

除少數文章外，本書在深度理論分析方面並不令人滿意。如對私立教育、入學機會、民工子女教育、教師發展的研究，都只是一種經驗的簡單呈現。

在改革過程中，隨着市場化程度的提高，社會主義國家的教育回報率在逐漸提高。

中國教育改革的經驗儘管可以輔證這一結論，但中國教育回報率增長的內在機制與西方國家有很大差異。如果簡單地沿用這一理論，不分析中國改革以來教育發展的背景，以及中國社會主義傳統對教育改革的影響，對中國教育回報增長的理論解釋仍然會較為薄弱。趙偉和周雪光的文章從中國國家與市場之間的互動關係來解釋城市中國教育回報增長的現象，展現了中國經驗的獨特價值。

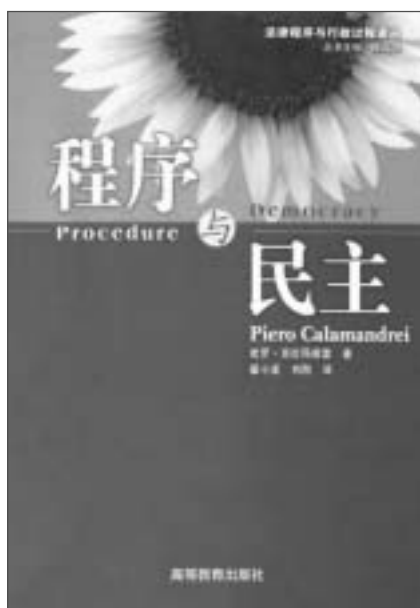
作為一本研究中國教育改革的學術著作，我們希望這本書不只是呈現中國經驗，而是提出更深入的理論分析。但除少數文章外，本書

在深度理論分析方面並不令人滿意。如對私立教育、入學機會、民工子女教育、教師發展的研究，都是一種經驗的簡單呈現。

總之，市場不是一個抽象的概念，而是一種實實在在的機制，影響着中國的教育發展。《改革》一書展示了市場改革對中國教育發展的影響，無論是學校之間教育經費的差異，還是私立學校的發展，藏族兒童入學率的徘徊不前，民工子女遊走在城市教育的邊緣，甚或教育回報率的提升等，都深深地鐫刻着中國社會轉型的背影。中國教育改革的經驗已經構成社會轉型的一個重要組成部分，其理論價值正不斷彰顯，本書只是一個開始，中國轉型期教育問題的研究還有很長的一段路要走，需要更多學者的參與。

司法過程的性質

● 徐 昕



克拉瑪德雷 (Piero Calamandrei) 著，翟小波、劉剛譯：《程序與民主》(北京：高等教育出版社，2005)。

筆者對克拉瑪德雷 (Piero Calamandrei) 的關注，源於對其得意門生卡佩萊蒂 (Mauro Cappelletti) 的譯介。卡氏是二十世紀最卓越的訴訟法學家之一，他深受老師的影響並深刻地認識到，法律應置於社會經濟和政治文化的背景下來研究，其本身不應作為目的。

克拉瑪德雷，1889年4月21日生於佛羅倫薩，1956年9月27日死於佛羅倫薩。他是二十世紀前半期意大利著名法學家、民事訴訟法領域的泰斗級人物，也是1948年意大利《憲法》的締造者之一。他努力推動意大利民事訴訟制度改革，參與了1942年意大利《民事訴訟法典》的修訂。他畢業於比薩大學法律系，自1915年先後任教於墨西拿大學、摩德納大學(1918)、錫耶納大學和佛羅倫薩大學(1924)。1943年法西斯政權垮台後，他擔任佛羅倫薩大學校長。1945年，他通過選舉進入制憲國民會議，1948年作為社會民主黨人進入國民大會。其代表作包括《民事判決之上訴審》(*La cassazione civile*, 1920)、《民事訴訟研究》(*Studi sul processo civile*, 1930)、《民事訴訟法教科書》(*Istituzioni di diritto processuale civile*, 1941-1944)，以及《程序與民主》(*Processo e democrazia*, 1954)。1924年，他和卓越的訴訟法學家奇奧芬達(Giuseppe Chiovenda)、卡爾尼路蒂(Francesco Carnelutti)一起創辦了影響深遠的《民事訴訟法雜誌》(*Rivista di diritto processuale*)。

《程序與民主》(引用只註頁碼)一書討論法院運作與民主之間的關聯，從法律程序中的正義、邏輯、常識和發現技術入手，以當時意大利的訴訟法為基礎進行國別對比和歷史考察，最終論及程序中個人的自由、平等及權利保護。書中所指的民主並非統治行為，尤其是國家政治領域的治理機制，而是指尊重個人自由、平等和權利的態度和行動。該書是第二次世界大戰後西方

