

法律转盘上，政治骰子活跃地跳转着

——读《司法和国家权力的多种面孔——比较视野下的法律程序》之感

●林毅坚

这是达玛什卡教授通过这本书所给予我的启示。当然，这里的转盘，并非影射法律是一个赌局，而只是借用转盘的多变性折射出法律程序所受的多种因素的影响。在这些因素之中，政治因素最为抢眼，就如法律程序转盘上活跃跳转着的、影响整个赌局的骰子。因此，对这个“骰子”的动向作一番分析和预测，必然对了解和掌握法律程序这个转盘大有帮助。这个助益过程因达玛什卡教授在本书的分析方法、剖析内容及由此给出的借鉴作用等方面的努力而显得更为直观。

一、在分析方法上，技术性地单独“尊崇”政治因素

通过事先声明和事后重申，达玛什卡教授明确告诉我们，他的这本著作将对政治因素的考虑放置在一个显要的位置，以此来“考察植根于人们对国家权力之态度并受制于不断变化中的政府角色的法律过程”以便“使一些社会理论家和政治理论家所指出的司法与政治之间的关联的洞见更加融贯，并且将他们所揭示的这些关联追溯到法律的过程当中更加细微的方面”。^①达玛什卡教授承认，“在区分与权力组织相关的程序形式和与政府功能相关的权力形式的过程中，提出了一种远较传统理论更加重视细致的分解的方法，但这种方法中也存在内生的局限性，即通观整本书，始终是把法律程序作为一个从社会生活的政治层面中汲取信息的过程来分析”，即使“政治因素在塑造程序系统的总体轮廓方面扮演着重要角色，但是毕竟不是决定程序形式

的唯一因素”，有鉴于此，达玛什卡教授指出：“即使是在最适宜的条件下，来自政治领域的决定因素也只能对有限数量的程序现象起着作用，这是采用其分析方案的时候，应予以注意的限定。”^②

在这里，我们当然不能否认达玛什卡教授的这种分析方案可能出现的风险，正如前述言及的，它是一个有限定的分析方法。但是，在某种意义上，为了更清楚直观地了解政治因素对法律程序的影响，在主观上，技术性地将政治因素从一堆对法律程序起着或大或小、或隐或显作用的因素中剥离出来，将司法与政治之间的关联放置在一个较为纯净的模式下进行，可以避免很多不必要的思维和表述上的干扰，也可以使二者的关联以更直接、更鲜明的面貌展现出来。进一步而言，独尊政治因素的分析方法，或许有以偏概全之嫌，但由于作者事先已给出警示，而且在分析过程中又以生动、精确的描摹和比较，为我们诠释了政治因素的深刻渗透作用，将法律程序和政治因素间原本盘根错节的牵扯梳理得直观而形象，仅此一项，就足以让人不由自主地丢开对这种分析方案先入为主的学究式偏见，而深深沉迷于作者这种大胆而有效的分析模式中了。

这种分析方式带来的简捷和实用，以及因此而深具的魅力，在作者对司法与政治的关联展开多层次、多角度的分析和对比时，显著地体现出来。在作者的笔下，二者的关联被演化为一张明晰的平面

① 米尔伊安·R·达玛什卡著，郑戈译：《司法和国家权力的多种面孔——比较视野下的法律程序》，中国政法大学出版社 2004 年版，第 360 页。

② 米尔伊安·R·达玛什卡著，郑戈译：《司法和国家权力的多种面孔——比较视野下的法律程序》，中国政法大学出版社 2004 年版，第 361 页。

图:在其上,政治因素被化为政府权力结构和政府职能,法律程序因着不同的政府权力结构和政府职能而被划分为不同的类型:科层理想型程序和协作理想型程序,纠纷解决型程序和政策实施型程序。还不只如此,作者更深层指出政府权力结构和政府职能交融影响存在的新奇法律程序,用“科层型权力组织的政府实施程序”、“科层型权力组织的纠纷解决程序”、“协作式官僚组织中的纠纷解决程序”、“协作式官僚组织的政策实施程序”这四种类型的程序代表性地阐述了政治因素的综合影响。一言以蔽之,在剖析内容上,达玛什卡教授几乎是为我们织就了一幅条纹分明、色彩美丽的“壮锦”。

