



比较法视野中的司法程序

The Judicial Process in Comparative Perspective

比 · 较 · 法 · 学 · 从 · 书

【意】莫诺·卡佩莱蒂 / 著

徐昕 王奕 / 译

高鸿钧 / 校

清华大学出版社

介绍卷四

比较法视野中的司法程序

The Judicial Process in Comparative Perspective

比 · 较 · 法 · 学 · 丛 · 书

【意】莫诺·卡佩莱蒂 / 著

徐昕 王奕 / 译

高鸿钧 / 校

清华大学出版社

北京

内 容 简 介

本书从比较现象学的进路出发,运用哲学、历史学、社会学、政治学等跨学科方法,系统研究了现代司法程序所面临的宪法性、社会性和跨国性挑战而提出的重大问题。该书主要内容包括:法官造法的权力及其限度;法官责任;司法审查与宪政;接近司法与实现正义;通过法院实现公共利益;通过法院推进法律的一体化等。作者是前国际法律科学协会及国际诉讼法协会主席。该书堪称一部从比较法视角研究司法程序的经典著作。

本书适合于大专院校、科研机构的师生以及法律实务部门的工作人员,也适合于对法学有兴趣,特别是关注司法制度、宪政和比较法学的一般读者。

原书名: The Judicial Process in Comparative Perspective

原书作者: Mauro Cappelletti

Copyright © Mauro Cappelletti, 1989

本书中文简体字版由清华大学出版社出版发行

北京市版权登记局合同登记号 图字:01-2003-3892

图书在版编目(CIP)数据

比较法视野中的司法程序/[意]卡佩莱蒂著;徐昕,王奕译. —北京:清华大学出版社,2005.5

(比较法学丛书/高鸿钧,贺卫方主编)

书名原文: The Judicial Process in Comparative Perspective

ISBN 7-302-10529-4

I. 比… II. ①卡… ②徐… ③王… III. 比较法学—诉讼程序 IV. D915.18

中国版本图书馆CIP数据核字(2005)第012391号

出 版 者: 清华大学出版社 地 址: 北京清华大学学研大厦

<http://www.tup.com.cn> 邮 编: 100084

社 总 机: 010-62770175 客户服务: 010-62776969

责任编辑: 方 洁

封面设计: 曹 铨

印 装 者: 清华大学印刷厂

发 行 者: 新华书店总店北京发行所

开 本: 140×203 印张: 20.125 字数: 430千字

版 次: 2005年5月第1版 2005年5月第1次印刷

书 号: ISBN 7-302-10529-4/D·159

印 数: 1~4000

定 价: 38.00元

“比较法学丛书”总序

初民社会,各族群独处一隅,几与外界隔绝,孤立中遂滋生某种自信,或称诩“上帝选民”、“天之骄子”,或自谓“吾道独真”、“惟我德馨”。后偶与外族接触,亦对“非我族类”,多投以白眼,甚至极尽嘲讽之能事,必欲歼灭而后快。各族群习俗、法律各异。史存多妻多夫之族,前者对“男人奢侈”之放纵,令后者匪夷所思;后者对“女人放荡”之纵容,使前者难以理解。同样,禁忌食人之族对“自餐骨肉”之风深恶痛绝,而奉守食人之俗者,对前者浪费“美味佳肴”之举却大惑不解。族群间乌眼鸡般互视野蛮,互斥异端,互为排斥,互相攻讦。史卷中人类血淋淋之格斗厮杀惨景,实多出于文化封闭,心理排外。

法,作为习俗结晶、文化符号之一种,其演进标志人类族群进化之轨迹:由隔离而接触,由孤立而群合,由独行而协作,由排斥而共存。然文化因族群而殊,习俗因族群而别,法律因族群而异。古希腊陶片放逐与古罗马陪审制,中世纪神明裁判、共誓涤罪与近代罪刑法定、无罪推定,伊斯兰法一夫多妻制、三休制与天主教教会法一夫一妻制、禁止离婚制;印度寡妇殉

比较法视野中的司法程序

葬与西方领主初夜权,英美对抗制与欧陆纠问制,中国古代德主刑辅与伊斯兰教政教合一,美国三权分立与英国议会主权……凡此种种,或带有文化类型之印记,或标示族群生活之差异,或反映社会演进之扬弃。差异由接触而知,由比较而显。各族法律,或貌合而神离,或形殊而神似。同名异物,存名实之辩;异名同物,厘表里之别。

