

中国司法的“系统—功能”定位

申 伟

内容提要:转型时代中国司法的定位问题实质上是转型时代中国司法与外部社会间的基本关系问题。从司法与外部社会间的沟通关系看,应将转型时代中国司法定位为一种“制度性、累积性、平和可控的有计划社会变迁工具”。其中,制度性是指司法与体制外的、非官方的、非系统性的社会变迁策略之区别;累积性是指司法只应当也只可能“以司法的方式”促成社会转型;“平和可控”是指司法促成社会转型所具有的避免转型动荡、降低转型风险之优势。证成中国司法“以司法的方式”促成社会转型之独特功能,不等于肯定法律/司法工具主义,因为前者坚持而后者却放弃了司法的运作封闭性。厘清中国司法的“系统—功能”定位,乃是认识有计划社会变迁进程中中国司法的功能及其限度问题的理论起点,亦可揭示对于促成国家治理能力与治理体系现代化而言,中国司法何以具有不可替代性以及具有何种局限性。

关键词:社会转型 有计划社会变迁 法律系统论 司法定位 国家治理

申伟,兰州大学法学院副教授。

一 语境与问题

始于20世纪70年代末80年代初且迄今仍在延续中的中国社会转型是本文讨论中国司法定位问题的基本语境。然“社会转型”一语字面意义仅在于指涉社会处于“变动”而非定型化状态,其涵义是中性的。但无论是治国理政者还是广大民众都不可能对中国社会的变化方向、变化过程、变化方式持“随便变成怎么样都行”“随便怎么变都行”这样的态度。简言之,如孙立平所指出的,中国的社会转型决不等于中性意义的变化。^[1]

换言之,人们希望社会转型的目标是迈向“更美好社会”,希望转型的过程是更少痛苦的,尤其是如习近平总书记指出的,“决不能在根本性问题上出现颠覆性错误”。^[2]有

[1] 参见孙立平:《确立社会转型新思维》,《领导文萃》2013年第14期,第4-5页。

[2] 习近平著:《习近平谈治国理政》(第一卷)(第2版),外文出版社2018年版,第348页。

鉴于此,笔者选用“有计划社会变迁(planned social change)”而非指向不明的“社会转型”或“社会转轨”来指称中国的社会转型过程。^[3]

“司法”在本文中不仅指涉以审判权和法院系统为中心的司法权力和司法机构建制本身,而且指涉司法权的运作过程及其产生的司法产品。相应地,“司法的功能”指的是司法权、司法机构建制、司法权运作过程以及司法权运作的最终产品对于司法之外的诸社会子系统所应当并且能够发挥的作用。卢曼从系统论角度提出并论证的“审判权的组织是作为法律系统之中心的分系统”命题,是本文思考的理论起点。^[4] 本文所关注的中国司法之定位,指的是中国司法在社会系统结构中应处的结构性位置。从法律系统论视角尝试定位中国司法,关键是刻画社会转型进程中中国司法与社会其他子系统之间的沟通关系。为行文简省计,文中多用“外部社会”(亦即广义上的“社会系统”)替代“社会其他子系统”。^[5] 在此意义上,司法与社会其他子系统的沟通关系也就是法律系统与社会系统间的关系。^[6] 理解转型时代的中国司法之各项问题,尤其是思考转型时代中国司法之社会功能及其限度问题,势必应以对中国司法的定位即中国司法与外部社会之基本关系的理解为前提。人们关于中国司法功能与限度问题的全部讨论,即便未曾言明甚或未曾明确意识到,其实都必然或明或暗地反映了论者对中国司法定位问题的理解。因此可以说,理论界对转型时代中国司法之社会功能及其限度问题的任何一种见解,实务中关乎中国司法之外部功能(比如司法的“社会效果”)的任何一种制度建制或者具体举措,实质上都潜含着理论界或实务界对中国司法定位问题的某一特定的“前理解”(Hypothesis)。

此外,准确定位中国司法,还具有更深远的现实意义。一方面,《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度 推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》(2019年)和中国共产党十九届五中全会(2020年)都特别提出“推进国家治理体系和治理能力现代化”。在推进国家治理体系和治理能力现代化的过程中,“中国司法的角色应是什么”更是中国法理论界亟需进一步研究并累积广泛共识的重大课题。另一方面,时至今日,关心中国司法的人们或许依然难免受困于诸多“大问题”的纠结,比如,外部社会对中国司法应当并且能够提出怎样的要求? 中国司法对社会转型的顺利推进及其目标的达成,应当并且能够发挥怎样的功能? 如何发挥此等功能? 中国司法对社会转型的促成作用,具有怎样的局限性? 广大民众该对中国司法应该抱以怎样的期待? 诸如此类,不

[3] 关于“有计划社会变迁”,参见[美]史蒂文·瓦戈著:《社会变迁》(第5版),王晓黎译,北京大学出版社2007年版,第282、286、310页。

[4] See Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, Klaus A. Ziegert trans., Fatima Kastner, Richard Nobles, David Schiff and Rosamund Ziegert ed., Oxford University Press, 2004, p. 293, p. 296.

