

您的位置: 首页 >> 阅读文章

阅读文章

Selected Articles

使用大字体察看本文
阅读次数: 191

飘移在两种司法理念间的司法改革 ——台湾司法改革的社经背景与法制基础

苏永钦

一、司改的社经条件与法制基础

司法改革不仅在台海两岸热烈地进行着,同时也在很多国家被提上跨世纪改革的日程,全球化的发展为改革者们创造了有利的对话机会,但也凸显了司法改革在不同语境下的"不可共量性" "Inkommensurability"。[1]因此在检验台湾司改之前,先作一点宏观的分析,应该不能说全无意义。

(一) 推动司法改革背后的社会经济动力

同时在许多国家进行的司法改革,其实是在十分不同的社会经济条件下蓄积了改革的动力,并决定了改革的大方向。如果我们从司法作为实现法治的必要配套体制来切入,大体上可以把地球上正在进行的司法改革区分为以下几个类型:

1. 建立法治

以非共化的前苏联国家和东欧国家为代表,司法改革在这些地区实际上是体制转轨的一部分,司法的功能因为法治作为基本国家原则的确立而重新定位,司法在国家政治力退出、社会力解放后,必须承担起维系新秩序的主要责任。[2]从旧秩序下作为执行中央统制命令的一环,反动敌人制裁者的角色,改变为中立于争议,依"法"审判的第三者角色。司法改革很重要的一个目的,是巩固刚起步的市场经济,并加速它与国际经济体系的接轨。

2. 深化法治

以拉美和再早一波民主化的南欧后威权主义或后法西斯国家为代表,司法改革被赋予的主要意义,在巩固民主和落实法治所追求的核心目的--保障人权。[3]和前者不同之处,在其经济体制并没有发生本质的改变,从而作为市场经济基础结构之一的司法原已大备,不需要从头来过,司法改革的主要方向毋宁是借政治依附性的斩断,来提升人民对司法的信赖与尊崇。

3. 简化法治

以美国和西欧工业国家为代表,在这些区域进行的司法改革几乎都只围绕着一个问题打转,也就是减轻司法的负担,[4]提高司法的效率。法治的问题既不在量,也不在质。刚好相反,问题正在于法治信仰的深植,让其它传统的社会控制或争议解决机制功能日衰,司法承担了过多过重的任务,其产能却不能无限扩张,因此改革的主要方向就在司法资源的更有效分配[5]并寻找替代的制度或让一些既存的替代制度复苏。

4. 转化法治

高度工业化的民主国家中,日本在世纪末推动的第三次司法改革可以说独树一帜,他们是在经历泡沫经

更多▲

特聘导师

法学所导航

走进法学所

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

博士后流动站

学友之家

考分查询

专题研究

五四宪法和全国人大五十周年
周年纪念专栏

最新宪法修正案学习与思考

公法研究

电信市场竞争政策

证券投资基金法

法律与非典论坛

济、金融风暴后,决心落实管制革新,要把一个高度行政主导的国家改造为市场主导的国家,因此作为事后审查者的司法将替代事前规范的政府承担更多的功能,和其它高度工业国家的改革目标刚好相反,他们寻求的是司法供给面的扩大,让司法的利用更为便捷。司法不应该再是“官僚的司法”而应该是市民的司法”。[6]

(二) 作为改革基础的司法体制与其理念

如果说,社会经济条件的不同,区隔的是司法改革的大方向,则左右司法改革具体内容的,还是个别司法体制背后的基本理念。同样被称为司法,同样被认为应具有独立、中立、依法、专业、被动、事后、个案、争议等特质,在不同的国家和地区,它其实是在不尽一致的指导思想下,和其它的部门配合运作。[7]比较法学者用法律家族来区分不同的法律传统,除了法源和法律方法,深刻的反映了不同的历史文化外,[8]其实构成司法的各个环节--法院结构、诉讼程序、司法行政、法律职业、裁判风格等,以及其背后的基本理念,恐怕是区隔家族更重要的基因。最具代表性的英美法律家族与大陆法律家族,在司法体制上对比之强烈,与一般人熟知的法源与方法--制定法或判例法--相较,可说毫不逊色。诸如:二元(多元)或一元的审判体系,[9]集中或分散的法律违宪审查,[10]纠问或对辩程序,[11]科层管理或各自为政,[12]审检辩的角色分配、[13]养成管理,乃至裁判的论述采三段演绎还是归纳模拟。[14]两大家族差异之大,美国Holmes大法官曾经做过十分生动的描述:“当我们从外头观察这样一套体制时,它就像一堵石墙,从每一部分到它的整体都难以穿透……但对在墙内成长的人而言,任何轻重的微小变化、隐含的假设、不成文的习惯,以及千百种从每天生活中受到的影响,都让他体会到其中的价值,只可意会,而不是从任何书本的文法逻辑可以推演出来的”。[15]

也许我们可以用中国法家所说的“定分止争”来说明两种司法理念的基本差异,一偏重定分,一偏重止争,换成西方的观念来说,就是一以客观秩序的维护,一以主权权利的保障为其主要功能。欧陆的司法属于前者,英美的司法则属于后者。[16]这当然不是说欧陆的司法不重视人权,或英美的司法完全不考虑个案裁判的外溢效果,但在前者的法律传统之下,独立于行政立法、中立于争议双方的司法,始终还是国家的一个部门,法院“以人民之名”作成的每一个判决[17]只是实定法体系再一次的操作,再一次的排除了法律秩序中的逆反状态,法官作为法院的成员,和其它公权力一样是实定法秩序的忠实维护者--唯一的差别是他只在法律之下,而行政人员则还受他所“司”之“法”(Rechtsprechung)的拘束。而检察官代表的是“国家的法律意志”(Rechtswille),也不同于行政人员所代表的“权力意志”(Machtwille),[18]他们和法官一样有发现真实的义务,甚至可以在接到法官的裁判后角色颠倒的为被告利益上诉。律师则是“在野法曹”,法律绝对不会为了他举发当事人的犯罪事实而对他施以处罚,他们提供的法律服务,也因此不能完全听由自由市场来决定对价。欧陆的司法和他们在政治上实施的国会内阁体制有点类似,审检辩之间功能性的分工远大于真正的分权,法律的实现才是所有角色最终共同的关怀。欧陆的司法几乎都在科层式的行政管理下,目的也是让司法资源的分配公平而有效率,客观法秩序透明而有序的运作。