由是比较法生焉。西有希腊先哲首开先河,中有战国法家初执牛耳。纵观古代,法之比较虽发轫早而源流长,然仍显稚嫩。其零散而缺系统,偶然而非恒常,实用而欠学理,自发而无筹划,难于自成一门,独立一门。作为学术科目之比较法,实始于近代。西元十八世纪,法国孟德斯鸠氏,少习法律,壮则弃官,潜心法学,遍历奥、匈、意、德、荷诸国,考辨诸族习俗,比较古今法律,于风物人情中寻法意,由地理环境中探精神。氏所撰《法意》一书,为近代比较法学奠基之作。其人其事颇具传奇色彩,遂为后世传为佳话。迨至西元十九世纪,比较法学于英、法、德诸国蔚然成风,或设讲席以授业,或创专刊以传道,或建学会以交流。西元一九零零年,首届国际比较法大会开于巴黎,标志比较法学进入国际化之阶段。然此阶段之比较法学,西方中心论、欧洲文化优越论之类种族主义、文化帝国主义,溢于言表。西人比较之意旨,多为彰显西方两大法系之“文明”、“先进”,形衬非西方法律

之“原始”、“落后”。尔后，种族偏见渐弱，然至今残迹犹存。西元二十世纪中叶以来，比较法学著述之丰，前所未有；功用之广，遍布立法、司法；学理之通，惠及法学各科。

吾华夏民族，得益农桑，泽被礼义，“郁郁乎文哉”。凡器物技艺、典章制度无不优于比邻诸邦，其辉煌文明于古时卓树一帜。然优而生骄，尊而滋傲，国人遂目比邻为蛮貊，视异族为夷狄，或夜郎自大、目空四海；或坐井观天、管窥蠡测。以至有“地生羊”、“小人国”之讹，有“番国佛朗机”“其人好食小儿”之谬。其中不乏搜奇钓异，以娱视听；道闻途说，以炫机巧。考其究竟，实多因古时山隔水阻，交通滞塞，言语不通，鲜有接触。故直至盛唐，国人眼中之“西天”不过印度，亦不足为怪。其时西人眼中之中国，亦如烟如雾，若迷若幻。

列强自西徂东，国门洞开，当务之急，救亡图存。始办洋务，复议变法，西学东渐，“夷律”汉译。五大臣赴洋考察，虽得欧法皮毛，犹存借鉴之诚；众学子负笈旅欧，任中西文化参差，亦竟比较之力。数十年间，西法如潮涌入，吾华夏几千年法统，竟成一曲挽歌！法学遂兴，然非汉家故物；比较因起，实多舶来新突。修订法律馆、法律学堂、各大学法学院以及中国比较法学会，相继建立。沈家本、伍廷芳、梁启超诸前辈倡行修律立宪，为中国近代比较法之先行者也。后有诸多

比较法视野中的司法程序

学人相继其业,其中影响较大者,当推吴经熊、王世杰、钱端升、李祖荫诸氏。王世杰与钱端升之《比较宪法》、李祖荫之《比较民法》影响一代学人,至今仍饮誉海内。东吴法律学研究院之《中国法学杂志》,虽未冠比较之名,实为比较法学之论坛也,其影响远及美国。此足见比较法学兴隆之一斑。亲历其时长辈学人,忆及当年盛况,颇多感慨,其情其景,宛在眼前。

自西元二十世纪五十年代,千山万水,不成隔阻,黄种白种,弗为隔阻,孰料意识形态之藩篱竟难以逾越。资社判分,互为仇讎;中西两立,几断音讯。当此之际,比较法学之命运自不待言。迨至七十年代重启牖户,恍如隔世;再度开眼,宛若梦醒。今是昨非,议补天之计;劫余思生,虑长治之道。民主法治之论,遂成治道共识;自由人权之题,遽为时尚话语。法学园地,比较法学焕发新姿。廿年之间,硕果累累。译比较法学专著多种,其中影响较大者,为德国学者茨威格特与克茨之《比较法总论》、法国学者达维德之《当代法律体系》、日本学者大木雅夫之《比较法》及美国学者埃尔曼之《比较法律文化》等诸种。“外国法律文库”、“当代法学名著译丛”以及“宪政译丛”丛书数部,其卷帙浩繁,实属空前,中有数种关涉比较法学。另有国人比较法学总论或专论著作数部,篇中亦不乏真知灼见。吾辈研习比较法学多年,虽生性愚钝,初无建树,然夙怀为其勉效涓力之愿。故联络学界同

“比较法学丛书”总序

道,不避浅陋,新辑比较法学著译数部,缀成“比较法学丛书”。意在博稽古今,察鉴中外,为比较法学添枝加叶。清华大学出版社胡苏藏女士与方洁女士,为丛书策划出力,同道著译诸君通力合作,编者深怀谢忱。

