



SIFA  
现代司法文丛  
夏锦文◎主编

# 司法现代性 及其超越

韩德明◎著



人民出版社

# 司法现代性 及其超越

韩德明◎著

 人民出版社

责任编辑:李春林

装帧设计:周涛勇

责任校对:吕 飞

### 图书在版编目(CIP)数据

司法现代性及其超越/韩德明 著. —北京:人民出版社,2011.12  
(现代司法文丛)

ISBN 978-7-01-010311-2

I. ①司… II. ①韩… III. ①司法-研究-中国 IV. ①D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 200152 号

## 司法现代性及其超越

SIFA XIANDAIXING JIQI CHAOYUE

韩德明 著

人民出版社 出版发行  
(100706 北京朝阳门内大街 166 号)

北京新魏印刷厂印刷 新华书店经销

2011 年 12 月第 1 版 2011 年 12 月北京第 1 次印刷

开本 710 毫米×1000 毫米 1/16 印张 19 25

字数:297 千字 印数:0,001-3,000 册

ISBN 978-7-01-010311-2 定价:39.00 元

邮购地址 100706 北京朝阳门内大街 166 号  
人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

## 总 序

改革开放三十多年来,中国在全球化浪潮中展开了波澜壮阔的创新实践,经济建设、政治建设、文化建设和社会建设取得了举世瞩目的成就。在经济增长、社会转型的宏大背景下,我国的各项司法改革渐次展开,开启了当代中国司法现代化的崭新历程,有力推动了中国特色社会主义法治国家建设的发展步伐。经过二十多年的司法改革,中国的司法领域发生了历史性的深刻变化,逐步走出了一条具有鲜明中国特色的自主型司法改革道路。中共十七大报告进一步明确将建设公正高效权威的社会主义司法制度作为司法改革的目标要求,为司法改革指明了新的方向,注入了新的动力。作为法律学人,我们以高度的热情和强烈的使命感关注着当下中国法治生活所展示的新特点,所涌现的新问题,以及在此新形势之下司法改革向纵深发展的复杂进程。

我们关注司法,是因为司法领域正日益成为中国法治建设的重中之重。在当下中国,一个以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系已经形成。由宪法及相关法、民商法、行政法、经济法、社会法、刑法、诉讼和非诉讼程序法七个法律部门和法律、行政法规和地方性立法三个层级的法律规范组成的法律体系奠定了法治的基本框架。改革开放之初无法可依的状况已经得到根本性的改变,人们越来越多地关注法律的实施,尤其关注司法活动中的各种矛盾与问题。在法学理论

界,我们也观察到一些微妙的转向,即由偏重立法的研究视角转向立法与司法并重的研究视角,由法条主义的规范分析转向法律适用的动态分析。近年来,最高人民法院提出了“能动司法”的司法理念。这表明,司法过程不是立法条文的机械演绎,其中交织着规范与事实之间、法律关系与社会关系之间的复杂互动关系,蕴涵着独特的司法规律、司法原理、司法价值与司法理念。法学注定是一门经世致用的学科,而其实用性或实践性在司法活动中将会得到最为充分的彰显。因此,关注司法,既是法治发展的时代需求,也是法学固有的学科性质使然。

我们关注现代司法,是因为中国司法仍然处于由传统走向现代的发展进程之中。“现代”本是一个时间范畴,它与传统或前现代相对,代表了一个更为高级的文明发展阶段。当代中国司法体制正处于由传统的价值——规范体系向现代的价值——规范体系的历史转型时期,这一过程就是中国的司法现代化。如何建立与现代社会相适应的司法制度仍然是一项非常艰巨的任务。因此,我们需要借鉴世界各国法治发展的先进经验与优秀成果,梳理司法现代性的具体标准与目标模式,把握司法现代化的共同规律,为中国司法制度的改革寻找可资参考和借鉴的思路。但是,我们也注意到,现代性的司法往往寓于多样性的法律制度与文化之中,在这个意义上,“现代”又包含着空间的要素,换言之,所谓的现代司法必须依托于特定的法律传统与文化语境才能展开其基本脉络。因此,司法现代化不等于西方化,我们关注的是能够与中国社会传统相对接、与中国普通百姓的现实观念相调适的现代司法。中国的社会传统与正在生动、恢弘和全方位展开的现代化进程,构成了当下中国司法现代化的现实背景,只有认真考察这一背景的性质特征,才能构建出富有活力的、体现中国特色的现代司法。西方的司法现代化经验确实能为我们提供多方位的启示和帮助,但是,我们也不能忘记,本土资源中仍然存在不少值得挖掘和改造的优

