

我国法院制度现代化的宏观考察 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/483/2021\\_2022\\_\\_E6\\_88\\_91\\_E5\\_9B\\_BD\\_E6\\_B3\\_95\\_E9\\_c122\\_483319.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E6_88_91_E5_9B_BD_E6_B3_95_E9_c122_483319.htm)

编者注：本文即将发表在2002第五期《中国律师》上。本站先行发布，请读者先睹为快。对于众多忙于实务工作的律师们来说，这篇富有理性色彩的文章读起来有些艰深。为此，编者自作主张，对某些文字作了技术上的处理。但新鲜的立意和充满思辩的文字依旧可以带来诸多启示，所以读者不妨耐下心来，一睹其间深意。

社会背景：现代化及其建构 现代化是人类历史上迄今为止最为剧烈、最为深远并且显然是无可避免的一场社会变革，它是业已经历或正在进行的涉及社会各个层面的巨变过程。不仅如此，现代化足以波及到与拥有现代化模式的国家有所接触的一切民族，从而使既有社会模式遭到损毁。所以，现代化所带来的影响是全面而深刻的，它当然要求一种更具合理性、更为开放、明确的法律制度，包括确立适应现代化社会整体要求的，与传统有着较大程度决裂的法院制度。然而，要清晰具体地把握传统型法院制度为何、怎样转向现代型，基于什么现代型法院制度呈现出如此面貌，还要求我们分析个中原因，特别需要我们借助现代化进程的三个基本目标民主政治、法治国家和市场经济予以说解。实际上，法院制度的现代转型在很大程度上可说是市场经济、民主政治与法治国家的共同要求。第一，法院制度的现代转型是市场经济的当然产物。市场经济并不仅仅是一个“经济的”模式，而是与一个社会的整体结构包括文化、法律制度相联系的。按照马克斯韦伯的观点，现代市场经济的特点之一是

市场经济的参与者特别重视对于长期利润的精细和有系统的计算，而不是通过简单的投机行为和短期行为获取暴利。这种理性化的经济形式要求尽可能地对未来的风险作出预测并提出相应对策，以保证投资决策得以顺畅实现。经济模式的转变对法律制度提出了新的要求：法的理性化、系统化和一般化以及个别案件中法律程序运作的日益增长的可算度性，构成了近现代经济事业存在最重要的条件之一。如果没有这样的法律保障，近现代经济事业不可能进行。相应，法院功能和法官职业行为亦应当有所改变：市场经济不能再接受法官简单地按衡平观念或其他非理性的方法来决定具体案件，而要求法官按抽象的、具有形式合理性的法律来维护一般公正。由此而来的法院制度就与传统的法院制度有着很大的不同：(1)法院应当重视法律的内在逻辑关系和整体关系，从形式推出具有必然性的处理结果而不专注于个别案件直接的实质结果。(2)法官应当凭借区别于其他社会秩序维持者的专门化技艺，根据明确、系统、具体、不矛盾、不依赖社会情绪化反映的法律规则解决纠纷。这显示，在市场经济条件中所体现出来的形式理性要求和促使法院制度进一步形式化和合理化；反过来，具有形式理性的法院制度又对市场经济的发展起了保障作用。市场经济和法院制度之间呈现出良性互动关系。第二，法院制度的现代化转型也是民主政治的应有之义。现代民主政治的要旨之一就是防止国家权力滥用，侵犯公民权利。在这一前提下，法院的功能发生了很大的变化，由惩罚犯罪进而延伸到调节广泛的社会、政治关系。这对法院制度由传统向现代的转型有两方面的影响：(1)法院不只是针对普通公民的违法行为进行惩处，也同样要对政府官员的

