

反思法院制度：意旨、对象与路径

左卫民

(四川大学 法学院, 四川 成都 610064)

摘要:作为研究对象的法院应当是肩负着以第三者身份与地位来解决纠纷的根本职责,并具有“合法性”的社会公共权威组织。研究路径之一是以现代化理论作为分析框架,在扬弃现有传统研究方法的基础上,注重“理想类型”、功能主义等研究方法。

关键词:法院制度;研究的意旨;对象;路径

中图分类号:DF82 **文献标识码:**A **文章编号:**1000-5315(2005)03-0028-09

在现代中国法学研究中,司法制度尤其是法院制度曾经是一个长期被学者关注不够的领域,尽管最近若干年来这一情况有了显著变化,但笔者认为,基于以下考虑,反思法院制度的意旨、对象与路径理当是学界尤其法学研究工作者的基础课题之一。

一 研究的意旨

以法院制度为研究客体,主要是基于如下考虑。

首先,法院制度在实践层面上具有重要意义。毫无疑问,在人类社会的各种制度中,法院制度源远流长。按照霍贝尔的观点,原始形态的法院甚至存在于初民社会之中,尽管此法院的形式特征迥异于现代社会的法院[1](27页)。迄今为止,法院制度的运作一直贯穿人类社会的发展进程。不仅如此,法院还具有重要作用。在现代某些国家,法院制度起着异乎寻常的作用。托克维尔在1834年访问美国时就发现并指出:在美国发生的未曾解决的政治问题,迟早都会变成司法问题[2](310页)。所以,没有哪个国家创制过像美国那样的强大司法权。同样,在历史上也曾出现过作用甚广的法院。欧洲中世纪的庄园法院、教会法院和封建领主法院均在各自管辖权区域内享有广泛的立法和行政权力,以致安德

森认为司法是政治权力的中心形式[3](396页)。

其次,迄今为止对法院制度的研究尤其是从类型学角度的研究尚不充分。一方面,对法院制度的整体性、宏观性的研究不多。中国学者研究法院制度者实属少见(朱苏力、贺卫方等当属佼佼者),外国学者研究此问题者也不多见(夏皮罗和达马斯卡堪称其中有深入研究者)^①。尽管不乏优秀成果,如美籍华裔学者黄宗智对清代民事审判制度的研究,日本学者滋贺秀三、夫马进等对中国传统司法制度的研究,以及瞿同祖、张晋藩、郑秦、陈光中、沈国峰等人的相关研究^②,但研究还有待进一步拓展。显然在肯定现有研究价值与意义的基础上,我们还需要更加深入地展开对法院制度的宏观研究。

二 研究对象的界定

以法院制度为研究对象,当然涵括静态与动态意义上的法院制度,研究对象似乎相当明确,然而细究起来问题颇多:什么是法院,或者说依据何种标准来认定某机构或人员为法院与法官,至今仍众说纷纭,未有定论,以致影响到研究对象的实际范围。一种理论认为,判定某一社会是否具备法律与法院的标准在于是否具备特许的强制力、官方的权威和常

收稿日期:2004-09-18

作者简介:左卫民(1964—),男,四川成都人,四川大学法学院教授,博士生导师。

视性,如果某人得到社会认可,可以合法行使人身强制,且这种强制及相关处理是依照该社会既有的法律原则或习惯规范,那么这一社会便存在法律与法院。依此标准人类社会自形成之日起便存在法院,尽管它可能不同于现代意义上的法院。对此,霍贝尔作了深入分析。他指出,在前文字社会中,依照上述标准可辨识出原始形态的法院,如美洲印第安人村庄的部落议事会,西非阿散蒂人由酋长、长老及其亲信组成的“法院”,它们虽然不是“职业性”法院,也不每天开庭审判,甚至不总是采取强制措施,但就总体而言,它们依然具有法院的“样式”。在某些极端或原始的场景中,一些明显缺乏组织性、固定性的人员亦可视作“法院”,比如,爱斯基摩人在处理杀人者时,热心社会公益的人士找到社区的全部成年男子交谈,如他们均同意处死杀人犯,他便有权以社会名义剥夺杀人者的生命[1](26—27页)。

对这种观念提出异议的主要是在一些国家包括中国长期流行的一种主流观念。它认为,国家、法律与法院是人类社会进化到一定阶段的必然产物。其产生的基本条件是由社会分化而导致的不同利益集团之间的激烈冲突与斗争,在根本上,法院是服务于占据优势地位的统治集团需要的国家暴力工具。实际上,这种纯粹工具意义上的法律与法院非常类似诺内特和塞尔兹尼克所描述的压制型法。在这种法类型中,国家与法院不顾及被统治者的利益或否认它们的正统性,法律认同于国家,服从于国家利益,法院与法律机构的首要目的在于维护社会安宁,法官以刑法为关注的中心。法院的刑事制裁成为表现法律权威的典型方式[4](31—40页)。

