

<<司法均衡论>>

图书基本信息

书名：<<司法均衡论>>

13位ISBN编号：9787307064102

10位ISBN编号：7307064103

出版时间：2008-9

出版时间：武汉大学出版社

作者：廖奕

页数：284

版权说明：本站所提供下载的PDF图书仅提供预览和简介，请支持正版图书。

更多资源请访问：<http://www.tushu007.com>

<<司法均衡论>>

内容概要

本书前三章是对司法过程的法理本体建构。

在古典先贤眼中，司法活动尚未构成独特的存立本体，无外乎政体或道德事业的延展。

时至法政人时代，在权力制衡理论的映照下，司法权的运行特质被独立定位，逐渐形成了司法权的国家主义认知范式。

洛克以降，法学家又开始将司法国家主义转换为司法人民主义和司法技术主义。

从睿智的理性人到神秘的宗教人再到自负的科学人直至迷惘的现代人，“人”的变迁走到了“均衡法理人”时代。

基于这种新的法理本体论，司法过程也就有了均衡论的新诠释。

本书后三章是对司法过程的中国实践分析。

就中国司法的总体环境而言，社会公平、世界和平、天下太平三大和谐主题的实现，均离不开司法均衡的战略回应。

就中国司法的具体现实而言，面对当下中国司法改革的困局，寻求均衡为本的司法目标模式可谓切中肯綮。

就中国司法的未来走向而言，正义与法律的均衡使命有待司法过程的程序重构。

正义作为法的核心价值，本身具备的均衡性决定了实现司法正义必须关注法价值冲突的整合，并且要从程序上设计司法正义的均衡流程——这对于法律疑难案件的推理与判断，乃至整体法治国背景下的法理思维的塑造与成熟，都具有重要的现实意义。

<<司法均衡论>>

书籍目录

引言第一章 司法均衡的思想谱系：哲学家与法政人 第一节 古典哲学的司法均衡思考 一、永未完结的《政治学》：司法均衡的政体思辨 二、看不见的儒家权力：司法均衡的德性沉思 第二节 法政精英视野中的司法均衡战略 一、西塞罗：政体均衡下的“国务家”司法 二、培根—霍布斯：世俗司法的“科学”均衡 三、孟德斯鸠：司法均衡的政制设计 四、施密特：司法均衡的宪政框架 五、司法“人民神”：国父元勋的立宪心语第二章 司法均衡的学说刍议：洛克以降的法学家 第一节 司法权均衡的奥义：“洛克定理” 一、洛克定理1：政治权力起源于司法权的“人民委托” 二、洛克定理2：司法公权的行使必须尊重自然法即自然权利的一般原则 三、洛克定理3：司法人权的委托是有条件的公共契约 四、洛克定理4：保障政治权力不被滥用是司法权的应有之义 五、洛克定理5：司法权运行机制需要人本主义的选择 第二节 政治法的均衡结构：卢梭司法观 一、社会契约：理想的均衡之约 二、三位一体：权力的均衡之体 第三节 本体与方法：卡多佐的司法哲学 一、不做看风景的人 二、让法律死而复生的力量 三、酿造硕果满枝的未来 四、遗愿：胜利属于谁？ 第四节 司法的唯一正解：德沃金法理学批判 一、让童话成为神话 二、神话里的璞玉及雕像 三、比牧师幸运的法官 四、美梦的延续 第五节 定量的公理：布莱克的司法社会学 一、司法运作的宏观定量公理 二、司法运行的微观社会结构第三章 司法均衡的理念新解：现代后的人与法 第一节 均衡的法理人 一、睿智的理性人 二、神秘的宗教人 三、自负的科学人 四、迷惘的现代人 五、均衡的法理人 第二节 司法过程与人的“在场” 一、法与人之间：司法权的位置 二、法律与法理：司法权的依凭 三、失范的规范：司法公权的悖谬 四、走向法理均衡的人本司法：卡夫卡的“不灭之光” 第三节 司法与叫魂：一种另类平衡 一、古典中国的司法理想 二、“叫魂”背后的阴霾 第四节 法理与法律：法本体的均衡论 一、深刻理解“法理”就是深刻理解世界 二、“法”的均衡第四章 司法均衡的和谐维度：社会公平、世界和平与天下太平的法理回应 第一节 和谐社会视野下的司法均衡与社会公平 一、司法均衡何以必要？ 二、社会公平何以达成？ 三、社会均衡何以可能？ 第二节 司法均衡的域外经验：宪政司法的美国样板及其他 一、引言 二、洛克纳案 三、两种司法哲学 四、从“能动”到“底度”：美国宪政司法哲学的变革 五、行政国下的司法均衡 六、重视执政党因素：拉英的启发 第三节 和谐天下：司法均衡及其世界资源 一、乌托邦：和谐世界的哲学描绘 二、大革命：和谐世界的政治风潮 三、法治国：和谐世界的法律理想 四、世界法：和谐世界的全球法治 五、天下情怀与国家建设：中国司法哲学的均衡视野第五章 司法均衡的实践模本：当代中国司法权运行的目标模式 第一节 均衡模式的理论基底 一、司法的概念和理念 二、司法本质的理论评思 三、司法过程的均衡分析 第二节 均衡模式的战略设计 一、非均衡发展：当代中国的基本国情 二、寻找“均衡”：当代中国司法权的目标定位 三、当代中国司法均衡战略的要点分析 第三节 均衡模式的实践分析 一、司法均衡的统治类型选择 二、司法均衡的内部要件连接 三、司法均衡的中心区域建设第六章 司法均衡的价值判准：均衡正义的司法构造 第一节 正义理论的历史回顾 一、正义源头与司法神话 二、从神话到逻各斯 三、正义帝国：世俗与神圣 四、喧嚣中的理性正义 第二节 正义阐释的法理标准 一、正义的前设与契约标准 二、正义的范围与类型标准 三、正义的区域与文化标准 四、正义的相对与德性标准 五、正义的原则与社会标准 六、正义的核心与权利标准 七、正义的判断与利益标准 八、正义的交叠与底线标准 九、正义的操作与程序标准 十、正义的神圣与宪政标准 第三节 均衡正义的司法构造 一、正义均衡的法律价值 二、正义法理的均衡构造 三、正义司法的均衡过程

