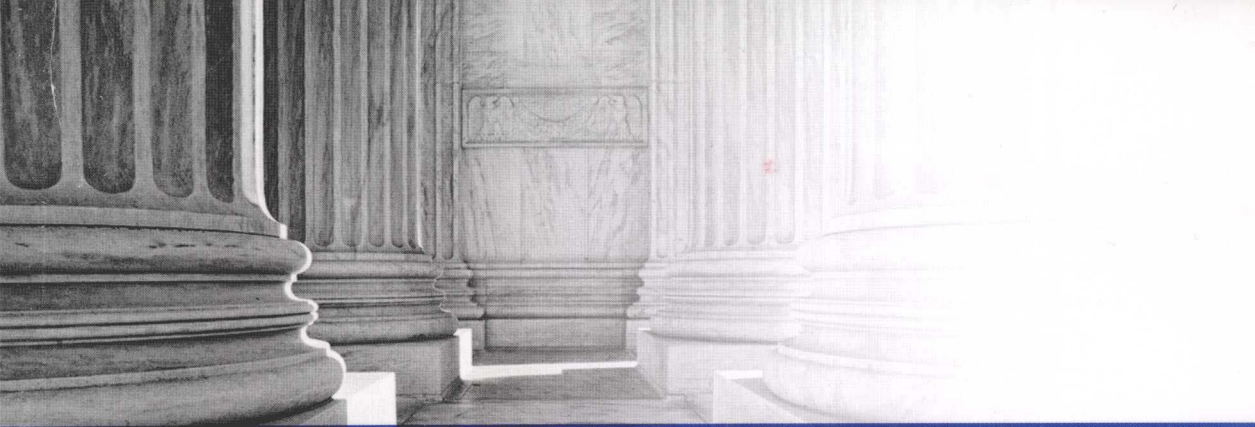




| 法 | 理 | 学 |

人权保护中的司法功能

——基于最高法院的比较研究

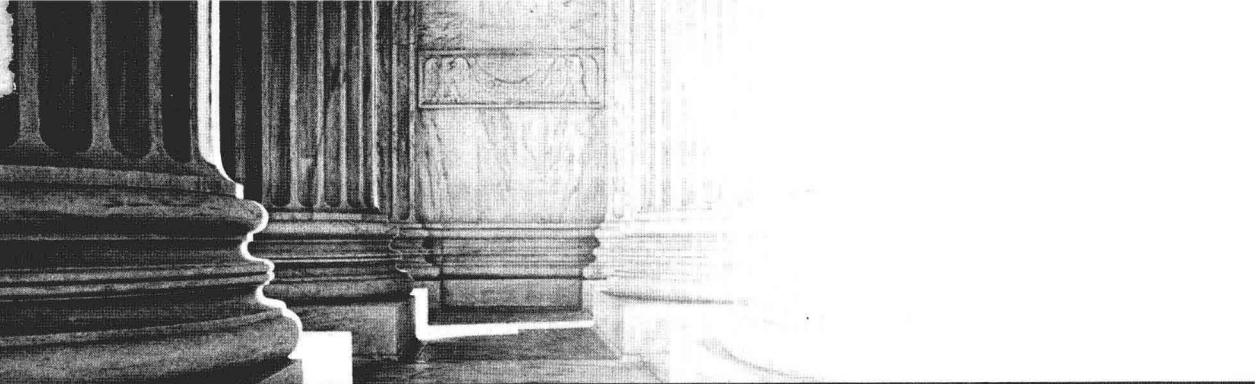
Judicial Function in the Protection of Human Rights
——Based on Comparative Study of Supreme Court

姚小林◎著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位



| 法 | 理 | 学 |

人权保护中的司法功能

——基于最高法院的比较研究

Judicial Function in the Protection of Human Rights
——Based on Comparative Study of Supreme Court

