

第六卷

珞珈法学论坛



LUO JIA JURISTS' FORUM

武汉大学法学院

本刊顾问：韩德培 马克昌 李龙

Wuhan University Press

武汉大学出版社

珞珈法学论坛

第六卷

LUO JIA JURISTS' FORUM

型 陈 朴 敬 林 寒 本 和

武汉大学法学院主办



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

珞珈法学论坛. 第6卷/武汉大学法学院;本刊顾问:韩德培,马克昌,李龙. —武汉:武汉大学出版社,2007.7

ISBN 978-7-307-05647-3

I. 珞… I. ①韩… ②马… ③李… II. 法学—文集
IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 080863 号

责任编辑:田红恩

责任校对:程小宜

版式设计:支 笛

出版发行:武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件:wdp4@whu.edu.cn 网址:www.wdp.com.cn)

印刷:湖北新华印务有限责任公司

开本:787×1092 1/16 印张:23 字数:552千字

版次:2007年7月第1版 2007年7月第1次印刷

ISBN 978-7-307-05647-3/D·739 定价:32.00元

版权所有,不得翻印;凡购我社的图书,如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请与当地图书销售部门联系调换。

本刊顾问

韩德培

马克昌

李 龙

曾令良

陈本寒

(排名不分先后)

徐亚文

周佑勇

许发民

陈本寒

杨泽伟

柯 坚

赵 刚

主 编
副 主 编
编 委

目 录

· 法学专论 ·

当代中国司法本质与均衡初论	廖 奕 (1)
论我国立法权配置体制及其修缮	江国华 (21)
我国当代行政应急管理体制之建构	戚建刚 (50)
民族区域自治权的宪法维度	秦前红 姜 琦 (70)
我国当前职务犯罪的现状及特征	莫洪宪 叶小琴 (84)
商号权制度之探讨	陈本寒 (130)
论资产证券化的法律意义及其规范架构	甘 勇 (145)
论税与费的法律界限	王桦宇 (168)
证明妨碍之比较研究	占善刚 刘显鹏 (183)
论诉讼信托	刘学在 (199)
论我国投资合同专属管辖权	何其生 (207)
证券间接持有体制及冲突法的变革	乔雄兵 (223)
论外国法的查明与适用	郭玉军 (240)
论《巴塞尔新资本协议》中的法律风险	李仁真 刘 轶 (254)
中国人民币汇率制度的国际法探讨	林 念 (265)
后 TRIPS 时代知识产权保护的协调	古祖雪 (285)

· 外国法译评 ·

英国法上的允诺禁反悔	朱广新 (307)
美国联邦税务诉讼的特色与启示	熊 伟 (325)

· 法学杂谈 ·

法律与文学初论	张万洪 (340)
---------------	-----------



当代中国司法本质与均衡初论

■ 廖 奕*

目 录

- 一、当代中国司法本质的理论检讨
- 二、司法过程的均衡分析
- 三、当代中国司法的非均衡
- 四、回归均衡本质的当代中国司法

现代性司法对于当代中国的法治战略具有重要意义。均衡的司法权运行对于当代中国这样一个各地政治经济文化发展都很不平衡的大国更是至关重要。“司法权存在的目的,一方面是给那些受到损害的个人权利提供一种最终的、权威的救济,另一方面也对那些颇具侵犯性和扩张性的国家权力实施一种中立的审查和控制。”^① 本文从司法本质的理论检讨开始,系统勾勒了当代中国司法权运行的均衡模式,希望对当代中国法治建设和司法改革有所帮助。

一、当代中国司法本质的理论检讨

(一) 司法本质的功能论

这类观点主要从功能主义的视角界说司法的本质,比较有代表性和影响力的是“判断说”(“裁判说”)。

“判断说”(“裁判说”)认为,司法权是法院享有的,对当事人提请的解决涉及其人身及财产法益的纠纷作出裁断,对法律释义并宣告之的终局权。^② “司法权是法院享有的

* 武汉大学法学院教师,在职博士研究生。

① 陈瑞华:《司法权的性质——以刑事司法为范例的分析》,载《法学研究》2000年第5期。

② *Blake's Law Dictionary* (fifth edition). West Publishing Company. pp. 761-762.

独立于行政权并对其进行制约的、依照成文法和判例法决定案件的终局权。”^①司法的本质是判断,司法权的本质是判断权——这是司法区别于行政、司法权有别于行政权的关键。^②“作为一种实质的国家活动,司法是指依法判断具体案件事实并且对法律主体(争议)的权利义务作出决定的活动。”^③“司法本质上就是由司法机关代表国家对各类纠纷进行的居中的裁判,此种裁判对争议的双方都有拘束力。”^④

这种观念由来已久。100多年前,托克维尔就曾将司法权视为“判断权”。^⑤更早时候,汉密尔顿那段关于“司法部门既无强制,又无意志,而只有判断”的经典论述更是使“司法即判断”的观念深入人心。^⑥基于这些,《布莱克维尔政治学百科全书》对“司法”下了一个功能型定义:“法院或者法庭将法律规则适用于具体案件或争议。”^⑦但诚如詹宁斯所言,“要准确地界定‘司法权’是什么从来都不十分容易,从功能主义的视角,‘司法与行政’在本质上是没有什么区别的”。^⑧在我国,也有学者认为,“司法从广义的理解就是执法。广义是同立法机关的立法活动相对而言的,是指国家行政机关、司法机关及其公职人员,以及国家权力机关授权的组织,严格依照法定职权和程序,针对具体法律事实,运用具体法律规范的活动”。^⑨这种观点提倡从广义上理解司法,主张将司法与立法进行比较,而不是在司法与行政之间寻找差别。