盛行于近现代社会的一种观念对上述两种观念均不表赞同,认为所谓法院应从下列方面予以判定,首先是自治性,即机构、方法与职业是否具备自治性。详言之,法院应与其他机构分离。以审判为专享,其适用法律规则时使用的论证方式不同于其他理论与实践中运用的论证方式;同时,因法律实践活动还形成一个特殊的法律职业集团,他们在相同背景下运作司法理论与实务[5](46—52页)。其次是普遍性,即法律针对广泛确定的各种人与行为,且法院在适用法律时,不偏袒任何特定的个人、集团或阶级。再次是法定性,即并非任意纠纷处理机构都可称作法院,只有由官方与社会依明确规范认可的机构才是法院。因此,行政机关虽可能在特定情况下

行使纠纷解决权如美国20世纪出现诸多有权行使“准司法权”的独立委员会,但它本身不是法院。

上述三种关于法院的界定都不无道理,但其理解也都仅是问题之一隅。依照第一种见解,法院是一种公共性权威机构,且依照常规来处理纠纷。这无疑符合我们所目睹之普遍司法现象,但它本身没有表明司法固有的政治与意识形态色彩和功能,而这正是第二种观念的精髓所在。不过,仅仅从对立与冲突、优势集团之工具的角度来界定法院也是不够的。因为其他国家力量同样行使着这些功能,仅此无法区分法院与其他国家机构的界限。第三种见解恰恰弥补此不足,它更注重分析、把握法院制度与其他制度的区别。由此,形成有关法院独特性之认识。但依此观之,则古代社会中并不存在普遍的法院制度,如此狭小地界定法院显然不符合我们对司法制度史的一般看法,也缺乏有力论证。

尼采曾言,只有非历史的存在才可能被赋予恰当的定义[6](13页)。此话对上述定义争论可谓最好的脚注。对于法院制度,我们有必要在扬弃上述见解的基础上界定其一般特征及相应工作概念,这一概念与相应标准得具有相当之普适性,可以包含为学者与社会所大致认可的司法现象,如古代司法,而不能局限于非常特定之范围,如仅以近代以来的西方法院为考察样板,或者涵盖面过广,以致将霍贝尔所说的由受害方或其亲属担任并直接实施的、没有第三方介入且仅由公众舆论支持的处理也算作法院诉讼[1](26—27页)。据此,我们以为,适当的法院特征应如此界定。首先,它以解决纠纷为根本职责。换言之,对人类社会个人、组织、国家之间所产生的各种矛盾与冲突予以裁判是法院产生并活动的前提和对象,也是法院活动区别于其他人类活动形态如物质生产、精神产品创造及国家日常管理活动的根本区别。其次,法院是具有“合法性”的社会公共权威组织。这意味着法院的裁判活动得到社会的普遍认同。换言之,社会是以明示或默许的方式赋予、承认特定机构或个人具有纠纷解决权,它可以社会整体名义行使审判权力,且可以以社会名义和公共资源来强制有关各方遵守。因此,法院解决纠纷的职能不是由任一案件当事人意志所决定的,当事人双方选择纠纷解决方式的承诺仅是法院制度产生的条件,而社会的认同与支持才是法院制度存在与运作的关键。本质上,法院制度乃是一种社会在长期

发展过程中自发发生的秩序,尔后才逐渐为统治者规制为正式的制度构造。需要指出,近代意义的国家,也就是吉登斯所称之“民族—国家”,是15、16世纪之后方在西方世界形成,尔后逐渐扩展至全球范围的,此前之国家形态虽有诸如中国这样的“绝对主义国家”,但亦有以中世纪欧洲为典型的封建制国家,以及存在于前文字社会中的原始国家形态。在这些国家形态中,法院并不都具有现代法院那样的组织性和常规性。因此,近代以来“民族—国家”框架下的“国家法院”并未构成法院制度之一般特征,而公共权威组织的概念更适宜定义广泛的法院制度现象。再次,法院以第三者的身份与地位来处理纠纷。这是法院区别于冲突双方自行解决纠纷的各种形态如决斗、战争、命令—服从关系之处。正如夏皮罗所说,任何社会法院的基本概念都在于冲突双方在发生不能自行解决之冲突时,由第三者出面解决之[7](434页)。实际上,这种付诸第三者解决的“三角关系”可谓法院存在与运作的基本社会原理,它完全可产生于普通常识,能够也必然跨越不同时空条件而普遍发生。

三 研究的基本路径

在界定研究对象的前提下,我们有必要明确研究的基本路径,即根据什么理论、运用何种方法来探讨法院制度。

(一)现代化理论的借用:一个重要的分析框架

现代化理论产生于二战以后,特别在20世纪60、70年代,学者们在持续的研究过程中逐渐建构与发展了现代化理论^③,形成诸多见解既相似但也不同的流派。对于何为现代化,他们从不同角度展开论述,可谓见仁见智,莫衷一是^④。因此,期望在本文对此进行包罗万象之讨论是不现实的和远离主题的,即使简明扼要之引介也难免挂一漏万。所以,依据著名学者亨廷顿关于现代化之特征的概括对其过程作轻描淡写也许是我们这里的一个合理选择。根据亨廷顿和大多数研究现代化的学者的观点,现代化具有九大特征。(1)现代化是革命的进程。因为这两种社会根本不同,从传统型到现代型的转变必然涉及人类生活方式根本的整体性的变化。(2)现代化是复杂的过程。即它包含着人类思想和行为一切领域的变化,而不能简单归纳为某一种因素或某一个范围。其组成部分至少包括工业化,城市化,社会流动、分化、世俗化,传播媒介的扩大,文化和教

