

图书在版编目(CIP)数据

司法制度原理/李卫平主编. —2 版. —郑州: 郑州大学出版社,
2009. 9

(普通高等教育法学专业“十一五”规划教材)

ISBN 978 - 7 - 81106 - 939 - 6

I. 司… II. 李… III. 司法制度 - 中国 - 高等学校 - 教材
IV. D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 148236 号

郑州大学出版社出版发行

郑州市大学路 40 号

出版人: 王 锋

全国新华书店经销

河南新丰印刷有限公司印制

开本: 710 mm × 1 010 mm

印张: 27.5

字数: 569 千字

版次: 2009 年 9 月第 2 版

邮政编码: 450052

发行部电话: 0371 - 66966070

1/16

印次: 2009 年 9 月第 2 次印刷

书号: ISBN 978 - 7 - 81106 - 939 - 6 定价: 42.00 元

本书如有印装质量问题, 由本社负责调换

目 录

第一章 司法制度概述	1
第一节 制度哲学的一般理论	1
一、制度哲学的概念和性质	1
二、制度哲学的体系和任务	2
三、制度定义的不同学理研究	3
四、制度的要素	6
第二节 司法哲学的一般理论	8
一、司法哲学的概念和性质	8
二、司法哲学理论的主要内容	8
三、司法的概念	11
第三节 西方司法制度	14
一、西方司法制度的概念和特征	14
二、法院制度的基本原则	15
三、法院的类别	17
四、法院的职权	18
五、西方司法制度的发展趋势	20
第四节 中国司法制度	24
一、司法制度的概念和范围	24
二、中国司法制度的本质和特征	25
三、我国司法制度的发展动力	28

第二章 司法制度的历史沿革	32
第一节 司法制度的起源	32
一、原始社会的习惯	32
二、司法制度的起源	34
三、司法制度的特点	35
第二节 司法制度的演变	35
一、司法制度的演变过程	35
二、中国司法制度历史沿革	42
第三节 当代中国的司法制度	47
一、当代中国司法制度的形成	47
二、司法制度发展中的曲折	48
三、改革开放进程中的司法制度	49
第三章 司法权	52
第一节 司法权概述	52
一、司法权的产生	52
二、关于司法权的不同界定	54
三、司法权的性质	56
四、司法机关的界定	57
五、司法权限	58
第二节 司法权的特征	60
一、司法独立性	60
二、司法被动性	62
三、司法的终局性和稳定性	64
第三节 司法权的构成要素	67
一、司法权的主体	67
二、司法权的客体	71
三、司法权的内容	73
第四章 司法制度的价值与功能	79
第一节 司法制度的价值	79
一、司法制度的价值的概念与范畴	79
二、司法制度价值的内容	81
三、司法制度价值的冲突及选择	91
第二节 司法制度的功能	91
一、保护和调整功能	92

二、法律适用及规则创设功能	92
三、政治功能	94
四、社会功能	96
五、政治文化功能	97
六、司法制度功能的局限性	98
七、司法制度功能的实现条件	99
第五章 司法理念与司法制度	103
第一节 司法理念与司法制度的关系	103
一、司法理念概述	103
二、司法理念与司法制度的关系	106
第二节 法律至上理念	107
一、法律至上理念的历史基础	107
二、法律至上理念在司法实践中的体现	108
三、法律至上理念的特性	110
四、法律至上理念的基本要求	111
五、法律至上理念在我国的确立	111
第三节 人本理念	113
一、人本理念概述	113
二、人本理念的价值分析	115
三、人本理念的核心价值——尊重和保障人权	117
四、人本理念对刑事司法的要求	118
第四节 权力制衡理念	119
一、西方权力制衡理念的历史渊源	119
二、中西方权力制衡的共性与差异性	123
三、权力制衡的机制考察	126
四、中国特色权力制衡结构的构建	132
第五节 国外司法理念的新发展	136
一、英国司法理念的新发展	136
二、美国司法理念的新发展	137
第六章 司法制度与意识形态	141
第一节 司法制度与科学	142
一、科学的内涵与社会功能	142
二、司法制度与科学的关系	147
第二节 司法制度与文化	155

