



观点新解

高其才谈法社会学田野调查——是以法现场为核心的学术活动



清华大学法学院高其才在《甘肃政法大学学报》2024年第4期上发表题为《法社会学田野调查的若干思考》的文章中指出：

法社会学的田野是一个调查和研究的空间、场域，也是一种方法，还是一种思维。法社会学的田野存在于民众的日常生活中，国家的法律运行过程中、社会的秩序维持中。随着社会的发展，法社会学的田野也在不断地拓展，从现实世界发展到网络世界、虚拟世界。网络世界、虚拟世界、数字世界中法的增长、运行和效果，成为法社会学新兴的田野，法社会学的田野调查面临全新的扩展。

法社会学的田野与法社会学的法概念密切相关，不同的法概念下就会有不同的田野范围，不同的法概念下田野中的法事实即法行为与法观念就会有所差异。法社会学的田野以多元法为基础而呈现，涉及法机构、法对象、法运行、法行为、法心理等广泛的层面。

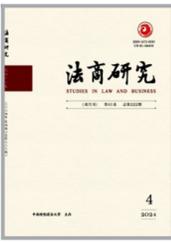
法社会学田野调查的目的在“实”，即了解事实，理解法事实、分析法事实、解释法事实。法社会学田野调查是以法现场为核心的学术活动。基础在人、时、钱，即人力、精力、财力需要有合适的人选，足够的时间，充足的经费。法社会学田野调查的困难主要表现在进入田野的困难，融入田野的艰难、发现田野的磨难、表述田野的犯难、反思田野的疑难、总结调查的为难。针对田野调查的特点和难度，为了解法的具体运行状况和实际功能，法社会学田野调查常采用实地观察法、深度访谈法、座谈了解法、书面材料搜集法四种调查方法和技术。

进行法社会学田野调查，需要思考调查中空间与时间的关系、他者与自我的关系、国家与社会的关系、表达与放弃的关系、理解与改造的关系，形成田野调查的沉浸论、主体论、民众论、适当论、克制论等认识。

法社会学田野调查是一项需要花心思、细思虑、详谋划、投感情、显性情的工作，需要调查者矢志不渝、殚精竭虑、倾情投入。在进行法社会学田野调查时，调查者需要关心田野、树立信心、真心待人、用心观察、耐心说服、具有恒心，这是法社会学田野调查的关键。

法社会学田野调查是一个不断探索、不断挑战、不断发现、不断提升的过程。探讨法社会学的田野调查，提升法社会学田野调查的科学水平，推进法社会学田野调查理论和方法的发展，这对我国法社会学的发展和成熟至关重要。通过法社会学田野调查，对中国法运行、法功能等法事实进行描述、总结和分析，有助于解释中国法现象，提出中国的法社会学概念和理论，建设中国的法社会学，并对世界的法社会学发展作出中国的贡献，推进我国的法治建设。

刘冰玉谈助力气候治理——国际投资体制改革发挥着关键作用



中国政法大学刘冰玉在《法商研究》2024年第4期上发表题为《气候治理投资安排：溯源、沿革与新路径》的文章中指出：

传统投资条约的基本功能是保护外来投资者和约束东道国的投资规制，内容主要集中在东道国的投资保护义务和给予外国投资者相关待遇的义务。随着低碳经济的发展，投资条约的诸多条款已无法适应减缓和应对气候变化的需求，为更好地减缓和应对气候变化，推动国际气候治理体系和国际投资规则的协同发展，越来越多的投资条约开始纳入气候变化议题，作出气候治理投资安排，推出气候变化规制条款。

随着近年来国际可持续发展投资体制改革对气候变化的议题的关切，气候治理与国际投资体制改革相互推动。应对气候变化的国际投资体制改革在助力气候治理方面发挥着关键作用，其在引导资金流向低碳经济，促进绿色技术创新，完善可持续发展投资法律框架等方面有效地推动了全球气候治理进程。气候变化规制条款有望成为平衡东道国公共利益与投资者利益的重要工具，但气候变化规制条款仍处于发展的初步阶段，气候治理与投资保护的冲突以及东道国资源禀赋的制约在一定程度上限制了气候变化规制条款的制定与适用。

