

司法权新探

SIFAQUAN XINTAN

■ 黄竹胜 著



GUANGXI NORMAL UNIVERSITY PRESS

广西师范大学出版社



司法权新探

SIFAQUAN XINTAN

黄竹胜 著



GUANGXI NORMAL UNIVERSITY PRESS

广西师范大学出版社

· 桂林 ·

图书在版编目(CIP)数据

司法权新探 / 黄竹胜著. — 桂林: 广西师范大学出版社, 2003. 6

ISBN 7-5633-4013-0

I. 司… II. 黄… III. 司法制度—研究—中国
IV. D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 044713 号

广西师范大学出版社出版发行

(桂林市育才路 15 号 邮政编码: 541004)
网址: <http://www.bbtpress.com.cn>

出版人: 萧启明

全国新华书店经销

广西师范大学出版社印刷厂印刷

(广西桂林市临桂县金山路 168 号 邮政编码: 541100)

开本: 890 mm × 1 240 mm 1/32

印张: 12.875 字数: 390 千字

2003 年 6 月第 1 版 2003 年 6 月第 1 次印刷

印数: 0 001 ~ 1 500 定价: 26.00 元

如发现印装质量问题, 影响阅读, 请与印刷厂联系调换。

司法权的性质与司法改革战略

周永坤^①

世纪之交的中国人面临一个全新的时代——司法的时代。而法理学似乎从一开始就是偏爱法本体研究而忽略司法研究的。自然法学派、哲理法学派、规范法学派这些早年的法学流派都把目光投向法律是什么,或法律应当怎样。一句话,它们都研究法律本体问题而不关注或起码是不怎么关注司法问题。在20世纪初,这一传统才有所松动。自由法学、利益法学、社会法学、法律现实主义等都开始关注法律的经验,关注动态的法。这一对法律形式主义的反思运动改变了人们对司法的传统看法:司法再也不是一个简单的从规则演绎出结果的过程,而是一个复杂的法律生命过程的一部分。这一对司法认识的改变直接推动了对司法的研究。在20世纪下半叶,大量的有关司法的著作问世。特别是新康德主义的继承人考夫曼将哲理法学派传统的法本体研究引向司法程序的研究,就是一个典型的例证。

虽然中国的司法研究比西方落后了一拍,但是中国的法理学终究还是将司法纳入了研究对象。1949年以后的中国法理学是典型的本质论法理学,其继承的是西方19世纪的传统,主旨始终在于发现法的本质和规律,而忽视司法的研究。这从改革开放以后(在此之前是谈不上真正意义上的法理学的)发表的大量的关于法的本质的文章中可以清楚地感知。中国法理学的司法转向始于20世纪90年代,这是对80

^① 苏州大学法学院教授,宪法与行政法学专业博士生导师。

年代中期以来人们对法律实效的担忧的学术回应。这一转变是以对司法改革的研究为特色的。不知从什么时候开始,仿佛一夜之间,中国的法学研究者们,不管是研究法理学的还是研究部门法的,一下子都成了司法改革家。这足以证明司法之重要。司法为什么重要?

首先,法律是在运动中实现自身价值的,只有在司法中法律才能成为法律。否则,法律只不过是一张纸或一个死的规则,它只具有文化意义而没有规范意义。因此,只有通过司法才能实现立法者的目的。甚至可以这样说,没有司法就没有法律。其次,法律在不同的司法制度与不同的法官手里会产生很大的差异。优良的司法制度是保障法律的可预测性的基础,而法律的根本作用就在于它的可预测性,为人们的行为提供一个可以预测结果的规范。就这一点来说,司法是法律的生命之所系。就此而言,就是有什么样的司法就有什么样的法律。其三,司法之重要还在于司法是社会公正的最后防线,司法失真将使社会失去起码的公正,使人民失去对统治者的信任与信心。人们是通过司法来观察统治者的。所以,司法是一个社会得以正常运作的基本保障。1962年美国黑人的反抗运动就是因为当时阿拉巴马州的琼斯法官在苏利文案的宣判中奉行种族主义政策,黑人看到通过司法实现正义无望,才走上街头的。^①其四,司法是权利的最终保障机制。权利的有无最终得由司法来确认,相互冲突的权利主张要通过司法来裁决,受到损害的权利需要司法来给予救济。这都告诉我们一个道理,司法是人权的保障。其五,司法是权力正常运作的保障。在现代,法律体系本身的冲突要靠司法来裁决,公民与统治者之间的冲突也要通过司法来裁判,不同权力之间的不协调也需要司法来裁判。这就将不同权力的冲突由实力的较量转化为说理,转化为法律问题,以保障权力的正常运作,防止权力的暴力化倾向以及不同权力间的暴力冲突。