一、文化的内涵和功能	155
二、司法制度与文化的关系	158
第三节 司法制度与宗教	167
一、宗教与法律的相互影响与作用	168
二、现代社会中宗教与法律的互相影响与作用	172
三、宗教与司法制度的关系	175
四、现代社会中宗教与司法制度的关系 ——以美国和中国为例	180
第七章 司法与政党	185
第一节 司法与政党关系的一般考察	185
一、政党概述	185
二、政党与司法的关系考察	190
第二节 中国司法与政党关系的特殊性	195
一、中国党政关系的特殊性	195
二、中国执政党对司法工作的领导	197
第三节 政党政治与司法独立	199
一、司法独立概述	199
二、西方政党政治与司法独立的关系考察	202
三、我国党的领导与司法独立	203
第八章 司法与传媒	209
第一节 司法与传媒关系概述	209
一、传媒的概念和功能	209
二、传媒与司法关系的一般内容	212
第二节 国外司法与传媒的理论与实践	215
一、国外司法与传媒的相关理论	215
二、司法与传媒关系的域外实践	217
第三节 中国的司法与传媒	223
一、中国司法与传媒关系的特殊性	223
二、中国司法与传媒关系现状	225
三、我国传媒与司法关系的协调	232
第九章 司法绩效及其评价标准	236
第一节 司法绩效评价标准的一般理论	236
一、绩效、司法绩效及其评价标准	236

二、司法绩效评价标准的历史沿革	241
三、我国现行司法工作绩效评价标准及其分析	244
第二节 司法绩效评价的理论基础	249
一、司法成本	249
二、司法收益	252
第三节 司法绩效评价标准	255
一、标准设定的依据	255
二、标准的内容	256
 第十章 司法制度移植	269
第一节 司法制度移植概述	269
一、司法制度移植的概念和特点	269
二、司法制度移植的类型	271
三、司法制度移植的实例考察	275
四、司法制度移植的意义	278
第二节 司法制度移植的一般规律	280
一、概述	280
二、司法制度移植的一般规律	281
三、司法制度移植需要注意的问题	283
第三节 司法制度移植与本土资源利用	287
一、本土资源概述	287
二、司法制度移植与本土资源的关系	288
三、中国法制建设的本土资源	291
 第十一章 司法职业共同体	297
第一节 司法职业共同体导论	297
一、西方司法职业共同体概述	297
二、有关司法职业共同体的理论	300
三、中国司法职业共同体的理论与实践	304
四、中国司法职业共同体展望	311
第二节 律师职业	313
一、律师职业概述	313
二、中国的律师职业	314
三、新《律师法》有关律师职业的若干解读	317
四、共同体中的边缘化与律师政治家之路	319
第三节 法官职业	321

一、法官与法官职业	321
二、法官职业资格	322
三、法官职业保障	325
四、法官职业角色	328
第四节 检察官职业	332
一、检察官职业溯源	332
二、检察官和检察官职业	334
三、检察官职业保障	338
第十二章 司法制度改革(上)	342
第一节 司法制度改革的一般理论	342
一、司法制度改革的概念界定	342
二、司法改革的实质	343
三、司法改革的类型和模式	344
第二节 司法改革与重大事件	345
一、司法改革伴随重大事件	345
二、“重大事件”分类	349
三、非重大事件问题(准重大事件)	351
第三节 司法改革与利益集团	353
一、利益集团概述	353
二、既得利益集团问题	355
三、既得利益集团与司法改革	356
第四节 国外司法改革概览	359
一、英美法系的司法改革	359
二、大陆法系的司法改革	360
三、日本的司法改革	362
四、俄罗斯的司法改革	363
第十三章 司法制度改革(下)	369
第一节 中国司法改革概述	369
一、中国司法改革历程	369
二、我国司法改革的特征	372
三、司法改革的成果	374
四、司法改革存在的不足	380
第二节 司法改革的总体设想	386
一、司法改革的目标	386

二、司法改革的路径选择	397
三、司法改革的切入点	400
第三节 我国司法改革的前景分析	408
一、司法改革的指导思想	409
二、司法改革的远景设想	410
参考文献	413