丛书付梓之日,赘言志之。是为序。

高鸿钧 贺卫方

辛巳年九月(西元二零零一年十月)于北京

序

在每一代人中,有极少数是在其努力的专业领域之同仁中执牛耳者。他们远远超越了同仁;他们不仅更富于想像力而且更积极活跃、口才过人;他们不仅更具批判性而且更富于创造力;他们不仅更激情振奋而且更勇于创新。他们的著作极大地丰富了其学科领域并大大强化了其意义和影响。他们毫不勉强且当之无愧拥有卓越的地位并受人尊敬。

在我们时代,莫诺·卡佩莱蒂(Mauro Cappelletti)教授在比较民事诉讼法、比较证据法和比较宪法领域便是这样的极少数者之一。他师从可谓声名显赫的诉讼法学家皮耶罗·卡拉曼德雷伊(Piero Calamandrei)。他曾任佛罗伦萨大学法学教授,在此创建了比较法研究所并担任主任,后来成为位于意大利菲耶索莱(Fiesole)的欧洲大学(European University Institute)法学教授,曾任法律系主任。自1970年,他担任位于加州的斯坦福大学法学教授。他曾经是几所大学的访问教授,包括哈佛、伯克利,现为剑桥古德哈特(Goodhart)法律科学访问教授。他曾在全世界众多国家的许多大学和其他教育机构作过演讲,精力过人,激情澎湃。

30多年以来,莫诺·卡佩莱蒂在司法程序的主流方向,尤其是民事诉讼法和宪法的比较法研究方面不断地推出令人瞩目的杰出研究成果。他已撰写了20余部著作,在不同

国家的许多期刊和法律评论上发表了大量专论、论文、演讲稿和其他不定期研究报告。他是《接近司法》(*Access to Justice*)重大项目的主要发起人和负责人,项目成果已出版了四卷,他担任主编,项目还产生了另一本出版物《接近司法与福利国家》,亦由其主编。他是重大的时事性项目“通过法律的一体化:欧洲和美国联邦的经验”的核心和负责人,项目成果推出了六卷,他系联合主编之一并撰写了部分内容。

vi

因为这样的经历记录,莫诺·卡佩莱蒂在世界诸多地区获得广泛承认并令人钦佩便毫不出人意料,相反却是名至实归。他系英国科学院通信院士(Corresponding Member),并在法国、意大利、比利时和其他国家享有类似荣誉。他接受了许多荣誉学位和奖项。他曾任国际法律科学协会(International Association of Legal Science)主席,现任国际诉讼法协会(International Association of Procedural Law)主席。

我想我可以毫不夸张地说,莫诺·卡佩莱蒂已上升而占据着引领风骚之地位,他可谓司法程序一般领域,特别是比较诉讼法领域中最杰出的学者之一,也许他就是最卓越者。他远远超越了世界上其他比较诉讼法学者。他天赋过人,是一位比较语言学学者,一位天才般的语言学家,能像对其母语那样熟练地运用数种语言。他精通英语,可流畅自如地以英文写作,凭其天赋,他以清晰明了的思维、迷人恰当的表达阐述其博大精深、引人入胜的思想。本作品中的研究提供了他这方面能力的充分证据。这些研究也证明了其毫不掩饰的满腔热情,这是一种他拥有的真诚,在有关司法程序的研究中,正如一般而言在思想领域,这种热情应

当没有边界,既无地理界标也跨越国家界线还超越政治羁绊。

作者与出版商合作愉快,他们推出莫诺·卡佩莱蒂九项研究的编辑文集。这些研究在1970年至1988年间不同时期发表于各国的一些期刊上。单独而言,它们不太容易被发现和找到。它们合而为一的出版将赋予其全新且持久的生命力,并大大提升其影响和重要性。尽管这些研究的标题可能暗示了其涉及不同的主题,但事实上它们构成一个综合的整体,是一项有关司法程序研究的有机汇编,因此这一点便尤其如此。它们并非程序法不同论题的松散汇集,恰恰相反,它们实质上是司法程序中一些基础性和专题性问题的统一且有逻辑的和谐整体。

vii 这些研究由莫诺·卡佩莱蒂精选,涉及司法程序中四大系列问题,即法官的角色和责任,司法审查,通过法院的一体化以及社会正义。这些系列的每一论题,当然皆独立成篇,且考察充分、分析全面,但正如本人所言,既然它们从比较法框架提出了司法、诉讼程序中共同且复杂的问题,因此它们也相互补充。不论分而读之抑或一气呵成,没有人不会为这些见解深刻、力透纸背的研究所吸引和打动,这些研究渗透了作者如此渊博的学识、深刻的洞察力、超凡的智慧、高度的敏锐性以及澎湃的激情。在这些研究中,莫诺·卡佩莱蒂不仅在诉讼法领域,而且在整个法学领域,皆大大提升了比较法研究的旨趣和重要性。