如此重要的司法权是什么?或曰:司法权的性质为何?这个看似简单的问题其实并不简单。

^① 参阅安东尼·路易士著,苏亚西译:《不得立法侵犯》,12页以下,商业周刊出版有限公司,1992。

在改革开放之前,人们把司法权看做是镇压之权,是刀把子。时下“刀把子论”虽然不怎么流行了,但是在有些人的心目中它还是真理。现在,人们大多认为司法权是裁判权。古人造字时即有此意。“讼”,人言,从公。传说古代人相互间有纠纷,就诉之第三者,由第三者裁断,谓之“讼”。可见在我国古代,诉讼即第三者裁判的意思。近代大法学家沈家本说:“人不能无群,有群斯有争,有争斯有讼,争讼不已,人民将失其治安,裁判者,平争讼而保治安者也。”^①可见他也是把司法(审判)权定位为判断权。虽则如此,我国古代的“司法”一词却是“执行法律”的意思。在我国古代,各级官员的职责都是在本职范围内执行法律,这个执行是包括了现代的行政与审判双重含义的。这与英国人洛克的观念相似。在洛克的三权分立思想里,他把权力分为立法权、执行权和对外权,没有司法权的位置,他的司法权是在执行权之中的,一如我国古代的司法观。在执行法律的概念之下涵摄司法(审判)权,本身可以看出先人对司法的观察是重其强制一面而轻其裁判一面的。这正是“刀把子论”的理论源头。

现代意义的“司法”一词是指审判,这是基于三权分立的宪法理念而对权力所作的划分。这一划分是以权力行使与规范间的关系而做出的,是一种形式上的划分,具有普遍意义。依据这一理念,制造规则的权力是立法权,执行规则的权力是行政权,而依据规则做出裁决的权力则为司法权。因此,司法权是相对于制定规则的立法权和执行规则的行政权而言的。对国家权力作这样的划分源自西方。早在柏拉图和亚里士多德的混合政体理论中就有三权分立的思想,经过洛克和孟德斯鸠的阐述,它成为宪法的基本原则。我国则在清末变法引进西方法律文化时才有“司法权”一说。在民国时,才真正确立了现代的司法观。在民国体制下,国民大会代表主权,在它之下设立立法、行政、司法、考试、监察五院行使治权。司法院的职能是审判。在作为行政机构的行政院再设一司法行政部,是为主管与司法有关的行政事务的机关。

^① 沈家本:《历代刑法考》,2235页。

1949年以后,实行形式上的立法、行政、审判(司法)三权分立,但是另设一司法部,司法的含义又显得模糊起来。但是严格说来,司法部名实不符,因为它不管“司法”,而是主管与司法有关的行政事务。它设在行政序列本身就表明他不是“司法”的,而是“行政”的。行政权而以司法名之使得外国人不明就里,也表明我们的司法观念中有严重的行政意蕴。这是几千年行政国度的文化遗存。只是到了最近几年,司法权是判断权的观念才在学界得到肯定。

