

张志铭：对一种流行司法观念的质疑 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__E5_BC_A0_E5_BF_97_E9_93_AD_EF_c122_485626.htm 中国社会的改革开放，为各种新观念的产生和流传提供了广阔的舞台。这一点在近年来轰轰烈烈的司法改革过程中，表现的尤为明显。不过，从制度变革的角度看，我们实在有必要对许多流行的新观念持谨慎批评的态度。个中道理不难解释：制度的变革和设计需要的是一种周全的视角，不得不兼顾各方、折冲平衡；相比之下，一种新的观念之所以产生，之所以在社会大众间流传，为决策者所接受，并进而影响制度变革，在很多情况下却非因为其思虑之周全，而恰恰在于其强调之片面。由于片面，表述才变得生动而富有个性色彩，才很好地关照了人们在特定时间、特定场合下的所思、所想，从而拨动人的心弦，引发人的共鸣。我想，一些学者所说的“追求深刻的片面”，表达就是人们在观念更新上的这样一种基本倾向。下面，我想以“司法是社会正义的最后一道防线”这一表述为例，通过对它的反思和质疑，来说明在制度变革中以审慎的态度对待一些流行的新观念的重要性，并借此引发对观念更新与制度变革关系等问题的深入思考。“司法是社会正义的最后一道防线”，是时下中国司法改革的实践和研究中最为流行的一种说法，它在宏观的意义上表述了在现代法治社会中司法的角色和作用。由于这种表述具有格言般的风格，所包含的观念展示了美好的司法图景，因而赢得了人们特别的好感。如今，它不仅本身如同公理一般被用于各种官方、学术和日常生活的场合，而且还被作为推论和论证的前提。

比如，为了论证法院的意义和特性，人们会说，司法是社会正义的最后一道防线，法院则是体现和实现社会正义的殿堂；为了强调法官职业的重要性，人们会说，司法是社会正义的最后一道防线，法官则是正义殿堂的守护神，等等。但是，当人们顺着这样一种说法去构筑中国司法的未来蓝图时，是不是有必要想想，这句话的确切含义是什么呢？从运用情况看，人们都比较一致地将其中的“司法”理解为“司法裁判”，所不同的是，一些人是从“实然”的角度，把它作为一个事实判断，一些人则是从“应然”的角度，把其中的“是”当作“应该是”，视之为一个价值判断，还有一些人是两者兼而有之。然而，在我看来，这句话无论在事实判断的层面，还是在价值判断的层面，其确切程度都值得怀疑。首先，作为一种事实判断，很难认为它恰当地刻划了域内和域外的司法状况。就国内司法裁判的现状看，考虑到司法的各种不良现象，司法在国家政治权力结构中的边缘化现实，以及司法功能的有限性等，我们很难认为这一判断在事实上是成立的。在域外，尽管司法在西方法治发达社会构成国家三大公权之一端，与立法、行政成并驾齐驱之势，但这句话所反映的司法在国家和社会生活中的地位和作用，似乎比较适合英美法律文化传统以司法为中心的法治模式。在那里，我们还会发现一些类似的说法，例如，英国的培根把司法比作社会正义的源头活水，认为“不平的举动不过弄脏了水流，而不公的判断则把水源败坏了。”法国的托克威尔在考察了美国社会的民主之后说：“使一个外来者最难理解的，是美国的司法组织”，在美国，“简直是没有一个政治事件不是求助于法官的权威的。”（新近的例子是布什和戈尔在总统

选举中的争议最后交由法院解决。)而在大陆法传统和其他法律文化传统的社会,司法是否具有这样的地位和作用就值得怀疑了,尽管宪法法院的创立使司法的作用大为提升。其次,作为一种价值判断,虽然它反映了说话者的一种期待或愿望,但由于对法律和司法的特性、局限性缺乏关照,它很难转化、也很难说它应该转化为一种现实的制度设计和实际操作。我想,假如这一价值判断成立,即司法一旦在不同的社会政治框架中获得合理的定位,它就“应该是社会正义的最后一道防线”,那么,作为前提,至少需要肯定地回答以下一些疑问:第一,司法本身在正常情况下都能体现公正或正义的吗?在非常情况下(如纳粹德国时期)能够完全避免成为的“恐怖的司法”吗?第二,社会纠纷的解决、社会正义的实现可能诉诸于各种救济渠道或措施,除司法外,大的方面还有暴力手段、外交斡旋、政治解决、行政解决、自主协商,等等,难道只有司法才应该具有保障社会正义实现的终局性吗?难道在各种纠纷解决途径之间有一个先后序列,而最终都可能以司法救济为归结吗?第三,这种表述是否能够与有限政府、有限司法的政治理念和操作原则相和谐呢?也许有人会说,这种说法主要是为了强调法律在国家和社会生活中的至上权威,强调司法作为法治实现基本途径的意义,以及司法裁判的终局性。果真如此的话,我觉得也很难认为这种表述是恰当的。因为在一个法治社会中,司法作用的凸显并不一定要以贬抑其他解纷机制为前提,也不必然意味着有更多数量的纠纷必须诉诸于司法的途径去解决。新闻来源:中国法学网 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