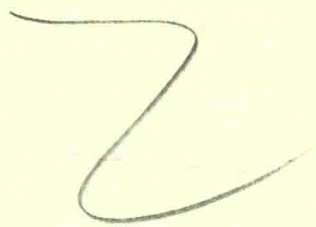


常识与理性

走向实践主义的司法哲学

江国华◎著



常识与理性

走向实践主义的司法哲学

江国
华
◎
著



生活·讀書·新知 三联书店

Copyright © 2017 by SDX Joint Publishing Company.

All Rights Reserved.

本作品版权由生活·读书·新知三联书店所有。

未经许可，不得翻印。

图书在版编目 (CIP) 数据

常识与理性：走向实践主义的司法哲学 / 江国华著. — 北京：
生活·读书·新知三联书店，2017.4

ISBN 978-7-108-05718-1

I. ①常… II. ①江… III. ①社会主义法制—研究—中国
IV. ①D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 118341 号

责任编辑 胡群英

装帧设计 刘洋

责任印制 宋家

出版发行 生活·读书·新知 三联书店

(北京市东城区美术馆东街 22 号 100010)

网 址 www.sdxjpc.com

经 销 新华书店

印 刷 河北鹏润印刷有限公司

版 次 2017 年 4 月北京第 1 版

2017 年 4 月北京第 1 次印刷

开 本 635 毫米 × 965 毫米 1/16 印张 19.5

字 数 251 千字

定 价 58.00 元

(印装查询：01064002715；邮购查询：01084010542)

江国华 湖南人，武汉大学法学院教授、博士生导师，武汉大学珞珈特聘教授，国家“2011计划”司法文明协同创新研究中心首席科学家，“教育部新世纪人才支持计划”学者，第七届“全国十大青年法学家”提名奖获得者。代表著作有《宪法哲学导论》（2007年）、《立法：理想与变革》（2008年）、《宪法与公民教育》（2010年）等，代表论文有《中国宪法的研究范式与向度》（《中国法学》2011年第1期）、《转型中国的司法价值观》（《法学研究》2014年第1期）、《实质合宪论：中国30年改革正当性检视》（《中国法学》2013年第3期）等。

洞穴奇案

[美]彼得·萨伯 著 陈福勇、张世泰 译

秦窑法庭：基层司法的实践逻辑

丁卫 著

死刑的温度

刘仁文 著

生活·讀書·新知 三联书店 刊行

目 录

题记	1
----	---

导论 司法立宪主义与中国司法改革	3
------------------	---

一 司法立宪主义的基本意味	4
二 司法立宪主义视野中的“司改问题”	15
三 司法立宪主义视野中的“司改理路”	27

第一章 法院的定位与职责	44
--------------	----

一 法院的审判者定位及其宪法依据	45
二 法院的治理者角色及其法理	51
三 司法之治——通过审判的社会治理	55

第二章 法官的角色与本位	63
--------------	----

一 重返常识：作为裁判员的法官	64
二 回缚理性：作为工程师的法官	70
三 规复本位：作为规则适用者的法官	76

第三章	司法权的谦抑与能动	82
一	本体论：谦抑的审判权	83
二	方法论：能动的审判官	91
三	原则与方法：走向能动的司法	97
第四章	司法的国家性与地方性	106
一	审判权的国家性	107
二	审判事务的地方性	110
三	司法的相对统一论	113
第五章	司法偏好的衡平与折中	122
一	司法之程序性偏好	123
二	司法之实体性偏好	128
三	司法之中庸性偏好	133
第六章	司法效果的客观性与主观性	140
一	法律效果：审判之客观效果	141
二	社会效果：审判之主观效果	149
三	在法律框架内谋求社会效果的最优化	155
第七章	司法理性的逻辑与悖论	161
一	司法理性之逻辑	162
二	司法理性之悖论	166
三	走向包容性司法：司法改革的一个可能向度	171
第八章	司法裁判模式的困境与取向	180
一	职权主义之悖论	181