第一章

司法制度概述

【内容提要】

哲学视野中的司法制度是以司法制度本身为研究对象,从哲学的高度就司法制度的本质和规律进行哲学化研究。司法制度,是指有关司法机关和法律授权的专门组织的性质、任务、组织体系、权利义务、活动原则以及工作制度等方面规范的总称。司法制度是国家制度的重要组成部分,作为一种制度文明,它影响着人类对公正的追求,牵涉到国家解决社会冲突和矛盾的有效性,关系着国家和社会的稳定。

第一节 制度哲学的一般理论

一、制度哲学的概念和性质

“哲学”一词,源于希腊文 *philosophia*,即爱智慧的意思。哲学是社会意识形态之一,它和政治、道德、法律、艺术不同,是世界观的理论体系。它总的看法是:世界的本原是什么?是物质还是精神?哲学的基本问题是存在对思维、物质对精神的关系问题。

制度哲学是以制度本身为研究对象,从哲学的高度就制度的本质和规律进行哲学化研究,抽象和概括制度的理论体系,据以对制度进行理性定位和价值定位。制度哲学既要研究制度中的哲学问题,又要研究哲学中的制度问题;既要研究制度中的基本内容,又要研究制度的现象、本质、原理和规律及其背后的本原问题、认识问题、价值问题等等。制度哲学并非是以哲学或制度学的一种特殊分类跟其他学

科领域相区分,而是将制度学的原则问题以哲学方法加以回顾、讨论,并予以回答。

从哲学角度对制度进行研究,必须始终贯彻哲学的方法,充分发挥哲学的本体论思维和哲学反思的特点。哲学视野中的制度是以制度本身作为研究对象,所谓制度本身包括历史和现实存在的各种制度形态,但它不是包罗万象地去罗列各种制度现象,而是作为哲学的形而上对一般制度现象的关照,它运用的方法从本质说是反思的方法。哲学方法反思的特点是在原有思考和认识基础上的再思考,带有一种审视、思索、追根溯源的要求,它不追求制度现象一般经验层次的描述性的东西,而是揭示制度现象背后本质性的要素,在语言表达上,它不是采用简单的指称性方式,而具有高度的概括性和抽象性。

二、制度哲学的体系和任务

(一) 制度哲学的范畴和体系

1. 研究对象的确立 以制度为对象,就是把制度本身置于研究视野,把“制度”作为一个哲学概念来研究它,研究其内涵、本质、功能以及规律。不局限于研究具体制度的具体内容是什么,而是从这些不同领域、不同层次、不同类型的制度中,抽象出一个“制度”来研究,将制度放置于哲学这一研究层面从本体论和认识论的角度对制度进行考察。就哲学视野中的制度来说,它不是有关制度的一般知识,而是对制度存在及其意义的批判性的反思,即它所研究的不是制度现象的实然情景,也不仅仅是制度现象的应然状态,而是制度的实然和应然的最终根据和理由,是对制度存在及其意义的必然性的探寻,是对人、社会与制度之间的相互关系在自己时代水平上的根本认识和理解。

2. 理论框架的构建 作为基础理论研究,制度哲学研究的基本内容主要包括:一是制度的本质;二是制度的结构,从一定意义上讲,制度其实是一个系统,绝不仅仅是一些规则的集成与组合,制度系统是由规则、对象、理念、载体四大要素组成;三是制度的功能,主要着眼于制度的应然功能,也就说从理想的角度能发挥什么作用这一意义上探讨制度的功能;四是制度的演化,制度演化是一个自然历史过程,与社会生产力的发展水平密切相关,制度演化也是有主体、动力、模式和规律的;五是制度的评价,即对制度的合理性、合法性、现实性进行评价。

3. 研究方法的选择 制度哲学作为最基础理论研究的制度哲学的科学,必须承担起研究制度的方法论任务。一般而论,世界观和方法论是统一的,即从一个侧面说它是理论,而从另一个侧面说它是方法。制度的方法论,依其实证或抽象程度的不同,可分为三个层次:一是制度方法,二是制度学方法,三是制度哲学方法。马克思主义哲学方法论是唯物辩证的方法论,这是我国制度哲学研究的根本方法。

