

司法的

理论、改革及史鉴

The Theory of Judicature,
Judicial Reform and the Historical Reference

姜小川◇著



法律出版社 | LAW PRESS

司法的

理论、改革及史鉴

The Theory of Judicature,
Judicial Reform and the Historical Reference

姜小川◇著



法律出版社 | LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

司法的理论、改革及史鉴 / 姜小川著. -- 北京 :
法律出版社, 2016. 12

ISBN 978 - 7 - 5197 - 0386 - 8

I. ①司… II. ①姜… III. ①司法制度—体制改革—
研究—中国 IV. ①D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 314064 号

司法的理论、改革及史鉴
SIFA DE LILUN, GAIGE JI SHIJIAN

姜小川 著

策划编辑 冯雨春 冯佳欣
责任编辑 冯佳欣
装帧设计 汪奇峰

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任印制 吕亚莉

编辑统筹 法律应用·大众读物出版第二分社
开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 27.25
字数 440 千
版本 2018 年 1 月第 1 版
印次 2018 年 1 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jhwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆分公司/023-67453036

深圳分公司/0755-83072995

西安分公司/029-85330678

上海分公司/021-62071639/1636

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 0386 - 8

定价:68.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

司法作为国家不可或缺的组成部分,对于国家的治理和法治国家实现的重要性不言而喻,但司法同时又是双刃剑,用之不当,往往会产生负面效应。如何使司法真正成为实现社会公平正义最后的而不是最前沿的或者唯一的防线,乃我国当今司法理论面临的重要问题。由于我国现今司法的格局从理论到体系是近代中国落伍以后西方列强强加给我们的产物,与本土的国情民风多有隔阂,加之实现司法公正的主客观条件尚不具备,民众与司法人员对于司法公正的认识往往不在同一平台,司法的实践和结果往往受到社会的质疑。虽然自 20 世纪 90 年代开始至今仍在深化的旨在改变司法被动局面的司法改革取得了一些成效,但因符合中国国情的司法与司法改革理论的形成均非一朝一夕之功而任重道远。

或许是因参加工作后一直从事司法实践和教学的缘故,自 2002 年进入中央党校后,笔者便开始了对于“司法公正”和“司法改革”方面专题的讲授,期间,难免发现一些司法及其改革中的新问题和理论上的误区,迫使自己不得不从不同的视角对这些问题进行思考。该书主要选取此期间研究并发表的司法相关问题的主要系列成果,并从司法的基本理论、司法改革、历史的借鉴三个角度整理修改而成。为了保持历史的原貌,除一些必要的修改外,基本保持了所选原文的结构和内容。

自 20 世纪 90 年代以来,有关司法及其改革的成果颇丰,本书在对司法及其改革的一些基本问题进行阐述的基础上,立足围绕我国现

阶段司法的实际,就司法特别是司法改革中的新情况、新问题进行论证,并提出自己的主张或者建议。同时,还就中国传统法律文化及古代相关司法制度在今天的汲取进行了阐述和可行性研究,试图作为探索中国司法模式和司法改革道路的尝试。只是学力所限,书中不妥之处难免,诚望各界读者不吝赐教。

书中“转型社会司法理念和理论的更新”“审判委员会回避研究”“中国传统法律文化中的司法公正观念”“中国死刑的废除应率先从妇女做起”部分由本人提出思路,列出写作大纲,然后与学生汪志飞、刘超超共同完成,其余由本人独自撰写。

本书的出版得到了法律出版社领导和编辑冯雨春、冯佳欣的悉心指导,她们在精心审阅、编排的同时,还就一些观点的表述、文献的核对等提出了良好的建议,对于她们所付出的辛勤劳动,衷心感谢!

最后,该书作为本人承担的中央党校2015年《中国法治的形成及转型社会企业面临的法律问题》和2016年《当代民营企业及其直销市场面临的法律问题分析》校级科研课题的阶段性研究成果,付梓之际,正值含辛茹苦养育自己的母亲病重之时,愿此书的出版在带给母亲喜悦的同时,多少能够缓解母亲的病症,谨以此书作为我对慈爱无限母亲的报答!