姚小林◎著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

内容提要

人权司法化已成为当今世界各国实施人权有效保护的基本选择,大体存在美国司法审查和德国宪法诉讼等较为典型的司法模式选项;而作为一国最高审级的最高法院一般具有审判功能、政治功能和社会功能,并呈现司法能动主义抑或司法消极主义的功能形态;基于不同的宪政体制和法系传统,各国最高法院可能借助正当程序或比例原则等司法工具不断扩展本国宪法的基本人权清单;我国最高法院的人权保护功能虽然有别于美德司法模式,却能从英法等国获得诸多启示和借鉴;如今中国“能动司法”改革也不同于欧美的司法能动主义实践,却又通过司法解释和司法政策等形式展现出人权保护中最高法院的司法功能归位与改善的些许努力。

责任编辑:蔡虹

图书在版编目(CIP)数据

人权保护中的司法功能:基于最高法院的比较研究/
姚小林著. —北京:知识产权出版社,2012.2

ISBN 978-7-5130-1088-7

I. ①人… II. ①姚… III. ①刑事诉讼—审判—研究
②人权—法的理论—研究 IV. ①D915.318.204②D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第015534号

人权保护中的司法功能

——基于最高法院的比较研究

RENQUANBAOHU ZHONG DE SIFAGONGNENG

——JIYU ZUIGAOFAYUAN DE BIJIAO YANJIU

姚小林 著

出版发行: 知识产权出版社

社 址: 北京市海淀区马甸南村1号

网 址: <http://www.ipph.cn>

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

责编电话: 010-82000860 转 8324

印 刷: 知识产权出版社电子制印中心

开 本: 787mm×1092mm 1/16

版 次: 2012年2月第1版

字 数: 237千字

ISBN 978-7-5130-1088-7/D·1408 (3971)

邮 编: 100088

邮 箱: bjb@cnipr.com

传 真: 010-82005070/82000893

责编邮箱: caihong@cnipr.com

经 销: 新华书店及相关销售网点

印 张: 14.5

印 次: 2012年2月第1次印刷

定 价: 39.00元

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

目 录

导 言	1
0.1 问题的提出	1
0.1.1 人权的神话与现实	1
0.1.2 研究现状	2
0.1.3 存在的问题与难点	4
0.2 基本观点与框架	4
0.2.1 基本观点	4
0.2.2 基本框架	6
0.3 主要研究方法	7
第1章 人权及其司法化	11
1.1 人权及其存在形态	11
1.1.1 人权的概念	11
1.1.2 人权的存在形态	12
1.2 人权入宪	13
1.2.1 人权入宪的表现	13
1.2.2 人权入宪的意义	16
1.3 人权的司法化	17
1.3.1 人权的有效性	17
1.3.2 规范与功能意义上的司法	20
1.3.3 可诉性与人权的司法化	21

第2章 人权的司法化与司法模式	29
2.1 诉讼权利的确立	29
2.1.1 诉讼权利	29
2.2 正当程序与比例原则	32
2.2.1 正当程序 (due process)	32
2.2.2 比例原则 (proportional principle)	35
2.3 司法制度与司法环境	38
2.3.1 司法独立与司法公正	38
2.3.2 健全的司法组织	39
2.3.3 良好的司法机制	40
2.3.4 司法环境的影响	42
2.4 司法功能与司法模式	43
2.4.1 司法功能及其表现形态: 能动主义抑或消极主义	43
2.4.2 人权保护中的司法模式	47
第3章 人权保护中的最高法院功能概述	54
3.1 功能意义上的最高法院研究	54
3.2 最高法院的功能	56
3.2.1 最高法院的审判功能	56
3.2.2 最高法院的政治功能与社会功能	59
3.3 人权保护与最高法院因素	60
3.3.1 关于最高法院的类型	60
3.3.2 人权保护中的最高法院因素	62
第4章 人权保护中的司法模式 (上): 英美法系	65
4.1 美国人权保护中的司法审查型	65
4.1.1 普通法传统与人权法典化	65
4.1.2 美国司法体制下的联邦最高法院	69
4.1.3 联邦最高法院的司法审查	79
4.1.4 司法审查中的能动主义与消极主义	82
4.2 英国人权保护中的议会主权制	95

