

徐昕:司法过程的性质 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/486/2021_2022__E5_BE_90_E6_98_95__E5_8F_B8_c122_486356.htm 徐昕 西南政法大学教授、博士生导师，司法研究中心主任。著有《论私力救济》、《迈向社会和谐纠纷解决》、《英国民事诉讼与民事司法改革》，译有《比较法视野中的司法程序》、《公共知识分子》、《证据法的经济分析》等，获吴玉章人文社会科学奖等奖励，主编《司法》杂志，主持司法文丛 2007 年，读了几十本书，在此推荐五本，特别推荐第一本： ■ 《程序与民主》[意]卡拉玛德雷著翟小波刘刚译高等教育出版社2005年出版 ■ 《中世纪神判》[英]巴特莱特著徐昕等译浙江人民出版社2007年出版 ■ 《法律的公共空间》[美]尤伊克西尔贝著陆益龙译商务印书馆2006年出版 ■ 《重点讲义民事诉讼法》[日]高桥宏志著张卫平许可译法律出版社2007年出版 ■ 《危险的愉悦》[美]贺萧著韩敏中盛宁译江苏人民出版社2003年出版

司法过程的性质 - - - 评卡拉玛德雷的《程序与民主》 我对皮罗·卡拉玛德雷的关注，源于对其得意门生莫诺·卡佩莱蒂的译介。卡佩莱蒂是20世纪最卓越的诉讼法学家之一，他深受老师的影响并深刻地认识到，法律应置于社会经济和政治文化的背景下来研究，其本身不应作为目的。卡拉玛德雷是20世纪前半期意大利诉讼法学泰斗，也是1948年意大利《宪法》的缔造者之一，其代表作为《程序与民主》。虽然该书名为《程序与民主》，但核心主题却是司法过程的性质，其分量完全可与卡多佐《司法过程的性质》相比。他从多方面进行了深入阐述：第一，司法过程不是法官的独白，而是

对话和交流，是建议与回答的提出和采纳，是起诉与答辩、攻击与回应、主张与反驳的互动。司法过程是法官与当事人之间的法律关系，并非只有法官拥有独立且与司法相关的意志，双方当事人亦有。因此，辩论成为现代司法过程的典型特征，司法过程也被比作体育竞技，只不过是劝服与辩论的游戏，而非运动力量的对决(55页)。第二，律师与法官的关系是司法过程的基本问题(65页)。法官与律师应相互理解、尊重、宽容和信任。第三，司法过程应体现对个人的尊重。这首先表现为当事人对法官的制约。法官的意志从来就不是至高无上的，而受当事人意志和行为的制约(即使刑事程序中也如此)，受其启动、劝导、抵抗和认可等行为的制约。当事人双方之间也如此，从对方和法官那里受到的刺激都塑造且制约着他的意志和行为(56页)。第四，司法过程是一套复杂的技术机制。法律程序规则实质上是逻辑和常识的原理被转化成有拘束力的技术性规则(1页)，是国家为解决争议而创设的精巧的程序机制。这种司法过程被规定于法典之中，也被发展出宏大的理论，但真实的司法过程远非如此。正如霍姆斯声称“法律的生命不在于逻辑而在于经验”，卡拉玛德雷主张司法是一种实践技艺。他提及父亲的老助手对他的警告：别把时间浪费在读书上，真正重要的是经验。这位助手几乎不会读写，但在法庭接待室工作五年后成为了专家。40年后作者才真正认识到：写在法典中的司法过程只是空洞的模型，根据置入其中的特定内容，它产生不同的结果(6-7页)。卡拉玛德雷的著作字字珠玑，句句经典，文采飞扬，行云流水，语言优美，风格华丽，如诗如歌如格言警句，字里行间尽显诗性正义与大家风范。“司法程序映射出……国家的结

构，就像一滴水可以折射出天空一样”，这是1996年，我通过卡佩莱蒂的书最早接触到的卡拉玛德雷。这一短句对我影响深远，我以司法制度作为主要研究方向部分与此相关。德国人喜欢构建理论体系，日本人极端注重细节，意大利人则更愿意生产思想。他们师徒的著作使我深刻地认识到，程序法理论与思想的提升，取经正道不在日德法，而在意大利 -

- 那是一个诉讼程序自希腊、罗马时代至中世纪、近现代皆高度发达，作为西方文明的发祥地，并孕育了许多法学大家的思想生产国。因而，除了对意大利小夜曲、比萨斜塔以及福斯特小说中出现的佛罗伦萨“看得见风景的房间”、郊外波浪般的麦田和深红的罂粟花心生向往之外，我还急于寻找一位精通意大利语的学生。中文版依英文本转译而来，与原作相差较大实属意料之中，故期待有人从意大利文直接译成中文。

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