[5] “外部社会”是以司法为中心的法律系统之外的政治系统、社会系统、经济系统、文化系统等诸社会子系统的统称。该外部社会不等于国家政法体制。司法固然属于国家政法体制的一部分,但仅仅关注司法在国家政法体制中的结构性定位尚不足以观察到司法在社会诸子系统构成的宏观社会中的结构性地位。从法律系统论角度看,相对于以司法为中心的法律系统而言,外部社会即是法律系统的环境。相关讨论参见 Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, Klaus A. Ziegert trans., Fatima Kastner, Richard Nobles, David Schiff and Rosamund Ziegert ed., Oxford University Press, 2004, pp. 79–80.

[6] See Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, Klaus A. Ziegert trans., Fatima Kastner, Richard Nobles, David Schiff and Rosamund Ziegert ed., Preface, Oxford University Press, 2004, p. 293, p. 296.

一而足。澄清这些疑惑,促成中国司法在社会转型进程中“表现得更好”,也无不依赖于对中国司法与外部社会之基本关系的准确把握。

但问题是,中国司法的定位问题是否仍有讨论必要?截至目前,关于中国司法的学理文献尽管汗牛充栋,围绕中国司法的改革措施尽管不计其数,但转型时代中国司法的定位问题却似乎并未成为一个有意义的问题,以至于学理讨论和实务操作几乎都欠缺对这一问题的关注兴趣。然而,不关注不等于有共识,没有“问题化”也不代表学理主张和实务操作所依赖的预设本身是没有问题的。这一点,在关于转型时代中国司法的许多讨论中其实都有鲜活的体现。检视关于中国司法的种种看法,不难发现其间的分歧多少源于论者对中国司法与外部社会之基本关系亦即司法定位问题的不同理解。基于对司法定位的不同预设,司法学理讨论很难达成必要的共识,司法实务操作也很难保证基本的逻辑一致性。

对于中国司法在社会系统中的定位问题,或者换个角度说,对于中国司法在中国社会大转型进程中的功能问题,与国内多数文献表现出的兴味索然不同的是,美国法学家弗里德曼(Lawrence M. Friedman)早在 1975 年就曾附带论及这一问题。^[7] 他一方面基于欧美尤其是美国的经验指出“企图通过法律进行社会变革是现代世界的一个基本特点”,^[8] 另一方面则同时认为,鉴于“司法类型的创造性破坏预先假设要具备一些条件”,^[9] 司法或诉讼在其他国家和地区非常难以体现出他所观察到的在欧美尤其是美国司法或诉讼中具备并发挥出的“通过诉讼进行社会变革”的功能。^[10] 本文将弗里德曼所提出的“司法或诉讼在其他国家和地区非常难以体现出作者观察到的欧美尤其是美国司法或诉讼具备并发挥出的‘通过诉讼进行社会变革’的功能”这一命题简称为“弗里德曼命题”。弗里德曼虽未明确表明该命题系针对中国司法与中国社会变革之关系而立论,但该命题确实明确陈明司法具备的“通过诉讼进行社会变革”之功能近乎是欧美尤其是美国司法的“专擅”。

是故,反思此前的学理讨论与既有的实务操作中关于转型时代中国司法定位的基本预设,并尝试形成关于转型时代中国司法与外部社会之基本关系的更恰切把握,不仅可折射出相关司法学理与司法实务操作中可能存在的种种偏颇,而且可为转型时代中国司法建设提供智识基础。此外,自法律系统论角度研究中国司法之基本定位,论证中国司法之于中国社会大转型这一有计划社会变迁应当亦能够体现出的功能,也是对“弗里德曼命题”的批判性理论回应。

二 作为工具的司法

从社会转型进程中中国司法与社会其他子系统之间的沟通关系这一角度,本文将对

[7] See L. M. Friedman, *The Legal System: A Social Science Perspective*, Russell Sage Foundation, 1975.

[8] [美]弗里德曼著:《法律制度——从社会科学角度观察》,李琼英等译,中国政法大学出版社 2004 年版,第 323 页。

[9] [美]弗里德曼著:《法律制度——从社会科学角度观察》,李琼英等译,中国政法大学出版社 2004 年版,第 325 - 326 页。

[10] Steven Vago, Steven E. Barkan, *Law and Society* (eleventh edition), Routledge, 2018, p. 215.

转型期中国司法的定位的理论认识概括为“中国司法是一种制度性、累积性、平和可控的有计划社会变迁工具”这一命题。这一命题依赖于关于司法与外部社会之关系的一个一般性判断,即“司法是一种工具性装置”:在“目的—工具”的意义上讲,司法是“工具”,而实现外部社会目标才是“目的”。

(一) 学理表达

从学理上讲,较之于外部社会整体而言,法律/司法本身具有工具属性。“法治乃是一套社会治理术”,乃是“一种迂回而节省的治理技术”。^[11]“当代中国的司法模式可以概括为一种‘治理型司法’。”^[12]此外,“国内法院在全球治理体系中”通过“跨国司法治理权”“影响全球治理的整体效果”的问题,^[13]近来也为中国学者所关注。概而言之,无论是法律与外部社会的关系,还是司法与外部社会的关系,都蕴含着“工具”与“目的”的关系。^[14]承认司法与外部社会之“工具—目的”关系,与向来被认为系司法之特点的“独立性”貌似扞格不入,实则多少源于对“独立性”的片面理解。对司法“独立性”的完整理解不仅应该包括“独立于什么(from what or whom)”与“如何独立行事(how to act)”,而且应该包括“为了什么而行事(for what)”。而“为了什么而行事(for what)”所提问的正是司法之“目的”指向。^[15]此外,还需特别明示的是,本文承认司法与外部社会之“工具—目的”关系,其前提是承认法律/司法系统之运作封闭性,^[16]因此有别于那种被认为危害法治的司法/法律工具主义。^[17]