<<司法均衡论>>

章节摘录

第一章 司法均衡的思想谱系：哲学家与法政人 不论我们是唯物论者，还是泛灵论者，相信都不会否认，真实的理论必定都有其独特的生命历程——从最初的萌芽，到渐进的滋长，直至完全的成熟，还有日后的衰亡，甚至再度的复兴，生生不息。

然而，这种规律一般只适于“已然”理论的生命历程表达。

对于尚处在“未然”破解阶段的理论，公知的历史诠释未必合用。

此时，强调片段与解构的思想系谱方法，反倒显出优势。

对于司法均衡论的思想背景探寻，谱系学的考察成为必要的繁杂，犹如大海中的众沓，众沓映衬下的大海，司法均衡的思想闪电，形成于“主题法学”的狭长缝隙中。

第一节 古典哲学的司法均衡思想 一、永未完结的《政治学》：司法均衡的政体思辨 亚里士多德在《政治学》中将“城邦”定义为“至高而广泛的社会团体”，并指出：“城邦以正义为原则。

由正义衍生的礼法，可凭以判断（人间的）是非曲直，正义恰正是树立社会秩序的基础。

”在探究理想政体的过程中，亚氏采纳了应然与实然的均衡分析法。

一方面，全面探究大家所公认为治理良好的各城邦中业已实施有效的各种体制；另一方面，全面考究其他各家政体的理想形式，不以我们的理想为限以及那些声誉卓著的思想家们的任何思想形式。

他希望，这种研究“使（实际的和理想的）各种政体的合乎道义而有益的各方面能够明示世人”。

接下来，亚氏考察了政体的财产制度，批驳了柏拉图（苏格拉底）的原朴公有设想，提出了“产业私有而财物公有”（私财公用）的均衡性主张，并认为，“城邦应该是许多分子的集合，唯有教育才能使它成为团体而达成统一”。

亚氏着力批评了柏拉图在《法律篇》中提出的“共和政体的中间形式”，认为这种政体实际缺乏君主政体的要素，专重寡头和民主两要素且偏向于寡头政体，这实际上并不是真正的均衡政体，至少不如另外一些专家、哲学家及政治家倡议的政制构思。

