

司法独立的黎明

法国古典司法体制诸问题研究

杜 苏*

摘 要 大革命前的法国司法体制是大量近代法学知识得以孕育的制度温床,孟德斯鸠开创的“司法独立”理论也萌生其中。本文系统性地考察了当时司法体制的组织架构、工作方式和法理依据,在此基础上对近代早期的民法传统与司法行政关系进行了专门分析。力图通过一种历史性的制度研究,为“司法独立”思想的产生还原出一个更为稳定,也更为实践化的时空场景。

关键词 法国 司法独立 司法体制 旧制度 孟德斯鸠

引 言

多年以来,作为“三权分立”系统的一个有机组成部分,孟德斯鸠开创的“司法独立”理论一直都是学界讨论的基础,严复引入的“孟氏之法”自清末以来长期主导中国的司法权理论话语,时至今日已百年有余。然而国人对于孟德斯鸠所处时代的基本司法体制却始终缺乏了解,当时法国的司法状况究竟如何,那个孕育着“司法独立”的制度体系究竟呈何结构,有何特点,“司法独立”意识又为何会萌生其中,对此,学界长期以来还未有专论。

目前国内学界的相关知识大致来源于五类研究:其一是大革命成因研究,^{〔1〕}这类研究侧重于革命前社会各阶层在司法问题上的政治斗争和理论纷争,对于司法体制本身则少有触及;

* 北京航空航天大学法学院博士研究生。

〔1〕 参见庞冠群:“莫普司法改革与法国旧制度的崩溃”,《世界历史》2007年第3期;庞冠群:“从绝对主义看法国旧制度末年君主制改革的困境”,《浙江学刊》2008年第6期;刘立文:“旧制度下的特权等级及其消亡”,《法国研究》2003年第1期。

其二是现代法国司法制度研究,^{〔2〕}这类研究习惯于将革命前的制度当作是一个必要却又次要的鸡肋式序言;其三是法国法律史研究,^{〔3〕}侧重于法律尤其是法典的变化演进,对于执行法律的司法机关则顾及不足;其四是早期民族国家演进过程研究,^{〔4〕}这类研究力图为近代民族国家的形成演绎出一条由“司法主权”到“立法主权”的发展脉络,由此对16至18世纪间的法国司法体制进行了相对细致的考察,但限于其论述目的,偶有过度剪裁之嫌;其五是近代经典著作及通史著作之汉译,^{〔5〕}这类作品大多用词精微,考据准确,可谓国人相关知识之正源,但其立论宏大,倾向明显,具体的制度性知识往往散于只言片语之中,管窥蠡测,难见其详。

大革命前的法国是大量近代法学观念得以孕育的原生时代,其基本制度知识的缺乏已经在相关研究中造成了大量的误读和误解;更为严重的是,很多学者在触及相关领域时被迫绕开史论而转循形而上学路径,因而而来的各种“司法形而上学”与本国的司法实践之间已然频生龃龉。

任何国家的司法理论都是本国司法制度和司法实践的结晶。从14世纪起,法国的司法体制经历了一个漫长的近代化过程。在革命前的近四百年里,司法从无序的分散转变为有序的集中;从一种附属于身份的封建“权利”转型为一种附属于主权的国家“权力”;从漠视行政、统摄行政,逐步转化为与行政相分离;从国家权力的重心逐步转化为国家权力的一极。“司法独立”理论正是这个过程当中各种因素的汇聚与反映,了解这个过程,对于我们认识“司法独立”的性质和成因,对于巩固和更新我们的司法历史观,都将会有所裨益。

一、“司法权利”与“私人权利”

15世纪直至大革命前的那个时代,被法国人称为“旧王朝”或者“旧时代”(L' Ancien régime),^{〔6〕}“封建社会”是大多数国人对于那个时代的基本认识。“封建”意味着“权力碎化成诸多独立的细胞”,^{〔7〕}而当时的“司法”也的确被这些“细胞”相互隔离开来。在当时的法语

〔2〕 参见程春明:《司法权及其配置:理论语境、中英法式样及国际趋势》,中国法制出版社2009年版;金邦贵主编:《法国司法制度》,法律出版社2008年版;(法)皮埃尔·特鲁什主编:《法国司法制度》,丁伟译,北京大学出版社2012年版;俞亮、张驰:“法国检察体制变革研究”,《中国刑事法杂志》2009年第3期;程乃胜:“论法国司法制度的现代化”,《法制现代化研究》2009年第1期。

〔3〕 参见何勤华主编:《法国法律发达史》,法律出版社2001年版。

〔4〕 参见陈颐:《腓力四世到路易十四时代法国的法律与国家建构》,华东政法学院2006年博士论文;陈颐:“博丹立法主权理论的论证及其意义”,《比较法研究》2010年第1期。

〔5〕 主要包括(法)托克维尔著:《旧制度与大革命》,冯棠译,商务印书馆1997年版;(法)孟德斯鸠:《论法的精神》,张雁深译,商务印书馆2004年版;(法)孟德斯鸠:《论法的精神》,许明龙译,商务印书馆2009年版;(法)马克·布洛赫:《封建社会》,李增洪等译,商务印书馆2007年版;(法)乔治·杜比:《法国史》,吕一民等译,中国出版集团2010年版。

〔6〕 这个词也指称该时代的政治体制和社会体制,因此在国内也多译为“旧制度”。

〔7〕 (法)乔治·杜比:《法国史》(上卷),吕一民、沈坚、黄艳红等译,中国出版集团2010年版,页313。

中，“自由”(libertas)是“特权”或“特许权”(franchise)同义词，“它指的是一种权利，这种权利划出了一个范围，在这个范围当中，你可以利用垄断、习惯或者其他任何可能的方式将别人驱赶出去；你能将别人赶出去多少，自己就可以获得多少”。〔8〕在这种“自由”观念的驱使下，“司法”也成为了一种时常需要主张和维护的“司法权利”(droit de juridiction)，而“司法权力”(pouvoir de juridiction)的说法反而变得罕见了，只有在科层观念相对完整的教会法中才能略闻一二。〔9〕和其他“权利”一样，司法按其所有者的身份而被划分为诸多种类：国王拥有“王室司法权”(juridiction du royaume)，教会拥有“教会司法权”(juridiction spirituelle)，贵族拥有“领主司法权”(juridiction seigneurial)，而城市里的工商业行会则拥有“行会司法权”(juridiction corporative)。这种“群己权界”式的划分使“司法”与“管辖权”或者“管辖范围”的概念发生了混同，“司法不仅指法院或者在法院提起的诉讼，也指某些领域之间的边界划分”，〔10〕这样的混同甚至一直持续到现代的法语当中。

强烈的“权利”特性使司法与司法者的身份紧紧捆绑在了一起。17世纪的法学家艾维隆明确宣称：“是司法权利将一个人变为法官也变为了主宰者”，〔11〕大革命后的学者梅林在论述贵族特权时也总结道，“考虑到领主的荣誉，那就是司法权利(droit de justice)……考虑到领主收益，那就是采地权利(droit de fief)”。〔12〕这种司法、荣誉和采地的三位一体为“司法”在当时的社会环境下确定了一个基本的身份：

首先，“司法”是贵族独立人格或者“自由”的象征；反过来说，法官成为了与贵族身份相匹配的少数几种职业之一。贵族可以当兵打仗，可以出任神职人员，可以充当国王的侍卫和顾问，也可以主持审判，唯独不能担任一般行政官员。“总督”(intendant)是18世纪法国一省的最高行政首长，可是“如果有人提出任命大领主为总督，便是对领主的侮辱；绅士家庭出身的人，即便贫穷一般也不屑于出任总督”。〔13〕这些纯粹的行政人员在当时还被看作是与犹太包税商为伍的“下等人”，〔14〕在类似观念的影响下，司法与行政在发生职能分化的同时，也从从业者的身份上被区别开来。

其次，“司法权利”通过“采地权利”而相当程度地民事化了。采地是贵族的财产，可以继承和赠与，在市场经济发展之后，甚至可以变相进行交易，而“司法权……是采地本身所固有的一

〔8〕 Sir Frederick Pollock, *The Genius of the Common Law*, Columbia University Press, 1912, p.61.