4.2.1	议会主权下的普通法传统	95
4.2.2	人权立法与英国最高法院	101
4.2.3	1998 年《人权法案》实施的司法效果	107
第 5 章	人权保护中的司法模式 (中): 大陆法系	113
5.1	德国人权保护中的宪法诉讼型	113
5.1.1	人权理念与法治国转型	113
5.1.2	德国司法体制下的联邦法院系统	118
5.1.3	联邦宪法法院的宪法诉讼	122
5.1.4	宪法诉讼中的能动主义与消极主义	125
5.2	法国人权保护中的多元化机制	139
5.2.1	人权立法与多元化保护机制	139
5.2.2	法国最高法院与国家行政法院	142
5.2.3	承担人权保护功能的宪法委员会	145
第 6 章	人权保护中的司法模式 (下): 中国	154
6.1	和谐人权观与我国的人权立法	154
6.1.1	社会主义和谐人权观	154
6.1.2	法制现代化中的我国人权立法	157
6.2	人权保护中的最高人民法院功能	159
6.2.1	人大体制下的司法组织	159
6.2.2	最高人民法院的司法功能变迁	160
6.3	人权保护与最高人民法院司法解释	166
6.3.1	司法解释的历史与现状	166
6.3.2	司法解释的性质与能动司法问题	169
6.3.3	最高人民法院司法解释的人权保护功能	176
第 7 章	全球化、司法改革与我国的人权保护	184
7.1	人权保护中的司法模式比较	185
7.1.1	美国司法审查型与德国宪法诉讼型	185
7.1.2	英国与法国的多元化人权保护机制	189
7.2	基于人权价值的我国司法改革	193

7.2.1 人权入宪的司法效应	193
7.2.2 我国司法改革的价值选择	196
7.2.3 和谐社会构建中的最高人民法院改革	200
7.3 法治化、全球化与多元化的人权保护	203
7.3.1 关于人权保护的法治化	204
7.3.2 关于人权保护的全球化	206
7.3.3 关于人权保护的多元化	209
参考文献	214
后记	224

导 言

0.1 问题的提出

0.1.1 人权的神话与现实

在当今世界，恐怕只有一个词语最能够表达人们的普遍心声、社会理想和法哲学，那就是人权，被神话化的人权：“人权把左翼分子和右翼分子、传教士与政府官员、首相和叛乱分子、发展中国家与汉普斯特德和曼哈顿的自由党都联合了起来。人权已成为人们从统治和被统治中解放出来的指导原则，成了无家可归者和一无所有者重整旗鼓的呐喊，成了革命者与异议人士的政治纲领。但是人权并不只对身居窘境者具有吸引力，同样，西方社会中沉浸于花天酒地生活中的奢侈消费者、花花公子、寻欢作乐者、哈罗德的业主、吉尼斯有限公司的前总经理以及前希腊国王，也都表达他们的人权主张。”^① 人权业已成为人们维权和抵抗他人与一切公权力的有力武器。然而，我们也应清醒地认识到人权不是万能的宣传工具与法律武器，“人权概念可能的确有助于诊断社会的和政治的病症，但它不是救治之方”^②。

人权不仅仅反映人们的普遍心声、社会理想和法哲学，也应成为人们实实在在享有的权利和自由。人权具有天然的抵抗公权力的属性，但人权的实现又有赖于公权力行为。“二战”以来，世界各国已形成尊重、保护和实现人权的普遍共识，然而人权的根本问题在于人权的有效性实现，特别是通过各种法律

① [美] 科斯塔斯·杜兹纳. 人权的终结 [M]. 郭春发, 译. 南京: 江苏人民出版社, 2002: 1.

② [英] A. J. M. 米尔恩. 人的权利与人的多样性——人权哲学 [M]. 夏勇, 张志铭, 译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1995: 203.

途径给予人权主体可执行的法律保障。^① 当人权得不到立法与行政机关的有效保障时，司法机关则应提供权利救济。作为一国的最高司法主体和上诉终审机关，最高法院在人权保护中的司法功能，最能反映一国司法权与其他国家权力的关系状况，是表现为司法能动主义抑或消极主义？