尽管人们对司法权是判断权方面没有多大分歧,但是,如果我们再问,这一权力是国家权力还是社会权力,则分歧就可能产生。人们大都认为司法权是国家权力,这似乎是常识,是不容争辩的。但是在我看来,这是国家主义的司法观。愚以为,司法权是一种特殊的权力,它是介于国家权力和社会权力之间的权力,且是社会属性多于国家属性的,起码在现代社会是如此,或应当如此。我这样讲的理由有:其一,司法权是以纠纷的存在为运作前提的权力。司法权的这一特点告诉我们,司法权的启动依赖一定的社会力量,没有社会力量的介入,司法权便很难开始运作。这就与立法与行政这类完全由国家主动启动的权力不同。第二,司法权具有中立性和被动性。司法权的中立性决定了司法权的行使者有较弱的政治色彩。它的作用是在不同的社会主体间做出裁决,为社会服务,从为社会服务中获取报酬,是一种特殊的社会服务机构。司法权的被动性则决定其较少地将自己的利益和意志贯彻于司法行为之中,其体现的是社会的利益和意志。第三,现代司法权可以在公民与国家权力之间做裁决,是公民控制国家权力的工具,一个控制国家权力的工具是很难划归国家权力一类的。司法权还可以在不同的国家机构之间、在不同级的国家组织之间做出裁决(例如德国的宪法法院可以对联邦和州之间的权限纠纷做出裁决),这也是代表社会对国家权力的运作所进行的特殊控制。第四,司法权有很高的社会参与性与公开性。司法权的社会参与性与公开性是所有其他权力所不及的。即使在古代的中国,司法权也是有相当的社会参与和公开性的。在现代社会,司法权则在社会的直接控制之下。这种控制的方法是多种多样的。例如,通过社会选举法官,使法官处于社会的监督之下,或通过社会主导

的法学教育与司法考试控制法官的入口,以控制法官。现代社会直接参与司法权运作的方式是陪审团制度,陪审团的成员来自社会,并且是随机产生的。在有罪和无罪问题上,陪审团拥有最终决定权。第五,在历史上,司法权曾经由社会直接行使,这在古希腊和古罗马长期存在。当人民大会开会时,人民大会就可能成为一个审判庭。在中世纪的欧洲,有教会法院和商人法院,这两种法院是完全由社会直接控制的,他们与国家无关甚或与国家对立。第六,在全球化时代,司法权成为国际社会控制国家的重要力量。欧洲法院在这方面走在世界的前列。各种国际法院,特别是依据2002年7月1日生效的国际刑事法院罗马规约设立的国际刑事法院,他们是代表全人类的利益来对特殊的侵犯人权的行为行使管辖权,他们与国家没有多大关系,具有明显的社会色彩。总之,司法权的社会属性源自司法权是受制于社会并为社会服务的权力,它只是从维护法律的尊严中获取利益。司法权的社会性也源自于在国家与社会的对立中,她是站在社会一边控制国家的,或者是站在中立的立场上对社会与国家间的冲突做出裁决,是社会自治和社会利益的维护者。相对于国家主义的司法观,这种将司法权定位于社会与国家权力之间的司法观,或许可以成为社会主义的司法观。

司法权的这种特殊性,早已为许多先贤们注意,特别是西方的先贤们。康德认为,公民有三项基本 Recht(权利):法治自由、公民平等、公民独立,这三项基本权利在宪治国家中才能实现,公民的这些权利只有司法权才能保障。在康德那里,司法权是明显地站在社会一方的。在黑格尔的市民社会理论中,司法权更是明确划在社会一方的,与政治国家对立。正是这种立足社会的司法观弱化了黑格尔思想中的国家主义。

我国的司法改革有年,也确实取得了一定的成绩。如果从司法社会主义的维度来观察的话,又确实存在一些不如人意之处。例如,人大对法院个案的监督、法官的错案追究制、法官的等级制、法院院长权力的强化、提倡司法为什么什么保驾护航、主审法官制度、人民陪审员制度的弱化,等等。这些改革的重要后果不是强化或提高司法权威,而是弱化司法权威,使司法权进一步从属于其他的权力,使司法权的国家权

