

论现代民主与司法独立之关系*

张霞

(重庆工商大学法学院,重庆 400067)

[摘要] 现代民主和司法独立二者之间在理论上究竟是一种什么样的关系,学界一直未有充分论述。应当说司法和民主并没有多少直接的联系,但是司法独立只有在现代民主政体下才可能存在,反过来,现代民主有着其固有缺陷,而独立的司法对于弥补其缺陷有着独特的功能。

[关键词] 自由;现代民主;法治;司法独立

[中图分类号] D926 [文献标识码] A [文章编号] 1672-0598(2008)03-0107-05

一、民主与司法独立之基本内涵

近现代以来,民主的出现和自由密切相关。一般认为,自由乃是一种人的状态,在这一状态下,一些人对另外一些人所施以的强制在社会中被减至最小可能之限度。^[1]笔者以为,自由乃是一个价值问题,而自由的价值就在于承认每一种价值的合理性,政治权威既无职又无权去给予某一个价值,例如给予诗歌以高于另一价值如针戏的特殊照顾,哪怕人们,甚至是选民中的大多数都认为两者之间以诗歌更为可取。^[2]这事实上要求政治权威必须保持价值上的中立。当然,一个尊重自由的国家在价值上保持中立,并不是说它在针戏和伟大的艺术之间是毫不敏感和无所谓的。只不过是说,在道义上,国家不应该将自己的偏好通过强制性的手段付诸实现。

然而,保持价值中立从而不能对任何价值给予特殊的照顾,看来是禁止了有轻重高低之分。但由于合情、合理的价值的数量是无限多的,国家将面临两难困境。如果国家对各种价值完全秉持一种不管、不顾的态度的话,各种价值选择之间一旦发生利益冲突,而又通过个人的自由谈判和协商无法解决的时候,社会矛盾必将丛生。为了避免以暴力的方式导致共同灭亡,国家将不得不作为第三方对这些冲突进行解决,并且往往不得不在冲突的价值之间做出选择。选择保护其中任一种价值,显然有

违国家价值中立地位。但如果对每一种价值都给予平等的照顾乃至扶持,甚至扶持到同等昌盛的地步的话,则又恐其会像个无底洞一样吸尽国家所有资财也不能达致理想的目的。由此可见,保持价值中立的自由的实现并非易事,事实上人们经常会面临在相互冲突的多种价值之间进行选择。

历史上解决价值冲突的规则大体上有四种,即专制、惯例、契约和民主表决。第一种是专制的方式,由个别人或少数人说了算。但由于专制对于维护自由的好坏依赖于决策者的仁慈与否,而决策者的仁慈与否不具有任何确定性,极易发生侵犯自由的后果,故与自由原则相悖而为现代国家所抛弃。第二种是惯例,它通常被理解为一种非正式的无言契约,它是一种能够实现帕累托改善的规则,受其影响的人当中一部分人欢迎,另一部分人也不反对或没有反对的理由,因此通常能够得到较好的执行。^[3]但是,惯例非短时间可以形成,因此契约规则,就成为人们处理价值冲突的基本手段。通过谈判,各方能够找到彼此利益的契合点从而达成契约,就其最终结果而言,也是一种帕累托改善。不论是惯例还是契约都能够产生可由大家共享的好处,而且基本上纯出于个人的自由选择,因此并不会对于个人的自由造成损害。然而,契约和惯例并非能够解决所有人与人之间的价值冲突。假设这

* [收稿日期] 2008-02-26

[作者简介] 张霞(1975-),重庆人,重庆工商大学法学院,讲师,硕士,研究方向:民商法、法学理论。

种冲突仅仅发生在两个人之间,彼此找到利益的共同点并达成契约并非难事(但也并不绝对),因为两个人之间的交易成本并不会太高,但是假设所需通过契约解决冲突的人非常多的时候,由于大量的交易成本的存在,达成契约的可能性就会大为降低。所以,要找到一种能够为众多的人都接受的利益契合点(可以称其为共同利益或共同自由),就必须面临众多人参与的集体选择,而目前最常见的一种集体选择方式就是民主。

