

第一编 比较法视野中的司法民主

究竟什么是“司法民主”？*

马 岭**

一、民主和司法民主的含义

(一) 民主的含义

根据《不列颠百科全书》的解释，“民主”源出希腊语 domos（人民）和 kratos（统治），字面意思是“人民统治”。从中文的字面意义来看，民主就是人民当家作主。

笔者认为，民主的基本要素有以下三方面：

第一，民主之“民”。这是民主的主体，民主是由“民”作主，“民”的范围在一个国家内是该国公民，在一个地方或单位就是本地民众或本单位的成员。“民”可以是民本身，即民直接作主，也可以是由民选举产生的代表，即民通过代表间接作主。间接民主是否仍然是一种民主，与其代表人数的人口比例有关，如果代表人数太少，即使是选举的，也不一定是民主。如有些国家的总统是公民直接选举产生的，但即使如此也不能认为总统的决定就是民主决定。

第二，民主之“主”。这是民主的内容，“主”是决定，即民“主”什么。从广义上说，由民作主的一切事都是民主；从狭义上看，只有国家大事或本地本单位大事的决定权由民作主才是民主，或者说，这是民主的基

* 本文原载《河南省政法管理干部学院学报》2011年第4期，第156-161页。

** 马岭，中国青年政治学院法律系教授。

本内容,即民主是一种“决策”制度。民主不仅是民“作主”,而且是“当家”作主,不是在鸡毛蒜皮的小事上作主,而是作为“当家人”在大事上作主。这些大事可能是政治制度方面的,也可能是经济制度性质的,或者直接涉及其成员的权利义务,但一般不是指娱乐性投票,如选出公众最喜爱的明星等。娱乐性投票也可能体现民意,但此种民意不涉及决策和权利义务等问题。^{〔1〕}同时,民主所“主”的一般是民自己的事而不是别人的事,即自己当家作主,是全体对全体作决定;即使是人民代表决定,即少数为全体作决定,亦由于这少数是全体选举的,同时这决定也是包括自己在内的,其决定与自己的利益也有关,自己也要遵守,因此仍可视为民主(民间接作主)。也有时是全体为少数作主,如人民或人民代表立法约束官员,规范其工作方式,虽是替别人作主,但目的仍然是为了维护自己(全体)的利益。而陪审员对被告的裁决是作为民意代表对少数人作出的决定,因此也是民主的一种形式(虽然其代表性需打一定折扣)。

第三,多数决。这是人民作主的方式,是实现民主的手段,是人民怎么作主、怎么形成决定的技术操作问题。“民”是一群人,一群人作决定时除极个别没有分歧意见时的全体一致决之外,大多数情况下有少数决、少数决、个人决三种方式,其中多数决是民主,少数决不是(少数是民选代表时是间接民主,但这些代表作决定时也实行少数服从多数)。总统等行政首长作决策是个人决,行政首长由选举产生,选举是民主,但这只能说明首长的产生有民主基础,首长的决定因而具有正当性与合法性,但并不等于首长的决定是民主决定。首长可能反映民意,甚至代表民意,但不能说首长的个人决是民主。

民主的主体、内容、形式三方面构成民主不可或缺的要素,只以其中一项定义民主是片面的。但三者的分量也并非半斤八两,笔者认为第一层含义是最重要的,民主的首要内容是由民(直接或间接)作主。

(二) 司法民主的含义

以上述民主的含义类推,“司法民主”应当是在司法领域由“民”作主,司法权主要表现为审判权。司法民主即由民众直接审理案件,并以多

〔1〕这并不是否认我国一些地方“选秀”节目的意义,至少民众通过这些活动熟悉了有关民主的程序,也有利于我们了解民主投票中容易出现的问题,如操纵舆论、弄虚作假、贿选等。但严格说来,这些都不是真正的民主,不直接涉及民众的权利和利益问题。

数决的方式形成判决。

这样，我们可以排除以下一些似是而非的对“司法民主”的解读：

第一，审判公开不是司法民主。审判公开是“司法公正”的重要保障，有很大的积极意义，但公开的审判一般是法官审判，公民只是旁听，旁听有利于公众知情，但这只是对司法的监督，或对民众的法制教育，而不是司法由民作主，作主的显然是法官。公开判决书也不是司法民主，判决作出后才可能公开，公开的判决书已经具有法律效力，民众无法再对判决作主，即使民众有强烈不满，要求改判，也必须是经过法律程序再审，再审还是法官来审，不是民审，法官在审判中仍然要忠诚于法律而不是民意，要依法判案而不是依民意判案。

