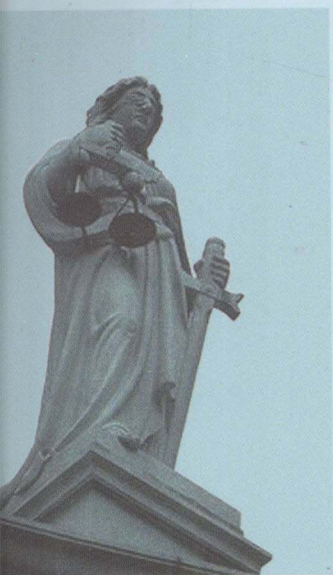




高志刚 著

司法实践理性论

一个制度哲学的进路



上海政法学院学术文库

司法实践理性论

一个制度哲学的进路

高志刚 著

 上海人民出版社

图书在版编目 (C I P) 数据

司法实践理性论：一个制度哲学的进路/高志刚著.

—上海：上海人民出版社，2011

ISBN 978 - 7 - 208 - 10156 - 2

I. ①司… II. ①高… III. ①司法—研究—中国

IV. ①D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 161539 号

责任编辑 解 颀

封面设计 王小阳

司法实践理性论

——一个制度哲学的进路

高志刚 著

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

常熟市新骅印刷有限公司印刷

开本 635 × 965 1/16 印张 17 插页 2 字数 220,000

2011 年 9 月第 1 版 2011 年 9 月第 1 次印刷

ISBN 978 - 7 - 208 - 10156 - 2/D · 1937

定价 32.00 元



高志刚，男，1974年生，山东临沂人，上海交通大学法学博士。曾在山东省临沂市兰山区人民法院工作，现为上海政法学院教师、立法研究中心研究员。主要研究领域为法理学、司法制度。近年来在《法律科学》、《法学论坛》、《当代法学》、《山东社会科学》、《青海社会科学》、《法律方法》、《检察日报》、《法治论丛》、《法治研究》等报刊、杂志发表学术论文30余篇，参编、参著教材和著作多部。主持教育部人文社科项目、上海市民主法治课题，参与上海市哲社课题、中国法学会课题、上海市人大课题等多个项目。

哲学家们只是用不同的方式解释世界,而问题在于改变世界。

——卡尔·马克思

序

这是一部从法哲学的角度考察司法制度的著作。当前中国正处在司法制度完善与发展的关键时期,司法改革需要确立一种符合中国国情又遵循司法内在规律的法律哲学。正如书中所言,如何在全新的社会秩序语境下,直面各种针对司法制度的责难并作出理论回应和思想创造,寻求改革的可能或可欲的路径,完成对司法权力运行的正当化论证,成为我们必须面对的一个重要问题。该书因应时势需求,选取了司法的法哲学中的一个重要问题——司法实践理性作为研究课题,很有针对性也很有学术价值,是有中国问题意识的,也是有法哲学国际视野的。司法哲学研究的深化是司法学与法理学近年来共同努力的方向,本书的出版无疑会为这一学术发展的方向作出自己的贡献。

作者曾在法院工作多年,并长期关注、研究司法改革与司法制度,在该书中他从独特的理论视角,有效地表达了现实中国司法制度存在的问题,并且在实践理性的语境下提出了思考和分析。这种思维方式和研究路径具有其理论和实践价值。该书是作者在博士论文的基础上完成的,研究成果有较强的创新性与开拓性,具有以下鲜明的学术特点:

首先,该书在法哲学基本概念和基本理论的把握上,是比较清晰和成熟的。这样一个对博士生而言颇具挑战的选题,作者把握得比较到位,基本能够控制住论题进行研究。目前中国法学界内部知识的趣味及分化较

为悬殊,以纯粹的理论理性和纯粹哲学的思辨来为司法制度的未来指出方向已经为司法实践的事实所否定,而法学研究领域视域的狭窄和封闭也使社会科学的研究方法停留在描述性的层面,不能进入实际操作,也不能从哲学高度加以概括,无疑会流于肤浅。该书以司法的制度分析作为基本框架,视野是宏观的,主要关注的是司法制度本身具有的哲学意蕴上的理性结构及其意义。这种理论探究表达的是一种反思性,它追问的是,公正的司法制度究竟是何?公正的司法制度如何可能?而这也就是实践理性的理论方式如何可能作为司法哲学指引现实司法实践的问题。该书用实践哲学的思维方式解读司法制度,提供了一个新的视角,实践理性优于理论理性,有其独特的解释性优势和功能性优势,也是对理论理性主导下的社会科学研究的一个矫正。