无论将司法理解为裁判、法律适用或是执法,这些论说的功能主义色彩都是非常浓厚的,它们对于当下司法改革的阶段性目标的确定发挥着相当重大的作用,但在理论上也存在许多难以自圆其说的困境,面临诸多有力诘问。比如美国法官哈奇逊(Hutcheson)就曾坦率指出:“法官作出决定,的确是通过感觉而不是通过判断,通过预感,而不是通过三段论推理,这种三段论推理只出现在法庭意见中。作出决定的关键冲动是在特定案件中对于正确或错误的直觉;精明的法官,在已经作出决定的前提下,劳其筋骨,苦其心志,不仅要向自己说明直觉是合理的,而且还要使直觉经受住批评苛责。”^⑩此外,依我国学者的观点,“法律判断是应用法律所产生的具有约束力的结论性判断,它最终表现为法院判决和裁定、公安机关和检察院的法律决定、行政决定、行政处罚决定、行政复议决定、仲裁裁决,在应用法律的不同阶段,也不停地发生着判断问题,如对事实的判断,选择何种规范的判断”。^⑪可见,如果将司法定性为判断,显然无法与其他的法律判断形式相区

① Dhavan. *Judges and the Judicial Power*. London: Sweet&Maxwell. 1985. pp. 3-4.

② 参见孙笑侠:《司法权的本质是判断权——司法权与行政权的十大区别》,载《法学》1998年第8期。

③ [德] 汉斯·沃尔夫等著:《行政法》(第一卷),高家伟译,商务印书馆2002年版,第176页。

④ 王利明著:《司法改革研究》,法律出版社2000年版,第8页。

⑤ [法] 托克维尔著:《论美国的民主》(上卷),董果良译,商务印书馆1993年版,第110页。

⑥ 参见[美] 汉密尔顿等著:《联邦党人文集》,程逢如等译,商务印书馆1980年版,第392页。

⑦ 《布莱克维尔政治学百科全书》(中译本),中国政法大学出版社1992年版,第6页。

⑧ [英] 詹宁斯著:《法与宪法》,龚祥瑞、侯健译,三联书店1997年版,第165页。

⑨ 王勇飞、张贵成主编:《中国法理学研究综述与评价》,中国政法大学出版社1992年版,第425页。

⑩ [美] 博西格诺等著:《法律之门》,邓子滨译,华夏出版社2002年版,第29页。

⑪ 郑永流:《法律判断形成的模式》,载《法学研究》2004年第1期。

别,无法凸显司法内在的本质特性。

(二) 司法本质的价值论

这类观点的特点在于:不从行为的功能特征确定事物本质,而从事物的价值目标确定行为标准。这类观点包括:(1) 理性说。有学者通过比较司法与民主,得出结论:“司法的本质是理性,法律推理是一种理性过程,裁决者不能有利益、感情牵涉,中立是最基本的要求。”^① 在“理性”这一价值目标的指引和确定下,司法的最高使命就是“独立实施法律”,而不是其他的政治目的。(2) 正义说。“公正”一词暗示着相关的语境中存在着某种制度性因素,而在可以合理地、自然地使用“正义”一词的语境中,制度性因素可能存在,也可能不存在。因而,“正义”一词的使用范围可以覆盖并超过“公正”一词的使用范围。^② 使“司法”等同于“正义”,这是千百年来人类的理想。尼采,这个柏拉图最激烈的批判者,曾一语道破古希腊律法和司法的精髓,那就是:正义!正义意喻“给同样的人以同样的东西,给不同的人以不同的东西”,决不把不平的东西抹平。^③ 在英文中,“justice”就兼有“司法”与“正义”的双重含义。“寻求司法正义”、“通过司法实现正义”是法治社会公民的惯有观念与基本意识。这些均是司法本质正义说的有力证明。(3) 权威说。此种观点明确反对将司法仅仅视为国家权力的物理强制,主张将司法的本质定义为“一种权威”。“如果将司法视为直接的国家权力,这种权力司法的状况虽然也能带来一定的权威,但这种权威是暂时的、不可靠的和难以长久的。”^④ 司法权威说在当今中国法学界愈来愈流行,为越来越多的人士所信服。^⑤

相对于司法价值权威说而言,司法本质正义说更能体现司法价值的内在特色。一般认为,“司法公正是法律之内的正义,这意味着它是以方法性的形态存在着的正义,同时,也意味着它具有法律性质的制度伦理上的正义”。^⑥ 值得特别指出的是,司法正义与“司法的正义”存在微妙区别。在性质上,司法正义实际上是双语重义,以强调正义的法理性及法理的正义性,解释方式类似于中国古语的“互文”。而司法的正义“乃是一种以司法独立为先决条件,以实现矫正正义为基本目标的程序正义”。“司法正义不仅是一种形式化的正义,而且更应该是一种实质性的正义。”^⑦

理性说、正义说和权威说从不同侧面揭示了司法的价值追求,但它们也存在着显见的问题:就理性说而论,它看到了司法与理性的重大关联,但未能对“理性”加以人文层面的科学定位和哲学升华,忽略了“理性”背后同样深刻的“感性”与“知性”,湮没了“法官造法”过程中最精彩的非理性创造;就正义说而论,由于法律与正义在某种意义上是一对血肉融合器官共用的“连体婴儿”,正义是法律的内质,法律是正义的载体,

