



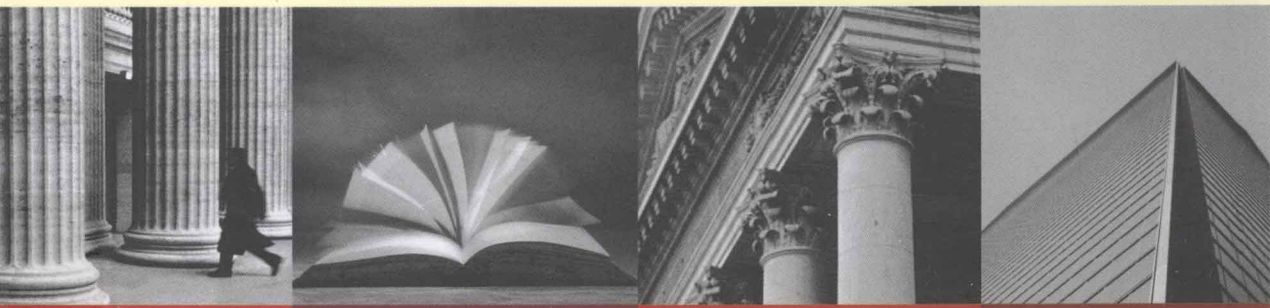
国家出版基金资助项目

中国刑事法制建设丛书·刑事诉讼系列 总主编 陈国庆 孙茂利

能动司法与公诉制度改革

NENGDONG SIFA YU GONGSU ZHIDU GAIGE

李斌 著



中国人民公安大学出版社



国家出版基金资助项目

中国刑事法制建设丛书·刑事诉讼系列 总主编 陈国庆 孙茂利

能动司法与公诉制度改革

李 斌 著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

能动司法与公诉制度改革 / 李斌著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2012. 5

(中国刑事法制建设丛书 / 陈国庆, 孙茂利主编. 刑事诉讼系列)
国家出版基金资助项目

ISBN 978 - 7 - 5653 - 0859 - 8

I. ①能… II. ①李… III. ①刑事诉讼 - 司法制度 - 研究 - 中国
IV. ①D925. 210. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 100302 号

中国刑事法制建设丛书·刑事诉讼系列 总主编 陈国庆 孙茂利

能动司法与公诉制度改革

李 斌 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社
地 址: 北京市西城区木樨地南里
邮政编码: 100038
经 销: 新华书店
印 刷: 北京兴华昌盛印刷有限公司

版 次: 2012 年 5 月第 1 版
印 次: 2012 年 5 月第 1 次
印 张: 23. 75
开 本: 787 毫米 × 1092 毫米 1/16
字 数: 466 千字

书 号: ISBN 978 - 7 - 5653 - 0859 - 8
定 价: 54. 00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn
电子邮箱: zbs@cppsu.com zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话: 010 - 83903254
读者服务部电话 (门市): 010 - 83903257
警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): 010 - 83903253
公安业务分社电话: 010 - 83905641

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换

版权所有 侵权必究

本书咨询电话: (010) 63485228 63453145

中国刑事法制建设丛书·刑事诉讼系列

编 委 会

总 顾 问 高铭暄 马克昌 陈光中

总 主 编 陈国庆 孙茂利

编 委 (以姓氏笔画为序)

王守安	王利民	王宏勇	王茂华
王敏远	卞建林	田文昌	吕广伦
刘国祥	孙茂利	杜 春	李忠诚
吴孟栓	宋英辉	杨万明	杨宇冠
陈卫东	陈玉生	陈国庆	陈瑞华
周振峰	赵学颖	高 峰	高贵君
黄 河	黄太云	韩耀元	裴显鼎
薛春喜			

