

373

373

左卫民 / 著

在权利话语 与权力技术 之间

中国司法的新思考



A1001695

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

在权利话语与权力技术之间——中国司法的新思考/左卫民著.
—北京:法律出版社,2002.7

ISBN 7-5036-3839-7

I. 在… II. 左… III. ①司法制度—体制改革—研究—中国—文集②诉讼程序—研究—中国—文集 IV. ①D926-53②D925-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 040711 号

出版/法律出版社

印刷/中国科学院印刷厂

责任印制/陶松

总发行/中国法律图书公司

经销/新华书店

开本/A5

版本/2002年6月第1版

印张/9.25 字数/203千

2002年6月第1次印刷

法律出版社地址/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)

电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn

传真/(010)88414115

电话/(010)88414121(总编室)

(010)88414134(责任编辑)

中国法律图书公司地址/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)

传真/(010)88414897

电话/(010)88414899 88414900

(010)62534456(北京分公司)

(010)65120887(西总布营业部)

(010)88414934(科原大厦营业部)

(010)88960092(八大处营业部)

(021)62071679(上海公司)

商务网址/www.chinalaw-book.com

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-3839-7/D·3556

定价:18.00元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

目 录

序	周洪波 (1)
自序	(1)

上篇 司法改革的话语表达

谁为主体 如何正义——对司法之主体性理念的论证	(3)
公民诉讼权:宪法与司法保障研究	(31)
法院制度现代化与法院制度改革	(53)
权利话语/实践的艰难展开:1996 年中国刑事诉讼 法典修改的反思	(78)
论民事程序选择权	(121)
传媒与司法关系新探	(133)

下篇 程序法治的权力技术

法官的知识:一个导论	(149)
幽暗的事实与尴尬的法官:解决事实真伪不明的程 序技术	(170)
司法中的“主题词”研究——以词与物的关系为中心	(201)

法院的案卷制作：以民事判决书为中心	(222)
口供制度与社会治理	(267)

上 篇 司法改革的话语表达

谁为主体 如何正义

——对司法之主体性理念的论证

人的行动,要把你自己人身中的人性,和其他人身中的人性,在任何时候都同样看作目的,永远不能只看作是手段。

——康德

在这样的现象后面,正在发生一般民众从司法作用的客体向主体转化,并积极动员审判来实现对一般政治过程进行参加的意识革命。

——棚濑孝雄

司法制度为谁存在,诉讼制度缘何改革?在司法理论中,这无疑根本之根本。然而,受制于司法权威神圣观,此一问题并未得到全面审思。有鉴于此,本文将在考察法治国家司法运作理念和制度的同时,从政治哲学角度重新检视。希望我们提出并阐发的赋予和保障公民主体性地位、服务公民的司法理念有助于司法目的的转变。

一、何谓司法之主体性理念

司法之主体性理念,是指在司法制度^①的构建与运作中,尊重公民和当事人的意愿、保障其权利和自由,维护其尊严,让其发挥决定、支配和主导作用,避免沦为客体的司法价值观。

司法之主体性理念的基本要求有以下方面:(1)公民决定司法制度的构建,主导司法改革的方向和进展;(2)司法制度之设计和改革应当便利公民、不辜负民众的期待;(3)在司法程序中,以公民和当事人为中心主体;(4)司法机关开展活动应当以“为当事人服务”为宗旨。

首先,公民决定司法制度的构建,主导司法改革的方向。它包括两个层面:其一,依民主政治的要求,主权在民,司法权的运作亦应由公民决定和行使。因此,司法制度的建构、司法程序的内容,当由公民以表决等直接或间接方式最终决定。同时,公民有权直接或间接参与司法活动,行使司法权。其二,由公民主导司法改革的方向和进展。这就要求司法改革方案的确定和实施以公民的意志而不是以司法机关的意愿为转移。同时,对于司法改革的评价,亦应当以公民的标准为标准。相应的,应当将司法机关和法官的行为而不是公民的行为作为变革对象。^②

其次,司法体制设置以及相关制度的建构应便利公民。所谓便利公民,一方面是指便利公民接近司法,即赋予和保障公民的诉讼权,使其首先能够快速、有效的进入司法轨道。另一方面则是指

^① 这里“司法制度”主要指法院制度。

^② 在日本的第三次司法改革中,它的改革领导机构“司法改革审议会”排除了现任法官和检察官的参加,就是鉴于在此之前的两次司法改革中,由于法官和检察官的加入使其始终未见显著效果。