其次,该书对于司法制度研究方法的论证,无疑是恰当和必需的。当下学界从制度的路径研究司法实践理性尚未深入,方法论也存在诸多缺失,未能达成理论与现实的有效沟通。司法制度困境的形成,需要我们有新的方法论体系来对司法制度的建构予以重新解读。作者借用实践理性的分析框架,试图超越法条主义的逻辑而展现制度发展过程中的实践逻辑,力图走出纯粹依靠法律的概念和价值判断而走向法律问题的社会科学视角。在该书倡导的问题—解决方法论的推演中,主张在司法的制度研究中实现跨学科的整合,充分运用社会学和经济学、政治学等学科的方法。比如在分析中运用经济学的博弈论和成本收益分析来作为理性制度选择的依据,运用社会调查的方法来展现鲜活的司法实践和现实,用政治学的分析来解释司法制度规则背后的国家治理策略。在学科整合的基础上,统合司法的理论与实践,立足本土现实,作出新的理论回应和思想创造,提高改革的合理性和可行性,完成对司法权力运行的正当化论证。应该说,该书既富有学理性和逻辑性,又具有建立于经验事实之上的说服力。无论对司法制度发展历史性的纵向分析,还是对司法运作微观基础的描述,都比较深入和准确。

再次,该书在问题的挖掘上也下了比较深的功夫,作者以司法制度的

实践本体论为理论起点,对司法制度的本体作了一个实践哲学意义上的动态解读,对司法实践理性进行了全面的理论梳理,并提出了实践理性的分析框架。该书从价值维度和科学维度入手,努力实现价值理性和工具理性的统一。吸收新的理论资源,在正确对待实用主义的基础上,维持司法能动与司法克制的平衡,努力对功利主义进行整合,构建实践理性新的形态。本书指出了司法制度发展过程中的价值理性的偏失以及工具理性的谬误,提出了解决价值理性和工具理性统一的路径,努力构建规律性的司法哲学、实现合目的性的司法运作,形成动态均衡的实践理性。针对复杂的社会现实,司法制度需要不断作出创造性回应,寻求具有正当性的司法治理手段,并为之提供价值支持和技术支撑,引导司法制度的合理秩序的建立,从而解决憧憬与现实之间的矛盾对立,建构一个更为理性的具有参与性的制度重建机制。同时,为了使理论能够更好地指导实践,引进了制度的纠偏机制,通过制度评价,不断地根据新的经验来评价和修正理论,形成一个理想的体现话语交流反思与反馈的司法制度运行系统。作者以自己的前期研究成果为基础,结合自身的思考,从价值理性维度和工具理性维度对司法实践理性进行分解,将既有理论命题和模型进行延伸和拓展,铺陈得比较全面,考虑得比较周到。

在这本书中,作者基于对司法发展一般规律进行深入认识和把握的基础之上,对中国司法发展的历史进程和发展趋向从制度哲学的进路进行了理性的审视。这一基于专业视野和学术思考的探索和研究,具有重要的理论价值和现实意义。当然,驾驭实践理性这样一个深奥的哲学体系,对于作者而言的确是一个严峻挑战。作者虽然苦心钻研、理性思考相关的哲学问题,但该书的研究不可避免也存在一些不足之处,但瑕不掩瑜,该书体现了作者优良的学术研究能力。

