

CSSCI 来源集刊

法律方法

(第七卷)

陈金钊 谢晖 主编

山东人民出版社

法律方法

(第七卷)

陈金钊 谢晖 主编

山东人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

法律方法. 第7卷/陈金钊, 谢晖主编. —济南: 山东人民出版社, 2008. 4
ISBN 978-7-209-04452-3

I. 法… II. ①陈…②谢… III. 法律—文集 IV. D9-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第041881号

责任编辑:李怀德

封面设计:武 斌

法律方法(第七卷)

陈金钊 谢 晖 主编

山东出版集团

山东人民出版社出版发行

社 址:济南市经九路胜利大街39号 邮 编:250001

网 址:<http://www.sd-book.com.cn>

发行部:(0531)82098027 82098028

新华书店经销

青岛星球印刷有限公司印装

规 格 16开(180mm×255mm)

印 张 22.5

字 数 460千字 插 页 2

版 次 2008年4月第1版

印 次 2008年4月第1次

ISBN 978-7-209-04452-3

定 价 42.00元

如有质量问题,请与印刷厂调换。(0532)88194567

卷首语

【主题研讨】法律方法研究谋求的是“法律自身”的一套学问,在大陆法系具有很强的教义学属性。但法律方法的研究不是在真空下进行的,而是具有一定的文化性、地域性和时代性。其实,近年来提出的“和谐社会建设”即与法律方法具有十分密切的联系。因此,本期设主题研讨“司法方法与和谐社会建设”。本栏目刊登出四篇论文,分别从和谐司法、衡平司法与法律解释的视角,结合当前我国的和谐社会建设进行了理论探讨,提出了一些贴近时代的理论观点。2007年夏,在山东威海召开了全国“司法方法与和谐社会”学术研讨会。与会学者就法律方法的基本理论、司法的方法及其理念、法律推理、法律解释、法律论证、具体法律方法的应用等问题进行了讨论并提出了一些新观点。《通过司法方法实现社会的和谐》对本次会议的观点做了综述。

【理论研究】转型时期我国的司法意识形态问题较为复杂,司法能动还是司法克制?理论界与实务界出现一些不同观点。陈金钊教授站在奉行司法克制主义的立场上,做了深入的理论阐述。法律和语言构成近年来学界研究的一个新问题。我国普通法院的审判权是否蕴涵着对宪法规范的解释权?范进学教授的《人民法院的“审判权”是否蕴涵着宪法解释权》认为,无论从宪法文本还是基于法院审判的实际,人民法院适用宪法、解释宪法都不存在任何障碍,关键是是否具有宪法和宪政意识。程朝阳的《法庭调解话语与目的互动研究》立足于语用学的视角与进路,结合一些实证资料,对法庭调解场域中发生的交际言语行为做了细致的分析。在法律论证中,修辞论证(论辩)的重要意义同样不容忽视,焦宝乾的《修辞方法及其在法律论证中的作用探讨》对此进行研究,并指出修辞方法的局限性以及人们在此问题上存在的误解。张传新的《多元法律逻辑的发展与比较》结合当代法律逻辑的理论发展,试图澄清人们在法律领域中对逻辑予以批判所存在的误解。赵玉增的《法律人思维及其对法治建设的意义》对法官、检察官、律师和法学学者等各种法律人的思维及其对法治建设的意义做了探讨。另外,本栏目还收录了几篇从刑法学、民法学、国际法学角度对法律论证、合同解释、条约解释等问题所做的研究。

【域外视窗】本栏目刊登了一篇译文:纯粹法学家凯尔森对法律解释理论的研究。哈克将其哲学理论运用于法律领域,提出了一些深刻的思想洞见。张利春博士近年来访学日本,他的《日本民法中的利益衡量论》从加藤一郎的利益衡量论和星野英一的利益考量论对比的角度,介绍了日本民法中的利益衡量论。姜世波的《法律方法的技术化——基于欧美法律方法著作的考察》结合英美学界对法律方法的研究,展现出和大陆法系国家不同的一些特色。另外,法律论证理论近年来国内研究中越来越受到人的关注,本栏目推出了两篇有关国外法学家的专题研究:佩策尼克的融贯性理论以及卢曼从其系统论的独特视角,

对法律论证理论的阐述。徐金海的《论法意解释:法国与美国的比较研究》对比分析了法、美两国的法意解释方法。

【判解研究】杨建军的《判决背后的司法策略、利益衡量与司法博弈》运用翔实的一手资料,对我国司法实务中一则比较典型的案件做了全程介绍与评析。吴香香的《法律适用中的请求权基础探寻方法》结合个案,深入分析介绍了请求权基础探寻方法。朱体正的《限制行为能力人购买彩票的法律效力——基于一则案例的法律分析》也就个案进行了法理探讨。