① 陈端洪:《司法与民主:中国司法民主化及其批判》,载《中外法学》1998年第4期。

② 参见郑成良著:《法律之内的正义》,法律出版社2002年版,第19页。

③ 参见林国荣:《论世界帝国——从观念史截面的理性思考》,载《战略与管理》2001年第5期。

④ 贺日开:《司法改革:从权力走向权威——兼谈对司法本质的认识》,载《法学》1999年第7期。

⑤ 季金华的《司法权威论》(山东人民出版社2003年版)就是一部这方面的力作。

⑥ 郑成良著:《法律之内的正义》,法律出版社2002年版,第91页。

⑦ 杨一平著:《司法正义论》,法律出版社1999年版,第4、5页。

所以正义应当是一切“涉法机关”的共同追求。举例而言，司法机关行使司法权彰显的正义可能叫“司法公正”，行政机关行使行政权呈现的正义可能叫“行政公平”，但不论具体表达如何，公平和公正显然同属正义的范畴——司法与行政在“正义”这一性征上无法根本区别，或许它们本就不应存在什么根本区别；就权威说而论，由于权威实质上是一种信仰，司法权威的确立离不开公民对法官、法院和法律的信任。“就司法的社会控制本质而言，能不能充分发挥规范力，一如宗教或伦理，关键还是在于其决定的‘被信赖’而被接受，不在于其‘正确性’。故当信赖不足时，决定的质与量再改善，也是徒劳无功。”^①因此，与其将司法的本质归于一种政治权威的实体，不如将其定性为一种法律信仰的流程。

（三）司法本质的系统论

这种观点将司法的本质视为一个价值整体加以系统分析。此种分析在国内学界对司法本质的研讨中并不少见，其中比较引人注目的是蒋惠岭先生的观点。蒋先生在《司法制度改革的目标》一文中指出，“公正、独立、权威是司法的本质特性”。“司法的本质是公正，而独立和权威是实现司法公正的保证。”对此，他的分析是：“司法的本质特征，是指那些使司法之所以能成为司法而不至于混同于其他国家职能的特点。司法的本质可以从两个层面上理解：一是目的，二是实现该目的的手段。”^②第一，司法的目的是“以公正的态度、方式和表现实现正义”。这是由司法职能的地位决定的。这可以完整地体现已经被广泛接受的公正概念，即公正不仅是实际存在的，而且还应当让人看见并相信它是存在的。第二，手段层次上的本质特征，主要包括四个因素：一是独立性，即司法不受来自任何方面的干扰；二是程序性（或称司法工作方法），即任何司法职能都必须经过特定的司法程序实现；三是权威性（或公信力），即司法活动与裁判结果必须受到尊重，这不仅靠国家强制力建立权威，更重要的是靠公众对司法的信任并维护司法的权威；四是职业性（或称法官胜任性），即法官应当有充分的司法知识、能力、技能以履行其职责。应当指出，系统论虽然是一种比较全面、科学的理论范式，但由于缺乏社会历史的宏观视野，因而仍然将司法简单地定性为一种“国家职能”，难以摆脱司法国家主义阴影的纠缠。

不同的司法制度都有几近相同的本质特性，那就是：公正、独立和权威。失去这三个特性，司法将不成其为司法，这一部分国家职能将被其他职能代替而不复存在。当然，没有一个现代国家明确取消其司法职能，但隐没、损害司法本质特性的情况在许多国家仍然存在。

（四）司法本质的结构论

此种观点认为，司法作为政治社会普遍政治现象，对其本质的抽象只有诉诸它在社会中最为普遍的结构地位，才能得到科学的说明。这种观点主张从政治、经济或社会系统的结构和功能意义上解读司法，并且通过具体的分析后认为，对司法本质应有的概括是：

^① 苏永钦著：《司法改革的再改革》，台北月旦出版社1998年版，第14页。

^② 蒋惠岭：《司法制度改革的目标》，载《人民司法》1995年第1期。

“司法是通过向社会拓展正义促生社会秩序及其变迁的张力结构。”^①“司法全然不仅仅是一个国人心中的‘打官司’概念,在现实性上它至少是由相关的价值、制度、组织、角色构成的一个与社会互动着的结构。”^②将司法本质定位于一种系统的结构,在方法论意义上的确可以有效兼容价值论和功能论,视野宏大,概括全面,但在理论上仍存在两个缺陷:一是太过理想主义,很难不让人联想到一种人工设计的完美结构;二是太过静态化,只强调结构整体与社会互动,并未指出司法内部非均衡的竞争性。

(五) 司法本质的过程论

与前述的静态分析进路相比,过程论是一种研究司法本质的动态性理论进路。毕竟,事物的本质不同于事物的性质,前者除了像后者一样是决定事物存在的根本属性外,还是决定事物发展、变化的根本属性。因此,对司法的本质研究除了需要全面的静态分析,还需要宏观的动态把握。站在过程论的视角,我们既可以把司法的本质看做是一个确定结构的功能发挥或价值实现,也可将司法的本质视做一个层级分明变动有序的运行整体。有学者认为,“司法的本质在于它是一个基本既定的程序规则和实体规则对当事人间的争议进行公正、最终的裁判过程。司法的本质应体现在裁判公正性和最终性,司法的目的在于解决纠纷,而不是寻求所谓的绝对正确的答案”。^③“司法权的展开过程,实质上是凭借制度塑造社会正义的过程,其实质是为社会运行与发展提供网络模式。”^④这种对司法本质的界说便是“过程论”的初步运用,它兼容了功能论、价值论与结构论,也展现了系统论的理论优势,尽管在许多具体观点上有待商榷,但在思想方法上无疑是较为可取的。