相对于此,美国的法官不仅独立于行政立法,而且不在任何科层式的行政管理之下;不但中立于争议双方的利益,而且中立于事实重建的整个过程。他只负责维持双方对决的程序公平,并在陪审团认定事实后,做出最后的法律判断。独立与中立性的强调,使英美法传统下的法官几乎没有公务员的色彩,而且与法律的专业没有绝对的关系,超过3万人的和平法官是英国司法的重要支柱,[19]香港司法到今天都还依赖“外国”法官。英美的检察官是争讼的一方,不是司法权的一部分。职业伦理更要求律师百分之百的忠于当事人,尤在法律之上。它的对价就是律师服务的完全市场化,配合诉讼费用的“内部化”(由当事人负担),美国的司法实质上已经变成一个交易金额极为庞大的市场,大到每300个人可以供养一个律师。美国司法的争议解决取向,也反映在当事人处分空间之大,而且不仅以民事与行政事件为限,连犯罪的追诉也不例外。美国人完全知道什么时候该进场争取正义的伸张,什么时候已经超出他的负荷而该退场,像微软诉讼背后天文数字的律师费用,对采取费率管制的欧洲律师而言只存在于梦中。因此从各个角度看,司法维护客观法秩序的功能都远不及解决争议,与其说它是一个政府部门,实不如把它看成一个争议解决的自由市场。[20]

只有当掌握了基本理念的分歧后,我们才能理解为什么两种司法体制在“每一块石头”都有这样那样的差异,外观上同样坚固的城堡,实际上是用这些不一样的石头叠砌起来的。而司法改革只能在既有的石头上重新堆砌,改革者最好不要想在空中筑梦。

(三) 全球化凸显体制差异也促成了对话

这样看起来,全球有志一同的司法改革,其实是在完全不同的轨道上,各自朝不同的方向进行。有的改革是要打造现代意义的司法,有的改革却是要冷却过热的司法。即使方向相同,改革者提出的计划仍可能因为司法体制的迥异,而南辕北辙。

故当欧洲的法界访客盛赞中国社区调解机制时,北京的司法改革者应该知道中国的问题不在司法的替

代,在被替代的司法。意大利和之前的许多拉丁美洲国家花了很大的力气把欧陆纠问型的刑事诉讼修改成英美对辩型的刑事诉讼,几乎完全没有达到改革的目的,[21]则说明在不同司法体制基础上换轨行驶的不易。但另一方面,全球化的发展又不仅为不同方向的改革者提供了经验与创意交流的绝佳契机,而且全球化隐含的去中心化,跨境社区或社群的形成,也迫使不同的法律家族积极展开对话,寻找不同脉络下的普遍性。所以我们看到美国的法院管理革新运动,在德国法官之间引起激烈的争辩;[22]法国律师早已按照美国的行情向美国公司收取费用。欧洲法院的运作,则证明两大法律家族的司法理念不是完全没有异中求同的可能。[23]因此今天的司法改革者,一方面要精准掌握改革的条件语境,另一方面必须开放心灵,扩大与其它改革者的对话,学习别人成功与失败的经验。以下就是出于这样的想法,简单的谈一谈台湾司法改革的现况。[24]

二、台湾司法改革的挑战与响应

(一) 必须同时深化法治与简化法治

推动台湾司法改革背后的社会因素,可以说相当复杂。用前面分析的类型来看,司法改革的诉求发生于台湾民主化的过程中绝对不是巧合,司法被当成威权体制的一部分,人权没有得到足够保护,和司法的不够独立,确实不能说全无关系。因此和拉丁美洲、韩国一样,推动司法改革一股很重要的动力,就是来自政治民主化,很多人希望借司法独立的强化来辅助民主化。从另外一个角度看,也就是在形式的法治基本上已经完备之后,借司法和政治的脱钩,更实质地落实法治。但除此以外,和欧美高度工业化的国家和地区类似,台湾的各类诉讼案件从十年前开始暴增,司法产能呈现饱和,任何资源的增加似乎都追不上案件的增长,显示社会的多元化发展,以及传统社会控制机制的失调,都已使得司法担起了“不可承受之重”。因此尽管实质上还不能算是高度法治,台湾已经深受过度法治之害,而有必要朝简化法治的方向去改革。不同发展阶段的两种法治问题交迭出现,还不是问题的全部,如果我们再仔细的为台湾司法把一下脉,会发现脉象之错综复杂,犹不止此。

先说独立的迷思。审判独立是现代司法不移的原则,但此一原则的落实需要许多外在条件的累积,不是一蹴可就。包括纳粹德国和二次大战后的日本在内,许多的外国经验告诉我们,司法不够独立是政治不够民主的必然结果。[25]期待司法变成政府中的灰姑娘,不仅不受制于政府,反倒去促成政府的民主,是多么的不切实际。独立的司法充其量只能在民主化得到初步成果之后,发挥一点巩固的作用。然而另一方面,就司法体制而言,独立的保障有其合理性的极限,独立不是司法唯一需要维护的原则,过度保障独立很可能降低司法的效率--包括生产效率和资源配置效率。因此非常吊诡的地方是,当政治不够民主而改革者期待以提升独立保障的手段来加速民主化时,成果通常十分有限,拉美国家司法改革乏善可陈就是最好的例子。[26]一旦民主政治臻于成熟,司法独立基本上已经不是问题时,再一味提高独立保障又往往会妨害司法真正需要的改革。台湾的司法改革诉求提出于民主化未完成之际,因此司法权的独立被摆在最优先的次序,真正开始推动却是到了民主化已经完成以后,改革者并没有意识到此一情势的变迁,遂造成了方向上的重大偏差。司法院审判机关化被领导改革者认为是审判能否独立的指针,殊不知此一组织的调整,竟开启了司法体制的连锁调整,从一块石头的搬动演变为整个城堡的重建,恐怕是许多人始料不及的。[27]