【青年论坛】雷磊的《法律规范冲突的含义、类型与思考方式》厘清了法律规范冲突的含义与类型,并指出:“隐性冲突”对于方法论研究意义重大,体系化与个案式的思考方式应成为解决隐性冲突的基本思考方式。姜福东的《法律论证的定位问题探析》,就法律论证的理论旨趣、法律论证是否以及何以称为一种法律方法、法律论证与法律解释、法律推理是何关系等问题进行探究,意在抛砖引玉。管伟的《论中国传统司法官比附援引实践中的思维特色——以刑案汇览为例》,主要以《刑案汇览三编》所载案例为根据,通过分析一些典型案件的比附方式,揭示了传统司法者进行比附援引的“法感”来源及其“法律思维”特色。张其山的《法官造法的限度及方式》对法官造法这个较具争议的法律方法做了研究。张伟强的《论法官的行为逻辑》论及:法官将会选择何种行为,取决于其自身偏好的满足以及所面对的激励机制。法官能够做什么,则受制于其所能利用的常识性知识、法律知识和司法方法。厉尽国的《法律的客观性——基于现象学视角的透视》,运用现象学—诠释学系谱的知识来分析法律的客观性问题,认为法律的客观性只能是一种主体“非决定性参与”之下的客观性。而且,这种客观性具有“境域性”的动态特征。范春莹的《形式与实质:法律思维的两个面向》,通过反思西方法律形式主义在现代所遭受的批判,以及反思中国实质主义思维的传统,表明我们若要实现法治,必须补上形式主义法律思维这一课。周赟的《我国法律方法研究的一种方法论反思》,则将法律方法论的研究纳入了法社会学的广阔视域,提出了一些理论反思。孙光宁的《法律解释方法的体系整合——制度和谐的视角》从制度和谐的角度探讨了其对各种法律解释方法的意义。杨知文的《司法判决证立的基本方法初探》探讨了司法判决证立的一些理论与方法问题。

【书评】推出的高志刚的文章对孔祥俊法官的《司法理念与裁判方法》进行了评论,探讨了转型时期中国司法的现实策略问题。

【资料整理】对当今国外很有影响的“法律与哲学文库”做了介绍,并着重于有关法律方法方面的论著。

目录

主题研讨：“司法方法与和谐社会建设”

- 论和谐司法的形式合理性与价值合理性 缪文升(1)
- 衡平司法与和谐社会建设..... 武 飞(8)
- 法律解释的回应性与和谐社会建设 张 弘(14)
- 和谐社会中法律解释的基本原则研究 魏胜强(21)
- 通过司法方法实现社会的和谐
——2007年“全国司法方法与和谐社会建设”学术研讨会综述
..... 王国龙(28)

理论研究

- 法官司法的克制主义姿态及其范围 陈金钊(35)
- 人民法院的“审判权”是否蕴涵着宪法解释权 范进学(45)
- 法庭调解话语与目的互动研究
——一种语用分析的进路 程朝阳(55)
- 修辞方法及其在法律论证中的作用探讨 焦宝乾(76)
- 多元法律逻辑的发展与比较 张传新(85)
- 法律人思维及其对法治建设的意义 赵玉增(100)
- 法律论证视角下的刑事司法正义 王瑞君(110)
- 法官在合同解释中的能动性及其限制 李 霞(118)
- 国际海事私法统一的司法保障——条约的解释 孙希尧(125)

域外视窗

- 论法律解释理论 [奥]汉斯·凯尔森(133)
- 日本民法中的利益衡量论 张利春(140)

法律方法的技术化

- 基于欧美法律方法著作的考察…………… 姜世波(160)
- 佩策尼克的融贯性理论研究…………… 侯学勇(172)
- 卢曼法律论证理论探析
- 系统论视角的法律论证…………… 罗文波(191)
- 论法意解释:法国与美国的比较研究…………… 徐金海(201)

判解研究

判决背后的司法策略、利益衡量与司法博弈

- 对“蓝××杀人案”的法律方法评析…………… 杨建军(212)
- 法律适用中的请求权基础探寻方法
- 以“福克斯被撞致其猎物灭失案”为分析对象…………… 吴香香(223)
- 限制行为能力人购买彩票的法律效力
- 基于一则案例的法律分析…………… 朱体正(235)