一方面,基于马克思主义法律观的表述,外部社会条件与法律制度的关系是物质基础与上层建筑的关系。作为上层建筑的法律/司法制度固然是被作为物质基础的外部社会条件所决定的,但同时法律/司法亦对外部社会具有反作用。法律/司法对外部社会的反作用,其实也就是法律/司法之于外部社会的工具效果。这种反作用,在积极面向上是法律/司法对社会正当目标的促进作用,在消极面向上则包括法律/司法对社会非正当目标的助益效果。马克思、恩格斯对资本主义法律/司法的批判,针对的正是资本主义法律/司法对资本主义统治的助益效果。马克思主义法律观中关于法律/司法对外部社会反作用之积极与消极的两可性这一洞见,也提醒我们注意到司法之于外部社会发展的工具意义的复杂性:外部社会目标不同,同一套司法制度的工具作用就可能不同;针对同一外部社

[11] 强世功:《法治中国的道路选择——从法律帝国到多元主义法治共和国》,《文化纵横》2014年第4期,第42页。

[12] 李红勃:《通过政策的司法治理》,《中国法学》2020年第3期,第129页。

[13] 霍政欣:《论全球治理体系中的国内法院》,《中国法学》2018年第3期,第269页。

[14] 参见胡铭:《司法竞技、法律诊所与现实主义法学教育——从耶鲁的法律现实主义传统展开》,《法律科学》2011年第3期,第51页。

[15] 弗兰克·克罗斯特别凸显了如何从“独立于什么”和“独立地做什么”两个层面理解司法之独立性,他还提出对“独立于什么”的理解必须限定在司法的功能层面。他在“独立地做什么?”层面所论证的是司法行事的方式问题,因此准确地说应该是“如何独立行事”而非“做什么”。他在论文结尾处一笔带过而未单独论述的司法功能问题,则是本文所谓司法之“目的”问题。See Frank Cross, *Judicial Independence*, in Keith E. Whittington, R. Daniel Kelemen and Gregory A. Caldeira ed., *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford University Press, 2008, pp. 557–561.

[16] See Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, Klaus A. Ziegert trans., Fatima Kastner, Richard Nobles, David Schiff and Rosamund Ziegert ed., Preface, Oxford University Press, 2004, p. 293, pp. 87–97.

[17] See Brian Z. Tamanaha, *Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law*, Cambridge University Press, 2006.

会目标,不同的司法制度也可能体现出不一样的工具效果。

另一方面,从非马克思主义的西方法学观点来看,司法与外部社会之间同样也是“工具一目的”关系。总的来看,除实证主义法学外,^[18]包括自然法学、历史法学、实用工具主义法学以及批判法学等在内的西方各主要法学流派虽对司法与外部社会的关系问题的兴趣浓淡不同、关注焦点有异、理解方式有别,但对司法与外部社会之间的“工具一目的”关系的基本看法应该说具有一致性。比如,虽然亚里斯多德没有关于司法的一般性论述,但他提出一切政制三要素包括议事机能、行政机能与司法(审判)机能并且认为追求良善生活乃是城邦之目的,那么,在亚里斯多德所讨论的城邦良善生活与作为政制要素的司法(审判)之间,何为目的,何为工具?在西塞罗主导的“法律神话”中,法律与罗马政治社会何为目的,何为工具?^[19]无论是当“自然法观念被用来论证和支持宗教与文化的不宽容、种族主义、阶级主义、性别歧视,以及大量其他的绝非普遍或必要的态度”的场合,^[20]抑或是当自然法学派学者怀抱“相信所期望的事物之为实在的信仰”,^[21]以应然尺度评价社会、以超实证的正义准则来衡量实证法是良法还是恶法,主张以具备某种特性的司法促进法治国家、法治社会时,其所预设的法律/司法与外部社会的关系,难道不是前者为工具、后者为目的?当历史法学者认为“法律无疑是‘民族精神’的产物和历史的产物”,^[22]鼓吹“体现民族意识的最好之法”,“为‘民族’法律作辩护(以替日耳曼法律所作的辩护为代表)”时,^[23]其立论是否也依赖于法律制度与外部社会的“工具一目的”关系?至于知名的历史法学者梅因,其理论中法律制度与外部社会的工具一目的的关系就更明显了,其认为,“所有进步社会的运动,到此为止,是一个从‘身份到契约’的运动”。^[24]这反映的正是视“契约自由是推动社会发展的一种主要工具”的“法律上的达尔文主义”。^[25]当批判法学自性别、种族、政治、经济、文化等角度看到法律/司法之种种不义所在进而提议改革法律/司法从而提升其正义性时,不也是认可了司法为工具、外部社会为目的?至于批判法学对资本主义法律制度、司法沦为政治、种族、经济等外部社会的工具的讽刺、批驳,不过是因为批判者不认同某些外部社会目标、不认同司法“助纣为虐”的体现。换言之,