第二，司法为民不是司法民主。“为民”是“为了人民”之意，这应是司法的目的而不是由谁司法的问题，为民的司法基本上还是法官在司法。同时，“司法为民”应当是司法的终极目的，而不应针对具体的某一次司法、某一个案件。“司法为民”强调的是司法要为整体的人民服务，而不是只为达官显贵、有钱有势者服务。在具体案件中，司法要严格“依法”判案，只看当事人的行为是否符合法律，不论当事人的身份地位，不存在只为某一类人（哪怕是多数人）服务的问题。因此，“司法为民”与“司法为官”一样都在不同程度上偏离了司法客观中立的价值取向。

第三，就地调查、就地办案也不是司法民主。就地调查、就地办案的主体仍然是法官而不是民众。法官在就地调查、就地办案的过程中，更容易听到、感受到民众的意见，同时也可能更容易被民意所左右，但只要审判权属于法官，就很难说这是司法“民”主。行政首长决策前也很可能要倾听民众意见，也可能（甚至更可能）被民意所左右，但行政机关实行的仍然是首长个人负责制而不是“行政民主”。

那么，司法民主究竟是指什么？

二、司法民主的典型模式——公民审判

古代雅典的审判制度是司法民主的典型代表，审判虽不涉及制度决策等问题，却直接决定当事人的权利义务。雅典的“审判法庭”完全由普通公民组成，“法庭没有法官，只设负责组织审判和维持秩序的主持人，决定权属于陪审员。凡年满 30 岁的公民皆可报名参选陪审员，10 个区共选出 6000 名，数量巨大的陪审员可以有效预防贿赂，除非有人能同时贿赂 6000 个陪审员。遇有案件，根据案件大小从中抽签选出 5 至 2000 人组成陪审团，

开庭之日再抽签将其分配到不同法庭”。^[2] 这种没有职业法官、完全由公民审判的法庭是真正民主的司法，是司法民主的典型模式。但其实这些作主的“民”也只占当时社会全部人口的 10% 左右，还有 90% 的奴隶、妇女和外国人都不是公民，被排除在法庭审判权之外。^[3] 所以雅典的民主之“民”，其实是极少数享有特权的人，雅典的公民与我们现代意义的公民差距很大。现代社会的公民是绝大多数人，古代雅典的公民是极少数人，雅典的司法“民”主其实只是特权阶层内部的成员平等掌握审判权。

雅典的司法民主显然已经“过时”，一方面是它作为直接民主的“民”人数太少，且这些公民是以财产地位获得公民身份的，其民主性在今天看来极为有限；另一方面是它只适用于范围较小、社会相对简单的古代社会，而难以适应人口众多、分工复杂的现代社会。^[4] 此外，它完全无视审判权的专门职业性，这种排斥职业法官、由普通公民掌控审判全过程的司法民主，在当今世界各国已经不复存在了。这样的公民审判造成了一些骇人的冤假错案，虽然任何司法制度都难以完全避免冤假错案，然而这些冤假错案发生的原因格外发人深省——那恰好是司法“民”主的弊端：正是民众排斥充分的信仰自由和言论自由，不能容忍苏格拉底这样的社会精英（人类最杰出的思想家之一），通过审判认定苏氏“不敬城邦认可的神、另立新神和腐蚀青年”的行为构成犯罪并对其判处死刑。虽然是“民”作出的判决，虽然审判程序合法，虽然实行了多数决，但其暴政的反理性程度不亚于暴君。雅典的审判有时候是以道德或个人好恶为标准的，审判中的法律标准和证据都严重缺失。如素以“公正者”著称的雅典名将阿里斯泰德于公元前 483 年遭公民大会投票流放，一位文盲农民赞成放逐的理由是“经常听人歌颂他为‘公正者’，很烦人，干脆放逐了算了”。^[5]