2004年3月14日，“国家尊重和保障人权”条款写入我国现行《宪法》，人权从理论范畴和政治决策用语正式进入我国的法律实践领域，引起人们关于人权的有效性、可诉性与司法化等诸多问题的思考。社会主义法治理念与和谐社会发展目标的提出，孙志刚案、余祥林案等冤假错案的出现，死刑复核权的回归，私产入宪、《物权法》与《侵权责任法》的制定以及三大诉讼法的修改，《人民法院五年改革纲要》、《人民法院第二个五年改革纲要（2004～2008）》与《人民法院第三个五年改革纲要（2009～2013）》的出台等一系列重大法制事件的发生，为人民法院特别是最高人民法院充分挖掘和发挥人权保护中的司法功能提供了司法改革的契机。“二战”以来，以各国最高法院为代表的国内人权保护机制，欧洲、非洲、美洲等地的区域性人权保护机制以及联合国为主导的全球性人权保护机制的建立，为我们提供了人权保护多元化的思考。如何通过司法改革加强人权的司法保护，如何正视各国司法机关在人权保护中的功能形态，仍然是值得我们反思并具有挑战性的学术课题与实践命题。

0.1.2 研究现状

应当承认，国内外人权基础理论研究已相当发达和成熟。在西方，人权思想的萌芽可追溯到古希腊罗马时期的自然正义说，作为成熟的政治理论则形成于近代以“天赋人权”和社会契约为基本内容的自然权利学说，其代表人物包括英国的洛克、霍布斯和法国的孟德斯鸠、卢梭等人，他们的思想被写入美国《独立宣言》、法国《人权宣言》等，并传入近现代中国，由梁启超、胡适和李大钊等予以传播和发扬。现代英国的边沁、戴西等提出人权的法定权利

^① 联合国人权事务委员会在《公民权利和政治权利国际公约》1981年第3号一般性意见中指出，人权公约的履行仅仅依靠宪法性或法律性的立法行为是不够的。国家的义务是采取适当的，对实现人权确有必要的立法、司法或行政措施。尤其重要的是，国家颁布的法律应该是采取行动的法律，而不应是纸面上的法律。参见国际人权法教程项目组，国际人权法教程（第一卷）[M]，北京：中国政法大学出版社，2002：544。

说,运用实证主义的分析哲学论证了人权实定化问题,人权也越来越多地被写入成文宪法。人类社会进入20世纪,特别是第二次世界大战后,社会权利受到西方福利社会和社会主义国家的重视,新自然法学、法社会学、法律现实主义和批判法学等法学流派的涌现拓宽了人权研究的视野。在我国,20世纪八九十年代以来,人权问题重新受到中国学术界的关注,特别是随着系列人权国际公约的签署和人权入宪,我国法律理论界开展了人权概念、人权基本原理、人权思想演变以及人权保护机制的学术研究,并密切关注了司法改革、信息自由、弱势群体权益保护、反就业歧视、刑事被告人人权等诸多司法问题的研究。

不可否认,我国关于人权保护的法学研究,仍集中于宪法价值层面和司法制度层面的规范分析,如周伟教授所著《宪法基本权利司法救济研究》,王启富、刘金国教授主持的司法部课题《中国人权的司法保障》。近年来研究人权问题的博士论文数量不少,但主要集中在哲学、政治学和历史学研究领域,从司法层面展开人权问题的专题研究是近年来出现的学术新现象,而这方面的博士论文极少,并主要体现为宪法学与刑事诉讼领域的专题研究,如芦雪峰2006年博士论文《英国1998年〈人权法案〉研究》、黎晓武2005年博士论文《司法救济权研究》和林劲松2004年博士论文《刑事诉讼中的基本人权》。夏勇主编的《公法》(第一卷)是法学领域较早研究人权问题的综合性刊物。而徐显明教授主编的《人权研究》系列,则汇集了近年来人权研究的若干热点,有表达自由、隐私权、受教育权、私有财产权、权利冲突、社会权的司法救济、正当程序、比例原则、人权与和谐社会等问题。但是,运用结构——功能主义的研究方法、以最高人民法院为视角对人权保护问题进行系统研究,在国内尚没有相关成果出现,即使关于最高人民法院的研究也还处于起步阶段。纪诚2006年博士论文《最高人民法院司法解释研究——对最高人民法院司法解释合理性的反思》和侯猛2004年博士论文《中国最高法院规制经济的功能》是我迄今查询到的关于最高人民法院问题专题研究的仅有博士论文。此外,关于最高人民法院研究的著作还包括《清华法学》第七辑“最高法院比较研究专辑”、左卫民等著《最高法院研究》以及少量的期刊论文等。综合法理学、宪法学和诉讼法学的人权研究成果,展开人权保护领域的司法功能比较研究,是一个具有相当学术难度的理论课题。

