

第九辑

法律书评

苏力主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



LAW BOOK REVIEW

法律书评

第九辑

苏力主编
李晟执行主编

詹姆森·美国夫妇藏书票

图书在版编目(CIP)数据

法律书评. 第9辑/苏力主编. —北京:北京大学出版社, 2011.1
ISBN 978-7-301-18083-9

I. ①法… II. ①苏… III. ①法律-著作研究-世界 IV. ①D9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 220769 号

书 名: 法律书评(第9辑)

著作责任者: 苏 力 主编

责任编辑: 王 晶

标准书号: ISBN 978-7-301-18083-9/D·2737

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印刷者: 三河市北燕印装有限公司

经 销 者: 新华书店

965 毫米×1300 毫米 16 开本 11.25 印张 183 千字

2011 年 1 月第 1 版 2011 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 23.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

法律书评第9辑

北京大学法治研究中心 主办

苏 力 主编

李 晟 执行主编

目 录

深度解读

1 / “政治”地理解司法

——读夏皮罗《法院：比较法上与政治学上的分析》 于 明

名师典藏

22 / 纯粹社会学视野下的冲突处理

——评《正义的纯粹社会学》 徐 昕

本土墨香

31 / 民主之中与民主之后

——评翟小波的“宪法民主化”研究 田飞龙

45 / 边缘有光

——评刘星《一种历史的实践——中西法概念
比较研究》 陈廷辉

59 / 关于婚姻起源的两种分析进路

郝 振

68 / 瞿同祖与《汉代社会结构》

周登谅

84 / “不得”的逻辑

——对魏治勋《禁止性法律规范的概念》的解读 王林敏

异域书品

96 / 法官司法决策的“武器”

——对波斯纳《法官如何思考》的中国语境解读 蒋志如

111 / 美国联邦最高法院大法官司法决策行为 探究

——读理查德·波斯纳《法官如何思考》 刘 刚

124 / 法律人能够从现代物理学中学到什么？ 程 波

法律书评第9辑

北京大学法治研究中心 主办

苏 力 主编

李 晟 执行主编

目 录

137 / 如何证立裁判?

——科赫和吕斯曼法律证立理论之阅读

张青波

151 / 影响警察自由裁量权的因素

——读《商谈家庭暴力:警察、刑事正义和受害者》 郭 辉

157 / 模糊的铜镜

——评《正义之镜:法律危机的文学省思》

李 晟

译事评点

162 / 对《法律帝国》汉语译文的思考

季益广

“政治”地理解司法

——读夏皮罗《法院：比较法上与政治学上的分析》

于 明*

这是一部关于“法院”和“司法”的著作。如同弗兰克的《初审法院：美国司法中的神话与现实》^①一样，夏皮罗的《法院》^②，似乎同样旨在揭开流行于英美法理学语境中的有关法院与司法的诸多“神话”。更进一步地，本书的目标指向了一般意义上的“法院”或司法机构，而并不仅仅局限于普通法意义的初审法院；考察的对象也不只是美国的司法，而更多地运用了比较法律史的研究，将目光投向了英国、欧陆、中国与伊斯兰等诸多不同法系的司法历史与实践。尤其值得注意的是，本书的研究方法始终贯穿了基于政治科学或“政治法理学”（political jurisprudence）的分析，从而使我们可能超越传统法理学的视野，从一个较新的视角重新审视司法的社会逻辑与制度功能。或许，正如本文标题所揭示的，作者所追求的，是一种“政治”地理解司法。

什么是法院或司法？问题似乎很简单。在英美法理学的著述中，

* 北京大学法学院 2007 级博士研究生。

① 弗兰克：《初审法院：美国司法中的神话与现实》，赵承寿译，中国政法大学出版社 2007 年版。

② 夏皮罗：《法院：比较法上和政治学上的分析》，张生、李彤译，中国政法大学出版社 2005 年版。文章中所标注页码未特别说明皆指该篇所讨论评价作品之页码。下同。

尤其在法学院的课堂中,对于这一问题的回答也似乎早已有了答案。这个答案就是被夏皮罗称之为法院的“理想化模型”的一组概念与命题。在夏皮罗看来,“理想化模型”的观念在传统法律人的头脑中是如此的根深蒂固,以至于此后的主要工作就是不断重申这些“模型”或“神话”,并依据这些标尺去衡量真实世界中的法院与司法,发现那些偏离“理想模型”的地方,然后,将其纠正过来。