总 策 划 赵学颖 王宏勇

前 言

刑事诉讼法律制度的健全和完善是建设法治国家的重要保障。跨入新世纪以来，随着我国经济社会发展和人权保障观念的日益深入人心，对刑事诉讼理论与实践运行问题的研究日益呈现繁荣的景象。许多研究者本着对刑事法制建设的高度社会责任感，投身于刑事诉讼理论与实践的研究，为刑事诉讼立法的完善提供了理论支持，也为司法工作者严格、准确执行法律提供了理论指引，使公正程序为实体正义的实现提供保障。

受国家出版基金资助，中国人民公安大学出版社启动了《中国刑事法制建设丛书》出版项目，将“刑事诉讼系列”作为丛书的重要组成部分。为了给广大从事刑事诉讼法学研究的专家学者提供一个高层次的交流平台，也使广大读者系统和全面地获取刑事诉讼理论和实践研究的成果，本丛书力求兼顾以下几方面特点：

第一，本丛书入选书目的内容全面覆盖从立案、侦查、提起公诉到审判和执行的各个诉讼阶段中的重要诉讼法律制度。本丛书对理论研究和司法实践中的热点问题予以充分关注，尤其是对管辖、证据、司法鉴定、强制措施适用、刑事被害人权利保障、刑事和解等方面的难点问题进行研究，力求从多角度提供更具可操作性的制度选择方案。在信息化时代，刑事诉讼法律制度必须对科学技术迅猛发展背景下的

电子证据的收集、保全、证据规则、DNA 生物证据的运用等前沿问题作出回应，本丛书也吸纳了一批介绍国外先进经验，探讨新时期程序法运行中的新问题的具有开创性的作品。

第二，本丛书的出发点是在现行的刑事诉讼法律制度基础上，深入探寻刑事诉讼的基本原理、基本规律和价值取向，以期对刑事诉讼立法的完善起到参考作用，帮助广大司法工作者正确理解法律精神，在办案过程中准确解释法律。为此，本丛书选择了一批对我国现行的刑事诉讼法律及司法解释的制定背景、具体内容进行详细解读，进而研究实践中存在的问题并提出解决方案的著作。希望这些研究成果能直接服务于刑事诉讼立法和司法工作，尤其是对公检法机关的司法工作人员规范执法、提高办案质量发挥指导作用。

第三，本丛书由最高人民法院、公安部等机关长期从事业务指导工作的专家担任总主编，选择了具有前瞻性、独创性、实用性和建设性的刑事诉讼领域的优秀研究成果收入本丛书。

希望在国家出版基金的资助下，《中国刑事法制建设丛书》为我国的刑事法治建设发挥积极的推动作用。

由于时间仓促，疏漏之处在所难免，欢迎广大读者批评指正。

中国刑事法制建设丛书·刑事诉讼系列编委会

2011年2月

目 录

第一章 能动司法概述	(1)
第一节 问题的提出	(2)
一、能动司法溯源.....	(2)
二、为什么要能动司法.....	(8)
第二节 能动司法在检察工作中的现实展开	(11)
一、检察机关：能动司法的必要一极.....	(11)
二、观念重塑：能动司法在检察工作中的引入.....	(15)
三、检察机关能动司法的运行规则.....	(18)
四、能动司法在检察工作中的运行.....	(20)
第二章 能动司法在诉讼监督工作中的运用	(27)
第一节 立案监督制度的完善	(27)
一、立案监督困境解析.....	(28)
二、立法完善：立案监督困境破解之治本之策.....	(32)
三、机制协调：立案监督困境破解之治标之策.....	(37)
第二节 侦查监督	(40)
一、检察引导侦查.....	(40)
二、追诉遗漏的犯罪嫌疑人和犯罪事实.....	(48)
三、非法证据排除.....	(54)
四、行刑衔接的无缝化构建.....	(62)
第三节 审判监督	(70)
一、公诉职能与监督职能的关系.....	(70)