[18] 虽然归属于实证法学或曰法律实证主义阵营的法学家各自理论侧重点不同,各自理论之间差异较大,但鉴于实证法学重心在于通过对实在法的描述性分析来刻画法律的核心特征(哈特谓之“描述社会学”),实证法学经典作品关注的通常都是“法律是什么”而不是“为生活与法律提供指引”。用格林的解读来说则是,哈特本人以及一般法理学关注的(Law)与法院所关注的(the Law)本就存在区别。(See Leslie Green, Introduction, in H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (3rd Edition), Penelope A. Bulloch, Joseph Raz ed., Oxford University Press, 2012.)因此,除非作引申性地猜度,否则很难发现实证法学作品对法律/司法应该如何与外部社会沟通的看法,“在不附加额外条件的情况下,法律的存在也不能决定任何人应该做什么”。(See Julie Dickson, *Legal Positivism: Contemporary Debates*, in Andrei Marmor ed., *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, Routledge, 2012, p. 58.)有鉴于此,本文不涉及实证法学对司法与外部社会之关系的代表性看法。

[19] 参见[美]沃格林著:《政治观念史稿·卷一:希腊化、罗马和早期基督教》,谢华育译,华东师范大学出版社2007年版,第173页。

[20] [意]登特列夫著:《自然法——法律哲学导论》,李日章等译,新星出版社2008年版,第2页。

[21] [美]布林顿著:《西方近代思想史》,王德昭译,华东师范大学出版社2005年版,第312页。

[22] [意]登特列夫著:《自然法——法律哲学导论》,李日章等译,新星出版社2008年版,第121页。

[23] [意]登特列夫著:《自然法——法律哲学导论》,李日章等译,新星出版社2008年版,第120页。

[24] [英]梅因著:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1959年版,第97页。

[25] [美]伯纳德·施瓦茨著:《美国法律史》,王军等译,法律出版社2007年版,第125、127页。

他们要批评的是司法成为这些实现“坏目标”的工具,希望的则是司法成为实现“好目标”的工具。至于实用工具主义法学,正如其学派名称所示,“法律在本质上是一种且仅仅是一种实现目标的工具,这可能是实用工具主义最具特色的思想理念”。^[26]卡多佐认为:“法院犯的有些错误起源于对某个判决的经济和社会效果,或者对该判决所回应的经济和社会需求欠缺足够的知识”,因此,判决应“反映时代影响、社会、商业以及政治的当前状况”;^[27]庞德认为:“法律是工具,而不是目的”;^[28]弗兰克主张使法律“更多响应社会需要”;^[29]卢埃林认为:“规则、法律为实现目标的工具,且仅仅是工具,且仅仅在作为实现目标之工具的情况下才有意义”;^[30]至于作为实用工具主义法学领军人物的霍姆斯法官,其《普通法》中贯穿始终的工具主义理论以及《法律的道路》中对实用工具主义诸多原则的非常有影响力的阐述,就更不用细数了。司法学理的上述观点,一定程度上印证了美国法学家萨默斯的一个判断:“但凡进步主义者所表达的法律理论几乎必定是工具性和实用性的。”^[31]

(二) 实践表现

从社会历史实践来看,法律/司法与外部社会的关系也是工具与目的的关系。学者研究发现,“法官作为一个特殊的社会角色,其司法行为的本身也在参与着变革社会”。^[32]

一方面,在人类历史上,法律/司法就是因应外部社会需求、为解决外部社会问题、实现外部社会目的而诞生的。第一,在一般意义上,法律为何会自阶级社会诞生,马克思主义法学已经作过我们耳熟能详的阐述了,比如为巩固阶级统治、维护统治阶级利益、维持阶级社会秩序等等。作为外部社会目的之工具的法律,并非限于公法,私法亦不例外。比如,在当代欧洲,“私法更多地被视为实现政治、经济、社会、文化以及其他目的的工具”。^[33]第二,一项具体的法律/司法制度,也无不是出于满足外部社会的某种需求、解决外部社会的某个问题而建立的——虽然具体规则、具体制度的目的不见得足够明晰。

另一方面,回顾法律/司法在各国的运作实践,同样可见司法之于所在外部社会的工具意义。冰岛早期历史展示了当时的“法庭只是行之方便的工具,使用与否取决于环境”;在中世纪欧洲,“代表会议和法庭一样是政府治理的工具”;“中世纪国家的两大支柱就是财政部和最高法院”;“统治者开始觉悟到维护正义不仅仅可以增加收入的来源,它也是保持权威和提高国王权力的一种途径”。^[34]这种工具意义可能表现为司法对外部

[26] [美]罗伯特·S. 萨默斯著:《美国实用工具主义法学》,柯华庆译,中国法制出版社2010年版,第49页。

[27] [美]本杰明·N. 卡多佐著:《法律的成长》,董炯、彭冰译,中国法制出版社2002年版,第65-66页。

[28] Roscoe Pound, The Need of a Sociological Jurisprudence, 10 *Crime & Delinquency* 385, 392 (1964).

[29] Jerome Frank, Mr. Justice Holmes and Non-Euclidian Legal Thinking, 17 *Cornell Law Quarterly* 568, 586 (1932).

[30] Karl N. Llewellyn, Some Realism about Realism: Responding to Dean Pound, 44 *Harvard Law Review* 1222, 1223 (1931).