二、在剖析内容上,“二化”政治因素,进而凸显其交融作用

所谓的政治因素的“二化”,指的是作者将影响法律程序的政治因素大致划分为政府权力结构和政府职能这两大类因素,并在这种子因素项下,进行具体而翔实的剖析,导出不同政府权力结构和政府职能影响下的法律程序,进而描绘出这些不同法律程序的风貌。

承认社会经济标准对于研究司法制度只能提供很有限的帮助这一事实之后,作者指出,对政治因素的考虑或许可以提供更多的洞见。而且,“在一些学者的研究中,司法程序同政治权力而不是纯粹的政治意识形态的关系得到了更多的关注,在这种研究当中,法律程序设计方面的重要变化被归因于权力的集中化程度,外行人参与司法过程的程度及类似的其它因素”。作者进一步指出,对这种研究利用得最显赫的是社会理论家之一的马克斯·韦伯。^①韦伯据此提出权威“理想类型”并指出:包括司法制度在内的法律制度之间的重要差异可以从权力关系的多样性得到解释。

作者的研究也建立在“认真对待关于政治与司法之间关系的各种观点”的基础上,并在建构一种使现代司法的各种形式变得更加容易理解的理论模型的努力过程中,把各种来自政治领域的因素纳入其考虑范围,从而理出两个代表性的主题:^②一为政府的结构,具体的说,即涉及到程序性权力的性质;一为政府的合法职能,具体的说,即涉及到关于司法所为之服务的目的的各种观点。总之,作者的研究引入了这样的一个背景:在其中,程序的多样性以及其中的奥秘将不同不断变化的当代国家的结构和职能联系起来。承担这样的背景,作者提出两种考察现代国家中的司法制度的视角:^③一种视角主要关注司法与国家权力结构之间的关系,另一种视角则把研究重点放在司法与政府职能的关系上。

(一) 不同政府权力结构下的不同司法程序

在这个视角下,作者将政府事务管理分为两种理想类型,一种为科层式理想型。这样的权力结构基本上对应于古典的职业化政府管理体制(官僚制)概念,具体模式是一个被组织到一种等级结构中的职业化官员群体,他们按照某种技术标准来做出决策,以“职业化的官员,严格的等级秩序,决策的技术性标准”为典型模式内容。^④另外一种则是协作式理想型,在这样的结构下,一个非专业化的决策者群体,被组织到一个单一的权利层次之中,并且根据未分层的共同标准来做出决策,以“外行的官员,权力的平行分配,秉承实质的正义标准”为具体模式内容。^⑤

对应这两种权力结构模式,作者阐述相应的两种法律内容,一种是科层式程序,其独特之处就在其结构被设计为一系列前后相继的步骤,并依次在

① 米尔伊安·R·达玛什卡著,郑戈译:《司法和国家权力的多种面孔——比较视野下的法律程序》,中国政法大学出版社2004年版,第13页。

② 米尔伊安·R·达玛什卡著,郑戈译:《司法和国家权力的多种面孔——比较视野下的法律程序》,中国政法大学出版社2004年版,第14页。

③ 米尔伊安·R·达玛什卡著,郑戈译:《司法和国家权力的多种面孔——比较视野下的法律程序》,中国政法大学出版社2004年版,第19页。

④ 米尔伊安·R·达玛什卡著,郑戈译:《司法和国家权力的多种面孔——比较视野下的法律程序》,中国政法大学出版社2004年版,第28~35页。

⑤ 米尔伊安·R·达玛什卡著,郑戈译:《司法和国家权力的多种面孔——比较视野下的法律程序》,中国政法大学出版社2004年版,第35~44页。

镶嵌于上下级链条中的官员们面前展开。^①而协作式程序下的诉讼进程“无论在表面上是多么的严守规则,在很大程度上都取决于这些官员行使其广泛的‘固有’权力的方式。官员(法官)的自由裁量一直是这里的基调。”^②不同的权力结构模式下,权力层次或单一,或多重,或平行,或隶属,对官方领域与私人领域的不同界限划分以及由此而产生的对私人行动的不同控制力度也出现了。在评判标准和信念上,实质正义或诸如此类的标准与技术法条主义分庭抗礼,“一种信念试图维持政治、伦理与法律因素的分离,另一方的却认为这种分离是人为造作的和不恰当的”,“在二者之间建立一个话语共同体并非易事”。^③