學者從程序視角對自由主義法學進行全面反省的第一部力作，是對自由主義理念支配下的形式主義程序觀的深刻反思，被西方學者譽為奠定現代訴訟法學基本思想之經典。

該書雖名為《程序與民主》，但核心主題卻是司法過程的性質，即影響司法過程的各種因素及其相互關係。其份量完全可與卡多佐(Benjamin N. Cardozo)《司法過程的性質》(*The Nature of Judicial Process*, 1921)相比。《程序與民主》並非嚴格意義的訴訟法學專著，而是由六篇演講稿組成：一、法律程序與司法習慣；二、司法與政治：判決與情感；三、法官的獨立與責任感；四、理性意見的危機；五、司法過程的辯證方面；六、司法過程中對個人的尊重。透過這些標題及行雲流水般的文字，筆者所讀到的是克拉瑪德雷對司法過程的性質的深入闡述：

第一，法官是司法戲劇的主角，但司法過程不是法官的獨白，而是對話和交流，是建議與回答的提出和採納，是起訴與答辯、攻擊與回應、主張與反駁的互動。

克拉瑪德雷在書中的第二、三、四章從多角度對作為司法戲劇主角的法官進行分析。第二章討論司法公正，以及法官在現代民主國家中的司法功能和職責。他批判了極權國家的革命司法，倡導司法獨立於政治，而這種獨立正是民主的重要表現。他強調法律的確定性和裁決的可預測性，指出裁決不是簡單的司法三段論，法官不是自動售貨機，不是「由純粹邏輯製造的無生命的存在」(頁26)，我們需要盡心盡

《程序與民主》是二戰後西方學者從程序視角對自由主義法學進行全面反省的第一部力作，是對自由主義理念支配下的形式主義程序觀的深刻反思，被譽為奠定現代訴訟法學基本思想之經典。

責的、有靈魂的法官。而要做到這點，法官獨立是必要條件。這正是第三章的主題：所有民主國家皆宣告法官獨立；法官應獨立於權力機構，聽憑自己的良知作出適當的判斷；法官應享有充分的職務保障、較高的收入和崇高的榮譽。第四章分析理性意見的危機。作為民主的特徵，司法職能的理性化最重要的含義是理性意見，而「司法判決並不是代數計算。它是更為複雜和神秘的行為，它根植於道德良知之中，不可化約為抽象的數字」（頁44）。

第五章主要討論司法戲劇中對立的當事人：

當事人是人，是擁有權利和義務的主體，他們在法官面前並非無能為力，並非只須消極服從；相反，他是自由公民，在法官面前，既承擔需履行的義務，也享有應受保護的權利。法官不僅有針對當事人的權力，……〔也〕承擔某些義務和責任；當事人有權自由表達他的觀點，也有權要求法官認真聆聽他的觀點。（頁55）

司法過程是法官與當事人之間的法律關係，並非只有法官擁有獨立且與司法相關的意志，雙方當事人亦有。因此，辯論成為現代司法過程的典型特徵。司法過程也被比作體育競技，只不過「是勸服與辯論的遊戲，不是運動力量的對決」（頁55）。

在克拉瑪德雷看來：「雖然當事人彼此是對手，但他們卻必定是法官的合作者」（頁54），他們在司法過程中必不可少，法官發現真相

「必須借助於當事人的對立主張並存的局面」（頁59）。當事人的真正對抗是民主制度的基本特點，而極權主義司法過於強調法官職權，實際上是「沒有當事人的審判」，納粹統治下的司法便以此為特徵。納粹德國在最後幾年裏甚至「打算廢除當事人的自由，把當事人程序轉變為所有主動權都源於法官的程序」（頁59）。

司法過程與國家結構存在緊密的關聯，克拉瑪德雷對此進行分析，並由此角度區分了威權國家與自由民主國家的司法過程。前者中法官擁有全部強力，把當事人看作物。他對此進行了猛烈批判：極權司法要求所有衝突在領袖的父親式胸懷中解決，法庭中只能聽到主審法官的莊嚴宣判，被審人在他面前靜靜等待，頂禮膜拜（頁57-59）。由於作者親身經歷了意大利的法西斯統治，因而對有關兩種政體下司法過程的對比有極其強烈的感受。

第二，「律師和法官之間的關係，是司法過程中的根本問題」（頁65）。法官與律師應相互理解、尊重、寬容和信任。

首先，「法官必須理解且體認：律師的在場減輕了他的負擔，律師承擔起繁重的工作，把原始的生活事實轉化為可理解的法律語言；但律師也必須理解到，法官的任務比自己更加棘手且富有挑戰性，因為，儘管律師像戰壕中的士兵，能事先知曉敵人將攻擊的部位和自身必須射擊的方向，但法官必須作出選擇，而且要單獨為這種選擇承擔可怕的責任」（頁65）。其次，雙方應相互尊重。司法過程中的法