二、公诉与审判关系的理顺	(74)
三、诉讼程序监督	(75)
四、简易程序监督	(85)
五、抗诉	(91)
六、对上诉不开庭案件的监督	(104)
第三章 能动司法在审查起诉工作中的运用	(111)
第一节 不起诉制度	(111)
一、法定不起诉的重建：退处制度的合理回归	(111)
二、相对不起诉标准的统一	(120)
三、附条件不起诉制度的构建——以缓刑适用为参照	(133)
第二节 刑事和解制度	(143)
一、刑事和解的现实演绎	(143)
二、宽严相济视野下公诉机关的角色转变	(151)
三、刑事和解立法的完善	(152)
四、刑事和解中检察机关的积极参与	(157)
第三节 量刑建议制度构建	(160)
一、量刑建议全面推行周岁考： 从纸面到现实尚存在一定的距离	(160)
二、量刑建议规范化的微观进路	(168)
三、量刑建议规范化的宏观进路	(178)
第四节 量刑建议标准的拟定	(183)
一、量刑建议标准研究现状概述	(183)
二、量刑建议标准拟定方法探析	(187)
第五节 禁止令制度	(251)
一、刑罚执行方式创新的理论根基	(252)
二、禁止令之前世今生	(253)
三、从禁止令的适用看相关配套制度的完善	(256)

第六节 降格指控	(260)
一、积极指控理念：透视无罪判决、撤回起诉、 改判案件的产生	(260)
二、降格指控的机理	(267)
三、降格指控的实践运行	(276)
四、降格指控的配套制度：认罪答辩制度的构建	(284)

附 录

中华人民共和国刑法修正案（八）（节选） （2011年2月25日第十一届全国人民代表大会常务委员会 第十九次会议通过 2011年2月25日中华人民共和国主席令 第41号公布 自2011年5月1日起施行）	(289)
中华人民共和国刑事诉讼法（节选） （1979年7月1日第五届全国人民代表大会第二次会议通过 1979年7月7日中华人民共和国全国人民代表大会常务委员 会委员长令第6号公布 自1980年1月1日起施行 根据1996年 3月17日第八届全国人民代表大会第四次会议《关于修改 〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定》第一次修正 根据2012年3月14日第十一届全国人民代表大会第五次会 议《关于修改〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定（2012年 3月14日中华人民共和国主席令第55号公布 自2013年1月 1日起施行）》第二次修正）	(291)
最高人民检察院关于印发《最高人民检察院关于进一步加强 对诉讼活动法律监督工作的意见》的通知 （2009年12月29日 高检发〔2009〕30号）	(300)
最高人民检察院 公安部关于刑事立案监督有关问题的规定（试行） （2010年7月26日 高检会〔2010〕5号印发）	(309)
最高人民法院 最高人民检察院 公安部 国家安全部 司法部 印发《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》和 《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》的通知 （2010年6月13日 法发〔2010〕20号）	(311)
最高人民检察院关于在检察工作中贯彻宽严相济刑事司法政策 的若干意见 （2007年1月15日 高检发研字〔2007〕2号印发）	(325)

人民检察院办理起诉案件质量标准（试行） （2007年6月19日最高人民检察院公诉厅 〔2007〕高检诉发63号印发）	（330）
最高人民检察院关于刑事抗诉工作的若干意见 （2001年3月2日 高检发诉字〔2001〕7号印发）	（333）
最高人民检察院关于办理当事人达成和解的轻微刑事 案件的若干意见 （2011年1月29日 高检发研字〔2011〕2号印发）	（337）
最高人民法院 最高人民检察院 公安部 国家安全部 司法部关于规范量刑程序若干问题的意见（试行） （2010年9月13日 法发〔2010〕35号印发）	（340）
人民检察院开展量刑建议工作的指导意见（试行） （2010年2月23日最高人民检察院公诉厅〔2010〕高检诉发21号）	（342）
最高人民法院关于印发《人民法院量刑指导意见 （试行）》的通知 （2010年9月13日 法发〔2010〕36号）	（345）
最高人民法院印发《关于贯彻宽严相济刑事政策的 若干意见》的通知 （2010年2月8日 法发〔2010〕9号）	（355）
主要参考文献	（364）
后 记	（366）