民主是同专制相对应的。人们对于民主的经典表述通常是主权在民,由此衍生出来的意义就是只有人民自己才能决定自己的事情。民主的具体形式在实践中主要有三种,即谈判民主制、全民民主制和代议制民主制。谈判民主制是所有民主形式的逻辑基础,分别在其他两种形式中体现。在谈判民主下,个人之间可以达成一致意见,订立并执行某一契约。这其实是将前述契约归为了民主的一种形式。全民民主的基本形式是所有利益相关人都参与对某个问题的解决,解决冲突的理想方式是全体一致同意规则,这样能够最大限度实现自由。另外一种全民民主形式是多数表决制,即当无法由所有人达成一致意见时,按照少数服从多数的原则决定事情。但是因为全民民主的成本太高,而且往往难以最终形成决议,所以代议制民主就成为当下各国采用的最普遍的民主形式。它是由选民自愿选出其代表,然后由这些代表来代理选民进行选择,但在进行选择时仍然坚持少数服从多数的原则。谈判民主制和全民民主制属于直接民主制,代议制民主制属于间接民主制,是建立在选举基础上的民主。

司法本质上是一种定分止争的利益裁判机制,法官对提交其解决的纠纷居中做出权威性判决结论,与司法相对应的概念是调解、仲裁以及和解等。司法独立则是指法官依法独立审判案件,不受任何干涉。具体包括三层含义:第一、司法组织独立。现代国家已经基本上脱离了以往各种国家机关不分的体制,实现了立法、行政和司法机关之间以及司法机关相互之间的分离和独立。第二、司法审判独立。审判权依法区别并独立于其他国家权力,司法审判仅依据宪法和法律,不受任何非法干预。第三、司法人事独立或者叫法官独立。法官通常有其独立的产生程序,并且一经任命,非因法定原因和经过法定程序,不受弹劾。法官独立既强调独立于

其他职业的公民,又特别强调法官与法官之间的自主性,法官独立可说是司法独立的最高形态。

二、现代民主下之司法独立

应当说,司法的概念和现代民主本身是没有关系的,因为显然司法活动的产生远远早于现代民主(之所以说“现代民主”,是与自古希腊始的古代民主相对应的)的产生。人类社会在几千年前就存在着司法活动,而现代民主的产生也就是新近几百年的时间。但是,司法独立制度的真正确立却是在现代民主制度下实现的。

在专制社会,西方主要由君主或是教会负责裁决人们之间的冲突与争议,尽管也有法院和法官,但是因为没有建立起权力制衡制度,事实上法院和法官的独立性并不能得到肯定。而在中国,长期的封建社会中司法和行政乃至立法混合的体制,使得法官和行政长官为一体,在履行司法职能的同时,还要履行行政甚至立法职能,因此司法独立也根本不可能。在资产阶级革命胜利之后,为了保障自由,防止专制,资产阶级确立了主权在民的民主制度。如前所述,现代民主是建立在解决价值冲突,维护与保障自由的基础之上的,主权在民可以确保权力掌握在人民手中,而全体一致同意或少数服从多数的具体民主形式则可以确保自由不受少数或个别专制独裁侵害。但因为在大规模的社会共同体中实行全民民主式的直接民主很难,所以代议制的间接民主就成为现代各国的主要选择,与这种选择密切联系的概念就是“权力的让渡”。人们把对自由的选择权委托给议员、官僚当然也包括法官去行使。但是为了防止这些代理人滥用权力,西方国家的人们设计了权力制衡的政治结构,其中首先包括司法权和行政权以及立法权的相互独立,因为相互独立是相互制衡的前提。我国实行的人民代表大会制度严格地讲也是代议制民主政体,但是在该制度下的权力分配与西方有所不同。在人民代表大会制度中,司法机关和行政机关都由立法机关产生,向立法机关负责,司法与行政机关根据分工不同,相对独立。

应当说当下流行的各种民主制度,不论是西方还是我国,包括主权在民的民主原则的确立和具体的民主形式都是为了达到保障自由的目的。在这样的目的下,西方国家讲三权分立,司法权与立法权、行政权相互独立,相互制约,其司法独立程度是