青年论坛

- 法律规范冲突的含义、类型与思考方式…………… 雷 磊(247)
- 法律论证的定位问题探析…………… 姜福东(258)
- 论中国传统司法官比附援引实践中的思维特色
- 以刑案汇览为例…………… 管 伟(267)
- 法官造法的限度及方式…………… 张其山(276)
- 论法官的行为逻辑…………… 张伟强(284)
- 法律的客观性
- 基于现象学视角的透视…………… 厉尽国(292)
- 形式与实质:法律思维的两个面向…………… 范春莹(299)
- 我国法律方法研究的一种方法论反思
- 基于法社会学的视角…………… 周 赟(308)
- 法律解释方法的体系整合
- 制度和谐的视角…………… 孙光宁(316)
- 司法判决证立的基本方法初探…………… 杨知文(324)

书 评

论整体性衡平的能动司法

——评孔祥俊的《司法理念与裁判方法》 高志刚(333)

资料整理

《法律与哲学文库》(Law and Philosophy Library) 焦宝乾 整理(344)

Contents

Symposium: Judicial Methods and the Construction of Social Harmony

- On the Formal Rationality and Value Rationality of the Harmonious Judiciary
 Liao Wensheng(1)
- Judicial Equity and the Construction of Harmonious Society Wu Fei(8)
- Responsiveness of legal interpretation and the Construction of Harmonious Society
 Zhang Hong(14)
- On Principles of Legal Interpretation in the Harmonious Society Wei Shengqiang(21)
- Social Harmony through Judicial Methods: Symposium on Judicial Methods
 and the Construction of Social Harmony Wang Guolong(28)

Articles on Legal Method

- The Claim for Judicial Restraint and Its Scope Chen Jinzhao(35)
- Does the People's Court's Judicial Power Contain Constitutional Interpretation
 Fan Jinxue(45)
- On Interactive Relationships between Judicial Mediation Discourse and Goal:
 from a pragmatics approach Cheng Zhaoyang(55)
- Rhetoric Method and Its Role in Legal Argument Jiao Baoqian(76)
- A Comparative Study of Various Logic in Law Zhang Chuanxin(85)
- Lawyer's Thinking and Its Significance for Construction of Legality Zhao Yuzeng(100)
- Criminal Judicature Justice From the View of Legal Argumentation Wang Ruijun(110)
- On Judge's Activeness in Interpretation of Contract and Its Constraint Li Xia(118)
- On the Judiciary Guarantee to International Private Maritime Law; Interpretation
 of Treaties Sun Xiyao(125)

Translations and Comments

- On the Theory of Interpretation Hans Kelsen(133)
- On Theory of Balance of Interests in Japan Civil Law Zhang Lichun(140)
- On Technicalization of Legal Method: From the Perspective of Anglo - American
 Works on Legal Method Jiang Shibo(160)

- On Coherence Theory of Aleksander Pecezenik Hou Xueyong(172)
 An Survey on Niklas Luhmann's Conceptions of Legal Argumentation Luo Wenbo(191)
 On Intensive Interpretation of Law; A Comparative Study of French and
 America Xu Jinhai(201)

Cases Study

- Judicial Strategies Embodied in Decisions Yang Jianjun(212)
 A Case Study of Right of Claim Method Wu Xiangxiang(223)
 The Legal Validity of the Person with Limited Capacity Purchasing Lottery
 ——Jurisprudential Analysis Based on A Case Zhu Tizheng(235)

Youth Forum

- On Conflict of Legal norm Lei Lei(247)
 A Discussion of the Role of Legal Argument Jiang Fudong(258)
 A Study of China Traditional Judges' Thinking Characters in Analogy Practice
 Guan Wei(267)
 The scope and model of Judge - made law Zhang Qishan(276)
 On Behavior Logic of Judge Zhang Weiqiang(284)
 Objectivity of law; From Dimension of Phenomenology Li Jinguo(292)
 Form and Substance; Two Dimensions of Legal Thinking Fan Chunying(299)
 A Methodology Review of Legal Method Study in China, A Sociological Perspective
 Zhou Yun(308)
 On the System of Legal Interpretation in the View of Institutional Harmony
 Sun Guangning(316)
 On the Basic Method of Judicial Decision's Justification Yang Zhiwen(324)

Books Review

- Judicial Activism in China: Kong Xiang Jun's Book "Judicial Philosophy and
 Legal Method" Gao Zhigang(333)

Materials for Study

- Law and Philosophy Library Jiao Baoqian(344)

主题研讨：“司法方法与和谐社会建设”

