



法官能动性研究

姚显森 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



法官能动性研究

姚显森 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法官能动性研究 / 姚显森著. —北京 : 法律出版社, 2015. 9

ISBN 978 - 7 - 5118 - 8465 - 7

I. ①法… II. ①姚… III. ①法官—工作—研究—中国 IV. ①D926.17

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 215662 号

法官能动性研究

姚显森 著

责任编辑 高山 汤子君
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 12.625 字数 309千

版本 2015 年 9 月第 1 版

印次 2015 年 9 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 三河市龙大印装有限公司

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-8465-7

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

导论 001

- (一) 研究意义与主要创新点 001
- (二) 研究动态及文献述评 003
- (三) 研究思路与方法 010

第一章 法官能动性概论 011

一、法官能动性的内涵 011

- (一) “法官”和“能动性”释义 012
- (二) 法官能动性的含义和特征 017
- (三) 法官能动性的内容和形式 042

二、法官能动性的类型分析 049

- (一) 涉事型能动与涉法型能动 050
- (二) 封闭型能动与开放型能动 062
- (三) 明示型能动与默示型能动 066

三、法官能动性的多元价值 068

- (一) 法官能动性的公正价值 069
- (二) 法官能动性的秩序价值 073
- (三) 法官能动性的效益价值 075
- (四) 法官能动性的自由价值 078

四、法官能动性与相关概念辨析 081

(一)法官能动性与能动司法 082

(二)法官能动性与司法能动主义 088

(三)法官能动性与法官中立性 093

(四)法官能动性与法官裁量权 098

第二章 法官能动性的理论基础 104

一、法官能动性的哲学基础 104

(一)能动的革命反映论 104

(二)认识的主体性以及主体与客体的辩证关系理论 107

(三)人类认识是有限性与无限性的辩证统一 110

二、法官能动性的法社会学基础 112

(一)法社会学的一般理论 112

(二)马克思主义法社会学 115

(三)功能主义法学 116

三、法官能动性的法理学基础 118

(一)法律规则的知识属性依赖法律主体的能动实践 118

(二)法律规则与个案正义的冲突需要法律主体发挥能动性 120

四、法官能动性的诉讼法学基础 123

(一)司法功能理论 123

(二)诉讼认识原理 125

(三)诉讼过程理论 127

第三章 法官能动性的比较考察 129

一、中国法官能动性的历史比较 129

- (一)古代中国审判官的能动性 129
- (二)古代中国审判官的能动性评析 160
- (三)近代中国审判官的能动性 164
- 二、法官能动性的域外比较 176
 - (一)制定法国家法官能动性 176
 - (二)判例法国家法官能动性 186

第四章 中国法官能动性现状分析 198

- 一、法官调取证据能动性现状 198
 - (一)民事案件法官调取证据能动性的表现 199
 - (二)刑事案件法官调取证据能动性的表现 201
 - (三)法官调取证据能动性现状的反思 203
 - (四)概括型法官能动性缺乏配套规范 206
- 二、法官认定事实能动性现状 208
 - (一)认定证据能力的能动性现状 208
 - (二)认定证据证明力的能动性现状 213
 - (三)认定案件事实的能动性现状 215
- 三、法官在法律方面的能动性现状 230
 - (一)法官发现法律的能动性现状 230
 - (二)法官解释法律的能动性现状 234
 - (三)法官适用法律的能动性现状 239

第五章 法官能动性的实现条件 246

- 一、法官能动性实现的主体条件 246
 - (一)法官个体能动性的实现条件 246

(二)法官集体能动性的实现条件	267
二、法官能动性实现的客体条件	274
(一)案件事实具有可认知性	275
(二)现行法律较为完备	279
三、法官能动性实现的内容条件	287
(一)是思维属性与行为属性的统一	288
(二)具有健全的司法效果评价机制	290
(三)具有完善的程序规制机制	300
四、法官实现主体能动性的配套机制	310
(一)司法权得到优化配置与运行	310
(二)具有理想的审判场域	321
(三)建立“主体间性”的解纷机制	328

第六章 法官能动性的实现构想 331

一、法官调取证据能动性的实现	331
(一)正确认识法官诉中取证的能动性	331
(二)明确法官诉中取证的原则	334
(三)法官诉中取证能动性的制度实现	337
二、法官认定事实能动性的实现	341
(一)法官认定事实能动性的实现原则	341
(二)法官认定证据能力能动性的制度完善	344
(三)法官认定证据证明力能动性的制度完善	347
(四)法官判定案件事实能动性的制度完善	350
三、法官在法律方面能动性的实现	355
(一)法官发现法律能动性的实现	356

