



诉讼与仲裁论丛

Litigation & Arbitration

The Function and Constructure of Civil Judicial System
民事司法制度的功能与结构

◇ 傅郁林 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



诉讼与仲裁论丛
Litigation & Arbitration



The Function and Constructure of Civil Judicial System
民事司法制度的功能与结构

◇ 傅郁林 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

民事司法制度的功能与结构/傅郁林著. —北京:北京大学出版社,
2006.10

(诉讼与仲裁论丛)

ISBN 7-301-08151-0

I. 民… II. 傅… III. 民事诉讼法-司法制度-研究-中国
IV. D925.104

中国版本图书馆CIP数据核字(2005)第122815号

书 名: 民事司法制度的功能与结构

著作责任者: 傅郁林 著

责任编辑: 明 辉 谢海燕

标准书号: ISBN 7-301-08151-0/D·1003

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 河北三河新世纪印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650毫米×980毫米 16开本 31.25印张 530千字

2006年10月第1版 2006年10月第1次印刷

定 价: 43.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

从法官到学者

(代序)

将一篇一篇文章汇编成集的时候,心情并不像拾贝者从储蓄罐里倒出一堆五彩斑斓的贝壳那样欣悦。将这些散落在不同杂志、报纸、书籍中的旧作进行一些边边脚脚的剪裁和修订,实在是一件没有创造性的乏味的活计。加之我不善保留原稿,一些保留电子版的“原作”经过无数次修改之后常常不知何为最终版本,有的文章不得不去各网站寻找,下载回来再输入脚注。还有一些不记得发表日期和报刊的随笔,只好让它们流离失所了。

这些自1997年以来先先后后发表的文章,统一归于“民事司法制度的功能与结构”的主题之下,是因为基于制度的功能考虑其技术设计原理,体现了我的整个研究方法和学术追求。在我看来,制度的技术结构总是以制度的预设功能为前提、基础和目标的,不考虑功能的技术设计是盲目的,不能体现并实现预设功能的技术设计是失败的。按照这一思路,本书将作品大致整理为如目录所示的四个主题。在结构上,本来按照正常的逻辑顺序,应当按照制度背景、繁简分流、职能分层、审判监督、职业伦理的顺序编排,亦即将现有的第三部分“民事审判制度改革的目标与背景”与第一部分“司法职能分层与审判权制约模式”换位。但是考虑到对于司法职能分层和审判监督机制的关注,既是本人近年来的研究重心,也是自认为本书最有价值的部分,所以放在了本书的开篇;“案件分流与诉权保障机制”基于与第一部分之间的逻辑联系,同时基于本人所关注和研究的程度,列为第二部分;第三部分的内容多为本人博士期间的作品,许多只是早期不够成型的思考印迹,与其他部分的逻辑联系也相对松散一些,所以放在稍后的位置;第四部分关于法律职业共同体与诚实信用的诉讼机制的讨论,虽是民事司法制度的功能与结构中不可或缺的内容,但在与其他部分的逻辑联系上居于辅助或配套的地位,因而放在了最后。本书基本没有考虑文章的篇幅、体例或发表的时间顺序,这是因为,论文和随笔按照各自的范式、篇幅形成了各抒其意的风格——随笔往往敏锐犀利、观点鲜明,论文则体系完整、论证严谨,将讨论相关主题的论文和随笔放在一起,虽然内容上不免有所交叉,却可以相互补充,相得益彰,并向读者提供讨论同一问题的多种视角和语境。但本书



没有收入那些为了满足刊物约稿的不同需要而不得不对一稿进行多种改造后发表的文章,以尽量减少内容重复。

无论如何,这部文集作为我完成从法官到学者转型过程的一个见证,每一篇都凝结了我的身心投入,其中许多作品是为了解脱思考的痛苦而完成的。我不知道从“快乐的猪”到“痛苦的哲人”之间的距离究竟有多远,但我似乎已经踏上了一条不断超越“痛苦的猪”的境界的不悔旅程。十八年前,当我从武汉大学国际法系毕业进入海事法院的时候,我自称是一只“快乐的猪”,对于法官生活充满了新奇、简单、自信的快乐。然而,当我和同事们面临一大堆困扰日常工作、生活乃至睡眠的问题时,无法视而不见的利益相关者正等待着答案,而我们却不能等待答案成熟再作判决,我很快变成了一只“痛苦的猪”。我在思考中痛苦,在痛苦中探索,在探索中挑战和被挑战。知识的贫瘠、资料的匮乏、信息的封闭,使得我、我们无法通过自我教育而解脱痛苦。这种痛苦在堆积八年之后,促成了我重返校园。离开法院的时候,审判方式改革刚刚开始,当时我并没有意识到,这仅仅是后来迅速席卷全国、影响深远的司法改革运动的开端;我更没有想到,审判制度和司法改革将成为我一生耕耘的园地。