姜小川

2017年11月16于北京

目 录

上篇 司法的基本原理

第一章	司法的产生及意义	003
第二章	司法的功能与局限性	011
第三章	司法的属性	019
第四章	公平正义与司法	038
第五章	司法的正当性	058
第六章	我国司法目标的构成要素及关系	068
第七章	司法统一问题研究	081
第八章	转型社会司法理念和理论的更新	104

中篇 司法改革

第一章	中国司法改革的动因检视	133
第二章	我国司法改革应当遵循的基本原则	150
第三章	中国司法改革主体审视	161
第四章	对“深化司法体制改革”意蕴的认识	177
第五章	“进一步深化司法体制改革”之意蕴	181
第六章	党的十八届四中全会关于司法体制改革的要求及解读	186
第七章	检察权法律定位:检察职权配置的关键	208
第八章	司法体制之时弊:司法与司法行政职权合一	225
第九章	司法解释问题研究	237
第十章	网络民意与司法平衡机制之构建	264
第十一章	收回死刑核准权并非司法改革的举措 ——下放与收回死刑核准权法律问题之反思	273
第十二章	审判委员会回避研究	283

下篇 以史为鉴

第一章	古今“司法”的语义	297
第二章	中国传统法律文化中的司法公正观念	302
第三章	清末司法改革对当代中国法制及司法改革的影响与启示	324
第四章	中国古代的司法救济制度及其评析	345
第五章	中国古代的存留养亲制度及现今启示	362
第六章	百年来刑讯废而不止的源头审视 ——以清末废除刑讯为视角	389
第七章	中国死刑的废除应率先从妇女做起	410

上 篇

司法的基本原理

第一章 司法的产生及意义*

一、司法的产生

司法不是从来就有的,按照马克思主义的观点,司法是随着国家和法的出现而出现,并随着社会的发展而不断完善。

由于人与人以及作为个体的人与作为各种复杂关系整合体的社会,在需求、利益等方面不可能完全一致,因此,其在共同的生产和生活中,相互之间不可避免地产生这样和那样的纠纷,这些纠纷不仅造成了当事人双方利益的损害,而且不同程度地破坏了原有的秩序,必须予以解决。

原始社会,生产力极为低下,生产工具落后,产品不可能有剩余,而且,单独的个人无法抵御自然对其的侵害,人们不得不依靠以血缘关系为纽带的氏族或者部落的集体力量来承受来自自然界和社会的挑战,从而维系自身的生存,自然也就不可能从氏族成员中分化出专门从事管理的机构以及人为制定的具有特殊强制力的行为规范。当时,规范人们行为的规范主要是人们在长期的共同生产和生活中自发形成的习惯和风俗,这些习俗主要包括:每个氏族作为利益共同体,平日相互帮助,战时共同对付外族;所有氏族成年成员平等参加集会,并共同推举或者罢免酋长以及军事首领;氏族内部成员之间禁止通婚;氏族成员死后,其财产转归同氏族所有;对于外族的侵略,实行血族复仇等。习俗这种行为规则在每个氏族成员的心目中无不神圣并被信仰,其主要依靠氏族成员自觉的遵守和首领崇高的威望来维持。虽然氏族之上还有胞族、部落、部落联盟及经选举的首领等,但所有这些组织均不是国家,首领也非阶级社会的国王。恩格斯认为,这些习俗与法律的根本不同在于,“在氏族制度内部,权利和义务之间还没有任何差别”。^①“氏族制度是从那种没有任何内部对立的社会中生长出来的而只适合于这种社会,除了舆论之

* 该文的基本内容以《司法的基本问题及中国特色司法理论的构建》为题,刊载于《哈尔滨市委党校学报》2016年第3期。此稿略有修改。

① 《马克思恩格斯选集》第4卷,人民出版社1972年版,第154~155页。

外,它没有任何强制手段”。“氏族制度的伟大,但同时也是他的局限性,就在于这里没有统治和奴役存在的余地”。^①对于原始社会的状态,恩格斯生动地描述道:“而这种十分单纯质朴的氏族制度是一种多么美妙的制度啊!没有军队、宪兵和警察,没有贵族、国王、总督、地方官和法官,没有监狱,没有诉讼,而一切都是有条不紊的。一切争端和纠纷,都由当事人的全体即氏族或部落来解决,或者由各个氏族相互解决;血族复仇仅仅当作一种极端的、很少应用的手段……丝毫没有今日这样臃肿复杂的管理机关。一切问题,都由当事人自己解决,在大多数情况下,历来的习俗就把一切调整好了。”^②这些习俗与图腾、道德、宗教规则融合在一起,共同规制着人们的行为,解决相互间的纠纷,协调氏族成员之间的矛盾以及氏族之间的冲突,建立一定的社会秩序。

