

司法能动主义与 中国司法发展

杨建军 著

本书对法学界广为传播的司法能动主义哲学的本源、演变及其在全球的发展样态进行了考察，对司法能动主义在中国的传播与探索性实践做了实证观察。



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

中华法系与法治文明学术文库

司法能动主义与 中国司法发展

杨建军 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

司法能动主义与中国司法发展 / 杨建军著. —北京:
法律出版社, 2015. 12

ISBN 978 - 7 - 5118 - 8887 - 7

I. ①司… II. ①杨… III. ①司法—研究—中国
IV. ①D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 312411 号

司法能动主义与中国司法发展

杨建军 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 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2016 年 3 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

责任校对 郭艳萍

印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 23 字数 359 千

印次 2016 年 3 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 8887 - 7

定价:65.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

作为一种法学思潮、司法哲学甚至是法律方法的“司法能动主义”，在传入中国后，曾经引起了法学理论和司法实务界的热议，虽然在中国，它更多地被称为“能动司法”。司法能动主义之所以热，固然有主动选择和司法实践推动等多元因素，但另一个重要方面，是因为它与传统上法学圈里所传承的基本司法原理有所差异，甚至产生了较为激烈的碰撞。如传统上法学界主张司法奉行被动、中立、不告不理等基本原则，强调司法的自我克制和谦抑，主张司法在坚持形式法治的前提下开展审判活动，强调司法更多地要遵循一般规律。但是，司法能动主义在一些基本理念上与上述的主张之间产生了一些漂移。例如，司法能动主义强调司法要积极、主动，主张扩张司法权以扩大对公民权利的保护，主张司法要与时俱进，积极回应时代诉求，司法要及时回应甚至是引领整个国家的价值观念，因此，司法就不能够简单地陷于文牍主义，而必须作出合理实质判断，反映时代的道德诉求。引发热议的另一个重要原因在于，在种种打着“司法能动主义”或者“能动司法”旗号的司法实践改革和探索中，出现了一些借能动司法口号实际可能违背规律的一些具体举措，抑或提出了一些在很多人看来不太合拍的观点和新主张。

但是,无论是赞同或者是学术批判,我们都需要以理性分析为前提和基础,我们都需要首先弄明白司法能动主义的原初含义、基本主张和内涵,弄明白为什么即便在曾经高度强调形式化、理性化的法治背景下,司法能动主义这样一种司法哲学思潮依然会产生并在世界范围内广为传播。在对“司法能动主义”概念的原初含义进行梳理的基础上,我们需要观察和分析司法能动主义理论在中国的传播、发展以及在司法实践中的种种演变、样态及其背后可能蕴涵的某些理念和诉求。司法能动主义在中国的发展演变实践表明,司法能动主义在传入中国后,既有被学习、借鉴和模仿的成分,也有被“中国化”的内容,更有实践中的某些唐突改造的成分,因为广泛的基层司法实践对司法能动主义理论做出了很多属于自己的理解。其中部分理解,应当是符合司法能动的基本原理的,但不少创造性的做法,则引发了媒体和公众热议甚或质疑。总体来看,司法能动主义理论在中国的实践,既有其理论和实践的合理性,又蕴含了诸多不足。但无论如何,它触发了学术界、政法官员、法官、检察官乃至民众对于什么是司法的某种反思。

如果不是为了简单地批判,不是为批判而批判,则理性分析和审慎看待司法能动主义的原初内涵及其在中国遭遇的境况都是十分必要的。我们必须看到,司法能动主义固然有其理论本身之某种不足,但是,它在中国的实践,本身可以看做是中国司法界对于中国司法发展道路的某种探索,哪怕这种探索是某种“试错”。当然换句话讲,谁又能够说,“司法克制主义”理论就做到了完美无缺?如果不是抱持偏见,则我们必须承认,司法能动主义理论的引入,的确有助于我们反思,曾经以及当下中国司法存在的种种问题和不足。例如,过分机械、刚性的诉讼程序规则,引发了人们对于简单照抄照搬域外司法制度的批评(一度盛行的诉讼证据举证期限的刚性制度即是例证);单纯注重了书面上的“法”,导致了不少法官有意无意忽视民众实质诉求的某种科层化、程式化,同时也直接导致了官僚化的司法作风的蔓延;单纯注重了对法律的专业化即法律职业群体的逻辑推理和法律思维的强调,但是却在很大程度上忽视了法律职业者的职业伦理,以及对职业过程和职业行为的规范和监管,等等。这些一度广为存在且至今也没有完全消失的司法实践问题,许多都在赞同或者批评