(二) 法官解释法律能动性的实现 363

(三) 法官适用法律能动性的实现 371

参考文献 376

后记 395

导 论

(一) 研究意义与主要创新点

1. 研究意义

研究法官能动性的理论意义主要在于:(1)将马克思主义哲学的一般原理运用于司法理论研究,用科学的世界观和方法论指引司法理论研究;(2)依据马克思主义法学理论,丰富中国特色社会主义法治理论,促进中国特色社会主义法学理论体系的形成与完善;(3)将社会学,特别是法社会学的最新研究成果运用于司法学的研究,拓展法学研究的视野;(4)研究司法理论,探寻法官司法的一般规律,丰富司法哲学;(5)拓展法官行为研究的新视角,理顺法官行为中的各种关系,丰富法官思维和法律推理及论证理论;(6)明确区分“法官能动性”与“司法能动主义”、“能动司法”、“法官中立性”以及“法官裁量权”,从根本上解决这些概念在认识上的分歧。

研究法官能动性的实践意义主要在于:(1)顺应坚持中国特色社会主义法治道路和建设中国特色社

会主义法治体系的客观需要,促进全面推进社会主义法治国家建设总目标的实现;(2)促进科学立法、严格执法、公正司法、全民守法和国家治理体系和治理能力现代化目标的实现;(3)促进“以审判为中心的诉讼制度改革”目标的实现;(4)总结法官办理案件的经验教训,防止法官盲目中立,明确法官在办理案件中的努力方向,促进“让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义的目标”的实现;(5)明确法官办理案件的主客观相结合的属性,防止将法官办案过程和结果神秘化。

2. 主要创新点

一是主张从能动革命反映论和法社会学、法理学、诉讼法学等基础理论出发,在人本意义上、认识论意义上深入理解法官能动性的本质、含义和特征,揭示法官能动性的内容和形式,考察法官能动性与能动司法、司法能动主义、法官中立性、法官裁量权等相关概念的联系与区别。

二是依据一定的标准,对法官能动性进行类型分析。以内容为标准将其分为涉事型能动和涉法型能动;根据实现能动作用所受制约的强弱和多寡,将其分为开放型能动与封闭型能动;依据是否由法律明确规定,将其分为明示型能动和默示型能动。认为当代中国过分依赖绝对开放型法官能动,原则指引型能动的随意性较大,选择型能动的“选择性”不足,规则模糊型能动的数量偏多,概括型能动缺乏配套规范。

三是认为制定法国家的法官在法律方面的能动性较弱,受到的限制较多;在事实方面的能动性较强,发挥能动作用的空间更大,要求更高。判例法国家法官在认定事实方面的能动性较弱,范围较窄;在法律方面的能动性较强,发挥能动作用的空间更大,在实践中受到更多的关注。

四是主张重视法官在法律论证和法律推理过程中的能动作用。在当代中国,应更加重视在演绎推理、类比推理、归纳推理中有效实现法官能动性,坚持和进一步完善判决说理制度。

五是坚持法律论证的一致性、融贯性、可接受性、可普遍化等原则,积极采用逻辑推演、修辞、对话等方法。

(二)研究动态及文献述评

1. 国外研究动态及文献述评

在国外,研究形式意义上的法官能动性的著作几乎找不到。但是,研究实质意义上的法官能动性,即研究法官的作用、职能等的相关著作却不少。如 Richard Vogler 教授著的《A World View of Criminal Justice》,Steven I. Friedland 等三位法学教授合著的《Evidence Law and Practice》,J. A. Jolowicz 教授著的《On Civil Procedure》,M. Cappelletth 教授著的《The Judicial Process in Comparative Perspective》,Cardozo 大法官著的《The Nature of Judicial Process》,等等。这些著作都主张法官在诉讼过程中能够发挥重要作用,具有一定的裁量权,而且这些裁量权的行使受到诸多规制,特别是受到证据规则和程序规则的限制。