(二) 制度哲学的任务

制度哲学所要完成的任务是:通过对以制度为对象的哲学反思,破除制度神

话,重塑制度意识,探索制度研究的方法论,提出制度之所以为制度、制度之所以要存在、制度之所以能存在的核心理念,从制度元理论层面建构制度研究的理论框架,为当代中国的制度创新与发展提供理论支撑。

在当代中国这种理论支持的需求更加迫切。中国社会 30 多年的改革其实就是制度创新的历程,尤其是社会主义市场经济体制的建立,把社会主义制度与市场经济制度结合在一起,这是制度创新成功的典范。目前我国进入了全面制度创新的历史阶段,经济体制要求深化突破,政治体制要求稳步推进,整个社会各个层面、各个领域的体制创新也都提出了新的要求。但由于我们所处的国情,要实现进一步的制度创新,必须首先面对并回答一些重大的原则问题,比如什么样的制度创新才能既增强社会活力,又保持社会稳定;怎么样进行制度创新才能促进社会可持续发展,真正实现社会前进的目标;何种方向的制度创新才是进步的,哪种模式的制度创新才是可能的等等。因此,在这样的背景下,为制度创新提供坚实的理论支持对于推进当代中国的进一步改革和发展具有极其重要的现实意义。

三、制度定义的不同学研究

在学术层面,对制度的研究是广泛的,也是深入的。由于研究视角的不同,对制度的定义也是各种各样的。

(一) 马克思主义制度学关于制度的定义

马克思主义是以唯物史观来对社会制度进行考察与分析,它把社会制度纳入到社会、历史以及人的存在与发展的方式中加以考察,通过生产方式和交换方式的相互作用,阐释人类社会发展的经济制度和社会制度的基本特征。马克思指出:“人们在生产中不仅仅影响自然界,而且也互相影响。他们只有以一定的方式共同活动和互相交换其活动,才能进行生产。为了进行生产,人们相互之间便发生一定的联系和关系;只有在这些联系和关系的范围内,才会有他们对自然界的影响,才会有生产。”^①这些“社会联系和社会关系”所蕴含的规范性的内容表现出来就是“制度”的形态。因为这些联系和关系并不是抽象的概念,它必须有自己的实现形式,在不同的社会发展阶段有不同的、具体的体现,这种体现就演绎出了马克思所说的生产关系在历史中的不同表现形态。马克思经典学家们所关注的制度主要是从社会形态的角度而言的,并且经常是用“社会制度”、“经济制度”、“政治制度”这样的概念,很少单独地、抽象地使用“制度”这一概念。在马克思看来,制度不能仅仅归结为社会普遍意志的法律和伦理范畴,尽管它们是很重要的组成部分。完整的社会制度是由经济基础和上层建筑这两个相互联系的层次组成。

^① 《马克思恩格斯选集》第 1 卷,人民出版社,1995 年版,第 344 页。

(二) 西方经济学关于制度的定义

关于制度的含义,旧制度学派和新制度经济学的观点是截然不同的。旧制度学派代表人物凡勃伦把制度理解为“思想习惯”和“流行的精神状态”。他认为:“制度实质上就是个人或社会对有关的某些关系或某些作用的一般思想习惯;而生活方式所有构成的是,在某一时期或社会发展的某一阶段通行的制度的综合,因此从心理学的方面来说,可以概括地把它说成是一种流行的精神状态或一种流行的生活理论。如果就某一段特征来说,则这种精神状态或生活理论,说到底,可以归纳为性格上的一种流行类型。”^①他认为,制度是多数人所共有的、固定的思维习惯。由于制度是对环境引起的刺激所发生反应的一种习惯方式,因此,制度必须随环境变化而变化。他根据生物进化论提出,制度的进化是逐渐演化的,不是突变的。制度的演变是一个永不结束的过程,其变化的方向和状态都是预期不到的。