秀成分。深入研究中国司法文化的传统与现代性,揭示中国司法文化从传统向现代转型变革的基本走向、条件和发展阶段,这是当代中国法律学人必须担当的历史使命。

于是,我们认为有必要系统地梳理和总结中国司法改革的经验与教训,透视当下中国司法改革存在的突出问题,反思理论界关于司法知识的生产范式,完善司法原理,揭示司法规律,构建司法学科体系,进而探寻在全球化时代建立中国式现代司法的基本路径和方法。基于这一宗旨,我们编辑出版这套“现代司法文丛”。

为了能够更好地回应时代需求,我们努力使这套“现代司法文丛”成为一个开放、多元的学术平台。在文丛的体裁上,她应当是不拘一格的。除了学术专著之外,我们也欢迎高质量的司法调研报告,以及见解深刻、文笔优美的司法随笔文集。

在论域范围上,她应当是包容性的。司法改革包含着从观念到制度、从理论到实践各方面的变革与创新,因而文丛的选题将逐步涵盖与司法活动相关的各个领域,包括司法基本原理、司法理念与价值、司法政策、司法体制、司法程序、司法文化、司法伦理、司法管理、司法技术、司法行为、司法心理等,以多维度的论域展示司法活动的各个侧面。

在研究方法论上,她应当是多样化的。方法论的多样会带来研究视角的独特与新颖,促成观点上的创新。文丛以辩证唯物主义与历史唯物主义为总方法论,并积极倡导具体方法论上的创新,在更为有效而精到应用规范分析、比较研究、历史分析、文献整合、实证研究、结构分析、反思诠释等法学方法论的基础上,密切关注法学和相关学科学术方法论的最新发展和创新方向,尤其重视当今世界哲学社会科学正在发生的由“学科综合”到“问题综合”的方法论范式创新和转向,深刻洞悉和准确捕捉现代司法理论和实践的真正问题,通过多元化学术方法的有效综合应用,对现代司法领域的各种宏观与微观问题进行多

角度、多层面的揭示、分析、阐释和论证。

总之,我们将努力使“现代司法文丛”拥有丰富多姿的样式和兼容并蓄的内涵,为深化现代司法理论、推进当代中国的司法现代化作出我们的学术努力。

**夏锦文**

2011年11月18日

# 目 录

|                          |     |
|--------------------------|-----|
| 引论 司法现代性的理论语境和时代际遇       | 1   |
| 一、司法现代性研究状况简评            | 3   |
| 二、司法现代性研究的理论语境预定和方法论性质   | 12  |
| 三、司法现代化的时代际遇和问题引出        | 21  |
| 第一章 解释学断裂:现代司法的理念基础和内涵要旨 | 31  |
| 一、现代法的性质及其孕育语境           | 31  |
| 二、现代法的生成逻辑和合法性基础         | 43  |
| 三、司法现代性的基本理念及其塑成机理       | 56  |
| 第二章 合法化变奏:现代司法的范式嬗变      | 84  |
| 一、形式法范式与司法现代化的发端         | 85  |
| 二、实质法范式与司法现代化发展          | 89  |
| 三、程序法范式与司法现代化趋向          | 94  |
| 四、司法范式演化秩序与中国司法范式创生      | 99  |
| 第三章 合理性颠覆:司法后现代主义叙事      | 102 |
| 一、后现代、后现代主义和后现代性         | 102 |
| 二、后现代主义向法学的渗入            | 107 |
| 三、司法后现代主义掠影              | 114 |
| 四、理论终局抑或超越动力:困境与出路       | 123 |
| 第四章 反思性重构:现代司法的未来路途      | 127 |
| 一、风险社会的形成与法范式回应          | 127 |
| 二、司法程序模式中的合理性追问          | 163 |
| 三、交往理性与司法理念重塑            | 177 |