〔9〕 参见 B.Latomus, *Adversus Martinum Buccerum altera defensio*, 1545, in *Bibliotheca belgica*: Volume 14, Marcel Hoc, 1961, p.725/14.

〔10〕 Noël-François-Marcel Marion, *Dictionnaire des institutions de la France aux XVIIe et XVIIIe siècles*, originally published in Paris, 1923, published by Burt Franklin in New York, 1968, p.314.

〔11〕 Jacques Eveillon, *Traité des excommunications et monitoires avec la manière de publier, exécuter et fulminer toutes sortes de monitoires et excommunication*, Chez Edme Couterot, 1672, p.45.

〔12〕 Philippe Antoine Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, tome XXVIII, H.TAELIER, 1828, p.349.

〔13〕 Alexis de Tocqueville, *L'ancien régime et la révolution*, Michel Levy frères, 1856, p.55.

〔14〕 *Ibid.*, at 55.

种权利。”^[15]“采地权利”一旦转移,附着其上的“司法权利”也就会发生转移。到16世纪,法王已经很少再向他人封赐采地,政府的“官职”(charge 或 office)成为了他报偿下属的新式酬劳。在这些“官职”当中,各式各样的“皇室法官”(juge royal)占据了相当大的比例——“采地与官职具有很大的相似性,两者看上去几乎完全相同,它们共同构成了私人人格的法律功能,换句话说,它们让私人人格本身在法律形式上得以存在……但二者之间依然存在一定差别,职位是公共性的,而采地则是私人性的……可是这种差别并非总是存在,它与权利本身无关,与权利的买卖也无关联”^[16]——这是17世纪的法学家鲁瓦索在《官职五论》一书中对“官职”和采地关系的论述。很明显,当时的知识分子已经接触到一定的“公职”观念(可能是通过罗马法或教会法),但在封建传统的强大惯性作用下,“官职”和采地一样,依然被视为可以买卖和继承的私人财产。

对此,孟德斯鸠本人的经历就是一个最好的注脚。他在波尔多高等法院的“推事”(conseiller)职位就是在1714年用24000利弗买来的。^[17]1726年,已经官升“庭长”(président)的他又将职位卖了出去,价格是“年金”(rente)5200利弗^[18](也就是每年支付5200利弗,直至孟德斯鸠去世)。据记载,1774年一审法院“年金”管辖金额上限也只有160利弗,^[19]不到孟德斯鸠卖官“标的”的1/30,再考虑到半个世纪以来的物价上涨因素,^[20]孟德斯鸠的法官职位绝对是一笔价值巨大的财产。

如此大额的财产肯定有相应的“民法”与之匹配。在16世纪末编成的《亨利三世法典》当中,^[21]我们既可以在中看到熟悉的“债权”(charge)、“委托代理权”(commission)、“土地经营权”(manement),也可以看到“官职”、“采地”乃至“贵族身份”(noblesse)。这些项目共同作为“私人权利”(droit personnel)并列在一起,缀在第五章“民事诉讼程序”(procez civil)之后,构成了当时民事实体法的基础内容。过去我们时常疑惑,为什么古代欧洲有发达的“民法”传统,而市场经济同样发达的古代中国却没有。通过上述内容我们不难发现,国人眼中的民事“标的”只

[15] Charles de Secondat Montesquieu (baron de), *L'Esprit des Lois*, www.uqac.quebec.ca/zone30, édition électronique à Chicoutimi québec, 2002, Livre XXX, Chapitre XX, Sixième partie, p.132.

[16] Charles Loyseau, *Cinq livres du droit des offices, avec le livre des seigneuries et celui des orders*, Chez la veuve Abel l'Angelier, 1614, p.185.

[17] Joël Askénazi: Montesquieu, de l'esprit des lois: la nature et la loi, Édition Marketing, 1987, p.17.

[18] David Wallace Carrithers, Patrick Coleman, *SVEC(Studies on Voltaire and the eighteenth century)*, 2002:09, Voltaire Foundation, 2002, p.208.

[19] Roland E. Mousnier, translated by Arthur Goldhammer, *The Institutions of France Under the Absolute Monarchy, 1598—1789*, University of Chicago Press, 1984, p.265.

[20] 参见 Anne-Marie Puz, Liliane Mottu-Weber, Alfred Perrenoud, *L'économie genevoise de la Réforme à la fin de l'Ancien Régime*, Librairie Droz, 1990, p.236。按该页图表计算,在这半个世纪当中,法国西南部以小麦为代表的谷物价格上涨了超过40%。

[21] 参见 Barnabé Brisson, Louis Le Caron, *Le code du Roy Henry III, augmenté des Edicts du Roy Henry IV*, Chez Claude Morel, 1609, p.263—290.

可能是“户婚田土钱债”，而不可能是“采地”，不可能是官职，更不可能是附着在采地和官职上的“征税权利”和“司法权利”。可以想象，如果司法和征税这样的“公器”也被作为私产买卖于我国的江湖庙堂，那么类似的“民法”肯定也会引起中国立法者的足够重视。^[22]

托克维尔曾经断言：“封建制度是我们所有民事制度中最为庞大的一部分。”^[23]以今天的标准来看，这种包含着“司法权利”的“民事制度”并不是一种单纯的私法制度，它是一种私法与公法的混合物，一种财产秩序与政治秩序的混合物。在这样一种“民事”化了的政治秩序当中，法国旧时代的司法沾染着鲜明的等级“权利”色彩。这种色彩强化了等级不平等意识，却也带给法官以强烈的权利意识、自主意识和“荣誉”意识。尽管这样的意识不能称之为“司法独立意识”，但在“司法独立”理论的形成过程中，它又的确发挥着隐秘而重要的作用，这一点，我们在下文还将看到。

二、集权与分权之间

“13世纪中叶以后，欧洲社会决定性地脱离了封建方式”，^[24]以路易十四为代表的“中央集权”运动成为了我们对那个时代的基本印象。正是在这场运动中，“司法”开始被认可为一种独立的政府职能，而这样的职能也开始被一个独立的机构所承载。一方面是反封建的国家集权，另一方面是国家体制内部的职能分权，两者既相互冲突又融为一体，“司法独立”正是诞生在这样一个充满矛盾的制度场域当中。

（一）司法集权的历史开端

在13世纪的英吉利海峡两岸，英格兰和法国的王室司法权都经历了大规模的扩张，所不同的是，这种扩张在英格兰导致了一场以“大宪章”为标志的著名内战；^[25]而在法国，局势却平静的出奇，以至于用孟德斯鸠的话来说，“这场改革就很少被人们所察觉”。^[26]领导这场改革的法王路易九世后来被教廷封为圣人，因此在孟德斯鸠笔下，他又被称为“圣路易”。这位国

[22] 笔者愚见，在所谓“古代中国有无民法”的问题上，学界过度纠结于礼、法之分，风俗、法律之分（参见俞江：“古代中国有无民法问题再思考”，《现代法学》2001年第12期），这在某种程度上是由于对西方“民法”的历史含义缺乏理解所致。在早期的西方封建法理之下，民法是封建政治秩序的一部分，是一个“修权定分”的重大政治问题，这与所谓“礼、法”在古代中国的地位和作用是类似的。古代中国的确有民事规则，这些规则也的确可能上升为法律，但这些规则不具备正统“民法”在西方体制下的那种政治地位，这才是古代中国不能产生西式“民法”的真正原因所在。

[23] Alexis de Tocqueville, *L'ancien régime et la révolution*, Michel Levy frères, 1856, p.48.