西方新制度经济学家,以个体主义方法论来阐释制度的含义。康芒斯认为:“‘制度’这个名词的意义不确定。有时候一个制度似乎可以比作一座建筑物,一种法律和规章的结构,正像房屋里的居住人那样,个人在这结构里面活动。”“如果我们要找出一种普遍的原则,适用于一切所谓属于制度的行为,我们可以把制度解释为‘集体行动控制个人行动’。”^②康芒斯的观点为其他学者理解“制度”一词的意义提供了一个基本的认识思路,康芒斯的这一制度定义实际上包含两层意义:①制度具有主动性。由于制度可以让个体摆脱其他个体的侵害,因此,制度可以解放个体行动。由于个体可以借助制度的力量做本来做不到的事情,因此,制度还可以扩展个体行动。②制度是一种集体行动,制度的制定和实施都必须通过集体来完成。舒尔茨认为“我将一种制度定义为一种行为规则,这些规则涉及社会、政治及经济行为。例如,它们包括管束结婚与离婚的规则,支配政治权力的配置与使用的宪法中所内含的规则,以及确立由市场资本主义或政府来分配资源与收入的规则。”^③拉坦同样认为“一种制度通常被定义为一套行为规则,它们被用于支配特定的行为模式与相互关系。”^④亨廷顿也认为“制度是指稳定的、受到尊重的和周期性发生的行为模式。”^⑤

① [美]凡勃伦《有闲阶级论——关于制度的经济研究》,蔡受百译,商务印书馆,1997年版,第138-139页。

② [美]康芒斯《制度经济学》上,于树生译,商务印书馆,1994年版,第86-87页。

③ [美]科斯《财产权利与制度变迁》,中译本,生活·读书·新知三联书店,1994年版,第253页。

④ [美]凡勃伦《有闲阶级论——关于制度的经济研究》,蔡受百译,商务印书馆,1997年版,第138-139页。

⑤ [美]亨廷顿《变化社会中的政治秩序》,中译本,生活·读书·新知三联书店,1989年版,第12页。

从以上西方制度经济学者们对制度的各种认识观点中,我们概括出制度至少具有这样两方面的特征:第一,制度是一种规则,或者说,是一种规则体系或某方面规则总和,而规则是由权威部门颁行或社会习俗中包含的关于人们行为的准则、标准、规定等。既然制度是一种规则,那么它也同样由两部分要素构成:一是行为模式,即规定人们可以行为、应该行为、不得行为的行为方式,它可以是授权性的,也可以是以无形的;二是法律后果,即遵守或违反制度可能带来的法律后果。第二,制度是一种普遍的行为模式,具有可重复性。一个组织得以维系和发展,就必须通过某种强制性的或非强制性的组织规则保证组织与外部其他组织之间、组织内部成员之间能够相互配合制约,以此保障和支持组织得以存在与延续,实现组织的存在目的。在长期的社会实践过程中,这种组织内外部规范性关系经过历史的积累而逐步固定下来,称为组织之间和组织成员共同遵守的规则。^①

(三) 制度哲学关于制度的定义

制度哲学为“制度”下的定义是:制度,就是这样一些具有规范意味的——实体的或非实体的——历史性存在物,它作为人与人、人与社会之间的中介,调整着相互之间的关系,以一种强制性的方式影响着人与社会的发展。这一定义可以从以下三个层面去理解:

1. 制度是历史性的存在物 制度是历史性的存在物,是指不同历史时期,随着社会生产力的发展变化,社会的存在方式也相应发生变化,制度也就在社会生产力的变化中历史地形成和发展,不断地具有了历史性的内容。正因为制度是一种历史性的存在物,所以,制度始终处于稳定与辩证的发展过程中。制度无疑是稳定的,它要通过稳定性来实现它的功能。比如,法律作为一种制度,虽然法律也允许人们根据积累的经验修订或补充现行各种规章,以求日臻完美,但一个国家也不能轻易地变更法律。亚里士多德就特别反对法律的随意变更。他说“法律所以能见成效,全靠民众的服从,而遵守法律的习性须经长期的培养,如果轻易地对这种或那种法制常常作这样或那样的废改,民众守法的习性必然消减,而法律的威信也就跟着削弱了。”“人们倘使习惯于轻率的变革,这不是社会的幸福,要是变革所得的利益不大,则法律和政府方面所包含的一些缺点还是姑且让它沿袭的好。”^②但制度又必须通过它的变动与演化求得它的存在,不存在亘古不变的制度。制度随着社会的产生而产生,也随着社会的发展而发展。因此,制度在历史的长河中表现为稳定性与变化性的有机统一。