作为导师,希望作者能继续深入结合国家法治建设和司法制度发展的实践,在学术研究上取得更大的成绩。

郑成良

2011年5月8日

目 录

序 / I

导论 / 1

一、问题缘起——为什么要实践理性 / 1

二、研究路径——实践理性何以可能 / 5

三、研究意义——实践理性的当代使命 / 10

上 篇 论题与方法——司法制度哲学的实践理性之路

第一章 司法制度实践本体论研究 / 17

一、理论起点：司法制度的实践本体论 / 17

二、司法制度的本质与含义 / 22

三、司法制度系统的构成 / 26

四、司法制度的运行、发展与变迁 / 34

第二章 司法制度哲学的实践理性转向 / 44

一、实践理性的思想流变——西方哲学语境下的源流探溯 / 45

二、实践哲学的复归——西方哲学的实践理性
转向 /56

三、中国本土语境下的司法制度的实践
理性 /59

四、实践理性优于理论理性 /63

第三章 司法制度研究方法论反思 /74

一、司法制度研究方法论的流派 /75

二、具体制度研究方法的跨学科整合 /83

三、实践哲学思维方式的重建 /91

下 篇 结构和反思——司法实践理性的构成维度

第四章 制度与思想的对接：实践理性价值理性的 维度 /105

一、司法制度价值理性的偏失 /106

二、本土资源与普适价值 /112

三、司法的制度公正与社会公正 /121

第五章 知识与逻辑的结合：实践理性工具理性的 分析 /135

一、工具理性的技术性特征 /136

二、工具理性的困境——制度安排的技术理性
局限 /138

三、司法制度的工具理性——知识与逻辑的整
合 /147

第六章 司法制度理性的实践运作	/164
一、价值理性与工具理性的冲突	/165
二、司法制度选择的实践路径	/173
三、建构实践理性主导的制度改革机制	/179
四、建立制度评估与反馈的反思机制	/190
结语：面向实践和时代的司法	/240
 参考文献	 /242
后记	/258

导 论

一、问题缘起——为什么要实践理性

随着中国社会现代化进程的深入,新型社会关系秩序状况对司法的社会功能提出了变革的强烈要求。自 20 世纪 90 年代以来,中国的司法改革在激进与渐进之间徘徊,饱受质疑和批评。理论的孱弱往往导致实践的窘迫和失败,在司法理论的知识逻辑维度,司法现代性精神正遭受着后现代主义思潮的无情解构和消解,¹在司法理论的社会学维度,无论是形式主义司法还是实质主义司法都遭遇到一个全新的社会秩序语境,如何直面这种理论责难并作出理论回应和思想创造,寻求改革的可能或可欲的路径,完成对司法权力运行的正当化论证成为我们必须面对的一个重要问题。

近代以来,由于对人类理性的过度崇拜,我们已习惯于将某个后人认为良好的制度视为一种正当理性的逻辑展开,视为个别或少数精英清醒意识和追求的产物,把一个制度同后来者构建起来的关于这一制度的理性论证等同起来;我们不仅日益注重制度设计,而且设计时也往往注重所谓的制度“本质关系”;考察一个成功制度时,习惯于从善良愿望出发考察

它的纯洁、崇高的起源,而制度失败时,又往往归结于其先天的理论不足或创制者的道德缺失。²这样的研究路数对适合自身社会结构和传统的方法论体系的建构缺乏系统的理论反思,往往使我们看到具体司法制度中各种理论的杂糅,却缺少一种整体性视角来对司法制度内部的自洽性进行反思和考量,无疑是大有问题的。我们研究问题的范式只是抓住了问题的影子——利用别人用来解决问题的某些工具,而不是问题本身;我们既没有贴近自己的法律生活,也不了解别人的司法实践,其结果就是陷身于制度的迷宫而模糊了视线,在本质上往往就难免成为一种坐而论道的无根游谈。同时,司法实践存在的诸多的负效应表明指导我们进行司法实践的理性存在一些问题,需要进行反省和检讨。造成实践负效应的原因是多方面的,有指导实践的理论问题,实践主体的智力水平问题,以及实践手段、实践工具等多方面的问题。为此,需要通过批判性的反思,减少、克服和预防实践的负态效应,对当代司法实践活动及其结果的正当性、正确性、正义性作出合理与否的评价,以使司法实践向着合理的发展方向发展。这就需要我们找出和消解以往司法实践的理性缺陷,构建合理形态的实践理性。

对司法的研究的论著已汗牛充栋。但种种事实都表明,对于司法路径的选择,至少于目前的中国而言,并非是坚定不移的。在现实所凸显的困难面前,“司法”的选择随时可能遭受疑义,乃至被重新打倒和否定。我们在学术上挣扎于“法治的本土资源”与“法治西化”的歧见与纷争,在实践中又要直面司法工作中的种种尴尬与艰辛;我们究竟应当以怎样的方式来关注和研究司法实践?如何清除头脑中摇摆不定的影像,剥除种种意识形态论争所造成的迷雾困扰?怎样从实践的认识而不是西方经典理论的预期出发,建立符合中国实际的司法体系?本书所提出的从实践中阐发的司法,就是要在实践理性的指引下,到最基本的司法事实中去寻找最强有力的分析概念。只有着眼于实践过程,我们才能避免理念化了的建构的误导,尤其是意识形态化了的建构的误导。同时,着眼于实践中未