随着气候安全与国家安全的关联越来越紧密，气候安全例外条款可能成为东道国行使气候变化规制权的新路径。气候安全例外条款是在特定情况下为了国家或地区的气候安全利益，允许缔约方在应对气候变化和气候风险时采取必要的温室气体减排或产业结构调整等措施。在设置和援引气候安全例外条款时须遵守国际法标准和规则，避免因气候安全例外条款的滥用阻碍国际投资活动的有序发展。

我国需在兼顾资本输出大国与资本输入大国的双重角色的基础上，制定符合我国国情和立场的平衡投资者与东道国利益的气候变化规制条款，实现气候治理与投资保护的平衡。

(赵珊珊 整理)

《周易》法律思想四题

法学洞见

□ 郝铁川 (河南大学法学院教授)

《周易》是中国传统思想文化中自然哲学与人文实践的理论根源，是古代汉民族思想、智慧的结晶，被誉为“大道之源”，内容极其丰富，对中国几千年来的政治、经济、文化等各个领域都产生了极其深刻的影响。关于《周易》的性质，学界众说纷纭，归纳起来主要有两种：一种认为《周易》是周代占筮之书；另一种认为《周易》是讲变化的书。关于《周易》的作者，根据现代学界研究，一般认为《周易》(64卦及卦爻辞)为周初周人所作，重卦出自文王之手，卦爻辞为周公所作，《易传》作者，旧说认为是孔子，今人多认为是孟子、荀子的性命天道之学出现以后的作品，有明显的黄老道家与阴阳家色彩。

《周易》又称《易经》，分为经部和传部，经部之原名就为《周易》，是对四百五十卦易卦典型象义的揭示和相应吉凶的判断，而传部含《文言传》、《象传》上下、《象传》上下、《系辞传》上下、《说卦传》、《序卦传》、《杂卦传》，共七种十篇，称之为“十翼”，是孔子弟子对《周易》经文的注解和对筮占原理、功用等方面的论述。“经”分为上下两篇，上篇三十卦，下篇三十四卦，共六十四卦，每一卦六爻，共三百八十四爻。每卦的内容包括卦画、卦名、卦辞、爻辞、爻象。本文只研究经部卦辞和爻辞中的法律思想。

逐步由轻视俘虏的生命权向尊重俘虏的生命权转变

《周易》中有不少关于处理战俘的资料。众所周知，奴隶社会之原始社会的进步之一，就是不再杀死战俘，而将其转变为可以保留生命的奴隶。究竟能保留多少奴隶，取决于社会生产力水平的高低和剩余产品的多少，生产力水平越高，剩余产品越多，将本来杀死的战俘转变为保留生命的奴隶就越多。从《周易》记载来看，当时的奴隶制是一种家长奴隶制，是从原始社会向阶级社会过渡的奴隶制。一方面抓住一些俘虏不再杀掉，另一方面在祭祀的时候，还继续沿用过去用杀死俘虏来祭祀神灵的风俗。前者如《周易·比卦·初六》记载：“有孚比之，无咎。有孚盈缶。”意思是，抓到俘虏，好心地待他们，不必追究，大吉大利。抓到俘虏，用财物优待使他们对我感激。后者如《周易·随卦·上六》记载：“拘系之，乃从维之，王用亨于西山。”意思是，把俘虏拘禁起来，紧紧捆住。周文王在岐山把他们作人牲祭祀神灵；《周易·萃卦·六二》：“孚乃利用禴。”意思是，春祭要用俘虏作人牲才好；《周易·升卦·九二》：“孚乃利用禴。”意思是，春祭最好用俘虏作人牲。一方面杀掉俘虏，一部分战俘转变为保留生命权的奴隶，这在民族

学资料中有很多记载。如云南的佤族，多把战俘变为奴隶，平时他们可以与主人同吃同住，奴隶成年可以婚配，其中表现较好的能上升为养子、养女，视如己出，不轻易打骂。而有的战俘奴隶会被杀害祭谷。