第一章 能动司法概述

随着吴邦国同志在第十一届全国人民代表大会第一次会议上的庄严宣布，中国特色的社会主义法律体系已经初步建立。但徒法不足以自行，庞杂的法律体系^①无法应对日益增长的民间诉求，各种非正常信访方式的激增、各地“维稳”工作的升温、层出不穷的群体性事件等，都向我们显示着实践的无限鲜活，而法律的一成不变已经越来越无法满足其“胃口”。由是，“能动司法”应运而生。

“能动司法”可谓近两三年来活跃在法律理论与司法实践领域中的一个热词。自2009年开始，“能动司法”成为各种研讨会与法律刊物讨论的主题，占据了各种法学刊物的主要版面，在最高人民法院大法官们的推波助澜下，更在全国法院系统掀起了“能动司法”的新浪潮。但究竟“能动司法”为何物呢？是否能像热捧者希望的那样可以当做解决实际社会经济问题的灵丹妙药，还是像某些学者所担心的那样，如此的“全民能动”会发展成为“司法盲动”或“乱动”呢？这些疑问是中国的司法者在世纪之交、社会转型的今天，面对各种各样的社会问题以及“立法爆炸”的现实所不得不思考和回答的。2010年至2011年间，《中华人民共和国刑法修正案（八）》（以下简称《刑法修正案（八）》）以及最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部和司法部《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》和《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》（以下简称两个《证据规定》）的出台，标志着刑事司法逐渐走向成熟。而在2012年3月14日第十一届全国人民代表大会第五次会议通过的《关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》中，刑事和解、附条件不起诉等司法制度的创设，在暗合了世界司法趋势的同时，也对一直未上到法律层面的基层司法制度作出了回应。这种实践先于立法的现状，昭示了司法能动的可能和必然。在对能动司法是否、为何可用“拿来主义”的争论已经过去一阵

^① 根据吴邦国在第十一届全国人民代表大会第一次会议上所作的报告，截至2008年3月，我国现行有效的法律共229件（涵盖宪法及宪法相关法、民商法、行政法、经济法、社会法、刑法、诉讼及非诉讼程序法等七个法律部门），现行有效的行政法规近600件，地方性法规7000多件，这还不包括与立法数量比毫不逊色的司法解释等。

的现在，可以冷静地思考一下中国的能动司法问题了。作为一名公诉检察官，多年的一线工作经验也让笔者深刻地体会到了实践的生命力所在，理论的灰色注定是鲜活实践的底色或者背景色，“实践—理论—再实践”，是一条颠扑不破的真理。

第一节 问题的提出

囿于社会的变动不拘、立法者的有限理性以及成文法的天然局限性，司法人员不可避免地遭遇一些被称为疑难案件的情形：由于法律语言的模糊性，法律条文的涵义时常无法加以确定；不同的法律规范之间有可能冲突，使司法人员无所适从；法律存在漏洞，无法涵盖现实中出现的新奇案件；在特定案件中，严格依据法律条文的适用可能会背离规范原意，抵触正义的要求。^①此时，司法人员应该消极“等法”，还是积极“找法”呢？不同国家的司法体制虽然采取了不同的司法策略。但在新旧体制更迭、传统农村社会和现代城市社会并存，不断引发重大社会问题的当下中国主流社会，却因孜孜追求于“法律至上”目标的实现，而坚守司法克制主义，严格控权，主张通过立法机关对法律的“立、改、废”而不是通过司法途径来回应社会的变迁。众所周知，一个不能有效解决社会问题、担负起推动社会变革的职责的公共机构，难言其威信的建立和存在的必要。正是缘于此，中国老百姓在法律体系日益严密、完备的今天，发生了纠纷更愿意千里迢迢地上访、找媒体报道或者通过仲裁解决，而不愿诉诸司法机关，司法权威的旁落已是不容争议的社会现实。因此，如何切实履行宪法赋予的法律监督职责，彰显司法权的价值，重塑司法权威，就成为努力完善中国特色检察制度的检察机关亟须解决的重大时代课题。而在坚守法治原则的基础上，倡导理性能动司法在检察工作中的运行，在笔者看来，无疑是实现中国检察制度现代化的必由之路。