我国“文革”期间也有过类似的“群众审判”。表面上看，司法充分由民作主，但实际上严重践踏人权，违背法治。法律应当是民意的反映，但

[2] 冯八飞：《苏格拉底为什么审判雅典民主》，载《南方周末》2009 年 9 月 3 日，第 D25 版。

[3] 冯八飞：《苏格拉底为什么审判雅典民主》，载《南方周末》2009 年 9 月 3 日，第 D25 版。

[4] 如以 1/10 的人口比例参政来计算，我国目前 13 亿人口应有 1.3 亿人参政，无论是参与审判还是进入议会这都是难以想象的。

[5] 冯八飞：《苏格拉底为什么审判雅典民主》，载《南方周末》2009 年 9 月 3 日，第 D25 版。

这应是立法的任务,在司法中,具体案件的审理应依据法律而不是民意,或者说法院依“法”审判就是尊重全体性的民意,因为法律是人民通过选举产生的代表制定的,尊重法律就是尊重人民。一切权力“属于”人民不等于一切权力由人民直接“行使”,^[6]由宪法赋予法院司法权体现的也是人民意志。在此,法律正是民意的表现,且是民意的最高体现。法律与民意并不对立,但法律也不完全等同于民意,法律是整体的民意而不是一时一地的民意,是相对稳定的民意而不是变化无常的民意,是理性的民意而不是情绪化的民意,是全体的、抽象的、对事不对人的民意而不仅仅是某一具体案件中当事人或其左邻右舍的民意,是高尚的、良善的、全面的、明智的民意,而不是猥琐的、恶意的、偏狭的、愚昧的民意。^[7]总之,民意很复杂,其中有正面的也有负面的,法律应是民意中比较向善、比较理性、比较公道的那部分意志的反映。因此适用法律是现代司法权运作的合法性基础,也是其民意基础。“文革”给我们留下的深刻反思:一方面是揭示了个人崇拜的荒谬;另一方面是展示了大民主的弊端。人民也需要受法律的约束,没有这种约束,民主很可能是多数人的暴政,或者被少数政客操纵——此时民主只剩下形式(如多数决),其实质已经蜕变为专制。

三、合议庭是司法民主吗?

合议庭是“世界各国法院最主要的审判组织形式,也是适用最广的审判组织形式”,“各国法院的合议庭一般都实行少数服从多数的原则,即以多数人的意见决定判决”。^[8]我国《法院组织法》也明确规定法院审理案件实行合议制,^[9]《刑事诉讼法》第148条规定:“合议庭进行评议的时候,如果意见分歧,应当按多数人的意见作出决定,但是少数人的意见应当写入笔录。评议笔录由合议庭的组成人员签名。”在民事诉讼和行政诉讼

[6] 关于国家权力的所有权和使用权的区别,可参见马岭:《宪法权力概说》,载《法治论丛》2010年第2期。

[7] 如“文革”中各种各样的群众组织在武斗中表现出的残酷、残忍,反映了人性中普遍存在的“恶”。

[8] 郭成伟、宋英辉:《当代司法体制研究》,中国政法大学出版社2002年版,第119、123页。

[9] 我国《人民法院组织法》第10条规定:“人民法院审判案件,实行合议制。”“人民法院审判第一审案件,由审判员组成合议庭或者由审判员和人民陪审员组成合议庭进行;简单的民事案件、轻微的刑事案件和法律另有规定的案件,可以由审判员一人独任审判。”“人民法院审判上诉和抗诉的案件,由审判员组成合议庭进行。”

中,虽然法律没有明确规定,但可以从有关条文中推论出多数决原则,如《民事诉讼法》第40条规定:“合议庭的成员人数,必须是单数。”《行政诉讼法》第46条规定:“合议庭的成员,应当是3人以上的单数。”合议庭成员“单数”的规定应解释成是多数决的需要。《全国人民代表大会常务委员会关于完善人民陪审员制度的决定》第11条第2款规定:“合议庭评议案件时,实行少数服从多数的原则。”从中,可以类推出没有陪审员的合议庭也应实行多数决。

(一) 合议庭实行的多数决只是具备了民主的形式要素

许多人认为合议庭是司法民主的一种表现,是法院内部的一种民主机制,对此笔者不完全苟同。合议庭实行的是多数决,但多数决不一定是民主。多数决是民主决定的形式,是民主要素之一,但仅此一操作性要素尚不能构成民主,如果拥有决定权的主体不是“民”,其投票人是指定的,或通过考试产生的,或由专家组成的,即使实行多数决,这种多数决也不当然就是民主。如诺贝尔奖以及许多学术评奖都以评委的多数决方式产生,但评委是有关领域的专家,而不是民众,因此这些评奖不等于学术民主。我国电影界的金鸡奖由专家评定,百花奖由大众投票,二者都实行多数决,但后者才体现民意。^[10]同理,合议庭是多数决,但它主要是法官的判决而非民众的判决,即使不符合民主含义中的第一层,也是最重要的要素,因此合议制只是借鉴了民主决定的形式(为实现司法公正),但它本身不是“民”主而是“官”(法官)主。美国联邦最高法院的9名大法官在判决时也是少数服从多数,但美国人并没有因此认为最高法院实行的是司法民主。

如果我们承认人民通过选举代表形成决定是间接民主,而间接民主也是民主,那么对于民选法官行使审判权是否可以认定为是司法民主呢?^[11]笔者认为,民选法官与民选议员有很大的区别:首先,前者选择的范围要狭窄得多,民选法官时其候选人(即被选举人)往往局限在有限的人群内,如一般需要受过专门的法律教育,有法律职业背景等资格要求,而议员的