我满怀救苦救难的渴望来到梦中的北京大学寻找答案,却发现自己掉进了一个无底的黑洞——旧的问题未及解决,新思想、新理念、新名词、新思维方式等等所带来的新问题,却像裹着巨石的洪流,嘲笑着我的无知,冲击着我的自信,刺激着我的好奇,加剧着我的痛苦。在这里,曾经理所当然的结论受到强烈质疑,曾经自以为是的做法成为大逆不道,曾经熟视无睹的现象变得无法容忍……时至今日,当出身于法官的学生们每每向我诉说他们在北大被“洗脑”之后回到法院却陷入更深的痛苦和尴尬时,我常常得意地说:“这就是‘星星之火,可以燎原’!”是的,否定自己是痛苦的,但反思却是进步的开始。十年前我作为北大学生被这把火点燃,十年后,我以老师的角色传递着火炬,以学者的视角对十年来我国基于反思而展开的司法改革进行层层深入的再反思。收入本书的成果大都是在这种思考——反思——再反思的过程中形成的。在这个过程中,对我的思维方式和研究方法影响至深的,是硕士期间恶补的法理经典著作(有点不务正业吧),还有走在我国司法改革前沿的一批优秀的法理学者。硕士论文《海上货物留置权制度比较研究——功能主义比较法方法的一个注释》(载于梁慧星主编:《民商法论丛》第16卷,法律出版社1999年版)是我努力将法理学嫁接到部门法研究的第一次尝试,也是我强调问题意识并关注制度的技术结构与制度的功能



设置之间逻辑关系的开端。虽然这篇文章由于与本书的主题无关而无法收入本书,但收入本书的许多关于民事程序和司法制度的比较研究和功能研究都是这种学术追求和方法探索的延续。

当恍然意识到诉讼程序和司法制度是包括自己在内的许多法官痛苦的根源和解脱痛苦的希望所在时,我放弃了至今仍是研究生报考最热门、最抢手的民商法专业,在我的硕士导师魏振瀛教授的支持和帮助下,我“皈依”了民事诉讼法专业。促成我改变专业的一个偶然因素是1997年外国知名学者在华的系列演讲(由宋冰编辑为《程序、司法制度与现代化》,中国政法大学出版社1998年版),我第一次惊异地发现,一直以解释法条为己任的民事诉讼法学竟然可以如此富有生气和趣味无穷!于是,在中国人民大学攻读博士期间,我再一次“不务正业”,将主要精力继续放在了对司法制度法理的、宪法的、历史的、文化的解读上。在此期间,参与我的博士导师江伟教授策划和操作的两次大型国际学术活动,进一步强化了我在民事程序和司法制度比较研究方面的兴趣和信心。在此之后,我一直致力于比较研究和对外国法的翻译。在我看来,这是法律学者的基本功,也是我国民事诉讼法学得以长足发展的重要基础。收入本书的《审级制度的建构原理》、《繁简分流与程序保障》、《论最高法院的职能》等许多文章,都是在博士阶段完成初稿并提交专题会议讨论过的。

借挂于法理学朱苏力教授名下进行博士后期间的研究时,我似乎实现了从法官到学者的角色转换——至少语言的转换已经完成。不错,当我终于学会使用一整套学术语言表达思想时,当我的一篇篇论文在标记着星号的“核心学术期刊”上发表并被当着学术观点引证时,特别是当我如愿以偿地成为仰慕已久的北大老师的同事时,我俨然扮演了“学者”的角色。然而,每当我发现自己的立场、方法、感觉、问题意识常常与周围的学者并不那么融洽时,每当我感觉自己难以从群体的意义上真正溶入学者之中时(正如当初在法院我也无法真正与法官同事“打成一片”),我渐渐感到学者的符号或标签——即使不断地进行自我暗示——并没有真正改变我的法官“血统”。我站在理论与实务之间,试图搭建一座飞架南北的桥梁,却常常发现由于功力的浅薄反而使自己成为一只非鸟非兽的蝙蝠。在立场观点上,每当我批判司法制度,每当我对许多法官同仁的处境哀其不幸怒其不争,我总想到血浓于水,这使我一方面怀疑自己是否真正达到了学者应有的中立和超脱,另一方面也充分相信自己在反戈一击评判法院和法官行为时的切中要害和充分友善。在思维方式上,我常常徘徊在学者的理想主义和批判主