[31] [美]罗伯特·S. 萨默斯著:《美国实用工具主义法学》,柯华庆译,中国法制出版社2010年版,第13页。

[32] 李德旺:《变革时代法官的知识基础和角色担当——以解读卡多佐的〈司法过程的性质〉为例》,《法学教育研究》2015年第2期,第246页。

[33] [荷]马丁·W. 海塞林克著:《新的欧洲法律文化》,魏磊杰译注,中国法制出版社2010年版,第208页。

[34] 参见[美]约瑟夫·R. 斯特雷耶著:《现代国家的起源》,华佳等译,格致出版社、上海人民出版社2011年版,第16、18、36页。

社会正面、积极的促进作用,也可能表现为司法对外部社会负面、消极的阻滞作用。之于前者,可从英国亨利二世改革及其所建立的新司法对英国国家建设的促进作用、^[35]德国检察官制度的建立对革除此前纠问式审判种种积弊的积极意义、^[36]德国联邦宪法法院为阻止政治过程自行废除基本法秩序所发挥的积极作用、^[37]美国“最高法院的宪法判决型塑国家的历史进程”、^[38]欧洲法院的“实用主义和非教义主义风格”的判决对欧洲私法的发展及积极的欧洲法律文化的形成的重大意义等一系列司法史实中得到佐证;^[39]之于后者,可从“全景敞式监狱”的诞生对形成现代“规训社会”的意义、洛克纳诉纽约州案(1905 年)判决所代表的司法取向对镀金时代美国劳工权益的负面影响中得到佐证。^[40]在更一般意义上,还可从法律促成社会变迁的无数历史实例中看到这一点。此外,即便尚未生成一项正式制度,一个司法理念、一个司法裁判也可能对外部社会造成很恶劣的负面影响。

对西方国家而言,法律/司法之于外部社会的工具意义固然在 20 世纪福利国家兴起以来表现得十分突出,但却并不仅限于福利资本主义时期。以美国为例,正如已有研究所表明的:“美国的司法在推动和监管美国资本主义经济的发展所起的作用是不可忽视的”;“可以说,美国法院所执掌的法律天平在一定程度上决定了这个国家经济发展的方向和财富分配的模式,而且关系到美国资本主义经济发展的成败”。^[41]具体一点讲,建国时期美国法的扩张性,形成时期将法律职责锚定于“为有效地发掘社会的各种资源提供所需要的法律手段”,^[42]镀金时代奉行“法律达尔文主义”而抑制触动既得利益者的社会革新,^[43]福利国家阶段法律制度重心是“从强调个人利益转到强调社会利益”,“确保公平分配社会资源”,^[44]以及 20 世纪“为经济提供法律工具”,“日益强调普遍安全中的公共利益和使法律成为维护‘法律和秩序’有效工具的需要”,^[45]看起来似乎司法风向摇摆多变,但其实不过是因司法对社会的需要是什么以及司法如何适应社会的需要的不同考量而作出的调整,其默认的都是法律/司法对社会的工具性作用这样一种“工具性法律理念”。^[46]由此看来,赫斯特(James Willard Hurst)早在 20 世纪 50 年代即提出的“法律工具论”和“能量释放说”仍是对美国法律/司法与外部社会之关系的恰切概括。^[47]此

[35] 参见程汉大:《亨利二世司法改革新论》,《环球法律评论》2009 年第 2 期。

[36] 参见林钰雄著:《检察官论》,我国台湾地区学林文化事业有限公司 1999 年版,第 16 页。

[37] 参见[德]克里斯托夫·默勒斯著:《德国基本法:历史与内容》,赵真译,中国法制出版社 2014 年版,第 121 - 125 页。

[38] [美]阿奇博尔德·考克斯著:《法院与宪法》,田雷译,北京大学出版社 2006 年版,第 1 页。

[39] 相关论述参见[荷]马丁·W.海塞林克著:《新的欧洲法律文化》,魏磊杰译注,中国法制出版社 2010 年版。

[40] 参见[美]斯蒂芬·M.菲尔德曼著:《从前现代主义到后现代主义的美国法律思想:一次思想航行》,李国庆译,中国政法大学出版社 2005 年版,第 232 页。

[41] 韩铁著:《美国宪政民主下的司法与资本主义经济发展》,上海三联书店出版社 2009 年版,第 4 页。

[42] [美]伯纳德·施瓦茨著:《美国法律史》,王军等译,法律出版社 2007 年版,第 93 页。

[43] 参见[美]伯纳德·施瓦茨著:《美国法律史》,王军等译,法律出版社 2007 年版,第 159 - 163 页。

[44] [美]伯纳德·施瓦茨著:《美国法律史》,王军等译,法律出版社 2007 年版,第 230 页。

[45] [美]伯纳德·施瓦茨著:《美国法律史》,王军等译,法律出版社 2007 年版,第 312 - 313 页。

[46] 参见[美]莫顿·J.霍维茨著:《美国法的变迁——1780 - 1860》,谢鸿飞译,中国政法大学出版社 2004 年版,第 24 - 42 页。

[47] 参见韩铁著:《美国宪政民主下的司法与资本主义经济发展》,上海三联书店出版社 2009 年版,第 21 - 25 页。

外,英国政治学家海伍德除了在美国观察到了最高法院、法官作为决策者对美国政治—社会的重大影响外,也观察到了英国自20世纪80、90年代以来“能动司法主义倾向”的“明显高涨”。^[48]