事实上,恩格斯的上述观点,在古代中外的典籍中均不乏类似的阐述,只是这些表述在论据和阐述上均不及恩格斯的充分、详尽,有说服力。“神农之世,卧则居居,起则于于。民知其母,不知其父,与麋鹿共处,耕而食,织而衣,无有相害之心。此至德之隆也”。^③“神农之世,男耕而食,女织而衣,刑政不用而治,甲兵不起而王”。^④即使是在西方,也不乏类似观点。生活在古罗马帝国时期的奥古斯丁^⑤就认为,在国家政府和法律产生之前的人类生活在神的光环当中,在那里人民过着纯洁而平等的生活,人们共享财产和利益,整体人类的生活是快乐而祥和的。^⑥虽然其观点后来受到一些质疑,^⑦但至今仍具有广泛的市场。

社会生产力的发展,先后引发了畜牧业与农业以及农业与手工业的社会大分工,从而出现了剩余产品以及随之而来的产品交换和剥削,共同劳动让位于个体劳动,共有财产转化为私有财产,随之而来的是私有制和对抗性的

① 《马克思恩格斯选集》第4卷,人民出版社1972年版,第154~155页。

② 同上书,第92~93页。

③ 《庄子·盗跖》,引自陈鼓应:《庄子今注今译》,商务印书馆2007年版,第893页。

④ 《商君书·画策》,引自高亨:《商君书注译》,商务印书馆1974年版,第136页。

⑤ 奥古斯丁(公元354年~430年),古罗马帝国时期天主教思想家,被誉为“圣师”,欧洲中世纪基督教神学、教父哲学的重要代表人物。

⑥ 严存生:《西方法律思想史》,法律出版社2004年版,第87页。

⑦ 提出质疑观点的代表人物是法律人类学的霍贝尔和马林诺夫斯基二人,他们的主要观点是:不能以今天的法律标准得出原始社会没有法律的结论,据此,原始社会解决纠纷的活动也应被视为司法活动。该观点分别反映在霍贝尔的《原始人的法》和马林诺夫斯基的《原始社会的犯罪与习俗》的著作之中。

阶级。当人类进入阶级社会以后,各种形式的纠纷增加,冲突加剧,“最卑鄙的手段——偷窃、暴力、欺诈、背信——毁坏了古老的没有阶级的氏族制度,把它引向崩溃”。^① 传统的习俗、部落首领的威望、舆论的力量等已无济于事,不能满足解决社会冲突的需要。面对一系列以前不曾有过的社会矛盾和冲突,以前的氏族组织和习惯已无能为力,正如恩格斯所言:“这个社会陷入了不可解决的自我矛盾,分裂为不可调和的对立面而又无力摆脱这些对立面。而为了使这些对立面,这些经济利益相互冲突的阶级,不致在无谓的斗争中把自己和社会消灭,就需要有一种表面上凌驾于社会之上的力量,这种力量应当缓和冲突,把冲突保持在‘秩序’的范围以内;这种从社会中产生但又自居于社会之上并且日益同社会脱离的力量,就是国家。”^② 只是最初的国家“兵刑同制”,国家机器主要表现为军事机构。为了维护经济上占支配地位、政治上占统治地位、军事上占主导地位的奴隶主阶级的各项既得利益,制定规范人们行为的法律并建立国家司法机关自然而然成为奴隶主阶级的首选,以维护法律为职责的警察、法官等国家公职人员以及配套的法庭、监狱等国家专门机构应运而生,司法强制力等标志也随之显现。这说明,司法自产生时起就是以国家的名义解决诉讼争执,适用法律的活动。

至于司法与行政的分设则以古希腊和古罗马为最早,远在古罗马共和时期就有了赫里埃法庭。这与其所处地中海沿岸及商品经济产生早、发展快,人们交往频繁密切有关。但在整个古代,无论是司法权与行政权合一还是司法权从属于行政权,也不论行政机关和行政长官是兼理司法职能还是专理司法职能,其最后的决定权都集中在最高统治者身上。早在古罗马共和国初期,即开始通过法律禁止自力救济,《关于胁迫的尤利亚法》规定,凡以胁迫手段迫使他人履行义务的,应受到公法的处罚。这就使得权利人在权利受到侵害时不再能通过自己的武力获得救济,而只能请求国家公权力的保护。这种国家“公力救济”对氏族、部落“自力救济”方式的取代,逐渐为社会接受并认可。

可见,“国家是社会在一定发展阶段上的产物”,“国家的存在表明阶级矛盾的不可调和”,^③ 意味着公共权力的出现,恩格斯讲“这种公共权力在每一个国家里都存在。构成这种权力的,不仅有武装的人,而且还有物质的附

