

 使用大字体察看本文

阅读次数: 161

比较司法程序：问题、进路与方法

[意]莫诺·卡佩莱蒂 徐昕、王奕译

本文系The judicial process in comparative perspective(Oxford;New York:Clarendon Press,1989)一书作者自序,标题系译者所加。中译本《比较法视野中的司法程序》,清华大学出版社2005年版。

摘要:本文系《比较法视野中的司法程序》一书的序言,概括了全书内容,提出了比较司法程序研究的问题、进路与方法,论述了比较法研究的时代意义。作者强调坚持社会自由主义进路的重要性,详细介绍了比较现象学的研究进路,即通过对司法程序中的实际现象、事实和事件的分析,以阐明规范、程序和制度背后的社会因素。

关键词:司法程序 比较法 比较现象学

为什么还要再写一部司法程序的专著?

图书馆,当然,数个世纪以来充斥着有关司法裁判程序的研究成果。每一种重要的哲学进路——而我所意指的不仅是法哲学,还包括政治、道德、乃至神秘主义哲学——在司法裁判的领域皆有所体现。倘若人们考虑到司法裁判会带来“享有”请求权、权利和责任的个人与公共权威的“强力”之间的对峙——公民与政府司法部门的一种对峙,则这一事实就丝毫不会令人意外了。它是冲突的利益和价值搏击之场所——它们试图通过设计精巧、顺序推进、依据法治、且在某种程度上必然具有自由裁量特征并因此具备政策导向、造法过程的司法程序而获确认。司法裁判也会产生司法独立理想与所有行使公共职能机构的民主责任之目标的冲突;实际上,尤其在司法审查的层面上,它甚至暴露了多数原则与抑制多数人意愿的理念之间的冲撞。进而,司法程序还常常构成一种神话和故事的权威游戏的舞台,比如有关司法裁判仅仅具有认知性质的神话或故事。它也涉及所有事实的真实发现过程中最具挑战性之一——也许就是最具挑战性之一的过程,即寻求“司法真实”(judicial truth);尽管每一种真实的发现过程皆隐含着主观性与客观性的斗争,但这在法律和司法证据规则约束下运作的程序中显而易见。个人对国家;事先确定的“法治”对自由裁量的“人治”(rule of man);认知性对规范性;主观性对客观性;上述所有对立皆体现于司法程序之中。因此,无怪乎如此多的作品专注于司法裁判之主题。

那么,为何还要就此主题再写一部著作呢?对此问题我有几项回答。首先,本书旨在针对上述政治和哲学问题重申一种社会自由主义的进路。为了面对近期流行的反自由主义思想和作品之危险逆流,不论来自政治谱系中保守的右翼抑或源于自称的左翼,这一重申也许堪称及时。其次,这样的重申并非依托一种先验、抽象的推测,而是基于对实际现象、事实和事件的分析——基于一种“现象学”的进路。第三,且与第二项回答相关,此类事实和事件抽取于尽可能广阔的经验之瞭望台,跨越国界和国家集团的界限,而且只要可能,便尝试发现跨国界、甚至世界性的发展和趋势——即采取一种比较性进路。

社会自由主义进路

本书自始至终都确认一种社会自由主义哲学,这不只是作者的偏好,而是因为这是我们时代的实际现

象和主要趋势。尽管每一章都支持这一点，然而第三部分却是最为旗帜鲜明的。在那一部分，世界范围的“接近司法”运动被视为现代“社会国家”之基本目标最真实的司法体现——促使法律和政治制度，其权利、利益及其保护，为所有人实效性地接近。

当然，法律面前人人平等，自其伴随法国/欧洲革命和美国革命出现之时，就已成为自由资本主义国家的特征。(然而，让我们不要忘记平等原则的两大例外：美国的奴隶，以及各国的妇女)。这种“法治国”，或Rechtsstaat，意指一种政府形式，其中国家行为并非恣意妄为，而是基于被召集参与规则制定过程的人民所颁布的预先制定之规则。然而，在这种途径中固有地存在一个严重问题。这种想像中的平等和民主参与，尽管因其意味着废除旧制度(ancien régime)的社会地位差别而极其重要，但对于那些在接近该制度时遭遇事实上障碍的个人和团体而言，结果只是维持一种仅为形式的、很大程度上无实效且故弄玄虚之平等。

