

国家建构视角下的中国司法

——以国家能力为核心

□ 郑智航

山东大学 法学院 山东 济南 250100

所谓国家建构(State making 或 State building), 简要地说, 就是指现代化过程中以民族国家为中心的制度与文化整合措施、活动及过程, 其基本目标是要建立一个合理化的、能对社会与全体民众进行有效动员与监控的政府或政权体系。一直以来, 中国司法都是实现国家建构的一种重要方式, 承担着国家权力下沉, 重塑国家权威的政治功能。因此, 中国司法具有强烈的“嵌入性司法”的色彩。近年来, 学者们开始从国家建构的角度研究中国司法权的运作。但是, 这些研究主要存在以下几个方面的问题: 第一, 忽视西方国家建构相关理论出台的具体背景和所要解决的具体理论问题和现实问题。第二, 具有强烈的建构性色彩, 缺乏从国家建构理论出发对中国当下司法进行反思性研究。

国家能力理论包括国家与社会的治理性相互依赖框架和国家机构之间协调和沟通框架。国家能力理论在一定程度上摒弃了传统的“国家—社会”二元的分析框架。国家能力理论认为“国家—社会”二元框架及其以此为为基础的法治, 将国家与社会简单对立起来, 过分强调以自主性为核心的“专断性权力”, 忽视了国家与社会互动的“渗透性权力”对于国家能力提升的重要意义。因此, 国家的自主性是一种嵌入社会但又保持自主能力的“嵌入自主性”。相应地, 国家建构的过程并不仅仅是一个单纯的自上而下、国家中心的建制进程, 而且是通过国家与社会关系具有正和博弈性质的若干制度建构, 在二者的良性互动中得以强化的过程。国家与社会的治理性相互依赖模型解决的是国家与社会之间外部关系的问题, 而国家机构之间的协调和沟通模型解决的是国家内部关系的问题。它强调的是法律与政令能够在国家科层体系中得到有效传递。

国家能力理论中国家与社会的治理性相互依赖模型强调应当将司法嵌入社会系统中, 推动国家与社会关系的正和博弈。提升国家司法能力, 也就意味着需要增强司法在国家与社会治理性相互依赖中

的作用, 驯服社会权力和社会结构对司法活动的影响, 从而实现司法的“嵌入自主性”。在这种“嵌入自主性”看来, 司法活动不可能完全脱离于社会去实现一种司法独立和司法自治, 而是与社会保持一种共生关系。这种共生关系在事实上构成的是卢曼意义上的“系统与环境”的关系。在卢曼看来, 一个复杂的社会由于功能分化会分成诸多的次系统。这些系统之间构成的是一种系统与环境的关系。而信息在本质上是系统内部自身建构的产物, 并不能穿越系统的边界。系统将外在环境的噪音有选择地识别为信息, 并为系统运作所利用。法律系统就是以功能分化为主的现代社会所形成的独立的社会功能次系统。因此, 法律绝不能离开社会, 离开个人, 离开我们这个地球上特定的物理和化学条件而存在。但是, 这种与环境的联系建立在法律系统内部自身运作的基础上。

一个强国家的司法是能够在国家与社会治理性相互依赖中保持这种“嵌入性”自主性的, 即司法活动是一种嵌入社会结构中的活动, 既要受到社会权力系统的影响, 又能够保持一定的自主性。因此, 从国家建构视角来看, 如何提升司法能力水平就转变为以下两个问题: 一是, 司法活动如何对社会变迁作出积极回应, 从而确保国家与社会之间形成良性互动关系; 二是, 司法活动如何在既有社会权力和关系格局的影响下保持一种独立自主性。在卢曼看来, 法律系统是一个在规范上封闭而在认知上开放的系统。换言之, 社会对司法的影响并不是直接的, 而是通过系统/环境的方式进行的, 社会对司法的要求只能以激扰的方式产生影响, 即司法者面对社会需求时, 应考虑如何促使人们反思能否从事某项交易行为或法律行为, 而并不能决定这项交易行为或法律行为的实际后果。

近年来, 中国也试图运用司法的方式来促进国家与社会的互动。无论是理论界, 还是实务界, 都倾向于司法除了具有纠纷解决的功能以外, 还具有推

进社会发展,回应时代需求的功能。在具体的司法实践中,法院也采用了司法解释、司法建议和直接执行公共政策等方式来对积极实现这项功能,从而提升国家与社会治理性相互依赖框架下的嵌入自主性。

但是,司法在国家与社会治理性相互依赖中“嵌入自主性”不足直接影响到促进国家与社会互动功能的发挥。这种“嵌入自主性”不足主要体现在以下几个方面:第一,司法系统缺乏按照程式对法律之外的社会知识进行有效遴选的能力,致使社会系统直接侵入司法系统。第二,司法机关难以对社会发展与变革发挥有效的助推作用。第三,司法机关缺乏长期规划和经济分析的能力。

