验”作为判断标准，系由法律的社会性所使然。因为，法律既然是社会规范，就应当与社会一般人的生活经验相符。法律上和法学上的争论和是非，可以“社会生活经验”作为判断标准，是笔者根据自己和前人的学术经验总结出来的。此前似未受到足够的重视。例如，关于“专业打假”，究竟对社会有利还是不利，是应当提倡还是不应当提倡，已经争论多年。其肯定与否定两种观点，各有其理由。我之所以对“专业打假”表示否定意见，主要是基于“社会生活经验”：“假、冒、伪、劣”商品的制造者与销售者，即造假者与售假者，前者是“源”，后者是“流”，依常识应当着重打击“造假者”；在销售“假、冒、伪、劣”商品的“售假者”中，分为大商场与小摊贩，依社会生活经验，大商场“假、冒、伪、劣”商品相对而言要少，而小摊贩市场的“假、冒、伪、劣”商品相对较多。我们看到，专业打假者，为什么专挑“售假者”打假，而不打“造假者”？为什么专挑“大商场”打假，而不打“小摊贩”？怎么解释？因为“造假者”没有钱，而“售假者”有钱，“小摊贩”钱少，而“大商场”钱多。这就不难看出“专业打假”的真实目的。其实，在学术著作中，以“社会生活经验”作为判断标准的实例，比比皆是。这里仅举两例：例一，王泽鉴先生对物权行为无因性理论的批判：“此项制度违背生活常情，例如现实买卖，一手交钱，一手交货，当事人多认为仅有一个交易行为，但物权行

为无因性之制度将此种交易割裂为一个债权行为，两个物权行为，与一般观念显有未符。”（《民法学说与判例研究1》，第267页）王先生所谓“生活常情”、“一般观念”，就是“社会生活经验”。例二，王泽鉴先生对我国台湾地区最高法院1972年台上字第200号判决的批判。该判决认为当事人间存在法律关系，如契约关系，即无成立侵权行为之余地，从而否认被害人基于侵权行为而生之损害赔偿请求权。王先生批驳说：“在医生手术疏忽致人于死之情形，判决认为死者父母不能依侵权行为之规定，主张第194条（侵权行为）之请求权，医生仅应负债务不履行责任。病人既死，人格已灭，自无从主张契约责任；死者之父母非契约当事人，当无请求权，似无人可向医生追究民事责任矣！如此，当事人间若有法律关系存在时，在履行义务之际，尽可致人于死，而不负民事责任，违背常理，甚为显然，质诸最高法院，其以为然否？”（《民法学说与判例研究1》，第388页至389页）王先生所谓“常理”，亦即“社会生活经验”。法院裁判案件，须先认定案件事实，然后适用法律规则。法官于事实认定时，常常直接依据“经验法则”，而不待当事人举证。所谓“经验法则”，即“社会生活经验”。最高法院对此作有解释，其《关于行政诉讼证据若干问题的规定》第六十八条规定：下列事实法庭可以直接认定：（5）根据日常生活经验法则推定的事实。例如，杭州法院审理的三位记者索赔的案件。法官认定原告的购买行为不是“为生活消费的需要”，除根据原告在都市快报上的报道（标题：《亲身体验退一赔一》）外，主要是根据经验法则作出的判断。判决书说：“综合分析原告的购买行为以及在

都市快报上所作的报道，原告所称其购买目的是为生活消费所需，依据不足。”法官作出这一事实认定，主要是依据“社会生活经验”。因为索赔的商品（方便面）数量太大，原告主张购买如此数量的方便面是“为生活消费的需要”，不符合“社会生活经验”。再如，北京法院审理的300支派克笔索赔案。一审法院判决退货，原告不服，上诉致北京市二中院。二审法院审理认为：“根据已查明事实，原告未能提供证据证明300支派克笔是为生活消费的需要购买的，因此本案不属于消法调整的范围，不适用消法第四十九条关于双倍赔偿的规定。”原告主张购买300支钢笔是“为生活消费的需要”，不符合一般人的生活经验。法院实际上是依据一般人的“社会生活经验”作出判断。判决书说“原告未能提供证据证明300支派克笔是为生活消费的需要购买的”，原告当然不可能提供这样的证据。法官依据“社会生活经验”作出事实认定，而在判决书中却说“原告未能提供证据”，这是很明智的。特别应注意的是，在请求精神损害赔偿的案件中，要求原告就精神损害之是否存在及其程度举证，往往是不现实的，应由法院直接依据社会生活经验认定。这里介绍我国台湾台北地方法院1999年诉字第2039号判决。案情是被告餐厅服务员意外打破一只玻璃碗，玻璃碎片正巧飞溅至冰琪凌中，造成原告于饭后甜点冰琪凌中，咬到一片2公分乘1公分见方之玻璃碎片，致口内颊侧口腔粘膜流血。原告除请求人身伤害的赔偿外，并请求判决精神损害赔偿。判决书写道：“查甲受友人邀请，至五星级餐厅用餐，原本心情愉悦，竟于冰琪凌中咬到玻璃碎片，致口内颊侧口腔粘膜流血，并受有2公厘乘1公厘大小之外伤性

口腔溃疡，约1至2周才可痊愈，业经证人之结证在卷，且经本院函询财团法人新光吴火狮纪念医院属实，甲主张因此事件，连续数日惶惶不安，担心是否已吞入玻璃碎片，是否造成穿肠破肚、内脏损坏，是否须开刀取出，亦符合一般经验法则。”于是在实际损害赔偿之外，判决10万元精神损害赔偿金（引自《月旦法学》83卷第228页）。法律的社会性，不仅与事实认定有关，还与法律解释有关。所谓“社会学解释方法”，就是由法律的社会性所决定的。法律既然是社会规范，其解释、适用就不能够仅依“文义”和“逻辑”，而不顾及所产生的“社会效果”。当存在两种不同的解释意见而一时难以判断何者正确时，应以其中产生“好”的“社会的效果”的解释意见为准，这就是“社会学解释方法”。举关于商品房买卖是否适用消法第四十九条关于双倍赔偿为例。可以肯定，当年规定消法第四十九条双倍赔偿，立法目的是要鼓励受损害的广大消费者同有违法行为的经营者作斗争，绝不是要鼓励个别人、少数人利用消法第四十九条来牟利，甚至建立所谓“打假公司”，由他们代替广大消费者的维权斗争，取代市场管理机关的职责和职能。如果对商品房买卖适用消法第四十九条，可以预见，就不会仅仅只有几个“打假专业户”、“打假公司”。商品房买卖中或多或少都会有一些争议、问题、矛盾，绝大多数都可以通过协商、调解解决，起诉到法院，也可以通过适用合同法的违约责任、瑕疵担保责任甚至缔约过失责任等制度妥善解决。如果适用消法第四十九条，30万元的房屋双倍赔偿就是60万元，60万元的房屋就是120万元，120万元的房屋就是240万元，如此巨大的经济利益，将是多么强烈的诱

惑、刺激、鼓动！只要抓着哪怕是一点点理由，谁还会同意协商、接受调解、同意修理？不知会有多少人将要走上“购房索赔”的专业“打假”之路。问题是，这对整个社会的发展、稳定，究竟有利还是有害？因此，我之所以不赞成适用，所持的一个重要理由是：商品房交易中总会发生各种各样的争议，而这些争议按照现行合同的规定能够妥善处理，如果适用双倍赔偿，将会激化矛盾，并鼓动一些人以获取双倍赔偿为目的从事“购房索赔”，不利于建立房地产市场的正常秩序，不利于社会稳定。这里所采用的就是“社会学解释方法”。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com