[24] (法)马克·布洛赫：《封建社会》(下)，李增洪等译，商务印书馆2007年版，页708。

[25] 参见《自由大宪章》第17、21、34、39、40条。另见：William Mckechnie, *Magna Carta, a Commentary on the Great Charter of King John*, With an Historical Introduction, James Maclehose and sons, 1914, p.261—398.

[26] Charles de Secondat Montesquieu (baron de), *L'Esprit des Lois*, www.uqac.quebec.ca/zone30, édition électronique à Chicoutimi québec, 2002, Sixième partie, Livre XXVIII, Chapitre XXIX, p.70.

王在其四十四年的执政生涯当中,将基督教作为一种政治智慧发挥到了前所未有的高度:他执着地参与针对异教徒的“圣战”,两次率领十字军东征,并最终病死军中;他每天五次祷告,生活极尽简朴,乐善好施,看望麻风病人……在这神性的温情当中,他推出了著名的“四十日休战”(trêve de quarante jours)制度——贵族权利若受损害,须在四十天内将争议提交至国王法庭仲裁,不得私战报复,妄自杀伤;〔27〕同时,他又积极限制决斗在审判中的使用,让司法尽量按照“国家与当地的法律”来进行。〔28〕

在此之前,在典型的“封建”秩序下,法国的“王室司法权”原则上只在国王自己的领地范围内有效。而路易九世却在“从未辱骂任何人,从未对任何人施加过暴力”〔29〕的前提下将自己的“司法”悄然扩展到了整个国家。这是一整套以基督教精神为旗帜的施政方案:在对异教徒连续不断的战争中,圣路易始终保持着自己的军事威望;在宗教仁爱的感召下,人们开始对国王的命令充满了“神圣的敬畏”,〔30〕国王的形象开始被看作是“人间的上帝”、“永恒的最佳惩恶扬善者”。〔31〕在空前权威的笼罩下,圣路易穿上简朴的服装,坐在万森地区的一棵橡树下,开始听取来自全国各地的“压迫”和“冤屈”,这是一个极具宗教意味的形象,但正是这一形象使他成为了法国“司法上诉制度的首要奠基者”,〔32〕而“后来法国司法的整个历史都必须从万斯的这个橡树讲起了”。〔33〕

“王室案件”(cas royal)被认为是那个时代法学家最伟大的发明,他们将国王本人的抽象身份扩展到国王的统治权、官吏、诏书乃至国王铸造的货币当中,于是乎叛乱、矫诏、侮辱王室官吏、伪造王室货币等行为都被认为是对国王本人“权利”的侵犯,因此应处于王室司法的排他管辖之下。〔34〕国王的身份究竟可以抽象到什么限度,他的法律顾问们并没有界定,或许也不愿意去界定,因此“具有相应合法权利的国王官吏,经过他们宣告的事项就属于王室案件”〔35〕——这与英格兰早期的令状制度颇具异曲同工之妙。

但和英格兰的“失地王”约翰不同,圣路易并没有利用“王室案件”无节制地谋取政治利益;

〔27〕 Charles Caix, Histoire de France au Moyen-âge, Chez Louis Colas, 1840, p.284.

〔28〕 Pierre-Paul-Nicolas Henrion de Pansey, Oeuvres judiciaires du président, annotées par une société de Jurisconsultes, B. Dussillon, 1843, p.487.

〔29〕 (法)雅克·勒高夫:《圣路易》(下),许明龙译,商务印书馆2011年版,页764.

〔30〕 Richard de Bury, Histoire de St Louis, roi de France, avec un abrégé de l'histoire des croisades, Chez Perisse Freres, Lyon, 1835, p.263.

〔31〕 雅克·勒高夫,见前注〔29〕,页765.

〔32〕 Jurisprudence, dédiée et présentée à Monseigneur Hue de Miromesnil, Garde des Sceaux de France, etc, Chez Panckoucke, 1785, p.386.

〔33〕 Jean-Pierre Royer, Histoire de la justice en France: de la monarchie absolue à la République, Presses Universitaires de France, 1995, p.23.

〔34〕 参见 Joseph Nicolas Guyot: Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale, tome septième, Chez Panckoucke, 1776, p.513.

〔35〕 J. A. Félix Faure, Histoire de Saint Louis, volume II, H.TAELIER, 1866, p.254.

相反,他还处处体现出对旧有封建秩序的尊敬。一个著名的典故是:一位叛乱贵族的儿子及其部下在战斗中被俘,被王室法庭判处死刑,圣路易亲自撤销了死刑判决,原因是“他这么做只是为了服从父亲的命令,而他的同伴们只是为了忠心侍奉自己的领主”。〔36〕类似的大量判决让这位国王更像是一个封建卫道士,而非一个社会改革者,然而这样的身份无形间又为他的改革减轻了阻力。就是在这样一种小心翼翼的司法当中,路易九世在避免大规模内战的前提下,将“王室案件”的不确定性作为一种法理传统保留了下来。没有了《大宪章》和《牛津条例》式的严格限制,在他生后的几个世纪里,“王室案件的范围每天都在扩大”。〔37〕到14世纪初,也就是这位国王去世约半个世纪后,激增的“王室案件”已经催生出了一个专业化的法院系统。

路易九世领导的这场改革开启了法国日后数个世纪的司法集权的进程,尽管它不那么轰轰烈烈,但是“有时候一次的变化需要好几个世纪的准备时间;到时机成熟,看,那就是革命了”〔38〕——对此,孟德斯鸠的评价致为恰当。

(二)令人困惑的法院组织

离开法院组织,我们不可能弄清“集权”后司法体制的基本面貌。旧制度下的法国法院已经在国内的相关研究中被频繁提及,这些研究涉及博丹、孟德斯鸠、大革命、封建制度、三权分立、民族国家等方面,〔39〕但人们从未对这些法院的职权和名称进行过系统考察,这在相关领域造成了很多误解。为此,我们需要首先就这个问题进行一番简单的梳理。

粗略地看,当时的法国普通法院系统大致分为上下两级:基层法院有 Bailliage、Sénéchaussée 两种,两者在职权和结构上并无差别,只是南北方称呼有异,故为简省计,可共译为“地方法院”。“地方法院”之上设有“高等法院”(Parlement),大革命前,这样的法院共有13所,其中巴黎高等法院可以受理其他地区高等法院的上诉。因此,在巴黎地区,司法系统是两审终审制,在各省则是三审终审制。

从1551年开始,“高等法院”之下出现了一种名为 Présidial 的新法院,有的国内学者曾将其译为“上诉法院”,〔40〕这是一种误译。“地方法院”初设之时,经济还非常落后,因此其民事案件标的金额被定得很低,〔41〕金额稍大的案件就归高等法院管辖。随着“价格革命”的到来,物价不断上涨,高等法院因此不堪重负。于是亨利二世国王在1551年提高了部分“地方法院”

〔36〕 Institut national genevois, Bulletin de institut national genevois, Tome 6-8, Chez Kessmann, 1857, p.67.

〔37〕 Charles-Joseph Panckoucke, Encyclopédie méthodique ou par ordre de matières: art, métiers et mécaniques, Chez Panckoucke, 1789, p.204.

〔38〕 (法)孟德斯鸠:《论法的精神》(下),张雁深译,商务印书馆2004年版,页314。

〔39〕 相关具体文献可见本文引言。

〔40〕 参见陈颐,见前注〔4〕,图表2。

〔41〕 按1685年的记载,主要标的是地租(rente,也指利息),限定在2利弗以内。参见 Frédéric Leonard, Recueil des traités de paix, de trêve, de neutralité, de confédération, d'alliance, et de commerce, 1693, p. 449.