2. 规范是制度的特征之一 社会关系内容很丰富,类型也很多,但只有其中具有规范意义的关系才构成制度,或者说是对其关系进行进一步的规范性规定才

^① 孙万胜《司法制度的理性之径》,人民法院出版社,2004年版,第32-33页。

^② [古希腊]亚里士多德《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆,1997年版,第81页。

成为了制度。当然,制度的规范性并不是抽象的,制度规范性主要体现为具有强制性或约束性,但它必须通过法律法规、组织安排和政策等具体形态得到表现。抽象性的规则只能存在于逻辑中。

3. 制度是人与人、人与社会之间关系的中介 人与人、人与社会之间必然要发生联系,但人与人、人与社会之间的诸种联系并不是直接的,必须通过一种中介物的中介,才能使得联系称为现实,这一中介就是制度。正是因为制度的存在,才使得人与人、人与社会之间的关系在丰富多彩、错综复杂,甚至尖锐对立的情况下还能保持一定的协调与稳定,起到推动社会进步和人的发展的作用。但制度调整人与人、人与社会之间的关系并不是机械的,制度毫无疑问具有不以人的意志为转移的客观性,社会生产力的发展状况决定着它的发展水平,但同时又有着强烈的人的主观选择与设计色彩。所以,我们对制度作用也要辩证地去看。

四、制度的要素^①

制度哲学观点认为,规则、对象、理念、载体这四大要素构成制度系统。任何一个制度都必须具备这四个要素,缺少任何一个要素,该制度都是不完整的,甚至是不存在的。

1. 规则 规则是制度的内容,它是一些基本的准则、标准、规定等,它通过规定权利、义务、责任,或是赋予某种事实状态以意义而具有约束力。作为制度要素的规则必须符合以下要求:①普遍性。规则不同于个别性、特定性、一次性的命令、指示或决定,而是包含着普遍性的允许、命令或禁止非特定的人们如何行为的规则。规则适用于一类人,而非特定的、具体的人;它是反复多次适用而非只适用一次。在规则所涉及的范围内不应该有不受规则影响的主体和行为,制度的规则是社会有序化的关键,它把社会结构和社会活动的主要领域都纳入自己的调整范围。所以规则对社会关系的调整不是个别调整而是规范性的一般调整,每一规则都是对某一类人或事发生作用。②可操作性。规则的可操作性是指规则通过一定操作程序而确切地加以执行、适用和遵守,而不受主体的任意说明与解释的控制和支配。制度是规范人各种行为的,要遵守制度,首先应该认识、了解制度的规则,不能要求人服从没有公布的“内部规定”或“秘密法”。规则必须是肯定的、明确的、普遍的规范。规则的语言必须明确易懂、简明扼要、严谨一致,避免含有歧义的用语。规则设定的权利义务应该是具体的、确定的,而不是原则性、抽象性的,即规则设定的自由裁量范围不能过大,否则就不易操作或会产生不公正结果。③一致性。规则的一致性就是指规则之间的不矛盾性、协调性、和谐性,尤其是对同一类主体和同一类对象所使用的规则,必须具有逻辑上的一致性,不能出现同一层次的规则之间

^① 辛鸣:《制度论:关于制度哲学的理论建构》,人民出版社,2005年版,第85-95页。

相互冲突的现象。④规则结构的合理性。结构的合理性包括内部结构的合理性和外部结构的合理性。前者指规则的内部逻辑上的结构要素的齐全、合理,后者指规则集中表现——不同层次的结构应成为层次分明、逻辑合理、前后照应、严谨一致的有机组合。