三 作为有计划社会变迁工具的中国司法

具体到中国司法与中国社会的关系,本文认为中国司法是工具,而中国社会有计划变迁进程推进与目标(“更美好社会”)达成才是目的。下文将讨论在促成中国社会转型达致“更美好社会”的过程中中国司法与中国社会之间的沟通关系及其特点。

(一) 中国司法是制度性的工具

第一,定位中国司法必须看到其是当下社会、政治体制下的一个正式制度。中国司法的制度性,从另一个角度讲也就是其官方性。不少学者的研究早已发现了司法的制度性特点。比如,“司法部门归根到底还是国家的一个部门”,^[49]“司法既是法律制度也是政治制度”。^[50]具体到本文所讨论的中国司法,始终指的是以法定权力(司法权、审判权、检察权、司法行政权)、法定制度(审判制度、检察制度等)、法定机构(人民法院及其派出法庭、人民检察院)、法定人员(法官、检察官、司法警察、书记员等)为核心构成要素的一套组织严密的制度。这套制度乃是当下政治—社会制度的一个组成部分,是人们通常所说的政治体制、社会体制、法律体制的当然成分。当然,制度性并非中国司法的特有属性,而是现代各国司法共享的特点。对此,费斯特别提示:“法官不能被孤立地看待,而应被视为作为政府权力的来源之一的大规模政治体系的组成部分。”^[51]

第二,制度性或者说官方性决定了中国司法在对社会转型发挥其工具作用时的特点。在司法与其他社会变迁工具的比较中,这一点可以看得更明显。一方面,较之于通过其他非制度性、非官方性的策略实现转型,中国司法在发挥其工具作用促成社会转型的过程中,可能的活动余地更大,获得主导政治力量的认可的可能性更大,法治化程度更高,通常也更具有权威性,因为这是一种体制内的变革,是体现官方自己立场的“动作”。另一方面,也同样源自其制度性或者官方性特点,较之于其他非制度性的社会变迁策略,中国司法在促成社会转型的过程中,亦可能动力不足、尺度受制、权威受限等等。这些问题对置身于大转型中的国人来讲,应该都不陌生。比如司法可能顾及既得利益不愿促成社会转型,^[52]司法作为官方制度其行事面临比非正式策略更多的制约(比如程序约束)、民众若欠缺对体制的信任亦会波及对司法的信任等等。

[48] [英]安德鲁·海伍德著:《政治学的思维方式》,张立鹏译,中国人民大学出版社2014年版,第280-281页。

[49] [意]莫诺·卡佩莱蒂著:《比较法视野中的司法程序》,徐昕等译,清华大学出版社2005年版,第22页。

[50] Frank Cross, Judicial Independence, in Keith E. Whittington, R. Daniel Kelemen and Grerory A. Caldeira Ed., *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford University Press, 2008, p. 572.

[51] [美]欧文·费斯著:《如法所能》,师帅译,中国政法大学出版社2008年版,第68页。

[52] 关于当下既得利益者对社会转型的阻滞,参见杨汉平:《防止利益冲突 维护司法公正》,《人民法院报》2012年5月30日第8版;清华大学凯风发展研究院社会进步研究所、清华大学社会学系社会发展研究课题组:《“中等收入陷阱”还是“转型陷阱”?》,《开放时代》2012年第3期。

第三,制度性特点也是我们思考如何改进中国司法之于社会转型的工具效果时必须考量的因素。一方面,制度性或者官方性意味着正式性、系统性,因此每当论及改革司法时,势必意识到改革可能产生的系统性影响。出于推进社会转型、促成社会转型目标的达成这一“目的”考虑,改善中国司法这一“工具”(司法改革)实属必要;但面对制度性、系统性存在的中国司法及相应的制度、机制,无论意在促成何种目标,改善中国司法都不可能像白板作画一样自由、随意。也就是说,对于制度性存在的中国司法,要想改革其某一细部机制,可能都必须依赖司法制度的系统性改革,比如案件管理改革、审判管理改革;同样,针对某一细部机制的改革,也可能对整个司法产生系统性影响,比如审委会改革。另一方面,正是由于制度性带来的前述种种复杂性,改善司法回应外部需求、通过司法促成社会转型,其过程难免曲折、艰辛,效果也不可能立竿见影。政治支持、民众信赖、社会容忍以及时间不过于紧蹙等等,都是完成这一转型的可贵支撑条件。

(二) 中国司法是有计划社会变迁工具

第一,提出这个判断,前提是“中国社会转型是一个有计划的社会变迁过程”这一基本认识。在这个前提下,“中国司法是中国社会转型的工具”这个定位,就可以进一步具体化为“中国司法是有计划社会变迁工具”。显然,只要认同中国社会转型的计划性、人为性、非自发性,而且认同国人也不可能希望中国社会转型等于一个“随便怎么转都行、随便转向何方都行”的放任自流过程,也就是认同了“中国社会转型是一个有计划的社会变迁过程”这个基本看法。

第二,这一判断仅指涉中国司法之于中国社会转型的工具意义的积极的一面。中国司法之于中国社会转型的工具意义具有正、负两面的可能,既可能体现为积极、正面的促进,又可能体现为消极、负面的阻碍。就中国司法以触发转型、引导转型、保障转型、促进转型等形式所表现出的对于中国社会转型的积极的、正面的工具角色而言,本文以“有计划社会变迁工具”这一表述概括之。