① 《马克思恩格斯选集》第4卷,人民出版社1972年版,第94页。

② 《马克思恩格斯选集》第4卷,人民出版社1972年版,第166页。

③ 《马克思恩格斯选集》第4卷,人民出版社1972年版,第157页。

属物,如监狱和各种强制机关,这些东西都是以前的氏族所没有的”。^① 司法作为国家适用法律,解决纠纷的重要职能和活动,随着国家和法律的出现而出现,并为维系统治者的统治服务。

二、司法产生的意义

司法自出现延续至今且未被其他解决争执的方式所取代,说明其在当代社会仍然具有存在的空间和价值,这也从另一个侧面说明了司法产生和存在的意义和价值。

(一)司法的出现,既是人类进入阶级社会解决社会冲突的产物,也是人类历史上解决冲突的一大进步

人类作为理性化的动物,注定要寻找理性化解决纠纷的方式。相对于原始社会,阶级社会人们的欲望不断增加和扩大,社会冲突的性质和内容也发生了巨大的变化,以前解决冲突的方式,包括极端情况下的血亲复仇、决斗、部落间的战争等因时过境迁而逐渐为时代所淘汰,代之以冲突双方之外第三者站在超然的立场上用全新的司法方式评断是非。与原始社会解决冲突的方式相比,司法解决冲突的主体由以前临时性的个体组织演变为相对稳定乃至专门人员组成的相对固定的机构。而且,国家赋予了司法主体以强制力,保障司法活动有序进行和裁判结果的最终兑现;在涉及或针对的内容上,也由以前临时性的冲突演变为常态的纠纷。尽管司法的内容在漫长的历史发展中不断更新,并最终从所隶属的行政体制中分离出来,但其解决社会纠纷的宗旨始终未变,而且,借助司法处理纠纷也成为国家实现社会控制的重要途径,司法也因此而至今不衰。

从人类解决纠纷的方式及其发展看,可以将这些方式概括为“自力救济”“社会救济”和“公力救济”。所谓“自力救济”,是指争执双方仅依靠自己的力量而不求助于外力来解决纠纷的方式。其主要包括当事人凭借自己的力量使对方服从的自决以及双方相互妥协和让步的和解。今天,我们把氏族社会用习俗或者借助氏族力量解决相互间纠纷的做法也视为“自力救济”。所谓“社会救济”是指当事人双方在国家以外的第三者等社会力量的疏导下或在双方当事人意思充分自由的前提下由第三者出面帮助解决冲突的方式。当代通常表现为民间调解或者仲裁,只是调解的结果更多地体现当事人双方

① 《马克思恩格斯全集》第21卷,人民出版社1956年版,第195页。

的意愿,而仲裁的结果则更多地体现了仲裁者的意愿。所谓“公力救济”是指司法机关凭借国家的强制力和司法的权威,以诉讼的方式解决纠纷的方式。“公力救济”不仅弥补了其他方式救济力度不足的缺欠,而且,由于有严格规范的法律程序保证,能在最大程度上实现争执解决的过程和结果的公正。显然,相对于氏族社会的“自力救济”以及后来出现的“社会救济”,司法这种解决社会冲突的方式,迎合了进入阶级社会后,人类对理性化社会纠纷解决机制的愿望。

此外,根据法律史的考察,司法的前身可能是民间仲裁,司法不过是被国家垄断的仲裁。仲裁向司法的发展恰恰也从另一个角度说明了上述问题。仲裁是由和双方当事人地位平等的第三方进行的裁决,由于裁决是经双方当事人的同意,且仲裁者在意志上没有高于双方当事人,故仲裁具有权威。当仲裁发展为司法时,第三人便由国家替代了,司法权的根据不再是当事人双方的意志自由,而且国家以高于当事人的地位,带有强制权威的角色进行裁决。也就是说,司法权不仅是市民社会的,而且必须是国家主权来支撑的。