司法能动主义理论过程中得讨论、反思或者到纠正,至少在人们观念中,部分得到了纠正。

从正面来讲,司法能动者的诸多观点也并非一无是处。例如,司法能动主义者所倡导的扩大权利保护的理念,就更加符合经济社会高速发展时期广大公民权利不断增长的内在需求,因而也直接或者间接地催生了国家司法更多地为公民提供司法保护的制度转型,如“立案登记制”在本质上与司法能动主义所倡导的扩大权利保护的理念就是一脉相承的。而且可以预期,未来,在公益诉讼、环境保护等广泛领域,公民的诉讼权利必将得到更多的法律保护。此外,在重大疑难案件中,合理地运用实践推理、价值判断对疑难案件作出符合时代价值的判决,则更有助于引领我们这个族群价值的发展。

基于上述思路,本书主要探讨三大问题,书的体例也分为了三编:

第一编主要梳理和总结“司法能动主义”这一司法哲学的基本内涵、原初含义及其在世界范围内的传播和发展。其中:

第一章,重访司法能动主义。司法能动主义发展经历了从司法审查到权利保障的重心转移,在历史上,学者们对司法能动主义的界定标准经历了从单一到多元的发展变化,司法能动主义基本内涵也不断丰富变化。司法能动一词具有五种主要形态,即宣布其他机构的违宪行为无效、放弃先例、司法性立法、抛弃解释的方法、结果导向的判决。此外,本部分从理论上分析了司法能动主义的合理性及其运用限度,揭示了司法能动主义理论面临的诸多内在难题,同时指出,司法能动主义理论存在的合理性主要不在于其绝对真理性,而在于其向法律职业群体提出了对司法作用思考的某种启迪。

第二章,美国司法能动主义的历史发展。本章主要考查司法能动主义的原初发展历程。司法能动主义的“原产地”是美国,是发端于西方的一种重要司法哲学。美国司法能动的代表性时期为马歇尔法院、沃伦法院和伯格法院时期。美国的司法能动并非源于宪法的明确规定,而是联邦最高法院在马伯里诉麦迪逊案、布朗诉教育委员会案、罗伊诉韦德案等众多案件中通过“立法性司法”确立下来的。美国司法能动的成功有其特定的社会历史条件和法治背景。

第三章,司法能动主义在全球的发展。本章主要考察司法能动主义理论在全球的发展及其内含的嬗变。其中,司法审查、扩大民主与人权、保障公益诉讼、扩张性解释、以法律价值和目的拓展司法裁判渊源等,是司法能动主义全球发展的主要类型。司法能动主义的具体形态丰富而多样,既有司法审查的传统形态,也有以人权保护为重心的现代形态,或者是多元结合的形态,司法能动主义在法律方法意义上,是被广为实践的。从实践来看,公民权利意识的高涨、合理的政治制度、公众的态度、掌权者对待判决自觉接受的态度,都可能成为司法能动主义存续的条件。司法能动主义与司法克制主义哲学并非“非此即彼”的关系,而是可以共存于一个司法体系中的,一个国家司法哲学的发展必须符合本国法治的发展规律,顺应社会总体进步的潮流。

第二编主要关注的是中国对司法能动主义的探索。其中既包括对司法能动主义理论在中国发展的宏观考查,也包括以陕西陇县能动司法实践的微观考查,在此基础上解释了能动司法在中国发展的某种内在合理逻辑。其中:

第四章,中国司法能动主义的理论与实践——一个宏观的考查。本章重点考查了司法能动主义理论在中国的传播、中国司法能动主义者的基本理论主张,地方司法机关对司法能动主义理论的丰富实践形态以及中国能动司法的总体特点。

第五章,陕西陇县的能动司法——一个微观的考查。本章以中国能动司法的突出个案——陕西陇县的能动司法实践个案作为考查对象,描述了陇县能动司法的探索过程、基本做法和经验,并分析了其合理性与不足、普适性与独特性。

第六章,乡土司法。城乡二元分立的基本格局虽然比起费孝通先生当年描述的时代有了重大变化,但在中国,思考中国司法的发展问题,必须同时高度注意到中国城乡发展的巨大差异性,虽然乡土本身也在不断转型。且城乡之间存在的这一巨大差异性,将长期在中国存在。乡土司法与城市司法存在诸多不同——纠纷主体的熟悉性、社会关系的交错性、案件类型的细碎性、诉讼缘起和追求目标的不完全理性性,更加偏好实质正义,“赤脚法官”和“赤脚律师”是乡土司法的主角,乡土社会的力量会