义与法官的现实主义和折中主义之间。虽然这种困境在著名的美国法官兼学者卡多佐那里也多次出现(参见 A. L. 考夫曼:《卡多佐》,张守东译,法律出版社 2001 年),却仍然使我焦虑不安。在研究方法上,我坚持关注现实和研究真实问题——倘若我声称这种意识和冲动是十年法官生涯留给我的一笔财富,一定会遭到虽无实务阅历却在这条道路上身体力行的学者的反驳。然而,对于像我这样缺乏系统的方法训练、半路出家的学者而言,法官生活的确在无意间留给了我这份无形的积累,而近年来学界与实务界之间日益频繁和深入的对话不断强化了我坚持这种方向的信心。我渐渐感觉到,法官与学者的差异也许并非如想像中那样不可逾越,而所谓的从法官到学者的角色冲突和调适,也许只是个体在时间、精力、信息等资源分配上一种被夸大的概念而已。

如果说,作为法官的思考主要是对当下问题的回应,那么学术研究却不能像应用法学研究那样头痛医头,脚痛医脚,用权宜之计应付眼前的问题。学者需要以守望者的耐心,深入探究问题产生的原因和背景,理解制度建构和运作的内在机理,观照制度内部、制度之间、制度与语境之间的系统性逻辑关系。每当自感力不从心的时候,我总对学者品质产生一种近乎偏执的崇敬,也是在这个意义上,我甚至不敢自称“学者”。涉入学术界越深,我就越深切地认识到:社会,一如生命个体,需要爱,更需要理性。有爱的生命是奔涌澎湃的不尽江水,生命的理性则恰如紧扼命脉的坚固大堤。没有爱的堤岸,即使美轮美奂,也不过是麻木枯寂的干涸躯体;没有理性的江水,虽然英姿勃发,却蕴藏着泛滥无序,甚而涂炭生灵。学者的研究,只有富于对人类博大深厚的悲悯和热情赤诚的关怀,才能真切地了解社会需求并在学术研究中真实地回应,为赋新辞强说愁的急功近利不应是学者的品质;也只有对制度冷静而深入的思考和合乎理性的探索,才可能避免热情浪漫的制度设想,避免生产出与设计者预期结果相反的制度。

作为女性,在从法官到学者的转型过程中,还会经常受到一半来自于别人的偏见、一半源于自我评价和自我塑造标准的困扰。每当编辑或读者惊讶地说原以为我是一位男士的时候,我总是讪讪地不知如何作答,因为我无法判断这是一种褒奖还是一种嘲讽。如果女性一定要更改性别特色才能获得同行的认可,那我宁愿保留自己的性别。我自己也常常思考,理性和逻辑是不是男性的专利;我也曾经担心,以自己的典型女性特质——敏感、纤细、感性——是否无力承载法学思维的缜密、宏大、理性。我甚至曾经试图在学术论文和报刊随笔中分别追求两种不同风格,用规范、严谨、刻板的学术论

文满足男性所垄断的学术胃口,而用敏锐、热情、细腻的法学随笔体现自己的女性本色,书中的某些文章留下了这种也许是幼稚的、分裂的痕迹。在我个人来看,这种性别歧视和性别自我意识时常宽解了自我压力——“我是女学者,我怕谁?!”缺乏过高期待和外在压力的状态,恰恰符合我对于学者淡泊、宁静特质的理解,使我能不急不躁地花费三年或五年时间潜心于同一课题,慢慢反刍以前生吞活剥填入大脑的知识,在天长日久的酝酿中积累智慧(“智”慧就是“知”识加“日”子)。然而,每当面对学生或记者经常向我提出的问题——如何看待“女性长于实务而拙于理论”,我便无法安然于这种洒脱和自我宽慰。我想,男性与女性之间在能力和风格上的差异也许就像理论与实务之间的差异那样被夸大了,或许那只是由于男性垄断的话语霸权而产生的狭隘定义。既然法律实务与法学理论同样需要逻辑,既然女性在实务中的成功已获得承认,则已证明女性并不缺乏逻辑思维能力。所不同的是,对于实务能力的评价要比学术评价机制较少主观性,女性也许因此而获得了脱颖而出的机会。我们看到,理论界对于实务界的漠视和歧视,很大程度上根源于受大陆法系传统影响的理论界的话语霸权和理论界对于实务不应有的陌生,而这种状况正在受到来自经验主义和实证主义研究方法的冲击,并随着两界之间交流的增进而迅速改变;我们同样感受到,受到传统上男性话语霸权的影响而产生的对女性学术能力的漠视和歧视,随着学术宽容和学术评价标准的多元化,随着女性参与学术交流的逐渐增加,特别是随着尚未形成男性垄断的新兴研究领域的拓展,这种状况也正在悄然嬗变。