育的提高、参政范围的扩大等等。(3)现代化是系统的过程。现代化的各个因素极为密切地联系在一起。一个因素的变化将联系并影响到其他各种因素的变化。(4)现代化是全球的过程。现代化起源于15、16世纪的欧洲,现已经成为全世界的现象,一切现存社会都已经或正在成为现代化社会。(5)现代化是长期的过程。现代化所涉及的整个变化需要时间才能解决,这种时间要以世纪来计算。(6)现代化是有阶段的过程。一切社会现代化的过程都可区别出不同的水平或阶段,存在一个过渡的过程或阶段,且这一过渡阶段还可划分出八个小阶段。(7)现代化是一个同质化的过程。传统社会可能以许多不同的类型存在,以至有人以为其除了缺乏现代性外,几乎没有其他共同之处。相反,现代社会却有诸多相似之处。现代化在社会之间产生了集中的趋势。(8)现代化是不可逆转的过程。虽然在现代化的过程中某些方面可能出现暂时的挫折和偶然的倒退,但在整体上现代化是一个长期的趋向。(9)现代化是进步的过程。现代化的转变期间尤其是初期,代价与痛苦是巨大的。但从长远看,现代的社会、政治和经济秩序所取得的成就足以对此弥补,它增加了全人类在文化和物质方面的幸福[8]。

亨廷顿对现代化过程的描述,是基于实证经验的理性归纳。它不仅得到欧美学界的认同,也为中国学者所首肯。钱乘旦、陈意新认为,亨廷顿所总结的几大特征其本质是对现代化进程的一种较完备总结与描述[9](33页)。

需要指出,现代化论述在整体上不仅仅是一项庞大的理论体系,而且也是对一种实实在在的现实运动之描述。作为理论,它不仅是一种分析问题的框架与结构,同时也是对实际生活的理论观察与提炼。作为实践,它是一种发源于西方逐渐扩展至全球的运动,至今仍在不少发展中国家持续进行。对此,中国学者与实务者都予以认同。在理论上,中国学者特别是历史学者在20世纪80年代中期正式投入现代化研究,其代表人物为罗荣渠与章开沅教授,罗荣渠提出了“外源性现代化”、“内源性现代化”等理论命题[10](169页)。同样,哲学家们也不甘落后,他们认为,中国社会的现代化实际上是一个客观的历史过程,且不自今日始[11](1页)。在实务中,早在20世纪70年代中期,中国政治领导人即提出“四个现代化”的政治目标。

基于两点理由,我们认为完全可以运用现代化理论来论说法院制度包括中国的法院制度^⑤。首先,我们认为,包括法院制度在内的法律制度是特定社会形态不可分割的有机组成部分,如果我们把现代化视为涉及方方面面的整体变化过程,那么就不得不承认包括法院制度在内的法律制度同样存在一个现代化问题,同样可依照现代化有关理论加以分析。其次,法制现代化的概念与命题已为中外学者所接受并深入讨论,而司法现代化与法院制度现代化的概念及命题虽然较少,但亦有学者论及。在国内外学者中,昂格尔对法律与现代化的有关问题作过深入探讨;日本学者川岛武宜就现代化与法的有关问题作过研究;梅因将社会与法制发展进程视为从身份到契约的观念亦可归于此类。在中国大陆,自20世纪80年代后期以来,已有学者开展此方面的研究。其中,公丕祥主持的《中国法制现代化历程》一书堪称代表之作。公丕祥明确提出中国法制有一个传统向现代化的转型过程,在研究论文与专著中力图建构并提出一个超越国界的一般法制现代化图案^[12]。此外,虽未直接以法院制度为论证主题提出有关明确概念,但夏锦文、谢晖等在讨论中国诉讼法制现代化问题时,已对法院制度的若干问题有所触及^[13]。谢晖更明确提出了司法现代化的命题^[14](454—499页)。我国台湾学者邱联恭亦提出并论证过司法现代化的概念与有关命题。尽管这些探讨尚待商榷,尤其是司法现代化的论述尚属初步,但其以现代化角度为研究出发点本身就值得肯定。

当然,在法院制度研究方面对现代化理论范式的借鉴还需要建立在以下基点之上。其一,必须明确,在法院制度研究领域内,对现代化理论的运用或者是一种背景性运用,或者是工具性使用即对其概念范畴的借用,且这种使用多限于宏观之类型区分,对微观、中观问题如现代型法院制度具体特征的阐释可能适用,但不是完全的、绝对的。在研究问题时,我们可能还需要其他理论成果。其二,现代化理论尽管纷繁复杂,但其下述见解构成我们讨论法院制度现代化的基本理论资源。一是传统与现代两分法,即把社会形态分为传统社会、现代社会,相应国家形态分为传统国家与现代国家,并使用传统性与现代性的概念与术语来涵指传统与现代之一切差异^[15]。二是传统与现代之特征差异。概而言之,传统社会与国家同现代社会与国家在诸多方面存在差