的管辖标的金额限制，^[42]获得提升的这部分地方法院就被称为 *Présidial*（也有人将 *Présidial* 一词加在“地方法院”之后，合称为 *bailiage présidial*）。^[43] 这种新式法院的级别确实比普通“地方法院”稍高，但它只是拥有更大的初审管辖权，却不能接受“地方法院”的上诉，故将其译为“特别地方法院”或许更为妥当。

相比于这种“特别地方法院”，“高等法院”(*parlement*)才是一个真正令国内学界感到困惑的机构，它在拼写上与英文的“国会”(*parliament*)接近，法国人也用它来指称别国的国会，因此这个机构究竟是议会还是法院，一时毫无定论。^[44] 有学者为避免争议，干脆直接将其音译为“巴列门”或“巴利门”。^[45]

事实上，最初的“巴利门”的确更像是一个议会而非法院：远在 9 世纪前的莫洛温王朝时期，国王不定期召集贵族出席“五月大会”(*Champ de mai*)，“历史学家所说的巴利门指就是这种集会，以及这种集会上对国家事务所做的讨论”。^[46] 需要注意的是，当时语境下的“集会”并不是一个民主代议机构，而是一个国王的高级侍卫群体，他们追随并保卫国王，作为顾问参与国王的决策。因此，“在成为一个司法团体或者政治团体之前，巴利门首先是一个军事团体和贵族团体”。^[47] 他们作为一个“群体”(*commune*)履行并守护国王的各种权利，而“司法权利”就是其中的重中之重：

从查理曼到圣路易，先是领主和国王的法学家们联合起来对付教会，而后法学家们又反过头来对付领主，在这一切的争斗当中，王权要依靠其权利作为支撑，而这个群体(巴利门)生来就是王室权利的守护者，他们的一切所作所为都要诉诸于司法，至少是要为司法所包容，而司法权又是从国王那里祈求而来的。^[48]

当时的“司法”等同于“管辖”，司法之争就是管辖范围之争。在与教会和领主的摩擦当中，巴利门必须不断地通过“司法”活动来拱卫和扩展王室的“权利”领地，它陷入这种争斗越深，其“司法”化程度就越深。与此同时，国王的政权组织也开始变得日益复杂，“审计署”(*Chambre de compte*)被建立起来，专理王室的税收和财务；“国王参事会”(*conseil du roi*)和“大参事会”(*grand conseil*)也被建立起来，它们是国王的私人顾问班子，组织更为灵活，成员的地位更低，

[42] 例如在诺曼底，债务以 250 利弗为限，地租以 10 利弗为限。参见 Zoë A. Schneider, *The King's Bench: Bailiwick Magistrates and Local Governance in Normandy*, University of Rochester Press, 2008, p. 151.

[43] Célestin Hippeau, *Le gouvernement de Normandie au XVIIe et au XVIIIe siècle d'après la correspondance des marquis de Beuvron et des ducs d'Harcourt*, deuxième partie, imprimerie Goussiaume, 1866, p. 223.

[44] 参见李立、朱琳：“孟德斯鸠职务考”，《中国政法大学学报》2009 年第 4 期。

[45] 何勤华主编，见前注[3]，页 22。

[46] Charles Desmazes, *Le Parlement de Paris : son organisation, ses premiers présidents et procureurs généraux*, Michel Levy frères, 1859, p.2.

[47] *Ibid.*, at 3.

[48] *Ibid.*, at 4-5.

因此也更依附于国王本人。这些新出现的机构已经与旧的巴利门发生了职权上的重叠,于是法王腓力四世于1302年发出一道明确的敕令:“政治职能属于大参议会,司法职能属于巴利门法院,财务职能属于审计署。”〔49〕法国历史上第一次明确的分权实践就此展开,这比孟德斯鸠出生早了三百多年。这一方案虽然不能称之为“三权分立”,但它至少意味着“权力分立之后,司法职能已经被委托给了一个固定的议会(assemblée)来处理,而巴利门就是这个议会的专门名称”。〔50〕自此,巴利门就可以被名副其实地译为“高等法院”了。

过去的巴利门本来没有自己的“名义”(nom),它完全附属于国王本人,因此“一个国王只能拥有一个巴利门”,〔51〕这就如同一个国王只能拥有一个自己。1302年以后,“高等法院”不仅拥有了独立于国王的人格,而且还“固定”了下来,它不再随国王的銮驾四处移动了。〔52〕在这种情况下,为了保证全国范围内的司法控制,国王在各地陆续建立了18所“高等法院”,虽然其中几所后来又被撤销,但稳定存在也有13所之多。

各地的“高等法院”基本由当地贵族控制,〔53〕法国各地的习惯法各不相同,地方化的法律必然产生地方化的法官。这些法官被称为conseiller,国内学者按我国古制将其译为“推事”,〔54〕其实该词的本意就是参事或顾问。换言之,“高等法院”的法官理论上就是国王在该地的法律顾问,例如孟德斯鸠,他在波尔多高等法院的职位全称直译过来就是“波尔多高等法院王室顾问”(conseiller du roi au Parlement de Bordeaux)。〔55〕仅从这个名称上看,国王与法官们的关系似乎依然亲密,然而后来的历史证明,随着身份的分离,两者在理念和利益上都开始逐渐疏远。

如果我们将“司法独立”看作司法历史的一个固定进化方向,那么1302年的分权改革无疑是一大进步,我们甚至可以认为,最基础意义上的“司法独立”在那个时代就已经获得了实现。但在实际的历史环境中,“分立”必然带来“分歧”,而“分歧”发展到一定程度就会演变为“纷乱”。在国王与“高等法院”之间,在“高等法院”内部,这样的“纷乱”随着时间的推移而逐步累积,在改革之后的三百年时间里,分权所引发的种种隐患开始不断显现,这些隐患将是孟德斯鸠一代面临的真正问题所在。

〔49〕 Ibid., at 13.

〔50〕 Alexandre Jonglez de Ligne, *Etude historique sur le rôle politique du conseil d'état*, E. Dentu, Libraire—editeur, 1867, p.6.

〔51〕 Charles Desmaze, *Le Parlement de Paris : son organisation, ses premiers présidents et procureurs généraux*, Michel Levy frères, 1859, p.3.

〔52〕 Ennemond Fayard, *Aperçu historique sur le Parlement de Paris, volumel*, N.Scheuring, A.Picard, 1870, p.88.

〔53〕 参见 James Lowth Goldsmith, *Lordship in France, 1500—1789*, Peter Lang, 2005, p.100.

〔54〕 参见(法)路易·戴格拉夫:《孟德斯鸠传》,许明龙、赵克非译,商务印书馆1997年版,页53。

〔55〕 Anne Thérèse de Marguenat de Courcelles Lambert (marquise de), *Deux opuscules de Montesquieu*, G. Gounouilhou, 1891, p.68.

(三)分权遗留的制度隐患

中央集权必定会导致中央政府的工作量猛增,国王背靠一个巴利门就解决所有问题的时代一去不复返了,“君主专制”需要一个更庞大、更复杂的官僚系统,在这个系统内部,分工在所难免。就这一逻辑而言,集权必然导致分工,但分工并不等同于“分权”。

我国古代政府组织当中就有发达的“分工”,但各“有司”只是各司其职,并没有明确的自主意识。相形之下,法国的“高等法院”不仅是王室政府的一个组成部分,还是法官们个人的“荣誉”甚至“财产”所在,是法官们的“私人人格本身在法律形式上得以存在”的基础。这种私权化了的“司法”将强烈的主体意识注入到司法机关当中——从技术层面的“分工”到政体层面的“分权”。这种转化之所以会在法国出现,靠的不是希腊罗马的古籍,也不是形而上的空想,而是贵族们眼中实实在在的“荣誉”、“权利”和“财产”。

17世纪的“高等法院”从组织上看已经越来越接近一个现代法院,新的“诉状审理庭”(chambre des requêtes)和“调查庭”(chambres des enquêtes)被建立起来。前者类似于现代法院中的初审庭或立案庭,负责审查案件是否归高等法院管辖;后者是一个文书整理机构,他们依照某种标准,将呈递上来的案件资料去粗取精,整理装订,以此减轻主审法官的阅卷压力。^[56]

但是“高等法院”身上的贵族议会特征也并未完全消退:

它的中心是一个笼统的“大法庭”(Grand chambre),主管绝大部分审判事务,其内部分工非常模糊,以至于人们干脆将这个庭称为“高等法院庭”(chambre du parlement)。^[57] 尽管“大法庭”内也有“教会庭”(chambre de marée)、“刑事庭”(tournelle)等专门组织,但它们与“大法庭”的权限划分并不固定,其职位也多由“大法庭”法官兼任。^[58] 它们不像是法院下属的分庭,倒更像是议会下属的专门委员会。

“大法庭”内还没有一个“顾问庭”(chambre de avocats 或 parquet),他们代表国王处理与王室权利有关的法律事务,因此该庭的“顾问”们又被直接称为“国王的人”(gens du roi)。^[59] 他们不是法官,却任职于法院之内,他们针对侵犯王室权利的行为提起诉讼,或者说进行“纠问”(inquisition)。^[60] 这是巴利门“王室权利守护者”职能的延续,而这种延续最终造就了欧洲大陆司法机关“检审合一”的传统布局。

此外,法官们还有权对国王“敕令”进行“注册”(enregistrer),非经注册的“敕令”高等法院

[56] 参见 J.H.Shennan, *The Parlement of Paris*, 2nd, Sutton publishing, 1998, p.18—26.

[57] 参见 Denis Diderot, Jean Le Rond d'Alembert: *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, tome douzième, Chez Samuel Faulch, 1765, p.31.

[58] J.H.Shennan, *The Parlement of Paris*, 2nd, Sutton publishing, 1998, p.31.

[59] 参见 Claude-Joseph de Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*, Chez La Veuve Brunet, 1749, p.987.

[60] Jean-Marie Carbasse, Centre d'étude d'histoire juridique (Paris, France), *Histoire du parquet*, Presses universitaires de France, 2000, p.50.

可在自己的辖区内拒绝适用,而“注册”与否则需要经过“大法庭”法官们的集体讨论,这被称之为“警告权利”(droit de remontrances,国内通常译为“谏议权”)。所谓“敕令”的内容和篇幅弹性极大,多的上万字,犹如一部法律,少的不足百字,就是一道简单的命令。因此按今天的标准来看,“高等法院”既可以搁置“立法草案”,又可以否决“行政命令”;既可以审查“抽象行政行为”,又可以审查“具体行政行为”。换言之,国王及其政府的一切公开命令都有被“高等法院”否决的可能。

贵族阶层本来就有参政的传统和强烈愿望,他们从不认为自己仅仅就是一群专业法官,而高等法院的巨大权力又为他们干涉其他政务提供了良好的制度平台。从15世纪起,法官们就开始频繁地利用“谏议权”与国王讨价还价,巴黎高等法院的法官甚至因此自比古罗马元老院。^[61]在1648年的“投石党”(fronde)运动中,法官们领导巴黎市民一度将王室赶出巴黎,在此期间他们“统治着巴黎,并进而试图统治整个法国”。^[62]1771年后,这种斗争再一次达到白热化,高等法院因此被拆分、撤销,而后又复立、重组,而这样的混战甚至一直持续到大革命后的1790年。相关的大量细节,我们可以在描述大革命背景的各种文献中读到,但类似的政治斗争并非本文的主旨所在。

仅就“司法”而言,如果它拥有漫无边际的审查权,而这种权力又融合在一种“私权”当中,被一个狭小的集团所垄断,那么这样的“司法”毫无疑问会引起其他政治集团的强烈反感。这种反感可以是阶级性的,我们熟知的“第三等级”就被时常描绘为这种阶级仇恨的主要载体,这在国内的大革命研究中已成常识。但另一方面,类似的矛盾也需要用一种制度性的话语来表达,当我们发现“司法”被“高等法院”所控制,“司法权力与行政权力的冲突”^[63]就成了我们认识国王与法院矛盾的基本方法。然而,什么是当时的“行政”?或者说“行政”在当时的历史环境下指的是一些什么事物或事件?这些事物与事件与当时的“司法”又存在怎样的实际关联?我们在下一部分当中将要关注这个问题。

三、司法与行政的早期磨合

只要我们面对政府首脑与法院之间的矛盾,“司法”与“行政”这对范畴马上就会成为我们话语当中的必需品,这就是孟德斯鸠的伟大之处所在。在《论法的精神》当中,相较于“立法”,“司法”与“行政”之间的关系其实更为特殊也更为密切——所谓“三权分立”的界定实际上经历了一个从两权到三权的过程:首先,国家权力被孟德斯鸠划分为“立法权”(la puissance législative)和“执行权”(la puissance exécutive),随后“执行权”又被分为两种:其一是有关国

[61] J. M. J. Rogister, *Louis XV and the Parlement of Paris, 1737 - 1755*, Cambridge university press, 1995, p.3.

[62] Alanson Lloyd Moote, *The Parlement of Paris, the French Crown, and Royal Absolutism During the Fronde, 1643 - 1652*, University of Minnesota, 1958, p.11.

[63] 庞冠群,见前注[1]。

际法(droit des gens)问题的执行权,又称“国家执行权”(la puissance exécutive de l'État),这后来就被译为“行政权”;其二是有关国内法(droit civil)问题的执行权,又称“法官之权”(la puissance de juger),这后来就被译为“司法权”。^[64]按这样的逻辑,“国内”(civil)问题上就只有“司法权”而没有“行政权”。换言之,“司法权”就是对内权力的总和,至少也是对内权力的主干。

“对内”无行政,或者说,行政不是对内权力的主要内容——这样的结论对国人而言实在难以想象,因此人们更愿意将 droit civil 看成“民法”而非“国内法”,可是孟德斯鸠后来又在这种“民法”之下大谈“刑事重罪指控”(les grandes accusations, le criminel),^[65]这就无法圆通了。要知道,“民法”与“刑法”的区分早在16世纪法国的书面立法中就已经完成,^[66]高等法院刑庭庭长^[67]出身的孟德斯鸠不可能没有这样的常识。可是国人总是很难想象一个没有“行政”的“国内”秩序,于是乎“行政者,执国家之宪典,以奉行庶政者也”,^[68]这个原文中根本就不存在的句子就被严复先生强行加进了《法意》当中。在西学东渐的翻译史上,这恐怕是影响最为深远的“私货”了。那么在旧制度下,法国“国内”的“国家执行权”与“法官之权”究竟是什么样的呢?

(一)司法笼罩下的行政

12世纪的“法兰西”还只是巴黎盆地中的一小块王室领地,以至于路易七世国王自嘲说,自己拥有的一切不过是“面包、葡萄酒和好心情”。^[69]这里没有国家军队,没有官营手工业,没有复杂的官僚系统,没有漕运、河工、盐茶、科举、邮驿等公共事业,文教和典礼都靠教会来主持。如果拿起一本同时代中国的《宋会典》,将上述内容统统删除,那么司法也肯定将是剩余内容的主体。

14世纪的法国王室政府已大有发展,“政治职能属大参议会,司法职能属巴利门法院,财务职能属审计署”,“财务”显然还是当时行政事务的主干。腓力五世国王在位时,大参议会、审计署和高等法院共拥有正式职员209人,其中审计署30人,大参议会24人,而高等法院独占

[64] Charles de Secondat Montesquieu (baron de), *L'Esprit des Lois*, www.uqac.quebec.ca/zone30, édition électronique à Chicoutimi québec, 2002, Livre XI, Chapitre VI, Seconde partie, p.47. 另见(法)孟德斯鸠:《论法的精神》(上),张雁深译,商务印书馆1995年版,页155。

[65] Charles de Secondat Montesquieu (baron de), *L'Esprit des Lois*, www.uqac.quebec.ca/zone30, édition électronique à Chicoutimi québec, 2002, Livre XI, Chapitre VI, Seconde partie, p.48.

[66] 参见 Barnabé Brisson, Louis Le Caron, *Le code du Roy Henry III, augmenté des Edicts du Roy Henry IV*, Chez Clavde Morel, 1609, livre V, livre VI, livre VII, livre VIII.