[10] 如前所述,民意不一定是民主,民主要素之二是民所“主”的内容应具有决策性。

[11] 世界各国大多数法官是任命产生的。由选举产生的法官主要是“大革命时期的法国、前苏联、美国大多数州以及瑞典等国”,参见陈业宏、唐鸣:《中外司法制度比较》,商务印书馆2000年版,第196页。法官的选举制和任命制孰优孰劣是美国两百年来观察家们一直争论不休的话题。详见[美]詹姆斯·M.伯恩斯等:《美国式民主》,谭君久等译,中国社会科学出版社1993年版,第990-991页。

选举则没有这些资格限制。其次,选举后法官受选民的制约要远远小于议员,即使民选的法官通常是限任制的,但也受司法独立的保护而不必拘泥于反映民意,法官只需服从法律即可。因此即使民选法官组成的合议庭也很难说是司法民主,因为怎么判决是由法官自己根据法律,而不是根据民意,甚至也不是根据人民的根本利益(像议员要考虑的那样)来决定的,法官的直接忠诚对象是法律。法官也有自由裁量权,但这一权力也是法律赋予的,只能在法律允许的范围内行使,具体怎么裁量至少也要符合法律原则或法律精神,而不是无视法律完全由法官根据个人意志或民众偏好“自由”裁量。

因此,法院的合议庭与政府的首长制相比,具有一些民主色彩(至少有“多数决”这一民主形式),但与议会的合议制相比则很难说是民主。

(二) 主审法官负责制与多数决原则

我国司法改革中推行的主审法官负责制(或审判长负责^[12]),即“在法院选拔一些政治强、业务精,有驾驭庭审能力的优秀法官,赋予他们相当的审判职权”,^[13]是否否定了多数决原则?依照《人民法院审判长选任办法(试行)》的规定:^[14]“审判长的职责是:一是担任案件承办人,或指定合议庭其他成员担任案件承办人;二是组织合议庭成员和有关人员做好庭审准备及相关工作;三是主持庭审活动;四是主持合议庭对案件进行评议,作出裁判;五是对重大疑难案件和合议庭意见有重大分歧的案件,依照规定程序报请院长提交审判委员会讨论决定;六是依照规定权限审核、签发诉讼文书;七是依法完成其他审判工作。”其中涉及审判之民主形式的主要是第四项,“主持合议庭对案件进行评议,作出裁判”。这里是“审判长”主持合议庭对案件进行评议,并由“审判长”作出裁判;还是“审判长”主持合议庭对案件进行评议之后,由“合议庭”作出裁判?笔者认为,后一解释较符合诉讼法原意。

[12] “审判长选任制和主审法官制并无本质的差别,只是提法不同而已,它们都是从强化合议庭和法官职责的角度加以设计的,也就是说,是建立在法官负责制的基础之上的。但这只是针对我国司法体制和法官现状的一种过渡形态。”参见钱锋:《论法官独立审判》,载《判解研究》2001年总第4辑。

[13] 钱锋:《论法官独立审判》,载《判解研究》2001年总第4辑。

[14] 该规定是2000年7月11日最高人民法院审判委员会第1123次会议通过的,载中国网 http://www.china.com.cn/zhuanli/115/system/txt/2000-08/17/content_5003352.htm,访问时间:2006年8月8日。

从实践来看,主审法官负责制在有些地方是由合议庭作出判决,如成都高新区人民法院实行的主审法官制,“主审”一词仅仅“是相对于具有审判职称但在本制度下未裁判案件的其他法官而言”,主审法官的职责主要是“负责开庭审理,认定事实和证据,适用法律,制作经开庭审理的案件的裁判文书,签发法律文书,指导法官助理工作,对案件质量负责”,判决权仍属于合议庭,“由主审法官相互间组成合议庭,承办人向审判管理中心提出申请,审判管理中心在主审法官中指派两名合议庭组成人员,承办案件的主审法官为审判长”。在合议庭中,“既没有次审法官,也不是主审法官一个人说了算。主审法官并不总是审判长,只有当他在合议庭中是案件承办人时才是审判长”。^[15] 这其中的问题是合议庭需意见一致才能作出判决,如果合议庭意见不一致,“由审判长向分管院长汇报,然后根据分管院长的意见进行复议,能取得一致的,径行作出判决;如仍不能取得一致,由分管院长决定是否提交审判委员会讨论”。^[16] 这就排除了多数决原则,而是要求一致决。一致决从某种意义上说是少数决(一票否决制),它不一定能决定“是什么”,但能决定“不是什么”,这与诉讼法的多数决规定明显有矛盾之处。在有的地方,法院判决是以合议庭的名义发布的,但判决的决定权转移到了主审法官手里,而不是由合议庭成员实行多数决。如深圳盐田区法院的主审法官“享有独立的审判权、主持庭审权、签发文书权、组织管理权、考核建议权等五大权力”,^[17] 在合议庭发生争议时,不是通过表决而是由主审法官决定,并由主审法官承担错案责任。^[18] 还有的法院将“主审法官负责制”异化为“主审法官个人说了算”,开不开庭、合不合议都由主审法官决定,合议庭成为虚拟合议庭、影子合议庭。这显然是对合议庭多数决的否定,取消了合议庭的民主“形式”,代之以主审法官或审判长的个人