亚氏欣赏法勒亚政制思想中的“以教育为财产衡平之标准”的观点。

亚氏对希朴达摩的政制思想也给予了高度评价，他说，“没有从政经验而创制出最优良的城邦制度当以米利都人、欧吕丰的儿子希朴达摩为第一人”。

对于希氏的司法改良思想，亚里士多德作了重点评述。

亚氏将希氏列入毕达哥拉斯学派，认为这一学派尚“三”，言万物分于三而合于三。

希氏将阶级三分，将财产三分，将法律三分（他认为法律只有三类，分别适用于三类刑事诉讼——毆辱、伤害、杀人）。

但希氏还是建议设置独一的最高法院，并主张对法庭判决方式作出改革。

具体而言，就是变“全罪或完全无罪”的独断判决为三种情形的均衡处理（有罪，完全无罪和一部分有罪、一部分无罪），亚氏对希氏司法改良主张的不满意之处主要体现在，他认为希氏混淆了仲裁法庭和公审法庭的区别。

希氏的精确司法或日妥协司法主张只能在仲裁法庭中实现，因为“仲裁员虽然也有若干人，但他们可以合议，经过共同斟酌而后确定某种适当的罪罚”。

“至于在一个公审法庭中，这样的论罪方式是不可能的，大多数城邦的法规都特别注意到在公审法庭上，所有审判人员都不得互通声气。

”在司法及法律改革问题上，亚氏明确表达了他的保守主义立场，指出了司法（法律）变革应当遵循的法制效益原则、法律稳定与权威原则以及具体操作的难度问题等。

谈论完思想家们的理想政制构思后，亚氏转而评述三种现实政体：斯巴达、克里特政制和迦太基政体。

他主要从两个方面进行评述：政制所依之法是良法还是恶法？

立法目的和建国宗旨是否真正得到贯彻和实践？

这与亚氏法治观的两重含义是契合的。

前者关注法律良善目的，后者关注法律实行问题。

<<司法均衡论>>

亚氏以斯巴达的“贫富不均”问题为例分析了斯巴达法制的缺点，他精彩的分析雄辩地证明：法制的目的与实际后果的差池是社会问题之根源，也是城邦衰败之肇因。

对于克里特政制，亚氏更是一针见血地指出：“不遵循法律的途径而让某些人逞其私意，这总是邦国的祸患。

”在三种政制中，亚氏评价最高的当属迦太基，但这种满意也是颇为勉强。

亚氏政体观察还包括“实际立法家”的观点。

他把提出理想政体观点的人分做两大类：先贤思想家和实际立法者。

前述的柏拉图、法勒亚、希朴达摩属于第一大类，而后面将要谈到的莱喀古士、梭伦属于第二大类。

亚氏对梭伦立法给予了公正的史家评述，他引用一个学派认为梭伦是一个优良的立法家的观点，指陈了其进步性；同时又引用了批评家的观点，指陈了其局限，最后结合实事，指出“史迹的变迁到这样，这不是梭伦当初所能料想到的”。

亚氏对梭伦立法的客观赞誉集中体现在对梭伦立法方式之得当（因袭与创造相结合）及政体融合成就（尚富政治、尚贤政治和民主政治的融合）的表彰上。

对于引起争议的公审法庭创造，亚氏也没有讳言其日后的消极影响，即“在梭伦以后，这些法庭的权威既日渐增强，历任的执政好像谄媚僭主那样谄媚平民，于是雅典的政体终于转成现世那种‘极端民主’的形式”。