第三,这一判断与关于中国司法工具性的另一个判断(即作为制度性的工具)是相容的。谈论中国司法作为社会转型工具的制度性一面,乃是为了凸显司法与体制外的、非官方的、非系统性的社会变迁策略的区别;提出中国司法作为有计划社会变迁的工具,则是为了强调中国司法对于中国社会转型的最主要的正面意义,就是作为有计划社会变迁的工具推动转型的顺利推进。相比而言,后一判断比前一判断更为具体、针对性更强,但这两层认识并不冲突。综上,可以将中国司法的定位进一步概括为“实现有计划社会变迁的制度性工具”。

(三) 中国司法是累积性社会变迁工具

第一,这一判断的前提是对司法沟通外部社会之基本方式(即司法运作规律)的尊重。一则,从学理上讲,司法运作必定应该是以个案裁判为核心的。因此,无论是司法意在发挥回溯性地解决个案纠纷的作用还是通过裁判意见澄清法律涵义、发展法律规则的作用,无论司法意在通过裁判宣示是非对错标准还是向外部社会传达规则理念或者引导外部社会发展方向,司法都不可能更不应该离开个案裁判这一媒介。相反,司法实现上述任何目的都应该只能是通过个案裁判且以个案裁判为基础。简言之,司法对外部社会发

挥作用,必然应该是个案性的。二则,从司法实践史来看,衡诸人类社会创立“司法”这一建制以来的历史,即便是在美国常被视为能动司法鼎盛时期的“沃伦法院”(1953—1969)时代,或者是在司法引致社会良性发展的各个历史阶段,由司法向外部社会提供一揽子解决方案、因司法引致社会一夜巨变的情形,都不曾有。职是之故,即便对经由司法促成中国社会顺利完成转型寄予厚望,但若忽略司法累积性(个案性)特点,往好了说是过于理想主义,往坏了说也就是空想。

第二,这一判断描述了中国司法在社会转型中发挥工具作用的基本方式,即仅在于能够通过识别外部社会的正当需求、个案性地供给司法产品、个案性地向外部社会释放其效应。要言之,中国司法应当且仅应当以司法的方式促成社会转型,达致“更美好社会”。所谓“以司法的方式”,其实就是以司法为中心的法律系统之“封闭运作”特征的具体呈现。^[53] 中国司法对社会转型的工具效果只应该是通过个案裁判一点一点发挥出来的,对社会转型的促进作用也只应该是通过个案裁判一点一点积累起来的,司法对社会转型不应该也不可能产生一步到位的促进效果。

第三,这一判断暗示了通过中国司法促成中国社会转型所具有的突出优点与限度。首先,这种优点就在于能够降低系统风险、减少社会动荡、避免社会转型中出现一步出错、全盘溃败的局面。^[54] 因为累积性,通过司法显然不可能引致“社会一夜变好”的巨变。这一点与中国“渐进式改革”这一社会转型方式及其追求是一致的。^[55] 其次,通过司法也不可能导致“社会一夜变坏”的巨变。以司法作为社会转型的主要策略或者工具,做好了,可以一点一滴产生累积性的促进作用;做坏了,还只是个案错误,还有改正错误的机会。因此,相比于暴力革命、暴力社会运动以及其他一揽子解决方案,累积性特点正是司法的优势所在。因此,对于本就具有试错性的社会转型过程,司法具有不可替代的意义。最后,只能个案性地向外部社会提供产品、也只能个案性地向外部社会释放其效应,可能意味着司法在供给与效应方面存在局限。这一点,正是认识中国司法之功能限度问题时应当特别留意的。

第四,这一判断隐含了面对中国司法的应有态度。关心社会转型的人们对中国司法寄予厚望、祈盼其在促成社会转型方面有更好的表现,固然是可理解的正当心态。从这个意义上讲,人们对中国司法批评如何激烈、要求如何严苛、期望值如何之高,都可以理解。毕竟,若非“看得起”司法,何来批评、苛责与期望司法呢?但是,从理论检讨、制度设计以及实践操作的角度讲,也必须正视司法的固有特点,承认其所不能。否则,指望通过中国司法一夜之间就化解转型中的问题、实现转型目标,既有违司法规律,又不切实际,而且还反倒会造成中国司法“不可承受之重”。

(四) 中国司法是平和可控的有计划社会变迁工具

和“累积性”判断一样,这一判断关注的也是中国司法在发挥其对于社会转型的工具

[53] See Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, Klaus A. Ziegert trans., Fatima Kastner, Richard Nobles, David Schiff and Rosamund Ziegert ed., Oxford University Press, 2004, p. 293, pp. 87–97.