“过程”这个哲学语词能够将司法的本质包容,虽然,司法过程充满繁复的争斗和多元的角力。近代哲学教父康德即反对长期以来西方哲学的一种流俗,即认为把握实在的方式就是通过意识的深入到灵魂的拷问甚至心灵的自白达到观察认识事物本质的目的。他将之称为“哲学和人类理性的耻辱”。他认为“我之外事物的实际存在”只能由这个事实证明:即变化和恒常有同样的基本性,都属于时间的本质,有一个确定的时间特性,就预设了某种恒常的东西的实际存在。

康德还认为,只有“在我之内”才能体验到时间,而时间又支持着这个证明。对于康德这种“在我之内”与“在我之外”的区分,海德格尔反应激烈。他不无尖刻地指出“如果人们看到这个证明所预设的‘内部’和‘外部’之间的全部区别和全部联系的话,如果本体论也对待这个假设中的假设的东西,那么就完全不可能坚持一个‘我之外的事物的实际存在’的证明还有待给予,是必要的”。海德格尔认为,如果把“实在问题”理解为外部世界的客观存在,那么这样实在无法证明。相信“外在世界”的实在无论对错,证明这种实在无论深浅,预设这种实在无论清混,这些企图都没有充分明确地掌握它们自

① 程竹汝著:《司法改革与政治发展》,中国社会科学出版社2001年版,第21页。

② 程竹汝著:《司法改革与政治发展》,中国社会科学出版社2001年版,第22页。

③ 何兵、潘剑锋:《司法之根本:最后的审判抑或最好的审判?》,载《比较法研究》2000年第4期。

④ 徐显明:《司法权的性质》,载《人民法院报》2003年6月23日。

己的基础，都预设了一个与整体世界近乎对立的绝缘主体。^①人天生群活，人面对这个世界，自生而始。人无法证明世界的存在，但人可以理解世界的过程，对于宇宙大世界如此，对于司法本质的“小宇宙”，同样如此。

法学巨擘庞德认为，法律有三种意义的解释：一是工具意义的法律，二是根据意义的法律，三是过程意义的法律。他说，“如果我们把法律当作法律秩序来看，我们可以说它已经成为维护和推进文明生活最直接而实际的工具。但法律这一名词另有第二种意义。照此意义它也可以理解为解决争议之权威的根据或指导，其作用在调整人与人之间的关系并使人类的行为正常。法律的第三种意义是裁判过程，即凭借上面这种权威的根据或指导而平定争端、解决纠纷，以维护所谓法律秩序的一种程序”。^②近代中国法理学大师吴经熊说：“法律是理想与现实的契合点，就仿佛莲花，它的根深深地植入泥土，而花苞和花瓣向天空伸展。法律是一种把物质利益的摩擦转化为理想物之光的艺术。”庞德还说：“司法的真正危险在于对合理改革的胆怯抵制，对法律陈规的顽固坚持。”^③司法的本质正在于衡平艺术过程的展现。

将司法的本质看做一种均衡的过程，在当代法官眼里也并非什么新鲜事物。在马伯里诉麦迪逊一案中，马歇尔大法官便将法官依照宪法解释法律的过程视为“司法的本质所在”。^④这虽然更多地是一种政治修辞，但其中蕴涵的政治斗争的法律技艺是不容抹杀的。^⑤卡多佐大法官的名著《司法过程的性质》中虽然没有明确提出司法过程的理念本质，但字里行间的的确从始至终贯彻着“均衡司法”的法理关切。

司法过程论的提出，“归根结底不过是对‘现实中使审判制度运作的都是活生生的个人’这一自现实主义法学以来已成为常识的命题的再次确认。法律学和法社会学以前的优秀成果，都是以这一命题为默示的前提而积累起来的。不过，为了今后进一步推进关于纠纷解决过程的实证研究，必须更加自觉地把握这种观点。而且还有必要把政治学、人类学、社会学、社会心理学等社会科学为了分析过程而精心构成的分析工具（行为科学、意思决定模型、网络分析、象征互动论等）积极地导入纠纷解决过程的研究领域”。^⑥这种过程分析的司法本质探究进路实质上正是我们倡导的“司法均衡”分析方法，在某种意义上，它还只是司法均衡分析的雏形，并非其原型。

强调司法的过程与过程的司法对当代中国具有特殊意义。“法律上的公正虽然包括了实体方面的公正和程序方面的公正，而且程序公正是实现实质性公正的必要前提和保障，

① 邓晓芒教授评论：“近年我国哲学界讨论‘关系实在论’或‘场有哲学’，那着眼点就只在与西方个别形式实体（如原子论）相对立，却不知从何处获得‘关系’或‘场有’的个体能动性（‘权能’），基本上未跳出中国传统思维的框架。”相关引用见吴根友、邓晓芒、郭齐勇主编：《场与有——中外哲学的比较与融通（四）》，武汉大学出版社1997年版，第130页。