无论怎么说,我是幸运的!在弃官从学的艰难历程中,我得到了太多的关爱、支持、鼓励和帮助,以至于在这本书里,我已分不出哪些应当属于他们,哪些可以归于自己。我常常感觉自己牵着他们的衣襟,借着他们的光亮,贴着他们的体温,踩着他们的后跟,心中充满惶恐,手上抹着眼泪,瑟瑟蹒跚地走到如今。我深知,这样一本书,就像一叶羸弱朽薄的小舟,载不动这些年来支撑着我生命大厦的情感——亲情、爱情、恩情、友情……可是,那些恩泽于我的名字压在心中着实太久、太沉,我不能不借这一隅之地作一番宣泄。

首先感谢我的硕士导师北京大学魏振瀛教授和博士生导师中国人民大学江伟教授!恩师的人品和学品,恩师和师母的教导、关怀和帮助,犹如春晖对于寸草的恩情,惟传承师德和铭感师恩聊以回报。

感谢如今已成为我同事的老师和朋友——北京大学的贺卫方、朱苏力、



陈瑞华、钱明星、潘剑锋、邓峰、王成！感谢攻读博士期间的老师和同学——中国人民大学的张文彬、范愉、汤维建、陈卫东、韩长印、王春燕、秦方华！感谢我亲爱的母校武汉大学法学院的全体老师和八三级同学！感谢民事诉讼法学界的良师益友王亚新、陈桂明、张晋红、乔欣、赵钢、蔡虹、胡亚球！感谢媒体的朋友马蔚、王好立、张越、邹记东、张娜、方洁！感谢外国的同行和朋友——美国福特基金会的两任中国官员张乐伦女士和刘晓堤女士、美国东北大学的 Margaret Woo 教授、德国海德堡大学的 Burkhard Hess 教授、慕尼黑大学的 Michael Sturner 博士。感谢法律实务界的朋友王家路、王红松、夏明权、赵宏、杨洪逵、姜丽丽、杨绮纹、王兰。还要特别感谢聪慧、勤奋、出类拔萃的北大学子们，虽然我甚至叫不出他们的名字，但他们的关注、期待、感恩、挑剔……都成为我审视自己的重要标尺，也是本书出版的直接动因。

最后，我要深深感谢我至亲至爱的人们——爱子慕轼的仰赖、侄女向宇的敬爱、严父慈母的期盼、兄长跃龙的关怀。对他们的深爱和责任使我在一种无法解脱的压迫下，不敢懈怠，不敢放弃，对生命充满依恋和信心。

感谢由于种种原因在此没有指名却已深深植入我生命的所有的人！

二零零五年十一月十日

目 录

第一部分 司法职能分层与审判权制约模式

审级制度的建构原理	
——从民事程序视角的比较分析	(3)
论最高法院的职能	(31)
民事上诉程序的功能与结构	
——比较法视角下的二审上诉模式	(68)
司法监督·司法独立·司法公正	
——以民事审判权监督模式为窗口的透视	(83)
民事再审:正义的代价好昂贵	
——学者与法官关于民事再审程序的对话	(98)
以权利制约权力:民事审判权制约机制的基本思路	(107)
司法救济从宽,审判监督从严	(111)
法官的威信与法律的权威	(115)
实际审判者为何不署名	(118)

第二部分 案件分流与诉权保障机制

繁简分流与程序保障	(123)
改变“全面”强化合议庭功能的思路	(142)
多元纠纷解决机制中的商事仲裁	(144)
仲裁裁决的司法审查	(151)
正当法律程序与利益衡量模式	(155)
程序选择权与程序控制权	(161)
质疑“立审分离”的管理模式	(165)
可司法性审查与起诉条件限制	(169)
司法权与管辖权	(173)