经表达的逻辑,正是我们用以把握不同于现有理论框架的新的—条可能的道路。从实践理性的角度将司法的运作机制作为考察对象,其庞杂毋庸讳言。在这里,本文力图借助实践理性的分析框架,开始对司法制度的基础研究,从而探索打开司法良性运行机制的—条道路,提高司法理论发展的学术加工程度,并从制度上、政策上加以改造利用,从而把司法从改革的无目的性和混乱不堪的状态中解救出来,并进而拓展司法学的视野,为司法制度的建构和设计铺陈—个更为宽阔的背景。

本书将司法制度的发展与实践理性结合作为论题,也是司法哲学的内在要求。关于实践理性与司法的研究,也在逐步深入和细化中,其可以分为两种进路:—是法哲学或法理学的进路。其侧重于考察和分析:(1)法律思考(例如规范与事实的关系、实践推理、情境思考、法官的法律适用);(2)法律与伦理(作为伦理的实践理性、人工理性的价值尺度);(3)实践性讨论或商谈;(4)修辞与悖论等方面的问题;等等。二是制度论的进路,其侧重于研究:(1)司法改革中的理想与现实、结构与功能以及含义处理的关系;(2)规范的反思机制与程序正义、法庭技术;(3)作为交涉和沟通的场域的审判模式以及围绕审判的互动;(4)从审判实践中归纳出来的司法哲学命题或制度设计方案;等等。³

本书所强调的司法实践理性是在第二种进路即制度论的进路上进行的,是—种以司法秩序形成机制的思考为出发点的群体活动的实践理性。这种理性思考强调—定群体在对司法制度的发展历史和现实状况的全面认识和综合评价的基础上,对其发展前景即实践目标的总体设计、宏观展望和观念预演,包括对这种实践目标的观念建构、实现途径、实现过程和具体方式等的分析比较、思想演练、评价选择和实际决策等,目的是为司法职业群体未来的实践活动提供观念类型或理想蓝图。本文侧重于制度论的进路,主要是一种司法认识论、方法论的研究,但不可避免要涉及对司法本体论的讨论。司法权力具有独立性、中立性、统—性、专业性、权威性与判断性等特点,这对任何法治国家均具有普遍意义。司法权在不同

的政治和意识形态、经济制度、法律文化传统的影响下,有着不同的含义。司法机关认定的标准不一,一般有三个标准,即法定标准、习惯标准和功能标准。从习惯意义上讲,司法权是指国家司法机关与行政机关依据法律所进行的侦查、检察、审判等权力;而严格意义上的狭义的司法机关一般是法定的,而且一般指法院。⁴司法权也即人民法院所行使的审判权。我国现行司法体制将检察权也列入狭义的司法权,从我国刑事诉讼法对检察机关职能的规定上看,其所代理的是国家事务,行使的职权具有行政权的属性。与司法的判断性不同,检察权具有命令执行性。与司法的终极性不同,检察权属于执行性权力,最终要接受司法权的裁决。因此,鉴于检察权行使权力的行政性,本书仅从狭义司法权即审判权的角度展开论述。基于已发现的问题和实践理性所具有的解释优势,本书意欲达到的研究目标抑或要解决的关键问题主要有以下几个方面:

第一,如何在司法过程中通过实践理性的观念运作认识和设计司法制度,通过对司法传统与现实等制度内外的多种因素的考察,发现司法制度本身所具有的实践哲学意蕴上的理性结构及其意义,达到对转型期司法现象内在的实践逻辑或深层结构的真切理解和把握,并对当代社会中的种种功能要求作出新的理论回应和思想创造?

第二,如何用有效的方法,实现司法制度研究跨学科的整合,通过挖掘司法运作的功能上的可能性,为司法决策提供有效理论支撑,达致司法运作机制的有效演进,从而限制恣意,保证理性选择,在交涉中促进“反思性整合”,从而为权力结构的改造以及司法合法性、正统性问题的处理提供具有可操作性的理论支点?