|                             |            |
|-----------------------------|------------|
| 四、风险社会中的司法权能                | 185        |
| <b>第五章 商谈论修复:司法现代化的制度方案</b> | <b>200</b> |
| 一、司法独立性与民主性:价值整合和制度架构       | 200        |
| 二、司法竞技性与交往性:诉讼哲学的演进和转型      | 217        |
| 三、司法专业化与陪审制:判决权力的实用配置       | 234        |
| 四、司法一元论与多元化:公共理性的培植和弘扬      | 246        |
| 五、司法权威性 with 协商性:合意促成和关系恢复  | 259        |
| <b>结语 反思现代性与中国司法现代化</b>     | <b>272</b> |
| 一、反思现代性的性质及其实践逻辑            | 272        |
| 二、反思现代性的法学转译和表达             | 276        |
| 三、中国司法现代化的反思性内涵和向度          | 281        |
| 四、反思性司法现代化的路线和方法            | 284        |
| <b>参考文献</b>                 | <b>289</b> |
| <b>后 记</b>                  | <b>296</b> |

## 引论 司法现代性的理论语境和时代际遇

司法现代性论题关涉现代司法的根本理念和制度范式,司法现代化作为法制现代化运动的一个重要维度,不从现代性语境中追问现代司法的理念要旨、孕育条件以及制度实践范式演化机理,将无法评价当下司法实践并难以预见和引导现代司法的发展方向。

现代性绝非仅仅是一个理论话语对象,它作为“一种普世性的转换每一个体、每一民族、每种传统社会制度和理念形态之处身位置的现实性力量”,<sup>①</sup>已然渗入乃至完全左右了一切社会现象和关系领域。在这场现代性际遇中,法律既参与了现代性的理念确立和价值荡涤工程,也成为现代性精神的一个落定场域。法律的现代性及其现代化理论研究自然可以按照一种宏大叙事模式,归结和分析法律的现代性精神,描述和阐释法律的现代化过程。不过,法律的现代性精神及其现代化过程根本上只能通过具体的法律交往领域得以表达和表现,笼统地谈论法律的现代性和现代化不能说不得要领,至少很容易有大而无当之弊,理论家对法律现代性和现代化论题的探讨,也始终需要将研究视阈对准法律交往诸具体领域(立法、行政、司法等),或从中寻求证立理论的素材,或阐释纷繁多样的法律交往诸领域中的现象。由于主张所有的法律交往应具有可诉性,事实上绝大部分中断的法律交往也是通过司法途径加以解决的,从而司法制度及其程序为分析法律系统提供了极其重要的路径,法律理论也因此而赋予司法和法官以特别地位。<sup>②</sup>因此,本书试图将研究焦点对准司法这一具有突出重要性的法律交往领域,加入法制现代化理论研究阵营,从丰富和充实法制现代化理论研究

---

① 刘小枫:《现代性社会理论绪论》,上海三联书店1998年版,第2页。

② [德]哈贝马斯:《在事实与规范之间:关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,生活·读书·新知三联书店2003年版,第243页。

目标出发,在对司法的现代性精神及其现代化历程作出归结的基础上,面对全球化时代中的“风险社会”(risk society)秩序的形成趋势,参照当代社会理论、政治理论和法律理论等学术领域对后现代社会之秩序与规范之关系的前沿理论探讨(尤其是法律范式的未来转向),梳理现代司法的理念形成、价值转型和制度架构等一般化问题,进而结合近年来西方社会理论的前沿领域所提出的“反思现代性”(reflective modernity)理论和“法律商谈论”(discourse theory of law)思想,针对深度现代化阶段风险社会秩序的规范期待,初步设计一个反思性司法现代化的理论方案,并对中国司法现代化进程的深入推进从反思性法学的方法论角度提出初步建议。