从法官能动性的内容看,研究法官在证据、事实、法律、程序等方面能动性的著作有很多。研究审查判断证据以及调取证据方面法官能动性的著作特别多。如 Laird C. Kirkpatrick 著的《Evidence Law in the Next Millennium》,Jenny McEwan 著的《Evidence: A Comparative Study》,Paul Roberts and Adrian Zuckerman 合著的《Criminal Evidence》,等等。这些著作从不同侧面肯定了法官在审查判断证据以及在一定条件下调取证据的能动性。研究法官在认定事实方面能动性的著作也不少。如 Peter Murphy 著的《Murphy on Evidence》,John W. Strong 主编的《麦考密克论证据》,Dale A. Nance 著的《The Best Evidence Principle》;Gilbert 著的《The Law of Evidence》,James Bradley Thayer 著的《A Preliminary Y Treatise on Evidence at the Common Law》,Robert Alexy 著的《法律论证理论》,等等。研究法官立法和适用法律方面的著作就更

多了,特别是在英美法系国家。如 Robert Bork 著的《Coercing Virtue: The Worldwide Rule of Judges》,Jenny McEwan 著的《现代证据法和对抗式程序》,Michael D. Bayles 著的《法律的原则——一个规范的分析》,Edgar Bodenheimer 著的《法理学——法哲学与法律方法》,Gustav Rodbruch 著的《法学导论》,三月章著的《日本民事诉讼法》,Roger Cotlerrell 著的《法律社会学导论》,Henry Maine 著的《法律解释论》,等等。研究法官在程序方面能动性虽然相对较少,但也有相关文献。如 Mireille Delmas Marty and J. R. Spencer 合著的《European Criminal Procedure》,H. Rogers 和 Sarah Rudolph Cole 合著的《纠纷解决——谈判、调解和其他机制》,Donald Black 著的《社会学视野中的司法》,Richard Dosner 著的《法律的经济分析》,G. C. Hazard 和 M. Taroffo 合著的《美国民事诉讼程序导论》,棚濑孝雄著的《纠纷的解决和审判制度》,等等。现有的有关法官能动性的相关著作在一定程度上丰富了法学,特别是诉讼法学的理论研究。但是,由于这些研究侧重直观和经验地描述,更多的是从纯法学的角度考察法官能动性某一个或几个方面的内容,因此在一定程度上制约了法官能动性研究的系统性和体系化。为深化司法理论研究,充分有效发挥法官能动性,服务司法实践,有必要从更为宏观和根本意义上认识和把握法官能动性。

依据这些研究成果,可以领悟到国外研究法官能动性的一般思路。在证据方面,大陆法系国家实行职权主义诉讼模式,往往赋予法官必要的调查取证权和审查判断权;英美法系国家虽然不主张法官调查取证,但却赋予法官排除非法证据的裁量权。在案件事实方面,大陆法系国家基于成文法传统,十分注重缜密的法律论证,重视法官认识能力,特别是逻辑推理能力;在英美法系国家,有些案件事实是由法官而不是陪审团认定的,基于判例法传统,法官相对更为注重判例的研究和运用,由于判例法的灵活性,法官在认定事实时能够有更多地发挥主观能动

性的空间。在法律方面,大陆法系国家一般主张法官在理解法律原则和法律规范内容的基础上依法办案,必要时才赋予法官在法律范围内解释法律的权力,而且这些解释一般仍限定在法律原则和规则范围内。从这个意义上讲,大陆法系法官的能动性较弱;在英美法系国家,上级法院法官的判决对下级法院而言,是实质意义上的立法,在此背景下,下级法院法官在办理案件时,通过发挥能动作用办理类似案件的能动性要强得多,在有些国家,如美国,联邦法院的法官有权依法行使违宪审查权,这种模式下,法官在法律方面的能动性发挥到极致。在程序方面,大陆法系国家主张法官在法律规定的范围内选择适用法律程序,一般不主张法官在程序过程中有过多的自由发挥。但近年来,随着协商性司法、恢复性司法的兴起,大陆法系法官在程序的选择和实现的过程中享有了更大的裁量空间;在英美法系国家,程序公正的理念备受推崇,法官从尊重当事人的诉讼主体地位和维护司法公正的角度,可以更为灵活地办理案件和处理庭审过程中的程序问题,但近些年,诉讼效率价值受到重视,实体公正也得到伸张,法官在程序的选择和适用上受到更多的规制。