“模型”或“神话”主要表现为四个方面。首先,是所谓的“司法独立”,即认为司法的前提,是必须存在一个完全独立的法院或法官,强调司法权对于立法、行政等其他政治权力的“纯洁”;其次,是“先存规则”,认为任何司法裁判的作出都必须依据事先明确存在的法律规则,反对法律的“溯及既往”;再次,是“两分式的判决”,即坚持法院总是应当作出使一方胜诉且另一方败诉的“判决”,主张“判决”与“调解”的截然分开;最后,是关于“上诉”,认为设置上诉机制的目的,是为了保障不公正判决中的败诉方重新获得正义的权利,是“正义的最后一道防线”。

但真的存在这些理想化的“模型”吗?夏皮罗的答案是否定的。在他看来,只要我们深入到真实的历史与现实中,去考察不同历史时期与不同形态的法院与司法时,我们就会发现,“法院的模型几乎不符合其中任何一个”(页1)。更进一步地,当我们从政治科学或社会学的视角出发,将法院视作政治机构的一个重要组成部分,进而重新审视上述“模型”与“神话”时,甚至会发现,真实的情形可能“完全相反”。对此,在本书中,夏皮罗几乎是针锋相对地提出了自己有关法院与司法的四个方面的命题;而全书的主要线索,也正是围绕这四个命题的论证所展开的:

首先,作为政治机构的一部分,法院必然无法完全独立于行政与立法等其他政治权力,司法的独立只能是有限度的;其次,法院裁决的作出也并非仅仅依据事先存在的规则,很大程度上还依赖于法院作为立法者所自身创制的规则;再次,法院并非完全地排斥调解,法院的判决往往不可避免地谈判、仲裁、调解等诸多因素混合在一起,形成一个统一的连续体;最后,上诉的普遍存在更多的是基于政治控制的目的,而非对于正义的寻求,中央政权的集权化控制才是推动上诉制度得以设立的根本动因。总之,在本书的第一章中,夏皮罗从分析法院

与司法的社会逻辑与制度功能入手,逐一反驳了流存于传统法理学中的种种“模型”与“神话”,并大致为我们勾勒了真实世界中的司法图景,尽管“真话”往往并不“动听”。

这显然是“得罪人”的事。之所以如此,很大程度上与作者的学术背景与长期的学术追求有关。马丁·夏皮罗(Martin Shapiro)是美国加州大学伯克利分校的法学教授。虽然身处法学院,但夏皮罗教授的主要领域一直是政治学与法学的交叉研究。他早年毕业于哈佛大学政治学专业,曾经先后担任西方政治学学会(WPSA)主席与美国政治学学会(APSA)副主席。在本书出版的十余年前,夏皮罗教授曾明确提出“政治法理学”的主张,并发起了一场相应的法学运动,倡导“将法院与法官视作政治性的机构(political agencies)与政治上的行动者(political actors)”。^①从今天的眼光来看,这场运动很大程度上是美国的政治科学入侵传统法学、尤其是司法研究的产物。^②本书亦可以看做是这一努力的结果。

但如果仅仅如此,本书的贡献或许并不是那么大,至少对于当时的英美法理学界来说,并没有太大的知识增量,更多地是对于一些似是而非的主流观点的一次有组织地集中反击。夏皮罗同样也意识到了这一问题。尽管“政治法理学”在五六十年的美国繁荣一时,也给传统的法理学带来了许多“新鲜”的东西,但很快陷入了困境。原因并非此前的一些判断错了,也并非美国的司法开始“远离政治”,而更多地是由于新一代的“正统”法学家大多接受了政治科学提供的知识,因而使得昔日的“政治法理学”不再那么“新鲜有趣”,也不再那么具有吸引力。因此,要使得“政治法理学”重新占据法学院的讲台,而不仅仅局限于政治学内部的“自说自话”,就必须进一步融合社会学、历史学与比较法的知识,使之获得更强的解释力,乃至“征服力”。因此,用