本课题研究注重对司法基本理念和宏观制度的抽象化思考,并不将实用性标准奉为圭臬,研究对象也很少涉及微观和具体的司法制度问题。当然,笔者并不赞同法国哲学家福科的那种主张理论无涉于实践的学术立场,<sup>①</sup>之所以将研究视角落定于抽象的司法理念和宏观的司法制度,一是因为笔者的学术兴趣使然,二是出于笔者的一种或许应当视为“偏见”的认识。笔者以为,学术这项事业,说它是自由的,其核心含义在于,学术对象的选择和学术风格的表现应当是自由的。既不该质疑那些注重特定实践细节性探究式学术的深度,也不该实用主义地评价和要求那种理论抽象式宏大叙事学术的实际功效。波斯纳在反讽美国那些认为学术性文献于法律事业没有意义的批评者时指出:“有什么地方写着,所有的法律学术文献都应当为法律职业服务?也许,一切学术文献的最终标准是效用,但这也不必是对某个具体听众甚或是对当代听众的效用。”“学术著作,就如同野生繁殖的大马哈鱼,是一种高风险低回报的活动。”<sup>②</sup>因此,本课题的内容或许很难有什么可以立刻转化为实践方案的可能性,但是谁又知道它就将一定是没用的呢?抽象性学术之于实践的价值,或许有些类似于康德所说的那个作为人的认识能力的先验条件,认识主体在认识活动中是很少会去省思自己为什么能够认识的条件的,实践也是这样,实践行动也几乎很少在其过程中深度追问其理论基础问题。

① 福科认为,理论既不表达实践、传达实践,也不是为了实践目的而存在,相反,它本身正是实践。Michel Foucault, *Language, Counter - Memory, Practice*, D Bouchard, Oxford: Blackwell, 1977, p 208

② [美]波斯纳:《超越法律》,苏力译,中国政法大学出版社2001年版,第115页。

## 一、司法现代性研究状况简评

思想大家们的法律现代性前沿理论为司法现代化研究提供了极为重要的理论语境和阐释学“前见”(prejudices),本书的一个根本思维向度就是借助法律现代性前沿理论解释现代司法现象的性质,进而梳理司法现代性精神的理论脉络,最后思考未来司法的演化方向。本课题研究同样离不开对司法现代性理论研究已然取得的相关成果的借鉴和反思,尽管专门探索司法现代性的法学成果并不丰硕,不过,下列法学家关于司法现代性的相关研究成果还是会对本书具有极为重要的借鉴和启发价值。

司法现代性理论研究与韦伯关于现代法律和司法的形式合理性、实质合理性理论存在一种路径依赖关系,司法现代性理论至今并没有完全跳开韦伯之现代法之形式合理性和实质合理性理论命题。“现代性就是合理性”之韦伯命题下的司法现代性的精神要旨是司法形式主义,对于这种司法形式主义的基本内涵,韦伯作出了如下概括:任何具体的法律判决都是把一条抽象的法的规则“应用”到一个具体的“事实”上;对于任何具体的事实,都必须采用逻辑的手段,从适用的抽象的法的规则中得出判决;法学上不能理性地“构想”的东西,在法律上也无关紧要的;司法过程是和平解决利益斗争的一种特殊形式,它让利益斗争受固定的、信守不渝的“游戏规则”的约束。<sup>①</sup>应当认为,韦伯按照一种“理想型”方法对早期现代法的形式合理性和司法的形式主义的界定比较准确地揭示了自由竞争资本主义社会阶段法律 and 司法的基本面貌及其根本性质,但是,他对这种现代法律和司法类型的形成原因过于强调了政治的支配性地位,韦伯将这种政治的支配性因素归结为三个方面:优越于其他社会权力的最高统治权、神权政治相对于世俗权力的优势、法律绅士阶层对法律教育的决定性意义。<sup>②</sup>他对法律类型的分析与他关于统治的类型分析融合在一起,他注重对实在法的建构因素分析,注重法律制度构成的政治因素,认为政治形态的基本因素是强制性的

① 参见[德]韦伯:《经济与社会》(下卷),林荣远译,商务印书馆1997年版,第18、140页。

② 参见[德]韦伯:《经济与社会》(下卷),林荣远译,商务印书馆1997年版,第201~202页。

支配,法律履行的是一种政治功能。<sup>①</sup>对此,伯尔曼评述道:“韦伯仍局限于他所属的经济和政治历史的传统之内,……他将历史中基本的因素归因于——尽管有时不承认——政治而不是经济。”<sup>②</sup>这样,韦伯在否定了马克思对现代法律和司法之经济决定论基础的同时,又将这种基础单一地归结为政治权力,这显然片面化了现代法律和司法的生成基础。