对这一问题主要已有三种基本反应。第一种可称为“大灾难哲学”(philosophy of catastrophe)的反应。它将每一种权力和法律都看作强力、支配和压制，即支配的统治权(imperium ac dominium)。其格言可能是“权力即邪恶”——“le pouvoir c'est le mal”——主张国家的各种形式，不论是自由资本主义(capitalisme oppresseur)抑或社会主义中央集权(socialisme concentrationnaire)(古拉格式的社会主义)，皆为强者用于压迫弱者之极权主义机器。只有最终的大灾难才可能摧毁国家和拯救社会。一种更为温和形式的类似进路，可在对自由主义某些现代批判的有些模糊性解释——事实上，难以解释——的观点中被发现。他们的“光明未来”需要对自由主义的彻底颠覆，一种依托各种事件的某种神秘组合而导向和谐、美好的大同社会之否定。

第二种反应一唉，第一种往往构成其基础——只不过是全盘否定和轻蔑嘲笑那些个人自由、三权分立、法治、当权者民主责任的价值，而这些可谓自由主义者珍视的理想。就不会面对历史教训视而不见的任何人而言，这一进路过去和现在的悲剧因素的实现无需赘述。

第三种反应系自由主义的社会主义或社会自由主义的回应。这是真正革命性的反应，它一方面因对其他反应的灾难性后果的认识所激发，另一方面也为传统自由主义的个人主义回应不足的意识所催生。尽管社会自由主义承认传统的个人和政治权利、自由之不足，但它并不将其斥为“资产阶级的欺骗”，因为此种谴责已证明为新的压迫和暴政之先兆。更确切地，“社会”权利被补充至一而非被取代——公民自由论者的个人权利和自由之中；它们旨在促使自由与平等富于实效。这些社会权利抨击那些令法律制度，其“价值”，其“正义”，对于许多人、事实上是大多数人不可接近的经济、社会、文化、语言、年龄和性别障碍。因此，自由主义者中更新、更成熟的一代已正在形成，而更先进的法律和政治制度正在迈向“社会”和“福利”法治国(Rechtsstaat)，它超越了所有的危机和争论，依然作为我们时代的理想目标。甚至这一目标的部分实现，我业已表达过，也堪称人类历史上一项重大的政治成就。

当然，第三种解决方法也存在诸多问题：现实的问题和想像的问题。

现实的问题事实上相当严重。本书有几个部分对此进行了讨论。[司法]完全的可接近性不仅只是一个从未彻底实现的理想——类似于“完全正义”的理想，亚里士多德充满诗意地将其描述为“至大之善，而无论夜晚抑或清晨之星辰在其面前皆黯然失色”。而且还有一些问题内在于人们所称作的福利国家(l'Etat Providence)。尽管其代表了历史进步，不论当前的政治基调如何皆须承认如此，但社会国家也面临着“大政府”的问题——为实现福利目标而必需的沉重迟钝、运作成本、潜在的压制性。它还面临着立法、行政和法院超负荷的问题，以及在介入越来越多社会和私人生活领域的国家中个人异化和潜在压制的问题。然而，我在比较分析基础上的理解，是福利国家的危机仅仅在于成长的危机(crise de croissance)：不用抛弃社会——国家哲学便可寻找到补救。第七章探讨的主题提供了一个说明，内容涉及旨在确保对诸如消费者或环境利益的“集体”(collective)或“分散”(diffuse)利益的充分保障之[制度]发展。大陆法和普通法国家的现代解决方法，反映了就私人动机和热情提供公共激励的最为精巧的尝试，而非完全通过扩大的政府机器来妄想应对新兴的要求和增长的需要。