在克拉瑪德雷看來，司法過程是法官與當事人之間的法律關係，並非只有法官擁有獨立且與司法相關的意志，雙方當事人亦有。因此，辯論成為現代司法過程的典型特徵。

官和律師就像兩面鏡子，「在面對彼方時，每人都認可且尊重他自己正直的映像」(頁66)。再次，雙方應相互寬容，「甚至對不可避免的缺點和疏忽也要理解和寬容，因為所有人(包括法官和律師)在其漫長的工作生涯中總會有缺點和疏忽」(頁65-66)。最後，雙方應相互信任，因為信任是維繫一切社會關係的重要紐帶，「相互信任是成功司法過程的重要條件」(頁65)。

克拉瑪德雷引用意大利《民事程序法》第180條的規定：「在地方預審法官面前的程序應總是口頭的」，來說明不信任如何導致程序規則的改變：該條於1950年被刪掉「總是」一詞，因為律師與法官更偏好書面程序，而這又是緣於雙方互不信任，從而導致口頭程序的失敗(頁63)。他強調，「司法過程必須體現法官和律師之間的關係，它表達信任、團結與人道之感覺，在所有領域，這些都曾經是民主的活躍精神。」(頁38)

律師與法官關係的改善應從促進其相互理解、尊重、寬容和信任入手，特別要重建信任。作者提供了一些有效的解決方案，特別指出法官的選任方式對於重建信任至關重要。他推崇從律師中選任法官的英國式制度，法官被認為是律師職業的繼續和自然實現。有律師執業經驗的法官更能理解律師的行為，更能容忍律師可能表現出的放縱行為與固執表現；未來或許充當法官的律師將更深刻體悟到裁判所面臨的選擇困難。律師相信法官，因為以往法官和自己一樣做律師；法官相信律師，因為明天律師可能坐在

法官席上。這樣，律師與法官的關係就將實現良性循環。

第三，司法過程應體現對個人的尊重(第六章)。這首先表現為當事人對法官的制約：

法官的意志從來就不是絕對至高無上的，他總是受到當事人意志和行為的制約(即使刑事程序中也如此)，受到他們的啟動、勸導、抵抗和認可等行為的制約。當事人雙方之間也如此，……從對方和法官那裏受到的刺激都塑造且制約着他的意志和行為。(頁55-56)

對個人的尊重必然要求保障民眾實效性地訴諸司法，但這卻面臨着種種障礙。因此，作者特別強調對窮人的尊重，提出為窮人辯護實際上是當事人之間實現事實平等的體現。在意大利乃至世界許多國家，免費法律援助皆為律師光榮且應盡的職責，但作者激烈地批評了意大利的法律援助制度，因為，「儘管它為窮人提供了律師，但卻剝奪了他們自己選擇律師的機會」(頁73)，從而減弱了律師與委託人的相互信任——其關係中最重要紐帶。而只要富人有這種選擇權，窮人也應該擁有，這樣才能保證司法過程中當事人之間的事實平等。他引用薩拉斯諾(Pasquale Saraceno)法官的話：「如果我們不能禁止富人僱請最好的律師，那麼，為保持當事人的平等，最好一起廢除律師。」(頁74)儘管作者激情澎湃地為窮人振臂疾呼，但他不得不承認：「目前尚未發現對此問題的滿意解決辦法；在司法制度這一狹小的技術領域，

克拉瑪德雷分析了威權國家與自由民主國家的司法過程。他猛烈批判極權司法要求所有衝突在領袖的父親式胸懷中解決，法庭中只能聽到主審法官的莊嚴宣判，被審人在他面前靜靜等待，頂禮膜拜。

尊重個人、尊重當事人，強調法官、當事人和律師相互對話，是程序運作的基礎性法理，也是克拉瑪德雷對二戰時期法律正義挫敗的深刻反思。

很可能無法找到解決辦法，因為它取決於更大的經濟和社會問題。」(頁71)這是民事訴訟中面臨的問題。

而在刑事訴訟中，當事人一方是國家，一方是個人，雙方地位相差懸殊。被告是消極的客體，處在糾問者暴力的支配之下。無論在糾問者面前，抑或在監禁者面前，還是在剝奪生命的行刑官面前，被告「都僅僅是個物」(頁78)。因此，刑事訴訟中尊重個人之保障，「還有很漫長的路要走」(頁77)。