越权行为予以制裁。法治国家通行的见解认为，民主制度要求一批人不仅作为个体之间而且作为政府权力和个人之间的仲裁者。而法院正是这种纠纷的仲裁者。(2)法院应当对民主政治起一种“平衡摆”的作用。现代民主政治犹如一台精巧设计的机器，只有各零部件密切配合才能正常运转。法院制度是这台大机器至关重要的组成部分。民主政治要求法院来有效监督和制约其他政府部门，例如一些国家就强调最高法院应当使用宪法条款来维持、限制甚至改变中央政府和地方政府之间或总统和国会之间的权力平衡。此外，民主政治还要求法院制度成为一种平衡社会多数成员与少数成员利益的政治机制。民主政治要求不仅要按多数人的意志办事，还要保护少数人甚至个别人的权利，防范多数人对少数人的暴政。这一责任立法机构和行政机关都无从独力承担，因为立法部门以“多数裁决”原则代表多数人的利益，而行政部门一般也只能执行立法机关的意志，所以，只有法院才能胜任保护社会每一成员的职责。对此，政治学家罗杰希尔斯曼引证说：“真正的民主超出了听众多数人的愿望。真正的民主还要保护少数人的权利以反对多数人的专横独断，这一论点不仅把司法审查看成达到这一目的的手段，同时也是抑制人民当中多数人有时过于多变的欲望。”由此可见，现代民主政治要求法院制度以新姿态迎接新的使命，制度发生变迁也就势在必行。要在民主政治的基本框架内实现法院制度的现代转型，必须强调法院机构与其他国家权力相分立并在分立基础上相互制约。因为正如孟德斯鸠所言：“如果司法权同立法权合二为一，则将对公民的生命和自由施行专断的权力，因为法官就是立法者。如果司法权同行政权合而为一，法官便

据有压迫者的力量。”要充分发挥司法权的作用，必须赋予其分离性与独立性。因为，一方面，要防止权力滥用，就不能让其它任何权力对法官施加影响，这当然要求国家职能之相对分离，当然需要设置司法独立机制以作为司法抵御外来干涉，公正行使权力，切实维护公民权利之屏障；另一方面，在赋予司法权力对其它国家权力机构及权力形式监督制约功能的情况下，独立更是有效监督的重要前提。此外，程序观念与制度也直接来源于民主政治。在一定意义上，民主政治也就是程序政治，以明确、公开、具体及公正之程序开展。政治活动包括选举、立法、司法等活动，遵循相同的程序理念与规则也势在必行。第三，法院制度的现代转型亦与法治国家的建设有关。对于法治与法院转型的关系，M葛兰特、昂格尔和涂尔干均有大致相同的见解。在法治国家中，多元利益集团的存在决定了在多元集团之间进行利益整合、利益决策与决策执行功能是国家重要任务。现代社会是一个凝聚力永远困难重重但仍可勉强维持的社会。其间法律发挥着不可估量的作用，当以法院为执法中心，由其承担利益调和角色，维持社会协调发展；法院介入纠纷之广阔领域，直接解决纠纷并通过解纠功能的发挥维护社会秩序、参与公共决策、防止权力滥用都毋庸置疑。此外，还应指出，裁判依据的唯一性也直接与法治国家的理念有关。在法治国家的理念中，国家机关的一切活动均应由法律来规范，而法律规范或是自然演进或经理性建构，但均须人民同意或默示许可，依法活动且所依之法体现昂格尔所谓“自然法”价值观念是近代以来民主宪政的精髓所在。所以，依法审判是现代法院制度的内在方面。当然，它既可表现为大陆法系的成文法传统

，也可表现为英美法系的判例法传统。尽管基于现实需要，英美法官与大陆法官都需要解释法律甚至创造新的法律规范，但无论如何它必须遵循立法、判例所暗示之精神，且有一定之限度。选择的自由与基本的路径：法院制度现代化的方式 社会整体上现代化的最直接表征是经济市场化、政治民主化和法治化，它们是法院制度之现代转型时必须仰赖的背景资源，从根本上决定着法院制度现代化的进展。但是，各国在制度改革的具体路径上有所不同，即便我们从知识论的角度认为某一种法院制度改革较另一种变革更为合理，我们亦不应当简单地批评一个国家的法制现代化进路。因此，要讨论大致相同的社会背景，为何会生发不同改革的问题，必须要涉及到法律选择自由这一问题。在整体上法院制度现代化理念被现代民族国家接纳的前提下，不同国家采取不同的路径践行现代化的法院制度，自有其合理性。在我们看来，法院制度现代化的过程就是某一国家如何甄别最满意的制度机制的过程。各国在现代化社会背景中所经历的不同具体进路凸显了“选择”的关键性：尽管现代法治国家的法制形态表现出法律君临生活世界的共同特征，但其只是一种形似。选择了现代化的各个国家都必须要在既存制度条件中寻找与现代社会有关的功能等价物，考虑如何使法院制度体系形成选择的机会结构和一整套保障选择合理性的程序条件。基于上述判断，我们可以说：在宏观的现代化背景下有的国家走外发式、激进式法院制度变迁路径，有的国家正在践行内生式、渐进式的法院制度转型就是顺理成章的事情。内发的渐进式转型主要体现在欧洲国家尤其是英、法、美等国。在这些国家中，法院制度从传统向现代转换是由本社会内部的