编者按：和谐社会的建构是我国当前社会发展的重要命题。和谐社会的首要内容就是实现法治，法治是和谐社会的基石。在和谐社会的建构过程中，司法领域需注重“和谐司法”的实现。那么，“和谐司法”如何才能得以实现？法官对于法律方法的运用在其中发挥了怎样的作用？法律方法与和谐司法之间具有怎样的联系？针对这些问题，几位学者从不同的角度进行了探讨。本刊作为专题刊出，以飨读者。

论和谐司法的形式合理性与价值合理性

缪文升*

在构建社会主义和谐社会的进程中，人民法院必须为社会提供公正、权威而高效的司法保障，并不断发挥职能作用，化解矛盾，从而促进社会和谐发展。为此，最高人民法院在第七次全国民事审判工作会议上首次提出了“司法和谐”理念。这一理念的提出正是回应现实需求与司法发展规律的优先选择，体现了新时期人民司法工作的重要特征。但就目前而言，由于“和谐司法”还仅仅作为了理想状态和司法价值诉求，其基本的理论架构还有待进行较为科学的梳理。所以，我们在此试图从司法的形式合理性和价值合理性两方面对“和谐司法”的内涵进行论证，以期为我国司法的和谐目标提供理论支撑。

一、“和谐司法”及其内涵构架

和谐司法是指司法权的运行科学、规范、独立、协调及司法结果的公正、高效、权威；是司法权运行的一种理想状态，它强调一种平衡、协调的价值关系与运行过程的统一；是司法理念、司法机制、司法秩序、司法环境及其相互之间的和谐顺畅。实现司法的和谐运行本质上是对法官司法理念、司法方法、司法技能、司法作风提出的要求。法官在司法为民理念指导下，秉承法律方法的理性与司法人性化的有机结合、司法技巧与司法作风的有机结合并最终实现让来打官司的老百姓都能看到法律是公正的。

和谐司法的目的是彰显和谐的价值追求，以促进社会和谐，更是司法主体、行为、客体之间的协调统一。“和谐”强调各个差异部分通过特定的调节方式使相互之间能够协调的一种良好状态。就司法领域，就可理解为通过不同主体、行为、客体的合理配置，实现司法权的良性运行。司法作为一种矛盾冲突的解决手段，对抗性、对立性仿佛是它的天然属性。

* 缪文升(1971—)，男，江苏警官学院法律系讲师，南京师范大学法学院法学理论专业博士研究生，从事法哲学与法政治学研究。

然而,司法不仅表现为一种解决纠纷的方式,更为重要的是,它体现了一种社会秩序的安排,代表了一种特殊的文化价值取向。所以,为了实现司法的和谐性,司法工作应当致力于以和谐的手段最大限度地解决纷争;司法工作应当致力于服从、服务于大局;司法工作要注重平衡利益关系,更加注重矛盾的转化、化解,更加注重司法程序的安定性,更加注重司法认同;司法工作在实现个案公平正义的同时,把社会整体正义作为司法和谐的重要价值目的,实现个体正义与社会正义的一体化。

但目前,困扰我国司法体制改革的一些陈痼痼疾仍然没有得到根本解决,司法定位的长期偏差,价值认识上的失衡错位,司法机制的泛行政化倾向,司法效率亟待改善,司法环境不容乐观,司法保障欠缺等问题表现突出。正因为和谐司法能够使已经存在的各种矛盾和关系兼容于一个“合理化”的状态,为了正确地认识和处理好这些关系,我们在分析司法的形式合理性、价值合理性的同时,必须把和谐司法作为形式合理性与价值合理性的统一整体来进行分析。为此,和谐司法从形式的合理性可以界定为司法与行政的分离、司法的统一和司法的程序性等特质,而司法价值合理性可以界定为司法的公正、高效和权威等方面。同时,和谐的司法以“司法为民”为支点将形式的合理性与价值的合理性两个方面辩证地统一起来。

二、和谐司法的形式合理性

司法的“形式性”,韦伯主要在两种意义上使用形式这一概念:首先,是指按照抽象的一般性法律规则处理具体问题,而不是具体情况具体处理;其次,是指法律体系的独立性和自我完善性,即法律规则的适用不受道德、宗教、政治以及权力者个人意志等实体性要素的影响,强调法律的自治性。^[1]而关于司法的“合理性”,哈贝马斯认为,“合理性意味着对一种政治制度的公认。”^[2]将司法“形式性”与“合理性”结合在一起,司法形式合理性是指法律具有普遍适用的规则,且用法律之内的标准来处理案件;同时法律一般、独立的性质被社会所承认,得到人们的普遍认同。司法的任务就在于把一般法律应用于特殊情况下的具体事实,从而使司法判决具有可靠的预测性。这一情形被韦伯称为司法形式主义。诺内特、塞尔兹尼克对此总结为:政治与法律的分离;法律秩序采纳“规则模型”;程序是法律的中心等等。^[3]