固然，我们必须意识到：每一个人类问题的解决都意味着一次选择；不存在完美和最终的解决方法；对于作出的每一次选择，都必须牺牲其他一些东西，因而不得不提出的新的需要和问题就产生了。这对社会福利国家而言亦同样真实，当然它已为自己付出了极其沉重的代价。然而，这些代价明显比“古拉格式”或“大灾难的”解决方法的创伤更小。至于“和谐社会”(harmonious community)的解决方法，它本质上远不像通常所假设那样是“进步的”(“左翼的”?)，而是与听任我们采取、或引导我们倒退至早已过时的自由放任个人主义(即便不是无政府主义)的解决方案紧密相联。就像任何徒劳无益的运动一样，它阻碍建构性的思想以及社会行动、社会进步和社会改革——更不用说社会革命了。它是伪装的现状之正当化。

这把我引向想像的问题。这种问题的知识基础十分简单。对社会自由主义进路的批判揭示了一个千真万确的事实：司法程序以如此众多的方式植根于相互冲突的原则和价值之中，作为证据，这一进路本身便固有且不可克服地自相矛盾，且应当被摒弃。比如，让我们考虑一下本书第二章的主题。毋庸置疑，法律的自由主义理论确立了司法独立和民主责任两项原则。并且无疑两者之间存在一种内在的冲突或矛盾。然而，这并不意味着两者之一或两者应予抛弃。更加严肃和现实的当然是，实际上人类努力使这两项原则相结合，通过比较研究可以阐明这点。人们试图调和其对立，一方面根据合理平衡这两大价值的要求而使司法机构承担一定程度的责任，另一方面令其享有相应的独立地位。或者，让我们看看本书第二部分的主题。诚然，自由主义理论支持的多数原则，可能与体现在对国家行为、尤其是立法行为的司法审查中的分权制衡原则的表达相冲突。那又怎样呢？日益增多的“自由主义”国家、甚至国家组织(正如第四部分所讨论的)，采纳这两项原则，而抛弃了孟德斯鸠有关价值无涉、作为法律的喉舌(mouth-of-the-law)的裁判者之神话。[下文]我将回到这一主题，但现在让我强调一下，真正的问题并非内在矛盾的存在抑或不存在。此种矛盾当然存在。但真正而非想像的问题，再一次仍然是在现实世界中尽可能调和相互冲突的原则。因为现实世界并不纯粹，也不是绝对的“非此即彼”。它是冲突与对立的共存，且事实上古往今来的法学大家并非以抽象的简单化和解构，而是以对人性和社会中必然是复杂、多样、冲突的[事物]之辩证建构而留下不朽的遗产。让我们回忆一下罗马法注释法学家以及后注释法学家(Post-Glossators)的伟大成就，后者在中世纪后期的几个世纪中通过“协调”那些冲突剧烈的法律文本，诸如中世纪习惯法、地方立法法和罗马法，而从事欧洲普通法(罗马教会普通法[jus commune])的建构。我亦应回想12世纪一位谦卑的教士格拉提安(Gratian)以及他的巨著《历代教会法规汇编》(concordantia discordantium canonum)，或者阿奎那的《神学大全》(Summa)，抑或黑格尔的辩证法吗？所有这些人皆旨在从冲突的状况出发，不是证实一种非此即彼(或更糟的是，在模糊性之疑云密布的天空中混淆是非)，而是为了实现两者的结合——一种“综合体”(synthesis)或者整合(concordantia)。是否有不会损坏时钟机械装置的小孩？然而，这场游戏重要的部分，在于重新建构，或令其成为相对部分来说更优的整体。那么我想强调，人类世界并不因相互矛盾的价值和原则、制度和程序共存而被否定，而是由其所组成的。这些价值和原则不是绝对和无条件的，每一种皆须适应并受其他价值和原则的限制，这一事实并不能令不可知论的否定正当化。正如奥利佛·温德尔·霍姆斯(Oliver Wendell Holmes)在指责自然法时写道：“即便一个人未看到相信价值(significance)、意识和理想超越有限性的界标之理由，那也不能令法国不可知论中司空见惯[的论调]正当化：登上一个基座并假装以傲慢嘲笑俯视遍地废墟的世界。”

