

美国法律文库

THE AMERICAN LAW LIBRARY

马丁·夏皮罗 著

Martin Shapiro

# 法 院：

## 比较法上和政治学上的分析

Courts: A Comparative and Political Analysis

张 生 李 彤 译

THE AMERICAN  
LAW LIBRARY

中 国 政 法 大 学 出 版 社

D916.2

3

2005

# 法院：比较法上和政 治学上的分析

*Courts: A Comparative and  
Political Analysis*

**图书在版编目(CIP)数据**

法院:比较法上和政治学上的分析/(美)马丁等著;张生等译.

—北京:中国政法大学出版社, 2005.6

(美国法律文库)

ISBN 7-5620-2731-5

I.法... II.①马...②张... III.法院-研究-美国 IV.D971.262

中国版本图书馆CIP数据核字(2005)第064043号

---

书 名 法院:比较法上和政治学上的分析  
出 版 人 李传敢  
经 销 全国各地新华书店  
出版发行 中国政法大学出版社  
承 印 固安华明印刷厂  
开 本 880×1230 1/32  
印 张 10.75  
字 数 265千字  
版 本 2005年11月第1版 2005年11月第1次印刷  
书 号 ISBN 7-5620-2731-5/D·2691  
印 数 0 001-5 000  
定 价 26.00元  
社 址 北京市海淀区西土城路25号  
电 话 (010)58908325(发行部) 58908335(储运部)  
58908285(总编室) 58908334(邮购部)  
通信地址 北京100088信箱8034分箱 邮政编码 100088  
电子信箱 zf5620@263.net  
网 址 <http://www.cuplpress.com>(网络实名:中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有,侵权必究。  
2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

## 《美国法律文库》编委会

---

编委会主任 江 平

编委会成员 (按姓氏笔画排列)

方流芳 邓正来 江 平 朱苏力

吴志攀 何家弘 张志铭 杨志渊

李传敢 贺卫方 梁治平

执行编委

张 越 彭 江

---

# 法院：比较法上和政治学上的分析

---

## **Courts: A Comparative and Political Analysis**

by Martin Shapiro

Copyright © 1981 by The University of Chicago

Licensed by The University of Chicago Press,

Chicago, Illinois, U. S. A.

All Rights Reserved.

---

本书的翻译出版由美国驻华大使馆新闻文化处资助  
中文版版权属于中国政法大学出版社，2003年  
版权登记号：图字01-2004-1325号

## 出版说明

“美国法律文库”系根据中华人民共和国主席江泽民在1997年10月访美期间与美国总统克林顿达成的“中美元首法治计划”(Presidential Rule of Law Initiative),由美国新闻署策划主办、中国政法大学出版社翻译出版的一大型法律图书翻译项目。“文库”所选书目均以能够体现美国法律教育的基本模式以及法学理论研究的最高水平为标准,计划书目约上百种,既包括经典法学教科书,也包括经典法学专著。他山之石,可以攻玉,相信“文库”的出版不仅有助于促进中美文化交流,亦将为建立和完善中国的法治体系提供重要的理论借鉴。

美国法律文库编委会

2001年3月

**献给教授我大学课程的  
J. A. C. Grant,  
Foster Sherwood 和 Currin Shields,  
在他们的课程中我开始酝酿此书。**

本书有三章的内容在先前已经通过不同的形式予以了出版：第1章载于 Fred I. Greenstein and Nelson W. Polsby, eds *Handbook of Political Science*(政治学手册), 第5卷(1975年), Addison-Wesley Publishing Company, Reading, Massachusetts 出版, 第312 - 371页; 第2章载于 *North Carolina Law Review*(北卡罗莱纳法律评论), 1977年第55期, 第577 - 652页; 第5章载于 *California Law Review*(加利福尼亚法律评论), 1980年第68期, 第350 - 381页。