在国家能力理论框架中,一个国家能力强大的国家必定是法律和政令在国家科层体系内部、上下级机构之间得到迅速和有效传递的国家。就中国而言,提升国家能力,加强国家建构就必须既能克服“条条”分割引起的法律和政策传递失真,又能克服多部门之间因“块块”分割而引起的合作困境。这也是中国不采取立法权、行政权和司法权三权分立体制的一个重要原因。在中国政府看来,立法、行政、司法三个机关之间进行权力分立和制约容易产生矛盾和摩擦,出现各部门之间的合作困境问题。因此,从国家机构之间的协调和沟通角度来看待中国司法对于提升中国司法能力具有重要意义。

长期以来,有效执行法律、实施管理是行政领域制度设计所追求的一个重要目标。为了实现这一目标,国家特别强调权限的关联性乃至功能的一体化。学者们将这种权力纵向格局称为“条条”关系。它指的是不同层级之间纵向贯通的、工作性质一致的职能部门和机构形成的一种体系。在该体系中,中央机构的目标往往具有指导性和整体性,而地方机构则根据自身偏好和行为能力的强弱显现出更为明确和具体的、具有本地化特色的地方目标。作为国家权力重要组成部分的上下级法院也被纳入条条关系的管理模式中。

国家往往将法院系统按照条条关系来进行设置和管理,即上级和下级法院机构之间遵循严格的科层制逻辑,一方面法院系统内部会设立上下级相对应的法律机构来进行对口管理,并坚持“下级服从上级”的组织原则,另一方面,上级法院不仅在审判业务上,而且在下级法院院长选任上,表现出极强的司法能动。这种条条关系对法院的司法活动产生了重要影响,导致“法院内部的权力向庭长、院长等领导者集中,下级法院的权力向上级法院集中,地方法院的权力向最高法院集中,从而形成一种上命下从的金字塔型权力结构体系”。这种压力型体制极有可能把法律外的因素通过科层制体制引进到司法活

动中,甚至在一定程度上偏离法律轨道。下级法院或法官为了降低司法风险和规避司法责任,往往采取一系列积极的应对策略,从而使司法活动失真。具体司法活动中的司法失真的表现,主要有尽量调解、主动请示、替换政策等。

按照贺东航和孔繁斌的说法,中国重大的公共政策往往拥有一个目标群,这些目标分别指向不同的职能部门,这些部门之间相互协调和配合,从而形成多元参与者的复杂网络关系,这种“政策的多属性”反映了中国政策执行网络的“块块”特征,并形成了各个部门之间的块块关系。受政法传统的影响,法院往往被纳入同级党委和政府的这种块块关系中,也需要完成一定的目标任务。在此块块关系中,中国试图通过以党领政、党政合作机制形成的党的高位推动来解决因块块分割形成的合作困境。

在实践中,法院的主要职能在于定纷止争,解决矛盾和纠纷,其优势在于适用法律作出判决,而不在于配合块块关系中其他部门执行政策。它也难以实现同其他部门的整合。这种目标的外在强制性与手段的内在有限性之间的矛盾影响着法院的策略选择。具体来讲,法院主要采取以下几种策略。

首先,简单地复写党委的政策。“党管干部”是中国共产党长期坚持的一项重要原则,是党的组织路线为政治路线服务的一项有力保障,更是党具有高位推动能力的原因。《中华人民共和国法官法》为法官确立了一个业务系列,但是,中国法官往往还具有一个行政职务系列,这个行政职务系列的级别和职数是由同级党委的组织部来确定的。倘若法院不积极履行同级党委的政策,并与同级党委保持良好关系的话,就会在行政职务系列认定方面吃亏。然而,在实践中,党委的政策往往具有一定的抽象性和原则性,而且转换不好,就容易犯错误。为了防止出现政治不正确,法院往往会简单地复写党委的政策,即将党委的政策一一映射式地在法院系统内部进行传达,在实质上却没有将党委的政策转化为一种司法技术,这只能是一种表面上的“认真”。

其次,提高立案审查标准,尽量不立案。在块块关系中,政府部门本应和法院建立起一种信任和合作关系,但是,在实践中,特别是在贯彻建设社会主义和谐社会、维护社会稳定的政策过程中,政府与法院之间往往会因块块分割而进行零和博弈,甚至在某些场合,政府机关和信访部门会将矛盾引向法院。例如,政府在遇到针对政府机关自身的上访或房地产纠纷、物业管理纠纷而引起的上访时,会鼓励甚至暗中组织当事人到法院起诉,从而将行政矛盾转为一种司法矛盾。信访部门为了减少自身的麻烦,也往往会将进入司法程序的上访案件,排除在接访案件范围以外。这些上访案件,法院即使判决了,也难