首先,和谐司法的形式合理性最基本的要求是司法与行政的分离。行政权与司法权彼此分开,实行司法独立,是现代法治与司法的基本要求。就司法机关与行政机关而言,行政者的任务是贯彻立法者通过的法律规则,并且在不是他制定的法律规则所限定的范围内活动;而法官则是以完全不同于行政的方式从事自己的工作,通过对法律的解释与适用来调解各种纠纷,进而实现社会正义。就法院系统内部而言,由于现实的司法机关总要履行与

[1] 黄金荣:《法的形式理性论——以法之确定性问题为中心》,载《中国社会科学》1999年第2期。

[2] 艾四林:《哈贝马斯对韦伯合理性理论的改造》,载《求是学刊》1994年第1期。

[3] [美]诺内特、塞尔兹尼克:《转变中的法律与社会:迈向回应型法》,张志铭译,中国政法大学出版社2004年版,第60页。

司法相关的行政管理职能,这些内部行政管理就有可能与审判工作交叉、混合甚至相互冲突。

司法权的独立性是指司法机关及其司法官员在行使司法权时只服从法律,不受任何机关、社会团体和个人的干涉。美国学者德沃金在《法律帝国》一书中说道:“法院是法律帝国的首都,而法官则是帝国的王侯”,经典作家马克思说:“法官除了法律就没有别上司”〔4〕。这些比喻和说法精辟地道出了法院在国家法治进程中的至高无上的地位和法官在司法领域中的至尊位置以及法院、法官对于法治的重要性。同时,司法权的独立性是社会民主政治的需要。司法权在国家政治生活中的独立作用主要表现为:维护宪法所赋予公民的基本权利、有效地捍卫宪法的权威与尊严和有效地实现以权制权,遏制权力滥用与腐败。为此,司法改革在努力实现司法机关与行政机关分离的前提下,重点是进一步将法官从行政事务中解脱出来,在法院内部实现行政管理职能与司法职能相剥离,建立法院内部人员分类管理的目标模式,实现司法机关内部的职能分工,减少审判工作的行政化色彩,并按照社会单位属性和宪法职能分别将司法机关的诸多功能进行科学整合,建立新的司法管理机制,形成行政管理与司法业务二元体制。

其次,和谐司法形式合理性要求司法权的国家统一性。司法权的统一性是指一国之内司法权对相同性质的案件纠纷处理是一致的,其法律评价是一样的。司法机关在审理相同性质案件时所依据的程序是相同的,所适用的法律除地方性法规外也是相同的,因此,对全国各地的同一性质的纠纷应当有相同或相似的裁判结果。

司法权的统一性从国内的视角分析,是由法律的同一性及国家的统一性所决定的。中央立法机关通过的全国性法律,除法律有明确规定不能适用于特别地区之外,应当在全国范围内得到统一的贯彻执行。而保证其法律能在全中国通行无阻地得到贯彻执行的最重要、最关键的机构就是分布在全国各地的司法机关,只有司法机关才能统一地适用法律。在实践中,司法机关适用法律的过程,实际上就是国家意志现实化的过程。事实上,法官的行为不过是国家意志行为的缩影,任何个人非经法定授权都不得染指国家司法领域。司法权的专有性,要求司法活动必须遵循严格的法治原则。为了使案件有一个公正合理的审断,法官必须按照法律的规定来适用法律,而绝不能超越法律的界限,受到法律之外因素的影响。为了捍卫司法权的国家统一性,必然要求确保法官的独立自主地位,使之服从具有非人格特征的法律秩序,凭据事实和法律来裁决其受理的案件;必然要求建立统一完整、公正有效的司法空间,在这里各个市场主体都受到平等的司法保护,而不受地域的、身份的等等因素的干扰。

再次,和谐司法形式合理性要求必须实现司法过程的程序化。司法公正的本质是公民正当的、合法的权利能够自由、平等地得以实现。如果说公正观的核心就是排除独断专行的权力,那么司法公正的核心则是拒绝任何司法权的专横行使。“自由的公开审判程序,是那种本质上公开的、受自由支配而不受私人支配的内容所具有的必然属性。”〔5〕程序变成