影响乡土司法的运作,等等,都是乡土司法的基本特征。乡土司法样态会在中国长期存续的基本现实,也对司法改革给出了很多启示,如:办案法官素养的综合性、诉讼程序的相对灵活性,兼顾立案、审判和执行,法律渊源的多样性、诉讼语言的大众性、法律产品的模糊性等。乡土司法的上述诸多特点,决定了我们司法的发展,绝对不能够按照城市化的标准,简单地搞一刀切去推进改革。

第七章,好法官的两种形象。本章主要试图从中国文化传统文化角度,深度思考中国人心目中好法官的基本形象,及其生成的民族心理和文化根源。不同社会对于好法官的认识和塑造方式不完全相同。中国人心目中的好法官,主要是青天的形象,中国社会对于好法官的形象塑造,总体上没有超越“神话—超人—英雄化”这一传统路数。而西方人心目中的好法官则是职业法官形象,西方社会对于好法官的形象塑造,走的是“世俗—常人—规范化”的塑造路径。好法官形象塑造受制于不同的社会制度、法治观念和政治目的。法治社会无青天,在法治建设中,我们既要淡化司法体制内青天好法官的形象塑造,又要强化法官群体的职业化建设,更应杜绝司法体制外的权力青天向司法发号施令、施加影响。

第八章,中国能动司法理论的宪法逻辑。本章重点阐释和分析能动司法理论在中国的某种宪法逻辑。法律职业化理论和司法能动理论是对中国司法发展道路的不同探索理论。中国能动司法理论的可能宪法逻辑是:民族国家之间的激烈竞争、司法社会主义特色的塑造、司法服务于政治、转型时期需要司法快速做出回应等。能动司法理论宪法逻辑的合理之处在于它是从中国国情、中国民众的社会需求出发而不是西方的现行司法理论出发去论证自己的合理性。但中国能动司法理论始终面临着司法规律的普适性、政治统摄司法抑或司法控制政治、法律是统治工具抑或法律具有自身价值等理论追问。中国能动司法宪法逻辑面临的困境是政治系统和法律系统相对分立而引发的社会结构性危机。通过论争来寻求更多的政治共识,对中国司法发展道路的探索具有重要意义。

第三编,中国司法的发展。如果说第二编重点考察的是能动司法在中国是如何实践的,那么,第三编则重点从更加宏大的视角,分析司法能动主义理论带给中国司法的某种启示,分析和探讨司法能主义理论与中

国司法发展之间的内在逻辑关系。

第九章,通过司法的社会治理。本章重点分析司法在国家治理现代化进程中的作用。司法是社会治理体系的有机组成部分,作为微观社会矛盾纠纷的灵敏显示器和社会治理状态的预警机,为法治的发展提供反思机制,发挥制度变革的“微调器”功能,促进社会制度变革与社会发展的平稳结合,是其发挥社会治理功能优越性之所在。将社会冲突的化解纳入司法化轨道,实现对公权力监督和控制,捍卫权利并适度地创新规则,宣示法律的时代价值观,促进公众守法习惯的养成,是司法完成社会治理目标的内在机制。在实现自身的规范和“自治”的前提下,司法对社会的变革做出合理、有效的“回应”,促进司法现代化与社会现代化目标的双重实现,是通过司法的社会治理迈向良性发展的应然目标。

第十章,法治国家中司法与政治的关系定位。本章重点从一般原理上分析和探讨了司法发展必须合理处理的基本关系问题,即它与政治之间的关系。在法治国家建设中,对司法与政治的关系进行合理定位具有重大意义。司法与政治属于两个不同的系统,具有不同的目标追求,二者保持适当距离有助于增进政治的合法性。司法相对独立于政治是司法良好运行的基本前提,通过司法控制政治是现代政治规范发展的重要模式。司法无法脱离政治属性,更不可能去政治化,而应对政治作出适当回应。但绝不能把司法简单等同于政治,更不能把司法看做是政治的附庸。司法虽然承载着政治职能,但司法政治职能的有效发挥是通过相对超然于政治的司法运作机制来实现的。司法政治功能的实现必须以政治对司法的合理尊重、维护司法的应有独立地位为前提,一个淡化对司法的强制控制而注重尊重司法规律的司法,方可能实现政治目标的最大化。