便利公民参与司法,这就要使公民在司法程序中能低投入、高效率地行使权利。因此,司法机关和法官的行为应当具有经济性;司法体制和司法程序应当简易和流畅;司法规则和司法语言应当明白易晓,以免当事人在诉讼中恍若置身迷宫,不明就里。

再次,在诉讼中,以公民和当事人为中心主体。这可从两个层面把握,第一个层面,公民和当事人不是司法之客体或手段而是主体,不能将公民和当事人置于被处置、被压迫甚至被凌辱、任由宰割的地位。更进一个层面,公民和当事人是第一位的主体、中心主体或者说最主要的主体。也就是说,仅仅使公民和当事人在司法中不成为客体是不够的,更要使其成为司法主体中的主体、第一位的主体。因此,当事人应成为诉讼活动的实质参与者和主要支配者,整个程序都尊重当事人的意志和尊严,保障其行为自由。诚如有学者所言:“作为裁判者的法官如果承认和尊重被告人、被害人的诉讼主体地位,就会给予他们获得公正听审的机会,使他们充分有效地参与到裁判制作过程中来,成为自身实体权益乃至自身命运的决定者和控制者。……被告人、被害人及其他社会成员也会对这一审判过程的公正性和合法性产生信任和尊重”。^①

最后,在诉讼中,司法机关和法官应当贯彻为公民和当事人服务的宗旨。即从第二位主体、服务性主体的定位出发,将工作重心放在为公民和当事人提供司法服务上。以他们服务质量高低作为评价其行为的标准。这意味着清除司法权神圣观,彰显其公共服务性质。为此,司法机关和法官不仅应支持和促进当事人的意志与行为,最终使公民和当事人的权利得到救济,而且还要使公民和当事人受到体面和尊严的对待。故法官的角色和行为型态不仅要

^① 陈瑞华:《刑事审判原理论》,北京大学出版社,1997年版,第51页。

恪守中立性、消极性,更要有亲和性,这样才会使当事人感受到在一个公正、透明的“法的空间”受到了应有尊重,提高裁判的正当性和信任度,避免司法游离民众意愿。

就诉讼领域看,主体性理念对刑、民诉讼均有要求。在民事诉讼中,主体性理念既要求应由当事人提出诉讼请求、提供证据资料,平等对抗主导诉讼发展方向,也要求赋予当事人决定各项事务的处分权、最终形成裁判结论的辩论权。即“对于关涉其权益、地位之审判,均应受尊重为程序之主体,享有程序主体权,并应被赋予参与该审判程序为充分攻击防御、陈述事实上和法律辩论等机会,藉以影响裁判内容之形成,而避免受对造所突袭及防止发生来自法院之突袭性裁判,使不致在程序上被处分为受支配为客体。”^① 由此便有英美法系的对抗式辩论、大陆法程序“当事人主导”之制度设置。归根到底,主体性理念在民事诉讼中要求赋予当事人而不是法官从事主要诉讼行为的权利。

主体性理念同样适用于刑事诉讼。黑格尔指出,刑事审判“不是把罪犯看成是单纯的客体,即司法的奴隶,而是把罪犯提高到一个自由的、自我决定的地位。”^② 但注意,刑事诉讼的要求有别于民事诉讼。虽然它也要求保障刑事程序中的当事人程序主体权,但主体性理念更多体现在对犯罪嫌疑人和被告人实行无罪推定、维护其尊严方面。因此,在刑事诉讼中,主体性理念要求建立以人权保障为核心、尊重“人的尊严”的制度和技术规范;诸如沉默权制度、抑制口供效力原则、强制措施令状主义、公诉人承担举证责

① 邱联恭:《程序保障论之新开展》,载中国台湾《月旦法学杂志》1996年第19期,第6页。

② 转引自易延友:《沉默的自由》,中国政法大学出版社,2001年版,第146页。

任原则、被告人辩护权保障、非法证据排除规则、禁止双重追诉等等。

二、主体性理念的确立：历史、政治与社会之分析

司法之主体性理念的确立绝非偶然，有着十分深刻的原因，在此试从以下方面论述：

（一）从历史的角度分析

在某种程度上，司法之主体性理念与人的主体性的弘扬密不可分。人的主体性之确立过程就是司法之主体性理念的型塑过程。人的主体性之确立有一个发展过程。它经历了一个由理念存在到实际享有、由少数人为主体的到多数人为主体的、由主体性不充分到主体性充分、由适用的领域有限到广阔这样一个历史过程。正是在这种历史发展机制的强力推动下，近代以来特别是在现代社会，主体性理念落脚成为诸多国家的司法指导理念。