一、能动司法溯源

（一）西方语境中的能动司法（司法能动主义）

与众多法言法语一样，司法能动也是一个舶来品。通常认为，司法能动^②是对美国法院，尤其是美国联邦最高法院在司法审查过程中所选择的积极制衡立法

^① [德] 罗伯特·阿列克西著，舒国滢译：《法律论证理论——作为法律证立理论的理性论辩理论》，中国法制出版社2002年版，第2页。

^② 司法能动的英文为“Judicial Activism”，比较准确的翻译应该是“司法能动主义”。

或行政行为的司法哲学的概称。根据学者的考证,美国的司法能动主义发展经历了三个阶段。^①第一个阶段是1905年至1937年的“保守司法能动主义”时期,即以洛克纳案^②为代表的美国联邦最高法院积极干预社会经济事务,否决国会的社会经济立法,维护契约自由原则,实行放任自由主义经济政策。这一阶段正处于美国进入垄断资本主义后社会矛盾进一步激化的时期,西奥多·罗斯福政府领导进步主义运动,进行了广泛改革。而与此相反,美国联邦最高法院坚持保守主义的立场,反对政府干预社会经济事务、限制契约自由,借助司法审查权否决了大量国会和州议会的立法。而随着富兰克林·罗斯福新政的推行,美国联邦最高法院及时调整了保守主义的立场,并在1937年西海岸宾馆诉帕里什案^③中,推翻了之前的判例,采取了对社会经济事务不干预的立场,标志着洛克纳时代的终结。第二个阶段是1953年至1969年的“沃伦法院”时期,美国联邦最高法院积极反对种族歧视、维护种族平等,扩大公民权利的范围,促进了美国民权保障事业的发展。这一阶段的代表法官为美国联邦最高法院的首席大法官厄尔·沃伦,在他的带领下美国联邦最高法院在公民权利保护方面积极行使司法裁量权,著名的“米兰达规则”就是在沃伦法官的主持下形成的。在审理的1750余件案件中,沃伦法院积极扩展宪法所保护的公民权利的范围,对那些边缘化的弱势群体的利益也表示了极大的关注和保护。^④第三个阶段是由2000年布什选战最终由美国联邦最高法院裁判选举有效这一典型判例所引发的司法能动主义,美国联邦最高法院将司法审查的干预范围渗透到权力制约、经济活动、个人权益和社会自治等诸多领域。

上述对司法能动主义发展轨迹的划分采用的是断代史的描述方法,有利于彰显美国司法能动主义各阶段的主要特征,但也可能掩盖了社会现实的多样性和复杂性。在西方语境中,司法能动主义是一个多义性的概念,正如美国法官弗兰克

① 参见李桂林:《司法能动主义及其实行条件——基于美国司法能动主义的考察》,载《华东政法大学学报》2010年第1期。

② 1905年,美国纽约州的面包商洛克纳称纽约州议会意在限制工人工作时间的《面包坊法》违宪,案件上诉至美国联邦最高法院,美国联邦最高法院根据美国联邦宪法第五修正案的“正当法律程序”条款和美国联邦宪法第十四修正案的“法律的平等保护”条款,宣布纽约州该项立法违宪并无效。自此,开启了保守司法能动主义的“洛克纳时代”。据统计,从1899年至1937年,共有184项州立法被美国联邦最高法院基于“正当法律程序”条款和“法律的平等保护”条款而宣布无效。参见[美]罗伯特·麦克洛斯基著,任东来、孙雯、胡晓进译:《美国最高法院》,中国政法大学出版社2005年版,第120页。