因此，理性的分析不可能包纳一种遣责现存矛盾的徒劳尝试，仿佛它们就是，正如一种自以为是的术语通常所说的那样，不可调和的“分裂”、导致虚无的“自相矛盾”、或者自我否定的“两分法”；它也不可能容纳一种甚至更徒劳无益的企图，即将矛盾淹没于预期不确定的和谐的某种虚幻景象之中。相反，它应当包括将现实理解为不可避免地相互矛盾，由那些冲突和斗争所构成，并实际上在其中享受生活。

比较现象学的进路

本书采取的“现象学”进路之描述，不应回忆起康德式的形而上学或黑格尔式的精神进化论(Geist-evolutionism)，甚至要更少想起胡塞尔式的错综复杂或海德格尔式的朦胧晦涩。很简单，它恰指有史以来自古希腊至我们时代“现象”一词所意指的含义：可观察的事实和事件。当马基雅维利说他想做的就是追求“la verità effettuale della cosa”—现实世界的事实真相—而非抽象的想像(“l'immaginazione di essa”)时，或许无人能比他更简洁和敏锐地指出这一点。唯有如此，他说道，人们才会“scrivere cosa utile”—即不会在无益的琐事中迷失自我。在某种意义上，它也是另一位伟人金姆巴提斯塔·维柯(Giambattista Vico)之哲学—其探求事实真相本身(verum ipsum factum)的历史和历史编纂哲学。

严肃的比较分析，事实上须总与历史研究相伴，它应以一种现象学的现实主义训诫为基础。让我回到上文提示的一个主题来说明这点，该主题将在本书其他章节尤其是第二部分中更为详尽地得到阐述：宪法裁判的论题。宪法裁判，无疑在任何民主国家皆作为一种模糊不定的制度，因为它提出了立法者与法官、法律与司法裁判之间一种令人困惑的遭遇，以及潜在的一种冲突。因此，很容易理解，最近司法审查在整个西方世界如此众多的国家较大范围地扩张——包括欧洲许多国家、加拿大和日本，以及自1982年甚至在波兰也有尝试性的渗透——已经导致其民主正当性的“大问题”(mighty problem)变得剧烈尖锐，并提出了我们必须回答的严肃的新老问题。然而，我们的回答将基于对事实和事件的现实分析，而非基于抽象的推测和形式主义逻辑，诸如马歇尔大法官在马伯利诉麦迪逊(Marbury v. Madison)一案的判决理由中所体现的那种东西。在就美国《宪法》规定“本法系全国最高法律”的条款进行解释时，马歇尔主张，宪法必须优于与之相抵触的法规；司法审查因此就被视作解释法律正是法官的功能这一事实的逻辑结果。然而，马歇尔的理由所不能揭示的，是司法审查不可能通过形式主义诠释学的简单标准来评价。试图把司法审查降格

为“仅仅”解释[法律]忽略了这样一个事实，即每一项解释都包含着选择和创造的因素——每当解释者在处理含义模糊、价值负载、“基本的”规范(正如宪法和跨国法的情形中如此常见)时，一种必然最为强调的因素。因而，当就司法审查的正当性自我设问时，我们的问题，远远不止是一个形式逻辑的问题，它涉及到我们对司法审查不可避免的立法后果的认识。因此，我们怀疑，此种后果与我们现代——自由主义——社会已被视为至关重要的民主价值是否相容。

比较现象学分析可从事的一项任务是阐明导致规范、程序和制度的社会原因，或者说存在理由(*raison d'être*)。因此，它能够揭示本世纪、尤其是“二战”后时代司法审查迅猛扩张——一次真正的爆炸——之缘由。实际上，我确信只有以历史比较研究为基础，诸如司法审查正当性这样的争议问题才可能找到一个客观和现实的——因而也是科学的，而不仅仅是主观和推测的——解决方法。尽管我提请读者参阅下文有关此种研究章节的讨论，但我还是想在此提及一些结论；因为，即便这些结论只涉及本书几项主题之一，但它们可能作为本书分析的整体精神之例证。