① “政治法理学”的主要观点,可以参看 Martin. Shapiro, “Political Jurisprudence”, *Kentucky Law Journal*, 52(1964): 294。或参看 Martin Shapiro, *Law and Politics in Supreme Court: New approaches to political jurisprudence*, The Free Press of Glencoe, 1964。

② 尽管同样受到“法律现实主义”运动的影响,但与法律与社会、法律与经济以及批判法学不同,“政治法理学”的主要参与者都来自于美国政治学界。随着政治科学由行为主义向新制度主义的转型,政治法理学也经历了两个不同的发展阶段, Britta Rehder, *What Is Political about Jurisprudence? Courts, Politics and Political Science in Europe and the United States*, MPIIG Discussion and Working Papers, 2007。

夏皮罗本人的话来说,这本书亦代表了80年代以来的重振“政治法理学”的努力。^①

学科资源的扩展,首先体现在本书的第一章。在论证法院的社会逻辑与制度功能的过程中,夏皮罗较多地运用了社会学与人类学的研究成果,尤其是西方学者有关初民社会的司法与调解的诸多研究以及功能主义的分析方法。而本书的后四章,则集中地展示了夏皮罗对于比较法与法律史知识的运用。作者选取了四个不同法系的司法历史与实践,对上述四种有关司法的“模型”与“神话”进行了逐一的“证伪”。值得注意的是,作者在选取这些个案时,同样也别具匠心。它们往往是传统观念中最可能支持这些“司法神话”的“典型”,但在夏皮罗的细致分析下,却最终“叛变”,沦为了否定这些神话的“铁证”。比如,主流的学说往往将英国视为司法独立的起源,而夏皮罗的论证却“无情”地表明,司法独立在英国的历史上几乎没有真正地实现过,它更多地来自于对于英国法院的一个“相当模糊的印象”(页175)。而作为“先存规则”的典范的欧陆国家,也同样被证明,在这些国家的法院中广泛存在着法官的司法造法,法律规则也并非完全来自于先存的法典。中国与伊斯兰的个案,也同样如此。

需要指出的是,这些经验的、尤其是历史的分析,很快遭到了一些法律史学家的指责,比如伯尔曼(Harold Berman)就认为,夏皮罗对于一些史实的运用存在有意的取舍与忽略,以至于很大程度上可能造成读者对于西方法律传统的误解。^② 严谨的学术批评总是值得尊重的,但这并不意味着夏皮罗的论证因此被推翻。即使伯尔曼也承认,夏皮罗的主要论点依然是可以成立的,只是对于历史的处理过于简单化了,遗漏了许多可能导致不同结论的重要细节。毕竟,对于历史的解释总是开放的,我们无法等到掌握了所有的历史细节之后才进行理论的思考。因此,这些批评的存在,或许可以促使我们进一步关心历史

① 对于“政治法理学”在80年代遭遇的困境,以及新的发展,参看 Martin Shapiro, “Recent Developments in Political Jurisprudence”, *The Western Political Quarterly*, Vol. 36, No. 4, 1983; David O'Brein, *Reconsidering Whence and Whither Political Jurisprudence*, *The Western Political Quarterly*, Vol. 36, No. 4, 1983。

② 伯尔曼的批评,参看其为本书撰写的书评:Harold J. Berman, “Courts and the Comparative Historical Method”, *The Yale Law Journal*, Vol. 91, No. 2, 1981。