[54] 在多样性的条件下简单地推行一个标准化的、简单的、完美的方案,往往导致灾难性的后果。参见[美]詹姆斯·C. 斯科特著:《国家的视角:那些试图改善人类状况的项目是如何失败的》,王晓毅译,社会科学文献出版社2004年版。

[55] 参见孙立平:《社会转型:发展社会学的新议题》,《开放时代》2008年第2期。

意义时在作用方式及效果方面所具有的特点,即平和可控性。首先应说明的是,从涵义上讲,平和性与可控性不完全等同,前者的参照是暴力性,后者的参照是不确定性。但考虑到平和与可控实则彼此依存,故本文将两者合并表述。

第一,提出这一判断的参照点是司法之外的其他暴力不可控的有计划社会变迁策略或工具。社会学研究认为,在一般意义上,有可能被用作实现有计划社会变迁的策略或者工具的,除了司法或诉讼,还包括“革命”以及“叛乱、骚动、政变、各种形式的暴力抗争运动、静坐抗议、抵制、罢工、游行、社会运动、教育、大众媒体、技术革新、意识形态以及各种有计划但非法律的社会变革行为”等等。^[56] 对比起来,不难发现平和可控性是司法的突出特点,而暴力、不可控则是上述其他变迁策略或工具的明显特性。

第二,这一判断是从司法发挥其工具作用的过程、方式与效果三个方面对司法特征的概括。从其实际表现来看,司法工具在向外部社会发挥其作用时,不仅作用的过程(以事实认定、法律适用为核心的司法裁判过程)、方式(输出裁判、充当符号等)具有平和可控性,而且其效果(个案性的司法产品及其外部效应)也具有平和可控性。而本文所谓司法的平和可控性,同时指涉上述三个层面的平和可控性。

第三,这一判断同样暗示了中国司法对社会转型发挥工具作用方面的优势。一方面,与社会学意义上的其他具有暴力性的社会变迁策略或工具相比,司法的平和可控特点决定了其在避免动荡、降低转型风险方面具有突出优势。中国司法的这一优势与司法的累积性特点之间具有内在关联。另一方面,正是中国司法在促成社会转型方面具有平和可控的特点,决定了通过司法促成中国社会转型具有更高的可接纳性。换句话讲,在和平、稳定备受珍视的当今中国,人们更可能采纳、更愿意容认的,显然是和平的方式,而不可能是暴力的方式;更可能是可控的方式,而不可能是充满极大不确定性的不可控的方式。

四 结论及延伸

在社会转型语境下,本文尝试借取卢曼法律系统论的理论洞见,自司法与社会其他子系统之间的沟通关系角度观察中国司法之结构性位置,认识中国司法与中国社会的沟通关系。取径卢曼法律系统论的上开观察与认识,在学理层面一定程度地挑战了认为“通过司法促成社会变革”几近美国“专擅”的这一“弗里德曼命题”。讨论偏重的应然视角意味着,若由此竟以为中国司法事实上已经有效地促成了中国社会建设,则过于仓促。

本文尝试用“中国司法是一种制度性、累积性、平和可控的有计划社会变迁工具”这一命题来刻画中国社会转型进程中司法与社会其他子系统之间恰切的沟通关系。此一命题不仅寓示了对中国司法其他诸方面问题(比如中国司法如何回应源于外部社会的各类需求)可能的理解进路,而且寓示了司法建设可能采取的操作方案(比如设置匹配结构性社会矛盾纠纷之诉讼机制或模式的正当性与必要性)、依赖条件(比如政治支持、社会容忍以及民众信任等)以及某一司法建设举措可能产生的实际效果(比如是“化整为零”

[56] Steven Vago, Steven E. Barkan, *Law and Society* (eleventh edition), Routledge, 2018, p. 217.

还是“一揽子”地促成变迁)等。

鉴于中国司法之于中国社会转型之特定“工具”地位,进入攻坚阶段的转型势必更为倚重司法这一具有独特优势的社会变迁策略以个案累积性地推进转型。为稳妥地推进转型,中国司法应当而且能够承载的社会建设功能除了随机个体性纠纷的司法式解决外,还包括系统结构性矛盾的司法式解决。为承载个体性纠纷解决与系统性矛盾化解两项功能,中国司法自身的建设除了一如既往地注重个体性诉讼机制的完善,还应弥补结构性诉讼机制之缺漏。由于中国司法之于社会转型的“工具”意义始终必须以个案的司法解决为媒介来体现,故以社会矛盾类型化为根据而对案件予以类型化区分就有其意义。然无论是通过何种类型的个案司法发挥中国司法之于社会转型的累积性推动作用,人民对司法的信赖都是最不可或缺的支撑。

[本文为作者主持的2020年度兰州大学“中央高校基本科研业务费专项资金”科研创新团队建设项目“司法治理能力现代化的配套制度供给及完善研究”(2020jbkytd001)的研究成果。]

[**Abstract**] The issue of orientation of the administration of justice in China in the transitional period is in essence an issue of basic relationship between administration of Chinese judiciary and external society. Based on this understanding, this paper defines the administration of justice in China as “one kind of institutional, cumulative, peaceful and controllable instrument of planned social transition”. In this definition, “institutional” refers to the difference between administration of justice and non-institutional, unofficial and non-systematic strategies of social transition; “cumulative” emphasizes that administration of justice should and can promote social transition only “in a judicial way”; and “peaceful and controllable” highlights the advantages of promoting social transformation through administration of justice, namely avoiding transitional turbulence and reducing transitional risks. The justification of the unique role of administration of justice in China in promoting social transition “in a judicial way” does not equal to the confirmation of legal/judicial instrumentalism, because the former adheres to, whereas the latter abandons, the closed nature of the operation of the judiciary. Clarifying the system-function orientation of administration of justice in China is the theoretical starting point of understanding the functions and limits of administration of justice in China in the process of planned social transition. It can also reveal the reasons why administration of justice is indispensable to the modernization of state governance capacity and system in China and what limitations it has in this respect.

(责任编辑:田 夫)