必须指出的是,国外哲学家对人的主观能动性问题的探讨和论述却历久弥新。18世纪的法国哲学家和19世纪的德国哲学家对人的主体性、人的价值、人的精神动力的许多论述是其中的代表。现代西方学者中唯意志主义者叔本华、尼采等对意志的能动作用也给予了前所未有的关注和肯定,强调人的心灵中意志的作用,乃至认为唯有意志才是世界的本原和人的行为的唯一动力,陷入唯意志论的唯心主义和非理性主义的泥沼。精神分析学派的弗洛伊德将心灵分为本我、超我和自我三个组成部分,从自我本身出发探讨心灵对人的行为的推动作用。人本主义注重自我的价值,强调人的价值高于神的价值,肯定了人们追求幸福的欲望,肯定人的主观能动作用,但是他们把人变成抽象的孤立

的个人,重视欲望和非理性意识对人的行为的推动作用,却否定理性对人的行为的推动作用。西方近现代的主体性理论,强调人的主体地位和价值,强调主体的能动性及其作用,但往往强调人是精神生活的主体,而忽视了人是实践活动的主体,即使谈到实践也往往谈的是道德实践,忽视了社会的生产实践活动,忽视了人民群众是生产实践从而也是整个历史活动的主体,从而在抽象肯定主体能动性的同时,往往在很大程度上否定了主体能动性的现实作用和价值,否定了主体精神的能动现实作用。始于20世纪30年代的行为科学理论,主要揭示人类行为的特点和规律,特别注重人类行为动机及其激励的研究,很重视精神因素对人的行为的影响,重视人的主观能动性,但是他们忽视了人的本质和人的需要的社会性、现实性,否认了资本主义社会条件下不同阶级需要的对立性,具有历史的阶级的局限性。总的来说,西方哲学家很重视人的主观能动性,但是他们都往往夸大人的主观能动作用,忽视客观规律的制约作用,从而导致人类中心主义或唯我论。与人类中心主义相反的生态中心主义则从整体性出发,针对西方传统哲学的主客二分(人与自然的对立)思维模式,从伦理道德的角度提出的一种人与自然平等并处于同一个生态系统的崭新理念,但是它并未正确地认识到人的主观能动性和客观规律之间的辩证关系,仍然存在着很大的局限性。辩证唯物主义和历史唯物主义充分认识到人的主观能动性的重要地位,也认识到人的主观能动性是受到客观规律和主客观条件的制约的,主张人的主观能动性事实上就是能动的革命反映论。马克思、恩格斯认为,人的主观能动性首先表现在人是“有意识”的,人有主观意识是人区别于动物的第一个本质特点,“人是有意识的类存在物”,还认为人是能动的自然存在物。列宁发展了马克思、恩格斯的人的主观能动性理论,认为人的主观能动性包括认识的能动性和实践的能动性。基于此,人类对人的主观能动性的认识发生了质的飞跃。

2. 国内研究动态及文献述评

我国有着悠久的纠问式诉讼传统,法官在诉讼中发挥着积极作用,但是,在诉讼理论史上,专题研究法官能动性的却不多。即使有人关注过法官的能动性问题,但更多的是法官司法实践或学者研究中的零星领悟,而不是将法官能动性作为一种理论或者说一种思想加以研究和运用。不过,在中国司法的历史进程中,实质意义上的法官能动性的研究从来就没有停止过。

古代中国实行纠问式诉讼程序,法官在诉讼过程中发挥着极为重要的作用,法官的能动性发挥得淋漓尽致。古代及近代中国,涉及实质意义上的法官能动性的著作很多。在证据方面,如古代《唐律·断狱》中对拷讯做了明确规定,《狱官令》要求司法官定案时要“验诸证信”,《折狱龟鉴译注》介绍了法官办案时审查证据的方法,等等。在事实方面,如《龙筋凤髓判》《中国历代名案集成》《徐公谏词——清代名吏徐士林判案手记》,等等。在法律方面的,如《唐明律合编》《宋刑统》《大元通制条格》《大清律辑注》《大清律例通考校注》《九朝律考》《律学考》《睡虎地秦墓竹简》《历代刑法考》《唐律疏议》《名公书判清明集》《明清律典与条例》《中国古代判例研究》《中国古代判词研究》《龙筋凤髓判》《从比附援引到罪刑法定》,等等。在程序方面,如《衡平司法与中国传统法律秩序》《清代“服制”命案——刑科题本档案选编》《清代司法审判制度研究》《宗法结构与中国古代民事争议解决机制》《案例、故事与明清时期的司法文化》,等等。这些著作从不同侧面研究了古代中国法官超强的能动性。但是总体来看,古代中国学者对法官能动性的研究远远不能满足司法实践的需要。当代中国学者对古代及近代中国法官能动性的研究也主要存在于法制史学科领域,受多方面条件所限,这些研究明显缺乏系统性和连续性。