(二)司法的出现,使解决冲突的主体由以前的当事人双方扩展为当事人以外的第三者

原始社会,解决争执的主体是纠纷或者与纠纷处理结果有利害关系的当事人,而司法的主体是当事人之外的第三者,且这个第三者是国家。这种由代表国家的第三者出面取代由当事人双方自己解决争执的格局,不仅使“公力救济”取代了“自力救济”,而且相对于“自力救济”而言,“公力救济”具有“居中”“居上”进行裁判的特点。“居中”,指国家作为第三者,与案件事实以及双方当事人没有任何关系,地位是中立的,这就较之当事人自行解决自己的纠纷更具公正性。人类学家在对苏丹的努埃爾人研究时发现,专事仲裁纠纷并提供庇护的“豹皮酋长”其实没有世俗的权力,也没有特权。“他之所以能够媾和,是因为他处于世系群系统和部落系统之外,而不是属于这些系统的核心”。^①不仅如此,国家以第三者的身份解决当事人双方的争执,较之一般意义上的第三者则更具公正性。因为司法这种公权力奉行“不告不理”的原则和“消极被动”的态度。司法机关在案件审理之前对当事人任何一方不存在预先的成见,这种中立的角色不仅能够保证其不偏不倚地处理双方的纠纷,而且避免了实际上取决于双方实力较量的自力救济在冲突解决结果上可

① 北辰编译:《当代文化人类学》,浙江人民出版社1986年版,第188页。

能存在的不公。“居上”，一方面是指具有国家强制力。国家可以借此保证所做裁判得以兑现，以维护和保障司法的权威，而这是国家以外的任何第三者所不具有的；另一方面是指司法机关是独立于当事人和社会各方的，这也从另一个角度使得司法的公正成为可能。

需要说明的是，由于司法本身是国家管理社会的特殊方式，司法与国家的关系因此密不可分，司法主体第三方的身份也就具有了相对性，即司法只是在具体的案件中对纠纷所指向的具体利益处于超然状态，但这并不意味着司法机构是独立王国。首先，司法机构是伴随着国家的产生而出现的，如前面所述，在国家产生之前虽然出现了临时性的、个案性的纠纷处理主体，但国家的出现却将司法与其紧紧绑在了一起。其次，司法机关作为法律的适用主体，其所适用的法律是由国家确认和制定的。尽管司法机关在特定的历史时期被寄予反抗国家暴政的希望，司法机关也可能在国家与民众发生冲突时作出有利于民众的决定，但这种现象毕竟是个案，是作为历史发展中进步力量的特殊体现。总体而言，司法暴政与国家其他暴政在历史上一样有着臭名昭著的记录。再次，司法机构各项经费从总体上来说受制于行政部门，尽管某些国家的司法机构预算和决算是自成体系而呈现总体独立的，但绝非完全脱离行政制约。最后，司法机构的独立性是作为司法建设和发展的应然方向而提出的，是人们基于对司法原理的认识而提出的理想化属性，但它始终不是一种现实的独立。而且司法的完全独立本身也可能酿造司法的专横，失去对司法的足够制约对于司法承载公正任务的实现未必是好事。

（三）司法的出现，使解决纠纷的依据由习惯转化为法律

司法产生之前，解决争执主要是依据当时的风俗习惯，而习俗是以血缘关系为纽带的人们，在长期日积月累的生活中自然形成的，它反映的是当事人一方或者双方的意志，而不涉及任何第三方的意志，更无今天法律意义上的国家意志。只是这些习俗多因国家和法律的出现而渐渐失去作用，逐步退出了历史的舞台，剩余的习俗则为其社会规范所代替。其中，有的习俗演变为现今的道德规范，如尊老爱幼；还有的习俗则被现今的法律规范所确认，如我国现行《婚姻法》第7条“直系血亲和三代以内旁系血亲”禁止结婚的规定。司法产生之后，解决争执的依据由习俗逐渐转化为法律。法律的内容则由两部分构成，一部分是国家制定的成文法律，其不仅和血缘没有任何关系，而且首先反映的是国家的意志，只是这种国家意志在一定程度上与当事人双方或者一方的意愿往往是一致的；另一部分即将以前的习俗提升为法律或者