## 译前序

对于社会秩序的维系来说，司法权的有效行使尤为重要。在发生争讼、产生纠纷之时，社会的安定局面受到破坏，双方剑拔弩张，正常的生产和生活处于停滞状态，由此平息纠纷，使当事人能心平气和的回归本位，恢复原有的社会角色势在必行。然而，究竟设立一个怎样的机制才能满足这种客观需要？这是一个简单而又复杂的问题。它的简单之处在于，人们的自发行为已经为解决纠纷提供了一个原始方案。在意识到暴力强权只能在短期内发挥形式上的解决争议的作用之后，人们趋向于寻找一个具有中立性的第三方来帮助他们判定是非曲直。由与案件无关的第三方来解决争讼，具有天然的合理性，是符合依靠直觉所认定的公正标准的。然而，这一问题的复杂之处在于，虽然寻找第三方解决争议是一个自然的趋向，但是究竟如何寻找？寻找的主体应该具有怎样的特征才能保证案件处理的公正？应遵循怎样的程序才能使当事人的利益得到顺利的表达？在怎样的情况做出怎样的判决才能使败诉方和胜诉方都满意？如何恢复败诉方的心理失衡状态？这一系列的附随问题使这个看似简单的问题变得复杂起来。在国家存在的背景之下，这个问题的复杂程度又进一步加深了。国家设立了法院以行使司法权力，实现事后救济，恢复社会秩序的目标。然而法院的合法地位如何确认，怎样使当事人认可其正义本质？法院和其他依赖当事人选择而出现的第三方究竟具有怎样的关系？除此之外，法院也同样面对着关于程序规则、判决的社会接受力，败诉方的利益保护等问题。人们对完美极致的追求，导致了观念中的一个传统法院模型的出现。

## 2 译前序

人们认为这一模型很好地对这些问题做出了回应，并得出了标准化的答案，从而使依托于国家强制力所建立的法院特征明显，功能卓越。然而这一通过理性判定的模型是否在真实的世界中存在？这一模型是否反映了在具有不同法制传统的各个国家中存在的法院组织的真实情况？马丁·夏皮罗教授为我们做出了系统而深刻的分析。

在人们的理想谋划中，法院应成为实现公平正义的最终场所，由此它应该具有铁面无私的特质，能够排除任何不当的影响和干扰，拥有独立做出裁判的能力。司法独立当属优良法院系统之基本表征。然而，在各个国家的具体情景下，这种理想化的司法独立的实现面临着来自各个方面的困难：比如存在法院系统权力扩张的客观需要。法院作为国家机构中不可或缺的组成部分，在运行的过程中必然会和国家体制中的其他机构产生关联，包括法院组织在内的所有国家机构都以实现国家基本的统治目标为价值取向，这是法院组织与其他机构实现合作的基础。各种机构的设置不仅要保证国家日常各类烦杂事务能够得到处理，而且还要在这一过程中再尽可能地节省成本，实现效率的要求。国家事务的烦杂和机构的有限使得法院组织在必要时也会承担司法职能之外的其他职能。法院组织或明或暗地发挥着造法功能以及行政管理的职能就是对这一要求在现实层面的直接回应。那么这种权力扩张本身也就是对三权分立的政体模式的破坏，司法权与立法权、行政权界限的模糊化，使法院组织与其他机构的界限不再泾渭分明。再比如法院组织本身的力量强弱程度也制约着司法独立的实现程度。在国家机构之间，存在着权力的争夺互动和此消彼长。人为设定的职能很可能在具体运行的过程中被其他主体侵夺。有时法院为避免专制权力的侵害，争取独立地位，会与其他的民主力量结合起来。在革命过后，专制权力被扫荡一空，但法院还是不能获得真正意义上的独立，因为革命进程的推进并不是由法院系统本身自行推进和完成的，所以那些使革命最终成功的力量仍能位居法院系统之上，并通过相应的机构实现对后

者的统领和管制。

法院与其他机构在职能上的博弈结果决定了法院系统在外部的宏观定位。而法院在审理案件的过程中，如何运用规则裁决案件则是法院在本组织系统内部运行方式的具体表现。在一般观念中，法院要依据法律规定来裁决案件。在大陆法系国家中，这些法院据以裁决案件的法律规定是先行存在并得到抽象概括的。而现实生活中的案件是个别化的、具体化的，履行审判职能的法院此时所要完成的工作是将抽象规则与具体案件对应起来。在这一过程中，法官所运用的方法并不能被简单地看作是形式意义上的逻辑推理，而我们也不能期望法官仅仅按照法条本身的含义做出裁决。宣称某一具体情景应适用于某条抽象规则加以处理的简单表述背后可能会是超出文本规则以外的以往判决中的一贯做法或是著名学者的理论见解。抽象规则和具体案件之间的差距，以及现实生活的迅速变化和法律规定之相对稳定之间的矛盾等问题使大陆法系国家的法官在审理案件的过程中，在表面上受限于先存法律规定的外衣之下，却经常超脱现实规则的局限以保证个案处理的公正。