这样的结论表明，倘若我们将宪法设想为真正的“高级法”(higher law)，而不仅仅是政治或哲学宣言，那么就需要一套宪法实施的机制。许多国家，包括大革命后的法国，以及最近不少社会主义国家，都采纳了某种确保立法合宪性的“政治”(而非司法)控制机制。这种解决方法往往被证明是一种失败。完全可以理解，任何有效的审查制度都决不能赋予行政机构，因为它们正是其意图制衡的机构的一部分。而且，一旦我们接受了这种——又是，自由主义——理念，即宪法应当保护个人和团体的某些基本权利，即便有违大多数人的意愿，则任何有效的审查制度便不能授予选举机构、或依赖并严格向多数人意愿负责的个人和组织。那么唯一现实的可行选择就是司法审查，这意味着将审查权赋予给法院或者某个法院；也就是说，赋予给相对而言不向政治权力负责的机构。

当然，此处施以责难也可能轻而易举。那些不向人民负责的个人和机构来充当恰恰相反应向人民负责的那些个人和机构的制约者，如何可能具有正当性呢？然而，回答再一次不可能如同通过演绎推理的力量所支配得那样绝对。与形式主义逻辑不同，现实从来不可能摆脱矛盾。我们的回答，源于比较现象学的研究，承认司法审查所内在的困难与危险、缺陷与矛盾，还接受司法审查在某些情形下——并且此类情形在越来越多的国家、至少在西方国家出现——构成一种对较多社会需要的有效回应。我们的分析也表明，此种需求已变得极其迫切，因为在我们时代，行政机构和政治权力已急剧膨胀，若不加以制约，极易被滥用。这一点适用于行政权；不过，它对于立法权也同样适用，尽管这种滥用的风险，自然，在某些国家比另一些国家可能会更大。比较研究还表明，只有第三部门(third branch)——毕竟，从历史来看已证明为“最少危险”——才可能有效地制约行政机构，尽管这意味着在某种程度上司法部门本身会不可避免地“政治化”。

但是，此时历史与现实内在的矛盾再一次出现。诚然，我们诉诸第三部门正是因其独立于政治，但这样做我们必然又会令其陷于政治；且为肯定司法审查的必要性，我们从不受限制的权力必然会被滥用这一前提出发，而随后我们却将审查权赋予那些不向人民负责即不受限制的个人和机构。尤维纳利斯(Juvenal)著名的训诫以其两千年的力量再次应验：“*Sed quis custodiet ipsos custodias*”——谁来监督监督者？以现代的术语来表达：人们如何可能化解在理论上不可能解决的矛盾——一种“不民主的”制度用来保护我们及其自由免遭权力滥用的侵害，并因此免遭不民主的堕落之侵害？

然而，现实世界的一个美妙之处就在于它比抽象的理论描述要复杂和微妙得多。我相信，现实主义的进路将引导我们得出结论，而结论则可能有助于我们以更少教条和戏剧化、更多调和的方式来对待这个“大问题”。诚然，审查的司法性质与法官受制于他/她被要求控制的权力之地位相矛盾；而与司法独立相容的司法责任的形式也确实存在，正如第二章所表明的那样。进而，在司法功能中存在其他更微妙但并不必定影响更小的因素，这些因素能使之保持与人民联系，并对人民作出回应。尤其在唯一或主要基于“案件和争议”的审查制度中——这不仅适用于分散型或美国型模式，而且在很大程度上也适用于集中型或欧洲型模式，正如我们在第三章所见——宪法法官被请求裁决最直接关联和涉及争议的那些社会成员所提出的事项。实际上，就其性质而言，司法程序是高度参与的，或至少潜在如此，而在这一意义上，它也是非常民主的，因为它依利害关系当事人的起诉和请求而启动，且原则上必须保持在这一框架之内。正如第一章所述，在将立法正当化——民众代议制和多数原则——的同样标准适用于一种形式截然不同的公共行动即司法程序时，存在着一个基本错误。这种程序有其自身的责任模式，法官不应且决不对大多数或对现今的统治者负责。相反，它是一种更为复杂的责任形式，正如亚历山大·毕克尔(Alexander Bickel)所说的那样，它以一种独特的方式将只是表面上相互矛盾的两种因素——法官隔离的程度与法官日常接触现实生活的冲突和争议——结合起来。