2. 对象 对象是制度的指向与范围。制度不可能是没有范围和所指的,不存在放置四海而皆准的制度。制度必定是某一范围、某一领域、某一方面的制度,它们构成了制度的对象。比如社会制度,其对象就是社会领域的关系;经济制度,其对象就是经济领域的关系;政治制度的对象就是政治领域的关系。制度的规则必须有明确的对象所属和对象范围。社会不仅包含人与人之间的联系、关系、相互交往和共同的物质条件下的生产活动和生活活动,而且还包含社会结构和政治结构,这些都使制度的对象异常丰富与复杂。如果制度的对象不明确,或者说制度的对象定位偏差,都容易使得制度不能很好地发挥其功能,甚至使制度名存实亡。

3. 理念 理念是制度规则所体现出来的价值判断和目标定位,不同理念引导下的制度会体现出不同的性质。我们日常生活中所说的好制度与坏制度之分,主要源于制度的理念不同。制度理念一般是不独立体现出来的,它肯定要与一定的规则、规范相联系。如果一定要将它成文体现出来,它大致与社会正式的或非正式的、主流的或非主流的价值观念相类似。既然理念存在好坏、优劣,那么在构建制度时就存在着要理性地判断和选择的问题,在制度形成后就存在着要自觉地调整、修正和更新的问题。这种判断、选择、调整、修正、更新的最终根据就是主体对自身根本的、总体的需要及其更好地满足这种需要的方式的认识。

4. 载体 载体是制度的形式,有什么样的载体就有什么样的制度形式。如果没有制度载体,我们便无法把握制度的现实样式,制度的载体是具体的、可感知的,它的最普通的形式便是条文。条文可以记录和表达一种制度的基本内容,将这一制度的具体特征以规范化的、可了解的方式表述出来。不同载体,使得制度有了不同的形态:以法律为载体,制度就体现为法律;以规章为载体,制度就体现为规章;以习惯为载体,制度就体现为习俗这种非正式制度;以不可言传的心理认同为载体,就形成了潜规则。

制度系统中四个要素之间是互相联系、互相依存的关系,四个要素共同作用才使得制度具有了实质性的内容、实质性的功能和实质性的意义。规则作为制度的内容更多的是一种逻辑的规定,它使得制度具有了形式化的内容,也使得制度具有了规范化的意义;对象的设定保证了制度有效性的发挥,使得制度有了一个明确的运行场所和作用范围;理念本身并不直接体现为制度,但作为制度的灵魂却必须间接地体现在一切规则之中;载体使得制度的形式更为丰富,载体是把制度诸要素统一起来的结构和内容表现出来,是制度存在和表现的样式。因此,规则、对象、理念、载体四个要素构成了一个完整的制度系统,任何一个要素的缺失,制度系统都是不完备的,都会使制度丧失其应有的功能,进而失去存在的可能。

第二节 司法哲学的一般理论

一、司法哲学的概念和性质

司法哲学是从哲学的高度就司法现象和司法事实进行哲学化研究,抽象和概括司法的理论体系,据以指导司法实践。通过司法实践验证司法理论,并不断总结司法实践经验,升华为司法理论,又据以指导司法实践。司法哲学既要研究司法中的哲学问题,又要研究哲学中的司法问题;既要研究司法中的基本内容,又要研究司法现象、本质、原理和规律及其背后的本原问题、认识问题、价值问题等等。

所谓“司法哲学”,实际上是美国的一种提法,其实就是司法的一种准则,相当于我们所讲的政策、导向或者策略。在美国,司法哲学主要有两种,其中有一条叫司法消极主义,另一条就叫司法积极主义,judicial activism,国内很多人翻译成“司法能动主义”。学者们研究发现,美国的司法哲学是循环交替的,一般来说,一段时期倾向于司法消极主义,另一段时期则是司法能动主义,但不是很规则。笔者归纳了一下,大致在社会平稳时期是采用司法消极主义的,而社会在变革或转型时期就采用司法积极主义,司法机关倾向于积极介入国家政治权力当中,甚至发挥政策形成功能。我国目前毋庸置疑是处于社会转型期,在这个转型期我们应允许司法有所作为,只要司法行动不超越司法权本来应有的本质特征去冒进也是可以的,尤其是要配合中国目前经济形势的变化,适应转型时期经济体制的深度变革,能动司法也是必要的。处于转型时期,我国法院所面临的挑战会更多更大。有人说,体制转换、结构调整、社会变革,在广度上已涉及经济、文化、政治、等各个领域,在深度上已触及人们具体利益的分配。在这样的时期,不仅案件数量可能上升,案件的复杂性也会增高,那些不同于传统案件类型的非典型性案件、疑难案件也会纷至沓来。所有这一切,都对法院应该如何确立合理的司法理念,发挥司法的能动作用,以回应民众对司法正义的期待,维护社会的和谐稳定,提出了更高的要求。