0.1.3 存在的问题与难点

人权司法化的前提和必要条件是什么？如何理解司法能动主义与消极主义的司法功能形态？最高法院在人权保护中承担什么司法角色，具有哪些功能？最高法院与其他司法组织和公权力机关的关系状况如何？我国人权保护中的司法功能表现如何？国外人权保护中的司法模式对中国有哪些启示和借鉴意义？当今世界人权保护的发展趋势有哪些？诸如此类正是本书要解决的主要问题。

要解决人权的司法保护问题，必须回答下列问题：

首先，受司法保护的人权究竟是什么？为什么要谈论人权入宪问题？人权入宪会产生怎样的司法效应？如何使人权变得有效？可诉性与人权司法化理论的梳理是本书首先必须解决的课题。

其次，要把握好司法与司法功能两个概念。我们可以分别从规范意义和功能意义两个角度来理解司法概念。近年来关于司法功能的研究多了起来，但司法功能的表现形态——司法能动主义与司法消极主义在国内的研究甚少，本书将作出新的概括。

再次，在人权保护方面，各国司法功能是否具有可比性，存在怎样的司法保护模式及其运行机制，并受到哪些因素影响？对于此问题的回答，虽然可能存在以结论寻求论证材料的危险，但是本书希望通过对各国人权理念、宪法体制、法律传统、司法组织、法官构成、裁判程序与司法技术、社会需求等方面的规范分析、功能比较与历史考查来寻求问题的答案，并对司法特别是最高人民法院在中国人权保护中的功能定位进行反思。

最后，以最高法院为代表的司法模式是否属于最理想、最有成效而无法替代的人权保护模式？如何科学地界定最高法院的范畴？我国最高人民法院的司法改革如何顺应当今世界人权保护的发展趋势，对此我们会有什么样的司法期待？

0.2 基本观点与框架

0.2.1 基本观点

人权入宪、存在有效的司法适用机制是实现人权司法化的前提和必要条

件。人权入宪是世界性趋势，而普通法律诉讼、宪法诉讼与司法审查则提供了人权保护的主要司法机制。作为本书最基本的概念分析工具，“司法能动主义”与“司法消极主义”所表达的是，在涉及人权的宪法问题上，司法机关与其他国家机关之间的互动关系程度。最高法院即最高级法院，是一国审级最高的司法主体，又称为上诉终审法院，主要存在审判功能、政治功能和社会功能，并具有司法性、终审性和主权性的功能特点。由于最高法院在一国政治制度和司法体制中的特殊地位，以最高法院为视角考察人权保护中的司法功能，更能直接反映司法权与其他国家权力的互动关系程度。美国的司法审查制与德国的宪法诉讼型为我们考察世界主要国家人权保护中的司法功能提供了基本的思考模式，但法国和英国则为我们提供了人权保护多元化与开放性的启示。在美国，正当程序是联邦最高法院扩张司法权能的主要宪法工具，但政治问题与法律问题的区分以及推定议会立法合宪的司法解释又为美国司法消极主义的回归提供了必要的司法技巧，双重的司法审查标准则意味着人权保护中存在的司法能动主义与消极主义的动态平衡。在德国，宪法诉愿是联邦宪法法院实施人权保护的主要宪法诉讼程序，它通过比例原则的适用来平衡诸多核心宪法价值的冲突与矛盾，使之表现出不同程度上的司法能动主义，而关于法律问题与宪法问题、宪法问题与政治问题的司法处理，有时也使德国联邦宪法法院表现出司法消极主义。在英国，普通法、议会法和令状是英国人权保护的主要法律途径，但《1998 年人权法案》的实施，既促进了英国法院特别是上议院的司法功能主义，又在坚持议会主权的前提下协调了英国法院与欧洲人权法院和欧洲联盟法院存在的对立和冲突。在法国，虽然存在普通法院、行政法院和宪法委员会并立的司法功能体制，但宪法委员会却在能动主义与消极主义的不断选择中成为法国人权保护的主要机构。在中国，司法解释最能体现最高人民法院在人权保护中的司法功能，特别是在保证当事人接近司法的权利、保护未成年人合法权益、农民工利益、刑事被告和罪犯人权等方面。司法解释的现状反映出最高人民法院与全国人大和各下级法院的不同关系程度。如今中国“能动司法”改革虽然不属于美国式的司法能动主义，但是司法解释、司法政策等准立法形式展现出最高人民法院对人权保护中司法功能归位与改善的些许努力，我们有理由期待我国司法改革进程中的人权保护必须顺应当今世界人权保护中的法治化、全球化和多元化趋势。