力色彩更加浓厚,使司法进一步脱离社会。之所以出现这些问题当然是多种因素造成的。在这许多不明的因素中,有一个因素是十分清楚的,这就是司法观的国家主义色彩。司法权性质认识上的失误是产生这些失误的最重要的原因。

这一问题似乎还没有引起法律界的重视。这从众多的司法改革论著中大多缺乏司法权的性质研究这一现象中可以证实。笔者手头的所有论述司法与司法改革的著作中只有一本论及司法权的性质。但是,实际上只是将司法权与行政权相比较而已,并不是真正论述司法权的性质。^①

如果我们在认识上摆脱司法国家主义的梦魇,确立司法社会化的观念,我们的司法改革将呈现完全不同的景观。基于这样的考虑,笔者以为,应当重新研究我们的司法改革战略,实现司法改革战略由国家主义向“社会主义”的转换。在司法社会化的理念之下,我们应当以实现司法权的社会回归为主旨,在此基础上强化司法的权威,以公正的社会的司法保障个人权利和实现社会主义。

依据这一战略构想,就需要对司法改革的思路重新设计。既然司法权的社会化是司法改革的主旨,是司法改革的最终目标,那么,司法改革首要的步骤就不是强化其他国家权力对司法权的监控;相反,司法改革的措施就应当是将司法权置于社会的监控之下,实现社会监控下的司法公正。为达此目的,应当在司法权的宪法地位、司法权的内部结构和司法权的社会控制等三方面做出改革。

首先,应在宪法层面上强化司法的权威,使司法权成为可与其他权力相抗衡、相牵制的强大的司法权。强化司法权是所有法治国家的基本经验。现代法治国家建立的过程就是司法权威建立的过程,这一过程的制度依托就是强化司法权的宪法地位。人们不必担心由此带来司

^① 胡夏冰、冯仁强编:《司法公正与司法改革研究综述》,第二章第四目“司法权的性质”,清华大学出版社,2001。

法专横,^①因为在立法、行政、司法三权中,立法权有意志,行政权有行动、有强制,而司法权则一无意志,二无行动,三无强制,是最弱的一个。而法治说白了就是法律之治、法官之治。要使最弱小的司法权担当起法治重任,特别是能够牵制住立法权和行政权,只有在宪法上赋予司法权以足够的权能。否则,就不可能有司法的权威,因而也就没有真正意义的法治。这方面目前有两项权能是最重要的。一是牵制立法权的司法审查权,因为没有司法审查权,立法权与司法权的关系就是单向度的自上而下的控制,立法权就成为失去控制的权力,司法就不会有真正的权威可言。二是扩充司法对行政的控制权,实现司法对行政的全面监督,真正做到法治国家的“无法律即无行政”。在原则上,任何行政权都不是最终的,它必须接受司法的审查。

其次,在司法内部体制上,应当革除内部的行政化积弊,建立有利于法官独立办案的制度架构。这主要应当从两方面入手。一是取消各种对法官的行政性控制体制,使法官真正成为可以独立办案、敢于独立办案的超然的法官,这就是要在制度上保证法官“除了法律以外没有上司”。在这方面我们有许多事要做。比如,确立法官免责制度,取消错案追究制,取消法官的层级制度,弱化法院的行政领导的职能,把他们的职权限制在法院的内部行政事务上,取消他们干预法官审判的权能,尽量弱化他们对法官升迁所起的作用,使法院的行政官员成为普通法官的一员,法官中平等的一员,而不是法官的领导。取消同一法院中法官审判权的不平等现象,实现同一法院中的法官审判权的平等。二是实行稳定的相对较高的法官薪金制度(当然要考虑财力的许可),使他们不必为自己基本的生活而操心。特别要取消各种将法官的收益与办