② 转引自〔美〕庞德：《近代司法的问题》，杨兆龙译，重刊于王健（编）：《西法东渐——外国人与中国法的近代变革》，中国政法大学出版社2001年版，第426页。

③ 转引自欧阳爱辉：《人民陪审员在当前有存在的必要吗？》，载《民主与科学》2004年第6期。

④ 徐炳：《美国司法审查制度的起源》，载《外国法译评》1995年第1期。

⑤ 参见〔日〕棚濑孝雄著：《纠纷的解决与审判制度》，王亚新译，中国政法大学出版社2004年修订版，第6~7页。

⑥ 强世功：《司法审查的迷雾》，载《环球法律评论》2004年冬季号。

但在司法活动中，程序性公正是必须首先实现的状态。程序覆盖了司法的全过程，或者说司法活动就是由程序构成的，所以，程序性公正在美国都成为司法公正的核心内容甚至是唯一内容。公正是否存在，取决于程序的设计和运转。”^①“程序正义的原则主要有两个，即‘任何人都应当成为自己案件的法官’和‘当事人有陈述和被倾听的权利’。这两个在绝大部分文明社会和许多世纪以来被广泛认同的自然正义的基本原则，与其说是共识，不如说是司法科学。”^②长久以来，我们都非常强调司法的目的性和结果性，忽视了司法权运行的程序建设，这与我们缺乏“过程司法观”是脱不了干系的。司法过程本身是在一定的矛盾和冲突存在的情况下，通过适当的程序将各种矛盾和纠纷化解为技术问题。强调司法的过程性实质上就是强调司法权的正当运行和合理运用。

二、司法过程的均衡分析

（一）静态分析

1. 司法过程的结构特点

在严格的传统意义上，司法仅指与立法、行政相对应的法院审判活动。而在现代意义上，司法是指包括基本功能与法院相同的仲裁、调解、行政裁判、司法审查、国际审判等纠纷机制在内，以法院为核心并以当事人的合意为基础和国家强制力为最后保证的以解决纠纷为基本功能的一种法律性活动，在较宽泛的意义上，司法还包括与上述法律性活动具有密切联系的其他各种活动。

作为过程的司法权运行在结构上有两点值得注意：一是它的功能位置，二是它的层次划分。日本法学家谷口安平指出：“以裁判所进行的诉讼、审判活动为中心，包含着法的规范、法的程序、法的解释以及从事这些法的生产活动的法学家主体等要素，司法又意味着一个有独立性的自律的所谓法的空间得以形成和维持。这个法的空间既相对独立于国家和社会，同时又将这两者有机地结合起来，发挥着一种媒体的作用。”^③在国家和社会的二元构架中，现代司法似乎更注重国家成文法（制定法）对非正式制度（民间法）和非制度行为的权威性。但从司法本身的功能位置而言，它中立地处于国家与社会之间，发挥均衡国家法与民间法的重大功用。

2. 司法过程的价值性特点

（1）保障人权。英国有句法谚，“法为人而设，人非为法而活”，意喻法律非目的，却是一种手段。“手段的好坏，全视它的功效怎么样而定。法律既是手段，它的目的究竟是什么呢？简单说来，法律应当以人类的目的为目的。”^④那么人类的目的又应是什么呢？法哲学家认为，人类之目的莫出于“保障人权”四字。保障人权即捍卫人之存在、发展的内容及意义；保障人权即谋求人际社会良性沟通的制度和环境；保障人权即实现最通常的正义——人际的正义与个体的尊严。保障人权对司法过程提出了直接而苛严的规诫，那

① 蒋惠岭：《司法制度改革的目标》，载《人民司法》1995年第1期。

② 徐亚文著：《程序正义论》，山东人民出版社2004年版，第10页。

③ 转引自王利明著：《司法改革研究》，法律出版社2000年版，第20页。

④ 何勤华、李秀清主编：《民国法学论文精粹》（基础法律篇），法律出版社2003年版，第32页。

就是,司法权的行使者、拥有者及追求者并非是“运用强制制裁方法的裁决者,而是设法恢复众多‘请求者’权利的管理者”。^①他们必须将“人权至上”这个基本理念融入自己的血液,并通过具体的司法行为系统传播之沸腾之,使其成为真正的法治强音,而非虚假的口号文饰。

(2) 接近正义。如同在理论上给“正义”下一个公认的定义是不可能的一样,在实践中实现全然无争议的正义亦不可能。于是,“接近正义”成为近年来各国司法改革共擎的一面价值论大旗,学者们对它作出了相当浩大的研究,但许多核心问题仍未得到解决。^②虽然如此,“接近正义”理论还是确凿无疑地告诉我们,随着福利国家和新型社会权的出现,司法的功能位置发生了巨大改变,其原有的“核心—外围”层次势必也会发生重大调整,原有的法官裁判中心主义业已很难适应日益复杂的社会化纠纷及权利要求。以前的“准司法”和“非正式社会控制手段”在“接近正义”的大旗下地位日显重要,它们不再是传统上的司法外围,而有望成为一种介于核心与外围之间的“第二中心”。

(3) 捍卫法律。“法律不只是一整套规则,它是在进行立法、判决、执法和立约的活生生的人。它是分配权利和义务,并据以解决纠纷,创造合作关系的活生生的程序。”^③尽管“保障人权”和“接近正义”要求社会力量参与司法过程,但脱离了良法保障的“人权司法”与“正义司法”必将成为空洞的教条和盲目的跃进。因此,在倡导保障人权和接近正义的同时,我们决不能忘了在司法权运行过程中捍卫法律权威,尤其是人权法的权威。^④因为这才是真正的司法之根,正义之魂。