的真实,但却很难否认夏皮罗将历史研究融入政治学理论构架的努力。尽管可能不完美,但却使我真正感受到了历史经验的分析对于我们“重新”理解司法所可能具有的意义。

二

但仅仅揭开了“神话”仍然不够。随之而来的问题是,“神话”为何会产生?较之对于“神话”的否定,或许,更重要地是理解其产生的原因与功能。因为即使是非理性的教条与神话,一旦在历史上长期的存在,同样可能具有语境化的功能。^①只有真正洞悉了它所面对的问题,我们才可能从中更深刻地理解制度的真实运作,寻求可能的解决与“替代”。

对于这一问题的探索,夏皮罗是从司法的社会逻辑(social logic)开始的。在夏皮罗看来,司法的最初原型来源于争议解决中的三方逻辑。换言之,当争议的双方寻求第三方解决纠纷时,总是倾向于选择双方均“认可”的中立第三人,并适用经双方“同意”的裁判规则。这就构成了一种典型的中立的三方结构,从而也构成了司法裁判的最基础的合法性来源。然而,这样一种三方结构,本身却是极不稳定的。正如波斯纳所指出的,法官与医生的一个重要差别就在于,医生救治行为的结果不以牺牲他人来帮助另一人,而法官解决纠纷的方式几乎肯定会伤害一方而有利于另一方。^②因此,一旦第三方作出支持一方的判决时,对于败诉方而言,中立的三方结构就可能遭到破坏,转变为二对一的结构。至少在败诉方看来,这样一种二对一的结构违反了司法最基础的社会逻辑,因而也丧失了根本的合法性。

因此,如何防止这一中立的三方结构转变为二对一的结构,以维持司法判决的权威,尤其是对于败诉方的合法性,在很大程度上就成为司法所始终面临的核心问题。最初,这一问题的解决,主要依靠双方当事人共同认可。由于双方事先就中间人的选择,以及规则的适用,达成了一致的“同意”,因此,即使最终的判决不利于某一方,败诉

① 关于政治神话的功能,参看恩斯特·卡西尔:《国家的神话》,范进译,华夏出版社1999年版。

② 参看波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,页8。

方依然应当承认判决的权威与合法性。问题也似乎暂时得到了解决。

然而,国家与法院的出现,使得这一问题再次复杂起来。因为无论是作为政治机构一部分的法院,还是作为国家法律的裁判规则,都更多地是一种“强制”,而无需事先取得争议双方的“同意”。如此一来,一旦法院作出不利于一方的判决,败诉方就有理由认为作为司法的社会逻辑的三方结构已经丧失了中立性,从而质疑这样一种“强制”的法院判决的合法性。在夏皮罗看来,这样一种挑战实际上使“当代法院被卷入到一场持久性的危机之中”(页12)。^①于是,为了挽救危机,强化司法的权威,法官与法律人开始不遗余力地为法院的“中立性”与“合法性”进行辩护,有关法院与司法的诸多“模型”与“神话”也因此被创造出来。换言之,在夏皮罗看来,司法“神话”的产生动因,实际上来源于“宣传”与“辩解”的需要,是为了“掩盖”现代法院对于司法的最初的社会逻辑的背离。

但这并非全部的原因,甚至并不是主要的原因。毕竟,以上的讨论只涉及了纠纷的解决,而司法的“功能”却并非仅限于此。除此之外,在夏皮罗看来,司法还具有两个重要却往往为人们所忽视的功能——法官造法与社会控制。或者更直接地说,是“立法”与“政治”的功能。然而,这两类功能的出现,不仅未能缓解司法的合法性危机,相反,法院与其社会逻辑的背离程度因此而大大加深了。首先,“法官造法”的存在,意味着法官所适用的规范,不仅未经双方当事人的同意,甚至根本不是“事先存在的”,而在很大程度上,是由第三方在解决争议的过程中创制出来的。这就不仅使得法院适用的规则缺乏基于“同意”的合法性,甚至有违“法不溯及既往”的正义原则。而败诉方一旦洞悉这一“残酷”的事实,对于判决合法性的质疑也必然更加尖锐。