二	当事人主义之诘难	188
三	走向衡平的裁判模式	193
第九章	司法技术与司法政治	201
一	司法技术：司法过程的客观构造	202
二	司法政治：司法过程的主观构造	209
三	司法的政治性与技术性何以兼容	214
第十章	司法规律与司法改革	219
一	司法不是唯一的	220
二	法院不是万能的	225
三	综合的司法改革理念	229
代结语	转型中国的司法价值观	234
一	政治司法价值观：为阶级斗争冲锋陷阵	236
二	经济司法价值观：为经济建设保驾护航	247
三	社会司法价值观：为社会稳定排忧解难	260
四	走向衡平司法价值观：为法治文明注译导航	271
参考文献		282

题 记

近三十年来，中国司法改革的路线似乎一直游走于“西化路线”与“回归传统”之间。但司法是民族的，也是历史的。西方司法只不过看上去很美，至多可供欣赏与借鉴；历史也不可逆转，我们无法回到过去。现实主义者的思路是“回归现实”，走向实践主义——用实效来审视司法改革之路径，以累计正义来构筑中国司法之未来。

司法实践主义既是一项原则，也是一套方法，它是一种“行动中”的司法哲学，因而也是以“实践”为全部基础的司法哲学。它引领着司法资源之流向，并为司法方法注入灵活性与创造性元素。

作为原则的实践主义，要求司法权力的配置和制度设计都有助于提升司法效率与司法实效：司法是要讲究效率的，法官必须在有限的时间内解决问题，不容许磨蹭到“黄花菜都凉了”；司法也是要讲究实效的，法官必须充分考虑其判决所可能带来的系统性后果，不容许只顾“走完法定程序，任他洪水滔天”。

作为方法的实践主义，旨在实现以下几个方面的目标：（1）为谦抑的司法权与能动的审判官之间搭建某种桥梁——在本体论意义上，司法权只能是谦抑的；但在方法论上，法官必须能动地行使审判权。（2）在形式正义与实质正义之间寻求动态平衡——法官的使命不在于“走程序”，而在于以最优方式追求“实质正义”。（3）将司法裁判与社会治理结合起来——司法之目的不在于裁判，而在于通过裁判实现社会治理。（4）将法律效果与社会效果统一起来——

法律源于生活，司法的过程不是要抽空法律中之“情理”，而是要将法律还原于生活，并融于情理之中，所以“合乎情理”构成实践主义司法的基本目标。(5) 将个案正义与社会普遍正义连接起来——法官审理的是个案，但追求的不仅仅是个案正义，而是社会的普遍正义。

导论 司法立宪主义与中国司法改革*

〔观点提示〕司法立宪主义的核心旨意即司法的合宪性控制，它内在地包含元宪法、宪法核、宪法保留、法律保留四个基本法则，分别对制宪权、修宪权、立法权和立法以外其他权力的作用圈定禁区。基于司法立宪主义的要求，司法改革首先应当解决其本身的“合宪性”“必要性”“导向性”等基本问题，即应厘定司法改革的禁止空间与作用空间，应理清“司法为什么要改”以及“哪些问题是非改不可的”，应告诉人民“司法到底要改到哪里去”以及“我们通过什么路径实现改革愿景”。故此，中国司法改革的当务之急在于：通过释宪或者修宪，明确司法机关的宪法定位及其与人民代表大会制度的关系，让司法回缚于宪法；通过制定《司法改革法》，将改革的顶层设计和改革清单法律化和规范化，让司法改革于法有据、统筹兼进；通过修改旧法与制定新法等方式，完善中国司法法体系，为司法运行铺就法治轨道。

在迄今为止比较长的一段时期，中国学术界在宪法实施方面一直有一个理想，那就是实现宪法的司法化。所谓宪法司法化，简单地说，就是让宪法规范走进司法程序，成为裁决个案的依据——在穷尽普通

* 本章主要观点曾以《司法立宪主义与中国司法改革》为题，刊发于《法制与社会发展》2016年第1期。

法律规范的前提下，法官可以直接适用宪法条文，对案件作出裁决。^{〔1〕}但2008年最高人民法院废止当年其对齐玉苓案所作批复的事实，再次表明宪法司法化在中国有着难以逾越的障碍。