异,以致两者整体上呈现出截然不同的面貌。这种不同既可参见前述之观点,也将在后文中逐渐提及。当然,传统社会与国家是一个包含力极大的概念,其内部可能存在千差万别,但就整体而言,它基本不具备现代社会所具有之特征。三是,在全球范围内,自传统向现代的转变趋势是整体的、互动的、持久的和不可逆的。其三,我们对法院制度的研究即是一种类型学研究,本文所说的传统/现代法院乃是对现实的一种概念上的选择性重构。(具体的论证见下一个问题即方法论内容的说明)。

据此,我们提出一对理论范畴,并通过具体的考察与分析揭示了一个相关的命题:在世界范围内,存在两种主要的法院制度类型——传统型法院制度与现代型法院制度,两者整体形态差异较大,由前者向后者转化乃是不可阻挡的历史趋势^⑥,中国法院制度也走着同样的道路^⑦。

(二)若干研究方法

就既有的研究特别是中国学者的研究而言,如前所述,对法院制度的研究大都运用传统的社会理论范式,或者采用逻辑方法为主体的理性主义研究方法,或者注重因果关系,采用历史主义的方法^⑧。理性主义方法是从若干公理性假设出发,论证一系列相关命题,如熊先觉对中国司法制度的探讨即属于此。历史主义方法则注重对客观现象原因与结果关系的研究,这在中国古代司法制度研究领域中最常见,如瞿同祖在《中国法律与中国社会》中的有关研究,张晋藩、陈光中、沈国峰、郑秦的有关研究注重在历史经验与素材的基础上进行。相对于理性主义的探讨而言,中国学者以历史主义方法所进行的探讨似乎更具可信性,而理性主义的探讨由于理论预设的流变,则可能发生动摇。

国外学者的研究有所不同。这种不同不仅在于分析、思考现实问题时所使用的概念与术语有异,更重要的是认识框架不同,虽然讨论中国的问题乃至使用中国本土的概念和术语,但支撑性学术资源是西方社会科学方法论和相应的学术传统。这一点,日本学者和美国学者的研究均表现得相当突出。黄宗智的探讨背景之一为韦伯的法律二分法。而滋贺秀三、寺田浩明、岸本美绪等的理论研究深受西方主流学术的影响,如寺田浩明学术理论体系的背景参照系就是西欧“前近代”与“近代”类型的规范秩序^⑨。

毫无疑问,对既有研究的价值应当充分肯定,但这并不妨碍我们运用其他成熟的社会科学理论方法来探讨亘古不变的学术命题。惟有如此,学术也才能发展与进步。因而,既应注重运用法理学、诉讼法学相结合的方式探讨制度的有关问题,更要注意借鉴运用其他方面主要是政治学、哲学、社会学、经济学的成熟方法论、新型方法论来探讨法院制度的有关问题。作者在近年发表的若干关于法院制度的论述中采用了如下研究方法。

1. “理想类型”方法

“理想类型”是韦伯采取的最主要研究方法之一。在韦伯的思想中,这一概念可以简单地描述为:仿效自然科学研究中普遍采用的“理想模式”方法,先进行超经验的、纯观念的研究,然后再以这种研究假设的“理想类型”作为参照系来解释经验的、现实的对象和关系。韦伯将“理想类型”分为两类,一类是“历史学的理想类型”,如《新教伦理与资本主义精神》一书中的“资本主义文化”、“教会”等;二是“社会学的理想类型”,它在具体的历史过程中很少存在,但作为一种抽象原则或典型却又应当在任何时空条件下都可能存在,所以又称为“纯粹的理想类型”,最为著名的当属韦伯对三种“权力类型的分析”[15](6页)。具体而言,这一方法可作如下描述。

(1)理想类型是一种思维建构的解释工具

理想类型是一种思维的建构,亦即经由价值关联而建立起来的思维图像^①。“我们用抽象的经济理论来说明这个被设想为历史现象的‘理想’的综合建构,它能为我们提供一幅基于交换经济、自由竞争和严密性行为原则组织起来的社会条件下商品市场各种事件的图景。”[16](89—90页)。实际上,理想类型与具体事物并不是一一指称的关系,它只选择那些对研究者有意义的因素,而有意地忽略其他因素。其目的是把历史与现实中错综复杂的关系与过程,统一到一副思想与历史一致的秩序图景中,这种统一并不是现实的,而是观念的,如作为“理想类型”的“资本主义”,在现实生活中是不存在的,但它可以用来与存在过的或正存在着的历史个体进行比较,找出它们之间的差距,并力图说明存在这些差距的原因。

需要强调的是,“理想类型”尽管是观念构造物,但并不是研究者随心所欲地构造的,而是由处于特定阶段的“历史文化现象的逻辑和规则构成的”[17]

(34页),它只是一种可能性,这种可能性与现实性之间到底有何因果关联,则必须经由经验性的因果规律来判断。因而,因果关系也是“理想类型”的重要内容,尽管对这种因果关联的认识不是目的,而只是手段[16](79页)。

(2)理想类型是价值关联与价值中立的连接

如前所述,尽管韦伯将“价值中立”作为社会科学方法孜孜以求的目标,但他并不认为社会科学研究中可以完全剔除价值因素。韦伯的社会学被称为“解释社会学”也表明了这一点^②。对“理想类型”,韦伯认为它“并非”与价值判断毫无关联,与所谓“完美”的理想毫无共同点,它们的关系,是纯粹逻辑上的关系[16](98—99页)。