哲学意义上的“主体”概念^①是基于人对自身认识的逐渐清晰而产生的，它折射着“人在宇宙中的地位”^②以及人与人关系的变化。在蒙昧时代，人在相当程度上缺乏主客观区分的意识。随着历史的演进，在人类思维意识和实践中，开始区分主体、客体，但

^① 在本体论上，“主体”指的是运动、变化和发展的物质，即世界本原和基础；而从认识论的角度，指的是与客体相对应的认知者；在历史观中，“主体”则是指推动和构成社会发展的人。相应地，“主体性”则指的是占据主导地位、起着决定和支配作用的状态和属性，是主体所特有的性质和特征，“主体具有意识性、自觉能动性和社会历史性等基本特征，意识、思维是主体的机能和最重要的特征。”（《辞海》第3143页）在本文中，我们是在认识论和历史观上使用“主体”和“主体性”范畴的。

^② 借用基督教思想家马克斯·舍勒（1874—1928）之著作《人在宇宙中的地位》书名。其核心思想内容参见其著作《人在宇宙中的地位》，李伯杰译，贵州人民出版社，1989年版，第77—82页。

在实践层面,由于等级制与专制的存在,大部分人被视作客体,罗马发达的奴隶交易市场即为例证。

毋庸置疑,这种状态随着文艺复兴和宗教改革运动的兴起而有了变化,并在启蒙时代发生质变。有学者甚至断言:“启蒙时代是主体性意识大大得到了弘扬的时代,也是个性意识大发展的时代,人类几千年历史几乎找不到哪一个时代像启蒙时代的人一样主体意识这样强烈”,^①在这一时期,理性的思维促使着人的自主性和积极性在宗教、法律、文学、政治事务等领域全面复苏:自由、民主和科学思想逐渐成为主流意识;新教信仰者宣称每个人可以自己的方式阅读和理解《圣经》,每个人都可直接与上帝对话,每个人都是一个可能世界,都可能是耶稣的化身;在政治领域,启蒙思想家们则反对世俗专断和教会独裁,以社会契约论为知识手段,鲜明地提出了“天赋人权”、“主权在民”、“三权分立”的政治主张,他们要求建立民主政体,以使人的权利和主体性地位在制度上、实践上得到确立和保障;相应,在法律领域,罗马法全面复兴,私法体系全面建立,摧毁专断司法,实行文明和公开的审判成为强烈呼声。逐渐地,这些要求与主张都在相当程度为相关国家所接受,并外化为各种政治、经济与法律制度。

必须指出,从思想性的角度看,笛卡尔与康德对主体性理念的理论论证起着十分重要的作用。笛卡尔提出的“我思,故我在”,将“我”作为理性的主体、视为理解整个世界出发点的观点,是对主体性理念的有力论证。

至于康德,可以说是历史上最早地全面阐释人之主体性的一位思想家。他第一次对主体性理念进行了详尽论证。他从理性出

^① 陈刚:《西方精神史》,江苏人民出版社,2000年版,第457页。

发解释自由、论证人的主体性：在区分主体与客体的二元论的前提下，断言人是双重存在物。一方面作为感性存在物，生活于感性世界，服从自然因果律；另一方面作为理性存在物，生活于精神世界，遵循自由道德律。因此，目的性和自由就成为人的本质特征。他说，“人的行动，要把你自己人身中的人性，和其他人身中的人性，在任何时候都同样看作目的，永远不能只看作是手段。”^① 他还论证了人拥有源自理性和人性的天赋人权，认为每个人都是权利的主体^②。这样，人依凭理性而为主体的思想清晰可见^③。

进入现代以后，思想家们继续宣扬着主体性理念。其中，麦塔格特甚至说：“个人才是目的，社会不过是手段”，国家“只有作为一种手段才有价值可言”，如果赋予国家终极价值，那就是“偶像崇拜”、“就像崇拜一根下水管道一样”。^④ 由于现代社会工业化和科层化的扩张和发达，个人往往如被压抑与操纵之机器，因此，不管自由主义者，还是新马克思主义者或是无政府主义者，都承认个人自主，强烈地抨击着这种本末倒置的社会现象。主体性理念以不同形式得到了强调和呼吁。柏林对积极自由的定义是，“我希望成