司法的“社会控制”,或“政治”功能,也同样如此。依据夏皮罗的理解,司法的“社会控制”很大程度上意味着司法与行政的一致性。换言之,历史上的法院从来不仅仅是作为纠纷解决的机关出现的,它同

^① 关于司法合法性的危机,详细的讨论还可以参见格罗斯曼的书评。该文认为,夏皮罗潜在的批评对象,实际上是以朗·富勒(Lon L. Fuller)为代表的对法院角色的“本质主义”的理解。参看 Joel B. Grossman, “Judicial Legitimacy and the Role of Courts”, *American Bar Foundation Research Journal*, Vol. 9, No. 1, 1984。

时也担负了许多纠纷解决之外的行政性职能,即对于社会的政治控制职能。这一点在国家初创与社会转型时表现地尤为明显。而此时作为裁决者的法官,不仅无需双方当事人的同意,甚至本身也不是中立的,而更多地代表了当事人之外的国家,尤其是中央政权的利益。他们本身就代表国家权力的延伸,为中央政权的利益服务,甚至纠纷解决的过程本身也成为执行国家利益与政策的一部分(页33)。因此,司法的“社会控制”,或者是“政治功能”,同样进一步削弱了法院作为中立裁决者的社会逻辑,当事人之外的“第三方利益”被“公然”地引入了三方结构之中,司法合法性的危机也因此更加严重。

面对持续存在的危机,如前所述,传统的法律人更多地试图通过“宣传”与“构建”有关法院与司法的“神话”,以增强其自身的“神圣”与“权威”,维持其判决的合法性。无论是对于“司法独立”的强调,还是对于“先存规则”的反复重申,似乎都意在强化法官及其所适用法律的“中立”与“纯洁”,而有意无意地掩饰了法院在事实上执行的“立法”的与“政治”的功能。在这样一种“神秘化”的进路下,法院与司法被认为具有某种神圣且纯粹的“理想型”,一切与之不符的特征与职能都是“落后”与“异端”的表现,需要对之加以改造,以尽可能地接近理想化的“模型”。

我并非一概地反对这种做法。至少从历史上看,这一做法不仅长期存在,并且很大程度上具有实际的效果。^①普通法中的“技艺理性”与“神谕的宣示者”,尽管旨在强调法律职业阶层的独特知识与作用,但同样隐含着诉诸“神秘”或“神圣”,以强化司法合法性的考量。^②但这并不意味着这一进路具有学理上的自足。毕竟,对于真正的学者而非泛泛的“宣传家”来说,这更多地是一种逃避问题的作法,是一种“鸵鸟”战术。我们不能因为看到了现实中的司法对于其基本社会逻辑的偏离,就创造出种种“神话”或“模型”,以试图掩饰这些可能“不和谐”的“音符”;我们也不能因为法院在事实上执行了“立法”甚至是

① 政治的合法性很大程度上来源于意识形态宣传所带来的“散布性支持”,参见伊斯顿:《政治生活的系统分析》,王浦劬译,华夏出版社1989年版,页298。

② 关于柯克的“技艺理性”(artificial reason)和布莱克斯通的“神谕宣示者”(the oracles),在英美法理学中的谱系,参看波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社2001年版,页11—29。

“政治”的职能,以至于危及司法原初的合法性,就可以对于这些事实抱着“六合之外,存而不论”^①的态度。因此,如果要真正对于司法的合法性的问题有所回应,仅仅是“神秘化”的做法是远远不够的,而另一种可能的、也是相反的进路,就是直面现实,从司法的真实运作中寻找对于其合法性的解说。这也正是夏皮罗在本书中的选择。