在十八大之后，高层正以前所未有的力度推动中国司法改革——继四中全会《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》（以下简称《决定》）构造了以“保证公正司法，提高司法公信力”为目标的司法改革总体框架之后，最高人民法院、最高人民检察院以及司法部分别出台了具体的“改革意见”。就其内容而言，这些改革举措涉及现行司法体制机制的方方面面。鉴于司法制度本身的特殊性及其在法治国家建设中的重要地位，司法改革的过程中有必要植入“司法宪法化”之议题。所谓司法宪法化，即让司法回缚于其宪法定位和宪法拘束，其核心问题就是将司法权及其运行过程纳入宪法轨道，实现宪法对司法和司法改革的全面规制——其本质即司法立宪主义（Judicial Constitutionalism）。

一 司法立宪主义的基本意味

从一般意义上说，立宪主义是一种关于国家正当性的理论或者学说，它涉及国家政权如何组建、国家政治权力如何运行以及国家和人民应当如何相待等问题，其精髓在于“以宪法和法律来规范政府的产生、更替及其权力的行使，借以防止人民的人权受到政权的侵害，并进而确保政权的行使能符合人民的利益”^{〔2〕}。据此，司法立宪主义是关于司法正当性的学问，它涉及司法权如何配置、司法机

〔1〕 谢维雁：《“宪法间接适用论”质疑》，载《法商研究》，2011年第2期。

〔2〕 陈弘毅：《论立宪主义》，载陈弘毅《法理学的世界》，中国政法大学出版社2003年版，第108页。

构如何组织、司法权力如何运作以及司法如何保证人权等基本问题。其要义有四：（1）司法独立属于“元宪法”的范畴。（2）“宪法核”属于修宪权作用禁止事项。（3）司法权配置属于宪法保留事项。（4）司法组织及司法人员的遴选和惩戒、司法运行方式和程序等司法制度属于法律保留事项。

（一）司法独立属于“元宪法”的范畴

肇始于13世纪英国的立宪主义传统，缘起于对“国王集权”的恐惧，发轫于1215年《自由大宪章》，英国立宪主义基本上是在沿着“限制王权”和“分解王权”两条线路与“国王集权”进行博弈。其中，“限制王权”的博弈逐渐形成了以“法律至上，王在法下”“合法裁判”为基本内核的法治原则，以“无代表不纳税”“人民同意”为基本内核的民主原则，以人身自由和财产权利不受非法限制和剥夺为基本内核的人权保障原则。而“分解王权”的博弈逐渐形成了以“议会主权”（将立法权从王权中独立出来）、“法官独立”（将司法权从王权中独立出来）为基本内核的分权原则。这些原则构成了英国立宪主义的精髓，并历经时代的洗礼和沉淀，升华为其后成文宪法之“元宪法”（meta-constitution）。

“元宪法”是受“元理论”启发而衍生出来的一个概念，大致可以作两重解释：（1）“元宪法”乃宪法之法或者最高的宪法，它构成了一国宪法的精神内核，并决定了其本质属性和价值取向性。它具有逻辑上和效力上的双重“先在性”，即在逻辑上，它先于宪法文本而存在；在效力上，它优于宪法文本而存在。（2）“元宪法”乃宪法自我认知或自我审视之元点，它规定了“宪法之所以成其为宪法”“宪法何以证成其自身（正当性）”“宪法为什么是必要的”等基本问题。

在法理上,“司法独立”即属于“元宪法”之范畴。它的正当性不取决于宪法的明文规定,相反,它是宪法证成自身正当性的基本依据。从这个意义上说,元宪法具有自然正义之意味^[1],其正当性可直接诉诸自然法——这种萌发于古希腊哲学的自然法,经由苏格拉底、柏拉图、亚里士多德以及斯多葛学派的演绎,被普遍地接受为“一种关于良善行为的普遍理念,这种理念代表着人间实证法律的基础”,不仅可以作为评价成文法优劣的参照^[2],而且可以当作司法裁判正当性的准则^[3]。