由此可见,政府权力结构对司法程序的影响是潜在的,夹杂着众多政治传统、习惯以及在这种传统统治下的人们业已形成的观念和反馈作用,法律程序散发着权力结构的气息。

(二) 适应不同政府职能的法律程序的另外一分类

以政府职能为分类标准,作者指出两种类型:^④一为回应型国家。这种政府任务限定在为其追求自我选定的目标的公民提供一个支持性框架上,表面上国家是自身利益的保护人,但其职能实际上却是代理性的,只是通过其行动来保护那些理应由个人或公民群体来主张的利益。换言之,这样的政府是消极的、被动的,在法律与司法层面上,其态度也是如此,即赞成市民社会成员的自我管理,法律的主要推动力一般来自国家之外或国家“之上”。一般地,在这样的地方,个人偏好至高无上,最合适的规制方式一定是各种类型的协议、合同与盟约。把这样的回应型国家同特定的法律程序设计联系起来,由于回应型政府的活动与纠纷解决密不可分,自然而然地,该国的法律程序必然以一起实际纠纷

的发生为前提,这就是所谓的“适应于彻底的自由型政府之意识形态”的纠纷解决型程序。^⑤在这样的程序下,法庭争讼的形式受到一系列规制,但这样的规制并不是严苛的,具有变通性,包括有条件的变更程序条款,置换程序规则。在程序上力求正当化,对当事人的地位也侧重双方竞争地位的平等和均衡。此外,当事人对程序的控制是显著而有效的,在自治的旗号下,当事人的权利不容轻视和阻碍。决策者亦即法官,也被设置在一个中立的理想状态,以期尽可能的公平。律师们的作用因为诉讼模式的特性而显得举足轻重,甚至出现审判的“律师主宰化”(lawyerization),出现了“仆役很容易最终主宰他们的主人的局面——那样的话,名义上由当事人控制的诉讼最终往往被当事人的助手——律师——所把持。”

另外一种国家类型为能动型,这样的国家并不满足于采取几项推动性的政策和福利计划,它信奉和致力于实践一种涉及美好生活图景的全面理论并且以它作为基础来设计一个在理念上面面俱到的改善其公民之物质和道德境况的计划。这样的国家焕发出乐观主义的精神风貌,自认政府具有智识上的能力来辨识值得追求的目标,并确立准确导向于这些目标之实现的政策。二战时罗斯福及其领导的美国政府的作为很好地诠释了这种能动作用和政府特性。罗斯福总统本人是身残志坚、超级乐天的典范,他以敏锐得超乎寻常的政治触觉和胆识面对一切挑战,带领他的政府制定了众多几近“事无巨细皆操心”的政策,“罗斯福新政”名闻遐迩,总统及其政府的权力和地位,尤其是行政权力部分到了令人惊奇的颠峰状态。可想而知,在这样的政府作用下,法律程序无从选择的只能是一种围绕着官方调查这一核心概念而组织起来的程序。这就是政府

① 米尔伊安·R·达玛什卡著,郑戈译:《司法和国家权力的多种面孔——比较视野下的法律程序》,中国政法大学出版社2004年版,第85页。

② 米尔伊安·R·达玛什卡著,郑戈译:《司法和国家权力的多种面孔——比较视野下的法律程序》,中国政法大学出版社2004年版,第98页。

③ 米尔伊安·R·达玛什卡著,郑戈译:《司法和国家权力的多种面孔——比较视野下的法律程序》,中国政法大学出版社2004年版,第101页。

④ 这两种类型的国家特征,参见米尔伊安·R·达玛什卡著,郑戈译:《司法和国家权力的多种面孔——比较视野下的法律程序》,中国政法大学出版社2004年版,第119—121页。

⑤ 米尔伊安·R·达玛什卡著,郑戈译:《司法和国家权力的多种面孔——比较视野下的法律程序》,中国政法大学出版社2004年版,第215页。

实施型程序。同前面提及的纠纷解决型程序相区别,这里的程序,程序法流于陪衬,法官们判案时对灵活性指令相当依赖,当事人在这里不具有前面提及的那种重要性,而只是“官员们为了做出正确的决策而需要依靠的珍贵信息源”,^①官员们控制了诉讼的进程,在诉讼中扮演着掌握程序控制权的主导角色,而不再是“一块理想的白板”。律师在不同的条件下,或是个人利益的坚定维护者,或是服从国家利益,“牺牲小我以成全大我”的忠诚爱国者。