在卷三中，亚氏开始转入自我观点的陈述。

亚氏采用了“本质主义”的研究进路。

他首先追问城邦的本质。

答曰：“城邦正是若干（许多）公民的组合。

”这样，先行研究公民的本质也就顺理成章了。

亚氏将符合公民本质的人称为“全称的公民”，把公民界说为参加公众法庭和公民大会这些职司的人们。

他的结论是，“（一）凡有权参加议事和审判职能的人，我们就可说他是那一城邦的公民；（二）城邦的一般含义就是为了要维持自给生活而具有足够人数的一个公民集团”。

在对公民品德的考量中，亚氏提出了“共同品德”与“种类品德”的区分，进一步区分了统治者和被统治者的品德差别。

在他看来，“好公民”的标准是那些兼具两类品德的人。

“认为统治者与被统治者种类不同，就应熟习各不相同的才识，而公民兼为统治者和被统治者，就应熟习两方面的才识。

”“好公民必须修习这两方面的才识，他应该懂得作为统治者，怎样治理自由的人们，而作为自由人之一又须知道怎样接受他人的统治——这就是一个好公民的品德。

”讨论完公民性质后，亚氏正式开始研究“政体”这个主题。

他开宗明义地指出：“政体（宪法）为城邦一切政治组织的依据，其中尤其着重于政治所由以决定的‘最高治权’的组织。

城邦不论是哪种类型，它的最高治权一定寄托于‘公民团体’，公民团体实际上就是城邦制度。

亚氏将统治分做三种类型：主奴统治、家务统治和城邦宪政统治，明确提出判断政体正当（正宗）与否的标准就是“公共利益”。

亚氏所谓的正宗政体有三种：王制（君主）政体、贵族（贤能）政体、共和政体。

“相应于上述各类型的变态政体，僭主政体为王制的变态；寡头政体为贵族政体的变态；平民政体为共和政体的变态。

”“僭主政体以一人之治，凡所设施也以他个人的利益为依归；寡头（少数）政体以富户的利益为依归；平民政体则以穷人的利益为依归。

三者都不照顾城邦全体公民的利益。

”在政体论述中，亚氏联系了他在《伦理学》中的正义理论。

亚氏的结论是，“政治团体的存在并不由于社会生活，而是为了美善的行为（我们就应依照这个结论建立‘正义’的观念）。

<<司法均衡论>>

对政权之分配理应以政治品德与贡献之大小为据，而政治贡献又应以对美善行为付出的多少为据，分配之法则应秉持‘正义即公平的精神’。

亚氏经典地指出，法律的实际意义“应该是促成全邦人民都能进于正义和善德的（永久）制度”。

亚氏进而提出关于城邦最高治权应该寄托于什么的疑问。

他依次否决了群众、富户、高尚者、全邦最好的一人及法律。

亚氏观点倾向于将“群众”转化为“集体”——“集合于一个会场的群众就好像一个具有许多手足、许多耳目的异人一样，他还具有许多性格、许多聪明”。

在“两难处境”（给权还是不给权）中寻求出路，亚氏提出了让集体行使议事和审判的职能。

至此。

亚氏司法理论的轮廓已基本清晰。

首先，审判职能是最高治权之一部，它与议事权并列，高于行政权。

其次，审判权的行使主体是集体，并未交付任何个别的一位“群众陪审员”，每个陪审员只是法庭整体中的一个部分而已。

再次，群众集体行使审判权并不排斥专家的判断和法律的规约。

此处，亚氏对“外行司法”作了精彩的无错辩解。

他说：“假如群众不是很卑贱的（带有奴性的）人们，则就个别而言，他的判断能力不及专家，但当他们集合起来，就可能胜过或至少不比专家们有所逊色。

又，在某些技术中，创作者不一定是最好的评判家，当然更不是唯一的评判家。

这些技术作品，在没有学习过这门技术的人看来，也是可以识别而加以评判的。

例如，一幢房屋就是非建筑者也能懂得的事物，实际上房屋的所有者，即住户，有时竟比建筑师更擅长评判房屋的好坏。

相似地，对于一支舵，舵师比一位造船木匠就更擅长鉴别，对于一席菜肴，最适当的评判者不是那位厨师，而是食客。

联系亚氏的整体观点，我们不难推论，所谓的议事权和审判权不能等同于现今所说的立法权与司法权。

亚氏将立法家实质上单列出来了，作为政体理论之前设考虑。

议事权和审判权的相通处在于它们都是“评判权”，而评判权与执行权是相对应的。

因为，亚氏讨论的主要是“治权”，是以法律已立为前提的司法权运行。

所以，广义上理解，无论是议事、审判还是执行都是司法权运行的一部分。

在这层意蕴上，司法权关涉评判与执行，评判权是司法权之高级权，而执行权为司法权之基层权。

最后，司法权（裁决权力）“应寄托于正式制定的法律”，只有在法律有所不及之时，方才允许个人权力或联合体权力“应用它来发号施令，作为补助”。

正式的法律必须根据政体制定。

在政体比较研究过程中，亚氏提出了“王治（人治）还是法治”的问题。

亚氏并未作非此即彼的回答，而是细致考察了各种情形，作出了不同回答：其一，在尊重法治的情况下，法律有所未周而不得不倚仗人治，亚氏倾向于集体智慧优先个人智慧，也即“众人之治优于一人之治”；其二，在绝对君主制下，法治之作用仍得以存在，也即所谓“依法为政的君王”。