① [德]康德：《道德形而上学原理》，转引自陈兴良：《刑法的启蒙》，法律出版社1998年版，第127页。

② 朱正高，《康德的自然法学》中有关康德天赋的权利之论述，载郑永流编《法哲学与法社会学论丛（二）》，中国政法大学出版社，1999年版，第278页。

③ 实际上，康德的思想是发展的，到了后期他认为人为目的是先验的，不需论证的公理。继康德之后，费希特在对康德的二元论进行修正的基础上，将人的自由和主体性地位建立在了主客体同一的基础上，将“绝对自我”作为最高出发点，进一步弘扬人的自我意识，可参见曹义孙在《费希特〈以知识学为原则的自然法权基础〉述评》中的论述，载郑永流《法哲学与法社会学论丛（二）》，中国政法大学出版社，1999年版，第306、307页。黑格尔与马克思对主体性亦有进一步论证，在此，不再赘言。

④ 转引自[英]史蒂文·卢克斯：《个人主义》，阎克文译，江苏人民出版社，2001年版，第48页。

为一个主体而不是客体；我希望由我自己的理性和我自己的自觉意志来推动，而不愿受强加给我的外部力量的驱使”。^① 马尔库塞在《单向度的人》、弗洛姆在《健全的社会》中都认为人在社会中被物化了，成为市场上的交易物，因此极力主张恢复人们正在迅速丧失的自主。^② 哈贝马斯则非常重视作为交往行为之一的语言行为对于主体性以及互主体性的促进作用^③。

尽管不断地有人尤其是后现代学者们对现代思想家们有关主体的观点进行了批评，^④ 但是对于后现代论断应有一个清醒认识，实际上，“后现代或是由于指出现代性的诸多缺点，诱使直面现实的现代性学者去寻找解决的方法，或者是在为在现代性中找不到根据的理论提供依据，诱使一些现代性的学者倾心相向”^⑤。就他们对主体性的看法而言，综其要义，无外乎批评现代社会并没有真正地使人占据主体的位置，因此应当使人真正成为主体。在我们看来，他们实际上与现代思想家们的观点如出一辙，并不是不提倡人的主体性。其中，后现代的建构派实际上扩展了传统的主体。

（二）政治分析

确立司法主体性理念同样有着深刻的政治方面的原因。我们

① 柏林实际上是批评积极自由的，认为它会导致专制。但正如史蒂文·卢克斯指出的：“这种可怕的转变在逻辑上并不可信，而且实质上与个人自主观念无关。因为所有观念都可能为邪恶势力所利用”（见其著作《个人主义》，阎克文译，江苏人民出版社，2001年版，第52页）。

② [英]史蒂文·卢克斯：《个人主义》，阎克文译，江苏人民出版社，2001年版，第52、53页相关论述。

③ 可参见艾四林：《哈贝马斯》，湖南教育出版社，1999年版，第82—103、163—165页。

④ 可见谢鸿飞相关介绍，《现代民法中的“人”》，载《北大法律评论》第3卷，第2辑，第149、151页。

⑤ 陈小文：《诱惑与迷惑》，载《读书》2001年，第9期，第24页。

这里着重从以下层面分析。

1. 自民主政体角度分析

自民主政治的发展来看,赞同和宣扬民主政体的学者们如早期的洛克、孟德斯鸠、卢梭、联邦党人,他们关注的焦点始终是在人—物(自然或自然状态)、人—人(公民)、人—国家这样一个方向上延伸着,平等、自由、“主权在民”等理念和口号正是对这一系列核心问题追问后的产物。他们以契约论为武器,论证着人与共同体、公民与国家的应然关系。由于他们始终对古希腊和罗马的民主政体无法忘怀,认定可行的国家体制是民主政体。因此,从民主政体提出的初衷看,它本身即是为维护、保障人的主体地位。