③ 在该案中,美国联邦最高法院支持了华盛顿州的最低工资法。

④ [美]莫顿·J.霍维茨著,信春鹰等译:《沃伦法院对正义的追求》,中国政法大学出版社2003年版,第134页。

所说：“每个人都批判司法能动主义，然而它却是个不确定的概念。”^① 权威的法律词典《布莱克法律词典》对司法能动主义的定义是，“一种司法裁决哲学，法官允许以他们自己的有关公共政策的观点等因素来指导他们的裁判，坚持此种司法哲学常常会发现法律违宪或忽视司法先例。”^② 根据这一定义，司法能动往往是指法官在制定法或者先例已经不能满足实际需要的情况下，于政策导向下的一种司法裁判原则。“司法能动主义的基本宗旨就是，法官应该审判案件，而不是回避案件，并且要广泛地利用他们的权力，尤其是通过扩大平等和个人自由的手段去促进公平，即保护人的尊严。能动主义的法官有义务为各种社会不公提供司法救济，运用手中的权力，尤其是运用将抽象概括的宪法保障加以具体化的权力去这么做。”^③

在这一内涵下涵盖的能动主义表现不一，如美国学者科米西就将能动主义概括为五种，分别是：推翻其他部门有争议的宪法性行为；忽视先例；进行司法性立法；抛弃已被接受的宪法解释方法；以结果为导向的裁判。^④ 另一位美国学者马歇尔教授则将能动主义概括为七种，分别是：不尊重民选部门之多数决定的反多数规则的能动主义；无视制宪者原意的非原意的能动主义；不遵循先例的先例能动主义；突破裁判权限制的裁判能动主义；创造新理论和新权利的司法创新；对其他政府部门施加肯定性义务或进行司法监督的矫正能动主义；运用司法权力完成党派目标的党派能动主义。^⑤

上述能动主义表现都是法院司法权限扩张的体现，法院不再消极、中立，而是更加积极地介入纠纷的处理中，通过法官的自由裁量权和规则发现而参与决策和资源分配，成为积极介入和干预社会生活的力量，直至通过违宪或司法审查成为事实上的最高权威。“在当今这个时代，要想描绘司法能动主义，最重要的因素可能就是法官对多数规则以及‘政治部门’（即立法和行政部门）所持的基本态度。如果一个法官坚信多数规则以及政治部门的代表性，那么通常的结果就是采用司法克制。然而，如果一个法官对多数规则以及政治部门的代表性持怀疑态

^① 参见罗东川、丁广宇：《我国能动司法的理论与实践评述》，载《法律适用》2010年第21期。

^② Bryan A. Garner ed., *Black's Law Dictionary (Seventh Edition)*, West Group, 1999, P850.

^③ [美] 克里斯托弗·沃尔夫著，黄金荣译：《司法能动主义——自由的保障还是安全的威胁？》（修订版），中国政法大学出版社2004年版，第3页。

^④ See Keenan D. Kmiec, *The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"*, 92 *California Law Review* 1441, 2004.

^⑤ See William P. Marshall, *Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism*, 73 *Colorado Law Review* 1217, 2002.

度，那么就很可能采用司法能动主义，而能动的程度则可能取决于对司法能与不能问题的怀疑程度。”^① 这是司法能动主义存在的主要空间，即一个国家的政治体制和社会制度是否赋予了司法机关这种权能或潜力。

这些对司法能动主义的解释和归纳虽然表现不一，但究其实质，可以总结为三种形式：第一种形式是违宪审查意义上的司法能动主义。这是司法能动主义的最初版本，也是国内学者西学东渐过程中最先接触的论调。直至今日，很多场合中司法能动主义仍然被特指为违宪审查的司法立场和态度，对其批判和反对所针对的也往往是违宪审查这一事实。第二种形式是实用主义的司法能动主义。这是以霍姆斯、卡多佐、庞德、波斯纳等所倡导的、以实用主义或现实主义为哲学基础的司法能动主义。虽然代表人物不同，但其核心都是主张“通过司法实践认识法与社会及公共政策之间的关系，倡导直接通过司法能动主义‘释放法律的能量’。”^② 实用主义的司法能动主义具有以下特征：（1）在司法的目的上，把社会目标的实现作为司法的根本追求，主张司法的一切活动都必须从属于社会目标的实现。（2）在司法的依据上，不把法条或先例当然地作为唯一的规范依据，而是充分考量案件所关涉的多种价值、规则及利益，在各种价值、规则及利益中寻求平衡和妥协。（3）在司法的方式上，不是机械地拘泥于某些形式，而是灵便地运用各种方式和方法。（4）在司法的姿态上，法官不是完全被动、消极地面对各项系争事务，而是从有效处理案件出发，自为地实施相关裁判行为。^③ 第三种形式则是混合了上述两种司法能动主义，上述《布莱克法律词典》中的解释就是突出的表现，但在实用主义方面有所侧重。