〔4〕《马克思恩格斯全集》(第1卷),人民出版社1972年版,第76页。

〔5〕《马克思恩格斯全集》(第1卷),人民出版社1965年版,第76页。

了以固定的和不可逾越的“游戏规则”为限制的、特殊类型的和平竞争。实体不公或许只是个案正义的泯灭,而程序不公则是制度正义的丧失。就目前司法不公问题看,首先不是实体不公正,也不是制度不正义,而是程序不公平。立法者以公正标准设计程序规则的初衷和宗旨,就是最大限度地发现客观真实,维护客观正义,实现保障裁判公正的目标,因此,必须把司法的程序性放在优先的位置考虑。

“在解决公民之间的纠纷和评估各种有利或不利于国家的要求时,法律体系所提供的最显著、最别具一格的产品就是程序公平。”〔6〕程序优位的司法价值是以制度上最大程度地维护人的尊严、保障人格与自由权利为特征的。程序公正优先要求当程序公正要求与真实发现、维护客观正义等实体要求发生矛盾时,应当将程序公正置于相对优先的位置,并依此做出裁判。简言之,在程序不公正的条件下发现客观正义并据此做出的实体裁判没有正常的法律效力;同时程序公正优先必须容忍在一定情形下对个别真实的放弃和个别正义的牺牲。但是,主张程序公正优先绝非倡导无条件地放弃实体正义的“纯粹的程序正义”,而是在实体、程序两难中“艰难”做出的价值取舍,是不得已而为之。总之,实体公正和程序公正都是司法公正不可分割的两个方面。在法治建设日臻完善的今天,我们必须充分地重视司法的程序性。

三、和谐司法的价值合理性

价值合理性是指社会根据道德、政治、个人意志等情感性要素对纠纷具体情况具体处理,而不是根据精心设计的固定法律规则处理社会问题。〔7〕价值合理性的法律类型在立法上往往对法律规范与道德、政治规范不加区分,在司法上法律的适用倾向于屈从于实体的道德、政治原则的评价,“当它支配着分配性决定或交易的实际结果时,这种理想就是实质的”,〔8〕这种法律总的来说是“实质性”的。正因为司法的价值合理性是关于不同价值之间逻辑关系的判断,是基于目的和后果的价值方面主观的合理性,所以,十六大专门就“完善司法体制机制,加强社会和谐的司法保障”做出部署,强调坚持司法为民、公正司法,推进司法体制和工作机制改革,建设公正、高效、权威的社会主义司法制度。司法高效与司法公正和法律权威紧密相联,我们在进行司法改革,追求公平正义的同时,还应兼顾司法效率,只有这样,才能更好地重振法律的权威,真正实现司法形式合理性基础上的价值合理性。

首先,司法公正是和谐司法价值合理性的首要衡量指标。“司法公正是人类进入文明社会以来,为解决各类社会冲突而追求或持有的一种法律理想和法律评价。它是指国家司法机关在处理各类案件的过程中,既能运用体现公平原则的实体规范,确认和分配具体的

〔6〕 [美]诺内特、塞尔兹尼克:《转变中的法律与社会:迈向回应型法》,张志铭译,中国政法大学出版社2004年版,第73页。

〔7〕 高鸿钧:《清华法治论衡》(第1辑),清华大学出版社2000年版。

〔8〕 [美]昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章、周汉华译,译林出版社2001年版,第188页。

权利义务,又能使这种确认和分配的过程与方式体现公平性。”〔9〕司法公正正在构建和谐中有利于树立人们对司法的信任,增强法治意识。经过公正的司法和各种纠纷的公正解决,使人们看到司法在维护公民合法权益中的作用,认识到它确实可以成为解决纠纷和矛盾的最有效手段;唤起人们对司法的信任,对法治的崇拜,从而不断增强法治意识。当人们的合法权益受到侵害时,司法公正的印象和现实会促使其诉诸法院,请求通过司法手段给予最有效的、最彻底的保护。

司法公正是司法权的价值体现,它包括司法权的程序公正价值,即司法程序具有正当性、独立性、保障性、终局性的特点;司法权的实体公正价值,即司法权的实体公正是指司法权在认定事实和适用法律方面体现公平、公正、正义的结果,包括认定事实清楚,定性准确,即对案件事实的认定,案件的性质有明确合理性的及合法性的认识;并包括适用法律正确,裁量恰当即对该案适用什么样的法律,适用哪些条文以及怎样裁量才能达到公平恰当有一个良好的结果。正是由于司法权具有程序和实体两方面的公正性的特点,而其他权力没有或者不完全具有此特点,所以公正性就成为司法权的价值特点。为了实现司法公正,我们必须以“以人为本,平等保护”、“构建制度,信守规则”、“客观公正,谦抑宽容”、“化解矛盾,减少对抗”为原则和宗旨。