动力而发生的转型，且这种转型有一个渐进的过程。一方面，法院制度的转变是社会内部种种因素促成的政治、经济、文化和社会等方面的变化，法院制度现代化既因应于上列因素，也是整个社会变化过程的有机组成部分。另一方面，这种转型不可能一蹴而就，得经由一个漫长的过程，这既是因为决定其变化的原因是逐渐成熟并影响到法院制度变革的，也是缘于法院制度之众多特征不可能瞬间造就，本身只可能逐渐形成。以英国为例，这种渐进演变过程表现得非常鲜明。1066年征服者威廉开始统治英国以后，早期的英格兰政府并不存在政府职能的分离，国王及其在枢密院中的主要顾问们任着司法、行政以及立法权力。伯尔曼曾在《法律与革命》一书写道：安妮王朝的亨利二世每天很早起床，同他的秘书审查当时的案件，并偏好干预他的法官，他还喜欢巡回全国各地审理案件。不仅如此，他还作为立法者行事，对先前存在的法律制度进行重新估价和重新安排。英国法院制度现代化的进程始于司法权力的逐渐分离与集权化，分离表现在王室内部设立法院，且逐渐将其注意力凝聚在解决纠纷方面，在亨利二世之前，司法特别是地方司法多半是由地方权贵所掌握，王室没有永久性法院进行专门、正规的审判。亨利二世执政后，大量增加了中央集权政府的权力职能。相应，中央集权的王室法院也逐渐在英格兰创立。尽管它受制于国王，但国王尔后大都在特殊的场合“因要人和大案”才行使司法职能。随着历史演进，法院逐渐将职能限于解决纠纷，除此以外的机构则逐渐被限制乃至停止行使审判权。随着王室法官不间断的审判尤其是参考已有习惯的审判，依据先前判例成为法官的行为准则，这直接有助于形成一个严密的普

通法法律体系。不仅如此，将司法工作与既有判例关系起来，实际上又要求法官具有专业知识，专门化于是在不知不觉中发展起来。专门培训法律人士的伦敦四大律师学院的存在与运作就已显示了专门化的要求与专业化的途径。同样，程序法制的发展与运用也是随着法院体系发展来实现的。王室法院在处理案件的实践中逐渐确立了公民解决纠纷时需要遵守的程序规则。至于司法独立，经过法官与国王的斗争，著名的如柯克与国王詹姆士一世的争论，最终在1701年通过的王位继承法中明确规定。而法院功能特别是对行政之强力约束功能的发展，则是在19-20世纪，特别是在本世纪才大幅扩展的。与英国略有不同的是法国。法国大革命前的法院包括王室法院并未为国王所全部掌握，而是与国王时常展开斗争。虽然司法职能有所分离，并有所独立，但其专业性并不强，司法官职可以出卖且普遍出卖，现代型实体法律与程序法并未确立与发展。司法的一个功能在于斗争，而非现代意义上的制约。及至大革命之后方才从法律上确立了司法与议会、行政机关分离且法院独立的格局。然而，路易王朝时期国王与法院彼此为了既得利益而斗争，实际上却忽视人民利益的作法，使司法与立法、行政的相互制约关系受到严格限制。所以，大革命后确立了依照明文颁布的法律裁断纠纷是法官的应尽职守这一原则。因此，法国的司法功能既有现代性一面又有现代性有限的一面，如制约功能有限(行政法院的产生与发展后来相当程度弥补了这一缺陷，但其产生之初动机完全出于杜绝法院干预)。总而言之，从法院体系建构、司法职能的国家化和司法功能的多元化三点看，法国的现代法院制度转型有激进成分但主要是渐进式成分。美国法院制度与