第三,如何深刻认识司法制度发展过程中的价值理性的偏失以及工具理性的谬误,在价值理性和工具理性的冲突中实现平衡,寻求具有正当性的司法治理手段,并为之提供价值支持和技术支撑,引导司法制度合理秩序的建立,建构一个更为理性的具有参与性的制度重建机制?同时,在建构实践理性新形态的过程中,实践行动是否会滑向一种滥用手段的反

理性方向呢?⁵这牵涉到对司法制度合理化程度的评价问题,也是本书关注的另一个重要问题。

所有这些重大的实际问题可以聚焦到一点,诚如季卫东教授所指出的,如何把实践性的议论导入法体系中的制度构思,⁶从而把当代司法的实践中出现的种种复杂现象纳入实践理性的哲学命题,使司法制度从对自身的批判中获得进一步追求公正、公平与公开的力量,在意志自由和外在必然的冲突状态中,使维护司法传统与鼓励司法创新之间的紧张得以平衡和缓和。在这里,把司法的运作过程理解为一个通过反复实践的试错过程不断地进行自我调节和修正来适应社会环境,形成接近预期目标的反馈系统,试图通过实践性议论的导入来论证司法决策和司法运行如何实现其实践合理性及其有效性。通过这一问题的探索,在法学形而上学的“无知之幕”(Veil of ignorance)⁷上撕开一道缺口。由此,我们可以洞视当今的法学知识形态和法治状况,解除司法制度建构过程中的魔咒,唤醒我们对司法正当化问题的迷思。

二、研究路径——实践理性何以可能

司法的发展需要加强制度的建设。近年来,民众对司法的关注已经从个案的公正转移到制度领域追问事物的原因,这说明了人们思维方式、价值观念的转换,这种转换无疑是社会进步的表现,也给司法制度提出了更高的要求。作为一个研究司法制度发展的新的视角,以司法哲学的方法来研究司法制度的发展无疑没有现成的路可走。以纯粹的理论理性和纯粹哲学的思辨来为司法制度的未来指出方向已经为司法实践的事实所否定,而法学研究领域内的视域的狭窄和封闭也使社会科学的研究方法停留在描述性的层面,不能进入实际的操作,也不能从哲学的高度加以概

括,无疑会流于肤浅。

本文意图寻找一个基本视角即实践理性的视角,希望藉此来深入司法制度的深层结构,概括司法制度变迁与发展中的种种现象,进而构筑统一的理论体系,引导司法制度的合理秩序的建立。实践理性的形成是通过思维操作或思想试验,对外部事物进行观念的分析和综合的结果。这种分解与综合的思维操作过程可以充分发挥人的主观想象力,但绝不是—一个随心所欲的过程,而是一个寻求理想与现实相契合,在观念上实现诸多尺度的统一,把求真向善臻美、创新、超越精神紧密结合起来的极其复杂的过程。由于实践理性的思维操作过程仅仅是感性的实践活动过程在观念中的预演,因而具有很强的可试验性、可操作性和无风险性。它对于人们选择和确定关于实践过程及其结果的最佳观念模型,以最小的风险和代价来换取最大、最优的实践成效,具有极为重要的意义。

但制度的安排是复杂的。如何设计和安排出一个合理的和完善的体现平等、公正和效率的司法制度,真正使司法实现高速、科学运转,实现对社会的调整和控制功能,绝非易事。研究的方法并不—定能够保证结论的有效性和正确性,与研究者的知识结构、所处的位置、立场有关,我们的研究往往只—种“片面的深刻”,也可能是一种基于“地方性知识”(吉尔兹,Greetz)的褊狭。但对方法论的关注,为法学和司法知识形态实现范式革命提供了契机。以人类有限的理性、思考无限的事实,必然捉襟见肘,也不可避免会“理性化为无稽,幸福变为苦痛”。“勉为其难,不如顺其自然,在力所能及的层次上研究、解释问题。”⁸对传统哲学的认识论和方法论的反叛,首先要依赖于研究范式的转化,最重要的是实践性问题意识的确立和分析理性的提升。为此,如何描绘—幅司法制度发展的综合性的图像,是本书着力要解决的一个重大问题。

(—) 研究方法的跨学科整合

现今法学的研究热点似乎存在着从立法领域到司法领域,由法律本