这当然不是说台湾的法治已经没有“质”的问题。人权作为法治的核心,在早年构建整套司法组织和程序时,并没有受到重视,所幸这方面的先天不足,经过最近十多年大法官的努力,已经得到相当改善。不能保障人权的司法程序只是徒具其形而已,这方面的认知在台湾已经相当深刻。[28]台湾到今天仍然明显不足的,还是社会对于法治的真实信仰,包括对于基本法律内容的认知和对于法律适用结果的基本认同,在多次调查都显示十分欠缺。这和威权政治体制的关系不大,而和法律非自本土成长毋宁更为相关。换言之,台湾的法治问题根本上还是法律文化的问题,法律制度的移植不难,制度下面的价值观念和被移植社会的价值观契合,则需要施以相当大量的教育,包括言教和身教,就此而言,香港反而占了较大的优势。在西方社会不被质疑的一些法律观念和被高度信任的法律职业,到了台湾的中国人社会,却一直到今天都没有取得相同的地位,传统上统治者把法律当成治术,对人民而言,明法也只是为了趋避触法,法治绝对不是理想的生活方式。司法改革如果掌握这个关键问题,而且体会到司法其实正是深化法治最有效的工具,法官、检察官和律师透过他们的法庭和法庭外活动就可以成为最好的法治教育者,则改革可以用最低的成本达到最高的效果,很可惜今天领导改革者,宁可花大成本作制度改革,而规避了更急切的“文化改革”。

法治没有深植社会成为人民的生活方式(way of life),反而成为知法者的工具,是法治浅薄的一面,但浅碟子的法治同样可以过度发展,而使司法不胜负荷,台湾的情形正是如此。调查显示,人民虽然对司法只有相当低度的信任,[29]但当社会已经发展到一定程度,而人们除了上法院没有太多选择时,司法机关仍然可以被大量的案件瘫痪,司法人员频频传出“过劳死”。而糟糕的是,信任只会因为司法给付的更粗糙而更难提升。因此改革者在思考对策时必须把质和量的问题放在一起配套规划,而不能拉开两条战线,互扯后腿。这样高难度的挑战,是欧洲、美国乃至日本的司法改革者不能想象的,需要改革者集中事权,作短中长期的周密规划,把有限的改革资源投入最需要的地方,而始终维持司法体系正常的运作。换言之,台湾更需

要有肇画、执行能力而且可以负责的司法行政。令人匪夷所思的是,在“司法院审判机关化”的口号催眠下,1999年“司法院”召开的司法改革会议竟达成共识,未来将把这样一个沉重的工作,交给改制后同时职司各种事件终级审判的“司法院”。从过时的问题意识,导出过时的响应方案,让人对台湾司法改革的前景,很难乐观。

(二) 变法以来最大规模的体制转轨

依前面的分析,司法改革的正常程序,应该是先审视所处社会经济发展阶段,确认法治的问题所在,然后从其司法体制出发思考改革的着力点。司法体制的改革不是目的,而是手段;而且基于体制稳定的考量,不应该是唯一的手段。体制的环环相扣,从人员、组织、程序到管理,必然在某些指导理念下串联运作,使得改革几乎都是在体制内作小幅度调整,德国法官协会不过试探性的提出把社会、财税审判权和一般的行政审判权合并,劳工法院则和普通法院合并的构想,已经被认为过于天真,且立刻招来各方的抵制,[30]至于是否干脆改采一元审判体系,根本没有人敢作此想。[31]意大利在1989年把刑事诉讼的指导原则朝向当事人进行的方向修正,也被认为是全欧洲幅度最大的司法改革。[32]道理很简单,法治的问题都是源于社会的变迁,而造成司法体制在某个环节上出现失调,不是整个体制突然和它所规范的社会都不能合套;因此除了国家体制全盘转轨,而带动司法的转轨外,司法改革自然会限于原有体制内的功能调整。只要有最起码的务实精神,都会理解和同意这样一种本质的界限。

但台湾在这两年推动的司法改革,包括诸如:多元的审判体系改变为一元,集中的违宪审查改变为分散,刑事诉讼从职权调查主义朝当事人进行、严格证据原则调整,法官也将从考选派任改变为从检察官、律师、学者中遴任,从行政监督改变为社会评鉴等等,再加上周边的改革,如废除法官的官职等、判决书附具不同意见书等等,可说将彻底改变原来的“司法权”定位,“法院”的理念,“刑事诉讼”的社会功能,乃至“法官”、“检察官”、“律师”的角色功能。实际上就是把一个典型的大陆法系司法体制,朝向英美法系的司法体制调整,可说已接近全盘改革(holistic reform)的规模,而且计划在十年内全部完成!这样大的改变实际上是由“司法改革会议”在短短三天就达成所谓“共识”,而交给“司法院”去执行,到今天没有任何人能负责任的说清楚:为什么要在司法体制上作这么大幅度的改革,凭什么让人相信,法治的质与量问题经过这样的全盘改造,就可以得到相当程度的改善。更多的迹象显示,体制改造只是从“司法院审判机关化”的口号“逻辑衍伸”的结论,很多人甚至没有意识到这里改变之大,一如为了配一双新袜子而换掉整套西装。[33]