以执行。于是,社会矛盾的焦点会转移到法院,面对这种转移矛盾的行为,法院往往会采取提高立案审查标准,尽量不立案的应对策略。

再次,尽量不去触及行政权的核心层。在党的高位推动下,司法权作为一种裁判权和保守的力量,本应当对行政权进行一定程度的校正以实现司法权与行政权之间有效的整合。例如,近年来,参与社会管理创新是一项重要的公共政策。这项政策在党的高位推动下被分别指向不同的职能部门。为了配合政府部门进行社会管理创新,法院加大了司法建议的力度。当法院发现不属于法院管辖的违法乱纪问题并转有关部门处理的同时,向该违法乱纪部门提出司法建议,必要时还将司法建议书抄送其上级主管机关和有关部门。然而,“揭别人伤疤往往是很疼的”,甚至会招致对方的反击,而且“强行政、弱司法”的体制格局,都会使法院左右为难:倘若不进行司法建议和参与社会管理创新,法院就会在贯彻执行党和国家政策方面显得“慢半拍”,与“全国上下一盘棋、拧成一股绳”的意识形态不符;倘若直接与处于强势地位的行政权“硬碰硬”,又会使自己“碰得头破血流”,吃亏的还是法院。在法院看来,“那些拥有强大政治能量的政府部门能够抵御来自法院的压力,而较弱的部门则不得不屈从。于是似乎只要行政机关越弱势,依法行政就越可能得到推进”。因此,法院往往会选择处于行政权末梢的或不那么重要的机关或部门作为司法建议对象。

通过国家与社会的治理性相互依赖框架和国家机构之间的协调和沟通框架,可以发现中国司法能力还是比较弱的:一方面,法院在通过司法促进国家与社会互动过程中并没有保持一种嵌入自主性;另一方面,作为条块关系中重要一环而存在的法院,既因上级法院的集权而引起司法失真,又因目标的外在强制性与手段的内在有限性而陷入合作困境。因此,从国家建构角度来提升国家司法能力这一命题就可以转换成如何增强法院在国家与社会互动中提升嵌入自主性和如何避免法院在条块关系中出现司法失真和合作困境这两个基本问题。

应该进一步强化自治型司法理念在司法嵌入自主性的基础地位。从理论上讲,试图通过司法解释、司法建议和直接执行公共政策等方式来促进国家与社会互动之所以效果不佳,原因在于中国将建立在“嵌入自主性”基础上的司法模式等同于回应型司法模式。但是,这种看法忽视了回应型司法是建立在自治型司法较为成熟的基础上的。其实,回应型司法是以自治型司法为前提的,并且是要克服自治型法固有的缺陷与不足的。就中国当下的司法现状来看,法律形式主义传统尚未完全建立,法院和法官权威也没有确立起来。中国司法建设最主要的任务

是要确立自治型司法的基本传统,过分强调司法的回应型司法在一定程度上会减弱国家的司法能力。因此,相互依赖中的司法嵌入自主性强调司法活动必定会受到社会环境的影响,但是,这种影响是一种“激扰”,而不是直接侵入。

为了解决条条关系因为压力型体制而引发的司法失真问题,提升中国的司法能力,中国应当进一步优化审判权配置,科学定位四级法院的基本职能。笔者倾向于傅郁林、何帆等人的职权配置路径,将基层法院的职能定位于分流案件、解决纠纷;将中级法院的主要职能定位为依法纠错,定纷止争;将高级法院的主要职能定位为再审监督,指导审判;将最高法院的主要职能定位为形成规则,统一法律适用。尽管近年来中国的司法改革在进一步明确各级法院职能分工和工作重点的前提下,逐步完善四级法院职能定位,但是,他们主要强调的还是基层法院、中级法院和高级法院的职能定位,而对最高法院的职能定位则较少涉及。与此同时,法院应当对司法裁判权和司法行政权进行区分,对上级法院的执行统管权、人事协管权、保障管理权等职权作出具体规定,明确上下级法院在司法人事、档案管理、司法警务、司法统计、纪检监察等司法行政事务上的管理范围与程序,并将这些权力和事务纳入科层制管理体系。中国甚至可以积极探索将司法行政工作从法院系统中剥离出来,成立诸如美国联邦司法管理局之类相对独立的机构来管理司法行政工作。另一方面,中国应当在遵循司法权运作规律的前提下完善法官考核体系,应当将改判、发回重审和不服判息诉的案件进行分类,并且主要考虑因为程序错误而改判的案件数量、发回重审后在预定事实上基础上被改判的案件数量,而不能笼统地考虑改判率、发回重审率这些数据。

至于块块关系中的合作困境,笔者认为除了发挥党的高位推动优势外,还应当加强多属性治理。增强块块中各个部门的信任、合作和整合对于实现多属性治理具有重要意义。第一,在整合法院、政府机关和部门,推行党和政府的政策时,应当充分意识到法院功能的有限性。法院和政府机关及其部门最大的区别在于以权利与义务为线索,以规范与逻辑为判准,以程序合法性为生命来运作。法院受制这些独特的思维方式,必须对政策进行一种法律技术上的转换,因而在功能上也就具有一定的限度。第二,需要克服狭隘的部门利益,明确各个部门的具体职责,坚决防止其他部门利用职责模糊,将社会矛盾和纠纷引到法院,从而避免“相互推诿”现象的出现。第三,把配合法院执行作为政府部门考核的一项指标。

■ 《法律科学》2018年第1期,约21000字