从分析司法的实际功能,尤其是“立法”与“政治”的职能入手,夏皮罗的一个基本论断是,司法与法院的合法性,并不仅仅来自于其作为中立第三人的社会逻辑,这或许构成了一种“社会意义的合法性”,但却并非唯一的合法性。恰恰相反,随着司法的“立法”与“政治”功能的不断强化,司法的另外一种合法性——作为一个具体政权的一部分的法院所具有的潜在的“政治意义的合法性”也愈加凸显。换言之,司法和法院同样可以从法院的“政治”功能中获得合法性的来源,即使“政治”的功能可能很大程度上背离了司法的本来逻辑,但这并不意味着司法合法性的丧失。^②相反,它同时也为司法的合法性提供了一种新的论证,即来自于政治制度本身的合法性。在这个意义上,我们甚至会发现,传统法理学中所谓的司法合法性的“危机”或许根本就不存在,更多地只是司法的“社会合法性”与“政治合法性”这两者的“相互补充和彼此支持”,尽管有时也可能产生冲突与抵触(页78)。

三

提出“政治合法性”的进路,并不是夏皮罗的全部知识贡献。更多地智识启发还体现在他对于许多具体问题的分析之中。有如前述,针对有关司法的四种“神话”,夏皮罗在本书中具体论证了对于司法的四种“现实”的、或“政治”的理解,并将其置于不同法系的历史语境中予以细致的分析与展开。因此,以下的部分,我将进一步展示夏皮罗在这些具体问题上的阐述所可能带给我们的启发,为了论述的集中,我将把重点放在“司法独立”与“上诉”这两个方面(在我看来,这两个部分也最为集中地体现了对于司法的“政治”理解)。同时,本文的评论

^① 《庄子·内篇·齐物论》。

^② 关于两种合法性的进一步讨论,参看 Joel B. Grossman, “Judicial Legitimacy and the Role of Courts”, *American Bar Foundation Research Journal*, Vol. 9, No. 1, 1984。

也并不只限于夏皮罗的理解,为了展现其对于传统法理学所构成的智识挑战,相关知识谱系的清理也同样是必要的。

首先是司法独立。正如夏皮罗所指出的,在有关司法的四个“神话”中,司法独立始终是其中最为核心、也最为人们广泛接受的一个。但需要指出的是,作为概念的本身,司法独立的内涵又是极不确定的,它既可以意指司法权相对于立法权、行政权的独立,也包含了作为个体的法官在具体案件中的保持中立;同时,独立的对象既来自于政治的方面,也来自于社会的方面,诸如当事人的意志与社会的舆论等。而本书所讨论的,更多地集中于司法权与整体的法院系统相对于其他政治权力的独立,尽管也涉及了个案中的法官独立。

为什么要司法独立?与其他的神话一样,司法独立也同样不乏其“神圣”的起源。一个著名的故事是,爱德华·柯克爵士断然拒绝了国王詹姆斯一世要求亲临审案的主张,其理由是,法官所具有的是一种有别于常人的技艺理性,只有经过长期特殊训练的法官与法律人才可能掌握,并进而对案件作出审慎的判决。此后,柯克的这一主张被认为是从知识独特性的角度对于司法独立所作出的最初论证。^①

还有防止专断的职能。一个同样著名的论证是,孟德斯鸠在《论法的精神》中断然地写到:“如果司法权不同立法权和行政权分立,自由也就不存在了。如果司法权同立法权合而为一,则将对公民的生命和自由施行专断的权力,因为法官就是立法者。如果司法权同行政权合而为一,法官便将握有压迫者的力量”^②。总之,在西方司法的理论史上,司法之所以应当独立的原因,总是与“技艺理性”、防止专制与捍卫自由等“神圣”的观念联系在一起,因此,也成为几乎是不证自明的普世价值观念之一。

但事实真的如此么?尽管这些古老的神话与故事,时至今日,依然为主流法学界所津津乐道,但质疑的声音也越来越多。且不论柯克

① Sir Edward Coke, Reports XII, “Prohibitions del Roy” see Sheppard Steve, *The selected writings and speeches of sir Edward Coke*, vol. I, Liberty Fund, 2003, pp. 478—481. 进一步的评论,参见于明:《法律传统、国家形态与法理学谱系——重读柯克法官与詹姆斯国王的故事》,载《法制与社会发展》2007年第2期。