但是,因为“理想类型”的构建是用于与现实情况作对比的参照系,因此,在现实与理想的比较中,可以让事实来说明问题,研究者无需作出自身的价值判断。可见,“理想类型”与韦伯倡导的“价值中立”并不矛盾。在社会科学研究中,“价值”只是研究者决定研究对象,遴选和忽略一些事实的工具,在这一点上,它与当代哲学解释学的“偏见”、“前理解”、“前结构”、“效果历史”等意义是相通的。

实际上,“理想类型”方法一直为社会学所使用,韦伯不过是将之系统化、理论化而已。法学界广泛使用这种方法的最为有名的例子莫过于伯尔曼的《法律与革命》一书。本文前半部分就是对法院制度所作的类型化研究,“类型化”一语本身即表明本文是对理想型法院类型的分析。也就是说,我们将根据法院制度中最基本的事实关联,建构合理的理想形态,然后借助这些理想形态去考察、比较法院制度的各个层面。当然,这种研究对象不是与现实生活中的法院制度完全对应的,这些理想型法院制度在现实生活中很难或者说不具备完美形态,同一社会完全可能同时存在不同法院制度类型之特征与要素,尽管该社会的法院制度在基本形态上可能更接近于传统或现代型法院制度^③,这是由现实社会的复杂性所决定的。对法院的传统/现代的二元划分模式本身即表明了这是一种观念中的、纯粹的法院。实际上,从历史的、现实的角度看,并不是所有的法院都在方方面面具有同样的特征,它们之间也有差异,只不过这种差异或大或小,且不为研究者关注而已,但这并不意味着我们抹煞了它们之间的区别。

最后,我们想表明的是,“理想类型”本身是价值

关联与价值中立的连结点,它本身并不是“去价值(devalue)”的。实际上,对法院的传统/现代划分并不仅仅是对这两种法院之间的差别的概括,同时也反映了研究者的价值立场与态度。需要特别指出的是,由于20世纪救亡与启蒙双重主题的深远影响,“现代化”被认为是可欲的、理想的,况且中国法院也正在经历一场向现代迈进的革命,因此,我们对传统/现代法院所作的比较中将不可避免地带上自身的价值“偏见”(哲学解释学意义的)。

2. 功能主义方法

功能主义方法是社会科学中极为重要的方法,在法学中,尤其是在比较法学中的应用极其广泛。功能主义方法有其深远的理论背景和脉络,有必要对之作一介绍。

“功能”是社会学的核心概念之一。可以说,它是与社会学相伴而生的。孔德(Comte)、斯宾塞(Spencer)与涂尔干(Durkheim)均将社会与有机体类比,强调“功能”对理解社会的重要性。但是,真正把“功能”当作一种成熟的社会科学方法的是人类学家马凌诺夫斯基(Malinowski)和拉德列夫-布朗(Radcliffe-Brown)^⑧。尔后,1937年帕森斯(Parson)在他的《社会行动的结构》(*The Structure of Social Action*)一书中,首次将“结构”与“功能”并置,使“结构—功能”成为社会学中的一个重要方法。1949年,默顿(Merton)出版了《社会理论和社会结构》(*Social Theory and Social Structure*)一书,将“功能”一说往前推进了一大步,在帕森斯和默顿的推动下,功能主义如雨后春笋般蓬勃发展。

功能主义在20世纪60年代遭到了很多人的反对,如达伦多夫(Dahrendorf)、维尔斯(Wills)、朗(Wrong)等人。剑桥大学社会学教授吉登斯(Giddens)力图以“结构化”代替传统的功能分析^⑨。

功能主义之所以与社会学相伴而生,与19世纪流行于西欧的有机整体(Organicholism)的哲学思想相关。功能主义者的认识和主张尽管歧见甚多,甚至互相矛盾,但是有三个特性是共同的:

(1)分化性(differentiation):任何体系的结构都会分化为数个部分的次体系。

(2)互赖性(interdependency):这些部分次体系彼此之间是相互关联的,在“功能”上是互相依赖的。

(3)整体性(wholeness):任何体系都具有独立整体性,其部分对体系整体之持续运作具有正面的

“功能”[18](5—6页)。

在法学中,功能主义也是一项重要的研究方法。在比较法领域,茨威格特和克茨教授指出:“全部比较法的方法论的基本原则是功能性(Funktionalität)原则,由此产生所有其他方法学的规则——选择应该比较的法律,探讨的范围和比较体系的构成等等。”[19](56页)甚至“人们不能够对不可能比较的事物作出比较,而在法律上只有那些完成相同任务、相同功能的事物才是可以比较的”[19](57页)。经验事实表明,没有同功能相关联而只是比较各个解决措施,就是说,只是比较所有解释方法,是很少有实益的,甚至可能导致错误[19](77页)。功能主义的要求是,“如果人们进行比较法研究工作时在外国法当中‘找不到任何东西’,这首先只意味着,人们必须对自己的‘原始问题’进行反思,并且必须清除本国体系的一切教条主义的成见”[19](57页)。