自民主政体的要求和内涵分析,民主政体是“主权在民”的国家制度,它要求以人民为社会和国家的主人,直接或间接行使政治权力,管理国家。相应地,在民主社会及民主政体中,国家的诸项权力都得维护和体现人民的利益。为公民服务、惟公民之意志是瞻。司法权乃国家权力之分支,自然不能与上述要求悖离。^①所以,其一,应当由公民决定司法权的机制和程序并且直接或间接行使司法权力。“只有人民才可以审判他们自己,通过那些由人民在自由选择下选举出来的公民,代表他去审判,甚至专门任命他们去处理每一个司法程序或案件”。^②要建立陪审参审、治安法官审理等平民司法制度或建立公民直接选举法官或通过民意代表间接选

① 马克思在谈到民主政体时,就人与法律的关系分析到:“在民主制中,不是人为法律而存在,而是法律为人而存在;在这里人的存在就是法律,而在国家制度的其他形式中,人却是法律规定的存在。民主制的基本特点就是这样。”(《马克思恩格斯全集》第1卷,人民出版社,1976年版,第279页。)

② [德]康德:《法的形而上学原理——权利的科学》,沈叔平译,商务印书馆,1991年版,第145页。

举法官的制度。其二,与之相应,司法权应当为公民服务。其三,司法的运作过程亦应是民主化的,审判的公开化、决策兼听各方意见、决策根据及决策理由的评析阐释等等都是司法民主的应有之义。

显然,民主政体的司法制度体现了公民的主体性与国家权力的相对性。

2. 依人权观念检视

近现代意义上的人权观念发端于启蒙运动。16—17世纪,人权更成为锐利的思想武器,打击着专制和奴役。自此以后,人权观念持久地影响着各国政治和法治建设,尤其对刑事司法的进步发展做出了重大贡献。

人权即人之为人的权利,人权保障的核心与目的无外乎仍是人的价值和尊严。所以,人权理念亦是奉人为主体。联合国1993年维也纳第二次世界人权大会所通过的《维也纳宣言和行动纲领》明确指出,“一切人权都缘于人类固有的尊严和价值,人是人权和自由的中心主体,因而是实现这些权利和自由的主要受益者……”。显然,依据人权理念,我们轻易便可推出人的主体性理念。既然人的权利如此重要,成为文明与野蛮的分野,成为一切现代社会与国家的立足根据,那么在包括司法内的各种国家活动、社会活动中以人为中心主体便是天经地义的。甚或可以说,主体性理念本身便是人权的一种具体表述角度与方式。

仅就刑事司法而言,如果观察确立与保障人权的各项程序,我们便可发现它型塑了一个以人为主体的刑事司法体制。正因为此,有人总结到“现行各国的刑事诉讼制度普遍确立了被告人的诉讼主体地位,并通过不断进行的刑事司法改革使这种诉讼主体地位得到巩固、提高和加强。在某种程度上,刑事诉讼的发展史实际

就是被告人人权保障不断得到加强的历史,也是被告人诉讼主体地位不断提高的历史。”^①这就将人权保障与公民的主体性地位紧密的联系在一起。尽管在刑事程序中国家刑罚权行使的要求使刑事司法颇具刚性色彩,但是主体性理念与人权保障互为表里,相互论证。如果我们要建立一个现代、文明的刑事司法程序就不能不以主体性理念为指导。德肖薇茨认为,越是在危险的时候,越能显示出一个社会的人权保障水平^②。我们认为,只有一个国家的刑事程序赋予了犯罪嫌疑人和被告人主体性地位,才能说这个国家的司法是文明的、保护人权的。

3. 公共服务的分析

从一定的角度看,国家乃是为社会与个人提供公共服务的主体。在国内已有人指出现代行政的方法更新之一即是从控制到服务,“控制是民主主义时代以前被贯彻的基本理念,无论是利益集团之间,还是民族之间、国家之间,都希望用征服、控制的方式实现自身的利益最大化。治理方式完全以服务替代了控制。”^③同样,将审判权和审判结果视为一种服务或产品,寻求纠纷解决的当事人也可视为司法之消费者。显然,作为一种服务与被服务的交换关系,两者地位平等,而且服务提供者必须提高服务的水平,满足消费者的需要方可吸引服务的享用者。

在日本当下的第三次司法改革浪潮中,提出了“司法(法曹)在

① 樊崇义编:《刑事诉讼法学》1999年修订本,中国政法大学出版社,1999年第83页。

② [美]艾伦·德肖薇茨:《最好的辩护》,唐交东译,法律出版社,1994年版,第259页。

③ 程杞园:《从管理到治理:观念、逻辑、方法》,《新华文摘》,2001年第12期,第7页。