逐步由抢婚习俗向婚嫁以礼转变

抢婚是原始社会向阶级社会转变的一种婚俗，由男子通过掠夺其他部落妇女的方式来缔结婚姻。因女子已是男子的所有物，所以成为部落与部落发生斗争时的掠夺对象。《周易》中既有抢婚的记载，亦有婚嫁以礼的记载。前者如《周易·蒙卦·六三》：“勿用取女，见金夫，不有躬。无攸利。”意思是，不要抢夺女子成婚，碰上拿着武器的人，会丧失性命。这样做没有什么好处。后者如《周易·蒙卦·九二》：“纳妇，吉。子克家。”意思是，正式礼聘迎娶妻子，吉利。男女一起建立家庭。这表明抢婚正向婚嫁以礼转变。如同《周易·屯卦·六二》所载：“屯如遭如，乘马班如。匪寇，婚媾。”意思是，想前进又难于前进，乘着马车在原地回旋。这不是强盗前来抢劫，而是来求婚。

重视宽以待民的民本观

氏族社会首领的统治手段主要是教化，靠自己的品德得到氏族成员的爱戴，进而取得统治权力。学界不少前辈认为我国奴隶社会是个

早熟的社会，没有完全斩断氏族血缘纽带关系就进入了阶级社会，因而保留了氏族社会重视道德教化、关爱氏族成员等风俗习惯。《周易》记载了这方面的一些史料。如《周易·临卦·初九》载：“咸临，贞吉。”意思是，用感化政策治民，征兆吉利。《周易·临卦·九二》：“咸临，吉，无不利。”意思是，用温和政策治民，吉利，没有什么不吉利。《周易·临卦·六三》：“甘临，无攸利；既忧之，无咎。”意思是，用钳制政策治民，没有什么好处。如果忧民之所忧，就没有灾祸。《周易·临卦·上六》：“敦临，吉，无咎。”意思是，以敦厚诚实治民，吉利，没有灾祸。因此，中国古代的民本观念，主要有两个来源：一是原始社会氏族成员团结友爱的风俗，二是夏商周朝代更替的经验教训所带来的反思。

问政于家族

中国奴隶社会不同于古希腊和罗马奴隶社会的一个重要之处就是宗法家族制度的长期保留。因此，一方面是民本观念流行，另一方面是家族圈子观念是统治者的核心理念，问政于民与问政于族并行不悖。所以，《周易·观卦·六三》记载：“观我生，进退。”意思是，体察亲族的动向，由此决定政策措施。《周易·观卦·九五》记载：“观我生，君子无咎。”意思是，体察亲族的意向，君子从政就不会有困难。

虽然《周易》对周人生活的记载有点零乱，但笔者认为它属于信史，比较客观。

民法典侵权责任编司法解释对侵权法规则的发展与完善

《最高人民法院民法典侵权责任编司法解释理解与适用》前言

书林臧否

□ 程啸

自2021年1月1日我国民法典施行后，不少人都担心最高人民法院今后就可能就民法典颁布过多的司法解释，甚至怀疑将来可能出现关于民法典的司法解释的总条文数超过民法典的总条文数(1260条)的情形。理论界与实务界的多数观点认为，最高人民法院关于民法典的司法解释应当充分立足审判实践，坚持问题导向，解决法律适用中的难点问题，同时遵循必要的原则，不一味求大求全，追求体系。只有民法典的规定在司法实践中存在理解适用上的争议，或者有些问题在民法典中没有明确的规定，才有必要制定司法解释。2024年9月27日施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉侵权责任编的解释(一)》(以下简称《民法典侵权责任编解释(一)》)是民法典施行后最高人民法院首次针对第七编“侵权责任”作出的司法解释，该解释坚持问题导向，聚焦实践中争议较大的疑难复杂问题，如侵害监护关系的侵权赔偿责任、监护人责任的诉讼主体与责任承担方式、第三人侵权时教育机构的侵权责任、用人单位责任、产品责任的