因此，我们对这一“大问题”的回答，我反复强调，只是相对的和经验的。它不是一个黑白分明“非此即彼”的回答。司法审查以其自身的方式，潜含着民主的因素。然而，许多情形可能对这一平衡施加影响，且这些情形可能因时代而不同，随社会而变化。在此，我应提及一项最重要的变量：被赋予审查权的

法官的类型。例如，比较分析已清楚地表明，由于第三章所论述的种种原因，民法法系国家官僚性的职业法官很不适合担当这一角色；这有助于解释为什么在欧洲大陆通常采纳司法审查的集中型模式，即将审查权授予新设立的宪法法院，其法官并非或至少不全部来自职业司法人员。审查过程中采取的程序技术（“抽象”抑或“具体”审查，依请求抑或“依职权”审查，“事前”抑或“事后”审查，法官反对意见保密抑或公开，等等）以及许多其他因素就此而论也可能至关重要。在特定的时期和地域，这些以及其他变量可能促成，也可能不促成司法审查或多或少与一种国家和法律的自由主义—民主形式相兼容。

方法

现在似有必要对本书所采纳的比较方法和所进行这种比较现象学分析的概念作些阐述。

读者在本书中将不会发现对司法程序的纯技术或结构分析，即一种对其数个阶段及其因素(当事人、证人、书证和其他证据类型，当然以及法官)的剖析。即使当进行结构分析时，正如第三章有关集中型或分散型审查制度的部分那样，此种分析也总是与寻求不同结构所潜在的理由—历史的，意识形态的，社会学的，等等—相融合。而且，主要目标总是聚焦于那些反映我们时代主要挑战的问题、需要和趋势。因此，如上所述，现代社会国家中行政机构前所未有的膨胀已赋予司法部门一种新兴的作用(第一章)，一个全新的社会维度(第六章至第七章)，而且还有一种对责任的新的需求(第二章)；现代宪政主义以及可十分恰当地称作我们西方社会“人权革命”的东西，业已导致宪法裁判史无前例地扩张(第三章至第五章)；并且，对更广阔市场的需求，以及避免再次发生诸如本世纪两次世界大战和许多地区冲突折磨人类的暴政和悲剧之迫切愿望，已促成法律和司法的跨国维度的发展，这反映在第八章和第九章考察的发展中。

我总是以比较方法的折射镜来观察这些跨国性、常常是世界性维度的现象。假设许多国家存在一个共同的社会问题—比较因素 (the tertium comparationis)，现象学的追问考察那些国家解决该问题所采取的方法—规则、程序、制度等，并经常追问为解决这些问题所采取的不同设计“模式”的最终结果。然后就其存在理由(raison d'être)，对此类解决方法及解决方法模式的差异与相似之处进行考察，不论这些理由是历史的、社会学的、文化的抑或其他方面的；变化的运动或潮流虽然往往汇集，但有时也平行或发散，无论如何，人们可能最终会得以发现它们，从而有可能促使对盖然的未来进行有根据的预测。最后，研究者可对不同的解决方法进行评估，当然评估实际上并非在任何绝对的意义上，而是相对于解决整个研究开始所提出的问题之效率或影响而言。诸如“进步”或“倒退”、甚至“公正”或“不公”的价值判断，随后才可能以一定程度的客观性来使用—也就是说，相对于就所涉及特殊问题的一种特定解决方法的论证充分抑或不充分。

因此，比较现象学的研究充当了法律、以及更一般而言社会科学中经验研究的实验室。然而，它并非一种纯粹的经验主义方法，一种毫无侧重地收集数据的方法。恰恰相反，事实和事件被看作对特定的人类问题—需求与渴望—的回答，且反过来作为进一步问题的原因，这些问题在生命和历史不息的洪流中又会产生出需求与渴望。另一方面，比较现象学的法理学并非基于抽象预断的价值；因而，其评价有别于那些传统自然法进路的典型评判。然而，这一立场也不像法律实证主义者的典型主张那样，其关注限于特定法的“存在”(is)，而不论其价值取向。在至高无上的自然法之斯库拉(Scylla)与超然的法律实证主义之卡律布迪斯(Charybdis)之间，再一次进退两难，*自然法是一种在物与知的符合(adaequatio rei ad intellectum)方面做荒谬尝试的先验进路，而依据法律实证主义，法律与正义、规范与价值属于两个彼此分立、不可沟通的领域，比较现象学进路则旨在成为“法理学的第三学派”。正如本书的初期研究(第三章)业已指出，第三学派“在寻求法律制度的共同因素以及它们所表达的共同价值时，通过采取实证主义的现实主义方法，而寻求融合自然法与实证主义两者的优点”；它是“追寻国际上可接受的价值之工具”—相对价值，但与可能在任何特定地方作为实证法盛行的价值相比，还相对性更少、短暂性更次以及任意性更小。