3. 司法过程的功能性特点

(1) 权威裁判。“纠纷当事者之间存在对立,具有中立性的第三者应一方当事者的要求针对这一对立作出某种权威的判断,这就是审判。”^⑤司法裁判不同于一般裁判的特点在于它是以一种权威的方式宣告和出现。这种“权威”有可能是自封的,但更多时候是基于法律受信仰的程度和司法者的自身威信。蒙田有言,“法律受信用并不因为它公正,因为它是法,这就是法律权威不可思议的基础”。司法裁判也是这样,它的权威并不在于其他,而在于它出于一个公认的司法过程,在这一过程中,没有明显的违规,没有对法律的蔑视与践踏,根据法定程序客观地适用现行的客观法,对一般人的权威认知而言,就足够了。

(2) 理性决策。司法决策是指法院在审理案件的过程中对可能对诉讼当事人的权利

① [英] 罗杰·科特威尔著:《法律社会学导论》,潘大松等译,华夏出版社1989年版,第242页。

② 参见[意] 莫诺·卡佩莱蒂编:《福利国家与接近正义》,刘俊祥等译,法律出版社2000年版,第1~2页。

③ [美] 伯尔曼著:《法律与宗教》,梁治平译,三联书店1991年版,第38页。

④ 有学者曾对人权法的权威作出如下评述:“人权在法律领域的登台应该说是一个进步,甚至可以说是一个‘哥白尼革命’:法律没有以国家为中心,而是围绕着基本人权,这使得法律居于国家之上,并且可以以法律的名义谴责国家,如同欧洲人权法院所做的那样。”参见[法] 米海依·戴尔马斯-玛蒂:《当代中国依法治国进程:进展与阻力》,石佳友译,载《中外法学》2003年第2期。

⑤ [日] 棚濑孝雄:《纠纷的解决与审判制度》,王亚新译,中国政法大学出版社2004年修订版,第1页。

义务产生重大影响的各种可选择的法律或条款进行选择,或在法律没有规定的情况下对所涉利益进行理性地权衡,从而得出最符合宪法性要求的法律规定的过程。^①与一般的判断不同,理性的司法决策是一个价值判断的过程,涉及决策主体的价值追求,其目的是制定司法政策,其实质是“对资源的权威性分配”。^②这样就可以有效保障公民、组织尤其是少数群体和弱势群体的法定权利。司法决策是对近代法治理论下机械司法模式的突破,是一种适应现代法治社会要求的能动司法样式。

(3) 解决纠纷。我们经常说,法官除了法律,就没有别的上级。法律首先是一种规则,因此,司法者必须尊重规则。但“事实上,任何一个人都不可避免地要关注纠纷或争议如何处理,即使是以法律审为主的上审法官也不会完全不考虑纠纷的实际解决,而仅仅顾及规则”。^③尤其在我国的基层司法运作实际中,解决纠纷甚至成为司法过程的“帝王功能”。“中国基层法院的法官面临的问题就不仅是如何决定更为公正、更符合规则的问题,而且要考虑决定之后如何才能得到实际贯彻落实的问题。他就不得不将这些就制定法的规则上看似非常齐整但实际处理起来极其复杂的问题尽可能地以某种并不一定符合法律规则和法官的制度角色但能够化解纠纷的方式解决。”^④纠纷的解决过程实际上是权利冲突的化解与协调、权能资源的调整与再分配过程。当一个纠纷通过司法过程得以真正顺利解决,在某种程度和意义上,司法的核心功能也就实现了。

(4) 形成规则。司法除了可以解决纠纷,它还能够通过权威裁判和纠纷解决为国家和社会确立新的行为规则。现代性的司法过程为了应对不断紧张的公权—私权冲突,必须强调制度性的预防。司法不仅要面对已出的纠纷,更要面对未然的隐患,这就要从法律上堵塞制度的漏洞。“司法”从而具有了一项新的功能,那便是审查法律,维护法律的统一和权威。“现代社会对规则的确认并不是或仅仅是一种规范性要求,而是一个实践的问题,是一个过程。”^⑤在对法律进行清理、纂、立、改、废的过程中,司法裁判是最有权威性的调整,它是规则形成的制度化凭据。

(二) 动态分析

从动态的视角看,司法过程实际上就是司法权的运行过程。司法是公权正当运作的保障。公权力对社会的管理、服务及对其滥用的控制最终都离不开司法。不同公权之间的权限纠纷也离不开司法的裁决和评断。同时,司法权也是人权保障的基石和社会公正的最后防线。正当的司法过程必须中立、权威均衡公权和人权两者内部及相互之间的关系。虽然学界从未怀疑过司法权的公权性质,但学者们同样也从未否定过司法权的人权关怀。^⑥因

① Harold J. Spaeth. *Supreme Court Policy Making*. W. H. Freeman and Company. 1979, p. 1.

② Harold J. Spaeth. *Supreme Court Policy Making*. W. H. Freeman and Company. 1979, p. 1.