赔偿范围、机动车交通事故责任与强制责任保险的适用、高空抛物致害中的责任承担方式等。

从《民法典侵权责任编解释(一)》的规定来看，笔者认为该司法解释有两个比较突出的特点：一方面，重视对民法典的体系化理解，不是孤立地去解释某个条文，而是在体系中思考不同侵权责任与相关制度规则的适用关系，从而将各种可能并存的侵权责任形态的关系都考虑得比较清楚。这一点比较鲜明地体现在对侵害监护关系侵权责任与侵害被监护人的人身权益的侵权责任的适用关系的规定(第十条、第十二条和第十三条)；对于高空抛物致害责任中具体侵权人的侵权责任、建筑物管理人违反安全保障义务的侵权责任与可能加害的建筑物使用人的补偿责任这三者的适用关系的规定(第二十四条、第二十五条)等。另一方面，实现了实体法与程序法规定的密切结合，注重将实体法规定通过相应的程序加以贯彻落实。例如，民法典侵权责任编多处规定了“相应的责任”，包括：第一千一百八十九条规定委托监护中受托人有过错时要承担相应的责任；第一千一百九十一条第二款规定劳务派遣单位有过错的要承担相应的责任；第一千一百九十三条规定定作人对定作、指示或者选任有过错

要承担相应的责任等。

这些条文中的“相应的责任”是什么意思？其与监护人责任、接受劳务派遣单位的责任以及承揽人责任之责任之追究是按份责任还是连带责任抑或其他责任承担方式？对此，《民法典侵权责任编解释(一)》第十条、第十六条和第十八条将之明确为部分的连带责任，即监护人、承揽人或者接受劳务派遣的单位承担侵权人应承担的全部责任，而受托人、劳务派遣单位或者定作人在过错范围内与监护人、承揽人或者接受劳务派遣的单位共同承担责任。也就是说，无论是监护人与受托人之间、接受劳务派遣单位与劳务派遣单位之间抑或承揽人与定作人之间，既不是连带责任，也不是按份责任，他们之间在相互重叠的部分内向被侵权人承担连带赔偿责任，赔偿的总额不能超过被侵权人遭受的损害的范围。

再如，我国民法典第一千一百九十八条第二款和第一千二百零一条分别规定了第三人侵权时安全保障义务人和教育机构有过错的，要承担的是“相应的补充责任”，但是由于缺乏具体的程序法上的规定，司法实践中实际上都被理解为“相应的责任”。此次《民法典侵权责任编解释(一)》第十四条和第二十四条要求法官在判决书主文中明确未尽到管理职责的教育机构，未采取必要安全保障措施的建筑物的管理人在人民法

院对第三人的财产依法强制执行后仍不能履行的部分，承担与其过错相应的补充责任。如此一来，就真正从程序上保障了相应的补充责任的贯彻落实。

在《民法典侵权责任编解释(一)》的起草论证过程中，笔者曾多次参加最高人民法院组织的论证会与研讨会。并且，笔者还专门就该司法解释的公开征求意见向最高人民法院有关部门提出了详细的修改建议。侵权法律关系相当复杂，涉及各方利益的平衡，具有很强的理论性与实践性，即便是专业的法律人士也不容易掌握和理解。为了使广大律师、法官和法律实务工作者了解该司法解释，知其然，更知其所以然，笔者依据民法典的规定，密切结合侵权法基本原理，对《民法典侵权责任编解释(一)》进行逐条解析，每一条的解析都围绕“条文要旨”“理解与适用”“疑点与难点”“相关规定”四个部分展开。

学者撰写的法律或者司法解释的释义书，肯定不同于立法机关、司法机关工作人员撰写的释义书。笔者认为，他们最大的区别在于：学者撰写的释义书可以秉承独立的学术态度，对于法律或者司法解释指出问题和提出建议，而不是只能肯定或者赞颂。当然，无论是赞同还是批评，都只是作者一孔之见。

法与天下画一

史海钩沉

恒州浮屠为其徒诬告祖道不道，武后怒，命按之。怀古得其枉，为后申析。不听，因曰：“陛下法与天下画一，岂使臣杀无辜以希盛哉？即其人有不臣状，臣何情宽之？”后意解，得不诛。——《新唐书·循吏传·裴怀古传》