② 孟德斯鸠:《论法的精神》,张雁深译,商务印书馆1961年版,页156。

的故事本身是否真实,对于法官是否真的具有某种独特的“技艺理性”,许多当代学者都提出了相反的论证,认为法官所运用的司法理性其实并不具有柯克所言的特殊性,而实质上与日常的实践理性并没有根本的差别。^①至于孟德斯鸠的论证,学者们越来越倾向于认为,这实际上是孟德斯鸠对于英国政治的一个错误观察与理解,是一种有意无意地“误读”。他不仅未能正视英国的议会主权对于司法的控制,也未能真正理解普通法的“法官造法”的本质,因而都无法经受经验的检验。^②

回到本书中,夏皮罗对于司法独立的质疑,则显得更加激进。从司法的合法性危机入手,夏皮罗认为,所谓司法独立的神话,从根本上是“为了平息败诉方的不满而被设计出来的”(页89)。换言之,由于司法在事实上履行的“政治”职能,由国家“强制”赋予的法院与法律,在很大程度上都背离了中立第三人的社会逻辑;因此,为了避免败诉方可能产生的不满,司法独立的神话被精心地设计出来,并被反复地用来告诫败诉方,以消除其对于判决合法性的可能的质疑。在这个意义上,司法独立甚或根本就是一种有意无意的“欺骗”,或是“安慰”,它最初的产生本身就具类似于医学上的“安慰剂”。

但这并非夏皮罗的全部论证。对于司法独立的质疑,更多来自于司法的“政治”功能。在夏皮罗看来,司法的“政治”职能,或者更直接地说,司法的“行政”职能,最大限度地挑战了司法独立的纯粹性。尽管从理论上说,司法的最初功能来源于纠纷解决,但从真实的历史来看,作为国家代理人的法官,从一开始就担负了与行政官员同样的政治职能。尤其是对于“新征服”的领地,或“新建立”的政权而言,法院与法官的最主要的职能,并不是所谓的纠纷解决,而更多地是一种特殊形式的政治权力的延伸,“目的是为了使政权重新获取支持”(页33)。历史上的古罗马裁判官、天主教会法庭与英国巡回法院的法官都是如此。甚至不仅是在历史上,时至今日,“许多社会中的法院的重要功能仍是帮助管理乡村”(页34),依然强烈地展示着司法的政治功

① 参看波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社2001年版,导论,第一章。

② 参看 Laurence Claus, “Montesquieu's Mistakes and the True Meaning of Separation”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 25, No. 3, 2005。

能。比如,本书所例证的非洲英联邦国家^①,甚至于当代中国的“马背上的法庭”^②。在这些法院中,司法的逻辑首先不是独立,而是对于中央政治权力的服从与推进,因而在本质上从属于“政治”的职能。^③

还有更为具体的经验论证。有如前述,夏皮罗对于司法独立的“证伪”,主要以英国的经验为例。之所以选择英国,就在于长期以来,“司法独立的观念特别地与英美法院系统的发展联系在一起”(页90)。无论是柯克,还是孟德斯鸠,对于司法独立的论证,几乎都是以英国的经验,尤其是普通法的经验为基础的。但就是对于这样一种司法独立的最初“蓝本”或“理想模型”,夏皮罗却语出惊人,认为这很大程度上来源于对于英国法律史的“一个相当模糊的印象”,甚或是一种“误读”。通过考察12世纪以来的英国历史,夏皮罗的基本结论认为,普通法法院的“自治”,只在17、18世纪短暂地实现过,而除此之外的几个世纪都完全地从属于主权的统治者。所不同的,只是之前忠诚于君主,而之后从属于议会。

当然,仅仅指出这一点,并不完全是夏皮罗的贡献。实际上,对于普通法的起源,不少学者都曾将其视作英国早期中央集权化努力的一部分,代表了国王权力在地方的延伸,因此,也必然最大限度地忠诚于国王的利益。^④而在我看来,夏皮罗与一般观点的分野,更多地体现在对于近现代英国历史的认知之上。尽管与传统观念一样,他同样承认,普通法法院在17、18世纪的英国,曾经达到了相当程度的自治;但他同时清醒地意识到,这一时期的独立依然是有限的,议会主权的理论意味着法院只是“将对君主的忠诚转向了议会”。只不过,由于这一时期的议会机构的不健全与缺乏能力,以及普通

① T. Hutchison, *Developing Legal Systems In African Commonwealth Nations: Africa and Law*, Madison: University of Wisconsin Press 1999.