比较彻底的。我国讲人民代表大会制度,司法权隶属于立法权,只是在立法权下与行政权相对独立。看起来,我国的司法独立比起西方国家不是很充分、彻底。这也是我们很多学者对于在我国是否能够推行司法独立的主要争议。为此需要我们首先探讨一下民主与司法之间究竟是一种什么样的联系。

诚然,司法的产生与民主没有什么直接关系,除了因为司法先于民主产生之外,还因为专制体制下也有司法。但是要注意到的是在专制体制下的司法与民主体制下的司法是有区别的,这个区别之根本就在于两种体制下对于法律采取的不同态度。在专制体制下,尽管也有司法,但是其司的法律是体现保障少数独裁者利益的法律,尽管独裁者有时为了巩固自己的统治,也会在其制定的法律中体现一些民意,但总体来讲法律只是一种工具,一旦与独裁者的利益发生冲突,体现民意的法律将面临被消灭的危险,因此其司法活动的独立性也就无从谈起。相反,在民主体制下,法治被认为是高于民主之上的原则。或者说,民主必须在法治的前提下展开。这是因为民主尽管主张主权在民,但是现有的民主制度的具体运行毕竟还存在一些不可避免的缺陷,为了克服这些缺陷,需要一些更高的规则来制约民主制度的运行,这些规则就是宪法和法律。当然宪法和法律本身也是民主的产物,只是它一产生就会回过头来指导和制约民主。这也是现代国家不管是西方的三权分立制度还是我国的人民代表大会制度都承认必须服从宪法和法律的原因。这意味着民主制度是一种在法律治下的制度,而不像专制政体下法律是专制权下的法律。因此作为以执行法律为己任的独立的司法活动因为与遵守法律的民主制度具有一致性,从而得到了保障。

在这里,笔者无意比较西方的民主制度与我国的人民代表大会制度的优劣,因为它们已经客观地被西方与我国进行了选择,并且各自发挥着相互不可替代的功能。但仅就司法权在两种不同民主形式当中的配置而言,它仅仅是体现了两种制度在国家权力的分配上采取的不同方式而已。问题在于司法独立是否有必要以及是否要在一种国家权力一分为三的前提下才能实现。在西方的三权独立中,人们尤其重视司法独立,因为在分权制度下司法权独立是制约其他权力,从而确保民主政体所追求的主权在民不会演变成专制独裁的最为重要的

手段。而独立的司法权达到其目的的基本途径就是通过执行体现民主的宪法和法律。在人民代表大会制度下,司法独立没有明确提出是对于其他权力的制约,但是考虑到在法治社会,司法活动的唯一依据是宪法和法律,其唯一目的也是执行宪法和法律,那么实际上只要其他权力也承认必须遵循宪法和法律,则尽管人民代表大会制度并没有明确提出三权分立,司法活动的独立性也就无可置疑,因为其他权力包括立法权和行政权不能超越法律去干预司法活动。其实我国的问题不是现有的人民代表大会制度的政体允不允许司法独立的问题,而是在现有的人民代表大会制度下如何建立司法独立制度的问题。例如人大对司法的监督问题、法官的产生和任期以及待遇问题、法院的财政经费问题、独立审判问题等等都可以通过改革现有制度,强化司法的独立性而得到解决,关键在于贯彻真正的法治精神。综上,司法独立是在现代民主下的一种具体制度安排,其直接目的在于执行宪法和法律,其终极目的在于通过维护法治以保障自由。

三、独立司法下之现代民主

独立司法下的现代民主,这一命题听起来好像有点关系错位。因为前面我们才讲到司法独立是现代民主政体下的产物。在解释这个命题之前,我们先要明确的是,司法独立尽管是在现代民主政体下才能够获得实现的,但是毕竟司法和民主之间还是存在着许多的不同。首先司法的本质是理性,法律推理是一种理性过程,裁决者不能有利益、感情牵涉,中立是最基本的要求。民主的本质是人民至上,作为一种决策体制,它讲究多数原则,尊重人的情感与利益。^[4]其次,评价司法活动的唯一尺度是宪法和法律,对多数人和少数人的利益,法官必须一视同仁。而评价民主的唯一尺度是民意,民主程序作为竞选者争取选票的一种竞争机制,竞选者会尽量迎合大多数人胃口,以最大限度地争取选票。审判实践中,经常会出现法院的判决与民意相背离的现象,就是由司法与民主的不同评价标准所造成的。^[5]正是由于司法和民主之间的评价标准不同,所以司法本身并不依附于民主,相对有着相当大的独立性,甚至两者之间还可能发生冲突。而一旦发生冲突的话,就必然需要寻求一个二者利益的契合点,而不能完全地舍弃任何一方,毕竟司法和民主两者都是我们所欲的。这个契合点的寻找其实我