二、司法哲学理论的主要内容

司法哲学的学科性质、研究对象与研究方法、学科体系,目前在理论界尚未形成共识。我国著名的法学家熊先觉教授在其编著的《司法学》一书中,曾对“司法哲学”有初步的论述。该书认为司法哲学的体系至少应包括司法的本体论、司法的认识论、司法的价值论、司法的方法论。

我们认为,根据司法的本质和马克思法哲学理论,司法哲学的主要内容应该包

括以下几个方面:

(一) 司法的本体论

本体论(ontology)是哲学概念,它是研究存在的本质的哲学问题。在古希腊、罗马哲学中,本体论的研究主要是探究世界的本原或基质。各派哲学家力图把世界的存在归结为某种物质的、精神的实体或某个抽象原则。巴门尼德提出了唯一不变的本原“存在”,使关于存在的研究成为这一时期的主题。亚里士多德认为哲学研究的主要对象是实体,而实体或本体的问题是关于本质、共相和个体事物的问题。他认为研究实体或本体的哲学是高于其他一切科学的第一哲学。从此,本体论的研究转入探讨本质与现象、共相与殊相、一般与个别等的关系。在西方近代哲学中,笛卡尔首先把研究实体或本体的第一哲学叫做“形而上学的本体论”。17世纪~18世纪,莱布尼茨及其继承者沃尔夫试图通过纯粹抽象的途径建立一套完整的、关于一般存在和世界本质的形而上学,即独立的本体论体系。沃尔夫把一般、普遍看作是脱离个别、单一而独立存在的本质和原因。康德一方面认为建立抽象本体论的形而上学不可能,本体论研究的只能是事物的普遍性质及物质的存在与精神存在之间的区别;另一方面又用与认识论相割裂的、先验的哲学体系来代替本体论。黑格尔在唯心主义基础上提出了本体论、认识论和逻辑学统一原则,并从纯存在的概念出发构造了存在自身辩证发展的逻辑体系。

司法的本体论即司法本原论,是哲学本体论在司法上的体现,是解决司法最基本的问题,它构成了全部司法学理论的基础,是司法哲学理论的核心和基石。

1. 司法的本质 司法的本质包括“司法的阶级本质”和“司法的客观本质”两个方面。“司法的阶级本质”着重揭示司法与阶级的关系,指出司法的阶级性或阶级意志性。“司法的客观本质”在于揭示司法与物质生活条件、司法与客观规律的关系,目的在于指出司法的物质制约性或司法的客观性,乃至进一步引申出司法的规律性、共同性或社会性。司法这两个方面的本质说明:司法具有意志性,但绝不可以随心所欲,司法还应具有客观性,应是意志与规律的结合;司法具有阶级性,但绝不可以唯阶级性,司法还应具有社会性,应是阶级性和社会性的统一。

2. 司法的特征 司法的特征是司法本体论需要回答的内容,是要解决司法区别于同一系列其他社会规范现象(如道德、宗教、习惯、行政规范等)的象征或标志。马克思指出:“凡是不以行为本身而以当事人的思想方式作为主要标准的法律,无非是对非法行为的公开认可。……对于法律来说,除了我的行为之外,我是根本不存在的,我根本不是法律的对象。我的行为就是我同法律打交道的唯一领域,因为行为就是我为之要求生存权利、要求现实权利的唯一东西,而且因此我才受到现行法的支配。”^①这段论述表明:司法是专门以人的行为,而不像道德、宗教

^① 《马克思恩格斯选集》第1卷,人民出版社,1995年版,第16-17页。