法院是以国家强制力为后盾的机构，所以法院的判决具有强制执行的效力，可以保证当事人的合法权益得以真正实现。然而，启动法院程序，进行审判活动和最终执行判决是要付出成本的，成本过高，即便最终弄清了是非曲直也不能使当事人获得切实利益。由此，成本较低的庭外和解也就成了可替代的方法。从表面上看，庭外调解和法庭审判似乎是两种差异巨大的争议解决方式，但是在一些特殊的情境下，民间调解也会具备官方审判的很多特质，由此，调解似乎也就成为了非正式的审判。

一般说来，法院是一个内部存在等级设置的体系化组织。通过上级法院对下级法院的监督和制约能够保证判决的一致性和公正性，然而等级化的控制模式并不是任何一个国家的法院组织都具备的特征，因为实现判决结果的一致性和公正性不是只能通过这种控

#### 4 译前序

制模式才能实现的。

总之，在本书中英美国家、欧洲大陆国家、中国和伊斯兰国家中法院组织的个性化特征依托于详细的资料，丰富的内容，系统的分析和精辟的论证而得到了很好的诠释。英国法院真的具有完全的独立性，不受来自任何领域的影响么？欧洲大陆国家的法院真的仅仅应用先存的法律规则来判案，而不能发挥任何的能动作用么？中国是否真的因喜好调解，拒绝诉讼的传统而使法院功能削弱？伊斯兰国家是否因缺失上诉机制而导致整个法院组织失去实现等级化控制的可能？通过论证而得出的否定答案使我们认识到法院模型中所界定的相关命题在现实世界中根本找不到完全对应的实体。理性的设计和现实的选择之间的差距昭然若揭。而作者选择人们在传统上认为最能反映模型中各个命题的正确性的有关国家的法院组织来质疑这些命题的做法，使相应结论的得出更具有说服力。

司法权是统治者保证统治需要所行使的必要权力之一，由此作为行使司法权载体的法院在运行的过程中必然会反映政治利益的要求。那么由于各个国家的具体情况差异，为达到统治目标对法院进行不同的个性化设计也是应有之义。作者运用政治学的方法，对各个具体的法院体制脱离传统模型而做出不同设置的内在深层动因进行了进一步的阐释。

夏皮罗教授为我们展开了一幅关于法院组织的气势恢弘的图景，使我们宛若穿越时空隧道，看到了法院的过去和现在，使我们好似游历了世界的各个部分，进行了一次关于法院组织的考察活动。在他的指引下，我们面对的法院形象变得清晰而生动起来。这是论述法院组织的一本精彩的著作，相信很多读者都会有和译者相同的感受。

译者

2005年9月8日

## 序 言

这本书的主要写作目的有两个，所以应该有两篇序言。第一篇短小的序言主要针对那些在比较法和司法程序等领域中从事教学工作的人员。这本书在写作的时候就着眼于这些课程。这本书的写作并不以任何它所考察的法律体系或法律的先前知识为前提。我在写这本书时，尽我最大可能做到直截了当。第一章提出了有关法院在冲突解决、社会控制方面所发挥的作用，法院的造法活动，及作为事实认定者也作为法律的确定者的一审法院和上诉法院之间的关系等问题的总的看法。其他章节描述了普通法系、民法法系、中华法系、伊斯兰法系的法律传统。第一章的概括性提法既可用于美国法院也可适用于其他国家的法院，该章结束部分对共产主义国家的法院进行了一个简要的概括评述。所以可以很方便地用有关美国或共产主义国家法院的资料（或两者）来补充本书的内容。

第二篇序言与第一篇相比就有些复杂了。我认为在某种程度上比较法是一个相对令人失望的领域。绝大多数情况下，比较法就是指出一个国家的程序法和实体法与另外一个国家的程序法和实体法不同和相似的地方。但是在做完这些比较之后，没有人知道下一步该做什么。或者另外一种情况是，同时提出对许多法律制度的描述，同样最后没有特别的结论。法律改革者可以利用在这些方式下得到的知识，建议对看起来比本国的运转得更好的外国法律制度进行移植。法律移植的反对者也会利用比较法上的知识来指明大多数法律制度与本国的法律体系密切的联系在一起而不能在域外得到良好的适用。