回顾上述司法能动主义的发展过程可以看到：当社会处于高度变革时期，司法能动主义主要体现为违宪审查权的运用。例如，洛克纳时期以及沃伦法院时期的能动司法既是美国社会变革的重要时期，也是违宪审查权被充分运用的时期；而当社会处于平稳发展阶段时，司法能动主义则更多地体现出它的实用主义精神，通过法院或法官对具体审判技术的运用，把主流意识形态和主导政治力量的要求带入到司法过程之中，并以潜移默化的方式在司法领域中得到实现。

（二）东方语境中的能动司法

与西方语境中的司法能动主义肇始于违宪审查不同，我国语境中的能动司法则是发端于最高人民法院的大法官们应对金融危机、化解社会矛盾的思考。最高

① [美] 克里斯托弗·沃尔夫著，黄金荣译：《司法能动主义——自由的保障还是安全的威胁？》（修订版），中国政法大学出版社2004年版，第7页。

② 范愉：《新法律现实主义的勃兴与当代中国法学反思》，载《中国法学》2006年第4期。

③ 顾培东：《能动司法若干问题研究》，载《中国法学》2010年第4期。

最高人民法院院长王胜俊提出：“能动司法，简而言之，就是要发挥司法的主观能动性，积极主动地为党和国家工作大局服务，为经济社会发展服务……服务性、主动性、高效性是能动司法的三个显著特征……能动司法是服务性司法。人民法院必须紧紧围绕维护社会稳定、服务经济发展、促进社会和谐、保障人民合法权益的要求，积极地运用政策考量、利益衡平、柔性司法等司法方法履行司法的审判职能。能动司法是主动性司法。人民法院必须主动开展调查研究，认真分析研判形势；主动回应社会司法需求，切实加强改进工作；主动延伸审判职能，积极参与社会治理；主动加强沟通协调，努力形成工作合力。能动司法是高效性司法。人民法院必须根据经济社会发展要求，未雨绸缪，超前谋划，提前应对，把矛盾纠纷解决在萌芽状态。”^① 最高人民法院的其他大法官，如沈德咏、江必新、奚晓明等分别就中国的能动司法进行了论述，大都认为能动司法是司法在当代社会的发展趋势，体现了司法的人民性和时代性，是有效化解矛盾、维护社会稳定的重要方式。

在最高人民法院的推动下，各地一呼百应地出现了各种能动司法的实践。有学者根据自己的调查，将中国语境中的能动司法分为了九种类型，即全能的司法能动观，政治意义上的司法能动观，司法方法意义上的司法能动观，化解社会纠纷意义上的司法能动观，选择性的司法能动观，立法性的司法能动观，实质正义的司法能动观，被附会、曲解的司法能动观，司法亲民意义上的司法能动观。^② 其中最为典型的的就是陕西省陇县人民法院“能动主义八四司法模式”^③。这种模式是以稳妥有力地化解社会矛盾，促进社会和谐为目的，把坐堂问案与调查研究结合起来，依据法律原则和要求，充分运用司法智慧，采取灵活多样、因案制宜的审判方式，达到定纷止争、案结事了、促进社会和谐、保障科学发展的目标。其主要内容包括：一是目标四为民。强调司法关注民生、促进民主、服务民建、保障民享的作用，从终极目标上着力解决“为谁执法、为谁掌权、为谁服务”的问题。二是理念四转变。强调由真理至上向公平至上、由认知理念向实践理念、由辨法析理向案结事了、由法律智慧向司法智慧转变。三是方式四联动，强调上下联动，实现基层化解纠纷与人民法院审判衔接互动；左右联动，实现其他解决纠纷机制与人民法院审判衔接互动；内外联动，实现法官主导审判与当事人主导审判衔接互动；心物联动，实现法官自由心证（主观判断）与法律严密论证的逻辑演绎衔接互动。四是审理四结合。强调人民法院审判与群众路线、司法