司法程序的变革(metamorphosis)

本书的研究表明，司法程序正在经历一场深刻的、世界范围的变革(更确切地说，一场司法程序的革命)。新兴的司法裁判类型—宪法、公益、跨国[裁判]——新颖的程序类型，以及实际上法官全新的作用和

责任，已层出不穷。法官已成为一个“有限”政府一也就是说，由宪法、还有跨国的授权所限制一新概念的受托人。与此同时，他们也成为“扩张”政府一扩张，换言之，旨在实现社会国家的新目标一的受托人。

这一世界范围的变革在诸多方面引人注目，不仅涉及法官和律师，而且研究司法程序的学生也投身其中。首先，这一变革意味着我们程序研究的范围的急剧扩张：程序分析应当成为“框架性”的分析，因为规则、制度和程序皆须放置在其社会和政治框架中来审视。而且，传统上视为与法律分析风马牛不相及的问题，诸如经济、语言和文化“贫困”，也的确与之相关。进而，“贫困”必须从宽泛的框架来评判，消费者，环境保护主义者，以及一般而言无组织的“分散”(diluted)利益皆应包纳在这一概念中，只要尚未建立和有效率地采纳有效的机制来组织此类团体和利益。因此，程序法学的传统主题，诸如诉讼资格、诉讼代理、通知以及听讯权、既判力，必须批判性地重新审视一以赋予其一种团体和社会的意义，而不仅仅是一种个人主义的意义。

然而，人们不应得出结论：程序法和程序法学的传统使命须一概加以否定。许多传统智慧仍有价值，即便在基本上属于个人主义的模式与源于团体和社会权利的模式之间，往往必须再一次寻找某些妥协。不可否认，现代宪政主义、正在浮现(尽管还很不发达)的跨国主义以及接近[司法]的潮流，已经有力地扩展了程序法学者的任务之传统领域。

选择与编辑

现以少许笔墨提及一下本书收入的九项研究的选择和编辑。正如依目前为止本人的陈述便应清楚，从有关司法程序的大量研究中选择它们的主要标准是，就我认为构成对司法人员、法院和其他裁判机构当代主要挑战的问题，提供尽可能充分的讨论。特别是，它们属于宪法的、社会的和跨国的挑战，反映了我所视为当代世界中法律和司法的主要维度。在司法程序的折射镜中，宪法的挑战映射出解决反对政府压制的个人自由问题的现代尝试。社会的挑战体现了人们力图解决分配正义和平等接近[司法]的问题一换言之，经济和政治贫困的问题，包括正如特别提到的无组织的群体的“法律贫困”。而跨国的挑战反映了一种甚至更为迫切的社会需求或渴望，即建构一种跨越民族国家的国界、并代表沟通之桥的法律制度的规划一最终防止国家间的冲突和战争的需求。压迫、贫困和战争，尽管在人类历史上由来已久，但在我们时代却呈现出前所未有的规模；而因此人们一直寻求崭新的解答，毫不出人意料，问题的良方早已展现在那面人类历史的忠实之镜即司法程序中。

至于编辑，似有必要说明两点。第一，我并未试图更新目前构成本书各章编辑版的几篇论文的参考文献。事实上，编辑的一个目的便是精确地整理这些研究的原始版本所引用的大量文献。第二，对最初发表后的事实和事件所作的更新，通常在注释中以星号标明。然而，此处只有与研究提出的论点基本关联的事实和事件方予考虑。尽管对这些研究的大部分来说，校正不是一个问题，但特别要提及的是，有两章是基于相对较早的发表作品写就的一第三章和第六章。