## 2 序言

这本书基于一个已经提出的观点，就是比较方法是实践方法的一种替代，虽然不是一个非常令人满意的替代，但是这种替代是由于我们不可能把法律和国家放在试管和泡沫室里。这本书的推理方式比较简单。这本书提出了一些关于法院的命题。我自己对这些命题的观点通过“最坏的例子”来检验，这些所谓最坏的例子就是那些依据已知的法律现象最容易推翻我的观点的例子。比较法上积累的知识就像一个目录那样使我很容易找到这些“最坏的例子”。这样做的目的是为了接近有关司法制度本质的一个更具普遍性的理论。

viii

因此，第一章首先提出了界定传统法院模型的四个命题：独立审判，对抗性程序方面，根据先存的规则做出判决及“赢者通吃”的判决。但是通过强调社会控制和造法方面的司法功能就可以轻易动摇法院的这一传统模型。在这些方面之所以能如此轻易地就动摇法院模型，一方面是因为法院模型是基于法院所具有的一个与上述功能不同的功能，也就是争议解决的功能而发展起来的，另外一方面是因为那些关于法院主要从事社会控制和造法活动的主张是与，或倾向于与法院的传统模型相矛盾。正是因为我认为法院模型的四个命题是不正确的，或者至少是不完整的和引人误解的，第一章的绝大部分篇幅都用来论述争议解决的这一领域，在这一领域内可以为这些命题进行最好的辩护。第一章要向读者说明的是甚至在这个领域中法院也并没有像模型所表示的那么独立，那么富有对抗性，而且也没有那么强烈的倾向于遵循先存的法律规则，或做出赢者通吃的判决。第一章中这一部分的主题是法院通过引入调解和妥协的重要因素来获得双方当事人对其判决的同意而不是简单地强加宣布一方享有法定权利而败诉方被迫遵从法院命令的判决。更普遍来说，我主张在争议解决的过程中，调解和诉讼总是密切联系和相互作用的，而不是彼此独立的替代因素。

第一章首先对法院在社会控制和造法方面的功能进行了一个简

要的考察。在这一过程中，强调了法院在政权范围内所履行的职责，更特别的是，我提出一个关于上诉的命题。上诉通常被认为是重申个人权利的一种程序，但将上诉看作是中央政权对地方加强控制的一种工具其实更为恰当。

在接下来的每一个章节中，我都选择了一个具体的法律体系来进行分析，因为它最可能和我在第一章提出的某个观点相冲突。第二章依据英国的司法经验，我提出了对传统法院模型中的司法独立这一方面的质疑。之所以如此，是因为传统的理论认为司法独立是在英国最明显地发生并发展起来的。第三章将传统模型坚持认为法官依据先存的法律规则进行判决的这一方面放置在看起来最能支持这一看法和与最不能支持我对这一看法的质疑的背景中进行考察。

因为我在第一章中就提出了调解和诉讼是密不可分的，而不是不相容的，所以在第四章中我主要论述的是传统的中国法律体系。ix 人们经常将这一法律体系作为采用调解方式而拒绝诉讼这一替代因素的典型。正如我在第一章中论述的上诉几乎是普遍存在的，因为上诉能满足等级化政权的统治目的，在第五章中我主要研究了一个没有上诉制度的主要的法律体系——传统的伊斯兰法系。

这两个序言现在要一起对本书的写作和出版有帮助的人致谢。这本书所采用的部分材料曾在《北卡罗莱纳法律评论》和由阿狄森韦斯利出版公司出版的《政治学手册》中出现过，之所以能在本书中使用，完全是来自他们友善的许可。还要感谢与纳尔逊·波尔斯比（Nelson Polsby）一同校订那本指南的弗雷德·格林斯坦（Fred Greenstein）督促我写出第一章。

我写作的绝大部分灵感来自我学生时代和作为一名老师的经历，因此我承认自己对于学术研究和教学之间的冲突有些困惑。我能写出这本书要归功于我所毕业的加州大学洛杉矶分校政治学系，本书即献给该系的三位教员。我以前的一个在 U. C. Irvine 社会科学学院工作的同事在一个序言中说过，对于一个院长为社会学实验

#### 4 序 言

室购买一架大钢琴的学院和吉姆·马奇院长 (Jim March) 来说, 一定有一些特别的地方。我在 Inverine 的即兴之作属于另外一个类型, 但同样是可以忍受的。我对这本书中的这一主题的不断思考得到了伯克利 (Berkeley) 法学院和圣地亚哥 (U. C. San Diego) 政治学系的同事的鼓励, 这些同事的宽容使我沉浸在圣地亚哥政治学系热情的气氛中, 能够调和伯克利法学院的严肃氛围。

芭芭拉·夏皮罗对这本书也做出了贡献, 但这些并没有完全在脚注中反映出来。虽然, 我们的女儿伊夫并不是一个历史科学和社会科学的爱好者。

## 目录

1	译前序
1	序 言
1	第一章 法院的模型
89	第二章 英国法院和司法独立
177	第三章 民法法系和先存法律规则
221	第四章 中华帝国的审判和调解
272	第五章 伊斯兰国家的法院和上诉问题
314	索 引