^① 在美国的法治经验中,也有过对司法专横的担心,特别是在法院的司法审查权的问题上。事后证明,这一担心是多余的。因为,一个只有裁判权能而无法主动作为的法院是无法专横的,更何况它又在规则之下,在社会监督之下。顺便提一下,“司法审查”这一概念近年来已被滥用甚至误用,在权威的著作中将审判行为当作司法审查,使得本来专指法官对法律的合宪性进行的裁断行为变成了一般的审判行为。这是不应该的。

案多少与质量相挂钩的激励制度。更不能采取以二审改判的比率为标准的考核与计酬办法,因为这只能摧毁法官的独立人格,养成媚上的恶习,而缺乏独立性是法官品质的致命缺陷。

第三,强化社会对法官的监控,保证最优秀的人成为法官,保证法官只能按照法律办事。确立法官的超然地位和神圣权威,并不是说法官可以独来独往,而是要改变监控法官的方法与途径:由国家的、权力为主的监控变成社会为主的监控。国家监控权的消减必须代之以社会监督力量的加强。^①这种监控在目前法官素质不佳的情况下尤其重要。在讨论到有关司法独立的话题时,人们最大的担心就是我们法官的素质问题。一个低素质的法官怎么能独立?独立了岂不成为社会的祸害?于是人们就到司法外的权力中去寻找监督司法的权力。这就是沈家本所指出的:“西国司法独立,无论何人皆不能干涉裁判之事,虽以君主之命,总统之权,但有赦免,而无改正。中国则由州县而道府,而司,而督抚,而部,层层辖制,不能自由。”^②法官自上而下控制的结果是法官愈益失去自主的能力,因而愈益不能独立。这就形成一个恶性循环,使法官永远长不大。其实,法官素质差正是司法独立的理由之一,而不是反对司法独立的理由,因为在法官素质不变的条件下,独立的法官产生的正义不比不独立的法官产生的正义少。人们之所以以法官素质低为由反对司法独立,是建立在一个想当然其实并不存在的前提之上,即以为干预法官的人的素质比法官高,对法官的干预才可能产生出更多的正义。其实,干预法官审判的人的法律素质一般是远较法官为低的。一个比法官素质还要低的人,在司法制度以外去干预司法,

^① 我国对法官监督的方法可以用“十分完善”来形容,但是,令人不解的是,法官的素质,特别是道德素质,并没有因此显著提高,甚至呈现明显的下降趋势。这难道还不值得我们反思么?其实,是我们的思路不对,各种层级监督的方法在行政国家是有效的,但是在现代国家却未必有效,原因在于制度环境不同了。在现代法治社会,法官的监控权应当交给社会而不是国家。我们的法官监控制度应当实现由国家为主的监控模式转向社会为主的监控模式。这是改变目前司法腐败的根本方法。

^② 沈家本:《历代刑法考》,2235页。

会制造出比法官独立审判还要多的正义,岂不是天方夜谭?所以我们的选择是:在坚持司法独立的同时,提高法官的素质,同时加强社会对司法的监控。这种监控包括:首先,由社会把牢法官队伍的入口,防止法官职位为少数人把持,特别要禁止法官职位成为买卖的对象。这得求助于一系列的制度建构。在这方面,可以采用大陆法系的正规的法学教育制度加上严格的法官考试制度,^①并由公民在取得候选法官资格的人中直接选举法官,法官的任期应当在7年以上,并且得连选连任。只要法官没有从事有损法官形象的行为,法官的职位是有保障的。同时,防止法官职位成为买卖的对象,防止“三盲”人员和“坐台女”成为法官。其次,在审判制度上提高公民直接参与司法过程的程度,以社会力量防止法官滥用职权。这方面可以吸收英美陪审制度的长处,改革现行的人民陪审员制度,使其能真正反映与代表民意,并能真正起到审判作用,而不是摆设。其三,增加舆论对司法的监督。舆论是民主自由社会的基础之一,真正代表社会对司法进行监督的是社会舆论。要给予舆论监督司法的“尚方宝剑”,舆论没有上级。在这方面最重要的是要制定一部保障宪法规定的言论自由的法律。