③ 苏力著:《送法下乡——中国基层司法制度研究》,中国政法大学出版社2000年版,第184页。

④ 苏力著:《送法下乡——中国基层司法制度研究》,中国政法大学出版社2000年版,第189页。

⑤ 苏力著:《送法下乡——中国基层司法制度研究》,中国政法大学出版社2000年版,第196页。

⑥ 如陈瑞华教授认为,“只有为司法改革注入人权保障的因素,只有将司法权与普遍意义上的公民权利甚至政治权利联系起来,也只有使司法机构更加有效地为那些受到其他国家权力侵害的个人权益提供救济,司法权的存在和介入才是富有实质意义的”。参见陈瑞华:《中国刑事司法制度的主要问题》, <http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=15461>。

此，这里的“司法权”不是一般意义上的国家司法权力，而是一种包含了司法公权和司法人权及二者良性互动的广义司法权。^①

必须说明的是，一般而论，司法权在总体上应当是一项公权，其主体是国家，隶属于国家权力系统，与人权的主体是大相径庭的。我们此处将司法人权摄入司法权概念，主要是基于，在政治国家与市民社会二元互动的法治模式下，司法权的运行包含了对人权的关注和保护，所以，不能将司法人权从司法公权中完全排斥掉。司法人权是渗透、浸润在司法公权中的价值理念。

1. 司法公权的三个阶段

自俄狄浦斯破解了狮身人面女怪的隐谜以来，三分法的逻辑锐力似乎未被任何宏论取代。现代中国著名哲学家庞朴最近还出了一本名为“一分为三”的文集。俄狄浦斯面对斯芬克司的问题：谁早晨用四条腿走路，白天用两条腿走路，晚上用三条腿走路？他猜到了答案：是人。因为他聪明地领悟到，人生的三分法：幼年、成年、老年正好对应着女怪的三个隐喻：早晨、白天和晚上。要解析“司法公权”这一人本概念，我们最好还得选择三分法：

(1) 司法权力。司法公权首先以司法权力的形式出场。所谓司法权力，是法律权力和事实权力在具体个案中的伸展运用，它在内容上渊源于事实权力，但在形式上又依靠于法律权力。马克斯·韦伯认为，权力乃是“这样一种可能性，即处于某种社会关系内的一个行动者能够不顾抵制而实现个人意志的可能性，而不管这一可能性所依赖的基础是什么”。^②在现代国家，司法权力的拥有者一般是公权的享有者，它不容被随意分配或割裂。司法权力内在地具有垄断性，不容许其他公权力对它的逻辑和利益动手动脚。享有司法公权力的不仅只有法、检等国家官员，还有律师、仲裁员等公共利益的代表和代理。在美国的对抗制下，律师不仅仅是积极代表顾客利益的辩论士，而且也是“法庭的官员”。仲裁员虽然是民间解决纠纷组织的官员，但也行使着特定的司法公权力。

(2) 司法权威。权力是反映主体—客体、命令—服从关系的影响力，表现为对社会资源的支配和调动以及强制性地影响他人行为的能力。任何权力都具有外在的公共性和内在的排他性。“权力，在米尔斯那里，被看作是即使在面临反对的情况下也能实现自己意志的能力。权力精英就是那些处于能做出重要影响的决定位置的人，那些处于可以改变一般人的一般环境的位置的人。”^③当司法权力制度化地为一个集团或群体垄断，我们便称，这个团体具有“司法权威”。权威指的是为其他人所服从的权力人士具有的被信任度和能力。司法权威是司法权力合法垄断主体的外界肯评，根据韦伯的经典界定，可分为神异权

① 关于司法权的性质，我国学者多从消极、中立、公开等现象性视角论述，大同小异。他们基本上都忽略了对“司法权”这一语词本身的本体分析，从而简单地将司法权理解为司法权力。有学者认为，“权”是很有中国特色的一个语词，在英文中很难找到对译词，因此只能拼译为“QUAN”（参见童之伟著：《法权与宪政》一书的自序，山东人民出版社2001年版）。如此看来，如果我们对司法权这个概念加以“中国语境”新析，起码要看到，司法权不能简单地和司法权力画等号，除了司法权力，司法权还可能包括很多要素，比如司法权威和司法权能。更进一步讲，除了司法公权，还有司法人权。

② [美] E·博登海默著：《法理学——法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1999年版，第357页。

③ 谢立中主编：《西方社会学名著提要》，江西人民出版社2001年版，第194～195页。

威、传统权威和科层权威三种纯粹理想形态。具体而言,司法神异权威指的是行使司法权利/权力的个人利用创造对众人的福利获得声望,从而具有强大的宗教般的支配力量和尊严。司法传统权威指的是司法制度在长期的存在中,逐步获得公众的承认,成为正义象征、行为伦理约束力的存在。与前二者不同,司法科层权威的力量来自于正式的官府以及工作单位上级的任命,以行政等级为存在基础,涉及制度的建制,因此是官僚制的。在现代法治国家,司法权威的主体角色在通常由专业的法律职业集团充当。法治正是这样一种司法权威的统治,“既与历史英雄无关,也与神圣的传统无关。它不能像前者那样‘突发’,也不能像后者那样持续”。^①司法权威通常与法律信仰紧密关联。

(3) 司法权能。当司法权力为一个主体制度化占有、行使、形成法律上的习惯,我们就称“司法权能”出现了。司法权能是司法权力与司法权威理性契合的产物,它兼具权力和权威的特色,维持着利益与主体的制度均衡。因此,它主要体现为一套均衡博弈后形成的规则体系,而不仅仅是一种力量或一个主体。在司法权能的视野中,均衡的制度是权力运行及权威统治的根基支持,是“社会主体成员一致同意的行为规则,这些规则具体规定了在特定的反复出现的情境中的特定行为”。^②司法权能是政治结构形成的法理标志,因为,“政治结构总是与一定的权力和权威相对应的。政治结构能反映一定的权力状况和权威性质”。这又是因为,“权力和权威都是社会中部分人对他人的控制能力。尽管权力和权威的表现形式不一样,它们的社会根源不一致,但如果从社会结构的角度看,权力和权威都是一个人社会地位的标志”。^③当人与人的法理时空位置得到制度化均衡,纠纷也就不复存在了,规则凝成后司法的价值功能也就顺利实现了。