事实上,现在的情况正如前面所说,一旦改革者订定了宏伟的目标,义无反顾的投入执行以后,已经没有人再去问改革原来的目的是什么,因为改革制造的新问题已经多到难以应付。偏偏司法和医疗的制度改革一样,必须面对每天有人生病的事实,因此任何改革只能“徐徐图之”,有点像已经中渡的木舟,舟上的人只能慢慢移位,既不能停止行进,更不能让船翻覆。全盘改革的问题还不只是想快却快不得,环环相扣的体制,任何一个环节的调整出了状况,都可能卡住全部的改革进程,而造成进退失据。台湾正在进行的司改,不容许在修宪的时候出错,也不容许在立法的时候开花。检察部门的抗拒必须克服,律师方面的支持也必须到位。任何一环卡住,都会比不改的时候还糟。“过渡”的问题还不止此,过渡几乎必然要经过“混合”,所以在过去两年开始推动的期间,我们看到了种种光怪陆离的混合制:刑事诉讼法把法官调查证据规定(第163条)从“应”调查修改为“得”调查;[34]“高等行政法院”刚刚完成建制,从法官来源到诉讼程序都和民事诉讼有了进一步的区隔,“最高行政法院”又将被“一元化”形成下级多元、上级一元的奇怪结构;到了2003年底,“司法院”更将变成由一百多位由特任和非特任的各种终审法官组成的司法大杂院。[35]这些混合有的是经过评估必要的过渡制度,有的其实只反映了改革者难以割舍旧制既有的成效,而想左右逢源的心境。比如得调查证据既不能落实法官发现真实的义务,也不能提升他的中立形象,会不会两头落空?一元化审判体系是建立在一个完全中立的法院理念和司法入口的简化上(需求面取向),多元化审判体系则强调法院的专精与司法给付的效率(供给面取向),上下游结构不同的行政诉讼审判体系,既不能贯彻专精化的司法理念--下级高度专业的法官可能不服终审法院不够专业的判决,也不能贯彻单一窗口的司法理念--人民还是可能跑错法院,混合到底成全了什么?若说混合只是过渡,为什么不在“高等行政法院”刚开始运作时并入普通法院,而要等它运作一段时间以后再改,徒增观念的错乱与反改革者的抗拒?事实上,“司法院”推动的刑事诉讼理念与刚完成的行政诉讼改革之间,也存在着某种难解的矛盾:如果刑事诉讼强调法官角色必须更中立,真实发现的重任必须下放给争议两造是对的,为什么新的行政诉讼法又往职权调查的方向走,同样是以国家为对造,难道在刑事诉讼程序当被告的人民,和在行政诉讼当原告的人民,对法官的角色果真会有如此不同的期待?这些因为转轨不彻底而制造出来的新问题,还将在未来几年持续困扰台湾的司法。转轨的决定,实际上已使台湾司法陷入了极大的不确定。

(三) 以调整法律违宪审查制度为例

这里可以可就司法院审判机关化后,法律违宪审查权如何行使的问题来说明这样的困境。原来台湾在“宪法”上就规定得很清楚,是由司法院大法官掌理法律的违宪审查(“宪法”第171条),大法官也曾明确

的解释,各级法官不得在审判中对法律作附带的违宪审查,如果有违宪的质疑,只能停止审判申请大法官解释(第371号解释)。但那是在“司法院”不直接行使民、刑、行政事件的终审权所作的设计,一旦“司法院”取代“最高法院”和“最高行政法院”成为单一的终审法院,而不再是专司宪法解释的机关,又怎能继续独占宪法审判,而禁止下级法院行使违宪审查?换言之,采一元审判体系的国家由各级法院法官行使违宪审查(“分散审查”),采二元审判体系的国家另设宪法法院专司违宪审查(“集中审查”),好像已成体制的必然结果。但“司法院定位推动小组”在面对这个重大的政策转折时,又开始踌躇不定,对于行之有年、成效卓著的大法官解释制度依依难舍,最后决定一方面保留现制由司法院大法官继续行使抽象法规违宪审查,另一方面明定“司法院”以下各级法院法官均得于具体个案中拒绝适用其认为违宪的法规,发明了在一元审判体系下集中与分散并行的混合设计,问题是:这种混合究竟可集两制之利,还是只会集两制之弊?

事实上,以美国为典型的分散审查模式,与以德国为典型盛行于欧洲的集中审查模式,各有其成因、理念,乃至不同的社会条件、法制配套,故虽利弊互见,各有千秋,建制者仍须先深入评估本身的条件与法制兼容性,而不能只从两模式的利弊去做选择。日本在大陆法系的基本架构下勉强继受美国的分散审查模式,却明显不见分散模式的成效,就是最好的例证(迄今还没有任何一个法律被最高法院认定违宪)。[36]为省篇幅,以下仅以三个简表来说明两种违宪审查制度的特色、利弊与其背后因素的分析:

附表一:两种违宪审查模式的特征比较:

美国模式 欧洲模式

所有法官皆有审查权,未特设机关专设法院或机关,独占法律违宪审查
审查者为一般法官,受相同保障审查者由特殊管道产生,与法官保障不同
审查原因限个案审查除个案争讼外,可就规范违宪疑义抽象审查
审查依一般诉讼程序审查程序异于一般诉讼程序
认定违宪法律仅在系争案件不予适用认定违宪法律发生无效或其它的一般性效力
违宪认定就个案当然有溯及效力违宪认定一般地发生溯及或向后的效力

附表二:两种违宪审查模式的优缺点比较:

模式评价 美国模式 欧洲模式 模式评价

优点1. 纯度2. 深度3. 广度4. 和谐1. 违宪审查机关性质复杂,不易定位2. 非与个案争讼结合的抽象审查在宪法内涵的探索上较欠缺深度3. 非如分散审查触及社会问题层面之广4. 司法体系内部因特设设宪机关而易与普通终审法院发生冲突优点

缺点1. 容易造成法律适用的混乱分歧2. 法律效力可能须经相当长时间才告真正确定3. 以一般诉讼程序审查法律合宪性,不易纳入各种信息及观点4. 职业法官较缺乏对法律背后公共政策的了解,及形成共识的说服力1. 统一2. 时效3. 周延4. 稳妥缺点

附表三:影响采取分散或集中审查模式的因素:

倾向因素有利于采分散审查有利于采集中审查

法律文化问题取向(Topic) 体系取向(System)

国家结构单一国或同构型高的联邦国新国家或异质性高的联邦国

国会地位国会在体制上无特别优越地位国会在体制上有特别优越地位

司法高权地方有司法权司法权属中央

法制渊源具高度影响力的国家采分散审查具高度影响力的国家采集中审查

宪法传统无独立宪法审判传统有独立宪法审判传统

法官出身法学教育外有丰富社会历练、选任经民主程序经考试训练产生,选任未经民主程序

司法体制司法一元化,终审法院不分庭司法多元化,终审法院分庭

法院程序较具开放性,第三人参加管道较少开放性,非当事人无参加管道

先例拘束采先例拘束原则不采先例拘束原则

就台湾的社会与法制现况而言,以上附表三的10个因素大多不利于采分散审查制,故行宪以来由大法官独占对法律的违宪审查与权限争议的解决,起先虽因民主政治未落实而看不出效果,等到社会走向多元开放,民主宪政开始落实,大法官的违宪审查功能不仅日益显著,而且事实上也是加速民主化的重要推手,若说已成为亚洲实施集中审查制的一个典范,恐怕都不为过。[37]所以推动改革者才会觉得弃之可惜。然而混合是否真能集两制之长呢?乍思之下,开放法官对于法律违宪疑义也有认定之权,可鼓励人民在诉讼中质疑法律,使宪法深入社会生活;另一方面,保留大法官释宪,又可有使违宪争议定于一的效果。过去大法官