竹胜君的《司法权新探》正是在这场司法研究的热潮中诞生,体现了作者对司法和司法改革的热切关注。这本书对司法权的性质与司法权的构造作了独到的分析,相信对我国的司法改革将有所裨益。我的这篇论述司法权性质的小文也算是对司法权的一个探索,与竹胜君的大作可算作同类,权充为序。

于苏州杨枝居

^① 我国目前的司法考试制度(包括以前的律师资格考试制度)是成功的,但是,问题也不少,主要是各种舞弊行为难以制止。在这方面,除了采取各种防范措施以外,应当加大打击力度,应当永远取消此类行为人参加司法考试的资格,甚至不惜动用刑罚手段,因为这是国家的司法考试,不是一般的学校考试,他侵犯的是国家的司法制度。试想,一个通过舞弊行为而进入法官序列的人,他能成为正义的代言人吗?

司法改革与司法基础的重建

周世中^①

10

司法权新探

中国法治发展进程突显出司法的重要性并引起百姓与学者的共同关注大约是20世纪80年代中期的事情。促成整个社会对司法的这种共同聚焦,既是经济体制改革对社会个体的生产关系解放的结果,因为在新体制下社会个体的利益、权能以及诉求司法保护都获得了政治上的合法性;同时,也是因为建立在计划经济体制之上的传统司法结构无力承负新的时代使命而被迫做出制度调整,并由此而引发人们对司法改革的思考。这两股力量构成了我国司法改革运动的推动力,将原来处于我国权力体系的边缘地带的司法权推到了整个社会变革的中心位置,使之成为影响和制约经济、政治、文化等领域改革所不可忽视的中心问题。新中国成立五十多年来,司法权第一次成为真正的问题。这个真正的问题是什么?在我看来,就是新的经济结构确定以后,究竟应有什么样的司法权与之相适应,换句话说,就是在改革开放形成新的社会利益结构以后,我们需要什么样的司法权来提供司法保护?这不仅是一个理论问题,而且是一个实践问题;也不仅仅是一个涉及个体利益的保护问题,而且是一个涉及到原有的权力体系的重组与改造问题。改造司法权以及如何改造,就是问题的关键和实质,也是我国在经济体制改革之后所必然会接踵而来的问题。因此,普通百姓有理由关心司

^① 教授,法理学专业硕士生导师,现任广西师范大学法商学院党总支书记。

法,因为这关乎他们的利益保护,也关乎他们的权利与自由;法学理论家有理由关心司法,因为司法构成了中国走向法治的瓶颈,也构成了对法学理论实践回应能力的考验。能否迎接这种实践的挑战,提供有用的理论产品来满足实践的需求,便成为法学理论证明自身价值、体现其生命力的一种真正的“生存体验”。一个有职业道德和理论责任感的法学理论家不应该逃避改革开放时代赋予的理论使命。