昂格尔因循韦伯路径并继续了韦伯论题的探讨:近代欧洲为什么会形成这种现代法秩序和形式主义司法?昂格尔为这一论题提供了两个答案。其一,法律秩序(自治型法)和形式司法的社会——政治环境:没有任何一个社会集团拥有永恒的支配地位或与生俱来的统治权利;其二,法律秩序和形式司法的法理念基础:一种更高的、普遍而神圣的自然法法则成为实在法的衡量标准。<sup>③</sup>然而,与其说昂格尔为现代法律和司法的生成基础提供了两个答案,还不如说他只是描述了现代法律和司法条件下的社会结构特征和价值观念状况,即将法律秩序和形式司法条件下的社会结构特征和价值观念状况赋予其前提和原因的地位,这种解释显然是失之偏颇的。在解释学语境中,法律(司法)与社会条件是互为条件和相互解释的。伯尔曼在大量史料考订的基础上深刻诠释了西方法律传统的形成原因,并对韦伯等思想家关于现代法律和司法之生成基础的单向度式解释进行了批判。在伯尔曼看来,西方现代法律和司法的生成条件不是唯一的,它应当从以下三个方面加以理解:立法者意志(法律实证主义)、道德准则的理性表达(自然法);社会习惯的派生之物(历史法学)。<sup>④</sup>这种多成因论的重要意义不仅仅在于它有效解释了西方现代法律和司法的生成条件,其深远意义在于,发端于欧洲国家的法律和司法的现代性及其社会实践的现代化模式未必就是中性的(neutral)和普适的(universal),对于中国等非西方国家而言,按照这种逻辑,非西方国家法律和司法的现代性及其现代化实践应当可以合理剥离其与西方理性主义之间的因袭和依赖关系。

追问现代司法之生成条件有效引出了司法现代性和现代化的普适性(中性

① 参见刘小枫:《现代性社会理论绪论》,上海三联书店1998年版,第120~121页。

② [美]伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第678页。

③ 参见[美]昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章、周汉华译,译林出版社2001年版,第63页以下。

④ 参见[美]伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第683~684页。

化)——地方性(本土化)关系问题,但是这还远远不够,司法现代性论题探讨更需要对司法现代性精神的具体内涵、语境条件及其演化历程进行深入思考。

诺内特和塞尔兹尼克从社会科学视角将社会历史中的法律范式概括为压制型法、自治型法和回应型法三种基本类型,其中关于从专制社会中变革而出的自治型法被界定为现代社会早期阶段的法律范式。诺内特和塞尔兹尼克归结了自治型法的基本属性:法律与政治的分离、法律秩序采纳“规则模型”、“程序是法律的中心”、“忠于法律”被理解为严格服从实在法规则。<sup>①</sup>对自治型法以上基本属性的归结也内在表达了现代司法的一些重要特征:基于法律与政治分离前提下的司法独立、司法形式主义和规则至上、司法过程对法定程序的严格遵守、实在法规则的严格解释构成判决的法律根据。不过,现代司法的这些基本特征还不能被认作司法现代性的精神要旨,它们还仅仅只是司法现代性精神的外在表现形态,其内在的现代性精神要旨还有待于深入追问。

由于司法现代性根本上是一个现代性精神在司法领域的渗入和蔓延问题,因此,通过现代司法之基本特征追问其现代性精神要旨的理路必须以充分认识现代性精神的基本内涵为前提,将后者作为探问司法现代性精神的理论语境和解释学视阈。

### (一)现代性精神要旨

现代性理论话语虽然异质多元和纷呈多样,不过,我们还是可以对诸多现代主义理论思潮所共同表达的现代性精神作出如下归结。

1. 个人主义。几乎所有的现代性解释者都赋予个人主义以现代性精神的中心地位,“现代性总是意味着对自我的理解由群体主义向个人主义的一个重大转变。现代性不是把社会或共同体看成是首要的东西,‘个人’只是社会的产品,仅仅拥有有限的自主性;而是把社会理解为为达到某种目的而自愿地结合到一起的独立的个人的聚合体”。<sup>②</sup>个人主义意识的自觉所带来的是人的主体性地位的获得,因为个人主义意识按照二元论方法区分了人的精神与客观自然世