第十一章,当代中国社会的维权行动与司法发展。本章重点从社会层面,剖析了当代中国司法改革和发展必须要关注社会维度——民众的社会维权现状对中国司法发展提出的种种更高要求。中国社会已经真正步入“权利的时代”,中国维权行动面临的重要问题是部分官员的维权意识与日益高涨的民众行权行动的要求不相适应。维权者宣示的权利来源趋向多样化。维权行动者由单一个体向群体化、集体化扩展。维权诉求往往由个体权利维护向同时提出制度变革诉求延伸。井喷式出现的各

种维权行动,给法治的完善提出了一系列任务和挑战,诸如法律制度的正当性重塑,严格依法甄别与回应多样化的权利诉求,引领社会价值,践行司法民主。

第十二章,司法改革中的理论论争及其启迪。司法能动主义促进我们进一步思考,中国司法究竟应当如何改革,改革应当如何合理面对和回应中国司法发展中的种种理论观点和主张。因为要解决中国司法改革中的问题,就必须对各种司法改革理论进行合理定位。在中国司法制度现代转型的过程中,儒家的实质正义司法观、中体西用论、西化论、国情论四种主张都曾产生较大的影响。改革开放之后,体用之争相对淡化,儒家的实质正义司法观经常显现出现代价值,而国情论与西化论之争则成为司法改革理论交融与碰撞的主要“对手”。具体来说,改革开放以来司法改革的各种理论论争主要体现为:特色道路与普遍价值之争、群众路线与精英职业化之争、体制内的司法改革主张与超越体制的司法改革主张之争、实质正义与形式正义之争。理论是实践的先导,司法改革的理论论争对新一轮的司法改革具有启迪意义。司法制度的改进需要与司法理论的现代化相结合,司法改革必须立足国情但又不能故步自封,应坚持渐进原则,同时以复杂共识理论作为指导并需要与中国人的实质正义心理追求合理衔接。

第十三章,司法的中国特色。在中国司法发展进程中,必须合理认真对待中国特色与司法发展规律的理论问题。中国司法在实现现代化的进程中,存在着“本土化”与“普适化”碰撞和平衡的难题与困境。政治制度的复杂多样性、司法文化传统、国情、大国崛起的使命、政治主体的自决性等多元因素,决定了中国司法应当保持自身特色。与世界通行司法规律兼容,体现高效、便捷,满足民众实质正义的心理期待,维护社会稳定,捍卫国家主权,推进法治国家建设目标的实现,是中国司法应当具有的特色。合理平衡和协调政治化的司法与技术化的司法、专业化的司法与大众化的司法、克制化的司法与能动化的司法,是打造司法的中国特色的重要路径。

考查司法能动主义理论的原初含义、司法能动主义理论主张在中国的实践,进而借助分析司法能动主义的合理性和不足,深入思考和反思中

国司法发展的合理路径,是本书力图追求的基本目标。当然,毫无疑问,与其他任何一种单一理论一样,司法能动主义理论不会也并不可能带给中国司法发展的终极答案。但是,无论是赞同或者是批判、支持或者反对“司法能动主义”理论,关心中国司法乃至法治发展的每一名法律人,都需要直面并认真思考司法能动主义理论抛给我们的种种问题,这才是学术研究者应有的冷静态度。

目 录

第一编 司法能动主义

第一章 重访司法能动主义 / 003

- 一、司法能动主义发展的重心转移:从司法审查到权利保障 / 004
- 二、界定司法能动主义的标准变化:单一与多元 / 014
- 三、司法能动主义的多样表现形态 / 017
- 四、司法能动主义哲学理论的合理性 / 021
- 五、对司法能动主义的质疑及其回应 / 024
- 六、司法能动主义的限度与边界 / 027
- 七、结语:司法能动主义——一个关于司法作用的永恒话题 / 030

第二章 美国司法能动主义的历史发展 / 032

- 一、美国司法能动的代表性时期 / 032
- 二、美国司法能动的代表性案件 / 037
- 三、美国司法能动的主要特点 / 041
- 四、美国司法能动的社会背景 / 043
- 五、美国“司法能动主义”引发的理论论争 / 045
- 六、美国司法能动的影响 / 048
- 七、美国司法能动对中国当代司法的启示 / 049