0.2.2 基本框架

本著作包括导言、7章正文、参考文献和后记，以人权的司法保护问题为中心，以最高法院为视角，展开对各主要国家人权保护中的司法功能形态（司法能动主义与消极主义）的比较研究，最后以基于人权价值的中国司法改革为落脚点，并对当今世界人权保护中的多元化、法治化和全球化发展趋势进行展望。

导言部分包括问题的提出、基本观点与论文框架以及结构——功能主义方法的介绍。

7章正文涉及3个部分的内容，即人权及其司法化的基本理论、主要国家人权保护中的司法实践、人权保护中的司法模式比较及其对我国司法改革的期待。

前三章为正文的第一部分。其中，第1章为“人权及其司法化”。该章介绍了人权的定义、分类及其存在形态；分析了人权入宪的表现及其法治意义；进行了可诉性理论的梳理与人权的司法化分析；基于规范和功能意义上的司法概念，指出司法化是实现人权可诉性的基本法律途径。第2章为“人权的司法化与司法模式”。该章首先指出了正当程序和比例原则在人权保护中的不同司法价值，并从司法独立、司法组织、司法机制和司法环境等因素方面考察了实现人权保护的司法环境问题以及关于不同司法功能模式的分析介绍。人权入宪为人权保护提供了规范依据，而普通法律诉讼、宪法诉讼和司法审查则提供了人权司法化的基本司法机制，能动主义与消极主义便是人权司法化中典型的司法功能形态。第3章为“人权保护中的最高法院概述”。该章总结了学术界关于最高法院司法功能的论述，重新界定了最高法院的内涵，指出最高法院即相对独立的法院组织系统中审级最高的法院的主要功能为上诉终审，并延伸发展了政治功能和社会功能；论述了最高法院的类型划分及其人权保护功能。

第4章、第5章和第6章为正文的第二部分。其中，第4章为“人权保护中的司法模式（上）：英美法系”。该章主要分析了美国最高法院和英国上议院的人权保护问题。1937年以来，人权保护逐渐成为美国最高法院的主要司法价值。正当程序、政治问题与法律问题的区分以及双重的司法审查标准，深刻地影响着美国最高法院的司法能动主义与消极主义倾向。《1998年人权法

案》的生效对英国人权保护产生了重要的司法效果。第5章为“人权保护中的司法模式（中）：大陆法系”。该章主要分析了德国联邦宪法法院和法国宪法委员会的司法功能，它们虽然不是本国的最高法院，却在人权保护中表现出司法能动主义。德国联邦宪法法院的司法能动性仅次于美国最高法院，却发展出独有的比例原则，来处理人权与其他宪法核心价值的平衡。法国的人权保护虽然具有多元化特点，但宪法委员会是承担人权保护的主要司法功能机关。第6章为“人权保护中的司法模式（下）：中国”。该章介绍社会主义和谐人权观和中国人权立法的曲折历程；我国的司法体制与最高人民法院的功能变迁；最高人民法院的司法解释与人权保护的关系。最高人民法院总的表现是司法消极主义，但在司法解释领域却具有某种司法能动性和积极主义倾向。

第7章“全球化、司法改革与我国的人权保护”为正文的第三部分。该章将美国的司法审查制度与德国的宪法诉讼制度进行比较，并结合英国与法国人权的多元化司法实践，对我国最高人民法院的司法改革与人权保护的关系进行反思。本章特别指出，如今“能动司法”改革并不意味着中国法院开辟了英美式的司法能动主义，仅仅反映出我国人权司法化中的法院功能归位与改善的些许努力。而世界人权保护中的法治化、全球化和多元化的趋势，为全书论证提供总的历史与时代背景。