赋予法律的效力。这种“法律调节”对“习惯调节”的取代是人类进入阶级社会后纠纷解决方式的必然。

需要注意的是,随着国家和法律的出现,依据法律处理纠纷似乎理所当然,然而,由于法律与习俗具有天然的联系,加之各国不同的文化和历史,因此,实际上对于纠纷解决的依据是否仅限于法律,如何看待习俗等规范在司法裁判中的价值并非毫无争议。中国古代有春秋决狱的历史,即西汉董仲舒提出的要根据孔子的教义来认定刑事案件中的犯罪事实和法律适用。其中有这样一则故事,某甲与某乙发生口角继而斗殴,某乙身带佩剑,拔剑直刺某甲。某甲有儿子某丙,见到情况十分危急,便冲上前去用木棍打砸某乙,可惜某丙未能击中某乙却将父亲某甲击打流血。^① 根据西汉的法律,殴打父亲的一律斩首。但是董仲舒认为父亲与儿子属于至亲的关系,父亲遇到困难儿子出手相助是合情合理的,在这样的情况下,儿子根本不具备伤害父亲的主观罪过,因此认定其不构成法律上的罪名。董仲舒在其中引用了《春秋》中“许止进药”的例子来说明案件判决的合理性。许止是一介草民,为给父亲治病用错了药致使父亲毙命。因为许止的本意是尽孝而并无伤害父亲之心,故对许止未予以处罚。董仲舒认为在处理上述斗殴案件中也要像对待许止案一样,推敲行为人的主观动机。实际上春秋决狱就是论心定罪,其核心在于按照当事人的主观动机、意图、愿望来确定其是否有罪及量刑的轻重。在中国当时的立法技术下,不可能有今天这样的构成要件学说,如果按照当时法律的规定将某丙处死恐怕也未必违法,但董仲舒提出要考虑行为人的主观罪过以及根据孔子教义来适用法律。但有一点是肯定的,董仲舒在做出这样的结论时,仍然是以西汉法律的名义做出的,是利用孔子的教义对法律的含义做出灵活解释。在这里我们发现,实际上司法活动中融入了司法官吏个人的诸多因素,但其在表面上仍然表现为以法律的名义处理各类纠纷。同样,西方国家在20世纪30年代兴起了以卢埃林和弗兰克为代表的现实主义法学流派,其重要的主张是反对把司法过程视为纯粹的逻辑过程,他们认为法官的个性、经验和公共价值等因素都深刻地影响着司法的过程。他们认为司法过程实际上是法官寻找法的渊源的过程,而何为法的渊源又深受法官对法律解释的制约。但有一点是肯定的,法官在案件判决中绝不会把这些法外因素表述出来,而是以法律的名义表达判决的正当性。

^① 转引自刘星:《中国法律思想导论》,法律出版社2008年版,第117页。

由此可见,司法裁判的作出和兑现在很大程度上还需依靠人们的内在意识和习惯力量的支撑,而且,这种力量未必就比强制手段来得薄弱,正如列宁所说的:“习惯势力是一种最可怕的势力。法律的肉体惩罚,不一定比道德方面的灵魂鞭策、良心谴责更起作用,也不一定比习惯势力的诱导更为有效。”^①

(四)司法的出现,使司法维护的利益和管辖的标准均超出了原始社会的范畴

原始社会解决争执的当事人双方均系以血缘关系为纽带的氏族或者部落的成员,纠纷的解决自然以维护和代表各自的利益为重,某些情况下的妥协虽是一种例外,但也侧重于维护双方当事人的利益。而国家作为解决争执的司法主体,不仅取代了以前部落长老或氏族首领的地位,居于双方当事人之上,不偏不倚地处理双方的纠纷。而且,由于法律体现的是国家的意志,国家在依法处理当事人的纠纷,维护当事人合法权益的同时,首先或者更主要的是维护国家的整体利益。此外,在纠纷管辖适用范围的标准上,国家一改原始社会以血缘关系为纽带划分居民的标准,而代之以地域划分并以此来管理居民,于是,人们不再固定居住于一地,人员的流动使得氏族社会以血缘关系为纽带的制度失去了存在的基础。因此,原始社会,纠纷管辖的范围以相同血缘关系的同一氏族或部落的成员为限,而司法则以地域划分内的所有居民作为国家划分纠纷管辖的标准。

(五)司法的出现,使纠纷的解决趋于程序和规范,处理的结果也因终局而具有稳定性

纠纷的多元性决定了解决纠纷机制的多元性,司法的出现源于当时“自力救济”在处理社会纠纷过程中的效力有限乃至无效,“自力救济”虽然在一定历史时期和社会范围内能保障当事人的权益,但因其的实现主要是依靠道德、习惯或个人的威望,故缺少稳定性和强制性。而司法对纠纷的解决是依据行之有效且被法定化的程序来进行的,这就从形式上防止了可能出现的不公。此外,司法作为国家解决纠纷的最后一道防线,意味着可以对非讼途径处理的争执再以国家的名义进行裁决,这等于在以前依靠道德、舆论习惯或氏族部落首领的权威等解决争执方式的基础上,又增加了国家司法的途径,从而保障了结果的终局性,有利于实现社会的稳定。

^① 转引自顾肇基:《习俗道德法》,载《中央民族大学校报》(电子版),总第1278期。