英国相似，但又有较大不同。最大的不同在于：从权力制约高度出发，美国法院获得了广泛而强大的制约功能，它对立法、行政机关展开违宪审查，且积极展开这种审查。美国法院逐渐发展“司法能动主义”，广泛而积极参与公共政策的制订工作，而这在传统理论看来本属立法、行政机关之专职。与上述三个国家不同，日本法院制度的变化在历史上带有较强的外发式、应激性变革之色彩。换言之，日本的变革是日本在十九世纪后期，遇到西方列强的武力冲击后为挽回国势而不得已为之。所以日本法院制度现代化的过程有异，变化比较早、比较彻底的是建构专门的法院、建设完备的现代法律体系，由专业人士充当司法官员，而建设较晚的是司法独立，司法功能的多样化等。可以说，直至二战结束，日本之司法独立还是形式而非实质的，司法功能也主要是维护统治秩序，带有很强暴力色彩。直至美国占领日本后，这种情形方有大变，但时至今日，日本之司法独立相对有限，违宪审查功能也名存实亡。就前述几个国家法院制度的现代化的两种进路而言，内发的渐进式现代化更为成功更为自然，外发的应激式现代化从实践效果看，则往往有一个反复曲折、艰难前行的过程。现实中，任何社会制度和其它社会型构的社会秩序不是生成的，就是建构的，前者是“自发自生”的秩序，后者则是“人造的秩序”。但归根到底，自发自生的秩序乃最有生命力的秩序。所以，应当承认法律制度“建设者”的有限理性，承认法院本身在运作过程中形成的“自生自发秩序”，充分肯定其内部日复一日的细微变革的合理性。在此意义，法院制度变迁应当是内生式的，因为这种变革主要应当借助的是一种具有“地方”特色的知识。具体的、



适合一个国家的法院制度并不是一套抽象的无背景的规则系统，而涉及到一个知识体系，即富有生命力、能有效运作的法律制度需要大量的不断变化的具体知识，这种具有地方性的知识显然是一种“奢侈品”（稀缺资源）而不可能是一种“舶来品”。相较之下，外发式、应激式变革所引起的法院制度变迁和转型可能是激烈和见效很快的，但同时却很可能带来更多的负面因素，且很难真正具有彻底性。外发式、应激型法治变革从根本上看是一种在各种社会压力的“政府推进型”变法方式，因而不问具有改革指向的人士如何动机善良，其结果有可能是加强法制威权主义倾向，使法律制度中的内在矛盾尖锐化。对此，日本的法制现代化过程可作例证。日本的法制现代化固然是基于走向“民主化”的社会变革意识而展开的，但在那里变革对象不是国家法而是民众的行为方式。在非西方社会的发展中这种现象有其必然性。但必须指出，通过自上而下的国家力量强制性、迅速地推行的法制进程在取得进步的同时也可能种种问题。由此形成的“法治”和秩序便可能是一个彻头彻尾的“他者”，披上现代化外衣的法院制度就可能成为纯粹物质性的福柯所说的规训，这样的制度能否长久地获得一种生命力，的确是一个问题。因为它可能远离了民众的需求，难以获得当代各种合理化制度所应当具备的公众认同感。所以，外发式、激进式法院制度转型的成功率取决于诸多因素。即便有一个轰轰烈烈开始的变革，如果不迅捷地回应社会现实的需要，实现外发式、激进型向内生式、渐进型的转变，变法活动要么夭折，要么砸碎初始设计时所描绘的美丽图景。以曾经作过激进式试验的法国为例，暴风骤雨式的法国大革命尽管提出了《人权宣言

》，和一系列现代法治原则，确立了司法独立、依法裁判的现代法院制度，但是，托克维尔指出，法国革命者的成就远转他们自己最初想象的要小，他们不知不觉地从旧制度中继承了大部分的感情、思想和作法。日本法院制度现代化的反复和艰难也证明了上述判断的正确性。实际上，改革之发生在一定程度上也是对社会需要的回应，有其存在合理性，特别在改革初期、改革攻坚阶段更是如此。准确地说，我们的完整想法是，任何外发式、激进式改革都应最终转换成为内发式、渐进式改革，或者说必须与内发式、渐进式改革相结合。唯有如此，方能收长期之效。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](http://www.100test.com)