司法权问题成为问题,还与我国 20 世纪 80 年代开始所进行的司法制度的改革以及在改革过程中所体现出的功利性、盲目性与非理性倾向有直接的关联。自 20 世纪 80 年代中期开始,我国的司法机构为了实现对蜂拥而至的社会纠纷的解决以及不断严峻的犯罪浪潮的控制,率先对一些具体的司法制度进行调整。在民事司法领域,对举证责任制度进行改造。通过弱化法院收集、调查证据的责任和强化当事人的举证责任,减轻法院的工作压力,提高司法的效率。尔后,相继进行了庭审方式、审判方式的改革、诉讼制度和司法主体制度的微调、司法程序制度的改造,进而进入整个司法体制的改革。1997 年 10 月,党的十五大提出司法改革以后,最高人民法院于 1999 年 10 月又制定了《人民法院五年改革纲要》,最高人民检察院于 2000 年 1 月制定了《检察改革三年实施意见》,司法部也于 2002 年第一次举行了全国司法资格统一考试……至今,司法改革暂时告一段落。回顾这十几年中国所走过的改革历程,我们不无欣喜地看到司法改革所带来的一系列变化和取得的成就,它所带来的司法观念的更新、司法效率的提高和司法权威的上扬,以及民众对司法信心的回升,等等,是有目共睹的,也是值得赞赏的。但,又必须承认,现在的司法改革及其成果仍不尽如人意,它所取得的成果与人们预期的目标和状态,似乎仍有很大一段距离。换句话说,截至目前为止的改革仍然是不很成功的,它没有真正地满足人们对司法改革的期待,也未能够真正地建构起一个法治社会所需求的司法权威。然而,问题出在哪里呢?背负人们种种殷切期待并唤起社会各界对法治的美好想象和希望的司法改革,何以又一次让国人深感失望呢?也许人们对司法之于法治意义的期望值太高,也许是司法改革的社会环境与政治环境不太理想,也许是司法改革本身的复杂性导致司

法改革的艰难性,也许……也许回顾一下改革所走过的路程,总结一下经验教训是有裨益的。综观这场社会变革运动,它所存在的误区是显而易见的,表现在:第一,司法系统,各自为政,缺乏改革的整体观。不仅两大司法机关基于自身资源和利益的考虑而确定不太协调的改革举措和方式,而且,司法机关与立法机关、行政机关之间也因各自的本位利益而对司法改革表现出不同的态度和倾向。最典型的例子便是最高人民法院的改革纲要与最高检的实施意见所表现出的司法改革分歧与冲突,立法部门和行政部门对司法改革的冷眼旁望。试想:没有立法机关与行政机关的支持与互动,司法改革能够成功吗?第二,“自下而上”或者“由点到面”的司法改革进路并不符合司法改革的内在要求;^①它所表现出来的“头痛医头,脚痛医脚”的盲目性与功利性,使司法改革注定要成为一场有缺陷的改革。司法改革绝不是司法表层制度的修修补补,而是牵一发而动全身的整体性的司法权的重新改造,寄望于不触动现存政治体系与整个社会权力系统而轻易地完成一种新司法结构的重建,委实是一种过于浪漫的天真幻想。第三,虽然司法改革是为社会结构变动和利益格局重组推动而进行的,但司法改革到目前为止的行程,基本上都是由司法机关来主导并在司法领域的范围内来确定改革的具体内容和改革的举措、方式,并没有波及其他领域,不仅整个权力体系没有发生应有的互动,而且社会的权力诉求在司法改革内容上没有应有的体现。这种改革能否为整个权力结构所容纳、为社会所认同与接受便成为问题。这样,司法改革的合法性本身便值得进一步深究。

那么,当代中国司法改革的道路越走越艰难、越改革越令人失望^②的致成因素,究竟是什么?在我们看来,原因当然是多方面的,司法改革涉及整个权力体系的重组,因而关乎政治体制,使改革难度增大,是原因之一,但更为重要并与法学理论界相关的原因恐怕与这场“自发

^① 胡夏冰:《司法权探析》,载张卫平主编《司法改革论评》,(第1辑),274~275页,北京:中国法制出版社,2001。

^② 信春鹰:《21世纪:中国需要什么样的司法权力?》,载夏勇主编:《公法》第3卷,1页,法律出版社,2002。

的”司法改革运动缺乏充分的理论准备和理性设计有关,与我们对司法权的理论基础和司法改革的理论基础没有充分的、成熟的认识与理论准备有关。没有成熟的理论就没有成熟的实践,缺乏理论指导的实践必然是盲目的实践,我国既有的司法改革实践已证明这条真理。