[67] Ellen Judy Wilson, Peter Hanns Reill, *Encyclopedia of the Enlightenment*, Infobase Publishing, 2004, p.397.

[68] (法)孟德斯鸠:《法意》,严复译,商务印书馆1981年版,页221。

[69] Georges Laffly, *Montaigne, libre et fidèle*, Editions Sainte—Madeleine, Editions Sainte—Madeleine, 1997, p.100.

155人^[70]——“法官”在中央政府的总编制中占了近三分之二。

同样的情况也反映在16世纪末编成的《亨利三世法典》中，这部“法典”是亨利三世及其以前三位国王的有效敕令汇编，囊括了当时法国中央政府的几乎所有政务。全书共二十章，其中有关神职人员的内容占去一章，国王及其宫廷、领地占去了两章，兜底条款占去了一章；在剩下的十六章当中，我们今天所谓的“司法”内容（有关民事刑事法律、各种“法院”以及司法执行事务）占去了九章；而我们所谓的“行政”内容（赋税、贸易管制以及其他政府部门）只占七章。^[71]与12世纪相比，这时的“行政”似乎已大有发展，但“司法”至少在篇幅上依然占据着优势地位。

财税是当时“行政”事务中的重中之重，然而领导财税工作的部门却并不是一些纯粹的“行政”部门——“财务职能属于审计署(chambre des comptes)”，然而审计署同时也是一个“审计法院”。现代法国学者按照“司法”和“行政”的标准对该机构的职能进行了区分：其中“行政权限”(attributions administrative)主要包括招收会计人员，开具“债权证明”(debentur)，以及对王室的财政和储蓄进行全面监督；同时，它也有权管辖涉及本署公务人员的几乎所有民事和刑事案件。^[72]其中最典型的案件就是税务人员的贪污、渎职和挪用公款。和高等法院一样，它的内部也设有多位“检察官”(procureur)或者说“国王的人”，他们可以在自己的辖区内自由调看财政账目，传讯相关人员并提起诉讼。从1701年起，它甚至拥有了判处涉案人员死刑的权力。^[73]

如果说审计署主要针对体制内的财务人员，那么“间接税法院”(cour des aydes 或 cour des aides)针对的就是体制外的普通纳税人。这个法院于1355年成立，^[74]本来属于王室“财

[70] Georges Duby, *Histoire de la France: Naissance d'une nation, des origines à 1348*, Larousse, 1995, p.366.

[71] 该“法典”各章主要内容总结如下：第一章是有关教会和神职人员的规定；第二章是有关高等法院的组织、管理和职权；第三章是一般司法机构和特殊司法机构的组织和职权；第四章就是前文所说的“特别地方法院”；第五章是民事程序法；第六章是民事实体法；第七章是刑事程序法；第八章是刑事实体法；第九章是司法判决的执行及其方法；第十章是贸易管制措施(police)；第十一章是大学及其相关事务；第十二章有关审计署(chambre des comptes)；第十三章是“间接税法院”(cour des aydes)；第十四章是赋税的种类及其相关规定；第十五章是铸币事务及其官员；第十六章有关湖泊和森林的归属和管理；第十七章是王室领地的相关规定；第十八章有关国王本人及其宫廷；第十九章有关掌玺大臣(chancellerie)；第二十章是兜底条款，涉及地产、官职和军事职务的其他规定。参见 Barnabé Brisson, Louis Le Caron, *Le code du Roy Henry III: augmenté des Edicts du Roy Henry IV*, Chez Clavde Morel, 1609.

[72] Léon Bouchard, *Système financier de l'ancienne monarchie*, Ayer Publishing, 1971, p.433, p.435.

[73] Joseph Nicolas Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, tome quatrième, Chez Visse, 1784, p.316.

[74] Rodolphe Dareste, *La justice administrative en France, ou Traité du contentieux de l'administration*, Typographie Itenneveu, 1862, p.42.

政官”(général des finances)管理,但它于1441年获得了独立地位。^[75] 它的司法权限覆盖税金的征收、转运、储存等所有事项,偷税漏税、抢劫盗窃金库和盐仓是它的典型受案范围。此外,如果地方人士对人头税的分派比例提出异议,也由它负责裁定。^[76] 总而言之,它通过“司法”监控着王室的整个“特别财政”体制。^[77]

两大财税机关的组织方式与“高等法院”十分相似,他们也在全国各地设有多个机构;大革命前,两者的机构也各有13所;设在巴黎的机构也可以接受地方机构的上诉;他们在自己的“权利”范围内也享有“谏议权”;两者内部的“官职”也可以继承和买卖。

以现代的观念来看,财税监察应该是典型的行政工作,但法国人对“监察”这种工作方式似乎并不熟悉,当一个中央垂直管理的财税体系需要监督时,他们还在用自己习惯的“司法”套路来解决问题。最具“监察”意味的“检察官”也设在“法院”内,在“司法”的框架下开展工作。似乎财税机关还在将自己的行政权限视之为“采地”,而自己还在这“采地”上行使着自己的“司法权利”——1668年的一份敕令^[78]基本说明了这个问题。这份文件详细列举了审计署的权力,其中第一项就是接受国王“臣属”(vassal)的“臣服礼”(hommage),这是封建领主执行王命时的必要礼仪,而这样的礼仪又贯穿在审计署的大量工作当中。很显然,当时人们眼中的审计署还不是一个职能部门,而是一个人格化了的、奉行王命的贵族领主。既然是“领主”就必定有自己的“人格”和“权利”,自然也就可以在自己的“权利”范围内进行司法。当这样的“行政人员”带着这样的观念处理我们眼中的“行政”事务时,“行政”机关就会变得相当司法化,或者说,行政事务就会在一种封建司法观的统摄下运行。

就1302年的分权方案来说,“司法”的确是一个权力分支,但在封建管理习惯当中,“司法”也是一种与贵族身份相匹配的工作方式——高等法院的“司法”可以通过“司法”来运行,审计署的“财务”可以通过“司法”来运行,大参议会的“政治”也可以通过“司法”来运行(这一点我们在后文中还将看到)。因此,我们会看到“司法”人员远远多过政府内的其他人员,看到“司法”事项远远多过政府内的其他事项。因此,孟德斯鸠才将“司法”看成是“国内”(civil)问题上主

[75] Jean Brissaud, Cours d'histoire générale du droit français public et privé à l'usage des étudiants en licence et en doctorat, Volume 1, A. Fontemoing, 1904, p.954.

[76] Bernard Armand Teulière, Édits, déclarations et arrêts concernant la juridiction et la jurisprudence de le cours de aides, Chez Jean-François Teuliers imprimeur du roi de la cour, 1752, p.207.

[77] 百年战争之中,王室税收从制度上发展为两类:其一是“常规财政”(finance ordinaire),也就是来自于王室自己领地的收入;其二是“特别财政”(finance extraordinaire),也就是来自于王室领地外整个王国的收入。“特别财政”中的税种主要有三:其一是“间接税”(aides),这是一种通行税或关税;其二是“盐税”(gabelle),这种消费税其实不只对盐征收,但盐是最重要的征收对象;其三是“达依税”(taille,又译“人头税”、“军役税”),这个税种非常宽泛,有的类似于现代的个人所得税,有的类似于现代的财产所得税。随着王权的不断扩展,“特别财政”的三个税种逐渐成为了王国政府的主要进项。

[78] Félix Vicq-d'Azur, Jean Le Rond d'Alembert, Encyclopédie Méthodique, Ou Par Ordre De Matières, tome troisième, chez Panckoucke, 1783, p.627.