^① 参见 2009 年 8 月 29 日王胜俊在江苏高级人民法院调研座谈会上的讲话。

^② 参见杨建军：《“司法能动”在中国的展开》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2010 年第 1 期。

^③ 《陇县“能动主义八四司法模式”调查》，载中国法院网。

政策与法律规则、庭外理案与开庭问案、法律认知与社会认可相结合。五是机制四能动。强调审监、审执、审立、审管能动。六是保障四强化。强调强化法官调查取证、法官主导庭审、法官修复社会关系、法官促进稳定和谐的作用。七是监督四到位。强调质量考评、法纪监督、道德自律、责任查究到位。八是效果四统一。法律效果与维护执政地位的要求、与经济社会发展的要求、与天理国法人情的要求、与维护社会和谐稳定的要求相统一。陇县的“能动主义八四司法模式”在最高司法机关的推动下，社会影响力进一步加大，被视为“中国式”司法能动主义的典型代表。

这种以人民法院为主体强调司法的亲民性、主动性特征的新型审判理念之所以在司法改革十余年后得以高度强调，与当今中国的社会问题以及司法本身的问题有着必然的联系。一方面，中国社会纠纷剧增、涉法和涉诉的上访人数上升以及案件执行难等社会现象频出，让人感觉司法未能充分实现社会对它的期待，也没实现司法改革曾经对社会的允诺；^①另一方面，高度效仿西方的司法制度遭遇了经济社会发展不平衡、民众法治观念不健全等瓶颈，发展得不尽如人意。两方面的作用，让能动司法成为司法者应对转型时期社会经济矛盾日益加剧、法律资源匮乏、纠纷解决手段单一等现实问题的治病良方。

与司法实践的大力推进不同，这种“中国式”能动司法由于其具有浓厚的政治色彩，遭到了学界的批判和反对，认为其并不是一种理性的、正常的司法行为，而与官方提出的“三个至上”、“司法为民”等政治主张没有什么差别，或者是换了种说法而已，既不是经过西方经验实证成功的“模仿”道路，也不是中国学者希望的“衡平司法”、“能动地解释法律”的保守道路，而可能是一次法律职业群体的“司法盲动”或者是“试错”行动。^②但司法与政治的界限并不是如我们所想象的那样泾渭分明，正如达玛什卡所说：“能动主义司法的最终目的在于将国家政策贯彻到法官审理的案件之中。”^③东西方语境中的能动司法都同样重视司法的决策功能，主张司法在社会生活、政治生活中扮演更为重要的角色，强化司法对社会过程的深度干预、通过司法活动实现国家的政治功能，尤其是通过司法创新、塑造新的制度结构，促成社会的重大变革，推动社会整体的进步。而司法能动主义的发源地美国的实践也更加深刻地告诉我们：“即便是在分权原则和理论构筑的壁垒之下，司法与政治之间仍然明通款曲或暗诉衷肠，而

① 苏力：《关于能动司法与大调解》，载《中国法学》2010年第1期。

② 杨建军：《“司法能动”在中国的展开》，载《法律科学（西北政法大學學報）》2010年第1期。

③ [美] 米尔伊安·R. 达玛什卡著，郑戈译：《司法和国家权力的多种面孔——比较视野中的法律程序》，中国政法大学出版社2004年版，第130页。