“法律训练（教导）执法者根据法意解释并应用一切条例，对于法律所没有周详的地方，让他们遵从法律的原来精神，公正地加以处理和裁决。

法律也允许人们根据积累的经验，修订或补充现行各种规章，以求日臻完备。

谁说应当由法律遂行其统治，这就有如说，唯独神祇和理智可以行使统治；至于谁说应该让一个个人来统治，这就在政治中混入了兽性的因素。

常人既不能完全消除兽欲，虽最好的人们（贤良）也未免有热忱，这就往往在执政的时候引起偏向。

法律恰恰正是免除一切情欲影响的神祇和理智的体现。

亚氏以医疗和锻炼为喻，指出，“要使事物合于正义（公平），须有毫无偏私的权衡；法律恰恰正是这样一个中道的权衡”。

他还特别指出：“（以上我们只说到了成文法律。

<<司法均衡论>>

但积习所成的‘不成文法’比‘成文法’实际上还更有权威，所涉及的事情也更为重要。

” 职司之故，司法的本质决非简单的判断法律现象，其内设的精神底蕴是法律体现的“中道权衡”。

换句话说，是由理想政体决定的公共利益本位的法律权威与由集体及个人或其他联合体行使的法律权力的理性契合。

一方面，法律权威依仗于良法之订立，而这又取决于政体之理想和类型。

另一方面，法律权力必须以法律权威为前提，同时又反过来弥补法律之不周详。

法律权力的正常行使和非常行使都以维护增进法律权威，捍卫政体理想为前提，这样，司法过程才能真正体现出它的本质性要求，即保守公共利益的均衡制度。

合理的司法权运行应当是符合司法均衡性本质的中道权衡过程。

为了阐述司法权本质之前提问题即优良/理想政体的产生，亚氏在卷四开始从人类最崇高的生活性质开始谈起。

亚氏认为，这应是一种“中庸的生活”。

“最好的生活方式就应该是行于中庸，行于每个人都能达到的中庸。

” “必须有以中产阶级为基础才能组成最好的政体。

” “大家既然已公认节制和中庸常常是最好的品德，那么人生所赋有的善德就完全应当以‘毋过毋不及’中间境界为最佳。

处在这种境界的人们最能顺从理性。

趋向这一端或那一端——过美、过强、过贵、过富或太丑、太弱、太贱、太穷——的人们都是不愿顺从理性的引导的……中产阶级（小康之家）比任何其他阶级都较为稳定。

他们既不像穷人那样希图他人的财物，他们的资产也不像富人那么多得足以引起穷人的觊觎。

既不对别人抱有任何阴谋，也不会自相残害，他们过着无所忧惧的平安生活。

” “最好的立法家都出身于中产家庭（中等公民）。

梭伦是其中之一，他自己的诗篇明白说他的家道小康；还有莱喀古士，他就不是一个王族，有人说他裔出王族，实属不确，还有嘉隆达斯以及其他大多数的立法家也都同样是属于中产阶级（中等公民）。

” 亚氏还具体分析了中间阶级主导的均衡共和政体的三点要素：城邦构成的“质”“量”均衡；中性（中间）仲裁的均衡；政体内部机能（议事机能、行政机能、审判机能）的总体均衡。

在卷5中，亚氏着重讨论政体变革问题，尤其强调了不均衡造成的政体变革。

他以身体为喻，指出某一部分畸形发育势必会导致政体性质的变化。

经过了对“政变通例”的详尽考察，亚氏提醒后人，“对于各个要素（部分）业经调和好了的政体，最切要的事情莫过于禁绝一切违法（破坏成规）的举动，尤其应该注意到一切容易被忽视的小节”。

总而言之，亚氏的理想政体就是均衡政体。

它以均衡（中庸）的生活方式为终极依归，以均衡（中产）的阶层力量为根本依托，以均衡（中道）的法律权威为直接依据，以均衡（中和）的政体安排为具体依靠。

<<司法均衡论>>

版权说明

本站所提供下载的PDF图书仅提供预览和简介，请支持正版图书。

更多资源请访问:<http://www.tushu007.com>