要的“执行权”，而“国际法问题”上的“国家执行权”则成为了一种“宣战媾和、遣迎使节、巩固安全、抵御侵略”^[79]的对外权。严复先生显然是没能理解这种“对内”与“对外”的实际情形，于是他将上面一句话中的“巩固安全”(établit la sûreté)故意发挥成了“于国中也，莫治安，巩牖户，则行政之权在耳”。

延续千年的封建管理方式在法国人的头脑中和身上培养出一种发达的“司法感觉”，他们习惯于将司法视之为一种正常的管理方式，将司法者视之为正常的管理者，因此当托克维尔发现“总督拥有全部统治实权”时，^[80]他会感到万分惊诧，似乎这是他的一个重大发现。而相形之下，庞大的官僚系统和发达的公共事业培养了中国人发达的“行政感觉”，以至于我们经常不加区分地认为“古代社会是行政权的天下，因为古代社会通常为集权社会，集权制度下的立法权和司法权常常生存在行政权的阴影之下”^[81]——这构成了国人头脑中一种普世性的司法历史观，它的所谓“普世性”被严复版的“三权分立”大大强化，在一定程度上，它让国人对西方司法历史的探究基本停滞了。

(二) 国王与法院间的僵局

真正能够制约法院的，不是我们想象当中的“行政权”，而是行政化了的国王。国王制约法院的方式也不是行政式的，在一般情况下，这种方式依然只能用“司法”来形容。众所周知，英国有“王在议会”(King in Parliament)的传统；而在法国，“王在他的参事会里”(le roi en son conseil)。^[82] 法谚云“离开参事会，国王什么也干不了”(le roi ne font rien sans conseil)，^[83]事实也的确如此。这个名为“国王参事会”(conseil du roi)的组织紧紧围绕在国王本人周围。它自身没有独立人格，其组成人员可以依照国王的命令撤换，其职位也不是组织成员的个人财产，因此和“高等法院”及上述其他“法院”相比，它更为“专制”，更为现代化，也的确更为“行政”化。

从表面上看，参事会下有三个组织最为重要：其一是“高等参事会”(Conseil d'en Haute)，主要负责与国防、外交相关的重大战略问题(而“遣迎使节、抵御侵略”恰恰就是孟德斯鸠对所谓“国家执行权”的描述)；其二是“通报参事会”(Conseil des Dépêches)，主要负责内政问题，与会人员在会上向国王通报各省、各部门的政府运行情况，其因此而得名。其三是“财政参事会”(Conseil de Finance)，主要负责管理财政的收入与支出。这三大会议统称“政府参事会”

[79] Charles de Secondat Montesquieu (baron de), *L'Esprit des Loix*, www.uqac.quebec.ca/zone30, édition électronique à Chicoutimi québec, 2002, Livre XI, Chapitre VI, Seconde partie, p.48.

[80] (法)托克维尔:《旧制度与大革命》,冯棠译,商务印书馆1997年版,页77。

[81] 周永坤:“司法权的性质和司法改革战略”,《金陵法律评论》2003年第2期。

[82] Claude-Joseph de Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*, tome premier, Chez Brunet, 1749, p.525.

[83] Louis-Antoine Macarel, *Des tribunaux administratifs, ou, Introduction à l'étude de la jurisprudence administrative*, Chez Paul Renouard, 1828, p.45.

(conseil de gouvernement),共同维持着王室政府的日常运行。〔84〕

可是,在这三大“政府参事会”以外,国王还拥有自己的“私人参事会”(Conseil Privé),国内学者仿古制将其译为“枢密院”。〔85〕实际上,该机构与宋元时期的枢密院差别甚大,倒是与西汉中期的“内朝”颇为相似——它从表面上看似乎只是一个“二流”部门,〔86〕但实权极大:它的负责人是国王的“掌玺大臣”(Chancelier de France),亦即政府的首席内政官员,正好也是“通报参事会”的主要组织者。它下属有一个“国政参事团”(conseil d'État),其成员多是国王的亲信,国王重用的军事将领和外交使节多出自于这个群体,〔87〕而军事和外交恰恰又是“高等参事会”的主要职能。此外,还有学者认为“枢密院”与“财政参事会”其实是同一个组织,只不过处理不同事务时使用不同的名目罢了。〔88〕换言之,“枢密院”通过不同的手段,在不同程度上控制着三大“政府参事会”,控制着整个王室政府,也控制着孟德斯鸠所谓的“国家执行权”。或许正因为如此,人们经常将“国王参事会”(conseil du roi)、“枢密院”(Conseil Privé)和枢密院外围的“大参事会”(grand conseil)当作同义词混淆使用。

作为国王的直接代理人,枢密院当然也负有重要的司法职能,这项职能在当时的法学中被称为“保留司法权”(justice retenue)——从圣路易开始,“国王就是司法的源泉”(le roi, fontaine de justice)。〔89〕当时的权威理论认为,国王的大部分司法权都通过专门程序被“委托”给了若干个王室法院,这部分委托出去的“权利”被称为“委托司法权”(justice déléguée),这正是高等法院和其他王室法院存在的法理基础。但国王并没有将他所有的司法权都委托出去,剩余下来的那一部分“权利”被交给国王自己的参事会履行,这部分“权利”就构成了国王自己的“保留司法权”。

“保留司法权”的内容主要包括两部分,其一是对各法院间的管辖纠纷进行调解和裁决;其二是将某些案件直接上调至参事会审理。后一种情况被称为“调案”(evocation),由枢密院内部一群被称为“国王执事官”(maître de requête)的人员负责执行,他们巡查各地,可以在没有当事人申诉的情况下,凭一纸报告剥夺普通法院对特定案件的管辖权。枢密院外围设有一个

〔84〕 Albert N. Hamscher, *The conseil privé and the parlements in the age of Louis XIV: a study in French absolutism*, American Philosophical Society, 1987, p.5-7.

〔85〕 参见孟德斯鸠,见前注〔64〕,页15。宋元时期的枢密院主要是一个专业的军事管理机构,与宰相分管军、民两政。而法国的所谓“枢密院”(Conseil Privé)则是国王身边一个近亲的侍卫团体,辅助国王处理一切政务,相较于宋元枢密院权力更大。

〔86〕 Albert N. Hamscher, *The conseil privé and the parlements in the age of Louis XIV: a study in French absolutism*, American Philosophical Society, 1987, p.5.

〔87〕 Félix Vicq-d'Azur, Jean Le Rond d'Alembert, *Encyclopédie Méthodique, Ou Par Ordre De Matières*, Tome III, Chez Panckoucke, Chez Plomteux, 1783, p.261.

〔88〕 Gabriel Argou, Claude Fleury, Édouard Laboulaye, *Institution au droit François*, tome premier, Auguste Durand, 1858, p.98.

〔89〕 Silvère Menegaldo, Bernard Ribémont, *Le roi, fontaine de justice, Pouvoir judiciaire et pouvoir royal au Moyen Age et à la Renaissance*, Klincksieck, 2012, p.1.

扩大了“大参事会”(grand Conseil),上调的案件就由这个部门负责审理。这时,枢密院和大参事会就成了英国人眼里的“最高法院”,^[90]而在法国人看来,它们就是“圣路易那棵橡树的当代化身”。^[91]

随着王权的扩大,从16世纪起,国王就开始将“调案”作为一种“恩惠”(grâce)赐给他想赐给的任何人。到18世纪,只要枢密院认为该案与国王的“权利”有关,无论是何种案件,依据国王“绝对与超然的权威”,^[92]它们都可以被调至大参事会审理。此后,不仅是审理中的案件,连各法院已经审结的案件也被枢密院“撤销判决”(cassation)。和当年的“王室案件”一样,枢密院的司法权也开始了无限的泛化。这是一种尴尬的平衡:一方面,枢密院的司法严重干扰了一般法院的司法权限,我们可以将其视之为是对“司法独立”原则的破坏;但另一方面,各法院也拥有漫无边际的“谏议权”,离开枢密院司法的保护和制约,在无孔不入的司法审查下,国王的“行政”恐怕也很难开展。国王和法院都握有打击对方的法律手段,因此在一定时期内双方又都必须保持克制。这种局面或许可以称之为“分权制衡”,然而这样的制衡却是在一种无序的冲突中实现的:在枢密院无限的司法权下,“只要与政府有一点点关系便可以横行无忌”;^[93]而在高等法院无限的“谏议权”下,“一项命令只要是来自于总督或忠于中央的官员,高等法院就总是设法要去搁置它”。^[94]