正是基于其元宪法之属性,宪法必须以某种方式对“司法独立”予以确认,否则,其将陷入自身正当性证成之逻辑困境。正因如此,迄今为止 142 部成文宪法中,有 105 部明确规定了司法独立和法官独立。比如,美国 1787 年宪法第 3 条在司法权的适用范围问题、法官的地位问题(主要是终身任期和薪酬方面)和司法机构的设置问题三个方面作了一系列规定,以确保司法活动独立,保护法官独立行使权力。为确保该条款得到切实贯彻,1789 年美国又出台了作为宪法第 3 条实施细则的《司法法》,在联邦司法权的适用范围与具体适用的方式上规定了司法权行使的独立性,细

[1] 一般认为,自然正义根植于英国普通法传统,作为正式的法律制度,其历史可追溯到 1215 年《自由大宪章》第 39 条的规定:“凡自由民,如未经其同级贵族之依法裁判,或经国法判决,皆不得被逮捕、监禁、没收财产、剥夺法律保护权、流放或加以任何其他损害。”正是从这个意义上说,“自然正义乃是由大宪章所衍生出来的一项原则”,而这项原则本身正是对“司法独立”的一种抽象。

[2] 1610 年,首席法官科克在博翰姆大夫一案中指出,如果议会法律让某人做自己案件的法官或以别的方式“触犯普通的理性”,法院可以宣布该法无效。[美] 伯纳德·施瓦茨:《美国最高法院史》,毕洪海等译,中国政法大学出版社 2005 年版,第 2 页。

[3] 1470 年,耶沃顿(Yelverton)首席大法官曾经说过:“在碰到一个新案件而又缺少现存法律依据的情况之下,我们的做法应该和教会法专家以及平民的做法一样。他们所考虑的是如何才能最有利于公众的利益,求助的是作为所有法律基础的自然的法律,我们也应该这样办。在此意义上,如果我们准备制定一部实证的法律,也同样应该明白什么是对公众最有利的,然后再去制定该法律。”

化了联邦宪法对司法权的原则性规定。德国基本法第 97 条第 1 项明确规定：“法官具有独立性，只服从宪法和法律。”其第 2 项又规定，专职且是正式任用的法官，非经法院判决，并根据法定理由、依照法定程序，在其任期届满之前，不得违反其意志予以免职、停职、转任或命其退休。俄罗斯联邦宪法第 120 条规定：“法官独立，只服从俄罗斯联邦宪法和联邦法律。”日本宪法第 76 条第 3 款规定：“所有法官依良心独立行使职权，只受本宪法及法律的约束。”

在我国，自《中华民国临时约法》以来的历部宪法均设有专门的司法独立条款。如《中华民国临时约法》（1912）第 51 条规定：“法官独立审判不受上级官厅之干涉。”《中华民国约法》（1914）第 45 条和第 48 条分别规定：“法院依法律独立审判民事诉讼、刑事诉讼”；“法官在任中不得减俸或转职；非依法律受刑罚之宣告或应免职之惩戒处分，不得解职。惩戒条规，以法律定之”。《中华民国宪法》（1923）第 101 条规定：“法官独立审判，无论何人，不得干涉之。”其第 102 条规定：“法官在任中，非依法律，不得减俸、停职或转职。法官在任中，非受刑法宣告或惩戒处分，不得免职。但改定法院编制及法官资格时，不在此限。法官之惩戒处分，以法律定之。”《中华民国宪法》（1946）第 80 条规定：“法官须超出党派以外，依据法律独立审判，不受任何干涉。”其第 81 条规定：“法官为终身职，非受刑事或惩戒处分，或禁治产之宣告，不得免职。非依法律，不得停职、转任或减俸。”承其传统，中华人民共和国成立后，“五四宪法”和现行宪法中均有司法独立条款。如“五四宪法”第 78 条即规定：“人民法院独立进行审判，只服从法律。”现行宪法第 126 条和第 131 条规定，人民法院和人民检察院依照法律规定独立行使审判权和检察权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。

（二）“宪法核”属于修宪权作用禁止事项

在现代宪法学理论看来,“宪法实质是法”的观念是宪法学保持其生命力与价值的重要体现,亦是建立宪法规范体系的理论基础。正是基于宪法首先是法这一认知,宪法自身的规范性得以证成。韩大元教授认为,宪法本身由不同规范构成,主要包括宪法制定规范、宪法修改规范、宪法核与宪法律。^[1]其中,宪法核,顾名思义,即为宪法核心,亦有学者称为“宪法的宪法”。台湾学者陈慈阳则将其阐释为“以人性尊严与以人的基本价值为基础的自由民主宪法秩序,以及为了保障此秩序所必要的诸如法治国家、权力分立、正当法律程序与社会国原则等宪法基本原则”^[2]。