其次,司法高效是和谐司法价值合理性的绩效保障。对效率概念的理解,人们容易获得共识。正如奥肯所言,“对经济学家来说,就像对工程师一样,效率意味着从一个既定的投入中获得最大的产出”。〔10〕而司法效率,一是指公正判决能迅捷地做出和执行;二是做出判决和执行判决所需花费的社会成本较低;三是公正判决的实现率(执行率)较高。这三者共同构成司法效率的重要指标,欠缺任何一项,都会影响司法公正,损害司法权威。中国当前司法改革的目的是要建立一套适合市场经济发展的、既能实现公正又能体现效率的司法制度和运行模式。司法改革不到位,市场经济建设就会受到障碍。这正如布坎南所说:“没有合适的法律和制度,市场就不会产生体现任何价值最大化意义上的‘效率’……因为法律和制度包括明确受尊重和/或强制执行的私有财产权和保证实行契约的程序。”〔11〕司法改革要致力于效率目标,还在于公正目标的实现依赖效率目标。的确,公正与效率的关系犹如“蛋糕分割现象”,效率是把“蛋糕做大”,而公正则意味着“如何分割这块蛋糕”。司法改革既要追求效率的目标——使蛋糕做得又大又好,又要追求公正的目标——使蛋糕合理地分配。很显然,和谐司法的公正价值实现必须以提高司法的运行效率为基础。

提高司法效率要求法官应当迅速、快捷、高效地履行司法职责,严守审限规定,遵守案件管理制度,学习运用成本效益分析方法,积极探索提高效率的途径,节约司法资源,降低诉讼成本。为此,我们可以通过严格遵守审限、监督当事人及时完成诉讼活动、法官的职权活动应当充分考虑效率因素、法官应该勤勉敬业,改进工作作风等策略提高司法的运行效率。同时,强调提高司法效率还必须正确处理效率与司法公正的辩证关系。“迟来的公正

〔9〕 吕世伦、贺晓荣:《论程序正义在司法公正中的地位和价值》,载《法学家》1998年第1期。

〔10〕 [美]阿瑟·奥肯:《平等与效率》,王奔洲译,华夏出版社1999年第2版,第2页。

〔11〕 [美]布坎南:《自由、市场和国家》,金朝武译,北京经济学院出版社1986年版,第88页。

就是不公正”。这句古老的名谚充分说明诉讼效率是程序公正的重要组成部分。我们可以通过程序法的科学合理的设置,提高司法活动的运行效率,从而实现司法公正。在程序法中,效益原则要求以最少的诉讼成本,实现最大的诉讼收益或效果。诉讼周期、诉讼费用、诉讼程序的繁简、裁判结果的公正率等等,事关诉讼成本,都可能影响诉讼效益;而通过解决纠纷带来社会秩序的稳定、国家法律尊严和法治信仰的确立、社会公正的实现与伸张、被害人心理的安抚和平息、对纠纷的预防和抑制等等,加上通过“定分止争”带来社会资源的加速流转和最大利用、通过诉讼挽回的经济损失,构成诉讼产出,应当在诉讼中谋求最大值。很显然,司法的高效是和谐司法价值合理性不可或缺的基础和保障。

再次,司法权威是和谐司法价值合理性的保障机制。权威是根植于人类行为中的一种普遍的社会现象,是人类社会生活不可或缺的。根据《现代汉语词典》的诠释,“权威”一词是指使人信服的力量和威望。如恩格斯在论及权威时写道:“……权威,是指把别人的意志强加于我们;另一方面,权威又是以服从为前提的”。^[12]司法权威是司法在社会生活中所处的令人信服的地位和力量,从本质上讲,司法权威是法律权威性的一种表现形式。王利明教授认为,司法权威“是指司法机关应当享有的威信和公信力。威,是指尊严,使人敬畏;信,是指信赖和认同”。^[13]在表现形式上,司法权威体现在三个方面:司法在国家事务中的地位和作用、司法在国民心理中的地位、司法的效力客观上所体现的力量及一种法律的强制力在司法中的外化力量的展现。