尊重個人、尊重當事人，強調法官、當事人和律師相互對話，既是程序運作的基礎性法理，也是克拉瑪德雷對二戰時期法律正義挫敗的深刻反思。他是一位堅定的反法西斯戰士和政治家，他強烈譴責意大利的法西斯政權。1925年在著名反法西斯領導人阿門多拉(Giovanni Amendola)的倡議下，包括克拉瑪德雷在內的四十二位知名學者簽署了由克羅齊(Benedetto Croce)起草的《反法西斯知識份子宣言》(*Manifesto degli intellettuali antifascisti*)。他強烈批判當時意大利通過議會的普通立法甚至內閣的授權立法，便宣布法西斯內務部長針對非雅利安人作出的行政決定為終局裁決(Piero Calamandrei, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. 2 [Padova, 1943], 78-79)，譴責當事人的基本程序保障權被大肆侵犯的狀況。二戰後，意大利出現的當事人基本程序權憲法化潮流部分地與克拉瑪德雷、卡佩萊蒂等法學家的批評有關。

第四，司法過程是一套複雜的技術機制。「法律程序規則實質上只是由邏輯和常識的原理被轉化成有

約束力的規則的技術理論」(頁1)，是國家為解決爭議而創設的精巧的程序機制。這種司法過程被規定於法典之中，也被發展出宏大的理論，但真實的司法過程遠非如此。正如霍姆斯(Oliver W. Holmes)聲稱：「法律的生命不在於邏輯而在於經驗」，克拉瑪德雷主張司法是一種實踐技藝。他提及父親的老助手對他的警告：別把時間浪費在讀書上，真正重要的是經驗。這位助手幾乎不會讀寫，但在法庭接待室工作五年後成為了專家(頁6)。四十年後作者才真正認識到：「寫在法典中的司法過程只是空洞的模型，根據置入其中的特定內容，它產生不同的結果」(頁7)，「法律中的程序在實踐中卻可能萎縮和消失，……程序方法卻可在實踐中生長出來」(頁8)，「司法過程的典型體貌不是程序法賦予的，……而是那些實施它的人的心靈習慣賦予的。成文法只是框架；它的形貌，連同色調和明暗度，是由習慣和常例(usages)構成的。」(頁9)

在第一個演講中，克拉瑪德雷着力強調程序法與司法習慣的關係，從羅馬法以來法律程序的歷史論及司法習慣如何轉變為程序法，突出司法實踐及其演變的慣例之重要性，提出法律程序中的民主因素，即權力的「理性化」，主張任何裁決都應當是理性的結果而非恣意的判斷。

正因這一特點，司法只為那些知曉其運作秘密的人提供正義。故為確保當事人真正的自由和平等，雙方最好由律師代理，因為未經任何訓練的當事人在錯綜複雜的司法過程中，一定程度上類似於無法律

行為能力人。律師—委託人的關係類似於監護關係：「律師不僅是他〔委託人〕的代理人，而且他在某種意義上補充了他的委託人的法律行為能力，並充當後者的人格完善者。」(頁70)

克拉瑪德雷的這部著作(或者說演講)字字珠璣，句句經典，文采飛揚，激情洋溢，語言優美，風格華麗，如詩如歌如格言警句，字裏行間盡顯詩性正義與大家風範。

作者的行文不太像是一位訴訟法學家，而更像哲人般的表達，因此該書不僅是訴訟法學者的必讀書目，也適合所有的法律人乃至一般讀者閱讀。

不過，此書中文本依紐約大學出版社1956年版阿當斯(John C. Adams)翻譯的英文本轉譯而來，與原作相差較大實屬意料之中，筆者期待有人將此書從意大利文直接譯成中文。

五彩斑斕的縱樂世界

● 王 英



卜正民(Timothy Brook)著，方駿等譯：《縱樂的困惑：明代的商業與文化》(北京：三聯書店，2004)。

「明王朝是在冬季的安詳和靜謐中開始的。至少我們的晚明作者(在此姑隱其名)身處十七世紀的第一個十年，回眺通向十四世紀的漫長的歷史之路的時候，是這麼想的。王朝的前半期對他來說是一幅真正的理智秩序和安定生活的圖畫。」(卜正民[Timothy Brook]：〈引言〉，載卜正民著，方駿等譯：《縱樂的困惑：明代的商業與文化》[*The Confusions of Pleasure: Commerce and Culture in Ming China*]，頁1。以下簡稱《縱樂的困惑》，引用只註頁碼。)這是卜正民一部有關明代歷史著作引言的開頭。

如同一位緩和而從容的嚮導，卜正民在書中帶領讀者，慢慢步入那扇神秘的歷史之門。筆者因為有機會參加卜正民的明史課程，為了準備功課，偶然間閱讀此書，即如

《縱樂的困惑》是卜正民一部有關明代歷史的著作。如同一位緩和而從容的嚮導，卜正民在書中帶領讀者，慢慢步入那扇神秘的歷史之門。這本書的背景，就是我們耳熟能詳的明代資本主義萌芽的問題。