建立的释宪传统和社会威望,也不至中断,似乎确实不冲突。但两制并行,同时也暴露了两制之短,分散审查最大的缺失,是使"国会"通过的"法律"可能在相当长的时间,因为不同法院或法官间对于违宪与否的认定不同,而陷于混乱。现行法下,法院对于法律以外的法源,如行政命令、判例,虽也有附带审查而不予适用的权限,但与法律相较,由于大陆法系的方法论是以制定法为中心,法律一旦被认定无效,其它相关法源均将受其影响,与命令、判例的认定违宪而不用,尚不能相提并论。此一缺失在混合并行制下,并不能获得多大改善,因为如上所述,当审判体系改为一元", 司法院"审判机关化后,即使保留大法官的抽象释宪权,制度上也不太可能再容许人民和法官在个案审判中"飞跃"声请为法律违宪的解释,唯一可以提早发动释宪,结束法律有效无效的混乱状态的,只有机关和立法委员的声请。但二者仍须符合"行使职权"的要件,实务显示,由机关或立委发动的违宪审查和人民、法官发动者,鲜有重叠,后者几乎都与人权有关,前者则多涉机关分权问题。由此推论,采并行制必然引起的法律混乱隐忧,不会因保留大法官集中审查而降低。另一方面,集中审查制最受诟病的,就是抽象审查及一般效力对于司法机关、程序的"异质化",此一指摘不但因为大法官保留集中审查制度--不论决定的形式维持解释或改为裁判--而未改善,且因大法官兼理民、刑、行政事件的终审诉讼,反而会受到更大的质疑。

这是从并行的弊来分析,两制的缺失未因并行而相抵,反而有加重之虞。若再从并行的利来看,集中审查制最大的优点,是法律效力的安定,也较符合大陆法系对于立法、司法分权的基本理念,这个优点却将因并行而消失,已如前述。分散审查制最大的优点则是法官释宪权的普遍赋予可凸显司法权的一致性,并使宪法深入社会生活。采两制并行的结果,将使大法官独占的抽象解释权,理论上仍高于审判权而随时可像立法权一样排除下级法官的法律适用,造成司法权的异质化。只有宪法深入社会生活这一点,不会因两制并行而打折扣。但集中审查制为吸收此一优点所建立的法官声请程序,自释字第371号解释后也已正式引进,虽不能完全达到分散审查的相同效果,仍大幅缩短了两制的差距,此一优点却与分散审查制的优点完全重叠,而于改采并行后势必废除。足见两制并行的结果,在优点方面,不是相抵而降低,就是重叠而无任何增益或相乘。

故利弊加总的结果,两制并行反而是集其弊多于集其利,既较集中审查的现制为劣,也不如单纯改采分散审查。"司法院"为什么决定采用这样奇怪的混合制度,唯一的理由,就是违宪审查的改制纯粹只为了配合审判体制的改变,对于改制有着太多的不确定。然而犹疑不决的结果,只是一再追加改革工程的成本,弄出来的东西反而更是不伦不类。最根本的原因,还是改革者没有搞清楚司法体制一环扣一环的本质。从更换一个石头,演变为必须重新堆砌一个城堡。

(四) 回到问题,在既有基础上改革

本来不管黑猫白猫还是杂色的猫,能抓老鼠的猫就是好猫。但台湾正在进行的司法改革,很像一只追着尾巴打转的猫,精力耗尽,老鼠依旧猖獗。因为问题根本不在台湾采行了一百年的欧陆司法体制,而在社会还没有成功的发展出可以接纳这套体制的法律文化。如果人们的脑袋不改,花了再大的力气去把体制改成同样非本土的英美制,包括修改专业法律人的脑袋,疏离还是疏离,人们真的会因为法官、检察官和律师的角色改变,就比较相信司法的公正? 如果人们对于所谓的程序正义欠缺基本的信仰,对于"毒树果实"理论嗤之以鼻,对于律师的职业没有源于传统的亲近感,对于认罪协商(plea bargain)更是全然不能接受。[38]这样硬生生、横柴入灶式的转轨,会不会徒然使法治的问题有如雪上加霜--包括法治的信仰和司法的负担?

因此在我看来,台湾的司法改革必须立刻改弦易辙,回到问题,在既有的法制基础上进行改革。改革的重点应该放在司法的"社会化"设法让司法本身承担教育的功能。[39]制度面的调整,应该把重点放在法治的"简化"制度改革必须精算成本效益而不能好大喜功,事实上大部分现在进行的调整,都可以用较少的成本获得更大的成果。比如建构所谓"金字塔型诉讼结构"的想法,目的无非在于更有效的利用审判资源,则不变动多元的审判体系同样可以达到目的,也就是以普通法院、行政法院并立的金字塔群来替代建立单一金字塔(一元化)的巨大工程。[40]事实上在调整三个审级的功能以前,只要参考多元体制的欧陆国家做法,在多庭的终审法院实施专业分庭,已经可以大大提升审判品质与效率,改革的成本远低于拖泥带水、遥遥无期的一元化改革。又比如前面花了很大篇幅谈的违宪审查制度,现阶段最多也只需要针对较明显的缺点,包括:抽象解释因非建立于具体争议上,可能与生活脱节;解释结果常予人争点模糊,解释效力也不明确之感;人民声请法律违宪解释仍须等待漫长诉讼程序结束等等,分别加以改善即可。由于"大法官第371号解释"所建立的法官声请制度(德国称之为"具体规范审查制"),基本上已相当程度改善了第一和第三个缺失,只要再修法以裁判代替解释,第二个缺失也可以得到相当改善;针对影响人民权益重大且急迫的情形,还可以修法使利害关系人在法院未裁定停止审判时,即得自行声请大法官对法律违宪疑义作成判决。大幅更张可以说全不必要。[41]

没有人说,台湾的司法问题还不够严重。但正因为冰冻三尺非一日之寒,改革者更应该准确地诊断病因,对症下药。改革当然需要魄力,但改革的魄力若不能用在务实的方案上,而只一味求变求新,台湾的司