解析：坚持适法统一，实现同案同判

裴怀古是唐朝的监察御史，他曾处理过一起“和尚对武后大不敬”案件，事后交给裴怀古办理这个案件时，怒气冲天，命令立即决法。裴怀古却没有如此草率了事，反而在查明案件事实的基础上，释放了被诬告的和尚，并留下了一句流传千古的至理名言“法与天下画一”。“法与天下画一”，顾名思义，就是说国家的法律对天下人应当一视同仁，不因个人喜好、身份地位的不同而有所区别。早在公元前战国时代，韩非子就曾说过“法不阿贵，绳不挠曲，法之所加，智者弗能辟，勇者弗敢争。刑过不避大臣，赏善不遗匹夫。”意思就是说，执法应当一视同仁，不分贵富贱，不论官职大小，所有人都受到法律所施的平等奖赏和惩罚。无论是“法与天下画一”“法不阿贵”，还

是人们耳熟能详的“王子犯法，与庶民同罪”，他们所表达的都是同一种思想——法律面前人人平等，既不能因触犯权贵得到不公的审判，也不能因地位高贵而享有特权。落到实处，具体到司法层面，就是要坚持适法统一理念，做到同案同判。适法统一是因，同案同判是果，同案同判是“法与天下画一”的外在表现，也是应当达到的效果。

1.同案同判是法律面前人人平等的内在要求

法律面前人人平等是我国宪法的基本原则，也是社会主义法治的核心内涵之一。宪法的规定从立法层面保证了每个个体享有平等的权利，但是法律如何做到人人平等，则需要借助于司法。司法是社会公正的最后一道防线，司法的平等是人民群众可以直接看见、直观感受到的平等。让人民群众能够普遍感受到司法的平等性，最简单、直接的做法就是坚持适法统一理念，做到同案同判。类似案件类似处理，司法裁量更加统一，有利于当事人以及社会公众的普遍理解。同案同判蕴含着平等观，与我国“不患寡而患不均”的古语有着异曲同工之处，体现了中国传统文化对法律的公平道德追求。亚里士多德则认为：“所谓公正，它的真实意

义，主要在于平等。”从某种意义上讲，同案同判就是平等、公平正义的化身。同案同判是司法实践中让人们最能感同身受的平等观的具象化，是一种朴素的心理理念，符合中华文明的和谐平衡观念，也是法律面前人人平等这一基本原则的内在要求，其最终目的是树立并传递司法公正的价值。

2.同案同判是实现司法公正的有效路径

同案同判承载着丰富的道德价值，最重要的就是对于公平正义的追求。一直以来，同案同判被视为司法公正的良好代言人。人们可以通过相同案件的相同判决，去感受法律的公平、公正，反之，则会降低信任，损害司法权威。适法不统一，同案不同判，没有统一的司法裁判尺度，司法的公平与正义在实现上就会打折扣，也会降低司法公信力；适法统一，同案同判，符合人们对于法律行为与结果之间的司法预期，使人更有理由相信，法官在裁判时没有偏袒与歧视，没有滥用司法权，自然而然，司法公信力就会提升，同时，也会提升人们对于法律的忠诚和信仰，自觉尊崇法律，服从法律。

3.同案同判需处理好技术与情理的关系

司法是法官经过不断论证以及反复的价值衡量，将抽象的法律规则运用于具体个案的过

程，法律规则不可能事无巨细，个案之间也千差万别，不断论证、反复价值衡量的过程实质上就是自由裁量的过程。同案同判，要求法官在案件中秉持相同的原则，严谨准确地将涉案证据查证属实，摒弃个人的主观偏好，保证裁判结果与法律规则的内在一致性，使案件即便由不同法官承办也会以相同的标准实现公平正义。同案同判，其目的是通过减少法官自由裁量权的行使，通过类案检索和案例指导制度，实现同类案件拥有刑责相适应的裁判结果，以维护裁判结果的客观性和可预期性，使裁判结果更具公信力和警示性。由此，会出现同案同判目标与法官自由裁量权之间的博弈与平衡。这两者本质上并不冲突，都是为了更好地实现个案的公正。同案同判是适法统一的自然结果，而不是扭曲案件之后强求的结果。适法统一有一定的技术性，而案件处理则是情理法相融合的过程。故而，同案同判不是更简单了，而是对法官提出了更高的要求，需兼具技术与情理，在法律解释、司法推理的过程中，以社会的主流价值观为导向，司法技术与情理相结合，使案件处理发挥最大的功效，取得最好的社会效果。

(文章节选自崔亚东主编的《法治文明溯源：中华法系经典案例解析》，商务印书馆出版)