司法权威是法律权威的实现机制,法院权威和法官权威只是司法权威的表征,而法律权威则是司法权威的源泉。法律的权威一方面有赖于法律的合理性或正当性,符合当时人们普遍的对公平正义的理解,能获得人们的心理认同,也就是亚里士多德所说的“良法”,它是法治不可或缺的条件。另一方面,更加重要的是依赖于司法权威的实现机制。徒法不足以自行,任何抽象的法律要成为具有支配性的权威力量,都必须通过司法权力来实现。司法权威的最佳模式应当是:司法是调节社会争议和冲突,司法是维护社会运行秩序的手段,国民对应用司法解决矛盾和冲突深信不疑,以此为解决争议和冲突的主要手段并排斥私力的救助;在客观上,司法的裁决是社会正义的重要展示形式和实现社会正义的不争的途径。针对当前我国司法的权威性还有待加强的现状,我们必须从以下几个方面加强司法的权威:正确定位司法权在国家权力结构中的位置、完备法律体系、公正的司法行为、司法保障措施的强化、大力清除司法腐败,树立清廉的形象、完善监督机制、法院对权利义务纠纷的解决应享有终局性的权威地位等等。

四、司法为民:司法形式理性与价值理性的归结点

司法为民所体现出来的平等、关注社会弱者、及时解决纠纷等价值理性与和谐司法价值理性的内涵是一致的。首先,平等是现代司法的最基本最核心的理念与价值。罗尔斯在

[12] 《马克思恩格斯选集》(第2卷),人民出版社1972年版,第551页。

[13] 王利明:《司法改革研究》,法律出版社2000年版,第132页。

提出社会正义原则的具体内容时,表述了“最大的均等自由原则”,每个人都享有这样的权利,即和其他人同样自由相并存的最广泛的基本自由。^[14]在司法领域,法官只有平等地对待诉讼双方当事人,平等地使之享有诉讼权利、履行诉讼义务,则法律的公正、公平与正义就有了坚实的基础,司法为民的工作才有了商谈的可能性。其次,司法助弱是司法必须追求的公正价值体现。司法是具有法律资格的主体依据法律规定寻求自身权利救济的活动,也是国家为了维护社会的公平、正义和秩序的正当性、稳定性而开展的专门工作。公民、法人和其他社会组织向法院提起诉讼,目的就是寻求国家专门司法机关的救济和帮助,以依靠国家的强力来维护自己的合法权益。再次,给诉讼当事人及时的裁判结果,也是司法为民的重要体现。为此,法官应迅速、快捷、高效地履行司法职责,消除拖拉作风,严守审限规定,学习运用成本效益分析方法,积极探索提高效率的途径,节约司法资源,降低诉讼成本,把当事人的利益放在首要的位置。同时,司法为民也体现在法院要维护司法裁判的既判力上,已经生效的裁判文书必须得到遵守和执行,拒不执行法院生效的裁判文书以及蔑视法庭的行为都应受到法律的惩处。很显然,司法为民正体现了和谐司法所追求的价值合理性的基本内涵,是司法公正、高效和权威的具体展现和现实表述。

同时,司法为民体现在和谐司法的形式理性方面,是司法独立、司法统一和司法程序的具体表现。在程序上,司法在坚持审判独立的基础上,实行审判公开,实行人民陪审员制度是促使司法工作走向民主化的有效形式,对于强化社会各界对执法工作的监督,保证司法权的运行受到有效的监督和制约。同时,司法机关要不断推出司法为民的新举措,不懈提高司法效益,弘扬司法民主,凸现司法的人权保障功能。司法机关积极启动立案便民之门,采用电话立案,上门立案等方式方便远路及行动不便的当事人;就地审理,巡回审判、诉前和诉中调解、快速审理等方式,方便群众诉讼,提高诉讼效率,减轻当事人诉讼负担;进一步扩大司法救助的范围;全面落实公开审判制度,为人民群众旁听案件审判提供方便,进一步规范举证、质证、认证工作,提高当庭认证率。这些在实现司法为民进程中的举措都是和谐司法形式合理性的具体展现。

和谐司法的建构是以司法为民为出发点和归宿的,其本质取向就是为了使有限的司法资源能够更好地满足人们不断增长的需求。因此,人民法院在坚持司法独立、司法统一和司法程序形式合理性的前提下,应全面落实科学发展观和“公正与效率”工作主题,坚持“公正司法,一心为民”的指导方针,以维护群众利益为出发点,以维护司法公正为立足点,通过充分有效合理地发挥司法职能,最大限度地增加和谐因素,为构建和谐社会提供安全有序的社会环境和公正高效权威的法治环境。

[14] 张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社1996年版,第592页。