选择第三章“比较法视野中的司法审查”，是因其历史和结构分析远未过时，就近年来的发展而言仍然有效；这些发展在第四章和第五章中进行了讨论和评价一除其他因素外，所使用的正是那种最初的历史一结构的探究方法。至于第六章，正如该章导言所述，选择它乃是因为这样的因素所激励，即该研究可谓一系列论文和著作的先驱之作，在该文中我试图系统综合地分析正在兴起的接近司法运动。进而，且也许更重要的是，在此类研究中接近[司法]主题一一司法程序中的现代社会潮流一已被注意到与另外两大潮流发生了令人瞩目的联系：宪法化潮流(在第二部分将更广泛地讨论)，以及国际化或跨国化潮流。这一跨国化潮流在当代社会中最重要的表现，第四部分将予以讨论。

我应补充，本书的编辑无意掩饰这些章节源于多年来在美国、英国和澳大利亚的法律评论上单独发表的论文(第八章是唯一的例外)。重复之处已经删除，并作了一些协调，且正如所述，我试图就所有这些对理解当代范围的司法程序显得至关重要的主题进行一种系统的讨论。然而，我深信，本书价值(若有的话)的提升，只是因这些研究浸透了本人近二十年来有关司法程序比较研究的心血。诚然，这些研究的原始版本，多为国际会议讨论的主题之总报告，且基于许多国别报告人的集体贡献，每一位皆就他/她国家的法律制度提供了第一手资料。第一、二、四、六章便是如此。在另一些情况下，原始版本可以算是更广泛研究活动的合成，有时在公开演讲中浓缩精简(正如第五章和第七章)，有时作为国际研究项目的一部分(就第三章和第八章而言)。那么，全书可谓集体努力之成果，因为它在很大程度上可归功于世界范围内如此多的人们。

致谢

我要感谢本书收录的这些研究原始版本的出版者，他们慷慨许可重新出版经修订的论文。最初发表的刊物引证载明于每章最前的未编号的注释中。我也要衷心感谢斯坦福法学院先前的三位学生：戴维·高勒(David Golay)，本书第八章初版的合作者，他欣然同意该文在此出版；保罗·科勒默(Paul J. Kollmer)和乔安妮·奥尔森(Joanne M. Olson)，他们分别是1987至1988年度《斯坦福国际法杂志》的主编和执行编辑，他们为本书的编辑提供了宝贵的协作。保罗作了大量的工作，不仅作为出色的编辑，而且从许多材料中选择并整理了论文，乔安妮的编辑技巧和帮助令人钦佩。也要感谢牛津大学出版社的编辑人员，在真正的意义上，他们才是本书的编辑。还要感谢约翰·斯贝索(John Spicer)，他为本书编制了索引。

福特基金会多年以来对本人承担的几个研究项目—关于司法程序、接近司法、欧洲一体化和人权—的支持，可谓本书收录的许多研究的必备条件。我要对基金会及其诸多官员表示深切而持久的谢意。

最后，我万分荣幸地感谢为我的比较研究提供了理想环境的三所大学：欧洲大学，佛罗伦萨大学，当然，以及斯坦福大学。那些大学中来自许多国家的学生和同仁，已构成我智识探索以及进行政治、哲学和社会整合(engagements)一个持续不断的激励，我以为，这些整合已给往往被视为纯粹技术性主题的比较研究注入了活力。

莫诺·卡佩莱蒂

1988年8月于斯坦福和佛罗伦萨

*斯库拉(Scylla)，卡律布迪斯(Charybdis)，希腊神话中的六头女妖，between Scylla and Charybdis，指腹背受敌、进退两难之意。——译者

徐昕，法学博士，西南政法大学特聘教授，司法研究中心主任；王奕，清华大学法学硕士研究生。

来自：诗性正义

中国法律文化 | About law-culture | 关于我们

中国法律史学会 主办 中国社会科学院法学研究所 承办
电话: 64022187 64070352 邮件: law-culture@163.com
地址: 北京市东城区沙滩北街15号 邮编: 100720