二

司法权的理论基础是什么?它对司法改革何以具有如此的重要性?当代中国司法改革需要什么样的理论基础来支撑?这些司法改革实践提出的理论渴求与问题,法学界是没有认真地思考过的,至少是没有被司法改革的决策者们认真地对待过的问题,而如果不能对这些理论问题形成清晰化的认识并达成基本的理论共识,就无从确定司法改革的理论坐标和实践走向。因此,当前最需要的是对于司法权的一系列理论问题的冷静分析和对司法改革举措所依据的制度法理的理性反思^①。

司法权的理论基础,简单地说,就是关于揭示司法权赖以存在、发展、作用的客观基础以及司法权的体制建构、权力运用方式等方面的基本理论,它涉及诸如司法权的内涵、特征、构成要素,司法权的性质、功能、价值目标、范围,司法权的社会运作方式、对社会关系的作用机理,等等,它基本上是从立法论和解释论的角度对司法权提出的问题,所着力回答的是司法权的本体论、价值论、认识论方面的问题。通过回答这些问题,使人们对司法权的社会基础、司法权的功能、价值以及运用方式获得确定的认识和明晰化解释,使对司法权的组织与运用获得司法理性的支配和指引。这些问题,看似玄虚、抽象和较为理论化,但却是建构司法体制的基础性工程,也是支配着整个司法权配置与运作的制度性法理。对这些基本问题的研究,具有深刻的理论价值和实践意义:

首先,研究司法权的理论基础,是为了揭示司法权赖以存在、运作的客观基础,解决司法权的社会合法性问题。司法权的理论基础,是我

^① 陈端华:《司法权的性质》,载《法学研究》,2000(5),21页。

们认识、把握司法权现象的基点,也是认识、掌握和运用司法权的前提,只有科学地揭示这一客观基础,我们才能够确定司法权这种权力现象的本性、规律,从而真正地弄清司法权的社会来源、社会存在的根基及其社会必要性。

其次,研究司法权的理论基础,弄清司法权的基本理论问题,是为了合理而有效地组织司法权和利用司法权。司法权有自身的产生、运作的内在逻辑,这种内在逻辑支配着它对社会关系的作用过程和作用方式,遵从这种司法权逻辑就会使司法权更有效地发挥出它潜藏的法律能量;反之,则有可能抑制和破坏它的内在结构,影响到它的功能的正常发挥。而研究司法权的基本理论问题,就是要揭示司法权的这些法理逻辑,使我们相应的制度建构和机制设置更符合司法理性的要求,并使相应的制度建构更能够容纳和发挥司法权的法律能量。在这方面,我们并非没有经验教训。例如:我们在建国初期的司法机构重建过程中,以政治标准来遴选司法人员,不考虑司法工作的职业化和专业化要求,结果导致了司法机构内部司法方式的畸变,并造成了一些司法人员无法适应司法工作的基本要求。这种反司法规律的制度建设给我国的司法权发展造成的负面影响,至今仍未能够真正地消除。

再次,研究司法权的基本理论问题,是为了合理地解释和评价司法现象。法学理论与法治实践存在着天然的互动关系:一方面,法学理论来源于丰富多彩的法治实践,后者为前者提供生生不息的理论资源和理论动力;另一方面,科学的法学理论也有助于推动法治实践的发展。这种推动便是借助法学理论对实践的解释与评价方式来完成。通过解释与评论这种反思机制,可以发现实践中存在的问题,找出其法律上的制度缺陷,并寻求修正和完善的对策。然而,法学理论的这种功能的发挥,必须以成熟的、科学的理论为前提,没有成熟与科学的理论,便无反思和校正实践的理性能力。在司法问题上,这种理论与实践的互动关系亦是如此。一方面,我们原有的法学理论对司法实践关注不够,与司法实践有太多的隔阂,缺乏实践回应能力;另一方面,司法实践的许多现象因不能获得有效的理论指导而“自然生长”,许多司法改革实践也流于功利化、盲目性和非理性。因此,深化司法的基本理论问题获得