们已经讲得很清楚,那就是司法所要遵循的宪法和法律本身也是民主的产物,而宪法和法律一经产生之后,就同样成为指导和约束民主活动的尺度,这意味着遵守共同的宪法和法律就是司法和民主的利益契合点。而司法以执行宪法和法律为直接目的,在其独立执行的过程中必然要对具体的民主活动施加约束,所谓独立司法下的现代民主即是此义。

那么,在独立司法下约束现代民主什么,以及如何约束现代民主呢?如前所述,民主是在解决人们之间的自由冲突的过程中所发现的一种做出选择的手段,但是这本身并不意味着民主是十全十美的。相反,民主的决策机制也有着许多无法避免的缺陷。

第一,民主决策机制在通常情况下能够形成某种决策,但是有的时候并不能够形成,从而导致很多问题不能解决,阿罗不可能定理是分析这种可能性的基本工具。^[6]第二,民主从理论上讲能够反映民意,但是反映全体人民的共同意志的机会往往并不多,在现有的民主选举决策机制下更多的时候体现为大多数人的意志,但是这又往往以损害少数人的利益为代价。而这种结果并没有任何天然的正当性,因为有时对某一个问题的强偏好的少数人所承受的损失很容易大于消极的多数人所享有的利益,但在少数服从多数的规则下少数人却会失败,这样的集体选择往往就是无效率的。^[7]可见,在民主制度下很容易产生为人们所诟病的多数专制,少数人的利益很容易被忽略。这实际上是人为地剥夺少数人的自由,和人们选择民主的初衷多少有些相悖。第三,民主只是在理论上认为通过全民民主的方式或代议制民主的方式能够实现人们的共同利益。但是这必须以满足两个基本条件为前提。首先,必须各种分化的社会利益集团没有谁可以保证长久地占据多数地位,否则,前述多数专制的后果将不可避免。而如果现时的少数有足够的机会成长为多数的话,则尽管现时受到多数的欺压,但是从长期来看,却是公平的。其次,必须保证所有的人至少是大多数人都有足够的热情愿意参与民主决策活动。就第一个条件而言,我们几乎没有把握。而第二个条件我们非但同样没有把握,反而担心会出现少数专断的结果。因为民主决策过程存在高决策成本和参与者搭便车的心理,事实上多数人都都不愿意参与决策,而乐于接受少数人作出的决

策。而这些少数人总是由同一群人组成,他们奋力追求的政治权力或公共品对他们来说价值不菲,即使由他们支付所有的参与成本,其个人收益也将超过其付出。因此,决策将始终由同一个少数人集团作出,从而形成所谓的寡头决策,甚至专断。^[8]第四,在代议制民主下,民主决策的实施通常通过政府官僚来进行,而除了领导层官僚要受民主选举的一定约束之外,大量的一般官僚并不受民主机制的约束,而且因为在官僚与代议机构之间存在的信息偏在,代议机构基本上无法实现对执行决策官僚的有效监督,民主的意愿很容易落空。

民主制度因为其存在的上述固有缺陷要求我们必须通过其他的手段来加以弥补。之前我们提到法治是高于民主的价值,民主必须在法治的基础上进行,而作为以执法为己任的司法(当然必须是一种能够独立执法而不受任何非法干预的司法),就当然地能够在弥补民主缺陷方面发挥作用,这也是司法独立在民主制度下仍然需要强调的重要原因。具体而言,针对民主的上述缺陷,独立的司法可以发挥如下弥补功能。