[15] 参见王平、杜玉成:《成都高新区人民法院实施主审法官制的论证报告》,载四川省高级人民法院研究室编:《“跨世纪法官话改革”征文——获奖论文集》,四川省高级人民法院2001年,第407页。

[16] 参见王平、杜玉成:《成都高新区人民法院实施主审法官制的论证报告》,载四川省高级人民法院研究室编:《“跨世纪法官话改革”征文——获奖论文集》,四川省高级人民法院2001年,第407页。

[17] 《盐田法院推行主审法官负责制》,载金羊网 http://www.ycwb.com/gb/content/2006-08/15/content_1185846.htm,访问时间:2006年8月15日。

[18] 《也谈主审法官制》,载新浪博客 <http://blog.sina.com.cn/siweita>,访问时间:2008年5月12日。

决定和个人负责。而个人决定和个人负责是一种典型的“行政”模式，司法改革应尽量使司法去行政化而不应加强司法的行政化。

虽然在实践中有些法院实行主审法官制效果很好，提高了办案效率，保证了办案质量，使报审判委员会讨论的案件数量大为减少，相对于过去合议庭的审而不判、审判委员会的判而不审，这确实是一个进步；但法官独立不应也不必以牺牲合议庭的多数决为代价，在许多法治国家，法官独立与合议庭的多数决并不矛盾。改革应在法律的范围内进行，动辄突破法律搞改革很可能是得不偿失的，破坏法制的方式不可能真正维护法治，而没有法治，民主和自由都不可能有保障。在目前情况下，不可能也没必要修改法律将合议庭的多数决变为个人决，因此可以考虑在实践中适当扩大法官独任制审判的范围，^[19] 同时在合议庭内要将法官独立与多数决协调起来，目前在我国合议庭审理的过程中，法官独立应主要表现为合议庭独立（独立于合议庭之外的机构或人员），而不是合议庭中的主审法官独立（独立于合议庭内的其他法官或陪审员）。

四、审判委员会是司法民主吗？

我国《法院组织法》第11条规定：“各级人民法院设立审判委员会，实行民主集中制。审判委员会的任务是总结审判经验，讨论重大的或者疑难的案件和其他有关审判工作的问题。” 我国的三大诉讼法中，《民事诉讼法》和《行政诉讼法》都没有提到审判委员会讨论重大、疑难案件的权力，^[20] 只有《刑事诉讼法》第149条对此作了规定：“合议庭开庭审理并且评议后，应当作出判决。对于疑难、复杂、重大的案件，合议庭认为难以作出决定的，由合议庭提请院长决定提交审判委员会讨论决定。审判委员会的决定，合议庭应当执行。” 因此，从立法者的原意来看，审判委员会对疑难、复杂、重大案件的决定权应只适用于刑事案件。

审判委员会是我们法院体制中的中国特色，也是我国法律界目前最有

[19] 如前所述，我国《人民法院组织法》第10条规定：“简单的民事案件、轻微的刑事案件和法律另有规定的案件，可以由审判员一人独任审判。” 实践中我国的“基层法院审理案件，除刑事案件外，绝大部分案件是法官独任审判。” 例如，通海县“实施主审法官员额制以后，除法定必须组成合议庭审理的案件外，没有特殊情况一律实行独任审判”。参见《通海县推行主审法官员额制呈现出五个特点》一文的相关论述。

[20] 《行政诉讼法》第47条第4款只规定“院长担任审判长时的回避，由审判委员会决定”；《民事诉讼法》第177条规定：“各级人民法院院长对本院已经发生法律效力的判决、裁定，发现确有错误，认为需要再审的，应当提交审判委员会讨论决定。”