参考文献涉及中外著作和论文资料。后记主要交代本著作的选题、写作与修改过程。

0.3 主要研究方法

本书主要采用结构—功能主义方法。结构是“表征事物内部各要素的组合方式、结合方式”；而功能是“事物作用于他物的能力，即系统作用环境的能力”。^①结构与功能范畴将每个研究对象视为独立的系统，以系统为分析单元来考察系统与环境之间的“输入”与“输出”关系及其功能效果，这种“输入”与“输出”关系具体体现为“同构同功”、“同构异功”、“同功异构”三种关系。

① 李秀林，王于，李淮春：《辩证唯物主义原理和历史唯物主义原理（第四版）》[M]，北京：中国人民大学出版社，1995：230。

作为学术流派，结构功能主义是20世纪五六十年代占主导地位的社会学流派，以塔尔科特·帕森斯和默顿等为代表。该流派强调通过“系统”范畴将社会结构和社会整体作为基本的分析单位，侧重考察社会系统的现存结构及其在维持系统生存中所发挥的社会效果，并致力于回答“一个社会系统为了维持其存在，有哪些基本条件必须得到满足以及这些条件如何得到满足”之类的基本问题。按照帕森斯的观点，结构的功能在于满足系统的必要条件（即AGIL范式），这些必要条件就是适应（adaptation）、达鹄（goal attainment）、整合（integration）和维模（latency pattern maintenance），社会作为系统的存在相应地也包括4个子功能系统：适应环境必需的经济制度、目标决策和组织实施的政体、维持系统统一的法律等社会规范以及保存与传递社会基本价值的家庭和教育，这些子功能系统之间分别通过货币、权力、影响和声望等交换媒介实施对流式交换。默顿强调进行功能的经验主义分析时应明确功能分析的项目，注意可观察效果中的显功能、潜功能和反功能等表现。^①如今该流派虽然已不再是主导社会学界的主流思潮，但是由它所发展的功能分析方法仍然被广泛地应用于人文社会科学领域。因此，结构功能主义在方法论上的意义远远大于其理论意义，它的方法论价值的主要表现在对诸多事物或系统“同功异构”现象的比较分析，这种分析方法在法学上被称为功能比较方法。

与强调以规则为中心、只要不同国家或地区存在具有相同或类似名称的法律文件就可进行的规范比较方法不同，功能比较方法“以问题为中心，即只要被比较的国家或地区具有相同或类似的问题，就可以就它们对该问题的不同解决方法进行比较”^②。意大利学者罗诺·卡佩莱蒂（Mauro Cappelletti）将这种既定事实和事件出发、以问题为中心的比较方法称之为比较现象学的方法。他认为，这种方法既不同于侧重数据的纯粹经验主义方法，也有别于基于抽象预断价值的传统自然法的进路，有别于关注特定法存在而不论其价值取向的法律实证主义方法，可以说综合了以上3类方法的优点。具体说来，这种方法可分解为不同的步骤和程序：“假设许多国家存在一个共同的社会问题——比较因素（the tertium comparationis），现象学的追问考察那些国家解决该问题所采取的方法——规则、程序和制度等，并经常追问为解决这些问题所采取的不同

① 贾春增．外国社会学史（修订本）[M]．北京：中国人民大学，2000：213．

② 朱景文．比较法总论[M]．北京：中国人民大学出版社，2004：27．

设计‘模式’的最终结果。然后就其存在理由（raison d’être）对此类解决方法及解决方法模式的差异和相似之处进行考察，不论这些理由是历史的、社会学的、文化的抑或其他方面的；变化的运动或潮流虽然往往汇集，但有时也平行或发散，无论如何，人们可能最终会发现它们，从而有可能促使对盖然的未来进行有根据的预测。最后，研究者可对不同的解决方法进行评估，当然评估实际上并非在任何绝对的意义上，而是相对于解决整个研究开始所提出的问题之效率或影响而言。”^① 因此，笔者看来，功能比较方法的适用程序大体可简化为：共同问题 → 不同解决方法 → 解决理由的描述 → 理由异同的分析 → 解决方案的评价 → 预测。