② 苏力:《崇山峻岭中的中国法治——从电影〈马背上的法庭〉透视》,载《清华法学》2008年第3期;李晨:《法治的边陲》,载《清华法学》2008年第3期。

③ 需要注意的是,此处的论证,在否定司法的“纯洁性”的同时,也为“司法独立”提供了另一种可能的支持。尽管此时的法官更多地代表了中央政权的利益,但对于地方的当事人而言,却可能成为超越地方权贵与地方利益的“独立”的法官。在这个意义上,所谓的司法独立,或许是“一个能使试图打破地方利益关系网的人更满意的体制”(页35)。这里隐含的论证是,真正的司法独立,往往更多地存在于中央政权对于地方利益的“超然独立”之中,却难以有效地针对主权者的本身。

④ 参看卡内冈:《法官、立法者与法学教授——欧洲法律史篇》,薛张敏敏译,北京大学出版社2006年版。

法自身的难以理解,才使得法院短暂地获得了“独立自主”的间歇。很快,随着19世纪议会改革的完成,以及对于法律体系的清理,议会重新成为具有支配地位的立法者,而法院亦“重新回到了忠诚的下属这一位置”。20世纪之后,行政国家与福利国家的发展,则使得法院的独立地位不可避免地被进一步削弱了。因此,在夏皮罗看来,如果人们试图从英国的经验中获取对于司法独立的支持的话,其结果只能是令人失望的。事实上,这一国家的真正经验只是司法的“依赖性与独立性的微妙混合”,并且,“依赖性在最终意义上处于支配的地位”(页176)。

但即便如此,依然会有人反驳。他们会举出美国的例子,认为美国比英国更完美地践行了孟德斯鸠的三权分立,尤其是权力制衡的理论,因此,在司法独立的问题上,比议会主权的英国更具有“典型性”。^①这似乎有道理,但却绝非作者的失误。相反,在夏皮罗这样的政治学家看来,美国的司法实际上更加紧密地从属于政治,因而,也同样无法对于司法独立给出经验上的支持。这一点,从夏皮罗之前有关最高法院与美国政治的著作中就可以看出。^②其他的美国学者,比如罗森伯格(Gerald Rosenberg)等人的经验研究也都证实了这一点。美国的历史似乎一再证明,在最高法院与国会发生的历次冲突中,更多地结果是法院的屈从,而非独立。只不过,由于法院在许多时候与国会保持了合作,才使得司法独立似乎成为一种常态。但关键在于,每当法院面临政治的压力时,司法独立却总在人们最需要它的时刻消逝了。因此,在美国,司法独立同样是有限度的,它更多地只能存在于政治压力较小的时期。^③在这个意义上,那种将司法视为“最后一道防线”的传统观点,不仅无意义,且充满危险,至少,我们几乎无法想象,

① 关于此问题的讨论,参看维尔:《宪政与分权》,苏力译,三联书店出版社1997年版。

② Martin Shapiro, *Law and Politics in Supreme Court: New approaches to political jurisprudence*, The Free Press of Glencoe, 1964; Martin Shapiro, *Supreme Court and Administrative agencies*, The Free Press of Glencoe, 1964.

③ 罗森伯格分别考察了美国历史上最高法院与国会产生激烈冲突的九个时期,最后的研究表明,其中,只有1893—1897、1922—1924、1963—1965这三个时期,最高法院较好地坚持了司法独立的原则,而其他六个时期则分别完全或部分地屈从与国会。参看 Gerald N. Rosenberg, "Judicial Independence and the Reality of Political Power", *The Review of Politics*, Vol. 54, No. 3, Special issue on Public Law, 1992。