争议的制度之一。在此笔者且不论审判委员会的利与弊、存与废,只想澄清审判委员会对疑难、复杂、重大案件的决定权是否属于“司法民主”这一问题。

第一,从决定权的主体上看,如果说合议庭的成员还可能吸收陪审员的话,审判委员会的成员则全部是法官,且是法院中有一定职务的法官,^[21]“官”的色彩更浓,与“民”主司法更远。如果合议庭都不是司法民主,审判委员会显然更不是。但审判委员会的成员人数通常多于合议庭,我们一般认为人数越多越体现民主,但笔者仍然认为主体是谁比主体人数多少是民主成立与否的更重要的条件。

第二,合议庭实行多数决在《刑事诉讼法》中有明确规定(第148条第5款),在《民事诉讼法》和《行政诉讼法》有关合议庭成员须为单数的规定中也可以“推论”出多数决原则,但这些法律都没有规定审判委员会实行多数决。审判委员会的多数决原则是由最高人民法院的《最高人民法院审判委员会工作规则》(第9条)规定的:“审判委员会实行民主集中制。对议题应当展开充分讨论。审判委员会的决定,必须获得半数以上的委员同意方能通过。少数人的意见可以保留并记录在卷。”更重要的是,审判委员会多数决的民主性在程度上不如合议庭,因为《最高人民法院审判委员会工作规则》第4条还规定:“审判委员会委员超过半数时,方可开会。”即审判委员会的决定可能只需全体委员的1/4通过就可能形成;而且审判委员会对案件的讨论、决定过程是不公开的,“审判委员会委员、列席人员、秘书和书记员,应当遵守保密规定,不得泄露审判委员会讨论、决定的事项。审判委员会会议纪要属机密文件,未经批准,任何人不得外传”。^[22]虽然公开化不一定是民主,但民主一般都是公开化的。

五、司法是否应当民主?

民主有利有弊,不是所有国家机构都适合搞民主。将民主作为首选价值的是议会,而行政机构追求的主要是效率,因此它不可能是“民”主而只能是“官”主(首长决定)。因此,制约行政权成为制约权力的重中之

[21] “审判委员会一般由院长、副院长、各主要庭室负责人组成,一些法院还包括专职委员若干人。”参见刘晓军:《改革中的司法独立与司法公正——以审判委员会为考察对象》一文的相关论述。

[22] 《最高人民法院审判委员会工作规则》第13条。该规则1993年8月20日由最高人民法院审判委员会第59次会议通过。

重。司法追求的主要是公正，法律是理性、客观、公正的最高体现，法官是理性、客观、公正的法律的具体实施者。用民主手段制约行政专断是议会的方式，法院没有必要重复使用这一方式，而应当另辟蹊径，发挥己之所长。议会是实施民主的地方，政府和法院没有必要成为实施民主的第二个、第三个地方，民主不是越多越好，而是恰当才好。

议会是最合适搞民主的地方，议会实行民主制往往利大于弊，但也只是相对“少弊”而不是绝对“无弊”。如果议会“感情用事、有时盲目、经常不够负责”，那么就需要理性力量的制约。在美国，“如果立法机关在党派的激烈斗争中偏离了宪法的精神和条款，法庭就会拒绝宣判，使立法机关根据宪法行事。这时，法官虽然不能强制人民保卫宪法，但宪法只要依然生效，他至少能迫使人民尊重宪法。法官不直接领导人民，但他能制约人民”。托克维尔认为法学家精神中有贵族的特点，“生性喜欢按部就班，由衷热爱规范”，“酷爱安宁”。“当美国人民任其激情发作陶醉于理想而忘形时，会感到法学家对他们施有一种无形的约束，使他们冷静和安定下来。法学家秘而不宣地用他们的贵族习性去对抗民主的本能，用他们对古老事物的崇敬去对抗民主对新鲜事物的热爱，用他们的谨慎观点去对抗民主的好大喜功，用他们对规范的爱好的去对抗民主对制度的轻视，用他们处世沉着的习惯去对抗民主的急躁。法院是法学家对付民主的最醒目工具。”^[23] 可见司法的作用是制约民主，而不是实现民主。

法官专业化是世界各国的发展趋势，目的是为了保障司法公正。这种专业化确实有可能导致官僚化，但没有什么制度是百利而无一弊的，我们只能在利少弊多和利多弊少之间选择，而法官的专业化比法官的大众化从总体上、长远上看会更有利于公正。在司法中“适当”引进民主机制也可能是必要的，如陪审制度的实行。但陪审制是平民和法官分享审判权，因此是部分“民”主，部分“官”（法官）主，是“民”主与“官”主的结合。实行陪审制不一定就能实现司法公正，没有陪审制的国家也不能说司法就不公正，是否需要建立陪审制不是司法公正的必备条件，只是可能性条件。是否实行，尤其是是否大规模实行，在什么历史阶段可以且应当大规模实行以及怎么实行，这些问题都需要根据各国的具体情况和不同时代