在当今比较法学界，功能主义方法运用得更为广泛，这种以问题为中心的比较方法一定程度上弥补了规范比较方法的缺陷，因为后者的适用要求比较对象必须满足两个前提条件：一是具有相同的法律结构；二是同一名称的法律制度或规则、法律概念在不同的国家或地区具有相同的功能。但是，正如范愉教授指出的，“规范的比较法研究是从法律规范和制度的比较出发的，即对世界各国相关的法典、判例和制度进行从概念、原理到法律技术和具体设计方面的比较。然而，比较法绝不能停留在这个起点上，否则充其量只能看到各种制度与规范之间的同异，而难以发现其背后的原因，也无法揭示其中的规律，更不能实现比较法的实践目的——对本国的制度建构提供合理可行的方案”^②。不过，我们对功能比较方法的运用还是应持非常慎重的态度，这是因为这种方法仍然建立在比较对象之间的可比性上，在科学意义上，任何对象之间并不存在完全相同或相似的问题，功能主义的比较方法依然存在某些致命的弱点。有学者指出：由于不同的法律秩序、法律结构下存在相同或类似的社会需求，功能比较使规范比较中的不可比问题转化为可比问题，但在不存在相同或类似问题的情况下，它也会失去依存的基础，这主要表现为：第一，不同的国家由于不同的社会发展阶段或政治、经济制度的差异，存在着无任何彼此相同或可类比性的问题；第二，即使不同国家存在同样或类似的问题，但其类似是形式化的抽象意义的，在实质内涵上彼此有着本质的区别，实际上也不具有可比性；第

① [意] 莫诺·卡佩莱蒂. 比较法视野中的司法程序 [M]. 徐昕, 王奕, 译. 北京: 清华大学出版社, 2005: 23.

② 范愉. 集团诉讼问题研究 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2005: 95-96.

三，不同国家存在类似问题，但各国解决同类问题的方法在局部可借鉴，整体上则完全不同，即局部可比，而全局不可比。^① 因此，功能比较使用的前提是必须深入地了解各国不同的法律制度，切忌简单化处理。

人权的司法保护是当代世界各国面临的共同问题，但由于不同的政治制度、宪法体制、司法机制、法律传统、文化基因、公众意识等因素的影响，有些国家采用传统的普通法院体制（如美日），有的国家采用专门的宪法法院体制（如德国）或行政法院体制（如法国）或宪法委员会体制（如法国）。作为基本的概念分析工具，司法能动主义与消极主义反映这些司法主体与其他国家权力机关的功能分工及其互动关系。当今世界两大法系即英美法系与大陆法系虽然呈现出彼此影响和相互融合的趋势，但是美国式司法审查和德国式宪法诉讼仍然为我们提供了人权司法保护的基本思考模式，而英国与法国在人权司法保护中的多元化特点则增强了我们关于人权保护机制开放性的思考。在本书中，我虽然将人权保护中的司法功能模式概括为美国司法审查型、德国宪法诉讼型和中国的司法解释型等，但这仅仅是为理论分析的方便而将这些国家最有特色的人权保护机制作了技术上的理论放大处理，当然这并没有完全概括这些国家的司法功能意义上的公权力机关在尊重、保护和实现人权方面的全部作为与不作为，因为这些国家的司法功能机关在涉及人权问题的普通法律诉讼、宪法诉讼和司法审查方面的诉讼解决机制以及替代性诉讼解决机制（ADR）中可能都有所表现。本书的分析主要基于司法制度层面的功能比较研究，将最高法院作为研究视角，通过对世界各国在人权保护实践中基本司法功能形态的分析评估，对我国以最高人民法院为代表的司法实践作出某些反思与展望。但是，笔者要预先说明的是，本著作论及的法国宪法委员会与德国宪法法院并不属于传统结构意义上的最高法院范畴，它们在各国的人权保护领域只是起着与英美法系国家最高法院类似的司法功能，并在某种程度上弥补了大陆法系国家最高法院在人权司法化方面的功能不足。也正因为如此，运用功能主义的方法比较各国人权保护中的司法实践才显得十分必要。

① 刘建伟，段卫华。功能的比较——以立法监督制度为例 [J]．河北法学，2004（4）：156。