法恐怕不只是重蹈意大利的覆辙而已。

三、旁观大陆司法改革的几点浅见

海峡两岸的司法改革可比较之处不多,大陆和前苏联解体以后的欧亚新国家,反而有较多类似与不同之处。类似的是来自市场经济的强烈法治需求,以及基于马克思主义法律哲学建构的法制,不同的则是政治体制改革的方向。尽管在建立法治的过程中,两者仍然各自受到种种社会经济条件的制约,但基本上对于不同的司法制度,乃至司法理念,这两个进行转轨改革的地区,比起早已配合市场经济建构了司法体制的其它地区,如台湾,还是有较大的选择空间。[42]90年代美国和欧洲的法学家络绎于途,各自兜售他们的法院体系、违宪审查、司法管理、刑事诉讼等等,可说各擅胜场,[43]整体而言,却还是西欧的司法制度得其近水楼台的人和地利[44]但是许多调适的问题仍然困扰着这些转轨国家。[45]作为一个连基本认知都不足的旁观者,以下几点只能说是出于参与两岸交流的热诚与义务,所提的浅薄看法,姑妄言之妄听之即可。

(一) 司法专业化应列为当前改革重点

依法治国的指导原则和蓬勃发展的市场经济是不可分的,市场经济吸引广大人民投入市场,开始独立经营、自负盈亏,这时彼此之间的行为,乃至国家机关的作为,有一定程度的“可预期性”就变得非常重要,除了法治,没有第二种规范模式足以承担这个功能。而法治的核心,也就是一套碰到争议可以站在第三人的地位“依法”来裁判的司法制度。如前所述,解决争议其实还只是司法的显性功能,更重要的,是司法制度的存在而且有功能本身,即足以强化人民行为和国家作为的可预期性,从而也降低了市场的防险成本,调高了每个经营者的积极性。问题在于司法怎样才能发挥功能,如果因为司法人员的专业训练不够,法律的操作变成完全不可测,其它什么都不必谈了。中立于争议,独立于国家其它部门,当然也非常重要,但司法人员的专业化,毋宁是建立现代司法,告别巫师式审判更关键的第一步。如果再考虑到审判独立原则在制度上的落实有诸多复杂之处,以及专业程度提高同时即有防阻不当干预的效果,更可说明专业化的迫切性。从这个角度来看最近统一司法考试的决策,方向绝对是正确的,进一步的养成训练应该是另一个重点。[46]

(二) 国家体制中给予明确的功能定位

司法无论如何是国家体制的一部分,因此正值体制调整之际,司法制度的设计难免跟着浮动,甚至被赋予某种辅助体改的工具意义。经验却显示这类期待是不切实际的,作为国家“最不危险的部门”(the least dangerous branch),[47]司法永远不可能扮演体改急先锋的角色,而只会被动的反映体改的成果。因此在党政分离已经一定程度上获得实现,严格意义的分权却还完全不被接受的现阶段,务实的司法改革应该以建构明确的司法功能为其目标,也就是在组织、程序上,让司法的中立、被动、事后、个案、争议等特质得到彰显,以与其它部门区隔。并尽快建立保障法官身分、职务独立保障的制度,藉裁判格式、推理的严谨,程序的公开来达到“审判”的独立。换言之,就是在未分权的国家体制内,仿照设计欧美分权体制下的司法,使其至少具其形,[48]而随未来政治体制逐步改变,水到渠成地走向“司法”的独立。这时候,基于体制背后的理念和内在的运作逻辑,即使选择性的参考乃至混合是不可避免的,最终还是要面临“家族”的选择。在我看来,美英司法代表一种鲜明的争议取向的司法体制,法德司法则代表另一种同样鲜明的定分取向的司法体制,[49]前者与大陆社会经济现况的距离远大于后者,因此除非抱着“休克疗法”的想法,后者应该是较佳的参考架构。所谓中国特色,不妨在这个基础上去添加,但最好能减少不必要的偏离,以免增加配套的成本。

(三) 专业化改革应避免造成社会疏离

最后一点,是从海峡对岸另一个中国人社会的经验出发,最深切的感受:司法在追求专业化的同时,一定要透过适当的教育,避免专业因素加深人民对法律的排斥。司法的社会化,当然不是要走向人民公审的老路。但司法人员在学习专业的同时必须体认,浸润在人情世故,差序格局的伦理有一两千年的中国社会,对于法律的不近人情、不分内外,基本上是排斥的。因此怎样透过法庭的开放,裁判文书的通俗与网络化,至少不让专业增加的精确与可预期性,被它因为专而“隔”的副作用抵消。司法行政应该分出很大一部分资源用于对外的教育与沟通,利用各种机会去改变人民对司法的刻板印象,学习正确利用法律,了解法律不仅可以“治国”,它也可以是一种生活方式,是一种像交通规则一样、“自己方便,大家方便”的信息。[50]台湾的司法就因为长期忽略了这一环,而陷入法官越专业就越自以为是,民众越不懂就越不信任司法的困境,司法的专业性越高,社会的疏离感越强。台湾人民接受好莱坞法庭戏剧的教育,和包青天连续剧的教育,远比实定法的教育多得多,他们脑中浮现的理想司法飘移在程序正义和实体正义的两个极端之间,是任何现实的司法制度都无法满足的空想,信任自然更无从建立,大陆在努力提升司法专业性之际,绝对要避免犯同样的错误。

[1] 全球化的发展形成了所谓跨国公民社会, 相关论述可参见Beck, Ulrich, Was ist Globalisierung, 1999, Kap15。

[2] 参阅P1 H1 Brietzke, Designing the Legal Frameworks for Markets in Eastern Europe, 7 Transnat'l L135, 51 (1994)。

[3] 参阅Nagle, Luz Estella, The Cinderella of Government: Judicial Reform in Latin America, 30 California Western International Law Journal (2000), pp. 345-79。

[4] 参阅Blankenbunrg, Erhard, Special review essay: A Flood of Litigation? Legal Cultures and Litigation Flows Before European Courts in Historical and Comparative Perspective, 16 The Justice System Journal, 101-110 (1992); Friedman, Lawrence, Opening the Time Capsule: A Progress Report on Studies of Courts Over Time, 24 Law and Society Review, 229-40 (1990)。

[5] 比如德国新任法务部长就宣示要大幅调整审级功能及以独任制替代合议制, 以提升资源效率, 参阅D? ubler-Gmelin, Herta, Justizreform, ZRP 2000, 457-63。