依据本人的判断,这一著作标志着一项极其重要的学术事件,它可谓第一部对司法程序进行综合研究的英文专著。全球范围内关注比较法的法律人和诉讼法学者以及其

他领域的学者将成为本书的读者，跨越一切语言、法律制度和社会秩序的界限。我真诚地推荐该书，因为没有人翻开它而不获益。

杰克·雅各布(Jack Jacob)勋爵

1988年11月于伦敦

自序

为什么还要再写一部司法程序的专著？

图书馆,当然,数个世纪以来充斥着有关司法裁判程序的研究成果。每一种重要的哲学进路——而我所意指的不仅是法哲学,还包括政治、道德乃至神秘主义哲学——在司法裁判的领域皆有所体现。倘若人们考虑到司法裁判会带来“享有”请求权、权利和责任的个人与公共权威的“强力”之间的对峙——公民与政府司法部门的一种对峙,则这一事实就丝毫不会令人意外了。它是冲突的利益和价值搏击之场所——它们试图通过设计精巧、顺序推进、依据法治,且在某种程度上必然具有自由裁量特征并因此具备政策导向、造法过程的司法程序而获确认。司法裁判也会产生司法独立理想与所有行使公共职能机构的民主责任之目标的冲突;实际上,尤其在司法审查的层面上,它甚至暴露了多数原则与抑制多数人意愿的理念之间的冲撞。进而,司法程序还常常构成一种神话和故事的权威游戏的舞台,比如有关司法裁判仅仅具有认知性质的神话或故事。它也涉及所有事实的真实发现过程中最具挑战性之一——也许就是最具挑战性的过程,即寻求“司法真实”(judicial truth);尽管每一种真实的发现过程皆隐含着主观性与客观性的斗争,但这在法律和司法证据规则约束下运

作的程序中显而易见。个人对国家；事先确定的“法治”对自由裁量的“人治”(rule of man)；认知性对规范性；主观性对客观性；上述所有对立皆体现于司法程序之中。因此，无怪乎如此多的作品专注于司法裁判之主题。

那么，为何还要就此主题再写一部著作呢？对此问题我有几项回答。首先，本书旨在针对上述政治和哲学问题重申一种社会自由主义的进路。为了面对近期流行的反自由主义思想和作品之危险逆流，不论来自政治谱系中保守的右翼抑或源于自称的左翼，这一重申也许堪称及时。其次，这样的重申并非依托一种先验、抽象的推测，而是基于对实际现象、事实和事件的分析——基于一种“现象学”的进路。最后，且与第二项回答相关，此类事实和事件抽取于尽可能广阔的经验瞭望台，跨越国界和国家集团的界限，而且只要可能，便尝试发现跨国界，甚至世界性的发展和趋势——采取一种比较性进路。

X

社会自由主义进路

本书自始至终都确认一种社会自由主义哲学，这不只是作者的偏好，而是因为这是我们时代的实际现象和主要趋势。尽管每一章都支持这一点，然而第三部分却是最为旗帜鲜明的。在那一部分，世界范围的“接近司法”运动被视为现代“社会国家”之基本目标最真实的司法体现——促使法律和政治制度，其权利、利益及其保护，为所有人实效性地接近。

当然，法律面前人人平等，自其伴随法国/欧洲革命和美国革命出现之时，就已成为自由资本主义国家的特征。（然

比较法视野中的司法程序

而,让我们不要忘记平等原则的两大例外:美国的奴隶,以及各国的妇女。)这种“法治国”,或 *Rechtsstaat*,意指一种政府形式,其中国家行为并非恣意妄为,而是基于被召集参与规则制定过程的人民所颁布的预先制定之规则。然而,在这种途径中固有地存在一个严重问题。这种想像中的平等和民主参与,尽管因其意味着废除旧制度(*ancien régime*)的社会地位差别而极其重要,但对于那些在接近该制度时遭遇事实上障碍的个人和团体而言,结果只是维持一种仅为形式的、很大程度上无实效且故弄玄虚之平等。