在逻辑上对宪法规范作此区分,很大程度上源于“宪法修改的限制理论”^[3]。基于德国学者卡尔·施密特(Carl Schmitt)关于“制宪权”与“修宪权”的划分,宪法在本质上是一种政治决断,它由源于政治现实力量或权威的政治意志而形成,代表此一政治意志之制宪权决定了宪法条文之性质——属于不可变更之核心,除此之外的实证宪法条文则可由修宪权加以修改。^[4]据此,对宪法的存在具有根基性作用的宪法条款不得成为宪法修改的对象,这些条款属于“宪法核”之范畴。

在实践中,正是基于“宪法核”之根本性,各国大多在其宪法文本中对宪法修改设有明示或者默示的限制性规定。例如,德国基本法第79条第3款规定,对基本法的修改不得影响联邦由各邦组成

[1] 韩大元:《论宪法规范的至上性》,载《法学评论》,1999年第4期。

[2] 陈慈阳:《宪法学》,元照出版公司2004年版,第83页。转引自柳颀、涂云新:《宪法修改的限制理论与宪法核心之保障》,载《政治与法律》,2013年第8期。

[3] 对宪法修改有无限制的理论争议,学界亦存在“无限制说”和“有限制说”两种观点。“无限制说”基于“国民主权”不受限制理论,主张宪法的修改亦无所限制。而以德国、日本为代表的国家则承认宪法修改的“有限论”,认为宪法的修改不能突破“宪法核”。

[4] 陈慈阳:《宪法规范性与宪法现实性》,台北翰芦图书出版有限公司2007年版,第22页。

之事实，不得影响各邦参与立法及第1条和第20条所规定原则。^{〔1〕}

日本现行宪法在序言中指出：国民主权“是人类普遍的原理，本宪法即以此原理为根据。凡与此相反的一切宪法、法律、法令和诏敕，我们均将排除之”^{〔2〕}。美国联邦宪法第5条规定：“……但在1808年前所制定的修正案不得以任何形式影响本宪法第1条第9款之第1、第4两项；任何一州，未经其同意，不得被剥夺它在参议院中的平等投票权。”等等。

从这个意义上说，“宪法核”并非指涉某一具体规定，而是对宪法根本性内涵的概括总称。因此，在不同国家，其具体指涉和表现都有所不同。比如依德国学者卡尔·施密特的学说，立宪政体、权力分立、法律保留、司法独立、人权保障等五项基本原则，即属于宪法核之范畴。“宪法核”是一国宪法之根本，亦是一国之根本，属于一国“国体”或“政体”之核心，其意在圈定修宪禁区，即禁止通过修宪的方式予以变更或改易，否则即视为宪法破弃（Verfassungsdurchbrechung）。^{〔3〕}

就我国而言，人民代表大会制度即属于“宪法核”之范畴^{〔4〕}，系修宪权作用禁止之事项，即人民代表大会制度不得通过修宪方式予以更改。其效力及于人民代表大会制度整体和其构成要件，即修宪权不仅禁止作用于作为一个整体的人民代表大会制度，而且也禁止作用于构成人民代表大会制度的“组成部分”。作为人民代表大会制度构成要素

〔1〕例如，人性尊严的不可侵犯性原则、民主原则、共和国原则、权力分立原则、法治国原则、社会国原则等。参见王锴：《宪法解释的融贯性》，载《当代法学》，2012年第1期。

〔2〕曾祥华：《日本的宪法修改与违宪审查》，载《山东科技大学学报（社会科学版）》，2014年第2期。

〔3〕陈朝建：《宪法保留与国会保留——法政专业名词解析》，http://www.lawtw.com/article.php?template=article_content&area=free_browse&parent_path=,1,1648,&job_id=45385&article_category_id=1170&article_id=19953，最后访问时间为2014年12月25日。

〔4〕另有学者认为，党的领导、社会主义制度等亦属于“宪法核”范畴。