2. 司法人权的两项内容

司法人权虽然可以精分出权力、权威与权能的三个阶段,但它与司法公权不同,它本身是一个内在原发的短时过程,就像引发爆炸的火星,亦如带来甘霖的风信,辉煌及时却也瞬息即逝。司法人权必须得到司法过程的精心呵护才能得到保存,必须受到公民社会细心护养才可茁壮成长。它是公权之源,司法之魂。

(1) 作为基本人权的“公正审判权”。“公正审判权”,即公民获得法院公正审判的权利,是现代民主法治社会中公民所享有的一项基本人权。它旨在保障公民能够通过司法途径并经法院的公正审判维护自身的合法权益。对于现代刑事司法制度而言,公正审判权是其中的核心概念。联合国通过一系列国际性文件所确立的刑事司法国际标准,主要围绕着对公民公正审判权的保障而展开。国际人权法的研究还表明,“公正审判权”是一项与生存权、发展权并列的基本人权。它被视为由一系列确定的相互关联的权利组合而成的一项权利,是英美普通法中的一个传统概念,意指公民的生命、自由、财产等权利面临被国家剥夺或限制的危险时,其享有接受法院公正审判的权利。对公正审判权的保障主要有两方面的内容:组织性保障—独立和不偏袒的法庭和程序性保障—公正和公开的审判。^④作

① [美] 莱因哈特·本迪克斯:《马克斯·韦伯的思想肖像》,刘北成等译,上海人民出版社 2002 年版,第 419 页。

② Schotter, Andrew. *The Economic Theory of Social Institutions*. Cambridge University Press. 1981. p. 9.

③ 转引自于建嵘著:《岳村政治》,商务印书馆 2001 年版,第 48 页。

④ 参见熊秋红:《解读公正审判权》,载《法学研究》2001 年第 6 期。

为基本人权的公正审判权在国际人权法中已历经了 40 余年的风雨，历久弥新。可以说，“公正审判权”是司法人权传统的一项基本权，是现代法治社会的最高宪章纷纷加以制度化确认的基本人权。

（2）作为新兴人权的“获得司法正义权”。与传统的公正审判权相比，“获得司法正义权”（Access to Justice）无疑是一项新兴的司法人权。时至今日，“获得司法正义权”的概念为何，学界和法律界都未能达成共识。长期以来，这项重要的司法人权受到了国际人权公约和国际人权法教材的忽视和冷遇。但随着福利国家的兴起和法律社会化浪潮的突进，人们日益认识到，旨在解决贫困和边缘化群体在面对法律和权力时所遇到的困难与障碍的“获得司法正义权”如同“公正审判权”一样也是一项必不可少的基本人权，并且它与公正审判权一道共同构成法治的根本要素之一。因为“在现代法治社会，虽然人权保障的形式多种多样，但司法救济应该是最基本和最重要的方式，因为当个人权利受到他人，尤其是国家公共机构政府官员的侵犯时，只有通过独立和公正的法庭，才可能得到确定和有效的补救”。^①司法救济的根基并非法官权力的张扬，而是当事者双方权利的均衡，尤其是处于正义边缘的弱势群体的权利保障，这正是“公正审判权”和“获得司法正义权”共同致力的对象。

个人在司法过程中享有的天赋权利及那些体现人之为人的尊严的权利构成了司法人权的核心部分，根据这些权利，个人有权判断自己的事务，甚至决定法律在具体己身问题上的适用性。除了自己被说服而确信以外，谁都没有义务按照那种方式服从另一个人的劝诫和指定。在这一点上，每个人都享有至高无上的自我判断的权威。尽管个人司法人权在权力和权威上都是天然平等的，但一个不可否认的事实是：“在自然状态下，所有的人在权利上都是平等的，但是在权能上并不平等，弱者无法抵御强者。”（洛克语）正是这种司法权能的不平等使得司法人权必须要借助司法公权的力量才能得到真正实现。个人必须把权利存入社会的公股中，形成司法过程中的公权系统，然后作为社会的一分子，一个股东，行使自己的权利，支取自己作为司法人权“股东”的收益。

与有些论者不同，笔者并不同意司法公权天然优于司法人权，尽管司法人权必须通过理性、正义的司法公权运行发挥效用。司法人权对公权的优位是不可动摇的一项法治原则，人们并不是为了优裕生活而需要人权，而是为了人权尊严而优裕生活。正如《世界人权宣言》所说：人权产生于“人自身固有的尊严”。司法过程中的公权只有以人权为圭臬才有可能正当运行，才不至于“权力导致腐化，绝对权力绝对腐化”。

总之，司法的均衡性本质要求它无时无刻不能不位居中立于国家和社会之间的独立场域，实现和发挥着保障人权、接近正义、捍卫法律、权威裁判、理性决策、解决纠纷、形成规则的均衡性价值功能。在符合司法均衡本质的司法权运行过程中，司法权力正当运行、司法权威理性塑造和司法权能分配完美统一，司法公权与司法人权高度契合，司法本身的独立与权威得以制度性地维护，作为法治文化与政治文明的理性司法成为可即的现实。

^① [加] 威廉·夏巴斯：《获得司法正义的权利——从国内运动到国际标准》，赵海峰译，载《环球法律评论》2003 年冬季号。