[23] [法] 托克维尔：《论美国的民主》（下），董果良译，商务印书馆 1988 年版，第 905、303、309 页。

的特点来确定,最终目标是要看其是否对实现司法公正有利。^[24]

在中国走向法制现代化的进程中,一种路径是先解决司法的专业化问题,然后再于司法领域适当引进民主因素,解决专业化过渡后的问题,这是渐进改良的路子,可能进程较为缓慢,但比较稳妥;另一种路径是先借助民众的力量解决司法不公、司法腐败的问题,再解决司法专业化的问题,这是革命的路子,可能轰轰烈烈,大快人心,但也可能(不是必然)走向大民主,走向民主暴政。我国 1982 年宪法取消陪审制度的规定,^[25]以及 20 世纪 90 年代以来的司法制度改革,是遵循前一路径走的,是汲取“文革”大民主的教训后,转而强调司法专业化的结果。从理性角度看,这一思路总体上并没有错。现在的问题是:这条路遇到了很大的阻力,是硬着头皮继续往下走,还是原地踏步,等待其他领域跟上?或者改弦更张,另择他路?有他路吗?他路是什么样的路呢?是否可能综合上述二者从而形成第三条路径呢?

[24] 关于陪审制的民主性,笔者将另外撰文论述。

[25] 1982 年《宪法》删除了 1978 年《宪法》中关于人民陪审员制的内容。1983 年人大常委会发布《关于修改〈中华人民共和国人民法院组织法〉的决定》规定:删去原《法院组织法》第 9 条“人民法院审判第一审案件实行人民陪审员陪审的制度,但是简单的民事案件、轻微的刑事案件和法律另有规定的案件除外”。

民主价值的司法维护机理^{*}

季金华^{**}

“20 世纪 40 年代，最高法院开始视民主为最崇高的理想”，^{〔1〕} 民主成为宪法的基本精神。为了维护人民主权原则，法院应该将人民在公共领域和私人领域的自主作为司法的基本价值和根本目的，在发生权力与权利冲突的时候，法院应该通过权利推定最大限度地保护公民的自由权利。众所周知，权力与权利的冲突有时表现为形式民主与实质民主、集体自主与个人选择、过去的法律意志与现时的民众意愿之间的冲突，这就需要法院通过司法审查疏通政治渠道，在保证政治决策合宪性的基础上保护个人自由、维持社会秩序、维护民主的程序价值和实体价值，需要法院通过宪法解释和价值整合实现民主秩序结构与文化秩序结构的有机融合，实现宪法意志与公众政治意愿的有机结合。毋庸置疑，民主价值的司法维护依赖于社会公众的信任，^{〔2〕} 法院应保障社会公众通过多种形式和渠道对司法解释、司

^{*} 本文原刊于《北方法学》2016 年第 6 期，第 41—49 页。

^{**} 季金华，法学博士，南京师范大学法学院教授，南京师范大学中国法治现代化研究院研究员。

〔1〕〔美〕莫顿·J. 霍维茨：《沃伦法院对正义的追求》，信春鹰、张志铭译，中国政法大学出版社 2003 年版，第 131 页。

〔2〕沃尔德龙认同德沃金的观点，只有当公民意识到原则性议题的最终处置应从立法程序转移到法院的司法程序中来，公共舆论的质量才能得到提高，民主价值的维护才能取得最佳的效果。参见〔美〕杰里米·沃尔德龙：《司法审查与民主的条件》，王青译，载佟德志主编：《宪政与民主》，江苏人民出版社 2007 年版，第 181 页。

法政策和疑难型案件表达司法意见,在反映社会主流民意的基础上缓解法律与社会的紧张关系,实现民主的形式价值与实质价值的有机整合。

一、通过政治渠道的疏通实现形式民主与实质民主的有机统一

政治渠道的畅通意味着各个利益集团可以在立法程序中表达自己的利益诉求,集体自主与个人选择、民主的形式价值和实体价值在立法程序及其结果中获得了审议和选择。但是,在现实的政治生活中,议员的意志不等于人民的意志,政治代理人的利益要求也不一定是普通民众的利益诉求,代议制民主机制有可能产生民主失灵的情形,从而导致多数人的政治决定损害少数人的权利。行政权力的扩张对代议制民主产生了严重的冲击,增加了代议机关防止和消除行政腐败的难题,进一步加剧了民主政治渠道的堵塞。因此,必须充分发挥司法的民主渠道疏通功能,修正违背人民意志的法律,保证法律的意志与人民意志的统一。