近代以来,受西方法律“入侵”和国内形势变化的影响,诉讼模式开

始向现代转型,西方较为先进的司法理念引入中国,给法官办案带来了很大影响,为法官能动性的研究带来了很多新课题。短短几十年,司法实践发生了很大变化,司法理论研究也得到了较大发展。例如,在《大清刑事诉讼律草案》和《大清民事诉讼律草案》颁行前后,主张西学东渐的知识分子开始探讨三权分立模式下中国司法中的法官能动性问题。如严复著的《法意》,章太炎著的《章氏丛书》,伍廷芳著的《中华民国图治刍议》,等等。近些年,研究近代中国法官能动性理论和历史实践的著作也开始多起来,如张晋藩著的《中国近代社会与法制文明》,张希坡著的《中国近代法律文献与史实考》,张培田、张华合著的《近现代中国审判检察制度的演变》以及法制史教科书等。这些著作开启了法官能动性研究的新时代,但由于特定历史发展阶段和国情的限制,仍需要进一步完善。

当代中国,法官能动性的实践和研究跨入新时代,研究法官能动性的著作越来越多。如在证据方面,卞建林主编的《证据法学》,何家弘主编的《新编证据法学》,陈一云主编的《证据学》,肖建华主编的《民事证据法理念与实践》,何家弘主编的《证据的审查认定规则——示例与释义》,陈刚著的《证明责任法研究》,毕玉谦著的《民事证据法判例实务研究》(修订本),肖晗著的《民事证据收集制度研究》,张保生著的《〈人民法院统一证据规定〉司法解释建议稿及论证》,等等。在事实方面,杨建军著的《法律事实的解释》,杨仁寿著的《法学方法论》,张保生著的《法律推理的理论与方法》,吴庆宝主编的《民事裁判标准规范》,吴宏耀和魏晓娜合著的《诉讼证明原理》,刘善春等著的《诉讼证据规则研究》,秦宗文著的《自由心证研究》,毛立华著的《论证据与事实》,李玉华著的《刑事证明标准研究》,等等。在法律方面,梁慧星著的《民法解释学》,苏力著的《现代化视野下的中国法治》,陈金钊著的《法治与法律方法》,贺卫方著的《司法法的理念与制度》,张

志铭著的《法律解释操作分析》，等等。在程序方面，姚莉著的《反思与重构——中国法制现代化进程中的审判组织改革研究》，宋英辉著的《刑事诉讼目的论》，李心鉴著的《刑事诉讼构造论》，陈瑞华著的《刑事审判原理》，左卫民著的《刑事程序问题研究》，龙宗智著的《刑事庭审制度研究》，樊崇义著的《诉讼原理》，王亚新著的《社会变革中的民事诉讼》，等等。

总的看来，实质意义上的法官能动性的研究成果比较丰富，但是，将法官能动性作为核心内容，并作较为系统和深入研究的却极少。截至目前，在中国国家图书馆和中国国家数字图书馆，以“法官能动性”为“正题名”搜索不到一本著作。在中国知网（CNKI）中以“法官能动性”为题名精确搜索到的论文仅有 8 篇，模糊搜索到的论文也只有 22 篇。而且现有的文章大多从局部上，或某一个或几个方面阐释法官的能动性，没有依据哲学、法社会学、法理学等的研究成果对法官能动性作系统深入的剖析和研究。这种状况远远不能满足法官能动性理论研究和“以审判为中心的诉讼制度改革”的司法实践需要，更不能满足社会主义法治国家建设和中国特色社会主义法治理论体系建设的需要。值得一提的是，当代社会，在法官能动性的认识上，还存在着认识不到位甚至可以说是认识上的偏差问题，有人简单地将源于美国的“司法能动主义”与法官能动性相提并论，有人将“能动司法”与法官主观能动性混为一谈，等等。在认识上存在的这些偏差，一方面表明对法官能动性的认识脱离实际，也说明在社会日新月异和各种新情况、新问题接踵而至的当代中国，亟须进一步完善和发展对法官能动性的研究，促进盲目推崇被动主义司法哲学向相对能动主义司法哲学的转变，解放被动办案的法官，引导和督促其在秉持中立性的基础上，从社会和现实的需要出发，有效发挥办理案件的主观能动性。