实际上,不只是在比较法领域功能主义具有重要地位,只要是进行比较,功能主义都是最重要的方法。例如,在进行中西法律文化传统比较时,因为中国的“法”与西方的“法/法律”(Law/Recht)的含义判若云泥,如单从文字上比较,恐怕无法完成这一研究,因为中国古代并没有与西方的“法”相同的东西。实际上,这也是个语言哲学上的“所指”与“能指”的问题^⑩。

作者已发表的一些作品将考虑的重点放在传统/现代法院。如果局限于现代型法院的意义及其运作模式,可以肯定的是,这种现代型法院是在资产阶级革命后才真正产生的,我们不可能在传统的维度中找到这种法院,这将使本文的研究无法继续。

因此上述作者的作品预设这样一个前提:“每个社会的法律实质上都面临着同样的问题,但是各种不同的法律制度以极不相同的方法解决这些问题,虽然最终的结果是相同的。”[19](56页)研究的出发点是从纯粹功能角度提出,而不受概念体系的各种约束。也就是说,我们以问题为中心,而不是以概念体系为中心进行研究。对于法律问题,我们使用“还原”方法(这也是自然科学的常用方法),类似于胡塞尔(Husserl)的“回到事实本身”,使被法律语言、制度掩盖下的问题凸显。

除上述这两类方法外,上述作者的作品还采用历史主义方法、唯物主义方法、比较方法,因这些方法是每一项社会科学研究中必不可少的。对这些方

法的介绍已相当多,这里不再赘述。

3. 研究方法的反思

或许在社会科学研究中,并没有一种或几种方法能保障结论的有效性和正确性。相反,在社会科学研究中,盛行的主要是一种方法论上的虚无主义,这种社会科学研究方法的困境,作者的某些作品无疑也会遇到。这里姑且对这次作品采用的研究方法作一反思,以使其论证和结果更为清晰。

(1) 研究方法与解释学方法

哲学解释学(hermeneutics)在中国社会科学界非常流行,可以说是中国哲学界对当代西方哲学回应最快的一个领域。这方面的译著、介绍性著作可谓汗牛充栋^①。这里仅讨论与有关的部分。

在我们看来,哲学解释学对社会科学最重大的贡献在于,它强调理解的历史性、创造性、主体性与实践性,使人们从社会科学研究的真实性、客观性的迷梦中惊醒过来。

哲学解释学是对休谟以来的经验事实/价值判断二元模式的强烈反对,它把各种历史的、文字的文本(一译本文, text),作为社会存在、历史经验、社会生活方式的表达,而认为其意义不应由注释学、训诂学去诠释、注释。伽达默尔为此提出了一系列的概念,如前见、历史效果(一译效果历史)、视域等概念。他认为“理解其实总是这样一些被误认为是独立的视域的融合过程”[20](6页)。理解总是发生在一定的处境下的,这些处境包括理解者本人的知识结构、思维定势、爱憎好恶等属于理解者本身的东西,理解者本人的这些前理解必然会影响到他对研究对象的理解。视域又是由前见构成的,它限制着认识者观看的范围。同时,视域又是活动的,在不断地形成,理解即视域融合过程,意味着不断的反思。

正是前理解与视域,使伽达默尔得出了这样一个结论:“我们的整个研究表明,由运用科学方法所提供的确实性并不足以保证真理。这一点特别适用于精神科学。”[21](183页)

由此,伽达默尔摧毁了研究者的中立、客观的立场假定,这种假定被认为是一种不切实际的幻想。著名法学家弗兰肯的格称之为“认识控制”(cognitive control),其特征是“形成主义的秩序化和标签化以及对于经常是从有限的资料中胡乱地收集来的信息所进行的一种种族主义的解释”。如果说弗兰肯的立论主要是针对西方中心论,针对普适的真理的话,

福柯则开始针对所有类型的知识,他提出了“求真意志”这一概念[22](222页)。他的研究表明,起作用的往往不是知识本身,而是隐藏于知识背后的求真意志。阿根廷著名作家博尔赫斯的“先期热情,神秘忠诚”一语也表达了相同的观点。

所以,在我们的研究中,一个不可避免的难题是,如何尽量保持研究结果的有效性,不至于用自己的成见将研究对象误读。尼采认为一切结论都是预先塞进研究对象中的,这句话的确有一定道理。但问题是我们还需要研究。从伽达默尔、福柯到布迪厄,这一问题都只是悬而未决的。我们认为,最好的方法还是坚持胡塞尔的名言“回到事实本身”,让事实说话,这样得出的结论也许会更有说服力一些。

(2) 比较方法的局限与超越

本文研究的对象是传统与现代法院及中国法院制度的现代化问题,比较方法的运用是必然的。但比较方法存在的难题最为明显的是比较对象的深度与广度问题。

著名比较法学家格拉斯费尔德(Grossfield)举了这样一个例子,即对“圈出”(field out)与“圈入”(field in)规则的研究[23](第12章)。实际上,在对法院进行传统与现代的比较中,我们会遇到这一问题。也就是说,我们对法院的研究主要还是针对法院本身来作的,在这种研究结构中,法院是与其他社会制度隔离开的,应该说,这种研究是片面的,但是,这种片面是极难克服的。这主要是因为资料原因,也与研究者的知识结构、所处的位置、立场有关。比如说在讨论历史上某一时期的法院时,我们只能通过史料去分析,而不可能置身于当时的情境中。可见,比较法的弱点,其实也正是本文的弱点。尽管如此,本文仍将努力通过历时的(diochronic)的共时的(synchronic)比较,尽量揭示法院存在及运作的广泛社会背景。