第一,法院借助于司法审查来保护个人自由、维护民主的程序价值和实体价值。在巴拉克看来,民主是形式和实质的统一,形式民主意味着人民主权和多数人的统治,而实质民主意味着民主的价值统治。“民主是一个部分地由一些权利构成的政治程序,当一个社会对必须由公共决策作出的事件有不同意见时,民主要求这个社会中的每一个人都有平等解决分歧的权利。”^{〔3〕}民主的这一理念意味着在一个社会中,如果个人参与的权利得不到保证,政治程序不受权利的制约,那么这样的政治过程及其结果就不具有民主性;如果个人的某些权利得不到尊重,那么多数至上的决策程序就会因为实质民主的缺失而失去政治合法性基础。^{〔4〕}一方面,民主立基于每个人都享有权利的基础上,多数人也不能因为自己掌权就否定少数人的权利。人权是实质民主的核心,不保护人权就不可能有民主,不能有效地保护人权,民主就没有正当性。^{〔5〕}另一方面,“平衡与妥协是民主的代价。只有一个强大、安全而且稳定的民主国家才能提供并保护人权,只有建立在

〔3〕〔美〕杰里米·沃尔德龙:《司法审查与民主的条件》,王青译,载佟德志主编:《宪政与民主》,江苏人民出版社2007年版,第182-183页。

〔4〕参见〔美〕杰里米·沃尔德龙:《司法审查与民主的条件》,王青译,载佟德志主编:《宪政与民主》,江苏人民出版社2007年版,第183页。

〔5〕参见〔以〕巴拉克:《民主国家的法官》,毕洪海译,法律出版社2011年版,第34-35页。

人权之上的民主国家才能有安全”。〔6〕虽然，权利具有十分丰富的内涵和表现形式，但自由是权利的核心价值意蕴。自由是最基本的交往权利，是人们结成各种社会关系、塑造权力结构、构建权力运行机制的前提条件。美国沃伦时代的最高法院第一次意识到，“宪法第一修正案所载的言论自由、新闻自由、结社自由是民主赖以存在的根基，因此需要赋予它们以优先地位”。〔7〕

为了保证所有的社会主体都能享有最广泛的自由权利，就必须为自由确立平等的前提和基础。“不仅少数民族代表是民主的有机组成部分，而且真正有效的代议制要求对所有人的尊严与价值予以保障。法院认为民主不仅应有程序价值，而且应有实体价值。”〔8〕法院撤销那些干涉言论自由的立法之目的是保护自由、促进民主。在现实的社会生活中，多数人的立法决策往往会侵犯少数人的权利，因此，沃伦时代的最高法院把保护少数人的权利作为民主核心也就具有了现实的合理性。而且，“法院将注意力集中于对少数人权利保护的本身就是对民主含义的重新解释，强调公平对待是民主的一个必要的前提条件”。〔9〕诚然，自由表征社会主体在政治、经济、文化交往活动中的自主程度，因而与民主的要求密切关联。公正的选举和普遍投票权更侧重的是程序正义，而相对忽视实体正义。实际上，没有相对平等的社会和经济条件就不可能实现有效的政治平等和民主的实体价值。法院应该通过司法审查程序以判决的形式保护所有公民的尊严与平等，最终使民主包含实质正义的内容。〔10〕进而，宪法权利是民主价值的集中表达和表现，司法审查正是确保个人的自由、促进民主发展的权威机制。〔11〕

第二，法院通过司法审查力图在尊重多数人意志的同时保护少数人的利益。实质民主的统一是立法至上与社会价值的有机结合。宪法确定的民

〔6〕〔以〕巴拉克：《民主国家的法官》，毕洪海译，法律出版社2011年版，第269页。

〔7〕〔美〕莫顿·J. 霍维茨：《沃伦法院对正义的追求》，信春鹰、张志铭译，中国政法大学出版社2003年版，第136页。

〔8〕〔美〕莫顿·J. 霍维茨：《沃伦法院对正义的追求》，信春鹰、张志铭译，中国政法大学出版社2003年版，第136页。

〔9〕〔美〕莫顿·J. 霍维茨：《沃伦法院对正义的追求》，信春鹰、张志铭译，中国政法大学出版社2003年版，第140页。

〔10〕参见〔美〕莫顿·J. 霍维茨：《沃伦法院对正义的追求》，信春鹰、张志铭译，中国政法大学出版社2003年版，第140-142页。

〔11〕参见〔以〕巴拉克：《民主国家的法官》，毕洪海译，法律出版社2011年版，第170页。