第三章 司法能动主义在全球的发展 / 051

- 一、司法能动主义全球发展呈现出来的主要形态 / 051
- 二、司法能动主义在全球发展的基本特点 / 065
- 三、推进司法能动主义可能需要具备的一些条件 / 069
- 四、司法能动主义的全球发展对中国司法发展的启示 / 072

第二编 中国对司法能动主义的探索

第四章 中国司法能动主义的理论与实践——一个宏观的考察 / 077

- 一、司法能动主义理论在中国的传播——一个学术谱系的考察 / 078
- 二、中国司法能动主义者的主要理论主张 / 085
- 三、地方司法机关对司法能动主义理论的实践 / 089
- 四、中国能动司法的基本特点 / 107

第五章 陕西陇县的能动司法——一个微观的考察 / 110

- 一、问题缘起 / 110
- 二、陇县能动司法的探索过程 / 111
- 三、陇县能动司法的基本做法 / 117
- 四、陇县司法改革模式的成功经验 / 124
- 五、陇县能动司法的理论价值和意义 / 131
- 六、陇县能动司法的独特性与普适性 / 132
- 七、陇县能动司法的不足 / 133

第六章 乡土司法 / 135

- 一、社会转型中的“乡土中国” / 135
- 二、乡土司法的内涵 / 140
- 三、乡土司法的基本特点 / 144
- 四、乡土司法独特性产生的原因 / 151
- 五、乡土司法的能动角色和职能 / 155
- 六、乡土司法与中国司法改革 / 157

第七章 好法官的两种形象 / 159

- 一、青天型法官和职业型法官是中西两种不同的好法官形象 / 160
- 二、中西好法官形象塑造的差异 / 164

三、好法官形象塑造的不同社会基础 / 170

四、好法官的形象塑造与法治的发展 / 173

第八章 中国能动司法理论的宪法逻辑 / 177

一、中国司法发展的道路探索与能动司法理论的提出 / 177

二、中国能动司法理论的宪法逻辑 / 179

三、中国能动司法理论的宪法逻辑的合理性 / 186

四、中国能动司法理论的宪法逻辑面临的理论诘问与困境 / 191

五、未完的结语 / 193

第三编 中国司法的发展

第九章 通过司法的社会治理 / 197

一、法律、司法与社会治理 / 197

二、通过司法推进社会治理的优越性 / 201

三、司法如何进行社会治理 / 205

四、司法在社会治理进程中的使命 / 213

第十章 法治国家中司法与政治的关系定位 / 218

一、政治与司法的基本内涵 / 218

二、司法与政治具有不同的属性和目标 / 220

三、司法相对独立于政治是司法良好运行的基本前提 / 224

四、通过司法控制政治是现代政治规范性发展的主要模式 / 228

五、司法无法脱离政治属性 / 233

六、司法回应政治的方式和边界 / 241

七、法治国家中政治对司法的应有姿态 / 243

第十一章 当代中国社会的维权行动与司法发展

——以 2003—2012 年度十大维权类法治人物 / 248

一、“维权”何以成为了问题 / 252

二、维权者宣示的权利来源 / 255

三、维权进程中的行动者 / 257

四、维权者诉求的变化 / 265

五、维权行动及其变化对当代中国社会带来的挑战 / 271

六、中国社会维权行动对中国司法发展的启示 / 275

第十二章 司法改革的理论论争及其启迪 / 278

- 一、司法改革与意识形态——司法改革中的“问题”与“主义” / 278
- 二、中国司法现代转型以来关于司法改革的四种主要理论资源 / 281
- 三、当代中国司法改革理论的交融与碰撞 / 288
- 四、司法改革的理论论争对当下司法改革的启迪 / 296

第十三章 司法的中国特色 / 301

- 一、中国司法现代化中的难题与困境——司法发展中的“本土化”与“普适化”之碰撞 / 301
- 二、中国司法发展存在特色的必然性 / 305
- 三、中国司法应当具备的特色 / 312
- 四、打造中国司法特色的重点路径 / 318
- 五、司法特色与司法法治——一种需要审慎和开放对待的司法发展模式 / 325

结语 探寻中国司法发展的道路和规律 / 327

- 一、对司法能动主义哲学理论的质疑 / 327
- 二、当前我国司法体制改革的主要举措 / 330
- 三、司法规律应当成为中国特色司法发展的重点和方向 / 332
- 四、司法能动主义理论是对中国特色司法发展道路的一种探索 / 335

主要参考文献 / 337

后记 / 354

第一编 司法能动主义