[6] 参阅戒能通厚主讲"日本之司法改革---以律师自治为中心"《月旦法学》, 第六一期(2000), 第77-86页; 潘剑峰, "从日本第三次司法改革看我国司法改革存在的问题", 法学, 2000年第8期, 第14-17页; 季卫东, "世纪之交日本司法改革的述评", 发表于本次研讨会。

[7] 从这个角度来分析司法类型, 参阅Damaska, Mirjan R1, The Faces of Justice and State Authority, 1986。

[8] 参阅Cruz, Peter De, Comparative Law in A Changing World, 1995, 第二章有很好的整理, 方法论和法源是许多作者共同强调的区分因素; 从历史的角度分析可另参Van Caenegem, R1C1, Judges, Legislators & Professors, Chapters in European Legal History, 1987。

[9] 最近的一次国际研讨会: Monism(s) or Dualism(s) in Administrative Law? 论文刊登于 European Review of Public Law, Vol 112, No 12, 2000, 341-850。

[10] 参阅Cappelletti, Mauro, The Judicial Process in Comparative Perspective, 1989, 132-49。

[11] 参阅Damaska, Mirjan R1, Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study, 121 U1 Penn1L1 R1 506-89 (1973); Strier, Franklin, What Can the American Adversary System Learn From an Inquisitorial System of Justice? 76 Judicature 109-110, 161-62 (1992)。

[12] 详见Damaska, Mirjan R1, 前注7, 16-46。

[13] 参阅Griffiths, John, Ideology in Criminal Procedure or a Third "Model" of the Criminal Process, 79 The Yale Law Journal, 359-417 (1970)。

[14] 参见Cruz, 前注8, chap 18; 朱苏力也曾对普通法系和欧陆法系的裁判风格做了比较, 请参见所撰: 判决书的背后, 发表于香港大学法律学院与北京大学法学院法学研究中心联合举办"司法改革与法制发展"研讨会, 2001年1月11至12日。

[15] Diaz v1 Gonzalez, 261 U1S1 102, 106 (1923)

[16] 与本文所采用的二分法最接近的就是Damaska, Mirjan R1, 前注7, 认为科层结构的司法和协调结构的司法都有止争和定分的功能, 惟方式和效果不同而已, 参阅该书第四、五、六章。

[17] 德国法院判决传统上都在页首印有"以人民之名" (Im Namen des Volkes) 字样。

[18] 参阅Kintzi, Heinrich, Staatsanwaltschaft -objektive Beh? rde und Anwalt des Staates, DRiZ 1987, 457ff。

[19] 根据1994年的统计, 全英国只有650位担任高等以上法院的全职法官, 有约300位地区法院法官, 1,500位兼职法官, 89位全职的荣誉法官, 和超过301000位的非专业的和平法官, 参阅Abraham, Henry, The Judicial Process, 7ed1, 1998, 271。

[20] 美国50个州就是50个法院类型的实验所, 因应社会争议的大量需求《时代杂志》曾报导加州的出租法院(Rent a court), 最近《纽约时报》还报导密歇根州正在研拟一种网络法院(cybercourt), 让全部诉讼程序都在计算机网络上进行, 可参Bel Luck, Pam, Michigan Considers a Cybercourt, Feb 22, 2001, <http://www.nytimes.com/2001/02/22/technology/22CYBE1.html>。

[21] 参阅Pizzi/Marafioti, The New Italian Code of Criminal Procedure: The difficulties of building an adversarial trial system on a civil law tradition, 17 The Yale Journal of International Law (1992), pp 11-40; Fabri, Marco, Theory versus Practice of Italian Criminal Justice Reform, 77 Judicature (1994), pp 1211-216; Grande, Elisabetta, Italian Criminal Justice: Borrowing and Resistance, 48 Am1 J1 C1 L1 (2000), 227-59; Nagle, 前注3, 358。

[22] 反对者为巴伐利亚司法部长Hermann Leeb, 赞成者为汉堡司法厅长(后被任命为宪法法院法官) Hoffmann-Riem, 其正反论点可参DRiZ 1997, 287-93。

[23] 参阅Koopmans, Thijmen, The Birth of European Law at the Crossroads of Legal

[24]对最近十年司法改革比较完整的评论,另请参阅苏永钦《反思台湾司法改革的经验》发表于前注14研讨会。

[25]西班牙的经验,可参Toharia, Jose, *Judicial Independence in An Authoritarian Regime: The Case of Contemporary Spain*, *Law and Society* (1975), 475 -96.

[26]Nagle, 前注[3]。

[27]详参苏永钦:《司法改革的再改革》,1998,第四章。

[28]参阅翁岳生大法官于接任司法院院长前发表的一篇纪念“宪法”施行51周年的讲话:“建立以人权保障为基础的民主政治---司法院大法官释宪制度在民主改革过程中扮演的角色”(1998年12月24日),刊登于司法院公报41卷1期,1999年1月,第9-14页。

[29]参阅苏永钦:《当前司法问题的症结---第二次民众“法律认知及态度”调查结果分析》,收于《司法改革的再改革》,1998,第一章;较近的则有李宗薇教授受“法务部”委托所作的《国人法治观念认知程度之调查研究》,完成于2000年3月,受访者对于法院的整体满意程度,正面的占3716%,负面的占3616%;相信法院审判公正的占55%,不相信的占3411%,详阅期末报告,第69页,第71页;即使司法院自己作的大规模调查(有效样本4,500),对于到法院可否得到伸张正义的判决,只有3812%表示肯定,3713%则持否定,另有2415%表示不清楚,参阅“司法院”统计处编印:《一般民众对法院服务满意度调查报告》,2001,第14页。

[30]参阅德国法官杂志DRiZ的报导和评论:1998,264f1;505;1999,6f1;50f1;139.

[31]参阅Eichberger, Michael, *Monism or Dualism?*, in 前注9, 398.

[32]参阅Esser, Albin, *Entwicklung des Strafverfahrensrechts in Europa*, *ZStW*108 (1996), 87.