众所周知,比较法的一个重要作用在于克服法律“作为一种地方性知识”的偏狭^②,促进本国文化的发展。本文虽不是一篇严格意义上的比较法的专论,但涉及到古今、中外的纵横比较,作者的最终目的在于揭示比较结果对中国法院制度改革的意义。这种参照是有意义的,正如梁漱溟先生所说:

中国人不是同西方人走一条路线。因为走得慢,比人家慢了几十里路。若是同一路线而少走些路,那么,慢慢走终究有一天赶得上;若

是各自走到别的路线上,另一方向上去,那么,无论走多久,也不会走到那西方人所达到的地点上去[20](65页)。

无论从何种意义上说,现代法院制度都是西方文明的产物。在中国历史上,找不到这种对应物。

在号召依法治国的今天,中国法院的现代化制度建设当然是其中的一项重要内容。因此,尽管比较方法尚不完美,但总的来说,只要比较的结果能提供一种有效的参照系,它们已有的研究就不失其意义。

注释:

- ① 马丁·夏皮罗和达马斯卡关于法院的研究成果引人注目,罗杰·科特威尔在《法律社会学导论》一书中对马丁·夏皮罗的观点有所引证,但其精要阐述可参见台湾幼狮文化实业公司1983年出版的《政治制度与程序》一书。
- ② 此处所举学者的论述可参见黄宗智:《民事审判与民间调解:清代的表达与实践》;翟同祖:《中国法律与中国社会》;滋贺秀三等:《明清时期的民事审判与民事契约》;陈光中、沈国峰:《中国古代司法制度》;张晋藩:《中国法律的传统与近代转型》;郑秦:《清代司法审判制度研究等》等专著。
- ③ 现代化理论将观察对象与理论模式二分为传统与现代并将其视为由前者向后者转变过程的见解的思想和方法,实际上早在现代化术语出现之前就已形成,无论涂尔干将社会分为“机械团结型”与“有机团结型”并将前者向后者之转变视为当然,还是马克思·韦伯统治三种类型的观点,在实质上与现代化理论存在暗合关系,因而可视之为现代化理论之亚种
- ④ 对现代化有关理论的介绍,可参见钱乘旦、陈意新的《走向现代国家之路》,四川人民出版社1987年版;西里尔·E·布莱克:《比较现代化》,上海译文出版社1996年版。
- ⑤ 社会学家查普夫就认为,经过冲突论、创新论“淬火”的现代化理论才是理解东方的转变以及西方的当前问题和未来机遇的最佳理论模式。参见:沃尔夫冈·查普夫:《现代化与社会转型》,陆宏成等译,第67页,社会科学文献出版社1998年版。
- ⑥ 法院制度的现代化虽是人类文明发展的必然,但具体到某一国家而言,这种嬗变却不具有命定性,而是或然性。此外,即便是已经或正在现代化的国家,受各种因素之影响,具体道路可能多种多样,在某一特定时期也可能出现反复甚或倒退。
- ⑦ 在现代化的理论架构中,传统与现代之关系乃现代化理论诞生以来所借以发展的一条主线,现代与后现代之辩乃其借以发展的一条辅线。由于后现代在目前还主要体现为一种思潮,加之其他方面的现实考虑(如当今中国迫切需要加以解决的是现代化,而非后现代化),因此,本文关于法院制度的研究也涉及到后现代法院,但主要研究对象是传统/现代法院制度。
- ⑧ 法院制度的类型学探讨并不排斥从其他角度对法院制度予以探讨。同时,我们的探讨既是建立在实证资料之上,但又不可能收集与汇总古今中外所有的法院制度之详尽资料后方展开,而只能根据对主要国家之资料及相关理念进行探讨。其中,由于关于人类社会早期之法院制度的材料相对较少,因而本文关于传统法院制度的界定主要是建立在在对距离现代法院制度产生相对较近的法院形态的考察之基础上的。这当然预示着允许以更新的材料来验证与发展现有之探讨。
- ⑨ 弗里斯·迪韦尔热提出与探讨社会理论研究方法。他在《政治社会学——政治学要素》一书中以“研究系统的各种模式”为名对此展开了较为深入的讨论。
- ⑩ 清华大学王亚新教授对此有过论析,可参见滋贺秀三等著:《明清时期的民事审判与民事契约》。
- ⑪ 尽管韦伯同时也强调社会科学研究中的“价值中立”(value-free),但理想类型的建构却必然与研究目的、研究者的前见有关。吉登斯正确地指出,理想类型的概念“逻辑上是根植于一般性的知识论立场:应用于社会科学中的概念不能直接从事实中导引出来,除非有预先的价值设定。See A·Giddens, *Capitalism and Modern Social Theory*, London, 1971, p. 141.
- ⑫ 韦伯认为社会学基本上是一门对社会行动加以诠释性理解,进而对此类行动的过程与结果给予因果解释(casual explanation)的学科。因此,它的社会学被称为“理解(解释)社会学”。
- ⑬ 比如,当今英、美、法等国家的法院制度在整体上接近于现代型法院制度,但美国的治安法官的非专业化、英国上议院的司法与立法属性兼具的特征、法国法官的能动性欠缺等,则又表现出较强的传统性色彩。
- ⑭ 有关功能的历史回顾,可参见 Turner:《社会学理论的结构》,马康庄译,台北:桂冠图书1985年版;Abrahamson, M: *Functionalism*, Englewood cliffs, New Jersey: Prentice-Hall, 1978, 王铭铭:《想像的异邦》,上海人民出版社1998年版。
- ⑮ See Giddens: *The Constitution of Society*, Cambridge, England: Polity Press. “Central Problems in Social Theory”, Berkeley, California: Univ of California Press, 1979.
- ⑯ 参见徐友渔、周国平、陈嘉映、尚杰的详细论述:《语言与哲学——当代英美与德法传统比较研究》,三联书店1996年版。
- ⑰ 参见[20]。伽达默的另一本重要著作是《哲学解释学》,上海译文出版社1992年版。德顿弗斯:《超越结构主义与解释学》,这是一本专门评价福柯与结构主义、解释学思想渊源的,光明日报出版社1989年版。专著如张汝伦、殷鼎等人的著作。