群体性纠纷的司法救济	(177)
调解在民事诉讼中的角色	(183)

第三部分 民事审判制度改革的目标与背景

修订我国《民事诉讼法》的基本思路	(191)
程序改革的程序	(223)
民事审判制度改革中亟待解决的问题	(226)
对于引进对抗制论说的质疑	(235)
我国民事上诉制度中亟待改革的三个问题	(247)
质疑执行程序中的“当事人主义” ——兼与张卫平教授商榷	(251)
民事裁判文书的功能与风格	(258)
走向 21 世纪的中国民事诉讼法学	(289)
知识经济与程序法的变革	(312)

第四部分 法律职业共同体与诚实守信的诉讼机制

诚实信用:法律共同体的生存准则	(355)
诉答程序·程序时效·诚信机制 ——“答辩失权”的三大基础性问题	(359)
法官职业化:一个社会分工的视角	(365)
诉讼费用的性质与诉讼成本的承担	(381)
律师代理费该不该由败诉方承担 ——兼论我国诉讼成本的控制机制	(408)
回避制度的功能与价值目标	(413)
在管辖权异议的背后	(418)
陪审员制度,且慢行	(421)
中美陪审审判制度的实质性差异	(424)
专家证人的角色	(429)
中国基层法律服务现状与发展 ——以农村基层法律服务所为窗口	(434)

第一部分

司法职能分层与审判权 制约模式

审级制度的建构原理*

——从民事程序视角的比较分析

内容提要 当代世界三大诉讼模式沿着不同的历史发展脉络,不约而同地汇入三级审级结构,其中蕴藏着一些共同原理,如终审法院规模控制、上下级法院职能分层和权力双向制约、事实问题与法律问题界线分明、当事人权利事项与法官裁量事项界线明确,等等。这些技术规范的运用很大程度上决定了司法制度实现其统一性、正确性、正当性、终局性和权威性等价值目标的可能性。相比之下,我国现行审级制度的形成和演变受制于特定的政治、经济、文化、历史背景,在技术原理上呈现为审级功能层次不明、运作方式大致相同的柱型结构。这种结构在职权主义诉讼模式中面临一系列技术困境,造成滥用审判权和滥用诉权行为的双重失控,加之时代变迁和司法正当性基础的嬗变,凸显了两审终审制的原有缺陷,成为申诉、再审案件大幅上升的重要原因。最后,作者提出了建立以两审终审制为原则、以一审终审制和三审终审制为例外的多元审级制的基本构想。

主题词 审级 上诉 司法 民事诉讼

自《民事诉讼法(试行)》颁布施行至今,我国二审判决被立案再审的比率逐年上升,至1999年已达25%。^①这一令人惊骇的数字揭示了一个无法

* 原载《中国社会科学》2002年第4期。2003年获全国第五届中青年诉讼法学优秀科研成果论文一等奖,并被收入多种论文集。

本课题是由福特基金会资助的“民事复审程序制度比较研究”课题的成果之一,曾提交于2001年6月以此为主题的研讨会。在此一并感谢福特基金会两任官员刘晓堤女士和张乐伦女士的多方帮助,导师江伟教授的悉心指导,范愉、张志铭、张卫平、陈瑞华等各位朋友的宝贵评点,中国各地各级法官的信息支持以及与美、德法官、学者各种形式的交流。最后特别感谢方流芳教授令人深深受益的坦陈灼见。文中不足之处无疑由作者自负。

① 二审立案数与一审结案数的比值则基本上恒定在5.8%至6.5%之间。原始资料参见1988年、1989年和1990年《人民法院年鉴》、1991年—1998年《中国法律年鉴》、《人民司法》2000年第4期上对1999年的司法统计。另外,通过各种渠道申诉或向法院申请再审而未立案再审的数字远远大于正式统计的数字,根据笔者对中部和北部两大城市中级法院申诉和再审案件的抽样调查,立案再审的案件占申诉案件的比率大约30%,其余均以口头或书面通知的方式驳回,未进入再审程序。在上述抽样调查的案件中,对一审终审的案件申诉和再审的案件仅占再审案件总数的0.68%,因而笔者对此忽略不计。另参见江阶虎:《两审终审:无法终审的现实》,载《中国律师》1999年第10期。