当然,上述两种法律程序只是在设定两种极端类型的国家下出现的模式,实际情况并不能如理论那样对两种程序模式做出截然不同的区分。此外,由于政府权力结构和政府职能这两个主题总是相互交叉,相互混合的,因此,不同政府权力结构和不同政府职能作用下的法律程序,就呈现出更多的面貌了。以美国为例,在“三权分立”的协作式权力组织下,兼具回应型和能动型国家的特点,衍生出了能动的政策实施程序。这种综合产物既新奇,又不是那么无迹可循的。

三、在借鉴作用上,我们的司法独立据此可以走得更远

司法独立是我们的追求目标,也是摆脱司法权威性受质疑,司法水平低下,公民权利保障不力的窘境的必要途径之一。从人治到法治社会的转变,是适应世界局势的要求,其中不乏全球化对一国法治水平的要求的压力。但这并不意味着国家权力会时时、处处在全球化面前让步,这是民族国家的固有属性所决定的。“全球化夺走国家权力”只是一种后国家形态的骗人神话,它忽视了民族国家在全球化统一市场形成过程中的作用及由此而引起的国家间的力量对比变化。^②事实上,国家权力尤其是行政权力对法治国的实现仍具威胁作用,具体到司法独立层面,行政权力的影响就更明显了。司法独

立是法治的前提,要求真正的司法独立,就必须实现法院独立和法官独立。仅就区域设置,特别是地方法院的司法管辖区与地方党委、地方权力机关、地方行政机关的管理区域完全重合,导致法院在经费、人事、物资装备等方面受制于行政权力,即使是法院内部本身,虽然理论上定位为“监督与被监督”的关系,但实际运作中,上下级法院关系往往行政化。^③这样,政治因素对法律的影响就会是事关重大的:即法院和法官的行政化影响了司法权的中立性和独立性。^④

因此,要实现司法独立,首先就要确保司法的权威,也就是司法在为公民解决纠纷方面具有权威性,一切纠纷的最终解决依法律途径而实现,而不是仰仗其他诸如宗教信仰,权力为尊等信念的解决。“如果采取一种务实的态度看待司法,那么它最直接的目的便是为发生利益冲突的双方解决争端”,^⑤而在前面我们提到,当法律程序与政府职能相联系时,具体地说,则涉及到的是司法所为之服务的目的。所谓政策实施型程序和纠纷解决型程序就是司法目的术语化。据此,不管我们的努力方向是哪一种类型的法律程序,清楚了解政治因素在法律程序中的作用机理和影响力量,必然是会对司法独立产生深远意义的。从这个意义上讲,达玛什卡教授为我们所做的关于政治因素对法律程序的渗透和影响作用的描写和分析,就是一种极具价值的理论先导,至少,它可以为我们提供这样一种思路,即在迈开司法独立的步伐之前,应该先将政治触角从司法领域缩回,反向而行也可以,即把不当地伸向司法领域的政治触角坚决地打断。当然,要充分有效地使用这种理论来为我国的法治理想服务,还需一系列复杂的设计,但其借鉴和指导意义并不因此而被抹煞。

(作者单位:厦门大学法学院)

责任编辑:吴长乐

① 米尔伊安·R·达玛什卡著,郑戈译:《司法和国家权力的多种面孔——比较视野下的法律程序》,中国政法大学出版社2004年版,第228页。
② [法]诺埃尔·布尔吉、菲利普·戈吕布著,陈露译,殷叙彝校:《全球化夺走国家权力了吗?——后国家形态的骗人神话》,载《当代世界与社会主义》,2000年第4期。
③ 朱炜:《论司法独立》,载《当代法学》,2000年第6期。
④ 薄振峰、陈飞:《论当代中国司法权的异化及其克服》,载《中共四川省委党校学报》,2004年第12期。
⑤ 汪建成、孙远:《论司法的权威和权威的司法》,载《法学评论》,2001年第4期。