就民主制度经常面临难以作出决策的弊端而言,采取独立法官制的司法活动通常可以在某种程度上予以避免。例如当符合经济社会要求的立法因为立法机构陷入民主决策困境,久拖不决时,法官就可以通过创造性的司法活动,进行法官造法以获得对现实问题的解决。但要注意地是,民主决策的领域毕竟与司法决策的领域并不完全相同,按照各国宪政体制的安排,二者的职能一般有着各自分工,彼此并不能够轻易代替。因此,在很多时候,尽管某些事物的处理运用民主手段难以形成决策,但并不意味着就必然可以交给法官来决策。所以,应当说民主决策困难的弊端的解决恐怕主要还是需要依靠其他手段,独立的司法在这里的缺陷弥补功能其实范围有限。

针对民主制下多数专制的问题,司法能够作出的贡献就是独立的不受选举制度约束的法官可以不顾民主不能不考虑的民意,而只考虑宪法和因素,从而维护比民主本身更高的价值,例如自由、公平、正义等。实践当中很多时候民意与当时的法律是相违背的,如为民除害杀人的情形,多数民意可能认为不用治罪,反过来,又有的时候多数民意认为某人罪大恶极,不杀不足以平民愤,但是法律却持相反立场。此时,以法律为准绳的司法显

然能够充分遏制体现多数民意但与法律不符的民主决策。同时,司法可以根据宪法和法律对在民主决策下其利益受到损害的少数强制性地要求多数给予补偿,使得一个社会所有人的利益都能获致平衡。至于民主导致的寡头决策和执行官僚的问题,独立的司法活动则可以通过其严格执法,将寡头决策和执行官僚的弊端所带来的后果限制在一个能够为人们所忍受的范围。例如司法可以通过审查寡头或官僚是否滥用职权,其决策是否违反宪法和法律来对其加以控制,从而避免少数寡头将其意志强加给大众,以及避免代议制民主下执行官僚不受控制的情形。

四、结论

综上,如果没有独立的司法,要完全实现对民主固有缺陷的弥补是不可能的。然而,民主尽管有其固有缺陷,但并不意味着我们可以抛弃民主,毕竟民主已是我们当下所能作出的最好也是最能为大众所接受的选择。独立的司法尽管对于弥补民主制度的缺陷有其功能,但并不表明司法可以代替民主,也不表明司法是弥补民主缺陷的唯一有效的手段。相反在现时,没有民主,是不可能独立的司法的,而且司法如何在独立前提下保证其公正

性,防止法官独立演变成法官专权,也离不开民主制度的监督。

[参考文献]

- [1] [美] 哈耶克. 自由秩序原理 [M]. 邓正来译,北京:三联书店,1997. 3 - 4.
- [2] [英] 安东尼·德雅·塞. 重申自由主义 [M]. 陈茅等译,北京:中国社会科学出版社,1997. 18.
- [3] [英] 安东尼·德雅·塞. 重申自由主义 [M]. 陈茅等译,北京:中国社会科学出版社,1997. 103 - 104.
- [4] 陈端洪. 司法与民主——中国司法民主化及其批判 [J]. 中外法学,1998, (4).
- [5] 张泽涛. “议行合一”对司法权的负面影响 [J]. 上海:法学,2003, (10).
- [6] [荷] 汉斯·范登·德尔,本·范·韦尔瑟芬. 民主与福利经济学 [M]. 北京:中国社会科学出版社,1999. 98 - 103.
- [7] [美] 乔·B·史蒂文斯. 集体选择经济学 [M]. 上海:上海三联书店,上海人民出版社,1999. 209.
- [8] [荷] 汉斯·范登·德尔,本·范·韦尔瑟芬. 民主与福利经济学 [M]. 北京:中国社会科学出版社,1999. 96 - 97.

(责任编辑:杨 睿)

On Relationship between Modern Democracy and Independence of Jurisdiction

ZHANG Xia

(Law School of Chongqing Technology and Business University, Chongqing 400067)

Abstract: Nowadays there isn't any full illustration on relationship between modern democracy and independence of jurisdiction in theory. In fact, they have no direct relations with each other. However, judicial independence can be realized only under the circumstance with modern democratic system and can make good the natural defects existing in modern democracy.

Keywords: freedom; modern democracy; constitutionality; independence of jurisdiction