否认的现实:两审终审制已名存实亡,司法的终局性已荡然无存,审级制度的主体结构正在被“例外”和“补救”程序冲击、剥蚀和瓦解。20世纪90年代中期以来,这一现实逐渐引起了关注和反思,关于限制再审程序滥用的观点已压倒早期依赖和推动再审程序适用的主流思潮,建构三审终审制的讨论方兴未艾。

从世界范围来看,当代三大诉讼模式,即以英美为代表的“上诉制”、以法意为代表的“撤销制”和以德奥为代表的“更审制”,虽然基于历史传统和程序结构的差异,所面临的程序问题和改革的具体环节各有侧重,然而,在审级制度上,普遍实行两级结构的传统模式却沿着不同发展脉络九九归一,最终汇入三级结构的司法等级结构。目前世界上实行两审终审制的国家已为少数例外,除了人口稀少的国家和州之外,只有以前苏联为样本的国家,其中罗马尼亚已于20世纪90年代将审级制度改为三级结构。^②

诚然,程序制度是文化和传统积淀的产物,简单地比较、借鉴和单向移植的思路显然无助于改变我国审级制度面临的困境。然而,仔细观察当代世界审级制度趋同发展过程及其背后的原因,却使我确信,尽管各国司法大厦的风格各异,却仍有一些基本原理和技术规范为司法等级制所不可或缺;而支撑这些技术原理的基础,则是现代法治国家对于司法目标的一些基本共识。因而,这种比较研究对于理解我国审级制度的技术缺陷、理念根源和变革出路颇具启发意义。

第一节 审级制度的功能和一般技术原理

比较法考察和历史考察表明,各国审级制度的建构思路以立法者对于

^② 由于本文是在对大量国外民事诉讼资料进行综合分析和总结的基础上完成的,因而无法一一注释。主要参见 *Judicial Organization in Europe*, by the Council of Europe, 1998 The Council of Europe Press; J. A. Jolowicz & C. H. van Rhee (eds.), *Recourse against Judgments in the European Union*, 1999 Kluwer Law International, printed in Great Britain; Peter E. Herzog & Delmar Karlen, "Attacks on Judicial Decisions", in *Under the Auspices of the International Association of Legal Science*, Vol. XVI, Civil Procedure, 1982; Daniel John Meador & Jordana Simone Bernstein, *Appellate Courts in the United States*, St. Paul, Minn. West Publishing Co., 1994; Mary Ann Glendon, *Comparative Legal Tradition*, 1985 by West Publishing Co., St. Paul, Minnesota; J. C. B. Mohr (Paul Siebeck): *East European Law*, 1994—1998 by Parker School of Columbia University; Charles Platto, *Civil Appeal Procedures Worldwide*, 1992 by West Publishing Co., St. Paul; Harald Koch & Frank Diedrich, *Civil Procedure in Germany*, 1998 by Kluwer Law International; Catherine Elloit & Catherine Vernon, *The French Legal System*, 1996 by Yale University Press; 另参见各国法院组织法和民事程序法典。

司法统一性、正确性、正当性、终局性、权威性等价值目标的认同为基础,审级制度在实现这些功能方面的可能性则依赖于相应的技术规范。

一、维护司法的统一性

无论从司法制度的私人目的还是公共目的来看,司法的统一性在各国司法制度价值目标中都占有重要位置。首先,司法统一性是“法律面前人人平等”法治理想的内在要求。现代司法制度对于“平等”和“公正”的含义有了更加丰富和全面的认识,它不仅包括将法律平等、公正地适用于个案中的原告和被告,而且包括法律在整个管辖权范围内平等、公正、统一、一致地适用于每一个人。这就要求整个司法系统竭力以统一的声音说话,对所有的当事人一碗水端平。其次,从国家治理技术来看,司法制度是实现社会控制的一种途径。维持司法在整个辖区内的公平和统一,不仅直接获得减少潜在案件的功利性效应,而且对于当事人、司法机构、法律职业和整个社会具有长远利益。审级制度在实现这一目标方面的价值在于,通过司法等级制(judicial hierarchy)将国家(中央)的法律沿着审级结构的脉络辐射到整个辖区。为此,现代西方各国宪法均以不同表述方式规定,最高法院在维护全国法律统一适用、解释和创制方面肩负着特殊使命。虽然并非任何审级结构都能够良好地贯彻或推行这一思路,实现司法统一性的可能性很大程度上取决于审级制度能否满足下列技术规范:

1. 终审法院保持很小规模并实行集体主义决策机制

决定最高法院能否实现统一司法这一特殊职能,很大程度上取决于进入最高法院的案件数量和法院的规模。案件总量的增加,意味着法官和合议庭数量的增加,因而出现意见冲突的可能性增加;同时意味着法官配置给个案的单位时间相对减少和出现疏忽、错误和冲突的机会增多;法院规模的扩大还意味着能够胜任最高法官职务的人相对减少,意味着协调终审法官之间意见的难度增加。

在实行“上诉制”的美国,司法界的共同信念认为,独一无二的合议制法庭是保证终审判决一致的最佳方式,终审法院法官一旦超过9个,就会出现分庭或分组从而产生终审判决之间的冲突,所以美国联邦和各州司法系统的终审法官均不超过9名。为了保证以“满席审判”的程序统一创制司法判例,国会于1925年以司法法大大减少了联邦最高法院依据强制上诉管辖权受理案件的范围,使之得以根据自己的承受能力自由裁量,在每年提交其审查的5000件左右的案件中选择200件左右进行实质审理,各州最高法院实



质审查的案件数量也大致如此。^③ 在各上诉法院, 尽管分合议庭审判案件, 但当出现司法判决冲突或需要形成新的判例时, 也由上诉法院的全体法官共同决定。终审法院的高度集体主义决策机制保障了司法的统一性, 也为终审判决至高无上的权威性提供了正当性基础。

在实行“更审制”的德国, 每年进入最高法院的案件超过 2000 件, 其中 1996 年达到 3888 件。不过, 德国以划分事项管辖权的方法保障相对减少了裁判同类事项的法官规模, 从而保障终审判决的统一; 同时, 德国最高法院的案件“两分法”使提交三审判决的案件实现繁简分流, 如果最高法院三分之二的法官认为该案不具有法律重要性(占全部案件的 80% 以上), 则不进行实质性审理。此外, 德国法院组织法还设置了“扩大合议庭”和“联合审判庭”的机制, 当最高法院出现或可能出现合议庭之间的意见冲突时, 通过这一机制确保终审法院判决之间的步调一致。尽管如此, 由于德国最高法院作为三审法院受理案件的标准实行双轨制, 随着立法明确赋予三审上诉权的案件(争议金额在 6 万马克以上的金钱诉讼)日益增加, 最高法院规模不断扩大, 民事合议庭在 20 世纪 70 年代已增加到 11 个, 在协调司法冲突方面面临着严重困难。因而德国正在讨论取消以争议金额为标准的强制上诉管辖权, 以“法律重要性”或“先例重要性”作为最高法院受案的惟一标准。^④ 如果这一呼声很高的方案付诸实施, 德国最高法院的案件将进一步得到控制。

在法国和意大利, 尽管宪法规定, “作为司法最高法院, 它保障法律的严格遵守和统一解释, 负责国家法律的一元性和对不同管辖权限的尊重, 并调整管辖权冲突”^⑤。但由于审级制度在控制那些将鸡毛蒜皮的争议闹到最高法院方面束手无策, 法官们疲于应付每年多达 2 万件的案件, 已无力顾及判决的“公共重要性”和终审法院在维护司法统一方面的特殊职能。法国最高法院只在 1.5% 案件中能够把注意力放在重要的法律问题上^⑥, 意大利则因为讼程漫长(最长者长达 10 年)而经常受到欧盟成员国公民向欧洲人权

^③ Daniel John Meador, *Appellate Courts in the United States* p. 34; Robert L. Stern, et al., *Supreme Court Practice*, 7th Edition, the Bureau of National Affairs, Inc., Washington, D. C. 1993, p. 29.

^④ 依据强制管辖权受理的案件成为德国最高法院的主要工作, 比如, 1996 年就法律问题向德国联邦最高法院提起上诉的案件 3888 件, 其中 210 件为许可上诉, 其余 3678 件均为直接向联邦最高法院上诉的案件。Peter Gottwald, *Civil Justice Reform: Access, Cost, and Expedition. The German Perspective*. p. 214.

^⑤ J. A. Jolowicz & C. H. van Rhee (eds.), *Recourse against Judgments in the European Union*, p. 220. 同时参见意大利和法国法院组织法、民事程序法规定。

^⑥ J. A. Jolowicz, *Recourse against Judgments in the European Union*, p. 5.