⑧“地方性知识”(Local Knowledge)为人类家吉尔兹(Greertz)用以对抗法律普遍主义的术语。

参考文献:

- [1](美)E·A·霍贝尔. 初民的法律——法的动态比较研究[M]. 周勇译. 北京: 中国社会科学出版社, 1993.
- [2](法)托克维尔. 论美国的民主(上)[M]. 董果良译. 北京: 商务印书馆, 1991.
- [3](美)伯尔曼. 法律与革命——西方法律传统的形成[M]. 贺卫方等译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1993.
- [4]诺内特, 塞尔兹尼克. 转变中的法律与社会[M]. 张志铭译. 北京: 中国政法大学出版社, 1994.
- [5]昂格尔. 现代社会中的法律[M]. 吴玉章等译. 北京: 中国政法大学出版社, 1994.
- [6]转引自: 李强. 自收主义[M]. 北京: 中国社会科学出版社, 1998.
- [7]马丁·夏皮罗. 法院[A]. 弗里德曼·L·格林斯汀, 纳尔逊·W·波斯比. 政府制度与程序[C]. 台北: 台湾幼狮文化事业公司, 1983.
- [8]P·亨廷顿. 导致变化的变化: 现代化, 发展和政治[A]. (美)西里尔·E·布莱克. 比较现代化[C]. 上海: 上海译文出版社, 1996.
- [9]钱乘旦, 陈意新. 走向现代国家之路[M]. 成都: 四川人民出版社, 1987.
- [10]罗荣渠. 罗荣渠与现代化研究[J]. 北京: 北京大学出版社, 1997.
- [11]李秀林, 李准春, 陈晏清, 郭湛. 中国现代化之哲学探讨[M]. 北京: 人民出版社, 1990.
- [12]公丕祥. 法制现代化的概念架构[J]. 法律科学. 1998, (4).
- [13]夏锦文. 司法的形式化: 诉讼法制现代化的实证指标[J]. 南京师大学报社科版. 1995, (4).
- [14]谢晖. 规范选择与价值重建[M]. 济南: 山东人民出版社, 1998.
- [15]马克斯·韦伯. 新教伦理与资本主义精神[M]. 于晓、陈维钢等译. 北京: 三联书店, 1987.
- [16]Max Weber. *The Methodology of Social Science*. tran by E. A. Shils and H. A. Finch. New York: 1949.
- [17]Oakes, Guy: *Introducion Essays in Mak Weber*. New York: Poscher and Knies. 1975.
- [18]茨威格特, 克茨. 比较法总论[M]. 潘汉典等译. 贵阳: 贵州人民出版社, 1992.
- [19]伽达默. 真理与方法[M]. 洪汉鼎译. 上海: 上海译文出版社, 1992.
- [20]梁治平. 法律的文化解释[M]. 北京: 三联书店, 1997.
- [21]梁漱溟. 东西文化及其哲学[M]. 北京: 商务印书馆, 1987.
- [22]Michal Foucault: *The Order of Things*. New York: Random House/Pantheon, 1972.
- [23]Bernard Grossfield. *The Strength and Weakness of Comparative Law*. tran by Tong Weir. Calarendon Press, 1990.

Court System Review: Intention, Object and Approach

ZUO Wei-min

(Law Institute, Sichuan University, Chengdu, sichuan 610064, China)

Abstract: The court of justice as a study object is a social public authority of “legality” that undertakes a fundamental duty of settling disputes in the status and position of a third party. One of the study approaches is to take the modernization theory as its analysis frame and stress such study methods as “ideal type”, functionalism based on sublation of existing traditional methods.

Key words: court system; intention of study; object; approach

[责任编辑: 苏雪梅]