① 参见[美]诺内特、塞尔兹尼克《转变中的法律与社会:迈向回应型法》,张志铭译,中国政法大学出版社2004年版,第60页。

② [美]格里芬《后现代精神》,王成兵译,中央编译出版社1998年版,第5页。

界的范畴性异质,并且后者成为驾驭和掠夺的对象,获得主体性的个体开始超越纯粹的自在自发的日常生活的阈限而同科学技术、理性自觉的精神再生产发生实质性关联,进而现代社会才与传统社会发生断裂并从中脱域而出。

2. 理性主义。有论者指出:“当主体性、个性、自由、自我意识、创造性、社会参与意识、批判精神等成为现代人的生存方式的本质性特征和规定性时,整个社会普遍心理、价值取向和文化精神必然发生根本性的变化,经验式、人情式的宗法血缘的前现代文化基因让位于自觉的、理性化的人本精神。”<sup>①</sup>在人类生活和文化层面,韦伯将现代性进程视作一个文化“祛魅”过程,这一“祛魅”过程的实质在于充满迷幻力的思想和实践从世界上消失,“世界的‘祛魅’使传统世界观分裂成不同专业知识的各具特色的专家领域,特别是那些科学、道德和艺术中的诸领域。”<sup>②</sup>文化祛魅和世界观解咒所带来的理性主义的本性,韦伯将其界定为目的理性,并赋予其现代理性主义精神的核心地位。目的理性的内涵要旨在于:“通过对外界事物的情况和其他人的举止的期待,并利用这种期待作为‘条件’或者‘手段’,以期实现自己合乎理性所争取和考虑的作为成果的目的。”<sup>③</sup>在这种目的理性精神驱动下,现代社会中人的行动表现出功利谋划的本性,目的实现通过精确的可计算性过程完成,效率标准获得了优先性。

3. 世俗主义。世俗主义的生成基础是个人主义和理性主义文化。个人主义否认个体主要由他与其他人的关系、与自然、历史抑或是神圣的造物主之间的关系所构成,社会也仅仅只是一种一个个体为实现各自的目的而自愿结合的聚合体,那么,人就只是为自身而活着。结合目的理性主导的个体意识,“自我利益看作至少是生活的某个层面(譬如说经济层面)的可接受的基础”。“只有在非理性决策的基础上,才可以接受终极性的目的或价值。”<sup>④</sup>文化祛魅和世界观解咒既将客观自然世界摆脱了神灵基础并确认为人所利用和改造的对象,又将人的欲望和需求从宗教禁欲主义中解放出来,目的追求不再成为一种罪恶,从而世俗主义成为个人主义和理性主义的必然逻辑延伸,对此,有论者指出:“一方面,外部自然‘洗刷掉罪恶的污染,摆脱了一切恶魔势力的羁绊’,成为人类观

① 衣俊卿:《现代性的维度及其当代命运》,《中国社会科学》2004年第4期。

② [英]多德:《社会理论与现代性》,陶传进译,社会科学文献出版社2002年版,第43页。

③ [德]韦伯:《经济与社会》(上卷),林荣远译,商务印书馆1997年版,第56页。

④ [美]格里芬:《后现代精神》,王成兵译,中央编译出版社1998年版,第9页。

察、认知和改造的客观对象;另一方面,肉体生命也从禁欲主义的压抑下解放出来,获得独立自主的价值。于是,珍爱自我,美化生活,追求纯感性的陶醉和愉悦,成了一种新的时尚潮流。”<sup>①</sup>

4. 民主主义。个人主义否认任何超验权力,而理性主义则推崇经济运行的市场规则和目的理性,进而发展为对处理相互关系的程序合理性的依赖。<sup>②</sup>个人主义以天赋人权对抗超验权力,无神论的唯物主义的盛行不只是在真理和认识论领域孕育了科学主义和实证主义,也在价值、道德、伦理、权利、权力等领域推进了民主主义思潮。由于价值准则、道德良知、伦理规范和自由权利的根基预设不再源自某种超验的神权力量,从而“个人之道德自主的人权,只有通过公民的政治自主才能获得实证的形式”。<sup>③</sup>

## (二)现代司法的形式特征

现代司法的形式特征其实只不过是现代性精神在司法领域得以确证的一类表现形态罢了,经过以上关于现代性精神的简要梳理,我们不难看出,司法现代性精神的真正内涵在于以下几个方面。