“如果法官之权合并到了(国家)执行权中,那么法官将拥有压迫者的力量”,^[95]包括孟德斯鸠在内的很多人都明白这一点。但在这场游戏中,国王和法院其实都是“压迫者”,又都是“被压迫者”,两者都陷入到了一场难解的僵局中:如果要枢密院放弃其司法权,那么高等法院就必须放弃其“谏议权”,两个过程必须同时进行,否则先行者难免被后行者所制。然而两者的“权利”都源自于悠久的传统,它们间的相互矛盾不可能通过纸面上的某种设计就获得解决。

最终,掌握军队的国王率先采取了主动,1771年(也就是孟德斯鸠去世后16年),在“掌玺大臣”莫普(Maupeou)的领导下,巴黎高等法院被强行撤销,拒绝合作的法官也被尽数流放,同时“大参议会”也被撤销,“这倒不是因为这个机构本身犯了什么错,而是因为他(莫普)希望利

[90] John Seargeant Cyprian Bridge, *A History of France from the Death of Louis XI: France in 1515*, The Clarendon press, 1936, p.35.

[91] Arlette Lebigre, *La justice du roi: la vie judiciaire dans l'ancienne France*, Albin Michel, 1988, p. 50.

[92] Gabriel Argou, Claude Fleury, Édouard Laboulaye : *Institution au droit français*, Volume 1, Auguste Durand, 1858, p.100.

[93] Alexis de Tocqueville, *L'ancien régime et la révolution*, Michel levy frères, 1856, p.87.

[94] Pierre Adolphe Chéruel, *Histoire de l'administration monarchique*, tomeII, Dezobry, 1855, p.22.

[95] Charles de Secondat Montesquieu (baron de), *L'Esprit des Lois*, www.uqac.quebec.ca/zone30, édition électronique à Chicoutimi Québec, 2002, Livre XI, Chapitre VI, Seconde partie, p.46.

用这个机构的成员来组建一个新的法院,用以取代过去的高等法院”。〔96〕莫普的改革推行了近五年,却随着路易十五国王的去世而半道夭折。高等法院的旧制在路易十六登基之初获得了恢复,然而这时距离大革命的爆发已不足十五年了,整个旧制度在动荡中已经走向了它的最后岁月,其下的任何争斗都在随之而来的革命中失去了意义。

四、结 论

从公元13世纪中期到18世纪末,法国的古典司法体制经历近五百年的连续发展,其统一化、专业化的程度之高,在当时的整个欧洲无出其右者,其对封建理念的笃信之深、固守时间之长也是令人惊奇。作为一种系统性的国家权力,法国“司法”的发育要远远早于“行政”,这使得“司法”成为一种泛化的权威象征,抑或借用现代理论来说,成为了“连接土地、领域与统治权的天然枢纽”。〔97〕离开这样的权威枢纽,任何政务都无法独立的开展和运行。因此,当后发的“行政”及其权力体系在国王周围形成时,国王又会自然地倾向于为“行政”寻求必要的司法配置。这使得“司法”与“行政”实际构成了两个相互平行的司法系统,两者的审查范围相互重叠,因此又导致了两者间的相互干涉和相互审查,这正是孟德斯鸠时代“司法”面临的真正问题所在。

孟德斯鸠绝不是想要让“司法”简单地独立于“行政”,他试图将“司法”作为一种必要的权威配属给每一个需要配属的主体:人民的司法要交给“人民团体”(corps du peuple),贵族的司法要交给“贵族立法团体”(partie du corps législatif qui est composée de nobles),而所有的司法都要与国王的“国家执行权”保持距离。〔98〕事实上,大革命后的法国司法改革基本秉承了这一精神,法国的普通司法因此长期不能审查行政案件,现代法国的行政司法(administrateur judiciaire)也因此得以自成体系。

在封建时代向近代转型的漫长过程中,国王和贵族一直秉承着“个人统治”(règne personnel)的古老理念,这绝不是我们通常所谓的“人治”,而是一种系统性的封建法理。统治权力被这种理念异化为一种身份性的私人“权利”,甚至是私人“财产”,这将相应的“民法”推向了一种国人难以想象的政治高度。正是在这一高度上,权力分支获得了强烈的主体意识,技术层面的“分工”转化为“政体”和“自由”层面上的“分权”。然而,同样是这样的理念,也让国王的权力被迅速分散,或者说被迅速“委托”化。随着“行政”事业的不断发展,国王的“保留”意识明显增强,形成时间较早的“司法”因此在“委托”程度上大大高于“行政”。这使得“司法”带有更强的贵族等级色彩,而“行政”带有更强的王权专制色彩,正是由于这样历史原因,司法与行政的“色

〔96〕 Thomas Carlyle, *The French Revolution, a History in Three Parts*, General Books, 2009, p.228.

〔97〕 Shaun C. McVeigh, *Jurisprudence of Jurisdiction*, Griffith University, 2009, p.5.

〔98〕 Charles de Secondat Montesquieu (baron de), *L'Esprit des Lois*, www.uqac.quebec.ca/zone30, édition électronique à Chicoutimi Québec, 2002, Livre XI, Chapitre VI, Seconde partie, p.48, p.52, p.46.

差”在法国显得极其显著。在笔者看来,这就是“司法独立”发源于法国而非英国或德国的主要原因。

“司法”的独立从来就不是理论构想的结果,它在 1302 年就已经付诸初步的制度实践,这种实践持续到 18 世纪已经积累了足够的经验也制造了足够的麻烦,而这样的麻烦已经不可能在旧有的封建法理之下得到解决。孟德斯鸠并没有创造“司法独立”,他只是将既有的种种问题导入到了一种新的、近代化的法律话语当中,而唯有在这样的话语之下,历史留在法国人心中的种种司法伤痕才能够得以平复。

在不同民族的记忆中,“司法”带来的感受是不同的,因此每个民族心目中的“司法独立”也必然会有所不同。虽然历经革命,法国人依然保留了他们二元化的司法格局,保留了检审合一的传统结构,曾经的“国政参事团”(conseil d'État) 屡经变革,已经成为了法国的“最高行政法院”。这些独具特色的制度与外国人想象中的“司法独立”或许有所不同,但无论外国人称它们为“司法权”还是“准司法权”(quasi-jurisdiction),^[99]这些制度传统依然在不断完善和运行。

“司法独立无法整体‘批发’,而只能拆开‘零售’”,^[100]在“司法独立”作为一种普世的“司法形而上学”(metaphysics of jurisdiction)^[101]向全世界广泛传播的过程中,马丁·夏皮罗的名言尤其值得我们去反复回味。“司法”归根到底是一种细致的法律实践活动,而舶来理论的制度意涵只能在其母国的历史背景下才能显示出足够的实践色彩,只有当司法回归到一个稳定的时间和空间维度之下,我们才能够在一个安全的场域之中发挥我们对于本土和世界的想象力。在这个场域当中,“司法作为一种技术实践,通过对程序的创造或整理,为法律生活、空间与偶然事件创造出一种相互关系。通过司法,人们的生活在法律面前被重组,空间处在占有与统治之下,而事件也因此才能被贴上司法管辖的标签”。^[102]

(责任编辑:徐爱国)

[99] Bernard Schwartz, *French Administrative Law and the Common-Law World*, The Lawbook Exchange Ltd, 2006, p.10-11.

[100] Peter H. Russell, David M. O'Brien, *Judicial Independence in the Age of Democracy: Critical Perspectives From Around the World*, University Press of Virginia, 2001, p.302.

[101] Shaun C. McVeigh, *Jurisprudence of Jurisdiction*, Griffith University, 2009, p.21.

[102] Ibid., at 5.