[33]事实上,整套改制的切入点就是“司法院审判机关化”,而其主要理由就是“司法院不应凌驾于最高法院之上”。虽然“司法院”坚决否认它曾干预最高法院的审判,也没有任何倡议改制者主张司法院在体制上有干预审判的空间。“最高法院”的终审权既无被侵害之虞,“凌驾”显然只是一种不当的描述,此一提法却忽略了司法行政机关和终审机关“分离”,其实在多数民主国家正属常态,为了避免“凌驾”而由终审法院兼理司法行政的,反而只见于日本等少数国家。然而真正可怕的,是司法院审判机关化造成其它司法体制的连带改变,几乎没有经过任何较为深入的评估与讨论,详参前注27文。

[34]刑事诉讼法学者的讨论与批评可参见林山田主持,刑事诉讼法改革对案,2000,第117-182页。

[35]可参阅本人在司法改革会议所提的书面意见:《缺乏理念的体制混合---一元多轨制方案将使司法院变成功能混乱的司法大杂院》,收于“司法院”编印:《司法改革会议实录》,下册,1999,第1510-18页。

[36]参阅Lijphart最近所作有关司法积极主义的比较研究,日本被列为司法制衡功能最弱的国家之一,参阅所著*Patterns of Democracy*, 2ed1, 1999, 226; 违宪审查模式相关的社经因素不全然与两大法律家族的划分因素相同,此所以英国虽为普通法系的鼻祖,但因坚守“国会至上”传统,且迄无成文宪法,以至到今天对法律的违宪审查还多所保留。不过在“欧洲化”的大趋势之下,工党政府已倾向建构一个具有某种宪法审判权的最高法院,可参Brazier, Rodney, *Constitutional Reform, Reshaping the British Political System*, 2ed1, 1998, 178-82.

[37]到2000年底为止,大法官共做成105件有关法律是否违宪的解释,其中被宣告违宪的多达35件(含第四九九号宣告修宪条文抵触宪法中具有本质重要性的规定而全部失效一件),比例高达3313%,共有34个法律被认定违宪,这还没把基于司法自制,仅对违宪边缘的法律提出警告者算进去,否则更为可观。

[38]对于信仰实体正义超过程序正义的国家,像认罪协商这样的制度因为技术上无法保障实体的公平,几乎注定失败,西班牙和意大利都是前车之鉴,参阅Schünemann演讲稿,许玉秀译,美国刑事诉讼法在世界上的优势地位,载于《刑事法杂志》,第36卷3期,1992,第72页。

[39]从这个角度看,“司法院”推动的改革中,真正具有建设性,成本反而最低的,就是先后由王泽鉴大法官与“最高法院”纪俊千庭长担任召集人的裁判文书通俗化研究推动小组。

[40]参阅本人的意见书:《金字塔的理念与迷思---一元单轨制是成本最高效益却最不可期的体制调整方案》,载于“司法院”编印,《司法改革会议实录》,下册,1999年,第1496-1509页。

[41]同此,参阅许宗力:《大法官释宪权行使的程序及范围---从大法官审理案件法与修正草案之检视谈起》,收于《宪法与法治国行政》,1999年,第87-130页。

[42]不要误解我的意思,大陆司法的转轨工程在规模上无论如何是大于台湾的,这里说的是选择的空问。台湾果真要从一个已有百年历史的欧陆法制转轨到英美法制,必须付出巨大的转轨成本,效益却十分不可期,因此是一个大好或大坏的选择。大陆的转轨是从一个苏联式的司法体制转向欧美式的司法体制,工程虽大,但终究是大势所趋,至于欧或美的选择,相对而言反而没有那么大的差异。

[43]参阅G1Ajani, *By Chance and Prestige: Legal Transplants in Russia and Eastern Europe*, 43 Am1 J1 C1 L1 (1994), 93; U1 Mattei, *Why the Wind Changed: Intellectual Leadership in Western Law*, 42 Am1 J1 C1 L1 (1993) 195.

[44]比较法学者如Quigley根本认为社会主义法制就是欧陆法系的分支,从实体法的制度到程序、组

织、方法论等,基本上都以欧陆法为基础,可参Socialist Law and the Civil Law Tradition , 33 Am1 J1 C1 L1 (1989) , 800 , 803。

[45]比如今年在匈牙利布达佩斯举行的第九届国际司法会议(主办单位为The Center for Democracy),捷克的代表,最高法院法官F1Duchon 就谈到司法改革的挫折,各级法院包括最高法院在内可以说全无独立保障,更别谈法官自治,前法务部长还因国会未通过改革计划愤而辞职;亚美尼亚提出的司法改革报告则细数贪渎、旧官僚的反弹、公众对改革的冷漠等等,详参其书面报告Judicial and Legal Reforms in the Republic of Armenia (迄未正式出版)。

[46]贺卫方早已提出此一主张,可参《对抗制与中国法官》,收于《司法的理念与制度》,中国政法大学出版社,1998,第101 -02 页;王利明进一步谈到各种司法人员的分流与专业化,可参所著《司法改革研究》,法律出版社,1999,第422 -23 页。

[47]套用美国宪法学者Alexander Bickel 的名著:The Least Dangerous Branch , 1962。

[48]最近美国学者陆思礼(Stanley B1 Lubman) 就写了一本"笼中鸟",藉鸟笼经济的比喻来说明大陆法治的现况,参阅Bird in aCage , Legal reform in China after Mao , 1999 ; 王利明曾对大陆在议行合一制下,如何调和审判独立与法院监督的问题,详细论述,前注46 ,第11 章。他如陈瑞华:《中国大陆刑事司法改革之架构---公检法关系之重塑》,发表于前注14 研讨会。

[49]宋冰编的《读本:美国与德国的司法制度及司法程序》对两制作了深入而不偏颇的介绍,中国政法大学出版社1998 年版。

[50]就此可参吴志攀《论法院的教育功能》,发表于前注14 研讨会。

来源: 中国民商法律网(原载于《环球法律评论》2002 年春季号)

相关文章:

[专访政治大学法律学系苏永钦教授](#)

[合宪性控制的社会背景——评法治斌：《社会主义法制下之违宪审查制度》](#)

[立法学札记\(一\)——立法和理法](#)

[理性立法 告别手工业时代](#)

[国师?](#)

[再论一般侵权行为的类型](#)

[漂移在两种司法理念间的司法改革](#)

[台湾司法改革问题](#)

[返回](#)

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址:北京市东城区沙滩北街15号 邮编:100720