1. 司法成为权利保障的国家主要机制。现代性个人主义的法学表述就是自然权利论和社会契约论,社会契约论者强调个体之于国家的优越地位,洛克指出:“政治社会都起源于自愿的结合和人们自由地选择他们的统治者和政府形式的相互协议。”<sup>④</sup>自然权利论者强调个体具有自然赋予的与生俱来的人权,霍布斯指出,自然权利“就是每一个人按照自己所愿意的方式运用自己的力量保全自己的天性——就是保全自己的生命——的自由”。<sup>⑤</sup>这种法学启蒙运动对司法的重大推进作用在于司法逐渐成为保障个体权利的现代国家的一种主要机

① 张凤阳:《现代性的谱系》,南京大学出版社2004年版,第36页。

② 哈贝马斯指出:“现代经验科学和早已自律的道德只相信自身行为和方法的合理性,亦即科学认识的方法或道德认识得以可能的抽象前提。由于理性畏缩成了形式合理性,因此内容合理性变成了结果有效性。而这种有效性又取决于人们解决问题所遵守的操作程序的合理性。”[德]哈贝马斯:《后形而上学思想》,曹卫东、付德根译,译林出版社2001年版,第34页。

③ [德]哈贝马斯:《在事实与规范之间:关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,生活·读书·新知三联书店2003年版,第117页。

④ [英]洛克:《政府论》(下篇),叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆1964年版,第63页。

⑤ [英]霍布斯:《利维坦》,黎思复、黎廷弼译,商务印书馆1996年版,第97页。

制。个人主义与资本主义的交织,一方面突出了个人自愿结合构成市民社会的自由权利,另一方面则要求个人在经济市场中的利益追求必须获得身份平等的保证。这样,个人的权利要求和纷争利益就不再可能通过威权建制得以实现,需要一种脱离政治威权的法律规范体系作为契约关系的行为规则,并且需要一种意志中立并依据既定规则裁决纠纷的司法机制保障权利和实现利益。

2. 形式主义成为司法兑现理性主义的路径选择。为笛卡儿所促就的理性主义采取“怀疑一切”的态度,“拒绝把任何不能以逻辑的方式从‘清晰而独特的’明确前提中推导出来的从而也不可能加以怀疑的东西视为真实的东西。”理性在笛卡儿那里被界定为“根据明确的前提所作的逻辑演绎”。<sup>①</sup>现代主义的知识基础不再源自神启或自然法准则,而是源自怀疑精神和演绎逻辑,这样,法律和司法的形式主义获得了理性主义的名分,崇尚普遍而永恒法律原则的自然法不再是理性主义的,法律是主权者的命令,法律形式主义者(典型代表如兰德尔主义者)恪守这样的信条:“谈论一方面的规则和原则与另一方面的社会现实之间的纯粹的演绎逻辑关系并不一定是有意义的。但是,讨论不同的抽象命题之间的——也就是不同的规则和原则之间的——演绎逻辑关系确实是有意义的。”<sup>②</sup>司法形式主义成为对理性主义的承诺和兑现,“法律被设想为一个连贯的整体,一个融为一体的系统,一个‘实体’”<sup>③</sup>。法官的任务就是严格适用法律,将既定的规则适用到具体的案件事实之上。

3. 司法在世俗国家中获得独立地位。伯尔曼的出色研究说明了世俗国家及其法律体系孕育于1050~1150年时期的教皇革命阶段,教皇革命在使一个独立自主的教会国家和教会法体系得以形成的同时,也使得各种非教会职能的政治实体及其世俗法体系开始形成并发展。关于世俗法的实质,伯尔曼作出了如下界说:“从本质上讲,世俗国家的观念和现实也就是法律统治的国家或‘法治国’(Rechtsstaat)的观念和现实。”<sup>④</sup>由于世俗主义消解了神灵基础和威权意志

① [英]哈耶克:《法律、立法与自由》,邓正来等译,中国大百科全书出版社2000年版,第4、5页。

② [美]菲尔德曼:《从前现代主义到后现代主义的美国法律思想》,李国庆译,法律出版社2005年版,第180页。

③ [美]伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第10页。

④ [美]伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第362页。