对这一问题主要已有三种基本反应。第一种可称为“大灾难哲学”(philosophy of catastrophe)的反应。它将每一种权力和法律都看作强力、支配和压制,即支配的统治权(*imperium ac dominium*)。其格言可能是“权力即邪恶”——“*le pouvoir c'est le mal*”——主张国家的各种形式,不论是自由资本主义(*capitalisme oppresseur*)抑或社会主义中央集权(*socialisme concentrationnaire*)(古拉格式的社会主义),皆为强者用于压迫弱者之极权主义机器。只有最终的大灾难才可能摧毁国家和拯救社会。一种更为温和形式的类似进路,可在对自由主义某些现代批判的有些模糊性解释——事实上,难以解释的观点中被发现。他们的“光明未来”需要对自由主义的彻底颠覆,一种依托各种事件的某种神秘组合而导向和谐、美好的大同社会之否定。

第二种反应——唉,第一种往往构成其基础——只不过是全盘否定和轻蔑嘲笑那些个人自由、三权分立、法治、当权者民主责任的价值,而这些可谓自由主义者珍视的理想。对于不会面对历史教训视而不见的任何人而言,这一进路过

去和现在的悲剧因素的实现无需赘述。

第三种反应系自由主义的社会主义或社会自由主义的回应。这是真正革命性的反应，它一方面为对其他反应的灾难性后果的认识所激发，另一方面也为传统自由主义的个人主义回应不足的意识所催生。尽管社会自由主义承认传统的个人和政治权利、自由之不足，但它并不将其斥为“资产阶级的欺骗”，因为此种谴责已证明为新的压迫和暴政之先兆。更确切地，“社会”权利被补充至——而非被取代——公民自由论者的个人权利和自由之中；它们旨在促使自由与平等富于实效。这些社会权利抨击那些法律制度，其“价值”，其“正义”，对于许多人，事实上是大多数人而言，是不可接近的经济、社会、文化、语言、年龄和性别障碍。因此，自由主义者中更新、更成熟的一代已正在形成，而更先进的法律和政治制度正在迈向“社会”和“福利”法治国(*Rechtsstaat*)，它超越了所有的危机和争论，依然作为我们时代的理想目标。甚至这一目标的部分实现，我业已表达过，也堪称人类历史上一项重大的政治成就。

当然，第三种解决方法也存在诸多问题：现实的问题和想像的问题。

现实的问题事实上相当严重。本书有几个部分对此进行了讨论。[司法]完全的可接近性不仅只是一个从未彻底实现的理想——类似于“完全正义”的理想，亚里士多德充满诗意地将其描述为“至大之善，而无论夜晚抑或清晨之星辰在其面前皆黯然失色”。而且还有一些问题内在于人们所称作的福利国家(*l'Etat Providence*)之中。尽管其代表了历史进步，不论当前的政治基调如何皆须承认如此，但社会国家也面临

比较法视野中的司法程序

着“大政府”的问题——为实现福利目标而必须承受的沉重迟钝、运作成本、潜在的压制性。它还面临着立法、行政和法院超负荷的问题,以及在介入越来越多社会和私人生活领域的国家中个人异化和潜在压制的问题。然而,我在比较分析基础上的理解,是福利国家的危机仅仅在于成长的危机(*crise de croissance*);不用抛弃社会—国家哲学便可寻找到补救。第七章探讨的主题提供了一个说明,内容涉及旨在确保对诸如消费者或环境利益的“集体”(collective)或“分散”(diffuse)利益的充分保障之[制度]发展。大陆法和普通法国家的现代解决方法,反映了就私人动机和热情提供公共激励的最为精巧的尝试,而非完全通过扩大的政府机器来妄想应对新兴的要求和增长的需要。

固然,我们必须意识到:每一个人类问题的解决都意味着一次选择;不存在完美和最终的解决方法;对于作出的每一次选择,都必须牺牲其他一些东西,因而不得不提出的新的需要和问题就产生了。这对社会福利国家而言亦同样真实,当然它已为自己付出了极其沉重的代价。然而,这些代价明显比“古拉格式”或“大灾难”的解决方法的创伤更小。至于“和谐社会”(harmonious community)的解决方法,它本质上远不像通常所假设的那样是“进步的”(“左翼的”?),而是与听任我们采取,或引导我们倒退至早已过时的自由放任个人主义(即便不是无政府主义)的解决方案紧密相连。就像任何徒劳无益的运动一样,它阻碍建构性的思想以及社会行动、社会进步和社会改革——更不用说社会革命了。它是伪装的现状之正当化。

这把我引向想像的问题。这种问题的知识基础十分简